שו״ת · אחרונים · בית אפרים

בית אפרים אבן העזר

רבי אפרים זלמן מרגליות

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

בית אפרים אבן העזר

רבי אפרים זלמן מרגליות

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/בית-אפרים-אבן-העזר/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

חלק א 6
שאלה א 6
שאלה ב 19
שאלה ג 62
שאלה ד 85
שאלה ה 86
שאלה ז 98
שאלה ח 147
שאלה ט 174
שאלה י 177
שאלה יא 186
שאלה יב 210
שאלה יג 213
שאלה יד 242
שאלה טו 258
שאלה טז 265
שאלה יז 270
שאלה יח 286
שאלה יט 299
שאלה כ 333
שאלה כא 344
שאלה כב 360
שאלה כג 368
שאלה כד 373
שאלה כה 413
שאלה כו 430
שאלה כז 439
שאלה כח 464
שאלה כט 470
שאלה ל 483
שאלה לא 492
שאלה לב 497
שאלה לג 519
שאלה לד 537
שאלה לה 544
שאלה לו 547
שאלה לז 584
שאלה לח 587
שאלה לט 601
שאלה מ 607
שאלה מא 617
שאלה מב 663
שאלה מג 686
שאלה מד 706
שאלה מה 712
שאלה מו 715
שאלה מז 733
חלק ב 759
הקדמה 759
שאלה מח 770
שאלה מט 776
שאלה נ 782
שאלה נא 792
שאלה נב 800
שאלה נג 802
שאלה נד 809
שאלה נה 842
שאלה נו 853
שאלה נז 861
שאלה נח 886
שאלה נט 904
שאלה ס 925

שאלה סא 929
שאלה סב 932
שאלה סג 945
שאלה סד 982
שאלה סה 994
שאלה סו 999
שאלה סז 1007
שאלה סח 1017
שאלה סט 1022
שאלה ע 1029
שאלה עא 1031
שאלה עב 1032
שאלה עג 1032
שאלה עד 1033
שאלה עה 1035
שאלה עו 1042
שאלה עז 1042
שאלה עח 1065
שאלה עט 1080
חלק ג 1087
שאלה פ 1087
שאלה פא 1121
שאלה פב 1159
שאלה פג 1162
שאלה פד 1163
שאלה פה 1169
שאלה פו 1193
שאלה פז 1204
שאלה פח 1211
שאלה פט 1213
שאלה צ 1246
שאלה צא 1254
שאלה צב 1258
שאלה צג 1259
שאלה צד 1260
שאלה צה 1261
שאלה צו 1266
שאלה צז 1267
שאלה צח 1272
שאלה צט 1274
שאלה ק 1290
שאלה קא 1306
שאלה קב 1307
שאלה קג 1312
שאלה קד 1315
שאלה קה 1317
שאלה קו 1317
שאלה קז 1358
שאלה קח 1387
שאלה קט 1390
שאלה קי 1393
שאלה קיא 1412
שאלה קיב 1461
שאלה קיג 1465
שאלה קיד 1475
שאלה קטו 1495
שאלה קטז 1498
שאלה קיז 1505
שאלה קיח 1521
שאלה קיט 1548
שאלה קכ 1556
שאלה קכא 1560
שאלה קכב 1573
שאלה קכג 1615

שאלה קכד 1626
שאלה קכה 1633
שאלה קכו 1662
שאלה קכז 1673
שאלה קכח 1677
שאלה קכט - א 1680
שאלה קכט - ב 1681
חלק ד 1685
שאלה קל 1685
שאלה קלא 1707
שאלה קלב 1712
שאלה קלג 1761
שאלה קלד 1782
שאלה קלה 1814
שאלה קלו 1821
שאלה קלז 1843
שאלה קלח 1845
שאלה קלט 1861
שאלה קמ 1879
שאלה קמא 1911
שאלה קמב 1912
שאלה קמג 1917
שאלה קמד 1927
שאלה קמה 1932
שאלה קמו 1936
שאלה קמז 1944
שאלה קמח 1963

חלק א

רבי אפרים זלמן מרגליות

שאלה א

שלום לכבוד אהו' ידידי הרב הה"ג כ"ש מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י לנצח. אחד"ש הגיעני מכתב כ"ת אומר מעין המאורע בקהלתו באיש אחד שהי' מתגורר שם בערך י"ב שנה ונשתדך עם בתולה אחת והוגד לכ"ת שזה האיש הגיד לפני כמה אנשים שיש לו אשה ובת אחת והחזיק בדבריו זמן רב ועתה בא האיש לכ"ת והגיד לפניו ששקר ענה ומעולם לא הי' לו אשה רק מחמת הבושה שכבר בא בימים בן שלשים שנה ועדיין הוא פנוי ומחמת כן אמר שיש לו אשה, וכתב כ"ת ביש לדון באמתלא זו כי להסיר מסוה הבושה הי' די לו שיאמר שהוא אלמן וגם הוסיף לומר שיש לו בת אחת הימנה שהוא ללא צורך. וכסברא זו כתב בשו"ת נ"ב טעם לדברי הרא"ה באומרת נתקדשתי לפלוני כו'. ושוב כתב לצדד לפי מה שכתב בשער המלך להסתפק בהא דאמרינן שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא אם הוא מטעם הודאת בע"ד לא הי' מועיל אלא בב"ד כמו מודה במקצת דהא רש"י בקידושין דף ס"ה כתב דמכי הוא זה ילפינן הודאת בע"ד וע"כ משום נדר והיינו שיכול לקנוס עצמו בחומרות יתירות וכאן לא שייך זה דהא יש בדבר משום ביטול פ"ו ובוודאי לא אמרו חכמים שיקנוס עצמו כו' ע"כ תורף דברי מכ"ת בקצרה. והנה מ"ש דמשום הודאת בע"ד אינו מועיל אלא בב"ד אני תמה דהא עיקר הודאת בע"ד לענין ממון מועיל אף שלא בב"ד היכא דליכא טענת השטאה או השבעה ועיקר החילוק שם בין הודאה בב"ד או לא לענין דלא מצי טעין משטה ע"ש בסימן פ"ו ובש"ך שם באורך. והך טעמא שכתב בשער המלך בשם המ"צ לפי שיכול לקנוס עצמו הוא תימא בעיני דא"כ אף היכא ששנה את הידוע וגלוי לכל כגון האומר על אשתו שהוא אחותו וגלוי לכל שהוא שקר נמי נימא דהוי קונס את עצמו ומעשה דאברהם ויצחק יוכיח. ולכאורה הי' אפשר לומר דכיון דאין אדם מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר על אשתו שתהא לו כאחותו שהיא אסורה. אבל כשיש לו אמתלא כיון שאין דבריו לבטלה שהרי הי' לו צורך בדבר להגיד כן לא אמרינן נעשה כאומר כו'. ובמעשה דאברהם ויצחק הי' אמתלא טובה כמו שאמר כי אמרתי רק אין יראת אלקים כו'. ועיין בשו"ת אא"ז רמ"א סימן בי"ת ולפ"ז הדבר תלוי בפלוגתא דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ואין זה במשמע. והדבר פשוט היכא שהוא שקר מוחלט לגמרי שאין איסור חל עליו משום שקונס עצמו רק היכא שיש עכ"פ מקום ספק בדבר אז אמרינן שוי' נפשיה ח"ד. ואף שיש עדים נגדו אמרינן אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים והיינו היכא שאפשר. להיות שהעדים משקרים והוא

אומר אמת. הגע עצמך הי' מונח לפניו בשר בהמה כשרה ואמר שזה בשר חזיר נימא שיאסר עליו שזה קונס עצמו ואוסר עליו כבשר חזיר וכל כיוצא בזה הא ודאי ליתא. והרשב"א בתשובה שהביא במ"צ והריב"ש שהביא ב"י ב סימן ר"ה מיירי בקונס עצמו להדיא אם אעשה כך יהי' פתי פת כותי כו' והוא לשון חכמים שידוע הכוונה שמתפיס בדברים אלו. וע"ז כתב הריב"ש שהוא על עצמו כב"ד ויכול לקנוס עצמו באותן חומרות אבל אין זה ענין להא דשוי' נפשי' ח"ד דמיירי דוקא היכא שעכ"פ יוכל להיות שהאמת אתו וע"כ דמטעם שהוא נאמן על עצמו אתינן עלה. ויותר תימא על המ"צ שכתב על תשובת הרשב"א שהביא ביו"ד סימן א' במי שאמר לא שחטתי דהרשב"א לטעמי' דס"ל שיכול לקנוס עצמו כו' ובאמת נהפוך הוא דהרשב"א כתב להדיא דיחיד א יכול לקנוס עצמו אא"כ מתפיס בדבר הנדור או בדבר האסור ולע"ה כדי שלא יקל ראשו ע"ש. ומ"ש מכ"ת דכאן אין יכול לקנוס עצמו משום ביטול פ"ו סברתו נכונה לענ"ד ואפשר שזה דעת התוס' רי"ד. והר"ן בתירוץ האחרון בנדרים שהביא בשער המלך שם שכתבו דכיון דאגידא בי' ומשעבדא לי' לא אמרינן שוי' נפשי' ח"ד והיינו משום דכל כה"ג לאו כל כמיניה לקנוס עצמו להיות חב לאחרים וצ"ע על שער המלך שם שכתב על מהרי"ט שהקשה על התוס' רי"ד וכתב שכפי הנראה שדעתו שהוא משום נדר כו'. ומש"ה קשיא לי' למהרי"ט שפיר מהנאת תשמישך כו' ולפענ"ד דאי ס"ל כמ"צ דהטעם משום דיכול לקנוס עצמו אדרבה דברי התוס' רי"ד עולים יפה. וגם כי דעת מהרי"ט להדיא בחלק אה"ע דע"כ אינו מטעם נדר דאל"כ מאי הקשו התוספות לרבא בקידושין דף ס"ו דהא רבא מדין ערוה מיירי ולא מדין נדר דאיתא בשאלה ע"ש. וכן מוכח מהתוס' והפוסקים שפלפלו בהך דאומרת טמאה אני לך נימא שויה נפשיה ח"ד ואי מתורת נדר נגעו בה א"כ לענין זה מועיל הפרת הבעל ומטעם נאמנות לא מועיל ולא מהימנא שלא תהא נותנת עיני' כו' ונלענ"ד ברור דטעמא דמלתא משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים וכן מבואר בש"ג פ"ב דכתובות בשם ריא"ז ואם השבויה עצמה אומרת שהיא טמאה כו' דאדם נאמן על עצמו כו' ע"ש והביאו במשנה למלך פ"ט מהלכות אישות וכתב מזה ראיה להרשב"א ע"ש וכ"כ בקצה"ח סימן ל"ד ע"ש:

אמנם כן נלענ"ד לצדד בזה להקל לפי מ"ש המשנה למלך שם להוכיח ממ"ש מהרא"י בכתביו סימן רכ"ח דכל היכא דעדים מכחישין אותו והוא חזר מדבריו חזרתו חזרה אף אם לא נתן אמתלא לדבריו אלא שאמר בתחלה שקר ענה בלי שום טעם. וכתב דאף הרשב"א וריא"ז שכתבו דעדים המכחישים לא מהני במקום דשויה נפשיה ח"ד יודו לזה כיון דאיכא עדים המסייעים לחזרתו שפיר מועיל חזרתו ולכאורה הך מילתא טעמא בעי

כיון דאי ליכא עדים אנו תופשין דבריו הראשונים לעיקר וחזרתו אינו מועלת א"כ אף עדים לא יועילו כיון שהוא נאמן על עצמו בדבריו הראשונים יותר מעדים והכי קי"ל ב סימן ע"ט באומר לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע לא מהני אף שאומר נזכרתי שלויתי ופרעתי. ע"ש בש"ך בשם הנ"י והריב"ש והיינו לפי שאנו סומכין על דבריו הראשונים שאמר לא לויתי שהוא כאומר לא פרעתי ואף שחוזר אח"כ ואיכא עדים דמסייעים ליה לא מהני, ולכן נלענ"ד לחלק דוודאי לענין ממון דקיי"ל דהודאת בע"ד כמאה עדים וילפינן לה מדכתיב כי הוא זה וכיון שכבר נתחייב לחבירו שוב חזרתו כמאן דליתא דמי. והכי קיי"ל ב סימן פ' דמחיוב לפטור אינו חוזר וטוען טענה הסותרת לטענה הראשונ' והחוב מחמת טענה הראשונה הוא ברור ומועיל יותר מעדים משא"כ לענין איסור לא שייך הודאת בע"ד רק שהוא נאמן על עצמו ואין אנו תופשין הדבר בבירור שהוא כך רק שאנו מאמינין למה שהוא העיד על עצמו. ואם חוזר בו ואומר שלא כך היה אלא בענין אחר ג"כ יש להאמינו על עצמו ומה"ת נאמין לקול האות הראשון ולא לקול האחרון והדבר שקול אצלינו ואסרינן ליה מספקא ולכן בממון שעל הודאתו לחיוב נאמן מטעם הודאת בע"ד ועל אמירתו לפטור אין לסמוך כלל והילכך אף עדים לא מהני. משא"כ בהא דשויה נפשיה ח"ד אם חוזר בו אין אנו אוסרין עליו בתורת וודאי ותופשין דבריו הראשונים עיקר אלא מתורת ספק דשמא דבריו הראשונים עיקר ומה שחוזר בו שקורי קא משקר ולכן אי איכא עדים המסייעים לחזרתו שפיר מהני להוציא אותנו מידי ספק זה. ולפ"ז נראה בנידון דידן שהאיסור הוא משום תקנת רגמ"ה ומבואר בד"מ סימן א' שאחר אלף החמישי אינו אלא מנהג שנהגו להחמיר וכל ספק ופלוגתא אזלינן לקולא והביאו הב"ש ע"ש וא"כ לפי מ"ש דהא דשוי' נפשי' ח"ד כשחוזר בו אין איסור רק מחמת ספק איסורא לחומרא ובכה"ג שאינו אלא מנהג יש להקל בספיקו. וגם יש לצדד ולומר דהך אמתלא אינה גרועה דמה שלא אמר שהוא אלמן ג"כ מדאגה מדבר שיפצרו בו לקחת אשה ולקיים מצות פ"ו ושבת ולכך אמר שיש לו אשה ובת וכל כמה דאגידא בי' לא מצי למינסב אחריתי. וגם קשים גירושין מחמת שכבר יש לו בת עמה ואפילו תימא שלא הי' צריך לומר שיש לו בת מ"מ בשביל שאמר מילתא יתירתא לאחזוקי שיקרא לא נגרע כח האמתלא ומ"ש מכ"ת בשם הגאון נ"ב ז"ל עיינתי שם שכתב וז"ל ואמתלא זו מהני לענין שצריכה לומר א"א אני אבל אכתי לא היתה צריכה לומר שנתקדשה לפלוני וא"כ נגד זכותו שהודית לית לה אמתלא לכן לא מהני אמתל' שלה גם נגד האיסור כו' משמע שלא בא לגרוע כח האמתלא בשביל שאמרה שפת יתר שנתקדשה לפלוני רק משום שנגד זכותו אין לה אמתלא וממילא בטלה גם האמתלא שכנגד האיסור. וזה מוכרח בדברי

הרא"ה שכתב הטעם שכבר הודית לו ולאו כל כמינה לחוב לו אלמא דאי לאו האי טעמא שפיר הוה מועיל האמתלא. וע"כ לא כתבו הפוסקים לבטל האמתלא אלא בלבשה בגדי נידה וכיוצא דעבד' מעשה אבל דיבורא מקרי ואמר כדי לאחזוקי שיקרא. ועיין מ"ש אא"ז בת"ש סימן א' ס"ק ע"ו שהביא שם בשם נימוקי מהר"מ מריזבורק באחד שאמר על בתו שהיא ממזרת וגרשה מביתו בטענה זו ואח"כ החזירה באמתלא דנאמן והרי התם נמי לא הי' צריך למיעבד מילתא יתירתא שגרשה מביתו. אך אפשר לומר דהתם אמר אמתלא גם על מעשה גירושין וכן משמע בדברי אא"ז הת"ש שם שכתב דאפילו מעשה עבדי לכוונת איזה ערמה היכא שצריך למעשה וע"ז הביא דברי מהר"מ הנ"ל. אך לענ"ד סתימת לשונו משמע שלא נתן אמתלא על המעשה וא"כ המעשה מילתא יתירתא הוא ואפ"ה מהני. ואע"ג דבעלמא היכא דעביד מעשה לא מהני אמתלא יש לומר דדווקא היכא שהמעשה הוא מורה מעצמו על ענין זה שאמר כגון לבישת בגדי נידותה שהוא סימן טומאה בלא אמירה כלל וכגון טבח שעשה סימן כו' שדרך לעשות סימן כזה שהוא מורה שנטרפה בהמה זו. אבל היכא שהמעשה מצד עצמו אין בו הוראה על ענין זה כגון התם דאטו בשביל שגרשה מביתו נאמר שזה מורה שהיא ממזרת וכו' עיקר הדבר בשביל אמירתו שאמר שהיא ממזרת וכל שנותן אמתלא על אמירתו אנו תולין לומר שמה שגרשה מביתו עבד לאחזוקי דבוריה. וה"נ בנ"ד מה שהוסיף לומר שיש לו בת אין מגרע כח האמתלא על אמירתו שהי' לו אשה ומה שאמר שיש לו בת משום זה הדיבור לבד אין כאן שויה אנפשיה ח"ד וא"צ אמתלא ע"ז משא"כ בההיא דהרא"ה שגם על התוס' שהוסיפה לומר לפלוני צריך אמתלא כיון שהי' לזכות אותו פלוני. אך שלפענ"ד מה שדקדק הגאון בנ"ב על דברי הרא"ה דהא גם בממון יכול לטעון השטאה או השבעה שזהו ג"כ אמתלא אע"פ שחב לחברו כו' א"ש בפשיטות דהתם אין זה סתירה לדבריו הראשונים כלל דבשעת הודאה גופא לא היינו תופשין זה לדבר ברור כיון שהיה מקום לתלות שהוא אומר כן דרך השטאה או השבעה. ואע"ג דמשטה אי לא טעין לא טענינן לי' היינו משום ריעותא שהלה תובעו הרי הודית בפני עדים והוא אינו משיב שמשטה הי' לכך לא טענינן לי'. אבל הא ודאי שמשטה אין הספק מחמת טענתו דוקא דבלא טענתו יש ספק לב"ד וגם ליורשים טענינן משטה ע"ש והיינו משום שכך דרך העולם להודות לפעמים דרך השטאה או השבעה. משא"כ באומרת נתקדשה דמהיכי תיתי יעלה על הדעת שאומרת כן מחמת איזה אמתלא ואנו מחזיקים הדבר מיד לודאי שזכה אותו פלוני במקחו שוב אין מועיל אמתלא שלה להוציא מידו. וכן בממון כה"ג כל שלא היה מקום לאמתלא בשעת הודאה עצמה רק שאומר אמתלא מצד אחר אע"פ

שהוא אמתלא טובה לא מהני דהאמתלא לא מהני רק להחזיק זכותו ולא להוציא מזכות חבירו וכל שהודה בסתם ולא הי' מקום לחוש לאמתלא הוי כאילו כבר זכה חבירו והוא רוצה להוציא מידו ע"י האמתלא שאומר ולאו כל כמיניה שוב מצאתי בקצה"ח סימן פ' שהביא שם תשו' מהר"ש הלוי שמדמה טענת השטאה להך דהרא"ה ובעל קצה"ח ני' כתב לחלק ביניהם על הדרך שכתבתי. ומ"ש הוא מבואר יותר:

והנה מכ"ת חוכך להחמיר בזה מטעם דכל שהוחזק למ"ד יום לא מהני אמתלא כמ"ש הב"ש ב סימן י"ט ומלקין ושורפין על החזקה. ולכאורה נראה לענ"ד לצדד להקל עפ"י מ"ש רמ"א בתשובה סימן ב' דהך דמלקין וסוקלין על החזקה מיירי שהוחזקו בכך מפי אחרים. אבל כשהחזקו על פיו כגון בנידות לא מיקרי חזקה (ומ"ש שם בתשובת רמ"א ואין לחלק ולומר דלעולם גבי נידה כו' הוא ט"ס וצ"ל ואפשר לחלק ולומר כמבואר למעיין שם דמסקנתו הוי הכי) וכתב ראי' ממ"ש בכתובות מעשה באשה אחת שהיתה גדולה בנוי כו' לימים עמדה וקדשה עצמה כו' דלשון זה משמע אע"פ שהוחזקה למקודשת ימים רבים מהני אמתלא. וגם הביא ראי' מיצחק אבינו בשנותו את טעמו לפני אבימלך כו' ע"ש. והרי ביצחק כתיב ויהי כי ארכו לו שם הימים וישקף אבימלך כו' ע"ש הרי דאף אחר למ"ד יום מהני אמתלא ואע"ג דמה שמפרש דמיירי בקידושין שהוחזקו מפי אחרים לא משמע הכי מדברי הרמב"ם והש"ע מ"מ י"ל דהתם מיירי שהוחזקו עפ"י המנהג וההרגל שרואים אותה העולם שנוהגת בו דרך כן. וכן מבואר באורך בשו"ת פני יהושוע בחלק אה"ע סימן א' שכתב ג"כ דלימים עמדה וקדשה לימים רבים משמע. ומפרש ג"כ דהרמב"ם מיירי בכה"ג. וע"ש שכתב דגם דברי הב"ח יש לפרש דעכ"פ בעינן חזקה עפ"י המנהג ע"ש ועיין במהרי"ק סימן פ"ז שכתב ג"כ דבעינן חזקה שינהגו כאיש ואשתו אלא דמחלק בין מיתה למלקות ובתשובה א' הארכתי בזה ומ"מ איהו מיירי שם שהיינו מוחזקים בה שהיא ארוסתו של פלוני ולא מפי עצמה לבד. ולכך ס"ל דלמלקות סגי בחזקה זו משא"כ היכא שלא הוחזק רק מפי עצמו וודאי דבעינן שינהגו מנהג אישות אף לענין מלקות אבל בדבורא לבד לא מיקרי חזקה וא"כ כיון שדינו של הב"ש אינו מוחלט במנהג וכה"ג דהכא יש להקל:

ועוד נלפענ"ד כי מקום יש לסלק שני החששות. היינו החשש חזרה בלא אמתלא וחשש חזקה. ומתחלה אבאר מה שיש לדון בענין זה דחרגמ"ה. לפי מ"ש הב"ש ב סימן ט"ו. וכ"כ בריש סימן קנ"ח דע"א אינו נאמן לומר לאחד שמתה אשתו כיון דאיתחזק איסורא עד אחד לא מהימן. וא"כ איך מצאנו ידינו ורגלינו במעשים בכל יום שאחד נוסע עם אשתו למרחקים ואם בגפו יבא ויאמר שמתה אשתו ושאין לו אשה אחרת ואין פוצה

פה ומצפצף לעכב על ידו עד כי יתברר הדבר ויבואו עדים שהאמת אתו דהא כל היכא דאיתחזק איסורא בע"ד לא מהימן להתיר כ"א היכא שבידו לתקנו כמבואר בפוסקים. ונלענ"ד דהיינו טעמא משום דע"כ לא כתבו הפוסקים דאיתחזק איסורא בע"ד לא מהימן כ"א היכא שבידו לתקנו אלא לגבי דאחרים דהוי לגבייהו כע"א דעלמא שאינו נאמן נגד החזקה וגרע מיניה שהוא נוגע. משא"כ לגבי' דנפשיה כיון שהוא טוען שיודע שנעשה מעשה שנסתלקה החזקה שפיר הוא יכול להתירו לעצמו ואין מעכבין על ידו. וזה מבואר ג"כ ממ"ש הפ"י בסוגיא דשנים אומרים מת בשם הרשב"א ואא"ז מהרש"א ז"ל דברי מהני נגד החזקה. ולפ"ז א"ש לפי מ"ש בשם תשובות הלכות קטנות ששתי נשים אשכנזיות מותרות להנשא לאיש אחד ספדדי שחרגמ"ה לא היה על האשה רק על האיש. והשתא א"ש דבע"א שפיר כתב הב"ש דאינו נאמן נגד החזקה כיון שהוא אינו יודע רק ע"פי העד משא"כ היכא דאיהו גופא יודע לגבי דנפשיה מהני ברי דידיה נגד החזקה ועל האשה אין כאן עון אשר חטא כלל דאפילו אם שקורי משקר הא בדידה לא גזור כלל. ובאמת גם בדינא דהב"ש צ"ע די"ל דשפיר מהימן ע"א משום דהוה מילתא דעבידא לגלויי ומהרמב"ם משמע דאף בעדות אשה עיקר הטעם משום דהוה מילתא דעבידא לגלויי. ומה שהוצרכנו לומר מתוך חומר לפי שהאמינו אפי' עד מפי עד ואפילו עבד כו' ואף דבשו"ת נ"ב שדא ביה נרגא מיבמות דף מ"ו באחד שאמר נתגיירתי כו' ומחלק בין היכא דאיתחזק איסורא היינו דוקא התם לפי שהוא נוגע. ואמנם גם בזה יש לדחות ראיית הגאון ז"ל דהתם כיון שאין מאמינים לו שנתגייר ממילא הוא עכו"ם ועכו"ם אין נאמן אף במילתא דעבידא לגלויי והארכתי בזה במקום אחר. וע"ש בנ"ב שהביא מבכור ומקה"ח דמהימן משום מילתא דעל"ג דבבכור הוה מילתא דרבנן ובקה"ח לא איתחזק איסורא וא"כ נראה דלענין חרגמ"ה דעתה אינו רק מנהג ולא עדיף ממילתא דרבנן ושפיר מהימן ע"א משום מילתא דעבידא לגלויי ואף לפי מ"ש הגאון בנ"ב לצרף שני הטעמים דמשום דאשה דייקא מיקרי מילתא דעל"ג. משא"כ היכא דלא שייך דייקא לא מיקרי מילתא דעל"ג שאינו עתיד להתגלות בוודאי ע"ש. מ"מ נראה דאף הוא מודה דבאשה שפיר הוה מילתא דעל"ג אף דלא שייך דייקא משום דמ"מ איהו מירתת לפי שאשה דרכה לחזור על בעל נעוריה והוא מעוררות לויתן ועינה ולבה כל הימים על שארה כסותה ועונתה מבעל נעוריה ומתיירא פן תחזור אחריו ותגלה חרפתו בקהל רב. ודוקא לענין להתיר א"א לעלמא הוצרכנו לומר מתוך חומר כו' וגם כי יש דעת הסוברים דמילתא דעל"ג מהני בכל גווני. וא"כ שפיר עד אחד נאמן. וכמדומה שאינו נוהגין עתה לדקדק בזה כלל, כי מי שבא אליו כתב מאוהבו ממרחקים שמתה אשתו נושא אשה

על פיו ואין מדקדקין אחריו למחות בידו כלל. ועכ"פ אמת נכון שהמנהג להשיא לאיש שאומר שמתה אשתו או גרשה ואין בודקין אחריו. ובאמת לפי הנ"ל שכתבתי צ"ע באומר גירשתי למה יהיה נאמן טרם חקור דבר דהא לא על"ג שהרי יכול להכחישה. ודוקא באשה אמרינן חזקה אינה מעיזה אבל הוא באשתו מעיז ומעיז ואפשר שגם בזה י"ל שתוכל לברר שהיתה במקום פלוני מאז ועד עתה והגירושין צריכה להיות בב"ד ויתבדה ויאחז וצ"ע. ולפי טעם זה משום מילתא דעל"ג עדיין צ"ע אף אם נאמר שמחמת זה ע"א נאמן מ"מ אפשר שהוא אינו נאמן כיון שהוא נוגע בדבר וכדאמרינן בקידושין נאמן ליתן גט ואין נאמן לכנוס וא"כ ה"נ י"ל אף אם לגבי דנפשיה מהימן מטעם שאומר ברי לי מ"מ אינו נאמן לגבי דידה דגרע מעד דעלמא. ומ"מ י"ל דשפיר אתתא שרי' על פיו דכיון שהוא עצמו עושה מעשה לא חשדינן ליה שיעבור על חרגמ"ה ומוקמינן ליה בחזקת כשרות ובכה"ג מעיקרא לא הטיל רגמ"ה חרם עליו כיון שבתום לבבה ובנקיון כפה נשאת לו שסומכת על דבריו שהוא פנוי ומהימן לה כבי תרי כי יש בזה משום תקנת עגונות כשיזדמן לה בעל הגון לה שתהיה חוששת שמא יש לו אשה במדינה אחרת ובדברא לא שכיחא לחפש ולחקור דרכים וא"ל דאף אם לא הודע אליו מ"מ יש עלי' עונש שוגג או מוטעה מידי דהוה אאוכל חלב בשוגג דז"א דהכא מעיקרא לא גזור רגמ"ה על השוגגת וממילא שאין איסור בדבר כלל. ומכ"ש לפי מה שדחיתי ראיית הגאון מהך דעכו"ם שאמר נתגיירתי ממילא דאף נוגע מהימן במילתא דעל"ג כמ"ש שם מהא דאמרינן שאני התם דהא שמואל וב"ד קיים ע"ש ובב"ש ר"ס קנ"ח נראה שראייתו ממ"ש הרמב"ם שאין האיש נאמן לומר מת אחי ואייבם כו' ולפי מ"ש יש לדחות וצ"ע:

ומעתה נשובה ונחקורה בנ"ד הנה כבר כתבתי דאומר ברי לי מהני נגד החזקה. וכן מבואר בשו"ת רמ"א שכתב מדאמרינן בעלה לוקה עליה ולא אמרינן היא לוקה מכלל דהיא אינה לוקה לפי שהוא אומרת ברי לי שטהורה אני ואף בלא אמתלא מהימנא לגביה דנפשה מ"מ נלע"נד דדוקא היכא שבשעה שהתרו בה לא קבלה עליה התראה ואמרה כי טהורה היא משא"כ אם קבלה התראה והתירה עצמה למיתה תו לא מהימנא אח"כ וכמ"ש הפ"י שם בכתובו' ובק"א שם ע"ש. ולפ"ז א"ש בפשיטות הא דמלקין ושורפין על החזקה דהתם הא קמן שהיתרו בהם וקיבלו התראה ובכה"ג חזקה אלימתא הוא ותו לא מהני חזרה דידהו אלא שיש לעיין בזה דא"כ איך כתבו הרמב"ן והרשב"א להוכיח דבלבשה בגדי נדה אין מועיל אמתלא מדלקי עלה דהא י"ל דשאני התם שהתירו עצמם למלקות ולא אמרו אמתלא. אך לענ"ד אדרבה מזה נראה שגם הם מפרשים כמ"ש הרמ"א דהוא לוקה אבל היא אינה לוקה והיינו שהוא לא קבלה ההתראה ולפ"ז מדייקים שפיר

דאם איתא דבאמתלא שרי ליה לבא עליה א"כ איך לקי עלה הא אפשר שהוא תאמר אמתלא אע"כ דבלבישת בגדי נדה לא מהני אמתלא לגביה דידיה ולגבי דידה מהני שפיר חזרתה אף בלא אמתלא דהא בלבישת בגדי נדה אין אמתלא מועלת וא"כ נראה דבלא אמתלא ובאמתלא שוים הם. וא"כ בנ"ד נמי לגביה דנפשיה מהימן אף שאין לו אמתלא. ומכ"ש שבאמת אומר אמתלא אלא שהוא אמתלא גרוע ולא גרע מלבשה בגדי נדה דהיא אינה לוקה אפילו תימא עכ"פ בעינן אמתלא מ"מ הרי לגבי מעשה דלבישת בגדי נידה האמתלא גרועה ומהני ע"י ברי דידה וא"כ ה"נ מהני ברי דידיה. אלא שיש לדחות לפי מ"ש הרמ"א שם דאפשר דלא מיבעיא קאמר דלא מיבעיא הוא דלוקה כו' וכ"כ אא"ז ז"ל בבכ"ש דהוא אף באמירה לוקה ע"ש (ודבריו צ"ע בזה עיין בשו"ת פ"י ובמקום אחר הארכתי) ואף דהפ"י בשם הרשב"א ומהרש"א כתב דברי מהני נגד חזקה היינו בגוונא דהתם שאין כאן סתירה לדבריו הראשונים רק מחמת שהיינו מוחזקין בה שהיא א"א נאמנת לגבי נפשה לומר ברי לי שמת משא"כ היכא שבאה לחזור ולומר מבדה הייתי אף לגבי דנפשה לא מהימנא בלא אמתלא ולפי"ז אין ראי' מהא דנהגינן להתיר כשאומר מתה אשתי אע"ג דאיתחזק איסורא לפי שאין כאן סתירה לדבריו הראשונים משא"כ היכא שבא לסתור דבריו לא מהני כ"א באמתלא טובה ואף היכא דלא איתחזק איסורא כ"א על פיו שייך שוי' אנפשי' ח"ד אף שלא הוחזק שלשים יום כמבואר בסוגיא דפ"פ ודוכתי טובא. וכן מוכח בהך דכתובות דע"כ בלא הוחזק מיירי דאי בהוחזק אף אמתלא לא מהני להב"ש אך עדיין יש פתחון פה לומר דהתם בסוגיא דפ"פ מיירי שעדיין עומד בדיבורו ולא חזר בו כלל. ובהך דחזר ואמרה פנוי' אני שפיר בעינן אמתלא דאל"כ אף דהוי מהימנא בחזרתה לגבי דנפשה מ"מ כיון שבאמירתה מקודשת אני שוי' ח"ד שוב האיש אסור לישא אותה דאנן לא מהימנינן לה על חזרתה בלא אמתלא. וא"כ בנ"ד שלגבי דנפשי' מהני חזרתו ולגבי דידה לא גזור רגמ"ה שפיר שרי לאינסובי:

ולפי מ"ש מצאתי טעם נכון למ"ש לעיל בשם המ"ל דהיכא דאיכא עדים מועיל החזרה וכתבתי לעיל דהך מילתא טעמא בעי ולפמ"ש הטעם ברור דבנידון דהרשב"א דמיירי לגבי דנפשי' שהוא מותר לאכול מבהמה זו ואין הענין נוגע לאחרים כלל בלא"ה מותר ע"י חזרתו וא"צ לעדים כלל דלגבי נפשי' מועיל ברי שלו. ובנידון מהרא"י והש"ג נמי אתי שפיר דלגבי אחרים אעדים סמכינן ולגבי דידי' שרי כיון דאיהו גופי' הדר בי'. וקצת יש ליתן תבלין לדבר זה מדאמרינן בכריתות ד' י"ג אמרו לו נטמאת כו' אמר רב יוסף לא אמרה ר"י אלא בינו לבין עצמו ולעצמו. ופרש"י לא אמר ר"י שהוא טהור ונאמן לאכול טהרות אלא בינו לבין עצמו אבל לפני אחרים לא יאכל דלמא אתי לזלזולי בטהרות

ולעצמו נאמן לאכול טהרות שהוא נוגע בהם דאדם נאמן על עצמו אבל לאחרים לא יאכיל. וא"כ אפילו תימא דדבורו הראשון כאלו היו עדים בדבר מ"מ כיון דהיא עתה מכחיש נאמן על עצמו כמו דמהימן התם לאכול הטהרות שהוא נוגע בהם ואף שלא היתרו לו כ"א בינו לבין עצמו היינו כיון שיש עדים נגדו ואתי לזלזולי בטהרות כמ"ש רש"י משא"כ בזה שמעיקרא לא נאסר רק ע"פ דבורי' וגם אפשר דחמירא להו זילזולא דטהרות טפי דאל"כ הא קיי"לן כל מקום שאסרו חכמים מפני מראית עין כו'. ומצאתי בדברי אא"ז בבכ"ש ביבמות שמסתפק בעדים שהעידו על דבר שהוא אסור ואחד יודע שהוא מותר. וכתב שזה תלוי בפלוגתת הראב"ד והרמב"ם וכתב טעם הרמב"ם משום כל מקום שאסרו חכמים כו' (וצ"ע שלא הביא בזה משו"ת הרמ"א סימן ב') וכעת אין הפנאי עמדי לעמוד על דבריו. ועכ"פ יש סיוע גדול מזה לנידון שלפנינו שנאמן להתיר עצמו כל שהוא יודע שהאמת אתו. אמנם אפילו אם נאמר דכל דשוי' נפשי' ח"ד לא מצי הדר בי' אפילו לגבי דנפשי'. מ"מ יש כאן צד היתר אחרי שהדבר מבואר שמאמינין למי שאומר שמתה אשתו לישא אחרת וכן משמע להדיא בשו"ת צ"צ ועבודת הגרשוני שהוא עצמו נאמן בענין זה. וא"כ אית ליה מיגו דאי בעי הוה אמר שמתה אשתו והי' נאמן בכך השתא נמי שחוזר בו נאמן במיגו. אך לפ"ז צ"ע בהא דכתובות דהוצרך לשנויי כגון שנתנה אמתלא לדבריה אלמא דבלא אמתלא לא מהימנא אע"ג דאית לה מיגו דאי בעי הוה אמרה מת בעלה ואפשר לומר דאין זה מגו דבשלמא לפי טענתה דהשתא אם יבוא אחד ויאמר שהוא בעלה בידה להכחישה ולומר לא נתקדשתי לך מעולם ומהימנא משא"כ אם תטעון מת בעלי הוא יראה מדאגה מדבר פן יבוא הבעל וכחשה בפני' יענה. וא"ל דאף בזה תוכל להכחישו ולומר שאינו בעלה שא"ל חזקה אינה מעיזה דא"כ איך אומרת השתא פנוי' אני מ"מ אין כאן מיגו דנהי דלא מהימן לגבי דנפשי' לומר שהוא בעלה מ"מ נאמן לומר שלא מת בעלה של אשה זו כלל. ופלגינן דיבורי' לענין זה וא"כ אם יבוא אחד ויאמר שהוא בעלה יהי' נחשב כעד אחד שלא מת בעלה והיא מוכחשת במה שאומרת מת ולא יועיל עדותה שמת כלל. כמבואר באה"ע באשה שאומרת מת בעלי וע"א אומר לא מת ולכך ניחא לה לומר שאינה א"א כלל שאז אף אם יבוא אחד ויאמר אני בעלך אינו נאמן כשהוא מכחישתו אלא שלפ"ז הדבר תלוי בפלוגתת הריב"ש והמרדכי בהך דלדידי אוזיף בריביתא. ובתשובה אחרת הארכתי בדברי הש"ך והאו"ת שם ולקצר אני צריך. והנה בנימוקי יוסף כתב וז"ל ומיהו הבעל אינו נאמן להעיד על עצמו ולומר אני הוא. ועיין בח"מ סימן ע"א שכתב דקאי על זה שבא ואומר אני הוא בעלה הראשון ע"ש וצ"ל דס"ל דהיכא שהוא נוגע לא פלגינן דיבורא. אך לכאור' צ"ע

כיון שכבר נישאת א"כ תצא מזה ומזה ואין כאן צד נגיעה שהיא אסור' לחזור לו ומ"מ אפשר שיש כאן צד נגיעה שלפי דבריו הנכ סימן שהי' נמצא תחת ידה שלו הם. וע"ש ברי"ו שהטעם משום נוגע ואמנם רמ"א מפרש דברי הנ"י בענין אחר דקאי על בעל השני ולדברי י"ל דבעל ראשון שפיר מהימן או משום דגם בנוגע אמרינן פלגינן דיבור' או כיון שנישאת לא חשבינן נוגע. אמנם בהך דאמרה מקודשת אני אם נימא דבנוגע לא פלגינן דיבורא שפיר מיחשב מיגו דאי בעי אמרה מת בעלי ואם יבא הוא יכולה מכחשתו שלא זהו בעלה דממ"נ אם יבא קודם שתנשא הרי הוא נוגע ולא פלגינן דיבורא. ואם יבא אחר שתנשא שאז לא מיחשב נוגע מ"מ אפילו אם נפלג דיבורא הוי כאשה שאמרה מת בעלי ונשאת ואח"כ בא עד כשר דל"ת דאף הרמב"ם שסובר אם נישאת תצא היינו שבא העד קודם שנישאת ע"ש ואמנם כן י"ל דבכה"ג שאומרת שנתקדשה ואינה אומרת למי נתקדשה אפשר לומר דלא מהימנא כלל לומר מת בעלי דהא לא שייך בזה מתוך חומר כו' כיון שיכולה מכחשתו ולומר שלאחר נתקדשה ולכולי האי לא חיישא שיבוא הבעל ויברר בעדי קידושין וגם שמא יודעת בעצמה שכבר מתו עדי קידושין וא"א לברר. וא"ל שלא תוכל להעיז דז"א דלאחר קידושין או נישואין לאחר שפיר מעיזה ומעיזה. וא"ל דמעיקרא מירתתא לומר מת בעלי שמא יבוא ולא תוכל להעיז. דז"א כמו באומרת גרשתני דאמרינן שלא בפניו מעיזה ואינה חוששת שאם יבא לא תוכל להעיז ם וגם י"ל דע"כ לא אמרינן אינה מעיזה אלא לענין גירושין. אבל לומר לו שאינה בעלה לא הוי העזה כולי האי דהרי אפשר דבאמת אינה מכרת אותו וכדאמרינן בב"מ בעובדא דמרי בר איסק א"ל לא ידענא לך א"ל שפיר קאמר לך דתניא ויכר יוסף כו' ע"ש וצ"ע. ועוד י"ל הא דלא משני בכתובות שנאמנת במיגו דמת בעלי משום דמשמע ליה להמקשן לשון וחזרה ואמרה כו' דמיירי שלא הי' שהייה הרבה בין אמירתה א"א אני לחזרתה רק שהי' אחר כ"ד ולכך אין לה מיגו דמת בעלי דמאין יתוודע לה בעת ההוא שמת בעלה. ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה כיון דמשמע ליה לשון וחזרה היינו לאחר זמן א"כ אפילו זמן רב במשמע וא"כ מאי משני כגון שנתנה אמתלא דהא לאחר למ"ד יום לא מהני אמתלא לדעת הב"ש. ועכ"פ הו"ל למימר כגון שחזרה בתוך למ"ד ונתנה אמתלא. אך לפי מ"ש א"ש דעיקר קושית המקשן הוא משום דמשמע ליה דוחזרה היינו באותו מעמד דאל"כ בלא"ה לא פריך מידי דהא יש לומר דנאמנת במיגו דמת בעלי ולכך משני בפשיטות כגון שנתנה אמתלא ואין להאריך:

ובענין זה אי מועיל מיגו במקום דשוי' נפשה ח"ד הארכתי הרבה בתשו' א' ושם הבאתי דברי הש"ך ב סימן פ"ב בשם הר"ש מקינון במ"ש מיגו לא מהני רק תכ"ד שמבואר שם

דס"ל דמיגו מהני במקום דשוי' נפשה ח"ד. וגם הבאתי דברי מחו' הגאון החסיד בספר כתובה ובספר המקנה הל' קידושין סימן מ"ז וגם הבאתי שם דברי הנ"י בב"ב פרק י"נ גבי אמר זה בני וחזר ואמר זה עבדי ודברי הרמב"ן במלחמות בקידושין במי שאמר בשעת מיתתו יש לי אחי' כו' והרחבתי הדיבור בכל זה והעליתי שם דהיכא שהדבור אינו רק לחובה או לתועלת עצמו יכול לחזור בו מחובה לזכות היכא דאית ליה מיגו וכגון ההיא שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני דהא אין כאן גדר עדות כלל רק בע"ד ובכה"ג שאינו בגדר עדות ואית ליה מיגו טוען וחוזר וטוען. אבל היכא שהדבור נוגע לאחרים בין מדברים הנוגעים בממון בין מדברים הנוגעים באיסור כגון בההוא דאמר יש לי בנים והיה נאמן ע"ז שוב אינו נאמן לסתור דבריו הראשונים. וכן ההוא דב"ב אמר זה בני כו' אף דאית ליה מיגו כיון שהוא לחוב לאחריני אין המיגו מועיל לחזור מדבריו הראשונים. ועדים שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות שאני דאין זה הכחשה לדבריהם הראשונים אלא שנותנים אמתלא לדבריהם למה חתמו בראשונה ונאמנים הם במיגו על האמתלא שלהם. ועוד הארכתי שם בדברי הר"ן בתשובה סימן מ"ז ושם ביארתי כי לכאורה דברי הר"ש מקינון הם תמוהים דדוקא באמרה גרושה אני שייך מיגו ולא בחזרה ואמרה פנוי' אני וכתבתי שם ישוב הדברים ומחמת הנחיצה לא העתקתי רק איך שיהי' למדנו מדברי הר"ש מקינון והש"ך דמהני מיגו אף היכא דשוי' נפשה ח"ד וכן נראה לכאורה דמה בכך דמעיקרא שוי' נפשה ח"ד הא בנותנת אמתלא ג"כ עתה היא באה לעקור דבריה הראשונים שעשתה נפשה ח"ד ולא עלה על לבינו שום ספק בדבר ואפ"ה מהני עקירה דידה ונאמנות בכך לתפוש לשון אחרון לפי שהי' אומרה דברים של טעם שהי' מגלה לנו שלא אסרה איסר על נפשה רק שפתי' נעות לחפאות דברים אשר לא כן לפי שהשעה צריכה לכך. וא"כ היכא שיש לה מיגו שהיתה טוענת טענה שנאמנת בה והוא ששקר דברה מתחילה יש לנו להאמינה מחמת המיגו. אע"פ שאין כאן אמתלא מ"מ מחמת המיגו אמרינן דמסתמא הי' לה איזה טעם כמוס עמה שהוצרכה לומר שקר זה אע"פ שאין הטעם מבואר בפנינו מ"מ המיגו שיש לה הוי כרגלים לדבר שהאמת אתה בזה וא"כ מיגו ואמתלא שוים דבתרווייהו לא איכפת לן במה דשויה נפשה ח"ד ומכ"ש לפי מה שכתבתי מדברי המשנה למלך פ"ט דאישות דהיכא דעדים מסייעו לחזרה מהני. ואע"ג דבקידושין ד' ס"ד פליגו רבי ורבנן אי מה לי לשקר כעדים דמי אי כחזקה דמי ואף מאן דס"ל דכחזקה דמי היינו דוקא משום שהוא דבר שבידו למפטרי' בגיטא כמ"ש הר"ן שם דמהאי טעמא הלכה כר' אע"ג דלא אפשיטא האיבעיא אי אמרינן מיגו במקום חזקה מ"מ י"ל דעכ"פ לא גרע מחזקה ודוקא לגבי חזקה אמרינן דלא עקרה חזקה. אבל עכ"פ

לענין זה מהני שיהא מסייעו בחזרתו להאמינו בזה דהא בעלמא מהימנינן ליה במיגו כמו דמהימן בעדים דא"ל דכיון שאדם נאמן על עצמו יותר מעדים גם מיגו לא מהני דהוי כמיגו במקום עדים דא"כ גם עדים לא הוי מהני לחזרה אלא ודאי דז"א דמ"מ איכא למיתלי דבריו הראשונים שאמר כן מחמת איזה האמתלא שאינה גלוי' לנו (ואף לפי מה שכתבתי לעיל בטעם דמהני עדים לחזרה היה אפשר לחלק אך אין נלענ"ד לחלק ביניהם ומסתברא דלענין זה מיגו כעדים דמי) ועיין שיטה מקובצת לב"ב פרק י"נ דאהך קושיא שכתב הנ"י דהא אית ליה מיגו דאי בעי יהיב לכולי נכ סימן מתרץ בע"א ממ"ש הנ"י וא"כ משמע מדבריו דמהימן במיגו לחזור מהודאתו. וכבר כתבתי דאף הנ"י לא קאמר אלא התם לפי שדבורו מחייב ומזכה לאחריני וזה נלענ"ד ג"כ בפירוש דברי הר"ן בכתובו' שאם אמרה נתקדשתי לפלוני לא מהימנא בשום מיגו דלא כל הימנה לחוב לו והיינו דכיון שהדבר נוגע לאחרים לא מהני מיגו לחזור מהודאתו אף בדברי הרא"ה ליתא הלשון שכתב הר"ן בשום מיגו רק כתב דלא מהני אמתלא וכבר עמדו בזה האחרונים ועיין בח"מ וב"ש שכתבו שיש בזה מיגו דגרשתני ובאמת י"ל דגרשתני אינה מיגו דהא פסלה נפשה מכהונה ויש פלפול בזה ולקצר אני צריך וכ"ז אפילו במיגו לחזור מהודאתו בלא אמתלא כלל משא"כ בזה שעכ"פ אומר אמתלא אלא שאנו מגמגמים אם כה"ג מיקרי אמתלא טובה שתהא יכולה לחזור מחמתה לבד מ"מ בזה כ"ע מודו דהמיגו מסייעו להחזיק כח האמתלא ומה שאמר מלתא יתירתא אינו אלא להחזיק דבריו. ומכ"ש לפי מש"ל לצדד דאפשר שהוא אמתלא טובה א"כ לית לן להחמיר כולי האי ולפי מה שבררנו שיש כאן מיגו א"כ אין להחמיר ג"כ בשביל שהוחזק למ"ד יום דהא אף היכא דאיכא חזקת א"א גמור' אמרינן מיגו וכמ"ש בנ"ב סימן. ומוכח הכי מגיטין ד' ס"ד אי אמרה קמאי דידי לגירושין כו' (וביבמות אמרינן מיגו טובא לגבי חזקת א"א אלא דשם י"ל דחזקה דדייקא מרע לחזקה דא"א ואף שבאו"ת בכללי מיגו העתיק דלא אמרינן מיגו במקום חזקת א"א ועיינתי בכה"ג וראיתי שכתב וז"ל מיגו להוציא מחזקת א"א בעדות ברורה לא אמרינן מהריב"ל ורבינו ב"י באה"ע סימן קנ"ו לדעת הרשב"ם ורבינו ירוחם ומדבריו שם מוכח דלדעת הרמב"ם אין ללמוד זה עכ"ל) וכוונתו מבוארת למ"ש שם דדוקא במוחזק באחים אז מהימן יש לו בנים אבל אם ידוע בעדים שיש לו אחים וא"כ היא בחזקה ליבום עפ"י עדות ברורה לא אמרינן מיגו ועיין בב"י סימן קנ"ז בשם ריי"ו ונראה שכוונתם בזה ליישב הא דהקשו הפוסקים שם דהאיך אמרינן כאן מיגו ובעלמא מספקא לן אי אמרינן מיגו במקום חזקה. ולזה באו לתרץ דהכא שמה שהוחזקה ליבום אינו מצד שהיה מתחלה עדות ברורה רק מעיקרא בחזקה אתינן עלה שפיר מהימנה במיגו ועכ"פ מבואר מזה

דכל שאין החזקה מחמת עדות ברורה שפיר אמרינן מיגו. וא"כ פשיטא בנ"ד שהחזיקה בזה אינו צד עדות ברורה דאמרינן מיגו ואפילו למאן דפסיק התם כר"נ וס"ל דלא אמרינן מיגו דעקרה חזקה לגמרי כגון דמוחזק באחי ואומר אין לי אחים ומדמי ג"כ חזקה זו לשאר חזקות דמספקא לן אי אמרינן מיגו כמבואר בדברי הרא"ש בקידושין מ"מ מודה בזה כיון שאינה חזקה רק שנצמח מפיו לבד ועל ידי אמירתו לבד הוחזק שפיר מהני מיגו לכ"ע. ובאמת דברי הרא"ש בזה ושאר מפורשים שכתבו לדמות הך דקידושין להך דב"ב צ"ע שהרי י"ל דשאני התם דחזקה מצד סברא הוא דחזקה אין אדם פורע וכיון דמגו נמי מצד סברא הוא דמה לו לשקר אמרינן מאי אולמי האי סברא מהאי סברא משא"כ חזקה דמעיקרא דהיינו שאין לב"ד הנולד וההשתנות כההוא דויצא הכהן כו' אפשר דשפיר מהני מיגו דסברא הוא שכך אירע הענין במקרה שנשתנה. וכה"ג חילק מהרי"ק ומהרי"ט בתשובה לענין הא דאמרינן בעלמא לאוקומי חזקה נגד חזקה. ואמנם נראה כוונת הרא"ש בזה דס"ל דהתם שהיה מוחזק באחים והוא אומר אין לי אחים ואנו רוצים להאמינו ע"ז במיגו כמיגו במקום חזקה מצד סברא דמי דבשלמא אם היה אומר שיש לו אחים ומתו או יש לו בנים אין זה רק כסותר החזקה דמעיקרא שהיתה מוחזקת ליבום אבל כשהוא מוחזק באחים והיינו שהוחזק כן זמן רב וע"י המנהג ההרגל ועתה הוא אומר שאין לו ובא לעקור דבר זה שהיינו מוחזקין בו מצד אומדן הדעת גם זה חזקה מצד סברא הוא ולא מהימן במיגו ועיין בדברי אא"ז בבכ"ש בקידושין שהשיג על הב"ש שהקשה על ראיי' הרמב"ם ממכה אביו ואמו והוא מהירושלמי דא"כ הוה ליה למילף בש"ס דידן דאזלינין בתר חזקה וע"ז כתב שאין הנידון דומה דהתם הדבר ידוע בבירור וספק שמא נשתנה אח"כ אבל בההוא דמלקין כו' הוא דבר שאין ידוע בבירור אלא מחמת אומדנא מחזיקין שהוא כך ע"ש ונראה שר"ל די"ל חזקה זו שהוא מצד סברא ואומדנא עדיף. ולפ"ז גם בנ"ד דהוחזק זמן רב וחזקה דמחמת אומדנא הוא ולא נימא בו מיגו לדעת הרא"ש אבל כבר כתבנו דחזקה דהכא שאינה רק מפיו לכך גרע טפי וכמ"ש הרא"ש בתשובה וכן משמע חילוק זה במהרי"ק ועיין בספר קרן אור שהביא שם תשובת אא"ז הגאון בעל ת"ש ותשובת הגאון בעל פ"י ז"ל בענין מיגו במקום חזקה ומצאתי שם בדברי הגאון בעל פ"י שכתב שם ג"כ חילוק זה דהיכא דאין החזקה רק מפי עצמו שפיר אמרינן מגו במקום חזקה ושמחתי ועכ"פ אין לדמות הך החזקה לחזקה דאין אדם פורע שהוא חזקה אלימתא שמוציאין ממון על פיו משא"כ כאן דאפילו תימא דספקא אי חזקה כי האי עדיפא או מיגו ספיקא לקולא. וגם דעת כמה פוסקי' דהאי בעיא נפשטה בדוכתא אחריתי דאמרינן מיגו במקום חזקה ועוד נלענ"ד דע"כ לא מספקא לן אלא היכא

דאע"ג דנימא מיגו מ"מ החזקה בדוכתא קיימא כגון ההוא דאין אדם פורע שהרי אי אפשר לומר דחזקה זו מעיקרא טעותא הוי וכן בההוא דקידושין אע"ג דמחמת המיגו אמרינן דחזקה דאחים מעיקרא בטעות הוי מ"מ אדרבה גרע טפי שבאנו לסתור במיגו זו ולעקור החזקה לגמרי וכמ"ש הרא"ש שם משא"כ בנ"ד שזה באמת אומר אמתלא אלא שאנו מפקפקים באמתלא זו החזק הוא הרפה וע"י המיגו אנו מחזקים האמתלא לומר שכדבריו כן הוא וההחזקה שהחזקנו ע"י דבריו הראשוני' בטעות הי' שלא אמר כן רק מחמת האמתלא אין זה דומה למיגו במקום חזקה כלל. וכה"ג כתב המרדכי הנ"ל פ"ג דקידושין מתשו' מהר"מ בענין השליח שלא אמר מקודשת לי דאע"ג דעד אחד לא מהימן היכא דאיתחזק איסורא היינו דוקא היכא שגם לדברי העד עכ"פ ג"כ אתחזק משא"כ היכא שלדברי העד מעיקרא לא איתחזק כלל ע"ש. וה"נ לענין מיגו י"ל כה"ג וזה י"ל טעם רמ"א ופ"י דמבואר מדבריהם דאף בחזקה דלמ"ד יום מהני אמתלא משום דע"י האמתלא אנו עוקרין החזקה למפרע ואמרינן שהוחזק בטעות והב"ש סבירא ליה דאין לעקור החזקה מחמת האמתלא. אבל היכא דאיכא נמי מיגו נראה דגם הב"ש מודה דע"י המיגו אנו אומרים שהאמתל' אמת והחזקה מעיקרא ליתא ובנידון זה שהוא דרבנן נראה שאין להחמיר בכה"ג שיש מיגו ואמתלא אף שאין האמתלא טובה כל כך ומכ"ש שיש מקום לומר שהאמתלא טובה ואין לומר בזה ספיקא לחומר' כיון דרק מנהג הוא וכד"ס שספיקו להקל כמ"ש הב"ש בשם הד"מ להדיא וגם כי חומרא דאתי לידי קולא הוא דקא מפקע לו ממצות פ"ו ושבת שהוא דאורייתא. ואדרבה אית לן למיזל לחומרא בספיקא דאורייתא ומכ"ש כשהוא בעצמו כן שעדיין הוא פנוי ומוטל עליו מצות פ"ו ושבת איך נבטלם ממנו ע"י ספיקא דידן במידי דרבנן ומ"מ נראה שיש לאיים עליו בב"ד ולהודיעו חומר חרגמ"ה הכל לפי מה שהוא אדם ואם כה יאמר כי בצדק אמרי פיו כי פנוי הוא לא נחשדו ישראל על כך ובפרט שהוא ג"כ מילתא דעל"ג כמש"ל כנלע"ד וה' ירום קרנו ישוה עליו הוד והדר. בקודש נאדר. דברי אוהב בא בחיבה ותדיר זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה ב

שאלה באיש אחד שאירע לו חולי ורקבון בביצה השמאלית שלו בעודנו נער קטן והיה מסוכן מאוד. ושאלו לרופאים ואמרו שאין לו תקנה עד שיחתכו הביצה וכן עשו לו וכעת הגדיל ונפשו בשאלתו אם מותר לבוא בקהל ישראל. ונשאלתי מחכם מופלג אחד שצידד בזה בכחא דהיתרא וביקש ממנו לחוות דעי בזה תשובה עיקרא דהא מילתא תליא באשלי רברבי דאמרינן ביבמות אמר ר"י בנו של ר"י ב"ב שמעתי מפי חכמים

בכרם ביבנה כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו אלא סריס חמה וכשר סריס חמה ס"ד אלא הרי הוא כסריס חמה וכשר ודעת ר"ת וסייעתו דריב"ב מיירי אף בידי אדם. והרמב"ן וסייעתו סוברים דריב"ב מיירי בידי שמים דווקא. והנה הרמב"ן נשען בזה על דברי בה"ג שכתב וז"ל וה"מ כ"ש בידי אדם אבל בידי שמים כשר אמר רבא דיקא נמי כו'. למימרא דפצוע ממעי אמו כשר והיכא דכי איתיילד בחדא ביצה הוא דהוא כשר דתניא אמר ר"י בנו כו'. והיכי דמי פצוע דכה כדתנן פצוע דכה כל שנפצעו ביצים שלו ואפילו אחת מהן כו'. ומזה מבואר דמפרש דברי ר"י דווקא שנולד כך ממעי אמו וצריכין אנו לדחוק לפי"ז הא דנקט דאתיילד בחדא ביצה הוא לאו דווקא דה"ה אם נולד בלא ביצים כלל אלא משום דלא שכיח שהוא נולד ושני הבצים יהיו חסרים וכמו שנדחקו בדברי הש"ס בזה ואני תמה מאוד דמלבד שהדוחק הגדול מבואר ובפרט בדברי בה"ג דדינא קא בעי לאשמעינן דממעי אמו כשר אף שנחסרו הביצים לגמרי והו"ל למינקט בהדיא דאף בשני בצים כשר בכה"ג ולא הו"ל לסתום כ"כ במקום דאיכא למיטעי. ובשלמא בעדות של ר"י ששמע בכרם י"ל דנקט הכי לפי ששמע אז על עובדא כזו דאיקלע קמייהו אבל פוסק וודאי צריך לפרש דבריו בכל כה"ג אף גם זאת תמה אקרא על מה שבאו לכלל ישוב בהא דנקט ביצה אחד משום דשכיח נקט דהתינח לשיטת הש"ג בשם ריא"ז דבי"ש היינו שנולד כך ממעי אמו. משא"כ לפי מ"ש רש"י דאף ע"י רעמים וברד מיקרי בי"ש והוא דעת כל הפוסקים וגם רוב הפוסקים סוברים דגם ע"י חולי מיקרי בי"ש וכמ"ש לקמן א"כ מאי פסקא דנקט ביצה א' דאטו רעמים וברד או חולי בביצה א' שכיח דשלטי ובשניהם לא שכיח דדבר ברור הוא ששניהם מקרה א' להם ואין יתרון לשנים מן האחד לעמוד נגד חמת המציק אשר כונן להשחית אותם. ולפי הגירסא דירושלמי דאיתא שם ר"י אומר כו' כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו מוליד. וזהו סריס חמה כו' איכא למימר דבא להשמיענו דאפילו יש לו ביצה אחת מ"מ אינו מוליד ונ"מ דצריך לחזור על בניו כו' ומ"מ הוי כסריס חמה וכשר לבוא בקהל כיון דבי"ש הוא וה"ה לחסרו שניהם דפשיטא דאינו מוליד ומ"מ כשר. אבל לפי גרסת ש"ס דילן דליתא בדברי ר"י הא מילתא דאינו מוליד א"כ מדנקיט ביצה א' משמע דאם חסרו שניהם אין דינו כסריס חמה וא"כ ע"כ דבידי אדם מיירי. ולולי דברי קדשו דהרמב"ן היה אפשר לומר דלענין פציעת ביצה שפיר מסתבר לחלק בין בי"ש ובין בני אדם. דאם נולד בביצה אחת אפשר דהדרא בריא והפצוע מתרפא משא"כ בידי אדם ומה דאיתא בספרי פ"ד חוזר יבואר לקמן משא"כ אם ניטלו הבצים לגמרי דוודאי ליתא בחזרה אף אם הוא בי"ש א"כ אין לחלק בזה בין בידי אדם ב"ש ואדרבה היה אפשר לומר דחסרה אחת בי"ש גרע טפי שלא היה מוכשר

מעולם להזריע כדרך כל הארץ שמולידים זרע ע"י שני בצים משא"כ היכא שניטלו אח"כ אפשר שאין חדרי הזרע מתקלקלין ע"י נטילת ביצה וכמ"ש ר"ת וסייעתו דטובא איכא דמולידין ע"י נטילת ביצה אחת. ולכן קאמר בה"ג דאף אי אתיילד בחד ביצה הוי דינא שהוא כסריס חמה וכשר. וה"ה כשניטלה דהכי קים להו דניטלה לגמרי אינו מבטל זריעתו והיכי דמי פ"ד כגון שנפצעו כו'. ולפ"ז אפשר דאם חסרו שני הביצים אפילו נולד חסר הוא פסול דע"כ לא מכשרינן בנולד כך אלא בפצוע משום דבי"ש חוזר להכשירו וכדכתיבנא. וקצת סיוע יש לדברי מסוף דברי בה"ג שם שכתב פ"ד וכ"ש סריס אדם כו' ואם קדם לייבם קנה ואסור לקיימה ומוציאה בגט ואפילו ניקבו ביציו או נימוקו בצים או חסרו בצים או שניקבה ביצה או שנימוק' ביצה אחת לא יבא בקהל ה' עכ"ל. עיניך הרואות דלענין ביצה א' נקט ניקבה ונימוקה ואלו חסרה שיירה וזה משמע דס"ל דחסרון ביצה א' אינו פוסל ואפילו חסרון במקצת אינו פוסל כל שאינו דרך פציעה ואפילו תימא דדווקא חסרה כולה אינו פוסל וכמ"ש ר"ת לדמות לטחול מ"מ כיון שבכלל שחסרה הוי נמי חסרה כולה ובכה"ג ס"ל להכשיר כדברי ר"י בנו של ר"י. ולכך השמיט חסרה אחד וראיתי בשאלתות דרב אחאי גאון פ' כי תצא דשם איתא ככל לשון בה"ג מרישא לסיפא רק במקום שכתב בבה"ג והיכא דכי איתיילד איתא שם והיכא דלית ליה אלא חד ביצה כו'. ולשון זה אפשר לפרש אפילו בידי אדם ומה דמסיים שם ואפילו אחד מהן ואפילו ניקבה ואפילו נימוקה וחסרה עכ"ל. הך חסרה י"ל שחסרה מקצת ממנה וכמ"ש רש"י לפרש ואפילו חסרה וניקבה היינו נקב מפולש בלא חסרון וכמ"ש הפוסקים ז"ל אבל חסרה כולה אף בידי אדם כשר וצ"ע והרי"ף ז"ל הביא הברייתא כצורתה. והרא"ש ז"ל כתב בדעתו דמשמע דפליגי רבנן ור"י בנו של ריב"ב והלכה כרבנן וכ"כ הנ"י בדעת הרי"ף ולפענ"ד צ"ע דוודאי אם נאמר דפליגי מסתבר לומר דהרי"ף דעתו לפסוק כרבנן אבל באמת אין הכרע כלל לומר דפליגי אלא או דסבירא ליה דר"י דווקא בנטילה לגמרי מכשיר וכדעת ר"ת או דר"י בי"ש ובהכי א"ש מה שהביא הרי"ף דברי ר"י בסתם והו"ל לפרושי דלית הילכתא כוותיה דכיון דמתניתין דכרמא הוא איכא למיטעי ולפי מ"ש דלא פליגי א"ש. ומצאתי בספר הזכות להרמב"ן ז"ל שהביא שם דברי הראב"ד ז"ל שמשיג על הרי"ף ומשמעות השגתו דה"ל לפרושי דהלכה כר"י בזה ואפילו בידי אדם שמעשים בכל יום בב"א שלוקים בביצה אחד והרופא חותכה והם מולידין. והרמב"ן מגן שם בעד הרי"ף. וכתב שאחרים מפרשים (דברי הרי"ף) דר"י לא פליג את"ק דמודה ר"י בניקבה ונימוקה אבל ניטלה לגמרי מכשיר כו' ואנו תפוסים מבה"ג דר"י בידי שמים קאמר כו'. ועכשיו נתברר דעת רבינו בהלכות שכתב הברייתא סתם] ולא פסק בה הלכה שאין ר"י

חולק כלום אלא עדות העד ומקבלין ממנו עכ"ל מבואר כמ"ש. ונראה דהרא"ש סובר דאם היה הרי"ף מפרש דר"י מיירי בי"ש ג"כ היה לו לבאר זה ומכ"ש אם הי' סובר כר"ת וכמ"ש שם דמידי דבעי טעמא הוא אבל לפי דברי הרמב"ן נהפוך הוא דאם איתא דס"ל דפליגי הי' לו לפרש הלכה כמאן וכמו שהקשה הראב"ד אלא ע"כ דרי"ף סובר דלא פליגי. ולפ"ז אפשר דהרי"ף סובר כר"ת שדוחק לפרש דמיירי בי"ש דהא הרי"ף מייתי בתר הכי הא דאמר שמואל בי"ש כשר ומשמע אפילו בתרווייהו וא"כ ל"ל לאתויי הא כלל ואע"פ שי"ל שדרך הרי"ף לכתוב הברייתא כצורת' כל שאינו סותרת הדין וכיון דהוצרך לאתויי הברייתא לאשמעינן דאפי' ניקבו כו' אייתי נמי האי דר"י מ"מ הא גופא קשיא דמה חדית לן שמואל במה דאמר פ"ד בי"ש כשר. ומ"ש דממתניתין דכרמא שמיע ליה הכי מ"מ ה"ל למימר בסתמא הלכה כר"י וכעין זה מקשינן בכמה דוכתי גנבא גנובי כו'. וע"כ לומר דמהך דר"י לא שמעינן רק היכא שחסר לגמרי בי"ש והוה ס"ד דפצוע גרע טפי ואפי' בי"ש פסול וכראיית ר"ת מטחול קמ"ל דגם בפצוע הדין כן. ובהכי א"ש לדידהו מה שקשה לכאורה למה מייתי דרבא דקאמר דיקא נמי דקרינן פצוע וכן הא דאמרינן תנא לא יבא ממזר כו' אמילתיה דשמואל וה"ל למימר כך אמילתיה דר"י ולפי מ"ש, א"ש דר"י מיירי לענין חסר לגמרי דמסתבר טפי להכשיר ורבא מייתי סיעתי' דפצוע נמי הדין וכן מוכח בהיקשא דממזר. אלא דלפי"ז איכא למימר דקושטא דמילתא הכי דחסר לגמרי כשר טפי מפצוע ואפילו בידי אדם מפלגינן בהכי. ועכ"פ לפי מ"ש אין הכרח בדעת בה"ג והרי"ף ז"ל שיחלוקו על ר"ת בזה. אולם דעת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א ז"ל בביאור שחולקים על ר"ת וסייעתו וכ"כ הנ"י בשם הרא"ה והריטב"א ז"ל וכן משמע דעת ה"ה ז"ל. וכבר כתבתי שמה שכתבו ליישב הא דנקט ביצה אחת משום דלא שכיח שיחסרו שניהם הוא דחוק מאוד גם יש לתמוה לפי מ"ש הרמב"ן דאין לו אלא ביצה אחת מתחלת יצירתו משמע צ"ע. דא"כ מאי פריך סריס חמה ס"ד דמאי קשיא ליה דהא קושטא דמלתיה הכי הוא. ומ"ש בנ"י לישב זה משום דסריס חמה משמע מתחלת ברייתו כדאמרינן לקמן שהוא לקוי ממעי אמו לכאורה תמוה. ונראה כוונתו לפי מ"ש רש"י דע"י רעמים וברד הוה בי"ש ולדעת כמה פוסקים אף מחמת חולי הוה בי"ש, וא"כ פריך שפיר דלמה נקט סריס חמה דהא בנידון זה כשר אף אם לא חסר ממעי אמו רק שנחסר אח"כ בי"ש. אך לפי מ"ש הרמב"ן דאין לו אלא ביצה אחת מתחלת יצירתו משמע אין מקום לישוב זה דהא שפיר קרי ליה סריס. ולפי דבריו צ"ל כמ"ש הנ"י אח"כ ועוד דסריס חמה אין בו חסרון אבר. ומ"מ צ"ע כיון דעיקר הא דמיקרי סריס חמה היינו משום דלא זרחה עליו השמש שעה א' בכשרות א"כ מהיכי תיתי לא יהיו

שייכות לקרות זה שחסר ביצה ונעשה סריס ע"י זה סריס חמה ועיקר שם סריס הוא לפי שאין לאיש גבורתו הן מחמת חסרון אבר או ד"א הגורם לו ופשטא דמילתא הוא לפי מה ששנינו שם אמר ר"ע אני אפרש סריס אדם חולץ כו' סריס חמה לא חולץ הרי דסריס חמה הוי הפוכא דסריס אדם. וכיון דפריך סריס חמה ס"ד משמע דזה באמת סריס אדם הוא. ועלה משני אימא הרי הוא כסריס כו'. וגם צ"ע לפי מ"ש הרמב"ן דאין לו מתחלת יצירתו משמע דלמה באמת נקט ר"י הכי שהרי אף אם באמת נולד אח"כ בי"ש הדין כן. ולדעת הרמב"ן גופא אפילו ע"י חולי כבי"ש דמי וכמ"ש לקמן:

ומ"ש הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והריטב"א דבירושלמי איתא דר"י בי"ש איירי הנה התוס' דקדוקו בדבריהם דמשמע בירושלמי למסקנא דר"י בידי אדם מיירי והיינו משום דמעיקרא בעי לאוקמי הברייתא דבי"ש כשר כר"י ולבסוף מסיק דתרוייהו כרבנן ע"ש אך הרמב"ן בספר הזכות מייתי כל לשון הירושלמי בזה וכתב דמפורשת הוא דר"י בפ"ד בי"ש מיירי אלא דרב אחא מהדר לאוקמי תרתי מתניתא דכי קאמרי רבנן אפילו נקבו אפילו נימוקו כגון שהעלתה ביצה שלו חטטין ומי מחמיר בה (בירושלמי שלפנינו איתא מי מחכך בה וכן העתיקו פוסקים אחרים וכן משמע מלשון שאח"כ ומי מסית) מפני שהוא בידי אדם. כלומר מחמת חולי ולא מתחלת ברייתו ומפני שהוא בי"ש דמאליו בא לו והיינו דקרינן ליה באידך ברייתא בי"ש ועלה קתני בין בידי אדם ובין בי"ש פסול והך מתנית' אחריתי דקתני בידי שמים כשר כגון שנולד פצוע כו' עכ"ל. ולפ"ז צ"ל דלמסקנא לא פליגי רבנן עם ר"י דלתרווייהו נולד כך כשר ובידי אדם פסול ולא משמע כן בירושלמי דקאמר בשם כמה אמוראים הלכה כר"י כו'. מכלל דפליג כמ"ש הראב"ד ודוחק לומר דלפי דברי רב אחא באמת לא פליגי. גם צ"ע לפי מה דכתב הרמב"ן בשם הרמב"ם להכשיר כל בי"ש ואפילו ע"י חולי וחטטין וכן הדברים מטין כו' וע"כ לומר דאע"ג דבמסקנת הירושלמי מוקמינן הא בכה"ג וזהו מחלוקת שבין ר"י לרבנן דבנולד לד"ה כשר ובנכרת ע"י אדם לד"ה פסול. כי פליגי ע"י חולי וחטטין וה"ל לר"י למימר שמעתי שע"י חולי וחטטין כשר. איברא שלענ"ד בלא"ה דברי הירושלמי צריכין ביאור מ"ש הוי בעיין מימר מאן דמר בי"ש כשר ר"י בנו של ריב"ב מאן דמר בי"ש פסול רבנן כו'. ובאמת לא נזכר בדבריהם פלוגתא בזה ואדרבה גם מדברי רבנן נשמע דבידי אדם מיירי דוקא מדנקט כל שנפצע ביציו ולא נקט כל שביציו מפוצעים וכמו דדייק רבא מדקרינן פצוע כו'. ולכן נלענ"ד בביאור דבר הירושלמי עפ"י מה דאיתא בתוספתא דיבמות פרק יו"ד אחר דברי ר"י בנו של ריב"ב קאמר אמר ר' יוסי מעשה באחד בכפר מנדין שעלה לראש זית ונפל ונפצעה אחת מביציו ובא ובעל את אשתו ומת ושאלו את ר' יוחנן ב"נ אמר

להם עד שאתם שואלים שתתייבם שאלוני מהו שתאכל בתרומה שנפסלה מן הכהונה ופסולה מלאכול בתרומה עכ"ל. הנה מבואר למעיין דר"י לפלוגי אדר"י אתא מפסקא דר"י ב"נ דאפילו בנפצע בביצה אחד פסול. ולכאורה תיקשי מנ"ל לר"י לאפלוגי אדר' ישמעאל מעובדא דר"נ ב"י דלמא כששמע ר"י מהחכמים בכרם היינו כשהוא בי"ש ועובדא דר"י ב"י בידי אדם הוא. וע"כ לומר דס"ל לר"י דליכא לפלוגי בהא בין בי"ש ובין בידי אדם כלל ור' ישמעאל ס"ל דלא פליג פסקא דריב"נ על עדותו מחכמים בכרם דהתם בידי אדם והכא בידי שמים. וא"כ א"ש הא דקאמר הווי סברי מימר דהא דתני בידי שמים כשר ר"י כו' ולפי הס"ד דהירושלמי הי' צ"ל דדוקא בביצה א' יש לחלק בין בידי אדם לי"ש ולכך נקט ביצה א' דוקא. ולזה קאמר רב אחא דאיכא לאוקמי כולה כרבנן משום דאיכא תרי גווני בי"ש. שהפצעים באים ע"י חיכוך בחטטים אלו ואידך גווני שנולד כך זהו בי"ש גמור דכשר אף שנפצעו שניהם ולפ"ז כי בעינן לאוקמא מילתא דר"י ששמע בכרם ע"כ דלא מיירי בי"ש דהיינו שנולד כך דא"כ לא הוה פריך ליה ר"י ממעשה דריב"נ. דהא בי"ש כה"ג כ"ע מודו דכשר אפילו בשני הביצים וע"כ דמיירי בידי אדם ואפילו בשעלתה חטטין נמי בידי אדם מיקרי ואפ"ה מכשיר. ולהכי שפיר פריך ליה ר"י מעובדא דריב"ל ולפ"ז אי קי"ל כר"י בנו של ר"י ב"ב בהא אפילו בידי אדם נמי כשר ובשלמא לפי הס"ד שלא היה יודע לפרש הברייתא דבי"ש פסול דמיקרי בי"ש כשעלתה חטטין והי' סובר דבי"ש היינו שנולד כך ואפ"ה פסול והכי ס"ל לר"י ולכך פריך לר' ישמעאל מעובד' דר"י ב"נ דס"ל דאין חילוק בין בי"ש לבידי אדם כלל. ור' ישמעאל ס"ל דלענין ביצה א' שפיר יש חילוק בין בידי אדם לבידי שמים. דבשביל חסרון ביצה א' לא הוה סריס גמור ואע"פ שאינו מוליד מ"מ הוה כסריס חמה. משא"כ כשחסרו שניהם אע"פ שנולד כך מ"מ כיון שחסר כל עיקר כלי הזרע אין להכשירו. או אפשר דגם בחסר שניהם מכשיר רק דלא שכיח כמ"ש הרמב"ן. ולכן שפיר רוצה לאוקמא הברייתא דמכשיר בי"ש כר"י ובריית דפסול כרבנן. משא"כ אליבא דרב אחא דאמר כולה רבנן ובנולד כך אפילו רבנן מכשרי. וא"כ במאי פליג ר"י על ר' ישמעאל וע"כ דר"י מכשיר בכל גווני אפילו בידי אדם דליכא למימר דר' ישמעאל לא מכשיר כ"א כשנכרת ע"י חטטין וס"ל דבכה"ג בידי שמים מיקרי. ור"י פליג עליו ומדמי ליה לנפצעו ביציו ע"י נפילה שאפילו באחת פסולה דפשיטא דכל זה אינו במשמע בדברי ר' ישמעאל ור"י כלל. ואין להאריך. ועכ"פ מפשיטות דברי התוספתא למדנו דר' ישמעאל אף בידי אדם מכשיר מדמייתי עלה ר"י מהא דנפל מראש הזית. גם מבואר דלא מחלקינן בין ניטלו לנפצעו וכמ"ש ר"ת ז"ל דהא עובדא דר"י ב"נ בנפצע א' מביציו מיירי. גם מוכח שהבין

ר"י בדברי ר' ישמעאל דשריותא דידי' משום שאין החסרון רק א' מביציו לבד ולכך מייתי מהאי דנפצעו אחת מביציו. ואילו לדברי הרמב"ן ודעימי' ר"י בי"ש מיירי ולאו דווק' נקט אחת מביציו. ולדבריהם צ"ל דר"י לא קאי כלל על ר' ישמעאל רק מילת' באנפי' נפשי' קאמר דפסול בנפצע א' מהן שבדברי ת"ק שם בתוספת' לא נזכר זה דפסול אפילו בי"א וזה דוחק גדול שלמה הפסיק באמצע בדברי ר"י כיון דמילת' אחריתי הוא דמיירי בי"ש. ולפי דברי ר"ת י"ל דתלמוד' דידן דלא הזכיר בדברי ר' ישמעאל שאינו מוליד וזהו גירסת הספרי שפיר י"ל דלא פליג את"ק וס"ל דנפצעה גרע מניטלה דבניטלה יש לו רפואה ואפשר שמוליד ולא ס"ל כהברייתא דתוספתא דר"י דפליג אר' ישמעאל משא"כ התוספתא ס"ל כירושלמי דגרס בדברי ר' ישמעאל שאינו מוליד (אעפ"י שבתוספתא שלפנינו לית' אפשר שנשמט זה מחמת ט"ס) ולפי"ז ס"ל דאין לחלק בין נפצעה לניטלה כדמשמע מדברי ר"ת. ולהכי מייתי שפיר מעובדא דריב"נ. ומ"מ ס"ל לר"ת דהילכתא כר' ישמעאל בזה דמתניתין דכרמא הוא. וגם בירושלמי דעת האמוראים) לפסוק כר"י ויותר נראה לשיטת ר"ת דכיון דת"ק לא הזכיר הדין רק בשניהם ע"ז קאמר ר' ישמעאל להכשיר בניטלה א' ור"י קאמר לפסול בנפצעה א'. וכ"א מה דשמיע ליה קאמר ולא פליגי כלל ולפי דברי הרמב"ן דר"י בי"ש ולאו דווקא אחת ור"י בא לאשמעינן בנפצעה בידי אדם אפילו אחת פסול ואחת מביציו הוא דווקא דהא כל עיקר שאלתם מהו שתתייבם לפי שלא נפצעה רק אחת ועלה השיב להם דפסול מתרומה כו'. וזה דוחק גדול כיון שבדברי ר"י א' דווקא. גם בדברי ר' ישמעאל יש לנו לומר דאחת דווקא הוא. גם יש לתמוה לפי שיטתם הא דאמר בירושלמי דאמר שמואל אם יבוא לפני בעל ביצה אחת אני מכשירו דאם איתא דבי"ש קאמר לא הו"ל למינקט האי לישנא כלל אלא הו"ל למימר אם יבוא לפני פצוע או ניטל בי"ש אני מכשירו וכלישנא דאמר שמואל בתלמודא דידן פ"ד בידי שמים כשר ומדדייק בלישנא בעל ביצה אחת משמע ודאי דדווקא קאמר. גם לפי דבריהם לא ידעתי לפרש הל' דקאמר בירושלמי ובלבד של ימין. ואפילו לפי הגירסא ובלבד שלימין והוא תיבה א' צ"ע אם לא שנפרש דדווקא אם הם שלימים בשעת נטילה אבל אם נפצעו בתחלה ואח"כ ניטלה פסול וכמ"ש הרא"ש והטור אך מדברי הרמב"ן גופי' משמע דגירסתו של ימין וצ"ע:

אך עדיין אנו צריכין למודעי ליישב על שיטת ר"ת מה שהקשה הרא"ש דלפי מ"ש הירושלמי דאינו מוליד א"כ ע"כ דבי"ש איירי דאי בידי אדם הא לא גרע מגובתא דש"ז דאסתתם וכו' והנה הרא"ש בהא עובדא דגובתא כתב וז"ל וע"י חולי ולקוי בא ולא ממילא דלא גרע מכ"ש בידי שמים דאינו מוליד וכשר עכ"ל. ואזיל לשיטתו דס"ל דע"י

חולי לא הוי כבידי שמים. אבל לשיטת רוב הפוסקים הסוברים דע"י חולי כבי"ש דמי הדבר צריך ביאור דהא כל בי"ש כשר והרא"ש בתשובה כלל ל"ג סימן ד' הבי' ראי' מירושלמי הזה דכל בי"ש אע"פ שאינו מוליד כשר וכתב וההוא עובד' דאיסתם גובתא כו' איכא למפרק דאיסתם בידי אדם ע"י מכה עכ"ל. ומשמע דס"ל דאפשר שיסתם גובתא ע"י אדם. שהכה בגיד וזה קרוי בידי אדם. ונלענ"ד שחסר תיבה א' בדברי הרא"ש וצ"ל דאיסתם ע"י אדם או ע"י מכה. ור"ל ע"י חולי וליקוי (וכמ"ש באשירי) אמנם מדברי מהר"א ממיץ נראה דס"ל דא"א שיסתם ע"י אדם שהרי כתב ע"ז אההוא עובדא דגובתא שאין לפסול האדם הזה משום פסול פצוע דכא שהרי סתימא זו שנסתם שבילו בי"ש היתה ואמר שמואל פ"ד בידי שמים כשר כו'. אלמא דס"ל דא"א שיסתם ע"י אדם. וכבר כתבתי בתשובה א' שי"ל בדעת הרא"מ דאע"פי דשלט בו ידי אדם שהכה אותו במקום זה מ"מ כיון דסתימה זו שנסתם השביל לא חלו בה ידי אדם רק מחמת המכה עלה קרום שסתם אותו הרי זה כמחמת חולי שדינו כבי"ש. וא"כ כדי ליישב הך עובדא צריכין אנו לומר כמ"ש הרא"מ דהך עובדא לא נאמרה לענין לפסול האיש לבוא בקהל רק לענין הבן הנולד לאשתו דכיון שהוא אינו ראוי להוליד הבן ממזר ע"ש. ולפי"ז לא ק"מ על ר"ת דר"ת קאי בשיטת תלמידו וא"כ לא קשה מהך עובדא דגובתא כלל דשפיר י"ל דמה שאינו מוליד אינו פוסל כלל בין בידי אדם בין בי"ש. והרא"ש גופו בתשובה הנ"ל הביא בסוף דבריו דברי הסמ"ג דלעיל ונסתייע מזה להכשיר האיש בקהל ע"ש. אך הרא"מ סובר גם בניקב הגיד פסול היינו שהבן פסול דהוי ממזר אבל האיש עצמו כשר. והטור כתב דהלשון משמע כן וכן דעת הב"י ע"ש ופשיטא דלא מסתבר לפרש הך דניקב פסול הוא לענין האיש ועובדא דגובתא הוא לענין הבנים כדפירש הרא"מ דהא משמע וודאי דתרווייהו בחד ענינא מיירי. והילכך כיון דהך דניקב פסול על האיש קאי. גם הך עובדא על האיש גופא קאי ומיירי באמת היכא שנסתם ע"י אדם כמ"ש הרא"ש. וא"כ אם נתפוס להלכה בהך עובדא כדעת הטור והב"י א"כ גם בהא דניטל ביצה א' בידי אדם אין להכשיר כיון דמבואר בירושלמי דאינו מוליד וכדברי הרא"ש ז"ל אך לענ"ד נראה ליישב דהך עובדא דגובתא נראה דמיירי דהיכא דניקב ונפסל ואח"כ נסתם וע"י סתימה זו נסתם הגובת' של ש"ז ואפיק במקום קטנים. ובזה היה סובר רב ביבי לאכשורי דהא עכ"פ יש כאן סתימה וקיימ"ל ניקב ונסתם כשר וע"ז קאמר רב פפא דז"א דכיון שלא במקומו לא מבשלא אין זה בכלל פסול החוזר להכשרו דדווקא כשחזר לכמות שהיה. אבל כיון שסתימה זו מקולקלת לענינה שע"י זה הזרע הולך דרך עקלתון ואינה מתבשלת כראוי אין סתימה זו מועלת כלל. ולקמן אבאר בלשון הסמ"ג והב"ח בזה. ובזה

יש ליישב ג"כ מה שהקשה הרא"מ בספר יראים והביאו הסמ"ג ג"כ דהאיך אפשר לומר שהוא כרות שפכה כו' דהא בבכורות אמרינן ב' נקבים יש כו' ניקב מזה לזה ונמצא עקר ול"ג ונמצא כרות שפכה כו' והפוסקים לא כתבו בישוב קושיא זו כלל ואפשר דמהאי טעמא השמיט הרי"ף. ודוחק לומר משום דלא שכיח וכמ"ש הרמב"ן בספר הזכות כיון דאמרינן בש"ס דאיתרמי' עובדא הכי ואפשר דס"ל דמדחיא הא מלתא דרבי פפי מקמי ש"ס דבכורות דס"ל דמשום האי לא מיפסיל. ואם בשביל ללמד דחוששין על הבנים זה מלתא דלא שכיחא שיקח אשה ותוליד ע"י זנות דזנות דא"א לא שכיח וכיון דאינו נפסל ע"י זה רק דאינו מוליד השמיט הרי"ף ז"ל אך לפ"ז י"ל דהפוסקים החולקים על הרא"מ ונקטו הסוגיא כפשטה דניקב פסול לבוא בקהל ס"ל דודאי אין לדמות ניקב הכא להך דבכורות דהכא בניקב הגיד גופי' נקב מפולש מיירי ובכה"ג יש עליו שם כ"ש משא"כ בבכורות דמיירי שקליפת שום המפסיק בין שביל השתן לשביל הזרע ניקב מזה לזה בזה אין לו דין כרות שפכה רק שנעשה עקר. ואין מקום להקשות רק מסוגיא דבכורות אעובדא דגובתא דהתם החשש לפי שניקב מזה לזה דלא מסתבר שיהא נקרא כרות שפכה מחמת סתימת גובתא דש"ז רק החשש כיון דאפיק במקום קטנים ע"כ שניקב מזה לזה ובהא ודאי איכ' לאקשויי מבכורו' דאמרינן התם דעקר הוא דהוי ולא כ"ש. ולפי מ"ש דעובדא דגובתא מיירי שמתחלה ניקב הגיד נקב מפולש באופן שנפסל על ידו ואח"כ נסתם וע"י סתימה זו איסתתם גובתא דש"ז ובזה אמר דסתימה זו לא מהני א"כ א"ש נמי הך דבכורות דהתם לא נעשה נקב בגיד גופי' כלל אך מדברי רש"י שכתב סבר לאכשורי שאין כאן לא פצוע כו' לא משמע כן. אך נלפענ"ד דאפילו תימא דהתם כיון שניקב שביל הזרע מיפסל והיינו משום דבכה"ג נכרת הגיד קרינן ביה דאין חילוק בין אם נכרת כולו או מקצתו אלא כיון שנכרת באופן שנתקלקל מהלך הזרע בכלל כ"ש הוא וכדאמרינן התם שע"י כריתה שופך ושלא ע"י כריתה מקלח ולכך פסול כההוא דגובתא מ"מ לענין ניטל ביצה א' כיון דר"י שמע בכרם שמה שהקפידה תורה בביצים דווקא על שניהם הקפידה וע"כ קיבלו כך מהלכה או מאיזה לימוד שיש ע"ז א"כ לא איכפת לן שאינו מוליד כיון דמ"מ לא מיקרי כרות הביצים כ"א בשנים ולא באחד. משא"כ בגובתא דשפיר יש כאן כריתה דנקיבה כריתה הוא וכיון דרב פפי אמר שלא במקומה לא מבשלה ממיל' דע"י כריתה שופך ואינו מקלח וכ"ש מיקרי ועיין בבכורות דף מ"ד אין לו ביצים אין לו אלא ביצה אחת זהו מרוח אשך. ר"י אומר כל שנמרחו אשכיו כו'. והכ"מ פ"ח מהל' ביאת המקדש כתב בשיטת הרמב"ם דאין לו אלא ביצה אחת היינו מתחלת ברייתו אבל בנימוחו אשכיו לא מיפסל עד שימוחו שתיהם ואע"ג דבקרא כתיב

מרוח אשך בלשון יחיד פירושו שאין לו שום אשך ע"ש ולפ"ז אפשר דקים להו לחכמינו ז"ל ללמוד משם לכאן דג"כ לא מיפסל כ"א בשניהם. ואע"ג דחסר ביצה א' פסול התם אף מתחלת ברייתו משא"כ לענין פסול קהל שלא פסלה תורה כ"א כשבא ע"י אדם ואמרינן מסתמא לא הקפידה תורה כ"א כשסיבת הפסול הוא בשניהם כמו התם דלענין הפסול שבידי אדם שפיר ילפינן להו מהדדי ולכן בביצה א' אף בידי אדם כשר אע"ג דאינו מוליד דאין הפסול בשביל שאינו מוליד כלל וכמו סריס חמה כשר. אך צ"ע על הכ"מ דשם בש"ס קאמר קשיא ליה לר"י חסר אשך מבעיא ליה ולכך מפרש שנמרחו אשכיו משמע דבפירוש תיבת אשך אם פירושו שלא נשאר אשך או קאי על חד אשך בלחוד לא פליג עם הת"ק. ואפשר דהש"ס קיצר בדבר ובוודאי בהא פליגי רק דבא לפרושי למה נייד ר"י מלפרש מרוח היינו חסרון ע"ש:

אמנם הרמב"ם שם פ"ז לענין מעוך ונתוק וכרות כתב דאפילו באחת מהן פסול ולפ"ז צ"ל דנמרחו גרע ממעוך כו' ובעינן שניהם דווקא וא"כ כאן דבכרות מיירי אין ללמדו ממירוח דהתם ובאמת צ"ע לפי דברי הכ"מ מה ראה הרמב"ם לחלק בין הפרקים דאי משמע ליה מלשון ר"י דקאמר שנמרחו אשכיו לשון רבים דאתרווייהו קאי א"כ מנ"ל לענין מעוך כו' דבחד מיפסל. ואפשר דלא מסתבר ליה להקל בכרות אחד מהם דלא גרע מחסר מתחלת ברייתו וממילא דה"ה למעוך ונתוק. משא"כ נמרחו אשכיו שהוא ע"י חולי דווקא תרווייהו בעינן וצ"ע:

וצ"ע לפענ"ד על הרמב"ן שכתב דלכך נקט ר"י ביצה א' משום דחסר שניהם לא שכיח דהא חזינן התם בבכורות דקתני אין לו בצים אין לו אלא ביצה א' זהו מרוח כו' וכיון דחזינן לענין מומין דנקט תנא לאשמעינן דינא דאין לו ביצים אע"ג דלא איצטרך ליה אלא דרך לא זו אף זו מכ"ש כיון דה"ל לתנא למינקט לרבותא אפילו באין לו בצים כשר בי"ש ומכ"ש בביצה א'. וא"ל דהרמב"ן מפרש דהתם מיירי בחסרון ע"י אדם ודלא כהכ"מ א"כ מוכח דשפיר מתפרש לישנא דאין לו אלא ביצה א' גם בניטל ע' אדם ודלא כמ"ש הרמב"ן דהך לישנא מתחלת יצירתו משמע. וע"ש דף מ"ב דנקט ג"כ במתניתין אין לו בצים כו' לענין מומי בהמה ושם מיירי לענין חסרון מתחלה וע"ש בתוס' דף מ"ג ד"ה הא איכא יבלת ואין להאריך:

ונלענ"ד להביא ראיה לדברי ר"ח דר"י מיירי בידי אדם מדברי הספרי פ' כי תצא דאיתא התם פצוע דכא אין לי אלא כולו מקצתו מנין תלמוד לומר וכרות שפכה כל שנכרת הגיד אמר ר"י בנו של ר"י ב"ב שמעתי בכרם וכו'. ומשמע דהכי פירושו דת"ק מייתי ראיה דאף מקצתו דהיינו ביצה א' פסול מכרות שפכה דפירושו שנכרת הגיד דשם ע"כ

אין לפרש שנכרת רגלו דא"כ לא שייך לא יבוא דלאו בר ביאה הוא כלל. וע"כ דגם מקצתו בכלל כרות שפכה הוא ה"ה לענין פ"ד גם במקצתו הדין כן ועלה קאי ר"י וקאמר דמקצתו היינו ביצה א' כשר דלא מיקרי כה"ג פ"ד כלל אלא כסריס חמה הוא ואין עליו שם פ"ד עד שיהא לקוי בשניהם כן נלפענ"ד בפירוש הספרי והובא בילקוט ג"כ ע"ש העולה ממ"ש דמדברי בה"ג אין הכרע כ"כ. וגם מסתימת לשון הרי"ף אין מוכרע שדעתו להחמיר. אולם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרא"ה ז"ל הם מחמירים בזה וכן הוא דעת הרמב"ם. וכ"נ דעת הה"מ וכן נראה דעת הרא"ש ז"ל בפסקיו (ואעפ"י שבנימוקי יוסף קא חשיב הרא"ש בין המקילין אפשר שכוונתו על הרא"ש מלוניל. אך בב"ח כתב על דברי הנ"י שבפסקי הרא"ש לא הכריע ולפיכך לא הזכיר הטור דעת הרא"ש מזה ע"ש). וכן משמע קצת דעת הטור. אולם דעת ר"ת והר"י והראב"ד ור"ש הזקן והסמ"ג והמרדכי והאגודה שהביאו דבריהם בסתם דעתם להתיר. וכן הש"ג בשם ריא"ז כתב שר"ת מכשיר בזה ואין חולק עליו וכבר כתבתי דפשטא דתלמודא משמע הכי. ובספר התרומה הל' חליצה כתב וז"ל וכן סומכין העולם על אידך דעכו"ם ביבנה דתניא פרק הערל אמר ר"י כו' וע"ז סומכין העולם להכשיר בני אדם הניתוקון. שכורתין מהם ביצה א' אע"ג דמתניתא פליגא עלי' כו' אע"פ שיש לחלק בין פצוע לסריס אינו נראה והעתיק דבריו בסמ"ג הל' חליצה. מבואר מזה דסוגיא דעלמא הכי הוה. וגם הרא"ש בתשובה כלל ל"ג סימן ד' כתב בפשיטות וז"ל ואפילו ע"י אדם נחתכה ממנו ביצה שמאל כשר כדמוכח בירושלמי ושאלתות עכ"ל. ואפשר שלזה כיון הנ"י. אלא שנראה דבפסקיו חזר בו וס"ל דהירושלמי מיירי בידי שמים. וכן משמע בתשובה שם שאחר התשובה הנ"ל במ"ש דההוא עובדא דגובתא ע"י אדם אלא דאפשר לפי מ"ש אח"כ ומיהו בספר המצות מפרש כו' לפי"ז שפיר מצינו לפרושי הירושלמי דקאי ג"כ על בידי אדם וכדכתיבנא לעיל שוב עיינתי בדברי גדול האחרונים מהרש"ל ביש"ש יבמות סימן חי"ת שכתב על דברי הרא"ש והריטב"א ז"ל וחלילה שר"ת ור"י ור"ש הזקן שהי' בקי בכל הירושלמי יותר מכל אשר שמענו לא ידעו ולא ראו הירושלמי שהוא כנגדם ויביאו ראי' מתחלת דבריו ואל סופו לא יגיעו חלילה וחלילה כי מה שאמר הירושלמי הוא ס"ד דתלמודא וכו'. ומה שהקשה הרא"ש מאחר דאינו מוליד מכל. לומר דלאו דווקא קאמר דאינו מוליד לעולם אלא בחזקת שאינו מוליד וכו' והנה הרבה חולקים על ר"ת כו' ותימא על דבריהם שהם רוצים לחלוק על עובדא דמייתי ר"ת והו בנמצ' לעשו' ממזרים בישראל הלא ר"י לקמן גבי טומטום אין הלכה' כמותו לפי שמכחיש המעש' שהוליד כו' ואפי' את"ל שפי' ר"ת אינו אמת כו' מ"מ נרא' דאין פוסל אלא מי שנכרת כדי שלא יוליד או

ע"י חולי שהי' כבר בביציו שהי' בהכרח להכריתו. אבל לא שכורתים עכשיו הרופאים מחמת האבן או מחמת שבירת הגוף ויודעים לתקן הדבר היטיב ובבירור שיוליד ואינם מקלקלים החוטין כו' אין בידינו לפוסלו. וגם הרמב"ם לא עלה בדעתו לחלוק ע"ז כו' ע"ש. והנה מ"ש דהירושלמי דקאמר אינו מוליד לאו לעולם קאמר כו'. לענ"ד בפשיטות י"ל דאינו מוליד בלא רפואה. אבל מ"מ ע"י רפואה שפיר מוליד תדע שהרי מדמי ליה לסריס חמה דאמרינן שכן במינו מתרפאין באלכסנדריא כו'. ומ"ש דע"י חולי שהי' כבר בביציו גרע צ"ע דהוא גופא ב סימן שאח"כ כתב להקל בזה יותר דהוי כבי"ש. ואפשר דכאן מיירי בלא שלט קלקול כלל בבצים רק איזה כאב לבד ועי"ז הוכרח להכרית ביצה א' דבזה אין אומרים דמסתמא הרופא תיקן היטב כיון שהוכרח לכרות מחמת כי גדל הכאב בביצה עצמה הי' מוכרח לעשות לפי ענין הכאב אף שהי' צריך לקלקל בשביל זה שבילי הזרע. ובסימן שאח"כ מיירי שהחולי בבצים היינו רקבון והמסה דבזה מה שהוא צריך לכורתו הוי כבי"ש כיון דעיקרו ע"י חולי והמסה. ולקמן אבאר בזה עוד. ורבינו הגדול הפ"ח ז"ל כתב דהסומך על המתירין אין למחות על ידו אלא שעדיין לבי מהסס כיון שאא"ז רמ"א ז"ל כתב שיש לתפוס כדעת המחמירין שהן רוב מנין ורוב בנין. ואעפ"י שכתבתי שמדברי בה"ג והרי"ף אין מוכרח. והרא"ש כתב שיש לפסוק כהתוס' נגד הרמב"ם מ"מ כיון שהגדולים הרא"ש ונ"י והבאים אחריהם חלקו עליהם מי ירום ראש לעשות מעשה בזה בתחלה. אך נקוט מיהא דספיקא הוי ומוטה כלפי היתר. שוב ראיתי בספר קרבן העדה הביא דברי התוספתא נכתב קצת ממ"ש. ויש לעיין בדבריו ולקצר אני צריך. ובסוף דבריו כתב וז"ל ובתשובת שאלה הארכתי להכשיר בעל ביצה א' ע"ש. ושמעתי מהרבה בני אדם שהם ניטולי ביצה ע"י הרופאים והולידו בנים הרבה עכ"ל:

ועתה אבוא לבאר בענין פ"ד מחמת חולי אי דמי לבי"ש או לא והנה הרמב"ם והרמב"ן וכן דעת הסמ"ג ורבינו ירוחם בשם הרמ"ה וכן נראה מדברי הרשב"א ומדברי הנ"י דע"י חולי כבי"ש דמי. וכ"כ הר"ע ברטנורה בפירוש המשנה אך הרא"ש כתב דע"י חולי כבידי אדם הוא ולמד כן מלשון רש"י דמפרש בי"ש היינו ע"י רעמים וברק או במעי אמו דמשמע שע"י חולי פסול וכתב שכן משמע מהירושלמי. והנה מ"ש רש"י בד"ה סריס חמה ס"ד דסריס בי"ש ע"י חולי היא כבר כתב אא"ז מהרש"א ז"ל דהיינו שהוא ע"י חולי ממעי אמו והביא דבריו החכם המשיב נ"י וכתב שגם דברי רש"י בדף ך' יש לפרש כן. ובאמת שכ"כ הב"ח שיש לפרש דברי רש"י כן. ואמנם מלשון רש"י דף ך' שכתב ולא מחמת חולי נסתרס מאליו ולא נקט ולא ממעי אמו נסתרס מאליו שזהו עיקר החילוק שסריס

אדם חולץ לפי שהי' לו שעת הכושר ולאפוקי סריס חמה שלא ראה שעה בכשרות וכ"כ התוספות שם מזה. נראה דרש"י בא לתרץ דקדוק לשון הברייתי' דנקט סריס אדם ובאמת אף בסריס בי"ש כגון ע"י חולה או רעמים וכיוצא הדין כן כיון שהחולי בא אח"כ והי' לו שעת הכושר לזה בא רש"י לומר דלהכי נקט סריס אדם משום סיפא דאסור לקיימן משום לא יבוא כו'. ואילו בי"ש נהי דבא אח"כ שפיר חולץ וחולצין מ"מ אין כאן לאו וזהו שכתב רש"י שנסתרס ע"י אדם ולא מחמת חולי כו' הוה בלאו ואע"ג דבדף ע"ט בדברי ר"נ צ"ל דסריס אדם לאו דווקא דהא התם לא מיירי מענין לאו. מ"מ למסקנא שם י"ל דאשמעינן דמחייבי לאוין גרידא לא הוי ממזר לר"ע. וכיון דברייתא זו יש ליישב בפשיטות דבדווק' נקט סריס אדם לכך כתב רש"י כן. ואפשר דגם הב"ח שכתב ומיהו יש לדחות דלאו מחמת חולי שאירע קאמר אלא ר"ל מחמת חולי כל הגוף ממעי אמו כו' לא קאי רק על דברי רש"י בד"ה סריס חמה ס"ד ולא על דברי רש"י שבדף ך' שהבי' שם. וכן משמע מהב"ש שמפרש כן דברי הב"ח.. ומ"ש התוס' ביבמות ד' ך' פירוש סריס אדם לאפוקי בי"ש שלא הי' לו שעת הכושר לא באו לחלוק על רש"י בענין מחמת חולי אלא שבאו לומר דפירוש סריס אדם מתפרש כפשטי' דבזה חולץ וחולצין. משא"כ בי"ש דלפעמים יש לו שה"כ. והכי אמרינן בדף פ' ע"ב קתני סריס דומי' דאיילונית מה איילונית בידי שמים אף סריס בידי שמים כו'. והתם פירושו ממעי אמו ולכך ניחא ליה לתנא למינקט לישנ' דסריס אדם וכמו דנקט ר"ע ולא בשביל סיפ' נקטינין. ומ"ש הרא"ש דכן משמע מהירושלמי הנה הרמב"ן אחר שהבי' דברי הירושלמי דהרי שעלתה חטטין כו' הבי' דברי הרמב"ם שמכשיר בחולי וחטטין וכתב שכן הדברים מטין והיינו משום דמהירושלמי לא משמע מידי אדרב' משמע להיפך שהרי כתב מי מחכך או מסיית בה ור"ל משהו' מחכך או מסיית ג"כ מלשון חיכוך וסיתות ועי"ז נעשה הפצוע בידי שמים כה"ג הו"ל כמו בידי אדם אבל הי' בי"ש גמור ולא חלו בו ידים כלל לא גרע חולי ששלט בו משמים מן רעמים וברד. ולענ"ד ע"כ לומר כן דאל"כ אין טעם לדבר כלל להתיר אם ממרום שלח אש ותאכל בקצה אשכיו ובין אם האחז האור במדורת בית המוקד והחזיקה במבושיו ותלהט סביב. ובשלמא לפי דברי הש"ג והוא בשם הראי"ז דמפרש בידי שמים היינו ממעי אמו שפיר י"ל דכל שנולד כך שאני משא"כ לפי מ"ש רש"י דגם ע"י רעמים וברד הוי בי"ש הדבר מחוסר הבנה וע"כ דס"ל דמדכתיב פצוע או ממזר ילפינן דווק' דאיתעביד מעשה בידי אדם ואף אם נפל סכין או אש ועשה רושם פצוע וחבורה מ"מ נפילה זו גרם לה מעשה ידי אדם משא"כ רעם וברד שירדו על גבי איש שאין סיבה זו רק מן השמים לבד. וא"כ למה יגרע מחמת חולי שלא נעשה בזה מעשה ידי אדם כלל. ולפי

דברי הרא"ש צ"ל מחמת חולי כיון דסיבת החולי על הרוב ע"י אדם ואפילו אם שלט שם חולי מחמת חולי הגוף מ"מ חולי הגוף נמי תולין במאכל ובמשתה וכבידי אדם דמי אבל לפענ"ד הוא דוחק לומר דמחמת זה מיקרי בידי אדם וגם דהא הרבה חולאים בא מפאת שינוי האוירים המתהווים לפרקים ויארע ג"כ שיהא סיבת החולי מקול נתנו רעמים ונבעת מהם וכן הרבה סיבות כיוצ' בזה שלא ע"י אדם כלל. ולפענ"ד נראה בשיטת רש"י דס"ל דוודאי אם נולד שם פצוע ומכה טרי' שניתן לרופא לרפאו ולמרח לה רטיה ומרוח זה פוט' אות' לגמרי עד כי ישוב הבשר החי לקדמותו ולא נשאר רושם כלל פשיטא דאין ע"ז דין פ"ד כלל. ומעשים בכל יום בנערים קטנים המנוגעים ומדוכאים בשחין פורח אבעבועות ובהגיע תור הרפואה לא ישאר רושם והצרוע אשר בו הנגע לא יכירנו עוד מקומו ואין קפידא אם הוא בגיד ובבצים כלל. והא דאמרינן בספרי פצוע דכה חוזר והוא מהל' רופאים משמע דאע"ג דחוזר מ"מ פסול משום פ"ד נראה דלא מיירי בפצוע כה"ג שהפצע חוזר לאיתנו ושבה כבשרו דבכה"ג אין בכלל פ"ד כלל רק מיירי וודאי באופן שהפצוע הוא מום קבוע ולא יעבור לעד לעולם שכבר קרם העור מלמעלה ובמקום הזה נשאר פצוע וצלקת רק שמהל' רופאים הוא שהפצוע חוזר להכשר דהיינו להיות מוליד ואפשר לרופאים לתקנו שלא יושחת זרעו אבל וודאי אי אפשר להם להעלות ארוכה לחסרון הבשר כל שהפצוע נקבע בו ע"י אדם וזהו הנקרא פ"ד. ולכן בפ"ד בידי שמים דכשר פירש"י דהיינו מחמת רעמים וברד או ממעי אמו דבכה"ג שפיר הפצוע הוא קיים לעד לעולם והוא חבורה שאינה חוזרת. אבל אם נעשה פצוע בגיד או בבצים ע"י חולי פשיטא דלא שכיח כלל שמעצמו חולי יהיו מכה בלתי סרה ע"י תחבושת ורטי' ולפעמים מתרפ' מעצמו ומעשים בכל יום שעולים חטטים בגיד ומתרפאים ע"י רטי' או רחיצה וכיוצא ולית דחש לה להפרישו מאשתו אפילו בעוד נגעו בו ואי אית' נימא דכל שעלו חטטין הרי נעשה פ"ד ואע"פ שחזר לקדמותו הכי גמירי דפ"ד חוזר כמ"ש בספרי שהביאו הפוסקים אלא ע"כ דז"א דכה"ג שיוכל הבשר להשיב כבראשונה אין לפקפק כלל שאין שם פ"ד עליו כלל רק היכ' שהפצוע הוא חבורה שאינה חוזרת אז מיקרי פ"ד וכל שאינו חוזר להכשירו ע"י רופאים דהיינו שיהי' זרעו בו כהוגן הוא באיסור לא יבוא פ"ד ואע"ג דבניקב ונסתם אמרינן היכא עבדינן מייתי שערתא כו' ועיין בפירש"י שם דמשמע שע"י תרופה זו גם הבשר מעלה ארוכה וחוזר לקדמותו ואפ"ה בעוד הנקב בו קודם סתימה מקרי כרות שפכה ז"א דהתם כיון שהקפידה שלא יהיה שופך ע"י כריתה ולכן שפיר פסול בעוד הנקב בו כדאמרינן ניקב פסול מפני שהו' שותת משא"כ לענין פצוע שסופו להעלות ארוכה מעיקרא אין שם פצוע עליו כלל ולכן אפילו קודם שעלה

ארוכה כשר. ונלענ"ד דגם הרא"ש מודה בזה לדינא דכל פצוע שרפואתו קרובה לבוא אין שם פצוע עליו כלל. ולכך מוכיח מרש"י דע"י חולי כידי אדם רק דהרא"ש ס"ל דאפשר שגם ע"י חולי יפצע הגיד או הביצים באופן שלא יהי' ארוכה למחלתו. ולפי מ"ש ס"ל לרש"י דמסתמא דמלתא כל פצוע הבא ע"י חולי קרוב הדבר דהדר חלים ולכן לא מיקרי פצוע כלל. ולפ"ז בנכרת הגיד או הביצים ע"י חולי כמ"ש הרמב"ם שהמסה אותן השחין או כרתן גם רש"י מודה דע"י חולי כבי"ש דמי דהא לא שלט בהם יד אדם כלל ומה לי ע"י רעמים או ע"י חולי כיון שנעשה כן הדבר מעצמו כך כנלענ"ד ברור בדעת רש"י:

והב"ח מסיק ג"כ לענין הלכה כבי"ש הוא וכן משמע הסכמת הב"ש וכן בפר"ח י"ד סימן ל"ו לענין צמקה ריאה כתב דבצמקה ע"י חולי תלוי בפלוגתת הרא"ש והרמב"ם וכתב דלדינא עיקר כהרמב"ם ע"ש ובפליתי שם כתב דלא דמי לכאן דהכא גזירת הכתוב הוא משא"כ בצמקה דהכל תלוי אי הדרא ברי ודוחק לומר כיון דמצינו בפצוע דכה להרא"ש ע"י חולי מיקרי בידי אדם ה"ה כאן כו' ע"ש. ואא"ז בת"ש כתב ג"כ דהרא"ש מודה התם דבפצוע דכה שאני שהחולי ע"י גרמת גופו בא לו ע"ש. ולענ"ד וודאי דכוונת פ"ח הוא דלהרא"ש מה דקאמר אף פ"ד בידי אדם נכלל בזה גם מחמת חולי א"כ גם בידי אדם האמור גבי צמקה יש בכלל אף מחמת חולי אך לפענ"ד בכלל בי"ש הוי ג"כ מחמת חולי וראי' מדאמרינן בסנהדרין ד' ע"ח הכל מודים בגוסס בידי שמים שחייב לא נחלקו אלא בגוסס בידי אדם כו' גוסס בי"ש לא איתעביד בי' מעשה כו' ע"ש הרי מבואר דמחמת חולי קרי לי' בי"ש. ועיין ברמב"ם פ"ב מהל' רוצח ובביאורי מהרא"ש לסמ"ג ד'. וגם מבואר דמחמת חולי היינו לא אתעביד בי' מעשה. ואע"ג דביבמות ד' פ' אמרינן סריס דומיא דאיילונית מה איילונית בי"ש וכו'. והתם פירושו שנולד כך דהא בעינן שלא היתה לו שעת הכושר התם לאו דווקא נקט אלא ר"ל לאפוקי סריס אדם שהי' לו שעת הכושר והך בי"ש ר"ל סריס חמה. משא"כ היכא שאין קפידא בשעת הכושר ואף ע"י רעמים וכה"ג כשר גם ע"י חולי כשר דהא לא אתעביד מעשה בידי אדם:

ולפ"ז מה שמבואר בדברי החכם המשיב נ"י שיש ספק אם בשעה שהוצרך רופא לכרות הביצה כבר הגיע לגדר נתמסמס והוא בשר שהרופא גוררו ורואין אותו כאילו אינו והוה כניטל מחמת חולי א"כ יש מקום להתיר משום ס"ס חדא שמא כבר נתמסמס מחמת חולי ומחמ' חולי קיילי"ן כבי"ש דמי ואת"ל שעדיין לא הגיע לגדר נתמסמס שמא הלכה כר"ת וסייעתו דניטל ביצה השמאלית כשר אף אם ניטל בידי אדם ואע"ג דמהריב"ל ח"ג סימן צ"א כתב דאע"ג דהוה כעין ס"ס ספק ניטלה ביצה השמאלית כשר ואת"ל פסול דלמא ע"י חולי כבי"ש. מ"מ כיון דכתב המרדכי דבכמה מקומות אזלינן אפי'

בס"ס לחומרא יש מקום לומר דאפי' נשאת תצא אלא דלאו מילתא הוא דהאיך נכוף להוציא דהוי גט מעושה אליבא דכמה רבוות' כו' ע"ש הרי דאפי' וודאי ע"י חולי אין דעתו להקל בס"ס. ומהריב"ל אזיל לשיטתו שכתב שרבו החולקים על סברת ר"ת ומחמת האי פלוגת' לחוד היה מקום לומר דאפילו ניסת תצא כו'. ובכה"ג שרבו האוסרים על המתירים לא מצרפינן לס"ס כלל כמבואר בש"ך סימן פ"ד. ועיין בספר מנחת יעקב בכללי ס"ס. ולכך כתב מהריב"ל דהוי כעין ס"ס ומהאי טעמא נמי חש לסברת המרדכי דאיכא דוכת' דמחמירין בס"ס אע"ג דבכמה דוכתי איהו גופי' מיקל בס"ס אפילו באיסור א"א וכיוצא ולא חש לסברא זו וכמ"ש מהרי"ט בחלק י"ד סימן א' שהרב הגדול מהריב"ל הביא דברי המרדכי בתשובותיו ופעם מניח ופעם חושש להם אין ולאו ורפי' בידיה כו'. והיינו משום דבמקום דלא מחשב ליה ס"ס גמור חש לסברת המרדכי בזה. וכן סיים מהרי"ט שם שאותן המקומות שהזכיר רבינו ברוך להעיר שלא כל הדברים שווים כו' ע"ש. וגם כי ס"ס דהמהריב"ל שני הספיקות מחמת פלוגת' דרבוותא דכה"ג איכא דיעות דלא מחשב ס"ס כמ"ש בכללי מ"י ע"ש:

אבל לפי מ"ש דוודאי פלוגתא דר"ת ודעימי' עכ"פ לספק גמור משווינן ליה וע"י חולי אפילו ספיקא לא הוי ויש לתפוס להתיר רק מחמת שיש ספק אם ניטל ע"י חולי א"כ הוי חד ספק בגוף המעשה וחד ספק בפלוגת' ובכה"ג אין פוצה פה לומר דלא הוי ס"ס ושפיר יש להתיר בזה משום ס"ס אלא שהדבר קשה הוא בעיני לעשות ספק זה מעצמו שמא נתמסמס דאטו בשביל שידעינן שהיו שם איזה חולי ומכה נתפוס לספק דלמ' הוה שדי תיכל' בכולה אמנם נלענ"ד אם ידוע שהיה המראה בשר רע סביב שפיר י"ל שמא הגיע לגדר נתמסמס וכמ"ש אא"ז בת"ש סימן מ"ג דבשינוי מראה יש לחוש שמא הוי לקותא והרופ' גררו ע"ש שהאריך ואע"פ שהגאון בעל נ"ב בחלק י"ד סימן פקפק בזה אולם בחיבורי הבאתי דברי הגאון ז"ל שראיתי כתיבת ידו בגליון הי"ד שלו דתבריה לגזיזי' וחזר והודה לדברי אא"ז הגאון ז"ל מחמת דברי הרמב"ם פ"ד מהל' שחיטה שכתב יש מראות שאם נשתנה מראה האבר לאותו מראה הרע הרי הוא כנקוב שאותו המראה הרע כמת הוא חשובה וכאילו הבשר שנהפך עינו אינו מצוי וכן הוא אומר ומחית בשר חי בשאת וביום הראות בו בשר חי מכלל ששאר הבשר שנשתנה אינו חי עכ"ל:

וגם אנכי בחיבורי העירותי בצדק דברי א"א זקיני ז"ל שדבריו כנים ואמיתים וא"כ בנ"ד כיון שנשתנה מראיתו אפשר דכל כה"ג הרופא גוררו ותו לא איכפת לן במה שניטל אח"כ בידי אדם ועוד יש לומר דאפילו מיסמוס ורקבון במקצתו יש להתיר כיון דבאמת קיי"ל דאפילו נקבו או חסרו כל שהוא אם הוא בידי אדם פסול ואם הוא בידי שמים

כשר מגזירת הכתוב. אבל מ"מ אינו מוליד כדאית' בירושלמי ואין חילוק בין אם ניטלה כל הביצה או מקצתה. וא"כ אף אם אח"כ שלטה באותה ביצה ידי אדם וחתך אותה לגמרי לא נפסל בכך שהרי בלא"ה בטל מלאכתה ע"י המקצת שנשחת ונתקלקל בידי אדם וא"כ כל שיש בו רקבון והמסמסה ועיניו רואות ששני קצותיו אכלה אש היצלח עוד להיות נושא משך הזרע. ואע"ג דאמרינן בשבת דף קי"א הכל מודים במסרס אחר מסרס שהוא חייב דכתיב ומעוך כו' להביא נותק אחר כורת שהוא חייב לא נאמרו דברים לענין חיוב:

וגם ע"ז אי לאו ריבויא דקרא לא הוה מחייבינן ליה כלל. אבל לענין פסול לבוא בקהל אין לפסלו בכה"ג כיון שכבר נולד קלקול שוב המעשה אשר נעשה בו אח"כ בידי אדם לא מיחשב מעשה כלל לפוסלו. ואין זה דומה לממזר דעיקר יצירתו בעבירה מעשה ידי אדם ואנן דומיא דממזר בעינן. וגם מקרא דלא יבוא פ"ד דמפרשינן ליה בידי אדם הכי מתפרש דוקא אנפצע עתה בידי אדם אבל זה פצוע ועומד הוא וראיתי בישׁ"ש שכתוב ג"כ לשיטת הרמב"ם אם הוכרח לכרות הבצים מחמת הקילקול שנפל בבצים עצמם מ"מ הוא כשר וגזירת הכתוב הוא כאילו נולד ממעי אמו ע"ש אך מה שנראה מדבריו שמפרש הירושלמי מי שעלתה חטטים כו' הרי הוא בידי אדם כבידי שמים היינו דכה"ג כבי"ש הוי וכשר צ"ע דהמעיין בפירוש דברי הירושלמי דקאמר כולה רבנן כו' משמע להיפוך דבידי אדם מיקרי אלא דהרמב"ם סובר דר"י פליג בזה והלכה כמותו דמתני' דכרמא הוא:

והנה לפי הסברא שכתבנו דהוי כבי"ש אע"פ שהי' גמרו בידי אדם אין זה קרוי בידי אדם כלל נלפענ"ד דאף לפי מ"ש מהריב"ל דבעלמא זימנין דמחמרינן בס"ס הכא שרי כיון דלכ"ע איש זה מותר לבוא בקהל דלדעת ר"ת הוא מותר בפשיטות והרמב"ם והרמב"ן וה"ה והנ"י וכן נראה דעת הרשב"א והריטב"א דע"י חולי כבי"ש דמי וכשר וכן משמע לענ"ד בספר החינוך מצוה תקנ"ט שכתב וז"ל שנמנע מי שנפסדו כלי המשגל עד שאינו ראוי להוליד ע"י מכת אדם או בהמה או עץ כלומר שלא הי' בי"ש מלישא בת ישראל משרשי המצוה להרחיק ממנו לבלתי הפסד כלי הזרע בשום צד כידוע במלכים שמסרסים הזכרים כו'. ויש מן הזכרים הפחותי' רוצים דבר זה כו' ועם טענה זו נמצא טעם בחילוק האיסור בין הנפסד בידי אדם לנפסד בידי שמים עכ"ל. מבואר מזה דע"י חולי כבידי שמים דמי. וא"כ אף הרא"ה שכתב הנ"י בשמו לאסור בעל ביצה אחת הרי סובר דע"י חולי כשר. כתבו הפוסקים דספר החינוך חברו הרא"ה ז"ל (אך לענ"ד אין הדבר כן כאשר הוכחתי במקום אחר) ובה"ג והרי"ף לא הכריעו בדבר כלל. וא"כ האיש

הזה מותר לבוא בקהל לדעת הפוסקים האלו דבין למר ובין למר שרי. וארא"ש בפסקיו דמשמע מיניה להחמיר בשניהם יחידאה הוא נגד כל הפוסקים הללו. וגם הוא גופיה משמע בתשובותיו דמתיר כאשר כתבתי לעיל. ואע"ג דהפוסקים הללו אינם מתירין מטעם אחד כבר כתב אא"ז רמ"א בח"מ סימן ך"ה דאפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו הואיל והם מסכימים לענין הדין מיקרו רבים ואזלינן בתרייהו. ואע"ג דאא"ז הש"ך שם ובי"ד סימן רמ"ב גמגם בדבר וכתב שאין לפסוק כן רק במילתא דרבנן כאן נמי אין כאן רק איסור דרבנן דמדאוריית' פ"ד וודאי הוא דלא יבוא הא ספק יבא ואף שיש לחלק בין הך דהכא להההוא דהאגור דמייתי הש"ך שם דהתם בין למר ובין למר עכ"פ חנ"נ מדרבנן משא"כ למ"ד ניטלה ביצה א' אסור ס"ל דאסור מדאורייתא. וכן מאן דסבר חולי כבידי אדם דמי ס"ל לפסול מדאורייתא אלא דאנן הוא דמשוינן ליה ספק פלוגתא דרבוות' מ"מ לפענ"ד אין לחלק בכך ועיין בספרי בית אפרים בקונטרס הראיות סימן ל"ט ראיה י"ג שהארכתי שם בדברי הש"ך וכתבתי לתמוה על מה שכתב הש"ך שדברי הרמ"א הוא ממהרי"ק שורש מ"א וליתא אלא דבריו לקוחים ממהרי"ק שורש נ"ב וצ"ד וק"ב ומבואר שם שקיבל מרבותיו דבכה"ג מצטרפין ואף בדאורייתא ולזה הסכים מהרי"ט ועיין בכנה"ג ועכ"פ בדרבנן כ"ע מודו דמצטרפין לרובא אף מתרי טעמי וא"כ כאן מדאורייתא ספק פ"ד שרי ובדרבנן שפיר ב מצטרפין לרוב אף מתרי טעמי אליבא דכ"ע ודאתאן עלה אם ספק פ"ד מדאורייתא משרא שרי. כבר עמדו בזה גדולים חקרי לב בשו"ת נ"ב חלק אה"ע והחכם המשיב נ"י נשא ונתן בדבריהם. ולפי קוצר הזמן לא יכולתי להרחיב ולעמוד על כל פרט מדבריהם ובקצרה אען ואומר. כי מה שהקשו על הרמב"ם דמתיר אף מן הספיקות לפ"ד הוא קשה כברזל. וישובו של הגאון נ"ב הוא דחוק מאוד ומ"ש החכם המשיב דהרמב"ם סובר להתיר בזה אע"ג דיש לאסור ממ"נ וכמ"ש מהרי"ט לשיטת הרמב"ם להתיר ספק ממזר בישראלית ובממזרת אע"ג דממ"נ איסורא קעביד. ואני אומר שאין הנידון דומה לראיה אף לפי שיטתו של מהרי"ט דהתם כל ביאה בפ"ע י"ל הך ביאה דהיתרא הוא. משא"כ בדין דהרמב"ם שאותה ביאה עצמה אסורה הוא ממ"נ וזה דומה ליבש ביבש שנתבטל ברוב שכתב הרשב"א שמותר לאדם א' לאכול כל חתיכה בפ"ע שאני אומר זו מותרת היא. אבל מ"מ אסור לאכול כולן כאחת. ואף הרא"ש דסובר שם שמותר לאכול הכל ביחד היינו משום דס"ל שהאיסור נהפך להיתר לגמרי מגזירת הכתוב דאחרי רבים להטות אבל כאן אע"פ שהתירה התורה מ"מ י"ל שלא התירה אלא מטעם ספק וכל חד לחודי' שם ספק איסור עליו משא"כ תרווייהו בהדדי יצא מגדר ספק ונכנס לגדר

וודאי איסור. וכן משמע מדברי הרא"ש שם בחולין שכתב דלא משום ספיקא שרינן ליה דאפילו אי אכיל ליה חדא חדא ליכא אלא חד ספיקא וספיקא דאורייתא לחומרא אלא משום דגזירת הכתוב הוא כו'. עכ"ל. ומשמע דאי הוה אמרינן ספיקא לקולא הוה מצינן למימר דתורת ספק הוא דספיקא לקולא ולכך שפיר אכיל ליה חדא חדא ובבת אחת אסור. ומ"ש הפר"ח מדברי התוס' דפסחים גבי שבילין דאפילו בב"א טהורין מדאורייתא כבר דחה הוא עצמו. משום דבתרי גברי מיירי. ובאמת יש לפקפק גם על מ"ש בסוף דבריו ראיה מפ"ב דשבועות גבי שני שבילין שאם הלך בשניהם ונכנס למקדש חייב דמוכח דבתרתי דסתרן לא שרא רחמנא בעלמא:

ולענ"ד אין זה דומה למהרי"ט דהתם הביאה למקדש הוא בטומאה ודאית. וכן ההיא דהתוס' כתובות שהביא שם משא"כ בההוא דמהרי"ט אפילו אם אחד נושא שני נשים ומקיים שניהם יחד מ"מ כיון דהביאה הוא בזאח"ז י"ל דכל ביאה לעצמה איכא למיתלי דהיתרא הוא. ואע"ג דעי"ז נצטרך לומר שביאה שבעל קודם להשנית היה באיסור לית לן בה וכההוא דהרשב"א דכשאוכל השניה אמרינן הראשונה הוה דאיסורא. והנה עיינתי בנ"ב וראיתו שנתעורר בזה שגם לדברי מהרי"ט יש מקום לומר דנידון דהרמב"ם בא' מן הספיקות לפ"ד דחדא ביאה יש לאסור דלא מיקרי ספיקא:

אמנם בישוב דברי הרמב"ם בזה זה איזה שנים שכתבתי בתשובה מה שנלענ"ד בישובו. דלכאורה בלא"ה תמוה מה שפסק דכהן מותר בגיורת דהא לפי שיטתו דס"ל דבגירותן לית להו חתנות ומדאורייתא שרי א"כ אין לו ראיה לדין זה דהא בש"ס דחו הפשיטות מהא דפ"ד מותר בנתינה משום דמדאורייתא כו' ועיין בדברי הרשב"א וה"ה והיש"ש שהאריכו בזה. ולענ"ד דהרמב"ם סמך לו על סוגיא דיבמות דף נ"ז דבעי מני' ר"י מר' אושעיא פ"ד כהן שנשא בת גרים מהו שיאכילנ' בתרומה ומסיק שם דאליבא דראב"י קמיבעי' ליה כו' כשירות מתוספה בה ואכלה או דלמא קדושה מתוספא בה ולא אכלה. ופרש"י שם בשם המורה דהאיבעיא הוא כשרות מתוספא בה בהך דאמה מישראל לאקרויי קהל אבל בת גר וגיורת לאו קהל הוא ואכלה שמותרת לפ"ד והאי לאו בקידוש' קאי דתתיר עליה משום כהונה או דלמא כו' כשרות מיהא אית בה ובכלל קהל היא ואסורה לפ"ד ולא אכלה ע"ש וזה נראה שהוא שיטת הרמב"ם ומבואר מזה דמילתא דמיבעי ליה לרב ששת פשיטא ליה לר"י ור"א דפ"ד לאו בקדושתי' קאי ומותר בגיורת וזה מבואר ממ"ש הרמב"ם פ"ז מהל' תרומות ואם נשא בת גרים ה"ז אוכלת. ולכאורה קשה שסתם הדברים והו"ל לפרש דאפילו אמה מישראל הדין כן דהא זה עיקר האיבעי' אליב' דראב"י אי בהך דאמה מישראל קדושה מתוספ' בה ולא אכלה ופשיט ליה דכשרות

מתוספ' בה ואכלה ומזה נראה כמ"ש דהרמב"ם מפרש האיבעי'. כמ"ש רש"י בשם המורה דקאי לענין בת גר וגיורת ואכלה משום דכשרות מתוספא בה ולאו קהל מיקרי ושריא לפ"ד ומשום כהונה לא מתסרא עליו אע"ג דהבא לימלך מורין לו כראב"י מ"מ שרי דאפילו גיורת ממש מותר לישא דקיי"לן פ"ד לאו בקדושתיה קאי. ואין להקשות שלמה לא ביאר הרמב"ם הדין באמה מישראל אם אוכלת ז"א כיון דבש"ס לא מיירי מינה אין דרכו לכתוב מה שלא נזכר בש"ס. ועוד י"ל כיון דקי"ל אם כנס אין מוציאין ממנו כר' יוסי ממילא דאין חילוק בין אמה מישראל או לא דבכל גווני לא מיקרי קהל ושפיר אכלה כיון דכשרה לכהונה:

ולפי"ז צ"ע לכאורה דלמה לא פשטו בש"ס האיבעי' דרב ששת מהא דר' ור' אושעי' ודוחק לומר דניחא ליה למינקט פשיטות מברייתא. ולכן נלענ"ד דוודאי גם בעל האיבעי' דר"ש מודה דמדאורייתא לאו בקדושתיה קאי רק מדרבנן מיבעי' ליה דלמא מדרבנן עכ"פ בקדושתי' קאי ובעי למיפשט מדמותר בנתינה אלמא דאפילו מדרבנן לאו בקדושתיה קאי דאל"כ יש כאן איסור חתנות מדרבנן. והשתא א"ש דלא מצי למיפשט מדר"י ור"א דהתם לענין אכילת תרומה שפיר אכלה אם נימא דכשרות מתוספא בה בהך דאמה מישראל ובת גרים ממש לא מיקרי קהל דמשום פ"ד לא מתסרה. ומשום כהונה נמי אינה אסורה דמיירי בלא ידעה רק שנשא אותה לבד דבכה"ג בבת ישראל איסור משום דמשתמרת לביאה פסולה מדאורייתא כמ"ש בש"ס. ועיין בכ"מ פרק הנ"ל משא"כ בבת גרים כיון דעכ"פ מדאורייתא שרי' א"כ נהי די"ל דמדרבנן בקדושתיה קאי ואסורה ליה מ"מ אין כאן רק משתמרת לביאה פסולה דרבנן וא"כ שפיר אכלה וכיון דספיק דרבנן הוא לענין גיורת אי בקדושתיה קאי אי לא שפיר פסק הרמב"ם דגיורת מותר' דספיקא דרבנן לקולא משא"כ לענין ממזרת ונתינה שפיר יש לומר דלענין זה בקדושתיה קאי כיון שהוא לאו השוה בכל ואין ללמוד אותו מגיורת לכהן דס"ל לר"י ור' אושעיא דלאו בקדושתיה קאי משום שאינו רק לאו דכה"ג ורב ששת בעי למיפשט מהא דמותר בנתינה מכח ק"ו כיון דאפילו לענין נתינה לאו בקדושתיה כ"ש לענין גיורת ודחי ליה דמדאורייתא שריא ובפסולין לא גזרו רבנן. אבל לענין ממזרת שפיר יש לומר דבאמת אסור אע"ג דמותר בגיורת דלענין ממזרת שפיר בקדושתיה קאי. וזה פירוש דברי הירושלמי דר' יוסי אמר הא דכל הפסולין מותרין זה בזה היינו פסול משפחה אבל בפסול הגוף לא ור"ל דפסול משפחה לאו בקדושה הוא כלל משא"כ פסול הגוף כיון שנולד בקדושה בקדושתיה קאי. ואע"ג דאמר התם חילי דר"י מהא כשם שכהן ברור אסור לישא גיורת כך ישראל ברור אסור לישא ממזרת ור"ל שכהן ברור דהיינו שעומד

בקדושתיה ואסור לישא גיורת כו'. י"ל דג"כ מייתי מכח כ"ש, אבל מ"מ אף לפי מה דקיי"ל להתיר בגיורת דמספיקא אמרינן דלאו בקדושתיה קאי. מ"מ לענין פסולי קהל החמירו לומר דבקדושתיה קאי רק בנתינה דמדאורייתא שריא לא גזרו רבנן בזה שהוא פסול לומר דבקדושתיה קאי. וזה כוונת הרמב"ם שכתב הואיל ופ"ד פסול דקהל לא גזרו על הנתינה ועל הספקות. ור"ל כיון דספיקא נמי מדאורייתא משרי שרי ורבנן גזור עלייהו ובפסולין לא גזרו ואע"ג דקיי"ל דכל הפסולין ספיקן בודאן אסור מדרבנן כמ"ש הב"ש. י"ל דהתם הטעם משום דמעלה עשו ביוחסין וזה דווקא היכא שהוא בר אולודי משא"כ פ"ד דלאו בר אולודי לא שייך מעלה ביוחסין ואפי' מדרבנן שרי. וא"כ גם לענין איסור פ"ד שיש ספק שמא ישראלית היא לא גזרו עליו מדרבנן כיון דמדאורייתא שרי דספק יבא בפ"ד לא גזרו בו וכיון שנסתלק ממנו גזירה דרבנן ממילא דמדאורייתא שרי דשני צדדי איסור יש כאן. אחד מצד איסור ממזרת. ואחד מצד איסור פ"ד. וא"כ מצד איסור ממזרת לא גזרו לומר בקדושתיה קאי דהא אין כאן וודאי איסור ממזרת. וכל שאין שם וודאי איסור זה לא גזרו בשום מקום וממילא דגם כאן אין איסור דמעיקר' הכי איתקן דווקא במקום ודאי איסור ומצד איסור פ"ד בישראלית נמי לא גזרו אלא היכא שיש איסור פ"ד בוודאי מדאורייתא'. משא"כ היכא שאין איסור וודאי מדאורייתא' דיש כאן ספק שמא ממזרת הוא ושרי' ליה מדאורייתא' לא גזרו בפ"ד דלא שייך בו מעלה ביוחסין וע"כ לא שייך לומר ממ"נ אלא אם היה אסור מדאורייתא' משא"כ לפי מה שכתבתי שאין כאן איסור דאוריית' דמדאוריית' ודאי לאו בקדושתיה קאי רק בממזרת בודאי החמירו לומר דבקדושתי' קאי כי היכ' דלא אתא לאחלופי בישראל שלא נעשה פ"ד כיון דאיסור השוה בכל הוא. הילכך כיון דבכל איסור בפ"ע לא גזרו רבנן אין מטילין עליו חומר שניהם יחד לגזור עליו בתורת ממ"נ ושרי' ליה. וזה מבואר לענ"ד מלשון הרמב"ם הואיל ופ"ד אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינה ועל הספיקות. אבל אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה עכ"ל:

ורצה לומר דווק' בנתינה וספיקות שאין איסור שלהם רק מדרבנן לא גזרו בהם וכדאמרינן בש"ס בנתינה כיון דמדאוריית' שרי ליה כו'. אבל בממזרת ודאית שאסורה לישראל כשר מה"ת גזרו בו גם על הממזרת שאין זו דומה לגיורת לפסול לכהונה. שג"כ האיסור מה"ת ואפ"ה לא גזרו בו משום שאין האיסור שוה בכל כנלענ"ד לשיטת הרמב"ם. וגם ה"ה שכתב החילוק בין איסור כהונה שאין שוה בכל אפשר דמדרבנן קאמר וכמ"ש. אך במ"ש ופסק רבינו להחמיר בשל תורה לא נראה כן וצ"ע ע"כ כתבתי בתשובה הנ"ל. ועתה בא לידי ספר שער המלך וראיתי שכתב ג"כ בשיטת הרמב"ם

דאוסר בממזרת לפי דאזיל בשיטת המורה שהביא רש"י והכריח זה ממה שפסק הרמב"ם דגר שאמו מישראל אסור בממזרת ע"ש. וכ"כ מחותני הגאון החסיד האב"ד דק' ספד"מ בחידושיו לקידושין שנדפסו מקרוב. אך מ"ש בשער המלך בדעת הרמב"ם שמתיר הספיקות לפ"ד שהוא בשיטת מהרי"ט ז"א לענ"ד וכמש"ל וא"צ לזה אלא הטעם לפי שאין כאן איסור דאוריית' לא שייך ממ"נ וכדכתיבנא:

והנה מ"ש בשער המלך שם דפ"ד כיון שאינו פסול יוחסין אלא פסול גוף לא עשו בו מעלה ביוחסין לגזור על הספיקות וכ"כ החכם המשיב נ"י הוא נכון. ומ"ש החכם המשיב שלא נתקררה דעתו בזה דבירושלמי משמע איפכא דמאן דאסור פ"ד בממזרת הוא סובר דוקא פסול יחוס מותר בממזרת אבל פסול גוף לא. (ומה שהעתיק מהירושלמי דר' יוסי מתיר וחילי' מהדא דכהן מותר לישא גיורת כו' לא העתיק יפה ונהפוך הוא שם וכמו שהעתקתי לעיל) לק"מ דהיא הנותנת דלפי שאינו פסול יחוס בקדושתיה קאי ואסור לו לישא ממזרת ומהאי טעמא גופה לא שייך לעשות בו מעלה לאוסרו בספק ישראלית דלא הקפידו חז"ל אלא שלא יטמעו פסולי ישראל במשפחה וכיון שזו ספק ישראלית עשו מעלה שאסורה ליקח מפסול משפחה משא"כ ספק ישראלית לפ"ד כיון שהפ"ד אינו פסול יחוס רק פסול הגוף אבל מ"מ בקדושתי' ויחוסו קאי לא שייך מעלת היוחסין לאסרו בספק ישראלית שהרי גם הוא לא נפקע מיחוס בשביל שהוא פ"ד ואין בו רק פסול הגוף וכיון שהתורה התירה ספיקו לא גזרינן בי' כלל וזה ברור. אך מה שכתבתי שאין לעשות מעלה בפ"ד כיון דלאו בר אולודי הוא הוא נכון בסברא. ושוב ראיתי בתשובת נ"ב שהבי' בשם הרב מראדוויל לתרץ קושיות הב"ש מחמת הך סברא דלאו בר אולדי והוא ז"ל האריך להשיג עליו ע"ש. אך כ"ז לפי מ"ש שם לדמות זה למ"ש בס"ד דשם הטעם דמותר בנתינה משום דלאו בר אולודי וע"ז שפיר השיג אך לפי מ"ש הסברי דבלאו בר אולדי לא שייך מעלת יוחסין יש ליישב כל השגתו שם. ומ"ש שהרמב"ם כתב הטעם לפי שפ"ד פסול לבוא בקהל ולא הזכיר מבר אולודי כו' ע"ש:

גם זה לפי מ"ש הרב מראדוויל דגם בנתינה היה טעם זה אף למסקנ' אך לפי מ"ש ז"א ובנתינה א"צ טעם זה כלל וגם ספיקות נמי דבר פשוט הוא להרמב"ם דכה"ג ליכא מעלת יוחסין ולא איכפת לן מה שהוא ספק ישראלית ונבעלת לפ"ד רק דאיפכ' צריך ליתן טעם דלמה יהיה הוא מותר בנתינה ובספק ממזרת שהרי ישראל ברור הוא ולכן קאמר הרמב"ם טעמא דמילתא דבפסולין לא גזרו חז"ל וכדאמרינן בש"ס גבי נתינה דכי גזור בכשרים בפסולין לא גזור ומזה למד הרמב"ם גם לענין הספיקו' כיון דמדאורייתא שרי ופ"ד פסול לבוא בקהל לא גזרו לאסור עליו ספק ממזרת כמו שלא גזרו לאסור עליו

הנתינה. וגם אין לאסור עליו ממ"נ כיון דאין כאן חשש דאורייתא דהא מדאורייתא לאו בקדושתיה קאי ומותר אפילו בודאי ממזרת וכמש"ל. ואע"ג דגם בדרבנן לית לן למיעבד תרי קולי דסתרן אהדדי ועיין בשער המלך הל' מקוואות מ"מ הכא שאני דמעיקרא לא גזרו רבנן על ספק איסור דממזרת כלל ואין כאן חשש איסור רק מספק שמא ישראלי' הוא ואסורה לפ"ד ומן התורה מותר דבספק קהל יבוא וכאן דלאו בר אולודי לא שייך מעלת יוחסין ושרי' ליה וגם אשכחן בדרבנן להקל אף בקולי דסתרן אהדדי כמ"ש הרא"ש בריש ברכות לענין תפלת מנחה ועַרבית אחר פלג המנחה דבתפלה הקילו ועיין בב"י א"ח סימן רל"ד ואין להאריך:

ובמה דכתיבנא א"ש נמי מה שהוקשה בנ"ב על הרמב"ם מן הירושלמי כיון דר' ירמיה אמר כללא דפ"ד מותר בממזר'. וכוונתו דמתני' דקתני כל האסורין כו' נכלל גם פ"ד ממילא גם ר"א דאמר ספיקן בוודאי אסור עלה קאי ואף ר' יוסי לא פליג אלא להחמיר דאסור בממזרת ע"ש ודוחק לומר דלר' יוסי כיון דאסור בממזרת א"כ בקדושתיה קאי וממילא דאין שייך מעלה ביוחסין וכמש"ל דז"א דהא לא אשכחן דפליגי כ"א בוודאי אבל בספק לא אשכחן דפליגי. אך לענ"ד לפי מה דמשמע בירושלמי הא דר"א אוסר ספיקן בודאן כו' הוא מדאורייתא דלא ס"ל הא בקהל ספק יבא כו' ע"ש בפירוש קרבן העדה ולדידיה פשיטא דאין לחלק בין שאר ספיקות. משא"כ לדידן דקיי"ל כש"ס דידן דטעם דאסרינן ספיקות משום מעלה וכיון דבפ"ד לא שייך מעלה אין מקום לאסור עליו הספיקות כלל:

ועכ"פ היוצא לנו מזה דהיינו מדברי הרמב"ם לנ"ד דס"ל דגם גבי פ"ד דרשינן הך דרשא דבקהל ספק יבוא וממילא דרשינן נמי דפ"ד ספק יבא וכיון דמילתא דרבנן הוא מצרפינן הפוסקים להקל. אף מתרי טעמי אף לשיטת הש"ס ז"ל וכדכתיבנ' אולם מתוך הדברים נזכרתי מה ששמעתי מאלוף נעורי חד"ז הגאון המפורסם חסיד שבכהונה מהר"י אייזק הכהן ז"ל האב"ד דק"ק קארעץ במה שהקשו הראשונים על הרמב"ם שפסק ספיקא דאוריית' מדאורייתא לקולא דא"כ היכא אמרינן בחולין מנ"ל דאזלינן בתר רובא אתיא מרישא של עולה כו'. ותירץ הוא ז"ל דבאמת צריך להבין במ"ש בשם הרמב"ם דיליף לה מדאמרינן ממזר ודאי הוא דלא יבוא הא ספק יבוא דהא מצינן כמה אסורין שא"א ללמוד אותם בבנין אב ממזר דאיכא למיפרך ומכ"ש לדעת הסוברים דאף בספק כרת סובר הרמב"ם כן ואשם תלוי טעמא משום איתחזק איסורא או איקבע איסורא וא"כ איך נילף זה ממזר דאיסור לאו. וע"כ לומר בכוונת הרמב"ם שראייתו ממה דחזינן דחז"ל אשר היה מסור בידם פירוש דברי התורה וחזינן דפירשו מה שכתבה התורה לא יבא ממזר

הכוונה על ממזר ודאי מזה נדע לבאר את דברי התורה בכל מקום כגון חלב או נבילה ושאר אזהרות שבתורה לא נאמרו רק על הודאי ולא על הספק ונ"מ היכא שהאיסור הוא לאו הבא מכלל עשה כגון בתולה מעמיו יקח דדרשינן ולא בעולה נמי מפרשינן בתולה וודאית ואפילו ספק בעולה אסור. ולפ"ז א"ש הך דחולין דהא דטרפה פסול לקרבן הוא דדרשינן מן הבקר להוציא את הטריפה וא"כ צריך שתהא כשירה בוודאי ושפיר מוכח דאזלינן בתר רובא ע"כ עולה על זכרוני מדבריו ז"ל ודפח"ח ועפ"ז יש לפלפל בסוגיא דמנחות שם דמעיקרא בעי לאתויי מק"ו מבעל מום כו' וגם יש ליישב כמה קושיות שהקשו האחרונים עיין בכו"פ סימן ק"י ואין כאן מקומו ומצאתי סיוע לדבריו שהרי הרב אומר כן גדול הראשונים הרשב"א ז"ל ביבמות ד' מ"ם אי לא מצה ה"א מצות אמר רחמנא. תמיה לי אמאי שבקינן ללא תאפה חמץ דנקט ברישׁ' וה"ל למימר אי לאו מצה ה"א לא תאפה חמץ אמר רחמנ' וניח' לי דחמץ משמע חמץ ברור וחלוט אפילו את"ל שאינו מצה חמץ ברור אינו להכי נקט מצות אמר רחמנא כלומר מצה ברורה עכ"ל ולפ"ז נכון שיטת הרמב"ם דכל מילת' דאמר רחמנא לא תעביד על הודאי נאמר ולא על הספק (ובספר דברי אמת הבי' ראיה להרמב"ם מדאמרינן בסוטה והבשר אשר יגע כו' הא ספק טמא כו' ע"ש. וא"ש ג"כ על דרך הנ"ל עדכ"כ הא דאמרינן עשירי וודאי אמר רחמנ' כו') ולכן מפרשינן כאן ממזר ודאי לא יבא וה"ה בפ"ד וכיוצא. אך דמ"מ נ"מ היכ' דאין כאן ספק בגוף הנידון רק דאיכ' פלוגת' דרבוותא בהא מלתא כגוונ' דנ"ד דלהמחמיר זהו פ"ד שאמרה תורה ולהמקיל אין זה בכלל פ"ד ומאין הרגלים לומר דניזל בזה לקולא מדאוריית'. ואפשר דגם הרמב"ם מודה בספק כי האי דספיק' לחומר' אף מדאוריית' ולפ"ז בנ"ד לא פלטינן מחשש ספק דאוריית' שהוא לחומר' מדאוריית' אף להרמב"ם. ועפ"ז יש לתת טעם לדעת קצת פוסקים הסוברים דשני פלוגתא דרבוות' אין עושין מזה ס"ס דלפי הטעם שכתבו הפוסקים בהיתר דס"ס לשיטת הרמב"ם דמחמת דספק הראשון מדאוריית' לקולא רק מדרבנן לחומר'. וא"כ הו"ל אידך ספיקא ספק דרבנן וזה דוקא בשאר ס"ס אבל בספק דפלוגת' אע"ג דאי איכ' חד ספק דפלוגת' וחד בגוף המעשה משווינן ליה ס"ס היינו דמחמת ספיק' דגוף המעשה נעשה דרבנן ומחמת פלוגת' דרבוותא בשל סופרים הלך אחר המיקל (ועיין בש"ך סימן ס"ו דמשמע מדבריו דגם בכה"ג לא הוה ס"ס גמור. ובמנחת יעקב השיג עליו מדברי עצמו בסימן נ"ז וסימן ך"ו בשם תה"ד) אבל היכא דתרווייהו ספיקא דפלוגת' נינהו אין כאן ספיקא דרבנן כלל. אף לשיטת הרמב"ם דבספק פלוגתא גם הוא מודה דמדאוריית' לחומרא ואע"ג דפוסקים הללו לאו מהאי טעמא אתי עלה אלא משום דס' ספק פלוגת' שם ספק חד היא היינו

משום דבאמת עיקר טעמא דס"ס הוא משום דהוי כרוב. ולכך הוצרכו לומר דספק חד הוא ואמנם כן נראה דהפוסקים הללו דס"ל דלא מהני ס"ס מחמת שני פלוגת' דרבוותא ואע"ג דהוי מתרי טעמי וא"כ יש לצרף לאשוויי להו רובא דצ"ל דסוברים כשיטת הש"ך דאף מתרי טעמי לא חשבינן בדאורייתא לרובא ולפי דעת רוב הפוסקים דס"ל דמהני ס"ס כה"ג כמבואר במ"י שם הם סוברים דאף בדאורייתא מהני ס"ס כזה לעשות רוב ומ"ש במ"י שם דעל הרוב בספק פלוגתא הא' מתיר יותר מחבירו י"ל דגם כאן נ"מ בספיקות אלו דלהך ספיקא דניטל ביצה השמאלית לא הוה בכלל פ"ד אז אפשר דיש לו רפואה שיכול להוליד כמ"ש הרא"ש והסמ"ג בשיטתו וגם הבנים כשרים. ומה דמשמע בירושלמי דאינו מוליד היינו בלא רפואה וכמש"ל דאל"כ קשה קושיות הרא"ש מהא דגובתא ואם נאמר דשפיר הוה פ"ד אף בביצה אחד. אלא דמ"מ הוא כשר לפי שהוא מחמת חולי וכבי"ש דמי א"כ אינו מוליד וכמו שפירשו להך שיטה מה שאומר ר' ישמעאל הרי הוא כסריס חמה כו' וא"כ אם יוליד הבנים פסולין ואע"פ שי"ל דכה"ג לא מיקרי א' מתיר יותר כיון דבגוף ההיתר לא נ"מ מידי. י"ל דנ"מ לענין גוף ההיתר ג"כ דאי נאמר שמוליד א"כ חיובא נמי איכא לישא אשה כשאר אחיו מישראל דרחמנא אמר פרו ורבו משא"כ אם נאמר דכשר אלא שאינו מוליד נהי דשרי אבל חיובא ליכא. ובכה"ג וודאי דחשבינן ליה כא' מתיר יותר מחבירו ואין להאריך:

ואמנם לפי מש"ל דעיקר לדינא דע"י חולי כבי"ש דמי שכן דעת רוב הפוסקים ולזה הסכימו האחרונים רק מצד ספק שמא שלט החולי בכולו והגיע לגדר מיסמוס ספק זה שפיר הוה ספק אף לפי מה דכתיבנא לדעת הרמב"ם דזה הוי ס' בגוף המעשה וא"כ יש לצרף זה וגם ספק פלוגתא דרבוותא בניטל ביצה השמאלית ושרי מטעם ס"ס אליבא דכ"ע:

והנה גם לדעת שאר פוסקים דס"ל דמיתורא דקרא דרשינן הא דממזר ודאי כו' מ"מ נראה דגם בפ"ד אמרינן הכי וכן מבואר ממ"ש הריטב"א בשם הראב"ד דהא דחמשה קהלי כתיבי הוה חד מינייהו קהל דכתיב גבי פ"ד והביאו הפ"י וכתב ונלענ"ד להוסיף טעם לשבח כו'. ואף לפי מ"ש רש"י והתוס' שם הטעם דלא חשיב קהל דפ"ד משום דלא חשיב כ"א פסולי יוחסין ור"ל דבהא אייתרי ליה קהל משום דהו"ל לכלול כל פסולי יוחסין כחדא משא"כ הך קהל דפ"ד אינו מיותר כלל דלא מצינן לכוללם כאחד עם פסולי יוחסין וכן מבואר בירושלמי דקידושין וביבמות דקאמר טעמי' דר"י משום דארבע קהלות הן כו'. מתיבין על דר' יהודה והכתיב לא יבוא פ"ד בקהל ה' פסול גוף אינון מ"מ נראה דוודאי ילפינן מהנך כמו דהתם דוקא בממזר ודאי איירי ובקהל ודאי מיירי כמו כן כאן

וכמו גבי הני ה' קהל אע"ג דליכא בכל חד רק חד לימוד אפ"ה שרינן בכולהו קהל גרים וספיקות דחדא מחברי' יליף וכמו כן כאן לענין פ"ד וזהו מוכרח למעיין בש"ס וכ"כ בנ"ב שדבר פשוט הוא דכולהו ילפו מהדדי ואין להאריך:

ועתה אשימה פני במה שיש כאן צד היתר מחמת שנתמלא זקנו כאשר כתב החכם המשיב נ"י ומקורו מהנ"ב בתשובה הנ"ל וראיתי להעתיק מה שכתבתי זה איזה שנים בתשובה הנ"ל על ענין קרוב לזה וז"ל שם אמנם ראי' יש שהרי עינינו רואות באיש הזה שזקנו מגודל כמשפט העליון כן משפט התחתון רבו שערותיו שזה מורה שלא נסתרס האיש הזה שהרי הרמב"ם בפרק ב' מה"ל אישות כתב שסריס אדם אינו מביא סימנים לעולם והביאו דבריו טור וש"ע ויש"ש ולא חדית הוא לן וכבר העירו בזה חכמי זמנינו בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ה' בכיוצא בזה אולם הגאון ז"ל שדא בי' נרגא דמאין לומר לן דסימני גדלות נינהו דילמא שומא נינהו והביא ראי' מדברי הרמ"בן שכתב בקטנה שלא נודע מספר שנותי' והביאה סימנים מטילין אותה לחומרא כדין הספיקות ודוקא היכא דאיכא חזקה דרבא לא אמרינן שומא נינהו ע"ש שהאריך ואני תמה דנקיט דברי הרמב"ן ושביק דברי התוס' בקידושין ד' ס"ג שכתבו וז"ל וקשה דא"כ כל הנשים הבאים לפנינו לחלוץ איך יחלוצו אע"ג שיש להם סימנים כיון שאין יודעין שנותיהם כו'. כל הבאים על העריות איך נהרגים אע"ג שיש להם שערות מ"מ אין אנו יודעין שנותיהם ושמא הם קטנים. ואומר ר"י דאי איכא ריבוי שערות סמכינן אריבוי שערות מבואר בדברי הרא"ש שם שכתבו דבכה"ג סמכינן ארובא ואפילו מאן דחייש למיעוטא מודה בהא דלא שכיח כלל. ואע"פ שי"ל דהרא"ש כוונתו בצירוף נאמנות האב וכדמשמע מהרשב"א שם מ"מ לשון הרא"ש לא משמע כן שהרי כתב טעמא דלא שכיח כלל. וכן הלכה רווחת בישראל דאריבוי שערות לחוד סמכינן לחליצה כמבואר באה"ע סימן קמ"ט והוא מדברי ספר התרומה ושאר גדולי הפוסקים. ונראה שגם הרמב"ן אין חולק ע"ז רק הרמב"ן מיירי לענין אם אין שם רק סימנים סתם ולא מיירי בריבו' שערו' כלל ובזה אין צורך להביא מדברי הרמב"ן שהבי' ה"ה שהדב' מבוא' ברש"י דקידושין ותו' ושאר פוסקי' דאם אין כאן ריבוי שערות חיישינן דילמא שומא נינהו ודרך אגב אמינא שמ"ש המשנה למלך בפירוש הרמב"ן והנ"ב האריך בזה. ואנכי הרואה שדברי הרמב"ן הללו שהביא ה"ה הוא מדברי הרמב"ן בחידושיו למסכת נידה ד' מ"ה ומבואר שם שעיקר דבריו לענין מיאון איתמר שאע"פ שלא בעל אחר זמן אינה ממאנת כשהביאה סימנים. ולא אמרינן לקולא שומא נינהו ע"ש דלא כהמשנה למלך שפירש דבריו באופן אחר והעיקר כמו שפירש מהרי"ט ושאר פוסקים איברא שעדיין יש לפקפק בדבר דשמא ע"כ לא אמרו הפוסקים

דבריבוי שערות לא חיישינן לשומא אלא אם באנו לחוש שעדיין לא הגיע לכלל שנים דלא שכיח בהו שימצא שערות הרבה בתורת שומא משא"כ בזה ששנות מספר אתיו אלא שהספק נופל שמא הוא סריס שפיר י"ל שלפי רוב השנים ירבה שערותיו בתורת שומא. אבל לפענ"ד לא מסתבר לחלק בכך כיון שסריס אדם דרכו שלא לגדל שערות כי אבד חומו אשר על ידו השערות צומחים ובוקעים בבשר וכקטן דמי ממילא דלא שכיח בי' ג"כ שיבא לידי ריבוי שערות מחמת שומא כמו בקטן ממש. ועוד נראה דכיון שזקנו מגודל כדרך כל האנשים המולידים בהא וודאי לא תלינן דשומא נינהו וכן נראה ממ"ש התו' ד' פ' ד"ה דהביא שהקשו בהא דקידושין דאמרינן זקן האשה והסריס ופירש בקונטרס סריס חמה היכא משכחת לה למ"ד עד שיהא בכולן כו' ולכאורה הא דלא פירש רש"י באמת בסרי' אדם דהוה א"ש בפשיטות לכ"ע צ"ל דהוא מטעם דלא משכחת בסרי' אדם זקן כלל והלכך צריך לאוקמי בסריס חמה דוקא דאז שפיר משכחת לה אף למ"ד עד שיהא בכולן כגון שהביא אחר ך' כמ"ש התוס' שם אלא שי"ל להיפך דלכך פירש"י בסריס חמה דאילו סריס אדם אין דינו כזקן האשה דס"ל שדרך הוא שיגדל זקן לסריס אדם כמו לשאר בני אדם ואין בו רבותא במ"ש שם בקידושין שדינו כזקן כ"א בסריס חמה שאין דרך ליגדל בו זקן כמו באשה (ובאמת ברש"י שלפנינו ליתא מ"ש התוספות בשמו דאיירי בסריס חמה) אמנם מדברי הרמב"ם הנ"ל נראה דטפי גרע סריס אדם מסריס חמה לענין הבאת דבר שיש בו סימן גדלות ונראה פשוט דגם לענין הבאת זקן כן הוא עד כה דברו בתשובה שם. והנה החכם המשיב כתב ראי' דנתמלא זקנו ראי' גמורה הוא משום דלמ"ד עד שיהא בכולן אז אם נתמלא זקנו אינו סריס ולא כיון יפה דהתם לענין סריס חמה מיירי ואנו נזקקין לסימני סריס וכל שנתמלא זקנו אין כאן סימני סריס וא"ל דניחש שמא שומא נינהו דמה"ת ניחוש לי' הכי וכל זמן שלא נמצאו בו כל הסימנים יחד אמרינן דהוא מרובא דלאו סריסים נינהו תדע דאל"כ לר"י דס"ל בלא הביא ב' שערות בזקן סגי בא' מהם ובהביא ב' שערות בזקן אינו סריס אלא בכולן ואמאי ניחוש לי' דלמא הנך ב' שערות בזקן שומא נינהו ובחד סימן סגי אע"כ דכל כמה שלא נודע לנו בבירור דסריס הוא לא מחזקינן ליה בסריס כלל. ואף שי"ל כיון שיש בו סימן אחד מסימני סריס איתרע ליה רובא וכמ"ש התוספות היכא דאיכא סימן דאינו עושה כיפה תו לא שייך רובא מ"מ נהי דלא מיחשב בוודאי אינו סריס כיון שנולד בו איזה סימן מסימני סריס מ"מ בשביל זה אין להחזיק השערות לשומא אלא ספיקא מיהא הוי אם הו' סריס או לא וכמ"ש התוס' לענין עושה כיפה דמ"מ ספיקא הוי ע"ש. אבל אם לא נתמלא זקנו זה א' מסימני סריס ותלוי בפלוגתא דר"י, ור"ה אם בעינן כולן או א' מהם

סגי למשוי' סריס ודאי. ועכ"פ אין הכרח משם כלל לומר דמחמת מילוי הזקן הוא נעשה גדול שאין זה סימן גדלות כלל. ואדרבה שערות רבות ארוכים במקומות אחרים מועילין יותר וכמ"ש התוספות שם ד' פ"א ד"ה דהביא דשערות דזקן אינן מועילין לדין הבאת שערות אע"ג דבכל שאר מקומות שבגוף מועילים ואע"פ שהתוס' כתבו זה לענין שני שערות בזקן. י"ל דה"ה בנתמלא זקנו אין זה סימן גדלות. וכן משמע קצת לפי הטעם שכתב האשר"י דאעפ"י שהביא שתי שערות בזקן לא חשיבי שערות לגדלות אע"פ ששאר מקומות מועילין לפי שמקום הזקן רגיל להביא שערות לכך אינו חשוב גדול על ידו כו' ע"ש א"כ י"ל דגם מילוי הזקן לא מהני מהאי טעמא דשם רגילות להביא שערות איברא דהטור באה"ע סימן קס"ט ובח"מ סימן ל"ה כתב דאי נתמלא זקנו א"צ בדיקה והב"י כתב מקום מוצאו מדברי התוס' דיבמות דלעיל. ובאמת הב"ש בסימן קע"ב תמה על הב"י דכוונת התוספות אינו לומר דיש לו דין גדול מחמת נתמלא זקנו די"ל דהוא קטן עד רוב שנותיו רק כיון דנתמלא זקנו א"א שיהי' לו כל סימני סריס כו' ע"ש ואמנם הרא"ש בסדר חליצה כתב ואם רואים שגדלו דדיו ונתמלא זקנו א"צ בדיקה. ונראה דהיינו טעמא דהתם מיירי בהגיע לשנת י"ג כמבואר שם וכיון דאיכא חזקה דרבא שפיר סמכינן אהא מילתא דנתמלא זקנו לומר דבודאי גדול הוא משא"כ היכא דליתא לחזקה דרבא כגון בגוונא דנ"ד דיש לחוש שסריס הוא וא"כ שנות מספר שלו עדיין לא באו כלל בשביל הך סימנא לחוד דנתמלא זקנו לא משוינן ליה גדול דאפשר שאף הסריס יגדל לו זקן דשם רגילות טפי להביא שערות ודברי הב"י צ"ע:

ואמנם ב סימן תס"ט באה"ע י"ל דלא מייתי דברי התוספת ללמוד משם מקור דברי הטור דודאי דברי הטור הוא מהרא"ש כמ"ש מקודם רק מייתי מהתוס' לענין זה דב' שערות לא מהני ולא חשיב נתמלא זקנו. אך בח"מ סימן ל"ה צ"ע ומדברי סה"ת משמע קצת דנתמלא זקנו מהני בכל גווני שכתבו וחשבון השני' של האיש כו' אם גדולים הם הרבה או יש להם שערות הרבה בבית הערוה או בזקן אז אין אנו חוששין ושפיר חולצין כו'. ולפי סיום דבריו היינו אפילו אין יודעין שני גדלות אמרינן דמסתמא הגיע לכלל גדלות ע"ש. והיינו כדעת התוס' בקידושין. ולפ"ז משמע דאין חילוק בין אם הריבוי שערות הוא בזקן או במקום אחר בגוף והרא"ש לשיטתו בקידושין דמשמע מדבריו דאף בריבוי שערות צריך צירוף עדות האב שהוא בן י"ג. ולכך הוצרך שיהא ידוע שהוא בן י"ג בין בדדים גדולים או נתמלא זקנו ולקצר אני צריך ועיין בש"ע א"ח סימן מ"ג:

ואמנם כבר כתבתי דמדברי רש"י בקידושין משמע דסרי' אדם אין לו זקן. וכן נלענ"ד מדאמרינן בשבת דף קנ"א א"ל ההוא גוזאה לר"י ב"ק כו' עיקרא שליפא בתמניא ופירש"י

שביציו עקורים ונתוקים לוקחין בשמונה כו' תלת שמעת הדרת פנים זקן כו' ברוך המקום שמנעך מכולם. מזה משמע להדיא דסרי' אדם אין לו זקן. ומ"מ נלענ"ד שטוב יותר לבדוק בחתימות זקן התחתון שזה וודאי סימן גדלות הוא. והרמב"ם כתב שאינו מביא סימן לעולם והביאו הסמ"ג והטור והב"י כתב דפשוט הוא והביאו בש"ע וביש"ש ומקום מוצאו בתלמוד לא הראו לנו וכמ"ש בשו"ת נ"ב רק ראה זה מצאתי בספר בית מאיר דהרמב"ם משמע ליה הכי מסתמא דבריית' דמייתי ביבמות ד' פ' אין הסרי' נידון בבן סורר ומורה לפי שאינו נידון אלא בחתימת זקן התחתון. ומשמע דמיירי בין בסרי' חמה ובין בסרי' אדם:

אמנם יש לדקדק קצת בירושלמי סוף פרק האשה שהלך דמייתי שם פלוגתא דרב ושמואל וקאמר עלה מתנית' פליגי על דין ועל דין הסרי' אינו נעשה בן סורר ומורה שאין בו הקפת זקן ויתרה בו שמא יבוא שתי שערות בתוך ג"ח כמ"ד אין מקבלין התראה על הספק עכ"ל. לכאורה מאי קא קשי' ליה דילמא בסרי' אדם מיירי שאינו מביא סימן לעולם אע"כ דגם סרי' אדם מביא סימן גדלות לפעמים. ואפשר לומר דניהו דמיירי נמי בסרי' אדם מ"מ מדנקט סתם מיירי נמי בסרי' חמה ואהא קא קשי' ליה ויתרה בו כו' כיון דסרי' חמה שיעורו עד ך' שנה. ואדרבה לפ"ז מוכח מהתו' ג"כ דאין מביא סימן שהרי התו' שם כתבו דלא חשיב התראת ספק דאגלאי מילתא שהיה גדול בשעת התראה והיינו דלא כהירושלמי ולפ"ז קשה קושיות הירושלמי על הברייתא דבן סורר. וע"כ לומר דהתו' ס"ל דהתם בסרי' אדם מיירי וא"א להתרות בו כלל כיון שלעולם לא יבוא לידי חתימת זקן. אבל באמת זה אינו שהרי בן סורר חייב משיביא שני שערות רק קודם לזה פטור לפי שהוא קטן ולא בא לכלל מצות כמפורש בסנהדרין:

ולפי"ז כיון דסריס אדם מחשב גדול מבן י"ג שנה כמ"ש הרמב"ם א"כ שפיר הוא נעשה בן סורר. וע"כ דהך ברייתא בסריס חמה מיירי דלא נעשה גדול כ"ז שאין בו סימני' וא"כ שפיר פריך הירושלמי ויתרה בו כו' (ומ"ש בירושלמי שאין בו הקפת זקן לאו דווקא אלא ר"ל חתימת זקן דהא אדרבה משיקיף זקן פטור הוא. ובפירוש קרבן העדה כתב שאינו נעשה בן סורר עד שיקיף הזקן כולו בשערות רבים ודבריו תמוהים דאדרבא משיקיף הוא פטור) אך דבאמת צ"ע בהך ברייתא' לפי מ"ש דעיקר בגדלות תליא מילתא א"כ איך קאמר דאין סריס נידון כו' דאלמא לא דהא שפיר נידון אחר ך' כשהביא סימני סריס או בתר רוב שנותיו אף שלא הביא ופשיטא דאין ר"ל בעודנו קודם ך' דמאי קמ"ל וגם דומיא דאיילונית אין נידונת בנערה המאורסה קאמר דהיינו שבשום ענין אין נידונית וה"ה בסריס וע"כ לומר דתנא דבריית' ס"ל דלא מהני גדלות אלא דוקא חתימת זקן בעינן

ואפשר דיליף לה מהא דאמרינן בסנהדרין שם וכי יהיה לאיש בן בן הסמוך לגבורתו של איש. וכתבו התו' שם דדריש לאיש משמע לשון גבורה כו'. ולכן בעינן דווקא שיהיה לו חתימת זקן התחתון וכל שאין לו הרי הוא סריס שאין לו גבורת אנשים. וא"כ אין לחלק בזה בין סריס אדם ובין סריס חמה ואתרוייהו קאי והירושלמי קשיא ליה דבסריס חמה למה קאמר דאינו נידון דהא קודם ך' עדיין אפשר שיביא שתי שערות ודחיקא ליה לומר דמיירי שהגיע ך' ולא הביא שנתברר דסריס הוא דמשמע ליה שאין מתחילין לדונו כלל ואמאי נתרה בו בשעת מעשה שמא יביא שתי שערות ויתברר למפרע שהוא איש ולא סריס. וגם דחיקא ליה לאוקמי שכבר הוא אחר ך' ונולדו סימני סריס או שהוא אחר רוב שנותיו ולהתו' צ"ל דמיירי בכה"ג ולפי מ"ש צ"ע על הרמב"ם בהלכות ממרים שהשמיט ברייתא זו דסריס אינו נעשה בן סורר דהא לפי מ"ש הוא דין מחודש דאע"ג דיש לו דין גדול מ"מ אינו נידון בבן סורר. ועכ"פ למדנו ממ"ש דהך דינא שייך אף בסריס אדם וכיון דהברייתא נקטה טעמא לפי שאינו בא לידי חתימת הזקן התחתון משמע דגם בסריס אדם אינו בא לידי חתימת זקן. ואף לפי מש"ל דיש מקום לומר דסריס אדם כיון שהוא גדול מבן י"ג שפיר נעשה בן סורר מ"מ ממילא מוכח דאינו מביא סימן דמידי הוא טעמא שנעשה גדול מבן י"ג לפי שאינו מביא סימן ואם היה בר הבאת סימנים מסתברא שיש לו כל דין סריס חמה. ומ"ש בספר הנ"ל כיון דסתמא קתני מיירי גם בידי אדם אינו מוכרח לפי מה דאמרינן ביבמות שם הסריס לא חולץ כו' קתני סריס דומיא דאיילונית מה איילונית בידי שמים אף סריס נמי בי"ש:

ולפי"ז כיון דהכא קתני ואין איילונית נידונית בנערה המאורסה כו' י"ל ג"כ סריס דומיא דאיילונית ואין להאריך:

ואשימה פני לבוא בדרך קצרה על קונטרס החכם המשיב ה"ה כבוד ידידי החכם השלם החריף ובקי בחדרי תורה מהו' מרדכי נ"י. והנה ראשית דבריו האריך בדברי הרמב"ם דפ"ד ודאי לא גזרו על הספקות שלא עשו מעלה בפסול הגוף וכמ"ש ג"כ בשער המלך. והיינו משום דספק ממזר קיל משאר ספיקות ואין אסור אלא משום מעלה ובפסול הגוף לא עשו מעל'. אבל פ"ד ספק בישראלית ודאית הדרינן לכללי דספיקא דאורייתא דהא לאו משום מעלה הוא אלא משום ספיקא דאורייתא ועכ"פ מדרבנן אסור וממזר לא גמרינן כו' והאריך בזה. ונפלאתי מאוד שנראה מדבריו שהבין עיקר קושיות הב"ש דלמה יהי' מותר בספיקות הלא יש לחוש שהוא ממזרת. ולכן מחלק דספק ממזר קיל דאינו אסור אלא משום מעלה ואם כך הוא כוונת הקושיא אין תירוץ זה שתירץ בשער המלך דבפסול הגוף א עשו מעלה מספיק כלל וכמ"ש החכם המשיב דאדרבה פסול

הגוף יש לו להיות מעלה בקודש טפי מפסול יחוס אך באמת הא לא קשיא ליה להב"ש כלל דכיון שהרמב"ם סובר דלאו בקדושתיה קאי לענין נתינה ממילא אין לנו לעשות מעלה ביחוס שהרי אינו בקדושתו ולכן גם ספק ממזרת כיון דשרי' ספק ממזרת לישראל כשר מן התורה רק דחכמים גזרו ובזה לא גזרו רק דהב"ש קשי' ליה להיפך דהאיך מותר הפ"ד בספיקות שהרי יש לחוש שמא ישראלית היא ופ"ד אסור בישראלית והיא אסורה בו כמו ממזר וודאי שאסור בספק ממזרת דחיישינן שמא ישראלית הוא וע"ז שפיר תירץ בשער המלך דמדאורייתא שרי פ"ד בספק ישראלית דדרשינן לא יבוא פ"ד בקהל ה' הא בקהל ספק יבא וא"ל שיש לעשות מעלה באשה זו דשמא ישראלית היא ויתערב בה אחד מהפסולין לזה אמר דדוקא בפסול יוחסין עשו מעלה ר"ל שחששו שלא יטמעו בישראל שהוא פסול ליוחסין כגון ממזר ואינך פסולין משא"כ פ"ד דאינו רק פסול הגוף לא חששו לעשות בה מעלה שלא יבא עליה א' מפסול הגוף ולא איכפת לן בהכי וכבר כתבתי מזה בקצרה לעיל ועכ"פ אין דרך לנטות ימין ושמאל בדברי הרמב"ם דפ"ד וודאי מותר בספק ישראלית דרשינן גם גבי פ"ד דבקהל ספק יבא דאל"כ איך התיר לו לקחת ספק ישראלית אלא וודאי דמדאוריית' שרי וגם מעל' לא עבוד בפסול הגוף ושרי נמי מדרבנן וא"כ פשיטא דדרשינן נמי פ"ד וודאי לא יבוא הא ספק יבוא כמו בממזר דמחמת יתורא דקהלי דרשינן בקהל וודאי כו' דרשינן נמי ממזר וודאי כו' כמ"ש התוס' ישינים בקידושין וא"כ ה"ה לענין פ"ד דדרשינן בקהל ספק יבוא יש לדרוש ג"כ פ"ד ספק יבוא. ולשיטת הפוסקים נמי יש לומר דדרשינן בקהל ספק יבוא גם גבי פ"ד כמש"ל מדברי הריטב"א והירושלמי בזה:

ומ"ש מדברי התוס' דקטן לר"מ ספק סריס ממעי אמו אינו מייבם א"כ ה"נ ספק סריס אדם אסור בישראל ז"א ענין זה לזה דההוא דתוספות ודאי שהדין כשאר כל הספיקות שהם לחומרא לכל מר כדאית ליה למר מדאורייתא ולמר מדרבנן רק כל עיקר מה שאנו רוצים להתיר בזה בפ"ד היינו משום דרשות דקראי כמש"ל או דקהלי ילפי אהדדי ולכך לא אסרינן ליה כשאר ספק דאורייתא וא"כ מה מקום לדמות זה לספק סריס לייבם אלא דינו כממזר דספיקו מותר והיה מותר אפילו מדרבנן רק משום מעלה אסרוהו וכיון שבפ"ד לא שייך מעלה אין כאן איסור כלל:

והך דר"מ דחייש למיעוטא דמוכח מינה דכ"ש דאיכא למיחש לספיקא בלא"ה צריך ליישב לשיטת הרמב"ם וכבר כתב הפליתי ליישב זה משום דר"מ סובר דלא בעינן חתיכה משני חתיכות וכ"כ החכם המשיב בסוף דבריו אולם דבר זה צריך יישוב בכמה מקומות דאשכחן בש"ס תנאי דחיישו למיעוטא וס"ל דבעינן שני חתיכות ולדידי חזי

שיש ליישב בכמה אנפי ולפי שא"צ לענינינו קצרתי. וכבר כתבתי שהריטב"א בשם הראב"ד כתב דקהל דגבי פ"ד הוא בכלל ה' קהלי וגם לשאר פוסקים אין לחלק בין הנך קהלי דבכולהו דרשינן ספק יבוא. וכן מבואר בפני יהושע ומ"ש בשער המלך בשם האלי' רבה מהא דיהודה גר עמוני כבר דחה בשער המלך שם והעיקר כדבריו וגם ראייתו מהתוס' הוא נכונה מאוד. ומ"ש החכם המשיב דק"ו התוס' אליבא דר' יהודה דס"ל ג' כתובים הבאים כאחד מלמדין:

ולענ"ד י"ל לפי מ"ש מהרי"ט להרמב"ם דהא דשרינן בממזר הני דהנך ריבוי מרבי אפילו הוי סתרי אהדדי ולהפוסקים החולקים עליו אפשר דהוי שני כתובים. משא"כ למ"ד מלמדין טעמא דמלת' דס"ל דבשני כתובים דרשינן בהו איזה דרשה כמבואר במפורשים. ולפי"ז מסתבר דאליבא דר"י דרשינן דשרי בסתרי אהדדי. וא"כ א"א לומר דטהרת מצרי שני ע"י שנושא שתוקות והוולד שלישי דז"א דכה"ג אפילו מצרי שני נמי טהור אם המצרי ראשון נושא שתיקות ואז הוולד ספק מצרי שני ספק ממזר ודרך אגב ראיתי שם בשער המלך דבר תמוה מ"ש לתמוה על התוס' שכתבו שישא שתוקות משום דבקהל ספק יבוא דלמה לי הא דהא אפילו בממזר' וודאי מותר גר מצרי דלא חזי לבוא בקהל וכ"ש שתוקות כו' ונדחק בזה. ואני תמה דאדרבה בשתוקות הוה ס"ד דאסור דשמא ישראלית היא ומצרי ראשון ושני אסור בה לזה כתבו דבקהל ספק יבוא רק שלענ"ד צ"ע על התוס' דקשיא להו שישא שתוקות שהבן מותר משום דממזר ספק יבא. ולכאורה דהא לר"י קיימינן ור"י ס"ל דיש ממזר מחייבי לאווין כמ"ש התוס' ביבמות ד' נו"ן וא"כ אין כאן ספק ממזר אלא וודאי ממזר דממ"נ אם ממזרת היא הרי הוולד ממזר ואי ישראלית היא א"כ היא חייבי לאווין שהרי הוא מצרי שני ואסור בישראלי' וג"כ הוולד ממזר וכיון דבין הכי ובין הכי הוולד ממזר א"כ אין כאן ספק אלא ודאי ועיין בתוס' דקידושין ד' ע"ד ובדף ס"ז בפי' שכתב דבפ"ד מיתות לחד לישנא אין הכרח דיסבור ר"י דאין קידושין תופסין בח"ל ומ"מ קשה על התו' שהקשו על ר' יוחנן דדלמא ר"י ס"ל כהך לישנא דלר"י אין קידושין תופסין בח"ל. ודוחק לומר דקושיות התו' אליבא דיש מגיהין שהגיהו לר' יהודה במקום ר' יהושע במתני' דיבמות ד' נ'. ונראה דהתו' סוברים דאע"ג דמחייבי לאווין הוי ממזר היינו דווקא היכא דעבר אמימרא דרחמנא משא"כ כאן אע"ג דאם היא ישראלית הוה ח"ל לגבי דידי' מ"מ כיון דהשתא מיהא ספיקא הוה דשמא ממזרת היא ושריא לי' והתורה התירה ספק זה ממילא אף אם לפי האמת ישראלית היא לא עבר אמימרא דרחמנא ולא חשבינן לולד זה הנולד מביאה זו לנולד מביאה אסורה ואינו ממזר כלל וא"כ אין כאן רק ספק ממזר ומ"מ אין מזה ראי' לסברת מהרי"ט ואין להאריך:

ומ"ש בענין אם יש חילוק בין לאו לכרת כבר הארכתי בענין זה בחיבורי והבאתי דברי מהרי"ק ותה"ד ועיין בנ"ב חלק א"ח סימן ך"א אך בנ"ד א"צ לזה וכדכתיבנא דוודאי אם אנו רוצים להתיר ספק פ"ד ע"כ מריבויי דקהלי אתינן עלה ואין זה דומה לשאר ספק דעלמא:

ומ"ש לענין שתיית כוס עיקרין הדבר פשוט דאסור מדאורייתא וכמ"ש הרמב"ם וסמ"ג וש"ע דאסור אלא שאין לוקין עליו מבואר דאיכא איסורא דאורייתא. וצ"ע על ה"ה פרק ט"ז מה"ל א"ב שכתב דבסוגיא דשבת מבואר דכל היכא דלא נגע באיברים לא מחייב. ולפענ"ד צ"ע דבס"ד הי' סובר כן דנטילת כרביל הוא סירוס גמור אלא לפי דהוה סירוס ממילא שרי אבל לפי מאי דפריך התם מדרב אשי דאמר רמות רוחא הוא דנקט ליה ומחמת זה הוצרך לאוקמי באשה מבואר דאפילו סירוס דממילא בזכר מיקרי סירוס וכמ"ש רש"י שם ואע"פ שי"ל דאסור אין לוקין מ"מ מדברי הש"ס אין הכרח כלל ובחידושי הרשב"א הקשה דמאי מייתי מדר' יוחנן התם קא מכוון וי"ל דלרבותא נקטי' דאיהו ס"ל דלא אסרה תורה אלא בנוגע ממש במקום סירו' אבל כשאינו נוגע באבר עצמו לא וכדר' יוחנן ואע"ג דמתכוון לסרוסי וכ"ש בדלא מכוון עכ"ל ואפשר שמזה הוציא ה"ה דבריו אבל באמת ז"א דהרשב"א כ"כ לפי דעת תרצן זה שהי' סובר דטעמא דר"י משום הכי הוא אבל לא קיימא הכי במסקנא ואפילו באינו מתכוין אסור ומכ"ש במתכוין וכיון דהרמב"ם כתב דינו במתכוין לסרס א"כ אפשר דאפילו חיובא נמי איכא וגם מה דנקט הרמב"ם במשקה כדי לסרס צ"ע דהא בש"ס משמע דאפילו בשותה לרפואה ומיעקר ממילא נמי איכא איסורא ובב"ש כתב על לשון הש"ע שהוא לשון הרמב"ם אפילו שותה לרפואה וצ"ע דלישנא משמע דהשקאה הוא כדי לסרס ולא לשם כוונה אחרת ולולי דברי ה"ה הייתי אומר בשיטת הרמב"ם לפי מ"ש בשאלתות שהביאו התו' ושאר פוסקים דלר"ש שרי משום דבר שאינו מתכוין רק דבשאר איסורים הלכה כר"י והם ז"ל הקשו עליו ופירשו דאף לר"ש אסור משום פסיק רישא ולכאורה יש לתמוה על השאלתות שהרי הש"ס מלא מזה דפ"ד אסור גם לר"ש ובוודאי לא נעלם זה מהגאון שהוכרח לומר דקיי"לן כר"י. ודוחק לומר דס"ל כשיטת הערוך דפ"ד דלא נימא ליה מותר ולא ס"ל מ"ש הרשב"א והרא"ש והר"ן דדווקא בשבת שייך לומר כן משום מלאכת מחשבת משא"כ בשאר איסורים דודאי דבריהם בזה מילי דסברא נינהו ולא יחלוק הגאון עליהם. אך נלענ"ד דהגאון סובר דאיכא תרי גווני עקר ע"י כוס של עיקרן חדא שע"י שהסמים הם חדים וחריפים שדי זיהרא בגיד או בבצים ומיקלי קלי להו ויאכל חצי בשרו ועי"ז נעשה כרות שפכה ולפעמים אינם גורמים קלקול כ"כ ואין אוכלים בגיד ובבצים כלל

רק שגורמים שעי"ז נסתם שבילי הזרע ועי"ז נעשה עקר שאינו ראוי להוליד וכשאסרה תורה שלא לסרס לא נאמר בלאו זה כ"א ומעוך ונתוק וכרות משמע דווקא בכה"ג דמתעביד מעשה בגיד או בבצים הא לא"ה רק שגורם לבוא ע"י עקרות ע"י שמתקלקלין שבילי הזרע וכיוצא בו אין כאן איסור תורה וזה מוכח לענ"ד מדאמרינן בבכורות ת"ר שני נקבים יש באדם כו' אם ניקבו זה לתוך זה נמצא עקר. אמר ר"ל מאי דכתיב לא יהי' בך עקר ועקרה ובבהמתך אימתי לא יהי' בך עקר בזמן שבבהמתך ופירש"י שלא תהא צנוע בהטלת מים ע"ש ואם איתא דבכה"ג דמיעקר ע"י עיכוב השתן א"כ פשיטא שאסור לעמוד על עצמו שיבא עי"ז לידי עקרות ועבר אדאורייתא וכן נראה מדברי ספר יראים שכתב ראי' דעקר כגוונא דגובתא כשר לבוא בקהל מהא דבכורות דגרסינן נמצא עקר ולא גרסינן נמצא כרות שפכה דעקר וכרות שפכה שני ענינים הם והביאו הסמ"ג ושאר פוסקים ולפי דבריהם פשיטא דכיון דאין זה בכלל כרות שפכה פשיטא דאין זה ג"כ בכלל ובארצכם לא תעשו דכרות אמר רחמנא והאי לאו כרות הוא. וכן משמע לכאורה מהא דאמרינן ביבמות דף ס"ב דרב ששת איעקר מפרקי' דר"ה ופרש"י שהי' מאריך בדרושיו וצריכים למי רגלים ומעמידים עצמם ונעקרים כדאיתא בבכורות ע"ש. וכן אמרינן שם ד' ס"ד כמה אמוראי דאיעקרו מפרקיה דר"ה ואמר רב אחא בר יעקב שיתי' סבא הוינא כו' ואם איתא דאיכא אסורא בכה"ג משום ובארצכם לא תעשו היכא עבדי הכי ואעפ"י שי"ל דבשעה שהעמידו עצמם לא הרגישו שיבוא לידי כך מ"מ למיחש מיהא מיבעי להו שמא יבוא לידי כך אלא דבלא"ה קשיא דהאיך הפקיעו עצמם מעשה דפ"ו ובעובדא דרב ששת שם נ"ל דבשעת מעשה היו לו בנים. אך בעובדא דר' אחא בר זבדא א"א לומר כן. וגם קשה דהא אמרינן במכות דמשהה נקביו עובר משום בל תשקצו ועיין בי"ד סימן קט"ז ובתה"ד סימן ט"ז כתב דהא דכמה סבי אעקיר כו' מחמת כסופא וזילותא למיזל לצרכיהן קמי' רבי' לא חשו לאיסור בל תשקצו והביאו המג"א ב סימן ק"ג וב סימן צ"ב כתב דתה"ד מודה בצבור דגדול כבוד הבריות ע"ש. ובאמת אפשר לומר דהנך סבי אנוסים היו לפי המבואר בכתובות ד' ק"ו דר"ה היתה ישיבתו גדולה מאוד דכי קיימי רבנן נפצי גלימייהו כו' והנך סבי מחמת הלחץ והדחק הגדול לא הי' אפשר להם שילכו לחוץ ובע"כ היו מעמידים עצמם אלא דאכתי קשה מהא דבכורות דאמרינן משתינן מים בפני רבים כו'. ואפשר דלכך השמיטו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש הא דבכורות משום דלא משמע הכי מהך עובדא דיבמות דהנך סבי עבדי עובדא בנפשייהו אך המג"א ב סימן ג' הביא דברי הש"ס בזה וצ"ע:

שוב ראיתי שאא"ז הגאון בתבואות שור סימן י"ג הביא שם ג"כ דברי התה"ד והקשה עליו מהא דבכורות וכתב דההוא עובדא דסבי מחמת גודל עיונם לא היו מרגישין. א"נ שלא היו יכולין לצאת מחמת רבוי התלמידים כמ"ש בכתובות גודל מתיבתא דר"ה כו' ולהשתין במקומו א"א דהיינו במקום קדוש ומקום תורה כבהמ"ד דילפינן מוהי' מחניך קדוש ע"ש שהאריך בענין זה ושמחתי מאוד שכוונתי לדעתו ז"ל. ומ"ש דמקום תורה אסור צ"ע מהא דאמרינן בבכורות שם שמואל איצטרך ליה בשבתא דריגלא נפצי ליה גלימא כו'. ועכ"פ לענין עקר דהוה איסור תורה ודאי שהדברים צ"ע. ומצאתי בספר מחזיק ברכה הביא בשם ספר מור וקציעה שהרעיש העולם האיך אמוראי אנסי נפשייהו ואיעקרו כדאמרי' ביבמות והיכא עבדו איסורא משום עקורי ולא דמי לבל תשקצו דאסמכתא הוא כו'. והוא ז"ל כתב דלק"מ דאימור דאינהו לא ידעי דבהכי מיעקרי כו' והיותר נכון דהוה טריחא להו מלתא לעמוד מתוך הפרק ולפסוע על ראשי עם קודש וגדול כ"ה כו' ולמ"ד דלא דחי לאו דאורייתא אפשר לומר דהכא ליכא איסור תורה אף בעיקור כה"ג ומה גם דלא הוה פשיטא להו דבכה"ג מיעקרי אלא ספק הי' אצלם כו'. אחר זמן ראיתי שהאריך בזה בתו' כו' עכ"ל. והוא ג"כ כעין שכתבתי וספר מור וקציעה אין בידי וגם לאפס הפנאי לא נפניתי לעמוד על פרטי ענין זה:

וחזרתי למ"ש דמשמע דאין איסור תורה כ"א במה שנאמר בפירוש מעוך כו' והרי פלוגתא דתנאי בקידושין ובבכורות אם שייך הא דמעוך וכתות ונתוק וכרות גם בבצים או לא נאמר כ"א בגיד דווקא. ואמנם התו' בבכורות ד' ל"ט כתבו דדוקא ברישא דקרא לענין קרבן פליגי אבל סיפא דקרא דבארצכם לא תעשו אירי אפילו בביצים בכ"מ שנסתרס דאפי' ע"י שתיית סם אסרינן בפרק שמונה שרצים כו' ע"ש. לפענ"ד אין ראיה מזה דגם ע"י שתיית סם אפשר שיהי' כרות בגיד או בבצים וכמש"ל ולפיכך כשאמרו לירקונא תרין בשיכרא ומיעקר קא קשי' ליה ומי שרי כו' דהא וודאי מצי למיתי לידי עקרות כה"ג שיתמסמא הגיד או הביצים ויש בזה ספק איסור תורה:

ולפ"ז צריך ליישבו הא דקאמר ה"מ היכא דקא מכוין הכא מאליו הוא דאמר ר"י הרוצה לסר' כו' ומאי מייתי מהתם דגבי תרנגול אין איברי הזרע מתקלקלין מחמת הסרת הכרביל רק דהוה ס"ד ששוב אינו מוליד וא"כ אין משם ראי' לשתיית עיקרין דיש לחוש לקלקול איברי הזרע עצמם וכדכתיבנא. וצריך לומר דהש"ס היה סובר דאם איתא דאף אם לא נגע באיברי הזרע עצמם לעשות בהם מעשה רק ע"י השקאה וכיוצא בו נפל בהו תיכלא נמי איכא חיובא א"כ כיון דהתם במתכוין ומסיר הכרביל כדי לסרסו הו"ל למיסר מדרבנן גזירה דלמא אתי למיעבד כה"ג אף בגוונא שיש קילקול באיברי הזרע. אלא ע"כ

דכל דלא נגע באיברי הזרע ליכא איסורא מדאוריית' אף אם עושה מעשה שיתקלקל על ידי זה איברי הזרע וכיון דבזה ליכא קילקול באיברי הזרע שפיר דמי אף במתכוין וממילא שיש להתיר בשתיית סם לרפואה שאין מתכוין כיון שאף אם יבוא לידי קלקול איברי הזרע אין בזה איסור תורה שהרי לא נגע באיברים גופייהו. ובזה מיושב גירסת הש"ס שלפנינו ה"מ היכא דקמכוין הכא מאליו הוא. (ועיין ברשב"א דמשמע דגרס הכא לא קא מכוין) ואין להאריך. ולפ"ז כי פריך עלה מדרב אשי דאמר רמות רוחא דנקיט ליה. הא לא"ה אסור אף בכה"ג משום דאף בלא נגע באיברים יש איסור תורה. ולפ"ז הוה ליה למיסר כוס עיקרין דשמא יבוא לידי קלקול האיברים ולפ"ז שפיר כתב רב אחאי דדוקא אליבא דר"י דאוסר דבר שא"מ יש לאסור כאן משא"כ לר"ש אין כאן איסור דאין כאן פסיק רישיה כיון שיכול להיות שלא יבוא ע"י שתיה זה לידי קלקול האיברים כלל והילכך אף דאפשר שיבוא לידי כך דבר שאינו מתכוון הוא ושרי כך נלענ"ד שיטת רב אחאי ז"ל בזה:

ולפ"ז י"ל ג"כ שיטת הרמב"ם דודאי לא ס"ל כרב אחאי בהא דס"ל לפסק הלכה דבשאר איסורין קיי"ל כר"י דז"א כמ"ש התו' והרשב"א והרא"ש והר"ן אלא וודאי כר"ש קיי"ל אלא כיון דפלוגת' הוא בש"ס דשבת ואיכא מאן דס"ל דר"ש לא שרי אלא היכא דלא אפשר כגון בספסלים גדולים אבל בקטנים אסור. וכן סביר' להו לישנ' קמא דפסחים דף ך"ד אליב' דרבא שם דאפשר ולא קמכוין אפילו לר"ש אסור והכא דפריך ומי שרי ע"כ משמע דהא דשרי למישתא תרי כסא בשכרא ומיעקר' מיירי אף אי איכ' תקנת' אחריתי וכדאמרינן ואי לא ליתא רישא דשוביט' כו' דאל"כ שאין לו רק תקנה זו לבד פשיט' דשרי שאין לך דבר שעומד בפני הסכנה (ודוחק לומר דמיירי שטורח גדול לחזור אחר תקנת אחרים ותקנה זו דכוס של עיקרין מזומנת הוא לו מיד דבכה"ג נמי לא אפשר מיקרי כמ"ש התו' בפסחים שם דגבי שלשול האומנים בקופות קרי לא אפשר כיון דטורח גדול הוא) וא"כ כיון דאפשר בתקנה אחרת שפיר פריך אף לר"ש יש לאסור כדאמרינן שם בשבת ד' לענין קטנים כו' וכן בהא דמוכרי כסות כיון דאפשר למיעבד כצנועין אבל לפי מה דקיי"ל לפסק הלכה דאף בכה"ג שרי כדמתיב רבה מהא דמוכרי כסות א"כ בלא"ה לא קשה מידי אהא דמתיר בכו' של עיקרין כיון דלא קמכוין וגם פסיק רישא אין כאן כמ"ש שהרי אפשר שלא יפול קלקול עי"ז באיברי הזרע כלל רק שיהיה עקר שלא יוליד ובזה אין איסור סירו' כלל ולפיכך אין איסור בשתיית כוס עיקרין ורפואה כלל אם לא היכ' שמכוין כדי לסר' אסור ומ"מ אין לוקין עליו כיון שאין כאן וודאי שיתקלקלו הגיד או הביצים אע"פ שיהיה עקר מלהוליד מ"מ חיוב מלקות אין כאן כ"א בסירו' גמור

דוקא וכן משמע מדברי הרמב"ם בפירוש המשנה בשבת שם דלרפואת ירקון הוה שרי בחול ואין איסור כ"א בשבת ולא הזכיר דווק' בזקנה ועקרה הוא כאוקימתת הש"ס אלא דמשמע דס"ל דשרי בכל גווני וכדכתיבנ' ומ"ש החכם המשיב דלשיטת הערוך קשה דהא לא ניח' ליה וצ"ל דס"ל כשאלתות אישתמיטתיה דברי הרשב"א והרא"ש והר"ן והביאם הב"ש דבשאר איסורין גם הערוך מודה וכמש"ל מזה ומ"ש לענין שתה כוס של עיקרין אם פסול לבוא בקהל צריך תלמוד לענ"ד פשוט דאם לא נעשה רושם מחמת זה באיברי הזרע רק שבטלו ממלאכתם ואינו ראוי להוליד אין זה בכלל פ"ד רק בכלל עקר ועקר אינו נפסל לבו' בקהל כמש"ל ואפשר דאף החולקים על רא"מ בההוא דגובת' מודים כאן שאפשר שע"י כוס עיקרין אין כאן מעשה בגיד כלל רק שחריפות הסמים גורם קלקול בזרע האיש שלא יתן פריו. ואע"פ שהתו' בסוטה נראה דמפרשו דברי רש"י דסרי' אדם ע"י שתיית כוס עיקרין פסול לבוא בקהל באמת דברי התו' צ"ע בזה דרש"י כוונתו על מה שנקר' בשם סרי' אדם דהיינו מה שהוא בכלל פ"ד. ומ"ש התו' דבריית' דיבמות לא קאי על סרי' אדם צ"ע דהא ביבמות ד' ע"ט אמרינן אמתני' דסרי' חמה מכדי שמעינן לר"ע חייבי לאווין כו' ע"ש ומ"מ צ"ל דסרי' אדם אינו פ"ד כיון שהבריית' חשיב פ"ד וכ"ש וסרי' אדם נראה שר"ל סרי' אדם היינו שמיעכו ביציו וכיוצא וזה כוונת רש"ל ביבמות ד"ך. ומ"מ רש"י בסוטה דנקט סרי' חמה לא בא אלא לשלול מה דקרי בש"ס סרי' אדם ומיפסל מלבו' בקהל ודברי התו' צ"ע בזה:

ועוד נלענ"ד בישוב דברי הרמב"ם לפי מה דאמרינן בשבת דף ק"ך הרי שהיה שם כתוב על בשרו כו' שאני התם דאמר קרא ועבדתם כו' לא תעשון כן לה' אלקיכם עשייה הוא דאסור גרמ' שרי א"ה ה"נ כתיב לא תעשה כל מלאכה כו' ע"ש דמסקינן דהיינו טעמייהו דרבנן דמצרכי גמי לפי שאסור לעמוד בפני השם ערום ומבואר שם דבלא"ה גם רבנן מודו דאין איסור משום מחיקת השם דגרמ' שרי דהא ודאי גמי ע"כ לא מיהדק ועיילי ביה מיא דאל"כ הוה חציצה. וכן מבואר מדברי הרמב"ם בהלכ' יסודי התורה. וצ"ע על רש"י ביומא שפירש שטעם כורך עליו גמי להגין עליו מחוזק שטף המים וז"א כמבואר בשבת ומצאתי בכפות תמרים שהקשה כן על רש"י ושוב ראיתי בתו' ישינים ביומא דף א' ודף פ"ח שעמדו בזה והנה מה שקור' לטבילה זו גרמא אע"פ שבמתכווין הוא יורד לתוך המים עם השם שעל בשרו ובכה"ג קיי"ל בסנהדרין בכבש על חבירו לתוך המים או לתוך האור ואינו יכול לעלות חייב ע"כ לומר דשאני הכא דאע"פ שיורד לתוך המים אינו נמחק אז רק מחמת שהשם מתלחלח הרבה מהמים ממילא הוא הולך להמחק ומ"מ כיון שעכשיו בשעת עשייה אינו נמחק גרמא מיקרי. וראיתי בחידושי הרשב"א

בשבת שם שהקשה אהא דיורד וטובל שהא זה הוי כמקרב את כבויו. ותירץ דמקרב לא מיקרי אלא התם שבוודאי יכבה אבל כאן אפשר שלא ימחוק שאילו וודאי נמחק היינו כמשפשף שהרי הוא נותן ידו במים ע"ש ודבריו צ"ע דאם איתא דספיק' הוי איך מדמה הש"ס גרמא דהכ' לגורם כיבוי שגורם בודאי שיכבה וגם מה דמשמע שאם היה נמחק בודאי הוה כמשפשף בידים א"כ מה ענין זה לגרמ' דהאי כמעשה בידים הוא אלא דספיקא הוה אם ימחק אם לא ומספק נמי הוה לן למיסר ואפשר דאם אינו רק ספק א"כ יש להתיר דהא אינו מתכוין למחיקת השם ופסיק רישא אין כאן כיון דספיק' הוא. אך דמ"מ אכתי אין זה דומה לגרמ' ולפי מ"ש א"ש כיון דבשעת הטבילה אין כאן מחיקה אע"פ שזה גורם שימחק אח"כ גרמ' הוי. ומ"ש הרשב"א דהוה כמקרב את כבויו לפי מ"ש לא דמי דהתם טעמא שמא עם נתינתו יפלו הניצוצות והוה מכבה בידים ע"ש בשבת דף מ"ו בדברי התו' והרשב"א ולכן דברי הרשב"א צ"ע ואין להאריך ובבכורות דף ל"ד מרבינן מקרא לעניו הטלת מום דבכור דגרמא נמי אסור היינו דוקא משום רבויא דקר' וכן בתרומה תלויה אליב' דר"א שם משום דכתיב משמרת תרומתי משמע שצריך לשמרה ואף ע"י גרמא שיניחנה במקום התורפה אסור. משא"כ היכא שהאיסור נאמר בלשון עשייה כגון לא תעשון כן לה' אלקיכם או לא תעשה כל מלאכה מבואר מדברי הש"ס דגרמא שרי:

ולפ"ז נראה ברור דה"ה לענין סירו' דאפקי' קרא בלישנ' דעשייה ובארצכם לא תעשו וודאי דגרמ' כגון שיניח דבילה או בצק על איברי הזרע כדי שיבא הכלב ויטלנו נמי שרי כמו במחיקת השם ומהאי טעמא גם שתיית כוס של עיקרין כיון דבשעת מעשה עדיין אין שם ביטול איברים אלא שזה גורם שאח"כ ע"י חולי שגורם בו שתיית הכוס מתבטלים איברים אלו אין כאן רק גרמא לבד ושרי ומ"מ סובר הרמב"ם דאסור אע"ג דגרם כיבוי קיי"ל דשרי לגמרי והכי משמע נמי לענין מחיקת השם י"ל דשאני התם שהוא במקום פסידא כמ"ש בש"ע א"ח סימן של"ד סעיף ק"ב בשם המרדכי וכן במחיקת השם היינו נמי לצורך טבילת מצוה אבל שלא לצורך כלל פשיטא דאסור וכמו דקיי"ל בגרמא בניזקין דאסור. ומה"ט בשיסה כלב בחבירו פסק הרמב"ם דחייב בד"ש. כמבואר בטור וש"ע ח"מ סימן שצ"ה. וה"נ גבי שיסה כלב בחבירו לבטל ממנו איברים אילו כתב הרמב"ם ג"כ שיש איסור בדבר. והך דהושיבו במים או בשלג. נלענ"ד דמיירי שלא כבש עליו רק דמעצמו אינו יכול לעלות דאם כבש עליו במים חייב שהרי בשעת ביטול האיברים ידו היתה במעל הזה וכמבואר בסנהדרין דבכה"ג חייב מדין רוצח וכן פסק הרמב"ם ומכ"ש בזה ועיין בח"מ סימן שפ"ו בסמ"ע וש"ך שם בענין החילוקים שבין

גרמי לגרמא ולקצר אני צריך. ויש לעיין במשקה סם המות לאדם אם חייב מדין רוצח. ולכאורה דמי למשקה כוס של עיקרין כדי לסרסו ואפשר דהתם שאני דמיקלי קלי ליה מיד אע"פ שחי אח"כ איזה ימים מ"מ הוה כהכהו מכה שיש בה כדי להמית שאם מת ממנה אף לאחר זמן חייב משא"כ בכוס עיקרין שפעולת הסירוס אינו נעשה מיד אלא אחר זמן מה כשפועלים פעולתם בחוטין הנושאים משך הזרע ובכה"ג גרמא מיקרי והכי משמע בב"ק דף מ"ז גבי הנותן סם המות לפני בהמת חבירו דטעמא דפטור מדיני אדם משום דהוה לה שלא תאכל אבל זולת זה משמע דחייב. ודוחק לומר דעכ"פ גרמי הוי ואתיא כר"מ דדאין דינא דגרמי. ואפשר דבכה"ג חייב משום דין אש למ"ד אשו משום חיציו וכמ"ש התו' בהכונס דף נ"ו בכפתו והביאו במקום שסוף החמה כו' והשקאת הכוס בידים כהזיזו והביאו ממקומו ויש לחלק ואפשר שדומה להשיך נחש שכתבו התוס' דפטור דהארס עדיין אינו בעולם וה"נ בסם המות אפשר דהארס עדיין אינו בעולם רק אחר שמתחמם בתוך האדם מתחיל לפעול פעולתו ויש חילוק בגוף הסמים מה הם. ולפענ"ד יש חילוק בזה בין דיני ממונות לד"נ דד"נ אין חיוב כ"א במעשה ממש משא"כ בד"מ דאף כה"ג דדמי לאשו דחייב משום חציו חייב ומצאתי בחידושי הר"ן בסנהדרין דף ע"ז שכתב ג"כ לחלק בכה"ג ע"ש ומלקות לד"נ דמי (וצ"ע בטור סימן שפ"ו דחשיב נותן סם לפני בהמת חבירו בין גרמי דפטור מטעמא שאין ההיזק נעשה מיד ובש"ס מבואר הטעם משום דהוה לה שלא תאכל ועיין שם בש"ך ס"ק ך"ג):

ולפי מ"ש צ"ע בש"ס דשבת דפריך אהא דלירקונא כו' ומי שרי כו'. והאמר רב אשי רמות רוחא כו' ומאי קושיא דהתם שאין צורך בדבר ודאי דאם היה מסתרס עי"ז אע"ג דמאליו הוא מ"מ גרמא אסור כשאין צורך בדבר משא"כ הכא דלרפואה קעביד ודוחק לומר דכיון דאיכא עוד גווני אחריני דמצי להתרפאות בהם בלא עקרות הוה כאין צורך כלל שז"א כמש"ל דלפעמים הנך אחריני אין סמי' בידי'. ואפשר לומר דהש"ס לא בעי לשנויי הכי דאל"כ אכתי תיקשי לר' יוסי דס"ל גרם כיבוי אסור וא"כ ה"נ הו"ל למיסר גרמא ואע"ג דבש"ס קאמר טעמא מתוך שאדם בהול כו' מ"מ למסקנא משמע ליה דלר' יוסי בכל דוכתא גרמא אסור והתם גבי טבילה א"א בענין אחר דהא גם ע"י גמי ע"כ עיילי ביה מיא דלא מיהדק משום חציצה וכיון שיש לו צורך לטבול וא"א בענין אחר לא גזרו בו. ולכך קא קשיא דאליבא דר"י לא הו"ל להתיר שתי' זו של כוס עיקרין. וכה"ג פריך ולר"י בנו של ריב"ב דאמר על שניהם הוא אומר כו'. אע"ג דלא קיי"ל הכי. וע"ש ברש"י דמשמע דאיסור סירוס תלוי בדין פ"ו וזה צ"ע ולקצר אני צריך:

ומ"ש החכם המשיבי דמיבעיא ליה טובא בנתמסמס הביצה אי הוה כחסרה דהא קיי"ל חיסרון מבפנים ל"ש חיסרון גבי ריאה ולקותא בביצים חסרון מבפנים הוא כדאיתא בבכורות דף ל"ט כו' ודבריו תמוהין מאוד שמה שדומה זה לריאה לא דמי אלא כאוכלא לדנא דהתם אפילו חיסרון גמור בבשר הריאה מבפנים עד כדי רביעית ולדעת הרבה פוסקים אף ביותר מרביעית לא מיקרי חסרון להטריף דהדרא ברי' ועיקר הטריפות תלוי בקרום לבד ואם היינו מטריפין חסרון ממש מבפנים אף בנתמסמס הבשר מבפנים טריפה כמו חסר לגמרי כמבואר בכל דוכתי' דנתמסמס רואין אותו כאילו אינו וה"נ בביצה כיון דאם חסרה הביצה אינו פוסל גם נתמסמס הוה כאילו אינו ואינו פוסל וההיא דבכורות לענין מומין איתמר דמ"ד לא שמי' חיסרון לא מיקרי מום לא פסול אף אם חסר לגמרי כמבואר שם לענין חסר כוליא א' דבעינן דוקא דומיא דמום שיהיה חסר מאבראי. וגם מ"ש להביא ראיה להרמב"ם היכא שחסר בפנים ונראה בחוץ מבכורות ז"א כלל דלענין מומין אמרו חכמים התם דאע"ג שאם היה מבפנים לבד אינו פוסל מ"מ כיון שניכר מבחוץ דומיא דמום הוא כיון דהוא מאבראי וכל מום שבגלוי פוסל משא"כ בטריפות שהעיקר תלוי בעצמות החולי אם הוא חולי המטריף ומה איכפת לן אם נראה מבחוץ והלא כל הרואה הוא מבפנים בעצמים בבטן המליאה וכדמחלקינן שם לענין אוזן בכור דריאה לא שליט בה אוירא ואם חסרון בשר חולי המטריף הוה אף שאין ניכר מבחוץ כלל יש להטריף וכבר כתב הגאון אא"ז בת"ש שנראה שגירסת הרמב"ם שם בחולין דכ"ע חיסרון מבחוץ שמי' חיסרון ובחיבורי הארכתי בזה בס"ד:

ומ"ש שיש לחוש שמא בשעה שחתכו הביצה לא נזהרו מליגע גם בגידי או בחוטי הביצה השניה יפה אמר אבל יש לצדד בזה שלא נאמרו הדברים אלא בזמן שנעשה בהדיוט אבל הדעת נוטה שמעשה כזה לחתוך ביצה מחמת סכנת חולי ודאי שנעשה ע"י רופאים בקיאים ומומחים ובודאי שאין חותכין יותר מכפי הצורך רק בצימצום גדול וכמוזהרין ועומדים דמי וזריזין הם שלא לקלקל שבילי הזרע וכן מבואר מדברי הישו"ש ביבמות שכתב שנראה שגם הרמב"ם אינו פוסל אלא מי שנכרת כדי שלא יוליד או ע"י חולי שבא כבר בביציו שהו' בהכרח להכריתו אבל מה שכורתים עכשיו הרופאים מחמת האבן או שבירת הגוף ויודעין לתקן הדבר היטיב ובבירור שיוליד ואינם מקלקלים החוטים ושביל הזרע הולך כתיקונו אין בידינו לפוסלו והבנים כשרים כו' ע"ש. והנה מ"ש לחלק בנכרת מחמת חולי שהיה לו כבר היינו לפי דעת הרמב"ם דמחמיר בביצה א' ולכן כל שהוא ע"י חולי א"א לומר שמתקנין הדבר היטב שלא לקלקל החוטין כו' כיון שההכרח הביא אותם לכורתו אין להם משפט הבחירה רק כפי ענין החולי הם צריכין לעשות (ומ"מ

צריך לומר מ"ש כאן דלהרמב"ם כה"ג פסול והיינו אף את"ל דהרמב"ם דמכשיר ע"י חולי פסול בהוצרך לכורתו מחמת חולי אבל לפי מ"ש בסימן שאחריו דבכה"ג שהוצרך לכורתו מחמת חולי מעניני הביצים גופא כמחמת חולי יחשב ממילא דכה"ג כשר אף להרמב"ם. ומ"ש שם בחולי שבירה או חולי האבן אין זה חולי בי"ש שהרי אינו בהכרח לכרות הביצים ויהיה החולי עומד במקומו ע"כ מיירי בהכריתו לו שני הביצים מחמת חולי זה או באם ידוע שלא נזהרו מלכרות כתיקונו באופן שלא יפול קלקול בשבילי הזרע דאי מיירי בביצה א' ונחתך ע"י רופאים היודעים להזהר הרי כבר כתב דבכה"ג מודה הרמב"ם לר"ת כן צריך ליישב בדבריו שלא יסתרו זא"ז) משא"כ אם עלה עליהם הכורת שלא מחמת חולי בביצים עצמו אמרינן דמתקנין היטב כו'. ומזה נלמד לנ"ד לפי מה דמכשיר ר"ת בביצה אי בידי אדם אז אף בכרתו ע"י חולי אין חוששין לו שהרופאים קלקלו וחתכו מקצת מביצה השניה ג"כ אלא אמרינן שבוודאי דקדקו היטב שלא לחתוך רק במקום זה שנאחז בו החולי ותו לא:

ומ"ש מדברי השאלתות כבר כתבתי שהרא"ש בתשובה הזכיר מדברי השאלתו' ולענ"ד אין הכרע מדבריו כמש"ל וע"ש שדבריו צ"ע מה שהביא עלה הך ברייתא דמעוך וכתות כו' שאין ענינה לכאן דלענין פ"ד כ"ע מודו דבין בגיד בין בבצים והתם לענין מומין אתמר דבעינן בגלוי דווקא וכדכתיבנא. ומ"ש על דברי התוספות שהביאו ראיה מדאמרינן בהחולץ ממתני' דכרמא הדר ביה מוכח דהכי הלכתא וע"ז דהתם ר"ל דלאו יחידאה הוא שהרי שמע מפי חכמים לק"מ דגם ר"מ ור' יהודה ור' יוסי לאו סברא דנפשייהו קאמרי רק מה שקבלו מרבם דאל"כ לא הוי להם לעמוד בשמועתם כדאיתא בעדיו' גבי עקביא בן מהללאל אני שמעתי מפי המרובים והם שמעו מפי המרובים אני עמדתי בשמועתי והם עמדו בשמועתם ואתה שמעת מפי היחיד כו' ע"ש ואפ"ה מחמת שר"י אמר זה מפי חכמים שבכרם תפס דבריהם עיקר וטעמא דמילתא כדאמרינן בירושלמי דברכות פסק תפלת השחר דתנינין תמן יום שהושיבו את ראב"ע בישיבה תמן תנינן זה מדרש דרש ראב"ע לפני חכמים בכרם ביבנה וכי כרם הי' שם אלא אילו ת"ח שהיו עשוין שורות שורות ככרם ע"ש. ובבבלי אמרינן דמסכת עדיות בו ביום נישנית ואמרינן כל היכא דתני בבחירתא כוותי' הלכה הוא וא"כ כל הנך מתניתא דכרמא שנאמרו באותו היום הלכה הם ואין להאריך:

אכן סיומא דפסקא נלענ"ד כיון דאיכא גדולים טובא דס"ל להקל בניטלה ביצה השמאלית והם עמודי עולם ר"ת ור"י והר"ש הזקן והראב"ד וספר התרומה והסמ"ג והמרדכי והאגודה ר"כ בתשובת הרא"ש שכן דעת השאלתות. ואף שכתבתי שלפענ"ד

אינו מוכרח מ"מ כך מטין לדבריו, וכך מטין פשיטות דברי הירושלמי כאשר הארכתי לעיל וקצת משמע שכן דעת ריא"ז שבש"ג שכתב ר"ת פוסל מי שנפצעה ביצה א' שלו ומכשיר כשנטלה לגמרי שהרי יש הרבה שמולידים בביצה אחת כמו שביאר דבריו בספר הישר עכ"ל ומדלא כתב לאפלוגי עלי' ש"מ דאודוי אודי לי'. והנימוקי יוסף חושב גם דעת הרא"ש דס"ל כהמתירין ואע"ג דהרא"ש בפסקיו אין סובר כן צ"ל דכוונתו על הרא"ש בתשובה או על הרא"ש מלוניל והלכך אע"פ שהרבה גדולים חולקים הרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והנ"י והרמב"ם ומשמע שכן דעת ה"ה והרמ"ה הביאו רבינו ירוחם ומשמע שכן דעתו ג"כ וכתבו שכן דעת בה"ג והרי"ף וכ"כ הרא"ש והרמ"א כתב שהם רוב מנין ורוב בנין וראוי להחמיר כדבריהם בשל תורה מ"מ הרי הב"ח ראה דברי הרמ"א ואעפ"כ כתב דהסומך על ר"ת וסייעתו להתיר אין למחות על ידו וע"ש דכתב דבפסקי הרא"ש נראה דלא הכריעו ולפיכך לא הזכיר הטור דעת הרא"ש בזה וכבר כתבתי שדעת גדול האחרונים רש"ל בישו"ת להתיר, וכ"כ בקרבן העדה שהאריך בתשובה להתיר בעל ביצה אחת ע"י נטילת הרופאים. וגם שהרי ר"ת וכל סייעתו כולם מעידים שמעשים בכל יום שכורתין הרופאין ביצה א' ומולידים. והתרומה והסמ"ג כתבו דנהיגו עלמא להיתר. ומ"ש הרמב"ן ודעימי' דאמרינן צא וחזור על בניו כו' צ"ע דבש"ס אמרו כן על דבר א' שאירע בימיהם אבל לא שנאמר כן במילתא דעבדו בה עובדא זמנין סגיאין וכמ"ש ר"ת דא"כ אתה מרבה ממזרים בישראל. ובאמת לפי מה דמשמע שר"ת ס"ל עיקר דבכה"ג יכול להוליד עיין ברא"ש ומרדכי ושאר פוסקים א"כ לכאורה אף אם ניחוש לחומרא חומרא דאתי לידי קולא הוא דהא לדעתו מחויב הוא לישא אשה ולקיים מצות עשה דפרו ורבו ואע"ג דבמלתא דמספקה לן אית לן למיזל לחומרא שלא ישא אשה דשב ואל תעשה עדיף מ"מ פשיטא דשעת הדחק מיקרי וכדאי הם לסמוך עליהם בשעת הדחק ואף שהטור כתב בדעת ר"ת דאם נפצעה ואח"כ ניטלה מודה וכאן י"ל דטרם שכרתו הביצה כבר נתקלקל וחסר קצת ממנו מ"מ זה דוקא אם נפצע תחילה בידי אדם, משא"כ אם נפצע ע"י חולי כבי"ש דמי כאשר ביארתי למעל' שכן דעת רוב הראשונים והאחרונים ואדרבה מההוא טעמא גופא י"ל דשמא קודם נטילה הגיע לגדר נתמסמס וא"כ כשר אפילו להפוסקים דביצה אחת בידי אדם פסול מ"מ בנתמסמס ע"י חולי כבי"ש דמי (וראיתי בספר בית מאיר שכתב וז"ל ודע דבאמת צ"ע אם נפצע בי"ש עד שנחלה ומוכרח להנטל בידי אדם כדי שלא יחלה יותר עד שמכח זה עומד ליקצץ וניטל בבני אדם אם יש לדמות למה דקייל"ן כר"ש דס"ל כל העומד ליגזז כגזוז דמי וחשוב בי"ש ליכשר ועיין ב"ק וגיטין וזה דומה לענבים דכמה דקיימו מכחשו ועיין סימן קכ"ד

ועיין יש"ש עכ"ל. והנה דמיונו לכל העומד ליגזוז יש לדחות אך מהיש"ש יש ללמוד כדכתיבנא ואף שלדינא צ"ע קצת מ"מ סמך לדבר הוי דבגוונא דנ"ד יש להחשיבו בידי שמים ומכ"ש אם יש להסתפק שמא החולי שדא תיכלא בכולי' והוא בגדר נתמסמס) ומכ"ש למאי דכתיבנא די"ל אם נפצע בי"ש אף שאינו פוסל מ"מ כיון שעכ"פ שלט הקילקול עד אשר לא יצלח עוד לחיות זרע על פני הארץ שוב מה ששלטה בו אח"כ ידי אדם אינו עושה פעולה חדשה שיהי' נפסל על ידו ומסרס אחר מסרס דחייב באמת גזירת הכתוב הוא וכדאמרינן בבכורות לענין מטיל בבע"מ דהתם בקראי פליגי כו'. אבל מצד הסברא לא הוה מסתבר לחייבו וממילא לענין פסול בכה"ג דאינו נפסל דהא ליכא קרא בזה. ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש בחידושי הרשב"א שם בשבת אהא דאמרינן אלא בזקן קשיא לי' ומי גרע זקן מסריס ואיכא למימר דאה"נ דמסרס אחר מסרס גזירת הכתוב הוא וטעמא דקרא משום דכל שכיוצא בו כלומר בחור שכמותו מוליד וזה מסרסו אין ניכר שהי' סריס מתחלתו ונראה כמסרסו עכשיו ולפיכך אסרוס הקפיד הכתוב כו' עכ"ל ולפי"ז הדבר ברור דלענין לפסול לבוא בקהל אין לפסול מסרס בידי אדם אחר שנסתרס בי"ש ולענין חיוב שאני. ואם נאמר דפצוע ע"י חולי אינו פועל שלא יוליד דהרי רפואתו קרובה לבוא וכמש"ל בשיטת רש"י דכל פצוע ע"י חולי ידוע שמעלה ארוכה אי בדרי ליה סמא או עבדי ליה סמתרי והי' כלא הי' א"כ אין לדון על הפציעה שקדמה כלל רק הנטילה שניטלה ביצה א' דכשר לר"ת ודעימי'. וכבר הארכתי שי"ל שספק פ"ד אין בו איסור תורה ואף שמהרי"בל נראה שנטה להחמיר אף בניטל ביצה א' השמאלית ע"י חולי כבר כתבתי בזה דככה"ג ודאי הי' מקום להתיר משום ס"ס אך אפשר כיון דעובדא דמהריב"ל הוה בזקן ומסתמא כבר הוליד קודם שאירע לו ענין זה וקיום מצוה דפ"ו וגם כיון דזקן הוה קרוב הדבר שלא יוליד עוד ואף מצוה דלערב אין כאן. וגם באתרייהו שכיח להו גיורת ומשוחרת המותרין לפ"ד. ועיין בשו"ת מנחם עזרי' סימן סמ"ך בענין תפילין לחולי מעים כתב דכה"ג הוי כדיעבד דעדיפא אשכחן ובפרק בתולה נישאת אמרינן ההוא ארוס וארוסתו אמר רב יוסף דהא נמי כדיעבד דמי דהא ארוס וארוסתו נינהו פירוש הואיל ולית להו תקנתא אחריתי דיינינן לי' כדיעבד ואכשר לעובר להשיא לכתחלה לכהונה כו'. וכן בפרק כ"ש כל דלית ליה תקנתא אלא בנתינה כדיעבד דמי כו' עכ"ל. והרא"ה בפא"ט כו' ובנ"ד נמי כל כעין אונס דלית לי' תקנתא אלא בביטול מצוה כדיעבד דמי כו' עכ"ל ולפי"ז נראה דבנ"ד דאיכא חשש ביטול מצוה כדיעבד דמי ועדיף טפי מההוא דעוב' דאכשרי אף לכהונה משום דלית ליה תקנתא אחריתי לזאת אם מרגיש בנפשו ואומר על אמונתו כי כאיש גבורתו ולפי אומד דעתו אם ישא אשה

הוא ראוי להוליד כשאר כל אדם יש לסמוך על המתירין ובפרט אחרי שסימנין מוכיחין עליו במה שנתמלא זקנו כמשפט העליון כן התחתון שזה מורה שאינו סריס וכמ"ש סיוע לזה מהש"ס א"כ אפשר דבכה"ג כ"ע מודו שאין להחמיר דאף המחמירין בביצה א' מ"מ לדידהו ס"ל דע"י חולי כבי"ש דמי וא"כ מחמת סימן דמילוי הזקן אמרינן דמסתמא הגיע לגדר מסמוס קודם הנטילה וכל בכה"ג אפשר דשפיר מביא סימנים. והנה בשו"ת נ"ב סמך ידו על דברת הגאונים המתירים בעובדא כזו וכתב לצרף דעת ר"ת דמכשיר בביצה א' ע"ש ואף שר"ת לא כתב להתיר בנפצע וכמ"ש הוא בעצמו לעיל מיני' מ"מ כיון שכתב דאף אי פליגי הלכה כריב"ב דמתני' דכרמא הוא אף בנפצע מותר לפי"ז וכ"כ סה"ת והסמ"ג שאין נראה לחלק בין ניטל לנפצע רק בכולה הלכה כר"י בנו של ריב"ב וא"כ כ"ש בנ"ד דהוא ניטל לגמרי דמכשיר ר"ת ודעימי' בהדיא. ואף ששם בעובדא דנ"ב צידד להתיר בקצת סברות דלא שייכי בנ"ד מ"מ כאן איכא נמי סברות לטיבותא דלא שייכי בנידון דידהו ולכן כיון שזה עומד וצווח כי כוחו במתניו ואונו בשרירי בטנו ומבקש תפקידו אין ראוי להחמיר עליו לעגנו כל ימיו דכל הני סברות חזי לאיצטרופי להתירו לבוא בקהל כך נלענ"ד להלכה ולא למעשה עד כי יסכימו עוד איזה חכמים מובהקים דפקעו שמייהו בהורא' דברי זעירא מן חברייא ה"ק אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה ג

שאלה אחד נשא אשה והוליד ג' בנים ואח"כ נולד ספק שאפשר שהאיש הוא כרות שפכה ופסול לבוא בקהל לפי שע"י נשיכת סוס בקטנותו אחר שהשתדלו ברפואתו נשאר נקב בגידו למעלה מעטרה דהיינו בצד הגיד שאצל הירך ודרך שם מוציא מימיו ומזריע זרע והנקב הישן נסתם לגמרי כאשר הדברים ברוב ענין מבוארים בשאלת חכם ותשובתו בצידו לצדד להכשיר אותו והאיש העלוב מספיקא עקר נפשי' ואיכפל ואתי כל הני פרסי מהתם להכא והפציר בי לעיין בדיני' אשור הייא כי היכא דמשלם צערי' ולא יכולתי להשיב פניו כי המו מעי לו ונתתי פני לעיין בדבר ויגעתי ומצאתי כמה צדדים להיתר בעזה"י:

תשובה פתח דברי יעיר אי האי גברא בר אולידי הוא דבר זה מתורתו של רבינו הרא"ש למדנו שכתב בתשובה כלל ל"ג וז"ל באחד שהיו לו נקב סמוך לכיס ובפי האמה לא היו כלל איכא לספוקי אם הוא מוליד או לא כו' אבל אם אין הגיד חלול מן הנקב והלאה אפשר שהוא יורה כחץ דרך אותו הנקב כו' וראוי להזריע מידי דהוה אברזא דחביתא ומ"מ אין קפידא בזה להתירו בקהל דבין מזריע ובין אינו מזריע ראוי לבוא בקהל דגרסינן בגמרא פצוע דכא בי"ש כשר כו' ע"ש ומביאו ב"י סימן ה' מבואר מזה דבכה"ג שפיר

יכול להוליד אפילו אם נעשה בידי אדם ולפיכך כתב דבנידון שלו שהוא בידי שמים אין נ"מ אם יכול להזריע דבכל גווני כשר אבל בידי אדם ביכול להזריע תליא מלתא וכל שאין הגיד חלול שפיר יכול להזריע וזה מבואר ג"כ ממ"ש מידי דהוה אברזא דחביתא שנאמר בגמ' לענין אם נחתך כמרזב בידי אדם וזה פשוט ומבואר למעיין בדברי הרא"ש ומ"ש הרא"ש אח"כ והא דאמרי' בההוא דאיפתום גובת כו' איכא למפרק שנסתם ע"י מכה כו' ומשמע לכאורה דשלא במקומה אינה מבשלת היכא שבא ע"י מכה וזה סותר למ"ש מקודם דאם אין הגיד חלול מן הנקב והלאה אפשר יורה כחץ דרך אותו נקב וראוי להזריע ומשמע דמיירי אפילו בידי אדם כמ"ש אבל המעיין יראה דע"כ לא קאמר התם שלא במקומה אינה מבשלת אלא התם שנסתם השביל שנמשך על ידו הזרע מהגוף ואפיק במקום קטנים ואז שפיר אמרינן דאינו מתבשל היטב אם נמשך בשביל אחר משא"כ כאן שהוא נמשך בשביל שלו וגם מקום יציאתו לא שינה מקומו רק שמקצר הלוכו וכיון שאין הגיד חלול אח"כ רואין אנו כאילו הגיד סתום במקום הזה כיון שבכאן הוא דחוק לצאת והא דפסלינן כל נקב למעלה מעטרה לדעת קצת פוסקים אף אם אין הנקב מגיע רק עד חלל הגיד לבד מטעם שהזרע שותת התם מיירי כשהגיד הוא חלול אח"כ ואז בין אם יוצא דרך פי האמה ג"כ בין אם יוצא רק דרך הנקב החדש אין להכשיר כמ"ש הרא"ש כיון שעובר הזרע דרך פי האמה וחוזר לנקב אינו יורה כחץ רק הוא שותת משא"כ אם אין הגיד חלול והוא סתום לגמרי מן הנקב והלא' אז שפיר הוא יורה כחץ דרך נקב יציאתו ובר אולידי הוא וכשר:

אך בנ"ד עדיין צ"ע דמי מפיס אם הגיד חלול מן הנקב והלאה או נסתם אח"כ וספיק' הוא וממה שהוליד אין ראיה כדאמרינן בש"ס צא וחזור על בניו כו' אמנם ראיה שהרי עינינו הרואות באיש הזה שזקנו מגודל כמשפט העליון כן משפט התחתון רבו שערותיו וזה מורה שלא נעקר האיש הזה שהרי הרמב"ם פ"ב מהלכות אישות כו' (עיין בתשובה שלפני זה שם העתקת' דברים אילו וגם מה שכתבתי כאן לצדד להתיר משום דכרות שפכה ודאי אסור רחמנא ולא ספק וסמוכות לדברי הרמב"ם שכתב שא' מן הספיקות מותרות מסוגיית הש"ס דיבמות דף נ"ז העתקתי שם ואין צורך לכפול הדברים ומשם תדרשון לכאן) אלא שעדיין צ"ע במ"ש שיש כאן ספק פ"ד כמ"ש בתשובת הרא"ש שהרי הרא"ש לא כתב זה לדבר ברור רק כתב אפשר שהוא יורה כחץ כו' אפשר שמתחמם וראוי להזריע אלמ' דלאו מילתא בריר' הוא וא"כ הו"ל ס"ס לאיסור חדא דשמא הגיד חלול מן הנקב והלאה. ואת"ל אינו חלול שמא גם בזה אינו יורה כחץ:

אמנם לענ"ד כוונת הרא"ש בזה שכתב אפשר כו' ר"ל דבזה שאין הגיד חלול הוא דבר שאפשר להיות שיהיה יורה כחץ ומסתמ' כן הוא. משא"כ כשהגיד חלול שא"א שיהיה יורה כחץ ואינו ראוי להזריע וכבר כתבתי דלא דמי להא דאמרינן שלא במקומה לא מבשלא דהכ' במקומה היא מתבשלת. וראיתי בשו"ת שב יעקב חלק אה"ע סימן דל"ת שכתב על עובד' כנ"ד וז"ל ועוד דסתמא דעובד' דפומבדית' משמע דכל זמן שהזרע יוצא שלא במקומה אינו מבשל. ודוחק לחלק דדווקא בעובד' הנ"ל הוי שלא במקומה כיון דאפיק בגובת' דלאו דיליה משא"כ היכא דיוצ' בגובתא דיליה במקום אחר אבל מי יסמוך על סבר' דנפשיה לחלק בהא בלא סמך וראיה גם בלא"ה אינו דומה הא לתשובת הרא"ש דהתם בידי שמים כמו דמחלק הרא"ש אף דהוא מחלק על מ"ש שם דאפילו אינו מוליד ראוי לבא בקהל משום דנעשה בי"ש עכ"פ גם בנ"ד אין להוכיח מהא דתשובת הרא"ש כיון דהתם הוי בי"ש ונ"ד הוי בידי אדם עכ"ל. ודבריו תמוהים בעיני חדא מ"ש דסתמ' דעובדא דפומבדית' כו'. הרי מתשובת הרא"ש מבואר ההיפך וכמ"ש איהו גופיה דברי תשובת הרא"ש ובודאי דהרא"ש לא יחלוק על הש"ס רק שהחילוק נכון ומבואר כמ"ש דבאמת בש"ס לא הוזכר על יציאת הזרע שלא במקומה דבאמת לא איכפת לן על יציאתה בדרך קצרה. וזה מבואר להדיא בש"ס דמכשרינן כקולמ' וכמרזב אע"ג שיציאת הזרע שלא במקומו דרך נקב פי האמה אלא יוצ' למעלה מעטרה במקום שנחתך. מ"מ כיון שנתחמם מידי דהוה אברז' דחבית' לא איכפת לן במקום יציאתו כלל. וכן מוכח מדברי התו' דס"ל להכשיר כשהנקב חלול עד הגיד אפילו למעלה מעטרה כמ"ש הב"ש ואע"ג דע"כ הזרע יוצא דרך שם והוא שלא במקומו מ"מ כיון שאינו מעל"ע כשר ואף המרדכי בשם ר"ח דפוסל בכה"ג היינו משום דס"ל דבכה"ג מפולש מיקרי ואין יורה כחץ רק שותת כיון דשם מיירי שהגיד הוא חלול ויוצא הזרע דרך נקב פי האמה אבל משום יציאת הזרע שלא במקומה לא איכפת לן במה שמקצר הילוכו כלל לכל הפוסקים ומ"ש דהרא"ש מיירי בי"ש הוא תמוה דאע"ג דהמעשה שבא לפניו היה בי"ש מ"מ מבואר בדבריו דאף אם היה בידי אדם אילו ידעינן דאין הגיד חלול ראוי להכשיר דדמי לקולמס ומרזב דמכשרינן משום מידי דהוה אברז' דחביתא אע"ג דבידי אדם הוא וה"נ כיון דדמי לברזא דחבית' אף בידי אדם כשר כיון שראוי להוליד. ועוד נראה דאפילו אי תימא שהגיד חלול מ"מ לא גרע מאם הנקב פתוח בפי האמה שהזרע יוצא דרך שם ג"כ ואעפ"כ דעת התוספת והאגודה וכן נראה דעת הטור דנקב מפולש בעינן לפסול (ומה שנראה מהב"ש שהאגודה מחמיר ט"ס הוא וצ"ל וכ"כ האגודה ותוספת כו' וכן מבואר בב"ח וכן נראה למעיין באגודה שאע"פ שכתב בסוף ור"ח פירש עוד בענין אחר מ"מ כיון שסתם

הדברים משמע דס"ל כדעת התוספת שהבי' שם) ואם לאו אע"פ שהנקב מגיע עד לחללו של גיד וזרע יוצא דרך שם אינו פוסל ואע"ג שהב"ח פוסל בניקב בעליונה של גיד עד החלל ומפרש בדעת התוס' כן כבר כתב הב"ש שפירושו בתוספות אינו נראה. ולכאורה היה נראה לענ"ד להכריח כפירוש הב"ח דאל"כ קשה לפי מה שפירשו דמיירי בניקב למטה מעטרה בעליונו נקב מפולש וראש הנקב בתחתונה הוא למעלה מעטרה א"כ קשה דאטו מי גרע ניקב מנחתך דהא אפילו אם נחתך ראש הגיד ונשאר רוב העטרה שכלפי הגוף קיימת כשר ודוחק לומר דהתוספת ס"ל כגירסת הרמב"ם דס"ל דבעינן שיהא מקיף כל הגיד דהא התוספת לא כתבו לחלוק על רש"י בזה:

ועוד דהא בש"ס מסיק עטרה כ"ש מעכבת ואיך נקט אח"כ פלוגת' אי כולה או רובא כיון דהך' מילת' דניקב למטה כו' בהא תליא. וא"ל דהתוספת מחלקי' בין ניקב לנחתך דז"א שהרי התוספת הביאו ראיה מהא דקולמס ומרזב לניקב. לכן נלענ"ד דביאור הענין כך הוא דבאמת בתורה אית' כרות שפכה ואנן פסלינן ניקב. וצ"ל טעם הפסול או משום שאנו רואין כאילו נכרת מן הנקב ולמטה וכאילו אינו או י"ל לפי שעי"ז אין הזרע יורה כחץ וכדאית' להדי' בבריית' הטעם דניקב פסול משום שהוא שותת ונ"מ דלפי הטעם דהו"ל כנכרת א"כ י"ל אף אם הנקב מפולש מעל"ע ואז אנו רואין אותו כאלו נכרת מ"מ הרי נשאר רוב העטרה קיימת וכשר. משא"כ לפי הטעם משום שהוא שותת י"ל דאע"ג דאם ניקב למעלה מעטרה עד החלל אינו שותת אע"פ שהוא כנגד למעלה מעטרה כיון שמקום הנקב הוא במקום שכלתה לה העטרה מ"מ אם ניקב שם גם למעלה מעטרה שפיר פסול מפני שהו' שותת דרך שם. והשת' כוונת התוספת כך הוא דע"כ מיירי בנקב מפולש דאי בנקב למטה מעטרה לחוד עד לחלל א"כ לא שייך לומר טעם הפוסל מפני ששותת דהא למטה מעטרה לא שייך שותת וע"כ שהטעם שאנו רואין כאלו נחתך שם עד מקום שהנקב מגיע א"כ מ"ש מקולמס ומרזב דכשר אלא ע"כ דבמפולש מיירי וא"כ גם למעלה מעטרה יש נקב ואע"ג דאם נחתך כך כשר מפני שנשאר רוב העטרה קיימת מ"מ בנקב גרע מפני שהיא שותת וא"כ אף אם הנקב למעלה מעטרה עד לחלל לחוד פסול מהאי טעמא גופי' ששותת כי מה יתן ומה יוסף הנקב שבצד העליון שהוא למטה מהעטרה והא דנקט בש"ס שניקב למטה מעטרה לרבות' דרחב"א נקט דאפילו בכה"ג סבר לאכשורי כך הוא כוונת הב"ח בדברי התוספות אמנם סתימת לשונם משמע דבעינן מפולש דוקא וכן נראה מלשון הטור ומ"ש הב"ח דלשון התלמוד נקט כו' הוא תמוה דהו"ל לאשמעינן הרבותא דעטרה כ"ש מעכבת אפילו אינו מפולש ובאמת דהך מילתא טעמ' בעי דכיון דניקב עד לחלל והרי הוא שותת ל"ל שיהא מפולש מעל"ע. ולכאורה

י"ל הטעם דקים להו לחז"ל דבכה"ג סופו להעלות ארוכה ולחזור ולסתום וכדאמרינן לענין טריפות אך לענ"ד ז"א דבשלמא לענין טריפות שפיר אמרינן דבכה"ג לא הטריפה התורה כלל כל שסופו להעלות ארוכה שהרי כמוה חי' והילכך אף שעלה קרום כל שסופו ליסתר אינו קרום דע"ש סופו דייניין ליה משא"כ בכרות שפכה שאין אנו דנין אלא באשר הוא שם ולכך נסתם כשר ואע"פ שאפשר שסופו ליסתר לית לן בה כיון שעתה מיהת ראוי להוליד ופסול שחוזר להיכשרו הוא וא"כ לענין הפסול נמי מה בכך שסופו להעלות ארוכה ולסתום ימ"מ השתא מיהא שותת הוא. אך נלענ"ד דמשום שותת לחוד לא מופסל אם לא היכא שיש לכללו בכלל כרות שפכה האמור בתורה אינו נכלל בכלל זה אם לא היכא דניקב מעל"ע דאז ככרות דייניין ליה ולפיכך כל שניקב למטה שכנגדו למעלה שהנקב מפולש וגם שותת פסול וראיה לדבר דלאו בשותת לחוד תליא מילתא דהא קי קי"לן ניקב בי"ש כשר וכמבואר בפוסקים ובשו"ת הרא"ש הנ"ל:

ולכאורה מה לי בי"ש או בידי אדם ס"ס שותת הוא אלא ע"כ כיון דיב"ש הוא אע"ג דשותת ואינו יכול להוליד כשר כמבואר בתשובת הרא"ש שכתבו כיון דבי"ש הוא אע"ג דאינו מזריע ראוי לבא בקהל. ומייתי ראיה מהירושלמי ע"ש וא"כ י"ל דה"נ אם ניקב למעלה מעטרה שהוא שותת ואין הנקב מפולש מעל"ע אע"ג דאינו מוליד מ"מ אין זה בכלל כרות שפכה האמור בתורה ומותר לבוא בקהל. ובאמת בלא"ה דעת רבינו אליעזר ממי"ץ והביאו בסמ"ג דכל נקב הוא כשר וראוי לבוא בקהל דאינו בכלל כרות שפכה. דהא איתא בירושלמי כרות שפכה אין לו רפואה וגבי ניקב שנינו נסתם כשר אע"כ הא דאמרינן ניקב פסול על הבנים קאמרינן כיון שבעל זה אינו מוליד הרי הוולד הזה ממזר ע"ש והטור ושאר פוסקים חולקים בזה:

ולכאורה לפי מ"ש אין מקום להתיר בזה אף לפי דעת התוס' שהרי לפי מ"ש כל ניקב למעל' מעטרה שותת הוא ואין ראוי להזריע אלא שמ"מ כשר לבוא בקהל כיון שלא ניקב מעל"ע לאו כרות שפכה הוא וא"כ האיש הזה שכבר הוליד' אשתו ע"כ שזינת' תחתיו ואין כאן רק ספק שמא באונס שמא ברצון ובכה"ג אסור' לבעל':

אמנם יש לצדד להתיר ע"פ מה שנראה מדברי הב"ש דדוקא בתחתונו של גיד אז הוא שותת אם ניקב לחלל אבל בעליונו של גיד לא רק הב"ח הוא שפוסל ולא קי"ל הכי. א"כ י"ל דבנ"ד נמי כיון שאין הנקב בתחתונו של גיד לא הוי שותת ושפיר יכול להוליד. ולכאורה נלענ"ד להביא ראיה לסברא זו דבעליונו של גיד לא הוי שותת מדברי רש"י שפירש הא דניקב למטה מעטרה כו' היינו שהנקב למטה מעטרה כלפי הקרקע והנקב שלמעלה מעטרה כלפי הגוף. וקשה מי הכריחו לזה דהא באמת כן הוא כמ"ש

התוס' דבעליונה העטרה מארכת ומי סגי ליה לפרש כפשיטות שהנקב שלמטה מעטרה בעליונו. ועוד דעכ"פ הו"ל למימר סתם שראש א' של הנקב הוא למטה מעטרה וראש א' למעלה ומאי דוחקיה לאוקמי דווקא בכה"ג שלמטה מעטרה הוא כלפי קרקע אמנם לפי סברא הנ"ל א"ש דקשיא ליה לרש"י אם נימא כפירוש התוס' א"כ הנקב שלמטה מעטרה הוא בעליונו והנקב שלמעלה מעטרה הוא בתחתונו ע"כ הנקב שלמטה מעטרה ל"ש כלל שהרי הוא שותת דרך תחתיתו של גיד שהוא למעלה מעטרה ואף רחב"א מאי ס"ד להכשיר בזה ולכך מפרש דמיירי שבתחתונו הוא למעלה מעטר' ואפ"ה פסול כיון שהנקב מפולש ואי לאו הנקב שבתחתונו מחמת העליון לחוד לא הוי מיפסל אף ע"פ שהוא למעל' מעטר' משום דבעליונו אינו שותת ועוד י"ל כיון דרש"י גרס כלפי ראשו דהיינו שישתייר לצד גופו כמלא החוט ע"פ רובו א"כ אם הנקב שלמעלה מעטרה כלפי הקרקע ממילא לא גרע מאילו נחתך שם עם העטרה כיון דהעטרה שכלפי ראשו קיימת ומה שיש בו נקב למטה מעטרה אינו מזיק ואע"ג דרש"י כתב הטעם כיון שהנקב עובר דרך כל העטרה דווקא בכה"ג שלמעל' מעטרה ניקב כלפי הגוף כן נראה לכאורה אבל באמת נראה בכוונת רש"י מ"ש שהנקב למטה מעטרה בסוף הגיד שכלפי הקרקע פירושי קמפרש שלמטה מעטרה הוא בסוף הגיד שכלפי הקרקע ולמעלה מעטרה מיקרי בחלק שהוא נוטה לצד הגוף ולא בא לומ' שהנקב למטה מעטרה הוא בתחתונה של גיד ולמעלה מעטרה הנקב בעליונו של גיד אלא בין שהוא כך ובין שהוא בהיפך הכל חדא הוא וכ"כ בפרישה בפירוש דברי הטור. ומ"מ לא ניחא ליה לרש"י לפרש כמ"ש התוספות שחותך בשוה דא"כ נשאר רוב העטרה שכלפי הגוף קיים וכמש"ל. אבל כשהנקב באלכסון יוכל להיות שאם נדין אותו כאלו נחתך שם אז נחתך רוב העטרה ויותר נראה דלרש"י מיירי שהנקב לאורך הגיד ומתחיל למטה מעטרה והולך באלכסון ויוצא באותו צד עצמו למעלה מעטרה וזהו שכתב רש"י שעובר דרך פני כל העטרה כו'. וכן משמע במרדכי שכתב בפירוש ר"ח דמיירי שניקב ברוחב הגיד מכלל דלרש"י בניקב באורך מיירי ואיך שיהיה בדברי רש"י עכ"פ הדברים מטין דכל שהנקב בעליונו אין לפוסלו משום שאינו שותת וא"כ בנ"ד אע"פ שאינו בעליונו ממש לא אמרינן שהוא שותת דמה לי בעליונו מה לי מן הצדדים ודוקא בתחתונו שייך לפסול משום שהוא שותת וכמ"ש הב"ש ומכ"ש לפי פשיטות דברי התוס' דמפולש מעל"ע בעינן וכן נלענ"ד מדקאמר עטרה כל שהוא מעכבת. ולכאורה לפי פירוש המרדכי בשם ר"ח מאי האי דקאמר עטרה כל שהוא הו"ל למימר כנגד העטרה מעכב. וכן לפירוש רש"י ג"כ קשה לשון כ"ש אין לו מובן כ"כ. אך לפי מ"ש התוס' נראה דאף על פי מה דאיתא בירושלמי

אמתניתין דאיזהו כ"ש כל שיכרת כו' ר' יוסי בשם ר"ח בעטרה העליונה ר' חייא בשם ר"ח בעטרה התחתונה. ר' יהושע בן לוי אמר בעטרה התחתונה ונראה דפלוגתייהו הוא בכה"ג שניקב למטה מעטרה בעליון שהוא למעלה מעטרה בתחתון דר"י בשם ר"ח סברי שבעטרה העליונה הדבר תלוי וכל שבעליונה הוא למטה מעטרה לית לן שעיקר הגיד מתחיל מעטרה העליונה לצד הגוף ור"ח בשם ר"ח וריב"ל ס"ל שבעטרה התחתונה הדבר תלוי שמשם ולהלן קרוי עטרה של הגיד וזהו דקאמר בש"ס דידן א"ל רבי אסי הכי אמר ריב"ל עטרה כ"ש מעכבת. וריב"ל הוא דקאמר בירושלמי עטרה התחתונה ר"ל דאף עטרה כ"ש אף התחתונה מעכבת שמשם עיקר הגיד מתחיל ואם יש שם נקב הו"ל כניקב למעלה מעטרה ופסול ושייך שפיר לשון כל שהוא דר"ל איזה עטרה שתהיה בין התחתונה ובין עליונה מעכבת ולעולם נקב מפולש בעינן. ומדברי הרמב"ם י"ל שהוא מפרש הך דעטרה כ"ש באופן אחר שהרמב"ם כתב ניקב למטה מעטרה בענין שכנגדו למעלה בתוך העטרה פסול שהעטרה כולה מעכבת עכ"ל. והביאו בש"ע והאחרונים נתחבטו בדבריו וכתבו שהיה לו גרסא אחרת ולענ"ד נראה שיש חסרון תיבה אחת בדברי הרמב"ם וכצ"ל בענין שכנגדו למעלה או בתוך העטרה והוא דבש"ס מיבעיא ליה באם כנגדו למעלה מעטרה ופשיט לן מריב"ל דעטרה כ"ש מעכבת רצה לומר אפילו אין הנקב מגיע למעלה מעטרה אלא אפילו בתוכה כ"ש ממנה מעכבת. שוב ראיתי בישו"ש דיבמות שהקשה על התוס' שכתבו דמפולש מעל"ע בעינן שהוא תימא מאחר דנקב מפולש בעינן ולא הוזכר בתלמוד ע"כ שסמך אשאר נקבים שהוזכרו גבי אתרוג ודקין ולב א"כ אמאי לא נימא דסגי במפולש לחלל הגיד כמו גבי אתרוג ודקין דכולן סגי בהכי וא"צ מעל"ע כו' ולענ"ד אין זה קושיא דבשלמא התם דבניקב תליא א"כ כל שהוא מפולש נקב מיקרי ומיפסיל ביה א"כ כאן שלא מצינו בתורה שיהיה פסול בנקב ובכרות שפכה תליא מילתא והלכך אם הנקב מעל"ע אז שפיר אנו רואין אותו כאלו נכרת משם ומ"מ צריך למימר טעמא מפני שהיא שותת דאל"כ לא מיפסיל דלאו כרות שפכה הוא שהרי אינו שופך. וכן הוא בירושלמי ניקב פסול מפני שהוא שופך והיינו דכל שאינו שופך לא מפסיל משום כריתה לחוד משא"כ אם אין הנקב מעל"ע לאו כרות גידא הוא ולא מיפסיל:

ומ"ש היש"ש שהרי עיקר הפסול תלוי מפני שהש"ז יצטנן שחמום התאוה יוצא דרך הנקב וא"כ בניקב לחלל סגי כבר כתבתי דלא איכפת לן בהכי דאפילו תימא שמחמת זה אינו יכול להוליד מ"מ הרי גם בי"ש אינו יכול להוליד ואפ"ה כשר וה"נ דכוותיה כיון דלאו כרות הוא לא מיפסל. ומה שאמרו ניקב פסול מפני שהוא שופך היינו לומר

כיון שהוא מעל"ע דבכלל כרות הוא וגם בכלל שפכה הוא שהרי באמת הוא שופך ולכך פסול. וכדאמרינן ביבמות שם כרות שפכה כתיב מי שע"י כריתה שופך שלא ע"י כריתה אינו שופך אלא מקלח. והרי רבינו אליעזר ממיץ והביאו הסמ"ג שכתב שלא יתכן לומ' דנקב וכרות דבר אחד הוא כי שני דברים הם עכ"ל הרי מבואר דס"ל דכל ניקב לאו בכלל כרות הוא ולא מיפסל כלל וא"כ אף לשיטת שאר פוסקים דס"ל דבכלל כריתה הוא אין הדברים אמורים אלא בניקב מעל"ע דוקא ובהכי א"ש גם מ"ש הישׁ"ש דבסמ"ג דדייק מפולשׁ מדמה לאתרוג ודקין א"כ ממיל' הוי כי התם עכ"ל:

ולענ"ד אין ראיה דהסמ"ג התם קאי אפצוע דכה דקתני התם כל שנפצעו הביצים ואפילו ניקבו כו' ובהא שפיר כתב פירוש ניקבו כל נקבים שבתלמוד מפולשין הן כו' משא"כ לענין כרות שפכה דנקט אח"כ איזהו כרות שפכה כל שנכרת הגיד כו' אין זה תלוי בחלל שבגיד כלל לומר דבזה הוי נקב מפולשׁ אלא מעל"ע דוקא בעינן ואע"ג דאנו קיי"לן פצוע בכולן כו' מ"מ ניקב הגיד אינו בכלל נפצע. וכ"כ רש"י בחולין דף מ"ג להדיא דניקב מיפסול משום כרות שפכה וכמבואר בסמ"ג אח"כ. ובפירוש מהר"א שטיין והביאו הב"ש (ובשיטת רבינו ירוחם דניקב בכלל נפצע אבאר לקמן אי"ה) ויותר תמהני שהרי הישׁ"ש גופיה מסיק שם דאם הנקב למעלה מעטרה בתחתונו של גיד ולא ניקב רק עד לחלל כשר ודוקא אם ניקב מעל"ע אף אם ביצה עליון הוא למטה מעטרה ואינו פוסל אלא אם ניקב בעליונו של גיד למעלה מעטרה עד לחלל ומחלק דנקב גרע ממרזב וקולמס ע"שׁ וא"כ קשה מהרש"ל גופיה דהא כשיש נקב בתחתיו למעלה מעטרה עד לחלל למה יהא כשר שהרי הוא שותת ול"ל שיהא מפולשׁ. ובאמת שדבריו הם היפוך דברי הב"ש דלהב"ש בנקב בעליונו אינו שותת ובתחתונו שותת ופסול ולדברי מהרש"ל (הפוך הוא) וע"כ לומר דכל שאין הנקב שבתחתונו מפולשׁ אע"פ שניקב עד לחלל והוא שותת לית לן בה כיון שהעטרה העליונה קיימת וכמ"ש רש"ל שם הטעם א"כ גם בנקב שבעליונו נמי מנ"ל דפסול בשביל שניקב לחלל ושותת דלמא כל שאינו מעל"ע לית לן בה ואפשר דהכי קים להו לחז"ל דכל שאינו מפולשׁ שפיר הוא מתחמם דרך אחוריו מידי דהוי אברזא דחביתא ואינו מזיק לו הנקב שבצד אחד שיהיה שותת עי"ז שאע"פ שיוצא מקצתו דרך הנקב מ"מ עיקר יציאתו דרך פי האמה הוא יורה כחץ לפי שמתחמם בצד השלם בלי נקב. ובזה יש לדחות מה שלכאורה יש להביא ראיה מתשו' הרא"ש שהבאתי לעיל לומר דע"כ לא ס"ל כהתם דמעל"ע בענין שהרי מבואר דאם הגיד חלול עד פי האמה וחוזר לנקב פסול אע"ג שלא ניקב רק מצד אחד ולפי מ"ש י"ל דגם הרא"ש אזיל ומודה דמעל"ע בעינן ומסתבר הכי כדי שלא יחלוק הטי"ד על דברי אביו הרא"ש

ז"ל דהא מהטור משמע דמעל"ע בעינן כמ"ש הב"ש ומ"ש הרא"ש לפסול בגיד חלל י"ל בכה"ג גרע טפי כיון שיציאתו הוא דרך נקב זה ע"י סילון החוזר מלתא דמסתבר הוא דבכה"ג אינו יורה כחץ. משא"כ היכא שנקב פי האמה פתוח ועיקר יציאת הזרע הוא דרך נקב זה שבפי האמה אז אמרינן אע"פי שיש נקב שאינו מעל"ע אין זה מפסיד ליציאת הזרע שלא יהיה יורה כחץ כדרכו מאז ומקדם:

ולפי"ז יצא לנו חומרא לנ"ד שהנקב שבפי האמה סתום ואין לו מקום לצאת דרך שם. וא"כ אף להתוס' פסול בכה"ג אם הגיד חלול וכמ"ש ולא נשאר לנו רק הספק הא' שנסתפקנו אם הגיד חלול או לא וצ"ע אם יש להקל בספיקו שאפשר שכיוצא בזה אף אם נשא כופין אותו להוציא וכמ"ש הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ במי שיש לו נקב בגיד מן הצד ואינו מזריע אלא דרך אותו הנקב כל שמוציא זרע דרך נקב שבעטרה פסול וכופין אותו להוציא כו'. והנה משמעות הדברים שלא הי' הנקב שבגיד מפולש מעל"ע. וכן נראה להדיא למעיין בתשו' הרשב"ץ גופי' סימן צ"ג וא"כ נראה מדלא מחלק בין אם הגיד חלול מן הנקב עד פי האמה וכמ"ש הרא"ש אלמא דעכ"פ בסתמא כייפינן ליה להוציא. אמנם נלענ"ד דאף הר"ש בן הרשב"ץ יודה בנ"ד שהרי מבואר שם סימן צ"ד שנשאל שני' שאחר שגירש נשא אחרת והוליד הוא מוציא לעז על הגט של אשתו ראשונה והשיב דלפי מ"ש הרי"ף לתרץ ההיא דנישאת לג' כו' דיכולה למימר השתא הוא דבריאת א"כ גם כאן י"ל כן דאמרינן פרק הערל נסתם כשר מפני שהוא מוליד וזהו פסול שחוזר להכשרו הוא שהרי הזרע עובר דרך הקרום ומתעברת כו' עכ"ל בקצרה. אלמא דכיון דהוליד תלינן שנתרפא ומבואר שם שלא צוה להפריש אותו מאשתו השניה אלמא דלא תלינן בזנות אלא תלינן שנתרפא ודלא כמ"ש הב"ש דאף שהוליד לא אמרינן שנתרפא אא"כ ידוע שנתרפא. איברא דאיכא לדחויי דע"כ לא קאמר הרשב"ץ אלא בנידון דידיה אפשר שבאמת נתרפא ונסתם הנקב החדש וחוזר ומוציא זרע דרך הנקב שבפי האמה ויוכל להתברר עתה כי כדבריו כן הוא רק שזה טוען שגם אז הי' כן ושקר טענה עליו. וע"ז כתב דיכולה לומר השתא הוא דבריאת. וכן משמע ממה שכתב בסוף דבריו וז"ל ועוד שאני בתשובתי לא גזרתי וחתכתי הענין אבל אמרתי שאם הנקב בגיד הוא פסול ואם הוא מחמת הערלה שלא פרע כראוי אינו כרות שפכה וצריך לחזור ולפרוע זה הוא בעצמו יכול לידע האמת כו'. ואם הי' מכיר בעצמו שטענתה אמת הרי האמינה ואם שקר הרי ידע שהוא שקר וגמר וגירש כו' ע"ש. אבל בנ"ד שכמו אז כן עתה החדש פתוח והישן סתום מאן לימא לן שיש להכשיר מחמת הוכחה זו שהוליד דלמא באמת תלינן בזנות וכמ"ש הב"ש. אך דגם מדברי הב"ש אין ראי' לנ"ד לומר דלא תלינן

שנתרפא דהב"ש מיירי שגם עכשיו הנקב לפנינו ולא נתרפא ולכך לא אמרינן דדלמא בשעת בעילה נתרפא ולכך הוליד משום דבין בתר מעיקרא אזלת ובין בתר שעת מציאה אזלינן כ"ש הוא ואינו ראוי להוליד אין לנו לתלות שבינתים נתרפא וסתום הי' בשעת בעילה ונעשה פתוח אח"כ וזה מוכח מהא דאמרינן בההוא גברא דחרזי' סולייי' וא"ל חזור על בניו כו' ולא תלינן שבשעת ביאה סתום הי' ונתרפא הנקב ואח"כ חזר ונתגלה דהא פ"ד לכ"ע יש לו רפואה ואף בניקב הגיד יש לו רפואה לענין שיוליד אע"כ דלא תלינן שנתרפא בינתים משא"כ בנ"ד כיון דעכ"פ יש מקום לומר שנקב הישן נסתם ואין הגיד חלול מה"ת לתלות בזנות טפי מסתבר לומר שנסתם השפופרת מן הנקב עד פי האמה וראוי להוליד וכמו דחזינן לענין טריפות אע"ג דודאי טריפה לא מהני אם הוליד מ"מ בספק טריפה מהני לידה להכריע שאינו טריפה ואף במקום דאיכא פלוגתא בין הפוסקים כמבואר בש"ך סימן נ"ז מדברי רש"ל א"כ גם כאן אף דבודאי פ"ד וכ"ש לפנינו לא תלינן ברפואה בשעת ביאה ותולין בזנות מ"מ בספק מהני ולא תלינן דהא ממכה אביו ואמו ילפינן דאזלינן בתר רובא ואמרינן דודאי אביו הוא. ולכאורה י"ל דהתם היינו טעמא משום דאפילו תימא שזינתה רוב בעילות אחר הבעל משא"כ בזה שאנו מסופקים שמא הבעל אינו ראוי להוליד באמת לא מהני הך רובא שע"ז אנו דנין שמא הבעל אינו ראוי להוליד ומאחר נתעברה וכ"כ באורים ותומים סימן ל"ג לענין אם לידה מוציאה מידי קטנות לגבי האיש. אבל לפענ"ד נראה דאין לחלק בכך דבאמת בש"ס דחולין גופא צ"ע דקאמר אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל דל"ל כולי האי שע"כ לא הוצרכנו להא דרוב בעילות אלא אם היו מרננים אחרי' שזינתה או שידוע שזינתה לענין להכשיר הוולד מטעם זה אבל לענין החשש דלמא לאו אביו הוא פשיטא שא"צ לזה והרי שמואל לא ס"ל הך דרוב בעילות תולין בבעל ואפ"ה פשיטא דמודה שעונשין במכה אביו ואמו אפילו לא הי' חבושין משום דרוב נשים אינם מזנות תחת בעליהן. ואף לפי מ"ש התו' בגיטין ד' י"ז בהא דזנות לא שכיחא היינו דזנות בעדים והתראה לא שכיח אבל סתם זנות שכיח נראה פשוט דמיקרי שכיח לענין זה שיעשו חכמים תקנה לגדור בפני חשש זה ורבי יוחנן ס"ל דאף דלא שכיח עשו תקנה. אבל מ"מ פשיטא דמיעוט הוי וגם לחוש שמא נבעלה באונס פשיטא דלא שכיח כלל. ומ"ש התו' בכתובות דרובא ברצון אינו רוב גמור מדאורייתא היינו היכא דנבעלה ודאי ומספקא לן אם הי' באונס או ברצון אבל פשיטא דרוב נשים אינם נבעלות תחת בעליהן לאחר לא באונס ולא ברצון ודוקא במ"ש התו' בחולין שי"ל העמד האם בחזקת צדקת ע"ז י"ל דשמא נאנסה וכמ"ש אא"ז מהרש"א שם. משא"כ אם באנו לדון מטעם רוב פשיטא

דרוב וולדות הם מבעל ולא מאחר כלל וא"כ צ"ל דרב מרי בחולין לקושטא דמלתא נקט הא דרוב בעילות כו' ואיהו הכי ס"ל וא"כ אפילו ידוע שזינתה אמרינן דודאי אביו הוא. אבל לשנויי הא דמכה אביו ואמו א"צ לזה דבלא"ה איכא רובא. ואפשר דלישנא קיטא נקט וכוונתו שאין חוששין שזינתה עם אחר. ולפי"ז נראה דאין נ"מ בין אם יש ספק אם אב זה ראוי להוליד או לא דרוב זה שאין אשה נבעלת תחת בעלה מכריע הספק דכיון שאנו אומרים שאשה זו מן הרוב שאינן מזנות ממילא שהוא כשר והוולד כשר. אך צ"ע לענ"ד הא דאמרינן בקידושין אמר רבא ד"ת אסופי כשר מ"ט א"א בבעלה תולה מאי איכא מיעוט ארוסות כו'. וקשה דת"ל דמדאורייתא אית לן למיזל בתר רובא שרוב נשים נשואות אין מזנות תחת בעליהן. אמנם צריך יישוב לפום הך תירוצא בתו' בגיטין דכל זנות לא שכיח רק דמ"מ עשו תקנה כו'. וכן לפי מ"ש השיטה מקובצת בכתובות בשם תו' הרא"ש דבנשואה לא חשו לזנות משום דבעלה משמרה רק שם בכתובות דחיישינן שמא זינתה באירוסין וא"כ עכ"פ בנשואה זנות לא שכיח ופשיטא שאין תולין אסופי שהוא מא"א דהא בכל ספק קיי"לן שתולין במצוי בין להקל ובין להחמיר ואפשר דגם התם קאמר דאפילו א"א שמרננים אחרי' נמי אין משלכת התינוק שבבעלה תולה ולקמן אכתוב מה שיש ליישב בזה:

ואיך שיהי' עכ"פ ברור הוא שיש כאן רוב נגד הספק שאם נאמר שזהו הוא כרות שפכה ע"כ נצטרך לומר שזינתה אשתו ובאמת רוב נשים אינם מזנות וגם באונס אין לתלות דמיעוטא הוא ובפרט באשה שדרכה בעיר ואין דרכה בשדה והולידה שלשה בנים אנה השכל שיגזור אומר שאילו נולדו מאחר והם בני אנוסה וכן מצאתי בפני יהושע בגיטין ד' י"ז שכתב וז"ל דבלא"ה חזקת כשרו' מה טיבה דלמא מבטן אמה לעולם לא היתה בחזקות כשרות אע"כ משום דאזלינן בתר רובא ורוב ישראל בחזקת כשרות הן ורובא עדיף מחזקה אבל כשזינתה לפנינו הרי פירשה מן הרוב דרוב בנות ישראל אינן מזנות ואע"פ שהן פנויות כו' ע"ש. (ובאמת מדברי התו' בחולין שכתבו דהוה מצי לדחויי משום דהעמד האם בחזקת צדקות מבואר דלאו מטעם רובא אתי עלה) וכ"כ בפ"י ריש כתובות על קושיית התו' מגיטין דלכך לא מקשו אמתני' משום דודאי לא חיישינן שזינתה ברצון משום דרוב נשים בחזקות כשרות הם מ"מ לזנות דאונס חיישינן לענין איסור כהונה דאשכחן שעשו מעלה ביוחסין לענין איסור כהונה. וע"ש בדף טי"ת בתירוץ התו' ברוב נשים בחזקות צדקות כו' ועיין בפ"י בקונטרס אחרון לכתובות אות למ"ד שכתב דחזקת כשרות אלים טובא דהו"ל חזקה דאתי מכח רובא. תדע דהא קיי"לן להכשיר באשה שהלך בעלה למדה"י אף אם נשתהה י"ב חודש אע"ג דלא שכיח כלל דמשתהי' כו'

אפ"ה תלינן להתיר אף הולד והיינו משום דחזקות כשרות אלים טובא כו' ע"ש. וא"כ הדבר פשוט בנ"ד דודאי יש לנו לילך בתר רובא וחזקה דהא עכ"פ חזקה איכא. כמבואר בתוספות בכמה דוכתי ואמרינן דלא זינתה כלל והוולדות ממנו הם וא"כ ע"כ שנסתם כראוי ואין הגיד חלול ושפיר יכול להזריע והרי בלא"ה דעת רבינו ירוחם בניקב שאין הבנים רק ספק ממזרים כמ"ש הב"ש בשמו וא"כ ע"כ דס"ל דלעולם ספיק' הוה שמא חזר ונסתם באופן שתעלה ארוכה אלא דכיון דכמות שהוא לפנינו כרות שפכה רק על שעת ביאה אנו דנין ספיקא הוה משא"כ בנ"ד כיון דחזינן דאוליד ע"כ שנסתם הנקב הישן לגמרי ואין חוששין שמא חזר ונפתח הסתום וכדאמרינן נסתם כשר כו' משמע להדיא דאין חוששין שמא תסתור הסתימה. אלא שאפשר לומר דרבינו ירוחם לא פליג אשאר פוסקים דמיירי היכא די"ל שנבעלה לנכרי ועבד שהוולד כשר. ולכך כתב דהוי ספק ממזר. וכן משמע לכאורה שהרי רבינו ירוחם כתב וז"ל נכנס לו חץ בבציו וניקבה בענין שיצא מהם שכבת זרע פסול ואע"פ שנסתם הנקב אחר זמן דכבידי אדם דמי. ואם הוליד בניו ספק ממזרים ואסור בממזרת. וכ"ש בבת ישראל פשוט ביבמות פרק הערל וכ"כ הרמ"ה עכ"ל. הרי כ"כ אהא דחרזיה סילויה בבציים דאמרינן עלה דאמר רב חזור על בניו מאין הם (ומ"ש אע"פ שנסתם הנקב הוא מדברי הרמ"ה ואזיל לשיטתו שרבינו ירוחם כתב שם בשמו דס"ל דנסתם למעלה פסול ולא מהני סתימה רק בעטרה עצמה ע"ש ונקב בביצים כלמעלה מעטרה דמי) ולשון זה משמע דודאי אינו יכול להוליד שהרי ביבמות ד' פ"ג אמרינן ר"י אומר טומטום שנקרע ונמצא זכר לא יחלוץ מפני שהוא כסריס. אמר ר' אמי מאי עביד ליה ר"י לטומטום דבירי כו' ואוליד שבע בנין. ור"י אמר חזור על בניו מאין הם. תניא ר"י בר' יהודה אומר כו' מאי בנייהו אמר רבא לפסול במקום אחין כו' ופרש"י דלר"י סריס ודאי הוא וא"כ כאן נמי סריס ודאי הוא וא"כ האיך כתב רבינו ירוחם דהוי"ל ספק ממזרים. אלא ע"כ דס"ל דמ"מ לאו ודאי ממזרים נינהו דנכרי ועבד הבא על בת ישראל כשר בין בפנוי' ובין בא"א כדאיתא ביבמות דף מ"ה ומ"מ אין לדקדק כן בלשון הש"ס דקאמר מאין הם ולפרש דר"ל דשמא מנכרי ועבד הם דכשרים דז"א שהרי אמרינן ורבי יהודה א"ל חזור כו' ורבי יהודה סבר נכרי ועבד הבא על בת ישראל הוולד ממזר כמ"ש התוספת ביבמות דף מ"ז ד"ה נאמן אתה ובדף מ"ט ד"ה ורבי יהושיע. אלא לישנ' בעלמא קאמר לומר דודאי זינתה עם אחר ומ"מ הדין דין אמת לדידן דקיי"ל הולד כשר ולפיכך אין לדונו כממזר ודאי. ועיין בב"ש שיש פוסקים דס"ל שאין תולין בכותי. ואפשר דמיירי היכא דרוב ישראל אין תולין בכותי להכשיר ואין להאריך:

ועתה אבאר בקצרה לעיקר הדין. הנה שפתי הרא"ש ברור מללו דכל שאין הגיד חלול משם והלאה שפיר הוא ראוי להזריע. וכבר כתבתי שמ"ש הרא"ש בלשון אפשר לאו דספוקי מספקא ליה רק ר"ל דבכה"ג שפיר הוא מתחמם כו'. וראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו דדבר פשוט הוא לענ"ד שאין כאן פסול משום שלא במקומו אינו מבשל דלא על מקום יציאת הזרע קאמר הכי כיון שלא שינה את מהלכו ויוצא ובא דרך השפופרת שלו שבו מתבשל הש"ז אמקום יציאתו גופיה לא קפדינן דמה בכך שבא לו בקצרה והרי מרזב וקולמוס שנחתך השפופרת למעלה מעטרה והזרע יוצא דרך שם ונקלט בבית הרחם ולא קפדינן במלתא אהא שיוצא שלא במקום נקב פי האמה ואפילו מאן דפוסל במרזב טעמא אחרינ' הוא וכן אם ניקב למעלה מעטרה להתוספת ודעימיה דבעינן מפולש לא חיישינן לבישול שלא במקומו וכן נראה מלשון רבינו ירוחם שכתב ואם נסתמה שפופרת של ש"ז כו' כי יש שני נקבים כו' ואין ש"ז מתבשל אלא במקומו ר"ל בשפופרת שלו ומאחר שיוצא דרך קטנים אינו יכול להוליד ופסול כו' עכ"ל. הרי שכתב ר"ל בשפופרת שלו כדי שלא נטעה לפרש דאמקום יציאה קאמר. ומ"ש מאחר שיוצא דרך קטנים הכוונה דרך השביל של מים קטנים. וראיתי ביש"ש שכתב על תשובת הרא"ש וז"ל. והנה מה שרצה לדמותו לברזא דחביתא דהיינו עשוי כקולמס דאמרינן עוביו נוגע כך היכא אע"פ שאין ראש הגיד נוגע מפני' מתחמם הוא על ידי נגיעת אחוריו ע"כ נראה שדמיון רחוק הוא לדמותו עכ"ל (וט"ס יש כאן וכך צ"ל דהיינו עשוי כקולמס דאמרינן מידי דהוה אברזא דחביתא ופרש"י שקצר ודק כו' ובא עד עוביו נוגע כך אע"ג שאין ראש הגיד כו') ונראה שטעמו דהתם לא היה הנקב כ"א סמוך לכיס ומהאי טעמא י"ל שכתב הרא"ש בדרך אפשר כמבואר בדבריו להדיא שכתב ואע"פ שאינו מזריע בעומק הרחם אפשר שמתחמם וראוי להזריע מידי דהוה אברזא דחביתא כו'. וע"ז כתב יש"ש שדמיון רחוק הוא אבל כגוונא דנ"ד שהנקב הוא רק מעט למעלה מעטרה א"כ לא יהא אלא שנחתך עד כאן כקולמס מכשרינן דהוה כברזא דחביתא וא"כ מה קפידא יש בזה שנסתם משם והלאה. ואף לדעת המרדכי דכל שניקב לחלל פסול מ"מ היינו דווקא כשפתוח בשני מקומות ואדרבה לענ"ד מ"ש הרא"ש דאם הגיד חלל והולך עד נקב פי האמה חידוש הוא שחידשו הרא"ש ז"ל מסברא כיון שבא עד קיצו ואין לו מקום לצאת והוא שב משם למסלה דרך הלך אז אין יורה כחץ דרך נקב זה ואנחנו עושים אזנינו כאפרכסת לשמוע אמריו כי נעמו אבל מ"מ אין ראיה מבוררת לזה מהש"ס והלכך אין לך בו אלא חידושו דוקא כשידוע לנו שהגיד חלול. ואף בזה אפשר שאין הדברים אמורים אלא כגוונא דנ"ד שהוא סמוך לכיס ממש ולפיכך אם הוא בידי אדם והגיד חלול היה פסול כיון

שהזרע דוחה ומתאסף אבל נקב יציאתו והפתח נעול בפניו והוא צריך לחזור לראש וכיון דמפיש בהליכה בסילון החוזר שוב אינו יורה כחץ רק שותת. ואם נאמר שהזרע יוצא מיד בבואו אל מקום הנקב א"כ פשיטא דפסול שהרי לא נתחמם הזרע בעומק הרחם כלל כיון שהנקב סמוך לכיס ויצא בפתח תחלה משא"כ בנ"ד אפשר שאף אם היה הגיד חלול משם ולהלן אין חשש בדבר דמאן לימא שאין הזרע יוצא מעט בבואו אל מקום הנקב ויורה כחץ דרך שם ואף אם מתפשט קצת משם לפי האמה וזה אינו יורה כחץ בחזירתו לית לן בה כיון שעיקר טיפת הזרע באה בגבורה. וקרוב הדבר דהיינו טעמא דהתוספת ודעימייהו דס"ל דמעל"ע בעינן כנראה מפשוטו של דברים ולמעלה צדדתי בטעם הדברים. ולפי מ"ש י"ל דהיינו טעמייהו דכל שאין הנקב מעל"ע רק עד החלל א"כ אמרינן שעיקר הזרע יוצא דרך שם ויורה כחץ ומה לי שם ומה לי בפי האמה סוף סוף קלטתו הרחם כראוי ומה שיוצא גם דרך פי האמה מתמצית הזרע לית לן בה וגם במרזב וקולמס כן הוא שעיקר הזרע יוצא במקום החתך ואף שהנשאר ימצה אל יסוד האמה לית לן בה כיון דעכ"פ מתחמם לפי שעוביו של הגיד במקום שלא נחתך שפיר הוא נוגע בכל כותלי הרחם ולא דמי לנכרת למעלה מעטרה לפי שאינו נוגע מעמק הרחם. אבל זה שהוא כקולמס שאחוריו נוגעים בעומק הרחם ועוביו נוגע בכל צדדי הרחם הרי הוא חם כולו ויורה כחץ במקום יציאת הזרע משא"כ אם הנקב מפולש מעל"ע שאז במקום יציאת הזרע מתפשט לפי האמה ובדרך חזירתו אינו יורה כחץ. וכמו שלדעת המרדכי ודעימי' פסול אם ניקב לחלל כיון שהנקב פתוח בפי האמה מזה והאמה מזה נקובה הוא ולכך אינו יורה כחץ מ"מ י"ל בזה כיון שהנקב הוא סמוך לעטר' ובפי האמה סתום הוא אז הזרע ממלא השפופרת כולה ונופל דרך נקב זה ושפיר הוא יורה כחץ ולא דמי לעובדא דהרא"ש דשם הנקב סמוך לכיס ודאי כלתה לו משיבת הזרע רק לפי שדחוק לצאת הוא חוזר מסוף הגיד עם מקום הנקב וא"כ שוב אינו יורה כחץ משא"כ כשהנקב סמוך לעטרה שמשך הזרע מגרע עד שם שפיר הוא יורה כחץ ואע"פ שרש"י כתב בההוא דניקב ונסתם רואין אם ניקרי ונקרע כו' דלמעלה מעטרה ודאי לא מיקרע שאין הזרע דוחה ומתאסף שם כ"כ שהרי יש לו מקום להתפשט עד סוף פ' האמה ששם מקום יציאתו משא"כ בעטרה עצמה או למטה ממנו כי קרוב הוא למקום היציאה ולכך הוא נקרע שם אבל מ"מ י"ל שהזרע מגיע גם לשם וכיון שהנקב שלמטה סתום והשפופרת אשר זרעו בו מתמלא מחוליתו אז הוא יורה כחץ במקום שהנקב פתוח (ועיין ביש"ש שכתב דגם למעלה מעטרה פסול אם ניקב ואדרבה אפילו בכ"ש פסול ומ"ש שם רש"י דלא שייך שם ניקב ונקרע היינו לומר דלא איירי בי' כיון דלא שייך בדיקה זו וזה שלא

כדברי הב"ש גם כתב דלא גרסינן ונסתם בפירש"י ט"ס וכצ"ל ניקב נקב קטן בכ"ש ואינו ניכר משום דקשיא ליה מ"ש רש"י רואין אם גדול כ"כ כו' והי' לו לפרש אם הזרע יוצא אינו סתימה ולענ"ד נראה דרש"י ס"ל דלאו ביציאת הזרע תליא מילתא דאף שיוצאת קצת דרך נקב קטן אין זה פוסל. והגירסא ברש"י כמ"ש רבינו ירוחם ואם ניקב נקב קטן בשפופרת שנסתם בכל שהוא או אינו ניכר רואין כו'. וצ"ל דהך ונסתם ר"ל שאין הנקב ניכר או מחמת סתימה כל שהוא או מחמת קטנותו ולכן רואין אם ניקרי ונקרע ר"ל אם ע"י שהוא נקרי הנקב מרחיב מחמת דוחק הזרע שמתאסף שם אז חוששין לו אע"פ שאחר שהזרע יוצא הוא חוזר ונכווץ עד שאינו ניכר כבראשונה כדרך הנקבים קטנים מ"מ כיון שהוא עכ"פ גדול כ"כ עד שמתרחב קצת ע"י דוחק הזרע שמתאסף שם חוששין לו שהרי זה כנקב ניכר שפסול. וע"ז פירש"י דלמעלה מעטרה אין הזרע דוחק כ"כ עד שיהי' נקרע בשבילו ולכן אפשר שאם יש שם נקב קטן שאינו ניכר כשר כיון שאין דרכו להתרחב. ולשון נקרע דקאמר שמואל דחקו לפרש דעל הרחבת הנקב קאמר דאי על יציאת הזרע קאמר לא הו"ל למינקט הך לישנא ולפי שאינו כ"כ לענינינו קצרתי:

וכל זה היינו צריכין למשכוני נפשי' כדי לחלק בין נידון דידן לעובדא דהרא"ש אילו הי' הדבר ידוע שהגיד חלול ולומר דגם הרא"ש מודה בזה שהרי סימנין מוכיחין עליו שערותיו שרבו וזקנו מגודל והבנים בניו שהרי איכא רובא וחזקת כשרות דהאשה דהעמידנה בחזקת צדקת. ובנ"ד שיש כאן ספק אם הגיד חלול פשיטא שכל אלו מכריעין להתיר ובפרט אחרי שאין בזה איסור תורה כיון דמן התורה קיי"ל דודאי פ"ד לא יבוא הא ספק יבא וגם י"ל שיש כאן חזקת כשרות של האיש שהרי מעיקרא הי' בחזקה שראוי לבוא בקהל וראוי להוליד וע"י ריעותא זו אתה בא להוציאו מחזקתו ולומר שאינו ראוי להוליד ולאסרו לבוא בקהל אל תאסרנו מספק וכדאמרינן ביבמות אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת. ואם אמנם דעת אא"ז רמ"א לענין מים במוח דכל דאתיליד ריעותא מחיים לא מוקמינן אחזקה הרי אא"ז מהר"ם מלובלין חולק בזה וס"ל דגם בכה"ג מוקמינן אחזקה וכבר כתב אא"ז הש"ך סימן נו"ן דבהפ"מ יש לסמוך להתיר וא"כ פשיטא בנ"ד שנצטרך להוציא אשה מבעלה ולעשות הבנים ממזרים ח"ו פשיטא דכדאי הם פוסקים אילו דהיכא דאיסור והיתר שווים אזלינן בתר חזקה לסמוך עליהם ולומר דחזקה שלא נעשית ריעותא זו מחיים באופן שיצא מחזקה ואף לפי מ"ש שם להחמיר בספק חסרון חכמה וא"כ י"ל דגם בזה אולי יש בקי שיכול לברר ספק זה אם הגיד חלול מ"מ נראה כיון דכאן אין האיסור רק מדרבנן כמש"ל א"כ ניהו דגבי כחל וכיוצא בו החמירו היינו דווקא היכא שאפשר לתקן שמשערין בכולו וכמ"ש הט"ז סימן פ"א וסימן צ"ח משא"כ

כאן וכ"ש שבזה שי"ל שכל הפוסקים מודים דאף הסוברים דבספק לא מוקמין אחזקה ס"ל היכא דאיכא למיתלי בהיתרא תלינן כמבואר בש"ך ובדברי אא"ז בתבואות שור סימן ך"ט בדעת רבינו יונה וסייעתו וא"כ כאן דאיכא כל אומדנות המוכיחות ודאי דהיתרא שכיח טפי ואיכא לאוקמי אחזקה אליבא דכ"ע. וקצת אפשר לומר דבעינן שיהי' שכיח טפי בשעה שנעשית הריעותא אך לענ"ד אין לחלק בפרט בידים מוכיחות כאלה שלענ"ד אף בלא חזקת כשרות יכריעו הספק לקולא. וגם י"ל דהא אף להאוסרין עכ"פ בעינן שתהא הריעותא ברורה ובכאן י"ל דאין הריעותא ברורה ודמי לסירכא שנסתפקו בה אם הוא בחיתוך או בגב שכתב אא"ז בתשו' שם דכל שי"ל שלא הוחל בה (ודמי לסרכא שנסתפקו בה א') הטורף לאו ריעותא מיקרי וה"נ כיון דלדעת התו' ודעימי' אף שניקב לחלל הגיד כשר א"כ בשעה שנעשה הנקב אכתי לא אתיליד ריעותא כלל רק מחמת שנסתם הנקב שבפי האמה כמ"ש שי"ל שהתו' מודים בזה כשהגיד חלול וא"כ י"ל דחזקה שנסתם באופן המועיל. כיון שאין כאן ריעותא מצד הנקב רק מצד הסתימה איברא דלדעת המרדכי לכאורה י"ל שאין כאן חזקה להתיר כלל לפי המבואר בשאלה שבתחלה הי' מוציא ג"כ קצת מ"ר דרך נקב הישן אלא שאח"כ חזר ונסתם ואינו מוציא אף טיפה ולפ"ז י"ל כיון דעכ"פ אז הי' בחזקת פסול להמרדכי אין מועיל מה שנסתם כיון שאין ידוע לנו אם נסתם באופן המועיל ולכאורה י"ל כיון דעכ"פ קודם הריעותא היה בחזקת כשרו' ושוב לא נודע לנו להסתפק בענין זה עד עכשיו שחז' ונסת' שפיר אזלינן בתר חזקה קמיית' וכמ"ש בתו' לענין נגע באחד בלילה דאם לא ראוהו חי מבערב אזלינן בתר שעת מציאתן ולא אמרינן דמה בכך שלא ראוהו חי מבערב מ"מ עכ"פ פעם אחת היה לו חזקת חיים אלא ע"כ כל שחזקת חיותו של זה לא נודע לנו לא אזלינן בתרה וה"נ הרי הנקב שהיה בו קודם שנסתם לא נודע לנו שנחזיקנו עבורו בחזקת פסול. אבל באמת נראה שז"א דכיון שעכ"פ אמתת הענין כך היה אין לחלק בין נודע או לא וההיא דראוהו חי מבערב שאני דאם לא ראוהו חי אין לתת לו חזקת חיים שהרי הדבר ידוע שאלף אלפים ורבי רבבות מתו מימות עולם ושמא זה אחד מהם ולא שייך לומר על כל מת הנמצא שעד עכשיו חי היה ובמקום אחר הארכתי בזה. וכן בשו"ת נ"ב סימן סתר סברא זו והוכיח ג"כ שאף בלא נודע שייך חזקה אלא דמ"מ נראה דאין כאן חזקת פסול אף להמרדכי דאף שהו' מוציא מים דרך הנקב החדש מאן לימא לן שהיה נקוב עד לחלל דהיינו השפופרת של הזרע. וכן מוכח בהדיא בההיא דאמרינן נקב אם נקרי ונקרע כו' אלמא דאמי רגלים לא קפדינן אף אם יוצאין דרך שם משום דמ"מ הגובתא דזרע לא ניקב וכן מבואר בעובדא דראב"י שהביא הישו"ש ואף שעתה הזרע יוצא דרך נקב החדש.

י"ל דאחר שנסתם מבפנים ודחיק לי' עלמא אז מחמת דוחק הזרע פרץ גדר לעשות לו דרך. ולפ"ז היה מקום לצדד בלא"ה דזה אפשר דהוה כבידי שמים לדעת הפוסקים דע"י חולי הוה כבידי שמים. וכן נראה מדברי הרא"ש שהביא הסמ"ג שכתב וא"א לפסול האיש שנסתם שביל הזרע משום פ"ד שהרי זה שנסתם שבילו בידי שמים היתה ואמר שמואל פ"ד בידי שמים כשר עכ"ל. ולכאורה מנ"ל הא דילמא באמת בידי אדם מיירי כמ"ש הרא"ש אע"כ כמ"ש דנהי שהוכה בידי אדם מ"מ סתימה זו א"א שתעלה ע"י אדם רק מחמת המכה עולה קרום שסותם והרי זה כמחמת חולי שדינו כבידי שמים כדעת הרמב"ם והביאו הסמ"ג ג"כ והרא"ש לשיטתי' דס"ל דע"י חולי כבידי אדם דמי ומה דנקט דאסתתים בידי אדם ע"י מכה נלענ"ד שחסר תיבה א' וצ"ל או ע"י מכה ע"ש. גם אפשר דס"ל דמשכחת שעשה הסתימה ע"י מכת האדם משא"כ בנ"ד שהנקב נעשה אח"כ מעצמו גם הרא"ש מודה דכבי"ש הוא אם נימא דע"י חולי כבי"ש דמי. וגדולה מזו מצאתי בשו"ת שבות יעקב ח"ג שנדפס מקרוב ושם ב סימן ק"ז נשאל על אותו הנידון שנשאל בעל שב יעקב. והשיב וז"ל הנה מקור דין זה כו'. ויע"ש ברש"י ותוס' מבואר מדבריהם כשאין מפולש מעל"ע יש להכשיר כמשמעות לשון הש"ס. וכ"כ באגודה וכן משמעות הטור אף שלא נעלם מאתי שדעת המרדכי ורי"ו אינו כן וכן הסכימו גדולי האחרונים להחמיר מ"מ נ"ל דהיינו דווקא לכתחלה אבל אם כבר נשא ודאי דאין להוציא מספיקא ובאמת פשטות לשון הש"ס משמע דוקא מע"לע כו' ועכ"פ מידי ספיקא לא נפק' ואין לאסור היכא שכבר נשא ומכ"ש שלא להוציא לעז על בניו ובפרטות דבנ"ד יש עוד ספק דאף את"ל כהמרדכי מ"מ למ"ש הרמב"ם דע"י חולי הוי כבידי שמים. וכן הכריעו האחרונים וכן מצאתי במלבושי י"ט כתיבת יד על לבוש אה"ע שהכריע כהרמב"ם והביא ראיה מתוס' יבמות דף ך' וסיים ע"ז שדין זה מהל' רופאים והרמב"ם היה רופא מומחה עכ"ל וא"כ בנידון שלפנינו לא נעשה הדבר ע"י אדם בידים רק ע"י קשירת החוט נולד החולה ונתנפח הגיד ועי"כ נפל נקב הזה תוך הגיד וכן רל חולי ע"פ רוב בא ע"י מקרה רעה והוי כבידי שמים ואינו נפסל כל שלא נעשה בידים ממש ע"י אדם גם מצינו ברש"י חולין במקום דאיכ' פלוגת' בפוסקים אי חזינן דחי י"ב חודש כשרה וכ"כ הש"ך וא"כ בנידון שלפנינו נמי כיון דהאשה בחזקת כשרות וצניעות גם בעלה חשיב יומי וירחי מחזקינן כדאית' ביבמות וכיון דחזינן דילדה מכשרינן ולא אמרינן צא ובדוק כו' כיון דאיכא ס"ס להכשיר מה"ת לפסול אותם כו' כלל הדבר בהא סליקנ' ובהא נחיתנא דבנידון זה אין להוציא האשה מתחת בעלה ואין לעגנה כלל וכ"ש שלא להוציא לעז על בניו ח"ו:

שוב ראיתי בתשו' מהר"י בן לב חלק ג' סימן צ"א שפסק ג"כ כה"ג בספק כזה דאם נשאת לא תצא גם בתשו' תומת ישרים מסיק בשם רוב המורים דכל כה"ג אין לנדותו לגרש אשתו אף שיש חולקין שם מ"מ בנידון שלפנינו דהוי כס"ס אליב' דכ"ע אין להוציי האשה ממנו כלל כנ"ל הק' יעקב עכ"ל:

והעתקתי הדברים לפי שאין ספר זה מצוי עדיין ביד כל אדם וידוע כמה גדול כחו של זקן ובעל הוראה הגאון בעל שבות יעקב אשר מימיו אנו שותין והכריע להתיר בכיוצ' בזה וכאן פשיט' דדמי לנידון דהש"י ועדיף מיני' שגם כאן י"ל דאע"ג שהסוס נשכו מ"מ לא נקבו לחלל רק מחמת שנתנפח נולד חולי גם בשאר הבשר הבריא וניקב גם שם והוי כבידי שמים. וגם נ"ל כמש"ל דנקב שבשפופרת הזרע נולד מעצמו אחר שנסתם הנקב הישן וגם כמה מעלות טובות בנידון זה מה שאינם בנידון דהש"י כמבואר למעיין ועיין ביש"ש שהכריע ג"כ להתיר במחמת חולי דהוי כבידי שמים וגדולה מזו מבואר מדבריו דאף אם הוא כורת אותם בידים מחמת קלקלון שנימוסו ונמחו כבר ומפרש כן מ"ש הרמב"ם או כרתן וגם מפרש כן דברי הירושלמי ע"ש וא"כ גם בנ"ד י"ל שנשיכת הסוס לא ניקבה עד לחלל רק שמחמת זה נתנפח הגיד וממילא נתקלקל גם שאר הבשר עד החלל מחמת החולי וא"כ אם נכרת אח"כ בידים אין כאן פסול. ומכ"ש בנ"ד שלא נעשה בו מעשה כריתה בידים כלל ועיין בתשו' מהריב"ל דהוה עובדא דידי' שניטל ביצה א' ע"י חולי ומחמת דינו דר"ח לא רצה להתיר כיון שרבו החולקים רק מחמת די"א דע"י חולי הוה בי"ש ולפיכך דעתו דאם נישאת לא תצא. ובנ"ד י"ל דעדיף מהתם דיש כמה צדדין שי"ל שכל הפוסקים מורים בה להיתר וכן בההיא דשו"ת תומת ישרים שהביא הש"י דמבואר שנכרת למעלה מעטרה הרבה ע"י חולי ולא הי' שום צד אחר להתיר ואעפ"כ דעתו שאם נשאת לא תצא. דאם נבא להחמיר כהרא"ש וסייעתו לכופו לגרש הו"ל גט מעושה לדעת שאר פוסקים והחולק שם כתב להפרישו והוא ז"ל חלק עליו אף בזה ע"ש (וגם כתב שם דבספר ישן של רש"י אית' דאף ע"י חולי הוי כבי"ש. וכן הי"ש הביא דברי רש"י שהביא הב"ש ונראה מהב"ש ג"כ שמסכים להקל) ובנ"ד שיש כמה צדדי היתר כ"ע מודו בזה:

אלא שיש לעיין דנהי שנאמר דע"י חולי הוי כבי"ש מ"מ אינו מוליד כמ"ש הרא"ש וכאן שהוליד א"כ ע"כ שזינתה ואסורה משום ספק אונס ספק רצון. אך באמת ז"א דמה"ת נתלה בזנות ואדרבא תלינן שנתרפא וכמ"ש הפוסקים כאן לענין בעל ביצה אחת אע"פ שאומר הרי הוא כסריס חמה מ"מ יש לו רפואה ופעמים שמוליד כו' ומכ"ש בזה דמפורש בש"ס דיש לו רפואה. ומ"ש הב"ש ואפילו לדידן דקי"ל (נקב) ניקב הוא כרות שפכה

(מה דאיתא לפניו כשר הוא ט"ס וצ"ל כ"ש והוא ר"ת כרות שפכה) ואיתא בש"ס ניקב ונסתם כשר ש"מ דיש לו רפואה וכן פ"ד מ"מ נראה אם הוליד לא תלינן שנתרפא אא"כ בידוע שנתרפא עכ"ל:

הנה גבי כ"ש י"ל כיון דבספרי וירושלמי איתא דכ"ש אין לו רפואה ובש"ס איתא נסתם כשר ע"כ לומר שע"פ רוב אין רגיל להיות לו רפואה והלכך שפיר כתב דלא תלינן שנתרפא משא"כ גבי פ"ד דאיתא בירושלמי שיש לו רפואה למה לא ניתלי באמת שנתרפא מלמתלי בזנות כאשר הוכחתי לעיל דלעולם אין לתלות בזנות כל שאפשר לתלות בד"א אף בדרך רחוק ומכ"ש בזה כי קרוב הוא לומר שנתרפא מלתלות בזנות. וכן מצאתי בשו"ת הריב"ש סימן תמ"ו שכתב וז"ל ומכאן ראיה גמורה דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו בבן שבעה ואשתהי דהוי מיעוטא דאלת"ה לימא דטעמא דרשב"ג לאו משום דמשתהי אלא דתלינן בזנות. וכן ראיה לזה מרבה תוספאה דתלה טעמא דבעל עד יב"ח אע"פ שהוא בתכלית הזרות כו' עכ"ל. וכ"כ בסימן תמ"ז. וז"ל מ"ש כבודך דתלינן שזינתה כשהיתה פנויה דאזלינן בתר רובא וחזקה ליבום שאוסרין אותה כו'. חוץ מכבודך דבר זה מבואר הבטול שהרי לרשב"ג כו' ולדבריך היה לנו לחוש לזנות דקודם שנשאת ולאסרו משום רובא וחזקה אלא שאין תולין לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו על צד הרחוק שאין חושדין בכשרות ועוד דאשה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר וזה ברור ובפרק אלמנה לכ"ג שפתה את בת ישראל ולא חששו לזנות דפנויה ואפילו גבי תרומה שהיא במיתה ואפי' בדיימא מעלמא כו'. כ"ש אשה זו שהיתה בחזקת כשרות כשנישאת והוא ברשות בעלה שיש לתלות בביאת בעלה שהוא בכשרות. ואע"ג דהאי טעמא דאשה מזנה מתהפכת נראה דלא שייך כ"א גבי זנות דפנויה משא"כ אשת איש הא אמרינן א"א בבעלה תולה. ובזה יש ליישב מה שהקשיתי לעיל דל"ל למימר דא"א בבעלה תולה ת"ל דזנות דא"א לא שכיח. ולפי מ"ש י"ל דזנות דפנויה שתתעבר נמי לא שכיח דאשה מזנה מתהפכת כו' וא"כ שקולין הם ולכך צ"ל דר"ת כשר משום דא"א אינה משלכת הוולד שבבעלה תולה וא"כ כאן שהאשה לא ידעה שבעלה אינו מוליד שפיר יש חשש שתזנה ולא תתהפך שאף שתתעבר היא סבורה שתתלה בבעלה מ"מ נראה פשוט דודאי זנות דא"א פשיטא דלא שכיח טפי מזנות דפנויה כמבואר בש"ס ופוסקים בדוכתי טובי והראי' מבוררת מרבה תוספאה וא"כ פשיטא שכל שיש לו רפואה יש לתלות ברפואה זע"כ שהב"ש מיירי כגון שהוא לפנינו עדיין בקולקולו וכמש"ל ולזה סובר דשמא נתרפא בנתיים בשעת ביאה לא אמרינן ואפשר שלמד כן מדאמרינן ביבמות דף פ"א לענין סריס חמה וליחוש שמא

הבריא כיון דתחילתו וסופו לקוי לא חיישינן ואע"ג דאמרינן התם לחד אבר חיישינן לכולא גופא לא חיישינן והכא לחד אבר הוא י"ל דדוקא לחומרא חיישינן לחד אבר משא"כ לקולא אפילו לחד אבר לית לן למיתלי שמא הבריא כל שתחלתו וסופו לקוי ובחד אבר פשיטא די"ל שמא הבריא ותלינן ביה אף לקול' מלתלות בזנות ולעשות הבנים ממזרים וכ"כ בישש"ש לענין בעל ביצה א' שהפוסקים חולקים על ר"ח כתב ותימא שהם רוצים לחלוק על עובדא דמייתי ר"ת והוא בנמצא לעשות ממזרים בישראל הלא ר' יהודה דאמר בסוף פרקין טומטום שנקרע הוא בוודאי סריס אין הלכה כמותו לפי שמכחיש המעשה שהוליד שבע בני' אומר שהם ממזרים ק"ו בנידון זה שכמה וכמה נמצאין שמולידין כו' הרי דס"ל דלכך פסקו דלא כר"י משום ההוא עובד' דאוליד ולא רצו לתלות הבנים בממזרים. וא"כ דבר ברור הוא בנ"ד שיש לתלות ברפואה ולא תלינן בזנות כלל:

ועתה אשימה פני בדרך קצרה בדברי הרב המשיב ראשונה מ"ש לענין נקב מן הצד כבר כתבתי דמסתבר מן הצד כעליונו דמי דדוקא בתחתיתו לפי שהוא שותת ויורד. ומ"ש ע"פ גירס' ישינה שברש"י שמחמת שיוצא גם דרך הנקב שוב בפי האמה אינה יורה כחץ הנה אף שי"ל כן לפי מ"ש הרא"ש לחלק באין הגיד חלול דאז אין יוצא רק דרך נקב זה שפיר יורה כחץ אלא דלפי"ז מהיכי תיתי לחלק בין למטה מעטרה או למענה. ואף שי"ל דאם הוא למטה מעטרה כיון שסמך הוא לנקב יציאתו שפיר הוא יורה כחץ אף דרך פי האמה סבר דחוחה היא ובאמת לא ידעתי למה מחק רש"ל הגירסא ברש"י דגם לפי גרסא זו מתפרש כפשוטו שמחמימות התאוה יוצא דרך הנקב וכשהזרע יוצא דרך הנקב אינו יורה כחץ כו' והוא פשוט ובנימוקי יוסף איתא וז"ל חמימות התאוה יוצאה דרך הנקב וכשהזרע יוצא דרך נקב אינו יורה כחץ כו' והוא הנכון וכן מבואר בש"ג בשם ריא"ז שכתב לפי שטיפת הזרע יוצא דרך נקב ואינו מוליד עכ"ל:

והאמת אגיד שמ"ש הב"ש שכ"כ הדרישה לענ"ד זה אינו כמבואר למעיין בדרישה ובפרישה שם בקצרה שאין דעתו כלל לחלק בין עליונו של גיד לתחתיתו אלא ס"ל דבתרווייהו פסול וכשיטת הב"ח ע"ש ועיין בב"ש מהדורא קמא מ"ש בזה לשיטת התוס' ודבריו צ"ע ואין להאריך ומ"ש דאף לשיטת הרא"מ מ"מ כיון שאינו מוליד ע"כ זינתה כבר הארכתי בזה דהיכא שי"ל נתרפא לא חיישינן לזנות וגם דכיון שעכ"פ הראשונה בהיתר נשא א"כ יש כאן בחזקת היתר לבעלה וכבר כתב הפ"י בכתובות בסוגיא דפ"פ שלענין להוציא אשה מבעלה לא החמירו ואוקמוה אדאורייתא דמהני חזקת היתר והא דהחמירו באשת ישראל בחד ספק היינו משום דמדרבנן אמרינן רובא ברצון וכאן שיש

ספק שמא נתרפא שוב הוי ס"ס ושרי כמו בפ"פ. ומ"ש כיון ששניהם אומרים שיורה כחץ אף דאיהו לא קים ליה כיון דליכא דמכחיש ליה מהימן כבר תברא לגזיזיה. אלא שלכאורה היה אפשר לומר דאיהו מהימנא דלאו דפ"ד לאו דבר שבערוה הוא אלא כשאר איסורין דקיי"ל ע"א נאמן באיסורין שהרי לענין נדה האמינתה תורה דכתיב וספרה לה לעצמה ומהימנא לגבי בעלה. וכ"כ הרמב"ן ביבמות דף פ"ח וא"ת תפשוט מנדה כו' ושמא אין בידיה לתקן עכשיו איכא למימר היא עצמה שאני דרחמנא הימנה מאחר שהוא מעשה של עצמה מתוך שהיא נאמנת לעצמה ועושה מעשה בכך נאמנת אפילו לבעלה עכ"ל. וא"כ ה"נ דכוותיה ואפשר דמ"ש הרמב"ן מאחר שהוא מעשה של עצמה ר"ל שהענין האיסור בא ממנה דמגופא קא חזיא ולפי"ז אינו ענין לנ"ד וגם בלא"ה התוספת והרשב"א וכן הרמב"ן שם תירצו בענין אחר אלא דמ"מ היה אפשר לומר לפי מ"ש הרמב"ן והרשב"א דע"א נאמן אפילו באיתחזק איסורא וא"כ גם כאן היא נאמנת אף לגבי דידיה ולא דמי לאשה שאמרה נאנסתי כמבואר בפ"י בסוגיא דפ"פ על דברי רבינו יונה ז"ל ומכ"ש כאן דלא איתחזק איסורא כמש"ל. ועיין בפ"י שכתב דאף לפי מאי דקיי"ל בחתיכה ספק חלב ס' שומן ע"א נאמן ואפילו הבע"ד מ"מ אפשר כיון שהספק בגופה לא מהני כדאשכחן בשבוי' דע"א נאמן בה שלא זינתה והיא עצמה לא מהימנא עכ"ל וא"כ כאן שאין הספק בגופה והיא אומרת ברי לי מהני אף להתיר לו ג"כ כמו האומר פ"פ והיא אומרת נאנסתי ועדיף מיניה וכן מבואר בפ"י לענין עיר שכבשוה כרכום דאיתא ואין אדם נאמן ע"י עצמו והקשה דהא כל מקום דע"א נאמן באיסורין אפילו הבע"ד עצמו נאמן ואדרבא עיקר הילפות' דע"א נאמן מדכתיב וספרה לה וא"כ לא שייך הך דינא אלא בשביל שהחמירו משום דרוב עכו"ם פרוצים בעריות ואפשר דנקט בהאי לישנא דבעלה אינה נאמן בה כו' ע"ש. אלא דבאמת אמרינן ביבמות דף ע"ז ומי מהימן והאמר ר"א אמר רב כל ת"ח שמורה הלכה ובא כו' וכתבו התוספת דהיינו היכא שנוגע בדבר כגון יתרא שהיה צריך לאותו הוראה שהרי בת ישי נשא כו' ובנ"ד אין לך נוגע גדול מזה דאם לא תאמר שיורה כחץ יחשבוה לזונה ובניה ממזרים אך י"ל דהתם מיירי שמצד הסבר' לא היינו יודעין דין זה כגון ההוא דעמוני ולא עמונית שלולי הקבלה לא היינו מחלקים בכך כדאמרינן וכדאקשו ליה הנך קושיית אשתיק כו' ולכך אם הוא נוגע לא מהימן ודומי' דהכי הוא באינך דמייתי התוספת. משא"כ היכא שהדבר שקול דבכה"ג ע"א מהימן כמו שנאמן לברר איזה חתיכה של חלב ואיזה של שומן ואף במקום רוב טריפות כיון דבלא"ה ספק יש כאן כמ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ג דהיינו טעמ' שלוקחין מטבח כו' שאינו רק מברר הספק ואע"פ שהטבח נוגע בדבר נאמן

הוא וא"כ ה"נ לא איכפת לן בנגיעה וכל זה לרווח' דמילתא אבל כבר ביארתי כמה צדדי היתר הן לענין הבעל והאשה והן לענין הבנים שחלילה להוציאם מחזקת כשרות וכדאית' ביבמות דף מ"ז ואי אתה נאמן לפסול את בניך כו' ואין עדות לכותי ופירש"י הואיל ובניך מוחזקין בכשרות אין אתה נאמן להעיד עליהן לפוסלן ומכאן הוכיח הט"ז סוף סימן קכ"ז דאע"ג דהחזקות כשרות בא להם מכח האב שפיר מקרי חזקה לענין זה.
וכבר ראיתי מי שכתב בענין כזה ג"כ סניף לדבר שהרי ממזר שאינו ידוע לא חי ובב"ש סימן ב' אית' דאף יב"ח אינו חי ע"ש בשם ב"ח א"כ כאן כיון דלא הוה הדבר ידוע עד עתה ע"כ דלאו ממזרים הם ע"כ ובאמת בירושלמי ראיתי דאין חי יותר משלשים יום כשהוא ממזר שאינו מפורסם ובאמת קשה בהא דמוכיח דאזלינן בתר רובא ממכה אביו ואמו דלמא לאו אביו הוא דהא כה"ג לא חי וכיוצ' בזה הוקשה בשו"ת חוט השני וא"ל דכיון דס"ד דחיישינן למיעוט' ממילא חיישינן דשמא מעבד ונכרי הוא דמ"מ קשה מאי דוחקיה לאוקמי כגון שהיה אביו ואמו חבושין כו' נימא דמיירי במקום דליכא כותי ועבד כלל. והירושלמי א"ש דהירושלמי לא יליף ממכה אביו דאזלינן בתר רובא רק דסוקלין על החזקות כמ"ש הב"ש והח"מ סימן כ"ט בשם הרמב"ם והוא מהירושלמי פרק י' יוחסין כמ"ש ה"ה שם והיינו דשמא הוחלף באחר דלהא ודאי יש למיחש אם לא מטעם חזקה וכמ"ש אא"ז בבכור שור בקידושין ע"ש משא"כ בש"ס דידן קשה ואפשר לומר כיון דהב"ש כתב בשם ס"ח דהוא כמו טריפה אינו חי א"כ י"ל כמ"ש רש"ל שם שי"ל שהמיעוט חיים הם כן י"ל גם כאן ולפי"ז כיון דהשתא ס"ד דלא אזלינן בתר רובא שפיר חיישינן דלמא לאו אביו הוא והוא מהמיעוט שחיים אבל צ"ע דכה"ג מיעוטא דמיעוטא הוא וגם בירושלמי לא משמע כן דאיתא שם ר"ז כד סליק שמע דקרין ממזרין וממזרתה אמר אזל ליה דר"ה דאמר ממזר לא חי יותר משלשים יום כו' ואם איתא מאי קושי' דלמא באמת הוא ממיעוטא ואפשר לומר כיון דלא אזלינן בתר רובא ממילא הוה כממזר דידוע ודלא ידוע דחי ג' דורות והוא דחוק:
והאמת יורה דרכו דש"ס דידן לא ס"ל הא דירושלמי כדמשמע בהא דקאמר ההוא דהוה בשבבותי' דר' אמי כו' הוה בכי ואזיל א"ל חיים נתתי לך משמע דהא דאינו חי היינו כשבא לישא אשה כשירה מן השמים מעכבין על ידו ומת כדי שלא יטמעו ממזרים בישראל. וצ"ע בירושלמי דקידושין דאיתא ג"כ כהאי עובד' ביומא דר' ברכיה א"ל חיים נתתי לך דאמר ר"ה אין ממזר חי יותר משלשים יום ע"ש ובאמת קשה בהא דמייתי ממכה אביו כו' דבפשיטות הו"ל להוכיח דאיך איש מותר באשתו דלמא זינתה תחתיו ואסורה עליו וא"ל דהוה מצי לדחויי משום חזקת צדקת משא"כ השתא דמוכיח ממכה

אביו י"ל דלנאנסת חיישינן וכמ"ש אא"ז מהרש"א שם למסקנא דאין אפוטרופס כו' דמ"מ קשה אשת כהן מאי איכא למימר ונראה הטעם דמוקמינן אחזקת היתר לבעלה ומ"מ קשה בין באשת כהן ובין באשת ישראל אמאי שרי אי לא אזלינן בתר רובא לפי מ"ש התוספת בחד תירוצ' דלרב אחא בר' יעקב בעי דלא קים ליה חזקה מקר' דהא ע"כ כאן ההיתר משום רובא או משום חזקה וממיל' דרובא עדיף מחזקה ואפשר דהו"מ לדחוי' דשאני התם דאיכ' רובא וחזקה אבל חדא לא מהני ולכך הוצרך לאתויי ממכה אביו ולהרמב"ם בלא"ה ניחא דס"ל כל ספיקא מן התורה שרי ולכך הוצרך לאתויי מכל הני. ומה שהקשו הרשב"א והר"ן מהא דקאמר אתיא מרישא של עולה מבואר אצלי במקום אחר (וד"ז הגאון בתורת חיים הקשה תפשוט דאזלינן בתר רובא דא"כ איך מותר לישא אשה דלמא ממזרת הוא ותמהני דבספק ממזר אפילו הרשב"א והר"ן מודים דשרי מרבויא דקהל דדרשינן הא ספק יבא ועכ"פ בנ"ד דליכא אלא איסור דרבנן לא מיבעי' להרמב"ם דכל ספק מה"ת שרי אלא אפילו להחולקים כבר ביארתי דגם לענין פ"ד דרשינן הא ספק יבוא וא"כ פשיטא שיש לסמוך אכל הני היתרים דלעיל. וכבר כתבתי שהפ"י כתב דלענין להוציא אשה מבעלה אוקמה אדאורייתא וכ"ש בזה שיש לה ג' בנים ובזה הקילו ביותר כדקיי"ל גבי דבר מכוער. וכבר הבאתי דברי השבות יעקב. שהיקל בנידון שלו לומר דאם נשאת לא תצא אף שאין שם כל הני צדדים אשר בנ"ד וממנו נלמד לנ"ד ובהא סליקנא ובהא נחיתנא שהמחמיר בזה אינו אלא מן המתמיהן ומי שיוציא לעז עליו עתיד ליתן את הדין שהרי לפי דבריו עושה את הבנים ממזרים שלא כדין וקיי"ל הקורא לחבירו ממזר סופג את הארבעים ובמג"א הלכות י"כ כתב להוכיח מתוס' שכתבו הטעם משום שחושד אותו שעבר בלאו דלא יבא וקשה די"ל הא חשד לאביו שעבר על חייבי כריתות אלא ע"כ שלא נתכוין אלא לו ע"ש ולכאורה י"ל דמפרשי כן אף למ"ד נכרי ועבד הבא על בת ישראל הוולד ממזר וא"כ אין בקריאת ממזר חשד לאביו אפ"ה סופג הארבעים משום שחשדו שעבר בלא יבוא. ואפשר דס"ל כשיטת הטור דאין תולין בכותי ועבד וה"ה לענין זה ובכאן איכא לאווי טובא. לכן שומר נפשו ירחק מלזות שפתים. ומוציא דבה שלא לשם שמים יבא יומו בצהרים. ואם כשרים הם ירצו להיות מכנים הולך על ידי בשריותא דא. הלא כה דברי למשדי גודא רבה על כל פה דובר בזדון ולאוסרו בנחושתיים. ואם לאו דעתו בטלה במיעוט ערכי אולם אנכי ידעתי אפרים. כי יכונו דרכי לפני כל חכם לב ישמעו ויאמרו אמת ויציב ונכון וקיים. כי הדברים אשר חצבתים וארגתים באמרי פי חצובים ממקור מים חיים. כאשר על מי מעינות התלמוד ומי בארות הפוסקים יעמדו כל שותי מים וחלקי אמרה נפשי כאשר

הורוני מן השמים. ועתה קרבו את אחיכם לא לפסלוה לא לדידיה ולא לזרעיה ובקהלם יחד כבודו ומיני ומיני תסתיים דברי הכותב ברפיון ידי' מקצר ועולה כי יומא דחושבנא הוא וחלקי אמרה נפשי דברי זעירא דמן חברייא הק' אפרים בהרב המאה"ג מוהר"ר מנחם מאניש מרגליות נ"י מבראד.

שאלה ד

יום א' ר"ח אלול וכשר לבא לפ"ק ד שלום וברכה. ברבי' והמשכה לכבוד אהובי ב"ד הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים כש"ת מוהר"ר מרדכי נ"י:

אחד"ש מגי"ק הגיעני עם קונטריסו ואני סמכוני באשישות ואמרתי מתון מתון עד אשיב לבצר אפס כי עז הפצרת מוכ"ז אמרתי לשלוח לכ"ת אשר כתבתי לחכם א' בנידון כיוצא בזה והנה שאלתו בבחור אחד ממשפחה הגונה בן שמונה עשרה שנה התקשר עצמו בתנאים ויצא עליו קול איך שהוא סריס ושלחתי אחריו לבודקו וראיתי שיש לו נקב בתחתיתו של גיד למעלה מן העטרה ודרך שם מטיל מים ועושה כיפה כאשר ראיתי ולמעלה מן הנקב נסתם כל הגיד והבשר שלמטה מהעטרה איננו כמו בכל אדם שהוא חד למעלה רק נראה שהחוד שלמטה מן העטרה נחסר ומהנקב עד סוף הגיד שהקלוח של מימי הגיד עובר מעט כמו מרזב שדרך שם הולך הקלוח וכמעט אינו מלחלח הגיד גם העיד לפני איש א' בת"ע שלהבחור הנ"ל היה אח קטן וכשהוא בן רבע שנה הי' ניכר ג"כ שיש לו מום זה והנה עתה יש לספק ממה נעשה זה אם נולד ממעי אמו כך או נעשה ע"י חולי או קוץ. והיה זה ימים כביר' כתבתי וצדדתי שם כמה צדדין דאיתנייהו בנ"ד אף שיש מהם לאו כיוצא בהם מ"מ יש כאן צדדי היתר שלא הוו שם ואף ע"ז לא פקחתי עיני וסמכתי על חכמת כ"ת וגם ראיתי בס' בית מאיר שמפקפק הוא דכרתו הקוץ חשיב ב"א דהא דחרזי' סילויא י"ל דאינו מוליד כו' אף שאין בזה כדאי לצרוף מ"מ סניף בעלמא הוי ובדרך העברה בעלמא אמינא כי יקשה בעיני להתיר לכתחלה להשיאו אשה מחמת צד היתר שבי"ש הוא כיון דמ"מ אינו מוליד ואם ישא ויוליד יפול לנו ס' לחזור על בניו כו' ואם נאמר שבאמת לא יוליד וקשה להשיאו אשה הראוי לבני' אף שאינה מצווה על פ"ו וכדאמרינן מלמד שמשיאין עצה הוגנת כו' וכמה טעמים. אך לפי דעתי אם יש לו רבוי שערות דבחליצה כה"ג היו סומכין ע"ז וגם אם כה יאמר האיש כי עמד על נפשו שבעת הטלת מים אינם מתפשטים להלן מן הנקב כלל רק מקלחין שמה כדרכם שזה מורה שהגיד אינו חלול אע"פ שמ"מ אפשר דלא אסתתום גובתא דש"ז מן הנקב ולהלן מ"מ קצת רגלים לדבר כיון שנסתם חלל של מ"ר קרוב הדבר שכולו סתום מן הנקב ולהלן וא"כ יש לנו אילן גדול לסמוך עליו הרא"ש ז"ל דסובר כשאינו חלול שפיר מוליד

וחזי לאצטרופי צדדי ההיתר גם יחד להתיר להשיאו אשה דברי ב"ד הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה ה

פרצידא דתותא קלא כו' ה"ה כבוד אה' נד"ז החריף המופ' עושה פלא ידיו רב לו. גבר בכולא האברך כש"ת מו' יצחק פרענקל נ"י נצח ישב בצלצח אחד"ש זאת אומרת כי הגיעני דבריך ואריתי מור בשמיך ואכלתי פרי מגדיך. ומאד מתקו לי רגבי נחליך ופניני אמריך. חדאי נפשי בפלפוליך ויישר חילך כי שמחתני בפעליך. אחרי רואי כי נתן לך ד' לב לדעת לבנות ולסתור לעקור ולטעת נטע נעמני' על ראש גיא שמנים ולחוף הים התלמוד תשכון תרוץ אורח כאמור נוגה הולך ואומר עד נכון ואהבתך אלצני ולקחתי מראשית פרי זמני כרמל בצקלוני שנים ושלשה גרגרים להשיב אמרים כאשר על התשובה מראש הבטחתיך ועוד חזון למועד שמור ברצות השם:

פתח דבריך יאיר לפלפל בדין השתוקי המבואר בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ונשאת ונתת באמונה בדברי הש"ס בקידו' דף ע"ב וטרם אבא לפלפל בדבריך אמינא לבאר מה שיש לתמוה לכאורה על מ"ש הגאון ז"ל בנ"ד שם שתינוק הנמצא הו"ל כפירש וכל דפריש מרובא פריש ובשתוקי חששו משום שיש לדון גם על האם ממי נתעברה ולגבי דידה אי אזלא איהו לגבייהו הו"ל קבוע יע"ש ואני תמה שהרי רבא בקידושין מיירי התם לענין דבר תורה ופשיטא דלענין ד"ת אין מקום להחמיר על הבן לדונו בקבוע מחמת שאנו צריכין לדון האם בקביעות שהרי בבשר הנמצא הלך אחר הרוב ומבואר בש"ס ופוסקים שאעפ"י שדלתות המדינה נעולות ואין בשר נכנס למקום זה אלא מאותן חניות וכל שבא לכאן מאותן חניות בא אפ"ה מותר כיון שלא נפל לנו הספק בקבוע אלא בדפריש יע"ש וא"כ ה"נ כיון דס"ס הך תינוק פירש ממקום הקביעות נימא בי' כל דפריש מה בכך שיש על אמו דין קביעות ואע"ג דזה דומה לבא לשאול עליו ועל חבירו דאמרינן בש"ס מר מדמי לה לבת אחת כו' וקי"ל הכי מ"מ הרי כתבו התו' שם דבבא גופא אין טמאים אלא מדרבנן ועוד שאין הנידון דומה דהתם הטעם שא"א לטהר שניהם ולהעמיד כל א' בחזקת טהרה ולכך שניהם טמאים משא"כ כאן שאין הענינים סותרים דאעפ"י שהאשה אין אנו יכולים להתירה מספק כיון שנפל לנו הספק במקום הקביעות מ"מ הוולד שיש לו דין פירש שפיר ניזל בי' בתר רובא מדאורייתא ודבר זה דומה להך עובדא שהביא הבית הלל ב סימן ק"י בקצב ששחט בביתו ז' בהמות והוציא למקולין ב' וחצי כו' ומבואר שם שדעת הח"מ והגאון המפו' מ"ו העשיל הי' אף להתיר הכל ואף לדעת האוסרים היינו משום חומרא אבל מדינא מודים דמה שפי' שרי וכמ"ש אא"ז הגאון בבכ"ש בחולין דף צ"ה

שאין לעשות דבר התמוה לרבים אעפ"י שמדינא כן הוא יעו"ש ועכ"פ מדאורייתא אין לאסור הבן שפירש מחמת האם שיש לה דין קבוע אליבא דכל הגאונים ועיין בנ"ב חי"ד סימן ל"ב שכתב וז"ל ועוד שאפי' אם היינו אוסרין האווזים הי' אפשר להתיר הכבשין ואין זה דומה לבא לישאל עליו ועל חבירו כו' מבואר שדעת הגאון עצמו כמ"ש דכיון שבוולד יש צד קולא מה שאין באם שפיר אוסרין ומתירין כאחד לפי הטעם שיש בו להקל או להחמיר וא"כ האיך תלה כאן הבן באמו ועוד דאפי' תימא מחמת שאנו צריכין לדון על האם דין קבוע חוששין לוולד ג"כ מ"מ התינח לחומרא שאסור לישא בת ישראל משא"כ לישא ממזרת ודאי יש לאסור כיון דאף אי אזלא איהי כו' אית לן למימר דהולד מרובא דכשרים פירש ואטו משום שיש לדון גם על אמו ולגבי דידה הו"ל קבוע יבא להקל גם לענין הולד להתירו בממזרת זה דבר שאין לו שחר ואפשר לישב עפ"י סברת הפ"י שאכתוב לקמן אבל מ"מ קשי' מ"ש דאין טעם לאוסרו בבת ישראל מה"ת אף בלא קרא דספק יבא:

וראיתי בס' כתובה להגאון מפפ"ד דף ט"ו שכתב וז"ל וצריך להבין דלמה בהלכה אצלו הו"ל קבוע כו' ונראה הטעם בזה דדמי לנמצא בבית ישראל שלקח ממקום הקביעות כו' א"כ ה"נ כיון דאשה זאת פיקחת וראוי שתדע למי נבעלה כו' אנו דנין על שעת הביאה דהו"ל קבוע כו' ולפי"ז החילוק שבין אסופי לשתוקי מבואר דבשלמא אסופי שנאסף מן השוק אזלינן בתר רובא ואמרינן שהוא מרוב תינוקת הכשרים שבעיר כמ"ש התוס' שם דגבי מצא תינוק מושלך לא חשוב קבוע הואיל ולא נמצא בבית ע"ש משא"כ בשתוקי שהוא בבית עם אמו נהי דלא שייך לדון בו דין קבוע באנפי נפשי' אף שנמצא בבית כיון שאין זה מקום קביעות הכשרים והפסולין עד שנאמר שתינוק הקבוע כאן הוא כמע"מ מ"מ כיון שהוא ביד אמו הו"ל כנמצא ביד ישראל דאסור שהרי לקח ממקום הקביעות משא"כ באסופי אעפ"י שבשעת ביאה ע"כ ממקום קביעות הוא וכמ"ש הרשב"א בתה"ד דף כ"ה וז"ל ומה שאמרו כל קבוע כו' ה"מ בשלקח הוא מן הקבוע לפי שהספק נולד לו בקבוע אבל אם לקח אחד מן הקבוע ונפל מידו או שהניחו במקום חוץ ממקום קביעתו ולא נודע אם מן ההיתר או מן האיסור המועט אין זה קבוע שהרי לא נפל לנו הספק בקבוע אלא כשפירש והיינו סיפא דתניא ובנמצא כו' עכ"ל וא"כ באסופי נמי להא דמי ולפי"ז דין הגאון נ"ב ז"ל אמת שאם לא הספיקו לבודקה עד שמתה האם הו"ל הוולד פירש ומרובא פירש וכ"כ הרא"ה בחידושיו לכתובות והביאו בש"ס שאפי' נפל מיד הלוקחים מותר שלא אסרו אלא בלוקח שבא הוא עצמו שנולד לו הספק לפנינו ואינו יודע מאיזה אדם לקח דכיון דנולד לו הספק במקום הקביעות אמרינן כל קבוע כו' אבל

נמצא שהספק נולד לו עכשיו אחר שפירש כל דפריש מרובא פריש ואפי' ברואין שנפל היא דמתיליד ספיקא ועל שעה זו נדון הספק לא על מקום הקביעות ומותר וא"ת נפל מיד לוקח ניחוש שמא לא ידע מאיזה מהן לקח י"ל דהא לא שכיח ול"ח מסתברא מאן דזבין ידע ממאן זבין כו' עכ"ל ולפי"ז בשתוקי שלא נבדקה אמו ומתה נמי דכוותה היא דאף דאזלא איהי לגבייהו מ"מ אותה שעה שלקחה מן הקבוע י"ל שידעה מי הוא וא"כ לא נפל הספק אז רק עתה כשבא הוולד לפנינו ואין אתנו יודע ממי הוא נפל הספק ואז כבר פירש והוי כנפל מיד לוקח מן הקבוע דאמרי' כל דפריש כו' אלא שצ"ע לענ"ד אם שייך בכה"ג לומר דהוי כלקח מן הקבוע דהא באמת קיי"ל דיש חילוק בין לקח ישראל מן הקבוע ובין לקח עכ"ום מן הקבוע שלא בפנינו והיינו משום דישראל הלוקח כיון דאיהו שייך בהא מלתא דאיסור והיתר וכיון שבא הוא עצמו לפנינו ובידו הבשר שלקח ולדידי' נולד הספק במקום קביעות הו"ל כמע"מ משא"כ עכ"ום דל"ש בהא מלתא דאיסור והיתר כלל אין התחלה לספק במקום קביעות ושרי ולפי"ז בנ"ד נהי דלענין פסול האשה גופא שפיר נפקא לה מינה אם הבועל כשר או פסול מ"מ לענין וולד הנולד מחמת הזרע לא נפקא לה מינה ולא מידי ואין נופל לה הספק במקום הקביעות כלל רק עתה לפנינו הוא שנפל הספק אם הוולד ראוי לבא בקהל א"כ הו"ל כנמצא ביד העכ"ום שלקיחתו מן הקבוע אינ' מעלה ומוריד כלל ועוד דלענין האשה גופא אם הבועל פסול משעת הזראה הוא דאפגימה לה ואז עדיין אין מקום ספק על הוולד ועיקר הספק הנופל אח"כ לא איכפת לה לאשה ולא מידי ולא שייכה בגווי' כלל ובכה"ג נראה דל"ש לדון בי' דין קבוע ולקמן אכתוב עוד אי"ה להסביר יותר דל"ש הכא הך מלתא דלקח מן הקבוע: וראיתי בס' קצה"ח חלק ב' הנדפס מחדש סימן רנ"ב שכתב אמנם לולי דמסתפינא הייתי אומר דמ"ש הפוסקים דאם נכרי לקח אמרינן כל דפריש כו' וכמ"ש מהרי"ט בשם מהר"ח כו' ולענ"ד דע"כ לא אמרי' לחלק אלא בלקח מט' חניות כו' דכיון דאיסור נבילה ליכא בנכרי משום הכי לא הוי בי' דין קבוע כיון דאין הספק נוגע אליו כלל אבל באיסור גזל דנכרי מצווה כמו ישראל כו' וא"כ אפי' לקח הנכרי שלא בפנינו אמרינן בי' דין קבוע כו' ע"כ והנה מ"ש דל"ש דין קבוע היכא שאין הספק נוגע אליו הטיב אשר דיבר וכמש"ל אך במה שכתב דבאיסור גזל דגם נכרי מצווה אז אפי' לקח נכרי שלא בפניו הו"ל קבוע אדרבא נלענ"ד נהפוך הוא דבכה"ג דמיירי התם שבא אנס כו' ל"ש דין לקח מן הקבוע אפי' בישראל שדבר ברור דע"כ לא אמרינן דכשלוקח מן הקבוע דין קבוע יש לו אלא כשיש לנו לדון ע"ז הלוקח עצמו ולומר משנפל לו הספק בקביעות כגון בט' חניות וכדומה וכמבואר בלשון הרא"ה הנ"ל ושאר פוסקי' משא"כ בגוונא דמיירי

התם שזה בא לגזול וליקח לעצמו בתורת גזל ואין אנו דנין על הגזלן מי הי' בחלקו של טורף א"כ מה לי גזלן עכ"ום או גזלן ישראל בתרווייהו ל"ש הך דינא דלקח מן הקבוע שבשעה שאנו באין לדון על המשוייר לפנינו כבר פירש זה מקביעתו ואית לן למימר דמרובא פריש ועובדא דהריצב"א בתשו' מיימוני א"ש דהתם בת המפקיד לא לקחה בתורת גזל רק שטעתה וסברה שהיא ממעות של אבי' והיא הסתפקת ושואלת אם צריכה להחזיר לאחרים המפקידין בזה שפיר קאמר דהוי כישראל הלוקח מן הקבוע שהרי במקום הקבוע נולד הספק אבל כל שהלקיחה בדרך גזילה ל"ש זה אף שהגזלן ישראל שהרי הוא אינו בא לשאול על ספיקו ובעובדא דמהר"ח בתשו' מהרי"ל הדבר מבואר למעיין שם שאין חילוק בין עכ"ום לישראל בזה רק דהתם הוי עובדא באנס עכ"ום וכמבואר שם שכתב ושמא הי' שייך לומר כל דפריש כו' וכשלקח הגוי מן הרוב לקח דהיינו מאותן שהי' לו כההיא דתערובות ונכבשינהו דניידו ונימא כל דפריש כו' עכ"ל הרי מבואר דל"ד מחמת שהלוקח גוי אמרינן כל דפריש כו' וגם כי מהרא"י שם רוצה ללמוד לענין צאן שהוחצו ראשיהן ונמצא טרפות בא' מהן ע"ש וכן מבואר יותר בתשו' מהרי"ל שם שכתב ועל עיקר הדין דמהר"מ אני תמה כיון דהספק נולד במקום הקביעות דלהוי חשיב כמע"מ כמ"ש מהר"ח בתשו' על שלקח בתו מכיס א' כו' ול"ד לנמצא ביד גוי שלא חזינן כי פריש עכ"ל הרי דלא ס"ל לפרש טעמא משום דהעכ"ום לקח דא"כ איך מייתי עלה מעובדא דמהר"ח ונלענ"ד כוונת קושייתו בזה דנהי דל"ש לומר שלהלוקח נולד הספק בקביעות כיון שבא לגזול וכמ"של מ"מ על מה שנשתייר לפניהם נולד הספק להבעלים בשעת לקיחת האנס מהקביעות ובפירש לפנינו הו"ל קבוע וע"ז כתב הש"ך דמיירי שלקח שלא בפנינו וא"כ כשאנו דנין על הנשאר כבר פירש זה מקביעתו ובאמת תימה על הש"ך בזה שהרי מהרי"ל גופי' כתב ול"ד לנמצא כו' דלא חזינן כי פריש אלמא דמשמע ליה בהך עובדא בדחזי דפירש מיירי וכן משמע שם באמת דאיתא בלשון השאלה הביאו אתרוגים ביחד ד' שותפין ובא האנס כו' והשאר החזיר להם משמע דעובדא הוי שלקח בפניהם ועכ"פ נראה דאין חילוק בין עכ"ום לישראל כל שהוא בא לגזול אז אם הוא לפנינו ס"ל למהרי"ל דהספק שנולד על הנשאר הי' בעוד שזה שנפרש קבוע עמהם וכמע"מ הוא ואם גזל שלא בפנינו אף שהגזלן ישראל מ"מ כשאנו דנין על זה הנשאר כבר פירש דאמרינן כל דפריש כו' ובזה אני תמה על הש"ך במ"ש שם ס"ק ך"ח אזלינן בתר רובא בדבר הנייד כגון בהמות עיין שם ויפה כיון דאל"כ בנגנב הו"ל לקח מן הקבוע עכ"ל וזה תימא דהא גניבה היינו שלא בפנינו ובזה כתב איהו גופי' בס"ק ך"ח דהו"ל פירש וצ"ל דכוונתו דהא נקט ונגנב סתמא וסתם גנבי ישראל נינהו ואז

אף שלא בפנינו הו"ל קבוע וזה תימא שלענ"ד בשלא בפנינו אף אם הגנב ישראל ל"ש דין לקח מן הקבוע וכמ"ש ודברי הרמ"א לענ"ד בלא"ה הם פשוטין כמ"ש לקמן:

והנה אף כי יצאתי קצת חוץ לגדר הענין לא אוכל מלט מלהודיעך דבר שנתחדש לי בעידנא דעסיקנא בהא דקי"ל כל קבוע כמע"מ וכל דפריש מרובא פריש שדין זה מבואר לענין ט' חניות וט' צבורין ובנ"ד הי' נלענ"ד לידון בדבר החדש דע"כ לא אמרינן כל דפריש אלא דוקא אם הדבר הנפרש והנבדל היא הדבר אשר אנו דנין עליו כגון בחניות שבשר הנמצא הלך אחר הרוב כיון שאנו באים לדון על הבשר והרי זה הבשר פירש ומרובא פירש וכן גבי צבורין שאנו דנין על פרוסה זו דשקל העכבר או הוא חמץ או מצה וכיון שזו הפרוסה פירשה אמרינן שהיא מהרוב וכן בזורק אבן לפירש מן החבורה ט' ישראלים וא' נכרי שאנו דנין כעת על הפורש עצמו מי הוא משא"כ אם אין לנו עסק לדון על גוף הדבר הנפרש כלל רק שאנו צריכין לידע אם זה הנפרש הוא מחמת זה או מזה ואין נ"מ לענין הנמצא רק לענין החנות אז לענ"ד בכה"ג כיון שהחניות קבוע ובהם אמרינן כל קבוע כו' אע"פ שהספק נופל על דבר הנפרש מ"מ הרי עיקר הספק לאיסור ולהתיר הוא על דבר הקבוע אמרינן ביה כל קבוע כמע"מ ולפ"ז מה שמבואר בעובדא דתשובת מיימוני ומהרי"ל ואחריהם נמשך אא"ז רמ"א לדון בזה דין כל דפריש לולי דבריהם הקדושים הייתי אומר דלא אמרינן הכי אלא כשאנו דנין על דבר הפורש עצמו משא"כ כאן שאנו דנין על הדברים הקבועים אם נפרש מזה או מזה (ואין נ"מ לענין הנמצא רק לענין החנות) ל"ש לדון דין רוב או מיעוט רק הוי כספק השקול והרי זה כנולד הספק במקום הקביעות כיון שעל הדברים הקבועין אנו דנין ולפ"ז אפילו לקח נכרי שלא בפנינו או נאבד שפיר שייך בו דין קבוע אמנם דברי הריצב' בתשו' מיימוני יש ליישב דאפשר דעובדא הוי שאותן הב' דינרין שלקחה עודם בידה ונפשה בשאלתה אם צריכה להחזיר להכיסין של אחרים דבכה"ג אם פירשה שלא בפנינו משם באופן שלא נולד הספק הקביעות והיינו צריכין לדון עליהם שפיר הוי אמרינן דאותן הב' דינרין פירשו מהרוב ואפשר דאף שאינם לפנינו וזה הלוקח עומד ושואל למי יחזור מה שלקח שייכא נמי הך סברא שאנו דנין על הדינרין שהוציא זה לצרכו אם היו שלו או של אחרים וכיון שבשעת לקיחתן הו"ל קבוע י"ל דהוי כמע"מ ובעובדא דתה"ד סימן שי"ד שנאבדו ממנו מקצת הזהובים לכאורה צ"ע ונראה דהיינו טעמא דלא דן ביה דין קבוע לפי שכל הזהובים היו מעורבין בכיס א' ובכה"ג שאין כל א' ניכר וידוע במקומו אין בו דין קבוע כמבואר בפוסקים וזה מבואר בתה"ד בסוף התשו' שכתב וז"ל ול"ד לה' כיסים שבתשו' ריצב"א לא דמי דהתם היו הכיסים חלוקים וידועים לכ"א שלו ור"ל דאף בלא הסבר'

שאין שם כ"א זהובים ואין מקפידין אלא אפילו מקפידין כיון שנתערבו ל"ש קבוע ע"ש ומשמע דאי לאו האי טעמי הוי שייך לדון ביה דין קבוע אע"פ דהתם מיירי בנאבד וא"כ הרי פירש שלא בפנינו ואפשר דהיינו מטעם שכתבתי דעיקר מה שאנו דנין על הקבוע אנו דנין ולכך הוצרך לומר שאין כאן קביעות לפי שהם מעורבים יחד וברור לענ"ד שזה כוונת הרמ"א במ"ש אם שנים הפקידו כו' ר"ל דאם כל א' קבוע במקומו שנתערבו יחד ואין מקומם ניכר וידוע אמרינן כל דפריש כו' ואם הוא קבוע דהיינו כעובד' דכיסים הנ"ל שכ"א קבוע במקומו אז הוא כמע"מ וכדברי התה"ד הנ"ל ודלא כמ"ש הש"ך והע"ש בדברי הנייד וכמש"ל דא"צ לזה:

ולפמ"ש א"ש ג"כ דברי מהר"ח שהבי' בתשובת מהרי"ל והקשה עליו דמ"ט לא נימא דהוי קבוע וכמו שביארתי דבריו לעיל ומכ"ש דקשה טפי לפמ"ש ומל שאנו דנין על הנשאר יש בו דין קבוע אף שפירש שלא בפנינו א"כ אפילו תימ' דהך עובד' נמי פירש שלא בפנינו כמ"ש הש"ך מ"מ נימא קבוע ולפמ"ש א"ש בפשיטות שהרי מבואר דמיירי שהאנס הריק תחלה את כלם מתוך הסל והתיר הקשרים ולקח יו"ד מהם והשאר החזיר וא"כ אזיל ליה דין קבוע כיון שנתערבו כולן יחד תחלה ושוב כשלקח אח"כ שפיר אמרינן בהו דמרוב' פריש וגם אין להקשות להיפך למה לא נימ' כיון שהיו כולם ביד האנס ואח"כ החזיר מהם נימ' מה שהחזיר האנס פירש מן הרוב ונראה דטעמ' משום שהרי האנס לקח את כולם ועל החזרה ל"ש כל דפריש כו' כיון דחזינן שלא לקח רק מעט מהרבה הרי דפריש נמי ממיעוט' הלכך אי דיינינן כל דפריש על אותן שלקח לעצמו דיינינן ואז כבר לא היו קבועין שהרי התיר הקשרים וערבן יחד וזה נלפענ"ד מבואר כוונת הר"ח במ"ש בההי' דהתערובות ונכבשינהו דניידו כו' ולכאורה למ' ליה לאתויי מקושי' הש"ס דהכא דהו"ל לאתויי מבנמצא הלך אחר הרוב וכי חדית היא לנו הא דכל דפריש כו' עד שהוצרך להביא מזבחים אע"כ כמ"ש דכוונתו להביא ראיה משם דכל שהיה קבוע ונתבטל הקביעות אמרינן דכל דפריש ה"נ ע"י שהתיר הקשרים הרי ביטל הקביעות והוה כההיא דהתם. ומעתה מבואר שמ"ש בקצה"ח דלכך קאמר בירושלמי באילין אבנים מחצה לזה ולא אזלינן בתר רובא משום דהו"ל קבוע וכעובדא דהריצב"א בכיסין ובאמת ז"א דהתם היו הכיסין ניכרים וידועים לכ"א משא"כ הכא באבנים דמיירי שאינם ניכרים והאבני הבית ועלי' מעורבין יחד ומה"ט לא הזכירו הנ"י והר"ן בתשו' סימן י' בדבריהם הטעם באבנים משו' קבוע רק כתבו טעמ' אחרינ' דכיון שאינם נבללים תולין בחלק המועט כמו במרובה אע"כ דז"א דאע"ג דאין נבללין מ"מ נתערבו ואין חלקו של כ"א ניכר איברא דבתשו' הר"ן סימן צ"ט קצת דהתם קאי שראובן הי' לו ממון שכבר

נפטר ממס וממון שמחוייב במס ואח"כ נתן נדוניא וא"י מאיזה נתן וכתב שם שאם הי' ראובן מתעסק בכ"א מהממון הנזכר ביחוד ולא בללן הדבר שקול ותולין בחלק המועט כמו במרובה כההיא דירושלמי באילין אבנים והמע"ה ע"ש ולפמ"ש צ"ע דתיפוק לי' דזה הוי כמו לקח מן הקבוע שספק זה נולד במקום קביעותו והרי לראובן בעל הממון היה כ"א ניכר וידוע במקומו ובכה"ג לוקח מקבוע מיקרי וכמבואר בפוסקי' ויש לדחות ולייישב:

אמנם דברי הירושלמי פ' שור שנגח לולי דברי הקדמונים שפירשו החילוק דבג סימן אינן יכולים להנטל כאחת הרבה מהן הי' נלענ"ד לפרש בדרך אחר ואציע לשון הירושלמי בב"ק תני ג' שהטילו לכיס ונגנבו כך הם חולקין והתני' באילין אבנים ונגנבו מחצה לזה ומחצה לזה כו' אבל סלעים דקות הם ואפשר לבלול לצאת ידי כולן כ"א נוטל לפי כיסו מה חמית מימר בגניבה אין קיימין או אינן קיימין אלא במשתייר א"ר יוסי בר בון ואפי' תימר בגניבה אין קיימין נמצאת מדת הדין לוקה הגע עצמך דהוה לדין חמשין ולדין מאה וחמשין נגנבו חמשין אשתכח דהדין דחמישיתי' לא מפסיד כלום עכ"ל והנה בפני משה כתב לפרש מה חמית כו' דמשתייר הדין נותן שכ"א נוטל לפי מעותיו שהן כאן בעין לפנינו אבל בהפסד גניבה אימא לך שנגנב מחלקו של א' כו' ולא ידענא מאי קאמר דכיון דהם חולקין המשויר לפי ערך ממיל' שההפסד הגניבה הוא לפ"ע ואם הכוונה במ"ש במשתייר ר"ל שלא הי' ההפסד ע"י הגניבה רק שפחתו בדרך משא ומתן דמיירי מיני' מעיקר' ג"כ צ"ע דהא להדי' מבואר דקאי אהך תוספת' דקתני בהו נגנבו כו' ונלענ"ד לפרש ע"פ מה שהבאתי לעיל דעת רוב הפוסקים דכל שאין כאן קבוע וידוע במקומו לא דיינינן בי' דין קבוע והטעם מבואר בדבריהם דכל שהוא בתערובות קי"ל דבטל ברוב ואין לדון בו קבוע ולפ"ז י"ל דהיינו דוקא לענין איסור והיתר וכיוצ' בזה דשייך על התערובות שם ביטול משא"כ לענין ממון דל"ש ביטול כמבואר בביצה דף ל"ט בסוגי' דהאש' ששאל' כו' מי שנתערב קב חיטין בעשר' קבין של חבירו יע"ש א"כ י"ל דאע"ג שנתערב ואינו ניכר איזה שלו ואיזה של חבירו מ"מ שם קבוע עליו כיון שאין נופל עליו שם ביטול כלל וכ"כ הר"ן בפג"ה ועוד פוסקים דהא דבב"ח חשובין לי' קבוע אע"פ שנתערב משום כיון דב"ח חשיבי ולא בטלי ממיל' הוי קבוע והתם הוי דרבנן משא"כ הכא דממון אין מועיל ביטול מה"ת שפיר יש לו דין קבוע והאי לחודי' קאי כו' אך כל זה דוקא כשכל א' עומד לעצמו ואם הי' ידוע איזהו שלו הי' לוקחו ומקפידין עליו משא"כ בדבר הנבלל ומתערב ואין מקפיד עליו איזה יכשר או זה או זה וכגון מעות שנותנין לכיס וכמ"ש התה"ד א"כ אע"ג דל"ש בי' שם ביטול שיצא מרשותו

מ"מ ל"ש לומר שהוא קבוע וניכר במקומו שהרי אין מקפידין עליו והשת' קשי' במאי קאי בגניבה או בנשתייר דאז אחר המשוייר אנו הולכין ועליו אנו דנין א"ש הך חילוק' דלפי שהוא נבלל אין אומרין בו קבוע ומ"מ לא אמרינן כל דפריש כו' לפי שאין אנו דנין על מה שפירש רק על המשוייר לפנינו וכמש"ל ואי בגניבה אנן קיימין לדון על הנגנב משל מי נגנב א"כ דינא הוא דנימ' כל דפריש כו' וע"ז קאמר דאף בגניבה נמי דא"כ לקתה מידת הדין ור"ל דאדעת' דהכי נשתתפו מתחלה לזכות ולחובה וכמבואר מתשו' מהרי"ל סימן קס"ט ועיין בתה"ד סימן שי"ד ומה שיש לדקדק עוד על התה"ד מהירושלמי הנ"ל אין פנאי מסכים עמדי לעיין כעת וגם כי יצאתי מענין לענין באותו ענין וכתבתי הדברים שנתחדשו לי לפום ריהטא כדי להתלמד במ"א לכן ראיתי לקצר. ושוב אשיב למה שהתחלנו דגבי שתוקי ל"ש למימר שלקחה האשה מן הקבוע כיון שאין לה נ"מ מזה אם כשר או פסול הוולד ואמנם אפי' תימ' כיון דהיא שייכא בדת ישראל שפיר שייך בה הך דינא דלקח מן הקבוע מ"מ נ"ל דל"ש בנ"ד ומתחלה אבאר מ"ש התוס' בכתובות דף ט"ו ד"ה וא"ת דבנזיר כו' אבל הכא כי אזלו אינהו לגבה בשעה שאוסרה הרי הוא נייד ובשיטה מקובצת מבואר יותר וז"ל וי"ל דהכא כשפירשו מביתם ובעל בשוק אסרוהו וכשחוזרן לביתם לקביעותם כבר השלימו האיסור והניחוהו שאח"כ אין האיסור תלוי בהם אבל אשה כשחוזרת לביתה הרי האיסור שאוסרת בעלה בקרובותי' עדיין תלוי בה ומש"ה משני הדרא לניחות' וה"ל קבוע עכ"ל ולפ"ז קשה דהתינח לענין האיסור האשה שאחר שבא עליה שוב אין האיסור תלוי בו משא"כ לענין הוולד הא קיי"ל דאשה מתעברת לרע"א ולרע"ב ולרע"ג משום דהזרע נקלט לג' ימים וא"כ איכא למיחש שמא לא נקלטה הזרע תיכף רק ביום ב' וג' וכבר חזר הבועל לקביעתו וכיון שהאיסור תלוי בו גם אחר שבעל בשעה דנייד להך דנזיר דמי ואמנם בל' התוס' י"ל דס"ל דעיקר החילוק דבהך דנזיר הטעם משום דבשעה שזה רוצה ליקח אשה אמרינן הרי יש כאן אשה אחת אסורה שנקבעה פה וכל קבוע כו' וכאן ל"ש זה אבל מלשון השי"מ משמע דכל שעדיין האיסור תלוי בו והוא נעשה קבוע אמרינן ביה דין קבוע ואם לגבי הוולד נימא דהא בשעת ביאה אפשר שלא הי' מקום לספק על הוולד כלל והספק מתחיל משעה שהזרע נקלט ואז מי שהאיסור תלוי בו כבר חזר לקביעותו אך אחר העיון ז"א כיון שהזרע נקלט ברחמה של האשה זו פירשה מן הבועל ולא ידעינן מי הוא ובשעה שפירשה לא הי' בקביעות הו"ל כדבר הנמצא בשוק דקי"ל אם רוב ישראל חייב להכריז דודאי מן הרוב נפל וה"נ על הזרע הנפרש אמרינן שפירשה מן הרוב ולפ"ז הק"ל באזלא איהי לגבייהו דהא הוולד פירש וא"ל דכיון שהוא ביד האשה ה"ל כלקח

מן הקבוע ז"א דע"כ לא אמרינן הכי אלא היכא שנולד הספק במקום הקביעות משא"כ אם בשעה שלקח לא הי' מקום לספק זה כלל רק עכשיו נתחדש הספק אחרי שפירש ממקום הקביעות ובזה אין שייך לומר שנולד הספק במקום הקבוע לדונו כמחצה ע"מ וכה"ג כתב הרב המגיד פ"ב מהל' שבת וז"ל וא"ת אכתי פשיטא דזה כט' חנוית מוכרות בשר שחיטה כו' ספק אסור מדין קבוע י"ל דהתם אירע הספק בקבוע אבל כאן בעת פרישתו ספיקו אם הי' ישראל או עכו"ם לא צריך לנו בדבר ולא נפל לנו ספק עד שנפלה מפולת בחצר אחרת והרי זה דומה לנמצא שנלך אחר הרוב וקצרתי:

אולם בעיקר הקושי' שעמדו עליו הגדולים חקרי לב הגאון נ"ב ז"ל והגאון בספר כתובה ני' ולענ"ד מקום הניחו לי להתגדר בו שהדבר ברור דע"כ לא אמרינן כל דפריש כו' אלא בדבר האסור מצד עצמו ויש לפנינו קביעות או תערובות מן רוב ומן מיעוט ופירש א' משם אמרינן דהאי דפריש היה בתוך הרוב ומשם נפרש ובא לכאן וכגון ט' צבורין וחניות וכדומה משא"כ בדבר שאין בו ספק מצד עצמו ומעולם לא חל עליו שם רוב ומיעוט והוא לא היה בתוך הקביעות כלל רק שמחמת סיבת הקבועים שנגעו בו וכדומה נופל לנו ספק עליו א"כ איך שייך לומר דפריש מרוב' או ממיעוט' שהרי לא היה בכלל הרוב או בכלל המיעוט לעולם רק שאנו באין לדון עליו מצד הסיבה שנאסר מחמתו והרי הדבר האוסרו עדיין הוא קבוע במקומו ולא פירש מקביעותו ובכה"ג שיט' דאמרינן כל קבוע כמע"מ והגע עצמך אם היה לפנינו תשעה סכינים בדוקים וא' פגום והוליכו בהמה אצל סכין ושחטוהו ולא נודע אם בבדוק או בפגום ושוב אח"כ פירשה הבהמה משם ה"נ נאמר כל דפריש כו' דהא על הבהמה לא היה מקום לדון עליו רוב ומיעוט כלל ואין הספק על הבהמה מצד עצמה רק מצד הסכינים שנשחטה בהם והרי הסכינים היו קבועים במקומם וזה מבואר ג"כ בט' שרצים וצפרדע א' ביניהם כו' דבריה ספיקו טמא דהו"ל קבוע אע"פ שהטהרות שנגעו כבר פירשו משם מ"מ אנו דנין על הדבר שבא הספק מחמתו והרי השרצים קבועים במקומם וזה פשוט ומעתה בנ"ד אי אזלא איהי לגבייהו פשוט' דהו"ל קבוע ואע"ג דהוולד פירש ממקום הקביעות למקום אחר אין בכך כלום שהרי אין אנו דנין על הוולד מצד עצמו רק מצד שאנו מסופקין אם נולד מטיפה כשרה או מטיפה פסולה לפי שאין ידוע למי נבעלה אם לכשר או לפסול א"כ איך שייך בזה מרוב' פריש שאותו תינוק לא היה קבוע מתחלה בין הרוב והמיעוט כלל והסיבה שאנו דנין עליו דהיינו הכשרים והפסולים עדיין הם קבועים במקומם והרי זה כאילו דנין עליו אם נגע בכשר או בפסול שאע"פ שהנוגע פירש מ"מ יש עליו דין קבוע וכההי' דט' שרצים כו' והדברים ברורים וקילורים לעינים בס"ד:

ולפ"ז החילוק בין אסופי לשתוקי מבואר דבשלמ' באסופי דמיירי שנמצ' בשוק וא"כ מדאוריית' אמרינן הלך אחר רוב תינוקת שבעיר שהם כשרים וכמ"ש התוספת גבי תינוק מושלך דלא חשיב קבוע כיון שלא נמצא בבית משא"כ גבי שתוקי שהוא בבית אצל אמו א"כ ל"ל אז הלך אחר רוב תינוקת ומרובא פריש שהרי לא פירש כלל והוא קבוע ועומד בביתו כמו שאר תינוקת ואין לנו להסתפק בו אם יש בו לילך אחר הרוב רק מצד שנדון עליו בעצמו מאיזה מקום אנו באין על הוולד להכשירו או לפוסלו ואז שפיר אמרינן דאם אזלי אינהו הו"ל רוב ואם אזלא איהי הו"ל קבוע שאע"פ שהאשה חזרה לביתה מ"מ לא מיקרי הוולד פירש כמ"ש שהרי הוולד מעולם לא היה במקום הקביעות בתורת רוב ומיעוט שנאמר עליו שפירש מן הרוב והפסולים והכשרים שאנו דנין על הוולד מחמתם במקומם הם קבועים ועומדים ושפיר אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי:

ולפ"ז מיושב מה שהקשיתי דשמא לא נקלט הזרע בשעת תשמיש וא"כ לא נולד הספק אלא אח"כ כשפירש ונימא דכל דפריש כו' וכדין מוציא מציאה בעיר שרובה ישראל או עכו"ם ולפי מ"ש י"ל דל"ש בזה לומר שפירש מן הרוב כיון שהדבר הקבוע בעצמו לא פירש ממקומו רק הזרע הנבדל ממנו במקום הקביעות עצמו ואז אף אם פירש אח"כ למקום אחר לא אמרינן ביה מרובא פריש ולפ"ז יצא לנו דין חדש בחבורה ישראל ונכרים קבועים ונאבד מהם איזה דבר במקום הקביעות אף שנתגלגל אח"כ למקום אחר דלא אמרינן ביה מרובא פריש ומכ"ש אם המוציא מצאו במקום הקביעות עצמו דאמרינן ביה כל קבוע כו' כמו באזלא איהי לגבייהו ובזה נלענ"ד ליישב קושית התוספת בב"מ דף כ"ד שכתבו בד"ה כי קאמר רשב"א ברוב נכרים וא"ת א"כ מה צריך טעם שהבעלים מתייאשים ת"ל דיש לתלות דמנכרים נפל דרוב' נינהו כו' ולפמ"ש י"ל דנ"מ אם מצא במקום שהרבים מצוים במקום קביעותן וא"כ אף דאיכ' רוב נכרים הא קי"ל כל קבוע כמע"מ דמי ואע"פ שפירש מן בעל האבידה זה לא מיקרי פירש כמ"ש ולכך הוצרך לטעמ' שהבעלים מתייאשים דמ"מ מתייאש שמ' הנכרי מצאו וכדאמרי' בראה סלע שנפל כו' ועוד יש לפלפל עפי"ז בכמה סוגיות ואין הפנאי מסכים כעת:

ולפמ"ש לכאורה יש לתמוה על המג"א סימן רצ"ח ס"ק י"ג שהקשה בהא דאם רוב ישראל כו' דהא הו"ל קבוע וכל קבוע כמע"מ וכתב שי"ל שהאור פירש מיקרי ולפמ"ש ז"א שהרי האור אינו ענין בפ"ע שנופל עליו הספק רק עיקר הספק על הנרות ע"י מי הודלק והרי הנרות קבועים במקומם ולא יצאו מקביעותם ואיך שייך לומר על האור כל דפריש כיון שלא היו בכלל רוב ומיעוט כלל. ובתשובה א' כתבתי דסברות המג"א דהאור פירש מיקרי יש לו סיוע מדברי המרדכי פ"ק דחולין הקשה לי מורי רבינו יקר דהא עיקר

האי קרא בסנהדרין כתיב והן קבועים בלשכת הגזית ותירץ דל"ש קבוע אלא היכא דאיכ' ספיק' לברר הדבר כו' ועוד דאין עושין מעשה בגופן אלא אחר הדיבור הנבדל והנפרש מפיהם הו"ל כבשר הנפרש ונמצ' דכל דפריש כו' עכ"ל וכ"כ ברוקח סימן תס"ז דלגבי סנהדרין דאזלינן בתר רובא דדבור' נייד כו' וה"נ כיון דלאורה הוא צריך כפירש מיקרי כו' והארכתי שם בזה ולפ"ז מוכח מדברי המרדכי דאף בכה"ג שהסיבה שנופל הספק על ידו לא פירש ממקומו וכגון סנהדרין אפ"ה מיקרי פירש להך תירוצ' וכן מוכח לענ"ד ממ"ש אא"ז רמ"א בסימן ק"י סעיף ו' ואם נתערבה תרנגולת טריפה בכשירות ונמצא ביצה ביניהם רביצ' מותרת וכתב המנחת יעקב כלל מ"ג סק"ד דלרבותא נקט שנתערבה דהיכא דלא נתערבה פשיטא שהביצה מותרת דליכא למגזר שמא יקח מן הקבוע מאחר שניכר האיסור במקומו כו' וכן מבואר מדברי האו"ה שער ד"ו וז"ל וכן אפילו אם היא טריפה בודאי ויש רק ב' תרנגולים אצלה בחצר כולה הביצים כשרים אפילו בלי תערובת דביצים הנמצאים הו"ל פירש וכל דפריש מרובא קא פריש והכ' ליכא למגזר שמא יקח מן הקבוע מאחר שניכר האיסור במקומו כדאיתא לקמן כו' עכ"ל הרי מבואר דאף בכה"ג שהקבוע נשאר במקומו מ"מ מה שפירש ממנו אמרינן דפריש מרוב' ונראה דס"ל דל"ד לט' שרצים כו' שהטהרות הנוגעים בה מעלמא אתו ול"ש מרובא פירש כיון שמעולם לא היה בתוך הקביעות כלל ול"ש ביה רוב ומיעוט משא"כ הכא דבאמת גם הדבור או הביצה היה נכלל בתוך הקבועים ועתה פירש הו"ל כאלו נחתך אבר מא' מן הקבועין ופירש דאמרינן ביה מרובא פירש דמה לי פירש כולו מה לי מקצתו וה"נ הך דיבורא או הביצה כאבר מן הקבוע דמי ואמרינן דפריש מרובא ולפ"ז בההיא דנ"ד שטיפת הזרע פירש' מאחד מן הקבועין דינא הוא למימר גביה דמרוב' פירש ודמי ממש להך דינא דביצה מן התרנגולת וכן הדין לענין קביעות מנכרים וישראלים ונאבד מהם דאזלינן בתר רובא אמנם לולי דבריהם היה נלענ"ד שאע"פ שיש לחלק בין ההי' דט' שרצים כו' מ"מ הסברא נכונה מצד עצמה דבכה"ג הו"ל קבוע ואין זו דומה לאבר שנחתך מא' מן השרצים שאע"פ שגוף השרץ נשאר במקומו פירש מיקרי דהתם בעוד שהיה האבר במחובר ג"כ היה עליו שם רוב ומיעוט ועתה שפירש אמרינן מרובא פריש משא"כ בביצה ובכגוונא דנ"ד שכל זמן שלא יצא לאויר העולם לא היה נופל עליו לא שם קביעות ולא שם פירש שלא היה עליו שם מציאות הספק שנדון בו דין קביעות או פי' רק עתה שיצא לאויר העולם אנו מתחילים לדון עליו ועתה במקום מציאות הוא שנתחדש לנו הספק הרי אנו צריכין לדון על הסיבה שהביא מציאות זה לעולם והרי ענין סיבת הספק האיסור וההיתר ניכר וידוע במקומו ויש לדון בו דין קבוע ונלענ"ד להביא ראיה ממה דאמרינן

בע"א דף ל"ט גבי חלב שחלבו נכרי כו' ישראל יושב בצד עדרו של נכרי ונכרי חולב ומביא לו כו' ואי דאיכא דבר טמא אמאי לעולם דאיכא דבר טמא וכי קא חזי ליה כו' וכן פסקו כל הפוסקים והשתא קשה נהי דאיכא דבר טמא כיון שרוב הבהמות שבעדר זה הם טהורות והישראל אינו לוקח בעצמו רק מה שהנכרי הביא לו והו"ל כנמצא ביד נכרי דאמרינן מרובא פריש ולא מן המיעוט כלל וא"ל דמ"מ הו"ל כחלבו נכרי ואין ישראל רואהו דמיתסר מדרבנן ז"א דלא מיבעיא להפוסקים דס"ל הטעם משום גילוי דל"ש הכא דמה בכך שיש דבר טמא בעדרו אלא אפילו למאי דמפרש הטעם משום תערובות מ"מ היינו דוקא בסתם חלב שחלבו הנכרי דליכא רובא דטהורים וכמבואר בש"ג שבמרדכי פ"ב דע"ז דף שע"ב וז"ל פג"ה אמרינן מקולין כו' ופירש הר"י מנקולין דמכחו יש להקל במקומות שלנו דרוב גוים החולבים בהמות אין חולבין אלא טהורות כו' וכי אמרינן שחלב גוי אסור היינו במקומות של חכמים שהיו רוב גוים חולבין בהמות טמאות דהוו נפישי כו' עכ"ל:

וכן מבואר באו"ה כלל מ"ה וז"ל ומיהו בחותם א' מותר ואע"ג דבודאי חלב טמא אסור מדאורייתא מ"מ מאחר דרוב חלב המצוי בינינו הוי חלב טהור ואף אם היה בה חלב טמא היה רק ע"י תערובות כו' הוי סתם חלב רק דרבנן כו' ואין להתיר סתם חלב של עכו"ם מטעם רוב כמו שאנו מתירין לקנות ביצים בלתי בדיקה כו' דדוקא ביצים רובן כשירים כו' משא"כ גבי בהמות שפירש הכתוב בכשרות לפי שרובן טמאין עכ"ל הא קמן דרובא ל"ש בסתם חלב אלא דמ"מ אינו רק מדרבנן לפי שאין לחוש רק לתערובות וא"כ היכא שאין בעדר הנכרי רק דבר טמא א' נימא כל דפריש מרובא ואפילו תערובות מהטמא אין כאן ומאי פריך אי דאיכא דבר טמא אמאי וגם למסקנ' ל"ל לאוקמי דכדקאי חזי ליה אלא ע"כ דבכה"ג שידוע להישראל שהנכרי חולב חלב זה מן העדר שיש בתוכו דבר טמא וא"כ לענין העדר גופיה אם היה הנכרי לוקח מהם הו"ל כפירש בפנינו דלא אזלינן בתר רובא א"כ ה"ה כשלקח החלב דהו"ל כפירש לפנינו מן הקבוע דהא חלב זה בא מכח העדר והרי גופיה עדיין קבוע במקומו איברא דאיכא לדחויי דהתם ודאי הוי נולד הספק במקום הקביעות כיון שהישראל יושב בצד העדר והעכו"ם הולך לחלוב שם והו"ל לענין החלב גופי' כפירש לפנינו ואם היו שלא בפני הישראל אי לאו דאסור משום חלב גוי סתם באמת היינו הולכין אחר הרוב ועוד י"ל דשאני התם שידוע שדרך העכו"ם לחלוב כל הבהמות שבעדרו הלכך לא אזלינן בתר רובא בכה"ג וכ"כ בהגהת או"ה שבסוף הספר לענין הביצים דלעיל שכתב באו"ה דמרוב' פריש וע"ז כתב וז"ל או שמא ל"ש מרוב' פריש דודאי כל א' מטילה ביצים כמו חבירתה משא"כ בחניות שאפשר

שלא פירש ממנו כלל עכ"ל (ומ"ש בהג"ה שם או שמא כל א' מטילה כו' נראה שהך הג"ה קאי אדלעיל אספק טרפה ושני הגהות הם ונתחברו בדפוס בטעות ועיין בש"ך בכללי ס"ס דין ה' דמייתי מהגהות הך רישא דאו שמא כו' ומפרש אותו בניחות' וס"ל לפרש דיש חילוק בין דין לדין המבואר באו"ה דשם מיירי שהספק על הביצים ע"ש ואני תמה שהדבר פשוט דהך או שמא הוא בא לחלוק על האו"ה ולומר דמ"ש בהך דינא אינו מוכרח שי"ל כיון שכ"א מטילה כו' לא הוי ספק בענין א' וכן מבואר שם בלשון הגהות שם כמה פעמים דהך או שמא הוא שאילה ובא לחלוק על האו"ה יע"ש ואין כאן מקומו להאריך) מבואר מזה כיון דגם הטריפה ודאי מטילה ביצים לא אמרינן דפריש מרובא רק היכא שאפשר שהמיעוט לא פריש כלל כגון בחניות וצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו מדברי הגהות או"ה אלו ומשמע מדבריהם דדברי האו"ה הם מוסכמים בלי חולק כלל (תשובה זו כתבתי לש"ב הרב כ"ש מוהר"ר יצחק פרענקיל ז"ל בימי חורפו ואח"כ עלה ונתעלה ואתעבדי אילן רב ונתקבל לאב"ד בטיסמניץ אן בעו"ה לא ארכו לו שם הימים וחל"ש במיטב ימי עלומיו תנצב"י ותשובתי היתה באריכות אך כי שלחתיו ליד הרב הנ"ל ז"ל בלא העתקה על סמך שישלח לי העתקה אבל לא באה לידי והעתקתי קצת ממה שנשאר בידי מרשימת השכלת בראשית):

דברי שארו הק' אפרים

שאלה ו חסרה

שאלה ז

שאלה אשה אחת ישבה עגונה מבעלה זמן רב וזה ימים לא כביר נתעורר קול שמת בעלה בק"ק סמילא. ואחר החקירה הוגבה גב"ע בב"ד וזה טופס הדברים:

במותב תלתא בי דינא כחדא הוינא ואתא לקדמנא ה"ה הר"ר שמעון במהור"ר יהודה ליב מק"ק הארחוב והעיד לפנינו ב"ד הח"מ בתו"ע בעונש אם לא יגיד ונשא עונו בזה הלשון. איך בין גיפאהרין לדרכי דרך ק"ק סמילא בחודש כסליו או טבת שנת תקס"א האט מיך איש אחד בק"ק הנ"ל שואל בשלומי גיוועזין אונ האט מיך גיפרעגט פון וואנין איך בין האב איך אים נישט גיוואלט זאגין מחמת עייפות הדרך האט ער אן מיר מפציר גוועזין איך האב איהם משיב גוועזין אז איך בין בק"ק הארחוב האט ער מיך גיפרעגט איזניט פאר האנדין נעבין אייך איין שטאט וואס הייסט לקאטש האב איך איהם משיב גיוועזין אז איך בין ד' פרסאות דער פון איז ער פון מיר אוועק גיגאנגין:

אחר זה באותו יום איז צו מיר גיקומין איין שליח ב"ד אונ האט צו מיר גזאגט. אז הרב מורה הוראה רופט מיך ומשום חולשא דאורחא האב איך דאס ערשטי מאהל

ניט גיוואלט גיין ביז דער דריטיר שליח איז גיקומין מיך רופין בין איך ערשט גיגאנגין וויא איך בין אריין גיקומין להרב מורה הוראה זענין גוועזין בייא איהם אין שטוב כמה מענטשין האט ער מיך מוכיח על פני גיוועזין וויא קומט מען ניט צו גיין מסתמא רופט מען אוף איין דבר מצוה האט מיר הרב הנ"ל מספר גוועזין מעשה שהיה באשר עס איז גיקומן לכאן בערך שלשה שנים איש אחד שלא היה מכירין אותו ושמו ליב אונ האט גיזאגט אז ער איז איין אלמן אונ האט בכאן גינומין איין ווייב בת חייט אחד מק"ק סמילא אין האט מיט איר גיוואונט שלשה שנים. וזה בערך שלשה שבועות האט ער איין ברית מילה גימאכט אין בפתע פתאום איז ער פאר שלאפט גיווארין אונ האט גישיקט רופין לייט אונ בפניהם מתוודה גיוועזין אונ האט גיזאגט אז ער האט בק"ק לקאטש אוועק גיווארפין איין ווייב מיט איין מיידיל דאס איז שון בערך י"א שנים אין האט מען מיר גיזאגט אז ער האט פורט גיוועזין שם אשתו ושם אביו הילדה אונ מען האט מיר דיא שמות גיזאגט וויא מען האט מפיו גיהערט האב איך אלץ פאר געסין אונ הרב הנ"ל האט מיר מספר גיוועזין אז אחר התוודותו כנ"ל איז ער באלד גישטארבין אונ בעת אז איך בין גוועזין בבית הרב הנ"ל איז האיש הנפטר נאך ניט נקבר גיווארין אונ האט מיך גיפירט להבית אשר שם מת אונ מען האט מיר גיוויזין אים מת שכב על גבי קרקע כדרך המתים אונ איך האב ניט משים אל לבו גוועזין להביט אל פניו דאס איז אלטץ גיוועזין קודם תפלת שחרית האט צו מיר הרב הנ"ל גיזאגט אז איך זאל ווארטין עד אחר התפלה ואחר הלוויה וועט מען מיר דאס אלץ געבין בכתב בח"י ב"ד הצדק דק"ק הנ"ל נאר באמת איך בין נחוץ גוועזין לדרכי האב איך נישט גיוואלט ווארטין אונ האב להרב הנ"ל מבטיח גיוועזין אז אי"ה בחזירת דרכי וועל איך במכוון פארין דרך ק"ק סמילא אונ וועל נעמין כל הנ"ל במכתב רק עס זאל אלץ מוכן זיין בכדי ער זאל שון ניט דארפין מעכב זיין בחזירתו לק"ק הנ"ל יום וא"ו ע"ש קודש בחצות היום בין איך גיגאנגין להרב הנ"ל האט ער מיר גיזאגט עס איז שון שפטט איר מוזט בכאן שבת האלטין. האב איך גיזאגט איך וועל דוך הוצאה האבין האט מיר הרב הנ"ל משיב גיוועזין אז האשה העגונה וועז זיא איז וויא ארום וועט זיא אייך אייער הוצאה אום קערין האב איך איהם ציית גיוועזין אונ בין גיבליבן שבת האלטין. בין איך תיכף גיקומן מוצאי שבת אז ער זאל שון גומר זיין הנ"ל האט ער מיר גיזאגט עס איז לילה וחושך מטריח צו זיין לייט וואס מען דארף דער צו האבין בין איך גיקומין בהשכמה ביום א' האט מיר הרב הנ"ל גיזאגט איך זאל ווארטין ביז אחר התפלה בין איך גיקומין אחר התפלה האט ער מיר גיזאגט אז עס איז היינט יריד וועל איך ניט קענין די מענטשן אפ זוכין אונ איך דארף אין איין כפר אריין פארין

בכן מוזט איר מעוכב וועריז עד הלילה אין איך בין נחוץ לדרכי גיוועזין האב איך שון מער ניט גוואלט הארין אונ בין גיפארין לדרכי כל הנ"ל העיד לפנינו ב"ד הח"מ כהר"ר שמעון בהרר יהודה ליב הנ"ל מק"ק הארחוב בתו"ע אל"י ונ"ע כדת תוה"ק ולראיה באנו עה"ח יום ג' ה' מנחם תקס"ב לפ"ק פה ק"ק לאקטש:

במותב תלתא ב"ד כחדא הווינא אתא לקדמנא מרת גיטיל בת מהור"ר הלל ז"ל מק"ק לאקטש והעידה לפנינו בתו"ע בחרם ובאל"י ונשא עונו בזה הלשון. עס איז גיקומין איין קול אז בעלי ליב ליטוואק איז גישטארבין בק"ק סמילא נאר עס איז קיין גביות עדות גיוועזין בין איך בעצמי גיפארין לק"ק סמילא אונ האב דארטין נאך גיפרעגט אונ האב גיזאגט סימנים ער איז גיוועזין איין ליטוואק אונ האט גיקוקט קיסאקו גם ער האט גיהאט איין קריץ אוף דעם פנים האבין מיר כמה אנשים גיזאגט אז דער וואש נפטר איז גווארין האט גיהאט דיא סימנים גם דאס ווייב וואס ער האט דארט גינומין האט אויך מעיד גיוועזן אוף דיא סימנים אונ האט גיזאגט קודם מיתה אז ער האט אוועק גיווארפין איין ווייב בק"ק לאקטש ערך י"א שנים רק מען האט איהם גירופין בפה"ק איצק נאר בפני הרב דשם האט גיזאגט עד אחד אז ער האט בפניו מתוודה גיוועזין בחליו אז ער הייסט באמת ליב נאר ער האט זיך במתכוין משנה גיוועזין:

כל זה העידה האשה הנ"ל בפנינו ב"ד בתו"ע בחרם הגדול באם לא יגיד ונשא עונו והגידה כדת וכהלכה יום א' י"ט מרחשוון תקס"ג פת ק"ק בראד ימ"א:

תשובה הנה לכאורה בסתירת דברי העד והאשה שהעד מעיד בסתם שהגידו לו שם ששמו ליב והאשה אמרה ששמו היה שם איצק רק שאמר ששינה שמו במכוון אפשר לומר דאין זה הכחשה שאותם המגידים להעד כדי שידע לחקור זאת והיו סבורים שאין צורך בדבר שידעו שם מזה להודיע לו כי היה נקרא במקומה בשם אחר שאין צורך בדבר שידעו שם מזה והאשה מתוך שנסעה לשם במתכוין ונתנה לבבה לחקור זאת היא הגידה הענין כמות שהוא. וכל כה"ג שיכולין לתרץ דבריהם לא מיקרי הכחשה כלל כמבואר בפוסקים ועוד אדבר מזה לקמן אי"ה:

אך דא עקא שצריך לשום אל לב אם הוא נאמן על עצמו לומר שבק"ק לקאטש אזי ליב שמו נקרא ואחרי בואו לסמילע קרא שמו איצק שהרי הוחזק בשם איצק כמה שנים. ואמרינן בב"ב דף קס"ד וליחוש דלמ' אזל למת' אחרית' ומחזיק לשמי' יוסף בן שמעון וכתב גיט' וממטי' ליה לאתת' דהאיך. ופירש הרשב"ם לתנא דמתני' דבעי מכירין למה כותבין שום גט לשום אדם אע"פ שאין מכירין שמו והלא שמא יב"ש זה מעיר אחת בא לכאן והיה שמו שמעון בן יעקב ועתה הרגיל והחזיק את עצמו שיקראו לו כאן ראובן

לפי שרוצה לגרש אשת ראובן בן יעקב שבמקום פלוני א"ל ר"ה ב"ח הכי אמר רב כל שהוחזקו שמו ל' יום בעיר אין חוששין לו ופירש רשב"ם דכל כך לא היה מחליף שמו זמן מרובה פן יוודע הדבר. וכתב בהג"א שם שאם באו בפחות מל' יום אין כותבין להם והכי קיי"ל באה"ע סימן ק"ך דהוחזקו ל' יום סגי ובפחות מל' אין כותבין להם ומשמע מזה דכל כה"ג שנתחזק ל' יום חזקה גמורה היא וסומכין עליו ואין חוששין שמא החליף שמו בכאן וא"כ בנ"ד לכאורה אין זה נאמן לומר שהוא בעלה של אשה זו שהי' שמו ליב והחליף שמו נגד החזקה. וא"ל דע"כ לא אמרינן הכי אלא דאנו אין חוששין לזה שאיש א' יעשה כן אבל אם זה אומר שעשה כן נאמן כיון דלפעמים מתרמי דעביד הכי מחמת חוב או מחמת מרדין וכמ"ש הרא"ש בגיטין דף ל"ד גבי ההוא דיוסף וקורין אותו יוחנן. דז"א שהרי הרמב"ם פ"א מהל' א"ב כתב וז"ל איש ואשה שבאו ממה"י היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליו אבל בתוך הל' אין הורגין עליו משום א"א עכ"ל. והרב המגיד שם רשם מוצא הדין מימר' דרב בב"ב דף קס"ז הרי מבואר דס"ל דכל כה"ג חזקה גמורה הוא והורגין עליו ופשיט' דלא מהימן בכה"ג נגד החזקה. איברא שדברי ה"ה בזה הם תמוהים דבאמת אין ראי' מהא דרב' להרמב"ם כ"כ דאיכ' לדחויי דלמ' דוק' לענין שינוי השם אמרינן הכי דלא חציף אינש לשנות שמו פן יתבדה ויאחז ע"י המכירין ויודעין אותו מימים כביר אבל באמירתו זו אשתי לא עביד לגלויי אך באמת מקור דברי הרמב"ם הם מהירושלמי פרק עשרה יוחסין ומצאתי בשו"ת נודע ביהודה חלק אה"ע סימן ע' שכתב ג"כ שדברי הרמב"ם הם מהירושלמי ובאמת תימ' על ה"ה שהרי היה למראה עיניו דברי הירושלמי הללו שהרי כתב על מ"ש הרמב"ם שם ראי' לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו כו' שהוא מהירושלמי והרי באותו ענין גופ' איתי' דברי הירושלמי באומר זה אשתי כו' ואיך העלים עיניו מיניה בעידנ' דעסיק ביה ונראה שגם ה"ה ידע מזה שדברי הרמב"ם הם מהירושלמי אלא שלא תאמר שדברי הירושלמי לאו הילכת' נינהו שהם נגד סתימת ש"ס דידן בקידושין שלא הוזכר שם למ"ד יום לזה כתב ה"ה סמך לזה מש"ס דידן בב"ב וס"ל דדא ודא אחת הוא דכל דבר שאדם מחזיק בו למ"ד יום אין חשש שיעשה כן ברמאות מחמת איזה סיבה אלא חזקה שכשמו כן הוא וה"ה לענין זה אשתי ומה דסתם הש"ס בקידושין היינו משום דסתמ' דמלת' הכי הוא דבשלשים יום מקרי חזקה כן נראה ליישב דעת ה"ה בזה:

ומצאתי בש"ג פרק עשרה יוחסין בשם ריא"ז שכתב וז"ל וחזקה הוא ע"פ המנהג וההרגל שרואים אותם העולם שנוהגת בו כדרך בן כו' וכמה הוא החזקה שלשים יום כמבואר בתלמוד א"י (ר"ל ירושלמי). והביאו בח"מ סימן י"ט וכיוצ' בזה אמרו מי שמחזיק שמו

בעיר למ"ד יום כמו שבארנו בפרק כל הגט עכ"ל הרי דמדמי להו להדדי ומייתי מש"ס דידן לענין החזקת שמו בעיר ראיה להירושלמי לענין חזקת איש ואשה וכמ"ש בדברי ה"ה ז"ל ונראה מזה דכל שהוחזק שלשים יום חזקה גמורה היא ומכ"ש אם הוחזק כן מרוב עתים וימים:

ומעתה אם בא עד אחד והעיד לנו שזה האיש שהוא מוחזק כאן בשם זה ימים ושנים לא היה שמו כן במקום אחר רק כאן החליף שמו נראה דאין סומכין על דבריו נגד החזקה ואם בא לגרש בטבריא אשה במקום שנאמן ליתן גט כגון באב שאמר קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי ובא א' ואמר אני קדשתיה שנאמן ליתן גט מ"מ אם ידוע שהיה שמו ראובן והוא דר עתה בציפורי ומוחזק למ"ד יום בשם שמעון אינו יכול לגרשה אע"פ שיש ע"א שמעיד שכדבריו כן הוא שבטבריי' היה שמו ראובן ואצ"ל שאינו נאמן ע"פ עצמו. וע"כ לא אמרינן אלא דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין דהיינו שאין ידוע כלל מה שמו אבל שיהיה נאמן היפך הידוע בטענה שהחליף שמו זה לא אמרינן דלא חציף אינש לשנות שמו למ"ד יום ולא נאמן לומר דעביד הכי ומכ"ש לפי מה שכתב בנימוקי יוסף בטעם דכל שהוחזק כו' שאם היה לו שם אחר בשלשים יום היה נודע הדבר. וא"כ נראה שאינו נאמן לומר שהיה לו שם אחר אם לא בראיה ברורה והך דגיטין דאמרינן התם יוסף וקוראין אותו יוחנן כו' היינו בידוע בבירור שכן הוא דלפעמים מתרמי כה"ג שאחד משנה שמו מחמת איזה סיבה. אבל מ"מ אינו רק אדם א' מאלף ולפעמים ורובא דעלמא לא אתי לאחלופי שמייהו וקובע השם בשבתו בביתו ובלכתו בדרך ויום המות כיום הולדו ולמה יהיה נאמן דפריש מרובא וחזקה דלא חציפי לשנות שמם אע"פ שאומר בשעה שקרבו ימיו למות לא מהימן נגד חזקה לעקור חזקה כדאמרינן בקידושין דף ס"ג מי שאמר בשעת מיתתו אין לי אחים והיו מוחזק באחים שאינו נאמן בכה"ג. ולסמוך על סברת מבטן יצאו לומר דבזה"ז שכיח כה"ג וכיוצא בזה אין דעת נוחה להקל באיסור ערוה החמורה אך הואיל ומצוה וחובה עלינו לצדד בתקנת עגונות בכל מה דאפשר אפתח אנא פתחא לנפשאי מה שנלענ"ד לצדד להיתר בזה:

מתחלה נדון בדין מי שבא ואמר אני בעלה של אשה פלונית הדרה במקום פלוני ואת שמו לא הגיד ומת האיש אם אנו יכולין להתיר האשה ע"י אמירה דהאיש. ואח"כ נדעה נרדפה לדעת דינא דנ"ד. הנה הלכה רווחת בישראל שמי שהועד עליו שמת ונודע לנו שמו ושם אביו ושם עירו על פיו משיאין על ידו ודבר זה מתורת רבינו הרא"ש למדנו שכתב בתשובה כלל נ"א בעובדא דאותו תלמוד שהגיד להם ששמו ר' אשר כתב שאשתו מותרת להנשא והביא ראיה מיבמות דף קך"ב מעובדא דכך קורין אותו יוחנן בן יונתן

כו' אלמא אע"פ שלא הכירו אלא ע"י שהזכיר להם שמו ושם מקומו והתירו את אשתו וכן בנידון זה שהגיד שמו ושלמד הנה כו'. וכ"כ בשו"ת מהרי"ק סימן קע"ו דאפילו בפעם א' שהגיד שמו די בכך וראיה מסוגיא הנ"ל. ולכאורה צ"ע על הרא"ש ומהרי"ק דלמה להו לאתויי מברייתא בעובדא דר' טרפון הא מתני' הוא מעשה בכלמון בא' שאמר אני פ' ב"פ נשכני נחש והריני מת כו' ואפשר לומר דהתם בעובדא דהרא"ש שהעיד העד שבעודו בריא שמע ממנו ששמו ר' אשר ושלמד לפני מהרא"ש ז"ל ולכך אין ראיה ממתני' דצלמון דכל שאמר כן בשעת מיתה שפיר נאמן על שמו ובפרט שהוא מתכוין להתיר את אשתו עי"ז לא חיישינן לשקרא משא"כ אם בעודו בריא שמעו ממני הי' מקום לחוש שמא שינה שמו במתכוון מפני בע"ח וכיוצא בו וכמ"ש הרא"ש בגיטין בההוא דיוסף וקורין לו יוחנן שיש שמשנין שמותיהם במתכוון מפני בע"ח או מחמת מרדין ולכך הוצרך הרא"ש להביא מהא דיוחנן בן יונתן שהיתה אמירתו דרך עראי בעודו בריא אולם ואפ"ה לא חיישינן לשינוי כלל. כן כתבתי אשתקד בתשובה אחת ועתה אורו עיני ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ג סימן ה' וכתב שם וז"ל ואם איתא דמן הדין הגמור הוא מותרת ולא משום דקל הוא שהקילו בעדות אשה משום עגונא או משום חומר הי' לו להביא ראיה מהא דאמרינן בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין כו' ומשמע דמן הדין כך הוא אלא שהחמירו מדרבנן ובשעת הסכנה העמידו הדבר על דין תורה ומדלא אייתי הרא"ש ראיה לדבריו מהך דאמרינן או מההיא דתנן מעשה בא' שעמד על ראש ההר ואמר אני פ' כו' צ"ל דס"ל דיש לחלק בין היכא שאומר בשעת מעשה אני פ' כו' דלא חיישינן שמא בא לקלקל להיכא דאמר שלא בשעת מעשה בדרך סיפור באקראי בעלמא וכן נראה דיש לחלק ממ"ש מהרי"ק סימן קע"ו וכיון דכן הוא דיש לחלק אפשר לומר דאפילו דנימא דהיכא דקאמר בשעת מעשה שכך שמו מן הדין הגמור יש לסמוך על דבריו אפ"ה היכא דקאמר דרך סיפור בעלמא לא הוי עדות מעלי' אלא בעדות אשה משום דבעגונה תקינו רבנן כו' עכ"ל:

ודבריו הם כמ"ש אלא שביארתי יותר. ולפ"ז כיון דעכ"פ בשעת מעשה לא חשדינן ליה שבא לקלקל ומהימן לומר אני פלוני מעיר פלונית שעי"ז תהיה האשה מותרת להנשא א"כ מה לי אם הזכיר שמו או לא הזכיר כיון דעכ"פ אמר שהוא בעל אשה זו וכוונתו שתהיה מותרת במיתתו לכל אדם לא חיישינן שבא לקלקלה. ואם אחר החיפוש לא נמצא בעיר אשה אחרת שנפרש בעלה ממנה ע"ד המבואר בש"ע ובק"ע שפיר הוי עדות להתירה. ובתשובה אחרת הארכתי בטעמא דמלתא דנאמן ע"פ עצמו. אע"ג דלענין חליצה ליבום אין נאמן ע"פ עצמו. וכבר הרגיש בקושיא מהרשד"ם הביאו בק"ע סימן

שנ"ד ולא כתב מה שתירץ ע"ז ותירצתי על נכון בס"ד ולדינא אין נ"מ בזה דעכ"פ נראה מדברי הפוסקים דבכה"ג וודאי דמהימן אף בלא הזכרת שמו רק ע"י חיפוש לבד:

ולפ"ז נראה דבנ"ד אע"ג דאיכא ריעותא טובא במלתא שהרי זה כמה שנים שהחזיק שמו בשם איצק ויש להסתפק אם יש לסמוך על אמירתו שהיה שמו ליב ושינה אותו במתכווין כמו שכתבתי מ"מ דבר זה יש ללמוד משו"ת הר"ן סימן ל"ג שכתב בא' שהעיד על איש אחד שמת ותאר אותו בתוארים הרבה שא"א להסתפק באחר כ"א שהוא בעל האשה זו רק שאמר שהיה שמו חיים ובאמת בעלה של אשה זו היה שמו יוסף וכתב דכיון שיש עדות מספיק שבעלה של אשה זו מת אלא שנולד ספק בשם זה אין לחוש לפי שקריאת שמו בענין זה הוא כסימן העשוי להשתנות לפי שכבר הועד שאמר שירחיק נדוד וישנה שמו ועוד הועד כי רצה ליקח איגרת מאיש א' ולפי שראה באיגרת שמזכיר שמו כאשר הוא באמת עזב את האגרת והרחיקו לבל יוזכר שמו וכיון שכן הרי סימן של שמו עשוי להשתנות וכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שנמצא ריעותא מסימן אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סימן העשוי להשתנות אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בשינוי שהוא עשוי להשתנות והביא ראיה לזה מב"ב פרק מי שמת וסיים בה הילכך בנידון שלפנינו כיון שהוברר מתוך עדותו של זה שבעלה של זו מת אלא שיש סימן אחר בדבר שהוא מטיל ספק בענין ואותו סימן עשוי להשתנות סומכין על הודאי ותולין את הספק בשינוי שהוא עשויה להשתנות עכ"ל. וא"כ נראה ללמוד מזה לנ"ד כיון שכבר ביררנו דאפילו לא הזכיר שמו כלל רק אמר שהוא בעל אשה פלוני שבמקום פלוני ואין שם במקום זה רק אשה זו עדות ברורה הוא להתירה.

ובנ"ד שזה אמר שהניח אשה עם ילדה אחד בק"ק לקאטש זה י"א שנה וידוע לנו ע"י חיפוש שאין שם אחרת רק זאת האשה הרי זה לבד היה מספיק להתיר רק שנפל לנו ספק בשביל שינוי השם והוא סימן העשוי להשתנות אין מניחין הודאי עבורו ותולין הספק בשינוי העשוי להשתנות וכעובדא דהר"ן ואין לחלק דהתם היה המעיד איש זר משא"כ כאן דז"א דהא כבר ביארנו שהבעל לענין זה כאחר דמי בפרט כשאומר בשעת מעשה דלא חיישינן שבא לקלקלה:

אלא שבאמת יש לעיין בזה על הר"ן שנראה מדבריו ששינוי השם הוא ספק השקול והוא עשויה להשתנות והרי בהדיא אמרו דבהוחזק שלשים יום אין חוששין לו שאינו עשוי להשתנות וכבר הוכחתי דחזקה גמורה הוא ואפילו יש ע"א לא מהימן נגדה וכ"ש שאינה נאמן ע"פ עצמו. ולפ"ז אין ראיה מההיא דפרק מי שמת דהתם השומא ודאי שכן הוא שלפעמים עשוי להשתנות ואף ע"ג דספיקא הוי אין מניחין מחמתו את הודאי ותולין

את השומא שנשתנה. משא"כ אם היה חזקה על השומא שאינו עשוי להשתנות אע"ג דלעתים רחוקים הוא משתנה ודאי שהוא מטיל לנו ספק בענין זה. וא"כ לענין שינוי השם נמי ניחוש ליה אע"כ דלא חיישינן לשינוי השם כלל. וכן מוכח ביבמות דף ק"ט דפליגי אי חיישינן לתרי יצחק וקיי"ל דלא חיישינן. ואפילו למ"ד חיישינן ס"ל אע"ג דלא הוחזקו מ"מ חוששין שמא היה שם אחר בשם זה. אבל מ"מ אין מי שסובר שחוששין שמא איש אחד ממקום אחר בא לשם ואסיק שמי' יצחק ר"ג מקורטבא. ופשיט דלא מיירי התם שכתבו מאספמיא שהיה ידוע להם שכך שמו בקורטבא כמבואר מדברי הפוסקים שכתבו דחשש היה שמא אחד מעלמא עבר דרך קורטבא שהיה שמו כך וכ"כ להדיא בתשובת הרא"ש כלל נ"א דהעדים לא העידו רק על שמו אבל לא הכירו את מקומו ולא את אשתו כנ"ל ע"ש. וכן מבואר מדברי הרמב"ם והש"ע בענין אמרו שמת יצחק בן מיכאל כו':

אמנם באמת יש לעיין במה שהלכה רווחת בישראל דכל שבא איש אחד ואמר שכך שמו וממקום פלוני ומת אע"פ שלא הוחזק שם שלשים יום מודיעין לב"ד שבמקום האשה בסתם פ' מת ומתירין את אשתו וכן משמע בעובדא דיוחנן בן יונתן כו' לימים חלה ומת והשיא ר"ט את אשתו וכן משמע מתשובת הרא"ש בעובדא דאותו תלמוד ר' אשר שהבאתי לעיל דאיתא שם שנתאכסן בביתו יום או יומים כו'. וכ"כ מהרי"ק וצ"ע כיון דלא הוחזק למ"ד יום ניחוש לה למלתא דלמא אחרינא הוה ומסיק שמי' הכי מחמת איזה סיבה וזהו שמת ובעלה של זו עדיין חי ונראה דטעמא דמילתא משום דקיי"ל דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ופירש"י דהא כשעת הסכנה דמי שאם לא תאמין לזה לא תמצא אחר ותשב עגונה וא"כ א"ש הא דסמכו בהנך עובדי על אמירת שמו אף על פי שלא הוחזק שלשים יום משום דכשעת הסכנה דמי. ואע"ג דמתשובת הרא"ש דלעיל משמע דאף אם לא היה בשעת הסכנה היה מקום להתיר שהרי כתב שם לבסוף ויותר מזה הקלו בעדות אשה דתנן משיאין ע"פ ב"ק כו' תנא בשעת הסכנה כו'. וכ"ש שהבאתי בראיות ברורות להתירה כו' ע"ש נראה דהתם משום שהיה עוד אמתלאות שהראה לו תוספת הרא"ש על מקצת מסכתות שידוע שאותו תלמיד ששמו ר' אשר הוליכם עמו מטולטילא ע"ש ולכן כתב שהיה מקום להתיר אף אם לא היה מקום סכנה. (וצ"ע על דברי מהריב"ל שהבאתי לעיל שכתב שהיה לו להרא"ש להביא ראיה מהא דבשעת הסכנה כו' שהרי הרא"ש באמת בסוף דבריו מייתי ראיה מהא אכולהו קולי שכתב בתשובה זו ונראה שרוצה לדייק דעכ"פ בתחלת דברי הרא"ש רצה להתירה ע"פ הדין הגמור בלא קולא בשעת הסכנה וכמו שכתבתי) אבל פשיטה דבכל עסק עגונה

כשעת הסכנה דמיא וכמ"ש הרא"ש שם לבסוף ולכן שפיר מתירין ע"פ אמירתו אע"פ שעדיין לא הוחזק והיינו דלא פרכינן אמעשה דצלמון וניחוש דלמא אחרינא הוה דאסיק שמיה הכי כיון דשני ליה הא דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין (ואפשר דהתם בלא"ה אין לחוש שהרי אנו רואין שמת ולא עביד לשקר בכה"ג שהוא הולך למות ולקמן נדבר עוד מזה) ועכ"פ למדנו מזה שאמרו דבשעת הסכנה כו' דמדאורייתא אין לחוש כלל שמא האיש הזה לא מן השם הוא זה ואסיק שמיה הכי דלא חציף אינש למעבד הכי אף אם לא הוחזק שלשים יום וכמש"ל בשם מהריב"ל דבשעת הסכנה העמידו על ד"ת. ועכ"פ מעשים בכל יום שמתירין נשים ע"פ כתב הבא ממרחקים שמת שם איש שהחזיק שמו פב"פ מעיר פלוני ולפעמים מקילין ע"פ שמו ושם עירו לבד כדעת הרבה פוסקים ואין חוששין לומר שלפי שהוא גולה ממקומו שינה את שמו ושם עירו להתנכר ואפשר שאפילו שאם בא ע"א ואמר שהוא יודע שמת במקום פלוני והחזיק עצמו בשם זה לא עשה כן אלא להתנכר אין חוששין לדבריו ומתירין האשה לפי שאינו נאמן נגד החזקה שזה הוחזק שם בשם זה דאל"כ איך כותבין אע"פ שאין מכירין ניחוש שמא יבוא הבעל אח"כ ויערער לומר לאו אנא הואי אלא ע"כ דאפילו אי אתי ומערער לא מהימנינן ליה:

ומצאתי בשו"ת מהריב"ל חלק שכתב אהא דאמרינן בקידושין נאמן ליתן גט דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו ובהך טעמא לחוד סגי וכן נמי יש להביא ראיה מגיטין דבשעת הסכנה כותבין כו' הא קמן דמדאורייתא לא חיישינן אפי' היכא דאיכא למיחש אלא דמדרבנן הוא דחיישינן ולא העמידו דבריהם במקום סכנה וכ"ש בנ"ד דליכא למיחש דאין אדם חוטא ולא לו. וכד מעיינינן אשכחינן דיש להסתפק ולומר דלמה התם דכותבין היינו היכא דליכא הכחשה אבל בא הבעל ואמר אני לא הייתי מושלך בבור ולא אמרתי כל השומע קולי כו' אין משיאין אותה ואם נשאת תצא ויש להביא ראיה מהרשב"א כו' אף אנו בנ"ד אע"ג דאשכחינן דסמכינן אחזקה דאין אדם חוטא ולא לו היינו היכא דליכא הכחשה כגון ההוא דקדשתי בתי כו' וכעין דהיה מושלך בבור כו' דאיכא דאוקמי דליכא הכחשה כו' עכ"ל מבואר דמסתפק דאם בא הבעל ומכחיש אי מהני אבל בלא הכחשה פשיטא דמהני וסמכינן על מה שאמר שכך הוא שמו אף בלא טעמא דאין אדם חוטא ולא לו שהרי מתירין ע"פ אמירתו שאמר בבואו למקום זה שכך שמו באקראי בעלמא ולא בשעת מעשה כדמוכח מעובדא דיוחנן כו' וכמש"ל ולפי דברי הר"ן דמשוי הא מילתא דשינוי השם לספק אמאי לא ניחוש שמא אין זה בעלה של אשה זו רק אחר שהיסב את שמו כך וע"כ לומר דגם הר"ן מודה דסתמא דמלתא אין אדם משנה את שמו וחזקה

גמורה היא רק דהר"ן בנידון דידיה שנתברר מעדים שאמר קודם שנפרד ממקומו שיעשה כן שירחיק נדוד וישנה שמו וגם האגרת שרצה ליקח לפי שהיו כתוב שמו בתוכו עזבה כדי שלא יהיה נתפס בשקרו ע"י האיגרת שיראו בתוכו שלא כמו שהוא נכתב הוא נקרא לפיכך שפיר אמרינן כי נפשו אוותה ויעש כן להיות קורא לו שם חדש כדי לעגן את אשתו ואע"ג דבעלמא אמרי' עביד אינש דגזים ולא עביד מ"מ כאן שהוברר מתוך העדות שזהו בעלה של אשה זו רק שינוי השם מתנגד לזה אמרינן דהאי גברא גזם ועביד והוציא לפועל את אשר זמם לעשות ובכה"ג שפיר מיקרי ספיקא. וכן משמע מדברי הר"ן דלולי שהעיד שאמר שבדעתו לשנות שמו לא היה קורא סימן השם כסימן העשויה להשתנות אלא היה מחזיקין לסימן מובהק ביותר שהרי אנו מתירין רוב העגונות ע"פ עדים שמו ושם עירו אע"פ שלא הוחזק רק מפי עצמו אלמא דסימן מובהק הוי ואינו עשוי להשתנות רק בכה"ג שאמר קודם מעשה שבדעתו לעשות כן אז מיקרי ספק שאף ע"פ שחזקה על אדם מישראל שאינו משנה שמו ועכ"פ לא יבצר ממנו אשר זמם לעשות ואפשר שעבר עליו רוח קנאה חמת גבר לעגן את אשתו ויעש כאשר דבר משא"כ בגוונא דנ"ד אם היה מתברר לנו שטרם פרידתו אמר שירחיק נדוד וישנה שמו הוה מדמינן לעובדא דהר"ן משא"כ אם אז שתק ולא אמר מידי רק השתא אומר ששינה את שמו והוא נגד החזקה א"כ דל אמירתו מהכא הרי שמו מכחש לעדותו ואילו לא היה מתברר ע"פ העד שאמר ששם בלקאטש היה שמו ליב רק היה אומר סתם שהניח אשה בק"ק לקאטש לא היינו דנין בדעת עצמינו להתיר אשה זו ולתלות ששינה שמו אף שעל ידי החיפוש מתברר שאין שם אשה אחרת רק זו וזה מוכח מדברי הר"ן דלולי העדות שהיה בדעתו לשנות שמו לא היה מתיר מטעם שאנו תולין ששינה שמו. והדברים ק"ו דהתם זה המעיד מתברר מעדותו שזה שמת היה בעל אשה זו ואפ"ה מגרע עדות זה מה שאמר שהיו שמו חיים ולא מצא מקום לתלות ולהקל ששינה במתכוין לולי מחמת שהעיד עליו שרוצה לשנות שמו וא"כ כ"ש בזה שאנו רוצים להתיר ע"י זה מה שאמר שהניח אשה בק"ק לקאטש והשם מעכב על ידו והוא אינו זכאי באמירתו שאומר ששינה במתכוין דלא עבידי אינשי דמשני שמייהו ואין סומכין על עדות כזה:

ומצאתי דאתי לידי שו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן נ"ט וכתב שם בעובדא דאיש אחד שמו שלמה קאבוסין משאלינקי. שהעיד עליו ע"א שמת ואח"כ בא ע"א והעיד שבהיותו בעיר אחד ראה יהודי אחד נכנס בשלשלאות כו' ושאל אותו מי הוא ואמר שהיה שמו פ' קאבוסין משאלונקי כו' וכתב מהרשד"ם דהוה הכחשה גמורה אע"פ שלא ידע השני שמו כ"א מפיו ושורש הדין בגט פשוט וכותבין גט לאיש כו' ופריך וליחוש דלמא אזיל

כו' ופי' רשב"ם לתנא דמתני' דבעי מכירין כו' נראה מכאן כי מה שצריך שיהיה העדים מכירין שם האיש כו' אינו אלא חששא דרבנן דמן התורה נאמן אדם לומר ששמו פלוני אף ע"פ שאין העדים מכירין אותו משום דמן התורה כל ישראל בחזקת דוברי אמת הם בדבר כזה והטעם כי היכא דקיימא לן סוקלין ושורפין על החזקה ה"נ הוי חזקה אלימתא דלא חציף אינש לשנויי שמו דמלתא דעבידא לגלויי הוא אלא מדרבנן החמירו משום חששא ומש"ה פירש רשב"ם לתנא דמתני כו' דאל"כ הקושי' הוי לתורה אלא ודאי דמהתם אין צריך שיכירו העדים שמו ומש"ה נראה דאפילו עד ואשה נאמן כמ"ש הנמוקי יוסף בשם הרשב"א ותלמודו הריטב"א וכן ה"ה וז"ל כתב הרשב"א דלהכרת שם האיש והאשה אפילו ע"פ אשה סומכין דמלתא דעל"ג הוא וכבר ביאר רבינו כן בהלכות חליצה עכ"ל וכ"כ הטור סימן מ"ט:

ועוד כתב ה"ה בשם בעל העיטור דאפילו שם הלוה והמוכר א"צ להכיר דלא חציף איש לשנות שמו ואע"פ שהוא ז"ל סתם שדבר תימה כתב מ"מ יש לנו ללמוד שודאי מה"ת כן הוא דלא חציף איש לשנות שמו אלא שחכמים חשו משום דאיכא למיחש שמא ישנה לתועלת מה ובמקום דליכא למיחש פשיטא שהוא נאמן עד שאם אירע שאנו נצטרך לידע שמו וידענו אותו מפלוני שאמר שהגיד לי מפיו שמו על פי סיפור דברים אין לספק בזה כלל דודאי כיון שלא היה שום חשש לומר דמשום הנאה שינה שמו אז ודאי יש לנו לסמוך שהכחשה גמורה הוי דקושטא דמלתא הוי מטעמא דלא חציף אינש:

ומש"ה כתב מהרי"ק דאפילו אין יודעין שמו כ"א ע"פ שאמר פ"א די בכך והביא ראיה ע"ש ומשמע מתוך דבריו דעל פיו מהני בין להקל ובין להחמיר דאל"כ היה ראוי להאריך קצת ולומר מהני בעגונא דאיתתא דאקילו רבנן אלא ודאי כיון שכתב פשיטא דמהני משמע ודאי דמהני לכל דבר:

ומעתה דברי התוס' פרק מ"ח גבי אין חולצין אא"כ מכירין שכתבו דהתוספתא מיירי מדאורייתא והכא מיירי מדרבנן כוונתם דודאי מדאורייתא לא חציף אינש כו' אלא דאמוראי החמירו דחשו לכן אמר רבא דאין חולצין אא"כ מכירין עכ"ל מהרשד"ם הבי' שם עוד ראיה מתשובת הרא"ש בעובדא דסעדיה חדור ע"ש:

והנה ההוא עובדא הוא עובדא דמהריב"ל שהבאתי לעיל ומהריב"ל צידד להקל משום דס"ל דע"י סיפור דברים לא הוה עדות גמורה:. אבל פשיטא דלא נחלקו באם מעיד שהוחזק בשם זה זמן רב שאז אין ספק בדבר דהכחשה גמורה היא דלא חציף אינש כו' ולא אמרינן דנתלה שזה שינה שמו כדרך הגולין. וא"כ בנ"ד לולי אמירתו שהיה שם שמו ליב לא היינו תולין מדעת עצמינו רק לפיו של זה אנו חיין שאמר ששינה שמו:

וכיון שהוא נגד חזקה אלימתא שהוא חזקה מה"ת נראה דלא מהימן. ועמ"ש בשו"ת מהרשד"ם סימן רל"ט בענין הקושי' מ"ש שנאמן לומר אני פלוני ב"פ שנאמן להתיר עי"ז את אשתו ומ"ש מחליצה שדעת גדול אחד שם כתב דבשעת מעשה עדיף וכסברת מהריב"ל ומהרשד"ם השיג עליו וכתב דבשעת מעשה גרע וכמ"ש הריב"ש. וכתב ראיה מהא דאמרינן ביבמות מלמד שחגר חרבו כו' ופריך עלה מת"ח שמורה הלכה כו' ע"ש. ולפענ"ד דברי הרשד"ם צ"ע לא רציתי להאריך כעת:

ובר מן דין צ"ע בנ"ד לפי מ"ש הרמב"ם בטעמא דעד אחד נאמן משום מלתא דעל"ג לא משקרי אינשי ולזה הסכימו רוב הפוסקים דעיקר ההיתר בע"א מהאי טעמא אייתינן עלה ולפי זה צ"ע בנ"ד כיון שלפי דברי האיש הזה שאנו באים להתיר על ידו שאומר ששינה את שמו ולא חשש דמלתא דעל"ג הוא. וא"ל שהיה סובר דעיר ששינה את שמו לא יוודע לעולם כי הוא זה האיש שהיה בק"ק לאקטש בשם אחר דז"א דהא עיקר הטעם דסגי בהכרת שמו מפי ע"א כו' בממון וגיטין וחליצה הכל משום דמלתא דעל"ג הוא וכמש"ל מדברי ה"ה בשם הרשב"א וכן מבואר ברי"ף ורמב"ם ושאר פוסקים וגם בלא"ה צ"ע אם שייך בגוונא דנ"ד מלתא דעל"ג שהרי הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף קל"ד אהא דאמרינן מפני מה אמרו זה בני נאמן כו' הקשה דלמה לא יפטור הא ע"א נאמן ביבמה לשוק כו' אלא דמשמע דבעל לא הוי כעד אחד דעלמא אלא היכא דאיכא מיגו מהימן דעד דמעיד לאחר מיתה דבעל והוא חי לא משקר במילתא דעל"ג אבל בעל מחיים דידיה לא איכפת ליה ולאחר מיתה דידיה מה תימא ליה זו היא שאמרו איך החי יכול להכחיש את החי כו' עכ"ל. וא"כ בנ"ד כיון שנראה מתוך הענין שאמר כן לפי שאימת מות נפלו עליו וא"כ לא שייך מלתא דעל"ג:

אך י"ל דע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא התם שאמירתו היה בעודו בריא ולא בשעת מעשה דמימר אמר עתה לא יתנו לב לחקור זאת דמה איכפת להו לאשה ולקרוביו אם יש לו בן או לא כיון שהוא חי רק אחר מיתתו שאז יבואו לחקור ואז מה תימא ליה כו' מה שאין כן כאן שאומר כן בשעת מעשה שהוא נוטה למות אין לנו לחוש שמא אומר כן בערמה כדי להתיר אשת חבירו דאף לאחר מיתה חרפה הוא לו שיספרו אחר מיטתו כי צד בפיו להכשיל אחרים על לא דבר. משא"כ בההוא דזה בני שאומר כן כדי לנחם את אשתו ולדבר על לבה בלבד מחמת זיקת היבם ונאמן הואיל ובידו לגרשה וכמ"ש התוס' בקידושין שיתן לה גט שיחול שעה אחת קודם מיתה. וע"כ לומר כן בעובדא דצלמון שאמר אני פב"פ נשכני נחש כו' ולדברי הרמב"ן נימא דבכה"ג לאו מילתא דעל"ג מיקרי אלא ע"כ כמ"ש:

וגם י"ל כיון דמקום סכנה הוא אין לחוש לסברא זו ואמרינן דאף בכה"ג לא משקר במלתא דעבידא לגלויי מה שאין כן התם דאפשר בחליצה שפיר יש לחוש דשמא הבעל אינו חושש במה שיהיה לאחר מיתתו ועיין בשו"ת מהר"א ששון סימן ולקמן נדבר עוד מזה:

אף מ"מ א"ש לעיל דנ"ד כיון דחזינן דהאי גברא לא קפיד לשקר במלתא דעל"ג א"כ אין נאמן להתיר האשה על ידו דבר זה צ"ע. ולכאורה היה אפשר לומר דמשום הא אין לפסול עדות זה דא"כ הבא להעיד על עדות אשה ונתברר לנו שזה העד אמר איזה שקר במלתא דעל"ג ונתגלה אח"כ ששקר מליו לא יהי' נאמן בעדות זה. אלא ודאי דדוקא בדבר שיש בו משום עדות אמרינן דלא משקר להעיד מה שאינו ועביד לגלויי אבל בשביל שהוא משקר חוץ לב"ד בדבר שאין עליו גדר עדות בשביל זה לא הוחזק כפרן להעיד שקר במלתא דעל"ג דעביד אינש דמיקרי ואמר מה שנראה לו מהרהורי לבו יצא לחוץ ידבר אע"פ שלא נתאמת לו הענין אבל בהגיע תור גדר עדות הוא משים לבו להעיד בדבר ברור שאם יתגלה יוחזק בעד שקר וכבר כתבתי סברא זו בתשובה א'. וא"כ בנ"ד נמי כיון דהשתא נראה מדבריו דהאי גברא להתיר האשה קמכוין וכשבא להעיד על דבר זה שפיר אמרינן דלא משקר במלתא דעל"ג אע"ג דהא קמן דלא קפיד ושונה שמו. אלא שלענ"ד צ"ע שנראה דבכה"ג שנשתמש בק' סמילא בשם א' כמה שנים וכך נכתב בכתובה שנתן לאשתו והעיד עלי' עדים ועלה בו לתורה ואולי הי' חותם בו בשטרות ואגרת פשיטא דשפיר חזינן דלא בזיז ושכיח גביה שקרות אף במלתא דעל"ג בקהל עם. ומ"מ יש לצדר דאפ"ה לא עביד לאסהודי שקרא ולהכשיל אשה זו דאין אדם חוטא ולא לו וכמ"ש לקמן מההיא דאמר האב קדשתי את בתי כו':

ונחזור למ"ש דלכאורה אינו נאמן לומר ששינה שמו כיון דחזקה אלימתא הוא דלא חציף אינש לשנות שמו ומכ"ש אחר שהוחזק שלשים יום אך אפשר לצדד ולומר לפי מה דאמרינן בכתובו' דף ך"ב באשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני אם נתנה אמתלא לדברי' נאמנת. וא"כ בנ"ד שנשא בכאן אשה ואומר שברח מאשתו בק"ק לקאטש ושינה שמו להתנכר ודאי דהוה אמתלא גמורה אחרי כן לתאוה יבקש נפרד לקחת לו אשה בכאן הוכרח להסב שמו להתנכר. אלא שהדבר צ"ע אם מהני אמתלא בכה"ג דהא מבואר באה"ע סימן י"ט דעכ"פ אחר למ"ד יום לא מהני אמתלא ע"ש בח"מ וב"ש וקצת דברי הב"ש צ"ע לא רציתי להאריך וא"כ לפי מ"ש דהך דנ"ד דהוחזק שמו לחזקה דהתם דמיא א"כ לא מהני אמתלא. ולפי מ"ש בי"ד סימן קפ"ה בט"ז בשם מהר"ל מפראג דאם אמרה כן בפני רבים לא מהני אמתלא ואין לך הוחזק כן ברבים

יותר מזה. וראיתי בספר כתובה דף ך"ב שכתב לחלק הא דבא"א ונדה מועיל אמתלא ובח"מ סימן ך"ט קיי"ל דאין מועיל אמתל' גבי עדים. וכתב לחלק דהעדים שהעידו בב"ד שאני משא"כ ע"א אע"ג דנאמן מ"מ יכול לחזור ע"פ אמתלא וכ"כ בספר חוות דעת בה"ל נדה סימן קפ"ה דהיכא דהעידו שלא בב"ד רק דנאמן מטעם דשווי' אנפשיה ח"ד יכול לחזור באמתלא והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם דע"א שאמר כו' חלב כליות הוא זה והוחזק האיסור ע"פ האוכלו לוקה וא"כ מוכח דלא מהני אמתלא דאל"כ איך לוקה כמ"ש הרשב"א להוכיח בלבשה בגדי נדה לא מהני אמתלא דאל"כ לא לקי ע"ש:

והנה מ"ש דבח"מ סימן ך"ט כתב דאפילו אמתלא לא מהני לבבי לא כן ידמה שהרי ש"ס ערוך בב"ב דף קס"ז גבי ההוא תברא דהוה חתים עלה ר"י בר אבא כו' דאע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד צורבא מרבנן לאו אורחא למידק הרי להדיא דמהני אמתלא להיות חוזר ומגיד. ובאמת שכ"כ הר"ן פ"ק דר"ה בשם הרמב"ן דכל טעותא דעבידי עדים למיטעי בי' לית בי' משום חוזר ומגיד דהכי מוכח פ' ג"פ מההוא תברא כו' וכ"כ בש"ע ח"מ סימן ך"ט דכל טעות שהעדים מצוין לטעות בו נאמנים הם מעצמם ואין בזה משום חוזר ומגיד והש"ך ב סימן מ"ג כתב דכ"ע מודים בזה וא"כ איך יסתרו דברי הש"ע תוך כ"ד דמתחלה כתב כיצד אמר מוטעה הייתי כו' אפילו נתן טעם לדבריו ואח"כ כתב דטעות שמצויין לטעות נאמנים ולכאורה הי' אפשר לומר דהך אפילו נתן טעם לדבריו לא קאי רק על מ"ש לפחדי עשיתי דבזה אין שומעין לו אפילו נתן טעם לדבריו והיינו ההיא דאנוסים היינו מחמת נפשות דאין נאמנים בלא מיגו אע"פ שנותנין טעם לדבריהם שהי' אנוסין מחמת נפשות מ"מ כיון שהם אומרים שבתחלה היתה הגדתם בשקר הגדה קמיית' לא זזה ממקומה ואין חוזרים ומגידים כלל. משא"כ היכא שאומר מוטעה הייתי ונותן טעם לדבריו כעובד' דההו' תבר' כו'. א"כ בדבורו זה עקר להגדה קמיית' מעיקר' שהרי אומר שבטעות אמר מה שאמר ולא מיחשב עדות כלל וכן ההי' דסנהדרין דאמרינן דהעדים לא מצי הדרי בהו אע"ג דיהבי טעמ' למילתייהו כי האי דבעי' מכסא ג"כ בכה"ג מיירי שנותנים טעם שמתחלה הי' הגדתם בשקר משום תנאה אבל באומר מוטעה הייתי מהני אם נותן טעם לדבריו. וקצת משמע כן בריב"ש סימן תצ"ט גבי בודק שאמר טריפה ואח"כ נתברר לו שלא נפתח הטרפש שפיר יכול לחזור בו דטעות' הוא דהדר' כדאמרינן גבי קבלת שבת כו' ועוד שהרי האשה שאמרה א"א אני כו' נאמנות באמתל' ע"ש. משמע דגבי טעות עדיף טפי:

ולפי"ז נראה דבנ"ד החזקת שמו הוי כמגיד בב"ד שהרי כך כתוב בכתובה ועלה לתורה וכ"ע קרו לי' הכי ועני והשת' שבא לומר שתחלת הגדתו היתה בשקר אע"פ שנותן טעם

לדבריו לפי שברח מעל אשתו ונשא אחרת וזה דרכם לשנות שמם לא מהני. אך לפענ"ד נראה דודאי הך אפילו נתן טעם לדבריו אכולה מלתא קאי דאלפחדי עשיתי לא שייך לומר אפילו נתן טעם לדבריו שהרי זה הוא גופה נתינת טעם שלו שעשה לפחדו. וא"ל דר"ל שמטעים דבריו לב"ד שכדבריו כן הוא ז"א שהרי מקור דברי הרמב"ם בזה ממ"ש בסנהדרין דף מ"ד אע"ג דיהבי טעמא למילתייהו ומהתם אין הוכחה רק לענין נתינת טעם בסתם אלא וודאי דקאי אירשא דמלתא דאמר מוטעה הייתי כו' ועתה הוא נותן טעם לדבריו מחמת איזה דבר טעה או שגג אך דמיירי שהוא נותן טעם שבשביל כך טעה אבל מ"מ אין זה דבר הנראה לב"ד שמצוי לטעות בכך ואח"כ כתב שאם דבר שעדים מצוים לטעות בו זה שפיר מהני. ולפ"ז מ"ש בספר כתובה וחוות דעת בשם ש"ע ח"מ סימן ך"ט דלא מהני אמתלא בעד שהעיד בב"ד י"ל דע"כ לא קאמר התם אלא שנותן טעם לדבריו למה היה מוטעה אבל מ"מ אין זה ענין אמתלא דאמתל' מיקרי דבר הנראה וניכר לב"ד וקרוב הדבר שכדבריו כן הוא כמבואר בפוסקים והיינו טעות שהעד מצוי לטעות דנאמן וכההיא דר"י בר' אבא. ומ"ש בחוות דעת להוכיח ממ"ש הרמב"ם דלוקה ז"א דא"כ אכתי קשה מבואר להדיא דבטעות שמצוי לטעות נאמן וא"כ אכתי קשה האיך לוקה דלמא יחזור העד ליתן אמתלא בדבר שמצוי לטעות אלא וודאי דמהא ליכא למשמע מיניה ובטעם דברי הרמב"ם כתבתי בחיבורי להלכות טריפות בסימן ל"ט דברים של טעם ולקצר אני צריך ומצאתי בשו"ת חכם צבי סימן מ"ד שכתב וז"ל ומה שביקש אותו למדן לומר דדוקא באשה שאמרה א"א אני כו' שהרי פתחה בקלקלה מהני אמתלא. אבל בנידון שלפנינו שע"י חקירת ב"ד אמר שלא בא עלי' לא מהני אמתלא עכ"ל לאו מלתא הוא דא"א הייתי מאן לימא דלאו ע"פ ב"ד הוא דסתמא תני' כו' ע"ש:

וע"ש בחוות דעת מ"ש ליישב הקו' מסימן א' גבי טבח שעשה סימן כו' דהתם נשחטה הותרה רק שהוא נאמן לשווי' אנפשיה ח"ד כו'. ודבריו תמוהים דהתם משמע דמיירי שאמר טריפה הוא שנפסלה בשחיטה והיינו שהעתיק המחבר הדין בהל' שחיטה ולא בה' טריפות וא"כ אדרבה ספק בשחיטה פסול דבחזקת איסור עומדת ופשיטא דמהימן מדינא ואפ"ה ע"י אמתלא נאמן להתיר ולקצר אני צריך. ועכ"פ מבואר דדוקא נתינת טעם בסתם לא מהני וזהו שאמרו בסנהדרין אע"ג דיהבו טעמא למילתייהו וכן משמע שם מפירש"י שפירש כיון שהגיד כו' אהגדה קמייתא קפיד קרא ואפילו מיחשדינהו נמי לא מיבעיא דאיכא למימר דהאי דהדרי בהו דאמרי מה לנו לחוב בדמו ומשני דיהבי טעמא למילתייהו מפני שנאה פלונית היינו שונאים אותו עכ"ל. ונראה שר"ל דוודאי לענין שאינם חוזרים ומגידים פשיטא שאין יכולים לחזור בשביל טעם שנותנים שעשו

בשביל שנאה דהא אפילו אנוסים מחמת נפשות לא מהימני רק שהמקשן הקשה על מה שאמר בברייתא אלא יהרג ויהא תלוי קולר בצואר עדים דלמה נחשוד אותם כלל שהגידו שקר בתחלה ולזה משני כיון שנותנים טעם שעשו בשביל שנאה פלוני ויש רגלים לדבר קצת זה נותן מקום לחשוד אותם ולכן אמרו שיהי' קולר כו' אבל פשיטא דלענין שיהיו נאמנים לחזור מעדותן בשביל טעם כזה זה [לא]עלה על לב כלל אבל אם הם חוזרים ונותנים לדבריהם אמתלא גמורה בדבר שהם מצוים לטעות וכההוא תברא כו' פשיטא דבטעם כזה שפיר נאמנים. וכ"כ אא"ז בשמ"ח סימן א' לענין הטבח כשאומר טעיתי בדבר שמצוי לטעות הוי אמתלא:

ולפ"ז אפשר דאין חילוק בין אם נותן אמתלא הניכרת לב"ד בשביל איזה דבר טעה ובין אם מודה ששיקר במזיד מתחלתו ונותן אמתלא לדבריו בדבר שנראה לב"ד קצת שכדבריו כן הוא. ולפ"ז בנ"ד כיון שכן דרך הגולים ממקומם ובורח מחמת איזה סיבה לשנות את שמו לפעמים י"ל דאפילו אם נאמר מה שהוחזקו שמו הוי כהגיד בב"ד מ"מ מהני ליה אמתלא כי האי דהוי כדבר המצוי לטעות בו דנאמן לחזור וה"נ מצוי לשנות שמו אך לענ"ד אין מקום להקל מחמת זה כיון שהוחזק בפי כל בשם זה ולא נפל ספק בלב שום אדם אין אמתלא מועלת אפילו בכה"ג כמו שנראה מדברי אא"ז בשמ"ח סימן א' ובת"ש שם ס"ק ע"ח ע"ש וגם י"ל דוודאי אם היה מבואר לנו שכדבריו כן הוא שברח מאשה שהי' לו בק"ק לאקטש שפיר הוי זה שאומר שלכך שינה שמו במתכוין אמתלא הניכרת לב"ד אבל הכא אנן לא מהימנינן לי' אהך מלת' גופא שאומר שיש לו אשה במקום אחר וא"כ לא מהימן כלל דודאי מי שנוסע ממקום למקום בסתם אין דרכו לשנות שמו ודוקא אם היה ידוע לנו שאיש הזה נודד ממקומו מחמת דנפישי עלי' בע"ח או מחמת מרדין אז אם אומר ששינה שמו מחמת זה הוי כאמתלא שאנו רואין ממש בדבריו אבל אם אין הדבר ידוע לנו רק מפיו אנו חיין לא מהני והיינו נמי טעמ' דאנוסין מחמת נפשות אין נאמנת כ"א במיגו אע"ג דכתיבנ' דאין חילוק בין עדים לבע"ד לענין זה דאמתלא גמורה אף בעדים מהני בכל טעות שמצוי לטעות אלא ודאי דווקא כה"ג שהוא מצוי לטעות ואה"נ אם היה ידוע לנו שזה אנס אותם על נפשות והם אומרים שמחמת אונס זה חתמו שאנו מאמינים להם דהוי אמתלא הניכרת לב"ד. אך התם מיירי שאין אנו יודעין משום אונס כלל לא סמכינן אדיבורייהו למשוי' אמתלא ובעינן מיגו דווקא וה"נ דכוותי' בנ"ד לא מהימן:

ומצאתי בשו"ת כת"י שת"י תשובות הגאון המפורסם מו' יושע ז"ל בעל המחבר מג"ש ושם תשובה א' להגאון המפורסם מו' אברהם אב"ד דק"ק בריסק ז"ל שכתב וז"ל עוד

יש מן הקושי בנ"ד איך נסמוך על הגוים שאומרים שהגיד להם שהוא מקראקא כו' מאן לימא לן דקושטא קאמר להו שבעל שכל יענה שהוא ממקומות הסמוכים גם תולין עצמם באילן גדול ר"ל בשרים הגדולים שבמדינה כו' וכבר הרגיש הרא"מ בתשובה סימן ע"ז וז"ל וא"ת היכא שלא הכיר שמו ושם עירו רק מפי עצמו מאן לימא לן שלא היה משקר כמנהג הולכי דרכים שמשנים שמם ושם עירם מפני כמה דברים כדלעיל לפי שלפעמים בורחי' מחמת ממון או מרד וכיוצא בו. י"ל דכולי האי לא חיישינן דא"כ איך התירו חכמים את האשה כההיא דיוחנן בן יהונתן כו' עכ"ל. ואנא תיובתא חזינא כו' דמהאי עובדא אין ראיה דהתם היהודי לא שאלו על שמו ושם עירו אלא ע"י מעשה גבורתו בגייס כו' וכה"ג וודאי קושטא קאמר דמה לו לשקר להוציא שקר מפיו באונס והוא לא שאל אותו על שמו. ועוד שהמעשה בעצמו מוכיח עליו שכן הוא. אך בנ"ד שהגוים שאלוהו כו' ועוד אפי' אם כדברי הרא"מ ז"ל כן הוא אין כאן ראיה אלא כעובדא דידיה שהמעיד שהעיד מפי המת ישראל הוה כו'. וכן עובדא דהרא"ש ומהרי"ק כו' ובהא ודאי אנו מודים ליה דלא חיישינן שמא שינה שמו ושם עירו בפני ישראל דמה לו לשקר בפני ישראל דאי משום יראה אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן מהאי חששא נמי שמא בורח הוא דחשש רחוקה הוא עכ"ל מהר"א ז"ל והגאון מ' יושע ז"ל השיב לו ע"ז דלדבריו אכתי תקשי על תירץ הרא"ש בעובדא דר' אשר דלמא ההיא ר' יוחנן שאני שלא נשאל על שמו משא"כ בההוא עובדא דלמא שינה שמו מטעמים הנ"ל או כדי לתלות באילן גדול שמא זה היה תלמיד חשוב אצל הרא"ש ותלה עצמו כו' ובזה נסתלק חילוק בין ישראל לעכו"ם דגם בישראל איכא למשכחי טעמים לשינוי השם בלא מחמת יראה וכמ"ש הרא"מ מה שכתב מכ"ת חששה רחוקה ז"א והלא בש"ס מצינו בני אדם הבאין משם לכאן יוסף כו'. וכתבו המפורשים שכן דרך הגולין כו' ופשיטא דמצינו מעשים בכל יום דאם עוזבים את אבותם והולכים מתיראים שמא יכתבו כתבים אחריהם ומשנים שמותם שלא ידעו מוצאם ומבואם ולדבריך יתרבו עגונות בכל יום כי נוכל למצוא כמה טעמים בכל דבר למה אמר כן ואצ"ל לע"ע דשכיחי בעו"ה לווין ואין משלמין ובורחין ונשמטים למקומות אחרים לא היינו מתירין שום עגונה כו' עכ"ל. והנה שם האריך עוד קצת בזה להביא ראיות דנאמן אף בעכו"ם כה"ג ולא חיישינן שעשה מיראה אבל מ"מ לא כתב תשובה נוצחת ע"ז שאנו מתירין ע"פ שהגיד שמו לא חיישינן שעשה כן לאיזה סיבה כיון שהוא ז"ל עצמו החזיק דבר זה מחמת ההוא דיוסף וקורין לו יוחנן כו' וכתב דשכיח טובי וא"כ באמת למה לא ניחוש לה ואע"פ שנצווח עלינו את העגונות מ"מ כיון דחששא איכא טעמא בעי ונראה מדבריו דהוא סובר דאע"ג דיש מקום לתלות

ששינה שמו לאיזה סיבה כגון יראה או התפארות מ"מ אין זה רק מיעוט לבד דהא רובא דעלמא אע"פ שהם מטולטלין בדרך או עוקרים דירתם וקובעים אותו במקום אחר אינם משנים שמם ושם עירם כלל ולכן אם נודע מפיו שכך שמו אין תולין בשינוי כלל. ואע"פ שהגאון ז"ל כתב דשכיחי דעבידי הכי ולפי"ז אפשר דהוי מיעוט דשכיח וקי"ל במשאל"ס אע"ג דרוב מתים מ"מ חיישינן למיעוטא דשכיח ומ"מ נראה שאין לדמות העניינים זה לזה דהא לא הוי מיעוט שכיח כ"כ בהא דמשאל"ס ועפי"ז אפשר לחתור היבשה בנ"ד ששינה שמו במתכוון. לפי שגלה ממקומו דשפיר מהימן ואע"ג דאין ע"א נאמן נגד החזקה ומכ"ש נגד הרוב דעדיף מחזקה י"ל דלענין זה חזקה עדיפא וברוב ע"א נאמן לומר שהוא מן המיעוט ואין זה בכלל סתירת הרוב וסברא זו כתבה הפ"י בקידושין דף ס"ג גבי הא דקדשתי את בתי ועוד הארכתי בענין זה כמבואר בחבורי בית אפרים על טרפות בקונטרס הראיות סימן ל"ט בדברים נכוחים בעזה"י והרוצה לעמוד עליהם יעיין שמה ולא רציתי לכפול את הדברים מאחר שכבר יצאו לאור הדפוס בעזה"י:

ולפי"ז אם נאמר דהך מילתא שאין אדם עשוי לשנות שמו חזקה מכח רובא הוא שרוב העולם אין עושין כן אפילו כשנודדים ממקום למקום א"כ עדיין צ"ע אם הוא נאמן נגד הרוב ועיין במשבצות זהב סימן א' דאפילו בדבר שהוא בידו מסתפק אם נאמן נגד הרוב ולכאורה הא אפשר לצדד בנידון דידן דשפיר נאמן במה שאומר ששינה שמו וכדאי הוא להתיר האשה עי"ז כיון שנראה מכוונתו בזה שהוא מעותד למות ונתכוון להתיר האשה שבק"ק לקאטש אם כן אית ליה מיגו דאי בעי הוה אתי אמר פ' שבק"ק לאקטש יודע אני שמת בעלה והוי מהימן:

אך באמת מבואר בההוא דמי שאמר בשעת מיתתו אין לי אחים כו' שדעת רוב הפוסקים דלא מהימן במיגו נגד החזקה ואף לדעת הרז"ה שם שסובר דמהימן טעמא כמ"ש הר"ן בקידושין דמיגו זו שבידו לעשות למיפטר בגיטא עדיף משאר מיגו דעלמא ע"ש:

ובלא"ה דעת רוב הפוסקים בזה שם דלא כהרז"ה וכל שהוא מכחיש החזקה לגמרי אף במיגו לא מהימן ע"ש בטור וש"ע סימן קנ"ו:

ועוד יש בזה מקום עיון ממ"ש הנימוקי יוסף פרק יש נוחלין אהא דאמר ר"י אמר עבדי וחזר ואמר בני הוא נאמן דמשמש לי כי עבדא קאמר וחילופ' אבית המכס כו'. מיתיבי היה משמשו כעבד ואמר עבדי הוא וחזר ואמר בני אין נאמן כו':

וכתב הנ"י ומקשינן ליה מהברייתא דאע"ג שמשתמש לו תשמיש העבדים והיה יכול לומר משום זה קראתיו בשם עבד אפ"ה אינו נאמן כשאומר אח"כ בני הוא ואע"ג דהשתא

אית ליה מיגו דאי בעי יהיב ליה לכולי נכסיו אין אדם נאמן לסתור הודאתו בשום מיגו כך פירש מורי נר"ו הריטב"א ז"ל:

וכן י"ל אפילו לפי המסקנא והיינו דיהיב ר"י טעמא למלתא דמשמש לי כי עבדא ולא קאמר טעמא משום מיגו כו' ע"ש הרי מבואר דדוקא בנותן אמתלא שגם דבריו הראשונים סובלים כן ואין כאן סתירה לדבריו הראשונים שפיר מהימן בחזירתו אבל בלא"ה אף במיגו לא מהימן לסתור דבריו הראשונים:

ואף ע"ג דבברייתא דמי שאמר בשעת מיתתו יש לי אחים כו' פליגי רבי ור"נ אי מהני חזרה מדבריו הראשונים והיינו אף בלא מיגו ומכ"ש היכא דאיכא מגו. י"ל דהתם כיון דס"ל לר"נ דמה לי לשקר כחזקה דמי ולא עקרה חזקה הראשונה לגמרי שפיר מהני חזרתו דשעת מיתה לאוקמי אחזקה קמייתא שהיה מוחזק באחים וכמ"ש רש"י שם וגם דהתם מסתברא שיש להאמין יותר למה שאמר בשעת מיתה וכמ"ש התוס' ביבמות ונראה שאין ר"ל משום דאין משקר בשעת מיתה אלא ר"ל דאיכא למיתלי שבשעת קידושין אמר כדי שתתרצה בקידושין ובשעת מיתה קושטא קאמר שלא יהא העון תלוי בו וכמ"ש רש"י שם וכ"כ הרמב"ן במלחמות שם בקידושין וז"ל ועוד קשה שהם מפרשים בשעת קידושין אמר אין לי אחים שהוא מיקל על אשתו כדי שתתרצה בקידושין וא"כ לא היה לנו להאמינו כדאמרינן בפרק יש נוחלין וחילופא אבית המכס כו' וכן היה לנו לומר כאן דכדי שתתרצה בקידושין אמר ולשעת מיתה שמעינן ליה כו' ועכ"פ נשמע מהא דאמר זה עבדי כו' דאף במיגו אינו נאמן לסתור דבריו אם לא באמתלא דמשמש לי כי עבדא קאמר ואפשר דאמתלא גמורה היא וכההיא דקפצו עליה ב"א שאינם מהוגנים כו' אבל כשאין שם אמתלא הניכרת לב"ד אף מיגו לא מהני וכבר כתבתי דגוונא דנ"ד לא נחשב אמתלא גמורה דמאן לימא שכדבריו כן הוא שהניח אשתו וברח ומחמת זה שינה שמו ובפרט דהעיקר אמתלא הוא שנאמין לו דעביד איסורא ועבר אחרם רגמ"ה וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בא' שהחזיק עצמו לכהן ואח"כ חזר ואומר שאינו כהן אלא שרצה ליטול השם כו' דלא מהני כיון שהוחזק הדבר ע"י מעשה וכמ"ש הרשב"א בלבשה בגדי נדה וזה שעלה לדוכן לא מהני אמתלא:

ועוד אילו לא היה כאן אלא מעשה שראינוהו שעלה לדוכן וקרא ראשון זה דינו של הרמב"ן אבל הכא חזקה גדולה איכא כאן דהוחזק טפי משלשים יום ולא מהני אמתלא כלל ודבר זה תלמוד ערוך בידינו סוקלין ושורפין כו' ותו אין כאן אמתלא שאומר שעשה כן כדי ליטול השם ולהכבד בדבר אדרבה קיא קלון כבודו דלא חציף אינש לעלות על הדוכן פן מחר תגלה רעתו כו' אלמא יש לו לדאוג פן כבודו בקלון ימיר ולא כל מה

שיטעון האדם על עצמו קרוי אמתלא אלא מלתא דמסתברא כו' עכ"ל מהרי"ט בשו"ת ח"א סימן קמ"ט וכאן נמי כיון דקעביד איסורא ולכך כן עשה אית לן למימר דלא מהני אמתלא וא"כ גם מיגו לא מהני:

וראיתי בספר כתובה דף ק"ב שכתב בע"א נאמן באיסורין שאמר שלא בפני ב"ד נאמן כשיש לו מגו אף בלא שום אמתלא כו' רק היכא דשויא אנפשיה ח"ד אין מועיל מיגו. וכתב דלכך מספקא ליה בטמאה אני כו' דהתם אע"ג שהאמינה תורה לומר טמאה אני מ"מ לא שייך שויא אנפשיה כו' דמשועבדת היא לו כמ"ש הר"ן סוף נדרים ע"ש. ולענ"ד אין הנידון דומה דגבי נדה כיון שנאמנת מה"ת ממילא שהתורה האמינתה בזה נגד שיעבוד הבעל וכל שאמרה טמאה אני פקע ליה שיעבוד הבעל וחל עליה האיסור מצד דשויא נפשה ח"ד ובגוף הנידון אי מהני מיגו ראיתי בדבריו בספר המקנה בהל' קידושין סימן מ"ז שכתב דאף דאית לה מיגו לא מהני להכחיש דבריו הראשונים כמ"ש בחידושי כתובות דלא מהני מיגו וכדאמרינן גבי עדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון כו'. (וזה צ"ע לפי מ"ש שם אח"כ דהעיקר בזה כמ"ש בכתובות לחלק בין אם העידו בב"ד בתורת עדות כו'). ועוד נראה דאם אחר זמן אמרה שמת אותו שקדשה נאמנת דלא גרע משאר אשת איש גמורה שאמרה מת בעלה כו' א"כ לעולם אית לה מיגו דאי בעי אמרה שמת אותו שקדשה וע"כ צ"ל דלא מהימנא אפי' יש לה מיגו כו' ע"ש והנה מה שמוכיח ממה שאינה נאמנת במיגו דמת יש לדחות דהיא יראה לומר מת בעלי פן יבוא הבעל ואף שיכולה מכחישתו לומר לא לך נתקדשתי אלא לאחר שמת אף עפ"כ נהי דקיימא לן האומר לאשה קדשתיך אינו נאמן מ"מ נהי דלא מהימן לגבי דנפשיה מ"מ נאמן בזה שאומר שלא מת בעלה של אשה זו כלל ועדיין הוא קיים ופלגינן דיבוריה לענין זה וכ"כ הגאון גופא בספר המקנה דף ס"ג בההיא דא' נותן גט וא' כונס דאף ע"ג דהוי נוגע במה שאומר שהוא קדשה מ"מ מה שמכחיש את חבירו שלא קידשה חבירו אינו נוגע ובכה"ג אמרינן פלגינן דיבורא כדאיתא בסנהדרין כו' ע"ש וא"כ אם יבא אחד ויאמר שהוא בעלה יהיה נחשב כע"א שלא מת בעלה והיא מוכחשת במה שאומרת מת ולא יועיל עדותה שמת כלל כמבואר באה"ע סימן צ' סעיף באשה שאומרת מת בעלי וע"א אומר לא מת ולכך ניחא לה לומר שאינה א"א כלל שאז אף אם יבוא ויאמר אני בעלך אינו נאמן כשהיא מכחשתו:

אך בנימוקי יוסף פרק האשה רבה כתב שהבעל אינו נאמן על עצמו לומר אני הוא והביאו הח"מ והב"ש בסימן י"ז ס"ק קט"ז. וכן משמע מדברי הש"ס שם וע"ש בדברי

רש"י ובאמת שצ"ע לפי מ"ש ברי"ו הטעם משום נוגע דמה נוגע הוא הא אסורה לחזור לו דהא קי"ל תצא מזה ומזה כו':

וראיתי בספר עצי ארזים שהרגיש בזה וכתב דמטעם זה פירש רמ"א דאבעל שני קאי ובאמת צ"ע בש"ס דמשמע דגם הראשון לא מהימן. גם לפי זה סותר דברי עצמו שבסימן מ"ז כתב ג"כ להוכיח מדלא מהימנ' במיגו דמת בעלי. ולפי מ"ש איהו גופיה דבעל הראשון לאו נוגע הוא ושפיר הוי עד א"כ אין כאן מיגו כלל. ואמנם דבר זה תלוי בפלוגתת המרדכי והריב"ש בהך דלדידי אוזיף בריבית' והש"ך בסימן ל"ד השיג על הריב"ש דהיכ' דיש לחוש לנוגע חיישינן שבשביל עצמו מעיד כן. והאו"ת שם כתב שזה תלוי בפלוגתת הראב"ד ושאר מפורשים בפירוש דפלגינן דיבור' דלפי' הראב"ד דס"ל הטעם דבע"ד אינו בגדר עדות הוי שפיר נוגע. מה שא"כ לשיטת שאר מפורשים דס"ל דהוי לוה בריבית ולא לו אין לך סילוק גדול מזה ע"ש באורך ונפלאתי ע"ז דאטו למאי דמפרשינן שלוה בריבית אבל לא לו כוונת הדברים שהוא היה האומר כן דזה ודאי אינו שאיך אנו יכולין להפך את דבריו אשר שמענו מפיו כי שפתיו ברור מללו שלוה לו בריבית ואנן ניקום ונימא שלא אמר שלוה לו רק לאחר הדבר פשוט דגם שיטה זו ודאי שאין אנו מכחישין מה שבפיו מילא לאמר שלוה לו בריבית רק שאנו אין מאמינים לו על זה וכן מבואר שם בדברי הרא"ש במסכת מכות להדיא שכתב ומהמנינין ליה דאוזיף בריבית ולא לדידיה כו' הלכך בעיקר העדות שהם אומרים שרבע או שלוה לו בריבית נאמנים ובמה שאמר לדידי מילי אחרינא נינהו ולא מקבלינן מיניה כו' עכ"ל:

ואם נאמר דכיון שעכ"פ אין נאמן ע"ז שאומר לדידי ואין משגיחין בעדותו שאמר לגבי עצמו כל עיקר רק אזנינו לוקחת שמץ מינהו מה שמעיד על אחרים. ולכך לא מיקרי נוגע כיון שאין עדותו מתקבלת לנו מזה. א"כ הן הן הדברים לשיטת הראב"ד ג"כ שסובר דלפי שהוא בע"ד אין זה עדות כלל:

וכן מבואר להדיא בריב"ש שכתב ופלגינן דבורא דמהמנינין ליה במאי דקאמר שפ' רבע ולא במאי דקאמר שנרבע לרצונו ולא אמרינן עדות שבטלה כו' דלגבי עצמו לא שייך עדים כו' וה"נ בההיא דבר בינתוס במה שהעיד על עצמו הוי כלא העיד כלל אבל מה שהעיד על בר בינתוס מהימנינן ליה וא"כ אין לומר בכאן שהוא נוגע בעדות ואע"ג דאמרינן גבי רבע את שורי דקרוב אצל ממונו לא אמרינן ושייך ביה עדות ולא פלגינן דיבורא כמ"ש הראב"ד הכא כיון דס"ס פלגינן דיבורא משום דאין אדם מע"ר א"כ אין כאן עדות לגבי עצמו כלל דהא פלגינן דיבורא והוי כאילו העיד על בר בינתיס שהלוה בריבית ולא הזכיר למי כנ"ל ע"ש. מבואר דגם לשיטת הראב"ד אמרינן דהוה כאילו העיד

שלוה בריבית ולא הזכיר למי. ומה שהקשה הש"ך דהא כשהוא נוגע יש לחוש שאומר כן בשביל עצמו נראה לפי עניית דעתי בדעת הריב"ש דכיון שזה האומר לדידי אוזיף בריבית' אינו בא לתובעו על הריבית שנתן שהוא יודע שאינו נאמן בזה. כלל להוציא לעצמו מה שיאמר כי לקח ממנו ריבית רק שהוא מעיד כדי לפוסלו וכיון שכן פשיטא שאין כאן חשש שיעיד שקר בשביל הנאת ממון שהרי יודע שלא יגיע לו הנאה מחמת שיעיד שקר ובשביל זה פשיטא שהוא נאמן רק מה שיש לחוש בזה הוא כיון דעכ"פ יש בזה מקצת עדות שאינו נאמן עליו בשביל שהוא נוגע בעדות וא"כ נימא ביה עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה אף במה שמעיד לפסול את זה לזה אמר כיון דס"ס פלגינן דיבורי' משום דאין אדם משים עצמו רשע א"כ אין כאן עדות כלל לגבי עצמו ושוב כתב דאף במקום שלא היה משים עצמו רשע בעדותו כגון שאומר לדידי גזל או גנב מצטרף לעדותו לפוסלו ופלגינן דיבורא ואע"ג דאדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן היינו במה שמעיד לחובת ממונו שמעיד על שורו להרגו אבל במה שי"ל הנאה מעדותו ואפילו הנאת ממון אמרינן דאדם קרוב אצל עצמו ופלגינן דיבורא כיון שבענין פסול האיש שאנו מאמינים אותו אינו נוגע בעדות וע"ז מייתי ראי' מהא דפירשו רבוותא גבי ולסלקו תרי מינייהו דמקרי תחילתו וסופו בכשרות דכיון דאינהו גופייהו בע"ד לאו עדים פסולים מיקרי ואינם בתורת עדות אלמא דכל שהוא נוגע בעדות אפילו בהנאת ממון לא שייך למיקרי עדות כלל ואפילו עדות פסולה וא"כ פלגינן דיבורא עכ"ל. והדבר פשוט לפענ"ד בדעת הריב"ש דודאי כל זמן שיש לחוש שישקר בשביל שסבור שמגיע לו הנאה מזה פשיטא שאין מועיל מה דפלגינן דיבוריה ולכן התם בענין תנו מנה פלוני לעניי עירי אם באין להעיד מאנשי אותה העיר לא שייך לומר שיהיה נאמנים לגבי האחרים כיון שס"ס כשיתנו המנה לעניי העיר יבא להם הנאה מזה וחיישינן שישקרו בשביל זה ולכן צריך שיסלקו מעצמם הנאה זו ויתנו חלקם ואז באמת נאמנים ותחלתו בפסלות אין כאן. דכל שלא סילקו עצמם הם חשובים כבע"ד ואין עליהם גדר עדות ומזה נלמד להיכא שמעיד דבר פרטי על עצמו כגון לדידי גנב כו' דלא שייך שישקר בשביל הנאת ממון דכל אדם יודע שאין אדם מעיד לעצמו וגם אינו בא לתובעו כלל וא"כ אין לפסול מה שיוצא לנו מעדות זה שזה פסול לעדות מחמת עדות שבטל' מקצתה כיון דמה שאינו נאמן לעצמו אינו בכלל עדות שבטלה דהא הוא בע"ד וזה ברור מאוד למעיין בדברי הריב"ש. ומעתה מה שהקש' הש"ך על הריב"ש מהא. דאריס אינו מעיד היכא דאית לי' פירא בארע' פשיט' דלק"מ דהתם החשש שיעיד שקר להעמיד' ביד הבעלים כדי שיטול חלקו בפירות ולא שייך שם כלל לומר שהאריס אינו מעיד בשביל זה כיון שיודע שאין

נאמן לעצמו דהא עיקר עדותו שמעיד על השדה הנאתו תלוי' בזה ומקושרת עמו שאם ישתוק ולא יעיד יפסיד וכשיעיד ותשאר השדה ביד המחזיק ירוויח ופשיט דאין שייכות לזה הא דפלגינן דיבורא כיון שסמוך לבו בטוח שע"י עדותו מטיא לי' הנאה ממילא בפיר' דארעא. גם מ"ש ומה שהביא ראי' מרבוות' שכתבו דכיון דהוי בע"ד מהני סילק אינה ראי' דס"ס סילוק בעינן כו':

וגם באו"ת כתב דאדרבא מכאן ראי' דבנוגע לא פלגינן דיבורא לשיטת הראב"ד דאל"כ למה צריך סילוק ע"ש ולענ"ד ז"א שהדבר ברור כמ"ש דהתם שייך לומר שיעידו שקר בשביל ההנאה שיבוא להם ע"י עדותם זה שהרי אם יועיל עדותם שיתנו המנה לעניי עירם יקל מעליהם קצבת העניים הסמוכים עליהם בהא פשיטא דלא סגי בלא סילוק משא"כ בלדידי גנב שאף שיועיל עדותן שיהי' זה נפסל לעדות מ"מ יודע שלא יפסקו ע"פ עדות זה שישיב לו הגניבה אשר אומר שגנב מאתו וכל ראיית הריב"ש משם אינו רק דכיון דחזינן דמועיל סילוק ולא חשבינן לי' תחלתו בפסלות אלמא דגם מחמת ממון אינו בגדר עדות רק בגדר בע"ד וא"כ שפיר שייך לומר בכה"ג דאין חשש עדות שקר מחמת זה רק שיש כאן ביטול עדות במקצת פלגינן דיבורא ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה. ולפ"ז דברי הע"ש שהביא הסמ"ע בריש סימן ל"ז שכתב דנוגע פסול מטעם קרוב אצל עצמו הוא נכון דיש בו פסול גם מטעם זה כמבואר מהריב"ש. אך מ"ש הסמ"ע בשם הע"ש שם בס"ק ו' דלכך אף על חלק השותף לא מהני עדותו כיון שעל חלקו בטל שאינו מעיד לעצמו הו"ל כמו עדות שבטלה מקצתו כו' ובאמת ז"א דהעדות לעצמו אינו בגדר העדות רק מטעם דחשדינן לי' במשקר שיחלוק עמו אח"כ אתינו עלה התם וכמ"ש הסמ"ע ומ"מ אף היכא דלא שייך חשדה דהנאה נפסל לעדותו מחמת אדם קרוב וכמ"ש ומה"ט לא אמרינן עדות שבטלה לפי שאינו בגדר עדות ועוד יש להרחיב הדיבור בזה אך לפי שאינו מענינינו כ"כ רק הואיל ונתחדשו דברים אילו בעידנא דעסיקנא בעסק עלובא זו כתבתים פה. ונחזור לענינינו שמדברי הגאון נ"י בספר המקנה נראה דלא מהני מיגו לחזור מדבריו הראשונים. ומשמע דלאו מטעם שויא נפשה ח"ד אתינן עלה אך אח"כ כתב דהעיקר לחלק בין אם העידו בב"ד בתורת עדות כו'. וכבר כתבתי לעיל מזה. אך צ"ע מדברי הרמב"ן במלחמות בקידושין בההיא דמי שאמר בשעת מיתתו כו' תמה על רש"י ובעל המאור שכתבו באמר בשעת קידושין יש לי בנים אי הדר בשעת מיתה נעור' חזקה הראשונה של איסור שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וזה שאמר בשעת קידושין יש לי בנים ואילו שתק בשעת מיתה אשתו מותרת כי הדר אמר אין לי בנים איך נעורה החזקה ראשונה של

איסור שלא מצינו בתלמוד לאסרה כו' עכ"ל מבואר מדבריו דבכל גווני דאמרינן שהוא נאמן אינו מועיל חזרתו אח"כ בלא אמתלא אף אם היתה הגדתו הראשונ' שלא בב"ד. וכן הנימוקי יוסף בב"ב בעובדא דאמר חזיא לכהנא רבא כתב וז"ל כיון שאמר סתם ולא בירר כו' וכ"ש לפי מה שפירשתי בפנים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ל ור"ל דכיון שכתב דמיירי ששמענו מפיו דלית לי' בני' שוב אינו נאמן לומר שיש לו בנים. וכמ"ש לענין אמר בני ואח"כ אמר עבדי כו' אמנם משם יש לדחות דהתם י"ל שטעמו שלא נתן לו התורה הבחנה אחר הבחנה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' וכמבואר שם ומהאי טעמא אפילו תוך כ"ד אינו יכול לחזור בו וכמ"ש הרשב"ם והביאו הנ"י שם וכן לענין בכור דכיון שהכירו פעם אחד שוב לא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה (וגם י"ל דהתם כיון שהכרה השני' הוא לחובתו של זה או לחובת האחין לא מהימן לחזור אפילו באמתלא כמבואר באה"ע בסימן מ"ז בשם הרא"ה גבי נתקדשה לפלוני) אלא דמ"ש דאם אמר עבדי שוב אינו נאמן לומר בני משום דהוי סתירת דברי' ואפילו במיגו לא מהימן ובכה"ג דלא שייך שהוא מטעם יכיר שהרי אדרבה אמר שאינו בנו אלא דכל שהוא נאמן לומר שאינו בנו שוב אינו חוזר ומגיד וממילא דאף לומר שהוא בנו אינו נאמן:

ומה שכתבו שלא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה היינו משום דס"ד דיכיר דקרא אתי לאוריי' שיוכל להכירו אפילו כמה פעמים לזה אמר שלא נתנה לו התורה כו' וממילא שאינו נאמן לסתור דבריו אפילו ע"י מיגו וכמ"ש הריטב"א והנ"י שם. אך יש לדחות דגם לענין זה שייך יכיר שהתורה זכתה לאב שיהי' נאמן להכירו אם הוא נכרי ואינו בנו או אם הו' בנו וכל שאומר עליו עבדי הרי הכירו שאינו בנו. ומ"ש הסמ"ע סימן רע"ט ס"ק ה' שלא האמינתו תורה אלא בבנו היינו לענין שיהי' נאמן לפוסלו כעבד אבל מ"מ שפיר הוי הכרה לענין זה שאינו בנו ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש הסמ"ע שם שמה שנאמן לומר עבדי הוא היינו שאומר שהו' בנו שנולד לו מהשפחה והרי הוא עבד כוי א"כ גם בזה שייך שפיר יכיר שהו' מכירו לבנו מהשפחה והרי הוא עבד כו' ושוב אינו יכול לומר שהו' בנו מאשה כשרה אף ע"י מיגו. משא"כ בעלמ' שפיר מהני מיגו אף לסתור דבריו הראשונים אך מדברי הש"ך בשם הר"ש מקינון ומדברי הש"ך גופיה שם בכללי מיגו סימן פ"ב מבואר דמיגו מהני אף בלא אמתל' שהרי כתב דהא דפריך והא שויתי' נפשיה ח"ד היינו משום דחזרתה הי' לאחר כ"ד ומיגו לא מהני רק תכ"ד והתם נמי מיירי שסותר' דברי' שחזרה ואמרה פנויה אני ואפ"ה ס"ל דמהני מיגו. אך באמת דברי הר"ש מקינון בזה הם תמוהים בעיני מאוד שנראה מדבריו דתכ"ד נאמנת לחזור בה מטעם

מיגו ובאמת ז"א דבשלמ' בא"א הייתי וגרושה אני שייך מיגו בתכ"ד דלא הוה אמרה כלל שהוא א"א הילכך מהימנ' לומר תוך כדי דיבור גרוש' אני שהפה שאסר כו' משא"כ כשסותרת דברי' תכ"ד פשיט' דאין זה מגו לומר שנאמנת ששיקרה מתחלה מיגו דלא הוה אמרה כלל ואפשר דס"ל דגם בזה יש מיגו דאי בעי הוה אמרה גרושה אני והיתה נאמנות כיון דתכ"ד הוא ומ"מ אפשר דאין זה מיגו דהוה קפסלה נפשה מכהונה. ואמנם פשט' דמלת' דאם חזרה תכ"ד שנאמנת אינו מטעם מיגו אלא הטעם כדקיי"ל בכל דוכת' תכ"ד כ"ד חוץ ממקדש כו' וכן בעדים יכולין לחזור מעדותם תוך כ"ד והלכך שפיר רשאה הו' לחזור באותו דבור עצמו. והכא לא דמי למקדש דא"י לחזור תכ"ד דהתם לענין מעשה הקדושין מיירי וכמ"ש הב"ש בסימן מ"ז ס"ק זיי"ן. ונראה דגם הר"ש מקינון מודה לזה ולא בא אלא להוכיח דלאחר כ"ד לא מהני מיגו דאל"כ לא הוה פריך והא שוי' נפשיה ח"ד. וכ"כ הש"ך שם:

ובאמת שגם זה צ"ע דהתם לא מהני מיגו כיון שאינה נותנת אמתל' לדברי' הראשונים א"כ הדברים הראשונים לא נעקרו ממקומם וחל על נפשה ח"ד. ויש שכתבו שהו' משום נדר ולכך אין מועיל מה שטוענת עתה ששקר דברה במזיד במיגו ומהאי טעמ' כתבו דאינה נאמנת במיגו דמת בעלי וכמש"ל באורך משא"כ היכא דלא שייך שויה ח"ד אין מזה ראי' דלא מהני מיגו לאחר כ"ד ואע"ג דוודאי מוכח טובא בש"ס ופוסקים דמיגו לאחר כ"ד לא מהני כמ"ש הש"ך מ"מ נ"מ לענין אם איכא מיגו דהוה מצי למיטען עכשיו טענה אחריתי שהיתה נאמנות בה כגון מת בעלי או בנדה שעבר זמן שהית' יכולה לספור ולטבול אם יכולה לטעון שקר אמרתי א"א אני או טמאה אני במיגו דמת בעלי או ספרתי וטבלתי דלדעת הש"ך משמע דאף בכה"ג דמעיקר' שוית' נפשה ח"ד שהרי אינה אומרת אמתל' אפ"ה נאמנות במיגו ואחר העיון נלפענ"ד שהדין עמו בזה דהא גם בנותנת אמתל' ג"כ עכ"פ עתה היא באה לעקור דברים הראשונים שעשתה נפשה ח"ד ואפ"ה מהני עקירה דידה לפי שהוא אומרת לפנינו דברים של טעם למה אמרה כן ורגלים לדבר שכן הוא לא משגחינין בזה ששיותה נפשה ח"ד דאגלאי מלתא שלא אסרה איסר על נפשה רק שפתיה נעות לחפאות דברים אשר לא כן לפי שהשעה צריכה לכך וא"כ היכא שיש לה מיגו שהית' טוענת טענה שנאמנת בה ואומרת ששקר דברה מתחלה יש לנו להאמינה מחמת המיגו ואע"פ שאין כאן אמתלא ניכרת וגלוי' לב"ד מ"מ מחמת המיגו אמרינן דמסתמא היה לה איזה טעם כמוס עמה שהוצרכה לומר שקר זה אע"פ שאין הטעם מבורר לפנינו מ"מ המיגו שיש לה הוי כרגלים לדבר שהאמת אתה בזה וא"כ מיגו ואמתלא שוים דבתרווייהו לא איכפת לן מה דשויתי' נפשה ח"ד:

ואמנם כדי להשוות דעת הפוסקים שנראה מדבריהם דבכל גווני אינו יכול לסתור דבריו הראשונים ומשמע אפילו באמר חוץ לב"ד כמש"ל ולענ"ד דכ"ע מודו היכא שהדבור הוה לחובה או לתועלת עצמו יכול לחזור בו מחובה לזכות היכא דאית ליה מיגו וכגון ההוא שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני דהא אין כאן גדר עדות כלל רק בעד שאינו בגדר עדות ובכה"ג דאית ליה מיגו טוען וחוזר וטוען משא"כ היכא שהענין שהוא מגיד עליו אינו נוגע לעצמו כלל כ"א לאחרים בין שהוא מדברים הנוגעים בממון או באיסור כגון ההוא דאמר יש לי בנים והוא נאמן ע"ז שוב אינו נאמן בדבור השני לסתור דבריו הראשונים. וכן ההוא דאמר זה עבדי כו' אף דאית ליה מיגו דאין המיגו מועיל רק לגביה דנפשיה ולא לגבי דאחרים ועדים שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות שנאמנים במיגו שאני דאין זה הכחשה גמורה לדבריהם הראשונים אלא שנותנים אמתלא לדבריהם הראשונים שאנוסים היו הרי נאמנים במיגו על אמתלא שלהם. אלא שצ"ע משו"ת הר"ן סימן מ"ז שכתב שאפילו בעדות אשה אע"פ שהגיד חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד אע"פ שמכחיש דבריו הראשונים. ואע"ג דהר"ן דהתם מיירי באם אמר תחלה לא מת ואח"כ אמר בב"ד שמת אלא דמ"מ הוי ס"ד כיון דבעדות אשה א"צ שיעיד בב"ד עדותו חוץ לב"ד שאומר לא מת כאלו העיד בב"ד ולכך כתב דבכה"ג אינו יכול לחזור ולהעיד בב"ד:

אך ז"א דמשמע התם דבכל גוונא יכול לחזור ולהעיד בב"ד ולומר אסור על מה שהעיד מתחלה היתר שהרי הביא ראי' מתוספתא דאיתא עדים שהעידו בין לטמא כו' עד שלא נחקרה עדותם בב"ד אמרו מבודים היינו הרי אילו נאמנים כו' הרי שכללו כאן כל מיני עדיות אפילו אותן שא"צ שיהיה נעשים בפני ב"ד שהרי שנינו בין לאסור ובין להתיר כו' וא"כ צ"ע בההיא דאמר זה עבדי כו' דמשמע אף שלא בב"ד ואין נראה לחלק בין ההוא דהתם דכתיב יכיר אז לא מהני חזרה אח"כ אף שהכיר תחלה חוץ לב"ד משא"כ בשאר מיני עדיות שנאמנים באמירתם שלא בב"ד שאין נראה לחלק בכך. וגם צ"ע מדברי הרמב"ן במלחמות דלעיל ביש לי בנים כו' דמשמע אף שלא בב"ד. ואפשר לומר דדוקא אם עדות החזרה שלו היה בב"ד שפיר נאמן במה שאומר בב"ד טפי ממה שאמר תחלה חוץ לב"ד אע"פ שמכחיש דבריו הראשונים כמ"ש הר"ן שם לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד משא"כ היכא שגם דבריו האחרונים היה חוץ לב"ד אין כח באחרונים לבטל הראשונים דמאי חזית דסמכת אהני שאמר אח"כ סמוך אהני שאמר מתחילה. אך מדברי הרמב"ן והנימוקי יוסף דנקטי בלישנייהו טעמא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' משמע שאנו תופסין דבריו הראשונים לעיקר בכל גווני כאילו העיד בב"ד ומדבריהם נראה דס"ל כמ"ש בשו"ת ב"י בדיני עגונות סימן זיי"ן דהא דנאמנים

לומר מבודין היינו דוקא בשאר עדות שאע"פ שהגיד עדותו בפני ב"ד. אין ב"ד דנין באותו עדות עד שישמעו אותו מפיהם מש"ה כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד אין כאן עדות כלל הילכך יכולין לומר מבודין היינו אבל עדות אשה כיון שהוא משונה משאר עדיות דעד מפי עד כשר בו ואין ב"ד צריכין לשמוע מפי העד הראשון כיון שיצא העדות מפיו בפני העד השני הוי כשאר עדות שנחקרה בב"ד כיון דאין ב"ד צריכין לשמוע מפיהם אינם יכולים לחזור בהם כו' עכ"ל:

וא"כ גם בההיא דאומר זה עבדי או באומר יש לי בנים כיון שאם שני עדים מעידים ששמעו כן מפיו סגי בהכי ואין בזה משום עד מפי עד שפיר אמרינן בזה דאין חוזר ומגיד. ודברי הב"י בזה מובאין בקצרה בק"ע ע"ש וצ"ע על הב"י שלא הזכיר מדברי הר"ן ומ"ש הר"ן ראיה מהתוספתא שכלל כל עדיות אפי' אותן שא"צ ב"ד שהרי שנינו בין לאסור ובין להתיר כו' וכתב שזה ראיה שאין עליו תשובה י"ל דהב"י ס"ל דלדין יש תשובה דהתם מיירי בגוונא שבאים לאסור דבר דאתחזק התירא או להתיר דבר דאתחזק איסורא וע"ז דווקא צריך שני עדים להוציא מחזקתו ואז יכולין לחזור משם קודם שנחקרה עדותן בב"ד ואף להפוסקים הסוברים דע"א נאמן באתחזק איסורא מ"מ לפעמים אינו נאמן כגון בדבר שבערוה וכיוצא בו. ובכה"ג הוא דאמרי' שיכולין לומר מבודין. אבל בדבר שא"צ ב"ד כלל לא שייך הך דעד שלא נחקרה כלל ומסייע ליה להב"י דברי הרמב"ן והנ"י דלעיל ודאתין עליו בנ"ד שאנו דנין על מה שהחזיק שמו מתחלה ועתה רוצה לחזור בו ולומר מבודה הייתי אם עדותו מועיל לגבי אחרים לכאורה נראה שאין מועיל לסתור דבריו הראשונים ולאפוקי מחזקה ואפילו אי אית ליה מיגו דלא מהני לסתור החזקה שהחזקנו מתחלה שכך שמו נקרא ומכ"ש דאין זה מגו גמורה וכבר כתבתי שנראה בנ"ד שהוחזק שמו בעיר כמה שנים בעליה לתורה ושטרות כנחקר בב"ד דמי וגם אמתלא לא מהני בכה"ג דהוי כעדות אלא שיש מקום לומר דכיון דאית ליה מיגו שפיר נאמן על האמתלא אף בההיא דעדים וכההוא דאנוסים מחמת נפשות דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים במיגו:

אבל כבר כתבתי דשאני התם שאינו סותר דבריו הראשונים כלל רק שאומר טעם למה הוצרך לעשות כן משא"כ הכא שהוא סותר דבריו הראשונים ואפילו תימא דגם בכה"ג נאמן במיגו על אמתלא שלו שעשה כן לפי שהיה לו אשה אחרת כבר כתבתי דמהרי"ט כתב דלא כל מה שיטעון אדם נקרא אמתלא רק מלתא דמסתברא ובגוונו שיש לו לדאוג פן בחוץ יתגלה קלונו אין זה אמתלא וא"כ בגוונא דנ"ד שאמתלא שלו בעשה מעשה רשע לישא אשה על אשתו ולעבור על חרם רגמ"ה אין זה אמתלא וכן בשו"ת מהר"א

בן חיים סימן ל"ז כתב שאם באנו לומר מדחוזר ומגיד מטעם שהוא נותן טעם לדבריו על מה שאמר תחלה בפני ב"ד שלא היה יודע מפני שהכעיסוהו כו' ומפני זה חרה אפו וכבש עדותו דומיא מאי דאיתא בגמרא באשה שאמרה שהיתה מקודשת וחזרה ואמרה פנויה אני כו' גם ז"א דדוקא התם דלא עבדה איסורא במה שאמרה מקודשת כו' כי עביד איניש למיעבד כה"ג משום אמתלא אבל במידי דאיכא איסורא כגון כובש עדותו דאיכא דאם לא יגיד ואפילו את"ל דלא משמע לאינשי דאיכא איסורא בהכי מ"מ לא נעלם מהם דודאי לאו שפיר עביד לכבוש עדותו כל כה"ג נראה דלא מהני אמתלא כלל. וכ"ש היכא שנגזר עליו בגזירת חרם ולא שת לבו גם לזאת. ואמר שאינו יודע דודאי לא מהני אמתלא כלל לחזור ולהגיד. וכן יש לדקדק מההיא דהשביע עליו ה' פעמים כו' עכ"ל. ואף שאין הנדון דומה דהתם אינו נאמן לומר דבשביל אמתלא זו עביד איסורא משא"כ כאן דמה שאומר ששינה שמו ואין בזה איסור רק שהאיסור הוא בגוף האמתלא שאומר שרצה לעבור איסור ולכך שינה שמו אבל לא נהירא לחלק דס"ס יש לנו לומר דלא מהימן ליתן אמתלא גרועה כי האי דעביד איסורא וממילא שאין נאמן לומר ששינה שמו:

ועוד יש לדון דאף אם לא היה כאן ענין זה של שינוי השם מ"מ יש לדון אם נאמן לומר שהיו לו אשה במקום אחר כיון דהא קמן שהיה נשוי במקום זה ואין נאמן לומר שעבר על חרם רגמ"ה דהא אין אדם משים עצמו רשע ולא שייך פלגינן דיבורא ונאמר שלא הוא שנשא אשה אשר בק"ק לקאטש אלא אחר א"כ אין כאן עדות כלל שמת בעלה של האשה אשר בק"ק לקאטש כלל וע"כ בשאנו באין להתיר את האשה הזאת אנו צריכין לומר שזה שמת הוא בעל האשה והרי לפנינו שנשא אשה עליה במקום זה ג"כ וא"כ בודאי רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ומבואר בפוסקים דחרם רגמ"ה הוי איסור דאורייתא ורשע פסול לעדות אשה וכמבואר מהש"ס גבי הרגתיו דאי לא פלגינן דיבורא לא מהימן. ואפילו אם נימא שיש כאן מיגו וכמש"ל מ"מ הרי מבואר מדברי ספר כריתות שהבי' הש"ך סימן פ"ב דאף במיגו אינו נאמן במקום שמשים עצמו רשע:

איברא כי דברי ספר הכריתות והש"ך הם תמוהין לענ"ד כי מ"ש ראיה מפלוני רבעני לרצוני דלא מהימן במיגו דאי בעי אמר לאונסי ורוצה ללמוד מזה דלא מהימן למשויא נפשיה רשע במיגו שהיה אומר טענה דלא משויא נפשיה רשיע' וזה תימא שהרי טעמא דרב יוסף דאומר דלרצוני אין נאמן משום דאם נאמין לו הרי נעשה רשע דהא לא פלגינן דיבורא והתורה אמרה אל תשת רשע עד וא"כ פשיטא דלא מהני מיגו דהא אנן בעינן להרוג את הנפש על ידם ואפילו אלף מיגו לא יועילו בדבר שצריך עדים דלא אזלינן בתר אמתת הדבר כלל ואפילו קרובים כמשה ואהרן לא מהימני וכן לכל דבר הצריך

עדים לא מהני עד וצריך מיגו וזה פשוט. וכן מ"ש דהיכא שהטענה דעכשיו לא משויא נפשיה רשיעא אין נאמן במיגו שהיה טוען טענה שמשים עצמו רשע וראייתו מההיא דאם ירצה לומר מזיד הייתי הדברים צ"ע כמ"ש הש"ך דהא חכמים ס"ל דנאמן ומ"ש הש"ך שהרי כתבו התוס' וא"ת והאיך נאמן כו' לענ"ד תמוה דברור למעיין שאין קושיא מהתוס' אהא דנאמן במיגו כ"א על טענת המיגו דהאיך יהיה נאמן לטעון מזיד הייתי כיון דקיי"ל אין אדם מע"ר וא"כ אין לו להיות נאמן כלל באומר מזיד הייתי וא"כ פשיטא דלא שייך להאמינו במיגו דמזיד הייתי שהרי אף יאמר כן לא יהיה נאמן ואהא תירצו דודאי אם יאמר מזיד הייתי יש להאמינו כיון שאומר דרך תשובה כו' ולפיכך שייך שפיר מיגו וא"כ אדרבה היכא שאומר טענה שאין מע"ר בטענה זו ויש לו מיגו שהיה טוען טענה דמשויא נפשיה רשיעא והיה נאמן בה כגון באומר דרך תשובה שפיר הוא נאמן במיגו ובענין אחר לא משכחת שיהיה שייכות מיגו כיון דלא מהימן כלל למשויא נפשיה רשיעא ובמקום שהוא נאמן באמת אמרינן מיגו כדמוכח מההיא דאם ירצה לומר מזיד הייתי אך בתוס' דכריתות שם קודם לזה כתבו דאינו נאמן במיגו שיטעון טענה דמשויא נפשיה רשיעא והביאו ראיה מקידושין ולכך כתבו דהך מה אם ירצה כו' היינו דמתרצינן דיבוריה שכך היה דעתו ע"ש:

אך בתוס' דב"מ פירשו ג"כ טעמא דמתרץ דיבורא משום דאל"כ הוי מיגו במקום עדים והשמיטו הקושיא שהקשו בכריתות דאין זה מיגו דלא משים אינש נפשיה רשיעא משמע דמהימן בכה"ג אע"פ שהטענה שטוען משים עצמו רשע. אלא דהוה קשיא שלא יהא נאמן על אותה טענה עצמו ולזה כתבו דדרך תשובה שאני וכיון שנאמן בזה שוב שפיר מצינן לתרץ דיבוריה ואפשר שגם אם הוה שייכות מיגו כגון שאינו במקום עדות שפיר נאמן ואם כן תימא על הש"ך שהביא מדברי התוס' דב"מ וכריתות בהך ק"ו דאיך נאמן לומר מזיד כו' דלא הו"ל לאתויי מהא רק ממ"ש התוס' בכריתות קודם לזה וכמ"ש וגם על ספר כריתות שהביא ראיה מזה צ"ע דנהי שהתוס' שם כתבו כן מחמת ראייתם מקידושין מ"מ מדברי הש"ס דכריתות גבי אמרו לו שנים כו' אין הכרח לומר כלל שלא יהיה נאמן בכה"ג במיגו ומצאתי בספר כנה"ג ח"מ סימן פ"ב כתב לפרש דברי ספר כריתות משום דקשיא ליה אהדדי הך דקידושין ודכריתות ע"ש ודבריו דחוקים ועכ"פ לענין דינא מבואר דלפי מה דאמרינן אין אדם מע"ר אינו נאמן אף אם מפרש דבריו כן וא"כ צ"ע אם נאמן במאי שאומר שהיה לו אשה אחרת כלל ולפי מה דכתיבנא לעיל דאיכא למימר שיש לו מיגו שהיה אומר שהיה יודע שמת בעלה של אשה זו א"כ י"ל לפי מ"ש בכנה"ג בשם מהריב"ל שלדעת הרשב"א אם יש לו מיגו נאמן אע"פ שבטענה

של עכשיו מע"ר א"כ שפיר מהימן בנ"ד ואפילו את"ל דאין זה מיגו דאפשר שלא בא להתיר רק להתוודה דרך תשובה ובכה"ג לא שייך מיגו מ"מ שפיר נאמן דממ"נ אם הוא דרך עדות להתיר האשה שייך מיגו ואם אינו דרך עדות רק דרך וידוי ותשובה פשיטא ופשיטא דלא שייך לחושדו שישקר ויתוודה ויאחז דבר שקר ואדרבה בכה"ג אפילו במקום שמשים עצמו רשע נאמן כמ"ש התוס' בכריתות ובב"מ אלא שצ"ע שנלענ"ד דע"כ לא קאמרי התוס' התם דכל כה"ג שפיר נאמן אלא לגבי עצמו שלא נכוף אותו להביא קרבן שהרי הוא צווח שמזיד היה ואין רוצה להביא חולין לעזרה ומ"מ אם היינו דנין אם נפסל לעדות עפי"ז שאומר מזיד הייתי פשיטא שאין נפסל ע"פ עצמו אף באומר דרך תשובה וכן כל היכא שאנו צריכין לקחת מדבריו אלו איזה ענין שצריך להיות נאמן עליו בתורת עדות פשיטא דלא נפסל:

וראיתי בשו"ת מהרי"ט חלק י"ד סימן מ"ח שכתב בענין שוחט שנשבע להפרד מאחיו ועתה אומר שהיה מושבע ועומד שלא להפרד שאינו נאמן כדאמרינן בכתובות דאנוסין מחמת ממון א"נ דאין אדם מע"ר ומיהו איכא למימר דדוקא בבא להעיד על אחרים לא מקבלינן דבריו אבל לעצמו נאמן ואע"פ שלא יופסל על פיו מ"מ יכול להפטר משבועה בתרייתא בטענה זו ותדע דתנן בכריתות כו' ע"ש ומ"ש מהרי"ט שם דלפי מ"ש התוס' משום דמתרץ דיבוריה כו' כי אמר הכי נאמן אע"ג דמשים עצמו רשע ומה שהקשה התוס' דהא מע"ר היינו דאי הוה טעמא דנאמן במיגו דאין זה מיגו טוב כו' אבל לטעמא דמתרץ דיבוריה ניחא שהוא עצמו טוען כך ומקבלין הימנו עכ"ל. ודבריהם תמוהין לענ"ד שהמעיין בתוס' יראה שכוונתם כמ"ש דאף לטעמא דמתרץ דבורי' קשיא להו דהאיך נאמן אף אם יפרש דבריו כן ע"ש. ועכ"פ מבואר ממהרי"ט דלגבי אחרים א"נ אף בכה"ג שאומר שרוצה לחזור בתשובה לפי שנשבע לשקר ונעשה רשע לא מהימנינן ליה כלל וכן נראה מהך דאנוסין היינו מחמת ממון דאטו מי לא עסקינן שבאים לומר כן דרך תשובה ולהתוודות אשר חטאו בנפשותם להעיד שקר מחמת אונס ממון ורצונם לעכב שלא יצא התקלה מידם מכח אל הפועל ואפ"ה לא מהימני אע"פ שאין כת"י יוצא ממקום אחר ואית להו מיגו כיון שהם מעידים לגבי אחרים לא מפיהם אנו חיין להאמין להם במה שאומרים שיצאו מחזקת כשרותם פעם א' רק שעתה הם עוזבים ומתנגדים. וגם מבואר במהרי"ט שם דגם לגבי דנפשיה יועילו דבריו שלא להענישו לשעבר שמא עבר על שבועתו שהרי מסור לשמים אבל לעשותו לכתחלה בשאט נפש בטענה שמשים עצמו רשע אין שומעין לו כו' עכ"ל. וכעין זה כתבתי בביאור דברי התוס' דב"מ בק"א לשו"ת ב"ח החדשות דפוס קארעץ סימן פ"ד שנדפסו ת"ל ע"י ואז לא היה למראה עיני

דברי מהרי"ט הנ"ל ות"ל כוונתו לדעתו דהך דדרך תשובה לא מהני רק לגבי קרבן וכיוצא בו אבל מ"מ לגבי דידן אין אנו מעמידין על דבריו כלום כיון שאומר שנעשה רשע פ"א ומוציא עצמו מחזקת כשרות אינו נאמן. וכן נראה לדברי התוספות ביבמות דף ך"ה שכתבו שאין לנו לכופו ולהביא חולין בעזרה לפי דבריו כו' ע"ש ובתשו' מהר"י הלוי סימן נראה מדבריו דכל שאומר דרך תשובה שפיר נאמן להשים עצמו רשע. ולענ"ד ז"א וכן מוכח לענ"ד ביבמות דף כ"ה דאמרינן והתניא אמרו לו לרבי יהודה מעשה בליסטים א' שיצא להרג כו' ואמר להם לכו אמרו לה לאשת שמעון בן כהן אני הרגתי את בעלה כו' והשיאו את אשתו ואם נימא דדרך תשובה מהני הוי ליה לדחויי דהתם היו דבריו אלו בדרך תשובה וכדי שלא תעגן האשה שנהרג בעלה על ידו הודה בהריגתו ודוחק לומר שהיה ידוע להם דעובדא זו לא היה בדרך תשובה אלא משמע דבכל גווני לא מהני כיון דעכ"פ משים עצמו רשע וכן מוכח מדברי הנ"י בב"ב שאביא דבריו לקמן ושאר מפורשים דבכל גווני אמרינן אין אדם מע"ר. ומדברי הש"ס אלו מוכח לכאורה דאף במקום מיגו אין אדם מע"ר דאל"כ אין משם ראיה דדלמא התם טעמא משום דנאמן במיגו דאי בעי הוה אמר יודע אני שמת בעלה של אשה זו וא"ל דשאני התם דלסטים היו. וגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה ז"א דא"כ מה הקשו לרבי יהודה. דלרבנן מי ניחא דנהי דנימא פלגינן דיבורי' והוה כאומר שאחרים הרגו מ"מ הא בלא"ה פסול לעדות הוא אע"כ דאע"ג דלפי מה דס"ד לרבנן ליסטים היה מ"מ לא נתברר בעדים כשרים לפני ב"ד ישראל שהם ליסטים וגם לפי הס"ד דפריך והא יוצא ליהרג קתני ג"כ ידע דלאו ליהרג ע"פ ב"ד ישראל מיירי רק דהוה ס"ד דגם ב"ד של א"ה דייקי וקטלי ולזה משני דב"ד של א"ה לא דייקי וקטלי אבל מ"מ לא מיירי בגוונא שנתברר בב"ד של ישראל ונגמר דינו להריגה דלפמ"ש קשה אליבא דר' מנשה מ"מ מאי טעמייהו דרבנן דנהי דנפלוג הך דיבורא מ"מ הא פסול הוא בלא"ה שהרי רוצח הוא בודאי אע"כ כמ"ש וא"כ מוכח דבכה"ג אף מיגו לא מהני:

ולכאורה יש לדון ולעיין בהא דנאמן אדם לומר בני זה בן גרושה או בן חלוצה דהא אין אמע"ר ולא שייך בזה פלגינן דיבורא דאם הוא מאחר א"כ אין ליתן עליו דין חלל מפסולי כהונה כלל. וגם דהא ר"י קאמר לה ואיהו לא ס"ל פלגינן דיבורא כמבואר ביבמות דף ך"ה והנה בקידושין דף ע"ח אההי' דזה בני ממזר פירש"י שנולד לו מחייבי כריתות. והפ"י שם הוקש' דבכה"ג ודאי לא מהימן דהא א"א מע"ר וכתב דמיירי שנותן אמתלא לדבר שלא ידע שאסור לו בח"כ ובספר המקנה שם כתב דלא על רש"י תלונתו דכמו כן קשה אהא דקאמר ר"י דנאמן לומר בני זה הוא בן גרושה כו' וכ"ש לפירוש רבינו

אלי' בתוספת דף ע"ד דקרא דיכיר קאי על בן השנואה ודוחק גדול לאוקמי קרא בשוגג וצ"ל דמיירי בידוע שבן השנואה הוא הבכור כמשמעות הכתוב וכן במתני' מיירי בכה"ג שידוע שאשתו היא מח"כ רק שאין ידוע אם הוא בנה כו' ע"ש. ולדבריו צ"ע ביבמות דף מ"ז דקאמר ומי אמר ר"י אבנו לא מהימן והתניא יכיר יכירנו לאחרים כו' ומאי קושיא דלמא ע"כ לא קאמר ר"י אלא היכא דודאי חד מינייהו בן גרושה היא אז האמינתו התורה לברר מי הוא כיון דאתחזק ביניייהו חד דב"ג הוא משא"כ היכא שרוצה לפסול הבנים לעשותם כנכרים ולא איתחזק איסורא כלל אפילו חד אלא ע"כ דהש"ס משמע לי' דר"י בכל גווני מיירי. ובעיקר הקושיא כבר עמד ע"ז בנימוקי יוסף בב"ב פרק יש נוחלין וז"ל וא"ת האיך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חליצה יש לומר כגון שאומר שוגג הייתי ובאומר על בנו ממזר אין אשתו נאסרת שיפסלו הבנים שיהי' אח"כ משום בני זונה דאיסור שוגגת הוי ואינה נפסלת באשת ישראל כו' הריטב"א ז"ל עכ"ל. והוא כדברי הפ"י ומ"מ מ"ש הנ"י שאין נפסלין הבנים שיהי' אח"כ משום בני זונה צ"ע דהא אפילו אם היא מזיד' קיי"ל ביבמות דף מ"ט הכל מודים בבא על הסוטה שאין הוולד ממזר. ואפשר דס"ל כדעת ר"ת שם בתוספת ד"ה סוטה שכתבו דר"ח סובר דממזר מדרבנן הוי ואפשר דגם לדעת החולקים על ר"ח י"ל דמ"מ פגום לכהונה מיהא הוי ואע"ג דדעת הב"ש באה"ע סימן ד' ס"ק ך"ה שהבנים הנולדים אח"כ כשרים אפילו לכהונה ע"ש:

וכן הוא באמת דעת הרשב"א ביבמות דף פ"ה ע"ש שמוכיח כן מרש"י מ"מ דעת הים של שלמה בפרק ד' אחין ובפרק החולץ סימן ל"ט דפגום מיהא הוי מק"ו דאלמנה לכ"ג ע"ש וא"כ אפשר שזה דעת הריטב"א ג"כ כמבואר מדבריו שכתב ואפילו אמר שהי' מזידה א"נ להפסידה כתובתה לא על הבנים שילדה אח"כ לפוסלם לכהונה ולפי שאינו מענינינו קצרתי. ולפ"ז בנ"ד נמי י"ל דאע"ג שנשא אשה במקום אחר ומשים עצמו רשע ולא שייך פלגינן דיבוריה מ"מ י"ל דפלגינן דיבוריה שלא נעשה רשע ושוגג הי' בזה שלא יודע שיש בזה חרם רגמ"ה ועבירה היא בידו רק הי' סובר שמה שמכין ועונשין מי שנושא לו נשים שתים אינו אלא סייג ומנהג בעלמא שנהגו כן וא"כ אינו משים עצמו רשע באמירה זו. ואע"ג דהנ"י מיירי בגוונא שאומר כן בפירוש ששוגג הי' מ"מ י"ל דגם בסתמא לא משוינן ליה רשיעא ומוקמינן ליה בחזקת כשרות דלא עבר במזיד על החרם רק שוגג היה דאיכא אינשי דמשמע להו דליכא איסור בה כי כיון ששאתו לא מצאה חן בעיניו ובקושי יכול לרצות' לגרשה סבור שבדין הוא עושה מה שהולך למקום שאין מכירין ונושא אשה שם. וגם כיון דאיכא דיעות דבזה"ז אין לכוף מי שעבר על חרם רגמ"ה מאחר שכבר נשלם האלף החמישי ואע"פ שאין נוהגין כן מבואר בב"ש

שם דאין זה אלא כדברים המותרים ואחרים נהגו איסור ובמקום ספק מעמידין על דין תורה ע"ש. ומבואר בה' קידושין סימן דהיכא דאיכא פלוגתא לא שייך אדם יודע כו' אפילו אי תימא דזה הוא מלתא דלא שכיחא שיהיה שוגג בדבר זה ולא ידע שיש חרם בדבר מ"מ הוא באמת לאחר אלף החמישי והגזירה כבר בטלה ואינו רק מנהג שנהגו להאמין כמבואר בד"מ וגם מבואר שם דאינו אלא תקנה בעלמא ובשל סופרים הלך אחר המיקל וכ"ש בתקנה בעלמא כו' אלמא דמיקל בהך מילתא, ועיין בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ב' שכתב שנחלקו חכמים אי הוי דאורייתא או דרבנן ולא הכריע בזה ואין להאריך. דבכאן עכ"פ י"ל ששגג בדבר או ידע בנפשו שהוא מן הדין לגרשה ואינה רוצה ליקח גט ממנו דבכה"ג לא תיקן רגמ"ה כמבואר בש"ע או יש לדונו לזכות בשמיעה ששמע שמתה אשתו ולכך נשא אחרת ואע"פ שנודע לו אח"כ כי עודנה חי' היה סובר שאין בזה עון אשר חטא וכיון דאיכא כמה גווני דאפשר שאין נעשה רשע ע"פ הדברים האלה שפיר אמרינן פלגינן דיבורא. ועיין בשו"ת הרשב"א סימן אלף רל"ז גבי אני באתי על אשתו] (אשתי) כו' שכתב דלא פלגינן דיבורה כו' וא"ת אכתי אפשר לאונסו וכגון שנתקשה כו' לא הוא דדבר רחוק הוא זה ובהא לא אמרינן פלגינן דיבוריה כו' ובהרגתיו אמרינן לא לרצונו אלא לאונסו א"נ בשוגג עכ"ל. וצ"ע דלמה לא נימא גם באני באתי על אשתך דהיינו בשוגג וא"ל דלא שכיח שיהיה שוגג באיסור א"א מ"מ שפיר י"ל ששגג וכסבור אשתו זאת וכההיא דיבמות דף ל"ג שהוחלפו נשותיהן כו'. ואפשר דס"ל דגם זה לא שכיח ולא פלגינן דיבורא בכה"ג וצ"ע. שוב מצאתי בשו"ת נ"ב סימן ע"ב שהרגיש בזה וכתב דהתם לענין קטלא מיירי שצריך התראה ע"ש בדף פ"ה. וגם באו"ת סימן ל"ד כתב כזאת ע"ש. ועכ"פ בנ"ד שפיר י"ל כמ"ש ועוד י"ל אחר שאבאר פלוגתא דר"י ורבא בענין פלגינן דיבורא דר"י סבר דלא פלגינן דיבורא ולכך קאמר רשע הוא והתורה אמרה כו' וכוונת הדברים דודאי גם רב יוסף אזיל ומודה שאין אדם נפסל ע"פ עצמו והוא כשר מכאן ולהבא לכל עדיות שבתורה אלא שעל עדות זה עצמו אין מקום להכשירו כיון שבאותו דיבור עצמו אמר שרבעו לרצונו וא"א לנו לקחת מדבריו מקצת מה שמועיל להעיד על אחרים ולהניח המקצת מה שהוא מעיד על עצמו אלא אם אנו באין לדון על פי עדות זה אנו צריכים לקבל העדות בשלימות וא"כ נלמד ממנו שזה הוא רשע והרי הוא פסול לעדות וממילא שהעדות בטל ולדעת רבא סובר כיון דמה שהוא מעיד לפסול את עצמו אינו עדות לפי שאדם קרוב אצל עצמו א"כ אין מקום חשש פסול עדות מחמת רשע שאין אנו לומדים מתוך דבריו רק מה שהוא מעיד על אחרים ולא מה שהוא מעיד על עצמו אף על פי שבדבור אחד היו הנדברים מ"מ פלגינן דיבורא והדברים פשוטים

בסוגיא שם. ולפ"ז בנ"ד נראה דאפילו אם היו מתברר לנו שכדבריו כן הוא שנשה אשה על אשתו מ"מ לא נפסל לעדות בשביל זה כמבואר בש"ע ח"מ סימן ל"ד שכל שרוב העם אין יודעין שהעושה דבר זה הוא פסול לעדות מדרבנן כשר לעדות אשה. ועוד דאפילו החשוד על העריות לדברי הפוסקים כר"נ בסנהד' דף כ"ו אינו פסול לעדות רק על עדות אשה לאפוקה הוי חשוד מדרבנן כמבואר בח"מ וב"ש באה"ע סימן מ"ב וכאן פשיטא דשייך נמי האי טעמא דיצרו תקפו במה שנשא אשה על אשתו ולא נפסל לעדות משום זה ואפילו מדרבנן דהתם קאמר הטעם דא"נ לומר מת בעלה או גירשה לשוי' פנויה דתיהוי שכיחא ליה משא"כ בנ"ד נראה דלא שייך הא מלתא כלל:

אך דבאמת אף לדעת רב ששת וכך דעת הפוסקים מ"מ דוקא בערוה דאורייתא מה שא"כ בדרבנן דקיי"ל דכשר לעדות אשה וא"כ לדעת רב יוסף דס"ל שאנו לוקחין כל כמות שהוא אלא דמ"מ פסול משום דרשע פסול לעדות א"כ בנ"ד דאין כאן פסול עדות מחמת זה שפיר אנו מכשירין כל העדות כמות שהוא:

וכן מבואר ביבמות דרב יוסף ס"ל דגזלן דאורייתא נמי כשר לעדות אשה ולכך בהרגתיו תנשא אשתו. וא"כ אף דאנן קיימא לן דגזלן דאורייתא פסול מ"מ כאן דאין כאן רק דרבנן שפיר מהני עדותן אך דלדעת רבא דס"ל שאין אדם משים עצמו רשע ואין אנו יכולין להשתמש בענין עדות זה מה שהוא מעיד על עצמו שנעשה רשע ולכך במקום דשייך פלגינן דיבורא מהימן. ולפי"ז לכאורה הוי איפכא אליבא דר"י דלדידיה בגוונא דנ"ד דלא שייך פלגינן דיבורא לא מהימן לפי שא"א לנו לתפוס דבור זה שמשים עצמו רשע לאמת כלל ואנן כדרבא קיי"ל בהא כמבואר בדוכתי טובי וכבר כתבתי לעיל דאפי' במקום מיגו י"ל דלא מהימן וראיתי בדברי הגאון נ"ב סימן הנ"ל בד"ה והנה הא דפשוט כו' שכתב דלרב יוסף אמרי' מתוך שנאמן על חבירו נאמן על עצמו אלא דפסול משום רשע וכו' וכן הוא לרבא היכא דלא פלגינן דיבורא נאמן על הכל משום מתוך אלא שעדותו פסול משום רשע כו':

ולכן כתבתי היכא שהעדים התוודו ושבו בתשובה שפיר נאמנים ולכן כתב שם אח"כ לתרץ דברי הרשב"א גבי הודה החשוד שזינה עמה דשם מיירי בסוטה דפסולין נאמנין מלבד פסולי עדות דאורייתא מטעם דמשקרים כו' ע"ש והוא תמוה מאוד דהא רבי יהודה סובר הרגתיו לא תנשא אשתו משום דס"ל לא פלגינן דיבורא. אע"ג דאין פסול לעדות אשה רק פסולין דאורייתא. וכבר הקשינו זה להגאון ז"ל בחייו והשיב לנו באריכות לחלק בין דינא דהרגתיו לדינו דהרשב"א ונעשה סניגרין לדבריו אבל קושטא דמלתא לענ"ד כדכתיבנא וגם לרב יוסף לא אמרינן מתוך כך כו' אלא כך אנו אומרים שא"א

לתפוס מקצת הדברים ולהניח מקצת הדברים וכשאנו תופסין כולם הרי נעשה רשע ורבא ס"ל דכמו דלעדות שאח"כ אינו נפסל עפ"י עצמו כמו כן לאותו עדות עצמו אין אנו חוששין לדברים אלו שמשים עצמו רשע ואינו נאמן עליהם ולכך שפיר הוא נאמן על שאר דברי עדות דפ"ד והיכא דליכא למימר פ"ד אינו נאמן כלל:

וזה מבואר ממ"ש לעיל בשם התוס' אהא דאם ירצה לומר מזיד הייתי דהא אין אמע"ר ועיין בדברי הר"ן בריש פרק שבועות העדות בשם הרשב"א שהקשה דאי במודה שהזיד דידע ולא העיד הא א"נ להשים עצמו רשע והר"ן שם תירץ דזה דוקא לענין פסול עדות ולא לענין לחייב עצמו ע"ש וכך מבואר מדברי הר"ן בכתובות בשם הראב"ד גבי משמשתו נדה כו' ועיין בק"א לשו"ת ב"ח החדשות וכך מבואר מדברי הפוסקים גבי טוען לקחת ריבית ולדעת קצת הפוסקים אפילו לפטור עצמו מממון א"נ להשים עצמו רשע ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק שהביא שם דברי הג"א דב"ק במעשה דפרג' כו' ע"ש ומ"ש שם לדמות הא דאנוסים מחמת ממון כו' להך דרבנן לענ"ד צ"ע דאין ענין עדות לטענת בע"ד דבטענת בע"ד לא שייך פ"ד גם צ"ע במ"ש שם כל ראייתו (חי') מהדא דאנוסים כו' ולקצר אני צריך. ועכ"פ הדבר מבואר דמה שאינו אומר לגבי עצמו רק לגבי אחרים ומשים עצמו רשע בעדותו אינו נאמן אך נלענ"ד דגם לרבא א"ש דהא עיקר טעמא דאין אדם מע"ר הוא משום דאדם קרוב אצל עצמו ואינו נאמן להוציא עצמו מחזקת כשרות שהיה בו תחלה וזה דוקא לענין שאר עדיות משא"כ בעדות אשה דקיי"ל אפילו קרוב נאמן דלאו מתורת עדות אתינן עלה אלא דהכי קים להו לחז"ל דלא משקר במדל"ג או דאיכא חזקה אשה דייקא ומנסבא ומהני חזקה זו להוציא אשה זו מחזקת חי וחזקת א"א א"כ ה"נ נאמן להשים עצמו רשע אע"ג דאדם קרוב אצל עצמו כיון דלגבי התועלת שיוצא ממנו להתיר אשה זו לא קפדינן אפסול קורבה ואע"ג דאין אנו פוסלין אותו בשביל זה לעדות על להבא מחמת פסול קורבה אצל עצמו מ"מ בעדות זו שפיר נאמן דהא רבא ס"ל דפ"ד ולא אמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה לדידיה ואין להקשות דהא גבי הרגתיו ס"ל לר' יהודה ל"ת אשתו משום דלא פ"ד ז"א דהתם נהי דנימא שיכול להשים עצמו רשע לענין עדות אשה שאין קורבה פוסל בה מ"מ הא שם בהרגתיו הו"ל רשע דאורייתא ופסול לעדות כדאמרינן התם אליבא דרב יוסף אבל רבנן ס"ל כרבא דפ"ד משום דמה שמעיד על עצמו שהוא רשע א"נ ע"ז ואע"ג דכתיבנא שלעדות אשה שפיר נאמן. היינו אם באנו להקל עליו מחמת עדות זה דהאמינו חכמים אפילו קרוב ואפילו עבד ואפילו שפחה והאשה עצמה נאמנת משא"כ לענין אם יש חומרא אי מכשרינין קרוב לעדות פשיטא דלא מהימן ולכך שפיר אמרינן אדם קרוב כו' ופ"ד ומכ"ש דא"ש לשיטת הראב"ד

דס"ל דהא דקאמר אדם קרוב אצל עצמו כו' היינו אע"ג דפרי' בהאי סהדותא מלתא דלא מהימן עליה מ"מ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתו כו' דהוא בע"ד ואינו בגדר עדות. ורב יוסף דס"ל דלא מהימן ס"ל דבאמת אין כאן ביטול מן העדות אפילו מקצתו דלגבי אחריני אנו משתמשין בכל העדות כמות שהוא אלא דמ"מ לא מהימן דהא נעשה רשע והתורה אמרה כו'. ורבא פליג וסובר דיש כאן ביטול מקצת העדות שאינו נאמן להשים עצמו רשע אלא דמ"מ לא אמרינן עדות שבטלה דבע"ד אינו בגדר עדות:

ולפי"ז צ"ל הא דס"ל לר"י דהרגתי דלא תנשא אשתו אין הטעם משום דכיון דלא מהימן על מה שעושה רשע ובטלה מקצתו בטל כולה דז"א דנהי דנימא דר"י לא ס"ל בהא כרבא דמה שמעיד על עצמו אינו בגדר עדות ופלגינן דיבורא אלא ס"ל דלא פלגינן דיבורא ובכל גווני בטל כולו. מ"מ אכתי קשה דלענין עדות אשה נראה דכ"ע מודו דלא אמרינן הך סברא דעדות שבטלה מקצתה דהא אין בזה גדר עדות כיון שאפילו עבד או אשה או שפחה נאמנים אלא הטעם הוה דר"י ס"ל כרב יוסף וכדאמרינן התם להדיא ולכך יש לפסול כל העדות משום שנעשה רשע והתורה אמרה כו':

ולפי"ז י"ל דגם אליבא דרבא אין הכרח למפלג דבורא ולבטל מה שאומר שנעשה רשע רק היכא שאנו רוצים לפסול העדות בשביל אמירתו שאומר שנעשה רשע ע"ז אנו אומרים שא"נ לפסול עצמו כי קרוב הוא לעצמו משא"כ אם אנו רוצים לקבל העדות בשלימות כמות שהוא שפיר אנו מקבלים אותו לגבי אחרים ואע"ג שא"א לקיים העדות במה שפוסל את עצמו מ"מ לא איכפת לן בהכי דהא לגביה דנפשיה אינו בגדר העדות ולא בטל העדות בשביל זה וגם דבעדות אשה לא אמרינן עדות שבטלה כו' וא"ל דהא כיון שנעשה רשע לא מהימן ז"א דכבר כתבתי דבנ"ד שלא נעשה רק רשע דרבנן שפיר כשר לעדות וגם יש לצדד בנ"ד ע"פ קצת פוסקים הביא דעתם באו"ת בכללי מיגו דס"ל דבאיסור דרבנן שפיר אמע"ר וכתב קצת ראיה מרש"י דמפרש פסולי עדות היינו משחק בקוביא ע"ש:

העולה ממה שכתבנו שאין חשש לפסול עדות זה בשביל שמעיד על עצמו שנעשה רשע. אלא שעדיין צריך למודעי כיון דעכ"פ כה"ג אמתלא גרועה היא במה שאומר שנשא אחרת ועבריינא הוה ומחמת זה שינה שמו וכבר כתבתי דבלא"ה לכאורה נראה דכל שידוע לנו ששמו ראובן והוחזק כך זמן רב שאינו נאמן לסתור החזקה ולא דמי לשו"ת הר"ן שהועד עליו שקודם מעשה אמר שבדעתו לעשות כן ומצאתי בשו"ת פנים מאירות חלק בי"ת סימן קי"ג וקי"ד דאיתא שם עובדא כה"ג בא' שאמר קודם מותו שהוא ממקום פלוני ויש לו שם אשה ובן זכר והגיד שמו ר' יחזקאל בר' יהודה. ובאמת בעל של האשה

היה נקרא במקומו בשם החול העם ושמו הקודש יחזקי' וכתב שם הרב מוה' משה ברודא שבעדות זה יש לפקפק הרבה ואין כדאי להתירה אחרי ששמו החול העם לא הזכירה האשה המעידה ע"ז וגם שמו הקודש חזקי' והיא אומרת שאמר לה ששמו יחזקאל. והפמ"א השיב לו שיש מקום לצדד ע"פ עדות זה דגם בגט כה"ג אם א' שהיה שמו ראובן יצא למקום אחר וקרא שמו שמעון אם אין בעיר שהלך ממנה אשה אחרת ששמה כשם המבואר בגט תולין באיש זה שיצא ושינה שמו דלא נחשדו ישראל להכשיל ולקלקל אשת ישראל במזיד כו' ואם בגיטין כך ק"ו לענין עגונה כיון שלא יצא משם רק זה האיש בעלה של אשה זו ששמו העס אמרינן שהחזיק עצמו בשם אחר מטעם שכתב הרא"ש שכן דרך בני אדם הגולין ממקומם מחמת ממון או מחמת מרדין שמשנים שמם פן יחקרו מקום חנייתו ומתוך העדות שהגידו בבאמבורג ניכר שהיה בעל פליטה מחמת ממון ואמרינן שזהו בעלה של אשה זו ואף שלא הזכיר שם האשה מ"מ כיון דהזכיר שם מקומו ולא משתכח שם אחרת שבעלה יצא למרחקים ולא בא כ"א זה בודאי הוא בעלה של זו שהחזיק עצמו בשם אחר ואף שלא הוחזק בשם שלשים יום דזה הוי כמו בשעת הסכנה דכותבין אע"פ שאין מכירין ולא הוחזק אפ"ה כותבין וה"ה הכא כו' עכ"ל. והנה מה שכתב שם מסוגי' דגיטין בהא דאמרינן והוא דאתחזק בתרי שמא כו' והאריך בזה ומזה הוציא דינו דבגיטין כה"ג מגרשין אשתו אע"פ שאין ידוע ששינה שמו אמרינן דמסתמא שינה שמו נפלאתי מאוד שבמחילה מכ"ת הפריז על המדה להקל בזה ואדרבא נראה מדברי הש"ס והפוסקים להיפך והדבר ברור שלא היה סומך למעשה להקל בזה אף בעגונה אם לא מטעמים שכתב אח"כ די"ל דחזקאל היא כינוי לחזקיה כו' וגם שעדים העידו שהאשה הפונדקית הגידה שאמר ששמו העם אע"פ שהיא מכחשת אותה האריך לצדד היתרים בזה אבל לסמוך על דבר זה לבד לומר ששינה שמו קשה לסמוך ע"ז וגם דהתם היה ידוע שברח מחמת ממון כמבואר מדברי העדות וכמ"ש הפמ"א שם אלא הא דבנ"ד עדיפא שהאשה מגדת שע"א אמר ששמע ממנו ששינה שמו במתכוון ומ"מ גרע בצד אחד במה שהוחזק שמו זמן רב בשם זה ותימה על הפמ"א במ"ש ואף שלא החזיק בשם זה ל' יום כו' ונהפוך הוא דודאי מגרע גרע אם היה מוחזק ל' יום בשם אחר ממה שהיה דש בעירו. גם מ"ש דזה הוי כשעת הסכנה כו' תמוה ואין להאריך:

ומה שנלענ"ד לצדד בזה להתיר בנ"ד אע"ג דחזקה על אדם שאינו משנה שמו ולהחזיקו זמן רב שלא נאמרו הדברים אלא לענין גיטין או לענין ממון דבזה אנו הולכין אחר החזקה משא"כ בעדות אשה דאפילו עד א' ואפילו עבד ושפחה והאשה עצמה נאמנת אע"ג דאיכא חזקת חיים דבעל וגם חזקת א"א משום עגונה אקילו רבנן וסמכו שמתוך

חומר כו' חזקה אשה דייקא ומנסבא או משום מלתא דעל"ג ולא אזלינן בעגונה בתר חזקות אלו כלל דקים להו לחז"ל דחזקה דאשה דייקא עדיפא וא"כ מה לי תרי חזקה או תלתא חזקה. ואע"ג דבעירובין דף ל"ו קאמר רבא התם תרי חזקה הכא חדא חזקה נראה דהיינו דוקא היכא דלא הכריעו חכמים דהך חזקה עדיפא וכגון התם דמיירי בנגע בא' בלילה וב' אומרים שמת קודם שנגע וב' אומרים שמת אח"כ כיון דאיכא חזקת חי וחזקת טהרות הנוגע מטהרינן ליה משא"כ בחד חזקה לא מרעינן סהדי ואזלינן לחומרא משא"כ היכא דהכריעו חכמים דהך חזקה עדיפא מחזקה אחריתי אע"ג דבעלמא לא אמרינן אוקי חזקה נגד חזקה מכל מקום בהא קים להו דקושטא הכי הוא אין הפרש בין תרי חזקה לתלתא בזה שהרי העדיפו חכמים הך חזקה דאשה דייקא לגבי חזקה אחרינא. אך צ"ע דבאמת הא מלתא גופא טעמא בעי דנהי דחזקה דאשה דייקא מחשב חזקה לאורעי חזקה וכמ"ש התוס' בכתובות דף ך"ב דחזקה אשה דייקא מרעא לחזקת א"א מ"מ מאי עדיפותא מחברייא אבל קושטא דמילתא הוא כמבואר בשו"ת מהרי"ף סימן ע"ב דלא אמרינן אוקי חזקה נגד חזקה אלא כגון חזקת הגוף כנגד חזקת ממון דחזקת הגוף הוא מטעם דאין לבדות הנולד וההשתנות כו' וכן הוא חזקת ממון אבל בחזקה שהכריעו החכמים מצד הסברא כגון חזקה דאין אדם פורע ת"ז או חזקה דאין האשה מעיזה כו' שפיר עדיפא מחזקת ממון וכה"ג ע"ש באורך. והשתא לפ"ז הדבר מבואר דלכך במקום דאיכא חזקה דאשה דייקא לא חשו חכמים לחזקת חי וחזקת א"א שהם אינם רק חזקה שאין לבדות הנולד והשתנות ואתי חזקה דאשה דייקא שהוא מצד הסברא ודחי לה:

ולפ"ז עדיין צ"ע בנ"ד דאנו חוששין לחזקה דלא חציף אינש לשנות שמו ל' יום ומכ"ש זמן רב והך חזקה ג"כ מצד הסברא אתינן עלה וא"כ מה מפיס אי הך חזקה דאשה דייקא עדיפא מחזקה דלא חציף לשנות שמו או איפכא ועל אמירת הבעל לבד פשיטא שאין מקום לסמוך להתיר אם לא מחמת חזקה דייקא. אך נלפענ"ד דלפי מ"ש שאם היה ידוע שנשא אשה במקום אחר שפיר הי' נאמן על אמירתו ששינה שמו דהיא אמתלא גמורה הוא וכמ"ש הרא"ש בההיא דיוסף וקורין לו יוחנן כו' שכן דרך הגולים כו' אלא עיקר החשש לפי שאין הדבר ידוע לנו אם נשא אשה במקום אחר אם כן אין כאן אמתלא הניכרת לב"ד שכדבריו כן הוא לזה שפיר מהני לן הך סברא דחזקה דייקא ומלתא דעל"ג שיהיה נאמן בדבריו אלו שהיה נשוי אשה במקום אחר ושינה שמו להתנכר וכבר כתבתי דאין חשש בזה משום אין אדם מע"ר דאפשר שיהיה בדרך היתר וממילא שאין כאן אמתלא גרוע כ"כ ג"כ ומכ"ש בזה דאיכא מיגו. ומצורף לזה י"ל דכיון שהיה דבריו אלה

סמוך למיתה יש לנו לומר שחזקה על אדם מישראל שלא ידבר כזב בעת ההוא ויכשיל ויקלקל אשה אחת הרחוקה משם מרחק רב ואין לו עסק עמה וכיוצא בזה אמרו חז"ל אין אדם משטה בשעת מיתה והנה נראה דבכה"ג שהוא הולך למות הוי חזקה דאין אדם חוטא ולא לו חזקה אלימתא הוא כיון דאין כאן חשדא שנעשה בערמא להתיר אשת חבירו בשביל איזה תועלת והנאה שיגיע לו מזה וכן מבואר מדברי הלבוש אה"ע סימן קכ"א גבי הא דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין משום דאימת מות עליו ולא יכשיל וכ"כ בהגהת פריש' שם טעם זה ואמנם הדבר תמוה לענ"ד דהא גם אהא דהלכו ולא מצאו שום אדם כו' המבואר ביבמות מייתי נמי הש"ס עלה הך מלתא דבשעת הסכנה כו' אלא עיקר הטעם כמ"ש רש"י דאם לא נקבל עדות זה תשאר עגונה כל ימיה וזה מיקרי שעת הסכנה אבל מ"מ הא קמן דהלבוש והגהת פרישה פירשו כן אלמא דמילי דסברא נינהו שלא יעשה אדם דבר כזה להכשיל בשעת מיתה. ובתשובה אחרת הבאתי סיוע לסברא זו מדברי הר"ן בגיטין פרק התקבל גבי הא דאמרינן גיטו כמתנתו כתב הר"ן וז"ל נ"ל דהכי קאמר מאן לימא לן דתנו לה רצה לומר דלמא רצה לשחק בה אלא וודאי דהיינו טעמא דקים לן שכל אלו מתיראין על מיתתן ואין אדם משט' ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו וכיון דטעמא משום הכי אף מתנתו בכל הני דלא צריך למיקנא כו' ע"ש וא"כ כיון דגיטין שהוא דבר שבערוה ולא שייך דייקא וכן בדבר שבממון אמרינן הך סברא ק"ו הדברים דבעדות מיתה יש להקל כמבואר בפוסקים בעגונה קיל טפי מעדות גיטין וממון וא"כ נראה דחזקה זו שהוא מצד הסברא היא עומדת לנו נגד חזקה דלא חציף לשנות שמו ובפרט שיש לתרץ החזקות וכמש"ל דחזקה זו אינה רק מצד הרוב אבל מ"מ איכא אינשי שהם גולין ממקומם מחמת ממון או מחמת מרדין משנים שמם וכמ"ש הרא"ש ומי יודע אולי במקומו הראשון במדינות ליטא אשר משם בא לק"ק לקאטש אזי שמו נקרא איצק וברח משם מחמת ממון או מחמת מרדין ושינה שמו לשם ליב וכאשר ברח משם לסמילע וידע שאין לו לפחד עוד אז החל לקרו' בשם איצק ואע"פ שאמר ששינה שמו במתכוין היינו ששינה שמו כאן ממה שהיה נקרא בק"ק לקאטש ואפילו תימא שהדברים כפשטן מ"מ כיון שאם נאמין שאמת בפיו שהיה נשוי אשה אחרת כיון שאימות מות נפלו עליו לא עביד לשקר ממילא שאין כאן סתירת החזקה של שינוי השם דבכה"ג שברח מעל אשתו דרכו בכך לשנות שמו וכמ"ש לעיל ומחמת חזקה דאין משקר בשעת מיתה אמרינן שאף ע"פ שרוב בני אדם אין דרכם בכך מ"מ הוא מן המיעוט וכמש"ל:

וא"ל דאכתי רובא וחזקה רובא עדיף ואפילו תימא סמוך מיעוטי לחזקה וה"ל פלגא ופלגא נלענ"ד דע"כ לא אמרינן הכי אלא גבי חזקה הבאה מחמת שאין לנו לבדות הנולד וההשתנות וכענין בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת וכל כיוצא בזה אמרינן סמנא מיעוטא לחזקה כו' משא"כ היכא שהחזקה הוא מצד הסברא כגון הך דנ"ד שפיר החזקה מחזקת את המיעוט ואמרינן כיון דלפעמים מתרמי הכי מסתמא קושטא קאמר וכבר כתבתי שמדעת הנ"ב נראה דע"א נאמן לברר המיעוט מתוך הרוב ואע"פ שכתבתי שאין נלענ"ד לומר כן בגוונא דנ"ד וכיוצא בו מ"מ בצירוף חזקה זו שאין מכשיל בשעת מיתה שפיר מסתבר לומר דמהימן בכה"ג ואפשר דבהכי א"ש גם החשש השני שכתבתי לעיל דאין אדם משים עצמו רשע שי"ל דבכה"ג שנפשו יודעת שהוא הולך למות שפיר מהימן אף בכה"ג אלא שזה צ"ע מהא דאמרינן התם אמרו לו לר"י מעשה בלסטים א' שהיה יוצא ליהרג כו' והשיאו את אשתו כו' ולכאורה מאי ראיה מהתם שהיה הולך למות לחזקה דלא משקר ושפיר מהימן אף היכא דמשים עצמו רשע אלא ע"כ דאף בכה"ג אינו נאמן דבכל גווני אמרינן כיון דלא פלגינן דיבורא אע"פ שנעשה רשע והתורה אמרה כו' ואין הפרש בזה בין הולך למות או לא דבכל גווני אמרינן רשע פסול לעדות אך דבנ"ד י"ל דלא נעשה רשע כמש"ל ולגבי חזקה דלא חציף לשנות שמו שפיר מהני לן הך חזקה דאין חשוד לשקר בשעת מיתה ואע"ג דבסוגיא דקידושין גבי מי שאמר בשעת מיתתו כו' משמע דאין זה מועיל מה שאמר בשעת מיתה וא"נ כל היכא דליכא מיגו דאי בעי פטר לה בגיטא י"ל דשאני התם דאיכא חזקה שאינו נאמן בדבורו להכחיש החזקה משא"כ כאן דהוה חזקה מכח רובא דעדיף לענין זה שאין זה סתירת הרוב די"ל שהוא מן המיעוט וכמש"ל ואע"ג דבעלמא רוב עדיף מחזקה כבר כתבתי שיש לחלק בזה אך שעדיין צ"ע מש"ס דב"ב דף קל"ד דמבואר שם דאפילו לקול בעלמא דאיכא סהדי חיישינן ולא אזלינן בתר אמירתו שאמר בשעת מיתתו וכן מוכח שם בהא דקאמר לפטור אשתו מן היבום מאי קמ"ל תנינא מי שאמר בשעת מיתתו כו' ואם איתא נימא דקמ"ל דאף שלא בשעת מיתה נאמן וכן פירש רשב"ם שם דבשעת מיתתו אורחא דמלתא נקט ע"ש וכ"כ הפ"י בקידושין ומ"מ נראה דאף שאין מקום לסמוך על הך חזקה לחוד מ"מ חזי לאצטרופי עם חזקה דאשה דייקא משא"כ בההיא דקידושין דלענין יבמה מיירי דאיכא למימר זמנין דסניא ליה ולא דייקא כמבואר ביבמות דף צ"ד ואע"פ שרוב הפוסקים דעתם דע"א נאמן ביבמה היינו משום דסמכינן אטעמא דמלתא דעל"ג וכמ"ש במקום אחר אבל באשה עגונה מבעלה דאיכא נמי חזקה דאשה דייקא שפיר מצרפינן להו בהדדי ואמרינן דקושטא קאמר שנשא אשה אחרת ושינה שמו להתנכר ואין לחוש בנ"ד משום דהוי

כמו ע"א בקטטא כיון שזה אומר שהרחיק נדוד ונשא אשה אחרת דז"א כמבואר בשו"ת חכם צבי סימן צ"ה וע"ש שכתב וז"ל וביותר בעדות יעקב וויזאל שא טורמיני הנזכר סמוך למיתתו אמר לאשתו עד עתה לא רציתי להגיד לך עתה תדעי שבנינו נהרג כו' דודאי בשעת מיתה לא משקר אינש ואין אדם חוטא ולא לו כו' ע"ש ודבריו מסייעים למ"ש שבשעת מיתה הוי חזקה שאין משקר וא"כ נראה דודאי חזי לאצטרופי לסתור החזקה דלא חציף אינש לשנות שמו:

העולה ממ"ש דמחמת ששינה שמו יש לצדד ולומר דנאמן ע"ז מחמת הני טעמי דכתיבנא כיון דאיכא חזקה אשה דייקא ומסייעה לה סברה דאין אדם משקר בשעת מיתה וגם דהך חזקה דלא חציף לשנות שמו לאו חזקה גמורה הוא דהא זמנין דעביד הכי כדרך הגולים ממקומם רק דרובא הוי וא"כ מהימן לברר שהוא מן המיעוט ומכ"ש שי"ל דאית ליה מיגו דאי בעי אמר מת בעלה וכמש"ל ואע"ג דהוי מיגו במקום חזקה מ"מ י"ל במקום חזקה כי האי שפיר אמרינן מיגו. וכן מצאתי בספר קרן אור. נדפס שם תשובה א' שהשיב מהור"ר יושע בעל המחבר פני יהושיע להמחבר הגאון מוהר"מ בעלזא וכתב שם כמש"ל וז"ל דוודאי אמרינן חזקה כי הנך דהא קיי"ל רוב' וחזקה רובא עדיף ואפילו במקום רובא אמרינן מיגו דהא קיי"ל כר"ג דמכשיר ברוב פסולין וכ"ש במקום חזקה אלא עיקר האיבעי' דאתי מכח סברא כגון חזקה דאין אדם טורח וכגון חזקה דאין אדם פורע דהנך חזקות נראה דתו ליכא ספקא במלתא כלל כדמשמע לישנא דאין אדם פורע כו' ואין אדם טורח כו' וחזקה כי האי עדיפא מכל החזקות ואפי' מרובא תדע דהא חזקת ממון עדיפא מכל הני חזקות ומרובא אבל בחזקה כי האי דאתי' מכח סברא עדיפא אפילו מחזקת ממון שהרי בחזקה דאין אדם כו' מוציאין ממון מחזקה אע"כ דעדיפא מכל הני ומש"ה איבעי' להו אי עדיפי אפילו מדין מיגו אי לא משא"כ האי חזקה דאונס ורצון לאו מהאי ענינה הוא דהא לא משכחינן לה מסברא בש"ס דידן אלא בירושלמי אמרינן דרוב אונס יש לו קול וכ"כ התו' דאונס לא שכיח וא"כ הו"ל חזקה דאתי מכח רובא כו' ע"ש והן הן הדברים שכתבתי ותיתי לי שכוונתי לדעת הגדול ז"ל. ועיין בשו"ת מהריב"ל ח"ג סימן ע"ט בשם הני' פרק ח"ה והמרדכי לענין טוען וחוזר וטוען דשפיר נאמן במיגו אף להכחיש דבריו הראשוני' ע"ש. אך בכה"ג בכללי מיגו כתב בשם הריב"ש סימן קצ"ג דאין נאמן להכחיש דבריו הראשונים. ועיינתי שם וראיתי שכתב וז"ל דכיון שהוא אומר נגד דבריו הראשונים א"נ במיגו דאנן סהדי דמשקר כדאמרי' פרק י"נ גבי אמר עבדי הוא כו' ואע"פ שהיה לנו להאמין כשאומר בני הוא במיגו שהיה יכול לתת לו נכסיו במתנה

אין מאמינין אותו שאין מיגו מועיל לסתור דבריו הראשונים ומה שנותן אמתלא לדבריו ואומר כי לא אמר כן אלא כדי להוציא מעות מחותנו:

איברא שיש כאן אמתלא שעשה המחאה ולא נתרצה כו' אבל אין אמתלא שאף אם נתרצה יעשה המחאה ההוא כדי להוציא מעותיו יחריד כל החרדה לומר בפני חכמים ובפני ב"ד על בתו מקודשת שהוא פנויה להכשיל בה ב"א ולא דמי להיא דאמרה א"א וחזרה ואמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה בשביל ב"א שאינם מהוגנים שהוא אמתלא ראויה שדרך אשה צנועה לומר כן להציל עצמה מרננת רשעים. וגם אנחנו ידענו באמתלא ההוא שיש ממש בדבריה דומיא דההיא עובדא דמייתי התם בברייתא שקפצו עליה ב"א דלשון אמתלא משמע טענה הניכרת שהוא כדאי לסמוך עליו וכ"כ הרמב"ם כו' עכ"ל:

והנה מ"ש מההיא דפרק י"נ גבי אמר עבדי כו' כבר הבאתי הדברים לעיל שכ"כ הנ"י שם. וא"כ לכאורה דברי הנ"י סותרים זא"ז דגבי הך דטוען וחוזר וטוען כתב בשם מהר"י בן מיגא"ש דאף לסתור דבריו הראשונים נאמן במיגו וע"פ מש"ל באורך אפשר ליישב זה. וגם בענין אמתלא נראה מדברי הריב"ש הללו דמלבד דבעינן שתהיה אמתלא ראויה בעינן ג"כ שאנחנו ידענו באמתלא ההיא שהוא אמיתית וע"ז קאמר כדמייתי מעובדא שקפצו עליה בני אדם משמע דס"ל דהברייתא אשמעינן בזה שזה היה ידוע לנו שקפצו עליו ב"א ולכך שפי' הוי רגלי' לדבר שבשביל ב"א הללו שלא היו מהוגנים אמרה כן. וכן משמע בתה"ד סימן שך"ו שכתב אם יוכל ראובן לברר ולהסביר לב"ד שמן הדין הוא טוען כו' כגון שיתברר שלא הוציא שמעון הוצאה לטובת ראובן והלך עמו ברמאות כו' דאמרינן בכתובות גבי אשה שאם נתנה אמתלא ובנ"ד נמי יש אמתלא טובה שהרי היה צריך ונזקק לשמעון לכתוב כרצונו כו' ע"ש דמשמע לדבריו שצריך שתהיה ענין האמתלא שלו ניכרת לב"ד וכ"כ בספר קצות החושן סימן פ"א ס"ק ך"א דדוקא אמתלא וסיבה הניכרת לב"ד וכן גבי איסור באשה שאמרה טמאה אני כל זמן שלא אמרה לבעלה האמתלא אסורה היא ואם ידע הבעל מן האמתלא כגון שהיה לה קטטה עמו כל שבאה ושוכבת אצלו סגי כו' וא"כ בכאן נמי האמתלא אין ידוע לנו שכדבריו כן הוא ואדרבה אמתלא גרוע הוא דמשוי נפשיה רשיעא וכ"כ בשו"ת חוות יאיר סימן קל"ח שי"ל דדוקא באמתלא נכונה ומסתברת כדאיתא בגמ' משא"כ לאחזוקי נפשה ברשיעא לומר שאמרה זה לבעלה למלא תאותה הרע אין זו אמתלא כלל אך אח"כ כתב שם די"ל דדוקא חזקה דבגדי נידות שי"ל שאין אשה מנוולת עצמה בהם כי הם מאוסים ומגונים וטמאים הם בעיני' משא"כ לצנוף מצנפת כדרך הנשים לפעמים גם בתולות מכסה ראשם כו' י"ל

דמהני אמתלא אי נימא דזה שעשתה הרע להפקיר עצמה בעניני ניאוף בשביל חמדת ממון והנאת הגוף מיקרי אמתלא מקובלת כו' ע"ש. וא"כ י"ל דבנ"ד נמי הוי אמתלא שעשה כדי למלאות תאוותו ויצרו תוקפו לקחת אשה במקום שאין מכירין אותו והסב שמו כדי להתנכר ואי משום דלא מהימן למשוי נפשיה רשיעא כבר כתבתי שאין חשש בשביל זה אלא דבאמת החו"י שם מיירי היכא דלא הוחזק ל' יום אבל היכא דהוחזק ל' יום משמע מדבריו דלא מהני אמתלא וכדעת הפוסקים בזה באה"ע סימן י"ט:

אך בנ"ד נלענ"ד כיון דאיכא חזקה דדייקא ואין אדם משקר בשעת מיתה וגם מיגו דאי בעי אמר אנכי היודע ועד שמת בעלה של אשה זו שבק"ק לקאטש ממילא הוא נאמן ע"ז שנשא אשה במקום אחר וכל שהוא נאמן ע"ז שוב אזדא לה חזקה דלא חציף אינש לשנות שמו דע"כ לא אמרי' חזקה זו אלא בסתם ב"א אין חוששין לומר שמא מחמת איזה סיבה שינה שמו דרובא לא עבדי הכי משא"כ במי שבורח מאשתו למקום אחר אין כאן חזקה כלל דאיכא טובא דעבדי הכי לשנות שמם במתכוין ואם היה ידוע לנו דבר זה בבירור שזה שבכאן נשא אשה אחרת במקום אחר וברח מעליה היינו חוששין לו שמא לא מן השם הזה שהוחזק בכאן ג"כ וכיון שנאמין לו שהניח אשה במקום אחר ממילא האמתלא גלויה וניכרת לב"ד שבשביל כך שינה שמו וכל שיש אמתלא שפיר הוא יכול לסתור דבריו הראשונים:

ואם באנו להחמיר עליה מטעם דא"נ להשים עצמו רשע לומר שנשא אשה על אשתו כבר כתבתי כמה צדדי קולות בזה וראיתי בשו"ת מהרי"ק סימן קפ"ה שכתב וז"ל ועוד העיד ר"א כו' איך ידע שאותו ר' דוד היה לו אשה אחרת בארץ רוסיאה שכן הגיד לו בסוד ר"ד הנ"ל ושאמר לו שבדעתו ליקח בגדיו בהקפה וללכת פתאום אצל אשתו הראשונה אשר באשכנז כו':

ואם באנו לחוש ולומר שמא אינה בעלה של דבורה הנ"ל נצטרך לומר ששני דוד בר' שלמה היה ושניהם היה מרוסיאה ושניהם הלכו בצילצילה ושניהם לקחו ב' נשים כו' וכ"כ אח"כ וז"ל וכ"ש הכא דליכא למיחש דדלמא אתרמי שמא כשמא כו' ושניהם היה מרוסיא ולקחו שתי נשים אחת באשכנז ואחת בצילצילה כו' וכן סיים בה וז"ל וגם לפי מה שהגיד ר' אלי' קנדיאה שהגיד לו בסוד שנשא שתי נשים כו' דבר רחוק הוא לחוש שמא אתרמי גם אחר שנשא [שתי] (כל) נשים מאחר שנתפשטה תקנות חרם רגמ"ה בכל ארץ אשכנז והעובר ע"ז כעובר על ד"ת ראוי לומר דאין להחזיק שום אחר שיעשה כן והעמד כל אדם בחזקת כשרות כו' עכ"ל הרי מבואר דאף בכה"ג שעל פיו

אנו חיין שהוא היה האומר שנשא אשה אחרת במדינות אשכנז שאפ"ה סמכינן עלה דמלתא להתיר האשה עי"ז:

אלא דלכאורה צ"ע על מהרי"ק שאיך עשה הוכחה מזה שהוא בעלה של דבורה כדי שלא נצטרך לומר ששני אנשים היו כו' ומאן לימא שבעלה של דבורה נשא עוד אשה בצילצילה דלמא בעלה של דבורה נשאר בחזקת כשרותו ואזיל לעלמא ולא נשא אשה אחרת כלל רק שזה ר' דוד האחר הוא אשר נשא שתי נשים כפי אשר שמענו מפיו והוא הוא שמת בצילצילה. וצ"ל שזה היה ידוע ע"פ העד שבעלה של דבורה הלך בצילצילה ונשא שם אשה אחרת עליה. ומהרי"ק קיצר מאוד בזה בענין השאלה וכן צ"ל במ"ש שנצטרך לומר ששניהם הלכו בצילצילה אע"פ שאין מבואר שם שהיה ידוע שבעלה של דבורה הלך ונשא בצילצילא. (ע"ש שכמו כן הקשה מהרי"ק גופיה על תשובת הרא"ש) וע"כ לומר שקיצר בענין ובלשון השאלה היה מבואר שנודע להם שבעלה של דבורה הלך לצילצילה ולקח שם אשה אחרת ומ"מ מוכח מדברי מהרי"ק דלא אמרינן בכה"ג, א"א מע"ר דאל"כ נהי דידוע שבעלה של דבורה עבד איסורא ונשא שתי נשים מ"מ מאן לימא לן שזה ר' דוד שמת בצילצילה עשה הדבר הרע הזה ואע"פ שאמר בעצמו שעשה כן אין לנו להאמינו על זה שמשים עצמו רשע ועוד שאין לנו להאמין את ר' אלי' מקנדיאה שאומר שר' דוד אמר לו בסוד שהיה נשוי אשה אחרת שהרי אם היה בא ר' אלי' לפסול את ר' דוד מחמת שמעיד עליו שעשה מעשה רשע ואפ"ה נאמן לענין זה שזה ר' דוד שמת אמר לו שהוא הנושא ב' נשים ומתירין האשה עי"ז וא"נ דס"ל למהרי"ק דלא שייך בכה"ג אין אדם מע"ר אף ע"ג דליכא למיפלג דיבורא ומכל הלין טעמא דכתיבנא. ועיין בשו"ת חות יאיר סימן ק"ד מ"ש שם בענין פלגינן דיבורא ודבריו מסכימים למ"ש ולקצר אני צריך:

אך דא עקא אם באנו לחוש ולפקפק בזה לפי שאף אם נאמר שעדות גמורה הוא מ"מ אין כאן רק שמו ושם עירו ולא נזכר שם אביו והב"ש בק"א סימן ק"א כתב בשם הרא"מ ולא אוכל להתיר א"א לעלמא בשמו ושם עירו בלא שם אביו מ"מ נראה בנ"ד שאנו מצריכין חיפוש שע"י זה יתברר לנו שזה הנפטר היה בעל האשה אף בלא הזכרת שמו ודמי להההוא דהר"ן דשינוי שמו הוי דבר שעשוי להשתנות וכמש"ל באורך וע"י חיפוש גם הרא"מ מודה דמהני וכמ"ש בשמו בק"ע סימן קנ"ד שכתב על ידי חיפוש יש להתיר אם יחקרו שלא יצא מן העיר איש ששמו פלוני אלא כו' וסגי בשמו ושם עירו בלא שם אביו ואע"ג דנ"ד אשתהי טובא י"ז שנה כו' ויש לחוש ג"כ שמא יצא תוך זמן הזה איש אחד ששמו כשמו ומרוב הזמן נשתכח הדבר ז"א דא"כ גבי ישראל כו' ע"ש ולכן בנ"ד

נמי צריך להיות חיפוש אם בערך הזמן ההוא שהאשה והעד מגידין שהגיד הנפטר שיצא משם והניח אשה לא יצא משם איש אחד ששמו ליב ובשעת פרידתו ממנה הניח שם אשה וילדה מבלעדי בעל אשה זו הנעצבת ואין מועיל מה שיחפשו שאין שם אשה שנפרד בעלה ממנה שמי יודע אולי אחרי פרידתו נסעה גם הוא משם והלכה לנוע והא קמן דגם אשה זו הנעצבת עקרה משם אחרי פרידת בעלה והלכך עיקר החיפוש צריך להיות על זמן ההוא אם א' עקר והניח אשה וילדה בשעת פרידתו והיה שמו ליב ואח"כ עקרה גם האשה או עודנה שם:

ואחר שיתברר שלא נפרד איש אחר משם בזמן ההוא כ"א בעלה של אשה זו ע"כ שדברי הנפטר הם על אשה זו כי אשתו זאת ואע"פ שכבר עבר זמן רב כזה מאז ועד עתה מועיל החיפוש כמ"ש הרא"מ דלא חיישינן לשכחה ובאמת שדברי הרא"מ צ"ע דמשמע מדבריו שהחיפוש הוא מזמן יציאתו של האיש בעל האשה שהי' דן עליו להתירה ולכאורה מה יושיענו זה דהא אכתי איכא למיחש דלמא האי גברא שנהרג אחרינא הוא שיצא בזמן קדום הרבה עד שאין אדם זוכרו וכבר עמדו בזה הבאים אחריו בתשובותיהם וכתבו ליישב זה ולא רציתי להאריך דבנ"ד הנפטר קבע זמן יציאתו י"א שנה הוי כאומר יצא עמנו כו' ולא חיישינן לשכחה ואע"ג דהב"ש כתב על דברי הרא"מ דסימן ק"ד שבסימן ק' לא כ"כ והיינו דשם כתב דכל שלא נודע זמן יציאתו אין החיפוש מועיל ונראה מדבריו דאין חילוק בין אם אין שם הגבלת הזמן כלל או שיש הגבלת הזמן אלא שהוא זמן ארוך דכיון דנימא דכל שלא נודע הזמן חוששין שיצא זמן ארוך ונשכח מלב ממילא גם בזמן מוגבל יש לחוש כל שהוא זמן רב מאוד שיש לחוש בו לשכחה ואין נראה לחלק בין ההוא דהרא"מ שיש מקום לחוש לכל הזמן ההוא דהיינו מזמן י"ז שנה עד עתה דשמא במשך הזמן יצא משם איש זה שנהרג משא"כ בנ"ד דהשנה משלימת ואין לחוש לא למי שיצא לפניו ולא למי שיצא לאחריו דמ"מ עדיין יש לחוש דס"ס צריך חיפוש לידע מה שהיה בזמן קדום זה שלשה עשר או ארבעה עשר שנה ואיכא למיחש ששכחו ויצא מלבם:

אך באמת כבר הרגיש מוהריב"ל בתשובה בסתירת דברי הרא"מ בזה והובאו דבריו בב"ש שם בק"ע סימן ע"ט בקצרה. וכתב שהנכון כפסק השני דלא חיישינן לשכחה וגם כי נלענ"ד יש ליישב שאין פסקי הרא"מ סותרין זה את זה כמו שכתבתי זה איזה שנים בתשובה אחת. שי"ל דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שבמקום פלוני בזה מחמיר שמא נשכח זכרו מה שא"כ כשהעד הזכיר שמו בפירוש לא חיישינן להכי דכיון שמחפשין בעיר על איש ששמו כך אם איתא שיצא משם אחד ששמו כשם זה ודאי דבני

העיר הוו רמי אנפשייהו ומדכרי והרא"מ מדמי לה להההיא דיצא עמנו ממקום פלוני כו' דג"כ לא חיישינן לשכחה דודאי שהיציאה עשתה רושם שיהיה נזכרים ממנו והיכא דמזכיר שמו נמי להא דמיא ואין חוששין שמא זמן רב שיצא עד כי ברוב הימים הכל נשכח ואבד שמו:

ולפ"ז נראה דגם בנ"ד כיון שהחיפוש הוא על איש אחד שהיה שמו נקרא בק"ק לקאטש ליב וקעביד עקירה משם והניח אשה וילדה כיון שאין שם אשה וילדה כלל היושבת ונפשה עגומה על בעלה מה תאמר שמא אח"כ יצא גם האשה ובתה עמה ונשכח זכרה ג"כ מכאן לכולי האי ליכא למיחש ובפרט בעיר בינונית שהם ניכרים וידועים זה לזה. ובפרט לפי הגדת האשה שהגידו לה בק"ק סמילע כי האיש הנפטר היה ליטוואק והיה מביט קיסאקי ורושם על הפנים אע"פ שאין אילו הסימנים המועילים להתיר מ"מ אם איתא שיצא משם איש כזה ששמו היה ליב ורישומו ניכר בפניו וגם משונה קצת בראייתו ובלשונו כה"ג ודאי מדכר דכירי אינשי ולא חיישי' לשכחה ואף הרא"מ ז"ל בפסק הראשון יודה בזה. אך דא עקא שהוגד לי בשם האשה שסיפרה כי כשהיתה בק"ק סמילע אמרה הרבנית משם וחתנה שהם שמעו שזה שמת שם אמר שהניח אשה בק"ק טארטשין ולא אמר על לקאטש כלל וא"כ כיון שעדיין לא הותר האשה להנשא ע"פ העגלן הבא הראשון ואפילו העדות שלו לא נתקבל בב"ד עד עתה וא"כ הו"ל כהכחשה דב"א דאפילו נישאת תצא ומה שרוצים לרפאות שבר זה על נקלה לפי שכבר הותרה האשה שבק"ק טארטשין ע"פ גב"ע אחר זה כמה שנים וגם אין שם בק"ק טארטשין. עגונה אחרת כלל וגם הסימני' שנאמרו באיש ההוא לא היה באיש הנאמר בק"ק טורטשין רפאנו ולא נרפאתה שאף אם היה התרת האשה שבק"ק טארטשין ע"פ עדים כשרים שמת בעלה או שנתברר לנו שלא היה מעולם עגונה כלל בק"ק טארטשין מ"מ ס"ס לדברי המגידים שאמר שהוא מק"ק טארטשין ע"כ לא הוזכר בדבריו ק"ק לקאטש ולפי דבריהם צ"ל שמחמת אימת מות מיטעי טעי. לבט' בשפתיו דברים אשר לא או איהו כדיב ומלוי כדיבן ומה"ת לתלות שהיה מק"ק לקאטש יותר מעיר אחרת וא"כ הוי הכחשה גמורה עם אותן שמעידין שאמר מק"ק לקאקש ואטו בשביל זה שלא יהיה איהו שקרן יהיה זה מועיל לאכחושי סהדי דמסהדי שלא אמר מק"ק לקאטש כלל ובשלמא אם היה מתברר לנו בעדים כשרים שהעידו בפני ב"ד שאחד מעיר פלוני מת והעדים הלכו למדה"י והב"ד אינם זוכרים אם העדים העידו על ק"ק לקאטש או ק"ק טורטשין ועתה באו לפנינו שני עדים אחד אומר שאמרו העדים על ק"ק לקאטש ואחד אמר שאמרו על ק"ק טורטשין שפיר היינו מכריעין כדברי העד האומר שהעדת

העדים היה על ק"ק לקאטש ע"י מה שנתברר לפנינו שבק"ק טורטשין אין שם אשה עגונה ואידך סהד' שקרא הוא ותולין השקר בעד זה כי היכי דלא נשוי הנך סהדי לשקרי משא"כ עתה שאין עדים על אמתת הדבר רק מפיו אנו חיין שהוא היה האומר שהניח אשה במקום פלוני וברח ולפי דברי המעיד שאמר על ק"ק טורטשין באמת זה המת שקורי משקר וא"כ יש כאן הכחשה בין העדים וכל זה אף אם היה התרת העגונה דק"ק טורטשין על פי עדים כשרים אבל בנ"ד שגם העגונה דק"ק טורטשין לא הותרה רק ע"פ אמירתו וע"פ ע"א שהעיד שזה שאמר שהוא מק"ק טורטשין בעל אשה פלוני מת עכ"פ אין בזה כדי להכחיש העד שאומר מפי המת בק"ק סמילע שאמר על ק"ק טורטשין שאע"פ שאין נאמן להכחיש העד הראשון שהעיד לעגונה דק"ק טורטשין שהותרה העגונה ע"י ולעשות ממזר הוולד קודם מיתתו של זה שבק"ק סמילע מכל מקום גם להיפך אין מקום להכריח מזה שזה האומר שאמר מק"ק טורטשין הוא שקרן בשביל אמירתו של האיש שהותרה אז העגונה מטורטשין על ידו ומאי חזית דסמכת אהאי ואין להאריך בזה שנלענ"ד פשוט דהוי הכחשה בכה"ג ולכאורה היה אפשר לצדד ע"פ מ"ש הרשב"א בתשובת המיוחסת להרמב"ן שכתב שעד מפי עד אינו נאמן להכחיש האחר שאין מכחשים העדים אלא עדים ממש מפיהם ולא עדים מפי עדים עכ"ל:

ולפ"ז י"ל דבנ"ד כיון דהאשה אומרת ששמעו מפי אנשים ששמעו מפי המת ממש שאמר מק"ק לקאטש אלא ששמעה מפי הרבנית וחתנה שאומרים ששמעו מאנשים שאמר מק"ק טורטשין והרי הם עד מפי עד בדבר הזה ואין נאמנים לגבי העדים ששמעו מפי המת עצמו אלא שיש לעיין בזה דאפשר דע"כ לא קאמר התם אלא לגבי ע"א שאומר ומעיד שמת פלוני והיה מכיר זה האיש המת זהו נאמן יותר ממי שאינו מעיד רק מפי אחרים משא"כ בנ"ד שגם זה המגיד ששמע שהיה מק"ק לקאטש אינו עד גמור ע"ז רק שאומר ששמע כן מפי המת. אבל נראה דאין לחלק בכך דס"ס לענין עיקר העדות שהוא על אמירתו של המת מאיזה מקום הוי המגידים שהוא מק"ק לקאטש מפי עצמה והמגידים שהיו מק"ק טורטשין אינו כן רק ע"פ אחרים ודין האשה בזה כדין ב"ד דאי אתי לקמן סהדי ששמעו מפיו שהוא ממקום פלוני וסהדי אחרינא דמסהדי שאמר שהוא ממקום אחר קמאי מהימני טפי וכן הדין בעדות אשה זו שיש לסמוך יותר על מה ששמעה מפי המגידים ששמעו בעצמם שהרי כל גופה של עדות זה מפיה אנו חיין. ומכ"ש לפי דעת מהרשד"ם בתשובה סימן נ"ט דעד המעיד ששמע מפי זה שמת שכך שמו לא מחשיב כעד מפי עד ואף להחמיר מחשב כעד המעיד מפי עצמו ע"ש. והביאו בקצרה בק"ע סימן שמ"ו:

ולפ"ז בנ"ד הני דמסהדי ע"פ המת עצמו כעדים המכירים נינהו אלא שיש לפקפק לפי מה שמבואר שם הטעם לפי שזה נאמן לומר שכך שמו מן התורה משום חזקה לא חציף כו' ובנ"ד הרי יש כאן שינוי בשם ואפילו למ"ש דמ"מ דנאמן הוא ע"ז מ"מ צ"ע דאפשר לענין שם עירו לא שייך שיהיה נאמן מה"ת משום דדוקא לענין שמו ממש אמרינן דלא חציף לשנות שמו דמלתא דעל"ג הוא משא"כ לענין שם עירו לא הוה על"ג כ"כ דמצי לאשתמוטי בכמה אמתלאות. אך מדברי מהרשד"ם שם בההוא עובדא דשלמה קאבסין משלונקי משמע דליכא לאפלוגי בהכי ע"ש:

אך שעדיין צ"ע לפי שהרשב"א בתשובה שם סיים בזה שאני חוכך בה להחמיר הלכה למעשה ואין מורין בה להקל בערוה חמורה עכ"ל ועיין בק"ע למהרח"ש ד' ע"ז דמייתי מדברי הר"ן בתשובה דמשמע ג"כ דמיקל בכה"ג ומ"מ חוכך להחמיר כמ"ש הרשב"א. ומ"מ אפשר לצדד כיון שהעגלן העיד לפנינו ששמע מפי רבים שאמרו שאמר מק"ק לקאטש וגם האשה שמעה כן אע"פ שהיא עצמה אומרת ששמעה מפי הרבנית וחתנה שלא אמר מק"ק לקאטש רק מק"ק טורטשין הוי דינא כשנים שמעידים ששמעו כ"א מפני רבים שמת פלוני וא' אמר ששמע מרבים שלא מת דאזלינן בתר רוב דיעות וה"נ כיון דהאשה גופה שאומרת ששמעה מהרבנית וחתנה אומרת ששמעה מאחרים שאמר מק"ק לקאטש והוי חד לגבי חד וכיון שהעגלן הוא לפנינו ומעיד ג"כ ששמע מרבים שאמר מק"ק לקאטש הו"ל כתרי לגבי חד. ואע"פ שהעגלן לא הזכיר בדבריו ששם הי' שמו איצק כבר כתבתי שאין זה מפסיד בעדותו שאפשר שלא הגידו לו זה שם בק"ק סמילע שהיה פשוט בעיניהם שאין הדבר צריך לעדות זה או שהגידו לו זה ג"כ אך לא שם לבו לדברים אלו לפי שהיה מדמה שאין נ"מ בזה כלל. וכיוצא בזה כתב בשו"ת הריב"ש סימן תע"ו שכתב וז"ל ועיינתי בשטר העדיות שהעידו העדים האחרים ואין רואה בהם מי שיכחיש עדותו של ר' ש"ט לפי שכולם אומרים שהדברים שהיה שם ע"פ אין נזכרים מהם ואין זו הכחשה ואע"פ שאומרים בעדותן שכל התנאים נכתבו ונחתמו אפשר שהם אינם מחשיבים לתנאי הדברים שנאמרו ע"פ כמו שבא זה בטענות הברורים וחושבים שזולת זה מה שנכתב ונחתם שהכל יהיו דברים בעלמא ולא תנאי קיים ויש לנו לומר כן כדי שלא נאמר שהם מכחישים זא"ז כדתנן בסנהדרין א' אומר בב' בחודש כו' וכ"כ שם אח"כ וז"ל ומה שאמרו כי כל תנאי שהתנו עמו כתבו וחתמו אין דבורם זה מספיק להכחיש העד כי הם חשבו שזה לא היה תנאי כיון שלא חשו לכתבו ולחתמו עם שאר תנאים ע"ש וה"נ דכוותי' וא"כ שפיר יש לצרף עדות האשה מה שאמרה ששמעה שאמר מק"ק לקאטש עם עדות העד נגד עדות האשה גופה בשם הרבנית וחתנה אלא

שעדיין צ"ע כיון שלא פרט כ"א מאיזה אנשים שמע דלמא העד שמע ג"כ מאותם אנשים ששמעה האשה וכחדא חשיבי עיין בב"ש ס"ק בזה וגם צ"ע אי שייך בזה צירוף בעד לגבי אמירת האשה דמה שאומרת ששמעה שלא אמר מק"ק לקאטש בזה יצאה להחמיר על עצמה ונאמנת בזה יותר ממאה עדים ואף שהיא גם הוא אמרה שמאחרים שמעה שאמר מק"ק לקאטש הוי כחד לגבי דחד וצירוף העד עם האשה אין מועיל להקל רק לגבי אחר אבל לא לגבי האשה עצמה במה שמגדת לחובתה. גם צ"ע לפי שבעדות האשה שהעידה ששמעה שהיה מק"ק לקאטש לא נזכר ממי שמעה ואפשר שלא שמעה מכשרים רק מפי נשים וזה שאומרת ששמעה מפי חתן הרב עד כשר הוא ובכה"ג אם היה הכחשה בזה לפנינו הב"ד עד כשר ופסולין פשיטא דאסורה ולדעת הרמב"ם אפילו התירוה ונשאת תצא וא"כ אין כאן מקום היתר ע"פ עדות האשה כלל אך דאפילו היו דבריה אלו המבוארים בגב"ע מפי כשרים עדיין צ"ע כמ"ש:

וקצת יש לצדד. ע"פ מה שהאשה עגונה מענה בפי' כי קרוב הדבר שאלו המגידים שמק"ק טורטשין אמר זה המת בא להם לפי שאחר שמת והקול נשמע בערים אשר סביב לק"ק סמילע וקרוב לשם ג' פרסאות היתה דרה בת המגיד דק"ק טארטשין וכאשר הגיע לאזנה הענין שא' התוודה כך וכך אמרה בלבה כי בודאי על העגונה דק"ק טורטשין הדברים מגיעים ונסעה לשם לחקור הענין בכדי להתיר העגונה דק"ק טארטשין והיא לא ידעה שכבר הותרה מקודם ומחמת חקירתה ודרישתה יצא קול הברה בעיר על ק"ק טארטשין ומחמת זה נקבע בלב קצת בני אדם על ק"ק טארטשין ומזה נשתרבב ג"כ אמירת הרבנית וחתנה לפי שבאורך הזמן קרוב לשתי שנים יצא מלבם כדרך כל מילי דלא רמי' כו' והיה קרוב בפיהם ק"ק טארטשין מחמת גודל רעש חקירות ודרישות שעשתה בת המגיד הנ"ל והחליטה לומר כי המגידים על ק"ק לקאטש נתחלף להם בין ק"ק טארטשין ובין ק"ק לקאטש לכך גם המה כד רמו אנפשייהו למדכר העלו על שפתם מק"ק טורטשין אבל באמת טעותא הוא דהדרא בפומייהו כי אותן ששמעו מפי המת אומרים שאמר מק"ק לקאטש כאשר מבואר בעדות של העגלן ומאותן ששמעה האשה מפיהם ויש לצדד בדבר להיתר דהא כל מה דמצינן להשוות דברי העדים משווינן ואנו תולין בטעות כגון אחד אומר בדיוטא העליונה כו' כיון שהמקומות קרובים שיכולים לראות מזה לזה אמרינן דחד מינייהו מטעה. וה"נ דכוותה כיון שיש במה לתלות הטעות תלינן דטעו. וכיוצא בזה כתבו בשו"ת משאת בנימין סימן ק"ט וז"ל ואע"ג דחזינן בה תיהא קצת שהעידו הגוים שהנהרגים שניהם היו להם מו"מ עם הדוכס ושניהם נשבו ונפדו וזה שקר גמור שהבן לא היה לו עסק מעולם עם הדוכס ולא נשבה ולא נפדה

מעולם אלא שאחר המעשים הלך לפדות אביו ואחר הפדיון בחזרתם נהרגו שניהם בדרך נראה דאין לנו לתלות זה לעדות שקר אלא לטעות ולבדדמי כמלתא דלא רמיא עליה דאינשי שהגוים לא דקדקו כ"כ בדבר זה וחשבו מאחר ששניהם נהרגים שנים היו להם אותם הסימנים או אפשר שהגוים הגידו האמת והעד ר' אברהם בר"ש טעה בדבריהם דבכה"ג עבידי אינשי דטעו וכל מילי דעבידי דטעו תלינן בטעות ולא בשקרא וכדאשכחן פרק זה בורר דע"א אומר בדיוטא העליונה כו' וה"נ אמרינן שע"א אומר בב' בחודש כו' וכה"ג אשכחן טובא בתלמודא דכל היכא דאיכא למיתלי בטעותא ולא בשקר עכ"ל הרי מבואר שתלה הטעות בשמיעת העד והגוים הגידו האמת כיון דיש מקום לטעות מאחר ששניהם נהרגו. וא"כ מכ"ש בנ"ד כיון דאם נאמר שאמר מק"ק טורטשין ע"כ לומר שזה שמת אמר שקר או טעה בלשונו שהיה רוצה להזכיר עיר אחרת ונפל בפיו ק"ק טורטשין וגם נצטרך לומר דהני דמסהדי שאמר מק"ק לקאטש שקרי נינהו טפי אית לן למתלי שאלו האומרים שאמר מק"ק טורטשין טעו בשמיעתן כיון שיש אמתלא וסיבה לדבר שמחמת זה אפשר להם לטעות משא"כ אותן שאמרו שאמר מק"ק לקאטש אין לתלות הטעות בהם כלל כיון שאין אמתלא לסיבה שיטעו על עיר זו דוקא ובזה יש לצרף גם קצת הסימנים שהגידו שם כנזכר בגב"ע של האשה. ואע"פ שאינם מועילים להתיר עי"ז מ"מ חזי לאצטרופי ולהיות כמסייע שיותר יש לתלות הטעות באלו האומרים מק"ק טורטשין משנתלה הטעות באומרים מק"ק לקאטש. ועדיין לבי מהסס הרבה כי מי שם משקל לדמות טעות לטעות וצריך הכרע ושיקול הדעת. וצריך לזה זמן מוכשר. ואחרי בלותי היתה לי עדנה ושעת הכושר לירד לעומק הענין. תמכתי יתדותי על גדולי הדור בחכמה ובמנין אשר פתחו בהצלה ועשו בה מאמר וקנין ועל פיהם יוגמר ויסתיים. וכל ספיקא לקמייהו שדינין במאזני שכלם ישקלו בשקל הקודש ויכריעו כף מאזנים. להרבות גידולי ההיתר ולהעלות באחד ומאתים והנלענ"ד אשר הוריני מן השמים. כתבתי וחתמתי אנא זעירא מן חברייא הק' אפרים בהרב הה"ג המפורס' מוהר"ר מנחם מאניש מרגליות מבראד יע"א:

שאלה ח

שאלה אשה א' ישבה עגונה כמה שנים שבגד בה בעלה והרחיק נדוד וזה כמו שתי שנים ויותר שהגיע לאזנה שנפטר בעלה בק"ק טרעספאלי ונשאה לבה לדלג על הערים לחקור אחר אמתת הדבר ואחר החקירה עלה בידה ג"ע מע"מ ווארשא ומק"ק טערעספאלי כאשר באו הדברים ברוב ענין בג"ע שנגבה בב"ד הנ"ל וזה שבתה הבית ימים כביר ואין איש מתחזק לשקוד על תקנתה אולי יש תקוה להוציאה מכבלי העיגון על פי העדיות

הללו והיא יושבת ונפשה עגומה ולבה הומה על טל ילדותא הלהן תעגינה מהיות לאיש וזה ימים האי אתתא אתיא הנה ועייניה מטייפין טיף להדי טיף נפשה בשאלתא לעיין בדינה אשור הייא כי היכא דמישלם צערא דהאי אתתא וגם מק"ק זאלזיץ במכתב שלחו לחלות פני להוציא לאור משפטה ואם אמנם ידענא בנפשאי שאני איני כדאי ששלחו לי ובפרט כי אריוותא קדמיהון גאוני ארץ היושבים כסאות למשפט ואינון שאלין לתעלי' וגם כי הגיעו הימים יומי דחושבנא ועיינתי בחושבנאי ולא פש גבאי הי תורה ומצות דמגני עלאי וחליש לבאי ולא מצינא למיקם עלה דמלתא דלא צילא דעתאי. ופתחתי פתחא לנפשאי לא עלי המלאכה לגמור. ואין שטר זה מכניס וגומר. להקל עליה מתוך חומר רק את אשר ישים ה' בפי אותו אשמור. כי תורה היא ובפתחי שערים אמרי' תאמר. ולפעמים יבא הלך אף כי נתעב ונאלח וימצא מקום להתגדר לפני מלך להתאדר וגם כי על מזוזות פתחי עני' זו שמרה תזעק מרה ולעצור במילין מי יוכל אמרתי מצוה הבאה לידי לא אחמיצנה וידי תביאנה אשר תעלה ראשון ואם אמנם דרכי מעולם מתקו לי רגבי הפלפולים כבר אמוראי דנחית ומסיק מרגניתא מים התלמוד והדריך בנעלים. הזמן גרמא אילין יומיא דלא להתנאה. אך אל זה אביט הנוגע בעיקר ההוראה אקומה ואסובבה לעשות לה פה למצוא לה פתח קטן כחודה של מחט סדקי. והגדולים אשר בארץ חפיצי צדקה. המה יביטו יראו וירחיבו פיהם. ויגביהו פתחם כדלתות היכל ואולם. ואם יתנו קולם כי אשה עצורה:

ומימי מי מערה חלילה להקל מתוך חומר בלי צורה כי הלכה אני אומר ולא למעשה עד יסכימו שלשה גדולים מפורסמים אדירי התורה:

תשובה יש פה מקום עיון הרבה לפי שבכל העדיות לא נמצאו מי שהעיד על שם אביו ושם עירו ואף שיש שהגידו שהיה לו אשה בק"ק בראד ויש שהעיד שהי' מהעיירות הסמוכים מ"מ אין זה מספיק להתיר כמ"ש לקמן. אך נלענ"ד לצדד להיתרה ע"פ עדות מו' דוב פישל במו' זעליג שהעיד לפני הב"ד בווארשא והרא' לפניהם שט"ח בח"י ה' אברהם שחתם א"ע אברהם בה' ירוחם פישל וא"כ הרי הוא מעיד על שמו ושם אביו וגם אמר בעצמו שיש לו אשה בק"ק בראד וא"כ הו"ל כמעיד על שמו וש"א וש"ע דזה הוי כאילו אמר מקום דירתו בק"ק בראד כדאמרינן בעלמא תשבו כעין תדורו מה דירה איש ואשתו כו' ואף אם באמת לא היה דירתו בק"ק בראד רק סמוך לו מ"מ יש לצדד ולומר לפי שהיה מטרפולין של העיירות הסמוכים והוא היה במקום רחוק ממדינה זו שאינם מכירים בשם העיירות הקטנים הסמוכים לכאן לכך תלה עצמו שהוא בן כרך גדולה הידוע וניכר להם וכיון שערים סביב לה הם סרים למשמעתה הם נקראים על שמה

ומצאתי און לי בש"ות ב"ח סימן ק"ה שכתב וז"ל שלישית צריך לבאר שאברהם הנ"ל הודיע לכל שהיא מק"ק הראדנא ואשתו הגידה שבעלה היה דר עמה סמוך להראדנא איזה פרסאות:

ולפענ"ד לפי שמולדתו ובית אביו היו בק"ק הראדנא כו' כמו שאמר אברהם לאליעזר כי אם אל ארצי כו' ועוד נראה דודאי אברהם זה עיקר דירתו היה בק"ק הראדני' אלא שיצא משם לפי שעה כו' ולא להשתקע כו' ועוד דהרב מו' יעקב שיחי' הביא ראי' מדברי הרמב"ן במלחמות אהא דאמרינן תבדוק נהרדע' במלה היינו הרבה עיירות עד היכא דסגי קבא דנהרדעא אלמא דהסביבות נקראים ע"ש העיר שהוא מטרופילין באותו אקלים ה"נ קרא עצמו ע"ש הראדנא עכ"ל והנה טעמים הראשוני' אפשר דל"ש בנ"ד אך הטעם האחרון שהביא בשם מהר"י הוא ממש כנ"ד וסברא זו כתב ג"כ אא"ז הגאון המופלג מו' מאניש חיות האב"ד ז"ל ווילנא ז"ל כמבואר בתשובת ב"ח החדשות שנדפסו ע"י ת"ל ע"ש סימן ס"ב שהגאון מוה' אברהם עפשטיין כתב לזקיני הנ"ל וז"ל ומ"ש מכ"ת לישב דבריו מחמת שהם סביבות הקהלה י"ל שאומר ק"ק הראדנא כוונתו לסביבות שנקראים ע"ש הקהלה כו' זה לא נ"ל כלל ויש לי ראיה מהא דאמרינן בפרק האשה שלום בפלוגתא דאביי ורבא אי חיישינן לתרי יצחק ואייתי אביי ראיה מהאי גיטא דאשתכח בנהרדעא כו' ורבא אמר יבדוק כל העולם מבעיא ליה כו' ומעתה אם היה אפשר לפרש שאם מזכיר ראש הב"ד אין הכוונה מאותה קהלה לחודיה בדוקא אלא אכל פרוודה' הסרים למשמעתם א"כ למה נדחק רבא להכריח מכח קו' דיבדוק כל העולם הו"ל להכריח דעכ"פ יבדוק כל פרוואדה דנהרדעא כו' וא"ל דבאמת כוונתו אכל פרוודהם ובזה מדויק לשון כולה ז"א דמאחר לפי האמת מסיק רבא משום כבודו דאבוהו דשמואל שלח הכי שלא יהא נראה כשואל דבר שא"צ אם כן הי' די לבדוק נהרדעי לחוד ובזה היה כבודו במקומו מונח כו' ולפענ"ד אין קו' כלל דלפום הך סבר' דכל פרוודאה נכלל בשם נהרדעי א"כ כשרצה לעשות משום כבודו להצריך בדיקה לא היה אפשר לחלק בין הפרקים להצריך בדיקה לנהרדעי דמצווחי' עליה בבי מדרשה מה נשתנה אילו מאילו דבתר שמא אזלינן וגם פרוודהם נכללים בשם זה ועוד דע"כ מה שעשה משום כבודו היינו לפי שאינו רק חומרא שא"צ משורת הדין לפיכך חש לכבודו להצריך בדיקה וא"כ ע"כ הוצרך בדיקה לנהרדעי וכל פרוואדה דהוא מסתבר עכ"פ אף שלא הוצרך לכל העולם משום דל"ח לתרי יצחק שמא אנדרילאי אחר היה בנהרדעי והלך לו מ"מ למאן דאיתא במתא שפיר יש להחמיר להצריך בדיקה לכבודו. משא"כ אם היה מצריך בדיקה לנהרדעי לחוד נפיק מיניה חורבה שיסברו דס"ל דודאי צריך בדיקה

באותה העיר אלא שאין פרוודאה בכלל אותה העיר וא"כ חומרא דאתי לידי קולא היא שאם יארע שיוחזק עוד יצחק סביב לעיר הזאת לא ניחש לה ובאמת ז"א דדינא הוא שגם כל סביבותיה כאותה העיר עצמה דיינין ליה וא"כ מדאגה בדבר פן יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות כי הסביבות לא מן השם זה לכך הוצרך להחמיר משום כבודו לבדוק נהרדעי כולה דהיינו עם פרוודאה ואין סתירה מכאן לזקיני ז"ל ונראה מהגאון מהר"א ז"ל שבאותה שעה נעלם ממנו דברי הרמב"ן הנ"ל עד שהגיע לידו תשובת הב"ח: ומצאתי בשו"ת גאוני בתראי סימן כ"ז שם נדפס ג"כ תשובת הב"ח הנ"ל שבתשובות הישנות סימן ק"ה ותשובת הגאון מהר"א עפשטיין והב"ח וגם תשובת הגאון מהר"י ז"ל וכתב וז"ל ומה שהביא הגאון מהר"י ראיה מהרמב"ן. לענ"ד אין ראיה חדא מאחר דבאמת לפי דעת רבא דקי"ל כוותיה לא היה דעת ר"י רק משום כבודו אף אנו נאמר דאף זה שיקראו שם נהרדעי אכל העיירות שסביבותיו אינו ומעולם לא נקראו בשמן ומה ששלח תבדוק נהרדעי כולה משום כבודו דאבוהו דשמואל כמו שאומרים בעיקרא דדינא הכי אף שקצת דחוק לומר דאביי ורבא מחולקים בהכי מ"מ איך נוציא דין להקל ועוד דאף אם נאמר דתרווייהו ס"ל דשם נהרדעי מיקרי אף על העיירות הסמוכות מ"מ אין ראיה לעיירות אחרים דאפשר דנהרדעי היו נקראים כל פרוודה' ע"ש וכן נראה מכתובות דף נ"ד בבל וכל פדוודה' נהוג כרב נהרדעי וכל פרוודהא נהוג כשמואל ועד היכן נהרדעי עד דסגי קבא דנהרדעי כו' סוף סוף נראה מזה דנהרדעי הוה דומיא לבבל שעיר המטופל לה נקראת בבל וגם שם המדינה נקראת על שמה וא"כ גם נהרדעי היה כך שכל פרוודאה נקרא ע"ש נהרדעי כו' ובזה מדוקדק דלא קאמר עד היכן פרוודהא אלא להורות שגוף המדינה נקרא ע"ש נהרדעי כו' והנה על דיחוי הא' העיד בעצמו שהוא דחוק. ומה שדחה עוד שהיא נקראת ע"ש נהרדעי אני תמה דלפי זה מה זה ששואל עד היכן נהרדעי ומתנח בה סימן כו' דהו"ל למימר סימן מובהק וגלוי לכל עד מקום שנקרא נהרדעי. א"ו שכ"א היה לו שם בפני עצמו אלא שמ"מ שפיר הוא נכלל בכלל נהרדע' עד היכן דסגי קבא כו':

וראיתי בתשובת הגאון מוהר"ר יעקב שם שכתב דמלשון רש"י שכתב שמא אנדרלנאי אחר הוא בנהרדעי כו' לא כתב בנהרדעי וסביבותיה ש"מ בדיקה בנהרדעי לחוד קאמר כו' ועוד דאף לפי פירש הרמב"ן ז"ל שהיה ידוע ומפורסם לתלמוד שכל עיירות הסביבות דסגי קבא כו' היו קורין אותן ע"ש המקום נהרדע' אבל לא ילפינן מזה לשאר עיירות כיון שאין כל העולם קורין אותן עיירות ע"ש המקום ההוא עכ"ל מ"ש מפירש"י אינו מוכרח כלל לענ"ד כיון דאנן אמרינן דפרוודה' נכלל בשם נהרדעי א"כ ל"ל לרש"י לפרש דבר

שאין בו צורך בסוגיא לפירושו דהרמב"ן הוצרך לבאר זה לפירושו בסוגיא בצד קלוני' מתא כו' שהוא מטעם כאן נמצא וכאן היה ע"ש מה שא"כ לפירש"י שם לא נ"מ בזה וי"ל דגם רש"י מודה לזה דבכל דוכתא פרוודה' נקרא ע"ש העיר:

ועוד י"ל דרש"י ס"ל דבגט שאנו מדקדקין בו הרבה שיהיה מוכח מתוכו פשיטא שיש לפרש אותו המקום שדר בו אם יש לו שם בפ"ע וכדאמרי' בגיטין ס"פ מי שאחזו אתקין שמואל בגיטא כו' מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו כו' ופירש"י דאף על גב דאנן קי"ל כר"י מ"מ משום חומרא דא"א יש לפרש ולעשות באופן שיהא כשר לכ"ע וגם בשאר שטרות נראה דלכתחלה יש לפרש מקום העמידה שם הפרטי ולא שם הכללי ומ"מ אין להביא ראיה מהא דאמרי' א"ל ר"ה לספרי אי יתביתו בשילי כתביתו בשילי כו' אע"ג דממסרן לכו בהיני ופירש התוס' דב' עיירות אילו קרובות הן כדאיתא בביצה כ"ה ר"ה מכתפי ליה מהיני לשילי כו' ושם פירשו ששני עיירות אילו בתוך התחום הם מ"מ אין זה ראיה דעיירות אילו כ"א היתה חשובה לעצמה ואין אחת מהנה טפילה לחברתה כלל הלכך צריך מקום הכתיבה עצמה משא"כ אם העיר הקרובה טפילה לה אבל מ"מ נראה דלכתחילה יש לפרש אף בשטר שם המקום ביחוד ומכ"ש בגט שאף אם יש לו שני שמות צריך לפרש שניהם בגט מה שא"כ בנ"ד דיבורא מיקרי ואמר וטפי ניחא ליה לתלות ש"ע ע"ש הכרך הסמוך לו:

ונראה שאף הרמב"ן מודה לזה שצריך לכתוב שם העיקר בגט רק דהתם מיירי שאמר שכתב מקום העמידה בפרט שהרי כתב בצד קלוני' מתא ומ"ש אנא אנדרלנאי נהרדעי אינו אלא מקום הלידה שהוא מתיחס ע"ש נהרדעי וכמ"ש הר"ן בתשוב' שהמתייחסים אל מקום ידוע כותבין בחתימותיהן ובשטרותיהן כותבין פ' דמיורק' ואינם כותבין פ' דממתא מיורקא ע"ש סימן מ"ב והביאו הב"י סימן קכ"ח וא"כ ה"נ כיון שכתב נהרדעי סתם ולא דממתא נהרדעי מתפרש שפיר שהוא מתייחס אל מקום זה. ואם חוששין לתרי יצחק היה צריך לבדוק נהרדעי וכל פרוודהא שאולי הוא מאותן מקומות דסגי קבא דנהרדעי ואפ"ה מתייחס אל נהרדעי ומ"ש עוד דאף לפירש הרמב"ן י"ל דעד היכא דסגי קבא דנהרדעי היה נקראים ע"ש נהרדעים כבר כתבתי שזה ג"כ דחיית מהר"א הנ"ל ותמהתי לעיל ע"ז דא"כ סימנא ל"ל כו' אך אחר העיון נלענ"ד שאין זה ראיה שהרי ידוע שנהרדעי היה בבבל רק שהוא נחלק למחוזות הרבה ומחוז אחד נקרא נהרדעי ויש בו כמה עיירות אבל שם המדינה בכללה בבל והכי משמע בדוכתי טובא וכדאמרי' במגילה דף כ"ט תניא רשב"י אומר כו' כ"מ שגלו שכינה עמהם בבל היכי אמר אביי בבי כנישתא דהוצל ובבי כנישתא דשף ויתיב בנהרדעי כו' ע"ש ולכך התם דאמר בבל וכל פרוודהא

נהוג כרב נהרדעי וכל פרוודהא נהוג כשמואל ובאמת מחוז נהרדעי ג"כ נקרא בכללו בבל ע"ש המדינה ובפרטות היה נקרא נהרדעי ע"ש המחוז והיה במחוז זה כמה עיירות ולכך שואל עד היכן נהרדע' ר"ל כיון שיש עליה שם בבל ג"כ והרי אמרי' דבבל נהוג כרב לזה קאמר עד היכא דסגיא כו' אבל משם ולהלן אף שאפשר שנקרא ג"כ בשם נהרדעי מ"מ דינו כבבל דנהוג כרב ומ"מ שם העיירות שבמחוז זה שפיר היו נקראים נהרדעי ע"ש המחוז כמו בבל. וכ"מ בחידושי הרמב"ן ליבמות שכתב ארץ נהרדעי יש בו עיירות כו' וכן בחולין דף כ"ז אמר ר"י על שמואל אית לי רב בנהרדעי איזיל אחזיה וידוע שמקומו של שמואל בנהרדעי וכן בד"ט:

ומ"ש הרמב"ן עד היכא דסגי קבא כו' לאו דוקא דהא לא איתמר ההיא אלא מנהגא דמשם ולהלן דינו כבבל דנהוג כרב משא"כ הכא דבתר שמא אזלינן וכל ששם נהרדעי עליו צריך בדיקה וכ"מ קצת מדקאמר נהרדעי וכל פרוודאה הוא מגרשי העיר וחצריה כדאיתא במכות דף י' וחברון עיר מקלט והא כתיב ויתן לכלב את חברון אמר אביי פרוודאה כו' ופירש רש"י כפרים ועיירות הסמוכים לה ונקראים על שמה נתנו לכלב עכ"ל וא"כ ה"נ דקאמר וכל פרוודאה מתפרש שהם נקראים על שמה ואע"ג דהכא אינו החצירים הסמוכים ממש כדמשמע מדקאמר עד היכא דסגי כו' וכן משמע מדברי הרמב"ן הנ"ל שכתב יש בו עיירות רבים מ"מ שפיר שייך שם פרוודאה כל שהם סמוכים ונקראים על שמה וראיתי שהמגיה בתשובת גאוני בתראי כתב ותמהני על הגאונים שלא הביאו ראיה מב"ק וממכות שפרוודה' קרוי ע"ש חברון ולענ"ד לאו ראיה דהתם ודאי בכה"ג מיירי שהם נקראים על שם חברון ואין להם שם אחר כלל ואדרבא משם יש לפקפק גם על ראיה זו דנהרדעי כמ"ש:

ועכ"פ זכינו לדין שיש מחלוקת בין האחרונים ז"ל בזה שדעת אא"ז הגאון מוהר"ר מאניש חיות ז"ל דשפיר תלינן מה שאמר בהראדנא לפי שהוא ראש הקהלה ומשמע שלסברא זו הסכים הב"ח שהרי כתב ראיית הרב מוהר"ר יעקב ולא פרכה ודעת הגאון מהר"י ומהר"א שאין לסמוך על סברא זו כיון שלא נקראו ע"ש העיר הגדולה אין סברא לומר שקרא שמו עליו כיון שאינו משם רק סמוך לה:

ולפענ"ד היה נראה קצת ראיה לדברי אא"ז מיבמות דף י"ז אי לאו דהרפני' מאתיה איכסוף א"ל כסף גולגלתא להיכן יהבת א"ל לפום נהרא א"ל א"כ מפום נהרא את כו' משמע שלפי שפום נהרא הוא ראש הקהלה שנותן לשם כסף גולגלתא שפיר הוא מתיחס על שם העיר פום נהרא וא"כ ה"נ דכוותיה ואע"ג דאיכא לדחויי דהתם ה"פ שבאמת עיר הרפני' היו גובין כסף גולגלתא בפ"ע רק רב המנונא היה נותן כסף גולגלתא שלו לפום

נהרא ולכך א"ל להיכן יהבת כו' א"כ מפום נהרא את כיון שהוא יוצא מכלל הרפני' בזה שנותן כסף נפשות ערכו למ"א משא"כ אם היו כל אנשי הרפניה נותנין לפום נהרא אין סברא שמחמת זה נוכל לכוללם בשם פום נהרא ומ"מ אע"פ שאין ראיה לדבר סמך גדול הוא דבכה"ג שפיר זמנין שקורא שמו על שם העיר היושבת ראשונה במלכות:

אך דאין זה מספיק לומר בנ"ד דהוה כהעיד שמו וש"א וש"ע כיון שאמר שאשתו היה בבראד א"כ אפ"ת דזה כמראה מקום על דירתו וגם אינו מתנגד למה שהוא באמת לא היה קביעות מקומו בבראד דבשם זה נכלל הכרך וכל הסמוך לה מ"מ עכ"פ צריך בדיקה כל העיר וסביבותיה אם לא הלך שום אדם משם ששמו וש"א כך וכמ"ש הב"ח בנ"ד לבדוק ודבר ברור הוא שא"א לעשות בדיקה זו כיון שכבר עברו ז' שנים שיצא זה ומי יודע אם לעת הזאת כמה אנשים ששמם כך נסעו מזה מן העיר וכל סביבותיה ואין יודע ומכיר אותם וכדאיתא במדרש ויצא יעקב והלא כמה חמרים וכמה גמלים יצאו וראיתי בתשובת הגאון מהר"י הנ"ל שכתב וז"ל זולת זה שהרי כתב בריב"ש סימן תק"ח גבי אברהם פארח ממלכות קשטילא צריך לבדוק כל מלכות קשטילא כו' ומיהו יש לחלק דקשטילא הוא מלכות ואפשר שיש שם עיירות הרבה משא"כ כאן וראיה לזה מתשובת הריב"ש שכתב בשם הרמב"ן והרשב"א בעובדא דענן בר חייא שחששו לפי שהוחזקו וקשה ל"ל למימר שהוחזקו ת"ל דאפילו לא הוחזקו חיישינן וצריך לבדוק כיון שהיה כמה עיירות כו' שנקראים בשם נהרדעי כמ"ש במלחמות אלא ע"כ צ"ל דאף שהיו כמה עיירות אי לא הוחזקו ל"ח וא"צ לבדוק ול"ד לקשטילא שהוא מלכות עכ"ל ואני תמה על חילוק זה דקשטילא הוא מלכות כיון שגם מסורא ועד נהרדעא כמה עיירות שנקראים נהרדעי ודאי שכולם צריכים בדיקה ומ"ש ת"ל דאפילו לא הוחזקו כו' א"ז קושיא כיון שאין שיירות מצויות וגם לא הוחזקו אף אותה עיר עצמה א"צ בדיקה וכמ"ש רש"י מי חיישינן לב' יצחק בעיר א' רבא אמר ל"ח כיון דלא הוחזק:

ומ"ש הריב"ש שם וז"ל אחרי שאין מזכיר שם עירו רק שהוא מקשטילא ואפשר שיש בקשטילא אחרים ששמם כן והלך לירושלים וצריך לבדוק בכל קשטילא אם היה שם אברהם פארח ויצא משם ענו לי כמה אנשים יש בקשטילא ששמם אברהם פארח אמרתי א"כ הדבר שאין כאן עדות שהרי הוחזקו ב' יב"ש עכ"ל כוונתו דמתחלה היה מסופק שמא יש בקשטילא אחרים ששמם כך ויצאו ול"ש לומר שלא הוחזקו כיון שזה אינו אומר שהיא מעיר הזאת רק שהוא מקשטילא והיה חושש שמא בקשטילא הוחזקו כמה אנשים כן כמו שהיה באמת משא"כ בהאי גיטא דסורא נהי דאפשר ששאר עיירות הקרובות צריכין בדיקה דל"ש לומר שלא הוחזקו דדלמא באמת הוחזקו. מ"מ נהרדעא

עצמה לא היה צריכה בדיקה אם לא היה מוחזק לנו רק א' וגם שאר עיירות לא היו צריכין בדיקה אם היינו יודעין שאין מוחזק שם מי ששמו עוד ענן בר חייא ולכך הוצרכו לומר שהיו מוחזקין לתרי ענן:

וגם נלענ"ד מ"ש הרמב"ן והרשב"א בחידושיו ועובדא דגיטא דאשתכח בסורא שלא במקום שיירות נמצא אלא היו מוחזקין בתרי ענן ולפיכך בדקו עד נהרדעי ולא חששו לשתי נהרדעי ואע"ג דמצאו אחרינא אמר אביי דל"ח כו' נ"ל מה דקאמר שהיו מוחזקין בתרי ענן ר"ל השתא אחר הבדיקה שמצאו עוד אחד ששמו ענן בר חייא ומ"ש ולפיכך בדקו זה מוסב על שלפני פניו ושיעור הלשון כך הוא שנמצא במקום שאין ש"מ ולפיכך בדקו עד נהרדעי. ולא חששו לב' נהרדעי דהיינו לבדוק כל העולם משום דאין ש"מ אבל מ"ש שהיו מוחזקין בתרי ענן היינו לפי האמת דחייש ליה רבא לפי שהוחזק כאן עוד ענן אחר וכ"מ מתוס' דף קט"ו ד"ה יצחק דהא לקמן גבי ענן חייש רבא לגמלא פרחא כיון שהוחזקו שהי' שם ענן אחר ע"ש ועוד דל"ש לומר דצריך בדיקה לפי שהיו מוחזקין לתרי ענן דא"כ בדיקה זו למה דמה דאתחזק אתחזק ומה דלא אתחזק לא אתחזק אלא ע"כ דודאי צריך בדיקה כיון דאיכא טובא דשמייהו הכי וכדאמרינן והא חבו בר נאנאי כו' רק ע"י בדיקה אנו יודעין שאין שם יותר והיינו דלא הוחזקו וכשאנו יודעין או מוצאין על ידי בדיקה עוד מי ששמו כך היינו הוחזקו וכ"מ מלשון הרמב"ן במלחמות שכתב ורבא אמר יבדוק כל העולם כו' אבל לא היו צריכין לבדוק אלא עיר נהרדעי ומוחזקים היו בה שאין שם אנדרלאי אחר דבזה לא נסתפק אבוה דשמואל כו' עכ"ל משמע דלעולם אותה עירה צריכה בדיקה ואז נדע שאין שם אחר אף לרבא וצ"ע בפוסקים ואין להאריך:

ומעתה נחזי אנן שעפ"י העדות הניגבה בק"ק טרעספאלי בעדות של מוה' צבי שאמר שהו' מן סמוך לבראד אין מקום להתיר' שהדבר ידוע שהרבה יש באקלים זה ששמם אברהם וגם לא הזכיר ש"א ואף שדעת מהר"מ מלובלין להתיר גם בזה ע"י בדיק' וכ"ד כ"פ כמ"ש בב"ש מ"מ בזה שלא הזכיר שם עירו ממש דבר רחוק הוא לבדוק על משך זמן רב כזה ועיין בב"ש בק"ע סימן ע"ז בשם הרא"מ שבפסק אחד דעתו דבאומר יהודי ממקום פלו' מת ל"מ החיפוש רק שכתב מהריב"ל להקל אם לא יזכור שנאבד אדם בצירוף שאר קולות וא"כ מי הוא זה היודע שלא נאבד אדם בכל האקלים בזמן רב כזה וגם עפ"י עדות מו' דוב פישל הניגבה בווארשי אע"פ דהוי כמעיד ע"ש וש"א כמבואר מהוועקסיל שביד הנ"ל מ"מ הרי לא אמר שיש לו אשה בבראד ובאמת לא היתה דירתו בכאן ואע"פ שאין זה ראיה לסתור כמש"ל דאפשר כוונתו על הסביבות השייכי' לכאן וגם י"ל ששינה קצת שם עירו במתכוין וכמ"ש הר"ן בתשוב' ב סימן ל"ג וז"ל ולענין

הס' שנסתפק לכם מפני שהעיד על קריאת שמו חיים כו' כיון שיש עדות מספיק בדב' שבעל' של זו מת אלא שנולד' ספק בשם זה אין לחוש לפי שקריאת שמו בענין זה הוא עשוי להשתנות שכבר הועד בפניכם שהוא אומר כשיצ' מעירכם שירחק נדוד וישנה שמו כדי שתהא אשתו עגונה כו' וא"כ ה"ה בנ"ד שניכרים הדברים דמסני סני לה שהרי מבואר בג"ע שרצה לעשות שידוך שם אלא אחר שאמרו לו שיש אגרת מאשתו פירש ואמר שיש לו אשה בבראד וא"כ י"ל שאע"פ כן לא רצה לגלות מקומו איה ואע"פ שיש לחלק דהתם אמר בפי' שישנה שמו וכיוצ' בזה כתב בתשובת גאוני בתראי הנ"ל מ"מ אין נלענ"ד דהתם נמי עביד דגזים ולא עביד ואפ"ה תלינן בהא והכא נמי דכוותה ועדיף טפי בנ"ד שהו' סתם דבריו ולא יהיה נתפס בשקרו כיון שהוא סמוך לו יתנצל שהיה כוונתו על הסביבות אך דכ"ז אם היה העדות מספיק להתירה בלא זה רק שניחוש לסתיר' זו שאמר מבראד ובעלה של אשה זו אינו משם היינו אומרים שכוונתו סמוך לה או שעשוי להשתנות וכנדון דהר"ן או אפשר שאחר שהרחיק נדוד גם אשתו עקרה ממקומו והלכה לכאן להיות משרתת וכדומה והוא נודע לו מזה ולכך אמר שיש לו אשה בק"ק בראד ובזה אנו יכולין לחקור אם היה כן אבל מה יושיענו זה כיון שאין כאן עדות מספיק להתירה שהרי אין כאן שמו וש"א וש"ע דהנך תלתא בעינן להתירה בלא חיפוש ואדרבה אם כך היה המעשה שאחרי אשר הלך בדרך למרחוק גם היא בביתה לא ישכנו רגליה ונסעה לבראד א"כ אם באת לומר שהוא בעל האשה ע"כ כך היתה כוונתו א"כ יש לחוש שמא אחר הוא שהרי שמו וש"א שכיח טוב' בעלמ' ששמם כן והרי אין כאן זכרון לעירו מה תאמר לפי שאמר אשתו מתגוררת בבראד אין זה מועיל שהרי רבות בנות מעיירות קרובות ורחוקות באות הנה כפעם בפעם לעמוד לשרת ואין כאן מקום היתר לכאורה:

שוב הוגד לי בשם האשה שכך היה הענין שהיא היתה משרתת בכאן כמה שנים אחר נסעו ושוב בא האיש לכאן ותבעה אותה לדין ונעשה פשר ביניהם שידור עמה רק התנצל שצריך להוליך איזו עגלות לווארשא והבטיח שכשישלים שכירתו יחזור לכאן לדור עמה כאורח כל ארעא ומאז הלך שוב לא חזר ולפי"ז נראה לצדד להקל דזה הוי כשמו וש"א וש"ע ומ"מ צ"ע אם יש להקל עי"ז לומר דהוי כשם עירו שהרי הטור כתב אההי' דיצחק בן מיכאל וז"ל וי"א דוקא שלא הוחזק עוד א' באותו מקום בזה השם וגם ל"ש שיירות כו' ופי' בפרישה שי"ל שבאותו העיר א"י אם יש עוד א' בעולם ששמו כן דאל"כ חיישינן שמא העדים ראו יב"ש זה באותו העיר וסברו שהוא מאותו העיר ואותו יב"ש ראוהו שמת כו' והביאו הב"ש בקצרה ס"ק ג' ועכ"פ בעינן שבאותה העיר לא הוחזק אחר כמבואר בש"ע שם וזה שייך במקום דירתו ממש משא"כ בזה שלא היה דר בכאן רק

אשתו מתגוררת בכאן בתורת משרתת וא"כ י"ל כשם שי"ל שזה בעל האשה הזאת כ"כ י"ל שמא אחר הוא שאשתו מתגוררת בכאן דשכיח טובה דאתי לה מעלמא אך נלענ"ד דהכא שנעשה פשר ביניהם שיבא לק"ק בראד לדור עמו הו"ל כקובע דירתו בכאן ול"ח לאחר שלא ידענו שרצה לקבוע דירתו בכאן דזה לפי שהיה בדעתו לקבוע דירה שפיר נקרא ע"ש העיר הזאת ומצאתי בירושלמי דיומ' פ' שני שעירים מ"ו דאית' התם קרא מסייע למתני' והמשלח את השעיר כו' אמר ר' מנא ואפי' כתנ' דבריית' אתי' היא כאנש דסליק מטברי' לציפורין עד דהוא בטברי' אמרין בצפורין הוא יתיב ע"ש ועיין בקה"ע שם מבואר כמ"ש דכיון שבדעתו לעלות לשם קורין אותו ע"ש העיר הזאת ועוד דבנ"ד שידוע לנו שהלך לשם לווארשי ושמו וש"א כך והאחר א"י לנו שהלך לשם וא"כ בכה"ג הא קי"ל דל"ח לתרי יצחק ואי"ה יבואר לקמן מ"מ נלענ"ד דבלא"ה בנ"ד אין אנו צריכין לכ"ז כיון שמבואר בג"ע שנמצא בק"ק זבארוב ג"כ וועקסיל בחתימה זו אברהם במו' פישל והיו החתימות שוות ונתקיים בב"ד שדימו אותם והיו הדמיון עולה יפה ומשמע שהיה ידוע לב"ד שאותה חתימה שנמצאת בזבארוב מאיש לוקחה זאת בעלה של האשה הזאת ואפי' הבע"ד שנמצא אצלו הוועקסיל מהימן ע"ז שלקח וועקסיל זה מבעל האשה וא"כ הרי לפנינו שעדות שאמר מ' פישל מווארשי הוא עדות מספקת שאין מקום לנטות כ"א על בעל אשה זו דוק':

ואין לפקפק מהא דקיי"ל שאין מקיימין ע"י דימוי החתימות אלא מב' שטרי שדות כו' מ"מ ה"ד היכ' שאינו מקום משא"כ היכ' שמקומים וידוע לנו שהחתימה אמת אז מדמי' לחד' חתימה וסגי בהכי וכמ"ש הש"ך סימן ס"ו ס"ק כ"ו דראיית הריטב"א ברורה מהך דמחוי ח"י אחספא ושדי בב"ד וא"כ היכא שאותו המלוה שחתימה זו אצלו אומר שלקח חתימה זו מבעל האשה או שעידי הקיום מעידין שבעלה חתם א"ע לפניהם מהני לדמות חתימה שנמצאת בווארשא אצל מוה' פישל ואע"פ שדעת רב שרירא גאון ז"ל דבח"י הלוה אין מקיימין משתי שטרי שדות כבר חלקו עליו בעה"ת והטור והש"ך כתב שכ"ד הרי"ף הרא"ש והרמב"ם וסמ"ג ע"ש ולענ"ד מוכח שכ"ד התוס' ג"כ דמהני הך קיום מדאורייתא ולא מטעם קיום שטרות דרבנן שהרי בכתובות דף כ"ח ד"ה קיום כתבו תימ' כיון דמדאוריית' א"צ קיום א"כ כל אדם שירצה יזייף ואומר ר"י כו' א"נ כגון שנתקיים משדה א' או מב' שדות ויוצא מתחת עצמו דאמרינן לעיל שמא זייף כו' הרי מבואר דהך קיום משדה א' או מב' שדות קיום גמור הוא מדאורייתא ואע"פ שכתבו אח"כ דמגיטין מוכח דאפי' היכא דאין מכירין כלל הוי מדאורייתא כמי שנחקרה בב"ד וכ"כ התוס' בד"ט מ"מ בהא דהך קיום ע"י שטרי שדות קיום גמור הוא לא אשכחן דהדרי בהו:

ואמנם נראה ברור שאף לדעת הגאון ז"ל דס"ל דהך קיום רק מטעם ק"ש דרבנן נגעו בה ולכאורה קשה לדחות דברי הגאון בפרט בדבר ערוה החמורה והב"ח תופס דברי הגאון עיקר אף לענין דבר שבממון מ"מ נלענ"ד פשוט שגם הגאון מודה בנ"ד דשפיר מקיימין ע"י דימוי דהא לענין עדות אשה יש להקל טפי מבד"מ כמבואר סימן י"ז וכיון דמקילין בעדות אשה אפי' מפי עבד ומפי שפחה מכ"ש שיש להקל בזה דהא היכא דצריך קיום מדרבנן עכ"פ מקיימין בכה"ג ועוד נלענ"ד דע"כ לא קאמר רש"ג דאין סומכין על הקיום משתי שטרי שדות אלא דוקא בכה"ג שהלוה טוען מזויף בכה"ג לא סמכינן אהך קיום משא"כ היכא דליכא דמכחיש שפיר סמכינן על הקיום ובהכי א"ש מ"ש הט"ז שם ב סימן ס"ט דביו"ד סימן רכ"ח משמע דאפי' במידי דאורייתא מהני מה שמכיר החתימה דהא מהני שם לענין נתינת רשות כמ"ש שם מתשובת רמב"ן עכ"ל ולפמ"ש א"ש דאין דבריו סותרין לדברי ר"ש דהתם ליכא מאן דמכחיש ליה והלכך מהני הכרת החתימות ושוב מצאתי באו"ת שכתב לחלק כן וא"כ בנ"ד פשיטא דגם רב שרירא מודה דמהני דמיון החתימות:

ועוד היה נלע"ד דע"כ לא קאמר ר"ש אלא משום דע"י דימוי החתימות זה לזה אין להוציא ממון מחזקת הלוה משא"כ התם בי"ד דהרמב"ן לענין איסורא מיירי בנשבע שלא לעשות בלא רשות פ' מהני אם מכיר כ"י שנותן לו רשות שפיר מהני הכרה ובאמת צ"ע דמנ"ל להט"ז דהתם מיירי כשמכיר ע"י דמיון החתימות דלמה מיירי כשהוא מכיר בט"ע ומצאתי בס' קצה"ח סימן מ"ו שהרגיש בזה וכתב דסתם דברי הרמב"ן משמע דאף שמכיר ע"י דימוי החתימות מהני לכן כתב לחלק כמ"ש שדעת הגאון שאין מוציאין ממון ע"י סימנים מש"ה ל"מ דמיון והילכך גבי שבועה מהני סימנין ודוקא בפלניא דהאי סימן הוא לענין נפשות או הוצאת ממון ל"מ אבל באיסור מועיל כמו דמהני סימנים להתיר א"א ע"י סימנין שנהרג פ' כמ"ש התוס' פג"ה ע"ש שהאריך וא"כ בנ"ד פשיטא דעכ"פ ב סימן הוא דמהני בעגונה להתיר. אמנם מ"ש על הט"ז דלמא הרמב"ן מיירי ע"י ט"ע שוב ראיתי שז"א דע"כ ל"ש ט"ע אלא היכא שראה אותה חפץ או אותו אדם בעצמו כ"פ שייך לומר שיש לו בו ט"ע וכדאי' פ' אלו מציאות כלים ששבעתן העין כו' משא"כ בההיא דהרמב"ן בתשו' דמיירי בנשבע שלא לזוז בלא רשות חמיו וכתב לו חמיו בכ"י שהוא נותן לו רשות וע"ז כתב דכל שהוא מכיר כ"י חמיו סגי בהכי א"כ ל"ש לומר שהוא מכיר אותו הכתב עצמו בט"ע דהא מעולם לא שלטא ביה עינו אלא שהוא מכיר ע"י שראה כ"פ כ"י ויש לו ט"ע שאותיות כאלה הוא רגיל לכתוב בתמונת אותיות אלו ומהני להרמב"ן וא"כ כשיש לפנינו כ"י ממש כענין הא דמחוי ח"י אחספא ומדמה האותיות

זה לזה והם שוים פשיטא דעדיף טפי מט"ע כה"ג שהוא מעלה בזכרונו אותיותיו אלה ואפ"ה מהני להרמב"ן ומכ"ש בכה"ג שהרי לפנינו ועינינו הרואות שהמכתב מכתב אחד הוא דסמכינן עליה:

ולפ"ז מ"ש התוס' כתובות דף ך' ד"ה דלמא דדוקא ע"י דמיון החתימה אין מקיימין אבל היכא דמכירין חתימת העדים בט"ע אע"פ שיש חתימה אחרת ת"י מקיימין כיון דמכירין החתימה אם זייף היה ניכר וכ"כ הרא"ש וכ"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד בשם כמה פוסקים צ"ל דה"ד שהט"ע הוא מאותן החתומין בעצמם או מאחרים שראו כשחתמו ומכירים בט"ע שזהו היא החתימה שחתמו העדים לפניהם דאל"כ אלא שמכירין שכן רגילין עדים אלו לחתום בתמונת אותיות אלו א"כ לא עדיף מקיום שע"י דמיון החתימה דאין מקיימין אם יש חתימה כזו ת"י וזה מבואר בלשון המרדכי בשם ר"ת שכתב וז"ל אבל קיום השטר ע"י עדים החתומים בו אפי' יש למלוה אלף שטרות לא אמרינן זייף שהרי העדים מתוך כוונת הלב וט"ע מכירין ובחוט השערה הן מכירים השינוי וכ"מ לשון ר"ת בסמ"ג ובהגמיי' אבל ט"ע מחמת שרגיל בחתימתו לא עדיף מדמיון בעלמא וכ"נ מדברי הרמב"ן בחידוש' לכתוב' הביאו בש"מ שכתב דלדברי רש"י אי אית ליה להה"א שטרא אחרינא בח"י דסהדי לא מקיימין לעולם עד דאתי סהדי ומסהיד על ח"י דה"א היא או דהתם ודאי מקיימין דבט"ע ודאי מכיר הוא בכתיבה מזויפת א"נ כגון דאתי סהדי ואמרי אשתמודענא לה דהי חתימה פ' דבכה"ג נמי מקיימין לה כו' וכ"נ מדברי הרא"ה ע"ש אלא שלפ"ז צ"ע מההיא דכתובות דף כ"ח הנ"ל שכתבו התוס' דמיירי בנתקיים משתי שדות ויוצא מתחת ידי עצמו דאמרינן לעיל שמא זייף כו' ולפ"ז קשה דא"כ מה מועיל הקיום שמקיים הגדול מה שראה בקטנו זה כ"י של אבא דהא משמע התם דהקיום הוא ע"י שמכיר בט"ע לפי שהוא רגיל בחתימתו כדאמרינן התם ואי אשמועינן אביו משום דשכיח גביה כו' ע"ש ומה מועיל קיום זה כיון שיש לו שטר בחתימה זו תו ל"מ מה שמכיר חתימת אביו ע"פ מה שרגיל בחתימתו וצ"ל דרש"י ור"ת לא ס"ל הך שנוי' דהר"י ז"ל וצ"ע בלשון הר"ן ז"ל:

ולכאורה יש להוכיח דשפיר סמכינן אט"ע כה"ג אף במידי דאורייתא אף להוציא דבר מחזקתו דהא קי"ל דפיקח ונסתמא יכול להוליך גט אע"פ שא"י למי נותנו משום דאל"כ איך סומא מותר באשתו כו' אלא בט"ע דקלא כו' ואף לעדות היה כשר אי לאו משום דכתיב או ראה כמבואר בפוסקים ואע"ג דכתב הב"ש סימן קמ"ב ס"ק י"ח שצריך שיהיה ידוע לנו בל"ז שזו אשת המשלח היינו בזה"ז דלא מהימנינן לצורבא מרבנן בט"ע גבי גט ובאמת שדבריו תמוהין בעיני ראיית הש"ס דסומא יכול להביא גט משום דאל"כ איך

סומא מותר באשתו כו' והרי גם בזה"ז סומא מותר באשתו כו' והא דכתב ב סימן קל"ב דבזה"ז אין צורבא מרבנן נאמן בט"ע גבי גט סתם מירי בשליח שאבד גט דחשדינן ליה דמשקר משום שאומר בדדמי ומשום שכירות שלו או שלא יהא לבעל תרעומות עליו משא"כ הכא ל"ש זה וזה מבואר ג"כ בש"ס דחולין דאמר רבא מריש ה"א סימנ' עדיף מט"ע דהא מהדרינן אבידתא בסימנא ולא בט"ע השתא כו' אמינא ט"ע עדיפא דאל"כ איך סומא מותר כו' אלא בט"ע דקלא ופירש"י ומאבידה לא ילפינן דהתם משום חימוד ממון חיישינן כו' ועכ"פ מבואר דשפיר סמכינן אט"ע דקלא וא"כ הרי ט"ע דקלא הוא ג"כ כה"ג שהוא רגיל ובקי בקול ששמע זה כ"פ ונתחזק בדמיונו וכיון שהקול ששמע עכשיו הוא דומה לו שפיר סמכינן עליה בנתינת הגט וכן בארץ ישראל או בנתקיים בחותמיו מהני ט"ע דקלא שיש לו באיש ובאשה ומינה יליף רבא בעלמא דמהני ט"ע היכא דליכא למיחש דמשקר מחמת חמדת ממון כגון באבידה וא"כ בט"ע כה"ג שזה שרואה עכשיו דומה לאותו שראה כבר נמי ט"ע גמור:

ולפי"ז כשהחתימה של עדים לפנינו ואנו מדמין זה לזה דמסתבר דעדיף מט"ע כה"ג שאינו רק מכח הדמיון בזכרונו מחמת הרגילות ולא בפועל ממש כמ"ש נמי ט"ע גמיר הוא ואית לן למסמך עליה ולפי"ז מ"ש בקצה"ח בדעת ר"ש שדימוי החתימות אינו רק כסימנים שאין מוציאין ממון בסימנין ז"א דע"כ דמיון החתימות עדיף מסימנין שהוא דומה לט"ע שעל כיוצא בזה אמרו ט"ע עדיפא אלא נלענ"ד דע"כ ל"ק ר"ש אלא דאין מקיימין משתי שטרי שדות כו' היכא שאין מקיימים אלא שאכלום בשופי או אף במקויימים כיון שמ"מ יש לחוש שמא זייף הכל אלא כיון דאיכא תרי ל"ח כולי האי בזה ס"ל לר"ש דהיינו דוקא בקיום עידי השטר משום דקיום שטרות דרבנן אבל בבע"ד לא סמכינן ע"ז משא"כ היכא שידוע בבירור שהוא חתימתו של זה כההיא דמחוי אחספא גם ר"ש מודה דשפיר מהני ואין זה דומה לסימנים שאין מוציאין ממון על ידם משום דסימנים חיישינן שמא אתרמי סימנים כסימנים דהא מה"ט איכא מ"ד סימנין דרבנן ורוב הפוסקים ס"ל דהכי קי"ל משא"כ בזה דהוא מיעוטא דמיעוטא דלא שכיח שיהיה כ"י זה דומה לזה וכה"ג ט"ע מיקרי ולא סימנים כלל. וגם כי מ"ש התוס' בחולין שאין מוציאין ממון היכא דאתי להדי ואמרי חפץ דהאי סימנים כו' דפלוני הוא לא ברירי' כולי האי דהא משמע ביבמות בעובדא דשומשמי ובכתו' פ' הכותב ופ' א"נ בתוס' דשפיר מוציאין ע"י סימנים היכא דליכא למיחש דחזי ליה בביתי' ול"ש מיגו ע"ש ובש"ך סימן רצ"ז באורך:

אמנם מדברי ר"ת שהביא המרדכי משמע באמת דמה שמקיימים ע"י דימוי אינו רק מחמת קולא דקיום שטרות שהרי כתב וז"ל ואפי' יוצא מת"י אחר אנו בושים כו' אבל להקיף החתימה הוי כמו דברים שאין מקיפין תדע מדבעינן שתי שטרות כו' ע"ש משמע להדיא דס"ל דקל הוא שהקילו בקיום שטרות לקיים ע"י דמיון וגם ראיתי בספר העיטור דף ל"ה כתב וז"ל בשם רבינו האי לא על כל אדם ראוי לסמוך כשאומר זו דומה לזו שהמזייף טרח לדמות עד שאותו שזייפו דומה בעיניו שזהו כתיבתו כדאמר רבא אין ח"י הוא מיהו קמי דרב אחא לא חתמי ואמר ר"ז טבעא דבבל גרמה לי דלא חזינ' דמא בין טבעא לטבע' לא ידענ' כ"ב בין דמא לדמא וצריך אדם שידע סודות הזיוף עכ"ל:

אך נראה דכ"ז דוק' היכ' שהלוה טוען מזויף דאז יש רגלים לדבר משא"כ היכ' שהלוה אין טוען כלום ודאי דראיה גמורה היא מה שהחתימות שוין ול"ח לזיופ' וגם ר"ת לא קאמר דחיישינן להכי אלא אם יש בידו שטר מחתימת יד עדים אלו ובכה"ג ס"ל דאין מקיימין ע"י דימוי ואפי' בשטר מקוים דאל"כ תקשי עליה מט"ע דקלא דסמכינן עלי' אע"כ דשאני הכא דאיכ' חשש זיוף שמכוון מלאכתו ומאמן את ידו למען שיתו אותיות אלה דומה בדומה ממש ואף שאנחנו מקיפין החתימות לא יורגש השינוי כ"א ע"י ט"ע שחתם א"ע ממש שאז מתוך כוונות הלב הם מכירים משא"כ בט"ע שוו מט"ע דקלא דל"ש זה ומצאתי און לי בשו"ת עה"ג סימן ק"י שכתב שם לענין א' שהביא עדים שהם מכירים שהוא אחיו של ראובן בט"ע דקלא וכתב דשפיר הוי הכרה כדמוכח פג"ה ואין להקשות מהא דפ' ד' מיתות ושאר כל חייבי מיתות אין מכמינים כו' ופירש"י והיו רואין אותו כו' ואע"ג דשומעין קלי' דמצי למימר לאו אנא הואי כו' די"ל דוודאי אם המסית יכחיש את העדים ויאמר לאו אנא שומעין לו ולא יוכלו לחייבו קטלא אבל היכ' דליכ' הכחשה בדבר כמו בנדון דפג"ה יש לסמוך על ט"ע דקלא כו' ע"ש:

ולכאורה קשי' על דבריו דהא הש"ס מדמה ט"ע דפרצוף פניו לט"ע דקלא ובט"ע דפ"פ ודאי ל"מ הכחשה דידי' וקטלינן ליה אלא הוא הדבר אשר דברתי דט"ע דקלא שאני כיון דל"ש ט"ע על אותו הקול ששומע עכשיו רק לפי שרגיל בקול זה וזה הקול ששומע עכשיו הוא דומה לאותו הקול לפיכך לא סמכינן עליה רק שלא בהכחשה דאם מכחיש אמרינן דלמא טעו בדמיונם זה שדימו קול זה להקול שהיו רגילים לשמוע מאיש זה משא"כ בט"ע דפ"פ שהט"ע הוא בגוף ולא בדמיון ל"ח לטעות כלל:

וראיתי בשו"ת שבות יעקב ח"א סימן ק' שכתב לענין עדות עגונה לצדד להתיר אם הכירו בט"ע דקלא והבי' שו"ת עה"ג הנ"ל וכתב שדבריו אינם מוכרחים וקצתם אינם ברורים כו' גם הראיה שהביא מפ' ד' מיתות אין ראיה מוכרחת דאפשר דד"נ שאני ובעינן ראי'

ממש כדאיתא בסנהדרין דף ל"ז כו' ולענ"ד ז"א דהא הש"ס מייתי ראיה דט"ע עדיף מסימנא בד"נ דאילו אמרו פ' דהאי סימנא כו' לא קטלינן ליה כו' והא דבעינן בד"נ ראיה ממש היינו שצריכים לראות גוף המעשה שפ' הרג את פ' לאפוקי מעובדא דשמעון בן שטח שנכנס לחורבה וסייף בידו כו' משא"כ היכא שראה גוף המעשה אלא שהכיר מי הרוצח ע"י סימנים או ט"ע דקלא אי הוי מהני בעלמא מהני גם הכא וע"כ יש לחלק דש"ה דמכחיש ליה וכנ"ל מ"ש בש"י הנ"ל שם דזה ודאי אינו דא"כ איך מכשיר בגיטין סומא לשליחות דלמא אתי בעל ומערער ומכחיש ופסיל ליה לגיטא וכדחיישי' בריש גיטין כה"ג ולפענ"ד לק"מ דבא"י שהוא מצוי לקיימו וכן בח"ל כשהוא מקוים שפיר מצינו למסמך אף בסומא כשעת נתינת הגט כשהי' מכיר אף הבעל בט"ע דקלא דלא מצי לערעורי כיון שהוא מקוים ודאי מיד הבעל בא לו ולב' יב"ש ל"ח כל דלא הוחזק רק דלענין לשמה חיישינן להכי כיון דאיכא מיעוטא דלא גמירי ע"ש בריש גיטין בתוס' ובהר"ן הא לא"ה ל"ח ועוד יש בזה כמה דרכים ולא עת האסף פה:

והנה דעת הרמב"ם דמשטר מקויים מקיימין ע"י דימוי ודלא כר"ת ונ"ל שגם בעה"ע חולק שכתב וז"ל ואיכא מ"ד אימר זייף הכל אבל אות בעד לא זייף ואין פי' לדבריו ונ"ל שצריך להגיה אבל אותו העד לא זייף ור"ל דחיישינן שמא גם השטרות שמקיימין מהם הם מזויפים אבל לומר שזייף רק אותו העד לכוין חתימתו עם השני שטרות זה לא אמרינן וא"כ משטר מקוים מקיימין וזה האיכא מ"ד חולק על מ"ש מקודם דחיישינן שמא זייף וכיון החתימה לחתימה והלכך אין מקיימים אפי' משטר אחר ואפי' ע"י עדים כו' וזהו שסיים אחר דברי ר"ת שכתב לחלק בין קיום ע"י דימוי לקיום ע"י ט"ע וז"ל ולדבריו ע"י עדים מקיימין אותו השטר אבל לא בקיום חתימות אחרים ואנן כתבינן מה דסבירא לן עכ"ל ר"ל דלר"ת ל"מ אם מקיים מחתימת מקוימין ולהך איכא מ"ד דטעמא הוא דשמא זייף הכל א"כ שפיר מקיימין ומש"ך משמע דמחלוקת בעה"ע הוא על ר"ת ממ"ש בתחלה שאין מקיימין אף ע"י עדים ולענ"ד מסוף דבריו ניכר כמ"ש שהרי סיים אבל לא בקיום כו' ואפשר דתרוייהו איתנייהו דבעה"ע ס"ל שאין לחלק בזה דלדיעה קמייתא אף עדים ל"מ ובקו' הרמב"ן והרא"ה על רש"י דאף בעדים זמנין דטעו וכ"כ הסמ"ג על ר"ת וקשיא לי שהרי רבא טעה בחתימתו כו' ולדעת האיכא מ"ד אף מחתימת אחרים מקיימין היכא דלכ' למיחש בהו לזיופא כגון שהן מקויימין וע"ש ולקצר אני צריך:

ומכל הלין טעמא שכתבתי נלענ"ד דבנ"ד ודאי סימן מובהק הוא מה שהחתימות דומות לכ"ע ועוד שהדבר פשוט שאף ר"ת לא קאמר אלא דחיישינן דלמא מחמת חמדת ממון טרח וזייף שיהיה נדמה כאילו היא היא וכדברי רבינו האי הנ"ל משא"כ בזה שעל עדות

אשה הכל נאמנים להעיד וכ"כ בח"מ בתשו' ס"ק כ"א לענין כתב שאינו מקוים דקיום זה מה הוא דבשלמא גבי ממון יש לחוש שמא מלוה זייף כו' ע"ש וא"כ בנ"ד שזה שנמצא אצלו הוועקסיל בק"ק זבארוב או אחרים יעידו בבירור שהיא חתימת בעל האשה הזאת ועינינו הרואות שהוא דומה ממש להחתימה שבווארשא למאי ניחוש לה לכוין לזייף ליכא חשדא רק לדלמא אתרמי שמא כשמא ויהיה כ"י דומה ממש לכ"י של זה פשיטא שאף א' מרבויא אינו בנמצא והוא סימן יותר מנקב יש בצד אות פ' דזמנין מתרמי הכי לפי שהיריעה יש בה נקבים נקבים משא"כ בזה אף אני חוכך קצת דאפשר שאף שלענין ממון סמכינן על הדמיון מ"מ לענין איסורא י"ל שאין אנו בקיאין וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה להקל באיסור א"א וכבר נפסקה הלכה בי"ד סימן ל"ו לענין נקבי' בריאה ובבני מעים כו' שאין אנו בקיאין בהקפה להכשיר וכיוצא בזה כתבתי לעיל בשם רב האי דמייתי מהא דמחמרינן לענין נדה שלא להפליג בין דם לדם ולזה רמז ר"ת שהביא המרדכי שכתב להקיף החתימות הוי שא דברים שאין מקיפין ור"ל כהא דאמרינן אין מקיפין בבועי כו' זין מקיפין בלב ובאמת שאין הנדון דומה לראיה כ"כ דהתם הטעם בבועא משום שעשוי להשתנות וכן מגסה לדקה או מחוליא לבר חוליא שאין א' דומה לחבירו משא"כ בזה שאם נאמר שא"א למזייף לכוין היטב עד שלא יהיה ניכר ע"י הדמיון מה"ת לא נקיף זה לזה ואפשר דלישנא בעלמא נקט וכוונתו דכמו דהתם אין מקיפין כמו כן קשה להכיר אם זה דומה ממש או לא ועכ"פ צ"ע מהא דקי"ל שאין בקיאין בהקפה: ולפי"ז צ"ע גם על הש"י שדעתו להתיר ליונה שהעידו שראו מרחוק שחתכו ראש יהודי א' והיה צועק והכירו בט"ע דקלא שזה בעל האשה ולפי מ"ש צ"ע דהא אפי' אם שני הענינים לפנינו אמרינן דלא בקיאין בהקפה וד"ל דט"ע דקלא עדיף טפי וכמש"ל ולכן נלענ"ד שאין הנדון דומה להך דנדה ודחולין שהרי הטור ובעה"ת ס"ל דאף בכ"י הלוה מהני ע"י דימוי החתימות אף להוציא ממון וע"כ שאין זה ענין למאי דקי"ל דאין בקיאין במראית דם משום שצריך הבחנה גדולה כזה משא"כ כאן וכבר כתב אא"ז בת"ש סימן ל"ח דאע"ג דגבי נדה החמירו לאסור כל מראה שחור התם משום חומרא דכרת גזרו טפי ותו דלפעמים הוא מסור לנשים כו' ולכן החמירו אפילו בכתם משום לא פלוג משא"כ הכא ע"ש וא"כ ה"נ דלענין חזקת א"א אמרינן אוקי נגדה חזקה דאשה דייקא וכיון דהתם משום חומרא בעלמא הוא אע"ג דאיכא חזקת טהרה ובעגונה אקילו בה רבנן ומכ"ש לפי טעם השני שכתב אא"ז א"כ ל"ד להדדי וגם מהא דקיי"ל דאין מקיפין אין להחמיר כאן דהא הא קמן דנהוג עלמא לדמות החתימות ולהוציא ממון ולא אמרינן ביה דלא בקיאינן ואף לדעת ר"ש שלא אמרו כן אלא משום קיום שטרות דרבנן מ"מ

לדעתו אף בזמן התלמוד לא סמכו ע"ז אלא משום קיום שטרות דרבנן וא"כ אנן בדידן שאבדה חכמת החכמים ולית בקי כלל אף בדרבנן לא היה מקום להוציא מהמוחזק ומכ' בכת"י הלוה דסוגיין דעלמא כהטור ובעה"ת לדמות החתי' ולקיים עי"ז להוציא ממון וע"כ דס"ל ש"ה שע"י משמוש וכיוצא בו משתנה וגם שאפשר בקל לטעות בדמיון כזה לומר שדומה לנקב שאחר שחיטה משא"כ בזה ששני החתי' לפניו ומקרב אותם אחד אל אחד ולמראה עיניו ישפוט כי כמות זה כן זה בכה"ג שפיר בקיאינן וסמכינן עלה דמלתא ואצ"ל בגוונא דנ"ד דל"ח דלמא אתרמי שמא כשמא וגם במכתב ידמו וישוו זה אינו מתקבל על הדעת כלל שזה א"א אם לא שיזייף במתכוין בעובדא דב"ב דקם אזרונקי וכתב והכא ליכא למיחש להא מלתא:

ונלענ"ד ראיה מדאמרינן בגיטין דף כ"ז כגון דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט א' של יב"ש וכתבו התוס' שלפירש"י צ"ל שלא ראו העדים חתימת הגט שאם ראו ואומרים שזה כת"י ולזה חתמו פשיטא שיחזור ולא היה צריך להשמיענו דהא ודאי ל"ח דלמא אתרמי שמא כשמא ועדים כעדים וחתימה כחתימה עכ"ל וא"ל דש"ה דאיכא נמי חתימת העדים ובהא הוא דפשיטא ליה דל"א ז"א שהרי כתב בטור סימן קל"ב בשם הרמ"א דאף אם יש עדים אחרים ששמם כשם אלו מ"מ אם מעידים על חתימת ידם מהני וע"כ משום דל"ח לשמא אתרמי חתימה כחתימה כלל והכי פסק בש"ע שם בפשיטות ואף שיש לדחות קצת ע"פ מ"ש הב"י ליישב קושיית הסמ"ג על ר"ת שהרי רבא טעה בחתימת עצמו בפ' ג"פ וכתב הב"י דלאו קושיא היא דאנן הכי קאמרינן דלא שכיח למיטעי כשמקיים החתימה ע"י ט"ע כי היכי דשכיח למיטעי כשמקיימין ע"י דימוי מחתי' לחתי' כו' ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהעדים מקיימין בעצמם ודאי אין לחוש שמא אתרמי חתימה כחתימה משא"כ בנ"ד שהוא ע"י דימוי אך לענ"ד שחילוק זה א"ש היכא דאיכא למיחש לזיופא שהוא מכוין לדמות ממש אז א"א להכיר ע"י דימוי משא"כ בעדים עצמן שאחר כוונת הלב הן הן הדברים ובשינוי כחוט השערה הם מרגישים ולא שכיח שיטעו כלל ולדמיון ממש ליכא למיחש משא"כ בזה שנאמר דלמא אתרמי חתימה כחתימה מבלי משים על לב לזייף ולדמות ויהיה נדמה לעין שהם דומים הדבר ידוע בחוש שא"א לאדם להיות טובע חותם של חבירו ממש בלי כוונה ועדיף טפי מהא דל"ח דלמא אתרמי שמא כשמ' ועדים כעדים ומכ"ש דל"ח דלמא אתרמי שמא כשמא וחתימה כחתימה ונראה פשוט דכ"ע מודו בהא דאם איתא דזמנין אתרמי שיהיה דומה אף בלא כוונה א"כ מ"ט באמת קיום שטרות רק מדרבנן בשלמא אי אמרינן שא"א שיהיה כ"י של זה דומה לזה א"ש דל"ח לזיופא דאף כשיתכוון מלאכתו ממש רחוק הוא שלא ניכר קצת

ויהיה נתפס בשקרו משא"כ אם אפשר שאף בלא כוונה ידמה זה לזה א"כ כ"ש דמצי מכוון כשירצה לזייף ומדאורייתא נבעי קיום ודוחק לומר דמ"מ מרתת לזייף מחמת העדים עצמן שיכירו וידעו שאין זה כ"י אלא נראה דבכל גוונא מרתת שלא יתברר זיופו שרחוק הוא שיהיה דומה ממש אף בכוונה ומכ"ש שלא בכוונה שאין לחוש כלל:

ולכן בנ"ד צריך להושיב ב"ד על כך לעיין בשני הוועקסלין ולשקול בפלס מאזניים כלם אם הם שוים ממש וכמש"ל בשם רב האי לא על כל אדם ראוי לסמוך כשאומר זה דומה לזה ואף שזה לנעול דלת בפני הזייפנים ועושים כוונים למלאכתם מ"מ פשיטא דגם בנ"ד צריך דקדוק גמור כזו כי על שמו וש"א לבד נראה שדעת כל גדולי הפוסקים שאין לסמוך להתיר אף בשביל שאנו מדמין יש צד היתר והלכך אם הב"ד ישבו גם בחנו ודקדקו היטב ועין בעין ראו דשוו להדדי זה האות כי מוהר"ר פישל המעיד בווארשא על בעלה של אשה זו העיד עדותו ויצא מעדותו שמת בבריסק ואתתא שריא. איברא דדא עקתא דבשלמא אם מו' פישל היה מעיד שראה שמת שפיר היה מקום להתירה כו' אבל בכאן שמוהר"ר פישל בעצמו אינו מעיד רק מה ששמע מאנשי ק"ק בריסק כמבואר בג"ע א"כ אלו שהגידו על מיתתו לא ידעו מאומה משם אביו וש"ע כלל ויש לחוש שאותו ר' אברהם ווינר שאנשי ק"ק בריסק הגידו שמת אחרינא הוא ומעלמא אתי לשם אבל אחר העיון נראה דיש מקום להתירה ע"פ עדות זה שהרי מבואר בלשון הג"ע אונ ער איז גיפארין לק"ק בריסק דליטא זענין אנשים משם גיקומין אונ האבין גיפרעגט אוב דער ר' אברהם ווינר האט בכאן איין ווייב דען ער איז גישטארבין ולשון זה מורה להדיא שעל ר' אברהם הידוע ביניהם היו מדברים והיה ניכר בעיניהם לפי שהיה בעל עגלה כמוזכר בג"ע שאל"כ כך היה להם לשאול אם יש שם אשה שבעלה היה שמו ר' אברהם ווינר וסברת זאת מבוארת בק"ע בשם כמה תשו' וביחוד בשו"ת מהרי"ט סימן למ"ד כיון ששאל ה"ר יצחק על דוד טובי בודאי על דוד טובי הידוע להם היתה השאלה שהרי לא שאל אם ידע איש א' ששמו דוד טובי אלא על דוד טובי הניכר וידוע לעד שאל וכ"כ במהרי"ט שם סימן ל"ו כיון דאמר העכו"ם להה"ר יצחק את כהן ואת שאשי הרגו נראה הדבר שהיה מדבר הנודעים להם שאלמלא לא היה העכו"ם יודע שהיה נודע להה"ר יצחק לא היה אומר כן דכמה איכא בשוקא אלא הול"ל ראיתי שני עברים א' שמו כהן כו' ע"ש והביא דברי מהרשד"ם דס"ל הכי ע"ש שהביא דברי מהרשד"ם הנזכר בק"ע סימן ש"מ ושמ"ד וגם הביא ראיות מדאמרי' בחולין עורב זה עורב אטו קמן קאי כו' ומדאמרינן הנודר משמן כו' וגם מאזוב שאין לו שם לוויי כו' ע"ש וע' ברש"י פרשת חיי שרה אנכי בדרך פי' דרך המזומן דרך הישר באותו דרך שהיה צריך וכן בכל ב'

ולמד וה"א המשמשים בראש התיבה ונקודים בפתח מדברים בדבר פשוט שנזכר כבר במ"א או שהוא מבורר וניכר באיזו הוא מדבר עכ"ל רש"י וא"כ פשוט דבנ"ד שאמרו דער אברהם בודאי שהוא מבורר וניכר באיזו הוא מדבר וכן איתא בד"ט ולענ"ד יש עוד סמך לדבר מדאמרינן במגלה דף ט"ז ועשה כן למרדכי א"ל מנו מרדכי א"ל היהודי א"ל טובי מרדכי איכא ביהודים א' היושב בשער כו' ונראה שדקדקו כן שהי"ל לומר ועשה כן לאיש יהודי ששמו מרדכי אלא שהיה סבור דסתמא דמלתא יודע על איזו מרדכי הם מדברים הידוע ביניהם ולכך אמר לו למרדכי סתם והמן ברשעתו לא רצה להרגיש ושאל לו מנו מרדכי ואז הוצרך לפרש לו היהודי כו' ופשיטא דבנ"ד ששאלו אנשי ק"ק בריסק אוב דער אברהם ווייזר כו' שמבואר מלשונם שעל הידוע ביניהם היו שואלים וכ"מ בשו"ת ב"ח החדשות סימן ס"ט תשובת הגאון מוהר"ר מן ז"ל האבד"ק וינא שכתב וז"ל בנ"ד לא הזכיר רק שמו יוזל בלבד מראש ועד סוף ולא ש"א וש"ע וכמה יוסף איכא בשוקא כו' אלא אפילו לדברי העד ששמע מהראש שהסיח לפ"ת שיהודי דער לאנג יוזל משמע שהיה מדבר ומכירו ויודעו לזה יוזל אשר יאמר עליו כי הוא זה כו' ומה גם בעדות אברהם איך האב גימאלין בייא איין מילנער דער וויל דער יוזל איז דער היים גיוועזין משמע בפירוש שהא"י הטוחן היה דר שם כו' ואפילו לא היה אומר מהוך עמיז בפירוש הו"ל כאילו אמר זה יוזל שמכאן שהרי שם היה דר הגוי וכאן נמצא כ"ה ומה היה לו להזכיר שם העיר שהוא עומד בגבולה וסמוך לה כו' ע"ש וא"כ פשיטא דבנ"ד נמי הענין מורה שזה אברהם היה בעל עגלה והיה ידוע וניכר במחוז ההוא שהיה נע ונד דרך יום כה כו' והיה מקום תחנותו לפעמים בווארשי ולכך שאלו שם עליו אוב דער אברהם האט בכאן קיין ווייב ולא הוצרכו ליתן סימנים או לשאול בלשון אם יהודי א' ששמו אברהם יש לו אשה כאן לפי שעל הידוע הם מדברים וסתמא כפירושו שעל אותו האיש שהיה רגיל שם וניכר וידוע למו' פישל עליו היו מדברים וכיוצא בזה כתב בק"ע סימן קס"ט בשם תשובת ב"י דכיון שבא למקום ההוא להעיד מסתמא היה ידוע שהוא מאותו מקום הו"ל כמזכיר ש"ע ואע"ג דבסימן קע"א כתב דלמעשה אין לסמוך ע"ז מ"מ הכא עדיף טפי כיון ששאלו אם יש לו אשה שם א"כ ודאי על אותו שקבע שם מקום תחנותו הם שואלים ואף שבאמת לא היה קביעות דירתו שם מ"מ הם אמרו על האיש הזה שהיה רגיל שם ובק"ע סימן רצ"ד כתב בשם מהראנ"ח דלא בעי שיעיד שהוא בן עיר רק שהיה באותו העיר ג"כ די בזה לשיטת הרבה פוסקים עכ"ל וא"כ בנ"ד שנראה מאנשי ק"ק בריסק שכוונתם היה להעיד לאשת ר' אברהם זה להתיר אותו והוכחנו מלשון העד שהיו מדברים על ר' אברהם ווייזר הידוע וישאלו אנשי המקום על אשתו של ר' אברהם

זה כי אותה הם מבקשים להתיר וא"כ ה"ז עדות ברורה על ר' אברהם במוהר"ר ירוחם פישל בעלה של אשה זו שמת בבריסק ואתתא שריא:

ובר מן דין נלענ"ד שיש לצדד להיתירא דכיון שנודע לנו מעדותו של מוה"ר דוב פישל שבעלה של אשה זו יצא מווארשא ללכת לבריסק ומדיבורם של אנשי ק"ק בריסק מבואר שבאו להעיד לאשת ר' אברהם שיצא מווארשי לבריסק הרי שידוע להם עכ"פ שזה בא מווארשא לשם ושמו אברהם ווייניר ומת שם ולמו פישל ידוע שזה היה מכונה שם בשם זה אברהם ווייניער וכיון שידוע לנו שזה הלך מווארשא לבריסק ואחר אין ידוע לנו שהלך לשם יש לנו לתלות שאותו הידוע לנו שהלך לשם מת וכמ"ש הח"מ ס"ק ל"ה דבעובדא דמכליף בן מלול אשתו ידעה שיצא בעלה ע"ד ללכת לעיר פאס והעד העיד שנהרג סמוך לפאס ל"ח דלמא בעלה אזל לעלמא ואחר אתא לפאס ונהרג והוי ממש כההיא דיצחק ר"ג כו' ולומר דלמא גם אחר אזל לאספמי' אע"ג דשכיחי שיירות לאספמיא מ"מ אין זה ודאי שמי ששמו כשמו הלך ג"כ לאספמיא כו' וא"כ ה"נ דכוותיה ע"ש בח"מ שכ' כן גם בדעת הטור בשם הרי"ף דאם הוחזקו שנים אלא שהאחד ידוע שהלך לשם והשני לא נודע מקומו אין תולין שמת אותו שידוע לנו שהלך לשם יע"ש ואם אמנם לענ"ד מ"ש דעובדא דמכלוף מיירי בכה"ג שהיה ידוע לאשתו שיצא ללכת לפאס הוא תמוה בעיני שהרי בכל התשובה שם לא נזכר מזה כלל ועיקר טעמו משום שלא הוחזק בעיר עוד א' וכתב וכ"ת שאני הכא שאיש א' שמו יב"ש נפל ממנו גט זה עומד לפנינו כו' אבל הכא דלמא כמה מכלוף בן מלול איכא בעולם יש להביא ראיה ממ"א דגר סימן ביבמות יצחק ר"ג כו' הלכך בנדון זה אפילו אי שכיחי שיירתא אם לא הוחזק מכלוף בן מלול אחר אתתא שרי' כו' וכן בתשובה שאחריו שהשיב למי שרצה לחלוק ע"ז ע"ש לא נזכר כלל ועכ"פ היה לו לבאר זה שלפי דעת הח"מ עליו נשען יסוד ההיתר ואדרבה שם משמע שאשתו לא היה לה שום ידיעה מהליכת פאס כלל כמבואר למעיין שם ובבד"ה כתב דאפשר גם להרא"ש אע"פ שכתב שלא העיד על שם מקומו כיון שהעיד שנהרג קרוב לפאס ולא הוחזק בפאס מכלוף אחר הוי כמזכיר ש"ע וכ"נ מהראיה שהביא מהרמב"ם שכתב אמר א' יצא עמנו ממקום פ' מחפשין משמע דבכה"ג הוא עובדא דמכליף דאל"כ מאי ראיה מייתי ורבינו ירוחם כתב בעובדא דמכלוף שהיום כך ימים היה דר במקום פ' ויצא משם הרגוהו בדרך עכ"ל הרי שהזכיר שם עירו עכ"ל הב"ה והנה מ"ש כיון שנהרג קרוב לפאס כו' הוא תמוה בעיני דמשמע התם להדיא דפאס אינו מקום דירתו של הנהרג רק לפי שנמצא קרוב לשם הביאוהו לשם וזה העד הכירו ומ"ש מדאייתי מהא דאמר א' יצא כו' לענ"ד ז"א דעיקר ראייתו הוא מההיא דיצחק בן מיכאל דמייתי

מעיקרא והא דאמר א' יצא כו' מייתי אגב גררא דמוכח דאף היכא שלא הזכיר שמו כלל רק יצא א' סתמא מותר ע"י חיפוש ובהזכיר שמו מותרת אף בלא חיפוש וכתב ב"י ראיתי שכתב דמיירי שהזכירו העיר שיצא מכלוף משם ובידוע לנו שבעלה של אשה זו יצא מאותו המקום שאומרים העדים שיצא משם וכן מפורש בדברי רבינו ירוחם כו' ואף על פי שכתב תשובת דין זה בשם הרד"ך מ"מ שפיר שמעינן שאותו מעשה במזכירים ש"ע ובסגנון שנשאל מהר"ד כהן נשאל הרא"ש ושניהם השיבו בסגנון א' (ולענ"ד דמ"ש רבינו ירוחם והורה הר"ד כהן שהסימנים אינם כלום כו' הוא מדברי הרד"ך עד אך אמנם יש להתירה כמבואר בתשובת הרא"ש שגדול א' במקומו של הרא"ש הובא הענין לפניו ולא רצה להורות היתר ועיין בכלל ד' סימן י"א שם חתם הר"ד כהן להסכים על דברי הרא"ש בענין עצירת גשמים ע"ש אך בתשובת הרא"ש שם מסיים ושלום לה"ר ברוך וכן למשמע ממליצת הרא"ש בתחלת התשובה מטיבותיה דמר הבינינו מברכותיך כו' נראה שהיה שמו ר' ברוך ויותר נראה דט"ס הוא ברבינו ירוחם וצ"ל והורה הרא"ש ולפי שבלשון העדות שהובא בתשובת הרא"ש איתא העיד ר' דוד הכהן כו' אמנם ברבינו ירוחם התשוב' קצת בשינוי ששם כתב ראיה מלשון הרמב"ם דל"מ סימנים ובהרא"ש ליתא גם לשון השאלה משונה קצת וצ"ע):

ולענ"ד הדבר קשה להעמיד כן בהרא"ש שכפל בלשונו שהעד לא העיד שהיה בעל אשה זו וגם לא העיד שם מקומו וגם אח"כ כד מייתי עובדא דתרי יצחק כתב הרי מה שהבאתי דומה לנדון זה שהרי העדים לא העידו כ"א על שמו אבל לא הכירו את מקומו ולא את אשתו וכן מבואר לענ"ד ממ"ש שם דאלו העידו עדות גמורה שידעו שהיה בעלה של אשה זו בהא לא הוה אמר אביי חיישינן לתרי יצחק אלא הוה אמר יבדק אותו מקום כדקאמר בתר הכי תבדוק כולי נהרדעי כו' ולכאורה הדברים מתמיהים שאם העידו שהוא בעל אשה זו מה בדיקה צריך עוד והדבר פשוט שיש כאן חסרון הניכר כמו שיש כמה ט"ס בתשו' זו וכצ"ל וא"נ מיירי שהעידו שהכירו שם מקומו לא הוה אמר אביי חיישינן אלא הוה אמר יבדק כו' וקצת אפשר לישב בלא הג"ה שמ"ש הרא"ש שידעו שהיה בעלה של אותה אשה לאו דוקא אלא ר"ל שהיה בעל של האשה ששמה כך ולזה צריך שפיר בדיקה שמא יש שם עוד א' ששמו ושם אשתו שוים וע"ז קאמר הרא"ש דא"כ לא הוה אמר חיישינן כו' אלא יבדק כו' וצ"ע וכן מלשון החולק עליו שכתב דצריכין אנו לידע שום סרך שהוא זה שהיה בעלה של זו או שיצא מכאן כו' משמע דלא היה ידוע אם יצא מכאן ונראה שר"ל שצריך שיהיה ידוע לעד המעיד שזה שמת יצא מכאן ובעובדא דקורטבא דמשמע בש"ס שהיה ידוע להם באספמיא שזה שמת בא מקורטבא דאל"כ יש

לחוש שמא מעלמא אתי וכ"מ ממ"ש הרא"ש דלמה כמה מכלוף בן מלול איכא בעולם ולא אמר בעיר הזאת משמע שלא העיד שם מקומו:

ואשר אני אחזה לי בפי' הרא"ש לענ"ד דשם מקומו נחלק לב' אופנים א' הוא שידוע לעד מקום קביעות דירתו של זה מעולם ואז פשיטא כל שמכיר העד שזה שמת היה קביעת דירתו במקום פ' שאין מקום לחוש לעלמא כלל רק שמא יש עוד א' באותו העיר ששמו כך ולהא ל"ח כל שלא הוחזקו ואופן השני שיודע שם מקומו שיצא משם לעת הזאת ומ"מ א"י היכן היה קביעת דירתו ובנ"ד שיודעין שזה יצא מוואר שא אבל מ"מ אין יודעין אם היה קביעתו שם וא"כ אכתי איכא למיחש דלמא אחרינא אתא לשם ששמו כך ושוב יצא משם כיון דשכיחי שיירותא ובהכי נמי מירי עובדא דהרא"ש שזה העד ידע מקום שיצא משם אבל מ"מ לא העיד שם מקומו דהיינו מקום דירתו וזה מבואר מלשון רי"ו שכתב והיום כך ימים הי' דר במקום פ' ויצא משם כו' ומ"ש דר במקום פ' אין ר"ל שידע שזאת מקום תחנותו מאז ומקדם רק שראה אותו דר שם ואפשר שלא בקביעות ולכך היה מקום לחוש כיון שלא העיד מקומו ממש וא"כ מה בכך שיצא ממקום זה הא כמה מכלוף איכא בעולם וא"כ יש לחוש שבא ג"כ לעיר הזאת מעלמא ויצא משם לזה מייתי ראיה מעובדא דתרי יצחק דל"ח לאחרינא דאתא מעלמא כל שלא הוחזקו והרמב"ן והרשב"א ג"כ מפרשים מהך עובדא דתרי יצחק עד"ז אלא שהם פי' מטעם כאן נמצא וכ"ה והרא"ש לא נחית להך סברא והשתא שפיר מייתי ראיה מדברי הרמב"ם ונסתלק מה שהשיגו עליו דהרי הרמב"ם כשתלך למקום פ' קאמר וזה הוי כאילו הגידו ש"ע ולפמ"ש א"ש דנהי שהי' ידוע להם שיצחק זה בא משם מ"מ מאן לימא לן שהוא אותו יצחק ב"מ שיש לו אשה בעיר הזאת דלמא א' ששמו כך היה בעיר זאת ומשם בא לכאן ואין זה אותו שקבוע בעיר אלא ודאי חיישינן והא"ש נמי מה דמייתי דברי הרמב"ם אמר א' יצא עמנו ממקום פ' מחפשין באותה העיר כו' דמשם ראיה דליכא למיחש לאחרינא דאל"כ מה מועיל החיפוש באותה עיר דלמא א' אתי מעלמא דרך עיר זו אע"כ שאין חוששין ומ"מ חפוש בעיר זו בעי כיון שלא הזכיר שמו כלל אבל אם הזכיר שמו כגון עובדא דתרי יצחק אף בדיקת העיר לא בעי דהא לא הוחזקו ודעת החולק עליו שם הוא דעכ"פ אותה העיר צריכה בדיקה והך דאספמיא הוי טעמא שאין ממנין ב' ר"ג ועוד שהיה ידוע שלא הלך אחר לאספמיא ולכך לא הוצרך בדיקה ואף הרמב"ם מירי בכה"ג שיהיה ניכר שמת יצחק בן מיכאל מאותו מקום ואין שם אחר ועיקר הרבותא דל"ח דלמא מעלמא אתא לכאן והרא"ש ס"ל דודאי הוה שם בעובדא דיצחק ר"ג מקום לחוש שמא אחר ששמו כך יצא מקורטבא לשם דלא מסתבר שהושיבו שומרים כו' אלא

דל"ח לזה כלל כיון דלא הוחזקו ומצאתי בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ס"ז שכתב וז"ל וכ"ש שאפילו הרא"ש ז"ל עצמו לא שרי אלא בשהיה ידוע שהיה שם באותה העיר בעלה של אשה זו ולא הוחזק בעיר מכלוף בן מלול אחר וכדאיתא בתחלת תשובה שכתב ז"ל אמנם יש לחפש לה היתר ממ"א כיון שידוע שהיה שם בעלה של אשה זו מכלוף ב"מ ואם לא הוחזק מכלוף אחר בעיר נראה דאתתא שריא ע"כ משא"כ בנדון שלנו דלא נודע מאיזה עיר היה ולא מאין בא ולא לאן הוא הולך כו' עכ"ל זה מבואר כמ"ש ונראה שמדייק זה ממ"ש הרא"ש מכלוף אחר בעיר כו' משמע שבעלה של זו היה ידוע שהיה שם ובתשובת ב"י מדייק ג"כ מזה אבל קרוב לשמוע שמהר"מ אלשקר מפרש מ"ש כיון שידוע שהיה שם בעלה של אשה זו כו' הך שם הוא בקמ"ץ ור"ל שהיה שם באותה העיר וזה מבואר קצת למעיין בלשונו ונראה דס"ל דאי ר"ל שמו של בעל והך שם נקוד בציר"י ק' דהא פשיטא ומאי למימרא אבל בלשון רבינו ירוחם איתא כיון דידוע שהיה שם בעלה כך כו' מבואר שמפרש השם שכתבו בציר"י ומ"מ דברי הרא"ש נראה כמ"ש: ומצאתי בשו"ת הגאון המפורסם מוהר"ר יושיע ז"ל בעהמ"ח שו"ת פ"י ומג"ש בתשובת כת"י שתחת ידי תשובה ארוכה להתיר בכיוצא בזה וכתב וז"ל בנ"ד שיש עדים שבעלה של זו היא בודאי באותו גליל כנזכר בעדות של ר' זעליג שהלך עמו עד ג' פרסאות מקראקא ונפרד ממנו והוא הלך לקראקא אשר הדרך הולך על כפר גרושקי כנזכר בעדותו של הגוי א"כ זה היה בודאי כאן אלא שניחוש שמא גם האחר בא והוא נהרג ובעלה של זו אזיל לעלמא להא ל"ח דכל הוחזקו פירש"י באותה העיר צ"ל פירושו באותו העיר שנמצא בה הגט דאז אמרינן מאן יימר שזה הגט נאבד מיד זה שמא מיד האחר ואע"פ שכתבו התוספת פכ"ה דלרבה מיירי דידעינן דמזה יב"ש נפל כו' מכלל דלר"ז חייש אפילו בכה"ג ש"ה דמ"מ כיון דהוחזקו ב' יב"ש בכאן אבל בנ"ד שזה היה בודאי בכאן ומאחר לא ידעינן א"כ במקום האבידה לא הוחזקו שנים ומה בכך שהוחזקו שנאבדו שנים מקראקא מ"מ כאן במקום שנולד הספק בעינן הוחזקו תדע כו' וכן ביבמות גבי יצחק ר"ג שפסקו הפוסקים דמיירי בלא הוחזקו כו' מיירי שיצחק ר"ג יצא עם עדים לאספמיא ולא ידעו העדים אם הוא יצחק הדר בקורטבא או אחר בא לקורטבא הא אי הוי ידעינן דיצחק בעלה של זו יצא מקורטבא והלך לאספמיא אפילו הוחזק עוד יצחק ר"ג בקורטבא ל"ח אפילו לאביי שהלך השני כיון דלא ידעינן מיניה וא"כ כיון שידעינן בנידון זה שהיה בגליל זה אמרינן ודאי זה נמצא וזה היה דהא הכא לא שכיחי שיירתא דלא מיקרי שכיחי שיירתא אלא מקום שווקים כגון היכא דמזבנא כיתנא כו' ואפילו את"ל דבנ"ד כיון שהיה אחר יריד יערסלב שבני קראקא חוזרים לביתם משם ועוברים על דרך

בריגל ואם כן איכא למימר שמא גם אחר חזר לביתו מיערסלאב ומיקרי שיירות מצויות מ"מ נ"ל דשרי בנ"ד דע"כ לא כתבנו לעיל דהוחזקו ושכיחי שיירתא אע"ג דידעינן ודאי שזה הלך לשם אין פירושו דכיון דשכיחי חיישינן שמא גם השני הלך עם השיירות לשם אלא משום דאיכא תרתי לריעותא אחד דבקורטבא גופא הוחזקו תרי יוסף ולא ידעינן השני היכן הלך ואיכא למיחש לדידיה ועוד כיון ששיירות מצויות איכא למיחש גם לעלמא אבל אי לא הוי חיישינן לעלמא אע"ג דהוי שיירות מצויות מקורטבא לאספמיא והוחזקו לא מיקרי תר"ל כיון דליכא למיחש לעלמא אלא להאי אתרא לחוד וידעינן בודאי דמהאי אתרא אזיל חד מינייהו ואין ספק מוציא מידי ודאי כו' אלא א"כ לא ידעינן האי מינייהו אזיל וכעובדא דענן ב"ח כו' ואע"ג דמלשון התוס' כו' ועוד דהתם נמי הוי פירוש הכי דאי ש"מ בכל המקומות חיישינן שמא בא בתוך הבאים אבל אי אין באין מכל המקומות לא חיישינן לדידיה כו' הנה לשיטת הרא"ש וסייעתם דבעינן תר"ל נראה ברור דהכא ל"ח דליכא אלא חדא לריעותא ועתה נאמר דאפילו לשיטת הרמב"ן והרשב"א כו' נראה להתיר ג"כ בנ"ד דאינהו לא חיישי בגט אם נמצא במ"א אלא אי לא ידעינן שזה אבד גט בודאי אבל אי ידעינן שזה אבד ל"ח אפילו אי שכיחי שיירות כו' ועוד דנ"ד דמי ממש ליצחק ר"ג שהיה א' בעיר קורטבא עדים מעידים שאחד יצא עמהם אמרינן ודאי זהו כיון דלא הוחזקו כאן באחר ה"נ זה היה ביערסלב שהיה אחד מן הנאבדים וא"כ אמרינן כאן נמצא כו' אפילו לא היו העדים יודעים מי יצא עמהם מיערסלאב כ"ש שזה יצא עם עדים פשיטא דאין כאן כ"א חשש דשכיחי שיירתא לחוד שמא אתא מעלמא עוד א' מהנאבדים דחששא דהוחזקו אין כאן כיון שלא הוחזק ביערסלב שנים כו' וברור בעיני דלדברי הרמב"ן אפי' הוחזקו ב' יצחק ר"ג בקורטב' ושכיחי שיירתא וידעינן באחד שהלך לקורטבא ודאי והשני לא ידעינן ליכא למיחש לדעלמא דכאן נמצא כיון שהוא לפנינו כאן לא ניחוש לאחר וכן לאותו השני דכאן לא חיישינן כיון שזה ודאי הלך ולא נזכר בדברי הרמב"ן וסייעתו דבגט ידעינן שאבד זה ופשוט דלסברתו כאן נמצא כאן היה כו' וכ"נ לדקדק מדברי הב"י בתשו' בדיני מסל"ת סימן א' אלא בנידון שאין ידוע לנו אם בעלה של זו היה הולך ממצקא לווירבצא כו' משמע אי הוי ידעינן שהולך ממצקה לוירבצא שריא אע"ג שלא הגידו אלא שם היביב ומי ידעינן מהיכן הוא אם הוא מכאן או מעלמא כו' ואגב אורחא ק"ל עוד מ"ש בתשובת ב"י הנ"ל דמה שהתיר הרא"ש בעובדא דמכלוף מיירי שהזכירו שם העיר כו' וע"ק כיון שהעיד שהנהרג דר במקום פלוני ואין אחר בעיר פשיטא דזהו דהא אין לחוש לאחר מעלמא כו' ואפשר שדר שם לאו דוקא שהעדים הגידו שההרוג היה דר שם אלא ר"ל שיצא מכלוף אחד ממקום פלוני שהיה

דר שם ואיכא למימר שמא מעלמא בא לאותו מקום ויצא עמהם ולא זה בעלה והיינו ממש עובדא דיצחק ר"ג וכמש"ל:

ונראה ברור לענ"ד בלי ספק אפילו אם לא היה כוונת הב"י כן מ"מ לדעת החולקים עליו וס"ל דלהרא"ש לא בעינן שם עירו צ"ל דמפרשי דמעשה דמכלוף ב"מ היה שאנו יודעין או שהעדים מעידין שהלך מכלוף מעירו לפאס ובאו עדים שנהרג אחד סמוך לפאס וכמ"ש דאל"ה פשיטא דאין ראיה מיצחק ר"ג דהתם מעידין בני אספמיא שבא מקורטבא לשם אלא דלא ידעינן שמא אחר בא מעלמא לקורטבא להא ל"ח אבל בנידון דידיה שהעידו רק שמו וש"א מאי מדמי להו אהדדי וצריך לדחוק דמסבר' מדמי שם אביו לש"ע אבל לפי פירושינו דגם התם היו יודעים שהלך לפאס וידעינן שיצא משם לאותו הדרך אלא שהעדים לא ידעו כלום והעידו סתם שנהרג מכלוף סמוך לפאס ואנו יודעין שיצא משם אלא דאיכא למיחש שמא אחר מעלמא אתי או שמא בפאס היה עוד אחד ששמו כן ויצא ולכן כתב כיון שלא הוחזק עוד אחד בעיר ר"ל בעיר פאס והיינו ממש עובדא דיצחק ר"ג דגם שם התם אי פירושו דידענו שהלך לשם ה"נ ידענו ואי לא ידענו אלא שהעדים מעידים שיצא משם לאספמיא כ"ש הכא שאנו יודעין עכ"ל הנה העתקתי מקצת תשובת הגאון ז"ל ויש בידי גם כן מה שהשיב לו הגאון מוהר"ר אברהם ז"ל בן הגאון בעל מ"ב לסתור דבריו והוא חזר והשיב לו לחזק דבריו באריכות גדול בפילפל רחב לכל צד בחריפות ובקיאות ובסוף התשובה שניה כתב ראיה ממעשה דקולר דפשיטא שאם העיד גוי סתם חבורה מתו בדרך ולא הגיד באיזה דרך אף ע"פ שאנו יודעין שחבורה אחת הלכו בדרך אחד לא תלינן בהו ולא חיישי' חיפוש כלל שא"א לחפש בכל העולם שלא הלכה חבורה באותו זמן אלא שדרך הוא שמתיר כיון שמעיד שהלכו בדרך אנטוכי' אמרינן ודאי הני נינהו אע"ג דשכיחא שיירתא בלי ספק גם בלי ספק דהוחזקו שהרבה חבורות הולכים בכל יום בדרכים מ"מ כיון דאלו ודאי סמכינן על זה ושרינן ק"ו בנ"ד דמזכיר שם עירו שהוא סימן יותר מובהק דהא סמכינן עליו לפעמים אחר החיפוש שלא יצא כ"א זה לחוד וא"כ אי ידעינן שהלך בדרך זה שרינן ופשיטא דלא נתנו שיעור כמה מיקרי קולר כו' ולפ"ז היה נראה דאם עד מעיד שראובן הלך בדרך זה ובא אחד והעיד שראובן שהלך בדרך זה מת מתירין את אשתו ואף ע"ג דראובן טובא שכיחי מ"מ כיון שידעינן שראובן הלך בדרך זה תלינן ביה דלא גרע מקולר וכן מצאתי בתשובת ב"י ביהודי שהיה שמו אברהם והלך עמו יהודי בדרך הרחיים כו' אלא דלענין מעשה לא רצה לסמוך על זה ומ"מ ל"ד לנ"ד דהתם איכא למיחש לרובא דעלמא דכמה אברהם איכא בעלמא כו' ובלי ספק דבדרך זה הולכים כמה אברהם בכל יום ול"ה ספק

כלל כיון דשכיח טובא הוי כודאי אבל קראקאוויר דליכא למיחש כ"א לבני עיר זה כו' ועוד נראה דשאני עובדא דהב"י דאין הגוי מעיד שנהרג באותו דרך שאמר אברהם שאפשר שהיהודי מעיד שהלך כלפי מזרח והגוי אינו אומר אלא שנהרג סמוך לרחיים ואפשר שאחר בא ממערב לשם ונמצא שאינו מעיד ודאי שהיה זה שהלך בדרך זה אבל הכא שאנחנו יודעין שזה הלך בדרך זה לקראקא והגוי אמר שבדרך הליכתו לקראקא נהרג הוי ממש דומיא דקולר ובזה מיושב תשובת הרמב"ם שהביא הב"י שהתיר באיש מעכו כו' ועוד האריך הגאון וממה שהעתקתי אפילו קצהו תראה דלדעת הגאון ז"ל אתתא זו שריא בפשיטות שהרי לפי עדות מוהר"ר פישל הלך בעלה של זו ששמו אברהם ווינר מוואורשא לבריסק ואנשי קהלה בריסק מעידים שאחד ששמו כך בא מוואורשא לבריסק ומת שם והרי לא הוחזק לנו אחר ואע"פ ששיירות מצויות מוואורשא לבריסק מ"מ אין כאן חשש משיירות דרובא דעלמא כיון שהם מעידים על איש שבא מוואורשא לשם וגם כי בוואורשא גופיה אע"ג דודאי שכיח אברהם טובא מ"מ כיון שמדברי אנשי בריסק ששאלו אוב דער אברהם כו' עכ"פ מבואר ששאלו על ר' אברהם ווינער בעל עגלה אשר הזכיר מוהר"ר פישל בתחלת העדות וא"כ ודאי לא שכיחי שיהיו שם הרבה שתפסו אומנות זה ויהיו נקראים בשם זה וכיון שזה ידוע לנו ודאי שנסע לשם ואחר כיוצא בשם זה אין ידוע לנו כלל נראה דלית דין צריך בשש דאתתא שריא ועיין בק"ע סימן רכ"א בשם מבי"ט אם נאבד יהודי שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואחר כך באותו דרך נמצא הרוג דמדאו' תלינן שזה הוא הנאבד כו' ובש"ת שב יעקב ונ"ב האריכו בזה וגם אני הארכתי בתשובה סימן בזה אמנם בנ"ד נראה דעדיף טפי מהיא שעכ"פ הוזכר שמו וגם שם אומנתו וגם שהיה מכונה על שתי אומנות ביחד ואע"ג דצירוף סימן שאינם מובהקים אינו מועיל מ"מ בזה שעכ"פ לא מיקרי ש"מ לגבי הא מלתא שיהיו נקרא בכנוים אלו ויהיה דרכו לשם וכ"ע מודו דאתתא שריא:

ועוד יש לצדד בנ"ד ע"פ עדות מו' אברהם מק"ק טרעספאלי אשר העיד שהר' אברהם שנפטר שם בחורף העבר האט גיהאט איין צייכן אויף דעם שטערין איבער דעם לינקן אויג וכבר ידעת שדעת הפוסקים דרושם וצמצום מקום הוי סימן מובהק ומשמע מקצת פוסקים דכה"ג שאמר על המצח על העין השמאלית צמצום המקום מיקרי ואע"פ שלא פרט אם בצד הימין של עין שמאל או בצד שמאל או באמצע מ"מ כיון שפרט איזה עין צמצום מקום הוי וכ"כ בנ"ב סימן נ"א דמדכתיב הב"ש בסוף אם העיד על רושם תחת העין ולא העיד תחת איזה עין ל"מ משמע שם שאם העיד תחת איזה עין מהני וא"כ ה"ה הכא לכאורה הוי סימן מובהק אם אמנם כי קשה לסמוך ע"ז לבד ואין להאריך בדבר

שכל האחרונים האריכו בזה אך דבנ"ד נראה דשפיר מועיל סימן כה"ג מטעם שכתבתי לעיל דאשה זו ודאי עכ"פ יצאה מחשש איסור דאורייתא וא"כ אפי' תימא סימנים דרבנן שפיר מועילין סימנים כאלו:

ועוד נלענ"ד לצדד ע"פ העדות הנגבה בק"ק טרעספאלי שהאחד אמר שזה אברהם הנפטר שם היה לו רושם במצחו על העין השמאלית וא"כ עכ"פ קצת צמצום מקום והשני שלא פרט בדבריו שהיה על העין השמאלית רק על העין סתם העיד שהיה מן סמוך לק"ק בראד ואומנתו שהיה ווינר ובאגרת הנכתב מטרעספאלי מבואר שהי' בעל עגלה ובא מן ווארשא וע"כ שני העדים על אברהם א' העידו שהרי העידו ע"פ הכרוז היוצא שם בבה"כ ובהמ"ד כל מי שיודע מאברהם זה שמת יבא ויעיד כמבואר באגרת הנ"ל וא"כ ודאי שלא מת שם עובר אורח אחר ששמו אברהם כ"א זה לבד ותרווייהו באיש א' קמסהדי ונתברר לנו מעדותם שהיה זה שנפטר שם מן סמוך לבראד והיה ווינר ובעל עגלה והיה לו רושם במצח ובא מווארשא לשם וע"פ העדות של מו' פישל בווארשא נתברר לנו שבעלה של אשה זו הי' נקרא ר' אברהם ווינר והיה בעל עגלה וע"פ האשה נתברר לנו שהי' מקום רחנותו סמוך לבראד והיה לו רושם במצחו ע"ג העין השמאלי וכן ידוע לאנשים אחרים וגם נתברר ע"פ מו' פישל הנ"ל שבעלה של אשה זו נסע מווארשא לבריסק (ואע"פ שהעדות שמת הוא מטרעספאלי הוגד לי כי בריסק וטרעספאלי עיר א' הוא ובלשון בני אדם כשנוסעין לטרעספאלי אומרים שנוסעים לבריסק כי דא ודא אחת היא רק שיש להמחוז ג"כ שם בפ"ע טרעספאלי ונהר ווייסל מפסיק ביניהם ובמקומות אחרים קורין לעיר הקטנה הטפלה לה ע"ש העיר הגדולה שהיא סמוכה לה) וא"כ אם באנו לחוש לאחר ע"כ לומר שעוד אחד סמוך לבראד בא לווארשא ונקרא ג"כ ר' אברהם ווינר בעל עגלה והיה לו רושם במצחו ע"ג העין השמאלית וגם הוא נסע משם לבריסק וזהו שמת שם ולא בעל של האשה זו ודבר פשוט דבכה"ג ודאי סברת הגאון בעל תשובת פ"י שהבאתי לעיל אמת ויציב בלי שום חולק כיון שידוע לנו שבעלה של אשה זו שיש בו כל הסימנים הללו ודאי נסע לשם ואחר שיהיה בו הסימנים הללו אין ידוע כלל ודאי כלא הוחזקו ואין שיירות מצויות דמי ושרינן לה ועיין בשו"ת ח"צ סימן קל"ד ב סימן רושם על המצח ולא היה שם צמצום מקום כלל ומתיר על ידי הבגדים דל"ח לשאלה דמ"מ שאלה דיחיד מיקרי דאע"ג שאין זה סימן מובהק ואפשר שימצא כו' מ"מ הא לא הוחזקו כו' ע"ש באורך ומכ"ש כאן שצמצם לומר אל העין השמאלי וגם יש לצרף ע"פ מ"ש בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ס"ז בשם תשובת הרמב"ם על אחד שהעידו עליו שמת ושמו כלף מארץ מצרים ממנית זפתא והיה בינוני הקומה

וזקנו שחור והשיב הרמב"ם ששמו עם שם מקומו עם אלו הסימנים שאינם מובהקים מספיקין לענין התרת עגונה וכתב משה עכ"ל. וא"כ כ"ש בנ"ד שהועד על זה שהיה לו פיאות שחורים וזקנו געל דלא שכיח האי ואע"ג דמ"מ הוי סימן שאין מובהקין ואין מועיל הצירוף בסימן שאינם מובהקים מ"מ פשיטא כי הנך סימנים שאינם מובהקים עם צירוף הרושם שהם מסייעים שיש בו ממש שלא לחוש לאחר דאתי מעלמא והיו בו כל הסימנים הללו אחרי שידוע לנו כי כאן נמצא כאן היה בעל האשה זו שידוע שזה תוארו וגם רשומו ניכר שהיה על מצחו תמיד. ומכ"ש בנ"ד שכבר כתבתי דמלשון העד מוהר"ר פישל שאמר ששאלו אנשי בריסק אויב דער ר' אברהם כו' לשון זה מורה באצבע שעל ר' אברהם הידוע ביניהם הם מדברים כמבואר בכמה תשובות וגם אני הוכחתי והבאתי ראויות נכוחות לזה וכבר בררתי שעדות מוהר"ר פישל מבורר שעדותו היה על בעלה של אשה זו שזה מתברר על ידי דמיון החתימה שנמצא בק"ק זבארוב מכל הלין טעמי היה נלענ"ד דאתתא דא שריא כשיושיבו ב"ד על כך לדמות החתימות כמש"ל ואז יתירו לה כדין אשה הנשאת על פי ע"א ואמנם דברי אלה רק לעורר לב הגאונים המפורסמים אשר מובטחני בענוות צדקם המה ישמעו וילמדו ק"ו מקטנים כמוני היום אשר ראיתי ונתון אל לבי להיות מהפך בהיתרא דהך אתתא ולהלכה אני אומר אבל לא למעשה כאשר מראשית זאת הודעתי שחלילה וחלילה לעשות מעשה אם עד השלשה לא בא. ואם כשרים הם ירצו ויסמכו את ידיהם ויצא הדבר בהיתר מלפניהם גם אני אהיה נטפל לעושי מצוה לענות אמן אחריהם כ"ד זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

אלה דברי דודי הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר אלכסנדר סענדר מרגליות האב"ד דק"ק סאטנוב:

שאלה ט

התולה ארץ על בלימה. ייטיב לך הכתיבה והחתימה לאהובי ב"א הה"ג המופלג החריף ובקי סיני ועוקר הרים כבוד שמו מוהר"ר זלמן נ"י:

הנה בעסק תשובתך בנדון העגונה ידעתי טרדותי כי רבו וגם התלמידים לא יתנוני לעסוק במסכת אחרת לזאת אבא בקצרה מאד זולת הנוגע לדינא על סדר קונטרסי ולא אאריך בפרטיה. מה שפלפל בעסק שאמר שהיה לו אשה בק"ק בראד ותשבו כעין תדורו משמע בדירתו בק"ק בראד אחרי שאין צורך לדינא כיון שבאר דבריו בפירוש שהיה דר סמוך לק"ק בראד. אמנם מה שהאריך בכוונת הריב"ש לפי הנראה אשתמיטתיה דברי הרמב"ן בגיטין החדשים כי כן מבואר שם בשם הראב"ד דאותו עיר א"צ בדיקה אם לא

היו מוחזקים אמנם שם היה מוחזקין ע"ש אמנם הרמב"ן הוסיף וז"ל א"נ נהרדעי ודאי צריך בדיקה שהרי משם בא אף בלא הוחזק צריך בדיקה:

והוא נלענ"ד לפרש כוונתו דפירש שלא היה ידע כלל אבל אותו ענן שבא לשם שבאמת גירשה בסורא ולכך אע"ג דאין שיירות מצויות אכתי מנא ידעינן דאותו ענן הלך לשם דילמא האחר הלך לשם וכמ"ש התוס' בב"מ יע"ש וכיון דס"ל דבשיירות מצויות ולא הוחזקו חיישינן ה"נ באין שיירות מצויות ולא ידע הלך חיישינן אף בלא הוחזקו וצריך בדיקה ודברים אלו ברורים לענ"ד והרשב"א שכתב כלשון הרא"ש דמיירי בהוחזקו צ"ל שפירשו שהיה ידוע לנו שאותו ענן הלך לשם אבל לשון הנ"י לענ"ד מכוונים קצת מ"ש דילמא הוי ממחוזא משמע שלא היה ידע מי הלך לשם ואפ"ה כתב דמיירי בהוחזקו וגם לשון הרמב"ן במלחמות צל"ע לכאורה דנראה מלשונו דאף בידוע שא' הלך לשם והשני לא ידענו אפ"ה חיישינן אף בלא הוחזקו שמא בא גם השני שהרי לא הזכיר תחלה שהיו מוחזקין ואפשר שגם הוא פירש כמו שכתבתי למעלה פירש שלא היה ידוע אם זה הענן בסורא ומה שסיים בדברי רבא ז"ל כיון שהאחר נהרדעי ובא לשם חוששין אף לזה שהיה בנהרדעי באותו יום לשון אף שכתב אין הכוונה להורות דהאחר ודאי היה שם רק שלשון אף קאי אלמטה היינו אף שהיה בנהרדעי באותו יום אפ"ה חיישינן ליה:

אמנם אף לשיטת הראב"ד דאין ראיה לדברי הה"ג מוהר"ר יעקב מלבד דיפה כתבתי דבנהרדעי לא היה צריך בדיקה מלבד זה נראה דמשמע להו דרבנן שהיו בכל עיר מסורא עד נהרדעי בדקו ולא משמע שבדקו אם הוחזק דזה לא צריך בדיקה:

ומה שפלפל מעכ"ת בענין דימוי החתימות והביא קושית הט"ז על הרמב"ן דמשמע דסומכין על הדימוי מדאורייתא אני בעניי איני רואה שום קושיא דהרי ע"א נאמן באיסורין ולשיטת הראב"ד אף באיתחזק איסורא ולא חיישינן לשיקרא דחזקה מעליא דאין אדם חוטא ולא לו א"כ אם נימא דאין זה חתימות חמיו ע"כ שאדם אחד זייף חתימת חמיו וכתב בשביל חמיו כדי להטעות ולזה ודאי לא חיישינן כלל דאין אדם חוטא ולא לו משא"כ בממון דבעינן עדים ממש ועוד דדימוי החתימות לא חיישינן לזיוף רק שמא של אחר הוא משא"כ כאן דע"כ צ"ל דטרח וזייף ולזה לא חיישינן:

אמנם מה שרצה מעכ"ת לפרש דט"ע לא מקרי אא"כ שראו תחלה אותו חתימה עצמה ומכירין אותה שהיא היא לא נהירא לי כלל ובלי ספק כי הדברים כפשטן דודאי יש חילוק אם הם רגילין הרבה בח"י אלו העדים והם מכירין בט"ע אלו החתימות ובין אם אין מכירין החתימות רק מחמת שמדמין עכשיו חתימה לחתימה דהרי עכ"פ בעדים עצמן אם מכירין מהני וא"כ י"ל דאף באחרים מהני ואני תמה על חכמתך שרצית להוציא

הדבר מפשוטו וכתבת בעצמך שהוא נגד משמעות הר"ן אלא שכתבת דעדיף טפי דימוי החתימות מט"ע שנחקק בלבן תמונות האותיות וזה נגד החוש וכבר הארכתי בתשובה אחת בענין ט"ע שכתב ר"ת אם גופו קיים:

ומה שהקשית על הב"ש סימן קמ"ב לא ידענא מאי קא קשיא לך דודאי הה"מ לא מטעם שיקרא אתי עלה זולת שמא לא דקדק יפה תדע דהרי מיירי שמצאו והקושיות שהקשית כבר עמדו עליהם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בב"מ ותירצו דבאיסורא דנפשיה דייק טפי. אמנם לענ"ד דדימוי החתימות אין כל הדמיונות שוין דאם הם דומים לגמרי ובפרט בב"א שאין יודעין לכתוב כראוי וכותבין אותיות קטועות ועקומות ומלופפת ואין יודעין לסדר התיבות באלו וכיוצא באלו אם שני החתימות דומין ממש הוי לענ"ד סימן מובהק כמו נקב יש בצד אות פלוני כן הדבר הזה דקטוע ועקום או נקודה יש בצד אות פלוני:

ומה שפלפל בתשובת הרא"ש קשה עלי להעתיק מה שכתבתי בענין זה הרבה מאד ומה שהביא בשם תשובות מגיני שלמה דבריו תמוהים בעיני כפי מה שהארכתי במקום אחר בסוגי', ואין דעתי לסמוך ע"ז למעשה:

אבל מה שנלע"ד לצדד להיתרה בנ"ד כיון דבאמת היה מסביבות ק"ק בראד ולא מק"ק בראד וכבר כ' הת"ה דמליטא לאשכנז לא מקרי שיירות מצויות וצ"ל דגם מחמת רוחק הדרך לא מקרי שיירות מצויות וא"כ אף אנן נימא דאף בווארשא שיירות מצויות מ"מ מעיירות קטנות שסביבות ק"ק בראד ודאי אין שיירות מצויות לווארשא דלא שכיח כ"כ שיהא להם עסק לווארשא ואפילו לשיטות תוס' והרא"ש כל שאין שיירות מצויות אף בהוחזקו ל"ח וכבר הארכתי בתשובה להשיג על ח"מ שכ' להחמיר בהוחזק אף באין השיירות מצויות והבאתי ראיות ברורות ע"ז אמנם לשיטות הרשב"א והרמב"ן יש עדיין מקום להחמיר אמנם נראה דהוא רק מדרבנן ואפילו אם נימא דהוי דאורייתא נלענ"ד לסמוך ע"ז דדומין החתימות אם דומים ממש כמש"ל ואם לא נוכל להעמיד גם ע"ז נלענ"ד להכריז בעיירות הקטנות הסמוכות לק"ק בראד אם לא הוחזק אברהם בן יצחק שנאבד ומ"ש מעכ"ת שהבדיקה קשה לענ"ד אף שכתבו שהבדיקה מכמה שנים קשה היינו היכא שצריך חיפוש ממש כגון שלא נודע שמו וכעובדא דתוספתא דצריך לחפש אם נאבד יהודי במקום זה וזה החיפוש ודאי קשה מכמה שנים משא"כ אם נודע שמו ושם אביו דלא בעינן חיפוש זולת לידע אם איתחזק אם לאו וכל שמכריזין בבתי כנסיות ולא הוחזק א' ששמו ושם אביו כך די בזה. לכן יש להכריז במקומות הסמוכין לק"ק בראד יותר מקהלות גדולות אחרות וגם רק במקומות קטנים הנקראים ע"ש בראד אבל מקומות מפורסמים כמו זלאטשוב לדעתי אין נקרא ע"ש סביבות בראד ובאופן זה

אני מסכים להיתרא ואם החתימות דומות לגמרי כמש"ל נלענ"ד שיש להתירה כמש"ל והחונן לאדם דעת יצילנו משגיאות הכ"ד דודו דוש"ת בלב ונפש חפצה הכותב בנחיצה רבה כאשר חזותא דכתבא מוכיח:
הק' אלכסנדר סענדר מרגליות מבראד:

שאלה י

ועוד שנית מה שהשבתי בענין הנ"ל לא' מתלמידי ני' ישראל אשר בך אתפאר. בהלו נרי על ראשו ועל פניו יאיר הוה מחדדין שמעתיה וצילא דעתיה ועתה הוסיף דעת ותבונה לישא וליתן באמונה ה"ה כבוד אהו' תלמידי הרבני המופל' ומופלג החריף ושנון ובקי בחדרי תורה חכם וסופר כש"ת מוה' ישראל הלוי ני' לנצח ישב בצלצח:
אחד"ש גי"ק הגיעני ואל יתמה על החפץ כי ארכו הימים מאז בא דברותיו אלי כתוב. והשבתי אחור ימיני ולא השבתיו. מפני הכבוד וכאשר על התשובה מראש הבטחתיו אולם הן יאמין לי כי הייתי מוקף חבילות תשובות שהיה השעה צריכה לכך מלבד השיעורין הקבועים. וגם כעת עודנו עצור בהמון טרדת לא אוכל להפיק רצונו להיות כסופר מאריך ולי עוד שמור. אולי אוכל לקיים הבטחתי כאמור לטייל עמך בארוכה. ולישא וליתן על כל פרק כי כאשר נפשך אוותה לשמוע בקול דברי כן נפשי תערוג אליך. כי תשמיעני הוד קוליך. לי יקרו אמריך. וה' יהיה בעוזרך וימשחך שמן ששון מחבירך. והיו עיניך רואות את מוריך והן היום השבתי לך בקצרה על דברי ריבות בשעריך בנידון הריאה ועוד ידי נטויה אי"ה לבא בארוכה ועתה אני בא בדבריך מה שכתבת בנידון העגונה להשיב על דברי שכתבתי לחלק בין ט"ע שמכיר אותו הדבר בעצמו ובין אם אינו מכיר אותה החתימה בעצמה רק מחמת שרגיל בחתימתו וע"ז כתבת דממ"נ אם כל החתימות שוות כו' א"כ מה לי שיש לו ט"ע באותן החתימות או באחרות כו' ואי אין כל החתימות שוות א"כ פשיט דאינו ענין כלל ט"ע והכרת החתימות לדמיון דשאני ט"ע דהכרה מתוך שהוא רגיל בכ"י מכיר ובקי בכל חלקי כתבו בלב כו' עכ"ל בקצרה ואני לא באתי לידי מדה זו שלענ"ד בין כך ובין כך החילוק בין ט"ע גמור בגוף החתימה לט"ע ע"י הרגילות נכון ומבואר שהרי כשמעיד שהוא מכיר מחמת הרגילות הרי זה כאילו הוא מעיד לנו שזה החתימה שעליה אנו דנין היא דומה לאותן החתימות שראה פ' חותם א"כ אין זה רק דימוי לבד ומי גרע מה שהשטרות לפני ב"ד והן מדקדקין ורואין שזה דומה לחתימתו של זה ממה שזה מעלה בזכרונו שבענין זה היא חתימתו וא"ל דמה שרגיל בחתימתו עדיף טפי שע"י שראה כ"פ נקבע בלבו ציור חתימתו של זה א"כ אף אנו נאמר שאם יש לפנינו עשר שטרות שהוחזקו בב"ד אז שפיר יכולין לקיים מהם

ע"י שיעיינו הב"ד בהם כמה פעמים עד שיקבע בלבם ציור החתימה ואז יכולים להכיר בט"ע חתימה זו וזה אינו במשמע מדברי הפוסקים שנראה שאין חילוק בין ב' שטרות או יותר ועוד דאף בב' שטרות נמי אפשר להרגיל בהם הרבה ומה לי ב' או יותר ואפ"ה לא מהני אם יוצא מת"י עצמו או בכ"י הלוה לדעת ר"ש גאון אם לא שנחלק בין היכא שהרגילות בא לו ע"י שראה אותו בשעה שחתם זה בחתימת ידו ממש כמה פעמים שזה נקבע בלבו ביותר משא"כ היכא שהוא מרגיל עצמו ע"י עיון בכתב ידו של זה ולא ראה אותו חותם ממש וגם חילוק זה לא ניתן להאמר כלל שהרי לא נמצא בפוסקים חילוק בין אם רואה אותו כותב חתימתו ממש או שרגיל בחתימתו ע"י שראה אח"כ רק שידע בבירור שהוא החותם חתימה זו וגם שאם נאמר שמה שהוא מעיין בשעת חתימה נקבע בלבו יותר א"כ מה"ט גופא יש לחלק דמה שהוא רואה גוף החתימה ומכירה בט"ע שהוא אותה חתימה בעצמה וכולי האי לא מצי מכוון לבו היכא שהוא מכיר בט"ע שזה כזה דאפשר שזייף בדומה ממש עד שנדמה לו שהם שוים ועוד דמה מועיל הקביעות שבלבו בכל חלקי כתבו של זה שהרי אין עדות רק שזה חותם בתמונה זו של החתימה שלפנינו והרי אף שיש לפנינו חתימת ידו ועינינו הרואות שכמות זה כן זה בכל חלקי הכתיבה לא סמכינן עלה דמלתא ואמרינן זיופי זייף והא עדיף טפי שלמראה עינינו נשפוט שתבניתם שוה משא"כ היכא שמכיר מחמת הרגילות אע"פ שהציור מהחתימה נתחזק בלבו כמה פעמים מ"מ זה שאומר שזו דומה לזה שרגיל לחתום אפשר שדמיונו כוזב לו ואינו דומה ממש ועכ"פ קשה לחלק בין הכרה ע"י הרגילות לדמיון משטרות שלפנינו דאם דמיון ל"מ גם הכרה בכה"ג לא מהני ומ"ש ר"ת שהרי העדים מתוך כוונת הלב וט"ע הם מכירים כו' התם קאי כשהעדים החתומים בשטר הם עצמם המקיימים וכן קיום ע"י עדים שראו שחתמו נמי מהני ט"ע כנראה מלשון הרמב"ן שהבאתי בתשובה אבל ט"ע ע"י הרגל לא מהני במקום דלא מהני דימוי:

ומ"ש וז"ל וראיה ברורה לדברי דהרי היותר מחמיר בדימוי הוא הר"ת ז"ל והרי מבואר בסימן כ"ח דעת ר"ת דאם העדים רחוקים מב"ד מותר לשלוח עדותן בכתב כו' ודוחק לומר דשם מיירי דעדים אחרים יראו בחתימתו כו' מתחלה אען ואומר שלענ"ד אין זה דוחק כלל דהא לא מיירי רק לענין שיועיל העדות בכתב אבל עכ"פ צריך שיהיה ברור לב"ד שזה כתב ידם של אלו והיינו ע"י עדים שיודעים שזה כתב ידם ואפשר שאף חתימות העדים לא צריך רק הכתב לבד סגי אם יש עדים שזה הכתב עדות כתבו פלוני ופלוני בכתב ידם. ומה שכתבת דהוי כעד מפי עד כמ"ש הש"ך ס"ק ז' הוא טעות שהרי הב"ד הם סומכים על עדות העדים שבכתב ואלו המעידין שזו הכתיבה של העדים הם

עידי קיום לבד שזה מועיל בכל מקום והש"ך מיירי לענין קיום גופיה דאם שנים קיימוהו בפי שנים הו"ל עד מפי עד ר"ל הקיום הוא ע"פ עד מפי עד ואם הן בעצמן מכירים נהי דקיום ב"ד לא הוי העדאות עדים מיהו איכא ע"ש משא"כ כאן שהם מקיימים כתב זה לפני הב"ד וככל קיום שטרות דעלמא:

וכל זה כתבתי לדבריך אבל באמת אני תמה עליך דאין כאן מקום לקושיא זו מעיקרא שהרי בשטר שחותמים עליו עדים קי"ל דמדאורייתא לא בעי קיום משום דלא חשיד אינש לזיופי רק רבנן הוא דאצריך ומש"ה מהני קיום ע"י הכרה ודימוי וא"כ לר"ת דס"ל דהך דמפיהם ולא מפי כתבם באלם מיירי אבל בראוי להעיד בפיו מועיל כתיבת יד ומה"ט גופא מהני שטר לדידן א"כ העדות שמעידין העדים בכתב כל דין שטר יש לו ולא בעי קיום כלל מדאורייתא דהא לא חציף אינש לזייף ואף ביוצא מת"י התובע אמרינן הכי רק מדרבנן צריך קיום ופשיטא דסגי אם הב"ד או עדים אחרים מכירין חתימתן וככל קיום שטרות דעלמא וז"פ ועיין בש"ך סימן מ"ו ס"ק צ"ג חתם כשהוא ברי' כו' דלר"ת אין חילוק בין עדות בכתב לשטר ושטר נמי כשר דראויים להגיד כו' ע"ש:

ומ"ש דממקומו הוא מוכרע ממ"ש הטור בשם ר"ש גאון מקיימין אותה כו' לפלוג וליתני בדידיה כו' לק"מ דאדרבה רבותא קמ"ל דאע"ג דהשטרות הידועים שהם כ"י הלוה הם לפנינו לא מהני וכ"ש דלא מהני הכרה ע"י הרגילות שאין הדמיון רק ע"י מחשבה לבד וכמש"ל ולא בפועל ממש דלא מהני הכרה ומ"ש דהו"ל לפרושי דאף עדים גופייהו לא מהני כ"א כשראו החתימה דוק בלשונו ותשכח שכתב ע"פ עדים שיעידו בב"ד שהוא כ"י ולא קאמר המכירים כ"י משום דהכרה לא מהני וצריך דוקא להיות ידוע להם שזה כתב ידו ממש:

ומ"ש דיש ראיה ממ"ש התוס' בב"מ דף ך"ד דלרבנן חייב להכריז אף בלא שבעתן העין כדמוכח מעובדא דרבה בב"ח אלמא אף ע"ג דמסתמא ראה כתיבת הגט וחתימתו ואפ"ה ס"ל להתוספת דלא הוי ט"ע גמור דלרשב"א לא מהני כו' לא דקדקת יפה בזה דבאמת מה שהשליח הגט אומר בפ"נ ובפ"נ אינו מצד הכרה שמכיר הכתב והחתימות אלא עיקר הגדת השליח בפ"נ ובפ"נ הוא לפי שעומד בשעת כתיבת הגט וחתימתו ותיכף מקבלו לידו ועי"ז הוא מעיד עליו שבפני נכתב ונחתם אבל ודאי אין סברא לומר מחמת שראה פעם א' בשעה שכתב זה או חתם שמחמת זה יהא ניכר אצלו לעולם בט"ע אם לא שמעיין כמה פעמים בכתב זה ומדקדק בו עד שיקבע בלבו ושוב אח"כ הוא יכול להכיר בט"ע וכיון דלא משהי גיטא בידיה והוא ככלים שלא שבעתן העין א"כ פשיטא שאין לו בו הכרה בט"ע גמור ואפ"ה מהני ומה לי שמכיר בט"ע החתימות או שאר

הכרה בט"ע בגט כל שלא שבעתן העין והדבר פשוט שמי שמקיים החתימה מחמת שראה בשעה שחתמו העדים שאין לו הכרה בט"ע אם לא ע"י שראה הרבה פעמים ועיין בחתימה עד שנקבע בלבו ואם תאמר שאף בפעם אחת שראה הוא יכול להכיר בט"ע א"כ מוכח דאף בלא שבעתן העין יש לו הכרה בט"ע וזהו שבאו התוספת להוכיח משם דאף בלא שבעתן העין שפיר יכול להכיר בט"ע כמו בגט שאע"פ שלא ראה אותו כמה פעמים דלא משהי גיטא בידיה ואפ"ה קאמר רבה בב"ח אי ט"ע אית לי בגוויא ודרך אגב אמרתי לבאר לך כוונת התוס' מ"ש וכן מצינו ברבה בב"ח כו' ונראה מדבריך שלדעת התוספת רבה בב"ח. כרבנן ס"ל דהא קאמר אי ט"ע אית ליה בגויה והתוספת חולקים בזה על שאר פוסקים הסוברים דהלכתא כרשב"א וכן נראה מדברי מהר"מ מטיקטין שכתב על דברי הנ"י והלכה כרשב"א וקצת קשה שהתוס' דימו הא דרבה בב"ח כו' והיינו כרבנן עכ"ל ולענ"ד אין התוספת חולקים בזה על הפוסקים שהתוספת לא באו רק להביא ראיה על מה דמשמע דרבנן ס"ל דאף בלא שבעתן העין חייב להכריז והא מלתא טעמא בעי דהא מצד הסברא כל שלא שבעתן עין רחוק הוא שיהיה לו בו ט"ע ולזה הביאו ראיה מרבה בב"ח שאמר לגבי גט אי ט"ע אית ליה בגוויה אלמא דלפעמים יש לו ט"ע אף שלא שבעתן ומ"מ אין ראיה מדרבה בב"ח דהלכה כרבנן דחייב להכריז די"ל דגם רשב"א מודה בהא אף דלפעמים משכחת לה שהוא מכיר בט"ע אף שלא שהה כדי שביעה וכעובדא דרבה בב"ח מ"מ אין חייב להכריז בשביל זה כיון שרוב פעמים כל שלא שבעתן אין לו בו ט"ע אבל אי אתרמי מלתא שבא ת"ח והכיר בט"ע שפיר מהני אף בלא שבעתן והיינו עובדא דרבה בב"ח וכיוצא בזה כתב הב"י סימן רס"ב דמדברי הרמב"ם נראה דאפילו נמצא במקום שאין ת"ח מצויין שם אם בא ת"ח ואמר יש לי ט"ע בכלי שאבדתי חייב להראותו לו כו' ושאר פוסקים חולקים עליו וסוברים דבמקום שאין ת"ח מצוים שם אין חייב להכריז אבל מ"מ י"ל דמודו שאם בא חכם ואמר שיש לו בו ט"ע הרי זה חייב להחזיר ואפילו תימא דאף בכה"ג ס"ל דהרי אלו שלו היינו מטעם ייאוש דאף חכם מייאש כיון שיודע שאבד במקום שאין חכמים מצוין וא"צ להכריז יאושי מייאש משא"כ לגבי גט לא שייך זה וכל שיש לו בו ט"ע שפיר מחזירין לו אף בלא שבעתן העין. ולשון הרי"ף והרא"ש שכתבו ואי לא שבעתן העין הרי אלו שלו דהא לא קי"ל לצורבא מרבנן בגווייה משמע לכאורה דבכה"ג אף צורבא מרבנן לא מהימן כלל לומר שיש לו ט"ע וכן משמע יותר בלשון הרא"ש כמ"ש דטעמא דרבנן דאפשר שיכיר כו' וא"כ צ"ל דלא ס"ל הך סברא דגבי גט בלא שבעתן מיירי ואפשר שכוונתם כיון דמסתמא הכי איתא דלא קי"ל בגוויה ממילא הרי אלו שלו דיאושי מייאש וכמש"ל ואין

להאריך מה שכתבת להביא ראיה דהכרה מרגליות הוה הכרה טפי ממה שמכיר ע"י שראה אותו חותם אין לו מקום כלל דודאי גם מי שמכיר ע"י שראוהו חותם ג"כ הוא ע"י הרגילות שכיוון לבו כדי שיקלוט העין תבנית חתימה זו ועי"ז הוא מכיר שהיא אותה החתימה בעצמו ועדיף ממה שמכיר ע"י הרגילות שזו דומה לזו וא"ת שלפעמי' מכיר אף ע"י ראיה פעם א' ומועיל ט"ע כזו לרבנן גם לגבי הכרה ע"י הרגילות כן הוא שע"י שראה חתימתו פ"א אומר שזו דומה לזו ע"פ ט"ע שהיה לו בחתימה ראשונה ומהני לרבנן דאף שלא שבעתן העין ס"ל דאפשר שמכיר בט"ע ומהני וא"כ פשיטא דמהני דימוי החתימות שלפנינו ובמקום דלא מהני דימוי כגון ביוצא מת"י עצמו או בכ"י הלוה לרש"ג גם הכרה ע"י שראה חתימתו לפעמים לא מהני. וא"ת דדוקא אם ראה חתימתו פ"א או ב' לא מהני אבל בהרבה פעמים מהני א"כ נתת דבריך לשיעורין שהרי לרבנן שפיר מועיל ט"ע בלא שבעתן כמו בשבעתן ומכ"ש לפי מה דקי"ל כרשב"א דבלא שבעתן אין ט"ע מועיל הדעת נותנת הא דמהני ט"ע בשבעתן דוק' על גוף הדבר בעצמו אבל לא שיאמר שזה כזה במקום דלא מהני דימוי החתימות שלפנינו וכמ"ש בקונטרס הראשון ומ"ש מרש"י שכתב מכיר אני בכתב יד הסופר כו' מבואר הוא ממ"ש וא"צ תשובה:

ומ"ש דקשה על ר"ש גאון מהא דנדה נאמנת אשה לומר כזה ראיתי כו' לק"מ דודאי בכל דוכתי סמכינן על מה שלמראה עינינו נשפוט שהם דומין וה"נ האשה נאמנת בזה שהרי היא הבאה לשאול וע"פ שאלתה אנו חותכין את הדין ואין לנו להחזיק ריעות' כל כמה דלא חזינן ואפי' היכ' דליכ' למימר אוקמה אחזקת טהרה כגון במצאה תוך ימי ספירתה מ"מ ל"ח למלתא כיון דליכ' מידי לפנינו שיהא נופל לנו ספק מחמת זה רק מפיה אנו חיין והרי היא אומרת שהיו דומין והא דלא בקיאין להפלות בין דם לדם היינו משום שצריך הבחנה גדולה וכמו שבארתי בתשו' בזה משא"כ לענין קיום דאע"ג שלמראה עינים הם דומין חיישינן שמא המזייף היה אומן גדול וטרח לזייף ולכוון שיהיה נראות דומות ולכך לא סמכינן רק על קיום העדים המכירים אותה חתימה עצמה שמקיימין אותה מתוך כוונת הלב והסמ"ג באמת הקשה גם ע"ז דהא חזינן שרבא טעה בחתימתו ולדעת ר"ת צ"ל דכולי האי לא מצי מכווין שיהיה טועה בחתימת עצמו שהוא מכיר אותה מהבנתא דלבא והך דרבא מיעוטא דמיעוט' הוא ול"ח ליה משא"כ ע"י דמיון יכול להיות שיזייף עד שיהיו נראות דומות זו לזו וא"כ בהך דנדה כיון שבאמת הם דומות שפיר מטהרינן לה ולנטי' מועטת כל דהוא ליכ' למיחש שהרי לא נתנה תורה למלאכי השרת ואף בזמן התלמוד לא היו מבדילין כחוט השערה בין דם טמא לדם טהור ועיין בדברי הרא"ש בנדה לענין אם דם מכתה משונה מדם ראייתה שכתב וז"ל יוכל כל אדם

לידע אם הם דומין זה לזה אע"פ שאינו בקי בחלוקי מראות בשני דמים שלפנינו יוכל להבחין אם הם שוים או משונה במראיתם והב"ח ב סימן קפ"ח הקשה כו' דהא קיי"ל אין מקיפין בריאה ותירץ דהרא"ש לחומר' קאמר כו' ע"ש והדברים צ"ע ואין כאן מקומו וכבר בארתי החילוקים שבין נ"ד להענינים הנזכרים בארתי יפה בתשו' הראשונה ומ"ש לתמוה על הישׁ"ש שמחלק לשיטת התוס' בין ט"ע שאינו גמור ללא שבעתן העין דמנ"ל לחלק דלמא התוס' לשיטתייהו דפסקו כרבנן ונדחק' לומר דרש"ל לאו על התוספות כתב כן נפלאתי עליך דלדבריך אדרבא מוכחא מלתא טפי דיש חילוק בין ט"ע כ"ד ללא שבעתן העין דהא להדיא קאמר רבא מריש ה"א דסימנ' עדיף מט"ע דהא לא מהדרינן אבידת' בט"ע וע"ז כתבו התוס' דמיירי בט"ע כ"ד ולדבריך דהיינו לא שבעתן א"כ איך קאמר רבא בפשיטות דהא מהדרינן בסימ' ולא בט"ע דלא כהלכת' דהא באמת קי"ל כרבנן דאף בט"ע כה"ג מהדרינן וא"ל דמ"ש התוס' דהלכת' כרבנן היינו למסקנ' דרבא דט"ע עדיף מסימנ' ז"א דאטו לא ידע רבא דאיכא פלוגת' בהא מלת' בין רשב"א לרבנן והו"ל למימר מריש ה"א דהלכת' כרשב"א השת' דשמענ' כו' הלכת' כרבנן ועוד שלמה לא דקדקו התוס' בב"מ משמעת' דחולין דמהדרינן אף בלא שבעתן העין ואפילו תימא דבב"מ לא ס"ל כהך תירוצא שכתבו בחולין מ"מ קשה על התוס' בחולין שכתבו דהא דמהדרינן לצורבא מרבנן בט"ע היינו בט"ע גמור וז"א רק לרשב"א וא"כ דלמסקנ' דרבא באמת אף ט"ע שלא שבעתן מהדרינן ז"א דהא רבא קאמר תדע דאיך סומא מותר באשתו כו' וא"כ הך תדע תיקשי לרשב"א דס"ל ט"ע כה"ג לא מהני. אלא ע"כ דגם למסקנ' דרבא היינו דוקא לענין איסורין אבל לענין אבידת' לא הדר ביה רבא ומודה למאי דס"ד דלא מהדרינן וא"כ אם נאמר דהתוס' ס"ל דהלכת' כרבנן דאף בלא שבעתן מהדרינן ע"כ לומר דהך דרבא דמיירי בט"ע כ"ד לא מיירי בלא שבעתן אלא בגוונא אחרינ' שהוא ט"ע כ"ד וגרע מלא שבעתן ולהיפך מסברת הישׁ"ש דס"ל דט"ע כ"ד עדיף מלא שבעתן וא"כ ס"ס אנו מוכרחין לומר דרבא לא מיירי כלל מלא שבעתן לשיטת התוספות:

ואמנם דעת רש"ל כמש"ל דגם התוס' לא אתו למפסק הלכת' כרבנן וגם הרא"ש כתב כדברי התוס' דרבנן פליגי וס"ל דאף בלא שבעתן חייב להכריז ואפ"ה כתב דהלכה כרשב"א. ומ"ש התוס' מדרבה בב"ח כבר ביארתי לעיל כוונתם בזה וא"כ שפיר כתב רש"ל שיש חילוק בין ט"ע כ"ד ללא שבעתן ואמנם לענ"ד דברי רש"ל תמוהים דמ"ש דלמסקנא אפילו לגבי אבידה נאמן אפי' בט"ע כ"ד כיון דצורבא מרבנן לא משקר ובאמת סוגיא דשמעתא לא משמע הכי דקאמר מעיקרא בפשיטות דהא מהדרינן אבידתא כו' ומשמע דהוא מלתא דפשיטות הוא לדידיה דאל"כ איך מייתי ראיה דהא ערבך ערב'

צריך אלא ודאי גם למסקנא הדין כן ואע"ג דבאיסורי' מהני לא מהני באבידה דמשום חימוד ממון חיישינן שמה טועה בדמיונו ויצרו משיאו לומר שהוא שלו כיון שאין לו בו רק ט"ע כ"ד וכ"כ אא"ז בבכור שור בחולין שם ולפ"ז צ"ל בהא דרבה בב"ח דקאמר אי ט"ע כו' אע"ג דלא שבעתן העין והתם נמי איכא חשדא שלא יפסיד שכירתו דמה"ט מחלקינן בין צורבא מרבנן לאינש דעלמא צ"ל דלא שבעתן עדיף טפי כיון דס"ס הוא אומר שמכיר היטב בט"ע גמור מהימנינן ליה משא"כ בט"ע כ"ד דחיישינן משום חימוד ממון מטעי טעי ולהיפך מסברת רש"ל:

וראיתי בהגהות מיימוני פי"ד מהלכות אבידה שכתב על הרמב"ם וז"ל פסק כרשב"א וצ"ע דהא פליגי רבנן עליו וכדפירשו התוס' מדקאמר מודה רשב"א ומסתברא דהלכתא כרבנן וכן הלח"מ שם הקשה כן וכתב וי"ל כיון דמפרשי אמוראי כו' (וצ"ע שלא הזכיר מדברי הרא"ש שכתב מסתברא דהלכתא כרשב"א דמסתבר טעמיה ועוד דמפרשים מלתיה עכ"ל) וההיא דגט אפשר דהיה לו ט"ע גדול כו' וכבר כתבתי דבלא"ה אין ראיה מגט דהתם כיון שבא לפנינו ואומר שיש לו ט"ע שפיר מחזירין לו רק לכתחלה א"צ הכרזה וכמו דמצא במקום שאין ת"ח מצוים דאע"פ שאין חייב להכריז מ"מ אם בא ת"ח מחוייב להראותו ואם אמר שלי הוא מחזירין וכ"כ הב"ח סימן רס"ב אלא דמ"ש וכן נראה מבואר מדברי הרמב"ם והביאו הב"י והסכים לזה עכ"ל משמע דגם הב"י מודה דא"צ להכריז ובאמת מדברי הב"י והכ"מ משמע דמה"ט צריך להכריז נמי להרמב"ם ע"ש וכמש"ל ומ"מ גבי גט בלא"ה א"ש אף לפי דברי הב"י וכמש"ל אך דבלא"ה אני תמה על הגמיי' והלח"מ שתמהו על הרמב"ם דאין כאן מקום לקושיא זו שהרי לפי מ"ש הרמב"ם המוצא כלי חדש וכיוצא בהן שצורת כו' שוה כו' שהרי הן כמו דינר משאר דינרין כו' שהרי א"י אם כך זה או צלוחית זה שלו ואם היה כלים שטבעתו העין חייב להכריז כו' מבואר דהרמב"ם גרס שטבעתו העין וא"כ משמע דברישא מיירי בגוונא דל"ש ט"ע כלל כיון שצורת כולן שוה וגם הם חדשים וכמבואר מדבריו ולפ"ז פשיטא דשפיר פסק דאין חייב להכריז ול"ד כלל להההיא דגט והא דקאמר ומודה רשב"א דמשמע דרבנן פליגי עליה צ"ל דרבנן דרשב"א ס"ל דבכל גווני חייב להכריז אע"ג דל"ש בי' ט"ע דמ"מ חיישינן שמא יש להאובד איזה סימן מוצנע בכלי זו שאין המוציא מכיר בו ובהא פשיטא דהלכתא כרשב"א כמבואר בש"ס בכל הפרק דכל שאין המוציא רואה סימן באבידה א"צ להכריז ומצאתי שד"ז הגאון בת"ח הקשה על הרמב"ם דגורס טבעתן א"כ אמאי פליגי רבנן על רשב"א ולענ"ד י"ל כמ"ש כו':

ואודות אשר כתבת בשם האשה טעמציא כבר פשט המנהג עכשיו שלא לדרוש בשמות ונהגו לכתוב כבר הברת הלשון וכבר כתב הב"ש באות י' לכתוב גיטא באל"ף ולא כהט"ז שכתב בה"א ע"ש הקרא ביהושיע בשמות המקומות את יטה ואת מגרשי' ולכן ראוי לכתוב טעמציא כי כך מקובלני מדודי הגאון נ"י בשם עטיא לכתוב כן ביו"ד וכמו שאנו קורין בשם רב אויא כל שניכר קצת הברת היו"ד בסוף התיבה. וכן ראיתי קצת תשובות מגאונים קשישאי לכתוב עטיא כן ונראה פשוט דגם בשם זה טעמציא הברת היוד ניכרת לבסוף ויש לכתוב כן. ומה שרוצים לדמות לרבקלה ושרקה ע"פ השמועה שהגאון מהר"י הורוויץ ז"ל הורה לכתוב טעמה בהא ע"ש הפסוק טעמה כי טוב:

הנה טעמא דהגאון ז"ל לא ידענו דאטו כל השמות מקורם מן התורה עד שנחפש שורש וענף גם לשם זה אם אמנם מצאנו בראשונים שחפשו למצוא מקור לשם לפעמים כשהיה בעיניהם ע"ד הזרות אין זה ענין לזמנינו זה שידוע כי כולם בשם יקראו לבית אבותם ובתר שמא אזלינן ולא בתר טעמא ומי יודע מבטן מי יצאו הדברים ונתלה באילן גדול ולאו מר כו' וראיתי בסדר גיטין כ"י שבידי תשובה אחת שכתב זקיני הגאון מוהר"ר שלמה סג"ל האב"ד דק"ק לבוב לענין אחד שהיה שמו עפר בסגול ולתורה נקרא אפרים והגאון מהר"א שרענציל ז"ל כתב שיש לחוש שמא נקרא ע"ש הכתוב ועיפה ועיפר ואא"ז מהר"ש ז"ל השיב לו דאין הנקודות שוות דהכא נקרא עפר בסגול ולא רציתי להאריך בזה כי אף אמת הדבר שכך הורה הגאון ז"ל מי יודע איזה טעם היה להגאון ז"ל אפשר שהיתה חתימתו כך וכדומה וגם דכיון שאם כתב ה' במקום אחד כשר עביד לחומרא משא"כ לעשות מזה יסוד לומר שזה קיצור השם אינו נכון כלל. וגם לחוש לשם תמר אין דעתי נוחה כלל ואם באנו לחוש לזה יש לשנות כל השמות לדרוש בהם כרצון איש ואיש עיין בב"ש באות ל' ובאות מ' בשם מעלא ובאות נ' ובכמה מקומות שם ואם הכוונה לומר כיון שנגזר משם תמר א"כ עכ"פ יש לכתוב תמציא בתי"ו וגם אפשר שיש לכתוב בה"א לבסוף כמ"ש הב"ש בשם יתירה שנגזר משם אסתר אין הנדון דומה דהתם משמעותיה שנגזר משם אסתר כמ"ש הב"ש שם משא"כ בזה דלא שוו בשמא באותיותיהם ונקודותיהם ואין להשגיח בסתם ספרי דלא גמירי שגורעין ומוסיפין מדעתן וכתיבתו אינה מעלה ומורדת לענין דינא וכיון שעכ"פ השם שנקראת עכשיו אין בו משמעות ללשון הקודש כלל רק קורין אותן ללועזות בלעז טעמציא כך יש לכתוב טי"ת כי התי"ו יכולים לקרותה רפויה ואף לפמ"ש בב"ש באות ט' בשם טאנא דאם היה לעז וכתב בלה"ק כשר משא"כ להיפך ע"ש היינו דוקא התם שכפי הכרת השם יש במשמעותו שנקראת כן ע"ש הפרי תאנה וכמו רמי בר תמרי כו' כמבואר בספר שמות

באורך קצת וא"כ יש לחוש שלא להוציאו ממשמעותו לגמרי אם יכתוב בט' משא"כ בזה שאין במשמעות השם הפרי כלל שהרי הרי"ש מן תמר פרחה באויר כבר יצא ממשמעות זה לגמרי שהרי א"א לפתור המלה ע"ש הפרי וכך לי ט' כמו תי"ו וא"כ אדרבא עדיף טפי למכתב בט' וגם בשם תאנה לכאורה היה נלענ"ד שאם קורין אותו בקמץ אז יש לכתוב בט' כיון שאין בו משמעות כ"כ לפותרו ע"ש פרי אדרבה עדיף טפי למכתב בט' כדי דלא למטעי לקרות התי"ו בציר"י ע"ש הפרי תאנה וא"כ יסברו שאין הגט של האשה הזאת שהיא נקראת בקמץ:

ואמנם ראיתי בנחלת שבעה בשם רש"ל שכתב שנקראת כך ע"ש הפרי ונשתבש הלשון וקורין אותה תאנה בקמץ עכ"ל וצ"ע מטעם שכתבתי וצ"ל דס"ל דמ"מ עדיף טפי למכתב בתיו שלפי דעתו אין לו ענין אחר רק להיות נקרא ע"ש הפרי ואם כן ירגישו שהיא זאת האשה והקמץ בא ע"י שיבוש הלשון משא"כ בזה שאין טעמציא ופריו שוה והיה צריך להוסיף ר' לנוטרים את פריו ולהיות נקראה בשם טערמציא ואז אפשר שהיה מקום לחוש לכתוב בתי"ו (אבל כמדומה שראיתי בספר ספרא דצנינועותא דיעקב שחיבר אא"ז הגאון האלקי מוהר"ר יעקב טעמירל נכתב שם בספר ובהסכמת הגדולים ג"כ בט' וא"כ נראה דשם טעמריל ג"כ היא שם בפ"ע) וגם בשם טאניא גופיה דעת האחרונים לכתוב בט' טאנא כמבואר בב"ש ובסדר גיטין שבידי בכ"י וא"כ בשם זה טעמציא פשיטא שאין לחוש ויש לכתוב כמ"ש בט' ובא' לבסוף דאף אם נאמר שנגזר מן שם טעמא וניחוש למה דשמיע להו בשם הגאון מהמבורג ז"ל שטעמה ראוי לכתוב ע"ש הכתוב מ"מ בזה שכבר נעקר ממשמעותו שוב שפיר כתבינן בא' כמו בשם בינא שהוא קיצור מבנימין כיון שאינו רק לעז בעלמא לשם המובהק ע"כ ראוי לכתוב באלף כמבואר ברש"ל ובט"ז ואע"פ שי"ל דהתם טעמא שאם נכתוב בה בינה יהיה פתרונו מלשון דעה ובינה ואינו ענין לבנימין כמבואר שם מ"מ משמע בט"ז שם דבכל דוכתי ששוב א"א לשם זה להתפרש בלשון הקודש אף שנגזר משם הקודש מ"מ לא הוי רק כשאר לעז בעלמא ודינו להיות באלף. וכעת נפל מלתיה בדעתאי אם באנו לדרוש שם טעמא י"ל שהראשונים שנקראת כן היו ע"ש המאורע כמו שנמצא בפוסקים כמה שמות כן שהיו נקראים בשם המאורע והוא שנולדה עם עוד אחד וכמ"ש חז"ל תאומה יתירה ונשתרבב הלשון לקרות בשם תאמה וא"כ היה ראוי ג"כ לכתוב בתי"ו אבל כבר כתבתי שנלענ"ד כיון שעכ"פ ע"פ הקריאה אשר נקראת עכשיו לא נכלל בלשון זה ענין תאומה אין לנו לכתוב כן ומה לנו בזה אשר מאז הוחל לקרוא בשם זה היה ע"ש כך. כיון שלפי ההברה של עכשיו אינו כן ויש על זה ראיה אך לא יכולתי לעיין כי מוכ"ז נחוץ וגם אינו בקו הבריאה כראוי ואף ע"פ

כן עשיתי למענך ושאלת פי כבוד דודי הגאון נ' נידון מה שכתבת ששאלו אותו בזה מידי עברו ואמר שלא שאלו אותו כלל בזה והסכים ג"כ לכתוב טעמציא כאשר כתבתי אלא שלא הייתי נזכר לספר לו מה שכתבת שהיה כתוב בכתובת זקינתה תמר וכעת אין פנאי לשאלו שנית אך לענ"ד אין לחוש לזה כלל וכמ"ש כו' ולגודל הנחיצה קצרתי דברי איש ד"ש ושלום תורתך מתעלס באהבתך. מעתיר לאלקי הרוחות. להושיבך על מי מנוחות בצל החכמה ובצל הכסף. כאשר לבבך נכסף כנפשך ונפש הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

תשובה שכתבתי בימי חורפי אני וב"ד וריעי הרב כ"ש מו' שמואל מרגליות נ"י אשר כעת הוא אב"ד בק"ק סטרי והקרייז יע"א ומה שהשיב לנו הגאון האמיתי מהר"י לנדא ז"ל נדפס בתשובתו נ"ב מהדורא תנינא:

שאלה יא

שאלה ע"ד המאורע אשר אירע בעו"ה בק"ק זאלשיץ שנפלה קול הבערה בעיר וילך האחד להציל מטלטליו אשר בביתו ואז היתה כבר אש בוערת בגגו כמבואר בג"ע שנגבה בב"ד שקצת אנשים הזהירו אותו והוא לא נזהר ונכנס ושוב לא יצא משם ואחר רעש אש פשפשו ומצאו שם עצמות אדם ודרשו ברופאים וכולם פה א' עונים ואומרים שאם ינטל כזה מן החי שוב אי אפשר להתקיים וכעת האשה מחזרת בבתי מדרשות אולי יש תקוה אחר שישבה עגונה זה כמה שנים ונשכח זכרו האם יש מקום להתירה לעלמא:

תשובה הנה שריותא דהך אתתא יפרד והיה לארבעה ראשים ואנחנו נחלץ חושים. לבאר על מה אדניהם הוטבעו החזק הוא הרפה. ולא נצרכא אלא להעדפה הואיל וכבר יצא הדבר בהיתר מפי הגאון ב"ח ובתשובותיו הורה הלכה למעשה להתיר נדון כזה ומעתה הרשות נתונה לחפש כחא דהיתרא להיות כיהודה ועוד לקרא כו' הראש א' יפנה כלפי מה שאמרו בפסחים דף י' על ובדק ואשכח פלוגתא דרבי ורשב"ג כו' שאני אומר קבר שאבד הוא קבר שנמצא דברי רבי רשב"ג אומר תבדוק כל השדה כולה וכבר העיר בזה הגאון בעל שב יעקב ואחריו הגאון מהר"י מפראג בס' נ"ב סימן מ"ו והנה הטור סימן תל"ט פסק דאם לא ביטל צריך לחזור ולבדוק פעם אחרת ולכאורה משמע דס"ל דהלכה כרשב"ג וכמ"ש הב"י שם אבל אחר העיון אין זה מוכרח שהטור לא יודה בנ"ד שהרי י"ל לפמ"ש המ"ל פ"ד מהלכות בכו' בשם הראשונים ז"ל דאע"ג דק"ל סד"ר לקולא מ"מ היכא שיכול להתברר לא אזלינן לקולא וצריך לברר ולפ"ז מה בכך שביטל מ"מ עדיין אנו יכולין לברר ע"י בדיקה וכן הקשה הפ"י לשיטת התוס' וכתב דבדיקה דהכא לא מיקרי טרחא ע"ש אך י"ל דהראשונים שהביא המ"ל ס"ל כשיטת הרשב"א שהביא הש"ך סימן

ק"י דלא סמכינן אס"ס היכי שיכולין לברר וס"ס בדאורייתא וסד"ר הם שוים משא"כ באמת רוב הפוסקים והטור מכללם חולקים על הרשב"א ושפיר כתב כאן דבביטול דאין כאן רק סד"ר א"צ לבדוק משא"כ בלא ביטול דה"ל ספיקא דאורייתא לא אמרינן זהו שנמצא כיון דאפשר לברורי וגם מבואר מדקאמר רשב"ג תבדוק כו' ולא תפס בלשון קצרה שהנכנס טמא אע"כ טעמא קיהיב למלתא כמו שפי' רבי טעמו משום זהו שנמצא אהא קאמר רשב"ג דאפ"ה לא סמכינן אחזקה זו שהרי אפשר בבדיקות השדה ולכך קאמר תבדוק כל השדה כולה ולפ"ז היכא דליכא לברורי אפי' רשב"ג מודה דאמרינן זהו שנמצא רק היכא דאיכא חשש איסור דאורייתא לא סמכינן אחזקה ואפי' אמרי' דבדיקה זו איכא טרחא מ"מ באיסור דאורייתא צריך לברר וכבר ביארנו זה באורך בדברי הראב"ן שהביא הש"ך סימן א' וגם בההיא דהמשכיר בית לחבירו חזקתו בדוק וע"ש מ"ש אא"ז הגאון בת"ש שם ואין להאריך בזה ולכאורה אף אם נניח כ"ז ונתפוס בפשיטות דברי רשב"ג והטור דפסק כוותיה ונאמר היכי דלא אפשר לא סמכינן אחזקה זו הנאבד זו שנמצא עדיין י"ל דבכל כה"ג רשב"ג מודה דמבואר בבכורות דף ק"ה דאף רשב"ג לא קאמר אלא היכי דשכיח כגון בשדה דכי היכי דקבר בה איהו קבר בה אחרינא או בבע"מ למ"ד התם דשכיח דאיידי דמנגחי נפל בהו מומא משא"כ כאן דהוי מלתא דל"ש כלל שיבא איש לכאן ויהיה האש שולטת בגווה ושבתוכו יהיה ניצל וכמ"ש הב"ח ג"כ ובכה"ג גם רשב"ג מודה שיש להתיר והיינו נמי טעמא דיבמות דף קט"ו דאי לאו דאיכא פסתא דידא דשדיא היינו מתירין אותה וכן כתב הרב אב"ד דק"ק זאריק וגם הנ"ב עמד בכיוצא בזה אלא דעדיין י"ל דע"כ לא אמרי' התם חזקה דזהו שנמצא כו' אלא כגון התם בקבר או בחמץ או גבי בע"מ שעכשיו אנו מוצאין אותו ממש כמו שהיה בשעה שנאבד בלי שום שינוי ואיכא רגלים לדבר דזהו אותו שנאבד משא"כ בנ"ד שבשעה שנעלם מעינינו היה חי ועכשיו מת ונמצא גוויית איש והנה שורף ואולי היכא שאנו צריכין למימר שזהו שאבד אלא שע"י סיבה נשתנה גם רבי מודה דחיישינן שמא אחר הוא ואמנם מדברי הראב"ד בת"ד שכתב דקי"ל כרבי מהא דרבא גבי פירורין דתינוק ואם כן לכאורה מבואר אפילו בכה"ג אמרינן זהו שנמצא אבל ז"א חדא דהתוס' בלא"ה יש להם שיטה אחרת בההוא דרבא וס"ל דאף רשב"ג מודה בהא ועוד שבנ"ד אף הראב"ד מודה שהרי הוא בחזקת חי ולא אלימא כ"כ חזקה דזהו שנמצא להוציאו מחזקתו דחי ועוד דאפילו אם נימא דאף בכה"ג שנשתנה אמרינן שזהו הוא שנמצא עדין מידי ספיקא לא יצאנו וכי לא ניחוש לסבא אא"ז הגאון ז"ל בתשובה סימן ס"ג ס"ק ט"ו שהשיג על הפר"ח וכתב שהדין עם הרשב"א שם דבשלמא גבי חמץ או קבר ובכור מוקמינן אחזקה

הראשונה ואע"ג דביני וביני איתרע חזקה לית לן בה כו' משא"כ כאן שאין אנו דנין כ"א על הבשר הנמצא ואיזה חזקה כשרות יש לו ע"ש וא"כ הכא ודאי דגרע טפי דאתחזק איסורא דא"א והגם כי לכאורה סברא זו שכתב אא"ז ז"ל דאע"ג דביני ביני איתרע חזקה אינה מבוררת כ"כ והראי' שהביא מב"ב אינה מוכרחת ועיין בפ"י שם ד"ה חניות ע"ש שמבואר דס"ל דבכה"ג לא אזלינן בתר חזקת בדוק ע"ש מ"מ נראה בדין זה הדין עם רשב"א ז"ל דש"ה גבי קבר ואינך שהרי השדה בחזקת בדוק קיימי שאין בה קברים אחרים חוץ מקבר זה שאבד בתוכה ואם אתה אומר שלא זהו שנמצא אתה סותר חזקתה משא"כ בהך בשר שעליו אנו דנין אין לו חזקת כשרות כלל וא"כ גם דעת הרשב"א דלא אמרינן זהו שנמצא אלא היכא דמסייע ליה חזקה ובאמת שיש לתמוה על אא"ז הגאון ז"ל במ"ש דאדרבא יש להביא ראיה לאסור ממשנה שלימה דגיטין דף כ"ז דהמביא גט ונאבד ממנו ומצא בכדי שאפשר שהוחלף פסול כו' ולכאורה אין זה ראיה לדינו של הרשב"א דשאני גיטין דאיכא חזקת א"א אך נראה דז"א כיון דמ"מ שעתה לא על האשה דנין רק על הגט וכיון שהגט הזה יש לנו לומר זה שאבד אע"פ שאח"כ על ידי הגט נוציא אשה מחזקתה לית לן בה וראיה לסברא זו ממ"ש התוס' בחולין דף נ"ו ד"ה פלניא כו' וא"ת והיאך מחזירין שט"ח בסימנים והא אי אתו סהדי ואמרו פלניא דהאי סימנ' לוה מפלניא לא מפקינן וי"ל דל"ד שטר שאין אדם מוחזק בו כו' אלמא אף על גב דלענין ממון עצמו לא מהני סימנין להוציא ממון מחזקתו מכל מקום שט"ח מחזירין ואע"פ שע"י שט"ח זה נוציא ממון מיד בעליו מ"מ עתה אין אנו דנין רק על השטר וא"כ גם כאן לגבי הגט עצמו אין כאן חזקה ואפ"ה לא מהדרינן ושפיר הוי סייעתא להרשב"א ועדיין יש לפקפק בזה דמאי מייתי מגט הא בגט כה"ג דלא שכיח שיבא לכאן אחר ממ"א מהדרינן ולשיטת הרשב"א אפילו הוחזקו נמי כמבואר בחידושיו לגיטין וא"כ בבשר הזה נמי נימא זהו שאבד כמו בגט כה"ג וכלשון הזה כתב הרמב"ם בה"ג הלכה ט' ז"ל המביא גט ואבד ממנו במקום שאין שיירות מצויות ומצאו אפי' לזמן מרובה כשר וה"ז בחזקת זה שנמצא זהו שאבד עכ"ל וד"ל דשכיחי עורבים דמייתי מעלמא והוי כמו ש"מ בגט ועוד י"ל טובא ואין להאריך בזה ובאמת שיש להפליא על הפר"ח שכתב שרוב טבחי גוים וא"י מנין החניות שהניח יש לחוש שמא ניטלו והני אחרינא נינהו דקי"ל כרבנן גבי קרדום כו' הנה מה שמחלק בין יודע מנין החניות לא"י נראה כוונתו למ"ש התוס' פסחים דף י' ד"ה הניח כו' א"נ שא"י כמה חתיכות הניח ואתיא אפילו כר"ג וצריך בדיקה שמא לא מצא כולו ולכן חילק ג"כ כאן דכיון שא"י כמה חתיכות הניח אע"פ דקיי"ל כרבי מ"מ אסור וזה תימא שהרי להדיא כתבו התוס' הטעם דצריך בדיקה שמא

לא ימצא כולם משום דאע"פ שאנו אומרים דהנך שמצא הם הנך שהניח אלא שגררם למ"א מ"מ יש לחוש שמא היה יותר מזה שגררו עוד שם איזה חתיכות למ"א ולכן צריך בדיקה משא"כ כאן אי אמרינן דהנך שמצא עכ"פ הן הן אותן שהניח א"כ ודאי כשרים הם ומאי איכפת לן שהיה עוד שם איזה חתיכות שגררם למ"א סוף סוף הנך לאו מעלמא אתו ואין לחלק בין יודע המנין לא"י אלא להפוסקים כרבי בכל גווני שרי ולהפוסקים כרשב"ג בכל גווני אסור וז"ב ועיין בתו' ד"ה הניח עשר כו' ובאמת לפענ"ד י"ל דמדברי הרשב"א אין מוכרח כלל דפוסק כהרמב"ם בפ"ג מהלכות חמץ דבהניח בזויות זה כו' קי"ל כרבנן דצריך לבדוק וס"ל לחלק בין ההיא דעל ובדק ואשכח דשם אע"פ שראינו עכבר נכנס עם הככר אין אנו יודעין באיזו מקום יניחנו וכיון שנכנס ומצא אמרינן זהו הככר שהכניס העכבר והניחו בכאן משא"כ כשהיה מונח מכבר חמץ בבית ושוב בא ומצאו בזויות אחרת יש לחוש דלמא האי שבזויות אחרת מעלמא אתי ומה שהיה מכבר גררוהו וכ"כ אא"ז בב"ש בפסחים ע"ש וא"כ ה"נ בבשר שהניח בכאן ומצאו בזויות אחרת אמרינן דהאי דבזויות אחרת מעלמא אתי ונבלה היא ולא אמרינן בכה"ג זהו שנמצא כו' וז"ב בדעת הרשב"א ובאמת שיש לתמוה על הפר"ח בא"ח וח"י שמפרשים דברי הרמב"ם דמיירי שא"י מנין הככרות שהניח וכ"כ התוס'. וז"א שהרי מבואר במתני' דמ"ש בפ"ב והביאה ג"כ הפר"ח דהאומר לבנו מ"ש בזויות זו ומצא בזויות אחרת המעות חולין והתוס' ע"כ דמוקי להאי מתני' כרשב"ג דלא ס"ל זה שנמצא כו' דהתם ל"ש לומר כיון שא"י כמה כו' דמה בכך עכ"פ מעות אלו הם של מ"ש וא"כ כיון שהרמב"ם פ"ו מהלכות מעשר פסקה להההיא מתני' ע"כ דס"ל לחלק בין ההיא להההיא דקבר שאבד כו' וכמ"ש דבהניח בזויות זו גרע טפי וכ"מ דעת הראב"ד בס' ת"ד דבהאי פסק כרבנן ובעל ובדק ואשכח פסק כרבי ולא פי' דמיירי שא"י כמה הניח ובאמת שיש סתירה בדברי הראב"ד דבהשגות כתב דקיי"ל בהניח בזויות כו' כרשב"ג לקולא ולפי"ז תימא ג"כ מדוע לא השיג בהך דפ"ו מהלכות מעשר שני ועוד שיש סתירה בדבריו דבת"ד דעתו דהך דט' צבורין כו' מיירי הכל לענין בדיקה וע"ש שתים ג"כ מ"ש הלח"מ והוא להיפך ממ"ש בהשגות ואין להאריך וכן יש תימה על הרז"ה שכתב דאי הוה אמרינן מנה מונח כו' כיון שמצא צבור אחד א"צ לא ביטול ולא בדיקה כו' ולא יהיה בהניח בזויות זה כו' שכתב אח"כ דכ"ע ס"ל כרבנן דס"ל גבי קרדום שאני אומר אדם טמא נכנס כו' הלכך בעי ביטול וד"ג לומר שמ"ש הרז"ה דבהניח בזויות זה כו' בעי ביטול מיירי כשא"י המנין כו' ואיך שיהיה עכ"פ דעת הפוסקים אלו לחלק בין ההיא דהניח בזויות זה להההיא דזהו שאבד וא"כ גם

דעת הרשב"א כן ואין הכרח לחלק וי"ל דבכל גווני אמרינן שזהו שאבד זהו שנמצא אם לא היכי שלא מצאו במקום שהניחו:

ואמנם כבר בארנו דעת הטור לחלק בין ביטל ללא ביטל וכן הוא דעת הריא"ז הביאו בש"ג דביטול בעי עכ"פ ובאמת שי"ל דאפילו רבי מודה היכי דאיכא חששא דאורייתא דלכאורה קשיא דבההיא דשדה שאבד כו' יש כאן ס"ס שמא זהו קבר שנמצא ושוב אין כאן קבר כלל ושמא לא האהיל עליו זה הנכנס אך דבאמת ז"א דברה"י אפילו אתה יכול להרבות ס' וס"ס הכל טמא ומבואר בקרית ספר להמבי"ט בפי"ח מהאה"ט דהך דס"ס ברה"י טמא אינו רק מדרבנן ועיין ברמב"ן ב"ב דף נ"ה וא"כ שפיר קאמר רבי דבכה"ג אמרינן חזקה דזהו שנמצא כו' דאפילו ל"ה רק ספק השקול אינו רק מדרבנן אלא דבאמת מ"ש הקס"פ לא נתברר לנו כל הצורך כמ"ש במ"א וגם מסתימת הדברים משמע דאפילו אם זה שנכנס הלך לארכה ולרחבה בענין שאם היה שם קבר ודאי האהיל עליו וא"כ מוכרח דלרבי אפילו בספיקא דאורייתא נמי אמרינן חזקה זו דזהו שנמצא כו' והנה בנ"ד תמה על הרמב"ם שלא הזכיר שום רמז מפלוגתא דרבי ורשב"ג גבי קבר שאבד ולולי דבריו היינו אומרים בטעמא דמלתא דמשנה שא"צ היא שגדולה מזה כתב הרמב"ם פ"ד מהט"מ הי"ב וז"ל כזית מן המת שאבד בתוך הבית וביקש ולא נמצא בתוך הבית טהור ולכשימצא הבית טמא למפרע מעת שאבד עד שנמצא עכ"ל ודבריו הם לקוחים מהתוספתא פרק ד' דאהלות ושם ליתא להנך תיבות מעת שאבד עד שנמצא רק שהרמב"ם הוסיף זה מדעתו הרי שביאר להדיא דאע"פ שמתחלה ביקשו ולא נמצא מ"מ כיון שעכשיו נמצא אמרינן זהו שאבד כו' והבית טהור מן הוא והלאה והתם ליכא ס"ס רק ס"א שמא הראשון עדין שם ואז הבא אל הבית ודאי טמא ואפ"ה מעת שנמצא ודאי טהור והנה הכ"מ שם כתב בשם הר"י קורקוס שאין אומרין שזהו אחר הוא דאמרינן כאן נמצא כאן היה ולפ"ז מה שחושש רשב"ג גבי קבר דכי היכי דקבר בה איהו קבר בה אחרינא היינו באותו זמן שקבר בה זה דא"ל דחוששין דשמא זהו הוא שנקבר אח"כ ז"א דאית לן למימר כאן נמצא כו' וכן צ"ל גבי חמץ וגם כוונת מהר"י קורקס הוא דלא נימא דמסתמא זה אחר הבדיקה הובא לכאן ולכך קאמר דאמרינן כאן נמצא אבל מה שיש לחוש שמא היה שם עוד אחר כמו גבי קבר לזה לא מהני כאן נמצא וצ"ל דקי"ל כרבי דזהו שנמצא כו' והנה רבינו ני' כתב דאפילו לדברי הטור עכ"פ בביטול נמי איתחזק איסורא מדרבנן ולכאורה לפמ"ש אין זה חזקת איסור כ"כ דהבית בחזקת בדוק הוא לגבי ככרות דעלמא ולא איתחזק איסורא רק על ככר אחד ועוד דעל דברי הנ"ב יש לחלק דגבי חמץ דסגי בביטול שאני שאפילו תאמר שלא זהו שהכניס אינו עובר בבל יראה

כיון שביטל ואין כאן רק איסור דרבנן וא"א בשום אופן לבא לידי איסורא דאורייתא משא"כ הכא אע"פ דמדאורייתא אית לן למימר דהיינו האי מ"מ מדרבנן חיישינן שמא אינו זה ואיכא איסור א"א דאורייתא מ"מ סוף דבר הכל נשמע דעכ"פ איכא שיטות הרבה פוסקים לפסוק כרבי ואפילו הטור וריא"ז י"ל דמודו בנ"ד דא"א להתברר ועוד דהא לא שכיח כלל ומדברי הרשב"א אינו מוכרח להיפך ואף דבהא אכתי לא פלטינן מספיקא מ"מ הא חדא מה שיש לצדד להיתרא:

וזאת שנית לשריותא דהך איתתא גרסינן בב"ב דף כ"ג ע"ב אמר ר' חנינא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב ואע"ג דרובא דאורייתא וקורבא דאורייתא אפ"ה רובא עדיף מתיב ר' זירא והיה העיר הקרובה אע"ג דאיכא דנפישא מיניה בדליכא וניזל בתר רובא דעלמא ביושבת בין ההרים שאין דרך רוצחים לבא לכאן ממקומות אחרים הלכך אע"פ שיש שם עוד עיר שיושבת בין ההרים אזלינן בתר קורבה שכאן משמע דכל היכא דליכא למיזל בתר רובא אזלינן בתר קורבה בין להחמיר בין להקל וכן מפורש בסוגיא להדיא וכן מוכח ממתני' דשקלים פ"ד מעות שנמצאו בין שקלים לנדבה קרוב לשקלים יפלו לשקלים קרוב לנדבה יפלו לנדבה כו' זה הכלל הולכין אחר הקרוב להקל מע"מ להחמיר ור"ח ע"פ מוקי לה להיא דשקלים בדשוין כמ"ש הרעמ"ב שם וקשה דבגיטין דף כ"ז תנן המביא גט ואבד ממנו כו' ורמינהו כו' א"ר ל"ק כאן במקום שהשיירות מצויות לא יחזור ומפורש שם באשר"י דלענין הלכתא בין ש"מ ולא הוחזקו או להיפך לא יחזור והרי היכי דאין ש"מ דמי ליושבות בין ההרים דליכא רובא דעלמא וא"כ אית לן למיזל בתר קורבה כיון דידעינן שיב"ש זה היה בכאן במקום הזה ואבד הגט כאן ואפ"ה לא אזלינן בתר קורבה ושמא י"ל דש"ה דמיירי שאין ש"מ לילך משם לכאן ואנו רואין שאעפ"כ יב"ש זה בא משם לכאן אמרינן שמא גם יוב"ש השני נעקר ג"כ ממקומו או שלח שליח לכאן וע"כ לא אמרינן הכא לילך בתר קורבה אלא כשהוא קרוב למקום קביעתו אזלינן בתריה משא"כ בגיטין דממקום הקביעות שבו נכתב הגט קרוב יוב"ש זה כמו זה ואע"פ שקרוב הוא לזה שישנו בפנינו בכאן מ"מ ממקום שבא הגט לכאן רחוק זה כמו זה ולכך לא יחזור אע"פ דל"ש בזה למיזל בתר רובא דעלמא כיון דלא הוחזק רק יוב"ש א' מ"מ ספיקא מיהא הוי וחיישינן שמא מאחר הוא שממקום קביעתן לכאן שניהם רחוקים בשוה אך דבאמת ז"א מחוור דמ"ל מקום קביעות שנכתב שם או לא ס"ס הא ידענו בבירור שגט של יוב"ש זה היה עתה בכאן נימא שזהו שנמצא כי קרוב הוא לפנינו וא"ל שמא גם האחר בא לכאן דלא מחזקינן שבא לכאן והיה קרוב כל כמה דלא ידעינן כמ"ש הרמב"ן שם גבי חביות שצפה בנהר שאין להחזיק קורב' כ"כ דלא ידעינן וא"ל דשאני גבי גט

כיון שאין כאן שום קרוב רק רחוק ונתקרב חיישינן שמא נתקרב עוד א' משא"כ בההיא דנמצא כנגד עיר שרובה ישראל דידעינן בקורבה ממש ל"ח שמא יש אחר קרוב ממנו הא ליתא דהרי שם מספקא מלתא מי הוא הקרוב מעיר הזאת אם ישראל אם עכו"ם רק דידעינן דקרובה העיר הזאת מעיירות אחרות שרובם עכו"ם ואפ"ה לא מחזקינן בעיר הזאת קורבה לגבי עכו"ם שאם היינו מספקין היה לנו לאסור לפי מה דס"ד אליבא דרב דס"ל קורבה עדיף אע"כ דלא מספקינן בקורבה כלל כל כמה דאין הקורבה לפנינו וע"ק דבפ"ג דטהרות תנן תינוק שנמצא בצד בה"ק ושושנים בידו ואין השושנים אלא במקום הטומאה טהור שאני אומר אדם א' לקטן ונתן לו וכן בתינוק שנמצא אצל העיסה לפי מה שפי' התוספות והרמב"ן והרשב"א טעמא משום שא"א אדם א' נתן לו משום דהוה דשבד"ל ספיקו טהור וע"כ התם ברה"י מירי שאין הרבים מצוים שם דאי בר"ה בלא"ה ספיקו טהור וא"כ ל"ש למיזל בתר רובא דעלמא דל"ש רבים התם ואמאי לא ניזל בתר קורבה דהוא דאורייתא ונימא שהוא בעצמו לקח כיון שהוא נמצא בצד הקברות או העיסה:

ועוד קשה בהא דאמרינן ביבמות דף קט"ו גבי ההיא דאיתלי נורא בבי גנני דחוששין דלמ' אינש מעלמ' אתי לאצולי ולדברי קצת המפורשים נראה מדבריהם דאפילו אי לא אשתכח גברא חרוכא ופסתא דידא דאז נראה לעין שאחר היה שם אלא אפילו אם הגברא חרוכא חסר ממנו פסת יד אפ"ה אמרינן דאינש אחרינא אתי לאצולי ואיהו אתיליד בי' מומ' כו' והכי ודאי אית לן למיזל בתר קורבה שהרי ל"ש שיבא לכאן איש אחר להצילו וא"כ אין כאן רובא בעלמא ואיכא קורבא ודאית לפנינו. ע"כ נראה דע"כ לא ילפינן דקורבה דאורייתא אלא היכא שאינה סותרת החזקה כגון בעגלה ערופה שאין כאן חזקה וכן בכל הסוגיא שם משא"כ היכי שהקורבה סותרת החזקה אזלינן בתר חזקה בין לקולא בין לחומרא הלכך א"ש גבי גט ובההיא דיבמות דחיישינן לגט של יב"ש אחר ולא יחזור מטעם קורבה שהרי אשה זו בחזקת א"א עומדת ורובא הוא דעדיף מחזקה וקורבה משא"כ קורבה וחזקה כי הדדי נינהו וכן בההיא דשושנים שיש שם חזקת טהרה לתינוק כמ"ש הר"ש שם אין לטמאו מטעם קורבה ואע"ג דספיקא מיהא הוי מ"מ בדבר שאבד"ל ספיקו טהור אבל בההיא דשקלים וסוגיא דידן אין כאן חזקה נגדה ובהכי ניחא נמי מה שהקשה הרמב"ן והרשב"א ביבמות והרא"ש בגיטין על הרי"ף שפסק גבי גט להחמיר היכי שש"מ ולא הוחזקו וביבמות דף קט"ו בעובדא דיצחק ר"ג פסק להקל ודחקו לתרץ ולפמ"ש ניחא משום דגם היכי שש"מ ולא הוחזקו י"ל מדוע לא ניזול בתר קורבה להקל דהא רובא דעלמא אין כאן שהרי לא הוחזקו ב' יוב"ש כלל ואין

לומר דכיון שהש"מ יש לחוש לעיר אחרת שיש בה כמה יוב"ש וכמ"ש הרשב"א דבש"מ מיקרי נפילה דרבים דשמא השיירות מביאין הרבה גיטין של יוב"ש הא לית' דאין לנו להחזיק הרוב כיון שאין הרוב ידוע לנו כלל ואע"ג דקיי"ל דאזלינן בתר רובא אפילו דליתא קמן היינו היכי שודאי יש כאן רוב אלא שאינו לפנינו כגון קטן וקטנה דרובא דעלמא ודאי לאו סריסים נינהו או כגון רובא דמקור לגבי עליה משא"כ היכא שאין ידוע לנו כלל אם יש כאן רוב מספיקא לא אמרינן דילמא איכא רוב נגד הקרוב והרשב"א ג"כ לא אמרה אלא בלשון שמא ועוד דע"כ לא אזלינן בתר רובא נגד הקרוב אלא היכא דהרוב מוכח או היכא שגם הקורבה לא מוכחה משא"כ היכא דהוי קורבה דמוכחא והרוב לא מוכח אזלינן בתר קורבה ועיין מ"ש ד"ז הגאון בס' תורת חיים בב"ב בסוגיא זו ובדף קע"א ע"ש) אע"כ כמ"ש דהיכא דאיכא חזקה נגדה לא אזלינן בתר קורבה הלכך אע"פ דהקורבה הוי מוכח דכיון שהוא בעיר זו מיקרי לגבי שאר עיירות קורבה דמוכח כמ"ש התוספת ד"ה רוב מ"מ אין לסתור בזה חזקת א"א וא"ל דחזקה דאשה דייקא מרע לחזקת א"א כמ"ש בכתובות דף ק"ב ז"א דבגט ל"ש זה כיון דעיקר טעמא מתוך חומר כו' וכיון שנתיר להחזיר לה הגט משום קורבה ל"צ למידק דמה לה לחוש הלכך חזקת א"א במקומו עומד משא"כ ביבמות שפיר פסק הרי"ף כרבא דל"ח לב' יצחק דאין שם חזקה א"א דחזקה דאשה דייקא מרע לה לחזקת א"א ואזלינן בתר קורבה ואביי ס"ל כמש"ל לחלק דהך דהכא לא מיקרי קורבה שאנו אומרים כמו שיצחק זה היה רחוק ונתקרב ובא לאספמי' כמו כן היה עוד יצחק אחר:

אך קשה לפ"ז מ"ק אביי מנא א"ל דההיא גיטא דאשתכח בנהרדע' כו' ומאי מייתי מגט למיתה דבגט הטעם שאין קורבה יכול להוציאה מחזקה א"א משא"כ במיתה וי"ל ע"פ מ"ש הרשב"א דמיירי שנמצא במקום שנכתב א"כ שייך לומר חזקה כאן נמצא כאן היה נגד חזקת א"א ומקשה שפיר:

וא"ת אכתי לפמ"ש דקיי"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק משום דבמיתה ליכא חזקת א"א א"כ בההיא דגנני' נמי נימא הכי וא"ל דרבא דס"ל הכא דל"ח לתרי יצחק באמת מתיר התם אכתי תיקשי הא אנן בהא חיישינן לדר"ח בר' אבין דלמא אינש אחרינ' אתי כמ"ש המפורשים בדעת הרי"ף אבל כד מעיינינן בה לק"מ שהרי התם אמרינן קסבר רחב"א למימר היינו עשינו עלינו הבית כו' והיינו דס"ל דאמרה בדדמי ול"ש התם דייקא כלל משא"כ היכא דל"ש בדדמי שהאשה לא ראתה כלל שהוא בתוך האש שייך לומר דייקא ושוב יש להתיר משום קורבה וכמ"ש דמטעם זה פסקו שלא לחוש לתרי יצחק ומכ"ש די"ל דבזה גם אביי וכ"ע מודים דהך קורבה דהכא קורבה ודאית הוא שהרי לא היה

רחוק ונתקרב כלל אין לנו לתלות שבא איש אחר ג"כ לכאן ומכ"ש לפי האמת שהעיקר כהנך פוסקים דמפרשי ההוא דאיתלי ביה נורא מחמיר רשב"א משום שיש כאן פיסת יד לבד גברא חרוכא השלם באבריו שאז אנו רואין שאחר היה כאן הא לא"ה לא דאזלינן בתר קורבה דאוריית' היכא דליכא חזקה נגד הקורבה דאי איכא חזקה נגדה כי הדדי נינהו ונראה להביא ראיה עוד לזה ממ"ש בנדה דף י"ח ע"ב ר"מ סבור סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע ליה רובא ובתוספת שם ד"ה מיעוטא הקשו ע"ז דלר"מ אפילו בלא חזקה יטהר כיון דחייש ליה למיעוטא הו"ל ספק ובאין בו דעת לשאול טהור ותירצו דנקט הכא לאשמעינן דהחזקה אינה מסייעת לרוב וזה דוחק ולמ"ש א"ש דאי לאו מטעם חזקה אע"ג דהוי מוקמינן מיעוטא לגבי רובא דכי הדדי נינהו לר"מ אכתי הוי מטמאינן מטעם קורבא לכך צ"ל דאיכא חזקה ג"כ וג"כ כי הדדי נינהו וטהור משום שאבד"ל אך קשה דאכתי לרבנן דפליגי על ר"מ מדוע לא נשרוף את התרומה ומ"ש התוספת דרוב דמטפחין אינו רוב גמור והוי לגבי החזקה רק פלגא ופלגא אכתי קשה שהרי החזקה אזדא לה לגבי הקורבה דמצטרף בהדי רובא דמטפחין ולמה אין שורפין את התרומה וד"ל דרובא דמטפחין נמי מטעם קורבה אתינן עלה דרוב תינוקת הקרובים לעיסה מטפחין שאין תולין באחר מטעם קורבא ומיעוט שאין מטפחין רק כשבא אחר ונותן להם והיא מיעוטא דשכיח וא"כ ל"מ נמי סברא דקורבה דמסייע לרוב משום דמיעוטא דשכיח שאין דרכם לטפח אע"פ שהן קרובים לעיסה אבל זה דוחק לכן נראה דלכך לא מחשבינן לרובא דמטפחין לשרוף עליו התרומה כדאי' בבכורות דף י"ט דרובא דתלי במעשה לא הוי רוב רק דמצטרף בהדי קורבה ואמרינן רובא וחזקה רובא עדיף אבל אין בו מועיל לשרוף את התרומה ואפילו לרבא דס"ל שם דהוי רוב אינו רוב גמור ואי הוה חזקה כנגדו הוי מצטרף המיעוט לחשבו לספק אמנם הא ליתא דהרי מבואר ברשב"א ור"ן בחולין דף י' דדוקא דהיכא דהמיעוט אינו תלוי במעשה אז לא אזלינן בתר רובא והכא גם המיעוט תלוי במעשה שהרי ע"כ נלקח מן העיסה ומספקא לן אי מן הרוב או מן המיעוט זיל בתר רובא שמעשה זה נעשה מרוב תינוקת המטפחין ולשיטת רש"י שפי' דרוב דמטפחין היינו שמטפחין בשרצים א"ש שהמיעוט שאינו מטפחין לא תליא במעשה כלל ואין להקשות לפי המסקנה דמסיק רבינו דלא אזלינן בתר רובא דתלוי במעשה איך אזלינן בתר רוב מצוין א"ש מומחין הן הא המיעוט אינו תלוי במעשה וא"ל דההיא רבינא קאמר לה והוא מרה דשמעת' בחולין לחד לישנא דלא ס"ל רוב מצוין כו' הא ליתא דא"כ האיך מצינו ידינו ורגלינו בבהמ"ד שהר' אנן קיי"ל רוב מצוין כו' וקיי"ל כרבינא דלא אזיל בתר רובא דתלי במעשה כמבואר שם באשר"י וכ"פ הרשב"א והר"ן

בחולין וצ"ל כמ"ש התוספות שם ד"ה חלב פוטר בטעמא דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה האי מיעוטא דאין מומחין כו' משום שהיא מיעוט גמור כההיא דסתם ספרי כו' וא"כ ה"ה לענין רוב התלוי במעשה ועיין במלחמות בקידושין גבי סבלונות:

אבל צ"ע דלפי מ"ש התוספות שם דאיכא חזקה דלא ילדה נגד הרוב ולא ס"ל דחזקת מעי אמו מסייע לרובא א"כ ע"כ דרבא אזיל בתר רובא דתליא במעשה אפילו היכי דאיכא חזקה כנגדה וכן מוכרח מדברי התוספות ביבמות דף קי"ט ד"ה ר"מ היא כו' וי"ל דהכא כרבא דל"ל האי סברא והרי התם איכא חזקת יבום כנגד הרוב ואפ"ה ס"ל לרבא דאזיל בתר רובא וגם נראה דאי אמרינן הכי א"ש טעמא דמלתא באיזה סברא פליגי רבא ורבינא די"ל דלכך סבר רבינא דלא אזלינן בתר רובא התלוי במעשה משום דכיון דהמיעוט אינו תלוי במעשה תו לא מצינו למילף משאר דוכתי דאזלינן בתר רובא דש"ה דאין להמיעוט מעלה יותר מן הרוב אבל היכי שיש למיעוט מעלה אחרת שאינה ברוב שווין ורבא ס"ל אע"פ דרוב תלוי במעשה אזלינן בתריה משום דמאחרי רבים להטות לא משתמע מיניה לחלק וכמ"ש רש"י בחולין לענין רובא דליתא קמן ולפ"ז י"ל דע"כ לא ילפינן בחולין דאזלינן בתר רובא אפילו היכא דליתיה קמן אלא דוקא היכא שהמיעוט נמי ליתיה קמן כהנך דיליף התם מיניה משא"כ היכא שהמיעוט איתא קמן כגון הכא דאי ניזל בתר רובא דעלמא ליתא קמן ואי אזלינן בתר קורבה שהוא המיעוט נגד רובא דעלמא אבל איתא קמן ומכ"ש היכא שהרוב תלוי במעשה אע"פ שגם המיעוט תלוי במעשה מ"מ אינו רוב חשוב כיון דתלוי במעשה וגם ליתא קמן לא ילפינן מאינך דאין תלוי במעשה והמיעוט ליתא קמן. וא"ל ברובא דעלמא נמי מיקרי איתא קמן דאטו בעינן שיהיה עומדים לפנינו דוקא וע"כ לא מיקרי ליתא קמן רק היכא שהיא תלוי בטבע אדם כגון סריס ואיילנות וכן האי דילפינן מעולה והורג את הנפש הכל הוא דמוקמינן להו שהם מן הרוב ודבר זה נקבע בטבע שהרוב אינם טרפה מה שאין כן הכא שנאמר דניזל בתר רובא שזה הרוצח הוא מרוב דעלמא הרי הרוב ידוע לנו שהעולם הוא רוב לגבי העיר הזאת ודמי למ"ש הר"ן ר"פ כל הצלמים דרוב המקומות שאין נעבדין בהן ידועין אצלינו לכן מיקרי רובא דאיתא קמן:

אמנם מדברי רש"י ביבמות קי"ט ובבכורות י"ט משמע דרובא דאיתא קמן היינו דוקא תשע חניות וסנהדרין ממש שהם לפנינו אבל דנימא הלך אחר רוב נשים שבעולם לא ומש"ס דהתם אין ראיה דהתם נמי הרוב הוא בטבע שהרוב מתעברות ויולדת אבל מלשון רש"י לכאורה לא משמע כן וכ"נ ממ"ש התוספות ב"ב דף כ"ד וש"מ רובא דאורייתא חשיב ליה רובא דליתא קמן כו' הרי להדיא אע"פ שהרוב דמקור ידוע לנו

שדמיו רבים יותר משל עליה אפ"ה קרי ליה רובא דליתא קמן וכ"נ ממה שהקשה אא"ז מהרש"א שם דמאי הקשו התוספות לעיל מאי קמ"ל ר"ח מתני' הוא ט' חניות כו' דלמא אשמועינן אפילו רובא דליתא קמן ולכאורה בתירוץ הזה אכתי לא מתרצה קושיות התוס' דאמתניתין דתשע חניות הו"ל לאקשויי וד"ל דקושייתו על הר"י בר מרדכי דלדידיה בלא"ה לא מיתרצא הך קושיא דלמה לא פריך אמתני' כמ"ש התוספות וגם הת"ח הקשה דמנ"ל להתוס' להוכיח דאפילו בקורבה דמוכח קאמר דלמא אתי לאשמועינן אפילו היכא דליתא קמן וא"כ מוכרח לומר דרובא דעלמא חשיב ליתא קמן ולכך בלא ר"ח לא הוי ק"ל ממתני' דתשע חניות דש"ה דאיתא קמן משא"כ כשנאמר דחשיב איתא קמן א"כ אכתי ע"כ מוכרח דר"ח אפילו בקורבה דמוכח קאמר דאל"כ בלא ר"ח תיקשה ממתניתין אלא ע"כ דגם רובא דעלמא מיקרי ליתא קמן ודינו ממש כמו רובא דתליא במעשה דקיי"ל דלא אזלינן בתריה אך לרבא דס"ל דאזלינן בתר רובא דתלי במעשה והיינו ממשמעות דקרא דאחרי רבים להטות א"כ ה"ה דאזיל בתר רובא דליתא קמן אפילו היכא דהמיעוט איתא קמן דמשמעות הקרא דאין לחלק וכמ"ש רש"י חולין דף י"ב:

ולפי"ז יש ליישב פסק הרמב"ם בהלכות רוצח פ"ט ה"ו שכתב וז"ל אין העיר הקרובה מביאה כו' ותמה הכ"מ דלמה נקט אוקימתא קמייתא לבד בדליכא ולא התנה שתהא יושבת בין ההרים ותירוצו תמוה וכיוצא בזה תמוהים דברי הרמב"ם בכמה מקומות וגם הפר"ח ביו"ד סימן ס"ג דחק מאד בזה ולמ"ש ניחא דכל קושית הש"ס הוא אליבא דרבא ודקיימי הסוגיא כוותיה דהא גופא קאמר התם ש"מ רוב וקרוב הולכין אחר הרוב וא"כ מקשה שפיר דלדידיה אין לחלק בין רובא דאיתא קמן כמו דלא מחלקינן גבי רוב התלוי במעשה משא"כ לדידן דקיי"ל כרבינא שפיר יש לחלק כמ"ש ואין לילך בתר רובא דעלמא היכא דמיעוטא איתא קמן וקרוב הוא (ובהכי ניחא נמי דבהמה שנמצאת מירושלים למגדל עדר דאזלינן בתר מיעוטא דאיתא קמן כיון דירושלים קרובה היא אזלינן בתרה אך דאכתי קשה מדוע לא הקשה הש"ס ממנה לרבא כמו שהקשה מניפול ושאר קושית) ולפ"ז לכאורה קשה היכא דשיירות מצויות דאמרינן בגיטין אליבא דר"ז דלא נהדר ואע"ג דאיכא קורבה ע"כ מטעם כיון דש"מ אזלינן בתר רובא דעלמא ושמא יש עוד יוב"ש הרבה ומלבד מה שהקשיתי לעיל דכיון שאין הרוב ידוע לנו אית לן למיזל בתר קורבה וכ"כ בהדיא בש"ג פ' לא יחפור וז"ל וכ"ע מודו דלא סמכינן על הרוב אלא היכא שהוברר היות הדבר ההוא רוב עכ"ל ונראה להביא ראיה לזה מדאמרינן בנדה דף ס"ו ואם יש לה מכה תולין במכתה ונאמנת אשה לומר כו' והכי קי"ל ומבואר בתה"א

שער ד' הטעם משום דמוקמינן לאשה בחזקת טהרה ואכתי קשה אמאי לא ניחוש שמא יש במקור דמים מרובים יותר ממה שיש במכה ואית לן למיזל בתר רובא אלא ע"כ כיון שאין הרוב בבירור אין אנו צריכין לחוש לו ואף כי יש מקום לחלק דמחמת חזקה זו דחזקת טהרה אמרינן דאין כאן רוב משא"כ הכא אדרבה כיון דאשה זו בחזקת א"א אמרינן שבאמת לא נתגרשה כלל וגט זה של יוב"ש אחר הוא מרוב דעלמא אך יש לדקדק ע"ז דהרי אמרינן ברישׁ זבחים סתם אשה לאו לגירושין קיימי וא"כ אשה זו אנו יודעין בודאי שנשלח לה גט משא"כ אשה אחרת של יוב"ש אחר יש לנו להעמיד על חזקתה דסתמא לאו לגירושין עומדת אך זה היה אפשר ליישב לפי סברת הרמב"ן והביאו הרשב"א והר"ן בגיטין דף מ"ג גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח בדרך אסור בכל הנשים שבעולם שמא קרובת ארוסתו קידש וכתבו הם בשם הרמב"ן דאע"ג דאיכא לקרובות חזקת פנוייה מ"מ אין חזקת הקרובות שאינן לפנינו שאין באות לדין לפנינו מועלת לי כו' וא"כ ה"נ אע"ג שיש לנו להעמיד אשת יוב"ש השני אחזקתה ולמימר דלא נשלח לה גט דסתמא לאו לגירושין קיימא אין מועלת לאשת יוב"ש זה כיון דהיא אינה באה לדין לפנינו ונראה להביא ראיה ע"ז מהא דאמרי' בבכורות דף כ"ה בעלי מומין אוסרין בכל שהוא ור"י אומר יבקר וקאמר שם רבי אסי אמר רבי מחלוקת כשבדק ומצא וקמפלגי בפלוגתא דרבי ורשב"ג כו' ולכאורה קשה מ"ט דת"ק שאוסר וס"ל דאע"פ שמצא אחד אמרינן דלא זהו שנתערבה אלא שמא אחר הוא ואמאי לא נוקי אחזקתה דהם בחזקת תמימים וא"ל דלפי מה דקאמר התם כיון דמנגחי אהדדי שכיח בהו מומא א"כ הוה חזקה העשוי להשתנות דל"מ דהא ליתא דאם נאמר כן א"כ מדוע כשלא נתערב א' בעל מום אמרינן דבחזקת בדוקין לגבי מזבח קיימי ונימא דאיידי דמנגחי נפיל בהו מומא ואזדא להו חזקתייהו אע"כ דאעפ"כ מוקמינן לה אחזקה וע"כ לא אמרינן דעשוי להשתנות אינה חזקה רק היכי דודאי סופה להשתנות כגון בחי שסוף האדם מעותד למות וכה"ג מבואר בפוסקים אבל הכא לא קאמרינן אלא דיש לדמותו לשדה דאיכא למיחש שמא קבר אחר ג"כ וה"ה הכא יש מקום לומר שנפל בהם מום אבל מ"מ לא יצא מידי חזקתן (וגם בחזקת פנויה כתבו בשם הרמב"ן דאשה עומדת להנשא ואפ"ה אמרינן בה חזקת פנויה) הלכך נראה דהיינו טעמא משום דאע"ג דבאחד מצאנו מום מ"מ כשבאנו לדין על אחר אמרינן שמא זה הוא שנתערב מאי אמרת הרי אנו סותרים חזקתו של זה שהיא בחזקת תם ועתה נמצא בו מום מ"מ חזקתו של זה אינו מועלת להכשיר זה בלא בדיקה וכיון דזמנין דנפיל ביה מומא גם בזה לכן אמרינן שזה שאנו דנין עליו זהו שנתערב וסברא זו מבואר בפי' ובאה"ע סימן י"ז גבי חזקת חי

וכמ"ש ברש"י בכתובות דף ע"ז רישא מנא לאבא בידך ולא מהני חזקת הגוף דאשה לגבי האב וה"ה הכא נמי חזקה של זה אינה מועלת כו' אך לפימ"ש דהיכא דרובא ליתא קמן ומיעוט איתא קמן לא אזלינן בתר הרוב וא"כ כיון דיוב"ש זה אבד בודאי ותו אנו תולין שמה שנמצא בכאן ממנו נפל שוב אין לנו לחוש לרובא דעלמא דליתא קמן וע"ק דלית לן למיזל בתר רובא דהוי רוב דתלוי במעשה דהמיעוט אינו תלוי במעשה כיון שהוא שלח לה גט בבירור מאי אמרת הא יש כאן רוב הא הוא תלוי במעשה ואין אומרים שגם א' מהרוב עשה מעשה כזה ודמי למ"ש הרמב"ן גבי סבלונות דאע"ג דרובא מקדשי תחלה לא אזלינן בתרה ואמרינן דלא עשה מעשה הקדושין מקודם ולכאורה היה אפשר לומר דמאן קאמר לה דחוששין לש"מ אע"ג דלא הוחזקו ר"ז ור"ז ס"ל דאזלינן בתר רובא דעלמא אפי' במיעוט דאיתא קמן שהרי ר"ז מקשה כאן וניזל בתר רובא דעלמא כמבורר בתוס' ד"ה מתיב וא"כ ה"ה דאזל בתר רובא דתלי במעשה וכמש"ל אף דז"א מחוור בשיטת הפוסקים דפסקו תרווייהו וע"כ לומר כמש"ל דחזקת א"א סותרת להך דקורבה אך עדיין יש לפקפק דאע"ג דיש להאשה זו חזקת א"א מ"מ כיון שעתה לא על האשה אנו דנין רק על הגט וכיון דהגט קרוב לזה יש לנו לומר שממנו נפל ואע"פ שאח"כ ע"י הגט הזה נוציא אשה זו מחזקתה לית לן בה וראיה לזה ממ"ש התוס' בחולין דצ"ו ד"ה פלניא וז"ל וא"ת האיך מחזירין שט"ח בסימנים והא אי אתי סהדי כו' וי"ל דל"ד שטר שאין אדם מוחזק בו אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא ע"י סימנים דה"נ לא הוי מפקינן חפץ כו' אלמא אע"ג דלענין ממון עצמו לא מהני סימנים להוציא הממון מחזקתו מ"מ השט"ח מחזירין ואע"פ שע"י השט"ח יוציא הממון מרשות בעליו מכל מקום עתה אין אנו דנין רק על השטר והכי נמי הכא אע"ג דעל ידי הקורבה אין יכולין לסתור חזקת א"א מ"מ גט זה אין לו חזקה כלל ושפיר מהני הקורבה שיחזירו הגט לשליח זה וניחא לי ע"פ מ"ש הרשב"א בחולין דף ט' ד"ה מר סבר בחזקת איסור אמרינן כן דכיון דמתה וע"י מומחה אמרינן דרוב פעמים שוחט שפיר אבל באיסור דאיכא חזקה דאיסורא ורובא לא מהני דרובא דתלי במעשה הוא מוקמינן לה אחזקתיה ראשונה ולפ"ז י"ל דדוקא במקום חזקה הוא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה וא"נ אזלינן בתרה כי הדדי נינהו ואסור אבל היכא דליכא חזקה כנגדה גם רובא דתלי במעשה מהני לגבי קורבה לעשותו כספק השקול אבל זה צ"ע לפי דעת התוספת דבההיא דבכורות אין שם חזקה כלל דנגד חזקה דלא ילדה איכא חזקה דמעי אמו שאינו קדוש בבכורה כמ"ש התוס' ביבמות וגם בבכורות לדעת החולקים על ר"ת וכ"כ האשר"י שם וא"כ ע"כ דאף בכה"ג לא אזלינן בתר רובא דתליא במעשה אליבא דרבינא ועוד אני תמה על הרשב"א ז"ל שנתן טעם

לדבריהם משום רובא דתליא במעשה וא"כ רבא דאזיל בתר רובא דתליא במעשה דאמר דלא כמאן ואם נאמר דרבא ס"ל כר"א בן אנטיגנוס וס"ל כמ"ש התוס' דכיון דרוב פעמים שוחט שפיר ושריא מדאורייתא לכן לא אסרוה רק באכילה הוי א"ש מה שפסק הרמב"ם פ"א מהלכות שחיטה דהרי זו נבילה ובכ"מ שם כתב טעמו משום שהוא לחומרא ועוד דמסתבר טעמו כו' וכבר השיג עליו אא"ז בתשובה סימן ק"ה ולפי מ"ש י"ל דהרמב"ם פסק שפיר כמתנית' משום דאנן קי"ל כרבינא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה והוי נבילה גם כן וא"ת לפי זה אע"ג דל"ה קיימי בחזקת טומאה אכתי מטמאין לה משום דהאי רובא ל"מ ולפי זה קשה כמ"ש דאכתי גבי גט ניזל בתר קורבה ולכאורה י"ל דלק"מ שהרי בהך מלתא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה צ"ע דהרי בשבת דף ל"ד פליגי אביי ורבא רבא ס"ל רוב ע"ה מעשרין הן ואביי פליג עליו והרי הך דרוב מעשרין הוא רובא דתלי במעשה ולמה מהני ולכאורה י"ל דרבא לטעמיה דס"ל בבכור' דהוי רובא ואביי ס"ל כרבינא (ואע"פ כן אין הכרח למ"ש דרבא ס"ל דהוי רובא אפילו במקום חזקה דהא התם איכא חזקת טבל כמ"ש התוס' שם ד"ה ואיבעית אימא הא ליתא דשמא הכניסו דרך גגות ומעולם לא איתחזק באיסור כמ"ש הפ"י בגיטין דף ס"א) אבל צ"ע דבכל דוכתא קי"ל כרבא לגבי אביי והכא קי"ל כרבינא ואע"ג דגם אב' ורבא החליפו שיטתן בגיטין דף ס"א כבר עמדו בזה התוס' לכן נראה דבהך רוב ע"ה מעשרין ל"ש רובא דתלי במעשה כדאיתא בקידושין דף מ"ב בעי מיניה ר"א מר"י פירות ערוגה זו מחוברין תרומה כו' א"ל כל שבידו לעשות לאו כמחוסר מעשה דמי ועי' בזבחים דף נ"ט בתוס' ד"ה עד שלא נבנה וכיוצא בזה כתב האשר"י בב"ק ויותר מזה ביאר בתשובה כלל פ"ו דכל שביד האדם לעשות רואין כאילו כבר הוא עשוי וא"כ ה"נ הרי בידו לעשר שפיר אמרינן דרוב מעשרין הן ואין זה תלוי במעשה כלל מה שאין כן בבכורות שפיר קאמר רבינא דהוי רובא דב"מ כמו שמדקדק רש"י שם כגון עיבור בהמה דתלי בהרבעה ואיכא למיחש שמא לא עלה עליה הזכר כו' ואפשר שזהו באמת חילקו התוס' שכתבו דלכך לא משני כן ביבמות משום דשם לא חשיב מעשה דממילא אדם נזקק לאשתו והדבר מפשטו הוא משום דכיון שהוקבע כן בטבע האדם ואתי ממילא הוי רוב גמור וכמו רוב מטפחין באשפה דמידי דממילא הוא ולפי מ"ש החלוק מבואר בלא"ה דהתם ממילא אדם נזקק לאשתו וא"צ שום מעשה אחרת המעכבו ומעשה זה בידו הוא משא"כ בהמה שלפעמים צריך הרבעה ול"ש רוב בזה וכמ"ש הרשב"א בחולין דף י"ב דמידי דהוי ממילא שכיח טפי מרובא דתלוי במעשה והיינו משום דמידי דאתי ממילא אין כאן עיכוב אבל היכי שתלוי במעשה זימנין דאיכא מידי דמעכב למעשה ההוא וכ"ז כשאינו

בידו דוקא ובההוא דחולין דף ט' שהבאתי בשם הרשב"א נמי לאו בידו שהרי כך אנו אומרים שרוב שוחטין רוב הסימנים בפעם א' ומיעוט אינן שוחטים בב"א רוב הסימנים ולפ"ז ניחא ההיא דשיירות מצויות דאין זה רוב התלוי במעשה שהרי אמרינן בקידושין דף ס"א הכי השתא התם בידו לגרשה מה שאין כן הרמב"ן גבי סבלונות כתב שפיר דל"ה רובא משום דאין בידו לקדשה אלא דעדיין יש לדחות ולומר דההיא דרוב ע"ה מעשרין הם הוי טעמא דאמרינן רוב ישראל בחזקת כשרות ומסתמא עושה ואין זה בכלל רוב התלוי במעשה דהרו אמרינן בקידושין דף ס"א הכי השתא התם בידו לגרשה הכא בידו לקדשה בתמיה וא"כ ה"נ בידו לגרשה משא"כ הרמב"ן גבי סבלונות כתב שפיר דל"ה רובא משום דאין בידו לקדשה אלא דעדיין יש לדחות ולומר דההיא דרוב ע"ה מעשרין הם הוי טעמא דאמרינן רוב ישראל בחזקת כשרות ומסתמא עישר ואין זה בכלל רוב התלוי במעשה וכיוצא בזה י"ל בההוא דרוב מצויין א"ש מומחין הן והיינו דרוב דלא גמירי אין מצויין א"ש כלל אבל הב"ח בא"ח סימן תל"ז כתב דכל היכי שאין החזקה ממילא אלא ע"י שיבדקנו ואולי היה איזה סיבה שלא בדקו ומטעם זה כשהשוחט לפנינו אין סומכין על הרוב כו' כיון דחזקה אינה ממילא אלא על ידי שלמד הוא וביאור דבריו הוא כמ"ש באו"ח סימן ח' דכל שהחזקה אינה ממילא בטבע האדם אלא על ידי מעשה תלינן שמא נתקלקל אחר כך תדע דהא גבי רובא דעדיף מחזקה אפילו הכי ברובה דתלי במעשה לא אזלי' כו' ומשום הכי לגבי שחיטה כו' אלא ע"י שלמד הלכות שחיטה ושמא שכח וכן מבואר בשו"ת שלו סימן א' ואני תמה דלפי מה דמדמה לה לרובא דתלי במעשה אפי' אין השוחט לפנינו נמי וכן גבי משכיר בית לחבירו בי"ד ותו קשה דמה ענין תליא במעשה לזה לומר שמא נתקלקל אח"כ בשלמא שלא למד לחיי אלא שמא שכח וכה"ג מאן דכר שמיה ואף לפי מה שהסביר דבריו בתשו' דמה שאינו שוכח בא ע"י מעשה שקידות הלימוד מ"מ הציצית בודאי כיון שכבר עשה ציצית פ"א חזקה דממילא הוא ולאו ע"י מעשה וכמו כן כתב המ"א אך מ"ש ולא ידענא מאי קאמר דהתם אמרינן שמא לא עלה עליה זכר ואת"ל עלה שמא לא נתעברה ואני תמה דמה ענין ס"ס לכאן דאיך יוכל לומר שמא לא נתעברה כיון שרוב בהמות מתעברות וא"כ אין כאן רק ספק אחד שמא לא עלה עליה זכר וא"ל דהא ס"ס עדיף מרובה ז"א אלא דוקא היכא שהרוב הוא נגד שני הספיקות וכיון שיש שני הספיקות המתנגדים לרוב אמרינן ס"ס עדיף משא"כ היכא שהספק אינו ענין לרוב כלל וספק השני הוא נגד הרוב לא חשיב ס"ס כלל וכמ"ש התוספות בכתובות דף ט' ד"ה איבעית אימא שהקשו דהא איכא ס"ס ספק מוכת עץ וא"ל דמוכת עץ לא שכיח כו' אלמא דאם נימא דלא שכיח אין זה ס"ס

כלל וא"כ כאן דרוב מתעברות ויולדות לא נוכל לעשות ס"ס מזה ובתשב"ץ ח"א סימן צ"ה צ"ו פלפל עם השואל בזה אי אתתא דלא ילדה מלתא דלא שכיח הוא והביאו בזה דברי האשר"י ביבמות דף ס"ד שכתב דרובא דאינשי פרין ורבין כו' וא' מיני אלף שלא זכה כו' והתשב"ץ דחה זה דמש"ה לא מיקרי אונס דשכיח ותמהני עליהם שעכ"פ הו"ל להזכיר מש"ס דיבמות דף קי"ט דמבואר להדיא דרוב נשים מתעברות ויולדות ועכ"פ גם התשב"ץ מודה דמיעוטא הוא ואין לצרפו לס"ס הדעת הרשב"א ביבמות דשאינן מתעברות מיעוטא דמיעוטא הוא ע"ש אמנם י"ל דהמג"א ס"ל כשיטות התוס' בבכורות דבאמת יש מקום לצרף מיעוטא דשאינן מתעברות עם חזקה והו"ל פלגא ופלגא וא"כ כיון דיש לספק ג"כ שמא לא עלה עליה זכר שפיר הוה ס"ס אלא דבאמת הא ליתא דכבר כתבתי דעת החולקים על ר"ת וס"ל דאין שם חזקה דלא ילדה דיש חזקה כנגדה ע"ש בתוס' ובאשרי ובלא"ה יש כמה גמגומים בס"ס זה כמבואר למעיין בכללי ס"ס ואין להאריך בזה דודאי כ"ע מודים כל היכי דשכיח לאיסור יותר מלהיתר אין זה בכלל ס"ס אלא ודאי פשוט דרובא דתלי במעשה לא הוי רוב מטעמא דכתב הרשב"א במידי דהוי ממילא שכיחא טפי מרובא דתלי במעשה וא"כ ע"ז בעצמו אנו דנין דשמ' לא עלה עלי' זכר כלל וה"ה בכל רוב' דתלוי במעשה והגם שחלקתי בין היכי שבידו לעשות המעשה עדיין לא נתיישב לי ההיא דשיירות מצויות דע"כ ל"ש לומר היכי דבידו מהני אף אם תלוי במעשה אלא היכ' שהרוב עושין מעשה זו כגון אם נימ' דרוב מגרשין נשותיהן שייך למיזל בתר רוב' שמא יש עוד הרבה יוב"ש ואע"ג דתלי' במעשה הגירושין מ"מ כיון שהרוב עושין מעשה זו ובידו לגרש' דמי להההיא דרוב ע"ה מעשרין לפי מ"ש מעיקר' בטעמ' או להההוא דיבמות כפי חילוק התוס' משא"כ לפי האמת שאין הרוב עושין מעשה זו כלל מה איכפת לן שיש עוד יוב"ש הרבה סוף סוף ליכ' רוב' שכותבין גט לנשותיהם וכ"נ בההי' דפסחים דף ט' שדה שנמצא בה קבר טהור שאני אומר קבר האבד כו' וק' דמדוע לא ניזל בתר רוב' דעלמ' דשמא אחד מן רוב העולם בא לכאן וקבר מתו בכאן וכמ"ש הש"ס בבכורות דף ך"ט אליבא דרשב"ג דשדה כיון דדרכי' למקבר ביה כי היכי דקבר בה איהו קבר בה נמי אחרינא ורובא ודאי עדיף מחזקה זו שנמצא זה הנאבד שהרי בגיטין גבי ש"מ לא אמרינן הכי והיינו מטעם רובא אע"כ דזה לא מיקרי רובא כלל כיון שהוא תלוי במעשה הקבורה ואם היינו אומרים שהרוב קוברין בשדה זו שפיר הוה רובא אע"פ דתלי' במעשה וכמ"ש אלא דבאמת אין כאן רוב כזה רק סתמא וכיון שזה יודע בודאי שכאן קבר מתו בי' שזהו שנמצא וא"כ הכי בגיטין נמי הרי אין כאן רוב שמגרשין ואדרבא אמרינן בזבחים סתם אשה לאו לגירושין קיימי והיינו משום דרוב בני

אדם אין מגרשין נשותיהם וכמ"ש התוס' להדי' בגיטין דף ל"ב ד"ה אפקיענהו דרוב אין מגרשין נשותיהן וכששולחין אין מבטלין ע"ש א"כ הי' לנו לומר דמסתמא אין יוב"ש הב' בדעתו לגרש כלל רק האי כיון דחזינן ביה שכתב לה גט ומדוע נסתור בחנם הרוב שאין מגרשין ונאמר שגם זה שלח גט לאשתו וע"ק לפי סברא זו שכתבתי דאם אין הרוב עושין מעשה זו לא מיקרי רובא למיזל בתריה דאם כן בההוא דחבו בר נאנאי ביבמות דף קט"ו דמייתי רבא מיניה ראיה דל"ח לתרי יצחק מדאגבי רבה ב"א זוזי והיינו דאי חיישינן לתרי יצחק א"כ ה"נ ניחוש לשמא מסרו ולא כתב לו דלא קנה כמ"ש התוס' שם ולכאורה אין מקום לחוש שהרי חזקה מה שביד האדם הוא שלו כמבואר בד"ט ואע"פ דהש"ך סימן מ"ז כתב דבשטרות לא אמרי' חזקה זו כיון דאין גופו ממון ה"ד אם אומר שהוא שטר אמנה וכה"ג והוא בחזקת הלוה כמבואר שם משא"כ כאן שנחוש דלמא של אחר הוא וזה יש לדחות דשמא חזקה זו דמה שביד האדם כו' הוא מטעם כאן נמצא כאן היה שכבר העירו בזה הרמב"ן והרשב"א בההיא דחבו בר נאנאי אבל הא ק"ל דניזל בתר קורבה ונימא כיון דנמצא בידו לא נתלה דמעלמא אתי לכאן ואולי דמטעם זה גופא אמרינן חזקה מה שביד האדם הוא שלו וא"ל דהטעם משום דחבו בר נאנאי שכיחי טובא א"כ איכא רובא ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"ד היכא שהרוב סותר לחזקת ממון מ"מ ז"א לפי הסברא הנ"ל דהרי הכא אין הרוב עושין מעשה זו למסור בלא כתיבה ול"ש בכה"ג רוב כלל ומ"ש לעיל דקורבה ל"מ נגד חזקה וכאן איכא חזקת ממון ז"א חדא דכבר כתבתי דאע"ג דאם נחזיר השטר נפקיע איזה חזקה מ"מ עתה על גוף השטר אנו דנין וכיון דאיכא קורבה מחזירין וכמ"ש התוס' בחולין לענין להחזיר השט"ח בסימנים ועוד דהכא בלא"ה לא הוי חזקת ממון כלל כמ"ש הש"ך סימן צ"א סעיף קטן י"ב כיון דסוף סוף האי ממונא תיפוק מרשותיה וע"ק דמאי מייתי רבה מההיא דכל מעשה בית דין יחזור ועיקר ראייה משטרי חליצה ומיאונין כמבואר בב"מ דף ך' דקאמר לה רבא תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן ומאי ראיה דלמא טעמא משום קורבה וא"ל דאיכא חזקת איסור ז"א כחן דאין האיסור רק מדרבנן אתי קורבה וסתר לה לחזקת איסור דרבנן וראיה מהא דאמרינן בפסחים דף ט' ואב"א ספק וס' הוא כו' כדר' אושעיא כו' ופירש רש"י אע"ג דאי עביד כר' אושעיא אכתי איכא איסור דרבנן סמכינן אחזקת חבר שעישרן ובהך תירוצא חזקת חבר אינה רק כמו ההיא דאכלתי' דהוה ספק הרגיל כמ"ש התוס' ואפ"ה אתיא הך חזקת חבר ודחי ליה לחזקת איסור מדרבנן וכ"כ התוס' שם דבביטול גם בחמץ מהני ואמרינן אכלתיה ואף על גב דבהנך עכ"פ אתחזק איסורה מדרבנן מ"מ אתו הנך חזקות ודחו לחזקת איסור דרבנן ואף אם נאמר דכגוונא

דהתם ל"מ הכא מפני שהוא דבר שבערוה מ"מ כהך דהכא דקורבה דאורייתא ודאי דאתי ומפיק חזקת איסור דרבנן וצ"ל דע"כ בלא"ה לא מייתי ממיאון אגט דאין שם רק איסור דרבנן לבד אלא משטרי חליצה מייתי דאף על גב דאיכא חזקה דזקוקה ליבם אפ"ה יחזור אבל קשה גבי גט גופיה מדוע לא ניזל בתר קורבה וכמ"ש ע"כ נראה כמ"ש התוס' ב"מ דף כ' ד"ה איסורא דבא"א החמירו ועי"ל דמדאורייתא ל"ח לשני יוב"ש אבל מדרבנן חיישינן משום לעז ואם כן לק"מ דאע"ג דמדאורייתא שריא מטעם קורבה אסרוה רבנן אך קשה לפי דאין החשש רק מדרבנן אם כן איך קאמר ביבמות דף ק"ך למימרא סימן דאורייתא או דרבנן ורמינהו מצאו קשור בכיס כו' ומאי ראיה מייתי דלמא לגבי חשש דב' יוב"ש דהוא מדרבנן שפיר סמכינן אסימנים משא"כ בחשש דאורייתא אך י"ל דזה קאי אמתני' דהמביא גט ואבד ממנו דמפרש לה רבה בשיירות מצויות והוחזקו ואפ"ה קאמר בברייתא דיחזור בסימנים וקבעי הש"ס התם למפשט אליבא דרבה אך דלפי מ"ש אף בהוחזקו אכתי אין כאן איסור דאורייתא דבספק השקול אזלינן בתר קורבה ועוד דרוב אין מגרשין נשותיהן אך דלפי מה דאמרינן בבכורות דף מ"ה ע"ב בחד תירוצא דהכרת פדחת לחוד מדאורייתא מהני רק דשאני עדות אשה דהחמירו רבנן בתחלתה אם כן גם כאן הוא דרבנן ואפ"ה לא סמכינן אסימנים ואם כן ע"כ לא החמירו רבנן למיחש לב' יוב"ש רק בגט אבל במיתה דלא החמירו שפיר אזלינן בתר קורבה ושריא לעלמא:

עוד נראה להמציא היתר בנ"ד אפילו אם נאמר דלכך לא אזלינן בתר קורבה משום דאיכא רובא דעלמא כנגדו זה ל"ש הכא כיון שהי' בביתו להציל מטלטליו וכל שהוא בביתו הו"ל קבוע שהוא כמחצה על מחצה ושוב אזלינן בתר קורבה ועיין בכתובות דף ט"ו בתוספות ד"ה דלמא אזלא איהי לגבייהו:

אמנם לכאורה יש מקום לומר להיפך כיון דקבוע הוא לא מהני הקורבה שהרי אפי' בתר רובא לא אזלינן היכי דקבוע ואע"ג דרוב עדיף מקורבה וק"ו דלא ניזיל בתר קורבה במקום קביעות אלא דבאמת נראה כיון דקבוע חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו ודוקא רוב הוא דלא מהני במקום קביעות אבל קורבה מהני וראיה לזה ממתני' פ"ג דערלה והובאה בקידושין דף ל"ז ספק ערלה בארץ אסור כו' ופי' הר"ן שם כגון שתוך הגן יש נטיעות של ערלה ונטיעות של היתר ופירות נמכרין חוצה לו בפתח הגן וקאמר דבארץ אסור דכיון שעל פתח הגן הן נמכרין מוכח' מלתא דמפירות הגן הם וליכא אלא חד ספיקא עכ"ל משמע שאילו לא היה זו דנמכרים על פתח הגן היה כאן ספק שמא מכרמים אחרים וא"כ קשה אמאי לא ניזיל בתר רובא דכרמים של היתר דעדיף מקורבה וע"כ

לומר כיון דהם נמכרים על פתח הגן עדיין לא פירש ממקום קביעתו והוי כמחצה ע"מ ואפ"ה מטעמא דקורבה אסרינן ליה ואמרינן דמכרם זה בודאי הם ואין כאן רק ספק א': אך במרדכי שם בסוף הפ' מפרש מחני' דערלה מיירי שאין שם שום כרם של היתר סביבותיו ואפ"ה הוי ספק ערלה כיון שנמכרים חוצה לו ובסוריא שרי דיש לתלות שמא"א הביאן כו' וקשה דנהי בח"ל או בסוריא קל הוא שהקילו חכמים דלא למיזל בתר קורבה מ"מ בא"י אמאי קרי ספק כיון דליכא למיזל בתר רובא שהרי אין כרמים של היתר סביבותיו א"כ כיון דקורבה דאורייתא ודאי ערלה של א"י הוא ולא ספק וא"ל דבאמת אית לן למיזל בתר רובא דעלמא אלא כיון שהוא קונה בפתח הכרם הוי קבוע ולא אזלינן בתר רובא וגם בתר קורבה ולכך קרי לי ספק דקבוע כמע"מ דא"כ מה לי דכרמים של היתר סביבותיו או לא ובלא"ה מבואר למעיין דע"כ מיירי שאין ש"מ לו מכרמים אחרים של היתר ועוד ק"ל דלפי דעת המרדכי דבח"ל מקלינן אפי' כשכרם זה ודאי ערלה אפ"ה שרי בח"ל אע"ג שיש לנו לתלות בקרוב שמכרם זה הוא מביא וכ"כ הר"מ סימן רצ"ד דהרמב"ם ס"ל הכי ואני תמה דמב"ב דף כ"ד מוכח להיפך דהא אמרינן ההיא חצבא דאשתכח בפרדיסא דערלה שריא רבינא לימא דסבר כר"ח וכתבו התוס' דאע"ג דספק ערלה בח"ל מותרת מ"מ אי אמרינן קורבה עדיף הוי כודאי ערלה ולפי פירושם קושית התוס' במ"ע דמנ"ל דסבר כר"ח ובאמת שזה תימא גם על הרמב"ם פ"י מהמ"א וגם על פירש"י לפי מה שהביא הר"ן שם בקידושין וגם פי' הב"ח סימן רצ"ד אין מספיק בזה ומה שיש לתמוה עוד על המרדכי אין כאן מקומו:

ולכאורה יש הכרח כשיטת הר"ן ז"ל ומדבריו מבואר דקורבה מהני במקום קבוע ונראה להביא עוד ראיה לזה ממה דאיתא בע"ז דף מ"ב דמקשה לר"י מהא דתנן קן שבראש האילן כו' הב"ע כגון דאייתי עצים מעלמא והראב"ד פרק י' מהלכות עכו"ם כתב וז"ל א"א דוקא שהביא ממקום אחר ופי' הכ"מ דהיינו דבעינן שנדע דאייתי מעלמא אבל מן הסתם חיישינן שמא מאותו אילן הם ורבינו משמע ליה כו' וקשה על דברי הראב"ד דבסתמא נמי נימא דאייתי מעלמא דהא קי"ל רוב וקרוב הולכין אחר הרוב וראיתי שהפר"ח בהלכות ע"ז כתב מטעם זה שנראים לו דברי הרמב"ם אומר אני דבאמת הכא ליכא למיזל בתר רובא שהרי לא פירש ממקום קביעתו ודמי לתשעה חניות מוכרת בשר שחוטה וא' בשר נבילה ונמצא במקולין של נבילה דהו"ל קבוע כמע"מ וכיון דהו"ל פלגא ופלגא אזלינן בתר קורבה ואמרינן שמאותו אילן הם ואף הרמב"ם לא קאמר רק מטעמא דכתב הכ"מ דדרך רוב העופות להביא עצים מעלמא וכיון דבתר רוב העופות אזלינן ל"ש כאן קבוע אבל באמת אין זה ראיה דאף אם נימא דבקבוע לא אזלינן בתר

קורבה אפ"ה שפיר קאמר הראב"ד דכל כמה דלא ידעינן שהם מעלמא אסור מספק דכל קבוע כמחצה ע"מ הוא ואין להביא ראיה ממ"ש הטור או"ח סימן תקט"ו וז"ל וכתב הרשב"א דאף לדברי הגאונים אין לאסור אלא בגוי כו' אבל גוי השרוי עמו בעיר ופירות המצויין בעיר אין לחוש מספק ולכאורה הוי הטעם דלא אזלינן בתר רובא דפירות דהם מחוץ לתחום ע"כ לומר דכיון דהפירות הם מונחין בכאן אצל הגוי אם כן הוי קבועין וכן מבואר ממ"ש המרדכי בחולין פרק הזרוע דכל דבר שאין בע"ח כ"מ שמונח שם הוי מקום קביעתו דהא אינו יכול לילך משם דהא אמרינן שם ט' שרצים וצפרדע א' ביניהם וגם גבי צבורין הואיל והונח שם הוי מקום קביעתו עכ"ל וכיון שהוא קבוע שם אזלינן בתר קורבה ואמרינן דמפירות שבתוך התחום הם אבל באמת ז"א די"ל דהתם כיון דקבוע אע"ג דקורבה לא מהני מ"מ הוי ספיקא דרבנן ולקולא וכ"כ להדיא בחידושי הרשב"א מסכת שבת פרק השואל שכתב וז"ל אבל בעכו"ם ששרוי עמו כו' ועוד דספק של דבריהם הוא ולקולא וכ"כ הר"ן שם וכ"כ הרשב"א בספר עבודת הקודש ע"ש:

דבאמת לפי זה אין כאן היתר רק לקנות בביתו של הגוי אבל כשהגוי מביא לבית ישראל אם כן יש לאסור מטעם כל דפריש וכמ"ש הר"ן לענין לקנות בצים ביו"ט מן הגוי דכשהגוי מביא לבית ישראל הוא דשרי מטעם כל דפריש אבל למיזל בתר דידהו ולקנות אסור מטעם קבוע דהוא כמע"מ דמי ואמנם הט"ז סימן שכ"ה ס"ק ז' לא נחית למ"ש שיש כאן קבוע ולכך מקשה דניזול בתר רובא ובאמת ז"א דאין כאן רובא אלא קבוע ואע"ג דלפי מ"ש הט"ז שם לא מהני ספיקא דרבנן להקל כיון דהוא דשיל"מ מ"מ אזלינן בתר קורבה ולפי זה יש הכרח דקורבה במקום קביעות מהני ואם היינו אומרים דקבוע עדיף מקורבה היה נראה לפרש לשון הרמב"ם פ"י מהמ"א שכתב חביות יין שנמצאת טמונה בפרדס של ערלה אסורה בשתיה ומותרת בהנאה שאין הגנב גונב וטומן בתוכה אבל ענבים הנמצאים טמונים אסורים וכ"כ הטור סימן רצ"ד ותמה הלח"מ דהרי בש"ס קאמר לימא סבר כר"ח ודחי דלא מצנע ליה בגוויה אבל ענבים מצנעי ואם כן לדידן דקיי"ל כר"ח לא צריך לטעמא דלא מצנעי ועוד דגם בענבים יש להתיר מטעם רוב ולפי מ"ש י"ל דלכאורה קשה כיון דאשתכח האי חצבא בפרדיסא דערלה והאי פרדס קבוע הוא לגבי שאר פרדיסים ועדיין לא פירש ודמי לט' חניות כו' ונמצא במקולין של נבילה שיש בו דין קבוע וצ"ל דקושית הש"ס הוא דבשלמא אי סבר כר"ח דרוב עדיף אם כן גם קבוע עדיף מקורבה ולכך פסק להתיר דספק ערלה בח"ל מותרת אלא אי אמרת דקורבה עדיף מרוב אם כן י"ל דגם מקבוע עדיף והיה לו לאסור מטעם קורבה ומשני דטעמא דאם איתא דמיגנב מיניה כו' וא"כ הרמב"ם וטור שם משמע מדבריהם דקאי אערלה

דא"י אפילו מטעם קבוע נמי אסורה דספק ערלה בא"י אסורה ולכך הוצרך לטעמא דאם איתא דמיגנב וענבים נמי אסורי משום ספיקא דקבוע:
ואמנם מסתימת לשונם לכאורה משמע דמיירי בין בארץ ובין בח"ל וא"כ נהי דהוצרכו לטעמא דאצנועי בגוויה כו' כדי להתיר אף בארץ מ"מ בענבים מדוע לא חלקו לומר דבח"ל מותרים וכן נראה דבאמת הש"ס ה"ק לימא סבר דר"ח ואם כן מצי סבר דקבוע עדיף מקורבה ולכך התיר האי חצבא ומשני לא רק ההיתר משום דאם איתא כו' וא"כ למסקנא דהתיר מטעם אחר אמרינן דלעולם קורבה עדיף מקבוע אע"ג דרוב עדיף מקורבה ולכך ס"ל שפיר לאסור בעינבי:
אבל ראה זה מצאתי לשון הרמב"ן בחידושיו לב"ב שכתב אהך דעינבי מצנעי וז"ל דאפילו לר"ח דאזיל בתר רוב אסירי משום דהם במקומם ממש וחזקה כאן נמצאו כאן היו וה"נ מוכח בקידושין כרם הנטוע ירק וירק נמכר חוצה לו אסור והיינו משום דדרכן למכור על פתח הגן הלכך כמי שהוא במקומו דמי וכיון שהוא במקומו ומצוי ליכא למ"ד רוב עדיף עכ"ל והביאו הנ"י גם כן הרי להדיא שהם מפרשים הך דקידושין כסברת הר"ן ופירשו הטעם משום כאן נמצא כו' וכ"כ הרשב"א והר"ן בפרק שואל בחד טעמא משום כאן נמצא כו' וכ"כ הרשב"א בספר עה"ק וגם הר"ן פרק, א"צ לא הזכיר רק הך טעמא ועיין במרדכי ר"פ אין צדין והביא הב"י סימן תקט"ו והט"ז ביו"ד סימן רצ"ד כוון מדעתיה דנפשיה לסברת הרמב"ן דגבי עינבי שפיר אמרי' מטעם כאן נמצא כו' ומביא ראיה מהפוסקים שזכרוהו לענין חמץ בפסח ע"ש וכ"כ הפר"ח סימן ס"ג לתרץ דברי הרמב"ן אלו והשיג שם על הטור שכתב היפך מדעת אביו הרא"ש ז"ל ולפי מ"ש לעיל גם זה אינו קושיא דהרא"ש שם בח"ל מיירי דהא אעובדא דרבינא קאי משא"כ הטור כאן העתיק לשון הרמב"ם דמיירי בא"י ועכ"פ יוצא לנו מזה דלשיטת הפוסקים הללו דס"ל דהיכא דאיכא למימר כאן נמצאו דהיינו שהם במקום שהוא מקומן אז ודאי אזלינן בתר קורבה אין הכרח דקורבה עדיף מקבוע ויש מקום לומר דכל הני שכתבתי ל"ד לקבוע ואפילו בט' חניות ונמצא במקולין של נבלה דפשוט דאסור אין איסורו מטעם קבוע אלא מטעם כאן נמצא כו' וההיא דחצבא דחמרא ודאי יש מקום לומר דאין זה מקום קביעתו כיון דהפרדס אינו רק מקום גידול הענבים ולא שדורכים בו היין ולפי זה גם כאן נמצא ל"ש ביה ואכתי לא מתרצא ל"ל לטעמא דאצנועי בגויה כו' אמנם מדברי המרדכי פרק הזרוע שהבאתי לעיל שכתב דבכל מקום שמונח שם הוי מקום קביעתו אם כן י"ל דשפיר מיקרי קבוע ומדברי המרדכי הללו נראה דס"ל דקורבה עדיף מקבוע שהרי כתב שם וז"ל הקשה רבינו משלם לר"ב הא דאמרינן חורי הנמלים כו' מה שאחורי הקוצרים אמאי

לא אזלינן בתר רובא ורובא דקמה דבעה"ב הוא וכ"ת חלק העניים קרוב הוא כו' הלא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב והשיב כו' ולענין שאילתא י"ל חדא כדמסיק התם טעמא צדק משלך ותן לו ותו דאמאי לא נימא כל קבוע כו' אלמא דאף בלא טעמא דצדק משלך דמייתי התם למימר דספק לקט לקט אפ"ה הוא של עניים מטעם קבוע ואע"ג דקבוע אינו רק ספיקא ע"כ דהיינו מטעם קורבה כמ"ש מקודם אבל יש לדחות דבהתירוץ הראשון ר"ל דאע"ג דרוב עדיף מקרוב ולא מיקרי ספק אפ"ה מטעמא דצדק משלך הוא לעניים וקאמר ותו דאפילו נימא דוקא בספק השקול מ"מ בכאן הוא ספק השקול דאמרי' קבוע כו' וזכינו לדין שדעת הרמב"ן והנ"י והרשב"א והר"ן והראב"ד והטור והרמב"ם ועוד כמה פוסקים דס"ל דבמקום שהוא מקומן דהוה קרוב ומצד דאית לן למימר כאן נמצא כו' לא אזלינן בתר רובא ואע"פ שהרמב"ם בהלכות עכו"ם שהבאתי דעתו כיון שדרך רוב העופות להביא עצים מעלמא אזלינן בתריה ולא אמרי' דהוה קרוב ומצוי דאית לן למימר כאן נמצא כו' הא ליתא כיון שדרך רוב העופות כן זה מיקרי מצוי יותר ומדברי הרמב"ן מבואר דאפילו היכא דניידי קצת ממקומן ממש כגון בההיא דקידושין דנמכרין על פתח הגן אפ"ה אמרי' בהו כאן נמצא כו' ונ"ל ראיה לסברתו ממ"ש בתוספתא דביצה זמן בתוך הקן ומצא על פתח הקן מותרין וכ"כ הרשב"א בספר עה"ק ופסקה רמ"א בהג"ה סימן תצ"א בשם א"ז ונראה טעמא דמלתא משום דכיון דהוא על פתח הקן הוי קרוב ומצוי דכאן נמצא וליכא למ"ד רוב עדיף ומצאתי בפר"ח סימן תצ"ז שכתב טעמא דמלתא משום כאן נמצא כו' והוא נכון ע"פ דברי הרמב"ן הנ"ל וא"כ בנ"ד שהיה בביתו ממש מקום שהוא מקומו ודאי די"ל כיון דהוא קרוב ומצוי ודאי זהו שנמצא זהו שאבד ואמנם הרא"ש ורבינו ירוחם והגהת אשר"י שכתבו ג"כ להתיר בעינבי משמע דס"ל דאף בכה"ג לא אזלינן בתר קורבה אבל באמת יש לחלק דשאני התם דידעינן בודאי שהיו שם גנבים מרובא דעלמא אמרינן דגם ענבים הביאו אתם והצניעו כאן משא"כ בנ"ד ובנידון האי בי גננא דאי לאו פסת' דידא דשדיא אין כאן אמתלא כלל שבא לכאן איש זר ודאי יש לנו להתיר מטעם קורבה ומצוי דכאן נמצא כו' ודמי למ"ש הרא"ש פרק בתרא דע"ז דבמקום שיש ליהודים מגרש נעול בלילה מותר אע"ג דרוב העיר עכו"ם והיינו מטעמא כיון דבמקום הזה אין רגל עכו"ם מצי אזלינן בתר רובא מי שהוא מצוי בשכונה אבל אם לא היו ננעלות אע"ג דשכונה זו היא מיוחדת לעצמה ורגל ישראל מצוי שם הרבה יותר מרגל של עכו"ם וא"כ הו"ל קרוב ומצוי אפ"ה אסור ואזיל לשיטתו שכתב דעינבי נמי שרי אע"ג דהוי קורבה דמוכח טובא והשתא אתי שפיר מה שהקשה הב"ח ביו"ד סימן קכ"ט על הטור דמדוע לא הזכיר שיהיו דלתות השכונה ננעלות בלילה ולפי מ"ש ניחא

דהטור לשיטתו אזיל דפסק בעינבי כדעת הרמב"ם דאזיל בתר קרוב ומצוי וא"כ הכא א"צ נעולות כלל וכן מבואר מדבריו בח"מ סימן רנ"ט וכבר כתבתי ג"כ דבקבוע לית לן למיזל בתר רובא רק בתר קורבה:

אבל איכא למידק ממ"ש הרשב"א בתשובה כת"י הביאה הפר"ח סימן ס"ג על ענין בשר המליח שנמצא בתוך המים שהשיב כיון דרוב המולחים ישראל נינהו איכא תרתי לטיבותא רוב וקרוב והשתא קשה ת"ל דאפילו רוב המולחים עכו"ם מ"מ הך בשר קבוע הוא ואית לן למיזל בתר קורבה ובשלמא אי אמרי' דקורבה במקום קבוע לא מהני אתי שפיר דאע"ג דקבוע במקום קורבה לחוד קבוע עדיף אבל היכא דאיכא רובא ג"כ אין קבוע מועל לדחות שניהם אבל אי קורבה עדיף תיקשי ואמנם באמת כבר הקשה פר"ח ע"ז דאית לן למימר כאן נמצא שהרי נמצא בבית שהוא רשות מיוחד בפ"ע קרוב ומצוי הוא ואזלינן בתריה ועוד דלא גרע משכונה כו' אלא ע"כ הרשב"א לרווחא דמלתא נקט הכי ואמנם אא"ז הגאון בת"ש סימן ס"ג השיב עליו דלק"מ דהיכא דאיכא ריעותא כי הכא דמי השליך בשר זה לתוך הקדרה אם כן ע"כ שרצים הביאו וי"ל שהביאו מרובה דעלמא ואע"ג דזה דומה ממש לעובדא דעינבי שבודאי היה בכאן אנשים שהביאו ענבים ואפ"ה כתב הרמב"ן דאמרינן שמכרם זה הנה הואיל והוא קרוב ומצוי ואין שום מקום לחלק ביניהם מ"מ שרצים ועופות שאני כמבואר שם בפוסקים דבדידהו אע"ג דרוב ישראל מ"מ אמרינן דלמא מעלמא אתו ועכ"פ מבואר בפר"ח דבבית שהוא רשות מיוחד בפ"ע אין שום חולק בדבר דאזלינן בתר קרוב ומצוי:

אמנם מ"ש להתיר מטעם קבוע עדיין אני מסתפק אם שייך לדונו בזה כקבוע דהרי מה שראינוהו בקביעתו בבית בעת שעלה הלהב אכתי לא נפל ספק בלבנו לדונו כלל לעשותו כקבוע רק עתה שראינוהו מת מספקא לן דלמא איהו אזיל לעלמא והאי מרובא דעלמא אתי לכאן ואין כאן קביעות כלל וא"ל כיון שאין ידוע לנו שפי' ממקום הקביעות מסתמא יש לנו לומר שלא פירש משם הא ליתא כמבואר במרדכי פרק מי שמת בשם תשובת מהר"מ גבי מי שנפל הבית עליו ועל אשתו ועל ד' בנותיו וכתב לדון בהם דין קבוע כיון שנהרגו בבית וא"ל שמא נהרגו אחר שיצאו מהבית דכה"ג אמרינן בנזיר דלמא אשכח בשוקא וקדיש כו' ז"א דאית לן למימר כל דפריש כו' ואמנם ראייתו תמוה לפי מה שמבואר ברש"י ותוס' דהא דקאמר אימור בשוקא אשכח כוונתו דאיך נאמר אסור בכל הנשים דאימור בשוקא ימצא אשה ויקדש אותה ומותר בה מטעם דפירשה מן הרוב והא ודאי כמה נשי שכיחי בשוקא ויכול לקדש מהם ואיך הוא מביא ראיה דחיישי' שמא פירשו מן הקביעות וא"ל דמביא ראיה דבכה"ג אזלינן בתר הרוב הא מתני'

הוא תשעה חניות כו' וכבר כתב לעיל מזה דבפירש אזלינן בתר רובא ועכ"פ חזינן דעת מהר"מ לחוש שמא פירש ממקום קביעות ויותר מזה אומר אני דאפילו היכא שהיה בקביעות ולא היה לנו שום ספק ועתה פירש לפנינו ממקום קביעות ואז אחר הפירשה בא האיסור אפ"ה אזלינן בתר רובא אף לדעת החולקין על הר"ן וס"ל דאפילו לקח קודם שנולד הספק אסור מ"מ ש"ה דקודם שפירש באמת עדיין לא היה איסור ונ"ל ראיה לזה מהא דתני ר"ח דם הנמצא בפרוזדור חייבין עליו משום טומאת מקדש וקדשיו והנה זה ע"כ מיירי בהרגשה כדאיתא בנדה ד"ת אין האשה טמאה עד שתרגיש בבשרה וא"כ ע"כ דה"נ הרגישה שיצא דם אלא שאינה יודעת אם מן העלי' או מן המקור ולפי זה קשה אמאי שורפין משום דאמרינן רוב דמים מן המקור והלא מקור ועליה קבועים הם וכיון דהרגישה הו"ל כפירש לפנינו ממקום קביעות דהוא ספק דאורייתא ואמאי שורפין ולשיטת הר"ן בפרק גיד הנשה דס"ל בפירש לפנינו נמי לא הוי קבוע ד"ת רק דוקא במקום קביעת ממש אתי שפיר אבל לדעת שאר פוסקים דס"ל דהוי דאורייתא קשה אלא ע"כ כמ"ש ואם כן אפילו הרגישה בשעת יציאת הדם אפילו הכי שייך למיזל בתר רובא כיון שבשעה שהם בקבועתם עדיין אין כאן ספק ועיקר הספק בא בשכבר הוא בפרוזדור שהרי אף בפרישתו לפרוזדור עדיין אין כאן טומאה עד שיצא מבין השניים שהוא מקום שהשמש דש ומקום שהשמש דש אינו מגיע לראש הפרוזדור כמבואר ברמב"ם פרק ה' מהא"ב ואז כבר אינו במקום קביעתו (ועיין בשו"ת ב"ח החדשות שנדפס ת"ל על ידינו בהלכות נדה):

אמנם י"ל לפי מ"ש הרמב"ם שם בפרק ט' דאם לא הרגישה ומצאה דם לפנים בפרוזדור הרי זה ב"ח שבא בהרגשה והיינו ע"כ כשבדקה העד והרגישה ואז לא אמרי' שבא מן המקור לפרוזדור בלא הרגשה והאי הרגשת עד הוא כמבואר שם דף נ"ח א"כ ג"ז פירש לפנינו דבשעת הרגשה היתה סבורה דהרגשת עד הוא ועי"ל דאף אם מרגשת אחר כך כשהדם בפרוזדור מכבר נמי מיקרי הרגשה דבעינן שתרגיש בבשרה ובפרוזדור נמי בבשרה מיקרי ואי הוה גר סימן דתני ר"ח בלא"ה אתי שפיר ומיושב בזה קושית התוספות שם ואין להאריך בזה שכ"נ פשוט מכל הפוסקים כמ"ש שהרי כתבו הטעם דפירש לפנינו אסור משום שהס' נולד במקום הקביעות וכן מפורש בדברי ה"ה פ"ב מהלכות שבת וז"ל נ"ל לפרש בדעת רבינו דפריש כולהו ובשעת פרישתן בעודן מהלכין נכנס אחד מהם לחצר אחרת בכה"ג אין מפקחין הא דפריש מקצתייהו ונכנסו לחצר אחרת מפקחין וא"ת אכתי פשיטא דזה כתשעה חניות מוכרות בשר שחוטה כו' ספק אסור מדין קבוע יש לי לומר דהתם אירע הספק בקבוע אבל כאן בעת פרישתן ספיקו אם

היה ישראל או עכו"ם לא צריך לנו בדבר ולא נפל לנו ספק שנפלה מפולת בחצר אחרת והרי זה דומה לנמצא שהלך אחר הרוב ולפ"ז מוכרח ג"כ דה"ה דס"ל בפירש לפנינו הו"ל קבוע מן התורה וכן לפמ"ש הלח"מ שם דמדברי הרמב"ן לפי דעתו לפרש דברי הרמב"ם מוכרח דלא ס"ל כחילוק ה"ה ז"ל אלא ס"ל דבפירש לחצר אחרת דמי ללקח מאחד מן החניות א"כ מוכרח בדעת הרמב"ם דבפירש לפנינו הוה ד"ת דלא כמ"ש הר"ן והג"מ פ"ח מהמ"א הל' י"א ואמנם הר"ן ביומא פי' ג"כ כפי' ה"ה ז"ל וס"ל בפשיטות כיון שא' פי' לחצר אחרת אמרינן כל דפריש כו' וא"כ אין מוכרח כמ"ש אך דהר"ן לטעמיה אזיל דס"ל פירש לפנינו אינו רק דרבנן ואיך שיהיה עכ"פ יש להסתפק בנ"ד שמא לא שייך בכאן קבוע דשמא לא היה קבוע בכאן כלל רק ערק ואזל לעלמ' ואולי י"ל כיון דקורב' דאורייתא א"כ מחמת זה גופא אמרינן דלא נייד ממקום קביעתו ויש לזה ראיות מסוגיא דיומא ואין פנאי להאריך ועיין במשנה למלך פ"ד מה' מתנות עניים הל' ט' מ"ש על דברי המרדכי דחולין שהבאתי לעיל:

שלום לכבוד אהובי ידידי הרב כו' מו' זאב וואלף נ"י ראב"ד ומו"ץ דק"ק ראדוויל יע"א:

שאלה יב

מכתבו קודש קבלתי בדברי העגונה וכפי הג"ע מק"ק לעטישוב דעת מכ"ת נוטה להתיר אע"פ שלא הזכיר שם עירו כן נלענ"ד וכאשר הארכתי בכמה תשו' ובנ"ד יש להתיר מכמה טעמים חדא שרוב פוסקים מקילין בשמו ושם עירו לחוד ואפילו המחמירין בלא שם אביו מ"מ בזה שהזכיר שם אשתו הוי כשם אביו ועדיף טפי וכ"כ בשם תשובת מהרח"ש סימן ל' שאם אמר יוסף בעל חנה מת הוי כשמו ושם אביו ואף שבנ"ד אמר האיש שאשתו יש לה שני שמות והמעידים אינם זוכרים רק שם פרידא לבד אין בכך כלום כיון שמעידין שהוא אמר להם שיש לה שני שמות ופרט אותם והם זוכרים שם פרידא ודאי דהוי סימנא מלתא כמו שם אביו ואדרבה עדיף טפי דלא שכיח דאתרמי שמא כשמא והאשה יהיה לה שני שמות שא' מהם היא שם פרידא והניח אצלה ילד זכר והלך ולא חזר פשיטא דלכולי האי לא חיישינן והיה אפשר לומר דאף אם לא היה נזכרין האשה כלל רק שאמר שאשתו יש לה שני שמות הוי ג"כ סימן כשם אביו וצ"ע בזה כיון דשכיח טובא נשים שנקראים בשני שמות אין זה כמו שם אביו אבל בגוונא דנ"ד שזוכרין עכ"פ השם פרידא פשיטא דמהני כמו שם אביו וגם מה שאמרו סימנים בפרצוף פניו וגופו שאמרו שהיה איין געליר וגשפרענקילטער אע"פ שהם סימנים גרועים כמו ארוך וגוץ דטובא שכיח בסימנים אלו מ"מ הם מצטרפים ועולים במקום שם אביו וכמ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר בשם תשובת הרמב"ם וז"ל על איש א' שהלך כו' ואח"כ באה גוי'

א' מסל"ת ואמרה איש א' בא אלינו לדמשק ושמו כלף בינוני הקומה וזקנו שחור כו' והיה ממדינת זיפת' והשיב אם יבאו עדים ממדינת זיפתא ויעידו שזה כלף בעלה של אשה זו היה בינוני הקומה וזקנו שחור יכולה להנשא לפי ששמו ושם מקומו עם אלו סימנים שאינם מובהקים יספיקו להתיר לענין עגונה כו' ע"ש וכ"כ בשו"ת שבסוף ס' בני יעקב דסימנים גרועים חזו לאצטרופי להיות במקום שם אביו ומכ"ש כאן שאשה א' ששמשה אותו בחוליו אמרה שאמר שיש לו אחות בק"ק הארחוב דפשיטא דזה מהני כשם אביו ומה שנראה מדברי מכ"ת שיש כאן מקום קולא בלא שם אביו לפי שהוא בעצמו קודם מותו אמר שכך שמו ושם עירו כו' ז"א שאין מקום לחלק בזה דמה עדיפות יש בזה אשר מפיו אנו חיים אדרבא קצת יש חששא בדבר וכמ"ש בתשובה א' דאע"ג דבשו"ת הרא"ש הביאו בטור אה"ע סימן קי"ח וכן בשו"ת מהרי"ק כתבו דסגי במה שנודע מה שמו מפי עצמו וכן הלכה רווחת בישראל מ"מ באיש ההולך מביתו דרך קטט ועוזב אשתו גלמודה יש לחוש שמשנה שמו בכוונה כידוע דאיכא דעבדי הכי וכ"כ הרא"ש בגיטין דף ל"ד בהא דקאמר התם בני אדם העולים משם לכאן יוסי וקורין לו יוחנן ופי' הרא"ש לפי שיש שבורחין מחמת ממון כו' ומשנים שמותם שלא ירדפו אחריהם כו' ע"ש ומלשון הגב"ע שאמר שהיא מן ראדוויל ער האט דארטין איין ווייב אוועק גיווארפין כו' משמע שעזבה דרך קטט וברח ממנה ויש לחוש למ"ש אך בתשו' שם צדדתם להקל גם בכיוצא בזה דמ"מ הוא מיעוטא דמיעוטא ול"ח דעבד הכי וגם כי העושה כן אין בהם מגיד זאת כי בורח הוא מאשתו ועזבה עגונה ומכ"ש בעת חליו שנפשו יראה לו שהוא הולך למות לא היה מחזיק בשקר ומסתמא קושטא קאמר שכך שמו ובפרט כפי הנראה מגב"ע היה איש עני ומת בבית המרחץ שהיה מתאכסן שמה וקרוב הדבר כי איש כזה אינו חושש שיחקרו אחריו לדעת מקומו עד שישנה את שמו או שם עירו מחמת זה ולכן אין להחמיר מחמת חשש זה אבל מ"מ אין בזה צד קולא מה שהידיעה מפי עצמו רק שיש להקל מטעמי דכתיבנא ומכ"ש אם בנקל לעשות חיפוש בעיר אם זוכרין שהיה כאן איש ששמו משה והניח אשה וילד קמן מלבד בעל אשה זו והלך ג"כ ולא חזר ובזה אף הרא"מ שמחמיר להצריך שם אביו כמ"ש בק"ע סימן ק"א מ"מ ע"י חיפוש כתב להתיר ע"ש בק"ע סימן ק"ד ומ"ש הב"ש שם שבסימן ק' לא כ"כ וכ"כ שם בק"ע סימן ע"ט בשם מהריב"ל שפסקי הרא"מ סותרים זא"ז מ"מ בנ"ד אף לפמ"ש בסימן ק' אתתא שריה ע"י חיפוש דדוקא היכא שיש לחוש שמא אין זה בעל האשה רק שזה שמת כבר עבר זמן רב שהלך מעיר זאת עד שאין אדם זוכרו משא"כ בנ"ד שאם דנין ע"פ אמירתו של האיש המת הזה וההוא אמר שזה ערך שלשה שנים שיצא

מראדוויל כמוזכר בגב"ע שהעידו שמשי החבורה ששמעו מפי הבעל המרחץ ששמע כן מהאיש המת וא"כ אם אין זה בעל האשה רק אחר שיצא בערך ב' שנים היה נודע ונזכר אצל בני העיר ודוקא כשלא נודע זמן יציאת האיש המת מעיר זאת בזה חושש הרא"מ בפסק א' להחמיר וגם כתבתי בתשו' שלענ"ד אין פסקי מהר"מ סותרים דפסק המחמיר מיירי כשהמעיד לא הזכיר שמו כלל וצריך חיפוש על איש יהודי סתם בלא הזכרת שם משא"כ כשמזכירין שמו יהבי דעתייהו ומדכרי והארכתי בזה ומכ"ש בכאן בנ"ד שהחיפוש הוא אם יצא איש ששמו משה והניח אשה וילד קטן והיה לה שני שמות וא' מהם הוא פריידא פשיטא דכולי האי ל"ח לשכחה וגם שאין לחוש שמא ביני ביני יצאה האשה עם הילד ונשכח ואם ישנה שם פשיטא שהיתה האשה האחרת מעוררת לויתן ובראש הומיות תקרא ולכן בחיפוש קל בזה אין מקום לפקפק כלל ומשום חומר א"א ויש לעשות כן כי לפי דעתי בעת הזאת אחר השרפה בעו"ה שכל בני העיר נקבצו בא אל תוך רחוב העיר בנקל לחפש ע"י שליח ב"ד בבתי העיר לחקור זאת ואם יש טורח בדבר ולפי ראות עיני הב"ד נתפרסם שלא הוחזק בעיר אשה אחרת שלה שני שמות ושם א' פרידא ואם בעלה משה שהלך מכאן ולא חזר יש לסמוך לענ"ד על הני טעמי דכתיבנא ולהתיר בלא חיפוש:

עוד זאת אדרוש כי לא נזכר בדברי מכ"ת שנתקיים חתימת הב"ד דק"ק לעטשוב ויש מחמירין ומצריכין קיום גם לעדות אשה ואף שהח"מ מיקל בכתב הבא ממרחקים וא"א לקיימו מ"מ ק"ק לעטשוב לא רחוקה הוא והשיירות מצויות ואפשר שיתקיים ע"י ארחי ופרחי ואף אם יתקיים א' מהחתומים ע"פ ע"א סגי בהכי איברא שבתשו' א' הארכתי דדוקא שכתב סתם צריך קיום אבל גב"ע לעגונה שב"ד חתומים על קבלת העדות הוי כמו מעשה ב"ד וכיון דעיקר טעם המחמירין לחוש לדברי הרי"ף והרמב"ם ולדידהו מעשה ב"ד א"צ קיום וברורתי זה בארוכה ועוד נראה דאם המביא הג"ע הוא איש יהודי שאמר שנמסר לידו מיד הב"ד נראה דאין לחוש ועיין בשו"ת ב"ח החדשות סימן ס"א ואם לאו רק שבא הכתב ע"י הפאסט או ע"י מי שאינו נאמן בעדות אשה יש לחזר אחר קיום כדי לצאת מידי כל החששות וע"פ העדיות הללו אתתא שריא לענ"ד בלא פקפק ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירו לה כדין אשה הנשאת ע"פ ע"א ואע"פ שבגב"ע הלז יש בו כמה עדים ובשני עדים א"צ רשות ב"ד זה דוקא אם שני עדים כשרים מעידים שבעלה של אשה זו מת משא"כ נ"ד שאנו סומכין בהיתר זה על אמירת האיש ששמו כך ממקום פלוני שלא היה נאמן בזה כ"א משום עגונה אקילו רבנן לכן שוב צריך רשות ב"ד כדין נשאת ע"פ ע"א הנלענ"ד כתבתי דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה יג

שאלה איש אחד נטבע בנהר נעסטר ונמצא אחר שלשה ימים לטביעתו והכירוהו בפרצוף פנים כאשר באו הדברים ברוב ענין בג"ע מהב"ד דק"ק סאראקא והרב המאה"ג החריף ובקי אב"ד דשם מוהר"ר דוד שלמה נ"י האריך בתשובתו מחוי חורפא מרווחא לבסומי היתירא דהך איתתא והדר שדרה לקמאי לחות דעי בזה:

תשובה מתחלה אען ואומר כי על הכרת הפרצוף שהכירו היהודים קשה להעמיד ע"ז יסוד ובנין דאיכא תרתי לריעותא חדא דאשתהי וגם שידעו הטביעה אך בהעדות שהעידו בשם הערלים אנחה לן חדא שהם ראוהו לאלתר אך עדיין יש לפקפק מצד ידיעתם הטביעה וגם מבלעדי זאת יש מקום ספק אם יש להם דין מסל"ת כיון שהיה הדבר מפורסם שמחפשין אחר היהודי אייזק אמנם מצד הך ספיקא נראה דודאי שפיר לא נפקי מכלל מסל"ת כמ"ש מהר"מ ב"ב בתשובת מיימוני סימן וז"ל ושנסתפקתם מאחר שהקרובים הוציאו קול בכל עיירות מסביב דדמי לאי' חבירינו לא דמי דהתם שיילי בהדיא אבל היכא דלא שיילי להאי כותי גופיה מיקרי שפיר מסל"ת אע"ג דידע שמחפשין אותו וכ"כ מהרא"י בפסקים סימן קס"א ומהרי"ק שורש קכ"א והביא ראיה מב"ק דף קי"ג דאמרינן הב"ע כגון שהבעלים מרדפין אחריהם ואשה וקטן מסל"ת מכאן יצא נחיל זה דמכאן משמע דאע"פ שנתעוררו ע"י רדיפת הבעלים אפ"ה חשיב מסל"ת אמנם כמה תשובות מגדולים הבאים אחריו גמגמו בראיה וכתבו דהתם מיירי שהאשה והקטן לא ידעו מרדיפת הבעלים כלל דאם ידעו דאפשר דלא מחשב מסל"ת וכ"כ ביש"ש ב"ק פרק הגוזל שם ויש מהגדולים שכתבו ליישב דבריו עי' בשו"ת שער אפרים סימן ק"ג שהביא התשובות שפלפלו בזה וגם הוא ז"ל בנה וסתר בדבריהם ואני אומר תניא דמסייע להגאון מהרי"ק ז"ל מהתוספתא פ"ג דכתובות דאיתא שם אמר ריב"ב נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה בד"א בזמן שהעידו על מעמדו אבל אם יצאו וחזרו אין נאמנין שלא אמרו אלא מתוך הפתוי ומתוך היראה עכ"ל ודברי התוספתא הללו הובאו בירושלמי דב"ק שם וסוף פ"ב דכתובות ובלבד על אתר אבל אם יצאו וחזרו אני אומר מפני הפתוי והיראה אמרו עכ"ל. ולפי"ז ע"כ דמיירי באופן שי"ל שידעו מרדיפת הבעלים דאל"כ מה מקום לחלק בין לאלתר ובין לאחר זמן דגם לאח"ז אם ידוע לנו שאין יודעין כלל מרדיפת הבעלים מה חשש פתוי ויראה שייך בזה אלא ודאי דמיירי אף שידעו מרדיפת הבעלים והלכך לאחר זמן חיישינן שמא מחמת יראה ופתוי אמרו כן ק ואמנם צ"ע על הרמב"ם והטור סימן ש"ע שכתבו הך דינא דנחיל ולא הזכירו החילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן כלל (ובש"ע השמיט הך דינא דנאמנת אשה כו' לגמרי וצריך

טעם למה) ובש"ע אה"ע סימן י"ז כתב בקטנים המסל"ת בעינן לאלתר דוקא ומקור דין הוא מתה"ד סימן ר"ך וכתב שם לגדול א' שרצה להקל דלא בעינן לאלתר בקטן המסל"ת וז"ל ומה שהבאת ראיה מפרק הגוזל מדלא פריך אקטן והא מסל"ת לא מהימן אלא לאלתר תשובתך בצידך דדוקא בעדות אשה מחמרינן ובעינן לאלתר כו' ומה שדקדקת מדנקט אשה וקטן יחד משמע דדין אחד להם במסל"ת אפילו אי מודינא לך בהא דיוק הא כתיבנא לעיל מההיא דא' דבשאר מילי דרבנן לא בעינן לאלתר בקטן מסל"ת כו' עכ"ל ונפלאתי על מהרא"י והגדול שכנגדו מוהר"ר אליהו ז"ל שהרי בתוספתא מבואר להדיא דהתם בעינן לאלתר בין בקטן ובין באשה והובא בירושלמי ג"כ אך דמ"מ אין ראיה מכאן להתה"ד דלענין עדות אשה בעינן בקטן המסל"ת לאלתר דאדרבה משם ראיה להיפך בהא טעמא דקאמר התם דחיישינן ליראה ופתוי אמרו כן ל"ש כ"א בדבר שבממון משא"כ בעדות אשה דמתוך חומר כו' אשה דייקא ומנסבא ול"ח כלל ליראה ופתוי כלל אין מקום לחלק בין לאלתר ובין לאחר זמן ולפי דעת התה"ד צריך ליישב דדוקא התם אי לאו מחשש יראה ופתוי הוי מהני מסל"ת דקטן אף לאחר זמן דהך ענינא דמכאן יצא נחיל זה א"צ עיון ודיוק כ"כ וליכא למיטע' במידי משא"כ לענין אמירתו שמת פלוני שהוא ענין שצריך הבחנה אז אם הוא לאחר זמן י"ל שלא דקדק היטיב בדבר אבל מ"מ הו"ל להזכיר מהתוספתא וליישבה כיון שהובאה בירושלמי נראה דסמכא הוא וכדי ליישב זה היה נלענ"ד דהנה ז"ל הירושלמי ר"ח ב"פ בשם ר' יוחנן מתני' בנחיל שנזלו מן ההליכה ובפורח ובלבד על אתר אבל אם יצאו וחזרו אני אומר מפני פתוי ויראה אמרו ובפני משה שם פי' שמן ההליכה על אותם שהלכו ויצאו מתוך שלו לתוך של חבירו ובהא הוא דנאמן דקנין דרבנן הוא ובפורח שעדיין מפריחין ולא נחו על השוכה ובלבד על אתר היינו כאוקימתת הש"ס שהיה מסל"ת ומיד כשראוהו אמרו ומסל"ת. ופירושו אין נלענ"ד והמעיין בירושל' דכתובות יראה דשם איתא אמתני' אלו נאמנין להעיד בגודלן כו' הא בקוטנן לא תמן תנינן נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה ובא את אמר הכין אמר ר"א ר"ח בשם ר"י לא אמר ריב"ב אלא על נחיל של דבורים שאין גזלו ד"ת תני ר"א ובלבד במפריח אבל בשוכו לא (בבעה"ע ראיתי דגרס אבל בשוכן לא והוא גירסא נכונה ותימה על הרשב"א בב"ק דמפרש שם הא דקאמר שם בירושלמי בפורח ר"ל קטן פורח שיש בו דעת והא ליתא כמבואר בירושלמי דכתובות) ודבר פשוט לענ"ד דט"ס הוא בירושלמי דב"ק מה דאיתא שם שגזלו מן ההליכה וצ"ל מן ההלכה ר"ל שהיא מהלכות חכמים ותקנותיהם ולא מן התורה או שצ"ל שגזלו אינו מן ההלכה ור"ל רק תקנת חכמים בלבד והוא ברור ומ"ש דמה שאמר הירושלמי ובלבד על אתר היינו תירוץ

הש"ס דילן דמוקי במסל"ת ובפורח היינו בעלים מרדפין קודם שנרו אי נלענ"ד דמי סני ליה להירושלמי למימר ובלבד במסל"ת ולא למנקט חילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן אלא נראה דהירושל' מפרש דמתני' מיירי אף במתכוונים להעיד ומ"מ כיון שאינו רק קנין דרבנן מועיל עדותן וזה מוכח מדפריך הא בקוטנן לא תמן תנינן כו' וע"ז משני לא אמר ריב"ב אלא בנחיל שאין גזלו ד"ת מבואר דאף במתכוין להעיד דומיא דהא דאלו נאמנין להעיד בגודלן כו' נמי מהימני וכ"נ מהתוספתא דכתובות דחשיב התם הא דנאמנת אשה וקטן בין שאר דברים דקאמר התם נאמנין לומר כו' ומיירי אף במתכוונים להעיד. ולפ"ז א"ש מה שלא כתבו הרמב"ם והטור חילוק התוספתא והירושל' בין לאלתר ובין לאחר זמן וגם השמיטו החילוק בין מפריח ובין שוכן ומשמע מדבריהם דאפילו בשוכן נמי נאמנים ולפמ"ש א"ש דאינהי נקטי אוקימתא דתלמודא דידן דמוקי לה במסל"ת ובכה"ג בכל גווני מהימני ונראה שזה דעת הא"ז בשם ראבי' שהביא בתה"ד שכתב דבשאר מילי מדרבנן בעודן קטנים הימני' רבנן אפילו להעיד והיינו משום דהירושלמי מפרש מתני' אף במתכוין להעיד נאמנים בדרבנן וס"ל דמאי דמשני בש"ס דילן שאני נחל דקנין דרבנן הוא ר"ל ואז אפילו בלא מסל"ת מהימן וזה נראה ג"כ שיטת הרי"ף שהשמיט אוקימתת ר"י דמוקי כגון שהבעלים מרדפים כו' וס"ל דלפום מה דמשני דנחיל קנין דרבנן בכל גווני מהימן (אלא שצ"ע בלשון הש"ס דפריך ובדאורייתא לא כו') וכדברי הירושל' ובמ"ש א"ש דברי הא"ז שהביא שם שכתב וז"ל הראב"ן כתב דקטן מסל"ת לאלתר כשר לעדות אשה וראבי' כתב דאפילו אח"ז סמכינן אקטן בעדות אשה מסל"ת אבל במתכוין כו' משא"כ בשאר מילי דרבנן דבעודן קטנים הימנוה רבנן אפילו להעיד עכ"ל ולכאורה הך סיומא אינו ענין למאי דעסיק ביה דפתח בענין לאלתר וסיים בענין מתכוון להעיד ולפמ"ש י"ל דראב"ן למד מההיא דנחיל דמצרכינן ביה לאלתר א"כ ה"ה לעדות אשה לאלתר בעינן ואע"ג דבעכו"ם לא בעינן לאלתר ולא חיישי' שעושה עצמו כמסל"ת מחמת יראה ופיתוי מ"מ בקטן נוח יותר לירא ולהתפתות וחיישי' וראבי' סובר דבמסל"ת א"צ לאלתר כלל והתם בנחיל שהוא מלתא דרבנן אף להעיד ממש נאמן והלכך שפיר יש חילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן דאל"כ כיון שמתכוין להעיד יש חשש יראה ופתוי משא"כ כשאומר מסל"ת ל"ח שמא מחמת יראה ופתוי עושין עצמן כמסל"ת ומקושר הטיב דברי ראב"י אך כבר כתבתי שלענ"ד ל"ש חשש יראה ופתוי בעדות אשה כלל כ"א בדבר שבממון:

והשתא לפום מה דכתיבנא שהתוספתא דמחלק בין לאלתר ובין לאח"ז במתכוין להעיד מיירי א"כ אין ראיה למהרי"ק כלל ואיכא למימר דבש"ס דידן דמוקי רב יהודה בבעלים

מרדפי' ומסל"ת מיירי שאין ידיעה להם מרדיפת הבעלים אבל אם ידוע כמתכוונים להעיד דמי אך ראיתי בבכ"' דף ל"ז אחר שהביא ש"ס דילן כגון שהיו הבעלים מרדפי והם מסל"ת כתב ודוקא כדאיתא בירושלמי הא בקוטנן לא תמן תנינן כו' והעתיק דברי הירושלמי מבואר מדבריו דאף במסל"ת צריך לאלתר דוקא משום דאל"כ חיישינן מפני יראה אמרו מבואר דאף בידוע שהבעלים מרדפים נמי הוי מסל"ת גמור דאל"כ מה לי לאלתר ומה לי לאחר זמן דמה יראה ופתוי שייך אם אין יודעין מרדיפת הבעלים כלל אלא ודאי דבכל גווני הוי מסל"ת והילכך בעינן לאלתר דוקא ואע"ג דהתוספתא מיירי שם בענין מתכוין להעיד מ"מ הך מלתא דנאמנת אשה כו' י"ל דמיירי במסל"ת דהא כמו כן קתני התם גבי שבויה הכל נאמנין אפילו בנה ובתה כו' והך מלתא מוקי בש"ס דכתובות במסל"ת וא"כ שפיר י"ל דהך דנחיל נמי במסל"ת מיירי כאוקמתא דש"ס דילן: אך דעדיין י"ל דאין ראיה מזה למהרי"ק דבלא"ה צריך ישוב מה שהקשו בתשוב' וביש"ש דמה פריך רבינא לרב אשי מנחיל דלמא ש"ה דמיירי בבעלים מרדפין והאריכו בזה ולפמ"ש י"ל ע"פ מ"ש בתה"ד שם ומה שהבאת ראיה מפרק הגוזל מדלא פריך אקטן והא מסל"ת לא מהימן אלא לאלתר תשובתך כו' ובלא"ה לאו דיוקא הוא משום דמצינו לתרץ דמיירי לאלתר ואע"ג דסתמא קתני והא דפריך בפ"ק דמציעא מדלא מפליג איירי לזמן מרובה היינו משום דאשכחן תנא דמתניתין דגיטין דמפליג בהדיא כו' ובההיא דנחיל לא אשכחו דמפליג בה כו' ע"ש:

ולפ"ז לפי מה שהבאתי דברי התוספתא דאשכחן דמפליג בה בין לאלתר בין לאחר זמן איכא למשמע מינה דמתניתין דקתני סתמא ע"כ בכל גווני מיירי מדלא מפליגו בה כדמפליג בתוספתא וכמ"ש מהרא"י דזהו דיוק הש"ס דב"מ לענין מצא גיטי נשים ולכך לא הוה מצי ר"י לאוקמי במסל"ת לחוד כיון דמיירי אף לאח"ז ואז יש לחוש שמא מחמת יראה ופתוי אומרים כן ועושין עצמן כמסל"ת כיון שהוא דבר שבממון שפיר איכא למיחש להכי ולכך הוסיף בה ר"י דברים דמיירי שבעלים מרדפין ולכן אף לאח"ז ל"ח דלמא מחמת יראה ופתוי אמרו כן כיון דהא קמן שהם מרדפין מסתמא האי קושטא קאמרי מה שהם מסל"ת דשלו הם אף זה דוקא לענין דבר שבממון משא"כ בעדות אשה דל"ח ליראה ופתוי וכמש"ל פשיטא דגם לר"י סגי במסל"ת לחוד והשתא שפיר קשיא ליה אדרב אשי דקאמר אין מסל"ת כשר כ"א בעדות אשה לבד משמע דבר איסור דומיא דעדות אשה נמי לא מהימן אע"ג דל"ש ביה יראה ולכך שפיר פריך ליה מנחיל דאע"ג דר"י מוקי לה בבעלים מרדפים היינו משום חשש יראה ופתוי אבל מ"מ עיקר הימנותא דידהו משום מסל"ת הוא ומשני דהתם קנין דרבנן הוא ומ"מ שפיר בעינן מרדפים דאל"כ

לא חשיב מסל"ת כלל דמחמת פתוי ויראה הוא והשתא א"ש הא דהרמב"ם והרא"ש והטור לא הזכירו חילוק דתוספתא והירושלמי דבעינן לאלתר ולפי מ"ש אתי שפיר כיון דכתבו אוקימתא דר"י דמוקי לה בבעלים מרדפין ממילא אף לאחר זה נמי מהימני והירושלמי דמיירי באין בעלים מרדפין ויש לחוש שמא מחמת פחד ויראה כיון דממונא הוא הוצרך לאלתר ונראה לענ"ד שלזה כיון הריב"ש סימן שפ"ב שכתב להוכיח דלא בעינן קישור דברים מהא דאמרי' והאיכא נחיל דמסל"ת הוא והתם אינו אומר רק מכאן יצא נחיל זה וחשיב ליה מסל"ת כיון שאומרים כן מעצמם בלא שאלה אלא שהצריכו עוד רדוף הבעלים ולא סגי בשיחת קטנים לפ"ת להך כיון דממונא הוא ועם רדוף בעלים סגי כיון דממונא דרבנן הוא כו' והנה לא ביאר הטעם דבממון לא מהני במסל"ת לבד אם לא בצירוף רדיפת הבעלים ולפי מ"ש הטעם פשוט משום דאל"כ אמרי' שמא אינו מסל"ת דבממון איכא חשדא דלמא מחמת שוחד בחיק או שוחד דברים למדו לשונם דבר שקר ולעשות עצמם כמסל"ת אך מפשיטת לשון הריב"ש נראה שדעתו דלענין ממון בעינן בעלמא עדות גמורה הלכך אף דהכא ממונא דרבנן אין להקל טפי כ"א בדאיכא מסל"ת עם רגלים לדבר ומ"מ פריך שפיר אדרב אשי דכיון דעכ"פ מהני כאן מסל"ת עם רדוף ממילא לענין איסור דקיל מהנאת ממון הול"ל דסגי במסל"ת לחוד שוב מצאתי בפר"ח י"ד סימן ס"ט כתב גם כן לחלק בין איסורא לממונא ורמז לדברי הריב"ש אלו וע"ש שכתב בשם הרי"ף שכתב גם כן בעלים מרדפין וז"א ברי"ף שלפנינו ואפשר שכוונתו לפמ"ש בשו"ת מהר"א ששון שחסר בדברי הרי"ף:

ועוד נלענ"ד דודאי אם האשה והקטן אומרים נחיל זה של פלוני הוא שזכה בו לא מקבלינן מנייהו אע"פ שהם מסל"ת דזה כמתכוין להעיד הוא וכמו בעכו"ם מסל"ת אם מזכירין לו אשה וכיוצא שיש לחוש שכוונתו להעיד כמו כן כאן וכ"ש הוא כיון דהוא מלתא דממונא דאיכא חשדא ולכך נקט במלתיה שנאמנים לומר מכאן יצא נחיל זה דדבר זה שפיר יוכל להיות שלא במתכוין כלל רק דרך שיחה בעלמא אלא דעדיין י"ל דמה יושיענו זה שאנו יודעים על ידיהם שמכאן יצא הנחיל כיון שלא ביחנו דבריהם לומר שהם של בעלים אלו א"כ עדיין י"ל דלמא מעלמא אתו להתם דהא משט שייטי טובא וכדאמרי' נפול הנמצא עי' סימן רס"ו והמקשן הוה ס"ד דל"ד נקט מתני' מכאן יצא נחיל זה ומיירי שהם מפרשים דבריהם שהנחיל הוא של פלוני בעל השדה שיצא משם ופריך עלה דלאו בני עדים נינהו ור"י מתרץ בבעלים מרדפים והם מסל"ת מכאן יצא נחיל זה ובכה"ג דבעלים מרדפים סגי לן במה שידענו מפי אשה וקטן מסל"ת שיצא הנחיל מתוך שדהו ורגלים לדבר דשלו הם מעולם ולאו מעלמא אתו לשם ובהכי א"ש בפשיטות

הא דפריך לרב אשי מנחיל דהתם נמי אנו מאמינים להם דמכאן יצא הנחיל ע"פ מסל"ת שלהם ועיקר מלתא דבעלים מרדפין אינו אלא שרגלים לדבר שהוא שלו ולא אתו מעלמא להתם וכ"מ מפירש"י ובהכי א"ש מה שהאריך ר"י והם מסל"ת מכאן יצא נחיל דהו"ל לתפוס דרך קצרה שהם מסל"ת דהא עלה קאי ולפמ"ש א"ש דאתי לאפוקי דלא תימא דמפרשי עדותן שהם של פלוני שיצאו משדהו לזה אשמועינן ר"י דז"א דמסל"ת ואומרים מכאן יצא נחיל זה ותו לא ומ"מ מהני מחמת דבעלים מרדפים וכמ"ש:

והנה בישׁ"ש דיבמות כתב להכריע בין הראב"ן וראבי"ה דאם הקטן מעיד לאח"ז אז צריך קישור דברים אבל במעיד לאלתר א"צ קישור דברים ולפ"ז לפמש"ל בשם הריב"ש דמשמע ליה דהך דנחיל בלא קישור דברים מיירי א"כ ל"מ מסל"ת לאחר זמן ולכך הצריך בתוספתא לאלתר ובש"ס דידן בעלים מרדפין כדי שיועיל אף בלא קישור דברים והשתא א"ש הא דפירש"י אדרב אשי אין מסל"ת כשר אלא לעדות אשה היינו שמעידין התינוקות כו' והיינו משום מדפריך עלה מנחיל ולכאורה קשה דילמא שאני נחיל דבעלים מרדפים אך דעיקר הא דצריך בעלים מרדפין משום דליכא קישור דברים וא"כ התם בשמע מן התינוקת דאיכא קי"ד ואפ"ה לא מהימן כ"א בעדות אשה בלבד שפיר קשיא ליה מנחיל ומצאתי קצת מזה בס' בית מאיר ואין להאריך ועיין בפ"י שמביא הקו' בשם הת"ח וכתב ג"כ לחלק בין איסורא לממונא ותו כתב דלהך בעי הכא בעלים מרדפין משום דסמכינן עלייהו לחוד בלא אחר עמהם ולענ"ד צ"ע דא"כ הו"ל להש"ס למפרך והא מפקינן ממונא אפומא דחד ואם המקשן היה סובר דמיירי שיש גדול עמו ור"י לא ניחא ליה הול"ל ותסברא כו' אלא ודאי דגם המקשן ידע דבחד סגי דקנין דרבנן הוא אלא דמ"מ היה סובר דב' עדות בעינן דאל"כ באשה וקטן י"ל דמחמת יראה ופתוי אומרים כן גם ר"י מודה ליה בזה אלא דמוקי לה במסל"ת ובעלים מרדפים ובאמת כל היכא דסגי במסל"ת סגי בחד לחוד עיין בט"ז י"ד סימן צ"ח ואע"פ שדבריו צ"ע אין כאן מקומו להאריך:

וראיתי בספר שב שמעתתא שחיבר הגאון בעל קצה"ח שכתב ע"פ מ"ש מהר"מ בתשובות מיימוני להוכיח דאע"פ שהבעלים מרדפין הוי מסל"ת דאל"כ בכל עכו"ם שיודע דת ישראל כו' אע"כ מתוך חומר כו' וכיון דמסל"ת מתוך חומר כו' אמרינן אשה דייקא ומנסבא וא"כ אין לך רגלים לדבר יותר מזה ואפ"ה דוקא בעדות אשה מהימן אבל בשאר דוכתי לא אע"ג דיש רגלים לדבר ולכך פריך מנחיל ע"ש ולכאורה ז"א דאדרבא י"ל דמה"ט גופא קאמר ר"א דאין מסל"ת כשר כ"א בעדות אשה והיינו משום דאשה דייקי והוי רגלים לדבר ולכך במסל"ת לחודיה מהימן משא"כ במלתא אחריתי דליכא

רגלים לדבר מהך מלתא גופא לא מהימן מסל"ת כ"א בצירוף מלתא אחריתי שהיא רגלים לדבר כגון בנחיל בעינן בעלים מרדפין וכ"כ בשו"ת הרא"ש דדוקא בעדות אשה התירו במסל"ת משום אשה דייקא ולא בעדות שבויה ע"ש ואפשר שי"ל דרבינא מדייק דדוקא בעדות אשה דאיכא חזקה דדייקא דהוא חזקה גדולה דמרעא לחזקת א"א אבל היכא דליכא חזקה כי האי רק רגלים לדבר קצת כגוונא דבעלים מרדפין ל"מ ושפיר קשי' לים מנחיל והוא דחוק. שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סימן שכ"ב לתרץ קושי' הנ"ל והנלענ"ד כתבתי. ותבנא לדיננו שנראה מדברי תשו' ראשונים ואחרונים דמסקנתם להקל אף בידוע לעכו"ם החיפוש וכבר כתבתי שכן מוכח מדברי בעה"ע וכ"כ הריטב"א בכתובות וז"ל ובפ' הגוזל האמינו קטן כו' משום דהתם קנין דרבנן הוא ובכה"ג שהבעלים מרדפין אחריהם והם מסל"ת רגלים לדבר דקושטא אמר והוא שאומר כן לאלתר כדאיתא בירושלמי עכ"ל מבואר מזה דאף במסל"ת ומרדפין לאלתר בעינן משום דאל"כ חיישינן דלמא מחמת יראה ופתוי אלמא דמיירי אף שידוע להם שבעלים מרדפין וכמש"ל וגם בלא"ה נלענ"ד דדוקא היכא שהעכו"ם מגלה לנו המיתה אז היה מקום לומר דהוה כאמרו אי' חברינו כיון דמחפשין אחריו ואף בזה ס"ל דל"ח למלתא כל שלא נשאל אותו העכו"ם גופיה וכמ"ש ג"כ הצ"צ הביאו הרב המשיב נ"י אבל בזה דאנו רואין איש לפנינו מוטל מת על שפת הנהר ודרך הגזלנים להיות רבים קמים עליו וכ"א אומר כמו ששיער בנפשו מי הוא האיש הלזה ופשיטא דכל שאומר דרך מסל"ת פלוני הוא דשפיר מהימן שהכירו שהוא פלוני דבשלמא התם בעובד' דמהר"מ י"ל דדבריו הם כאילו בא להשיב על החיפוש משא"כ בזה שנראה בעליל לארץ וחמו חפש מחופש זולת כי הם מגלים דעתם שזה הנמצא הוא פלוני וכיון דחזויה לאלתר שפיר מהני:

אלא דעדיין יש לפקפק מצד שידעו מהטביעה שלדעת הרבה פוסקים אף לאלתר ל"מ ולכאורה היה מקום להקל בזה ע"פ מה שנראה מהריב"ש סימן שע"ח דאפילו לדעת בעהמ"א דמחלק בין ראה הטביעה ואין עיקר החשש אלא שמא באמת לא מת רק המים בלבלוהו ונדמה שמת וס"ל דאסקוה קמאי לא הוה כמו קברתיו ולכך הוצרך לאוקמי ההיא דדגלת בלא ראה הטביעה אבל חשש בדמי דצורה לכ"ע אין כאן אפילו בראה הטביעה כיון דחזינן לאלתר וא"כ בנ"ד דזה האיש שהכירו העירילים לאלתר קאמרי שהוא אייזק גם קבורה היתה לו אין כאן חשש מחמת ידיעת הטביעה כלל אך דברי הריב"ש נפלאו בזה דא"כ מאי משני וקאמרי סימנין הא התם מיירי לדעת בעהמ"א בראה הטביעה ויצאו חנם היו סימנים שאין בהם מועיל רק להורות שאלו בעליהן של אלו ולזה לא הוצרכנו שהרי לא חזינהו לאלתר ועיקר החשש שמא לא מת נשאר מע"ל

כיון דאסקוהו קמן לא הוה כמו קברתיו וטפי הול"ל דמיירי דאמרו קברנום וגם דבההיא דדגלת משמע שההכרה דשושבין לא היה רק להעיד שהוא בעל האשה והיינו דמייתי לה למפשט האבעי' דריב"ב לקולא אבל לעדות מיתה לא הוצרכנו שראוהו ב' וכל ישראל מוטל מת ולא קמה בו עוד רוח וא"כ מאי דוחקי לאוקמי' בלא ראה הטביעה דאף דנימא דאסקוה קמאי ל"ה כמו קברתיו היינו לענין שנדע מיתתו בודאי וזה לא הוזקקנו לעדות השושבין כלל:

אך ראיתי בתשו' הר"ן סימן ע"א שכתב דודאי לא בעינן דלימא דוקא קברתיו אלא כל שהוא אומר דברים שאין לתלות שיאמר אותו בדדמי בההיא סגי דהא בעובדא דדגלת לא אמר קברתיו ואפ"ה אסבוהו לדביתהו דבמת לחוד הוא דחיישינן דאמר בדדמי כו' נראה מדבריו דמפרש ג"כ דהא דדגלת סמכו על עדות השושבין לענין עדות המיתה וא"כ הריב"ש אזיל בשיטת הר"ן רבו ז"ל ונראה שהריב"ש למד לפרש כן דברי בעה"מ ממ"ש אח"כ בשם הרמב"ן במלחמות דאם כדברי בעהמ"א כי פשיט שעובדא דת"ח הו"ל לאוקמי בדאמרי נשים קברנום דמזה משמע דאי הוה אמרי קברנום סגי אף בלא סימנים ונראה דהרמב"ן לטעמיה דנפשיה קאמר דאיהו ס"ל דל"ח בדדמי בצורה כלל כיון שרואה לאלתר והא דהוצרך לאוקמי דקאמרי רבנן סימנין היינו מחשש בדדמי דאשה צריך לומר סימנין מוצנעין ול"מ לזה מה שאומר העד קברתיו וזהו שבא הרמב"ן להוכיח שם דאי תימא דקברתיו מהני ע"כ דהיינו משום בדדמי דעד על המיתה ולזה מהני ליה קברתיו א"כ ל"ל סימנים נימא דמיירי דאמרו הכרנום וקברנום אע"כ מדהוצרך לאוקמי דקאמרי סימנים ע"כ דהאיבעי' משום בדדמי דאשה וא"כ אפשיטו בעיין מהך דכרקום דל"ח לבדדמי דאשה כך הם דברי הרמב"ן בזה אבל מ"מ לא בא לסתור בזה שיטת בעהמ"א דאיהו ס"ל הא דמוקמינן דאמרי סימנין היינו אף שאין מוצנעין רק להוציא החשש בדדמי דעד שטועה בהכרתו בט"ע וסובר שזהו הוא ולזה מהני סימנים ולדידיה לק"מ דלוקי באמרו קברנום דמה יושיענו זה דמ"מ חשש בדדמי על הצורה איכא:

והנה בנ"ב מוכיח דידע הטביעה הוה כראה דאל"כ תיקשי על הרז"ה כו' ומצאתי תשו' א' בתשו' כ"י שת"י מהגאון בעל מג"ש ופ"י ז"ל שכתב וז"ל אלמלא שאיני כדאי הייתי אומר דלדעת הרא"ש אותן האנשים שלא ראו הטביעה אפילו שמעו הטביעה שנטבעו לא אמרי בדדמי דלא אשתמיט הרא"ש לחלק בין שמעו הטביעה גם כיון שדברי הרא"ש הוא ליישב מנהג העולם שתמהו עליהם התוס' איך משיאין נשי ב"א שנטבעו בט"ע בלא סימנין ובזה מחלק הרא"ש בין ראה הטביעה ואם היה מצריך הרא"ש דלא לישמע ג"כ ע"ז היתה התמיהה קיימת דמעשים בכל יום שטובע א' בנהר ומוצאין אותו מיד

ומכירין אותו בט"ע ומתירין את אשתו כאשר ראיתי כמה מעשים ופשיטא דלפ"ז היינו צריכין לדקדק אם לא בא הקול שנטבע ופשיטא שכשראוהו שטבע יצא הקול מיד ואפי' אם נמצא מיד והכירוהו חושש הרא"ש לאותן שראו כמ"ש הטור בהדיא אבל אם תלוי בראיה לחוד א"ש דלא שכיח שאותן שראו שטבעו ראוי ג"כ העליה ומעידים ומסתמא שכיח שאחרים ג"כ מעלים אותן ולכן כתב הרא"ש ליישב מנהג העולם בזה דכן הוא הרגילות ולפי דעתי אין ספק בזה שהוא מעשים בכל יום כמ"ש אבל מה אעשה שהגאון בעל ת"ה אין דעתו כן שהרי לא סמך על כתב הבחור שלא ראה הטביעה ואפשר שהוא מחלק בין הכרת פנים לעדות מיתה דהכרת פנים אותן שלא ראו מעידין אע"פ ששמעו מטביעתו אין אומרים כשהעלוהו זהו אם לא שברור להם דאע"ג שברור להם כעת כיון שטבע מ"מ מאן לימא לן שזהו שהעלוהו דלמא אינש אחריני טבע ג"כ אבל אנשים שראו אומרים מסתמא זהו אבל לענין להעיד שמת אפילו מחמת קול בעלמא אמרי מסתמא מת כיון שטבע עכ"ל וראייתו מדברי הרא"ש נכונה מאוד אבל מ"מ לא ביאר לנו החילוק בין שמיעה לראיה דכיון דעכ"פ אנו אומרים שמחמת ששמע שטבע אומר שמת א"כ ממילא הוא חושב שזה האיש מת כאן ולמה לא נאמר שאומר בדדמי שזהו שהעלוהו ולמה לא תהא שמיעה גדולה כראיה לענין זה ולכן נלענ"ד לידון בדבר החדש דבאמת הך סברא שהמציא הרז"ה לחלק בין ראה הטביעה צריך ביאור דמה בכך שראה טביעתו של זה משום הא יאמר בדדמי אף שלא נדמה ממש כצורת האיש הזה והלא הוא יודע כי פעמים רבות נטבעו שם אחרים ולמה ידמה לו כי הוא זה אלא נראה שכוונתו דמיירי שראה הטביעה שזה נטבע כאן באותו מקום וכאן נמצא לבבו אומר לו שזהו שאבד זהו שנמצא דאטו כל מאן דטבע בהאי דוכתא קא טבע ולכך שפיר אמר בדדמי אבל בנטבע כאן ועלה במקום אחר שרב הדרך ביניהם אע"ג דאיכא למימר חרפתא דנהרא נקיט ואתי ונתגלגל משם לכאן מ"מ כמו כן יוכל להיות שזה שעלה כאן אחרינא הוא שנטבע באותו מקום עצמו ולא מעלמא אתי ולפ"ז החילוק בין ראויה לשמיעה מבואר דאם שמע הטביעה אלא שלא שמע על בוריא איה אפוא נטבע זה האיש אם קרוב למקום המציאה או רחוק ממנו לא אמר בדדמי דשמא האי גברא ששמע מטביעתו לא נטבע במקום הזה כלל והאי דאסקוהו אחרינא הוא והך עובדא דב' ת"ח משמע שנמצאו באותו מקום עצמו שנטבעו ולכך הוצרך לאוקמי דקאמרי סימנין וההיא דדגלת נמי משמע ליה דבכה"ג הוא שנמצא במקום הטביעה דהא אסקוהו אגישרא דשבסתונא שהוא על נהר דגלת ולכך מוקי לה שהשושבין לא ראה הטביעה ואה"נ דאפשר שזה נטבע בדגלת רחוק מהך גישר אלא דכיון דהש"ס נקט בסתמא וא"כ אפשר נמי שהיה בקירוב מקום לכך ניחא ליה טפי

לאוקמי בלא ראה הטביעה או ראה ומ"מ לא נמצא שם רק במקום אחר ל"ח לבדדמי כלל ודוקא כשנמצא באותו מקום דמימר אמר כאן נמצא כאן היה מקום טביעתו והאי גברא הוא ולא אחרינא וא"כ בנ"ד אפילו תימא דכל הערלים שבכפר שמעו מהטביעה דקלא אית למלתא מ"מ מה"ת לחוש ששמעו בפירוש מטביעת האיש אייזיק דגם אותם שהיו עומדים שם אפשר דרפוי הוה מרפי' בידייהו מעיקרא שאע"פ שהכירוהו ע"י היארמילקי מ"מ מאן לימא לן שהוציאו קול ברור על זה האיש אייזיק מחמת הכרת היארמלקי שנראה שלא היה רק אומדן דעת בלבד ודבר פשוט הוא דכל שלא יצא הקול בפירוש על האיש הלז דל"ח למידי אלא דאפילו תימא שהקול נתפשט בפי' שזה האיש אייזיק נטבע מ"מ פשיטא דאין הכרח לומר שנודע לכל באיזה מקום נטבע אלא סתמא שמעו שהאיש הזה נטבע ובכה"ג י"ל דכשלא שמעו הטביעה וכדכתיבנא:

שוב ראיתי בשו"ת נ"ב סימן מ"ג שכתב להיפך דהך דדגלת דאסקוה אגישרא היינו שלא במקום הטביעה ולכך פרט הש"ס מקום טביעתו והמציאה ע"ש באורך ולענ"ד אינו מוכרח והא דפרט מקום הטביעה והמציאה לומר לך שלא הוצרכו להוליכו מאותו מקום שנטבע שם אל איזה עיר הסמוכה אלא חזיוה בשעתא דאסקי' דשם אגישרא נזדמן שושביני' המכירו וכן ההיא דטבע בכרמי בכה"ג הוא דגם בס"ד דבעי למפשט הבעי' מהכא נמי מודי להא דחזיוה בשעתי' בעינן ובהכי א"ש מה שהקשה בנ"ב בהא דדגלת מנין לנו לומר שהוא אחר ה' ימים והוצרך לדחוק דמיירי שע"י סימנים יודעין שזה שנטבע זהו שהועלה ולפמ"ש א"צ לזה כיון דמיירי שנמצא במקום טביעתו אין לנו לתלות באחר כלל ואמרינן זהו שאבד זהו שנמצא והרי הוא אחר חמשה ימים ומ"מ הוצרכנו להכרת השושבין דבשעת הטביעה לא היה ידוע לנו מי הוא הנטבע וכמ"ש בנ"ב שם וכ"כ בעהמ"א שהלשון מוכיח בהאי דדגלת דלא ראה הטביעה אך מצאתי בערוך ערך כרם בפ"ב דיבמות ההוא גברא דאיטבע בכרמא ואסקוהו אבי חיורי פי' אלו שני מקומות על שפת נהר אחד עכ"ל מבואר מזה כמ"ש בנ"ב דהטביעה והמציאה לא היו במקום אחד ולפ"ז מוכח דאף בכה"ג שייך בדדמי דאל"כ ל"ה צריך למימר דהתם מיירי בלא ראה הטביעה אבל מ"מ אינו מוכרח דהתם אעובדא דדגלת קאי וכיון דסתם לן הש"ס ולא פי' אם היה רחוק מן הגישר' דבשיסתנא אם כן משמע דאף במקום קרוב התירו רבא לזה אמר הרז"ה דלא ראה הטביעה דבלא"ה התם מיירי בלא ראה הטביעה כמ"ש הנ"ב שם:

ומ"ש הנ"ב ראיה מתשובת הרשב"א שכתב משעה שהוא יודע שטבע או שירד למלחמה ולא שב מחשב שהוא מת כדרך שמתו האחרים וסומך על הדמיון ומעיד ואפשר שלא

מת כו' כבר כתבתי בשם הגאון מג"ש לחלק בין בדדמי על המיתה בין בדדמי על ההכרה וכבר כתבתי שאם נימא שאמר בדדמי על ההכרה אם ראה הטביעה לפ"ז גם בשמע י"ל כן לפי שע"י שמועתו על הטביעה הוא מחשב שמת וממילא דאומר בדדמי על הצורה ואפשר לחלק דכשאומר סתם שמת במים והוא ידע הטביעה שפיר אמרי' דמחשב שמת כיון שרובן לאיבוד וכן אם ראה שטבע ועתה העלו איש א' לפנינו אמר לו לבו שזהו הוא ואינו נותן לב לדקדק בהכרתו כיון שעיניו ראו שזה נטבע משא"כ אם הוא עצמו לא ראה הטביעה רק ששמע מפי אחרים ועתה העלו איש א' לפנינו אדרבא הוא נותן עינו אגבו לברר שמועתו אם אמת הדברים שנטבע זה אם לאו וכל שהוא רואה שינוי במקצת מה"ת יתלה שזהו הוא כיון שעדין לא נקבע בלבו שהשמועה ששמע הוא אמתית ושמא המגיד כיחש לו וכיון דאית ליה ספיקא במלתא דלמא אין השמועה אמת ושמא האי גברא אחרינא הוא שהרי יש בו שינו' לא תלוי השינוי מחמת המים שמשנים קצת ולא עביד דאמר בדדמי ובודאי קושט' קאמר וגם דנראה מ"ש הרשב"א דמשעה שיודע שטבע היינו ע"פ ראייתו או עכ"פ ידיעה אמתית שאינו מסתפק בה כלל אבל בידיעה בעלמא בלא ראיה אינו סומך ע"ז לומר שזה מת ומכ"ש שאינו אומר שמכיר צורתו אע"פ שרואה איזה שינוי כיון שאין ידיעתו ברורה ועוד יש לצדד לפי מ"ש בק"ע בשם מהריב"ל והמבי"ט דבשני עדים אף בפסולים לא אמרי בדדמי ולפי דבריהם י"ל קושית הרשב"א על שיטת הרי"ף דבעין בקברתיו דאם כן מאי קאמר והא נשים כו' דהתם ס"ד בדלא אסקונהו ובעדות טביעה לחוד מהימנא ועדות טביעה כמת סתם במלחמה אלמא במת סתם מבעיא לן וע"ז כתב דאפשר מכח כ"ש קא מייתי ליה דאפי' בסתם השיא רבי נשותיהם כ"ש במת וקברתיו ולכאורה מעיקרא לק"מ דלפי הס"ד דבעדות טביעה לחוד מותרת היא מה בדדמי שייך בזה כיון שעכ"פ ראו הטביעה וצ"ל כיון דהש"ס מייתי לה למפשט האבעיא דאף היכא דאיכא חשש בדדב גבי האשה ולא דייקי נמי שרי' א"כ ע"כ דגם הכ' שייך חשש בדדמי לומר משנתוודע לה שטבע ע"י שנשברה ספינתו בים וכיוצא תו לא דייקא לידע אם שהה עליו כדי שת"נ ואמרה לנפשה ודאי מת וכמ"ש הפוסקים א"כ האי בדדמי שייך ג"כ על העד עצמו ולא ס"ל לחלק דדוקא האשה י"ל שאמרה בדדמי משנתוודע הטביעה אף שלא תדע אם שהה כשת"נ משום דשוב סומכת על העד שאומר ששהה משא"כ העד שלא עשה כזאת לומר שמת אם לא שעכ"פ שהה כשת"נ דז"א כיון דאנן אמרינן דאשה דייקא ואינה סומכת על העד א"כ כל שאינו נופל תחת סוג בדדמי בעדות העד גם האשה לא תאמר בדדמי וכיון דלהרי"ף גם העד אם לא אמר קברתיו חיישינן ליה דלמא אמר בדדמי א"כ גם בעדות טביעה איכא

למיחש דלמא אמר בדדמי ולזה הוצרך הרשב"א לתרץ דמכח כ"ש פריך אך לפמ"ש דעת הפוסקים דבב' פסולין לא אמרי בדדמי א"ש אליבא דהפוסקים דמפרשי כהרי"ף דבעיין לענין קברתיו דשפיר פשיט מהתם דלענין נאמנות מאה כחד דמיין ומהימני וא"כ בקברתיו נמי ע"א מהימן ומ"מ דוקא בקברתיו אבל בלא קברתיו לא ואע"ג דהתם בעדות טביעה לחוד מיירי מ"מ כיון דהתם כמה נשים העידו ל"ח לבדדמי כמו בע"א בקברתיו ומ"מ אין להוכיח מהרשב"א שהוצרך לדחוק דמכח כ"ש מייתי לה משום דהרשב"א התם קאי לשיטת הרי"ף גופיה דס"ל אף בשני עדים כשרים שייך חשש בדדמי ומכ"ש בפסולין אבל לשאר פוסקים אע"ג דקיימי בשיטת הרי"ף בהא דמפרש האבעי' בקברתיו מ"מ לא קיימו כוותיה בהא דשנים אומרים בדדמי וגם בפסולין נמי לא אמרי בדדמי ומיושב קושיית הרשב"א בפשיטות. והנה הרשב"א שם כתב ומ"מ מדקאמר והא נשים אפי' מאה כחד דמיין משמע דשנים כה"ג לכ"ע מהימני דעדים לא משקרי ולא אמרי נמי בדדמי כו' ור"ל דמשמע דאי הוה קתני בהך ברייתא והשיא נשותיהן ע"פ עדים ל"ה מצי למפשט מהכא וז"א דאכתי הוה מצי למפשט כיון דחזינן דע"פ עדים שרי' ול"ח דאמרי בדדמי א"כ בע"א נמי שרי' דהא אשה דייקא הוה כעדים וכמו דלא אמרי' בדדמי בעדים כמו כן נמי לא אמרינן באשה גופה דלהרי"ף לענין בדדמי אשה עצמה ועדים שווים הם אע"כ דוקא באשה חיישינן לבדדמי שלא תתעגן אבל בעדים לא ולכך שפיר דייק הש"ס דכיון דנשים כע"א דמיין ואין נאמנותם כ"א מחמת דייקא מוכח דגם האשה לא אמרה בדדמי אבל א' הוה נקט בברייתא עדים ל"ה מצי למפשט מיניה מידי ולפ"ז מצינן למימר דהש"ס סובר דהעד אינו אומר בדדמי כלל משא"כ אם נאמר דהעד אומר בדדמי אז בשני פסולין נמי אמרי בדדמי. וראיתי בס' מנחה חדשה תשו' א' ממחו' הגאון החסיד האב"ד ק"ק פ"פ דמיין ז"ל שכתב להוכיח מהרא"ש דאף בפסולין לא אמרי בדדמי דהפשטן לא מיירי בקברתיו ומזה הוכיח הרא"ש דכשרים לא אמרי בדדמי ולפי זה מוכח דאף בפסולים מהני דאל"כ א"נ דמהימני הא אמרי בדדמי אע"כ בשנים לא אמרו בדדמי אף דלענין נאמנות הם כע"א ולפמ"ש בשם הרשב"א אין מזה הוכחה דבאמת הפשטן בעי למפשט דבכל גווני ל"ח לבדדמי בין לענין האשה בין לענין העדים ואפי' בלא קברתיו מהימן ולפי מה דדחי מהתם הדרינן למלתיה כמו דס"ל לבעל האבעי' דודאי חיישינן לבדדמי ומההיא דדגלת איפשיטא לענין דסמכינן על עדות העד בלבד בלא דייק דידה והיינו כשאומר קברתיו אבל באיכא חשש בדדמי אף בעדים פסולין נמי איכא הך חששא וא"ל דלפי מה דדחי הפשיטות חיישינן לבדדמי אף בכשרים ז"א דמוכח דיש חילוק בין כשרים אף לפי מה דקאמר בעל האבעי דחוששין לבדדמי דאל"כ

למה קאמר דוקא והא נשים כע"א דהא אפילו היו כשרים הוי מצי למפשט אלא ע"כ דיש חילוק בין כשרים לפסולים איברא שי"ל דהפשטן לא רצה לתפוס בפשיטות דכיון דמים כמלחמה דמי מוכח דל"ח לבדדמי משום דאכתי הוי מצי דחי דלא תפשוט מהתם רק לענין עדים אין אומרים בדדמי והלכך היכא דהעדים מצד עצמן נאמנין ליכא למיחש משא"כ בע"א דאפשר דא"נ רק מכח דיוקא דהאשה והיא אומרת בדדמי ולכך הוצרך לומר דנשים כע"א דמיין לענין נאמנות וממילא מוכח דל"ח לבדדמי דהאשה אבל למאי דדחי התם אסקינהו כו' א"כ מצינו למימר דאמרינן בדדמי אף בעדים ואין חילוק בין כשרים לפסולין כלל והאבעי' אף היכא דליכא בדדמי גבי העד כלל:

ולכאורה אפשר לומר דמאי דמתרץ הרשב"א דהפשטן פשיט טפי ממאי דמיבעיא ליה דאף בלא קברתיו ל"ח אינו מוכרח אלא אפשר לומר דהפשטן היה סובר דמיירי שהנשים העידו ששמעו מפי שני כשרים שאלו נטבעו ובכשרים אין חשש בדדמי ומ"מ כיון דהנשים גופייהו לענין נאמנות כע"א דמיין ואנו צריכין לדיוקא דהאשה שפיר פשיט מינה דע"א במלחמה מהימן דמה בכך דהנשים אומרים מפי שנים דבאמת בע"א במלחמה האיבעא אתיא בע"א מעיד מפי שנים דדלמא משקר והיא לא דייקא:

ולפ"ז שפיר יש לחלק בין כשרים לפסולים דבפסולים האומרים מפי עצמם שייך בדדמי אף גבי עובדא דת"ח הוי ס"ד שאומרים מפי אנשים כשרים דאז ליכא חשש בדדמי אל העדים שפיר פשיט דאין חשש מחמת בדדמי דאשה אבל מ"מ אין להעמיד זה בלשון הרא"ש. וראיתי בדברי הרב המשיב שתמה על שיטה זו שהרי לרש"י והרז"ה האיבעי' אם העד אומר בדדמי ואפ"ה לא אמרינן דמאה נשים כחד דמיין ועיין בספר בני יעקב ושו"ת נ"ב המה ראו כן תמהו ג"כ בזה ולענ"ד נראה דע"כ לא קאמר המבי"ט הך סברא אלא לענין בדדמי דצורה שדבר רחוק שידמה לשני אנשים שזה האיש הוא פלוני וכמ"ש בנ"ב ע"ש משא"כ השתא בס"ד דקאי על עדות הטביעה דס"ד דטבע במשאל"ס האשה מותרת וע"כ החשש בדדמי דדלמא ראו שנטבעו ולא שהו עליהם כדי שת"נ ואמרי בדדמי דמסתמא נטבעו פשיטא דדוקא בשני עדים כשרים הוא דל"ח להכי כיון שהתורה האמינתם בכ"מ מה שאין כן בפסולין פריך שפיר דמאה נשים כע"א דמיין דיש לחוש שמחמת שראו הטביעה אומרים בדדמי שבודאי מתו ובהכי א"ש נמי מה שהקשה בנ"ב לשיטת הרא"ש והרז"ה (מ"ש לשיטת הרא"ש נראה שהוא ט"ס דאע"ג דהרא"ש סובר חילוק דראה הטביע' מ"מ בפירוש האבעי' ס"ל דאף בקברתיו מבעי' ליה מחמת בדדמי דהאשה כמבואר בריש דבריו להדיא) דמאי פריך דלמא מיירי שהנשים העידו ששמעו משני אנשים ולפי מ"ש י"ל כיון דע"כ לדעת הפשטן הך בדדמי מחמת שראו הטביעה

הם אומרים שקר ששהו עליהם כשת"נ א"כ מה שיאמרו ששמעו מפי אנשים ששהו עליהם ג"כ שקר ואם נפשך לומר דכיון שאומרים מפי אחרים א"כ הם לא ראו הטביעה כלל ולא אמרי בדדמי אם כן עדיפא הו"ל לאקשויי על הפשטן דמוקי דקאמרי סימנין דהו"ל לאוקמי דלא ראו הטביעה וזה באמת קושיית הרמב"ן ולדעת הרז"ה ע"כ לומר דלישנא דברייתא הוי משמע ליה דהנשים ראו הטביעה וכמבואר בלשון הרז"ה ע"ש וא"כ לק"מ:

איברא מאי דכתיבנא דלפי הס"ד במשאל"ס מיירי ושייך בדדמי דשמא לא שהו לא משמע כן בדברי הרא"ש במ"ש להשיב על הראב"ד דמייתי מעובדא דחסא כו' ואין נ"ל ראיה דמשיל"ס ל"ד למלחמה דל"ש בדדמי כיון דעומד ורואה כל סביבות המים כו' ופשוט לענ"ד דהרא"ש דנקט במלתיה משיל"ס מוסבים כלפי מ"ש הראב"ד ללמוד משיל"ס לכתחלה ממשאל"ס דיעבד וע"ז כתב הרא"ש דמים שיל"ס ל"ש בדדמי לענין לכתחלה וממילא דא"ש גם לענין משאל"ס דיעבד דכי הדדי נינהו אבל ודאי דאין כוונת הרא"ש לחלק לענין זה בין משאל"ס למשיל"ס שהרי עיקר הראיה מהא דטבע חסא דחזינן דלא חששו לבדדמי כלל ולא הצריכו קברתיו וע"ז השיב הרא"ש דהתם ל"ש בדדמי כו' אלמא דאף בכה"ג שהוא משאל"ס ל"ח לבדדמי דשמא לא שהה כדי שת"נ וזה ברור וראיתי להרב המשיב נ"י שכתב בשם המפורשים דיש חילוק בין משיל"ס ובין מים שאל"ס דבשאל"ס אין דרך לשהות כ"כ ולא ידעתי למה דאדרבא בשביל שרוצה לראות דלמא יצא למרחוק הוא שוהה יותר מתיצב לדעה מה יעשה לו וצופה ומביט עד סוף המקום שיוכל לראות שם וצופה הייתי ואין מבדיל בין מים למים כ"א לענין חששא זו שמא יצא ברחוק מקום דלא שלטה ביה עינא דרואה ולכך לא מנסבינן לה לכתחלה אבל לענין בדדמי אין לחלק כלל וכמ"ש דהכי מוכח ממאי דדחו עובדא דחסא וע"כ שעיקר כוונתו אינו רק לומר דלענין טביעה ל"ש בדדמי וכן מוכח לענ"ד דאל"כ לשיטת הרי"ף דאף בשני כשרים שייך בדדמי א"כ הא דינא דמשאל"ס אסורה מחששא שמא יצא מרחוק או שמא נכנס למחילה של דגים וכה"ג היכי משכחת ליה דת"ל משום חשש בדדמי ומכ"ש בע"א בעובדא דחסא וזה באמת תמיהת הראב"ד על הרי"ף א"ו דבענין עדות הטביעה אין חשש בדדמי על העדים ולפי זה צ"ל בס"ד דש"ס דמיירי בעדות טביעה לחוד החשש בדדמי הוא רק על האשה דשמא הנשים משקרים במה שאומרים ששהו והאשה לא דייקא דמכי שמעה שטבע היא סומכת על העדים שאומרים ששהו אבל העדים אין אומרים בדדמי לענין זה ולפ"ז הדק"ל על הרא"ש דמאי קשיא ליה על הרי"ף דבתרי אמרינן בדדמי מדברי הפשטן דהא בלא"ה ל"ש התם בדדמי לגבי העדים רק לגבי

האשה עצמה ונלענ"ד דהרא"ש ס"ל דכל דל"ש בדדמי לגבי העד לא אמרי' בדדמי גם לגבי האשה דגם היא אינה אומרת אל לבה שמת אם לא דדייקא ששהה עליו כדי שת"נ וזהו מוכרח דאל"כ הו"ל להש"ס לאסוקי למלתיה למפשט בעיין מעובדא דחסא דל"ח לבדדמי דהאשה ואף שיש לדחות זה דהא להרי"ף נפשטה האבעי' מדגלת ואפ"ה לא מייתי ליה הש"ס הכא וסמך על הסוגי' הנאמרת במקומ' אך מסברא פשיט' לי' להרא"ש דאין לחלק בזה בין העד או האשה כלל ולפי זה קשה מאי פריך והא מים כמלחמה דמי דהא באמת למאי דס"ד דמיירי בעדות טביעה ל"ד כלל למלחמה וגם קשה דמאי דעתיה דהפשטן אטו לא ידע מתני' דמשאל"ס אשתו אסורה ולכן נראה דהפשטן היה סובר דע"כ לא אמרינן דנפל למשאל"ס אשתו אסורה אלא דוקא שנפל לים וכיוצא בו אז חיישינן שמא קל הוא על פני המים ושט ויצא למרחוק אבל היכא שהיה בא בספינה ונטבע עם הספינה אין לחוש שמא יצא מתחת למים מן הספינה אלא אמרינן שבודאי באו מים עד נפשו ומת שם וכעובדא דהמבי"ט והב"י ז"ל ומבואר בשו"ת ב"י בשם המבי"ט שגם הוא ז"ל אין דעתו להתיר אלא כששהו עליו עד כשת"נ והב"י אוסר בכל גווני אף שנטבעו עם הספינה מ"מ י"ל שמא יצא מתחת המים ושוב נזדמן לו דף או על ושט למרחוק ע"ש ולפי זה לדעת הפשטן שהיה סובר כסברת המבי"ט ז"ל דכיון שהיה בספינה לכך התיר רב ומזה הוכיח דלא אמרינן בדדמי דאם לא כן י"ל דלמא לא שהו כש"נ מימר אמרי כיון שנטבעו בספינה שוב לא יצא משם ושם תהא קבורתו ובעל האבעי' דחה ליה דאף בכה"ג שהיה בספינה נמי בכלל מים שאל"ס כסברת הב"י ז"ל (ועיין בתשוב' הב"י שהמבי"ט ז"ל נדחק לפרש דהכא בספינה שאין לה חדר א"נ בספינה במקום שדורסים בה הספנין והב"י השיג עליו דאיכפל כל הני עובדי לאשמועינן בספינה שאין לה חדר כו' ע"ש וטפי הו"ל לאקשויי דמ"מ תיקשו דמאי פריך ותסברא כו' דמנ"ל לאקשויי דלמא באמת בספינה שיש לה חדר מיירי אע"כ דדחי ליה דבכל גוונא הוא בכלל משאל"ס וכמ"ש) ולכך ע"כ לאוקמי כגון דאסקינהו כו' ולפי"ז שפיר הקשה הרא"ש על הרי"ף דמשמע דאי לאו דק' נשים כחד דמיין שפיר התיר אע"ג דשייך בדדמי דבי תרי לא אמרי בדדמי לכ"ע רק כיון דנשים כע"א מוכח דל"ק לבדדמי כלל אף לבדדמי דהאשה וכל זה בהך עובדא שהיו באים בספינה שפיר שייך בדדמי אף בעדות טביעה משא"כ בההיא דטבע חסא שפיר כתב הרא"ש דאין שם חשש בדדמי דפשיטא דכל שלא שהה עליו לא יאמר בדדמי שמת דהתם לא מיירי בספינה שטבעה או ע"י שבירת הספינה כדאיתא בדברי המבי"ט שם משא"כ בעובדא דשני ת"ח דלא נקט שנשברה הספינה רק נקיט שהיו באים בספינה וטבעו משמע שהספינה בשלימותה נטבעת ובזה שייך בדדמי על

הכרת הצורה דהא מוקי דקאמרי סימנים ולכך כתב הרי"ף למיפשט מהך דדגלת ואע"ג דהתם לא מיירי שבא בספינה ואפשר דמיירי שטבע סתם מ"מ לענין הכרת הצורה אין לחלק בזה כלל:

שוב מצאתי בחדושי הרמב"ן שכתב וז"ל והא מים כמלחמה דמי פי' מכיון שנשברה ספינתו בים איכא למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לעולם לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשברה ספינתו כדי שתאמין בו שמא יבואו עדים ויעידו כן ושוב לא תחקור על המיתה כו' ולכאורה מבואר מזה דע"י ששומעת שבירת הספינה לבד אומרת בדדמי אף שאינה יודעת אם שהו עליו אך לענ"ד דשם אח"כ תבריה לגזיזה שהרי כתב דאי לא אמרי סימנין לא סמכינן עלייהו משום דחיישינן דלמא סמכא אתתא עלייהו משעה שתדע שטבע בעלה ולא דייקא אם אותו שעלה היה וה"ר למשיל"ס חיישי' שתאמר בדדמי משטבע ודאי מת ולא דייקא אם שהה עליו כו' הלכך אפשיט בעיין מעובדא דחסא אלא דאיכא למימר דבמשיל"ס אין אדם טועה לומר משטבע שוב אינו עולה אלא ממתינין עד שתצא נפשו אבל במשאל"ס הוא דאיכא למימר הכי הלכך בעובדא דחסא כיון דכי נשאת עשאוהו כמשיל"ס ע"א נמי מהימן בה דל"ח לבדדמי ואמרי' אפשר הוא דמששהה כשת"נ לא עלה עכ"ל. והנה מ"ש אבל במשאל"ס הוא דאיכא למימר הכי ר"ל דשם אין עדות טביעה מועיל רק עדות בהכרה ושייך בדדמי דסברה כיון שנשברה ספינתו בים ושהו עליו שוב לא עלה ולא דייקא לידע אם בעלה היה שא"ל דר"ל דבשאל"ס שפיר חיישינן דלמא לא שהה עליו דא"כ מאי מתרץ מעובדא דחסא דנהי דעשאום כמשיל"ס לענין זה דלא ניחוש שמא עלה מרחוק אכתי איכא למיחש שהדעת טועה דשמא לא שהה עליו אלא ודאי דבכל גווני אין הדעת טועה בזה וכמש"ל כשיטת הרא"ש ג"כ ואע"ג דקאי התם לענין בדדמי דהעד ה"ה לענין בדדמי דהאשה כדכתיבנא ולפ"ז חזר בו הרמב"ן ממ"ש בתחלה כיון שיתוודע לה שנשברה ספינתו תאמר בדדמי ולפ"ז הדק"ל על הפשטן דמדמי מים למלחמה דבס"ד מאי חשש בדדמי איכא במים שהרי לדידיה במשאל"ס נמי כל ששהה מותרת לכתחלה ובזה ודאי דייקא ובהרמב"ן א"א לפרש כמ"ש דהוה ס"ד כסברת המבי"ט שהרי הרמב"ן מפרש דע"י שבירת הספינה מיירי ומבואר שם דבכה"ג גם המבי"ט מודה דדמי לסתם טביעה דאין חשש לבדדמי כדמוכח מעובדא דחסא:

ונלענ"ד לפרש לשיטת הרמב"ן דלמאי דס"ל דלא אפשיט מעובדא דחסא שאין אדם טועה לומר משטבע שוב אינו עולה אא"כ שהה כו' ע"כ לומר דלדעת הפשטן דסבר דבעדות טביעה לחוד מיירי ופשיטא דבהכי לחוד לא סגי דהא רבי גופיה חייש לקמן

למחילה של דגים והאיך התיר כאן בפשיטות אלא על כרחך דמפרש שהנשים אמרו טבעו ומתו דבכה"ג במים שיש להם סוף אשתו מותרת כמ"ש הרשב"א דכיון שאפשר לעמוד על בוריו של דבר לעולם אינו מעיד אא"כ עמד עליו ושהה כו' ואח"כ מעיד עליו והפשטן היה סובר דגם במשאל"ס הדין כן דאמרינן מסתמא ראו אותם אחר פליטת המים שהרי אומרים סתם שמתו ולכך רוצה לפשוט מזה דסמכינן אמלתא דעל"ג לחוד דאל"כ אע"ג דאשה דייקא וידעה שנשברה הספינה ושהו עליו כו' מ"מ אין בזה מועיל כיון שלא תחקור על המיתה ממש אכתי מים שאל"ס נינהו ואפשר שנכנס למחילה של דגים או גלי אשפלוהי וכה"ג וע"ז קאמר ותסברה מים שאין להם סוף נינהו ואשתו אסורה ס"ל דאפילו תימא דאתתא לא אמרה בדדמי מ"מ העדות מצד עצמו אינו כלום דמה שאומרים שמתו היינו מחמת שראה שנטבעו ושהו עליהם ומחמת זה אמרי שמתו ובאמת שזה לא מהני וע"כ דמיירי דאמרי בפירוש אסקינהו קמן וכיון שזה לא נזכר בברייתא איכא למימר דבקאמרי סימנין עסקינן ובהכי ניחא ג"כ מ"ש הרשב"א על הרי"ף דמפרש בעיין בקברתיו דהא בס"ד בעדות טביעה לחוד מהימנא אלמא במת סתם איבעיא להו וכמ"ש לעיל דברי הרשב"א בזה ולפמ"ש ניחא דבאמת היינו קושיות הש"ס דפריך ותסברא כו' דמה שאומרים שמתו אמרינן דאמרי בדדמי לפי שראו הטביעה אומרים שמתו ומחמת הטביעה לחוד אין להתיר במים שאל"ס (אך בפשיטות יש ליישב קושית הרשב"א על הרי"ף דהמקשן הוה ס"ד שהנשים העידו שטבעו ושהו עליכם כו' דליכא גבייהו חשש בדדמי כלל כמו במלחמה אם אמר קברתיו ואע"ג דמשאל"ס נינהו היה הפשטן סובר דמותרת וקפשיט מזה דלא אמרינן טעמא משום דייקא ולעולם בעינן קברתיו דוקא). ודאתאן עלה לענין אם שני עדים פסולין אומרים בדדמי לכאורה ממקומו הוא מורע שהרי התוס' והרז"ה והרא"ש דמפרשי ולכך מוקי דאמרי סימנים משום דאל"כ חיישינן לבדדמי שבדבר מועט יאמרו שאלו בעליהן של אלו ואע"ג דהתם השיא על פי נשים וא"כ י"ל דטובא הוו ול"ש בהו בדדמי אע"כ דמאה נשים כחד דמיין גם לענין בדדמי וכבר האריך בזה הרב המשיב ני' אלא שלענ"ד גם מהריב"ל והמבי"ט לא נאמרו דבריהם בפסולי עדות המתכוונים להעיד דבהני שפיר חיישינן ודוקא בכשרים ממש שהאמינתו תורה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות וכן מורה פשיטות לשון הרא"ש שכתב דבתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן אך דאינהו מיירי לענין שני עכו"ם מסל"ת דבכה"ג כיון דבלא"ה יש פוסקים דבמסל"ת ל"ש בדדמי א"כ אף להחולקים י"ל דוקא בחד אבל בתרי מודו ועי' בק"ע שהביא הב"ש דבריהם בקצרה ומיירי לענין מסל"ת אבל בשאר פסולין המתכוונים להעיד גם אינהו מודים (ועי' בשו"ת רמ"א סימן ק"ך מבואר להדיא

דאף בשני פסולין חוששין לבדדמי) ועכ"פ בנ"ד שהרבה עכו"ם היו מסל"ת שזה הנמצא הוא אייזיק בעל האשה אף שאפשר ששמעו הטביעה יש לצדד להקל מטעמא דכתיבנא וגם כי דעת כמה פוסקים להתיר בלא ראה הטביעה אפילו שמע הטביעה כמ"ש מהר"א ששון שכן דעת כל הפוסקים האחרונים הביאו בבאר היטב ג"כ אך בנ"ב כתב להוכיח דידע הוה כראה דאל"כ תיקשי על הרז"ה קושיית הרמב"ן דלוקמי עובדא דבת ת"ח בלא ראו הטביעה ולה יש סימנים ואם נימא דידע הוה כראה ניחא ע"ש ולענ"ד מהא לא אריא וי"ל לשיטת הרז"ה דהא הש"ס רוצה לפשוט דאינהו דעביד כר"י בן בבא והנה ודאי דהש"ס לא בעי לאוקמי דרבי כריב"ב עביד דא"כ לא היה צ"ל דחזינהו לאלתר ולפ"ז י"ל דהש"ס רוצה לאוקמי הך ברייתא אף לדעת הפשטן לקמן דלא ס"ל הך סברא דמיא צמתי או לשיטת הרי"ף דס"ל דדוקא ה' יומי צמתי ותו לא ואפשר שגם הרז"ה סובר כן דלא אשכחן דפליג על הרי"ף בהא וא"כ אי הוי מוקי לה שלא ראו הטביעה מה מועיל דחזינהו לאלתר דאכתי שמא הוא לאחר שלשה ימים שנטבעו וע"כ לומר דמיירי שראו הטביעה וידעו שהוא תוך שלשה ימים ולכך התיר וכיון דע"כ בראו הטביעה מיירי טפי ניחא לי' לאוקמי שהנשים בעצמן ראו הטביעה ולא ניחא לי' לאוקמי אחרים ראו והגידו להם ולכך מוכרח לאוקמי דאמרי סימנים אך לפ"מ שאכתוב לקמן דאע"ג שראו התביעה אכתי י"ל דמנין לנו שאלו שלפנינו לא היו במים יותר מה' ימים דהא חיישי' דהני אחריני נינהו א"כ ע"כ הרז"ה לא ס"ל כמ"ש דאל"כ מנ"ל לחלק דלכך בעינן סימנים משום דראו הטביעה אמרי בדדמי דלמא לכך מוקי בסימנים דאל"כ חיישי' שמא הוא אחר ג' לדעת הפשטן דלקמן או אחר ה' ימים לדעת הרי"ף אך בפשיטות יש ליישב קושיית הרמב"ן על הרז"ה דהא הש"ס קאמר ותסברא משאל"ס נינהו מבואר מזה שהפשטן היה סובר שלא העידו כלל על ההכרה רק על הטביעה וכמ"ש התוס' שם וא"כ למאי שרוצה לדמות הפשיטות אם לא נוקמא דקאמרי סימנים יצטרך למנקט היפך מדעת הפשטן ולומר דמיירי שלא ראה הטביעה רק העלאה ובזה י"ל שלא זז מדעת פשטן ולדבריו קאמר דאפילו תימא שראו הטביעה מ"מ איכא לאוקמי דאמרי סימנים ואפשר דהוה משמע ליה טפי לאוקמי שראו הטביעה דאל"כ לאיזה ענין נקיט שהיו באים בספינה וטבעו הא הו"ל למנקט רק שנמצאו מתים על שפת הים הכירום אלא ודאי שהנשים ה גם כן שראו הטביעה רק שהעידו גם כן שראו ההכרה וזה נראה כוונת הרז"ה במ"ש שלשון הגמרא מוכרח שאלו ראו הטביעה כו' ואם כן מוכרח לאוקמי דקאמרי סימנים ואם כן אין הכרח דידיעה הו"ל כראיה:

וגם יש לצדד ע"פ מ"ש מהרח"ש דאפי' למ"ד ידע הטביעה הוי כראה היינו דוקא ידיעה אמיתית אבל אם לא ידע אלא מפי השמועה וקול הברה לא ונ"ד נמי מנין לנו לומר שאלו המכירים ידעו ידיעה אמיתית מהטביעה וכ"כ ג"כ הרב המשיב נ"י ואף שלכאורה יש לפקפק בסברא זו דמה בכך דסיים הוא חושב בטביעתו של זה ואמר בדדמי אך יש להביא ראיה לזה ממה דקשיא ליה להרמב"ן על הרז"ה דנוקמי עובדא דת"ח בלא ראו הטביעה ואם נימא דע"י קלא הוי כראה לק"מ דהא אמרינן לקמן דף קכ"א הא דאמור רבנן כו' אבל צורבא מרבנן אם איתא דסליק קלא אית ליה למלתא וכן אמרינן חסא גברא רבא הוא כו' וא"כ י"ל דגם לענין הטביעה מסתמא קלא אית ליה וכיון דעובדא הוי בב' ת"ח שטבעו מסתמא קלא אית ליה ומסתמא ידעו הנשים מהטביעה ואע"ג דהש"ס מסיק דלא היא ל"ש צורבא מרבנן כו' י"ל דההיא לענין להשיא לכתחלה אבל מ"מ לחומרא חיישינן דקלא אית לה ועוד דהש"ס בעי לשנוי אף לרב אשי ולא"ד אליבא דר"נ דס"ל הך סברא דקלא אית לה ולרב מוקי דקאמר סימנים דא"ש לכ"ע וא"כ לא מקשה הרמב"ן מידי אלא ע"כ דהרמב"ן סובר דבכה"ג דאינו רק קלא בעלמא לאו מלתא היא ולא אמר בדדמי בשביל זה ושיטת הרז"ה בזה ליישב קושית הרמב"ן כמש"ל אבל יש לדחות דע"כ לא קאמר ר"נ ורב אשי הך סברא רק לענין אם איתא דסליק קלא אית ליה כיון שהוא חי וישנו בעולם בוודאי היינו יודעין ושומעין היכן הוא תוקע וכדאמרינן שאני רבנן דפקוע שמייהו וכיוצא בזה כתב ג"כ בתה"ד (ואפשר ליישב בזה מ"ש לעיל דהאיך ס"ד דהפשטן דרבי התיר במשאל"ס ולפמ"ש י"ל דהפשטן היה סובר דמוכח מזה כרב אשי והא"ד אליבא דר"נ והכא דמיירי בת"ח שפיר התיר רבי והמדחה ותסברא כו' ס"ל כמסקנת הש"ס דל"ש צורב' מרבנן כו') אבל לענין הטביעה י"ל שבלי נשמע קולם של סופרים כשנטבעו וא"כ שפיר מקשה הרמב"ן דהא מצינן לאוקמי שהנשים לא שמעו הטביעה כלל וגם מעובדא שכתב החלקת מחוקק שיצא קול שנטבע פנחס כו' אין מזה ראיה אע"ג דהח"מ קרי ליה לא ראה הטביעה משום דשאני התם שאח"כ נתפשט הקול ששקר הקול הראשון שפנחס לא נטבע ולדלמא דשמע בהא ולא שמע בהא ל"ח וגם דהתם לא היה רק מחמת אומד הדעת לבד כמבואר שם ואפשר דבכה"ג מיירי מהרח"ש אבל היכא שיש שראו שנטבע והוציאו קול לחפש אחריהם י"ל דהוי כידיעה אמיתית אך בנ"ד י"ל דכיון דגם הרואים גופייהו לא ראו ראיה אמתית רק סימנא בעלמא שהכירו ע"י היארמאלקי שלו וגם יש לספק דאפשר הערלים המכירים לא הגיע לאזנם השמועה על בוריו רק קול הברה לבד ואפשר שלא שמעו כלל אע"פ שיצא הקול מ"מ לא מיקרי לגבייהו ידיעה אמיתית כלל ומועיל הכרתם בזה אך מה שיש להסתפק בזה לפי מה

שמבואר בגב"ע דשעת מציאתו היה אחר נפילת המים ועי"ז מצאו העכו"ם מאליו בלא חיפוש כלל א"כ יש לחוש שמא בשעת מציאתו כבר עברו כמה שעות משעה שנעתקו המים ונחסרו ממקום שהיה מונח שם שהרי בשעת מציאתו ודאי שלא צפו מים על ראשו שאל"כ לא הוה שלטה ביה עינא דעכו"ם זה שמצאו וח' הו"ל ספק אשתהי וקי"ל בספק אשתהי לחומרא ולענ"ד יש להביא ראיה לזה מהא דנקיט הש"ס גבי עובדא דת"ח דחזינהו לאלתר ובההיא דדגלת קאמר דחזיי' בשעתי' ועיין בשו"ת הריב"ש ובנ"ב עמד על דקדוק לשון זה ונלענ"ד דהנה בעובד' דת"ח משמע דמיירי שאין הנטבעים לפנינו רק שהנשים אומרים אסקינהו קמן א"כ אם לא היו שם לאלתר בשעת העלאה הרי יש לחוש דלמא אשתהי קודם ראייתן וספק אשתהי לחומר' וע"כ לומר שהנשים מעידים שהיו שם בשעת פליטה ומסתמ' כל שהיו בשעת פליטה היתה ההכרה מיד כמ"ש מהרי"ט ח"א סימן קל"ח וקל"ט ודחיקא ליה לאוקמי שאחרים היו שם בשעת הפליטה שהגידו לנשים שלא היה שהות שיעור שעה דטפי מסתבר לאוקמי בכה"ג שהנשים בעצמם עיניהם הרואות שפלטו הים אבל בההיא דדגלת משמע שהיה המת לפנינו דאסקוה אגישר' ואסבא רבא לדביתהו אפומא דשושבינן שבא בתוך שעה להעלאתו והכירו ובאמת השושבין לא היה כלל בשעת הפליטה ולכך נקט לישנא דחזייה בשעתיה אך מה שיש לצדד בזה שהרי התוס' ורוב הפוסקים ס"ל להקל בספק תוך ג' ימים ובהרבה תשובות סמכו על זה להלכה וכתבו שכן פשטה הוראה ואף על פי שהר"ן כתב דגם התוס' מודים בספק אשתהי זיל בתר טעמא שביאר שם הר"ן שאין הדבר מצוי שיראנה בתוך שעה לפליטתו ולפי זה בנ"ד שלא פלטוהו המים רק נמצא במקום טביעתו סמוך להרחיים העומדים שם והכותי שהוציאו משם הוא יושב ממולו ועיניו לנוכח יביטו כדרך הנכרים העושים מלאכה במים רבים ובכל שעה הם מקיפים הרחים סביב שלא יכזבו מימיו וכיון שהמים היו הולכים הלוך וחסר מיד כשנתגלה יכול להיות שראוהו ודבר מצוי הוא שיראנו אף בתוך שעה ואף דמ"מ ספיקא הוי דשמא לא ראוהו בתוך שעה וגם אולי הערלים אשר התאספו שמה והכירוהו לא חזו ליה בשעתא דאסקוהו מ"מ זה דומה לספק תוך ג' ימים דאזלינן לקולא ונפלאתי על הגאון בעל נ"ב ז"ל שכתב בסימן כ"ט לענין ספק תוך ג' וז"ל וכבר ידוע כמה החמיר הרב חלקת מחוקק בספק זה בס"ק מ"ז כו' וכ"כ שוב שנית בסימן ל"ב וז"ל וכבר ידוע דברי הח"מ בס"ק מ"ז שפלוגתא זו דומה ממש לב' כיתי עדים כו' ובמחילה מכ"ת כי רב הוא אגב שיטפי' רהיט ליה בין פלוגתא דר"ת והרשב"א לענין ספק תוך ג' ובין פלוגתא דר"ת עם הרמב"ם והרשב"א ושאר פוסקים לענין בודאי אחר ג' אלא שלא נחבל בפניו וכמבואר למעיין בח"מ בס"ק מ"ז דאדרבה

בספק תוך שלשה דעתו להקל רק לענין פלוגתא האחרת מחמיר וכן בתשובה שניה ובס"ק ק"ח מבואר להדיא שדעתו להקל בספק תוך ג' והך ספיק דהכא לספק תוך ג' דמי ויש להקל בו:

איברא שיש לעיין קצת דבאמת י"ל בטעמא דהתוס' שהקילו בספק תוך ג' תרי טעמי חדא דחששא שמא נתפח הוי דרבנן ואזלינן להקל וכ"כ הרשב"א טעם זה ועוד י"ל דיש לנו לאוקמי אחזקת חי והשתא הוא דמת וכמבואר בדברי האחרונים והשתא להך טעמא דנתפח הוי ספיקא דרבנן שפיר יש להקל גם בספק אשתהי כגוונא דנ"ד שמצוי שיראנו תוך שעה אבל אם נאמר דשמא נתפח הוי חששא דאורייתא רק הספק דתוך ג' מוקמינן אחזקת חי א"כ אף שאמרו להקל בספק תוך ג' מ"מ בספק אשתהי ל"ש זה ואף דהוי ספק השקול ספיקו לחומרא ולהאי טעמא ניחא לי מה דקשה לכאורה על הריב"ש סימן שע"ז ושע"א שכתב די"ל דאי לא אשתהו ג' ימים במים אף דאשתהי יותר משעה ביבשה אפשר דמהני עדותו ושוב דחה סברא זו מטעם דהרמב"ן והרשב"א לא ס"ל הכי ובפשיטות הו"ל לדחויי דמנין לנו שהוא תוך ג' אע"פ שראינו מכלוף תוך ג' מ"מ הא אנו חוששין שמכלוף חי ואחר הוא זה שנשתהה במים הרבה ונשתנו פניו וכ"כ הריב"ש גופיה לגדול שכנגדו שרצה להמציא צד קולא לפי הגרסא ברמב"ם ך"ד שעות והשיב הריב"ש ע"ז וז"ל ואפילו לדבריך הלא הספק שלנו שאין זה מכלוף אלא אדם אחר כו' ע"ש וה"נ הול"ל הכי לענין שהה ג' במים ול"ל לדחוי מטעם דהרמב"ן והרשב"א לא ס"ל הכי וא"ל דלענין תוך ג' הוצרך לומר דאפי' להפוסקים המקילין תוך ג' מ"מ יש להחמיר מטעם דהרמב"ן והרשב"א דס"ל אפי' לא אשתהי ג' ימים במים ואשתהי שעה ביבשה אין מעידין משא"כ לענין אשתהי שפיר כתב דהא יש ספק שמכלוף חי עדיין כו' משום דס"ל כסברת הר"ן רבי' דספק אשתהי לחומרא אבל ז"א דזיל בתר טעמא שאינו מצוי שיראנו תוך שעה א' שנפלט מהמים והיינו כיון שהוא זמן מועט אין תולין בזה וא"כ כיון דהריב"ש שם קאי להך סברי' דכ"ד שעות בעינן א"כ שוב שפיר יש לתלות אף בזה שראוהו בתוך ך"ד כמו בס' תוך ג':

אך לפמ"ש יש ליישב דברי הריב"ש דס"ל בטעמא דמקילין ספק תוך ג' משום דמוקמי' בחזקת חי ואזיל בשיטת הר"ן רבי' פ"ק דחולין גבי גבינות כל שע"כ קודם לזמן מציאה יצאה מחזקתה ואין יודעין כמה אוסרין אותה למפרע וכעין שאמרו בכתמים כו' ע"ש ולפ"ז בספק מת או נהרג תוך ג' אמרינן השתא מת או נהרג ומתחלה שפיר החזקנוהו בחזקת חי ואין כאן חזקה בטעות משא"כ בספק אשתהי ך"ד שעות שכתב הר"ן שאינו מצוי שיראנו תוך שעה אחר פליטתו א"כ כשנמצא זה מוטל מת על שפת הים סתמא

דמלתא שכבר עברה שעה שנפלט מן המים אם כן הא קמן שהיינו מחזיקין חזקה זו בטעות שע"כ קודם לזמן המציא' יצא מחזקתו ואין אנו יודעין כמה אמרינן שמא יצא מחזקתו ך"ד שעות ויותר וכ"כ הפ"י בגיטין דף י"ז במ"ש התוס' דלא אמרינן אוקמא אחזקת א"א דהרי הוא גרושה לפנינו ע"ש אך באמת ז"א דלפי סברת הר"ן גבי אשתהי שאינו מצוי שיראנו תוך שעה לפליטתו גם בהרוג יש לנו לומר שאינו מצוי שיראנו תיכף תוך שעה להריגתו ועוד דגם לענין ספק אם נשתהה ג' ימים במים גם כן יש למיזל לחומרא כיון שעתה מצאו על שפת הים ומסתמא הוא לאחר שעה אם כן יצא מחזקתו זמן מה ויש לנו לומר כמו דעתה מת כך היה מת קודם ג"י ואשתהי במים או ביבשה וגם כי משמע מהריב"ש שלא דיבר בזה לדעת המקילין תוך ו' ע"ש דדחה דברי שכנגדו שכתב שמא לא נטבע רק נהרג או מת על שפת הים ועל זה כתב שאם נאמר כן הרי יש לחוש שמא מת או נהרג קודם ג' והרשב"א הניח הדבר בספק ואם כן בהך סברא גופיה הו"ל למדחי הך סברא דאף שנא' אם לא ישהה במים ג"י יש להתיר היינו דוקא בידוע שזהו שנטבע תוך ג' כגון ששלשלוהו לים והעלוהו תוך ג' וכה"ג אבל בלא"ה אין להתיר דשמא בעל האשה אזיל לעלמא וזה הנמצא אשתהי במים הרבה וזיו אנפוהו אשתני ואדמי לצורת בעל האשה זו ודברי הריב"ש צ"ע:

ולפי מ"ש נתיישב לנו קושיית הט"ז ביו"ד והביאו הב"ש דהמחמירין ספק תוך ג' למה לא מוקמי ליה אחזקת חי ולפי מ"ש י"ל כיון שאינו מצוי שיראנו תוך שעה למיתתו או להריגתו וכמ"ש הר"ן סברא זו לענין פליטה ממים אם כן הרי יצא מחזקתו זמן מה טרם נודע לנו ובכה"ג הרשב"א לשיטתו גבי גבינות דלא מוקמינן אחזקה והתוס' לשיטתם דלא ס"ל הך סברא גבי גבינות הלכך שפיר מקילינן בספק תוך ג' משא"כ באבלות ששמעו בו שמת ואין ידוע אם הוא עדיין תוך למ"ד י"ל דכיון שהדבר מבורר במקומו אימתי יצא זה מחזקת חי אע"פ שבכאן לא נודע לנו ואיכא למימר השתא הוא דמת לא דמי לגבינות והרבה יש לי לישא וליתן בדברי הט"ז ואא"ז הגאון בס' בכור שור במ"ק והח"צ בתשובה והנ"ב ולפי שבנ"ד אין כאן חזקת חי קצרתי:

ולכאורה היה אפשר לומר דבנ"ד נהי דליכא חזקת חי מ"מ יש כאן חזקה כמו שהיה מכוסה ושוטף במים אז כמו כן עתה והשתא הוא דחסר וניתק לראיה אך באמת ז"א כיון שכן דרך להיות חוסר ומתמעט אמרינן דחסר ואתאי וכמ"ש הר"ן בתשו' סימן במקום שהוחזק להיות מימיו מתמעטין כו' והביאו הב"י בי"ד סימן ר"א ומ"מ נלענ"ד לפי מה שמבואר מדברי רבינו בצלאל בתשובה דאע"פ שהמסל"ת לא הגיד בפירוש שהיה מונח במקום שגלי הים שוטפים רק אמר שנמצא על שפת הים מסתמא זרם המים שטפוהו

ומחלק דדוקא באסקוה אגשרא שהוא יבשה ממש בכה"ג אי אשתהי תפח כו' וע"ש שכתב דהר"ן בתשובה מיירי שראוהו ביבשה במקום שאין גלי הים מגיעים מש"ה החמיר הר"ן ע"ש ולפי זה בנ"ד נראה דאף לאחר שנתמעטו המים מ"מ קרוב הדבר שמשבריו וגליו עברו עליו ומצמת צמתו ליה ומ"מ צ"ע דאפשר דדוקא בים דשכיחי גלים כי יהמו יחמרו מימיו ודרכם להיות עוברים ושוטפים על שפת הים אבל בנ"ד דנהר בעלמא הוא ובפרט בעת שתחסר והולך אפשר דמחום מציאתו הוה דוכתא דליכא מיא ושטף מים רבים אליו לא הגיעו וגם דעדיין יש ספק שמא נשתהו יותר משעה בעסק הוצאתו מן המים ולכן העכו"ם אשר נקבצו עדיו ואמרו שהוא זה הנקרא אייזק לא הכירוהו דמתפח תפח וחזקת חי ליכא:

אך יש לצדד ולומר שאף דמחמירין בספק תוך ג' אפשר שיודו בנ"ד והוא משום דהא ודאי הנך פוסקים סוברים דאין כאן חזקת חי או מטעם שכתבתי לעיל או מטעם שכתב הט"ז שם או מטעם שכתב הב"ש דמת זה כיון דלא ידענו אותו ל"ש לאוקמי אחזקתו והגאון בנ"ב פקפק בזה דמה בכך שלא ידענו אותו כיון שעכ"פ חי קודם שמת יש לו חזקת חיים ועדיין הוא חי והאריך לפרש דברי הב"ש ודחאום ע"ש וכבר כתבתי בתשובה א' לתרץ מה שהקשיתי בגט הנמצא דחיישינן שמא מיב"ש אחר נפל הא אמרינן בזבחים סתם אשה לאו לגירושין עומדת וא"כ אשה זו שנשלח לה גט מיב"ש זה איתרע חזקתה שהרי אנו יודעין בודאי שנשלח לה גט משא"כ אשה אחרת של יב"ש אחר מה"ת נוציאנה מחזקתה נימא דמסתמא לאו לגירושין עומדת וישבתי הדברים ע"פ סברת הרמב"ן שהביא הרשב"א והר"ן בגיטין דף ס"ג גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה כו' וכתבו בשם הרמב"ן ז"ל דאע"ג דאיכא לקרובות חזקת פנויה מ"מ אין חזקת הקרובות שאין באות לדון בפנינו מועלת לזו כו' וא"כ ה"נ אע"פ שיש לנו להעמיד אשת יב"ש אחזקתה ולומר דלא נשלח לה גט דמסתמא לאו לגירושין קיימא אין מועלת לאשת יב"ש זה כיון דזו אינה באה לדון בפנינו והבאתי לזה ראיה ברורה ג"כ מבכורות דף ך"ה וכ"כ רש"י בכתובו' דף ע"ו דחזקת הגוף דאשה לא מהני לגבי האם:

ולענ"ד זה כוונת הב"ש ג"כ שעל אשה זו אנו דנין ואומרים יש לה חזקת חי והוא חי עדיין ואע"פ שגם אחר יש לו חזקת חי וא"כ נאמר שזה הנמצא לפנינו השתא הוא דמת מ"מ אין חזקה מועלת לאשה זו שאנו דנין עלי' ואיך שיהי' חזקת חי עכ"פ אין כאן וא"כ אדרבה נשאר חזקה דהשתא דהרי מת לפניך ואמרינן שמת קודם ג' ולפי"ז י"ל דגם הפוסקי' המחמירין תוך ג' סוברים דחששה דנתפח ספיקא דרבנן הוא מ"מ אזלי בתר חזקה דהשתא וכמ"ש הט"ז והח"צ דחזקה גמורה היא שעת מציאתן משא"כ בנ"ד

נהי דבהך ספיקא אי אשתהי אין כאן חזקת חי מ"מ גם חזקה דהשתא ליכא דמה בכך שהוא מת לפניך ואמרינן שמת זה כמה מ"מ י"ל שאחר נפילת המים נראה מיד לעין ולא אשתהי כלל ובכה"ג שמצוי הוא שיראנו תוך שעה אמרינן חששא דנתפח דרבנן וספיקו להקל:

ועוד נראה לפום מה דכתיבנא דכאן לא מיקרי ראה הטביעה א"כ יש בזה כדי לצרף דעת הטור דס"ל דהיכא דלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר ואף שהפוסקים חולקים ע"ז י"ל דדוקא בודאי אשתהי אבל בספק אשתהי שפיר מצרפינן דעת הטור להקל:

והנה בנ"ב הקשה על הטור דהא האי דדגלת בלא ראה הטביעה מיירי דאל"כ מנין אנו יודעין שהוא אחר חמשה ימים וממ"נ למאן דמיקל מנ"ל למפשט כר"י ב"ב כו' וע"כ שזה הנטבע הוכר ע"י סימנים שהוא אותו שהועלה וא"כ ע"כ שהשושבין לא ראה הטביעה כו' ע"ש. ולכאורה יש לדון בדבריו דניחא ליה היכא שיש סימנים דאכתי למה לא נאמר כיון שמשאל"ס הוא שמא עלה אחר טביעתו ונטבע שנים ועדיין אין כאן ה' ימים כמ"ש בקושייתו להמקילין בספק תוך ג' וצ"ל דאם אין כאן סימנים ע"כ שידעינן שראובן נטבע א"כ אם אנו רוצים לאסור אשתו ע"כ לומר שעלה ובזה קשיא ליה לו יהא שעלה חי לפנינו כיון שעתה הכרת פנים ענתה בו שהוא ראובן נאמר שנטבע שנים תוך שלשה ימים אבל אם אין ידוע בשעת הטביעה מי הוא רק שיש סימנים שזה שנטבע הועלה אין לנו לתלות לקולא שעלה ונטבע שנים כיון שרוב הנטבעים במשאל"ס אין עולים לא אזלינן בתר מיעוטא דטעם המקילין בספק תוך שלשה ימים משום דשמא נתפח חששא דרבנן או משום חזקת חי וזה דוקא היכא שאין סותר הרוב משא"כ בזה שרוב אינם עולים אמרינן שמא אחר הוא שנטבע ולא עלה ובודאי הוא אחר ג"י ונשתנה לפרצוף פנים של ראובן:

וראיתי בדברי המשיב דמתרץ קושית הנ"ב ע"פ מ"ש בשו"ת כנסת יחזקאל דאם כשתאמר שבעל האשה זאת נהרג איכא רגלים לדבר שנהרג קודם ג' ימים אז אין להקל בספק תוך ג' וה"נ רגלים לדבר שזה נטבע ה' ימים ומונח מאז במים דרחיקה מלתא שאז ניצול ואחר ב' או ג' ימים חזר ונטבע ואין מקום לקושית שעשה הנ"ב דאם בודאי עלה היה מותר משום דהרי אין כאן טביעה כלל וכשנמצא אח"כ איש במים וניכר שהוא ראובן תלינן שהוא תוך ג' משום דאין לנו שום רגלים לדבר שנטבע שום אדם קודם ג"י משא"כ כשלא ראינוהו עולה הרי רגלים לדבר שעברו ה' ימים א"כ יש לחשוב שמא אחר נטבע כו' עכ"ד:

ואני תמה כיון דאזיל ומודה שאם נטבע ועלה חי ושוב נמצא בפרצוף זה אמרינן האי דנפיק היינו דעל ונטבע שנית ולא אמרינן כיון שניצל פ"א מסתמא לא חזר ונטבע ורגלים לדבר דהאי אזיל לעלמא וזה הנטבע אחרינא הוא אלא כיון שע"כ אחד מאנשי העולם נטבע כאן אין זה יוצא מהכלל דאטו בשביל שהיה פעם אחת במים וניצול כבר הוא מובטח להנצל משטף מים אלא תלינן בפשיטות שחזר ונטבע שנים ולפ"ז אם באנו לומר שיש רגלים לדבר שהוא בתוך ה' ע"כ שהרגלים לדבר הוא דמסתמא זה הנטבע לא עלה כיון שרוב הנטבעים במשאל"ס אין עולין וכל שאתה תופס הרגלים לדבר לעיקר שוב א"צ להכרה כלל כיון שידוע לנו שהנטבע היה בעל האשה ואם באת לאסור האשה ע"כ אתה צריך לתפוס שעלה וזה קושיית הנ"ב לו יהא שעלה ואין הנדון דומה למ"ש הכ"מ דשם אין הרגלים לדבר לקרב היתרא של האשה כלל רק לומר שאם זה האיש ממילא שנהרג קודם דאל"כ היה בא ליום הכסא לבית התפלה אבל אין זה צד הוראה על מיתה כלל רק על זמן המיתה משא"כ הנך רגלים לדבר דמשאל"ס שנאמר דרגלים לדבר כיון שנטבע לא עלה פשיטא דאין מקום לעשות מקולא חומרא ודמי ליצא הקול איש פלוני נהרג ועדיף מינה ואין לך ממ"נ גדול מזה דאם תאמר שלא עלה שריא איתתא דא מחמת הטביעה ואם תאמר שעלה שריא מחמת ההכרה כמו כל נטבע ועלה ואח"כ מצאנו איש אחד בפרצוף זה דתלינן שנטבע שנית וה"ה בזה שלפי מה שאתה רוצה לאסור האשה אתה אומר שעלה א"כ אנו אומרים שחזר ונטבע שנית אמנם אפילו תימא דזה לא שכיח שאותו הנטבע מקרוב יחזור ויטבע שנית בתוך ימים אחדים וגם בעלה ממש דייניגן הכי ואמרינן רגלים לדבר שאחר בא לכאן שנטבע קודם ג' ימים ונדמה לראובן מ"מ שפיר קא מותיב הנ"ב דהא צריך להבין לתירוץ הנ"ב שהוכר ע"י סימנים שזהו שנטבע לפני ה' ימים ולכאורה מה בכך דהא במשאל"ס דקי"ל אשתו אסורה היינו מטעם דשמא גלי אשפלוהו או נכנס למחילה של דגים ואח"כ עלה משם ויצא למרחוק ולפי זה בכאן נהי שידוע לנו ע"י הסימנים שהנטבע לא עלה מ"מ מנין לנו שהוא אחר ה' ימים למיתתו שמא שני ימים או ג' ימים היה מוטרד מגל לחבירו עוד נשמתו באפו ולבסוף לא הקיאו ליבשה אלא שטף ועבר עליו ונטבע ומת או עמד במחילה של דגים ב' או ג' ימים ואח"כ שטף מים רבים אליו הגיעו ובצאת נפשו כי מת צף ובא לכאן ועדיין הוא תוך ג' ימים למיתתו וע"כ לומר דאי איכא סימנים שזה שנטבע לפני ה' ימים הוא שהועלה א"ש כיון דרוב הנטבעים במשאל"ס הם מתים מיד כי ישובו המים ויכסו עליו ואינם שוהים יותר מכדי שת"נ דאל"כ שיעור ששהה כשת"נ מה אהני ליה אלא ודאי דרובא הכי איתנייה שהם מתים אחר ששהה שיעור זה תחת המים ומיעוטא הוא שמזדמן להם

גל או מחילה של דגים ולכך תלינן בזה להקל ואמרינן דמסתמא מת בשעת טביעה אחר ששהה כשת"נ וא"כ חלפו עברו מאז עד עתה יותר מג' ימים ושפיר מייתי הש"ס מהנך עובדי למפשט דעביד כריב"ב וכ"ז אם לא נודע מי הנטבע עד שעת הכרה ומספר ימיו ידוע מחמת הסימנים שזה הנטבע הועלה אבל אם ידוע לנו שבעל אשה זו נטבע וע"כ אין כאן סימנים א"כ קשה להמקילין בספק תוך ג' דמאי קפשיט מהנך עובדי דמנין לנו שהוא אחר ג' דלמא הוא בעל האשה שנטבע ואעפ"כ הוא תוך ג' דהא לדבריך שאתה רוצה לאסור ע"כ לומר דגלי אשפלוהו או נכנס למערה של דגים ושוב עלה אני אומר כדבריך כן הוא שחי עוד איזה ימים על פני המים אבל לא עלה אלא מת שמה ועדיין אין כאן ג' ימים וספיקו להקל ולכאורה אפשר לומר לפי מ"ש לעיל טעמא דהמקילין משום חזקת חי ואמרינן שחי עד עתה וזה מקרוב מת וא"כ בזה שנטבע במשאל"ס אזיל ליה חזקת חיות ואמרינן דתיכף שנפל למים מת אבל זה טעות דאדרבא מה"ט גופא יש להקל טפי שבעל האשה זו ידוע לנו שנטבע כאן ואזיל ליה חזקת חיות וחזקת א"א ואנן ניחוש לאחר שנטבע קודם ג' ימים ומאי דאמרינן דאזל חזקת חיות מחמת הטביעה מהני למעליותא אבל אינו מחריב בה לגריעותא שלדבריך שאינו רוצה לתפוס הרוב ממילא אנו מתירין מחמת ההכרה ואמרינן שהוא תוך ג' שחי איזה ימים במים על ידי טרדת גלים וכיוצא ולפי עיקר הטעם שכתבו הפוסקים משום דנתפח ספיקא דרבנן פשיטא דבכה"ג אזלינן לקולא וכמ"ש:

ואמנם קושיית הנ"ב על הטור פשיטא דלק"מ שהרי הטור כתב דבעינן תרווייהו שיהא גופו שלם וגם לא ראה הטביעה ולעיל מיניה גבי אחר ג' ביבשה כתב ג"כ דאם גופו שלם מעידין עליו וא"כ ע"כ דס"ל לתרץ מה שהקשו על ר"ת דמאי קא פשיט מהך דדגלת דלמא ש"ה שגופו שלם היה כמ"ש הפוסקים שהיה ידוע להש"ס דהמעשה כי הוה באין גופו שלם הוה וא"כ אף דהך דדגלת מיירי בלא ראה הטביעה מ"מ כיון דלא היה בגופו שלם רק פרצוף פנים וחוטם בלבד הוצרך הש"ס לפרש דוקא דחזיא בשעתיה אך קושיא זו נופלת לפי מה שכתבתי לקמן דדעת הרא"ש לדחות חילוק ר"ת וס"ל דכל שלא ראה הטביעה שפיר מעידין עליו בכל גווני וא"כ קשה קושיות הנ"ב דהא מוכח דהך דדגלת בלא ראה הטביעה ונלענ"ד ליישב דודאי ס"ל להרא"ש דמיירי בגוונא שידוע לנו שזה הנטבע לא עלה דאל"כ מנ"ל להש"ס לאתויי מהנך עובדי דעביד כריב"ב דלמא ע"כ לא מחמרינן במתני' אלא היכא שידוע ודאי שהוא אחר ג' משא"כ בזה דאיכא למימר שאחר שעלה נטבע שנית או שלא עלה אלא גלי אשפלוהו איזה זמן או נכנס למחילה של דגים וזה מקרוב שנטבע אף דרובא הנטבעים מתים אחר שהיה כשת"נ מ"מ כיון דחששא

דנתפח אינו רק מדרבנן מקילינן ביה ומוקמינן ליה בחזקת שהיה חי עד עתה ומכ"ש אם נימא דהשושבין המכירו ראה הטביעה דאדרבא הך רובא דנטבעים להתירא הוא ולכן ס"ל דגם הך דדגלת מיירי כגון שידוע שזה הנטבע לא עלה בינתיים כגון ששקעה ספינתו בדגלת והעלוהו עם הספינה דודאי אחר ששהה כשת"נ מת שם בתוך ספינתו או ששלשלוהו לשם וכיוצא בזה וא"ל דא"כ פשיטא דאיתתא שרי שהרי השושבין ראה הטביעה י"ל דא"ש ע"פ מ"ש בשו"ת פ"י חלק אה"ע סימן ח' די"ל דכי אשתהי אפילו סימנים מובהקים אינם מועילים משום דאמרינן אם איתא דזהו הנטבע שראיניהו בחייו בט"ע זה היה לו להשתנות לט"ע אחר ע"ש והנה גבי אשתהי ודאי לא ס"ל להרא"ש הך סברא לפמ"ש לקמן דס"ל להקל בלא ראה הטביעה אפילו אשתהי שרי אלא דלא ס"ל דאמרינן ודאי תפח רק דמ"מ היכא שהוא לאחר ג' שפיר י"ל דס"ל להרא"ש כסברת הפ"י בזה דאם איתא שהוא האיש היה לו להשתנות ולפ"ז פריך הש"ס שפיר דבס"ד דלא ידע דמי' צמתי ואחר ג' ימים דינו כיבשה א"כ אע"פ שהשושבין אומר שהכירו בשעת טביעה ובשעת העלאה שזהו בעל האשה אין להאמינו כיון שידוע בבירור שהוא אחר ג' ודאי אחרינא הוא דאל"כ היה לו להשתנות והך סהדא שיקרא הוי ושמא נדמה לו שבעל האשה היה הנטבע ואינו כן ואחר היה שנשתנה עתה פניו לצורת בעל האשה ולפי שהיה דמות דיוקנו דומה לו במקצת נדמה לו בשעת הטביעה כי זהו האיש ואפילו תימא דסימנים מובהקים ודאי מועילים ודלא כסברת הפ"י משום דזמנין אינו משתנה אחר ג' וכמ"ש קצת פוסקים שהחוש מעיד כן (וכ"כ הרא"ש לענין אם אינו נחבל בפנים וא"כ אף דע"כ הא דדגלת בנחבל בפנים הוה דאל"כ לא הוה פשיט מידי מ"מ אנו רואין שאינו ודאי שנשתנה) מ"מ י"ל דרובא הכי איתא וכמ"ש הרשב"א בחידושיו וע"א א"נ נגד הרוב ומכ"ש בצירוף חזקת א"א והלכך פשיט מינה דעביד כריב"ב אלא שלענ"ד אין סברא זו עולה יפה להמקילין תוך ג' משום החששה דנתפח ספיקא דרבנן משמע דאף בודאי אחר ג' ניכר היטב מדאורייתא ולקצר אני צריך:

ומ"מ נראה דאפילו תימא כהנ"ב דהשושבין ידע הטביעה וידיעה הו"ל כראיה מ"מ י"ל דהתם ידע ידיעה ברורה שפיר מצרכינן לאלתר דוקא משא"כ בנ"ד שאין זה רק אומדן דעת לבד מה שהיה ניכר להם היארמילקי ואף גם בזה נראה מדברי הרב המשיב שלא היתה ההכרה בט"ע רק שידעו שהיה מהלך ביארמלקי כזה והוי כמו כליו בחיורי וסומקי וגם העכו"ם בעל הרחיים שסיפר מן השמיעה לא שהה עליו כלל וגם אולי לא הגיע לאזניהם הקול שנטבע האיש אייזיק ובכה"ג לא מיקרי ידע הטביעה וראיתי שגם הרב המשיב נ"י כ"כ דבכה"ג לא מיקרי ידע הטביעה כיון שאין זה ידיעה ברורה וכדברי

מהרח"ש ז"ל ויש להקל עכ"פ בספק אשתהי לדעת הרא"ש והטור ז"ל ועמ"ש בתשו' סימן הארכתי בביאור דברי הרא"ש וטור ושאר פוסקים:

ומלבד כל אלה יש לנו על מה שנסמוך שהרי מבואר בגב"ע שהעיד ה' ברוך שראה בחייו כ"פ שהיה בראשו קנייטשין כמו פאלבין שבבגד וראה בנטבע זה שהיו הקנייטשין אלו כמו שהיה בחייו וגם צמצם מקומם שהיו למעלה מן המוח צוא דעם מיט קאפ וגם מוהר"ר צבי העד על הקנייטשין אלא שלא הזכיר המקום בצמצום ולענ"ד זה סימן מובהק הוא ואין זה דומה לצלקת שנסתפקו בה קצת משום דצלקת בא ע"י סיבה המצוי' לפרקים משא"כ להיות קנייטשין בראשו כמו פאלבין שהוא בא ע"י סיבה רחוקה וכמבואר בדברי העד מוהר"ר צבי שבא לו ממכת סוס זה זמן רב ונשארו קנייטשין אלו וכיון שהוא דבר זר ורחוק אפילו תימא שזה שאומר ה' ברוך שהיה למעלה מהמוח לא מיקרי צמצום מקום מ"מ הוי סימן מובהק מצד עצמו וגם אפילו ל"ה רק סימן אמצעי מהני לצרף להעכו"ם מסל"ת אפילו אם נימא דהוי כידעו הטביעה והמבואר מדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים וכבר האריך בזה הרב המשיב ני' ויפ' כתב וגם יש לנו לסמוך על ההכרה בט"ע כל בגדיו אלא שצ"ע לפי שבדברי העד המעיד לא נזכר רק סתם וכל הבגדים שלו הכרנו וא"כ אפשר שלא היו בדרך ט"ע גמור רק הכרה בעלמא ואף דבתשובת נ"ב כתב דיש להוכיח לכאורה דאף ט"ע כל דהו מהני מדאיתא בחולין דף צ"ו כו' נלענ"ד לחלק דדוקא באבידה שהוא דבר שהוא שלו ע"י שראה פעם א' ושתים בודאי נוכל לומר שטועה בדמיונו אפילו בצורבא מרבנן ומכ"ש בע"ה והו"ל ככלים שלא שבעתן עין דל"מ ט"ע באבידה ומ"מ באיסורין כיון דליכא חימוד ממון י"ל דמהני אבל מ"מ ט"ע גמור בעינן ועיין ביו"ד סימן ס"ג ובמ"א הארכתי בזה וכ"כ הנ"ב שם דלא מהני בלא שבעתן העין משום דבתחלה צריך שיכיר היטב כדי שיכיר עתה בט"ע ונראה דמה"ט כתב הרמ"א בסוף סעיף ל"ב וי"א דאפילו סימן מובהק בבגדים מהני ולא נקט ט"ע משום דלא שכיח שיהיה לו ט"ע גמור בבגדי חבירו אף שרגיל אצלו דלמה יתן לב לדעת ועינים לראות מה שאינו שלו עד שיהיה לו בו ט"ע גמור ולכך נקיט סימן מובהק ועיין בנ"ב סימן כ"ח כתב הטעם משום כיון שראוהו נטבע בבגדים אלו שייך בדדמי ובהג"ה שם מביא תשובת מהר"מ מפאדווא דאיתא שם אולי היה לו הכרה טובה במלבושיו אך בסימן מ"ג כתב דבבגדים שאין במה לתלות השינוי לא אמר בדדמי ובתשובה סימן הבאתי ראיה לזה מהא דמהדרינן אבידה בט"ע והתוספות כתבו דאף ע"ה אית ליה ט"ע אלא דחשדינן ליה במשקר אלמא דאל"ה ל"ח דלמא מחמת שהוא אבד ג"כ חפץ כזה

אמר בדדמי ואין מעלה על דעתו דלמא גם אחר אבד כמו במים ומלחמה וראה הטביעה ומ"ש התוספות בגיטין דף כ"ז גבי גט דחיישינן שמא סבור שהוא שלו לפי שאין יודע שיש יב"ש אחר או יודע ואין נראה לו לחוש שגם הוא אבד כו' התם נמי משום דלאו מלתא דעל"ג חשדינן ליה במשקר כדמשמע מלשון התוס' שאומר שמכיר אע"פ שאינו מכיר אבל היכא דלא חשדינן ליה דמשקר מהני הכרתו ולא אמר בדדמי אע"כ דהתם שאני שאין במה לתלות השינוי ואין בכח המדמ' להטעות עינו שיסבור שזהו זהו שנמצא שהרי החפיצים לא ישוו ואין במה לתלות השינוי הלכך ל"ח לבדדמי כה"ג משא"כ בשינוי הפרצוף שנשתנה קצת מחמת המים כמש"ל הלכך אע"פ שלא ישתנה לפרצופו של זה ממש ויש שינוי קצת תולה השינוי מחמת המים וא"כ בט"ע דבגדים לית לן למימר בדדמי אך דמ"מ הכרה טובא בעינן וגם צ"ע דאף דנימא דבכל בגדיו ל"ח לשאלה מ"מ איכא למיחש לחליפים ואף שמהרי"ק כתב דלהא ל"ח שיעשו דברים של בטלה:

ומ"ש הב"ח ראיה מיי"נ הוא תמוה ועיין בח"מ ס"ק סמ"ך וגם מה דמייתי מחיישינן שמא פינן ג"כ צ"ע ואין כאן מקומו ומ"מ נראה דאפשר דגם הב"ח מודה דל"ח שהחליף לחלוטין דלזה ל"ח כמו דל"ח למכירה משום דלית לן לאפוקי מחזקת מרי' קמא ולחוש שמא החליף בדרך שאלה על איזה ימים פשיטא דל"ח וכמ"ש מהרי"ט דהי נינהו מילי דכדי ודברים של בטלה רק התם בעובדא דהב"ח שזה היה הולך בדרך לכן חשש לחליפין דשמא לאיזה צורך להתחפש שלא יכירוהו שינה כסותו על איזה ימים אחדים וגם חבירו היה צריך לאותו דבר והחליפו זמן מה אבל בנ"ד שנראה שהיה דרכו לצאת ולב' מהעיר לכפר ולחזור על אתר ולא החזיק בדרך כלל אין לחוש לזה וגם בלא"ה דעת כמה גדולים דל"ח לשאלה פשיטא דחזי לאצטרופי האי סברא דאין אדם משאיל כל בגדיו והו"ל ככלים דלא מושלי ואף שהב"י פקפק בדבר וכתב דאפשר אי סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי הדין כן מבואר בשיטה מקובצת להדיא בשם הרשב"א דשפיר מעידין על כיס וארנקי אף אי סימנים לאו דאורייתא ומהדרינן גט וה"ה לעדי מיתה ע"ש ואולי ראה הב"י בתשובה דברי הרשב"א אלו מסתמא הוה הדר ביה ולענ"ד הב"י גופיה תבריה לגזיזה באה"ע סימן קל"ב ובתשו' סימן הארכתי בכ"ז ומכ"ש בנדון זה שזה הנטבע היה בו סימן גדול מחמת הקנייטשין שבראשו וא"כ ע"כ שזה השאיל הבגדים ג"כ לאיש שהיה בו קנייטשין בראשו כאילו וגם עוד סימנים קצת אע"פ שאינם מובהקים פשיטא דכה"ג מצרפין אף אם היה סימן אמצעי כמ"ש בתה"ד והח"צ סובר דהוי שאל' דיחיד ואף שיש מגמגמים לראייתו מהא דב"ב דאדרבה משמע שם דלרב' אי הוי חיישינן לנפילה חיישינן אף לדיחיד א"כ הוה לענין חשש שאלה כבר עמדתי ע"ז בתשו' סימן ואנכי

תקנתי עמודיו שיש להם על מה שיסמוכו ולכן אם הי' זה מבחין דבריו שהי' לו הכרה טובה במלבושיו אין ספק שיש להתיר מטעם זה ול"ח לשאלה וגם ל"ח לבדדמי מטעמא דכתי' וגם כי נזכר בג"ע שהעיד ה' שמחה שהכיר הקאפטאניקל אשר עליו ובדברי העד הראשון ה' יצחק שהעיד כל הבגדים שלו הכרנו נכלל ג"כ הקאפטניקל וא"כ בשני עדים לא אמרינן בדדמי ואע"ג דבקאפטאניקל לבד שוב שייך חשש שאלה כבר כתבתי דבנ"ד שאלה דיחיד הוא ל"ח לי' לכן נראה דגם עתה שלא ביחנו דבריהם אם היה להם הכרה טובה מ"מ בתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן ומסתמא הכירו היטב וכיון שיש כמה היתרים חזקים כראי מוצק אין מן הראוי לעגן האשה זאת והנני מסכים הולך על דברי מחו' הרב הג' אשר פתח בהצלה תחלה להתיר אשה זאת לעלמא ואעפ"כ נראה שיש להושיב ב"ד להתירה ובענין מה שלא נזכר בכל הגב"ע שם אביו וגם שם מקומו לא נזכר בפרטות סמכתי על חכמת הרב הגאון הנ"ל שהענין ידוע להם שאף הדרים בכפר כוונו עדותן על אייזק הידוע בעל אשה זו שאנו עוסקין בשריותא דידה דברי זעירא הק' אפרים:

שאלה יד

שאלה אברך אחד מוהר"ר ליבוש חתן הנגיד מוהר"ר יעקב יוסף מפק"ק מאהלוב נעלם מבית חותנו מוהרי"י הנ"ל בפתע פתאום וחיפשו עבורו כראוי עד יום ג' ולא נודע מקומו איו. ולא עלתה הדעת שנטבע וביום ג' נודע שהביאו אותו נטבע ומת לק"ק אטיק מאהלוב מעבר לנהר נעסטיר אשר מצאו אותו תחילה בכפר ראדי' שהוא סמוך פרסה לק"ק אטיק מאהלוב הנ"ל ראו אותו אנשי ק"ק מאהלוב שהיו בק"ק אטיק הנ"ל באותו פעם והיה פניו מלא קרח וחול כי אז בשלשה ימים הנ"ל היה קור גדול ואעפ"כ הכירו אותו היטב מחיים חיותו וכשנודע בק"ק מאהלוב שמצא אותו הנטבע כנ"ל אמרו אנשי ק"ק מאהלוב שהכירו אותו מחיים חיותו היטב שיש בגופו סימנים היינו איין פליק בראשו בווינקל השמאלי שבין שיער הראש והפיאה השמאלית. ומצד הימין שלו אצל היד הימנית מן הלאפקי ולמטה מאחוריו היה צד הימנית גבוה יותר מצד השמאלית כמו הארב ואחר חצות הנ"ל שרחצו את הנטבע בק"ק אטיק הנ"ל במים פושרים ויפל מעליו הקרח והחול שנגלה על פניו ועל גופו היה ניכר לכל פרצוף בטע"ג לכל המכירים אותו מחיים שהוא מוהר"ר ליבוש חתן מוהרי"י הנ"ל ושום חבול ותפוח לא היה בפניו והנטבע הנ"ל סמוך לחזה לצד הימין היה לו נקב גדול פתוח עד שהיה קצת בני מעיו לחוץ והיה נראה לעין כל ע"פ אומדנא דמוכח שהנקב פתוח היה מאכילות כלבים או עופות גם מצאו אותו לבוש בכתונת ומכנסיים ואח"כ בדקו את הנטבע הנ"ל ומצאו סימנים הנ"ל בגופו היינו פליח והארב כנ"ל כמו שאמרו אנשי ק"ק מאהלוב מתחלה מצומצמים

כנ"ל והוגבה עדותן מהבודקים הנ"ל בק"ק אטיק מאהלוב בב"ד כדת וכהלכה שוב פעם שנית הוגבה עדותן מהבודקים הנ"ל ומאנשי ק"ק מאהלוב שאמרו מתחלה קודם שבדקו אותו על הסימנים המצומצמים הנ"ל בב"ד בק"ק מאהלוב כדת וכהלכה גם על הסימנים בכליו היינו בכתונת ומכנסיים הנ"ל העיד החייט בתוע"ג לפני ב"ד הנ"ל ובק"ק מאהלוב הנ"ל שהוא מכיר המכנסיים שהם שלו להיות אשר הוא בעצמו תיקן המכנסיים בשבילו והכיר בתפירות שלו גם דימו לפני ב"ד הנ"ל בק"ק הנ"ל המכנסיים שהיו על הנטבע למכנסיים אחרים שלו שנשאר בביתו והוי שוים ממש בלי שום שינוי גם מהכתונת הנ"ל דימו האפטשעפקי והשטעפיל מארביל לפני ב"ד הנ"ל להפטשעפקי ושטעפיל מארביל הכתונת אשר היה למוה"ר ליבוש הנ"ל מאביו מנשואין שלו וניכר היה לכל הרואים שהוא שוה ממש בלי שום שינוי כלל. גם נמצא בקעשעני של המכנסיים שעל הנטבע הנ"ל אגרת אשר כתב למוהר"ר ליבוש הנ"ל איש אחד מק"ק מאהלוב הנ"ל ובאגרת היה כתוב אליו דבר סתר מאותו האיש הנ"ל ואותו איש הנ"ל הכיר ג"כ כתב ידו ממש באגרת הנ"ל ויען שראינו אנחנו הח"מ בעזר"ה צדדי דהתיר בשריותא דהאי אתתא רובם ככולם מפוזרים אנא ואנא ובש"ס ובפוסקים ראשונים ואחרונים ובתשובת קמאי ובתראי ראינו לקבץ א' אל אחד למקום אחד כל צדדי דהיתירא למען ירוץ הקורא והמור' המוסמך בדורינו להורות הלכה למעשה אשר על פיהם כל ריב וכל נגע ובאמירת פיהם תלייי' להתיר הנגע עיגון מהאי אתתא תשובה כפי המבואר בענין לא חזיוה בשעתיה אלא לאחר כמה שעות שהעלה מן המים וא"כ לכאורה אין לסמוך על ההכרה בט"ע דהא אמרינן בש"ס ופוסקים וכך מוסכם מהם דאי לא חזיוה בשעתיה מתפח תפח ואם באנו לדין מצד הסימנים מלבד שצ"ע גדול אם יש לדון בסימנים אלו דין סימנים מובהקים כמה שאכתוב לקמן אך יש מקום לחוש לפמ"ש הגאון בעל מגיני שלמה בשו"ת פני יהושיע חלק אבן העזר סימן חי"ת וז"ל והר"ב ס"ל דכי שהה שעה אחת בעלותו מן המים ודאי תפח א"כ אין לסמוך שוב אפילו אם יש סימנים מובהקים כיון שודאי תפח וצורת סימן נשאר עליו ודאי אין זה סימן דכיון שתפח ודאי היתה צורת סימן משתנה אלא ודאי אחר הוא ונשתנת צורתו לצורת סימן כזה. וכיוצא בזה כתב הריב"ש זלה"ה סימן ש"ע וז"ל שם:

לפענ"ד פשוט דלמ"ד דאי אשתהי ודאי תפח אם ידעינן דודאי לא חזי בשעתיה דאין לסמוך אפילו על סימנים מובהקים דאנן סהדי שאינו אותו האיש דאע"ג דסימנים מובהקים הוי כעדים היינו משום דלא שכיח שיהיו בני אדם שוים בסימן זה ומ"מ לא אמרינן דאין שום אדם בעולם שיהיה לו סימן כזה דאפשר דאתרמי אדם אחר כו' ע"ש

שהאריך בזה והוכיח מדברי הר"ן בתשובה ומדברי התוספות בריש פרק האשה שלום דקאמר כגון דאסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנים ולפי דברי התוספות שם מיירי אפילו בסימנים מובהקים ואפ"ה צריך לאלתר דאל"כ לא סמכינן אסימנים דכיון דלא אשתני לאו איהו הוא וא"כ בנידון דידן אף אם היה סימנים מובהקים לא מהני כיון דוודאי לא חזיוה בשעתי' וכ"ש בסימנים אלו שאינם סימנים מובהקים בבירור. וכמו שאבאר וגם מה שהעידו שלא היה חבול בפניו ולא תפוח אין זה מציל להוציאו מידי תפיח' כיון דודאי תפח א"כ אנן סהדי דמטעי טעי סהדי בהא דאמרו שלא היה תפוח ומימר אמרו בדדמי ומדברי הפני יהושיע משמע דאדרבא זה אמתלא דלאו איהו הוא כיון דודאי תפח לא היה נשאר צורתו עליו אלא אחר הוא שהיתה צורתו בענין אחר וע"י שתפח נשתנה צורתו לזה ולכאורה קשה להקל בזה נגד מ"ש הגאון ז"ל שהוא מלתא דפשיטא לדידיה דלמ"ד אישתהי ודאי תפח אין לסמוך על סימנים מובהקים וסברת רבים וגדולים הוא דאי אשתהי ודאי תפח:

ובכדי לשקוד על תקנת עגונות פתחנא לה להאי פתחא מהדא שכתב בשו"ת משאת בנימין סימן ק"ד דאף ע"ג שדיבר הוא שהעד ראה ההרוג אחר שלשה ימים מ"מ כיון שנהרג בזמן הקור ובלי ספק שבשעתא חדא נגלד ונקרש ונתקשה כעץ וא"א לומר מתפח תפח ונשתנית צורתו רק הקור הגדול מונעם ואינו מניחו לתפוח ולא להשתנות צורתו כל זמן שהוא נקרש ונגלד ועדיין הא מלתא הא דמיא צמתי משמע דמפני צינת המים לא נתפח והכי איתא בהדיא בירושלמי שהביא ה"ה מעשה באחד שנפל לירדן ועלה אחר יום והכירו שצפדתו צינה והשיאו אשתו אלמא דאפילו מים מיצמת צמית ואינו מניחו לתפוח ק"ו השלג והקרח בקור החורף וכו' אך בתנאי שיהיה הקור תמיד מיום ההריגה עד יום המציאה כו' נראה שיש לחלק דבמים דוקא הוא דאמרי' דבעינן שחזיוה בשעתו משום שצינת המים צינה כו' דהוא הוא ומיד כשמוציאו מן המים מתחמם הגוף ומתפח תפח אבל דבר הנקרש והנגלד מהקור הגוף וכו' אחר כך מצאתי בספר ראב"ן כו' ומאחר שכוונתי לדעת הגדולים יש לסמוך על ההוראה זו עכ"ל המשאת בנימין ואף שהובא בקצרה בק"ע העתקתי מקצת הלשון שבתשובה שמשם יש ללמוד שאף שדברי המ"ב אמורים לענין הרוג אחר ג' ימים כדבריו כן הוא לענין אשתהי יותר משעה ביבשה אחר שהעלה מן המים אם כל אותה השעה היה מונח במקום ועוד לא סר מעל פניו הקרח הנורא ובעת שראוהו יודעים ומכירו שהסירו מסוה הקרח מעל פניו בודאי עודנו יבש היה כעץ וא"א שיתפח כלל וע"כ לא אמרינן אשתהי תפח אלא אם לא היה קרוש ביציאתו מן המים די"ל דע"י חום אויר היבשה הוא נתפח משא"כ אם היה קרוש בהאי

שעתא ולא אשתהי שעה אחת שנפשר הגוף מקרישתו מחמת הקרח אי אפשר לתפוח ולהשתנות צורתו כלל:

אמנם דברי המ"ב בזה שכ"כ בפשיטות צ"ע שהרי ריב"ב לא כל האדם והמקום והשעות שוין קאמר ואיבעיא לן ריב"ב לקולא פליג או לחומרא פליג ובעי למפשט מהא שהתירו במים לאחר ג' ימים ואי אמרת ריב"ב לחומרא פליג אינהו דעבדי כמאן ומשני שאני מיא דצמתי מבואר מזה דהפשטן היה סובר הטעם שהתירו במים לאחר ג' ימים הטעם משום צינה וכריב"ב דפליג לקולא ולפי מה דדחי ליה שאני מיא דצמתי לאו משום שהוא מקום צינה אתינן עלה רק מטעם שטבע המים להיות צומת ואין מניחים לתפוח אבל בהא דאיבעיא לן דלמא פליג לקולא לא איפשטא ואיכא למימר דלחומרא פליג דבמקום חם אפילו תוך ג' אין מעידין בכל גווני אבל אחר ג' אפילו במקום צינה אין מעידין לכ"ע ומים שאני דצמתי וא"כ זה מנין לנו שיהיה מועיל הצינה להתיר לאחר ג' ומה דמייתי המ"ב ראייה מדברי הרב המגיד לכאורה הוא ראייה לסתור שהרי ה"ה הביא זה על דברי הרמב"ם שכתב טבע בים כו' אם ישהה ביבשה כו' אין מעידין ע"פ ה"ה מפרש דבר הירושלמי דמיירי גם כן בחזיוה לאלתר דוקא אף דבירושלמי קאמר והכירו שצפדתו צינה היינו לומר דלכן לא הקפידו מה ששהה הרבה בתוך המים שטבע המים להצמיד ולצפוד בצינתו וגם מה דאמרינן בש"ס דילן שאני מיא דצמתי יש לפרש כן דצינת המים טבען להצמית אבל מ"מ אין ללמוד מצינת המים ליבשה דצינת היבשה אין צומת כלל:

ובכדי ליישב דברי המ"ב נראה דלכאורה יש לתמוה על ה"ה שנראה דמייתי ראיה מדברי הירושלמי דאפילו שהה הרבה במים לית לן בה ודלא כדמשמע מדברי הרי"ף דדוקא ד' וה' ימים וכן מבואר בנ"י ובאמת נ"ל דהירושלמי אזיל בשיטת הפשטן בש"ס דידן דריב"ב לקולא פליג ואינהו דעביד כריב"ב ולכך הקילו לפי שהצינה צפדתו וא"כ מסתברא שאין מקום לחלק בין ד' וה' יומי או אפילו טובא דכל שהוא יותר במים משום זה לא תפיג צינתו משא"כ למאי דדחי משום דמיא צפית ואין מניחין לתפוח א"כ י"ל כיון שבטבע הוא כל שהמת משתהה הוא מתופח ועולה ואין כח המים להצמית וא"כ אין לך בו אלא חידושו שאמרו חכמים דד' וה' ימים גברו המים בטבען להצמית נגד מה שבטבע המת ממה דלא אשכחן אין להקל בו וא"כ אין ראיה מהירושלמי כלל כיון דקי"ל כש"ס דידן וצ"ל דה"ה והנ"י ס"ל דודאי לפום מה דאתמר בש"ס דילן דמיא צמתי שפיר היה אפשר לחלק בכך דדוקא ד' וה' יומי יכולים להצמית ותו לא אבל כיון דאשכחן בירושלמי שנתן טעם לפי שהכירו שצפדתו צינה יש לנו להשוות תלמוד דידן עם הירושלמי כמבואר בפוסקים וגם תלמודא דידן מודה בהא דהיתר אחר ג' ימים במים

מצד צינה הוא ומאי דקאמר שאני מיא דצמתי היינו שטבע צינת המים הוא להצמית ואם כן כיון שמצד צינת המים אתינן עלה שוב מסתבר דגם ש"ס דידן מודה דאף לאחר ימים הרבה מצמתין והולכין והכי נמי אמרינן בעלמא במים קרים לא משום דמטרשי ליה אלמא שע"י הקרירות של המים הוא מצמית ובהכי א"ש דברי המ"ב דודאי גם הוא אזיל ומודה דצינת היבשה לאו מלתא הוא חוץ מן הקרח הזה דודאי מצד הסברא והעדות החוש שעל ידי צפד עורו על עצמו ונעשה יבש כעץ וא"א לו לתפוח כלל:

וזכר לדבר דלענין הדחת הבשר במים קרים ביותר משום דמטרשי לא פשיטא להו כולי האי ובבשר שהוא נקרש וממולא קרח אוסרים בפשיטות אם נמלח קודם שנפשר לפי שהדם מתקשה ונקרש בתוכו הרבה וא"א לצאת אף שטבעו לצאת ע"י מליחה ומכ"ש שא"א לו לתפוח ולעלות כלל ומ"מ לולי דאשכחן דצינה מלתא הוא לענין שיכול להעיד עליו לאחר ג"י היה מקום לומר שאין לבדות מדעתינו להקל בזה ולומר כי אחרי כי עלה קרח על פניו לא נשתנה צורתו דיש מקום לומר כיון שבטבעו לתפוח אלא שהצינה גוברת עליו עד שיקרש מחמת זה גופא עוז פניו ישונה אבל אחרי דאשכחן במים כה"ג שנצמת ע"י צינת המים מעכב שלא לתפוח ואין צורתו משתנה דון מינה דכל מה שיש בים יש ביבשה במקום קרחה וכפור שהרי פשיטא שבטבע הקור הנ"ל המעלה קרח להצמית יותר ממה שבטבע צינת המים להצמית ואין חוששין שע"י צימות הזה ישתנה הצורה כמו שאין חוששין לשינוי הצורה ע"י צימות המים:

והמ"ב דייק בלישניה והכי איתא בהדיא בירושלמי שהביא ה"ה כו' משום דמהירושלמי גופה אין ראיה די"ל דלא קיי"ל כוותיה אלא כמו דדחי בתלמוד דידן דשאני מיא דצמתי אבל כיון שהביאו ה"ה ראיה לדברי הרמב"ם אלמא דס"ל דתלמוד דידן והירושלמי אמרו דבר אחד ומזה נלמד דגם הש"ס דידן דקאמר מיא צמתי היינו מחמת צינה שבהם. ולכן אע"ג דצינת היבשה לא מהני היינו משום דשליט ביה אוירא ואף שהוא אויר מצינן מ"מ אין בכחו לעמוד נגד טבע המת לעלות ולתפוח משא"כ קרישת הקור הנ"ל שעושה קרחה במלכותינו אין ספק שמצמית ביותר וכמו שהאריך המ"ב ז"ל:

והנה בשו"ת מהרי"ט חלק אבן העזר סימן ל"ג כתב וז"ל לפי מה שסח העד בתוך דבריו כי היה ביום הקרח הנורא והשלג היה כאמתים על פני כל הארץ הדבר מוכיח שמצאו מקום שגלי הים שוטפים שאל"כ היה לו לומר שמצאו בתוך השלג עכ"ל ומשמע מזה שאם לא היה במקום שגלי הים שוטפים אף שמצאו בתוך השלג והיה יום קרח הוה דיינינן ביה דין אשתהי ביבשה ודלא כמ"ב. ויש לדחות שאם היו מצאו ביבשה היה מקום לחוש שמא אחר הוא שפלטו היום בעודו היה חום על הארץ ונשתנה פרצופו

לפרצוף של זה ומה בכך שעתה בשעת מציאה הוא עת הקור וגם י"ל דשמא אשתהי ביבשה שיעור שעה ולא שלט בו הקור כ"כ שיהיה נקרש ובפרט אם היה מלובש בבגדים ונשתנה אז ולכן אי לאו דמוכחא מלתא שגלי הים עוברים ושוטפים היה מקום להחמיר וגם לפי מה ששמעתי שאירע לפעמים ביום הקרח הנורא והשלג ההולך וסוער יש בני אדם שניצולין ע"י שמשכיבין עצמן לארץ ועלימו יתעלם שלג הרבה ומכסין עצמן בשלג וחם להם מחמת מכסה השלג שעליו ואם אמת הדבר א"כ פשיטא שאין להתיר בכה"ג אם נמצא בתוך השלג אשר היה כאמתים על פני כל הארץ אך אני חושש שאילו אינו רק פטפוטי דברים של ההמון ועיין ביומא דלא משמע הכי בעובדא דהלל שרחצוהו וסכוהו והושיבוהו כנגד המדורה ואמרו ראוי זה לחלל עליו את השבת וקצת יש לדחות וקצרתי וגם י"ל דאף אם כשהוא חי מועיל חמימת החיות שבו שלא יתקרר מחמת השלג עליו מ"מ כשהוא מת איך יחם לו כיון שאין נשמת רוח חיים באפיו והוא קר בטבע השלג מקרר אותו ביותר וכה"ג אמרינן בפרק במה טומנין דחמימי חיים דקרירי קריר ונ"מ לדינא אי אירע כה"ג שאחר פליטת המים קלטוהו מחיצת השלג והכפור ונתכסה בתוכם דלא חיישינן שמתחמם מחמת השלג ואיך שיהיה בגוונא דידן כי נראה שהקרח שעליו היה בעת שמשוי מן המים ויגיד עליו ריעו החול שנמצא על פניו ואם כן אין לומר דתפח אחר שהועלה ליבשה וגם לחוש שמא בעת ההוצא' ממים לא היה נקרש כלל ולא עלה קרח ואחר ששהה שיעור שעה או יותר ביבשה דרך הלוכו מהכפר להעיר שלט בו אויר הקר ועי"ז נקרש ואם כן איכא למיחוש לשינוי צורה קודם שנקרש אבל ז"א דאית לן למיזל בתר שעת מציאתן וכמו שנמצא עכשיו בקרח וחול כן היה בשעה שיצא מן המים ואין זה דומה לנידון של מהרי"ט דהתם היתה הטביעה בים הגדול שאין דרכו להיות נגלד ונקרש והגלים שוטפים ועוברים א"כ י"ל שכך יצא משם ולא נקרש משא"כ נהרות שלנו שע"י צינת השלג נקרשים הם וכל הנמצאים בתוכם ואף אם במקום שבולת הנהר דרדיפי מיא אינו נקרש בתחלת הסתיו מ"מ כל צדדיו נקרשים כשגובר עליהם נגיבת הרוחות הקרים ומעלה קרח נורא על כל סביביו וגם כל הנמצאים על שפתו אפילו בתוך המים הוא נקרש הרבה ואם כן מה"ת לתלות שאחר ששהה שיעור שעה נקרש ולא קודם לכן ועוד נראה דאפילו תימא דספיקא הוי שמא לא נקרש עד אחר ששהה ביבשה מ"מ יש להקל ואע"ג דקיי"ל בכל ספק אשתהי אזלינן לחומרא זיל בתר טעמא שהר"ן כתב בתשובה לפי שאינו מצוי שיראנה תוך שעה שנפלט מן המים משא"כ בזה שאנו מסופקים אם היו נקרש אז אם לא אפילו הוי ספק השקול אזלינן לקולא כאשר הכריעו

כל האחרונים וכן הלכה רווחת בישראל לדון בדין ספק תוך ג' ימים לקולא וההי"ד בספק אשתהי ביבשה היכא דלא שייך סברת הר"ן ז"ל:

איברא שיש מקום לדון בזה דבהך דספק תוך ג' אזלינן לקולא איכא תרי טעמא חדא משום דחשש' דשמא נתפח אינו רק ספיק' דרבנן ואזלינן להקל כמ"ש הרשב"א דמטעם זה יש להקל עוד י"ל דיש לנו לאוקמא בחזקת חי והשתא הוא דמת וכמבואר בדברי האחרונים ונ"מ לדינא דלהך טעמא דנתפח ספיקא דרבנן יש להקל גם בספק זה אם היה קרוש בעת יציאתו מן המים אם לא משא"כ אם נאמר דהוי חששא דאורייתא רק דבספק תוך ג' מוקמינן אחזקת חי א"כ אף נתפוס להקל בספק תוך ג' מ"מ בספק זה שמא היה קרוש בשעת יציאתו מן המים ואין בו דין אשתהי ספק שקול הוא ואזלינן לחומרא ואדרבא איכא חזקה לאיסור' דמוקמינן אחזקת שלא היה קרוש עד עתה והשתא הוא דנקרש ובמקום חזקה דמעיקרא לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ואף לפי מ"ש שדבר מצוי בנהרות שלנו שיהיה נקרשין בתוך המים כיון דלא ידעינן מני הוא ניחוש ליה שמא איש אחר נטבע ולא שהה במים כדי קרישה ולפי שנשתהה ביבשה נשתנה צורתו ונקרש אח"כ ואם אפשר שיתברר ממי שהי' שם בעת הוצאה מן המים שהיה קרוש אז והקרח על פניו כמו שהובא לעיר היה מקום לסמוך על ההיתר של המ"ב כמ"ש אבל אחרי שאין הגוף הגב"ע לפני רק מה ששלחו הדיינים תורף הענין שהוציאו מתוך הגב"ע חוששני לומר שהוא דבר שא"א להתברר כיון שנמצא בכפר קרוב הדבר שבא לידי עממין ואפשר שלא היה שם יהודי שראוהו בשעת הוצאה עד שהובא לעיר ואם יש לחוש למ"ש דכיון דלא שייך האי טעמא דמקילין בספק תוך ג' משום חזקת חי א"כ בספק אשתהי יש לילך כה"ג לחומרא ולפום הך טעמא דבספק תוך ג' משום חזקת חי הוא ניחא לי מה דהוי קשיא ליה על הריב"ש (ועיין בתשובת עגונה מחארסאן סימן ע"ד) ולפי שבנ"ד דין הספק שלנו אם היה קרוש בעת יציאה מן המים או לא אין כאן מקום קולא מחמת חזקת חי לכן לא הארכתי בזה:

ואולם יראה לענ"ד שיש מקום לומר להיפך דאף המחמירים בספק תוך ג' ימים יודו בנ"ד כו' (עיין בתשובה הנ"ל) ואמרינן שמת זה כמה ומ"מ אשתהי במים לא איכפת לן רק מה דאשתהי ביבשה ובזה אמרינן שהיה נקרש ואין לו דין אשתהי ואף אם ספיקא הוי הו"ל ספק חשש נתפח דרבנן וספיקא לקולא:

ועדיין לבי מהסס אם יש לדון בזה דין ספק השקול מאחר שיש כאן חזקה דמעיקרא שלא היה קרוש ויש לנו לומר השתא הוא דנקרש ואף לפי מ"ש לחלק בין הא דמהרי"ט דמיירי במים שאין דרכו לקרוש משא"כ בנהרות שלנו עדיין לא נתחוור לי חילוק זה

כל הצורך וכי בשביל שאנו מדמין כו' ועוד דהא יש כאן מקום לחוש שמא אחר הוא וא"כ י"ל שעתה מקרוב נטבע ולא שהה במים אחר מיתתו כדי קרישה וכמש"ל ועוד דנהי דנימא דאזלינן בתר חזקה דהשתא ודייניו ליה כשעת מציאתן הא בעינן נמי מקום מציאתן וכאן מה שראינו אותו קרוש ויבש כעץ לאו מקום מציאתן הוא וא"כ פשיטא שי"ל דאע"ג דהשתא קרוש הוא מ"מ במקום שהיה שם בראשונה בשעה שיצא מן המים עדיין לא שלטה בו הקור כ"כ שיהיה קרוש ובמקום זה נקרש והדבר מבואר בנדה דף ד' בנגע באחד בלילה אם מצאו בשחרית במקום אחר מת טהור ולא אמרינן כי היכא דהכא מת הוא ה"נ היה מת במקומו הראשון ואף למאי דאמרינן התם אליבא דר"י דממקום למקום מתלי תלינן לאו משום דחזקה ממקום למקום עושה אותו לספק שקול רק משום חומרא אמרינן הכי בקדשים וכמ"ש התוספות שם בהא דפריך ומי תלינן והא תנן מחט שנמצא מלאה חלודה ואמאי נימא האי מעיקרא מחט מעליות' הוא והשתא הוא דהעלה חלודה והקשו דאדרבה משום דאזלינן בתר שעת מציאתן לגמרי אפילו ממקום למקום לתלות לכך טהורה כאן וי"ל דסלקא דעתך כיון דמחמיר כ"כ בטומאה לתלות אף ממקום למקום ע"כ אינו אלא משום חומרא דקדשים אם כן במחט לא היה לטהר לגמרי משום שעת מציאת' כו' וע"ש ולפי זה גם מה דקאמר הש"ס בתר הכי וכ"ת בשעת מציאתן בין לקולא ובין לחומרא ושלא במקום מציאתן משרף לא שרפינן מתלי תלינן לאו משום דממקום למקום משוי ליה ספיקא אלא ג"כ משום חומרא דמה"ת נאמר דפליג על סברת המקשן והכי קי"ל בא"ח סימן תס"ז לענין איסור דאין מחזיקין ממקום למקום ולפי דברי התוספות א"ש הא דמייתי מעיקרא ממתני' דנגע באחד דלא מוכח רק מברייתא דקתני ובמקום מציאתן דממתניתין דמחט הו"ל לאתויי מעיקרא דמוכח מגופא דמתניתין וגם דהא הך מתניתין דמחט בפ"ג דטהרות ומתניתין דנגע בפ"א:

ולשיטת התוספות ניחא דממתניתין דמחט לא הוי מצי לאקשויי בפשיטות דמצינן למימר דר"י דינא קאמר להחזיק ממקום למקום ולא משום חומרא וא"כ אדרבא היא הנותנת דמשום דשעת מציאתן חזקה אלימתא הוא אפילו ממקום למקום לכך במחט טהור לגמרי אבל השתא דמייתי מתניתין דנגע ובריייתא דדוקא מקום מציאתן מוכח דלא דינא היא אלא חומרא בלבד לתלות ואהא קשיא ליה ממחט שיש לו להחמיר גם שם:

אך מדברי רש"י שם נראה דפשיטא דמתניתין דמחט משמע ליה להוכיח מדלא אמרינן מעיקרא מחט מעלייתא כו' הה"ד ממקום למקום וא"כ מעיקרא הו"ל לאתויי הך מתניתין ונראה דשיטת רש"י א"ש לפי המבואר מדברי הש"ס דהך מלתא דכשעת מציאתן ובמקום מציאתן אהך מתניתין דנגע באחד מתניא ולא אהך דמחט ולכאורה חד דינא

אית להו שאם היתה המחט בזויות זו ע"ג טהרות ולא ידענו אם חלודה או לא ואח"כ טלטלוה לזוית אחרת ושם מצאנוה חלודה לא מחזיקינן טהרה ממקום למקום וא"ל דבזה באמת אזלינן להקל אף שלא במקום מציאתן ז"א דא"כ תקשי לחזקיה וגם דלמאי דקיימינן השתא אף לר"י לא מחזיקינן בוודאי רק לתלות וא"כ איך אפשר להקל ובאמת הר"ש פ"ג דטהרות כתב דגם בזה דינא הכי דוקא במקום מציאתן כמו בההיא דנגע באחד ע"ש וצ"ע דלמאי דמשמע מהש"ס דהברייתא קתני לה אההיא דנגע באחד שהוא בפרק הא' וברישא הו"ל למתני הך דפ"ג ולכן נלענ"ד דהכא דקאמרה מתניתי' דטהורה שכל הטמאים כשעת מציאתן אשמועינן דאף שטלטלו הקופה ממקום אחר לכאן טהורה משום שעת מציאתן וא"ש בין לחזקיה בין לר"י דממ"נ אי לא מחזקינין ממקום למקום א"כ איכא למימר דשם לא היתה המחט כלל על הטהרות והשתא בזויות זו הוא דנפלה כמו גבי שרץ ובזויות זו אזלינן בתר שעת מציאתן להקל ואי מחזקינין ממקום למקום א"כ כמו שמחזיקין למפרע שהיתה המחט שמה חזקה ודאית כזו מחזקינן שהיתה שמה חלודה ג"כ כיון דבשעת מציאתן אזלינן בתרי' אף להקל משא"כ אם היינו יודעים בבירור שבשעה שהיתה הקופה שם בזויות האחרת היתה המחט שם ועתה טלטלוה לכאן והוא נמצאת מלאה חלודה יש חומר בדבר למ"ד לא מחזקינן מלמ"ד מחזקינין דלמ"ד לא מחזקינין ממקום למקום למיזל בתר שעת מציאה א"כ י"ל דבזויות האחרת מחט מעלייתא הוא והשתא העלתה חלודה משא"כ למאן דס"ל מחזקינן לודאי אף ממקום למקום כשעת מציאתן א"כ אמרינן דגם שם כך היתה חלודה וטהורה אבל אם נימא דכשעת מציאתן לענין ממקום למקום אינו רק לתלות ולא לשרוף והיינו דאינו רק שהוא מגרע חזקה קמייתא שהיה חי לא אמרינן דעד השתא חי הוה אלא זיל בתר איפכא כיון דהשתא מת הי' דילמא מת היה אף במקום אחר א"כ כשאין מוצאין כאן מחט יש מקום לספק שמא כמו שטהרות אינו המחט עליהם במקום הזה כך היתה במקום אחר ומ"מ לענין החלודה שעליו י"ל שבמקום אחר לא היתה חלודה כיון דחזקה דכשעת מציאתן כשהיא ממקום למקום לאו חזקה מעליותא היא ולא תוסיף תת כחה כ"א לגרע חזקה קמייתא לבד ועכ"פ ספיקא הוה שמא מעיקרא מחט מעליותא הוה בשעת נפילה על הטהרות והשתא הוא דנחלדה וא"ל דהוה ס"ס ספק היתה שם ספק לא היתה ואת"ל היתה דלמא היתה כמו שהיא עתה עם החלודה ז"א דספק טומאה ברה"י אף ס"ס טמא והשתא א"ש דמעיקרא לא הוי מצי למידק מהך מתניתין דמחט דהוי אמרינן דחזקה דמחזקינן ממקום למקום חזקה גמורה היא וא"כ שפיר קתני דבכל גווני טהורה כשעת מציאתה ואין לחוש דלמא מחט מעלייתא הוה משא"כ השתא דמוכח דלר"י ע"כ דאין

כאן רק ספק לבד א"כ לית לן למיזל בשני הצדדים לחומרא דשמא היתה שם כיון שהיא כאן עתה ומ"מ לא היתה חלודה כיון דשעת מציאתן דממקום למקום לאו חזקה גמורה היא רק לתלות מחזקינן להוציא מחזקה קמייתא לומר שאע"פ שמעיקרא לא הי' המחט עליו כלל מחמת שעתה נמצאה תולין ממקום למקום לומר דכאן נמצא כאן היה מעיקרא אבל מ"מ אפשר שלא היתה חלודה עד בואה אל מקום זה שהיא מקום מציאתה:

וראיתי בספר מקור חיים על הלכות פסח שחיבר שארי הגאון אב"ד דק"ק ליסא שכתב בסימן תס"ז דכמו דאמרינן בחזקה דהשתא אין מחזיקין ממקום למקום כמו כן בחזקה דמעיקר' דאז בשעת לידת הספק הוא במקום אחר אין מחזיקין ממקום למקום ומייתי מנגע באחד חי בלילה דמחלקינין בין ראוהו חי מבערב אע"ג דגם בלא ראוהו ודאי פעם אחד חי היה מ"מ חזקה במקומו בעינן ולכן בעינן שראוהו חי במקום זה ולכך במחט לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא דלאו מקום מציאתה היא ובזה כתב ליישב דברי הש"מ דקשי' לי' במחט דניזל בתר חזקה דמעיקרא לתלות עכ"פ ע"ש באורך:

והנה בהך דנגע באחד קדמו בשו"ת מ"ב בזה ולכאורה הוא נכון מצד הסברא הישרה דאם לא ראוהו חי מבערב במקום זה הוה כראוהו חי רק שלא במקום זה כ"א במקום אחר ובכה"ג אמרינן דבמקום זה מת וכיון שזה נגע בו במקום זה אזדא ליה חזקה קמייתא דהא במקום זה לא אתחזק ואזלינן בתר חזקה דהשתא שהוא במקום זה ומ"מ י"ל דאין ללמוד מזה לענין מחט שנמצאת חלודה לומר כיון דלא ראינוה שהיא מחט מעלייתא במקום זה לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא משום דאין מחזיקין ממקום למקום דז"א דהא טעמא דאין מחזיקין ממקום למקום לפי שיש לתלות שהמקום גורם וא"כ מהני חזקה דמעיקרא עד בואה אל מקום זה וא"כ כבר נטמאו הטהרות בשעת נפילת המחט כאן ולא דמי להך דנגע באחד דשם אין אנו רוצים לדון ולומר שחי דבתחילת ביאתו לכאן הי' מת רק מחמת שעת מציאתן ומקום מציאתן אמרי' שבתוך זמן שהיה כאן מת וכיון שבמשך הזמן ההוא נגע האיש הזה הוא טמא משא"כ גבי מחט שאנו צריכין לומר שבבואה למקום הזה היתה חלודה ואז עדיין לא נסתלק ממנה חזקה קמייתא שהיתה מחט מעלייתא ולכך הוצרכו התו' ליתן טעם משום דמוקמינן טהרות אחזקתיה. ומ"ש שם בספר מקור חיים ראיה מנגע אע"ג דהרי חסר לפניך ואיכ' חזקת טהרה לענ"ד אין הנידון דומה כלל דהתם אין לחשוב כלל מה שנמצא הנגע חסר לחזקה דהשתא לומר כמו שהוא חסר עתה כן הי' חסר בשעת' דנפיק ואתא קודם שהסגיר דז"א דהא כל עיקרו של ההסגר היא להיות סיבה ופעולה שתתחסר הנגע ויגרום טהרה לבית ואם אירע שההסגר לא פעל לחסרו עד שנעשה מוחלט סימן לדבר שרצון השם לנתוץ הבית

וא"כ אין לעשות מהשינוי שעל ההסגר חזקה דהשת' ללמוד ממנו על קודם ההסגר ואע"פ שהוא מזמן לזמן הו"ל כממקום למקום וגרע מיני' כיון שההסגר הוא סיבה לזה שיצא בגרעון (ועי' בשו"ת ח"צ סימן ג' כתב ג"כ דודאי מסתבר לתלות שנחסר בשעת ימי ההסגר ואע"פ שהוא מזמן לזמן ראי' להסגר ואפשר דבמקוה כו' ולפענ"ד א"צ לבא מטעם שהוא זמן ארוך אלא מטעמ' דכתיבנ') אך גם במקום שנמדד שרגילות הוא שיהי' הלוך וחסור במשך הזמן הוי כמו התם ע"י פעולת ההסגר ולכן אין דנין בו דין חזקה דהשת' ולכן שפיר הוי קשי' להו להתוס' דכמו בנגע לא מוקמינן גברא בחזקת טהרה כיון שבודאי נכנס לבית שיש בו נגע ולא אמרינן הרי חסר לפניך לגרע חזקת הנגע משום דחזקה קמיית' מילת' הוא ומה שחסר לפניך אין לו דין חזקה דהשת' כיון שדרכו שנחסר ע"י ההסגר ולא קודם ה"נ גבי מקוה נימ' דלא אמרינן העמד טמא על חזקתו כיון דודאי טבל ומה שהמקוה חסר לפניך השת' הוא דחסר כיון שרגילות להתחסר במשך הזמן ואין בו דין חזקה דהשתא כלל ולא נגרע בזה חזקה קמייתא:

ובזה מובן היטב תירץ התוס' שכתבו לחלק בין נגע שרגילות להתחסר בב"א לפחות מכגריס בזה שפיר אמרינן השתא הוא דחסר מחמת הרגילות שיתחסר ע"י ההסגר משא"כ במקוה שאף שתאמר שרגילות להתחסר ע"י משך הזמן מ"מ הרי הרגילות הוא שיתחסר מעט מעט כו' (ומ"ש בספר הנ"ל בפי' דברי התוס' במ"ש וכשטימא הכהן את הבית דקשי' להו לישנ' דש"ס דקאמר אדנפיק ואת' כו' הוא תמוה דאין זה ענין כלל לתירוצם בזה ובתשובה א' כתבתי לבאר לשון כוונת התוס' בזה על נכון ואין כאן מקומו) וכל זה לענין שאין מקום לתלות בחזקה דהשת' כגון שרגילות הוא להשתנות עתה ולא גרע מזמן לזמן היכ' שיש לתלות השינוי בזמן מהא דלא מחזיקינן ממקום למקום לפי שיש לתלות במקום וזה מבטל שלא לילך בתר חזקה דהשתא ואין מועיל צירוף חזקת טהרה דאיתרע מחמת שבא לבית המנוגע וכן במקוה אי לאו דחסר ואתי מעט מעט לא היה מועיל צירוף חזקת טומאה כיון דודאי טבל משא"כ היכא שאין לתלות החזקה דהשתא מחמת הזמן או המקום בכה"ג חזקה דהשתא מלתא הוא מדרבנן להחמיר ומהני נמי מדאורייתא להקל בצירוף חזקת טהרה כיון שאין לתלות חזקה דהשתא שמה שהוא כן הוא מחמת הזמן או המקום בזה שפיר אזלינן בתרה בצירוף החזקת טהרה ובזה היה נראה לענ"ד ליישב בפשיטות הא דפריך ממחט לימא מחט מעלייתא הוא כו' י"ל דהכי קא קשיא ליה כיון שממקום למקום אמרת דתולין דבזה לא מהני חזקה דשעת מציאתן משום שהמקום גורם להשתנות א"כ חלודה נמי אע"פ שאין כאן שינוי מקום מ"מ הזמן גורם להשתנות שדרך הוא ברבות הזמן להעלות חלודה וכחזקה דממקום למקום דמי'

ולחזקי' דס"ל דאין מחזיקין ממקום למקום י"ל דס"ל דחזקת טהרת חזקה אלימתא היא משא"כ אליבא דר"י דס"ל תולין ודבר זה צריך אריכות בסוגיות הש"ס וקצרתי:

וממוצא דבר אנו למדין דהך דלא אזלינן בתר שעת מציאתן כשהוא ממקום למקום לפי שאנו תולין במקום שהמקום גורם מה שיצא מחזקתו ונשתנה ודון מינה אם הוא חזקה העשויה להשתנות מחמת הזמן או שכך הוא בטבע או מחמת סיבות שנתחדשו לא אזלינן בתר שעת מציאתן והא דנגע באחד כו' לכאורה קשיא הא גם חיי האדם בזמן תלוי ואפ"ה אזלינן בתר שעת מציאתן לומר דכשמצאו מת אמרינן שקודם לכן היה מת. אך באמת החילוק מבואר דאע"ג דכל אדם מעותד למות מ"מ אע"פ שהרבה מתים כאשר שנותם למספר יאתיו. מ"מ נפישי גמלי סבי ואמרינן רב סליק לבי קברי לחיש ואמר צ"ט מתים בעין הרע כו' ולכן שפיר אזלינן בתר חזקה דהשתא משא"כ היכא שהדבר ידוע שהשתנות בא ע"י משך הזמן מה"ת להחזיק למפרע כמו דאין מחזיקין ממקום למקום אך כל זה לענין חזקה דהשתא משא"כ לענין חזקה דמעיקרא אי אזלינן בתרה אף להחזיק ממקום למקום נראה דתליא מלתא בפלוגתת הפוסקים אי אזלינן בתר חזקה העשויה להשתנות אם לא שהרי כבר בארתי דעיקר טעמא דאין מחזיקין ממקום למקום משום דתלינן במקום כשיש לתלות שנשתנה על ידו וא"כ למ"ד דחזקה קמיית' מהני אף בעשויה להשתנות א"כ גם ממקום למקום ודאי אזלינן בתרה דמה בכך שיש לתלות במקום שעשוי שישתנה מ"מ לא נפיק מחזקתיה מחמת זה ובגוף הענין דחזקה העשויה להשתנות הארכתי הרבה בתשובה ובדברי הר"ן בתשובה במקוה שמימיה נתמעטין והענין עמוק ורחב ידים וכעת אין בידי לבא בארוכה רק נקוט מיהא בידך דלענין חזקה דהשתא אע"ג דשעת מציאתן הוא מ"מ אין מחזיקין ממקום למקום כשיש לתלות במקום ולענין חזקה דמעיקרא דעת כמה פוסקים דאף בעשויה להשתנות אזלינן בתרה ואל תתמה למה יגרע חזקה דהשתא מחזקה דמעיקרא שהרי דעת התוס' דחזקת שעת מציאתן לאו דאורייתא רק לחומרא לענין קדשים ולדעת הח"צ בתשובה סימן ג' חזקת שעת מציאתן הוי דאורייתא להרמב"ם מ"מ במקום חזקה דמעיקרא ליתא והיינו דמחלקינן בין ראוהו חי מבערב ועיין בדברי אא"ז בבכור שור במ"ק דף י"ט בענין זה וממנו נקח לנ"ד שהביאו לעיר כשהוא נקרש בזה לא נתברר לנו שהי' קרוש בשעה שעלה מן המים דאי משום כשעת מציאתן אין להקל לשיטת התוס' שאין לילך בתר שעת מציאתן כ"א לחומרא או היכא דאיכא חזקת טהרה וכאן אדרבה איכא חזקת חי וחזקת אשת איש לומר דאחר הוא שנשתנה אחר דאשתהי ביציאתו מן המים והשתא הוא דנקרש וגם לשיטת הרמב"ם כבר כתבתי דכאן שהוא ממקום למקום ויש לו לתלות

במקום דהיינו כשהוליכוהו מכפר לעיר נקרש הרבה ואדרבה מצד חזקה קמייתא י"ל שלא הי' נקרש בעת יציאתו מן המים ואע"ג דהיא עשויה להשנות מחמת הסיבה שנפל למים מ"מ י"ל דלא נפיק מחזקתי' שלא הי' נקרש ומכ"ש שיש מקום בזה לומר שזה הנמצא הי' חי עד עתה וזה מקרוב ממש שנפל למים ולא שהה שם כדי קרישה ולכן בתר דאשתהי נשתנה והשתא הוא דנקרש ואם הי' לפנינו מי שמעיד שמיד כי מן המים משיתיהו הי' קרוש ומלא קרח הי' מקום בפשיטות לסמוך ולהתיר מחמת ההכרה בט"ע ובצירוף שאר סימנים אבל כפי משמעות המעשה שכתבו הב"ד שם נראה שלא הי' שם איש מישראל בשעה שהועלה וגם לא נזכר אם הי' עכו"ם מסל"ת עכ"פ שאמר שהי' קרוש אז מועיל אומדן דעת אין לסמוך כיון שאין כאן אפי' חזקה דשעת מציאתן וכמש"ל: ועתה נבא לבאר אם יש מקום בזה להתיר מצד שהכירוהו בט"ע של פניו וגופו שלפי דברי הטור יש להתיר בכה"ג כשצורתו וגופו שלם אם לא ראה הטביעה אע"פ שלא ראוהו לאלתר והב"ש ס"ק מ"א כתב דמדברי הרמ"א משמע שחושש לדברי בעל המאור דמצריך לאלתר ובדעת הרא"ש בזה נחלקו בתשובת מוהרי"ק ומהרב אשכנזי ושאר תשובות לפי שדבריו נראה כסותרים ועיין בח"מ שהביא דבריהם בקצרה:

והגאון בנ"ב בירר לו דרך א' בפירוש דברי הרא"ש (עיין בתשוב' עגונה מחארסאן באורך) והר"מ בתשובתו הראה פנים לכאן ולכאן ולא העלה דבר ברור להקל אף שהי' שם כמה מילי מעליותא כמבואר למעיין שם ואף שנראה שסיום התשובה חסר שם ואפשר שהעלה לבסוף להתיר מ"מ כיון שעכ"פ לא חזינן כי האי סימנא שסמך להקל בזה אנן יתמי דיתמי היכא נעביד עובדא להקל ומה שיש לצדד בזה מצד הסימנים שבגופו הנה דבר ברור שהקרחה שבראש מצד עצמו לא הוה סימן כלל כיון דשכיח טובא בהרבה בני אדם רק שמצד צמצום ג"כ יש לעיין בזה שאף לפי מה שמקילין קצת פוסקים מחמת צמצום מקום היינו היכא שהסימן מצד עצמו לא שכיח כולי האי אבל סימן כזה שהוא שכיח טובא ועיין בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא חלק אבן העזר סימן ס"א כתב וז"ל והסימנים שבגופו הקרחה שבראשו זה שכיח מאד בהרבה בני אדם והציפורן הנשחת כיון שכיונו האצבע שהוא סמוך לאגודל וגם ביד שמאל אולי מקרי סימן ועיין בב"ש סקע"ד ומ"מ נראה דאין זה צמצום מקום לגמרי ועיין בב"ש סקע"א ועכ"פ סימן אמצעי מקרי בפרט בצירוף הקרחה בראשו והשבר במתניו עכ"ל עכ"פ מבואר דקרחה שכיח טוב' ולכן י"ל דאפי' צמצום מקום לא מהני בכה"ג דמלת' דשכיח' לפעמים הוא במקום זה ופעמים במקום זה ובסימן מובהק בעינן שיהי' מופלג וזה הרבה שלא ימצא באלף אנשים וקצת יש להוכיח כן גם מדברי הנ"ב שהרי שם בלשון השאלה אית' אני

זיינוויל מעיד בתו"ע שהקרח' שהיה בראשו של פייבוש הנטבע הוא מנעוריו ואני גדלתיו מנעוריו וראיתי בו קרח' והשגחתי בו גם עתה הטיב ומצאתיו כמו כן וכמו כן אמרו כו' שהיו יודעים מהקרח שקורין פלאס שהיה לפייבוש בחייו כמו עתה באיש הנמצא עכ"ל וא"כ כיון שהיודעים ומכירים אותו מעידין שהקרח' שראו בחייו הוא עתה כמו כן ודאי שהכירוהו בט"ע שהוא באותו מקום שהי' בחייו הקרחה באיש הלז וזה יש לחשבו לצמצום מקום כיון שע"פ ט"ע שלהם מקומו מצומצם במקום שהי' בבעל האשה וכ"כ בשו"ת ח"צ סימן קל"ד בהעיד שהיה לו פציעה במצחו אע"פ שלא צמצמו אם בראשו או בסוף או באמצע אפשר לצדד כיון שאותן האנשים שמצאוהו הרוג וראו בו הפציע' שהית' במצחו ואמר שעל ידי כן הכירוהו מסתמ' בהיותו בחיים היו יודעים באיזה מקום שהרי רגילין ותדירין היו עמו ומסתמא באותו [מקום] מן המצח מצאו עתה כו' ואם כן לא היה לו להגאון ז"ל לדחות הסימן קרח ואף שהח"צ כתב שלא יעשה מעשה על סמך זה לבד מ"מ לא היה לו לנ"ב לדחות לגמרי כלאחר יד וגם הנ"ב גופיה שם בתשובת סימן א' כתב מסברא דנפשי' כהח"צ אך באמת בכה"ג בסימן קרחה דשכיח טובא אף שמכירין בט"ע שהוא במקום מצומצם שהי' בבעל' של זו לא מהני ודוקא היכא שהסימן מצד עצמו גם אינו מצוי כ"כ אזי בצירוף צמצום המקום חשבינן ליה לסימן מובהק לדעת קצת פוסקים וכן נראה מהאחרונים וגם מצד העקמומית שבגבו כעין חטוטרו' פשיטא שעכ"פ אינו סימן מובהק ובאנו למחלוקת הפוסקים בצירוף סימנים אמצעים ולא רציתי לישא וליתן בזה שמלא בכל התשובות ואם באנו לכתוב אין אנו מספיקין ולא מפסיקין:

ובענין סימני הכתונת ראיתי בנ"ב מהדורא תנינא סימן סמ"ך כתב וז"ל ועל דבר הכתונת אם הוא כמו כיס וארנקי דלא מושלי אינשי אמינא אם פרידתו של זה מביתו ומציאתו של ההרוג היה הכל תחת שבת א' כו' אבל אם עבר עליו יום השבת חיישינן אפילו לא לקח מביתו רק חלוק שהיה לבוש בו אולי אירע לו לקנות חלוק וקנאו ולבשו לכבוד שבת וזה שהיה לבוש מביתו השאילו לאחר ומ"ש בעסק שאלה דיחיד בשם הח"צ עיין בח"ר נ"ב ושם הוכחתי דלרבא אין חילוק בין יחיד לרבים אפילו בשאלה כו' ובסוף סיים שם שאם האשה העגונה מכרת כתונתו ע"י סימן הטלאי לא אזדקק להתירה אבל אם מכירה בט"ע והיה מציאתו קודם שעבר עליו השבת הוא דומה לכיס וארנקי ומגבבים לזה גם שאר שערי ההיתר עכ"ל והנה בנ"ד אף שעבר עליו השבת נראה דלא חיישינן שמא אירע לקנות לו חלוק כו' דבענין זה אין לנו לבדות חששי' אלא הכל לפי הענין וכמ"ש הגאון ז"ל באם שלא עבר השבת שאין דרך במדינות פולין ללבוש חלוק אחר

אפילו עשירים א"כ לא חיישינן ליה והיינו משום אומד הדעת כמו כן אף שעבר עליו השבת אם לפי הענין נראה דהאי גברא לאו בר הכי שיפשוט את כתונתו להשאילו ולעצמו יקנה כתונת אחר וחשש רחוק הוא ביותר ועדיף מכיס וארנקי:

וגם כי אין כאן חשש שאלה דיחיד ומ"ש בנ"ב דלרבא אין חילוק וכן הקילו עוד בכמה ספרים אנכי תקנתי עמודי הח"צ וברתי בתשו' שדבריו נכונים אך מה שאני חוכך בזה ממה שנראה ממכתב הב"ד תוכן המעשה לא היה על הכתונת הכרה בט"ע רק שדימו האפטשעבקי כו' להכתונת שהיה לו משעת נשואין והיה שוה ממש בלי שינוי כלל וצ"ע אם זה מועיל כמו ט"ע וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה ומבואר ביורה דיעה סימן ל"ו שאין אנו בקיאין בהקפה להכשיר וביש"ש חולין כתב דלהקיף ולראות אם הנקבים דומים בקל יוכל לטעות שידמה במושג הפשוט שהדבר דומה ואינו כן כו' וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת ורמזתיו בקצרה בחיבורי בית אפרים סימן ל"ו ס"ק נ"א והבאתי שם דברי הח"צ שדעתו דבכה"ג מקיפין ומדמין לענין איסור וצ"ע אם היה מיקל בזה באיסור אשת איש ואפשר בעגונה יש להקל כמו שהקילו אפילו מפי שפחה וצ"ע וקצרתי והנה מצד מה שהחייט הכיר בט"ע את המכנסיים שתיקן אותם לו והכיר בתפירת שלו לכאורה י"ל דמכנסיים לא חיישינן לשאלה בפרט כשלא לקח עמו אחרים והארכתי מזה קצת בתשובה א' עם הגאון המפורסם מוהר"ר מאיר ז"ל האב"ד דפה קהלתנו והוא ז"ל היה דעתו כן והביא ממ"ש בשו"ת שבות יעקב דמנעלים לא מושלי כו' והה"ד מכנסיים והסכמתי עמו לדינא ועיין בשו"ת זכרון יוסף חלק אבן העזר שהביא מש"ס דמעילה דלבושא עילאה ותתאי מפנמי לאלתר וכתב שם אות י' דלפי מ"ש שם רש"י טעמא דלבושא תתאי דע"י זיעה נפגם מיד וכ"ש פוזמקאים דאיכא זיעת הרגל וזוהמא וכו' יע"ש וא"כ נראה דהה"ד במכנסיים כאלו ואף שבזכרון יוסף שם כתב וכי בשביל שאנו מדמין כו' מ"מ כבר כתבתי שהכל לפי הענין וא"כ גם כאן נמצא בקעשני של המכנסיים אגרת מאיש אחד בדבר סתר והאיש אומר שהוא כתב ידו שכתב למוהר"ר לייבוש בעל אשה זו וא"כ נצטרך לומר ששאל לאחר המכנסיים ושכח בתוך הקעשני האגרת הנ"ל לזה לא חיישינן כיון דהאגרת דבר סתר הוא בודאי מדכר הוה דכר ליקח האגרת טרם ישאיל המכנסיים לאחר ואף שהב"ש הביא בשם הב"י דאי סימנים דרבנן חיישינן אף לכלים דלא מושלי כבר חלקו האחרונים בזה והסכימו להתיר וגם אני הארכתי בתשובה והבאתי דברי הש"מ בשם הרשב"א להתיר ומקרוב בא לידי חידושי הריטב"א על יבמות כתב ג"כ הלכתא דלשאלה לא חיישינן אמנם הריטב"א שם פסק סימנים דאורייתא ומ"ש בשמו דאי סימני דרבנן חיישינן לשאלה ואפילו בכלים דלא

מושלי לא נזכר שם דבר מזה וגם ידוע מ"ש הפוסקים להתיר בסימנים אמצעים בגוף וסימן מובהק בכלים משום ממ"נ ולפי שהארכתי בכמה תשובות בתכלית האריכות בענין זה קצרתי כאן:

ואמנם במ"ש לצדד מצד האגרת הנמצא בקעשני של המכנסיים דמחמת זה יש לנו לומר שלא לחוש לשאלה כיון דדבר סתר הוא מזהר זהר בי' ועיין בב"ש ס"ק מ"ט שכתב וז"ל וכל זה איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי כו' וכן גדולי האחרוני' בתשובותיהם הרבה פעמים תמכו יסוד ההיתר כו' ולא חיישינן לשכחה וצ"ע וא"כ כיון שיש כאן כמה פנים להתיר אף כשיש לפקפק קצת מ"מ בצירוף כל הני היתרים יש להעמיד יסוד ההיתר שהתחלנו בו לפי שנמצא קרוש לפנינו ולא מבעי' אם יתברר ע"י עד ישראל או עכו"ם מסל"ת שהיה קרוש הרבה בעת יציאתו מן המים שיש לסמוך ולהתיר אלא אפילו אם אינו ידוע אם היה קרוש בשעה שהוציאוהו דאז הו"ל כספק אשתהי מ"מ נראה ברור דבנ"ד אתתא שרי' כיון שמבואר בגב"ע שהעידו בבירור שלא היה נפוח ובכה"ג כתב מהרי"ט סימן ל"א וכל זה בסתם אבל במעיד בבירור שלא היה שום נפוח ושום השתנות כלל וגם יש ספק אי אשתהי קודם שנקרש נראה דכ"ע מודים דשפיר מעידין ומכ"ש שיש כאן קצת סימנים שעכ"פ יש לדון בסימנים אמצעים שאף שבש"ע סעיף רע"ז בשם תשובת מהר"א בן חיים החמיר קצת מ"מ הנך סימנים עדיפי וגם ספק אשתהי גרע מספק אם היה קרוש וגם שיש עדים שלא היה נפיחה והשתנות פשיטא דיש לצרף סימנים אלו ולומר דלא שכיח שיתרמה שנשתנה פניו בדומה ממש לדמות דיוקנו של בעל האשה מחמת דאשתהי קצת קודם שנקרש וגם היה לו קרחה בראשו במקום המצומצם וכמו חטוטרות בגבו והאגרת בא לידו דרך נפילה ומציאה אז ע"י שאלה פשיטא דלכולי האי לא חיישינן לכ"ע ואתתא שריא:

וגם יש מקום לצדד בזה שעכ"פ יצא מחשש אשת איש דאורייתא לפי שאין לחוש לרובא דעלמא בזמן שהקור גדול והרבה מקומות שבנהר הם נקרשים וכדאמרינן בבבא בתרא לענין חביות שצפה בנהר דאם איתא דמההיא דקרא אתאי עקולי ופשורי הוי טבע לה וא"כ כיון שבכל האקלים סביב לא נשמע שנטבע שום איש יהודי אית לן למיזל בתר קורבא שהרי ידוע שבכל הסביבות הקרובים לנהר לא נפקד מהם איש ופשיטא דאין לתלות דאיש אתי מעלמא למקומות אלו ונטבע שי"ל כאן נמצא כאן היה וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א בההיא דיצחק ר"ג וגם י"ל שזהו שאבד זהו שנמצא ובכל הענינים אלו הארכתי הרבה בתשובות ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ג סימן ב' כתב ג"כ להתיר כיוצא בזה והביא שם הך דבבא בתרא יע"ש וקצרתי כי אנחנו א"צ לבא לידי מדה שיש די

בצדדי ההיתר שכתבנו ואצ"ל אם יתברר ע"י ישראל או כותי מסל"ת שהיה נקרש בעת שהוציאוהו מן המים דאתתא שרי' בלא פקפוק. והנה כבר הסכימו בהיתרא דהך אתתא הרבנים המופלגים ב"ד הצדק דק"ק מאהלוב יע"א ולפי שאני מיראי הוראה ובפרט משום חומר איסור א"א וכי היכא דנמטי שיבא מכשורא אזי אם יסכימו עוד שני חכמים מפורסמים דפקיעי שמייהו ודרו דורא דלינא ודינא קאמינא דאתתא שריא ויושיבו ב"ד ויתירו לה מאחר שע"י צירוף היתרא אנו באים ויש שאין שם אלא עד א' א"כ יש לדון בזה דין נשאת ע"פ עד אחד שצריכה רשות ב"ד:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים:

שאלה טו

שאלה עגונה אחת מק"ק חעלם שהיא עגונה זה כמה שנים והרבנים המופלגים ב"ד הצדק מק"ק הנ"ל גבו עדות בב"ד מאנשים ששמעו בו שנהרג גם נמצאו כל הבגדים שלו שהוכרו כל הבגדים שלו בט"ע וסימנים מובהקים ביער הסמוך לכפר שהיא דרכו לעשות מלאכתו שם וגם ביער ההוא נמצא ראש אדם בלי עור ובשר רק העצם והועד שהיה לו שני שינים רחבי' ובצד שפה העליונה ובדקו בראש ההוא ומצאו שני שנים רחבים ועקומים קצת ע"כ קצת תורף הענין והנה הרבנים המובהקים הנ"ל חילו פני לעיין בשריותא דהאי אתתא שלחו לכאן העגונה בעצמה לשקוד על דלתותי יום יום ולכן אף כי כעת תש כחי ולא אוכל לעיין כראוי ומכ"ש להאריך בפלפול הוצרכתי לעיין בדינה של ריבה זו אולי אוכל למצוא איזה צד היתר תשובה עברתי על העדיות וראיתי שיש מקום לחתור פתח ההיתר מן העד האחרון ששמע מהעכו"ם מסל"ת שנהרג האיש הזה כי מחמת הבגדים אין כאן היתר אחרי שלא נמצא ההרוג מלובש בהם ואף אם היה מונח הרוג סמוך אצלם משמע מהב"י שאין להתיר ואף שבתשובה אחת הארכתי והבאתי דעת תשובת אחרונים דמהני סמוך לו מ"מ כאן שנראה מענינו שהגולגלת מצאו רחוק ממקום מציאת הבגדים אף שאפשר לתלות שחיה רעה אכלתהו וכמו שכתוב בגב"ע שהרועים אמרו שהזאבים אכלוהו וא"כ גררו הראש ממקום למקום מ"מ עכ"פ אין לדרוש סמוכים שראש זה הוא של האדם שהיה לבוש בבגדים אלו והבגדים בעצמם אין מועלים להתיר כלל וסימני השינים ג"כ לאו סימנים נינהו דשכיחי אינשי טובא שיש להם שינים רחבים וכ"כ בש"ע דשינים גדולים לא הוי סימן ולקמן אכתוב בזה והעד השני שמעיד ששאל לעכו"ם א' האם אינו יודע מן החייט כו' והשיבו ששמע שיחת הרועים זה לזה שראוהו מונח ביער ואח"כ אכלוהו הזאבים פשיטא שאין מקום לסמוך ע"ז כלל כיון שמעיד להדיא שהעכו"ם לא היה מסל"ת רק השיב לו ע"י שאלה אינך

יודע כו' והוא ממש כמ"ש בש"ס והא אי' חברינו קאמרו לה כו' ומבואר שם דכה"ג לאו מסל"ת הוא ולא מהני עדותו את והעד השלישי ששאל להערל שמצא הראש אם לא מצא רק הראש לבד כו' ג"כ אין לסמוך עליו שנראה ג"כ שהיא כל אמירתו ע"י שאלה וידע על מי הם מדברים וכיון שאין כאן התחלת מסל"ת כלל לא שייך לומר דהדרינן ומגלינן מלתא מינין כו' ומעתה אין לנו על מה להשען כ"א על עדות העד האחרון מוהר"ר אברהם במהר"ב צורף שהעיד וז"ל אשתקד אחר הפסח בין גישטאנין בשוק איז גיקומין דער קנעכט פין כפר בינטשע וואס דער חייט איצק פלעגט דארטין צו ארביטין אונ זאגט איין שאד אויף דעם איצק חייט וואס ער פלעגט בייא אונז צו ארביטין וואס ער איז נהרג גיווארין האב איך אים גיפרעגט פון וואניט וויסטו האט ער מיר משיב גיוען גוים האבין מיר גיזאגט אז ער איז נהרג גיווארין אונ מען האט אללי זייני זאכין גיפינן עכ"ל. והנה זה מסל"ת גמור איברא דאכתי כמה תיוהא איכא הכא דנהי דמה שלא הזכיר שם אביו ושם עירו אין בית מחוש כיון שהזכיר שם מלאכתו ואמר שהיה רגיל לעשות אומנתו אצלינו וידוע בעיר שאין שם איצק חייט אחר שהיה רגיל לעשות בכפר ההיא רק בעלה של אשה זו וגם אין לחוש שמא איצק חייט מעיר אחרת ג"כ היה רגיל לעשות שם כיון שבא לעיר הזאת ואמר בלשון דעם איצק חייט אין ספק שכוונתו על האיש הזה מעיר הזאת שהיא ידוע בכאן וכמבואר בשו"ת מהרי"ט ובשאר תשוב' ובתשו' הארכתי ג"כ בזה ממ"ש חז"ל ועשה כן למרדכי א"ל טובא מרדכי איכא כו' דקשיא להו שהיה לומר לאיש יהודי ששמו מרדכי אך לפי שהיה עומד בסיפור ממרדכי והיה ידוע ביניהם אמר אחשורוש סתם מרדכי דמסתמא ידעו שכוונתו על מרדכי הידוע והמן שלא היה אצל הסיפור וגם מרשעתו לא רצה להרגיש ואמר טובא כו' ע"ש אך שמ"מ יש לפקפק דשמא מחמת שנמצאו המלבושים ומציאת הראש יצא הקול מהרוגה של בעל האשה ומחמת זה אמור יאמר העבד הנ"ל שזה נהרג ואף שאמר שגוים אמרו לו ומצאו כל הדברים שלו ובלשון זה יש לצדד דחדא ועוד קאמר חדא ששמע מהגוים וגם לפי שמצאו כל הדברים וגם י"ל דמה שאמר אונ מען האט אללי כו' הוא ענין בפ"ע שמודיע לו ולא בתורת הוכחה על ההריגה מ"מ עדיין לא פלטינן מחששה שמא אותן העכו"ם עצמם ששמע העבד מהם לא היה להם ידיעה ברורה רק מאמת קול הברה אשר בעיר וסביבותיו ע"י מציאת הבגדים והראש שני יש לפקפק שדעת הרמב"ם בהיתר ע"פ מסל"ת צ"ל קברתיו שלישי יש חשש דלהריב"ש לא מהני מסל"ת מפי מסל"ת וגם דשמא לא היה המגידים הראשונים מסל"ת רק שהשיבו לעבד הלז ע"פ שאלתו ובעכו"ם המשיב לעכו"ם ע"פ שאלה יש סוברים דלא מהני עדותו:

והנה בדבר החששה שמא מה שאומר כן הוא ע"פ הקול שיצא הנה רב א' מהר"י בהר"ש סאמוט חשש לזה כמ"ש בתשו' ב"י הביאו בק"ע סימן קל"א ע"ש והב"י השיב לחלק בין קול של טביעה לקול של הריגה דאל"כ לא שבקת חיי לשום עדות שעל הרוב מי שנתעלם אומרים עליו שנהרג והביאו בק"ע סעיף קמ"ו וזהו דעת מהרשד"ם שהביאו בק"ע סעיף שלו ועיין בב"ש ס"ק ל"א וקצת אחרונים הקשו על חילוק זה מפסקי מהרא"י סימן קס"א דאף בענין הריגה חיישינן שאמר כן מחמת הקול ע"י שכתב עדות זה מספקת יותר מכל העדיות כו' וליכא למימר דקאמר בדדמי כמו באינך עדיות שכל מה שסחו הגוים היינו לאחר שיצא קלא דלא פסיק דנהרג דאיכא למיחש שסחו בדדמי כדמשמע במרדכי בגוי מסל"ת דנהרג דשמא אמר בדדמי כו' והנה בעזרת נשים ס"ק ע"ח כתב בשם שו"ת פ"מ ח"ב ס"ס כ"ז דמחלק דמ' שמעיד מפי גוי שנהרג חיישינן טפי שהגוי אומר פ' נהרג מחמת הקול כו' יע"ש והנה באמת שכן משמע מלשון תה"ד שהבאתי שהביא ראיה מהמרדכי אך לענ"ד נראה ברור דכל זה לא מיירי אלא היכא דידעינן בודאי שהקול שיצא אינו מחמת המגיד הלז רק מצד אחר נתפשט הקול וא"כ י"ל שגם זה שמגיד נהרג פלוני תמונה לא ראה זולתו קול דברים שמע וסמך ע"ז להגיד בסתם פלוני נהרג אבל אם אין אנו יודעין מאין היה התפשטות הקול מה"ת נתלה שזה אמר מחמת יציאת הקול אדרבא אנו אומרים להיפך שהקול יצא מחמת זה האיש שהגיד פ' נהרג ועי"ז יצא קול ואמירה דהאי ע"י שראה או ידע בבירור שנהרג ולכן בהא דתה"ד סימן רמ"ו ובפסקיו סימן קס"א ששם מיירי שידוע שהקול נתפשט שלא מחמת אמירה דהני א"כ חיישינן שגם זה אינו יודע יותר רק משמיעות קול משא"כ כה"ג דנ"ד מה"ת לתלות שמה שאמר זה מסל"ת ששמע מגוים שאמרו שפלוני נהרג שמחמת ששמעו הקול אמרו כן אדרבא אנו אומרים שעי"ז נתפשט הקול מחמת שעכו"ם הללו ראו וידעו מהריגתו של זה ועל פיהם יצא הקול בעיר והחילוק ברור לענ"ד ובק"ע למהרח"ש הביאו בע"נ כתב ג"כ לחלק דדוקא היכא שהטביעה היתה ידועה באמת ולא קול הברה בזה חייש התה"ד שמא ע"פ שידע שנטבע מעיד שרוב הנטבעים מתין אבל כשיצא רק קול לבד פלוני נהרג או פלוני טבע לא חיישינן שמחמת הקול העיד ומ"ש מהרא"י סימן קס"א אין הכוונה לומר שכל שהעיד בתר קלא דלא הוי עדות אלא הכוונה להפליג שאותו עדות מספיק כו' ע"ש ובאמת שמה שהביא מהרא"י שם מהמרדכי צ"ע דהתם לא קאמר דראה ההריגה אומר בדדמי ואם כוונתו למ"ש בשם הר"ש והר"ן נמי לא קאמרי אלא הכרה בט"ע דמסל"ת אינו נותן לב להכיר היטב ובתה"ד סימן רמ"ז כתב לחלק דדוקא אם היה מכירו בחייו אמרינן שסמך לומר בדדמי כשרואה דומה לאותו סימנים אבל

אם לא הכירו בחייו לא אמרינן שאומר באומד הדעת ובודאי נסתכל היטב להכירו ע"ש וא"כ אין זה ענין לכאן לומר שאומר בדדמי מחמת הקול שכיון שמסל"ת הוא בודאי הוא אומר דברים כהווייתן והי' אומר ששמע קול שזה נהרג וכוון שאמר סתם אנו תופסין הדברים כמות שהם ולא חיישינן לחששה אחרת ועיין בב"ש ס"ק מ"ם מ"ש על דברי הח"מ לענין חשש שמא שמע מערכאות ע"ש ועיין בב"ש ס"ק ע"ו שכתב בשם התשובה לסמוך על ט"ע עכ"ל ועיין בס"ק קנ"ה ודבריו צ"ע וקצרתי ועכ"פ בנ"ד נראה שאין לחוש לזה שהעדות מחמת הקול ולא מיבעיא לחילוק מהרח"ש דכל שאינו אמיתת הדבר שיש לתלות שאומר בדדמי מחמתו רק קול לא חיישינן וכן נראה שהוא דעת הב"י ומהרשד"ם וכן בח"מ ס"ק מ"ז בתשובה שם וראה שמסכים להב"י אלא שכתב שהב"י כתב שאם אפשר לשאול לעדות הראשונים ו' וכאן בנ"ד שהעד שמע מפי העבד שאמר ששמע מגוים שנהרג פשיטא דלא שייך זה וכיון דליכא לברורי סמכינן ע"ז והכי מסתבר כמ"ש הב"י דאל"כ נפל דינא דמסל"ת בבירא שעל הרוב טרם יזדמן שיבוא אחד ששמע מעכו"ם מסל"ת הקול יוצא ואין לנו להחמיר כולי האי בעגונות אם לא במקום שיש רגלים לדבר דמחמת הקול אמר כן ומכ"ש כי הך סברא דכתיבנא שאם יש לתלות שאדרבה הקול יצא ע"י אלו שהגידו מחמת ידיעתן לית לן למיזל בתר איפכא הוא סברא נכונה וברורה א"כ פשיטא דאין כאן בית מיחוש:

וגם אין לחוש ולומר דלפי שאמר אונ מען האט אלי זייני זאכין גפינן שזה היה האומדנא שלו לומר שנהרג דז"א שהרי פירש שיחתו ששמע מפי הגוים שנהרג א"כ מה שאמר ממציאת החפיצים מלתא באנפי נפשיה קאמר ואפילו תימא שבא לומר שגם זה שמע מפי הגוים שהאיש נהרג ומצאו החפיצים שלו מ"מ אין במשמעות לשון זה לומר שאמרו הן לפי שמצא החפיצים שלו רק אנו תופסין הדברים כהווייתן ששמע מפיהם שפלוני נהרג ונמצאו החפיצים שלו ואין זה תלוי בזה כלל וכה"ג אמרינן לענין דיני ממון בביצה דף כ' ההוא גברא דאמר הבו ד' מאה זוזי ולנסוב ברתי אמר ר"פ ד' מאה זוזי שקיל ברתיה אי בעי נסיב כו' ואע"ג דאמרי' דאי אמר איפכא אי נסיב שקול פשיטא דהתם אומדן דעת הוא כיון שהתחיל לומר ברתיה כו' דרך תנאי הוא משא"כ בעלמא אין לתלות זה בזה ומה שאמרו שפלוני נהרג ומצאו החפיצים ידיעות שתים הם ואפשר אפילו אם אמרו מצאו החפצים מפלוני והוא נהרג אין תולין שאמירתם לבסוף נהרג הוא תלוי בזה שמצאו החפיצים שהלשון מורה שלא נאמר בתורת הוכחה ממציאת החפיצים רק להגדה בפ"ע ומכ"ש בזה שהתחלת הדבור היה מהריגתו של זה ועיין בתה"ד סימן ש"כ במי שמצוה לתת עשרים ליטר' ותקנה חגורה כו' הביא מהאי דבינה וכתב דמוכח

מרש"י ותוספות שהטעם דאמרינן תפוס לשון ראשון כו' והקשה ע"ז דהא ש"מ מצי למהדר ומייתי מהסמ"ג דטעמא משום דשני צוואת הם כו' וכתב שיש ליישב גם לשון רש"י ותוספות כן כו' ע"ש ובתשו' אחת בענין העגונה מן סטחשיב כתבתי בזה ושם עמדתי על דברי הרמ"א בח"מ סימן רנ"ג שלכאורה דבריו תמוהים והבאתי שם דברי קצוה"ח וכאן קצרתי שזה לרווחא דמלתא משום דאפילו אם נאמר בדבר שבממון י"ל שתלאן זה בזה דרך תנאי מ"מ בכאן אין להוציא ממשמעות פשוטו של לשון שכ"א הוא ידיעה בפ"ע ואם היה הכונה ע"ד זה דרכן של בני אדם לומר פלוני נהרג והראיה שמצאו כל החפיצים ומדאמר אונ מען האט כו' אין לבדות חששא שמחמת זה אמרי בדדמי כלל וגם מחמת דעת הסוברים דבעי קישור דברים אין חשש כשאמר דרך התאוננות וכמבואר באחרונים ובדבר החשש של הרמב"ם צריך מסל"ת שיאמר קברתיו נראה להקל בנ"ד לפי שיש כמה חילוקים בדבר כמבואר באחרונים והנה לדעת ה"ה במזכיר שמו א"צ קברתיו ובנ"ד הזכיר שמו ולדעת הר"ן בתשוב' במכירו א"צ קברתיו וכאן אין ספק שזה העבד שהגיד בשם הגוים שאמרו לו שנהרג ונמצאו כל החפיצים שלו בודאי מכיריו היה שאל"כ מנין היה יודעין לומר שזהו ההרוג וגם יש סוברים שהר"ן מודה לחילוק ה"ה ולדעת הב"ח כשאמר דרך התאוננות אצ"ל קברתיו וכאן היה אמירתו דרך התאוננות כמש"ל ולדעת הר"י סאגיש שהביא הב"י כשלא נמצא בשעת הריגתו אצ"ל קברתיו וכאן נראה שלא היה נמצאים אצל הריגתו שכן נראה ממה שאמרו ער איז נהרג גיווארין ולא אמרו ראינו שנהרג ועכ"פ הו"ל למימר הרגוהו שלשון זה היה מורה יותר שהיה אצל ההריגה ולדעת מהרשד"ם באומר נהרג פלוני א"צ לומר ולדעת הב"י בתשובה בעד מפ"ע א"צ לומר קברתיו וא"כ בנ"ד דאיכא כל הני לטיבותא ומכ"ש לפי מ"ש האחרונים שכל הפוסקים חולקים על הרמב"ם ומסקנת דבריהם שנהגו להתיר בלא קברתיו א"כ אין כאן חשש כלל וגם מצד החשש עכו"ם מסל"ת מפי עכו"ם כבר העלו האחרונים בתשובותיהם להקל בזה ומה שיש לעיין בזה לפי מש"ל דהלשון משמע שהגוים שהגידו לא היה אצל ההריגה וא"כ יש להסתפק שהיה אחר ג' ימים שאין מעידין עליו דשמא תפח ונדמה להם שהוא זה וגם כי בכאן נראה שהיא בודאי אחר ג' ימים שהרי האיש הלז נעלם בתחלת החורף והגדה זו לא היה אלא אחר הפסח ולא מסתבר לומר שהגוים הגידו מה שראו בתחלת החורף דאם איתא היה הקול יוצא מיד ואף שאפשר שעד הנה הוו מתיראים לפנות פה כדמשמע מדברי שאר העדיות שהיה יראים שלא יבואו לידי חשד ואף מי שהוא נקי וידע הענין היה מכחידו תחת לשונו עדיין צ"ע אם יש לתלות בזה אך עדיין י"ל דודאי אחר ג' ימים אין כאן שהרי אם תרצה להחמיר ולומר שזה ההרוג

לא היה בעל האשה ע"כ לומר שבעל האשה שהלך מאתנו הלך בדרך למרחוק ועודנו חי באשר הוא שם אף אנו נאמר ששהה כל ימי החורף וחזר לבא לכאן ושם נפל שדוד קודם הפסח ואז ראוהו העכו"ם המגידים עליו שנהרג אך מידי ספק ג' ימים לא נפיק ואמנם גם בספק זה דתוך ג' ימים רבו המתירין ובתשובה אחת הארכתי מאד על ענין כיוצא בזה והעליתי דאף המחמירין בספק תוך ג' יודו בנדון זה ונידון דידן יש מקום לומר שלא היה הכרתם ע"י פרצוף פנים כ"א ע"י הכרת כליו ובכל כליו לא חיישינן לשאלה ומכ"ש לדעת ר"ת דמהני הכרת כל גופו וגם יש לצרף קולא אחת שכתב המבי"ט שאם יש לנו איזה עדים שיצאה מכלל א"א דאורייתא ואם נשאת ל"ת אז מהני אף נכרי שאינו מסל"ת וא"כ בנ"ד האיכא עוד עדיות שהיה מקום להתיר על ידם אלא שקצרתי בהם לפי שא"א לסמוך עליהם שהם מפי עכו"ם ע"י שאלה (ואף שגם באותן עדיות יש מקום לספק תוך ג' מ"מ היה אפשר להתיר ע"י עדיות ההוא שאומר שראוהו שלם בבגדיו ועוד טעמים וקצרתים וא"כ בזה שיש לנו מסל"ת ואף אם נבא לספק תוך ג' מ"מ י"ל דחששא דנתפח ספיקא דרבנן ואף הסוברים להחמיר בספק זה מ"מ מהני נמי עדים העכו"ם ע"י שאלה ואף שלענ"ד אין לסמוך על דין המבי"ט בזה וכמ"ש הוא ז"ל עצמו שהוא דין חדש ומחזי כמאן דשרי תרבה אפ"ה סברא הוא כו' וכן בתשובה גינת וורדים כתב שהוא חידש כו' ועיין בספר עצי ארזים כתב שע"י שאלה הו"ל כספק מל"ת וגם זה צ"ע וקצרתי בכל זה לפי שלענ"ד אין אנו צריכים לזה רק לסניף בעלמא וגם כי לפי משמעות העד הר"מ ב"ר איסר הלוי חייט שאל את העכו"ם בכפר הסמוך להיער שנמצא הראש ושאל להעכו"ם שמצא הראש אם לא מצא רק הראש ושוב אחר החקירה אמר לו דער איצק שניידר פון חעלם כו' אונ האב אים גיזעהין ליגין אין גאנצין אין טין כו' והנה קצת משמע מהלשון שאמר לו אח"כ דער איצק כו' מכלל שמעיקרא לא הזכירו את שמו רק דברו ממציאת ראש או גוף ובכה"ג י"ל דשפיר מיקרי מסל"ת וגדולה מזו כתב מהרשד"ם דדוקא כגון איה חברינו בהניחוהו אצל' ואף אם לא הניחוהו אצל' י"ל דדוקא שאלה על האיש בפרטית בעינן ומצאתי בשו"ת כת"י להגאון בעל פ"י ומג"ש שכתב בענין שיהודים בקשו מהפקיד להיות שיהודי א' בא בעד חיותו בבקעה זו הראינו עצמותיו ונקבר והראה להם ואח"כ הגיד מעצמו שהיה מסבב כו' וכתב שברור שהפקיד הוי מסל"ת גמור כיון שהם לא שאלוהו ולא ביקשו לידע מי הו' רק שיהודי מת בכאן שיראה עצמותיו והוא הגיד מה שלא שאלוהו פשיטא דמסל"ת הוא והביא שם מתשו' ר"ב אשכנזי ומהרשד"ם ומהר"ם אלשיך וסיים בה כ"ש הכא דלא שאלו על המיתה ולא מי הוא כ"א מענין לענין באותו ענין נודע לנו מי הוא אין כאן בית מיחש וכן בתשובת

הרב ב"י מוכח כן ואין להאריך כי זה אין ספק בעיני כלל עכ"ל ונ"ד נמי להא דמיא שלא שאלה על המיתה ולא מי הוא רק אם מצאו הראש לבד או כל הגוף וע"י סיבוב דברים הזכיר שם האיש בעל של האשה ומה שראה בו אין ספק שלדברי הגאון ז"ל הוי מסל"ת גמור וכבר האריכו בתשו' בענינים כאלה ונלאיתי לכותבן והמעיין בהם ימצא פנים להקל ולהחמיר ולכן יש להב"ד לחקור שנית מפי העד הנ"ל אם בתחלת הדברים הזכירו משם האיש איצק חייט או לא וכמ"ש הפוסקים דכה"ג יש לשאול שנים את העד ואם לא הזכיר משמו כלל מתחלה אז אע"פ ששאל לו על מציאת הראש מ"מ יש לצדד ע"פ דעת כמה תשוב' שגם זה הוי מסל"ת ומ"מ אף אי מהוי הוי סיעא לא מסייע' כולי האי לפי שנראה עכ"פ שהרגיש העכו"ם שבשביל האיש ההוא הוא חוקרו שהרי אחר החקירה אמר לו דער איצוק כו' וואס ער פלעגט תמיד מיט דיר צו ארבייטין אין סוף איך האב אים גיקענט כו' ואין זה דומה למ"ש הפוסקים דמה שהקרובים מחפשים אחריו לא חשיב שאלה דהכא על ענין ההריגה דברו והוא הרגיש שזה האיש הוא מבקש שפיר הוי הגדה ע"י שאלה אך מ"מ סניף גדול הוא להתיר בנ"ד ולכאורה היה מקום לצדד בזה שעכ"פ נפיק מאיסור דאורייתא כיון שנמצא הראש על הדרך שהיה בעל האשה הולך שמה וכמ"ש בשם המבי"ט ואף לפי מה שכתבתי בתשובה שאין זה כ"א כשאין שם שיירות מצוי' ושם הבאתי דברי הח"צ בתשובה מ"מ לפי דברי האשה היה ענין זה בעת השערוריה הגדולה שהיה הדרכים שוממים אך כבר שדא נרגא בדין המבי"ט ז"ל וגם דכיון דבינתיים נשקט הרעש וגם בלא"ה אין ספק כי באורך הזמן כמה חמרים וגמלים יצאו ושמא זה מונח שם זמן רב וגם מי יודע אם בכפרים מסביב לא נפקד מהם איש הלכך אין לסמוך ע"ז וגם בסימן השינים אין בזה סמיכה וכמש"ל וכן מבואר במהרא"י דאף מופלג קצת לא מהני ועיין בב"ש דדוקא מה שאינו בנמצא לרוב העולם שיני' גדולים כאלה הוי סימן מובהק אך מצאתי בדברי הגאון מופת דורינו בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא חלק אה"ע סימן סמ"ך שכתב שעדות השיני' רחבים בהפלגה קצת חזי לאצטרופי לעד ראיה שהכירו אחר ג' ימים בט"ע ע"ש וא"כ ה"נ כיון שיש לנו עדות מפי עכו"ם מסל"ת אלא שי"ל שהיה אחר ג' ימים לזה מהני סימן השינים רחבים ואף שאין הנידון אותו הגוף עצמו שהכירו זה בט"ע היה בו סימן השינים ולכן אע"ג שהיה אחר ג' ימים חזי לאצטרופי לזה סימן השינים שרחוק לומר שנשתנו פניו של זה לפני בעל האשה וגם שהוא היה לו שניים רחבים ודמי לשאלה דיחיד ועיין בק"ע בשם שו"ת מהראנ"ח במי שהיה לבוש נזם כו' משא"כ בנ"ד דאמאי דקא מסהיד האי לא מסהיד האי ואפשר שגוף שראה העכו"ם היה בשינוי לאחר ג' ימים ובאמת לא היה שינים רחבים אך מ"מ בנ"ד

שאין כאן ראיה ודאית אחר ג' ימים כמש"ל רק ספיקא וכיון דחזינן שהגאון ז"ל עושה מסימן זה ששינים רחבים בהפלגה קצת סיוע לצד ההיתר אף אנו נאמר שמסייע ידי ההיתר אף להמחמירין בספק תוך ג' ימים ובגב"ע כתוב שהדיינים ראו שאמת כאשר הגיד ראה כל הסימנים משני שינים הנ"ל שהם רחבים ועקומים קצת יש מקום לדון יותר לסימן שזהו אינו שכיח ורגיל להיות כלל ועיין בשו"ת נ"ב הל' סימן מ"ז כתב במי שהיה דר עם אשתו כדרך כל הארץ ולא היה שנאה ביניהם ודרכו היה לילך לסחורה ימים אחדים ולשוב לביתו הוה קצת רגלי' לדבר שאינו בחיים וראוי למצוא קולות וכתב שם קולא אחת אף שלא נמצאו הבגדים בסמוך לו כיון שנמצאו כל הבגדים דהיינו זופיצי שלו כו' יש רגלים לדבר שנהרג ויש סברא להאמין אף באינו מסל"ת אלא שכתב שאינו סומך ע"ז רק לסניף ע"ש וכן בסימן מ"ט שם המציא קולא להקל בספק תוך ג' אף בסימנים גרועי' דארוך וגוץ או חוורי וסומקי ע"ש וקצת יש לדחות דהתם נמי דוקא היכא שסימנים חיוורי וסומקי הוא בהאי גופא שהכיר זה בפרצוף פניו אלא שיש ספק שמא לאחר ג' משא"כ בנ"ד שהכרת הראש היא ענין בפ"ע וכמש"ל וקצרתי בכל דברים אלו וחובה עלי להודיע למעיין כי לא באתי לגבב קולות להעמיד עליהם יסוד ההיתר כי חלילה להקל מחמת זה לבד ועיקר יסוד ההיתר בזה אני בונה על עדות העד האחרון שלענ"ד דיו לבא מן הדין להקל משום עגונה כיון שמעיד מפי עכו"ם מסל"ת גמור רק בכדי לסלק יתידות הדרכים מה שיש איזה נטי' להחמיר כתבתי עוד כמה סניפים לצרף אותם להכריע הכף לצד ההיתר ועיין בתשובה מ"ב ומהרשד"ם דבעגונה ילדה הקילו יותר לסמוך אף על דעת יחיד לפעמים ומכ"ש בזה שבררתי ההיתר אליבא דכ"ע ואעפ"כ אני מזהיר לב"ד שבמקום האשה שלא יסמכו על דברי אלה להתיר האשה עד כי יבא דבר שנים מחכמי הדור דפקיע שמייהו למומחים ובקיאין בהוראה כי האידנא כחיש חילאי ולא צילא דעתאי ולא הייתי מכניס עצמו כלל לעיין בעסק כזה אך מה אעשה כי הבת קמה עם אמה בבכי' רבה וגם נעתרתי לבקשת הרבנים המופלגים ב"ד הצדק דק"ק הנ"ל אשר על טל ילדות האשה לבם הומה אמרתי ויהי מה אעירה פתחי ההיתר והבאים אחרי בהמה יראו אם ייטב בעיניהם יושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה ואם לאו הרי דברי בטלין:

דרבי זעירא הק' אפרים

שאלה טז

שאלה אשה אחת מק"ק טוקאטש ישבה קרוב לשתי שנים בחזקת אלמנה ונשאת' לאיש ואחר הנשואין בא כתב מחכם אחד כי האשה לא נתברר מיתת בעלה בב"ד והענין היה

שבעלה הי' הולך בכפרים הסמוכים עם סחורה ושמעו בו שנהרג סמוך לעיר אחת ואנשי העיר ההוא הקרובים אל החלל מצאו ההרוג והכירו בו שהוא בעל האשה מן טוקאטש ונטפלו בקבורתו ואתרמי מלתא שבעת ההוא נסע דרך שם איש אחד ושמו מו' דוב בער שנשא עכשיו אשה זו ונתנו לו אגרת חתום מאנשי העיר להודיע להאשה הנ"ל שבעלה נהרג והבע"ח של בעל האשה עמדו לדין עם אחד מקרובי האשה לפני רב על דבר העזבון ועלה פשר ביניהם ועשה פסק והגבה להבע"ח מהעזבון ועל סמך זה כשנתאלמן האיש מו' דוב בער הנ"ל נשא אשה זו ואת פי הב"ד לא שאלו כסבורים שזה דבר ברור וא"צ שאלה בב"ד ועתה עפ"י מכתב החכם הנ"ל הפרישו האיש מאשתו עד שיתברר היתרה בב"ד והוגבה בב"ד כמה עדיות כאשר באו הדברים ברוב ענין ויבואר בתוך התשובה והרב המאה"ג המפורסם מהור"ר חיים האב"ד דק"ק פאקשיין שלפניו הוגבה העדות כתב לצדד להיתר' ושלחו במכוון איש אחד עם מכתב הרב הנ"ל ותשובתו בצידו ומחלה פני לעיין בשריות' דהאי איתת' וגם הביא השליח עוד גב"ע אחד שהוגבה אח"כ ששני אנשים מאנשי העיר שנמצ' ההרוג סמוך לשם מעידי' שהם הכירוהו עם עוד כמה אנשים שהו' ר' יצחק מק"ק טוקאטש בעל אשה זו ושליח עושה שליחותו ושוקד על דלתות' יום יום ולכן אף כי בא בימים האלה אשר כל איש הירא ורך הלבב המס ימס ודרכי מעולם שלא ליכנס תחלה לדין ולפתוח יד בתשובה אך מה אעשה לאלה היום כי מוכ"ז איכפל ואתי הני פרסי ויציאות טובי הוויין גם עגמה נפשי לפירוד שבין הדבקים לכן שמתי פני לעיין בזה אך מההכרח לבא בקצרה רק מה שנגע לשורש הדין בענין זה:

תשובה עברתי על דברי העדיות אשר העתיק הרב הנ"ל ולענ"ד הם מספיקים להתיר שאף שיש ספק אם הי' תוך ג' ימים מ"מ כבר ביארתי בכמה תשובות כי הלכה רווחת בישראל להתיר בכה"ג שהי' גופו שלם ונראה ברור שאף המחמירין בס"ס במקום חזקת איסור מודה בזה דעכ"פ איתרע לה חזקה במציאת האיש שניכר בפרצוף פניו שהוא בעל האשה אלא שאנו באים לספק עליו דלמא נשתנה צורת איש אחר להדמות לצורת בעל האש' ובזה ודאי מועיל הס"ס להחזיק שפרצוף האיש לא נשתנ' ממה שהי' וגם דבכה"ג עדיף משאר ס"ס שאין הספקות מסייעים זה לזה כגון ספק תחתיו כו' דכל ספק לחודיה קאי וספק השקול הוא רק כשמצרפין שניהם מתרבים צדדי ההיתר אבל מ"מ אין צד ההיתר שבספק זה מסייע צד ההיתר שבספק האחר משא"כ בזה שצדדי ההיתר שבספיקות מסייעין זה את זה שלדעת ר"ח אין רגילות לטעות בהכר' אם גוף שלם אף בודאי אחר ג' והצורה נשתנ' מ"מ ניכר היטב לרגיל בו בחייו ויודעין ומכירין בו שאי אפשר שתשתנ' כ"כ עד שיהי' דומה לאיש אחר לגמרי וא"כ אף החולקים בזה וס"ל

דבג' ימים אפשר שישתנ' שידמ' לצורה זו ממש מ"מ מודה דעכ"פ לא שכיח שיהי' כן ואף דמשום חומר א"א חוששין הבו דלא לוסיף עלה ודיינו שנחוש באם בודאי עברו ג' ימים אבל לא בספק ואמרינן דפרצופו וגופו השלם שלא נראה בו שינוי מורה עליו שהו' תוך ג' ימים ואף שיש מקום להוכיח מדברי קצת פוסקים דס"ל להחמיר בספק תוך ג' ימים אף בגופו שלם מ"מ כל האחרונים החזיקו להתיר בזה וכן פשט המנהג אך בנ"ד אין אנו צריכין לזה לפי מ"ש מהרי"ט דמעיד שמצאו הרוג בלא שום נפוח שרי אף בספק תוך ג' ובתשובות הארכתי והבאתי ראיה לדבר מהרי"ט מדברי הרי"ף בתשוב' וגם מדברי מהרי"ק שכתב בשם הרדב"ז כן ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן נ"ד ובנ"ד שמבואר בגב"ע שהבי' השליח שאמרו העדים בזה הלשון ער איז גיווען גאר גאנץ ניט גרירט ער איז גיווען נאך גאר פריש כל המענטשין שהיו בשעת קבורתו כולם העידו אז ער איז גלייך מא האט אים ערשט גהרגת בזו השעה כו' וא"כ פשיט' שיש להתיר אף להמחמירין בספק תוך ג':

והנה במ"ש הרב הנ"ל שיש עוד צד להתיר לפי שמצאו אותו במים ומיא מוצמת צמית וכתב דמ"ש בתשובת ב"י בדברי השואל דבהרגוהו קודם שהושלך למים י"ל דלא צמתי מדברי שאר פוסקים לא משמע כן האמת כדבריו בזה וגם הב"י גופיה בתשובתו שם לא חש לה כלל וכן מבואר מדברי הרשד"ם הביאו הב"ש בס"ר ע"ט אך מ"מ לא חזי לאצטרופי להתיר מחמת זה לדעת המחמירין בספק תוך ג' דהדבר פשוט אם שהה ג' ימים קודם שהושלך למים אין מועיל מה שהושלך למים אחר כך והתם מיירי שבתוך ג' ימים להריגתו הושלך למים בזה מסתפק השואל בתשובת ב"י דשמא אף בכה"ג לא צמתי אבל אם כבר שהה ג' ימים ביבש' פשיט' דלא מהני מה שבא במים אח"כ וכיון דקיימינן השת' למאן דמחמיר וחושש שמא כבר עברו ג' ימים א"כ שפיר יש לחוש שמא שהה ג' ימים ביבש' וא"ל דאמרינן כאן נמצ' כאן היה ז"א דזה לא נאמר רק לענין שאין להחזיק מרשות לרשות ולומר דממקום אחר בא אל רשות זה וכמבואר בכתובות גבי מומין ומה"ט אמרו אין מחזיקין ממקום למקום ועיין סימן תס"ז אבל בזה שנהרג ביבש' וע"כ ממקום אחר בא לכאן אמרינן השת' הוא דבא לכאן ואע"ג דמחזיקין מזמן לזמן להחמיר היינו משום דאזלינן בתר שעת מציאתן לחומר' ודוק' בתרומ' וקדשים או משום חומר' דחמץ הא בלא"ה אדרב' אמרינן השת' הוא דנפל והדברים ארוכים בסימן תס"ז וביו"ד סימן ק"ד לענין עכבר שנפל ועיין בכו"פ שם ועיין ביבמות בדברי הרמב"ן והרשב"א בענין תרי יצחק בגט שנמצ' שלא במקום שנכתב והארכתי בתשוב' וכאן קצרתי שלענ"ד בכאן מסתבר שלא הושלך למים רק על ידי הרוצחים עצמם וא"כ

פשיט' הוא שמיד אחרי שהכוהו נפש השליכוהו למים ונמלטו על נפשם וקיימתי' מסבר' ומצאתי שהרי הרב אומר כן בשו"ת והרשד"ם הביאו בק"ע סעיף שמ"ב דכל שמצאנו אותו במים אין לנו לתלות שהושלך שם אחר כמה ימים שנהרג ביבש' כו' וכן נרא' מתשוב' ב"י שלא חשש רק למכה וקצרתי שנרא' דנ"ד עדיף טפי מההי' דתשובת הב"י שהוא ג"כ הנדון דמהרשד"ם דהתם נמצ' קשור בשק וא"כ אפשר שאיש אחד נהרג והרוצח טמנו בשק ואחר ששמע שמחפשין אחריו השליכו למים משא"כ כאן שאין לעשות חששה זו שהיה טמון אצל הרוצח ואח"כ יקחהו ישאהו וישלך אותו אל המים רק בשעת הריגתו ממש ואפשר שהיה הריגתו שם אצל המים שרצו להטביעו ושוב הרגוהו והשליכוהו על שפת הנהר ולכן אף לדעת הר"י נחמיאש בתשובת ב"י שמסתפק ושואל בנהרג קודם יש לצרף קולא בזה די"ל דלפעמים אין גומרין הרוצחין ההריגה לגמרי ועוד בו נשמתו הם משליכים אותו למים וא"כ פשיטא דבכה"ג אמרינן דצמתי ועכ"פ ס"ס הוי אך כפי לשון העד נראה שעיקרו היה מוטל על שפת הנהר רק פניו היה במים וכשהפכוהו הכירו אותו כו' וא"כ מסתמא לא הניחו בחיים לגמרי על סמך הטביעה כיון שלא הטביעוהו בנהר ממש רק הניחוהו על שפתו וגם י"ל דכל שלא הקיפו המים מכל צד לא צמתי וגם י"ל דשמא זה זמן רב שמונח שם ולפעמים שפת הנהר יחרב ויבש בעת נפילת המים ואשתהי ג' ימים אך אין לנו לגבב חומרות אחרי שאין סמיכתינו להתיר מחמת זה רק לצירוף ההיתר דספק תוך ג' שבלא זה רבו המתירין ובפרט ששנים מעידין דזיו אנפוהי לא אשתני וגם הא סיועא מסייעא מה דאשתכח בדוכתא דאיכא מיא ואשתמודענא דמיתנא הוא בעל האשה ויש לסמוך על עדות זה ועיין בק"ע סעיף רל"ח בשם תשובות דברי ריבות שכתב להתיר משום ס"ס שמא הלכה כר"ת דבגוף שלם מעידין אפילו אחר ג' ימים או שמא תוך ג' השליכוהו למים כו' וקצרתי שוב עיינתי בשו"ת דברי ריבות סימן ט"ז וראיתי שדבריו הם על אותו הנדון המבואר בשו"ת ב"י וכתב דהמחמירין בספק תוך ג' ימים דדוקא כשמצאוהו ביבש' דאיכא ריעותא די"ל כאן נמצא כאן היה זה כמה יותר מג' ימים אבל בנ"ד כ"ע מודו דלא חיישינן שהושלך לבור אחר ג' ימים דאדרבא נאמר כאן נמצא כאן היה משעה שנהרג ועוד דאנן סהדי ואומדנא דמוכח שהרוצח מיד שהרגו בקש והשתדל להטמינו ומיד השליכו לבור ותו דהוה ס"ס שמא הלכה כר"ת ע"ש והנה במ"ש שי"ל כאן נמצא כו' כבר כתבתי דליתא לכאן נמצא לא נאמר לענין שיש להחזיק למפרע רק לענין שלא להחזיק שבא ממקום אחר וכל שבודאי בא ממקום אחר והספק על זמן שבא לשם אין להקדים הזמן מחמת כאן נמצא אלא אדרבא אמרינן דהשתא נפל דהא חזקה דמעיקרא עדיפא שלא היה שם

מתה וחזקת שעת מציאתן אינו רק לחומרא (וכן צ"ע בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן מ"ו כתב ג"כ לענין נפל לים והעלו ממנו רגל פלפל בזה לומר כאן נמצא שהיה מכבר ולענ"ד ז"א וכמ"ש) ומ"ש דאומדנא דמוכח כו' נראה אע"ג דבגוונ' דנ"ד לא שייך הך מילת' שהשתדלו להטמינו מ"מ אומדנ' הוא שמיד השליכו למים וכמש"ל וגם יש לי לצדד מטעם שכתב מהריב"ל ועוד פוסקים דבעד מפ"ע תלינן להקל בספק תוך ג' ימים והגב"ע שהעתיק הרב היה עד מפ"ע וגם יש צד היתר מחמת הגב"ע שהבי' השליח שהעידו שני עדים ולדעת כמה פוסקים אף לענין בדדמי דהכרת הצורה מהני בשני עדים למימר דלא חזיוה בשעתיה דשנים לא עבידי דטעו ויש סוברים דאפילו בשני עדים פסולים הדין. כן ובתשובה הארכתי ונראה דבמקום ספק תוך ג' יש לסמוך על זה וגם לפי דברי העדים שבגב"ע שהביא השליח מבואר שהכירוהו גם כן בסימנים שהחוטם היה קצת עקום וגם השינים האמצעים רחבים ושן אחד גדול על חבירו כו' אף שי"ל שאין זה בכלל סימנים מובהקים מ"מ עכ"פ מחשבי סימנים אמצעים להוציא מחשש ספק ג' סימנים ועיין בק"ע סימן רע"ז משו"ת מהראנ"ח שכתב דאף דספק אשתהי מ"מ צריך לומר שנשתנו פניו שדומה לזה וגם הנזם דומה לנזם זה ואף דשם בסימן רע"ט משמע שלא הכריע להקל התם חשש לשאל' שמא שאל הנזם וגם דספק אשתהי דים חמיר טפי כמ"ש הר"ן שאינו מצוי שיראנו תוך שעה משא"כ בספק ג' ימים דיבשה ודאי יש להקל דמה"ת נאמר דאתרמי אחד אשר היה לו חוטם עקום קצת ושן אחד גדול על חבירו ונשתנ' פרצוף פניו עד שנדמ' לבעל' של אשה זו שהיו סימנים כן דמה"ת לומר כן וזה עדיף משאל' דיחיד שהסכימו הפוסקים להתיר ע"כ הדבר ברור דאתת' שריא:

ואמנם אע"פ שיש כאן שני עדים מ"מ יש להושיב ב"ד להתיר' כדין נשאת ע"פ ע"א שהרי אנו לוקחין לצירוף מה שהועד בגב"ע של הרב שהיה במים והעדים הנ"ל הוא עד מפ"ע ובכן צריך להתיר' ע"פ ב"ד כדין הניתרת בעד א' ואחר ההתר' יש להיתר' לבעל' בפשיטות שאף הגאון מו' אברהם ברודא ז"ל שהביא בשו"ת ח"צ וס"ל התם דקנסינן לה שתצא בנשאת בלא הוראת ב"ד התם עשתה בעבריינית והכא עשתה בטעם ומבואר בסימן י"ז סעיף ל"ד לענין טביע' במשאל"ס לחלק בזה ועיין בח"מ וב"ש שם ולא עוד אלא שכל מעשיו לא עשת' אלא ע"פ שעשה פסק דין בין הבע"ח והפס"ד היו למרא' עינים כתוב בו נידון העיזבון אשר נשאר מהמנוח הקדוש הר"ר יצחק כו' ובסוף נהרג ר"ל ובא הנגיד כו' הרי שהזכיר מיתת האיש ההוא בפשיטות וגם הגבה הבע"ח מהעזבון שאין לעשות כן כשלא נתברר מיתתו ופסק הזה היה מספיק להתירא לולי שנראה מדברי הרב הנ"ל שלא סמכו על פסק הרב הנ"ל בזה מסתמא נתברר שמה שזה הרב שפסק בין

הבע"ח על פי הקול עשה כן ובאמת לאו דסמכא הוא ועכ"פ האיש והאשה שעשו מעשה על פי זה וע"פ האגרת דק"ק אוקניע אין עליהם אשמה שלא שאלו פי בית דין אחרי ראותם שהרב הזה כתב בפשיטות שנהרג וחלק העזבון סברו שנתברר לו בירור גמור ואף שבאמת אינו כן מ"מ הרי באמת היתר האשה ברור בלא זה ואין מקום לקנוס אותה בשביל דעבדא איסורא בתחלת נשואין כיון שלא עשתה במרד רק בטעות וכ"ז לדברי הגאון מהרא"ב אבל הח"צ חולק על זה ועוד שו"ת אחרונים ועיין בפ"י שכתב דאפילו לר' מנחם ברבי יוסי אין הטעם משום קנס ע"ש ובשו"ת ר' זוסקינד ונראה מדבריו שלעיקר הדין הלכה כהח"צ בזה ואם כן פשיטא דאתתא שריא לבעלה ומ"ש שם אם לא שיראה בעיני חכמים לקונס כו' התם באמת לא נתברר היתרא עדיין והבעל אינו רוצה להמתין על היתר הברור ורוצה לגרשה מיד בע"כ והיא ממאנת על זה כתב שאם יראה כו' אבל היכא שאין דעתו לגרשה כלל ושניהם רוצים בקיומו של מקחם פשיטא שאין לאסור האשה עליו עד שיוציאנה שלא לרצונו ומכ"ש בזה שעשתה ע"פ אומדן דעתה שהיתרא ברור וא"צ לשאול לשום אדם מה קנס יש בזה וגם הרב הנ"ל כתב שלפי ראות עיניהם לא עשו במרד רק מחמת שאינם בני תורה וכו' ובמה כחינו גדול לקנוס להוציא אשה מבעלה אחרי שכבר הורה זקן הגאון ח"צ אף בנידון שלו להקל ומכ"ש כאן נראה דכ"ע מודו דאתתא שריא לבעלה ולענ"ד הדברים פשוטים ואע"פ כן נכון לצרף עוד חכם אחד מובהק שיהיה מסכים הולך ע"ז כי היכא דנמטי שיבא דברי זעירא הקטן אפרים:

שאלה יז

שאלה אשה אחת קרה לה מקרה בלתי טהור דטהר גברא במדינת קרסאן וקא שלפא ומחויא גב"ע שהוגבה שמה כאשר באו הדברים ברוב ענין בגוף הג"ע והיא מחזרת על בתי מדרשות ועיניה מטיפין ונפשה בשאלתה אם יש לה מתירין ע"פ העדות הלז וכל חכם לב יבואו ויעיינו בדינה אשור הייא כי היכא דמשלם צערא דהך איתתא ואת פי שאלו לחוות דעי בזה:

תשובה אני איני כדאי לדון בדבר ערוה החמורה וכמוני היום לא חזי לאיצטרופי בצירוף דרבנן כי היכא דלימטינהו שיבא מכשורא ולא מלאני לבי להקל מתוך חומר בלי צורה האי קולא דאתא לידי חומרא. והענין עמוק מי ימצאנו כי חזק הוא ממנו. אף כי אנכי אעננו. ואירא מבוא בדמים, להכניס ראשי בין ההרים הרמים. והמה חכמים מחוכמים. אנא לא מצינא לאסגויי בהדייי. הני ברכי דשלהי מנייהו. ואיך גמול ידו הדה בין חשמני תעוז שני העדה. היעלה שועל ופרץ חומת אבני מגדל עדר עופל. להיות גדר הדחויה וחייץ תפל. יגע ורפה ידים. יאמר נא לבנות לו מגדל גבוה וראשו בשמים טלה חלב

ותינוק יונק. מי יתיצב לפני בני ענק. אפרוח שלא פתח עינים היעשה לו כנפים. לעופף דרך הנשר בשמים. כן הדבר הזה כי הענין ים גדול ורחב ידים. גאו מימיו לא יעמדו בגבהם כל שותי מים. ראוי שיפתח בגדולים ויסתיים. ומה לי עוד אפרים. אבל דברתי אני עם לבי הכל מסייעים למלאכת שמים. עתיקי משדים. כאיש הביניים. וירך הלבב לצבא צבא ויתאמץ לעלות במרכבה, לא יערוץ מפני המון רבה. אי לזאת הואלתי לדבר. וחיילים אגבר. לאגחא קרבא בהווייות אביי ורבא ואנא בעינא אבא. הוא יהיה עם פי. בעת הטיפי. שלא אבוש ולא אכלם. וכגון דא פתח פיך לאלם. ואחרי אשר לקצבי הרים ירדתי ואבינה אל עומק הדין. וחזרתי על כל הצדדין. ואנכי הרואה במראה ולא בחידות. כי תמר תמרורים בתמרוריתה עומדת. ועם כי גדול הכאב מאד לעלובה זו דקא מעגנא ויתבא תזעק בחבליה. על בעל נעוריה. כעת יגעתי ולא מצאתי היתר לאיסורה. שיהא כדאי להפקיע עצמה ולהפריד לויתה. ואמינא לעיין במילי דידה לידע מה הוא צריכה להושיב ב"ד על כך להטיבה באחריתה. ואתנהלה לעטי לרגל המלאכה אשר לפני לומר עם קני את אשר מן השמים יורוני ואציע דברי הפוסקים אשר ממקור הש"ס נובע מעיינם. ראשון לציון הנה הנם. הנה גלוי וידוע לכל יודעי דעת ודין דעת הרי"ף פרק האשה שלום דבעיין בע"א במלחמה אפשיט מעובדא דדגלת דמהימן וסיים בה וז"ל ודוקא הכא דאמר חזיתיה לאלתר ואשתמודענא דאיהו פלוני או במלחמה היכא דאמר מת וקברתיו ואי לא קמסהדי הכי אפילו תרי וכ"ש חד סמכינן דחיישינן דלמא אאומדן דעת קמסהדי וכן הלכתא עכ"ל ובעל המאור ז"ל חלק ע"ז וס"ל דאי אמר קברתיו ודאי מהימן ובעיין בלא אמר קברתיו וס"ל דלא אפשיטא דההיא עובדא דב' ת"ח אוקמינן דקאמרי סימנים דלאו עלייהו סמכינן ודוקא בראה הטביעה אבל בלא ראה הטביעה ל"ש בדדמי ובהכי מיירי ההיא דדגלת:

והריב"ש סימן שע"א כתב בדעת הרי"ף שאף בטביעה במים צ"ל קברתיו אלא דס"ל להרי"ף דאסקוהו לקמאי הוי כמו קברתיו ובעל המאור דס"ל דבעיין בלא אמר קברתיו והוצרך לאוקמי ההיא דדגלת בלא ראה הטביעה ולא רצה לומר משום דהתם הוי כמו קברתיו אלא קברתיו ממש בעינן ועל כן חילק בין ראו הטביעה ללא ראו הטביעה עכ"ל משמע מדבריו דאם אמר קברתיו מהני אף לדעת בעה"מ ז"ל אף בראה הטביעה וא"כ בנ"ד אף שנאמר כיון ששמע הטביעה הוי כראה דמה לי ראה ומה לי ידע כמ"ש הריב"ש שם מ"מ כיון שהעד העיד שקברו יש מקום להתירה לדבריו ז"ל אבל באמת אין זה מעלה ארוכה לנ"ד שהרי אף בלא ראה הטביעה פשיטא דדוקא לאלתר בעינן שהרי הוא מוקי לההיא דדגלת בלא ראה הטביעה ועלה מסיק הש"ס וה"מ דכי אסקיה חזיוה

בשעתיה וכפי המבורר מעדותו של זה בודאי אשתהי כמה שעות כיון שבעת בא המגיד אליו לאמר שמוטל מת על שפת הים היה מהלך פרסה בינו ובין המת הזה ופשיטא דאי אשתהי אין קברתיו מועיל בזה:

ועוד דגוף דברי הריב"ש נפלאו מאד בזה שנראה מדבריו דס"ל דעיקר חששא בדדמי הוא שמא לא מת ונדמה לו שמת ולכך קשיא ליה דלוקמא האי דדגלת באמר קברתיו ומתרץ דס"ל דאסקוה לקמאי ל"ה כמו קברתיו וזה חששא בעיני דנהי דעל ידי קברתיו אזדא ליה חשש בדדמי על המיתה מ"מ עדיין יש חשש בדדמי על הצורה דשמא נדמה לו שזה בעל האשה וכן מוכח דהא משמע התם דלא מיירי ששושביניה הוא שהעיד כן דאסקוה אגישרא והכירו אלא מבואר דאסקוה אגישרא וראוהו ב"ד וכל ישראל שהוא מוטל מת ולא קמה בו עוד רוח רק ששושבינא הוא שהכירו בט"ע שהוא בעלה של אשה זו וא"כ אין חשש שמא אומר בדדמי שמת מחמת שראה הטביעה ובאמת לא מת שהרי בזה שבודאי מת לא הוזקק לעדות שושבינין כלל ועוד דלפי דעת הריב"ש אליבא דבעה"מ א"כ הא דקאמר בכוכזלו דב' ת"ח מיירי בראה הטביעה וחיישינן שמא לא מת ואמרי בדדמי שמת ומאי דקאמרי אסקינהו קמן אינו כאומר קברתיו א"כ מאי קמשני וקאמרי סימנים דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנים ולפי דבריו מאי הועלנו בזה הרי אנו חוששין שמא אמרי בדדמי שמת ובאמת לא מת כלל אם כן יצאו חנם אלו סימנין דאטו מחמת הסימנין נאמר שע"כ מת הלא אין בהם מועיל רק להורות שאלו בעליהן של אלו ונראה שלמד לפרש כן דברי בעה"מ ממש אח"כ בשם הרמב"ן במלחמות שאם כדברי בעה"מ הו"ל לאוקמי בדאמרי נשים קברנום. ובאמת שהרמב"ן במלחמות כתב מתחלה שיש לפשוט האיבעי' מההיא דכרקום היתר וכתב שאם תאמר ש"ה דאמר קברתים ז"א דהא אין גריעות מלחמה רק משום דאשה לא דייקא וא"כ אין חילוק בין קברתים או לא ועוד דהא העד אינו אומר בדדמי כדפרישית תדע מדלא מוקמינן מעשה רב' ת"ח כשאמרו מתו והכרנום א"נ קברנום עכ"ל ולכאורה משמע מלשון זה דאם לא היה החשש בשביל בדדמי דאשה רק בשביל בדדמי דעד לא היינו צריכים לאוקמי דאמרי סימנים רק דאמרי קברנום ונראה דס"ל להרמב"ן דעל הכרה דט"ע ל"ש בדדמי דל"ח שיטעה בהכרתו כיון שרואהו לאלתר והא דאיצטריך לאוקמי דקאמרי סימנים היינו בדדמי דאשה לכך צ"ל סימנים מוצנעים אבל אי נימא דל"ח לבדדמי דאשה רק לבדדמי דעד שמא לא מת רק דמחי ליה בגירא או המים בלבלוהו ואומר בדדמי שמת הלכך בקברתיו סגי וא"כ קשה סימנים ל"ל דלא ס"ל להרמב"ן סברת התוס' והרא"ש שיש לחוש שיאמר העד בדדמי על ההכרה בט"ע לטעות שמא אחר הוא וידמה לו שזה הוא וכמ"ש לקמן בשם המרדכי

וס"ל דמים לא גרע ממלחמה וכמו דהתם סגי בקברתיו ה"נ כאן אע"כ מדהוצרך לאוקמי דקאמרי סימנים ע"כ דהאבעי' הוא משום בדדמי דאשה ואם כן אפשיטא בעיין מהך דכרקום דל"ח לבדדמי דאשה כנ"ל לפרש דברי הרמב"ן אבל מ"מ אין זה סתירה לשיטת בעה"מ דאיהו ס"ל הא דמוקמינן דקאמרי סימנים היינו אף שאין מוצנעין רק מחשש שמא טועה העד בהכרתו בט"ע וסובר שזהו הוא ולזה מהני סימנין ועכ"פ דברי הריב"ש שכתב דבעה"מ הוי מצי לאוקמי הך דדגלת דהוה כמו קברתיו אלא דס"ל דאסקוה לקמאי ל"ה כמו קברתיו הוא נפלאת בעיני:

עוד זאת אדרוש במ"ש הריב"ש דלהרי"ף בעינן קברתיו אף במים ונראה מדבריו שמ"ש הרי"ף ודוקא היכא דאמרי אסקוה לקמאי אתי לדיוקי דאי לאו דאמר הכי אלא שראהו בפליטתו מן המים מוטל מת לא מהני ובאמת מלשון הרמב"ן במלחמות לא משמע כן במ"ש וכי יש לחוש לטובע שהשליכו הים שמא חי הוא ונראה כמת (כמו שיש לחוש במלחמה לסמתרי שיהא צ"ל וקברתיו להסתלק מן הספק זה עכ"ל וכוונתו להוכיח מזה דע"כ החשש משום בדדמי דאשה דאי לבדדמי דעד הא במים ליכא חשש בדדמי דעד וע"ז כתב אח"כ תדע דאם תאמר דל"ח לבדדמי דאשה ותאמר ג"כ דגם במים אם לא אמר קברתיו יש לחוש שמא חי היה ונדמה לו שמת הו"ל לאוקמי דאמרי קברנום וע"ש כי לשון הרמב"ן מגומגם ויש בו חיסור לשון וט"ס וגם בכוונת הרי"ף נראה דלא אתי לדיוקי בהאי לישנא רק לומר דבעינן לאלתר וגם לאפוקי אם אומר סתם פלוני טבע במים ומת אזי יש לחוש שמחמת הטביעה אומר בדדמי שמת משא"כ היכא שמעיד שראוהו מת על שפת הים שפלטו הים וראוהו לאלתר אין לחוש עוד כמו שנראה מדברי הרמב"ן דמי שפלטו הים אין חשש שיועיל לו עוד רפואה כמו סמתרי במלחמה וזה נ"ל מדקדוק לשון הרי"ף בתשובה סימן נ"ד שכתב דעו כו' עד שיבא מי שיאמר אני ראיתיו בשעה שהשליכו הים ליבשה והכרתי בו ואם אמר ראיתיו שנפל לים או שנתברר לי שמת אבל לא ראיתיו שמת אין אשתו ניתרת עכ"ל וכיוצא בזה כתב ג"כ בתשובה סימן קפ"א הרי שלא הצריך שיאמר שקבורה היתה לו וגם לא הזכיר טלטול ממקום למקום רק כיון שראוהו בעת פליטתו מן הים ליבשה סגי וכן כתב בהגהות מיימוניות שהרי"ף לא הצריך קברתיו במים וכן כתב בתה"ד וזה דלא כהריב"ש והגאון בס' נ"ב השיג על התה"ד שכתב דהרי"ף אינו מצריך קברתיו ועתה שנתגלה לו אור בהיר תשובת הרי"ף נראה שדבריו מורים כתה"ד ומצאתי בבעל העיטור אות ק' דף ל"ט דמייתי לתשובת הרי"ף בלשון זה מי שטבע במשאל"ס אין היתר לאשתו עד שיבא מי שיאמר אני עמדתי עליו לאחר שהשליכוהו המים כשהוא מת והכרתיו שהוא זה ואם לא [אמר] אלא מת

בלבד ולא אמר ראיתיו מת והכרתיו אסורה להנשא לכתחלה ואי אינסבא לא מפקינן מינה וכ"ז שלא תנשא לא תטול כתובתה כו'. והנה בנ"ב כתב טעם הרמב"ם שהצריך קברתיו במים משום דאף שפלטוהו המים יש לחוש שמא נדמה לו שמת ובאמת עדיין לא מת ויש לו תקנה כמו שיש שמגלגלין אותם בחביות כו' וכ"מ ביש"ש ביבמות דבעינן קברתיו דוקא מה"ט ע"ש ולענ"ד זה צ"ע דאם כן אף אם ראה שטלטלוהו ממקום למקום נמי ל"מ דמ"מ יש מקום לפעול בו פעולות לגלגלו וכה"ג ומדברי הפוסקים מבואר דזה הוי כמו קברתיו ודייקי לה מהש"ס שלא הזכיר קברתיו רק דאסקוה לקמאי זה הוי כמו קברתיו וזה מבואר בהר"ן והריב"ש ז"ל וכן בנ"ד עצמו הביא אח"כ דברי הפוסקים הנ"ל דבטלטול בעלמא סגי ומשמע מדבריו דגם הרמב"ם יודה בזה וצ"ע לפי מ"ש הוא בעצמו דטעם הרמב"ם אין מן הדין שיועיל כ"א קברתיו דוקא וגם כי זה נגד משמעות הש"ס דמשמע דאסקוה לקמאי סגי והיה לי מקום להאריך בזה ובדברי הרמב"ם אבל לפי שבנ"ד אין נ"מ בזה כיון שהעיד העיד שנטפל בקבורתו לכן לא הארכתי בזה:

ועכ"פ למדנו מזה שכוונת ודקדוק לשון הרי"ף הוא דבעינן אסקוה לקמאי וטזיתיה לאלתר ומצאתי בספר הזכות להרמב"ן מועתק שם השגת הראב"ד על הרי"ף וכתב דהאי דכתב הרב דאפילו תרי סהדי לא סמכינן עלייהו דלמא באומדן דעת מסהדי לאו אמלחמה קאי אלא אמים שאל"ס קאי דאי חזו ליה דטבע בימא ובתר שעתא אסקיניה לארעא אי לא אמרי אשתמודענא ליה או בהכרת פנים בסימנים אין מעידין עליו דלמא איהו אזיל לעלמא והאי אחרינא איהו דמשאל"ס אשתו אסורה אא"כ ראה והכירו מיהו מאי דכתב דע"א במלחמה צ"ל קברתיו לא מחוור דהא מים כמלחמה דמי ולא אצרכוה לומר קברתיו כמעשה דדגלת וסוף לשון הראב"ד וגם תשובת הרמב"ן להליץ בעד הרי"ף בזה חסר מן הספר ולא זכינו לראותן ועכ"פ למדנו ממנו שני דברים חדא שהרי"ף ר"ל דוקא היכא דאמרי אסקוה כו' ואשתמודענא ליה בט"ע או בסימנים וגם מבואר מדבריו דאף להרי"ף דוקא במלחמה בעינן קברתיו ולא במים וגם לא ס"ל להראב"ד דאסקוה לקמאי הוה כמו קברתיו ולקמן אי"ה יתבאר דעת הרא"ש בהרי"ף ז"ל ותבנא לדיננא דאף אי לא אשתהי כגון אם היה מונח על שפת הים במקום שגלי הים עוברים ושוטפים מ"מ כיון דהעד הזה ידע הטביעה אין בו מועיל לדעת בעה"מ אף שאמר קברתיו מפני שיש לחוש שטועה בהכרתו ואומר שזהו הוא ומכ"ש בנ"ד שמלשון העד שאמר שהיה מוטל על. הברעג משמע שהוא מקום שאין שם מים ואפילו בספק אשתהי יש להחמיר מכ"ש בזה דהוי ודאי אישתהי אם לא באו מים עד נפש המת הזה והלכך אף אם היינו רוצים לתפוס להקל בדעת קצת פוסקים דידיעה אינו כראיה מ"מ עכ"פ לאלתר בעינן:

ואמנם דעת הטור דבלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר ובדעת הרא"ש נחלקו הפוסקים בהיות כי דבריו נראו לכאורה כסותרים וכ"א בורר דרך לעצמו בפירוש דבריו ואמרתי אלקטה נא באמרים ואקטוף מלילות אולי השאירו עוללות הלא טוב עוללות אפרים. הפירוש האחד כתב מהריב"ל בתשובה לפרש מ"ש הרא"ש ויראה הא דבעי ואסקינהו לאלתר וכו' קאמר וקאי אמאי דאסיק וקאמרי סימנין לומר דבלא ראה הטביעה לא בעינן שיאמר סימנין משא"כ בראה הטביעה כו' והגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי בתשובה לא הסכים לפירוש זה דאם כן היינו חילוק הר"י דמייתי הרא"ש במ"ש ויראה ועוד דמאי אין מדקדקין אחריו דקאמר ומש"ה נייד מפירוש דמהריב"ל:

וגם בעיני יפלא על מהריב"ל שהרי בלשון הרא"ש מבואר שכתב ומצאו משמת ואמר שמכירו בט"ע כו' שלשון זה מורה שלא היה שם בשעה שפלטוהו המים ואין ידוע לו אי אשתהי אי לא ואם נאמר דמיירי שאחרים הגידו לו שלא כביר טרם בואו פלטוהו המים ולא נשתהה דמ"מ קשה מאי דוחקי' למנקט בכה"ג ולא נקט בפשיטות שלא ראה הטביע' אבל ראה הפליטה. והנה הגאון מהרבצ"א שביק לפירוש מהריב"ל וניחא ליה לפרושי דהא דבעינן שיעיד בפירוש לאלתר היינו בראה הטביע' דאז איכא למיחש דלמא אשתהי ואשתני צורתו וסבור שזה ראובן ואינו אלא אחר אבל אותן שלא ראו הטביע' ומצאו שמת ואמר שמכירו בט"ע אע"ג דלא אמר דחזינן לאלתר נאמן ואין מדקדקין אחריו לבדקו אי חזינהו לאלתר ומייתי ראי' כמו דמחלק הר"י לענין סימנין ה"נ לענין לאלתר כו' ואח"כ מסיק דאף באמר בפירוש שלא ראוהו עד אחר כמה ימים מותר אם הגוף שלם ולא ראה הטביע' ע"ש ולהך פירוש' ניחא מה שהקשיתי מלשון הרא"ש דנקט ומצאו שמת ולדבריו א"ש דכיון שאומר שמצאו שמת תלינן דחזי ליה בשעתי' כיון שלא ראה הטביע' אבל עדיין צ"ע דלשון הרא"ש שכתב אבל מי שלא ראה הטביע' ומצאו שמת כו' משמע שכך הי' הענין באמת שהוא לא הי' בשעת הפליט' ולדברי מהרב"א הו' למנקט בלשון זה ואמר שראוהו שמת והכירו כו' ותולין לומר שכוונתו שראוהו לאלתר משא"כ בלשון הרא"ש שלפנינו אין נלענ"ד לפרש כן ואם נפשך לומר דכוונת הרא"ש הוא שאנו תולין שראייתו היתה תיכף אחר שנפלט מן המים טרם בואו אע"ג דהר"ן בתשו' כתב דמן הסתם אין לתלות ולומר שתוך אותו שעה שנפלט ראוהו שיותר מצוי שראוהו אחר שעה אחת מ"מ י"ל דהיכ' שלא ראה הטביע' ליכ' למיחש שאומר בדדמי ומדחזינן שהכירו היטב שזהו הוא הכרת פניו ענתה בו שמסתמ' בתוך שעה שפלטו הים בא זה ומצאו שמת דאין לטעות שאחר היה ומחמת ששהה הרבה נשתנה צורתו עד שזה דימה בנפשו שזהו הוא ז"א דהא ודאי לא שכיח שיהי' קלסתר פניו דומה ממש

לצורתו של זה וא"כ לא הו"ל לרואה זה לומר שזהו הוא כיון שהוא ראה הטביע' ולא אמר בדדמי כלל א"ו שבאמת הוא זה שמעיד עליו ותלינן שזה בא לשם תוך שעה לפליטתו ולכך הוא מכירו משא"כ בראה הטביע' דאז אמרינן כל שנשתנ' צורתו קצת הוא אומר בדדמי ואפי' לאלתר ל"מ בלא סימנין כן י"ל לשיטת מהרב"א אבל לפי"ז ישאר דקדוק שלי מ"ש ואין מדקדקין אחריו כיון שמיירי שהעד אומר כל לבו שבא ומצאו מת והכירו בט"ע אלא שאנו תולין שהי' תוך שעה לפליטת המים א"כ מה לנו לחקרו ולדקדק אחריו ואמנם לענ"ד משום הא לחוד לא ארי' דבאמת כוונת הרא"ש דאין מדקדקין אחריו לחקרו ולדרשו על ידי סימנין וכמו שכתוב הרמב"ן במלחמות שהוא ע"ד דרשהו אם הוא רמאי בסימנים ע"ש אלא אין מדקדקין בזה ועוד י"ל בפשיטות דלשון ואין מדקדקין אחריו היינו דל"ח דאמר בדדמי והוא כלשון שכתב הרא"ש לעיל מיני' בתר סהדות' דבי תרי לא דייקינן ה"נ מתפרש האי לישנ' אבל בלא"ה דברי הרא"ש אין מורים בפירוש מהרב"א דלישנ' דנקט הרא"ש ומצאו שמת ואמר שמכירו בט"ע לחודי' נאמן כו' תיבת לחודי' מורה דאסימנים קאי ור"ל דנאמן בט"ע לחוד בלא סימנין והיינו דנקיט אחר כך בדברי ר"י גם כן כי האי לישנ' ואתי למיעוטי סימנין א"כ ה"נ למעוטי סימנים אתי ולאו למעוטי היכא שלא פירש דחזיי' לאלתר ועוד אכתוב לקמן מה שקשה לפירוש זה:

ואחר אחרון אני' בא מה שפירוש בזה מופת דורינו הגאון מוהר"ר יחזקאל נ"י בספרו נ"ב סימן כ"ח והאריך בחריפתו ובקיאתו ותוכן דבריו בישוב דברי הרא"ש הוא דקשי' ליה דהכא נקט חזינהו לאלתר והתם נקט בשעתי' א"ו שיש חילוק דבלא ראה הטביעה אף דלא חזינהו לאלתר אם ראה בתוך שעה סגי והיינו עובד' דדגלת משא"כ לאחר שעה המת משתנה באמת וא"א להכירו משא"כ בתוך שעה אין חשש שינוי כ"כ רק משום העד דאמר בדדמי וכיון שלא ראה הטביעה ל"ח ומש"ה העתיק הרא"ש בעצמו בהאי דדגלת וה"מ דחזיי' בשעתי' אף דמיירי בלא ראה הטביעה תוך שעה בעינן ולפיכך כתב בעובדא דידיה כיון דאשתהי כמה שעות בלא טעמ' דבדדמי המת משתנה (מעצמו ובטלה עדותו אף לשיטת הרא"ש ואני תמה ע"ז שהרי הרא"ש כתב אח"ז שנהגו להתיר ע"י ט"ע לחוד וכתב למאי דפרישת שיש חילוק בין אותן שראו הטביע' לאותן שלא ראו ניחא אלמ' דהרא"ש מתיר באותן שלא ראו הטביע' אף לאחר כמה ימים שא"ל שבאמת לא נהגו להתיר רק בתוך שעה דוקא ז"א כמבואר ממ"ש אח"כ אבל אם גופ' שלם מכירין אפילו אחר כמה ימים משמע דאף בכה"ג נהגו להתיר וע"ז כתב דלמאי דפירש וחילק בין ראה הטביע' ניחא וא"ל דנקט בצירוף הך סברא שהגוף שלם וכ"נ מדברי הטור מ"מ קשה על הגאון הנ"ל שכתב שאין עדות לשיטת הרא"ש והרי בעובד' דידי' היה הגוף שלם

כמבואר שם ואם כן לדעת הרא"ש פשיט' דבכה"ג מעידין אפי' אחר כמה ימים ואמנם באמת מבואר למעיין בדברי הרא"ש שמתחלה הביא דעת ר"ת ליישב המנהג שנהגו להשיא ע"פ ע"א שמעיד בט"ע משום דכיון דהגוף שלם שפיר הוי הכרה וע"ז כתב ולמאי דפרישת שיש חילוק בין אותן שראו הטביע' ניחא משמע מדבריו דלפי פירש זה אין אנו צריכין לפירש ר"ת רק דניחא המנהג דמתירין על ידי הכרה בט"ע משום שלא ראו הטביע' ומשמע דאף לאחר כמה ימים מעידין כמו לפר"ת אם הגוף שלם כן להרא"ש בלא ראה הטביע' וזהו שקשה גם לפירש מהריב"ל ולפירש מהרב"א דלדידהו אף דלא ראה הטביע' כל שלא ראה לאלתר אין מעידין עליו:

ועוד אני תמה על הגאון נ"י שכתב לחלק בין לשון לאלתר ללשון בשעתי' ונסתייע ממה שהעתיק הרא"ש בהאי דדגלת וה"מ דחזי' בשעתי' ולענ"ד צ"ע שאף אם היינו יכולין לפרש כן בלשון הש"ס דאיתא וה"מ דכי אסקו' דחזיי' בשעתי' כו' אבל ברי"ף והרא"ש איתא הגירס' וה"מ דחזי ליה בשעת' דאסקי' והכוונ' מבוארת שר"ל שראה אותן בשעת העלאתו מן המים והוא מכוון ללשון לאלתר ממש ולשון בשעת' אינו ר"ל שעה כמו שפירש הרמב"ם דברי הש"ס רק פירושו אותו העת שהעלוהו וכמו שמצינו לשון זה פעמים רבות בב"ק משעת' דאסהיד כו' ובב"מ דההיא שעת' הוה לפקדון גבי' וכהנ' רבות וכן בזה הפירוש הפשוט שראוהו בעת העלאתו (אמנם גם לשון לאלתר יש לו שיעור כמו שכתוב הריב"ש והביא ראיה מש"ס דגיטין ע"ש) וכן בלשון הרי"ף בתשוב' סימן נ"ד דעו כי מה שטבע במשאל"ס אין אשתו ניתרת עד שיבא מי שיאמר אני ראיתיו בשעה שהשליכו הים ליבשה והכרתי בו וב סימן קפ"א כתב בלשון כי ראיתיו אחר שהשליך הים לאותו מת ואני הכרתי בו שהוא בעצמו ונראה דגם בסימן קפ"א ר"ל שהי' שם בשעה שהשליכו וראוהו מיד לאחר ההשלכה:

ועוד יש להקשות לכל הפירוש דמשמע מהם דהרא"ש לא ס"ל כהרי"ף דבעיין אפשיט' מההיא דדגלת ומוקי להה"י דהתם בלא ראה הטביע משא"כ בראה הטביעה בעינן סימנין דוקא ובאמת לא משמע כן מלשונו שכתב בתחל' לשון הרי"ף בסתם ואח"כ כתב ויראה הא דבעינן כו' ולא הזכיר כלל שבא לדחות בזה ראיית הרי"ף ולחלוק עליו נראה דמלת' באנפי' נפשי' קאמר ומודה בה הרי"ף ז"ל ומכ"ש דקשה טפי לפי' הגאון בנ"ב דמחלק בין עובדא דב' ת"ח ובין עובד' דדגלת ופסיק להו בסכינ' חריפ' לומר דהתם נקט לאלתר ומיירי בראה הטביע' והתם איתא בשעתי' ומיירי בלא ראה וכל כה"ג הו"ל להרא"ש לפרושי שבזה דוחה ראיית הרי"ף ועוד יקשה לפירושו כמ"ש לקמן ואשר אני אחזה לי ושיירתי דרך לעצמי בביאור דברי הרא"ש הוא ע"פ מ"ש המרדכי בר"פ האשה

ותסבר' כו' תימא לר"י אפילו למאי דקאמר ואסקינהו כו' ונראה לר"י דל"ש בדדמי אלא כשמעיד שטבע ולא יצא משם והיינו בדדמי דאפילו לא ידע' בבירור אמר' מסתמ' לא יצא משם אבל בעדות שמעיד שהועל' מן המים וראהו מת ל"ש בדדמי דאין לו במה לטעות כו' ודקאמרי סימנין פי' א"נ לא ראוהו לאלתר אלא שהו בין העלאה לראי' כגון דאמר סימנין שמועיל העדות כו' ואע"פ שאין כתוב א"נ בספרים כו' והנה מ"ש דגבי העלאה ל"ש בדדמי דאין לו במה לטעות ע"כ צ"ל דט"ס הוא וצ"ל דאין לה במה לטעות דאל"כ לא תירץ כלום על עיקר קושייתו דנהי דהעד לא טעי מ"מ דלמ' משקר והיא לא דייק' דאמר' בדדמי א"ו דס"ל דלענין העלא' מסתמ' דייק' לידע אם בצדק אמרי פי העד שאומר שראהו שהועל' מן המים מת והכירו לאלתר או בסימנים משא"כ בס"ד שהי' סובר שהעד מעיד שטבע ולא יצא משם שייך בדדמי לגבי האש' דלא דייק' רק לידע שטבע ואע"פ שאין יודעת בבירור שלא יצא היא אומרת מסתמ' לא יצא אבל למסקנא דותסבר' דמשאל"ס אשתו אסור' א"כ ע"כ עיקר דיוקא דידה אינו לענין הטביע' שאין בזה כדי להתיר ועיקר דיוקא דילה לענין העלאה ובזה אין לה במה לטעות וע"כ דדייק' לידע שהעד אומר אמת ואמנם דברי ר"י הללו שהביא המרדכי הם סותרים למ"ש התוס' בשם ר"י בדף קט"ו ד"ה וקאמרי סימנין אבל ע"י ט"ע אין להאמינם דאמרי בדדמי ובדבר מועט יאמרו שאילו בעליהן של אילו אבל מה שפירש בקו' דמים משנים צורת הפנים אין נרא' דהא אמרינן לקמן דמים מצמת צמתי ואי סימנים לאו דאורייתא איירי הכא בסימנים מובהקים א"נ מהני ע"פ ט"ע ר"י עכ"ל התוספות ולפ"ז קשיא דמאי קא קשיא להו על רש"י שהרי לפמ"ש ר"י גופיה דהך ודקאמרי סימנין או קאמר ור"ל אף ששהה בין העלאה לראיה וא"כ שפיר פירש"י דאי לאו סימנין חיישינן דלמא אחרים הם לפי שהמים משנים צורת פנים והיינו דאי אשתהי מתפח תפח ולכך בעי סימנים ומנ"ל דרש"י אינו מפרש כן וע"ק על התוספות שכתבו דע"י ט"ע אין להאמינם דאמרי בדדמי והרי כתבו בד"ה טעמא דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה עצמה וע"ק דל"ל למימר משום דהעד אומר בדדמי ות"ל דהא השתא קיימינן דבמלחמה אשה לא דייקא ונהי דהעד אינו אומר בדדמי מ"מ האשה אומרת בדדמי ובאמת שזה קשה לכאורה גם על רש"י דלמה הוצרך לומר דלכך בעינן סימנין משום שהמים משנים צורת הפנים ת"ל דזהו עיקר דחיית הש"ס דלא תפשוט ע"א במלחמה משום דאמרי בדדמי וכאן מיירי דקאמרי סימנין דלאו עלייהו סמכינן:

אמנם לזה היה אפשר לומר דידוע סוגיית הש"ס כל היכא שאומר ותסברא כוונתו דלפי דבריך שאתה רוצה לפשוט האבעיא מזה קשה קושיא אחרת וע"כ תירוצי קא מתרצה

לה וממילא דלא תפשוט ולפי"ז תיקשי מאי קפריך ליה ותסברא כו' דלמה לדידיה הוה ניחא דמוקי לה דאסקינהו קמן וחזינהו לאלתר ואי משום שהאשה תאמר בדדמי להא ל"ת דעיקר טעמא משום מלתא דעבידא לגלויי ונפשטא האבעי' משא"כ אם נימא טעמא משום דייקא ומנסבא אכתי תיקשי וצריך להוסיף דבר חדש דקאמרי סימנין וזה לא ס"ל להפשטן וא"כ ל"ה פריך מידי ותסברא כו' ולכך פירש"י דאף לדברי הפשטן נמי צריך לאוקמי דקאמרי סימנין דאל"כ יש לחוש שמא המים משנים צורת הפנים כו' ולדברי התוספות צריך לאוקמי דקאמרי סימנין משום דאל"כ יש חשש שהעד יאמר בדדמי אבל ראיתי להגאון בנ"ב סימן למ"ד שכתב דמצינן למימר דהא דקאמר ותסברא היינו דע"כ מוכרח לפרש שראו ההעלאה מה שלא נזכר בברייתא אף אני מוסיף לומר דמיירי דקאמרי סימנין ולא תפשוט א"כ לפ"ז הדק"ל על רש"י ותוס' כנ"ל ועוד דאכתי קשה על התוס' שכתבו דמיירי בסימנים מובהקים ומשמע אע"פ שאין מוצנעים וא"כ קשה מה תועלת יש בעדותו דהא האשה אומרת בדדמי וכן הקשה הב"ש ס"ק קמ"ג:

והאמת יורה דרכו ע"פ שיטת הר"י שבמרדכי דל"ש בדדמי על ההעלאה וזהו שהוצרך רש"י לפרש דטעמא דבעינן סימנים משום שהמים משנים צורת הפנים דאי משום בדדמי כיון דמוקי שראו שהעלום תו ל"ש בדדמי והתוספות בשם ר"י לא הושוו בזה עם המרדכי בשם ר"י דהמרדכי בשם ר"י ס"ל דל"ש בדדמי בהעלאה גם בהעד ומה"ט הוצרך לפרש הא דקאמר וקאמרי סימנין או קאמר אבל התוס' בשם ר"י ס"ל דאע"ג דאם נאמר שהעד אינו אומר בדדמי ל"ש בדדמי לגבי האשה בהעלאה כיון שאין לה במה לתלות מ"מ יש לחוש שמא העד גופיה יאמר בדדמי ובדבר מועט יאמרו שאלו בעליהן של אלו וכ"כ הרא"ש בשם הר"י היכא דראה הטביעה ואע"פ שכתבו התוספות לעיל דהעד לעולם לא יאמר בדדמי אפשר דס"ל דוקא לענין מלחמה וכה"ג אמרינן דודאי לא יאמר העד על האומדנא דכל הני דאיקטול כו' משא"כ בזה שנפלו למים חיישינן דאמרי בדדמי ובעי סימנים דוקא וכיון שאומרים שמכירין אותו בסימנים אע"פ שאין מוצנעין ליכא למיחש למידי דא"ל דאשה לא דייקא דאמרי בדדמי ז"א דכיון שהעד אומר שראה שהעלוהו ל"ש בדדמי לגבי האשה דאין לה במה לטעות (ולקמן אי"ה אכתוב מלתא בטעמא דדוקא גבי הטביעה שייך בדדמי ולא לגבי ההעלאה) וממילא דנתיישב בזה קושי' אא"ז מהרש"א על התוספות שכתבו השתא ס"ד שראו שטבעו ולא ראו שהעלום וע"ז כתב דמצינן למימר שראו שהעלום אלא דהוה ס"ד דלא מיירי דקאמרי סימנין ואפ"ה פשיט' הש"ס שפיר דל"ח דאמרי בדדמי כמ"ש התוספות לפר"י כו' ולפמ"ש א"ש דכוונתם כמ"ש המרדכי דלגבי העלאה ל"ש בדדמי לגבי האשה רק לגבי העד א"כ אי הוה ידע

המקשן דמיירי שמעיד שהועלה והכירו ל"ה מצי למפשט מיניה מידי לע"א דמלחמה דשם איכא למיחש לאשה שאומרת בדדמי ועוד דא"כ ע"כ הוה מוכרח לאוקמי דקאמרי סימנים דאפילו תימא דטעמא משום מדעל"ג ול"ח לבדדמי דאשה מ"מ גבי טביעה במים חיישינן לבדדמי דעד דדוקא גבי מלחמה ס"ל דלא יאמר העד בדדמי משא"כ לגבי הכרה אפשר שהועלה אז בדבר מועט יאמרו שאלו בעליהן של אלו ומ"ש עוד אא"ז חילוק בין פיר"י לפירוש ר"ת משמע שחלוקים הם וזה צ"ע כמש"ל אי"ה והב"ש ס"ק פ"ג כתב וז"ל עיין בתוספות דף קט"ו כו' וצ"ל וא"ו של וקאמרי וא"ו המחלקת היא כו' ובאמת ז"א דא"כ ל"ה מקשו מידי על רש"י ואפשר שאין כוונתו לפרש כן דברי התוספות רק דהב"ש גופיה ס"ל לפרש כן דברי הש"ס ואמנם כדי דלא תיקשי על התוספות דל"ל לאלתר כיון דאיכא סימנין מובהקין צ"ל כמ"ש הב"ש גופיה בס"ק קמ"ג דהא דקאמר וחזינהו לאלתר דרך רבותא קאמר דאע"ג דחזינהו לאלתר מ"מ בעינן סימנין:

ועתה אבוא לבאר דברי הרא"ש על הסדר וז"ל איבעי' להו ע"א במלחמה מהו כו' א"ד טעמא דע"א משום דהיא גופא דייקא והכא לא דייקא דאמרי בדדמי וסומכת על דברי העד כו' וזה כדברי התוספות והרמב"ן במלחמות אליבא דהרי"ף דבעיין משום דחיישינן לבדדמי דאשה ואלו לשטת בעה"מ דס"ל דבעיין דלא אמר קברתיו אבל בקברתיו פשיטא דמהימן אלמא דל"ח לבדדמי דאשה רק לבדדמי דעד ולכך במים ולא ראה הטביעה ס"ל דלא אמר העד בדדמי וליכא למבעי מידי דודאי מהימן משא"כ הרא"ש דמפרש דהאיבעי' מחשש בדדמי דאשה ליכא לפלוגי בהכי ושוב מייתי הרא"ש עלה לשון הרי"ף שכתב ואתינן למפשטא מהא דתנינן מעשה בשני ת"ח כו' ומיהו כיון דאמרינן לקמן ההיא גברא דטבע בדגלת כו' שמעינן דע"א במשאל"ס נאמן כו' וה"ה לע"א במלחמה כו' והנה מכאן נלמד דהרי"ף לא ס"ל כסברת הר"י שבמרדכי דל"ש בדדמי דהאשה לגבי ההעלאה דהא לסברא זו ליכא למפשט מדגלת לע"א במלחמה אלא ס"ל דשפיר שייך בדדמי דאשה וכמ"ש הרמב"ן דכשיתוודע לה שנפל למים שוב אינה מדקדקת וסומכת על העד שאמר מכירנו בו ואתינן למפשטה ממעשה דב' ת"ח ודחי לה דמיירי דאסקוה וחזו ליה לאלתר שאין מקום עוד לעד לטעות ואי משום בדדמי דאשה וניחוש דלמא משקר העד מוקי לה דאמרי סימנין והיינו מוצנעין וכמ"ש הרמב"ן וכיון דחזינן בהאי דדגלת דאנסבא רבא ש"מ דטעמא דע"א משום מלתא דעל"ג הוא הלכך ע"א במלחמה ובמים מהימן דל"ח לדיוקא דאשה כלל וע"ז מסיק הרא"ש בשם הרי"ף ודוקא היכא דאמר אסקוה לקמן וחזיתיה לאלתר ואשתמודענא דאיהו פלוני או במלחמה היכא דאמר מת וקברתיו ואי לא קמסהדי הכל אפילו תרי וכ"ש חד לא סמכינן דחיישינן דלמא אאומדן דעת קא מסהדי

וכן הלכתא כו' מבואר מזה דדעת הרי"ף הוא דהא דקאמר בעובדא דדגלת ודוקא לאלתר אבל אשתהי מתפח תפח ה"פ דאי חזי ליה לאלתר אין מקום לעד לטעות כלל ולשמא משקר ל"ח דמלתא דעל"ג הוא ולא איכפת לן אם האשה אומרת בדדמי משא"כ היכא דאשתהי מתפח תפח ואינו ניכר ויש לחוש שאומדן דעת קמסהדי שטועה בדמיונו לומר שאלו בעליהן של אלו (או במלחמה היכא דלא אמר קברתיו חיישינן לעד דאמר בדדמי שמת ובאמת לא מת) ואין מועיל ט"ע שלו דחיישינן דלמא טעי ובעינן סימנין דוקא:

ועתה נבא לביאור דברי הרא"ש דקמסיים אחר שכתב דברי הרי"ף בסתם וז"ל ויראה הא דבעינן אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר ר"ל מ"ש לעיל בשם הרי"ף דדוקא היכא דאמרו אסקוה לקמן וחזיתיה לאלתר הא לא אמר לאלתר חיישינן דאאומדן קמסהדי ולא סגי בט"ע לחודיה היינו לאותן שראו הטביעה דהנה אמרי בדדמי כו' אבל מי שלא ראה הטביעה ומצאו שמת ר"ל שלא ראוהו גם בשעת הפליטה ואמר שמכירו בט"ע לחוד נאמן ור"ל וא"צ סימנין והיינו דקאמר ואין מדקדקין אחריו ר"ל לדרשו ולחקרו בסימנין ואהא מייתי שכן פיר"י הא דבעינן הכא סימנין ולא סגי בט"ע לחודיה היינו משום שראה הטביעה ואמרי בדדמי ור"ל שהרי פירש כן אהא דדחי דלא תפשוט מעובדא דב' ת"ח דמיירי דקאמרי סימנין ור"ל דר"י כ"כ לשיטתן דס"ל דל"ש בדדמי דאשה בהעלאה והא דמוקי בסימנין היינו משום בדדמי דעד ומוקי לה דל"ש בדדמי דעד אלא בראה הטביעה א"כ נלמד מזה דה"ה לדידן דלמאי דס"ל דשפיר שייך בדדמי דאשה בהעלאה אלא דל"ח לה דאפשיט מהאי דדגלת דל"ח רק לבדדמי דעד ולא לבדדמי דאשה דעיקר טעמא משום מלתא דעל"ג ולא משקר העד רק דאיכא למיחש כיון דלא חזי לאלתר דלמא אמר בדדמי והיינו בראה הטביעה דוקא דלא גרע מאשה גופה שכתב הר"י דלכך גבי טביעה שייך בדדמי שסוברת כיון שטבע בודאי שוב לא יצא א"כ גבי עד נמי דוקא כשיודע שטבע אז תולה בדעתו לומר שאלו הם:

ומעתה בין תבין כי אע"פ שהרא"ש ובעה"מ תרווייהו ס"ל לחלק בין ראה הטביעה ללא ראה הטביעה מ"מ המרחק רב ביניהם דלשיטת הרא"ש היכא דחזי ליה לאלתר פשיטא דמהימן שאין מקום לעד לטעות כלל שהרי אין שינוי בפרצוף דמיא צמתי ולשמא משקר ל"ח דמלתא דעל"ג הוא הלכך אף בראה הטביעה מותרת משא"כ היכא דלא חזי לאלתר אז יש חילוק בין היכא דראה הטביעה חיישינן לעד דלמא טעי ואמר בדדמי והיכא דלא ראה הטביעה אף דלא חזי לאלתר נאמן בט"ע לחודיה דל"ח דלמא מחמת שנתפח אמר בדדמי כיון דלא ראה הטביעה משא"כ לשיטת בעהמ"א דס"ל דלא אפשיטא והא דדגלת בלא ראה הטביעה ועלה קאמרינן דוקא לאלתר אבל אשתהי מתפח תפח ואע"ג דליכא

למיחש דלמא אמר בדדמי כיון דלא ראה הטביעה מ"מ אין עדותו כלום דחיישינן שמא באמת נשתנה צורת המת עד שיוכל לסבור שזהו הוא וכן בראה הטביעה ס"ל לרז"ה שאין מועיל ט"ע לחודי' אף דחזי ליה לאלתר דמ"מ איכא למיחש לשינוי כל דהו והעד אומר בדדמי מחמת שראה הטביעה ובעי סימנין דוקא משא"כ הרא"ש ס"ל דאם ראה הטביעה די אי חזיניה לאלתר דאז ליכא למיחש שישתנה כלל שיטעה העד בו וכמ"ש המרדכי ואם לא ראה הטביעה אז אע"פ דאשתהי ויוכל להיות שישתנה קצת מ"מ לא יטעה העד בו לומר שזה בעלה של אשה זו כיון שלא ראה הטביעה:

ולפי"ז מ"ש הרא"ש וכ"כ הרז"ה ז"ל היינו לענין הך סברא דאם לא ראה הטביעה לא אמרינן שהעד אומר בדדמי אבל מ"מ מאי דמוקי הרז"ה הך דדגלת בלא ראה הטביעה בזה לא סבירא ליה כוותיה דאיהו אזיל בשיטת הרי"ף ז"ל (וכ"כ הריב"ש להדיא וכמ"ש לקמן בשמו) ושוב מייתי הרא"ש דברי ר"ח וכתב ע"ז ונהגו להתיר האידנא בט"ע בלא סימנים ור"ל אף דאשתהי וכמש"ל וע"ז כתב דאפשר לחלק כחילוק ר"ח גבי הרוג דאם הגוף שלם מכירין אף אחר כמה ימים דאז ליכא למיחש לבדדמי וע"ז כתב דלפמ"ש שיש חילוק בין אותן שראו הטביעה ניחא ר"ל דהשתא אין אנו צריכין לתרץ המנהג בחילוק ר"ח די"ל מה שנהגו להתיר היינו משום דלא ראה הטביעה ולכך שפיר מהני אף ששהה ואין לחוש שיאמר בדדמי ולפ"ז גם הרא"ש מוקי הך עובדא דדגלת בראה הטביעה כמו הרי"ף אלא דמ"מ התיר רבא כיון שהיה לאלתר ובהכי א"ש מ"ש בנ"ב להוכיח דלהרא"ש מיירי דלא ראה דאל"כ אמאי הימני' רבא בלא סימנים ולפמ"ש א"ש דבאמת מהא פשטינן דאין הטעם משום דיוקא דידה רק משום מלתא דעל"ג וכיון דחזי לאלתר ואין מקום לעד לטעות מהימן וכמ"ש דהרא"ש מוקי הא דדגלת בראה הטביעה כן ביאר להדיא הריב"ש סימן שע"ח וז"ל ומ"ש עוד בשם רבינו אשר כו' הנה למעלה סמכת על בעהמ"א דאוקי האי דדגלת שלא ראה הטביעה ועתה אתה סומך על הרב רבינו אשר ז"ל דמוקי לה בראה הטביעה והנה זה תרתי דסתרן כו' ע"ש והנה הארכתי בביאור דברי הרא"ש ובהצעתו לפי שיצאתי לדון בדבר חדש לומר דהרא"ש אליבא דהרי"ף כ"כ ודבר זה שאלו לחכמים ולא פרשוהו כך ומקום הניחו לי להתגדר בו כי לענ"ד מ"ש הוא אמת נכון בכוונת הרא"ש בס"ד:

ומעתה גם דברי הטור צדקו יחדיו עם דברי הרא"ש דהיכא דלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר אלא שהוסיף מדעתו לומר דבעינן גם שיהיה הגוף שלם ולהחמיר לצרף גם תירץ התוספות ואפשר דשמיע ליה מאבוה שלא רצה לסמוך על תירוץ שלו לבד כ"א היכא שהיה הגוף שלם ג"כ וכ"מ מדבריו ברמזים ע"ש ואולם בנ"ב הקשה על הטור דהא האי

דדגלת מיירי בלא ראה הטביעה כו' וכבר הארכתי בדבריו ובישוב קושי' בתשובה סימן ע"ש ועכ"פ מבואר דדעת הרא"ש דאם לא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר דעיקר חשש אשתהי להרא"ש אינו רק משום בדדמי ולדעת התוספות בגופו שלם שפיר דמי להעיד אחר כמה ימים והטור תפס חומרת התוס' והרא"ש ועכ"פ בנ"ד שהיה גופו שלם אם נימא דידיעה זו שידע הטביעה מפי העכו"ם ל"ה כראיה היה מקום היתר לפי סברת הפוסקים הנ"ל:

איברא דלכאורה קשיא על התוספות דמה בכך שגופו וצורת פניו שלימה כיון דלדעתם לא אפשיטא בעיין וא"כ יש לחוש דהאשה אמרה בדדמי וכבר כתבתי לעיל די"ל דהתוספות כוונתם כהמרדכי דבעדות שהעלוהו מן המים מת אין לה במה לטעות ולענין העד שפיר יש חשש בדדמי אע"ג דבמלחמה אין חשש על העד ואמנם לכאורה היא מלתא בלא טעמא דבעדות העלאה מן המים יהיו סברות הפוכות מן מלחמה והנלענ"ד בזה ויבואר ג"כ מ"ש הב"ש ס"ק קמ"ג דהרי"ף חלוק עם התוספות דלהתוס' אין העד אומר בדדמי כלל אבל להרי"ף בלא אמר קברתיו חיישינן דאמר בדדמי ולענ"ד אין זה מוכרח דאע"פ שהתוס' כתבו בד"ה טעמא דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה עצמה כו' כוונתם כמו שאבאר:

הנה הרמב"ם והש"ע כתבו וז"ל וכן אם באה ואמרה מת בעלי במלחמה א"נ אע"פ ששלום בינו לבינה תסמוך דעתה על דברים שרובן למיתה ותאמר מאחר שנהרגו אלו ואלו נהרג גם הוא בכללן כו' ולכאורה תימה שהרי רבא קאמר טעמא דסברה כל הני דאיקטל איהו פליט ואת"ל כיון דרחמה ליה נטרה עד דחזייה זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברה מת וזימנין דעביד ליה סמתרא וחיי' כו' ולפ"ז תימא שהעתיקו תחלת דברי רבא לחוד ומי סני להו למימר כטעם שאמר רבא בסוף סברתו דלכאורה כן הוא העיקר וכמ"ש הפוסקים דכל את"ל הלכה הוא ולא מצאתי להמפורשים שנתעוררו בזה והנלענ"ד דכוונת דבריהם הוא בנ"מ בין ב' הטעמים של רבא דלטעם השני דנטרה עד דחזי וסברה ודאי מית אלא שעכ"פ אין להתירה מפני שיכול לחיות ע"י סמתרי א"כ עכ"פ היא לא משקרא בשום אופן ואינה אמרה יותר ממה שראתה ולפי דעתה החצי בא עד לבו ומת וא"כ לפ"ז אם אמרה קברתיו מן הדין היה לומר שנאמנת דהא לא חשדינן לה דמשקרא במתכוין משא"כ לטעם הראשון אמרינן אע"פ שלא ראתה כלל שנהרג רק מחמת דמיונה דסברה כל הני דאיקטול כו' היא מוסיפה שקר לומר שנהרג א"כ אף קברתיו אינו מועיל שי"ל שמשקרה ומוסיפה מדעתה ולענין דינא ב' הטעמים אמיתים דחיישי' ג"כ דמשקרה מחמת בדדמי וכיון שהרמב"ם והש"ע רצו לכתוב הך דינא דל"מ

קברתיו לכן הביאו טעם הראשון שמשם אנו למדין דין זה ולפ"ז ע"כ מוכרח כטעם שכתב הב"ש בשם הרא"ם ותי' הר"ן שהביא הב"י אבל לפי הטעם שהביא הגהת פרישה והב"ש בשם הלבוש משום דשמא קברה אחר וטעתה מחמת בהלות המלחמה א"כ גם בזה לא חשדינן לה שמוסיפה דברים שקרים לאמת דבריה וז"א כמ"ש ממה שהביאו טעם הא' שאמר רבא והנה יש לי אריכות דברים בדברי הרמב"ם הללו ומאין הוציא דבמלחמה אף קברתיו לא מהני גבי אשה ולפי שאין נוגע לענינינו קצרתי בדבר:

ולפ"ז י"ל דודאי בעיין בע"א במלחמה באמר קברתיו הוא והא ודאי פשיטא לן דבעד ל"ח שיוסף לשקר בשביל דמיונו וזהו כוונת התוס' שכתבו דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה עצמה ר"ל אע"ג דחיישינן דסברה כל הני דאיקטל ומת כו' הלכך אע"פ שלא ראתה שמת אומרת בדדמי שמת מ"מ בעד ל"ח לזה והלכך כל דאמר קברתיו ליכא חשש בדדמי גבי עד אלא דמבעי ליה אי בשביל מלתא דעל"ג לחוד מהימנינן ליה א"ד אע"ג דהעד אינו אומר בדדמי מ"מ אין נאמנותו אלא בשביל דאשה דייקא והכא לא דייקא והשתא א"ש מ"ש התוספות וקאמרי סימנים דע"י ט"ע אין להאמינם דמ"מ יש לחוש לנשים שיאמרו בדדמי שזהו הוא ובכה"ג אף בעד חיישינן כיון דאינו מוסיף לשקר רק אומר כפי מה שנדמה לו הלכך בעינן גם סימנים אבל אי לאו חשש בדדמי דעד נאמן הרי ביארתי מה שאמרו דמים כמלחמה דמי ואין חשש בדדמי בעד שיוסיף לשקר כמו גבי מלחמה רק היכא שסובר שאומר אמת ועתה אבאר דגם לענין חשש בדדמי דאשה טעמא רבא איכא דלא ניחוש לה גבי מים ולאו משום דעדיף מים ממלחמה ומתחלה אבאר מה שהגאון בנ"ב סימן כ"ז ו סימן כ"ח הקשה בהא דאמרינן טעמא משום מלתא דעל"ג וע"ז הקשה מהא דאמרינן גר שאמר נתגיירתי בב"ד של פלוני צריך ראיה ולא מהימנינן ליה מטעם מלתא דעל"ג ולכן כתב לחלק בין היכא דאיתחזק איסורא והכא מיקרי לא איתחזק כו' והקשה על הרי"ף דמאי פשיט מדגלת ששם היה ידוע הטביעה ולא איתחזק איסורא דהא משאל"ס מדאורייתא שרי משא"כ היכא דאיתחזק איסורא דאורייתא ע"ש ואני אובין ואדון על ראייתו מגר שלענ"ד אין כאן ראיה דהא אף בעדות אשה דוקא מסל"ת נאמן הא לא"ה א"נ דקרינן בהו אשר פיהם דבר שוא הרי אף במלתא דעל"ג עכו"ם לא מהימן וא"כ לק"מ מהתם כיון דבאמת אנן לא מהימנינן ליה שנתגייר וחיישינן שמא עדיין עכו"ם הוא א"כ מה בכך שאמר בב"ד של פלוני סוף סוף עכו"ם א"נ אף דעל"ג וכיוצא בזה אמרו ביבמות דף מ"ח לדבריך עכו"ם אתה ואין עדות לעכו"ם ע"ש:

אמנם הדין דין אמת ומוסכם בלא"ה דבמלת' דרבנן ודאי סמכינן אהך טעמ' דמלתא דעל"ג לחוד ולפ"ז א"ש דברי התוספת דאי קאמרי סימנים דאז ליכא למיחש לבדדמי דעד ש"ד וא"ל דהא השתא ס"ד אע"ג דהעד אינו אומר בדדמי מ"מ האשה אומרת בדדמי ז"א דהא הרמב"ן והרשב"א כתבו דלכך לא דייקא דמכיון שנתוודע לה שטבע בעלה אמרה בלבה לא אדרוש עוד וסומכת על העד שאומר מכירנו בו ולפמ"ש אין כאן בית מיחוש כיון דעכ"פ דייקא עד שנתוודע לה שנפל למים א"כ פלטינן מאיסור' דאורייתא ואף דלא דייק' טפי מ"מ שוב שפיר אנו סומכין על העד במלתא דרבנן אך יש להקשות לפי זה בהא דקאמר והא מים כמלחמ' דמי כו' והרי המקשן דלא ידע דמיירי שהעלום רק שהיו ניתרים על פי הטביע' לבד אם כן ל"ד מים למלחמה דבמלחמ' כיון ששמעה שירד למלחמה תו לא דייקא טפי מה שאין כן בזה כיון שעל כל פנים דייק' ונתוודע לה שטבע וכפי הס"ד יש בזה לבד די להתיר וא"כ ל"ד למלחמה. ולכאורה היה אפשר לומר דהא דמדמי להו היינו דכיון שהאשה יודעת שהוא מפרש דרך אניה בלב ים ולדרוך בציות נהר הרי הוא בחזקת סכנה כמי שיורד למלחמה וכדאית' בשבת דף ל"ג ובירושלמי שם בג' מקומות השטן מצוי לקטרג כו' והמפרש בים הגדול כו' הלכך אמרה בדדמי שטבע ולא דייק' אם טבע אם לא וגם י"ל דאף דדייק' עד שנתוודע לה שטבע מ"מ לא דייק' טפי לידע אם שהה עליו עד כדי שת"נ ואומרת בדדמי וסומכת על האומר ששהה עליו כדי שת"נ וכן מבואר בחי' הרמב"ן ליבמות שכתב והא מים כמלחמה דמי פי' מכיון שנשבר' ספינתו בים איכ' למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לעולם לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשברה ספינתו כדי שתאמין בו שמא יבואו עדים ויעידו כן ושוב לא תחקור על המיתה כו' אלא שבאמת הרמב"ן עצמו אח"כ תבריה לגזיזיה כמ"ש בתשו' סימן ולפי"ז הדק"ל על הפשטן דמדמי מים למלחמה דבס"ד מאי חשש בדדמי איכא במים דהרי למאי דס"ד אף במשאל"ס אם שהו עכ"פ מותרת לכתחלה והרי בזה ודאי דייקא וע"ש בתשו' הנ"ל מה שכתבתי ליישב ועכ"פ מבואר דאין חשש בדדמי לגבי האשה לענין דנימא דלא דייקא אם שהו עליו כו' דאל"כ תיקשי בעובדא דחסא למה התירוה בדיעבד (ובאמת לענ"ד שמכאן יצא להרמב"ם מ"ש לא אמר קברתיו אם נשאת ל"ת ואין להאריך) אלא ודאי דהיא דייקא ששהו עליו הלכך ליכא למפשט מעובדא דחסא די"ל גבי מלחמה או לענין עדות שמעיד שהכירו בט"ע מכיון ששמעה ונתוודע לה שטבע סמכה על העד שאומר מכירנו בו משא"כ במשיל"ס ודאי מותרת כיון שעכ"פ דייקא שטבע ושהו עליו אין אנו צריכין יותר ולפי"ז צדקו הדברים שכתבתי לעיל בדברי התוס'

דכיון דעכ"פ דייקא שטבע ושהו עליו הרי יצאה מאיסור תורה ואע"ג דלא דייקא טפי מ"מ כיון שאין כאן רק מלת' דרבנן אפי' חד מהימן משום מלתא דעל"ג:
ומעתה חזר הדין בנ"ד שלפמ"ש בכוונת דברי הרא"ש היה מקום להתיר אף שלא ראה לאלתר כיון שלא ראה הטביע' וכמ"ש הטור ובכאן הרי הי' הגוף שלם ואף שלא הזכיר רק שמו ושם עירו מ"מ יש מקום להתיר ע"י חיפוש וגם כי הגידו לו שענין זה יתברר בקל ע"י הבאים משם לכאן שיודעים בטוב שעל בעל של אשה זו היה כוונת העד הנ"ל ולכך לא הארכתי בפרט אבל מי גבר לא יחוש לפי' הגאונים שהבאתי לעיל דאינהו ס"ל דלעולם לאלתר בעינן וכ"ד בעהמ"א דאף שלא ראה הטביעה בעינן לאלתר וכ"ד הרבה פוסקים דאין מחלקין בין ראה הטביעה ללא ראה ועוד שבכאן עכ"פ ידע הטביעה ודעת רוב המפורשים דידיעה ה"ל כראיה לענין זה והבא לחפש בק"ע ימצא עזר להקל או להחמיר כרצון איש ואיש (ואינני תוקע עצמי לדבר הלכה ואשה זו בחזקת איסור א"א עומדת) וסימנים האמורים בג"ע לאו כלום נינהו דשכיח טובא כה"ג שיהי' זומר שפרענקליך על חלקת ידיו ונזם באוזן ימין בבן רך ויחיד לאמו וכפי הדין והשורה אשה זו אסורה ולא מצאתי הלכה ברורה להמציא כחה דהתירה. אלה דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות:

שאלה יח

אחר הדברים והאמת האלה הובא לידי עוד ג"ע משם שנית באריכות וזה אשר השבתי עוד על הג"ע השני:
הנה לפי המבואר מעדות הנ"ל מידי ודאי אשתהי יצאנו וכמבואר בק"ע בשם מהרב"א דכל שהי' במקום שגלי הים שוטפים לא מיקרי אשתהי וכ"נ מדברי מהרי"ט סימן ל"ב אבל עדיין מידי ספק לא יצאנו שהרי העד אמר אז דיא חוואליש פון לימהאן האבין גיקאנט שלאגין כו' מבואר שלא הי' ברור לו ששטף המים הגיעו אליו רק שהיו יכולין לשוטפו והרי אנן קי"ל בכל ספק אשתהי אזלינן לחומר' ולענ"ד קצת ראי' מלשון הש"ס דגבי עובדא דב' ת"ח נקט דחזינהו לאלתר ובההיא דדגלת קאמר דחזינהו בשעתיה וכבר כתבתי שהנ"ב עמד על דקדוק לשון זה אך לפי מה דקי"ל דספק אשתהי לחומרה א"ש כמ"ש בתשובה סימן ואמנם עדיין יש לצדד לשריות' דהך איתת' שהרי התוס' ורוב הפוסקים ס"ל להקל בספק תוך ג' ומבואר בהרבה תשובות שסמכו ע"ז להלכה וכתבו שכך פשטה הוראה ואע"פ שהר"ן כתב דגם התוס' מודים בספק אשתהי זיל בתר טעמא שביאר שם שאין הדבר מצוי שיראנו בתוך שעה לפליטתו וכ"ז בספק שמא אשתהי אחר פליטתו משא"כ בנ"ד שאנחנו מסופקים שמא הי' גלי הים שוטפים עליו א"כ אין מקום

לחלק בין ספק זה לספק תוך ג' אמנם לענ"ד עדיין יש מקום לפקפק דבאמת י"ל תרי טעמ' בספק תוך ג' שהקילו התוספ' חדא משום דחששׁ' דשמא נתפח אינו רק ספיק' דרבנן ואזלינן להקל הרשב"א דמטעם זה יש מקום להקל ועוד י"ל דיש לנו לאוקמי בחזקת חי והשת' הוא דמת וכמבואר בדברי האחרונים והשת' להך טעמ' דנתפח הוי ספיקא דרבנן שפיר יש להקל גם בספק אם הגלים היו עוברים ושוטפים משא"כ אם נאמר דשמא נתפח הוי חששׁ' דאורייתא רק דבספק תוך ג' מוקמינן אחזקת חי א"כ אף אם נקיל בספק תוך ג' מ"מ בספק זה אם היו הגלים עוברים ושוטפים ספק שקול הוא ועיין מ"ש בתשובה סימן מ"ש ליישב ע"פ זה דעת הריב"ש וכתבתי שם דיש לחלק בין ספק תוך ג' שהספק אם מת או נהרג תוך ג' או קודם ג' אמרינן השתא הוא דמת או נהרג ומתחל' שפיר היינו מחזיקין אותו בחזקת חי ולא הי' חזק' בטעות משא"כ בספק אשתהי ך"ד שעות שכתב הר"ן שאינו מצוי שיראנו תוך שעה אחר פליטתו א"כ בנ"ד כשנמצא זה על שפת הים סתמ' דמלתא שכבר עברה שעה שנפלט מן המים א"כ הא קמן שהיינו מחזיקין החזקה בטעות וע"כ קודם לזמן המציא' יצא מחזקתו ואין אנו יודעין כמה אמרינן שמא יצא מחזקתו ך"ד שעות ויותר אך באמת ז"א דלפי סברת הר"ן גבי אשתהי שאינו מצוי שיראנו בתוך שעה לפליטת המים גם בהרוג י"ל שאינו מצוי שיראנו תיכף תוך שעה להריגתו וע"ש מ"ש עוד בישוב הדברים וגם ישבתי שם קושית הט"ז ומביאו הב"ש:

ואולם יראה לענ"ד שיש מקום לומר שאף המחמירין בספק תוך ג' יודו בנ"ד והוא משום דהא ודאי הנך פוסקים ס"ל דליכ' כאן חזקת חי או מטעם שכתבתי או מטעם שכתב הט"ז שם או מטעם שכתב הב"ש דמת זה כיון דלא ידענו אותו ל"ש לאוקמי אחזקתו והגאון בנ"ד פקפק בזה דמה בכך שלא ידענו אותו כיון שעכ"פ חי קודם שמת יש לו חזקת חיים ועדיין הוא חי ע"ש ועיין מ"ש בתשוב' הנ"ל ליישב הדברים על נכון ע"ש שכתבתי דאפילו תימא דחששה דנתפח ספיקא דרבנן הוא מ"מ אזלינן בתר שעת מציאתן וכמ"ש הט"ז והח"צ דחזקה גמורה היא שעת מציאתו משא"כ בנ"ד נהי שבספק שלנו אם היו הגלים עוברים ושוטפים אין כאן חזקת חי מ"מ גם חזקה דהשתא ליכא דמה בכך שהוא מת לפניך ואמרינן שמת זה כמה מ"מ י"ל שזרם המים עבר עליו וא"כ שפיר אזלינן ביה לקולא:

ועוד נלענ"ד יש כאן מקום להקל בספק זה ומתחלה אדון בדבר אם בנ"ד איתרע ליה חזקת חיות או לא ולכאורה הדבר פשוט דחזקת חיות איתרע ליה שהרי העד מעיד שהעכו"ם שנשארו בספינ' הגידו לו בזה הלשון אז שבת ערשט אין דר פריא האבין דיא

חוואליש דעם מרדכי אראפ גיווארפין אין דעם וואסר אריין אם כן אף ע"פ שלא נזכר בדבריו שאמרו ששהו עליו בכדי שת"נ מ"מ עכ"פ איתרע ליה חזקת חיות וכמבואר בירושלמי בגיטין שהוסיפו על הנך שנותנין עליהם חומרי חיים ומתים שטפו נהר ואע"פ שי"ל שהעכו"ם הללו לא היו מסל"ת:

ואע"פ שלא נזכר שהיה דרך שאלה וכמ"ש הר"ן בתשובה סימן ג' וז"ל ואפילו שבא בלשון השאל' ומצאתי אלמנותו ואמר' שמת בעל' הראשון שנראה מתוך הלשון שהשליח לא אמר לה דבר אלא שהיא התחילה מעצמה מפני שהדבר רחוק בעיני אני תולה זה לקצור בלשון כו' ואמנם י"ל דהתם עכו"ם מפי עכו"ם הוא ובכה"ג כתבו הפוסקים לדייק מלשון הר"ן שכתב עכו"ם מסל"ת מפי עכו"ם מסל"ת דהיינו שצריך שיאמר בפירוש שהראשון היה מסל"ת משא"כ בישראל מפי עכו"ם כתבו בק"ע בשם מהראנ"ח דבישראל מפי עכו"ם תלינן להקל שהיה מסל"ת ועוד דאדרב' משם ראי' דהתם טעמו דהר"ן כמ"ש תחלה וז"ל והדבר רחוק בעיני שהתחיל' הנכרית ההיא לומר לאיש אשר לא הכיר' מעולם שבעל' הראשון מת אם לא שהיא שאלה עליו כו' משמע דהיכ' דליכ' הך רגלים לדבר שבא ע"י שאלה לא תלינן שבא ע"י שאלה וכמ"ש בשו"ת אא"ז מהר"מ מלובלין סימן קל"ג שביאר גם כן דברי הר"ן כמ"ש וא"כ בנ"ד הנך מכירין זא"ז נינהו ונוכל לומר שהם הקדימו א"ע לספר לו הני הרפתקי דעדו עלייהו וכדמשמע מתוך הלשון אז שבת ערשט בבקר האבין דיא חוואליש כו' וכ"כ בשו"ת מהרי"ט סימן כ"ה וז"ל וה"ה בישראל המעיד משמו של עכו"ם בסתמא וליתא קמן למבדקיא סמכינן אסתמ' דמלתא דמסל"ת היה מדלא אמר שע"י שאלה סיפר כו' ע"ש ואמנם אפילו נאמר דסתמ' דמלת' שאל אותם איה חבירינו וכ"כ בשו"ת מ"ב סימן דישראל מפי עכו"ם גרע וצריך לפרש שהיה מסל"ת שדרך ישראל לשאול על חבירו וגם שי"ל דבעינן קישור דברים מ"מ הרי העד מעיד שלפניו נתמלא הביידאק מים והתחיל לירד לתהומות ובכה"ג נהי דבזה לא יצאתה מכלל איסור דאורייי שאין זה דומה לטבע במשאל"ס מ"מ בכה"ג נותנין עליו חומרי חיים ומתים כמ"ש הרמב"ם בפי' המשנה דספינ' שאבד' בים היינו שנשתבר' כלים המוליכים אותה והעוזרים לה ע"ש וכמ"ש בתשובה ר"ב אשכנזי ובנ"ב ואע"פ שאין כאן אלא ע"א מ"מ שפיר איתרע החזקה על ידה כמו במשאל"ס אף שאין כאן אלא ע"א מ"מ אם נשאת ל"ת וממיל' דה"ה לספינ' שאבדא לענין דאיתרע חזקת חיות וממילא דאיתרע לה נמי חזקת א"א דבחיות תליא מלתא. ומעתה יש להמציא קולא לפי מ"ש הנ"ב סימן ל"א לענין ספק תוך ג' שכתב הט"ז דאזלינן בתר שעת מציאתן ואמרינן כמו דהשתא מת כך הי' מת לפני כמה ימים וע"ז השיב דמאי חזית דאזלת בתר שעת מציאה

בדרך זה זיל לאידך גיסא בתר שעת מציאה למימר כשם שהוא לפנינו בט"ע בפרצוף זה כן הי' ג"כ קודם בפרצוף זה ולא נשתנה כו' ומסיק דטעמ' דמחמירין בספק תוך ג' משום חזקת א"א ובזה פי' דברי הש"ע ביצא הקול מתחל' אשתו מותרת לד"ה משום דע"י הקול איתרע חזקת א"א ע"ש ולפי"ז בנ"ד דחזקה קמיית' איתרע וחזקה בשעת מציאה לומר כמו דהשת' מת כך מת לפני כמה ימים לא איכפת לן בהכי דמ"מ י"ל שגלי הים עברו עליו וא"כ נשאר לנו חזקה דשעת מציאה להתירא אמרינן כמו שהי' עתה בט"ע בפרצוף זה כך הי' קודם דלא נשתנה ואין לנו לתלות באחר דהאחר יש לו חזקת חיים וזה איתרע חזקתו ושפיר אית לן למיזל בתר שעת מציאה:

אך דעדיין יש לגמגם ולומר דע"א אינו מועיל להעיד על ספינה שאבד' לאורעי חזקתה דאע"ג דקי"ל דבעדות אשה ע"א מהימן טעמה דמלת' משום דהוה מדעל"ג וזה שייך דוק' היכ' שזה מעיד על בירור הדבר שפלוני מת אמרינן דהאמת אתו דלא משקר במלת' דעל"ג שמתיירא פן יבא ויעמוד חי לפנינו ויהי' נתפס בשקרו משא"כ במעיד על הספינה שאבדה אף אם בא יבא לא יתברר שקרו לעין כל כיון דבאמת נותנין עליו חומרי חיים ג"כ דספיקא הוה ובע"א שטבע במשאל"ס אע"ג דאיכ' נמי מיעוט' דמיעוט' שניצולין וא"כ אין זה נתפס בשקרו כ"כ מ"מ י"ל דרבנן הימנוהו כמו שהקילו בעד מפי עד אפי' מפי עבד או שפחה משא"כ בספינ' שאבד' שלא הקילו חכמים ממילא דע"א לא מהימן כלל כיון דלאו מלת' דעל"ג הוא וגם אשה דייקא ל"ש גבי מים דכמלחמה דמי ולפי"ז אף המקילין בספק תוך ג' י"ל דדוק' התם דע"י חזקה דאשה דייקא איתרע חזקת א"א משא"כ במים ובהכי מיושב מה שתמה מרן בנ"ב על הפ"י והש"י דאודי ליה בהא שתמה על התשובות המשמשים באיסור עגונה בס"ס הא אתחזק אסור' דא"א וע"ז כתב דהא בעגונה חזקה דאשה דייק' מרעא לחזקת א"א ע"ש סימן מ"ג ולפמ"ש י"ל דשפיר קא מותיב אהא שמצינו דמשמשים בס"ס אף במים ומלחמה ושאר ענינים המבוארים בש"ס דלא אמרינן בהו אשה דייקא ואפ"ה מקילין מחמת ס"ס ובזה יש לישב קצת גם מה שהקשה ב סימן מ"ט על מהריב"ל שדבריו סותרים זא"ז ע"ש:

אך לפמ"ש לעיל דאף במים מ"מ שפיר אשה דייקא לידע שטבע ושהו עליו לפי"ז שפיר יש מקום להקל בס"ס גבי טביעה וא"כ בנ"ד ג"כ שפיר איתרע חזקת א"א שיש לנו להאמין להעד בזה שראה שטבעה ספינתו כיון דמסייע לי' חזקה דאשה דייקא וא"כ נשאר לנו חזקה דשעת מציאתן כמו שהוא לפנינו עתה בפרצוף זה כך הי' מקודם ולא נשתנה:

ועוד דבנ"ד שמבואר בעדות הרבני מו' שאול שהעד אמר בפירוש שלא הי' שום שינוי בפרצוף בלי שום נפוח ובלי שום השתנות וכבר כתב מהרי"ט ב סימן ל"א וז"ל וכן בהועלה מן המים אם אין ידוע להם ששהה והם רואין שאין בו שום שינוי של נפיחה תלינן דהשתא הוא דסליק דאם איתא דאשתהי מתפח הוה תפח ועם זה יישב לשון הרמב"ם שכתב ונתפח דר"ל דאז אפי' בספק תולין לחומרא משא"כ בלא נתפח תלינן דהשתא הוא דסליק ע"ש וא"כ ק"ו הדברים בנ"ד דהא התם לא שכיח לומר השתא הוא דסליק וכמ"ש אח"כ מדברי הר"ן בתשוב' ואפ"ה קאמר כיון שזה מעיד שלא נתפח אמרינן דלא אשתהי בזה ומכ"ש שהספק שקול אם היו הגלים עוברים ושוטפים או לא כיון שזה העיד בפירוש שלא הי' נפוח כלל ע"כ שהיו הגלים עוברים ושוטפים ולא אשתהי ולענ"ד יש להביא ראיה לדברי מהרי"ט ממ"ש הפוסקים דלהרי"ף דוקא אי אשתהי ד' או ה' ימים במים אבל יותר אין מעידין וע"ז הקשה בנ"ב דא"כ אף בתוך ה' ימים אין להתיר דלמא אחר הוא דכבר אשתהי ה' ימים במים ועפ"י דברי מהרי"ט הנ"ל י"ל דהכי קא משני שאני מיא דצמתי ואין מניחין אותו לתפוח וכיון דחזינן דהאי לא תפח אמרינן שזהו שטבע בתוך ה' ימים ול"ח שאחר שמונח כבר ה' ימים במים דא"כ הי' לו לתפוח וכן יש ליישב לפי"ז מ"ש בשו"ת מהרי"ט ח"ב סימן ל"ג וכן הקשו בכנסת יחזקאל וכן בנ"ב דלהמחמירין בספק תוך ג' ל"ל למנקט עובדא דדגלת דאסקוה בתר ה' יומא ת"ל דמחמת ספק שמא שהה תוך ג' נמי אין מעידין ולפמ"ש י"ל דאי מהא לא אריה דשמא ראו בבירור שלא נתפח ואין להחמיר בספיקו ואמנם על קושי' זו בלא"ה הי' אפשר לומר דמספיקא לא מצי לאקשויי דהוה מ"ל דהתם בדגלת בידוע שטבע ושהו עליו דאזיל ליה איסורא דאורייתא הלכך שפיר מצינו להקל אשתהי ג' ימים משא"כ היכא שהוא ודאי אחר ג"י אז אע"ג דאזיל איסורא דאורייתא אפ"ה אין מעידין וכמבואר בשו"ת הריב"ש דבודאי נשתהה ג"י אין כאן עדות כלל אלא דק"ק לפי"ז דאם איתא דמצינן לאוקמי בידוע א"כ השתא נמי מנ"ל לאקשויי דלמא יש חילוק אף באשתהי ג"י בין היכא דאזיל ליה איסורא דאורייתא אבל לפמ"ש א"ש דלא מסתבר ליה לחלק ולומר דאף בידוע שהוא אחר ג"י אם לא נתפח מעידין כיון דסתמא נקט אין מעידין אלא עד ג"י משמע דבכל גווני אין מעידין ואע"ג דלהמחמירין בספק תוך ג' קאי לשון זה דדוקא בידוע שהוא תוך ג' וא"כ משמע דאף בלא נתפח בודאי אפ"ה אין מעידין בספק י"ל דמה שאינו מחלק בין לא נתפח בודאי היינו משום דלשון זה קאי גם באם הוא ודאי אחר ג' ובכה"ג בכל גווני אין מעידין:

ובזה י"ל מה שהקשה מהרי"ט בח"א סימן קל"ט ובח"ב סימן ל"ה שכתב דמלשון המשנה שבנוסחת ירושלמי ובויקרא רבה אין מעידין לאחר ג"י משמע דוקא בברי לאחר ג' הא סתמא מעידין כו'. ולפמ"ש י"ל דלכך נקט הכי משום דמתני' רוצה להשמיענו דבכל גוונא אין מעידין אף בידוע בבירור שלא נתפח משא"כ בסתמא אז היכא דידוע בבירור שלא נתפח שפיר מעידין ועכ"פ בנ"ד כבר כתבתי דעדיף טפי מספק אשתהי פשיטא שיש לנו לומר דכיון שלא נתפח מסתמא היו הגלים עוברים ושוטפים עליו ומכ"ש לפי מה דנקטי הרשב"א והר"ן ל' הרמב"ם בפשיטות דבאשתהי נמי דוקא אם נתפח אין מעידין אלא שהם הקשו עליו מל' הש"ס דמשמע דאמרינן שתפח ואינו ניכר וי"ל דזה דוקא היכא שאין מעיד שידוע לו בבירור שלא הי' נתפח אלא דלכאורה יפלא יותר דלפי דברי הרמב"ם מאי קפשיט הש"ס דלמא התם לא נתפח דא"ל שהי' ידוע להש"ס דל"ה עובדא בהכי ז"א דהא משני שאני מיא דצמתי ואין מניחין לתפוח אלא דמיירי בכה"ג שלא תפח וראיתי בנ"ב שהרגיש להקשות בזה על המרדכי שכתב דאם לא נתפח מעידין אפילו אחר כמה ימים ע"ש ואמנם לענ"ד בשיטת הרמב"ם דס"ל דאשתהי דמים קיל טפי מאחר ג' ימים שמת או נהרג ביבשה דשם אף בודאי שלא נתפח אפ"ה אין מעידין דפרצוף פניו משתנה ג' ימים אחר מיתה כמבואר מדבריו שם ובהפ"מ ולכך פריך שפיר מדגלת לפי מה דס"ד דמיא לא צמתי ואין חילוק ביניהם ומשני דמיא צמתי ואינו משתנה אבל אי אשתהי אחר שהועלה אף על גב שלא שהה ג' ימים שיעור שישתנה מ"מ זימנין דתפח ואין מועיל בו הכרה אבל כ"כ דלא תפח ל"ח שמא תפח ואינו ניכר כיון שהעד אינו אומר בדדמי אמרינן מסתמא ידע ביה שלא נתפח והכירו היטב ובהכי ניחא מה דקשה לכאורה בעובדא דב' ת"ח ל"ל דחזינהו לאלתר נימא דלא נתפחו ולפי מ"ש י"ל דודאי למאי דס"ל למסקנא דנפשטה האבעיא מדגלת דל"ח שיאמר בדדמי אם כן אם לא תפח לא בעינן לאלתר משא"כ התם דנשים כע"א דמיין ובס"ד דש"ס הוה בעי למימר דחיישינן דאומר בדדמי והתם משמע שהת"ח לא הובאו לפנינו כלל רק שהנשים אמרו דאסקינהו קמן אם כן אי לא קאמרו דחזו לאלתר יש חשש שמא נתפח ואמרי בדדמי הלכך צריך לאלתר דוקא:

וכ"ז בסתם אבל במעיד בבירור שלא היה שום נפוח ושום השתנות כלל וגם יש ספק אי אשתהי דשמא היו הגלים עוברים ושוטפים נראה דכ"ע מודים דשפיר מעידין ומכ"ש שיש כאן קצת סימנים אף על פי שאין לדונם אף כסימנים אמצעים מ"מ יש לצרף כה"ג להקל וכדמשמע בק"ע בתשובת ר"א בן חיים ע"ש סימן רע"ז ואף שהוא החמיר בנידון דידיה (וגם שי"ל דהתם כוונתו היכא שמעיד שראה את זה לבוש בנזם כזה) מ"מ בנ"ד

עדיף טובא מההיא דהתם דספק גלים שוטפים עדיף מספק אשתהי שעה א' וגם שיש עדים שלא היה נפוח והשתנות פשיטא שיש לצרף סימנים אילו ולומר דל"ש שיתרמה שנשתנה פניו בדומה ממש לדמות דיוקנו של בעל האשה וגם היה לו זומר שפרענקליך ונקב באזן ימין ואתרמי שעתה פלטו הים לזה האחר ומכ"ש בזה שכל גופו שלם הי' לכ"ע שריא ומבלעדי כל זאת מדברי רבינו בצלאל אשכנזי בתשובה מבואר דס"ל דאע"פ שהמסל"ת לא הגיד בפירוש שהיה מונח במקום שגלי הים שוטפים רק אמר שנמצאו על שפת הים מ"מ אמרינן כיון שהיה מונח על שפתו מסתמא זרם המים שטפוהו ומחלק דוקא באסקו' אגישרא שהוא יבשה ממש בכה"ג אי אשתהי אתפח אבל מאי דסח עכו"ם זה דנמצאו על שפת הים היינו ממקום שגלי הים עוברים ומגיעים ומ"ה הכיר אותם היטב וע"ש עוד דכתב שהר"ן ז"ל בתשובה מיירי כשראוהו על היבשה במקום שאין גלי הים מגיעים מש"ה החמיר הר"ן ע"ש ולפי זה בנ"ד שהעיד בהדיא שהיה מונח במקום שהיו גלים יכולי' לבוא ולעבור עליו ורגלו אחת עדיין היו מונח תוך המים אמרינן דסתמא דמלתא עבר על נפשו המים בכל עת ומצמת צמתי ליה ודרך אגב אכתוב מה שראיתי דבר תמוה בשו"ת הרי"ף סימן קי"ט שכתב וז"ל וא"צ שיראו תוך ג' שלא הצריכו רבותינו ז"ל כך אלא במיתת המים שמשתנה צורתו במים כו' והוא דבר תמוה מאד ולא האמנתי שיצא מפה קדוש הרי"ף ז"ל לולי שמצאתי בפסקי מהר"מ רקנטי סימן הרי"ף אינני מבין כלל ודבריו שגבו ממני וצ"ע:

ועתה אשובה אראה היתכן להתיר אשה זו לשיטת הרז"ה ז"ל דס"ל בע"א שראה הטביעה אמר בדדמי ומבואר בריב"ש וגם בתשובת האחרונים דידע הו"ל כראה לענין זה דאמר בדדמי והיינו אף דחזינהו לאלתר דהא מוקי הך דב' ת"ח בראה הטביעה מש"ה אין מועיל מה דחזינהו לאלתר אי לאו דקאמרי סימנים ואין לצדד ולומר כיון דכפי העדות שמעיד זה נחסר מהספינה גם שני א"י ואם כן בכה"ג לא אמר בדדמי וכמ"ש מהרי"ט סימן ל"א אפילו אם ראה ממש הטביעה של זה דלמה יאמר בסמיכות דעתו שזהו פלוני הן רבים הנטבעים והנחנקים מי מפיס כו' דנראה דמהרי"ט לא החליט דבר זה היכא שראה או שמע שזה בעצמו טבע רק שנשא ק"ו בעצמו דאף היכא שראה הטביעה יש סברא לומר דלא אמר בדדמי בכה"ג שהיו שם עוד א"י וישראלים וכ"ש בנידון דידיה שלא ראה ושמע טביעתו של זה בעצמו רק טביעת הספינה ואפשר לו שימלט ע"י דף או חבי' ולמה ידון וישפוט שזהו הוא משא"כ בנ"ד ששמע טביעתו של זה בעצמו אף מהרי"ט לא החליט לומר דלא נימא בדדמי ועוד שסברת מהרי"ט בזה צ"ע כיון דעכ"פ יודע הוא שזה טבע ג"כ אף שיודע שהיו שם עוד נטבעים מ"מ במעט שינוי שמשתנה

בפרצוף ונדמה לצורתו של זה אמר בדדמי שזהו הוא ומצאתי בנ"ב סימן מ"ז שכתב גם כן דבכה"ג שייך בדדמי ע"ש ועוד דבנ"ד אפילו תימא שהכירו בפניו טרם הבט לברית שמזה נודע לו כי הוא איש עברי מאחיו וכיון שלא היה בספינה רק יהודי זה אמר בדדמי דהיינו האי דטבע אמנם בנ"ד אף שלא הביט לברית מ"מ כיון שמבואר מעדותו שהא"י שמצאו מת הגיד לו אשר הוא יהודי. והוא הי' ידוע לו שלא הי' בין הנטבעים רק יהודי זה הלכך אמר בדדמי בשינוי מועט לדעת הרז"ה ז"ל:

והנה בנ"ב מוכיח דידע הוה כראה דאל"כ תיקשי על הרז"ה קושית הרמב"ן כו' ועיין מה שכתבתי ליישב והוכחתי דאין מוכרח דידיעה הוה כראיה וכ"כ בבאר היטיב בשם מהר"א ששון שכתב דדעת כל הפוסקים אחרונים להתיר בלא ראה הטביעה אפי' שמע הטביעה. ועוד יש לצדד ע"פ מ"ש שם בשם מהרח"ש סימן נ"ו דאפי' למ"ד אם שמע הטביעה ראה מיקרי היינו דוקא כשידע ידיעת אמיתית אבל אם לא ידע אלא מכח השמועה וקול הברה לא וא"כ י"ל דכאן כיון שלא שמע רק מפי העכו"ם שאמרו לו שביום השבת השליכוהו המים מן הביידאק אין זה ידיעה אמיתית כיון שלא הגידו לו ששהו עליו כשת"נ וא"כ אפשר שיחשוב דשמא שכאשר קלו המים חלף הלך לו וגם אפשר דלא האמין לשמועתם וכל כי הא לאו ידיעה אמיתית הוא ואמנם נלענ"ד דז"א דאף מהרח"ש אינו מקיל כ"א כשלא הי' זולתי קול דברים בעלמא לא נודע מבטן מי יצא ומי הי' המגיד הראשון משא"כ בזה ששמע מפי העכו"ם שאמרו לו שנפלו למים ול"מ אם מסל"ת אלא אפי' הי' דבריהם תשובה על שאלתו אי' חבירינו וכמ"ל מ"מ זה ל"ש לענין העד שאעפ"כ הוא מאמין לדבריהם שהרי אין מי שמכחיש אותם ועיין בתשובת הר"ן לענין הגדת הצופה וכ"נ מלשון העד שהאמין לדבריהם ועוד שהרי עיקר בעדותו שהניחו על הביידאק בשעה שגברו המים ונתמלא על כל גדותיו (דמה"ט כתבתי לעיל דאיתרע חזקת חי) והעתיקו את הביידאק ממקומו ואחר שני ימים בא להביידאק ולא מצאו אע"פ שיש לו מקום לתלות שנזדמן לו ספינה קטנה ואזיל לעלמא מ"מ רגלים לדבר שהאמין לשמועתו מהעכו"ם וסמך לבו שבודאי בנהרא טבע וגרע לענ"ד ממה שכתב הריב"ש דכיון שאומר שראה הפניסקל הפוך הרי חושב בטביעת מכלוף ע"ש:

אמנם בגוף הדין שהמציא מהרח"ש צ"ע כמ"ש בתשובה אחת ושם ישבתי דבריו אך בנ"ד נראה ברור דמיקרי ידע הטביעה וראיות רבות מתשובת האחרונים ואין להאריך:

ואמנם יש לצדד עוד ע"פ מ"ש דברים ה"א להפליא על הריב"ש שמבואר מדבריו דאם אמר קברתיו אף שראה הטביעה מהני וע"ז נפלאתי דקברתיו אינו מועיל רק לענין דלא אמר בדדמי על המיתה אבל מ"מ עדיין יש לחוש דאמר בדדמי על הכרה בט"ע ונראה

שהזקיקו לזה מ"ש הרז"ה בראש דבריו דאי אמר מת וקברתיו פשיטא דמהימן דהא אפי' אשה גופה מהימנא ואע"פ שכ"כ לענין מלחמה נלמוד מזה גם לענין מים דהא מים כמלחמה דמי וכמו דגבי מלחמה כיון שאמר קברתיו שנסתלק חששא דשמא לא מת ונדמה שמת שרינן לה ול"ח לשמת טועה בהכרתו וסובר שזהו בעל האשה ואינו זה (וכמ"ש באמת הש"ג בשם ריא"ז דס"ל דאין להתיר כ"א ע"י סימנין) ה"נ גבי מים כיון שאמר קברתיו ל"ח גם לשמא טעה ואמר בדדמי על הצורה כיון דחזיי' ליה לאלתר משא"כ אם לא אמר קברתיו חיישינן שמא לא מת ונדמה לו שמת וכמ"ש לעיל לפרש דברי הרמב"ן והך הוכחה שכתב בעהמ"א דקברתיו מהני במלחמה דהא אפי' אשה גופה מהני שייך נמי גבי מים דכמלחמה דמי ואפ"ה הוצרך לאוקמי הך עובדא דדגלת בלא ראה הטביעה משום דס"ל דאסקוה לקמאי אינו כמו קברתיו וא"כ יש חשש בדדמי על המיתה ובעובדא דב' ת"ח דאוקימנא דחזינהו לאלתר רק מחשש בדדמי וקאמרי סימנים אינו מחשש בדדמי על הצורה כיון דחזיי' לאלתר רק מחשש בדדמי על המיתה אמרינן כיון דהנשים נתנו עיניהם לחפש אחר סימנין והוי כקברתיו כיון דטרחו כולי האי מסתמא דקדקו יפה יפה שלא זה וזה יש בהם רוח חיים או שי"ל במאי דקאמרי סימנין היינו סימן שמת ממש כגון שטלטלוהו ולא היה נודד כנף או שאר סימני מיתה כך נלענ"ד לפרש דעת הריב"ש אליבא דבעה"מ והיינו שכתב אח"כ שהרמב"ן הקשה על הבעה"מ דמי דחקו לאוקמי דקאמרי סימנין לוקמי דקאמרי הנשים קברנום א"ו דמ"מ יש לחוש לבדדמי דאשה וא"כ בנ"ד שהעד העיד קברתיו פשיטא דאף בעהמ"א יודה דאתתא דא שריא לפמ"ש לפרש דבריו אליבא דהריב"ש ז"ל:

ואמנם לענ"ד אף שהדברים מוכרחים אליבא דהריב"ש ז"ל מ"מ דוחק בעיני לפרש כן דברי המאור אמנם יראה לענ"ד דהדין דין אמת אליבא דרז"ה דהיכא דמעיד דחזיא לאלתר ואמר קברתיו שפיר מועיל עדותו ואין חוששין לבדדמי דצורה משום דאמרינן כיון דטרח ביה כולי האי ונטפל בקבורתו בודאי הכירו יפה ונתן עיניו ולבו עליו לידע דהיינו הך שנטבע בעל האשה ומה"ט מועיל נמי קברתיו במלחמה ואע"ג דבלא"ה חיוב מוטל עליו לקברו כדין ממ"צ מ"מ כיון שנתעסק עמו כ"כ אמרינן דודאי הכירו יפה ול"א דטעי ואמר בדדמי אלא היכא שי"ל שראה אותו בראיה בעלמא והלך לו וכ"מ בשו"ת מהרי"ט:

אמנם היכא דאמר אסקוה לקמאי אע"ג דהוי כמו קברתיו לענין דאין לחוש שמא לא מת כיון שטלטלוהו ולא היה נודד כנף מכל מקום עדיין יש לחוש לבדדמי דצורה שהרי לא טרח ביה כלל ומחמת שראה הטביעה אמר בדדמי שזהו הוא ולכך הוצרך לאוקמי

עובדא דב' ת"ח דקאמרי סימנים ועובדא דדגלת בלא ראה הטביעה דאל"כ אף דאסקוה אגישרא ובודאי מת מ"מ חיישינן לבדדמי דצורה וס"ל לבעל המאור דטפי ניחא ליה להש"ס לאוקמי דקאמרי סימנין מלוקמי דקאמרי קברנום:

ואמנם בדברי הריב"ש שכתב דבעל המאור ס"ל דאסקוה קמאי אינו כמו קברתיו א"א לפרש כוונתו דאינו כמו קברתיו לענין שלא ניחוש לבדדמ' דצורה אבל מ"מ מועיל לענין בדדמי דמיתה ולא לענין בדדמי דצורה א"ו דהריב"ש מפרש דברי בעהמ"א דס"ל דאין לחוש לבדדמי דצורה אי חזינהו לאלתר וכמו קברתיו במלחמה ועכ"פ בין לפירש הריב"ש בין לפי מה שפרשתי אתתא דא שריא אף לדעת בעל המאור ז"ל:

איברא שלענ"ד מה שביארתי ההכרח שהכריחו להריב"ש לומר דקברתיו מועיל אף בראה הטביעה לבעל המאור ממה שכתב במלחמה מועיל קברתיו יש לדחות ולומר דשאני מלחמה כיון שאומר נהרג יצא היה חבול וקברתיו שפיר יכול להכירו היטב ע"י ט"ע בפרצוף פנים עם החוטם ולא ניחוש ליה דלמא אמר בדדמי שאינו משתנה כלל משא"כ במים אע"ג דלא אשתהי מ"מ המים משנים קצת צורת הפנים ויש לחוש שאומר בדדמי:

ואפשר ליישב בזה מה שהקשו התו' על רש"י שכ' שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר כ"כ שהקשו דלקמן אמרי' דאי אשתהי תפח ולפי מ"ש י"ל דרש"י דייק בלישניה ואין ניכר כ"כ ור"ל דבאשתהי אין ניכר כלל משא"כ בזה דחזינהו לאלתר ואי לאו חשש בדדמי היה מועיל ההכרה מ"מ אין ניכר כ"כ וחיישינן דאמר בדדמי וכמ"ש התוס' דע"י שינוי מועט יאמרו שאלו בעליהן (ולעיל כתבתי ליישב באופן אחר) וא"כ אפשר שזהו שיטת בעל המאור ולכך בההיא דדגלת שלא ראה הטביעה אי חזייה בשעתיה שפיר דמי כיון שלא ראה הטביעה אין כאן בדדמי ולפי זה נפל הך היתירא בבירא דבמים וראה הטביעה אף קברתיו אינו מועיל לדעת בעל המאור ז"ל:

אמנם כן נלענ"ד שאעפ"כ יש להמציא תרופה בנ"ד דע"כ לא קאמרינן אלא היכא שהעד מעיד בסתמא דאמרינן שמא נשתנה צורתו קצת ע"י המים ומחמת שראה הטביעה ויש כאן שינוי תולה בזה שהוא בעלה של אשה זו ואע"פ שאינו בדומה ממש מ"מ תולה דאיכא שינוי מחמת המים שמשנים קצת אבל הא ודאי אין אומרים שישתנה ע"י המים עד שידמו פניו ממש לדמות דיוקנו של זה וכן מבואר בנ"ב סימן דבט"ע דגוף שמשתנה קצת הוא תולה במה שמכירו היטב הוא מחמת שנשתנה ע"ש דמחלק בין ט"ע דבגדים שמועיל אף בראה הטביעה ולפי זה בנ"ד שהעד מעיד להדיא שהסתכל בפניו היטב והיה כמו בחיים חיותו בלי שום נפוח כלל ובלי שום השתנות וכמו שמבואר בג"ע

שהעיד מוהר"ר שאול בשמו ששמע מפיו אם כן י"ל דבכה"ג ל"ש בדדמי כיון שלא היה שום שינוי בפרצוף והיה כמו בחיים חיותו ולהא ליכא למיחש שמא נשתנו פניו ממש לפניו של בעל האשה הנטבע וא"כ ע"כ שהוא בעל האשה ואין כאן בית מיחוש וא"ל דא"כ לוקמא בההוא דב' ת"ח שהעידו דחזינהו לאלתר ולא היה שום שינוי כלל ול"ל לאוקמי דקאמרי סימנין ז"א די"ל דכיון שאורחא דמלתא שהמים משנים קצת לא מוקי ליה בהכי דהו"ל לפרושי וגדולה מזו כתבו התוס' והרא"ש דהכא מיירי שאכלים כווריו ונשחת צורת פניהם וצ"ל דאורחא דמלתא הוא דאל"כ מי דחקו לאוקמי בסימנים נימא שצורת פניו שלמה ועיין מ"ש אא"ז מהר"מ בזה:

ועוד י"ל דלכאורה קשה דאיכא סימנים לאלתר ל"ל וד"ל כמ"ש הב"ש דדרך רבותא נקט וצ"ל כמ"ש התוס' דהנך סימנים סימנים אמצעים דמהני בצירוף ט"ע והשתא אתי שפיר דכבר כתבתי ליישב קושיות הרמב"ן על הרז"ה דנוקמא בלא ראה משום דמשמע ליה הא דנקט היו באים בספינה וטבעו שהוא אך למותר אתי לאשמועינן שהנשים העידו גם על הטביעה ואשמועינן דאע"ג שראו הטביעה וליכא חשש בדדמי מ"מ התיר רבי על פיהם כיון דאמרי סימנים מובהקים גם כן משא"כ אם נימא דמיירי שראו שלא היה שם שינוי בפרצוף ממילא דאזיל ליה חשש בדדמי לגמרי א"כ הא גופא קשיא דלאיזה צורך נקיט במלתיה שהנשים ראו הטביעה ג"כ כיון שהעידו דליכא שינוי ואין כאן חשש בדדמי כלל מה לי לא ראו ומה לי ראו אלא שהעידו להדיא שלא היה שינוי סוף סוף אין כאן בדדמי ובאמת משמעות הברייתא שבא התנא להורות לנו דאע"פ דהמעשה כי הוה בראו הטביעה והיה שם חשש בדדמי אפ"ה התיר רבי והיינו ע"י סימנים אמצעים דמצרפין להו עם הט"ע דכיון דלאו עלייהו לחוד סמכינן אלא אסימנים ג"כ שפיר דמי וההיא דדגלת לא בעי לאוקמי בהכי דא"כ ל"ה מצי למפשט דאינהו דעביד כריב"ב דדלמא שאני היכא דמעיד להדיא שלא היה שינוי גם ת"ק מודה ועוד דלא משמע כן ממאי דמסיק אבל אשתהי כו' וא"כ בנ"ד שהעיד שהסתכל היטב בפנים והיה כמו בחייו בלי שום נפוח כלל ובלי השתנות יראה שאין לחוש דלמא אומר בדדמי ואף בעהמ"א יודה מזה דאע"פ שראה הטביעה מועיל עדותו ומכ"ש בזה שאין כאן ראיה גמורה רק ידיעה בלבד מיקרי ובלא"ה דעת קצת פוסקים דידיעה אינו כראיה וא"כ פשיטא שיש להקל בכה"ג:

ועוד יש לצדד להקל ע"פ מ"ש מהרי"ט סימן ל"ג דכי אמרינן דהיכא דראה הטביעה אמר בדדמי היכא דלא איכפת ליה כלום דמלתא דלא רמי' עליה דאינש לאו אדעתיה אבל הכא מלתא דרמיא עליה הוא לחזור עליו לחמדת הממון אשר שם בחגורתו וטרח טובא

לבקשו ולהכירו ומסתמא לא היה פורש משם אם לא שמצאו בודאי והכירו יפה ובידוע כשהלך לבדקו בחגור אשר על בשרו חשיב כמו קברתיו כו' והנה אע"פ שמהרי"ט סיים שם שזו סברה הוא ואינו סומך עליה למעשה לפי שאין לו ראיה נראה קצת דלענין חשש קברתיו הוא שכ"כ לפי שהיה פקפוק בעדותו של עכו"ם שלא הגיד בפירוש שטלטלו והפשיטו ואפילו תימא דאכולא מלתא קאי מ"מ נלענ"ד דבתשו' שאח"ז קבע בה מסמרות שהרי כתב בפשיטות להתיר אשת השמאלי אע"פ שהעכו"ם ראה הטביעה ע"ש וא"כ י"ל דבנ"ד שמבואר בג"ע שהאיש מרדכי היה נאמן ביתו והיה בא עמו בספינה בעסקי מו"מ שלו דבכה"ג הבעה"ב שלו צריך לקבל תשובה כמבואר בפוסקים ובפרטות בשו"ת צ"צ סימן צ"ג דכיון שהנער היה משרתו ובעסקו הלך עמו הוי כגורם מיתתו שמת בדרך בצינה ובקור כו' ע"ש וא"כ נראה דבכה"ג ודאי עליה דידיה רמיא לחזור עליו ולבקשו ולהכירו באופן שיתוודע לו ממיתתו ואפי' תימא דלאו כ"ע דיני גמירי מ"מ הא קמן דטרח טובא וכמבואר בעדותו שטרח לחזור עליו עד פרסה וא"כ מסתמא לא פירש משם עד שמכירו יפה וכמ"ש מהרי"ט בנידון דידיה וכ"מ בק"ע סעיף דמייתי דברי מהרי"ט בקצרה דהיכא דהוה מלתא דרמי' עליה לידע לא אמרינן דאמר בדדמי ומשמע בין בדדמי דצורה ובין בדדמי דמיתה לא אמרינן בכה"ג:

ונלענ"ד ראיה מהא דמהדרינן לצורבא דרבנן אבידה בט"ע והתוס' כתבו דאף ע"ה נמי אית ליה ט"ע אלא דחשדינן ליה במשקר אלמא דאות ל"ה ל"ח דלמא מחמת שהוא יודע בעצמו שאבד חפץ כזה אמר בדדמי ואינו מעלה על דעתו שמא גם אחר אבד כזה כמו במלחמה ומים וראה הטביעה דחיישי' דלמא אמר בדדמי וסובר שזהו ואינו מעלה על דעתו דלמא האי אחרינא הוא שנטבע והיינו משום דהתם עליה דידיה רמיא מלתא לידע אם היא אבידתו או גיטו מעיין ביה שפיר ולא אמר בדדמי ואע"ג דהתוס' בגיטין דף כ"ז כתבו גט דחיישינן שמא הוא סבר שהוא שלו לפי שא"י שיש יב"ש אחר או יודע ואין נראה לו לחוש שגם הוא אבד גט ולכך אומר שהוא מכיר אע"פ שאינו מכיר כו' הרי להדיא דבאמת גם בגט חיישי' בכה"ג אבל כי מעיינת בה לאו מלתא הוא דהתם ה"ט דכיון דלאו מלתא דעל"ג הוא א"כ חשדינן ליה במשקר כדמשמע לשון התו' שהוא אומר שמכיר אע"פ שאינו מכיר משא"כ בנ"ד דל"ח למשקר רק לדלמא אמר בדדמי והיכא דרמיא עליה לידע לא אמר בדדמי ובהכי ניחא לי מה שהקשה הפ"י שם על התוס' ד"ה מצאו קשור כו' דמיירי שמצא בעצמו ומכיר שהיה שלו ונאמן במיגו דאי בעי אמר לא אבדתי וע"ז הקשה דלפמ"ש התוס' לעיל א"כ הוה מיגו בדדמי ולפמ"ש לק"מ דדוקא אם נימא מחמת בדדמי אינו מוציא שקר מפיו אז לא אמרינן מיגו וכמ"ש התוס' לענין

מלחמה בעולם משא"כ בזה דנימא מחמת שדומה לו שמסתמא הגט שלו אומר שמכיר בט"ע שזה הגט שנאבד אע"פ שאינו מכיר שפיר שייך מיגו דהיינו הפה שאסר כו' דמה לו לומר שאבד ויצטרך להוציא שקר מפיו שמכיר שתיקתו יפה לו מדיבורו שיסברו שלא אבד כלל:

אמנם לענין קושי' הפ"י אפילו תימא דמ"ש התוס' שיאמר שמכיר אע"פ שאינו מכיר היינו שידמה לו בט"ע שזהו הוא מ"מ י"ל דהפה שאסר שאני אלא דקושטא דמלתא הוא דהך בדדמי היינו שיוסיף לשקר מחמת בדדמי שלא נאבד גט מאדם אחר יאמר שמכירו בט"ע אע"פ שאין בו ט"ע כלל וגבי מלחמה וטביעה ל"ח לבדדמי כה"ג שיוסיף לשקר בשביל שהוא מדמה כך דהא חזינן להרז"ה דס"ל דאי אמרתיו נאמן אלמא דל"ח שיוסף לשקר בשביל דמיונו (וכמש"ל דה"ט דהרמב"ם דס"ל דאין קברתיו מועיל אף לאשה עצמה דס"ל כטעמא קמא כו' הני דאיקטול כו') ואין חשש רק שידמה לו באמת שזהו הוא וזה אנו למדין מגט ואבידה דל"ח לזה היכא דדמי' עליה:

איברא שיש לדחות ולומר דהתם שאני שאין שם שינוי כלל ואין בכח המדמה להטעות עינו שיסבור שזהו שאבד זהו שנמצא שהרי החפצים לא ישוו ואין לו במה לתלות השינוי הלכך ל"ח לבדדמי כה"ג משא"כ בזה שיש לתלות השינוי מחמת המים שמשנים קצת וכמש"ל וא"כ אע"פ שלא ישתנה ממש לפרצופו של זה מ"מ מחמת בדדמי שפיר טעי ואמר דהיינו ההיא שנטבע אבל מ"מ נראה דסברה טובה היא דהיכא דבשעת ראייתו רמי עליה לידע לא אמר בדדמי דדוקא היכא שבשעת מעשה ראה סתם ולא רמי עליה מידי אמרינן דאומר בדדמי שזהו הוא ואע"פ שעתה שבא לפנינו להעיד להתיר אשתו ודאי רמי עליה למימר קושטא דמלתא מ"מ חיישינן דלמא בשעת ראיה לא הוי מסיק אדעתיה ואינו מועיל מה שאמר עתה ברי לי דוגמא לדבר במי שאינו יודע הלכות שחיטה אע"פ שאומר ברי שלא שהה ולא דרס אחר שלמד הלכות שחיטה אינו מועיל ה"נ דכוותיה אבל היכא דרמי עליה בשעת ראיה מי הוא זה אמרינן דודאי מידק דייק ולא אמר בדדמי ויש לסברא זו ראיות הרבה בש"ס ולא רציתי להאריך לפי שלפ"ז היה יוצא לנו קולה גדולה היכא שהעד הלך בכוונה לראות המת ולהכירו בכדי להעיד להתיר אשתו וא"כ נאמר דבכה"ג ליכא חשש בדדמי אף שראה הטביעה ולא משמע כן בפוסקים ועוד דא"כ למה מוקי הרז"ה עובדא דדגלת שלא ראה הטביעה נימא דמיירי בכה"ג ואמנם בנ"ד שהעד העיד להדיא שלא היה שום השתנות כלל דשפיר נלמוד מגט דל"ח בכה"ג לבדדמי דכולי האי לא ניחוש שמא היה שינוי קצת ונדמה לו שאין כאן שינוי מחמת שראה הטביעה ולפיכך אמר שהוא כמו בחיים חיותו שהרי מדברי מהרי"ט מבואר דכל שיש

אומדנא דמוכח דטרח ביה לבקשו ולהכירו אז אמרינן דודאי הכירו יפה א"כ ק"ו בנ"ד שפירש העד ישראל להדיא שנסתכל בו היטב ולא ראה שום שינוי והכירו יפה שאין לנו לתלות דאמר בדדמי ומכל הלין טעמי נראה דאתתא שריא לאנסובי אם יסכימו שני חכמים כו' דברי זעירא הק' אפרים:

שאלה יט

שאלה איש אחד מפה קהלתינו ושמו מוהר"ר יוסף במו' צבי הלך מפ"ק לפראגא אצל עיר ווארשא ואח"כ באה העיר במצור וכאשר נכבשה העיר נהרגו שם נפשות הרבה והקול נשמע פק"ק שגם מוהר"ר יוסף הנ"ל נהרג ולא נודע בבירור ואח"כ נשלח משם גב"ע שנמצא מוהר"ר יוסף הנ"ל שהכירוהו בפרצוף פנים עם החוטם ובראשו היה חתוך קצת מה שאכלו השרצים וגם הכיר הבגדים שעליו שהיה לבוש בהם בחייו וההריגה היה ביום ג' י"א חשוון וההכרה היה ביום א' ט"ז חשוון ויתר הדברים באו ברוב ענין בג"ע מב"ד שבעיר פראגא ונמנו עליה מגדולי הדור להתירה ודבריהם באו בארוכה בתשובותם וענוותם תרביני לחוות דיעי אף אני:

תשובה אם אמנם כבר קדמוני רבנן חכמי תעודה. עיני העדה. ונתנו עיניהם בכל פינות הש"ס והפוסקים ראשונים וגם האחרונים אשר לפניהם והבינו בענין מפורש ושום שכל עד כי יבא דבר שניהם שהאשה מותרת להנשא וביחנו דבריהם בדברים נכוחים כיד ד' הטובה עליהם ולא השאירו עוללות לפאר אחריהם. ואמרתי אל לבי הלא טוב עוללות אפרים ואצא ללקט אורות טלם אשר סביבות מחניהם. וגם באיזה מקומות מדברי הפוסקים אשר שמו בכליהם אף על זה אפקח עיני ואשא ואתן עליהם עד כי יצא כנוגה צדקת היתר אשה זו כאשר יצא מפיהם. ומפי כתבם בחותמיהם. דהנך אריוותא דאורייתא ד' צבאות יגן עליהם. מתחלה נדון אם יש כאן ספק איסור תורה או לא ואח"כ נתקע עצמינו לדבר הלכה בנ"ד שיש כאן ט"ע בגופו ובבגדים גרסינן בגיטין דף כ"א שלשה דברים אמר ר"א בן פרטא לפני חכמים וקיימו את דבריו על עיר שהקיפוה כרקום כו' שהן בחזקת קיימים אבל עיר שכבשוה כרקום כו' נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים בת ישראל לכהן ובת כהן לישראל לא תאכל בתרומה וכ"כ כל הפוסקים מבואר מזה שיש כאן ספק איסור תורה שנותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים אמנם הריב"ש סימן שע"ט כתב וז"ל והנך תלת דר"א בן פרטא שנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים נמי אם נשאת תצא ואע"פ שרובן לאבוד דכיון דאפשר בהן ההצלה אין הולכין בהם אחר הרוב אלא אחר החזקה ואע"ג דרובא עדיף הכא איכא תרי חזקי חזקת האיש שהוא קיים וחזקת האשה שהוא בחזקת א"א כו' ע"ש ולפ"ז היכא שנמצא לפנינו א' מוטל

מת וקלסתר פניו דומה שהוא בעלה של אשה זו א"כ פשיטא שאיתרע ליה חזקת חיות ויצא מכלל ודאי חי ונכנס לכלל ספק שמא אחר הוא ומחמת שנהרג קודם ג' נשתנו פניו ונדמו לצורתו של בעל האשה או שמא הוא עצמו בעל האשה ולא נשאר כאן רק חזקת א"א וכיון דכבשוה כרקום רובם לאבד שוב אית לן למימר דרובא וחזקה רובא עדיף כמ"ש הריב"ש ז"ל ואע"ג דבב"ש בס"ק פ"ד כתב דאמרינן ראובן הוא חי והמוטל לפנינו מת קודם שלשה ימים ונשתנה והוא איש אחר אשר לא ידעינן אותו ול"ש לומר דאוקמי בחזקתו והוא חי עכ"ל וא"כ גם כאן נמי לא אזיל חזקת חיות ואיכא ב' חזקות אך לענ"ד שאין דברי הב"ש אמורים אלא בנמצא אצל הרוג מוטל במקום א' ואין ידוע אימתי בא למקום הזה ואימתי נהרג אז שייך לומר דכיון שהוא איש אחר שלא ידענו אותו ל"ש לומר אוקי אחזקתו דהא ידוע שלאלפים ולרבבות ב"א שנהרגו ומתו מימות עולם ולמה נעמיד אותו על חזקת חיות שמא הוא מאותן שנהרגו כבר זה ימים רבים משא"כ שנמצא הרוג בגן הסמוך לחצר שהעד דר בו ורחוק מאד לומר שהרוג זה מוטל כאן ימים רבים עד שיצדק לומר דשמא הוא מאותן שכבר מתו ומשמעות הדברים שבודאי נהרג ביום הרג רב שהיה בי"א חשוון וא"כ הרי גם בעל האשה היה בתוך ההפכה ומה"ת נתלה באחר שיצא מחזקת חיים ונהרג ובעלה של אשה זו יש לו חזקת חיים אלא על כל מי שהיה בשטת הריגה איכא לספוקי שמא אותו שמוטל מת לפנינו הוא האיש הזה ויצא מחזקת חיים ע"י המת אשר לפנינו וכיון דרובן לאבד רובא עדיף מחזקת א"א בלבד ועכ"פ מידי איסורי תורה יצתה:. והנה בתשובה סימן הארכתי שם בדברי הריב"ש וכתבתי על מה שתמה עליו בנ"ב סימן מ"ג דמנ"ל להריב"ש שהם רובן למיתה וכתבתי שם שדברי הריב"ש הם תלמוד ערוך בב"ב דקי"ג והארכתי בזה בדברי הריב"ש והנ"ב ע"ש ומ"מ אף לפמ"ש שם הדין דין אמת כדברי הריב"ש דבהנך ג' דברים אפילו נשאת תצא דהוי ס' א"א דאמרינן סמוך מיעוט דניצולין לחזקת א"א דהיינו מחמת שאשה זו יש לה חזקת א"א אנו אומרים שאין לסתור חזקתה ובעלה של אשה זו היה מן הנמלטים וניצולין על נפשם אע"ג דמיעוטא הוא מ"מ כיון דשכיח י"ל כן כדי שלא תסתור החזקה: ומעתה נחזי אנן בדידן שהיה בעיר שכבשוה כרקום ונמצא מוטל מת לפנינו אלא שאנו חוששין שמא נשתנה צורתו הנה לדעת הריב"ש כבר כתב בנ"ב שם שאפילו בנפל למשאל"ס ולא שהה כדי שת"נ ואח"כ העלו א' על שפת הים אף שאין ניכר לא בסימנין ולא בבגדיו ל"ש חזקת חיים דמאי חזית למיהב חזקת חיים לבעלה של אשה זו מלאחר ולא נשאר רק חזקת א"א ולכתחלה לא תנשא ואם נשאת ל"ת ע"ש אמנם לענ"ד אינו מוכרח כ"כ שהרי לדברי הריב"ש חזקת חיים וחזקת א"א שני חזקות הם וא"כ כל שאנו

יכולין לומר שהרוב אינו סותר רק לחזקה א' אנו אומרים כדי שלא יהיו שני חזקות מתנגדים לרוב ולפ"ז כשאנו אומרים שבעלה של אשה זו הוא המת לפנינו אנו סותרים שני החזקות בסתירה א' ואע"פ שגם אם נאמר שאחר הוא נסתרה חזקת חיים של איש אחד מ"מ סוף סוף יש כאן סתירה לחזקת חיים וגם לחזקת א"א וטפי יש לנו לומר שאחר הוא זה המת שאין לו אשה כלל ולא נסתרה אצלו רק חזקה אחד דהיינו חזקת חיים בלבד אמנם לפמ"ש דודאי הרוב עדיף אף מתרי חזקות אילו רק כיון שהמיעוט שכיח אמרינן שבעלה של אשה זו מן המיעוט דשכיח שיהיה נצולים א"כ בלא"ה פשוט שאם נמצא מת שאינו ניכר כלל דל"מ ואם נשאת תצא אבל כגוונא דנ"ד שניכר בט"ע שהוא צורת בעל האשה אלא שחוששין שמא נשתנה צורתו של זה לצורת בעל האשה והדבר פשוט דודאי לא שכיח שיהיה כן דאפילו תימא דאחר ג' ימים משתנה בודאי מ"מ שישתנה עד שידמה לפרצוף פניו של זה ממש פשיטא דל"ש וכ"כ הנ"ב סימן נ"ב דאף שהמתים משתנים אחר ג' ימים מ"מ שתשתנה הצורה ותדמה ממש לצורת איש אחר זהו מצד השכל דבר רחוק ומלתא דל"ש אלא שחכמים חששו לזה מחמת חומר חזקת א"א כו' ע"ש ואם נתלה שבעלה של זו ניצל והיה ממיעוט הנמלטים ע"כ שנתלה במלתא דל"ש שנדמה פניו של זה לפני בעלה ובכה"ג פשיטא דאית לן למיזל בתר רובא שרובן לאבד ודינו כמשאל"ס דרק לכתחלה לא תנשא ובדיעבד ל"ת ולכאורה היה אפשר לומר דע"כ לא אמרו בב"ב דרובן לאבד רק בספינה שאבדה בים וכדנקט הש"ס לישנא ומה ספינה כו' אבל כבשה כרקום ויוצא ליהרג אינן בכלל זה וקצת משמע כן מדברי התוספות שם אבל מדברי הריב"ש משמע דכל הג' דברים הוי רובן לאבד וכן מוכח ממ"ש שם דבהא דיוצא ליהרג ע"כ אם נשאת תצא דהא מייתינן סייעתא כו' אלמא דמהני דר"א בן פרטא אם נשאת תצא ואע"ג דחד מינייהו ספינה שאבד אין זה טבע במשאל"ס דהתם שהה כשת"נ כו' עכ"ל וא"א דהא דרובן לאבד אינו רק בספינה א"כ אין ראיה מיוצא ליהרג די"ל דספינה כיון דרובן לאבד אם נשאת ל"ת כמו במשאל"ס אע"כ דכל הני ג' דראב"פ כולהו רובן לאבד דהא בחדא מחתא מחתינהו וד"ל דדוקא לענין דאם נשאת תצא שפיר יש ללמוד זה מזה כיון דכלליהו כחדא דנותנין עליו חומרי חיים כו' אבל מ"מ חלוקים הם בטעמן דהנך אין רובן לאבד וספינה אע"ג דרובא לאבד מ"מ יש כאן תרי חזקה או מטעם דסמוך מיעוטא כו' כמש"ל אבל המעיין בלשון הריב"ש יראה דס"ל דבכל הג' אמרי' דרובן לאבד אלא שלא הלכו בהם אחר הרוב ומעתה קם דינא בנ"ד שאשה זו יצאה מכלל ספק איסור תורה כיון דבעיר שכבשוה כרקום רובן לאבד ונמצא כאן מת לפנינו בצורת בעל האשה זו ואנו תולין לומר שבודאי הוא בעל אשה זו ואע"ג דלענין לכתחלה

אזלינן בתר רובא מ"מ בזה שפיר סמכינן על דעת ר"ת דס"ל דבגופו שלם מעידין אף אחר ג"י וכ"ש כיון שהוכרו כל הבגדים שעליו שיש לסמוך על הפוסקים דל"ח לשאלה: אך שעדיין צ"ע אחרי שלא נזכר בהג"ע בבירור שזה כי יוסף היה בעיר בעת שכבשוה ואע"פ שממה שאמר העד מוהר"ר זעליג שמצא בתוך הקעשני שלו שני שטילין כסף והכרתי אותם שהיה לו שני שטילין כמותם יום א' קודם הריגה כו' שנראה מזה שהיה שם יום א' קודם ההריגה מ"מ מאן לימא לן דנשאר שם שמא אח"כ מפני חמת המציק אשר כונן להשחית שם עצות בנפשו למצוא בית מנוס לו ונמלט ולא היה בעיר ביום חרון אף ד' כלל וע"כ לא אמרינן אלא שבבירור ידוע שהיה שם בעת שכבשוה משא"כ כאן אין זה רק כהקיפוה כרקום שהוא בחזקת חיים ואע"פ שאמר שנתאכסן בביתו בערך ה' חדשים מ"מ לא ביחן בדבריו לומר שראהו בשעה שנכבשה עיר אמנם בטור וש"ע אה"ע סימן קמ"א כתב לחלק בין כרקום של אותה מלכות למלכות אחרת דשל אותה מלכות אז בהקיפוה בחזקת קיימין אבל בכרקום של מלכות אחרת אף בהקיפוה נמי נותנין עליו חומרי חיים כו' ובנכבשה כבר אפילו בשל אותה מלכות הדין כן וכתב בפרישה הטעם דנכבשה אפילו בחיל של אותה מלכות אינם חסים על הדרים בתוכה שהרי באים עליהם למלחמה ע"ש ולפ"ז כאן אף אם נידון אותם רק כהקיפוה לבד מ"מ כיון שהוא של מלכות אחרת ג"כ נותנין עליו חומרי חיים כו' ובדברי הטור בזה הם מהירושלמי שהביאו הרא"ש והרשב"א בגיטין דדוקא כרקום של אותה מלכות אבל של מלכות אחרת כלסטים הם עיין בב"י שפירוש עפ"ז דברי הטור ותמה על הרי"ף והרמב"ם שלא הביאו הירושלמי ולענ"ד אדרבה תימה על הרשב"א והרא"ש שנראה שהירושלמי בגיטין לא בא אלא לפרש מהו כרקום ומייתי עלה הא דאיתמר בכתובות כגון זוגין ושלשלאות וכלבים כו' המקיפין את העיר ואגב גררא מסיק עלה כל מה דאתמר התם וכדקאמר היה פירצה א' מצלת כו' דל"ה רק לגביה שבוי' ועלה קאי גם הך חילוק בין כרקום של אותה מלכות ומלכות אחרת וכדאיתא ג"כ בש"ס דידן ומצאתי בקרבן העדה שהרגיש בזה גם תמהני מה שהביא הב"י בשם הרשב"א שהביא הירושלמי לעזר לדברי הטור ולענ"ד הם כנגדן דהרי הרשב"א מציין על עיר שכבשה כרקום ומייתי עלה דברי הירושלמי דקאמר ובלבד כרקום של אותה מלכות כו' משמע דגם בכבשוה כרקום אם היא של מלכות אחרת אינם רק כלסטים שאימת מלכות שבכאן עליהם ואין הורגין הכל ולכך הם בחזקת קיימים וכמ"ש המפורשים בכתובות לענין שבויה וכ"נ עיקר לענ"ד דהא הירושלמי קאמר הך לישנא גופא בכתובות גבי שבויה ושם לא מיירי כלל מהקיפוה כרקום רק מן כבשוה כרקום וא"כ גם בגיטין אם נפרש דקאי אמתניתין דנותנין עליו

חומרי חיים כו' קאי אכבשוה כרקום וגם כוונת הרא"ש לענ"ד היא כן דקאי אדסליק מיניה שכבשה כרקום וזה תימא גדול על הטור וב"י לענ"ד:

וא"כ בנ"ד אף אם נדון כדין עיר שכבשוה כרקום מ"מ לדעת הרשב"א בכרקום של מלכות אחרת הם בחזקת קיימים אמנם מצאתי ברבינו ירוחם נכ"ד ח"ג שכתב וז"ל ועוד בירושלמי דוקא חיל של אותה מלכות אבל כרקום של מלכות אחרת כלסטים הם ואם כבשוה בחזקת מתים הם עכ"ל ואפשר דגם פי' דברי הרשב"א כן אבל קולא גדולה היא ולא מצאתי לדברי רי"ו חבר בפוסקים. ולפ"ז לדעת הטור והש"ע דבהקיפוה כרקום ממלכות אחרת כנכבשה דמי ונותנין עליו חומרי חיים כו' א"כ נראה דגם בזה רובן לאבד כמו בכבשוה ויש מקום להקל בנ"ד אף אם לא נודע שהיה בשעה שכבשוה העיר ולפי דעת הרי"ף והרמב"ם שסתמו הדברים מ"מ אם יתברר שהיה בעיר בעת ההוא ג"כ יש להקל ומכ"ש לדעת רי"ו דס"ל דבכבשוה כרקום של מלכות אחרת בחזקת מתים הם ועכ"פ רובן לאבד חשבינן להו ולדעת הב"ח סימן י"ז בהנך ג' דברים דר"א אם נשאת ל"ת להרמב"ן בתשובה וחולק על הריב"ש אמנם באמת דבריו תמוהים ואדרבא בתשו' המכונות להרמב"ן סימן קנ"ח מבואר להיפך דבספינה שנשברה נותנין עליו חומרי חיים כו' ואפילו נשאת תצא ע"ש וכבר השיג עליו הח"מ בזה:

אמנם בנ"ד שנמצא והוכר בפרצוף פנים אף שהוא אחר שלשה ימים לענ"ד כ"ע מודו בזה שיצא מכלל איסור תורה וחזי לאצטרופי דעת ר"ת דס"ל בגופו שלם מעידין עליו וט"ע דבגדיו ולסמוך על הפוסקים דל"ח לשאלה הא חדא מה שיש לצדד להיתרא דהך איתתא אמנם צריך לחקור אם היה ענין המצור שהיה מוקף מכל צד שלא היה יכול להמלט שזהו דין כרקום כמבואר בבבלי לפירש"י ובירושלמי וכ"כ הרמב"ם והש"ע סימן ז' עיר שבא במצור ונכבשה אם היה כותים מקיפים את העיר מכל רוחותיה כדי שלא תמלט אשה א' עד שיראו אותה כו' ומשמע דלאו דוקא לענין שבויה אלא גם לענין הא דנותנין עליו חומרי חיים כ' שנית אמינא בה טעמא להתירה מצד שהעידו שהכירו אותו בט"ע בפרצוף פניו שהוא בודאי האיש הזה ואע"ג שהיה אחר ימים להריגה ותנן דאין מעידין אחר ג' ימים מ"מ ה' כשידוע אימתי שיצאה נשמתו וכאן אין ידוע רק שרגלים לדבר שנהרג בשעת הזעם שהיה ביום י"א חשוון וא"כ י"ל שלא מת מיד רק אחר כמה ימים כאשר החוש מעיד שאף אם סקל יסקל או ירה יירה יוכל לחיות אח"כ וכדאמרינן זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברו מת זימנין דעבדי ליה סמתרי והכי קי"ל דאין מעידין עליו מה"ט דדלמא עבדי ליה סמתרי וחיי ואם לא עבדינן ליה הוא מת אבל אינו מת כ"א יום או יומים יקום בחיים ולפעמים יותר וא"כ הו"ל ספק תוך ג' והרבה פוסקים מקילין

בדבר וסברא זו כתבה הגאון בעל ח"מ ס"ק ק"ח בתשובה להתיר ע"פ הריסטור שנזכר שם בתוך תושבי לובלין נמנה עמהם ר' דוד בר' שעפטיל שהובא לקבורה וכתב דאע"ג שהקבורה היה זמן מרובה אחר ההריגה י"ל דלא מתו מיד רק היו מתמצי' משך כמה ימים שלא יצאה נשמתו כו' ע"ש שעפ"ז סמך להתיר האשה ואף שהיה שם הכחשה ברייסטור עד שהוצרך ליישב עדותן וא"כ ק"ו בנ"ד שיש להתיר עפ"ז ולומר דהוה כספק תוך ג' ימים. שוב פקחתי עיני וראיתי בדברי הגאב"ד דפק"ק בסוף תשובתו שכתב שיש לצדד להתיר מחמת זה דהוי כספק תוך ג' דשמא לא מת מיד ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הח"מ שכ"כ בפי' וסמך להתיר מחמת זה וראיתי שהגאב"ד פקפק בדבר דדלמא הא דמקילינן בספק תוך ג' הוא מחמת חזקת חיים דאמרינן השתא הוא דמת כמ"ש הט"ז ביו"ד סימן שצ"ז וא"כ בעיר שכבשוה כרקום כנ"ד דליכא חזקת חי דהא נותנין עליו חומרי חיים כו' ואינו רק ספק חי א"כ י"ל דבספק תוך שלשה אזלינן לחומרא אמנם לפמ"ש יש כאן היתר ממ"נ דאם היה הענין המצור שהיה מוקף מכל צד עד שהוא בכלל כבשוה כרקום וכל הנמצא שם יצא מכלל חזקת חי א"כ בלא"ה שריא הך אתתא אם נודע שגם בעלה היה בשעה שכבשוה דכיון שרובן לאבד וגם נמצא מוטל מת לפנינו בצורת בעל האשה ולדעת הטור והש"ע אף אם לא נודע שהיה בשעה שכבשוה כיון שהקיפוה כרקום ממלכות אחרת וכמש"ל באורך ואם לא היתה מוקפת סביב ויצאה מכלל כבשוה כרקום א"כ שוב יש לתלות שהיה בחזקת חי משך כמה ימים וזה מקרוב שמת ועדיין לא עברו עליו ג' ימים ומהני ביה הכרה. אבל מה שיש לפקפק בזה הוא דנהי מצד כבשוה כרקום שפיר הוה מוקמינן ליה בחזקת חי עד עתה מחמת שיש מקום לנוס משם מ"מ כיון שעכ"פ נודע לנו כי הוכה מכת מות ביום הזעם כאשר כתב הגאב"ד שראה במכתב כתוב לאמור כי הביטו אל אשר דקרו אותו וגם יורוהו המורים וא"כ אע"פ שאין מעידין עליו מחמת זה שמת מ"מ עכ"פ איתרע ליה חזקת חיות וגרע מכבשוה כרקום וא"כ שאין הרגלים לומר דהשתא הוא דמת ואע"ג שלפעמים נמצא איש אשר רוח בו אף לאחר שהוכה מכת אויב אכזרי מ"מ חזקת חיות אין כאן ומאן לימא לן דהמקילין בספק תוך ג' יקילו בזה דלמא דוקא היכא שיש להעמידו בחזקת חי הוא שהקילו ולפ"ז צ"ע גם על הח"מ שהרי גם בעובדא דידיה הגידה האשה שהוכה מכת מות ואפילו הכי כתב שיש להתירה מחמת עדות הרייסטור מהנקברים דשמא לא מת תיכף והיה קבורתו תוך ג' למיתתו ע"ש אך דז"א דדברי הח"מ נכונים דהתם שהעידה האשה על בעלה שהוכה מכת מות שפיר כתב הח"מ להתיר מחמת עדות הקבורה שהרי אם תאמר מחמת שכבר איתרע חזקת חיותו לא תלינן שחי כמה ימים מה לנו בכך ס"ס הרי בעלה של אשה זו

מת ואין לנו לתלות שזה הנקבר אחר הי' שנשתנה צורתו שהרי האחר לא יצא מחזקת חיות כלל משא"כ כאן שזה שנמצ' הרוג לפנינו נראה לעין ששלט בו יד האויב בדקירה ואבני בליסטראות ומאז הותרע חזקת חיותו ואף שבשעתו לא נודע לנו מ"מ הרי ניכר למפרע שיצא מחזקתו מאז והורע כחו וא"כ י"ל דלמא אחר הוא אשר הוכה ביום הרג רב ומת ונשתנה צורתו. אלא דלפ"ז לא היה הח"מ צ"ל דלא מתו מיד רק מתמצי' משך ימים כו' וע"כ לומר דהתם נמי כיון שעדות הרייסטור היה על קבורת ההרוגים שנהרגו והי' ידוע שבין קבורה להריגה היה זמן רב ולכך הוצרך לומר שהיה מתמצי' וא"כ גם בדברי הח"מ קשה כיון שזה הנקבר עם הרוגים נמנה א"כ משעת ההרג איתרע חזקת חיותו ומנ"ל לתלות שמת אח"כ תוך ג' ימים לקבורה וע"כ צ"ל דהח"מ ס"ל דאין הטעם משום חזקת חיות כלל רק כמ"ש הרשב"א בטעם המקילין דשמא נתפח חששה דרבנן הוא ולקולא וכ"כ הנ"ב סימן מ"ט דכ"מ מדברי מהר"מ בתשו' מיימוני דהתם הי' ידוע יום שנהרג אלא שהיו מסופקין באיזה יום ראה העד ואפ"ה כתב להקל שתולין שהעד ראה קודם והיינו מטעם דס"ל דהו"ל ספיקא דרבנן ולקולא וס"ל דאפילו במקום דאתחזק אסורא להקל בדרבנן ודלא כש"ך סימן ק"ו עכ"ל ולפי"ז י"ל דאף הרשב"א דמחמיר היינו משום דס"ל דבמקום חזקת איסור ל"א סד"ר להקל וכ"כ בנ"ב ב סימן נ"ב שי"ל שזהו טעם הרשב"א ולפ"ז בנ"ד אם היה בשעה שכבשוה דקי"ל נותנין עליו חומרי חיים כו' ואיתרע לה חזקת א"א שוב שפיר אית לן למיזל לקולא בהך ספיק' תוך ג' דהא אפילו אם היה ידוע שהוא לאחר ג' אין כאן רק חשש דרבנן לבד ואמנם אפילו תימא דהמחמירין ס"ל דחשש' דנתפח לאחר ג' יש בו ספק תורה מ"מ הרי דעת האחרונים להקל בספק תוך ג' וע"ז סמך בח"מ בצירוף דעת קצת פוסקים שפסק להתיר בגופו שלם ולא נחבל בפנים וסיים דאותם שנשארו בספק תוך ג' נשותיהם מותרת כ"ז נראה להלכ' ולמעשה אם יסכימו עמי בעלי תריסין כו' והוא ממש כגוונ' דנ"ד שהי' ידוע שהקבורה היה זמן רב אחר ההריג' יעו"ש וכ"ש כאן שיש גם צירוף סימני בגדים וגם י"ל שיצאה מחזקת א"א ע"י שכבשוה כרקום שיש להתיר אשה זו (ונפלאתי על הגאון בעל נ"ב סימן ק"ט שהביא בפשיטות בשם הרב הח"מ להיפך דמחמיר מאוד בספק זה דתוך ג"י וז"א כמ"ש ועיין בתשו' סימן שהארכתי בזה) ואף אם נימא דל"ש כאן חזקת חיים כמש"ל מ"מ אין הטעם המקילין משום חזקת חיים כ"א משום דס"ל דחשש' דנתפח אינו רק דרבנן וספקו לקול' וכבר כתבתי דאפשר גם המחמירין יודו כאן דגם אינהו מודים דאין זה רק מיעוט' בלחוד ומ"מ אסור משום דאיכא חזקת א"א וסמוך מיעוט' כו' ובכאן דיש מקום לומר דאיתרע חזקת א"א ע"י שהי' בכרקום גם אינהו מודו להתיר ולענ"ד מוכח מדברי הר"ן

בתשובה שאין טעם המקילין משום חזקת חיות שהרי הר"ן לענין ספק אשתהי שעה א' ביבשה כתב דאזלינן לחומרא אף להתוספות דמקילין בספק תוך ג' דכיון שאין שיעורו אלא שעה א' לא מסתבר לומר שראהו תוך שעה אחת כו' ע"ש והובא בב"י וא"א שטעם המקילין משום חזקת חי הוא אם כן בלא"ה אין זה ענין לספק אשתהי דמיירי שנטבע זה ימים רבים ובודאי יצא מחזקת חי ואנו דנין עכשיו אם אשתהי איזה זמן ביבשה או לא ולמה לא ניזל בספיקו לחומר' אע"כ שטעם המקילין אינו רק מטעם דחשש' דנתפח מדרבנן וכמ"ש ולכך הוצרך לומר דבאשתהי שאינו רק שעה אין תולין להקל ואין לדחות דודאי הטעם הוא משום חזקת חי וגם בספק אשתהי איכא לאוקמי אחזקה שזה מקרוב מת ואע"ג שכבר נטבע זה כמה וכמבואר בעובד' דהר"ן שהעכו"ם המעיד אמר שזה כמו ששה שבועות מזמן הטביעה מ"מ אם נאמר שזה מימון מאלקי שנטבע לפני ששה שבתות א"כ מה לחוש עוד וע"כ שאתה רוצה לומר שמא אחר הוא והרי יש לו חזקת חיים שהיה חי עד עתה אבל לענ"ד ז"א דאדרב' כיון שאתה ר"ל שזהו מימון מאלקי הרי הוא נטבע לפני כמה שבועות ויצא מחזקת חיים מכבר א"כ יש לחוש שמא הוא איש אחר שהיה בספינ' ויצא מכבר מחזקת חיים וזה כמה ימים שפלטוהו הים ונשתנה פניו ואם תרצה להתיר מחמת חזקת חיים ע"כ לומר שאחר שנטבע יצא אז וחי עד עתה שחזר ונטבע זה מקרוב פחות משעה קודם ראיית העד ופשיטא שדבר רחוק הוא לתלות בזה וטפי יש לתלות שאחד מן הנטבעים אז הוא שנפלט עתה וא"כ יש לחוש שמא אחר הוא. (ולקמן אבאר עוד במה שהקשה הנ"ב על הש"ס דקאמר ואסקו' בתר ה' יומי כו' דמנין לנו שהוא אחר ה' ימים ע"ש):

אמנם בנ"ד אפילו נניח שראיית העדים הללו היה אחר ג' ימים משעה שמת מ"מ יש להקל בשריותה דהך אתת' ע"פ הלשון שהעיד העד מו' זעליג וז"ל וביום א' ט"ז לחודש הזה אמרו לי ערילים בא ונראך את ר' יוסלה מבראד שוכב הרוג בגן הסמוך לחצר שאתה דר בו והלכתי לשם ומצאתי הרוג שוכב במקום ההוא והכרתיו בפרצוף שהוא בודאי האיש הזה כו' ור' יוסלה הנ"ל הוא הנקרא בק"ק בראד ר' יוסף קליש ואביו שמו רבי צבי כו':

וע"פ זה נראה ברור להתירה שאע"פ שהאמירת הערלים הנ' היה ה' ימים אחר ההריג' מ"מ יש לתלות שהם ראו אותו בתוך ג' ימים ודבר זה מתורתו של מהר"מ ובתשו' מיימוני סימן ט' למדנו שכתב שם בעכו"ם שאמר למה אינכם מביאים אותו יהודי שנהרג כי הוא שוכב באותו מקום כו' ושכתבתם הועיל ומעיד עליו לאחר ג' ימים משנהרג שמא אין להאמינו להאי נמי ליכא למיחש שהרי העיד בסתם על פ' שנהרג ונהי דהשתא אסהיד

בתר ג' ימים מה בכך הא כיון דאמר סתמ' פ' נהרג נימא דברור לו שנהרג דחזיי' תוך ג' ימים או ראה שהרגוהו והיה עם ההורגים דאטו כל הני עובדא דבי חיואי כו' כולהו בתוך ג"י הוי מסהדי אלא אינהו חזו תוך ג"י וקמסהדי לאחר ג' ה"נ איכא למימר הכי עכ"ל וא"כ אילו אמרו לו העכו"ם בסתם שר' יוסלה מבראד שוכב הרוג בגן שסמוך לחצר כו' והוא לא הלך לראות את הדבר יצא מפי מהר"מ להיתר אף דיש שם פקפוקים אחרים וכ"ש בנ"ד דאין לפקפק כלל ופשיטא דבשביל ראייתו לא הורע כחו שהרי מצא כדברי הערלים כן הוא ובודאי שאין מקום לומר דא"א שהוא ר' יוסיל מבראד היה פניו משתנים כיון שהוא אחר ג' ימים כמבואר מדברי כל הפוסקים שלא אמרו אין מעידין אלא דשמא נשתנו פניו אבל אדרבה ברוב פעמים ניכר הטיב אף לאחר ג' ימים כאשר כתבו בתשו' שהחוש מעיד כן ובק"ע סימן ך"ט איתא בשם מהריב"ל דבעד מפי עד כ"ע מודי דתלינן להקל שזה שהגיד לו נתברר לו שהיה תוך ג"י והוה כעין ס"ס דלמא העד הראשון נתברר לו ואף אם לא נתברר שמא באמת היה תוך ג"י ע"ש בסעיף ג' שכ"כ גם גבי אשתהי וכן מבואר שם כ"פ ועיין בב"ש ס"ק פ"ב ואם כן בנ"ד ודאי שאין הכרח לומר שתיכף שמצאוהו הערלים בגן נבהלו ונחפזו להודיע למו' זעליג שזה ר' יוסל שוכב שם שהרי נראה מדברי העד שהיה שיחת הערלים לפי תומם ובמלתא דלא שייכי ביה כלל וקרוב לומר שאפשר שראו אותו מכבר רק מחמת שנזדמן לקראתם מו' זעליג והיה ידוע להם שהו' בעל אכסני' שלו הוטב בעיניהם להודיעו המקום אשר שם נפל שדוד מו' יוסף ואין לפקפק בדברי שהרי דעת התה"ד בשם הר"ש ור' נתן דבעכו"ם לא מהני ט"ע ז"א חדא שהרי כתבו האחרונים שפשטה הוראה בישראל כדעת מהר"מ דאף בעכו"ם מהני הכרת ט"ע וכ"פ מהר"מ מפדווה וכמבואר בב"ש ס"ק ע' ועוד דהא טעם המחמירין כי ט"ע צריך עיון וזה שמסל"ת ואין דעתו להעיד אינו נותן לב וכאן ל"ש זה שהרי העד המעיד הלך לראות ומצא שכדבריו כן הוא שהוא פרצוף פניו של ר' יוסל בעל האשה. ואין לפקפק גם כן דכיון שאין כאן רק ע"א על זה ששמע מפי הערילים ובע"א במלחמה דעת כמה פוסקים שצריך שיאמר קברתיו דז"א דהא באמת הטעם בע"א במלחמה אינו משום דחשדינן ליה במשקר אלא דשמא אומר בדדמי ושמא לא מת ונדמה לו שמת ואם כן ע"ז שאמרו לו העכו"ם שראו את ר' יוסיל מבראד מושכב הרוג אף ע"א נאמן ולענין הכרה שמת באמת ולא בכח הדמיון לבד ע"ז באמת יש ב' עדים לפנינו ובשני עדים א"צ קברתיו דלא אמרי בדדמי ומדברי הג"ע מבואר שב' עדים מעידין על האיש שמצאו שוכב במקום שאמרו הערילים וכמבואר בדברי העד השני שאמר איך בין גיגאנגין עם ר' זעליג זוכן ר' יוסף כו' וגם כי ר' זעליג מעיד שמצאו בתוך הקעשנע של הקאפטין שני שטילין

של סכינים של כסף כו' ופשיטא דזה הוי כמזיזו ממקומו דהוי כמו קברתיו כמבואר בפוסקים וגם כיון דאינו מעיד שראה ההריג' אם כן י"ל הכרתיו הוי כמו קברתיו ועוד כמה דרכים להתיר בזה מבואר בפ"ו לא רציתי להאריך בזה:

ולפי זה אף לדעת הרשב"א דס"ל להחמיר בספק תוך ג' ימים מ"מ מבואר בכמה תשוב' דבעד השומע י"ל שגם הרשב"א מודה דתלינן שהראשון היה ברור לו שהוא תוך ג' וכ"נ לכאורה מדברי מהר"מ הנ"ל אמנם בנ"ב סימן מ"ט כתב דמהר"מ ס"ל כר"ת להתיר בספק תוך ג' וכמ"ש ג"כ מהריב"ל בשם מהר"מ והשיג על התה"ד ע"ש אמנם לענ"ד לשון מהר"מ שכתב שהרי העיד בסתמא על פ' שנהרג ונהי דהשתא אסהיד בתר ג"י מה בכך הא כיון דאמר סתמ' פ' נהרג נימא דברור לו דחזיה תוך ג' או ראה כו' דבפשיטות הו"ל דהא מ"מ הו"ל ספיקא דלמא חזיא תוך ג' ושריא אע"כ שבא לומר דהכא עדיף טפי טפי מספק תוך ג' שיש לתלות שהא"י סתם ברור לו שהי' תוך ג' או שהי' עם ההורגים אמנם באמת צ"ע דמה לי ספיקא דתוך ג' מה לי הספק שאנו מסופקים בדברי העד אימתי ראוהו שהרי אין בכח דבריו יותר על תוך ג' מן על לאחר ג' וכמ"ש הק"ע שהביא הב"ש בשם איזה תשובה החולקים על מהריב"ל וא"ל דא"כ לא הי' לומר בסתם פ' נהרג כיון שיש להסתפק שמא הוא לאחר ג' ונשתנו פניו אע"כ שברור לו שהוא תוך ג' הנה זה הי' אפשר לומר אם שמע כן מפי ישראל שכוון להעיד להתיר האשה (וגם בזה צ"ע דלאו כ"ע דיני גמירי דלאחר ג' אפשר להשתנות לצורה אחרת אבל בשומע מפי עכו"ם מסל"ת מה"ת לא נאמר שהעכו"ם אומר כן ע"פ ט"ע של הצורה שמצא מוטל לפניו ובאמת שאחר היה ונשתנו פניו והרי העכו"ם לא ביחן דבריו אימת היה:

ועוד דהגאון נ"ב שדא ביה נרגא דאפילו להמקילין בספק תוך ג' י"ל משום חזקת חי וכאן ל"ש זה כיון דמסופק באיזה יום ראה וכמש"ל בשמו שמזה הוכיח טעם המקילין דס"ל דספיקא דרבנן הוא אמנם ע"ז אומר דאדרבה איכא למימר איפכא שהרי הט"ז בי"ד כתב טעם המחמירין משום דאזלינן בתר שעת מציאתן ואמרינן דכמו דנמצא מת בשעת מציאה כך הי' מקודם דחזקת חי אינה ח' כיון שמעותד למות ע"ש ולפי"ז זה שייך דוקא בספק תוך ג' דאמרינן דמסתמא כבר הוא לאחר ג' שגם קודם ג' הי' מת כאשר הוא עתה אבל אם באנו לדון על שעת ראיית העד אימת הי' אם הי' תוך ג' או אח"כ מה חזקה דשעת מציאה שייך כאן שהרי עכ"פ הי' פעם א' תוך ג' מהריגתו ואיכ' לאסתפוקי שמא ראוהו אז ומכ"ש היכא שידוע לנו יום ההריגה אלא שאנו מסופקים על שעת הראי' דשפיר י"ל שראוהו תוך ג' וא"כ אדרבה איכא ח' דשעת מציאה שלא נשתנה מפרצוף זה כמות שהי' בשעת שמצא העד כן הי' קודם ולא נשתנה כמ"ש הנ"ב ואע"ג דכתב דכ"ז אינו מועיל

כיון שיש כאן ח' א"א אומר אני דאע"פ שאין כאן חזקת חיים לומר שהעד ראוהו תוך ג' מ"מ כשאנו באים לדון על ראיית העד שאומר שמצא איש א' יש לנו לאחר יום מיתתו כל מה שנוכל ואנו אומרים שמסתמא מצאו העד מת זה מקרוב וא"ל דזיל בתר שעת מציאה ונאמר דמסתמא הי' מת כמו כן קודם ג' ז"א דזה שייך על שעת מציאה שלפנינו ואנו מסופקים בדבר אבל אם אנו מסופקים בדברי העד שאומר סתם ואינו מברר דבריו אימת ראה הרי י"ל שהעד ראה או ידע בבירור שהוא תוך ג' ואיך שייך ע"ז חזקה כיון שעכ"פ הי' פ"א תוך ג' ושמא אז ראהו העד ובשלמא אם הי' מקום ספקי גם לעד א"כ י"ל מה חזית דאזלת בתר ח' חיים ניזל בתר שעת מציאה משא"כ היכא שיכול להיות שהי' מבורר לעד בשעת מציאה וא"כ לק"מ על מהר"מ דהנ"ב הקשה כן לפמ"ש בשם מהר"מ דמיירי שהי' ידוע יום ההריגה אימת הי':

ולפי"ז שפיר כתב דל"ש ח' חיים אבל באמת לא נמצא כן בדברי מהר"מ רק דמיירי שהי' יותר מג"י משעה שנאבד עד שעה שהעיד וכמבואר שם שהקרובים הוציאו קול בעיירות שמסביב ואפשר שגם מתוך דבריו של העכו"ם הי' ניכר שיש יותר מג"י משנהרג עד עתה ולכך חששו כיון שמעיד אחר ג' ל"מ ולזה בא מהר"מ לומר דמה לנו לשעה שמעיד אנו דנין על שעת ראייתו שאומר שמצא מת ונמצא שכל מה שאנו יכולין לאחר מיתתו עד שעת ראייתו יש לאחר משום חזקת חיים וא"ל דניזל בתר שעת מציאה ז"א דעל הספק שלנו שאנו מסופקים אימת ראהו ל"ש שעת מציאה כלל ועל שעת ראיית העד גופא ל"ש חזקה דשעת מציאה שהרי י"ל דמה שאמר סתמא היינו שנתברר לו שהוא תוך ג' כו' כיון שעכ"פ היה פ"א תוך ג' משנהרג שמא באותו פעם ראהו ואם כן שפיר יש להתיר ולתלות שהוא תוך ג':

ומעתה בנ"ד אע"ג דלכאורה הו"ל כידוע יום ההריגה ואזדא ליה חזקת חיים מ"מ גם חזקה דשעת מציאה ליכא כמ"ש לעיל ואדרב' יש ח' דשעת מציאה להתיר דלא נשתנה מפרצוף זה וחזקת א"א איתרע לה כיון שהיה בעיר שכבשוה כרכום כמש"ל ומכ"ש אם נאמר דבאמת חששא דנתפח ספיקא דרבנן היא ואיתרע לה ח' א"א דאורייתא רק דמחמירינן בספק תוך ג' משום חזקה דשעת מציאתן שהוא חזקה גמורה כמ"ש הט"ז והח"צ וא"כ בזה דאין כאן ח' דשעת מציאה כמ"ש יש להתיר אתתא דא לאנסובי אף להמחמירין בספק תוך ג' שהרי מהר"מ כתב להתיר בזה ששמע מפי עכו"ם מסל"ת שפה שוכב הרוג ותולין שראה תוך ג' ימים ואיך שיהי' בטעמו דמהר"מ כדאי הוא לסמוך עליו להתיר בנ"ד שהוא ממש כגוונ' דמהר"מ ופשיטא שאין להתעקש ולומר דדוקא התם שבאמת לא הובא לפנינו ולא ראינוהו כלל עדיף טפי דאמרינן מסתמ' העכו"ם שהכירו

בפרצוף פנים ראה אותו תוך ג' ימים משא"כ כאן שעינינו הרואות עתה שהוא ודאי אחר ג' ימים ואפ"ה הוא בפרצוף זה אם כן י"ל שגם הם לא ראו עד אחר ג' ימים ומצאוהו בפרצוף זה שהוא לפנינו אבל באמת דבר פשוט הוא שז"א גם בעובדא דמהר"מ מה בכך שלא ראינהו והעכו"ם הכירו בפרצוף פנים אדרב' נימא דלמא אחר הוא שמצאו העכו"ם אחר ג' ימים ונשתנה פרצופו לפרצוף של בעל האשה ואף אם היה בא לפנינו היה נשאר בפרצוף זה ובאמת אחר הוא א"ו דליכא למיחש להא כלל ומכ"ש שכבר כתבתי שאע"ג שההריגה היה קודם ג' ימים מ"מ י"ל דהמיתה לא היה רק תוך ג' וגם בשעת ראיית הישראלים עדיין תוך ג' ואדרבא עדיף טפי מה שהובא לפנינו דהא התם איכא למיחש שמא לא נתן העכו"ם לב לדקדק היטב בט"ע כיון שהוא מסל"ת כמ"ש התה"ד בשם הר"ש ור' נתן סמך מהר"מ להתיר וס"ל דכל מה דמהני בישראל המעיד מהני בעכו"ם מסל"ת ומכ"ש כאן שעינינו הרואות שהעכו"ם דקדקו היטב בט"ע שהוא פרצוף של ר"י מבראד והם המדברים על עסק ר' יוסף זה בעל האשה יש להתיר:

עוד יש מקום להתיר בזה ע"פ משמעות לשון העדים שאמרו שהכירו יפה בט"ע שהוא בודאי האיש הזה ואפשר הוי כאילו מעידין שבודאי לא נשתנה ובכה"ג מעידין עליו בספק תוך שלשה כמ"ש בתשובה מהרי"ט סימן דאם מעידין עליו שלא נשתנה בגוף אלא כמת שעבר עליו יום אחד או יומים דמתוך האי חזקה י"ל דודאי תוך ג' ראו דאי לאחר ג' היה ראוי להשתנות ובזה אף הרמב"ן והרשב"א מודים כו' וא"כ בנ"ד שי"ל שעדיין הוא תוך ג' ממיתתו כמש"ל שפיר יש להתיר אף להרמב"ן והרשב"א:

וראיתי בתשובה של הגאון אב"ד פה ק' בסופה שכתב וז"ל ועוד יש לצדד להקל ע"פ תשובת מהרי"ט הובא בק"ע וז"ל הא אין מעידין וא"כ בנ"ד שהעיד כו' מותרת אפילו ודאי אחר ג' ימים עכ"ל והסכים על ידו הגאון אבד"ק טארניפאל וכתב שלזה הוסכם בנ"ב סימן ל"ב ואני תמה על הני תרי גברא רברבי שתפשו קיצור לשון הב"ש כפשטיה דמשמע דאף לאחר ג' ימים מעידין בכה"ג וליתא שאין הדברים אמורים רק לענין ספק תוך ג' וכדמייתי הב"ש גופיה שם לענין ספק אשתהי ודברי הנ"ב בסימן ל"ב אמורים שם בנ"ד שהיה ספק תוך ג' כמבואר שם ומצאתי בנ"ב סימן מ' שחכם אחד ביקש ג"כ להביא ראיה מדברי הב"ש בק"ע הנ"ל והוא השיג עליו דליתא דלא נאמר זה אלא לענין ספק תוך ג' כמבואר במהרי"ט להדיא והוא ברור ועכ"פ בספק תוך ג' יש מקום לסברא זו דאם לא נתפח בבירו' שפיר מעידין עליו:

ומצאתי סעד ממ"ש בשו"ת רבינו אלפסי סימן קי"ט וז"ל שאלה ראובן שמעון ולוי כו' וכשחקרנו עליהם יצא לפנינו שטר בעדות על אחד מהן ששמעו עליו שנהרג ועמדו עליו

וראו אותו מת וע"א אומר ששמע מעכו"ם אומרים כי ראובן נהרג בדרך כו' תשובה כל העדות אלו מתירין נשותיהן כיון ששמעו מעכו"ם שהרגוהו או שאמרו שראו דיין ואין אנו צריכין שיראו אותו בתוך ג' ימים שלא הצריכו רז"ל כך אלא במיתת המים שמשתנה צורתו במים וכן אין אנו צריכין שיאמר העכו"ם מת וקברתיו שאין אנו צריכין לכך אלא במת במלחמה דאמרי בדדמי כו' ולכאורה הוא תמוה דהא להדיא מבואר בש"ס להיפך דהא דאין מעידין אלא תוך ג' היינו ביבשה אבל מיא מצמית צמתי ולאחר שהועלה מן המים חזיוה בשעתיה בעינן דאל"כ מתפח תפח וכ"כ האלפסי גופיה בהלכותיו ומצאתי בפסקי הר"מ רקאנטי סימן רמ"ב שכתב וז"ל השיב רב אלפס דלא הצריכו חז"ל להעיד תוך ג' למיתתו הבעל אלא במיתת המים שמשתנה צורתו במים ובפסקיו כתב דברים שנראים היפך זה דכתב וז"ל וה"מ דבעינן ג' ימים ביבשה כו' ושמא תשובתו היה תוך ג' לאחר שעלה מן הים וע"ז צ"ע בגמרא עכ"ל והתנצלות זה עבור הרי"ף איני מבין כלל ומחמת חומר הנושא אומר אני שאפשר לפרש דבריו דהתם בעובדא דידיה אמרו העדים סתם שעמדו עליו וראו אותו מת אלא שלא נתברר מדבריהם אם היה תוך ג' או לאחר ג' ימים ולכאורה מדמייתי בש"ס ראיה מההיא גברא דטבע בדגלת כו' לכאורה מוכח דספק תוך ג' אסור דאל"כ מאי קושיא הא התם הוי כספק תוך ג' שהרי א"ת שזהו שנטבע לפני ה' ימים א"כ הרי מת לפנינו מה תאמר שמא אחר הוא א"כ עדיין אין כאן ה' ימים בבירור והו"ל כספק תוך ג' דשרי אע"כ דאף בספק תוך ג' אסור וכמ"ש קצת תשובת אחרונים ולזה אמר הרי"ף שא"צ שיראו תוך ג' ימים ר"ל שיתברר שהיא תוך ג' להריגתו שלא הצריכו חז"ל כך אלא במיתת המים שמשתנה צורתו במים ר"ל דלמאי דס"ד דמקשה דאכתי לא ידע דמיא מצמת צמתי אדרבא היה סברא להיפך דהמים משנים צורת הפנים וכמ"ש רש"י בההיא דאסקינהו קמן וחזינהו לאלתר שהמים משנים צורת הפנים ואינו ניכר ע"ש ולכך פריך שפיר דאי לחומרא פליג רבא דעביד כמאן דאע"ג שהוא ספק תוך ג' מ"מ ה"ד ביבשה שיש בו הכרה טובה אמרינן אם איתא שהוא אחר ג' ימים היה נתפח ולא היתה צורתו ניכרת משא"כ במים שדרכו להשתנות במים א"כ אף בספק תוך ג' אין להתיר ומשני דבאמת מיא צמתי ולכך אף ששהה ד' וה' ימים אינו נתפח וניכר היטב ומ"מ לשונו צ"ע:

ובזה יש ליישב מ"ש מהרי"ט בתשו' מלשון המשנה שבנוסחת ירושלמי וכ"ה במדרש רבה אין מעידין לאחר ג"י דמשמע דדוקא בברי לאחר ג' הא סתמא מעידין וא"כ קשה על הפוסקים המחמירים בספק ולפמ"ש י"ל דלכך נקט במתני' דרוצה להשמיענו דבכל

גוונא אין מעידין אף בידוע בבירור שלא נתפח משא"כ בסתמא אז היכא דידוע בבירור שלא נתפח שפיר מעידין:

אלא שמ"מ צ"ע בנ"ד שהעיד העיד שהחוטם בראשו היה חתוך קצת מה שאכלו השרצים כו' והרי שנינו אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם וגם לסמוך על דעת ר"ת דס"ל דאם הגוף שלם מעידין ע"ז כתב הח"מ דהיא ספק א"א והבא עליה בא"ת קאי כיון שרבו החולקים וגם לצרף סברת ר"ת לספק נלענ"ד שאין לו מקום בכאן שדברי ר"ת אמורים היכא שמעיד שהכירו בט"ע של גופו וצורתו וכמבואר בלשון הרא"ש שכתב וז"ל והיכא שאינו נחבל בפנים נראה דבר פשוט שיוכל להכיר ע"י ט"ע של גופו וצורתו כו' וא"כ מכ"ש בנחבל בפנים אף לפמ"ש התוס' דאם כל הגוף שלם מהני היינו כשמעיד כן להדיא שהכירו מט"ע של גופו משא"כ בנ"ד שלא הזכיר כלל שהכירו ע"י גופו רק אמר שהכירו בפרצוף והרי הכרת הפרצוף בפדחת לחוד ל"מ שכיון שנפצע ראש חוטמו הו"ל כאין שם חוטם כלל:

וראיתי בדברי הגאב"ד שכתב וז"ל שוב מצאתי בק"ע סעיף קע"ב בשם תשובת הב"י הא דכתבו הב"י לאחר ג' מעידין כשגופו כו' אבל אם נפצע בא' מאבריו אפי' חסר קצת בשר נראה דמעידין עליו עכ"ל וא"כ בנ"ד שנפגע ראש החוטם במקצת מעידין עליו כיון שכל הגוף שלם לדעת ר"ת עכ"ל ולענ"ד צ"ע דהכא כיון שאמר החוטם בראשו היה חתוך קצת הו"ל כנחסר קצת מן האבר שאין מעידין עליו ועוד נלענ"ד אין דברים אלו אמורים אלא לענין הגוף דחסר מקצת אבר אין מעידין אבל נפצע שפיר מעידין דאין זה מגרע הט"ע כיון שכל האברים שלמים אבל ט"ע בפדחת וחוטם נראה דבעינן שלא יהיה בהם שום חבלה כלל כיון שעיקר ההכרה הוא על ידם ובשינוי מעט שוב א"א להכיר היטב ומכ"ש בזה שבראש החוטם היה חתוך קצת שאם פירושו שהיה נחתך קצת מראש החוטם א"כ א"א לידע כמה נחתך והרי עיקר הט"ע בפרצוף הוא ע"י תבנית החוטם ואורכו ואע"פ שלפ"ז היה לו לומר שנחתך קצת מראש החוטם מ"מ קרוב הדבר שהב"ד העתיקו לשון העד מלשון אשכנז ולא דקדקו וכתבו כן כיון שגם לשון זה יש לפרש כן ועיין בנ"ב סימן מ' שכתב וז"ל וא"כ כאן כו' ובהפנים היו שני פצעים אחד ע"פ פדחתו והשני על חוטמו ושני מקומות הללו הם עיקר הכרת הפנים ובהם היתה חבלה פשיטא דל"מ עכ"ל משמע דגם פצע בלא חסרון ל"מ וכבר כתבתי שאין מקום להתיר מצד הגוף אף לדעת התו' בשם ר"ת כיון שלא הועד שהכירו בט"ע שבגוף שזה מוהר"ר יוסף מבראד רק ע"פ ט"ע הפרצוף שוב ראיתי בדברו העד השני שאמר אונ איך האב אים דער קענט וראש החוטם היה חתוך משרצים כו' ולשון זה משמע שההכרה היתה בפנים ואמר שראש החוטם

היה חתוך ואעפ"כ הכירו ומלשון זה משמע שהיה חתוך קצת מראש החוטם וא"כ אין כאן מקום להקל מחמת ההכרה כלל:

אך מה שנלענ"ד לצדד להיתר ע"פ מה דאמרי' בבכורות דף "ו דה"ט דבעינן פדחת עם פרצוף פנים דוקא משום דבעדות אשה אחמירו רבנן ופריך ומי אחמירו רבנן והתנן הוחזקו להיות משיאין כו' כי אקילו רבנן בסופה בתחלתה לא אקילו רבנן ואיב"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד דכיון דבעינן הכרת פנים ל"מ פדחת לבד והשתא ללישנא קמא דהטעם משום דבעדות אשה החמירו רבנן מבואר דמדאורייתא בהכרת פדחת לחוד סגי ולאידך לישנא בעינן פרצוף פנים עם החוטם מדאורייתא והנה הפ"י בגיטין דף כ"ז כתב דמזה מוכח דאפילו בחששה דרבנן ל"מ סימנים דרבנן דהא קי"ל דאין מעידין על פ"פ אלא עם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו כו' ושקיל וטרי לומר דהטעם משום סימנים דרבנן ומשמע דפ"פ ל"מ אע"ג דאיכא סימנין כו' ולענ"ד י"ל דבהנך תרי לישנא דבכורות תליא בלישנא ד סימן דאורייתא או דרבנן דבאמת אם סימנים דאוריי' ואף סימנים שאינם מובהקים מהני א"כ י"ל דגם ט"ע בפ"פ לחוד מהני דלא גרע מ סימן שאינו מובהק דרחיק שיזדמן שפ"פ של זה יהיה לו ג"כ ט"ע כזה משא"כ אי אמרינן סימנים דרבנן ומדאור' סימנים מובהקים בעינן א"כ גם בט"ע ל"מ כ"א בפ"פ עם החוטם דהו"ל ט"ע גמור אבל ט"ע דפ"פ לחוד ל"מ וא"כ במשנה דאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אע"פ שיש סימנים כו' ממ"נ להך לישנא דסימנים דאורייתא ובעינן הכרת חוטם מדרבנן הך אע"פ שיש סימנים כו' מיירי בארוך וגוץ כו' דאל"כ בלא"ה סגי מחמת הסימנים לחוד ואי סימנים דרבנן א"כ שוב בעינן הכרת חוטם מדאוריי' ולכך ל"מ אע"פ שיש שם סימנים שאינם מובהקים ולפ"ז אם נימא דבעינן פ"פ עם החוטם מדאורייתא א"כ סימנים דרבנן ואי סימנים דרבנן י"ל דל"ח לשאלה ויש לסמוך על ט"ע דבגדים ואם פ"פ לחוד סגי מדאורייתא א"כ אין כאן רק משום דבאיסור א"א אחמירו רבנן א"כ י"ל דבכה"ג כ"ע מודו דל"ח לשאלה דכיון דליכא חזקה א"א אמרינן חזקה מה שיש ביד אדם בחזקת שהוא שלו וכמ"ש בנ"ב סימן נ"א ועוד בכמה תשו' ואף היכא שנשארה בספק איסור ומכ"ש כאן דלהך לישנא יצאתה מאיסור תורה ע"י ט"ע בפ"פ לחוד:

אך עדיין צ"ע דבאמת משמע בש"ס דהך לישנא אי בעינן עם החוטם בפי' לשון הכרת פנים תליא מלתא והכרת פנים חדא נינהו אף אי סימנים דרבנן מ"מ זה מיקרי הכרה ואי אמרינן יכיר לחוד והכרת פנים דבעינן דוקא שיכיר הפנים ג"כ א"כ אף אי סימנים דאורייתא מ"מ זה גרוע מסימנים דאין זה הכרת פנים וגם דהא רוב האחרונים ס"ל דאי סימנים דרבנן פשיטא דחיישינן לשאלה וא"כ אין כאן מקום היתר לפ"ז ובפרט בזה

שהוא אחר ג"י וא"כ אפילו תימא דספיקא הוה עכ"פ אין לסמוך על ההכרה בכה"ג שאין החוטם קיים:

אמנם נלענ"ד לצדד ע"פ מ"ש שיש מקום לסמוך על דברי העכו"ם שאמרו במסל"ת שראו את ר' יוסל מבראד שוכב הרוג וא"כ י"ל דבשעת ראיית העכו"ם הי' חוטמו שלם וכמבואר לעיל דלענין עד מפי עד תלינן להקל ואמרינן שלא הי' נחבל שאין זה מדברים שדרך העד לספר וכמבואר בק"ע סעיף מ' בשו"ת מהריב"ל ואף לדעת מהראנ"ח שנראה מדבריו שאין לחלק בכך כל שיש לספק בכוונת דבריו ספיקא הוי מ"מ נ"ל דבזה כיון שראוהו שני עדים כשרים והכירו בפ"פ וא"כ יצתה מאיסור תורה דהא אינו רק ספק תוך ג' כמש"ל ובספק תוך ג' יש להקל לדעת רוב הפוסקים א"כ בכה"ג שפיר יש לסמוך על הפוסקים דבעד מפי עד תולין להקל ועוד נלענ"ד דהא הטעם דמחמרינן בכל ספק עדות בעגונה אע"ג דבעלמא אמרינן דבעגונה הקילו היינו משום דאמרינן בבכורות דלא הקילו רק בסוף עדות אבל בתחלה עדות לא הקילו:

והנה לכאורה זה תלוי ג"כ בשני התירוצים דאי אמרינן דפ"פ עם החוטם מדאורייתא בעינן משום דהכרת פנים לחוד שוב א"צ לחלק בין תחלת עדות לסוף עדות דהא הך דאין מעידין כו' אתי כפשטא וא"כ מנ"ל לחלק בזה כלל א"כ בספק בלשון העדות יש להקל ובאמת דעת המ"ב להקל בפלוגת' ועיין בב"ש ס"ק מ"ז שכן דעת הט"ז ואם נאמר להחמיר בתחלת עדות א"כ להך תירוצה הא דבעינן עם החוטם אינו רק מחמת שהחמירו רבנן שוב י"ל שיש לסמוך על מה שהגידו העכו"ם שהכירוהו ושמא אז הי' גם החוטם קיים ואף שי"ל דדוקא היכא שלא ראהו אח"כ כלל אמרינן שהעד הראשון ראהו שלם והרי הוא בחזקתו שהי' שלם מתחלה משא"כ כאן שראינוהו שחסר ראש החוטם א"כ אדרב' אית לן למיזל בתר שעת מציאתו דגם בשעת ראיית העכו"ם הי' חסר מ"מ אפשר דיש לסמוך זה על ט"ע דבגדים:

וגם אפשר שהכוונה מה שאמרו העדים שראו החוטם הי' חתוך קצת אין פירושו שנחתך ממנו אלא שנחתך קצת ברחבו שאל"כ הול"ל שנחסר בראש החוטם קצת ונראה שהעד אמר בל"א איז ניוועז צו שניטן שמשמעותו שהי' חתוך באמצע באופן שאין חסרון באורך רק ברחבו ניקרו קצת השרצים בפיהם ואף שתלוי בו עיקר ההכרה מ"מ אפשר דבכה"ג שפיר ניכר הוא בט"ע וע' בתשובת צ"צ סימן מ"ה שאע"פ שנקלף העור מן הפדחת והחוטם לא מיקרי חסרון ומשמע שם שאם הי' חסרון קצת ג"כ אין מעידין עליו:

ולכאורה הי' אפשר לומר דאפי' לאידך לישנ' דבכורות דוקא פדחת בלא פ"פ ל"מ אבל עם פ"פ אף בלא החוטם מהני מדאורייתא והא דקתני בבריית' עד שיהיו שניהם עם

החוטם מדרבנן הוא דאחמירו בזה וזה מוכרח לכאורה דהא בגמ' נסיב לה קרא דהכרת פניהם ענתה בם והתוס' הקשו על רש"י שפי' בבכורות דמהך קרא מוכח דפ"פ נמי בעי והקשו ע"ז דהא ביבמות משמע דקרא קאי על פדחת דחוטם בכלל פ"פ הוא ולכך פירוש ביבמות הכרת פניהם היינו הפדחת של הפנים כו' והנה מ"ש דחוטם בכלל פ"פ הוא תמוה דהא מדקאמר אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אלמא דגם בלא החוטם מיקרי פ"פ וכן בבריית' איתא עד שיהיו שניהם עם החוטם אלמא דחוטם לאו בכלל פ"פ הוא וגם מלשון דקאמר פדחת ולא פ"פ כו' ולא קאמר פדחת ופ"פ ולא חוטם אין מעידין עד שיהיו שלשתן משמע דפדחת ופ"פ מדאורייתא בעינן ולכך נקט להו ברישא דאין מעידין עליהם מדאורייתא וסיים בה עד שיהיו שניהם עם החוטם ולא כללינהו עם פדחת ופ"פ דבאמת חוטם לא בעינן מדאורייתא רק מדרבנן לחוד:

אמנם הירושלמי קאמר דהכרת פניהם ענתה בם זה החוטם והביאוהו התוס' א"כ משמע דגם הכרת החוטם הוא מדאורייתא ואף בנחסר מקצתו אין להעיד עליו דל"ש בזה רובו ככולו ודוקא גבי בכור י"ל כן דכיון שנולד כבר אותו הדבר שראוי להיות ניכר על ידו קרינן בי' יכיר והו"ל כילוד משא"כ כאן דבעינן שיכיר ממש ופשיטא דהכרת רובו ל"מ אלא שעכ"פ יש כאן מקום קולא עפי"ז להקל בנחסר בראש החוטם באמצע הרוחב ומכ"ש כשאין ניכר שם רק כמו חתוך לבד בלא חסרון כיון שכל תמונתו הוא שלימה לפניו באורכה וברחבה שפיר הוא יכול לשער תמונת הפרצוף אף שיש שם חסרון קצת:

והנה בתשובת מיימוני סימן ט' כתב מהר"מ וז"ל ועוד שהרי כתב ר"ת בתשו' א' וז"ל וזכורני שכך דנתי לפני ר' שמואל והתרנו אשת אחיו של ר' שלמה כו' וע"כ האי אין מעידין אלא עד ג' ימים לאו אאדם ידוע וניכר למעידים דאפילו עד ק' ימים מהני כיון שיודעים שזהו אע"פ שאין ידוע אלא ע"י סימנים פרצוף ופדחתו וחוטמו כו' עד וכ"כ בה"ג כו' עכ"ל רז הוא האריך ואני קצרתי אלמא אם המעיד עליו היה מכירה מקיים ומעיד עליו לאחר מותו שהכירו בט"ע מעיד עליו אפי' לאחר מותו כמה ימים וה"ה בעדות עכו"ם המסל"ת המכירו ומעיד עליו אפילו לאחר כמה ימים מהימן ובשו"ת מהרי"ט סימן קל"ט כתב בשם הגאון מוהר"ר אליהו מזרחי סימן ל"ט שהביא דברי הא"ז בשם תשו' ר"ת דהא דקתני אין מעידין אלא עד ג' י' לא קאי אאם ידוע וניכר בחייו למכיריו דההיא אפי' אחר ק' ימים מעידין עליו והביא ראיה מרב יהודאי גאון שכתב דבט"ע גמור שישנו ראשו ורובו שלם אפי' לזמן מרובה כו' ועיין במהרי"ט ח"ב סימן ל"א ול"ב:

והנה מכל זה מבואר דר"ת מפרש דמתני' מיירי כגון שזה המעיד לא היה מכירו מחיים כלל רק עתה ראה אותו ומעיד לפני ב"ד שמצא א' מוטל מת ומצייר תבנית פרצופו פדחתו וחוטמו ואנחנו יודעים שכך היה צורת בעל האשה הזאת בזה אין מעידין אלא עד ג' ימים משא"כ אם היה העד מכירו בחייו ומכיר אותו גם עכשיו בט"ע גמור אף לאחר כמה ימים מעידין:

וראיתי תשו' א' שכתב הגאון בעל קצות החושן נ"י על דברי דברי התוס' ביבמות מ"ש ועוד דשמא דוקא בסימנים הוא דקאמר הכי אבל בט"ע ניכר הוא כו' הביא דברי מהרח"ש שרצה לפרש כן דברי התוס' בסימנים היינו שהעד אינו מכירו אלא שאומר סימני פרצופו אבל בט"ע ניכר הוא היטב (ומ"ש ע"י סימני הגוף כבר כתב הב"י בתשובה שהוא ט"ס ובנ"י ליתא) אלא שמהרח"ש דחה זה דהיינו ארוך וגוץ דלא מהני והוא נ"י חיזק פירוש זה ע"פ דברי תשובת מיימוני הנ"ל וכתב דממ"ש וכ"כ בה"ג מבואר דס"ל דבסימני פרצופו וחוטמו שפיר מהני סימנים כי הני ודוקא בסימני גופו ל"מ ארוך וגוץ וכ"ה בבה"ג לגבי א"א אחמירו רבנן עד דאמרי סימני פדחתו וחוטמו ושאר סימנין שלו כו' והאריך בזה ולענ"ד לא כיון ר"ת לדברי בה"ג אלו כמבואר בא"ז בשם תשובות ר"ת הנ"ל שכתב בשם רב יהודאי גאון שכל שישנו ראשו ורובו שלם מעידין עליו ומי יודע באיזה מקום כ"כ בה"ג ואפשר שכ"כ בתשובה וגם כי התוס' מביאים כ"פ מה שחסר בבה"ג שלפנינו:

וראיתי לדודי מ"ו הגאון מוהר"ר סענדר נ"י השיב לו ודחה פירוש זה ופירוש פירוש אחר ולא ראיתי רק דרך העברה בעלמא רק זכורני שהקשה דלפי זה מאי מייתי מהך דדגלת דהא אמרינן דאנסבא רבא אפומא דשושבינא דהא ליכא לשנוי כמו שתירצו הפוסקים שהיה ידוע דעובדא הוו שלא היה גופו שלם וה"נ ידוע שלא היה מכירו דז"א דהא שושביניה פירושו שהיה שושבין שלו ומכירו היטב:

ולענ"ד נראה דר"ת מפרש הך עובדא מיירי דאסקוה אגישרא וראו שם תמונת פרצופו וגופו ואז לא היה מי שמכיר אותו ואנסבא רבא לדביתהו אפומה דשושבינ' שהוא העיד לפנינו שבעל אשה זו היה לו אותה התמונה עצמה ואם כן הוא בגוונה דמיירי ביה מתני' לפי' ר"ת (אמנם לפי מ"ש אף לר"ת ובה"ג ראשו ורובו שלם בעינן וכבר תירצו הפוסקים דידוע היה דעובדא הוה באין גופו שלם אם כן בלא"ה אתי שפיר):

ומצאתי בס' פענח רזא סוף פרשה שופטים בענין עגלה ערופה וז"ל אמר רבינו בכור שור שכל היגיעה הזאת שיהא פרסום גדול ויבואו מכירים רחוקים ויעידו ויגידו ולא תהא אשתו עגונה שכל עדים שיאמרו מכירים אנו שהוא זה ודאי מועיל אף אחר זמן רב ומה

שאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם היינו כשאומרים מעידים אנו על פרצופו שהוא כך וכך והם אינם רואים ההרוג והרואים ידמו מכח עדותם שהו' זה כההי' גברא דטבע בדגלת כו' עכ"ל ונראה שמפרש עובדא דדגלת כמ"ש וזכורני שראיתי לשון זה בס' דעת זקנים שנדפס זה מקרוב והוא חיבור מרבותינו בעלי התוס' על רש"י על התורה ושם ראיתי הלשון הזה בשם רבינו יוסף בכור שור קצת באריכות יותר (ורבינו יוסף בכור שור הוא היה ראש משפחת א"א זקני הגאון בעל תבואות שור כמבואר בכ"י אא"ז הנ"ל בסדר שלשלת היחוס שלו שכך קבלה בידו שהוא מיוצאי יריכו של ר"י בכור שור בעל התוס') והוא היה תלמיד ר"ת כמבואר בתוס' ושו"ת רש"ל סימן וא"כ נראה שהם דברי רבינו תם רבו:

שוב בא לידי ס' דעת זקנים הודפס בליוורנו מרבותינו בעלי התוס' ושם איתא וז"ל ומדדו את הערים אמר הרב בכור שור דכל זה צוה הקב"ה לעשות כדי שיצא הקול לנרצח ומתוך כך יבואו עדים ויעידו שהוא מת ולא תשב אשתו עגונה ומאי דאמרו רבותינו אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם כגון שבא ואמר מעיד אני על חוטמו ופרצופו שהוא כך וכך ואין העדים מכירין אותו אלא מתוך דבריהם יבינו המכירים אותו שהוא זה אבל אם באים עדים ואומרים מכירים אנו בודאי שזהו ט"ע גמור כאילו ראיתיו חי ודאי תנשא אשתו בעדות זו אפילו לאחר כמה שבועות ולפירושו אפילו ממקום רחוק יכול לבוא ולהתבונן בו וההוא דטבע בדגלת ואסקוה אגישרא כו' ואנסבא רבא לדביתהו אפילו לאחר חמשה יומי עדות סתם היה ודמיון ולא אמר מוחזקני בו עכ"ל הרי דמפרש הך עובדא דדגלת כפשוטו אלא שלא אמר מוחזקני בו ואף ע"פ שהיה שושביניה ומסתמא היה מכירו בחייו יפה מ"מ כל שאינו אומר עתה שהוא בודאי זה בט"ע גמור ל"מ בתר ג' ימים ולכך הוצרך לשנוייא שאני מיא דמצמת צמתי ומ"ש בפענח רזא כההיא גברא דטבע כו' הוא ט"ס וצ"ל כמ"ש כאן:

ולפי זה נראה בנ"ד לא מיבעיא אם היה החוטם שלם רק שנחסר קצת ברוחב החוטם בראשו דודאי מהני לדעת ר"ת כיון שהעדים אילו היו מכירין אותו בחייו והכירו אותו בט"ע גמור אלא אפי' אם נחסר קצת מאורך החוטם אם כן נראה דל"מ עדות העד הראשון שאמר והכרתיו בפרצוף ובאמת בפרצוף אין שם הכרה גמורה שהרי נחסר מהחוטם מ"מ שפיר מועיל עדות העד השני שאמר סתם שהכירו כמו שהוא מכיר כל מיודעיו ולא הזכיר כלל הכרה בפרצוף ומשמעות לשון העדים שהיא הגוף שלם שאמר ומצאתיו הרוג שוכב כו' ובגדיו היו עליו כמו שידעתי שהיה מלובש באותן הבגדים בחייו כו' ומה שאמר ופ"פ היה שלם היינו לפי שרצה לומר שהחוטם בראשו היה חתוך קצת

אבל באמת הגוף היה שלם ואם כן מהני ט"ע לדעת ר"ת ואף לאחר זמן מרובה ואע"פ שמהרי"ט תמה על הרא"מ שהביא דברי ר"ת לסמוך להתיר שהרי גדולי הפוסקים חולקים לענ"ד שהביאו משום שנסתייע מדברי בה"ג שדבריו דברי קבלה וכיון דבה"ג ור"ת ורבינו יוסף בכור שור ס"ל להתיר בזה ומהרי"ק כתב דגם הר"ר עזריאל דבתראה הוא פסק כדברי ר"ת וגם מהר"מ הביא דבריו להתיר וכתב שכדאי הם לסמוך עליהם וא"כ בנ"ד אפילו תימא שהוא לאחר ג' ימים שפיר יכולין להעיד עליהם כיון שהיו העדים מכירים האיש הזה בחייו וידעו אותו היטב ופשיטא דיש לצרף דעת ר"ת ובה"ג ור"י בכור שור ודעימייהו להקל:

והנה ראיתי בדברי הגאון אב"ד שלכאורה יש כאן מקום קולא לפי שהוא בחדש חשוון ולפי לשון הראב"ד שהובא בתשוב' מ"ב איתא דבימות הגשמים ומוטל במקום צינה מעידין עליו ומצינו לענין שוכר דמהחג הפסח מיקרי ימות הגשמים ואח"כ דחה זה דודאי יש לחלק בין דין שוכר דהוי ימות הגשמים מהחג ואילך כו' אך להיות סניף לשאר היתרים אפשר לצרף סברא זו כו' ולענ"ד בלא"ה צ"ע בזה אפילו אם היה ימות הקור ממש שי"ל דהיינו דוקא אם היה שוכב ערום בלא לבוש משא"כ בזה שהוא מלובש בבגדים אף אם היה פניו מגולים מ"מ הבגדים מחממין גופו והוא נתפח ואינו ניכר ומכ"ש בזה שאינה ימות הקור כ"כ וכ"כ בשו"ת פנמ"א ח"ב סימן צ"ה דהתם היה זמן הריגה סוף חדש חשוון ובעתים הללו ימי הגשמים ואין הקרירה כ"כ שיקרש ויגלד כו' ואם כן כל שכן כאן שהוא קודם חצי חשון ועדיין לא הגיע זמן רביעה שניה שאין להקל כלל מחמת זה ואף הגאון אב"ד לא אמרה אלא לסניף בעלמא כי בלא"ה בעיקרא דדינא שכתב ראב"ן נלענ"ד דלא משמע כן מדברי שאר פוסקים וקצרתי בכל זה:

עתה נבוא לדבר מצד ההיתר על ידי הגדת העד הראשון שהכיר הבגדים שעליו כמו שהיה לבוש בהם בחייו. והנה כבר העיר בזה מקום הגאון אב"ד פה ק"ק ע"פ מה שמבואר בכמה תשובות מהאחרונים דלשאלת כל הבגדים ל"ח כמו באוכף ושאר דברים דאמרינן דלא מושלי אינשי אלא שעדיין יש לפקפק על פי מ"ש הב"י בתשובה הביאו בב"ש דאי אמרינן סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה אלא שהגאון אב"ד נ"י כתב שי"ל שאין הדברים אמורים אלא בסימנים אבל בט"ע בכלים כאילו ל"ח לשאלה והאריך בזה ולענ"ד א"א לומר כן דלפי זה צ"ל דהא דלא חיישינן לשאלה בכלים דלא מושלי הוי כסימן מובהק ולכך מהני הט"ע אף למ"ד סימן דרבנן אלא שמצרפין שני מיעוטים מיעוט דשאלה ומיעוט דמתרמי סימן מובהק כזה א"כ אף אנו נאמר למ"ד סימנים דאורייתא ואף בסימן שאינו מובהק באוכף מחזירין החמור נימא דמצרף

מיעוטא דשאלה ועושהו כסימן אמצעי ולא יועיל להחזיר את החמור בסימני אוכף א"ו שז"א אלא אין סברא לצרף כלל ואם היה הך סברא דלהוי כסימן מובהק ודאי דמהני אף ע"י סימן מובהק באוכף כיון דעל ידי סימן מובהק מתברר שהאוכף שלו וצריך הוא להחזירו לו ואז גם החמור צריך להחזיר שהרי זה דלא מושלי הו"ל סימן מובהק ותרי מיעוטא בכה"ג אין מצרפין רק הב"י ס"ל דהך סברא דלא מושלי אינו רק כסימן דאינו מובהק ולכך ל"מ רק למ"ד דאורייתא ולמ"ד דרבנן לא מהני בין ע"י סימן ובין ע"י ט"ע וכן מבואר בשו"ת ב"י גופיה שכתב בדיני מסל"ת סימן ו' וז"ל אבל הרי"ף והרא"ש כתבו מתני' סתמא כו' וכן שום א' מהפוסקים לא הזכיר דמעידין עליו אם מכירין טבעתו וכיסוי וארנקי שלו כו' וכ"ת א"כ מאי האי דכתב הרא"ש ואותו שנמצא ברגלו בתי שוקיים והכירו שהם שלו כו' סימן מלבושיו ל"ה סימן דפעמים משאיל אדם מלבושיו לאחרים כו' עכ"ל ומשמע דטעמא משום דחיישינן לשאלה וא"כ בארנקי כו' דליכא למיחש לשאלה הוי סימן וצ"ל דלרבותא נקט דאפילו מ"ד סימן דאורייתא מודה אבל לדידן דמספקא לן אם דאורייתא או דרבנן אפילו בכלים דליכא למיחש לשאלה ל"ה סימן עכ"ל הרי מבואר דאף בט"ע ל"מ למ"ד דרבנן וכ"מ ממ"ש שם דהפוסקים ס"ל דכי משני רבא דכ"ע סימנין דרבנן מיירי שמצאו בעצמו ומכיר הכיס בט"ע ונאמן במיגו והכי אוקי הרא"ש הא דתנן בפרק כל הגט מצאו בחפיס' ובדלוסקמא כו' דהיינו דוקא כשמצאו בעצמו וסמכינן אהכרתו ונאמן במיגו וא"כ גבי עדות אשה דליכא מיגו אין מעידין אפילו על כיס וארנקי וטבעת עכ"ל הרי מבואר שדעת הב"י דאף הכרה בט"ע לא מהני בעדות אשה דליכא מיגו:

ומדברי גוף התשובת ב"י מבואר דלק"מ מ"ש עליו הב"ש מסימן קל"ב דהב"י שם כתב דבס"ד כי בעי לאתויי מהך דמצאו קשור דסימנים דאורייתא היה ס"ד דמיירי שאחר מצאו ומחזיר לו על ידי סימן זה שקשור בכיס וכי אמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן סבר דמיירי שמצאו בעצמו כו' ונאמן במיגו כו' ומ"מ דברי הב"ש נכונים בזה שכתב דהתם מיירי שהוא לפנינו ולא אמר שהשאיל ל"ח לשאלה כו' דסתמא דמלתא בכלים אלו אמרינן שלא השאיל ואף ששותק הוה כאומר שלא השאיל ונאמן במיגו משא"כ בשאר כלים צריך שיאמר דוקא שלא השאיל ואז נאמן במיגו ומ"ש הב"ש שהסוגיא אינו מיושב ור"ל דהו"ל לאוקמי הך דמצאו קשור באומר שלא השאיל י"ל דהתם קאי להך לישנא דאמר רבא דכ"ע סימנין דאורייתא וא"כ לא נייד מס"ד דמקשה דהוה מוקי לה במצאו אחר ונאמן על ידי סימנים ולכך פריך דניחוש לשאלה ולכך הוצרך לשנויי דלא מושלי אבל להך לישנא דסימנים דרבנן בלא"ה לק"מ דניחש לשאלה דלהך לישנא מיירי שמצאו

בעצמו וא"כ נאמן במיגו שלא השאיל ומ"מ לדינא מצרפינן הך סברא דכיס וארנקי לא מושלי לענין זה דעדיף משאר כלים דבזה אצ"ל שלא השאיל דסתמו כפירושו הוא אלא שמ"מ צ"ע דלשון הטור וש"ע סימן קל"ב משמע דא"צ אמירה כלל אף בשאר כלים רק שיודע בעצמו שלא השאיל סגי כיון שמצאו בעצמו אית ליה מיגו ובכיס וארנקי אע"פ שא"י אם שאל או לא מ"מ כשר דמסתמא לא שאל וכ"כ להדיא בב"י שם וז"ל וחילוק בין כיס וארנקי לשאר כלים הוא דהני לא בעינן בהו שיודע שלא השאילן לאחר דהני כלים לא עביד אינש דמושלי כדאיתא פרק בתרא דיבמות ובב"מ עכ"ל הרי מבואר אם א"י אם השאילן או לא אמרינן דמסתמא לא השאילן ואף על גב דל"ש בזה מיגו כיון שהוא מסופק בעצמו ואפ"ה כשר והרי הב"י גופיה מודה דאי ליכא מיגו דמי מיתה לגט ובאמת שהראיה שהביא הב"י מדברי הרא"ש דאוקי ההיא דמצאו בחפיס' במצאו בעצמו כו' הוא תמוה דחפיסה ודלוסקמא שפיר מושלי אינשי ולכך הקשו התוספות והרא"ש בזה דניחוש לשאלה ותירצו שמצאו בעצמו ומכירו ונאמן במיגו אבל בכיס וארנקי בלא"ה ל"ח לשאלה ואפשר שכוונתו כמו דמוקי הרא"ש ההיא דחפיסה כ"כ יש לפרש הא דכיס וארנקי למ"ד סימן דרבנן וצ"ע אבל מה שהקשיתי מלשון הב"י סימן קל"ב הוא תימא ודבריו סותרים למ"ש בתשובה דדוקא במיגו נאמן ונראה שתשובה זו כתבה קודם שחיבר הב"י שהרי בכל התשובה הארוכה ההיא שפירש פרטי דיניה לא הזכיר מחיבור הב"י כדרכו בתשובות אחרים שכתב אחר החיבור ובב"י חזר בו ולכך השמיט סברא זו בב"י ולא כתב אלא בסתם דחיישינן לשאלה דלא כהפוסקים דס"ל ל"ח לשאלה ולא כתב דיש להחמיר אף בכלים דלא שכיח דמושלי משום דבזה חזר והודה שיש להקל כדמוכח מדבריו בסימן קל"ב:

ומ"ש הב"ש דהיינו שיטת הריטב"א שהביא הב"י לא ידעתי כוונתו כי בב"י לא כתב מזה דבר וגם בתשובה לא הזכיר הריטב"א כלל (וגם כי נראה שהב"ש לא היה לו תשובת הב"י ומ"ש בשם תשובת הב"י ע"פ מה שהועתק בס' ח"מ בק"ע סעיף קע"ט בקצרה) ואפשר דצ"ל העיטור שהביא הב"י ואע"פ שמדברי בעה"ע שהביא הב"י אין מבואר כן מ"מ מכללא שמעינן ליה כיון שהב"י כתב שהעיטור סובר דחוששין לשאלה אף למ"ד סימן דרבנן וע"כ שלמד כן מלשון העיטור שהביא שם שכתב וההיא שינויי דמשני גופו דארוך וגוץ סימנים דאורייתא דחייתא נינהו ולא סמכינן אלא בפ"פ עם החוטם עכ"ל משמע דשום סימן לא מהני אף בכלים והיינו דחיישינן לשאלה ולפ"ז שוב מוכח דבכל הכלים חיישי' דהא סתם וכתב דלא סמכינן אלא בפ"פ כו' אך באמת צ"ע על הב"י גם בזה דבעה"ע לא מיירי שם אלא לענין סימנים שבגופו ובזה ל"מ סימנים אם לא שהם

מובהקים ממש כמ"ש הב"י אבל מכלים לא מיירי התם ואפשר דגם הוא מודה דל"ח לשאלה (אמנם הב"י כתב בשם הרי"ף והרמב"ן כן וכבר תפסו עליו כמה גדולים ואין להאריך) אך עיינתי בבעה"ע דף כ"א כתב וז"ל ואם מצאו בחפיסה או בדלוסקמא ומכירו כשר וצרפתים אומרים דבעי תרתי דלוסקמא ומכירו דהוה סימן מובהק והלכך הא דתנן אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אע"פ שיש סימן בגופו ובכליו ואוקמיה בחיוורא וסומקי ליתא להאי אוקימתא אלא אליבא מאן דס"ל סימן דאורייתא אבל לדידן דס"ל סימן דרבנן אע"ג דאית בהו סימנא אחרינא דכליו לאו סימן מובהק הוא אלא בצורת פנים עם החוטם וכן הלכתא עכ"ל ומ"מ נלענ"ד שאין כוונתו לענין חשש שאלה אלא דס"ל דלא שכיח סימן מובהק בכלים אבל אם מכיר הכלים בט"ע או דמתרמי סימן מובהק אדרבה משמע מדבריו דל"ח לשאלה שהרי כתב דבעי תרתי דלוסקמא ומכירו דהיינו שמכיר הדלוסקמא בט"ע כמ"ש בגיטין כ"ח ומהני אע"פ שאין ברי לו שלא השאיל ואפשר דמ"ש תרתי בעי דלוסקמא ומכירו ר"ל שצריך שידע שאיבדו בדלוסקמא כמ"ש התוספות שם בתשובה ב' דאל"כ חיישינן לשאלה:

ועכ"פ בכלים דלא שכיח דמושלי נראה דהב"י תברא לגזיזיה מ"ש בתשובה וכ"נ ממ"ש בש"ע סתם אע"פ שיש סימנים מובהקים ביותר בכליו אינם כלום דחיישינן לשאלה כו' וחידש גדול כזה היה לו לבאר דאפילו בכלים דל"ש דמושלי חיישינן א"ו דהדר ביה וכן דעת הב"ש דבכלים אלו יש להקל ולקמן אבאר עוד בזה אמנם מה שיש לפקפק בזה שהרי בש"ס איבעי' לן בע"א במלחמה אי מהימן דדלמא אמר בדדמי ולדעת התוספות הספק דלמא האשה אומרת בדדמי והנה התוספות ס"ל דלא אפשיט בעיין כלל ולדעת הרי"ף באומר קברתיו אפשיטא מההיא דדגלת ולדעת הרז"ה יש לחלק בין ראה הטביעה ללא ראה הטביעה דאם ראה הטביעה צריך ט"ע וסימנים וכמבואר כ"ז באורך למעיין בפוסקים והשתא בנ"ד שאם באנו להתיר ע"י ט"ע בבגדים הרי לא נזכר זה אלא בדברי העד הראשון בלבד והו"ל ע"א במלחמה דהו"ל כראה הטביעה ול"מ ט"ע לחוד בלא סימנים ומה יועיל הט"ע דבגדים דהא איכא למימר דאמר בדדמי לפי שידע שהיה לבוש בבגדים אלו ובשלמא לענין הכרת הפרצוף כיון דאיכא תרי דקמסהדי ל"ח דאמר בדדמי כמש"ל משא"כ בט"ע דבגדים:

ומצאתי בנ"ב סימן כ"ח שכתב ג"כ דבראה הטביעה ל"מ ט"ע דבגדים כי היכא דל"מ ט"ע בגוף לדעת הרא"ש והרז"ה ודקדק כן מלשון רמ"א שכתב והיה לו סימן מובהק בבגדים משמע מזה דט"ע דבגדים ל"מ ע"ש וא"כ הרי הדבר פשוט ומבואר באשרי שם ובכל הפוסקים דמים ומלחמה חד דינא אית להו דחיישינן לבדדמי וכ"מ מלשון הרמב"ם

והש"ע סימן י"ז סל"ג ע"א שאמר ראיתי שמת במלחמה או במפולת או שנטבע בים הגדול ומת וכיוצא בדברים אילו שרובם למיתה אם אמר קברתיו נאמן ותנשא על פיו ואם לא אמר קברתיו לא תנשא ואם נשאת ל"ת עכ"ל ומ"ש המ"מ והכ"מ והל"מ שם לפרש דהך ומת היינו ששהא עליו כו' אינו מחוור לענ"ד דהא הך דינא דמשאל"ס אם נשאת ל"ת קתני לה בבבא שאח"ז וד"ל דהכא קתני לה אגב גררא דאם אמר קברתיו נאמן שתנשא לכתחלה ואגב אמר דאם לא אמר קברתיו ל"ת אבל לענ"ד ברור בדעת הרמב"ם דבהכי לא מיירי כלל אלא דהכא קאי למיפסק דין המבואר בש"ס בע"א במלחמה דהיינו שאומר שראוהו ממש מת אלא שאומר סיבת מיתתו היה ע"י מלחמה או ע"י מפולת או ע"י טביעה בים הגדול דמים כמלחמה דמי ומ"מ מיירי שאומר שראוהו מת שנטבע ועלה תיכף וראה אותו מת וכדאמרינן בש"ס דאסקינהו קמן או בעובדא דדגלת דאסקוה אגישרה והלכך כיון שדברים אילו רובן למיתה (וכמש"ל מש"ס דב"ב דקאמר בהלך ג' דברים דר"א בן פרטא שרובן לאבד וא"כ ה"ה בשטפו נהר או נפלה מפולת שהוסיפו עליהם) יש לחוש שאומר בדדמי שמת ובאמת לא מת וניצל ע"י איזה סיבה במלחמה דעביד ליה סמתרי וכן בשאר דברים ולכך צריך שיאמר קברתיו ומ"ש שאם נשאת ל"ת אינו מטעם משום שרובן למיתה וכדמשמע בדברי הב"ש ס"ק ק"ב שכתב ל"ד במשאל"ס אלא ה"ה בכ"מ שע"פ הרוב הוא מת ל"ת. ובאמת ז"א דהא הרמב"ם וש"ע כתבו גם במלחמה ומפולת שרובם למיתה וכ"ה באמת כמש"ל מש"ס דב"ב ואפ"ה אם לא העיד העד שמת תצא שהרי הוסיפו על הג' דברים מפולת ושטפו נהר כמבואר לקמן סימן קמ"ה (ומ"ש הב"ש ס"ק י"ח בדין הגוסס צ"ע דגם בגוסס נותנין עליו חומרי חיים כמבואר ברמב"ם פ"ו מה"ג ועיין בגיטין שם ואין כאן מקומו) רק מצד עדות העד שהעיד שראהו מת דלכתחלה חיישינן לה דאמר בדדמי ובדיעבד אם נשאת ל"ת ואזיל בזה בשיטת הרי"ף רבו דס"ל דבלא קברתיו אם נשאת ל"ת וכמ"ש הח"מ בשם תשו' בן לב שמצא בספר העיטור תשו' להרי"ף בע"א במלחמה בלא קברתיו אי אינסבא לא מפקינן ליה (וע"ש בשו"ת מהר"י בן לב ח"ב סימן ט"ז וב סימן י"ד הביא דברי הרי"ף שהוא אמרה לענין טביעה במים וכ"ה תשו' זו בשו"ת הרי"ף שנדפס מקרוב סימן והרמב"ם ס"ל דגם במלחמה הדין כן וכדעת הריב"ש ודלא כתה"ד וב סימן הארכתי בזה) ע"ש בח"מ ס"ק ק"ב ובטעמא דמלתא כתב ה"ה דבעיא דלא איפשטא ובב"ש כתב בס"ק קמ"ג דקברתיו אפשיטא ובלא קברתיו אע"ג דיש לחוש לכתחלה לבדדמי מ"מ בדיעבד ל"ת ועיין בזה בשו"ת מהריב"ל הנ"ל ואין להאריך וע"ש בתשו' הנ"ל סימן י"ד דמפרש ג"כ

דברי הרמב"ם בבא קמא דמיירי שמעיד שנטבע ופלטו הים וראה אותו מת אלא שאינו אומר קברתיו וכ"כ בתשו' מהר"מ אלשקר ב סימן וברור בדברי הרמב"ם כמ"ש:
ותבנא לדיננא דודאי מלחמה ומים חד דינא אית להו ואיכא למיחש היכא שאמר שראה אותו מת ע"י סיבת המלחמה דאמר בדדמי וצריך שיאמר קברתיו ואף דבנ"ד הוי כמו קברתיו מ"מ לדעת הרא"ש כל היכא דשייך בדדמי צריך שיהיה ט"ע עם הסימנים וא"כ ט"ע דבגדים לחוד ל"מ ומ"ש הב"ש בס"ק צ"ט אם אמר קברתיו כו' ואם נטבע במשאל"ס צריך לו' בו סימן מובהק פשוט שאין ר"ל במלחמה ל"ב סימנים כמו במשאל"ס ובקברתיו לחוד סגי וכן ראיתי שהבין בס' בית מאיר ותמה עליו דמים ומלחמה דין א' להם אמנם כוונת הב"ש פשוט דבמלחמה דמיירי שאומר שירו בו חיצים וכדומה ולא זז ידו מתוך ידו עד שמת פשיטא דבקברתיו לחוד סגי שהרי ראה אותו בעודנו חי והכירו שהוא זה וראה שהמיתו איש זה ולאחלופי ל"ח דשמא המיתו איש אחר וסבר שזהו הוא שהרי עיקר התחלת החשש דבדדמי מחמת שראו אותו שהוכה מכת מות דאל"כ למה ידמה כלל על זה שמת משא"כ במשאל"ס שהוא נטבע ושוהה שם עד שת"נ ועולה אחר כך מן הים מת הרי יש לחוש שמא אחר הוא שעלה ואומר בדדמי שזהו הוא ולכך צריך סימן מובהק שזהו הנטבע ואף שאינו מכירו עכשיו כלל בט"ע סגי כיון שיש לו ס"מ וה"ה במלחמה כה"ג כשראה שירו בו חיצים וכדומה ואחר כך הלך לדרכו ושוב אחר כך מצאו שמת גם כן ל"מ ט"ע דחיישינן לבדדמי (שוב ראיתי בס' הנ"ל בסעיף מ"ח כתב שם ובזה היה אפשר לדחוק דברי הב"ש ס"ק צ"ט כו' ור"ל כמש"ל ולענ"ד הכוונה הפשוטה כך הוא) ומ"ש הרמ"א בסעי' מ"ט וי"א אפי' בע"א כו' וראיתיו אח"כ והכרתיו בט"ע וראיתיו שמת נאמן כו' ע"ש ובח"מ היינו דאיהו ס"ל דל"ח לבדדמי דלמא אחר הוא דס"ל דהכרה בט"ע ודאי מהני אבל לדעת הרא"ש דס"ל דבידע הטביעה צריך סימנים בינונים בצירוף ט"ע ה"ה בידע ההריגה וכ"כ בס' הנ"ל וא"כ בנ"ד אף לפמ"ש הח"מ שם דאם לא ראה ההריגה רק שראה בשעת מלחמה הרוג א' והכירו שהוא פ' מאחר שאינו אומר שנהרג בפני כו' ל"ש בדדמי מ"מ בנ"ד שעכ"פ הי' בעיר שכבשוה כרקום שרובם למיתה שייך ג"כ הך חשש בדדמי כמו בראה ההריגה כמבואר מלשון הרמב"ם שהבאתי לעיל דכל שרובם למיתה חיישינן בע"א לבדדמי (ומ"ש בס' הנ"ל על הב"ש ס"ק נ"ט דמה דנקט משאל"ס אינו מדוקדק דגם במשיל"ס ולא עמד כשת"נ צריך הכרה עם סימנים בינונים מחשש חילוף ולקברתיו מחשש בדדמי לא מת ולענ"ד ז"א דמשיל"ס כיון דאין רובם למיתה ל"ח כלל שיאמר בדדמי וכמ"ש לקמן) וכ"נ ממ"ש הרמב"ן בחי' ליבמות והא מים כמלחמה דמי פי' מכיון שנשברה ספינתו בים איכא למימר בדדמי

הלכך גבי ע"א לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשבר ספינתו כו' וא"כ הרי ספינה שנשברה בים ועיר שכבשוה כרקום בני חד ביקתא אינן בהנך ג' דברים דר"א בן פרטא וא"כ פשוט דשייך חשש בדדמי אף בנמצא אח"כ הרוג כמו בספינה שנשבר ואח"כ הועלה דחיישינן לבדדמי ובעינן ט"ע עם סימנים בינונים עכ"פ לדעת הרא"ש והרז"ה ז"ל וגם לשיטת התוס' צ"ע בזה דהרי התוס' ס"ל דאיכא חשש בדדמי על האשה דלא דייקא וא"כ שוב ל"מ ט"ע דע"א כלל כיון דלדעתה לא איפשט האיבעי' כלל:

ואמנם בזה הי' אפשר לומ' ע"פ מ"ש בתשו' סימן שצריך להבין דברי התוס' שכתבו להתיר בגופו וצורת פניו שלמה דמה בכך כיון דלא איפשטה בעיין ויש לחוש דהאשה אמרה בדדמי והארכתי בזה. והעליתי ע"פ מ"ש הרמב"ן והרשב"א שכתבו מכאן שיתוודע לה שנטבע בעלה אמרה בלבה לא אדרוש עוד ותסמוך על העד שאמר מכירנו בו ע"ש (והוכחתי דהרמב"ן תברא לגזיזיה מ"ש מעיקרא מכיון שנשברה ספינתו כו' אלא עכ"פ היא חוקרת לידע אם שהה כשת"נ והנה הדין דין אמת ומוסכם בפוסקים דבמלתא דרבנן סמכינן אמלתא דעל"ג לא משקרי עיין בנ"ב סימן ך"ז ולפי"ז א"ש דברי התוס' דכל דליכא למיחש לבדדמי דעד שפיר דמי וא"ל דהא מ"מ האשה אומרת בדדמי ז"א כיון דעכ"פ היא דייקא עד שמתוודע לה שנפל למים א"כ פלטינן מאיסור דאורייתא דהא משאל"ס מותר מדאורייתא ואף דלא דייקא טפי מ"מ שוב שפיר סמכינן על העד במלתא דרבנן מטעם מלתא דעל"ג והארכתי ליישב לפי"ז קו' הש"ס דפריך והא מים כמלחמה דמי כו' וא"כ בנ"ד שהעליתי לעיל דאם הי' ידוע לנו שהעיר היתה מוקפת מכל צד שאין מקום להמלט דאז הוי דינה כעיר שכבשוה כרקום ועכ"פ כהקיפוה כרקום דמהני לדעת הטור והש"ע יצאנו בזה מחשש איסור דאורייתא ע"פ שני העדים שהכירוהו בפ"פ אף שי"ל שהוא אחר ג"י רק שיש מקום להסתפק דשמא לא היתה מוקפת כ"כ ולפמ"ש אתתא דא שרי' ממ"נ דאם היתה העיר מוקפת מכל צד א"כ פלטינן מאיסור דאורייתא וממילא מהני ט"ע דבגדים ול"ח שהאשה אומרת בדדמי דבדרבנן בהך טעמה דמלתא דעל"ג סגי ליה וכן לשיטת הרא"ש נראה כיון דאיבעיא דלא אפשיטא הוא אומר בדדמי א"כ בדרבנן יש להקל ואם לא היתה מוקפת מכל צד עד שאפשר שיברחו אנשיה בהחבא א"כ אין חשש בדדמי כיון שהעד לא ראה ההריגה ומחמת שהיתה העיר במצור לא יאמר בדדמי כיון שיש מקום להמלט ובכה"ג לא הוה רובן לאבד ואין כאן חשש בדדמי כלל ודמי למשיל"ס דל"ש בדדמי דאין אדם טועה לומר מכיון שטבע שוב אינו עולה אלא ממתינין עד שת"נ כו' וזה כוונת הרא"ש ג"כ שכתב והראב"ד כתב כו' ודייק לה מעובדה דחסא כו' ואין נ"ל ראי' דמשיל"ס ל"ד למלחמה דל"ש למימר בהו בדדמי דכיון

שעומד ורואה כל סביבות המים ושהה כשת"נ ודאי מת עכ"ל וי"ל דבכה"ג ודאי אינו אומר בדדמי מחמת הטביעה לבד אא"כ עומד ורואה כו' וא"כ ודאי מת והרשב"א בחי' כתב ג"כ על דברי הרמב"ם וז"ל ומדברי הרב ז"ל שכתב במשאל"ס או שטבע בים הגדול נראה דטעמא דע"א משום דאמר בדדמי אבל במשיל"ס שאפשר לו לעמוד על בוריו של דבר לעולם אינו מעיד אא"כ עמד שם כו' הלכך כל שמעיד סתם שמת במשיל"ס נאמן עכ"ל ואע"פ שכתב הטעם משום שאפשר לו לעמוד על בוריו של דבר וזה ל"ש כאן מ"מ מבואר מדבריו דכל שלא עמד על בוריו של דבר אינו מעיד וכ"נ מדברי הב"ש ס"ק צ"ט שהבאתי לעיל ונ"ד שאין רובן למיתה כמשיל"ס דמי ולא חיישינן לבדדמי:

ועוד נלענ"ד דאין כאן חששא דבדדמי על ט"ע דבגדים ע"פ מ"ש מהרי"ל בן חביב בתשו' סימן קל"ה דתרי גוונא בדדמי יש כגון במלחמה דאיכא חשש בדדמי דלא מת ובמים איכא חשש בדדמי דלמא אחרינא הוא כו' ומאי דכתב הרז"ה דעדיף כשלא ראה העד הטביעה היינו לאפוקי מספיקא דלמא לאו האי גברא הוא דודאי כשראה הטביעה ומיד ראה שהעלו איש א' מת מן המים אומר בודאי היינו האי דעל היינו האי דמפיק ולכן אמר בדדמי ואינו מקפיד לראות אם הוא הוא אבל במלחמה שהספק אם מת מה יועיל יותר מה שלא מעיד על המיתה כו' עכ"ל והובא בקצרה בק"ע סעיף קי"א ונראה מדבריו דס"ל דאף להרז"ה ל"ש בדדמי על הצורה ואע"ג שראה שהוכה והלך ממנו ושב אצלו שפיר שייך בדדמי גם על הצורה דג"כ אפשר שאומר שזהו המוכה מ"מ היכא שלא ראה ההריגה שוב ל"ש בדדמי על הצורה כלל דהא ל"ש לתלות היינו האי דנהרג וא"כ גם ט"ע דבגדים מהני אע"ג דידע שהיה בשעת ההריגה מ"מ מחמת זה אינו טועה לומר בט"ע שזהו הנהרג ואילו הבגדי' שלו ובשלמא התם עיקר סמיכתו על מה שראה שהכוהו מכת מות ומחמת זה שוב אינו משגיח לראות היטב ואומר שזהו הוא משא"כ כאן שלולי שמצאו מת זה מלובש בבגדים אילו לא הי' מעלה על דעתו לומר שנהרג בודאי ועיקר עדותו שזה נמצא בבגדים שיש לו ט"ע שהם של מו' יוסף בעל האשה בודאי לא היה אומר בדדמי אם לא שהי' ברי לו שהם בגדיו:

ועוד נלענ"ד דע"כ לא אמרינן בדדמי אלא לענין פרצוף פנים שאף תוך ג"י למיתה לפעמים משתנה קצת ואע"פ שמ"מ ניכר הוא בט"ע ה"ד כשאין לו במה לתלות ולומר בדדמי אז הוא מבחין הבחנה גמורה וסמכינן עלי' משא"כ היכא דאיכא מידי למתלי למימר בדדמי חיישינן דמחמת שינוי קצת נשתנה צורתו במקצת והוא קרוב לפרצוף של זה אומר בדדמי שהוא זה משא"כ לענין ט"ע דבגדים לא חיישינן כלל שיטעה ויאמר שמכיר שהם בגדיו של זה בט"ע כיון שעכ"פ אינם שוים לגמרי ואין לו במה לתלות

שינוי הבגדים הלכך לא אמרינן בדדמי וכבר כתבתי בתשו' סימן דלכאורה יש להביא ראי' למ"ש מהרי"ט בתשו' דהיכא דהוה מלתא דרמיה עליה לידע ל"א בדדמי ומשמע דאף בדדמי דצורה לא אמרינן מהא דמהדרינן אבידה לצורבא מרבנן בט"ע והתוס' כתבו דגם ע"ה אית ליה ט"ע אלא דחשדינן ליה במשקר אלמא דאי ל"ה לא חיישינן דלמא מחמת שיודע בעצמו שאבד חפץ כזה במקום זה אומר בדדמי ואינו מעלה על דעתו שמא גם אחר אבד כזה כמו במלחמה ומים וראה הטביעה דחיישינן דלמא אמר בדדמי ואין לחלק בין איסורא לממונא דהא גם גט מהדרינן בט"ע ואף בע"ה היכא דליכא למיחש למשקר כגון שמצאו בעצמו ול"ח דלמא אמר בדדמי אע"כ משום דעליה רמיה לידע אם הוא אבידתו או גיטו ל"א דאמר בדדמי ואע"ג דהתוס' בגיטין דף ך"ז כתבו גבי גט דחיישינן שמא הוא סבר שהוא שלו לפי שא"י שיש יב"ש או יודע ואין נראה לו לחוש שגם הוא אבד גט ולכך הוא אומר שמכיר אע"פ שאינו מכיר כו' התם חשדינן ליה במשקר כמבואר מלשון התוס' שהוא אומר שמכיר אף ע"פ שאינו מכיר משא"כ כאן שאין חשש שיוסיף לשקר מחמת בדדמי רק שידמה לו שכן הוא באמת:

ועפ"ז תמהתי על פ"י שם שהקשה על שנאמן במיגו דהוי מיגו בדדמי דזהו דוקא שאינו צריך להוציא שקר מפיו (ואפשר שזהו בכלל דבריו במ"ש שע"פ דברי התוס' לתרץ שבעה"ב טרוד בפועליו מתורץ קושיא זו) ושוב כתבתי לדחות דהתם גבי גט ואבידה שאין שם שינוי כלל ואין בכח המדמה להטעות עינו שיסבור שזהו שאבד זהו שנמצא שהרי החפצים לא ישוו ואין במה לתלות השינוי הלכך ל"ח לבדדמי כה"ג משא"כ בזה שיש לתלות השינוי מחמת המים שמשנים קצת וא"כ אף שלא ישתנה ממש לפרצופו של זה מ"מ מחמת בדדמי שפיר טעי ואמר היינו האי שנטבע ועוד הארכתי שם ועכ"פ ממנו נקח דראיה יש מהא דמהדרינן גט ואבידה ול"ח לבדדמי דעכ"פ ניכר קצת שינוי לעין וכשאין לו במה לתלות השינוי לא אמר בדדמי ואם כן פשיטא דמהני ט"ע דבגדים שוב מצאתי בשו"ת סימן מ"ג שכתב ג"כ שי"ל דמהני ט"ע דבגדים מטעם שכתבתי דפרצוף שאני דיש במה לתלות השינוי וגם כתב דמהר"מ מפדווה בתשובה לא הזכיר ט"ע רק הכרה טובה במלבושיו וכ"כ בנ"ב שם סימן ך"ט בהג"ה ורמז לתשובה זו:

והנה אם הוה נ"ד בכלים דלא מושלי אינשי לכאורה לפי הלשון שאמר ובגדיו היו עליו כו' מורה שהעיד על כל הבגדים ומה שאמר והמכנסים הכרתי ג"כ דמשמע לכאורה שלא הכיר כולם ולכך פרט המכנסים נראה שהוא פי' הדברים לפי שמכנסים הוא בגד מוצנע תחת הבגדים ולכך אמר המכנסים בפרט ופשיטא דבכלל בגדיו הוי ג"כ טלית קטן של ציצית שכתב מהרי"ט דמסתבר דלא מושלי אינשי דנטירותא דידיה ע"ש ומ"מ

אפשר דאין לסמוך ע"ז דאפילו תימא שגם הטלית קטן היה בכלל הכרה שהכיר מ"מ יש לחוש שמא היה לו עוד א' דדוקא בנידון דמהרי"ט שהלך קרוב לביתו כתב דמסתמא לא היה לו רק ציצית א' משא"כ בזה שהלך בדרך למרחוק:

ולפ"ז צ"ע גם מ"ש הגאב"ד מצד הסברא דמכנסים נמי לא מושלי אינשי וכאן העיד שמכיר המכנסים ולפמ"ש צ"ע כיון שזה לא העיד שלא היה לו רק א' לבד מה"ת לא נאמר שפשט אותם והשאילם לאחר ולבש אחרים וגם על דברי השבות יעקב שהביא הגאב"ד שצידד לומר דמנעלים לא מושלי אינשי צ"ע אם לא דמיירי כשידוע שלא היה בידו יותר מאותו זוג דאמרי' מסתמא לא היה משאיל אותם כדאמרינן לעולם ימכור אדם מה שיש לו ויקח מנעלים לרגלו אבל אם אין ידוע אין נלענ"ד לומר שהוא דומה לכיס וארנקי שהוא מקפיד עליהם שלא להשאילם שהם מקלקלים מדת רגלו דהא אשכחן בשבת דף קי"ב בסנדל ביה תרי כי הא דרב יהודה אחוה דרב סלא חסידא הו"ל ההוא זוגא דסנדלא זימנין דנפיק ביה ינוקיה כו' ע"ש שוב עיינתי בשו"ת שב"י ח"ב סימן קי"ג וכתב שם הטעם דמנעלים על דרך לא מושלי אינשי שמתקלקלים מאד וכמ"ש בח"מ סימן ע"ב כלים שמקפידין עליהן להשאילם מפני חשיבותן או מפני שמתקלקלין כו' ונראה דגם הוא לה סמך ע"ז רק כתב דלא למיהדר עובדא שהורה זקן הגאון מהר"ל וכתב זה לסניף יע"ש:

ועכ"פ בנ"ד דמשמע שהכיר כל המלבושים שהיה לבוש בהן בחייו הסכימו האחרונים דל"ח לשאלה וגם למכירה ל"ח דמוקמינן להו בחזקת מרא קמא ואמנם הב"ח כתב שיש לחוש לחליפין ומ"ש הב"ח ראיה מיי"נ תמוה לענ"ד דהתם ל"ח שהגוי מצא החביות ועירה היין ונתן בתוכה יין אחר וחזר ואבדה לנפילה כי האי ל"ח ואף באיסור א"א מסתפק הח"מ ס"ק סמ"ך אי חיישינן כה"ג ששני ב"א נטבעו בבגדים אילו וכי אתרמי שהשאילן לאיש אחד וגם הוא נטבע ופלטו הים וא"כ כ"ש ביי"נ דל"ח ועוד שיש לנו לומר על היין כ"נ וכאן היה ומאי דמייתי מהא דחיישינן שמא פינו ג"פ צע"ג לענ"ד ואין להאריך:

אמנם מהרי"ט כתב סימן ל"ה דלחליפין ל"ח שנתן מלבושיו לאחר ולקח הוא את בגדיו ולבשם דלהא לא חיישינן שיעשו דברים של בטלה עכ"ל ומ"מ אני חוכך לומר דכ"ז בשעת שלום ל"ח שיעשו דברים של בטלה אבל בשעת מלחמה אפשר שיש לחוש שלפעמים שרוצים להמלט על נפשם ואינם יכולים רק ע"י שלובשים בגדים אחרים כהתגנב העם בנוסם מן המלחמה ומצינו באחאב שאמר ליהושפט אתחפש ואבא במלחמה כו' וכדמייתי בתה"ד סימן קצ"ז בשם ספר חסידים אע"פ שאמרה תורה לא

ילבש גבר כו' אם צרו אויבים על העיר כו' וכן הבחורים שאין להם זקן ילבשו מלבוש נשים כדי להנצל או לבוש נכרים להטעות האויבים כו' ועיין בי"ד סימן קנ"ט וכן כאן יש לחוש שמא לקח איזה מלבוש אשה או מלבוש נכרי שאפשר לו להמלט או אפשר להיפך שאחד משרי הרכב הדביקוה ולקח בגדיו בעל כרחו כדי להנצל בהם מוהר"ר יוסף נשאר ערטלאי או לקח בגדים וערק לעלמא ואע"פ שאין לנו לחדש חומרות בעסק עגונה מ"מ כיון דגם הך מלתא דבכל בגדיו ל"ח לשאלה לא נמצא מפורש כן בש"ס רק הוא סברת האחרונים שחידשו בזה וא"כ אין לך בו אלא חידושו ובמקום דאיכא סברא למימר דחיישינן אף בכה"ג לכאורה קשה להקל ובפרט שיש לצרף בזה סברת הב"י דכיון דסימנים דרבנן חיישינן אף בכלים דלא שכיח דמושלי אבל עדיין יש פתח תקוה להתיר ע"י ט"ע דבגדים ולא ניחוש לשאלה ע"פ מ"ש בחידושיו לתרץ קושיית המפרשים אהא דמשני כיס וארנקי לא מושלי אינשי דאכתי קשה ניחוש לאבידה שנאבד ממנו ומצאו אחר והניח בו הגט עיין שב יעקב סימן י"א ותרצתי ע"פ מ"ש בשיטה מקובצת בב"מ דהא דל"ח למכירה דאין לנו להוציא החפצים מחזקת מרא קמא והנה התוספות כתבו דלמאי דס"ל סימנים דאורייתא מפרש הך דמצאו קשור מיירי שאחר מצאו ומחזיר לו ע"י סימן זה שהוא קשור בכיס ולפ"ז א"ש דהשתא קאי להך לישנא דסימנים דאורייתא ופריך וניחוש לשאלה ומשני שפיר דלא מושלי אינשי וא"ל דניחוש לאבידה דהיינו שהוא אבד הכיס לבד ומצאו אחר והניח בו הגט ז"א דאם הכיס בלבד הוא שנפל ממנו א"כ לא היה לו בו סימן שהרי גם עתה אין לו סימן אחר רק מה שקשורים זה בזה וכיון שאין בו סימן הרי נתיאש ממנו וזכה בו המוציא וא"כ אנו מוציאין אותו ע"י חששא זו דשאלה מחזקת מריה ולכל כי הא מלתא שיצא מחזקת מריה ל"ח כמו דל"ח למכירה מה"ט וגם בנ"ב הסכים לתירץ זה גבי מכירה:

ולפ"ז י"ל דגם הב"ח שחשש חששא זו דחליפין מודה בהא דודאי הסברא נותנת כדעת מהרי"ט שאין לחוש שיעשו דברים של בטלה רק דעיקר חששא שמא החליף לאיזה צורך שהיה לו ואם כן בנ"ד לא מסתבר לתלות באיזה צורך אחר דהי נינהו מילי דכדי ודברים של בטלה (והתם בדברי הב"ח אפשר שהיה מקום לתלות באיזה ענין כגון שהיה הולך בדרך) רק שיש לתלות שמחמת אימת המלחמה נעשה חילוף זה או מצידו או מצד אחר ולפ"ז אם אנו אומרים שהחליף בגדיו עם אחר כדי להמלט ודאי שנעשה חילוף זה לחלוטין דלא מסתבר לומר שהיה בדעתו שכאשר תשקוט הארץ יחזור לקחתם מיד מי שנתנו לו שהרי כיון שנכבשה העיר הכל בחזקת אבוד כמבואר בח"מ סס"י מ"א לענין שטר שהיה בעיר שכבשוה כרקום שהוא בחזקת אבוד ויכולין לכתוב לו שטר אחר

וכ"כ באה"ע סימן מ"ו לענין כתובה שכתובת הנשים אשר שם הם בחזקת אבודים והוא מדברי מהרי"ק שורש קט"ז וא"כ גם בזה אם ניחוש לחליפין א"כ הרי אנו מוציאין את הבגדים מחזקת מרייהו שהרי ודאי כבר נתייאש מהם והרי זה כחשש מכירה דל"ח ליה ולפ"ז אפשר לומר דמה"ט גופא אין לחוש בנ"ד לשאלה דשאלה זו כמכירה היא שיצא מרשות קמא וכיוצא בזה כתב ג"כ הגאון בנ"ב לענין מי שנמצא מת והוכר בבגדיו שהוא אותו שנשתטה שאין לחוש שדרך שטות פשט בגדיו ומצאם אחר זה לא אמרינן דהא הו"ל הוצאה מחזקת מרא קמא ע"ש אלא שעדיין יש לפקפק דע"כ ל"ש למימר הכי אלא כשאנו חוששין שזה אבד וזה מצאו משא"כ בזה דאפילו תימא שזה מתייאש מ"מ זה לא כוון לזכות וכל כה"ג לא מהני כדאיתא בב"ב בעובדא דרב ענן הדר גודא בארעא דחבריה כו' אנת גופך אי הות ידע לא הוה עבדית ע"ש וכן מבואר בדוכתי טובא ועוד שהרי י"ל שלא נודע לו שנכבשה העיר עד שנהרג זה וא"כ מתחלה הו"ל כיאוש שלא מדעת ואף למ"ד דיאוש של"מ הוה יאוש בכה"ג לא מהני כיון דבשעת יאוש נמי לא מצי זכי דאין זכיה לאחר מיתה ומ"מ מסתבר לענ"ד שאם נתלה בחליפין שהחליף עם א' כשנפל פחד המלחמה עליו ובזה הדעת נותנת שמסתמא בשעת מעשה מייאש מינייהו וגמר בלבו כי יהיה חדל מהם לעולם וא"כ הו"ל כמכירה ועוד אפילו תימא שזה לא זכה בהם מ"מ המשאיל עכ"פ נתייאש ויצאו מרשותו לענין שהמחזיק בהם זכה והו"ל כמכירה דל"ח וגם נלענ"ד דבזה יש לצרף מה שהעד שמכיר המכנסים ג"כ דכיון שאין לנו לחוש לחליפין רק שנאמר שעשה זה מפחד המלחמה וכדי להמלט נתחפש בבגדים אחרים לזה היה די לו בבגדים העליונים לבד ולדברים של בטלה אין לנו לחוש כמ"ש מהרי"ט ז"ל. ועוד נלענ"ד דיש לצרף לזה דעת הפוסקים דס"ל דלדידן קי"ל דל"ח לשאלה וכאשר כבר האריך בזה הגאון בעל מג"ש ונדפסה ממנו תשובה א' בשו"ת גאונים בתראי סימן ועוד יש בידי ממנו כמה תשובות בכ"י אשר האריך בהם ג"כ ונתחבט הרבה להחזיק במעוזו דדעת הפוסקים דל"ח לשאלה אם אמנם שהגאון ב"ח והגאון בעל מגלה עמוקות והגאון מוהר"ר זיינוויל חלקו עליו בזה והאריכו למעניתם דאין לסמוך ע"ז ולא רציתי להאריך להכניס ראשי בין הרים גדולים ואם באתי לישא וליתן על כל פרטי דבריהם יכלה הזמן ותקצר היריעה מ"מ דעת הר"י הלוי אחיו של הט"ז וגם הט"ז בשו"ת ב"ח החדשות סימן נוטה להקל וכתב ששמע מפי חותנו הב"ח ז"ל שע"י איזה צירוף יש להתיר וכתב שהסכים עמו התיו"ט וכ"ש בכאן דחזי לאצטרופי הך סברא דאין אדם משאיל כל בגדיו והו"ל ככלים דלא מושלי ואע"פ שהב"י פקפק בדבר וכתב דאפשר אם סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי הדין כן:

ראה זה מצאתי בשיטה מקובצת לב"מ כתב בשם הרשב"א וז"ל מהא דאמרינן כיס וארנקי לא מושלי אינשי שמעינן דמעידין עליהם אפילו למ"ד סימן לאו דאורייתא דהא מהדרינן גיטא עלייהו ול"ח לשאלה כלל בכל כי הא וסמכו עלייהו לאהדורי גט אשה וה"ה לעידי מיתה עכ"ל הרי לפניך ששפתי הרשב"א ברור מללו דמהני בעידי מיתה ולא מצינו בראשונים מי שחולק עליו והב"י בתשובה אלו ראה דברי הרשב"א אלו מסתמא הוה הדר ביה וכבר כתבתי שלענ"ד הב"י גופיה תבריה לגזיזיה באה"ע סימן קל"ז וגם דסוגיית הש"ס מוכיח לכאורה דלא כהב"י וכמ"ש בנ"ב דא"כ מאי משני לא בעידי אוכף דמאי מהני עדים דהא אי חיישינן לשאלה אף עדים לא מהני וראיתי בדברי ש"ב הגאב"ד דק"ק טארניפאל שכתב לתרץ ע"פ דברי הגאון ח"צ וא"כ י"ל דמיירי שנותן סימן שאינו מובהק בחמור ואז מחזירין ע"י עדי אוכף דהו"ל שאלה דיחיד משא"כ אם נאמר סימן דאורייתא פריך שפיר ניחוש לשאלה דליכא לשנויי בכה"ג דא"כ בהך סימן שאינו מובהק שנותן בחמור סגי ליה עכ"ד בקצרה:

ולענ"ד אין זה ענין לסברת הח"צ כלל דהא הכא דפריך וניחוש לשאלה הקושיא הוא דנימא דשמא זה שאמר סימן אוכף או מביא עדים על אוכף לא אבד חמור כלל רק הוא רמאי ורוצה ליקח חמור של חבירו ששאל ממנו האוכף ואין זה ענין לשאלה דיחיד דהתם ע"כ לומר שהשאיל דוקא למי שיש לו סימנים אלו משא"כ כאן שי"ל שהשאיל למי שהוא ואע"פ שהוא אומר סימנים בחמור כיון ד סימן דרבנן לא סמכינן עלייהו דאמרינן מחזי חזא או כסומא בארובה כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן בחולין דף ע"ט וכמבואר למעיין בסוגיא ג"כ דאי סימן דרבנן חיישינן דלמא אע"פ שלא אבד כלום לפעמים מזדמן שמכוון בסימנים ודוקא היכא דלא חשדינן ליה במשקר מה שאומר שאומר שאבד בזה שייך לומר כן ועיין בפ"י ב"מ ג"כ הטעם ד סימן דרבנן משום דחיישינן לרמאי ע"ש:

ועוד נלענ"ד דאי נתפס כסברת הב"י דאי סימן דרבנן אף בכלים דלא מושלי חיישינן והיינו משום שהשאלה מצד עצמה חששא גמורה היא ואם אי סימן דאורייתא חיישינן לה רק שנאמר דהנך כלים לא שכיחי דמושלי לכן כיון ד סימן דרבנן משום דחיישינן דלמא מתרמי לפעמים סימן כסימנים ה"נ חיישינן דלמא מתרמי מאן דמושיל כלים אלו ואינו מקפיד א"כ א"א לתפוס כסברת הח"צ דלשאלה דיחיד ל"ח דז"א דהא השאלה מצד עצמה ודאי חיישינן לה רק דלא שכיח שישאיל דוקא לזה ולא עדיף מכלים דלא מושלי דלא שכיח ג"כ שישאיל ואפ"ה חיישינן לה כיון דסימנים דרבנן (ומכ"ש לפי הלשון שכתב רש"י ביבמות אוכפא לא שיילי אינשי בעל החמור לא היה שואל אוכפו של זה וחבירו כו' א"כ ההקפדה הוא מצד בעל החמור וא"כ נ"ל דאי סימנים דרבנן חיישינן

דלמא השאיל לא' שאינו מקפיד על כך ולפי"ז יש לחוש ג"כ שמא השאיל לא' שיש בו סימנים שאינו מובהקים דהא איהו מדמי הך דסימנים לכלים דלא שיילי ואם נאמר דהכא כיון שהקפידא מצד בעל החמור עדיף והו"ל כשאלה דיחיד דלא חיישינן א"כ בלא"ה ל"ק קוש' הנ"ב אמנם בב"מ לא פירשו כן ועיין בשיטה מקובצת בשם ר"ת) ואם באנו לתפוס כסברת הח"צ דל"ח לשאלה דיחיד ממילא א"א לקיים סברת הב"י ול"ח בכלים דלא מושלי לשאלה:

אמנם הח"צ גופיה הקשה על סברתו דמאי פריך ממצאו קשור הא התם ג"כ הו"ל שאלה דיחיד ומ"ש לתרץ ע"פ מ"ש רא"ש לשיטת הרי"ף דגט שאני דאפשר לכתוב גט אחר כבר כתבתי ב סימן שהוא תמוה דהרא"ש לא כ"כ אלא ליישב דברי הרי"ף דלכך אזיל הרי"ף לחומרא גבי גט ע"ש אבל פשיטא דדברי הש"ס מוכיחין בסוגיא דתרי יצחק דגט ומיתה שוים הם לענין זה וב סימן כתבתי מה שנלענ"ד בישוב דברי הרי"ף ומ"מ נלענ"ד דהיכא דאיכא תרתי כלים דלא מושלי וגם שאלה דיחיד אפשר דגם הב"י מודה דל"ח אף למ"ד סימן דרבנן וא"כ אפשר לקיים ג"כ דברי ש"ב הגאון הנ"ל דלא תיקשי' קושית הנ"ב כיון דאוכף לא מושלי אינשי ממילא דשפיר משני בעדי אוכף ויש לו ג"כ סימן שאינו מובהק בחמור דכולי האי ל"ח ומ"מ צ"ע כיון דהכא חיישינן שהשאיל כלים דלא מושלי וגם כיון הסימנים דמה"ת לא נאמר כן דהא אם סימן דרבנן אפי' כמה סימן שאין מובהקים אין מועילין ואין להאריך ומ"מ בנ"ד שאם באנו לחוש לשאלה אנו צריכין לחוש למיעוטא שהשאיל כל כליו דוקא לאיש א' שקרוב לפרצופו שלו דאל"כ פשיטא דאף שאחר ג"י משתנה מ"מ הדעת נותנת שא"א שישתנה כ"כ שיהיה דומה לפרצוף של זה אם לא היה קלסתר פניו דומה לו בעודנו חי וכמ"ש ש"ב הגאון הנ"ל ובכה"ג פשיטא דלא חיישינן אף לדעת הב"י:

ועוד נלענ"ד ליישב קושיית הנ"ב ואבאר בקצרה ויש ליישב ג"כ קושית המפורשים דלמה הוצרך לומר בעידי אוכף ולא מוקי בסימנים מובהקים ולענ"ד י"ל דלכאורה קשה מאי פריך ניחוש לשאלה כמו דחיישינן בסימני כלים ולכאורה לק"מ דאף ע"ג דשאלה גופא דשכי' מ"מ לא שכיח שיאבד מיד השואל דדוקא בש"ח סגי כדרך ששומר את שלו אבל בשאר שומרין בעי נטירותא יתירתא כמבואר באשרי בפ' הכונס דבעי למיתב ביממא ובלילא עד כדי הייתי ביום אכלני חורב וכדאיתא בב"מ דף צ"ג וא"כ ודאי שעיניו פקוחות על דרכי החפץ ששאל וא"כ למה נתלה שאחר שאל החפץ ולא נזכר בו ונאבד ממנו ונוציא זה מחזקתו שלא שמר כדרך השומרים כדת של תורה וצ"ל דכיון דבעיר שרובה ישראל מיירי שפיר חיישי' דאפשר דלא נזהר כ"כ דמימר אמר אף אם

יאבד סימנא אית לי בגויה יהיבנא סימנא ושקילנא ליה (וכעין זה מבואר בפוסקים לענין שטר שיש בו סימן ועפ"ז מיושב מ"ש הש"ך סימן ס"ה ס"ק דניחש לקנוניא כו' ולפי מ"ש לק"מ דכיון שיש בו סימן מעיקרא לא איתרע כלל ע"ש) ולכך לא נזהר בו יותר מבשלו אך כ"ז אי סימנים דאורייתא י"ל דסמוך אסימניה משא"כ אי סימנים דרבנן ואין מחזירין אלא בעדים והרי אין האוכף שלו ומנין ידע השואל שיש לו למשאיל עדים א"כ מעיקרא לק"מ ניחוש לשאלה דלשאלה ונפילה לא חיישינן דמזהר הוה זהיר ביה והיה שומר אותו שמירה מעולה ושפיר משני בעידי אוכף ולפ"ז אתי שפיר קושית המפרשים דנוקמיה בסימנים מובהקים דז"א דאם כן הדק"ל דניחוש לשאלה וא"ל דמזהיר דז"א כיון שיש בו סימנים מובהקים אם כן שוב י"ל דאסימנים מובהקים סמך אלא ע"כ דסימנים דאורייתא ול"ח לשאלה כלל לכך הוצרך נתרץ בעידי אוכף ובאוכף עצמו אין בו סימנים שראוי להחזיר עליהם וכיון דלא שייך לומר דאסימנים סמך תו לא חיישינן לשאלה ולנפילה כמ"ש. וא"כ בנ"ד כיון דאיכא כמה צדדין להתירא אף לדעת הפוסקים דס"ל דחיישינן לשאלה והרבה גדולים מאחרונים ס"ל דלא חיישינן לשאלה וכן הוא דעת קצת ראשונים כמ"ש הר"ן בשם יש מי שאומר וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בשם הריטב"א ז"ל (מזה מבואר גם כן שמ"ש בב"ש שכ"כ הב"י בשם הריטב"א הוא ט"ס כמש"ל ור"ל וזה שיטת הב"י בתשובה:

וגם מדברי האשר"י בב"מ נראה דלא ברירא ליה אי חיישינן לשאלה מדאורייתא שהרי כתב בדף ך' מצא בחפיסה או בדלוסקמא ונתן סימן בכלי יחזור אף השטר ואע"ג דמשמע ביבמות דחיישינן לשאלה ה"מ לענין איסורא דאין מתירין אשת המת על ידי סימנים בבגדי המת דשמא השאיל כליו לאחר אבל לענין ממון ל"ח לשאלה ואפי' אי חיישינן לשאלה מדאורייתא מ"מ יכולים לתקן לענין ממון דלא ניחוש כו' אלמא ברירא ליה הא מלתא אף למ"ד חיישי' לשאלה אם היא מדאורייתא או לא:

ואמנם יש לתמוה בזה דא"כ מאי פריך מחמור בסימני אוכף היכא מהדרינן דאי אדאורייתא קשיא ליה הא מדאורייתא ל"ח לשאלה כלל ואי פריך היכא מהדרינן אנן דהא מדרבנן חיישינן לשאלה ג"כ אין קושיא דלענין ממון לא החמירו כמו במצא בחפיסה כו' ומהא גופיה מייתי הרא"ש בתירוץ הב' ראיה דלא חיישינן לשאלה אף מדרבנן בממון ודלא פריך רק מחמור בסימני אוכף דילפינן מקרא ע"ש ונראה דהרא"ש בסברתו הראשונה ס"ל דקמ"ל הש"ס דכיון דעכ"פ איכא סברא דחיישינן לשאלה א"כ מנ"ל להחזיר חמור בסימני אוכף מיתורא דחמור ולא מוקמינן ליה דקאמר סימנים בחמור גופא אלא שהם סימנים שאינם מובהקים ואפ"ה מהני מדאורייתא וע"כ דס"ל

דמסתבר שאין לסמוך על סימנים שאינם מובהקים מדאורייתא רק סימן דרבנן בלחוד הם א"כ לית לן לאוקמי חמור בסימני אוכף כיון דבאמת חששו רבנן לשאלה ומאי חזית לאוקמי קרא דאשמועינן דלא חיישינן לשאלה היפך הסברא וסימנין דרבנן איפוך אנא דלמא לשאלה חיישינן רק קרא אשמועינן דאף בסימנים שאינם מובהקים מחזירין דכל סימנא דאורייתא. ועוד יש ליישב בכמה גוונא ועכ"פ בנ"ד שהוא שאלת כל הבגדים יש לצרף גם הך סברא ובצירוף העדים שהעידו על ההכרה שהכירוהו בפרצוף פנים וגם שהיה בכרקום כמו שביארנו באורך לעיל מכל הלין טעמי נלענ"ד שיש מקום להתיר אשה זו לאנסובה לעלמא אלא שמ"מ היא צריכה להושיב ב"ד על כך להתירה כדין האשה הנשאת ע"פ עד אחד שאע"פ שהעידו שני עדים מ"מ כיון שהיתר האשה ע"פ כמה סברות וקצתן אין להם מקום כ"א ע"פ עדות ע"א ואני נעשה סניף להנך תרי אריוותא דאורייתא גדולי הדור שהסכימו להתיר ואשר מן השמים הורוני אמרתי עם קני. זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה כ

ע"ד העגונה מרת פריבא אשת ר' יצחק חייט מפה, ק"ק ברעסטצקי אשר זה כמה שנים שיצא מפה ולא חזר והנה כעת נתוודע הדבר את המאורע אשר אירע עם ר' יצחק הנ"ל כפי הגב"ע. והנה זחלתי ואירא מחוות דעי בעניני עגונה מחמת חומר הנושא ועומק המושג וקוצר המשיג ובגידות הזמן לבב אנוש יחיל בקרבו אך מחמת שהשעה צריכה לכך שהעגונה היא מתושבי קהלתינו אמרתי לטפל בדבר מצוה לפתוח בכחה דהיתירא ומה' אשאל עזר כי יתן חכמה מפיו דעת ותבונה לבלתי אכשל בדבר הלכה וזה החלי בעזר החונן לאדם דעת:

גרסינן ביבמות פרק האשה שלום דף קט"ו יצחק ריש גלותא כו' רבא אמר לא חיישינן וקי"ל כרבא וכתב הרמב"ם פי"ג מהלכות גירושין ה' ך"ד בא א' ואמר אמרו לי ב"ד אמור להם שמת יצחק בן מיכאל כו' הרי אשתו מותרת כו' ובהשגת הראב"ד כתב והוא שלא הוחזק שנים כ"מ כו' ע"ש וכתב המ"מ וז"ל ואני אומר שאף בהוחזקו אם ידוע שאחד קיים משיאין אשתו של זה דהא ליכא למיחש לאחר דהא ידעי דחי הוא עכ"ל הביאו בשו"ת מהרי"ט ח"ב באה"ע שאלה ל' דף נ"ב וכתב עליו דלא ירד לסוף דעתו אם כוונתו לפרש שמעתתי' דיצחק בשהוחזק אחר והוא קיים דהא לא אפשר דאם כן מ"ט דאביי דאמר חיישינן ולמאי איכא למיחש אם האחר קיים ואי דינא אתי לאשמועינן הא נמי פשיטא אלא הראב"ד לפרושי מילתא דהרמב"ם קאתי עכ"ל ולפענ"ד נראה לפרש כוונת המ"מ באופן אחר דפליג על הראב"ד והנה הראב"ד לשיטתו אזיל הביאו הרמב"ן בחמש

שיטות בגיטין דף ק"ז דפירש ההיא דיצחק ר"ג אף על גב דבמקום שהשיירות מצויות הוה מ"מ ריש גלותא אינו אלא מבבל וכיון שלא הוחזק בעיר בבל שני יצחק ר"ג לא חיישינן אבל באיניש בעלמא בגט במקום שהשיירות מצויות חיישינן לעיר אחת ששמה כשם זו אע"פ שבאותה העיר לא הוחזקו שני יוסף בן שמעון ואין חוששין לשני יוסף ב"ש בעיר אחת אא"כ הוחזקו שאלמלא היו שם ב' מוחזקים היה ידוע והא דאמר מדבדקו רבנן מסורא ועד נהרדעי כו' לאו למימרא שבמקום שלא הוחזקו יהא צריך בדיקה אלא הוחזקו היו והוצרכו לבדוק כמה היו שם באותו השם ובאיזה ענין היה אם לחוש לכולם או אין לחוש כגון שיבואו עדים ויעידו לא חתמנו לזה מעולם או כאותו שאמרו שם גבן הוה בנהרדעא לפי זה ניחא הא דאמרינן חיישינן לשני שווירי ולא חיישינן לשני יוסף ב"ש באותו שווירי עכ"ל נמצא מצינו להראב"ד דס"ל דאם הוחזקו שניהם אזי חיישינן לחפש עוד אולי ימצאו עוד בשם זה ויש סמך לסברא זו מדברי הרשב"א בחידושיו וגיטין דף ק"ז ע"ב ד"ה הא דאמרינן דמפרש טעמא דרבה דס"ל תרתי שיירות מצויות והוחזקו דה"ט דכל שאנו רואין שיש אחד דשמו כשמו ושם עירו אנו חוששין שמא יש אחרים הרבה ומבני השיירא נפל עכ"ל וה"ה באותו העיר י"ל כן כיון דרואין דהוחזקו אף דידעינן דהשני הוא חי מ"מ צריכין חיפוש אולי ימצאו עוד אף דלא הוחזקו יותר ובלא הוחזקו אין צריך בדיקה היינו דווקא לא הוחזקו כלל אבל אם רק הוחזקו אף על פי דידעינן דהשני חי מ"מ צריכין חיפוש כנ"ל ולכן שפיר כתב הראב"ד לשיטתו והוא שלא הוחזקו כו' פירש דאם הוחזקו אף דידעינן דהשני חי אין מתירין בלא חיפוש כנ"ל והמ"מ חולק עליו וס"ל דאף בהוחזקו כיון דידעינן דהשני חי שוב הוה כלא הוחזקו ואין צריך עוד חיפוש כלל ולכן כתב ואני אומר שאף בהוחזקו אם ידוע שאחד קיים משיאין אשתו של זה כו' וכן מוכח בגמרא בעובדא דענן בר חייא י' עכ"ל ויפה כיון הלח"מ שם הלכה ק"ד דכתב דמה שהוצרך המ"מ לומר שזה מוכרח בגמ' משום דלא נימא כי בהוחזק דאיכא תרי ה"נ אפשר דאיכא אחר אף על גב דאנן לא ידעינן לכן אמר דכשידעינו דאחר קיים סגי עכ"ל הרי שדעתו לפרש בהמ"מ כמ"ש רק דהמ"מ מוכיח לעצמו דלא חיישינן לזה מדברי הגמרא דענן בר חייא כו' אבל הראב"ד חושש לזה באיכא רק תרי יב"ש אף שאחד חי חוששין שמא יש עוד כנ"ל ומפרש לשיטתו דברי הגמרא בגיטא דענן בר חייא דמיירי דבדקו רבנן מסורה ועד נהרדעי כו' היינו דבדקו כמה היו שם באותו שעה ובאיזה ענין היו כנ"ל היינו על ידי חיפוש אבל בלא חיפוש אין להתיר ולכן כתב הראב"ד והוא שלא הוחזקו אבל בהוחזקו אף שהשני חי מ"מ עכ"פ צריכין חיפוש אולי ימצאו עוד וגם צריכין לחפש עוד אם לא יצא משם מעולם איש אחד כשם של

האיש בעל אשה זו על ידי זקנים וישישים אך לכאורה יקשה במאי דאמר רבא חיישינן דילמא בגמלא פרחא אזיל למה לא אמר חיישינן דילמא אזיל לעלמא מזמן רב דאביי לא חייש לזה כמ"ש רש"י וז"ל ואביי לא חייש לדילמא אזיל לעלמא כו' אבל לרבא דמחמיר בהוחזקו וחייש לחששא רחוקה בגמלא פרחא או בקפיצה וטוב לו יותר לחוש דכיון דהוחזקו וצריכין חיפוש אולי ימצאו עוד אם כן יש לחוש דאף אם אין בנמצא עוד יותר כאן מ"מ דילמא היה כאן מזמן רב איש ששמו כשמו ואזיל ליה לעלמא זה זמן רב רק די"ל דאף על זה מועיל חיפוש דלא יצא מכאן איש כזה ע"י זקנים וישישי' לכן אמר רבא דחיישינן דילמא בגמלא פרחא אזיל פי' ואינו מועיל אף החיפוש מזמן רב:

ובזה יש ליישב קושית מהרב"ל בשו"ת בח"א כלל א' שאלה ה' דמקשה על הריא"ז דכתב אם הזכירו שמו ושם עירו מפשפשין באותו עיר אם לא יצא משם מ' ששמו כך תנשא אשתו ומקשה עליו מהתוספת' דאיתא דאין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו אבל אם אמרו אחד יצא מעיר פלוני מפשפשין כו' נראה מהתוספת' דוקא כשלא הזכיר שמו הוא דמחפשין אבל כשהזכיר שמו לא הוזכר בהתוספת' חיפוש עכ"ל ולפי מ"ש לעיל מתורץ קושייתו דז"ל הריא"ז עיין בש"ג בפרק האשה שהלכה וז"ל ואם אמרו העדים יוסף בן שמעון מת ולא ידענו מאיזה עיר היה אף ע"פ שלא ידענו יוסף ב"ש אחר בעיר הזאת חוששין ליוסף ב"ש אחר בעולם ואין מתירין את אשתו ונראה בעיני שאם הזכירו שם עירו אף ע"פ שלא הזכירו שם אביו אם לא הוחזק אחר כיוצא באותו עיר כגון שהיה מיוחד בשמו מתירין את אשתו ואם לא היה מיוחד בשמו צריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו ואם הזכיר שמו ושם עירו ולא הזכיר שם אביו דמפשפשין באותו עיר כו' עכ"ל ולכאורה יקשה אמאי בהזכיר שמו ושם עירו ולא הזכיר שם אביו כתב דמפשפשין באותו עיר אם לא יצא משם מי ששמו כך אלא הוא תנשא אשתו ואמאי לא כתב דאם השני חי מתירין את אשתו כמ"ש המ"מ הנ"ל וע"כ צ"ל כמ"ש הראב"ד הנ"ל ס"ל דאם רק הוחזקו שנים אף שהשני חי מ"מ צריכים חיפוש אולי ימצאו עוד שמה וגם אולי אזיל אחר לעלמא ששמו כך וצריך לחפש אם יצא משם איש ששמו כשם זה כיון דקי"ל כרבא דבהוחזקו חיישינן אפילו לחששא רחוקה לגמלא פרחא כו' מכ"ש לדילמא אזיל לי' לעלמא וצריך חיפוש ולכן כתב שפיר הריא"ז דצריך חיפוש כנ"ל:

ובזה מתורץ קושית מהריב"ל דזה כוונת הריא"ז דמקודם איירי בהא דכתב ונראה בעיני שאם הזכירו שם עירו ושמו בלא שם אביו אם לא הוחזק אחר כיוצא בו כגון שהי' מיוחד בשמו מתירין את אשתו כיון דלא הוחזקו ואח"כ קאמר ואם לא הי' מיוחד בשמו פירוש דנמצא עוד איש ששמו כשמו צריכי' חיפוש פירו' ואינו מועיל בזה אם ידעינן דהשני חי

והוא בביתו דכיון דהוחזקו דיש אנשים בעיר הזאת כשם הזה דלמא עוד היו אנשים כאן כשם הזה והלכו לעלמא ומאותן אנשים הוא המת ובעלה של זו חי עדיין לכן צריכים חיפוש אם לא יצא משם מי ששמו כך אבל בתוספת' מיירי דלא הוחזקו ולכן בשמו ושם עירו לבד מתירין את אשתו אבל הריא"ז כ' דינו בכה"ג דלא היה מיוחד בשמו פירש דהוחזקו ולכן שפיר כ' דצריכים חיפו' כנ"ל וכדעת הראב"ד הנ"ל:

ובזה מתורץ קושית בעל ספר עצי ארזים בסימן י"ז ס"ק ע"ד דמקשה על הב"ש ס"ק נ"ט שכתב וז"ל בש"ג כתב דלכ"ע די אם הזכיר שם עירו אפילו אינו מזכיר שם אביו והיינו באינו מוחזק עוד באותו עיר יוסף ב"ש עכ"ל וכתב ע"ז בספר עצי ארזים והלשון אינו מדוקדק דמשמע בסתמא לא חיישינן לאיש אחר בזה השם בעיר הזאת וליתא שהרי כתב דמחפשין דמשמע דבסתמא חיישינן להכי עד שיודע בבירור ע"י חיפוש ואם כוונת הב"ש למ"ש עוד בש"ג בזה הלשון ונראה בעיני שאם הזכיר שם עירו אף ע"פ שלא הזכיר שם אביו אם לא הוחזק אחר כיוצא באותו העיר כגון שהיה מיוחד בשמו מתירין את אשתו כו' דמשמע מזה דמסתמא דהיינו לא הוחזקו לא חיישינן ז"א דאם כן הוי סותר רישא לסיפא דמצריך חיפוש אלא הא' מיירי בשם שאינו שכיח וכמ"ש כגון שהיה מיוחד בשמו כו' ע"ש עכ"ל ולפי מ"ש לעיל ניחא דשפיר מביא הב"ש בשם ריא"ז דלכ"ע די בשם עירו בלא הוחזקו והא דכתב הריא"ז דצריכים חיפוש כבר כתבנו לעיל דהיינו בהך גוונא דלא היה מיוחד בשמו והיינו דהוחזקו ולכן צריכים חיפוש כיון דהוחזקו אף דהשני חי מ"מ צריך לחפש עוד אולי ימצאו עוד וגם אולי יצא משם איש ששמו כן מזמן רב מחמת ריעותא דהוחזקו אבל בלא הוחזקו סגי בשם עירו לבד כמ"ש הב"ש ולא תקשה כלל רישא לסיפא כנ"ל:

נבא לנ"ד דלפי דעת הב"ש בשם ריא"ז הנ"ל היה נראה להתיר בנ"ד כיון דאמר שמו ושם עירו רק דהב"ש מסיק ועיין בק"ע סימן שי"ד ושם כתב דבשם עירו משיאין את אשתו כשלא הוחזקו וה"ה על ידי בדיקות בני העיר משתרי ועיין בסימן ק"א דסיים דמ"מ לא אוכל להתיר א"א לעלמא בעדות שמו ושם עירו לחודא ועיין בסימן קכ"ט דמביא בשם ר"א מזרחי ושאר גאונים דמי הוא שיקל ראשו בדבר ערוה להתיר בשם עירו לבד. רק לכאורה בנ"ד י"ל דהוי כשמו ושם אביו ושם עירו כיון דאמר דשמו יצחק חייט י"ל דשם אומנתו הוי כשם אביו ואף דכתב בשו"ת מהריב"ל חלק ג' סימן י"ח וז"ל עוד אומר אני דאפשר לומר דאפילו למאן דס"ל דסגי בשמו ושם אביו או בשמו וכינוי דקאמר הכי אבל בפלוני רצען או בפלוני הצורף או בפלוני הקונה שוורים לא אמרינן הכי ויש לחלק וקל להבין עכ"ל י"ל דדוקא בשאלה של מהריב"ל לא הוי פלוני הרצען כו' כשם אביו

דשם לא הזכיר לא שמו ולא שם עירו רק הקונה שוורים אבל בשמו ושם עירו מצטרף שם אומנתו דהוא חייט והוי כשם אביו:

ועיין בשו"ת מהר"א ששון שאלה י"א דמסיק שם וכתב ועוד י"ל דאפי' מה שנסתפק מהריב"ל בזה היינו בלא חיפוש אבל לענין חיפוש אימא די"ל שיועיל פלוני הרצען עם החיפוש עכ"ל ואם כן בנ"ד יש להתיר ע"י חיפוש עכ"פ דמה התם לא הגיד לא שמו ולא שם עירו מתיר על ידי חיפוש מכ"ש בשמו ושם עירו ושם אומנתו דמתירין על ידי חיפוש ומכ"ש בנ"ד עכ"פ מועיל שם אומנתו דליהוי כלא הוחזק תרי יצחק כיון דכל החבורה חייטים זקנים וישישים מעידים שלא היה כלל פה ק' שום חייט שהיה נקרא יצחק רק בעל האשה הזאת נמצא דאפילו להנך פוסקים דמחמירין בחיפוש מזמן ארוך דדילמא מרוב הזמן נשכח הדבר כמ"ש בקונטרס עגונה דאיתתא של מהרח"ש בשם ר"א מזרחי מ"מ הרי שם מסיק הרא"ש דעכ"פ חיפוש כזה שמעולם לא נודע שיצא אחר שלא חזר כי אם זה סגי וה"ה בנ"ד שכל החייטים מעידים שלא היה בכאן כלל יצחק חייט כי אם זה הוי כמעידים שמעולם לא נודע שיצא אחר שלא חזר כי אם זה סגי:

ועיין בשו"ת צ"צ סימן נ"ט דכתב וז"ל לכן אם אחר החיפוש לא ימצא שום חייט אחד שהיה דר בכאן שהלך ולא חזר כי אם זה אשתו מותרת נוסף לזה כבר כתב הרב רח"ש דבשמו ושם עירו וסימנים בינונים וגרועים מועיל להתיר וכן כתב בשו"ת גינת וורדים כלל ג' סימן ח' דבהזכיר שמו ושם האומנות עולה לשם אביו וגם כתב שם להוכיח מתשובת הרמב"ם הביאו מהר"ם אלשקר סימן ס"ז בשמו ושם עירו וסימנים גרועים דהיינו שהיה בינוני בקומה וזקני שחור מתירין את אשתו ע"ש וכ"כ בשו"ת הרח"ש שאלה ו' וז"ל וראיה ממ"ש הרמב"ם על מי שהעיד ששמו כלף סימניו בינוני בקומה וזקנו שחור כו' יכולה להנשא בזאת לפי ששמו ושם מקומו עם אלו הסימנים מובהקים יספיקו בהודעתו לענין התרת עגונה ה"ה הכא דאמר שהיה משרת ע"ש כ"ש בנ"ד דמועיל הסימנים גרועים שהיו לו שטופלין סמוך לעיניו ושערות געל סמוך לזקן להצטרף דליהוי כשמו ושם אביו ושם עירו ומתירין את אשתו:

ועיין בשו"ת ב"ח החדשות שאלה מ"ד ד"כ די"ל דזומר שפרענקליך במצח נגד החוטם מכוון הוי כסימן מובהק דהוי כמו דאמרינן דנקב בצד אות פלונית הוי סימן מובהק ה"ה בפאקין סמוך לעיניו ועיין בשו"ת מהר"ם מלובלין סימן נ"ז דכתב להתיר בשמו ושם עירו וסימנים גרועים דהיינו שטופלין ושערות זקנו מראה געל ע"י חיפוש ע"ש:

עוד נראה להתיר ע"פ מ"ש בשו"ת מהר"י צהלון שאלה ל"ו בשני אחים הואיל שלא הוחזקו שני אחים בעיר אע"ג דשיירות מצויות ל"ח דלמא מעיר אחרת באו עכ"ל וא"כ

ה"ה הכא לא הוחזק תרי יצחק חייטים לפי מה שהעידו כל החייטים שלא היה בשום פעם כאן שום יצחק חייט רק בעלה של זו האשה לכן יש להתיר אשתו להנשא דהוי כלא הוחזקו כנ"ל ובלא הוחזקו רק שיירות מצויות מתירין:

עוד נראה לומר דכאן י"ל דהוי כאין שיירות מצויות דז"ל תשובות הרא"ש בשאלה דמכלף בן ממל ז"ל ועוד אומר אני דאיתתא דא שרי' לכ"ע כי נמצאו הרוגים ואין דרך הרוצחים לעמוד על אם הדרך אלא מוליכים אותם למקום יחוד והורגים אותם ואנו תולים אלו האנשים הלכו שמה והרגום ש"מ דלא מיקרי שיירות מצויות אלא במקום שהרבה בני אדם הולכים דרך שם וכן איתא ג"כ בגמ' דב"מ מי קתני שנמצא בב"ד כל מעשה ב"ד יחזיר קתני ולעולם דאשכח מאבראי וש"מ דבעיר שיש בה ב"ד הוי רק במקום עצמו שיושבים שם הב"ד כמו שיירות מצויות וחוץ לב"ד באותו עיר הוי כאין שיירות מצויות. וה"ה הכא דאף דק"ק זיטאמר שיירות מצויות מ"מ למקום התפיסה ובית האסורים ל"ה שיירות מצויות וע' בשו"ת מהר"מ אלשיך סימן מ"ב דכתב דלא מיקרי שיירות מצויות אלא במקום שהכל באין בריבוי אבל במקום שדרך לבא שיירא של י' בני אדם בשבוע אחת כו' הא הכא בבית האסורים לא מיקרי שיירות מצויות:

וגם יש לומר כמ"ש בתשובות נודע ביהודה שאלה מ"ב במומר א"צ שם אביו כיון דמאיר זה ידענו שהמיר דתו ל"ח לאחר שהמיר דתו ג"כ ושמו מאיר. וכן י"ל כיון דזה האיש יצחק ידעינן בו שהוא גנב ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן כנ"ל וכיון דהאיש יצחק הנ"ל הדבר היה נשמע בין החיים שהוא נתפס לק"ק זיטאמר ואיש אחר מפה ק"ק לא שמענו שנתפס לק"ק זיטאמר א"כ יש להתיר. רק שלכאורה כיון דאין עדים מעידים על דבר ברור שיודעים בבירור שנתפס לק"ק זיטאמר רק הדבר נשמע בין החיים א"כ י"ל דהוי קול הברה בעלמא ואין משיאין את האשה ע"פ קול הברה וא"כ לא שייך לומר דכאן הוי כאין שיירות מצויות כיון דמת בתפיסה והלא לא ידעינן ע"פ עדים שזה הלך לזיטאמר וא"כ י"ל כמו שזה הלך למקום הזה כן גם אחר הלך רק די"ל דהנה איתא בשו"ת ת"ה שאלה רך"ב וז"ל מ"מ בקול בעלמ' ליכא מאן דאסיק אדעתיה דלא מוקמינן ליה בחזקת שהוא קיים עכ"ל ונראה לפרש הא דכ' הטעם דהוי מוקמינן ליה בחזקת חי כו' הוא משום דלכאורה בעדות נשים היה ראוי להתיר אפי' ע"י קול כיון דכתבו התוס' בכתובות דף ך"ו ע"א ד"ה והאמר וז"ל שהרי העד גרוע מן הקול אי לאו משום דמסייע ליה לבטל הקול שהרי הקול פוסל והעד אינו פוסל עכ"ל וא"כ כיון דבעדות עד א' מהימן מהראוי שגם על קול נסמוך להתיר. רק מחמת החזקת חי מבטל הקול כמ"ש בת"ה הנ"ל. וא"כ כ"ז כשאנו באין להתיר ע"י הקול שפיר איכא חזקת חי נגד הקול אבל כאן בנ"ד

עדים מעידים שבעת שנתפס יצחק חייט לק"ק זיטאמר היה כאן פה ק"ק הקול נשמע קלא דלא פסיק שנתפס לשם ואף שאינו רק קול בעלמא מהראוי לסמוך כיון דהוי רק גילוי מילתא בעלמא כמ"ש הרי"ף בהחולץ ואישתמודעינהו כו' והלכתא גילוי מילתא בעלמא הוא דמגלי דהדין איהו גבר פלן והא היא איתתה פלניתא וכיון דמודעי ליה הכי הרי אתחזיק גבי' בהאי סהדא מפומה דהאי קרוב או איתתא דההוא איהו פלניא והא איהי פלניתא הלכך שרי ליה לסהדא למסמך אפומייהו ולמיסתר עילויה דהאי גברא כו' בין לענין אסורא בין לענין ממונא עכ"ל וה"ה הכא הלא בעת שהי' הקול נשמע שנתפס לק"ק זיטאמר היה עדיין באמת חי והקול הזה לא היה נגד שום חזקה מהראוי שנאמין להקול כיון דבעת ההוא לא באנו להתיר ע"פ הקול וכיון דכבר אתחזק הקול לאמת אף שכעת נבוא להתיר האשה הוי רק גילוי מלתא בעלמא שהעדים מעידים שכעת ההוא היה הקול כזה קלא דלא פסיק וממילא מתירין האשה ע"פ העדים רק לענין הזה מועיל הקול שאיש הלזה נודע שהלך בדרך הזה ואחר לא נודע ובכה"ג מועיל ג"כ הקול כיון דליכא חזקת חי נגד הקול כנ"ל:

ואף לפי מ"ש הריב"ש בשאלה פ"ב וז"ל ואני אומר שלפי לשון הרי"ף לא נראה שאין אשה וקרוב נאמנין לומר זה אחיו של פלוני כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה כו' אלא שאם אמרו כן קודם מעשה שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור הוחזק על פיהם ויכולים העדים או הדיינים המעידין על החליצה לומר בלשונם ואשתמודעינהו כו' כיון דכבר הוחזקו ע"פ אלו קודם מעשה עכ"ל וא"כ י"ל כאן הוי כבשעת מעשה:

אך ז"א ע"פ מ"ש בשו"ת מהריב"ל שאלה מ"ט ח"ב לפרש דברי הריב"ש שכ' דמשמע מלשון הרי"ף דהיינו דאמאי איצטריך ליה להרי"ף לומר דמיירי דהעד או העדים הבאים לפנינו שמעו מפי קרוב או מפי האשה לימא דהקרוב או האשה הן שבאין להב"ד ומעידין דהאי פלניא אחוה דמיתנה אלא וודאי נראה דדוק' בכה"ג הוא דמהני עכ"ל והיינו משום כיון שאלו שמעו כבר מפי קרוב קודם המעשה שוב הוי רק גילוי מילתא כו' כנ"ל וה"ה הכא בנ"ד כיון דבשעה שהקול הי' יוצא הי' קודם המעשה כבר נתחזק הקול לקלא דלא פסק לקול אמת כיון שלא הי' בעת ההוא נגד החזקה ולכן מועיל הקול דליהוי כאלו העדים לפנינו שיודעים בו שנתפס לק"ק זיטאמר וא"כ אפי' לדעת הח"מ דמחמיר בהוחזק לחוד כאן י"ל דהוי כלא הוחזקו שנים הולכים מחמת קלא דלא פסיק הנ"ל שזה האיש הלך ושני אין יודעין שהלך וזה מיקרי לא הוחזקו לדעת הח"מ ע"ש א"כ יש להתיר את האשה הנ"ל ע"פ גב"ע הנ"ל:

עוד נראה להתיר ע"פ העד ר' אברהם שהעיד עד מפי עד ששמו שלמה שיצחק הנ"ל מת בתפיסה. והנה להיות שכפי המבואר בג"ע האיש שלמה מוחזק לגנב בקלא דלא פסיק וגם בעצמו הודה בפניו שהוא גנב. והנה לפי מה שמבואר בתשובות הרמ"א שאלה י"ב וז"ל עוד העיד א' ששמע מב"ה שלו שפלוני זה חשוד שגונב ע"פ דברים אלו נראה שפסולים הם לעדות מאחר שכבר הוחזקו לחשודין ואמרינן סוקלין על החזקה כו' ותו דהא גלוי לכל דאלו ב' עדים חשודים הם וניכרים לפוחזים וריקים לכל אדם אע"ג דלא ידעינן בהו שהם פסולין ממש מ"מ מאחר שהוחזקו בפי כל לפוחזים וריקים פסולין הם לעדות כזה וראיה מהא דכ' מהרא"י סימן רכ"ד וז"ל אך בתנאי זה אם ידוע למר שהועד העדים בלי רמי' הכי אינני מכיר את העד אם הוא מן הריקים והפוחזים דלא חיישי במידי לאסהודי שיקרא כו' הרי דאפילו בעדות אשה כ' שאין לסמוך אעדות ריקים ופוחזים במקום דאיכא למיחש שמסהדים שקר כ"ש בנ"ד עכ"ל:

ולפ"ז לכאורה אין להתיר ע"פ עדות זה כיון שזה האיש שלמה מוחזק לפסול לעדות ואף לפי מ"ש הב"ח בשו"ת ח"א שאלה ע"ג וז"ל ואפשר להרמ"א שכתב דלא חיישינן שמא העד הראשון פסול היה מתשובה זו של מהרא"י למד להורות כך מדאיצטריך מהרא"י ז"ל דבעינן למידע שהועד העדות מפי העד השני בלא רמיא כו' ולא כתב ג"כ דבעינן נמי למידע דהעד הראשון העיד בתום וביושר בלי רמיה אלמא דלא חיישינן לעד הראשון שמא פסול היה מאחר שאינו לפנינו אלא מן הסתם מחזיקים אותו לעד כשר עכ"ל אלמא דעל עד הראשון אין לחוש דלמא פסול היה רק די"ל דכאן גרע מחמת שהוחזק ע"י קלא דל"פ משא"כ שם דלא איתרע כלל העד הראשון רק הנה לכאורה דברי הרמ"א בתשובותיו הנ"ל סתרו לדבריו שבהג"ה שכתב בח"מ סימן ל"ד סעיף כ"ה וכן אין נפסל ע"י קול וחשד בעלמא כגון מי שחשוד על עריות כו' ולכאורה יש לחלק דדוקא במי שחשוד על עריות אין נפסל ע"י הקול ע"פ מ"ש הר"ן בשם הרז"ה והראב"ד לפרש הא דאמר רב נחמן בסנהדרין דף כ"ו החשוד על עריות כשר לעדות היינו משום דלא עשה עבירה גמורה אלא יחוד שאע"פ שהוא אסור מן התורה אינו סבור לעשות עבירה כענין גנב ניסן וגנב תשרי ורב ששת אהדרי ארבעים בכתפיה וכשר שהרי עבירה גמורה הוא דמלקין על לא טובה השמועה ור"נ לא חייש לפירכיה וקי"ל כר"נ עכ"ל וא"כ שפיר כתב בהגה"ה בחשוד על עריות דכשר לעדות משום דסבור דאינו עושה עבירה משא"כ בתשובותיו בנידון גניבה שיודע כל איש שאסור לכן נפסל לעדות:

ולכאורה בזה יש ליישב דברי הרשב"א שהביא הב"י מחו' ס"ג ואם יצא עליו קלא דל"פ אין מוסרין לו שבועה כו' דלא מפקינן ממונא אפומיה הביאו הסמ"ע ס"ק ס"א דרבינו

ירוחם והרא"ש פ' ז"ב כתב דאפילו בקלא דל"פ כשר לעדות וזה דלא כהרשב"א עכ"ל ולפי מ"ש לעיל י"ל דהרשב"א מיירי בחשוד על השבועה לכן שפיר נפסל ע"י הקול משא"כ הרא"ש דמיירי בחשוד על עריות ואף שהרא"ש אינו מפרש כהר"ן בהא דחשוד מ"מ אף להרא"ש יש לחלק לפי שיטתו בין חשוד על ממון לחשוד על עריות דבעריות י"ל דיצרו תקפו ואע"ג דס"ל להרא"ש דה"ט דיצרו תקפו אינו מועיל להתיר בבעל ממש י"ל דדוקא בבעל לא מהני להכשירו משום דמ"מ הלא עבר על עבירה דאורייתא ונעשה רשע בודאי משא"כ בחשוד על עריות ומתייחד עמהם דע"כ צ"ל דלא מיירי באיסור יחוד גמור דא"כ פסול לעדות מחמת איסור יחוד אלא בודאי מיירי בענין דליכא איסור יחוד ומ"מ מלקין על לא טובה השמועה דקינוי וסתירה בסוטה היינו אפילו בלא איסור יחוד וכמ"ש הגאון מפפ"ד בספר המקנה בק"א ב סימן מ"ב ולכן כשר לעדות רק באמת הסמ"ע כתב שפיר דזה דלא כהרשב"א משום דע"כ הרמ"א לא ס"ל לחלק בכך כיון שכתב בד"מ על דברי הרשב"א וצ"ע מהא דחשוד על עריות וש"מ דלא ס"ל לחלק בזה רק באמת תקשה על הרמ"א דכתב וצ"ע מהא דחשוד ודילמא שאני בחשוד על עריות דכשר או משום דיצרו תקפו כנ"ל או כמ"ש הר"ן דחשוד על עריות כשר דסבור שאינו עושה עבירה וע"כ צ"ל דס"ל להרמ"א דאין לחלק בין ממון לעריות דאי משום דבעריות יצרו תקפו כבר דחה זאת הרא"ש בסנהדרין ואי משום סברת הר"ן דסבור היה שאינו עושה י"ל דס"ל להרמ"א דלא שייך לומר באיסור תורה סבור הייתי שאין זה עבירה וס"ל דיחוד אסור מן התורה ולכן לא ס"ל לומר שיכול להגיד סבור הייתי שאין זה איסור כיון שפשט איסורו בישראל שהוא עבירה עיין בח"מ סימן ל"ד סעיף כ"ד ועיין במ"ל פ"ד מהלכות מלוה ולוה מש"ש ולכן מקשה הד"מ מהא דחשוד על עריות דכשר לעדות על הרשב"א דכתב דקול פוסל לעדות:

והנה בספר עצי ארזים כתב דהרשב"א מיירי בקלא דל"פ ורב נחמן דאמר דחשוד על עריות דכשר מיירי בקלא דפסק ותמהני עליו דאם כן היאך אמר רב ששת ארבעים בכתפיה הלא אין מלקין רק על קלא דל"פ וכמ"ש גם הרמב"ם בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין ועיין בשו"ת מהר"מ מלבלון שאלה פ"א דכתב וז"ל ואין להסתפק בזה אם יש לפסלו מחמת שיצא עליו אז הקול בכל הקהלה שגנב או כפר באותו הפקדון וגם בסבת זה נתגרש מתוך הקהלה הוי כמו קול דאתחזיק בבי דינא דחוששין לו לענין דין פנויה שיצא עליה קול שנתקדשה כו' דדבר פשוט הוא דכיון דנתברר אחר כך שלפי ענין המעשה שהיה לא נפסל לעדות מן הדין כו' פשוט הוא שחוזר להכשירו הראשון עכ"ל וכתב עוד דמ"ש הרשב"א ואם יצא עליו קלא דל"פ אין מוציאין ממון בעדותו

מיירי באיסור ערוה ויצא עליו עדי כיעור וקלא דל"פ וכו' כדין הנטען על האשה דפ"ב דיבמות שע"פ אותן העדים היה הדין דמפקינן האשה מהנטען כיוצא בו יצא הקול על איזה עד הבא להעיד וס"ל להרשב"א דהדין נותן שכיון שמספיק אותו עדות לאפוקי איתתא מהנטען כ"ש שמספיק שאין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון אפומיה דס"ל להרשב"א דזה הוי כמו שהעידו עליו שבא על הערוה שהוא פסול לעדות לדעת כל הפוסקים עכ"ל ועיין בתשובת מ"ב סימן נ"א ותמהני שהלא הרשב"א ס"ל בנטען על האשה שאף בקלא דל"פ לחוד בלא עדי כיעור תצא מהנטען וכמ"ש בשמו הרב"י בא"ע סימן י"א וא"כ ה"ה בעד החשוד סגי בקלא דל"פ לחוד בלא עידי כיעור לשיטת הרשב"א הנ"ל:

והנה לפי מה שכתב לעיל מוכח דהרמ"א אינו מחלק בין חשד עריות לחשד שאר עבירות מדכתב על דברי הרשב"א הנ"ל בד"מ וצ"ע מהא דחשוד כו' וגם מדסתם דבריו בהג"ה וכתב דאין אדם נפסל על ידי הקול ואף דכתב כגון בחשוד על עריות כוונתו להורות הדין דאף דכשר לכל עדות אבל פסול לעדות נשים אבל לעולם אפילו בשאר עבירות כשר בחשוד אבל נראה ליישב דברי הג"ה שלא יהיו סותרים דבריו שבתשובה דהנה הטעם דאין אדם נפסל ע"י הקול הוא מחמת שכל ישראל בחזקת כשרים הם לכן בהאי גוונא שכתב רמ"א שאינו נפסל על ידי קול היינו שהיה מוחזק בחזקת כשרות רק שאח"כ נעשה חשוד ובכה"ג שפיר כתב דאינו נפסל ע"י קול כי מוקמינן ליה בחזקת כשר אבל בהא דכתב רמ"א בתשובה דניכרים לריקים ופוחזים היינו אנשים כאלו שהמה עמי הארץ וכל עמי הארץ בחזקת שהוא פסול עד שיוחזק שהולך בדרך הישר כדאיתא בח"מ סימן ל"ד סעיף י"ז ואם כן לאנשים כאלו לא היה להם חזקת כשרות כלל והמה נפסלים ע"י קלא דל"פ כנ"ל וכן הוא כוונת מהרא"י סימן רכ"ד ואף שאינם פסולין רק מדרבנן מ"מ כבר יצאו מחזקת כשרות:

ולפ"ז בגווני דנ"ד לכאורה יש להתיר האשה ע"פ העד הנ"ל שאף שיצא עליו קלא דלא פסיק יש להעמידו' בחזקת כשרות וא"ל שהוא הוא מאנשים ריקים ופוחזים כה"ג שכתב רמ"א ומהרא"י הנ"ל שלא היה חזקת כשרות דמנין לנו לומר כן ואדרבא הרמ"א כ' דאין לחוש שמא העד הראשון פסול היה ואף גם בנ"ד תלינן שעד עתה שיצא עליו הקול היה בחזקת כשרות תמיד ושוב אין לחוש לקלא דל"פ:

אבל לפי מה שהעיד עליו העד ר' אברהם שהאיש שלמה בעצמו הודה שהוא גנב ואע"פ שאין אדם משים עצמו רשע כבר כתב בכה"ג בח"מ סימן ל"ד דהיכא דאיכא הוכחה לזה נאמן לפסול את עצמו וכאן אע"פ שזה שישב בבית האסורים אין הוכחה כ"כ די"ל

דהיה רק חולק עם הגנב דאינו פסול לעדות או בעלילה באו עליו אבל י"ל כאן דאיכא ג"כ עליו קלא דל"פ שמוחזק לגנב אם כן נהי דהקלא דל"פ לחוד אין מוציאו מחזקת כשרות כנ"ל מ"מ הא הודה בעצמו ויש הוכחה לדבריו הקלא דל"פ לפסלו לעדות ואין להתיר דהוי מסיח לפי תומו כיון דבסוף דבריו הוא להתיר בא כיון שמזכיר את האשה וכמ"ש בק"ע בשם מהרשד"ם סימן שמ"ח:

אבל נראה לומר דאין לפסול העדות ויש להתיר האשה על פי העד הלז דכיון דעל פיסול העד שלמה אין שני עדים רק העד ר' אברהם ופלגינן דיבורא ואינו נאמן לפסול העד שלמה הנ"ל ולעד כשר מחזיקינן ליה וה"ל עד מפי עד שמעיד שמת ואף שאינו מזכיר שם אביו אבל כיון שמזכיר שמו ושם עירו ושם אשתו ושם חמיו הוי כאלו הזכיר שם אביו כמו דאיתא בשו"ת הרבה דשם חמיו ושם אשתו עכ"פ הוי כשם אביו:

עוד נראה לי לפי מ"ש בשו"ת מ"ב סימן נ"א שאין לחוש לקלא דל"פ גם כאן בנ"ד אף שהעד בעצמו הודה שהוא גנב ויש לצרף הודאתו עם הקלא דל"פ דליהוי כאלו יש הוכחה שאומר אמת ובכה"ג אדם עושה עצמו רשע כמ"ש הכנה"ג הנ"ל מ"מ יש להוכיח דבכה"ג דאדם מודה בעצמו ועד מעיד עליו גם כן לפוסלו אינו נפסל בכך מהא דכתובות באומרים העדים אנוסים היינו מחמת ממון דאמרינן דאין אדם משים עצמו רשע ואף שכל א' מהעדים מודה בעצמו על רשעתו ומסתמא מעיד על חבירו שעשה מעשה רשע מ"מ לא מהימני וש"מ דאף במודה מעצמו ועד מסייעו מ"מ אינו נפסל בכך ואין זה נחשב להוכחה לדבריו דליהוי מהימן רק אין אדם משים את עצמו רשע ומחמת הודאתו אינו מהימן וגם מחמת העד האחד אינו נאמן לפסלו כנ"ל:

גם עיין שם בשו"ת מ"ב הנ"ל דמיירי ג"כ שהעד הודה לבסוף שעשה הגניבה ומ"מ מכשירו ע"ש. והנה לכאורה היה אפשר לומר דאף דכתב הרמ"א בסימן י"ז סעיף ה' דאין לחוש שמא הראשון פסול היה היינו דוקא שהעד אינו אומר ששמע מפסול משא"כ בעד שאומר ששמע מפסול דאורייתא עכ"פ צריכים לברר הדבר אולי אמת הדבר ששמע מפסול דאורייתא ולפי זה בנ"ד צריכים לברר הדבר אם האיש שלמה אינו פסול לעדות מחמת עבירה מדאורייתא ע"פ עדים כשרים ובפרט לפי מ"ש הח"מ ס"ק י"ז דכל עד מפי עד צריכה האשה לחקור היטב ע"ש רק די"ל דע"כ מוכח דאף בכה"ג א"צ בירור מהא דאיתא בכתובות דף ק"ו בתוס' בד"ה והאמר ר' יוחנן כו' וז"ל שהרי העד גרוע מן הקול עכ"ל עיין שם במהרש"א דמפר' דהוכחתם מדלא מוקמינן דאתא עד אחד ואמר דהוא בן גרושה כו' ולמה מוקי ביצא עליו קול ע"ש והנה רש"י מפרש שם ד"ה ואחתיניה מן הכהונה עד שיבדקו הדבר שמעלה הוא לכהונה עכ"ל הרי מה דאמרינן ואחתיניה הוא

רק לברר הדבר וכן איתא גם כן בספר ש"מ שם וא"כ הרי אפילו לענין יוחסין לא מוקי הגמרא דבא עד אחד ואמר שהוא בן גרושה כו' בכדי שנחתיניה עד שיבורר הדבר מחמת שאין עירעור פחות משנים אף שמעלה עשו ביוחסין ומכ"ש לענין עדות שאינו מועיל עד אחד לפסול את העד שנצטרך לברר הדבר אלא אדרבא אפילו בירור אין צריכים כי אין עד אחד פוסל והא דכתב הב"ש ס"ק דשואלין אותו שמא שמע ממי שאינו ראוי להעיד היינו שאנחנו נדע הדבר שהאיש שאומר בשמו אינו ראוי להעיד אבל לא בכה"ג שהעד אומר שהעד ששמע ממנו הוא פסול ע"פ קלא דלא פסיק דא"צ אפי' לברר אפי' במקום שאפשר לברר וסמכי' אחזקה דכל ישראל בחזקת כשרים המה ויש להתיר האשה ע"פ העד הנ"ל ואין לחוש דילמא יש עוד בעולם עיר ששמה ברססטצקי כיון דלא הוחזק וכמ"ש בשו"ת צ"צ סימן נ"ח ובשאר מקומות. סוף דבר שלפענ"ד האשה מרת פריבה בת מוה"ר מאיר חייט חונה פ"ק מותרת להנשא לעלמא ובלבד שיסכימו עמי ה"ה הרב הגאון המפורסם מוה"ר מאיר אב"ד ור"מ דק"ק בראד והקרייז ואחי הגדול הגאון מוהר"ר זלמן מרגליות נ"י המה יתנו עידיהן ויצדיקו הדברים אם ייטב בעיניהם להתיר הן מטעמא דידי או מטעמא אחרינא אזי גם אני סניף להתיר דברי צעיר הק' חיים מרדכי מרגליות מבראד חונה פ"ק ברעסטצקי יע"א:

שאלה כא

תשובה לאחי הגאון האב"ד דק"ק ברעסטצקי וכעת אב"ד דק"ק דובנא וק"ק הנ"ל כא שאלה על דברת העגונה מרת פריבא מק"ק ברעסטצקי אשר יושבת בדודה ושוממה ימים רבים היתה כאלמנה ואחי הגאון נ"י שלח ידו בתשובתו הרמתה והערה את מקור הדין מדברי הש"ס והפוסקים ובעוצם ידו ורב חילו מצא פתח תקוה להתירה מכבלי העיגון והסכים על ידו בהיתרה כבוד מחו' מופת הדור הגאב"ד דפ"ק יצ"ו ושמו פניהם עלי להיות ידי עמהם ואף כי הקיפוני חבילי טרדין בטרדא דמצוה נזדרזתי להיות נטפל לאותה מצוה אפס כעת לא אעלה כי אם הנוגע לעיקר הדין ועסק פלפול אשר יש לי את אחי תשמיט עד יקילו ימי הטרדא ויבואו ימי חפץ וזה החלי בעזה"י:

תשובה מתחלה אדון בדבר ההיתר שיש להתיר ע"פ עדות ר' אברהם שהעיד מפי עד ששמו שלמה שעדות זו הוא כדאי להתיר מחמתו בלבד אלא שפסולו בגופו כפי המבואר בג"ע שזה האי' שלמה מוחזק לגנב בקלא דלא פסיק וגם בעצמו הודה בפניו שהוא גנב והנה כבר כתב בזה כבוד אחי הרב הנ"ל נ"י וגם האב"ד דפק"ק נ"י צידד להיתרא בזה ואענה אף אני חלקי:

הנה עיקרא דהא מלתא בסנהדרין דף כ"ו החשוד על העריות לא אמרן אלא לאפוקי ופירש"י לאפוקי לומר מת בעלה או גירשה דניחא ליה לשויא פנויה דשכיחא ליה כו' מבואר מזה דאף לעד מיתה פסול אבל באה"ע סימן מ"ב בהג"ה כתב החשוד על העריות אע"פ שאין עדים שבא על הערוה רק שחשוד בעלמא פסול לעדות אשה בין לענין קידושין בין לענין גירושין משמע מלשון זה דלעד מיתה נאמן וכבר העיר בזה הח"מ שם ס"ק ט"ו אך לענ"ד נראה דדברי הרמ"א אין סותרין לדברי רש"י דרש"י לטעמיה אזיל שמפרש דמיירי בבא על הערוה ממש וכשר לשאר עדות משום דבעינן רשע חמס ולעדות אשה לאפוקה כיון דניחא ליה למשוי פנויה הו"ל כרשע דחמס ופסול אף מדאורייתא והלכך אף להעיד שמת בעלה לא מהימן דהא קי"ל גזלן דאורייתא פסול לעדות אשה ולשיטת רש"י היכא שהוא חשוד מחמת קול בעלמא י"ל דלא מיפסל כלל אף ברשע דחמס משא"כ הרמ"א דקאי בשיטת המפורשים דר"נ מיירי דחשוד ע"י קול בעלמא ובכה"ג עכ"פ אין מקום לפוסלו מדאורייתא הלכך אין לפוסלו רק לקידושין וגירושין אבל לעידי מיתה כשר דלא גרע מעבד ושפחה כמ"ש בח"מ שם איברא דמ"ש הח"מ דלא גרע מעבד ושפחה י"ל דאזיל לטעמיה בסימן י"ז ס"ק צ"ו שכתב דאפשר ישראל בעל עבירה ממש גרע מעבד אף שהוא ג"כ בחזקת בעל עבירה ולפ"ז י"ל דדוקא בבעל עבירה ממש משא"כ בזה דמחמת הקול לא מפסיל לפי שהוא מוחזק לפרוץ בעריות והרי גם עבד מוחזק בעבירות ואפ"ה כשר לעד מיתה משא"כ לפמ"ש הב"ש דהך דעבד מיירי בידוע שהוא כשר א"כ אין ראיה משם ואדרבה לכאורה יש ראיה דמוחזק בעל עבירה מדאורייתא פסול לעד מיתה מיהו איכא לדחוי דעבד שאני כדאמרינן בהמוכר פירות גבי נמצא גנב או קביוסטוס כולהו הכי איתנייהו והוי כמו חזקה גמורה משא"כ היכא דליכא אלא קול בעלמא אבל עכ"פ אין ראיה מעבד לכאן דהתם מיירי בידוע שהוא כשר: אך נראה דמצד הסברא נמי אין לפסול חשוד בעלמא לפמ"ש הח"מ והב"ש שם דאינו פסול רק מדרבנן וא"כ הא קי"ל דפסול בעבירה דרבנן כשר לעד מיתה ואף שיש לחלק דדוקא היכא דגוף העבירה היא רק מדרבנן משא"כ בזה שאע"פ שמצד הקול לבד א"א לפוסלו מדאורייתא מ"מ אי חיישינן לקלא הרי הקול מבשר ואומר שזה עבר על עבירה דאורייתא ופסול אף לעד מיתה אך אין נראה לחלק בכך דהא סתמא אמרינן דפסולין דרבנן כשרים לעדות מיתה וגם חשוד זה אע"פ שהקול יוצא עליו שעבר עבירה דאורייתא מ"מ כיון שא"א לפוסלו כ"א מדרבנן שפיר כשר לעד מיתה לפ"ז דברי הח"מ צ"ע דמדברי רש"י אין ראיה כדכתיבנא דמפרק בא על הערוה ממש ואפשר שהח"מ שכתב להוכיח מדברי רש"י היינו לפמ"ש התוספות בסנהדרין דף ט' ד"ה לרצונו רשע הוא שבקונטרס

פירש הך דחשיד על העריות לאו דאיכא סהדי שבא על הערוה אלא שהוא גס בערוה ומתיחד עמהם כו' ואף ע"פ שמדברי רש"י שלפנינו אין נראה כן וכמ"ש הרא"ש מ"מ ע"כ כך היה גירסת התוספות ברש"י ואפ"ה כתב רש"י לאפוקי היינו להעיד שמת בעלה אך לענ"ד לפ"ז באמת צריך לישב דהא מלתא טעמא בעי דמה"ת לפסול חשוד בעלמא כיון דאין פסולו מדרבנן ואפשר לומר לפמ"ש הב"י בח"מ סימן ל"ד הטעם דפסול לעדות אשה משום דהחשוד לאותו דבר לא דנו ולא מעידו וזה ג"כ דעת הח"מ והב"ש שכתבו דבחשוד בעלמא אין לפסול רק מדרבנן דליכא מפורש בתורה רק מי שהוא חשוד לאותו דבר א"כ י"ל דגם לענין עד מיתה נמי לא מהימן ודוקא פסול לעבירה אחרת מדרבנן כשר לעדות מיתה משא"כ בחשוד לאותו דבר גופיה דאינו מעיד מכ"ש דא"ש לפמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ט ס"ק י"ח דבאמת לא קי"ל כר"מ בהא דחשוד לאותו דבר אלא טעמא דפסול לעדות אשה משום שהוא נוגע בדבר דניחא ליה דתהוי פנויה כו' ע"ש והאי טעמא שייך אף לענין עדות מיתה העולה ממ"ש דאין מקום לפסול חשוד בעלמא להיות עד מיתה כ"א מטעמא דהוה חשוד לאותו דבר או משום דהוי נוגע בעדות וא"כ בנ"ד דאינו חשוד על העריות רק חשוד על הגניבה אע"ג שאם יש עדות שגנב היא פסול דאורייתא מ"מ השתא דליכא כ"א קלא בעלמא דאין כאן רק פסול דרבנן ואינו חשוד לאותו דבר וגם אין כאן נגיעה בעדות שפיר כשר לעד מיתה אליבא דכ"ע ואע"פ שכתב הרמ"ה בהג"ה סעיף וא"ו ריקים ופוחזים הממירים שחזרו בתשובה אך לא בתשובה גמורה אין לסמוך על עדותן אם לא במסל"ת או בידוע שהעידו בלא רמי' ועיקול כו' פשיטא דההיא דנ"ד ל"ד להתם שכבר יצאו מחזקת כשרותן ע"י המרה ומחמת זה הם מוחזקים חשודים על עריות ועל כל עבירות שבתורה עד שיתברר שעשו תשובה גמורה וגם בלא"ה התם מיירי מאותן שהם ריקים ופוחזין עד דחשדינן להו בהאי מלתא גופא להעיד שקר כמבואר מלשון מהרא"י שכתב כי איננו מכיר את העד אם הוא מן הריקים והפוחזים דלא חשידי במידי לאסהודי שקרא כו' ופשיטא דבכה"ג אין לסמוך על עדותן שהרי לפי ראות עיני ב"ד הם חשודים לאותו דבר משא"כ במוחזק בעבירה א' דרך חשד לבד שפיר מועיל עדותן וזה מבואר ג"כ ממ"ש מהרא"י שאם ידוע שהעידו בלא רמאות ועיקל מהני ובאמת בפסול מחמת עבירה דאורייתא הדבר ברור שאין לחלק בכך כדמוכח מההיא דהרגתיו כו' דאי לא פלגינן דיבורא לא תנשא אשתו אע"פ שנראין הדברים דקושטא קאמר וע"כ לחלק דדוקא בפסול מחמת שבודאי עשה עבירה משא"כ בהנך ריקים ופוחזים אע"פ שהם מוחזקים בעבירות כיון שהיה עדותן בלא רמיה ועיקול שאז אזדא ליה הך חששא שכתב דלא חיישי מידי כו' שפיר מהימני וא"כ ק"ו הדברים בחשוד על עבירה א' שאין

להחזיקו בפסול דאורייתא וגם בכאן עכ"פ לא גרע מהך דריקים ופוחזים המעידים בלא רמיה ועיקול דכיון שזה האי' שלמה לא בא לב"ד להעיד רק דרך הילוכו עם זה העד ר' אברהם סיפר לו הענין ואע"פ שאין זה מסל"ת כיון שאמר שמתכוין להתיר מ"מ עכ"פ אין מקום לתלות שבא במרמה כי לא יחרוך רמיה צידו בענין זה וכבר כתב מהרא"י שהכל לפי ענין העד ולפי ראות עיני הדיין אך באמת בנ"ד א"צ להיות שופט למראה עינים כיון דאינו חשוד לאותו דבר כלל וכמ"ש בח"מ סימן ל"ד:

ולפמ"ש א"ש מ"ש הב"י בשם תשו' הרשב"א ואם יצא עליו קלא דלא פסק אין חוששין לו (ונראה שתיבת אין הוא ט"ס וצ"ל חוששין לו) ואין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו כו' ובד"מ שם כתב ע"ז שצ"ע מהך דחשוד על העריות ולא מפסיל משום קול וגם בסמ"ע כתב דהרא"ש וריי"ו כתב דלא כרשב"א ולענ"ד אין כאן מחלוקת דהתם מיירי הרשב"א שיצא עליו קלא דלא פסיק שעבר על השבועה וחשוד לשבע בשקר וכיון שהקול הוא אותו דבר עצמו שפיר מהני ביה לפוסלו לשבועה ועדות ממון כמו חשוד על העריות ע"י קלא דלא פסק שנפסל לעדות אשה וכשר לשאר עדיות שבתורה והיינו דכתב הרשב"א ואע"פ שבחזקת כשר היה ואין פוסלין אותו בקלא בעלמא מ"מ מיחש חיישינן ליה ור"ל דאע"ג דאין מוציאין אותו מחזקת כשרותו לפוסלו מחמת הקול לכל עדיות דעלמא מ"מ חיישינן ליה לפוסלו לאותו דבר שיצא עליו הקול שחשוד והיינו שבועה והוצאת ממון ע"י עדותו:

ובהכי א"ש ג"כ מ"ש הרשב"א ואם חשוד על שבועת ממון אף לעדות פסול מדתניא בפרק ז"ב כו' ואוקימנה בשבועת ממון דהוי רשע דחמס והב"י תמה ע"ז דהא קי"ל דלא בעינן רשע דחמס ולענ"ד נראה דלשון הרשב"א בזה נדרש לאחריו וגם מ"ש ואם חשוד על שבועת ממון כו' ואין ר"ל בעינן שנעשה חשוד גמור ע"פ עדות אלא עיקר מילתיה בקלא דלא פסיק מיירי רק דהרשב"א בא לומר דשבועה ועדות חדא מלתא הוא וע"ז מייתי מפרק ז"ב מועל בשבועת ממון פסלוהו גם לעדות משום רשע דחמס דחיישינן שיעיד שקר בשביל הנאת ממון כמו שנשבע לשקר בשביל הנאת ממון ולכן אם יצא עליו קלא דלא פסיק שמעל בשבועת ממון הוא נפסל לעדות ג"כ אע"ג דלשאר עדות אין הקול פוסל מ"מ לעדות ממון הוא נפסל דמיקרי חשוד לאותו דבר ולפי"ז מ"ש דפליגי אהרשב"א ז"א דאדרבה סייעתא איכא מהתם דהא קי"ל חשוד בעלמא על העריות פסול לעדות אשה משום שחשוד לאותו דבר והא דלא מייתי הרשב"א מהך דחשוד לעריות משום דאיכא לדחויי כפי' הרי"ף ורש"י שבא על הערוה ממש ולכך מייתי מהא דמפקינן מנטען כו' וגם איכא לדחויי דהתם טעמא משום דכיון שחשוד על העריות הו"ל לענין

עדות אשה נוגע בדבר וכמש"ל בשם הש"ך י"ד סימן קי"ט משא"כ בעדות שיוציא אחר ממון בעדותו אין זה בכלל נוגע בעדות ואע"פ שי"ל שמעיד בשביל שלקח שוחד נקי מ"מ ל"ש לקרותו בשביל זה נוגע בעדותו רק חשוד לאותו דבר משא"כ בחשוד על העריות שפיר הוי נוגע בעדות כו' ולכך מייתי הרשב"א מנטען דחיישינן לקלא וה"נ יש לחוש להא מלתא גופא שלא למסור לו שבועה כו':

וכאשר כתבתי מוכח מדברי המ"ב בתשו' סימן נ"א באחד שחתום על גיטין ויצא עליו קול גניבה והבי' מההיא דחשוד על העריות כשר לעדות והאריך בזה ולכאורה היא ראיה לסתור דהא מבואר שם דמודה ר"נ בעדות אשה שפסול וא"כ איך נוכל להכשיר גיטין אילו שחתם עליהם אך פשוט שז"א דדוקא בחשוד על העריות נאמרו הדברים כיון דחשיד לאותו דבר או מצד נגיעה משא"כ בחשוד על הגניבה לא נחשד להתיר א"א לעלמא רק שזה תלוי אם קול מהני ביה לפסולא בשאר עדיות משום דהו"ל רשע ועכ"פ פסול מדרבנן ולזה מייתי מהך דר"נ דכשר לכל עדות שבתורה והיינו דמשום חשד בעלמא לא מפסיל אפילו לעדות גירושין דבעינן עדות גמורה וא"כ ק"ו לעדות מיתה דאקילו משום עגונה אפי' פסול דרבנן ואפי' עבד ושפחה דפשיטא דאין לפוסלו משום חשד מחמת קול לבד שוב ראיתי בספר המקנה שכתב ג"כ דבחשוד בעלמא דלא מפסיל אלא מדרבנן כשר לעד מיתה אף לרב ששת ואין מקום לפוסלו רק משום חשוד לאותו דבר ע"ש שמוכיח מזה דרש"י מפרש בבא על הערוה ממש ומה שיש לפלפל בדבריו לא עת האסף פה:

ועוד נלענ"ד דאין כאן מקום לפוסלו משום חשד שהרי בתוספת דף ט' כתבו בשם הקונטרס דמיירי שהוא גס בעריות ומתיחד עמהם והאי דקאמר ארבעים בכתפיה היינו משום דמלקינן על היחוד של כל העריות חוץ מא"א משום לא טובה השמועה נגעו בה אלמא כל שיש עדים שנתיחד עמה מלקין אותו מכות מרדות מגזרת ב"ד של דוד ולפי דברי רש"י והתוספת דשבת דף י"ג משמע דאפי' מה"ת אסור וכ"מ מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' קידושין שכתב ואין מלקין א"א על היחוד כו' אמנם העיקר שהוא אצלינו במה שאמרו מלקין על לא טובה השמועה אין הפרש בזה בין פנויה או א"א או זכור או שאר עריות עד שרבתה השמועה רעה על שניהם שזינו כו' הרי מבואר דשני מילי נינהו: אך בדף כ"ו כתבו התוספת דמיירי בחשוד בעלמא בלא עדות דאין כאן רק שמועה כו' אך הרא"ש ארכביה אתרי ריכשי שכתב החשוד על העריות שהוא רגיל וגס בעריות ומתיחד עמהם וסני שומעניה וארבעים בכתפי' דמלקין על היחוד של כל העריות חוץ מא"א ומלקין על לא טובה השמועה דלא פסיק שהעם מעבירים עליו קול כו' עכ"ל וזה

תימא דתרי גוונא מלקות ל"ל וראיתי בנימוקי יוסף שכתב וז"ל והאחרונים כתבו הנכון כמ"ש הרז"ה דהיינו מי שעסקיו עם הנשים תמיד מתיחד עמהם והא דא"ל ר"ש ארבעים בכתפיה וכשר לאו דאית ביה מלקות מדאורייתא דהא לית ביה לאו מפורש דמכי יסיתך אחיך בן אמך נפקא אלא משום דמלקין על לא טובה השמועה כו' ע"ש מבואר מזה דס"ל דהא דמלקין על היחוד היינו מחמת מלקות דלא טובה השמועה וכדמשמע מהתוספת דף וזה צ"ע. גם צ"ע כיון דיחוד אסור מדאורייתא לשיטת רש"י ותוספת בשבת וכן דעת הטור א"כ מאי טעמא דר"נ דמכשר ליה ולפי דעת הרמב"ם ודעימיה דיחוד דרבנן י"ל כמ"ש מהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג דאיכא דעות דלפסול דרבנן בעינן חימוד ממון דוקא ורשע דחמס ועיין במ"ל הל' מלוה אבל למאן דס"ל דאסור מה"ת צ"ע:

וראיתי בס' המקנה שכתב דמיירי בענין שאין יחוד גמור ע"ש ואין זה במשמע מדברי התוספת והרא"ש שהביאו ע"ז הא דמלקין על היחוד כו' גם מ"ש דקמ"ל אע"ג דקינוי וסתירה בודאי כו' הוא תמוה דמה ענין קינוי וסתירה לכאן ועיקר הרבותא דאע"ג דארבעים בכתפי' כו' ובחידושי הר"ן כתב דר"נ מכשיר משום שאינו עושה עבירה גמורה אלא יחוד שאע"פ שהוא אסור מה"ת אינו סבור לעשות עבירה כעניין גנב ניסן וגנב תשרי ורב ששת אהדרי' ארבעים בכתפיה וכשר שהרי עבירה גמורה היא ודמלקין על לא טובה השמועה ור"נ לא חש לפרכי' וקי"ל כר"נ עכ"ל מבואר ג"כ מדבריו דמלקות דלא טובה השמועה היא באה על היחוד ומ"מ זה א"ש לפמ"ש הר"ן שם דחשוד היינו שמתייחד עמהם אבל לפמ"ש הרא"ש דסני שומעניה ונפיק עליה קלא דלא פסיק ג"כ מלבד היחוד קשה דתרי ל"ל ופשיטא דלא מסתבר לומר דלא לקי על היחוד לבד אם אין שם קלא דלא פסיק דלא משמע הכי בש"ס ופוסקים ונראה דשפיר כתבו דנפיק עליה קלא דלא פסיק דאל"כ מאי האי דקאמר ומודה ר"נ דפסול לעדות אשה משום דניחא ליה בהכי ואם נימא דביחוד בלבד מיירי ומשום דאינו סבור לעשות עבירה א"כ גם לעדות אשה יש להכשירו דמאין הרגלים לומר שהוא חשוד לדבר ערוה לכך הוצרכו לפרש דמיירי שחושדין אותו והקול הולך וחזק וכדמשמע לישנא דהחשוד על העריות ומ"מ בשביל קול לחוד לא מצינן למפסלי' ולכך כתבו שרגיל בעריות ומתייחד עמהם ואע"פ שמחמת היחוד אין נפסל או מטעם שכתב הר"ן או כמ"ש בס' המקנה דאינו יחוד גמור מ"מ בצירוף הקול שפיר היה מקום לפוסלו דהוה כמו עידי כיעור וקלא דלא פסיק דמוציאין עי"ז ואפ"ה אמר ר"נ דלשאר עדיות כשר רק לעדות אשה פסול ורב ששת ס"ל דאף לשאר עדיות פסול בכה"ג משום דארבעים בכתפי' ור"נ לא חש ליה דהא היחוד אינו עבירה גמורה ומשום קול ליכא למפסליה כ"א לעדות אשה פסול משום דעכ"פ חשוד הוא לאותו

דבר או דהוה כנוגע משום דניחא ליה כו'. ולפי"ז נראה פשוט דהא שכתבו המפרשים דמיירי שרגיל בעריות ומתייחד עמהם מיירי שיש ע"ז עדות גמור ודברי התוס' שבדף ט' ובדף ך"ו הם לאחדים בידינו דמ"ש בדף כ"ו דמיירי בחשוד בעלמא בלא עדים היינו שאין עדים שבא על הערוה אבל מ"מ הי' שם יחוד כמ"ש התוס' בדף ט' וגם שמועה לא טובה וכמבואר בהרא"ש וכן מבואר מלשון הטור החשוד על העריות שרגיל עם עריות ומתייחד עמהם וקול יוצא שפורץ בהם וכ"כ בפסקי הרא"ש מבואר מלשון זה שהיחוד הוא בירור גמור והקול נשמע על הפריצות ובכה"ג יש מקום לפוסלו לעדות אשה עכ"פ דהוה כמו עידי כיעור וקלא דלא פסק משא"כ היכא דליכא אלא קלא לבד אין לפוסלו ולהוציאו מחזקת כשרותו כלל:

ובזה א"ש מ"ש בד"מ על הרשב"א שצ"ע דבחשוד על העריות דלא נפסל משום קול וכתבתי לעיל דלכאורה לק"מ דהא הרשב"א מיירי שחשוד על השבועה גופה ובכה"ג שפיר מפסיל משום קול כמו דחשוד על העריות דחשוד לעדות אשה ולפום מה דכתיבנ' א"ש דהא דפסול לעדות אשה ג"כ לא נפסל בקול לבד רק בצירוף עדות שמתיחד עם עריות דזה דמי לדבר מכוער וקלא דלא פסק דמפקינן מנטען אבל מחמת קול לחוד אפי' לעדות אשה הוי מכשרינן ליה אף שהוא חשוד להא מלתא וא"כ ה"ה בחשוד על השבועה שלא נפסל משום הקול לבד והרשב"א בתשובה דמייתי ראיה דקלא דל"פ חוששין לו מדמפקינן אתתא מנטען בדבר מכוער וקלא דלא פסיק ולכאורה י"ל דשאני התם דאיכא נמי עידי כיעור וצ"ל דהרשב"א ס"ל כיון דהתם אפי' כנס יוציא א"כ מוכח דעכ"פ קלא דלא פסיק מלתא הוא לחוש עליה ואע"ג דלא מפקינן אתתא מבעלה בהא לחוד עכ"פ מועיל לענין שיש לחוש שלא למסור לו שבועה ומכ"ש שלא להוציא ממון על פיו שע"י הקול הורע חזקת כשרותו:

וראיתי בדברי אחי הרב הה"ג נ"י שהביא בשם אא"ז הגאון מהר"מ מלובלין דהרשב"א מיירי שיצא הקול ע"י העד כגוונה דנטען כו' והוא דוחק לפרש כן בלשון הרשב"א אך מה שתמה אחי הרב דהא הרשב"א סובר דבקלא דל"פ לחוד מוציאין מנטען כמ"ש הב"י באה"ע סימן י"א לק"מ לפי המבואר בתשו' הרשב"א סימן תקצ"ו דכיון שעמד וכנס חיזק את הקול ואין לך עידי דבר מכוער יותר מזה שעמד וכנס אחר ששמע הבריות מרננים אחריו וכן מבואר בתשו' הרשב"א שהביא הב"י ס סימן י"ז ומי שהביא ראיה לאוסרם עליו מהנטען כו' ראיה נכונה הוא שזה שכנסה וקידשה והיא יושבת בחדר יותר הוא מדבר מכוער וקלא דלא פסיק וקרוב הוא לעידי טומאה כו' ע"ש וגם כי הרשב"א בתשו' סימן תקצ"ו לא הכריע כן בהחלט רק כתב יש מהגדולים כו' וקרובים דבריהם

להיות כן ע"ש ולכך כתב בתשובה זו שהביא ב"י בח"מ מלתא דפסיק' אליבא דכ"ע דמפקינן מנטען בדבר מכוער (מדומה כצ"ל ור"ל דבר שיש בו חשד ויותר נראה להגיה דבר מכוער) וקלא דל"פ מרע חזקת כשרות וכדכתיבנא אך כ"ז לאותו דבר עצמו כגון התם שהוא חשוד על השבועה אבל למלתא אחריתא ומכ"ש להיות עד מיתה שהקילו מפי עבד ושפחה וגזלן דבריהם ולא פסלינן רק גזלן דאוריית' ולפמ"ש רש"י בד"ה דף ך"ד הטעם לפי שהוא חציף לעבור עבירה בפרהסיה א"כ כאן אע"פ שהוא מפורסם בגנב מ"מ הרי לא נתברר בעדים שגנב רק שיש קול שהוא מוחזק בגנב וזה אפשר ע"י שנמצא בידו איזה גניבה ומי יודע אולי יכול להתנצל שקנה אותם מאחר שגנב אותם וכל כיוצא בזה ודרכן של בני אדם להחזיק מי שנמצא ת"י כלים של אחרים שהוא גנבם אבל מ"מ א"א לפוסלו מדינא וגם שמא נתחזק הקול ע"י אויבים דאפקוה לקלא וכן הגאב"ד נ"י ואחי הרב ה"ה נ"י כתבו עוד איזה צדדים ולא רציתי להאריך בזה:

ונראה עוד אפי' מאן דס"ל לפסוק בהך דחשוד על העריות כרב ששת דפסול לכל עדיות מ"מ מודה בנ"ד דכשר דהא ר"ש טעמיה משום ארבעים בכתפיה ונראה דוקא גבי עריות דמלקין על קלא דלא פסק משום לא טובה השמועה אבל בדבר עבירה אחרת נראה דלא לקי אף דאיכא קלא דל"פ כמש"ל מדברי הרמב"ם בפה"מ וגם בפכ"ד מהל' סנהדרין כתב יש לב"ד להלקות למי ששמועתו רעה והעם מרננין עליו שהוא עובר על עריות והוא שיהיה קול שאינו פוסק ולא יהיה לו אויבים ידועים כו' וכן רש"י במגילה דף ך"ה גבי סני שומעני' היינו שחשוד על עריות וכן במ"ק דף דקאמר ההי' צורבא מרבנן דסני שומעני' כו' טרקיה אאמתי' ופי' התוס' מדה כנגד מדה ע"ש וכן מוכח מהכא גופיה לפי מה שפירשו שהחשוד על עריות היינו ע"י קלא דל"פ א"כ מ"ש חשוד על העריות דנקיט הו"ל למנקט חשוד על אחד מהעבירות שבתורה אע"כ דבזה ליכא רבותה דחשוד על עבירה אחרת ליכא מלקות ולהכי נקט על העריות אע"ג דארבעים בכתפי' משום לא טובה השמועה אפ"ה מכשיר ר"נ (וצ"ע בריטב"א ובלשון פסקי הרא"ש דמשמע קצת דגם בעבירה אחרת איכא מלקות אך מל' שאר פוסקים לא משמע כן) וכן נראה דההיא לא טובה השמועה גבי עלי אתמר דהתם בחשוד עריות מיירי כדכתיב אשר ישכבון את הנשים ואע"ג דדרשינן מתוך ששהו את קניהן מעלה הכתוב כאילו שכבום מ"מ השמועה אשר העבירו עם ד' הי' חשוד לעריות ואפשר שזה בא ע"י ששהו את קיניהם וכ"מ משו"ת הרי"ף סימן ש"ג מי שיצא עליו ש"ר שחלל שבת או עבר עבירה כו' ואם שמע מהחרם והודה חייב מלקות או מכות מרדות א"ד אין חייב כלום כו' תשובה אין מן הדין להשביע אדם אם עבר אם לאו ואלא כשיתברר בב"ד שעשאה משביעין אותו

שלא ישנה כו' משמע דאין מלקין על השמועה לבד. ולפי"ז בחשוד על גניבה וכיוצא כיון דליכא ארבעים בכתפיה גם רב ששת מודה דכשר וגם בלא"ה קי"ל דבגניבה אין חיוב מלקות דהוא לאו שניתן לתשלומין רק מ"מ פסול לעדות משום רשע דחמס וזה דוקא בגנב ע"פ עדים משא"כ בחשוד בלבד כיון דעכ"פ לומר ארבעים בכתפי' אין מקום לפוסלו ובפרט לפמ"ש הרז"ה בס' המאור לפרש הא דר"ש דקאמר ארבעים בכתפי' היינו כיון שאתה מחייבו מלקות יאמרו בא על הערוה כשר מבואר דבלא הך חששא גם ר"ש מודה דכשר אפי' מדרבנן ומכ"ש לעדות מיתה דאפי' אי פסלת ליה מדרבנן מ"מ כשר לעד מיתה ומעתה אע"פ שדעת גאון שהביא הרי"ף לפסוק כר"ש וכן דעת הרז"ה והב"י כתב דמשמע שכן דעת הרמב"ם מ"מ מודה בנ"ד כדכתיבנא וגם כי בלא"ה כתב הב"י בב"ה שם דמשמע שדעת הרמב"ם לפרש הך דחשוד על העריות כפי' הרי"ף דהיינו שבא על הערוה ממש:

אך באמת אני תמה על הב"ה בזה שנראה שהרמב"ם יש לו דרך אחר בפירושא דהך מלתא וזה מבואר ממ"ש הרמב"ם פי"ט מהל' סנהדרין הקרב אל העריות בדרך מרדכי הזנות אע"פ שלא גילה ערוה וזהו החשוד על העריות עכ"ל מבואר דמפרש דברי ר"נ דמיירי שעושה דרך קריבה וחייב מלקות ע"ז מלא תקרבו לגלות ערוה ולדידיה צ"ל בטעמא דר"נ דס"ל דכשר לפי שסובר בדעתו שאין זה איסור וכדרך שכתב הר"ן ז"ל לפי דרכו וס"ל לפסוק כר"ש שהרי כללא כייל בפ"י מהא עדות איזה רשע כל שעבר עבירה שיש בו מלקות כו' וכבר מצינו כל עבירה שחייבין עליה מלקות עכ"ל וא"כ גבי חשוד על עריות ע"י קריבה שמנה אותה במנין המלקות בכלל זה,:

שוב מצאתי מפורש בפ"ד מהל' אבל כתב הרמב"ם כל הבא על הערוה כו' או שחיבק ונשק כו' שנאמר לא תעשו מכל חוקות התועבות ונאמר לא תקרבו כו' העושה דבר מחוקים אלו הרי הוא חשוד על העריות כו' וכתב ה"ה שם רבינו סובר שמ"ש בסנהדרין חשוד על העריות ארבעים בכתפיה שהוא המחבק והמנשק ולכך אמרו החשוד כו' ויש בו פי' אחר עכ"ל ונפלאתי שלא הזכירו המפורשים פי' הרמב"ם והטור ב סימן ך' העתיק ל' הרמב"ם ולא הזכיר מזה בהלכות עדות. ואמנם גם לפירוש הרמב"ם מ"מ בקול בעלמא שאין כאן מלקות דאורייתא רק משום לא טובה השמועה משמע ודאי דלא מפסיל אפי' לשאר עדות מכ"ש לעד מיתה דלא מפסיל לכ"ע ואין להאריך:

ונלענ"ד ברור דודאי לא מהני קול לפסול לעדות ולהוציא אדם מחזקת כשרות שהרי בכתובות דף ך"ו גבי הא דאמרינן ונפיק עליה קלא דבן גרושה הוא ואחתינין פירש"י ואחתינין מן הכהונה ומעלה הוא בכהונה אלמא דבעלמא אין קול מועיל להוציא

מחזקתו ופשוט דהתם מיירי אפי' בקלא דלא פסיק דאי בקלא דפסיק פשיטא דלא מחתינן ליה ואפי' משום מעלה לכהונה כיון שהקול נפסק א"ו דבקלא דל"פ הוא וכן מבואר יותר בדברי הרשב"ם בב"ב ע"ש וכן מבואר ממ"ש הרז"ה גבי ההיא דג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על א' מהם כו' דההי' עובד' דינאי המלך קול יוצא על אמו קודם שנולד כו' משא"כ בערעו' דגזלנותא שהוא פסול הבא לו לאחר מכאן כו' והרמב"ן במלחמות שם כתב דזה אינו נכון דההי קלא לא מפקיה לי' מחזקתיה כדאמרינן עדים בצד אסתן תיאסר ועוד דבההיא דכתיבנא לעיל איכא עליו קלא דבן גרושה וב"ח הוא ואפ"ה מוקמינן ליה אחזקתיה דאבהתיה ה"נ אי איכא לאוקמי אחזקה דכשרות משום קלא לא מפקינן לה מההי' חזקה כו' הרי מבואר דקול לא מהני לאפוקי מחזקת כשרות רק לתרומה משום מעלה ואף ע"פ שהתוס' שם כתבו דקול עדיף מע"א דהא ע"א אינו פוסל והקול פוסל נראה שגם הם אין ר"ל שפוסל פסול גמור רק משום מעלה לבד שהרי הר"ן הביא גם כן דברי התוס' שכתבו דפחות משנים לאו דוקא שהרי הקול יכול לפסול ולאפוקי ע"א אתא ואפ"ה כתב דברי רש"י שמעלה הוא בתרומה להורידו עד שיבדקו הדבר ועיין בריטב"א שם שכתב יש מי שפירש דקול המוחזק בב"ד הוי מש"ה חשו לקול ההי' ואחתינן ורש"י פי' קול בעלמא וכן פירשו בתוס' והא דאחתינן לאו הורדה גמורה דכל קלא דלא אתחזק בב"ד לאו קלא הוא אלא לומר שחוששין לו כו' דלא אתחזק שעה א' בכהן כשר מן הרחם יצא הוא ושוברו עמו ולפיכך חששו לו כו' ע"ש הרי מבואר בשם התוס' דבכה"ג אין חוששין כלל ואף דהתם חוששין היינו לפי שפסולו ממעי אמו:

אך לכאורה צ"ע מדברי התוס' בד"ה ואסקינן שכתבו דאע"ג דבגיטין גבי גרושה לכהן אמרינן דלא מבטלינן קלא כו' ולכאורה מאי קושיא דדלמא שאני התם דהוי קלא דאתחזק בב"ד הלכך לא מבטלינן ליה ואפשר דס"ל דכיון דעכ"פ חששו לקול משום מעלה דתרומה יש לנו להחשיבו כקול דאתחזק גם לענין זה שלא לבטלו אך דאפילו נאמר דהתוס' שלפנינו סברו דהכא מיירי בקול גמור דאיתחזק בב"ד והורדה גמורה היא מ"מ אין זה ענין לקלא דלא פסיק שאינו רק קול הברה אלא דלא פסיק יומא ופלגא מה שא"כ קול דאיתחזק בב"ד שהוא כההיא דגיטין שנרות דולקות כו' או בשנים ששמעו משנים והוחזק בבית דין וכמבואר בגיטין אבל קול בעלמא דלא פסיק ודאי דהוא גרוע אף מע"א ואין חוששין לו כלל ועיין בר"ן דקידושין דף יו"ד גבי והא איכא סהדא באידית כו' דמבואר שם דדוקא דפשטה ידה וקיבלה קידושין אלא דהוי ספיקא אם יש ש"פ חיישינן אף לקלא דלא איתחזק משא"כ היכא שהיא בחזקת פנויה ויצאה שמה בעיר מקודשת אין מועיל קלא דלא איתחזק להוציא אותה מחזקת פנויה ע"ש ואף לפי מ"ש

מהרי"ק סימן פ"ז דהיכא דאיכא חזקה טובה לא צריך לאתחזק בב"ד ע"ש ובסימן מ"ו נראה פשוט דהיינו דוקא כגוונא דהתם שעמד הקול זמן ארוך כל שנה ויותר והיינו דמייתי עלה מהא דמלקין על החזקות אבל קלא בעלמא בעינן שיתחזק בב"ד כמבואר שם (ובאמת צ"ע על מהרי"ק דבנידון דידיה, דודאי נתקדשה אלא שאומרים שנתקדשה בפני פסולי עדים אף דלא איתחזק בב"ד יש לחוש כמ"ש הר"ן והריטב"א גבי והא איכא עדים באידית ואפשר לחלק דש"ה דאיכא עדים עכ"פ על הקידושין משא"כ כאן שאין כאן עדים לפנינו כלל או אפשר דמהרי"ק חולק ע"ז) ובנ"ד נראה שאין לדמותו כלל להא דמלקין על החזקות דהא רק קול חשד הוי וצריך לאתחזק בב"ד ועיין בכתובות דף כ' גבי והא איכא סהדא במדי דפי' התוס' הא יצא הקול שיש עדים במדי כו' והריטב"א שם כתב דה"ק והא איכא קלא דלא פסיק כו' וא"ל דהשתא מיהת ליתנייהו כו' כלומר דאפי' הוי קלא דל"פ ל"ח ליה הכא גבי שבויה כו' עד וי"ל דאדרבה חזקה דמנוולי כו' כ"כ גדולה עד שראוי לומר דהאי קלא דשקרא הוא אע"ג דאיתחזק בב"ד עכ"ל הנה פתח בקלא דל"פ וסיים ואע"ג דאיתחזק בב"ד וגם הב"י סימן ז' הביא בשם הריטב"א דאע"ג דאיתחזק בב"ד והב"ש שם תמה ע"ז ואמנם לולי דמסתפי' להגי' ה"א שיש חסרון בספרי הריטב"א וצ"ל ואע"ג דלא פסיק כיון דלא אתחזק בב"ד שהרי כך מבואר בהריטב"א בקידושין דף י"ב שכתב וז"ל ואייתי ראיה מעובדא דבנתיה דמר שמואל כו' לא חששו לקול דאמרי הוי עדי טומאה כיון דלא איתחזק כו' איכא למימר דחזקה זו דמנוולא כו' גדולה כ"כ דאית לן לאורעי קלא כיון דלא איתחזק לקלא וקלא דשקרא כו' עיין שם הרי מבואר כמו שכתבתי ואמנם בשיטה מקובצת בכתובות העתיק דברי הריטב"א כלומר דאפילו קלא בב"ד ל"ח כו' וגם סיום דברי הריטב"א אע"ג דאיתחזק בב"ד כמו שהוא בריטב"א שלפנינו:

ולפ"ז יהיה הריטב"א סותר דברי עצמו בקידושין ולא מסתבר כלל דהא הוא מראה מקום למ"ש בקידושין הלכך נראה להגיה כמ"ש ולפי שאינו מענינינו קצרתי דבאמת בלא"ה ל"ד נ"ד דהתם דעכ"פ הקול הוא שיש עדים ע"ז משא"כ כאן שאין הקול רק שהוא מוחזק בכך ואין זה רק חשוד ע"פ קול דברים לבד נראה ברור שאין להוציא מחזקת כשרותו ואע"פ שי"ל דל"ש לדין חזקת כשרות אדם שאין ידוע לנו מי הוא מ"מ נראה דבעד מיתה דמהני עד מפי עד ואין חוששין שמא הראשון פסול היה ובשביל קול אין לנו לפוסלו דהוה כאילו עומד ומעיד בפנינו דל"ה פסלינן ליה משום קלא אף שלא ידענו אותו מקודם בחזקת כשרות דהא גם לפי הקול מסתמא לא נולד פסולי ממעי אמו רק שהוא מוחזק לגנב בפי הבריות וזהו ע"י החשדות איזה ענינים בכה"ג שפיר מחזיקינן

ליה בכשרות ותלינן דקלא דשקרא הוא או ע"י איזה אמתלא וכדאמרינן בסוף גיטין יצא עליה קול שהיא בעולה אין חוששין לה לאוסרה על כה"ג דלמא פריצותא בעלמא הוא דחזו לה וגם כי מדברי הרמב"ן משמע דבכל גוונא מוקמינן ליה בחזקת כשרות כמ"ש בשיטה מקובצת בשמו בכתובות דף כ"ג וז"ל ולא תימא ה"מ במוחזק לן דבחזקת כשר אבל גברא דלא ידעינן ליה לא דכל ישראל בחזקת כשרות ולא בחזקת גזלנים עכ"ל א"כ מה לי שהוא לפנינו ולא אתחזיק בכשרות או שאינו לפנינו כיון דהוי חזקה מכח רובא דרוב ישראל כשרים הם ואין להוציאו מחזקת כשרותו ע"י קול בלבד דאף בחשוד להך מלתא גופא לא נפסל בקול בעלמא:

וקצת יש ראיה מהא דאמרינן בכתובות דף כ"ג אי ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו ולפי דברי הרשב"א בתשובה דיש מקום לפוסלו ע"י קול בעלמא א"כ הוי מצי לאוקמי שהערעור ע"י קול ורוצים הנך להעד שהקול שקר ומשחתמו אין מעידין דנוגעין בעדותן נינהו ואע"פ שי"ל דבכה"ג גילוי מלתא בעלמא הוא לבדוק אחר הקול אם הוא אמת או לא מ"מ לא הול"ל אי ערעור דפגם משפחה גילוי מלתא בעלמא הוא דהל"ל הא מלתא בערעור דגזלנותא ע"י קול ויש ליישב בדוחק ואין להאריך כי לענ"ד עכ"פ אין מקום לפסול אף לדעת הרשב"א כ"א בגוונא דכתיבנא שהוא חשוד להך מלתא גופא אבל לדבר שאינו חשוד עליו ל"מ קול להוציא מחזקת כשרותו (ועיין באה"ע סימן ע"ז בקיצור פסקי דינים מהב"ח דמשמע שם דבעדותו של ע"א עדיף מקול בעלמא):

והנה כבוד אחי הרב העיר בדבר לפמ"ש בגב"ע שגם האיש שלמה הודה בפנינו שהוא גנב אף דקי"ל שאין אדם מע"ר מ"מ לפמ"ש בכנה"ג סימן ל"ד דאי איכא הוכחה לדבר אדם מע"ר והרי כאן איכא הוכחה כיון שזה העד ר' אברהם העיד ששמע שמוחזק לגנב בפי הבריות ומה שצידד אחי הרב דכיון שר' אברהם אינו רק ע"א א"נ לפסול העד שלמה ופלגינן דיבוריה אין זה מספיק דודאי אם בא העד שמעיד לפנינו ואמר ששמע מפי גזלן דאורייתא שפלוני מת שאין זה מועיל להתיר דנאמן במיגו שזה שאמר לו גזלן היה במיגו דאי בעי שתיק ולא אמר מידי וגם כיון שאין עדותו על מי שידוע לנו ל"ש לומר שא"נ לפוסלו כיון דטובא גנבי איכא בשוקא:

וכ"כ הש"ך בח"מ סימן מ"ו גבי מצאו כתוב בשטר דל"ש לא חשיד לזיופא ע"ש אע"ג דודאי ישראל כתבו מ"מ כיון דלא ידעינן מי הבע"ד ושכיחי ריקים ופוחזים טובא דחשידי על כל עבירות וה"נ דכוותיה ויותר נראה דאף אם הוא מעיד ששמע מאחד ואין אנו מכירין אותו וע"א מעיד שזה שהוא אומר שממנו שמע הוא פסול מהימן לפוסלו כיון דטובא פסולין איכא בעלמא רק שאם מעיד סתם א"כ אין לחוש שמא שמע מפסול כיון

דרובא כשרים נינהו לעדות זו ואמרינן דהאי דשמע ממנו מרוב הכשרים הוא אבל כשיש ע"א שמעיד על האומר הראשון שהוא פסול וליתא קמן מהימן כמ"ש הפ"י בקידושין גבי בא א' ואמר אני קדשתיה דהיכא דע"א מברר המיעוט מתוך הרוב נאמן ומה"ט טבח נאמן במקולין שהרוב טרפה כו' ע"ש וה"נ כיון דאיכא רוב כשרים ומיעוט פסולין נאמן ע"א לברר ולומר שזה האומר היה מן מיעוט הפסולין ומכ"ש בזה דהוא גופיה אומר שפסול דמהימן דהפה שהתיר כו'. אך לענ"ד אין להחמיר בשבייה דאפשר דמהר"מ מלמד לא אמרה אלא לסניף בעלמא כפי מה שהיה מהצורך לענינו לצדד להחמיר או להקל אבל לא מעיקר הדין שהרי קי"ל אפילו היכא דאית ליה מיגו אין אדם מע"ר ואין לך הוכחה גדולה מזו והדבר מבואר בשו"ת אא"ז מהר"מ מלובלין סימן פ"א היכא דאיכא אומדנות המוכיחות אין נפסל ע"פ עצמו והביא ראיה מהא דפלוני רבעני לרצוני דיש ע"א עמו שמעיד ע"ז והוא בעצמו מודה ואין לך אומדנות גדולות מזה שנרבע לרצונו וגם דבר זר הוא לפלוג דיבורו אפ"ה אין נפסל ע"פ עצמו ונהרג הרובע ע"ש שכתב להכשיר העד אף לענין גיטין ומכ"ש בעד מיתה ובמקום עיגון וכדאי הוא אא"ז מהר"מ מלובלין לסמוך עליו אף שלא בשעת הדחק והוא מפורסם טפי מהפוסק שהביא הכנה"ג וגם שי"ל שאף הוא לא אמרה אלא לסניף כמש"ל והגם כי מ"ש אא"ז מהר"מ ראיה מפלוני רבעני וכתב דעד אחר מצטרף עמו אין זה הוכחה כ"כ דאפשר שהעד אינו יודע רק שפלוני רבע לזה אבל אינו מעיד שזה נרבע לרצונו וא"כ מה שאומר לרצונו אינו רק מפי עצמו לבד וכן הוא דעת הראב"ן שהביא במרדכי פ' חזקת הבתים ועיין בס' דברי אמת דף ל' מ"מ שאר הפוסקים חולקים על הראב"ן כמבואר מתשובת הרשב"א וגם דשפיר כתב שדבר זר הוא למפלג דבוריה כו':

ועוד נלענ"ד ראיה דבנ אין אדם מע"ר דהא ביבמות דף כ"ד אמרינן והתניא אמרו לו מעשה בלסטין א' שיצא ליהרג כו' אמרו לה לאשת שמעון אני הרגתי את בעלה כו' והשיאו את אשתו כו' ולכאורה קשיא דלרבנן מי ניחא דנהי דנימא פלגינן דבוריה והוה כאומר שאחר הרגו מ"מ הא בלא"ה פסול לעדות שהרי הוא לסטים ויוצא ליהרג ופסול דאורייתא הוא:

והנה הרשב"א ז"ל עמד בזה וכתב דמסתברא דלאו לר' יהודה בלחוד קא מקשה אלא בין רבנן ובין לר' יהודה קשיא ליה ותלמודא מקשה הכי אליבא דכ"ע דהא רשע דאורייתא פסול אפי' לרבנן לרב מנשה דקי"ל כוותיה אלא ודאי לכ"ע קשיא ליה ואליבא דכולהו משני דנתפס ע"י לסטיות ובב"ד של א"ה קאמר עכ"ל ולפ"ז קשה דאכתי לרבנן מי ניחא דהא אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה שנתפס על ידי לסטיות ויצא ליהרג ואע"ג דב"ד

של א"ה לא דייקי מ"מ אומדנא גדולה הוי לצרף אותה להודאות פיו ואפ"ה השיאו את אשתו משום דפלגינן דבוריה דאין אדם מע"ר והדבר ברור בטעמו דכיון דטעמא דאין מע"ר הוא מטעם דאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול אפילו כמה אומדנות לא יועילו להכשיר עדות קרוב ולכן נלענ"ד דגם הכנה"ג בשם מהר"מ מלמד לא קאמר שיהיה מועיל הודאתו בצירוף הוכחה להיות פסול דאוריי' אלא עכ"פ מדרבנן יש לפוסלו היכא שצריך עדות גמורה ואם כן כאן בעדות מיתה דפסול דרבנן מהימן שפיר מהני עדותו אף בכה"ג ולכן נלענ"ד שעדות זה הוא מספיק להתיר אשה זו:

עוד נראה שיש להתיר ע"פ העדות שהוגבה בק"ק זיטאמיר אע"פ שלא נזכר שם אביו הרי רוב הפוסקים מתירין בשמו ושם עירו לחוד וכמה תשו' אחרונים סמכו ע"ז במקום עיגון וגם הרא"מ כתב שנוטה יותר דלא בעינן שם אביו ואע"פ שכתב מ"מ לא אוכל להתיר כו' איהו גופיה כתב דע"י חיפוש יש להתיר אע"ג דאישתהי טובא כמ"ש בק"ע סעיף ק"ד ואע"ג שכתב דבסעיף ק' לא כתב כן וכ"כ מהריב"ל ח"ג הביאו בק"ע סעיף ע"ט מ"מ הרי כתב שם שנ"ל שהנכון כפסק השני וגם כי לענ"ד נראה שאין הפוסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו לא חיישינן להכי דא"א שהיה חסר מעים זה איש אחד ששמו כך כיון שמחפשין בעיר על איש ששמו כך ודאי דבני העיר הוו רמו אנפשייהו ומדכרי ודמי להא דיצא עמנו כו' דג"כ לא חיישינן לשכחה כיון דעכ"פ אינו זמן רב שראוי לחוש לשכחה ומזה האיש היציאה עשתה רושם והיה נזכרים ממנו והיכא דמזכיר שמו להא דמיא ואין חוששין שמאיזה זמן רב שיצא עד כי ברוב השנים נשכח זכרו ואבד שמו דז"א דודאי השם גורם שירגישו הכלל ויעורר כח הזכרון כאשר החו' מעיד ע"ז ואצ"ל בנ"ד שמעיד שאמר שהוא חייט ויש לו אשה בק"ק ברעסטצקי בודאי מועיל חיפוש בזה ואין לחוש שמא יצא אחד זה זמן רב דהא הני נשי איתנייהו בזכירה ואם חייט אחר היה שם ונשארה האשה גלמודה אין ספק שהיתה מעוררת לויתן והיה נודע הדבר ובפרט בין בעלי אומנותו אם לא שניחוש שמא האשה ג"כ יצאה משם זה שנים רבות אלא שהבעל היה סובר שאשתו עדיין שם במקום שהניחה ולכך אמר שיש לו אשה שם פשיטא דכולי האי ליכא למיחש שיצא משם חייט ששמו יצחק ונשכח זכרו מעיר הזאת אח"כ יצאה האשה ג"כ ונשכח זכרה ג"כ נראה דגם הרא"מ מודה דלשכחה כה"ג לא חיישינן כלל וגם כיון שהזכירו תארו שסמוך לעיניו היה לו שטופלין ושערותיו שחורים רק בתוך הזקן סמוך לפה היה לו שערות געל וידוע שבעל אשה זו תארו כך א"כ י"ל דנהי שאין סימן זה מספיק להתיר מ"מ בצירוף שמו ושם עירו יש להתיר וגדולה מזו

כתב בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן י"ז בשם הרמב"ם בתשובה שאלה באחד שהעידו שמו ושם מקומו והיה בינוני הקומה וזקנו שחור וכתב שיכולה להנשא באלו העדיות לפי ששמו ושם מקומו עם אלו סימנין שאינם מובהקים יספיקו לענין היתר עגונה עכ"ל הרי שאף בצירוף סימנים אלו שהם גרועים ביותר כתב הרמב"ם להתיר מכ"ש ב סימן זה שיש צמצום מקום וגם שינוי שערות דודאי לא שכיח כולי האי וראיתי בספר בני יעקב בשו"ת שש סימן ט' שכתב ג"כ להתיר באיכא עדים על שמו ושם עירו ע"ש שכתב שכ"כ מהרש"ק ח"א סימן ח' ובספר משפט צדק שוב ראיתי בדברי אחי הרב נ"י שהביא מאיזה תשובות שהזכירו מדברי מהר"מ אלשקר בזה ומכ"ש לפי מה שמצאתי בשו"ת הגאון בעל המחבר פ"י ומג"ש ז"ל בכת"י שהביא בשם הרא"מ גופיה דבמקום הוכחות יש לסמוך להקל בשמו ושם עירו וכ"כ מהריב"ל בתשובה דאפי' אי בעינן חיפוש במקום הוכחות לא בעינן חיפוש כו' א"כ הדבר פשוט שיש לצרף עדות העד שלמה בצירוף להחיפוש לעדות זה שהעידו הכשרים על שמו ושם עירו עם סימנים גרועים אלו להתיר עלובה זו גם מבואר שם בשו"ת פ"י הנ"ל שדעתו דסגי בשמו ושם עירו לבד וכתב דכן משמע בהדיא מכל הפוסקים:

ועוד נלענ"ד דכיון שיצא הקול שזה יצחק בעלה של אשה זו נתפס בק"ק זיטאמר שאין לנו לתלות שגם אחר מק"ק ברעסטצקי שיצא משם מזה כמה עד שנשכח זכרו נתפס ג"כ שם וכבר הארכתי בתשובה בדבר זה וביארתי שם לשון הרא"ש בתשו' בההיא דמכלוף בן מלול והבאתי שם מדברי הגאון מג"ש הנ"ל בתשובה כמ"ש שהאריך ג"כ בדבר זה והעלה להתיר והביא שם משו"ת הב"י וכאן בנ"ד כמה מעלות טובות שאינם בנידון של הגאון ז"ל ולא רציתי להאריך אפס דבכאן אין להעמיד יסוד על היתר, זה כיון שאין כאן עדות ברורה רק קול בלבד וכבר הניף אחי הרב נ"י ופתח בהיתר זה ושדא ביה נרגא מחמת שאין כאן רק קול לבד ושוב חתר היבשה לפי שהקול לא יצא לסתור החזקה דחזקת חי דאע"פ שנתפס לא נסתלק חזקת חי והביא מדברי הרי"ף גבי אשתמודענא דאחוה דמיתנא כו' ובתשו' הנ"ל הארכתי בדברי הרי"ף דלאו מהאי טעמא דקודם מעשה אתי עלה. אבל אומר אני שיש לצדד היתר ע"פ מ"ש בתשו' ב"י הנ"ל שלכאורה יש מקום לומר דקול מהני בעגונה דהא קול מספיק להוציא מנטען אף בלא עידי כיעור ושוב כתב דמדברי הפוסקים גבי יצא הקול שמת פלוני ואחר ג' ימים מצאוהו כו' מבואר דקול לא מהני להתיר ושוב הביא תשובות הב"י דמשמע קול מהני ותה"ד מיירי בקול שמחמת אמתלא שמחמת שטבע במשאל"ס מתוך זה יצא הקול שטבע ושוב כתב דרש"י סוף גיטין כתב דלא ס"ד למשרי א"א לעלמא ביציאת קול כו' ואע"ג שיש לחלק בין גירושין

למיתה כו' מ"מ לשון רש"י משמע דשום א"א לא שרינן וסיים דפשיט שקשה לקבוע הלכה לדורות לסמוך אקול עד שנמצא ראיה ברורה עכ"ד בקצרה ולפי"ז נראה דבנ"ד כיון שאם היה כאן עדות שבעלה של אשה זו נתפס בק"ק זיטאמר היה מועיל עדות עדים אלו שהעידו על מיתת יצחק מק"ק ברעסטצקי להתיר האשה א"כ אע"פ שכאן אין עדים ע"ז שנתפס רק קול לבד יש להתיר לפמ"ש לעיל שראיית הרשב"א שהביא הב"י בח"מ דמי שיצא עליו קלא דלא פסיק חוששין לו שלא להוציא ממון בעדותו הוא מדמוציאין הנטען ע"י קול וא"כ ממ"נ אם קלא מלתא הוא לפסול על ידו והעד שלמה פסול הוא מכ"ש שיש לנו ליל אחר הקול שבעלה של אשה זו נתפס בק"ק זיטאמר דודאי יש להקל לענין עגונה יותר מפסול עדות וא"כ יש להתירה ע"י העדים שהעידו שזה יצחק מברעסטצקי מת שם בבית הסוהר ופשיטא שאין לחו' שמא גם יצחק אחר מק"ק ברעסטצקי נאבד זכרו זה כמה הוא נתפס והוא מת כמו שהיינו מתירין אם היה עדים ע"ז שזה נתפס שם ולא הוי חיישינן להכי ואם נימא דקלא לאו מלתא הוא ואותו הקול שיצא שבעלה של אשה זו נתפס הוא שקר א"כ יש להתיר ע"פ העד שלמה שאין לנו להחזיקו בפסול מחמת שיצא לו שם גניבה בקול בעלמא אלא שאפשר לדחות קצת די"ל דשפיר אזלינן בתר הקול שזה שלמה הוא פסול ואעפ"כ אין מועיל הקול שבעל האשה נתפס די"ל דבאמת בעל אשה זו אזיל לעלמא רק מחמת שנתפס יצחק אחר שהלך מברעסטצקי זה כמה שנים יצא הקול שיצחק מק"ק ברעסטצקי נתפס וסברו שהוא בעל האשה זו והוי כההיא דתה"ד שהוא קול מחמת אמתלא שודאי אינו מועיל להתיר על ידו אך מלשון העד שהעיד איך שערך ט' שנים היה לו שותפות עם יצחק הנ"ל ואח"כ פירש יצחק הנ"ל והלך לדרכו ויצא עליו הקול שנתפס בק"ק זיטאמר כו' מבואר שהקול היה על יצחק הנ"ל דהיינו בעל האשה ששמה פריבא וא"כ אין לנו להמציא חומרא דשמא תפיסת יצחק אחר הטעה אותם להוציא קול על בעל האשה וגם דעכ"פ הקול מועיל לענין זה דהוי אומדנא והוכחה דהנך עדים שהעידו שמת יצחק מק"ק ברעסטצקי בק"ק זיטאמר אהך יצחק קמסהדי וכבר כתבתי דבהוכחות מודה הרא"מ דמועיל שמו ושם עירו להתיר. וכל זה לרווחא דמלתא כי בלא"ה לענ"ד יספיקו ההיתירים שכתבנו למעלה להתיר אשה זו וגם בדברי אחי הגאון נ"י ובדברי הגאב"ד ראיתי שהאריכו בכמה צדדי היתר בענין זה והדבר ברור שיש לצרפם אחת אל אחת למצוא מזור ותרופה לאשה זו להתירה מכבלי העיגון והנני מסכים הולך בשריותא דאתתא דא והנלענ"ד כתבתי וחתמתי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כב

שאלה על דברת האשה הנעצבת אשת מוהר"ר יואל העקיל מאכיר מפה ק"ק שבעלה הלך בדרך למרחקים עם סחורתו ולא נודע זכרו ושוב הועד עליו בב"ד דק"ק ראשקוב ודק"ק טשערנוויץ שנהרג והמעיד היה עגלון שלו והעיד שהוא היה בעצמו הרוצח שהרגו ע"י שנתקוטט עמו שמוה"ר יואל רצה להסיב הסוסים אל דרך אחר והוא לא הניחו והכה אותו וחזר מוה"ר יואל והכה אותו והכה אותו העגלון שנית על השלעף ויצא דם ונהרג למיתה כך העיד העגלון עצמו בק"ק ראשקוב ובק"ק טשערנאוויץ העד א' ששמע כזה מפי העגלון והדברים באו באורך בגב"ע וכבוד הגאון המפואר מופת הדור מחו' מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפ"ק פתח בהצלה תחלה ולפי רוב הענוה סיים בתשובתו כי אשה עצורה עד כי יבא דבר שנים וענין זו שקדה על פתח ביתי ותבא עדי אפרים. ודמעתה על לחיה להוציא לאור דינה ומשפטה כצהרים. ולכן נתתי פני לעיין בדבר ואכתוב בקיצור מופלג אשר הורוני מן השמים:

תשובה הנה בעדות הראשון שהעיד העגלון בעצמו שם לא הזכיר רק יואל העקיל מאכיר ולא הזכיר שם אביו ושם עירו ואף שהזכיר שם אומנתו דבכה"ג כתב המבי"ט דהוי כשם אביו וכמ"ש הגאב"ד נ"י מ"מ הרי מהריב"ל בתשובה ח"ג סימן י"ח כתב וז"ל ועוד אני אומר דאפשר לומר דאפילו מאן דס"ל דסגי בשמו ושם אביו או בשמו וכינויו דוקא בשמו ושם אביו או בשמו וכינויו הוא דקאמר הכי אבל בפלוני הרצען או בפלוני הצורף ובפלוני הקונה שוורים לא אמרינן הכי וקל להבין עכ"ל הרי דס"ל דאפשר בשמו ושם אומנתו לא מהני כמו שמו ושם אביו אבל ראייתו בשם שו"ת פני משה שכתב דע"כ לא נסתפק מהריב"ל אלא בשמו ושם אומנתו לבד אבל היכא דהזכיר שמו ושם עירו ובצר ליה שם אביו כגון דא לא נסתפק מהריב"ל דשם אומנתו ממלא מקום אביו ע"ש ולפ"ז שפיר כתב המבי"ט דמה שהזכיר שמו ושם עירו ואומנתו הוי סימן ולא פליג אמהריב"ל דע"כ לא נסתפק מהריב"ל אלא בשמו ושם אומנתו לבד:

ולפ"ז י"ל בנ"ד נהי דבעדות שהעיד העגלון בעצמו לא הזכיר שמו ושם אומנתו מ"מ הרי בעדות השני שהעיד האחד ששמע ממנו שאמר אמת דער בראדר איז גיפארין מיט מיר כו' ומצרפינן שני העדיות לעדות אחד וכמ"ש הגאב"ד דק"ק בזה ובכה"ג אנו תופסין אומנתו כשם אביו אף לדעת מהריב"ל ועוד יש לצדד לפי ששמעתי מאשה הנעצבת ששמעה מהאיש שהביא הגב"ע מק"ק ראשקוב לק"ק טשערנוויץ שלא רצה לילך לב"ד להעד עד שדברו אל לבו הנה הרגת נפש ועתה יושבת אשה ושני בניה ובוכים עליך ולזה נכמרו רחמיו והלך להעיד א"כ נראה שלכך קיצר בלשונו לפי שבא להעיד על בעל

האשה הידועה מק"ק בראד אשר ישבה שם בק"ק טשערנוויץ מקום מושבו של העגלון וכיון שעל בעל האשה הזאת מק"ק בראד היה מדבר א"כ פשיטא דהוי כהזכיר שמו ושם אביו ושם עירו וכבר כתב מהרי"ק דכל שיש אומדנות והוכחות מצרפינו להתיר ויש ראיות הרבה מתשובות האחרונים ואין פנאי להאריך:

אולם זאת אדרוש כי הג"ע מק"ק ראשקוב כתב הגאב"ד שאין ניכר חתימות הדיינים ולפ"ז לכאורה י"ל דאף שהח"מ כתב דבכתב הבא ממרחקים יש להקל משום עגונה ומשמע שהב"ש הסכים לזה אפשר דהיינו דוקא הכא שא"א בקיום כלל אבל היכא דאפשר בקיום צ"ע אם יש להקל והנה הגאב"ד כתב דאפשר דהא דמעשה ב"ד צריך קיום היינו דוקא אי אתי ומערער אמנם מדברי גדולי האחרונים שהכריעו שצריך קיום משמע מדבריהם דבכל גוונא איתמר אך לענ"ד נראה דבנ"ד לכ"ע א"צ קיום שהרי גוף הדין דמעשה ב"ד צריך קיום הוציאו מהרשב"א והרמב"ן ושאר הפוסקים מהא דעד ודיין מצטרפין ומפרשי לה דלענין קיום שטר שכתב בו הנפק איירי ומוכח דאף שנתקיים מ"מ צריך קיום אבל הרי"ף בפ' ג"פ מייתי הא מלתא דעד ודיין ומפרש לה דמיירי שהעד מעיד שזה לוה מזה מנה ודיין מעיד שבפניו ובצירוף דיינים אחרים הועד שזה לוה מזה מנה ובכה"ג מיירי הך סוגיא וא"כ אתיא התוספתא דמעשה ב"ד צריך קיום כפשטא וכן מצאתי ברמב"ם פ"ד מהלכות עדות שכתב אבל העד עם הדיין משהעידו שני העדים בפניו אין מצטרפין עכ"ל ובפ"ו שם בענין קיים שטרות השמיט הדין דעד ודיין אם מצטרפין או לא מבואר דס"ל דל"ש הך מלתא לענין קיום כלל וכ"כ בכ"מ שם בשם הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל בתשובה שכתב דלפי פירוש הרי"ף אם היה שטר מקוים א"צ קיום והרמב"ם כתבה ע"פ דרכו של הרי"ף א"כ הרי כאן גילה דעתו הרמב"ם שאין קיום ב"ד צריך קיום לפי שהוא בשיטת הרי"ף רבו אמרה מ"מ כתב דלענין מעשה כיון שהר"ח והרמב"ן והר"ש והרשב"א ז"ל סוברים שמעשה ב"ד צריך קיום הכי נקטינן לענין ממון להקל על הנתבע כו' עכ"ל הרי מבואר שדעת הרי"ף והרמב"ם דמעשה ב"ד א"צ קיום ומעתה בנ"ד שדעת הרמב"ם והרשב"א וכל גדולי האחרונים דעתם להקל במצאו כתוב בשטר מת פלוני אע"פ שלא נתקיים רק שהגאון מהר"מ אביו של הש"ך מוכיח בדבר לומר שהרי"ף והרמב"ם ס"ל דל"מ בלא קיום והח"מ הסכים עמו בזה שלא להקל היכא דאפשר וא"כ בנ"ד אתתא שריא ממ"נ דלדעת גדולי האחרונים א"צ קיום כלל רק שאנן ניקום וניחוש לדעת הרי"ף והרמב"ם דלדידהו אפשר דאפילו בעגונה צריך קיום מ"מ הא לדידהו מעשה ב"ד א"צ קיום והא נמי כמעשה ב"ד דמיא דמה לי מקבלי עדים על הקיום או מקבלי עדים שפלוני מת אין חתימתן צריך קיום וזה ברור לענ"ד:

שוב מצאתי בב"י אה"ע סימן קמ"א הביא תשובת הר"ש בן הרשב"ץ בגט שחתמו דיינים איך שהשליח לקבלה קיבל הגט וקרעו אלא שלא נתקיים לנו השטר בחותמיו וכתב דמחלוקת הראשונים הוא אי מעשה ב"ד צריך קיום והירושלמי אומר דלא צריך אף על פי שקצתם דחו הירושלמי מפני שהוא חולק על גמרתינו מהא דעד ודיין מצטרפין כיון שהרי"ף והרמב"ם מפרשין אותה באופן שלא תקשה על הירושלמי ועל פי דרכם למדנו שאין מעשה ב"ד צריך קיום ונוספו עליהם רבוותא אחרים שסוברים כמותם אע"פ שמגדולי הראשונים סוברים דצריך קיום בשעת הדחק כזו כדאי הם הרי"ף והרמב"ם ז"ל לסמוך עליהם כו' ולרווחא דמלתא טוב הוא להתקיים אם אפשר אבל היכא דלא אפשר אין מעגנין אשה בשביל זה ולפמ"ש א"א ז"ל אף בשטר שאין בו מעשה ב"ד ולענין מעשה הייתי מניח סברתי וסומך על סברתו שכבר הורה זקן עכ"ל הרי מבואר דאף בגט אשה כשיש מעשה ב"ד ס"ל להקל בשעת הדחק בלא קיום ולסמוך בזה על דעת הרי"ף והרמב"ם וכ"ז לענין גט אבל גבי עדים מיתה שאדרבה דעת גדולי הראשונים שא"צ קיום א"כ כשיש מעשה ב"ד א"צ קיום אליבא דכ"ע ואפילו שלא בשעת הדחק ועיין בש"ע סס"י קמ"ה כתב רמ"א בהג"ה להקל בשעת דחק ועיגון אע"פ שאין מכירין חתימת דייני הקיום ובב"ש כתב שם הטעם כיון דס"ל לכמה פוסקים דקיום ב"ד א"צ קיום הוא מקיל ובאמת ז"א כמבואר למעיין בב"י שהרשב"ץ ס"ל להקל בזה אף למאן דסובר צריך קיום כמו דמקילין בנשתתק אע"ג דמפי כתבם ל"מ מדאורייתא ואף בלא מעשה ב"ד דעתו להקל במקום עגונה וכמבואר מתשובת בנו הר"ש ז"ל וגוף תשובת התשב"ץ באורך בתשובותיו וח"ג סימן י"ו מע"ש הגה"ת בנו הר"ש ז"ל וע"ש בסימן כ"ב ועיין בשו"ת הרשב"ש סימן רס"ו שם התשובה שהביא הב"י באורך ומבואר מדבריו דודאי לענין עדות אשה שמת בעלה יש להקל טפי וא"כ כיון שהסכימה דעת הרמ"א להקל במקום עיגון אף בגט אשה ממילא דבעדים מיתה אף בלא עיגון יש להקל איברא שיש לי לדון על דברי הרשב"ש ז"ל שהכריח מדברי הרי"ף והרמב"ם שאין מעשה ב"ד צריך קיום כיון שפירשו הך דעד ודיין מצטרפין באופן אחר שלענ"ד אין מזה הכרע דאפשר דגם אינהו סברי דצריך קיום ואפ"ה לא ניחא להו לפרש הסוגיא בדרך זה משום דקשיא להו מה שהקשה הריטב"א הביאו הש"ך סימן מ"ו דמה ס"ד דמצטרפין הא ליכא קיום על העד השני כ"א הדיין לחוד וכן הקשו שאר הראשונים ז"ל כמ"ש בשיטה מקובצת בשמם ולא ס"ל הך סברא שכתב הריטב"א דל"ש שיזייף העדים וגם הדיינים ולכך סגי בקיום עד ודיין לחוד דהך סברא דחוקה הוא ולכך הוצרכו לפרש הסוגיא דלענין עדות הלוואה מיירי ובאמת הטור וש"ע כתבו ג"כ הך דינא ב סימן למ"ד וס"ל דאע"ג דהך סברא דאמאי

דמסהיד האי לא מסהיד דיינא לענין קיום אתמר מ"מ ילפינן מינה גם לענין אם מעידין על הלוואה וא"כ גם דברי הרי"ף בפרק ג"פ יכולין להתפרש בענין זה (אך הרשב"א הביאו בשיטה מקובצת כתב ג"כ שהרי"ף מפרש לה לענין עדות הלוואה וכ"נ מדברי הרמב"ם שלא כתב הדין לענין קיום כלל ומ"מ קשה מה שהקשיתי דדלמא משום דקשיא להו קו' הריטב"א ושאר הראשונים ז"ל לכך מפרשי לה דמיירי לענין עדות הלוואה) וכ"כ בשו"ת תשב"ץ ח"א סס"י קע"ג וז"ל והרי"ף ז"ל והרמב"ם פ"ד מה' עדות פי' עד ודיין מצטרפין פי' זר ורחוק בפ' ג"פ מ"מ דין אמת הוא דקיום ב"ד צריך קיום עכ"ל:

ועוד דאפילו תימא דס"ל דקיום ב"ד א"צ קיום י"ל דוקא בכה"ג כיון דחתימת עדים וגם דיינים לא שכיח דמזייף כולי האי כמ"ש הריטב"א והש"ך אבל בשטר קבלת עדים שקיבלו ג' דיינים ואין שם רק חתימת הדיינים לבד אפשר דגם אינהו מודים דצריך קיום אך כ"ז אם היה דבר ברור בידינו שלדעת הרי"ף והרמב"ם צריך קיום בעדו' אשה אבל באמת דעת רוב גדולים שא"צ קיום רק שהגאון מהר"מ והח"מ שדו ביה נרגא לדעת הרי"ף והרא"ש וסמ"ג ושלא להכריע בפלוגתא וגם בדעת הרמב"ם יש ספק וכמ"ש ה"ה א"כ לדעת שאר גדולים שריא בפשיטות ולדעת הרי"ף והרמב"ם איכא כאן ס"ס שמא לא צריך קיום מב"ד ואת"ל צריך שמא מודו בעידי מיתה דא"צ קיום ולא נשאר לנו ספק רק לדעת הסמ"ג דאיהו ס"ל דצריך קיום במעשה ב"ד ויש ספק אם צריך קיום בעד מיתה וכן יש להסתפק לדעת הרא"ש ומכ"ש לדעת הטור לכאורה להחמיר בתרווייהו מ"מ נראה דכה"ג דנ"ד אע"פ שע"י הוצאה וטורח רב אפשר לקיימו מ"מ כשעת הדחק דיינין ליה וכדא' הם כל הגדולים לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק מכ"ש בזה דהוה כשעת הדחק כמבואר בפוסקים ועוד שהרי הב"ש ס"ק ך"ז כתב דהרא"ש שלא הכריע משום דס"ל דהירושלמי איירי בכותב לזכרון משא"כ בפ' מי שאחזו דמיירי בשטר גמור גם הרא"ש מודה ולכן הביא ההיא דמי שאחזו ולפ"ז י"ל דגם להרא"ש אין צריך קיום ומ"ש הר"ש בן הרשב"ץ דהירושלמי אומר דא"צ כ"כ ג"כ הרשב"א בתשובה שהביא בסס"י מ"ז ובאמת שזה תימא דהא אדרבה בירושלמי הביאו הר"ן ושאר גדולים בשיטה מקובצת דאישור ב"ד צריך קיום וכבר תמה בזה הגאב"ד על הרשב"א וכתב שכן תמה עליו הקרבן העדה ולענ"ד ברור דהרשב"א והר"ש כוונתם בזה לדברי התוספתא דשביעית ואפשר דהוו גרסי להך תוספתא בירושלמי דשביעית שם וזה מבואר מדברי התשב"ץ בתשובה ח"א סימן קע"ג אחר שהביא דברי הירושלמי דר"ה וסנהדרין כתב וכבר קשה להם לרבותינו בעלי התוספו' ז"ל על הירושלמי מירושלמי אחר דמסכת שביעית פ' בתרא תניא אין מעשה ב"ד צריך קיום ואני אומר אפי' יהיה פי' זה הירושלמי בפשיטות ויהיה

חולק על הירושלמי האחר יש לנו לדחותו מהכרע דגמרא דידן כו' אבל הקושיא הזאת כבר תירצה הרמב"ן וכתב שהירושלמי הוא כך ר"י אומר פרוזבל המקושר כו' עכ"ל וכלשון הזה כתב ג"כ בח"ב סימן י"ו ו סימן ך"ב הרי להדיא כמ"ש ואף שבירושלמי שלפנינו במסכת שביעית ליתא שאפשר שהיה כן בגרסתם או שהם מכנים התוספתא בשם הירושלמי ואין להאריך ומ"ש הגאב"ד על דברי הש"ך סימן מ"ו ס"ק ט' שהביא מהרשב"א גיטין דף וכתב שהש"ך כיוון למ"ש הרשב"א בד"ה כי קתני כו' כי הכא דלא ליתי הבעל לערער ופסל לגיטא והקשה ע"ז ולענ"ד הדבר פשוט ומבואר בש"ך שכתב דבגט לכתחלה תנשא ולא משגחינן בערעורו דבעל ע"ז מייתי מדברי הרשב"א וכוונתו למ"ש הרשב"א בדף ו' ד"ה כהא דמבואר שם אם בא וערער ערעורו בטל ומותרת לינשא ע"ש ומ"ש הגאב"ד דהרשב"א ס"ל כר' אביגדור עיין בח"מ באה"ע סימן ס"ק י"א שכתב שמדברי הרשב"א בתשובה סס"י ריו"ד לא משמע כן ובעיקר החילוק שכתב הגאב"ד בין היכא דאיכא ערעור לכאורה יש ראיה מהגמ' בגיטין שכתב שאם שלחו ב"ד חתימתן שבאותו מקום שניתן שם הגט בפניהם נתגרשה מותרת לינשא אפילו אין מכירין החתימה כיון דליכא ערעור עכ"ל הרי היכא דליכא ערעור אפי' לא נתקיים חתימת הכ"י מהני אפי' בגט וכ"ש כאן ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ב סימן א' שכתב על דברי המרדכי אלו דאינהו אזלי בשיטת הרמב"ם דאשה שקיבלה גיטה א"צ קיום בלא ערעור כמבואר מדבריו שם ע"ש:

ובאמת כן הוא דעת הרמב"ם פ"ז מהלכות גירושין וכתב הטעם שהרי אינה מקלקלת על עצמה ועוד שעדים החתומים על הגט כמי שנחקרה עדותן בב"ד עד שיהא שם מערער לפיכך נעמיד בחזקתו ותנשא ואין חוששין שמא ימצא מזויף כו' שאין דיני האסורין כדיני ממונות עכ"ל והראב"ד בפי"ב השיג עליו וכ"ד הרשב"א והריב"ש אבל הטור בשם הרמ"ה וכן הר"ן הסכימו להרמב"ם בזה ומעתה נראה דלא מבעיא לשיטת הרמב"ם דס"ל עדים החתומים כו' ותנשא כ"ז שאין ערעור אף בגט כ"ש בזה יש להקל ואפילו נאמר במצא כתוב בשטר בעי קיום היינו דוקא כשנמצא כתוב ולא נודע מי כתבו דבכה"ג ל"ש לומר עדים החתומים על השטר כיון שאין יוצא מתחת שום אדם משא"כ כאן שהגב"ע נשלח ליד הגאב"ד מיד הר"ב דק"ק טשערנוויץ למאי ניחו' לה דודאי חזקה על חבר כו' ולא מצאו באשפה וגם לא קיבלו מיד א' הפסולין להעיד ובודאי נמסר לידו מי שאינו מוחזק בפסול וא"כ שפיר אמרינן ביה עדים החתומים כו' אלא אפילו לשיטת הראב"ד ודעימיה היינו דוקא בגט היוצא מתחת ידי האשה אבל באם יוצא מת"י השליח אפילו במקום שא"צ לומר בפ"נ קי"ל דתנשא בו לכתחלה אע"פ שאין מקוים וכ"כ הב"ש סימן

קמ"א ס"ק ס"א וז"ל וכאן משמע אם השליח מביא הגט מותרת לינשא אפי' אין מכירין החתימות אפי' מאן דמחמיר לקמן סימן קמ"ב כשהיא בעצמה מביאה גט שאינה מקוים מ"מ כשהשליח מביא מודה דמותרת להנשא עכ"ל הרי דאפילו בגט שרי בכה"ג וכ"ש כאן בעדות מיתה דמקילין בה טפי משום עגונה ואשה דייקא שאין מקום לפקפק בזה כלל וכן מצאתי בשו"ת ב"ח החדשות שכתב הב"ח דאם יהודי הביא כתב שנתן לו ראובן להגיע ליד שמעון משיאין את אשתו כו' אבל אם גוי הביא אגרת איכא למיחש שכתבו מומר או גוי כו' ע"ש סימן ס"א וא"כ כיון דבנ"ד הגיע הגב"ע ע"י ישראל מהרב דק"ק טשערנוויץ ליכא תו למיחוש למידי:

עוד כתב הגאב"ד לפקפק לפי דברי הרשב"א באם זניתי לא פלגינן דיבוריה דאף שלפי דבריו היה שוגג בהריגה מ"מ היה מזיד בהכאה ורשע דאורייתא מיקרי ושוב כתב דז"א דהרשב"א מתרץ מתניתין דהרגתיו דפלגינן דיבוריה ואמרינן לאונסו או שוגג אלא שגמגם קצת לדעת הנ"י דאפשר דמתניתין באומר תחלה מת בעלה ואח"כ מפרש באיזה אופן ואומר הרגתיו ולענ"ד א"א לפרש כן דבכה"ג לא הוי פליג ר"י לומר דלא פלגינן דבוריה ואף אם היה תכ"ד ונאמר תוך כ"ד ועדות שבטלה מקצתה כו' כדאיתא בב"ק דף ע"ג בפלוגתא דרבנן ור"י לענין עדי גניבה וטביחה שהוזמו מ"מ כאן ל"ש עדות שבטלה מקצתה דדוקא במקיימי דבר שייך לומר כן משא"כ כאן מה שאומר הרגתיו הוא עדות על עצמו מאין ע"ז תורת עדות לומר עדות שבטלה כו' וכמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד במכות ואע"ג דהתם קאי אי פלגינן דיבוריה מ"מ גם למ"ד לא פלגינן דבוריה היינו דוקא באותו דבור עצמו אמרינן דאע"פ שעל עצמו אין שייך בו תורת עדות מ"מ כיון שיש ביטול בדיבור זה בטל כולה אבל לומר עדות שבטלה מקצתה נראה דגם הך מ"ד מודה דל"ש בכה"ג כיון שמה שנתבטל בדבור שאחריו אע"פ שהוא תכ"ד מ"מ אינו בתורת עדות שאין אדם מעיד על עצמו ולא רציתי להאריך כי הדבר פשוט בלא"ה בכל הפוסקים באומר הרגתיו כפשוטו תנשא אשתו וכן מוכח בש"ס שם דקאמר מעשה בלסטים א' כו' אני הרגתי את בעלה בכניסתי ללוד ואמרה לה בכניסתה ללמוד כו' הרי דהברייתא דייקא לישנא אע"פ שאין נ"מ בזה לעיקר העדות וא"כ פשיטא דלא מסתבר כלל לומר שהברייתא קיצרה בעיקר לשון העדות ונקט לישנא דאני הרגתי לאקשוי עלי' דר"י כיון דבהך לישנא גם רבנן מודו אע"כ פשוט דאף בהאי לישנא פלגינן דיבוריה ואמרינן שהרגו באונס או בשוגג ועוד נראה פשוט דבנ"ד שאמר העד בלשון לע"ז אונ דר נאך האב איך אים איין קלאפ גיטאהן אין דער שלעף האט זיך גילאזט בלוט אונ איז נהרג גיווארין צום טוט פשיטא דאף הרשב"א מודה שייך דפלגינן דבוריה ולומר שנהרג ע"י אחר:

ובר מן דין נלענ"ד דבכה"ג דנ"ד אפילו ר"י דס"ל הרגתיו דלא תנשא אשתו מודה בזה דלפי דבריו לא משוי נפשיה רשיעא כלל שהרי מבואר מדבריו שלא רצה להורגו רק מחמת שמו' יואל רצה להטות אשורו מני הדרך לנסוע לדרך אחר עם הסוסים לכן הכה אותו וא"כ אף דאסור להכות חבירו ועובר בלאו דלא יוסיף כמבואר בח"מ סימן ת"א מ"מ בנ"ד לא נעשה רשע כמבואר בב"ק דף ך"ז האי גרגותא כו' אתא חד דלי ביומא דלאו דיליה א"ל יומא דידיה הוא לא אשגח ביה שקל פנדא דמרא מחייה א"ל מאה פנדא בפנדא לימחייה אפי' מ"ד לא עביד אינש דינא לנפשיה במקום פסידא עביד אינ' דינא לנפשיה ופירש"י ק' הכאות היה לו להכותו שהרי גזלו מימיו וכן אמרינן שם בנרצע שחבל בו רבו ועשה בו חבורה שפטור ומוקי לה בעבדא גנבא למ"ד לא עביד כו' וא"כ בנ"ד שהעגלה והסוסים היו של העגלון גרשון ופשיטא שלא היה רשות ביד מו' יואל להוליך אותם בדרך שאינו רוצה לילך בעל כרחו של בעל הסוסים ואף אם לא היה בעל הסוסים בכאן לא היה רשות בידו ליסע עמהם בדרך אחר רק דלא מחשב פשיעה אם אין אויר הדרך משונה מבמקום אחר כדאי' ב סימן ש"ט ומכ"ש בזה שבעל הסוסים בכאן ומוחה בידו פשיטא דבכה"ג איכא פסידה מיקרי כיון שאפשר שהדרך שהעגלון רצה לילך הוא דרך מיושר יותר או דרך קצר או ההוצאה בזול יותר וכדומה ולאו כל כמיניה דמו' יואל להנחותו דרך עקלתון בע"כ וגם ל"ש למימר דליזל לבי דינא כיון שהיה בהיותם בשדה וגם בעיר כיון שהיה כעובר אורח לא מסתבר שיצטרך להשליך את שלו מנגדו והוא יחזור אחר בתי דינין ומכ"ש לדידן דקי"ל הלכתא כר"נ דאפי' במקום דליכא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה ואע"ג דבש"ס שם אמרינן דדוקא אם לא יכול להציל בענין אחר והכי קי"ל בסימן ד' בטור וש"ע מ"מ מאן לימא לן שהיה יכול למונעו בלא הכאה והא דידן דמי ממש למחיה בפנדה דמרא ומה שמת חבירו ת"י הרי מתנצל ואומר שהיה בשוגג ולא היה כוונתו בהכאה זו כדי להמית רק לפי שחבירו חזר להכות אותו חזר הוא עליו ואף אם הכהו ביותר ולא כמכת מכהו הכהו אין עליו אשם כ"כ ואף ע"פ שהרא"ש בפרק המניח כתב המתחיל חייב והשני פטור כו' מיהו אם הוא יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב מידי דהוי איכול להציל בא' מאבריו כו' וכ"כ בש"ע סימן תך"א מ"מ הרי כתב בישש"פ' המניח סימן ך"ו שאין בו דין רשע דהוי קצת אונס דאין אדם נתפס על צערו ויצרו אגבריה כו' וגם לענין תשלומין כתב דמי יכול לשער להציל עצמו בקו המדה ולמשול ברוחו לצמצם בחוט השערה שלא יוסיף וגם היה מתיירא שלא יחזור עליו להכותו עוד ואין זה דומה ליכול להציל בא' מאבריו דבודאי לענין מיתה אמרינן כה"ג שלא להכותו כלל כו' עכ"ל וכיון דהכא לענין מכת מות הרי

אמר ששוגג היה ובסתם הכאה לא נעשה רשע כמ"ש ממילא נראה דעדות גמורה הוא אליבא דכ"ע ולא כתבתי זה כ"א להתלמד במ"א אבל בנ"ד אין אנו צריכין לכל זה שהוא משנה מפורשת הרגתיו תנשא אשתו וקי"ל כחכמים וא"כ ע"כ הרשב"א דחיק ומוקי דפלגינן דבוריה באיזה אופן שיהיה וא"כ כאן ג"כ אמרינן הכי ובאמת ראיית הרשב"א יש לדחות שכתב דא"כ לנקוט רבא אני באתי ולכאורה אין זה הוכחה לפמ"ש התוספת בד"ה לרצוני וז"ל והא דקאמר בפ"ב החשוד על העריות כשר לעדות אשה כו' והתם כשר משום שיצרו תקפו וחשיב כאונס אבל הרובע אין יצרו תקפו כ"כ וא"כ אי נקיט אני באתי כו' לא הוה מוכח דפלגינן דבוריה דאף אי לא פלגינן ומהימנינן ליה שהוא רשע מ"מ כשר לעדות דיצרו תקפו וחשוב כאונס ולכך נקיט רבא פלוני כו' לאשמועינן דפלגינן דבוריה ועיין בנ"ב ח"ב סימן ע"ב מ"ש לדחות הרשב"א ובמ"א הארכתי בזה גם מ"ש לתרץ קו' הח"צ על תשו' הרשב"א וכתב דלא פלגינן דבוריה נאמן גם על עצמו אלא שנעשה רשע ולענין קינוי וסתירה לא בעינן עדות רק שיהיה גוף המעשה אמת וא"כ אי אמרינן לא פלגינן דבוריה מ"מ הרי אמרינן דהמעשה אמת ולא איכפת לן במה שהוא רשע ע"ש ודבריו תמוהים דא"כ האיך אמרינן לר' יהודה הרגתיו לא תנשא אשתו הא בעדות אשה נמי לא בעינן עדות רק אם המעשה אמת וא"כ מה בכך דלא פלגינן דבוריה אע"כ דאי לא פלגינן דבוריה אמרינן אם תאמר שכל הדבר אמת א"כ הרי נעשה רשע וכיון שע"כ תאמר שהוא רשע שוב לא מהימן לעדות אשה ושוב אפשר שכל דבריו שקר ורב יוסף התם ס"ל דלא פלגינן דבוריה ואפ"ה שפיר ס"ל לחכמים דנאמן משום דאמרינן שנאמן הוא על עדות האשה ואע"פ שלפי"ז צריך להאמין לו גם על עצמו מ"מ בעדות אשה הקילו רבנן ואף רשע דאורייתא נאמן ור"י ס"ל כרב מנשה דלא מהימן ע"ש וכבר כתבנו זה להגאון נ"ב ז"ל בעצמו והשיב ליישב זה ונעשה סנגרון לדבריו ולפי שבנ"ד אין נ"מ בזה לא הארכתי גם יש לצדד ע"פ מה שמוזכר בדברי הגאב"ד שהגזלן מסר ליד הרב דק"ק ראשקוב ב' וועקסלין ושניהן בחתימת אביו של מו' יואל בעל האשה וידוע כי הוועקסלין היה שלו והגזלן אמר שלקח אותו מהאיש שהרג לפצעו מו' יואל העקיל מאכיר א"כ פשיטא שעדותו הוא על בעל האשה זו ולנפילה או למכירה לית לן למיחש אליבא דכ"ע דהו"ל נפילה דיחיד וכמ"ש הגאון ח"צ בתשובה ומכ"ש ע"י האדוסטאט שהחזיר הגזלן שלקח ממוהר"ר יואל ונתברר פה שהוא של מוהר"ר יואל בעל האשה ותו ליכא לאסתפקא מידי. סיומא דפסקא הנני מסכים הולך על דברת כבוד מחו' הגאב"ד נ"י להתיר אשה זו אשת מוהר"ר יואל העקיל מאכיר לעלמא באופן שיסכים הגאון

המפורסם מופת הדור מוה' צבי הירש אב"ד דק"ק זאלקווא והקרייז יע"א זעירא דמן חברייי הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כג

שאלה אלף שלומים ועוז ותעצומות חיים של טובה וברכה וחילוץ עצמות. לכבוד אהובי ש"ב וח"ד ידיד ד' וידידי הרב הגדול החריף ובקי ועניו חכמתו תאיר פניו המפורסם לשבח כק"שת מו' דוד הלוי יחי' נצח:

אחד"ש בל"ש גי"ק הגיעני על דברת העגונה מק"ק יאנוב ונגבה העדות בק"ק מיזר ומכ"ת פתח בהצלה תחלה לבקש לה עזר ובהתירא קא מהפך וענוותו תרביני לחוות דעי אף אני ולהוסיף נופך ולהשיבו על אתר ע"י מוכ"ז ולכן באתי לחוות דעתי לדינא וחדלתי מלכנוס בפלפולין לירד לעומק שיטת התלמוד והראשונים כדרכי מעולם ת"ל ולא פניתי רק לראות את המעשה ע"פ שיטת האחרונים ועברתי על העדות חזור חזור וכעת לא מצאתי לה הארוכה ומזור כי עובדא דנ"ד דומה ממש לעובדה דפנחס מארלא המבואר בח"מ וגרע מיניה. דהתם הכירוהו כמה אנשים בט"ע וגם צרפי סימנים מפצעים ורושמים ושומה על בטנו וגם הכירו כל הבגדים שעליו עם הכתבים והפסקים שלקח מהגאון ז"ל ביום קודם טביעתו ואפ"ה חשש להחמיר שלא יועיל צירוף כלל הסימנים וק"ו בנ"ד דליכא כל הני למעליותא כי ע"פ אסתר אין מקום לחפש היתר כלל שהרי לא ידעה כלל מי הוא רק שר"ג אמר לה שנוסע עמו ובכל העדות לא הוזכר כלל שיודעים שהוא נסע עם ר"ג:

ומה שהעידה שהיה אדום הפנים וחוטמו עב פשיטא שאין זה כלום אף אם היתה מעידה מת אצלי וקברתיו דהו"ל כהא דאמרינן גופו דאריך וגוץ וכו' רק שהיה מקום לצדד ע"פ עדותה לפי שאמרה שהיה לו בראדווקי' אצל צד ימין החוטם ובכה"ג כתב מהרי"ק הביאו ב"ש בס"ק ע"א גבי שומא שאם פרט וצימצם המקום ואמר על אבר פלוני במקום פלוני הוי סימן מובהק אך בנ"ד אין לזה מקום דשם מיירי שנמצא סימן זה באיש המת לפנינו משא"כ בנ"ד שזאת אומרת שלאחר שהוציאוהו מהמים אינה זוכרת אם ראתה הבראדווקע בפניו רק שראתה שהלך משם לספינה ונטבע ונהפכה הספינה ור"ג נמצא מת רק אחר שני שבועות נמצא איש א' וא"כ מי יודע אם זה האי' שהלך עם ר"ג לספינה ונטבע ומחמת הכרת הצורה ג"כ לא מהני בזה חדא שלא נזכר בדברי האשה שהכירה אותו בט"ע שזה האיש שהיתה מבקשת רק סתם אמרה האב איך גיזעהין דיא צורה איז פול גיוועז ועוד שאם תיבת פול הנכתב בג"ע הוא נקרא בחולם ור"ל שהצורה היתה נרקבת פשיטא דלא מהני הכרה אף לפי דמיונה של האשה שנראה לה דלא אשתהי

יותר משעה א' וגם אם ר"ל שתיבת פול במלאפום והכוונה שנתמלה צורתו ונתפח ג"כ לא מהני דכל שנתפח אין מעידין עליו וגם בלא"ה אין דמיונה של האשה מועיל בזה כיון שעדיין יש ספק שמא אשתהי קודם שמצא אותו העכו"ם שם ובספק אשתהי קי"ל לחומרה כמ"ש הר"ן שם בתשובה ובזה אזדה ליה ג"כ מ"ש מכ"ת דכיון שאמרה שהי' מונח ראשו על הווספו שר"ל הר קטן של חול שבאמצע המים כשהמים מתמעטים וא"כ הו"ל כמונח במקום שהגלים מגיעים שם שכתבו בשם ר"ב אשכנזי דהו"ל כלא אשתהי וזה היה נכון אם היה ידוע לנו ששטף המים אליו הגיעו משא"כ בזה שעכ"פ ספיקא הוי ובספק אשתהי לחומרא:

איברא שבזה היה אפשר לומר דגם הר"ן מודה כמ"ש בתשוב' סימן זה כמה שנים דבספק אם הגלים עוברים ושוטפים יש מקום להקל טפי מבספק אשתהי דזיל בתר טעמא שהר"ן כתב שאינו מצוי שיראנו בתוך שעה א' אחר פליטתו מהמים וזה שייך לענין הספק שמא אשתהי אחר פליטתו משא"כ בספק שמא גלים עברו עליו לא שייך זה ודמי לספק תוך ג' שכתבו התוספת להקל וקצת מהאחרונים סמכו ע"ז להלכה במקום עגונה להקל בספק תוך ג' וא"כ ה"ה בזה ואמנם שם פלפלתי שלכאורה זה תלוי בשני טעמים שמקילין בספק תוך ג' דלטעמא דחששא דנתפח ספיקא דרבנן גם בזה יש להקל ואם הטעם משום דמוקמינן בחזקת חי א"כ אפשר דבספק אשתהי כה"ג ל"ש זה ושוב צדדתי לומר דגם להאי טעמא אפשר דדמי לספק תוך ג' וכאן אין להאריך בזה כיון שלפי דברי האשה נרקבה צורתו או נתפח א"כ לא מהני הכרה וגם שלא נזכר בדבריה כלל שהכירה אותו בט"ע שהוא הנטבע וגם כי לשיטת קצת פוסקים בראה הטביעה אמרה בדדמי וכאן הרי ראתה וידעה הטביעה וע"פ מה שהעיד ר' זלמן שראה אחר הטביעה רושם במקום הבראדווקע והר' ישכר אמר דיא בראדווקי איז פר לאפין גיווארין מיט וואשר פשיטא שאין לסמוך כלל מה שמגידים כן מאומד דעתם ושמא האי' הנמצא לא היה על פניו רק רושם בלבד:

וגם אפי' היו מעידים שראו הבראדווקי כמות שהיה בחיים חיותו מ"מ הרי הם לא צמצמו המקום וקי"ל דאין מעידין על השומא וגם אפשר דשכיח בראדווקי אצל החוטם באנשים הרבה ואין כל זה סימן מובהק לסמוך עליו. ואם באנו לסמוך על עדות הנשים אשת הר"ר יעקב שהגידה שהכירה אותו בקצת בגדיו ובצורתו שזהו בודאי ר' יודא דרוקר שהיה אצלם גם בעדות אשת ר' ישכר בער אמרה כן ואף שלא פירשה בדברי' דעל ר' יודא דרוקר קאמרה מ"מ הדברים מורים דעליו קאמר ושם היה מתאכסן מ"מ קשה לסמוך עליו מכמה טעמים חדא שהרי אשתהי בודאי קודם שהובא לעיר שעות הרבה

וא"כ היינו עובדא דשני ת"ח דאמרינן דאפילו מאה נשים כחד דמיין ודוקא דאסקינהו קמן לאלתר וקאמרי סימנים כו' והנה דעת הרמב"ם צריך שיאמר קברתיו וכ"ד הריב"ש דאף בטבע במים צריך שיאמר קברתיו ובתשוב' סימן הארכתי בזה וכאן לא נזכר בדברי הנשים קברתיו רק סתם שראו אותו וזה אינו מועיל לדעת הפוסקים הנ"ל דאף בחזיוה לאלתר צריך שיאמר קברתיו אלא שבזה היה אפשר לומר כיון שאחר עדות הנשים הנ"ל נכתב בג"ע שהעיד ר' חיים שהלך עם אנשי החבורה כשהביאו הנטבע ומצאו אצלו מעות רוביל נראין הדברים שעשו חיפו' אחר המעות ואף שלא נזכר הקבורה בפירוש מסתמא קבורה היתה לו וגם דטלטלוהו ממקום למקום הו"ל כמו קברתיו אלא שלענ"ד צ"ע בזה לפמ"ש בנ"ב בטעם הרמב"ם שמצריך קברתיו במים משום דאף שפלטוהו המים יש לחו' שמא נדמה לו שמת ובאמת עדיין לא מת ויש לו תקנה כמו שיש שמגלגלין אותן בחביות וכ"מ כדבריו בישו"ש יבמות דבעינן קברתיו מה"ט ולפי"ז לכאורה אף שטלטלהו ממקום למקום נמי לא מהני דמכל מקום יש לפעול פעולת לגלגלו וכה"ג אמנם מדברי הפוסקים משמע דמהני ולמדו מדלא נזכר בש"ס קברתיו רק דאסקינהו לקמאי הוה כמו קברתיו כמ"ש הריב"ש ואין כאן מקום להאריך בזה דכאן הדברים מוכיחים שנקבר ג"כ וא"כ אם היה עדות לאלתר היה אפשר שתועיל עדותן אבל בעובדא דנ"ד דודאי אישתהי א"כ אין מועיל הכרה כלל כדאמרינן אבל אשתהי מתפח תפח ואפי' לשיטת ר"ת דאפילו נפל למים והועלה משם ואישתהי מעידין אפילו אחר כמה ימים מ"מ לפי מה דנקט בש"ע סעיף ד"ח בעינן ט"ע של גופו וצורתו ואף לפמ"ש המרדכי הביאו הב"ש והח"מ דמשמע מדבריהם דבט"ע דצורה לחוד סגי:

אמנם כבר נתבאר שם שכל גדולי האחרונים חולקים בזה ובתשו' שכתב הח"מ בעובדא דפנחס מארלא הביא דברי מהריב"ל ומהר"ב אשכנזי בפי' דברי הרא"ש ואני הרחבתי בביאור דברי הרא"ש בזה כיד ד' הטובה עלי וכאן קצרתי כיון שהח"מ לא רצה לסמוך ע"ז לעשות מעשה להתיר ומבלעדי זאת הרי אף לדעת המתירין מבואר בדבריהם דצורה שלימה בעינן ובזה שהעידה האשה אסתר שאחר הוצאתו מן המים פניו לא היה לו עוד והיה נרקב או תפוח ופשיטא דתפח יותר קודם שהובא לעיר וראהו הנשים הנ"ל ולענ"ד דאף לדעת המקילין באשתהי מ"מ היינו דוקא אם מעידין בבירור שצורתו שלימה אבל מסתמא אמרינן כיון דאשתהי אין מעידין עליו וזה מבואר מהפוסקים וא"כ ק"ו כאן שהאשה אסתר מגדת בהיפך שלא ראתה הצורה שלימה ופשיטא שאין מקום לתלות להקל שאין אסתר מגדת על אותו האי' שמעידים העדים כמבואר מדברי העדים והדיינים שעל אותו הנטבע שנטבע בכפר שהיא יושבת שם הן הן הדברים גם אין כאן

הכחשה כלל מעדות הנשים לעדות אסתר שאמרה שנשתנה צורתו שהרי הנשים לא ביחנו דבריהם לפרש שראו שהיתה צורתו שלימה וחבל לא אית ביה:
והנה אם באנו לצדד בזה מחמת עדות הנשים שהכירוהו ע"י הבגדים דהיינו האפינצא ולייבסרדאקיל הנה אף אם היו מפרשים דבריהם שהכירו הבגדים הכרה טובה שהם הבגדים אשר לבש מוה"ר יודא הנ"ל בחייו מ"מ הרי הח"מ לא סמך על הכרת בגדיו אף שהיו צירוף סימנים הרבה ומ"ש מכ"ת מדברי הח"מ ס"ק סמ"ך אין הנדון דומה לראיה דהתם מיירי שידוע לו שבעלה של אשה זו נפל למים בבגדים אלו ואחר כך כשהעלוהו אנו מכירין הבגדים שפיר י"ל דל"ח שמא השאיל לאיש אחר עלייתו מן המים וגם השני נטבע בהם וזהו ספיקו של הח"מ והב"ש שם מחלק בין מיד לאחר זמן משא"כ כאן שאותן שהם מעידין שהכירוהו מבגדים אינם מעידים שראו שנטבע בבגדים אלו וא"כ זהו חששה דשאלה שמא מוה"ר יודא הנ"ל השאיל בגדיו שהיה הולך בהם לאיש אחר ונטבע בהם ומ"ש מכ"ת לצרף סברת מהרי"ט דכל בגדים לא מושלי אינשי ל"ש כאן דהא לא הזכירו רק האפינצא והלייבסרדאקיל לבד וגם דהב"ח חולק על מ"ש מהרי"ט דגם לחליפין ל"ח והב"ח בתשובה ס"ל דנהי דלא חיישינן לשאלה מ"מ לחליפין חיישינן ובהכי אזדא ליה גם סברת מהרי"ט השניה דציצית לא מושלי אינשי דעדיין יש לחו' לחליפין ומ"ש מכ"ת דכיון דחזינן דמדקדק היה לצאת בב' טליתים קטנים הרי לא הכירו הב' טליתים קטנים רק האחד בלבד רק בעדות ר' חיים נזכר שמצאו לבוש כך והוא לא היה מכיר שר' יודא היה לבוש באלו כלל ואדרבא בזה לא שייך סברת מהרי"ט דאמרינן כיון שהיה מוהר"ר יודא לבוש שני טליתים קטנים אפשר שזה הא' שהכירו הנשים שהוא של מוה"ר יודא השאילו מוהר"ר יהודה לאחר והאחר היה לו גם כן טלית קטן שלו לכך זה הנטבע נמצא גם כן לבוש בב' והנה אם אמנם כי כמה גדולים קבעו מסמורת דל"ח לשאלה מ"מ רבים וגדולים חולקים ומי ירים ראש להכריע נגדם ולהקל בספק א"א דאורייתא שהרי בנ"ד מחשש א"א דאורייתא לא יצאנו שהרי כבר כתבתי שע"י העדות האשה אסתר שהעידה הטביעה אין מקום כלל כיון שלא ידעה שמו ושם עירו כלל רק שיש הוכחה קצת כיון שהעיד מוה' זלמן שמוהר"ר יודא נסע עם הערל טערשקא והאשה אסתר העידה שראתה הערל הנ"ל בשעת טביעת הספינה וא"כ י"ל דמסתמא היהודי הנטבע הוא בעל האשה הזאת שנתלווה עם העכו"ם הזה מהעיר אך דגם זה תלוי בפלוגתת הרמב"ם והרא"ש המבואר בסימן י"ז ולהרמב"ם אנו אומרים שאותו יהודי שיצא מכאן הלך לדרכו ונתלוה עמו עוד יהודי אחר ומת והב"ש שם כתב דהב"י פסק דלא כהרא"ש ועוד אף לפי דעת הרא"ש צריך שיהיה ידוע שלא נתלוה עמו

עוד יהודי אחר רק זה יצא עמו מכאן שוב אין חוששין שמא זה הלך מכאן ואחר נתלווה עמו מה שא"כ כאן שזה העד אינו מעיד רק שמוהר"ר יהודא אשר העיד עליו אביו ראה אותו נוסע עם עכו"ם זה ומ"מ אפשר שנסעו עמו עוד כמה יהודים והרי ר' גרשון נסע גם כן שם ולא הזכירוהו ואפשר שכמו כן נסעו מזה עוד כמה יהודים ומוה"ר יהודה השאיל בגדיו לאחד מאנשי הספינה והלך משם בהגיע לשפת הנהר ויהודי אחר הוא הנטבע:

ועוד י"ל דשאני התם מדקאמר סתם יהודי שהיה עמו ש"מ שלא היה עמו רק זה שיצא מכאן דאם איתא שזה נפרד ממנו ואחר נתלווה עמו לא היה אומר בסתם אלא היה מפרש דבריו אם זה שיצא מכאן או זה שנתלווה עמו בדרך מחדש משא"כ בנ"ד גם הרא"ש מודה דחיישינן דלמא האי אזיל לעלמא וזה הנטבע אחרינא הוא ועוד דאפילו אם היתה אסתר יודעת שהוא בעל האשה מ"מ בעדות טביעה זו לא יצאנו מידי איסור תורה לדונו כטבע במשאל"ס שהרי דין דטביעה במשאל"ס לא נאמר אלא בעומד ורואה לכל הצדדים ושהה כדי שת"נ אבל בשביל הפיכת הספינה לבד אין לו דין טבע במשאל"ס ואפי' נשאת תצא כמ"ש הרמב"ן בתשובה וכתבו הרמ"א בסעיף ל"ד וא"כ כיון דיש כאן איסור תורה ואיתחזק איסורא דא"א אם כן קשה בעיני להקל בזה והא דאמרינן משום עגונה הקילו ביה רבנן הרי אמרו דהיינו דוקא בסוף עדות אבל בתחלת עדות לא הקילו ובספק פלוגתא פסק הרמ"א דאזלינן לחומרא וכן דעת הח"מ שם והב"ש כתב בשם ט"ז כהמ"ב מ"מ בספיקא דפלוגתא זו אי חיישינן לשאלה ראיתי לגדולי האחרונים שלא הכריעו בזה להקל כיון שהב"י כתב שגדולי הראשונים הרי"ף והרמב"ם והרא"ש הכי ס"ל וכבר דשו רבים בענין זה ואף אני הארכתי בזה בתשובה סימן והבאתי דברי השיטה מקובצת בשם הרשב"א דס"ל דאי סימנים דרבנן לא חיישי' לשאלה ומ"מ אין לסמוך ע"ז בלא צירוף טעמים אחרים וכן מ"כ בשו"ת ב"ח החדשות כתב שם הט"ז ששמע כך מהב"ח ע"ש:

גם אני חושש בכאן כיון שלא אמרו בפירוש שהם מכירים הבגדים בט"ע גמור רק אמרו סתם איך האב אים דר קענט אין דער אפינצע אפשר שלא היה זה רק דרך אומדנא לבד אבל לא ט"ע גמור ואע"ג דבתשובות נ"ב סימן מ"ב כתב דיש להוכיח לכאורה דאף ט"ע כל דהוא מהני מדאיתא בחולין דף צ"ו ברישׁ ה"א סימנא עדיפא מט"ע כו' והתוספו' כתבו דמיירי בט"ע כל דהו ע"ש נלענ"ד לחלק דוקא בדבר שהוא שלו כגון באבידה שפיר מהני ט"ע כל דהו אבל היכא שהוא רוצה להכיר מה שאינו שלו שראה פעם אחת או שתים בודאי שנוכל לומר שטעה ביה אפילו צורבא מרבנן ומכ"ש ע"ה והו"ל ככלים שלא שבעתן העין דלא מהני ט"ע באבידה ומ"מ באיסורין כיון דליכא חימוד ממון י"ל דמהני אבל מ"מ ט"ע גמור בעינן ועיין בט"ז יו"ד סימן ס"ג ובנקודת הכסף שם ובמקום

אחר הארכתי ועכ"פ בנ"ד כיון שבעל האשה היה מעיר אחרת ולא שהה בעיר רק בערך ג' או ד' ימים דבר רחוק הוא שיהא אנשים הללו שביעת עין בבגדים של זה עד שיוכלו אחר כך להכיר בט"ע גמור ובודאי לא נתנו לב לעיין במלבושיו בכוונה רק דרך מקרה ככל מלתא דלא רמיא כו' וא"כ בעינן ט"ע גמור וכ"כ בנ"ב שם דהא לא מהני למסקנא דרבא ט"ע בכלים שלא שבעתן העין משום דמתחלה צריך שיכיר עתה בט"ע ונראה דמה"ט כתב רמ"א בסוף סעיף ל"ב וי"א דאפי' סימן מובהק בבגדים מהני הואיל וראוהו נטבע בבגדים אלו עכ"ל ולכאורה צ"ע דלמה נקט סימן מובהק בבגדיו ולא נקט שמכיר בט"ע שהם הבגדים של הנטבע בהם אלא ע"כ דלפי דט"ע דבגדים לא מהני כ"א בט"ע גמור ומובהק וזה לא שכיח שיהיה לו ט"ע בבגדי חבירו אפי' ברגיל אצלו דלמה ישים לב לדעת ועינים לראות מה שאינו שלו עד שיהיה לו בו ט"ע גמור ולכך נקט סימן מובהק ובשו"ת נ"ב כתב הטעם בסימן כ"ח משום דט"ע לא מהני כיון שראוהו נטבע בבגדים אלו שייך בדמי אף לבגדיו ובהג"ה מביא בשם מהר"מ מפדווא דאיתא שם אולי היתה לו הכרה טובה במלבושיו ולא ע"י הנטבע וכתב בסימן מ"ב דבבגדים כיון דאין במה לתלות השינוי לא אמר בדדמי ע"ש:

ועכ"פ מבואר מדברי מהר"מ מפאדווה דהכרה טובה בעינן והיינו ט"ע גמור וכמ"ש והיינו אי איתרמי הכי שהיה לו הכרה טובה ואם כן בעדות זה שאמרו בסתם איך האב אים דר קענט אן דער אפינציא אפשר שלא היתה הכרה טובה רק כח הדמיון בלבד ומכ"ש אם נתפשט מתחלה הקול שנטבע מוהר"ר יודא אלא שבזה אפשר לומר כמ"ש בתשובה סימן בשם מהרא"ש דידיעת הטביעה לא מיקרי אלא ידיעה אמיתית אבל קול הברה לא והבאתי ראיה קצת לזה אבל עכ"פ הכרה טובה בעינן ואפשר דאי לאו דהוה לה הכרה טובה לא היתה מחלטת לומר שהוא ר' יודא בודאי ומ"מ צ"ע כיון דאשתהי אפשר שנשתנה צורתו ולכן אמרה בדדמי גם על הבגדים. סוף דבר הכל נשמע שהלכה זו רופפות בידי ואף כי נכמרו רחמי על עלובה זו וחזרתי על כל הצדדים בג"ע לתקוע יתד במקום נאמן ולפי קוצר הזמן חפשתי ולא מצאתי רק כדבר האמור למעלה בטעמן ונימוקן ואינו אומר בה לא איסור ולא היתר ולולי כי הוכרחתי להשיב לכבוד הדרתו ידי בצלחת הייתי טומן דברי הצעיר עבד לעבדי ה' לעמוד לשרת מוקדש ומזומן זעירא מן חברייא כו'

שאלה כד

שאלה בדבר אשה אחת עצובת רוח ושוממה יושבת ונפשה עגומה היתה כאלמנה חי' כי אף אחרי מציאת עדים וראיה. נפל בהם ספיקות וגמגומים. וירבו הימים אשר היא

יושבת הומים בירכתי ביתה. ולבה הומה על טל ילדותה ותלך לדרוש את חכמי הזמן לעיין בדינה. הלהן תעגנה. ואולי ימצאו לה עזר ותרופה. ע"פ כח ב"ד יפה. וענין השאלה זה תורפה:

בעיר אחת ק"ק הרייראד"ק נפטר איש אחד עובר אורח ונרשום בפנקס החבורה קדושה דברי השמש דק"ק איך שנפטר אחד שמו יעקב בן אברהם מק"ק ראחמאניב. ושם אשתו שרה והיה סימן בגופו. ברען במקום החגורה לפניו ואחרי ששלחו להודיע לק"ק ראחמאנוב נודע שנאבד משם איש ששמו יעקב בן אברהם רק שאשתו שמה חיה וכאשר באה האשה למקום הנ"ל שאלו את פי השמש בת"ע להעיד לפני בית דין והעיד בת"ע שזוכר מה שהגיד לו האיש הנפטר שמו ושם אביו ושם עירו כנ"ל ואת שם אשתו אינו זוכר והגיד כי דרכו לטעות בשם הזה ומורגל בפיו על שם חיה לקרות חיה שרה ואפשר שטעה במה שנרשם שרה אפשר שמה חיה:

גם האשה חיה הגידה איך שמעה מאיש אחד עד מפי עד שעד האחד הגיד שנפטר בק"ק הנ"ל יעקב מק"ק ראחמאנוב ושמע מאותו הנפטר שיש לו בק"ק ראחמאנוב אשה ויש לה בן קטן ממנו והגיד גם כן סימן הנ"ל וגם הנפטר בקש ממנו שיודיע לאשתו את פטירתו ונתן לו ת"כ על זה:

שוב העיד עוד ע"א שהוא היה באותו העיר שנפטר בזה איש הזה וסיפר לו שהוא ר' יעקב מראחמנוב הסמוך לק"ק שומסק זהו תורף הענין בג"ע מב"ד הצדק ובק"ק ראחמנוב חיפשו הטיב הדק ולא נאבד משם איש ששמו יעקב רק זה לבד בעל האשה חיה אשר נפשה בשאלתה אם יש היתר לאיסורה ע"פ העדיות או לא:

וראיתי הענין עמוק ורחב ידים יגיע עד צוואר. נחל אשר לא אוכל לעבור. אמרתי אחריש אתאפק וזממי לא יפוק. ובהיותי משתאה מחריש לדעת מקול הקריאה. נפשי לאחורי נרתעת. וימלך עלי לבי והעירוני רעיוני קום לך. אל תמנע מהלוך. ולצבא צבא בהויות דאביי ורבא. ולחפש בחדרי הפוסקים אחת הנה ואחת הנה. ולשאת ולתת באמונה. ומזקינים אתבונן אשר שקדו על תקנות עגונות. ואקיץ כישן וכגבור מתרונן. ובנותי בספרים. ואשפוט משרים. ונתתי פני לחתור אחר האמת ולערות עד יסודה. להכין אותה ולסעדה. איברא חזינא תרי גברי רברבא נפקי תרווייהו מידק דייקי. וריוחא לא שבקי. ואמרתי אשיבה ואראה אעבור כבוצר על סלסלות. ואקטוף מלילות. את אשר השאירו עוללות. הלא טוב עוללות אפרים:

מתחלה נדון בעדות השמש שהוכח' בשם האשה ואחר כך נתקע עצמינו בדבר הלכה בשאר העדיות ועיקרא דהא מלתא נלענ"ד ללמוד מתורת של רבינו הר"ן. בתשובות שלו

סימן מ"ז שנשאל בענין עדות על יבם שמת וכתב וז"ל ועכשיו אני דן אם יש לפסול אותו מפני שהעיד שהיה שמו בישראל אברהם והוכחש בזה משני עדים שהעידו שהיה שמו שמואל או אם יש לנו לחוש לשני אחים שהיה שם האחד שמואל ושם השני אברהם ומסתברא דלהא ליכא למיחש לפי שאני רואה כו' ונראה מדברי כולם הבקיאים בו ומכירין אותו שלא היה כ"א אח אחד וכ"ת אפ"ה ליכא למסמך אהך סהדא. דמ"מ הא אתכחי' שהעיד ששמו אברהם ואילו העידו שהיה שמו שמואל אפ"ה מסתברא ליה דלא מפסיל דקי"ל בעדות נשים לא בעינן דרישה וחקירה וכיון שכן מסתברא דעדים המכחישים בבדיקות בעדות נשים כשרים כשם שכשרים בד"מ ומסקינן התם אפי' אחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן וה"נ כיון שכל העדים מסכימים שלא היה לבעל של אשה זו רק אחד אע"פ שזה אמר שהיה שמו אברהם ואלו אמרו שהיה שמו שמואל אין זו הוכחה הפוסלות עכ"ל:

וממוצא דבר זה יש ללמוד דכל כה"ג משרי שרי אף על פי שעירב קצת שקר בעדותו שהרי שם נתברר ששקר הוא דובר במה שאמר ששמו אברהם שהרי שאר העדים העידו ששם היבם היה שמו שמואל ואפ"ה לא משגיחינן בהא כלל ומשתריה ע"פ עדותו כמבואר שם שאותן העדים שהעידו ששמו שמואל לא ידעו ממיתתו כלל דס"ל להר"ן דכל כה"ג בדיקות מיקרי ולמדה מהא דחזינן לענין ד"מ דמצרפין בהכחשה דבדיקות אף ע"ג דע"כ חד מנייהו ודאי שקורי משקר ובד"מ תרי בעינן להוציא ממון על פיהם וע"כ דלא איכפת לן במה שמשקר בקצת דברים במה שאין עיקר תלוי בהם הלכך גם בזה אע"פ שנתברר לפנינו כי לא מן השם הזה לא איכפת לן בהכי ומקבלינן סהדותיה במה שהוא אומר מת ומזה מבואר שלא כדעת הפני משה סימן פ"ד שהביא הרב הגאון אב"ד דק"ק הראוונע בשמו דבהוכחש העד מפי עצמו בבדיקות יש לחוש לבטל העדות שהרי הר"ן שפתיו ברור מללו דבכה"ג העדות קיים:

וע"פ הדברים האלה יש לתמוה על קצת האחרונים שרצו ללמוד מדברי הר"ן הללו דבעדות אשה והוכחשו זה את זה בחקירות העדות בטל כמו דקי"ל בד"מ ודוקא בבדיקות מכשיר ולענ"ד אין מדברי הר"ן הכרח כלל דהר"ן מיירי בהכחשה דתרי לחוד והני תרי לא מסהדי אמיתה כלל דבכה"ג דודאי משקר בחקירות אפשר דבאמת העדות בטל אבל אם שני עדים מעידים על המיתה רק מכחישין זה את זה בחקירות מה"ת נאמר דבטל דנהי דנימא דבד"מ אם הוכחשו אין מצטרפין משום דחד ודאי משקר בחקירות מ"מ בעדות אשה סגי בחד ואף שהאחד משקר סמכינן אסהדותא דשני וכמ"ש הב"ש סברא זו ולקמן אבאר עוד בזה:

ועכ"פ למדנו לנ"ד דבכה"ג דהוכחש בשם האשה אע"פ שברור שאין זה אמת מ"מ כיון שלעיקר העדות אין נפקא מינה בכך הכחשה דבדיקות הוא ואמרינן דלא יהיב דעתיה למידק שפיר ואין זה פוסל גופא של עדות. וא"ל דדוקא לענין שם היבם ס"ל להר"ן דהוה כהכחשה דבדיקות משא"כ בשם האשה כיון שאותה אנו מבקשים להתיר כהכחשה דחקירות הוא דמי:

ולענ"ד הדבר פשוט דז"א דאע"ג שכוונת העדות להתיר האשה מ"מ לא אזלינן בה בתר שמא ולעיקר סהדותא לא איכפת לן אם כאשר יקרא העדים חיה הוא שמה או שרה שמה והרי זה דומה לאומר שהפקיד אצלו מנה שחור וזה אומר שהפקיד אצלו מנה לבן דהכחשה דבדיקות הוא ואדרבה נראה דעדיף טפי מנידון דהר"ן דהתם הוכחש בשם היבם שמיתתו הוא מתיר ואיכא למיחש שמא עוד אחר יש כאן ששמו אברהם ואע"ג דנתברר שלא היה רק אח אחד מ"מ העד עכ"פ היה לו לדוק בשמא שהרי אפשר שיבא נ"מ מזה ואפ"ה לא חיישינן ליה כיון דלקושטא דמלתא אין שם אח רק הוא בלבד לא דייק בשמא וא"כ כ"ש בזה שהרי נתברר לפנינו שאין שם יעקב בן אברהם אחר רק בעלה של זו וגם יהיב סימנא תו לא רמי אנפשיה למידק בשם האשה שאין נפקותא בזה מאי אמרת הו"ל למידק שמא יש בעיר עוד אח' ששמו יעקב בן אברהם ויאבד זכרו משם ויהיה לו סימן זה פשיטא דכל כי הא ודאי לא חייש העד דהא אנן נמי ל"ח לשני יב"ש כל שלא הוחזקו ומכ"ש שאין לו להעד לאסוקי אדעתיה כולי האי ואין כאן רק הכחשה דבדיקות והעדות כשרה ותנשא על פיו כמ"ש הר"ן וראייתו ברורה מהא דקי"ל עדים המכחישים זה את זה בבדיקות כשירה בד"מ:

וגדולה מזו מצינו בדברי הרמב"ם פי"ב מה"ג וז"ל אשה ושני אנשים שבאו ממדינה אחרת זה אומר זו אשתי כו' ואע"פ ששניהם הוחזקו בא"א הואיל וכל אחד מהם העיד לעצמו אין נאמנים עכ"ל מבואר מזה דדוקא בכל אחד מעיד לעצמו הא אם כל א' מעיד שנתקדשה לאחר כגון זה אומר שנתקדשה לראובן וזה אומר נתקדשה לשמעון הרי הוחזקה בא"א ואף ע"ג דחד מנייהו ודאי משקר בענין מי זה המקדש מ"מ מצטרף לגבי דידה שתהיה מקודשת:

אך לכאורה דברי הרמב"ם תמוהים בזה דהא ודאי בכה"ג שהם גופים מחולקים עדות מוכחשת הוא ואפי' לר"ה דס"ל דזו באה בפ"ע ומעידה כו' אבל לצרף אחד מכל כת לא וכיוצא בזה הקשה הר"ן בכתובות דף ך"ב אהא דתרגמה אביי בע"א:

איברא דהרמב"ם סתם שם כפשטה דש"ס ולא כתב כתשובת הר"ן דמיירי בע"א קרוב לו אלמא דס"ל דבכל גווני אמרינן תרווייהו בא"א קמסהדי וכ"כ הב"ש סימן קנ"ג ונראה

דס"ל כשאר מפרשים שהבי' בשיטה מקובצת דכי אמרינן שלא לצרף מן כל כת בעדות אחרת הנ"מ להבא אבל למפרע לא מפסלי והכא כשמכחישין זה את זה כבר היתה עדותן שהעמידוה בא"א עדות גמורה כו' דנישואין לאו בגירושין מתלי דתרתי מילי נינהו ולפי זה י"ל דגם בהא שמעידין שפלונית נתקדשה לפלוני הך מלתא דלמי נתקדשה עדות אחרת הוא דלענין להחזיקה בא"א לא איכפת לן למי נתקדשה וכבר נגמרה עדותן וזה שמכחישין עצמם אחר כך כמכחישין עצמם בעדות אחרת הוא אחר שנגמרה עדותן זה: ולפי זה בנ"ד נמי דכל שגמר אומר שנפטר איש אחד והעיד שמו ושם אביו ושם עירו די בכך וזה שנתפס בשקרו במה שאמר אחר כך שינוי בשם האשה אין זה גורם קלקול בעדות שהעיד ראשונה ומועיל להתיר:

איברא דלפי זה קשה שהרי דין הרמב"ם נובע מסוגיא דקידושין ושם בעי לאוקמי הברייתא בע"א ולמיפש' מינה דחוששין לקידושין בע"א דלמא שאני התם כיון דאיכא ע"א להאי וע"א להאי אע"פ שזה אומר לזה נתקדשה וז"א לזה נתקדשה מ"מ שניהם החזיקה בא"א ומכ"ש שיש להקשות אהא דפריך ותסברא ע"א בהכחשה מי מהימן ומאי קושיא דהא אין הכחשה ביניהם רק למי נתקדשה והוה כמכחישין זא"ז בגירושין ועדיף מינה דהתם לדברי האחד היא עכשיו פנויה משא"כ בזה דתרווייהו בא"א קמסהדי והנה במ"א הארכתי בישוב דברי הרמב"ם בזה על דרך הפלפול:

אך לעיקר הדין בלא"ה קשה לענ"ד שהרי הרמב"ם בפ"ב מהלכות עדות סובר דבמה הרגו בסייף או באירין דרישות מיקרי והטעם כיון שהו' בגופה של עדות ע"ש במפורשים ובשו"ת מהר"ב אשכנזי סימן ה' ואם כן נראה דבעדות למי נתקדשה כדרישות דסייף ואירין דמי ומ"מ ברור לדינא דאם שנים מעידין שנתקדשה אלא שהאחד אומר שהמקדש שמו ראובן והשני אומר דהמקדש היה שמו שמעון דאין זה הכחשה בגופה של עדות דדוקא במה הרגו בסייף או באירין כיון דעכ"פ עיקר העדות הוא ההריגה וכן ע"א אומר נהרג וא"א מת דמדמי ליה הפוסקים לדרישות דהיינו גופה של עדות שעיקר העדות היא המיתה משא"כ שם המקדש אינו מעלה ומוריד כלל ואין זה גופה של עדות ועדיין צ"ע בסברא זו דאפשר דגם זה גופה של עדות על ידי מי נאסרה אשה זו אכ"ע ומ"מ לענין שם האשה נראה דבדיקות הוא ועוד נלענ"ד כיון דעכ"פ מוכח מדברי הרמב"ם דבכה"ג דאחר גמר עיקר העדות הוכחש בדבריו ממש לא נפסלה העדות שהעיד מתחלה אם כן גם בזה יש להתיר אע"פ שסוף דבריו הוכחש בשם האשה דאפי' תימא דשינוי השם הוה כהכחשה בגוף העדות כגון סייף ואירין להרמב"ם מ"מ הא הרבה פוסקים חולקים עליו בזה וכן בההי' דא' אומר מת כו' שעיקר כדעת הפוסקים להתירץ

כמו שאבאר לקמן ואם כן גם בזה העדות מועיל וכמבואר גם כן מדברי המפורשים בשיטה מקובצת כתובות והבאתי לעיל ואין לומר דע"כ לא אמרי' הכי אלא לענין קידושין וגירושין דתרי מילי נינהו ז"א דהא ש"ס ערוך הוא בב"ב דף ל"א דאמר רב נחמן באכילתא דאתכחש אתכחש באבהתיה דלא איתכחש לא אתכחש לימא בפלוגתא דר"ה ור"ח קמיפלגי כו' ורבא אמר לך ע"כ לא קאמר ר"ה אלא בעדות אחרת אבל באותו עדות לא ור"ל שהוחזקו משקרים באותו קרקע לא ואיפסקא התם הלכתא כר"נ כמבואר ברשב"ם שם והיינו אפי' לענין עדות אותה קרקע וכ"כ רי"ו הביאו ב"י דאם מכחישין זא"ז בקצת העדות ובקצת האחר אין מכחישין נתקיים אותה המקצת לרבינו שמואל ובכנה"ג תמה עליו דתלמוד ערוך הוא והאו"ת נדחק לישב והאמת יורה דרכו דודאי מקור דברי רי"ו הם מש"ס הנ"ל שהרי סיים בה מרבינו שמואל ר"ל הרשב"ם שפסק כר"נ ואפי' באותו העדות וכ"כ בהג"א דבר זה בשם הרשב"ם דאפי' באותו עדות כי הכא נמי נאמנים במלתא דלא מכחשו להו ע"ש וברי"ו שם ציין להדיא פ"ג דב"ב:

ואמנם לפי ענ"ד דבר גדול דיבר רי"ו בזה וכמו שאבאר דלכאורה יש לתמוה אהא דפסקינן בפשיטות כר"נ בהא ובב"ק דף ע"ג אמרינן לימא כתנאי כו' ומבואר שם דכל כה"ג אמרינן כיון דתכ"ד כ"ד עדות שבטלה מקצתה כו' ואפשר שמזה למד הר"ן מה שהקשה בכתובות בהא דעא"א נתגרשה כו' אע"ג שלא הכחישו עצמם על עדות הקידושין מ"מ עדות זה בטל הוא משום דתכ"ד כ"ד רק אם נרצה שיעידו שנים שהיא א"א ואליביה דר"ה דס"ל זו באה בפ"ע כו' הא לצרף א' מכל כת לא אמרינן ולפי זה צריך לישב סוגי' הש"ס דב"ב דקאמר מה דאתכחש כו' ומשמע דע"ז מהני עדותם אף להוציא ואמאי כיון דחוששין שמא משקרים באכילתה ממילא נפל הספק גם על עדות אבהתא דהא בהא תליא כיון שהיה בתכ"ד דא"כ מאי קאמר רבא כר"נ מאי בכך כיון שעדות אבהתא העיד מקודם וע"כ דבתכ"ד מיירי כמבואר שם בתוס' ובב"ק בתוס' שם וצ"ל דס"ל כיון דזו באה בפ"ע כו' נהי דאותו העדות שהעידו תכ"ד א"א לקיימו ולפסוק על ידם כיון שתכ"ד העידו עדות שקר אכתי מצי לאסהודי שנית על עדות אבהת' כיון שהעדים עצמם לא נפסלו ורבא ס"ל כר"ח דסהדי שיקרא נינהו ושוב אין כשרים להעיד והעדות שהעידו ראשונה נפסלו משום דהוה תכ"ד וא"ש הא דב"ק דמיירי לענין עדים שהוזמו שפסולים הם ואין מועיל עדותן שנית:

ובזה יש ליישב מ"ש רש"י שם דאגניבה פסולין משום פסולי עדות ותמה אא"ז מהרש"א על זה ע"ש ולפי מ"ש י"ל דאין ר"ל על אותו עדות שהעידו עם הטביחה ביחד דזה בלא"ה פסול משום תכ"ד אלא ר"ל שאין מועיל עדותן אף אם יחזרו ויעידו עתה על הגניבה

משום פסולי עדות אלא דלכאורה פשיטות לשון רש"י שכתב לפרש כן בל' הש"ס משמע על העדות שהעידו כבר בא ע"ש וגם דהך מלתא אם יכולין לחזור ולהעיד תליא לכאורה במחלוקת הפוסקים דאיכא מאן דסבר דבכה"ג אין יכולין לחזור ולהעיד ולקמן אבאר בזה:

וכדי לתרץ סוגיות אהדדי צ"ל דיש חילוק בין הכחשה להזמה דבהכחש' אמרינן דבאכילת' דאתכח' כו' מה שאין כן בהזמה אמרינן כיון דאתזמי אטביחה אתזמי נמי אגניבה דתכ"ד כ"ד וכן מצאתי בשיטה מקובצת לב"ב בשם הרשב"א שכתב וז"ל וא"ת תיקשי הלכתא אהלכתא כו' וי"ל דשאני עדים זוממין דהם גופם נפסלים מכאן ולהבא מיהו לכ"ע ואפי' למפרע לאביי אבל עדי הכחשה כשרים הם אפי' מכאן ולהבא וזהו באה בפ"ע ומעידה הלכך אאכילה דאתכחש כו' עכ"ל ודבריו הקדושים צ"ע בזה שכתב דזוממים הם גופם נפסלים מכאן ולהבא לכ"ע כו' דמשום הא לא אריא כלל דהא חזינן למ"ד מכאן ולהבא נפסל לא איכפת לן בהא שהם גופם נפסלים להבא אפ"ה אמרינן אטביחה דאתזום אתזם:

והנה ראיתי בפ"י בב"ק שכתב גם כן לחלק בין הכחשה להזמה דבהכחשה ל"ש עדות שבטלה מקצתה דהא אפי' המקצת לא בטל לגמרי אלא דהו"ל תרי ותרי וכמו שכשרים לעדות אחרת כמו כן כשרים במה שהעידו תכ"ד כו' וזה צ"ע לענ"ד דמה בכך דהוה תרי ותרי מ"מ ספיקא הוה ואע"ג דלכל חדא מוקמינן אחזקת כשרות מה שא"כ בזה דחד עדות הוא כשם שא"א להאמינם על העדות שאכל שני חזקה ומספקינן דלמא משקר האי ספיקא גופא הוי על עדות אבהתא:

ומ"ש לתרץ דברי רש"י ממ"ש אא"ז מהרש"א וכתב הפ"י דלענין גוף העדות שהעידו תכ"ד ודאי בטל מעיקרא מחמת פסול העדות כיון שהוזמו לבסוף ואם הועיל הזמה למפרע לגבי עדות אחרת מכ"ש לאותו עדות עצמו שהעידו בפסול גמור בשקר תכ"ד עכ"ל נראה שרוצה להעמיד שם פסול על עדות גניבה עצמו ולענ"ד ליתא דודאי גם מהרש"א לא נעלם ממנו דהתם גבי והלכתא שהעידו בב"א כו' לענין תשלומין מיירי אלא דרוצה להוכיח מזה דאין לשון פסולי עדות נופל אעדות גניבה כיון דאפי' אי מתזמי אגניבה לא הוי שם פסול עליהם בעדות טביחה ומחוייבים לשלם כשהוזמו וע"כ הטעם כיון דהיה יכולין לחזור בתכ"ד כמ"ש התוס' ואם כן ק"ו הדברים אם הוזמו על הטביחה שבשעה שהעידו על הגניבה עדיין לא יצא שקר מפיהם כלל ואף ע"פ שתכ"ד העידו שקר מ"מ לא שייך על הגניבה הגדה שקודם לו שם פסלות וע"כ שעיקר הטעם הוא משום דחד דיבורא לא פלגינן ליה דעדות שבטלה מקצתה כו' ולכן נפסל אפי' הדיבור

שקודם לו שאמר תכ"ד וכן כוונת המהרש"א גם כן ומ"ש מוכחשין על הגניבה אין ר"ל מוכחשין ממש אלא דס"ל דהוה כמו הכחשה לענין שנתבטל עדות מחמת תכ"ד ומבואר בלשון התוס' גם כן ע"ש וסרה ממנו תלונת הפ"י ע"ש:

ולענין עיקר הקושיא נלענ"ד דודאי יש חילוק בין הכחשה להזמה אלא שאני אומרה בלשון אחר קצת דהכל תלוין אם מאותו שעה שהעיד העדות נקר' עליהם שם פסול עדות ובטל ממנו תורת עדות מן הוא והלאה אז אמרינן שכל מה שאמר תכ"ד הוא בטל והיינו כשנתבטל עדותו ע"י הזמה למ"ד למפרע הוא נפסל דאזלי מיניה תורת עדות בתכ"ד של עדות הגניבה ולכך אמרינן דגם עדות הגניבה בטל הוא ולמ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אמרינן דאטביחה אתזם ואגניבה לא אע"ג דמ"מ נתברר לנו עכשיו שאמר שקר בתכ"ד עדות הגניבה מ"מ כיון דעדיין לא הוחל לקרא בשם עד פסול בשעתא דאסהיד ואף אחרי גומרו וכל העדות שהעיד אחר כך כשירה היה רק משעה שהוזם בב"ד לא איכפת לן בעדות שקר שאמר תכ"ד כיון שאין שם ביטול ופסול עליו אז ושפיר אמרינן דאטביחא דאתזם כו' ואתי שפיר נמי סוגיא דב"ב דקאמר דר"נ סבר כר"ה כו' משום דאע"ג דעדות חזקה היתה תכ"ד מ"מ כיון דר"נ סובר דעדות שהוכחשו הם כשרים לשאר עדות ואין שם פסול עליהם אף שיש לחוש שמא אמרו שקר תכ"ד דבשביל שקר לבד אין נפסל עדות שהעיד באמת תכ"ד וכמ"ש ורבא סבר כר"ח דסבר בהדי סהדי שיקרא ל"ל והיינו דעדים נפסלו אפי' למפרע אף לרבא משום דהכחשה עדיף מהזמה לטעמא דחידוש כמ"ש בתוס' שם ע"ש ואם כן ממילא דגם לענין זה הכחשה עדיף מהזמה דבהכחשה אמרינן עדות שבטלה כו' כיון שבביטול יש עליו שם פסול עדות משא"כ בהזמה לא אמרינן עדות שבטלה כו' כיון שביטל שם המקצת אין שם פסול עדות עליו משעת מעשה דהא אין נפסל כ"א משעת הזמה ואילך ולכך שפיר אמרינן והאי דאתזום כו' שהיה בשעת טביחה שם פסול עליהם אז גם עדות גניבה שהועד תכ"ד הוי כהועד בפסול משא"כ אם מכאן ולהבא הוא נפסל שלא היה עליהם שם פסולי עדות בשעת העדות ולכך אמרינן מאי דאתזם כו' וזה מבואר מלשון רש"י דלענין שעת פסולים קאמר. ומ"מ צ"ע לפי מ"ש התוס' בב"ק דהחידוש הוא מה שנפסלים ודאי ומבואר מדבריהם דלענין פסול ספק הכחשה והזמה שוים הם דבזה אין חידוש ולפי זה הדק"ל דתיקשי דרבא אדרבא כמו דאמר רבא בב"ב עדות מוכחשת הוא לפי שמספק סהדי שיקרא נינהו כ"כ י"ל לענין הזמה דמאי אולמא הכחשה מהזמה לענין זה ולכאורה היה אפשר לומר דהך לימא כתנאי כו' קאי לפי המסקנא דגם רבא ס"ל כר"ה אלא דמחלק בין אותה עדות כו' ולפי זה שפיר קאמר דאגניבה לא איתזם דהא לענין הזמה ס"ל מכאן ולהבא הוא נפסל

ואף ע"ג דמ"מ הוי כהכחשה מ"מ לגבי הכחשה כשרים הם בעדות אחרת ואין כאן שם פסול בשעת העדות לבטל כל העדות אלא דמדברי התוס' בב"ק נראה דאכתי לא נחתי להך מלתא לומר דקאי לפי המסקנא ואפ"ה כתבו דלטעמא דחידוש ניחא:

וראיתי בפ"י שהרגיש בזה והניח בצ"ע ואפשר לומר דאף למאי דס"ד התם דרבא כר"ח מ"מ קאמר הכא שפיר לימא כתנאי ויהיה מוכרחים באמת כר"ה בהא. ובהא דלמפרע הוא נפסל פליגי תנאי ויותר נראה דלפי מ"ש התוס' דלטעמא דחידוש ניחא לא ס"ל הך תירוצא שכתבו אח"כ דהחדוש הוא לפסול ודאי אלא ס"ל כמ"ש התוס' בסנהדרין שהחידוש הוא שהמזימין כשרים וכ"כ בב"ב בשם הריצב"א והר"ן המתיק יותר כיון דחידש התורה להכשיר המזימין ממילא דגם הניזמין אין לפסול אותם כ"כ ויש למעט בהם הפסול כל מה דאפשר ע"ש ולפי זה נראה דלרבא בהזמה גרע מהכחשה דלא נפסל למפרע כלל אף מספק וא"ש בפשיטות טפי הא דקאמר אגניבה דלא איתזם כו' ואע"ג שהתוס' לא הזכירו כאן תירוץ זה סמכו עצמם על מ"ש במ"א שהרי בב"ב שם לא כתבו תשובה זו שבב"ק גם כן רק כתבו דהתם אזיל בטעם דפסידה דלקוחות ואפ"ה כתבו דלטעמא דחידוש ניחא וצ"ל שסמכו עצמם על מ"ש במ"א ומ"מ תירץ זה שכתבו בב"ק דהחידוש הוא שנפסלו ודאי נמי א"ש לפום מה דמתרצו לעיל דלמסקנא דמחלק בין אותו העדות כו' ניחא ע"ש:

המורם מזה לדינא שאם היינו דנין נ"ד כהכחשה של מקצת עדות היה לנו לומר עדות שבטלה מקצתה כו' ואע"ג דקי"ל כר"נ דמאי דלא איתכחש לא איתכחש אפי' בעדות אותו דבר עצמו מ"מ אין זה ענין לכאן דהתם כיון דקי"ל כר"ה דאמר זו באה בפ"ע ומעידה כו' אין נופל בהם שם פסול לעדות ולכך לא פסלינן מה שהעיד תכ"ד וכן לענין הזמה אי הוה אמרינן מכאן ולהבא נפסל דהאי שעתא לאו שעת פסלות הוי משא"כ אם עכ"פ יש ספק בדבר שמא נפסל בשעת עדות כגון בהכחשה למאן דס"ל כר"ח או בהזמה להך לישנא דחידוש ולפי מה שפירשו התוספ' דלענין פסול ספק אין חידוש ושפיר דינו כהכחשה לרבא בכה"ג שפיר אמרינן עדות מוכחשת הוא וכל העדות של תכ"ד בטל וא"כ אם נתברר לנו ששקר העד א"כ מסתמא דאסהיד הו"ל רשע ושם פסול עליו וכל העדות שהעיד תכ"ד אפי' העדות שקודם לו מתבטל מטעם עדות שבטלה כו':

וראיתי להרב הגאון אב"ד דק"ק ראוונא העיר בזה מענין פלגינן דיבוריה והרב הגדול מהר"ן הירץ מ"צ מק"ק ראדוויל מפקפק בזה די"ל דהיינו דוקא במקום שאין אנו מוכרחין לומר דמשקר בודאי רק אינו נאמן בדבריו לענין אין אדם מע"ר וכדומה אז אמרינן במה דנאמן מקבלינן עדותו ופ"ד מה שא"כ בכאן שאנו מוכרחין לומר דמשקר בודאי עכ"ד

ולפי ענ"ד דברי הרב הנ"ל נכונים דודאי בכל פלגינן דיבוריה אנו מוכרחין לומר דמשקר בודאי דאל"כ הרי נעשה רשע ופסול לעדות וכדאמר רב יוסף באמת לרצונו רשע הוא כו' ולרבא דאמר פלגינן דבוריה ג"כ א"א לתפוס החבל בשני ראשים ואם נאמין לו שאמר אמת שנעשה רשע ממילא שאין נאמן להעיד על חבירו ואם לא נאמין לו בזה שרבע אותו לרצונו הרי עירב שקר בתוך עדותו ושמא כולו שקר ומ"ש הרב הנ"ל דלשיטת הראב"ד א"ש לא נאמן הוא נכון:

אך מ"ש לשיטת התוספות שכתבו בשמם דלא ס"ל הך סברא דבטלה מקצתה כו' לפענ"ד ז"א דכבר הוכחתי מסוגית הש"ס דב"ק וב"ב דכל כה"ג שודאי אמר שקר בהא מודה לרבא דעדות מוכחשת הוא כיון דבשעת העדות שם פסול עליו ולפי זה כאן לענין פלגינן דבורא שע"כ בטל מקצת העדות למה באמת לא נימא דבטל כולא ולכן נלענ"ד דגם התוספות מודים בזה דהיכא שהביטול הוא מחמת שיקרא דפתיך ביה כגון הזמה או הכחשה וכיוצא בו אמרינן עדות שבטלה כו' ובהא דפ"ד מחמת אין מע"ר גם להתוס' הטעם דמשקר על עצמו איזו דבר לא מבטלינן בשביל הא סהדותא דאמר לאחר ונאמן דאין ע"ז גדר עדות וכן אם ביטל מקצת העדות הוא מחמת קורבה אף ע"פ שבזה שפיר הוא בגדר העדות מ"מ כיון דאין ענין הפסול מחמת שהוא שקר אלא משום שאנו אין יכולין לקבל עדות קרוב דרחמנא פסליה לקרוב מ"מ לגבי השני שאינו קרוב לא מבטלינן סהדותא דהא י"ל דכל הענין הוא אמת ובזה שפיר נופל החילוקים של הרב מהר"נ הנ"ל ומ"ש הרב הנ"ל לתרץ קושית התוספות בכתובות באנוסין היינו מחמת נפשות דהוי מיגו במ"ע וכתב דלהראב"ד ניחא דלענין אנוסין מ"נ אינם בגדר בע"ד דהא לא משוי נפשייהו רשיעי אלא הם בגדר העדות ואם לא נאמין להם שהם מ"נ גם על הקיום א"נ דעדות שבטלה מקצתה כו' אלא שכתב דהתוספות אזלו לשיטתייהו ולפי מ"ש גם להתוספות י"ל כן אלא דאפשר לומר דהתוספות מקשים שפיר אף לשיטת הראב"ד שהרי מבואר בר"ן בגיטין לענין גט שהביא קרוב וכתב בו שטר מתנה דלא אמרינן בכה"ג עדות שבטלה כו' ולפי זה די"ל דגם לענין קיום אין להקל כ"א בפסול דקורבה משא"כ היכא שהפסול מחמת שהוא משקר במקצת אף על הקיום א"נ לענ"ד דברי התוס' בלא"ה נכונים לשיטת הראב"ד דהא אם דאין כאן מיגו דהו"ל מיגו במ"ע אם כן א"נ לומר מחמת נפשות משום דאין חוזר ומגיד וא"כ י"ל דאין זה בגדר העדות כלל דהא לענין זה לאו בר הגדה הוא ודברים בעלמא נינהו ולא משגחינן בהו והו"ל כמו עדים בעד על עצמו דאין פוסל שאר עדות רק במגו הם נאמנים ולא מתורת עדות כלל וכיון דאין כאן מיגו גם עדות אין כאן ודל ההגדה של אנוסים מ"נ מהכא והרי זה כאילו לא אמרו רק כתב

ידינו הוא זה לחוד ולפי הסברא שכתבתי דכל שהביטול מחמת משקר שפיר יש לבטל כולו עדיין יש מקום קצת לסברא זו ולפי דלא נ"מ לדינא ראיתי לקצר. אך מ"ש הגאון אב"ד דק"ק ראווני' דהך דנ"ד מיתלי תלי וקאי בפלוגתת הראב"ד ותוספות דלהראב"ד העדות בטל לפי ענ"ד נהפוך הוא דלהראב"ד נראה שהעדות קיים שהרי הראב"ד נתן טעם הא דפ"ד היינו משום דהוא בעל דבר ואינו בגדר העדות ואע"ג דע"כ לומר דמשקר בזה לא איכפת לן שהרי ענין זה שאומר על עצמו תורת עדות עליו ולא אמרינן בזה עדות שבטלה כו' ומינה יש ללמוד גם בנ"ד דאף ע"ג דמשקר בשם האשה מ"מ אין ע"ז תורת עדות כלל כיון דלא איכפת לן בהא כלל וכל שאינו בתורת גדר העדות לא אמרינן עדות שבטלה כו' ודוקא בהכחשה בחקירות הם בגדר העדות שהרי ההזמה תלוי בהם בזה הכחשה פוסל אבל לא בדבר שאינו שייך לגוף העדות כלל וזה ג"כ טעמא דאחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן דמצטרפים דהא אין העדות תלוי בזה כלל לא איכפת לן בשיקרא דידיה שכל שאין שם גדר העדות עליו לא אמרינן עדות שבטלה כו':

ומצאתי בשו"ת מ"ב סימן ך"ט שכתב וז"ל ואע"ג דחזיני' ביה תיהא שהעידו הגוים שהנהרגים שנים היה להם מו"מ עם הדוכס ושניהם נשבו ונפדו וזה שקר גמור כמבואר בכל העדים שבנ"ד שהבן לא היה לו עסק עם הדוכס ולא נשבה כלל אלא שאחר המעשים הללו הלך לפדות את אביו ובחזרתם נהרגו שניהם נראה דאין לתלות זה לעדות שקר אלא לטעות כו' ועוד י"ל דאפי' אי מחזקינן להו בשיקרא ולא בטעות לאו כלום הוא חדא דפ"ד ואמרינן האי ודאי אמת הוא ודמי לאחד אומר מת ואחד אומר נהרג דמתירין האשה ואף ע"פ שאחד מהן משקר ואפ"ה עדותן קיימת דמאי נפקא לן מינה אם מת או נהרג ס"ס אינו חי וה"נ מאי נ"מ אם היה הבן אצל כל המעשים או לא דס"ס נהרגו וקי"ל נמי כרבא דאמר פלוני רבעני כו' ואף ע"ג דא"נ על עצמו נאמן על חבירו ופ"ד ולא אמרינן מדהא ליתא הא נמי ליתא דהא בהא תליא דחד מעשה היה ק"ו בנ"ד דשני מעשים הם עכ"ל ונראה דשפיר מייתי מהא דפ"ד אף לשיטת הראב"ד דכיון דענין זה דהבן היה לו עסק כו' אין נ"מ בזה לדינא והוא שקר בעלמא אין עליו תורת עדות כלל כמו במעיד שקר על עצמו ולפ"ז גם בנ"ד נראה כיון דכבר הוגד שמו ושם אביו ושם עירו וא"צ יותר ושם האשה בזה הוא אך למותר אינו רק שקר בעלמא דמאי איכפת לן בשם האשה ולכן מה ששינה בזה אינו מעלה ומוריד כלל שוב מצאתי בשו"ת ח"צ סימן מ"ד שכתב דכיון במה שאומר בנו הוא שומעין לו ושוב אין אנו צריכין למאמרו שבא עליה קודם החופה והמאמר ההוא לאין יחשב וכאותו ששנינו מעשה שבאו שנים ואמרו ראינו שחרית במזרח וערבית במעריב כו' וכתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות ק"ה הטעם שהראיה שאמרו

שראוהו בשחרית אין נזקקין לה שאין אחראין לה לראיית שחרית כו' ובפ"ק דסנהדרין פלוני בא על אשתי כו' דפ"ד משום שאין אצלה בתורת עד דנימא עדים שבטלה כו' שמעינן מינה דחשבינן ליה במשקר באמירת על אשתו ולהעיד נאמן באמירת פלוני בא וכאילו אמר בא על אשה אחרת ובהחולץ כו' אף אנו נאמר שנאמן הוא בעדותו שאומר בנו הוא דהתורה האמינתו ואי נמי במה שאמר שבא עליה קודם החופה דהאי לית בה משום לתא דעדות עכ"ל מבואר מזה כמ"ש וע"ש דמבואר דמה שאמר שבא עליה קודם החופה היא סתירה למה שאמר בנו הוא שלא היה בין החופה ללידה רק ששה חדשים ואפ"ה כתב דאף ע"ג דמשקר בהא נאמן בהא כיון שבענין שהוא משקר אין בו משום לתא דעדות ומדמי לה להא דהראב"ד וראיתי בתשב"ץ ח"א סימן ס"ו שכתב גם כן כזה וז"ל ומה שאמרו שדברי העד הראשון הם מוכחשין מאיליהן שהרי הוא העיד שהדלתות היו נעולות כו' אפ"ה אין עדותו נפסל מפני זה דהא קי"ל פ"ד כו' וה"נ פ"ד ונאמן במ"ש שהיין הוא אסור אע"פ שדבריו מוכחשין במה שאמר שהדלתות כו' דשמא מצד אחר נאסר היין או מפני שהניח האוצר פתוח וכיוצא בזה ומחמת כסיפא שלא יאמר שאתה הפסדת ייני נתן טענה זו וכ"ש בהכחשה בבדיקות ל"ה הכחשה כו' עכ"ל הרי מבואר דאף ע"פ שמוכחש במקצת דבריו לא איכפת לן כלל ועל השקר שאמר אמרינן איזה אמתלא שתהיה אע"ג שאם היה צריך לאמתלא זו לא היה נאמן עליו ומכ"ש דאנן לא טענינן ליה ואפ"ה אין זה פוסל העדות ומכ"ש כאן שאומר שטעה בשם דאפילו תימא שאין זו אמתלא המקובלת מ"מ אינו פוסלת את העדות. איברא שעדיין יש מקום לבע"ד לחלוק שלא נאמרו הדברים אלא היכא שנאמנותו מתורת עדות כגון ההיא דפ"ד והיא דפ"ד דהח"צ דהאב נאמן על בנו דין תורת עדות עליו כדמייתי התם מיבמות ע"ש משא"כ בנ"ד בעדות אשה דנאמנותו של עד הוא משום מלתא דעל"ג לא משקרי בה אינשי ולפי זה י"ל דכל שאמר שקר והוא מלתא דעל"ג הא קמן דהאי גברא לא קפיד ומשקר ולכך א"נ כלל ונראה שזה הטעם מהפני משה דמחמיר בהוכחש בבדיקות אע"ג דקי"ל דהוכחשו בבדיקות אף בד"מ כשרים וע"כ ס"ל לחלק כמ"ש ולכאורה אפשר לומר דז"א דהא הך דאמרינן פלגינן דבורא אפי' בעדות אשה והוא ע"א לבד הדין כן דהא קי"ל הרגתיו תנשא אשתו משום דפ"ד אלא שי"ל דהתם אע"ג דע"כ לומר דכיון דאין אדם מע"ר אמרינן דלא הרגו רק אחר ואע"פ שלפ"ז הרי משקר במקצת העדות שהרי אם תאמין לו שוב הו"ל רשע זה אינו דהענין שאנו אומרין עליו שהוא משקר שלא הרגו בעצמו אלא אחר הרגו אין זה עבידא לגלויי ולכך שפיר לענין גוף העדות שאומר שנהרג דשפיר הוא עבידא לגלויי מהימן ולפי"ז אם אמר שקר במלתא דעל"ג גם אגוף העדות לא מהימן:

אך לענ"ד ז"א דלפי"ז אם היה מתברר לנו שזה העד שמעיד על אשה להתירה אמר פעם א' איזה שקר במלתא דעל"ג ונתגלה אח"כ לא יהא נאמן הא ודאי דז"א כיון שהענין שאמר בו השקר אינו ענין להעדות לא איכפת לן בהכי כלל אף אם הוא מלתא דעל"ג ודוקא אם אמר שקר באיזה ענין שיש עליו גדר עדות אבל מה שאינו בגדר העדות אין נ"מ בשקר שלו בין אם הוא בב"ד או חוץ לב"ד ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה כו' מטעם שכתבתי דכל דבר שאין צריך לעדות הוי כדין בע"ד שאינו בגדר העדות שאינו פוסל וכ"כ בחידושי הריטב"א למס' מכות דף ז' אחר שכתב סברת הראב"ד דכל שאומר אדם על עצמו אינו עדות אלא הודאה כו' כתב וז"ל ועי"ל בעיקר קושיא דל"ד כלל דהתם כל מה שהעידו בפסול על עצמם תוספת דברים הוא שאמרו ולא היו צריכים לו באותה עדות כי הוא הוסיף על עצמו פלוני רבעני לרצונו שלא היינו צריכים אלא שיעיד על הנרבע וכן מ"ש לדידי אוזיף כו' וכן בהרגתיו וכיון שכן אין מקבלין כל אותו תוספות כיון דתרי עיניי נינהו דלא צריכין להדדי כלל אבל האי דירושלמי שכתב נכסיו לשני ב"א וכן הא דלוה וערב אין העדים מוסיפין בעצמם כי על שני דברים נזדמנו ונעשו עדים והו"ל עדות שבטלה כו' וגם זה נ"ל טעם נכון עכ"ל והן הן מה שכתבתי שכל שאין על הענין שאין אנו מאמינים לו תורת עדות שאין בו נ"מ לעדות זה לא אמרינן ביה עדות שבטלה כו' ואפילו אם הוא ענין של עדות והוא משקר עליו אם לא נפסל עבורו אין זה מזיק לשאר העדות כדכתיבנא לעיל דהכי מוכח מהש"ס דב"ק דאי מכאן ולהבא הוא נפסל אמרינן דאטביחה דאיתזם כו' וא"כ מכ"ש שהענין שהיה משקר עליו אין בו תורת עדות כלל דנימא שיהא נפסל מחמתו לשאר עדות וממילא דלא אמרינן ביה עדות שבטלה כו' ומאי ניחוש לה משום דחזינן דמשקר במלתא דעל"ג ז"א כיון דלא משקר בענין דשייך ביה עדות לית לן בה ושפיר מהימן בדבר שמעיד עליו והוא מלתא דעל"ג ומצאתי בשו"ת ח"צ סימן ל"א בענין גט והבעל הוחזק שקרן בשם אביו דאף דהוחזק שקרן בשם אביו לא להחליף שם עצמו בשקר ללוי ול"ד להחשוד כו' ואע"ג דסיים בה וגם תורת הלוים אינו בא אם שינוי שם אביו כו' מ"מ נראה דבכאן נמי הוי דכוותה ועדיף מינה ואין להאריך:

וראיתי בס' קצה"ח סימן נ"ב מ"ש להשיב על מה שהקשה מהרי"ט על מהרש"ך מסוגיא דב"ק והאריך לחלק בין רשע דחמס ועדי' זוממים דטעם הפסול משום דנחשד למשקר ובין רשע דעלמא שהוא מגזירת הכתוב ע"ש וז"א לפענ"ד שהרי למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אמרינן דאטביחה דאתזום כו' אלמא משום דמשקר לא מבטלינן כולי סהדותה דהא להך מ"ד נמי עכ"פ משקר הוא אמרינן דבשביל שהוחזקו משקרים על הטביחה לא

הוחזקו משקרים על הגניבה (וא"ל דכיון דלהך מ"ד כשר לשאר עדות שקודם הזמה כשר נמי למה שהעיד באותו עדות תכ"ד דא"כ הוי מצי למימר דכ"ע סברי מכאן ולהבא נפסל רק אותו דיבור עצמו גרע כיון ששיקר באותו עדות עצמו ובתכ"ד כ"ד קמפלגי ואפשר לומר דלהך מ"ד עד זומם חידוש הוא א"כ י"ל שאין הטעם משום דמשקר כלל ואין לחלק בין אותו עדות או עדיות אחרים אבל לענ"ד ז"א ועיין בתוספת שם ד"ה אין לך כו') אלא דעיקר הענין תלוי באם נתחדש עליו שם פסול ע"י אמירה זו דלמ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אין שם פסול עליו באמירת השקר משא"כ למ"ד למפרע וכיון שהענין תלוי במה שנעשה פסול מה הפרש יש בין רשע דחמס ועד זומם לרשע דעלמא דכמו דברשע בעלמא אמרינן דהפסול בא אחר סיום העבירה ה"נ בעד זומם יש לנו לומר שהפסול לא בא אלא אחר סיום העדות שקר דהעיד ומה טעם יש לחלק ביניהם אדרבה בזה מסתברא טפי שלא נפסול כ"א אחר כ"ד דהא בכ"ד עדיין יש לו לחזור וכמ"ש אא"ז מהרש"א להקשות מדברי רש"י דלעיל דקאמר והלכתא כו' רק שנאמר דכיון דלא חזרו תכ"ד אגלאי מלתא למפרע שנפסלו באמירת העדות וא"כ לענין עדות אחרת שהעידו תכ"ד מה לי שהי' הפסול מחמת אמירת השקר או שהפסול מחמת ד"א דגם פסול מחמת שאמר שקר שהוא בא ע"י שנעשה חשוד לאותו דבר ג"כ אפשר שאינו אלא בגמר דבריו שעי"ז נעשה חשוד וגם מה שהאריך בענין רשע דחמס הוא ללא צורך גם מה שנראה מדבריו דבעדות אשה דוקא רשע דחמס פסול ז"א דכל פסול מחמת עבירה דאורייתא הוא פסול לעדות אשה דמדחשוד לעבור עבירה דאוריי' חשוד לשקר וכמבואר בש"ס ופוסקים ודברי הנ"י הם אמורים לענין שאר איסורים שאין עליהם תורת עדות דאמרינן החשוד לד"א אינו חשוד לכל התורה כולה גם מ"ש לישב קו' מהרי"ט בענין פלגינן דיבורא כו' תמוהים לענ"ד דגם בענין פלוני רבעני וכיוצא אם היה מתברר לנו בידיעה ברורה שרבע אלא שרבע לפני עדים פסולים נמי לא קטלינן ליה דאין ד"נ בידיעה בלא ראיה ועדים בעינן אלא אמרינן דבאמת הוא עד כשר דאין מאמינים לו מה שפסול את עצמו והוי כאומר שרבע לפני עדים כשרים וה"נ כיון דבמה שאומרים שהוזמנו לקידושין ופוסלים עצמם אין מאמינים להם ה"ז כאומרים נתקדשה לפני עדים כשרים דפ"ד ומאמינים להם שראו שנתקדשה אלא שלא הוזמנו על כך ולפי שאינו מענינינו לא רציתי להאריך:

ועוד נלענ"ד דל"ש כאן עדות שבטלה כו' לפי שנלענ"ד דע"כ לא אמרינן תכ"ד כ"ד אלא בענין הצריך עדות דוקא אז כיון שנפסל העדות של תכ"ד בטל כולו משא"כ היכא שהדבר מתקיים באותו ענין מה בכך שנפסל תכ"ד מ"מ לא הוחזק למשקר על מ"ש תחלה כדמוכח מהא דאמרינן למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אטביחה דאתזום כו' רק

שנאמר לבטל העדות משום שנעשה פסול תכ"ד וגזה"כ הוא דבטל כל העדות א"כ בזה דבאמת הענין סגי די בכך והגע עצמך מי שהעיד איזה עדות בב"ד ותכ"ד גזל או חמס או חילל שבת וכדומה אטו מבטלינן סהדות' משום הכי לא מצינו בשום פוסק שיאמר הכי והא ודאי דליתא ואמרינן השתא הוא דאיתרע אע"פ שהוא תכ"ד וא"כ גם בנפסל מחמת שקר תכ"ד נמי אין פסול על עדות שקודם לו משום דחשדינן ליה במשקר אלא משום גזה"כ דעדות שבטלה כו' ואפשר דילפי הכי מדכתיב יקום דבר דדוקא היכא שכל הדבר מתקיים ולפי"ז א"ש דהתם בב"ק דמיירי לענין כפל וד' וה' שאין מתקיים בלא עדים וכן בההיא דב"ב דקאמר בהדי סהדי שיקרי כו' כיון דגזה"כ הוא שיהי' נפסל כל אותו דיבור וא"כ כשהשני מכחי' ואומר של אבותי הוא אין אלו נאמנים נגדו ומכ"ש לפי המסקנא דרבא לא קאמר כ"א באותו העדים ולענ"ד דגם בס"ד אפשר דרבא מה"ט אתי עלה כיון דהוא אותו עדות אלא שאם היה סובר כר"ה דזו באה בפ"ע כו' היה סובר המקשן דגם באותו עדות אין לחוש כיון דלא איתרע חזקת כשרותן ועלה משני דאף אליבא דר"ה שפיר איכא לאפלוגי בהכי וכ"מ בתוספת דסנהדרין ויש להעמיס כן גם בתוספת דב"ק ע"ש וא"כ עיקר טעמא דרבא דלאותה עדות איתרע חזקתן ולכן חשדינן ליה במשקר אף בדיבור שקודם לו בתכ"ד משא"כ בעדות אשה דלא מתורת עדות אתינן עלה דהא כל הפסולים כשרים להעיד באשה רק דגזלן דאורייתא פסול משום חשדא דמשקר וכאן בעדות שהעיד מקודם תכ"ד אין הפסול דמשקר רק גזה"כ הוא שאין ע"ז תורת עדות וממילא דבעדות אשה אין לפסול מחמת זה וכמו אם העידו כמה אנשים להתיר אשה ונמצא א' ביניהם גזלן דאורייתא וכיוצא בו מי שאינו כשר לעדות אשה דלא מבטלינן כל העדות משום שנמצא א' מהם קרוב או פסול והוא פשוט לענ"ד ומצאתי בשו"ת נ"ב סימן מ"ה שכתב ג"כ שהוא פשוט מטעם דלגבי עדות אשה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' והביא ראיה מאשה שאמרה מת בעלי הוא נאמנת וצרתה אסורה כו' ע"ש וא"כ פשוט שגם לענין עדות של תכ"ד אין מבטלין העדות מחמת עדות שבטלה מקצתה כו' ולא נשאר לנו רק לחוש משום דתכ"ד משקר במלתא דעל"ג מ"מ לא איכפת לן במה שהעיד קודם לו ואע"ג שיש פוסקים דאפי' הכחשה בחקירות בטל ש"ה דהחקירות הם בגופו של עדות משא"כ בזה שאין צורך לעדות אלא שסמך ענין לו:

וגם בזה דעת הרא"ש דהכחשה בחקירות כשר מההיא דע"א אומר מת ועא"א נהרג וראיתי בדברי הגאב"ד דק"ק שכתב בשם הב"ח שכתב הטעם דפ"ד ולכאורה היא תימא לפענ"ד דא"כ בכל הכחשות נימא הכי ואנן קי"ל דדוקא במידי דעביד אינש למיטעי ויכולין להשוות העדים משוינן להו הא לא"ה העדות בטלה והב"ח גופא כתב דקולא

שהקילו בעגונה דבעלמא הכחשה בחקירות פסול ובתשו' הב"ח שם האריך ולא הזכיר מזה שהטעם משום פ"ד רק בספרו כתב דלכך הביא הטור דין הכחשה אחר דין הרגתיו לומר שהוא מטעם דפ"ד ונראה כוונתו דמלתא בעלמא קאמר דל"ת כיון דמכחישין זא"ז עדות שניהם בטלה וכדאיתא בח"מ סימן למ"ד בסמ"ע שם דאפילו שבועה א"צ לזה קאמר דמשום עגונה הקילו וסמכינן על אחד מהם שאומר אמת והשני אינו מכחישו בעיקר העדות ובזה שהוא אומר נהרג שקורי קמשקר אבל עכ"פ אינו קיים וכיון דאיכא חד דודאי כשר אמרינן דאידך שאומר נהרג לאו דוקא קאמר או להיפך שמי שאומר נהרג היא אמת והשני לאו דוקא וזהו ענין פ"ד דקאמר הב"ח וכן מבואר משו"ת מ"ב שהבאתי לעיל שכתב ג"כ דפ"ד כו' ודמי לא' אומר מת כו' ע"ש שהכוונה בזה כמ"ש ולפי"ז אין ראיה מהא דהכחשה בחקירות דאיכא חד דקושטא קאמר משא"כ היכא דאותו א' הוכחש בחקירות ועיין בתשו' הב"ח סימן כ"ד שכתב גם היכא שמוכחשין מדברי עצמן בחקירות מסתברא שאין לחלק בין הכחישו זא"ז להכחישו מדברי עצמן דכל עצמו של דבר מפני שהקילו חכמים בעדות אשה כו' דחשבינן הכחשה זו לדברים בטלים וכאילו לא אמרו דבר אבל גוף העדות קיים עכ"פ ולמעשה צ"ע עכ"ל הרי מבואר דאף בהכחשה דחקירות מדברי עצמם מסתברא ליה להתיר אף שהניחו בצ"ע למעשה מ"מ בזה שהכחשה היה בבדיקות נראה דפשיטא ליה להב"ח דמישרי שרי וע"ש בב"ח קודם לזה שכתב דמ"ד דצריך דו"ח לאו משום דאם הוכחשו זא"ז עדותן בטילה דליתא אלא חוקרין אותו שמא יחזור בו ויאמר לא מת כו' ע"ש ולפום מה דמספקא ליה בהכחשה בחקירות מדברי עצמם דשמא בזה עדותן בטילה י"ל דמצריך חקירות לענין שלא יכחישו מדברי עצמן ולקמן אבאר עוד בזה:

והנה הרא"ש והטור והש"ע פסקו בעא"א מת וע"א אומר נהרג תנשא והש"ג סובר דלא תנשא וראיתי בנ"ב סימן ח' שקרא בחיל דכל הני רבוותא והאחרונים הנמשכים אחריהם נעלם מהם דברי הירושלמי שם ביבמות דאמר ר"א מודה ר"י ור"ש בעדים מה בין עדים לצרה לא עשו דברי צרה אצל חבירתה כלום (ועיין בשו"ת צ"צ סימן נ"ט שכתב ליישב מ"ש הב"י על הטור שהוא משנה שלימה שי"ל דוקא בצרה שאין דברים מועילין אצל חבירתה כו' והוא כדברי ר"א בירושלמי הנ"ל ומהר"מ מלובלין בתשובה סימן קל"ב כתב דסד"א הואיל וזכר ר"ש במשנה הלכה כר"מ לגביה קמ"ל וצ"ע לפענ"ד דאטו משום דנזכר ר"ש ג"כ עם ר"י יגרע כחו דר"י לגבי ר"מ ועוד בירושלמי דתרומות אמרו ר"מ ור"ש הלכה כר"ש) והנה כבר קדמו בזה מהרי"ט בשו"ת חאה"ע סימן ל"ח וכתב שכבר כתב בהרחבה ע"ז בשלהי יבמות ולא זכינו לשיטתו ואמנם לפענ"ד נראה דדברי

הפוסקים נכונים וברורין ומתחלה אבאר שורש הדין העולה ע"פ סוגיות התלמוד שלנו הנה בסנהדרין דף למ"ד אמרינן עדות המכחשת זא"ז בבדיקות כשרה בד"מ אמר רבא מסתברא מלתא דר"י באחד אומר בארנקי שחורה כו' אבל אחד אומר מנה שחור כו' אין מצטרפין ופריך מדר"ח דאמר א' אומר בסייף כו' אין זה נכון אחד אומר כליו שחורים ה"ז נכון אלמא דארנקי ושחור אף בדיני נפשות מצטרפין ומשני גברא אגברא קרמית נהרדעי אמרי אפילו אחד אומר מנה שחור מצטרפין:

והנה הפוסקים פסקו הלכתא כנהרדעי דאף בבדיקות דאחד אומר מנה שחור דהוא דומיא דסייף וארירין בד"נ מצטרפין:

והנה בדף פ"א אמרינן ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לכיפה כו' מנא ידעינן כו' ור"ח אמר אבימי כגון דאתכחש בבדיקות ולא אתכחש בחקירות כדתנן מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים ופירש"י בדיקה יתירה הוא ונהי דבן זכאי פטור ליה בההיא הכחשה מקטלה מיהו עדות אמת הוא ועייל לכיפה עכ"ל ולכאורה קשה כיון דר"ח קאמר לה ל"ל לאתויי הא דבן זכאי דאמרינן בדף מ"א בן זכאי בדיקות כחקירות משוי ליה דאע"פ שאינם בגוף ה העדות הוי הכחשה ובכה"ג לא קטלינן ליה רק כונסין לכיפה ול"ל הא ר"ח ס"ל דסייף וארורין הוי הכחשה דבדיקות ואליבא דר"ח ע"כ מתפרשא מלתא דר"י באחד אומר מנה שחור כו' ונראה דרש"י ז"ל מיישב זה גברא אגברא קרמית ר"ח אדר"י ולכאורה מנ"ל הא דילמא באמת ר"ח לא פליג אדר"י רק אדרב דמפרש מלתא דר"י בארנקי שחור ולר"ח מתפרשא מלתיה במנה שחור וכנהרדעי וד"ל כיון דר"ח רבו של רבא ל"ש לומר גברא אגברא אך לפמ"ש א"ש בפשיטות דגם ר"ח ע"כ ס"ל כרבא דאחד אומר מנה שחור כו' אין מצטרפין בד"מ כמו בד"נ וממילא בסייף וארירין דדמי ליה אף לכיפה אין כונסין אותו דהא אין עדותן אמת ולכך הוצרך לאוקמי דדוקא בבדיקות דבן זכאי דלדידיה יש חילוק בין ד"מ לד"נ אבל לפי מה דס"ל לר"ח אין חילוק בבדיקות בין ד"מ לד"נ כלל דאחד אומר מנה שחור שהוא דוגמת סייף וארירין ס"ל לר"ח דבטל לגמרי וארנקי שחור שהוא דוגמת כליו שחורין או עוקצי תאנים ס"ל דאף בד"נ הרי זה נכון:

אך לפי מה דקי"ל כנהרדעי דאף מנה שחור ולבן מצטרפין שוב מתוקמא מתניתין דכונסין לכיפה כפשטא בכל בדיקות אפילו דסייף וארירין כיון שכנגדו בד"מ מצטרפין אלמא דעדות אמת ולכך כונסין לכיפה ובזה יש ליישב לשון הרמב"ם בפה"מ שם דף פ"א שכתב וז"ל והוא שלא תתקיים העדות ואע"פ שהוא אמת כגון קילקול התראה או ספיקות שאירעו בבדיקות ובחקירות וכיוצא בהן כו' ולכאורה תימא דהא בש"ס אמרינן להדיא דאתכחש בבדיקות ולא בחקירות ודוחק לומר דס"ל להרמב"ם דאם אמר איני

יודע בחקירות שהדין דעדותן בטילה ג"כ כונסין לכיפה דא"כ הוה ליה להש"ס לאוקמי בכה"ג ולפמ"ש א"ש לפי מה שמבואר מהרמב"ם פ"ג מהלכות עדות דמכלל החקירות הוא במה הרגו כו' וכיון דלדינא קי"ל בכה"ג מצטרפין ממילא דשפיר קאמר דגם ספק שיארע בחקירות כונסין אותו לכיפה וכמ"ש אלא שצ"ע בדברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות רוצח שכתב או שהוכחשו עדות בבדיקות ולא בחקירות כו' וקשה דהא בחקירות כה"ג כגון במה הרגו נמי כונסין כו' ונראה דהרמב"ם נקט לישנא דש"ס בזה דבאמת הך דבמה הרגו אע"ג דס"ל להרמב"ם לענין ד"נ הוי בכלל חקירות מ"מ לענין ד"מ בדיקות מיקרי ולכך סתם הדברים (ונראה דהרמב"ם שכלל הך במה הרגו כו' בכלל חקירות משמע ליה הכי מדאמרינן בדף ט' דאיתכחש בבדיקות ולא איתכחש בחקירות וקמפלגי בפלוגתא דבן זכאי כו' וכן קאמר בדף פ"א משמע דהך דר"ח דסייף ואירין חקירות מיקרי) ועכ"פ למדנו מזה דהך דסייף ואירין בד"נ ומנה שחור בד"מ חד מלתא הוי ולדידן חלוק מזה ד"נ מד"מ והנה אחד אומר מת ואחד אומר נהרג כהך דסייף וארורין ומנה שחור כו' דמי כמ"ש הב"ש וכן נראה מדברי הירושלמי דמדמי אליבא דרב הך דאחת אומרת מת להנך מילי דבדיקות דחשיב התם ובכה"ג אמרינן דהעדות אמת ולא דנין למיתה על פיו בד"נ רק כונסין לכיפה כמש"ל וא"כ מלתא דפשיטא הוא שבעדות אשה שאין אנו צריכין רק לעמוד על אמיתת הדבר דודאי האשה מותרת ואפילו ר"מ מודה בהא ולא פליג רק בהכחשה דצרות כיון דכל אחת רוצה לישא ע"פ עצמה ס"ל לר"מ דלא מהני בהכחשה בזה משא"כ בהכחשה של עדות אך כ"ז לדידן דקי"ל דמנה שחור כו' מצטרפין משא"כ לר"ח ולרבא אליבא דר"י דכה"ג בד"מ ג"כ אין מצטרפין כמש"ל שפיר י"ל דגם באחד אומר מת כו' אין מתירין האשה דיש לחוש שמא אין הענין אמת אלא שעדיין י"ל כיון דבעדות אשה בחד סגי ממילא לא איכפת לן בהכחשה דידהו דהא חד קושטא קאמר. אך י"ל כיון דחזינן דתרווייהו באין להתיר וחד מינייהו משקר יש לחוש שמא גם האידך משקר וכל הענין שקר לגמרי ואין להתיר רק בגוונא דמצטרפין לד"מ:

ואחרי הודיע כל זאת נבא לבאר דברי הירושלמי והעתיק לשונו בנ"ב הנ"ל והנה מדברי הירושלמי שם מבואר דאפילו כגון ארנקי שחור ולבן הכחשה בגוף העדות מיקרי כמו מנה שחור ולבן וסייף ואירין כיון שהכחשה היא בגוף הענין שהחיוב בא על ידו ודוקא דמכחישין בענין שהיה אחר גמר המעשים החיוב בזה לא איכפת לן בהכחשה דידהו והיינו כרבא ועדיף מינאה דאיהו ס"ל דארנקי שחור מצטרף בד"מ והירושלמי ס"ל דלא מצטרף ולכך קאמר שם בא' אמר מן הכיס מנה ואחד אמר מן הצרור כ"ע מודים דלא מצטרף דס"ל דאין הפרש בין ד"מ לד"נ כלל כמ"ש לעיל אליבא דר"ח רק דאם שני כיתות

מכחישין בזה ס"ל לרב שלא בטלה העדות דאמרינן דאף דחד כת משקרת גם הכת השניה בטל עדותה וחיישינן דמשקרה ע"ז אמר חיליה דרב מהדא ר"י ור"ש אומרים כיון דזו וזו מודים שאינו קיים ינשאו והתם כב' כיתות דמי כיון דכל חד אינה צריכה לחבירתה ואית לן למימר דחד מינייהו קושטא קאמר ואע"ג דקי"ל דאשה שאמרה מת בעלי היא מותרת וצרתה אסורה (ומה"ט באמת ס"ל לר"מ דלא ינשאו כיון דעכ"פ חד מינייהו שקרנית ואידך אינה מעידה לחבירתה וכיון דלא ידעינן הי מינייהו תרווייהו אסורין) ס"ל לר"י ור"ש דמידי הוא טעמא אלא משום דאמרה תמות נפשה עם פלשתים ומכוונת לקלקל חבירתה וכאן דלאו אפומה דידה משתריה אלא כל אחת באה בפ"ע ומעידה לעצמה שניהם מותרת ולא מחזיקינן ולומר כיון דחדא משקרא אידך נמי דלמא משקרא ומזה למד רב בב' כיתי עדים בממון או בנפשות דעכ"פ חדא מנייהו מהימני וע"ז קאמר ולא שמיע ליה הא דאמר ר"א מודה ר"י ור"ש בעדות כו' ר"ל דעדים המכחישין זא"ז חוששין להם כיון דחד מנייהו משקר גם אידך משקר ודוקא בצרות נחלקו לפי שלא עשו דברי צרה אצל חבירתה כלום ולא איכפת לן באמתתה או בשקרה כלל זה תורף דברי הירושלמי בזה ועתה נחזי אנן בענין פלוגתת רב ור"י בירושלמי בב' כיתי עדים האיך סלקא שמעתא לדידן אליבא דהלכתא. הנה בד"נ קיי"ל דהכחשה בבדיקות בטל העדות וכדאיתא בירושלמי שם דאף רב מודה בד"נ דכתיב צדק צדק תרדוף וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן אבל בד"מ נראה מדברי הפוסקים דהלכתא כרב בהא דסומכין עכ"פ על דברי כת א' ולא מבעי' בהכחשה דמנה ומאתים או שחור ולבן דמהני חד כת לחייבו הפחות אפילו אם המלוה אינו אפס אינו תובע רק כדברי האחד וכמ"ש בהדיא בסמ"ע רס"י ל"א אלא אפילו בשני כיתי עדים שהכחישו זא"ז בחקירות ממש דלא עבידי למיטעי אפ"ה קי"ל דמהני סהדותא כדמוכח בש"ס ופוסקים בדוכתי טובא וכן מבואר להדיא בהרשב"א סימן תתקע"ג בשנים אומרים תנאי היה במכר ושנים אומרים לא היה תנאי שאין דמיון להא דאמרינן אין נאמנים ולא מגבינן דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד כו' ע"ש ומביאו ב"י וכ"כ להדיא המהרש"א בב"ב דף נ"ו בשנים אומרים אכל הוא א' ג"ה ובד"ו הניחה בורה כו' וב' אומרים לא כי כו' אע"ג דמכחשו אהדדי הוי חזקה דלעדות אחרת ב' הכיתות בטלות דלא ידעינן הי מנייהו דמשקרי אבל הכא אע"ג דכת א' ודאי משקרי מתקיימת החזקה בכת השנייה ע"ש והכי אמרינן בקידושין דף ס"ד אי דאיכא סהדי להאי ולהאי מי מצי אמרה אילו עבדי' וחבילה שלי והריטב"א שם כתב ואי קשיא לך הא עדות מוכחשת הוא וכמאן דליתנייהו דמי בעדות זו וכדאמרינן פ' חזקת האי אייתי סהדי כו' ואיכא למימר דהתם הוא דלא מודו להו אידך באכילתא

אבל הכא כולהו מודו דלית לאשה בחבילה כלום וכיון דכן לא סגי דלית בהן כת א' צדקניות דמסהדי בקושטא ומהימני וכן כל כיוצא בזה ושלא כדברי הראב"ד ז"ל עכ"ל ודברי הראב"ד הזכיר שם בחי' הרשב"א דס"ל דמיירי באין מכחישין זא"ז שאין מעידין על שעה ידועה דאל"כ לא היתה צריכה גט מהם שאין כאן עדות והרשב"א השיג ע"ז וכתב דודאי חדא מינייהו מהימני דלחד מהני ודאי נתקדשה ע"ש ואין להאריך דמפשטא דש"ס בדוכתי טובא מוכח דכרב אזלא דבב' כתות עדות אע"פ שמכחישין במקצת מ"מ על מה שהושוו שניהם בה עדותן קיימת ולפ"ז בעדות אשה כגון עא"א מת ואחד אומר נהרג שפיר מותרת לינשא מתרי טעמא חדא דהא עדות אשה כד"מ דמי דבמנה שחור ומנה לבן עדותן מצטרפות ולא קי"ל כירושלמי בהא דאיהו (ס"ל כר"ח ורבא ואנן קי"ל כנהרדעי ואפילו בהכחשה דחקירות מ"מ כב' כיתי עדים דמי דס"ל לרב דלא בטלה העדות ה"נ בעדות אשה כיון דחד עכ"פ לא משקר מותרת להנשא על פיו ומעתה מה שהקשה הגאון הנ"ל על הב"ש דהא הך מילתא תליא בפלוגתא דרב ור"י וקי"ל כר"י לגבי דרב כבר הוכחתי דז"א דודאי קי"ל כרב בהא וכמדומה שראיתי דהנך כללי לא אתאמרו רק אמחלוקת דבש"ס דידן ולא בירושלמי ואולם מה שהקשה הנ"ב על הב"ש דהא הסמ"ע כתב דבהכחשה בחקירות אפילו שבועה א"צ וע"ש מ"ש לתרץ:

הנה דברי הסמ"ע שם נראה שהם ע"פ דברי הרא"ש פ' ז"ב גבי הלוואה אחר הלוואה ומהרי"ט בתשו' חא"ע סימן ל"ח מדייק מדברי הרא"ש גם לענין אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דאם מכחישין זא"ז אף שבועה א"צ והכנה"ג כתב שיש לדון ע"ז דהא ע"כ אחד אומר אמת שאין להחזיק האחד במוכחש אם לא נחזיק הב' בכשר וכמ"ש הריב"ש סימן תע"ח גבי ב' כיתות אע"פ שמכחישות זה את זה למה שהושוו שניהם משלם וה"ה בב' עדים המכחישים זא"ז דמסתמא האחד אומר אמת עכ"ל והנה דברי הרא"ש הם מוקשים בעיני ולענ"ד הם מתבארים בדרך אחר ולא עת האסף פה:

עוד ראיתי לבאר שנלענ"ד דהרא"ש אזיל בזה בשיטת זקנו הראב"ן שכתב בסימן מ"ו בתשובתו שהביא לחכמי רעגינשפורג דגם בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג תנשא כיון דאין כאן הכחשה בכל העדות ומלתא אגב אורחא אבאר כוונתו שם והנה קשה עלי להעתיק כל לשונו רק אכתוב מה שנתבאר לי מתוך דבריו שהחכמים הנ"ל הקשו לו אהא דס"ל לר"ה אליבא דרשב"א באחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דהא חד מינייהו שקרן ואיך מצטרפין שניהם וע"ז השיב דלפי דבריהם גם בשני כתות יש להקשות כן דהא בחד מלוה וחד לוה גם ר"ה גם ר"ח מודו ור"ל דאי מיירי במכחישין זא"ז זה אומר מאתים הלוה לו ולא מנה וזה אומר מנה ולא מאתים יש לבטל עדות שני הכיתות שהרי מאי

דאסהידו הנך מכחישי לי אינך ומה דמסהדי הני מכחישי ליה אידך ואמרינן תרווייהו שיקרא נינהו ולא סמכינן אהך סהדותא כלל ולכך מפרשי דהכא מיירי בדלא מכחשי אהדדי בלא כי רק שזה אומר בסתם מנה וז"א בסתם מאתים וכיון דקי"ל דלא בעינן דו"ח משום נעילת דלת לכן מצטרפין סהדותייהו במאי ששוו אהדדי ואמרי' דחדא מינייהו לא דקדק כ"כ אחר זהו לא חשיבי הכחשה ודוקא היכא שיש הכחשה בכל העדות שאלו אומרים לוה ביום פ' ואילו אומרים המלוה היה עמנו ביום פ' או שאלו אומרים ליטרא כסף לוה או חביות יין ולא זהב או שמן וזה אומר לא כי אלא ליטרא של זהב וחביות שהוא של שמן דבכה"ג ל"ש לומר דלא דקו במלתא ויש בכלל המרובה המועט כיון שהם מכחישים זא"ז בפי' ובכה"ג פליגי ר"ה ור"לן והך דא' אומרת מת וא' אומרת נהרג וכן בעד אומר מת וע"א נהרג ינשאו דלא הוי הכחשה בכל העדות ושם בחיבור ליבמות דף קכ"ד ביאר יותר דר"י ור"ש ס"ל כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה וה"נ יש בכלל נהרג מת ותנשא כיון דשוו במקצת העדות אבל אחד אומר מת וא' אומר לא מת דמכחישי ליה בכל העדות לא תנשא ע"ש באורך ונראה דה"ה בעא"א מת ולא נהרג ואחד אומר בפירוש נהרג ולא מת על מטתו נמי דינא הכי ואפשר דס"ל דוקא בההוא דמנה ומאתים וכיוצא בו דכל שכ"א אומר בפירוש להיפך מדברי חבירו בטלה העדות כיון דאיכא נ"מ טובא בין זה לזה בעיק' הענין משא"כ במת ונהרג דאין נ"מ בעיקר הענין כלל ושוו להדדי במה שאומרים שאינו קיים לאו הכחשה מיקרי ומצטרפינן להו זהו תורף דברי הראב"ן לענ"ד ומ"ש באו"ת סימן ל"א לפרש דברי הראב"ן אין נלענ"ד ועיין בדף קט"ו שם שכתב שאם שני הכיתות באים להעיד עדות אחד ודאי כשרים לכ"ע אף לר"ח וזה מבואר דלא כהאו"ת:

ומעתה קמו דברי הרא"ש בשיטת הראב"ן דגם באחד אומר מת וא' אומר נהרג אמרינן דאין זה הכחשה וכ"ש בא' אומר בנו היה בשעת קברו ואחד אומר לא היה דהוה הכחשה דלאחר העדות דגם ר"י מודה אבל באמת קי"ל כרב בהא דרב ס"ל כרשב"א דקי"ל כוותיה ור"י ס"ל דאין הלכה כרשב"א והכי משמע קצת בב"ב דף מ"א דאמר והא מייתינא לך אגרתא ממערב' דאין הלכה כרשב"א ורב כהנא הוא דקאמר הכי לרב יהודא ואז היה ר' יוחנן ראש ישיבה כדאיתא בב"ק דף קי"ז אלא דר"י לא קיבל דבריו וכוותיה קי"ל כמ"ש רשב"ם וכל הפוסקים (ועיין במהרי"ק שורש א' דגרסתו היה רב ענן וגם כתב שם שהיה בטוח שיביא אגרת ממערבא דמסתמא גברא רבא כרב ענן בודאי לא היה משנה דיבורו ומ"ש דמסתמא הוה ציית ליה אם היה מביא מדא"ל לכי תיתי וצ"ע דא"כ הו"ל למפסק כוותיה וז"א כמ"ש כל הפוסקים) לכך כיון דלא ס"ל כרשב"א לכך מוקי למתני'

בצרות דוקא ולא בעדות ומיושב יותר לפי הגירסא בירושלמי דטור דאיתא התם חיליה דרב מהדא א' אומר מת כו' לא שמיע ליה דר"א כו' אמר ר' יוחנן אי אמרה ר"א ממני שמעה ואמרה עכ"ל ונראה דר"ל דר"י קאמר דהא דאמר ר"א ממני שמע לומר כן אבל רב לא ס"ל הכי ועוד יש לפרש תחלת דברי הירושלמי דקאמר חיליה דר"י מהדא כו' ופי' בשו"ת ר"ב אשכנזי דקאי אהא דלעיל מי שנדר בנזיר כו' ולפי מ"ש יש לפרשו באופן נאות לענינינו אלא שאין פנאי להאריך ומעתה דברי הרא"ש בסנהדרין מתפרשין בדרך זה לפי מ"ש דבהכחשה גמורה שזה אומר יין וזה אומר להיפך וכיוצא בו עדות שניהם בטלה ורצה לדמות לזה במנה ומאתים והא' מוכחש מפי הבע"ד כיון דמפי הבע"ד הוי הכחשה וודאית ועל זה כתב דאין לפסול שניהם כי אם בהכחשה גמורה כגון זה אומר הרג וזה אומר לא הרג ור"ל שזה מיקרי הכחשה בעלמא וה"נ בגוונא דזה אומר יין ולא שמן וזה אומר איפכא שכל אחד מכחיש גמור על אמירתו לכך עדות שניהם בטלה אבל במעידין על שני דברים כו' כך היה נראה לכאורה ליישב לשון הרא"ש אך מסמ"ע סימן ל"א משמע קצת דמטעם אחד קרוב אתי עלה ויש לפקפק בזה ואין להאריך:

ועוד נראה לענ"ד דאפילו להסמ"ע מ"מ בעדות אשה י"ל דשפיר מהני אף הכחשה כה"ג דאומר לא כי על פי מ"ש בתשו' בענין קידושין בטעמא דעדות שבטלה מקצתה כו' כיון דקי"ל אם קרוב או פסול העיד תכ"ד עדותו בטלה אם כן כיון שמה שאמר תכ"ד הוזם עליו ונפסל הו"ל כנמצא קא"פ דלא עדיף הוא מאחר והארכתי שם בישוב הסוגיות על פי זה:

ומעתה י"ל דגם אם העדות מוכחשים בחקירות כיון דחקירות כגוף העדות דמי שהזמה תלוי בהם ג"כ בטל כל העדות אפילו לשבועה ומכ"ש בהכחשה דיין ושמן וההיא דמנה ומאתים אליבא דב"ה תירצו התוספתא דאתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר ע"ש ולפי זה בעדות אשה דאף אם נמצא קרוב או פסול אין מבטל העדות כמ"ש לעיל שפיר מועיל אף ע"פ שמכחישין בחקירות והוא כעין דברי הגאון נ"ב אלא שלפי דבריו אין מובן קצת טעמא דא"צ שבועה דהא ס"ס יש א' דלא משקר ומה גזה"כ יש בזה ולפי מ"ש אתי שפיר דזה בכלל גזה"כ דנמצא אחד קרוב:

ועוד נראה לענ"ד לצדד על פי דעת הראב"ן שהביא הש"ך (בש"ך איתא רמב"ן והוא ט"ס וצ"ל ראב"ן) והסכימו עמו חכמי רעגינשפורג דהכחשה סתם בחקירות מצטרף וכ"ה דעת חכמי לוני"ל שהביא בסה"ת ועיין באו"ת שכתב דמיירי שמכחישין זה את זה ואפ"ה ס"ל דצריך שבועה ובתשובה הנ"ל כתבתי שז"א וגם הם מודים דאם הראשון מכחיש השני לגמרי אין מקום לשבועה רק מיירי אין הראשון מכחיש לומר שהיה עם

המלוה ולא הלוהו בכה"ג מיירי בעה"ת בתחילת דבריו שם וביארתי שם הכל על נכון ולדבריהם דאף בד"מ מצטרפין דכיון דא"צ דו"ח חקירות כבדיקות דמיין שאין נותן לב לדקדק בהם אם כן פשיטא דהכחשה בחקירות אינו פוסל בעדות אשה וגם דלפי מ"ש הש"ך הטעם משום דהכחשה בחקירות עדותן בטלה דהו"ל עדות שא"י להזימן א"כ בעדות אשה ל"ש זה אלא דבמ"א שדיתי נרגא בזה שלא מצינו זה בש"ס כ"א לענין א"י בחקירות דבזה כיון שאומר איני יודע א"א להזימן בעמנו הייתם כיון שאינו מגביל זמן ומקום כלל מה שא"כ היכא שהעדים ביחנו דבריהם בזמן ומקום אלא שהם מכחישים זא"ז כגון שזה אומר בב' וז"א בג' הרי שפיר יכולין להזימם בב' וג' עמנו הייתם והבאתי שם מפסחים דף י"ב דיהבינן להו כולי טעותייהו והארכתי בזה:

אך בב"י סימן למ"ד לענין דיוטא משמע כהש"ך אך מ"מ ודאי דעיקר טעם דחקירות גרע מבדיקות הוא משום דדבר שהזמה תלוי בהן העדים מדקדקין ביותר ובעדות אשה לשמה ממילא דאין מדקדקין בה כ"כ אע"ג די"ל דהכחשה בענין גוף העדות גרע בענין זה מחקירות שיש לו לדקדק ז"א דגם בזה כיון שאין עיקר ההיתר תלוי בו אין מדקדקין כ"כ גם יש לצדד על פי מ"ש בשו"ת ר"ב אשכנזי בשם הרמ"ה בחידוש דטעמא דסייף ואירין אין זה נכון כיון דהאי מלתא דמתכחשיה בגווה מלתא דצריכה ביה לאסהודי ביה למידע אי מחיא במידי דחזי למיתה כו' לא מצטרפי ע"ש ולפי זה פשיטא דהנך בדיקות דמת או נהרג אף ע"פ שהם בגוף הענין ל"ד כלל להא דסייף ואירין דלענין זה שבא להעיד על היתר אשה זו אין בו דקדוק כלל וה"ה שאר מילי לענין עדות דלא נ"מ רק בעיקר המיתה לבד:

והנה הטור סובר במנה שחור ולבן צריך לתבוע שניהם ושאר פוסקים חולקים עליו ובט"ז הקשה דברי הטור אהדדי במ"ש סימן קמ"א לענין שני חזקה ולענ"ד נראה בדעת הטור דבאמת צריך להבין בטעמא דנהרדעי דאמרי אפי' מנה לבן ושחור מצטרפין ואם נאמר דאינהו מסתברא להו דאף כה"ג בדיקות מיקרי דעבידי דטעי כמ"ש התוס' בב"ב דף מ"א ובחידושי הר"ן א"כ קשה מאי קאמר כמאן כריב"ק מאי קא קשיא ליה בנהרדעי טפי מבדרבא עד שהוצרך לחפוש איזה תנא דסבר כוותיה וגם דוחק לומר בהא דא' אומר מאתים כו' הוי מלתא דלא דייקא בה כמ"ש התוספות והר"ן דהא ודאי דסהדי בכה"ג מידק דייקי אי מנה יהיב ליה או מאתים ולכך ס"ל להטור דודאי בין מנה ומאתים דעתה דאינשי עלה דמלתא וכן במנה שחור ולבן אף ע"ג דחד מינא הוא מ"מ החדשים טובים יותר מהישינים וכמבואר ממ"ש הטור ונותן הפחות שבשניהם ופירש הב"י דאמנה שחור קאי וגם נהרדעי מודו ליה לרבא בהא דכה"ג דייקו אינשי ואפ"ה ס"ל דמצטרפים

ואמטי להכי קאמר כמאן כריב"ק ופריך אימר דאמר ריב"ק היכא דלא מכחשי כו' ולכך מוקמינן לה כרשב"א דס"ל דאף ע"ג דמכחשי אהדדי מ"מ כיון שיש בכלל מאתים מנה וממילא עכ"פ אנו מקיימין עדותן במה שיכול להתקיים דמה דאיתכחש איתכחש כו' ואין זה ענין לפלוגתא דר"נ ורבא דהתם אאבהתיה לא העידו כלל כולם רק השנים לבד מה שא"כ כאן דאמנה תרווייהו מסהדי וכמ"ש לעיל בשם הריטב"א קידושין גבי מי מצי אמרה אלו עבדי גם א"ל דהא ע"כ חד משקר ונפסל במה שפוחת מנה או הוסיף מנה והוא באמת קושית רבני רעגינשפערג להראב"ן י"ל דהטור ס"ל כסברת חכמי בריסק שהביא הש"ך דבשביל הכחשה דחד לא נפסל עדותן ואפילו תימא דלענין מכאן ולהבא נפסל אף בהכחשה דעד נגד עד מ"מ באותה עדות עצמה לא פסלינן ליה ומקבלין מיניה מ"ש עם חבירו בשוה (ובסוגיא דב"ק תכ"ד כ"ד שהביא ממנה כבר הארכתי לעיל) וזה מבואר מלישנא דב"ה דקאמרי יש בכלל מאתים מנה משמע דלאו משום הכחשה ולאו הכחשה נגעו בה אלא דכל שיש בכלל זה גם מה שמעיד חבירו מצטרפינן להו וזה נלענ"ד גם כן במשמעות פירש"י שם דוק ותשכח ואח"כ קאמר דבחביות יין ושמן דתרי מיני נינהו ל"ש כלל יש בכלל מאתים מנה דבשלמא במנה שחור ולבן נקטינן מסהדותייהו מאן דהושוו בה דהיינו מנה עכ"פ וכן במנה ומאתים אבל כאן דתובע החפצים עצמם והם גופים מחולקים ל"ש יש בכלל כו' ולכך מוקי לה דלדמי קאמר דבכה"ג יש בכלל דמי שמן דמי יין וכן מבואר בתוס' דב"ב דף ט' וז"ל דבין חיטי ושערי לא דייקי אינשי אע"ג דדייקי בין מנה שחור ולבן כדאיתא בסנהדרין כו' התם צריכין למידק שחייב לשלם אותו מנה שלוה אבל הכא לא דייקי דבכל ענין שיאכלוהו הוי חזקה אלא דהיה אפשר לומר דהתוספות שם קיימי אליבא דר"י דקאמר רבא אליביה דמנה שחור ולבן לא מצטרפינן ולכך הוצרכו לאפלוגי בהכי מ"מ גם בהג"א שם שכתב גם כן כדברי התוס' ולפי מ"ש אתי שפיר דגם לנהרדעי שפיר אמרינן דמידק דייקי אלא דס"ל כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה מ"מ לזה צריך שיהיה התובע תובע שניהם והתם גבי חזקה גם המחזיק אומר שלא אכלה יותר מג' שנים ואומר כדברי אחד אך דטעמא משום דבין חיטי ושערי לא דייקי אינשי ולכך ל"ה מוכחשין לא זה מזה ולא מפי הבע"ד כמ"ש בחידושי הר"ן ואם כן דברי הטור מבוארין דכאן לענין מנה שחור או מנה ומאתים דהוי הכחשה אלא דאמרינן יש בכלל מאתים מנה שפיר צ"ל שהתובע תובע שניהם ונותן לו הפחות (וכ"נ ממ"ש התוספות דהתם דייקי שחייב לשלם אותו מנה שלוה אלמא דיש חילוק ביניהם וא"כ דוחק לומר שיחלוקו נהרדעי ורבא במציאות אי בכה"ג דייקי או לא) משא"כ גבי דיוטות או גבי שני חזקה דאין הכחשה כיון דלא דייקו ממילא דגם לבע"ד לא מחשב

הכחשה כלל וזה נלענ"ד נכון וברור בשיטת הטור בס"ד ועיין בשו"ת הרא"ש סוף כלל נ"ט שכתב ואפילו בהכחשה מצטרפין לעדותן כגון אחד אומר מנה שחור כו' כו' עיין שם דמייתי מינה לענין עד קני' ועד חזקה אע"ג דהתם ודאי ל"ש לא דייקי רק ראיתי דהעדות שהושוו בה מקבלינן מינייהו אפילו בהכחשה ומכ"ש בעד קניה וחזקה שלא בהכחשה ודיוטא אגב גררא נקיט אם כן אפשר דגם בדיוטא מפרש בתבעו שניהם ואף ע"ג דהכחשה בחקירות הוא מצטרפינן וכדברי הראב"ן זקינו אלא שמדברי הטור מבואר דלא ס"ל הכי:

ונקטינן מכל הני מילי מעלייתא דאמרן דיש לצדד הרבה גם בענין הכחשה בחקירות דאפשר דכשירים בעדות אשה נקיט מיהא דעכ"פ בבדיקות לית מאן דפליג וכבר בירורתי מדברי הר"ן דכה"ג בדיקות מיקרי וא"ל כיון שאנו דנין על האשה זו אם מותרת הוא א"כ הו"ל כדרישות בגופה של עדות לענ"ד פשוט שז"א דאין אנו דנין רק לידע בבירור שמת האיש ההוא מו' יעקב בר אברהם מראחמנוב ואיתתה ממילא מישתריה ובודאי דגם בלא האשה איכא נ"מ טובי כגון אם יש לו בן לענין לירד לנחלה ולענין אשת אחיו ועוד טובי נ"מ לדינא וא"כ מאי איכפת לן בשינוי שם האשה אדרבה בעובדה דהר"ן גרע טפי שהי' ספק הכחשה בשם המתיר דהיינו היבם ובזה תלוי הדבר וכמו שהי' באמת מקום לחוש שמא יש עוד אח אלא שכיון שנתברר שאין עוד מלבדו הכרייע הר"ן דהכחשה דבדיקות הוא ולא משגחינן בה בעדות אשה דכד"מ דמי וק"ו בנ"ד דליכא נ"מ כלל ולולי דמסתפינא ה"א דהך מלתא אפילו בדיקות לא מיקרי ואפילו בד"נ כה"ג לא מחריב בה הגע עצמך שהכחישו עצמם שם באשת הנהרג או אשת ההורג האם נאמר שנפסל העדות לפענ"ד ז"א וגרע מהא דאמר בירושלמי הוכחש העדים לאחר העדות דהיינו נטה בצפון או בדרום ופירשו המפורשים שם שהוכחשו עצמם בענין ההורג או הנהרג אם פנה לצפון כו' והתם עכ"פ הכחשה בהורג או נהרג עצמו אלא לפי שאין לו שייכות לעדות היינו כיון שהכחשתם תלוי בענין שנעשה אחר גמר החיוב וא"כ גם בזה שאין הענין תלוי בו כלל לזכות או לחובה ואינו בגופה של עדות אינו בכלל בדיקת ומ"מ אפשר דלא גרע מעוקצי תאנים לבן זכאי אך כבר כתבתי דבכה"ג ודאי אמרינן דהעדות אמת כמבואר מדברי רש"י ורמב"ם וא"כ איך שיהי' בד"נ כאן בעדות אשה ודאי דהעדות קיים ועוד נלענ"ד דכ"ז אפילו כשאין העד המעי' לפנינו אבל אם עד המעיד לפנינו ואומר שטעה הא ודאי מהימן אפילו בלא שום אמתלה ואמרינן בגיטין דף ס"ג דההיא דהוי קרי לה נפאתה אזיל סהדי כתבו תפאתה כו' ופירש"י שטעה בשמה ואמרינן התם דכותבין ונותנין גט אחר והתם ודאי דקפידה טובא איכא במלתא כגון אם יש לזה עוד אשה

ששמה תפאתה או אחר ששמו כשם הבעל יש לו אשה בשם תפאתה ונימא דנפסלו במה שחתמו על גט כזה ואפ"ת דכיון דמיירי שהם כתבו ונתנו לאשה זו ששמה נפאתה אין כאן מיחש מ"מ הא חתמו על שקר ועוד דאמאי מהימני שטעו דלמא באמת תפאתה אמר להו הבעל ורצה לשחק בהם וד"ל שהבעל לא פי' בשמה רק אמר סתם כתבו גט אלא נראה פשוט דכל שהם יודעים בנפשם שטעו שפיר יכולין לכתוב אחר וכ"מ בשו"ת הרא"ש כלל ס"ח אם הסופר כתב בחילוף שם המלוה או הלוה כו' כותבין שטר אחר כיון שהעדים שטעו וכ"כ שם בדין ל"ב בעדים שטעו וכתבו בשטר רחל במקום לאה ואמרו כי יודעים בודאי כי לאה אשת שמעון כו' תשובה מאחר שהעדים מכירים ויודעים שכתב רחל במקום לאה יכתבו שטר אחר דכל ט"ס בטעות בשטרות חוזר ואפילו לא היו כותבין שטר אחר והי' השטר בא לפני והי' מתברר שהי' בו ט"ס הייתי מכשירו כדאמרינן אחריות ט"ס וגובה מן הלקוחות דאמרי' מסתברא לא שדו אינשי כו' וצוה לכתוב בו אחריות וטעה הסופר ולא כתבו וכ"ש כאן שיודעים העדים שטעו שיכתבו שטר אחר עכ"ל וא"א שהעד א"נ לומר שטעה בשם א"כ לא להימני אחר שכבר נמצא השטר ויצא מתחת ידם והי' צריך לחשוש עכ"פ שמא היה לשמעון עוד אשה אחרת ששמה רחל ול"ח ותלינן בט"ס ואפ"ת דמיירי שנתברר שלא היה לשמעון רק אשה זו ששמה לאה מ"מ נימא כיון דעכ"פ כתבו שקר ששמעון זה שם אשתו רחל ממילא נפסל כל השטר ושם גרע טפי דהא היה להם לדקדק בזה דשמא יש לשמעון אשה ששמה רחל ג"כ או ישא אח"כ ומרוב עתים וימים לא יתוודע ואפ"ה נאמנים לומר שהוא ט"ס וא"כ מלתא דפשיטא הוא דהכא שאינו שטר גמור רק פנקס בעלמא דמהימן לומר שטעה או שהסופר שכתב אל הפנקס מפיו יקרא אליו והוא כותב הוא טעה. ומצאתי בשו"ת הרשב"א ח"ג שכתב שאם לא נכתב ההרשאה כהוגן חוזרין וכותבין כההי' דנפאתה דאם חוששין לעדות ליחוש דילמא תפאתה אמר להו כדכתבו אינהו ורצה לשחק בהו אלא הם נאמנים כו' וכ"כ בתשובה שם סימן י"ב וז"ל אלו כיון שהם זוכרין שטעו כותבין להם שטר אחר כתקונו דכל שטעו אע"פ שמסרוהו למלוה לא עשו שליחתן דאין זה שטר שנעשו עליו שלוחים וכההי' דנפאתה דההוא נמי כבר מסרוהו לאשה הוא כו' ואפילו הלוה כאן ומכחיש כו' אבל עד שלא יצא השטר והוחזק בב"ד העדים שיודעים האמת ומכירין בטעותן ושלא עשו שליחתן חוזרין וכותבין ומתקנין טעותיהם ועושין עכשיו שליחתן עכ"ל והובא בב"י בקצרה סימן מ"ט:

ומצאתי בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן ק"ך שכתב שם ומזה תוכל ללמוד כשאין באין לגרוע מעדותן אם אומרים כי בטעות כתבוהו ואומרים ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו כי בלא

השגחה כתבוהו נאמנין ואפי' כ"י יוצא ממקום אחר ואין בזה משום חוזר ומגיד כיון שבעיקר העדות אין חוזרין בהם עכ"ל ועיין בשו"ת עה"ג סימן ל"ח שכתב אם עושים הרשאה עצמם אמרו שטעו ונתחלף להם שמות בשמות צריך פנים אם נאמנים כו' אבל לענ"ד צ"ע כי קרוב הדבר לומר גבי שטר כזה לא אמרינן שנעשה כמי שנחקר' עדותן בב"ד כו' עכ"ל וא"כ הדבר פשוט דבנ"ד ודאי דנאמן לומר שטעה ונתחלפו לו השמות. ואין לחלק ולומר דש"ה שהעדים אומרים בבירור שטעו משא"כ כאן דז"א דהא לפי משמעות הלשון העד יודע בבירור שהאיש הנפטר הי' שמו יעקב מראחמנוב ושאר סימנים שנתבארו שם וכמ"ש שם בלשון הג"ע שהובא לפני וכתוב בו שהשמש העיד וז"ל איך ווייס גוויס אז ר' יעקב הנפטר איז מראחמנוב כו' ושם האשה איני זוכר אפשר שטעיתי כו' ואין לך בירור גדול מזה שהעד עצמו שטעה בשם האשה כיון שאחר החיפוש ידוע שלא נאבד משם איש ב סימן הללו שאמר ושם אשתו שרה ממילא שגם לו נתברר שטעה ואין לחלק בין ע"א לב' עדים דבעדות אשה ע"א נאמן כשנים וגם בלא"ה דל הפנקס מהכא לפי שנמצא בו שדבריו סותרים זא"ז וראוי לגונזו מ"מ הרי זה מעיד בע"פ ואין מי שמכחישו ועדיף מהא דהרשב"א דהתם כבר עשו שטר אלא שאומרים שטעו משא"כ כאן שלא נתקבל עדיין עדותו בב"ד רק נכתב מפיו בתוך הפנקס לזכרון דברים ובכה"ג אפי' לסתור דבריו הראשונים נאמן כמ"ש הר"ן בתשובה סימן מ"ז דעד שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו אפי' בעדות אשה הדין כן:

ועוד מבואר בשו"ת הר"ן סימן ל"ג שכתב דכיון שיש עדות מספיק בדבר שבעלה של זאת מת אלא שנולד ספק בשם זה אין לחוש שקריאת שמו בענין זה הוא כסימן העשוי להשתנות שכבר הועד בחניכם שאמר כשיצא מעירכם שירחיק נדוד ושינה שמו כו' אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בשינוי שהוא עשויה להשתנות ויש לדבר זה ראיה מדאמרינן בב"ב איתיביה כו' ואם כך אמרו בממון שהוא חמור לדבר זה כ"ש בערוה שהוא קלה לדבר זה ע"ש וא"כ בנ"ד הרי העדות שהעיד על שמו ושם אביו ושם עירו הוא מספיק להתיר ומה שיש שינוי בשם האשה תולין שהוא עשוי להשתנות לפי שהעד טעה כן כאשר אמתלה לדבריו שמרגלים בפומי לומר חי' שרה ולכך שינה שם חי' על שם שרה וגם הי' שתוי יי"ש ואע"פ שהר"ן שם לא אמר אלא בשביל שנשמע ממנו שבדעתו לשנות שמו הא בטעות אין תולין התם שאני שהוא דבר שאין לטעות כלל שהי' שמו אנבוניט ושם הקודש שלו יוסף כמו שראו בכתובת אשתו והעד אמר שאמר לו ששמו חיים ובודאי אין לתלות כלל בטעות בלי אמתלה רק שתולין ששינה כמו שאמר שבדעתו ואע"ג דאפשר דגזים ולא עביד מ"מ כיון שידענו שנמצאו

ב"א שעושין כן וכדאמרינן בגיטין דף ל"ד ב"א העולין כו' יוסף וקורין לו יוחנן כו' תלינן בזה שלא להכחיש עיקר העדות וא"כ ה"ה בזה דטובא אינשי איכא מעמא דארעא דלא דייקי בשמא ובפרט שמש הח"ק ששתייתם מרובה ופשיט דמצי למיטעי בכה"ג וכיון שאומר עתה שזוכר שמה שנכתב בפנקס הי' על ר' יעקב מראחמנוב ושאר סימנים בודאי תלינן שטעה בשם האשה וכ"מ בשו"ת מהר"מ גלאנטי סימן ט"ז שכתב בדבר צוואה נכתב שנתן לבת אחיו וטוענים אפוטרופסים שהי' ט"ס וצ"ל בת אחותו ושכנגדו טוען שאפי' העדים א"נ לחזור ולהגיד והוא ז"ל השיב דודאי נאמנין דכן משמעות סדר לשון הצוואה ע"ש שהביא ראיה מהא דחוששין גבי ספל שזבוב הסיר רגל הקוף וכ"ש לחוש לט"ס במקום שמצוי לטעות ע"ש ונראה ק"ו בנ"ד דודאי תלינן בטעות או שהשמש טעה באמירתו לפני הסופר או הסופר טעה בכתיבתו בפנקס ואין לחוש שמא הנפטר בכיון שינה שם עירו והוא מעיר אחרת דודאי אין אדם משטה בשעת מיתה אפי' בלא שעת מיתה הוא נאמן מה שהגיד ששמו כך כמ"ש בשו"ת הרא"ש כלל נ"א והביא ראיה מהא דאמרינן בסוף יבמות אמר ליה כך קורין אותו בעירו יוחנן בן יונתן כו' אלמא אע"פ שלא הכירו אלא ע"י שהזכיר להם שמו ושם מקומו התירו את אשתו כו' וכן מבואר בכל הפוסקים ואם היינו יודעים בודאי שאמר שם אשתו שרה היה מקום לחוש כיון שע"כ לומר ששינה בשם עירו ולא שינה בשם אשה והוא מעיר אחרת וכיוצא בזה כתב בשו"ת ח"צ סימן ל"א לענין גט שהחזיק שקרן בשם אביו פ"א אמר שאביו גרשון ופ"א אמר שאביו משה כו' ואע"פ שבשם לוי לא הוחזק שקרן מדהוחזק שקרן בדבר א' תו לא מהימנינין ליה במידי אלא דמסיק התם דהוחזק כפרן לזה לא הוחזק כפרן לזה ע"ש אבל כאן דאנו מוכיחין מתוך דבריו שיש בו שקר א"כ הא לא ידעינין הי' מינייהו ודילמא מה שאמר בשם עירו הוא שקר אלא שנלענ"ד לא תלינן כלל בחשש רחוק כזה שישקר סמוך למיתתו וזה נלענ"ד בדעת הרא"ש הנ"ל דמייתי ראיה מהא דיוחנן בן יונתן ולא מייתי ראיה ממתני' דצלמון שאמר אני פב"פ נשכני נחש והריני מת כו' אך למ"ש י"ל דהתם בעובדא דהרא"ש העיד שבעודו בריא שמעו ממנו ששמו ר' אשר ושלמד לפני הרא"ש ז"ל ולכך אין ראיה ממתניתין דצלמון דכל שאמר כן בשעת מיתה שפיר נאמן על שמו ובפרט שהוא מתכוין להתיר את אשתו ע"י זה ל"ח לשקרא משא"כ אם בעודו בריא שמעו ממנו היה מקום לחוש שמא שינה שמו במתכוין לאיזה צורך וכמ"ש. הפוסקים בהא דיוסף וקורין לו יוחנן שיש שמשנין שמותיהן במתכוין מפני בע"ח וכיוצא בזה ולכך הוצרך מההיא דיוחנן בן יונתן שאמירת שמו הי' קודם שחלה ואפ"ה ל"ח לשינוי כלל א"כ ה"נ בנ"ד ל"ח כלל שהנפטר אמר איזה שינוי בענין מה שהיה אלא תלינן השינוי בשמש או

בסופר ואם היינו מסופקים לומר דילמא הבעל טעה באמירתו שם האשה א"כ היה ג"כ מקום לחוש שמא היה הטעות בשם עירו אך לענ"ד נראה שאין לתלות הטעות בבעל כלל שיטעה בשם האשה ושם עירו דגייס בה טובא ומי הוא הרגיל בשם אשתו ועירו ממנו ואיך נאמר שכמו רגע יצא מלבו היינו עזובה היינו שכוחה ואתא לאחלופי בשם אשה דעלמא ותלינן הטעות במצוי שהוא השמש ששמע ממנו והוא כאצבעתא בבירא לשכחה ובפרט דמסתמא היה איזה זמן בין שמועתו מהבעל להכתיבה ואפי' לאחר כ"ד אמרינן דמצי למימר אישתלא כיוצא בזה מצינו בשו"ת הרא"ש כלל נ"ו שכתב ב סימן ו' שם דשני דיינים נאמנים יותר מן העדים שמכחישים אותם דרמו נפשייהו ומדכרי טפי העדות ששמעו מפיהם ואין זה כב' כיתי עדים המכחישים זא"ז דהתם שני הכיתות ראו הענין או שמעו אבל כאן שהדיינים שמעו דברי בע"ד ודקדקו בדבריהם לידע להיכן הדין נוטה יותר הם זכורים ויודעים אמתת הפס"ד מן העדים שהשמיעה אחת שמעו ותלינן בהו טעות עכ"ל והכי קי"ל בח"מ סימן ק"נ וה"נ דכוותה בודאי יש לנו לתלות הקלקלה בשמש שטעה ע"י שמיעה אחת ששמע ונשכח ממנו מלתלות הטעות בהאי הנפטר ששכח שם עירו ושער מקומו דדש בי' טובא ויבטא בשפתיו עיר אחרת אשר לא רגיל על לשונו:

ועוד נלענ"ד כיון שיש כאן עדים עכ"פ מלבד השמש שהעידו שנפטר בעיר ההוא מוה"ר יעקב מק"ק ראחמנוב אלא שלא הזכירו שם אביו א"כ אפי' להמחמירין בשמו ושם עירו לחוד מ"מ עכ"פ צ"ל שאחד אשר שמו כך מק"ק ראחמנוב הלך משם זה שנים הרבה עד שלא נודע עת הזכרו בק"ק ראחמנוב ובא לעיר הזאת ומת שם וזה הנפטר שהעיד עליו השמש הוא איש א' מעיר אחרת ששמו כך ואתרמוי איתרמי שטעה בהזכרת שם עירו ואמר ק"ק ראחמנוב כאלו נזרקה נבואה מפיו שמת כאן א' מק"ק הנ"ל ששמו כך וגם הוא טעה לקרא עירו על שם העיר הזאת פשיטא דכולי האי ל"ח וגרע משאלה דיחיד אע"פ שנעשה בכוונה זה לשאול וזה להשאיל כו' ומכ"ש כאן שאנו צריכין לומר שהטעות שנזדקר בפיו איתרמי מלתא שהיא על העיר הזאת שנעלם משם איש ששמו יעקב ובא לכאן ומת לכולי האי ודאי ל"ח ומה"ט גופא ליכא למיתלי בטעות השמש שטעה בשם העיר אלא שהיה אפשר לומר כיון דהשמש ידע מזה שבא לכאן ונפטר יכול להיות שהחליף בדיבורו את שם העיר וגם זה רחוק מאד ובלא"ה כתבתי דליכא למיחש לזה אמנם בטעות הנפטר ליכא למיתלי כלל שאף אם היה יודע שנפטר שם איש מק"ק ראחמנוב מ"מ בשביל זה לא היה ליחס עיר זה לעצמו ומעתה קם דינא ואתברר דינא שעדות השמש בזה הוא עדות מועלת להתיר אשה זו:

איברא חזינא בדברי הרב המשיב ידו ראשונה הגאון אב"ד דק"ק ראווני דחש לה למלתא דשמא באמת הנפטר הוא שאמר כך וחתר היבשה לתת טעם להא דנאמן מדאורייתא במה שאמר שכך שמו ושם אביו ושם עירו והרב החריף מהנר"ה שדי נרגא בדבריו והוי בה טובא בסוגיא דהאב שאמר קדשתי את בתי והנה אין פנאי לנסך בכור המבחן את כל דבריהם אך אבא בקצרה לדון בדבר החדש דהא דאין ע"א נאמן היכא דאיתחזק איסורא שלענ"ד לא נאמרו הדברים אלא היכא שהעד בא למעיד שנתקלקל ונשתנית מכמות שהיתה מבלי משים על לבו לעשות איזה מעשה לסלקא כגון בטבל דאמרי' למ"ד תורם משלו על של חבירו צריך דעת בעלים ואתא חד ואמר דמתוקן דאז אי אמרת דע"א א"נ באיתחזק איסורא לא מהימנינן ליה שנעשה מעשה כלל משא"כ אם זה תרם תרומה לפנינו אלא שנפל איזה ספק אם נתרמה תרומה כהוגן שאז אם לא היה כאן מי שמעיד שנתרמה כהוגן הוי מוקמי' ליה אחזקתיה מ"מ בזה שפיר ע"א נאמן שהדבר ידוע דהחזקה אינה קיימת לעולם ומעיקרא על דעת כן החזיקו אותה באיסור שאם יעשו בה מעשה תשוב להיות מותר וכיון שהמתיר עתיד לבא בודאי ע"י מעשה ונעשה זה המעשה שפיר העד יכול להעיד שנעשה כהוגן ואין בזה סתירת החזקה כלל וכיוצא בזה כתב הרשב"א במ"ה ליישב הא דרוב מצויין א"ש מומחין דלא אמרינן סמוך מיעוט כו' כיון שנתעסקו לסלק החזקה זו כו' ע"ש ובהכי ניחא מה שהקשה המרדכי בחולין דלמה יהיה ע"א נאמן על השחיטה כיון דאיתחזק איסורא וע"ש תירוצים הרבה וכן מבואר ברמב"ם ורשב"א יבמות דלהך שיטה דאין ע"א נאמן באיתחזק איסורא יש לאסור במצא תרנגול שחוטה באשפה או ברוב עכו"ם אע"פ דע"א מעיד שנשחט' כהוגן ובשאר שחיטה הטעם משום בידו ולפמ"ש י"ל דודאי היכא דאיכא לספוקי אם נעשה בה מעשה השחיטה כלל אפשר דאין ע"א נאמן משא"כ אם ידוע לנו שנתעסקו בה לשוחטה ורוב מא"ש מומחין הם לידע בנפשו אם שחט שפיר ממילא כל שיוציא מת"י נאמן לומר שנשחטה כהוגן דבכה"ג ע"א נאמן אף באיתחזק ואפשר שלזה כיון במרדכי שם בשם רבינו ברוך ע"ש:

ולפ"ז י"ל גם באיתחזק איסורא דא"א הדבר ידוע שהוא חזקה המסתלקת ע"י מעשה הגט וכמו חזקה העשויה להשתנות הוא שכתבו הפ"י ומהרי"ט דלאו חזקה אלימתא הוא ה"נ אם עשוי להשתנות ע"י מעשה ועינינו הרואות שנעשה בה המעשה וניתן לה הגט והלכך אע"ג דאיתחזק איסורא דא"א כיון שזה בא לסלק החזקה ע"י גט לא איכפת לן כ"כ בחזקה (וכעין זה מבואר מתוס' ריש גיטין במ"ש ד"ה ע"א נ"ב שעיקר הגט כבר נעשה ושוב א"צ אלא גילוי מלתא שלשמה נכתב ע"ש אע"ג דאכתי לא ידע הך דעדים

החתומים על השטר כו' אלא שנראה שכוונתם כמ"ש דבכה"ג ס"ד דלא צריך ב' מטעם שבנתינת הגט מסלק החזקה אלא דהתוס' ס"ל דמ"מ אי אמרינן דע"א א"נ באיתחזק אפי' בכה"ג לא מהימן ולכך הוצרכו לומר דהסוגיא אזלא למאי דמספקא ליה ביבמות ולענ"ד י"ל דקושטא הכי הוא דבכה"ג ע"א נאמן אף באיתחזק דע"י עשיית המעשה לסלק החזקה כלא איתחזק דמי:

ובזה מיושב מה דקאמר התם אבל הכא איתחזק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה כו' דמחמת איתחזק לחוד היה ע"א נאמן כיון שהשליח בא לסלק החזקה ע"י מעשה ומעיד שנעשה כהוגן וגם מחמת דבר שבערוה לחוד אין קושיא דדבר שבערוה ל"ה כ"א באיתחזק דוקא דדבר דבר מממון ילפי דיש שם חזקת ממון כמ"ש מהרי"ק שורש ע"ב רק השתא דאיכא תרווייהו פריך שפיר:

אך דבאמת לכאורה מחמת טעמא דדבר שבערוה ג"כ אפשר דבכה"ג דהכא שפיר מהימן שנעשה המעשה כהוגן דדוקא בממון חיישינן בע"א שמא משקר משא"כ כיון דאית לן למימר אין אדם חוטא ולא לו וכמו שאמרו בקידושין גבי קידשתי את בתי. אלא שלענ"ד נראה דע"כ לא אמרינן הא מלתא דאין אדם כו' אלא לענין אם ליכא בע"ד דמכחש ליה כגון בההיא דקדשתי את בתי וכן כל כיוצא משא"כ אם הבע"ד מכחישו פשיטא שאין להאמינו מה"ט דלאו כל כמיניה בחזקה זו לחוב לאחרים והלכך פריך שפיר בגיטין דהו"ל דבר שבערוה דל"ל דמהימן מטעמא דאין אדם חוטא כו' דהא איכא למיחש לערער הבעל וכל עצמו שאתה מצריכו להעיד זה בפני ב"ד בפ"נ ובפ"נ משום ערעור דבעל הוא וע"ש בפ"י דמפרש ג"כ קו' הש"ס עד"ז ומשני משום עגונה הקילו בה רבנן ולכך דוקא השליח מהימן ולא עד דעלמא ומ"מ הר"ן בחידושיו שפיר קא קשיא ליה אהא דאמר רב נחמן לכנוס דהא איתחזק איסורא דמה יועיל אמירתו שנתקדשו לו במקום חזקת איסור שכשהוא לעצמו מה הוא ולכך קאמר שאינו בא רק לברר החזקה ועפ"ז יש מקום ליישב כמה קושיות ודקדוקי' בסוגי' אלו אלא לפי שהיא מעין מושך ועמוק בכמה קיטות בתלמוד והזמן קצר לא יכולתי לערות עד היסוד בה והדבר צריך תלמוד ועת הפנאי:

ומעתה י"ל דההיא דגיטין דאמר כל השומע קולי כו' וכותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין וכן בההיא מעשה בצלמון כו' כיון דמטעם דבר שבערוה אין לאסור דאין אדם חוטא ולא לו דהא ליכא מאן דמכחיש ליה ולא נשאר לנו כ"א הא דאיתחזק איסורא וכיון דהחזקה זו דא"א היא עשוי להשתנות ע"י גט או מיתת הבעל ונעשה הענין זה אלא דמספקא לן אם זהו הבעל שפיר נאמן ע"א להעיד שזהו הוא וה"ה הוא עצמו נאמן מטעם דאדם

חוטא כו' וזה מבואר ג"כ ממ"ש הרי"ף בהא דאשתמודענא באחוה דמיתנא הוא דמלתא בעלמא הוא דקא מגלי כו' והריב"ש ומהרי"ט ועוד פוסקים מפרשים דבריו באמרו קודם מעשה ויש חולקים בזה ולפמ"ש נראה טעם הרי"ף בזה כמ"ש דכיון שעושין מעשה לסלק החזקה ע"י חליצה לא מיקרי איתחזק איסורא לענין זה שיהא ע"א נאמן לברר מי אחי מת:

ומ"מ נלענ"ד דאע"ג דלענין גירושין שפיר שייכא הך מילתא דע"י מעשה הגירושין מסתלקת החזקה מ"מ לענין מיתה ל"ש הא מלתא דאע"ג דעביד חזקה זו להסתלק ע"י חזקת מיתה מ"מ הא לא אתעביד מעשה באשה דאיתחזק בה האיסור ולכן ס"ל לרוב הפוסקים דעד מיתה א"נ מן התורה ואפילו אם אחד אומר בפנינו מת וא' אומר שהוא בעל אשה זו נראה לכאורה דלא מהימן מדאורייתא אע"פ שאינו רק בירור הדבר בלבד וגם אין כאן הכחשה מבע"ד וא"כ בע"כ צריך לחלק בין בא א' ואמר קידשתי ובחליצה וכל הנך דלעיל והיינו הטעם דלא אתעביד מעשה לסתור חזקת א"א שנחזקה בה האשה ועוד י"ל דמלבד חזקת א"א שיש לאשה יש לבעלה חזקת חי אלא שגם זו חזקה העשויה להשתנות וכבר הארכתי במ"א בענין חזקה זו ובדברי הב"ש בזה:

אמנם לענין גירושין נראה דשפיר מצינו למיחש עלה מה"ט שכתבתי ואע"פ שמדברי הרשב"א במה שהבאתי לעיל אין ראיה כ"כ דדוקא רוב מהני בזה דרוב מסלקין החזקה כהוגן ורובא עדיף מחזקה אבל ע"א לא עדיף כ"כ כמו רובא ואפי' ברוב בעינן דוקא שנדע שנתעסק לסלק חזקה זו כהוגן אלא שאין אנו יודעין אם נעשה כך ואז אזלינן בתר רובא שאין יוצא מת"י דבר שאין מתוקן אבל אי איכא לאסתפוקי שמא לא בא כלל ליד המתעסקים כהוגן פשיטא שגם הרשב"א מודה וכגון נמצא על האשפה דלעיל:

ובזה שמעתי זה שנים כבירים מכבוד דודי מ"ו הגאון המפורסים מוהר"ר סענדר זלה"ה האב"ד דק"ק סאטנוב לתרץ קושי' התוס' ריש גיטין מ"ש לשמה דנקט משאר פסולי גיטין כגון מחובר כו' ואמר לתרץ ע"פ סברת הרשב"א הנ"ל דהיכא דהמתעסקין לסלק החזקה לא אמרינן סמוך כו' והמפורשים כתבו הא דחיישינן ואע"ג דרוב בקיאין הם מ"מ אית לן למימר סמוך מיעוטא כו' ולפ"ז א"ש דמחשש מחובר וכה"ג אמרינן רוב בקיאין ולא אמרינן סמוך כיון שמתעסקין לסלק החזקה כהוגן משא"כ לענין לשמה דחשש היא דלמא משכח כתוב ועומד ולא היה כאן מתעסקים כלל לסלק החזקה ממילא דשפיר י"ל דסמיך מיעוט כו' ע"כ העולה על זכרוני ודפח"ח אך לענ"ד נראה דלענין זה שהחזקה מסתלקת ע"י מעשה שפיר מועיל ע"א כמו רוב ועדיף מיניה דגבי רוב בעינן שנדע שנעשה העסק ע"י המתעסקים היודעים להתעסק כהוגן וגבי ע"א כיון שאנו

רואין שנעשה בה העסק הצריך לסלק החזקה הוא נאמן לומר שהמתעסק הוא היה ראוי להתעסק כהוגן ולסלקה וסילקה כהוגן אולם מן שמיא אנהירנהו לעיינין בדברי הרי"ף דיבמות גבי אשתמודענא דאחוה דמיתנא הוא וגדולים חקרי לב עמדו על דבריו ולענ"ד שפתיו ברור מללו ומתחלה אקדים מ"ש הרשב"א בחידושיו ר"פ האשה רבה לדעת הסוברים ע"א נאמן באיתחזק איסורא וז"ל ומיהו ודאי היכא דלא איתחזק בגוף איסורא בגוף זה ממש כא"א וי"ן טבל והקדש ע"א נאמן בהם אע"ג דאיתחזק איסור במקום זה כגון שני חתיכות אחד של חלב ואחד של שומן ואתא ע"א ואמר זו של שומן נאמן דאל"כ אין אדם מתארח אצל חבירו דהא איתחזק הבהמה בחלב ושומן כו' ומינה למעשה בכל יום שנמצאו במקולין טריפות או נבילה ונתערבו החתיכות שע"א נאמן לומר זו של היתר אע"ג דאיתחזק איסורא במקולין ואין בידו לתקן כו' עכ"ל ולסברא זו כיוון הפ"י גבי הא דנאמן ליתן גט וקשיא ליה דהא אפי' בשאר איסורין היכא דאיתחזק איסורא אין ע"א נאמן מטעם דאין אדם חוטא כו' וע"ז כתב דהעד אינו סותר החזקה רק הוא בא לברר החזקה ובכה"ג ע"א נאמן ושפיר מייתי ראיה ממ"ש הר"ן אהא דנאמן לכנוס ואין מוחין בידו לומר דאיתחזק איסורא כיון שאין סותר החזקה רק הוא מברר לבד וה"נ הרי הוא מברר שזה שהוחזק האיסור ע"י מי הוחזק ולענין זה לא איתחזק כלל שהרי אינו ידוע ע"י מי הוחזק זו והעד מברר ע"י מי הוחזקה והרי הוא כמברר שומן מתוך החלב ועיין בס' כתובה על כתובות דף כ"ב שרמז ג"כ לסברא זו ונראה לבאר יותר דודאי ע"י אמירת האב הוחזקה באיסור עכ"פ אלא שלא נודע לנו ע"י מי הוחזקה וגם בשעה שהוחזקה היה ידוע לנו שזה הא' שקידשה יש בידו לפתח מוסרות האיסור אלא שלא היינו יודעים מי הוא והוי כנתערבו חתיכות אע"פ שודאי יש שם איסור העד נאמן לברר ההיתר מתוך האיסור וה"נ למה לא יהיה העד נאמן ועיין בפ"י שם שהוסיף לומר דלגבי רוב כיון דאיכא מיעוטא דמסייע לדברי העד אינו אלא כמברר המיעוט מתוך הרוב:

ובזה נתיישב מעשה בכל יום שלוקחין מן המקולין ע"פ עדות הטבח אע"פ שידוע לנו שטרפות מרובא ונדחק לחלק בין חזקה דאיתרע כו' ובאמת עיקר החילוק כמבואר בדברי הרשב"א דהא דע"א אינו נאמן באיתחזק איסור כשאיתחזק בגוף זה אבל לא כשאתחזק במקום זה אע"פ שיש רוב והוא רובא דאיתא קמן מ"מ כיון דגם המיעוט איתא קמן והוא דבר שאפשר להיות שיהי' מן המיעוט שפיר מהימן ע"א לומר שזה מן המיעוט שאין זה רק מברר המיעוט מן הרוב ואפשר לומר דבתר דמסיק בכתו' שם דהא דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה לאו אתוך כ"ד קאי ומשום מיגו רק אתי לאורויי אמילי אחריני מ"מ ילפינן מיניה נמי דנאמן הוא לברר דבריו לאחר זמן ואין נחלק בזה בין האב

גופיה לאחר דעיקר נאמנות דאב בזה הוא שנאמן לאסור אבל לענין הנאמנות להתיר האב ואחר שוין וכמו דבעי למילף מיניה דין הפה שאסר בעלמא וראיתי בשו"ת נ"ב סימן כתב ג"כ כדברי הפ"י בזה ותמהני שלא נזכר אז מדברי הפ"י. ומעתה נראה פשוט שהן הן דברי הרי"ף ז"ל שכתב דלאו אמלתא דאיסורא קמסהדי ולאו אממונא קמסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלי דהדין הוא גברא פלן והאי איתתא פלוניתא וכיון דמודעי לי' הכי הרי איתחזק גבי' ההיא סהד' מפומא דההי' קרוב כו' הלכך שרי ליה לסהדי למסמך עלה ולמסהד עלי' דההיא גברא או עלי' דההי' איתת' בין לענין איסורא ובין לענין ממונא עכ"ל ור"ל כיון שדברי הקרוב או האשה אינו באים להתנגד לחזקה רק שידוע לנו שיבמה זו בחזקת איסור לשוק עומדת ע"י יבם שלה ואין ידוע לנו מי היבם שלה והקרוב או האשה הם באים לברר מי הוא שהוחזקה היבמה זו באיסור על ידו שפיר מהימני בזה ואפי' העד השומע מפיהם נאמן ע"ז (ונראה שבא ליישב בזה האי עובדא דהאי תברא דחתים עלי' ר' ירמי' כמבואר בח"מ סימן מ"ט) בין באיסור בין בממון כשאינו רק מבררים הענין אך דוקא היכא דליכא חשד' כמבואר ברי"ף שם אך כל זה מועיל להתיר מהא דאיתחזק איסורא אך מ"מ עדיין לנו להחמיר בזה משום דה"ל דבר שבערוה אלא שלענין זה לחוד מועיל מה דהוה מלתא דעל"ג כמ"ש הרמב"ם בפ"ח מה' יבום שזה הדבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהם עכ"ל וה"ט דגט שכותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין לפי שמן הדין ע"א נאמן בזה דאינו רק מברר שזה האיש שהוחזקה האשה באיסור על ידו וכל שאינו נוגע הבע"ד נאמן כע"א אף בגירושין הוי מלת' דעל"ג בכה"ג שאומר שזה האיש בעלה של האשה כמבואר סימן ק"ך ולכן שפיר מהימן וזה מבואר ג"כ בנ"י יבמות גבי הא דאין חולצין אא"כ מכירין (וע"ש בחידושי אנשי השם שגמגם במ"ש שמא כיון א' מן העדים כו' ובאמת ט"ס הוא וצ"ל שמא בכיון א' מהעדים ע"ש ובחידושי הרשב"א בזה) דמחלק בין הא להך דאמר האב קדשתי כו' שנאמן ליתן גט משום דשם ליכא חשדא שמתיראין פן יקלקלו עצמן משא"כ לענין חליצה ע"ש והדברים נכונים בטעמן דמחמת חזקת איסור אין לחוש רק מחמת דבר שבערוה אמרינן במלתא דעל"ג אין אדם חוטא ולא לו כיון דליכא חשדא וכמש"ל בדברי הרי"ף:

ולכן אפשר לומר גם לענין מיתה אע"ג דע"א לא מהימן מדאורייתא לומר על אשה שמת בעלה דבא להוציאה מחזקת איסור א"א וחזקת חיים מ"מ בזה שאמר שמו ושם אביו ושם עירו הרי זה כאומר אני בעלה של האשה פלוני שנאמן הוא בזה כיון שאין סותר שום חזקה שהרי עכ"פ יש א' בעולם שהוא בעל האשה הזאת ואינו רק מברר שהוא

האיש שנאסרה על ידו וכשמת ממילא הותרה האשה אלא שעדיין צ"ע אם שייך בזה מלתא דעל"ג שהרי הרמב"ן בב"ב דף קל"ד וז"ל דבעל לא הוי כעד דעלמא אלא היכא דאיכא מיגו מהימן דעד המעיד לאמר מת הבעל והוא חי לא משקר במלתא דעל"ג אבל בעל חיים דידיה לא איכפת ליה ולאחר מיתה מאי תימא ליה זו הוא שאומרים להכחיש את החי ואין מכחיש את המת וצ"ע עכ"ל וצ"ל דמ"מ כיון דשעת הסכנה הוא אין חוששין לסברא זו ומתירין את האשה ע"פ אמירת הבעל בשעת מיתתו אך לפמ"ש לעיל דאין אדם משטה ומשקר בשעת מיתה א"ש דכל כה"ג שאמר בהיותו נוטה למות אין לחוש כלל שיעשה בערמה להתיר אשת חבירו פשיטא דבכה"ג חזקה דא"א חוטא כו' לבד חזקה אלימתא הוא דכיון דאין כאן חשדא אף בלא מלתא דעל"ג מהימן מחמת חזקה זו לבד וראיתי בפרישה שכתב בהגהות שם טעמא דשעת סכנה דאימת מקום עליו ולא יכשיל והביאו ג"כ הרב החריף מהרנ"ה נ"י ובאמת ברש"י וש"פ מבואר דלאו מה"ט אתו עלה:

ומצאתי בתשו' של אא"ז הגאון מהר"מ שרענצילש ז"ל שהביא טעם זה בשם הלבוש והשיג ג"כ מדברי רש"י וכן מביבמות אהא דלא מצאו שם אדם אמרו ג"כ בשעת הסכנה כו' ע"ש (ודרך אגב אומר מ"ש הרמב"ם פ"ג מה"ג והוא שידעו אותו כו' ע"ש בפי' הגמיי' ובלח"מ פי"ג מה"ג ואי לא מסתפינא ה"א שהוא ט"ס וצ"ל והוא שיראו אותו וכן בפי"ג איתא ראו אחד עומד מרחוק כו' וס"ל דעכ"פ צריך לראות אותו אלא דל"ח בשעת סכנה לדמות כי היכא דלא תיקשי על רב יהודה אמר רב דמוקי שראו דמות אדם מברייתא דתנא דבי ר"י וגם צ"ע בהא דאמר דמי שאמר בשעת מיתתו יש לו בנים כו' ומבואר בש"ס דב"ב דף קל"ד דאין חילוק בין שעת מיתה או לא וכ"כ הרשב"ם שם) ועיין בפ"י קידושין ואין להאריך:

ונשוב לעיקר הדין דודאי נאמן הוא על שמו כמבואר מדברי הש"ס והפוסקים וטעמא דמלתא כדכתיבנא דלענין מיתה איכא קלא טפי מבחליצה דבמיתה איכא נמי חזקה דאשה דייקא ומינה בה דמרע לה לחזקת א"א משא"כ לענין חליצה כמבואר מדברי הרשב"א והנ"י דלעיל ועיין בק"ע סימן שנ"ד דאיתא בשם הרשד"ם שהקשה מ"ש גבי חליצה דא"נ לומר אני אחיו של פ' ומ"ש דלענין מיתה מתירין אשתו ואין השו"ת מהרשד"ם בידי לעיין מה שתירץ בזה ולענ"ד הטעם הוא כמבואר ברשב"א ונ"י שתירצו הא דאין חולצין אא"כ מכירין שאני מהא דבא א' ואמר קדשתי שנאמן ליתן גט וכמש"ל וא"כ אין לנו לתלות כלל בוקי סריקי בהנפטר דודאי לא מסתבר כלל שיאמר שקר במתכוין בשם אשתו או בשם עירו כיון שהוא הולך למות ואפילו תימא דגם בשעת

מיתה שייך לצעורי וכיוצא בו מ"מ בזה מה לו לשקר דמי הכריחו להוציא שקר מפיו ואי בעי שתיק וג"כ לא היה אפשר להתיר האשה ובודאי תרתי לא עביד שלא יאמר האמת וגם יעשה שקר בנפשו על לא דבר להא ודאי ל"ח כלל ואי אמרת דלמא מפחדה דמותה מיטעי קטעי וא"כ יש להסתפק דמאן לימא לן דטעה בשם אשתו דלמא טעי בשם עירו כבר כתבתי לעיל דכל כה"ג ודאי תלינן טפי הטעות בהשמש ששמע מפיו כאשר ביארתי לעיל באורך ובפרט בזה שהעד נותן אמתלה לטעות ודל הפנקס מהכא ונקוט בידך העדות האחרון שהעיד בב"ד לפנינו שהוא מספיק להתיר והנה כפי המבואר בתחלת התשו' אם ענין המעשה כאשר העתקתי הכת"י האבד"ק ראוני שמבואר שם שכאשר שאלו העד לפני הב"ד אמר שמו ושם אביו ושם עירו כנ"ל רק שם אשתו אינו זוכר כו' ופשיטא שעדות זה מספיק להתיר אבל לפי הלשון המבואר בג"ע של הרב מהרנ"ה מראדוויל שמבואר שם שהשמש אמר שם לפני הב"ד ברייהראדק וז"ל איך וייס גוויס אז דער ר' יעקב וואש נפטר גיווארין בקהלתינו איז גיוועזין כק"ק ראחמנוב כו' ולא הזכיר שם אביו כלל ולענין שם אביו צריכין אנו לחזור לעדות שנרשם בפנקס והרי ע"כ יש טעות בפנקס בשם אשתו א"כ יש לחוש דילמא אין טעות בשם אשתו רק בשם אביו והוי כלא הזכיר שם אביו כלל וא"כ לפי דעת הפוסקים דס"ל דכל עד שלא אמר שלשה דברים הללו שמו ושם אביו ושם עירו אין להתיר האשה אכתי לא בריר' היתירא דהך אתתא אם לא שנסמך על הפנקס ונאמר דיותר תולין הטעות בשם האשה משום דע"ז אומר אמתלה משא"כ בשם אביו דאיהו לא נביא שיפול בפיו נביאה קטנה דהיינו שם אביו של איש שהי' שמו כך בעל האשה זו ואין שום אמתלה לטעות זה כלל ועי"ל דמסתבר טפי לתלות הטעות בשם האשה דאין עיקר ההיתר תלוי בזה וכל כה"ג לאו אורחא למידק משא"כ בשם אביו דאיכא קפידה במלתא לענין ההיתר ודאי מידק דייקי אך קשה ע"ז לסמוך כיון שזה העד הוא שמש ע"ה איש בער ולא ידע להבחין כלל וכי יתן בכוס עינו הכל דומין לו כמישור ולא דייקא בשמא ואולי אמר לו הנפטר שם אחר ואיהו קא טעי ושם שמו אברהם ולאו דינא ידע שצריך לדקדק בשמות דהא קמן דעכ"פ לא דייקא בחד מהני שמא ועל האמתלה לחוד קשה לסמוך לכאורה באיסור א"א: אך לענ"ד כיון דרוב הפוסקים מתירין בשמו ושם עירו לחוד וע"ז יש ע"א אחר שמעיד ע"ז וגם האשה עצמה שמעה עד מפי עד א' ואפילו אם באנו להחמיר לחוש לדעת הרא"מ דמחמיר דתלתא בעינן להקל מ"מ מצטרף לזה עדות הפנקס שנלמד ממנו שם אביו ג"כ וכמש"ל דכולי האי ל"ח דאתרמי ואין לחוש רק לטעות פנקס בשם אביו וגם זה הוא חשש רחוק שיפול בפי השמש שם אברהם כשם אביו של זה ומהני אמתל' דידיה לענין

שם האשה וסמכינן עלה להתיר בצירוף עם שמו ושם עירו ובר מן דין אף הוא גופיה כתב דהדברים מטים יותר לפר' דלא בעינן שם אביו אלא שכתב מ"מ לא אוכל להתיר א"א לעלמא בעדות שמו ושם עירו לחוד ואיהו גופיה שם כתב דע"י חיפו' יש להתיר אם יחקרו שלא יצא מן העיר ששמו פ' אלא א' כו' אע"ג דאשתהי טובא י"ן שנה מאותו זמן שהלך כו' עיין בק"ע סימן ק"ד ואע"ג שכתב דבסעי' ק' לא כ"כ וכ"כ בשו"ת מהרי"ל ח"ג הביאו בק"ע סעיף ע"ט מ"מ הרי כתב שם שנ"ל דהנכון כפסק השני ע"ש וגם נלענ"ד דאפשר דאין הפסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פ' מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו ל"ח להכי דא"א שהוא חסר מעיר זה איש א' ששמו כך כיון שמכריזין בעיר איש ששמו כך ודאי דבני העיר רמי אנפשייהו ומדכרי ודמי להאי דיצא עמנו כו' דג"כ ל"ח לשכחה כיון דעכ"פ אינו זמן רב כ"כ שראוי לשכחה ודאי שהיציאה עשתה רושם והיה נזכרים ממנו והיכא דמזכיר שמו להא דמי' ואין חוששין שמא זה זמן רב שיצא עד כי ברוב הימים הכל נשכח ואבד שמו דז"א דודאי השם גורם שירגישו הכל ויעורר כח הזכרון כאשר החוש מעיד ע"ז ואצ"ל בנ"ד שמעידים שאמר שיש לו שם אשה ובן קטן ממנה וא"כ פשיטא שהחיפוש מועיל בזה ואין לחוש שמא יצא אחד זה זמן רב דהא הני נשי איתנייהו בזכירה וא"א דאחרינא הוא ואשתו היתה שם ובנה מורכב לה על כתיפה אין ספק שהיתה מעוררת לויתן והיה נודע הדבר ובפרט בעיר קטנה ואנשים בה מעט אם לא שניחש ג"כ שמא האשה ג"כ כבר יצאה משם זה שנים הרבה אלא שהבעל היה סובר שאשתו עדין שם במקום שהניחה ולכך אמר שיש לו אשה שם פשיטא דכולי האי ליכא למיחש שיצא משם איש מאותו העיר ששמו ג"כ יעקב ונשכח זכרו מעירו זאת וגם היה לו אשה ובן קטן ממנה ואח"כ יצאה האשה ג"כ ונשכח זכרה ג"כ מכאן נראה דבכה"ג גם הרא"מ מודה דלשכחה כי האי ל"ח כלל ועוד נראה דבכה"ג דאיכא סימן שהיה לו ברען בחגורו שנזכר בדברי השמש (אע"פ שלא נזכר רק בפנקס אבל בעדות שהעידו בע"פ לא נזכר ה סימן הנ"ל מ"מ הרי עדותו שבע"פ אעדות שבפנקס קאי ונהי דבשם אביו חיישינן לטעות מ"מ ב סימן לא טעה) והאשה אומרת שבעלה היה בו סימן זה ונהי דנימא דל"ה סימן מובהק לסמוך עליה לחוד מ"מ סימן אמצעי מיהו הוי וכדאי הוא לסמוך עליו ע"י צירוף של עדים על שמו ושם עירו וגדולה מזו כתב בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ט' בשם הרמב"ם בתשובה שאלה בא' שהעידו שמו ושם מקומו והיה בינוני הקומה וזקנו שחור כו' שיכולה להנשא בזאת העדות לפי ששמו ושם עירו עם אלו סימנים שאינם מובהקים יספיקו לענין התרת עגונה עכ"ל הרי מבואר דאף בסימנים אלו שהם סימנים גרועים כתב הרמב"ם להתיר

וכ"ש בסימן כזה דלא שכיח ומצאתי בס' בני יעקב בשו"ת שם סימן שכתב ג"כ להתיר בשמו ושם עירו בצירוף סימנים גרועים אע"ג דהסימנים אלו גרועים טובא ודמי לארוך וגוץ עכ"פ סניף הוי להתיר באיכא עדים על שמו ושם עירו ע"ש שכתב שכ"כ מהרש"ך ח"א סימן ח' ובס' משפט צדק ע"ש א"כ נראה פשוט דכ"ש בנ"ד שאין לפקפק בהיתר כלל ובפרט בזה דאפשר לומר דהוי סימן מובהק כיון שמצמצם המקום ואם נימא דזה סימן מובהק הוא ע"כ אין לתלות שהשמש טעה בדבריו לפני הסופר או הסופר טעה בכתיבתו בפנקס:

והנה כבר כתבתי שאין לתלות שהנפטר אמר שקר לפני השמש אלא יש לתלות בטעות השמש או הסופר אולם ראיתי שהגאבד"ק חש לה וחתר היבשה להתיר ע"פ סימנים דזה עדיף מע"א כדאמרינן סימנים וסימני' וע"א יניח וקשיא ליה על הר"ן פ' ג"פ דקאמר דע"א נאמן באבידה והרב מהרנ"ה מקהי בה אקהוייתא דהתם שהספק בין שניהם הו"ל כאוחזין ומוחזקין כו' כמ"ש התוס' ריש ב"מ והו"ל כמו להוציא ממון דאין ע"א נאמן והנה לדבריו אכתי תיקשי דלמה יחזור ע"פ ע"א דנימא דכל ישראל שבאותה העיר חשובין מוחזקין באבידה זו וכולם חולקין בין מעט להרבה וא"כ בראה אבידה שנפלה משנים או מג' לא יחזור ע"פ ע"א דזה מחשב כאלו אוחזין כו' ועוד דגם בהא דסימנים כו' נימא דהוי כאוחזין לענין שיחלוקו וזה שיש לו עד יטול בלא שבועה וע"כ הטעם משום דחד מינייהו רמאי ולכך יהא מונח וע"א אין מועיל בזה כמו שאינו מועיל בשנים שהפקידו אצל א' וטעמא דמלתא מבואר בתשו' מיימוני סימן ז' מהלכות משפטים שכתב וז"ל אדוני שאל לפר"ת דעד המסייע נוטל בלא שבועה אמאי אמר סימנים וסימנים וע"א יניח כו' מטיבותא דמר אמינא שכלל של רבינו תם אינו הכא דכי אתיא ע"א נמי כמאן דליתא דמי דהו"ל סימנים של זה כמו עדים ולזה שכנגדו הוי סימנים וע"א כג' עדים ולהכי יניח דתרי כתלת ותלת כתרי כו' ע"ש:

ולפ"ז פשיטא שאין קושיא על הר"ן דמיירי בליכא מאן דיהיב סימנא כלל דאז סגי בע"א ומוכח מזה דסימנים מובהקים כב' חשיבי אך בעיקרא דמילתא אומר אני דמעיקרא לק"מ והגע עצמך בהא דקי"ל שאין הדיין נאמן לומר לזה זכיתי אחר שיצאו מלפניו בשודא דדיינא כגון ההיא דנכסי לטובי' וכמבואר בקידושין ובח"מ סימן כ"ג ולמה לא נאמין לע"א כיון שאין כאן מוחזק כלל וכן מוכר האומר לזה מכרתי אי לאו משום מקחו בידו דמהימן טפי מע"א דעלמא לא הוו מהימן אף כשאין א' מהם מוחזק כלל וכן בהא דמנה שלישית אע"פ שכתבו התוספות שהנפקד תופס בחזקת שניהם מ"מ למאי דאמרינן דודאי דחד מינייהו הוא הרי תופס בה בשביל שניהם או בשביל זה או

בשביל זה רהא ל"ל דתרווייהו הוא וא"כ יהיה ע"א נאמן לומר דחד מינייהו הוא וכן מצינו בדוכתי טובא:

אמנם דבר ברור הוא דודאי באיסורין קי"ל כל דלא איתחזק לא היתר ולא איסור ע"א נאמן וכן אפילו איתחזק איסור במקום זה נאמן הוא לברר ההיתר מתוך האיסור כמבואר לעיל בשם הרשב"א וכן אפילו בממון כגון מציאה שלא ידענו של מי הוא ואתא ע"א ואמר דפלני' הוא מהימן אע"ג דאיכא רובא נגדו מ"מ העד הזה אינו רק מברר המיעוט מתוך הרוב דהא לא סגי דעכ"פ דחד מינייהו הוא נאמן לברר דאפילו בדבר שבערוה היכא דליכא חשדא נאמן לברר כההיא דבא א' ואמר קדשתי כו' מיהו ה"מ היכא דליכא מאן דמכחיש ליה אבל איכא מאן דמכחיש ליה פשיטא דע"א בהכחשה לאו כלום הוא דכל שזה מכחישו הרי הוא כמוציא ממון וע"א אינו קם רק לשבועה בלבד ובהכי א"ש כל הני דלעיל דכולם מיירי דאיכא דמכחש לסהדא ולאו כל כמיניה להפסיד ממון לזה בדיבורו והר"ן פשיטא דמיירי דליכא דמכחיש ליה לכך מהימן וכ"כ הרשב"א שם בשם הרמב"ן ז"ל ואפילו מי שחולק שם היינו שמחלק בין צורבא מרבנן לאחריני דלא דייק כ"כ בט"ע ע"ש ומ"ש הראב"ק הנ"ל על הר"ן דהו"ל למחשב בשבועות הכל מודים בעד מציאה לפענ"ד לק"מ דאם זה המאבד הוא צורבא מרבנן שנאמן בעצמו בט"ע פשיטא דאין חייב קרבן שבועה דהוה כאמר לדידיה ולא אמר לב"ד דאמרינן דפטור ואם מיירי בע"ה נמי לק"מ דע"כ מיירי ביש בו סימן דאל"כ הרי הוא מייאש כיון דט"ע דידי' ל"מ ואי ליכא סימן לא סמך אעדים כמ"ש התוס' וע"כ ביש סימן מיירי וא"כ הרי מצי למיהב סימנא בגוי ואפ"ת דבעל הכלי אינו זוכר ה סימן מ"מ מצי א"ל דלמא ידעת ה סימן ועוד נראה דאין לחייבו ק"ש כ"א היכי דממונא דידיה נפסד וקם לי בחזקתיה דחבריה כהנך דחשיב התם משא"כ בזה דאע"ג שאינו יכול להוציאו מיד חבירו המוצאו לפי שאינו אומר ה סימן ובט"ע לא מהימן ליה מ"מ עכ"פ דינא הוה שיהא מונח וכל היכא דאיתא ברשותיה דמרי' איתא וכפקדון בלא כפירה הוא אע"פ שאינו יכול להוציאו לפי שעה מ"מ אין זה ככפירת תביעות ממון ואין חיוב קרבן שבועה בכה"ג ועוד י"ל ולפי שאינו מענינינו לא ראיתי להאריך:

והנה לענין דבר שבערוה נראה מדעת הר"ן דאף אי לא איתחזק לא איסור ולא היתר לא מהימן ע"א שהרי בפ' התקבל כתבו בשם הרמב"ן דאם הקרובים באות ואומרת לא נתקדשנו ודאי מותר בהן דעא"נ באיסורין וכ"ש הכא דלא איתחזק איסורא כו' ולא נתבררו דבריו כו' האיך הוא מותר בעדות ע"א הנ"ל דבר שבערוה אע"ג דלא איתחזק איסורא שהרי אפי' לאיסור אמרו כן כו' ע"ש וראייתו מקידושין צ"ע ע"ש ולכאורה הדין

עם הרמב"ן בזה שהם אינם רק כמבררים שאלו מותרות הם לו אלא דס"ל דבכה"ג דאיכא חשדא שהם באות להפקיע את עצמם ונוגעים בעדותן נינהו א"נ בדבר שבערוה כלל ועיין בחידושי הרשב"א וברמב"ן והר"ן ריש גיטין ודעת מהר"מ שהביא המרדכי והגמ"ר בקידושין דאפילו דבר שבערוה אי לא איתחזק איסורא נאמן ומ"מ נראה דה"ד בדליכא הכחשה דאל"כ אף בממון בכה"ג לא מהימן כמש"ל ואנן דבר דבר מממון ילפינן ועיין באה"ע סימן ד' ס"ק ס' מ"ש על דברי הר"ן לענין נאמנות החיה שכתב משום דלא אפשר בע"א והקשה הב"ש ת"ל דלא איתחזק איסור ולא היתר ע"ש ולכאורה י"ל דהר"ן ס"ל כיון דאיתחזק איסורא במקום זה איתחזק איסורא מיקרי ודלא כהרשב"א ביבמות ומה שהביא הרשב"א מהא דטבח דמאמינים לו כו' כעין נאמנות החיה אתינן עלה דלא אפשר:

וחזרנו למ"ש למעלה שאין לתלות כלל שהבעל אמר שקר דא"א משטה בשעת מיתה ואף לענין דבר שבערוה סמכינן עלה אפי' בגיטין היכא דל"ש דייקא ומכ"ש לענין מיתה וראיה לדבר מדברי הר"ן בגיטין פרק התקבל גבי הא דגיטו כמתנתו כתב וז"ל נ"ל דה"ק מאן לימא לן דתנאי לא רצה לומר דלמא רצה לשחק בה אלא ודאי ה"ט דקי"ל שכל אלו מתיראין על מיתתן וא"א משטה ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו וכיון שכן דטעמא משום הכי אף מתנתו ככל הני דלא צריך למיקנא מיניה כו' ע"ש וא"כ נראה דדבר ברור הוא בנ"ד דשפיר יכולין לסמוך על אילן גדול הר"ן ז"ל דל"ח שרוצה לשחוק בשעת מיתה וה סימן של ברען במקום חגורה ודאי דהיה מסייע שיש בו ממש אף אם נאמר שאינו מובהק כ"כ עפ"ז אף בל' עדות הפנקס כלל ופשיטא דמ"ש בפנקס אף אם אין אנו דנין על פיו לפי שסוף דבריו סותרין מ"מ עכ"פ אין בו כדי להחמיץ הדין ולאסור על ידו:. אך לענ"ד גם עפ"י עדות הפנקס גופיה יש להתיר כיון דע"כ אין הדברים ככתבן ממש שהרי לא נמצא כזה איש בק"ק הנ"ל וע"כ שנפל שם טעות בכתב או במבטא ויש לנו לתלות הטעות במה דעביד טפי למיטעי ונתן קצת אמתלא לזה וכבר הבאתי בריש דברי שהר"ן כתב בטעות כזה שהוא הכחשה בבדיקות וכשר בעדות אשה:

ועוד ראיות שכתבתי וכן ראיתי בשו"ת שב יעקב שכתב להתיר בנידון כזה זכורני שהביא משו"ת מ"ב גם משו"ת עה"ג דמכשיר בטעות בשם אבי המתגרשת ואין הספר כעת ת"י מצורף לזה העדות של האשה עד מפי עד ועדות של מה"ר יצחק אייזיק שהעידו על שמו ושם עירו ומצורף לזה עדות השמש בע"פ על שמו ושם עירו כפי המבואר בגביית עדות גם כפי המבואר בגביית עדות שהאשה אמרה גם כן שהיה בו סימן ברען כמ"ש בפנקס ואע"פ שבדבריו בע"פ לא נזכר סימן הנ"ל מ"מ לענין זה ודאי למדין מהפנקס

שכך נמצא כך היה הנפטר דאל"כ מאין ידעו לכתוב דבר זה על פנקס וגם כי סתמא דמלתא בשעה שחקרו השמש בע"פ רצו לידע אם יאמר בפה מ"ש בספר ואם איתא שאמר שאינו כן או שמסתפק בזה פשיטא דלא הוי שתקו מלהזכיר זה בג"ע בצירוף עוד אמתלאות האמורים אע"פ שאין בהם כדי להתיר ממש יש בהן שיעור לצרף ומכל הלין מי היה נלענ"ד דאף אם היה שלא במקום עיגון כ"כ היה מספיקין להתיר וק"ו בנ"ד שאין לך עיגון גדול מזה כפי המבואר בג"ע שנרשם בפנקס פטירת האיש בחודש סיון תקמז"ל וקא מעגנה ויתבא שני טובא אי לזאת דעתי נוטה שיש להתירה ע"י חיפוש דהיינו שיחפשו בק"ק ראחמנוב חפש מחופש ולהכריז בבה"כ ובבהמ"ד אם יש איש או אשה שעולה על זכרונם שהלך משם איש ששמו יעקב מלבד בעל האשה הזאת ולא חזר לביתו ואם יהיה נמצא כזה שיאמר שיודע שהלך משם איש מלבד בעל האשה ישאלו אותו אם היה קודם תקמ"ז או אח"כ גם אם הניח אשה ובן קטן:

ואם ע"י חיפוש נודע שלא הלך משם איש ששמו יעקב והניח בן קטן ואשה קודם שנת תקמ"ז ואחר הליכתו לא נודע מה הי' לו רק בעל האשה זו לבד נלענ"ד שיש להתירה בלי שום פקפוק שאף הר"מ דמחמיר בתשובה אחת בחיפוש שמשנים רבות איהו גופיה תבריה לגזיזיה וכבר כתבתי שלענ"ד אפשר שאין סתירה בתשובה השני דאיכא הזכרת שמו עכ"פ מהני חיפוש וגם מהרי"ל כתב שהעיקר כהך תשובה שמהני ומכ"ש שיש לצרף כל הני טעמי דכתיבנא בהא סליקנא ובהא נחיתנא דאתתא דא שרי' לכל גבר דתצביין והנני נטפל לעושי מצוה אשר פתחו בהצלה תחלה. ואני אחריהם שמתי לבי למסילה. דרך הלכו בה חכמי הדורות. ויצאתי ללקט אורות ואספתי באמרים אמרות טהורות. הבנויים על אדני הש"ס והפוסקים והסברא המיושרות וזאת אומרת שהאשה מותרת. ובשפולהו דגלימא דרבנן נקיטנא. דמצדדי אצדודי וקא מהפכא בהתירא במקום עגונה. ואנא נמי רהיטנא ומחוינא. הכי דינא והכי דינא. ובהדייהו דרבנן לאצטרופי חזינא. ובהדי דדרא דורא דלינא ואמינא מאי דקאמינא. ובדוכתא דגריסנא מצלינא. רשמי מן שמיא בעינא אזכה ואיסק ואגמור שמעתתא אליבא דהלכתא ודינא. הכי קא אמינא וקלא רמינא קטינא קטינא. זעירא מן חבריא. הקטן אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה כה

עוד שניות מדברי סופרים על הענין הנ"ל אל הרב דק"ק ראדוויל וכעת נתקבל לראב"ד ומורה צדק ומגיד משרים דק"ק לבוב:

שפעת גמלים ישאו שלום וברכה לאשר לו ככה ה"ה כבוד אהובי ידידי הרב הגדול החריף ובקי המפורסם חריפ' סכיניה. שעתיה תרמיניה כש"ת מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י לנצח:

אחד"ש כן בא אלי האיש חתנו הרבני המופלג נ"י ומסר לי אגרת שנקראת ספר לאמתה של תורה ואפריון נמטי שעל ידו נתחדשו לי עוד כמה דברים ברורים בעזה"י רק לאפס הפנאי אני מוכרח לקצר ולעלות. וראשון תחלה אען ואומר האותיות שאלוני לברר מה שיש להסתפק לדעת הטור והרמ"א דבמנה שחור צריך לתבוע שניהם א"כ י"ל דכל שמוכחש מפי עצמו בבדיקות בטלה עדותו ואתא ואייתי דברי הט"ז שכתב לחלק בין מוכחש מפי הבע"ד שמורה על השני באצבע שזה טעה מה שא"כ בהכחשה בין העדים דלא ידעינן מי הוא הטועה כו' ע"ש והנה שותא דמרן הט"ז לא ידעינן דמה בכך שמורה באצבע שזה טעה בלובן או שחרות בשביל זה אין עדותו נפסל ואפי' בחקירות אי איכא למתלי בטעות שלא היה יודע בעיבורו של חודש וכדומה מקבלינן עדותו ואם נפשך לומר דכה"ג גרע מ"מ קשה להיפך בהכחשה בין העדים מה בכך דכל אחד יש לו חזקה דכשרות ואין בטעות זה שם פסול עליו מ"מ איך אפשר לצרף דברי שניהם כמעידין על שעה ידוע שהרי גם בזה הבע"ד אומר שהלוהו שניהם ומשוי לתרווייהו טועים שעכ"פ הם אומרים שלא הלוה רק מנה והוא אומר שהלוה מאתים וגם אף נניח טענת הבעל דין מ"מ הרי א"א לצרף שניהם אם לא שנאמר דחד טעי וכמ"ש הפוסקים בההיא דר"ה דעכ"פ לצרף אחד מכל כת לא דעכ"פ חד מוכחש ופסול וה"נ עכ"פ חד טעי ומה לי שהבע"ד מורה עליו מה לי שאנחנו מורים עליו ואטו משום דלא ידעינן מי הוא הטועה מהני דז"א דע"כ לא כתבו התוספות בסנהדרין סברא זו דאם אין הפסול ידוע אין לפסול אלא לענין גזירת הכתוב דנמצא אחד קא"פ ויש שנים מבלעדיו אבל לא לענין גוף העדים שעל פיהם יקום דבר גם מ"ש הט"ז אע"פ שאין כאן פסול לדינא מ"מ אין בהגדתו כדי לסמוך עליו כו' לא הבנתי דאם אין פסול לדינא מה"ת לא יהיה בהגדתו כדי לסמוך עליו דהא אדרבה בממון הקילו בעדות משום נעילת דלת סוף דבר דברים אלו מוקשים בעיני וכדי לברר סברא זו לחלק בין הכחשת בע"ד ובין הכחשת העדים אבאר מתחלה מה שצל"ע על הסמ"ע סימן למ"ד ס"ק י"א שהביא דעת הנ"י במנה שחור א"צ לתבוע שניהם וכתב ולפי דעתו נראה פשוט דה"ה במנה ומאתים דאין צריך כו' ובקצה"ח השיג עליו דודאי יש חילוק ביניהם והביא דברי הר"ן בחידושיו לסנהדרין וידוע דרוב דברי הנ"י הוא בשיטת הר"ן ע"ש ואני תמה דודאי דברי הנ"י הם דלא כהר"ן ואדרבה אני תמה על הסמ"ע שכתב דלפי דעתו נראה פשוט דה"ה כו' ובאמת אין צריך ללמוד מזה ע"ז כי

הדבר מבואר להדיא בנ"י שם דאפילו בכת אח' אמרו ב"ה דכשרים ואע"פ שאין המלוה תובע אלא מנה תלינן בטעותא ואין זו הכחשה בין התובע והעדים עכ"ל וזה מבואר בדעת הראב"ד שהביא בחידושי הר"ן שם ומה שהקשה בב"י על הנ"י דמ"ש בהלואה אחר הלואה צריך שיתבענו שני מנין לענ"ד לק"מ שהחילוק מבואר דבאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דתלינן בטעותא דחד מינייהו כמ"ש להדיא וכ"כ בביאור יותר בנ"י פרק חזקת בהא דחד אמר תרי אוצייתא כו' שהקשה דהא עדות מוכחשת הוא וכתב י"ל דהכא לאו שקרא הוא דעבידי אינשי דטעי בין תרתי לתלת וכן בין מנה למאתים והכי אמרינן אחד אומר גבוה שתי מרדעות כו' עכ"ל ולדידיה דמי הכחשה דמנה מאתים ממש להכחשה דשחור ולבן דאמרי' חד מינייהו טעי וא"כ פשיטא שאין מקום לחלק בין הכחשת בע"ד להכחשת עדים כלל כמ"ש הר"ן גופיה בחידוש' שם משא"כ בהא דהלואה אחר הלואה דהוא דינא דר"י ב"ק דמיירי בגוונא שא"א לתלות בטעותא כיון שמעידים כ"א על יום א' מימי השבועה וכיוצא בזה דאל"כ ליכא מאן דפליג עליה דריב"ק דמצרפין מטעם טעות ואפילו אין הלוה תובע רק כדברי הא' רק דמיירי אע"פ שכ"א מעיד על מנה אחר ואהא קשיא לי' דהא מוכחש אחד מהם מפי בע"ד ואיהו מפרק לה דמיירי שתובע שניהם ולכך מצטרפין דאין כאן הכחשה לא מהתובע ולא בין העדים מה שא"כ ביש הכחשה אלא שיש לתלות בטעות מה לי הכחשת בע"ד מה לי הכחשת עדים דתרווייהו תלינן בטעות' ואין כאן הכחשה כלל וז"ב בדעת הנ"י וזה מבואר בדברי הרמ"ה שהביא הרא"ש והטור בענין הלואה ע"ש וכן מבואר מדברי רבינו אפרים שהביא בעה"ת שער ס"ו דאין חילוק בין מנה שחור ולבן או דמי חמרא מגו דמי משחא דבתרווייהו אף על פי שהתובע אומר כדברי האחד מ"מ מפקינין מיניה והביאו הב"י:

ועתה נבא לדברי הר"ן דס"ל לחלק לענין הכחשת התובע בין אם ההכחשה בענין שחור ולבן ובין אם ההכחשה בענין מנה ומאתים דאם ההכחשה במנה ומאתים כיון שהוא הכחשה שבקיום הממון אלא שהכשירו בעדים מפני שיש בכלל מאתים מנה אבל בהכחשת התובע א"ל כן מפני שיכול לפסול העדות שיהיה לזכותו כו':

והנה ראייתו מהא דלוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרעו כולו כו' נלענ"ד שאין מוכרחת כל כך דש"ה דבכה"ג אין לתלות בטעות כיון שהעדים אומרים שפרע כל השטר והשטר נשאר אצל המלוה כולו פרוע כה"ג ודאי מדכר דכירי אינשי ומידק דייקי בין נפגם השטר או נפטר לגמרי מה שאין כן אם היה הלוה אומר פרעתי מנה והעדים אומרים מאתים בכה"ג אפשר דבאמת היה מועיל אם הלוה חוזר ואומר נזכרתי שהוא כדברי העדים (כמבואר בנ"י ריש ב"מ דבכה"ג מיירי ההיא דר"פ יש נוחלין) דבין

מנה ומאתים טעו אינשי ובאמת אפי' בכה"ג שהעדים אומרים פרע כולו נמי מיתלי תלינן בשכחת הבע"ד דאל"כ אף על המחצה לא היה נאמן בשבועה כיון דאיכא שטר' וזה מבואר בר"ן גופיה פרק שבועת הדיינים והנ"י ב"ב שם וכ"כ הבע"ת והביאם הב"י אלא דספיקא הוי כיון שהוכחשו מפיו ע"ש ואם כן י"ל דבכה"ג דאיכא למיתלי בטעות העדים תלינן וכן נראה מהנ"י דמייתי אהא דמנה ומאתים מאי אומר גבוה שתי מרדעת כו' ובגוונ' דזה אומר מחצה וזה אומר כולו דמי לאחד אומר ג' מרדעות ואחד אומר ה' מרדעות דעדותן בטלה דבכה"ג לא עבידי דטעו:

אמנם דעת הר"ן מבואר דס"ל שאין לדמות הכחשת מנה ומאתים להכחשת ב' וג' מרדעות כלל דפשיטא דבזה שיש הפרש ממון ביניהם לא שייך לומר דטעו דהא בכה"ג סהדי שקרא חשבינן להו אם פחתו מנה או הוסיפו מנה וכן מבואר מדברי הרמב"ן בב"ב והביאו הש"ך ס"ס פ"ג לענין פוחתת כתובתה ע"ש ואם כן איך נאמר דטעו בזה רק דבמנה לבן ושחור איכא למימר דטעו ומאי דמדמי הש"ס להדדי מבואר בר"ן שם שהוא על דרך זה דבאמת יש בשחור ולבן מה שאין במנה ומאתים דבשחור ולבן עבידי דטעו דהיינו בדיקות שהכשירו בד"מ ובמנה ומאתים לא עבידי דטעו אלא שיש סברא גם להיפוך דמנה ומאתים אע"ג דלא טעו מ"מ הא במנה חד אין הכחשה ביניהם ומי שאומר מאתים מוסיף הוא על דברי חבירו ומה שהם מוכחשים במנה השניה אין זה מזיק למנה אחת שעדות שניהם מכוונים בה (ואע"ג דחד מינייהו שקרן במנה שני זהו קושית רבני רעגינשפורג להראב"ן וכבר כתבתי בתשובה דאפ"ל כדעת חכמי בריסק או תירוץ אחר כמ"ש לקמן) ולא רבו עליה כלל מה שאין כן במנה שחור ולבן שהם מכחישים זה את זה בעסק מנה זו עצמה וזהו טעם רבא אליבא דר"י דס"ל דשחור ולבן אין מצטרפין אע"ג דמודה לדרשב"א משום דס"ל דלא הוציאו ד"מ בכלל בדיקות רק במה שהוא חוץ לעיקר העדות כגון ארנקי כו' אבל שחור ולבן שהוא הכחשה בעיקר העדות אף ע"ג דבדיקות הוא לא מצטרפי משא"כ מנה ומאתים שאין הכחשה בעיקר העדות של המנה כלל ונהרדעי ס"ל דאע"ג דהוה הכחשה בגוף העדות מ"מ כיון שהוא בדיקות אינה נוהגת בד"מ שאין דרך העדים לדקדק אלא בגוף הממון שלא יפחות ולא יותיר ולמדו זה מדברי הרשב"א דאע"ג דשם במנה א' אין הכחשה כלל מ"מ זה האומר מאתים אע"פ שכולל בדבריו מנה מ"מ אין המנה שלו במנה של האומר שלא היה רק מנה לבד שהרי אומר שנמנה עוד עמה מנה והרי זה כאילו יש הכחשה במנה א' גם כן דאע"ג דלענין אותה מנה אין נ"מ אם היה עמה עוד מנה או לא דומה לשחור ולבן דג"כ

אין נ"מ ואפ"ה לענין אם נימא דהכחשה הוי בעיקר העדות שבדיקות אין מצטרפין ה"נ במנה ומאתים ס"ל לנהרדעא דהוי כמכחישין בעיקר העדות בבדיקות:
ואפ"ה לענין המנה שהם מעידין שניהם עליה אמרינן דמועיל עדותן דלענין אותה מנה אין צריך לדקדק אם היה שם עוד אם לא ודמי לבדיקות דשחור ולבן שאינו פוסל בד"מ ועל זה כתב הר"ן דאם התובע אינו אומר רק כדברי האחד הרי דברי הא' בטלים מחמת הכחשת בע"ד שהוא בעצמו אומר עליו שהוא עד שקר שהרי הבע"ד מודה שאין לו עליו יותר דחזקה שהוא תובע כל מה שיש לו עליו והוא יכול לבטל העדות שהוא לזכותו משא"כ בעד האחר שאין יכול לבטל העדות שהוא לזכותו של התובע כך הם דברי הר"ן ור"ל דבשלמא מפי התובע הרי הוא נפסל לעדות כיון שאומר שקר במנה וכיון שכן אין תובע זה יכול להוציא ממון על ידו משא"כ בהכחשת העדים שכ"א מעיד זכותו של התובע ולדבריו אין סותרים זה את זה כלל שהוא תובע שניהם ולכן מועיל על מה שיש בכלל מאתים מנה ואף על פי שהם עצמם סותרים זה את זה במנה השני מ"מ כיון דעל ידי זה אין שם פסול על שום א' מהן שאין מוכחש רק מאחד שפיר מצטרפין והו' כסברת חכמי בריסק:
ואמנם לכאורה צ"ע ע"ז דהא הש"ך סימן ל"א הוכיח מהר"ן גבי ע"א אומר נתגרש דלא כסברת החכמים הנ"ל ומכאן מוכח כסברא זו דאף על גב דמכחישין זה את זה במנה שניה מ"מ כשרים על עדות מנה אחת אלא שלענ"ד י"ל דהתם הוי כהכחשת בעל דין שהרי אם באנו לחייב את האשה אם זינתה או לאוסרה להנשא ע"כ לומר שהאומר נתגרשה משקר וא"כ איך נסמוך על עדותו שנתקדשה משא"כ היכא שהבע"ד תובע כשיעור שניהם ואין הכחשה רק בין העדים גופייהו שפיר י"ל כיון דכל חד מוכחש מחד לא איכפת לן אלא דמ"מ צ"ל דלא מיירי שהתובע טוען שהלוה לו שלשה מאות דא"כ הרי הוא מכחיש שניהם כיון דמיירי במכחשי אהדדי והיינו דמעידין על שעה ידועה אלא מיירי שהתובע אומר שהלוה לו מאתים ומ"מ לא אתכחיש מפיו זה האומר מנה דבכלל המאתים שאומר התובע יש מנה וא"כ י"ל דאפשר שזה העד לא דקדק במנה השניה כ"כ ואף על פי שהוא מכחיש את העד האומר מאתים מ"מ לאו כל כמיניה לפסול את העד המעיד זכות התובע משא"כ אם אין התובע תובע רק מנה דחזק' שהוא תובע כל מה שיש לו עליו ופוסל את העד האומר מאתים והוא בטל לגמרי אבל אם התובע אומר מאתים אין התובע מכחיש העדים כלל וזהו ענין יש בכלל מאתים מנה דהיינו שהאומר מאתים עכ"פ אין מכחיש להאומר מנה ועי' שם עוד בר"ן שכתב וכן נמי אם תבעו בעל דין שמתחיל' היה חייב לו מאתים אלא שנפרע ממנו מנה והביא

עדים זה אומר מנה וזה אומר מאתים אמרי' כיון שנפרע ממנו מנה ע"פ הודאתו נסתלק עדות העד שאמר מנה וזה שאמר מאתים אין סומכין על עדותו שעדות יחיד הוא כו' עכ"ל נראה מדבריו דאם אין מודה שנפרע ממנו שפיר הוי כתובע כדברי שניהם כיון שהוא תובע הסך המרובה ודוקא אם אין תובע רק מנה שאז הוה כמודה שלא לוה לו יותר ונפסל העד של מאתים וכמ"ש:

וצ"ע שם על הר"ן במ"ש אח"כ והא דאמרי' בגמרא לא צריכא אלא לדמי כלומר דכה"ג לא הוי הכחשה ה"נ לגבי התובע לא הוי הכחשה וכדאמרי' בב"מ אם טוענין דמי עבד גדול והודה לו דמי עבד קטן אין זה טענו חטים כו' ודבריו צ"ע דהא איהו גופי' כתב לעיל מיני' דלענין יש בכלל מאתים מנה שפיר יש חילוק בין הכחשת התובע לעדים ואפשר שר"ל שהתביע' של ממון היה שוה דמיירי דשוו לאהדדי דמי חביתא דחמרא כמו דמי חבית דמשח' רק מעיקרא הוה ס"ד דמיירי באתר' דעשיק משחא טפי מחמרא וחייבוה' מגו חבית' דמשח' ופריך עלה וכדמשני לדמי ר"ל דבאמת תרווייהו שוין לדמי אלא דס"ד לפי שאין שוים בעיקר החיוב על ידי מה הי' אם על ידי יין או על ידי שמן לא איכפת לן בהכי דהוה כזה אומר אכלה חטים כו' או אפילו אם מיירי דשוה יותר מ"מ מיירי שהתובע הי' טוען דמי חבית' דמשח' רק הר"ן קאמר דהיכי דשוו להדדי אין זה הכחש' בין בעדים בין מפי התובע וכמו בההיא דב"מ דאין נ"מ מחמת מה בא החיוב ואין זה כמכחישו בקיום הדבר עצמו ומ"מ צ"ע בלשונו שם גם מ"ש שם והראב"ד ז"ל כתב כו' צ"ע קצת לפ"ז ויש לדחוק ולפרש על פי מ"ש ואין פנאי להאריך:

הנה הואלתי לדבר ולברר דברי הר"ן ז"ל אף הדברים שאינם כל כך לענינינו הואיל ואיכא למשמע מיני' כמה מילי מעליותא וכפי הנראה מכותלי כתבו דמכ"ת אין בידו חדושי הר"ן על סנהדרין לכן באתי בארוכה:

ועתה אשימה פני לדברי הטור שכתב גבי שחור ולבן שיהי' התובע תובע שניהם הנה אם נאמר דהטור ס"ל כדעת הר"ן והנ"י דס"ל דטעמא משום דטעו אינשי בהכי אם כן הדבר קשה למה יגרע הכחשת בע"ד מהכחשת העדים כמש"ל גם כבר ביארתי בתשוב' דמש"ס דסנהדרין דף פ"א מוכח להדיא דהכחשה בבדיקות לאו כלום הוא ולכך כונסין אותו לכיפה דאמרינן שהענין אמת ואם כן מה לי טעות בע"ד מה לי טעות עדים ואין לחלק בין בדיקות דעוקצי תאנה לשאר בדיקות וגם דהרמב"ם והרע"ב כתבו בדיקות בסתם:

אמנם הדבר ברור כמ"ש בתשוב' בשיטת הטור בזה דס"ל דמנה לבן שוה טפי ממנה שחור ודמי למנה ומאתים ומצאתי שכ"כ אא"ז מהרש"א להדיא בסנהדרין שם וז"ל ומיהו נהרדעי דאמרי' דס"ל כרשב"א ע"כ דמדמי להו מנה לבן ושחור למנה ומאתים דחד מינא

נינהו ואחד שוה יותר משני והו"ל האחד בכלל חבירו השוה יותר מה שא"כ חמרא ומשחא דתרי מיני נינהו והו"ל הכחשה גמורה עכ"ל וכוונתו למ"ש בתשוב' בזה דחמרא ומשח' גופה לא שייך יש בכלל כו' ע"ש וכיון דמנה לבן למנה ומאתים דמי א"כ גם בזה יש חילוק בין הכחשת העדים זה לזה בין הכחשת התובע וצריך שיתבע שניהם דוקא משא"כ בבדיקות שאין להם עסק בגוף הממון דלא דייקו וכגון ההוא דזה אומר אכלה חטים כו' וכיוצא בזה לא איכפת לן בהכחש' דבדיקות כלל אפילו בהכחשת התובע או בהכחש' שני עדים כיון שאנו אומרים שלא נתן לבו לדקדק בהם ומ"מ גוף העדות הוא אמת:

ומעתה הדבר ברור בנידון דהר"ן ומכ"ש בנ"ד כ"ע מודים דהא הבדיקות אינה בגוף של העדות כלל ולא מבעיא לדעת הראב"ד והנ"י וסה"ת בשם רבינו אפרים דאפילו במנה ומאתים נמי א"צ לתבוע שניהם ואמרי' דטעו א"כ פשיטא דבכה"ג אין חוששין להכחש' אלא אפילו לדעת הר"ן בשם הרמב"ן דמנה ומאתים אין מצטרפין אם יש הכחשת בע"ד היינו משום דכיון דיש קפידא בעדות בדבר שבממון ודאי דדייקי טובא ואין לתלות שהעד טעה במה שאמר מאתים שבאמת לא לוה רק מנה כמו שאומר הבע"ד וכן לדעת הטור במנה שחור ולבן כיון שיש קפידא בדבר שזה שוה יותר מזה א"כ כשזה מוכחש מפי הבע"ד הרי הבע"ד פוסל העדות שהוא לזכותו משא"כ אם אין קפידא בדבר כלל אם שרה יהיה שמה או חיה היא שמה ואין זה ענין לגוף העדות כלל וזה דומה לדמי משחא וחמרה שזה אומר שמגיע לו ק' זהובים בעד יין שמכר לו וז"א שאמת שמגיע לו ק' זהובים בעד שמן שמכר לו דאמרי' דהא הוי בדיקות דכשרים בד"מ ומצטרפין ומ"ש הטור בזה ג"כ שצריך לתבוע שניהם היינו מטעם דמיירי שלפי העד שאומר שמן מגיע לו יותר ויש קפיד' בדבר ודבר פשוט בעיני שאם טוענו דמי עבד שמכר לו והביא שני עדים אלא שזה אומר בשמו כך וזה אומר שמו כך שאף על פי שהתובע אומר כדברי הא' מ"מ כיון שקריאת השם לא מעכב אמרי' דלאו אדעתי' למידק בזה וה"נ דכוותי' שאמרי' כיון שבגופה של עדות עלתה לו כהוגן שמו ושם אביו ושם עירו שוב כל היתר כנטול דמי ובין חיה לשרה נתחלף לו ולאו אדעתי':

. ומ"ש מכ"ת דלפי מ"ש הטעם דחקירות דייקי כיון דהזמה תלויי' בהם א"כ לפי מה שהעליתי דבבדיקות אף היכא דדייקי מקבלין עדותן במה שהושוו א"כ אף בחקירות מ"ט בטלה כל העדות כשהוכחשו והעלה דא"ש לפי טעם הש"ך והנה לענ"ד לק"מ דודאי א"ש דבבדיקות שיש הכחשה ביניהם בראש הממון כגון מנה ומאתים אף על גב דבמנה שניה ודאי דייקי מ"מ במנה האח' שהשוו בה מצטרפין מטעם דבסך שהושוו

אין הכחשה ביניהם דאמרי' יש בכלל מאתים מנה משא"כ בחקירות שעל אותה המנה עצמה דלא הושוו בה כלל ואין ה"נ אם הושוו במנה א' שמקבלין עדותן במה שהשוו כגון אם ע"א אומר שבניסן לוה מנה ובתשרי לוה מנה והשני אומר בתשרי לוה מאתי' או מנה ובניסן לא לוה כלל דאפ"ה מקבלין עדותן במה שהושוו דהיינו במנה שמעידין שלוה בתשרי ובענין אחר לא מצאתי שיהי' שייך לומר בו יש בכלל מאתים מנה בחקירות כלל ובאמת אין הפרש בין בדיקות לחקירות רק במידי דמכחשי ביה דבבדיקות מצטרפי כיון דלא דייקי אמרי' דטעו בהא משא"כ בחקירות דדייקי בי' איך אפשר לצרף עדותן. שהרי מכחישי' הם זה את זה על אותה המנה עצמה דחד מינייהו משקר בודאי בגוף העדות של אותה המנה וזה ברור:

ומ"ש על דברי הפ"י בק"א בכתובות לענ"ד דברי הפ"י נכונים בזה דבהכחש' אצ"ל ביטול העדות מטעם עדות שא"א יכול להזימ' דכמו דאיכא למ"ד במנה שחור דבטל דס"ל דדייקי אינשי בהכי וכן בחביתא דחמרא ומשחא כיון דעבידי דדייקי אינהו מכחשי אהדדי אין מצטרפין וה"נ בענין חקירות כיון דדייקי לפי שהזמ' תלוי' בהם ואינהו מכחשי אהדדי בגוף אותה המנה עצמה לפיכך אין מצטרפין וכ"כ טעם זה בחידושי הר"ן ומה שנסתייע מכ"ת מדברי הלח"מ ומ"ל בפ"א מהל' עדות שכתבו דחקירות דאיזה יום ואיזה שעה גרע מחקירות דגוף המעש' דלא שייכי חקירות דזמן בגוף העדות לענ"ד לאו מלתא הוא דהתם קאי לענין אם אמר איני יודע בחקירות דבזה י"ל דחקירות דגוף המעשה עדיף כיון שאומר איני יודע במה הרגו כו' אין זה נכון שהרי א"י גוף המעשה על בוריו ומסתמא לא כיון לבו יפה ואפשר שהיה שם דברים בגו שיש בהם כדי להציל הנדון משא"כ בחקירות דזמן אף על גב דאם אמר על איזה זמן והוכחש עליו הוחזק כפרן דמידק דייק בי' שלא יבא לידי הזמה מ"מ אם אומר איני יודע מה"ת יופסל עדותו אי משום שלא כיון לבו אין לפסול דאין זה בגוף המעשה שראה ואפשר שלא נתן לב לידע היום שעומד בו ואין זה דומה לחקירות שבגוף המעשה ואי משום דהו"ל לדייק מ"מ בשביל זה לא נפסל דהא אינו אומר שקר רק שאומר אינו יודע ולמה לו לדייק לידע בבירור היום שעומד בו כיון שגם אם יאמר איני יודע לא יוכל לבא לידי הזמה ולכך הוצרך לשנוי דמה"ט גופיה פסול משום דהו"ל עדות שאי"ל משא"כ במעיד על איזה יום אמרינן שבודאי נתן לב ואם הוכח' עליו ע"כ דמשקר ופסול לטעם עדות שאאי"ל כלל. ומ"ש מכ"ת לתרץ קושית הט"ז דהתם הטעם משום מיגו להוציא בקרקע כמ"ש גבי שטרא זיופא אומר אני שמכ"ת כתב על פי דברי האחרונים שמשמע כן מפשיטות דבריהם אבל אומר אני ניתי מר וניכוין דעתן בסוגיא דהתם ויתלבנו הדברים שאין הנדון

דומה ומלתא אגב אורחי' אבאר ג"כ מה שהשיג באו"ת בכללי מיגו על הכנה"ג שכתב בשם הריב"ם דכה"ג הוי מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעליה עומדת דז"א דריב"ם לא כ"כ אלא לפרש דברי רב יוסף אבל לדינא הא מסקינן הלכתא כוותי' דרבה בארעא כו' ע"ש ולפי דבריו בחנם הביא הרא"ש דברי הריב"ם וכתב שיש ליישב פירושו בלשון הש"ס כיון דלאו הלכתא הוא:

אך לענ"ד דברי הכנה"ג נכונים דהנה לכאורה צריך ביאור מ"ש הרא"ש לישב פי' הריב"ם דהא דקאמר אמאי סמכת כו' ה"ק אמאי קאי סמכת להיות יותר מוחזק בזה הקרקע להאמינך במיגו להעמיד הקרקע בידך אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ונמצא שאינך מוחזק וקרקע בחזקת בעלים עומדת ואתה בא להוציא מידו על ידי מיגו ולא אמרינן מיגו להוציא עכ"ל ולכאורה לפי זה מה יעשה בהא דקאמר אחר כך בהלואה ג"כ לשון זה אמאי סמכת כו' דבפשיטות הו"ל לאקשויי דהא מיגו להוציא הוא גם הא ממאי דס"ל לרבה גבי הלואה דאמרינן מיגו ע"כ מוכח דס"ל מיגו להוציא א"כ איך קאמר ליה לרב יוסף אמאי סמכת להיות מוחזק כו' דהא באמת רבה סובר דאף אם אינו מוחזק מהני לי' מיגו (אמנם לשון הרא"ש משמע דרב יוסף א"ל הכי לבעל השטר ולא לרבה ולפי זה א"ש ומ"מ דוחק קצת) ודוחק לומר דאכתי לא ידע מזה דרבה סובר דאמרינן מיגו להוציא:

אמנם נראה דודאי רבה לא פליג אהך דינא דמיגו להוציא לא אמרי' רק דרבה ס"ל כיון שכבר אמר זה שטרא מעליא הוא ועי"ז היה יוצא זכאי בדינו אילולי שחזר והודה דשטר זייפא הוא וכיון שיש כאן מיגו להחזיק זכות הראשון שהיה לו ע"י טענה שטרא מעליא הוא אין זה קרוי להוציא רק להחזיק וע"ז פריך ליה רב יוסף בתרווייהו אמאי קא סמכת כו' ר"ל שהזכות שזכה בראשונה ע"י השטר לא נעשה מוחזק על ידו כיון שהשטר חספא הוא ולזה אמר הלכתא כרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ופי' הרא"ש דכיון דקאמר שטרא מעליא זכה בקרקע שבידו ואף ע"ג דאמר אח"כ שטרא זייפא אמרינן מיגו להחזיק הקרקע שבידו והלכתא כוותיה דר"י בזוזי כו' ואע"ג דזכה בתביעתו כי אמר שטרא מעליא הוא מ"מ אכתי מחוסר גוביינא הוי כו' עכ"ל מבואר מזה דלענין קרקע כיון שע"י הטענה דשטרא מעליא זכה בקרקע תו מהני לי' האי מיגו דלא מפקינן מיניה וכן נלענ"ד בפי' דברי התוס' ד"ה והלכתא שהקשו על פי' רשב"ם מהא דאמרינן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא ולכן כתבו ונראה לר"י דה"ט דהלכתא כו' משום דאמרינן מיגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא כו' עכ"ל ולכאורה קשיא דאכתי למה לא נילף מהא דאוקי בחזקת בר שטיא דבכה"ג הוי אפוקי ממונא

מחזקת מרא קמא ולא נימא ביה מיגו ולפמ"ש א"ש דודאי לענין שנאמר דמחמת ספק מעמידין בחזקה קמייתא יש להעמיד בחזקת מרא קמא רק דר"י מפרש דלענין מיגו בזה אמרינן דאין מיגו זו באה להוציא רק להחזיק בזכות שזכה מקודם ע"י טענתו הא שטרא ואע"פ שטענת שקר היתה מועלת היא לענין זה שטענת אמת שאחרי' מחזקת הזכות הראשון שהיה להחזיק משא"כ במלוה שהזכות הראשון היה ג"כ להוציא דהא מחוסר גובייגא אז שפיר המגו שבאה להחזיק זה הו"ל מיגו להוציא וכמ"ש הרא"ש ז"ל:

איברא שבדברי התוס' יש לפרש דר"ל כיון דאיכא מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ואי הוה אמר הכי היתה הקרקע נשארת בידו עי"ז כה"ג לא קרינן ליה מיגו להוציא שאם היה טוען טענת המגו היה מחזיק ולא מוצא משא"כ בהלואה שאף אם היה טוען טענת המגו אכתי מחוסר גביינא אך הרא"ש נראה דלא ס"ל הכי דמה בכך שאם היה טוען טענת המגו היה מחזיק מ"מ השתא מיהת שאומר אין שטרא זייפא כו' הוא בא להוציא במגו ולכך מפרש דהטעם שכבר זכה ע"י טענא דשטרא מעליא הוא ולכך מועיל המגו שאח"כ ולפ"ז נראה דדוקא בכה"ג אמרינן הלכתא כרבה בארעא משא"כ היכא שעדיין לא חידש בה דבר שיזכה על ידה רק בא להחזיק בקרקע שת"י ע"י מיגו והיא לו טענה ראשונה בקרקע זו שפיר אמרינן דלא אמרינן מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעלים עומדת וזה עדיין לא זכה בו ומה מועילו שהקרקע ת"י וכן משמע ממ"ש הרא"ש לפי' ריב"ם אמאי קא סמכת להיות מוחזק בזה הקרקע כו' משמע דטעמא דרבה משום הכי הוא לפי שנעשה מוחזק ע"י השטר ועפי"ז פי' הרא"ש בסוף דבריו כן:

ומעתה יפה כתב הכנה"ג בשם הריב"ם ואדרבה נהפוך הוא מ"ש בשם התוס' ד"ה והלכתא בשם ר"י וכן הרא"ש פליגי עליה דריב"ם בהא ולענ"ד אינו מוכרח בשיטת התוספות כמש"ל ומכ"ש בדברי הרא"ש שביאר להדיא דמיירי כגון זו שזכה בתביעתו ע"י מה שאומר תחלה שטרא מעליא הוא הא לא"ה גם הוא סובר דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין יכול לזכות בה במגו ומצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק ח"מ סימן ע"ה שכתב סברא כזו ליישב דברי הרשב"ם דלא תקשי עליה מהא דבר שטיא ע"ש ותמהני שלא הזכיר בזה מדברי הרא"ש אלו ולקצר אני צריך:

ויצא לנו מזה דהטור דבכל דוכתא אזיל בשיטת הרא"ש אביו א"א לפרש דבריו ב סימן ק"מ מטעם מגו שהיה אומר אינו יודע אם חטים או שעורים דלא היה מכחיש העדים והיה נאמן דז"א דבכה"ג שפיר הוה מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעליה עומדת ול"ד להא דשטרא זייפא שהועמד בידו מתחלה ע"י טענה זו ועוד דהא לא אמרינן מיגו כה"ג דמיגו דא"י לאו מיגו הוא דאין אדם טוען ברצון א"י ומכ"ש בכה"ג שיאמר שהוא היה

אוכל פירות השדה ולא ידע מאומה הלחם אשר הוא אוכל נראה פשוט דלא אמרינן מיגו דמצי למטען טענה כזו כלל:

שוב עיינתי בס' קצה"ח סימן פ"ב וראיתי שם דברים תמוהים מ"ש להקשות על הש"ך שכתב דשטר איכא חזקה שטרא בידי מאי בעי להכחיש העדים וע"ז הקשה מחידושי הר"ן פ' ז"ב שהבאתי לעיל דלפי הש"ך מאי מייתי להיכא דליכא שטרא ע"ש ודבריו תמוהים דהר"ן שפיר מייתי ראיה דלא תימא דגם במנה ומאתים אע"ג דבע"ד אומר מנה אמרי' דהעדים טעו ולא נפסלו בזה וע"ז מייתי מההיא דנשבע וגובה מחצה ואי ס"ד דתלינן בטעות העדים א"כ התם נמי נימא דהעדים טעו ובאמת שלא פרע רק מחצה כמו שאומר הבע"ד והוא בכלל דבריהם דבכלל מאתים מנה ובזה אין הבע"ד וחזקה דשטרך בידי מאי בעי סותר כלל להעדים דהא באמת פרע רק מחצה ועכ"פ יהיה פטור משבועה אלא ע"כ דבכה"ג לא תלינן כלל בטעות העדים וזה נלענ"ד בדעת בעה"ת שהביא הש"ך שם ס"ק ל"ט בתירוץ הא' דכאן שמודה המחצה מן השטר מן הדין לא היה לו להחזיר שטרו כו' והש"ך השיג עליו מכמה סוגיות דמוכח מינייהו דאף שאומר שפרע מקצת אמרינן דלא מהימן מחמת הך חזקה ע"ש ולענ"ד דודאי ברור הוא דטענת פרעתי מקצתו לאו כלום הוא דהו"ל למכתב תברא ואף אם יטען שפרע לפני עדים והלכו להם לא מהימן דהרוצה לשקר כו' וגם שלא היה לו להניח העדים שיעברו מכנגד פניו עד שיתנו לו בכתב שובר על השט"ח אבל מה יעשה זה שאומר שפרע המחצה לפני עדים ומביא העדים לפנינו פשיטא שאין כאן סתירה כלל דהו"ל למכתב תברא שהרי הוא מביא אותם לפנינו שיעידו לו אלא שטעו בדבר ומעידין שפרעו כולו והלכך בכה"ג עכ"פ טענת ריעא הוא ולכך משתבע הלוה כנלענ"ד ברור:

ועכ"פ מאי דקשיא ליה לקצה"ח על הר"ן לק"מ דהר"ן שפיר דייק דבשלמא אם נימא דבמנה ומאתים א"א לתלות בטעות העדים דבסך המעות ודאי דייקי א"ש הא דנשבע הלוה משום דהעדים נפסלו מפיו ולא תלינן בשכחת הבע"ד כדי לקיים דברי העדים משום דאם נקיים דבריהם שפרע כולו יהיה מתנגד לסברא דשטרא בידך מאי בעי דאע"פ שפרע לו לפני עדים לאיזה ענין הניח השטר בידו וצריך לשמור עדים או שובר ולכן לא מתרצינן דבורי דהבע"ד לומר ששכח משא"כ אם נימא דתלינן בטעותא א"כ עכ"פ צריכין אנו לתפוס דברי הפחות שבהם דהיינו הלוה שאומר שפרע מחצה ואמרינן שכן הוא האמת והעדים טעו שאמר שפרע כולו וממילא דאין כאן התנגדות כלל לחזקה דשטרא בידי מאי בעי או דה"ל למכתב תברא שהרי הן הן עידיו שיכתבו לו שובר על השטר אלא ע"כ דאין תולין בטעות העדים כלל רק כיון דמצד הסברא העדים קושטא

מסהדי ואפשר שהבע"ד שכח ס"ל להש"ך לחלק בין אם המלוה בשטר שהוא מתנגד להעדים ושכחת הבע"ד לא מתרצינן להו הכי משא"כ בע"פ שפיר תולין בשכחת הבע"ד דהא איכא תרי סהדי דמסהדי הכי:

ואמנם לכאורה מלשון הר"ן נראה שרוצה להביא ראיה מהסוגיא דלא תלינן בטעות הבע"ד ומוכיח מזה דחזקה שהוא תובע כל מה שיש לו והוא כמודה שאין עליו יותר ולפי"ז לכאורה שפיר קא מותיב הקצה"ח דדלמא התם לא תלינן בהך טעותא משום דמתנגד לחזקה דשטרא כו' משא"כ בע"פ שפי' תלינן בטעות הבע"ד כמו דס"ל להש"ך התם אבל אחר העיון ז"א כלל דהר"ן מדייק שפיר דאם איתא דאין הבע"ד פוסל העד שאמר מאתים ואמרינן שטעה א"כ במקום עדים הו"ל דברי הבע"ד כמאן דליתא דהא לא מספקינן כלל במלתא שמא נפסל העד א"כ פשיטא דגבי פרעתו מחצה אפי' שבועה א"צ דדברי הבבע"ד כמאן דליתנייהו דמי והעדים נאמנים אף נגד חזקה דשטרא כו' וא"ל דלא תלינן בטעות הבע"ד בזה כדי שלא יהיה התנגדות לסברא דשטרך בידי כו' ז"א כיון שאין דברי הבע"ד עושים רושם להטיל ספק בעדות העדים לא איכפת לן בהתנגדות הך דשטרא כו' לגבי עדים כלל וע"כ דודאי מה שמכחיש העדים הוא מטיל ספק בעדות העדים וכל שאין לנו הכרח לומר שטעה לא אמרינן שטעה והלכך אע"ג דמחמת דמסתבר לומר דתרי לא חשידי לשקר בפרט במה שהבע"ד אומר בפחות והיה הדעת נותנת שהבע"ד טעה מ"מ כיון דאיכא נמי סברא דשטרא כו' ומספקינן לה אי טעה או לא הלכך נשבע הלוה משא"כ בע"פ מחמת דאיכא תרי סהדי אנו מוכרחים לומר שטעה והלכך אפי' שבועה א"צ משא"כ בא' אומר מנה ואחד אומר מאתים והמלוה אומר כדברי הא' כיון דליכא אלא חד סהדא שאומר מאתים ואין הכרח לומר שהאמת כדבריו מה"ת נתפס יותר דברי העד מדברי הבע"ד ואנו אומרים שהבע"ד שאומר מנה הרי הוא כאלו הודה שאין מגיע לו יותר ואינו יכול להסתייע מדברי העד זה שאמר מאתים שהרי אדרבה יש כאן עד לפנינו שמעיד כדברי הבע"ד ואיך נשוי לבע"ד טועה נגד העד שאמר מאתים בלא שום הכרח ורגלים לדבר כלל והלכך מ"ש בקצה"ח שם דראיית הר"ן מהתם דהוי ספק הכחשה וא"כ ממילא אין התובע יכול להוציא כשמוכחש עם העדים ומזה הוציא דין בא' שאמר שפרע מנה ואחד אומר מאתים כו':

ולענ"ד ליתא כמבואר למעיין בדברי הר"ן דבכה"ג ודאי העדות בטלה ודוקא במקום שני עדים חשבינן ליה בספק הכחשה ולא במקום א"א דאז ודאי הבע"ד שהודאתו כמאה עדים מבטל עדותו של זה לגמרי ולכן גם מה שתירץ על קושי' הט"ז ליתא דבע"א ודאי הכחשה מיקרי רק הדבר ברור בשיטת הטור כמ"ש בתשובתי דכיון דאמרינן דבין חטים

לשעורים עבידי דטעו ממילא דאין כאן הכחשה כלל לא לגבי המחזיק ולא לגבי העדים משא"כ במנה שחור ולבן דלא טעו וכמ"ש שם באורך מדברי התו' והג"א שם:
ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה לפי מ"ש הטור דתבעו שניהם בעינן דמשמע הא תבעו א' שחור או לבן פטור הלוה דהא המלוה מכחיש לחד מינייהו וקשה דהא עכ"פ שבועה צריך נגד העד שהתובע אומר כדבריו והרי א"א ליתן לו שבועה כיון דאיכא לפנינו תרי סהדי דמסהדי אמנה ואמרינן דהעדות אמת רק דמכחשי בבדיקות ומ"מ בשביל זה אין פוסלין העדות וכמ"ש בסנהדרין דף פ"א וא"כ א"א ליתן לזה שבועה ומחויב שבועה ואיל"מ ולפי מ"ש א"ש כיון דעדות שחור ולבן שני עדיות מחולקים הם וכיון שזה לא תבע רק מנה שחור ממילא דמחל לו על הלבן וא"צ רק לישבע נגד העד שאומר מנה שחור הוא וע"ז שפיר הוא יכול לישבע אלא דמ"מ קשה על מ"ש הרא"ש והטור בשם הרמ"ה לענין הלואה אחר הלואה דאי תבע רק חד מנה משתבע ומפטר ולכאורה קשה כיון דאנן לדידן מוציאין מתוך דברי שני העדים שעכ"פ חייב מנה והאיך מוסרין לו שבועה שאינו חייב לו כלום ואע"פ שזה אינו תובע רק מנה מ"מ עכ"פ מנה הוא אומר שחייב לו ולא מחל לו ואם ישבע זה שאין חייב כלום הוא נגד משמעות דברי העדים וכן קשה גבי הכחשה דמנה ומאתים שכתב הר"ן דאם התובע אומר מנה אין מצטרפין וקשה דהא עכ"פ מתחייב שבועה נגד העד שאמר מנה והאיך יכול לשבע נגדו כיון דאנן קי"ל דיש בכלל מאתים מנה וכן בנזיר שהיו מעידין אותו שנדר שתים כו' קי"ל דיש בכלל שלש שתים ומצטרפין סהדותייהו לחייב את זה בנזירות וא"כ בהכחשה דמנה ומאתים מה בכך שהוכחש מפי התובע מ"מ לנו הם כשרים ואיך נניח את זה לישבע נגד העדים ואפשר לומר דכיון דהתובע אומר מנה הוא מצטרף עם העד האומר מנה ופוסלין העד שאומר מאתים נעשה פסול לעדות ושפיר יכולין להשביע זה נגד העד שאומר מנה אך דעדיין צ"ע היכא שהתובע הוא אשה או אחד משאר פסולי עדות מאי איכא למימר.
ומצאתי בקצה"ח סימן ע"א שדיבר מזה ואין פנאי לעיין כי אני כותב מה שעולה במרוצת עיוני ואי"ה לעת הפנאי אעיין בזה:
ונשוב לעיקר הדין שאף לדעת הטור דבעינן שיהיה תובע שניהם היינו במקום שיש קפידא בענין הממון הן חסר הן יתיר משא"כ בבדיקות שאין קפידא כלל ואמרינן בהו דעבידי דטעו אף אם התובע מכחיש עם העדים בבדיקות כאלו לית לן בה וכן אם העד מוכחש מפי עצמו או מפי אחרים בבדיקות כאלו דאמרינן מלתא דלא רמי עליה למידק ביה מימר אמר ולאו אדעתיה וכבר הארכתי בתשו' הראשונ' דמסתברא דטעה בהא דל"ש לגופה של עדות משא"כ בגופה של עדות מידק דייק ורמי אנפשיה ומדכר:

והנה הגיע לידי ש"ת פני משה וראיתי שם בח"א סימן פ"ד מ"ש שם בתוגרמית שהיתה מסל"ת על אחד שנהרג אלא שהיתה מוכחשת מפי עצמה במקום שמצאתהו הרוג שפ"א אמרה על שפת הדירי ופעם אמרה אצל המעאדין ואי תימא אע"ג דאיכא הכחשה בדברים לענין מציאת גוויתו היכן מצאתהו מ"מ בענין המיתה ליכא הכחשה והוי כאחד אומר מת כו' להא אמינא דאפשר לחלק כשהכחישה בין ב' עדים למפי עצמו דבב' עדים כיון דבחד סגי א"כ כשמכחישין באופן המיתה אמרינן דחד משקר וחד אומר אמת כו' אבל כשאין שם אלא ע"א ואותו עד מכחיש את עצמו כפעם בפעם אף שבכל הפעמים אין מכחיש א"ע בענין המיתה מ"מ כיון דחזינן ביה שהוא שקר ראוי לתלות כי כל דבריו מילי דכדיבי ושוא ודבר כזב ידבר וכיון שכן ראוי לחוש אעיקרא דדינא במה שמצאו מת שאפשר שקר ענה והשקרן צריך שיהיה זכרן ושקרן הלז שר השכחה מצוי בו וכיון שכן יש להסתפק דדלמא זה חי עדיין ספק זה ראוי להסתפק בנ"ד אמנם על כל אלה אומר אני שיש ליישב דבריה כו' עכ"ל ואחרי רואי את הספק שנסתפק בזה אומר אני דגם הפ"מ אזיל ומודה בנ"ד שאין מקום לספק זה כלל דהרבה חילוקים יש בין נידון דידיה לדידן חדא דאיהו מיירי שהוכחש מפ"ע במקום מציאות ההרוג וזהו ענין הכחשה בחקירות שנסתפק בה הב"ח ג"כ דהרי המקום הוא א' מן הז' חקירות משא"כ בנ"ד שאינו בחקירות ואין גוף העדות תלוי כלל שנית דהתם במסל"ת מיירי דקרינן בהו אשר פיהם דיבר שוא כו' רק מחמת שהוא מסל"ת לא חשדינן ליה דמשקר וכיון דהא קמן דמשקר לא מהימן אכולי מלתא משא"כ בעד כשר דאע"ג דבדבר שאינו בגוף העדות יכול להיות שאומר אע"פ שא"י על בוריו מ"מ בגוף העדות אי לאו דקושטא קאמר ויודע בבירור לא הוה מעייל נפשיה לאסהודי מספיקא ואע"ג דמדברי הפ"מ משמע דלא מחלק בהכי שהרי מחלק בין הא דע"א אומר מת כו' מ"מ הא קמן דאף במסל"ת דגרע מע"א לא החליט הפ"מ לאיסור רק כתב שיש להסתפק בזה וא"כ פשיטא דבע"א אין להחמיר בספק זה כ"כ ומבואר מדבריו שם ששני גדולי הדור שהתחילו בשריותא דהאי אתתא לא עלה בלבם לעשות מזה ספק כלל רק הוא ז"ל נתעורר בספק זה ואפשר שגם הוא לא היה מחמיר עבורו רק לרווחא דמלתא כתב שיש לישבו ע"ש:

שלישית נלענ"ד דחילוק גדול יש בין ההיא דהתם שפעם אמרה במקום זה ופעם אמרה במקום זה והיא מתהפכת במילי' אז שפיר אמרי' כיון דשכיח גבה שקרות חיישי' דלמא הכל שקר משא"כ בזה דודאי אין אדם מוציא דבר לבטלה לבא אל הסופר לרשום בפנקס דברים של תוהו ובודאי אמת הדבר שמת שם איש כזה ואף על פי שלא דקדק בשם האשה אין לתלות בשקר רק בטעות ולא הוציא שקר מפיו ועולה לא נמצא בו בשפתיו

ועוד דודאי סברא גדולה היא לחלק בין אם העד אומר שראה ענין כך וכך ומתברר לנו שהוא שקר אין לתלות בטעות ששכח מה שראו עיניו דדבר רחוק הוא דמסתמא הדבר שראה בעיניו עושה רושם בזכרונו וחקוק על לבו ולכן אמרינן דמשקר וכמ"ש הפ"מ במליצתו שהשקרן צריך שיהיה זכרן כו' משא"כ היכא שאינו אומר דבר שראה בעצמו רק מה ששמעו אזניו שהרבה סיבות יש שלפעמים אין השומע מכוון לבו ומטעי קא טעי או שבמשך הזמן מה שוכח מה שאמר לו ועל ידי זה משתנה הענין קצת והחוש יעיד על זה שאין דומה שמיעה לראיה וכמה מקראות מורים על זה וכבר הבאתי בתשובה סימן הא דאמרינן גבי עדים זוממין נתרי בהו אימת אחר כ"ד אמרי אשתלי אשתליין ועל פי סברא זו יש ליישב כמה ענינים שכתבו האחרונים ב סימן ק"ח ו סימן צ"ב וקצרתי בזה:
וראיתי בשו"ת מאיר נתיבים סימן פ"ח בנידון הג"ע שכוונו שם האיש והאשה ואביהם ואמם רק שכתבו שיש להם שני בנים שם הא' אורי ושם השני ברוך וזה האיש והאשה לא היו להם בנים מעולם ומסיק לאיסור והביא שם שו"ת פ"מ הנ"ל וגם כתב לחלק בין ההיא דפלגי' דיבורי' משום דשאני התם דאף מדינ' הוא דלא מהימן לגבי נפשי' דאין אדם מע"ר אבל לעולם יוכל להיות שאף על פי כן הדבר כולו אמת שפלוני רבעו לרצונו אלא דאנן לא מהימנינן לי' לשוי' נפשי' רשיעא כפי' רש"י שהתורה פסלה עדות קרובים ואדם קרוב א"ע אבל לעולם יוכל להיות שכל דבר אמת כו' והוא כדברי מכ"ת בזה אך כבר כתבתי בתשו' דז"א דכשאנו באים להאמין העדות א"א לנו להאמין שהוא העושה דאם לא כן איך נוציא זה להריגה על פי דבריו של זה שהוא רשע ובע"כ שאנו אומרים שמחצית הדיבור אמת ומחצית שקר וזהו ענין פלגינן דבורי' וכ"נ מהפ"מ סימן ס"ט והביאו שם בשו"ת הנ"ל וכבר ביארתי לדינא בזה אך בשו"ת מא"נ הנ"ל המציא חשש חדש דשמא כל דבריו אמת ואינה בעלה של זו שהרי אין לה בנים אלא אתרמויי אתרמי שמא כשמא הן בשם העיר הן בשם האשה ואביהם ואמם אע"ג דחשש רחוק הוא מ"מ בזה שאמר שיש להם בנים מוכח הכי והביא ראי' משו"ת גאונים בתראי בענין שאמר שהוא מן הראדנא ואמו מוויסקא שעלה על דעתו מחמת שבעלה לא היה דר בהראדנא כ"א בכפר הסמוך חששו שמא הי' ממקום אחר ששמו כך וחיישינן לתרי הראדני וויסקא אלא שמצאו היתר דעבידי לקרות לפרוודהא ע"ש מתא משא"כ בזה שהוסיפו לומר בשמו שהגיד לפניהם שיש לו ב' בנים ופירש שמותם מה שלהד"מ עכ"ל.
ונלענ"ד דע"כ לא חשש לדבר אלא משום דהך מלתא א"א בשום אופן למיתלי בטעותא וכמבואר שם שמשמעות העדים שבעמד שלהם הגיד החולה לפניהם שמו ושם אביו ואמו ושם אביה ואמה ושם עירו ושם שני בניו וע"כ לומר מדהא ליתא הא נמי ליתא או

שנאמר בנים הרי הן כסימנים דאחריני נינהו אע"פ שהוא רחוק מאוד משא"כ בנ"ד דהוא דבר שאפשר שיפול על לשונו שם שרה על שם חיה וכמו שאמר האמתלא לזה וכבר הבאתי שם בשם הר"ן שאם נראה שהוא זה אף על פי שיש סימן א' המכחיש אם הוא עשוי' להשתנות תולין בו וה"נ מסתברא דאין לתלות במציאות רחוק שיש עוד ראחמנוב בעולם הסמוך לשומסק ושאר ענינים בפרט שהי' מצויין במלבושיו כמלבוש מדינת פולין והדבר ידוע שבכל המלכות אין שם עיר ששמה ראחמנוב וסמוכה לשומסק רק זו ונצטרך לומר שבא ממקום רחוק מאד שאין ידוע לנו ובמדינה זו שינה מלבושיו הדבר פשוט שאין חוששין לזה וגם דהו"ל לפרש דבריו שהמקום רחוק מאוד גם מדברי העד שאמר שהוצרך לתת לו ידו לקיים הבטחתו שיודיע לאשתו מוכרח שעל מקום קרוב הידוע הי' מדבר ופשיטא דטפי תולין בטעות מלמתלי בענינים רחוקים כאלו והיינו נמי טעמא דשו"ת גאונים בתראי שהמציאו היתר שקרא עצמו ע"ש ראש הקהלה והממציא היתר ההיא הי' אא"ז הגאון המפורסם מ' מאניש חיות ז"ל אב"ד דק"ק ווילנא והסכימו לדבריו כמה גדולים אף על פי שקצת רחוק לומר כן כאשר באמת קצת חלקו עליו בזה וכמבואר ג"כ בשו"ת ב"ח החדשות מ"מ המתירין ס"ל דעל כל פנים האי מקרי בי' טפי מלומר שכוונתו להראדני אחר ובתשו' סימן הארכתי בדבריהם וא"כ כ"ש בנ"ד שאין להמציא חומרות ולעייל פילא בקופא דמחטא ותולין במצוי להקל:

עוד מלתא בפומי האיר ה' עיני והמציא לי תשובה א' בשו"ת ת"מ הנ"ל סימן ע"א דאיתא שם עובדא קרובה לנ"ד שהיה מבואר בג"ע שמו ושם אביו ושם עירו ושם אבי' רק שהעד אמר שמתחלה הי' הוא והם תושבי ק"ק ליפוץ ובשעת הבריחה הי' בק"ק זאלקאווי האיש והאשה הנ"ל והיה דרים עמו חוץ לעיר בעלי' אחת והגיע העדות מק"ק דובנא לק"ק קאשטאנדינא ששם היתה האשה עומדת ונבהלה האשה מראות ואמרה כי מעולם לא עברה בק"ק זאלקאווא והוא מוכחש מפי האשה עצמה ולכן צידד שם מתחילה לחוש שמא הי' שם שני אנשים ששמם ושם אביהם כך וגם שם נשותיהם ושם אביהן שוה ואף על גב דדוחק לומר דאתרמי כל כי האי ובפרט שהאשה אומרת שידעה שבעלה הלך לזאלקאווי ולכולי האי ל"ח דאתרמי וכדאשכחן בפרק כל הגט כו' אמנם על כל אלה מחמת הריעותא דהכחשת האשה לכאורה לצדד לתרי שמואל ב"ר משה או כלך לדרך אחרת דמוכח הדבר דהעד הלז סהדא שיקרא הוא שהבע"ד בעצמו מכחישו אף על פי שאינו בגוף כמיתה אלא בפרט אחר שהעיד שהאשה שרה הלזו ברחה עם בעלה לעיר זאלקאווא וכיון שכן אפשר דדמי לע"א אומר מת כו' הא ליתא דהתם לכל הפחות איכא חד סהדא כו' אבל בנ"ד דליכא כ"א העד אברהם האשה מכחישתו אף על פי שאינו רק

בפרט הליכת לזאלקאווא מ"מ הא מיהו לפי דבריה למד העד לשונו לדבר שקר ובהדי סהדי שיקרא ל"ל דכי היכא דמשקר בהליכתה לזאלקאווא ה"נ משקר בכל העדות כו':
אמנם עגמה נפשי לעלובה אשה עגונה הלזו מצורף לזה מה שכתב הרמב"ם והרא"ש בתשובה כ צריך אדם לחפש אחרי צדדי היתר וכל המחמיר הרבה כו' ע"כ צדדתי ואבחר למצוא לה מרפה כו' הצד הראשון שצדדנו לחוש לתרי שמואל בר' משה מכח הכחשת האשה לעד אמינא אף דהכחשת האשה לעד הי' מביא לחשש זה מ"מ רואה אני דכל הנביאים המה הרבנים מהרק"א בדף קכ"א ומהרשד"ם התירו מטעם צירוף הוכחות דמי אתרמי הכי והכי גם מר"ן זקיני כו' גם מהרש"ך כו' כולם מרועה א' מימרא דר' ירמיה בגיטין ומהרי"ק שורש קפ"ד הרחיב וכו' וכ"ש בנ"ד דמיירי במיתה דקיל מנדון דר"י דמיירי בגט דאפשר לשלוח גט אחר וכמ"ש מהרי"ק כו' וכיון שכן אף שיש ריעותא מחמת הכחשת האשה אכתי ל"ח דאתרמי כך וראי' ממ"ש הרמב"ם בפ"ג מה"ג המביא גט כו' ומדברי הרמב"ם אילו הוכיח מהרי"ק דכל היכא דאיכא הוכחות אע"ג דאיכא דבר לגריעותא (לענ"ד אין גריעותא דהתם ראיה לגריעותא דנ"ד וצ"ע) ה"נ בנ"ד אף על גב דאיכא גריעתא דהכחשת האשה אכתי אין לחוש דלמא אתנייהו תרי כו' ומצד החומרא דמחמת הכחשת בע"ד נימא סהדא שיקרא הוא אמינא דגם בזה לא בחר ד' להכחיש מי שהוא מוחזק בכשרות מפני זה דמה דאתכחש לא הוה בגופא של עדות דלענין העדות הלז מה איכפת לן אם האשה הלכה עם בעלה לזאלקאווא או לא הלכה שם עיקר העדות הוא ששמואל מת:
אמנם הליכת אשתו לזאלקאווא לא מעלה ולא מוריד וכיון דלא איכפת לענין העדות כלל הו"ל מלתא דלא רמיא כו' וכעין זה כתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ט דכיון דלא איתכחש בגוף העדות דלא רמי עליה דסהד' כו':
אמנם טעם הב' דהרא"ש ל"ש הכא כו' אם כן נחזי אנן אם הרא"ש חוזר בו מטעמא קמא כו' ואשכחן למהריב"ל ח"ג סימן ח' על עסק קידושין כו' הא קמן דמהריב"ל מצדד אצדויי כו' אמנם על האמת אף למה שמצדד מהריב"ל דוקא בנידון דהרא"ש דאפשר לומר דבכה"ג רמיא עליה מהא דאמרי' נקיי הדעת כו' אבל זולת זה הוה פשיטא ליה דלאו הכחשה הוא משום מלתא דלא רמיא בי' וא"כ בנ"ד דהכחשה במלתא דלא הוי מעיקר העדות הדרינן למ"ש הרא"ש דהוי מלתא דלא רמיא דכיון דעבר זמן בינתיים משעה שראה העד לשמואל הלז בזאלקאווא לזמן העדתו בב"ד על מיתתו אפשר ששכח וחשב במה שראה האשה שרה עם בעלה בליפאוויץ שפט ג"כ בדעתו שראה אותה עמו בזאלקאווא ומה גם שיש לשפוט עוד שפיטה אחרת דדלמא העד בהיותו עם שמואל

הלז בשכונ' א' דלמא ראה שם אשה אחרת ואפשר שנכבדות מדובר בו בעד אברהם ואל אשת רעהו לא נשא עיניו וע"כ לא הביט היטב וסבר שהיא האשה הנזכרת וכדאמרי' האי צורבא מרבנן דאזיל כו' ואף שיאמר האומר שאין זה משפט ישר ולא שפיטה אמיתית מ"מ מסתייען ההיא דהרא"ש דהוי מלתא כו' כי יתד שלא תמוט הוא כו' נקטינן מכל המקובץ דלענ"ד יש להקל בזה דליכא למיחש לא לתרי שמואל כמ"ש וגם דלמא סהדא שקרא הוא דלענ"ד בחזקת כשרות הוא ומה שהאשה מכחישתו שלא עברה בזאלקאווא מעולם לאו הכחשה מיקרי אע"ג שהאמת אתה דכגון דא לא דייק העד כיון דלא מעיקר העדות וידעתי כי כך דעת עליון התייר הגדול הרב אלוף התורה מו' יוסף הכהן וגם דעתי הקלושה ככה נוטה בפרט כי העיון רב הוא כו' ושרי' להתנסב' לעלמא פי המדבר איש צעיר משה בנבשתי עכ"ל:

וכראותי זאת אמרתי שישו בני מעי אם ספיקות כו' כי בראותי דברי הפ"מ סימן פ"ד הייתי כמסתפקי קצת בדבריו והי' נ"ל שאם לא הי' מוצא פתח אחר ליישב דבר התוגרמית שלא תהי' מוכחשת גם כן הי' מצדד למצוא היתר שלא לאסרה עבור הכחשת שאינו בעיקר העדות אלא שלא הי' צריך לזה ועתה אנכי הרואה כי כדברי כן הוא וגם אפי' תימא שבנידן דהתם לא הי' מתיר אלולי שנמצא מקום ליישב דברי' מ"מ כבר כתבתי כמה חלוקים בדבר שיש בהם כדי לחלק בין ההיא ד סימן פ"ד להההיא ד סימן ע"א וההי' ד סימן ע"א כתב אחר ההי' ד סימן פ"ד שהתשוב' שב סימן פ"ד נכתבה שנת תך"ד וההיא ד סימן ע"א נכתבה תך"ז ועל האחרונה סמכינן טפי כמ"ש הפוסקים אפילו היכא דאיכא סתירה ומכ"ש שבאמת אין כאן סתירה וכמ"ש ונ"ד עדיף טפי אף מההיא דסימן ע"א דהתם איתכחש במה שאמר שראה בעיניו וגם האמתלאות הם רחוקים מאוד ולא מסתבר כלל לתלות בטעות אשה אחרת כמ"ש בעצמו ואפ"ה סמיך עליה דהרא"ש להתיר משום דלא רמי כו' וק"ו הדברים בנ"ד דאיכא צירוף הוכחות טובא וגם האמתלאות אינה רחוקה דשפיר אזלינן להקל ומכ"ש שיש עוד עדים המעידים על שמו ושם עירו ולעשות חיפוש כאשר ביארתי בתשובה נלענ"ד ההיתר ברור והדין דין אמת ויצאו דברים באמת דברי אוהבו זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כו

שאלה ע"ד האשה העגונה אשת מוה"ר יוזפא בהה"ר לייזר טשארקוויר פה מבראד שהרחיק נדוד למדינות רחוקות ונאבד זכרו ובחמלת ה' על האשה שלא יכלו ימי' באפס תקוה הודיע לפה ק"ק מתושבי עירנו אשר תקע אהלו בעיר לונדן זה כמה שנים כי האיש ההוא בא עד קצו למדינות אמוריקא בכרכי הים וחיים לן שבק ואזיל לעלמא דקשוט

והוגבה עדות ע"ז בק"ק לונדן אשר מר ברי' דרבנא חתום עלי ה"ה הרב הה"ג האב"ד דק"ק לונדין בן הגאון המפורסם מוהר"ץ ז"ל האב"ד דק"ק ברלין ואית ליה ט"ט בגוי' כי המכתב הוא כ"י הרב הנ"ל כי קרוב הוא ממש לכתב יד אביו הגאון ז"ל אשר הגיע עדי פעמים רבות. וקרוב הדבר שגם המה היו מכתבי בנו הרב הנ"ל וגם היא לוטה בתוך אגרת של ה"ה מוהר"ר משה תושב עירנו הנ"ל שכת"י ניכר פה:

והנה הדברים באו ברוב ענין בגב"ע הנ"ל שנתברר להם שזה המת היה מוהר"ר יוסף בר' לייזר טשארקובר מבראד אלא שנפל קצת פקפוק לפי שלא נזכר רק שם יוסף שהוא שם הקודש שלו ולא קראו לו בחניכתו שהוא שם יוזפא וכן נראה בעליל מדברי הרב הנ"ל ששמו בלונדן לא היה רק יוסף רק שמ"ו מאיר הנ"ל מעיד שע"י אגרת שהריצו מפה לשם על אודות האיש הנ"ל וכן האיש השיב מענה ע"י ר"מ הנ"ל היה שמו וזכרו יוסף יוזפא ולפ"ז הדבר פשוט דאתתא שריא דאפי' אם היה שם יוזפא שם בפ"ע ויוסף שם בפ"ע וזה החזיק עצמו שם בשם יוסף מ"מ כיון שזה ר' מאיר מבראד בעדותו שיודע שזה המת היה שמו כאן בבראד יוזפא מה איכפת לן בזה ששינה שמו במדינה שהלך לשם כיון שכאן היה שמו יוזפא ונתברר לנו שזה שמת היה שמו בכאן יוזפא שוב אין פקפוק בדבר ומכ"ש בזה דיוסף ויוזפא חד שמא אינון ועיקר השם יוסף רק ששם יוזפא הוא נוסף מחול על הקודש ואין כאן שינוי כלל:

איברא חזינא כי כבוד מחו' ידיד עליון הרב הגאון הגדול מופת הדור המופ' מוה"ר מאיר נ"י האב"ד פ"ק פקפק קצת בדבר ונראה שלא רצה לסמוך ע"ז לפי שמשמעות הענין שר' מאיר הנ"ל הגיד דברים אלו מחמת אומדנות המוכיחות לו בלבד שהרי ר"מ לא היה שם בכרכי הים במקום שמת בו האיש ההוא רק מפי השמועה ששמע מהעדים ורחוק לומר שהעדים אמרו לו שזה האיש הידוע אצלו הלך עמהם עד בואו לשם ומת רק שמתוך דבריהם יודע באומדנות מוכיחות שעל זה האיש שקרא אותו אביו באגרותיו יוזפא הם מעידים וכמשמעות לשון המעשה ב"ד שבק"ק לונדן דאיתא שם ולר"מ נתברר היטב כאז כן עתה ע"י כל האותות והמופתים שהגידו הנ"ל שזה האיש ר' יוסף שמת בשארעלטאן הוא היה האיש אשר כינה אותו אביו באגרותיו מידי דברו בו ר' יוסף יוזפא ור"מ הנ"ל הראה מכתבו לר' יוסף בעת הצורך וע"י ר"מ השיב מענה ר"י הנ"ל לבראד כ"פ עכ"ל ומלשון ע"י כל האותות והמופתים נראה קצת שלא היה ידיעה ממש רק שם אותותיו אותות שזהו האיש וכיון שאין כאן ידיעה ברורה חש לה הרב הג' אב"ד נ"י למלתא אולם חתר היבשה בצידי צדדין להתיר ודבריו אהובים וברורים וא"צ חיזוק:

ולרווחא דמלתא אמינא אוסיף מיא כו' דהנה מה שהביא הג' אב"ד נ"י מדברי הר"ן בתשובה בענין ספק שנולד מחמת קריאת שמו חיים יש לדחות מלבד מה שדחה הרב בעצמו דשם היה ההיתר אף בלא הזכרת השם כו' אף בלא"ה אין הנדון דומה דהתם כתב הר"ן טעמא לפי שהועד שאמר בשעת יציאתו שירחיק נדוד וישנה שמו כדי שתהיה אשתו עגונה ולכן שפיר אמרינן דהשם הוי כ סימן העשוי להשתנות וכן כתבתי בתשובה סימן דמשמע מדברי הר"ן שלולי זאת לא היה קורא לו שם סימן העשוי להשתנות אלא היו מחזיקין ל סימן מובהק ביותר שהרי אנו מתירין רוב העגונות ע"פ עדות שמו וש"א אע"פ שלא הוחזק רק מפי עצמו אלמא דסימן מובהק הוא ואינו עשוי להשתנות רק בכה"ג שאמר קודם מעשה שבדעתו לעשות כן אז מיקרי ספק שאע"פ שחזקה על אדם מישראל שאינו משנה שמו מ"מ עכ"פ לא יבצר ממנו אשר יזם לעשות ואפשר שעבר עליו רוח קנאה חמת גבר לעגן את אשתו ויעש כאשר דבר משא"כ בגוונא דנ"ד דשתיק ולא אמר מידי אין לנו לתלות השינוי:

אולם העליתי בתשו' שם דודאי יש מקום לומר שמשנה שמו לאיזה סיבה וכדאמרינן בגיטין בני אדם' העולים משם לכאן יוסף וקורין אותו יוחנן וכתב הרא"ש שכן דרך הגולים מחמת ממון או מרדין משנים שמם שלא ירדפו אחריהם ומ"מ אי אתיא אתתא לקמן שמת בעלה ברחוק מקום ולא נודע כ"א על פי עצמו שרינן לה כדמוכח מהא דיוחנן בן יונתן כו' וכמ"ש הרא"ש ומהרי"ק בתשובה ול"ח שמא שינה שמו במקום ההוא או שם עירו לאיזה סיבה שהיה צריך לכך משום דמ"מ אין זה רק מיעוט לבד דהא רובא דעלמא אע"ג דניידו ומטולטלין בדרך וקובעים עצמם במקום אחר אינם משנים שמם ושם עירם שיצאו משם כלל ולכן אם נודע מפיו שכך שמו אין תולין בשינוי כלל וא"כ בנ"ד אם נאמר כי שם יוזפא לא מן השם הוא זה והוא שם בפ"ע א"כ זה שהיה שמו שם יוסף אין תולין בשינוי כל שלא גילה דעתו מקודם וגיזם לעשות כן ואינו זה שנקרא יוזפא שהוא שם אחר:

אך באמת ז"א דהא דלא תלינן בשינוי משום דרובא דאינשי לא חציפי למעבד הכי וכדאמרינן בב"ב כל שהוחזק שמו ל' יום בעיר אין חוששין לו משום דודאי אין מחליף שמו וכ"כ ה"ה בשם בעה"ע הביאו ב"י בח"מ סימן מ"ט דאפי' שם הלוה והמוכר א"צ להכיר דלא חציף אינש לשנות שמו ואף קודם ל' יום דאמרינן התם דצריך שיהיה מכירין כו' מ"מ נראה מדאורייתא ל"ח כלל שיהיה חצוף לשנות שמו דהא אמרינן בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין והארכתי שם בזה ולפ"ז נראה פשוט שלא נאמרו הדברים אלא בשינוי השם גמור כגון מיוסף ליוחנן וכיוצא בו דל"ש דמשני שמייהו

שמתיירא פן יתבדה ויאחז משא"כ יוסף ויוזפא כיון דבאמת חד שמא הוא נינהו אב ותולדה דידיה ומה"ט א"צ לכתוב המכונה משום שאין כאן שמות מחולקים ובכה"ג שפיר מיקרי ואמר שזה שמו יוסף כיון שאפילו יתוודע ששם החול במדינה אחרת הוא יוזפא בפשיטות מצי לאשתמוטו ולמימר דנקט מלתא בדעתיה להיות נקרא בשם העיקר שלו ולהשתמש בו אף בתורת חול ואין כאן חציפות כלל כיון דגם יוסף הוא שמו ואדרבה הוא שמו המובהק ביותר משא"כ אם אנו צריכין לחוש שעקר ממנו שם הראשון לגמרי וקורא לו שם חדש להא ל"ח למעבד מלתא מחצפא כגון דא:

ועוד יש מקום לומר דע"כ לא אמרינן דלא חציף לשנות שמו אלא כגון התם שאנו באים לחוש שיעשה עי"ז מעשה רמאות ללות או למכור שדה שאינו שלו או ליתן גט לא"א אחר בזה אמרי' דלא חציף משא"כ היכא שאינו עושה מעשה עי"ז אפשר דשפיר מתרמי לפעמים שמחזיק לעצמו שם אחר מחמת איזה סיבה כגון מחמת ממון או מרדין וכיוצא בו אלא דמן הסתם אין חוששין שמא היה צריך לשנות שמו ושינה אותו ולכן כשזה גילה דעתו מקודם שרוצה לעשות כך ודאי דהוי סימן העשוי להשתנות וכמ"ש הר"ן וכן בנ"ד כיון דמה שאומר שהוא בן ר"ל טשארקוויר והניח אשה ושני בניה בבראד הוא מורה באצבע כי הוא בעל האשה שפיר אנו תולין שהחזיק עצמו בשם יוסף מטעם כמוס עמו אך דמדברי ה"ה פ"א מהלכות א"ב על מ"ש הרמב"ם איש ואשה שבאו ממדה"י כו' אם הוחזקו בעיר ל' יום הורגין עליו ורשם ה"ה מוצא הדין ממימרא דרב בב"ב כל שהוחזק שמו ל' יום כו' וע"כ שסובר דאף בלא עשיית מעשה ברמאות אין חוששין לו שיחליף שמו משך שלשים יום וכמ"ש ג"כ הרשב"ם והנ"י שם ולכן למד משם לאומר זה אשתי ובתשו' סימן כתבתי דאין ראיה כ"כ מדרב דלא חציף לשנות שמו פן יתבדה ויאחז ע"י המכירים אותו משא"כ בזה אשתי דלא עביד לגלויא ועיקר דברי הרמב"ם הם מירושלמי דקידושין רק שלא תאמר דכיון דבש"ס דידן לא נזכר בקידושין ל' יום אין לסמוך בזה על הירושלמי לזה הביא סמך מש"ס דידן שכל דבר שאדם מתחזק בו ל' יום אין חוששין שמא איזה סיבה שצריך לה או רמאות אלא חזקה שכשמו כן הוא וס"ל דה"ה לענין זה אשתי ומה דסתם הש"ס בקידושין היינו משום דסתמא דמלתא כך הוא דבל' יום הוי חזקה:

ועכ"פ מבואר דלעולם ל"ח לשינוי השם אף בלא עשיית המעשה כלל אך בנ"ד שלא הסב שמו לשם אחר שהרי גם שם זה הוא קבוע לו ואדרבה הוא נקרא שם המובהק שלו שעולה לתורה וחותם בו וזה השם כותבין אותו עיקר בגט ואע"ג דגם בחניכא שהכל קורין כתב הרא"ש בגיטין דכשר לכתחלה מ"מ מבואר מדבריו דשם שעולה לתורה

וחותם קורא אותו שם המובהק וכבר עמדו קצת מפרשים על דברי תה"ד בזה ואין כאן מקומו דעכ"פ בנ"ד שקרא עצמו בשם שעולה לתורה וחותם בו פשיט דל"ש לומר דחזקה שאינו משנה שמו פן יוודע הדבר דזה דוקא בשם אחר לגמרי כי בוז יבוזו לו משא"כ אם קורא עצמו בשם המיוחד שלו שהיה משתמש בו קודש ועתה משתמש בו חול אין בזה כדי בזיון דאפשר דטפי ניחא ליה בקריאת שם המובהק ממה שיקרא בשם החניכה וכדאמרינן במגילה ולא קראתי לחבירי בחניכתי ואע"ג דהתם בחניכה שהוא לגנאי מ"מ הא אמרינן התם ולא כיניתי שם לחבירי ופירוש התוס' אפי' כינוי שאינו של גנאי וא"כ י"ל אע"פ שזה היה מסודר ובא לו הכינוי בעת פרישתו מ"מ כיון שהוא במדינה אחרת שעדיין לא ידעו משמו וכינויו ניחא ליה טפי ויכיר יכירנו לאחרים בשם זה:

וגם קרוב הדבר כי בתחלת ביאתו ניכר שם ע"י עלייתו לתורה שבשעת עליה לתורה מה שמו והגיד להם שם יוסף והחזיקו בו אנשים בשם זה מחמת ששמעו שעלה בזה לתורה והוא לא הקפיד על הדבר להודיעם כי שם החול שלו הוא יוזפא ולכן מאז הוחל לקרא בשם יוסף ועוד י"ל לפי שיש חילוק במבטא בין אנשי מדינתינו לאנשי אשכנז וענגלאנד שלפי הברתינו בשם יוזיפא מדגישים הזיין יותר מן הסמך שבשם יוסף אבל באותן מדינות בלשון טייטש קורין ליוסף יאזף ואעפ"כ במכתב הם כותבין יוסף וא"כ אין שינוי כלל בין שם הנכתב בג"ע לשם הנקרא בו וע"פ הברת הספרדים שמדגישין הפ' כמעט אין הפרש כלל בין יוסף ליוזפא וכבר כתבתי בתשובה סימן בענין מ"ש הב"ש שא"צ לכתוב נתן המכונה נטע שקרוב הדבר שזה נאמר לפי הברת הספרדים שמדגישין התי"ו בתיבת נתן שפיר הוה נטע קיצור השם וה"נ לענין הברת יוסף ויוזיפ' שלפי הברת עם ועם כלשונו אין כאן שינוי כלל ואף אם היה שינוי מועט אין בזה כדי להחמיץ הדין ולומר שלא כמו שהוא נכתב בג"ע הוא נקרא דפשיטא דכל כה"ג לא דייקינן בשמא ולא קפיד אמלתא:

אך אח"כ הובא לידי אגרת אחת מר"מ הנ"ל ונראה מתוכו שהיה נקרא בלונדן יוסל שהוא כינוי ליוסף והברתו חלוקה מיוזיפ לגמרי ומ"מ קרוב לשמוע מ"ש שלפי שקראוהו לתורה בשם יוסף אז הוחל לקרוא בשם יוסיל שרובא דאינשי ששמם יוסף קרי להו יוסיל ואיהו לא קפיד בהכי ועוד דממ"נ אם נאמר שזה האיש שמת בטשערליסטאן הוא היה האיש שהיה בלונדין שר' מאיר מעיד עליו א"כ הרי ר"מ מעיד בפי' שידוע לו שהיה שמו בבראד יוסף יוזפא ע"פ אגרת מאביו מבראד לשם ואשר המציא מענה משם לבראד וכמ"ש בתחלת דברי בזה ואם נחוש לומר שאינו זה א"כ אין לנו לדון על הענין שהיה בלונדן כלל רק אנו צריכין לדון על הענין שהיה באמעריקע בעיר הנ"ל וכפי העדות

הנ"ל קרא עצמו קודם מותו בשם ר' יוסף בר' לייזר טשערקבור מבראד וכיון שלא נמצא בבראד אחר כ"א זה האיש שהיה נקרא בכאן יוזיפ שפיר תולין לומר שאע"פ שההברה היה יוזיפ מ"מ נכתב בעדות יוסף שלפי הברת לשונם דא ודא אחת היא או שזה לא הזכיר לו רק שם הקודש שלו מחמת שהיה בהול על מיתתו וכמ"ש סברא זו ג"כ הגאון אב"ד מהא דאמרינן בש"ס שאמר כתבו יכתבו ויתנו ועדיף מההיא דהר"ן שהיה שינוי השם לגמרי ותולין ששינה במתכוין לפי שאמר תחלה שישנה וכאן אע"פ שלא אמר שישנה מ"מ אין זה חשוב שינוי כלל וכמ"ש:

וגדולה מזו מצאתי בשו"ת פנים מאירות ח"ב סימן קי"ד דאיתא שם עובדא כה"ג שא' אמר קודם מותו שהוא ממקום פלוני ויש לו שם אשה ובן זכר והגיד שמו ר' יחזקאל בן ר' יהודה ובעל של האשה העגונה היה נקרא במקומו בשם החול העס ושמו הקודש חזקיה והנה מ"ש שם מסוגיא דגיטין והוא דאיתחזק בתרי שמות כו' והאריך בזה ומזה הוציא דינו דבגיטין וכה"ג מגרשין אשתו ואע"פ שאין ידוע ששינה שמו הדברים תמוהים והדבר ברור שלא היה סומך למעשה להקל בזה אף בעגונה אם לא מטעמים שכתב אח"כ דנוכל לומר דאין כאן שינוי השם דשם קודש הוא חזקיה בר' יהודה והוא אמר שנקרא חזקאל בר יהודה ומאן יימר דחזקאל הוא קיצור השם ליחזקאל דלמא הוא כינוי לחזקיה כמו יעקב יעקל כו' מ"מ בנ"ד שעכ"פ לא יצא מליכטן פעלד מי שהיה שמו יחזקאל אלא חזקיה א"כ תולין שם זה בשם חזקיה ואין זה שינוי השם כלל כו' ע"ש הרי מבואר שלא הקפיד רק על מה שהיא קצת שינוי בשם הקודש אבל במה שלא הזכיר שם החול שלו העם לא הקפיד כלל דכיון שהזכיר שם הקודש שהוא שם המובהק שלו די בכך ואף שיש קצת לחלק דדוקא גבי שם העס י"ל שהעלימו לפי שלא היה לכבודו כ"כ וכמ"ש בשו"ת כנסת יחזקאל סימן ס"ד בא' שהיה שמו יחזקאל ושם החול העס ואח"כ הקפיד על שם העס והיה לו לגנאי ונשתקע השם כו' משא"כ בשם יוזפא דלא חזינן מי שמקפיד ע"ז ויחשוב שם כינוי זה לגנאי אך אין נראה לחלק בזה ואפשר שבמדינות הרחוקים ג"כ לא שכיח שם יוזיפ ולכן הכחידו תחת לשונו ונקט שם המובהק ואדרבה הכא עדיף שהוא קרוב מאד במבטא ומה"ט א"צ למכתב המכונה משא"כ בהא דחזקי' שצ"ל במכונה העס ואפ"ה צידד הפמ"א להתיר בזה ואף שהיה קצת פקפוק גם בשם הקודש ומכ"ש בזה ולסברא הא' שכתב הפמ"א שם כיון שלא יצא מליכטן פעלד אדם מאשתו כו' אמרינן שהוחזק עצמו בשם אחר מטעם שכתב הרא"ש שכן דרך הגולים כו' ניכר שהיה בעל פליטה כו' א"כ נראה דגם בנ"ד כיון שזה הרחיק נדוד אע"פ שמשום זה אין לתלות שיעלים שמו לגמרי ויקרא לעצמו בשם אחר כמ"ש במ"א מ"מ בכה"ג

שהוא מתנכר ע"י שנקרא בשם הקודש שלו שלא יהיה לבוז אך אם יתוודע שזה שמו הקודש ובפרט שהוא קרוב במבטא לשם החול שפיר תולין בזה ואמרינן שהעלים שם החול במתכוין ואנו דנין אותו כאלו היה עד דעלמא שמעיד שמת איש א' בן ר' לייזר טשארקיבר מבראד ושמו יוסף שיש לנו לומר שתולין שזה העלים שמו החול מאיזה סיבה ולא אמרינן עדות מוכחשת היא מינה ובה ומה חזית שיהיה נאמן במה שאומר שהאיש שמת היה בן ר' ליזר טשארקיבר מבראד נאמין לו במה שאמר שהיה שמו יוסף דז"א דכיון דעד"ז אנו יכולין לכוון העדות שהאמת אתו במה שאמר שהוא בן ר' ליזר ומה שאמר שהיה שמו יוסף על שם הקודש שלו שקרוב שישתנה לפעמים ולא יבדיל בין קודש לחול משא"כ אם נאמר להיפך א"כ ע"כ במה שאמר שהוא בן ר' לייזר טשארקובר מבראד שקורי משקר בזה וקי"ל דכל מה שאנו יכולין לתרץ שיהא העדות קיים אנו תולין בטעות דעביד למיטעי וכיוצא בו ועיין בשו"ת ב"ח סימן צ"ד שכתב וגם היכא שמוכחשין מדברי עצמם בחקירות מסתברא שאין לחלק בין הכחישו זא"ז להוכחשו מדברי עצמם דכל עצמו של דבר מפני שהקילו חכמים בעדות אשה כו' דחשבינן הכחשה זו לדברים בטילים וכאלו לא אמרו דבר אבל גוף העדות קיים עכ"פ ולמעשה צ"ע ע"כ הרי מבואר דאף בהכחשה בחקירות מדברי עצמם מסתבר ליה להתיר אלא דבנ"ד אם היינו אומרים דהוי הכחשה מיקרי הכחשה בגוף הדבר ואין לדמות למ"ש הר"ן בתשובה סימן מ"ז שכתב ועכשיו אני דן אם יש לפסול אותו מפני שהעיד שהיה שמו אברהם והוכחש בזה כו' ומסתברא דלהא ליכא למיחש כו' ע"ש והבאתיו בתשובה הקודמת לזה דהתם עכ"פ מעיד שמת אחי הבעל ואע"פ ששיקר במה שאמר שהיה שמו אברהם לא איכפת לן כיון שנתברר שעכ"פ אין כאן אח אחר משא"כ כאן שאין אנו מכירין מי הוא המת אם בעל אשה זו או לא כ"א מחמת השמות וא"כ מה חזית לומר ששיקר בשם הבעל אימא ששיקר בשם אביו ואינו בן ר' ליזר או שאינו מבראד וא"כ יש לומר דאחרינא הוא:

אבל כבר כתבתי שאין לתלות בשקר כלל רק בטעות או שינוי במתכוין מחמת איזה סיבה וא"כ טפי יש לתלות השינוי בשמו לפי שאפשר שאין זה שינוי כלל כיון שקרא לעצמו בשם המיוחד לו לקודש משא"כ בשם אביו ושם עירו שנצטרך לומר ששינה בהם שינוי גמור לזה ל"ח כמו דל"ח בכל דוכתא שמתירין על פי שידעו מפי עצמו שמו ושם אביו וש"ע ול"ח שמא שינה באיזה מהם לאיזה סיבה אלא ע"כ דל"ח לזה כלל וה"נ אין לתלות השינוי רק במלתא דמסתבר וקרוב שאינו שינוי כלל:

ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"א סימן ס"ו שכתב וז"ל ומ"ש שדברי העד הראשון הם מוכחשים מעצמם שהרי הוא העיד שהדלתות היו נעולות כו' אפ"ה אין עדותו נפסל מפני זה דהא

קי"ל פ"ד כו' ה"נ פ"ד ונאמן במ"ש שהיין הוא אסור אע"פ שדבריו מוכחשים במה שאמר שהדלתות נעולות כו' דשמא בצד אחר נאסר היין או מפני שהניח האוצר פתוח וכיוצא בזה ומחמת כסופ' שלא יאמר אתה הפסדת ייני נתן טענה זו כו' ע"ש:

וראיתי בשו"ת מאיר נתיבים בענין גב"ע שכוונו שם האיש והאשה ושאר דברים רק שאמרו שהיה לו שני בנים והאיש והאשה לא היה להם בנים לעולם ומסיק לאיסור והביא ראיה מתשובת גאונים בתראי ומשו"ת פני משה ח"א סימן פ"ד הבאתי דבריו בתשובה הקודמת ע"ש ומשם תדרשנו לכאן דגם בנ"ד שייך כל הדברים הנאמרים שם ואין ללמוד איסור משם לנ"ד וגם דבנ"ד שפיר יש לתלות בשכחה שנשכח מן מוה"ר משה שמעיד ששמע קודם מיתה שם יוזפא או שנשכח מלכתוב בג"ע כמו שאמר דיין א' שכמדומה לו כן משא"כ התם בנידון דהפ"מ וטעמא רבא איכא לחלק בין אם העד אומר שראה ענין כך וכך ומתברר לנו שהוא משקר אין לתלות בטעות ששכח מה שראו עיניו דבר רחוק הוא דמסתמא הדבר שראה בעיניו עושה רושם בזכרונו וחקוק על לבו ולכן אמרינן דמשקר וכמ"ש הפ"מ במליצתו שהשקרן צריך שיהיה זכרן כו' משא"כ היכא שאינו אומר דבר שראה בעצמו רק מה ששמעו אזניו שהרבה סיבות יש שלפעמים אין מכוין לבו ומטעי קא טעי או שבמשך זמן מה יצאו מלבו ושכח מה אמר לו ועי"ז משתנה הענין קצת והחוש יעיד ע"ז שאינו דומה שמיעה לראיה וע"ש בתשובה הנ"ל שהארכתי גם הבאתי שם שמצאתי בשו"ת פני משה הנ"ל סימן ע"א בענין עגונה שהיה מבואר בגב"ע שמו וש"א וש"ע מק"ק ליפוויץ ושם אשתו ואביה רק שהעד אמר שבעת הבריחה היו האיש והאשה בק"ק זאלקוויא והיו דרים עמו חוץ לעיר בעליה אחת ובהגיע העדות לק"ק קושטאנדינא שהיתה האשה עומדת שם נבהלה האשה ואמרה שמעולם לא עברה דרך ק"ק זאלקווי ולכן צידד מתחלה לאיסור (ע"ש שהבאתי לשונו באריכות) וסוף דבריו דכיון דלא אתכחש בגוף העדות הדרינן למ"ש הרא"ש בתשובה סימן נ"ט דהוי מלתא דלא רמיא עליה כיון דעבר זמן בנתיים משעה שראה העד לשמואל הלז בזאלקווי לזמן העדאתו בב"ד על מיתתו אפשר ששכח וחשב במה שראה האשה שרה עם בעלה בליפוויץ שפט ג"כ בדעתו שראה אותה עמו בזאלקווי ומה גם שיש לשפוט עוד שפיטה אחרת דדלמא העד בהיותו עם שמואל הלז בשכונה א' ראה שם אשה אחרת ואפשר נכבדות מדובר בו בעד זה ואל אשת רעהו לא נשא עיניו וע"כ לא הביט הטיב וסבור שהוא האשה הנזכרת כו' ואף שיאמר האומר שאין זה משפט ישר ולא שפיטא אמיתית כו' נקטינן מהמקובץ דאין לחוש לא לתרי שמואל כמ"ש וגם דלמא סהדא שיקרא הוא דלענ"ד בחזקת כשרות הוא ומה שהאשה מכחשתו אע"ג דודאי האמת אתה

לאו הכחשה מיקרי דכגון דא לא דייק העד דלאו מעיקר העדות הוא וידעתי כי כך דעת עליון התייר הגדול כו' בפרט כי העגון רב היא ושריא להתנסבא לעלמא עכ"ל הנך רואה כמה כרכורים כרכר להתיר האשה עד שהוא עצמו גמגם בדבר ואע"פ כן לא השיב ידו מלהתירה ואע"ג דהתם הוצרך לתלות בענינים רחוקים ואע"ג דטעמא קא יהיב דלאו מעיקר העדות הוא ובנ"ד עיקר העדות תלוי בזה שאני התם דהכחשה גמורה היא משא"כ בזה שאין כאן הכחשה כלל ואם אנו דנין על ענין העדות אין כאן הכחשה כלל שהרי באמת היה שמו יוסף רק שהיה צריך להזכיר לוד שם החניכה שלו וכיון דאיכא למיתלי כי זה דבר השמטה מחמת טעות או שכחה תלינן ופשיטא שאין לנו לפסול העד או לתלות בענין רחוק דאתרמי שמא כשמא כמ"ש הפ"מ שם דכל הנביאים המה הרבנים מהריק"א ומהרשד"ם התירו מטעם צירוף הוכחות דמי אתרמי הכי והכי גם מר"ן זקיני כו' גם מהרש"ך כו' וכולם מרועה אחד מימרא דר"י בגיטין ומהרי"ק שורש קפ"ה הרחיב כו' וכ"ש בנ"ד דמיירי במיתה דקיל מנידון דר"י דמיירי בגט דאפשר לשלוח גט אחר וכמ"ש מהרי"ק כו' ע"ש ובנ"ד פשיטא דאיכא אמתלאות טובא שהאיש אשר היה בעיר לונדן שודאי היה שמו יוסף יוזפא כנראה מהאגרת שבאו לר"מ אודותיו והוא השיב עליהם הוא האיש אשר הלך לאמעריקא ונפטר שם ואין לחוש שמא איש אחר הלך לאמעריקא והעלה שמו כן שאע"פ שמתחלה שינה שמו כדי ליחס עצמו לקרוב עם ר"מ הדר שם כמאמר חז"ל אבב חניתא נפישי אחי מ"מ כיון שקודם מותו הודה ולא בוש כי שמו ר' יוסף בר' לייזר טשארקיבור מבראד ודאי קושטא קאמר לפי שחזקה שאין משקר בשעת מיתה וכיוצא בזה כתב הר"ן בגיטין גבי הא דגיטו כמתנתו וז"ל נ"ל דה"ק מאן לימא לן דתנו לה רצה לומר דלמא רצה לשחק בה א"ו דה"ט דקים לן שכל אלו מתיראין על מיתתן ואין אדם משטה ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו וכיון דטעמא משום הכי הוא אף מתנתו ככל הני דלא צריך למקני' מיניה כו' ע"ש ובודאי שיש לנו לסמוך על אילן גדול הר"ן ז"ל דכיון שזה הודה בשעת מיתה שהוא בן ר"ל טשארקיבור מבראד בודאי אינו משחק ומשטה כלל רק קושטא קאמר ואע"פ שהזכיר את שמו יוסף כדבריו כן הוא שמו הקודש ולמאי ניחוש לה שהרי אין פה אחר כלל:

וגם אין לחוש לעיר בראד אחרת בעולם כיון שמבואר שם באגרת של ר' מאיר שמתחלה כינה לעצמו שם אחר הרגיל במשפחת של הדובנר דאקטרין מפה ק"ק בראד כדי להיות שאר בשר עם ר' משה הדר שם שהוא בן אחותו של הדאקטרין וא"כ אין כאן לחוש לבראד אחר כלל שהרי ידוע שר' משה הנ"ל הוא בן אחותו של הדאקטרין הדרה פה ק"ק יצ"ו ואם כן כשחזר והודה שאינו זה רק בן ר"ל טשארקיבור מבראד אם איתא דעל בראד

אחרינא קאמר ודאי דהיה מפרש דבריו וגם דבר פשוט דכולי האי לא אמרינן דאתרמי ומכ"ש לפי המבואר במעשה ב"ד מלונדן שר"מ אומר שנתברר לו בראיות ומופתים כי זה האיש שהלך מלונדן הוא האיש שמת בטשערליסטאן אצל ר' משה הנ"ל אין לנו לחוש שמא לא דקדק הטיב ובאומד הדעת קאמר כמבואר בפוסקים ועוד ה"ט מכל הלין טעמי הנני מסכים הולך על דברת ידיד ד' הרב הגאון אב"ד פ"ק שאשה זו אשת ר' יוסף יוזפא בר' ליזר טשארקבור מפ"ק מותרת להנשא לעלמא בתנאי שיסכים עוד רב גדול מפורסם מחכמי סג"ל עדותינו יצ"ו דברי זעירא מן חבריא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה כז

שאלה איש אחד מק"ק אוסטרהא מוכר ספרים פנה לסובב עם ספריו ומטלטליו כדרכם לחזור בעיירות הסמוכים ונתעלם מן העין והועד עליו בק"ק הארין גראד העיר הקרובה לק"ק הנ"ל בערך פרסאות. שנטבע סמוך לשם בנהר הארין כאשר באו הדברים ברוב ענין בג"ע שהוגבה בב"ד דק"ק הנ"ל. וה"ה כבוד מחותני החכם המופלג החריף ובקי מוהר"ר חיים כ"ץ נ"י מק"ק אוסטרהא פתח בהצלה תחלה וקא מהפך בהיתרא דהך אתתא והדר שדרה לקמאי וביקש ממני לחוות דעתי בזה. תשובה ראיתי דברי מחותני החכם הנ"ל והם טובים ונכוחים שיש כמה צדדים להתיר אשר הם כדאי לסמוך עליהם בפרט במקום עיגון ושעת הדחק והנה לפי מעט הפנאי לא נפניתי להאריך לעמוד על כל שיטה ושיטה רק אבאר בקצרה דבר הצריך לענינינו ומתחלה נדון בדבר סימן אורך ורוחב של הכיס של פשתן שאמרה האשה לכאורה יפה דן החכם הנ"ל דמדברי התוס' ב"מ והרא"ש שם מבואר דאינו סימן מובהק וכ"מ בש"ע אה"ע סימן קצ"ג והשיג על המ"ב סימן ס"ג שכתב דסימן אורך ורוחב הוי סימן מובהק והביא ראיה מהש"ס דב"מ ובאמת ז"א לפי מ"ש ברא"ש שם והאריך בזה:

והנה מדברי הרי"ף והרמב"ם נראה דהוי סימן מובהק וכמ"ש גם כן החכם הנ"ל ולענ"ד הוא מבואר בתלמוד ערוך בב"מ דף קכ"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא כו' אבל גלימ' לא ורב ששת אמר אפילו גלימא אפשר דמכוון מדת ארכו ורחבו הרי מבואר דסומא יכול להעיד ע"י שאומר סימן מדת ארכו ורחבו ומוציאין הטלית ע"י עדות זה מיד מי שהוא מוחזק בה ואפי' שמואל דאמר התם אבל גלימא לא פירש הרשב"ם שם דאמידה לא סמכינן דהרבה טליתות מדותן שוות א"כ בגט שאינה בא במדה להיות מדה אחת לכל היריעות שפיר הוי סימן מובהק כיון דאי לאו שדרכם לבא במדה הוי סמכינן עליה להוציא ממון וזה דוקא בסימן מובהק כמ"ש האשר"י בב"מ דף ע' לענין

סימן משקל דדוקא במציאה הקלו להחזיר בסימן כל דהו אבל להוציא ממון בעינן סימן מובהק ועי' בש"ך סימן רצ"ז והלכך שפיר ס"ל להרי"ף והרמב"ם דמהני סימן מדת אורך הגט אי לאו מטעם המבואר שם ובארכו שלחוט מהני דהוי סימן מובהק:

וא"ל דהא להנך אמוראי התם בב"ב איתותבו מברייתא דבר פשוט הוא דדוקא לענין הא דמכשרי עדות הסומ' איתותבו מברייתא דהברייתא ס"ל דסומ' פסול לעדות מקר' דוהוא עד או ראה כמבואר ברמב"ם ה"ל עדות ובהרא"ש ב"ב שם אבל בפקח כה"ג שפיר יכול להעיד על ידי סימני אורך ורוחב:

ומצאתי בנ"י ב"ב שם שכתב וז"ל ומיהו נפקא לן מהא דפסלינן משום תחלתו וסופו בכשרות משמע דבכה"ג שהוא כשר נאמן ומפקינן מיניה הגלימ' או החתיכ' של כסף וה"נ מסקינן באלו מציאות ומתמהו רבוותא דהרי יש לחוש לרמאות וכו' לכך נראה דמיירי כגון שהנתבע טוען החזרתי לו אותו כלי שהעדים מעידים אלו הסימנים כו' ע"ש ונראה מבואר דהכי קי"ל לדינא וא"כ מבואר דס"מ גמור הוי היכי דל"ש לחוש מפני הרמאות ואפילו בסימן משקל כדר"פ ומכ"ש בסימן מדה דגבי גלימ' ומכ"ש הסימן מדה בדבר שאין הדרך לעשות במדה אחת אך מ"מ מה דמשמע דגם משקל בנסכ' הוי סימן גמור להוציא על ידו לכאורה סותר דברי עצמו בב"מ פרק א"נ גבי הא דבדקינן גברא דאית לי' דהבא פריכ' כו' וז"ל וא"ת כיון דמשקל הוי סימן אמאי לא מפקדי י"ל דלא אמרי' הכי אלא גבי מציאה דלאו אפוקי ממונא הוא אבל היכא דהוי אפוקי ממונא כו' לא יהבינן אלא בסימן מובהק אבל משקל שהוא סימן כל דהו לא עכ"ל וכ"כ לעיל בשם הרא"ש ואף שכתב הנ"י דבב"ב מיירי לענין טענת החזרתי בפקדון מ"מ נראה מדבריו דאי לאו משום חשש רמאות הי' מועיל סימן משקל להוציא על ידו ועוד דגם ההיא דא"נ מיירי ע"י עדי פקדון דאל"כ אף בסימן מובהק אין מוציאין דאכתי הוי טענינן לקוח כמבואר שם ואפ"ה סימן משקל בנסכא לא מהני ונ"ל דהנ"י לא קאמר אלא דבכה"ג מועיל העדות על ידי הסימנים אבל מ"מ לענין סימן משקל בנסכא לא קי"ל כר"פ אלא כשמואל ור"ש דאמרי נסכא לא וכדמוכח מההיא דא"נ:

ועכ"פ לענין סימן מדת אורך ורוחב מבואר מהך דב"ב דהוי סימן מובהק אלא שיש לדקדק לפי זה מהא דאמרינן בב"מ דף ך"ג מדמשקל הוי סימן מדה ומנין נמי הוי סימן משמע לכאורה דלא פשיט ליה כולי האי שיועיל סימן מדה אלא דילפינן לה ממשקל וכיון דמשקל גופה לא הוי סימן מובהק להוציא ממון כמש"ל מדברי הנ"י והרא"ש מדה נמי לא הוי סימן להוציא על ידו ולפי"ז צריך ישוב הא דב"ב דמשמע שמוציאין ע"י סימן מדה או משקל גם צריך ליישב דבב"מ משמע דסימן משקל פשיטא ליה טפי

ממדה ובב"ב משמע להיפך דהא מ"ד אפילו גלימא ס"ל דנסכא לא ואפשר לומר דהך דב"מ דיליף מדה ממשקל היינו מדת ארכו ורחבו דגלימא דההיא לא הוי סימן מובהק אליבא דשמואל בב"ב דס"ל גלימא לא משום שהרבה טליתות מדתן שוה והיינו דיליף לה ממשקל דהוי סימן בכלי כסף כו' דמהני כשמכוון משקלותיו אע"פ שביקש יותר לכוון המשקל ואפשר שעל הרוב גם כן עושין חתיכות נמצא במשקל אחד ובב"מ איירי התם אליבא דר"ש כדקאמר התם בעו מיני' מרב ששת כו' ואיהו ס"ל בב"ב דגבי נסכא אין מוציאין בעדות הסומא וכיון דגבי אבידה תניא דהוי סימן כדאיתא התם כלי כסף וגסטרין דהיינו שברי חתיכות א"כ כ"ש דמהני סימן מדה באבידה דמהני לדידי' אפילו להוציא כדקאמר בב"ב אפילו גלימא ולפ"ז מתפרש מאי דקאמר ומדמשקל הוי סימן מדה נמי הוי סימן בתורת קו"ח אתי עלה והך דב"מ דמוכח מיניה דמשקל ל"ה סימן להוציא ע"י אתיא כשמואל ור"ש דס"ל בב"ב בנסכא לא:

שוב מצאתי בנ"י פרק אלו מציאות שכתב וז"ל והרא"ה כתב וכו' והכא הכי פשטינן מדמשקל בכלי כסף הוי סימן מדה בגלימא כ"ש דהוי סימן דטפי הוי סימן מובהק מדה בגלימא ממשקל בנסכא וראיה לדבר מדאמרינן בי"נ גבי היה יודע בעדות כו' משמע דמ"ד נסכא לא סבר דמדת משקלותיו בנסכא לא חשיב כמדת ארכו ורחבו בגלימא עכ"ל הרי מבואר כדברי דבתורת ק"ו אתי עלה ומ"מ דוקא גלימא איצטריכא ליה משום דבכה"ג י"ל שאינו ס"מ כ"כ וכדשמואל דסבר גלימא לא משום דס"ל שהרבה טליתות מדותן שוה ולמאי דס"ל לר"ש אפילו בגלימא הוי ס"מ גמור כיון שהוא מועיל להוציא על ידו בעדות הסומא וא"כ מכ"ש בגט שאין המדה שוה גם שמואל מודה דמהני ולפ"ז אזדא ליה ראיית החכם הנ"ל שהשיג על המ"ב מדברי התוס' בב"מ דף ך"ז שכתבו ד סימן אורך ורוחב לאו סימן מובהק הוי משום דקיימו אהא דזה אומר מדת ארכו כו' דמיירי בגלימא וכמו שהוכיחו התוס' מדאמרינן ינתן למדת משקלותיו והיינו משום שאין דרך לשקול טלית והלכך שפיר ס"ל בהא דלא מיקרי סימ' מובהקים גמורים וכדשמואל דאמר גלימא לא וס"ל להתוס' כיון דלא קי"ל כר"ע לענין סימן משקל להחזיקו בסי"מ כדמוכח מההיא דאם כן ה"נ לא קי"ל כר"ש לענין מדה בגלימא כיון דמשמע בש"ס לענין אבידה מדמי להו להדדי ואף שי"ל כדכתיבנא דהתם בתורת ק"ו אתי עלה ולענין להוציא ממון עדיף מדה ממשקל ס"ל להתוס' דאין לחלק ביניהם אלא כדשמואל קי"ל דגלימא לא והלכך לא הוי סימן אורך ורוחב סימן מובהק גמור רק להחזיר אבידה ולא להוציא ממון:

ולפ"ז גם התוס' אזלי ומודו היכא דלא שייך הך סברא דהרבה עושין מדות שוות שפיר הוי אורך ורוחב סימן מובהק ושפיר כתב הרב מ"ב בנידון דידי' באורך הצלקת דהוי סי"מ וממנו נקח לנ"ד שאין קצה לאורך הכיס ורחבו וכל שהוא מכוון הוי סימן מובהק גמור: שוב בא לידי ספר שיטה מקובצת על ב"ב וראיתי שם בדף קכ"ח כתב בשם עליות רבינו יונה ז"ל וז"ל שלח לי' ר' אבא כו' מ"מ שמעינן מדרב ששת ור"פ לענין עדים כשרים שאם תבע לחבירו כו' מוציאין אותו מהתובע בעדות סימנים ואע"פ שאין מכירין בט"ע ולא אמרינן דלמא אחרני כו' כיון דסימן מובהק דאורייתא אין הנתבע נאמן בכך אע"ג דאיכא מיגו כו' ובפרק א"מ נמי מוכח דאי סימנים דאורייתא מעידין על סימנים שבגוף אדם להתיר את אשתו ולא אמרינן דאתרמויי אתרמי ומדמי לה התם בגמר' לשאר סימני כלים ודוקא סי"מ אבל ב סימן שאינו מובהק לא דקי"ל כרב אשי דמספקא לי' אי סימנים דאורייתא או דרבנן הלכך אי סימנים דרבנן לענין מציאה הוא דתיקון כדאמרי בב"מ מ"ט אמור רבנן מהדרינן אבידתא כו' אבל לאפוקי ממון מחבירו ודאי לא מפקינן אלא ב סימן מובהק ושמואל ור"ש ור"פ בהא פליגי דשמואל סבר מדת ארכו ורחבו לא הוי סימן מובהק ור"ש סבר סי"מ הוי דלא מתרמי שיהא גלימא של זה מכוון באורך ורוחב גלימא של זה ואע"ג דמדה ומנין לא הוי סימן מובהק דהא אמרינן בא"מ מדמשקל הוי סימן מדה ומנין נמי הוי סימן אלמא דלא עדיף מדה ממשקל ובמשקל ס"ל לר"ש דל"ה סימן מובהק מדקאמר אבל נסכא לא התם במדת תבואה ופירות דאיתרמויי איתרמי אבל ודאי לא מתרמי שתהא גלימא של ראובן באורך ורוחב כגלימא של שמעון ור"פ דאמר אפילו נסכא אפשר דס"ל סימן דאורייתא פירש אפילו סימן שאינו מובהק וכדמוכח' ההיא דרב אשי והא דקאמר ר"ש נסכא לא לאו משום דס"ל משקל ל"ה סימן דהא אמרינן בב"מ א"ל ר"ש תניתוה כו' אלא ס"ל לר"ש משקל ל"ה סימן מובהק וסימנים לאו דאורייתא כן נראין הדברים ויש ראיה למ"ש דמדה ומנין ל"ה סימן מובהק מהא דיבמות ההוא גברא דאפקי' שומשמי כו' והלכתא חיישי' אלמ' מדה זמנין לא הוי סימן מובהק וה"ה למשקל דהא מדמינן להו בב"מ כו' עכ"ל הנה העתקתי מקצת הלשון לפי שאין הספר מצוי ביד כל אדם והנך רואה כי בכלל דבריו דברי ומ"ש לבסוף דמדה זמנין ל"ה סי"מ מבואר שר"ל בכה"ג דמדת תבואה ופירות אבל לא במדת גלימא ומבואר בדבריו דבכה"ג הוי סימן מובהק להתיר אשה על ידי סימן כזה ועתה נבא לבאר במה שנראה מדברי הרא"ש דאורך ורוחב לאו סימן מובהק הוא ואפ"ה בגט מחזירין לאשה מטעם דהאשה שאמרה גרשתני נאמנת כו' ע"ש הנה מדברי הרא"ש מבואר שלא היה בגרסתו ככתוב בספרים שלפנינו אי לימא במדת ארכו ורחבו דלמא בהדי דנקיט לי' חזיתי' דלפום הך

גרס' מבואר בש"ס להדיא דמדת אורך ורוחב לא מהני בגט ודלא כהרא"ש וצ"ע על הב"י סימן קנ"ג שהעתיק דברי הש"ס הגרס' שלפנינו ועל זה העתיק דברי הרא"ש והטור דהא ודאי הרא"ש והטור לא גרסי הכי ולפי גרסא שלפנינו מבואר דאי לאו הך חששא דבהדי דנקיט ליה חזיתי' שפיר הוי מהני הך סימנא דאורך ורוחב הגט כמו דמהני מדת אורך החוט וטעמא דמלתא דגבי מדת אורך החוט ל"ח דילמא בהדי דנקיט ליה חזיתיה כמבואר בשיטה מקובצת בשם הריטב"א ותלמידי הרי"ף דמחלקין בין סימן ארכו ורחבו של גט דשם מיד שתראה אותו ביד הבעל תוכל לשער מדתו כשהוא קורא בעודו פשוט בידו משא"כ גבי חוט שנכפף לא תוכל לשער מדתו ע"ש וא"ל דאף לפי גירסא זו הוי אורך ורוחב סימן שאינו מובהק ומ"מ אי לאו חששא דבהדי דנקיט כו' הוי מהני כיון שאומרת גרשתני וכדברי הרא"ש דז"א דא"כ מאי פריך דלמא בהדי דנקיט לה כו' דהא בשביל האי חששא אינו יוצא עכ"פ מידי סימן אמצעי כדמוכח ממדת רחבו של טלית דהוי סימן וכמ"ש ה"ה ז"ל אע"ג דאיכא למימר שעורי משער לה כד מכסי בה מרא וקאי ומסתברא דהנך חששות דמי להדדי דתרווייהו משום חשש רמאות נינהו וכמו במדת רחבו איכא למיחש דלמא שעורי משער כו' כמו כן בגט נמי חוששין דלמא שעורי משערא בהדי דנקיט ליה וכיון ד סימן רוחב הטלית לא נפיק מידי סימן אמצעי בשביל חששא זו ה"נ סימן אורך ורוחב הגט נמי עכ"פ הוי סימן אמצעי ומסייע למה שהאשה אומרת גרשתני אלא ע"כ לומר לפי גירס' זו דמה שהיא אומרת גרשתני לא מהני דמעיזה לפי שהגט מסייע לה ובשביל סימן אורך ורוחב אין להחזיר דעכ"פ ע"י חששא דבהדי דנקיט חזיתיה הוי סימן שאינו מובהק ולפ"ז כי אמרינן דאורך החוט מהני ע"כ כיון דל"ש בהדי דנקיט כו' הוי סימן מובהק ולכך ינתן לה ולא כהרא"ש דסובר דאינו סי"מ אלא שמועיל מטעם סיוע לאמירתה גרשתני דא"כ אכתי גם במדת אורך ורוחב הגט נמי נימא דבשביל חששא דבהדי דנקיט אינו יוצא מידי סיוע דאכתי סימן אמצעי הוה כמו מדת רוחב בגלימא כדכתיבנא דאי תימא כיון ד סימן אורך ורוחב אינו מובהק וגם איכא חשש דבהדי דנקיט אפילו סיוע ל"ה א"כ למה מחזירין באבידה על ידי סימן רוחב לבד דהא איכא תרתי לריעותא ש סימן רוחב אינו מובהק בפ"ע וגם איכא למיחש דשעורי משער לה ונימא דלא מהני אלא ע"כ דלא איכפת לן בהכי ומדברי הרא"ש נראה דכל דהוי סימן להחזיר אבידה אע"ג דל"ה מובהק שפיר מסייע לאמירתה גרשתני אלא ע"כ לומר לפום הך גירסא דמבואר דל"מ מדת אורך ורוחב היינו משום דע"י חששא זו דבהדי דנקי' יוצא מידי סימן מובהק ושוב אין מועיל להתיר ואף על פי שאומרת גרשתני מ"מ מעיזה ע"י סיוע הגט ואדרבה אמרינן כיון שנודע לה סימן אורך ורוחב ע"י דחזיה ליה

בהדי דנקי' לכך העיזה פני' ותאמר לו גרשתני וכיון דאורך החוט מהני ע"כ דאורך הוי סימן מובהק לעצמו:

ונראה ברור שהרי"ף והרמב"ם הוי גרסי בש"ס כגרסא שלפנינו דאורך ורוחב לא מהני משום דלמא בהדי דנקיט כו' ולכך כתב דוקא כשאומרת נקב יש כו' והרא"ש לא היה זה בגרסתו ולכך הבין בדברי הרי"ף דהרי"ף טעמא דנפשי' קאמר דבעינן סימן דנקב יש דאל"כ בלא"ה אין מחזירין דלמא כתב גט זה לשם אשה אחרת ועל זה כתב דלזה מהני גם סימן שאינו מובהק כ"כ כיון שאומרת גרשתני ובאמת נראין הדברים כמ"ש שהיו גורסין כגרסת הש"ס שלפנינו ד סימן ארכו ורחבו ל"מ משום דלמא בהדי דנקיט חזיתיה לפ"ז דברי המ"ב נכונים לפי גירסא זו דדוקא התם שהבעל אומר שמידו נפל ושייך הך חששא דבהדי דנקיט חזיתיה משא"כ לענין להסתפק בגט אחר שפיר מועיל סימן אורך ורוחב ובהכי נמי אזדא לי' מה שתמה החכם הנ"ל על המ"ב שלא שם לבו לדברי התוס' בבבא מציעא שם שכתבו לא מובהקין ממש קאמר אלא מובהקין מסימני חבירו כמו זה אומר מדת ארכו כו' וכבר כתיבנא מזה לעיל אך לפום מה דכתיבנא א"ש בפשיטות דהתם גבי אבידה מיירי דשייך חשש רמאות דלמא שעורי משערא לה כדמכסי מרא וקאי ואפילו במדת ארכו דלא משתער ליה כ"כ מ"מ נפיק מכלל סימן מובהק גמור דזמנין גם מדת ארכו משתער לי' שפיר כשנותן עינו ולבו עלי' ומה"ט נמי עדיף טפי מדת משקלותיו ממדת ארכו ורחבו משום דמשקל הטלית א"א לשער בשום אופן משא"כ מדת ארכו מצי משער לי' גם כן אלא דעדיף ממדת רחבו וכ"כ בשיטה מקובצת בשם מוהר"ר יהונתן ז"ל ע"ש אלא דמ"מ בין מדת ארכו ובין מדת רחבו מהני באבידה דמחזירין על ידי סימן אמצעי ו סימן ארכו חשיב טפי אבל היכא דל"ש חשש רמאות כגון בגט לענין חשש דמאחר נפל או בעגונה שפיר הוה סימן אורך ורוחב סימן מובהק לעצמו וכן מבואר לענ"ד מדברי הרשב"א והריטב"א הביא דבריהם בשיטה מקובצת שכתבו ג"כ כדברי התוס' דהאי סימן לאו מובהק ממש אלא סימן חשוב כמדת ארכו דחשיב טפי ממדת רחבו וכו'. ושוב כתב בשם הרשב"א דהאי דאמרי' הוא אמר סימני הגט כו' ואוקימנא נמי בדאמר נקב יש בצד כו' למ"ד סימן דרבנן קאמר דאי למ"ד דאורייתא אפילו בנקב דעלמא נמי סגי כו' וכ"כ שם בשם הריטב"א שכתב אהא דאמרי' כגון שאמרה נקב יש כו' וא"ת כיון דסימנים דאורייתא בסימני בינוני סגי לה וי"ל דאה"נ אלא דנקט לרווחא דמלתא כו' א"נ דמשום דקאמר את"ל סימנים דאורייתא וכיון דלא איפשטא שפיר נקיט נקב יש כו' דמהני אף אי סימנים דרבנן הרי מבואר דלא ס"ל כסברת הרא"ש דלדידיה אף אי סימנים דרבנן עכ"פ מועילין לסייע לאמירתה גרשתני ומדברי הרשב"א והריטב"א

מבואר דאי סימן דרבנן סימן מובהק ממש בעינן ואפ"ה מהני ארכו של חוט וע"כ דמחשב סימן מובהק וא"כ מ"ש הרשב"א והריטב"א אזה אומר מדת ארכו דלאו מובהק ממש כו' היינו כמ"ש דהא איכא למימר שעורי משער כו' משא"כ באורך מדת החוט דל"ל הכי ואם כן גם התוס' כוונתם כמ"ש להרשב"א והריטב"א ז"ל ועי' בדברי הרשב"א בגיטין דף כ"ז שכתב וז"ל ועוד דאמרינן בב"מ הוא אומר בתפיסה כו' דמידע ידעי כו' משמע הא לא ידעה תפיסה הוי סימן ומגרשה ביה כו' אלא שראיתי בתוספות לקושיא זו כו' ע"ש דמבואר מזה דלא ס"ל כסברת הרא"ש דאם לא כן מכח דהיא מתגרשת בו לק"מ די"ל שהוא מטעם דאומרת גרשתני ואי הוה אמרי' דלא ידעה שפיר מסייע סימן דתפיסה לאמירתה ולא הו"ל לאקשויי רק מהא דמהדרינן ליה אף לגרש בו ולכאורה יש להביא ראיה גם מדברי התוס' בגיטין דף כ"ח שכתבו וז"ל ומה שאומר בדלוסקמ' לא הוי סימן כו' ואפילו הוי סימן מובהק להחזיר הגט לא הוה והא דאמר בא"מ הוא אומר בתפיסה כו' אפילו את"ל דינתן לו לגרש בו קאמר לאו משום דחשיב סימן דהתם מיירי בשלא הוחזק יב"ש אחר כו' ולכאורה קשה לפי מה שרצו לפרש בקושייתם דמיירי התם בהוחזק ויש לחוש לאחר א"כ גם במדת רוחב ואורך או מדת החוט נמי הוי לן למיחש דלמא מאחר נפל אלא ע"כ דלענין אחר שפיר הוי סימן מובהק רק באבידה דאיכא למימר שעורי משער וה"ה גבי גט היכא דשייך בהדי דנקיט אך יש לדחות די"ל התוס' אזלי בשי' הרא"ש דמדת אורך אע"ג דל"ה מובהק מסייע לאמירתה גרשתני ובחפיסה כיון דמידע ידעה כו' אין כאן סיוע כלל ואמטו להכי שפיר קשיא להו אם נפרש ינתן לו לגרש בו דהא איכא למיחש דלמא מאחר נפל ולהכי הוצרכו לומר שלא הוחזק כו' והרא"ש באמת סובר לפרש דינתן לו לגרש בו קאמר אלא לאפוקי שלא ינתן לה ע"ש ואפשר שלכך כתבו התוס' לדייק מהך דינתן לו לגרש ולא דייק מדאמרי' טעמא משום דמידע ידעה מכלל דאי לא ידעה ינתן לה כדדייקו הרא"ש והרשב"א משום דבהא איכא לדחויי כסברת הרא"ש ולכך כתבו לדייק מהא דינתן לו לגרש בו:

אך מדברי הרשב"א והריטב"א מבואר כמ"ש דלא ס"ל כסברת הרא"ש וכן מבואר בשיטה מקובצת שם בשם תלמידי הר"פ שכתב בשם מורו הר"פ דהך דנקב יש כו' בדוקא איתמר למ"ד סימנים דרבנן ומדת ארכו של חוט מהני שפיר אף למ"ד סימן דרבנן ומדת ארכו של גט לא מהני אי נימא סימנים דרבנן משום שהגט קשה ואפשר דבהדי דנקט הבעל חזיתיה האשה ושערה מדת ארכו אבל החוט אינו קשה ומצי כאיף ליה וא"א לשעורי כו' ע"ש ומבואר מדבריו דמה"ט אתי עלה דאי סימנים דרבנן חיישינן דלמא בהדי דנקיט כו' ומדברי הר"ן שהביא בשי"מ שם מבואר להדיא דסימן אורך הוי סימן מובהק שכתב

וז"ל ולענין פסק הלכה בסימן דאורייתא או דרבנן דעת הרי"ף דמספקא מלתא ולחומרא כו' הלכך לא סמכינן באיסורא אלא בסימן מובהק ומ"מ נ"ל לפי דרך זה דמדת ארכו סימן מובהק הוא דהא אמרינן היא אומרת סימני החוט ינתן לה ואמרינן דאמרה מדת ארכו אלמא אע"ג דבעינן הכא סימן מובהק וכדאמרינן נקב יש בצד כו' מדת ארכו סימן הוי עכ"ל הרי ששפתיו ברור מללו כדברי המ"ב בזה וכן נראה ג"כ מדברי הנ"י בב"מ שכתב ומיהו דוקא בסימנים מובהקים כגון נקב יש כו' או מדת ארכו של חוט כדאיתא בהדיא בגמרא עכ"ל:

העולה מזה דכפי גרסת הש"ס שלפנינו ונראה שזה היה נוסחת הרי"ף והרמב"ם משמע דאורך הוי סימן מובהק וכ"ה דעת הרשב"א והריטב"א והר"פ ותלמידו ז"ל וכן מבואר להדיא דעת הר"ן וכ"ה דעת הנ"י וכדכתיבנא ומ"מ בגט ל"מ סימן אורך בגט גופיה דלמא בהדי דנקט כו' ותימא על הש"ע אה"ע סימן הנ"ל שכתב להדיא דמהני סימן אורך וכפי דעת הרא"ש וגרסתנו הוא להיפך מהגירסא שלפניו והעתיקה הב"י גופי שם אכן אין כן דעת הרי"ף ודעימיה והב"י שנמשך בזה אחר דברי הרא"ש נראה שהיה סובר דהרי"ף אינו מחולק בזה עם הרא"ש והרא"ש לפרוש דברי הרי"ף אתי דלאו דוקא נקב כו' דה"ה אפילו שאינו מובהק כ"כ כל שמחזירין אבידה ע"י מהני בזה ולכך הביא דעת הרא"ש בסתם ונפלאתי איך כ"כ בפשיטות נגד דש"ס שהביא הוא ז"ל בעצמו דמבואר דסימן אורך ורוחב לא מהני כלל:

וגם נראה שהב"י והאחרונים שנמשכו אחריו לא היה לפניהם דברי הפוסקים הנ"ל שהבאתי דאי הוי חזי להו לא היה סותם כדברי הרא"ש בפשיטות ועכ"פ לא הוה שתק מינייהו וכבר כתבתי ראיה ברורה מש"ס דב"ב דאדרבא סימן אורך הוה סימן מובהק אלא דמ"מ בגט גופיה לא מהני משום דלמא בהדי דנקיט כו' אבל בחוט הוי טעמא משום דהוי סימן מובהק דוקא אבל בסימנא בעלמא לא מהני אף שהאשה אומרת גרשתני ומה שהביא הרא"ש ראיה מהא דהיא אומרת בחפיסה דאי לאו משום דידעה כו' היתה מתגרשת אע"ג דלא הוי סימן מובהק שדרך להניח כו' אפילו סימן כל דהוא לא הוי כיון שדרך להניח חפיצים בכלים וא"כ אף בלא טעמא דמידע ידעה נמי לא מהני וא"ל דהרא"ש ס"ל דמ"מ סימן שאינו מובהק הוי וכדמשמע בתוספות דגיטין דף ך"ח שמתחלה כתבו בלשון מסופק ואפילו הוי סימן סימן מובהק ל"ה כו' והלכך שפיר מסייע לאמירתה דגרשתני אך באמת ז"א כמבואר בדברי הרא"ש גופיה ס"פ שנים אוחזין דמפרש דמצא בחפיסה כו' ונתן סימן בכלי כו' ולכך קשיא ליה דניחוש לשאלה וכקו' התוספות שם וכן בשו"ת הרא"ש כלל ק"ה מבואר ג"כ דמפרש שנותן סימן בחפיסה

ע"ש ומזה מבואר דס"ל דמה שאומר שנמצא בחפיסה ל"ה סימן כלל אפילו לענין חזרת אבידה ובכה"ג נראה דאף סיועא לא מסייע בהדי אמירתה דגרשתני והוי כאומרת סימן דארוך וגוץ דל"מ כלל אף לצרף לאמירתה והאמת שצריך להבין לפי משמעות התוספות בגיטין וקצת מפרשים שם נראה מדבריהם דגם חפיסה ל"ה סימן משום דדרך להניח שטרות בחפיסה איך יתפרש הא דהיא אומרת בחפיסה דמשמע דאי לאו טעמא דמידע ידעה הוי נותנין לה דכיון דחפיסה לאו סימן הוא אפילו באבידה מכ"ש בגט ועוד דלפי דברי התוספות דינתן לו היינו שמחזירין לבעל קשה טפי דנהי דאם רוצה לחזור ולגרש בו שפיר דמי אבל אם אומר עכשיו שאינו רוצה לגרש למה נמסור לו הגט כיון דחפיסה ל"ה סימן כלל א"כ הוי כגט שאין בו סימן ואין הבעל מודה לא יחזור לא לזה ולא לזה וטעמא כמ"ש רש"י בגיטין דף כ"ז ע"ש:

והנה לפמ"ש בעה"ת הביאו ב"י בח"מ סימן ס"ה וז"ל ונראה כפירש"י שצריך שיתן סימן בכלי ולא די לו שיאמר בחפיסה או בדלוסקמא דהא קי"ל היא אומרת בחפיסה כו' מ"ט דמידע ידעה כו' דלוסקמא נמי דרך בני אדם כו' ע"ש. נראה מדבריו דאין חילוק בין אשה לאינש דעלמא ומאי דקאמר מידע הוא לאו דוקא ור"ל שחפיסה לאו סימן הוא שכן דרך להניח שם וגם האשה יודעת מזה וא"ש מ"ש דל"ל הך דמידע ידעה דז"א דמה"ט גופא הוא דאמרינן דחפיסה ל"ה סימן ולפ"ז פשיטא שאין הכרח לסברת הרא"ש דטעמא משום דמסייע לאמירתה גרשתני דאל"כ האיך נקט טעמא דמידע ידעה כו' דאי לאו האי סברא הוי אמרינן דחפיסה סימן מובהק הוא ושפיר ינתן לאשה ולכך אמרינן מידע ידעה כו' ור"ל שדרך להניח חפיצים בכלים ולכך לא הוי סימן כלל ומ"ש על דברי התוספות דגיטין דמבואר דס"ל דינתן לו היינו לו ממש מחזירין אע"ג דחפיסה לאו סימן הוא י"ל דהתוספות שם כתבו כן למאי דכתבו התם די"ל דהוי סימן אבל לא סימן מובהק להחזיר הגט ע"ש וכ"כ התוספות ב"מ דף ך' ד"ה מצא בחפיסה תימא בשלמא חפיסה הוי סימן כדאמר פ"ב הוא אומר בחפיסה כו' דמידע ידעה כו' משמע דלאינש דעלמא הוי סימן וזה מבואר דלא כדעת בעה"ת דלעיל ומדברי הרא"ש פרק א"מ שכתב אע"ג דלא הוי סימן מובהק שדרך להניח חפיצים בכלים אין ר"ל שדרכו בכך ורגיל טובא דבכה"ג ודאי לא הוי סימן כלל וכמ"ש וכ"כ בטור וש"ע סימן ס"ה אלא נראה דס"ל ג"כ כדברי התוס' ד סימן הוי אלא דל"ה סימן מובהק שעכ"פ יש רגילות להניח לפעמים אלא שמדבריו ס"פ שנים אוחזין ומדבריו בתשובה הנ"ל נראה דגם חפיסה ל"ה סימן כלל אף לגבי אינש דעלמא ודוקא כשנותן סימן בחפיסה וכדעת בעה"ת וא"כ דבריו סותרים זא"ז ופשיטא דלא מסתבר לומר דחפיסה אע"ג דל"ה סימן לגבי אבידה מ"מ שפיר מסייע לאמירתה

גרשתני ועדיף מ סימן ארוך וגוץ דלא מהני כלל דמה"ת לחלק ביניהם וגם מסתברא דכל דל"ה סימן באבידה ל"מ לסייע אדרבא מגרע גרע דעי"ז מעיזה טפי כמש"ל וצ"ע ודרך אגב ראיתי שצ"ע על מ"ש בעה"ת בשם רש"י שצריך שיתן סימן בכלי כו' רש"י שלפנינו לא משמע כך וכ"כ הש"ך בפשיטות בשם רש"י וכוונת רש"י שכך וכך ר"ל כלי של חפיסה או דלוסקמא ובעה"ת נראה דמפרש כלי שסימנו כך וצ"ע:

והנה בהא דאמרינן בב"מ הוא אומר סימני החוט כו' אילימא בחיוורא וסומקא ודלמא בהדי דנקיט ליה חזיתיה כו' לכאורה צ"ע דל"ל כולי האי ת"ל דסומקא וחוורא לאו סימנא הוא כלל כדאמרינן לעיל כליו בחיוורי וסומקי דל"מ אף אי סימנים דאורייתא וגבי עגונה דל"ש הך מלתא דמדנקיט חזיתיה ולפי מה שכתבתי לעיל מחמת הך סברא דמדנקיט חזיתיה לא נפיק מכלל סימן עכ"פ דדמי ל סימן רחבו גבי טלית דאמרינן שעורי משער כו' ואפ"ה חשיב סימן גבי אבידה וא"כ טפי הול"ל דלא מחשב סימן כלל כמו שאר כלים ואפשר דר"ל דאפילו תימא דהכא כיון דלא הו"ל למידע שיש חוט קשור בו והא חזינן שיודעת שחוט קשור בה וגם יודעת הצבע והוי שפיר סימן ליתן לה הגט וכיוצא בזה כתב הב"ש סימן קל"ב לענין אם אומר סימן מובהק בכלי שנמצא בו הגט ועיין בב"ש שם ולכך קאמר דזה נמי לא הוי סימן דדלמא בהדי דנקיט כו' ואפשר דהכא מה"ט אפילו סימן שאינו מובהק ל"ה דדוקא גבי טלית דאע"ג דאיכא למימר מחזי חזי כד מכסי בה מרא מ"מ עכ"פ צריך לשער מדת הטלית מה הוא משא"כ לענין ראית החוט הקשור בגט מיד בראיה בעלמא העין קולטת חוט הקשור בו ומראיתו ולפי גרסת הרא"ש דגרס לעיל אי לימא דארוך וגוץ האמרת אין מעידין נראה דגרסי גם הכא אילימא בחיוורא וסומקא הא אמרת אין מעידין ועיין בשי"מ שנראה גם הריטב"א ותלמיד הר"פ בגירסתם אילימא דארוך וגוץ כו' ואפ"ה מבואר מדבריהם דגם מדת ארכו ל"מ ואפשר שהיה כתוב בגרסתם גם הא דאיתא בש"ס שלפנינו אי במדת ארכו כו' אחר הך אי לימא בארוך וגוץ או דמוכח להו הכי מדקאמר אלא דקאמרה נקב יש בו מכלל דמדת אורך ורוחב נמי לא מהני והיינו משום שמא שיערה בעצמה ע"י ראיה ואין להאריך:

ולפמ"ש י"ל דגם הרא"ש מודה דאורך ורוחב הוי סימן מובהק מצד עצמו רק שיצא מכלל סימן מובהק מחמת חשש דבהדי דנקיט ליה חזיתיה וגרס אילימא בחיוורא וסומקא הא אמרת אין מעידין אלא במדת ארכו וכמש"ל ומ"מ גם בארכו ל"ה סימן מובהק דלמא חזיתיה ושיערה בעצמה כמו ארכו של טלית דל"ה ס"מ באבידה מה"ט אלא דמ"מ כיון דעכ"פ סימן הוי מועיל בגט לסייע לאמירתה גרשתני ולא ס"ל להרא"ש כריטב"א ותלמיד הר"פ לחלק בין ארכו של גט לארכו של חוט אלא ס"ל דכי הדדי נינהו כמבואר

בדבריו ואע"ג דהרא"ש לא היה בגרסתו הך סברא דבהדי דנקיט ליה חזיתיה מ"מ יליף לה מדאמרינן הכי לענין מדת אורך ורוחב הטלית דדלמא שעורי משער כו' ורפ"ז י"ל דגם לענין ליתן הגט לבעל לגרש בו לא מהני הך סימנא דאורך ורוחב דדלמא שעורי משער ליה כשראה הגט אצל יב"ש אחר ואף בבעל חשדינן ליה דמשקר משום שכר הסופר כמבואר באה"ע סימן קל"ב אלא דכאן האשה נאמנת משום דמסייע לאמירתה ובהכי א"ש מה שהוצרך הרא"ש לומר דליכא כאן חשש שמא נכתב לשם אחרת כיון שבא לידה קודם נפילה דנראה שר"ל כמו שפי' דבריו אח"כ משום דנאמנת באמירתה גרשתני בצירוף ה סימן ולכאורה ל"ל הא דאע"ג דבטעות הבעל שממנו נפל אנו צריכים לומר דנאמנת ע"י צירוף משום ד סימן לחוד לא סמכינן דדלמא בהדי דנקיט כו' מ"מ לגבי חשש שנכתב לשם אשה אחרת שפיר מועיל סימן אורך ורוחב שאומר הבעל ואשה לפמ"ש שהוא סימן מובהק מצד עצמו רק דלגבי טענת הבעל לא הוי מובהק דדלמא ראתה אותה בידו אך לפמ"ש דגם לענין חשש זה שנכתב לשם אשה אחרת אין סימן אלו מועילין להיות מובהקים א"ש שהוצרך הרא"ש לתת טעם מחמת שבא לידה קודם נפילה דמחמת הסימנים לחוד אין לסמוך דדלמא מיחזי חזי ביד חבירו ושיער האורך והרוחב אך כיון שאשה נאמנת בצירוף ה סימן שבא לידה קודם נפילה תו אין לחוש שמאחר נפל ועיין בב"ש סימן קל"ג ס"ק ה' מ"ש דדוקא בחשש שמא נפל מאחר צריך סי"מ כיון דאיכא איסור דאורייתא אבל כאן דליכא חשש שנפל מאחר אלא דא"י אם נפל ממנו כו' ולכאורה נראה כוונתו דכאן ליכא חשש נפל מאחר היינו כמ"ש בריש ס"ק א' ובס"ק ד' דמיירי במקום ובשעה שראוי לה להחזיר כמ"ש בש"ע גבי אם הבעל מודה ובאמת ז"א דהרא"ש לא מיירי בכה"ג כמש"ל מלשון הרא"ש שכתב הטעם שהרי בא לידה קודם נפילה ועוד שהרי כתב דודאי להחזירו לבעל לגרש בו הוא דבעינן סימן מובהק כו' אלמא דמיירי אף בגוונא שהיה מקום לחוש שנפל מאחר ועוד דא"כ למה כתב על הרי"ף ונראה דלא בעינן סי"מ דדלמא הרי"ף דמצריך סי"מ מיירי במקום שהשיירות מצויות ואיכא למיחש לאחר וגם שהרי כתב הרא"ש דמאי דקאמר היא אומרת בחפיסה ינתן לו לאו לו לגרש בו קאמר אלא שלא ינתן לה הרי מבואר דמיירי בגוונא דאיכא למיחש דמאחר נפל רק עיקר הטעם בכאן אפילו במקום שהשיירות מצויות אין חשש זה שמאחר נפל כיון שהאשה נאמנת שכבר היה הגט בידה קודם נפילה ונתגרשה בו אך מה שהשיג בס"ק א' על הב"ח הדין עמו כמבואר למעיין בש"ס וגם בטור וש"ע מבואר כדבריו:

ותבנא לדיננא דלפמ"ש א"ש דברי הרא"ש דגם הוא מודה היכא דליכא חשש רמאות שפיר הוי אורך ורוחב סימן מובהק רק גבי גט ל"מ משום דלמא מחזי חזא ולפ"ז א"ש

דלא תיקשי על הרא"ש מסוגיא דב"ב שהבאתי לעיל דהתם לענין עדות מיירי שזה בא להעיד שהגלימא של פלוני ע"י סימנים של ארכו ורחבו ל"ש (חזי) הך מלתא דמחזי חזי ושפיר הוי סימן מובהק ולפ"ז בנ"ד שבא להעיד על אשה להשיאה שפיר י"ל דגם הרא"ש מודה דהוה סימן מובהק ושרי' ביה אלא שצ"ע בזה ממ"ש בסמ"ג עשין נון וז"ל ויראה לי דהלכה כרב אשי דמספקא ליה מה שמחזירין אבידה בסימנים שאינם מובהקים אם הוא מה"ת או מדרבנן הלכך בגט שאבד שיש שם איסור לא יחזירוהו כ"א בסימנים מובהקים כגון נקב שבצד אות פ' ומשמע שם דמדה ומשקל וכיוצא בהם שמחזירים אבידה על ידם הם סימנים שאינם מובהקים עכ"ל ונראה שכוונתו להך סוגיא דאמרינן הוא אומר ממני נפל כו' דדוקא ב סימן נקב אבל אורך ורוחב לא מהני ומשמע דס"ל דלא הוי סימן מובהק בפ"ע ולאו מחשש רמאות דוקא וכן בסמ"ק מצוה רנ"א כתב ו סימן מובהק כגון מדה ומשקל ומנין או מקום האבידה ודוקא בממון אבל בגט אין מחזירין אלא ב סימן מובהק יפה כגון נקב יש כו' עכ"ל ולפ"ז צריך ליישב הך דב"ב דמשמע ד סימן מדת אורך ורוחב הוי סימן מובהק מדאורייתא ומוציאין ממנו ע"פ סימנין אלו וגם צריך ליישב למה מהני סימן אורך החוט בגט וצ"ל דס"ל כגירסת הרא"ש דלא גרס בגמרא אי לימא באורכו ורוחבו כו' ואפ"ה ס"ל דהך סימנא לאו מלתא הוא מדמוקי כגון דאמר נקב יש כו' משמע דאורכו ורוחבו לאו מטעם דבהדי דנקיט כו' אלא משום דקי"ל כמ"ד בב"ב דס"ל גלימא לא משום דהרבה טליתות מדותן שוה ולאו סימן מובהק הוא וה"נ באורך ורוחב הגט הרבה הם שמדותיהם שוות שעל הרוב טופס אחד הוא וכיון דסתם גמרא קאמר הכי קי"ל ולא כשמואל בב"ב דאמר אפילו גלימא מה שא"כ במדת החוט שפיר הוה סימן מובהק ולפ"ז שפיר כתב המ"ב באורך הצלקת הוי סימן מובהק לכ"ע והלכך בנ"ד שאין מדת כיס ידוע וכ"א עושה כפי צרכו יש מאריך ויש מרחיב כרצון איש ואיש שפיר הוי סימן מובהק ולא אמרינן אתרמוי אתרמי:

אך נלענ"ד דאפילו תימא דהפוסקים פליגי בהא מלתא מ"מ הרי מבואר מדבריהם דטעמייהו דהנך דאזלי לחומרא משום דמספיקא להו דלמא סימנים דרבנן מ"מ דלמא הלכתא כהרבה פוסקים שהבאתי לעיל דעתם דאורך ורוחב הוי סימן מובהק ומועיל להתיר אף אי סימנים דרבנן ומכ"ש כאן שאמרה סימן אורך וגם רוחב הכיס דלא שכיח שמתרמי הכי וכבר כתב החכם מהר"ח ג"כ שיש מקום לומר דבכה"ג הוי כשני סימנים אמצעים שכתבו הפוסקים דמצטרף להיות סימן מובהק אלא דמקהי בה אקהייתא מהא דאמרינן זה אומר מדת ארכו ורחבו וז"א מדת משקלותיו כו' ינתן למדת משקלותיו ואם נימא דאורך ורוחב יחד הוי סימן מובהק אין הסברה נותנת שיהא סימן מובהק

דמשקלותיו עדיף מ סימן מובהק זה וע"כ דסימן אמצעי הוא ודבריו נכונים לכאורה וכבר העיר בסברא זו ג"כ מחותני הגאון מהר"צ הלוי הורוויץ נ"י בחידושי מחנה לוי ע"ש אבל אחר העיון ז"א דבאמת איכא תרי גווני סימנים שאינם מובהקים חדא דאינם מובהקים מצד עצמם לפי שלפעמים מתרמי כיוצא בזה ובזו אמרו כל שיש שני סימנים כאלה מצטרפים לעשות אותו כסימן מובהק דכולי האי לא שכיח דמתרמי משא"כ מה דהוי סימנים שאינם מובהקים לפי שהדבר יכול לבא לידי רמאות דזה הנותן סימן שעורי משער לה כד מכסי בה מרה וקאי אז אפי' איכא טובא לא מצטרפי למהוי סימן מובהק דאכתי איכא חששא שמא האי מחזי חזא והאורך והרוחב שניהם נסקרים בסקירה אחת א"כ בנ"ד דעיקר הטעם דל"ה סימן מובהק באורך ורוחב משום דלמא מתרמי הכי וכיון שהאשה אומרת סימן של שניהם יחד האורך והרוחב מהני ומכ"ש אם לא הוגד להאשה שנמצא כיס באמתחתו רק שהאשה בעצמה הגידה שהיה לו כיס שארכו ורחבו כך וכך הוא די"ל דמהני להיות סימן מובהק וכמ"ש הב"ח סימן קל"ב לענין גט דהיכא דאיכא תרתי למעליותא שיודע שאבדה בכלי וגם יש לו סימן בכלי אע"פ שאינו מובהק חשוב כאלו היה בו סימן מובהק ועיין בב"ש שם שכתב שמדין שני סימנים אמצעים נגע בה וכבר כתבנו לעיל שי"ל כן גבי היא אומרת סימני החוט דלא הו"ל למידע אם יש שם חוט כלל וכיון שהטיבה לראות גם הסימן שבו שפיר אפשר דהוי מובהק אלא דאפשר לדחוק קצת דאפשר דבזמן הש"ס דרכם לקשור חוט בגט כדאמרינן בעלמא גט בידה ומשיחה בידו כו' ולפי שמלשון הגב"ע שהוגבה בק"ק הארין גראד משמע דהאשה לא הודיעה מעצמה שיש לו כיס באמתחתו שכתוב שם וז"ל וגם אמרה סימן על הכיס הנקרא בייטיל שנמצא בבגדיו בבוזים שלו שהיא של לאווינט כו' לשון זה מורה שאמירתה סימן על הכיס היה ע"י שאלה ששאלו אותה אם תדע סימנים בכיס ואמרה סימנים אלו א"כ אין זה ענין לנידון דהב"ח לכן קצרתי בזה:

ומ"ש מהר"ח הנ"ל מדברי התוס' ביבמות שכתבו שדרך בני אדם להצניע במדה זו ל"ה סימן וה"נ דרך ב"א לעשות בייטיל של לאוינט במדה זו לא הוי סימן כלל כו' לא ידעתי דמנין לנו לבדות מלבנו חומרא לומר שדרך בני אדם לעשות כן ואם הדבר ידוע שכן אופיא של מדינה זו לעשות במדה זאת פשיטא שאין זה סימן כלל ואפי' סימן בינוני להחזיר אבידה ל"ה ודברי התוס' הם צ"ע לענ"ד דבכה"ג דרך בני אדם להצניע במדה זו ודאי דאף רב חסדא מודה ומאי קא מדמי ליה להיא עובדא דשני ת"ח אך נראה דאע"ג דהוי סימן לענין אבידה שאין אדם מוחזק בה מ"מ לא הוי סימן להוציא ממנו על ידו ואע"ג דמיירי בהפקיד אצלו בעדים כמ"ש התוס' לעיל מ"מ סימן מובהק בעינן

וכמבואר בח"מ סימן רצ"ז בש"ך שם ועיין לעיל מ"ש בשם עליית רבינו יונה לחלק בין מדת תבואה ופירות אמרינן אתרמי משא"כ בגלימא אלא דאיהו מפרש ההיא דב"מ במדות תבואה ופירות ועיין בחי' הרמב"ן בב"ב דף קצ"ח שנראה מדבריו דמדת פירות עדיף טפי ואין להאריך אך שעדיין אנחנו צריכין למודעי אם כיס זה היה עשוי להניח בו מעותיו או אם אינו עשוי רק לשאר דברים דאם הכיס הוא עשוי למעות שפי' דלא מושלי משא"כ אם אינו למעות שפיר מושלי כיון דהטעם משום דמנחשי אינשי שהוא מוסר לו מזלו וזה שייך בכיס המיוחד למעות דוקא ואע"ג דהש"ך בח"מ סימן ס"ה כתב דאפשר דגם דלוסקמי לא מושלי אינשי לא כ"כ רק בדרך אפשר אבל פשיטא שאין לסמוך ע"ז למעשה ואמנם אף בכיס המיוחד למעות עדיין צריך בשש לפמ"ש הב"ש דאי סימנים דרבנן יש לחוש אף בכלים דלא מושלי והרבה האריכו בזה בתשו' האחרונים ואני באתי אחריהם ומלאתי ידי בעזה"י בתשו' סימן ואלו היינו צריכין להעמיד יסוד מוסד על היתר זה הייתי מברר ענין זה אך כיון שיש לפנינו עוד פתחי היתר פתוח לרווחה אני מסתפק עצמי במיעוט אשר כתבתי שעכ"פ יש בזה מקום להתיר מצד ה סימן ומצד חשש שאלה בכלים דלא מושלי יש לסמוך על הפוסקים שהחליטו להיתר וכן הדבר מבואר בשיטה מקובצת ב"מ בשם הרשב"א להדיא ע"ש ובפרט שדעת כמה גדולים הסוברים דל"ח לשאלה כלל:

ועתה נתחיל בשריותא דהך אתתא מצד העדים שהעידו שהכירוהו כשהועלה מן המים בפרצוף פנים ובזקנו ובבגדו בט"ע שהוא עצמו אותו האיש מ"ס שהי' בעירם ביום א' ולכאורה אין מקום ספק בעדות זה כלל דאי משום שנתפשט הקול מקודם שזה המ"ס נטבע וידע הטביעה הו"ל כראה הא בשני עדים אף בראה הטביעה לא אמרי דאמרי בדדמי ואי משום שלא נודע שם אביו מועיל חיפוש וכבר האריך בזה מהר"ח אבל עדיין צריך להתיישב בדבר שנראה דהא דאנו מתירין ע"י ט"ע לא נאמרו הדברים אלא במעיד על בן עירו הרגיל עמו הרבה או אפילו על בן עיר אחרת אם הוא רגיל עמו במו"מ וכיוצא עד שנקבע בלבו צורתו של זה ועתה הוא מכירו בט"ע אבל בגוונא דנ"ד כפי הנראה מתוך הג"ע שהאיש מ"ס הנ"ל הי' שם ביום א' כאורח נטה ללון ובין לילה הי' ובין לילה אבד ואפשר שאפי' לינה אחת לא לן שם לפי לשון הג"ע המעשה שאירע פ"ק ביום א' איך שבא לכאן כו' והלך האיש מעירנו כו' ואחר שעה או שתים יצא הקול כו' וביום ב' בבוקר שלחנו לחפש כו' ולא ביחנו דבריהם אימת בא לשם ומשמעות הדברים שביאתו לשם היה אותו היום ולא שהה שם רק שהי' מועטת והלך לדרכו ומתוך דברי העדים נראה שלא היה להם עמו הכרה מקודם כלל וזה להם פעם ראשונה שראוהו ובכה"ג נראה

דלא מהני הכרה בט"ע כלל דהא אפילו לענין ממון קי"ל בב"מ כרשב"א בכלים חדשים שלא שבעתן העין אפילו לצורבא מדרבנן דדייק לא מהדרינן ומכש"כ לענין איסור ערוה שאין לסמוך על ט"ע בזה וכן מבואר ברשב"א בח' חולין דף צ"ו וז"ל ומיהו נראה שהבא להתיר איסורין בט"ע צריך לדקדק אם יש לו ט"ע יפה מפני שפעמים העין משקרת וכסבור שהוא מכיר ואינו מכיר ולפיכך אם לא ראוהו תחלה היטב ודקדק בראייתו שמא סבור שזהו ואינו אלא אחר וכדתנן בב"מ רשב"א אומר כל כלי אנפוריא כו' אלמא אפי' צורבא מדרבנן דדייק כי לא שבעתן העין לא סמכינן אט"ע ולא משום דמשקר אלא משום דסבור מכיר כו' בשאר בני אדם שאין מדקדקין כ"כ כו' עכ"ל וכ"כ הר"ן שם בשמו וא"כ בנ"ד נראה דכה"ג דלא שבעתן העין ל"מ ט"ע דידהו דהא פשיטא מה שראו אותו מידי עברו בראיה בעלמא לא תשבע עינם דלא רמיא עלייהו להשגיח ולדקדק בצורתו שיהיה נקבע בלבם וכה"ג אמרינן בברכות בירושלמי אחרים אמרו וראיתם אותו כדי שיהא אדם רחוק מחבירו ארבע אמות ומכירו מה אנן קיימין אם ברגיל אפי' רחוק כמה חכים ליה ואם בשאינו רגיל אפילו קרוב לי לא חכים ליה אלא כי אנן קיימין ברגיל ושאינו רגיל כההיא דאזיל לאכסניא ואתא לקוצין עכ"ל והביאו הפוסקים שם ובש"ע סימן ל' ואם בחייו כך במיתתו על אחת כמה וכמה שאינו מכירו אם לא היה רגיל עמו ועכ"פ רגיל קצת בעינן דאזיל ואתי לקיצין ואפשר דגם זה כאן בעגונה וכן נראה מדברי הפוסקים שהביאו מתשו' הרא"ש שכתב בשם ר"ת אם היה אדם ידוע וניכר למעידו מעידין אפילו כמה ימים כו':

ועיין בתשו' מיימוני סימן נ' ולקמן אבאר בזה ומשמע דוקא בידוע וניכר למעידו דהיינו שרגיל עמו מהני ואמנם לכאורה היה אפשר לומר לפמ"ש התוס' בחולין דף צ"ו אהא דקאמר התם אמר רבא מריש הוה אמינא סימנא עדיף מט"ע כו' דמיירי בט"ע כל דהוא כו' ע"ש א"כ משמע דלא בעינן ט"ע גמור אבל נראה דגם התוס' מודים להרשב"א בהא דבעינן שעכ"פ מתחלה היה לו הכרה טובה בדבר ההוא ושבעתו העין אלא שעתה כשבא להכירו א"צ רק ט"ע כל דהו אבל כל שמעולם לא היה לו הכרה גמורה בדבר לא מהני ביה ט"ע וכ"מ בישש"ש חולין שהביא דברי הרשב"א וכתב אבל התוס' כתבו כו' וצריך לחלק בין ט"ע שאינו גמור לט"ע שלא שבעתן העין דלא הו"ל היכר גמור מעולם באותו ענין מש"ה ל"מ ט"ע אבל היכא שהיה לו מתחלה ט"ע אפילו אח"כ נשתנה הענין שאינו מכירו בט"ע גמור גבי ת"ח מהימן ואפילו לגבי אבידה מהימן כו' ע"ש ונראה כוונתו כמ"ש וכ"כ הגאון בשו"ת נ"ב סימן ל"ט ע"ש שביאר כן להדיא. וראיתי בכו"פ סימן ס"ג שכתב על דברי הפוסקים דדוק' חתיכות שראה מתחלה היטב דלא משמע כן בתוס' כו'

וכ"כ הפוסקים והיש"ש דזהו קרוי ט"ע כל דהו דלא דקדק תחלה כו' ונפלאתי דאדרבה היש"ש כתב להיפך אך אף לדברי הפליתי שם מ"מ בגוונא דנ"ד שהוא חשש דאורייתא וגם החשש הוא דהאי גברא אזיל לעלמא והאי אחרינא הוא שקרוב לצורתו של זה ולאבידה דמי דלא מהדרינן אף לצורבא מדרבנן בט"ע היכא דלא שבעתן העין:

אך נלענ"ד לצדד להיתר בגוונא דנ"ד ששני עדים העידו שהכירוהו בט"ע ובתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן ואמרינן דמסתמא דקדקו היטב בעדותן ול"ח דלמא באומדן דעתן קא מסהדי אלא אמרינן דמסתמא היה להם בו הכרה טובה ודעתייהו אצורת' דידיה והיינו האי דעל והיינו האי דנפיק ונטבע ואין לומר דכיון דלא שבעתן העין א"א כלל שיהא בו ט"ע גמור דז"א דאנו לא קאמרינן אלא דמסתמא דמלתא הכי הוא דכל שלא שבעתן העין מסתמא לית ליה בגווי' ט"ע אך שני עדים שנאמנים בכל מקום ודאי שעינם דומה להם יפה ואין חוששין להם כלל וכן מבואר לענ"ד ממ"ש הרמב"ם פרק ך"א מהא"ב ומותר להסתכל בפני הפנויה ולבודקה כו' כדי שיראה אם הוא נאה בעיניו ישאנה כו' וכתב הראב"ד ע"ז חכמים אומרים האי צורבא מרבנן דאזיל לקדושי אתתא לידבר ע"ה בהדי דלמא מחלפי לי' מיני' אלמא אין דרך ת"ח בכך עכ"ל. וכתב ה"ה ע"ז שאין זו השגה שצורבא מרבנן אפילו נסתכל בה ובדקה בפעם א' לא יכירה אם יחלפיהו לפי שאינו רגיל להסתכל בצורת נשים אבל ע"ה יכירה בפ"א עכ"ל מבואר דשפיר מהני ט"ע אפילו על ידי ראי' פעם אחת ואף על פי שיש לחלק ולומר דהתם שאני שהע"ה הולך עמו להסתכל בה על כוונה זו דלא ליחלפו אותה ודאי שפיר יכול להכיר אפילו על ידי הסתכלות פ"א משא"כ כאן דמלתא דלא רמי' עלייהו הוה לידע ולדקדק בצלמו ותבניתו ומה שראו אותו דרך העברה בעלמא אין זה דומה להההיא דהתם שנותן עינו בה למען שיתו אותות אלה בקרבו כי היכי דלא ליתי לאחלופי אך נראה כיון דעכ"פ מוכח מהתם דאפשר להיות ט"ע ע"י ראיה של פעם א' ממילא דבשני עדים אמרינן דאי לאו שדקדקו היטב לא הוי מסהדי וכן מוכרח לענ"ד ממ"ש התוס' בב"מ דף כ"ד דמדקאמר לר"ש מכלל דלרבנן אפילו לא שבעתן העין חייב להכריז וכן מצינו ברבה בב"ח דאמר אי ט"ע אית ליה בגווי' וגט לא שבעתו העין דלא משהה אינש גיטא בידי' עכ"ל והנה לכאורה נראה מפשיטות דברי התוס' שר"ל דהלכה כרבנן כדמצינו גבי רבה בב"ח וכן נראה מדברי מהר"ם מטיקטין שכתב על הנ"י שכתב דהלכה כרשב"א דק"ק שהתוס' דימו הא דרבה בב"ח כו' והיינו כרבנן עכ"ל וגם הלח"מ פי"ד מהל' אבידה הקשה על הרמב"ם שפסק כרשב"א וכתב וי"ל כיון דמפרשי אמוראי כו' וצ"ע שלא הזכיר מדברי הרא"ש שכתב מסתברא דהלכתא כרשב"א דמסתבר טעמי' ועוד דשקלו וטרו אליבי' וההיא דגט

אפשר שהיה לו ט"ע גדול כו' ולפ"ז בלא"ה הוי א"ש מ"ש התוס' בחולין דמיירי בט"ע כ"ד אפילו אם נאמר דלא שבעתן היינו ט"ע כ"ד מ"מ הא להלכתא קי"ל כרבנן דמהני ט"ע אף בלא שבעתן:

אך באמת ז"א דא"כ איך קאמר רבא מריש ה"א סימנא עדיף מט"ע דהא מהדרינן ב סימן ולא בט"ע וע"ז כתבו התוס' דמיירי בט"ע כ"ד והיינו כרשב"א וא"כ הא שכתבו התוס' בב"מ דהלכה כרבנן היינו למסקנת רבא בחולין דט"ע עדיף ז"א דאטו לא ידע רבא דאיכא פלוגתא בהא מלתא בין רשב"א לרבנן והול"ל מריש ה"א דהלכתא כרשב"א כו' וגם דהא רבא קאמר תדע שהרי סומא מותר כו' וא"כ הך תדע תיקשי לרשב"א דס"ל ט"ע כה"ג לא מהני אלא ע"כ דגם למסקנא דרבא היינו דוקא לענין איסורין אבל לענין אבידה לא הדר ביה רבא וס"ל דלא מהדרינן בט"ע כ"ד וא"כ אם נימא דהלכתא כרבנן צ"ל דט"ע כ"ד גרע מט"ע בכלים שלא שבעתן העין ולהיפך מסברת יש"ש דלעיל דט"ע כ"ד עדיף מלא שבעתן אך באמת לענ"ד אין דעת התוס' לחלוק על הפוסקים דהלכה כרשב"א שהתוס' לא באו רק להביא ראי' על מה דמשמע דרבנן ס"ל דאף בלא שבעתן חייב להכריז והא מלתא טעמא בעי דהא מצד הסברא כל שלא שבעתן רחוק הוא שיהיה להאובד ט"ע ולזה הביאו ראיה מרבה בב"ח שאמר לגבי גט אי ט"ע אית ליה בגוי' אלמא דלפעמים יש לו ט"ע אף שלא שבעתן העין ומ"מ אין ראיה מרבב"ח שיהיה הלכה כרבנן שיהיה חייב להכריז די"ל דגם רשב"א מודה בהא דאף דלפעמים משכחת לה שהוא מכיר בט"ע אף שלא שהה כדי שביעה וכעובדא דרבב"ח מ"מ אינו חייב להכריז בשביל זה כיון שרוב פעמים כל שלא שבעתן העין אין לו בו ט"ע אבל אי אתרמי מלתא שבא ת"ח והכיר בט"ע שפיר מהני אף בלא שבעתן והיינו עובדא דרבה בב"ח וכיוצא בזה כתב הב"י סימן רס"ב דאף הפוסקים דס"ל במקום שאין ת"ח מצוים אינו חייב להכריז מ"מ י"ל דמודו שאם בא חכם ואמר שיש לו ט"ע חייב להחזיר ע"ש ואפי' תימא דאף בכה"ג אין חייב להחזיר משום דאף חכם מייאש כיון שיודע שאבד במקום שאין חכמים מצוים וא"צ להכריז יאושי מייאש מ"מ גבי גט ל"ש זה וכל שיש לו בו ט"ע שפיר מחזירין לו אף בלא שבעתן העין:

ואמנם מה שהקשה הלח"מ על הרמב"ם דלמה לא פסק כרבנן וכן הקשה בהגמיי' שם וכתב דמסתברא דהלכה כרבנן אני תמה שהרי לפי מ"ש הרמב"ם המוציא כלי חדש וכיוצא בהם שצורת כולם שוה כו' שהרי אינו יודע אם פך זה או צלוחית זה שלו ואם היה כלים שטבעתן העין חייב להכריז כו' מבואר דהרמב"ם גרס שטבעתן העין וא"כ משמע דברישא מיירי בגוונא דל"ש ט"ע כלל כיון שצורת כולם שוה וגם הם חדשים וכמבואר

מדבריו ולפ"ז פשיטא דשפיר פסק דאין חייב להכריז ול"ד כלל להההיא דגט והא דקאמר ומודה רשב"א דמשמע דרבנן פליגי צ"ל דרבנן ס"ל דבכל גוונא חייב להכריז אע"ג דלא שייך ביה ט"ע מ"מ י"ל דהאובד לא מייאש נפשיה לפי שיש ליה איזה סימנים מוצנע בכלי זה שאין המוציא מכיר בו ובהא פסק הרמב"ם כרשב"א כדמשמע בכמה דוכתי בפרק זה דכל שאין המוציא רואה איזה סימן באבידה א"צ לחוש ולהכריז ומכ"ש דא"ש לפמ"ש בשיטה מקובצת בשם הריטב"א דהא דתניא ומודה ר"ש מודה לגרמיה הוא כמו בריש המגרש וכ"כ שם בשם הרשב"א שי"ל כן א"כ א"ש בפשיטות אך מדברי הרמב"ם בפה"מ שכתב הלכה כרשב"א משמע מכלל דפליגי ומצאתי שד"ז הגאון בספר תורת חיים הקשה על הרמב"ם שגורס טבעתן א"כ אמאי פליגי רבנן על רשב"א ולענ"ד י"ל כמ"ש. ועכ"פ מבואר ממ"ש דהתוס' לא נחתו למפסק הלכה כרבנן ושפיר כתב מהרש"ל דצריך לחלק בין ט"ע כ"ד לט"ע שלא שבעתן. אך מ"ש מהרש"ל שם דלמסקנא אפילו גבי אבידה נאמן אפילו בט"ע כ"ד כיון דצורבא מרבנן לא משקר זה צ"ע דסוגי' לא משמע הכי דקאמר מעיקרא בפשיטות דהא מהדרינן אבידתא כו' ומשמע דמלתא דפשיטות הוא לדידיה דאל"כ איך מייתי ראיה דהא ערבך ערבא צריך אלא ודאי דגם למסקנא הדין כן ואע"ג דבאיסורין מהני באבידה לא מהני דמשום חימוד ממון חיישינן דלמא טועה והדמיון כוזב לו שיצרו משיאו לומר שהוא שלו כיון שאין לו בו רק ט"ע כ"ד וכ"כ אא"ז בבכ"ש בחולין שם ולפי"ז צ"ל בהא דרבה בב"ח דקאמר אי בט"ע כו' אע"ג דלא שבעתן והתם איכא נמי חשדא שלא יפסיד שכירתו דמה"ט מחלק בין צורבא מרבנן לאינש דעלמא צ"ל דלא שבעתן העין עדיף טפי כיון דמ"מ אומר שמכיר הטיב בט"ע גמור מהימנינן ליה משא"כ בט"ע כ"ד דחיישינן דלמא מטעי קא טעי ולהיפוך מסברת רש"ל ולפי"ז כיון דמוכח מדברי התוס' דמהני באבידה ט"ע דת"ח אף בלא שבעתן כדמוכח מההיא דרבה בב"ח א"כ פשיטא דמהני ט"ע דשני עדים אף בלא שבעתן אך צ"ע ממ"ש הרא"ש שם מדקאמר ומודה כו' דסברי רבנן אפשר שיכירוהו אף אם לא שבעתן העין ולא חשדינן ליה במשקר עכ"ל משמע מדבריו דלרבנן דוקא אמרינן הכי משא"כ לרשב"א לא אפשר שיכירוהו בט"ע ואם הוא אומר שמכירו באמת הוא משקר וכן משמע ממ"ש הרא"ש שם ואי לא שבעתן העין הרי אלו שלו דהא לא קים ליה לצורבא מרבנן בגויה וכן הוא לשון הרי"ף ג"כ ולשון זה משמע דאף אם אומר שמכיר בט"ע לא מהימנינן ליה ודוחק לומר דהתם משום יאוש נגעו בה מה שא"כ לענין גט דז"א כמבואר למעיין אלא משמע דס"ל שזה רחוק שיהיה מכיר בט"ע דבר שלא שבעתו העין וכבר כתבתי דאף באיסורין שכתבו התוס' דט"ע כ"ד מהני עכ"פ בתחלת הכרתו צריך שיתחזק הכרתו

בו היטב ומכ"ש בעידי מיתה שצריך ט"ע גמור בעין יפה כמ"ש בתה"ד לענין דמסל"ת העכו"ם לא מהני ט"ע וגם נראה דמ"ש התוס' דמהני ט"ע כ"ד היינו דוקא בדבר שהוא משלו כגון באבידה דבדבר שהוא שלו בודאי נתן לב לדעת ועינים לראות ולכן גם עתה שמכיר בט"ע כ"ד סגי ליה משא"כ במי שבא להכיר מה שאינו שלו ע"י שראה הדבר פ"א או שתים פשיט שנוכל לומר כיון שלא ראה רק באקראי בעלמא ולאו מלתא דרמיא עלי מה"ת נאמר שהתבונן בו עד שהגיע לגדר ט"ע וענין ט"ע כשמו כן הוא שההרגל בו נעשה טבע ונצטייר בלבו צורת הדבר ההוא:

ובזה היה נלענ"ד לפרש מה דנקיט רמ"א סימן י"ז סעיף ל"ב וי"א דאפי' סימן מובהק בבגדים מהני הואיל וראהו נטבע בבגדים אלו עכ"ל ולכאורה צ"ע דלמה נקט סימן ולא נקט ט"ע שמכיר שהם בגדיו של הנטבע בט"ע וראיתי בנ"ב שעמד וכתב דהטעם משום דכיון דראוהו נטבע בבגדים אלו שייך בדדמי ובהג"ה שם וכן ב סימן מ"ג תבריא לגזיזיה ממ"ש מהר"מ מפאדווה שמא היה לו הכרה טובה ממלבושים עכ"ל ולפמ"ש י"ל דבאמת ט"ע לא מהני רק בט"ע דפרצוף שכן דרך הרגיל עם חבירו נותן לב ע"ז שיהא ניכר וידוע אליו בהכרת פנים משא"כ בט"ע דבגדים לא שכיח כלל שיהיה ט"ע גמור בבגדי חבירו אף ברגיל אצלו דמה לו להטביע עינו במה שאינו שלו עד שיהיה לו ט"ע גמור בהם ואי משום שיכיר את חבירו ז"א שהרי הם עשוים להחליף וללבוש אחרים תחתיהם כפעם בפעם ולכן נקיט מהר"מ מפאדווה הכרה טובה במלבושים לפעמים מחמת איזה טעם וסיבה אבל סתמא דמלתא אין ט"ע בבגדי חבירו ט"ע גמור וא"כ ה"ה בפרצוף חבירו כשאינו בן עירו רק דרך מקרה לבד שראוהו לא הוה ט"ע גמור:

אך עדיין יש לצדד ולומר דאע"ג דמשמע מדעת הרא"ש דבלא שבעתן העין אין ט"ע אפילו לת"ח היינו משום דעל הרוב אין בו ט"ע גמור אבל שני עדים עדיפי מצורבא מרבנן דלא מסהדי כ"א בדבר ברור ומהני ט"ע דידהו אף בכה"ג ונלענ"ד לעשות סמוכים לחילוק זה מיבמות דף קך"א ת"ש דההיא גברא דטבע בדגלת כו' ואנסבה רב דימי לדביתהו ותו דההיא גברא דאטבע בדגלת ואנסבה רבא לדביתהו אפומא דשושביניה ויש לדקדק למה נקט שם סתם ואנסבה ר"ד לדביתהו ובעובדא דרבא נקט אפומא דשושביניה ולפמ"ש י"ל דהתם בעובדא דר"ד אפשר שהיו כמה עדים בדבר שהם הכירוהו ולכך נקט סתם משא"כ בעובדא דרבא שלא היה מכיר בעת העלותו מן המים רק עד אחד בלבד ולכך קאמר אפומא דשושביניה דהיינו שהוא היה מכירו ביותר ורגיל עמו וט"ע שלו בו הוא ט"ע גמור. אלא שעדיין צ"ע דלא מבעיא לשיטת הרי"ף שכתב לענין א"א במלחמה דאפילו אי איכא תרי סהדי לא סמכינן עלייהו וחיישינן דלמא אמרי בדדמי פשיטא דגם

כה"ג איכא למיחש כיון שלא היה להם בו ט"ע גמור וגם שידעו הטביעה אלא אפי' לשאר פוסקים דס"ל דבתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן מ"מ הרי מבואר בפוסקים דהיכא דלא חזיוה לאלתר ויש לחוש לשינוי הצורה גם בתרי חיישינן וא"כ הכא נהי דהני תרי חזיוה בשעתא דאסקוה מ"מ יש לחוש שלא היה להם ט"ע גמור אמרי בדדמי וגם אפשר שעכ"פ המים משנים צורת הפנים קצת אלא דמיא מצמת צמתי לענין שיכולין להכירו היכא שהיה בו ט"ע גמור ולא בכה"ג שאף בחייו לא הכירוהו יפה ואע"ג דתרי סהדי נינהו וקצת יש ראיה דאין לחלק בין חד לתרי מדאמרינן בחולין דט"ע עדיף מסימנא תדע דאלו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא כו' והתם לענין ט"ע כל דהו מיירי כמ"ש התוס' ולכאורה קשה מאי ראיה מאתו בי תרי דודאי שפיר י"ל דט"ע כל דהו ל"מ לפי שיש לחוש שהעין מטעה אותו ולפיכך לגבי חד לא מהני ט"ע בכה"ג משא"כ באיכא תרי סהדי אע"פ שמעידין ע"י ט"ע כ"ד מהני דודאי תרי דייקי ומסהדי ומהני בהו אף ט"ע כ"ד משא"כ ע"י סימנא אין מועיל אף סהדותא דבי תרי דס"ס מחמת הסימן הם מעידים אלא ע"כ דאם נימא דט"ע כ"ד אתי למטעי ביה אין חילוק בין חד לתרי דגם בתרי חיישינן לעינים משקרות ומזה מוכיח דאין בט"ע חשש אף בט"ע כ"ד:

ולפ"ז לפי מה שכתבנו דבלא שבעתן העין יש לחוש שהעין משקרת וכסבור שמכיר אע"פ שאינו מכיר גם כן אין לחלק בין ע"א לשנים ואף בתרי חיישינן לה למלתא דלמה מטעי טעו וקסברי שמכירין אע"פ שאין מכירין דזה דמי לבדדמי דשינוי הצורה אע"ג דודאי לא נשתנה הצורה עד שיהא דומה ממש לצורה זו מ"מ מחמת דראו הטביעה חיישינן דאמרי בדדמי ואע"ג דלא ראו הטביעה ממש מ"מ הא ידעו מהטביעה והו"ל כראו הטביעה ומ"ש בשם מהרח"ש דדוקא ידיעה אמיתית אבל מכח השמיעה וקול הברה לא צ"ע דס"ס דעתו קרובה דזהו הוא שיצא עליו הקול שנטבע ואמר בדדמי ועי' מ"ש בתשוב' סימן א' קצת ראיה לדבריו מהרמב"ן ע"ש אמנם בנ"ד נראה דע"פ הקול נקרא ידע הטביעה כיון שנמצא כליו וספריו של זה האיש נתחזק במחשבתו שזה האיש מ"ס שהיה שם מקרוב:

ועוד יש לצדד בזה ע"פ מ"ש הריב"ש סימן שע"ח בדעת הרי"ף הבאתי בתשוב' סימן ב' עי"ש וכאן אין להאריך ועי"ש עוד שכתבתי שיש סברא לומר היכא דהעד הולך בכוונה לראות המת בכדי להעיד ל"ש בדדמי ואף שכתבתי שם שקשה לסמוך ע"ז להקל בע"א מ"מ בנ"ד דאיכא שני עדים יש לצרף סברא זו ולומר אף שלא שבעתו העין של העדים מ"מ מהימני שהכירוהו יפה שזהו כיון שהוכחתי דשפיר איכא ט"ע אף שכה"ג תו לא אמרינן דאאומדן דעתא קא מסהדי ואפילו שראו הטביעה ואפילו לשיטת הרי"ף כיון

דטרחו טובא לכתת רגליהם למחזיה בשעתיה בודאי מידק דייק ולא אמר בדדמי וגם כי לשיטת הרי"ף נראה דלא ס"ל סברת הרז"ה י"ל דבכל גווני לא אמרינן בדדמי בשני עדים אף בכה"ג שלא שבעתן העין דבכל גווני אמרינן מידק דייק ומ"ש הב"ש ומשמע מדבריו דהב"ח סובר דאף בב' עדים אמרינן בדדמי אף שראוהו לאלתר כיון שראו הטביעה לא מצאתי מזה בב"ח כלום אך מ"ש בשם מהרשד"ם דס"ל דלא אמרינן בדדמי כה"ג גם כן לא מצאתי דבר מזה וצ"ע:

ועכ"פ בנ"ד נראה דבתרי סהדי אין להחמיר בעגונה כה"ג בשביל שלא שבעתו העין כיון דבין ראייתם אותו בחיים ובין שעת מציאותו לא היה רק יום א' ובזמן קצר כי האי י"ל שדמות דיוקנו עומד לפניהם עדיין ומדכר דכירי אינשי ומהני סהדותא דידהו למשרי הך איתתא ואע"פ שע"י עדות הלז עדיין לא נודע לנו כי אם שמו ושם עירו כבר הסכימו הפוסקים בזה להתיר ע"י חיפוש וגם הרא"מ כתב שנוטה יותר דלא בעינן שם אביו ואע"פ שכתב מ"מ לא אוכל להתיר א"א לעלמא כו' איהו גופיה כתב דע"י חיפוש יש להתיר אע"ג דאשתהי טובא כמ"ש בק"ע סעיף ק"ד ואף ע"ג דהב"ש כתב דבמע' לא כ"כ וכ"כ בשו"ת מהריב"ל ח"ג הביאו בק"ע סעיף ע"ז שפסקי המזרחי סותרים זא"ז מ"מ הרי כתב שם שהנכון כהפסק השני וגם בתשובה סימן כתבתי שלענ"ד אין הפסקים סותרים ודוקא בלא הזכרת שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו מה שא"כ כשמזכיר שמו ל"ח להכי דא"א שהיה חסר מעיר זה איש אחד ששמו כך כיון שמחפשין בעיר על איש אחד ששמו כך ודאי דבני העיר רמו אנפשייהו ומדכרי ודמי להאי דיצא עמנו כו' דג"כ ל"ח לשכחה כיון דעכ"פ אינו זמן רב שהיה ראוי לחוש לשכחא ודאי שהיציאה עשתה רושם והיה נזכרים ממנו והיכא דהזכיר שמו נמי אין חוששין שמא איש אחר הוא שיצא זה זמן רב עד כי ברוב השנים נשכח זכרו ואבד שמו ז"א דודאי השם גורם שירגישו הכל ויעוררו כח הזכרון כאשר החוש מעיד ע"ז ומכ"ש לפי המבואר בנ"ע שזה האיש אמר שיש לו אשה בק"ק אוסטרהא ויש לו בית קטן בק"ק הנ"ל דודאי מועיל חיפוש בזה ואין לחוש שמא יצא אחד זה זמן רב דהא הני נשי איתנייהו בזכירה ואם האשה היתה יושבת בהיותה גלמודא זה זמן רב אין ספק שהיתה מעוררת לויתן והיה נודע הדבר ואין לחוש שמא יצא כבר זה זמן רב ואחר זה יצאה אשתו ג"כ מהעיר רק הוא סובר שאשתו עדיין במקום שהניחה ולכך אמר שיש לו שם אשה ובית קטן פשיטא דכולי האי ליכא למיחש שיצא משם איש ששמו איציק ונשכח זכרו מעיר הזאת ואח"כ יצאה אשתו ג"כ והניחה ביתה ונשכח זכרה ג"כ ובפרט אם ידוע שהאשה הזאת יש לה משפחה בק"ק לאדמיר שאז צ"ל שגם האשה שיצאה

זמן רב היה לה משפחה שם וגם צ"ל שהיה אומנתו למכור ספרים ותפילין או שאחר יציאתו משם תפס אומנות זו פשיטא שגם הרא"מ מודה דלשכחא כה"ג ל"ח ובודאי כל בני העיר כשהם שומעים את השם היה נזכרים הנמצא כזה איש בעיר שיצא מכאן אפילו אם יצא זה זמן רב וכיון שכבר הסכימו תשוב' אחרונים להתיר בשמו ושם עירו ע"י חיפוש ובתשובה סימן ביארתי עוד בזה פשיטא שיש לסמוך בזה להתיר ע"י חיפוש:
ועוד נלענ"ד לצדד לפי המבואר בג"ע שהעדים העידו שהכירו הבגדים ג"כ בט"ע ולענין הבגדים ל"ש ראה וידע הטביעה דמ"מ אין להם במה לטעות כיון דבמלבושים אין במה לתלות השינוי ואף ע"פ שכתבתי דרמ"א לא נקט ט"ע דבגדים משום דט"ע דבגדים מסתמא לא שבעתן העין מ"מ י"ל דרמ"א מיירי לענין ע"א אבל ב' עדים שפיר מהני דהא ודאי שהם נאמנים בעדותן זה אף להוציא ממון ול"ח דלמא טעו רק דבבגדים י"ל דל"מ משום דחיישינן לשאלה וזה הוי שאלה דיחיד דע"כ לומר שהשאיל לאיש שהיה דמות תבניתו דומה לו במראה ובקומה עד שהיה להם מקום לטעות מחמת שינוי כל דהוא שזהו האיש המ"ס שהיה אצלם ולשאלה דיחיד כה"ג ודאי דל"ח וכבר העיר בזה הגאון ח"צ ז"ל בתשובותיו סימן קל"ד דלשאלה דיחיד ל"ח ומה שהקשו ע"ז בתשוב' האחרונים דרב דמייתי ממתני' דשני יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים ע"כ לא ס"ל לחלק בהכי ואביי הוא דמתרץ לה הכי לחלק בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים וגם החכם מהר"ח המשיב נ"י נכדו של הגאון ז"ל מקהי בה אקיותהא ומותיב ומפרק לה ועיין בשו"ת הב"ח החדשות סימן בתשובה שכתב הגאון מוהר"ר אברהם בעל מ"ב ז"ל:
אך לענ"ד י"ל בפשיטות דהח"צ שפיר קאמר דאפושי פלוגתא לא מפשינן ורבא ה"ק דאם נימא דחיישינן לנפילה אע"ג דנפילה לא שכיח דהא מזהר זהיר ביה מ"מ כיון שאינו מוחזק בגוף החוב א"י להוציא וחיישינן אף למלתא דל"ש א"כ מה בכך דהוי נפילה דיחיד דאף בכה"ג נמי יש לחוש מה"ט שזה אין מוחזק בגוף החוב וכמ"ש התוספות דמה"ט לא מחזקינן ליה בשלו אלא ע"כ דלמלתא דלא שכיח ל"ח כלל א"כ אף לנפילה דרבים אין לחוש דהא הנפילה לא שכיחה מצד עצמה דמזהר זהיר ואביי מתרץ דלחד מלתא דל"ש שפיר חיישינן משא"כ נפילה דיחיד דאיכא תרי לא שכיחא שהנפילה מצד עצמה ל"ש וגם הוא דיחיד אז ל"ח:
ולפ"ז לגבי שאלה אע"ג דנימא דרבא חייש לשאלה משום דשאלה שכיחא מצד עצמה מ"מ אין לנו לחוש רק לשאלה דרבים דהוי שכיח אבל לא לשאלה דיחיד דל"ש ולא עדיף שאלה דיחיד מנפילה דרבים אליבא דרבא. ואדרבה אליבא דאביי י"ל דחיישינן אף לשאלה דיחיד דדוקא תרי לא שכיח בעינן:

ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה על הח"צ דהא להדיא אמרינן ביבמות ואביי למאי ניחוש לה לנפילה מזהר זהיר כו' ועיין בתוספות שכתבו דר"ל דבכה"ג דהוי נפילה דיחיד לא חיישינן ועכ"פ חזינן דאף בדיחיד אי לאו טעמא דמזהר זהיר הוי חיישינן וכבר ראיתי מי שעמד בזה ולפי מ"ש א"ש דלאביי אנו צריכין גם כן להך סברא דמזהר זהיר ובצירוף שהוא נפילה דיחיד משא"כ לרבא שפיר י"ל דאף בשאלה לא חיישינן לדיחיד אלא דקשיא לענ"ד על סברת הח"צ הא דאמרינן דפליגי מתני' וברייתא באותיות ניקנות במסירה ולמ"ד אין אותיות נ"ב חיישינן דלמא מסר ליה והיינו שמסר לו לצור ע"פ צלוחתו וכמ"ש התוספות שם ובב"ב דף ע"ו והרשב"א בר"פ כל הגט וזה הוי כמו שאלה דיחיד ואפ"ה ס"ל דחיישינן ואף מתני' דפליגי היינו משום דס"ל דאותיות ניקנות במסירה אבל אי אין ניקנת כ"ע מודו דאין מוציאין דחיישינן דלמא מסר לזה ששמו ג"כ יב"ש לצור ע"פ צלוחתו ועתה הוא תובע בו כשלו והנה לפי מ"ש הרמב"ן במלחמות בב"ב ובחידושיו ובשאר דוכתי מלתא דרב דס"ל דל"ח לתרי יצחק תלוי בהא דל"ח דלמ' מסר דכמו דל"ח שמא הלך לשם יצחק אחר ה"נ אמרינן שלו היתה מתחלתו וכאן נמצ' כאן היה ולפי זה תיקשי עליו ממתניתין דאין מוציאין שטר חוב על אחרים דלפי משמעות הש"ס בב"ב גם לרבא הכל תלוי בהך סברא דאותיות ניקנות במסירה ולפי דברי רבא ביבמות אין זה ענין לזה דאפילו תימא אין ניקנות ל"ח דלמא מסר כלל ואמרינן שלו היתה מתחלתו גם קשה בהא דהקשו התוספות על אביי דקאמר לנפיל' מזהר זהיר שהרי אביי סובר צריך להביא ראיה ולכאורה לאו קושיא היא דבשלמא התם דמיירי שזה גופיה אומר שלא היה שלו רק שבא לידו ע"י שמכר ומסר לו אז שפיר חיישינן לנפילה כיון דעכ"פ אף לפי דבריו בא לידו מרשות אחר משא"כ היכא שזה טוען שמעולם היה שלו גם אביי מודה דל"ח לנפילה ומחזקינן בחזקת שהוא שלו:

אך דלכאורה ממאי דקאמר הש"ס דברייתא דשני יב"ש אין מוציאין כאביי מוכח דלאביי אף בכה"ג שטוען שלו הוא מעולם נמי צריך להביא ראיה דהא הך דב' יב"ש מיירי בכה"ג (איברא די"ל כמ"ש התוספות שם דהברייתא ס"ל טפי מאביי דאפי' בנפילה דיחי' מוציאין ה"ה נמי לענין זה דמצי טעין לא היה שלך מעולם דהא אביי באמת חייש לנפילה אף היכא דמצי למטען לא היה שלך מעולם כדמוכח גבי מהא דקאמר גבי לויתי ממך כו'):

אך י"ל כיון דלאביי קיימינן ואביי חייש לתרי יצחק אם כן אין לחלק בין טוען שלי הוא מעולם ובין טוען זה מסר לי דהא זהו ראיית רבא מדלא חיישינן דלמא מסר מוכח דל"ח לתרי יצחק כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ולדבריהם צ"ל הא דמשני באותיות ניקנית כו' היינו

אליבא דאביי דאלו לרבא אף דאין ניקנית מ"מ שפיר מוציאין כיון שזה טוען שהוא שלו מעולם ולרב איכא תרי גווני דל"ח לנפילה חדא דאמרינן שלו היתה מעולם (ודלא כאביי דחייש לתרי יצחק ולדידיה אין זה מעלה מה שהיה שלו מתחלה וגם אביי חייש לנפילה גבי לויתי ממך מנה) ואידך דל"ח מצד עצמות הנפילה דלא שכיחא ולפיכך ס"ל דאי אותיות ניקנות במסירה א"צ להביא ראיה משום דל"ח לנפילה ולכך הוי תפיסתו קנין אע"ג דודאי בא מיד חבירו וכמ"ש הר"ן פרק הכותב והרמב"ן בספר הזכות ע"ש אבל אי נימא דאין ניקנות ע"כ דאין תפיסתו קנין כיון שאין נקרא מוחזק בחוב כמ"ש התוס' ומתוך השטר הרי יש לנו לומר על יב"ש זה כמו על זה והשתא א"ש דאביי הוצרך ביבמות לומר דנפילה מזהר זהיר דאל"כ אף דהוי נפילה דיחיד ס"ל דיש לחוש דהא חייש לתרי יצחק ולכך קאמר כיון דמזהר זהיר אע"ג דאיהו חייש לנפילה מ"מ סברא קצת איכא דזהיר וגם הוי דיחיד ל"ח וא"ש הא דקאמר מאי אמרת דלמא מסר כו' דאי חיישינן לתרי יצחק שפיר חיישינן דלמא מסר ואף שהיא שאלה דיחיד משא"כ אי לא חיישינן לתרי יצחק ל"ח גם לשאלה דיחיד דתרי יצחק נמי כשאלה דיחיד הוא דל"ח שמא גם אחר ששמו יצחק הלך למקום זה ומתחלה היה במקום אחר וה"נ גבי שטר שמתחלה היה ברשות יב"ש זה ומסרו לרשות יב"ש אחר ורבא סובר דאף בלא סברא מזהר זהיר אין לחוש ליחיד ומה"ט ל"ח לתרי יצחק וגבי בר נאנאי דלמא מסר וס"ל דאי הוה חיישינן לנפילה אין לצרף סברת זהיר ודיחי' בהדדי ובב"ב פריך רבא לשיטת אביי גופיה דס"ל דשפיר מחזקינן מרשות לרשות ויכול להיות שהיה מתחלה ביד אחר ועתה בא ליד יב"ש זה וכמו דחייש לתרי יצחק א"כ קשה ממתני' דב' יב"ש מוציאין דעכ"פ מוכח דל"ח לנפילה כלל וממילא דאף גבי לויתי ממך מנה שהוא נפילה דרבים ליכא למיחש ובהכי א"ש מה דהקשה הרשב"א ביבמות דל"ל לאתויי מחבו בר נאנאי הו"ל לאתוי ממתני' דב"ב ומתרץ דמעשה רב ולפי מ"ש י"ל דממתניתין אין הכרח דל"ח לתרי יצחק דאיכא לדחויי דאתי כרבי דס"ל אותיות ניקנית במסירה אבל מרבה דייק דלא משמע ליה דפוסק דלא כרבנן ומשני אביי דודאי רבה הכי ס"ל דנקנית ויצא לנו מזה דלמאי דקי"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק ג"כ ל"ח לשאלה דיחיד ומה"ט ס"ל לרבא דל"ח דלמא מסר ליה לצור דהיינו שאלה דיחיד כיון דלתרי יצחק ל"ח להא נמי לא חיישינן:
ועוד י"ל ע"פ מ"ש הרשב"א בחידושיו לגיטין דכל ששיירות מצויות חשבינן ליה כנפילה דרבים דטובא יב"ש איכא בעלמא וכתב שם אליבא דרבא הא דבעינן הוחזקו והיינו כל דהוחזקו חוששין להשיירות כיון שיש לפנינו גם כן מי שהוחזק בשם זה ולפ"ז לפי מ"ש התוס' ביבמות דאביי ורבא פליגי היכא ששיירות מצויות ואי חיישינן לתרי יצחק

והיינו דלמא יצחק אחר מעלמא אתא לכאן אם כן תיקשי ליה מחבו בר נאנאי דאיכא טובא והשיירות מצויות הו"ל כנפילה דרבים וגם יש לחוש דלמא מסר ליה איזהו חבו בר נאנאי ואין זה מסירה דיחיד ואביי סובר דלנפילה מזהר זהיר דאף על גב דשיירות מצויות וחשיב כדרבים מ"מ היינו דוקא גבי גט שיב"ש זה אבד גט וכמו כן יש לחוש שאבד אחר ג"כ משא"כ גבי חבו כיון שאין כאן נפילה לפנינו מה"ת נחזיק שנפל ממנו דהא זהיר ביה וכמו נפילה דיחיד חשיב כל שלא ידענו שא' אבד שטר וכמ"ש הרשב"א סברא זו אליבא דרבה דלכך בעינן הוחזקו דעכ"פ בעינן שיהא לפנינו עוד אחד בשם זה ואז חיישינן לאחרים ומכ"ש דאתי שפיר הך סברא לענין נפילה דבעינן שיתברר נפילה לפנינו:

והשתא אתי שפיר הא דמייתי רבא בב"ב ממתני' דשני יב"ש דס"ל דההיא חשיב כנפילה דרבים כיון דסתמא קתני משמע דאף ע"פ שהשיירות מצויות והרי שם הוחזקו שני יב"ש ואיכא למיחש להרבה יב"ש דעלמא וע"כ מוכח דאף לנפילה דרבים ל"ח ואביי ס"ל דההיא הוי נפילה דיחיד כיון שלא נתברר דנפל אמרינן דזהיר שלא יפול ואם נפל לא שכיח שיבא לידי מי ששמו יב"ש משא"כ בההיא דסמוך שפיר חיישינן לנפילה דרבים ולפ"ז נראה דבנ"ד כיון שנצטרך לומר שביום הליכתו מעיר פגע באדם אחד שהיה דמות דיוקנו דומה לו עד שטעו העדים לומר שזהו הוא שהיה בעיר והשאיל בגדיו לזה והיינו ההוא שנטבע דפשיטא דכולי האי ל"ח דאפילו תימא דאיכא אינשי שקרובים בדמות פניהם להההוא גברא מ"מ הרי אין שיירות מצויות שם שנחשוב זה לשאלה דרבים ופשיטא שאין לך שאלה דיחיד גדולה מזו והלכך אם העדים היה להם הכרה טובה במלבושיו שלו אין לחוש לשאלה בכה"ג ועיין בפוסקים ובתשובה לענין סימן אמצעים בגופו וסימנים מובהקים בכליו ובמ"א הארכתי:

והנה לפי מ"ש החכם מהר"ח שהאשה אמרה לפניו שהכירתו היטב בט"ע שהוא בעלה אלא דלא חזיתיה לאלתר רק בתר דאשתהי פשיטא שיש לצרף דעת ר"ת דאם ידוע וניכר בחייו למכיריו מעידין עליו אפי' אחר ק' ימים והרא"מ בתשובה נסתייע מזה להתיר מדברי הא"ז שהביא תשובה ר"ת ואע"פ שמהרי"ט תמה עליו שהרי גדולי הפוסקים חולקים עליו:

נלענ"ד שהרא"מ הביא זה כיון שנסתייע מבה"ג שדבריו דברי קבלה ומהרי"ק כתב דגם הרב ר' עזריאל דהוא בתראה פסק כוותיה וגם מהר"מ בתשובת מיימוני הביא דבריו להתיר וכתב שכדאי הם לסמוך עליהם והארכתי בזה בתשובה סימן ב' והבאתי שם שגם ראש משפחתינו רבינו יוסף בכור שור בעל התוס' והוא היה תלמידי ר"ת כמבואר

בשו"ת רש"ל סובר ג"כ כרבו ר"ת בזה כמבואר בספר דעת זקנים חיבור בעלי התוספות על רש"י על התורה ובספר פענח רז"א פרשת כי תצא בענין עגלה ערופה וכיון דבה"ג ור"ת והר"ר עזריאל ומהר"מ ור"י בכור שור קיימו בחד שיטת אע"פ שאין לסמוך על היתר זה לבד כמ"ש בח"מ מ"מ חזי לאיצטרופי להנך היתרים וגם להסוברים דראה ממש בעינן להרז"ה ודעימיה יש לצרף בזה דעת הטור ודעת הרא"ש לפי פירש הגאון מהר"ב אשכנזי וגם אני חזון הרביתי בתשובה סימן הנ"ל והעליתי בדעת הרא"ש להתיר בלא ראה הטביעה אף בלא לאלתר ולא רציתי להאריך בזה כיון שא"א להעמיד יסוד על היתר זה רק יש בו כדי לצרף לשאר היתרים זולת כמה אומדנות והוכחות שיש בנדון זה ולכן נלענ"ד לעשות חיפוש להכריז בבהכ"נ ובכל בתי מדרשות שבעיר וליתר שאת ילך שליח ב"ד מבית לבית לשאול אם יש מי שיודע ועולה על זכרונו שהלך משם איש אחד ששמו איצק או יצחק והניח אשה ובית קטן ושוב לא חזר לביתו ואם לא נמצא כזה איש רק בעל האשה הזאת לבד אז יש להושיב ב"ד ולהתירה לעלמא:

אמנם דברי אלה להלכה ולא למעשה משום חומר א"א עד כי יסכימו בהיתר זה עוד שני חכמים מפורסמים בהוראה מלבד כבוד הרב הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל שאשה סרה למשמעתו יביע אומר ויחוה דעתו ובהדי דדרו דורא דלינא ואמינא מה דקאמינ' דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה כח

שאלה איש אחד שמו מוהר"ר אייזיק מבארלאד היה נוסע מק"ק טיקאטש לק"ק בארלאד עם איש' אחר שהיה שותפו והיו נוסעים שניהם יחד על העגלה אחת א' היה אומן ממלאכתו טובאק והשני אומן במלאכת הקעם ושוב נאבדו שניהם ונתעלמו מן העין ואחר זמן נמצאו שני הרוגים על אותו הדרך עם העגלה והסחורה וכלי אומנות מעשיית הטובאק ומעשיית הקעמין והר"ר אייזיק ניכר להם במלבושיו וגם היה לו סימן בגופו רושם אחד הנקרא האניק פלעק וגם מצאו שם כר אחד שנשלח ע"י הר"ר אייזק ושותפו הנ"ל מק"ק טיקאטש לק"ק בארלאד וניכר הכר לעיני האנשים עכ"ל השאלה וכבוד ב"ד הרב הגדול החריף מוהר"ר משה נ"י פתח פתחה להיתרא וחלה פני לחוות דעי בזה:

תשובה מתחלה אען ואומר שבנ"ד אין לבנות יסוד על היתר דמנין הוי סימן שדבר ברור הוא דמנין לחוד ל"ה סימן מובהק כמבואר ביבמות דף קט"ו האי גברא דאפקיד שומשמי כו' אימר חושבנא בעלמא אתרמי אלמא דמנין ל"ה סימן אמנם התוס' שם כתבו דהא דקאמר בב"מ מנין הוי סימן התם מיירי בענין שאין דרך בני אדם להצניע כו' ובאמת דברי

התוספות תמוהים דהתם לענין אבידה סגי ב סימן אמצעי אבל מ"מ אינו נחשב סימן מובהק להתיר אשה או להוציא ממון על ידו כיון דאפשר דחושבנא איתרמי וגבי עובדא דשושמי סימן מובהק בעינן כמבואר בתוספות ובח"מ סימן רנ"ז והלכך לא חשיב מנין סימן וגם בלא"ה לכאורה יש לחלק בפשיטות דהתם בב"מ זה שאבד אומר שהוא שלו אלא דחיישינן לרמאי ומשקר וכיון שאומר המנין אמרינן דמסתמא כיון שמכוון המנין ודאי שלו הוא וקושטא קאמר משא"כ שזה תובע את שלו שהפקיד תחת ידו כשיעור הזה שפיר קאמר שומשמי מאי סימנא אית בהו דדלמא אתרמויי אתרמי שגם הוא הצניע לעצמו כשיעור הזה וצ' דקושיות התוספות דמ"מ ה"נ נימא גבי אבידה נהי דאין זה רמאי דמנין ידע המנין כמה אבד זה מ"מ דלמא אתרמויי אתרמי שגם אחר מרוב דעלמא אבד מנין כזה ועיין בב"מ דף כ"ג ע"ב ד"ה אי דליכא שכתבו וי"ל דהתם נמי לאו משום דחשוד לשקר אלא משום דאמרינן ליה כי היכי דאת אבדת חפץ זה ה"נ אימור אדם אחר אבד חפץ כזה ע"ש שר"ל דהתם כיון שמכוון החפץ מועיל שאינו רמאי ומ"מ חוששין שמא אחר אבד ג"כ חפץ כזה וה"נ דכוותיה וע"ז תירצו דהתם מיירי בענין שאין דרך לעשות במנין זה לכך ל"ח לרובא דעלמא שאין דרכם לצרף מנין כזה אך שעדיין צ"ע מה שהקשיתי דדלמא שאני הך דב"מ דלא בעינן סימן מובהק גמור ולכן נלענ"ד דהתוספות משמע להו דלפום הך טעמא דקאמר דאתרמויי אתרמי אפילו סימן להחזיר אבידה על ידו לא הוי דכהאי לישנא אמרינן בב"מ שם מ"ט אמור רבנן רקתא דנהרא ל"ה סימן כי היכא דלדידך אתרמי כו' א"ד מ"ט אמור רבנן מקום ל"ה סימן דאמרינן כי היכא דלדידך אתרמי כו' אלמא דבכה"ג ל"ה סימן אף לענין מציאה ואף דאנן קי"ל מקום הוי סימן היינו משום דהתם אין רגילות ששני בני אדם אבדו חפץ כזה ובמקום אחד ע"ש בתוספות אבל גבי מנין כיון דחזינן דאמרינן אתרמויי אתרמי אף דאיתמר לגבי הוצאות ממון מכל מקום מה"ט גופא אפילו לגבי מציאה לא מיקרי סימן (ועיין בתוס' ביבמות שם ד"ה ומי חיישינן שמא פינן שכתבו לפרש דברי הש"ס כיוצא בזה ע"ש) ולהכי שפיר קא קשיא להו מהך דב"מ ואהא תירצו דהתם אין דרך להצניע כו' אבל מ"מ אף בכה"ג נמי לאו סימן מובהק הוא אלא דלפ"ז קשיא למה הוצרך הש"ס ביבמות למימר טעמא דאתרמויי אתרמי דמשמע דוקא בכה"ג שדרך להצניע במדה זו תיפוק ליה דבלא"ה נמי מנין ל"ה סימן מובהק ואין מוציאין ממון על ידו ונראה דשפיר הוצרך לומר דהך מנין לאו ס' הוא כלל דאל"כ אע"ג דל"ה סימן מ"מ כיון דקאמר נמי סימנא דבחביתא רמיין אע"ג דקי"ל חיישינן שמא פינן מ"מ הוי סימן אמצעי ושני סימנים אמצעים כ סימן מובהק חשבינן ליה כמ"ש הפוסקים ולכן הוצרכו התוספות לומר ד סימן מנין דהכא אפילו ס' אמצעי

ל"ה לפי שדרך להצניע במדה זו אבל באמת אפילו במקום דהוי מנין סימן מ"מ ל"ה סי"מ דאורייתא כלל רק לענין מציאה דסגי בס' אמצעי וכן מבואר בנ"י ביבמות שם שכתב דהא דאמרינן בב"מ דמנין הוי סימן היינו דוקא מציאה כו' וכ"נ מדברי הרא"ש ב"מ דף ע' שכתב וא"ת דהבא פריכא נמי דלמא יהיב סימנא במשקל דקי"ל בא"מ דמשקל הוי סימן וי"ל דוקא מציאה הקילו להחזיר ב סימן כל דהו אבל הכא בעינן סימן מובהק עכ"ל וא"כ כ"ש מדה ומנין שהרי מדה ומנין ממשקל אנו למדים אותם כדאמרינן מדמשקל הוי סימן כו' וא"ל דה"ק מדמשקל הוי סימן מדה ומנין פשיטא דהוי סימן דעדיפי טפי ואפילו סימן מובהק נמי הוי ז"א דפשיטא דדיו לבא מן הדין להיות כנדון ול"ה רק סימן כל דהו ומועיל לענין מציאה לבד איברא שלכאורה יש להביא ראיה ד סימן מדה עדיף מ סימן משקל מהא דאמרינן בב"ב דף קכ"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא כו' ורב ששת אמר אפילו גלימא אפשר דמכוין מדת ארכו ורחבו אבל נסכא לא ור"פ אמר אפילו נסכא אפשר דמכוין מדת משקלותו הרי מבואר ד סימן מדה עדיף לר"ש מ סימן משקל וא"כ הא דקאמר בב"מ אליבא דר"ש מדמשקל הוי סימן כו' ע"כ דבדרך כ"ש קא מייתי לה וא"כ י"ל ד סימן מנין נמי עדיף מ סימן משקל אלא דלפ"ז קשה דהא מהתם מוכח דמוציאין ממון ע"י סימן מדה לר"ש או משקל לר"פ והרי הרא"ש כתב בפשיטות ד סימן משקל ל"ה רק סימן כל דהו וגם סימן מדת ארכו ורחבו נראה דל"ה סימן מובהק כמ"ש התוספות ב"מ דף כ"ז לא מובהק ממש קאמר אלא מובהקין מסימני חבירו כמו זה אומר מדת ארכו כו' וכן מבואר בשיטה מקובצת ב"מ שם בשם הרשב"א והריטב"א: ולפ"ז קשה דבההיא דב"ב מבואר שמוציאין ממון על יד' סימנים אילו ואף על גב דאתותבו כולהו מברייתא ה"ד בסומא דהברייתא ס"ל סומא פסול לעדות דכתיב והוא עד או ראה כמבואר ברמב"ם הל"ע ובראש"ש שם ובעינן תחילתו וסופו בכשרות אבל בפקח כה"ג שפיר מעיד על ידי סימני אורך ורוחב ומשקל ואפשר לומר דהך דב"מ דיליף מדה ממשקל היינו מדת ארכו ורחבו דגלימא דההיא ל"ה סימן מובהק אליבא דשמואל בב"ב דס"ל גלימא לא משום שהרבה טליתות מדותן שוות והיינו דיליף לה ממשקל דהוי סימן בכלי כסף כו' דמהני כשמכוון מדת משקלותיו אף על פי שגם הם על הרוב הם במשקל אחד וכדמשמע גם כן בב"ב דעדיף טפי סימן אורך ורוחב דגבי גלימא מסימן משקל דגבי נסכא דהא ר"ש סבר נסכא לא רק דר"פ פליג עליה וקאמר דאפילו נסכא ולכך בב"מ דאליבא דר"ש מיירי התם ולדידיה גבי נסכא אין מוציאין ממון בעדות סומא אף דמצי מכווין מדת משקלותיו ומ"מ לענין אבידה תניא דהוי סימן כדתניא כלי כסף וגיסטרן דהיינו שברי חתיכות א"כ מכ"ש דמהני סימן מדה באבידה דמהני לר"ש בב"ב

אף להוציא ממון וא"כ מאי דקאמר מדמשקל הוי סימן כו' בתורת קל וחומר אתי עלה והך דב"מ דמוכח מינה דמשקל ל"ה סימן להוציא ממון על ידו אתי כשמואל ור"ש בב"ב דאמרי נסכא לא והתוס' והפוסקים שכתבו דאורך ורוחב לא הוי סימן מובהק פוסקים כשמואל בב"ב דגלימא לא ואע"ג דר"ש ור"פ ס"ל דאפילו גלימא ונסכא ס"ל להתוס' כיון דבנסכא לא קי"ל כר"פ כדמוכח מהא דב"מ דף ע' שאין מוציאין ממון ב סימן משקל ה"ה במדה בגלימא לא קי"ל כר"ש כיון דמשמע בש"ס דלענין אבידה מדמינן מדה למשקל ולכך לענין אפוקי ממונא נמי אף שי"ל דלענין סימן באבידה אתינן עלה בתורת ק"ו אבל מ"מ לענין אפוקי ממונא עדיין י"ל דאף דל"מ משקל מ"מ מהני מדה ס"ל להתוספת שאין לחלק ביניהם אלא כדשמואל קי"ל דגלימא לא והוי סימן רק להחזיר אבידה אבל לא להוציא ממון. שוב ראיתי בנ"י פ"ב דב"מ שכתב וז"ל והרא"ה כתב כו' והכא הכי פשטינן מדמשקל הוי סימן בכלי כסף מודה בגלימא כ"ש דהוי סימן דטפי הוי סימן מובהק מדה בגלימא ממשקל בנסכא וראיה לדבר מדאמרינן בי"נ גבי היה יודע בעדות כו' מ"ש דמ"ד נסכא לא סבר דמדת משקלותיו בנסכא לא חשיב כמדת ארכו ורחבו בגלימא עכ"ל הרי מבואר כדברי ת"ל דבתורת ק"ו אתי עלה ועי' בנ"י פרק איזהו נשך שכתב דמשקל ל"ה סימן כ"א לגבי מציאה דלאו אפוקי ממונא הוא אבל היכא דהוה אפוקי ממונא כו' לא יהבינן אלא בסימן מובהק אבל משקל שהוא סימן כל דהו לא עכ"ל צ"ע שסותר דברי עצמו בב"ב פרק י"נ שכתב וז"ל ולכאורה מהכא נפקא לן מהא דפסלינן משום תחלתו וסופו בכשרות משמע דבהכ"ג שהוא כשר נאמן ומפקינן מיניה הגלימא או החתיכ' של כסף וה"נ מסקי' בא"מ ומתמהי רבוותא דהרי יש לחוש לרמאות לכן נראה דאיירי כגון שהנתבע טוען החזרתי לו אותו כלי שהעדים מעידין עליה הסימנים כו' ע"ש מבואר מדבריו דהכי קי"ל לדינא וא"כ מבואר ד סימן מובהק גמור הוי היכא דליכא למיחש מפני הרמאות ואפילו בסימן משקל כדר"פ וא"ל דהתם דמיירי בנפקד שטוען החזיר לא הוי אפוקי ממונא כולי האי ושפיר מפקינן בעדים שמעידים שיש כלי זה ת"י אף ב סימן כל דהוא שא"כ בהך דב"מ דז"א דלשון הנ"י משמע דדוקא משום חשש רמאות צ"ל דמיירי בכה"ג ועוד דגם הך דב"מ בעדי פקדון מיירי דאל"כ הוי טענינן לקוח ע"ש ולכן צריך לדחוק ולומר דהנ"י לא קאמר אלא דבכה"ג מועיל העדות על ידי סימן ומ"מ לענין סימן משקל בנסכא לא קי"ל כר"פ אלא כשמואל ור"ש דקאמרי נסכא לא וכדמוכח מההוא דא"נ וצ"ע:. והנה מ"ש לעיל דמדה ומשקל מיירי בגוונא שעל הרוב הם שוות ואפ"ה הוי סימן לגבי אבידה ז"א לפמ"ש התוספות דיבמות שהבאתי לעיל שכתבו דהך דב"מ מיירי שאין דרך בני אדם להצניע במדה זו לכך הוי סימן ועי' בחידושי

הרמב"ן בבא בתרא דף קכ"ח מ"ש לחלק בין ההיא דהתם להך דב"מ ומוקי לה במדת פירות ולקצר אני צריך ועל כל פנים לדינא דברי התוספות צ"ע וגם כי מ"ש דבב"מ מיירי שאין דרך כו' והיינו שאין דרך לעשות הכל במדה א' דאל"כ ל"ה סימן אף לענין מציאה כדאמרינן התם לענין מחרוזות של דגים דבמנינא דשוים שנהגו הציידים לחרוז כמנין הזה בחרוז א' לא הוי סימן וא"כ כי מוקי ההיא דיבמות שדרך בני אדם להצניע במדה זו היינו שעל הרוב מכוונין מדה זו א"כ פשיטא דכה"ג לא הוי סימן כלל ומאי ס"ד דר"ח למימר דהיינו עובדא דשני ת"ח ורבא נמי ל"ל למימר אימר אתרמי דהך לישנא משמע שאין הרגילות כן אלא דאפשר דאתרמי הכי דבפשיטות הול"ל דלאו סימנא הוא דאורחייהו בהכי וכההיא דמחרוזות במנינא דשוים וכ"כ התוספות בדלוסקמא לא הוי סימן כיון שדרך להניח שטרות בדלוסקמא אלא ודאי דגם הך דיבמות מיירי בענין שדרך בני אדם לעשות זה בכה וזה בכה ואפ"ה קאמר דלאו סימנא הוא כיון דאפשר דמתרמי הכי ועי' בדברי הג"א בב"מ פרק א"נ שכתב וז"ל מיהו בסימן שאינו מובהק כגון שהפקיד ביד חבירו חביות מליאה פירות בפני עדים כו' אימור אתרמויי אתרמי כההיא דהאשה שלום וסיים בה פר"י מהרי"ח הרי שהר"י בעל התוספות כתב דמנין ל"ה סימן מובהק דאתרמויי אתרמי ולא מחלק בין אם דרך להצניע במדה זו או לא ובכתובות דף פ"ה ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירין בסדינא בי' רב מיאשא כו' ועוד הא קיהיב סימנא כתבו התוספות פי' בקו' דציירין בסדינא ושבע הוי ובהאשה שהלכה לא הוי סימן כה"ג עכ"ל ולא ביארו טעם הדבר ונראה שר"ל כמ"ש ביבמות ואפשר לומר דהתם הא דקאמר דציירי בסדינא נמי עכ"פ הוי סימן אמצעי ובצירוף ה סימן דהוו שבע מחשבי תרוויהו סימ' מובהק משא"כ ביבמות הא דקאמר בחביתא רמיין אינו סימ' כלל דהא הדרך להניח בחביות ועוד דאמרינן שפינן כמבואר בש"ש והיינו דודאי בשעת פקדון נתן לתוך חביות ואחר כך פינה בעל הפקדון משם ועירה שלו לתוכה וכיון שאין כאן רק סימ' מנין לחוד לא הוי סימ' לאפוקי ממונא:

שוב ראיתי בישו"ש דמייתי דברי התוספות ומפרש בענין שדרך בני אדם להצניע היינו ד"מ עשר וט"ו וך' וך"ה והוא אומר אחד מהם אמרינן הכי אתרמי ליה והתם מיירי בענין שאין דרך בני אדם להצניע היינו שאין דרך להיות שוין במספר לא אמרינן אתרמי וכתב ע"ז דהר"ן (ר"ל הנ"י) חילק דדוקא גבי מציאה הוא דהוי מנין סימן וכו' וכן לענין התרת אשה בעינן סימן מובהק דל"ש לומר ביה אתרמי אף דליכא מאן דמכחיש לי' משום חומר דעריות דהא תלמודא משוי להו להדדי והר"ן לשיטתי' כמו שחילק בב"מ לענין משקל אבל התוספות לא ס"ל הך סברא ודבריהם עיקר עכ"ל וכבר כתבתי דגם הרא"ש בב"מ

כתב כדברי הנ"י בזה וכן נראה מדברי שאר מפורשים וכן מבואר מדברי ה"ה והכ"מ פרק י"ג מהלכות גזילה ואבידה דמדה ומשקל ומנין לא הוי סימנים מובהקים ממש רק סימנים חשובים קצת ואין להתיר על ידם אשה אלא שה"ה רוצה לומר דהרמב"ם ס"ל סימנים דאורייתא והכ"מ תמה עליו בזה ע"ש וכן מבואר מדעת האחרונים בח"מ סימן רצ"ז וכ"כ בסמ"ג עשין נון שכתב וז"ל ויראה לי דהלכה כרב אשי דמספקא ליה מה שמחזירים אבידה בסימנים שאינם מובהקים אם הוא מן התורה או מדרבנן הלכך בגט שאבד שיש שם איסור לא יחזירוהו כ"א בסימנים מובהקים כגון נקב בצד אות פ' ומשמע שם שמדה ומשקל וכיוצא בהם שמחזירים אבידה על ידיהם הם סימנים שאינם מובהקים עכ"ל וכן מבואר מדברי השי"מ בב"ב בשם רבינו יונה דמנין לא הוי סימן לענין היתר אשה ועיין מ"ש בתשובה שלפני זה שהארכתי בענין זה. ועוד נראה דגם התוספות מודים דבכה"ג שרגילות הרבה לנסוע שנים שנים יחד שלא ללכת בדרך יחידי וכל חד ליהוי צוותא לחברי' אף על גב דלפעמים הולכין ג' וד' ויותר ג"כ מ"מ בשביל שאנו מוצאין שנים אין זה סימן כיון שרגילות הוא ג"כ שיתחברו שנים יחד לצוות' בסימ' והוי כהא דשומשמי כיון דלפעמים מצניעין מספר כזה שוב לא אמרינן מנין סימן דאתרמויי אתרמי כמ"ש הישׁ"ש וה"נ דכוותיה ומ"ש לפירוש הרמב"ם גבי שנים אנשים שהיו מהלכין בקולר כבר פירשו כל הפוסקים ותשו' דדוקא כשידוע מקום היציאה והליכה ועכ"פ מקום ההליכה בעינן שיהיו נודע לנו וכ"כ בשו"ת משאת בנימין סימן ס"ג דהא דסמכינן אמנין דוקא בהעידו העדים שמצאום גם על מקום ההליכה לאיזה דרך שהיו רוצים לילך דהכי משמע מעובדא דכרקום ביתר כו' וכ"כ נמי הר"ר אליהו מזרחי כו' וכ"כ נמי החכם בן לב כו' ע"ש אלא דמשמע לכאורה מדבריו דכל שידוע לנו שבעליה' של הנשים הללו שמו מגמת פניהם בדרך זה וכאן נמצאו הרוגים במנין זה תלינן דאילו הם וכן משמע מדבריו ב סימן מ"ד בסופו וא"כ גם בנ"ד הרי ידוע לנו שבעליה' של הנשים הללו יצאו מק"ק טקאטש ודרכם נכון לפניהם ללכת לבארלאד אבל לענ"ד זה אינו דהא עיקרא דהא מלתא נפקא לן מעובדא דכרקום ביתר והתם מיירי שהעכו"ם מסל"ת שאותן האנשים שהיו מהלכי' בדרך לביתר ומספרם ששים מתו וכן שאר עובדי דהתם ובהא שפיר אמרי' דכיון שידוע לנו שאותן האנשים בעליה' של נשים הללו היו מהלכים לשם ומספר חבורתם כך סמכינ' על זה להתירם אבל אם אין ידוע לנו האנשים ההולכים הנמצאים פה מאין באו לאן היו פניהם מועדים לילך מה בכך שאנו יודעים שבעליה' של הנשים היו נוסעים ממקום פלוני למקום פלוני ועתה נמצאו הרוגים על הדרך ההולך מזה לזה דהא עדיין י"ל שאינם אלו רק אחריני מרובא דעלמא ומי יודע

אם היה יציאתם של אילו ההרוגים מטקאטש לבארלאד דלמא מעלמא אתו והיה דעתם ללכת למקומות אחרים ובעליה' של אלו אזלו לעלמא דאטו הדרך הזה שנמצאו ההרוגים הוא דרך כבושה דוקא מטקאעש לבארלאד מאין פנות אל מקומות אחרים או מבלתי אפשר לבא לשם רק היוצאים מעיר טקאטש דאז שפיר הוי סימנא מלתא שאילו הם אבל אם הוא דרך הרבים דמקלעי ליה מעלמא ג"כ בשביל שדרך הזה הוא סלולה גם להולכי מטקאטש לבארלאד אין זה הוראה גמורה שאילו הם דדלמא מרובא דעלמא פרשו ואתו לכאן ובאמת בעובדא דהמ"ב סימן מ"ה מבואר שם בעדות כ' אהרן שהישמעאלים אמרו שאותם היהודים שיצאו מעיר יאס כו' וכן מוכח מעדות כ' עוזר שאמרו שהיהודים לא רצו להמתין עליהם בעיר יאס כו' ואפשר שלזה כיוון בסופו מ"ש ונוסף על זה גם מקום היציאה מעיר יאס כמבואר בעדות מו' עוזר על ששה יהודים שיצאו מעיר יאס ללכת אל ארץ ישמעאל כו' אך צ"ע דבעדות מו' עוזר שהיה דרכם ללכת אל ארץ ישמעאל ע"ש וטפי הו"ל לאתויי מעדות כ' אהרן אלא שיש קצת פקפוק בעדות זה ע"ש ואין להאריך:

שאלה כט

שאלה אשה אחת מבנות עירנו ישבה עגונה שנים רבות ומקרוב הביאה גב"ע מק"ק יאס בקיום חתימת יד הב"ד ונראה מתוכו שנפטר בעלה סמוך לשם זה יותר משש שנים ותוכן הענין בא בארוכה בגוף הגב"ע ונפשה בשאלתה להתירה להנשא וכבוד מחותני הרב הגאון מופת הדור המפורסם מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד פה ק"ק יצ"ו פתח פתחא רבא להתירא והדר שדרה לקמאי ואני איני כדאי ששלח אלי אפס אחרי כי ענוותנותו תרבינו לחוות דעי אף אני. לעשות רצונו חפצתי ואומר עם קיני. אשר מן השמים יורוני: תשובה הלכה רווחת בישראל דכל שהעד מעיד על שמו ושם אביו ושם עירו האשה מותרת אף שאין ידוע שמו וש"א ועירו רק מפי עצמו בדרך ספור ואקראי סמכינן עליה כמ"ש הרא"ש בתשובה ובשו"ת מהרי"ק סימן קע"ו וראייתם מעובדא דר"ט דא"ל כך קורין אותי בעירי כו' ומה שיש לעיין בזה הוא דלכאורה דלפי דעת הרמב"ן והרשב"א והנ"י ביבמות בעובדא דתרי יצחק נראה מדבריהם דדוקא היכא שהעדים מעידים שיצחק זה יצא מקורטב"א ובא עמהם לאספמי' וידוע בקורטב"א שאין שם אחר שדירתו קבוע בהא קאמר רבא דלא חיישי' דלמא יצחק אחר מעלמא אתי לכאן דאמרינן כאן נמצא כאן היה ע"ש ולדבריהם אין היתר כ"א דוקא בכה"ג או במעיד בפירוש על עיר זו ממש הא לא"ה חיישי' לעיר אחרת ששמה כך כמו גבי גט ומכ"ש שחוששין לאותה העיר עצמה שמא היה שם יב"ש אחר שהיה דר שם בקביעות וזהו שמת וא"כ צ"ע להתיר בכה"ג דנ"ד ולדבריהם צריך ליישב עובדא דר"ט שהתיר ע"פ שאמר כך קורין

אותי בעירי כו' דמיירי שהעי' שאמר לו בפירוש על אותו כפר שחייא שבא"י והיה ידוע לנו שאין בא"י כמותה ולא היה שם יוחנן בן יונתן ארי' אחר וכן הא דתניא בתוספתא דמתירין ע"פ שמו ושם אביו ושם עירו מיירי שפיר על איזה עיר הוא מדבר ובאותה העיר צריך חיפוש שאין שם יב"ש אחר וכן בעובדא דצלמון ובאמת הוא דוחק ונראה מדברי תשובת האחרונים שסמכו בזה על הרז"ה והרא"ש שכתבו בשיטת הרי"ף לחלק בין גט למיתה ומ"ש הרמב"ן במלחמות דהא בגמרא מדמו גט למיתה כו' ע"ש כתב כן על הרז"ה דמשמע שרוצה לחלק בזה מדינא דש"ס וע"ז הקשה דבש"ס השווה אותם אבל הרא"ש ס"ל דודאי מדינא אין חילוק בין גט למיתה רק דהרי"ף ס"ל דבמקום עגונה יש לסמוך אמאן דמיקל כרבה ולישנא קמא דר"ז והוא דעת רבא דל"ח לתרי יצחק א"כ לק"מ קושיות הרמב"ן:

ולפ"ז צ"ע כיון דהא דנקטינן לקולא הוא כדי שלא תתעגן כל ימיה התינח לענין שלא לאסרה לגמרי לחוש לעיר אחרת בסוף העולם ששמה ג"כ כך אבל מ"מ עכ"פ באותה העיר עצמה היה לנו להצריך בדיקה דמה עיגון יש בזה ואם יתברר לנו שהיה כאן בעיר הזאת עוד א' ששמו כך ושם אביו כך והלך ולא חזר פשיטא שאין כאן היתר ולפי מה שתי' בעהמ"א דבמיתה מקילינן משום דאשה דייקי א"ש כיון דההיתר גבי מיתה מדינא שפיר אפשר להקל אף בלא חיפוש כלל וכדמשמע מהתוספתא דקתני אבל אם אמר אח' יצא מעיר פלוני מחפשין כו' משמע דברישא לא בעי חיפוש ואע"ג דאיכא לברורי מ"מ נפיש בטרחא וכיוצא בזה כתבו הפוסקים גבי אין סומכין על החזקה במקום שיכולין לברר אבל לפמ"ש דהרמב"ן דחה חילוק זה מסוג' הש"ס דהא אביי ורבא לא מפלגי וכתב שח"ו לומר כן והעיקר שמקילין בזה משום עגון (ומ"ש הרא"ש בתשוב' שם בסוף דבריו שהקילו מתוך חומר כו' ר"ל דבעלמא מקילין בזה גבי עגונא מה"ט ע"ש) ובגט שאפשר בגט אחר אין להקל וא"כ למה נקיל כאן בלא חיפוש שהרי אפשר לברר ואע"ג דהרא"ש שם בתשו' כתב שהמדקדק בסוגי' יראה דלרב' דל"ח לתרי יצחק אפי' אותה העיר א"צ בדיקה מ"מ הא אנן לא מקילינן משום דבריר' לן מלתא דהלכתא כרב דהא בגט נקטינן לחומרא רק משום עגון לחוד סמכינן להקל והיינו היכא דליכא לברורי והרא"ש שם קאי אעובדא דידי' שלא העיד שם עירו ורוצה להתיר אף בכה"ג ועלה מייתי מהא דתרי יצחק דהרא"ש מפרש דגם שם לא העידו על שם עירו ומש"ה קאמר אביי חיישי' לתרי יצחק שמא יש בעולם ולא מהני בדיקת קורטב"א כלל כיון דשכיחי שיירותא ואמרי' דילמא מעלמא אתי ורבא ס"ל כיון דלא אתחזק לן תרי יצחק שהלכו מבית' ולא חזרו רק יצחק זה בלבד ידוע לנו שהלך ולא חזר ל"ח לאחרינא:

ובזה ס"ל להרא"ש אליבא דהרי"ף דנקטי' לקול' בהא כרב' ולא ניחוש ליצחק ממקום אחר דא"כ תתעגן כל ימיה אבל מ"מ אפשר דאותה העיר יש להצריך בדיקה לחומרא וכן משמע קצת ממ"ש הרא"ש שם ברישׁ דבריו כיון שידוע שהיה שם בעלה מכלוף בן מלול ואין מכלוף בן מלול אחר בעיר נ"ל דאתתא שריא כו' עכ"ל לשו' זה משמע שזה היה ידוע לנו שאין מכלוף אחר בעיר וא"כ י"ל דכשאין ידוע באמת צריך בדיקה דל"ש להקל בזה משום עגונה דממ"נ אם לא ימצא אחר באמת תהיה מותרת ואם ימצא הרי מדינא יש לאוסרה ולכן יש לנו לברר הדבר ע"י בדיקה אמנם בק"ע סעיף שס"ז בשם תשובות רש"ך ובסעיף שע"ד בשם תשובות מהרי"ט כתב דבמעיד על שמו וש"א ושם עירו א"צ חיפוש כלל ונראה דטעמייהו דס"ל דמדינא ודאי אין לחוש בכה"ג כמש"ל מדברי התוספת' דפשט דלישנא משמע דבכה"ג א"צ בדיקה כלל וכמ"ש הרא"ש בהדיא וכן נראה מבואר מדברי רש"י בגיטין דף ך"ז והוא שהוחזקו כו' אבל לא הוחזקו מספיקא לא אמרינן דלמא אתנייהו ולא ידעי' כו' וכ"כ הר"ן שם (ומ"ש רש"י בב"מ גבי שוירי דמיירי שידוע שאין שם רק א' והרמב"ן בגיטין כתב דרש"י סתם דבריו אבל בב"מ מפרש שהיה מוחזק וידוע שאין באותו העיר שוירי כי אם אחד ע"ש היינו לתרוצי מה דקשה עליה דר"ה כיון דחייש לתרי שוירי אף דלא הוחזק טפי הו"ל למיחש ליב"ש באותה שוירי עצמה ועל זה כתב דמיירי בידוע כו' וכ"כ התוס' שם אבל ודאי דאף שאין ידוע לנו אם יש עוד יב"ש אם לאו לא הוחזקו מיקרי כמ"ש רש"י בהדיא בגיטין וכמ"ש ודלא כס' שב שמעתא שמוכיח מדברי רש"י ורמב"ן דלעיל דבלא נודע הוי הוחזקו וחיישי' ע"ש שהאריך בזה ואישתמיטתי' דברי רש"י שהבאתי שמבואר להדיא דמספיקא לא אמרי' דלמא איתנייהו כו') וכן מבואר מדברי כל הפוסקים דמאן דחייש חייש אפילו לשני עיירות ששמם כך ומאן דלא חייש אפילו לאותה העיר עצמה אינו חושש וכיון דאנן תפ סימן במיתה כמאן דמיקל שפיר מקילי' בלא בדיקה כלל כיון דאם נימא להחמיר אף אם נבדוק אותה העיר עדיין לא יצאנו ידי חובת הבדיקה כראוי דדלמא יש עוד עיר א' ששמה כזו וכדחיישי' בגט ויבדוק כל העולם מבעי ליה לחומרא רק כיון דיש בזה משום עיגון אזלינ' לקולא ממילא דגם בהא סמכי' אמאי דלא אתחזק לן באותה העיר ושרינן בלא בדיקה:

ועדיין צ"ע להקל במקום חומר א"א דעכ"פ יש לנו לברר מה דאפשר ואיכא למימר דה"ט כיון דאף אם יבוקש הדבר וימצא שהיה כאן עוד יב"ש שלא חזר עדיין לא יתברר איסור ודאי דעדיין נשאר ספק שמא יב"ש השני אזיל לעלמא וזה המת הוא בעלה של האשה זו וע"כ לא אמרי' בעלמ' היכא דאיכ' לברורי מבררי' כגון בס"ס לדעת הרשב"א

משום דע"י הבירור יתברר איסור ודאי משא"כ בזה שאין הבירור מועיל רק שע"י זה יהיה ס' שפיר סמכי' אמאי דלא הוחזק וא"צ בירור כלל ולכאורה יש להוכיח מהש"ס דאין סברא לחלק חששא דשני בין חשש דאותה העיר ובין חשש דעיר אחרת ששמה כך דהא אמרינן התם אשנוייא דרבה שהשיירות מצויות והוא שהוחזקו כו' דאלת"ה קשיא דרבה אדרבא כו' נפק דק ואשכח כל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר ולכאורה אין מזה הוכרח דדוקא הוחזקו בעינן דהא התם קאי בעובדא דשוירי דמיירי שידוע שאין שם רק יב"ש אחד כמ"ש רש"י ותוס' שם ועלה פשוט ממתני' דנהי דנימא דמתניתין נמי מיירי בכה"ג עכ"פ מוכח דאף דבב"ד שיירות מצויות מ"מ אין חוששין דמעלמא אתי מעיר אחרת אבל אם לא היה ידוע לנו שאין שם יב"ש אחר אפשר דגם רבה מודה דחיישינן שמא יש יב"ש אחר באותה העיר עצמה וגם האחר בא לכאן כיון ששיירות מצויות (וכן הקשה הב"ש ב סימן קל"ב על דברי הרמ"א שם) וכן התוס' הקשו שם לאביי דחייש לתרי יצחק תיקשי ליה מתני' דכל מאב"ד כו' ולכאורה י"ל דאביי חייש לתרי יצחק מעיר קורטב"א עצמה אבל לעיר אחרת גם אביי מודה דל"ח ומתני' דכל מעב"ד מיירי בידוע שאין שם אחר בעיר (ומדברי הרא"ש בתשובה נראה דמפרש עובדא דתרי יצחק שלא הועד על שם מקומו דאל"כ לא הוה אמר אביי חיישינן לתרי יצחק אלא הוה אמר יבדוק אותו מקום כו' ע"ש שיש שם חיסר לשון קצת בלא"ה א"ש מ"ש התוס' דלא תיקשי על אביי ממתני' דס"ל דאע"ג דל"ח לשני יב"ש באותה עיר או לשני שוירי מ"מ לשני יב"ש בעולם שפיר חיישינן ומתני' דכל מעב"ד מיירי שהוזכר בו שם העיר אך הרא"ש שם כתב דאביי ס"ל כל"ב דר"ז כו' ע"ש אך באמת נראה מדברי המפורשים דהך דקורטב"א העידו שיצא מאותו העיר כיון ששלחו לשם להודיע להם והדברים ארוכים במקומם וכאן קצרתי) וא"ל דדחיקא ליה לפרש מתני' דכל מעב"ד מיירי בידוע שאין אחר שם ז"א דמה"ת יהיה דוחק לפרש כן דאע"ג דסתמא קתני הא למאי דמוקי השתא בשיירות מצויות והוא שהוחזקו אע"ג דמתני' סתמא קתני דלזמן מרובא פסול ומזה נראה דהש"ס ס"ל דאם באנו לחוש לשני יב"ש אף דלא הוחזקו באותה העיר אעפ"כ חיישינן דלמא איתנייהו כמו כן היה לנו לחוש אף בידוע לנו שאין שם באותה העיר שמא יש עיר אחרת ששמה כשם העיר הזאת ושם יש ג"כ יב"ש ואפשר לדחוק דאף דשפיר מתוקמי ליה מתני' דלזמן מרובה פסול בהוחזק אע"ג דסתמא קתני מ"מ לא ניחא ליה לאוקמי הך דכל מעב"ד בידוע שאין שם אלא אחד דמנין יהיה הדבר ידוע אם לא ע"י בדיקה וא"כ יבדוק מבעי ליה ואין להאריך ומצאתי במהר"מ שיף בגיטין שעמד בזה ע"ש וגם בשיטה מקובצת ב"מ כתב בשם תוספות שאנ"ץ לתרץ מה שהקשו על אביי דחייש לתרי

יצחק מהא דכל מעב"ד דאביי מחלק בין חששא דאותה העיר בין חשש דשני עיירות ושוב הקשה דא"כ מאי קשיא ליה אדרבה ותריצו שם צ"ע:

וראיתי בשו"ת מהרי"ט שהביא דברי רבינו ישעיה מטראני ז"ל (והוא ריא"ז שבספר שלטי הגבורים סביב האלפסי) שמבואר מדבריו דאם מזכיר שמו וש"א וש"ע א"צ לחפש באותה העיר שהוא משם אם יש שם יב"ש אחר ולא מוזכר פשפוש אלא כשאמר יב"ש ולא אמר מאיזה העיר הוא דיב"ש טובא שכיחי בעלמא וכן מוכח מלשון התוספתא שלא הזכירו פשפוש אלא באומר אחד יצא עמנו כו' ע"ש:

ולענ"ד אין ראיה כ"כ מראי"ז די"ל דאזיל לשיטתיה בגיטין לפסק הלכה כרבה להקל אף בגט דגם בחדא לטיבותא מהדרינן ול"ח לשני יב"ש כלל משא"כ אנן לדידן דגבי גט אזלינן לחומרא רק משום עיגון מקילינן א"כ י"ל דהיכא דאיכא לברורי על ידי חיפוש באותה העיר יש לנו לברר ומ"ש מהרי"ט שם בתשוב' על מ"ש הראב"ד והוא שלא הוחזקו שם שנים שהראב"ד מפרש דברי הרמב"ם ע"ש לענ"ד כוונת הראב"ד דאם הוחזק שם עוד א' אע"פ שהוא חי אותה העיר צריכה בדיקה וכמ"ש הרשב"א בגיטין דכיון דיש כאן אחד לפנינו ששמו כך איכא למיחש לטובא ע"ש ועיין בלח"מ שם שכתב מ"ש ה"ה שכן מוכח בגמרא היינו משום דלא נימא דבהוחזקו דאיכא תרי ה"נ אפשר דאיכא אחר אע"ג דלא ידענו ליה ולכך מייתי ה"ה מעובדא דחנן דכל שאין לחוש שמא מן החנן האחר תו ל"ח ע"ש ונפלאתי ע"ז דאם כוונת ה"ה לזה א"כ אין לו הכרח מהגמרא דל"ח עוד לאחר דהא התם בדקו מסורא עד נהרדעי ולא הוה ענן בר חייא אחרינא לבר מענן בר חייא מחיגרא וכיון דלהא מחיגרא ל"ח תו ליכא למיחש למידי דהא בדקו וליכא אחרינא ואפי' אביי מודה בהא אבל היכא דלא בדק אפשר דחוששין עוד לאחר ששמו כך וכן הוא באמת דעת הראב"ד כאשר הובא לשונו בספר הזכות להרמב"ן במסכת גיטין שכתב שם בסוף דבריו ומעשה דענן בר חייא דבדקו רבנן מסורא עד נהרדעי במקום שאין שיירות מצויות נמצא ומשום שהוחזקו שם שני ענן בר חייא הוצרכו לבדוק שמא יש שם שלישי עכ"ל:

אך הרמב"ן בגיטין כתב בשם הראב"ד דההיא עובדא דחנן בר חייא הוחזקו הוה והוצרכו לבדוק כמה היה שם באותו השם באיזה ענין היה אם יש לחוש לכלום או לאו כגון שיבואו עדים ויעידו לא חתמנו כו' ע"ש ולשון זה יש לפרש שהיינו מוחזקים שעכ"פ יש שם יותר מאחד ואין ידוע כמה יש שם יותר אבל אם לא היינו מוחזקים רק בשנים אין לחוש להצריך בדיקה דלמא איכא טובא דלא ידעינן להו ומ"מ י"ל דהראב"ד בהשגות כוונתו כמ"ש וכפי הלשון שהביא בספר הזכות בשמו ועכ"פ אין מקום לראיית ה"ה

בזה לפי מ"ש, הלח"מ בפי' דבריו דבעי לאתויי ראיה דאף דאיכא ב' כיון שהאחד חי תו ל"ח דלמא איכא טפי מהא דענן בר חייא כיון דהתם באמת בדקו ולא אשכחו טפי ואין להאריך:

וראיתי בדברי הגאון האב"ד נ"י שכתב לפקפק לפי מ"ש הח"מ שאין להתיר בלא שם עירו דאיך אפשר שלא יהיה בכל העולם שני יב"ש וא"כ אף שהזכיר שם עירו מ"מ כיון שנשתהה זמן רב בערך ט"ו שנים אינו עולה על הדעת שלא הלך מכאן גם כן א' ששמו שמואל בן יוסף כו':

ואני תמה דאם מחמת אריכות הזמן יש לנו לחוש אף היכא שהזכיר שמו וש"א וש"ע שמא אחר הלך ג"כ מכאן ששמו כך אם כן אף שבעל אשה זו יצא מכאן זה לא כביר ניחוש ליה הכי שמא אחר הוא שיצא מכאן מכבר ששמו כך ובא לשם ומת שהרי אנו אומרים שבמשך הזמן ע"כ הרבה יצאו מכאן ששמם כך ומי יודע אם זה המת יצא מזמן קרוב או מזמן רחוק ועיין בח"מ סימן י"ז בתשובה שניה שכתב שחקירה זו קשה ומי יודע אולי זה שלשים שנה שהלך נער א' מראזני כו' ע"ש שהביא גם כן תשובת הב"י בזה (ועיין בדברי הב"ח והאחרונים במ"ש על דברי הטור שכתב בהוחזקו ואין שיירות מצוי' שרי דמיירי שאחד הלך מקרוב כו' וב"ש תמה על דברי ר"א מזרחי שהחמיר בענין החיפוש וכתבתי מזה במ"א) אלא ע"כ דכל שלא הוחזקו שני יב"ש שהלך מכאן רק זה ידוע לנו שהלך מכאן ואין ידוע לנו עוד אחר ששמו כך שהלך מכאן ולא חזר אין לנו לחוש ואין לדמות זה להוחזק שני יב"ש וכן מסיק הגאון אב"ד נ"י שאין מחזיקין עוד אחר ששמו ושם אביו כך ומ"מ מ"ש צ"ע דעכ"פ חיפוש באותה העיר לבעי כיון שעיקר הקול משום עיגון די בזה שלא ניחוש לעיר אחרת ששמה כך אבל מ"מ מאי דאיכא לברורי יש לנו לברר משום חומר א"א ומ"מ נראה דבנ"ד שהחיפוש קשה מאד בעיר גדולה לאלקים כגון קהלתינו יוסף ה' עליהם כו' וגם איכא טובא דמיקלעי מעלמא ויש מי שבאין כאן וקובעין דירתם זמן מה ושוב הולכים לנוע בארץ ואם באנו לחוש לזה לא יועיל החיפוש דאין מי שנותן לבו על הבאים להתגורר ותתעגן כל ימיה ובכה"ג יש לסמוך על רש"ך ומהרי"ק ומשמעות הש"ע והאחרונים דבכה"ג שמעיד על שמו וש"א וש"ע א"צ חיפוש כלל ולא מצאנו בפוסקים לחלק בזה בין עיר גדולה לקטנה דאפי' גדולה כאנטוכי כל כמה דלא איתחזק לן שנים ששמותיהן וגם שם אביהם שוות ל"ח למלתא ואין חילוק בזה בין אם הלך בעל האשה מכאן זה זמן רב או זה לא כביר דאל"כ יש לחוש גם כן שמא המת הוא שכבר הלך מכבר זה זמן רב אלא ע"כ דל"ח כלל וכמ"ש ודברי הח"מ אמורים בלא העיד על שם עירו כלל דזה ודאי הוה כהוחזקו דטובא יב"ש

איכא בעלמא ובאמת מפשיטת דברי הרא"ש בעובדא דמכלוף משמע דס"ל דאף בלא הזכיר שם עירו שפיר דמי כיון שהזכיר שמו ושם אביו וס"ל כיון שלא הוחזקו בעולם מי ששמו כך אין לנו לחוש דמה להעולם במלואו מה לי עיר א' דכלום חלקנו בין עיר לעיר ואפילו גדולה כאנטוכי' שקרוב הדבר דאיכא טובא ששמם ושם אביהם שוים וכגוונא דאמרי' ביבמות והא חבו בר נאנאי כו' שכיחי טובא במחוז ומ"ש ואין מכלוף בן מלול אחר בעיר כו' ר"ל שאין האחר ידוע לנו כ"א זה וכדמסיק ה"נ ל"ח למכלוף כו' ומפרש הך עובדא דקורטב"א ג"כ שלא העידו ע"ש מקומו כלל וע"ש שיש חיסור לשון וכצ"ל דאילו העידו עדות גמורה שידעו שהיה בעלה של אותה האשה או העידו על שם מקומו בהא לא הוה אמר אביי חיישינן כו' אלא היה אמר יבדוק אותו מקום כו' אלא התם הוי עובדא בלא הוחזקו היינו שלא הוחזק כאן שני יצחק וממילא שאין לנו לחוש ולומר דודאי טובא איכא בעולם ששמם כך כל כמה דלא ידעינן וכלא הוחזקו הוא אף שלא העיד על שם עירו ובהא לא מסתבר ליה להח"מ להתיר אם לא היכא שידוע שזה הלך לשם אבל פשיטת דברי הרא"ש לא משמע כן ובתשובה סימן כתבתי הנלענ"ד בביאור דברי הרא"ש בזה:

אבל עדיין נשאר לנו לדקדק בזה דאע"ג דקי"ל דמעידין ע"פ מה ששמעו מפי עצמן כמ"ש הרא"ש ומהרי"ק מ"מ בנ"ד לכאורה יש לחוש קצת ומתחלה אבאר מה שצ"ע על הרא"ש ומהרי"ק שהביאו ראיה מעובדא דר"ט שהוא ברייתא ולמה שבקו מתניתין דמעשה בצלמון כו' ומהתם הוי ראיה טפי דאע"ג דאיכא ריעותא שהרי הלכו לשם ולא הכירוהו ואע"פ כן השיאו על פיו ותלו מה שלא הכירוהו בשינוי דמחמת מיתה וכ"כ מהרי"ק גופיה שם באותה תשובה שצידד להתיר בשמו ושם עירו לבד וכתב דמ"ש הרמב"ם ראו אחד עומד מרחוק ואמר אני פב"פ ממקום פלוני אפילו נאמר דדוקא נקט ממקום פלוני דהתם צריך לברר העדות יותר שהרי כשמצאוהו מת לא מצאוהו בצורת אותו האיש שהזכיר ואם לא שהזכיר שם מקומו היה לנו לתלות בתרי יב"ש כיון שאין אנו מכירין בצורתו ולא היינו תולין בהשתנות דנשיכת נחש אבל עכשיו שהזכיר שם עירו אז יש לנו לתלות יותר בהשתנות הצורה מחמת הנשיכה משנתלה בתרי יב"ש הדרים בעיר אחת מאחר שלא הוחזקו ואין אנו יודעין אלא זה שהוא בעלה של זו כו' א"כ למה שבקו מתני' דאיכא לאתויי מינה ראיה אפי' היכא דיש קצת ריעותא בדבר ונקטו ברייתא דעובדא דר"ט וצ"ל דס"ל דממתניתין אין ראיה כ"כ דהתם שאמר כן בשעת מיתה והוא מתכוין להתיר את אשתו לית לן לחוש לשקרא בכה"ג וכמ"ש הר"ן בגיטין גבי גיטו כמתנתו וז"ל אלא ודאי ה"ט דקי"ל (שכל אלו מתיראין ממיתתן ואין אדם משטה ומשחק בשעה

שהוא מתירא ממיתתו כו' וכיוצא בזה כתב בשו"ת ח"צ סימן צ"ה וז"ל וביותר בעדות יעקב וידאל שאלי' טורמני אמר לאשתו סמוך למיתתו כו' דודאי בשעת מיתה לא משקר אינש ואין אדם חוטא ולא לו כו' אך באמת אפשר לומר דבלא"ה א"ש דאין ראיה מעובדא דצלמון דאפ"ת דשייך השטאה גם בשעת מיתה מ"מ כיון שמשמעות דבריו שבא להודיע להם כדי שיתירו את אשתו וא"כ אין לנו לחוש דלמא אינש אחרינא הוא שבא להעיד להתיר שהרי מקבלין עדות מכל אדם הבא להתיר אשה ע"י שמעיד מיתת הבעל וכיון דל"ח לשד וצרה שמתכוון להכשיל ממילא שאין לחוש לאחר שישקר אלא שקצת יש לדחות בזה דלפי הטעם דע"א מהימן משום דעל"ג ובזה שהוא הולך למות אפשר דל"ש מלתא דעל"ג וכמ"ש הרמב"ן בב"ב דף קל"ד ע"ש אך מ"ש משום שאין משטה בשעת מיתה א"ש דאין ראיה משם לעובדא דהרא"ש ומהרי"ק שבא להעיד ע"פ מה ששמע מפיו מה שמו בעודו בריא אולם דבכה"ג אפשר לחוש ששינה שמו במתכוון לאיזה סיבה מחמת חוב או מרדין וא"כ י"ל דוקא בידוע שמו שהוחזק כן ל' יום בעיר אז אין חוששין לו כדאיתא בב"ב אבל בלא"ה חיישינן לשינוי השם ולזה הוצרכו להביא ראיה מעובדא דר"ט דהתם ג"כ היתה אמירתו בעודו חיים בריא אע"פ שלא הוחזק בכך מהני וכ"כ מהרי"ק שם וז"ל ואפילו בפ"א שאומר ששמו כך די בכך וראיה ברורה מדגרסינן בשלהי יבמות כו' הרי לך דאע"ג דלא הוחזק לו ששמו יוחנן בן יונתן כ"א בסיפור בעלמא באקראי כו' עכ"ל אמנם לפי"ז צ"ל דהא גופיה טעמא בעי למה לא ניחוש לה למלתא שזה שאומר כן בדרך סיפור ובאקראי לאו קושטא הוא ואמר כן לאיזה סבה. וראיתי בב"ש בק"ע סעיף שנ"ד הביא בשם תשו' מהרשד"ם שהקשה מ"ש לענין יבום וחליצה שא"נ לומר אני אחיו של פלוני ולענין להתיר אשתו נאמן ומתירין ע"פ מה שאמר אני פב"פ כו' ולכאורה י"ל לפי מה דאמרינן ביבמות דף ק"ו רבא אמר אין חולצין אא"כ מכירין וכתבו התוס' שהקשה ה"ר יהודה מדתניא בתוס' חולצין לאשה אע"פ שאין מכירין ותירצו דהתוספתא מיירי מדאורייתא ומדרבנן אין חולצין אא"כ דמכירין ע"כ ונראה טעמא דמלתא דחיישו לה מדרבנן כמ"ש הרשב"א ונ"י שם דחיישינן שמא זה חולץ לה כדי לעשות לה גט חלוצה והוא ילך וישאנה במקום אחר ע"ש שכתבו לחלק בין ההיא דאמר אני קדשתיה נאמן ליתן גט דהיינו מירתת שמא יבא זה ויברר כו' וא"כ בעדות אשה דל"ש הך חששא דממ"נ אם אומר בשעת מיתה פשיטא דליכא למיחש למידי ואם אמר קודם לכן בדרך סיפור ואקראי בעלמא ולא בא להתיר מה חששא יש כאן ובהכי א"ש הא דאמרינן ביבמות ובגיטין בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ופירש"י הטעם שאם לא נאמין לזה תהי עגונה כל ימיה ולכאורה קשה דהא אמרינן בבכורות דכי

אקילו רבנן בסוף עדות אבל בתחלתה לא אקילו רבנן וגם קשה מאי פריך וליחוש דלמא צרה היא הו"ל למפרך דלמא אינש אחרינא הוא דאסיק שמיה כך:
מיהו הא פשיטא דלק"מ כמ"ש דהא כל עד המעיד כשר ומכ"ש בשעת מיתה ליכא חשש דהא ליכא חשדא מיהו הא קשיא דהא תחלת עדות הוא אך לפמ"ש התוס' א"ש דהש"ס פריך וליחוש דלמא צרה היא היינו משום דמתכוונה להכשיל ובכה"ג דאיכא חשדא שפיר חיישינן כמו גבי יבם כיון דאיכא חשדא וע"ז שפיר קאמר בשעת הסכנה כו' כיון דהך חששא מדרבנן בעלמא הוא דמדאורייתא אמרינן דלא חציף אינש לאסוקי שמיה כשמיה דאחרינא ושפיר מתירין האשה ול"ח ועיין בב"ש ס"ק ל"ח דחשש שמא צרה היא הוי חששא רחוקה ע"ש:
ולכאורה היה אפשר לומר דמה"ת לחוש שזה אסיק שמיה לאיזה סיבה כמו דל"ח דלמא איכא אחרינא דשמי' הכי כל שלא הוחזקו ומכ"ש שאין לחוש לרמאות אבל באמת ז"א דהתם גבי לא הוחזקו שפיר אמרינן שאין לנו להחזיק מספק שמא עוד א' היה בכאן והלך מכאן לאותה העיר ומת שם ואע"פ שהוחזקו הרבה אנשים יוצאים מכאן מ"מ אין לנו להחזיק שעוד אחד ששמו ושם אביו כמו של זה הלך מכאן כל כמה דלא ידעינן אבל אם באנו לחוש שמא אחר דאסיק שמיה הכי הרי יש לחוש שעוד א' ששמו כשמו מעיר אחרת הוא דאסיק שם עירו על שם עירו של זה דטובא יב"ש איכא בעלמא או א' מאותה העיר שינה שמו ושם אביו:
ומצאתי בשו"ת פ"י ומג"ש ז"ל כת"י שהביא שם בשם תשובת הגאון מהר"א מזרחי ז"ל שכתב וז"ל וא"ת היכא שלא הזכיר שמו ושם עירו רק מפי עצמו מאן לימא לן שלא היה שקר כמנהג הולכי דרכים שמשנים שמם ושם עירם מפני כמה דברים כדלעיל לפי שפעמים בורחים מחמת ממון או מרד וכיוצא בו ונ"ל דכולי האי ל"ח דא"כ האיך התירו האשה בההיא דיוחנן בן יונתן ע"כ ונראה דטעמא דמלתא כיון שרוב הולכי דרכים אינם עוזבים מקומם לסיבת דבר מה כ"א הולכים לסחורה וכיוצא להביא טרף לביתם ואינם משנים שמם ושם עירם כלל אית לן למיזל בתר רובא דעלמא ול"ח למעוטא ואע"ג דהגאון בעל מג"ש הנ"ל כתב דשכיחי דעבדי הכי אותם שעוזבים את בתיהם והולכים ומתיראים שמא יכתבו כתבים אחריהם ומשנים שמותם שלא ידעו מוצאם ומובאם ולפ"ז אפשר דהיא עכ"פ מיעוטא דשכיח וקי"ל במשאל"ס אע"ג דרוב מתים מ"מ חיישינן למיעוטא דשכיח מ"מ נראה דאין לדמות הענינים זה לזה דאפשר דל"ה מיעוט דשכיח כולי האי:
ולפי"ז יש לעיין בנ"ד כיון דמבואר בג"ע שהעיד מוהר"ר חיים שהאיש אמר לו שהיה בק"ק יאס ולפי שנתגלה לחמיו ואשתו היכן הוא תוקע נסע משם לכפר הא קמן שהאיש

הזה הגיד לו כ' בורח הוא מביתו ורוצה לישא אשה אחרת ולפ"ז אפי' דהא דק"ל דמתירין ע"פ עצמו שאומר כך שמו ושם עירו דוקא בסתם ב"א שאין ידוע לנו מביתו למה פירש ותלינן שהוא כשאר עובר אורח שאין דרכו לשנות שמו אבל אם יסתר איש במסתרים וחזינן דמבעית דברח בהחבא איכא למיחש שמא שינה שמו ושם עירו ג"כ שלא יודע לאיש מקומו אי' ומ"מ אפשר לצדד ולומר שאין לחוש לכך אף בכה"ג דאף הבורחים מביתם רובן לא עבדי דמשני שמייהו ובפרט בזה שהאיש בעצמו פיו ענה בו כי בורח הוא ממקומו ולפי תומו סיפר ענינו כי בורח הוא מביתו והראה לו אגרת שהיה חתום שמו כך אין לנו לתלות שמורא עלה על ראשו שיתגלה הדבר ומסתמא קושטא קאמר ומכ"ש שיש להתיר בנ"ד ע"פ עדות העד השני שהעיד שאמר לו שמו ושם חמיו ששמו איסר מוטשניק והוא מק"ק בראד דפשיטא דאין לספק באחר כלל ומה גם שהעידו שהגיד להם שיש לו שני אחים בק"ק בראד והעידו על תוארו שהיה בינוני ושחור וחוטם ארוך אף על פי שסימנים אלו אינם מובהקים מ"מ שפיר הם מצטרפים שרגלים לדבר שזהו בעל האשה הזאת ולא אחר שהעלה שמו כך וכמ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר בשם הרמב"ם ז"ל בתשובה וז"ל על איש שהלך מביתו וקברתיו כו' ואח"כ באה גוי אחת מסל"ת ואמרה איש אחד בא אלינו לדמשק ששמו כלף בינוני הקומה וזקנו שחור כו' וראיתי מיתתו וקברתיו כו' והיה ממדינת זפתא והשיב וז"ל נ"ל אם יבואו ממדינת זפתא ויעידו שזה כלף בעלה של אשה זו היה בינוני וזקנו שחור יכולה להנשא לפי ששמו ושם מקומו עם אלו סימנים שאינם מובהקים יספיקו להתיר לענין עגונה כו' ע"כ ואע"ג דהכא איכא למיחש שמא אחר הוא שהעלה שמו כן כיון שאמר שרוצה להחבא א"ע וכמש"ל מה שא"כ בנידון דהרמב"ם מ"מ כיון דחזינן דעכ"פ סימנים כאלו אף ע"פ שאינם מובהקים חזי לאצרופי להתיר אף שלא הזכיר שם אביו א"כ בנ"ד שהזכיר גם שם אביו ושם חמיו א"כ נצטרך לומר דאתרמויי אתרמי שאיש א' שדומה בקלסתר פנים וצלם ודמות לבעל האשה זאת העלה שמו וש"א וש"ע כשמות של בעל האשה וש"א וש"ע ואף הוא לא היה שרוי בשלום עם אשתו והרגיל קטטה והרחיק נדוד ופשיטא דלכולי האי ל"ח דלמא אתרמי וכדאמר רבי ירמיה כגון דאמרו עדים מעולם לא חתמנו כו' מ"ד דלמא אתרמי שמא כשמא ועדים כעדים קמ"ל ועיין בשו"ת ח"צ סימן קל"ד בפצע על המצח אע"ג דל"ה סימן מובהק מ"מ ל"ח לשאלה דה"ל שאלה דיחיד לומר שזה השאיל כליו למי שיש לו ג"כ פצע כמותו כו' ע"ש:

ובמ"א הארכתי בדבריו ז"ל ונ"ד נמי אין לחוש שזה המת העלה לו שם בשם האשה והיה דמות דיוקנו מכוון ליה ואף שי"ל דפצע הוי עכ"פ סימן בינוני משא"כ כאן שאין

כאן סימנים אפי' בינונים מ"מ לענין זה דל"ח דאתרמי שיהיה דומה בדומה ויעלה שם כך פשיטא דמהני אף בכה"ג ודוקא לענין חששא דשאלה י"ל דבעינן סימן אמצעי עכ"פ משא"כ בזה רגלים לדבר מחמת סימנים אלו שלא נהג רמאות כלל וקושטא קאמר ששמו ושם אביו ושם עירו ושם חמיו כך הוא דהא אף מי שמשנה שמו אינו רק בדרך מקרה ואין זה אלא כאלו נזרקה נבואה בפיו והדבר ברור דכל כה"ג אין כאן בית מיחוש וכן מבואר במהרי"ק שורש קפ"ה דל"ח לשני אנשים ששמם דוד בר שלמה כו' שניהם לקחו שני נשים ושניהם היה להם אחות נשואה ואחי בעלה נקרא יונה כו' וע"ש שהביא מהא דלמא מתרמי כו':

ומ"ש הגאב"ד נ"י לפקפק בעדות של ר' נתן דיש ספק שמא כבר הוא אחר ג"י הנה כל האחרונים כתבו להקל בספק תוך ג"י בנמצא שלם עיין בח"צ סימן הנ"ל ובתשו' סימן כתבתי לתמוה על הגאון בשו"ת נ"ב סימן ך"ט ו סימן ל"ב שכתב בשם הח"מ להחמיר בספק תוך שלשה ובמח"כ אגב שיטפי' רהיט ליה בדברי הח"מ שם להחמיר בפלוגתא דר"ת והרמב"ם והרשב"א לענין לא נחבל בפנים אבל בספק תוך ג' דעתו להקל ע"ש בס"ק מ"ו ובס"ק ק"ח ואין להאריך ומכ"ש כאן שע"י העד מו' חיים ידוע לנו שר' נתן ראה אותו תוך ג"י ופשיטא דל"ש בזה לומר דהוי חצי דבר כיון שצריך צירוף עדים דע"כ לא אמרינן דבר ולא חצי דבר אלא במידי דבעי עדות כשרים אבל במידי דלא בעי עדות כלל רק באמיתת הדבר תלוי ל"ה ליפסל משום חצי דבר וכיון דבעדות אשה אפילו עבד ושפחה ועכו"ם מסיל"ת מהימן אין פסול בזה משום חצי דבר כלל וכבר האריך בזה הגאון אב"ד נ"י וז"פ ומבואר מדברי הש"ס בעובדא דתרי יצחק ודוכתי טובא וכ"כ להדיא בשו"ת תומת ישרים סימן ע"ד להוכיח מתשו' הריב"ש דלא איכפת לן במה דהוי חצי דבר לפי שכתב שם שיכתוב עדותו וישמרהו לפי שאם יבא עד ויעיד שזה אברהם פארח היה בעלה של אשה זו יצטרף כו' ואף על פי שי"ל שהריב"ש ס"ל כשיטת התוספות אומר אני שאף לשיטת הרי"ף יש תקנה כיון שעד מפי עד מהני להתיר והוא שהעדים הללו יעידו על הכל ר"ל יעידו איך ששמעו מזה שמת יוסף ויעידו כמו כן שזה יוסף הוא ארוסה של שבתיא כו' ועוד אפשר לומר שעיקר העדות הוא מיתתו של זה ולדעת אם הוא בעלה של אשה זו הוא גילוי מלתא בעלמא וכמ"ש הרי"ף בהחולץ כו' ע"ש ולכאורה אפשר דבנ"ד כיון שאנו צריכין לדעת שהוא תוך ג"י והוא מעיקר העדות המיתה שמת זה ששמו יוסף בן שמואל מבראד לאו גילוי מלתא הוא אבל לענ"ד בדבר שאין צריך עדים ל"ש חצי דבר וגם לתיקון שכתב שאלו יעידו על הכל א"צ דממילא נמי הכי הוא שהרי הב"ד שומעין מפי שני עדים ולא גריעי מעד מפי עד כמ"ש לקמן:

ונראה בנ"ד יש להקל בכל א' מעדים בפ"ע כי מ"ש לפקפק בעדות מהו' חיים לפי שהיה רוצה להרחיק נדוד מאשתו ויש לחוש שמא שינה שמו הנה מתשו' מהרי"ו סימן ט' משמע דלא חש למלתא שכתב שיש לסמוך על עדות ר' יודא בר"ש הנה היה בעיר מיזדבורק מקום מושבו בחור א' ושמו ר' דוד גאנז ואמר שהוא חתנו של ר' דוד וורניק ושנפטר מאשתו דרך קטטה בסיבת חמיו ודעתו לילך לירושלים אצל אמו כו' ונראה דאשתו מותרת דל"ח לתרי דוד גאנז חתנו של ר' דוד ווארניק כדאמרינן בהאשה שלום וקי"ל כרבא וא"ל דש"ה דאותם ששלחו הי' מכירים יצחק ר"ג אבל הכא בנ"ד לא היו מכירין אותו אלא מפי עצמו נראה דאין לחלק כדאמרי' מעשה בר"ט כו' ע"ש הרי מבואר דהתיר אף בכה"ג ואף שיש לדחות דהתם אפשר אף שזה נפרד מאשתו דרך קטטה מ"מ אפשר דעובדא הוי שהיא הרחיקתו מעלי' ודחפתו וכיון דאיהי ארגלה קטטה ממילא דל"ח שמא שינה שמם דאין לנו לומר כן שרצונו לעגנה ולברוח בהחבא שהוא רוצה יותר בשלום משא"כ בנ"ד דהא קמן שאמר בהדיא שהוא מחבא עצמו ורוצה להרחיק נדוד על מאה פרסאות בכדי לעגנה ובהא אפשר דעבדי דמשני שמייהו מ"מ נראה דעובדא דמהרי"ו נמי משמע שאמר שרוצה ללכת לירושלים כו' ונראין הדברים שאמר שירחיק עצמו מעל גבול אשתו ואפ"ה סמך להתיר על פיו שאמר ששמו כך וה"נ בנ"ד ומכ"ש בצירוף סימני גופו וכמש"ל דאף דלא חשיבי סימנים מ"מ בכה"ג חזי לאצטרופי:

וגם ע"פ עדות מהו' נתן לחוד יש להתיר דהא בספק תוך ג"י מתירין כמש"ל ומכש"כ בזה שאין כאן ספק תוך ג' כלל שהרי היה ידוע לו מפי ר' חיים דהשתא הוא דמת ואין כאן משום חצי דבר שהרי אין אנו צריכין למה שהעיד ר' חיים בפנינו רק כפי עדות ר' נתן לחוד שידוע לו מפי ר' חיים סגי ככל עדות אשה שמתירין עד מפי עד ומה"ט גופא מלתא דפשיטא הוא דל"ש בעדות אשה משום חצי דבר כלל שהרי הב"ד המקבלים העדות הם שומעין מפי שניהם ולא גרע מעד שמעיד ששמע שזה שראה פ' מת ומאחר שמע שהיה בתוך ג"י שמתירין על פיו דלא מפלגינן בין שמע מא' לשמע משנים וטעמא כמ"ש דעדות אשה אין הדבר צריך עדים כי אם אמיתות הדברים וא"כ כ"ש באם המיתה ידוע לו מפי עצמו רק שזה שהיה לו תוך ג"י ידוע לו מאחר וכמו אם אומר שהוא רואה אותו מת ושמו לא נודע לו כ"א מפי אחרים דודאי אין לפקפק שיהיה העדות פסול משום חצי דבר דהא אף מפי האיש המת עצמו שאומר שמו מתירין וכ"ש בידוע לו מפי אחר ואין להאריך ובענין הפקפוק שיש כאן ששם האשה העגונה היא אסתר יוטע ובעדות מהו' נתן איתא שהאיש הגיד לו ששם אשתו אסתר כבר כתב הגאון אב"ד נ"י שאפשר שהבעל לא קרא אותה רק שם אסתר לחוד ובפרט שיש זמן ט"ו שנים שהלך מכאן וזמן שהעידו עליו

שמת הוא רק ששה שנים א"כ י"ל שמשך זמן רב נשכח ממנו שם הלעז של יוטא ולא נזכר שם המורגל יותר וגם כי דרך העולם לקצר בשמות כו' וגם נלענ"ד דאפשר לתלות בשכחת העד ששכח השם השני במשך זמן ששה שנים כיון דלאו מלתא דרמי' עליה הוא ובאקראי בעלמא שמע ממנו בדרך שיחה בלבד ובכה"ג ודאי שיש לתלות בשכחה והדבר מבואר בשו"ת הר"ן סימן ל"ג בא' שהעיד על איש א' שמת ותאר אותו בתוארים הרבה שא"א לספק באחר כ"א שהוא בעל אשה זו רק שאמר ששמו חיים ובעלה של אשה זו שמו יוסף וכתב כיון שיש עדות מספיק שבעלה של אשה זו מת אלא שנולד הספק מחמת שינוי השם אין לחוש לפי שקריאת שמו בענין זה הוא עשוי להשתנות לפי שכבר הועד שאמר שירחיק נדוד וישנה שמו ועוד הועד שרצה ליקח אגרת מאיש א' ולפי שראה שמכיר שמו באגרת כאשר הוא באמת עזב את האגרת וכיון שכן הרי סימן של שמו עשוי להשתנות וכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא לו ריעותא מ סימן אחר שנראה ממנו שאינו הוא אותו סימן הוא עשוי להשתנות אין מטילין שום ספק מחמתו אלא תולין אותו ב סימן שהוא עשויה להשתנות והביא ראיה לזה מב"ב פרק מי שמת גבי סימנים עשוים להשתנות לאחר מיתה ע"ש באורך וכאן בנ"ד נראה ברור כיון שהעדות מצד עצמו מספיק להרשאה שאנו דנין ממנה שבודאי מת בעלה של אשה זו רק שנפל ספק מחמת שינוי בשם האשה והספק ההוא עשוי להשתנות ויש לתלות בקיצור או בשכחה תלינן וכבר הארכתי בתשו' סימן בענין כזה שהיה טעות בשמה והיה מקום לתלות בטעות והארכתי בראיות דודאי תלינן כיון שהעדות מבוררת מצד עצמה ומכש"כ בזה שאין אנו צריכין לעדות זו שהעיד על שם אשתו והיה שינוי קל דודאי תלינן:

ואין לפקפק על פי דברי הר"ן אלו שנראה מדבריו דבכה"ג שעזב את אשתו ואמר שרוצה להרחיק נדוד הוי סימן שמו עשוי להשתנות ואפילו להתיר היקל מטעם זה ומכ"ש לאיסורא ניחוש לה הכי שהרי אין ידוע לנו שהוא בעל האשה הזאת רק משום שהגיד לו שכן שמו והרי סימן שמו בזה הוי כ סימן העשוי להשתנות וכמש"ל:

ונ"ל דעובדא דהר"ן שאני שאמר בפירוש שירחיק נדוד וישנה שמו וגם נראה ממה שעזב את האגרת הרי מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהחליט בדעתו לעשות כן ולשנות שמו אבל בלא"ה אף שאמר שרוצה להרחיק נדוד מ"מ כיון שלא אמר לפני שום אדם שישנה שמו אין לנו לחוש לדבר דלא חציף לשנות שמו פן יתבדה ויהיה שמצה בקמיו וכיון דאיכא אמתלאות טובי שהוא בעל האשה אין לנו לתלות בשינוי כלל:

עוד ראיתי לעי' במה שיש קצת הכחשה בין העדים שבעדות העד מהו' נתן אמר שהאיש נסע עמו מק"ק יאס לכפר ההוא בעת הוויין לעז (ושעת הוויין לעז הוא בין קייטא

לסיתווא) והיה אצלו כל ימות החורף עד חוה"מ פסח ובעדות מהו' חיים אי' שהאיש אמר לפניו שנסע עם מחזיק הכפר ר"נ הנ"ל מק"ק יאס ובא עמו לכפר בערב פסח אך נראה דהכחשה זו לא גרעה מהכחשה דבדיקות דל"ח ליה בעדות אשה וגם יש פוסקים דאפילו הכחשה בחקירות אין חוששין ומכ"ש כאן שההכחשה הוא בענין שאינו מעלה ומוריד כלל בעסק המיתה ואפשר שהיה לו איזה אמתלא מסיבת מה שלא רצה לגלות לפניו שהיה על זמן החורף בכפר הנ"ל ובשו"ת הרא"ש כלל נ"א סימן ד' כתב וששאלת אשה ששמה רחל שהלך בעלה כו' ונסתפקת בשביל שיש קצת הכחשה בעדות העד הראשון שבנו נתעסק בקבורתו וקברו וא' העיד שלא היה בנו על קברו של אביו אלא שכתב לו שמת אביו כו' דע שהאשה מותרת כו' כיון דכולהו מעידים על מיתתו ל"ח אם יש הכחשה בדברים אחרים כדתנן אחת אומרת כו' השתא אפי' התם דאיכא הכחשה בעיקר עדות המיתה הלכה כר"י ור"ש דאמרו ינשאו כ"ש בנדון זה שההכחשה במילי אחריני ובתשו' הנ"ל הארכתי בדברי הר"ן בתשו' סימן מ"ז ובתשו' מ"ב ובתשו' נ"ב והארכתי בביאור דברי הירושלמי ולפי שבנ"ד נראה דכ"ע מודים דהוכחה כי האי אינה מבטלת העדות קצרתי. בהא סליקנא ובהא נחיתנא דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת על פי העדים הללו וכדברי הגאון אב"ד נ"י ודבריו א"צ חיזוק ונלענ"ד שמ"מ היא צריכה ב"ד של שלשה להתירה שתהיה נשאת על פי הוראת ב"ד כדין אשה הנשאת על פי עד א' דאף לפמש"ל שיש לצדד ולומר שכל אחד מהעדים מספיק להתיר וא"כ היה אפשר לדונה כדין נשאת על פי שני עדים שא"צ הוראת ב"ד מ"מ לכתחלה אין לנו לסמוך על זה כיון שעל כל פנים יש פקפוק בעדות כל אחד בפני עצמו ועוד דע"כ לא אמרינן הכי אלא אם היה כאן שני עדים המעידים על מיתת בעלה של אשה זו שהוא עדות כשרה מדאורייתא משא"כ כאן דאף ששניהם העידו שמת איש אחד שאמר להם ששמו כך בדרך סיפור ואקראי בעלמא ואין להם בירור ע"ז ואף שאנו מתירין על פי עצמן כמש"ל אין זה אלא משום דקל הוא שהקילו בעגונה וא"כ שוב צריכה להיות ניתרת בב"ד של שלשה כן נלענ"ד זעירא מן חברי' הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה ל

תשובה אל מול מאחז כסא כבוד קדוש ה' מכובד האדם הגדול בענקים. דבריו כגחלי אש ירוצצו כברקים. מלאים זיו ונוגה מפיקים, כראי מוצקים. ה"ה כבוד אהו' ידיד ה' וידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם בכל קצוי ארץ וים רחוקים. סיני ועוקר הרים משדד עמקים. כקש"ת מו' מרדכי נ"י לנצח עד נקוקים יקום. א"ס:

אחד"ש כל"ש אימ' לאיזי מאי האי דקמן דיהבינ' ליה ידא ומשדרנ' ליה דיסקי. אף על גב דגבה טורא בינ' אורחי רחיק' ומר ניהו רבא פקיע שמי' כר"נ בדרי' וכקטינ' חרוך שקי'. ובנפשאי ידענ'. וקלא רמינא קטינ' קטינ' זעיר' מן חברייי כגני לייא. אולם מאז נשמע קולו בבואו אל הקודש פנימה ויחן את פני העיר מקום משפט הצדק שמה. לשמע אזן שמעתיו ובשם ידעתיו. כי מרדכי גדול ליהודים. תהלתו בקהל חסידים ובענפוהי נייחין קרואי השרידים. חוסים בצל כנפיו. כי קדשו השם לרעות את עמו בתום לבבו ובתבוניו כפיו. אוותה נפשי אשכול מפריו פרי קודש הלולים. וללקט אורות מעצי עדן על פלגי מים שתולים וזה כמה נכסוף נכספתי לראות בתפארת עוזו דברו שלח ביעקב להסיר מכשול מלב העקוב. בדבר בתי התפילין אולם דבריו הקדושים לא הגיע עדי ואור פני לא יפילון. ולא זכיתי לשיחתו שיחה נאה לו ונאה לעולם. עד כי זה ימים הגיע הלום כאורח נטה ללין. ה"ה שארי ופארי נד"ז הרב הגדול החריף ובקי בחדרי תורה. משיב מלחמתו שערה כש"ת מו' יצחק פרענקיל שיח' מק"ק לבוב. אתא ואייתי בידיה האי פסקא דשדר ליה מר חורפ' ומתק'. אמרתי אחכמה והיא רחוקה. כי היה שעה דחוקה. בין לילה היה ובין לילה עבר. והענין עמוק נחל אשר לא אוכל עבור. לזאת לא מלא כפי וחצני מאומר הבא מן החדש. אולם דרך העברה ראיתי הליכותיו בקודש. ואמינא אנקוט בידאי כל דהו ושמץ מנהו. את זה חזיתי אשר הקשה אדם קשה כברזל שארי הרב מוהר"י נ"י על הרמב"ם פרק ו' מה"ג שכתב ואם נודע שמת הבעל כו' וקא קשי' לי' דל"ל נודע ת"ל כיון דהשתא מת מחזיקינן למפרע כמו במפקח הגל בפסחים דף נ"א ובפרט שהרמב"ם הזכיר נפלה עליו מפולת ומר רבא דאורייתא מייתי עלה מדברי הר"ן בגיטין דף ע"ו ודברי אא"ז הגאון המובהק בבכ"ש במ"ק ולא שוה לו וע"כ יצא לחלק בין אם נמצא מוכה ופצוע בענין שניכר שמת מן הגל כו' איך שיהיה עדיין לא נפתח מקור לדברי הרמב"ם אלו ואי סברא דנפשיה קאמר הול"ל יראה לי כדרכו בכל מקום ואומר אני כי תלמוד ערוך בפי הרמב"ם ז"ל מהא דאמרינן בב"ב דף קנ"ג ההי' מתנת' כו' אמר רבה הרי מת וקברו מוכיח עליו א"ל אביי השתא ומה ספינ' שרובן לאבד נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים חולים שרוב חולים לחיים לא כ"ש כו':

והנה התוספת שם פירשו בקושיות אביי דספינה המטורפת הוי כמו שסופו לאבד כו' וכ"כ הרמב"ם דספינה כיון שאבדה בים ואין אנו יודעים מה היה להם ורובם לאיבוד כמאן דמת דמי ואבודן מוכיח עליהם כו' ולענ"ד צ"ע שהרי הריב"ש סימן שע"ט כתב וז"ל והנהו תלת דר"א בן פרטא שנותנין עליהם חומרי חיים כו' נמי אם נשאת תצא אף על פי שרובן לאבד דכיון דאפשר בהם ההצלה אין הולכין בהם אחר הרוב אלא אחר

החזקה ואף על גב דרוב עדיף הכא איכא תרי חזקה חזקת האיש שהוא קיים וחזקת האשה שהיא בחזקת אשת איש כו' וע"ש שכתב דאף על גב דחד מהני ספינה שאבדה אין זה טבע במשאל"ס דשם מעיד ששהה עליו כדי שתצא נפשו כו' ומביאו בשו"ת נ"ב סימן מ"ג ומשיג עליו וכתב להוכיח מכאן דרובא עדיף מתרי חזקה אלא ודאי בכה"ג דר"א ב"פ שאם נשאת תצא ליכא רובא כלל ולא ידעתי מנ"ל שהם רובם למיתה כו' עי' שם ובמחילה מכ"ת הרמה ז"ל דאשתמיט ליה ש"ס דב"ב הנ"ל שמבואר שם להדיא כדברי הריב"ש וכדבריו מבואר ג"כ בדברי הרמב"ם כמ"ש לקמן:

והנה לפי מה דמתרץ הריב"ש הא דאין הולכין אחר הרוב ואפילו אם נשאת תצא הטעם משום דאיכא תרי חזקות ולפ"ז תימא האיך מייתי ראיה מכאן להא דהרי מת וקברו מוכיח דהך דספינה שאני כיון דאיכא תרי חזקי לגבי רובא לא בטילי לגביה ולכך נותנין עליו חומרי חיים כו' ובדוחק י"ל דס"ל כיון דרוב חולים לחיים עדיף טפי מהך דהכא גבי ספינה עכ"פ יש רוב המנגד לב' חזקות אלו אפ"ה אמרינן שניצולו וא"כ כ"ש בהא דש"מ שרוב הם הניצולים מחולים וגם איכא חזקה דממונא לגבי היורשים לית לן למיזל בתר שעת מציאה דהשתא להוציא ממון כן צריך ליישב לפי מה שפירשו הסוגיא התוספות והרמב"ן והרמב"ם נראה דמפרש מלתא דאביי דאביי מפרש לה למתני' דלעולם נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים אע"פ שאנו מוצאים אותו עתה לפנינו שהם מתים אמרינן השתא הוא דמת ולכך אתי עלה בתורת ק"ו ברוב חולים דלחיים ואמרינן דהמיתה אינה הוראה על למפרע רק על שעת מציאתו לחוד ואתיא ראיית אביי כפשטא:

והנה בענין ההיא מתנתא פסקו הרי"ף והרמב"ם הלכתא כאביי כמבואר שם וא"כ שפיר פסק הרמב"ם ואם נודע כו' כמבואר בדברי אביי להדיא דאפילו אם נמצא עתה מת מ"מ לא מחזקינן למפרע כלל:

אמנם אפילו אם נפרש כהתוספות והרמב"ן עכ"פ מבואר דלאביי כאבודין חשבינן להו וכמת דמי ואפ"ה לא מחזקינן למפרע כלל אך באמת פירושם דחוק מאוד וגם לפמ"ש הרא"ש דמה"ט לא חשש רבה לתשובת אביי דל"ד דהתם לא ראינו אותם מתים ולכך אית לן למימר שמא ניצולו אבל הכא ודאי מת ואית לן למימר שלא נתרפא אלא מת מאותו חולי כו' ע"ש א"ש לדעת הרמב"ם דהא עכ"פ חזינן דאביי לא ס"ל הכי ולאביי אף בכה"ג דודאי מת עתה אמרינן שמאותו חולי חזר ונתרפא והשתא הוא דמת וא"כ שפיר כתב הרמב"ם דדוקא אם נודע כו' הא לא"ה נותנין עליו חומרי חיים כו':

וראיתי בב"ש ס"ק ק"ב שכתב דלאו דוקא משאל"ס אלא ה"ה בכ"מ שעל הרוב הוא מת ל"ת כו' ואותן ג' דברים של ר"א ב"פ תצא כו' ולענ"ד ליתיה דהא מבואר בש"ס דגם ספינה

רובן לאבד ואפ"ה נותנין עליו חומרי חיים כו' ויותר תמוה שכתב זה בשם הריב"ש והרי בריב"ש מבואר להדיא שלא הלכו בזה אחר הרוב ודוקא בטבע במשאל"ס דמיעוטא הוא כו' ע"ש וכן מבואר מדברי הרמב"ם והעתיקו בש"ע ע"א אומר מת ראיתיו שמת במלחמה כו' וכיוצא בדברים אלו שרובן למיתה כו' וביאר דברי הרמב"ם נלענ"ד דכוונתו דודאי עדות על דברים שרובם למיתה ל"מ וכמ"ש שם בדין ט"ו אך כאן בא להשמיענו דין ע"א במלחמה וכיוצא בו והוא מיירי שאומר שראוהו מת ממש אלא שאומר סיבת מיתתו היה ע"י מלחמה או מפולת או טביעה בים הגדול דמים כמלחמה דמי ומ"מ מיירי שאומר שראוהו מת וכדמוקי בש"ס דאסקינהו קמן או כעובדא דדגלת דאסקוה אגישרא והלכך כיון דהנך רובם למיתה מבעיא ליה בש"ס דדלמא חוששין לבדדמי שסובר שמת כיון שע"פ הרוב כן הוא ודלמא באמת לא מת וניצול ע"י איזה סיבה כגון במלחמה דעביד סמתרי וכן במים ומפולת אפשר בהם ההצלה ולכך צריך שיאמר קברתיו מ"מ בדיעבד אם נשאת אין חוששין לבדדמי ול"ת וכשיטת הרי"ף שהביא בח"מ בשם מהריב"ל ע"ש: ועיין בכ"מ ולח"מ מ"ש לפרש דברי ה"ה ולענ"ד נראה דה"ה גרס בדברי הרמב"ם או שטבע בים הגדול וכיוצא בו ולא היה בגרסתו תיבת ומת ולזה קאמר ה"ה שנלמד מדבריו דאע"ג דבלא קברתיו הטעם דל"ת משום דמשאל"ס נינהו וא"כ היה צריך לפרש דשהה כדי שת"נ לזה אמר דכיון שאומר שטבע כו' בודאי כוונתו כך הוא דל"ח לבדדמי כי האי וכעין זה כתב הלח"מ אלא דאיהו גרס בדברי ה"ה ומת ולענ"ד ה"ה לא גרס ליה ומ"מ מה שנראה מדבריהם דבלא קברתיו דל"ת הטעם משום דמשאל"ס נינהו ולפ"ז צ"ל דגם אינך דקא חשוב שרי מה"ט וז"א כמ"ש ועוד דהא הך דינא דמשאל"ס אם נשאת ל"ת קתני לה בבא שאח"ז ודוחק לומר דהכא קתני לה אגב גררא דאם אמר קברתיו נאמן שתנשא לכתחלה ואגב אמר שאם לא אמר קברתיו כו' ואפשר לומר בדברי ה"ה דס"ל דהיא גופא קמ"ל דלבדדמי כי הא ל"ח והלכך אפילו תימא דלא סמכינן על ההכרה מ"מ הא עכ"פ ראה דברים שרובם למיתה ואמרינן דודאי שהה כשת"נ אבל לענ"ד א"צ לזה אלא דכיון דמיירי שאומר שראוהו מת אז סמכינן בדיעבד על הכרתו אף בלא קברתיו ול"ח לבדדמי כלל ועתה נבא לבאר מה שהקשה ממפקח את הגל דפסחים א"ש לפמ"ש הריב"ש טעמא משום דאיכא תרי חזקי ולכך לא מחזקינן למפרע שאם נאמר דמשעת דאיתרע חזקתיה שם נפל שדוד ומת א"כ אנו סותרים שני חזקות יחד דהיינו חזקת חי וחזקת א"א משא"כ בההיא דפסחים דבשעת נפילת הגל נסתר חזקת חיותו של זה ולכך אזלינן בתר שעת מציאה להחזיק למפרע ובאותה שעה אכתי ל"ה אלא חזקה דטהור

גברא ואע"פ שי"ל דכיון שאנו באים לומר מחמת דמת השתא מחזקינן למפרע וא"כ ע"י שאנו רוצים להחזיק למפרע אנו סותרין חזקת חי וחזקת טהרה דגברא:
אך לענ"ד אין כאן חזקת טהרה כלל כיון דזה המפקח את הגל בודאי האהיל על האיש הזה המוטל לפנינו אין לדון בזה חזקת טהרה וכמ"ש הריטב"א בקידושין דף ע"ט בהא דאמרינן העמד טמא על חזקתו ולא אזלינן בתר חזקה דטהרות דכיון דודאי נגע אין להם חזקה וכדאמרינן בשלי' כו' וכן בנדה לב"ה דמטמו למפרע מעל"ע כל הטהרות שנגעה דכיון דודאי נגעה נפקו הטהרות מחזקתם והוה כנדה גופה וכן אתה דן בכ"מ דאיכא ודאי מגע כו' עכ"ל ותמהני על אא"ז הגאון מהר"מ מלובלין בחי' ברי' מסכתת נדה שנדחק בזה ע"ש ואפשר שרוצה ליישב אף לשיטת רש"י דמשמע דס"ל דאף בכה"ג איכא חזקת טהרה כמבואר בההיא דרוב תינוקת מטפחין ע"ש בריטב"א דף פ' אך דעת המפורשים אינו כן וס"ל דבכה"ג ליכא חזקת טהרה וכמבואר ברשב"א חולין דף פ"ו ובמ"ה דף וע"ש במ"ה שגם בשם רש"י כתב סברא זו ולא נמצא ברש"י שלפנינו ועכ"פ לפום הך סברא החילוק מבואר בין ההיא דגיטין דאיכא תרי חזקי משא"כ במפקח הגל דמיירי בגל עגול דודאי האהיל אין כאן חזקת חי לבד ואהני חזקה דשעת מציאה כיון דחזקת חי לא אלימא כיון דנפל איתרע לה ואא"ז בבכ"ש במ"ק הוסיף לומר דהתם אוקי גברא בחזקת חיובא בקרבן פסח ולפום הך סברא א"ש אף לפירש"י אך לענ"ד א"צ לזה אליבא דרש"י כלל די"ל דהתם טעמא אחרינא הוא וכמ"ש לקמן:
וראיתי בנ"ב שתמה על הריב"ש דמאי אולמי תרי חזקי נגד רובא דהא גבי פרה איכא חזקה דגברא שמזין עליו וגם יש לחוש דבמקום נקב שחט ואיכא חזקה שאינה זבוח וע"כ דרובא עדיף מב' החזקות ע"ש ולענ"ד ז"א דע"כ ל"ש לדון בדין רובא וחזקה אלא היכא שהרוב בא בפ"ע והחזקה בפ"ע וכגון ההיא דפרה אדומה שרוב בהמות כשרות וע"י רוב זה אנו באין לסתור החזקה דגברא שהוא בחזקת טמא משא"כ היכא שהרוב והחזקה באים צמודים יחד שתיכף בשעה שבאה לעולם כך אנו אומרים שרוב בהמות הנולדים הם ניתרים באכילה ע"י זביחה ול"ש בזה כלל חזקה נגד רובא שהרי ענין הרוב כך הוא שרוב בהמות יסתלק האיסור מהם ע"י זביחה וא"כ גם בפרה אין חשש שמא במקום נקב קא שחט ואיכא חזקת שאינה זבוח חשש כלל אפי' אם היתה חזקה אחת עדיפא מרוב מ"מ בזה אין החזקה מתנגדת להרוב כלל ואין כאן רק חזקת טמא לבד משא"כ היכא דאיכא תרי חזקי י"ל דשקולים הם לרוב ולכך נותנים עליו חומרי חיים כו' אמנם לדידי צ"ע על הריב"ש מטעמא אחרינא דבשלמא אם היה הרוב כשאר רובא דעלמא כגון רוב בהמות כשרות וכיוצא בו שפיר היה אפשר לומר דתרי חזקה כרוב

דמי דכמו שאין לנו לומר שיצא מכלל הרוב כמו כן אין לנו לומר שנשתנו עליו סדרי שני חזקות משא"כ היכא שהרוב מצד הסברא כגון הא דנותנין עליו חומרי חיים כו' שאנו אומרים מצד הסברא שרוב חיים אשר שם הם קרובים לאיבוד דאפילו בחזקה נגד חזקה כה"ג לא אמרי' אוקי חזקה נגד חזקה כמ"ש מהרי"ק שורש ע"ב לענין חזקה אין אשה מעיזה וחזקה אין אדם פורע כו' שאין חזקת ממון עומד כנגדו שבהיות החזקה ההוא אמיתית אין חזקת ממון כלום כו' ע"ש וא"כ כיון דהכא רובא הכי איתנייהו דאותן שבספינה או בכרקום המה אבודים והיו נשותיהן אלמנות פשיטא דבכה"ג רובא עדיף וצ"ע בזה על הריב"ש וגם מ"ש הגאון בנ"ב דל"ש תרי חזקות שחזקת חי וחזקת א"א קשורים זה בזה הוא נכון לענ"ד ולולי דברי הריב"ש הייתי אומר דה"ט דאמרינן נותנין עליו חומרי חיים אע"ג דרובן לאבוד מ"מ המיעוט שהם ניצולים הוא מיעוט דשכיח ולכן אמרינן סמוך מיעוט לחזקה ואיתרע לה רובא ומשאל"ס דאמרינן אם נשאת ל"ת ולא אמרינן סמוך משום דמיעוט דמיעוטי הוחש הריב"ש וכן מבואר בתוס' בבכורות דף כ' ועוד כמה דוכתי ע"ש משא"כ בהנך ג' דברים שפיר אמרינן סמוך והיינו דמייתי ראיה בב"ב מכח כ"ש דהא בספינה מחמת מיעוט המצטרף נותנין עליו חומרי חיים ולא מפקינן מלתא מחזקתיה וספיקא הוי א"כ כ"ש בהא דש"מ שרוב חולים לחיים שאין להוציא ממון מחזקתו כנלענ"ד. איברא שעדיין אנו צריכין למודעי לפמ"ש הרשב"א במ"ה לתרץ הא דלא אמרינן גבי רוב מצויין כו' סמוך מיעוטא משום דהרי יש כאן מתעסקים לסלק החזקה ורוב המתעסקים לסלק מסלקין אותה כו' וא"כ ה"נ דכוותה כיון שנתחדש לנו מעשה הטביעה או נפילת הגל כדי לסלק החזקה דהיינו חזקת חי וחזקת א"א ורוב עסק הזה הוא מסלק החזקה דהא רובן לאיבוד וא"כ אין לנו לומר סמוך כו' איברא די"ל דע"כ לא קאמר הרשב"א אלא התם שודאי התעסקו בה בכוונה לסלק חזקה זו ואנו מסופקים על המתעסק אם היה מן הרוב או מן המיעוט ואם היה מן הרוב בודאי סילק החזקה כהוגן בכה"ג שפיר אמרינן דאזלינן בתר רובא ואין כאן חזקה כלל רק רוב ומיעוט משא"כ בנפל לים או שנפל עליו הגל שאין זה עסק בכיון שנאמר שבודאי סילק לחזקה אלא שרוב פעמים הוא מסלק החזקה ואם נתפוש המיעוט שלא נטבע או נהרג ע"י הגל הרי לא נעשה בו מעשה לסתור החזקה כלל ממילא דמחמת החזקה שלא לבדות הנולד וההשתנות אמרינן שזה מחזיק את המיעוט שהם נמלטים ולא נעשה מעשה לסתור החזקה כמו כל סמוך מעוטא דעלמא:

ואמנם כל זה היכא שנפל לנו ספק אם נטבע כאן או נהרג ע"י הגל כדרך הרוב או שמא בחמלת ה' עליו בשעה ההוא ניצל מתוך ההפכה ואע"ג שאנו יודעין בו שמת וקברו

מוכיח עליו אין תולין לומר שמאותו הריעותא מת אלא אמרינן דשמא אז נמלט על נפשו ועכשיו מחמת סיבה אחרת מת לפי שכשאנו באים לדון אם מת אז בנפילה זו אמרינן סמוך מיעוטא דנמלטים לחזקה ואיתרע לה רובא ולא מהני שעת מציאה בכה"ג להחזיק למפרע דמה בכך שמת עכשיו אטו מי לא ידעינן דסוף האדם למות ומ"מ לא אמרינן דנפילה זו גרמה לו המיתה אלא מחמת סיבה אחרת וכדקאמר אביי בב"ב ובכה"ג מיירי הרמב"ם דקאמר דוקא אם נודע כו' דאל"כ אנו אומרים שמא נמלט אז והשתא הוא דמת מחמת סיבה אחרת:

ולפ"ז א"ש דלק"מ ממפקח את הגל דמה ענין פסחים אצל גיטין דהתם בפסחים מיירי שנפל הגל על האדם ודבר ברור הוא שלא נמלט מתחתיו ועד הגל הזה שמת תחתיו שנפילה זו שנפל הגל עליו הוא היתה סיבת מיתתו אלא שנפל לנו ספק אם מת מיד או חי תחתיו זמן מה כדאיתא ביומא מעשה שבדק כו' ובכה"ג שפיר כתבו התוספות דאזלינן בתר שעת מציאה ואמרינן כיון דאיתרע ליה חזקת חיות והא קמן שע"י סיבה זו נסתלקה החזקה לגמרי אמרינן דמעיקרא איסתלקה לה שכל הטומאות כשעת מציאתן וקרובים דברים אלו לדברים שאמר מר לחלק בין אם נמצא מוכה ופצוע דחזינן דהא גרמא ליה ובין אם לא ניכר שמת מחמתו ודבריו טובים ונכונים בזה אלא שאני אומרה בלשון אחר קצת והנה מה שאמרו בספינה רובן לאבד לאו דוקא בספינה אלא בכל הנהו ג' דברים הכי הוי וכן מבואר בהגמרא דקידושין שכתב ועוד ילמדנו רבינו עיר שכבשה כרקום לא פסלינן אלא כהנות ואע"ג דרובן לאיבוד דגר סימן בגיטין ג' דברים אמר ר"א כו' ומדכייל להו בהדדי משמע דכולהו בחד סגנון הוי ובב"ב גרסינן עלה ספינות שרובן לאבד כו' ע"ש:

ומצאתי בספר הקדוש ס' הקנה הקצר כת"י דאיתא שם ואם בא העד ואמר טבעה ספינתו כו' הוסיפו עליהם עוד ג' כו' א"ל ר' והא אמרינן רוב ספינות לאיבוד הא מיעוט אינן לאיבוד וניזל בתר רוב מי לא סמכינן בקטן וקטנה ארוב להנשא מי לא הימנו ע"א בגט משום עגונה והוי דבר שבערוה ה"נ נימא משום עגונה העמיד בעלה ברוב ספינות נאבדים א"ל בני ר"מ חייש למיעוט כ"ש במקום דאיכא חזקה דהא חזקה דא"א היא ורובם נטבעים ומיעוט עולים סמוך חזקה אמיעוט ואתרע רובא א"ל ר' מיעוט דלא שכיח ל"ח ר"מ מי נטבע בים הגדול ויצא א"ל בני והא בפ"ב דיבמות סריס ואיילנות קרי ליה מיעוטא דלא שכיחא ואפ"ה חייש ר"מ א"ל ר' והא כו' והנה הדברים שם סתומים כדרכי הס' הזה שעיקר פלפולו ע"ש סופו שמרמז בו ע"פ הסוד ועכ"פ מבואר מדבריו כמ"ש דאמרינן סמוך מיעוט כו' וכמ"ש ושמחתי שכוונתי לאמרי קדוש ז"ל:

והנה כדי ליישב דברי הרמב"ם לא היינו צריכין לזה שהרי מבואר מדבריו פ"ו מהלכות ק"פ שכתב מי שחופר בגל לבקש על מת כו' ומדבריו נראה שאין הספק כלל אם הוא חי או מת רק הס' אם ימצא שם או לא וכל שימצא שם בודאי מת הוא זה ימים כביר ואין ספק בדבר כלל רק דשמא אינו שם וא"כ פשיט דאין מכאן קושיא כלל וכבר הרגיש בזה בנ"ב לסתור ראיית הט"ז וכנלענ"ד מדברי הרמב"ם בפה"מ שם אך לפמ"ש שדברי הרמב"ם נובעים ממקור מים חיים ים התלמוד והם דברי אביי בב"ב וא"כ צריך לתרוצי סוגיא דפסחים אליבא דאביי ואע"ג דהתם בב"ב בעי לאוקמי כתנאי מ"מ לא משמע לאוקמי הך דפסחים אליבא דחד תנא אמנם לענ"ד צריך להבין בלא"ה למה יהא מפקח את הגל חייב בפסח שני דמה בכך דהאהיל על הטומאה מ"מ כיון דבשעתא דהאהיל אכתי לא הוי ידעינן אם הוא חי או מת והו"ל טומאת התהום דקי"ל לעיל דף פ' דהלכתא גמיר לה דא"צ לעשות פסח שני וא"ל דדוקא טומאת התהום כי התם שלא הכיר בה שום אדם אף להיות מסתפק בה ולא נפל לב אדם עליה משא"כ כאן כיון דעכ"פ בשעת שחיטה כבר היה ספק בדבר אם ימצא חי או מת ויהיה כאן טומאה וכיון שנתברר שהיה טומאה אין זה דומה לטומאת התהום וכטומאה ידוע דמיא דז"א שהרי התוספות הקשו דנימא חי היה בשעה שהתחיל לפקח ותירצו דכיון דמצאו מת אמרינן דמעיקרא מת היה אבל כל כמה שלא מצאו מת הוה מוקמינן ליה בחזקת חי וא"ל דכיון דחזקת חי איתרע לה בנפילת הגל דנותנין עליו חומרי חיים כו' וגם חזקת טהרה אין כאן כמש"ל דבודאי האהיל לא אזלינן בתר חזקת טהרה וא"כ היה ספק בשעת שחיטה וכהכיר בה דמי אך באמת ז"א דהא ע"כ מיירי הכא בר"ה דאי ברה"י הא קי"ל ספק טומאה ברה"י טמא בודאי וא"כ איך קאמר דבגל ארוך פטור מלעשות פסח שני וע"כ דבר"ה קמיירי וקי"ל דספקו טהור וכל כמה דלא מצאו מת ואיסתפקא לן מלתא בודאי טהור הוי משוינן ליה וא"כ מה בכך דהשתא מצאו מת ואיגלאי מלתא למפרע דמעיקרא נמי מת הוי כטומאת התהום דמיא דאפילו נתברר ליה שנטמא בשעת עשיית פסחו פטור מלעשות פסח שני לכך נלע"ד דגם רש"י שכתב המפקח הגל מעל אדם ואין ידוע אם ימצאנו חי או מת לא מיירי שנפל על אדם לפניו והוא מפקחו ממנו דבכה"ג כטומאת התהום דמי רק דרש"י מיירי שראו דרך איזה נקיקים דמות אדם מונח שם ולא ידעו בו אם הוא חי או מת והוא מפקח הגל מעליו וא"כ אין כאן טומאת התהום דאפשר שכבר מונח שם מימים רבים ויש מכירין ויודעין כשנפל הגל על המת הזה ולכך שפיר כ' התוס' דאזלינן בתר שעת מציאתן כיון שאין ידוע לנו אם היה מונח כאן מימים רבים ולא ראוהו חי מבערב אזלינן

בתר שעת מציאתן וא"צ למ"ש אא"ז בבכ"ש דבמת קטן מיירי יע"ש אלא התוספות פי' בלא ראוהו חי מבערב וכמ"ש וא"ש הכל:

איברא שעדיין קשה לפי מה דאיתא לעיל דף פ' מצאו טמון בתבן בעפר ובצרורות הרי זה טומאת התהום ופירש"י טומאה מכוסה מכל אדם היא זו שמא גל אבנים או עפר או צרורות נפל עליו כו' וכן משמע בירושלמי פ"ח דנזיר דאפילו מספק לא אמרינן שמא ידע בה אדם דאיתא התם איזה קבר התהום כל שאין אדם זוכרו וחש לומר שמא אחד בסוף העולם בחזקת החי בחיי הוא תפתר כשמצאו קמצוץ עכ"ל ומשמע ליה דהירושלמי קשיא ליה קושיית התוס' דאיך שייך בקבר טומאת התהום ועלה משני שנמצא קמצוץ והיינו משום דאמר התם במשנה ד' המוצא כו' אם מצאו קמצוץ אני אומר גל נפל עליו והרגו ע"ש ולכך שפיר משכחת לה אף בקבר שיהיה קבר התהום בכה"ג ועכ"פ נראה מזה דבנמצא תחת הגל לא מחזקינן טומאה לומר שמא הכיר בה אדם אלא אזלי' לקולא ואמרינן שמא לא ידע אדם ממנו וא"כ גם בהא דמפקח את הגל מה"ת ניחוש שמא איכא דידעי ביה וצ"ל דכיון דאיכא לברורי ע"י שיפקח הגל אע"ג דהשתא הוי ספיקא וטהור מ"מ אין זה טומאת התהום ועוד י"ל דמיירי שאחד אמר לו שיש כאן אדם תחת הגל וע"י זה בא לפקחו מעליו ולכך חוששין שמא זה האומר היה יודע שמת הוא וגם י"ל דכיון שיכולין להציץ בנקוקי הסלעים לראות ל"ה טומאת התהום כמ"ש רש"י שם ואע"פ שזה לא הכיר דרך הנקוקים אם חי או מת י"ל דאחר שפיר יהיה מכיר ועוד יש ליישב בכמה גווני ואין להאריך:

והנה במ"ש דהא דמפקח הגל בר"ה מיירי וספיקו טהור ולכאורה י"ל דהתם משום חזקת טהרה מטהרינן ספק טומאה בר"ה והכא ליכא חזקה זו כיון דודאי נגע כמש"ל וחזקת חי איתרע בנפילת הגל אמנם באמת ז"א דס"ט בר"ה דמטהרינן אפי' בודאי נגע הוא כמבואר בנגע בח' בלילה ובד"ט ועיין בתוס' ריש נדה ובהכי א"ש מה שמקשין לפי תי' התוס' דף פ"ט דמוטב שידחה ספק כרת בשב ואל תעשה משיעשו רובם שלא כהוגן דאכתי במפקח את הגל מא"ל וכן הקשה בלח"מ ולפמ"ש א"ש דהכא לאו מה"ט אתינן עלה משום דלא אפשר אלא הטעם משום דס"ט בר"ה ספיקו טהור ושפיר יוצא בפסח זה לגמרי אלא דלפ"ז צ"ע על רש"י שכתב הטעם בגל ארוך משום דלא אפשר. ואפשר לומר לפי מה דאמרינן בע"ז דף ל"ז דאמר ר"י ס"ט בר"ה הלכה ואין מורין כן וכי אתו לקמיה דר' ינאי אמר ליה הא מיא בשקעתא דנהרא זילו טבילו וכ"כ הרמב"ם פט"ו מהלכות אה"ט וא"כ אם היה אפשר להקריב פסח שני ע"ת שפיר היה לו להקריב דהא לכתחלה

אין מטהרין בשביל ס"ט בר"ה אלא אפשר מחמת סמיכה ושאר דברים וס' כרת אין כאן כיון דהלכתא גמירי לה דס"ט בר"ה טהור לכך פטור מפסח שני והוא נכון לענ"ד:
אמנם לענ"ד י"ל דשפיר מיירי בגל שהיא ברה"י ואפ"ה קאמר ר"י בגל ארוך דפטור מלעשות פ"ש אע"ג דתיכף שעמד על הגל נטמא משום ס"ט ברה"י מ"מ י"ל דר"י לטעמיה אזיל בירושלמי דס"ל בספק טומאה ברה"י אין מדחין אותו לפסח שני (ומה שנדחק בקרבן העדה לחלק בין ס"ט ברה"י ובין ספק רה"י אין נלענ"ד ועיין בריש נדה ושניהם לא למדוה כו') ואע"ג דהרמב"ם פסק בפ"ז מהלכות ק"פ דספק רה"י ידחה לפסח שני כשאר טמאי מת נלענ"ד דהרמב"ם סובר דרבנן החמירו לעשות ספק רה"י כודאי כמבואר בדבריו בהלכות ט"מ ובאה"ט ועכ"פ מודה הוא דלענין טומאה ספק רה"י לחומרא מדאורייתא והלכך אם נטמא בס"ט ברה"י ובא לישאל אם יעשה פסח הרי מדאורייתא אין לו לעשות ונדחה לפסח שני משא"כ בהך דמפקח הגל דמיירי שכבר עשו עליו פסח אלא שאנו מסופקים אם יצא י"ח או צריך לעשות פסח שני בזה מורים לו שאין לו לעשות פ"ש כיון דספק דאורייתא הוא אלא דלפ"ז הדרא קו' הלח"מ לדוכתיה דהו"ל לאתויי על מותר הפסח וכמבואר שם ולפמ"ש דבר"ה מיירי א"ש הכל ובמ"א כתבתי על קו' הלח"מ באופן אחר בארוכה ואין כאן מקומו:
דברי זעירא הק' אפרים

שאלה לא

תשובה נאזר בגבורה. במלחמתה של תורה. משיב מלחמה שערה. ה"ה כבוד אהו' שארי ידידי נד"ז הרב הגדול החריף ובקי המפואר כש"ת מוהר"ר יצחק פרענקיל נ"י לנצח אחד"ש זאת אומרת כי גי"ק קבלתי על הבי דואר והנה מכ"ת מתרעם עלי שאני מתון בדין זה ולדעתו הרמה זיל קרי בי' רב הוא אהו' ידידי האמת אגיד כי כמעט שעברתי על ענין השאלה חזינא תיוהא דבעי למסתר ולמבני ולא הייתי מופנה מכל צד ואשתמוטי קא משתמיטנא עד דלהוי לי עידן עדנין למיהב דעתי למגרסה וביני ביני לא רציתי להטיל קוצים בדבר ולספוק עלימו את הענין אחרי רואי דפשיטא להו טובא להיתרה:
אולם עתה שמכ"ת דוחקני לחוות דעי אמינא לאו אורח ארעא למעבד הכי ואע"ג דטרידנא טובי במילי דפסח' אנקוט בידאי כל דהוי דמספקא לי טובא אי שייך במלתא כדנא הך חזקה דלא מרעי נפשייהו דשמא דוקא לענין דבר שבממון אמרינן הכי או לענין גיטין שהוא דבר שבין אדם לחבירו אמרינן דמרתתי לארועי נפשייהו דילמא יפוק עלייהו קלא דמסהדי שיקרא וממנעי אינשי ולא אתי קמייהו למגמר ענינא ולמכתב להו שטרי ראיה וכיוצא בהם והיינו נמי טעמא דהרא"ש דס"ל דאע"ג דנפיק עליה קלא

דמקבלי שוחדא לאצלוי דינא לעדות שקר, לא מרעי נפשייהו משום שהן מכריחין על הדינים ודנין בהורמנא דמלכא ואין חוששין שריב לא יבא אליהם שהרי כל איש מר ומצוק נפש מוכרח הוא לבא לפנינו לכוף את חבירו ולאו ברצון תליא מלתא משא"כ בעניני מקח וגיטין וכיוצא בהם הנעשה ברצון בע"ד ואינם רק מעידין על אמתת הענין בזה לא מרעי נפשייהו ואפ"ה בגיטין פסול מטעמא אחרינא משא"כ בשאר שטרות דבאמתת הענין תליא מלתא וכיון דבזה לא מרעי נפשייהו ממילא דמהני סהדותייהו משא"כ בענין כגוונא דנ"ד שאינו ענין הנעשה בין אדם לחבירו ואינו דבר התלוי ברצון מאן לימא לן דשייך בזה לא מרעי נפשייהו והכי משמע פשטא דסוגיא בגיטין דף כ"ח שמע מקומנטריסין של עכו"ם איש פלוני מת כו' אל ישיאו אשתו אי לימא מת ממש ונהרג ממש דכוותה גבי נכרים אמאי אל ישיאו את אשתו הא קי"ל דכל מסל"ת הימנוהי מהימני ליה אלא לאו כו' אלמא דאי לאו דמשמע ליה דהך ברייתא אתי לאשמועינן דאף במסל"ת אינו נאמן הוה פשיט ליה דלא מהימני כיון שמתכוונים להעיד ואע"ג דמקומנטריסין היינו ערכאות כמבואר בדברי הרמב"ם ושאר פוסקים והל"ל דלא מרעי נפשייהו אלא ע"כ דבכה"ג לא אמרינן הך סברא כלל וכמ"ש:

ובזה יש ליישב קצת מה שדקדק מהרא"י דלמה לא נקט שמע מעכו"ם שפלוני נהרג בקמנטריסין כו' ולפמ"ש י"ל דאתי לאשמעינן רבות' דאע"ג דערכאות נינהו דבעלמא אמרינן לא מרעי נפשייהו הכא לא מהימני משום דעבידי לשקר:

איברא שלכאורה יש לצדד ולומר דלעולם אף בכה"ג אמרינן הך סברא והא דמקומנטריסין שאני שהם דברים שבע"פ ולא נאמרו בכתב ובכה"ג מרעי נפשייהו וכמ"ש הרא"ש דוקא לחתום שקר לא מרעי נפשייהו אבל בעדו' שפע"פ מרעי נפשייהו ואם כן א"ש הך דמקומנטריסין דאי לאו דמסל"ת הוא אין מקום להאמינם אלא דבאמת דעת קצת פוסקים דאף בע"פ לא מרעי נפשייהו וע"כ צריך לחלק כמ"ש ובאמת צ"ע לפי מה שהסכים הרא"ש שם לדעת הפוסקים דשטר הנעשה בערכאות גובה בו ממשעבדי מפני שקול יוצא לערכיים ולכאורה מה בכך שהערכאות מפקי לקלא דהא י"ל דהלקוחות לא סמכו על אמירת הערכאות בזה דחשדום להו במשקרים כיון שהם דברים שבע"פ לבד ואפשר דמ"מ אף על גב דלקבולי לא בעי למיחש מיהו מבעי להו ואפסודי אנפשייהו וכמו בקול יוצא ע"פ עדי ישראל אע"ג דשותא דידהו בשוקא אינה מכריח שישמעו ויאמרו האמת מ"מ הו"ל ללקוחות למיחש לקלא וענין ערכאות נמי להא דמיא וגם י"ל דכל שמעיד בע"פ על דברים שבכתב שפיר מהני ואמרינן דודאי אמת הוא וכן משמע מתשובת הרמב"ן שהובא בח"מ סימן ס"ח ואין פנאי להאריך:

ודאתאן עלה בנ"ד לכאורה לדעת הרא"ש היה אפשר לצדד בגוונא דנ"ד שכל מעשיהם בספר נכתבים שפיר אמרי' דלא מרעי נפשייהו כמבואר מתשובת הרשב"א דספר הערכי כשטרא דחתים עליה דמי' ומכ"ש בזה שהעתיק ממנו טופס הדברים הנכתבים שם ואין זה דומה לקומנטריסין האומרים בע"פ דבכה"ג בעינן מסל"ת דוקא אלא שאף לדעת זו אני חוכך בדבר דמלתא דמסתבר לענ"ד שזה המעתיק מילין מהפנקס וחותם ע"ז הוא בעצמו לא ראה הענין ולא היה שם אצל המיתה וקבורה כלל וגם זה שכתב בפנקס כדברים האלה ג"כ לא ראו עיניו ענין ההוא כלל כידוע שאין דרכו של אלו לעמוד בין החיים והמתים רק הם כותבים כדברים האלה ע"פ הגדת המשמשים בדוכתא דנייחין ביה בריחי ומוכי מלחמה ובבוקר יעירו אוזן להממונה עליהם מהפחות הרוצים לדעת כל אנשי מעשיהו ומפיהם יקרא והם כותבים בספר ומי יודע אם יש לתת ע"ז דין ערכאות ולהעמיד על חזקה דלא מרעי נפשייהו ואנו צריכין לחדש דבר מדעת עצמינו דהעבד לא ידבר דבר באזני אדוניו בענין כזה ואע"ג דבכל מלתא דעל"ג לא מהימן מ"מ בזה שאם יבדה ויאחז יהיה מתחייב בנפשו או ילקה בפקיעי בודאי לא משקר והדבר צריך הכרע דאפשר בכה"ג חוששין דלמא האי גברא ערק ואזיל לעלמא והעבד הזה מיראה שלא יהיה נפשו תחת נפשו שהניחו לברוח או מחמת קבלת שוחד שקורי משקר לומר שמת ואף לדעת תה"ד הסוב' דעכו"ם השואל לעכו"ם שלא בפני ישראל דינו כמסל"ת מ"מ בזה דאיכא למימר דמחמת אימתא דרמי עליה אמר הכי הוי מלתא דשייך בה דעביד לאחזוקי שקרי' אפי' בערכאות דלא מרעי נפשייהו ומחמת הסברא שזה המגיד היה מתירא לשקר כיון שאם יהיה נתפס בשקרו לוקח לו קלון ויסרו אותו וענשו אותו מ"מ אפשר דמימר אמר דלמא לא יתגלה נבלותו בזה והא עדיפא ליה ומחית נפשיה לספיקא ואינו רוצה להרשיע את עצמו שלא שמר כדרך השומרים וגם דבנדון דמהרי"ק גופי' שהודה הרוצח דיהיב מהרי"ק טעמא להיתירא משום דלא מרע נפשיה להתחייב מיתה בהודאתו רבו החולקים בזה וגם דבספר הערכי גופיה יש לעיין אם יש לדמות נ"ד לזה אפילו תימא שזה הכותב בפנקס אינו כותב ע"פ הגדה רק ע"פ ראיה מ"מ דלמא ע"כ לא אמרינן גבי ערכאות דלא מרעי נפשייהו אלא במלתא דלא שייכו בגווה אבל במלתא דשייכה בגווה הא אמרי' אף בערכאות ומסל"ת דעבידו לאחזוקי שקרייהו לפי שהוא תפארת להם מן האדם לומר שהרגו בדין ובאמירתם שאומרים מת פלוני נמי בכה"ג מיירי שחבשוהו על איזה דבר ומת בבית האסורים דומיא דהא דאמר מת בב"ד של ישראל כו' ומאן לימא לן דלא מיירי נמי בכה"ג דנ"ד כי בהחפזם לנוס והם באים למקומם כהתגנב העם הנכלמים בנוסם מהמלחמה והרבה בורחים בדרך הלוכם או קודם לזה ותהיה לחרפות להם וכדי

לגלול חרפת מעליהם עבידי לאחזוקי שקרייהו וכיוצא בדברים אלו אין לעלות על הכתב ומי יודע דרכי הישמעאלים ונימוסיהם בעת מלחמה לסמוך על תה"ד בזה שאין עכו"ם השואל לעכו"ם כמסל"ת גם כן אין נלענ"ד דהדעת נותנת שהשאלה לשם היתה בשם האש' אף על פי שנרשם בפנקס בקצרה כדרכם דמה לו לשאול על האיש הזה בפרטות אם לא שיודיענו שהוא נשאל עליו וגם יש לחוש לדעת הפוסקים דבעינן קישור דברים וגם יש לחוש למ"ש לעיל דהוא מלתא דשייכו בה ואז אפילו מסל"ת ל"מ ועיין בק"ע סימן ע"ד בשם מהראנ"ח ובגוף התשו' שם איתי' דאפשר דבההיא דקומנטריסים לא בעי הוכחה אלא מן הסתם כל שיש לתלות שאמרו לאיזה כוונה תולין להחמיר בכה"ג ול"ד להההיא דשקל אספסתא וכ"ת שאין לחוש שאומרים להתפארות כיון שאת"ל שהוא שקר אין שום התפארות להם ומסל"ת דעל"ג היא אינה טענה דא"כ בההיא דמקומנטריסין נמי נימא הכי שאין לתלות בהתפארות כיון שאם הוא שקר אין מקום להתפארות אלא ע"כ דאפי' את"ל שהוא שקר הגוי מתפאר משום דשמא קרה לו איזה ענין שיש לתלות שמת באופן שנכון לבו בטוח שלא ישוב עוד לביתו ומ"מ אין זה מספיק להתיר דחוששין דאמר בדדמי ומה שאמר שהמיתוהו הם להתפארות בעלמא וא"כ העכו"ם אשר פיהו דיבר שוא אפילו יחשוב שיתגלה לבסוף הוא מתפאר לפי שעה ואף על פי שלבסוף יתגלה רעתו וימצא שקרן וכעין זה י"ל בנ"ד שהגוים ההם שמעו או שחשבו שטבעו בים כו' והם מעידים על דבר ברור שהרגום הם להתפארות או שאין חוששין אפילו אם יתגלה הענין ומ"מ התפארו אף שלא יהיה תפארתם כי אם לפי שעה ואין נראה לחלק בין זו לההיא דקומנטריסין אם לא שנאמר דהתם חושבין הקומנטריסים שלא יתגלה הדבר כגון שברח מפני הפחד או שהגלוהו או איזה ענין שחושבין שלא יתגלה משא"כ בנדון זה שא"ל כן דהו"ל מלתא דעל"ג שהם כ"כ אנשים והם אימנש יוצאים ביד רמה לגבות מס המלך כו' וכל אילו החילוקים שאין כח ביד כל אדם לכבשם אם לא ימצאו בדברי הראשונים עכ"ל הראנ"ח ואנן מה נעני אבתרי' אם גדול הדור כמותו ז"ל לא רצה לסמוך על חילוקים אשר לא נמצא בראשונים אף על גב דבנידון דידיה היו כמה מעלות טובות שאינם בנ"ד אפילו הכי אזיל ביה לחומרא וא"כ מכ"ש דצריך שיקול הדעת בנ"ד:
ומצאתי בכנסת יחזקאל סימן נ"ב שכתב דבכתב ערכאותיהם שכותבין כל משפטיהם ופסקיהם שפסקו ודאי לא מרעי נפשייהו כדאיתא בח"מ כו' ע"ש וב סימן נ"ג כתב ג"כ דערכאות עדיף וכתב לתרץ עפי"ז קושיות הריב"ש על הר"ן דס"ל דבעינן קישור דברים מהא דפריך גבי מקומנטריסים והא קי"ל דמסל"ת נאמן וע"ז כתב דקושיות הש"ס הוא בתורת ק"ו כיון דמסל"ת נאמן קל וחומר קומנטריסים כו' עיין שם והוא דוחק גדול דאטו

מסל"ת וקומאנטריסין בני ביקתא חדא אינון דניתי עלה בתורת ק"ו הא כל חד סברא באנפי נפשיה הוא ומה ענין הוא ללמוד זה מזה בק"ו וה"ל להש"ס לאקשויי בפשיטות והא קי"ל דערכאות מהימני ואם נפשך לומר דהוה מצי לדחויי דבאמת לא מהימני בשטרות כ"א מחמת דינא דמלכותא א"כ מאי ראיה מייתי ממסל"ת ודברי מהרח"ש שהביא שם נלענ"ד שהם נכונים ותיתי לי שכך פירשתי ג"כ דברי הש"ס דע"כ במסל"ת מיירי למה נקיט מקומנטריסין וא"ל דבעי לאשמועינן אע"ג דהם ערכאות ז"א דהוה פשיטא ליה להש"ס כמש"ל דרך סברא דלא מרעי נפשייהו לא שייכא כלל לענין עדות אשה או כמש"ל מדברי הרא"ש דלענין עדות בע"פ אין חילוק בין ערכאות להדיוט כלל אלא ודאי במסל"ת מיירי ואפ"ה לא מהימן אע"ג דבעלמא קי"ל דמסל"ת מהימן וע"כ דביוצא להרג מיירי ובזה לא מהני מסל"ת ומשני דאפילו במת ונהרג ממש חיישינן במסל"ת דעבידי לאחזוקי שקרייהו והנה אם באנו לדון בזה מטעם מסל"ת צריך לעיין לדעת הרמב"ם דס"ל דכל מסל"ת ע"פ כתב לא מהני וגם צ"ע מצד שאינו מקוים וע"כ לא ס"ל להפוסקים המתירין באינו מקוים אלא משום דמן התורה עדים החתומים כו' וגם בכל כתב יש מגמגמים במצאו כתוב בשטר אם תינשא אשתו ובפרט שכתב בפנקס ספר הזכרונות עי' בהגמרא דיבמות ולא רציתי להאריך דלמא משכי לי שמעתא ובפרט כי ידעתי דמכ"ת נהירין ליה שבילי הפוסקים ואם באנו להתיר בפשיטות בלא קיום צריכים אנו לחדש עוד דבר מדעתינו דהכא עדיף טפי משטר שאינו מקוים דאומדן דעת הוא דלא מזייפי חתימות האדון ומרתת טובא והאדון בודאי לא זייף והעתק מספר הזכרונות אשר לא נמצא שם כתוב והן הן הדברים אשר אמרתי באגרת הראשונה כי אני מיראי הוראה להכריע משקול דעתי דברים אשר לא נמצא בראשונים אבל אי הוה ברירא לי מלתא לדמות נ"ד לערכאות לא הייתי מגמגם מצד נאמנות הערכאות דבזה ודאי הדין עם מכ"ת דאפילו תימא מדרבנן מהימני כמ"ש התוס' וכ"כ הר"ן והמרדכי להדיא ע"ש מ"מ כיון דמהני חזקה דלא מרע נפשייהו להוציא ממון על ידי זה כמו כן יש להאמינם גם בעדות אשה דהא אפילו פסולי עדות לממון הימנוהו רבנן בעדות אשה אע"ג דמדאורייתא לא מהימני אך אני חוכך בזה אם הנדון דומה לערכאות מהני טעמים דכתיבנא ובגוף הדין הנה עמכם הכריתי והפליתי אשר דעתם שקול בשקל הקודש ובידם להכריע כחא דהיתר דעדיף ומי יפאר אחריהם להרהר אחרי דבריהם דברי או"נ ד"ש תורתו הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לב

שאלה בק"ק באלחוב היה איש אחד זקן בן שבעים שנה והלך מביתו לבקש טרף. וזה עשר שנים שלא חזר ויהי היום עברו דרך ק"ק הנ"ל אנשי ק"ק טוסמעניץ ואמרו לבעה"ב שבאכסניא איך שהיו בק"ק קראהלע באונגארען וישבו שם על סעודת ברית מילה הובא לשם איש אחד חולה מכפר הסמוך לשם והאיש הזה היה מלמד בכפר הנ"ל ואנשי ק"ק טוסמעניץ הלכו לבקר אותו ושאלו אותו מאיזה מקום הוא והשיב שהוא מק"ק באלעחאב ויש לו שם אשה ובנים והאיש הזה נפטר שם כן הוא תורף הדברים שסיפרו אנשי ק"ק טוסמאנעץ והבעה"ב שכח להודיע זאת תיכף לאשת הזקן הל"ל וברבות הימים הגיד זאת להאשה הנ"ל ונסעה בעצמה לק"ק קראהלע וכאשר באה האשה לכפר הנ"ל שהיה האיש הנ"ל מלמד שם באותה מקום ובאותו פעם היה שם מלמד אחר ושאלה האשה היכן הוא המלמד הראשון שהיה מקודם והשיב שמת וצייר לה תואר פניו וספרה לו האשה מעין המאורע לה והשיב שהוא בודאי בעלה ושאלה אותו אם אינו יודע שמו והשיב שא"י אחר זה נסעה אל העיר ק"ק קראהלע ושאלה להקברנים דשם והגידו כמו שאמר המלמד ושאלה להם ג"כ לא הגיד האיש הזה משמו ושאר סימנים והשיבו שבאו אליו בעת שתקפה החולי עליו ולא היה בכוחו לדבר יותר רק דברים האלה אני מבעלחאב ויש לי שם אשה ובנים מתוך הדברים מת וחפשו בק"ק בעלעחאב ולא נפקד משם איש שירחיק נדוד רק האיש הזקן הזה:

ועתה באה האשה לפני המורים ודמעתה על לחיה להוציא משפטה לאורה שזה עשר שנים שיושבת שכולה וגלמודה ואולי יש תקוה ע"כ השאלה וידידי שארי נד"ז הרב הגדול המפורסם החריף ובקי מוהר"ר יצחק פרענקיל פתח בהצלה תחלה והרחיב בתשובתו בחריפתו ובקיאותו אומר מותר ומראה פנים ומתוך חומר אשת איש לא נשען על בינתו ושדרה לקמאי לחוות דעתי בזה ואם אמנם כי סמכוני באשישות. וידי רפות ותשישות. אפס לא אף אוכל אשוב פני כחת. חביב עלי עד לאחת וחיבת הקודש המכשיר ונותן כח לעשות חיל לגבר אין איל וירבה עצמה לאין אונים, לעשות למלאכת שמים כוונים. ואני תפילתי לאמיץ כח ורב אונים. יורינו מדרכיו ויצילנו משגיונים. תשובה הנה דבר זה מתורת משה למדנו רבינו משה ב"מ ז"ל פרק י"ג מה"ג וז"ל ישראל שאמר מת איש יהודי כו' עד שיעיד ויכיר שמו ושם עירו אבל אם אמר אחד יצא מעמנו מעיר פלוני ומת מחפשין באותה העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו וכתב ה"ה שהוא מהתוספת וכן פסקו הטור והש"ע בלי חולק והב"ש שם כתב דאף אם אפשר לצאת מן העיר בלי ידיעה אם מעידים שיצא אחד מתושבי העיר הזאת אז מחפשין אם

אין חסר שם שום אדם אלא זה מותרת ופשוט דמ"ש הפוסקים אחד יצא עמנו אין צורך בדבר רק בכדי שנדע שזה המת הוא מעיר הזאת אבל אם בלא זה ידוע לנו שהוא מעיר הזאת די בכך ואף שאין ידוע לנו רק מפ"ע סגי כמ"ש הרא"ש בתשובה ושאר פוסקים והביאו ראיה מעובדא דר"ט שאמר כך קורין אותם בעירי כו' וכן יש ראיה מעובדא דצלמון ומעשים בכל יום שאנו מתירין על ידי אמירתו וא"כ בנ"ד שנודע מפיו שהוא מק"ק בעלאחעב ועל ידי החיפוש מתברר לנו שלא נחסר משם אדם אחר אלא זה לכאורה נראה בפשיטות דאתתא שריא:

איברא דאיכא למשדי נרגא בהך התירא מתרי טעמים חדא שדעת הרבה פוסקים מגדולי הראשונים הרמב"ן והרשב"א והנ"י ביבמות בסוגיא דתרי יצחק דדוקא היכא שידוע לנו שזה המת היה בקארטאבע זו ששם היה קביעות דירה של בעל האשה זו ולכך תלינן שזה שהלך מקארטעבא לאספמיא ומת שם הוא בעל האשה מתושבי העיר דכאן נמצא וכאן היה ול"ח שמא יצחק אחר בא לקארטעבא וזהו שהלך לאספאמיע הא לא"ה חיישינן לתרי שוירי ולתרי יצחק אף שלא הוחזקו אם שיירות מצויות וכתבו ליישב על פי זה שלא יסתרו דברי הרי"ף מסוגיא דתרי יצחק לסוגיא דפרק כל הגט וכך נראה מדעת הר"ן בתשוב' ובחידוש' לש"ס פרק כל הגט וגם מהר"מ אלשקר בתשובה הביא כן גם בשם הריטב"א וכן הריב"ש בתשו' סימן תק"ח הביא שיטת הפוסקים הללו:

ולפ"ז י"ל דבדוק' נקטו הפוסקים והתוספתא בכה"ג אחד יצא עמנו מעיר פלוני שהעד מורה באצבע על העיר הזאת מקום דירת בעל האשה הזאת ואז מועיל חיפוש בעיר הזאת מה שא"כ כגוונא דנ"ד אע"פ שאמר שהוא מק"ק באלחוב יש לחוש לעיר אחרת ששמה כך ומשם בא האיש הזה דהא חיישינן לשני שוירי וא"ל דנ"ד דכיון שזה המת היה בככר שאין שיירות מצויות לשם גם הרמב"ן ודעימיה מודים בזה דהא איכא תרתי לטיבותא לא הוחזקו ואין שיירות מצויות הדבר פשוט דז"א דדוקא היכא שידוע לנו שנאבד הזה הלך לשם שפיר י"ל דל"ח שמא גם אחר הלך לשם כיון שאין שיירות מצויות למקום ההוא וגם לא הוחזקו עוד אחד ששמו כך משא"כ בזה שאין אתנו יודע כלל להיכן הלך בעל האשה וא"כ י"ל דהאי אזיל לעלמא ואיש אחד מעיר אחרת ששמה באלחוב בא לשם ומה יושיענו זה שאין השיירות מצויות לשם שהרי כשם שאנו תולין לומר שזה הלך לשם אע"פ שאין השיירות מצויות לשם כמו כן י"ל שמעיר אחרת ששמה כך הלך לשם וה"ז כשיירות מצויות ולא הוחזקו דאע"ג דאיכא חדא לטיבותא לא מקילינן לשיטת הפוסקים הללו זאת ועוד אחרת יש לפקפק בענין החיפוש כיון שאין לנו זמן ידוע יש לחוש שמא זמן רב שיצא האיש הלז מכאן ונשכח זכרו מבני העיר ובפרט לפי ענין

השאלה שזה שיצא מבאלחוב היה איש זקן גדול ולפי מה שאנו אומרים שזהו המת שם בקראהלי ע"כ שזה המת היה זקן ובעל שיבה ואם כן שמא זמן רב שיצא מכאן איש אחד בימי בחרות ונשכח זכרו מבני העיר והיה נע ונד בארץ ימים רבים עד הגיע לכפר ההיא וא"כ אין החיפוש מועיל וכבר האריכו בענין החיפוש בתשובות ועיין בק"ע בשם תשובת מהריב"ל ומהרא"מ בזה:

וכדי לפתח מוסרות החששות הנ"ל אען ואומר בדבר החשש האחד שחששנו לדעת הרמב"ן וסייעתו. הנה לפי דבריהם אף במזכיר שמו וש"א וש"ע אין היתר שלעולם חוששין לשני יב"ש אם לא שמעידים שזה יצא ממקום שבעל האשה היה דר שם ובא למקום אחר ומת שם שאז אנו אומרים כאן נמצא כ"ה:

ולדבריהם צ"ל דהא דתניא בתוספתא שמעידין על שמו וש"א וש"ע נמי בכה"ג מיירי שמעידין שיצא מעיר הזאת ועדיין צריך ליישב הא דמעשה בצלמון כו' ועובדא דר"ט כך קורין אותי בעירי כו' וצ"ל שאומר בפיר' שקורין אותו יוחנן בן יונתן דמכפר שיחנא שבא"י והדבר ידוע לנו שאין כמותה בא"י בשם זה וכן בההיא דצלמון נ"ל שאמר אני פב"פ ממקום פלוני שבמדינה זו באופן שאין לספק בעיר אחרת כלל וכך צ"ל לפי שיטת' אליבא דאביי דחייש לתרי יצחק אף בכה"ג שיודעים שיצא מהעיר הזאת חיישינן לאחר ע"כ דמפרש התוספתא דמיירי שמברר דבריו בפירו' שכוונתו על העיר הזאת שהיא קביעות דירתו של בעל האשה שאנו דנין עליה והוא ד"ב ומדברי כל האחרונים בתשובותיהם מבואר שהם מתירין בפשיטות ע"י שמו וש"א וש"ע או ע"י שמו וש"ע במקום עיגון אף שהעד לא ביחן דבריו שהי' העיר הזאת ונראה שהם סומכים בזה על שיטת הרז"ה והרא"ש שפירשו בדברי הרי"ף שיש חילוק בין גט למיתה דגבי מיתה מקילינן כל שלא הוחזקו אע"פ שהשיירות מצויות וכך משמע שיטת רש"י והתוספתא לפום מה דקי"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק ואע"פ שהרמב"ן השיב ע"ז דהא בגמרא מדמו גט למיתה לא כתב כן אלא על דברי הרז"ה דמשמע שהוא רוצה לחלק בזה מדינא דש"ס וע"ז מקשה שפיר דבש"ס השוה אותם אבל הרא"ש סובר דמדינא דש"ס באמת אין לחלק בין גט למיתה רק דהרי"ף ס"ל דבמיתה בעגונה יש לסמוך אמאן דמיקל כרבה ול"ק דר"ז והוא דעת רבא דל"ח לתרי יצחק וכן מבואר מדברי הב"ש ס"ק דמפרש כן דברי הרא"ש וכ"מ במקצת תשובת האחרונים ז"ל ועמ"ש בזה בתשו' סימן:

אמנם ראיתי בתשובת האחרונים שהעתיקו משו"ת מהרח"ש שכתב וז"ל עוד אני חוכך להחמיר להרמב"ן והרשב"א ונ"י דנראה אפי' בשמו וש"א וש"ע אם לא סיים העיר הזאת באופן שאין לספק בעיר אחרת אז חיישינן לשני עיירות בשם א' וכ"מ לר"ז דפליג ארבה

אפילו בלא הוחזקו חיישינן לשני יב"ש ה"ה ניחוש לשני עיירות בשם א' וכן משמע הא דלא חשו לתרי נהרדעי היינו דלא שכיחי שיירתא מעלמא אבל אי שכיחא אע"ג דהוזכר שלשתן חיישינן לתרי נהרדעי וכ"כ הריב"ש ונוטה דעתו והריטב"א מקשה מיוחנן בן יונתן ומתרץ ש"ה דאיכא עוד סימנים אחרים שהיה גבור חיל כו' והא דתניא בתוספתא דמעידין על שם עירו היינו שסיים באותה העיר שאין לספק בעיר אחרת כגון עיר פלונית ממלכות פלונית וכיוצא בזה כו' וכתבו בשמו דמסיק בתשובה דכל שלא סיים העיר אין להתיר אם לא בהצטרפות סימן אחר והוא שיהיה אותו סימן ראוי לסמוך כפי ראות הדיין ובהסכמת חכמי העיר כו' ובק"ע כתב דמאן דחייש לשני יב"ש חייש לשני נהרדעא:

אך סיים וכתב שם ואפשר דהכא בנהרדעא שאני שהיא עיר גדולה ומפורסמת כמו מצרים ורומי וכוללת עיירות רבות סביבותיה בהא ל"ח לעיר אחרת כשמה כו' עכ"ל כך הועתק בתשובה בשמו ואין ק"ע דמהרח"ש בידי לעיין בו ומשמע מדבריו שרוצה ליישב הך עובדא ההיא גיטא דאשתכח בנהרדעי כו' דמייתי מינה אביי ודחיקא ליה לאוקמא שאין שיירות מצויות לשם ולכך רוצה ליישב דנהרדעי עיר גדולה כו' ונפלאתי ע"ז. דמה בכך דהך נהרדעי שלפנינו היא גדולה ומפורסמת אכתי למיחש מיבעיא שמא יש עוד עיר אחת בעולם ושמה נהרדעי והיא קטנה מזאת ואינה ידועה וניכרת ואפשר שכוונתו דאם העיר ההיא קטנה מזו ל"ח לה דהך אתרא דידן הו"ל רובא וטעמא דחיישינן היכא דשיירות מצויות משום רובא דעלמא הוא:

ועדיין צ"ע דדלמא איכא תרתי או תלת לשוינהו רובא וגם אפשר דבההיא מתא איכא כמה יוב"ש והו"ל רובא לגבי הך שמא דיוב"ש ועיין בתשובת הרשב"א בגיטין דאם השיירות מצויות י"ל שהרבה גיטין הם מביאים מאנשים ששמם יוב"ש ע"ש ואין להאריך שהרי הדבר מבואר במלחמות דמפרש דאביי ס"ל שהגט נמצא במקום שאין שיירות מצויות ולכך לא חששו לנהרדעא אחרינא רק לעיירות שסביבותיה דמשם היו שיירות מצויות לנהרדעי ורבא אמר א"כ יבדוק כל העולם מבעי' ליה דהא ודאי שיירות מצויות לנהרדעי וכן מבואר בחידושי הרשב"א ביבמות וההיא גיטא דאשתכח בסורא נמי במקום שאין השיירות נמצא ע"ש ועיין בשו"ת פנים מאירות סימן מ"ם שכתב ונפלאתי על הר"ן (ר"ל הנ"י) שכתב לאביי יבדוק כל העולם הא ראייתו מגיטא דאשתכח בנהרדעי כו' ש"מ דאביי לא ס"ל לבדוק כל העולם כו' דלא חייש דלמא א' בסוף העולם היה עובר דרך העיר הזאת וקרא עצמו ע"ש העיר ומדבריו נראה שלא היה בפניו רק דברי הנ"י שאם היה רואה דברי הרמב"ן במלחמות והרשב"א לא היה כותב מה שכתב ואין להאריך:

והנה כבוד שארי הרב הגאון הנ"ל העיר בזה כיון שהעיר שלנו היא קרובה דמוכח והרוב אינו ודאי די"ל שאין כאן רוב כלל אית לן למיזל בתר קורבא ור"ה דחייש לשני שוירי אפשר דס"ל דאזלינן בתר רובא אפי' בכה"ג עכ"ד והטיב אשר דיבר וכבר הארכתי בענין זה בתשובה סימן דודאי דבעינן שיהא הרוב ברור וידוע לנו והבאתי ראיה מהא דקי"ל אם יש לה מכה תולה במכתה וטעמא משום חזקת טהרה כמ"ש הרשב"א בתה"א וקשה דנימא דבמקור איכא רוב דמים לגבי מכה ורובא עדיף מחזקה אלא ודאי כיון שאין הרוב ברור דשמא המכה דמים רבים כמו דם המקור לא אזלינן בתר רובא כי האי ואם כן ה"ה לגבי קורבא ושוב כתבתי שיש לחלק דהתם מחמת החזקה אמרינן דאין כאן רובא והארכתי בזה:

אך בש"ג פרק לא יחפור כתב להדיא גבי קורבא דלא סמכינן על הרוב אלא היכא שהוברר היות הדבר ההוא רוב אך מ"ש הרב נ"י דר"ה ס"ל דאף בכה"ג הוי רוב הוא דחוק וגם דעדיין אנו צריכין לתרוצי סוגיא אליבא דהרמב"ן וסייעתו דס"ל דדינא הכי דחיישי' לתרי שוירי דהא קורבא דאורייתא ואם כן כיון דההיא שוירי דידן ודאי מקרבי טפי אית לן למימר דמהאי אתי:

והנה הארכתי בתשו' שם ושם הקשיתי עוד דלמה נימא שזהו גט של יב"ש אחר מחמת רובא שהרי כתבו התוספות בגיטין דהרוב אין מגרשין נשותיהן וגם בריש זבחים אמרי' אשה לאו לגירושין קיימא וכיון שיוב"ש זה ידוע לנו ששלח גט לאשתו לית לן למתלי באחרינא והארכתי בכמה ענינים וידי רפות להעתיק הכל רק עתה באתי עם הספר מה שנתחדש לי בזה בעידנא דעסיקנא ביה. ומתחלה אבאר מה שנלענ"ד ליישב דעת אא"ז רמ"א ב סימן קל"ב שכתב י"א שאם הוזכר שם העיר בגט אין לחוש לשיירות מצויות דאין חוששין לשני עיירות ששמם שוה ע"ש והב"ש תמה דהאיך מוכיח ממה שאמר רבה להחזיר הגט שכתב בו שוירי מתא ושם היו שיירות מצויות דדוקא ש"מ והוחזק אין מחזירין דלמא שאני התם שכתב בגט שם העיר כו':

ולפי מ"ש י"ל דטעמא דמחלקינן בין חששא דשני יב"ש לחששא דשני עיירות ששמם שוה משום דבעיירות אם היתה קרובה כמו זו ודאי דמפרסמא מלתא ואם היא רחוקה מזו אית לן למיזל בתר קורבא שאף ע"פ שהשיירות מצויות מ"מ אין כאן רוב ידוע כלל ואם כן היכא ששם העיר כתוב בגט וגם העיר הזאת היא רחוקה הרבה מכאן ואין ניכרת לנו וידוע לנו כלל פשיט שיש לחוש שמא יש עוד עיר אחרת בשם זה מאי אמרת זיל בתר קורב' דמאן לימא דשוירי האחר אינה קרובה לכאן כמו שוירי זהו שהיה מקום דירתו של בעל האשה הניצבת עמנו ואפשר שהאחרת היה קרובה יותר ובכה"ג שפיר חיישי' לתרי

שוירי וכן משמע לענ"ד מלשון הרמב"ן במלחמות דהך דשוירי בכה"ג הוא שכתב ולא שנינו בגיטין אלא במביא גט ממדינת הים ואבד ממנו שכיון שבא ממדינת הים ושלא במקומו מצאנו אותו אף על פי שכתוב בו בשוירי מתא חוששין לשני שוירי וכשאתה אומר משוירי של זה בא לכאן אני אומר לא בא אלא משוירי האחר (ואף שהרמב"ן עיקר כוונתו לומר שלא נמצא במקום שנכתב מ"מ נקיט מיהא בידך דהך דשוירי נמי בבא ממדינת הים מיירי וא"כ ליכא למיזל בתר קורבא די"ל שהאחרת קרובה יותר ודברי הרמב"ן יבואר בסמוך) עכ"ל. ולפי זה שפיר פשיט התם מדרבא שאמר להחזיר הגט ולא חיישי' לשני שוירי ע"כ דלאו מטעם קורבא אתיא עלה אלא ס"ל דבכל גווני אין חוששין שמא יש עיר אחרת כיוצא בה כיון דלא הוחזקו וא"כ דכוותה בשני יב"ש נמי ל"ח למלתא וא"ל דאם כן היכא פשיט רבה ממתני' דכל מעב"ד יחזיר דילמא מתני' מיירי שנכתבו בו שם העיר והיא ידועה וניכרת לנו דאז ל"ח לעיר אחרת ז"א דאם כן תיקשי לשיטת הרמב"ן דמהני אם נמצא במקום שנכתב אם כן מצינו לאוקי מתני' בהכי וא"ל דרבה כאביי ס"ל דלא אמרי' כאן נמצא דמ"מ מנ"ל למפשט ממתני' כיון דאיכא לדחויי דמטעם נמצא אתינן עלה אלא ע"כ דרבה ס"ל דמתני' בכל גווני מיירי אף שנמצא במקום אחר וא"כ גם לפי מ"ש י"ל דודאי מתני' מיירי אפילו אם בא ממקום רחוק דל"ש למתלי בקורבא אפ"ה מהדרינן דכל שלא הוחזקו ל"ח ועי' מ"ש מהר"מ שיף בגיטין בריש הסוגיא שם וגם י"ל בפשיטות דרבה ס"ל דמסתמא מתני' מיירי אף שלא הוזכר שם העיר בשטר זה של מעב"ד דאל"כ הו"ל לפרושא בהדיא וא"כ כיון דל"ח ליב"ש אחר שלא הוחזק ממילא דפשיטא שאין לחוש לשני שוירי ואם כן ממילא דל"ק קושי' הב"ש דשפיר פשיט הש"ס מדרבה דס"ל דש"מ והוחזק דוקא לא מהדרינן דהא מוקי למתני' בכה"ג שיירות מצויות ולא הוחזקו ומינה יליף לשני שוירי ולפי זה למאי דקי"ל דתרתי לטיבותא בעינן ומתני' מיירי דאשתכח לאבראי חוץ לב"ד שפיר חיישי' לשני יוב"ש ולשני שוירי גם כן דל"ש קורבא כמש"ל משא"כ הרמ"א י"ל דמיירי ששם העיר המוזכר בגט היא ניכרת לנו ואז ל"ח לעיר אחרת בסוף העולם דבזה כ"ע מודים כיון שהרוב אין ידוע לנו והקורבא ידוע ומוכחת שהרי ידוע לנו שהביא גט משם לכאן שפיר אזלינן בתר קורבא שהוא דאורייתא אך דברי הד"מ שהביא הב"ש צ"ע ולקמן נדבר עוד בזה:

ומ"מ עדיין צריכין לעמוד על דעתו של הרמב"ן שנראה מדבריו דדוקא נמצא במקום שנכתב ומשום כאן נמצא וקשה דאפי' נמצא במ"א רק שהמקום הנזכר בגט ידוע לנו אית לן למיזל בתר קורבא וכן בהא דתרי יצחק ל"ש למיתי מטעמא דכאן נמצא ת"ל משום קורבא וא"ל דזה הוי כרוב ידוע כדאמרינן טובא יוב"ש איכא בעלמא דז"א דכאן דצ"ל

שאותו מת בא ממקום אחר שממנין בו ריש גלותא כמ"ש הרמב"ן ובכה"ג פשיטא שאין כאן רוב ידוע ונראה דבהך דתרי יצחק לא שייך להקל משום קורבא דודאי הא דאמרינן קורבא פשיטא שא"ל שלא בא לעיר זאת איש אחר כלל שהרי מיירי ששיירות מצויות ועינינו הרואות שבכל יום שיירות באים לכאן ואם כן א"א לומר דלכך ל"ח ליצחק אחר שבא בשיירא לכאן משום קורבא דז"א כיון שבא לכאן רחוקים נעשו קרובים והוא קרוב מכאן לאספמיא כמו תושב עיר קורטבא וכגר כאזרח משפט אחד להם שכמו כן י"ל שזה הלך לאספמיא כמו זה ולכך צריך למיתי עלה מטעמא דכאן נמצא דכיון שהעידו העדים שזה הלך מקארטבא לאספמיא אז אם בשעת יציאתו מהעיר אם היינו דנין עליו אם הוא בן עיר או מהני דאיקלעי מעלמא טפי יש לנו לומר שזה האיש הוא מתושבי העיר הזאת דכאן נמצא כ"ה ולכן כשמת זה שהלך אמרינן אותו יצחק שהיה בן העיר מת וההיא דשני שוירי שפיר חוששין כיון שבא ממ"א לא שייך כאן נמצא וגם קורבא ל"ש כמש"ל כיון שגם שוירי זה אין ידוע לנו ושמא האחר אינו רחוק יותר מזה. והנה לאביי דלא ס"ל כאן נמצא במקום חזקת א"א פשיטא דלא ס"ל דלית לן למיזל בתר קורבא דהא סברת כאן נמצא עדיף מקורבא וכמ"ש הרמב"ן בפרק לא יחפור בהא דאכל ענבי מצנעי ע"ש ואביי מייתי מעובדא דנהרדעא שהצריך בדיקה לסביבות נהרדעא כיון שמשם שיירות מצויות לנהרדעא אלמא דלא אמרי' כאן נמצא והא דלא חששו לנהרדעא אחרת אליבא דאביי דס"ל דלא אזלי' בתר קורבא היינו דס"ל שהיה במקום שאין שיירות מצויות ועל זה השיב רבא לדבריך דלא סבירא לך כאן נמצא ומכ"ש קורבא יבדוק כל העולם מבעיא ליה דודאי שיירות מצויות בנהרדעא ואיכא למיחש לתרי נהרדעא ולשני יוב"ש:

ושוב כתב הרמב"ן דעובדא דענן בר חייא במקום שאין שיירות מצויות נמצאו ולכך לא אמרו יבדוק כל העולם כו' ור"ל לתרוצי אליבא דאביי דאילו לרבא אפשר דלא צריכנא להא דאפילו במקום שהשיירות מצויות אין צריך לבדוק כל העולם כיון שנהרדעא זאת ידוע וניכרת לנו אזלי' בתר קורבא ולא חיישי' שמא יש נהרדעא אחר ברחוק מקום ומשם בא לסורא וכתב גט כיון שאין כאן רוב ידוע:

ולפי מ"ש צ"ל דמ"ש הרשב"א והנ"י בדברי רבא הא נאבד במקום שנכתב אפי' במקום שהש"מ אמרי' כאן נמצא לאו דוקא בכה"ג אלא אפילו אם נמצא במקום אחר רק ששם העיר שנכתב בגט הוא קרוב לאותו מקום שנמצא וניכר וידוע שם נמי ליכא למיחש לעיר אחרת ששמה כך משום קורב' וגם י"ל דבכה"ג שנמצא במקום שנכתב ל"ח ליה כלל אפי' אין מוזכר שם העיר בגט דאז שפיר איכא למיחש ליוב"ש טובי מ"מ כיון שנמצא במקום שנכתב אמרי' כאן נמצא ולפ"ז א"ש מ"ש מעובדא דצלמון ועובדא דר"ט

דהתם שהיה המקום ניכר וידוע לנו אין לחוש למקום אחר ומטעם קורבא דהא קורבא דאורייתא ובאמת גם להפוסקים דס"ל דבחדא לטיבותא סגי בע"כ צ"ל כן דאל"כ תיקשי דלר"ה ולישנא בתרא דר"ז דס"ל דחיישי' לתרי שוירי הך עובדא דצלמון ועובדא דר"ט איך מתרצי לה דכבר כתבתי שר"ל דמיירי במברר דבריו שכוונתו לעיר הזאת וע"כ לומר כמ"ש דדוקא בהך דשוירי דל"ש להתיר מטעם קורבא דחיישי' משא"כ בהנך עובדי:

איברא שלשון הרמב"ן ודעימיה משמע דדוקא אם נמצא במקום שנכתב ל"ח הא לא"ה יש לחוש אף ששם העיר שבגט היא ניכרת וידוע אפ"ה חיישי' ולא אזלי' בתר קורבא והדבר צריך תבלין דלמה יגרע קורב' דאורייתא מהך סברא דכאן נמצא ונראה דה"ט דע"כ לא אזלי' בתר קורבא אלא כגון ההוא בניפול הנמצא דב"ב ועגלה ערופה דליכא חזקה נגד הקורבא משא"כ כאן דאתחזק איסורא דא"א לא אזלי' בתר קורבא דהא אפילו בתר רובא לא אזלי' במקום חזקה וכ"ש דלא אזלי' בתר קורבא במקום חזקה וכ"כ הרמב"ן להדיא בפרק לא יחפור ע"ש אבל היכא שהגט נמצא במקום שנכתב דאיתא תרתי שהוא קרוב וגם י"ל כאן נמצאו שפיר אזלי' בתריה וכמש"ל מדברי הרמב"ן שם גבי ענבי מצנעי דאפי' לר"ח דאזיל בתר רוב אסירי משום שהם במקומם ממש וחזקה כאן נמצאו כו' וכיון שהוא במקומן ומצוי ליכא למ"ד רוב עדיף כו' עי"ש וגם הט"ז סימן רצ"ד כיון מדעתיה דנפשיה לסברת הרמב"ן בזה דגבי ענבים אסור מטעם כאן נמצא וכ"כ הפר"ח בי"ד סימן ס"ג לתרץ דברי הטור והביא דברי הרמב"ן אילו והשיג על הטור שכתב היפך מדעת אביו הרא"ש ז"ל ולענ"ד י"ל דהטור ס"ל דאע"ג שהוא קרוב ומצוי אין הכרח שיהיה עדיף מרוב רק דעכ"פ שקולים הם והלכך הרא"ש דקאי התם אעובדא דרבינא דמיירי בח"ל וספק ערלה בח"ל מותרת וכמ"ש התוס' שם משא"כ הטור העתיק לשון הרמב"ם ומיירי בא"י ואין כאן מקומו להאריך:

אך צריך ליישב לפ"ז מ"ש הרשב"א והנ"י להקשות דהא הכא קי"ל כרבא ובפ' המדיר קי"ל כרב אשי דלא אמרינן כאן נמצא כו' ולפמ"ש י"ל דשא"ה דלענין אי מספקא לן אי השתא אתו מומין אלו או מעיקרא ואמרינן כאן נמצאו כ"ה מעיקרא בזה לא קי"ל הכי משא"כ לענין ספיקא אם מעלמא אתו או מיניה וביה שפיר אמרינן כאן נמצא דהו"ל קרוב ומצוי וכמ"ש הרמב"ן והנ"י גופיה הביא בב"ב דברי הרמב"ן אלו וצ"ל כמש"ל דגבי עובדא דתרי יצחק ל"ש קורבא כיון דהא קמן שהשיירות מצויות מעלמא לכאן והרי הם קרובים ג"כ למקום זה כמו זה אשר נולד שם וליכא למיתי עלה רק מטעם כאן נמצא משא"כ התם דאע"ג דאיכא רוב כרמים דהיתר מ"מ הנך ענבים שבכרם זה מקרבי טפי למקום שנמצא הענבים שמה ואם היו שיירות מצויות לכרם זה המביאים בידם ענבים

של היתר ג"כ לא היה אפשר לדון שם דין קורבא רק כאן נמצא לבד אבל כיון שמעולם לא ראינו מביאים ענבים לכאן רק שנאמר שהגנבים לקחו מכרמים דהיתר והצניעו כאן בזה אמר' דקורבא דמוכח כי האי שהוא במקומו וכאן נמצא אמרי' דמהך כרם נינהו וגט הנמצא במקום שנכתב דמי ממש להך דענבים בכרם דאף ששיירות מצויות מ"מ לענין הגט שייך ביה קורבא דגט זה דכאן קרוב לכאן טפי מגט שנכתב במקום אחר ואין לנו לומר שהובא ממ"א לכאן ונפל וגם הוא במקומו אך כיון דבתרי יצחק ל"ש קורבא שפיר הקשו הרשב"א והנ"י דהא אנן קי"ל כרב אשי ובהכי א"ש מ"ש הב"ש סימן קל"ב דלהרמב"ן ונ"י בנמצא במקום שנכתב מחזירין משום כאן נמצא ומתוך דברי הרא"ש נדחה חילוק ע"ש ולכאורה קשה ת"ל דאדחי בלא"ה כיון דלא קי"ל כרב אשי רק הרשב"א והנ"י מתרצים דבעגונה הקילו וא"כ זה במיתה אבל לא בגט כמ"ש הרא"ש דאפשר לכתוב גט אחר (ואפשר שר"ל לפי דעת הפוסקים כרב' גם גבי מומין כמבואר בסימ' קי"ז ולכן צ"ע על הרשב"א והנ"י שהקשו על הרי"ף די"ל דהרי"ף לשיטתו דפסק כרב' התם ע"ש בפוסקים ואפשר דהרשב"א לנפשיה קאמר דאיהו ס"ל הלכה כרב אשי עי' בב"י סימן ל"ט) ודוחק לומר דגם בגט הקילו בזה משום עגון וכדאשכחן בדוכתי טובי ולפמ"ש א"ש בפשיטות דבגט א"צ להקל משום עגונה דשפיר אית לן למימר בכה"ג כאן נמצא כסברת הרמב"ן ומ"ש מתוך הרא"ש נדחה חילוק זה פשוט שר"ל שאינו מוכרח לומר כן:

ומעתה צריך ליתן טעם דלמה קי"ל כרבא משום חזקה דכאן נמצא דהא איכא לנגדה חזקת א"א ומ"ש גבי קורבא דלא אזלינן בתרה לחוד נגד חזקת א"א וא"ל דלרב' מהני כאן נמצא אף נגד חזקה כדאמר התם סיפא כאן נמצאו כ"ה ומהני אף להוציא מן הבעל ז"א כמ"ש המפורשים שם דהתם טעמא משום דאיכא חזקת הגוף ע"ש ולכן נלענ"ד דבלא"ה א"ש דכיון דרב' לענין מיתה מיירי ובמיתה אמרינן דחזקה אשה דייקא מרע לחזקת אשת איש ושפיר אמרינן כאן נמצא ומ"מ פריך ליה אביי שפיר מגט אע"ג דהתם ליכא חזקת דייקא נגד חזקת אשת איש מ"מ שם איכא קורבא וחזקת כאן נמצא כמש"ל ואית לן למימר דעדיף מחזקת אשת איש ומזה מוכיח אביי דחזקה דכאן נמצא לא מהני כלל אף במקום דליכא חזקה נגדה ודחי ליה רבא דיבדוק כל העולם מיבעיא ליה כיון ששיירות מצויות ולפ"ז אין חילוק בין קורבא לכאן נמצא דתרווייהו מהני להתיר במיתה דאזלא לה חזקת אשת איש משום דחזקה דייקא מרע לה רק דבבהיא דתרי יצחק ליכא טעמא דקורבא וצריך למיתי עלה מטעם כאן נמצא ולפ"ז לק"מ מהנך עובדי דל"ח לתרי

שוירי דבמיתה מיירי וכיון שהעיר זו הידועה לנו היא הקרובה ודאי ל"ח שמא יש עוד עיר אחרת והיא גדולה מזו כיון שאין זה רוב ידוע והקורבא הוא ברורה ומוכחת:
איברא יש לפקפק בהך היתר משום קורבא כיון דקי"ל בנפל למשאל"ס אסורה ולא אזלינן בתר רובא ומכ"ש דלית לן למיזל בתר קורבא אך די"ל דהתם טעמא משום דחיישי' למיעוט המצוי כמ"ש התוספות והרא"ש ביבמות דף ל"ו גבי כל ששהה ל' יום כו' ע"ש וברא"ש חולין דף י"א וכאן שאנו מתירין משום קורבא ל"ש זה וכמו שרבא ס"ל להתיר משום כאן נמצא דסברא בעלמא הוא וא"כ פשיטא דגם ע"י קורבא דאורייתא יש להתיר:
והנה זה שנים רבות כתבנו בתשובה א' בנידון עגונה מזאלעשיץ צד היתר משום קורבא והגאון מפראג בעל נ"ב ז"ל לא הסכים בזה וכתב דקורבא לא עדיף מרוב דאין מתירין באשת איש ומ"ש הב"ש להתיר בגוסס תמה עליו:
ועתה מצאתי בשו"ת אור נעלם סימן ל"ו נדפס שם תשובה מהגאון בעל פ"י ז"ל בעסק עגונה אחת וכתב שם להתיר משום דיצאת האשה מאיסור דאורייתא על ידי סימני גופו וכליו אף חששא דרבנן ליכא כיון שנמצא ההרוג סמוך לעיר כו' ופשיטא דאזלינן בתר קורבא דמוכח כיון דליכא רובא כנגדה כיון דלא שכיחי אורחי ופרחי כו' כמו שהגיד הקציץ הנ"ל כו' דאפילו היו סימנים גרועים קורבא דמוכח נינהו הוי ובכך אני מיישב תשובת מהרי"ו סימן ע"ט כו' שהמתיר רצה להתיר מטעם קורבא דמוכח וזה פי' המלות מטעם קרוב וס"ל דאף במקום חזקת איסור אזלינן בתר קורבא דהכי משמע לכאורה מדקאמר ר"ח רוב וקרוב כו' משמע דלגבי חזקה קורבא עדיף והמחמירין לא פשיטא להו הך מלתא דאפשר דגבי חזקה נמי לא אזלי' בתר קורבא ועוד נהי דאיסורא דאוריי' ליכא בקורבא דמוכח מ"מ איסור דרבנן איכא דלא עדיף מרובה דלא מהני מדרבנן נמצה משמע להדיא דבנ"ד דליכא חשש איסור דאוריי' כ"ע מודים דאזלי' בתר קורבא דמוכח כו' כדמשמע מדברי מהרי"ו בסופו שהתיר הלכה למעש' עכ"ל ולענ"ד כמ"ש דקורב' הוי עכ"פ כמו חזקה דכאן נמצא ושאני רובא כיון דאיכא מיעוט דשכיח חיישי' ליה והכי הוי אפילו קורב' דמוכח כמ"ש התוספי בב"ב בסוגיא דניפול ד"ה מתיב ר"ז דלגבי רובא דעלמא הוי קורבא טיר. קורבא דמוכח ושן דהכא ליכא רובא דעלמא נגד הקורבא דשמא אין עיר אחרת כלל כזו ואת"ל יש עיר אחרת שמא היא קטנה מזו שפיר אזלינן בתר זו שהיא קרובה ודאי ועכ"פ נראה דא"ש מה שסמכו הפוסקים להקל ע"י שמו וש"א וש"ע בסתם ולא חשו לדעת הרמב"ן ודעימיה משום דאף לדעת הרמב"ן ודעימיה אין כאן חשש דאורייתא דמדאוריי' ודאי איכא למיזל בתר קורבא ובמקום עגונה יש להקל לסמוך על דעת הרא"ש ודעימיה דס"ל לחלק בין גט למיתה וכ"מ דעת רש"י והתוס' וגם

כי דעת בה"ג ור"ח להקל אף בגט בחדא לטיבותא ומכ"ש לחד תירוצא דהתוס' בספ"ק דב"מ דכל חשש שני יוב"ש אינו אלא מדרבנן ובמ"א כתבתי בדברי התוס' הללו ולקצר אני צריך:

ועוד נלענ"ד לצדד בזה דהנה לכאורה לפמ"ש ליישב הנך עובד' לשיטת הרמב"ן ודעימיה אכתי תיקשי דאביי דלא ס"ל כאן נמצא וא"כ ה"ה דלא אזיל בתר קורבא ואיך יתיישב לדידיה התוספתא והנך עובדי שלא חששו לעיר אחרת ולשני יוב"ש ונלענ"ד דא"ש לפמ"ש בשם מהרח"ש כשהוחזקו שני יב"ש בעיר א' ואין שיירות מצויות ואחד הלך לאספמיא ל"ח שמא גם השני הלך לשם כיון שאין השיירות מצויות לשם וכ"כ בט"ז ומ"ש הח"מ מדברי הרא"ש פרק כל הגט נראה שאין משם ראיה כלל:

אמנם לדעת הרמב"ן סובר דהוחזקו אף שאין שיירות מצויות לא מהני להתיר דתרתי לטיבותא בעינן אך נראה דזה דוקא כשאין השיירות מצויות לכאן ממ"א כלל אז אמרינן כיון שהוחזקו חיישינן כמו שזה עקר נפשו ובא לכאן אף שאין שיירות מצויות אפשר שגם השני בא לכאן וכמ"ש הרמב"ן בגיט' דאשתכח בסורא דכמו שזה עקר נפשו ובא מנהרדעא כו' ע"ש משא"כ אם יש כאן שני עיירות ובמקום שהגנב נמצא אין שיירות מצויות ממקום א' וממקום השני שיירות מצויות משם למקום מציאת הגט וזה שנאבד לו הגט הוא מאותו המקום שש"מ לכאן גם הרמב"ן מודה דל"ח ומכ"ש היכא שאין מקום אחר ידוע כלל ולא הוחזק לנו שיש עוד עיר ששמה כזו דזה הוי כמו תרתי לטיבותא לא הוחזק ואין שיירות מצויות דהא מעיר שאין ניכר וידוע שמה כלל פשיטא דלא שכיח שיירתא לכאן וארווח לן השתא טעמא דאא"ז רמ"א ז"ל ב סימן קל"ב דל"ח בשיירות מצויות לשני עיירות משום דהא ע"כ מעיר זאת שאין ידוע לנו אין ש"מ כלל לכאן אף אם יש בעולם עיר ששמה כך רחוקה היא מכאן וכל שהוא רחוק כ"כ מסתמא אין השיירות מצויות וכמ"ש בתה"ד דמאשכנז לליטא מיקרי אין ש"מ וגם דהא אין העיר ידוע לנו כלל ואם היה ש"מ משם היה נודע במקום זה מעיר הזאת ולכן הוי כתרתי לטיבותא דהא גט זה שהביא השליח ונאבד כאן הובא ממקום שהשיירות מצויות לכאן ועל גט אחר שאתה רוצה לחוש אין הש"מ משם והא דאמרינן בש"ס חיישינן לשני שוירי כיון דש"מ אף דלא הוחזקו א"ש דבאמת גם משוירי זה אין ש"מ לכאן רק דבי דינא דר"ה כש"מ דמי דמקלעי ליה מעלמא ומאפסי ארץ יבואו אליו למשפט וא"כ כמו כן איכא למיחש לשוירי אחרת כמו לזאת ואם לא היה בית דין דר"ה כש"מ לא היינו חוששין לאחר כיון דלא הוחזקו וגם אין מצוי שיבא לכאן ממקום אחר כיון דאין ש"מ ואף ע"ג דהשתא אתרמי שמשוירי זה בא לכאן לאחרינא ל"ח והו"ל תרתי לטיבותא אבל כיון דב"ד דר"ה כש"מ דמי וגם

לגבי שוירי שאין ידוע לנו מחשב כש"מ שפיר יש לחוש ולפ"ז אנן השתא שאין לנו כה"ג דב"ד דר"ה כל שנכתב שם העיר אין לחוש אם במקום מציאת הגט ש"מ לעיר אחרת ששמה כזו כיון דעכ"פ משם אין ש"מ והא דאמרינן ללישנא דר"ז ס"ל דש"מ לחוד לא מהדרינן אף דלא הוחזקו היינו כשלא נכתב שם העיר בגט והחשש הוא בשביל שני יוב"ש ודאי חיישינן כיון שש"מ לכאן ובודאי יש בעולם שני יב"ש ושפיר מוכיח הש"ס מדפסק רבה להחזיר הגט שאין חוששין לשני שוירי אע"ג דהוי כש"מ אף ממקום שאין ידוע לנו אלמא דבחדא לטיבותא נמי מהדרינן ובהא לא קי"ל כרבה אלא תרתי לטיבותא בעינן ולכן שפיר פסק הרמ"א כשנכתב שם העיר בגט אין לחוש לאחרת דאפי' יש א' בסוף העולם אין ש"מ משם לכאן והו"ל תרתי לטיבותא ולק"מ קו' הב"ש והשתא א"ש התוספתא והנך עובדי אף לאביי דהנך מיירי שאלו המקומות היו ידועים לנו וש"מ משם לכאן ואין לנו לחוש למ"א דמשם ודאי אין ש"מ ובכה"ג תרתי לטיבותא מיקרי וכ"ע מודו דל"ח ולפ"ז נראה בנ"ד דשכיח הוא שבני ק"ק באלחוב שבמדינה זו ילכו למדינות אונגרין לבקש טרף וללמד את בני יהודה ואם יתברר שבמקום ההוא במדינות אונגרין אין ידוע וניכר עיר באלחוב ממדינה אחרת אף הרמב"ן ודעימיה מודים דהא הוי תרתי לטיבותא דלא הוחזק ואם יש בעולם עכ"פ לא שכיח שיירות והך מלתא דשכיח שיירות מק"ק באלחוב לק"ק אונגרין לא מיבעיא שאין מגרע כח ההיתר אדרבה מיפה כח ההיתר וטיבותא הוא לגביה ועוד נראה לצדד להיתר אף לשיטת האומרים דחיישינן לתרי יצחק היכא דל"ש כאן נמצא ומתחלה אבאר מה דקשיא ליה על דברי הפוסקים דס"ל דסגי בשמו וש"א וש"ע אפילו חיפוש א"צ כמבואר בפוסקים ולכאורה צ"ע כיון דעיקר טעמא משום דבמיתה הקילו משום עגונה וא"כ התינח שמשום זה יש להקל שלא להחמיר כמו בגט לחוש לעיר אחרת אבל בדיקת אותה העיר עצמה למה הקילו ובפרט היכא דידוע שמו וש"א שהבדיקה קלה ולא נפיש בטרחא והרי בגט החמרנו הואיל ואפשר לכתוב גט אחר אף ע"ג דאיכא טרחא וכדקי"ל בפוסקים דכל שנכתב הגט אע"פ שלא ניתן כדיעבד דמי וזמנין שהמקום רחוק וצריך לשלוח ע"י שליח ואפ"ה מחמרינין וכ"ש בזה שבנקל לברר באותה העיר עצמה עכ"פ ואף שא"א לצאת י"ח הבדיקה כהלכתה דהא אכתי איכא למיחש לעיר אחרת מ"מ אית לן למעבד מה דאפשר משום חומר א"א ולכן נלענ"ד דה"ט דמבואר בפוסקים דהך צד קולא דמקלינן בלא הוחזקו לאו דוקא שידוע לנו שאין באותה העיר עוד יוב"ש אחר אלא אפי' אם אין ידוע אם יש שם אחר אם לאו לא הוחזקו קרי ליה וראיתי בס' שב שמעתתא דרש"י בב"מ פי' שהיה מוחזק וידוע שאין באותה שוירי אלא יוב"ש א' והרמב"ן בחידושיו לגיטין כתב ורש"י פירש ולא הוחזקו

ולא ברר דבריו אבל בב"מ מפרש שהיה מוחזק וידוע באותו שוירי שאין שם רק א' עכ"ל ולמד מזה דלרש"י דל"ח בלא הוחזקו היינו במוחזק וידוע שאין שם רק א' ע"ש ודבריו תמוהים דרש"י התם בעי לתרוצי סוגיא הא דאמר ר"ה חוששין לשני שוירי וקשיא ליה דלדידיה כ"ש דניחוש לשני יוב"ש וא"כ למה נקיט חשש דשני שוירי הו"ל למנקט חשש דבאותה שוירי גופה יש עוד יוב"ש לזה מפרש שהיה ידוע להם שאין שם רק א' וכ"כ התוספות שם וכן מבואר ברמב"ן שם להדיא דעלה קאי וכן מבואר בשי"מ ב"מ בשם הריטב"א והר"ן בחידושי' לגיטין אבל פשוט מאן דמיקל כשלא הוחזקו היינו אף שאין ידוע בודאי שאין שם אחר ל"ח לאחר כלל וכן מבואר להדיא ברש"י דגיטין בד"ה והוא שהוחזקו כו' אבל לא הוחזקו מספק לא אמרינן דלמא איתנייהו ולא ידעינן כו' וכ"כ הר"ן שם וטעמא דמלתא משום דאם איתא שיש שם עוד אחד ששמו כך קלא אית ליה כמבואר בפוסקים ולפ"ז י"ל דהא דקי"ל בגט דבעינן תרתי לטיבותא דוקא ולדעת הרמב"ן ודעימיה גם במיתה הדין כן לאו משום חששא דיוב"ש אחר באותה העיר עצמה דלהא כ"ע מודים דל"ח דהוה כידוע לנו שאין שם עוד יב"ש דא"כ קלא אית ליה למלתא דבגט לא אמרינן דלמא אתרמי שמא כשמא ושם אשתו כשם אשתו ואין ידוע לנו ובמיתה נמי ל"ח שמא היה כאן עוד יוב"ש אחר שהניח אשתו והלך מכאן ולא חזר דזה היה ידוע ומפורסם רק דחיישינן לעיר אחרת ששמה כך ושם ג"כ יש יוב"ש וזהו שגירש או שמת וכיון דבמיתה ס"ל להרא"ש אליבא דהרי"ף להקל משום עגונה דל"ח לעיר אחרת כיון שלא הוחזק עוד עיר אחרת ששמה כך ממילא שא"צ לבדוק גם אותה העיר דלהא ל"ח כלל אף בגט משום דודאי קלא אית לה למלתא וכן מבואר להדיא בשי"מ ב"מ בשם הריטב"א שכתב אמר ר"ה חיישינן לשני שוירי דר"ה אינו חושש לשני יוב"ש בעיר אחת כיון שלא הוחזקו דאלו אתנייהו קלא אית ליה אבל חושש לעיר אחרת שיש בה יוב"ש דלא ידעינן ליה וכן פי' הראב"ד ז"ל אך הריטב"א שם כתב דרש"י ותוספת לא פירשו כן דלרבותא נקט ר"ה דאפילו לשני שוירי חייש כו' ע"ש וגם ברש"י ותוספות שלפנינו כתבו דמיירי שהיה ידוע לנו שאין שם רק א' וכן מוכח מדבריהם בסוגיא דתרי יצחק וכן הרמב"ן בספר הזכות הביא דברי הראב"ד ודחה דבריו וגם ממ"ש בגיטין הבאתי דבריו לעיל מבואר כן ומש"ל דא"כ למה מקילינן שלא להצריך בדיקה עכ"פ באותה עיר עצמה כתבתי ליישב בת' סימן ע"ש.:

ועתה אובין ואדון לשיטת הפוסקים דחיישינן לשני שוירי אם מפורש שם העיר במדינה זו ולא הוחזק במדינה זו עיר ששמה כך י"ל דלכ"ע ל"ח לעיר אחרת שנראה דזה דמי לחששא דשני יוב"ש באותה עיר כשלא הוחזק שם שנים ול"מ לשיטת הראב"ד דס"ל

דל"ח באותה העיר כשלא הוחזקו דקלא אית ליה למלתא אז גם בכה"ג דשני עיירות במדינה א' ל"ח דקלא אית לה אלא אפי' לשטת שאר הפוסקים החולקים על הראב"ד בזה וס"ל דכמו שחוששין לשני עיירות אע"פ שלא הוחזקו ה"נ חיישינן באותה העיר לשני יוב"ש ולפ"ז אפשר לומר דחיישינן גם לשני עיירות באותה מדינה מ"מ עדיין יש לחלק דדוקא לשני יוב"ש חיישינן דליכא קלא כולי האי אם יש עוד אחר ואפשר שאינו ידוע לנו משא"כ לשני עיירות אף על גב דהרמב"ן ס"ל דחיישינן לתרי שוירי היינו כשאומר שם העיר סתם דאז כיון דיש לחוש לעיר כזאת במדינה אחרת בסוף העולם שהרי שם ל"ש קלא אית ליה משא"כ אם פירש שם העיר במדינה זו דאין מקום לחוש רק לאותה מדינה לבד ובזה י"ל דאם איתא קלא אית ליה אף דלגבי שמות דגברי לא אמרינן הכי מ"מ לגבי שמות דעיירות שפיר י"ל כן שהרי גדולה מזו ס"ל להרמ"א כמש"ל דבכל גווני ל"ח לשני עיירות ששמותיהן שוות וכ"מ בשי"מ ב"מ בשם תוספות שאנץ שכתבו ליישב קושיות התוס' דלאביי תיקשי ליה מתניתין דכל מעב"ד כו' ותירצו דאביי מוקי שבדקו העיר כולה דלתרי יצחק בעיר אחד חייש אבל לעיר אחרת לא חייש וע"ז חזר והקשה דמאי מייתי מדרבה דלמא לשני שוירי ל"ח אע"ג דלא הוחזקו לשני יוב"ש חיישינן ותירץ דע"כ רבה לא מפליג דאל"כ הו"ל לאוקמי מתני' דאמר תנו נותנין כשבדקו העיר כולה עכ"ל ובתירוץ זה יש לדקדק לפמ"ש התוספות שם להקשות דנוקמי איפכא כו' ולקצר אני צריך ועכ"פ למדנו דהך חששא דשני עיירות אינו חשש כמו שני יוב"ש ואם כן אף דנקטינן דגם לשני עיירות חיישינן בגט וגם במיתה לדעת הרמב"ן ודעימיה מ"מ בכה"ג דפורט עיר באותו מדינה שפיר יש לחלק כמ"ש:

ולפ"ז יש לצדד להתיר בנ"ד אף לשיטת הרמב"ן ודעימיה כיון דלפי משמעות הלשון השאלה היה האיש הזה מצוין במלבושיו כדרך שלובשים אנשי מדינתינו מדינת פולין דאל"כ אותו המלמד שבכפר שסיפר להאשה וצייר לה תואר פניו האיך החליט לומר שבודאי זה בעלה של האשה אחרי שעיניו הרואות כי אשה זאת היא ממדינת פולין ובגדיה מוכיחין עליה ואם האיש היה שינוי במלבושיו כדרך אנשי מדינה אחרת לא היה לו להחליט כן ועכ"פ לא היה נמנע מלומר להאשה דבר זה וכן מסיפור אנשי ק"ק טיסמניץ והקברנים מבואר כן ובאמת היה מקום לצדד בפשיטת מחמת עדות אנשי ק"ק טיסמניץ לבד אחרי שהם סיפרו זה בק"ק באלחוב לבעה"ב שבאכסניא ניכר מתוך דבריהם שהיה ידוע להם שזה המת הוא מעיר זו וכמבואר בתשובת אחרונים הרבה כיוצא בזה בראיות ברורות מהש"ס אך לענ"ד אין לסמוך ע"ז כי הדבר ידוע שאף שלא נתברר להם על איזה עיר אומר אעפ"כ הם מעצמם תולין לומר שעל עיר זו היתה כוונתו

אחרי שאין ידוע להם עיר אחרת ואע"פ שלא חקרו לדעת היטב דרך בני אדם בסתם לתלות על עיר הידוע להם וכיון דלדינא אנו חוששין לעיר אחרת מה יועיל זה שהעדים אומרים בדדמי שהוא מעיר זו עכ"פ נקיט מיהו בידך פלגא שזה היה מק"ק באלחוב במדינת פולין וכיון שאין ידוע לנו עיר אחרת במדינה זו כבר כתבתי דלהראב"ד ודאי ליכא למיחש כמו דל"ח לשני יב"ש בעיר א' כמו כן אין לחוש לשני עיירות באותה מדינה וגם לדעת החולקים בשני יוב"ש מ"מ בשני עיירות י"ל דמודים בזה דל"ח וכיון דבלא"ה כל תשובת גדולי האחרונים מתירין בפשיטות על שמו וש"א וש"ע ואין חוששין לעיר אחרת וכשיטת הרא"ש וכבר כתבתי צדדין להתיר אף לשיטת הרמב"ן ודעימיה שפיר דמי לסמוך במקום עיגון כה"ג להתיר ע"י חיפוש הראוי כאשר אבאר אי"ה ועתה אשימה פני לדברי ידידי שארי הרב נ"י המשיב ידו ראשונה פתח דבריו יאיר להקשות לפמ"ש הרמב"ן דבגט שלא נמצא במקום שנכתב לא אמרינן כאן נמצא א"כ מאי קא קשיא ליה משומשמין דהא גם בשומשמין ממקום אחר הובא לכאן והאריך בזה ולענ"ד א"ש דלדברי הרב נ"י א"כ גם בההיא דק"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק נמי נימא דזה דוקא אם יצחק זה נולד ונתגדל בעיר הזאת אבל אם זה מקרוב שבא לעיר זאת וקבע דירתו ניחוש ליה שמא אחר מעלמא אתי ג"כ לכאן וגם דאפילו אם זה נולד שם מ"מ אם לפרקים נוסע משם ומקרוב שחזר לביתו ניחוש ליה כיון דמ"מ זה מקרוב מעלמא אתי וגם האחר מעלמא אתי לכאן וזה ודאי אינו והא קמן שהלך מביתו והרחיק נדוד ואנו אומרים שהלך לאספמיא ולדברי הרב נ"י אי אתה מוצא דין זה להרמב"ן כ"א כשנולד ונתגדל שם ולא ניסה ללכת בדרך וזה מקרוב שהחזיק בדרך אז אין תולין לומר כיון שראהו שיצא מכאן זהו שנולד כאן וזו לא שמענו והדבר פשוט דכל שהיתה דירתו קבוע שם אף שלא בא לגור בעיר זאת רק מקרוב והיה הולך ובא אעפ"כ אין אנו חוששין לאחר שבא לכאן באקראי וזהו שיצא באקראי ושפיר מדמי לה לשומשמין דג"כ ל"ח לאקראי כיון שאלו היו צבורין ומונחין בכלי זה אי לא משום דלא מפקינן ממונא באומדנא כזו וכמ"ש הרמב"ן ומ"ש הרמב"ן בגט שלא נמצא במקום שנכתב חיישינן לאחר א"ש בפשיטות דודאי הדבר פשוט הא חזקה דכאן נמצא אין הכוונה לומר שלא בא אחר לכאן כלל כמש"ל דהא במקום שהשיירות מצויות מיירי הכא ואטו חזקה זו דכאן נמצא מונע רגל הרבים מלבא שם ומכחיש החוש שעינינו רואות מידי יום יום הרבה בני אדם באים לכאן ממ"א וע"כ לומר דודאי אף שכן הוא שמצויים כאן ב"א ממקומות אחרים מ"מ כשבא לפנינו אדם אחד שאין יודעין מי הוא אם מבני העיר או שבא מעיר אחרת אנו תולין לומר שזהו מבני העיר שדירתו קבוע כאן מכבר ולא ממקום אחר בא לשם וכמו

דס"ל לרבא גבי מומין ואם נמצאו ברשות האב אין אנו מחזיקין שנולדו ברשות הבעל וכן להיפך דאין מחזיקין מרשות זה לרשות אחר וכמו כן באותו הגוף עצמו שהיה קבוע ברשות זה אין מחזיקין אותו שבא מרשות אחר רק אמרינן כאן נמצא ברשות זה כאן היה וכן אמרינן אין מחזיקין ממקום למקום דאף במטלטלין כל מקום שהונח שם הוא מקום קביעתו ורשותו וכמ"ש המרדכי בחולין סוף פרק הזרוע דכל דבר שאין בע"ח במקום שהונח שם הוא מקום קביעתו דהא אין יכול לילך משם כו' ע"ש ולכן גם בשומשמין אמרינן כאן נמצא שבכלי זה הונחו והוא רשות שלהם אין מחזיקין שמרשות אחר באו לכאן משא"כ בגט שנמצא שלא במקום כתיבתו כיון שע"כ ממקום אחר בא לכאן ואין זה מקום קביעתו שנאמר שקנה מקומו ולא נחזיק שזה נעתק ממקום שנפל שם באקראי ואחר בא לכאן לפי שאין מחזיקין מרשות לרשות לפי שזה במקום שנפל שם באקראי אינו רשותו וקביעתו כלל ושפיר מספקינן שמא ממקום אחר בא ג"כ לכאן ונפל באקראי וכה"ג אשכחן לענין קנין ד' אמות שכתבו הפוסקים לחלק בין מציאה למקח וממכר דבמקח וממכר כשהכלי קדמה לשם אין זה יכול לקצות בד' אמות לפי שהכלי קנה מקומו והוא קנוי לבעל הכלי משא"כ במציאה שאין להם בעלים שיהא מקומו של הכלי קנוי להם ר"ל ואין קנין לכלי זה במקום שנפל כלל שיהיו נקרא רשותו עיין בב"י ח"מ סימן ר' והביאו הש"ך ובשי"מ ב"מ בשם הר"ן וגם יש לדמות זה למה דאיתא בח"מ סימן קל"ח באם א' דר בבית אף בתורת שכירות ואסף את חבירו לדור אצלו וחלוקים על הנכסים שבבית הנכסים בחזקת המוחזק בבית דהיינו השוכר וטעמא דמלתא לפי שזה הוא מקומו הקבוע והוא רשותו משא"כ זה שאינו עיקר בבית רק האחד בא לגור לא הוי רשותו כלל ואף שאין גוף הנדון דומה לכאן מ"מ ממנו נקח דמה שהוא דרך אקראי וערעי לא מקרי רשותו וה"נ בגט שנאבד במקום אחד דרך נפילה שאין לתת ע"ז שם רשות כלל אבל נמצא במקום שנכתב שלא מחמת הנפילה קרינן ביה רשותו אלא מצד שזהו מקום שנכתב בו והוא מקומו ממש ורשותו ובזה שפיר אמרינן אין מחזיקין מרשות לרשות והוא ברור לענ"ד:

ומה שהקשה עוד דלדברי הרשב"א והנ"י לחלק בין איסור לממון מאי קשיא ליה משומשמין דהא בממון לא אמרינן כאן נמצא להוציא ממון מחזקתו לענ"ד לק"מ דודאי היכא שאין ספק על גוף הממון שבודאי הוא בחזקתו ורשותו של זה שיש לו חזקת ממון וחזקת מרא קמא רק הספק בענין אחר (כגון בההוא דמומין או בשטרי דנאני בר חבו דאף כשנאמר כאן נמצא מ"מ הרי אין לו לזה רק הלואה וגוף הממון הוא של זה וברשותו רק שהספק על השטר ובזה לא אמרינן שיועיל כאן נמצא להוציא מחזקתו

משא"כ בהך דשומשמי דמיירי בפקדון דחזקת מ"ק ל"ש בי' כלל וכשנאמר כאן נמצא כו' ממילא דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא בזה אדרבא אמרינן שפיר כאן נמצא וממילא שאין כאן הוצאות ממון מחזקתו כלל ול"ד להההיא דבכורות בהפקיד טלה אצל בעה"ב כו' דהמע"ה דהתם אין שם סברא דכאן נמצא משום ספיקא לא מפקינן מהמוחזק ואמרינן המע"ה משא"כ בזה שאנו אומרים כאן נמצא כו' ואין זה מוציא רק מחזיק בשלו ואף שזה תופס בשומשמין תפיסה לחוד לא מהני נגד סברת כאן נמצא והוא נכון לענ"ד:

ומ"ש הרב נ"י דמוכח מדרב אשי דאפי' להחזיק לא אמרינן כאן נמצא מדאיצטריך לומר רישא מנה לאבא כו' ותירוץ דהתם משום חזקת הגוף כו' ובאמת ז"א רק לשיטת רש"י ובאמת הרשב"א מפרש דר"א ס"ל דמיירי שהאב טוען שמא ואם היה טוען ברי היה נאמן אף להוציא דברי ושמא ברי עדיף אף היכא דאיכא חזקת כאן נמצא ולכך הוצרך ר"א לומר רישא מנה לאבא כו' דהיינו שטוען שמא רק מסיפא מוכח דלא אמרינן כאן נמצא כלל דהא קאמר סיפא מנה לי בידך ור"ל כיון דהיא טוענת ברי והבעל שמא ברי דידה עדיף דמשמע מזה אם היתה טוענת שמא או גם הוא היה טוען ברי הבעל מהימן אע"ג דמסייע לה חזקה דכאן נמצא שהרי ברשות הבעל נמצא וע"כ לומר כיון דהבעל מוחזק לא מהני כאן נמצא להוציא אי לאו משום ברי ושמא ועיין בשי"מ כתובות בשם הרשב"א בזה:

ומ"ש הרב נ"י דדברי הנ"י לפי איכא מ"ד ברי"ף פ' המפקיד דליתא לדשמואל אבל למאן דס"ל דהלכתא כשמואל קי"ל כרבא ור"א לא פליג כמ"ש הר"ן והרא"ש א"כ אמרינן כאן נמצא אף להוציא ולענ"ד ז"א דהנה הר"ן והרא"ש הם גופם מחולקים אם אזלינן בתר רשויות או בתר בעל הממון ע"ש דהרא"ש ס"ל שט"ס בהרי"ף ואם נימא דבבעל הממון שאחר הקנין תליא מלתא פשיטא שאין לדמות הך מלתא דכאן נמצא לעובדא דתרי יצחק דהתם אנו אומרים שהקנין היה קיים ומזלו של זה גרם ואין לנו לתלות ברשות אחר דאתרע מזליה אלא זה שהוא עתה בעל הממון נסתחפה שדהו ועיין בריש כתובות בתוס' ובש"מ בשם הרא"ש שם משא"כ בההיא דתרי יצחק ובכללי החזקה אשר לי הארכתי בדברי הפוסקים שנשתמשו בכלל הזה לענין חמץ בפסח ושאר איסורין וע"כ הרמב"ן והרשב"א לשיטתייהו שהם סוברים בשיטת הרי"ף דברשות ממש תליא מלתא ודוקא כשמת החמור ברשות בעל החמור ממש אבל באגם לא והיינו כפום שיטתיה דרבא דס"ל כאן נמצא וברשות תליא מלתא ושפיר איכא למילף משם לענין ההיא דתרי יצחק דאין מחזיקין מרשות לרשות והרי"ף סבר דגם ר"א לא פליג אדרבא אלא בפירושא דמתני'

והרמב"ן והרשב"א ס"ל דרב אשי פליג בהא וס"ל דלא תליא ברשות אלא בברי ושמא ולישנא בתרא דאמר רמי ב"י פליג על לישנא קמא וס"ל דבבעל הממון תליא מלתא ולכן על בעל הפרה להביא ראיה כ"ז מבואר למעיין בשי"מ בשיטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל ולכך שפיר הקשו דהא קי"ל כר"א וממילא דלית לן למימר דאזלינן בתר רשות גבי תרי יצחק כלל ושפיר תירצו דהתם דהוי להוציא לא ס"ל כאן נמצא ולכן אף שהרמב"ן כתב כן ליישב שיטת הרי"ף מכל מקום כתבו הרשב"א והנ"י ליישב הך פירושא דפי' הרמב"ן בסוגיא דתרי יצחק (שהוא המחוור להם בפירושא דסוגיא דאזלא ע"ד עובדי דשומשמי) אליבא דנפשייהו דס"ל דלא קי"ל כרבא ולישנא קמא דשמואל:

ועוד נלענ"ד דאף לפי שיטת הרי"ף אין הכרח מהא דפסק התם דעל בעל החמור להביא ראיה דאמרינ' כאן נמצא להוציא ממון דאנן הכי קאמרינן דמחמת חזקה דכאן נמצא אמרי' דקודם משיכה מת והמקח בטל ופרה ברשותה דמרא קיימא בכל מקום שהוא ואין כאן הוצאת ממון כלל רק שזה מוחזק מחמת תפיסתו ולענין זה שפיר אמרינן כאן נמצא וכמש"ל לענין פקדון וכן נמי לענין כלה בבית אביה לקידושין דאם נימא כאן נמצאו בטלו הקידושין והמעות פקדון ול"ד לשאר חזקת ממון דעלמא ועיין בשי"מ כתו' בשם רש"י מ"ק אהא דקאמר ולא תימא אליבא דמ"ד קידושין לא לטיבועין כו' וע"ש בשם הרא"ש שהקשה דלמה יביא האב ראיה על הקידושין שהוא מוחזק בהם אף שהוא טוען שמא ותירץ כיון דידעינן שבאו הקידושין ליד האב והוא אינו יודע אם זכה בהם ה"ל כא"י אם החזרתי לך כו' ע"ש ומ"ש הרשב"א ונ"י דר"א לא ס"ל כאן נמצא לענין להוציא הכתובה מיד הבעל דר"א קאמר טעמא דסיפא משום דהוה מנה לי בידך והבעל טוען שמא אבל אי הוה ברי וברי לא מהני להוציא הכתובה אע"ג דמסייע להאשה כאן נמצא: ומ"ש על דברי אא"ז בת"ש סימן ס"ג דמחלק בין הך דקבר שאבד דמוקמינן אחזקה וכתב הרב נ"י שנראה דחזקת קבר שאבד הוא שנמצא עדיפא דסמכינן עלה אע"ג דאיכא לברורי כו' לענ"ד הטעם פשוט דהתם השדה בחזקת בדוק שאין שם קברים אחרים מלבד אותה קבר שאבד בתוכה וכשאנו בודקין ומוצאין אותו הקבר אמרינן שזהו שנמצא וחזר השדה לחזקתו הראשונה בעוד שהיה הקבר ידוע לנו שאז לא היה השדה צריכה בדיקה מקברים אחרים רק דנימא דלמא כי היכי דקבר בה איהו כו' בזה ס"ל לרבי דל"ח שמא קבר בה אחרינא רק זהו שאבד כו' וכן בבעלי מומין דאין חוששין שמא גם אחר נפל בו מום וממילא דבחזקתייהו קיימו שלא היו צריכין בדיקה משא"כ בבשר שלא היה לו חזקת כשרות ובתשו' א' זה שנים רבות שכתבנו להגאון מהר"י מפראג ז"ל הארכנו בזה ושם הקשיתי על דברי אא"ז דמייתי מגט דשאני התם דאיכא חזקת א"א וכתבתי

ליישב דבריו ע"פ דברי התוס' בחולין דף צ"ו ושם הקשיתי מדברי הפוסקים דבלא שכיח שיירתא מהדרינן והבאתי שם לשון הרמב"ם פ"ג מה"ג שכתב הטעם מפורש שהגט כשר וה"ז בחזקת זה שנמצא זהו שאבד וא"כ ה"נ בבשר הא לא שכיח דאתי מעלמא לכאן והארכתי בזה והגאון כתב ליישב דברי אא"ז וראיתי שהרב נ"י כתב ג"כ בזה ולפי שבנ"ד ל"ש כל הני מילי ואינם רק לפלפולי קצרתי:

ועתה נבא לבאר בענין החיפוש שלכאורה הוא דבר קשה מאד כיון שבכל העדיות אין זכר כ"א לשם העיר בלבד והוא זמן רב שיצא מכאן ואמנם בק"ע אות ק"ד בשם תשובת הרא"מ דאף שהיה י"ז שנה מאותו זמן שהלך עד היום מהני חיפוש ומה שדבריו סותרים לאות ק' שנכתב בשם הרא"מ דבכה"ג שאמר איש יהודי שממקום פלוני מת חוששין שמא היום כמה שנים שיצא משם מאחר שלא נודע זמן יציאתו אין מועיל חיפוש כבר עמד בזה מהריב"ל הובא בק"ע אות ע"ט וכתב שהנכון כפסק השני שפסק הרא"מ להתיר אף בתשובה סימן כתבתי די"ל דאין הפסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו ל"ח להכי כיון שכרוז יוצא בעיר על איש ששמו כך בני העיר רמי אנפשייהו ומדכרי והחוש מעיד שהזכרון השם מעורר כח הזכרון וא"כ בנ"ד שאין כאן הזכרת השם כלל והוא זמן רב שיצא ודאי יש לחוש להכי שמא זה זמן רב שיצא א' מכאן ולא חזר ונשכח זכרו מן העיר ובאמת יש לתמוה על הרא"מ שנראה מדבריו דאף בהך פיסקא דמחמיר היינו משום דלא נודע זמן יציאתו ומשמע דאם ידוע זמן יציאתו של זה שאינו זמן רב כ"כ ל"ח:

ולבאורה מה בכך שזה יצא מקרוב הרי אין חוששין שמא זה האיש שמעידין עליו אינו זה שיצא מקרוב רק אחרינא הוא וזו האחר אפשר שכבר עברו שנים רבות שיצא מכאן ונשכח זכרו ועתה בא לידי ס' עצי ארזים וראיתי שהביא בשם תשו' מהרח"ש שתמה על מהריב"ל בזה דמאי מהני חיפוש מיום שיצא בעלה של זו דלמא קודם לזה יצא יהודה שלא חזר וכתב שגם מדברי מהרא"מ בפירושו להרמב"ם מצריך שיזכיר העד זמן יציאתו דאל"כ לא מהני חיפוש משום שאין לידע מאיזה זמן יחפשו אלמא דלא מהני החיפוש מזמן יציאת בעלה של זו ובעהמ"ח עצי ארזים כתב ע"ז כיון דקי"ל כרבי דזהו שאבד זהו שנמצא וא"צ לבדוק יותר בשאר השדה וא"כ מדינא א"צ חיפוש כלל שאין אנו יודעין שנאבד גם אחר מעיר הזאת תלינן שבעלה של זו שנאבד ולא נודע מקומו איה הוא זה שנמצא כו' רק משום חומרא דא"א חוששין ולכן א"צ חיפוש רק מזמן יציאת בעל האשה דזה יוכל להתברר אבל אם ניחוש קודם לזה אין לדבר סוף כו' ועיין בתשובת מהר"א ששון סימן י"א שגם הוא האריך והקשה על הרא"מ דנהי דל"ח לשכחה לאיש שיצא

אחר יציאתו מ"מ אמאי לא ניחוש לאיש שיצא מקודם זה כמה שנים עד דליכא בדרא דידע להא מלתא ולפי הנ"ל ניחא דדינא דחיפוש אינו אלא לחומר' יתירה:
ולפ"ז גם בנדון של מהרח"ש היה אפשר למצוא היתר אף שהעיד העד בסתם על יהודים מקראסה כיון שנודע זמן יציאת בעלה של זו א"צ חיפוש כ"א מזמן ההוא עכ"ל והנה מ"ש דמדינא א"צ חיפוש דקי"ל כרבי אין הנדון דומה כלל דהתם השדה מוחזק לנו שאין שם קבר אחר רק זה שאבד רק דרשב"ג חושש דכי היכא דקבר בה איהו קבר בה אחרינא ורבי סבירא ליה דלא מחזקינן מה דלא ידעינן והשב יעקב מדמה לזה דינא דהמבי"ט היכא שידוע לנו שזה הלך באותו דרך וכבר כתבתי בתשובה סימן דיש לחלק בזה דדוקא היכא שנמצא אותו הדבר כמות שהי' שנאבד כגון גבי קבר וכבר חמץ או בעל מום כההיא דבכורות ס"ל לרבי דתלינן דהיינו ההיא דאבד משא"כ כאן שבשעה שנעלם מעינינו חי היה ועכשיו נמצא מת ואע"ג דגבי תינוק שנכנס עם ככר ומצא פירורין א"צ לבדוק לפי שדרכו לפרר וה"נ נימא דחי מעותד למות והו"ל חזקה להשתנות דז"א דלא מבעיא לפמ"ש התוס' שם דאף רשב"ג מודה בהא שרגלים לדבר שמיד נכנס אחריו א"כ אין ענין לכאן אלא אפילו למ"ש הראב"ד בס' תמים דעים ללמוד מהך דרבא דהלכה כרבי מ"מ אין זה דומה לכאן דהא הוי מוקמינן ליה בחזקת חי לכל מילי משא"כ התם שדרכו לפרר ומכ"ש בעובדא דמבי"ט שנמצא הרוג פשיטא דל"ד להתם והארכתי בזה ועתה ראיתי בס' שב שמעתא שעמד ג"כ בזה ע"ש וכל זה היכא שהלך בדרך הזה ואפשר דמיירי באין דרך כבושה לרבים שיהיה ידוע שעוד הרבה הלכו בדרך זה אבל כאן שא' הלך מכאן ולא נודע מקומו איה בשביל שנמצא א' במקום אחר מעיר הזאת שמת מה"ת לתלות שזהו הוא כיון שהדבר ידוע שבמשך הזמן רב הרבה אנשים יצאו מכאן וכמאמר המדרש ויצא יעקב והלא הרבה חמרים והרבה גמלים יצאו ושמא א' מהם הוא שמת ואי משום שבעל האשה זו לא חזר אינו כאבידה שאינה חוזרת ושמא עתיד הוא לחזור או אזיל לעלמא וגם גבי קבר אילו ידעינן שקברו כמה אנשים ואין ידוע כמה אף על פי שאנו מוצאים כמה קברים פשיטא דגם רבי מודה שמידי ספק לא יצאנו ואף שי"ל דשאני הכא אף שיצאו הרבה אנשים מ"מ אין אנו יודעים שלא חזרו רק זה שאנו יודעין שלא חזר מ"מ היינו ספיקא שמא עוד כמה שלא חזרו ומהם מת הוא שמת וזה עתיד לחזור וא"כ פשיטא שמדינא צריך חיפוש ומכ"ש לפמ"ש בתשו' סימן שלדעת הטור דדוקא בביטול דהוה דרבנן וגם בההיא דרבי י"ל דהוה ס"ס ולדעת המבי"ט בקרית ספר דס"ס בטומאה ברה"י מדרבנן וקצרתי:

וכפי משמעות דברי ספר עצי ארזים החמיר מהרח"ש בנידון דידיה שהעיד בסתם על יהודים מקראסיאה שלא יועיל חיפוש וא"כ יש להחמיר בנ"ד ובפרט כיון שהוא זקן אם כן יש לחוש לשמא בימי נערות הלך מכאן והוא זמן רב עד שאין אדם זוכרו אך אפשר לצדד בזה מחמת אותם שהעידו אמרו שאמר שיש לו אשה ובנים בק"ק באלחוב ומועיל החיפוש בזה אם יצא א' ולא חזר ויש לו שם אשה ובנים:

ועדיין יש לפקפק דשמא בשעה שיצא זה הניח שם אשה ובנים ובמשך הזמן יצאו משם ולפי שהי' סובר שהם עדיין במקום שהניחם לכך אמר שיש לו שם אשה ובנים ואולי י"ל דכולי האי ל"ח שזה זמן כביר יצא א' מכאן והניח אשה ובנים ושוב אח"כ יצאה האשה ובניה עמה ומחמת אורך הזמן נשכח מבני העיר ויש להעמיד אותם בחזקתם דכמו שהיו כאן בשעה שיצא האיש מכאן לא פינו את מקומם ועדיין במקומם הם יושבים כאז כן עתה וא"כ ודאי שזהו האיש כיון שאחר החיפוש נתוודע שאין כאן אחר שהלך ולא חזר ויש לו כאן אשה ובנים וגם י"ל דמלשונו שאמר אני מבאלחוב ויש לי שם אשה ובנים משמע שהיה ידוע לו שבעת ההיא הם קבועים שם דמסתמא דרך אדם לחקור אחר אשתו ובניו לדעת איפא הם רועים ואם איתא דעקרו דירתם ונסעו משם למקום אחר מידע הוה ידע והיה אומר בל' והיה לי שם אשה ובנים דמשמע לשעבר אלא שאין לבנות יסוד על זה ובפרט שלפי מאמר העדים הוה תקיף ליה עלמא טובא ולא היה בכוחו לדבר יותר וצ"ע אם יש להקל בזה מתוך חומר א"א ואין מקום לצדד בזה מחמת שהיה זקן דמתני' היא המביא גט ממה"י והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים ואף לפמ"ש שם בה"ג בשם ריא"ז בזקן שהגיע לגבורות מבן פ' שנה ומעלה חוששין שמא מת עד שלא הגיע הגט לידה כו' וכיון דבנ"ד שהיה בן שבעים כשהלך ועתה כבר יש עשר שנה שהלך איתרע ליה חזקת חיים דידיה ואין להחמיר כ"כ מ"מ הא כל הפוסקים פסקו דאין חילוק ע"ש בר"ן וכן קי"ל בש"ע וגם ליראי"ז נראה דדוקא לחומרא חיישי' אבל לא לקולא אף לאורועי חזקת חיים דידיה ואין מקום לסמוך כ"א על החיפוש והוא קשה מאד בענין זה שלא נזכר אף שמו ואף שהמלמד צייר לה תואר פניו ואמר שהוא בודאי בעלה אומדן דעתה לאו כלום הוא:

וכן משמע ממ"ש בשו"ת מהר"מ אלשקר בשם תשובת הרמב"ם שאלה בא' שהעידו שמו ושם מקומו והיה בינוני הקומה וזקנו שחור וכתב שיכולה להנשא באילו העדיות לפי ששמו ושם מקומו עם אלו הסימנים שאינם מובהקים יספיקו לענין היתר עגונה עכ"ל משמע דדוקא כשהזכיר שמו ודוחק לומר דהתם מירי להתירא בלא חיפוש לכן צריך גם הזכרת שמו וגם נראה דאם באנו להתיר מחמת החיפוש צריך לחפש גם

בכפרים הסמוכים לק"ק באלעחאב ושייכים בכרג' דידיה וכיוצא בזה כתב אא"ז הגאון מוהר"ר מאניש חיות ז"ל בתשוב' באחד שאמר שהוא מק"ק האראדנע כמבואר בשו"ת ב"ח החדשות:

ועיין בשו"ת ב"ח הישינים ובשו"ת גאוני בתראי בשם הגאון מוהר"ר יעקב מלובלין ז"ל ומייתי ראיה מעובדא דאנדורלאי נהרדעי לפי מ"ש הרמב"ן ודעימיה בפירוש הסוגיא ע"ש (ובתשו' סימן הבאתי גם כן ראיה מסוף פ"ק דיבמות דא"ל כסף גולגלתא להיכן יהבת א"ל לפום נהרא כו' וכאן קצרתי) ושם הדברים אמורים להקל ומכ"ש להחמיר שיש לחוש בזה ולבדוק בק"ק באלעחאב וכל בנותיה הסמוכים לה ונראים עמה וגם מחמת זה יקשה עלינו בדיקת החיפוש כיון שעתה מחמת גזירת המלכות לא שכיחי יהודים בכפרים ואולי זה יצא זמן רב בעת שהיו היהודים יושבים בכפרים באין מוחה ומעכב ועתה אין לנו אצל מי לחקור ולדרוש ולפי מ"ש דלשון יש לי שם אשה ובנים משמע שהם עתה שם נסתר החשש זה:

אך אני מיראי הוראה מאד בדבר החמורה ומכש"כ בזה דתיוהא חזי' הכא שהאשה אומרת ששאלה להמלמד על שמו והשיב שאינו יודע והוא דבר תמוה אחרי שמהסיפור ההוא נראה שהמלמד היה מכירו שהרי צייר לה תואר פניו ואמר באומדנא שהוא בעלה רחוק הדבר שלא ידע את שמו ועכ"פ היה לומר שמעתי ושכחתי ויותר יש להפליא כיון שמחזיק כפר ההוא איש יהודי ובניו גביה יתבי שהיה לומד עמהם איך לא נתנה לבבה לחקור זאת מפי הבע"ה ובני ביתו ורחוק לומר שמכולם נעלם שם המלמד ואין בהם מגיד זאת ושמו פלאי ומי יחוש חוץ ממנה דאיכפל ואתאי כל הני פרסי לעמוד על בוריו של דבר ולכן חושב אני אולי יש דברים בגו גלל כן דעתי נוטה לכתוב להב"ד דק"ק קראהלע לבקש מאתם לחקור זאת מאנשי הכפר ההוא וכמדומה שבק"ק קראהלע יושב בשבת תחכמוני גדול אחד שהדפיס מקרוב בק"ק לבוב ספר עמק המלך על הרמב"ם:

ואם יתוודע ששם האיש המת כשם בעל אשה זו אז דעתי מסכמת להתירה על ידי חיפוש היפה כמבואר בשו"ת ב"י ואף על פי שאמרו חז"ל המחמיר לדרוש ולחקור בעגונה אין רוח חכמים נוחה הימנו. כיון דבלא"ה החיפוש קשה בזה וכעת לא ראיתי בתשובת האחרונים להתיר על ידי חיפוש כשלא הועד על שמו ומכל שכן שלא הועד גם כן על זמן יציאת של האיש הזה המת וגם כי לא נודע אם בעל האשה הלך למקום זה:

ומ"ש בתשובת מיימוני סימן ט' כו' אחרי שהא"י לא העיד רק יהודי מעיר פלוני' בסתם יבדוק שלא יצא מאותה העיר ולא חזר כי אם זה כו' התם לא היה מקום לחוש לזמן רב דבנמצא הרוג מיירי ואפילו לספק שמא אחר ג' ימים לא חיישׁ ע"ש ופשיטא שאין לחוש

שמא זה זמן רב שיצא מכאן עד שאין אדם זוכרו והעכו"ם המעיד היה מכירו ויודעו מזמן רב שהיא מעיר פלונית כולי האי ודאי ל"ח אבל בנ"ד שפיר יש לחוש שמה שאמר שהוא מק"ק באלעחאב היינו שהוא מתושבי העיר ואפשר שזה זמן רב שיצא מכאן:

ועיין במשנה למלך פרק י"ג מה"ג הי"ו כתב מהרש"ך כו' ועוד אני מוסיף לתמוה כו' והלא יש לחוש לאיש אחר שיצא לימים הראשונים והחיפוש מיום שיצא זה הנהרג לאו כלום הוא מאחר שלא הזכיר הא"י זמן כו' ע"ש ואף אם נאמר דכיון שאמר יש לי שם אשה ובנים מסתמא על ההיא שעתא קאמר ולא על שנים קדמוניות וגם דאוקמי לאשתו ובניו אחזק' שבמקומם יושבים ולא עקרו מקומם מ"מ כיון דאיכא תיוהא במלתא כל כי האי למיחש מבעי וכל זה אני אומר לנפשי שאני מיראי הוראה אבל אם שארי הרב הה"ג נ"י בצירוף חכמים עיני העדה יהיה דרך ההיתר כמו שהוא כבושה לפניהם לא אהרהר אחר דבריהם. ויעשו כטוב בעיניהם דברי או"נ זעירא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לג

שאלה וזה טופסה בק"ק אוסטרהא ביום הזעם אשר הוגה ה' באפו ורוב בתי עירינו הישנה היו למאכולת אש ונהרסו כמה בתים ונפלו כמה בנינים הגיעו לארץ וכמה נפשות שקעו בבנין אחד מבתי עירינו שנפל עליהם מפולת גדול וזה היה בעש"ק אחר חצות היום וביום ש"ק עמדו שם האנשים לפקח את הגל ומחמת שהיה גל גדול מאד לא מצאו שם אנשים וביום א' מצאו שם אנשים תחת הגל והוציאו אותם מן הגל וכאשר הוציאו שם איש אחד עמדה אשה אחת שמה והכירה שהוא בעלה והגידה בפני ב"ד שהכירה אותו בפרצוף פנים וחוטם ופדחת וכל גופו שהיה הכל שלם והוא בודאי בעלה באין ספק וגם העידו עדים בפני ב"ד שהכירוהו בט"ע בבגדיו כי בעת ביאתם כבר נשחתה צורתו שכל מה שהיה מונח יותר היתה צורתו נשחתת והולכות וגם אשתו אמרה סימן בכתונת שלו כאשר באו הדברים ברוב ענין בגב"ע שהוגבה בב"ד ועני' זו שמרה על פתחי החכמים להוציא לאור משפטה ולהוציאה ממסגר איסורה וכהן קורא תחלה כבוד מחותני ידידי הרב הגדול החריף ובקי המפורסים מהור"ר ר' חיים הכהן ראפפארט ופתח פתח מן הצד להתיר והדר שדרה לקמאי לחוות דעי בזה:

תשובה הנה מה שיש לחוש בהיתר זה הוא כי מצד העדות של האשה יש לחוש דהא קי"ל האשה שאמרה מת בעלי תחת המפולת אינה נאמנת ומצד עדות העדים יש לחוש לפי דעת כמה פוסקים דחיישי' לשאלה והרב מהר"ח נ"י הניף ידו בביטול חששות אילו מה שיש בו די אולם אין ביהמ"ד בלא חידוש ואמינא לברר וללבן הדברים למען

יצא כנוגה צדקת ההיתר בלי פקפוק אליבא דכ"ע ואציע מקור הדברים ביבמות פרק האשה שהלכה אמר רבא מ"ט דמלחמה בעולם א"נ משום דאמרה בדדמי ס"ד בכל הני דאיקטול איהו פליט ואת"ל כיון דשלום בינו לבינה נטרא וחזיא זמנין דמחו ליה בגיר' או ברומח' וסבור' ודאי מית ואיכא דעביד ליה סמתרי וחיי ואמר רבא רעבון גרוע ממלחמה דאפילו מת על מטתו לא מהימנא עד דאמרה מת וקברתיו. מפולת הרי הוא כמלחמה דאמרה בדדמי כו' והנה הרמב"ם וש"ע כתבו וז"ל וכן אם באה ואמרו מת בעלי במלחמה כו' תסמוך דעתה על דברים שרובן למיתה כו' ותאמר מאחר שנהרגו אילו ואילו נהרג גם הוא בכללן כו' ולכאורה תימא שהעתיקו תחלת דברי רבא ומי סני להו למימר כמו שאמר רבא בסוף סברתו דלכאורה כן הוא העיקר כמ"ש הפוסקים דכל את"ל הלכה היא ולא מצאתי להמפורשים שנתעוררו בזה והנלענ"ד בכוונת דבריהם משום דנ"מ בין שני הטעמים דלטעם השני דנטרא עד דחזי' דמית אלא שאף ע"פ כן אין להתירה מפני שיכול לחיות ע"י סמתרי אם כן עכ"פ איהו לא משקרה בשום אופן ואינה אומרת, יותר ממה שראתה ולפי דעתה בא החצי עד לבו ומת ולפ"ז אם אמרה קברתיו נאמנת דהא לא חשדינן לה דמשקרת במתכוין משא"כ לטעם הראשון אמרי' דאע"ג שלא ראתה הריגתו כלל רק מחמת דמיונה דסברה כל הני דאקטול כו' היא מוסיפה שקר לומר שראתה שנהרג א"כ אף קברתיו אינו מועיל שי"ל שמשקרה ומוסיפה מדעתה ויש עוד נ"מ היכא דלא אמרה קברתי ויש לה מגו דלהך טעמא דכל הני דאקטול כו' א"כ היא משקרת בשביל בדדמי וכשיש לה מגו דאז לא חיישינ' למשקרת נאמנת משא"כ לטעם הב' דאין אנו צריכין לחשוד אותה במשקרת ואפ"ה אינה נאמנת דאמר' בדדמי דמית ואיכא דעביד סמתרי כו' וא"כ אף ביש לה מגו לא מהני וכמ"ש הב"ש ולדינא שני הטעמים הם אמיתים ואזלינ' בתרווייהו לחומרא ובזה א"ש דברי הרמב"ם והש"ע דנקטו טעם הא' של רבא לפי שסיימו שם לפיכך א"נ אפילו אומרת קברתיו ולכך פתחו בטעם הא' דמחמת שאמרה כל הני דאיקטול כו' מוסיפה שקר שראתה בעיניה שנהרג וממילא שאף שמוסיפה עוד לומר קברתיו לא מהני. ואחר כך כתב הדין דהחזיקה היא מלחמה בעולם דאית לה מיגו דלא תנשא ואם נשאת ל"ת כיון דבעיא דלא אפשיטא הוא אלמא דסתמא דש"ס ס"ל דלמא עיקר כטעם הראשון ולשמא סברה דמית ואיכא דעביד סמתרי לא חיישי' אלא עיקר הטעם דמחמת בדדמי היא מוסיפה לשקר והיכא דאית לה מיגו נאמנת אבל היכא דלית לה מיגו אף שאומרת קברתיו אינה נאמנת כנלענ"ד ברור בדעת הרמב"ם:

והנה בהא דס"ל להרמב"ם דבמלחמה אף קברתיו א"נ נאמרו בה כמה טעמים הטעם הא' לפי שאין רגילות שתמתין עד שתהא קוברתו לפי שהיה בהולה מחמת פחד המלחמה ולכך חשדינן לה שהיא משקרת ועוד טעם אחר מחמת שחזק בלבה שמת היא משקרת ואומרת קברתיו וב"ש ס"ק קמ"ו הביא ב' טעמים אילו ובס"ק ק"ז הביא עוד טעם בשם הלבוש דמחמת שהיא בהולה לברוח אומרת בדדמי וקוברת לאיש אחר וסברא שהיה בעלה ולפי מ"ש מוכח דהעיקר כטעם הב' דמחמת בדדמי משקרת ואומרת קברתיו:

ונראה לענ"ד שמוכרח לומר כן דאל"כ קשה שהרי כתב הרמב"ם וכן פסק בש"ע דאם העד אמר מת פלוני שואלין אותו איך מת ובמה מת כדי לברר דבריו ועי' במ"מ שהוציא דינו מהש"ס ולפ"ז הא ודאי כשהאשה אומרת מת בעלי אנו שואלין אותה איך מת וא"כ ממ"נ אם תאמר דחזיא דמחו ליה בגירא או ברומחא א"כ הא ודאי דאסורה שהרי חזינן בהדיא שאומרת בדדמי מה שאמרה מת סתמא ומאי קאמר זמנין דמחו ליה כו' אלא ע"כ לומר שהיא אומרת שיודעת בודאי שמת כגון שטלטלוהו ממקום למקום ולא היה נודד כנף וכמ"ש הר"ן והריב"ש דזה הוי בירור כמו קברתיו או כגון ההיא אומרת שהכהו ברומח בלבו ממש דאז בודאי א"א לחיות כמ"ש הט"ז ס"ק מ"ד אלא דאנן לא מהימנינן לה בזה ומעיקר' אמרינן דמחמת דסברא כל הני דאקטול כו' היא ממציא' שקר לאמר דמחו ליה ומית ודאי והדר קאמר דאפילו את"ל דמסתמא נטרה עד דחזיא וא"כ אפילו בדדמי אין כאן וע"כ שראתה שמת ממש לזה קאמר זימנין דמחו ליה בגירא ומחמת בדדמי זה שסוברת בדעתה שמת משקרת ואומרת על מיתה ודאית אף שלא ראתה רק הכאה לבד ואולי איכא דעבדי סמתרי וחיי ולפ"ז א"צ למ"ש לעיל דהאבעי' דהחזיק' היא מלחמה היינו דמספק' לי' דלמ' עיקר כטעמא קמא אלא גם לטעמא בתרא איכא לספוקי דגם לטעמא בתרא היינו משום בדדמי שכיח גבה שקרו' ובהכי אתי שפיר הא דאמר רבא רעבון אינו כמלחמה כו' דלפי מ"ש שצריכין לשאול איך מת כו' ובאומרת מת על מטתו פשיטא שא"צ לשאול שוב כלל משא"כ ברעבון דגם בכה"ג איכא בדדמי אם כן צריכה לפרש שיודעת בודאי שמת והיינו שאומרת קברתיו וכדומה לה והיינו דקאמר רבא רעבון גרוע ממלחמה דבמלחמה במת על מטתו נאמנת ואין צריך לפרש יותר ואילו ברעבון עד דאמר' מת וקברתיו וטעמא דגבי רעבון לא אמרינן דאמר בדדמי ומחמת זה משקרה ואומרת קברתיו כתבתי במקום אחר:

והנה הב"ש כתב דבמפולת כשאמרה קברתיו תלוי בשני הטעמים דלעיל ולהך טעמא דמחמת שחזק בלבה שמת משקרת ואומרת קברתיו גם במפולת א"נ ורמ"א סתם כטעם הראשון ולפי מ"ש דטעם השני עיקר בשיטת הרמב"ם וכ"כ ה"ה בשיטת הרמב"ם דאף

קברתיו לא מהני במפולת א"כ בנ"ד נמי אין לסמוך על עדותה לשיטת הרמב"ם והמחבר אך אחר העיון ז"א דמבואר בק"ע סימן קי"ח בשם תשו' רלב"ח דתרי גווני' בדדמי איכא חד גונ' על המיתה וחד גונ' על הצורה ומ"ש הפוסקים דטפי עדיף כשלא ראה הטביעה היינו דאז ליכא בדדמי של הצורה אבל במלחמה שהחשש בדדמי הוא על המיתה דלמ' לא מת מה יזיק כשהיה אצל המיתה או ראה ההריגה ואמר קברתיו ואין ספק בדדמי דלמא הוא חי מאחר שאמרה קברתיו עכ"ל ודבריו מבוארים דדוקא גבי טביעה במים שייך בדדמי לפי שהמים משנים קצת צורת הפנים משא"כ גבי מלחמה כיון שלא היה חבול בפניו והוא תוך ג' ימים אין לחוש לשינוי צורה כלל רק עיקר החשש דבדדמי לענין המיתה ולזה מועיל מה שאומר קברתיו וכן מבואר מדברי בעהמ"א שכתב דאי אמר מת וקברתיו פשיטא דמהימן דהא אפי' אשה גופה מהימנא אלמ' דל"ח לבדדמי דצורה דדוקא גבי מים חיישי' ואף דלא אשתהי משתנה קצת שיאמר בדדמי מחמת זה: ובזה מיושב מה שהקשו התוספות על רש"י שכתב שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר כ"כ שהקשו דלקמן אמרינן דאי אשתהי תפח ולפי מ"ש י"ל דרש"י דייק בלשונו ואינו ניכר כ"כ דאי אשתהי אינו ניכר כלל משא"כ בחזינהו לאלתר ואי לאו חשש בדדמי היה מועיל הכרה מ"מ אינו ניכר כ"כ וחיישי' לבדדמי כמ"ש התוס' דע"י שינוי מעט יאמרו אלו בעליהן של אלו ועיין בריב"ש סימן שע"ח שהקשה על בעהמ"א דלוקמ' האי דדגלת באמר קברתיו ותירץ דאסקינן לקמאי הוה כמו קברתיו ודבריו תמוהים לענ"ד דהתם לאו מחשש' בדדמי דמיתה מוקי לה בעהמ"א בלא ראה הטביעה דהא ל"ש התם כלל דהא אסקוה אגישרא וראו ב"ד וכל ישראל מוטל מת רק שושביניה הכיר בט"ע שזה המת בעל האשה זו וא"כ עיקר החשש משום בדדמי דצורה ומה יועיל לזה קברתיו ובתשוב' סימן הארכתי בזה ועכ"פ מבואר דעיקר חשש בדדמי דצור' אינו אלא במים ולא במלחמה רק היכא שאין המת לפנינו חוששין במלחמה על בדדמי דשמא לא מת וסברא שמת אבל לבדדמי דצורה ל"ח במלחמה ומעתה בנ"ד אפילו תימא כמ"ש שעיקר טעמא דהרמב"ם דמחמת בדדמי משקרת בשביל שחזק בלבה שמת היינו דוקא לענין דניחוש שמא ראתה אותו מוטל מת במפולת ולא היה נודד כנף ובשביל זה מתחזק בלבה שמת כמו שאר אנשים שמתו במפולת ומחמת זה משקרת ואומרת קברתיו וכן גבי שלוח נחשים כשראתה שנשכו נחש או עקרב אומרת בלבה שמת בנשיכה זו כמו שמתו רוב אנשים בנשיכה וכן במלחמה טעמא משום שראתה שנהרגו הראשונים והאחרונים שהיה בעלה באמצען או דחזי' דמחו ליה בגירא כו' אבל לענין הצורה כיון שאין לה סיבה ורגלי' לדבר שבעלה היה שם תחת הגל ואפילו היה שם הרי עיני' הרואות שאין

זה בעלה ופשיטא דבכה"ג לא משקרא וכמש"ל לענין מלחמה דל"ח לבדדמי דצורה לפי שאין הצורה משתנית כלל במלחמה וה"ה במפולת ואין לה במה לטעות שתאמר בדדמי אלא ודאי דקושטא קאמר' שמכרת שהוא בעלה:

איברא שיש לעיין לפי מה שכתבתי לעיל טעם הלבוש להרמב"ם דחיישי' שמא קברה איש אחר וסבורה שהוא בעלה אם כן אף שכתבתי לעיל דעיקר טעמא משום שמחמת חוזק הלב משקרת מכל מקום נקיט מיהא בידך דשייך בדדמי דצורה גם במלחמה ואם כן ה"ה במפולת ואף שי"ל דע"כ לא קאמר הלבוש אלא שמחמת בהלת המלחמה חיישי' לאחלופי ובמפולת לא שייך זה עדיין יש פתחון פה כיון דעל כל פנים חזינן דזמנין דאתי' למטעי מחמת בהלה אף אנו נאמר דאף בלא בהלה עכ"פ י"ל שנדמה לה קצת ואף שאינה מכרת היטב היא משקרת ואומרת שמכרת יפה לפום הך שיטה דמחמת בדדמי משקרת וזה נלענ"ד ודעת ריא"ז בש"ג ר"פ האשה שהלכה שכתב וז"ל אמרה מת בעלי במלחמה ואחר שפסקה המלחמה מצאתיו וקברתיו נראה בעיני שא"נ הואיל ולא יכלה לראותו בשעת מיתתו שמא אחר הוא וכסבור' שהוא בעלה עד שתאמר הכרתיו ע"י סימנים כמ"ש בק"ה עכ"ל מבואר מדבריו דס"ל דחיישינן לבדדמי דצורה אף במלחמה והיינו משום דהמיתה משנה ג"כ קצת צורת הפנים דא"ל בזה כמ"ש הלבוש דמחמת שהיא בהולה מתחלף לה דהא בש"ג מבואר שאמרה שאחר שפסקה המלחמה הכירה אותו וקברתיו ואפ"ה לא מהני והיינו משום דס"ל דמלחמה דמי ממש למים וכמ"ש אחר כך וכן אם טבע בים כו' והיינו דמפרש כך הא דקאמר התם דחזינן לאלתר וקאמרה סימנים דתרווייהו בעינן ע"ש וא"כ בנ"ד דמפולת כמלחמה דמי אית לן למיחש לבדדמי דצורה ג"כ ונראה דריא"ז לשיטתו דס"ל דע"א במלחמה מהימן אף בלא קברתיו ובלא סימנים כמ"ש שם שלא חששו חכמים אלא בעדות האשה עצמה שהיא טועה לפי תאותה וחפצה להתיר עצמה אבל העד אינו אומר אלא מה שראה ואין כאן טעות וכ"כ שם לענין עד שראוהו כשעלה מן המים והכירו בט"ע נאמן שאין העד אומר דבריו בטעות ע"ש ולפ"ז שפיר י"ל דאשה דאמרי בדדמי שפיר חיישינן דאמרה בדדמי אף בדדמי דצורה אפילו במלחמה משא"כ לשיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דע"א א"נ כ"א כשאומר קברתיו דאף בעד חיישינן לבדדמי אם כן מוכח דגבי מלחמה אין חשש לבדדמי דצורה כלל ואפי' בטביעה היכא דלא אשתהי דאל"כ מה מועיל קברתיו ולפי מ"ש בכ"מ בשם תשובת הרא"מ שטעם הרמב"ם דאין האשה נאמנת אף בקברתיו לפי דמפרש האבעיא דש"ס גבי ע"א אף בקברתיו ובלא קברתיו נשארה האיבעי' שמא אמר בדדמי ובקברתיו נפשטה מדגלת דמהימן ומזה הוכיח הרמב"ם דמדבעיא בע"א בקברתיו מכלל דאשה גופא אף

בקברתיו לא מהימנא ע"ש באורך ולפ"ז ממ"נ לדעת הסוברים דבע"א בעי קברתיו דאמר בדדמי אף בע"א מוכח דלא אמרי' בדדמי דצורה גבי ע"א במלחמה ומים (רק בעהמ"א ודעימיה ס"ל דבמים אמרינן בדדמי דצורה אבל במלחמה גם הוא מודה וכמש"ל) דאל"כ אף קברתיו אינו מועיל ולהסוברים דבע"א סגי בלא קברתיו אין הכרח כלל שנאמר דאין האשה נאמנת אף בקברתיו ודוקא בדדמי דמיתה חיישינן דזימנין דמחו ליה בגירא כו' אבל בדדמי דצורה מאן לימא לן דניחוש לה כלל וכמ"ש וכן מבואר כל הפוסקים החולקים על הרמב"ם וס"ל דאשה נאמנת אם אמרה קברתיו והב"ש כתב דהיכא דאית לה מגו מהני קברתיו אף להרמב"ם וחולק על הלבוש וגם הלבוש נראה דלא קאמר אלא מטעם שהיא בהולה על נפשה חיישינן לאחלופי הא לא"ה לא וא"כ הש"ג שנראה מדבריו דבכל גווני חיישינן לבדדמי דצורה יחידאה הוא וקי"ל כרוב הפוסקים להקל:

שוב ראיתי בשו"ת ח"צ סימן צ"ה שכתב ג"כ בטעמא דהרמב"ם דחיישינן לבדדמי דצורה אלא שהוא ז"ל כתב בטעמא דמלתא דבמלחמה גדולה חיישינן דילמא איש אחר שנהרג זה שלשה ימים ונשתנה צורתו לצורת בעל האשה זו ומצאתו וקברתו וכיון דחזיא ליה דמחו ליה לבעלה בגירא אמרה הא ודאי בעלה הוא וכתב שכן נראה דעת ריא"ז בש"ג וכן מצאתי למהר"מ יפה כו' ע"ש שכתב דמפולת דאורחא דמלתא הוא לפקח עליו תיכף ומיד דאפי' בשבת דוחה כהא דאמרינן ביומא ולא שכיח כלל שילין ג"י בלא קבורה ולהכי כי אמרה קברתיו נאמנת ע"ש וא"כ מבואר להדיא דכגוונא דנ"ד אין חשש בדדמי דצורה כלל כיון שידוע שזמן המפולת היה ביום ז' וביום א' נפקח הגל ונמצא האיש הזה ולא שהה שום אדם ג"י תחת הגל שניחוש לאחר שנשתנה צורת בעל האשה זו:

אך מה שחידש הגאון ז"ל דחיישינן שלקחה איש אחר שנהרג זה ג"י צ"ע דא"כ בע"א נמי ניחוש ליה הכי ומ"ש הגאון ז"ל דבע"א שאמר קברתיו לכולי האי ל"ח אף דבאשה עצמה חיישינן לבדדמי אף בקברתיו שאני ושאני עכ"ל צ"ע דמ"ש דהא לדידיה גם האשה אינה משקרת כמו העד ובאמת גם לפמ"ש הלבוש והש"ג בשם ריא"ז ג"כ צ"ע לחלק בזה בין האשה עצמה לעד אף לדידהו י"ל דודאי מיתה משנה קצת צורת הפנים ומ"מ העד כיון שאינו נוגע בדבר כלל אף שגם בעד חיישינן דמסהיד באומדן דעת היינו באומד דעת גדול כגון דמחו ליה בגירא כו' ורואה אותו מוטל כאבן שאין לו הופכין סובר דודאי מת הוא ולכך צריך שיאמר קברתיו אבל מ"מ בשביל שינוי מעט של הצורה לא יאמר בדדמי שקבר את זה אם ע"י בבירור שזהו הוא דגם הוא יודע כן שע"י המיתה משתנה בקצת אבל באשה עצמה כיון שהיתה בהולה לברוח אינה מסתכלת היטב ובשינוי מיעוט היא תולה בבעלה מחמת תאותה וחפצה להתיר עצמה אבל לפי מ"ש הח"צ דחיישינן

דאתרמוי אתרמי א' שכבר עברו עליו ג"י א"כ גם בלא בדדמי דחזיא דמחו לי' יש לחוש לזה ועוד דגם בע"א ניחוש ליה הכי וע"כ לומר שהעד מעיד שראה הריגתו ולא זזה ידו ונטפל בקבורתו או שעכ"פ ידוע לו שלא היה שם אחר שמת קודם שעבר עליו ג"י א"כ גם באשה כה"ג נאמנת כיון דלא משקרת רק שאומרת בדדמי ומה בדדמי שייך בזה שהרי אומרת שקברה לבעלה שראתה הריגתו ולא זזה ידה כו' וצ"ל דודאי לא מיירי באומרת לא זזה ידי ומ"מ בעד ל"ח דכשאומר קברתיו מסתמא דקדק היטב וראה שהוא קובר להאיש שראה הריגתו והוא בעלה של זו לאחר שעברו עליו ג"י משא"כ באשה מחמת חפצה לא דייקה כולי האי וכשהיא רואה שפרצוף פניו דומה לבעלה אומרת שבודאי הוא בעלה וקוברתו ובאמת הוא אחר שעברו עליו ג"י וזה דוחק גם לפ"ז צ"ל דהרמב"ם ס"ל כמאן דמחמיר בספק תוך ג"י דאל"כ למה ניחוש לזה שהרי אם מוטל מת בספק תוך ג' תלינן שהוא תוך ג' ולמה ניחש שמא לקחה א' שעברו עליו ג"י ולפמ"ש א"צ לזה דכל מיתה איכא קצת שינוי וכדמייתי הח"צ גופיה מהא דאיש פלוני נשכני נחש כו' אלמא דלפעמים משתנה אפילו הרבה שאין מכירין אותו וא"צ לחלק כמ"ש הוא ז"ל גם צ"ע במ"ש הח"צ דהך דנפלו עלינו לסטים בקברתיו מיירי ומש"ה מהני דמלחמה קטנה היא לפ"ז ל"ל למימר טעמא כדרב אידי דאשה כלי זיינה עליה ת"ל משום דל"ש בדדמי במלחמה קטנה כיון שאומרת קברתיו ואין לחוש שמא תקח מי שעברו עליו ג"י כיון דמלחמה קטנה היא ואפי' באיש כה"ג מהימן ואף דנימא ע"א במלחמה לא מהימן מ"מ במלחמה קטנה וקברתיו נאמן דתו ליכא למיחש למידי וצ"ע:

וחזרנו לענינינו שלדעת כל הפוסקים יש להתיר בנ"ד רק לדעת הש"ג בשם ריא"ז צ"ע לכאורה דמשמע דכל היכא דשייך בדדמי חיישינן לבדדמי דצורה ובעינן צירוף סימנים ולאו משום חשש חילוף באיש אחר אתי עלה ואין לפרש דבריו ג"כ כמ"ש הח"צ דשמא אחר הוא שנהרג קודם ג"י שהרי כתב ע"ז וכן מי שטבע כו' והתם מחמת חשש שנטבע כבר ג"י אין כאן דמיא מצמית צמתי וכיון דחזיוה בשעתיה דאסקוה למאי ניחוש לה וע"כ כיון דשייך בדדמי מחמת מלחמה או מחמת טביעה חיישינן מחמת שינוי מעט דמיתה תאמר עליו כי זה הוא בעלה וא"כ ה"ה במפולת כה"ג כיון דאיכא חששא דבדדמי:

אך נראה דכאן כ"ע מודו דהכא ל"ש בדדמי כלל דע"כ לא אמרינן במפולת בדדמי אלא היכא שהיא אומרת שראתה שנפל עליו מפולת ומת מחמת זה דאז אמרינן שמא לפי שראתה אותו מוטל תחת המפולת ולא היה נודד כנף סברה ודאי מת כמו שאר אנשים שמתו במפולת ולכך ס"ל לה"ה דאף קברתיו ל"מ דמחמת שחזק בלבה שמת אומרת ג"כ קברתיו וכן גבי שלוח נחשים כשרואה אותו נשוך מהנחש סברה ודאי מת כמו שמתו

רוב אנשים בנשיכה וכמ"ש להדיא ברמב"ם וש"ע וכן במלחמה טעמא מאחר שנהרגו ראשונים ואחרונים שהיה בעלה באמצען או דחזיא ליה דמחו בגירא כו' אבל בגונא דנ"ד שהיא אינה יודעת שנפל עליו מפולת רק עכשיו שאנו מוצאין איש א' תחת המפולת היא אומרת שמכרת שזה בעלה בכה"ג ל"ש בדדמי כלל דמה"ת יתחזק בלבה שבעלה בא אל הבית הזה שנפל ונהרס דשמא לא בא כלל אל מקום זה וראיתי שכ"כ הר"ח נ"י ויפה כתב:

אך מ"ש ראיה מדברי הח"מ והב"ש בעד שלא ראה ההריגה דלא אמר בדדמי ואף דשם לענין ע"א אין לחלק בין ע"א לאשה לענ"ד ז"א שהרי לסברת הח"מ והב"ש פשיטא דאם העד אומר שראה בעלה של זו מת במלחמה ולא נהרג ודאי דמהימן וק"ו הדברים דהא אפי' באומר מצאתיו ויהרוג דהא קמן שעכ"פ היה בין הרוגי מלחמה ל"ח דאמר העד בדדמי ומכ"ש כשאומר שראה אותו מת ולא נהרג כלל ואלו באשה כה"ג כתב הב"ש ס"ק קמ"ח דדוקא במת בביתו על מטתו הוא דנאמנת אבל מת במלחמה ולא נהרג א"נ וע"כ לומר דעד שאני דלא חשדינן ליה שישקר מחמת בדדמי והלכך כיון שנאמן שלא ראה ההריגה כלל ממילא אין חשש שיאמר בדדמי שמצאו הרוג ומת ממש ובאמת לא מת אבל באשה חיישינן שמחמת שיודעת שירד למלחמה או שמצאתו בין הרוגי מלחמה סברה כל הני דאקטול כו' ומשקרת ואומרת שמת ולא מחמת המלחמה ודוקא מת על מטתו ל"ח שמא ראתה הרוג במלחמה ומשקרת לומר על מטתו דכיון שידוע לעולם שהיה מלחמה היא יריאה לומר מת על מטתו שיוודע שהיא משקרת וכמ"ש התוספות דמה"ט א"נ במגו ע"ש ואף דהמרדכי כתב דלא גרע מאשה עצמה דמהימנא לומר מת ע"מ היינו דבע"א דלא חשיד לשקר מחמת בדדמי דינו כמו אשה עצמה במת ע"מ וגם י"ל דהמרדכי ס"ל דהאשה עצמה ג"כ אינה חשודה לשקר מחמת בדדמי וכדעת הפוסקי' דאשה נאמנת בקברתיו אבל לפום הך טעמא אליבא דהרמב"ם דא"נ בקברתיו משום דמשקרת בשביל בדדמי ודאי דהא"מ וב"ש שכתבו דין המרדכי היינו בע"א אבל באשה עצמה לא וכמ"ש הב"ש דאף מת במלחמה ולא נהרג א"נ אע"ג דל"ש בדדמי כל הני דאיקטל או דמחו ליה כו' וע"כ דאמרינן דמחמת דסברה כל הני דאקטול או דמחו ליה כו' משקרת לומר שמת ולא נהרג ואם כן כ"ש שאין להאמין לה כשאומרת שמצאתו הרוג אלא שלא ראתה כשהרגוהו אלא אמרינן דמחמת בדדמי ליה משקרת:

והנה ז"ל המרדכי ובתשו' ה"ר מנחם כו' דבמקום דאמר העד אפי' בעת המלחמה ראיתיו הרוג אח"כ והכרתיו יפה יפה בט"ע בהא לא אבעיא לן דפשוט דנאמן דלא גרע ע"א

מאשה גופה דאמרה מת ע"מ נאמנת דל"ש למימר בדדמי אלא בהריגה שיש לאוסרה על הספק אבל באמת הדבר מה לי עת מלחמה מה לי עת שלום עכ"ל:
ולענ"ד כוונת הדברים דודאי מי שאומר שמצא שיש אחד מת או הרוג אין לספק בדבר שמא היה זה סבור שמת ועדיין חי הוא שכל שהיה בידו לעמוד על אמתת הדבר אם עוד בו נשמתו או לא והוא מעיד סתם שהוא מת או הרוג ודאי שלא הי' מקום להיות מסופק בזה ומסתמא עמד על בוריו של דבר ואין חשש בדדמי רק כשבא להתיר האשה ע"פ שמעיד שראה כשהרגוהו אז למיחש מבעי דלמה אמר בדדמי משום דחזא דמחו ליה כו' אבל כשמעיד להתיר מחמת מציאת ההרוג אין מקום לחשש זה רק שנאמר שהוא משקר במה שאמר שמצאו מת או הרוג שזה מורה על מיתה ודאית או שנאמר שמא לא הכירו יפה בט"ע ומשקר לומר שהכירו יפה משום בדדמי דחזא דמחא ליה זה לא אמרינן וכמו דהאשה עצמה נאמנת לומר מת ע"מ ול"ח דמחמת בדדמי שיודעת הריגת המלחמה משקרת לומר מת ע"מ וק"ו בע"א דל"ח למשקר כלל:
ולענ"ד גם מ"ש רמ"א דזה הוי כאלו אמר קברתיו והח"מ פי' שר"ל שהכרתיו הוי כמו קברתיו והקשה ע"ז מהפוסקים שכתבו קברתיו או הזזה ולענ"ד לק"מ דודאי אין הכרתיו ענין לקברתיו דמ"ש המרדכי והרמ"א הכרתיו הוא לומר דכיון שאומר שהכירו תו ל"ח לדדמי דצורה כלל רק דהרמ"א קאמר כיון שאומר שראה אותו אחר כלות המלחמה מוטל מת הוי כמו קברתי ודודאי אין העד מעיד אלא על דבר הברור לו וכיון שאומר שראה אותו מת בשעה שאין בהלות המלחמה לא מספקינן במלתא דלמה לא נתברר לו שמת ואומר בדדמי וזה ג"כ בכלל ראיית המרדכי שהאשה נאמנת לומר מת ע"מ ול"ח דלמה נדמה לה שמת ואומרת כן מאומד הדעת לבד אלא אמרינן מסתמא נתברר לה שמת ממש וכן מבואר בחידושי הרשב"א שכתב וז"ל וע"כ אית לן למימר הכי דאי לא אשה היכא מהימני דלמא שבקא ליה גוסס וסברא דגוסס לא חיי ואמרה בדדמי אלא דכל שאינה יריאה מחמת מיתה לא שבקא ליה ולא אמרה בדדמי עכ"ל וא"כ כ"ש בע"א כשאין שם יראת מיתה דל"ח לזה ומה שנזכר בש"ס ופוסקים קברתיו או הזזה היינו כגון גבי רעבון דאיכא למיחש מחמת פחד רעבון שבקא ליה או גבי טביעה במים שיש לחוש שהמים בלבלוהו והעד לפנינו ואומר שלא הזיזו לראות אם נודד כנף ואע"ג דמדברי הריב"ש משמע דאף שאין העד לפנינו חוששין שמא אמר בדדמי ולא נתברר לו ודאי שמת מ"מ דעת המרדכי והרמ"א אינו כן וכמ"ש בח"מ ס"ק ח' בתשובת מהריב"ל דבמלחמה קטנה לא בעינן קברתיו וכ"כ שם שהמזרחי חולק על הריב"ש וס"ל דכשאומר שמצא מת על שפת הים ל"ש בדדמי וגם י"ל דדוקא שטביעה במים חיישינן להכי דלמא

בלבלוהו המים דשם רגילות למטעי בהכי שיהיה נראה כמת ממש אבל בהרוגי מלחמה אין העד טועה באומד הדעת על מי שיש בו רוח חיים לומר שמת והח"מ הראה מקום למ"ש בשו"ת ראב"ח סימן ע"ה שהעתיק בק"ע ס"ק רפ"ט באומר ראיתיו מת מושכב לארץ עדיין לא הגיע לגבול הזזה כו' דעת המרדכי והרמ"א אינו כן אלא כשאומר שראוהו מת אין לנו לחוש יותר וכמ"ש המרדכי דמה לי שעת מלחמה או עת שלום ואמנם עיקר כוונת המרדכי לומר דל"ח למשקר מחמת בדדמי שאין לנו לחוש אלא בהריגה עצמה דאתי למטעי דחזו דמחו ליה בגירא וסובר שבודאי נהרג ומת ממש כיון שרוב בני אדם מתים ממש מחמת הכאה כזו אבל שיאמר על הרוג שנמצא לשון מיתה אף שיש בדבר ספק לזה ל"ח כלל והארכתי בזה לפי שהח"מ השיג על הרמ"א והב"ש נדחק לפרש שר"ל שאומר מת בודאי וכ"כ בצ"צ והביאו בק"ע אות תך"א שכתב שצריכות לידע שראה אותו שפיר שנתקרב אליו כו' ולענ"ד ז"א שמקור דברי הרמ"א מהמרדכי ושם לא נזכר מזה ודברי אא"ז רמ"א הם מתפרשים כמ"ש ומ"ש שראיתיו שמת שדקדק הצ"צ לענ"ד הוא דקדוק קלוש ושגרא דלשנא ואין להאריך:

ועכ"פ בנ"ד ל"מ לפי מ"ש וכן לפי מ"ש הב"ש והצ"צ אין ראיה מהרמ"א ומרדכי לכאן דהתם מיירי אף בגוונא שראה ההריגה אלא לפי שאומר שמת בודאי ל"ח למשקר ולבדדמי דצורה ס"ל דל"ח כלל וא"כ עדיין צ"ע בנ"ד שחששנו לדעת הריא"ז דחושש בכה"ג לבדדמי דצורה אלא אפי' לפמ"ש הח"מ בפי' המרדכי דבכה"ג ל"ח לבדדמי דמיירי שלא ראה ההריגה מ"מ ע"כ דבאשה כה"ג חיישינן כשאומרת מצאתי הרוג מהרוגי מלחמה והכרתיו שהוא בעלי דלא עדיף מאומרת מת במלחמה ולא נהרג וע"כ דחיישינן דלמה מחמת בדדמי משקרת וא"כ ה"ה בזה שאומרת שאחר כלות המלחמה עמדה עליו והכירוהו ניחוש דשמא מחמת שסברה כל הני דאקטיל או דמחו ליה משקרת ובאמת צ"ע על הב"ש שכ"כ בפשיטות דאומרת מת במלחמה ולא נהרג א"נ דה"ל לפרש דזה דוקא להרמב"ם ולהך טעמא דס"ל דמשקרת מחמת בדדמי ומדבריו משמע דס"ל דאליבא דכ"ע הוא וכן נראה ממ"ש שכן משמע מהג"ה דבסמוך ואפשר דהב"ש ס"ל דגם במת במלחמה שייך בדדמי דדלמא שבקא ליה גוסס כיון שיריאה לעמוד שם וצ"ע:

ומ"מ לדינא יפה כ' הרב מהר"א נ"י דבגוונא דנ"ד שלא ידעה האשה אם נפלה עליו המפולת כלל אין לחוש לבדדמי ולענין השפיר יש ראיה גם כן ממ"ש הח"מ בפירוש המרדכי דאף דבדינא דהמרדכי אפשר לחלק בין ע"א להאשה לפום הך טעמא להרמב"ם דהאשה משקרת דוקא התם דעל כל פנים בודאי היה בעלה במלחמה אפשר דמחמת

בדדמי משקרת משא"כ כאן שלא נודע אם היה במקום המפולת כלל אין כאן התחלת חשש בדדמי כלל וסברא גדולה היא דבכה"ג ל"ח גם גבי אשה כמו דל"ח גבי ע"א בלא ראה ההריגה דלא אמר בדדמי:

איברא שצ"ע דרש"י ביבמות כתב וז"ל מפולת שנפל הבית או בא רוח סערה והיה מפיל כל בתי העיר עכ"ל וכ"כ הנ"י ולכאורה הדברים צריך ביאור דודאי גם בבא רוח סערה כו' צריכה שתאמר שיודעת שמת במפולת דאל"כ אין להתירה אף בלא טעמא בדדמי דדלמא לא נמצא שם בתוך הבתים שנפלו וערק ואזל לעלמא וצ"ל דמתחלה קאמר שאומרת שהיא ראתה כשנפלה המפולת עליו ואחר כך קאמר דאף שאינה אומרת כן רק שהיא מצאתו מת בתוך המפולת חיישי' לבדדמי כיון שהיה רוח סערה שהפיל כל בתי העיר אמרה בדדמי כל הני דאקטיל כו' ומסתמא גם הוא מת תוך המפולת:

ובזה יש ליישב דברי הב"ש סעיף קטן קנ"ו שכתב נראה דבכה"ג אית לה מגו דמת סתם ושוב כתב דלטעם הג' אין נאמנת בקברתיו והרמ"א סותם כטעם הראשון וזה צ"ע דבס"ק ק"ן כתב דהיכא דאית לה מגו נאמנת בקברתיו לכ"ע ובבאר היטב כתב שדברי הב"ש סותרים זה את זה ולפמ"ש י"ל דמ"ש נ"מ בין הטעמים וכ"כ בס"ק קמ"ו היינו היכא דליכא מגו כגוונא שכתב רש"י שהיה רוח סערה כו' דזה הוי כהוחזקה מלחמה בעולם דלית לה מגו וכן משמע מהרמ"א שכתב וצריכה שתאמר מת על מטתו ולכאורה בהך דינא דמפולת שאומרת ראיתיו מת במפולת איך שייך שאמר מת ע"מ וא"ל דאשלוח נחשים קאי שהרי התחיל ולכן דינם המלחמה משמע דאתרווייהו קאי ולפי מ"ש א"ש דרמ"א מיירי אף בגוונא שכתב רש"י שהיה רוח סערה כו' דליכא מיגו ודומיא דשלוח נחשים כו' דמשמע שהיה הדבר ידוע וה"ה במפולת בכה"ג מיירי ובזה כתב שצריכה שתאמר מת ע"מ או קברתיו ושפיר כתב הב"ש דסותם כטעם הראשון דלא חיישי' דמשקרה:

ולפ"ז בנ"ד שבתים גדולים לשמה היו ונפלו ונשברו א"כ שפיר שייך בדדמי אף שלא ראתה שנפל עליו וכיון דשייך בדדמי אף קברתיו לא מהני דאף דאין חשש דמשקרת לענין המיתה שהרי מת לפנינו וקברו מוכיח עליו מ"מ יש חשש שמשקרת על ההכרה וגם כי לפי שיטת הריא"ז שייך בדדמי גם על ההכרה:

וגם צ"ע שהרי דעת בעהמ"א והרא"ש גבי מים דכמלחמה דמי דבראה הטביעה חיישינן לבדדמי אף בעד והרבה פוסקים ס"ל דידע הטביעה הו"ל כראה ולכן אף שאומר שראה אותו מיד חיישי' לבדדמי שנדמה לו הצורה כך כיון שראה או ידע הטביעה ועכ"פ צריך סימנים שאינם מובהקים ג"כ וא"כ בנ"ד שידעה בו שהיא בעלה בתוך העיר והעיר בוער

באש ואוכלת יושביה ומהרסת הבתים והו"ל כראה או ידע הטביעה דמה לי מים ומה לי אש וא"כ ניחוש דלמא אמרה בדדמי לפי שידעה שהיה בתוך התבערה כסבורה שזה בעלה ואחר הוא:

אך נלענ"ד דע"כ לא כתב רש"י התם שהי' רוח סערה כו' אלא כמ"ש שם שהיה מפיל כל בתי העיר ומיירי שלפי האומדנא עכ"פ לא היה מקום להמלט על נפשו ודמי למים שאל"ס דכיון שראה הטביעה חושש בדעתו שבוודאי לא עלה משם וכן בהך דראה הטביעה דכיון שראה שנפל למשאל"ס דלא שכיח שיעלה משם אמר בדדמי משא"כ בנ"ד דהא קמן שרוב בני העיר נמלטו וברחו ולא נגעה בהם יד ה' ומתי מספר אשר נאבדו מתוך הקהל עיר גדולה לאלקים וגם לענין שלוח נחשים היינו דוקא ברוב בני אדם כמ"ש הפוסקים ובכה"ג ל"ח דאמרה בדדמי ודבר פשוט לענ"ד שאין לנו לחוש שמא ידעה או שמעה שבעלה היה בבית שנפל דמה"ת לחוש לזה ואע"ג דהרמב"ן בחידושיו כתב וז"ל והא מים כמלחמה דמי פי' מכיון שנשברה ספינתו בים איכא למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לעולם לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשברה ספינתו כדי שתאמין בו שמא יבואו עדים ויעידו כן ושוב לא תחקור על המיתה ודחי' ותסברא כו' ואי לא אמרה סימנין לא סמכינן עלייהו משום דחיישינן דלא סמכא אתתא עלייהו משעה שתדע שטבע בעלה ולא דייקא אם אותו שעלה הוא כו' ע"ש וכ"כ במלחמות וז"ל ואפילו נמי לא ידעה אף היא בטביעה האיך נסמוך על העד משום דהיא דייקא והא אם מחזרת היא אחר הדבר מכיון ששמעה בו שטבע אינו רוצה שוב בדיקות וחקירות ומעתה תלך ותנשא דאמרה בדדמי על העד שאמר מכירנו בו ושמא אחר הוא שהוא אינו נאמן וכן במלחמה כו' והטעם מפני שכבר הוחזקה המלחמה מפי העד ולא תידוק היא במלחמה ותתלה בדדמי כו' ע"ש ולפ"ז גם בנ"ד היה אפשר לחוש לזה שמא ידעה או שמעה שבעלה היה בבית זה שנפל ונהרג ומחמת זה אומרת בדדמי כי עד הגל הזה שמתו תחתיו כמה אנשים וגם בעלה נפל שמה שדוד ולכך היא אומרת שמכרת אותו:

אך נראה דהרמב"ן לא כ"כ אלא בהך צד איבעיא דש"ס דע"א במלחמה לא מהימן משום דלא דייקא רק שתדע שירד למלחמה ושוב לא דייקא יותר ותתלה לומר שבודאי מת כדברי העד הזה שאומר כן ולכך שפיר כתב דמים כמלחמה דמי מכיון ששמעה שטבעה ספינתו כו' אבל באמת אנן קי"ל דע"א במלחמה נאמן כמ"ש הרי"ף דבעיין אפשטא מההיא דדגלת וע"כ לומר דלהא מלתא ל"ח כלל שמא יבואו עדים ויעידו לה שירד למלחמה או שטבעה ספינתו בים ותו לא דייקא וא"כ י"ל דגם באשה עצמה המעידה שהכירה בעלה בין הרוגי מלחמה אחר שנשקט או שמצאתו מת על שפת הים והיא

לא ידעה כלל מירידתו למלחמה או משבירת ספינתו מהימנא ולא חיישינן דלמא אין הכרתה ודאית רק מחמת ששמעה שירד למלחמה או שנשברה ספינתו דל"ח לזה אלא אם היא אומרת שגם היא יודעת כן אבל אם אומרת שלא ידעה מזה כלל רק שמצאתו מת הו"ל כמת על מטתו דמהימנה אע"פ שנפשה יודעת שנאבד מתוך הקהל וגם כפי המבואר בשאלה שהעידו שהיה אצל בהכ"נ הגדולה ששם היה האש מתגבר והולך ומסתמא שמעה זאת גם קודם ההכרה מ"מ בשביל זאת אין חשש בדדמי שתסבור שמסתמא נמלט לבית זה שנפל ועתד לגלים שהרי בודאי כמה אנשים היו שם סמוך לבהכ"נ וגם העד היה שם ונמלט על נפשו ואפילו גבי דבר אמרינן בש"ס דאמרי לה אינה כמלחמה דסמכא אדאמרי אינשי שב שני הוה מותנא כו' וכן פסק הרמב"ם והש"ע ואף שהרמ"א כתב שם די"א דאינו נאמנת והיינו לפי גרסת הר"ן בהרמב"ם דפוסק כלישנא קמא דהוה כמלחמה והח"מ כתב שנראה כן מהטור והרא"ש י"ל דשאני התם שי"ל דסמכה דעתה לפי שרוב אנשים מתו בדבר משא"כ כאן דבמקום שידוע שהיה בעלה שם לא נודע כלל אם נשרפו אנשים שם רק שנאמר שתסמוך דעתה שנמלט לבית זה ושם נפל עליו המפולת ולכך אמרה בדדמי להא ל"ח וגם ל"ד להא דעישנו עלינו את הבית למאי דס"ד דמיירי שאומרת שהמתינה עד שראתה אותו מת ממש ולכך בעי למפשט דהחזיקה היא מלחמה א"נ דאמרה בדדמי וכן לגברא חרוכא לפי מ"ש רי"ו בשם הרמ"ה דכל דמוכח שהיו שם איש אחר א"נ אף שצעקה ואמרה ראו בעלי שנשרף אמרינן דאמרה בדדמי וה"נ הרי כמה אנשים נמצאו תחת המפולת דהתם עכ"פ ראתה שהיה בבית הזה דאיתלי ביה נורא משא"כ כאן שאינה יודעת אם היה בבית זה כלל אם לא ומחמת שנמצא במקום שגברה התבערה בשביל זה לא סמכה דעתה שהרי גם העד המעיד היה שם ונמלט ואמרה כי היכא דלדידיה אתרחי' ניסא לבעלה נמי אתרחיש וקרוב הדבר שגם לנס לא היה צריך והיה אפשר לו גם בדרך הטבע להמלט ולכן אין לחוש דאמרה בדדמי משום זה ולשמא ידעה או שמעה שהיה בבית זה אין לחוש וכמ"ש דלמאי דאפשיטא הבעיין מדגלת לא חיישינן להא ואע"ג דהרי"ף סובר דבעינן קברתיו גבי ע"א במלחמה היינו משום כיון דהעד ידע שהיה במלחמה חיישינן לבדדמי דעד גופיה אבל כשאומר קברתיו לא חיישינן דלמה שמעה שהיה במלחמה ולא דייקא וא"כ ה"ה באשה גופה המעידה שהכירה אותו אחר המלחמה לא חיישינן דלמה שמעה שהיה במלחמה:

ועדיין יש לפקפק לפי מ"ש הרא"מ הביאו הכ"מ בהלכות גירושין דטעמא דהרמב"ם שכתב בסוף הלכות גירושין טעמא דע"א נאמן משום דהוה מלתא דעל"ג אע"ג דהאבעי'

הוא בגמרא כיון דאפשיטא מההיא דדגלת גבי ע"א במלחמה שנאמן אלמא דטעמא משום מלתא דעל"ג הוא ע"ש באורך מבואר מזה דאי הוה נקטינן טעמא משום דאשה דייקא שפיר חיישינן דלמה לא דייקא וע"כ לומר דחיישינן דלמה שמעה האשה שירד למלחמה ולא דייקא והא דאפשיטא הך דע"א במלחמה היינו משום דנקטינן עיקר טעמא דע"א משום מלתא דעל"ג וא"כ חזר החשש למקומו בנ"ד דלמא שמעה או ידעה שהיה בבית זה שנפל ואמרה בדדמי אף שהוא בתוך ג"י וכן י"ל לפי דעת הפוסקים דמחלקים בין ידע הטביעה או לא דה"ה נמי בידע המלחמה דחיישינן ואף לפי מ"ש לעיל להוכיח מדברי בעה"מ דגבי מלחמה ל"ח לבדדמי דצורה רק במים שמשנים קצת צורת הפנים אבל בהרוגי מלחמה לא מ"מ מהרא"ש והטור לא משמע מידי ואפשר דס"ל כהש"ג בזה ומצאתי בס' בית מאיר סעיף ל"ג שכתב ג"כ דלשיטת הרא"ש אף במלחמה בע"א אפי' תוך ג"י אמר קברתיו על ידי הכרה שהכרתיו אחר המלחמה צריך צירוף סימנים מחשש דלמא אמר בדדמי דסמיך נפשיה אכל הני דאקטול כו' אומר בדדמי זה שהיה במלחמה זהו שנמצא מת וכן איתא בש"ג הובא בד"מ לענין האשה ולמד מלחמה מן מים שאל"ס לענין האשה וה"ה לשיטת הרא"ש בע"א כו' משא"כ לשיטת בעהמ"א והרא"ש בידע הטביעה צריך סימנים ה"ה במלחמה ודברי הב"ש צ"ע שכתב ואם נטבע במים כו' צריך שיהא לו בו סימן משמע דבא למעט מלחמה וז"א דמלחמה ומים דין א' להם כמ"ש בש"ג עכ"ל:

והנה מ"ש כן בשיטת בעהמ"א נפלאתי שהרי בעהמ"א כ' להדיא דע"א שאמר מת במלחמה וקברתיו מהימן דאפי' אשה גופה מהימנא כו' והיינו אף בידע המלחמה והא דמחלק בין ידע הטביעה או לא היינו דאם ראה הטביעה אומר בדדמי על הכרת הצורה כמש"ל מההיא דדגלת דהוי כמו קברתיו דהא אסקוה אגישרא כו' ואפ"ה בראה הטביעה לא מהני וע"כ דמים גרע ממלחמה לענין הכרת הצורה וכמ"ש ולפי מש"ל בשם הריב"ש משמע מדבריו דגם לענין מים הוי החשש משום בדדמי דמיתה וכן משמע מהרמב"ן במ"ש תדע מדלא מוקמינן דשני ת"ח כו' ע"ש ועכ"פ לענין בדדמי דהכרה מבואר בבעהמ"א דלא חיישינן ולכך ע"א או אשה שאמרו במלחמה קברתיו מהימנא רק מדברי הרא"ש אין הכרע ואיכא למימר דאף במלחמה אמרינן בדדמי לענין הכרה וכשיטת הש"ג וא"כ כיון שכתבתי שיש לחוש דלמא האשה דייקא ויתוודע לה שהלך במלחמה או טבע ושוב אומרת בדדמי א"כ ה"נ ניחוש לה שמא תידק שבעלה היה בתוך המפולת ושוב אמרה בדדמי. ואפשר לצדד ולומר דע"כ ל"ח דאמרה בדדמי אלא משום דאיתחזק איסורא דא"א וכל כמה שאין העדות ברורה לא מפקינן מחזקתה וחיישינן

כל מה דאפשר למיחש ואע"ג דאקילו בעדות אשה דוקא בסוף העדות אבל בתחלת העדות לא כמבואר בש"ס ופוסקים וכל זה היכא דלא איתרע חזקת א"א כלל אבל היכא דאיתרע חזקת א"א לית לן למיחש דלמה אמרה בדדמי ולפ"ז בנפל' עליו מפולת שנותנין עליו חומרי חיים כו' דאיתרע ליה חזקת חי דחזקת א"א וכמבואר בירושלמי ותוספתא וכן פסק הרמב"ם והש"ע בהלכות גירושין ל"ח לבדדמי ואם כן ממ"נ אם נימא דהאשה דייקא עד שתתוודע לה שנפל עליו מפולת אין לחוש לבדדמי כיון דאתרע חזקת א"א ואם נאמר שלא נודע לה שנפל עליו מפולת א"כ פשיטא דאין חשש בדדמי ובין כך ובין כך יש לסמוך על הכרתה אלא שלפי זה תיקשי בהא דאמרינן גבי טביעה כיון דמים כמלחמה דמי אין ע"א נאמן אם נימא דלא מהימן במלחמה וטעמא משום דלא דייקא רק שתדע שנשברה ספינתו בים ושוב סומכת על העד שאומר ראיתיו שמת. ולפי מ"ש א"כ קשה כיון דע"כ דייקא שנשברה ספינתו והרי ספינה שאבדה בים נותנין לה חזקת חיים כו' ואיתרע לה חזקת א"א וכן במלחמה לפי מ"ש הרמב"ם הטעם מאחר שנהרגו אלו ואלו נהרג הוא באמצען אם כן הו"ל כעיר שכבשוה כרקום דנותנין עליו חומרי חיים כו' ואפשר לחלק דהתם אין ע"א נאמן מן התורה רק משום דייקא מהימן וכיון דלא דייקא שמת רק שנשברה הספינה מה בכך שאיתרע החזקה מ"מ ע"א לא מהימן להתירא משא"כ כאן דבדדמי אינו רק חששא בעלמא ואפשר דאינו רק מדרבנן כיון דאיתרע חזקת חיים וחזקת א"א תו לא חיישינן לה ומ"מ צ"ע דאדרבא איפכא מסתברא די"ל דע"א א"נ כ"א לסתור החזקה חזקת חיים וחזקת א"א והיכא דאיתרע החזקה יש לנו לומר דע"א נאמן (ואפשר דבאמת היינו טעמא דקי"ל ע"א מהימן במלחמה ופשטינן לה מדגלת דאף להך טעמא דדייקא מ"מ ע"א נאמן כיון שאינו לסתור החזקה דאיתרע לה כיון שעכ"פ דייקא על שבירת הספינה אלא שכבר כתבתי בשם הרא"מ דמהכא יליף הרמב"ם דטעמא דעל"ג הוא עיקר וצ"ע) מה שא"כ בזה דמשמע דחשש בדדמי חשש גמור הוא דהא קי"ל בהוחזקה מלחמה אף אם נשאת תצא ומדברי הרמב"ן משמע דאף שנתוודע לה שירד למלחמה תו לא דייקי אף דהתם לא איתרע חזקת חיות וחזקת א"א בזה שירד למלחמה ובגוונא דנ"ד י"ל אף אם נודע לה שהיה בבית זה שנפל אח"כ אף שלא נודע לה שהיה בעת שנפל שפיר אמרה בדדמי כמו בירד למלחמה:

אך מדברי הרמב"ם משמע שאין אומרת בדדמי בשביל ירידה למלחמה לבד רק מאחר שנהרגו הראשונים כו' וקצת משמע כן מהרמב"ן מ"ש לדחות ראיית הראב"ד מעובדא דחשא ע"ש בחידושיו ובדברי הרא"ש ובתשובה סימן הארכתי בדברי הרא"ש והרמב"ן אלו ואפשר דוקא לענין בדדמי דהיינו שתסמוך על העד שפיר סגי כשיודעת שהלך

למלחמה שבזה לבה חזק להאמין לעד שאומר שראוהו מת אבל לענין האשה עצמה כיון שאין כאן מי שיאמר שראה מיתתו אינו אומרת בדדמי אלא אם היא רואה דברים שרובן למיתה וכמ"ש הרמב"ם והש"ע להדיא וא"ש מ"ש דכאן י"ל ממ"נ אם לא נודע לה שהמפולת נפל עליו אין כאן דברים שרובן למיתה ולא אמרה בדדמי ואם נודע לה בבירור שנפל עליו המפולת איתרע חזקת א"א ושפיר יש לסמוך על הכרתה ואין לחוש שתאמר מחמת שוי מועט שמכירתו משא"כ גבי ע"א במלחמה דבירידה למלחמה לא איתרע חזקת א"א מחמת זה וכן שבירת הספינה י"ל דל"ד לספינה שאבדה ולא איתרע חזקת א"א ולכן חיישינן שמא תסמוך דעתה על העד שאומר שיודע שמת ולכן שפיר מספקא ליה לטעמא דדייקא דלמא ע"א לא מהימן:

שוב ראיתי בישׁ"ש יבמות שכתב וז"ל מפולת פירש שיש מפולת בעולם רוח סערה שמפיל הבתים אפילו אמרה מת סתם הרי הוא כמלחמה דאמרה בדדמי וכ"ש אם אמרה שנפל עליו הבית ומת דלא מהימנא וגדולה מזו נראה שאפילו אמרה ראיתי שהוציאוהו אחר שעה מת מתוך המפולת לא מהימנא דשמא חלש כדרך הנופלים בתוך המפולת עד שתאמר מת וקברתיו עכ"ל מבואר מדבריו דלא מפרש כמש"ל בפירש דברי רש"י דברוח סערה כו' פירושו שלא ראתה כשנפל המפולת רק אח"כ מצאתו מת מתוך המפולת חיישינן לבדדמי כיון שהיה רוח סערה אלא דשם מיירי באמרה מת סתם ואפ"ה לא מהימנא כיון שיש מפולת בעולם וחצ"י לשיטתו דס"ל הכי גבי במלחמה וכמ"ש הב"ש ע"ש גם מבואר מדבריו דין ז' ודין ח' דלענין הכרה לא אמרינן בדדמי דאם לא כן מה מהני קברתיו ולפ"ז ה"ה גבי מפולת ל"ח רק לבדדמי דמיתה והביא על זה ראיה מהמרדכי שהבאתי לעיל שכתב דבמקום שאמר העד אפילו בשעת מלחמה ראיתיו הרוג אח"כ כו' ומסיים בה אם לא שתאמר דמיירי הכא שלא ראוהו מתחלה במלחמה כו' עכ"ל מבואר מדבריו שמפרש דברי המרדכי כמ"ש שבא לומר דל"ח לבדדמי דצורה ודלא כדמשמע מהח"מ וב"ש דלענין בדדמי דמיתה מיירי וכבר הארכתי בזה לעיל ושמחתי שכוונתי לדעת הגדול ז"ל ואמנם הוא ז"ל לא הזכיר מדברי הש"ג בזה דס"ל דגם בדדמי דמיתה אמרינן לגבי האשה עצמה וכמש"ל:

אמנם נראה דאפילו תימא דבנ"ד נמי יש לחוש ששמעה שהיה בבית המפולת ולחוש לדברי הש"ג דאמרי' בדדמי דמיתה אף בתוך ג"י מ"מ בנ"ד אתתא שריא שהרי הש"ג מסיים בה עד שתאמר על ידי סימנים ונראה דאף ב סימן אמצעים סגי וכמ"ש הרמב"ן ושאר מפורשים בפירוש הא דאמרינן דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנים ובנ"ד שהוכרו כל בגדיו ובט"ע ובסימנין אמצעים אין לך סימן אמצעים יותר מזה וסומכין עליהם

בצירוף ההכרה על כל פנים ואף דבגדים יש חשש שאלה מ"מ כבר כתבו הפוסקים דבכל בגדיו לא חיישי' לשאלה דלא שביק נפשי' ערטלאי ונראה דכל בגדיו לאו דוקא אלא כיון שאם ישאיל את בגדיו אילו יהיו בוש לילך בשוק ערטלאי קרינן ביה ובודאי לית לן למיחש כלל דעביד כה"ג ובפרט כיון שראוהו בבגדים אילו קודם השריפה ובזמן מועט כזה ל"ח לשאלה כמ"ש בתשובת האחרונים וכמ"ש ג"כ מהר"ח נ"י וגם כיון שהכירו הלייבס רדאקעל ומבואר בק"ע סימן שפ"א בשם מהרי"ט דבבגד של ציצית ל"ח לשאלה וע"ש עוד דדוקא חפץ אחד או שנים שא"צ ויכול להיות בלא אותן כלים כו' ע"ש ולפי שבתשו' סימן הארכתי בכל אלה ושם הבאתי הרבה גדולי אחרונים דל"ח לשאלה ובפרט בכלים דלא מושלי אינשי שכתב השי"מ בשם הרשב"א דל"ח אף אם סימנים דרבנן וכתבתי שם דאילו ראה הב"י דברי הרשב"א אלו הוי הדר ביה ממ"ש בתשובה וגם שם הוכחתי דהב"י בש"ע הדר ביה ממ"ש בתשוב' קצרתי בכל זה אך אפילו למאן דסובר חייש' לשאלה מבואר בב"ש הטעם משום דכיון דסימנים דרבנן בעינן להתיר אשה סימנים מובהקים ולפיכך הוי הכרת הבגדים סימן שאינו מובהק כיון שיש חשש שאלה ואם כן בנ"ד שהוכר הפרצוף בט"ע רק דחוששין לבדדמי וכיון דאיכא הכרת הפרצוף תוך ג' ימים בצירוף סימן שאינו מובהק סגי כמו דסגי בראה הטביעה וראוהו מיד כמבואר בב"ש מכ"ש בזה שהאשה אומרת שלא ראתה המפולת רק דאנן ניחוש לה הכי פשיטא דסגי בהכי וגם י"ל דודאי ליכא למיחש לאחד מארחי ופרחי שבא אל הבית דאית לן למימר כאן נמצא כאן היה כמ"ש הרמב"ן והרשב"א והנ"י בעובדא דתרי יצחק רק דניחוש שמא הוא איש אחר שנאבד ג"כ מתוך הקהל ואם אותן האנשים ג"כ הוכרו או אפילו ליתנייהו קמן ויש מהם שנאבדו לגמרי מ"מ אם ידוע דמות פרצופים שהיה רחוק מפרצופו של בעל אשה זו ואפילו אם ימצא בהם אחד שהיה קרוב לפרצופו של זה מ"מ שוב צ"ל שהשאיל בגדיו לזה דוקא וע"י המיתה נשתנה פרצופו לפרצופו של זה וטעתה האשה ואומרת בדדמי ושוב הו"ל שאלה דיחיד דל"ח ליה כמ"ש הח"צ וכיוצא בזה כתב בק"ע בשם תשובת מהר"א בן חיים דאם הוא אחר צריך לומר שנשתנה פניו לזה וגם הנזם דומה לנזם זה כו' ע"ש וכן מבואר בשו"ת נ"ב סימן ואף שי"ל דדוקא לענין אחר ג"י דהחשש הוא שנשתנה פניו ממש לתמונתו של זה אמרי' דלא שכיח משא"כ בנ"ד שאנו אומרים שהמיתה משנה קצת ועל ידי זה אומרת בדדמי שפיר יש לחוש כמ"ש התוספות דבשינוי מועט יאמרו אלו בעליהן של אלו מ"מ נראה דעכ"פ צ"ל שהיה קצת קרוב לתמונתו של זה דאל"כ אף בדדמי לא היתה אומרת וגם שהרי אמרה שהכירה אותו יפה יפה ומלתא דרמיא עלה אין לחוש לבדדמי דצורה ועי' בק"ע אות ש"פ:

וראיתי בדברי הרב מהר"ח נ"י שכתב שע"פ דברי המבי"ט שהביא בק"ע סימן רך"א דאם נאבד יהודי שהלך למקום אחד ונמצא הרוג באותו דרך מדאורייתא תלינן שזהו הנאבד דאם איתא שהנאבד ניצל היה נודע מקומו כו' והביא שם דברי השב יעקב דמייתי מקבר שאבד ותמה עליו דלדעת הטור בחמץ דוקא ביטל וכבר האריך בזה בנ"ב וגם אני הארכתי בתשובה זה שנים רבות להגאון ז"ל בענין זה וקצרתי ובאמת צ"ע לסמוך על זה כי ראייתו מהרמב"ם הוא תמוה מאד דהתם אנו דנין על זה האיש עצמו שהיה במלחמה או במפולת משא"כ כאן לפי שנמצא הרוג א' בדרך נאמר שזהו והלא כמה אנשים שהיו בדרך הזה ומה שלא שב לביתו אין זה מורה שזהו ההרוג דשמא הוא עתיד לחזור בזמן קרוב ומכ"ש בנ"ד שידענו שהיה בתוך ההפיכה שיש לחוש דלמא אתלי ביה נורא ואתי ביה מומא ומחמת כסופ' ערק כדאמרי' גבי גברא חרוכ' היכא דמוכח' מלתא שהיה שם גם אחר ובתשוב' סימן כתבתי שאף המבי"ט לא קאמר אלא היכא דלא שכיחי אינשי לבא בדרך הזה וכיון שאין שיירות מצויות שם שפיר יש לתלות מדאורייתא עכ"פ ועי' בתשובת ח"צ סימן קל"ד ואין תשו' מבי"ט בידי לעי' בו וגם דבנ"ד אין דומה להההיא דמבי"ט דהתם כיון שזה החזיק בדרך הזה תלינן ביה משא"כ כאן דמ"מ מאין הרגלים לומר שזה בא אל הבית של המפולת שלא נודע לנו שהיה בדעתו לילך אל הבית הזה כלל וגם נראה דמ"ש המבי"ט שיצאה מחזקת איסור דאורייתא לענ"ד צ"ע דממקום שבא דהיינו מלחמה ומפולת אף שכתב הרמב"ם שרובן לאבד מ"מ הוי ספיקא דאורייתא ונותנין עליו חומרי חיים כו' ואם נשאת תצא ועי' בריב"ש דאיכא חזקת חי וחזקת אשת איש ובמ"א הארכתי במ"ש בנ"ב ע"ז ושם כתבתי שמ"ש בנ"ב דמנ"ל שרובן לאיבוד מבואר בש"ס דב"ב דף קנ"ג ומה ספינה שרוב לאבד וכן הוא בהגמ"ר וכאן קצרתי:

ומ"מ כבר ביארתי כמה צדדים להקל באשה זו גם מצד ט"ע לבד ונראה מדברי תשובת האחרונים שלא חשו לדברי הזש"ג ומכל שכן בזה שרחוק הוא לומר שנודע לה שבא אל הבית הזה שתאמר בדדמי ומכש"כ בצירוף הכרת הבגדים דהיינו הקאפטין וליבסערדאקיל ו סימן מובהק בכתונת שהרי צמצמה המקום וכולי האי ל"ח דמושלי וגם אין לחוש כאן דהעדים אומרים בדדמי על ט"ע דבגדים משום דדוקא בט"ע דגוף שיש לחוש שמשתנה קצת מחמת מיתה משא"כ בט"ע דבגדים והארכתי ב סימן וכן מצאתי בנ"ב ועי' בח"מ סעיף קטן ס' ובב"ש ס"ק צ"ח וכעת אין הפנאי מסכים עמדי והנני מסכים והולך על דברת מחותני הרב הגדול מהר"ח נ"י להתיר הך אתתא להנשא אחרי אשר ימלאו לה הימים אשר היא מניקה ומ"מ נראה שצריך להתירה בצירוף ב"ד כדין נשאת ע"פ ע"א או ע"פ עצמה ואף שיש כאן שני עדים שיש להם ט"ע בבגדים כיון

שצריך לצרף העדים יחד שעל הכרת הקאפטטין לבד יש חשש שאלה וצריך לצרף הכרת הלייבסערדאקעל והכתונת וליכא תרי סהדי וגם שבזה לבד קשה לסמוך כ"א בצירוף ההכרה לכן יש להתירה על פי ב"ד דברי זעירא מן חברייא:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לד

שאלה אשה עגונה שהוגבה עדות בב"ד והעידו שלשה עדים כאחד עד מפי עד שנפטר בעלה אשר היה במלאכת העפטערייא בהארמעייע רוססישע במדינות מאלדעווע כאשר באו הדברים ברוב ענין בגוף הגב"ע ושאלה זו שדרה לקמאי מחו' ידידי הרב הגדול החריף ובקי המפורסים מוהר"ר חיים כהן ראפפארט נ"י מק"ק אסטרהע ותשובתו בצידו להיתרא דהך אתתא וביקש ממני לחוות דעי בזה:
תשובה עברתי על דברי העדיות הללו. וכפי דעתי יש בהם כדי להתיר אף שיש לפקפק קצת מצד אמירתם שמת בהיותו בהארמעיע רוססישע והיינו בהיותם חונים לצבא צבא והיה עמהם במערכות המלחמה. נלענ"ד שאין בזה בית מיחוש ואבאר בקצרה הנה הרמב"ם כתב וכן אם היתה מלחמה בעולם ובאה ואמרה מת בעלי במלחמה כו' וכן כתב לשון זה בש"ע והב"ח מדייק מלשון זה דדוקא באמרה בפירוש במלחמה אבל אם אמרה סתם אף שהוא בעת מלחמה לית לן בה וחלק על רש"י דס"ל דבמלחמה בעולם אף באומרת סתם מת הוי כאמרה מת במלחמה והב"ש כתב שם בדעת הרמב"ם דרש"י מוכיח כן מאיבעי' דש"ס בהחזיקה היא מלחמה והרמב"ם לשיטתו דס"ל דבמלחמה אף אומרת קברתיו לא מהני והאי בעי' בלא קברתיו. והקשה ע"ז דא"כ מאי קפשיט מנפלו עלינו לסטים דלמא מיירי בקברתיו וכתב שיש ליישב ואפשר כוונתו דהש"ס הוכיח דודאי לא איירי בקברתיו דודאי הא דנקט נפלו עלינו לסטים ולא נקט נפלו עליו אתי לאורויי דאף בהאשה גם כן היה סכנה בעצמה מפני הלסטים מ"מ נאמנת ולמסקנא דאשה כלי זיינה עליה היא גופא אשמועינן דאף בנפלו גם עליה מ"מ אשה כלי זיינה עליה ולא מסתפי' ונטרא עד דחזי' ועי' בשו"ת עבודת הגרשוני סימן ס"ז. והנה אם אומרת קברתיו פשיטא שאין סברא לומר שקברתיו בעוד חרב חדה מונחת על צוארה. וע"כ שצריכה לומר שאחר הליכת הלסטים קברתיו וכ"כ בח"מ לקמן דאם אומרת קברתיו היינו שקברתו רחוק מהמלחמה וא"כ הדרא קושי' לדוכתי' דלאיזה צורך נקט נפלו עלינו לסטים דהא אין רבות' בזה שהיתה עמו בסכנה כיון שעיקר עדותה שקברתו ואז לא היה מגור מסביב ואין פחד לנגד עיניה אלא דע"כ דמיירי בלא קברתיו ושפיר בעי למיפשט האבעי' דאף בכה"ג דלא אמרה קברתיו נאמנת במגו וזה נכון אף דבגוף תירוצא

דהב"ש הוא דחוק דכיון דמתני' דשלום בעולם ומלחמה בעולם בקברתיו מיירי אם נאמר דהאיבעי' החזיקה מלחמה מיירי בלא קברתיו בודאי האיבעי' אהך גוונא דמיירי במתני' היא ואם איתא דבגווני אחרינא הוא לא הוי ליה לסתום אלא לפרש החזיקה היא מלחמה ולא אמרה קברתיו. וגם כתבו הח"מ והב"ש דהדיוקים קשיין אהדדי בלשון הרמב"ם דמעיקרא נקט מת במלחמה משמע דבסתם נאמנת ולבסוף כתב מת על מטתו נאמנת משמע דדוקא אמרה בפירוש על מטתו:

ולענ"ד י"ל בדעת הרמב"ם דודאי הוכחת רש"י דמת סתם לא מהימנא היא הוכחה נכונה דאל"כ תפשוט ממתני' דהחזיקה מלחמה מהימנא ואמנם את"ל בהך צד איבעיא דהחזיקה מלחמה מהימנא א"כ איכא לאוקמי מת בכה"ג ושוב י"ל דמת סתם לאו כאומרת מת במלחמה ואם אומרת מת סתם אף דהוחזק מלחמה בעולם מהני ומתני' מיירי באומרת מת במלחמה וברישא דשלום בעולם היינו שהחזיקה מלחמה ומהימנא במגו כיון דהך דהחזיקה מלחמה היא איבעי' דלא איפשטי' ממילא שאין לנו לפשוט גם הך דינא דמת סתם לא מהימנ' דהא להך צד איבעי' דהחזיקה מלחמה בעולם י"ל דבמת סתם אף בהחזיק מלחמה בעולם מהימנא לכן הרמב"ם לא נקט בלשונו רק מה שהוא דין ברור דאם אומרת מת במלחמה ודאי דאינה נאמנת ואפי' נשאת תצא ואם אומרת מת על מטתו ודאי נאמנת ולכן לא כתב דין מת סתם כיון דיש פנים לכאן ולכאן לפי צדדי האיבעי' וא"ל דהו"ל לכתוב דאם נשאת לא תצא כמ"ש לענין החזיקה מלחמה ז"א דשם הוא ודאי בעיא דלא איפשט' משא"כ כאן דאף להך צד דהחזיקה מלחמה נאמנת אין הכרע שתהא נאמנת שמת סתם דאיכא למימר דבמת סתם אינה נאמנת וי"ל דנאמנות ולכן סתם הרמב"ם ולא כ' רק דין הברור כדרכו שלא לכתוב רק דינים המפורשים ומבוארים בש"ס והוא נכון לענ"ד בישוב דברי הרמב"ם:

ושוב מצאתי בספר עצי ארזים שכתב ממש כדברי בזה ונהנתי ולפי"ז אין הכרח ג"כ מדברי רש"י שיסבור כן לדינא דאפשר דרש"י לא כ"כ רק דהש"ס לא מצי למיפשט האי בעי' דאיכא לדחוי' דמיירי במת סתם אבל מ"מ להך צד איבעי' דהחזיקה מלחמה נאמנת אין הכרע לומר דמת סתם כאומרת מת במלחמה היא אלא דלפ"ז קשה דלמה לא מבעי' לי' להש"ס במת סתם כמו דמבעי' ליה בהחזיקה מלחמה בעולם כיון דהא בהא תליא אע"כ דפשיטא ליה דמת הוי כמת במלחמה לכן לא מיבעיא ליה כ"א בהחזיקה היא מלחמה ואפשר לדחות כמ"ש הח"מ דלא נ"ה כ"כ לדינא כיון דהאומר סתם שואלין אותו איך מת כו' ולכך לא מבעי' לי' בכה"ג:

ועכ"פ יש לדון בנ"ד לפמ"ש הר"ן בתשובה דלפי מה דמדמ' הפוסקים ע"א במלחמה לאשה לענין שגם העד אומר בדדמי וצריך קברתיו יש להשוות גם לענין שאר מילי כגון לענין דבר הרי הוא כמלחמה אע"ג דלענין קברתיו לדעת הרמב"ם דס"ל באשה לא מהני קברתיו עד עדיף היינו משום דהטעם באשה דחשדינן למשקרה משא"כ בעד ליכא חשש משקר משא"כ לענין מלחמה דחשש בדדמי שוים הם ולפ"ז כיון דבאשה אמרינן דמת סתם הוי כמת במלחמה ה"ה בע"א נמי כה"ג הוא דהיינו אע"פ שאומר לשון מת היינו שנהרג במלחמה ואע"פ שי"ל דגם לענין מת סתם יש לחלק בין האשה להעד לפמ"ש בתשובה אחרת שיצא לו להרמב"ם הך דינא דאשה אינה נאמנת אף בקברתיו מהני תרי טעמא דקאמר רבא דאמרה בדדמי סברה כל הני דאיקטלו כו' ואת"ל כו' זימנין דמחו ליה בגירא כו' ולפי הטעם הראשון מחמת דמיונה מוסיפה לומר בפיה מה שלא ראתה בעיניה וא"כ אף אומרת קברתיו אינו מועיל. והרמב"ם נקט טעם הראשון שכתב מאחר שנהרגו ראשונים כו' עכ"ל ושם כתבתי דאף לטעמא דמחו ליה בגירא כו' צ"ל שמוסיפה קצת כיון ששואלין אותה איך מת כו' וע"כ שאומרת שראתה הכאת המיתה ודאי כי נגע החץ עד לבו ועכ"פ נראה דבאשה כיון דכולי האי לא עבדה ואמרה בדדמי דסברי כל הני דאיקטיל כו' ולכך היא אומרת מת סתם דמה לה להכניס עצמה לתגר זה להודיע לנו שידעה ממיתתו היא מחמת מלחמה ולכך מכחידה תחת לשונה ענין מיתתו במלחמה וכך מבואר בדברי התוס' גבי החזיקה היא מלחמה בעולם שהקשו דהוי מגו בדדמי ותירצו כיון דדייקא כולי האי שהחזיקה מלחמה ואומרת כי מלחמה הוא אבל כי לא החזיקה אינה נאמנת לומר מת בעלי במלחמה מתוך שיכולה לומר מת על מטתו דאין זה מגו שיראה לומר כו' נראה מדבריהם דגם אי לא החזיקה יש מקום לומר דמחמת שאומרת שמת במלחמה נחתה לדיוקא כולי האי אלא שכיון שאין לה מגו שוב אמרינן בדדמי בכל הני דאקטיל כו' היא משקרת דהך דיוקא אינו מועיל כ"א לענין שנאמר שאף שאומרת אמת דילמא טועה היא בדמיונה דזימנין דמחו לי' כו' ועל זה מועיל מה דחזינן דנחתה לדיוק' אבל מ"מ אנו חוששין דילמא משקרת לגמרי מחמת שאין לה מגו וממילא שנפל לגמרי דיוקא דידהי אבל אם היינו מאמינים לה במגו דמת על מטתו לא היינו חוששין שמא אע"פ שאומרת אמת טועה היא בדמיונה דהא חזינן דדייקא לומר מת במלחמה והא דאמרינן זימנין דמחו לי' היינו גם כן דאיכא חשש משקרת כמש"ל וכיון דליכא מגו להאמינה שאינה משקרת אינה נאמנת,. ועכ"פ למדנו מדברי התוס' דהיכי דלא דייקי כולי האי טפי ניחא לה להעלים ענין המלחמה לכך כשאמרה מת סתם תלינן דמת במלחמה קאמרה ומעלמת ענין המלחמה משא"כ בע"א דאין חשש רק

לבדדמי שטועה בדמיונו ולכך מצריכין לי' למימר קברתיו א"כ י"ל דהיכא דאמר מת סתם אע"פ שמלחמה בעולם אין לתלות כלל דמת במלחמה קאמר:

אך הרמב"ן במלחמות מבואר מדבריו דס"ל דגם בע"א שאומר מת סתם מת במלחמה קאמר שכתב דאיפשט בעיין דע"א במלחמה מהא דששים אנשים שהלכו לכרכום ביתר שאמר הגוי מתו וקברתים והתם שעת מלחמה וחירום גדול לכל ישראל היו ובשעת מלחמה מת סתם כנהרג במלחמה הוא וכו' בששים ב"א וכו' ע"ש. וכן בח"מ כתב דהרמב"ן במלחמות כתב כדברי רש"י. אך לענ"ד י"ל דאין ראיה מהרמב"ן דהתם כיון שהמעיד אומר שהלכו למלחמה כדקאמר לכרכום ביתר והיא כשהיתה העיר במצור מהאויבים כמ"ש רש"י שם ובכה"ג שפיר יש לנו לומר דאף דנקט בלישני' ומתו כיון שהזכיר בדבריו שהלכו למלחמה הו"ל כאומר שנהרגו במלחמה משא"כ באומרת מת סתם ואינה מזכרת מלחמה כלל אף שידוע שמלחמה בעולם מה"ת נאמר שמה שאומר' מת היינו במלחמה ואטו כל דמיית בשעת מלחמה על ידי הריגה מיית הא טובא איכא שכמות כל אדם ימותון. ואמנם איך שיהיו בנ"ד כיון שהעד המעיד הזכיר בדבריו שהנפטר היה אצל הארמייע רוססישע שהזכיר שהיה במקום המלחמה אף על פי שאמר מת סתם הרי זה כאומר נהרג וכדברי הרמב"ן. ונראה דאף להב"ח שכתב שהרמב"ם חולק על רש"י מדנקט מת בעלי במלחמה מודה לזה דדוקא היכא שאינה מזכרת בדבריו מלחמה וי"ל דהוי כאומרת מת על מטתו משא"כ כשעסוקה באותו ענין מענין מלחמה אף שאמרה מת סתם כאומרת מת במלחמה דמי ואם כן לכאורה לא יספיקו עדיות אלו להתיר:

אך לענ"ד נראה אף לדעת רש"י דאף אם אמרה מת סתם כיון דשעת מלחמה הוא כאלו אמרה נהרג במלחמה מ"מ נראה דמודה בנ"ד דהתם שפיר אנו יכולין לומר שהיתה הכוונה שנהרג במלחמה והכי אשכחן בקרא ילך וישוב לביתו פן ימות במלחמה וכן הרבה כיוצא בזה משא"כ בנ"ד שבלשון עד הראשון נזכר ששמע משיתוף שלו שאמר אחיך ר' שמשון וואס מיט מיר איז שותף געוועזען איז געשטארבען אצל הארמעייע הנ"ל וגלוי לכל כי לשון געשטארבען אף שהוא פתרון של תיבות מת בלה"ק מ"מ תיבת מת יש לפתרו ג"כ על ההריגה. אכן מלת געשטארבען אין אומרים אותו על מי שמת בדרך הריגה רק על מי שמת על מטתו ומה שאמר אצל הארמעייע הנ"ל מראה מקום הוא לו באיזה מקום היה מיתתו דהיינו אצל המחנה אבל הדבר ידוע שכמה וכמה בהיותם שמה נפקדים בפקודת כל אדם ולמי שמת מחמת המלחמה מה הלשון אומרת ער איז געהארגת געווארען ופשיטא שיש לילך בזה אחר לשון בני אדם ולא נוציא הלשון

מפשטי' ואף שהרמב"ן כתב כן גבי עובדא דכרכום ביתר דשם היה המעיד עכו"ם ולא מיסתבר שהעכו"ם אמר כן בלה"ק מתו וקברתים ס"ל להרמב"ן כיון דהש"ס אפקי' בלשון מיתה שהוא סובל אצל המלחמה הריגה גם כן מסתמא הוכר שאמר בלשון עמו לשון שיש בכלל לשונו הריגה ג"כ עכ"פ ומכ"ש לפמ"ש שם הרמב"ן אח"ז מהתוספתא ע"ש אבל בלשון לעז שלנו מלת געשטארבען אין לפותרו דרך הריגה רק מיתה טבעיות לבד וכ"ע מודו בזה כאמרו בפירוש מת על מטתו:

ועוד נלענ"ד דאפילו בשמא דמקום מלחמה ובשעת מלחמה שפיר מצינו לפרש דמת היינו נהרג אף שקורין ללועזות בלעז געשטארבען נראה דבנ"ד יש לצדד להתיר לפי מאי דאיתא במרדכי והובא בהג"ה דדוקא באומרת שמת או נהרג במלחמה ממש אבל שלא במלחמה אפילו הלך סמוך למערכת מלחמה לקנות שלל נאמנות ובספר ערך לחם למהרי"ק שכתב שאם לא הלך להלחם רק לקנות שלל או לעלות איזה מלאכה ל"ח ליה שמא אמרה בדדמי עכ"ל והוא פשוט דזיל בתר טעמא שאין מקפידים על ההולכים בלא כלי זיין וא"כ בנ"ד שהעדים העידו שזה היה בהארמעיע הנ"ל במלאכת העפטערייע וידוע כי אנשים כאלה אינם באים להיות ידיהם עושים מלחמה או שוברות מלחמה רק באחרונה יסעו למסעיהם הם קרוב אל אנשי הצבא ופשיט' שלשון זה ער איז געשטארבען אצל הארמעיע ולא אמר בתוך הארמעיע דהיינו שמת במקום עמידתן סמוך למערכת החיל ובודאי דעל מיתת טבעית קאמר ואפילו אם היה אומר שנהרג שם במקום ההוא אין לחוש כיון שאינו במקום המלחמה ומ"ש ואף שכתב הב"ש והט"ז באותו מלחמה שהנוצחים הורגין גם הנטפלים ובאים סמוך למלחמה כל מי שנמצא שם בכלל מלחמה הוא במלחמות אלו לא שמענו כן אלא האנשים הנטפלים באים בשבי בכלל השלל והמלקוח ואף בשעת המלחמה אותן האנשים הבאים למלאכה ולסחורה הם עומדים הרחק מן המחנה כמטחוי קשת ממקום שטף החיצים ואבני בליסטראות אליהם לא יגיעו וא"כ פשיטא דזה שאומר מת סתם אין לפרש לשונו על הריגה כיון שמקום עמידתו אינו עומד לכך שעיקר מקום סכנת הריגה אינו אלא בתוך עומק המלחמה וגם דלפי דעת כמה פוסקים כל שהעד המעיד אינו במקום סכנה לא חיישינן לבדדמי ואפי' תימא דאע"ג שאין שם סכנת מות מ"מ הכמת שבי מיהא איכא ובהול על נפשו וכדאמרי' שבי כולהו איתנהו ביה ולכן י"ל דאמרה בדדמי מ"מ נראה דלא גרע ממלחמה קטנה דאמרינן נטרה עד דחזי' היכא דלא מסתפי' ממיתה אע"ג דאיכא אימת' דשבי וגם מה מעליות' דכלי זיינה שמניחין אותה לבא עלי' ואיכא צנועות כו' כמ"ש בשו"ת ח"צ סימן צ"ה ואפ"ה כיון דליכא סכנות מיתה לא חיישי' לבדדמי ועדיין יש

לפקפק ולומר דלענין זה ע"א גרע מאשה ואנן סהדי דכל הסמוכים והנלוים אל מקום המערכה גדולה יראים לנפשם יותר מהביט אחריהם בהחפזם לנוס:
אך זה ברור שאין לדון לשון זה שאמרו מת סתם לפרשו שנהרג במלחמה כיון שלא הזכירו בדבריהם ענין הריגה כלל והמקום אשר הוא עומד עליו אין בו מקום סכנה להריגה יש לתפוס הדברים בפשיטות שמת שם סמוך להארמיע על מטתו:
ובר מן דין כיון דיש כאן כמה עדים ובכה"ג הסכמת אחרונים להקל דלא בעינן קברתיו.
ואע"ג דיש פוסקים דעדים כשרים דוקא בעינן ובנ"ד אין כאן עדים המעידים שראו המיתה רק עד מפי עד מ"מ לדעת כמה תשובות דאף עד מפי עד כשרים די בזה ולדעת מהריב"ל עד מפי עד עכו"ם מסל"ת מהני ומכ"ש בזה דלפי העד ר' אהרן זעליג שמע מעד ר' טודרס שאמר במסל"ת בתוך הדברים שזה האיש מת ופשיטא דאית לן למימר דישראל מסל"ת עדיף והנה בענינים אלו הרחבתי הדיבור בתשובות אחרות אך לפי שיש בכאן בלא"ה כמה צדדי היתר אשר המה כראי מוצק לא כתבתי פה רק דרך עיוני במקור הדין ועי' בשו"ת ב"ח החדשות סימן נ"ט בענין האמרקעטענער ואין משם סתירה לנ"ד דשם העיד כשבא השונ' על המארקעטענער שנשאר ובאחרונה עמדו על נפשם וגם חביריו המעידין היו בסכנה ע"ש ומ"מ מסיק להתיר כיון שהעד מעיד מפי שנים חשוב כאלו הגידו השני עדות בפני ב"ד וכן מבואר בשו"ת אא"ז מהר"ם מלובלין ע"ש והובא בקצרה בק"ע ועי' בק"ע סימן רל"א בתשו' המבי"ט וסעיף ר"פ מתשובות מהראנ"ח וגם יש לצרף לזה דעת הגאון בעל פני משה בתשו' הנ"ל סימן ז' דס"ל דבהזכרת שמו אין צריך קברתיו אף במלחמה:
ואמנם דעת מהרי"ט והרבה פוסקים שלא נאמר חילוק זה כי אם לענין קברתיו דיבשה להרמב"ם והרבה יש לי לדבר בזה:
אך לפי שהאשה העגונה האומללה והאביונה יושבת ממולי בק"ק ראדוויל ועל אלו השלוחין יוצאין נוגשין אצלי כלה מעשיך ומדברותיך ראיתי לקצר ובפרט כי ההיתר ברור בעיני שהלך בזה אחר לשון ב"א כשאומרים גישטארבין הוא נאמר בפירוש מת על מטתו ואף שאפשר לפעמים היכא שהוא מוכה במלחמה מכת חרב והרג והובא לבית ומת לפעמים אומרים לשון זה מ"מ אין לנו לחוש:
ועיין בח"מ ס"ק כ"ג ובס' בני דוד בק"ע סימן תקמ"ב בשם הריטב"א והרשב"א שכתב באומרת שהוכה בעלה במלחמה ואח"כ הובא לבית ומת שם די"א לא תנשא בעדות זו שהרי גבי רעבון כו' ודחה דבריו דל"ד לרעבון כו' ע"ש:

ועוד דאף בכה"ג לא שכיח שיאמר עליו סתם גישטארבין אלא אומר הענין כמותו שהוכה ומת וזה הלשון שאמרו העדים ער איז גישטארבין אצל הארמייע אלו דברים נאמרים בלשון שאתה שומע שמת מיתה טבעיות רק שמורה מקום מיתתו אצל הארמייע ואפילו אם היה אומר בתוך הארמייע משמעות הפשוט שלא נפל שדוד במלחמה רק מיתה טבעיות ומכ"ש באמירתו אצל הארמייע כידוע ששם חונים הבאים עם מיני מזון וצידה לעושי מלחמה ומצאתי בתשובת כ"י להגאון בעהמ"ח מג"ש ג"כ ענין כנידון שלנו ושם הביא ג"כ בשם חכם אחד שדעתו לחלוק בין אשה באמרה בעת מלחמה מת סתם ובין ע"א ומביא ראיה מהטור וע"ש שהאריך בענין ומסקנתו להתיר בלי ספק ומטעם שנראה מתוך העדים שהיהודי לא הלך להלחם כלל להרוג או ליהרג וכמו שנזכר בעדות שהלך כו' וכמו שדרך יהודים וערלים סוחרים שנוסעים למלחמה למכור להם צידה ומזון וכבר כתב המרדכי כו' הביא שם מספר קצור א"ז כתב שהביא לשון ראבי"ה שבמרדכי וכתב שכ"כ רבינו שמחה והר"ר נתן בר שמשון ז"ל שאין לחוש למלחמה בעולם דתימא בדדמי אלא כשראוהו העד או האשה בקשרי המלחמה עכ"ל והאריך הגאון ז"ל סוף דבר נראה לענ"ד האשה מותרת להנשא לכל גבר דתיצביין רק דלרווחא דמילתא נ"ל שיש לעשות גם בזה כמ"ש בשו"ת החדשות דכל מה דאפשר לידע ולחקור מפי עדים גוף המעשה כמו בנ"ד אם יודעין מי הם חביריו ואפשר לשאל אותם איך ידעו בבירור שמת מאותה ירי' כו' אבל היכא דא"א כלל שיעידו סמכינן על עדות זה כו' ע"ש וכן יש לעשות כנ"ד אחרי רואי בג"ע שר' אהרן זעליג העיד מפי ר' טודריס מק"ק באר:

והנה היא קרובה למקום האשה ובקל יוכלו לחקור שם אמיתת הענין ולברר ההיתר ביותר וכמ"ש הרמב"ם והש"ע סעיף ה' אבל אם אמר העד כו' שואלין אותו היאך ראית ובמה ידעת כו' ועיין מ"ש בב"ש ס"ק י"ז ואם אין האיש בביתו וא"א לברר הענין מפיו יש להתיר כמ"ש:

והנה תשובת הרב החריף מוהר"ר חיים נ"י בא הנה ביומי דחושבנא ואז לא שמתי עיני עליו והנחתיו עד עבור המועד ובקשתיה ולא מצאתי רק נפשי יודעת דוכרן פתגמא דכתיב בה שדעתו להתיר ועתה שלח אלי רק הג"ע לבד והנה האשה באה לק"ק ראדוויל ודוחקת השעה וגם כי כחיש חלאי וידי רפות רק אחרי כי בעו"ה בזמנינו מי שהגיע להוראה ומורה היא מיעוטא וליתא קמן אמצתי זרועתי לכבוד שמים וכתבתי שורתיים ולא הלכתי כפעם בפעם לסלסל ולפלפל כדרכי מעולם בתשו' רק כתבתי מה שצריך ונוגע בנושא הדין ועל שרשיו נתחקר והנני מסכים והולך על דברת מחותני הרב החריף החכם השלם מוה"ר חיים כהן הנ"ל להתיר האשה הזאת ולהושיב ב"ד של שלשה

שיתירוה ואף שיש כאן עדות משני עדים כשרים מ"מ הם עד מפי עד ומכ"ש לפי הטעם שכתב הב"ש ס"ק קק"ד ובד' בטחוני בתורתו יאיר עיני ויעביר שגיוני. ועל האמת יעמידני דברי זעירא דמן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לה

שאלה בדבר הנשים עגונות מק"ק ראדוויל כאשר באו הדברים באורך בטופס מעשה ב"ד וגב"ע מק"ק קאסנטין והנשים העגונות שוקדים לדעת מה יעש בהם ושואלים ודורשים לפני פתח בתי דינים שבישראל להורות להם האם יש די בגב"ע הלז להוציאם ממסגר איסורם. והנה כבוד ידידי הרב ה"ה הגאון החריף ובקי מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י היושב על כסא מדין ומו"ץ בק"ק הנ"ל האריך למעניתו ובהיתרא קא מהפך ושדר לן חורפא ומתקא וביקש ממני לחוות דעי אף בזה:

תשובה בדבר הספק שמא הוא אחר ג' ימים היטב אשר דבר הרב הה"ג כיון שהעדים הכירי הזאוירכעס והם הכובעים שהולכים בהם בימות החורף וגם חצי השליטין שנסעו בו מק"ק קאסנטין והדברים מראין שהכירו בט"ע ממילא שע"כ היו ביום ה' בק"ק קאסנטין רק דניחוש לשאלה או למכירה עכ"פ מוכרח שהיה הריגה זו תוך ג"י וכיוצא בזה איתא בשו"ת כנסת יחזקאל סימן נו"ן ליישב דברי הגאון בעל משאת בנימין מהשגת בעל שער אפרים והח"מ ע"ש שכתב שכיון שהכירו סחורות ועגלות שלהם אף דניחוש לשאלה או למכירה עכ"פ צ"ל שקנה הסחורות ביום וא"ו וא"כ ביום א' שאחריו עדיין תוך ג"י וכתב שם דאין לפקפק שמא המה הלכו לדרכם וההרוגים שוכבים מכבר אצל העגלות של אלו דתלינן בקרוב וכולי האי לא חיישינן עכ"ל הכנ"י ומה שחשש הרב נ"י למ"ש הב"ש דסמוך לו לא מהני יבואר לקמן אי"ה והגאון בעל נ"ב כתב ג"כ סברא ב סימן ל"ב דאף דניחוש לגניבה ע"כ שאור ליום ו' היה חי עדיין וא"כ יום א' שאחריו עדיין הוא תוך ג"י ונסתייע ג"כ מדברי הכנ"י ע"ש ובזה יש ליישב מה שהקשה בנ"ב סימן ק"ח לדעת המחמירין בספק תוך ג' דא"כ הש"ס דמייתי מעובדא דדגלת דאסקוה בתר ה' יומי דבפשיטות הו"ל להוכיח דהיאך התיר רבא ולא חשש שמא הוא אחר שנטבע מכבר והוא עתה אחר ג"י ולפי מ"ש י"ל דהוכרח הש"ס להזכיר דאסקוה בתר ה' יומי לטביעתו דאל"כ י"ל שהשושבין היה לו ט"ע בגופו ובבגדיו ג"כ שראה אותו לבוש בהם בתוך ג"י ונהי דאט"ע דבגדים אין לסמוך דחיישינן לשאלה מ"מ שוב מועיל ט"ע דגופו דע"כ היה הטביעה תוך ג"י ולכך הוצרך לומר דעובדא הוה דאסקוה בתר ה' יומי לטביעתו וא"כ מוכח דרבא כריב"ב:

אמנם לפי מ"ש בנ"ב סימן ל"ב דהיכא דאיכא הכרת כלים אף דיש בהן חשש שאלה מהני אף לאחר ג"י וכ"כ שם בשם שו"ת עבה"ג א"כ שפיר קא מותיב דהא ע"כ היה ידוע להם דבעובדא דדגלת לא היה שם הכרת בגדים כלל דאל"כ אין הוכחה דרבא כריב"ב דדלמא הא דהתיר רבא אף שהיה לאחר ג"י היינו משום צירוף הכרת בגדים אלא שע"כ היה ידוע להם דלא היה שם רק הכרת פרצוף פנים לבד ואם כן שפיר תיקשי להמחמירין בספק הו"ל לאקשויי בפשיטות דלמה התיר רבא שהוא זה שהעלוהו כבר היה מוטל שם ג"י ובעיקר קושיית הגאון ז"ל בשיטת המקילין והמחמירין הארכתי במקום אחר. ועכ"פ בנ"ד נראה דאין כאן איסור מחמת ספק ג"י חדא מטעמא דהרב נ"י ועוד מטעם דכתיבנא בשם הנ"ב ועבה"ג דכל שיש כאן הכרת בגדים חזי לאצטרופי להיתרא בט"ע בפרצוף פנים אף בודאי לאחר ג"י אלא שהגאון בנ"ב ז"ל כתב שצריך להתיישב עם גדולי הדור ונראה דבספק תוך ג' גם המחמירין מודים דיש להקל בצירוף הכרת הבגדים:

אך מה שיש לעיין בזה הוא דלכאורה י"ל דלא מהני בנ"ד ט"ע דבגדים דהא דמבואר בפוסקים דמהני היכא דליכא חשש שאלה נראה דהיינו דוקא בכלים ששבעתן העין דהא אפילו לענין ממון קי"ל בב"מ כרשב"א בכלים חדשים שלא שבעתן העין אפילו לצורבא מרבנן דדייק לא מהדרינן ומכ"ש לענין איסור ערוה שאין לסמוך על ט"ע כזה וכן מבואר בחידושי הרשב"א בחולין דף צ"ו וז"ל ומיהו נראה שהבא להתיר איסורין בט"ע צריך לדקדק אם יש לו ט"ע יפה מפני שפעמים העין משקרת וכסבור שהוא מכיר ואינו מכיר ולפיכך אם לא ראוהו תחלה ודקדק בראייתו שמא סבור שזהו ואינו אלא אחר וכדתנן בב"מ רשב"א אומר כל כלי אנפורי' כו' אלמא אפילו צורבא מרבנן דדייק כי לא שבעתן העין לא סמכינן אט"ע ולא משום דמשקר אלא משום דסבור דמכיר כו' בשאר בני אדם שאין מדקדקין כ"כ כו' עכ"ל וכ"כ הר"ן שם בשמו וא"כ בנ"ד נראה דבכה"ג שלא שבעתן העין לא מהני ט"ע דידהו דהא פשיטא מה שראו הזוויראכס מידי עברו בראיה בעלמא לא תשבע עינם דלא רמיא עלייהו להשגיח היטב ולהתבונן בהם בענין שיוכר להם בט"ע ומהאי טעמא יש לדון ג"כ בנ"ד בענין העדות שהעידו על מוהר"ר אביגדור שהכירוהו בט"ע שיש להסתפק כיון שהעדים לא הכירוהו מעולם רק עכשיו מידי עברו בק"ק קאסנטין הכירוהו בחד שחי' דרך העברה בעלמא ואין זה ט"ע גמור כיון דלא הוי רמי עלייהו לדקדק בתבנית צורתו שיהיה נקבע בלבם וכה"ג אמרינן בירושלמי דברכות אחרים אומרים וראיתם אותו כדי שיהא אדם רחוק מחבירו ארבע אמות ומכירו מה אנן קיימין אם ברגיל אפילו רחוק כמה חכים ליה ואם באינו רגיל אפילו קרוב ליה לא חכים ליה אלא כי אנן קיימין ברגיל ושאינו רגיל כההיא דאזיל לאכסניא ואתא לקיצין

עכ"ל והביאוהו הפוסקים שם ובש"ע סימן למ"ד ואם בחייו כך במיתתו עאכ"ו שאינו מכירו אם לא היה רגיל עמו ועכ"פ רגיל קצת בעינן דאזיל ואתי לקיצין (ודוחק לחלק דשאני הכא שהוא נותן לב עתה להכירו להעיד עליו משא"כ התם דאיירינן שיהיה ניכר לו ממילא בלא שימת לב דמנ"ל לפלוגי בהכי ועיקרא דמלתא תלוי אם היה ניכר לו בתחלה היטב מחמת רגילות) ולכאורה היה אפשר לומר לפי מ"ש התוספות בחולין דף צ"ו אהא דקאמר התם אמר רבא מריש הוה אמינא סימנא עדיף מט"ע כו' דמיירי בט"ע כל דהו כו' ע"ש משמע דלא בעינן ט"ע גמור אכן נראה דגם התוספת מודים להרשב"א בהא דבעינן שעכ"פ מתחלה היה לו הכרה טובה בדבר ההוא ושבעתו העין אלא עתה כשבא להכירו א"צ כ"ע ט"ע כל דהו אבל כל שמעולם לא היה לו הכרה גמורה בדבר לא מהני בי' ט"ע וכן מצאתי בישש"ש חולין שהביא דברי הרשב"א וכתב אבל התוס' כתבו וכו' וצריך לחלק בין ט"ע שאינו גמור דלא שבעתן העין דלא הו"ל היכר גמור מעולם באותו ענין מש"ה לא מהני ט"ע אבל היכא שמתחלה היה לו ט"ע אפילו אח"כ נשתנה הענין שאינו מכירו בט"ע גמור גבי ת"ח מהימן ואפילו לגבי אבידה מהימן כו' ע"ש ונראה כוונתו כמ"ש ומצאתי בשו"ת נ"ב סימן ל"ט ביאר כן להדיא וראיתי בפליתי סימן ס"ג שכתב על דברי הפוסקים דדוקא חתיכות שראה מתחלה היטב דלא משמע כן בתוספות כו'. וכ"כ הפוסקים והישש"ש דזהו קרוי ט"ע כל דהו דלא דקדק מתחלה כו' ונפלאתי דאדרבא הישש"ש כתב להיפך אך לפי דברי הפלתי שם מ"מ בגוונא דנ"ד שהוא חששא דאורייתא וגם החשש הוא דהאי גברא אזיל לעלמא והאי אחרינא הוא שקרוב לצורתו של זה ולאבידה דמי דלא מהדרינן אף לצורבא מרבנן בט"ע היכא דלא שבעתן העין ולכאורה לדברי הפוסקים שהביאו תשובת הר"א מזרחי בשם ר"ת אם היה אדם ידוע וניכר למעידים מעידים אחר כמה ימים ועיין בתשובת מיימוני ב סימן ט' שהביא שם לשון ר"ת בזה משמע דתוך ג' ימים מעידין אפילו לא היה ידוע וניכר למעידים וע"כ שר"ל דהיינו שלא היה רגיל עמו כ"כ אך באמת ז"א ודברי ר"ת בזה הם אמורים על כוונה אחרת כמ"ש לקמן וכל שאין ידוע וניכר לו היטב נראה דלא מהני ט"ע אף בתוך ג' ימים וה"ה ט"ע דבגדים דלא מהני בכה"ג:

אך נלענ"ד לצדד להתיר בגוונא דנ"ד ששני העדים העידו שהכירו בט"ע ובתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן ואמרינן מסתמא דקדקו היטב בעדותן ול"ח דלמא באומדן דעתא קמסהדי אלא אמרינן דמסתמא היה להם בזה שמעידין עליו הכרה טובה ודעתייהו אצורתא דידיה והיינו האי דנפל ונהרג ואלה הבגדים שהיו עליהם בעת שנפרדו משם ואין לומר דכיון דלא שבעתן כו' כמש"ל באורך בתשובה לק"ק אוסטרהא ואמנם הרב

מהר"ן נ"י שדא נרגא בהיתר זה לפמ"ש בשו"ת נ"ב סימן מ' להסתפק אם הנך שלשה ימים הם מעל"ע דאפשר שסוף שקיעת החמה ג' פעמים גורם שינוי הצורה ולפ"ז בנ"ד יש להסתפק שמא אחריני נינהו ששאלו כלים אלו ונהרגו ביום ה' קודם שקיעת החמה וכבר שלמו הג' ימים בתחלת ליל מוצאי שבת והנה בנ"ב שם מייתי דברי החכם השואל שכתב דלא מסתבר שזה נשתנה צורתו בע"ב שעות וזה בנ' שעות וע"ז כתב בנ"ב שז"א דכה"ג אמרינן דאיכא דס"ל לינת לילה פוגמת ומסופקין אם תחלת לילה או סופה כו' ע"ש ולענ"ד אם באנו לדמות להההיא דהתם התם גופא ע"כ שאין זה כ"א ענין טבעי שע"י האויר של תחלת או סוף הלילה נפגם טעמו ולפ"ז אף אנו נאמר בכאן שאלו הג' ימים אינם מעל"ע ויש שינוי צורה בע"ב שעות ויש ענין מחמת ששקעה עליו חמה ג"פ וע"כ דהכי קים להו שאויר זה של שקיעת החמה גורם שינוי הצורה וכיון דאוירא קא גרים הוה לן למימר נמי דלא כל המקומות והעתים שוים כמו דס"ל לריב"ב באמת ופשטא דמלתא משמע דלת"ק לא תלי מידי באוירא רק במשך הזמן שהיא שיעור ג' ימים וריב"ב ס"ל דבאויר המקום והעת תלוי ולפי דברי הגאון נ"ב ז"ל צ"ל דגם לת"ק באוירא תליא מלתא דהיינו שינוי אויר של ג' שקיעת החמה ולא איכפת לן בזמן ומקום כמו לענין לינת לילה דפוגם דלא מפליגינן בין זמן ומקום כלל והיינו דת"ק ס"ל דהכי קים להו דאויר של ג' שקיעות החמה גורם שינוי הצורה יהיה האויר חם או מצונן ובאמת גם לענין לינת לילה גופה חולקים הפוסקים על ר"ת וס"ל דבמעל"ע תליא מלתא ונראה דלא מסתבר להו שיהא השינוי תלוי לפעמים בזמן ארוך ולפעמים בזמן קצר אך אפילו תימא שי"ל כן מ"מ נראה דכאן ג' ימים מעל"ע קאמר דומיא דמתניתין דתנא בתר הכי מעשה בא' שנפל לבור הגדול ועלה אחר ג' ימים דר"ל ג' ימים מעל"ע כדאמרי' עלה בגמ' אמרו לו אין מזכירין מעשה נסים מאי נסים אילימא משום דלא אכיל ושתי הא כתיב וצומו עלי ג' ימים אלא משום שינה כדאמר ר"י שבועה שלא אישן ג' ימים כו' והתם הוי ג' ימים מעל"ע וא"כ ה"נ נראה דאין מעידין לאחר ג' ימים מעל"ע קאמר ולכאורה משמע קצת דשינוי צורה הוי בג' ימים אף שאינם מעל"ע מדאמרינן בירושלמי דמועד קטן וכן במדרש רבה בראשית פ' ס"ה ע"ש והנה בכמה תשובות הארכתי בענינים אלו וכעת לא נפניתי וב"נ אשובה אראה בענין זה ואכתוב לכ"ת דברי ידידי הק' אפרים:

שאלה לו

שאלה משה שפיר קאמר. טעמו וריחו לא נמר. משום תקנת עגונות שקד ושמר. ירד להציל ולהקל מתוך חומר. ה"ה כבוד אהובי בן דודתי הרב המאה"ג החריף ובקי המפורסם כש"ת מוהר"ר משה נ"י:

אחד"ש דבריך הנעימים הגיעני על דברת העגונה מ' שהלך בעלה לסחורה בכפרים כדרכו תמיד ולא נודע מה היה לו וכעת הוגבה עדים בב"ד וזה תורפו במותב תלתא כחדא הוינא ואתא לקדמנא מוה"ר יוסף מפ"ק ואמר בת"ע באליו"ע וז"ל איך האב גיהערט וויא עכו"ם א' האט גשמוסט לעכו"ם אחר מסל"ת איך בין גיגאנגין לק"ק דובנא בין איך גיוועז בכפר דאדקיוועטש האב איך מיך גיזעצט אוף דר פרוזבע האבין מיך גיפרעגט א"י קאנסטו דעם יואל באסאק פון קלעוואן האב איך משיב גיוועז איך קאן אים גוט ווארום איך האב מיט אם גהאנדלט כמה פעמים האבין זייא מיר גיזאגט אז דוא ווילסט גייא מיט אונז וועלין מיר דיר ווייזין וויא ער ליגט אין וואלד גיהרגט האב איך ניט גיוואלט גיין עכ"ל העד הלז וע"ז העיר כ"ת כמה ספיקות וצללת במים אדירים והעלית היתר ברוא בזה והנה כבר הארכתי בענין כזה בכמה תשובות וכתבתי על כל קוץ וקוץ כו' ואם באנו לכתוב אין מספיקין ולא מפסיקין ואיני בחזקת הגוף וידי רפות אפס לכבודך אמצתי זרועתי ואבא בקצרה לכתוב אשר נתחדש לי בעת עיוני בדבריך בקוצר מופלג.
והנה שאלתינו כשאלת הראשונים בתשובת מיימוני ובנ"ב סימן ס"ט שדא נרגא דמהר"מ כר"ת דמיקל בספק ג' ואני כתבתי בתשו' דמלשון מהר"מ משמע שכ"כ אף להמחמיר בספק ג' דא"כ הול"ל בפשיטות דנהי דאסהיד בתר ג' י"ל דחזי תוך ג' או ראה שהרגוהו כו' (מ"ש שם דברור לו שנהרג דחזיא כו' נראה דתיבת שנהרג הוא ט"ס) מבואר שבא להתיר מטעם שתולין שהיה ברור לעד הראשון וכמבואר בתה"ד דכה"ג שמעיד סתם שנהרג ל"ח למלתא אחריתא כו' ולכן יליף מיניה לענין לשון הטביעה ע"ש וכעת ראיתי שהדבר מוכרח שהרי הביא ראיה בהנך עובדי דש"ס דאטו כל הני עובדי כולהו תוך ג' הוו מסהדי ואיך תתיישב ראיה זו לדעת המחמירין וא"ל דמהר"מ באמת ראייתו מכאן להקל בספק ג' ואין אחריות הפוסקים עליו והמחמירים באמת סברי דבהנך עובדי ביחנו דבריהם איך ידעו שמת ואין כאן ספק ג':
אך באמת הריב"ש למד מהנך עובדי ומההיא דא' שעמד בראש ההר כו' ולא מקשינן דלמא א"י הוא מוכח דמסל"ת הוי בלא קישור דברים אלמא דמפרש דהדברים ככתבן כמו דנקט הש"ס ולא אמר המסל"ת יותר והריב"ש נראה מדבריו שנוטה להחמיר בספק ג' וא"כ תיקשי דלמא ראה אחר ג' ולכאורה אפשר לומר דדוקא אם מעיד בסתם שמת אין תולין לומר שמצאו מת ויש כאן ספק ג' אלא אמרינן שראה אותו בשעה שמת ואין כאן מקום לחוש וכמו שאין חוששין שמעיד על דברים שרובן למיתה והיינו הנך עובדי דהש"ס אבל היכא שאמר בפירוש שלא היה אצל מיתתו רק שמצאו מוטל מת או הרוג והלך לו ולא ביחן דבריו אם היו תוך ג' או שאנחנו שומעים מעד מפ"ע מאין הרגלים

שמציאה זו שמצא היה ברור לו שהוא תוך ג' שהרי אין בכח דבריו יותר על תוך ג' מן על אחר ג' וכמ"ש בק"ע בשם תשו' החולקים על מהריב"ל וגם כי אפי' אם היה המעיד ישראל לאו כ"ע דיני גמירי ורוב ההמון מי יודע לעת כזאת הפרש בין תוך ג' לאחר ג' שאמר שאם היה לו ספק היה חושש שמא אחר ג' הוא ונשתנו פניו ומכ"ש בעכו"ם מסל"ת שבלא"ה דעת הר"ש וה"ר נתן שהביא בתה"ד דבעכו"ם מסל"ת מהני ט"ע ואף דלא קי"ל הכי עכ"פ בכה"ג דעביד דטעי ומעיד ע"פ מה שרואה מת מוטל לפניו בצורה זו ועינו הטעתו שבאמת אחר ג' הוא ונשתנה צורתו והעכו"ם לא ביחן בזה:

אבל אחר העיון נלענ"ד שז"א דבשלמא אם משמעות לשון פלוני מת או נהרג אינו סובל רק שהיא אצל המיתה או ההריגה או שעכ"פ פשיטות הלשון כן הוא ועל צד הדוחק יתפרש בע"א שפיר י"ל דהנך עובדי כיון שאמר שכב איש פלוני וכיוצא יצאנו מחשש אחר ג' ג"כ שהרי אנו מפרשים שהיה אצל מיתתו ממש אבל באמר ל' פלוני מת או נהרג נוכל לפרשו בפשיטות שלפי שמצא אותו מת או הרוג לכך אומר מת או נהרג וא"כ לא יצאנו מחשש ג"י אף שאמר פלוני מת שהרי י"ל שהיה כוונתו שלפי שראה אותו מוטל מת אומר פלוני מת והרי לא ביחן דבריו אם היה תוך ג' וא"כ הדק"ל להמחמירין בספק ג' איך התירו בפשיטות בהנך עובדא אלא ע"כ דאף המחמירין לא החמירו ואלא אם הספק להעד עצמו אבל אם אין הספק רק להשומע מפי העד והמעיד עצמו אפשר שהיה ברור לו שהוא תוך ג' תלינן מדהעיד סתם מת אמרינן או שהיה אצל המיתה או אף שאח"כ ראה אותן מת היה ברור לו שהוא תוך ג' וטעמא נלענ"ד דודאי אע"פ דההפרש בין תוך ג' לאחר ג' כמדת חכמים אין ידוע לכל מ"מ דבר זה ידוע לכל שמת המשתהה ביבשה פניו משתנים מיום ליום והוא נתפח מעט מעט עד שנתפח הרבה ואם היה זה הרואה אחר ג' רגילות הוא שאז הוא נתפח הרבה ועוז פניו ישונה וכיון שזה אמר בפשיטות מת פ' ולא עלה בלבו ספק ודאי תוך ג' היה שלא היה לו מקום לספק באחר בשביל תפיח' מועטת משא"כ אם היה אחר ג' שאז רגילות שיתפח הרבה היה לבו נוקפו לומר בפשיטות שהוא אותו פלוני והיה חושש דשמא שינוי צורה הוא ויתבד' ויאחז והלכך דברי מהר"ם בזה אתי שפי' אף להמחמירין דגם אינהו מודים דבכה"ג תלינן שהיה עם ההורגים או שראה תוך ג' וכך מורים דברי תה"ד וא"כ בנ"ד דדמי ממש להההיא עובדא דמהר"ם שהעכו"ם אמרו בפשיטות שהוא שוכב ביער הרוג אמרי' או שהיה אצל ההריגה או שראוהו תוך ג':

וממ"ש איכא סייעתא לסברת מהרי"ט שכתב דהיכא שמעיד שמצאו הרוג בלי שום נפוח שרי אף בספק תוך ג' דלפי דבריו א"ש הא דבאומר סתם מת פלוני ל"ח שמא ראה

אותו לאחר ג' משום דאם היה נפוח לא היה אומר בסתם והיה לבו נוקפו וע"כ שראה אותו מת בלי שום שינוי ונפוח וממילא שאין כאן חשש לספק ג' כלל:

וראיתי שכ"ת כתב להשיב על מהרי"ט מדברי הישׁ"ש בשם הריטב"א דמבואר דפלוגתייהו באין שינוי בפנים כו' הנה לשון הריטב"א שהביא הישׁ"ש הוא מועתק מהנ"י בשם הריטב"א אך מ"ש דלשון הרשב"א בחידושיו הוא ממש כהריטב"א ליתא דהרשב"א כתב כיון שמכירין אותו ואין ידוע אם נתפח או לא כו' ע"ש וס"ל למהרי"ט דהיינו דוקא במקום שיש לספק שמא נתפח אבל אם ידוע בבירור שלא נתפח מודה וע"פ זה גם לשון הריטב"א שהביא הנ"י שכתב ואין רואין שום שינוי בפניו מתפרש הכי שר"ל שאין נראה שום שינוי בפנים ממה שזה היה בחיים וניכר בט"ע שזה ראובן וכלשון הרשב"א שכתב דמסתמא כיון שבדקוהו והכירוהו בט"ע חזקה זהו הוא אלא שחששו חכמים שמא נתפח ונשתנה צורתו לפי שרוב משתנים אחר ג' ודוקא כשנודע שעברו ג' כו' ע"ש וא"א לומר שהריטב"א ר"ל שאנו רואין שאין שום שינוי פנים דהיינו שבודאי לא נתפח דהרי סיים ושמא נתפח חששא דרבנן ומבואר למעיין שדבריו לקוחים מהרשב"א אך אף אם נרצה לפרש דהך שינוי פנים מחמת נפיחה קאמר בע"כ לפרש דהיינו שאין נראה כאן שינוי שמורה לנו ודאי שנתפח ואף שמידי ספק לא יצאנו וי"ל דשמא נתפח ס"ל דשפיר דמי ובזה יש חולק ומחמיר אבל היכא שאין כאן ספק כלל וניכר הוא לו שאינו רק כמת שעבר עליו יום או יומים ידיעה זו מספקת לדונו שהוא תוך שלשה ודברי מהרי"ט מסתברים דבאמת אף לאחר ג' אין החשש רק משום שרגילות הוא שיתפח ומה"ט פליג ריב"ב ואמר לא כל זמן כו' וגם באשתהי במים משמע דעת הרמב"ם דדוקא אם ידוע שתפח ואף שחלקו עליו היינו דס"ל דאף באין ידוע חוששין שמא נתפח וכ"ז בידוע לאחר ג' דכיון דרגילות שיתפח קרוב לומר דאין סומכין בזה על העד שאומר שברור לו שלא נתפח דרובא דמתים נתפחים לאחר ג' משא"כ בספק ג' מה"ת לא נאמין להעד שאומר שברי לו שלא נתפח ולא נשתנה וזה האות שהוא באמת תוך ג' ולכן גם באומר סתם מת פלוני ואין מברר דבריו תלינן שאולי ידע שהוא תוך ג' או שראוהו בבירור בלא נפוח ולכן אמר בסתם ודוקא היכא שהעד בפנינו ומסופק אם הוא תוך ג' וגם א"י בודאי שלא נתפח שפיר יש מקום לספק שמא הוא אחר ג' ובאמת היה נתפח כיון שהעד לא סר לראות אחר זה ובכה"ג דעת קצת פוסקים להחמיר ובתשוב' סימן עשיתי סמוכות לדברי מהרי"ט מדברי הרי"ף בתשובה ושם כתבתי שבזה מיושב לשון המשנה שבירושלמי ומהרי"ט הביא לשון המר"ד אין מעידין אחר ג' ימים משמע דוקא ברי לאחר ג' ולפי מ"ש י"ל דמתניתין רוצה להשמיענו דאחר ג' בכל גווני

אין מעידין אף אם העד אומר שלא נתפח דלא סמכינן עליה נגד רובא שנתפחים אחר ג' ועיין בס' ערך לחם למהריק"ש כתב הכירו העד ולא נתפח בידוע שלא שהה אחר שהושלך רדב"ז סימן תתקצ"ט וצ"ע עכ"ל ועיין בשו"ת רדב"ז השניות סימן רצ"ד. והנה שם בתשובה כתבתי עוד בדברי הגאון בנ"ב שכתב אפילו להמקילין בתוך ג' י"ל משום חזקת חי וזה ל"ש בספק אימת ראה וכתבתי די"ל איפכא דדוקא ספק תוך ג' מחמירין דחזקת חי עשוי להשתנות ואזלינן בתר שעת מציאה כמ"ש הט"ז אבל בספק אימת ראה ל"ש שעת מציאה דהא עכ"פ היה פ"א תוך ג' להריגתו ונוכל לתלות שאז ראוהו ובארתי על נכון גם מ"ש בנ"ב דמהר"ם מיירי בידוע יום ההריגה כתבתי דאין מוכרח רק דמיירי שהיה יותר מג"י שנאבד וגם אפשר דמתוך דבריו של עכו"ם היה נראה כן אבל מ"מ יום ההריגה לא היה ידוע והארכתי וכעת נתיישבתי קצת בדבר ואמינא לחדש דבר מעתה דנלענ"ד דבנדון זה דספק ג"י בלא"ה ל"ש חזקת חי כלל שאפשר לומר דע"כ לא אזלינן בתר חזקה אלא לענין שתועיל על הדבר שאנו דנין באותה שעה וכגון חזקת הנגע אע"ג דהשתא חסר לפניך אמרינן השתא חסר וקודם זה היה בחזקתו כיון שאנו דנין על שעת ההסגר ואמרינן דאז היה בחזקתו וכן בחזקה דגופא דאמרינן השתא נבעלה וההיא שעתא שאנו דנין עליה ומספקינן בה היתה בחזקת בתולה וכן כל כיוצא בזה אבל בגוונא דנידון שלנו שאין אנו דנין על השעה שאנו אומרין עליו החזקה רק אנו דנין על השעה שכבר יצא מחזקה אלא דחזקה שהיה כבר מהני בה לדון ע"פ זה להתיר או לאיסור לא אזלינן בתרה וכעין שכתבו התוס' דחזקה שלא נתבררה בשעתה לא אזלינן בתרה ואע"ג דהשתא איגלאי מלתא למפרע דאותה שעה כשרה היתה ואיכא חזקה מ"מ על ההיא שעתה דדיינין עלה דהיינו העת שנעשו הגבינות לא היה החזקה מבוררת ולא אזלינן בתרה וה"ה איפכא אף דהחזקה בשעתה חזקה מעליה הוה מ"מ כיון שאין אנו דנין על אותה שעה רק על זמן שאחר יציאת החזקה אין החזקה הקודמת מועלת לברר הזמן של עכשיו והך נראה דגריעה מחזקה שאינה מבוררת כיון שזמן שאנו דנין עליו כבר יצאה מחזקתה ודוגמא לדבר מצאנו ג"כ בכתו' בסוגיא דהיה בה מומין דקאמר ר"א רישא מנה לאבא בידך כו' ולפירש"י חזקה דהבת ל"מ לאב וכן מצינו בכמה דוכתי כמ"ש בס"א וה"נ הזמן הקדום אין חזקתו מועלת אל הזמן שאחריו:

ולפ"ז נראה בהך דינא דמהר"ם מינץ שהביא הט"ז סימן שצ"ז דפסק בספק שמועה קרובה חייב להתאבל משום חזקת חי והשתא הוא דמת והט"ז השיג עליו ועיין בשו"ת ח"צ ואא"ז בבכ"ש במ"ק ודשו בה כל האחרונים ולפי מ"ש ל"ש לאוקמי אחזקת חי בהא מלתא כיון דהספק שאנו דנין עליו אינו על אותו זמן שהיה חי כ"א על הזמן שאחר

מיתה אם הוא קודם או אח"כ בכה"ג לא מהני לן החזקה דמחיים להוכיח מזה לענין אחר מיתה אך הוא דבר מחודש אצלי ועדיין לא הבאתיו בכור המבחן וצ"ע עוד ותבנא לדיננא באומר סתם מת פלוני או נהרג פלוני אמרינן שהיה שם בשעת מעשה או שראה מרחוק בהריגת איש ואחר הליכת הרוצחים הלך לשם וראה אותו מת או שראה אותו אתמול חי ולמחרתו מצאו מת והכירו בסימנים שזהו שראה אתמול חי והוא פלוני או י"ל שאתמול היה במקום הזה ביער ולא היה שם כלום ולמחרתו מצא שם הרוג דודאי מסתבר שאתמול אחר הליכתו או היום נהרג משנאמר שהיה מוטל במקום אחר ג"י ואח"כ גררו אדם למקום הזה מכמה טעמים א"צ להאריך בהם וגם י"ל שמצא שעדיין בשרו חם או לפי מ"ש בשם מהרי"ט ז"ל שראה שלא היה נפוח כלל וכתבתי כל הני גווני לאפוקי ממ"ש כ"ת בשם שו"ת מהר"י הלוי דלא משכחת לה כ"א כשעמדו עליו משעת הריגה עד שעת מציאה וז"א ובענין ההיא דטבע בדגלת שהקשו מנין אתה יודע מספר ימיו של זה הארכתי בתשובה וא"כ אפילו תימא עד מפ"ע כשאמר מצאתי הרוג והכרתי שהוא פלוני יש לחוש לספק ג"י שאין כח בלשון עדותו יותר מלגבי העד הראשון מ"מ בגוונא דמהר"מ או בגוונא דנ"ד שלא הזכירו מציאה בלשונם רק שאמרו בא וארא אך פה מושכב איכא למתלי בכל הני גווני אך לענ"ד אפילו באומר עד מפ"ע מצאתי הרוג ולא ביחן דבריו שהוא מסופק קצת מחמת שינוי הצורה תלינן ג"כ בקצת מהני גווני דאם איתא לא הול"ל הכי בפשיטות אלא הול"ל וכמדומה לי שהוא פלוני או הול"ל בלשון רבותא אף שנשתנה קצת אעפ"כ הכרתיו אלא ודאי שהיה ברור לו שלא נשתנה כלל או שהיה תוך ג' וכבר כתבתי שזה מוכרח דגם במת או נהרג פלוני יש במשמעות לשון זה שמצאו מת או הרוג ול"ח דלמא כך כוונתו וא"כ הרי לא פירש שהיה תוך ג' א"ו דל"ח אף בכה"ג:

וראיתי בספר עזרת נשים למהר"מ בן חביב שבא מקרוב לידי שכתב על מ"ש בש"ע סעיף ה' אבל אמר העד מת פלוני ואני ראיתיו שמת אותו כו' דמשמע דאם לא אמר אני ראיתיו שמת תלינן לומר דמה שאמר מת פלוני הוא דשמע מפי אחר דמת פלוני והו"ל כאומר שמעתי שמת פלוני דאין שואלין אותו ולפיכך לא הוזקק לשאלה רק כשאמר אני ראיתיו שמת ע"ש שכ"כ להלכה ולא למעשה ועכ"פ הדבר פשוט שיש בכלל לשון פלוני מת שמצאו מוטל מת אף שהוא לא היה בשעת מיתה ומוכח כמ"ש והטעם דלעולם תלינן שאין להזכיר על חבירו שם מיתה או הריגה אם לא שהדבר ברור לו וזה ג"כ בכלל קולת עגונה שהקיל עד מפ"ע מפי עבד כו' מתוך חומר כו' וכמ"ש התוס' גבי ע"א במלחמה דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה כו' ואף מאן דס"ל דגם ע"א אומר בדדמי מ"מ

בזה שאם תאמר אחר הוא ע"כ היה שום שינוי צורה קצת ולא היה אומר כן בפשיטות ולכן תלינן שידע בבירור ולכך עדיף טפי מאם הראשון לפנינו ומסופק ודוגמא לדבר שטוענין ליורש דלמא אי הוה אבוהון קיים היה טוען פרעתי אע"ג דאיהו גופיה א"י אם פרע חייב ואף שבבעה"ת סימן ל"ח והביאו הטור סימן ע"ה נראה דטעמא משום שהיורש לא הו"ל למידע מ"מ מבואר בסוף דברי בעה"ת שם שבא להמתיק טעם הדבר משום דלפרעון קאי ועביד אינש לפרע לאחר זמנו וכודאי דמי דפריעא הוא ע"ש והיינו משום דלטעמא דא"י אם פרעתיך חייב משום שהחוב ודאי והפרעון ספק א"כ לא מסתבר לחלק בינו ליורש (ומ"ש בש"ך סימן ע"ב דהיורשין לאו בע"ד דידהו אלא דאבוהון כו' צ"ע כמ"ש במ"א) ולכך הסביר הענין דמה שיכולין לומר שאביהם פרע חשיב כטענת ודאי שקצת רגלים לדבר שפרע כיון שלפרעון עומד ואף שאינו ענין לזה מ"מ למדנו משם דזימנין הטענה שטוענין עבורו אע"פ שהוא שמא אמרינן דלמא כך הענין בברי ועדיף משמא של טענת עצמו ע"י עילה כל דהוא וכה"ג בנ"ד י"ל דאף אם נימא שאם העד בספק יש להחמיר אם יש לתלות שהעדות ברור למעיד רק לנו הספק אמרינן כיון דקצת רגלים לדבר שמעיד בסתם שמצא פלוני מת או נהרג ואם איתא שהיה חבול או נפוח או תפוח היה מזכיר זה וגם שהיה חושש שמא הנפיחה היה גורמת שנדמה לו שפלוני הוא א"ו שלא נתחדש בו רק ענין המיתה או הריגה ולא היה נפוח ותפוח כלל והכיר אותו היטב ולכן אומר בסתם ומכ"ש בנ"ד שאינו אומר שאמרו שמצאו הרוג רק שרוצים להראות איך הוא שוכב הרוג דזה הוי כאמר פלוני נהרג דל"ח דלמא מצא הרוג לאחר ג"י ועיין בכתבי מהרא"י סימן קס"א שכתב וא"כ כיון שאמר אותו עירון בפה מלא שהוא הרוג לא דייקינן בתריה איך ידע שהוא הרוג אלא אמרינן ששמע בבירור מהורגיו או מאותם שהיו עם הורגיו שנהרג והכי כתב מהר"מ בתשובה כו':

וכ"ז הוא לרווחא דמלתא לצדד להקל אף להפוסקים המחמירים בספק ג' אבל לדינא הלכה רווחת בישראל דספק שלשה להקל כמבואר בכמה תשובות האחרונים ובתשובה תמהתי על הגאון נ"ב סימן ל"ב שכתב וכבר ידוע שהח"מ סימן מ"ז כתב שפלוגתא זו דומה לב' כיתי עדים כו' וכ"כ בתשובה שם סימן ובמחכ"ת אגב שיטפיה רהיט ליה וסבר דהח"מ קאי אפלוגתא דספק ג' וליתא דהח"מ קאי התם אפלוגתא דר"ת והפוסקים לענין גופו שלם ואדרבה הח"מ מקיל בפלוגתא זו דספק תוך ג' כמבואר בס"ק ק"ח:

ועכ"פ בנ"ד יש להתיר בפשיטות ומכ"ש לפמ"ש הפוסקים דבכל מסל"ת או עד מפי עד תלינן שלא היה נחבל בפנים וכבר כתב הב"ש דבכה"ג שלא היה נחבל טפי יש להתיר ספק ג' כיון דר"ת מקיל בזה אף לאחר ג' ואפי' אם נאמר דמה שאומר מת סתם או נהרג

אין תולין שהיה תוך ג' היינו משום די"ל דלא מוקי אינשי אדעתייהו שמא אחר ג' הוא ונשתנה אבל אם נחבל בפנים הרי עיניו הרואות שאין בו מתום פצע וחבורה ומדאומר בפשיטות שפלוני הוא שנהרג דיינינן ליה דמסתמא כל חבל ושחיתה לא אשתכחת ביה וממילא יש בזה דעת ר"ת להקל וחזי לאצטרופי להקל לספק תוך ג' ומכ"ש שכבר ביארתי שי"ל שאף המחמירים מודים בזה:

ומצאתי בשו"ת הרשב"א סימן תקצ"ז וז"ל ראובן הלך למרחקים והניח אשה ובא ע"א ואמר ראיתי ראובן בעלה של זו הרוג בדרך בארץ ישמעאלים וכבואי אליו הכרתי שהוא פלוני כו' תשובה הדין עם האומר דמותרת דכל שבא ע"א ואפי' עד מפ"ע נאמן כו' ודברי האוסר לא ידעתי על מה סמך עד שאשמע טענותיו עכ"ל והנה תשובה זו מורה להדיא דפשיטא ליה להרשב"א דספק ג' מותר שהרי מבואר למעיין שזה העד לא ידע אימת נהרג רק שמצאו הרוג והכירו שהוא פלוני ואפ"ה כתב בפשיטות שהיא מותרת ולא ידע על מה סמך האוסר ופשיטא שאין לדחוק ולומר דמה שאמר העד מתחלה ראיתי ראובן הרוג היינו שראה הריגתו אלא שאז לא ראה הטיב ולכן אמר אח"כ ובבואי אליו הכרתיו דפשיטא שא"א לפרש כך אף המתעקש רק שהוא גמגום לשון השואל ופשוט דמ"ש תחילה ראיתי ראובן כו' היינו ע"ש סופו לפי שבא אליו והכירו ואם כן מנין היה ידע שהוא תוך שלשה וא"כ מבואר דאף דבחידושי כתב שצריך תלמוד מ"מ בתשובה הכרע הלכה למעשה להקל בספק תוך ג' ואם נפשך לומר דבחדושיו מיירי שהעד פירש דבריו שא"י אם (הוא תוך ג' ובתשובה מיירי שהעיד עדותו והלך לו ולכן אנו תולין לומר שהעד היה יודע שהוא תוך ג' וכמש"ל א"כ נקיט מיהא בידך דבכה"ג משרא שרי אך באמת מבואר למעיין דגם הרשב"א בתשובה מיירי שאין העד יודע אימת נהרג ואפ"ה מתיר משום דס"ל להקל בתוך ג':

ומה שיש לעיין בזה הוא כיון שהמסל"ת לא אמר קברתיו ודעת הרמב"ם דעכו"ם מסל"ת צריך שיאמר קברתיו ומצאנו בקצת פוסקים שחששו בזה לדעת הרמב"ם אלא שכתבו ליישב שיטתו דלא תיקשי עליו מהש"ס דמשמע דא"צ קברתיו ויש בזה כמה שיטות כמ"ש הב"ש והנה לשיטת ה"ה והר"ן דמזכיר שמו או מכירו א"צ א"צ קברתיו א"כ בנ"ד דאיכא כל הני למעליותא גם הרמב"ם מודה וגם לשיטת הרא"ם שהביא שם ג"כ א"ש אך לשיטת הר"י סאגיש צ"ע כמ"ש לקמן ולשיטת הריטב"א והנ"י שכתב מדקמעייל נפשיה לאכרוזי פלוני מת כו' לכאורה י"ל דבגוונא דנ"ד בעינן קברתיו ואפשר דכיון שסיפר שאמרו לו מכיר אתה לפלוני ואמר הן ואז הם מעצמם אמרו לו בא ונראך שהוא מושכב הרוג הרי זה כמעייל נפשיה לאכרוזי ולשיטת מהר"י סאגיש שהביא הב"י אבאר

לקמן ונלענ"ד לצדד עוד בזה דבנ"ד כ"ע מודים דא"צ לומר קברתיו דהנה מבואר בדברי ה"ה דבמזכיר שמו א"צ קברתיו והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם דמסל"ת שפלוני נפל בים אם נשאת ל"ת והמ"ל תמה דמאי ראיה מטביעה במים שאל"ס דמחמת הטביעה אתינן עלה ומה שייכות קברתיו בזה וכתב ליישב בדוחק ולענ"ד י"ל לפי מ"ש בבני יעקב בתשובה שבסופו סימן בשם שו"ת מהר"א ששון דהרשב"א סובר בטעם הרמב"ם דחיישינן דמשקר בכוונה ואי לא אמר קברתיו מצי לאשתמוטי דבדדמי קאמר וה"ה ס"ל דטעמא משום בדדמי ע"ש ולענ"ד י"ל דגם ה"ה ס"ל בטעם הרמב"ם דחיישינן דלמא יש לו איזה כוונה בעדות זה ומשקר ולכך בעי קברתיו כיון דלא מצי לאשתמוטי לא חשדינן ליה במשקר והלכך במזכיר את שמו נמי רגילות הוא כיון שהוא מכירו היטב אין דרך שיראה אותו ולא יקברנו או עכ"פ לטלטלו ולהזיזו וא"כ בכה"ג לא בעי קברתיו דכל שמזכירו בשמו נמי לא מצי לאשתמוטי לומר שסבור היה שמת ועדיין לא מת שהרי מסתמא קברו או טלטלו:

והנה מ"ש הכ"מ שם בהל' ך' וכן האשה כו' וכן העכו"ם כו' דהיינו שמעיד ששהה כדי שת"נ אינו מוכרח לענ"ד ואדרבא ממ"ש שם סתם וכן עכו"ם מסל"ת שטבע פלוני בים אם נשאת ל"ת והוא נלמד מעובדא דחסא משמע שסובר שדי בלשון זה דמסתמא אינו אומר עדות טביעה במשאל"ס אלא א"כ שוהה כשיעור וזה נראה בלשון הרב המגיד שם הלכה י"ט שכתב ומתבאר מדבריו ג"כ דמשאל"ס שא"א לעמוד על בוריו של דבר לעולם אין מעיד העד עד שישהה כדי שת"נ ול"ח דאמר בדדמי וזהו שכתב רבינו או שטבע בים הגדול עכ"ל והכ"מ שם כתב שצריך לגרוס בדברי ה"ה דטבע בים הגדול ומת דמשמע שהוא יודע שמת והיינו ע"י ששהה כדי שת"נ כו' ולענ"ד צ"ע דאדרבא לשון ה"ה מורה להדיא דכל שמעיד סתם אמרינן דמסתמא שהה וא"צ לומר בפירוש ששהה ומ"ש ומת ר"ל דמחמת הטביעה מת שכך הוא עדותו של עד בזה שמשער בנפלו שדברים אילו רובן למיתה וכמדומה שכתבתי מזה בתשובה אחת ג"כ:

ולפ"ז א"ש מה שהביא ראיה ה"ה מהא דמסל"ת שטבע בים דאם איתא דבמסל"ת ביבשה בעי קברתיו והיינו משום דאל"כ מצי לאשתמוטי ולמימר דאמר בדדמי אם כן גם במעיד שטבע אין להתיר מחמת עדות טביעה במשאל"ס דהא איכא למיחש למשקר ומצי לאשתמוטי דאמר בדדמי שהרי לא העיד בפירוש ששהה כדי שת"נ רק דאמרי' דמסתמא אינו אומר אא"כ שהה ועכ"פ שפיר מצי לאשתמוטי שלא שהה ובשלמא מחמת משאל"ס לא מצי לאשתמוטי כשיבא זה ויעמוד חי לומר שניצול על ידי דף או גלים משום דכחשו בפניו יענה הבעל שיאמר שלא נטבע כלל או שטבע ועלה מיד אך

שיש לחוש שמא האמת שנטבע אלא שלא שהה כשת"נ ואומר בסתם לאיזה כונה ואח"כ מצי לאשתמוטי ולמימר דבאמת לא שהה לכן מחלק ה"ה דבמזכיר שמו א"צ קברתיו דגם בכה"ג רגילות הוא שיקברנו או יזיזנה וה"ה בטובע במים רגילות הוא במכירו היטב שישהה כדי שת"נ ואם כן לא מצי לאשתמוטי לומר שלא שהה ולומר שניצל על ידי גלים וכיוצא גם כן לא מצי לאשתמוטי שהרי שמא יאמר זה שניצול על אחר והלכך בכה"ג שמזכיר שמו מהני לענין טביעה במשאל"ס וה"ה לענין הרוג ומת דיבשה שהוא חושש לומר בדדמי שמא יעמוד חי ויתבד' ויאחז שמה שיתנצל שאמר בדדמי אין זה התנצלות באיש המכירו שעל פי דבריו אנו דנין שודאי קברו או טלטלו על כל פנים. ונשוב לנ"ד לפי מ"ש שי"ל דטעמא דקברתיו כי היכא דלא מצי משתמיט א"כ י"ל דאפי' מאן דסבר דבכל גווני בעי קברתיו אף במזכיר שמו היינו דוקא במסל"ת כה"ג שהעכו"ם מספר לישראל לפ"ת אז חיישינן שמא יש לו איזה כוונה שמשקר מחמת זה וחושב בדעתו כשיתבד' יתנצל שאמר בדדמי ולכך צריך קברתיו משא"כ בגוונא דנ"ד שהעכו"ם לא דיבר עם הישראל כלל רק עכו"ם סיפרו לעכו"ם לפ"ת והישראל לבדד ישכון והאזין דבריהם מה שהם משיחין זה עם זה בכה"ג נראה דאין לחוש כלל שמא יש לו איזה כוונה ומשקר אלא מסל"ת גמור כזה אף קברתיו א"צ ואפילו תימא דאף במזכיר שמו צריך קברתיו להרמב"ם ומכ"ש שהרבה פוסקים סוברים דבכה"ג שהכירו או מזכירו בשמו אף הרמב"ם מודה:

והנה הב"י הביא בשם הר"י סאגיש שכתב בדעת הרמב"ם דדוקא היכא שהעכו"ם אומר שהיה אצל מיתתו או אצל הריגתו חיישי' שיאמר בדדמי וצריך קברתיו וכך נראה מדברי תה"ד סימן רכ"ג וכמ"ש מהר"ם בן חביב בס' עזרת נשים ע"ש והאריכו [בזה כמה אחרונים בתשובה והנה בנ"ד שלא אמרו העכו"ם שהיו אצל ההריגה רק שרצו להראותו מושכ' הרוג א"כ לא בעינן קברתיו:

אך צ"ע לפי מ"ש לעיל בהיתר הספק דתוך ג"י לפי שאנו תולין שהיו בשעת הריגה וכמ"ש בשו"ת מהר"מ ואם כן האי קולא דאתי לידי חומרא הוא דפלטינן מספיקא דתוך ג' ונפלנו ברברבתא שבאנו לידי ספק בדדמי כיון שלא אמר קברתיו ואין ראיה מתשובת מהר"ם די"ל דלא ס"ל כהרמב"ם בזה להצריך קברתיו או דס"ל כשאר השיטות אליבא דהרמב"ם כמש"ל דלדידהו א"ש דלא בעינן קברתיו בנדון דמהר"ם ונ"ד אבל לשיטת מהר"י סאגיש לכאורה היה מקום להחמיר בזה מטעם ממ"נ דאם ראה ההריגה וידע שהוא תוך ג' יש לחוש לשיטת הרמב"ם דמצריך קברתיו בכה"ג:

ואמנם לכאורה אף בלא שיטת הרמב"ם היה מקום להחמיר בזה אם נימא דראה ההריגה שהרי בעהמ"א והרא"ש מחמירין בראה הטביעה והרבה מפורשים ס"ל דבהכ"ג אף אסקינהו וחזינהו לאלתר ל"מ דאמרינן דאמר בדדמי ואם כן גם בראה ההריגה יש להחמיר דמה לי ראה ההריגה או ראה הטביעה איברא דאחר העיון ז"א דבשלמא בראה הטביעה שפיר ס"ל לבעהמ"א והרא"ש להחמיר דחיישינן לבדדמי דצורה דמאחר שידע שזה נטבע אומר בלבו שזה שהועלה זהו שנטבע ובאמת אחר הוא ואף דלא אישתהי מ"מ מים משנים קצת צורת הפנים וכמ"ש במ"א משא"כ כאן דאיירינן לענין חשש בדדמי שמא אמר בדדמי שמת ובאמת לא מת אף על גב דבמלחמה כה"ג חיישינן דלמא חזו דמחו ליה בגיר' כו' כיון שהוא ירא על נפשו לעמוד שם ולראות שמת ממש משא"כ בכה"ג אף שראה ההריגה כיון שאין פחד לנגד עיניו כשאומר שהיה הרוג אמרינן דראה שפיר שנהרג ממש:

אמנם לפי מ"ש בתשובה אחת זה כביר לתמוה על הריב"ש סימן שע"ח דמשמע מדבריו דקברתיו מועיל אף בראה הטביעה לדעת בעהמ"א ולכאורה מה שייכות קברתיו לבדדמי דצורה והוכחתי דס"ל דאין חשש לבדדמי דצורה כיון דחזיא לאלתר רק לבדדמי דמיתה ולזה מועיל קברתיו ולכן כתב דהרז"ה ס"ל דאסקוה קמאי אינו כמו קברתיו ולכך הוצרך לאוקמי עובדא דדגלת בלא ראה הטביעה וגם העירותי שם במ"ש הרמב"ן בעובדא דב' ת"ח דהו"ל לאוקמי דאמרי קברנום והארכתי בזה א"כ נראה דאם באנו לחשש בדדמי דמיתה בעינן קברתיו אף דאסקו' ואין כאן פחד לעמוד על הבירור שמת דמחמת הטביעה אומר בדדמי ואם כן ה"ה בראה ההריגה די"ל דל"מ מה שאינו שעת המלחמה ואין פחד דמ"מ אינו מעיין הטיב ואומר בדדמי ובתשוב' מהריב"ל סימן ב' כתב דאפשר דבמלחמה קטנה א"צ קברתיו דדוקא האשה שאמרה נפלו עלינו לסטים הוצרך הש"ס לטעמא דאשה כלי זיינה עליה משמע דבעד לא חיישי' דאשה אומרת טפי בדדמי משא"כ העד דוקא במלחמה גדולה דשייך למימר כל הני דאיקטול כו' ע"ש וא"כ מבואר שבא לומר דאף במקום פחד ל"ח בכה"ג לבדדמי דמיתה ומכש"כ במקום שאין פחד ומדברי הריב"ש שכתבתי הוא להיפך דאפילו במקום שאין פחד יש לחוש כיון שראה ההריגה ולפ"ז צריך ליישב הא דאמרי' אשה כלי זיינה עליה מבואר מזה דבמקום שאין פחד ל"ח דאמרה בדדמי ונטרה עד דחזי דמת:

ומצאתי בשו"ת תולדות אדם להרשב"א סימן ל"ב באמצע התשובה שכתב וז"ל ומה שטען אפטרופס של היתום דהו"ל ע"א במלחמה ואין עדותו עדות עד שיאמר וקברתיו וטוען האשה השיב דשאני הכא דלגבי עד זה שעת שלום היה כיון שהיה נוהג בפניהם

כנכרי ונראה שהיה מדמה זה להא דאשה כלי זיינה עליה ואין הנדון דומה לראיה דהתם באשתו שאינה נפרדת ממנו כל שאינה יראה מן הלסטים אבל אינש דעלמא לא דומה לו להמתין אם ימות או יחיה ומיהו לדידי נ"ל דלעולם אין העד אומר בדדמי ואף בלא קברתיו אין עדותו עדות ויש להשיב על דברי רב אלפסי כו' ע"ש מבואר דלשיטת הרי"ף שפיר י"ל בדדמי בע"א אף במקום שאין פחד ומ"ש מהריב"ל דבמלחמה קטנה ל"ש דאמר כל הני דאקטול כו' הנה בש"ס קאמר ע"ז את"ל דנטרה עד דחזי' זימנין דמחו לי' בגירא כו' וזה שייך אף במלחמה קטנה ועי' ח"מ ס"ק שהביא דברי מהריב"ל דאפשר דבמלחמה קטנה לא בעינן קברתיו וכתב כיון שכתב דרך אפשר אם כן לא החליט הדבר ע"ש ולכאורה דשפיר קאמר מהריב"ל דבמלחמה קטנה לא אמרינן בדדמי כיון דליכא למימר כל הני דאיקטול כו' ואע"ג דבש"ס קאמר נמי את"ל כיון דרחמא ליה נטרה עד דחזי' זימנין דמחו ליה בגירא היינו נמי דוקא באשה דאמרה עפי בדדמי וכמ"ש מהריב"ל דבאשה אף במלחמה קטנה חיישי' ולכן הוצרך לטעמא דאשה כלי זיינה עליה והיינו דבמקום שאין לה פחד היא ממתנת עד שרואה בעיניה אם מת ממש או לא מת משא"כ במקום פחד אז ממלטת על נפשה ואומרת בדדמי מחמת דחזי' דמחו לי' כו' וכ"ז באשה עצמה ומלחמה בעולם משא"כ בעד דעלמא נהי דלשיטת הרי"ף בלא קברתיו חיישי' גם בעד דאמר בדדמי היינו בדדמי כי הא דכל הני דאיקטול כו' אבל היכא דל"ש הא רק דנימא דחזו דמחו לי' בגירא כו' כולי האי ל"ח בעד דהא שאר הפוסקים ס"ל דלא אמרי' בדדמי גבי עד ואם כן אף הרי"ף שסובר דאמרי' לית לן למימר אליבי' כ"א בדדמי דשכיח טפי כדמשמע בש"ס דמעיקרא קאמר טעמא משום דסברא כל הני דאיקטול והדר קאמר ואת"ל כו' זמנין דחזי' כו' משמע דהך טעמא דכל הני דאקטול פשיטא ליה טפי מהך דמחו לי' כו' וכמ"ש הרשב"א בתשובה לדעת הרי"ף דבכל מקום סכנה שדרכן של ב"א מתים שם כמלחמה ומים בין שיש להם סוף או אל"ס משעה שהוא יודע שטבע או שירד למלחמה ולא שב מחשב הוא בדעתו שמת כדרך שמתו האחרים וסומך על הדמיון ומעיד והלכך צריך שיאמר בפי' קברתיו כו' ע"ש והוא הטעם שאמרו כל הני דאקטול כו' ובמלחמה קטנה ל"ש זה:

וגם כי במ"ש לעיל מתשובת תולדות אדם להרשב"א דבע"א אף על פי שאין פחד חיישי' לבדדמי מצאתי בכתבי אבי מ"ו הרב הה"ג זלה"ה תשובה אחת שכתב בימי חורפו לצדד בהיתר עגונה אחת שנהרג בעלה בשעת גזירת אוקריינא שנת תתק"ח לפ"ק בק"ק אומאן והאקאזאקען הרגו גם שרים מאנשי פולין אם לא מי שחזר לדתם ופריצ' אחת היתה מסל"ת שהיא המירה דתה אז והצילה נפשה וגם אמרה לאחי בעל האשה לאחיכם

קדוש יאמר לו כו' ועל ענין זה כתב הגאון מ"ו ז"ל בתוך התשובה וז"ל דכאן ל"ה דין מלחמה וכן הוא בב"י בשם הרא"ש אחר שהמירו את דתם שוב אין יריאים מהמלחמה ולפ"ז הפריצה שחזרה לדתם לא היתה יריאה מהמלחמה וכן בח"צ סימן דלכ"ע לא בעינן קברתיו כיון דלא ידעינן אם היה העד בסכנה תולין להקל ולא מיבעי' למהריב"ל ומהר"ם אלשי"ך דבכל מילי לא דייקינן בסהדותא דעד מפי עד אפי' בדבר הנוגע לגוף העדות ובספק כ"ע מודים וכן בתשובת גאוני בתראי דף ל"א ובכאן ודאי לא היתה יריאה מהמלחמה מחמת שחזרה לדתם ודאי ל"ה ע"א במלחמה ול"ש בדדמי כו' עכ"ד א"א מ"ו זלה"ה שכתב בקצרה כדרכו ואני כבן הקם תחת אביו אבא אחריו ומלאתי את דבריו דלכאורה לפי מ"ש דעיקר טעמיה דאמרי' בדדמי הוא משום דסברא כל הני דאיקטול כו' והאי טעמא פשיטא ליה טפי וגם הרמב"ם לא נקט רק הך טעמא וכן הראב"ן (ובתשו' אחרת כתבתי קצת טעם לדברי הרמב"ם בזה) ואם כן מה יושיענו זה שהמעיד אינו עומד במקום פחד דכיון דחיישי' לדברי הרי"ף שהעד אומר בדדמי אם כן ניחוש ליה דמימר אמר כל הני דאיקטול כו' דזה שייך אף שהעד אינו עומד במקום פחד וכמש"ל לשון תשובת הרשב"א בזה דמשעה שירד למלחמה ולא שב מחשב הוא בדעתו שמת כדרך שמתו האחרים ומ"ש המרדכי והביאו הב"י ורמ"א דאם הלך סמוך למערכת המלחמה ליכא בדדמי שאין מקפידים על ההולכים בלא כלי זיין כו' היינו שהבעל עצמו לא היה במקום סכנה אף שהאשה או העד אין להם סכנה מ"מ שייך לומר כמה דאיקטול כו':

אך מה שהביא הגאון מ"ו ז"ל מדברי הרא"ש בתשוב' לכאורה הוא ראיה ברורה שחולק על הרשב"א והנה תשובה זו לא נמצאת בתשו' שלנו רק בכלל ך"ב כתב וכן עשינו מעשה באשכנז בשעת הגזירות התרנו נשים ע"פ עדות בעלי תשובה וכתבתי ע"ז תשובה גדולה וכתב הב"י ע"ז ואותה תשובה גדולה הנ"ל באה לידי וכתב בה עוד אחר שהמירו לא היה להם עוד עת מלחמה וראה וידע ולא אמר בדדמי וראיה מפרק האשה שלום דאמר רב אידי אשה כלי זיינה עליה אלמא דבמלחמה קטנה דאינה יריאה ואינה בורחת לא אמר' בדדמי עכ"ל ולכאורה ההיא דהרא"ש פליגא על דברי הרשב"א דלעיל דהרשב"א דחה הראיה דאשה כלי זיינה משום דדוקא גבי אשה כיון שאין לה פחד היא מדקדקת היטב לידע משא"כ בעד דלא איכפת ליה בהכי וגם לכאורה קשה על הרא"ש דאין ראיה מהא דאשה כלי זיינה דהתם במלחמה קטנה ולא שייכא סברא דכל הני דאיקטול רק משום דזמנין דמחו לי' בגירא כו' בזה מהני הך דאשה כלי זיינה דכשאין לה פחד מדקדקת היטב עד שיתוודע לה שמת בבירור ולא אמרה בדדמי רק במלחמה לפי שיריאה לעמוד לפי שזורקין חצים ואבני בליסטראות ואין מתכוונים על מי שיפול וכמ"ש התוס' שם

משא"כ בנדון דהרא"ש נהי דפלטינן מחשש' דמחו ליה כו' מ"מ עדיין י"ל כל הני דאיקטול כו' דדוקא באשה אמרי' כיון דרחמ' ליה נטרה עד דחזיי' משא"כ בעד דעלמא אך י"ל דהך סברי כל הני דאיקטול ל"ש אלא במלחמה שהמלכיות מתגרות זו בזו משא"כ בנדון דהרא"ש שלא היה מלחמה רק עם ה' נפלו בחרב מחמת שרצו להעבירם על דת וקידשו ה' ומי שהמיר היה ניצול ואם כן למה יאמר העד כל הני דאיקטול כו' שהרי הוא עצמו ניצול על ידי המרה ושמא גם בעל האשה לא מסר נפשו והחליף דתו ואף על גב דגבי עישנו עלינו הבית כו' אמרינן בדדמי ובאמת הוא ניצול כי היכא דלדידה אתרחיש ניסא כו' ולא אמרינן דמה"ט גופה לא אמרה בדדמי דמימר אמרה בדדמי דמימר אמרה דלמ' כי היכא דלדידי' כו' אלא ודאי קושט' קאמרא אך ז"א דהתם לא סמכה דעתה לומר שמא אירע לו נס אף על גב דלדידי' איתרחיש כיון שאינו טבעי רק דרך מקרה ונס סומכת טפי באומד הדעת שמת ולא תשים אותו על נס וחיה משא"כ בנדון דהרא"ש מה אומד הדעת יש בזה שלא עשה כמותו ולמה יאמר בדדמי שזה בחר לו מות מחיים בעת הגזר' ר"ל רבים חללים עשו ולמה לא יחוש שזה היה כאחד מהם ולכן ליכא בדדמי מחמת כל הני דאיקטול רק דנימא בדדמי דשמא חזי' לי' דמחו בגירא כו' על זה שפיר כתב הרא"ש דדמי להך דאשה כלי זיינה דבכה"ג שאין פחד ל"ח להך בדדמי:

ובזה א"ש דברי הרשב"א גם כן שלא דחה הראיה מהך דאשה כלי זיינה דהתם מלחמה קטנה ל"ש כל הני דאקטול כו' משום דהרשב"א מיירי ממש כנדון דהרא"ש וגם כן ל"ש כל דאיקטול מטעמא דכתיבנא ולכן דחה דגם לענין זמנין דמחו ליה אין מועיל לענין ע"א אע"ג דמועיל באשה גופא דלענין זה ע"א גרע מאשה דהעד לא איכפת ליה אם חי או מת ואינו ממתין אף שאין פחד:

ונראה דגם הרשב"א מודה היכא שהמעיד על דבר ברור שראה ראשו חתוך וכיוצא דליכא לאסתפוקי במידי סגי בהכי דהא אזדא לי' חששא דמחו ליה כו' וגם חששא דכל הני דאיקטול כו' ל"ש מטעמא דכתיבנא וגם י"ל דבשביל דסבר כל הני דאיקטול לא יאמר שראה ראשו חתוך דהא לא חשדינן ליה במשקר רק שאומר בדדמי (ובאשה עצמה שאני שי"ל דמחמת בדדמי מוסיפה שקר גם כן דמה"ט ס"ל להרמב"ם דאשה גופה אינה נאמנת אף במלחמה בקברתיו ובמ"א כתבתי שדעת הרמב"ם ללמוד מהך טעמא ולכן לא הביא רק הך טעמא לחוד) ומ"מ א"א להשוות עפ"ז דעת הרא"ש עם הרשב"א ולומר דהרא"ש מיירי בכה"ג שמעיד בדבר ברור שהרי הרא"ש ראייתו מהך דנפלו עלינו לסטים ומדדמי עד לאשה והרשב"א מחלק ביניהם כמ"ש:

והנה לפי דברי הרשב"א דס"ל דבעד בכל גווני חיישי' לבדדמי אליבא דהרי"ף אף במקום שאין פחד י"ל דגם בעכו"ם מסל"ת דינא הכי דאף שהעכו"ם אין לו פחד מ"מ י"ל דאמר בדדמי וזה נראה דעת גדול א' במרדכי סוף יבמות שכתב בתשובה יהודי הלך בספינה עם עכו"ם כו' ועוד מאן לימא לן דעכו"ם מסל"ת ואומר שמת לא יהא צריך לומר קברתיו דאל"ה אמר בדדמי ואם ראוהו מגוייד אומר נהרג אף על פי שלא נהרג כו' ונראה מה דנקיט ואומר שמת לאו דוקא אלא ר"ל נהרג וכדמיירי התם בעובדא דידיה ונראה טעמו שס"ל כהרשב"א דאף שאין לו פחד אומר בדדמי ולכן התם דמיירי שאמר שראה ההריגה חייש לבדדמי שראוהו מגוייד ואמר שנהרג ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ג סימן ב' שכתב גם כן שט"ס במרדכי מ"ש ואומר שמת והל"ל נהרג וכדיהיב טעמא כו' ומבואר כמ"ש אלא שדוחה דבריו דלא מצינו בפוסקים חילוק זה וכ"ע מודו במזכיר שמו א"צ קברתיו ויחידא' הוא ולפי מ"ש לאו יחידאה הוא בגוונא דמיירי ביה שראה ההריג' וי"ל בדדמי וכמש"ל:

וראיתי בתה"ד סימן רך"ג שכתב וז"ל ומ"ש דהרמב"ם מצריך קברתיו כו' ואפילו אם נפשך לומר דה"נ ראוהו מגויד ואיכא למימר בדדמי מ"מ יש לחלק דהרמב"ם מיירי באותן שראו הטביעה דאמרי טפי בדדמי ועובדא דידן לא ראוהו הנפח בשעת הריגה אלא אחר כך:

אמנם אדוכתא תנינא כו' ועובדא דידן שידע העכו"ם את לעמל לא בעינן קברתיו וכן מוכח בתשובת מור"מ דלענין שהתיר ע"פ עכו"ם מסל"ת אפילו בלא קברתיו כו' ומהר"ם בתרא' הוא ודסמכ' הוא וההוא תשובה שבמרדכי שכתב מאן לימא דעכו"ם מסל"ת לא בעינן קברתיו לאו תשובת מהר"ם הוא שהוזכרו בה גאונים אחרים ובתר אותה תשובה מיד כתב תשובת מור"ם כו' משמע דקמייתא לאו דיליה הוא כו' עכ"ל העתקתי הדברים ללמוד ממנו שאף על פי שבמרדכי שלנו לא הובאה תשובת מהר"ם כלל במרדכי הארוך איתא להך דתשובת מהר"ם אחר תשובת יהודי שהלך בספינה כו' אשר בסוף יבמות וכ"כ שם בתרומת הדשן לעיל מיניה שכתב דע כי בתשובת מיימוני כו' ומבואר שם בארוך יותר מן הלשון שכתב מהרז"ק מן מרדכי הארוך כו' וס"ל דמהר"ם מיקל בזה דלא תלינן מחמת שראוהו מגוייד אומר בדדמי אך צ"ע כיון דמראש דבריו ניכר שאינו היתר בענין רק לפי שהנפח לא ראה ההריגה כי אם אחר כך אבל בראה ההריגה שפיר יש לחוש לבדדמי ואם כן לא היה צריך לדחות האי תשובה דהמרדכי שכתב מאן לימא לן כו' דהא שפיר מצינו לקיים דברי התשובה הלזו משום דמשמע התם שמעיד שראה ההריגה וגם קשה לפי מה שתלה ההיתר בדברי מהר"מ ומהר"ם כתב שאנו תולין שהוא תוך ג'

לפי שראה ההריגה וא"כ הוא סותר למ"ש לעיל שתולה טעם ההיתר לפי שהעכו"ם לא ראה ההריגה (ואם היינו מפרשים דברי מהר"ם כמ"ש הנ"ב דס"ל להקל בספק ג' רק לפי דמיירי שהעיד אחר ג' וכמש"ל א"כ י"ל דבתה"ד לא מיירי בהכי שהעדים הי' ודאי אחר ג' אלא גם העדים הי' ספק ואם כן אין צריך לומר שברור לו לפי שראה ההריגה אבל כבר כתבתי דליתא וכן מצאתי בשו"ת מהראנ"ח סימן שכתב בפירוש דברי מהר"ם כמ"ש שבא להקל אף אם נחמיר בספק ג' ע"ש) ואפשר לומר דאף דמעיקרא בעי למימר דוקא בלא ראה ההריגה וכדמשמע בהרמב"ם מ"מ מייתי במסקנא דברי מהר"ם לומר דמהר"ם ס"ל להקל בכל גונא דאף אם נתלה שראה ההריגה מ"מ לא אמר בדדמי ואף שהפוסקים חולקים על דעת הר"ש והר"ר נתן הסוברים דעכו"ם מסל"ת לא אמר בדדמי היינו לענין מלחמה ממש אבל בגוונא דאיירינן בי' שאין כאן מלחמה רק מחמת שתולין שראה ההריגה אבל הוא היה בלא פחד ויכול לראות במתון מה נעשה בו דל"ח שאומר בדדמי: ולכאורה נראה להכריע בזה כדעת מהר"ם דמשמע מדבריו דאף אם נאמר שהיה אצל ההריגה ל"ח לבדדמי דאם נאמר שזה דומה לראה הטביעה וניחוש לבדדמי דמיתה כמש"ל א"כ אף בע"א יש להחמיר בזה וכמש"ל מדברי הרשב"א שדבריו מורים להחמיר בזה בע"א שראה ההריגה אף במלחמה קטנה דנפלו עלינו לסטים ולפי זה תיקשי דהא משמע בש"ס שמתירין בפשיטות כל שאמר נהרג וכדאיתא במשנה אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג כו' ומבואר שם דאי לאו הכחשה היתה מותרת על ידי עדות מה שנהרג וכן איתא בדף קכ"ב מתוך הדברים נזכר ר"ג שנהרגו הרוגים בתל ארזא והשיא ר"ג נשותיהם ע"פ עד אחד ומשמע שהעד הוא המעיד הראשון שהרי בתר הכי קאמר והוחזקו להיות משיאין עד מפי עד וד"ל דהתם מיירי שלא שאמר שהיה אצל ההריגה רק שמצא ההרוגים והכירם ובכה"ג מיירי מתניתין דאשה אומרת נהרג דזה דחוק דבכה"ג הו"ל לפרושי ועוד דלפ"ז באנו לחוש ספק אחר ג' והרשב"א גופיה מספקא ליה בהא וא"כ נצטרך למצוא דרך רחוק דמיירי באופן שנתברר להם מפי אחרים שהוא תוך ג' וכל זה אינו במשמע אלא פשטת הדברים משמע דמיירי שמעיד שראה ההריגה וכן מוכח לענ"ד ביבמות ך"ה הרגתיו הרגנוהו כו' ואף לפמ"ש קצת תשו' דברוצח עצמו לא אמרי' בדדמי נראה דהיינו ברוצח עכו"ם אבל בישראל האומר כן שמתירין את אשתו משום דפלגינין דבורא שאחר הרגו ופשיטא דלא מפקינן מפשטא לומר שאומר מפי השמועה רק שאנו אומרים שהוא עד וראה שאחר הרגו והיה עם הורגיו ועיין בב"ש ס"ק ך' ומכ"ש לפי מה דאמרינן התם בעובדא דאשת שמעון בן כהן דאמר להם ר' יהודא משם ראיה באומר אני הייתי עם הורגיו (ועיין בס' עזרת נשים שהביא בס"ק צ"ו

דברי הרא"מ בתשובה דגם הרוצח שאומר שהרגו פעמים דאמר בדדמי שחושב שהרגו ולא הרגו וצ"ל קברתיו ואת"ל תיקשי לך ההיא עובדא דקטול אספסתא כו' ת"ל דלא אמר קברתיו י"ל דהתם אי הוי חשבינן לי' מסל"ת היינו חוזרים ושואלין מן העכו"ם היכא הוה עובדא לברר הדבר אם קברו או טלטל אותו כו' אך בשם ס' משפטי צדק כתב שהביא ראיות רבות דהרגתיו א"צ קברתיו ע"ש) ומוכח דאף שראה ההריגה אצ"ל קברתיו ותדע דאל"כ תיקשי לך דהא ידע ההריגה הוה כמו ראה ההריגה כמו בטביעה דאין חילוק בין ראה או ידע וא"כ אף אנו נאמר דמאן דמחמיר בראה הטביעה מבעי קברתיו כל שמעיד שמצא הרוג נימא דבעי קברתיו דוקא דהא מיד שרואה אותו מוטל הרוג בדקירות וחבורות ופצעים יודע שמרי נפש הכהו מכת מות וחושב שמת ושמא באמת לא מת ומה לי שידע ההריגה מפי השמועה או שראה בעצמו שפלוני מושכב הרוג וניחוש דלמא לא קברו או טלטלו ואמר בדדמי ובאמת לפ"ז קשה גם גבי טביעה איך משכחת לה שלא ראה הטביעה שהרי עכשיו הוא יודע מהטביעה שעיניו הרואות שהועלה מן המים ובשלמא לענין בדדמי דצורה שפיר יש לחלק בזה דבעינן' שיהא רואה או יודע שפלוני נטבע אז חוששין שמא אע"פ שנדמה לו שהוא פלוני הנטבע הוא מחמת שדמיונו חזק שזהו שנטבע משא"כ אם לא ידע מה שמוצא עכשיו איש שנטבע מה"ת יאמר שהוא פ' משא"כ לענין בדדמי דמיתה הלא למראה עיניו ישפוט שרואה שהועלה מן המים איש פלוני סובר דמסתמא מת ובאמת לא מת ומה לי שידע מתחילה מהטביעה או שיודע עכשיו ובאמת שהרמב"ן כתב במלחמות וכי יש לחוש לטובע שהשליכו הים שמא חי הוא ונראה כמת (כמו) שיש לחוש במלחמה לסמתרי שיהא צריך לומר וקברתיו להסתלק מספק זה ע"ש אך לפי מ"ש בדעת הריב"ש אליבא דבעהמ"א שכתב דס"ל דאסקוה לקמאי לא הוה כקברתיו וחיישינן לבדדמי דמיתה ולכך מוקי הך דדגלת בלא ראה הטביעה ומה בכך שלא ראה הטביעה מ"מ הרי עכשיו רואה זה הנטבע ויודע שטבע וניחוש שאמר בדדמי ויהיה צריך קברתיו דהא אסקוה לקמאי ל"ה כמו קברתיו וצ"ע כעת:

ודאתאן עלה בענין ראה ההריגה אם צריך שיאמר קברתיו הנה במרדכי איתא תשובת הר"י בר מנחם שאפילו אמר העד בשעת מלחמה ראיתי הרוג כו' והביאו רמ"א והח"מ ס"ג ך"ג כתב לפרש דמחלק בין ראה ההריגה או לא (וכבר כתבתי שחילוק זה צ"ע דגם בלא ראה ההריגה הרי רואהו עכשיו שהוא הרוג ואם ניחוש לבדדמי דמיתה אפשר שאומר בדדמי) והנה לפי חילוק זה אין חילוק בין שעת מלחמה או לא ולא בא המרדכי רק לומר דאם לא ראה ההריגה לא איכפת לן אף אם היה שעת מלחמה (וכבר הארכתי

לעיל דלכאורה אכתי שייך בדדמי דכל הני דאיקטול כו') אבל בהא דאמרינן בדדמי מחמת שראה ההריגה מאי נ"מ שהוא שעת מלחמה או לא רק מחמת הך סברא לפי שאין פחד לעמוד שם שלא בשעת מלחמה וכבר כתבתי שהרשב"א נראה דלא מחלק בהכי לענין עד דעלמא וגם בח"מ מראה מקום לתשובת ר"א בן חיים הובא בק"ע סימן רפ"ט ושם מבואר שמפרש דהמרדכי מיירי באומר שראה ראשו חתוך בדבר שאין בו ספק כלל אבל אם אומר ראיתיו מת מושכב לארץ אין כאן קברתיו ומשמע במהראנ"ח שם שדעתו להחמיר אף במקום שאין פחד לעד שהר' כתב ובפרט היכא שירא לעמוד כו' משמע דאף בל"ז דעתו להחמיר וגם בתשובה שכתב הח"מ בס"ק ק"ח ולא רצה לסמוך על מ"ש מהריב"ל דבמלחמה קטנה לא בעינן קברתיו לפי שכתב דרך אפשר ולא החליט הדבר וגם כתב דאפשר שעושה עצמו מת כדרך הנהרגים מפני אימת הלסטים וכ"פ שמשליכים אותם בחזקת מתים והם חיים עודנה ע"ש ועיין ברמב"ן במלחמות שכתב א"נ זימנין דעייל במלחמה ולא נפיק מינייהו גברא וחזינהו לכולהו דדמ' וקיימו וסברי ודאי מיית ליה ודלמא מטמר נפשיה כענין שנאמר ותחת הרוגים יפולו כו' ע"ש וכיוצא בזה י"ל גם בנפלו עליו לסטים שעושה עצמו מת וכמ"ש הח"מ ולפי חשש זה אין חילוק בין שעת מלחמה או לא ואף שהח"מ שם בנידון דידיה מיירי שהאשה ראתה ההריגה מ"מ כאן ג"כ הרי אנו תולין שהיה עם הורגיו כדי לצאת מספק ג' כמש"ל ועוד דמצד הסברי לכאורה אין מקום לחלק לענין חשש דמחו ליה כו' שהרי אף שלא ראה ההריגה הרי עכשיו עיניו הרואות והביטו אל אשר דקרו הלסטים ונימא שפשט מזה שמחמת דקרות כאלו א"א לחיות וכמש"ל ומ"מ אפשר שיש לחלק בדבר דדוקא בראה ההריגה אז אמרינן כיון שראה שפגעו מרי נפש אמרו לכו ונהרגהו ורואה שהכהו מכת מות נדמה לו שבודאי נגע החצי על לבו במקום שאינו יכול לכוות ולחיות אבל אם לא ראה ההריגה רק מחמת שהוא מושכב לארץ כאבן דומם אף שרואה בו פצעים וחבורות לא ידון רוחו באדם לעולם שהוא מת עד שהוא מטלטלו טלטלה גבר לעיין בו היטב כיון שהוא מכירו ויודעו וא"כ הוי כמו קברתיו וכך מבואר מתה"ד דלעיל דאף באומר סתם ראיתיו מושכב הרוג כיון שלא ראה ההריגה ל"ח דלמא ראוהו מגוייד ואומר בדדמי וא"כ עכ"פ לפום מה דכתיבנא שהלכה רווחת בספק תוך ג' להתיר כדעת המקילין וגם יש צדדים אחרים שאפשר לומר שהיה ברור לו שהוא תוך ג' ולא מחמת שראה ההריגה וא"כ אין אנו צריכין לתלות כלל שהעכו"ם שאמרו בא ונראך פלוני מושכב הרוג ראו ההריגה וכל שא"צ לתלות מה"ת לומר שראו ההריגה ממילא דיש לסמוך על הנך סברות דלעיל דבכה"ג ל"ח לבדדמי ואף לפי דעת הר"י סאגיש אליבא דהרמב"ם א"צ קברתיו

בנ"ד ובפרט שדעת מהריב"ל הובא בק"ע אות מ' דעד מפ"ע אף שאין תולין לומר שקברו מ"מ תולין לומר שהזיזו ממקום למקום דהוי כמו קברתיו ואמנם קרא ערעור ע"ז מן הבאים אחריו ובפרט ממראנ"ח בתשובה כמ"ש בק"ע סימן רפ"א ו סימן רצ"ג:

ומה שסיים בק"ע אבל מקצת הגדולים סומכים בעד מפ"ע להקל בחשש דקברתיו כמו שתמצא למהריב"ל ולדבריו האשה מותרת הנה עיינתי בתשו' מהראנ"ח וראיתי שכתב וז"ל אלא שראיתי גדולי האחרונים שהורו בעד המעיד מפי עכו"ם ולא פי' אם אמר לו קברתיו דתלינן שהעכו"ם אמר לו דברים המספיקים להוציא מחשש קברתיו וכמו שתמצא למהריב"ל בתשובותיו כו' והנה זה ענין אחר הוא שהספק הוא שלא נודע לנו אם הראשון אמר להשני קברתיו אם לא ובזה לא החליט מהראנ"ח הדין ולכן כתב שע"פ סברא זו יש להתיר אבל בידוע שלא אמר הראשון קברתיו רק שנתלה שאף שהזיזו או טלטלו לא סיפר להשני בזה לא זז מסברתו בס' ס"ה והובא בק"ע סימן רפ"א דכל שהשני אמר להדיא שהראשון אמר לו קברתיו או הזזתיו אין לתלות שהראשון הזיזו דמאי אולמי דהאי מהאי וע"ש ב סימן ס"ה שדקדק מדברי הר"ן בתשובה דאף אם לא פירש השני אם אמר לו הראשון שקברו או לא אין תולין לומר שאמר לו שקברו או אפילו לא אמר לו תלינן שקברו דמסתמא לא תלינן בזה וא"כ בנ"ד שהסיפור מבואר שהעכו"ם המסל"ת לא קברו אותו בזה לא קאמר מהראנ"ח:

איברא שמה שכתב מהראנ"ח בשם מהריב"ל בעד המעיד ולא פירש כו' משמע בכה"ג מיקל ליתא דבאמת הוא מקיל אפילו מבואר מתוך עדות השני שהראשון לא א"ל שקברו אמרינן שהזיזו ולכן לא חש לספר זה הפרט כו' כמ"ש בק"ע סימן מ"ב אך עיקר טעמא דמהריב"ל שם מאחר דרוב הפוסקים סוברים דלא בעינן קברתיו כו' ע"ש ובכאן י"ל שראה ההריגה איכא דעות מלבד הרמב"ם דס"ל דבעינן קברתיו אך כבר כתבתי דבאמת א"צ לתלות שראה ההריגה וממילא דלא אמרינן הכי וכמש"ל כמה ראיות מכריחות דמשמע בש"ס דאף שהיה עם הורגיו סגי בלא קברתיו וכן מוכח לענ"ד בתוספתא סוף יבמות אבא יודן איש ציידן אומר מעשה בגוי וישראל כו' וספדתיו וקברתיו ובא מעשה כו' אמר רשב"ג מעשה בקולר של בני אדם שהלכו לאנטוכי' בחזירתן אמרו נהרג ממנו איש פלוני יהודי ובא מעשה לפני חכמים והשיאו את אשתו עכ"ל הרי דברישא נקט קברתיו ובסיפא דעובדא דרשב"ג לא הזכירו וקברתיו משמע דנקט הדברים כהווייתן וס"ל דכל שאמר נהרג איש פלוני בלא קברתיו סגי ואף דמשמע דהתם במלחמה מירי ובמלחמה ס"ל להרי"ף דקברתיו בעינן יש ללמוד מזה כמ"ש במרדכי דאם אמר בסוף המלחמה מצאתי הרוג כו' וכוון שאמרו סתם יש לפרש דלא נהרג במלחמה וצ"ע על

מ"ד דנהרג סתם בשעת מלחמה הוי כאומר נהרג במלחמה ואפשר דמפרש דשלא בשעת מלחמה הוי או שהם לא הלכו למלחמה רק לקנות שלל וכיוצא (ובש"ס דידן מייתי הך עובדא דאנטוכי' בלשון אחר (וא"ש לשיטת הרמב"ם ג"כ אליבא דהר"ן וה"ה דס"ל דמזכיר שמו א"צ קברתיו והכא קאמר איש פלוני יהודי ולשאר השיטות צ"ע:

ובש"ס דידן מייתי הך עובדא דאנטוכי' בלשון אחר ע"ש וגם יש לצרף לזה דעת הפוסקים שהביא המרדכי שכתבו וסברת הלב הוא דלא שייכא אותה בעי' דע"א במלחמה כ"א בישראל המתכוון להעיד י"ל שבשעת מלחמה נתן לבו להתיר על הנדמה דבר ההוה להיות (כצ"ל וכ"ה בהגמיי' ע"ש) אבל גוי שמספר לפ"ת ואינו שם כוונתו לשום דבר אינו אומר אחר הנדמה כ"א כאשר ראה כו' ע"ש ונראה שהם מפרשים האבעי' בלא קברתיו רק דחיישינן שהעד אומר בדדמי והיינו משום דמימר אמר כל הני דאיקטול איהו פליט או זמנין דמחו ליה כו' ולכך אע"פ שהוא אומר מת סתם ולשון זה מורה שראה אותו בפניו וידע שמת ממש י"ל שמחמת אומדן הדעת שכן הוא דבר ההוה להיות אומר כן בסתם משא"כ במסל"ת אבל במסל"ת כשאומר מת סתם שמשמעות הלשון הוא שראה בפניו וידע בו שמת לא אמרינן דאמר בדדמי אבל למאי דמפרש הרי"ף האבעי' בקברתיו דשמא העד משקר ונתפשטה לקולא ובלא קברתיו לא איבעיא לן דודאי יש לחוש לבדדמי ואפילו בב' עדים ע"כ דאיכא חשש בדדמי שאף שראה אותו מת חיישינן שמא לא מת ממש וכגוונא שכתב הרמב"ן דחזינהו דדמי וקיימי כו' וזמנין דמטמר נפשיה בענין ותחת הרוגים יפולו דאל"כ בשני עדים אין לומר שמעידין על דבר ההוה ורגיל ולכן צריך דוקא קברתיו או טלטל והזזה א"כ אין לחלק בין מסל"ת לשאר עדים דגם במסל"ת יש חשש בדדמי בכה"ג דמחמת שראה בפניו ונדמה לו שמת ובאמת לא מת ובאמת דהנך עובדי דאמרינן מעשה בששים ב"א שהלכו לכרקום כו' הכי משמע דהא דנקט וקברתים ולהרמב"ם החילוק בין הנך עובדי דשכיב חיוואי לפי שמזכיר שמו אבל לשיטת הפוסקים שבמרדכי מה חילוק יש בין מזכיר שמו או לא ולדידהו צ"ל דמה דנקט וקברתים הוא לאו דוקא דהא גבי הא דאבא יודן מעשה בגוי וישראל שהיו מהלכין בדרך כו' משמע דלאו שעת מלחמה הוה ואפ"ה נקט קברתיו ודחיקה להו סברת הרמב"ם דאף בלא מלחמה צריך קברתיו דמסל"ת שאינו מזכיר שמו גרע וקצת מסייע להו לשון התוספתא שהבאתי דקאמר נהרג ממנו איש פ' יהודי דקצת משמע שהיא בעת המלחמה ולכך אמרו נהרג ממנו כו' ואפ"ה לא הוזכר קברתיו משום דמסל"ת א"צ קברתיו ולהחולקים צ"ל דלא היה בשעת מלחמה וא"ש גם להרמב"ם כיון דמזכיר שמו וכמש"ל ונראה דאע"ג דבד"מ כתב שחולקים על דין זה וס"ל דבמלחמה גם מסל"ת צריך

קברתיו מ"מ כתב מהריב"ל דבתרתי לטיבותא שהוא עד מפ"ע ומסל"ת יש להקל עיין בק"ע סעיף מ"ח ומכ"ש כאן דלאו מלחמה הוא כלל ואף שכתב המרדכי והגמ"י דהר"ש והר"נ גמגמו לומר דבמסל"ת לא מהני ט"ע וכאן אם נימא שלא ראו ההריגה לא היה להם רק הכרה בט"ע כבר הסכימו כל הפוסקים שאין לחוש לזה וכמ"ש הב"ש ס"ק ט"ו: ועוד יש לצדד ולומר דבנ"ד א"צ קברתיו אף להרמב"ם דס"ל במסל"ת דעלמא צריך קברתיו ע"פ מ"ש מהר"מ שמה שאמר העכו"ם אני הייתי לוקח ליטרא ומביא אותו בעגלה של כו' דזה אלים טפי ממסל"ת מת או נהרג דלא עביד לגלויי כולי האי ואינו בהכחשה והזמה בקל אם הוא משקר ואפ"ה מהימן כ"ש בנדון זה דעביד לגלוי לאלתר ומרתת שמא ימצא מוכחש אם יאמרו לו אחרי שאתה יודע מקומו הראה לנו וניתן לך ליטרא כו' ע"ש ולפ"ז י"ל דגם בנ"ד שסיפר העכו"ם שאמרו לו עכו"ם שבכפר בא ונראך שהוא מוטל ביער הרוג זה הוי הוכחה שידעו שמת בודאי שטלטלוהו והזיזו אותו שאל"כ מה להם להכניס עצמם לומר בא ונראך ולסמוך על הדמיון שמא דמיונם כוזב ונמצאו בדאים ומוכחשים ואף שבאשה חוששין שאומרת בדדמי אע"פ שע"פ דבריה הוא נשאת ומכנסת עצמה לחומר שהחמירו חז"ל באשה אמרינן טפי בדדמי מתוך שחפיצה להיות מותרת להנשא דמיונה כוזב לה יותר משא"כ בע"א דכמה ס"ל דלא אמרינן בעד בדדמי כלל אף דבאשה אמרינן והלכך בנ"ד לולי שידעו בבירור לא היו אומרים בטח שיראהו המקום אשר נפל שדוד ומושב שמה כיון שנפשם יודעת שסמכו על הדמיון לבד וכבר כתבתי לעיל דהך דהכא הוי כמעייל נפשיה לאכרוזי שלדעת הריטב"א אליבא דהרמב"ם א"צ בזה קברתיו:

ומצאתי בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סימן שכתב שם וז"ל ועדיין יש לבע"ד לחלוק שראוי לחוש לשיטת הריטב"א כו' ונראה דאפי' שיטה זו כיון שאמר מסל"ת היהודי שהוא משרת כו' שהרגו אותו הערביים הוא מושלך בגזירה בכפר זפית שלא בא להודיעם הריגתו אלא מקום שהוא מושלך שמה והיינו לומר שילכו בכפר זפית ושמה ימצאהו ולא מעייל נפשי בהכין אי לאו דקים ליה דשכיבי ועדיפא הך טפי מהכרזה וכיוצא בזה כתב מהר"מ דהך סהדותא אלים טפי משאר מסל"ת דמרתת אם יצא מוכחש כו' ע"ש ושמחתי כמוצא שלל רב ואע"פ דמדייק שלא בא להודיעם הריגתו כו' ובנ"ד נראה שבאו להודיעו גוף ההריגה מ"מ ליכא לפלוגי בהכי דסוף סוף נתכוונו ג"כ להראות מקום שהוא מושלך שמה וכההיא דמהר"מ:

איברא שיש מקום לחלק בין נ"ד למהר"מ דלכאורה קשה בנידון דמהר"מ שכתב דאלים טפי לפי שיהיה מוחזק כפרן במה שאמר שמוטל במקום פלוני והייתי לוקח ליטרא כו'

דמאי אולמא משאר מסל"ת ואי משום דמרתת שיהיה נתפס בשקרו הא מצי לאשתמוטי בפשיטות שביני וביני כלבים וחיות השדה אכלוהו או גררוהו וצ"ל דלא ניחא ליה בהכי דמ"מ לא נפיק מחשד שיאמרו הרוצה לשקר ירחק עדותו ועינו נתן בממון שרצה לרמות אותם ליקח ליטרא ולומר אח"כ אמתלאות וסיבות שלא הביאו ולכן מרתת משא"כ בנ"ד שדרך שיחה בעלמא ספרו לעכו"ם זה שפיר אומרים על הדמיון ואם ילך אתם ולא ימצא מה איכפת להו ולזה יענו כבר אכלוהו או גררוהו חיתו יער:

אך באמת נראה שא"א לומר בנדון דמהר"מ שמרתת שיחשדוהו שאומר בשביל שיתנו לו הליטרא דאם איתא שיש סברא לומר שמעלה על דעתו שהם יתנו לו הליטרא קודם הבאתו ולכן חושש שיחשדוהו וכמ"ש אם כן למה הוי מסל"ת ניחוש דשמא אמר כן שחשב בדעתו שיוציא מהם ליטרא אלא ע"כ כמו שכתב מהר"מ שם דליכא למיחש לזה שאם לא יביאנו לא יתנו לו הליטרא וע"כ לומר שגם העכו"ם יודע כן ואינו מעלה על דעתו כלל שיתנו לו קודם ומה שאמר ואני הייתי לוקח ליטרא ר"ל שהיה לוקח שכר ההבאה ליטרא ומ"מ יודע שהשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כשיביאנו א"כ גם זה אינו רק כמו דרך שיחה דהא ליכא למימר שיהא חשוד אממונא ואפ"ה כתב מהר"מ דמרתת שיהיה מוכחש וע"כ דס"ל למהר"ם דלא ניחא ליה לאשתמוטי דאכלוהו וגררוהו ואם כן ה"ה בנ"ד י"ל דבכה"ג ל"ח לבדדמי שיהא צריך קברתיו דזה עדיף ממסל"ת דעלמא כיון דאמרי תא ואחוי לך וכיון שדעת הרבה פוסקים דס"ל דבע"א א"צ קברתיו אף במלחמה וה"ה במסל"ת ובלא מלחמה רבו החולקים על הרמב"ם דמצריך במסל"ת קברתיו וגם לפי התירוצים שכתבו לשיטת הרמב"ם ביארנו שאין חשש בנ"ד וגם חזי לאצטרופי הנך סברות שכתבנו ויש בזה די להקל בנ"ד אף שהלשון מורה שלא קברו מ"מ סגי בכה"ג אליבא דכ"ע לצאת מחשש בדדמי בזה:

והנה כבר בררנו למעלה שאין לחוש בנ"ד לספק תוך ג' ונראה עוד לצדד בזה דאף המחמירים יודו בנ"ד דאפשר לומר בטעם המחמירים דאף דל"ה רק חששא דנתפס והוא חששה דרבנן מ"מ כיון דעיקר טעמא דעד אחד מהימן משום מלתא דעל"ג לא משקרי אינשי ובספק תוך ג' אין כאן מלתא דעל"ג דהא העד מצי לאשתמוטי ולומר דשמא היה אחר ג' ולכן נכזבתי בדמיוני ולפ"ז כ"ז בע"א אבל במסל"ת דטעמא דסמכינן אמסל"ת דודאי לא משקר אם כן יש להקל בספק תוך ג' שהוא חשש דרבנן ולפי זה יצא דבשני עדים דלא בעינן מלתא דעל"ג שרי בספק תוך ג' אך אחר העיון ז"א דהא מקלינן גם בעד מפי עד ולא אמרינן דלא הוה מלתא דעל"ג שיתלה השקר בעד הראשון שלא בא לפנינו כלל אלא ודאי דלא ניחא ליה לומר שקר אפילו עד מפי עד כי הן לא יאמינו באמתלאות

אלו ויחשדוהו שהוא הממציא השקר ולכן גם בספק תוך ג' כיון דרגילות הוא שלא יהיה נתפח כ"כ עד שלא יהיה ניכר והוא יצטרך לומר דמחמת שעברו עליו ג"י נשתנה צורתו וטעה בו לא ניחא ליה בהכי ולא נפיק מכלל מלתא דעל"ג אלא ע"כ דטעם המחמירין לאו משום דלא הוה על"ג אתי עלה רק מטעם חשש נתפח עצמו תדע דאם כן להמחמירין משום דגרסי במתני' אין מעידין אלא עד ג"י תפשוט מינה דטעמא משום מלתא דעל"ג הוא דאל"כ למה נחמיר בספק ג' אלא ודאי כמ"ש דהמחמירין לאו מה"ט אתו עלה וגוף הענין דמלתא דעל"ג הדברים ארוכים במקומם וגם מ"ש בטעם המקילין משום דמוקמינן אחזקת חי ובדברי הט"ז סימן שצ"ז הארכתי בתשו' אחרת בעזה"י והלום ראיתי בשו"ת נ"ב סימן ל"א עוד קולא בזה בענין ספק תוך ג' ע"פ מ"ש הט"ז שם דטעם המחמירין אע"פ שיש לנו לומר דאוקמי בחזקת חי משום דאית לן למיזל בתר שעת מציאה כיון דהאדם מעותד למות וזה שייך דוקא במיתה אבל במצאוהו הרוג דאטו סוף האדם להיות נהרג הרי אינו רק מקרה ואם כן יש לנו לומר השתא הוא דנהרג ולא קודם ע"ש וכ"כ ב סימן נ"ב ע"ש ובסברא זו יש ליישב מה שהבאתי לעיל מתשובת הרשב"א סימן תקצ"ז שנראה מדבריו בפשיטות להתיר בספק תוך ג' ובחידושיו העלה בצ"ע ולפי דברי הנ"ב י"ל דהתם דמיירי בהרוג שפיר מודה הרשב"א שיש להקל בזה אך מסתימת דבריו נראה דלאו מה"ט אתי עלה:

אמנם הב"ש תירץ קושית הט"ז באופן אחר וכתב בס"ק פ"ד דמוקמינן לראובן בעלה של אשה זו בחזקת חי וזה הנמצא אף על פי שנדמה שהוא ראובן אינו כן אלא איש אחר שמת קודם ג' ונשתנה וכיון דלא ידעינן אותו לא שייך לומר דמוקמי' אחזקתי' והנ"ב בתשובה הנ"ל כתב שותא דמר לא ידעינן ומה חזקת חיים יש לראובן יותר מאיש אחר מן החיים כו' ומה שלא ידעינן ליה כיון שעכ"פ חי היה קודם שמת יש לו חזקת חיים דעדיין הוא חי כו' ע"ש עכ"ד ולענ"ד דברי הב"ש נכונים דודאי על איש ידוע לנו שראינוהו חי שפיר שייך לומר דאוקמיה בחזקת חי וכאותה שאמרו השולח גט ממדינת הים כו' והיינו הך דאמרינן בתוספתא שהביא שם דמודים חכמים בראהו חי מבערב אבל בנמצא מת לא שייך לומר תן לו חזקת חי שהרי רבו כמו רבו המתים במיתה טבעיות ואין לך יום שאין בו שלטון למות ולפני שלשה ימים גם כן שודאי מתו הרבה אנשים ולמה תתל' זה הנמצא שהיה חי עד עתה ועכשיו מת שמא הוא מן המתים שכבר מתו מיתות עולם שהרי א"א להכחיש המוחש שבודאי מתו הרבה אנשים קודם ג' ימים וזה המת שמצאנו אנו מסופקים אם הוא מהמתים שמתו קודם ג' או אחר ג' ול"ש בזה חזקת חי כלל ואם נאמר שזה טעם המחמירין כמ"ש הב"ש וכאשר הסברתי דבריו גם כן יש מקום לחלק

בין מת להרוג דבשלמא בנמצא מת ויש ספק תוך ג' שפיר ס"ל להחמיר מטעם שכתבתי אבל בנהרג דודאי לא שכיחי רוצחים אשר רבים חללים הפילו שנאמר שמא הרוג זה הוא מזמן כביר וכיון שמקר' בעלמא הוא שפיר י"ל שאם תאמר החמיר משום דמוקמינן בעל האשה בחזקת חי אני אומר תן לאותו אדם שאתה אומר שהוא ההרוג חזקת חי דהא ל"ש לאסתפוקי שמא הוא מהרוגים המוטלים זמן כביר כיון שלא נשמע קול הריגה כלל ולכן אנו אומרים הרוג זה יהיה מי שיהיה עכ"פ היה לו חזקת חיים והיה חי עד עתה ועכשיו נהרג והוא תוך ג' ואם כן ההכרה טובה לנו ומועלת שהוא ראובן בעל אשה זו:
ולכאורה יש לעיין בזה דלו יונח שאין לאסור ודאי מטעם חזקת חי של ראובן בעל האשה כיון שא"ת אחר הוא ג"כ אתה מוציאו מחזקת חי מ"מ מידי ספיקא לא נפקא שאף ע"פ שמחמת שאתה נותן להרוג זה חזקת חי אתה רוצה לומר שמת תוך ג' מ"מ הרי זה סותר לחזקת חי של בעל האשה שיש לנו לומר שעודנו חי ואם כן אוקי חזקה נגד חזקה ספיקא הוי ואדרבא לכאורה הך חזקה אלימא טפי שאנו אומרים שעדיין חי לאפוקי הך חזקת חי שאנו דנין במת הרי על כל פנים יצא מחזקתו אלא שאתה אומר השתא הוא דאיתרע חזקתי' ולא אלימא כולי האי וכן משמע בסוף סימן ע"ג לענין הגבינות שכתב בשם רשב"ם להתיר משום דאמרי' עכשיו הוא דנטרפה וכתב ע"ז מ"מ תימא הוא דהיכן מצינו שיאמר העמד בהמה על חזקתי' היכא שעתה אין החזקה קיימת דהא עכשיו נמצאת טרפה ודאי דהא בספק נגע כו' מטעם חזקה דהשתא נמי יכול להיות טהור כן נשחטה בחזקת היתר או בהמה בחיים בחזקת איסור כולם יכולים להיות גם עכשיו מיהו אשכחן גבי מקוה שנמדד כו' וכן גבי בוגרות כו' וכן בריש נדה שמאי אומר דיה שעתה דהעמידה על חזקתה ועד עכשיו לא ראתה כו' עכ"ל עכ"פ מבואר דחזקה שאנו אומרים שגם עכשיו כן הוא אלימא טפי אך נלענ"ד דודאי כשנמצא מת לפנינו שאין ידוע מי הוא עכ"פ נולד לנו ספק שמא אחר הוא מאותן אנשים שאינן לפנינו בכאן וגם ראובן בעל האשה נכנס בספק הזה שהרי א"א להוציאו מן הכלל ולומר תן לו חזקת חי שהרי גם האחר שתאמר עליו שהוא המת היה לו חזקה זו וכיון שע"כ א' יצא מכלל חזקת חי כל אותן שאינן לפנינו נוכל לומר עליו שמא זה הוא ואין חזקת חי סותר ספק הלז משא"כ חזקה זו שאנו אומרים שמת הזה היה חי עד עכשיו ועכשיו הוא שמת אין שום סתירה לחזקה זו והיא מבררת לנו הספק שנסתפקנו על המת הלז מי הוא והכרת פניו ענתה בו שהוא ראובן בעל האשה ושפיר אזלינן בתרה להתיר האשה על ידי זה:
איברא דאכתי לא פלטינן מעיונא ודקדוקה דהא ודאי אם ראובן שלח גט לאשתו והלך לו אף שנמצא מת או הרוג א' ואין ידוע מי הוא לא משגחינן למיחת לספיקא שמא

הרוג זה הוא ראובן בעל האשה ושרינן לתת הגט בחזקת שראובן קיים והיינו ע"כ משום דאמרינן שהמת הזה הוא אחד מרוב' דעלמא וראובן לא יצא מחזקתו שהוא קיים ואף על פי שגם ראובן הוא גם כן א' מרובא דעלמא מ"מ כשאתה בא לחוש על המת הזה לומר שהוא ראובן הרי אתה מפרישו ומוציאו מן הרוב וכשהוא לעצמו הוא מיעוט נגד הרוב והלכך מציאת המת הזה אינה מקלקלת כלל חזקת חי של האנשים שאינם נמצאים לפנינו וכל אחד מוקמינן אחזקתי' ואם כן אף שזה יש לו פרצוף שנראה שהוא ראובן ניחוש דלמא אחר הוא ואי משום חזקה דהשתא מת הרי סותר חזקת חי דראובן ואוקי חזקה בהדי חזקה וצ"ל דודאי בסתמא כשאין כאן חזקה אחרת ודאי חזקת חי דראובן קיימת הוא ואין נסתר מחמת שנמצא מת אחד ואמרינן אחר הוא ואף שגם האחר יש לו חזקת אמרינן דהוא מרובא דעלמא משא"כ כשנמצא מת בפרצוף ראובן שפיר אמרינן דהוא ראובן מחמת חזקה דהשתא מת ואין זה חזקה המנגדת חזקה דהך חזקה דאזלינן בתרה אינה רק מבררת מי הוא מרובא דעלמא שיצא מחזקתו שהיה חי שהרי ע"כ אחד יצא מחזקתו וכיון דגם ראובן בכלל רובא דעלמא הוא חזקה זו לברר קאתיא שהוא האיש שיצא מחזקתו ואי משום המתנגדת חזקת חי דראובן הרי חזקת חי דראובן מתנגד לחזקת חי דאחר אם תאמר שאחר היא וכיון שגוף הספק אם ראובן או שמעון אין כאן חזקה לראובן יותר שפיר מועלת חזקה זו לברר שראובן הוא ומסייע לחזקת חי של רובא דעלמא שלא נפקד מהם איש וכה"ג כתב הפ"י בקידושין לענין הא דע"א נאמן במקום רוב טרפות ומיעוט כשרות אע"ג דבאתחזק איסורא א"נ ורוב עדיף מחזקה משום שהעד אינו רק מברר המיעוט מתוך הרוב דהא עכ"פ מיעוט דהיתר נמי איכא ואף שהוא ענין אחר מ"מ מסייע להך סברא דכתיבנא:

וראיתי בספר שב שמעתא להגאון בעל קצה"ח שמעתא ז' פ' ך"א שהביא דברי הנ"ב דלעיל וכתב ע"ז ולדידי לק"מ דאפילו היכא שהחזקות מתנגדת אוקי כל חד אחזקתי' כמבואר בב' שבילין דמוקמינן כל חד בחזקת טהרה ושניהם טהורין וכן ב' כיתי עדים המכחישים כל כת באה בפ"ע ומעידה אף על גב דחזקת כשרות מנגדות של זו לזו ואם כן ה"ה הכא לא נפיק ראובן מחזקת חי דידי' בשביל האחר שיש לו גם כן חזקת חי ובפרט דאותו אחר שאנו אומרים שמת אינו לפנינו ואין אנו דנין עליו כו' ע"ש ואני אומר שהדין בזה עם הנ"ב ז"ל דודאי הפרש גדול יש בין הך דב' שבילין להך דהכא דודאי בשני שבילין שפיר מוקמינן לכ"א בחזקת טהרה דידיה ורואין את האחר כאלו אינו ואם אתה בא לסתור חזקתו של זה מחמת שאם אתה מקיימה יסתור חזקת חבירו לא איכפת לן בהכי ואין דנין את האדם אלא באשר הוא ומי מכריחנו לדין עמו על חזקת חבירו

אם היא קיימת או נסתרה משא"כ בנ"ד כבר ביארתי דאפילו אם נמצא הרוג ואין ידוע מי הוא לא מפיק מחזקת חי של שום אדם ואם אחד שלח גט הא ודאי שנותנין בחזקת שהוא קיים ולא איכפת לן במת או הרוג הנמצא שאנו אומרים שזהו מרובא דעלמא ואין כאן התחלה כלל לסתור על ידי מציאת מת הזה חזקת חיות של זה אך אנן קיימינן שזה הנמצא הכרת פניו ענתה שהוא ראובן וא"כ איך תאמר שראובן עדיין חי הרי מת לפניך וע"כ אם אנו רוצים להעמיד חזקת חיים של זה על עמדו אנו צריכין להעזר על ידי שנאמר שאחר הוא שנסתר חזקת חיותו ולולי זאת אין קיום לחזקת חי של ראובן מחמת המוחש לפנינו וזה לא אמרינן לחזק מוסדות חזקתו של זה על ידי סתירת חזקתו של האחר אבל בב' שבילין אדרבה חזקת טהרה של זה היא כראי מוצק מצד עצמו אין סותרין אותה לקיים חזקת טהרה של חבירו וכללא הוא דלא אמרינן להוציא מחזקה של זה מחמת חזקה של זה ולכן לא אמרינן להחזיק חזקה של זה ע"י סתירת חזקה של זה: ונראה ברור דאף לפמ"ש התוס' בפסחים בב' שבילין ובאו לשאול בב"א דטמאין אינו רק מדרבנן דמדאורייתא מוקמינן אחזקה אף בכה"ג היינו משום דאין הוראות דינו של זה קשור בהוראת דין חבירו ואין התחברות לחזקות המנגדות רק מחמת השאלה ששאלו בב"א וכיון שאפשר לפסוק דינו של זה והס שלא להזכיר שם חבירו כלל אין כאן חומר רק מדרבנן דכיון שההוראה לשניהם כאחד אם יפסוק ששניהם טהורים נראה כמשפט מעוקל ועי' במ"ל פרק י"ט מהל' אה"ט משא"כ היכא שהוראת הדין לילך בתר חזקה אין לו מקום כי אם אחר שנצרף לזה ספק של חבירו וצריך לסתור חזקתו ל"ש לומר שהוא ישאר בחזקת טהרתו סתירת חזקת חבירו ובזה נלענ"ד ליישב קושיי' אא"ז מהרש"א ז"ל בתוס' חולין דף ח' דלא ילפינן מסוטה אלא דבר שאפשר להיות משא"כ דהך דב' נזירין שדבר שא"א להיות שניהם טמאים בודאי ע"ש ובריש נדה ותמה מהרש"א דא"כ שוב גם ברה"י נוקמא בחזקת טהרה כמו ברה"ר ובת"י ריש נדה הרגישו ג"כ בזה ובקו' כללי החזקה אשר לי הבאתי דברי אא"ז מהר"ם מלובלין שם שכתב דנהי דלא גמרינן מסוטה לטמא ודאי מ"מ יש לטמא מספק ופירשתי דבריו ע"פ מ"ש התוס' בנדה דילפינן מסוטה דטמאה ודאי אע"ג דחזקה שאין טמאה ודאי נמצא ששני דברים למדנו מסוטה חדא דלא אזלינן בתר חזקה ואידך דכיון דלא אזלינן בתר חזקה מטמאין בודאי וא"כ נהי דלענין זה דלטמאות ודאי לא ילפינן לפי שהוא דבר שא"א להיות מ"מ לענין זה שיהיה ספק ולא ניזל בתר חזקה שפיר ילפינן מסוטה דהא זה אפשר להיות משא"כ לענין טומאה דמעל"ע שפיר כתבו התוס' דלא ילפינן מסוטה שאין בה טומאה למפרע כל עיקר ולכן לענין למפרע מוקמינן אחזקה אך לפי מה דכתיבנא א"ש דברי התוס' בפשיטות משום

דלכאורה קשה לפמ"ש התוס' דבר"ה מוקמינן אחזקת טהרה ולכך פריך תרי והך דקאי גבייהו הו"ל תלתא והו"ל ס"ט בר"ה ומאי קושיא כיון דא"א לטהר רק מחמת דגם חבירו קאי התם וכך הוא צריך להודיע לב"ד בכדי לעשות ר"ה וא"כ הו"ל כבא לשאול עליו ועל חבירו וכמבואר בכתובות ד"ז גבי מחבואה ע"ש בדברי רש"י ותוס' שם אך באמת ז"א דהך דבא לשאול עליו ועל חבירו טעמא משום דכבת אחת דמי והא דמטמאינן בב"א אינו רק מדרבנן לחומרא אבל לא להביא קרבן טומאה אך לפמ"ש דדוקא היכא שיכול לישאל בזאח"ז שאין הוראתו קשורה בחבירו אז אף שהשאלה בב"א אין טמאין רק מדרבנן משא"כ אם ההוראה לטהר הוא קשור בחבירו הו"ל זקות המתנגדות א"כ גם בזה דלולי חבירו אין כאן ר"ה ואין מקום להורות טהרה וא"כ כשבא להורות היתר על ידי צירוף חבירו הרי חזקת טהרה שלו מנגדת ולכן צריך להביא ג"כ קרבן טומאה וא"כ מאי פריך תרי והאי דקאי גבייהו כו' וצ"ל דבגוונא דהתם שפיר מיקרי חזקת טהרה שאין הוראה זו קשורה בחבירו דאף שכדי לטהרו הוא מוכרח לצרף אחרים לומר כי ברבים היו עמו מ"מ אין הכרח שיש כאן ספק על האחרים כלל דשמא אינם נזירין או שהיה נזיר טמא או נכרי וכדומה דלענין ר"ה כל בי תלתא הוי ר"ה יהיה מה שיהיה ומ"ש אין נ"מ בהם אם נטמאו או לא ואין שייכות להעמידם בחזקת טהרה כיון שא"צ לעיין בדינם כלל ולכן שפיר פריך דנוקמי לכ"א אחזקת טהרה לפי שאין הוראת האחד קשור בספק של חבירו שאין אנו צריכין לצרף חבירו רק שיהיה ר"ה על ידו אבל לא לדון בו אם טמא או טהור משא"כ למאי דמתרץ ראיתי טומאה שנזרקה והוי ס"ט ברה"י ומצד שאלת עצמו אם היה נ"מ בהאחר אם טמא אם טהור אז היה ודאי טמא כדין כל ספק ברה"י ומה שאנו מוציאין אותו מכלל הזה היינו לפי שגם השני נזיר וצריכין אנו לידע בו ג"כ אם טמא או טהור ואין ללמוד מסוטה לטמאות שניהם ודאי וא"כ עכ"פ ליכא לאוקמי אחזקת טהרה שהרי אם נרצה להורות לו טהרה הוא מחמת שקשור עמו שאלות חבירו ובכה"ג חזקות המתנגדות מיקרי ולכן שפיר מביאין קרבן טומאה ג"כ מדאורייתא וזה ברור. ועפ"י מ"ש נתיישב טפי אותה סברא שכתבתי לחלק בין מת לנהרג דמת י"ל שמא א' ממתי עולם שכבר מתו מן החיים זה כביר ולכן שפיר י"ל דמוקמינן לראובן בעל האשה בחזקת חי דאין התנגדות לזה מחזקת חי שהי' לזה המת כיון שאפשר לומר שמת זה כביר ואין שייך לדון בו ובחזקת חיותו כלל משא"כ בנהרג כיון שע"כ זה מקרוב שנהרג וא"כ נופל עליו ג"כ חקירה זו אם יצא מחזקת חי או לא והוי חזקות מתנגדות אך אפשר דלפמ"ש בב' נזירין בס"ט בר"ה כיון שאין נ"מ לדינא בזה שיצטרך עמו להיות ר"ה שפיר שייך

חזקת טהרה א"כ י"ל דגם בנהרג כיון די"ל דאחר הוא שאין ידוע לנו לדון עליו כלל לא איכפת לן בחזקת חי דידיה ויש קצת לחלק בדבר וקצרתי:

והנה בנה"כ השיג על הט"ז וכתב דבהך דספק ג' טעמא משום דאיכא נמי חזקת א"א והסכים לדבריו אא"ז בס' בכ"ש במ"ק דף י"ט וכן הגאון בנ"ב בסוף מה"ט אתי עלה ע"ש ולפ"ז אין מקום חילוק בין מת או נהרג ולענ"ד י"ל דשפיר אית לן למימר בטעמא דהנך דשרי תוך ג"י משום דמוקמינן ההורג בחזקת חי והשתא הוא דמת ואע"ג דבעל האשה היה לו חזקת חי מ"מ החי מת לפניך ואתה בא לדחות המוחש דשמא אחר הוא הרי החזקה דהשתא מת מורה לנו שהוא הוא ולא אחר ואם נפשך לומר דאיכא נגדה חזקת א"א שיש לאשה זו ע"ז י"ל דאין אנו דנין אלא על המת הזה שבו נולד הספק ואנו חפצים לדעת אם הוא ראובן או איש אחר וע"י החזקה איתחזק לנו שהמת הזה הוא ראובן וממילא אתתא שרי' ואין לנו לומר אדרבא העמד אשה על חזקתה ואימור לא מת בעלה וזה המת הוא קודם ג"י ונשתנה דכיון שהספק לא נולד באשה רק במת אית לן למיזל בתר חזקת המת וכן מוכח בריש נדה דאמרינן העמד טבל על חזקתו ואימור לא נתרם ופריך אדרבא העמד יין על חזקתו ואימור לא החמיץ ולכאורה תימא דנהי די"ל העמד יין אית לן למימר אוקי חזקה נגד חזקה וספיקא הוי וכן הקשה המהרש"א שם ולפי מ"ש א"ש דכיון דהספק נולד לנו ביין מחמת שהחמיץ אזלינן בתר חזקה שיש לנו ביין זה וממילא דאמרינן דהטבל תרום כהוגן:

איברא שבקו' כללי החזקה כתבתי ליישב קושית מהרש"א משום דכל כמה שלא נמצא חומץ ל"ש לומר העמד טבל נגד העמד יין שהרי נעשה מעשה בטבל זה לסלק מעליו חזקת הטבל ובהפרשה זו ליכא ריעותא והלכך אם נשפך החביות ולא נתברר לנו אם החמיץ או לא שפיר הוה תרומה ודאית רק מחמת שנמצא חומץ לפנינו אין זה מגרע חזקת היין דאמרינן השתא הוא דהחמיץ א"כ שפיר אמרינן העמד יין על חזקתו א ספק אין כאן מחמת חזקת טבל כיון שנעשה מעשה בטבל זה לסלק חזקתו וחזקת היין לא נגרע כחו דהשתא הוא דהחמיץ וע"ז משני הרי החמיץ לפניך ור"ל דהחמיץ ואתאי כמ"ש התוס' לחלק בין נגע למקוה דבמקוה דאיכא למימר חסר ואתאי הורע כחו מחמת החסרון שלפניך וא"כ גם חזקת היין הורע כחו ואיכא תר"ל דהוה ספק אליבא דר"ש כמו במקוה והבאתי ראיה דהא כל חזקה מנגע ילפינן ותיקשי מאי חזית דאזלת בתר חזקה דנגע נימא אוקי הבית בחזקת טהרה וע"כ דז"א דכיון דכנגע נראה בבית שוב נסתלק חזקת טהרה דהבית שהרי נגע לפניך ולא נפל ריעותא בנגע זו רק היכא שלבסוף חסר הנגע שייך לאקשויי כה"ג וזה באמת קו' התוס' שם ותירצו שאין רגילות להתחסר

כו' ועכ"פ בלא חסרון הנגע ל"ש לומר אוקמי להבית או לגברא בחזקתן וכן במקוה כ"ז שלא נודע מהחסרון אין מקום לספק מחמת חזקת הטמא שהרי טבל וחזקת המקוה לא אתרעאי רק היכא שנמצא חסר שייך למימר הכי וה"ה בין בס"ד דאמרינן השתא החמיץ ואין בזה ריעותא כלל להיין ועוד ביארתי שם דעת הרמב"ם ועכ"פ לפ"ז ל"ש לומר כן אלא היכא שנעשה מעשה לסלק החזקה כהוגן ושוב אתיליד ריעותא במעשה זה משא"כ בנ"ד בנמצא מת והוא ספק תוך ג' שפיר י"ל דאוקמא אחזקת א"א דהא אין לפנינו מעשה הנעשה לסלק החזקה כלל רק עתה בשעת מציאת המת א"כ הרי נולד הספק בחזקת א"א ממש:

אך ראיתי בספר סדרי טהרה סימן קצ"ט ס"ק מ' הביא שם דברי הרא"מ בתשובה שבספר מים עמוקים (והוא שו"ת מהר"א מזרחי ומהראנ"ח) שכתב נ"ל הא דלא משני הגמרא מ"ט דשמאי העמד טהרות על חזקתן ואמרו העמד אשה משום דבכל מקום שאמרו העמד דבר על חזקתו לא אמרו אותו אלא באותו דבר עצמו שבו נולד הספק כגון ספק נגעו הטהרות אמרינן העמד טהרות כו' ובנ"ד אמרינן תחלה העמד אשה שבה נולד הספק אבל הטהרות שנשתמשה בהן א"ל העמד טהרות שלא נולד בהם הספק אלא מכח הספק דאשה א"ל בהם העמד אלא כדי להתעזר לחזקת אשה בלבד והא דמשני בגמרא העמד כלים כו' ואימור לא נטבלו אינו אלא לתת סיוע לריעותא דמקוה והמקשה לא הבין זה ולכך יפריך אדרבה העמד מקוה שהחזקה לא נאמר רק על המקוה שנולד הספק לא על כלים עכ"ל הרא"מ ועפ"ז כתב בס"ט שם לישב קושית מהרש"א הנ"ל כמ"ש וגם הביא שם דברי הריטב"א בעירובין דף ל"ו שכתב ודאי אלימא טובא חזקת העירוב שהיה בחזקת טהור ולית לן לאשגוחי בתר חזקת גברא דהוי קאי בחזקת ביתיה כו' והר"מ בר שניאור ז"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקת עירוב שבכ"מ אין לנו לדון חזקה אלא בדבר שהספק בא ממנו וכן גבי מקוה אמרינן העמד טמא על חזקתו ולא אמרינן העמד טהרות כו' עכ"ל וכ"כ עוד בסוף שמעת' דהתם ובס"ט האריך שם עוד ונהניתי שכאשר דמיתי כן הוא בדברי הראשונים ז"ל שלעולם יש לדון עיקר החזקה בספק הנולד לפנינו ועפ"י חזקה זו אנו חותכין את הדין ולא אמרינן בכה"ג אוקי חזקה נגד חזקה וע"ש בס"ט שכתב שגם מדברי התוספות בעירובין דף ל"ה מבואר כמ"ש הריטב"א אלא שאח"כ חזרו בהם כו' ובאמת שגם מתוספות ריש נדה ובחולין משמע ג"כ דאמרי' כה"ג אוקי חזקה נגד חזקה (ומאי דקשיא ליה להר"מ על ההיא דריש נדה דקאמר העמד אשה ולא קאמר העמד טהרות והוא הראיה שהביא הר"מ בר שניאור שהביא הריטב"א בעירובין סיים הריטב"א שם ואנו פירשנו בריש נדה דטעמא דלא אזלינן בתר חזקה דטהרות כיון

דודאי נגעה בהם פקע חזקה מינייהו כמו שלי' בבית וכ"כ הריטב"א בקידושין דף ע"ט וקשיא לן אמאי אזלינן בתר חזקת טמא ניזל בתר חזקת טהרות כ' ואיכא למימר כיון דודאי נגע בהם שוב אין להם חזקה כו' וכן בנדה לב"ה דמטמאו למפרע דכיון דודאי נגעה נפקי טהרות מחזקתייהו כו' וכן מבואר מדברי הרמב"ן יבמות והרשב"א במ"ה ועיין מה שכתב אא"ז מהר"מ בריש נדה ואין כאן מקומו) ומ"מ נראה שסברא זו שיש לדון החזקה בדבר שנולד בה הספק יש לה עיקר בכמה מקומות ולא עת האסף פה:

ובר מן דין נראה דודאי ענין חזקה אינה מבררת שכך הוא הענין ולא באופן אחר כלל שהרי עינינו הרואות שתדיר ומצוי ענינים היוצאין מחזקתם ואטו חזקת א"א או חזקת חי יתד שלא תמוט שכך הוא הא ודאי שרגיל והוה לצאת מחזקה רק מה שאנו הולכין בתר חזקה הוא שכך גזרה חכמת התורה שכל דבר שאנו מחזיקין אותו שהוא כך אע"פ שדבר האפשרי הוא שנשתנה מ"מ אין לנו להטיל ספיקות מדעתינו ואמרינן שלא נעשה בו שום שינוי והוא בחזקתו ואף אם רואין שינוי ונוכל לומר השתא הוא דנשתנה אמרינן דהשתא נשתנה ועד ההיא שעתא לא היה שינוי ואע"פ שדבר האפשר הוא שנשתנה אין חוששין לו וכ"כ הרמב"ם בפה"מ בנזיר במתני' דירד לטבול במערה כו' העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהיה שנניחוהו בחזקתו עד שיבא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה וכל דבר שיש בו ספק ואפשרות אחר לא יסתלק החזקה כו' ע"ש ולפ"ז בנמצא מת ופרצוף פניו של ראובן שפיר אנו מסלקין בזה חזקת חי וחזקת א"א שהרי הוא דבר מבואר שמבטל החזקה מה תאמר שהרי יש בו ספק ואפשרות אחר לומר שהוא שמעון שמת קודם ג"י אין זה אפשרות כלל שהרי חזקת חי של שמעון וחזקת של זה המת שהיה חי עד עתה הוא חזקה ברורה לעצמו ואין לנו לבטל אותה באפשרות וספק אלא מניחין אותו בחזקתו ואמרי' שעכשיו מת וגם חזקת האחר שנאמר עליו שהוא המת אין לנו במה לבטלה וממילא שביטול חזקת חי וחזקת א"א של ראובן מתבטלות ע"י דבר מבואר שזה המת לפנינו נתברר לנו שהוא ראובן והוא נכון לענ"ד:. וראיתי בשב שמעתתא ז' פ"ב כתב ג"כ דחזקה אינו הוראה ודאית רק שאנו מניחין אותו בחזקתו והביא שם דברי הרמב"ם הנ"ל וכתב לפרש עפ"ז דברי התוספות ביבמות גבי האשה שהלך בעלה כו' וצרתה אסורה היתה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה ע"ש ומ"ש דמ"ש התוספות דהעמד כ"א אחזקת טהרה כמו בשני שבילין דא"כ קשה דלענין חזקה דילפינן מנגע נמי נימא דדוקא באפשר להיות אלא משום דחזקה אינו הוראה ודאית ולכ"א אין אנו יכולין להוציא ע"ש ולענ"ד דאכתי לא מתרצה בהא דמה בכך דאינו הוראה ודאית מ"מ נימא דלא גמרינן מנגע כ"א בגוונא שאם תעמוד על החזקה לא יסתור חזקת האחר

משא"כ היכא שע"כ יש כאן סתירת חזקה של זה או של אחר לא גמרינן מינה ולכן צ"ל דודאי לענין טומאה שאינן ענין לסוטה כלל רק דהכי גמירי למילף מסוטה דקרי' רחמנא טומאה דכתיב ונסתרה והיא נטמאה והכי גמירי שאין ללמוד מסוטה כ"א כשדומה לו ממש כגון ברה"י ודבר שיבד"ל ומה"ט כתבו התוספות ריש נדה דלא ילפינן מסוטה לענין טומאה למפרע דדוקא בסוטה שגם עכשיו בספיקא גמרינן מינה לטהר ברה"ר היכא דהשתא ודאי טמא וגם כתבו די"ל דלא גמרינן כ"א טומאת מגע ולא טומאת ראיה וכולהו טעמא משום דכיון דגמירי לענין ר"ה ולענין דבר שאין בד"ל דל"ד לסוטה מטהרינן ודאי א"כ ה"ה לכל הני כיון דל"ד לסוטה ועיין בסוטה דף כ"ח ד"ה בר"ה ספיקו טהור משא"כ לענין חזקה דילפינן מנגע סברא בעלמא הוא דילפינן מהתם דאין אנו לבדות נולד והשתנות בדבר שהוא בחזקתו ולכן מצד הסברא אמרי' דעיקר חזקה הוא על אותו אדם או על אותו דבר שאנו דנין עליו ולא איכפת לן אם אנו צריכין לומר שעי"ז יהא מוכרח לומר שאחר יצא מחזקתו כיון שאין אנו דנין עליה כ"א ע"ז ומ"מ אם נשאל בב"א מטמאין שניהם מדרבנן כיון שא"א להורות בדבור אחד שניהם טהורים אבל מדאורייתא כ"א דן יחידי לאוקמי נפשיה אחזקתיה ולכן לא מדמינן לנגע לומר דוקא דבר שאין בד"ל מעמידין על חזקה דומיא דנגע ועיין בתוס' דחולין דף יו"ד שכתבו אין להקשות דמנ"ל חזקה דלמא בנגע טמא משום ס"ט ברה"י דבכל ענין טימא הכתוב אפילו הוי ס"ה ואפילו אין בד"ל ולא הקשו בפשיטות דמנ"ל חזקה בר"ה דלמא דומיא דנגע ואין חזקה אלא ברה"י וגם לתירוצם נימא דל"ה חזקה אלא באין בד"ל אלא ודאי דז"א דכיון דסברא הוא דילפינן מהתם פשיטא דלא בעינן דומיא ממש דהיינו ברה"י כו' ולכן לא הקשו רק דמנ"ל סברת חזקה כלל דלמא משום ספק ברה"י:

ואמנם העיקר מה שהביאו לכך בשב שמעת' שם הוא דברי התוס' דיבמות שכתבו שם דקי"ח אהא דאשה שאמרה מת בעלי צרתה אוכלת בתרומ' מספק' לר"י כו' מידי דהוי אב' שבילין מיהו איכא חדא דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה ואהא קשיא ליה דגבי ב' שבילין נמי חדא עבידי איסורא וגם דמה ענין לסוטה ולכן כתב דכוונת התוס' בנדה לחלק בין דבר שא"י להיות דלא ילפינן מסוטה דהוי הוראה ודאית ובין חזקת טהרה דשבילין שאינו הוראה ודאית ובהך דצרתה תאכל בתרומה נמי הוראה ודאית הוא ע"ש ולענ"ד ליתא דהא מה שאוכלת בתרומה נמי מטעם חזקה הוא ואין זה הוראה ודאית ואף דמה שנשאת הוראה ודאית היא לדידיה מ"מ אין בזה לגרע חזקת חבורתה להוציא מחזקתו דמי נמי לב' שבילין אע"ג דבשבילין בתרווייהו מטעם חזקה מטהרינן להו מ"מ אין הפרש בין אם שניהם משום חזקה או האחד משום חזקה כמבואר

למעיין וגם אכתי אין פירוש למ"ש התוספות ובכה"ג לא ילפינן מסוטה ומ"ש לפרש שר"ל דבכה"ג לענין לטמא ודאי ברה"י כשהוא הוראה ודאית וא"א למילף מסוטה שהוא דבר שא"י להיות ע"ש והמעיין יראה שאין מקום לפירושו ובמחילת מכ"ת נטה מדרך הפשוט בכוונת התוס' ויש כאן חסרון תיבה או ט"ס וצ"ל מידי דהוי אב' שבילין דהא מיהו חדא איכא כו' או שתיבת מיהו הוא ט"ס וצ"ל דהא ור"ל שבאו להביא ראיה משבילין דאוקי כל חד אחזקת טהרה ולכאורה יש לדחות דהתם מטעם ס"ט ברה"ר טהור כמ"ש רש"י בכתובות דף כ"ז ולכן כתבו בשני שבילין דאיכא חד דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה ואם כן אף ברה"ר ספיקא הוי וע"כ דמטעם חזקת טהרה אתינן עלה דלענין חזקה שפיר אמרינן דכל אחד עומד בחזקתו ולא איכפת לן בחבירו וה"ה לענין האשה וצרתה דאף דהאשה מותרת משום חזקת דייקא שלה צרתה מותרת בתרומה מחמת חזקה שלה ומ"ש התוספות דעביד איסורא לאו דוקא נקטי איסורא ור"ל טומאה שמביא לידי איסורא שיאכל טהרות בטומאה וכן מבואר מלשון דעביד איסורא אלמא דאגברא קאי והיינו לענין שבילין דאי אמתני' דאשה וצרתה קאי הו"ל למימר דעבדא איסורא וגם מ"ש חדא הוא ט"ס וצ"ל דהא חד איכא הכא כו' והוא ברור ועי' בכתבי מהרא"י סימן רכ"א ובנ"ב מהדורא תנינא סימן:

והנה הגאון המציא סבר' אחת לענין ספק תוך ג' דאף מ"ש הט"ז כיון שהוא מת לפנינו אזלי' בתר שעת מציאתו ואיתרע חזקת חיים איכא למימר אדרבא נלך בתר שעת מציאתו לומר כשם שנמצא עתה לפנינו בתמונה ובמראה א' שהוא ראובן כך היה פרצופו מקודם ולא נשתנה ובצורה זו מת ולכן דל שעת מציאה מהכא ולא מצטרף לא להקל ולא להחמיר ונשאר חזקת חיים בתוקף ואמרי' שמקרוב מת והוא תוך ג"י ודומה למחט שהעלתה חלודה כו' ע"ש ב סימן ל"א וב סימן מ"ט ודבר גדול דבר הגאון ז"ל ומתאמרה ג"כ משמיה דגברא רבא כוותיה ה"ה הגאון המפואר בעהמ"ח מג"ש ופ"י בשו"ת כת"י שת"י ובדברי קדשו כתוב לאמר וז"ל דלמה לא נאמר העמד הצורה על חזקתה ולא נשתנה וכיון דלא מוכח שהוא אחר ג' וגם אחר ג' אפשר שלא נשתנה למה לא הוי חזקה שזה האיש הנמצא אוקי אחזקת צורתו הראשונה ובזה ליכא ריעותא וא"כ אפילו אי הוה חזקה נגד חזקה כו' ואומר אני לחזק עוד מוסדות חזקה זו שיש מקום לומר דאפילו תימא דלא אזלינן בתר חזקה דשעת מציאה כלל אף במקום שאינה מתנגדת לחזקה דמעיקרא וכמ"ש בש"ש שמעתא ג' פרק ט"ו שכן נראה מדברי תוס' גבי הא דהרי בוגרת לפנינו שכתבו הטעם משום דרגילות לבא מצפרא (ולפי מ"ש בתשובה אחרת בכוונת התוס' לא מוכח מידי) מ"מ נראה דחזקה זו דהעמד פרצוף זה בחזקתו שפיר הוי חזקה

מעלי' ומתחלה אבאר גריעותא דחזקת שעת מציאה בדוכתא דליכא חזקה דמעיקרא נלענ"ד שזה דומה לחזקה שלא נתבררה בשעתא שכתבו התוס' דלא הוי חזקה כגון בפרה אדומה שאע"ג דהשתא נתברר לנו שבאותה שעה קודם יב"ח כשרה היתה כיון דבאותה שעה לא נתבררה אין לך לדון להעמיד על חזקה זו משם ואילך לומר דגם בתוך יב"ח לא נטרפה ולכאורה טעמא בעי לפום מאי דכתיבנא לעיל דהא דילפי' חזקה מנגע סברא בעלמא הוא דילפינן מיניה ולא בעי' שיהיה דומיא דנגע ממש כמו ס"ט דבעינן דומיא דסוטה ממש א"כ מה בכך שלא נתבררה בשעתה כיון שעכ"פ עכשיו חזקה זו ברורה וגלויה לנו שהיה אז כן ויש לנו להחזיק כן להבא וע"כ לומר דהכי מסתבר להו לחז"ל שבענין חזקה אין לדון למפרע כ"א באשר הוא שם דכיון דאותה השעה שאנו דנין עליה מסופקת היתה בשעתה ולא היה לנו חזקה אף שאחר כך נתגלה לנו שהיה אז חזקה אין ידיעה זו מועלת להוציאה מן הספק שהיתה בה בשעה זו וא"כ ק"ו הדברים שאין לנו לעשות חזקה למפרע משום שעת מציאה דהא התם האי שעתא דקודם יב"ח א"צ לדון עליה דודאי כשרה היתה רק שמחמת שלא נתבררה אז רק למפרע אין דנין עליה ומכ"ש אם עיקר הספק שאנו דנין עליו צריכין אנו לברר אותו מחמת חזקה דהשתא על למפרע וזה לא אמרי' ולפ"ז נראה דדוקא בחזקת מציאתן דנגע באחד כו' שנאמר כיון דעכשיו מת בשעת נגיעה כבר מת או בהך דהרי בוגרות וכל כיוצא בו שעכ"פ הדין שאנו באין לדון מחמת החזקה הוא על למפרע ולא מחזקינן למפרע וכיוצא בזה כתבו התוס' ריש נדה דלא ילפינן מסוטה לענין טומאה דלמפרע (ואף שכתבתי דחזקה לא בעי דומיא דנגע כמו ס"ט דומיא דסוטה מ"מ לענין למפרע אף בחזקה אין למדין מנגע ואפשר דגם בנגע אם לא דקדק הכהן בשעת הסגר לראות שהוא כגריס ואמר טמא ואח"כ נמצא שהוא כגריס לא מחזקינן למפרע לומר שגם בשעת הסגר היה כן וצ"ע כעת) משא"כ בנ"ד שאנו דנין על פרצוף זה שרואין עכשיו אם היה קודם לזה בצורה זו או בצורה אחרת אין דינינו על למפרע רק על של עתה באנו ואמרי' דצורה זו כמות שהיא עכשיו כך אנו דנין להיתר או לאיסור ובזה שפיר מוקמינן הדבר כמות שהוא עכשיו לפנינו ואין לנו לבדות הנולד והשתנות על למפרע כמו שאין מטילין ספק לבדות נולד והשתנות להבא משום דחזקה שנתבררה בשעתה דהיינו שאנו רואין הדבר שאנו, דנין עליו שכן הוא אין מבדי' בו נולד והשתנות ומה לי לפניו או לאחריו אבל אם עיקר דינינו לידע מה היה לו בזמן העבר ואנו צריכין לבא עליו מטעם חזקה לזה לא מהני חזקה דהשתא לדון על העבר שכמוהו היה לפניו ושפיר אנו מטילין בו אפשריות וספק שמא לא היה אז כן

ולזה לא מהני ענין חזקה משא"כ כשאנו דנין עיקר הדין על הענין של עכשיו שפיר שייך ענין חזקה אף בכה"ג:

ואמנם יש מקום לדון בזה לפום הך סברא דמוקמינן הפרצוף פנים בחזקתו שלא נשתנה צ"ע הא אמרי' ביבמות גבי אין מעידין על השומא דפליגי אי שומא עשויה להשתנות לאחר מיתה ופירש"י במראה וכן בב"מ פירש"י שאם בחייו היתה שחורה במותו נעשית לבנה או איפכא וקשה דלמה לא נימא דניזל בתר שעת מציאתו וכאשר מראה השומא עכשיו כן היתה גם בחייו ולא נשתנה כלל ומה בין מראה השומא למראה הפרצוף ופשיטא שא"ל דמראה השומא ודאי משתנה לאחר מיתה דבכה"ג ל"ש פלוגתא דנחזי אנן באדם שיש לו שומא אם נשתנה המראה או לא אלא ודאי שאין ר"ל רק לפי דלפעמים משתנה וכדמשמע לישנא שומא עשויה להשתנות וכן בב"ב דף קנ"ד אמרינן סימנים עשויין להשתנות אחר מיתה וע"ש בתוס' בשם ר"ת שבחייו היו לבנות והיו שומא ועכשיו הושחרו לאח"מ ונראה כסימנים ואף דהתם שפיר קאמר דמחמת חזקה זו לא יהיו הלקוחות יכולין להוציא מיד היתומים (ואף דמשמע מהתוספות שם דבחזקה דרבא יכולין להוציא י"ל דחזקה דרבא עדיף להו ועיין מ"ש הנ"ב ומ"ש במ"א) מ"מ עכ"פ משמע דהך לישנא אינו שבודאי עשוי להשתנות וא"כ למה ניחוש בשומא שנשתנה ואפשר לומר דודאי לענין שומא כיון דהמיתה היא סיבה הגורמת להשתנות ל"ש חזקה דמיתה יש כאן סימנים אין כאן שהרי נולד סיבה שתשתנה ולכן אע"פ שאינה סיבה ודאית מ"מ אזל' לה חזקה וזה דומה לידוע שהוא אחר ג' אע"פ שגם שם אינו בירור שישתנה וכמ"ש רש"י דאפשר שישתנו פניו מ"מ אין להעמיד על חזקה שלא נשתנה דאין זה הכרה כיון שעשוי להשתנות משא"כ לענין ספק תוך ג' אע"ג דאחר ג' אפשר שישתנה מ"מ הרי ע"ז אנו דנין דשמא הוא עדיין תוך ג' ואין כאן סיבה הגורמת לשינוי כלל ואיכא לאוקמי צורה אחזקתיה שלא עברו ג' ואין כאן סיבה כלל להשתנות ולכאורה יש לדמות זה למ"ש הרשב"א בתשובה סימן אלף רי"ו בקטנה שנסתפקו במספר שנותיה חוששין שמא הגיע לכלל שנים ואם נבדקה ולא הביאה חוששין שמא נשרו כו' ולפי מ"ש בספק ג' צ"ע בזה דהתם נמי נימא דניזיל בתר חזקה דהשתא וכמו שעכשיו אין כאן שערות כך לא היה לה מעולם ואע"ג דבעלמא חוששין שמא נשרו היינו בידוע שהגיע לכלל שנים ומשום חזקה דרבא משא"כ אם לא נודע מספר שנותיה מה"ת לומר שמלאו שנותיה ונשרו נימא חזקה שלא היו וכמו בספק ג' דמחמת דמוקמי' הצורה אחזקתיה אמרינן שהיה תוך ג' ואין כאן שינוי כלל ואפ"ל דהתם אין נשירת הסימנים תלוי בשנים ואף אם לא הגיע לכלל שנים שכיח דנשר דך דאם הגיע ע"כ לומר כן משו' חזק' דרבא

הלכך בנסתפקו במספר שנים ליכא לאוקמי אחזק' שלא נשרו ולא באה לכלל שנים דכיון דשכיח בכל אופן ליכא חזקה משא"כ בספק ג' דחשש שנשתנה אינה מצד עצמו רק מצד הזמן דהיינו לאחר ג' א"כ שפיר י"ל דאוקי אחזקה שלא נשתנה ועדיין הוא תוך ג' ועדיין לא נתחוור לי כל הצורך בזה וצ"ע:

ובעיקר הסברא שכתבו בעל פ"י ומג"ש והנ"ב ז"ל לדון חזקה על הצורה צ"ע לענ"ד שנראה דכמו שחזקה העשוי להשתנות אינה חזקה בחזקה דמעיקרא כמו כן אין עשוי להשתנות חזקה בחזקה דהשתא וכיון שאנו חוששין שמא אחר ג"י הוא ונשתנה ל"ש חזקה דהשתא שהרי אנן אומרים שהוא אחר ג' והיא עשוי להשתנות וא"ל דגם זה מטכסיס החזקה שלא נתלה שהיה כאן ענין וסיבה שיהא עתיד להשתנות על ידו ז"א דנראה דבדבר שיש לו זמן מוגבל שישתנה לא אמרי' הכי והגע עצמך אם תאמר שאותו העד ראו תוך ג' מחמת שהעמדנוהו על חזקתו והרי אם יעברו עוד יום או יומים ישתנו פניו לאיש אחר ותאמר ג"כ חזקה כמו שהוא בצורה זו כן היה קודם א"כ יכול להיות שיבואו כמה עדים שהיום יבא אחד שראהו והכירו שהוא ראובן למחר יבא אחר ויראהו וידמה לו שהוא פרצוף שמעון וא"כ החזקה מוכחש מצד עצמה שאיך תוכל לומר חזקה שלא פשט צורתו ללבוש צורה אחרת שהרי ע"כ בקרב הימים יוודע שכן הוא וא"כ ניחוש שמא כבר שלמו הימים שעליהם אנו דנין ואין זה דומה לנגע באחד כו' או הרי בוגרות כו' דכולהו עכ"פ מכאן ואילך בחזקתייהו קיימי ונוכל להחזיק חזקה למפרע ולהמשיך החזקה למפרע עד העת שידענו בבירור שאינו כן אבל לענין חזקת הצורה הרי עתידה להשתנות מכאן ואילך עכ"פ וא"א לתפוס בזה דהשתא ללמוד ממנה על למפרע כלל כיון דזמן ממילא קאתי ועתיד להשתנות ועיין כתובות לענין נכסי דבר שטיא מ"ש התוס' שם ובדברי הר"ן בתשובה במקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין ובתשו' אחרת הארכתי בדבריהם בעז"ה:

והנה מ"ש בנה"כ דהמחמירין בספק תוך ג' טעמייהו משום חזקת אשת איש ולזה נראה שהסכים בנ"ב ולכאורה לפמ"ש התוספות בכתובות דף ך"ב גבי שנים אומרים מת דהורעא חזקת אשת איש מחמת חזקה דדייקא כו' אם כן שוב נימא דאזלינן בתר חזקת חי ועי' בנ"ב סימן ך"ח שכתב דאף שהתוס' ביבמות דף פ"ח כתבו דסבר' דאשה דייקא דוחה חזקת אשת איש מ"מ היינו לענין שלא יתחייב חנק אבל עכ"פ באשם תלוי קאי וא"כ ספק זה אסור מה"ת כו' עי"ש ולפי זה כאן דאית לן חזקה אחרת דחזקת חי ועכשיו מת וחזקת אשת איש עכ"פ איתרע שוב היה מקום להתיר על פי חזקה זו וגם כי אין לך ריעותא גדולה בחזקת אשת איש מזה שעכ"פ נמצא לפנינו איש מת ולמראה עיניו הוא

בעל האשה רק שניחוש לו שמא הוא אחר ג' ונשתנה לזה מסתברא שיועיל חזקת חי לומר שעכשיו מת ונראה שזה דעת הט"ז בזה שהביא ראיה מהך דספק ג' לסברתו שם ומצאתי בתשו' כת"י הגאון בעל פ"י ז"ל שכתב בזה ולקצר אני צריך:

ועכ"פ יצא לנו מכל הני מילי מעליותא שכתבנו דבעגונה דאקילו רבנן ודרכם לחזור אחר צדדים להתיר יספיקו כל הסברות שכתבנו על צד היתר בין לענין ספק ג' בין לענין קברתיו וגם בענין עכו"ם מפי מסל"ת דעת האחרונים להקל בזה דלא כהריב"ש ואמנם בנ"ד נראה דגם הריב"ש מודה דודאי מ"ש תחלה דעכו"ם מסל"ת חידוש הוא והבו דלא לוסיף עלה כוונתו כמו שסיים אח"כ דאף שנראה מהגמ' דאפי' עבד מפי עבד כו' שאני הני דנאמנין בתורת עדות כו' אבל עכו"ם שאין נאמן בתורת עדות אלא במה שראה לא במה שמעיד מפי אחר שהרי אין העכו"ם בקי להכיר אם חבירו הי' מסל"ת או מתכוין להעיד עכ"ל וכיון דבתורת טעמא אתי עלה הדבר ברור דלא שייך לומר כן כי אם כגוונא דמיירי ביה שהגוי העיד שהגיד לו גוי חבירו ולכן חשש על איזה אופן היה ההגדה דאף אי הדרינן ומגלינין מלתא מיניה שהראשון היה מסל"ת מ"מ אפשר שאינו בקי בכך להכיר אם מסל"ת או לא אבל בגוונא דנ"ד דהא חזינן שהוא מספר לפ"ת הצעת הספור כסדר ומתוך הספור ההוא אנו רואין ששמע הדברים ממסל"ת פשיטא שאין לבדות חששות שמא היה מתכוין להעיד ועי' בב"ש סעיף קטן מ"ח דלא חיישינן שום חששא אם לא שיש רגלים לדבר וכדומה שכן מבואר בתשוב' דכל שמספר הענין כמות שהוא גם הריב"ש מודה וכן מבואר בח"מ דלהריב"ש סתמא לא הוי מסל"ת משמע דאומר מסל"ת מהני אף להריב"ש ומדברי הב"י לא נראה כן אך כגוונא דנ"ד נראה שגם הב"י מודה דמהני אף להריב"ש וכמ"ש:

ומ"ש כ"ת ראיה להריב"ש מה"ה שכתב דדוקא מל"ת בפה אבל לא מפי כתבו והיינו נמי מטעמא דהבו דלא לוסיף עלה ז"א דגם התם טעם ה"ה דבכתב חיישי' טפי שמא כתב בכונה לאיזה מכוון שהיה לו ואין זה מסל"ת גמור אבל פשיטא דל"ש הבו דלא לוסיף עלה כל שהענין מתאמת לנו מתוך דברי השני שהראשון היה מסל"ת ועי' בב"ש סעיף קטן ל"ט ובק"ע סימן שס"ג בשם תשו' רש"ך דמיקל טפי בעכו"ם מספר לעכו"ם דלא בעי קישור דברים. ומ"ש כ"ת בנידון שם אביו נראה פשוט דכינוי כזה דלא שכיח מהני כמו שם אביו ואפילו חיפוש א"צ דבעיר בינוני אם איתא שנאבד עוד איש ששמו וכינוי כך היה מפורסם הדבר ופשיטא שאין לחוש שמא העכו"ם סיפור לחבירו מה שהיה לפני כמה שנים עד שאין אדם זוכרו וגם שהרי אומר שהוא ממכיריו ופשיטא שעל האיש הזה היו מדברים:

ומ"ש כ"ת לצדד ע"פ המבי"ט היכא שנאבד א' בדרך כו' דלא שייך בנ"ד דודאי המבי"ט מיירי בענין דלא שכיחי שיירת' דאזלי ואתי באותו דרך דאל"כ למה נתלו שזהו ההרוג ואף שידוע לו שזה הלך כאן כמו כן ידוע לנו שעוד הרבה הלכו וכמאמר חז"ל במדרש ויצא יעקב וכי יעקב לבד יצא והלא הרבה חמרים הרבה גמלים יצאו וא"כ ניזל בתר רובא דעלמא ובעל אשה זו בחזקת חי והיא בחזקת אשת איש ומכ"ש בזה שאם נסלק עדות העד מחמת שנאמר שהוא אחר ג"י אם כן הרי לא ביחן המסל"ת כי הגידו לו אשר, הוא יהודי ויש להסתפק בערלים הדרים בסביבות הכפרים שם דשכיחי התם טובא וקרובים אל החלל ומי יודע אם נפקד מהם איש או לא ואף שאמרו שמושכב ביער משמע שלא היה מוטל על הדרך שעוברים ושבים שם מ"מ הרי אין ידוע לנו שהלך ליער רק שהלך בדרך. רק כי כן כן דרך הרוצחים להוליך הנרצח מן הדרך למקום מיוחד להרגו שמה כמ"ש הרא"ש כלל נ"א ואם כמו כן יוכל להיות שאחר הלך באותו דרך ופגעו בו הרוצחים והוליכוהו ליער והרגוהו ומידי עברי בזה אני תמה על הרא"ש במ"ש שם וז"ל ועוד אני אומר דאתתא דא שרי' לכ"ע כי נמצאו הרוגים ואין דרך הרוצחים לעמוד על אם הדרך ולהרוג אלא מוליכין אותם למקום ייחוד והורגין אותם ואין לדבר אלא מקומו ושעתו ואנו תולין אלו האנשים הלכו שמה ומצאו הרוצחים שמה והרגום הלכך לא שכיחי שיירתא ולא הוחזקו כו' עכ"ל והוא פלא לענ"ד דמה בכך שמקום שנמצאו ההרוגים הוא מקום ייחוד מ"מ מה"ת לתלות ביה יותר מבאחר כיון דשכיחי שיירתא ומ"ש ואנו תולין שאלו הלכו כו' היא גופא קשיא דלמה נתלה ומבואר למעיין בהשאלה שם שענין ההליכה לשם לא היה נודע כלל ומ"ש בתשו' שם שיש לחפש לה היתר כיון שידוע שם בעלה של אשה זו מכלוף בן מלול ואין מכלוף אחר כו' פשוט דתיבת שם הוא נקוד ציר"י ור"ל כי שמו של האיש בעל האשה היה מכלוף וכן מבואר ברבינו ירוחם דשם איתא דשם בעלה היה כך כו' (ובתשו' אחרת כתבתי בזה על דברי הב"ח והח"מ ומהר"מ אלשקר) אך אפילו תימא שהכונה שתהיה שם באותו העיר מ"מ אינו ענין לומר דלפי שמוליכין הרוצחין למקום מיוחד מיקרי לא שכיחי שיירתא. וראיתי בשו"ת ח"צ סימן קל"ד בסופו שהביא דברי הרא"ש אלו וכתב וז"ל ונניח עתה מה שיש לפלפל ולדקדק בתשובה זו כו' ונראה שעמד על מ"ש ולא זכינו לשיחתו בענין זה שוב ראיתי בשו"ת ושב הכהן סימן ל"א שהביא בשם מהרח"ש שעמד בזה ומ"ש בתשו' הנ"ל בביאור דברי הרא"ש אינו מעלה ארוכה למ"ש דמ"מ למה נתלה באילו שהלכו למקום המיוחד דלא שכיח דאזלי התם שמא אחרים הלכו לשם:

ומ"ש כ"ת בדברי השב יעקב כבר עמדתי ע"ז בימי חורפי בארוכה בתשובה אחת והגאון בעל נ"ב השיב לנו והיא נדפסה בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא שנדפס מחדש ושם מבואר הכל באורך וגם מ"ש להקשות על הנ"ב סימן מ"ו מדברי הרא"ש במ"ק כבר עמדתי ע"ז בחבורי בית אפרים בקו' התשובות סימן ל"ח בסופו ע"ש ולא רציתי להאריך בזה דבלא"ה נלענ"ד שיש להתיר מכל הלין טעמי דלעיל ונמצא בתשו' אחרונים רבות כאלה שהתירו ואעפ"כ לכבודך פניתי והרחבתי הדיבור להגדיל תורה כו' ואעפ"כ לרווחא דמלתא וגם משום חומר א"א נכון לצרף עמנו עוד חכם מובהק ומפורסם בהוראה ואם אחי הרב הגאון המפורסם נ"י כעת בק"ק דובנא תשלח לו וכאשר יצא הדבר בהיתר ישבו ב"ד של ג' להתיר לה כדין הניסת על פי ע"א דברי ידידך ובן דודך דורש שלו' באהבה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה לז

ע"ד העגונה אשת ר' מאיר מטשערוניץ שבאו אגרת מבאקארעסט שמוהר"ר מאיר מק"ק טשערוועניץ מת שם בעת הדבר ולכאורה לדעת הטור והרי"ף והוא גירסת הר"ן בהרמב"ם להחמיר כהך לישנא דדבר הרי היא כמלחמה וכבר האריך הר"ן בתשובה וכתב גם כן דכיון דלא איפשטא בגמרא הי לישנא עיקר נקטינן לחומרא וכיון דלגבי אשה עצמה נקטינן דדבר הרי כמלחמה ה"נ ע"א עד דאמר מת וקברתיו כו' וכ"ש לפי דברי ר"ח שכתב דבעי דע"א במלחמה לא איפשיטא שלפי דבריו אפילו אומר מת וקברתיו לא מהימן וכבר ידעת שיש חולקין על הרי"ף וסוברין דע"א במלחמה אף על גב דלא אמר קברתיו מהימן כו' אבל מאחר שהרי"ף והרמב"ם הסכימו דכל במלחמה ודכוותי' חיישינן לע"א דאמר בדדמי מי יקל את ראשו להקל באיסור אשת איש נגדם ומכ"ש שר"ח מחמיר בדבר יותר אפילו במת וקברתיו לא סגי וכמ"ש כו' עכ"ל הר"ן בתשובה הביאו ב"י סימן י"ז אך היכא דאומר קברתיו נראה מדברי הר"ן גופא שהיה סומך להתיר ע"ד הרי"ף והרמב"ם ודלא כהר"ח והכי הוא סוגיא דעלמא בע"א במלחמה להתיר בקברתיו ומכל שכן לענין דבר דבלא"ה איכא כ"מ שאינו כמלחמה ואם יש לסמוך על האגרת שחתומים עליו כמה אנשים וכתוב בתוכו כלשון זה אונ דער קברין וואס האט איהם מקבר גיווען האט איהם אלס זייעהר גוט געקאנט והקברן בעצמו חתום על האגרת. אך באגרת הלז לא נזכר רק שמו ושם עירו ולא שם אביו ואם כן צריך חיפוש בק"ק טשערוניץ אם לא יצא משם לפני ערך ד' שנים איש ששמו מאיר והחיפוש מהני בזה אע"ג דהב"ש בא"ע סימן ך' הביא בשם הח"מ דלא מהני חיפוש מאחר שלא נודע זמן יציאת כו' מ"מ בסעיף דכ"ד הביא שם בכה"ג דמהני וכבר עמד בזה מהריב"ל

והביאו בקט"ע שם סעיף ע"ט להכריע בפסק השני של מהר"ם דמהני חיפוש ואני כתבתי בתשובה אף שלענ"ד לא סתרי דברי הרא"ם דאם העיד יהודי סתם יש לחוש שמא יצא א' זה זמן רב ונשכח זכרו מבני העיר אבל במעיד יהודי פלוני אף שאין נזכר שם אביו מהני דעל ידי הזכרת שמו מתעורר כח הזכרון של בני העיר ונותנים לב לדעת אם יצא איש ששמו כך ואפילו מזמן מרובה ובהכי מיירי הרא"ם בפסק הנ"ל וא"כ בנ"ד ודאי דמהני החיפוש אך לענ"ד יש מקום להקל בזה אף בלא חיפוש מחמת האגרת השני שכתב מו' יחזקאל לאמו ושם נזכר שמו ושם אביו ושם עירו ועוד סימנין מובהקין שאין לספק בהם כלל שהדברים סובבין על בעל האשה עלובה זו ואע"ג דבאגרת הלז לא נזכר הקבורה רק סתם ער איז נפטר געווארין מ"מ כיון שאותו האיש עצמו מו' יחזקאל חתם גם כן על האגרת הנ"ל שחתמו עליו כמה אנשים ואין ספק שכונתו על אותו האיש המבואר באגרת שגם קבורה היתה לו וכן הזכיר מהו' יחזקאל הנ"ל בהאגרת אחת שכתב איך האב שוין געשריבען איין בריבל מיט חתימות ובודאי שרומז על האגרת עם חתימת הנ"ל וגם כי באגרתו שהזכיר שמו ושם אביו ושם עירו כ' שנפטר בעשרה בטבת וע"כ גם כן באגרת הנזכר מהקבורה ופשיטא דלא חיישי' למיתה דתרי דאתרמי תרי גברי ששמם מאיר מק"ק טשערווענץ ושניהם נשכלו ביום אחד ואין ספק דאחד גברא קאי שהוא בעל האשה וכיון דאמרו קברתיו מהני וגם כי לפי המבואר מהאגרת שהיא תשובה שהשיבו למהו' אברהם מפק"ק שכתב לשם לשאול על ענינו של מהו' מאיר מטשערווענץ וע"ז השיבו לו משם ובודאי שעל האיש מאיר מטשערוויענץ הידוע ביניהם היתה השאלה והתשובה בזה:

ועוד נראה שיש לסמוך על האגרת של מהר"י הנ"ל שנזכר בו ש"א וש"ע אע"פ שלא נזכר בו קברתיו וכמ"ש בשו"ת מ"ב סימן צ"ח דאפילו דמאן דמחמיר בדבר דהוי כמלחמה לענין האשה עצמה מ"מ י"ל דבע"א ד"ה נאמן אפילו אי לא אמר קברתיו ואמנם שם כתב שמדברי הר"ן בתשובה נראה דאין לחלק אך נראה שהר"ן היה לו נוסחא מוטעת בהרמב"ם כו' ואילו ידע הגרסא האמיתות אפשר שהיה סומך על הרמב"ם לקולא בין באשה עצמה בין בע"א. ולענ"ד מבואר למעיין בתשובת הר"ן שכתב וכיון דלא איפשיטא בגמרא נקטינן לחומרא בשל תורה שכן דברי הגאונים בכל מקום לפסוק בשני לשונות להחמיר בשל תורה ואפילו היכא דלשון אחרון הוא לקולא וכן פסק הרמב"ם בפרק הנזכר כו' ומ"מ כיון דאסיקנא בגמרא דבאשה עצמה דבר הרי כמלחמה הדבר ברור לפי שיטת הגאונים דע"א בדבר לא מהני עד דאמר קברתיו כו' ע"ש שמבואר מדבריו דסברא דנפשיה הוא להחמיר בשל תורה וקרי ליה מסקנא דגמרא אלא שלחזק הענין הביא גם

מדברי הרמב"ם ע"פ הנוסחא שהיה לו בדבריו וכיון שדעת הטור ור"ן ג"כ להחמיר דהוי כמלחמה ממילא י"ל כן גם לענין ע"א דהוי כמלחמה לענין קברתיו וכמ"ש הר"ן בזה וגם בישו"ש יבמות מבואר דעתו כהר"ן בזה ובאמת מ"ש המ"ב דהגרסא אמתית ברמב"ם דגבי דבר נאמנת כ"כ ג"כ מהריב"ל הביאו הכ"מ אבל מ"מ מ"ש הטור ור"ן בפשיטות דאינה נאמנת נראה שהיה גרסתם כהר"ן דאל"כ היו מזכירין דעת הרמב"ם בזה וכמו שבאמת תמה מהריב"ל ומ"ש דזיל בתר טעמא שכתב הרמב"ם כו' אפשר שגם בזה יש נוסחא אחרת ועיין בלח"מ שכתב בסתם שיש שני נסחאות ברמב"ם ולא הכריע איזה מהם עיקר:

ואמנם מ"ש המ"ב עוד שם דמי שמעיד סתם פ' מת בדבר ולא שאלו אותו על הקבורה אפשר דבכה"ג לא מחמרינן כו' ומה שלא העיד מפני שלא ידע שצריך להעיד על הקבורה מאחר שלא שאלוהו ע"ז וכל כה"ג יש לסמוך על המקילין כו' ע"ש והך טעמא שייך אף בנ"ד וא"כ סגי באגרת של מהר"י לחוד שנזכר שם אביו ג"כ וא"צ חיפוש ומכ"ש בעיר קטנה ואנשים בה מעט שלכל גלוי מי ומי ההולכים ולא שבים לביתם ואם איתא שיהיה שם עוד מי שעקר משם ולא חזר קלא הוי למלתא ולכן נלענ"ד להקל בזה בלא חיפוש כלל והנה האחרונים מקילין בכתב הנשלח ממרחקים במקום עיגון אף בלי קיום ובנ"ד שנתקיימו שני חתימות ב"א מע"א וגם הוא ע"י קרובין פשיטא דמהני כמ"ש האחרונים דלענין עדות אשה סגי בעד מפ"ע ואפילו קרוב אין צריך עדים כשרים לקיום ואע"פ שיש מי שכתב דמאן דמצריך קיום צריך עדים כשרים דווקא סוגיין דעלמא להקל ומכ"ש בזה שיש כאן ידים מוכיחות שהוא אמת לאמתו שהאגרת נשלחו משם מיד החותמים שם אין לפקפק בזה כלל. ומ"מ צריך להושיב ב"ד של שלשה להתיר לה כדין אשה הנשאת ע"פ ע"א שצריכה רשות ב"ד ואע"פ שכמה אנשים חתומים שם מ"מ כל עדותם אינו אלא מפי השמועה וגם שלא נגבה עדותן בב"ד רק הם שולחין עדותן בכתב דלא מהני מדאורייתא ומכ"ש לפמ"ש שאפשר שעיקר ההיתר מחמת אגרת של מהר"י לבד כיון שלא נזכר ש"א באגרת האחר שחותמין עליו כמה אנשים ואנו מתירין בלא חיפוש כלל לכן יש לעשות ההיתר ברשות ב"ד ואף שכל הסברות הללו פשוטים ומבוארים לכל מבין עם תלמוד לא נמנעתי מלכותבן למען יצא כנוגה היתר עלובה זו דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה לח

שאלה איש אחד מק"ק יאס ושמו שבתי בר שמואל אמר לאשתו שילך לכפר סמוך לעיר לקנות שם שמושין והלך ביום ך"ד אייר תקס"ב ואמר לאשתו שבדעתו לחזור לביתו על שבת והגידה אשתו שלקח עמו מעות מזומן ערך ארבעה אדומים ושק שבו הניח כיס של טלית ותפילין ולחם והיה לבוש קאפטין קיטיל תפור וואלחיש ומכנסיים של פשתן תפורים וואלחיש והלך ולא חזר ואחר חג שבועות תקס"ב נמצא הרוג אחד על הדרך שהולכים מעיר לכפרים הסמוכים והיה סמוך להעיר וכשהודיעו הדבר לק"ק יאס נסעו הקברנים לשם ומצאו הראש לעצמו והגוף לעצמו וגם כבר נאכל בשרו והעיד אחד שמצא הגוף לבוש במכנסים והיה מונח בתוכם קוויטל אני שבתי בר שמואל האב מיך פאר דינגן אצל אדון אחד ועוד העידו שני אנשים שנמצא אצלם כתב פטור מר' מרדכי ור' דוב במוהר"ר אריה שנתנו לה"ה ר' שבתי בר' שמואל פטורין על טענות ותביעות שביניהם ועל הקיום חתימות האב"ד דק"ק טערקי' פערמאס ועוד כמה דברים אשר נתבארו בג"ע שביד האשה והאי אתתא אתיא הנה נקיטא שטרא בידה כתבי הגב"ע וכתב מליצה לתלות ולחנן לחכמי הדור לעיין משריותא דידה וגם אשר פתח בהצלה תחלה כבוד הרב המאה"ג החסיד המפורסים מוהר"ר חיים נ"י האב"ד דק"ק טשערנוויץ ורום ידיהו נשא לכבוד מחותני הרב הגאון המפורסם מוהר"ר צבי הירש נ"י האב"ד דק"ק בוטשאטיש וכפי מליצת מחותני הרב המופלג החכם השלם מוהר"ר אבוש נ"י מק"ק הנ"ל אלי אותי קרא להיות נטפל לדבר מצוה זו מראה פניו כי הגאון הנ"ל כעת חשך עצמו מן הדין עד היותה פ"ק. והאשה שומרת על פתח ביתי יום יום מפלת תחינתה לעיין בדינה אולי יש תקוה להוציאה ממסגר איסורה וזה שמונה שנים עני' זו לשוא שמרה צעקה ואין מושיע לה וע"י אתערותא דלעילא הרב החסיד מהר"ח הנ"ל הועתקו הכתבים וגם נגבה עדיות בב"ד ונמסר ליד האשה העגונה ותהי זאת נחמתה בעני' כי תלך לדרוש בבתי מדרשות של אנשי שם להוציא לאור משפטה:

תשובה אם אמנם עם לבבי אשיחה ואחפש רוחי. להשיב אחור ימיני ואעזבה שיחי. אחרי כי כשל בעוני כחי. סמכוני באשישות וידי רפות ותשושות אבל כי נכמרו רחמי על האשה הנעצבת. והיא יושבת שוממה וגלמודה עגונה ובדודה. מבלי מנהל ומחזיק בידה. וחכמי הדור איכא בינייהו. דטרודי בגרסייהו ולאו אדעתייהו. ולמדים ואין משיבים. ואי נמי לאו מופנה טרוד בפעליו ועסקים מרובים. ואני משתאה לדעת במה נפטרו מרחם על עלובתן של בנות ישראל וטל ילדותן. יכלו בהבלי ימיהם ושנותן להיות אלמנות חיות כבולות כבונות וצרורות עד יום מותן לא כן אלפן רבותינו הקדושים. מקובלין אנחנו מפי

זקנים וישישים. כל הגדול מחבירו ישקוד על הוראה הזאת ויחלץ חושים. משום תקנות עגונות. אולי יזכו להבנות. וגם כי הפצרת מחותני הרב המופלג מהר"א הנ"ל ומליצתו אל חכי ערבה. אל המלאכה לקרבה. ואפתח אנא פתחא לנפשאי וחכימי דיהודאי על פיהם יעשו כתורה. אי חזו בה טעמא להיתרא. ומני ומינייהו תסתיים ואשאול עזר מאלקי השמים לחזק ידי הרפה יורני ויתמוך ימיני ימין אפרים:

מתחלה נדון על העדות שהעיד ר' משה בר"ש מק"ק יאס שמצא במכנסים קוויטל אני שבתי בר"ש כו' קשה מאד לסמוך ע"ז אחרי שלא נזכר שמו ושם אביו ולא שם עירו ואע"ג דבש"ע סימן י"ז סעיף י"ח כתב הרמ"א דעת שלישית דלא בעינן שיזכיר שם עירו הנה כבר תמה הח"מ שם ס"ק ל"ח כי איך יעלה על הדעת אם יעמוד פ"א ויאמר פב"פ מת ולא הזכיר שם מדינה ועיר שאשה שיודעת שבעלה שמו כך תלך ותנשא ולא תחוש אולי יש בעולם ג"כ א' ששמו כך כו' ע"ש אך בח"מ מסיים בה ולא התיר הרא"ש אשת מכלוף בן מלול אלא שאשתו ידעה שיצא אדעתא ללכת לפאס והעיד שנהרג סמוך לפאס לא חיישי' דלמא בעלה אזיל לעלמא ואחר אתא לפאס ונהרג והוי ממש כההוא דיצחק ר"ג כו' ולומר דלמא גם אחר אזיל לאספמי' אע"ג דשכיחי שיירתא לאספמי' מ"מ אין זה ודאי שמו ששמו כשמו הלך ג"כ לאספמיא כו' ע"ש וכ"כ הב"ש שם ס"ק סמ"ך כתב בח"מ דדוקא כשיש רגלים בדבר דזהו הוא כגון שידוע דפלוני הלך לאותו מקום וזה מת סמוך לעיר זו כו' ע"ש וא"כ נראה דבנ"ד נמי כיון שאשתו ידעה שבעלה הלך על דרך זה דהיינו לכפרים הסמוכים לעיר ועל הדרך הזה מוטל ההרוג אשר מוכח מתוך הכתב ששמו שבתי בר' שמואל שהוא שם בעל האשה הזאת ג"כ יש להתיר:

אמנם בתשובה אחת הארכתי ותמהתי שם על מ"ש הח"מ שהאשה ידעה מהליכת בעלה לפאס דמבואר למעיין בתשובת הרא"ש דלא מיירי בכה"ג וגם תמהתי שם על מ"ש בב"ה דכיון שהעיד שנהרג קרוב לפאס ולא הוחזק בפאס מכלוף אחר כו' וזה תימא דמבואר בשו"ת הרא"ש דפאס לא היה מקום דירתו של הנהרג רק שקרוב לשם נמצא ההרוג והביאוהו לשם והעד הכירו ושם הארכתי בביאור דברי הרא"ש וכתבתי דמיירי שהעד ידע מקום שיצא זה ההרוג לעת הזאת ומ"מ אינו יודע קביעת דירתו והיינו דמייתי מתרי יצחק והרמב"ן והרשב"א פירשו הך עובדא דתרי יצחק ג"כ על דרך זה אלא דאינהו יהבו טעמא למלתייהו משום כאן נמצא והרא"ש לא נחית להך סברא ושם הבאתי דברי הב"י בתשובתו וגם בשו"ת מהר"ח אלשקר סימן ס"ז שכתב וכ"ש דאפי' הרא"ש עצמו לא שרי אלא בידוע שהיה שם באותה העיר בעלה של זו מכלוף בן מלול כו' וכתבתי שם דמשמע מדבריו דמפרש מ"ש הרא"ש כיון שידוע שהיה שם בעלה של אשה זו למכלוף בן מלול

כו' דר"ל שם בקמץ וקאי על העיר וליתא דפירשו כיון שהיה שם בעלה כו' בצירי וכן מבואר בלשון רבינו ירוחם שכתב כיון שהיה שם בעלה כך כו' ע"ש:
אך בתשובת ב"י מדייק ממ"ש בלשון הרא"ש מכלוף בן מלול בעיר כו' משמע שבעלה זו היה ידוע שהיה שם וגם זה אין מוכרח ושם הבאתי לשון הגאון מוהר"ר יושע בעהמ"ח מג"ש ושו"ת פ"י בתשובה כת"י שהאריך בזה ודעתו ג"כ אם נפרש דהרא"ש מיירי שלא הזכיר שם עירו כלל מיירי שאנו יודעין או שהעדים מעידים שהלך מכלוף מעירו לפאס ובאו עדים שנהרג א' סמוך לפאס דבכה"ג ס"ל להתיר כיון שאנו יודעים שיצא לאותו הדרך ועוד כתב בתשובה שם ראיה מקולר שנראה מזה דאם עד מעיד שראובן הלך בדרך זה ובא אחד והעיד שראובן שהלך בדרך זה מת מתירין את אשתו ואע"ג דראובן שכיחי טובא מ"מ כיון שידעינן שראובן הלך בדרך הזה תלינן ביה דלא גרע מקולר כו' והאריך עוד הגאון ז"ל ולדבריו ז"ל יש כאן מקום היתר פשוט כיון שמחמת הקוויטל נודע לנו בשם ההרוג הלז שבתי בר' שמואל וכאלו הועד כן לפנינו והרי נודע לנו ששבתי בר שמואל בעלה של אשה זו הלך בדרך הזה וא"כ אף דשכיחי שבתי בר"ש טובא ושכיחי שיירתא אתתא שריא כיון שידוע שהוא הלך בדרך הזה תלינן ביה:
אך באמת דברי הגאון ז"ל הם צ"ע לענ"ד וגם כי הגאון מוה' אברהם בן הגאון בעל משאת בנימין האריך שם בתשו' כת"י לחלוק עליו וא"כ קשה לסמוך על זה ולכאורה היה אפשר לומר כיון שהדבר ידוע שסביבות העיר שכיחי לסטים ורוב ההולכים שם אינם הולכים יחידים כ"א מתלוים בשיירא וא"כ לא שכיח דאינש מרובא דעלמא יהיה נרצח על הדרך הזה רק מבני העיר שכיח שיצאו לפעמים ביחידות אל הכפרים שסביבותיהם וכיון שלא שמענו שבתי בר"ש אחר שנאבד מעיר הזאת כ"א זה יש להתיר דהא לא הוחזקו ואפילו חיפוש א"צ דזה הוי כמעידין על שמו ושם אביו ושם עירו דבכה"ג א"צ חיפוש כלל כמ"ש סעיף שס"ז וסעיף שע"ד וע"ש בשו"ת מהרי"ט דמייתי ראיה מדברי רבינו ישעיה מטראני והוא השיג בשם ריא"ז שסביב האלפסי ולענ"ד יש לדחות דריא"ז לשיטתיה דאף בגט בחדא לטיבותא מהדרינן משא"כ לדידן דנקטינן לחלק בין גט למיתה ורק משום עיגון מקילינן א"כ י"ל כיון דאיכא לברורי ע"י חיפוש באותה העיר יש לברר וצ"ע ובמקום אחר הארכתי בזה וגם בלא"ה בשביל שאנו מדמין לומר דמסתמא אין הולך יחידי כ"א מעיר הזאת לא נעשה מעשה דאף שאנשי מדינתינו הם רכי הלבב ואין יוצאין בשיירא מ"מ בני מדינות וואלחין הם רגילין לצאת ולבוא בלי מורך לב וא"כ שפיר הוי שיירות מצויות מכל המדינה ואף שנהרג סמוך לעיר הזאת מ"מ לית לן למיזל בתר קורבא כ"א אם אין שיירות מצויות במקום זה דליכא רובא דעלמא ואף שידוע לנו שם הנהרג ושם אביו

מ"מ מחשב רובא דעלמא וכמ"ש הרשב"א בגיטין דמיקרי נפילה דרבים שהרבה מביאין גיטין מיוב"ש וכן כאן לא אזלינן בתר קורבה כיון דאיכא רובא וגם י"ל דקורבה לא מהני במקום חזקת א"א דהא אפילו ברובא מחמירינן כגון מים שאל"ס וכמ"ש התוספות אע"ג דרובן אין נמלטין וא"כ מכ"ש קורבה והארכתי בכל זה במקום אחר וגם במ"ש בשם המבי"ט היכא שא' הלך בדרך ונמצא הרוג בדרך הזה יצאה מידי איסור דאורייי' ובשב יעקב עשה סמוכות לזה מפלוגתא דרבי ורשב"ג בקבר שאבד כבר האריכו בתשובת האחרונים וגם אני הארכתי בזה בכמה תשובות ועכ"פ אין לנו היתר ברור מחמת זה וגם כי האשה שאמרה שאמר לה שילך לכפר הסמוך לקנות שמושין לא ביחנה דברי' אם פירש שם הכפר ושאלתי את פיה ואמרה שאמר סתם לפי שידע בה שאינה בקיאה ויודעת בהם שאין מקום מולדתה רק מקרוב הובילוה רגליה לגור שמה מעת שנשאת לו וא"כ מאן מפיס אנה היה פניו מועדת לילך לאיזה כפר הסמוך אם למזרח העיר או למערבה וא"כ אין לסייע מזה שנמצא על הדרך הזה שהוא בעל האשה הזאת כלל:

אמנם על פי הגב"ע השני שנמצא אצלו כתב פטור מטענות ותביעות שפיר יש למצוא היתר ברור שגם בכתב זה לא נזכר כ"א שמו ושם אביו וטובא שבתי בר"ש איכא בעלמא מ"מ דבר זה יוכל להתברר שם בק"ק יאס בנקל על ידי האנשים שנתנו הפטור ליד האיש הנ"ל ועל ידי הרב המקיים שזה האיש שבתי בר"ש המוזכר בכתב ההוא היה מק"ק יאס בעל האשה הזאת אבל עדיין יש לפקפק דלפי מה דפסק בש"ע דחיישי' לשאלה א"כ אין כאן ידיעה בתחלה על שמו כלל דהא יש לחוש שמא זה שבתי בר שמואל השאיל מכנסים שלו לאחר והניח בתוכו הקוויטיל והפטו' והשואל הלז הוא שנהרג והמשאיל בעל האשה הזאת אזיל לעלמא ולכאורה י"ל דאע"ג דעל הקוויטיל שייך חששא זו שהוא דבר שאין מקפיד עליו ליטלו טרם ימסור הבגד לאחר כתב פטור מטענות ותביעות ודאי מקפיד עליו ואם איתא שהשאיל בגדיו לאחר היה נוטל הכתב הלז משום דודאי קפדי אינשי על זה:

אך שעדיין צ"ע דאף על גב דאין לחוש שימסור כתב כזה לאחר בדרך שאלה מ"מ יש לחוש לפקדון דע"כ לא אמר' ביבמות דלא חיישי' לפקדון אלא גבי שטרי דחבי בר נאנא דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' משא"כ כאן שפיר יש לחוש לפקדון ועוד נראה דאכתי לא פלטינן מחשש שאלה שמא השאיל בגדיו לאחר ושכח ליקח הקוויטיל והפטור משם ואף דקפיד עליו מ"מ חיישי' לשכחה וראיה לזה ממ"ש רש"י ביבמות מצאו קשור בכיס כו' היכא מהדרינן ליחוש אע"פ שהוא מכיר את הכיס יש לחוש שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט וע"ש ודבר ברור הוא שמי

שמתמנה שליח על גט שהוא מקפיד עליו שלא יצא מתחת ידו ומזהר זהיר ביה ואפ"ה חיישי' שמא שכחו בתוך הכיס או הארנקי ומכ"ש בזה דיש לחוש שהשאיל בגדו ושכח ליטול מתוכו את הכתב פטור הלז:

אמנם באמת צ"ע לפי זה על הפוסקים שכתבו גבי עגונה להתיר אם מצא כיס וארנקי וכיוצא בזה כלים שאין צריך להשאילם ומשמע דאף אם נמצאו בכנף בגדיו שהיה לבוש בהם וכ"כ הב"ש בהדיא בסוף סעיף קטן ס"ט וז"ל וכל זה איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי כו' וכל גדולי האחרונים בתשובותיהם הרבה פעמים תמכו יסוד ההיתר מחמת שנמצא בבית היד של המת חפיצים או כתבים שאין דרך להשאילם וצ"ע מ"ש בגט דחיישי' לכה"ג שהשאיל הכיס ושכח הגט בתוכו ואפשר לומר דהפוסקים סוברים דגם בגט אין לחוש בכה"ג שהשאיל לשליח שהיה לו גם כן גט מיוב"ש אחר דבכה"ג ודאי אמרי' דשליח מזהר זהיר ביה שלא יאבד שכרו וגם דחזקה שליח עושה שליחותו ואינו פושע בדבר שנמסר לידו כדרך השומרים אך החשש היא שמא שאל הכיס לאיש ששמו גם כן יוב"ש שהכין גט לעצמו לתת לאשתו ובזה שפיר יש לחוש שמא כתוב היה ונמלך שלא ליתנו ושוב לא קפיד עליו וכה"ג פי' רש"י בריש גיטין גבי חששא דלשמה ורבנן הוא דאצריך משום דלמא אשכח כתוב ועומד דהיינו שהבעל נמלך שלא ליתנו וזרקו לאשפה כמות שהוא ומצאו זה וכיון שאינו מקפיד עליו ודאי יש לחוש לשמא שכחו בתוך הכיס וארנקי אבל היכא שהוא צריך לאותו דבר ומקפיד עליו לא חיישי' לשכחה כלל ובאמת רש"י בבא מציעא פי' וניחוש לשאלה שמא השאיל הכיס והאחר קשר בו הגט ע"ש ומשמע דר"ל שמא מן השואל נפל הכיס עם הגט ולא מן השליח הזה שנותן סימן בכיס ולפ"ז אין מכאן ראיה לומר שישכח בתוך הכלי שמחזיר לחבירו בדרך חזרת שאלה איזה דבר שהוא מקפיד לשומרו אך רש"י ביבמות כתב להדיא כמש"ל דחיישי' שזה החזיר הכלי ושכח הגט בתוכו ואף שאפשר לפרש גם כוונת רש"י בבא מציעא שר"ל שאחר קשר הגט והחזירו לזה ושכח מ"מ פשיטות לשונו לא משמע כן וכן מבואר מדברי הפ"י בבא מציעא שדברי רש"י הם כפשטן שכתב שם וז"ל וכ"ש דקשה טפי על פי' רש"י ביבמות שהוסיף בענין חששא זו שמא שכח הלה הגט בתוכו כו' עיין שם:

ולפ"ז דברי רש"י נראים וגם קשה על רש"י ביבמות דל"ל להוסיף חששא זו ת"ל שיש לחוש שמא מן השואל נפל וראיתי בספר מחנה לוי שחיבר כבוד מחותני הגאון המפורסם מוהר"ר צבי הלוי הורוויץ האב"ד דק"ק פ"פ דמיין שכתב בחידושי ב"מ ליישב דברי סתירת רש"י עי' שם שהאריך ודבריו נכוחים על דרך הפלפול אך לדבריו צ"ל דרש"י

מפרש דמיירי שמצאו אחר ולענ"ד מבואר למעיי' לדברי רש"י ביבמות ובבא מציעא שא"א לפרש כן כי אם על צד הדוחק ופשיטות לשונו מורה דמפרש שהשליח שאבד מצאו והשליח מכירו על ידי סימנים ושואל בד"ד ומכשירין לו ליתן הגט על פי סימנים שיש לו ומזה מוכיח הש"ס דסימנים דאורייתא וע"ד זה נמי מקשה וניחוש לשאלה דלא ניחא ליה לאוקמי באומר ברי שלא השאלתי לשום אדם ואם כן השליח יחוש לעצמו שמא השאיל הכיס לאחר והאחר קשר בו גט זה כיון שהוא אינו יודע אם אבד הגט בהיותו קשר בכיס זה ובישוב סתירת רש"י לענ"ד דרך אחרת דלכאורה קשה מאי מוכיח דסימנים דאורייתא דהא אפילו תימא דרבנן שפיר מחזירין דכיון שאותו שאבדו מצאו א"כ אם ניחוש שמא מאחר נפל הו"ל נפילה דיחיד שזה שאבד היה בידו גט של יוב"ש וכמו דאמרי' בבבא בתרא גבי שני יוסף בן שמעון מוציאין שטר חוב על אחרים דלא חיישי' שאבד מי ששמו יוב"ש ומצאו ששמו כך מהאי טעמא דהו"ל נפילה דיחיד ומה לי אם שמו יוב"ש או שהיה בידו גט של יוב"ש מ"מ נפילה דיחיד הוא אך הרשב"א בגיטין כתב דשיירות מצויות הוה נפילה דרבים שמביאין הרבה גיטין של יוב"ש עי' שם. אך אכתי קשה דביבמות אליבא דרבא קיימינן ורבא ס"ל בב"ב דאפילו לנפילה דרבים לא חיישי' אך י"ל דטעמא דרבא דאזיל לשיטתיה דמסיק סימנים דאורייתא אף שאינם מובהקים והיינו משום דלא חיישי' דלמא אתרמי ולכך ס"ל דאף לנפילה דרבים לית לן למיחש דאף דמזהר זהיר בי' דלמא אתרמי דנפל ולפ"ז שפיר מוכח ממה שמחזירין הגט דסד"א דאי דרבנן מה בכך דהוי נפילה דרבים אך כ"ז לענין הוכחה דסד"א משא"כ בהא דפריך וניחוש לשאלה שפיר קשה דכיון דהשתא קיימי' דסד"א אם כן לרבא לא חיישי' לנפילה דרבים ואין לנו לחוש שמא שאל הכיס והשואל קשר בו גט ואבדו השואל ומצא המשאיל שאבד גם כן גט של יוב"ש דאפי' תימא דחשיב נפילה דרבים כיון שהרבה שיירות מביאין גיטין מ"מ הא רבא אפילו לנפילה דרבים לא חייש ולכך הוצרך רש"י לפרש דהחשש הוא שהחזירו לו ושכח הגט בתוכו ועתה הוא מוצא הכיס שלו עם הגט של אחר ואין כאן נפילה דיחיד או דרבים כלל משא"כ בבבא מציעא מפרש רש"י בפשיטות דניחוש שמא אחר שאל אותו וקשר בו הגט ואבדו ומצאו וכיון דלגוף השאלה עצמה חיישי' שמא השאיל לזה בכוונה ממילא דלענין הנפילה הו"ל נפילה דרבים כיון שהרבה מביאין גיטין של יוב"ש וא"ש הקושי' אליבא דאביי דחייש לנפילה דרבים כך י"ל לכאורה אך עדיין צ"ע דס"ל דלא שייך כאן נפילה דיחיד או דרבים דדוקא היכא דלא ידעי' דנפל כלל לא חיישי' בכה"ג לנפילה אבל כאן שהגט שנמצא קשר בכיס ע"כ שנפל ואין מבורר אם ממנו נפל או מאחר ואף על פי שהוא יודע בודאי שאבד והאחר אין אנו

יודעין אם אבד מ"מ אין מחזירין כיון שהרבה מביאין גיטין של יוב"ש שמא אחד מהם אבדו כיון שע"כ שנאבד מאיש אחד ויש לפלפל בזה ולפי שאנו צריכים לשורש הדין קצרתי ודאתאן עלה דמוכח מרש"י דחיישינן לשאלה אף בכה"ג שמקפיד עליו שלא להוציא מתחת ידו ר"ל שהיה בתוך כיסו ושכחו ומ"ש דאין החשש על השליח כי אם על הבעל ולכאורה צ"ע לפי מ"ש הח"צ דלשאלה דיחיד נמי לא חיישי' וא"כ הא נמי שאלה דיחיד הוא וא"ל כמ"ש דהרבה יוב"ש יש ז"א דודאי אין חשש שאלה כ"א לאנשים שמכירים זה את זה ופשיט שאין סברא שזה היה לו היכרות עם אנשים ששמם יוב"ש הרבה ובשלמא אם נימא דהחשש היא שהשליח השאיל הכיס שפיר לפי שהיה מכירו אנשים הרבה ואיכא טובא המביאין גיטין של יוב"ש וחיישי' לשאלה משא"כ לחוש לשאלת הבעל עצמו ששמו יוב"ש שהיה רוצה ליתן גט לאשתו ונמלך והשאיל הכיס והניח זה גט בתוכו ושכחו צ"ע דזה ודאי שאלה דיחיד הוא אך בתשו' ח"צ שם הרגיש בזה דקשה על הך סברא דלא חיישי' לשאלה דיחיד מהך סברא דפריך ממצאו קשור וכתב ליישב על פי דברי הרא"ש דמחלק בין גט למיתה ובתשובה אחרת הארכתי בדברי הח"צ בזה ואיך שיהיה עכ"פ מדברי הפוסקים התופסים בפשיטות דאם נמצא בבגדיו אותן דברים דלא חיישינן לשאלה מתירין על ידם ולא חיישי' לשאלה ולשכחה שהשואל שכח דבר זה בתוך בגדיו מבואר דגם בנ"ד יש להתיר ודברי רש"י צריך ליישב ע"ד שכתבתי או שהם סומכין על פי' רש"י בב"מ ולפי זה דבריו שם אין הכרח לומר דחיישי' לשכחה כלל וגם אפשר לומר דבשליח שפיר חיישי' דלא קפיד כולי האי בשביל איבוד שכר שליחותו משא"כ בדבר שיש לו צורך בו ואפשר שיבא לידי פסידא אם יאבדנו מזהר זהיר ביה טפי ולא חיישי' לשכחה וצ"ע:

ויש לצדד בזה על פי מ"ש בתשובה אחת להסכים עם דברי כבוד מחותני הגאון מופת הדור אב"ד דפה ק"ק בעסק עגונה אחת מפק"ק וכתב הגאון אב"ד נ"י מצד הסברא דבמכנסיים לא חיישי' לשאלה והביא ראיה ממ"ש בשבות יעקב חלק ב' דבמנעלים לא מושלי אינשי על הדרך שמתקלקלים מאד וכמ"ש בח"מ סימן פ"ב כלים שמקפידין עליהם להשאילן מפני חשיבותן או מפני שמתקלקלים כו' עי' שם ואם כן בנ"ד דעכ"פ המכנסים היה של בעל האשה הזאת ונצטרך לומר שהשאיל המכנסים לאחר ולהא לא חיישי' ובפרט בנ"ד שהאשה מעידה שלא לקח עמו שום מכנסים אחרים ולא היה לו רק אלו שהיה לבוש בהם בלבד וגם כי במדינות וואלעחייא שהולכים במכנסים ארוכים מאד והוא מכסה רוב הגוף וכמעט הוא עיקר הלבוש אצלם וקשה להם ללכת בלעדם שחשש רחוק הוא לחוש לשאלה ואף שהב"ש הביא בשם הב"י דאי סימנים דרבנן חיישי'

אף בכלים דלא מושלי כבר חלקו האחרונים על זה והסכימו להתיר וגם אני הארכתי בזה בתשובה והבאתי דברי השיטה מקובצת ב"מ בשם הרשב"א להתיר ואף דמדברי הרא"ש בתשובה מבואר שהכירו הבתי שוקיים וכתב דחיישי' לשאלה י"ל דבתי שוקיים לחוד ומכנסים לחוד שהוא בגד גדול ובפרט במכנסים של מדינות וואלעחייא שהיה מלביש בהו רוב גופו עד עקבו מסתבר דלא חיישי' לשאלה ועי' בשו"ת זכרון יוסף חלק אה"ע שהביא מש"ס דמעילה דלבושה עילאה ותתאה מפגמי לאלתר וכתב שם אות יו"ד דלפי שם רש"י טעמא דלבושא תתאה דעל ידי זיעה נפגם מיד וכ"ש פוזמקאות דאיכא זיעת הרגל וזוהמא כו' עי' שם ואם כן נראה דה"ה במכנסים כאלו ואף שבזכרון יוסף שם כתב וכי בשביל שאנו מדמין כו' מ"מ יש לעשות סניף להיתר ועוד י"ל עפ"ז מ"ש בספר עצי ארזים די"ל דע"כ לא החמירו קצת פוסקים ראשונים לחוש לשאלה אלא היכא דליכא רק ע"א דטעם ההיתר משום מלתא דעבידא לגלויי ובנקל יכול להשתמט כשיבא הבעל שיאמר דאפשר שהשאיל בגדיו לאחר וכה"ג לא שייך כ"כ מלתא דעבידא לגלויי כדמשמע בבכורות אבל היכא דאיכא שני עדים כשרים דלא חשדי' להו דמשקרי שפיר סמכינן אסימנים דכלים דפשטא דסוגיא משמע דלמסקנא לא חיישי' לשאלה וא"כ בנ"ד הא איכא שני עדים כשרים שנמצא אצלו כתב פטור הלז אם כן י"ל דלא חיישי' לשאלה ואף דמדברי הפוסקים לא משמע לחלק בין ע"א לשנ' עדים מ"מ חזי לאיצטרופי הך סברא נמי להיתרא וכיון שבלא"ה דעת הגאון מהר"ל מפראג והגאון מ' יושע ז"ל בעהמ"ח מג"ש וכן משמע דעת הגאון בעל תוי"ט ז"ל וכן נראה דעת הש"ך בח"מ סימן ס"ה שלא לחוש לשאלה כלל וכן הוא קצת דעת הראשונים כמ"ש הר"ן בשם יש מי שאומר וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בשם הריטב"א ז"ל (ומה שכתב הב"ש בשם הב"י בשם הריטב"א ז"ל היא ט"ס כמו שכתב במקום אחר) וכן מדברי הרא"ש בבבא מציעא נראה דלא ברירין ליה אי חיישי' לשאלה מדאורייתא שהרי כתב ואפילו אי חיישי' לשאלה מדאורייתא מ"מ יכולין לתקן לענין ממון דלא ניחוש כו' אלמא דלא ברירין לי' אי הוי מדאורייתא ובאמת צ"ע דלפי זה מאי פריך חמור בסימנים אוכף היכא מהדרינן ומאי ק"ל הא מדאורייתא לא חיישי' לשאלה ואי אמנהג' פריך היכא מהדרינן שהיה לנו לחוש דרבנן ג"כ אין ק"ל כמו במצא בתפיסה כו' ומהא גופא מייתי הרא"ש בתירוץ הב' דלא חיישי' לשאלה בממון אף מדרבנן ולא פריך רק מחמור בסימנים אוכף ברייתא הוא ר"ל דיליף הכי מקרא ומוכח דהוא מדאורייתא ובפ"י נדחק בזה):

ונראה דהרא"ש בסברתו הראשונה ס"ל דקושית הש"ס כיון דעכ"פ איכא סברא דחיישינין לשאלה (א"כ סברא דחיישי' לשאלה) א"כ מנ"ל להחזיר חמור בסימנים אוכף

מיתורא דחמור ולא מוקמינין ליה דאמר סימנים בחמור גופא אלא שאינם מובהקים ואפ"ה מהני מדאורייתא ואי משום דמסתבר לך שאין לסמוך על סימנים שאינם מובהקים מדאורייתא רק תקנת חכמים היא להחזיר בסימנים א"כ מאי חזית לאוקמי קרא לאשמועינן דלא חיישינין לשאלה היפך הסברא וסימנים דרבנן איפוך אנא דלמא חיישינין לשאלה שהיא מסתבר דהא קמן שחששו חכמים לזה וקרא אשמועינן דאף בסימנים שאינם מובהקים מחזירין דסימנים דאוריי' ויש ליישב בזה כמה קו' ועוד יש ליישב בכמה גווני וקצרתי ועיין בשאלות ותשובות ב"ח החדשות שגם הט"ז נראה שנוטה להקל וכתב ששמע מפי חותנו הב"ח ז"ל שע"י איזה צירוף יש להתיר והסכים עמו התוי"ט ע"ש וא"כ במקום עיגון כזה נראה דבצירוף הנך סברות דלעיל שאנו צריכים שני חששים חשש שאלה דמכנסים וחשש שכחה ששכח בתוכו הכתב פטור שנראה שהוא מקפיד עליו וכולי האי אין לחוש וכיוצא בזה כתבו הפוסקים דשני סימנים אמצעים חשיבי סימן מובהק וה"נ כה"ג ועדיף מיניה ועיין בשו"ת מהר"י הלוי אחיו של הט"ז סימן ט"ו שכתב ג"כ דכיון דהר"ן והנ"י והג"מ כתבו דלא חיישינן לשאלה כו' הכי נקטינן להלכה אבל לא למעשה מאחר דחשש שאלה נזכר בקצת אחרונים ומ"מ אם יש עוד צד אחר להקל נוכל לצרף האי טעמא דילן ולהתיר בפשיטות ע"ש. ועדיין אנו צריכין לברר בשריותא דהאי אתתא דנהי דנימא שאין לחוש לשאלה בכה"ג מ"מ אכתי אית לן למיחש לפקדון דשמא כתב פטור הלז ועוד כתבים שביד האשה וכפי מאמרה נמצאו אצל ההרוג כפי דברי העדים אותם הכתבים הפקיד בעלה אצל אחר ואותו האחר נהרג במקום זה ובעלה של אשה זו אזיל לעלמא וראיתי בפנים מאירות ח"ב סימן ל"ב שמתחלה צידד ג"כ לומר שנסמוך להקל דל"ח לשאלה ושוב כתב דכיון שדעת הב"י והב"ח ומבואר בפסקי מהרא"י דחיישינן מי יקל נגדם ושוב כתב להקל ע"י ט"ע דגופו ובגדיו ועוד יש ראיה ברורה להתיר דהעידו שראו כתבים אצל ההרוג שראו אצלו בחייו א"כ מצינן למימר אף למ"ד חיישינן לשאלה מ"מ הכא מודה דכתבי' אלו אין דרכם להשאיל וגם ל"ח דלמא הפקיד ביד אחר ותדע דמשני כיס וארנקי לא מושלי אינשי משום דמנחשי ואמאי ניחוש שמא הפקידן אלא ע"כ דל"ח לפקדון דאין דרך אדם להפקיד כ"כ כמו להשאיל וכן מוכח בפרק המקבל גבי סכין' דאשכפתא לא מושלי אלמא דגם לפקדון ל"ח כו' וכתבים אלו שהיו שטרי חשבונותיו וגם שטר קיבוץ שלו אין דרכו להשאילן וכ"ש להפקידן כו' ע"ש:

ואני תמה עליו דאיך כתב כן בפשיטות שהרי ש"ס ערוך ביבמות דף קט"ו אמר רבא מנא אמינא לה דהני תרי שטרי דנפקי במחוזא וכתב בהו חבי בר נאנאי כו' ואביי למאי

ניחוש לה אי לנפילה מזהר זהיר בי' אי לפקדון דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' כו' מבואר דאי לא האי טעמא שפיר חיישינן לפקדון ואדרבא מוכח דטפי חיישינן לפקדון מלנפילה דהא לנפילה לא חייש אביי אע"ג דלנפילה דרבים חייש מ"מ הכא הו"ל נפילה דיחיד וכמ"ש התוס' שם ואפ"ה הוי חייש לפקדון אע"ג דהוי פקדון דיחיד אי לאו משום דסברא דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' (ולכאורה מוכח מזה דלא כמ"ש הח"צ) דלשאלה דיחיד ל"ח כמו דלא חיישינן לנפילה דיחיד דהא חזינן בפקדון דחיישינן אף בדיחיד דוקא בנפילה שהנפילה מצד עצמה נמי לא שכיחא רק בנפילה דרבים אפ"ה חיישי' ובדיחיד לא חיישינן משא"כ בשאלה אם נימא דחיישינן לשאלה הוי כמו פקדון דחיישינן אף בדיחיד ובמקום אחר כתבתי ליישב מה דקשה עליו מלישנא דלנפילה מזהר זהיר ביה וע"פ מ"ש שם יש ליישב גם מפקדון (ולפי מ"ש לקמן יש ליישב ג"כ (ובאמת דלכאורה צ"ע על הך סברא דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גביה שהרי שכיח טובא שאדם מפקיד אצל חבירו חפיצים אף שלא בעדים ואפילו בעדים נמי סומך על נאמנותו ועיין בגיטין דף ס"ד בעל אומר לפקדון כו' ואפשר לומר כיון דאין חשש פקדון כ"א ע"י שנאמר שזה מוחזק אצלו וידוע לו שלא ישקר באמנותו ממילא לית לן למיחש שמא בשעה שהפקיד כשר היה ועכשיו רוצה לכפור בו או שהיה מוטעה בזה שהחזיקו לנאמן להא לא חיישינן וכיון שזה אומר שלו הוא מהימנינן ליה והלכך שפיר קאמר דכיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גבי' וכיון שזה אומר לפנינו ששלו הוא לא חיישי' שמא טעה בו והחזיקו לנאמן וכופר בו ומ"ש הפמ"א מהא דמשני כיס וארנקי וטבעת מנחשי אפשר דגם בפקדון שייך האי טעמא ומ"ש מסכינא דאשכפתא כבר הקשו התוס' ביבמות שם ד"ה אותיות ניקנין במסירה דלמה ניחוש הכא טפי מכל דברים שאין עשוים להשאיל ולהשכיר דאמרינן שהם שלו וחבירו לא נתן לו כלום וכתבו דשוב פר"י דודאי הקלוף יכול לעכב שלא יפסיד חזקתו אע"פ שדרכו להפקיד גביה אבל החוב לא יכול להוציא כל זמן שנוכל להסתפק שמא מפקיד גביה כו' משמע דדוקא מן המוחזק אין מוציאין בטענת פקדון אבל היכא דלא שייך חזקה זו חוששין לפקדון ומכ"ש להעמיד בחזקת א"א שיש לחוש ולפי תירוץ קמא שבתו' דכאן יש הוכחה לחוש מדאין לו שטר ובשמי' כשמי' מדאין לו סימן כו' ע"ש א"כ י"ל דבעלמא דליכא הוכחה זו אין לחוש לפקדון אך עדיין י"ל דהתם מטעם חזקה מה שביד אדם כו' משא"כ כאן דאיכא נגדה חזקת א"א וכיוצא בזה כתב בת"ש לענין חשש שאלה ומ"מ עכ"פ מוכח מזה דחיישינן לפקדון היכא דלא שייך הך סברא דשמי' כשמי' כו' ועיין בתוס' שם משמע מדבריהם דמיירי אף שדרכו להפקיד גבי' אך י"ל לפי מ"ש התוס' שם דרבא בב"ב פליג על אביי בהא וס"ל

דל"ח לנפילה ולפקדון דהא ס"ל דא"צ להביא ראיה על המסירה והא דמייתי ראיה דל"ח לתרי יצחק והיינו דלא חיישי' דלמא מסר ליה ע"ש וכיון דקי"ל כרבא בהא דא"צ להביא ראיה על המסירה ממילא דהלכתא דל"ח לפקדון אף בלא הך סברא דשמי' כשמי' וכ"כ התוס' והרא"ש בב"ב דף ע"ז אמנם מ"ש הרא"ש שם וז"ל ורבא חזינן דלא חייש לנפילה ולפקדון אף היכא דלא שמי' כשמי' דהא קאמר א"צ להביא ראיה על המסירה אלא ודאי דסבר אין אותיות נקנות במסירה הלכך מוכח מהני שטרי דלא חיישינן לתרי יצחק דאי חיישינן הו"ל למיחש דלמא מסר האי שטרא ואין נקנות במסירה כו' ולכאורה אין ראיה מזה דקאמר א"צ להביא ראיה על המסירה דס"ל דלאו שמיה כשמיה לא חיישי' לפקדון דאיכא למימר דהא בהא תליא דאחרי שאנו פוסקים הדין שא"צ להביא ראיה על המסירה אזדא ליה חשש פקדון דכמו דלא חיישי' דמפקיד למי ששמי' כשמי' כמו כן לא חיישי' דלמא מפקיד גבי אחר דלאו שמיה כשמי' כיון שאם ירצה יכפור בו ולא יצטרך להביא ראיה על המסירה אבל אי הוי אמרי' דאין נקנות במסירה או שצריך להביא ראיה על המסירה באמת היה מקום לחוש גם לפקדון אי שמיה לאו כשמיה ונראה דכוונת הרא"ש דכיון דעכ"פ חזינן דאין חוששין לפקדון אפילו תימא דטעמא משום דפסקינן דינא שא"צ להביא ולא מפקיד גביה מ"מ עכ"פ ק"ו הדברים היכא דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה ואם כן מנ"ל להוכיח מזה דל"ח לתרי יצחק אלא ע"כ משום דלמא מסור וס"ל דאין נקנות במסירה ולפ"ז חזרנו למה שחששנו דמדברי אביי משמע דחיישי' לפקדון היכא דלאו שמיה כשמיה ואף דרבה ס"ל דא"צ ראיה על המסירה טעמיה כמ"ש דלא מפקיד גביה משום שחושש שיטעון שמסר לו ויפסקו שא"צ ראיה על המסירה הא לא"ה אין חולק בזה על אביי דס"ל דיש לחוש לפקדון היכא דלא שייך טעמא דשמיה כשמיה דפקדון חששא גמורה הוא מצד עצמו:

איברא שי"ל דפשטא דמלתא דרבא משמע דל"ח לפקדון כלל דאם יש כאן פקדון למה נפסוק הדין להיפך שלא יצטרך להביא ראיה לאפקועי חששא דפקדון נפסוק דבאמת חוששין לפקדון וצריך להביא ראיה על המסירה אלא ע"כ דרבא ס"ל דמצד הסברא אין חוששין לפקדון כלל ומ"ש התוספות שם ששוב פר"י דהקלף יכול לעכב אבל לענין החוב חוששין דלמא הפקיד גביה כוונתו לומר דמהאי טעמא מוכיח רבא מזה דאין חוששין לתרי יצחק מדלא חיישי' התם לפקדון כיון דהוחזקו א"כ גבי איסור אף שלא הוחזקו ניחוש ליה:

ומזה מוכיח דלא חיישינן באיסורא לתרי יצחק כשלא הוחזקו והלכך בממונא אף שהוחזקו אין חוששין לפקדון והיינו משום דפקדון לא שכיח אבל צ"ע שנראה דלרבא

לא מידחי חשש פקדון כלל דס"ל שאין לחוש שמא מסר לזה ששמו כשמו בממונא אף דהוחזקו ובאיסורא בלא הוחזקו אבל לענין חשש פקדון עצמו י"ל דשפיר חיישינן ומה דס"ל לרבא דא"צ להביא ראיה על המסירה י"ל טעמא כדפרישית לעיל דאז הו"ל כמו שמו כשמו ולא מפקיד גביה (ולפי התירוץ שכתבו התוס' דאי אותיות נקנות יש הוכחה מדאין לו שטר והיכא דשמיה כשמיה מדלא עשה בו סימן י"ל דלפום מ"ש התוס' דרבא גופיה ס"ל אין אותיות נקנית ולכך מייתי ראיה מהני שטרי דלמא מסר ליה כו' לאו בדוקא נקטו מדלמא מסר ליה די"ל דשפיר מייתי מדלא חייש לנפילה ופקדון דא"ל הא רבא לא חייש דס"ל א"צ ראיה איכא לדחוי דהתם קאי אי אותיות נקנות במסירה ממילא אין הוכחה מדאין לו שטר ולכך לא חייש לנפילה ופקדון משא"כ ביבמות דקאי לטעמא דאין אותיות נקנות ואם כן איכא הוכחה לחוש לנפילה ופקדון מדאין לו שטר ואפ"ה אגבי רבה זוזי ולא חייש ש"מ דל"ח לתרי יצחק ואמנם כן יש לדחות מ"ש התוס' והרא"ש להוכיח מיבמות דרבא ס"ל דאין אותיות נקנות במסירה דשפיר י"ל דס"ל נקנית ומ"מ מייתי ראיה דל"ח לתר"י מדלא חיישי' לנפילה ופקדון דאף דבעלמא ל"ח התם טוען שנמסר לו ואותיות נקנות משא"כ כאן דשמיה כשמיה והיה לו לעשות סימן כמ"ש התוס' ואפשר דע"כ לא כתבו התוס' שיש הוכחה מדלא עשה סימן אלא אי ס"ל אין אותיות נקנית דאי היה לו לחוש שיטען הבע"ח שנמסר לו בלא כתיבה אבל אם אותיות נקנית אין ראיה מדלא עשה סימן דל"ל סימנא דאפילו תימא שנמסר לו קנה ולנפילה ופקדון אין לחוש והלכך שפיר דייקי התוס' והרא"ש דאין אותיות נקנית ובאמת סברת התוס' מדלא עשה סימן צ"ע דאטו בשביל זה נאמר שהוא של חבירו א"כ חבירו לא עשה ה סימן שהיה צריך לעשות ומוטב לנו להחזיק שהוא שלו שהוא עתה בידו ולקצר אני צריך):

אך נראה דבנ"ד שנמצא אצלו הקוויטל אני שבתי בר שמואל השכרתי עצמי לאדון ובקוויטל כזה פשיטא דל"ש חשש פקדון וכמ"ש לענין חשש שאלה וממילא כשנרצה לומר שבעל האשה הפקיד הכתבים אצל ההרוג הו"ל פקדון דיחיד שהרי נצטרך לומר שגם ההרוג הנפקד היה שמו שבתי בר' שמואל כשם האיש המפקיד בעל האשה וכולי האי לית לן למיחש דאף לפי מ"ש די"ל דרבא נמי חייש לפקדון מ"מ לפקדון דיחיד ל"ח דזהו הוכחתו דל"ח לתרי יצחק מדלא חיישי' בהני שטרי לפקדון ודלמא מסר ליה אלא ע"כ שאין חוששין שהפקיד [או מסר למי ששמו כשמו אע"ג דהוחזקו וה"ה לאיסורא בלא הוחזקו וכיון דאנן קי"ל הלכתא כרבא דל"ח לתר"י ממילא שאין לחוש לפקדון דיחיד וכבר כתב הח"צ דלשאלה דיחיד ל"ח וכדי ליישב לשון הש"ס כתב דיש להקל

טפי במיתה מבגט ע"פ סברת הרא"ש דמה"ט פסק הרי"ף כרבא דל"ח לתר"י אף דבגט פסק לחומרא ומכ"ש דא"ש טפי לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א ביבמות שם דס"ל דרבא מייתי ראיה מהני שטרי דאמרי' כאן נמצאו וכאן היה ושלו היה מתחלתן ע"ש באורך ובתשובה אחרת הארכתי בזה ומצאתי בשו"ת ב"ח סימן פ"א שכתב ג"כ לענין ההרוג שנמצא אצלו איגרת ושטר שותפות שאין לנו לחוש לפקדון אלא אמרי' כאן נמצאו וכאן היו מתחלתן כמ"ש הפוסקים בעובדא דתרי יצחק וא"ל דשאני התם דשמיה כשמיה לא מפקיד גבי י"ל אע"ג דלגבי ממונא הוי חיישי' לפקדון אי לאו דשמיה כשמיה מ"מ גבי אשה משום עגונה לא חיישי' לפקדון כלל אלא אמרי' כאן נמצאו כאן היו כמ"ש הנ"י כו' ועוד העיקר מה שאני סומך עליו דלא חיישי' הכא לפקדון שהקשו התוס' שם כו' והשתא בנ"ד שזה הנהרג היה לו שומע כו' לא חיישינן לנפילה ופקדון דיחיד כו' ע"ש ואף דמ"ש וא"ל דשאני התם דשמיה כשמיה כו' י"ל אע"ג דלגבי ממונא כו' דבריו צ"ע דאביי דקאמר טעמא דשמיה כשמיה כו' באמת לא שס"ל כאן נמצא אף בעגונה אבל רבא ס"ל כאן נמצא אף בממון והנ"י כדמחלק משום דרב אשי בכתובות ל"ל כאן נמצא כו' ע"ש וגם צ"ע על הב"ח שמערב שיטת התוס' עם הרשב"א והנ"י וליתא דהתוס' ודאי לא אזלי בהך סברא דכאן נמצא כלל ואין להאריך דעכ"פ שפיר סמכינן בנ"ד על מ"ש דאין לחוש לפקדון דיחיד ובאמת דברי האחרונים בתשובה שנראה לפעמים שסומכים על כתבים דלאו אורחייהו לאושלינהו נראה מזה דאין חוששין לפקדון כלל וצ"ע אבל לפקדון דיחיד נראה דאין לחוש דשפיר יש לסמוך על תשובת הב"ח ופמ"א דלא ניחוש לפקדון:

ועדיין אנו צריכין למודעי דלפי משמעות לשון העדות אותו כתב פטור שאנו תומכין עליו יסוד ההיתר לא נמצא בבית יד של המכנסים שהיה ההורג לבוש בהם רק שהכתב פטור זה נמצא מונח אצלו וכבר כתב הב"ש בס"ק ס"ט שאם נמצא ארנקי סמוך לו לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות למ"ש בח"מ בנמצא פירות אצל הכלי וא"כ בנ"ד נמי ניחוש ליה הכי שמא כתב פטור הלז היה מונח כאן מכבר אבל ראיתי בשו"ת שאגת אריה וקול שחל תשובה א' להגאון מוהר"ר ליב ז"ל האב"ד דק"ק קראקא שכ' דכל שמונחי' ב' דברים זה אצל זה תלינן דאחד הם ולא אזלינן בתר רוב וכתב ראיה מהך דכלי ולפניו פירות דבצנא ופירי תלינן דמיניה נפל ולא אזלינן בתר רובא דעלמא וע"ש באורך וכתב שם שהט"ז כתב על תשובה זו בכתב ידו יפה כיון בני חורגי להלכה וראיתי בשו"ת נ"ב חאה"ע סימן נ"ב שהביא דברי הב"ש וכתב בכוונתו דלא דמי לנמצא בכלי ולפניו פירות משום דכאן אין הוכחה שהארנקי והטבעת ממנו

משא"כ שם באלו מציאות בעינן הוכחה שהפירות נפלו מכלי וע"ז הביא מח"מ סימן רס"ב כו' ולענ"ד מבואר מלשון רש"י דאדרבה כל שאין הוכחה דלאו ממנו נפל תלינן דממנו הוא אך בלשון הרמב"ם שהעתיק בש"ע חוששין שמהכלי נפלו כו' צ"ע ויש פני' לכאן ולכאן וקצרתי דבנ"ד נראה דכ"ע מודו שאין לתלות שבעל האשה עבר דרך שם ונאבד ממנו שטרות אלו ושוב עבר דרך שם איש שג"כ שמו שבתי בר שמואל ונהרג שם סמוך למקום שהרי קוויטל זה מורה עכ"פ שההרוג כשם בעל האשה וכולי האי ודאי ל"ח ואמרי' התם בב"ב דקרוב ומצוי ליכא למ"ד וגם לא שייך כאן רוב וקרוב רוב עדיף דעכ"פ שמו שבתי בר שמואל ופשיטא שאין סברא הרובא דעלמא ששמם כך עוברים דרך שם וממילא דאית לן למיזל בתר קורבה ובתשובה א' הוכחתי דכל היכא דאין הרוב ברור לא אזלינן בתריה נגד חזקה או קורבה דלכך תלינן בדם מכה משום חזקת טהרה ואין חוששין שמא יש יותר דמים במקור מבמכה וכ"כ בש"ג להדיא דרוב ברור בעינן וא"כ פשיטא דכה"ג אזלינן בתר קורבא דמוכח כי האי ואע"ג דגבי איסורא דא"א לא אזלינן בתר רובא כמ"ש התוס' שאסרו חכמים משאל"ס אע"ג דרובא נמלטין ומכ"ש קורבא דגרע מרובא מ"מ אין זה דומה לקורבא דניפול וקורבא דמדידות עגלה דכמו כן י"ל שבא ממקום קרוב כמו מרחוק משא"כ בזה דבלא"ה אין סברא לומר דאיתרמויי אתרמי שנהרג זה סמוך ממש למקום שאבד זה ארנקי שלו וכמו נפילה דיחיד דמי:

העולה מזה שאם יתברר שם בק"ק יאס ששבתי בר שמואל המוזכר בכתב פטור שנמצא אצל ההרוג הוא שבתי בר שמואל בעל האשה העגונה אתתא שריא להנשא מחמת דכתיבנא ובפרט שיש מקום לומר שיצאה מחשש איסור דאורייתא כיון שנמצא בדרך סמוך לק"ק יאס ומכנסים שעליו מוכיחים עליו שהוא מבני מדינות וואלחיי ואף שכתבתי דאעפ"כ כיון דשיירות מצויות איכא חשש רובא דעלמא נלענ"ד דכיון דעיר יאס היא הגדולה במלכות וואלחיי ואין בכל המדינה שם עיר גדולה כזאת ועיר באקרעשט כפי הנשמע אין שם רק מתי מספר יהודים וביאס הרבה יהודים דרים שם ה' ישמרם ואית לן למיזל בתר רובא וכיון שהקוויטיל שנמצא אצלו נודע לנו ששבתי בר שמואל הוא ולא הוחזק עוד אחד ששמו כך אף שהחיפוש קשה בזה מ"מ לכ"ע אזיל חשש איסור דאורייתא וסמכינן אכתב פטור שנמצא סמוך לו ועי' בשו"ת נ"ב סימן ל"ז דאף המחמירין בכלים דלא מושלי מ"מ היינו כשעזב אשתו עגונה והלך אבל מי שהלך לסחורה ע"ד לחזור ולא חזר איתרע קצת חזקת א"א ויש להקל בכלים דלא מושלי ועוד יש למצוא צדדי קולות אף שאין לסמוך עליהם חזי לאיצטרופי להיתרא דברי זעירא ה"ק אפרים

שאלה לט

שאלה שניה נשים עגונות שהוגבה עדות בב"ד שרוצחים יהודים הודו שהרגו אותם בדרך בעוה"ר והראו מקום קבורתם ופתחו את קבורתם ונמצא קצת סימנים בגופם וכלים כמבואר באורך בגוף הגב"ע מב"ד ונשאלתי לחוות דעי בזה תשובה הנה הלכה רווחת בישראל באומר הרגתיו תנשא אשתו דקי"ל כרבנן דפלגינין דיבורא. אך מה שיש להסתפק בזה לפי שהודאות הרוצחים היו ע"י עינוי ויסורים דבכה"ג בעכו"ם מסל"ת קי"ל דלא מהני כמבואר בק"ע וז"ל הב"י בתשובה ולמאי דאמרי' מאימת היסורים הודו מה שלא עשו י"ל דל"ח להכי שהרי כתב מהרי"ק בשורש קך"ח דסמכינן אדברי המרצח שהגיד לשופט ובאתריה דמהרי"ק מסתמא היה מיסרים הרוצח כדי שיודה שכן משפט כל האומות כו' ואת"ל איך כתב מהרי"ק שאם לא היה אמת לא היה מודה לחייב (ראשו דדילמא מחמת יסורין הודה מה שלא עשה ונבחר לו מות מחיים ביסורים דאלמלא נגדוהו לחנני' וכו' דאיכא למימר דקים ליה למהרי"ק דבההוא עובדא לא יסרוהו ומשום יראת היסורין א"ש שהודה דלא עביד אינש להודות מה שלא עשה מיראת יסורין קודם שיסרוהו כו' עכ"ל וכ"כ בשו"ת משאת בנימין סימן ס"ח וא"כ נראה דאין לחלק בין עכו"ם מסל"ת לישראל המעיד מחמת עינוי ויסורין וזיל בתר טעמא וראיה דמייתי מהא דאלו נגדוהו לחנני' וכן מבואר בב"י בח"מ סימן ך"ח בשם מהרי"ק סימן כ"ת דמה שאדם מעיד לסיבת יסורין ומחמת יראה אין בו ממש איברא דהך ראיה דמייתי מהא דאלמלא נגדוהו וכו' יש לדחות דהתם שגזירת המלכות הוה לכופם לעבור על ד"ת ובהא קאמר שאם היתה הכפי' ע"י עינוי ויסורין לא היה בכחם לסבול לפי שהיה מכבידים עליהם היסורין כ"כ עד שהיה צריכים לפלוח לצלמ' וכדאמרי' בכתובות ולא שאני לך בין הכאה שיש לה קצבה כו' אבל בכאן שאין העינוי והיסורים שיאמרו דוקא שהם הרגו אלא מענין אותם שיאמרו האמת אם הרגו אם לאו וכל שהם סובלים יסורים ועינוי ועומדים בדיבורם פשיטא שאין מוסיפין עליהם עינוי פעם אחר פעם עד שיאמרו דווקא שהם הרגו אלא יש קצבה לדבר כשסובלים עינוים הידועים במשפטם מוציאין אותם חפשי שזה ראיה לדבר שלא עשה כזאת א"כ כשמודה מחמת העינוי שפיר י"ל דקושטא קאמרי וכסברת מהרי"ק שאם לא היה אמת לא היה מודה לחייב ראשו למלכות ואף שמיסרין אותו מ"מ דמי להכאה שיש לה קצבה ואף שיש לחלק ולומר דשאני מלקות שיש לה קצבה ארבעים ותו לא משא"כ כאן שהמוכה והמעונה לא ידע עד כמה תכבד שאפשר אף אם יסבול יסורין של עכשיו ומחר יוסיפו לו יסורין קשים מן הראשונים מ"מ יש מקום לומר דגם בכה"ג לא עביד להודות מה שלא עשה מיראת יסורין קודם ואדרבא אם

לא עשה מחזק את לבו שיסבול אולי ואולי יהיה בהם די ולא יחבול בעצמו ע"י הודאתו וגם לפמ"ש התוספות דף ל"ג לדעת ר"ח הא דאמרי' פלחו לצלמא היינו אנדרטי לכבוד המלך אבל לא ע"ז ממש כדאמרי' בר"ע שהיה סורקין כו' וכ"כ בפסקי התוספות שם דחייב למסור עצמו אף שמיסרין אותו ביסורין קשים לעבוד ע"ז ע"ש:

אך דמ"מ אין ע"ז ענין לזה דאפילו כשכופין אותו להעיד אינו חייב למסור עצמו וכדאמרי' בכתובות דף י"ט קסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר כו' אמר רבא השתא אילו אתו לקמן אמרי' להו זילי חתימי ומכ"ש בזה דאם נימא יסורין גרמו פשיטא שאין הודאתו כלום שאפי' עדותן אין כלום:

אך החילוק שכתבתי הוא נכון דודאי אם כופין אותו ביסורין שיעיד דבר זה שפלוני מת או לוה מעות וכיוצא אין זה כלום אבל אם מיסרין אותו על הספק שמא הוא יודע הענין ויאמר האמת כמו שהוא אז י"ל שמה שאומר הוא אמת ולא אמרי' שבוחר יותר למות מלהתיסר ביסורין וכמש"ל וכ"כ בתשובת אמונת שמואל סימן ט' והפיקפוק שהודה תוך העינוי נראה דאדרבא יותר יש מקום להתיר כשהודה בתוך העינוי דהא בודאי יודע שיגמר דינו להריגה כשיודה מחמת העינוי וא"כ ל"ל להודות אא"כ קושטא קאמר וכבר הוכיח תשובה הנ"ל דכל היכא דידעינן בבירור דקושטא קאמר יש להתירה כשאין מתכווין להעד להתיר כו' ע"ש ונראה דלא חש להך ראיה דאלמלא נגדוהו כו' מטעמא דכתיבנא ולפ"ז י"ל דמהרי"ק מיירי בפשיטות שבאמת יסרו אותו והודה ע"י יסורין דאם כמ"ש הב"י ז"ל דקים ליה למהרי"ק בעובדא דידיה שהודאה שלא מחמת יסורין הו"ל לפרושי אלא דס"ל דאפילו בהודאה ע"י יסורין ממש אמרינן אומדנא זו שאם לא היה אמת לא היה מודה שהרגו לחייב ראשו למלכות ומצאתי בספר עזרת נשים להגאון מוהר"ם בן חביב ז"ל דף ס"א ע"ב כתב ראיה ממהרא"י בכתביו סימן קס"א שכתב אמנם עדות ר' חנוך שהעיד מה ששמע מראש עירין אין נראה לסמוך עליו משום שהסיח ע"י שאלה ששאלו חנוך ואמר אם אמת הוא שהודה בעינוי שהרג יהודי כו' ומשמעות הדברים נראה דהודה הרוצח מחמת עינויין ויסורין שהרג יהודי כו' משמע שאם לא שאל ר' חנוך מהני הודאה שהודה בעינוי וכן נראה משו"ת משפט צדק דהבין כן מדברי מהרא"י דהודאת הרוצח מחמת עינוי ויסורין חשוב הודאה:

אך י"ל מ"ש שהודה בעינוי היינו שעושין תענית ומתוודין כו' ועוד אפשר שעשו לו עינוי שנתפס על ענין אחר והוא הודה על זה וכעובדא דמרדכי סוף יבמות בענין שהודה בשעת שדנוה למיתה לא פשעתי רק פעם אחת הרגתי יהודי פלוני כו' וכתב שם שמעשה בא לידו בחמר א' שהלך עם יהודי כו' ומסרו החמר לשלטון וכשהכו אותו הודה שהוא הרגו

כו' והתרתי אשתו דע"כ לא חלק מהריב"ל עם מהרי"ק אלא היכא דליכא הוכחה שאומר אמת אבל היכא דיש הוכחה גדולה דנמצא הרוג באורך הדרך נאמן והבאתי ראיה ממ"ש מהרח"ש כו' וכאן יש הוכחה גדולה שנמצא הרוג בדרך עי' במבי"ט כו' ועוד כתבתי דבנ"ד שתפסו לחמר שהוליך היהודי כו' והסכימו עמדי רבני עיר הק' ירושלים תוב"ב והתרנוהו והגיע הדבר לפני רבני מצרים וגם הם התירוהו עכ"ל:

ואף דטעמא בתרא ליתא בנ"ד מ"מ טעמא קמא ודאי איכא הכא אע"ג שלא מצאו ההרוגים בדרך מ"מ אדרבא אומדנא והוכחה טובא ממה שהרוצחים עצמם הראו המקום שקברו ההרוגים שמה ושם נמצאו ושמה היה ופשיטא שאין לחוש שמא ידעו ששם מקום קבר מאנשים אחרים דמי הכריחם לזה וגם כמה ענינים ובפרט הט"ע של אשתו ובנו אף על פי שאחר כמה ימים היה הרי לדעת ר"ח מעידין כשפרצוף פנים שלם אם לא היה חבול בפניו ועכ"פ אין לך הוכחה גדולה וטובה יותר מזה דקושטא קאמרי ושם בעזרת נשים הביא ראיה בבא בתרא דף קס"ז בההיא שטרא כו' דכפתי' ואודי והיינו על ידי הכאות ויסורין כמבואר בח"מ סימן מ"ב אלמ' היכא שיש רגלים לדבר שזה הרוצח הרג לפ' או זה זייף השטר כשאנו מיסרין אותו ומודה מתברר הדבר דהודה על האמת וחזקה לא משוי נפשי' זייפין או רוצח מחמת היסורין ע"ש ומכל שכן בנ"ד שעמדו בדבורם גם אחר היסורין וספרו כל המאורע לפני העד ברוב ענין אין עוד לספק בדבר שכדבריהם כן הוא מחמת רוב האותות והאמתלאות ואף על פי שאם היו עומדים בדבורם אצל השופט עדיין היה פתחון פה לדעת מהריב"ל דאף קודם העינוי לא מהני הודאתו שמתירא שמא יעשה לו יסורין אם כן מכל שכן היכא שבאמת עשו לו יסורין והודה שאין ראיה ממה שהודה ועומד בדבורו אח"כ די"ל דאכתי בההוא פחדא יתיב אם יכחוש שמא יעשו לו יסורין כבראשונה אף דמתרמי לפעמים שאחר היסורין חוזר לומר ששקר אמר מחמת היסורין היינו לפי שבשעה שאין לו הרגשת היסורין עייל בי' פחדא דמיתה ומ"מ אין הכרח כ"כ ממה שעומד בדבורו דקושטא קאמר דאימר פחד היסורין עליו טפי מפחד שיתחייב מיתה:

וראיתי בתשובת ב"י שלא החליט זה אלא כתב אחר כך וז"ל ואת"ל דמפחד היסורין עומדים בדבורם מ"מ היינו ביסורין על דבר זה עצמו כו' משא"כ ביסורין שיודו מה שעשו כו' עי"ש ובנ"ד שהיסורים הם על אותו דבר בעצמו אין ראיה ממה שעומדים בדבורם:

אך כל זה אם עומדים בדבורם לפני השופט אבל בגוונא דנדון דידן אף שלפני השופט הכחיש מפחד מיתה מכל מקום ביני לבין העד הודו בלי איום והפחדה נראה ברור דמהני וגם חזי לאצטרופי הנך צרופין שכתב בתשובות הב"י שם דמוכחא מילתא דקושטא

קאמרי שאם לא כן לא היו אומרים כ"כ רמזים של שקר שהשקר אין לו רגלים וכו' ועוד מוכחא מילתא דקושטא קאמרי שהיו שנים ואי לאו דקושטא קאמרי לא היו מכוונין דבריהם זה עם זה וכ"ש בכל כך רמזים וכוון שכוונו כל דבריהם אפילו אם הודו על ידי יסורין מהימני עכ"ל וא"כ פשיטא דבנ"ד נמי איכא כל הנך מילי למעליותא דודאי מהני הך הודאה להתיר עגונות אלו:

ועוד נראה לענ"ד דמ"ש מהריב"ל להחמיר אף בהודה בלא עינוי ועי' ב"ש סעיף קטן מ"ט היינו בעכו"ם דדוקא מסל"ת מהני אבל על ידי שאלה לא וכיון דמצד עדותן לא מהני וגם אינו מסל"ת רק שנסמוך על סברת מהרי"ק שלא היה אומר שהורגן לחייב ראשו למלכות על זה פקפוק מהריב"ל ח"א סימן נ"ח ז"ל שנתפחד מהיסורין וכיון דספיקא הוא דילמא שיקרא קאמר הו"ל ספיקא דאורייתא והיינו שאין לדמות אומדנ' זו למסל"ת כיון דיש אמתלא דמפחד היסורין וא"כ ממילא יש להסתפק בעכו"ם שמא שקר הוא דובר כיון שעיקר הודאתו על ידי שאלה משא"כ ברוצח ישראל דלאו מטעם מסל"ת אתינן עלה אלא משום מכשירין עדותו משום דפלגינן דיבור' ואמרינן דקושטא קאמר כגון העדות שנהרג בעלה של זו רק מה שאומר על עצמו לא מהימן אלא אמרי' דאחר הרגו או הוא הרגו אלא שלא לרצונו רק באונס או בשוגג וכה"ג דלא מיפסל לעדות א"כ שפיר י"ל היכא שרוצח ישראל נתפס והוא מודה דלא חיישינן שמפחד היסורין שמא יעשו לו הוא מודה כיון שהוא נאמן על זה מצד עדותו ואין מקום לפסול רק בהודה על ידי יסורין ממש ואף דנידון שלנו היה על ידי יסורין ההודאה כתבתי פה להתלמד במקום אחר היכא שהודה קודם עינוי שי"ל שאף מהריב"ל ודעימי' מודין ברוצח ישראל כה"ג יש לסמוך ע"ז כיון דבלא"ה הרבה חולקין על מהריב"ל ועומדים בשיטת מהרי"ק כמ"ש בעזרת נשים שם וגם מסתייע נ"ד שהוא מיקל קצת מעלינו מ"ש דלשיטת מהריב"ל אף בעומדים בדיבורם יש לחוש שיעשו לו עוד יסורין הוא אומר כן ולפמ"ש שאף שכבר עשו לו יסורין אין לבדות חששא זו ברוצח ישראל ומהריב"ל לא חשש אלא בעכו"ם ודרך שאלה וא"ל דגרע לפי שכבר עשו לו יסורין הוא חושש להם כמאמרם מאן דנכית ליה חויא חבלין מדחיל לי' דז"א שהרי כמו כן יוכל לדמות בדעתו שאם יכחיש עתה יתלה השופט ההודאה בסיבות היסורין וממה שהוא מחזק בדבריו מוכח דקושטא קאמר:

אך בנ"ד בלא"ה א"ש כדכתיבנא שהרי הוא מחזיק דבריו בינו לבין העד וסיפר לו באורך הענין שעבר בעסק ביש הדין ודאי קושטא קאמר ואחרי שכבר ביארנו דאיכא מאן דסבר דאף גוף הודאה שעל ידי יסורין מהני וכתבנו לחלק בין ההוא דאלמלא נגדוהו אף על פי שלא הייתי סומך על זה ולמעשה כיון דעינינו הרואות מעשים בכל יום שהנחשדים

מודים על ידי חבטות ויסורין מה שלא עשו וזכר לדבר בספר שבט יהודא שהשלוחים גדולי עמינו התוכחו עם המלך על עוות הדין מחמת המודין מחמת עינוי מה שלא עשו ולא עלה על לבב והמלך הודה להם וסיפר להם שעבדיו העלילו על שני חשובין על לא חמס בכפם ומחמת עינוי הודו והרגם ואחר כך נמצא הגניבה ביד העבדים אך בנ"ד דאיכא אומדנא דמוכח טובא דקושטא קאמרי והודו ואמרו מקום קבורתם וכמה ענינים המורים על אמיתות הדברים וגם קצת עמדו בדיבורם אחר היסורים וגם סיפרו הענין באורך וגם כוונו זה לזה וגם הם רוצחי ישראל בעו"ה פשיטא שאין לפקפק בזה:

ואמנם אף אם לא הי' מקום לסמוך על הודאת הרוצחים אומר אני בואו ונסמוך על מה שמעיד העד ששמע מאיש אחד שאמר שיודע בודאי שר' ליב זאסלבער ור' בער ליטוואק שמדברים מהם נהרגו כו' כמבואר בגב"ע וכיון שהגיד כן טרם נתפסו הרוצחים שנית אין כאן חשש שמא מחמת הקול המפורסם מחמת הודאת הרוצחים אומר כן וגם כי בעד כשר בלא"ה אין לחוש לזה וגם אומר שקרא האיש ההוא לפני הדיינים והגיד לפניהם שיודע בבירור שהאנשים הנ"ל נהרגו ואינו רואה שום פקפוק בעדותו וא"כ פשוט דהלכה ומורין כן למעשה דהנך נשי שריין לעלמא מה שראיתי בדברי הדיינין המצויינין החכמים השלימים מק"ק זאסלב שחוששין בעדות העד המעיד כל הענין לפי שהוא מסר הרוצחים בידי עכו"ם ואילו סבר מצוה קא עביד ע"כ דבריהם הטיבו את אשר דיברו דודאי סבר מצוה קא עביד ועלתה בידו מצוה זו אחרי שנתברר באמת שהמה מרצחים ועובדא דפרק הפועלים בר"א בר"ש דקא תפיס גנבי יוכיח ואע"ג דקרי ליה ריב"ק חומץ בן יין הס מלהזכיר שח"ו עשה שלא כדין:

ומצאתי בב"י ח"מ סימן שפ"ח הביא תשובת הרשב"א בכתב ששלח לחכמי צרפת וז"ל עוד גדולה מזו שהרי ראבר"ש תפיס גנבי בהורמנ' דמלכא וענוש וקטול להו וכן ר"י בר' יוסי ואף על גב דא"ל ריב"ק חומץ בן יין וכן א"ל אליהו לר"י בר' יוסי מ"מ לא נשוי להו כטועין גמורים בדינים המפורשים אלא שמחמת חסידתן היו להם להמנע מלהרוג מה שלא חייבה התורה להמית וזהו שקראם חומץ בן יין לומר שלא היו נוהגין בחסידתן כאבותם ואילו היו טועים גמורים ועושין שלא כדין לא קראם אלא טועים גמורים חלילה וחס לגדולי ישראל וחסידי עליון כמותם ועוד תדע לך מדא"ל ר"י בר"י לאליהו ומאי אעביד הורמנ' דמלכא היא א"ל אביך ערק כו' ואולי היה איסור גמור מאי קאמר הורמנ' דמלכא ואליהו נמי לימא ליה מאי חזית כו' אלא ודאי כדאמרי' שכל שהוא ממונה על כך מן המלך דן ועושה כאילו במשפטי המלוכה כי במלך במשפטים אילו יעמוד ארץ עכ"ל:

וא"כ לכאורה י"ל דדוקא לעשות ע"פ הורמנא דמלכא שרי אך באמת ז"א דמעשה בכל יום שגואלי הדם חוקרים ודורשין אחר הרוצח ומוסרים אותם לשתי האומות לדרוש ולחקור אחרי שאין ידינו תקיפה ואם לא נמצא דבר ברור מפייסו בממון לפוטרם והרשב"א הוצרך להמליץ על קדושי עליון שקיבלו עליהם התמנות זה למסור אף מי שאין מחוייבי מיתה מן הדין אבל מ"מ ודאי שצורך שעה הוא למסור הנחשדים לדינא דמלכותא וע"ש ברשב"א שכתב שאין דין המלכות בהתראה ובק"ג אלא אחר ידיעת האמת שאם אין אתה אומר כן אלא שעתה מעמיד הכל על ד"ת כדין סנהדרין היה העולם שמם שירבו הרצחנים וחבריהם עכ"ל ומדבריהם אלו אתה למד דשפיר דמי למעבד כה"ג כדי שלא ירבו רוצחים בישראל וא"ל דמ"מ איהו לאיסורא אכווין שלא היה לו למסור אותם ע"פ המגיד לו שיודע שהרגו כיון דליכא אלא חד:

אך נראה דמש"ה פשיטא דלא מפסל כיון דעכ"פ איכא רגלים לדבר טובא ובנדה דף ס"א אמרי' הנהו בני גלילא דנפק עלייהו קלא דקטל נפשא אתו לקמיה דר"ט אמרו ליה לטמרינן מר א"ל היכא נעביד לכו אטמרניכו אמרי רבנן האי לישנא בישא אע"ג דלקבולי לא מבעיא למיחוש ליה מבעיא פירש"י ושמא הרגתם ואסור להציל אתכם והתם קרי ליה לישנא בישא משום שלא היה אלא קול בעלמא משא"כ בזה שנראה שהיה רגלים לדבר טובא שכבר נתפסו טרם בואו והוציאם ע"פ ערבות והאיש המגיד אמר לו שיודע שהם הרוצחים ובכה"ג אמרי' מסכת שבת דף נ"ו גבי דוד קיבל לה"ר על מפיבושת דברים הניכרין חזא ביה כו' ובמג"א סימן קנ"ו בשם הגמיי' שאם רואה דברים הניכרים מותר להאמין ולקבל כדאמרי' בדף נ"ד ע"ש ועכ"פ אין לאיש הזה חטא משפט פסול עדותו אף מדרבנן ומכ"ש לעדות האשה דדוקא פסול דאורייתא בעינן ועי' בתשובת אא"ז מהר"מ מלובלין סימן קל"ח בענין כזה ושם כתב לפרש דסנהדרין פיק עיין איקטיל לכהונה לעיינין אפי' לא יהא לך עדות ברורה ע"פ התורה אלא שיהיה ברור בדעתך דקטל עכ"פ לכהוייה לעייני' וע"ש שמבואר מדבריו שדעתו שיש בזה צורך שעה לבערו מן העולם אף שהעד השני היה עד מפי העד מסתמא המעשה ידוע ומפורסם כו' ע"ש באורך ועובדא דידן כוותיה כמ"ש באגרת המופלגים דייני הצדק דק"ק הנ"ל שתיכף נחשדו כמה אנשים יהודים והושם בסד רגלם ועי' בשו"ת איתן האזרחי סימן מ"ג מ"ד מ"ה בענינים אלו ולא רציתי להאריך שלענ"ד הדבר ברור שאין בזה שמץ פסול ומכ"ש בזה שהרי אין כאן עדים שהוא מסר אותם ליד השופטים וא"כ אם נאמר שיש בזה עון חטא חזרנו לדין אין אדם משים עצמו רשע ואמרי' פלגינן דיבורא וגם לפי הלשון האמור בעדותו של העד האב איך תיכף משתדל גיוועזין מהמושלים דשם אז מען זאל

זייא תיכף נעמין ווידער איין זעסין תפיסה כנ"ל ולשון זה יש לפרש שהשתדל ע"י אחרים ואין שלד"ע ואף לפמ"ש הב"י ורמ"א בהג"ה סימן שפ"ח בשם הרשב"ץ גבי מי ששלח למסור יש שלד"ע היינו אם השליח הוחזק למסור כמבואר שם וא"כ י"ל שהשתדל ע"י מי שאינו מוחזק וגם בלא"ה הש"ך חולק שם:

אך לענ"ד בלא"ה אין בזה פקפוק ומקום לפוסלו לעדות כלל כמ"ש י' והדבר ברור לפענ"ד שנשים אלו מותרת להנשא ויושיבו ב"ד של ג' שיתירו להם כדין נשאת ע"פ ע"א. אך משום חומר א"א לא אסמוך על דעתי עד שיסכימו בהיתר זה שני חכמים או ע"פ חכם א' מהמפורסמים בהוראה ואצטרפינא בהדייהו:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים:

שאלה מ

ע"ד העגונה מק"ק בענדער וכפי הגב"ע שהוגבה בב"ד הצדק ברוב ענין והרב המופלג החרי"ף מוה"ר יצחק נ"י האב"ד דק"ק באלטי כתב לצדד בכחא דהיתרא וביקש ממני לחוות דעי בזה. תשובה מתחלה נדון בדבר הכתונת שנמצא בצד ההרוג ובארבעל אחת של הכתונת היה בו קצת עצם מן היד והכתונת היה בו סימן בעשייתו ותפירתו כמבואר בשאלה והנה אף אם נתפוס זה לסימן מובהק בכתונת מ"מ כיון שלא נמצא הכתונת עליו ממש רק שהיה בתוכו קצת עצם מן היד אף שנראין הדברים שכתונת זה הופשט מן ההרוג שבצידו וע"כ נשאר בתוכו קצת עצם מן היד מ"מ צ"ע להקל משום זה בתחלת עדות ולכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרי' ביבמות דף קט"ו ההוא גברא דבטלה הלולא כו' ע"ש. והנה הב"י כתב שמהרי"ף והרא"ש נראה דהלכתא כרחב"א והנ"י כתב שכן פסקו רוב הראשונים וז"ל הרי"ף והרא"ש ורחבא אומר האי גברא חרוכא דילמא אינש מעלמא אתי לאצוליה ואכלונה נורא והאי פיסת' דחתנא הוא ומחמת כסופה ערק לעלמא וכו' הא קמן דמחמת פיסת' דידיה אין תולין לומר שנשרף כולו אלא נורא אתליא ביה כו' וה"נ ניחוש לכה"ג דאיש ההרוג אחרינא הוא והכתונת עם עצם היד שנראה שהוא מן הנאבד ג"כ רצו להורגו ושברו את ידו והפשיטו את כתנתו ואיהו מחמת כסופה ערק לעלמא. ואמנם רש"י שם כתב פסת' דידא מאיש אחר ורש"ל הוסיף בדברי רש"י הבא להצילו:

ולענ"ד אין הג"ה זו מדוייקת חדא דא"כ צ"ל דרש"י פליגי בהא עם הרי"ף, והרא"ש דמפורשים להדיא דתלינן דפסתא דידא דקתנא הוא ועוד דא"א לפרש כן בדברי רחב"א דהאי פיסתא מאחרינא אם לא שנאמר דרש"י מציין בזה על דברי רבא דאמר ועוד גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא ולכאורה מאי האי דסיים רבא ופסתא דידא דשדיא כי

מה יתן ומה יוסיף תת בכחא דהיתרא אדרבא טעם כזה של היתר מצטרף לאיסור דהא עכ"פ אין היתר מצד האי פיסתא שאף אם היה ניכר שהוא פס ידא דחתנא אין היתר כיון שיכול לחיות בלעדו ואדרבא הא קמן עכ"פ אחריני הוה הכא ומאי חזית למתלי דהך גברא חרוכא שהוא חתנא דילמא אחרינא הוא ולכן מפרש רש"י דרבא סובר דודאי אית לן למיתלא דהך גברא חרוכא הוא חתנא שכאן נמצא בשעת הסכנה כאן הי' ונשרף ואף שיש לפנינו הך פסתא דע"כ אחרינא היה התם וכמ"ש הב"י בשם הרמ"ה מ"מ אמרי' דהחרוכא הוא חתנא ופסתא דידא היא מחתנא וזהו שכתב רש"י בדברי רבא פסתא דידא מאיש אחר הבא להצילו ועדיין צ"ע דמשמע דרבא בא ליתן בזה טעם להיתר במה שאמר ופסתא דידא דשדיא ולא מסתבר לומר דהוי ס"ס שמא החרוך הוא בעלה ואת"ל אחרינא הוא שמא זה שנמצא פסת ידו הוא בעלה שנשרף דעכ"פ מידי ספיקא לא יצא שמא נשרף לגמרי רק מחמת שנשתקע האש נשאר ממנו פסת יד ואפשר דרבא ס"ל דודאי הכי הוא דלא מסתברא דנורא אתליא לשרוף הפסת יד ואיהו ערק וע"כ שגם זה נשרף וא"כ יש כאן ס"ס:

אך באמת ז"א דלא שייך ס"ס בכה"ג דאטו בשביל שנמצא כאן הרוגים נעשה ס"ס שמא זה בעלה או שמא זה בעלה הא ודאי ליתא וספק אחד על כ"א אם הוא בעלה או לא ואפשר דרבא מייתי הך דפיסת' דידא להראות כי כח האש היה חזק מאד עד שגם הבא להציל לא היה יכול למלט על נפשו ולכן אין לתלות בזה דאמרה בדדמי ואיתרחיש נמי ניסא בדידיה וגם זה דחוק ויותר נראה דרבא לא מייתי הך דפסתא דידא לסיוע להיתרא אלא שהוצרך לתפוס בדבריו הענין כמות שהוא וס"ל דאין לסייע מזה לאיסור מצד דאחרינא הוה התם משום דע"כ תלינן טפי בחתנא שנשרף לגמרי אף שגם אחר נשרף מלומר ששנים אחרים באו לשם ונשרפו והוא נמלט כן י"ל לכאורה:

אך הנלע"ד בדברי רש"י שאין להוסיף על דבריו רק הנוסחא הישינה נכונה וקאי אדרחב"א דקאמר שפסתא דידא דשדיא נורא אתלי כו' ולכאורה מי הכריחו לזה דהא שפיר מצינן למימר דגם הפס יד הוא מגופא דאחריכא ונהי דמודה בהא לסברת רבא שאין לנו לומר ששנים אחרים באו לכאן ונשרפו והוא נמלט מ"מ עכ"פ נימא דחד אחרינא בא לכאן ופסתא דידא ג"כ מגוף החרוכא שראי בעת שהיה בוער באש:

אך באמת ז"א דאם מיירי בגווני דאיכא למימר שהפסתא הוא מן החרוכא שעתה ששקעה האש נשרף החרוכא לגמרי ובשעה שהציצו ראו הגבר חרוכא חסר פסת יד (וקצת משמע כן מלשון הגמרא דקאמר אתו חזו משמע שזה היה בעת שהיה האש הולך ולוהט ובדברי הרא"ש איתא אמרה להו דביתהו חזו גברא חרוכא) ומכ"ש אם

גם עתה יש לפנינו החרוכא וחסר פסת יד דפשיטא דאמרי' דחד גופא הוא ובכה"ג אין לנו לתלות באחרינא כלל אלא אמרי' דלא אתי אחרינא למקום זה של סכנה אלא הוא חתנא שכאן נמצא כאן היה וכמ"ש הרמ"ה ומכ"ש דאיכא למימר הכי כיון דאמרה נמי חזו גברא וכמ"ש הב"ש ס"ק ק"ס ובז' אף רחב"א מודה אלא מיירי שהחרוכא היה שלם ומפסתא דידא מוכח דאחרינא הוה הכי ובכה"ג פליג רחב"א וי"ל דנהי דליכא למיתלא בתרי אחרינא מ"מ י"ל דפסתא דידא דחתנא וכוונת רש"י מ"ש פסתא דידא מאיש אחר י"ל שאין הפסיד מאיש זה הנמצא חרוך שזה שלם בגופו רק מאיש אחר הוא וא"כ לכשתמצא לומר שגם זה בא באש ונשרף היה לנו לומר שהאחד מהם הוא בעלה מלתלות בשנים אחרים לזה אמר נורא אתליא כו' ואתיליד מומא בבעלה ומחמת כסופא ערק כו' כנלפענ"ד בביאור דברי רש"י ז"ל:

וראיתי שהגהות מהרש"ל לקוחה מדברי המפרש הקצר על הרי"ף המכונה בשם רש"י דשם איתא ופסתא דידא מאותו איש אחר שבא להצילו מחמת כסופא דאיתיליד ביה מומא ערק ואזיל לעלמא עכ"ל והמובן מלשון זה הוא דקאי על מילתא דרחב"א וחולק על מ"ש בפני' בהרי"ף דפס ידא דתתנא הוא והדבר תמוה לפרש כן בדרחב"א וקצרתי.

ולולי דמסתפינא הוא אמינא שצריך לציין זה על מה שאמר רבא נאמנת ע"ז כתב ופסתא דיד הוא מאיש אחר הבא להצילו וכמש"ל במילתא דרבא ושוב מתחיל לציין על מ"ש הרי"ף במילתא דרחב"א ומחמת כסופא וכו' ע"ש ואיך שיהיה עכ"פ נמצינו למדין שאין לנו ללמוד מעובדא זו שאין תולין פיסת היד בגברא חרוכא דשאני התם שהיה הגברא חרוכא שלם אבל אם היה נחסר מחתנו פס יד ונמצא סמוך לו פס יד פשיטא שתולין שממנו הוא ששם היתה האש מלהטת סביבותיה עד שנשרף בסוף הזרוע והפס יד איננו אוכל וא"כ ה"ה כאן פשיטא שתולין שהכתונת שאצל ההרוג עם העצם מפס יד הוא מן הרוג זה ולא חיישינן חששא רחוקה ששני אנשים היו כאן הא' נהרג והשני שברו ידו והפשיטו כתנתו עם שבר יד ואיהו ערק ואזל לעלמא דודאי חשש רחוק כזה לא חיישינן ומ"מ אין להביא ראיה משיטת הרמ"ה די"ל דאי ליכא הוכחה דאחריני הוה הכא לא תלינן באחרינא דשאני התם כי האיש הזה שם ביתו בית גננא ומה"ת לומר שאחר בא לשם והוא הלך משם משא"כ כאן כיון שע"כ ממקום אחר בא לכאן זה והכתונת על יד' הרוצחים א"כ י"ל שגם אחר הובא לכאן ע"י הרוצחים ובתשובה כתבתי בזה בענין רוב וקרוב בסוגיא דב"ב שם בהא דאמרי' ענבו מצנעו וקצרתי:

וראיתי להרשב"א בחידושיו ליבמות דף קכ"א בהא דמעשה בעסיא כתב שאם השליכו מצודה בים ולא עלה בידם אלא א' מאבריו אפילו כל גופו בלא ראשו אין משיאין את

אשתו דחוששין שמא אותו הלך לו ויצא במקום אחר ורגל זה מאדם אחר היה והראיה ההוא דאתלי נורא בגננא ואשתכח גברא חרוכא ופסתא דידא דשדיא ואפ"ה חיישינן דילמא אינש אחרינא היא דאתא לאצולי' ההוא פסתא מיניה הוות ומשום כסופא ערק וע"כ לא פליג התם רבא אלא משום דאמרה איתתיה חזו גבראי עכ"ל ונ"ל שיש כאן חסרון וא"ו וצ"ל וההוא פסתא מיניה הוה ר"ל מבעלה של אשה זו דהא במקומו בסוגיא דריש האשה שלום לא חזינין דפליג אפירוש הרי"ף ורש"י ז"ל ולמד משם דכמו דהתם אע"ג דבעלה של זו היתה בודאי במקום זה וחיישינן דאזל לעלמא וזהו שנמצא אחר כמו כן בזה י"ל שאע"פ שזה נפל לפנינו לים והשליכו אחריו מצודה והעלו הרגל או גוף בלא ראש י"ל דאחר הוא שנמצא וזה הלך לו ואע"פ שיש לחלק ולומר דשאני הכא דאיכא פסתא דשדיא וע"כ שאחר היה כאן כבר כתב בשו"ת נ"ב סימן מ"ו דהרשב"א ס"ל כיון דבים ודאי שהרבה ספינות נטבעו מימות עולם כהוחזק כאן אחר דמי והב"ש ס"ק ק"ס הביא דברי הרמ"ה והקשה ע"ז מסעיף ל"ב שהוא דין הרשב"א וכתב דשאני הכא שהוא צעקה בעלי נשרף ע"ש ונלענ"ד ז"א שהרי מקור הדין הוא מהרשב"א ומבואר מדבריו דלא ס"ל הך חילוקא כלל דא"כ עכ"פ אין ראיה משם לנידון דידיה דלא מוכח שאחר היו שם דילמא לא חיישינן לאחר כלל והתם דמוכח דאחרינא הוה התם ואי משום דקאמרה חזו גבראי ס"ל לרחב"א דגם בכה"ג אמרי' בדדמי ומנ"ל להרשב"א לדמות היכא דליכא הוכחה שהיו אחר ולא אמרה חזו גבראי והיכא דאיכא הוכחה שהיו אחר ואמרה חזו גבראי ששני סדרות אלו אינם במשקל אחד כלל:

וכן מבואר ממ"ש הרשב"א וע"כ לא פליג רבא התם אלא משום דאמרה חזי גבראי אלמא דזולת הך סברא שני הנושאים הם שוים והרשב"א ס"ל דלרבא דשרי תרווייהו בעינן שאמרה חזו גבראי וכן היה דחזו גברא ובשביל דחזו גברא לחוד אין היתר ולא ס"ל לחלק מחמת מציאת פס יד דמוכח שאחר היו כאן די"ל דאין זה מעלה ומוריד כדמשמע בלישנא דרבא דנקט ליה בלישנא דהיתרא וגם הש"ס דקאמר ורחב"א גברא כו' אימר איניש אחרינא כו' ואם איתא ודאי איניש אחרינא הוה הכא וגם הא דקאמר ופסתא דידא כו' משמע שאין זה עיקר טעם האיסור רק שאומר דאיכא למיתלי בהכי ואם איתא דטעמא דאיסורא משום הוכחה דפסתא דידא הכי הו"ל למימר כיון דודאי איניש אחרינא הוי הכי דאתי לאצולי אימא דהיא ניהו גברא חרוכא כו' ולכך ס"ל להרשב"א דמיירי בגווני שאין הוכחה מהפס יד דאחרינא הוה הכא דאיכא למימר שהוא מהחרוכא וכמש"ל ואפ"ה שפיר איכא למיחש דילמא אחרינא אתי להכא ואיהו ערק אלא דרבא ס"ל דנאמנ' כיון דאיכא גברא חרוכא לפנינו אנו תולין שלא היה כאן אחר ופס יד הוא

מהחרוך ובלא הוכחה אין לנו לחוש לאחר כיון דאמרה חזו גבראי ורחב"א ס"ל דאפילו חזו גבראי לא מהני ואף שאין כאן הוכחה מ"מ חיישינן אימא אינש אחרינא כו' ומה שהוצרך רחב"א לומר ופסתא דידא אימור נורא כו' ולא קאמר בפשיטות דפסת הוא מהחרוך שהוא איניש אחרינא והבעל ערק י"ל דס"ל דבלא טעם כלל למה ערק הבעל כיון דהשתא הוא עייל לבי גננא וחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה אין לנו לומר ורחוק לומר כי זנח עלובה זו בקרב חופתה והלך בדרך למרחוק וכיון דקאמרה חזו גבראי הוי מסתבר דקושטא קאמרה ולא בדדמי ולכך הוצרך רחב"א לומר דפסתא דידה דאיתלו נורא בחתנא ומשום כסופא ערק וכיון דאיכא למימר הכי שפיר חיישינן דילמא איניש אחרינא כו' אע"ג דאמרה חזו גבראי ולכן בנפל לים והעלו אבר כיון דשם א"צ לתת טעם למה ערק הבעל דאימא גלי הים אשפלוהו ויצא במקום רחוק וגם לא אמרה חזו גבראי אפילו רבא מודה דחיישי' דילמא אחרינא הוא:

ולפ"ז אין אנו צריכין למ"ש הגאון נ"ב דבים הרבה ספינות נטבעו והוי כהוחזק אחר דמלשון הרשב"א נראה דלאו מה"ט אתי עלה אלא כיון דעכ"פ לא נתברר לנו שרגל זה הוא מבעל האשה זו חוששין לו שמא אחר היה וכמו כן בההוא פסתא דידא ס"ל להרשב"א אף בלא הוכחה שהיא אחר חיישינן ודלא כדעת הרמ"ה שהביא רי"ו:

וראיתי בשו"ת ב"ח סימן נ"ה ו סימן ע"ב שהאריך הרבה בזה ויש לי לישא וליתן בדבריו. אך הואיל ולא נ"מ כולי האי לנ"ד משכתי ידי כעת ומ"מ נראה דבגוונא דנ"ד גם הרשב"א מודה שאין חוששין שגוף הנהרג שבבור הוא איש אחר וחתיכות יד שבתוך הכתונת הוא של בעל אשה זו וערק לעלמא אע"פ שאם היינו מוצאין הכתונת לבד עם חתיכת היד לא היינו דנין מתוך זה שנהרג ומת כיון שיכול לחיות בלא אבר זה מ"מ השתא מיהא דאישתכח גוף ההרוג והכתונת היה בצידו אין לך קורבא דשכיח יותר מזה ואמרי' דודאי הכתונת הוא של הרוג זה ואע"ג דהב"ש ס"ק ס"ט כתב דאם נמצא ארנקי סמוך לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות דינים אלו לאם נמצא פירות סמוך לכלי עכ"ל ובאמת שלענ"ד צ"ע בזה ובכמה תשובות אחרונים משמע דסימנים בכלים מהני אע"פ שאין לבוש בהם רק שהוא קרוב וסמוך לו וכמ"ש בשו"ת משאת בנימין סימן מ"ד כיון שמצאו עגלות שלהם והסחורות וההרוגים בצידם הוי סימני כלים כו' ועי' בשו"ת כנסת יחזקאל סימן מ"ו שהביא דברי המ"ב וכתב וז"ל ואין לפקפק עוד דילמא העגלות שלהם והמה לדרכם הלכו וההרוגים שוכבים כבר דתלינן בקרוב וכולי האי לא חיישינן עכ"ל. והב"ש סתם וכתב שאין לדמות דינים אלו לנמצא פירות בכלי וסתם הדברים. דהא לכאורה שפיר יש לדמות כדאשכחן בש"ס לענין סימנים דמדמי עדות אשה למציאה

וכיון דבמציאה משום אומד הדעת נותנים לבעל הכלי ואע"ג דאיכא למימר שהכלי היה מונח מכבר והפירות מרובא דעלמא מכ"ש בזה אם נמצא הרוג וארנקי סמוך לו דתלינן ביה ומכ"ש אם הוא במקום שאין שיירות מצויות כיון דבעל הארנקי ודאי היה שם ואחר דלא ידעינן ליה נאמר שם בא לשם ואף לפי מ"ש לדברי הרשב"א דמיירי באפשר שפסת יד הוא מן החרוך ואפ"ה לא אמרי' כיון שאם באת להחמיר אתה אומר דהך פסת ידא דחתנא הוא וא"כ ניתלו ביה גם הגברא חרוכא ומה"ת לתלות דאינש אחרינא אתי להכא ז"א דהתם דרך הוא שיבואו אנשים להציל מפני הדליקה ולפעמים מכניסין עצמם במקום סכנה בעוד שלא גברה התבערה כסבורים להציל וניצודים פתאום משא"כ כאן: ובתשובה אחת כתבתי טעמא דלא אזלינן בתר קורבא משום דאיכא חזקת אשת איש כנגדה. אך במיתה אמרי' חזקה אשה דייקא מרע לחזקת אשת איש ובעובדא דרחבא כיון דס"ל לדמות לעישנו עלינו הבית וחיישינן דאמרה בדדמי אזדא ליה חזקה שאשה דייקא וממילא לא אזלינן בתר קורבא משום חזקת אשת איש וחיישינן דאחרינא אתי להתם והיינו טעמא דקי"ל כרחבא וקצרתי כאן. ובנ"ד דליכא בדדמי שוב שפיר אית לן למיזל בתר קורבא:

ומצאתי בספר קצות החושן סימן רכ"ב כתב גם כן על הב"ש ולא ידענא מאי פשיטותא דנראה שהוא דומה להך דהכא וע"ש דמייתי מהא דאמרינן בע"ז גבי מרקולוס במקורבות כולי עלמא לא פליגי דאסור. ונראה דהב"ש ס"ל לחלק בין מידי דנייד ומידי דלא נייד דמן הכלי שפיר אנו לומדים לפירות ותלילן דמיניה נינהו כיון דלא נייד וחד מעשה הוא שעל ידי נפילת הכלי נפלו הפירות ממנו משנתלה שהכלי בא לכאן בפני עצמו ונפל והפירות באו לכאן בפני עצמו ונפלו משא"כ בארנקי שנתלה בו שזה המונח בצידו הביאו לכאן ונהרג דשני מעשים הם ההבאה לכאן וההריגה ועל ידי פשיטת הבגדים נפל הארנקי אף אני אומר שמא אדם אחר עשה ההבאה של הארנקי ונפל ממנו כאן ממילא והמביא חלף הלך לו וההריגה שהוא מעשה אחר נעשה באחר ולא בבעל הארנקי:

ולפ"ז נראה דבנ"ד גם הב"ש מודה דדוקא אם נמצא הכתונת לבד בסימן מובהק סמוך להההריגה איכא למימר הכי משא"כ כאן שנמצא בתוך הבית יד עצם מעצמיו וע"כ שנעשה בו מעשה במי שהיה לבוש בכתונת זה ג"כ מה"ת לומר ששני מעשים היו ותלינן שהכתונת עם העצם הוא מן ההרוג שבצידו דקורבא דמוכח כי האי ודאי דאורייתא ואף על גב דקורבא ורובא רובא עדיף ואפ"ה לא אזלינן בתר רובא בא"א לענין משאל"ס להנשא לכתחלה שאני משאל"ס דהוא מיעוט המצוי כמ"ש התוס'. ועוד כמ"ש בתשובות אחרות וקצרתי כאן שלענ"ד בלא"ה י"ל דהב"ש מודה כאן דדוקא בארנקי

לחוד דמדמינן לפירות סמוך לכלי דאיתא בח"מ סימן רס"ב ואם מראים הדברים של אדם אחד חייב להכריז כו' בזה ס"ל להב"ש לחלק משא"כ כאן דדמי להא דאמרינן התם בנמצא מקצת פירות בכלי ומקצת בארץ דאמרינן התם בפשיטות דחייב להכריז והיינו דדיינינן להו בודאי נפלו מן הכלי ונותנים אותם לנותן סימן בכל' אין לחלק ביניהם כלל ולכן נלענ"ד דאם הכתונת הוא עשוי בענין שאינו מצוי כלל במדינה לעשות כתבנית והוא סימן מובהק יש מקום להקל להתיר וזה תלוי בראות עיני הב"ד דשם אם הכתונת הוא סימן מובהק או לא ומחמת חשש שאלה אף על גב דכתונת שכיח דמושלי אינשי מ"מ כפי המוזכר בדברי הרב המשיב שאחר החקירה לא היה אצלו כתונת אחר כ"א זה שהיה לבוש בו מחמת שהיה בדעתו לחזור לביתו על שבת זה יפה כתב הרב הנ"ל דבכה"ג ודאי לא שכיח דמושלי וכמ"ש בכנסת יחזקאל דף ע"א כ"ד הרב הנ"ל. ובשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סימן ס' כתב וז"ל ועל דבר הכתונת אם הוא כמו כיס וארנקי דלא מושלי אמינא אם פרידתו של זה מביתו ומציאתו של ההרוג היו הכל תוך שבת אחד כגון שהלך מביתו בא' בשבת וההרוג נמצא מלובש בחלוק של זה באותו שבוע נראה דבמדינת פולין זהו עדיף מכיס וארנקי שאין דרך במדינות פולין ללבוש חלוק אחר תוך ימי השבוע אפילו לעשירי עם אבל אם עבר עליו יום השבת חיישי' אפילו לא לקח מביתו רק אותו חלוק שהיה לבוש בו אולי אירע לו לקנות חלוק וקנאו ולבשו לכבוד שבת וזה שהיה לבוש מביתו השאילו לאחר עכ"ל:

ולפ"ז בנ"ד שהיה כמה שבועות בין הליכתו מביתו עד שנמצא ההרוג איכא למיחש לחששת הגאון ז"ל ואף שלענ"ד אפשר לומר דאין לחוש לזה דדוקא לשאלה חיישי' אבל למכירה לא חיישי' לומר דנפיק מרשות מרא קמא לרשות זה ההרוג וה"ה לענין חשש קני' נמי י"ל שאין לחוש שקנה לעצמו כתונת אחר ונפיק מרשות המוכר לרשותו של בעל האשה. אך יש לדחות דזה דאמרי' שקנה כתונת מאחר אין דינינו עליו שנדון בו דין חזקה לומר מחמת חזקה זו דמסתמא לא השאיל את שלו מחמת שנעמוד על חזקה שלא קנה אחר וכיוצא בזו כתב הרמב"ן גבי האומר לשלוחו צא קדש כו' אסור בכל הנשים שאין חזקת פנויה של הקרובין מועיל לזו ועוד כיוצא בזה בכמה דוכתי וקצרתי. וגם כי נראה דלא שייך חזקה בענין זה פוק חזי כמה זביני ומזבני איכא בשוקא:

ואמנם לענ"ד בלא"ה אין מועיל מה שלא היו אתו רק חלוק אחד כיון דאם נאמר חשש שאלה הרי אומרים שזה חי עדין פשיטא שאין החשש שהולך בחלוק זה משעה שנפרד מאתנו עד עתה וע"כ כי פשט את כתנתו ולבש אחרת ששאל או קנה או ניתן לו במתנה וא"כ ממילא חשש שאלה במקומו עומדת ולא מהני מה שלא היה רק חלוק א':

אך מ"מ נראה לענ"ד לצדד בזה דאף על גב דכתונת שכיח דמושלי אינשי מ"מ היינו בשבתם בביתם אבל בלכתם בדרך אין דרך להשאיל לבעל הבית או לעובר אורח כמותו ובפרט כשאין לו רק חלוק א' אף אם נאמר שאירע שקנה חלוק מ"מ כיון שאין לו להחליף כרצונו אי דרכו להשאיל וזכר לדבר הא דאמרי' אכסנאי לא יישן בטליתו של בעל הבית שמא יראה כו' וגם בלא"ה אין דרך כלל ללבוש כתונת שאינו מכובס שהיה לבוש בו אחר מן סכנת הזיעה כמבואר ביו"ד סימן קט"ז אם לא שנאמר שאחר שפשטו נתכבס והשאילו לזה או שזה שאלו כשאינו מכובס וכבסו ולבשו בזה אפשר לומר שאין לחוש דהעמדנו על חזקתו שלא נתכבס עד עתה ואף שאין לסמוך בסברת כאלה באיסור אשת איש מ"מ הרי דעת הרבה גדולים דאיכא נמי סימנים בינונים מחסרון השנים והנקודות שבראשו וא"ה ה"ל שאלה דיחיד כמ"ש הח"צ בתשובה והערה בזה החכם המשיב דהא לרבא אין לחלק בין יחיד לרבים וכתב שקדמו בשו"ת ב"ח החדשות שכ"כ וכבר עמדו בזה רבים ובתשובה א' תקנתי דברי הגאון שיהיה קיימים וכל שכן בזה שיש מקום לומר שהוא מכלים דלא מושלי וכיון דאיכא תרתי ודאי לא חיישי' וגם במ"ש הב"י דאי סימנין דרבנן חיישי' אף בכלים דלא מושלי אינשי הארכתי בתשובה ושם הבאתי דברי השיטה מקובצת בבא מציעא בשם הרשב"א שכתב וז"ל מהא דאמרי כיס וארנקי לא מושלי אינשא שמעינן דמעידין עליהם אפילו למ"ד סימנין לאו דאורייתא דהא מהדרינן גיטא עלייהו כו' ולכן נלענ"ד שאין מקום להחמיר בזה מחמת חשש שאלה רק על הב"ד מוטל לדעת ש סימן זה של הכתונת היא סימן מובהק שאינו בנמצא כלל מבני המדינה שיעשו על דרך זה רק כתונת שלבש זה היה עשוי כן על צד הזרות כאשר הביאו האחרונים מדברי הש"מ בשם הראב"ד לחלק בין שומא לשאר סימנים שבגוף. הא חדא לשריותא דהך איתתא. וזאת שנית דבר הרוצח שכשאמרו לו שהיהודי הודה שאתם הרגתם את הר"ר זעליג הודה בפני כמה אנשים שהאמת כן היא שהרגו אותו היינו שהוא אחז את הר' זעליג כו' ואף שאין כאן מסל"ת מהני כמ"ש אא"ז מהר"ם לובלין בתשובה סימן ק"י הובאה בק"ע אות שט"ו שכתב שאפילו היה המעשה ששאל יהודי אם הרג את יוסף והוא הודה שהוא הרגו אפ"ה הוה דין מסל"ת כיון דלא שייך לומר דנתכוין להעיד וכ"כ בשו"ת מ"ב סימן ס"ח ושאר גדולים הביאם בשו"ת כנסת יחזקאל דף ע"ב ומה שלא הזכיר שם אביו יפה כיון החכם המשיב כיון שידוע על מי אנו מדברים כמבואר בכל תשובת אחרונים ואני בתשובה עשיתי סמך לזה מדברי אגדה במגיל' ועשה כן למרדכי א"ל מנו מרדכי היהודי א"ל טובא מרדכי וכו' והיינו שאחשורוש א"ל סתם למרדכי משום שהיו סבור דמסתמא ידע שכוונתו על מרדכי הידוע שהיו מדברים

ממנו אלא שלפי שהמן לא היה בעת הסיפור ולרשעתו עשה עצמו כאילו אינו מרגיש ושאל מנו מרדכי כו' ועוד כמה ראיות ומכש"כ בכאן שאין שום ספק דעל האיש זעליג שנסע עמו נתכוין וא"ל דניחוש שמא מחמת שרצה להתנצל שלא הרגו הוא בידים רק הוא אחז אותו והרשע זלמן הרגו וחתך ראשו ואומר כן להקל מעליו היסורין דודאי פשיטא שיודע שבזה לא ינצל ממשפט מות ואין מקילין בדינו אלא דנין אותו כרוצח ממש ועוד שאפי' שי"ל שבזה שאומר הוא אחז אותו לבד אינו רק להתנצל שלא היה לו חלק בהריגה ועל כל פנים גוף הענין אמת הוא שזה נהרג על ידם ומכל שכן בזה דאיכא הוכחות ואומדנות טובא דמצרפינן להגדת העכו"ם הרוצח אף על פי שלא היה מסל"ת להתיר האשה על ידו ועי' בב"ש סעיף קטן מ"ט שכתב דבתשובת רש"ך מחמיר בדין המ"ב בהודה הרוצח בלא עינוי וחולק על מהרי"ק סימן קכ"א ונלענ"ד דלא פליג אלא אם אין שם שאר אומדנות והוכחות רק שנאמר שתועיל הודעת הרוצח לפי שאין מתכוין לשם עדות על זה פליג מהרש"ך אבל היכא דיש לו בלא"ה אומדנות והוכחות גמורות שזה נהרג:

אך בשביל כדי להחמיר בתחלת העדות אין סומכין על הוכחות אלו בזה גם מהרש"ך מודה דהודאת הרוצח מהני להתיר לכתחלה ומאי דאיתא בש"ע סט"ו באומדנות המוכיחות אם נישאת ל"ת התם לא מיירי בהודאות הרוצח רק בסתם כותי המגיד על ידי שאלה דאיכא למימר לעדות נתכוין משא"כ ברוצח שהודה דודאי אינו מתכוין לעדות וכיון דבלא"ה יש אומדנות המוכיחות אין ספק דקושטא קאמר ואתתא שריא:

ומצאתי בספר עזרת נשים והגאון מוהר"ם בן חביב ז"ל בעהמ"ח ס' ג"פ שהאריך בדברי מהרי"ק והביא הרבה אחרונים שהסכימו לדברי מהרי"ק רק מהרש"ך הביא מהריב"ל שחלק על מהרי"ק וכתב דמכח טענה שכתב מהרי"ק דודאי קושטא קאמר דל"ל לחייב ראשו למלכות מהך טענה גופא י"ל דאפי' תימא קושטא קאמר לא הו"ל להודות דהוא הרגו א"ו שנתפחד מן היסורין ונבחר לו מות מחיים וכיון דאיכא לספוקי כו' וכתב שמהרש"ך הביא דברי הריב"ל וחלק חלוקות כו' וכתב בע"נ שם וז"ל איברא כיון דהריב"ל אסר והראנ"ח ס"ל כוותיה מי לא ייראַ להתיר אך מעשה בא לידי והתרתי והענין היה דיהודי אחד שלחוהו הקהל לשיאשאן ע"י חמר אחד ובאו יהודים ואמרו שלא הלך לשם ומצאו הרוג באותו הדרך ומסרו לחמר ביד השלטון וכשהכו אותו הודה שהוא הרג ליהודי שהוליך עמו בדרך והתרתי את אשתו משום דיראה לי דע"כ לא חלק מהריב"ל על מהרי"ק אלא היכא דליכא הוכחה שאומר אמת אבל היכא דיש הוכחה גדולה דנמצא הרוג באותו הדרך נאמן והבאתי ראיה ממ"ש מהרח"ש דהיכא דיש הוכחה

שאומר אמת מודה מהריב"ל וכאן יש הוכחה גדולה דנמצא הרוג בדרך עיין מבי"ט וכו' והסכימו עמו רבני עה"ק ירושלים תוב"ב והתרנוהו והגיעו הדברים לפני רבני מצרים וגם הם התירוהו עכ"ל ושמחתי שכוונתי לדעת הגדולים ז"ל דבגוונא שיש הוכחה גם מהריב"ל מודה ותשובה של הגאון מוהר"ם בן חביב ורבני מצרים הוא באריכות בשו"ת גנת וורדים והא קמן שהתירו אפילו בכה"ג שכשהכו אותו הודה שהוא הרג ומכ"ש בכאן שהודה שלא ע"י הכאה וגם נלענ"ד דכאן ודאי מודה מהריב"ל דאזדא ליה הך טענא דאפילו תימא קושטא קאמר לא היה להודות דז"א דאי קושטא קאמר היה מוכרח להודות כיון שהגידו לו שהיהודי הודה ההריגה ידע בנפשו שכפירתו אין בו תועלת שע"כ יהא מוכרח להודות ע"י עינוי ויסורין וטוב לו להודות מעצמו ובדרך הודאתו יתנצל ג"כ שידו לא שפכו הדם ממש רק שאחז אותו כו' ויקילו דין מיתתו עי"ז אבל אם שקר הדבר פשיטא שלא היה להודות בשביל אמירתם שיהודי הודה כיון שידע בנפשו ששקר הוא היה לו להעלות על לב כי היא נינהו מילי דכדיבי שמגידין לו כדי לדרוש ולחקור ממנו א"ו קושטא קאמר והא דלא כפרי' משום שידע בנפשו האמת והאמין לשמועתם שיהודי הודה וכה"ג כתב אא"ז מהר"ם מלובלין הובא בק"ע אות שי"ז דמצדד היכא שאינו מוכח שהודה מאימת העינוי אלא שנוכל לומר שהודה מפני שראה שלא היה באפשרי להכחיש הענין ולכפור ולומר לא הרגתיו מחמת רוב הוכחות שימצאו בידו הגזילה עכ"ל וא"כ מכ"ש בזה דהוכחה גמורה הוא לו שלא יוכל להכחיש הענין הודאת חבירו הרוצח משא"כ מהריב"ל דמיירי שהודה על שאלה ובזה ס"ל דע"כ מחמת אימת היסורין הודה וא"כ פשוט דמכל הלין טעמא שיש לסמוך ולהתיר אליבא דכ"ע ובפרט כי גם ההיתר הראשון שכתבנו הוא עמוד חזק לסמוך עליו:

ובקשתי לי חבר ומצאתי רב מובהק בשו"ת שאגת אריה וקול שחל שם תשובת הגאון מוהר"ר ליב האב"ד דק"ק קראקא נכדו של הב"ח ובנו חורגו של הט"ז ושם סימן ה' איתא ענין באיש אחד שנסתבך בשגעון והלך ליער ונמצא ביער כתונת ובתי שוקיים ועצמות אדם וראש אדם היה מונח תחת הכתונת והכירו בסימנים מובהקים שהכתונת כו' הם של איש הנ"ל כתב שם להתיר אשתו אף אם היו מונחים בסמוך מטעם דתלינן הבגדים בקרוב דהיינו בעצמות אילו והוה כאלו הבגדים מונחים ממש על העצמות וגם הביא הך דב"מ דמצא כלי ולפניו פירות כו' וע"ש שהביא ג"כ הך דגברא חרוכא ומפרש דברי רש"י על הדרך שכתבתי ושמחתי ומ"מ סגנון אחד עולה כו' ע"ש ובענין חיישינן לשאלה כתב שם הטעם לפי שהיו ט"ע בכל הבגדים שהיה לבוש אז ואף שאין זה בנ"ד בארביל של הכתונת והוה כפירות שמקצתן בכלי וכמש"ל וטעמא אחריני איכא שהיא שאלה

דיחיד וגם הוה כפירות שמקצתן בכלי וכמש"ל וע"ש שהט"ז הסכים לדבריו וכתב על התשובה בכתב ידו יפה כיון להלכה בני חורגי:

סיומא דפסקא שלענ"ד איתתא שריא ובתנאי שיסכים לדברינו עוד חכם אחד מומחה ומפורסם בהוראה ואז יושיבו ב"ד ויתירוהו כדין נישאת ע"פ ע"א כיון שעיקר ההיתר אינו מחמת שני עדים רק מחמת הכרת סימנים ע"פ האשה ומחמת אמירת הרוצח וכל כה"ג צריך להושיב ב"ד של שלשה להתיר אותה דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובה זו כתבתי בימי חורפי אני וב"ד וריעי הרב כ"ש מוה' שמואל מרגליות נ"י וכעת אב"ד דק"ק סטרי והגליל יע"א:

שאלה מא

ע"ד השאלה אודות העגונה כאשר באו הדברים ברוב ענין מבוארים בג"ע שנגבה בב"ד ועיקר הדבר שהאיש הנאבד קטן היה ולא היה רק בן י"ב שנים ומחצה בשעת הנישואין וגם האשה אומרת שלא נבעלה כלל מעולם דלא שבקה נפשה לבעול. ועיני האשה ואביו תולים אל חכמי התורה המה יוציאו משפטה לאורה. אם יש להתירה מכבלי העיגון:

תשובה הנה לכאורה יראה דליכא כאן חזקת א"א מפני שעל תחלת אנו דנין אם יש בהם ממש ואפשר שאין כאן קידושין כלל מעקרא. אמנם יש מקום עיון בזה שהרי בכל, ספק קידושין אזלי' לחומרא ולא אמרי' כיון דאיכא ספיקא נוקי אחזקת פנויה. ומהרי"ט בריש קידושין בחידושיו על הרי"ף כתב דכיון דפשטה ידה וקיבלה קידושין הרי הורע חזקת פנויה ואף שהתוס' בכתובות לא כתבו אלא לענין להתירה לכתחלה היינו משום דהתם לא איתחזק איסורא בב' עדים אין להוציאה מבעלה אם נשאת ע"ש ועיין בפ"י בגיטין דף ק"ח אבל עכ"פ חזקת פנויה הורעה אף מדאורייתא. אבל הפר"ח ביו"ד סימן ק"י דעתו דאף מדאורייתא מוקמינן לה בחזקת פנויה לכן נראה לכאורה ממ"ש התוס' דף ע"ט גבי קדשה אביו בדרך דאם קידשה אביו לבד מוקמינן לה בחזקת פנויה:

אמנם נלענ"ד דהא ליתא ואין משם ראיה דדוקא היכא דבדידיה תליא מילתא לקבל הקידושין והיא פשטה ידה וקיבלה אף ע"פ שיש בדבר ספק מ"מ איתרע לה חזקת פנויה משא"כ היכא דמספקא לן בהך מילתא גופא מי הוא שיש לו יד לקבל קידושין ואם נאמר שעדיין היא נערה לא איתרע כלל במה שהיא פשטה וקיבלה או להיפוך אם הוא בוגרת אין ריעותא במה שאביו קיבל אלא דמספקא לן בהך מלתא גופא א"כ מוקמינן לה אחזקה דפנויה ומעולם לא היה כאן ריעותא כלל ועפ"ז יש ליישב קושיית הפני יהושיע שם ומבואר הוא למעיין:

ונלפע"ד להביא ראיה לחזק סברא הנ"ל מש"ס דקידושין גבי הני בי תרי דשתו חמרא כו' א"ל רבנן לרבינא דילמא ארצויי ארצי קמיה ושתיק א"ל רב שימי בפירוש אמר מר דלא סבר לה להא דרב ושמואל וכתבו התוס' בד"ה בפירוש אמר כו' ופירש רב אלפס ובשאלתות דהלכתא כרבינא ואפילו מיאון אין צריכה ואפי' שידכו כו' דאפי' בשידכו אין צריכה מיאון שהרי כמו כן קאמר רבינא עכ"ל והקשה אא"ז מהרש"א ז"ל דלמאי דקאמר לעיל מאן דמתני הא כו' רב ושמואל לא מיירי בשידכו ואיכא למימר דהא דאמר דמר לא סבר לה להא דרב ושמואל היינו בלא שידכו אבל בשידכו יכול להיות כמ"ש ר"י דאין סברא לפטור בלא כלום:

ונראה לענ"ד לתרץ ויתורץ ג"כ קושית הב"י שהקשה דמאי פריך דלמא ארצויי ארצי קמיה ומאי קושיא דהא אמרי' לעיל דרב ושמואל לא אמרו אלא בדשדוך אבל בלא שדוך ל"ח דילמא ארצי קמיה והכא בלא שדיך מיירי כו' עכ"ל:

אמנם לפמש"ל א"ש דהנה הא דחיישינן שמא נתרצה האב היינו מטעם דספיקא הוא ואזלינן לחומרא כמ"ש הפ"י שם והנה לפי הסברא שהקדמנו יקשה דנוקי בחזקת פנויה וא"ל דאיתרע במה שפשטה ידה וקבלה ז"א דהרי לאו בדידה תליא מילתא לקבל הקידושין ואטו אם אינש דעלמא קבל קידושין בשביל אשה נימא דאיתרע לה חזקת פנויה וכיון שבכאן האב לא פשט ידו וקבל חזקת פנויה במקומה עומדת וצ"ל דלכך קאמר ר"נ והוא ששידכו דהיינו ששידכה אביו לקדשה לו כמ"ש הטור והש"ע סימן ל"ז וכיון ששידכה כדי לקדשה איתרע לה החזקה עם מה שקבלה היא ולכך חוששין וכן משמע קצת הפוסקים ולפ"ז בהך דיהיב ליה כסא דחמרא ואמר ליה מתקדשת ברתך לברי דאמרי' שיש לחוש שמא נתרצה הבן בההיא שפיר אית לן למיחוש דהא ספיקא דאורייתא היא וליכא למימר אוקמה אחזקת פנויה דהא התם באמת אבי הבת פשט ידו וקבל הקידושין איתרע לה חזקת פנויה רק דהספק הוא באיש אם עשה לאביו שליח א"כ הוי כשאר ספק קידושין ואזלינן לחומרא אף בלא שדיך ופריך הש"ס שפיר דילמא ארצי קמי' ר"ל נהי דלא שדיך שפיר אית לן למיחוש דהא ספק דאורייתא הוא וליכא חזקה דהא איתרע לה ולפ"ז שפיר כתבו התוס' אפילו בשידכו אין צריכה מיאון שהרי כמו כן קאמר רבינא הכא ר"ל אף דהכא מיירי בלא שידכו מ"מ הכא בלא שידכו והתם בשידכו שוים הם:

ומעתה נבא לנ"ד דלכאורה אשה זו גדולה היתה בעת הנישואין ופשטה ידה וקבלה איתרע לה שפיר חזקת פנויה דמדברי התוס' בסוגיא דקדשה אביו בדרך אין ראיה כמ"ש לחלק בסברה נכונה:

אמנם נלענ"ד לומר דהנה יש כאן ב' ריעותות באשה זו חדא במה שפשטה ידה וקיבלה ואידך במה שנתיחדה עמו משנעשה גדול והנה הריעותא הא' מחמת הקבלת הקידושין נראה דליתא כאן כלל דהרי באותו שעה שפשטה ידה וקבלה היה קטן בבירור ולא היה מקום לספק בקידושין כלל אין זה ריעותא וע"כ לא כתב מהרי"ט ופ"י לא התם שבשעת מעשה נפל ספק שמא יש כאן קידושין משא"כ הכא וכה"ג כתב מהרי"ט בתשובה ח"א סימן מ"א לתרץ דברי התוס' ביבמות שהקשו ונימא אוקי אחזקתיה כו' משום דאע"ג דודאי בא עליה מ"מ לא איתרע חזקתה בכך כיון שעדיין לא הוחזק זה בגדול אז כו' ואמנם הריעותא השני ודאי יש לחוש כיון דהספק נופל בשעת מעשה:

ולכאורה היה אפשר לומר דשאני נ"ד שעדיין יש להסתפק שמא לא הביא ב' שערות ומבואר בשו"ת הרא"ש הביא הד"מ סימן מ"ג דהיכא דלא ידעינן אם הביא ב' שערות הוי ספק קידושין יע"ש באורך וכיון דלאשה זו יש חזקת פנויה לומר שלא נבעלה ביחוד הלזה וגם מחמת היחוד אין כאן ריעותא שהרי לא איתחזק זה בגדול עדיין לא איתרע החזקה בזה וכה"ג כתב מהרי"ט בתשובה דברי התוס' הנ"ל כיון שהי' ספק אם היה הקטן בן ט' אע"ג דחזקת קטנות ליכא דעשויין להשתנות וריעותא לפנינו מ"מ כיון דלא הוחזק בגדול לא איתרע חזקת כשרות שלו ולא דמי לס' קרוב לה כו' משום דהתם בשעת זריקת הקידושין איתרע חזקת פנויה אמנם באמת הא ליתא דהן הן הן עדי יחוד ודאי מרעי לחזקת פנויה ואע"ג דאמירתה שלא נבעלה משוי קצת לספק עכ"פ איתרע חזקת פנויה ועוד דהרי דעת התוס' דחזקה דרבא דמשבא לכלל שני' הביא סימנין חזקה אלימתא הוא ובנ"ב האריך בזה וכן דעת מהרי"ט סימן הנ"ל ו סימן נ"א יעו"ש אמנם אחר העיון לפי מה שיבואר לפנינו משום הא לא איריא ועדיין יש מקום לומר אשה זו בחזקת היתר עומדת:

והנה יש להקשות בש"ס דקידושין דף ס"ה אמר רב המקדש בע"א אין חוששין לקידושין אפי' ב' מודים ומקשה עלה מהך דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי בש"א אין צריכה הימנו גט ובה"א צריכה גט שני ה"ד אי דאיכא עדים כו' אלא לאו בע"א ויש להקשות דמאי קושיא דהא איכא למימר טעמא דע"א אין חוששין לקידושין משום דקי"ל היכא דאיתחזק איסורא או היתרא אין ע"א נאמן להוציא מחזקה זו וא"כ י"ל דהך דלנה עמו בפונדקי מוקי דאיכא עדי יחוד וליכא עדי ביאה רק ע"א שראה שנבעלה ולכך סברי ב"ה התם דע"א נאמן משום דליכא חזקת פנויה כיון דיש עדי יחוד הרי זו יצאה מחזקתה עכ"פ ואע"ג דלא אמרינן הן הן ע"י כו' ועיין בפ"י בקונטרס אחרון סימן פ"ט וכיוצא:

אמנם נלענ"ד ליישב ע"פ מ"ש בשו"ת הרשב"א סימן תש"פ והובא בש"ע סימן מ"ב בב"ש שם דצריך שיראו העדים הנתינה ממש דאל"כ לא מהני ודוקא אי אמרי' הן הן עדי יחוד כו' הוי כאלו ראו הביאה ממש ע"ש באורך ובתשובת מיימוני ל"ס נשים סימן א' ואפי' אם נאמר דידיעה בלא ראיה מהני מ"מ אי לא אמרי' הן הן ע"י כו' אפילו ידיעה ברורה אין כאן וכיון דקי"ל דאין חוששין לע"א והיינו דילפינן דבר דבר בעי דבר ברור ואפילו הרשב"א ביבמות דף ל"א דס"ל דהיכא דהעדים מסופקים אפ"ה הוי קידושין היינו דוקא היכי שראו שזרק אלא שלא ידעו אם קרוב לה משא"כ כאן דהוי כאלו לא ראו כלל:

והנה מבואר בגיטין דף ע"ג לא תתיחד עמו אלא ע"פ עדים אפי' עבד כו' והשתא א"ש דל"ק כלל משום דלא מצינו לאוקמי שיש ע"י וע"א שנבעלה משום דממ"נ אם לא ידעו העדים שנתיחד עמהם ג"כ העד הזה א"כ אפי' חזקת פניה לא איתרע ע"פ עידי יחוד אלו כיון דבאמת ע"פ הגדתם אפילו אם ודאי מתברר שבעל שיבא אליהו ויאמר אין כאן התחלה מקידושין כלל ומכ"ש שאדרבה י"ל להיפוך שלא בעל כדי שלא תהיה בעילתו ב"ז שאין מקום שתוכל להיות ביאה זו לשם קידושין ואם נאמר דמיירי שידעו העדים שנתייחד עמהם העד הזה וא"כ לפי זה שפיר יש מקום לאסוקי אדעתייהו לקידושין ושמא בעל לשם קידושין ומהני מהך טעמא גופא אמנם באמת ז"א דאדרבא אם ידעו שנתייחדו עם העד ג"כ פשיטא דלא מסקו אדעתייהו שיבעול כלל וכמבואר מהמשנה דלא תתייחד וכמש"ל:

והנה מ"ש לעיל דאיתרע לה חזקת פנויה במה שנתייחדה עמו משהגדיל ולפ"ז לכאורה אדרבא איתחזק איסורא דא"א דכיון דנתייחד עמה משהגדיל אם כן אמרינן דהן הן עדי יחוד הן הן ע"ב וכיון דאדם יודע דאין קידושי קטן כלום ואין אדם עושה בעילתו ב"ז גמר ובעל לשם קידושין וכאשר ביאר דין זה בטור אהע"ז סימן מ"ג דלאחר שיגדיל חלין הקידושין אפי' אין עדים שבא עליה משהגדיל אלא שנתייחד עמה צריכה גט והוא מדברי הרא"ש בפסקיו ובתשוב' כמ"ש הב"י שם:

אמנם באמת דברי הרא"ש בתשו' תמוהים במה שמביא ראיה מכתובות דקאמר חצר דידיה לנשואין אלמא חזי כשמהלכין יחד בדרך ונכנסו יחד לחצר חשוב היחוד כביאה והרי הוא כאשתו כו' ובאמת אין זה ענין כלל דשם מייתי דהיחוד לבד הוי כנשואין אבל הכא ביאה ממש בעינן אלא דאמרי' הן הן עדי יחוד כו' כמ"ש בפסקיו וזה אין הכרח כלל מהך דהתם ונלענ"ד לפרש דברי הרא"ש על פי מ"ש הרמב"ם פ"י מהלכות אישות הארוסה אסור לבעלה לבא עליה בבית אביו וכן הוא בש"ע סימן נ"ה ולזה הסכימו הפוסקים בפירוש דברייתא דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה דפירושו בלא חופה

וכ"כ הב"ש שם בשם תשובת הרא"ש שהביא הב"י ס"ס ל"ז ואף על פי שלענ"ד אין ראיה מתשובות הרא"ש זו דאף על פי שכתב שם דבעלה יורשה דהיחוד ברשותו הוא החופה וברכת חתנים אינו מעכבת אפשר דר"ל שאין מעכב לענין ירושה היינו משום דהרא"ש אזיל לטעמי' דס"ל דלא בעינן חופה דחזי לביאה כמבואר ב סימן ס"א כתב דלכתחלה בעינן לברך ולפי מ"ש י"ל דאפילו בדיעבד איסורא קא עביד וממ"ש הב"י ס"ס ס"א גם כן אינו מוכרח ע"ש וגם י"ל דלכך ברכת חתנים אין מעכבות להרא"ש משום שבידו לעשות הברכות עי' בב"ש סימן ס"א (וגם מ"ש הב"ש סימן כ"ה דרש"י ס"ל דכלה בלא ברכה פירושו ברכה ממש נראה דאין זה סותר למ"ש בתשובות מיימוני ובמרדכי דקידושין דבקידושין טעות אין צריך לברך שנית ע"ש בשם תשובות רש"י ע"ש משום די"ל הטעם הראשון שם משום שעשו אנשואין כל דהו עי' שם אבל מ"מ אין הכרח לפרש דברי הרא"ש להיפך והנה עיקר החופה היינו הבאה לביתו ויתייחד עמה:. ולפ"ז י"ל דבאמת הרא"ש לא ס"ל כסברת הר"ן שהביאו הפוסקים סימן נ"ה דאם בא על ארוסתו בבית חמיו לשם נשואין קונה והשתא א"ש דהוי קשיא ליה להרא"ש דמדוע נאמר בחצר דידיה סתמא לנשואין ובדידה סתמא ללין ולכך הוכיח משום דמחמת היחוד אמרינן דבעל דהכל יודעין למה נכנס לבית הסתר אם כן ע"כ כיון דארוסתו היא מכבר ואין אדם עושה כו' מסתמא לשם נשואין בעל משא"כ בחצר דידה דליכא למימר דבא עליה דהרי עבירה הוא בידו משום בועל ארוסתו בבית חמיו הלכך אמרינן דמסתמא ללין ולכך פסק בקטן שנתייחד משהגדיל דיש לנו לומר שבעל לשם קידושין:

והנה כדי לפרש דברי הרא"ש בתשובה באופן מרווח יותר נלענ"ד דלכאורה יקשה בהך דהרא"ש שקידש מתחלה קידושי קטנות ואחר כך נתייחד עמה לכאורה אין לנו לומר הן הן עדי יחוד כו' דהא אמרינן בגיטין דמן האירוסין אין לבו גס בה אף די"ל חילוק בין היכא דכבר נתגרשה מן האירוסין ובין הכא שלא נתגרשה וכן מבואר סברא זו בחידושי הרשב"א בגיטין דף ע"ט גדולה מזו שאפילו לענין גט ישן חוששין יעו"ש וכן מבואר סברא זו בתשו' הרשב"א הביאו הב"י ב סימן י"ז בסופו יעו"ש ואף על פי שהראי' מהירושלמי אינה מכרעת לפי מ"ש התוספות בכתובות דף ט' יעו"ש מ"מ הסברא נותנות ונכונה:

אבל באמת מדברי הריב"ש נראה שחולק בזה הביאו ב"י סימן מ"ה על ענין סבלונות שכתב וז"ל ומה שטענת מן היחוד שהיו לשם קידושין גם לזה אין חוששין דלא אמרו הן הן ע"י כו' אלא במגרש מן הנשואין אבל מן האירוסין שאין לבו גס בה אין היחוד ראיה

שבעל כו' הרי מבואר דס"ל דאף בלא נתגרש אפ"ה לא אמרינן דהן הן עדי יחוד כו' ולא ס"ל הך סברא לחלק בין נתגרשה או לא:
אמנם נלענ"ד לומר בזה סברא אחרת על פי מה שדקדק בתשו' ר"ל בן חביב דהא דנקט המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי לאורוי' דאף על פי כן אמרינן הן הן ע"י (ולכאורה צ"ע ע"ז דאמאי לא פריך אר"י דאמר בראוהו שנבעל מחלוקת דאמאי קתני ולנה עמו בפונדקי וצ"ל דעדיפא מיניה פריך ולפי מ"ש לקמן יש ליישב בזה) והנה מבואר ברשב"א ובכל הפוסקים דהיכא דחזינן דגייסי אהדדי אף מן האירוסין צריכה גט ולפ"ז י"ל להיפוך דדוקא היכא דנתיחד' עמו בפונדקי דהוא ע"פ סיבה בעלמא אז אמרינן דמן האירוסין דאין לבו גס בה אין צריך גט אבל היכא דמתחלה בלי שום סיבה ואמתלא נכנס עמה לחדר ונתייחדה עמו הא קמן דגייסו אהדדי ובכה"ג אפילו מן האירוסין צריכה גט דזה היחוד בעצמו הוי כאלו הוא לשם נשואין ואז לבו גס בה ולכך א"ש הא דאמרינן בכל דוכתי אפי' בקידש ואחר כך נתייחד' עמו דהן הן ע"י מטעם כיון שנתייחדה עמו הרי לבו גס בה וחשובה כאשתו מכבר ואף אם נאמר דארוסה שגרשה אף על פי שנתייחדה עמו לא הוי כגייסו אהדדי מ"מ היינו משום שגירשה משא"כ היכא שלא גירשה ונתייחדה עמו במכללון הרי גייסו ודינו כמו מן הנשואין וכן משמע לשון הרשב"א בתשובה הנ"ל:
ועפי"ז י"ל דהן הן בדברי הרא"ש בתשובה דמייתי ראיה לזה דכיון שנתיחדה עמו דינו כמו מן הנשואין שהרי חזינן התם אע"ג דהלכו בדרך ונכנסו לחצר שלו חשיב היחוד כביאה והרי היא כאשתו דאמרינן לשם נשואין נכנסו מכ"ש הכא שנכנסו למקום סתר לשם היחוד דחשיב היחוד כביאה והרי היא כאשתו ר"ל דלבו גס בה דהא אמרינן דלשם נשואין נכנסו. ואמנם מדברי הריב"ש הנ"ל משמע שחולק על זה דמשמע התם נתיחדו במתכוין וגם לא גרשה ואפ"ה כתב שאין לחוש ותימא על הב"י שלא הזכיר שמחלוקת הפוסקים הוא. ואמנם גם הטעם באה"ע סימן קמ"ח חולק עם הרשב"א הנ"ל גבי גט ישן וסובר דגם התם יש חילוק דבארוסה אין לבו גס בה אין לחוש לגט ישן ודוחק לפרש דבריו שם דלא קאי רק אגט ש"מ ומשום דהתם גירשה לגמרי ושוב אין דעתו עליה בארוסה משא"כ בגט ישן שעדיין לא גירשה אפשר דמודה לסברת הרשב"א:
אמנם מלשון הטור לא נראה כן ולענ"ד בלא"ה היה מקום בגט ישן לחלק בין ארוסה לנשואה דבארוסה כיון שעדיין לא גרשה כלל א"כ אסור לו לבא עליה דהוי ארוסתו בבית חמיה והוי כלה בלא ברכה וי"ל שלא בעל וכמש"ל:, ועפי"ז יש לפרש מה שאמר רבא בגיטין דף כ"ח אם אמרו בנשואה יאמרו בארוסה לפי שיטת רש"י שם דשמא פייס ובא עליה והוי גט ישן ולשיטת הרשב"א י"ל דיש לחלק דהתם כיון שמסרו לשליח אע"ג

דמדהרחיב הזמן חזינן קצת שדעתו עליה כמ"ש הרשב"א שם מ"מ כיון שכבר הוציאה מת"י גרע טפי ועוד דהרשב"א לשיטתו בפרק המביא דלא מפרש כפי' רש"י:
שוב ראיתי מדברי הריב"ש הנ"ל אין הכרח שחולק עם הרשב"א ויתר הפוסקים וכוונת הריב"ש שם הוא משום דבנידן דידן לא נתארסה רק בנימוסי הגוים ואינם כלום רק שאחר כך נתיחד ועמד עמה בחצר אחד ואפשר שלא היה במתכוין ועוד דהתם דמי לפנוי הבא על הפנוי' דעלמא שאין חוששין לקדושין כמ"ש הרמב"ם וכמו שביאר שם הריב"ש באורך ב סימן שאח"ז בנידן כזה עי' שם ולזה הביא ראיה דאפילו בנתגרשה מן האירוסין אף על פי שהיתה ארוסתו בקידושין אפ"ה לא אמרינן הן הן כו' מכ"ש בזה שלא היתה מעולם ארוסתו כלל רק בנימוסי הגוים וכן נראה ממ"ש ב סימן ה' וז"ל אבל בלא אמירה המתייחד עם האשה אין אומרים שבא עליה כו' עי' שם ואם כן באנו לעמק השוה שכל הפוסקים מודים בנתייחד עם ארוסתו שהיא מקודשת לו אמרינן הן הן כו' ולדעת הרא"ש אפי' אם לא היה מתחלה רק קידושי קטן שאינו כלום אפ"ה אם נתייחד משהגדיל אמרינן הן הן ע"ב ובזו אפשר שהריב"ש חולק וס"ל דבכה"ג לא אמרינן הן הן וכו' כיון דהקידושין הראשונים אין בהם ממש לא מהני היחוד עתה אם לא שראוהו שנבעלה אמנם אין נ"מ לנ"ד כיון שכנסה ודאי כ"ע מודים דבע"י לחוד סגי אמנם לקמן יבואר דמחמת זה לחוד עדיין יש פתח להתירה. והדבר הקשה שיש לעיין בזה הוא דאפילו נאמר דלא אמרינן הן הן ע"י כו' ונאמין לה שבודאי לא בא עליה אבל עכ"פ בודאי נתייחדו זה עם זה ואנן חיישינן לה לדר"ח דס"ל חופה קונה ומקודשת מספק וכמו שהביא דעה זו בש"ע סימן כ"ו ואע"ג דשם הביא דעה זו בשם י"א ומבואר בח"מ סימן א' דבכה"ג דעתו כדיעה ראשונה ואמנם המעיין בב"י יראה שהוא חושש לדר"ח ועי' מ"ש אא"ז הש"ך בי"ד בהנהגת הוראת או"ה וכן דעת הטור והרשב"א להחמיר וגם בשו"ת האחרונים אינם מקילין בזה ואם כן כיון דיחוד היינו חופה כמ"ש הרמב"ם פרק י' מהלכות אישות ובש"ע סימן נ"ה ולכאורה היה אפשר לומר דהא ליתא דדוקא אי אמרינן דבעל ואין אדם עושה ב"ז ולכך מסתמא בעל לשם קידושין משא"כ ביחוד שהוא החופה מ"מ אפילו לר"ה דסובר חופה קונה בעינן שיקדש אותה בחופה זו ויכוין לשם קידושין וכיון דלא שייך הך סברא דאין אדם כו' אין ניכר מעשה הקידושין ולא מהני ועי' בח"מ וב"ש סימן ל"ג:
אמנם אחר העיון הא ליתא דהא היחוד עם הפנוי' עכ"פ אסור מדרבנן וב"ד של דוד גזרו עליו ויבואר לקמן דלשיטת הנך פוסקים דס"ל דב"ז אין איסור מן התורה ע"כ צ"ל דאפי' באיסור דרבנן זהירי אינשי דלא כמ"ש ה"ה פרק א' מהלכות אישות וא"כ גם כן ביחוד

זה מעשיו מוכיחין שרוצה לקדש אותה ואם כן לכאורה יש חשש משום חופה זו וכן מוכח ממ"ש הר"ן פרק האיש מקדש דע"כ הרמב"ם ס"ל דחופה אינו קונה דהרי גבי תנאי כ' כנס או בעל וגבי מקדש במלוה כ' בעל לחוד וא"ל דדמי לסבלונות כו' דגבי תנאי מהני כנס לחוד כו' ועי"ש ונראה מזה דהוא מדמה חופה לבעל דה"ט לא מחית נפשיה לספיקא ומסתמא כוונתו לשם קידושין לכך הכריח מזה דחופה אינו קונה. אמנם נלענ"ד דמחמת זה אין מקום לחוש וכדי לחוור הדברים כשמלה נקדים לבאר מה שהקשה פני יהושע בגיטין דף ע"ג לפי מה שתירץ הרשב"א דאע"ג דבגט ישן חוששין שמא בא עליו מ"מ לא תיקשי אהא דקאמר ר"י בלא ראהו שנבעלה ד"ה אין צריכה הימנו גט דדוקא התם דלא גירשה לגמרי ולא סני אהדדי כו' ועל זה הקשה הפ"י דהא בסוגיא זו דמיירי דגירשה עתה כדי שלא תפול קמי יבם נמי מסתמא לא סני אהדדי וא"כ אמאי קאמר דהך דר' יוחנן דלא כחד והרי שפיר כר"י בר"י. והנלענ"ד על פי מה שדקדק הרשב"א בסוגיא דגיטין בגט ישן דאמאי לא קתני חילוק בין מן האירוסין ובין מן הנשואין ועל זה תירץ גם כן דשם אין לחלק עי' שם ודקדוקו של הרשב"א עולה לכאן גם כן דאמאי לא מחלק ר"י בר"י בין מן האירוסין ומן הנשואין וכמו שמחלק באמת הטור סימן קמ"ח ע"כ נלענ"ד דהנה מבואר בפוסקים דאין חופה גומרת באלמנה וביאה ממש בעינן עי' שם ב סימן ס"א והשתא א"ש דלכאורה יקשה לר"ה דס"ל חופה קונה תיקשי הך דהמגרש ולנה עמו בפונדקי כו' דלר"ה נהי דב"ש לא ס"ל הן הן עידי יחוד אכתי תהא צריכה גט משום היחוד עצמו ואם נאמר דר"ה סבירא ליה כלישנא קמא הדבר יקשה יותר ואמנם זה היה אפשר ליישב על פי מ"ש התוס' בסוגיא דגט ישן בשם הירושלמי דאזדו ב"ש לטעמייהו דס"ל לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר הלכך מזוהמת היא בעיניו ועי' בחידושי' להרשב"א ולפי זה הוי א"ש דמחמת היחוד נמי לא קני דהוה חופה דלא חזי' לביאה. אלא דלפ"ז יקשה דאפילו בראוהו שנבעלה נמי נאמר דאין צריכה גט דל"ש למימר אין אדם עושה ב"ז כיון דאכתי יש כאן משום מחזיר סוטה כמבואר בתוס' ד"צ ובכה"ג א"א א"א עושה ב"ז כמבואר בתה"ד סימן ר"ט ובפוסקים ואמנם לפמ"ש הפ"י בסוגיא זו דף פ"א דהרי על כל פנים בדיעבד גם לב"ש מגורשת אף על פי שאין כאן ערוה וא"כ בראוהו שנבעלה י"ל דלכך מהני משום דאמרינן דמסתמא לא גירשה משום ערוה דהרי באמת בעל אותה ויש חשש קידושין משא"כ בלא ראוה לא אמרינן הן הן כו' משום דמסתמא מחמת ערוה גירש אותה ולכך מדייקי התוספות בדף ע"ט ע"ב וכה"ג פליגי לקמן במגרש כו' למאן דמוקי בלא ראוה שנבעלה:

אמנם לפמ"ש בפשיטות יש לתרץ דהא ההוא דר"ה דחופה קונה רק מק"ו דגומרת וכיון דבאלמנה אין חופה גומרת אין קונה ג"כ ועיין בפ"י קידושין דף ה' בד"ה אמר ר"ה במה שהקשה שם בשם מ"ז בתשובה ע"ש דמבואר דאם אין גומר באלמנה ג"כ אינו קונה וכיון דהכא במחזיר גרושתו מיירי והוא אלמנה אין החופה קונה בה והנה לכאורה יש להקשות על דעת הפוסקים דבאלמנה אין חופה קונה דא"כ איך מצאנו ידינו ורגלינו בש"ס דיבמות דף ה' דפליגי רב ושמואל אי יש חופה לפסולות והתם קאי אמתני' דאלמנה לכה"ג כו' וכמו שפירש"י להדיא שם וא"כ לשיטת רש"י שם דתלי' אי חופה קונה מבואר דשייכה אף באלמנה ואף לשיטת התו' עכ"פ דגומרת אף באלמנה ואחר החיפוש מצאנו שהקשה כן בס' שער המלך על הרמב"ם ותי' די"ל דהתם מיירי באלמנה מן האירוסין דבההוא ודאי חופה קונה ובזה דחה ראיית המ"ב ומהרי"ט ע"ש וזה נראה נכון וכמ"ש הר"ן בסוגיא דנותנין לבתולה י"ב חדש דאלמנה מן האירוסין דין בתולה יש לה ע"ש ועוד יראה לענ"ד יותר מזה דאפילו בבתולה אלמנה מן הנשואין נמי חופה קונה וגומר וע"כ לא אמרו דבאלמנה לא מהני חופה אלא בבעולה אבל היכא שהוא אלמנה מן הנישואין שנכנסה לחופה ולא נבעלה שפיר יש בזה חיבת חופה וקונה ג"כ. ובהכי מתרצא מה שהקשה בפ"י על שיטת הפוסקים האלו דחופה לא מהני באלמנה הא קאמר בכתובות דר"י ור"י פליגי בתחלת חופה כו' והרי ר"י אומר רצה כותב כו' ולאלמנה מנה מבואר דחופה מהני באלמנה. ולפמ"ש ניחא די"ל דר' יהודה מיירי באלמנה בתולה מן הנשואין שגם הוא כתובתה מנה ואפ"ה יש לה חופה עמ"ש בפ"י דף נ"ז גם דלפ"ז יש לתרץ מה שהקשה הרשב"א דהך דקאמר בתוספתא אלמנה לכ"ג אוכלת בתרומה ע"כ אתיא כשמואל דאין חופה לפסולות. ולפמ"ש י"ל דטעמא דהתוספתא הוא משום דמיירי באלמנה בעולה מן הנשואין דאין החופה קונה ולפמ"ש ניחא נמי קושית הב"ש סימן נ"ז ס"ק א' דאיך פסק שם בסוף ה סימן דאם לא הלכו שלוחי הבעל עמה אין יורש אותה תיפוק ליה דבלא"ה באלמנה לא מהני כיון דחופה לא מהני ולפמ"ש ניחא ויש עוד להאריך בזה הרבה ואין כאן מקומו. והדרינן לקמייתא דעכ"פ באלמנה מן האירוסין מהני חופה וגומרת וכיון שגומרת ילפינן מק"ו שתקנה ג"כ:

והשתא שפיר כתב ר"י בר"י דאף בלא ראוה שנבעלה חוששין משום קידושין ולא חילק בין אלמנה מן האירוסין לאלמנה מן הנשואין משום דממ"נ במן הנשואין אע"ג דליכא למימר חופה קונה מ"מ הרי לבו גס בה ואמרינן דבעל לשם קידושין במן האירוסין אמרי' דחופה קונה. ולפ"ז א"ש דלא קשיא מה שהקשה הפ"י על דברי הרשב"א דאמאי קאמר דלא כחד דהא י"ל דהכא רבה בב"ח מודה כיון דלאו מחמת שנאה מגרשה אמנם לפמ"ש

י"ל דעיקר הקושיא הוא עליו דמדוע במן האירוסין נמי אין צריך גט שני הא יש לחוש ביחוד הזה משום קדושין:

אמנם אחר העיון ז"א דא"כ יקשה ללישנא בתרא וכן פסקו הפוסקים דמן האירוסין אין לבו גס בה אין חוששין לקידושין דלא אמרי' הן הן עידי ביאה ואכתי נאמר דיש ביחוד הזה משום דקידושין דחופה וביותר תיקשי איך מפרש למתניתין במן האירוסין ודוחק לומר דמפרש כתנא דברייתא דפליגי בראוהו ובמן האירוסין ס"ל דאפילו בלא ראוה חוששין זהו דוחק גדול ע"כ נלע"ד לתרץ עפ"י מה דמבואר שיטות הרמב"ם והר"ן המובא בש"ע סימן נ"ה דהחופה היא יחוד והבאה לביתו להרמב"ם והר"ן בהבאה לביתו לחוד סגי ולפ"ז א"ש דהכא קתני ולנה עמו בפונדקי ולא היה שום הבאה לביתו אין כאן חופה כלל. שוב מצאנו ראינו שבשער המלך ג"כ נתקשה בזה ותי' ג"כ כן ות"ל שכוונתו לדעתו. אלא שהוסיף להקשות לדעת האיכא מ"ד שהביא הר"ן בריש כתובות דחופה היינו יחוד ומשמע דלא בעי הבאה לביתו קשה כו' ולענ"ד אין זה מוכרח בר"ן ואדרבא משמעות הדברים דס"ל דבעי הבאה לביתו שהרי סיים וכן דעת הרמב"ם ז"ל ומשמע דאין חילוק ביניהם אמנם י"ל דהך קאי אמ"ש הבעל העיטור ע"ש ובשער המלך תי' דהר"ן לא הכריח זה דע"כ אין חופה קונה מדלא מהני באינך כנס בתנאי מהני אלא לפי שהרמב"ם פסק כרב דגם כנס אמרי' דמחל לתנאי א"כ כניסה דמי' לסבלונות ע"ש אמנם א"א לומר כן לחד תירוצא דהתוס' בכתובות דף ע"ג דע"כ רב סובר חופה קונה וכ"כ התוס' ביבמות דף נ"ז לשיטת רש"י ע"ש. וצ"ל דלא ס"ל להך איכא מ"ד דהר"ן כדעתם. אמנם בלא"ה יש להקשות דלפ"ז מאי קאמר הש"ס כמאן אזלא הא דרבב"ח מחלוקת בשראוה כו' דלא כחד ואמאי הא שפיר אתיא כר"י וע"כ לא קאמר התם דבלא ראוה שנבעלה א"צ גט שני אלא משום דהתם מיירי שלנה בפונדקי ולא היה שם הבאה לביתו אין כאן חשש משא"כ בההוא דש"מ שפיר קאמר ר"י בר"י דאף בלא ראוה שנבעלה חוששין כיון דיש כאן ע"י והבאה לביתו ג"כ. ובשלמא לשיטת הפוסקים הנ"ל דבאלמנה בעי ביאה ממש א"ש משא"כ לשיטת שאר הפוסקים דבאלמנה נמי סגי ביחוד הראוי לביאה כמ"ש הב"ש סימן ס"ד ע"ש שכתב דהרמב"ם לא סבירא ליה כהירושלמי לחלק בין בתולה לאלמנה וא"ל דאין כאן יחוד הראוי לביאה כיון שלא כתב כתובה. ולהרמב"ם צריך לכתוב כתובה מקודם ע"ש ז"א דהכא א"צ לכתוב כתובה מחדש כמבואר ברמב"ם פט"ז מהלכות אישות שהמגרש אשתו והחזירה סתם ע"מ כתובה ראשונה החזירה ומכ"ש שלא היו הגירושין רק ע"ת ועיין מ"ש הרב המגיד פ"י מהלכות גירושין:

אך י"ל דהך אוקמתא דאף בלא ראוה שנבעלה חוששין רבא הא דקאמר לה ושפיר קאמר הש"ס כמאן אזלא כו' דלא כחד דרבא איהו דקאמר בקידושין על ההוא דר"ה דקאמר חופה קונה מק"ו אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא וכו' יע"ש וא"כ מוכרח טעמא דר"י משום דאף בלא ראוה שנבעלה אמרי' הן הן עידי ביאה וניחא ג"כ לדעת הפ"י דס"ל דחופה היינו יחוד שייך נמי באלמנה אלא דחופת הינומא ל"ש בה וכן לדעת השער המלך דאף ע"פ שאין גומר באלמנה אעפ"כ קונה ע"ש. ולכאורה היה קשה ע"ד כנ"ל ולפמ"ש א"ש:

ומעתה נבא לנ"ד שכתבנו שיש כאן חשש משום חופה הנה להנך פוסקים דאין קונה חופה באלמנה וכבר כתבנו דאפילו באלמנה מן הנישואין רק שלא נבעלה מודי דקני רק בבעלה תליא מילתא ולפ"ז כיון דזו כבר נבעלה מקודם שנעשה גדול שוב לא מהני לה של עתה שנקנה לשם קידושין וכן מבואר בשו"ת שער אפרים סימן קט"ו שכתב להדיא דגבי קטן שקידש ביאת בן ט' הוי ביאה ואין לה עוד דין בתולה משהגדיל רק כאלמנה וכ"כ בהגהות אלפסי הובא בש"ע סימן מ"ג שאין לה רק מנה וא"כ אין החופה קונה ויש לעיין ביבמות כו' וע"ש עוד בשער אפרים שדבריו תמוהים אך נלענ"ד להקשות על סברא זו דאם בעל שוב אין חופה קונה ויש לעיין ביבמות דף נ"ח דקאמר אמר רב עמרם כו' ואנהורוני לעייניו ממתני' דיש חופה לפסולות ותנא תונא כו' אלא דקני לה כשהוא ארוסה ואסתתר ונכנסה לחופה ולא נבעלה וקא משני לה ושמא יש חופה לפסולות ולפי הנ"ל יקשה ממ"נ אי לא זינתה פשיטא שא"צ להשקותה בחנם אלא דבאמת זינתה א"כ כבר הוא בעולה וחופה לא קני ועדיין היא ארוסה וארוסה לאו בת משתי' הוא כמבואר וא"ל זה דהיכא דהוא לא ידע דבעולה הוא חופה קונה וע"כ לא אמרו דאין קונה אלא כשהוא יודע ואין כאן חיבת חופה כ"כ שיקנה זהו דחוק מאוד לחלק בהכי ועדיין לא הונח לנו בזה לפי מה דקאמר הש"ס משכחת לה כגון שבא עלי' ארוסה בבית אביה וכן בשומרת יבם ור"ל ואח"כ נכנסה לחופה ולא נבעלה וא"כ אכתי תיקשי דהרי חופה זו אינו קונה וכן יש להקשות עוד בדוכתי טובא ועיין בכתובות דף מ"ה. ועוד דלפ"ז לכאורה במקדש בביאה שוב לא תיהני ליה החופה אח"כ להיות גומרת ולא קני אלא בביאה אחר ביאה והא ודאי ליתא כדמשמע בדוכתי טובא:

ואמנם לכאורה היה נראה לומר דעדיין יש מקום לקיים סברת בעל שער אפרים הנ"ל והוא מה שיש לתמוה לכאורה במ"ש התוס' ריש פרק אלו נערות בד"ה ועל הכותית כו' אבל קשה דליתני מחזיר גרושתו משנשאת ונבעלה שלא כדרכה כו' ועיין מ"ש אא"ז מהרש"א שם והקושיא מפורסמת דהא מבואר בקידושין דבעל עושה בעולה שלא

כדרכה ודוחק לומר דקושית התוס' להך דאמרי רבנן קמיה דאביי. וכן הקשה במים עמוקים ותירוצו אינו מחוור. ואמנם בשער המלך פ"ג מהלכות א"ב הקשה ג"כ כנ"ל ותי' ע"פ סברת הריטב"א בקידושין שכתב כיון דאהני ביאתו לקנותה עושה אותה בעולה ג"כ וא"כ היכא דכבר קידשה בכסף ל"ש זה ודווקא בקידושין אמרי' דהוי ס"ד דעד דמקדש והדר בעל שפיר קאמר דלמא עושה בעולה אף שלא כדרכה כו' וע"ש. וכן מבואר סברא זו בש"ס כתובות דף מ"ח ע"ב ועדיין אין מספיק זה כ"כ שהרי התם מיירי שזה נושא גרושתו של זה וכבר כתבנו דבאלמנה לא מהני חופה רק ביאה וא"כ שוב שפיר אהני ביאתו לקנותה לענין ליורשה ולהפר נדריה ואף כי עדיין יש מקום לומר לפמ"ש לעיל דבאלמנה מן האירוסין החופה מהני מ"מ לענ"ד בפשיטות י"ל בדברי התו' דדוקא דהוא בא עליה לקנותה בביאה זו מהני אף שלא כדרכה משא"כ היכא דלא מכוין כלל להיות לה בעל על ידי בעילה זו רק לזנות בעלמא כגון בא על ארוסתו בבית חמיו הא ודאי דלא משויה לה בעילה בביאה שלא כדרכה. ואפ"ה שפיר קרינן בה אחרי אשר הוטמאה:

ועתה נבא אל הביאור דהנה לכאורה יש לתמוה דלאיזה ענין הוצרך הש"ס לדחוקי דהך שלא שטיתי ארוסה מיירי שבא עליה ארוס בבית אביה וקעביד איסורא דרבנן עכ"פ ויש לישא וליתן הרבה בזה כמ"ש הרמב"ם פ"ב מהלכות סוטה וע"ש בכ"מ ומ"מ ומדוע לא מוקי בפשיטות כגון שקידשה בביאה ושפיר קדמה שכיבת בעל לבועל. אמנם לפמ"ש יש ליישב דהנה כבר הקשינו כיון דכבר היא בעולה מאי מהני החופה אח"כ אך י"ל דהא ולא מהני חופה בבעולה היינו דווקא שבא עליה כדרכה מה שא"כ בשלא כדרכה דקיי"ל דעדיין הוא בתולה לכל מילי כגון לענין קנס וכה"ג עיין במשנה למלך הל' איסורי ביאה ושפיר החופה קונה ומ"מ מקרי שפיר קדמה שכיבת בעל לבועל כדאמרי' בריש הבא על יבמתו משכבי אשה כתיב ע"ש וא"ל דבעל עושה בעולה אף שלא כדרכה ז"א דכבר הוכחנו מהתוס' דבא על ארוסתו בבית חמיו אין עושה בעולה אלא בכדרכה והשתא א"ש דלא הוי מצי לתרוצי כגון שקדשה בביאה ז"א דא"כ הדרא קושי' לדוכתיה מאי מהני החופה אח"כ וא"ל שבעל שלא כדרכה ז"א כיון דאהני לקנותה שוב בעל עושה בעולה אף שלא כדרכה כו':

ולפ"ז לכאורה אדרבא מוכח כסברת שער אפרים הנ"ל דאל"כ יקשה קושיא דלעיל דמי סני ליה לאוקמי שקידשה בביאה ולכאורה הוא פליאה נשגבה והמפורשים לא נתעוררו בזה. אך נלענ"ד שעדיין יש ליישב דלא בעי לאוקמי הכי דא"כ תיקשי ליה ובעלה ל"ל דנקנית בביאה ת"ל דע"כ ניקנית בביאה דא"כ אמן אמן למה לי וא"ל דהא לא קאי רק אשומרת יבם בלחוד עיין בפ"י קידושין דכ"ז ע"ב ד"ה האי ארוסא דע"כ א"א לומר כן

יעו"ש ואף שיש להקשות לפי דבריו מ"מ בלא"ה צ"ל דתרווייהו נ"ל מחד אמן וא"כ ובעלה ל"ל:

ועפי"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם פ"ב מהלכות סוטה שכתב דאפילו בא על ארוסתו בבית חמיו אין המים בודקים והקשה הראב"ד מסוגיא דר"פ ארוסה וע"ש במ"ל ובפ"י בקידושין שתמהו על דבריו ובשער המלך כתב ליישב דברי הראב"ד דקשיא ליה דלמה נקט תנא דמתני' טעמא דארוסה משום תחת אישה דאיכא למיטעי כו' ת"ל דאין מנוקה מעון:

ואמנם לפמ"ש גם קושיא זו לק"מ דבאמת שפיר נקט טעמא דתחת אישה משום דשפיר משכחת לה כגון שקידשה בביאה רק דהש"ס נקט דאיכא גם גווני אחרינא שבא עליה בבית אביה וכיון דאיכא לאשכוחי בכה"ג שפיר איצטריך ובעלה דמתקדשת בביאה ושפיר מיירו במתני' כה"ג דמנוקה מעון ומ"ש דתי' זה א"ש במאי דאיתא ריש פרק ארוסה דהנך תנאי ולפי דארוסה לא שתי' מקראי ע"ש ועוד י"ל על קושיא זו דלא משני דקידשה בביאה כי היכא דלא ניפשט מכאן האיבעי' דביאה אירוסין עושה:

אמנם עדיין יקשה דא"כ האיך קאמר רבא ותיסברא הא מתרצתא הוא כו' והא רבא בקידושין דף י' ס"ל דביאה אירוסין עושה ע"ש באשר"י בקידושין אבל לתי' הראשון שכתבנו א"ש ומתורץ ג"כ מה שהקשה אא"ז במהדורא בתרא אהא דקאמר רבא ותיסברא הא מתרצא הו' כו' דתיקשי נמי אהך מדארוסה ושומרת יבם לא שותות כו' דת"ל בנשואה כה"ג נמי אינה שותה דהא לא קדמה כו' ולפמ"ש יש לפרש בארוסה שקידש בביאה דבנשואה כה"ג שותות אך הכא מקשה שפיר אקרא דאמן אמן כנ"ל:

ויצא לנו מזה דאין הכרח עכ"פ לסברת שער אפרים ומפשטיה דש"ס לכאורה מוכח להיפך ונראה דבביאת עצמו ל"א דהוי כבעלה ולא קני חופה דשמא ע"כ ל"א דבאלמנה לא מהני אלא באלמנה ממש בקידושין משא"כ בבעולה לחוד אין זה מגרע לחופה שאח"כ וא"כ בנ"ד עדיין יש מקום לחוש לחופה. ועוד דאפילו אם נתפוס כסברת שער אפרים מ"מ בנ"ד ליתא לפי ההיתר שנכתוב לקמן לסמוך על דבריו שאומרת לא נבעלתי א"כ יקשה ממ"נ אם נסמוך על דבריו הרי היא אומרת שלא נבעלה מעולם ושוב שייך בה חופה ולפי מה שיבואר לקמן בשם הגאון מהר"י נ"י דפלגינין דיבוריה נדחה זה אמנם עדיין לא פלטינן מאיסורא לדעת הנך פוסקים דאף באלמנה מהני יחוד של ביאה אמנם לפי התי' הב' שכתבנו דלא תיקשי לר"ה מהך דלנה עמו בפונדקי משום דהבאה לביתו דוקא בעינן וא"כ לפ"ז בנ"ד שמעולם לא נתיחדו ולא היו בביתו שהי' חתן בבית חמי' אין כאן חשש משום חופה וכמבואר בהר"ן דילפינן לה מואם בית אישה נדרה. וזה אע"פ

שנתחייב לו חמיו לתת לו דירה מ"מ לא עדיף משכירות דקי"ל בע"א דף ט"ו דלא קני עיי"ש דקאמר ואי ס"ד שכירות קני' כי קא מעייל לביתיה דנפשיה קא מעייל כו' ומכ"ש כאן דנראה דלא קרינן בזה ואם בית אישה:

והנה לכאורה צ"ע על הר"ן בקידושין שהבאנו דמדמי כנס לבעל הא לשיטת הר"ן חופה לאו היינו יחוד רק הבאה לביתו לעיני הרואין וא"כ שאני ביאה דשייך חזקה דא"א כו' משא"כ חופה. אמנם באמת ז"א דהר"ן כתב כן לשיטת הרמב"ם דס"ל חופה היינו יחוד וא"כ גם בזה יש איסור ועדיין צ"ע דלכאורה נלענ"ד דאין לדמות היחוד לבעל דבודאי היחוד הזה נלע"ד שאין בו איסור כיון שהוא קידשה ע"ת שפיר יכול להתיחד עמה ואף אם יתבטל הקידושין אח"כ מחמת התנאים מ"מ לא עבר למפרע על איסור יחוד דבכה"ג לא גזרו חכמים כלל דבהיתר נתיחד עמה דממ"נ אם יבא עליה באמת יתבטל התנאי ואם לאו למה יבטל ודמי לסבלונות ע"כ נראה דטעם הר"ן ז"ל בזה לאו משום איסורא הוא אלא משום כיון שנכנסה לביתו וקעבד מעשה מסתמא מבטל התנאי ודמי למ"ש חזקה אין אדם טורח כו' אבל משום היחוד לבד ל דמכווין לקידושין דקיל ליה האיסור ומכ"ש בתנאי שאין כאן איסור כמש"ל ואפ"ה מדייק שפיר מהרמב"ם מדלא קתני כנס גם במקדש במלוה ובפמש"פ ומה"ט גופא י"ל דכיון לקידושין דהא עדיפא מסבלונות אע"כ ס"ל חופה אינו קונה אבל מטעם היחוד לא קפדינן וניחא השתא נמי הך דהמגרש ולנה עמו בפונדקי ומכ"ש בנ"ד שנסתלק חשש החופה מכל וכל דודאי אין שום אדם שמחשב שיש כאן איסור משום יחוד והדברים ק"ו דא"ש לשיטת ה"ה דבאיסור דרבנן לאו כולהי אינשי זהירי בי' ולפ"ז י"ל דהיינו דקאמר אבייי לא תימא טעמא משום שכנסה אחולי אחלי כו' ור"ל דס"ל דאפי' באיסור דרבנן זהירי דלא כסברת ה"ה ז"ל אלא כסברת אינך פוסקים החולקים על הרמב"ם ועיין במל"מ הנ"ל הלכות מלוה ולכך ע"כ מדכנסה מחל לתנאי ושמואל חולק וס"ל כסברת ה"ה אלא טעמא דרב משום דאין אדם כו' ובבעל דוקא דאיכא איסור דאורייתא לשיטת הרמב"ם:

והנה צ"ע לשיטת הפוסקים דס"ל דאפילו באיסור דרבנן זהירו אינשי האיך קאמר המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי כו' אמרינן אין אדם עושה ב"ז והרי אמרו תבעוה לינשא ונתפייס' צריכה לישב ז' נקיים ואפי' במחזיר גרושתו הדין כן כמבואר ביורה דעה סימן קצ"ג יעו"ש וא"כ איך נאמר דבועל לשם קידושין והרי צריכה שבעה נקיים אחר שתבעה וא"ל דאמרינן מסתמא תבעה מכבר והיה לה ז' נקיים הא ליתא כמבואר בפוסקים ומשמע אפי' לא היו שהות בין גירושין ליחוד בזמן הזה וכן משמע בש"ס גבי ש"מ ובשלמא אי אמרינן דביאת זנות דאורייתא ואין חושש לאיסור דרבנן א"ש אבל

לדעת הנך פוסקים קשה ואמנם במתני' היה אפשר לומר לפמ"ש הט"ז בי"ד סימן קצ"ג דהך דצריכה ז' נקיים הוא חומרת רבא. אבל באמת א"א לומר כן שהרי כל הפוסקים פסקו דין המשנה להלכה וביותר צ"ע על לשון הריב"ש סי"ו שכתב וז"ל ועוד שזהו כשתבעוהו להנשא ונתפייסה היתה צריכה לישב ז' נקיים והיתה בחזקת נדה ולא טבלה שהרי לא היה להם אז מקוה וא"כ הרי בא עליה ביאת זנות מספק נדה ואם לאיסור כרת התיר עצמו בביאתו איך יחוש על איסור קל שלפניו כו' והדר תימה מ"ש ואם לאיסור כרת כו' והא ליתא דהך ודאי אינו אלא חומר דרבנן כאשר ביאר ה"ה פ"י מה' אבל כיון דהוא בלי הרגשה וא"כ עכ"פ לא חמור מאיסור דב"ז דגזירת בית דינו של דוד הוא עכ"פ לדעת ש"פ ובדוחק יש ליישב לשונו דתרתי קאמר באותן הימים והרי לא היה להם טהרה ועוד יש ליישב בדוחק. ועכ"פ לפי סברתו תיקשו הך דהמגרש כו' ואם היינו אומר כדעת ראב"י שהביאו הפוסקים והוא מתשובות מיימוני' דס"ל דאם בדקה מיד ולא מצאה מותרת ניחא הך דהמגרש סימן אך מפשטת דברי הריב"ש הנ"ל לא משמע כן אלא כדברי ש"פ וגם היה אפשר לומר כמ"ש התוס' ביבמות גבי הא דיחודי הוי מיחדי לי' דאם תיכף כשתבעה בעל אותה אין כאן חימוד וכ"כ הט"ז ריש סימן קצ"ב. אמנם בשער אפרים סימן השיג ע"ז וגם לא משמע כן מדברי הריב"ש סימן שכ"ח ועיין בתה"ד סימן ח' ט' דכיון דיש לו אשה אחרת אין לומר שעובר על חרגמ"ה ולא החליט לומר כן ואין להאריך בזה ועיין תשובות משאת משה חלק אהע"ז ובמל"מ פ"ו מהלכות גירושין ובזה י"ל דה"ט דרבב"ח דס"ל בל"ק דבלא ראוהו שנבעלה א"צ גט משום דאמרי' דודאי לא בעלה דלא חשדינן ליה דעבר באיסור דרבנן משא"כ בראוה א"ל שעובר על איסור פנויה ג"כ. ואמנם לפי האמת דחיישינן אף בלא ראוה שנבעלה צריך לדחוק ולומר דהא צריכה ז' נקיים לאו כל אדם יודע זה שיש איסור בדבר ולפ"ז בנ"ד נמי ודאי דבכה"ג א"ל דאדם יודע שאסור להתייחד עמה ונתיחד לשם קידושין אדרבה הדבר פשוט להיתרא ואין חשש מטעם זה:

והנה הרמב"ם פ"י מהל' אישות פסק דאם היתה נדה אע"פ שנכנס' לחופה לא גמרו הנשואין עדיין כו' ועיין בלח"מ דמקשי דברי הרמב"ם אהדרי דבפ"ג מהל' אלו לא הוזכר חופה משמע דאין קונה א"כ איך פסק בפ' י' מהל' תרומות דיש חופה לפסולות עכ"ל ונלענ"ד דהנה הפוסקים כתבו דר"ח כ' דהא דר"ה דאמר חופה קונה ספיקא היא דהא פירקו בש"ס כל מה דמקשו עלה ולכאורה קשה מה"ת נימא דספק הוא כיון דלא קשיא שוב עליה דר"ה מדוע לא ק"ל כוותיה ודוחק לומר דמספקא ליה אם קיבל רבא תשובת אביי בזה ע"כ היה נראה בדעתי ע"פ מה שכתב מהרי"ט להכריח דחופה בלא קידושין

אינו קונה דחופה דלא חזיא לביאה הוא דהא אסור לבא עליה בחופה זו דאכתי כלה בלא ברכה היא וליכא חיבת ביאה בחופה זו כו' ע"ש ובאמת הך דחופה דלא חזיא לביאה מיבעיא בעי ליה לרב אשי בפ' אע"פ ולא איפשטא א"כ הא דר"ה אליבא דר"א בספיקא קאי ושפיר קאמר ר"ח דספיקא הוא וכן הרמב"ם השמיט הא דר"ה משום דרפי' בידיה כמ"ש הרמב"ן אבל בפ"ו מהלכות תרומות שפיר פסק דיש חופה לפסולות דהתם לא שייך לומר דליכא חיבת חופה והוי חופה דלא חזיא לביאה דהא חזינן דעבר עבירה שיש בה לאו ובא עליה שפיר אית ליה חיבת ביאה כמ"ש מהרי"ט ובלח"מ שם מקודם על קושית הר"ן ע"ש אף שעל תי' זה יש לפקפק מהא דאמר רב עמרם כו' וקני לה כשהיא ארוסה ונכנסה לחופה כו' ואין כאן מקום להאריך:

והנה הא דכתב מהרי"ט דחופה דלא חזיא לביאה היא משום דכלה בלא ברכה היא ר"ל דכיון דזאת החופה אינה רק כמו אירוסין ונהי דעושה ברכת אירוסין מ"מ אסור לבא עליה עד. שיעשה ברכת נישואין כדאיתא בריש כתובות ועיין במהרי"ט קודם לזה ולכאורה יקשה למאי דס"ל לרבא בקידושין דף נ"א דקידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין ולפי סברת מהרי"ט הנ"ל כל קידושין לאו מסורין לביאה הן דהא לא ברכו ברכות נישואין ואסורה לבעלה כנדה ודוחק לומר שתיכף מברכין ברכת נישואין הא ודאי ליתא כדמשמע בדוכתי טובי ועוד דא"כ הא דקאמר כלה בלא ברכה אסורה כנדה לימא דלא תפסי קידושין כלל. אמנם י"ל דהנה התוס' מקשי לרבא אמאי חייבי לאוין תפסי קידושין הא אין מסורין לביאה ותרצו דדוקא היכא דאיסור בא מחמת קידושין והשתא ניחא לשיטת הרמב"ם דס"ל דביאת זנות אסור מדאורייתא א"כ אין האיסור בא מחמת הקידושין דבלא הקידושין ג"כ אסור לבא עליה ולא הוי קידושין שאין מסורין לביאה:

אבל להפוסקים דס"ל פילגש מותר אם כן האיסור מכח קידושין דבלא קידושין היה מותר לבא אף שהוא בלא ברכה כדברי הרמב"ם הביאו ב"ש סימן כ"ו דדוקא היכא שלקחה בקידושין שרוצה שתהיה אסורה לעלמא בלא ברכה אבל בלא"ה לא ע"ש:

אמנם מ"ש לדחות זה דהא ס"ל לרבא בקידושין שאין מסורין לביאה אינם קידושין היינו היכא שא"א לעולם לבא לידי ביאה אם ירצה ואין בידו כגון במקדש אחת משתי אחיות סתם משא"כ הכא הרי מסור בידו לברך ולבא עליה:

וע"פ זה נסתר גם סברת מהרי"ט דלעיל דהא דר"ה אין ענין לדרב אשי דהתם שפרסה נדה א"א עתה לבא לידי ביאה כלל משא"כ כאן וכבר מבואר לעיל סברא זו בשם הב"ש וכ"כ בשער המלך:

אמנם צ"ע על דעת הפוסקים הנ"ל דהיינו הראב"ד והרמב"ם וש"פ דפילגש מותר אף להדיוט כשמיחד אותה אליו והאיך יובן מ"ש בכל מקום חזקה א"א עושה ב"ז ושמא לפילגש בעו לה ומנ"ל דבועל לשם קידושין דהא אפילו איסורא דרבנן ליכא ומצאנו ראינו תשובת הרמב"ן כתובה באורך ביש"ש יבמות פ"ב סימן י"א שכתב וז"ל כך אמרו כל הפוחת כו' וכך אמרו במקדש ע"ת ובעל אין אדם עושה כו' והטעם לכולן מפני שהחופה והקידושין מ"ע וכל שבא לישא אשה שתהיה אסורה לכל אדם וקנוי לו ליורשה כו' אמרה תורה יקדש אותה ויכנס לחופה ויברך כו' הא אלו רצה שתהא לו פילגש הרשות בידו כו' יעו"ש וכן הוא בספר אבודרהם בסופו אלא ששם חסר תיבת וכן במקדש ע"ת ומשמעות הדברים ההם שהטעם משום שחיסר מצוה דלוקוחין:

אמנם לא הונח לנו הא דאמרינן גבי המגרש אשתו דהן הן ע"י ואין אדם כו' דאכתי מנ"ל לומר שבועל לשם קידושין דילמא מיחד אותה אליו לפילגש ומאן יימר שרוצה לעשות עתה מצוה דליקוחין כלל ובשלמא במקדש ע"ת שפיר קאמר הרמב"ן כיון דחזינן שרוצה ליקח אותה בחופה וקידושין שפיר אמרינן דבעל לשם קידושין דאדם רוצה שיגמרו הנשואין וכה"ג כתב התוס' בגיטין דף פ"א ד"ה ב"ש לחלק בין ההיא דאין ממאנין כו' אבל אין שייך לומר אליבא דהרמב"ן וש"פ דס"ל פילגש מותר אליבא דב"ה דס"ל לעולם א"א עושה ב"ז דז"א דכל כמה דלא גלי אדעתי' דלקידושין בעלה אם כן דילמא בעי למינסבא לפילגש ולכך מיחד עמה ואין כאן ב"ז וא"ל כיון דחזינן שהיתה פ"א אשתו מסתמא גם עתה רצונו שתהיה אשתו זה דוחק גדול דמידי אריא דדילמא מעיקרא רצה שתהיה אשתו ועכשיו אינו רוצה וכי כל הזמנים שוים לענין זה והרי אדרבא חזינן שגירש אותה וא"ל דלהנך פוסקים באמת צ"ל לעדים ראו שאני מיחד עמה וכה"ג דכיון שהזמין עדים אמרינן מסתמא דעתי' לקידושין:

אמנם באמת א"א לומר כן חדא דלא משמע הכי גבי ש"מ ועוד שהרי גבי פנוי הבא על הפנוי' שכתבו דאין לחוש לקידושין מטעם דאמרינן שבועל ב"ז ותיפוק לי' דלא אמר להעדים אף שיש לדחות זה אינו מחוור אלא נראה כדעתו דס"ל דמן הסתם מוקמינן לי' אחזקה שרוצה לקיים גם עתה מצוה דליקוחין אם לא כשמגלה דעתו שאין רצונו ליקח אותה רק לפילגש הא סתמא כוונתו לשם נשואין:

אמנם בדברי הרמב"ן אלו שכתב דהקידושין והחופה מ"ע קשה ע"ז מש"ס דמ"ק דקאמר התם דף י"ט לא מבעיא לארס דלא קעבד מצוה כו' ולשיטות הרמב"ם ניחא כמ"ש הר"א בנו של הרמב"ם שהקשו אליו מש"ס הנ"ל והשיב דהרמב"ם ס"ל דהאירוסין התחלת מצות נישואין הם ור"ל דלהרמב"ם פילגש אסור אם כן מצות נשואין לקיים פ"ו הוא ע"י

קידושין אבל לעולם באירוסין גופא ליכא מצוה אבל להרמב"ם ע"כ צ"ל דהקידושין גופא הוא עיקר המצוה שהרי פרי' ורבי' יוכל לקיים בפילגש כמ"ש הרא"ש בריש כתובות דלכך אין מברכין יעו"ש ועוד דהאיך מבואר מצוה זו ולהרמב"ם י"ל דהוי לאו הבא מכלל עשה כמ"ש מהרי"ט ריש קידושין ולהרמב"ם צ"ל דיליף מכי יקח איש אשה:

וע"פ זה היה נראה לכאורה ליתן טעם לסברת האומרים דבאשה לא שייך הך חזקה דא"א כו' ע"ש במ"ש הרב המגיה במ"ל פ"ו מהלכות גירושין הל' י"א בשם הרב פני משה ובעל לקט הקמח לשיטות הרדב"ז ולכאורה אין טעם לדבר מדוע נאמר בזה לחלק בין איש לאשה. אמנם לפי הנ"ל י"ל דבמהרי"ט שם כתב ואי קשיא לך דר"א כו' ועוד דמאי לימא לן דמצוה זו רמיא עלה דלא מפקדת אלא הוא דכי יקח איש אשה כתיב עכ"ל ואם כן כיון דלדעת הרמב"ן כל עיקר הטעם משום שחיסר מצוה זו ובדידה לא שייך זה:

אמנם לפי זה ודאי דקשיא טובא לסברתם האיך אמרינן בכל דוכתי דגמר ובעל לשם קידושין דאין אדם כו' ומה בכך הא בקידושין בעינן דעתה ומנא ידעינן דכוונתה לשם קידושין ובאמת בשיטה מקובצת בשם הרשב"א כתב דא"א עושה ב"ז ומכוין לשם קידושין וגם האשה מתכוונת לכך יעו"ש וכן מבואר במל"מ שם דהיכא דלא שייך גבה חזקה דא"א עושה כו' אע"ג דאיכא גבי' אין הקידושין כלום. ע"כ נלענ"ד לבאר טעם החילוק בין איש לאשה אפילו לשיטת הרמב"ם ויבואר על פי מ"ש הרמב"ם פרק ב' מהלכות נערה בתולה הל' י"ז וז"ל אני אומר שזה שנאמר בתורה אל תתן את בתך להזנותה כו' והמכין בתו לכך הרי הוא קדשה ולוקה הבועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה כו' ובכ"מ כתב דיש לדקדק דמשמע מדברי רבינו הכא דאינו לוקה משום קדשה אלא א"כ היא מוכנת לכך ובפרק א' מהלכות אישות כתב כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה לפי שבעל קדשה עכ"ל הכ"מ ונראה לענ"ד דיש לדקדק דמבואר מדבריו הכא דלוקה הבועל והנבעלת ובפ"א הזכיר רק שהוא לוקה משמע דהיא אינה במלקות. ונלענ"ד דבמהרי"ט ריש קידושין ביאר הטעם הא דלוקה הבועל אף על גב דלגבי דידיה אקראי בעלמא הוא מ"מ חזקתו של כל אחד גורם להווייתה שתהא קדשה. ועפ"ז י"ל דאיכא תרי גווני קדשה חדא כגון שבאו עליה הרבה ב"א לשם זנות ואידך כגון שהכינה עצמה לכך מתחלה והפקירה עצמה ועי' שם במהרי"ט ונ"מ דאם הכינה עצמה גם היא לוקה מיד בביאה ראשונה שמיד נעשית קדשה אבל אם באו עליה אנשים הרבה ולא הכינה עצמה אף על פי שהאיש הבא עליה לוקה מיד אבל היא אינה לוקה עד שתתפרסם לקדשה ולפי זה בפ"א מיירי לענין מלקות דידה כתב שפיר דאף על גב דלא הכינה עצמה אבל לענין שתלקה גם היא בעינן הכינה עצמה וההוא יליף

מלא תחלל כו' דבכה"ג חל עליה איסור קדשה ולוקה גם היא מלא תחלל כו' דהא בעינן אזהרה גם לנשכב כמ"ש הרמב"ן במנין המצות שורש ה' ולהרמב"ם אין חילוק בין הכינה היא עצמה או אביה ושוב מצאנו ראינו כן בשם הר"א בנו של רבינו הרמב"ם הובא בכסף משנה פרק ט"ו מהלכות אבל שכתב להדיא הא דבעי הרמב"ם שמכין עצמה כו' היינו לחייב אותה יעו"ש ות"ל שעמדנו על האמת בכוונת הרמב"ם והנה כבר כתבנו דה"ה בהלכות אישות הביא ראיה להרמב"ם ממ"ש חזקה א"א כו' ואי מדרבנן בדרבנן לאו כולהו אינשי זהירי בי' ולפי זה לפי מ"ש דבאשה אם לא הכינה עצמה אין כאן מלקות ואינה בכלל קדשה א"כ א"ש מ"ש דבאשה לא שייך חזקה זו:

ולפ"ז י"ל דגם הפני משה לא קאמר אלא היכא דהיא התניתה עמו איזה תנאי לא אמרינן בכה"ג באשה דאינה עושה בעילתה בעילת זנות (ואין ספרו כאן לעי' באיזה ענין מיירי התם) וסברא וקבלה ואחלתה לתנאה לא אמרינן כן דאיהו אינה חוששת על זה משא"כ בשאר דוכתי גם הפני משה מודה דע"כ לומר שהוא מכוון לשם קידושין כדי שלא יעבור איסור דאורייתא גם דעתה כן הוא דאל"כ היא מכשילתו באיסור תורה ועברה אלפני עור כמבואר במהרי"ט ובעצמות יוסף בפתיחת המסכת בשם רבינו ירוחם דס"ל להיפך דהיא עוברת אלפני עור ע"ש אבל היכא דהיא התנית עמו איזה תנאי ואינה מוחלת ל"ש בזה דהיא מכשילתו דהרי הוא מכשיל את עצמו וזה פשוט דבכה"ג אינה עוברת אלפני עור ע"ש:

אמנם באמת צ"ע לדעת הפוסקים דס"ל דזנות עם הפנוי' אינו רק דרבנן וע"כ לומר דבכה"ג נמי זהירי אינשי בי' ושייך חזקה כו' אי סברא לומר דבדידה אפילו דרבנן נמי ליכא ועוד במגלת אסתר במנין המצות שורש ה' כתב דמלא תהיה קדשה ילפינן אזהרה גם להאשה ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו וצ"ל דבאמת כוונת הפוסקים הנ"ל משום דנשי לאו דינא גמירי ולא ידעה שיש איסור בדבר:

אמנם היכא דשייך בדידי' הך סברא דאין אדם כו' אמרינן דמסתמא אומר לה דלקידושין הוא בועל וגם הוא נתרצית לשם קידושין:

ועפי"ז יש מקום ליישב מה דקשה לכאורה בסוגיא דקידושין גבי הא דהמקדש בע"א אין חוששין ומקשה מהברייתא דהמגרש אשתו כו' מאי לאו בע"א ולכאורה קשה דהרי התוספות בדף ס"ו בד"ה אמר אביי כתב דאיכא למימר כיון שלא קידש בפני עדים המעות מתנה יעו"ש והנה אין לפרש דברי התוספות דאף אם הם באמת כוונו לקידושין מ"מ גזירת הכתוב הוא דאינו מועיל בלי עדים והמעות מתנה על זה יקשה מנ"ל לתוס' שמתנה דילמא כיון שאין מקום לקידושין לחול המעות חוזרין וא"ל כיון דאדם יודע

כו' דאם כן למה להו להזכיר דבר זה כלל בפשיטת הו"ל למימר דגזה"כ הוא דלא מהני ועוד דמדוע באמת בקידושין הוי גזירת הכתוב ע"כ מדבר דבר אם כן גם באשתו דנתנה נמי נימא הכי דהרי בכולהו ילפינן דבר דבר ואדרב' עיקר קרא התם כתיב ועי' ברשב"א שכתב דאביי מוקי לה במכחישתו אם כן מדוע בקידושין אפילו מודו לו מהני אלא ודאי כפי' הר"ן דאביי יליף מאו הודע דע"א בהודעת בע"ד מהימן ולא מחלק בין ערוה לשאר איסורים ואם כן מ"ט דקידושין אלא ע"כ כוונת התוס' דבקידושין אמרינן אימר המעות מתנה ואין כוונתם כלל לשם קידושין ואפילו הודאתה לא מהני דאין מי שיודע אמיתת הדבר רק על פי עצמן לבד ואפילו ע"א אין כאן דאימור לשם מתנה ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן ט"ו שמוכח מדבריו שמפרש כן ולפ"ז מאי מקשי הש"ס מהך דהמגרש כו' דילמא הא דקאמר המקדש בע"א ושניהם מודים אין חוששין היינו דווקא במקדש במעות דאיכא למימר אימור יהיב לשם מתנה אבל בביאה דס"ל אין אדם עושה כו' אם כן מסתמא לשם קידושין מכווין אמנם י"ל דהנה המפורשים נתחבטו בפי' הש"ס בהא דקאמר מי דמי דהתם לא מחייב לאחריני כו' יעו"ש ברשב"א ובריטב"א ופ"י אמנם לפי דברי התוס' הנ"ל שהרי עיקר הטעם הוא כיון שלא ראו עדים המעות מתנה וכן להיפוך אף אם היא כוונה לקידושין י"ל דהוא לא כוון רק לשם מתנה ולפ"ז אף היכא דבאמת יודעת בנפשה דכיוונה לשם קידושין וגם הוא אומר שכיוון לקידושין מ"מ אין הוא מחוייבת להאמין לו בזה אלא אמרי' שכיוון למתנה ולגבי דידה לא מיקרי הודאתו הודאת בע"ד ולפיכך יכולה לישא אחר וא"צ להשגיח על דבריו ועיין ביו"ד סימן קך"ז בהא דמלמדין אותו לומר איני מאמינך וה"ה להיפך הוא מותר בקרובותי' וא"ל להאמין לה במה שאומרת שכיוונה לקידושין והנה לפמ"ש לעיל להפני משה הטעם גבי ביאה דצריכה גט אע"פ שהוא אינה חוששת לב"ז היינו משום דע"כ אומר לה דלקידושין הוא בועל ולפ"ז היכא דאף אם אומר לה בהדיא לקידושין מ"מ נוכל לומר דכוונתו לדבר אחר כגון הכא במקדש בע"א בכסף אע"ג דאמר לה בהדיא לשם קידושין אפ"ה אמרינן כיון דלא ראתה עדים כיוונה למתנה א"כ ה"ה בביאה אע"ג דאמר לה לקידושין מ"מ כיון דלא איכפת לה בביאת זנות מה יועיל בכוונתו לקידושין והוא גם היא אף אם באמת כיוונה לקידושין י"ל שעדיין לשם זנות בעל כיון שאינו יודע מה בלבה והלכך פריך שפיר מהתם אף דמיירי משניהם מודים אכתי א"צ גט שני:

והנה הרא"ה בחידושיו לכתובות והביאו הריב"ש בתשובותיו שהקשה גבי קטנה שהגדילה דהא הוי כמקדש בלי עדים ותי' דמידי דכ"ע חזו סהדי וכ"כ בתשובת מיימוני גבי מקדש בפחות מש"פ והביא ראיה מהך דקטנה. ומדבריהם נלמד עכ"פ דאין מקום

לחוש ולומר דכיון דאין עושה ב"ז והמקדש בביאה בלא עדים הוי זנות ומסתמא כשהגדיל ונתיחד עמה העמיד לעצמו ע"י כשרים שנתיחד עמה כי היכא דלא ליהוי בעילתו זנות שאם היינו אומרים כן לא היו צריכין לתרץ מטעם דכ"ע חזו והוי סהדי וכן מוכח מדברי ה"ה הל' נחלות וכדבריו מבואר בישׁ"ש ביבמות פ"ב סימן י' יע"ש ויותר מזה מבואר להדיא בתה"ד סימן ח' ט' דלא אמרי' כן משום דלאו כ"ע דינא גמירי וסברי דשניהם מודים עדיפא מעדים כו' יע"ש ואמנם לכאורה צ"ע ממ"ש בתה"ד סימן ר"ח בסופו דאין לחוש שמא בא בצנעה ובא עליה בפני עדים דכל דהוי עדים קלא איתי ליה למילתא כו' ול"ל כולי האי תיפוק ליה מטעם הנ"ל דסברי דשניהם מודים עדיפא מעדים ודוחק לומר ד סימן ר"ח קאי לפי הטעם השני שכתב ב סימן ר"ט דאין לחוש שבעל בעדים משום דמיטמר מאינשי כו' משום דעכ"פ הו"ל להזכיר גם טעם זה. ע"כ היה נלענ"ד שיש לחלק דדוקא ב סימן ר"ט דמיירי באין ביניהם עסק קידושין כמו שהאריך בזה אלא דעכ"פ כתב שקשה לסמוך על דעת הרמב"ם כו' ויש לחוש שמא בעל בפני עדים. אבל ודאי דשמא נתיחד עמה בעדים ל"ח דלא עדיף מגרושתו מן האירוסין ולכך כתב שפיר דאין לחוש שמא בעל בעדים משום דסובר דשניהם מודים עדיף מעדים וס"ל דאפשר באמת נתיחד בעדים רק דסבר דהביאה א"צ עדים משא"כ ב סימן ר"ח דהיחוד לבד בעדים סגי אין לומר שמא בעל בלא עדים כלל אפילו על היחוד משום דכ"ע ידעו דהמקדש בלי עדים אינו כלום וחיישינן שמא העמיד ע"י לעצמו או שמא כבר קידשה בכסף בפני עדים ואינם לפנינו. ועפ"ז היה מקום אתנו לישב דברי הרמב"ם פ"א מהלכות אבל הל' ך"א איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקו בעיר ל' יום הורגין עליו משום א"א ועיין בתשובת נודע ביהודה שדקדק דמדוע בהלכה ך' סגי בהוחזקו בעיר לחוד ובכאן לא מהני עד שיאמרו זו אשתי כו' וגם דקדק על ה"ה שרשם מוצא דין זה מב"ב ולא דמי להתם אלא דברי הרמב"ם מועתקים מהירושלמי פרק עשרה יוחסין יעו"ש והאמת אתו בזה. וכדי לבאר הדברים באר היטב נלענ"ד דהנה מבואר בש"ס דף פ' אר"י מלקין ושורפין על החזקות מלקין כד"ר דאמר הוחזקה נדה בשכינותיה בעלה לוקה משום נדה ושורפין כו' והנה הא ודאי דהיינו דווקא היכא דעביד מעשה הניכר מזה הוא דמלקין ושורפין כגון בנדה בעינן שראוה לובשת בגדים מיוחדים לנדתה והכי משמע מדברי ה"ה פ"ד מהלכות א"ב ועיין בדברי הרשב"א בי"ד סימן קפ"ה וכן בהך דבנה מורכב על כתפה בעינן כרוך אחרי' דוקא שהיא מעשה הניכר שהוא שאר בשר שהוא בלא יבא משא"כ כשאין שם מעשה הניכר ודאי דאין מלקין וסוקלין ע"ז. והנה אמרינן ביבמות דף ק"י גבי יבמה דמבזיז בזיז מינה מוקי

אנפשיה עד שלשים יום וכבר כתבנו דעת ה"ה והרמב"ם דבאיסור דרבנן לאו כולהו אינשי זהירי ביה וא"כ לכאורה במה שמיחד עמה אין ראיה לומר ודאי אשתו היא דמה בכך אע"פ שיש כאן איסור יחוד עם הפנויה אינו רק דרבנן וגם א"ל דהן הן ע"ב דהא לא עדיף מיבמה דמבזיז בזיז מינה ולא בעל עד ל' יום משא"כ אם הוחזקה כאשתו ל' יום דאז ודאי לא מוקי אנפשיה וכיון שבעל אז היא מעשה הניכר דמסתמא אשתו היא מכבר ונתקדשה לו בעדים ע"י כסף או דמסתמא העמיד ע"י אך כ"ז כשאמר מתחלה זו אשתי כו' משא"כ בלא"ה אע"ג דנימא שודאי בעל מ"מ הרי אפילו בעל בהדיא לפני עדים דעת הרמב"ם פרק ו' מהלכות גירושין דאמרינן לשם זנות בעל משא"כ דאמר זו אשתי כו' אז ודאי תלינן מדבעל השתא דמסתמא לאו זנות הוא. אמנם מדעת אחרונים ב סימן י"ט לא נראה כן יעו"ש באורך בדבריהם:

מדברי שאר הפוסקים משמע דאין לחוש שמא העמיד ע"י וכה"ג וגם י"ל דבנ"ד גם בעל תה"ד מודה דהרי באמת דעת הר"א ותשובת מיימוני לומר דמידי דכ"ע חזו כ"ע סהדי וא"צ ע"י כלל וא"כ אף שכתבנו דלדעת תה"ד ליכא מאן דטעי ושפיר ידע ולא בעל בלא ע"י היינו דוקא בנ"ד דכ"ע מודים כאן שאם יש כאן עידי יחוד ודאי לא מהני משא"כ בנ"ד דיש לומר דהיה סובר שא"צ עדי יחוד דמידי דכ"ע חזו כו' כדעת הפוסקים הנ"ל ועפי"ז בפשיטות יש לחלק בין ההיא ד סימן ר"ח ל סימן ר"ט ע"ש:

ועתה נבא לחקור בדין מקדש בפחות מש"פ או במלוה ושאר גווני דאמרינן בהו כשבעל אח"כ אין עושה ב"ז ובועל לקידושין והיינו כשייחד עמה בפני עדים אמרינן הן הן עידי יחוד כו' והאיך הדין אם הני ע"י לא ידעי שזה קידש אותה בפמש"פ והיו סבורין שכבר קדשה בפרוטה וכה"ג קידושין גמורים וכן באינך גווני על הדרך הזה וא"כ ע"י אלו אע"פ שהם ע"ב מ"מ לא אסקי אדעתייהו שבועל אותה לשם קידושין שהרי היו סבורים שמקודשת הוא לו מכבר ולכאורה נלענ"ד דבכה"ג נמי הוי כמקדש בלי עדים דהרי מקשינן הוויית לאהדדי וקדושי כסף שטר וביאה שווים הם ואע"ג דכסף צריכין העדים לראות הנתינה ממש וביאה א"צ שיראו רק היחוד היינו משום דהוי ממש כאלו ראו הביאה וקרוב לודאי הוא וכמ"ש בתשובות מיימוני סימן א' יעו"ש. וכן מבואר בשאר דוכתי הא לכל מילי אין לחלק ביניהם וא"כ כמו דבקדושי כסף צריכין שיראו העדים שידעו שזה הנתינה הוא נותן לה עתה לשם קידושין כמו כן צריכין העדים לדעת כשנתייחדו שהיחוד שהוא ביאה הוא לקידושין והיינו משום שהעדים יודעין שאין אדם עושה כו' אבל בהנך גווני שהעדים היו סבורין שמקודשת היא מכבר ולא אסקי אדעתייהו שיבעול לשם קידושין כן הי' נראה לכאורה אלא דאיכא למישדי בה

נרגא ממ"ש רמ"א סימן ק"ז בהגהה אם נתן לה בשתיקה ושניהם אמרו שכוונו לקידושין חוששין להם ועיין בח"מ דמיירי שנתרצו מתחלה לקידושין אלא שהעדים לא ידעו מזה יעו"ש והוא מתשובת מיימוני סי"ג ובמרדכי פ' ב' בשם מהר"מ אמנם לענ"ד הדבר צ"ע דהרי מבואר דעת מהר"מ בתשובת מיימוני סימן א' דס"ל דאפי' אם יש ספק להעדים אם קרוב לו או לה לא הוי קידושין דהוי כמקדש בל"ע יעו"ש באורך ומכ"ש בנדון זה ד סימן ג' דהעדים לא ידעו כלל אם נותן לקידושין אם לאו דלא מהני ואין לחלק משום דהתם לא ראו הנתינה כלל משא"כ כאן שראו הנתינה אלא שלא ידעו אם הוא לשם קידושין ז"א דכל שלא ידעו אם יש עסק קידושין בנתינה זו לא ראו הנתינה קרינן בהו ואמנם י"ל דשאני ב סימן ג' דהעדים ראו הנתינה ושניהם מודים שכיוונו בזה לקידושין הוי כמקדש בעדים משא"כ התם אך ז"א דלכאורה משמע לשיטת מהר"מ דאע"פ שבאמת נפל קרוב לה מ"מ כיון שס' להעדים הוי כמקדש בל"ע וכ"פ הגאון מהר"י מפראג נ"י בתשובתו אלינו אשתקד בענין קידושי גזל וכ"כ בספרו נ"ב והוכיח מלשון מהר"מ דהטעם משום דהעדים מוקמינן לה אחזקה דפנויה והוי כאלו אין כאן עדים כלל וא"כ מאי מהני הא דשניהם מודים דעכ"פ לא עדיף מאם נתברר עתה שקרוב לה ואפ"ה לא מהני וכן מבואר בב"ש סימן ל"א היכא דספק להעדים אם ש"פ במדי אע"פ שנתברר עכשיו אינו כלום וכן הסברא נותנת בנדון זה דכיון דהעדים עצמן אינם יכולין להעיד על קידושין רק מצד הודאתם אינו כלום דהא מחייב לאחריני וכן מבואר בר"ן בסוגיא דהן הן שלוחיו דאפילו ליכא כפירת ממון מ"מ כיון דאין הקידושין רק מצד הודאתם הוי כמקדש בל"ע ואע"ג דהרמב"ן והנמשכין אחריהם ס"ל דבמודה מהני הדבר מבואר שיש חילוק גדול ביניהם ועוד דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דאין שליח הקידושין צריך עדים ועיין ברא"ש שמתרץ דבריו משום דבגמר הדבר שהיא נאסרת לכל אדם אז צריך עדים והתם אפשר דדמי לשליחות שאין בה עיקר דבר אלא כיון דאי הוי כפירת ממון לא הוי מהימנא וגילוי מילתא בעלמא הוא וכן בשליחות ואף בזה חולק הראב"ד משא"כ כאן שהעדים אין יכולין להעיד על קידושין כלל אם לא ע"פ אמירתם שכיוונו לקידושין פשיטא דאין נאמנים דמחויב לאחרינא וכן במהרי"ט ריש קידושין ובשו"ת הרשב"א סימן א' רל' ד היכא שאמר בלשון שאין ידים מוכיחות אע"פ שהיא אומרת שבלבה היו להתקדש לו לא מהני דכל שלא דיבר עמה מתחלה על עסק הקידושין בפני עדים ונתן לה בשתיקה לא מהני אע"פ שהיא אומרת שבלבה היה להתקדש לא מהני אע"פ שהיו דעת שניהם לקידושין וכן מבואר להדי' בהריטב"א בתשובה שהביא הב"י סימן מ"ה ועוד בתשובת מיימוני סימן א' מבואר בהדיא דאע"פ שנפל הטבעת בחיקה מ"מ לא מהני וכההיא

דאמרי' המקדש בע"א כו' אפי' שניהם מודים יעו"ש. ועיין בפ"י דף י"ב ד"ה לאו ובדף י"ג ד"ה שלח ובב"ש סימן קל"ו ואף הרשב"א דסובר דאם העדים מסופקין אם קרוב לו או לה הוי ס' מ"מ מודה דהיכא דהעדים היו סבורים שקרוב לו אע"פ שבאמת היו קרוב לה לא מהני א"כ בנדון הנ"ל שהעדים היו סבורין שכבר נתקדשה לו א"כ לא מסקי אדעתייהו כלל דביאה זו לשם קידושין היא נלענ"ד דלא מהני:

ומעתה נעתיק עצמינו לנ"ד שאין כאן ע"י לפנינו ואפילו אם יבואו העדים ויעידו שראו שיתייחדו עכ"פ לא עלה בדעתם שיש ביחוד הזה עסק קידושין ביניהם ואפילו לדברי מהר"מ ז"ל הנ"ל ב סימן ג' מודה הכא בנ"ד דע"כ לא החמיר מהר"מ אלא התם שהעדים ראו הנתינה והם שניהם מודין שכיוונו לקידושין משא"כ בנ"ד שהאשה אומרת שלא נבעלה כלל עכ"פ ממנה נקח שאומרה שלא נתקדשה בביאה מעולם ואם כן הודאה אין כאן ועדים נמי אין כאן דאפילו אם יבואו עדים כשרים ויאמרו שראו שנתיחדה ושהיו העדים שם כדי ביאה וראו שלא יצאו מהחדר אעפ"כ לא עלה על לבם מעולם שיש ביחוד הזה עסק קידושין מכ"ש בנידון שלפנינו שאין כאן עדים כלל (ואם היו באים העדים ומעידין שנתייחדו ולא ידעו שקטן היה רק אחרים מעידים ע"ז יבואר אם הוי חצ' דבר) ועוד דמנין ידעו דבר זה שעתה בועל לשם קדושין שמא כבר בעל לשם קדושין בפעם אחרת ואם לא שיבואו עדים שראו שנתייחדה מיד שנעשה גדול וגם ידעו מדבר זה שקטן היה ועתה בועל לשם קדושין וכולי האי ודאי ליכא למיחוש ואמרי' עדים בצד אסתן כו' ועוד דודאי הדבר פשוט דאין סברא לומר אם רואין אדם שמתיחד עם אשתו דודאי בא עליה רק בהמגרש ולנה עמו בפונדקי' דאז כיון שאנו רואין ששניהם נכנסו יחד ונתייחדו מה שאין הדרך להתייחד עם אשתו גרושתו ואדרבה היחוד אסור ואש בנעורת כו' אמרינן דיבעול לשם קדושין. אבל בנ"ד דכנוסה היא לו בחופה וקידושין הדרך להתייחד עמה אף אם אין דעתו לבעול כלל וזימנין דטמאה היא ואפ"ה מתייחד עמה ל"ש בכה"ג הן הן ע"י דמנין ידעי שעתה יבעול לשם קדושין שמא כבר בעל לשם קדושין או שאין בדעתו לבעול כלל ואע"ג דהרמ"א סימן ל"א כ' ונתגדל אצלה ומשמע מלשון זה דכנוסה היא לו י"ל דמיירי שראו עדים תיכף משהגדיל נתייחד עמה ואם נאמר דגם זה לא מהני כיון דלא ידעו העדים אם בדעתו לבעול עתה מ"מ י"ל דבאמת רמ"א מיירי היכא דידעינן שבעל שהרי בש"ע שם לא הזכיר עידי יחוד וע"ז כתב הרמ"א וה"ה כו' ודין זה מהרא"ש פרק המדיר ולא כנרשם שם טור והרא"ש בתשובה וכן משמע בח"מ והר"ן לא מיירי מעידי יחוד כלל. והעולה מדברינו דבנ"ד הוי מקדש בל"ע לפי דעת הרא"ה ותשו' מיימוני סימן י"ט דס"ל דבר שבסתם כך הוא כאלו איכא עדים דמי אמנם כבר כתב הריב"ש שכל

הגדולים חלקו על זה וס"ל דע"י ממש בעינן ונלענ"ד טעמם דאע"ג דבכל דוכתי אמרי' דבדבר הידוע לכל העולם א"צ עדים ואפילו אי איכא עדים שאומרים להיפך ל"א בהו תרי כמאה וכאשר כ' אא"ז הש"ך בח"מ סימן מ"ו ס"ק מ"ט מ"מ אין זה דומה לכאן דבקידושין בעינן עדים שיתכוונו ליחוד הלזה וידעו שלשם קדושין הוא בועל מחמת סברא דאין אדם כו' וא"כ מה בכך שגלוי לכל העולם שנתייחדו זע"ז ודרים כאיש ואשתו מ"מ אין איש שם על לב על עסקי הקדושין הנעשים ביחוד הזה והוי כנותן לה בשתיקה רק שהם נתכוונו לקדושין דלא מהני ואולי דעת הרא"ה ותשובות מיימוני כדעת מהר"ם בר ברוך הנ"ל דבקדושי כסף גם כן מהני בכה"ג ובקטנה שהגדילה מסתמא גם היא כיוונה לקדושין משא"כ בנ"ד שהאשה אומרת בהדיא שלא נבעלה ועכ"פ מעולם לא כיוונו לקדושין אפשר דגם הרא"ה ותשובות מיימוני מודים בזה. אך צ"ע דהרי הרא"ה כתב זה גבי קטנה שהגדילה ועמדה ונישאת וכיון שנישאת לאחר כאלו אמרה שלא נתקדשה לראשון ואפ"ה כתב הרא"ה דא"צ ע"י דמידי דכ"ע חזו כו' אמנם באמת כיוצא בו הקשה בש"מ בשם הריב"ש מהא דאמרינן א"א שפשטה ידה ותי' דהכא מיירי שלא בפני הבעל א"נ דאמרה בהדיא שלא גירשה רק שקידושין הראשונים אינם כלום א"נ כיון דאיכא למיתלי שטעתה בזה לא אמרינן הכי כו' יעו"ש וא"כ לתי' האחרון א"ש דבאמת היא טעתה וסברה דאע"ג שבעל לשם קדושין הרי אין כאן עדים. אמנם באמת לענ"ד צ"ע דאמאי קאמר רב דאין צריכה גט משני משום דדיינינן לה כודאי א"א מן הראשון ולפ"ז פשיטא דצריכה גט גם משני כמבואר להדיא פרק האשה בעלה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעלה כו' תצא מזה ומזה ומפרש בש"ס הטעם שלא יאמרו גירש זה ונשא זה ונמצא א"א יוצאת בלי גט ולדברי קצת הפוסקים הטעם משום דעבדה איסורא קנסוה רבנן כמסקנת הש"ס וס"ל שחולק על טעם הראשון ועי' בנ"י שכתב דאפילו נכנסה לחופה ולא נבעלה נמי צריכה גט משני וכן כתב הריב"ש בתשוב' וכן כתב בש"ע סוף סימן י"ז וא"כ אפי' אם נפרש דהך ועמדה ונישאת פירושו שנכנסה לחופה ולא נבעלה אכתי קשיא אמאי אין צריכה גט משני והמפרשים לא נתעוררו בזה והיה נלענ"ד לחלק מסברא דדוקא התם הוא דאיכא למימר שצריכה גט משום דבשעה שנשאה לא היה ידוע האיסור והיה שהות עד שנודע האיסור ובין כך עמדה בהיתר אצלו משא"כ כאן דמעיקרא באיסור נסבה וסעד לדברינו מצאנו בישי"ש במסכת יבמות פרק האשה רבה סימן ק"ט שכתב לשיטת הרמב"ם וז"ל והטעם שאותן יש בנמצא דנסבו ע"י שמועות טעות כו' אבל היכא שנשא אותה בעבירה ומיד שנודע לב"ד מוציאין אותה ממנו פשיטא דאין כאן בית מיחוש כלל כו' וקלא אית למלתא שלא היתה שעה אחת בהיתר כו' ולפי פי' התוס'

הו"ל לפלוגי אפילו א"א שנשאת באיסור עכ"ל הרי מבואר ממש כדברינו. אמנם לפמ"ש דגם בהך דהכא איכא למטעי קצת ולומר שבהיתר נשאה כיון שלא היה כאן ע"י יקשה כו' אמנם יש לחלק עדיין ולומר דהתם עמדה אצלו בהיתר ממש משא"כ כאן מה בכך דאיכא למיתלי דהיא טעתה מ"מ אין הב"ד טועין ומיד שנושאה הב"ד מוציאין מידו. אמנם באמת התוס' ויתר הפוסקים חולקים גם בזה כמבואר ביש"ש שם ביבמה שנשאת ובדוחק צריך לפרש דמה שאמרו בש"ס ונשאת לאו דוקא אלא ר"ל שנתקדשה ועי' בטור וש"ע סימן קנ"ה ובש"ג שלא כתבו ונשאת רק אם נתקדשה לאחר אין צריכה גט ועי' שם אמנם צ"ע בדברי הטור סימן קמ"ט שהביא תשובות אביו הרא"ש ז"ל בא' שגירש ונתיחד ואחר כך קידשה אחר לשם פילגש ושהתה עמו וכתב שאף על פי שהיא א"א מן הראשון לא חשבינן לה כודאי לצאת מן השני בלא גט ומשמע דבלא"ה היתה יוצאת בלא גט משני ותיפוק ליה דבלא"ה צריכה גט מזה ומזה כדין שהלך כו' וא"ל דדוקא היכא דנשאת ממש. ז"א כמבואר בב"י סוף סימן י"ז בשם תשובת הרשב"א ועי' שם באורך ומדברי הרשב"א שם ג"כ מוכח דאע"ג דהיתה מקודשת לראשון קידושין גמורים ומיד שנתוודע לב"ד מוציאין מידו אפ"ה תצא מזה ומזה ואם היינו אומרים דס"ל להרא"ש כהרמב"ם ז"ל הנ"ל לק"מ דדוקא משום דלא חשבינן לה כא"א ודאי הוא דבעי גט משני הא לאו הכי לא היתה צריכה גט משני אלא דבדברי הרא"ש ביבמות דף צ"ד מבואר דס"ל כדעת התוס' ועדיין היה מקום ליישב למש"ל אמנם אינו מחוור לענ"ד לפרש כן בל' הרא"ש ז"ל וגם לפרש בל' הש"ס דניסת פי' נתקדשה הוא דוחק גדול:

ולכן היה נלענ"ד לפרש דברי הש"ע ע"פ מה דאיתא בקדושין דף פ"א אמר רבה בעלה בעיר אין חוששין משום יחוד ולפ"ז י"ל דדוקא בההוא דהאשה שהלך בעלה למדינת הים הוא דכל הפוסקים לאסור אפי' בנכנסה לחופה ולא נבעלה משום דההוא מקרי עבד איסורא שהרי מלקין על היחוד משא"כ בההוא דכתובות שפיר יש לפרש הא דקתני ונשאה שנכנסה לחופה ולא נבעלה ומיירי כשבעלה בעיר ואז אין חוששין משום היחוד ולכך אין צריך גט משני:

אמנם בדברי הרא"ש א"א לפרש כן דהרי שם בתשובה ביאר להדיא דכיון ששהתה עמו לשם פילגש ודאי בא עליה כו' אבל מ"מ אין שם סתירה לדברינו הנ"ל משום דהרא"ש שם באמת מיירי שאין בעלה בעיר כמבואר שם בשאלה שהלכה לעיר אחרת ונתיחדה עם שמעון לשם פילגש כו' עי' שם ולכך שפיר י"ל דדוקא בא עליה אבל בדברי הש"ס שפיר יש לפרש כמ"ש ומכל האמור בזה אין כאן לא סתירה לשיטת הרא"ה ז"ל ולא הכרח:

אמנם בשו"ת דרכי נועם סימן מ"ו ובנו בס' גן המלך שניהם לדבר א' נתכוונו להביא ראיה לדברי הרא"ה ממ"ש רש"י בכתובות דף ט' מעשה שהיה מפני מה לא אסרוהו שהרי עדים הרבה ידעו בדבר ועי' בשיטה מקובצת שהאריך בפירושים שונים ומבואר למעיין שם שאין מזה ראיה כלל ובאמת נלענ"ד לומר בדברי הרא"ה והתשובות מיימוני שלא יחלקו כ"כ עם הפוסקים דנלע"ד דבקטנה שהגדילה כיון דרוב העולם יודעין דקטנה היתה והגדילה ומסתמא יש עדים הרבה בדבר שראו שנתיחדה עמו רק שאין לפנינו לב"ד להעיד ע"ז כתב דגלוי לכל העולם א"צ שיבואו להעיד לב"ד וכ"כ הרא"ה בהדיא בכתובות בחדושיו וז"ל ומידי דכ"ע חזו כ"ע סהדי ור"ל וא"צ שיבואו לפנינו להעיד דכ"ע ידעי דבועל לשם קידושין ועל הדרך שכתב רש"י ז"ל בכתובות דף ט' משא"כ היכא שהדבר אין מפורסם כ"כ שזה נתיחד עתה עם מי שלא היה לו בה קידושין עד עתה גם אינהו מודו ובההוא דתשובות מיימוני באמת נתפרסם הדבר שלא היה הטבעת ש"פ והלכך בעל לשם קידושין ויש לכוון גם לשונו שכתב דדבר שסתמו כך הוא כו' למה שכתבנו אבל היכא שאין העולם יודעים רק שרואים שדרים יחד כאיש ואשתו ולא ידעו ולא יבינו שיש בעסק הזה עסק קידושין ההוא לא מהני ולא מידי אבל בההוא דרש"י בכתובות שאני ששם באמיתת הדבר סגי כמ"ש התוס' בקדושין דף ס"ו:

אבל אין לומר דאינהו לא מיירי אלא בקטנה שהגדילה דס"ל דבבעל גמרו הקידושין הראשונים וכמ"ש הכ"מ פ"ד מהל' אישות בשם הרד"ך דחלו קידושי כסף והא ליתא חדא דהרי גם בפחות מש"פ דעת תשובות מיימוני לומר כן ועוד דהרא"ה שהביא הריב"ש הוא בחידושיו לכתובות שכתב וז"ל ואע"ג דקי"ל המקדש בל"ע כו' הכא כיון דכ"ע ידעי כ"ע סהדי עכ"ל הרי להדיא שהצריך לעידי קידושין וא"ל דאכתי עכ"פ עידי ביאה בעינן ואינם לפנינו ז"א דאם כן ל"ל דהך דהמקדש בלא עדים בלא"ה יקשה דאינו נאמן לומר שבעל ולאפוקי משני בלא גט אע"כ כוונתו נהי דעל הביאה אין צריך עדים כיון שדרים יחד מכל מקום לענין קידושין קי"ל המקדש בלא עדים כו' ועל זה השיב דלענין קידושין נמי מהני ועוד המעיין ברא"ה מבואר שם דקאי אליבא דרב דבעל לשם קידושין אבל לענין דינא כתב הריב"ש שכל הראשונים חלקו ע"ז. וס"ל דבעינן עידי יחוד ממש וגם בתשובות מיימוני לא ס"ל כן לודאי לענין דינא וכמ"ש הח"מ שמסתפק בזה גם הש"ע והרמ"א השמיטו את דבריו ומדבריהם משמע דבעינן ע"י ממש וכן בשו"ת ר"ב אשכנזי סימן ד' כתב בשם המאירי ביבמות וז"ל אלו שמשיאין בניהם כשהם קטנים כו' עד שגדלו ונתיחדו בעדים משמע דיחוד בפני עדים ממש בעינן ולא סגי במה שאמרו שידורו יחד שיגדיל וכן מבואר מדברי התוס' ולפ"ז כיון דבאמת אין כאן עידי יחוד לפנינו ואפי'

אם יבואו מאן יימר שידע שיש ביחוד הזה משום קידושין והודאת האשה אין כאן על הקידושין אדרבא מכחישתן א"כ יש כאן פתח תקוה להתירה:

ועתה נשובה ונראה אם יש מקום להתיר מטעם נאמנת האשה שאומרת לא נבעלה ולכאורה משמע מדברי התוס' דאין נאמנת בזה כיון שנתיחדה שהרי מבואר בכתובות דף י"ג ד"ה ואין אוסרין על היחוד שהקשו דההוא דזעירי ע"כ באומרת נבעלתי דאם לא כן איכא ס"ס דמכשיר ר' יהושע ותי' דלעולם באומרת לא נבעלתי וחשיב ליה חדא ספיקא משום דאין אפוטרופוס לעריות והדברים ק"ו דהא מאי דאמרינן כאן ע"י הן הן עידי ביאה הוי כודאי כמבואר בתשובות מיימוני סימן א' וא"כ הא ודאי דס"ל דאמירתה לא מהני מידי אפילו למיחשבה לספק דהא האי דאין אפוטרופוס לאו כרוב גמור חשבינן ליה כמ"ש הפ"י ואפ"ה לא חשבינן ליה לספק. והנה הפ"י הביא ראיה דההוא דהתם לאו רוב גמור הוא מסוטה שקינא לה ונסתרה דאם נטמאה למה שותה הא מדאוריי' אזלינן בתר רובא אע"פ שיכולין לדבר כו' ולכן הקשה שם על התוס' ע"ש. ולענ"ד יש לדחות ראיה זו דשאני התם דא"א היא ואם זינתה חייבת מיתת ב"ד אין ראיה מן היחוד הזה שהוא איסור קל לחשדה שתעבור על איסור חמור כזה וכמ"ש בפ"י קודם לזה כיוצא בו. ועיין בי"ד סימן קי"ט הלכך אין כאן רק ספק משא"כ בפנויה שנסתרה שפיר אמרינן אין אפוטרופוס כו' ומסתמא נבעלה אלא שעדיין יש ספק שמא לפסול כגון לחלל או ביאת נתין לדעת רש"י שאינו רק מדרבנן ושמא לכשר וחזקת כשרות איתרע מחמת היחוד שגזרו ב"ד של דוד ואפילו לדעת הרמב"ם דביאת פנויה לוקה מ"מ היינו דווקא כשהכינה עצמה ומופקרת לכל כמש"ל ועי' בפי"ח מהלכות א"ב ה"ב משא"כ בא"א אין כאן רוב רק ספק השקול ממש משום שיש סברא כיון דאיסתתר אין אפוטרופוס כו' ויש סברא להיפוך כמ"ש אמנם בלא"ה השתא קיימינן לפי דעת המקשן שהיה סובר דגם ההוא דאין אוסרין על היחוד נמי מיירי בפנויה כמבואר בשם הראב"ד ז"ל ושני ליה דמעלה עשו ביוחסין ר"ל דהתם מיירי בא"א כו' יעו"ש:

ולפי"ז תמוהים דברי הפ"י מה שהשיג על אא"ז רמ"א ז"ל בהגה"ה סימן ז' דדברה עמו דברי זנות ותפלות אסורה א"כ מאי פריך דלמא מתני' מיירי בהכי ע"ש ובאמת לק"מ דלא מבעיא לתי' הב' בתו' דידע המקשן דהתם בא"א מיירי ואפ"ה מתירין אפילו בחד ספיקא ופריך אהכי אפי' אם מיירי באומרת נבעלתי להדיא מ"מ יש ספק שמא לכשר ומה יתן ומה יוסיף מה שדברה עמו דברי זנות עדיין יש מקום לס' זה. ובשלמא ב סימן ז' דמיירי בנתייחדה עם העכו"ם או בא"א דבכה"ג אם נימא שנבעלה שוב אין לספק כלל ולתי' הא' של התו' ע"כ בדעת המקשן דס"ל מסברא פשוטה דכל שנסתרה כנבעלה

חשבינן לה מחמת רוב דאין אפוטרופוס כו' דאל"כ יקשה דמנ"ל דילמא מיירי שאומרת שנבעלתי כקושית התוס' אמנם בש"ע כתב כן לדינא דאע"ג דלא קי"ל כזעירי וכר' יהושע לאסור ביחוד לחוד מ"מ בכה"ג שפיר אסור. אמנם העיקר בזה דס"ל כתי' הב' של התוס': ועכ"פ כנים אנחנו בזה שמדעת התו' בתירוץ הא' נראה שאין לסמוך על דבריה במקום שהסברא נותנת להיפוך ומכ"ש הכא דהך הן הן כו' כודאי חשבינן לה אך יש מקום לצדד ולומר כיון דאשה זאת אומרת שלא נבעלה כלל א"כ יש כאן חזקה דגופא דהעמידה בחזקת בתולה וכיון דחזקה זו מסייע לה להאשה יש להאמינה משא"כ אף אם נאמר דמיירי בבתולה מ"מ לא אזלינן בתר חזקת הגוף דהא אליבא דר' יהושע קיימינן דלא אזיל בתר חזקה ועיין בתוס' דף ע"ה ע"ב ד"ה טמא ואע"ג דהתם כתבו מטעמא דמעלה עשו ובס"ד עדיין לא ידע מזה מ"מ צ"ל דגם שמקשן היה יודע דר' יהושע לא אזיל הכא בתר חזקה דגופא רק דס"ד דגם רב מיירי בפנויה ואהא משני מעלה כו' י"ל דהתם בא"א מיירי וכמש"ל בשם הראב"ד או מטעם אחר וא"כ אין ראיה מדברי התוס' לנ"ד וגם אין ראיה מההוא נסתרה לאלתר די"ל שאני התם כיון שלפי טענת הבעל שטען שלא מצא בתולים א"כ ע"כ לומר שכבר נבעלה פעם א' מקודם ואנן אמרי' דהוא בעל אותה ובכהאי גוונא לא שייך חזקה דגופה ועוד דשאני התם שהיא כחשה בפניו תענה ותאמר שבא עליו ומסייע לה חזקה דלא מוקי אינש אנפשיה וגם בלאו הכי ל"ש שם חזקה דגופה עיין בתשובת הרא"ש כלל ל"ז סימן ב' במה שאפרש הך דנסתרה לאלתר אבל בנ"ד כיון שאמרה עדיין בתולה אני ואין מכחישה ומסייע לה חזקה דגופה אפשר נאמנת:

ובזה היה נלפענ"ד ליישב על נכון דברי הפ"י בכתובות דף נ"א שכתב אהא דאבוה דשמואל דאשת ישראל שנאנסה אסורה דמסייע לה תרגום יהונתן שפרש אלהין יפטרינה גברא בגיטא כו' וע"ש. וע"ז הקשה בס' נדפס מחדש דלשיטת הפוסקים דס"ל דבא"א אין אוסרין על היחוד לפי שאתה מוציא לעז על בניה א"כ הכא בנערה המאורסה דילמא ה"ט דיפטירנה בגיטא שנאסרה משום היחוד כו' ולפמ"ש לק"מ דדוקא היכא דל"ש חזקה דלא נבעלה הוא דאוסרין על היחוד ואין נאמנת לומר לא נבעלתי משא"כ התם דמיירי בנערה בתולה ואיכא חזקה דגופה שוב אין לנו לאוסרה משום היחוד לבד אע"כ טעמא משום דס"ל כאבוה דשמואל. אמנם בלא"ה אין נכונים דברי הספר מכמה טעמים מבוארים להמעיין ועוד דהפ"י מביא מהתרגום דמשמע דד"ת קאמר וא"כ ליכא למימר מטעם יחוד דאם היה ד"ת אין להתיר בא"א משום הוצאת לעז על בני' ועוד שלא נמצא כן בפוסקים שטעם שאין אוסרין על בעלה הוא משום כך אלא עיקר הטעם שאין להוציא אשה מבעלה אלא על ידי קינוי וסתירה שהוא מדאורייתא ואם כן אין לחלק

בין יש לה בנים. ואדרבה הדבר מפורש בריטב"א הובא בשיטה מקובצת דף י"ג דלענין מלקות נמי לא פלוג דאפילו אין לה בנים אין מלקין ע"ש:

אבל לכאורה יש מקום לסתור סברא זו ממה שאמרו גבי יבמה שאמרה לא נבעלתי דלא מהימנא אלא בתוך למ"ד דאח"כ אמרינן דלא מוקי אנפשיה ודוחק לומר דהתם מיירי ביבמה מן הנישואין דל"ש חזקה דגופא דסתמא קאמר ולא מצינו חילוק זה בשום פוסק. ובאמת לפמש"ל דהיכא דאיכא דטוען ברי שכבר בעל ומסייע ליה חזקה דלא מוקי אנפשיה כו' א"ש משום דהתם או היבם או היבמה א' מהם טוען שודאי בעל ולכך מהימן ואע"ג דדעת הפוסקים שם לפירוש ב' וכ"כ בהגה"ה דאף בשניהם מודים צריכה גט וחליצה אפילו תוך למ"ד י"ל דהתם מיירי בגוונא דלא שייך חזקה דגופה ועוד י"ל דטעמא כמ"ש ה"ה פ"ב מהלכות יבום שלא יאמרו יבמה שנתיבמה יוצאת בחליצה ועיין בנ"ב שהוכיח דהך חזקה דמסתמא נבעלה הוי כודאי ועדיף משאר חזקות דאל"כ מאיזה טעם אנו מתירין הצרות אע"פ ששניהם מודים אע"פ שיש כנגדה חזקה דאסורה לשוק כו' ולענ"ד דמשום הא לא ארי' דהרי באמת הדבר ברור דאם נשאת ליבם והלכה עמו למדה"י ודאי דהצרה מותרת להנשא מיד דמסתמא בעל אותה ומ"ש התוס' דהצרה אסורה אם לא יודו שניהם שבעל היינו לאפוקי כשמכחישין זא"ז אבל בסתמא ודאי דאנו מחזיקין אותה היבמה מאז והלאה בחזקת איסור לשוק בלא גט והצרה בחזקת היתר לשוק ובלא אמירתה לא נבעלתי הא ודאי דהך חזקה דכנוסה בחזקת בעולה מוציאה מחזקת איסור לשוק שהרי נעשה מעשה לסתור חזקה זו ולקמן יתבאר יותר אלא דהספק נופל לנו כשהיא אומרת לא נבעלתי ואז הצרה כבר בחזקת היתר קיימא והיבמה בחזקת איסור בלא גט ושוב אין להאמינה במה שהיא אומרת לא נבעלתי. וכיוצא בזה כתב התוס' בכתובות דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן אחתינן בשם הר"י בר ברוך ואף ר"י לא נחלק עליו אלא היכא שעתה באים שני עדים וסותרים חזקה דהיתרא של הראשונים ועוד דבאמת מבואר בירוש' דיבמות ופ"ג דקידושין דבשניהם מודים נאמנים לעקור החזקה ועיין בב"ש סימן קס"ז סק"ט לשיטת התוס' והש"ג ומה שהקשה עוד בנ"ב דנוקי חזקת בעולה נגד חזקת היתר לשוק על ידי חליצה ובע"א נאמן היכא דלא איתחזק ואמאי בעי היבמה גט וחליצה הנה כבר מבואר בשם ה"ה עוד טעם שלא יאמרו יבמה שנתיבמה יוצאת בחליצה ובזה יש לפרש לשון הרב המגיד שם במ"ש כיון דכנס מסתמא בעל שלא יאמרו כו' והל"מ תמה על לשון זה ולפי מ"ש יש לפרש על נכון ע"ש ולכאורה היה אפשר להכריח זה דאל"כ באומרת ל"נ יקשה מדוע תצטרך גט הא בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מכאן ולהבא משום דבידו לגרשה לחד מ"ד בבבא בתרא דף קצ"ד וא"כ

מה לי שאמר לא בעלתי או שאומר גרשתי ויקשה למ"ד זה מברייתא דקתני בה צריכה גט וחליצה עיין בתוס' לפירוש הא' ובדברי הה"מ ז"ל בפ"ב מהלכות יבום וגם אין מקום לומר דאין רצונו לפוסלה מן הכהונה או שיאסור בקרובותיה ז"א כיון דלדבריו תצטרך חליצה עכ"פ ובלאו הכי אסורה לכהן וגם הוא בקרובותיה ואפילו בשניות של חליצה גזרו כמבואר בש"ס דיבמות דף מ"ה ובש"ע סימן קס"ב ואין נראה לפענ"ד לומר דמשום כך לא מקרי בידו לגרשה משום דקרובות גרושה דאורייתא ודחליצה דרבנן דסוף סוף אסורה היא לו וא"ל דשאני בבעל שאמר גרשתי שאע"פ שהוא נגד חזקת א"א מכל מקום נאמן להך מ"ד הואיל ובידו לגרשה מה שא"כ כאן שדבריו הם נגד החזקה והוא חזקה אלימתא ומכל שכן לדעת הנ"ב ז"א דהתם נמי י"ל אם איתא דגירשה קלא איכא למילתא כמבואר שם ברשב"ם לאידך מ"ד ואפ"ה אמרינן דמהימן ובדוחק יש לדחות אלא ע"כ כטעם המ"מ משום שמא יאמרו כו' אבל כדי לבאר ההפרש באמת בין הך חזקה דלא מוקי לשאר חזקות כגון חזקת הגוף וחזקת איסור או היתר לשוק וכה"ג נלענ"ד על פי מה שמבואר בשו"ת מהרי"ק שורש ע"ב דלא אמרינן אוקי חזקה נגד חזקה אלא כגון חזקת הגוף נגד חזקת ממון דחזקת הגוף הטעם דאין לבדות הנולד וההשתנות כו' וכן הוא חזקת ממון אבל בחזקה שהכריעו חכמים מצד הסברא כגון חזקה שאין אדם פורע כו' או חזקה דאין אשה מעיזה כו' יעו"ש באורך שהדברים ראוים למי שאמרן וא"כ לא שייך הכא למימר אוקי חזקת הגוף נגד חזקה דלא מוקי אנפשיה וא"ש נמי דצרתה מותרת ולא אמרינן אוקי חזקת איסור השוק נגדה משום כיון דהך חזקה הכריעו חכמים מחמת סברא אין לנו לומר אוקי חזקה אחרת נגדה שאינה רק מטעם שאין לבדות הנולד וההשתנות אמנם כבר מבואר דבצירוף אמירתה אפשר דמהני אף נגד חזקה דלא מוקי כו' ואף דבחזקה שאין אדם פורע כו' וכיוצא בזה לא אמרינן אוקי חזקת ממון נגדה אף בכה"ג אין אומרים זו דומה לזו ועכ"פ יש דרך מצוא לומר דנאמנת היא בזה לומר לא נבעלתי והנ"ב כתב די"ל דלא מוקי אנפשי' בקטנות ובעל אז ושוב יכול להיות דמוקי אנפשי' בגדלותה ואע"ג דהיא אומרת שלא בעל כלל פלגינן דיבורה אמנם דעתו דאמירת פיה משוי' לי' רק לספק דאף אם בעל בקטנות מ"מ יש חזקה דבועל בגדלות וכאותו שאמרו רוב בעילות בבעל. ואף שלענ"ד צ"ע טובא אין להאריך בזה דעכ"פ דעתו דספיקא הוא וכן מבואר דעת הרא"ש בתשובה הביאו הטור סימן קמ"ט דאע"ג דאמרינן הן הן לא חשבינן לה כא"א ודאי' לצאת מן השני בלא גט וא"ל דהספק דשמא עושה בעילתו ב"ז הא ודאי ליתא כמבואר בש"ס ועי' ביבמות גבי מידע ידעי דאין תנאי בנישואין אע"כ דס"ל דמ"ש ס' אי אמרינן הן הן כו' וס"ל כדעת הרשב"א דאם ס' להעדים הוי ס' קידושין

וכיון דלדעת הרא"ש ספיקא היא ולא איתחזק איסורא מחמת היחוד ואולי בע"ד מהימן ובזה א"ש דברי הרא"ש בתשובה כלל מ"ה סימן ט' על מי שעושה שליח לגרש אשתו כו' הביאו משנה למלך פרק ו' מהלכות גירושין וכתב שהפריז הרב על המדה דהרי ע"כ מיירי בדאיכא ע"י כו' דכי היכא דאמר שלא ביטל או שלא היה לשם קידושין לא מהימנינן ליה הוכחתו נמי לא מהני כו' ולפמ"ש דברי הרא"ש נכונים כיון דלא איתחזק איסורא דא"א איהו מהימן שאין כאן קידושין:

ולולא דמסתפינן היה אפשר לומר דבנ"ד בלא"ה אין מאמר פיה סותר החזקה דלא מוקי כו' דהא הכא אשה אומרת שלא רצתה להניחו שיבעול משום צערה דידה וכה"ג בודאי לא שייך הך חזקה וכיון שהיא נותנת אמתלא לדברי' לסתור החזקה אפשר שיש להאמינה ועוד דאולי לא נאמרה חזקה זו אלא לגבי דידיה אבל לא לגבי דידה וכדאמרינן בש"ס דאיש יצרו תקפו וצערו מרובה משום שזו יצרה מבפנים כו' ואע"ג דבש"ס ופוסקים אמרינן חזקה זו ולא אמרינן דילמא בדידה תליא מילתא ז"א דאם כן מימר הוה אמר שזו מורדת מתשמיש ועי' במהרי"ק שורש ק"ה משא"כ בזה"ז מבזיז בזיז ונמנעין לומר דבר זה מפני הבושה. אך שאין לבדות זה מדעתינו להגיד חדשות נגד סברות הש"ס רק לצירוף בעלמא למ"ש דבאמת מסייע לה חזקת הגוף וחזקת פנויה כמ"ש בנ"ב וכיון שיש מקום לומר גם כן דאינה סותרת החזקה בע"ד מהימן. אך בנ"ב המציא בזה דשמא הערה בה ולאו אדעתי' כו' עי"ש שמסתפק בזה והדבר צ"ע דזו מנין לנו לומר חומרא חדשה שלא מצינו בשום מקום ואולי למד לומר כן ממ"ש רש"י בסוגיא דפ"פ דביהוד' לא מהימן דשמא בא עליה ושכח או שמא הערה בה מתוך חיבתו ולא ידע ששיבר בתולים ולכן חשש לזה גם כאן אמנם לענ"ד אין הנידון דומה לראיה דהתם שאני דבדידיה שפיר י"ל שלא הרגיש ששיבר בתולי' אבל בדידה כיון דאיכא צערא ודאי דהיתה מרגשה ואפילו בבוגרת נמי כדפרכינן בכתובות דף ל"ב והא איכא צערא ואע"ג דמפותה אין לה צער מבואר בש"ס דאינו קשה כ"כ כמו באנוסה אבל הא ודאי דמרגשת הוא ועי' בש"ס גבי יבמה שאמרה לא נבעלתי כו' וע"ש דהתם נמי נימא כמו כן שמא הערה בה ולא ידע או היא לא ידעה וביאת יבמה קונה אפי' שוגג וי"ל כיון דמבזיז בזיז ל"ש זה א"נ כיון דזה עיקר הקנין ביבמה ל"ש לומר לאו אדעתא ולפי זה גם כאן י"ל כן ועוד דאי לאו אדעתא אם כן מעולם לא היתה כוונתה לשם קידושין וההוא לא מהני כמש"ל בשם הרשב"א י"ל דאי אמרינן אין אדם כו' הטעם דאמרינן גם היא מתכוונת לקידושין ויבואר עוד לקמן. וא"ל כיון דהכנסת עטרה משיר בתולים והרי לא מצאה בתולים ז"א כיון דבוגרת הוא הרי כלו בתולים לדעת מקצת פוסקים שאין לה דמים

ועוד דכיון דלאו אדעתה לא פשפשה כלל ואולי באמת היתה מוצאת ועוד דאעפ"כ יש לחוש כדאיתא בי"ד סימן קצ"ג גבי כונס הבתולה דאמרינן שמא ראתה טיפת דם כחרדל וחיפהו ש"ז ועי' בג' שם ועיין בפלתי סימן קצ"ג שהקשה דלמה מחזקינן בלא מצאה דם לבתולה ודאית ואסרינן באשת כהן וגם אין לה רק מנה ומדוע לא נאמר שחיפהו ש"ז או נאבד וע"ש מה שתירץ ולפ"ד יש לישא וליתן הרבה בזה. אמנם שבלא"ה נסתר זה אין רצונינו להאריך:

ונחקורה ונשובה על קידושי כסף אם יש בהם ממש. הנה גלוי וידוע בשיטות התוספות והפוסקים דקידושי קטן אין בו ממש רק בתשובת מהרי"ק שורש למ"ד הביא תשובת ר"י בר"י דחשו לה וחלקו עליו ואפילו לדעת ר"י בר"י אין דעתו שיהא כאן קידושי תורה כמו שהאריך בזה בתשובת ר' בצלאל אשכנזי סימן ד' והוכיח מש"ס ערוך דקידושין דף י"ט דפריך א"כ מצינו אישות לקטן ואם איתא דהוי דאורייתא א"כ שפיר הוי אישות לקטן דהרי זכין לאדם שלא בפניו. וכן הקשה בשו"ת מהרי"ט והגאון מהר"י נר"ו בספרו נו"ב. אמנם הגאון נ"י רצה לישב זה על פי מ"ש בכתובות הגדילו יכולין למחות וכן בנידון זה נמי כשהגדיל יכול למחות א"כ שפיר קאמר כי ינאף פרט לאשת קטן דהוי התראת ספק פן ימחה לכשיגדיל וחזר וסתר זה עי' שם:

ומה שנראה לענ"ד דלכאורה יש להקשות קושיא עצומה בש"ס דקידושין בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה איכא פלוגתא אי חוששין שמא נתרצה האב הרי בתשובות מיימוני סימן א' והובא ג"כ במרדכי דאם ספק להעדים אם קרוב לו או לה הוי כמקדש בל"ע והובא בב"ש סימן ל' סעיף קטן ט' (ומה שכתב הגה"א ט"ס הוא וצ"ל הגהת מרדכי ומרדכי סוף גיטין) ובתשובות מיימוני נסתייע ממ"ש רש"י ביבמות דף ל"א בכת א' היינו אחד אומר קרוב לו ואחד אומר קרוב לה. אמנם הרשב"א שם בשם ר"ח פי' דמיירי דספק להעדים אם קרוב לה או לו ותמה על שיטת רש"י דהרי המקדש בע"א אין חוששין לקידושין. ונלענ"ד בשיטת רש"י ז"ל בזה דס"ל כמ"ש הר"ן בכתובות דף ק"ב במ"ש שיש לתמוה על הרמב"ם פרק ט' מה"א וכתב דמיירי ששניהם מודים שזרק לה הקידושין רק שז"א קרוב לה וז"א קרוב לו וכיון שיש כאן ב"ע בזריקת הקידושין ועבידי אינשי דטעי בהכי לא תנשא מדרבנן דיש לחוש שמא בשעת הקידושין היו שניהם רואין שקרוב לה רק שעתה הוא טועה וכסברת הר"ן ז"ל. ואין הכרח לפרש דמיירי שהספק הוא להעדים משום דבכה"ג אין הקידושין כלום דבעינן שידעו העדים דבר ברור וכדעת מהר"ם הנ"ל ואם כן הקושיא הנ"ל במקומה עומדת. והנראה לענ"ד ליישב על פי מה שיש לתמוה שם בסוגיא שיטת הרי"ף ז"ל שפסק דאפילו אם האב נתרצה לא מהני ועל זה תמהו הרשב"א

והר"ן והריטב"א מהא דאמרינן נתקדש לדעת ונישאת שלא לדעת רב אמר אוכלת כו' שמא יבא האב וימחה משמע דאם נתרצה האב בנשואין יעו"ש:

ונלענ"ד לתרץ ויתורץ ג"כ קו' הפ"י על הרי"ף שהק' דהא הש"ס מק' אדעולא אפי' שדיך משמע דסברא פשיטא הוא דחיישינן שמא נתרצה וא"כ מוכח דאם נתרצה מהני עכ"ל. ומקודם נפרש טעמי' דהרי"ף דאפי' נתרצה לא מהני והנה בחידושי' לקידושין תרצנו דברי הרי"ף באופן נכון והוא דנראה בטעמא דהרי"ף דס"ל כיון דהוא קידש קטנה בלא דעת אביה אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום א"כ אמרינן דגמר ונתן לשם מתנה כדאמרי' בכתובות דף ע"ד וביבמות גבי קטנה שלא מיאנה ג"כ דא"צ גט וגמר ונתן לשם מתנה כמבואר בדף מ"ו גבי מקדש אחותו דפליגי רב ושמואל וקי"ל דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו ונתן לשם מתנה ואין לחלק בין אחותו לאחריני דמשום דלא עבדי דיהבי מעות מתנה לנוכראה. דז"א כמ"ש בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן מ"ג באורך והכא אפי' לשמואל אית לן למימר מעות מתנה כמ"ש התוס' ד"ה דאיתמר כו' אבל היכא דאינו יודע אם יחולו הקידושין נתן לשם מתנה. ועי' בפ"י שכתב שם הטעם משום דנהי דא"י אם יחולו הקידושין עכשיו מ"מ כיון דדעתו לקדשה אמרי' דיהיב לשם מתנה דליקרב דעתה לגביה להתקרב לאחר זמן כו' ועי' שם:

וא"כ ה"נ דכוותי' וא"ל דל"ש הכא אדם יודע משום דאיכא למימר דסבר היה פן יתרצה האב ז"א דהא לעולא ל"ח שמא נתרצה האב וא"כ אין לנו לומר שהוא היה סבר פן יתרצה האב. ולפ"ז מתורץ קו' הפ"י ושפיר מק' הש"ס ואפילו שדיך דהא בשדיך שפיר יש לנו לחוש פן יתרצה וכיון שכן אין המעות מתנה:

ואם באמת נתרצה מקודשת דהוי פקדון גבה עד שיתרצה האב והא בהא תליא דאם אנו חוששין שמא נתרצה הרי היא מקודשת אם נתרצה באמת ואם אין חששא דנתרצה אף אם באמת נתרצה לא מהני. וניחא נמי מה דהקשו עליה מהא דנתקדשה לדעת ונשאת שלא לדעת משום דלגבי קידושין שפיר אמרי' כיון דיהיב לה לשם מתנה מה בכך שנתרצה הא לאו מידי יהיב ולא הוי קידושין אבל לענין נשואין ל"ש זה דהא אף עפ"כ נכנסה לחופה עמו. ואם יבא האב ונתרצה הוי נשואין ולכך אוכלת לרב דכיון דארוסה דאורייתא אוכלת בתרומה תלינ' לקולא בדרבנן ואמרי' דנתרצה בנשואין כמ"ש הריטב"א מש"ה דקדק בה הרי"ף אי הלכתא כרב או לאו והשתא ניחא גם כן מאי דלא הביא הרי"ף פלוגתא דר"ה ור"י בנתקדשה שלא לדעת משום דכיון דבשעת קידושין דאכתי לא הוי כיתומה בחיי האב ולא ידעינן שהפקיר אביו זכות שיש שלו בה אז מסתמא נתן לשם מתנה וקידושין אין כאן ונישואין אין כאן:

אמנם כעת היה נלענ"ד לתרץ באופן אחר על הדרך הנ"ל משום דהרי כבר הקשינו למ"ד חוששין שמא נתרצה מה בכך כיון דעדים מסופקים אם נתרצה לא מהני אמנם י"ל דהא ודאי למ"ד חוששין שמא נתרצה היינו ע"כ מטעמא דזכות הוא לו וכמ"ש הר"ן דאם בא ונתרצה לא מהני למפרע משום דזכות הוא לו ולפי זה לא הו' כמקדש בלא עדים דהעדים מסקי אדעתייהו וסבורים הם שמסתמא יתרצה כיון שזכות הוא לו והשתא ניחא גם דברי הרי"ף כיון דבאמת קי"ל כמ"ד א"ח א"כ כיון דאנן ל"ח העדים איך יחושו על זה וא"כ אפילו נתרצה באמת לא מהני דהוי כמקדש בלא עדים ובזה יש ליישב גם קושית הב"ש בסימן ל"ז ס"ק י"ח שהקשה על הש"ע דלמה סתם כדעת הרמ"ה דאין הקידושין חלין אלא משעת שמיעה והרי הרא"ש והר"ן סברי דלמפרע מהני ולפי הנ"ל ניחא דבאמת מבואר מדברי הרא"ש והר"ן שכתב זה למ"ד חוששין שמא נתרצה דקיימי התם אהא דאמר רבינא אפילו למ"ד חוששין כו' אבל באמת למאי דקי"ל א"ח ודאי עכ"פ למפרע לא מהני דלאו זכות הוא לו דנאמר דהוי קידושין למפרע וא"ל מכאן ולהבא נמי לא להני דהא הוי כמקדש בלא עדים י"ל דמיירי דהריצוי היה לפני עדים כמ"ש הב"ש ולפי זה י"ל דלדינא אין כאן מחלוקת בין הרי"ף להרא"ש דאף הרי"ף מודה בכה"ג:

ועפ"ז נבא אל הענין כיון דבאמר כשהגדיל הקטן יכול למחות א"כ אף אם נניח זה שכתב הגאון מהר"י מחמת התראת ספק דשמיה התראה מ"מ יש ליתן טעם בדבר שלא מצינו אישות לקטן ואעפ"כ יבא דין ר"י בר"י על נכון דלכאורה בפשיטות י"ל דס"ל כדעת הרשב"א שחולק על רש"י ומפרש דהש"ס מיירי בכת אחת דמספקי להו אי קרוב לו או לה אך דמ"מ מודה דעכ"פ לא הוי רק ספק קידושין ואע"פ שעתה נתברר באמת שהיה קרוב לה ומ"מ בשעת קידושין היה ספק להעדים וע"כ הוי ספק קידושין וכן מבואר מדברי הבית שמואל בסימן ל"א ס"ק ו' דאם העדים מסופקין שמא ש"פ במקום אחר אע"פ שנתוודע אחר כך שבאמת הוא ש"פ במק"א אפ"ה ליכא אלא חשש קידושין משום דהעדים מסופקין ובס"ק י"א כתב דליכא איסור דאורייתא והבנים כשרים דהא אם יודע שש"פ מ"מ בעת הקידושין לא הי' ידוע להעדים ומסק"ו משמע דאעפ"כ יש חשש קידושי דאורייתא וצ"ל דבס"ק י"א כתב לשיטת מהר"מ הנ"ל שהביא ב סימן ל' והלכך א"ש דלא משכחת אישות לקטן כיון דבשעת הקידושין ספק להעדים פן ימחה כשיגדיל אין לחייב מיתה על קידושי ס' אבל להתירה לעלמא שפיר קאמר דאין להתירה דעכ"פ קידושי ס' הם:

אמנם י"ל ג"כ דאפילו אם יסבור כתשובת מיימוני הנ"ל יש ליישב דבריו. דבנ"ב כתב די"ל דדוקא במעשה דר"י בר"י שלא היה רק קידושין לבד ואין כאן חיוב כתובה שאר

כסות ועונה וגם חרם רגמ"ה לא נתפשט שם (ובלא"ה י"ל דרגמ"ה לא גזר בארוסה כדעת קצת פוסקים) אבל בקידושין ונישואין אין כאן זכות דחוב הוא לו שמתחייב בדברים אלו כו' ולכאורה דבריו תמוהים דהאיך מתחייב דאם יגדיל באמת ימחה ובלא"ה הא ודאי דאין הקטן מתחייב בכתובה ושאר דברים כמבואר ב סימן מ"ג דדוקא היכא שבעל משהגדיל מתחייב בכתובה וא"כ לפ"ז שפיר זכות הוא לו כיון שאינו מתחייב אלא כשיגדיל ואם לא יתרצה אז באמת ימחה:

אמנם לפמ"ש דהיכא דהעדים מסקי אדעתייהו שיתרצה מהני כיון דבאמת חזינן שאנחנו חוששין לזה שיבא ויתרצה. ולפ"ז שפיר קאמר ר"י בר"י דהוי קידושין כיון דזכות הוא לו אין להעדים לחוש פן ימחה לכשיגדיל דהא ליכא כאן צד חוב כלל ומה"ת ימחה ולכך לא הוי כמקדש בל"ע משא"כ בזה מ"ש דחוב הוא לו וגם דנישואין הם וכיון דיש צד חוב לכשיגדיל א"כ שפיר יש לחוש פן ימחה ולכך הוי כמקדש בל"ע ואין כאן קידושין כלל. אמנם לכאורה לפמ"ש הגאון מהר"י מפראג נ"י אשתקד אלינו בתשובתו בנידון קידושי גזל אם אח"כ נתגלה שהי' יאוש קודם שקידשה ועדים לא ידעי שגזל היה תו לא הוי כמקדש בל"ע א"כ לפ"ז היכא דהעדים לא ידעו שקטן היה והשתא הגדיל ולא מיחה מהני ולפ"ז תקשה דאף אם נאמר דיש צד חוב כשיגדיל שפיר מצינו אישות לקטן. אמנם בתשובתינו שדינא בו נרגא דאפילו אם נאמר כן מ"מ הרי קי"ל דכל היכא דאשה לא סמכה דעתה כגון בשט"ח דסברה דילמא מחיל אע"ג דלא מחיל וגבתה החוב לא מהני וכן בגזל כן ותירצנו בזה דברי הרמב"ם שם והארכנו בזה וא"כ ה"ה בנדון זה (עיין בש"ש סק"ט סק"א (כיון שקטן היה ואדעתא דקידושין יהבה ניהלה ואם ימחה תצטרך להחזיר ואף אם היא לא יודעת שקטן הוא מ"מ י"ל דילמא כיון שאם היתה יודעת לא היתה רוצה להתקדש. ולפי הנ"ל נסתר גם החשש השני של הר"י בר"י שכתב דילמא ארצי קמיה כו' משמע שיש מקום שיתקיימו כקדושי כסף וצ"ל דהיינו אם הם בעין ואע"ג דאין כאן אמירתה מחדש י"ל דסבר כדעת הריטב"א דמהני כמבואר בב"ש סימן ל"א סק"א אלא דהב"ש כתב דרש"י ותוס' פליגי עליו ובחידושינו כתבנו די"ל דגם הריטב"א מודה לשיטות רש"י ותוס' ודעתו כמ"ש הנ"י פרק ב"ש ביבמות דהוי כאומר לה הרי את מקודשת לי בזה לאחר גדלות וה"נ בנדון דהריטב"א באמת לכתחלה מקדש על דעת זה שאם בעה"ב יתרצה יחולו הקידושין אז אמנם ע"כ לא קאמר נ"י התם אלא בקטנה דאדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ומסתמא הוא מקדשה ע"ד שיחולו הקידושין בגדלות וכן בההוא דהריטב"א ג"כ אדם יודע שאין מקדשין בדבר שאינו שלו משא"כ בההיא דרש"י ותוס' דמיירי לענין אם קדשה בדבר הצריך שומא ל"ש זה כיון דאיכא פלוגתא

ולחד מ"ד מקדשין ל"א אדם יודע כו' כמ"ש התוס' בגיטין דף מ"ה כיון דרבא פליג ל"א אדם יודע וכ"כ במל"מ ה"ל עבדים יעו"ש וכ"כ התוס' עוד בדוכתי טובי ולפ"ז בנידון דר"י בר"י שאביו קידש לו בטבעת שפיר י"ל שקידשה לו ע"ד כן שיחולו הקידושין אחר גדלות וכיון דארצי קמי' אז ושתק מהני משא"כ היכי שהקטן עצמו קידש הרי אפילו אם אמר בהדיא שתתקדש לו לאחר שיגדיל מסתפק במ"ל אם מהני והעלה שמחלוקת הוא אבל הא ודאי דל"א בקטן שקידש שכוונתו שיחולו הקידושין לאחר שיגדילה דכל כמה שהוא קטן ל"ש בו אדם יודע כו' ודאי דל"מ ואפילו ארצי קמיה ל"מ דהא בשעת קידושין לא הוי עדים וצ"ל דדילמא ארצי' קמיה והיו עדים בשעת הריצוי עכ"פ בשעת הקידושין לא סמכה דעתה ולא מהני הריצוי דידיה והשתא בנ"ב שם פקפוק על הך דינא דר"י בר"י שכתב שאם לזכות הוא לא הוי קידושין א"כ גבי קטנה נימא זכין לה ואמאי אם גדלה ולא נבעלה יכולה למאן הרי יש כאן ספיקא דאורייתא וכשגדלה ולא מחתה שוב אין יכולה למחות וע"ז כתב דהרי התוס' בכתובות כתב דדוקא כשנהגה מנהג יהודית בגדלות וא"כ זו שלא נבעלה לא נהגה מנהג אישות ומן התורה יכולה למחות כו' ולפ"ז נלענ"ד לפרש הא דקאמר ביבמות דף ק"ו ע"ב בעי' מיניה ר"א מרב מ"ט דר"ג משום דסבר קידושי קטנה מיתלי תלי וכי גדלה גדלו בהדה אע"ג דלא בעל כו' אמר רב ששת אמינא כי ניים ושכיב אמר רב כו' א"ל רבא בריה דר"נ הא מילתא דקטנה מיתלי תלי וקיימא אי בעיל אין ואי לא לא והנה לכאורה לפי פשטא דמלתא עיקר הטעם דכשבעל דעתו שיהיה ביאה זו לשם קידושין וא"כ מאי ענין הך דקאמר במילתא דקטנה מתלי תלי כיון שהעיקר תלוי בביאה של עכשיו וגם מה דהוי ס"ד דגדלה בהדה אף בלא בעל אין טעם לדבר:

אמנם לפי הנ"ל י"ל דה"פ אמת לכאורה מה שהקשה מקטנה דנהוי שם קידושין דאורייתא לק"מ לפמ"ש דבקטנה כיון שיש לחוש שמא תמחה אין מקום כלל שיחולו קידושין דאוריית' דהוו כמקדש בל"ע אמנם ז"א כיון דחזינן דחכמים תקנו להם נשואין ע"כ מטעם דזכות הוא לה ואין לנו לחוש כלל פן תמחה ולכך שפיר הוי ס"ד דכי גדלה גדלי בהדה ואיגלאי מילת' למפרע מדלא מאתה עתה זכות הוא לה ומשני רבין בריה דר"נ הא מילת' דקטנה מיתלי כו' אי בעל אין כו' ר"ל שהעיקר תלוי בביאה דאם בעל וכבר נהגו מנהג אישות מן התורה חלו הקידושין הראשונים למפרע משא"כ בלא בעל. אמנם בלא"ה נלענ"ד דודאי אין סברא כלל לומר שיהי' קידושי תורה ויחולו למפרע בודאי דהרי אמרינן בפ' כל הגט דר"י ור"ש בתולה בדעת עצמו לית להו ברירה ובתול' בדעת אחרים אית להו ברירה כו' ר"ש דתנן הריני בועלך ע"מ שירצה אבא כו' וכי רצה

מיהת מקודשת אע"ג דבשעת בעילה היה ספק אמרינן הוברר הדבר למפרע דמשעת בעילה הוי קידושין כו' מסיק דאין חילוק בין תולה בדעת עצמו בין תולה בדעת אחרים ולפ"ז למאי דקי"ל דמדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה והא דקי"ל דבדאורייתא אין ברירה היינו מטעם דספיקא הוא ואזלינן לחומרא בדאורייתא:

ועפי"ז נלע"ד לתרץ מה שהקשה במל"מ פ"ד מהל' אישות בדברי המגי' שם דברי הרשב"א אהדרי שבדף ל"ד הקשה הרשב"א על רש"י שפי' שהקטן שקיד' שיחולו בגדלותו וע"ז כתב הרשב"א דמה שמסרו בקטנותן אין הקידושין כלום ואינם חלים אפי' אח"כ וא"ת דאתא כר"מ כו' ובדף ק"ט כ' בדברי הנ"י שהבאתי לעיל דהוי כאילו התנה שיחולו לאחר גדלות ומ"ש המגיה שם שמשמע לחלק בין קטן לקטנה הנה אם כיוון למ"ש הרשב"א דבקטנה כיון דתקנו חכמים נישואין הרי היא משועבדת בכסף קידושין ולפ"ז בקטן שלא תקנו חכמים נישואין ל"מ אבל ז"א דע"כ לא כתב הרשב"א שם זה אלא בקטנה דנתאכלו המעות דכיון דמיעט קרא אל רעהו פרט לקטן לא היה כאן שיעבוד כלל משא"כ היכא שבאמת היא גדולה בודאי הוא משתעבדת ע"י כסף קידושין אע"פ שקבלה מקטן ואע"ג די"ל דהרשב"א לשטתו אזיל והביאו הש"ך בח"מ סימן צ"ו דקיבל מקטן פטור אף אם אבדו בפשיעה י"ל דהיינו דוקא נאבד ממנו דלא נהנה ממנו כלל משא"כ בנתאכלו אף שיש לדחות זה מ"מ מנ"ל להקשות על רש"י בדף ל"ד דילמא מיירי שעדיין הכסף בעין ועוד דעיקר הקושיא הוא בהיפך דהרי חזינן דעת הרשב"א בדף ל"ד בקטן שקידש שיחולו הקידושין לאחר שיגדיל הוי דשלבל"ע אף שהוא מחוסר זמן לבד וא"כ אמאי כתב התם בקטנה שמועיל בכה"ג אמנם לפמ"ש יש ליישב והוא דהרמב"ם פ"ז מהלכות אישות פסק באומר לאחר שיחלוץ לך יבמך ה"ז מקודשת ואילו קידשה עתה היו קידושין תופסין בה ותמהו על סברא זו ה"ה והמ"ל שם כיון דהאמת שאין קידושין תופסין ביבמה א"כ אינה מקודשת כלל איך יתכן לומר שהוא ודאי מקודשת ונלע"ד ליישב עפ"י מ"ש הר"ן בתשובה הביאו ב"י בהלכות נדרים בא' שנשבע שלא יהיה בשבת הבאה בעיר אם יוכל לשאול על נדרו קודם שבת משום דאין מתירין את הנדר עד שיחול והשיב שזו מחלוקת בין הראשונים אם מחמת השבועה מחויב ליסע קודם שבת או בכניסת שבת וכיון דספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא נמצא מן התורה מחוייב לצאת קודם שבת וא"כ שפיר חל הנדר מקרי יעו"ש עוד שהאריך ולפי סברא זו א"ש דברי הרמב"ם ג"כ כיון דעכ"פ יוכל לקדש אותה מספק וכיון שהוא מדאורייתא לחומרא דמי כאלו תפסי בה ודאי קידושין ולא הוי דשלב"ל וכיוצא בזה כתב גם המ"ל פ"ד דין ב' להביא ראיה מהך דאין מתירין את הנדר כו' דבמחוסר זמן מתירין קודם שיחול וה"ה

לענין דשלב"ל שוב מצאנו במ"ל פ"ח מהלכות גירושין הלכה י"א שרמז מזה שכתבנו בקיצור לשונו יעו"ש ואע"ג דלכאורה הרמב"ם לשטתו א"א לומר כן דהרי הרמב"ם ס"ל ספק' דאורייתא מדאורייתא לקולא י"ל דהכא שאני דאיתרע לה חזקת פנויה במה שזרק לה הקידושין והוי ג"כ מדאורייתא לחומרא. והשתא לפ"ז כיון דכבר ביררנו דבקטנה ע"כ דזכות הוא לה כיון דחזינן שחכמים תקנו קידושין ונישואין משא"כ בקטן וכיון שזכות הוא לה וגם משגדלה לא מחתה חלו הקידושין למפרע והוברר הדבר שאז היה זכות לה וכיון דבדאורייתא אין ברירה הוי ספיקא דאורייתא ולכך אם קידש שיחולו לאחר שתגדיל א"כ ממ"נ אם נאמר דלא תתרצה אז כשתגדיל בלא"ה לא יחולו הקידושין דהוי כמקדש לאחר ל' יום שיכולה לחזור בה וא"כ ע"כ צ"ל שאז גם כן תתרצה א"כ על כל פנים הוי ספיקא דאורייתא פן יש ברירה וא"כ הקידושין חלין מהשתא גם כן אם היה מקדשה שיחולו עכשיו ושוב לא הוי דשלבל"ע כנ"ל משא"כ בקטן וא"ש דברי הרשב"א (אמנם באמת אחר העיון ז"א שהרי הרשב"א בחידושיו לקידושין פוסק בלאחר שיחלוץ לך יבמיך דלא הו' רק ספק קידושין דבקטנה שם קאי בהך סברא דאמרינן גדלו בהדה אע"ג דלא בעל ואין הוכחה לומר דלא תפסי בה עכ"פ ספק קידושין מן התורה אם היינו יודעין בודאי שתתרצה אח"כ לכשתגדיל כל זה כתבנו לפלפולא בעלמא:

אמנם לענין דינא במה שהארכנו למעל' בשיטת מהר"ם דס"ל דבמה שהוא ספק להעדים לא הוי קידושין היה נראה דע"כ לא קאמר מהר"ם אלא היכי דהספק על גוף הקידושין אם באו לידה כלל אז שפיר אמרינן דהיכי שנדמו להם קרוב לו אע"ג דעתה נתוודא שקרוב לה נפלו מ"מ מ"ל שלא היו עדים כלל או דסברי שהם קרוב לה ולמהר"ם אף בספק הדין כן אבל אם שפיר ראו שהגיעו לידה ואיתרע חזקת פנויה טובא רק דהריעותא במידי אחרינא ובאמת אין כאן ריעותא ויש עדים על זה שפיר ילפינן דבר דבר מממון ולא הוי חצי דבר כיון דכל כת ראו מה שיכולין אז כמ"ש התוס' בב"ק דף ע' וראיה מהרמב"ם דפסק דאין שליח הקידושין צריך עדים ואף הראב"ד לא השיג אלא משום דמרעים לאחריני בעדותו לזה מתרץ הרא"ש אבל היכא דאיכא עדים י"ל דמהני ומ"ש הר"ן גבי אם אומרת לדידי שוה לי אם אין העדים יודעין שדרכו להתייקר בו ל"מ יעו"ש היינו משום דגם עתה אין כאן עדים כלל על זה והוי מחייבי לאחריני וכדאמרינן לענין הן הן שלוחין.

ובתשובותינו להגאון מוהר"י נ"י הארכנו בזה במה שקשה עוד מדוכתי טובא ואין כאן מקומו. וחזינן להפ"י בדף י"ב שכתב כדברי הב"ש שהבאנו למעלה דכיון דהעדים לא ידעו אם יש ש"פ הרי לא ראו דבר ברור וכו' ותימא דהא אמרי' בהמגרש דילפינן דבר דבר מה להלן דבר ברור כו' היינו לומר דבקלא בעלמא לא מפקינן דשמא שקר היא אבל

הכא אין לך דבר ברור יותר מזה. ומ"ש הפ"י אף אם נאמר בכת אחת ספיקא הוי כו' עד ולא רמינן עליה לפענ"ד לכאורה י"ל איפכא דהכא כיון שמעשה הקידושין נגמר בעדים רק הספק מעלמא וכיון שנתברר הוי קידושין גמורים ועוד הארכנו בזה הרבה ואכ"מ: אמנם בלא"ה כל הפוסקים מסכימים דאין לחוש לדר"י בר"י כמבואר בשו"ת ב"י בדיני קידושין ומכ"ש במקום עיגון כי האי וגם בתשוב' ר' בצלאל אשכנזי סימן ד' כתב דאין לחוש לזה והוסיף עוד דאפשר היכי שנתקדש על ידי אחי אמו גם ר"י בר"י מודה דעיקר טעמה דידיה משום ארצויי ודוקא באביו אמרינן כן יעו"ש ואם כן כ"ש בנ"ד שהקטן עצמו הוא המקדש דאין מעשיו כלום ולא מהני מה שנתרצה השתא כלל גם בשו"ת מהרי"ט נוטה להתיר אלא שכתב עוד טעם אחר להקל יעו"ש וגם בנ"ב מסכים להתירא וכן נזכרנו מה שראינו בספר ראב"ן שהביא הך דר"י בר"י ודחה את דבריו בראיות ואין הספר בידינו כעת הלכך אין חשש משום זה:. והנה לעיל כתבנו בביאור דעת הפוסקים דבדיד' אין אומרים חזקה דאין אדם כו' כי היכי דלא תיקש' מדוע בכל דוכתא אמרינן דהוי קידושין ונלענ"ד עוד דר"ל דאף ע"ג דבדיד' ליכא חזקה מ"מ כיון דבדידי' איכא חזקה זו שפיר הוי קידושין שהרי כתב מהרי"ק שרש למד דלגבי האיש שעושה מעשה הקידושין וקונה אותה ל"ש לומר בריצוי ושתיק' דגדלות נתקדשה לו כו' אבל אשה דמיקניא בריצוי בלא שום אמירה ה"ה דלכי גדלה הקידושין קידושין ע"י ריצוי ושתיקה וא"כ לפ"ז אע"ג דלא שייך ביה חזקה זו מ"מ היא א"צ כלל לכווין לקידושין אלא דבאמת אכתי לא א"ש הך דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דהתם כיון דבאמת עתה נתחדשו הקידושין ע"כ בעינן שנדע שנתרצי' לקידושין וגם בשאר הדברים כגון במקדש במלוה ובפחות מש"פ כל היכא שאנו צריכין לומר דהקידושין הם מחמת ביאה של עכשיו לא דמי להתם דבההו' דמהרי"ק מחמת שתיקותה וריצוי חלו הקידושין הראשונים של כסף ומתחילו מהשתא כיון שכבר קבלתן והיא עשה מעשה הקידושין משא"כ הכא דעתה נעשה מעשה הקידושין ואם היא לא ידעה שהוא רוצה לקדשה עכשיו ל"מ ודמי לשתיקה לאחר מתן מעות דל"מ דאמרינן הא דשתקה משום דלא איכפת לה הוא וה"נ הרי לא איכפת לה בביאת זנות לשיטתם וגם לא אסקה אדעתה כלל לקידושין ובשתיקה לאחר מתן מעות אפילו שדיך ל"מ אלא שבמהרי"ק משמע דס"ל דאמרינן כיון שנתרצית מעיקרא אף השתא דשותקת אין לנו לומר שתחזיר בה ע"ש בהא דמחלק דגבי האב בעינן ריצוי בפירוש אמנם לכאורה לא משמע כן בש"ס דהא בההיא דקדיש בציפתא דאסא כו' אמר תקדוש בד' זוזי כו' אפ"ה קאמר רבא דהוי שתיקא דלאחר מתן מעות ומייתי ראיה מאמר כנסי סלע לפקדון ולפי סברת מהרי"ק אין משם ראיה דהתם לא

חזינן מעולם דנתרצית משא"כ בעובדא דרבא דבאמת נתרצית לקידושין ואף ר"ה בריה דר"י שם לא פריך אלא כיון דקבלתן בתורת קידושין אם איתא דלא ניחא לה תשדהו וא"ל דבההוא דמהרי"ק ג"כ שייך זה מ"מ הרי מסקי בש"ס שם חשו לה וכן פסקו הפוסקים דלא הוי רק ספק משום דסברא מחייבינן באונסין ואולי יש קצת לחלק. אמנם במהרי"ק לא נזכר דבר זה ומצאנו ראינו בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן קל"ח שדיבר מזה יעו"ש שהביא דברי מהרש"ך והקשה עליהם ואין להאריך בזה דהרי בנ"ד לגבי הביאה ל"ש הך סברא דתשדהו ואם כן בודאי ל"מ דהרי אין כאן הוכחה דניחא לה שתתקדש עתה בביאה זו דהא לא אמרינן גבי חזקה דאין אדם כו' וא"ל דעכ"פ לא גרע מה שמוסרת עצמה לביאה מהך סברא דתשדינהו ז"א דמבואר במהרי"ט תשובה הנ"ל דלכך אמרינן דמסתמא לא ניחא לה דאל"כ אין לה לעכב מעות שלו ת"י דהיא סבורה דאין מקדש אותה עכשיו בביאה זו דלא מסקה אדעתה האיסור ואינה מעברת ע"ד הבעלים כלל אם לא שנאמר שאמר לה דלקידושין הוא בועל אותה כנ"ל ואז אולי מועיל אף שתיקה ונראה דכן הוא דעת הרשב"א שהביא הרמ"א שחולק על מהרי"ק וס"ל דבעינן דווקא בעל אחר שגדלה כמבואר ב סימן ל"ז וכן הוא דעת התה"ד כמבואר בב"ש שם והיינו משום דס"ל דשתיקותא ל"מ דהוי אחר מתן מעות אם לא שבעל דאז אמרינן דאומר לה דלקידושין בועל או דגם באשה אמרינן חזקה זו וכאידך פוסקים. אמנם י"ל גם כן דאפילו להנך פוסקים דס"ל דגם בדידה איכא חזקה זו אם כן לדידהו אין סברא כלל דאומר שלקידושין הוא בועל אותה אלא ממילא הדבר כן הוא דמכוונת לקידושין כמ"ש בשם הרשב"א משום דאין עושה כו' מ"מ בנ"ד אפילו גברא נמי עביד למיטעי וסובר שהקידושין של כסף הם טובים וכדעת ר"י בר"י שהביא המהרי"ק שורש למד מכ"ש באשה דאמרינן לאו דינא גמירי ואע"ג דידעה שיש איסור לעשות ב"ז היא סוברת שאין כאן ב"ז כלל ואע"ג דהש"ך בח"מ סימן ס"ו כתב דלאו בכל דוכתי אמרי' כן וחולק על הרא"ש שם מ"מ חזינן דהפוסקים סמכו על סברא זו בדוכתי טובי וכמבואר במרדכי פ"ב דכתובות באשה שהלכה עם ב' פרוצים כו' ועיין בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי כ"ן ועוד דוכתי טובי והתם מיירי אע"ג דליכא פלוגתא מכ"ש בנ"ד דאיכא פלוגתא בודאי שייך לומר דלאו דינא גמירי וגם כי החוש מעיד וקרוב הדבר לומר דאנן סהדי דההוא איתתא לא ידעה ובקיאה בדינא שתדע לכווין לשם קידושין וגם נצטרך לומר שבביאה ראשונה אחר שנעשה גדול אז בועל לשם קידושין וגם היא כיוונה לשם קידושין ומנין ידעה כי בא בימים ההם האם נאמר שחשבה י"ג שנה מיום ליום אם לא שנאמר שהוא היה מתירא מכ"ז ואמר לה דלקידושין הוא בועל ונתרצית וגם נצטרך לומר שהיה שם ע"י בביאה

ראשונה שבעל אחר שנעשה גדול ואין לחוש שמא הזמין עדים כשרים כמבואר בתה"ד סימן ר"ט ומפוסקים בדוכתי טובי ועוד יש להאריך בזה ואין כאן מקומו:
והנה הרמב"ם לא הזכיר הך דינא דקטן שקידש ובעל והנלענ"ד אפשר ליישב קצת דעת הרמב"ם דהנה מבואר דעת הרמב"ם בפ"י מהלכות גירושין שכתב דכי אמרינן א"א עושה כו' אלא באדם שגירש או במקדש ע"ת ובעל שהרי אשתו היא אבל בשאר כל הנשים חזקתו שבעל לשם זנות עד שיפרש שבועל לשם קידושין וכ"כ שאר הפוסקים דדוקא היכי שהיה עסק קידושין ביניהם הוא דאמרי' חזקה א"א כו'. והנה בש"ס קידושין תני ג' בבי דאע"פ ששלח סבלונות ל"מ ועביד צריכותא ביניהם ומסיק דבקטן כיון שאדם יודע שאין קידושי קטן כלום סד"א דלאו אדעתיה דידהו שלח קמ"ל והריטב"א והרשב"א שם הקשו ליתני הך דקטן שקידש לחוד ומ"ש הריטב"א דסד"א דווקא בקטן דטעי וסבר דדמי לקטנה דגמרי קידושין הוא דחוק דמשמעות הש"ס דבקטן לא טעי כלל וכל אדם יודע דל"מ השתא כלל. ע"כ נלענ"ד דיש מקום לחלק ולומר דדוקא בקידש בפחות מש"פ וכה"ג מיקרי עסק קידושין ביניהם דעכ"פ הוא רצה לקדש אותה והיא נתרצית אלא שלא היה פרוטה וכה"ג משא"כ בקטן דאין מעשה קטן כלום וכשחוק בעלמא הוא והוי כאילו מעולם לא היה עסק קידושין כלל ביניהם ובסימן מ"ד מבואר דהיכי דלא שדיך א"ח לסבלונות כלל ובשלמא במקדש בפחות מש"פ וכה"ג עכ"פ לא גרע משדיך ומשא"כ בקטן י"ל להיפוך כיון דכ"ע יודעים דאין קידושי קטן כלום ואפילו כשדיך לא הוי והוי כנותן מתנה לאשה פנויה דעלמא דא"ח כמבואר בב"ש שם אבל בפמש"פ הוי ס"ד דחוששין קמ"ל דלא דלפי האמת כולהו לא גרע משדיך אפילו קטן שקידש אלא דל"מ משום דאמרי' ע"ד קידושין הראשונים שלח (וגם י"ל שבזה מדוקדק הא דקתני במתניתין וכן קטן שקידש בבא בפ"ע אחר שאמר ע"ד קידושין הראשונים כו' וכן מדקדק בספר באר יעקב באה"ע סימן ל"א ע"ש ולפי מ"ש ניחא די"ל דקטן אפילו כשדיך לא הוי ואין הטעם כלל שמחמת קידושין הראשונים שלח אלא דמי כנותן מתנה לפנויה בעלמא כו' ואע"ג דבברייתא דהמדיר נקט מתחלה קטן שקידש עיין באר יעקב שמיישב זה ואם נאמר דהרמב"ם לא גרס קטן שקידש א"ש טפי ואע"ג דאדם יודע דאין כלום כתב מהרי"ט דטעי שסובר דאע"ג שאינם כלום מ"מ אינו משנה ממנהג דמקדשי והדר מסבלי כיון דאיתחתנו אהדדי יעו"ש וכמ"ש מהרי"ט פ"ק גבי חצי' שפחה וכו' והנה בב"י סימן קמ"ט הביא תשובת הרמב"ן במשודך שנתייחד עם משודכתו לילה ויומם כו' וכתב דאפילו בא עליה ל"ח דדוקא במקדש ע"ת או בפמש"פ שיש עסק קידושין כו' ע"ש שהאריך. נמצא לפ"ז א"ש מה שהשמיט הרמב"ם הך דינא דקטן שהגדיל דס"ל

דאפילו בעל ל"מ דאדרבא הסברא להיפוך דכיון דאדם יודע כו' ומעשיו כלא היו אע"פ דדמי לשדיך מ"מ אע"פ דשדיך אמרי' דלא בעל לשם קידושין וכמ"ש הרמב"ן והרמב"ם לשטתו דס"ל שם כן דל"מ עד שיפרש שבועל לשם קידושין. אמנם צריך ליישב לפי זה הא דקאמר בש"ס דכתובות דת"ק ס"ל אם בעלו קנו ור"ש בר"י פליג וקיי"ל כת"ק. אמנם י"ל דמבואר ברי"ף שם דאי אמרינן דבטעו אשה א' לא פליגי פירושו כגון שקידש ובעל לאלתר ועלה פריך מהא דאם בעלו קנו דנמי משמע לאלתר ובפ"י הקשה דע"כ אין לפרש כן בקטן דמיירי בלאלתר דהרי צ"ל דבעל לאחר שהגדיל ובת"ס בשם רש"י במהדורא קמא כתב דברים תמוהים אין להאמין שיצאו מפיו שכ' דמשכחת לה בקטן בן ט' שביאתו ביאה ודווקא כסף ושטר לא מהני ביה והם דברים מופרכים מעצמן אין להאריך בזה דודאי לענין קנין אין חילוק אם לא ביבם אבל בשם הרשב"א בכתובות שם דמשכחת לה שקידש ותיכף הביא ב' שערות ובעל ואע"ג דדבר רחוק וזר הוא מאד מכל מקום אשכחן כה"ג ביבמות גבי בעל מום דאייתי ב' שערות ואיטמי יעו"ש בדף ע"ג כן כתב הרשב"א. ולפ"ז בכה"ג שקידש ואייתי ב' שערות ובעל בכה"ג ל"ש לומר כ"כ אדם יודע שאין קידושי קטן כלום כיון דברגע זו הביא ב' שערות והוי שפיר כאילו יש עסק קידושין ביניהם ובעל לשם קידושין ועיין במ"ל פ' ב' מהל"א והלכך לא נקט הרמב"ם הך דינא כיון דזר ורחוק הוא מאוד ואע"ג דפ"ט מהלכות ביאת מקדש נקט הרמב"ם הך דינא דבעל מום ששימש בטומאה מכל מקום ל"צ לאשכוחי בכה"ג כמבואר בכ"מ שם (וגם הראב"ד נקט אוקימתיה שני' בש"ס וע"ש) (ואם נאמר דהרי"ף לא גרס בהךברייתא וכן קטן שקידש בלא"ה ניחא ועיין בריטב"א לקידושין שכתב וכן מפורש בתוספתא דגרסינן התם המקדש בפחות מש"פ ושלח סבלונות כו' בעלו קנו כו' וזהו הברייתא שנויה בפ' המדיר עכ"ל הרי שלא הזכיר בלשון התוספתא הלזו מקטן ואע"ג שלא הזכיר ג"כ קידשה בטעות היינו משום דמסקינן דטעות היינו בפחות מש"פ ועוד י"ל דלא תקשה מהברייתי' כמ"ש הבאר יעקב דסובר אביי דלאו אכולהו קאי וה"ה לענין זה) ומטעם זה י"ל השמיטו האמוראים ג"כ הך דינא דקטן שקידש ובעל ועוד י"ל באופנים אחרים ואין להאריך בהם ולפ"ז בנ"ד י"ל דגם הרמב"ם מודה דבעל לשם קידושין כיון דבאמת היה כאן ג"כ נישואין ולא הוי כב"ז כמ"ש בד"מ בשם המרדכי ריש הבא על יבמתו והתו' והרא"ש ועיין בסימן א' א"כ בכה"ג ודאי דלא דמי לנתיחד עם אשה דעלמא שאין עסק קידושין ביניהם ואף הרמב"ם מודה אלא דאיהו ס"ל דאין לעשות נישואין לקטן אבל אחר שהמנהג נתפשט שעושין נישואין יש לנו לומר משהגדיל בועל לשם נישואין ואין לטעות ולומר דאדרבה כיון דהשתא נתפשט המנהג כהנך פוסקים שמשיאין לקטן תוך י"ג שנים ואיכא דס"ל

דהוי אפי' קידושין דרבנן א"כ קרוב לומר שטעה ואדעת קידושין הראשונים בעל הא ודאי ליתא דהרי בקטנה דודאי אית בה קידושין דרבנן אפ"ה אמרי' דכשגדלה בועל לשם קידושין משום דאדם רוצה שיגמור נישואין וכמבואר בחידושי הרא"ה לכתובות ועי' בתו' דף ע"ג ד"ה בההיא ובודאי דכל אדם רוצה שיהיה קידושין דאורייתא ועי"ל דאף כי תקנו רבנן לא תקנו אלא בעודם בקטנות אבל לענין לאחר שיגדיל לא תקנו כלל כיון שאז יוכל להיות קידושי תורה ודלא כרב א' שטעה בזה. אמנם יש מקום לומר ולצדד קצת להיתרא ע"פ מה שכבר הבאנו דברי ר"י בר"י דס"ל דקידושי קטן הוי קידושין ועכ"פ אם נתרצה בגדלות ס"ל דמהני ובמ"ל פרק ו' מהלכות גירושין במה שמתמה על הטור כתב דס"ל כשיטת הר"י בר"י הנ"ל. ולפי הנראה משום קידושי תורה אתי עלה יעו"ש ואם היינו אומרים כן היה מקום ליישב דברי הטור ב סימן מ"ג במ"ש ולאחר שיגדיל חלין הקידושין והשיג עליו בב"ה ולפי הנ"ל יש לפרש דעתו דבאמת חלין הקידושין של כסף דכיון שנתיחד הוי כארצי קמיה ושתיק ועדיף מיניה ולכך מהני (ועי' בנ"ב סימן ס"ג במה שמפרש דברי ר"י בר"י בהך חששא דארצויי) ובעינן דוקא עדים בשעת היחוד כיון דאז הוי חלות הקידושין:

אמנם באמת לא נלענ"ד שיסבור הטור כן כמ"ש במ"א וגם ראינו בשו"ת מהראנ"ח שחשש להא דר"י בר"י ועוד קצת פוסקים וא"כ י"ל דל"א בזה אדם יודע שאין קידושי קטן כלום ובעל לשם קידושין די"ל דאדעתא דקדושין הראשונים בעל דקסבר כיון שאני מרוצה חלו שפיר הקידושין הראשונים של כסף ולא בעל לשם קידושין ואע"ג דכבר דחינן להא דר"י בר"י מ"מ אין הדבר פשוט כ"כ דנימא אדם יודע ולאו כ"ע דיני גמירי ומכ"ש בנדון כזה שכבר נתחבטו בו הפוסקים ולהנך שחששו להא דר"י בר"י שיש כאן לומר כמ"ש הר"ן אנן לא ידעינן והוא ידע וגם דהרי בת"ה סימן ר"ט כתב דנוכל לומר שבעל שלא בעדים דלאו כ"ע גמירי וסברי כיון ששניהם מודים עדיף מעדים וה"ה די"ל דההיא גברא מטעי טעי ולא אסיק אדעתיה כלל לקידושין ובלאו האי דר"י בר"י מ"מ הרי קידושי כסף בעין וסובר דהקידושין חלין וא"צ אמירה חדשה בפ"ע וכדעת הריטב"א הנ"ל וכבר כתבנו בזה למעלה (ועוד י"ל דמטעי טעי בהא כיון דאיתא בש"ס בדוכתי טובא דקטן בן ט' ביאתו ביאה היה סובר דאף לענין קידושין כן הוא וכמש"ל בשם הש"מ בשם רש"י מ"ק לדבר פשוט מאוד לטעות בזה אף על גב דלענין דינא הדבר ברור כשמש דל"מ לענין קידושין כדמוכח בש"ס מ"מ עבדי אינשי דטעי בהכי וגם י"ל דאפילו הרמ"א שכתב דבקטן שנתגדל ודאי בעל לשם קידושין וכן בש"ע מיירי שאין הקידושין של כסף בעין וליכא למיתלי במידי ועכ"פ הסברא מצד עצמ' נכונה ומידי ספק לא יצאת שמא

לא בעל לשם קידושין ולא הוי רק ס"ק ולפי שיטת מהר"ם ב"ב הנ"ל יש להוסיף עוד דכיון דגם להעדים אינו ברור אם יבעול לשם קידושין דשמא אקידושין ראשונים סמך א"כ שוב הוי כמקדש בלא עדים ואין לחוש לביאה זו כלל אפילו אם באמת כיון לשם קידושין הרי מה שיש בו די לצדד להקל:

והנה לעיל כתבנו דלדעת המתירין פילגש יקשה האיך יובן מה שאמרו חזקה א"א כו' וכן הק' הריב"ש סימן שצ"ה ואמנם מדברי תשובות הרמב"ן שהביא הב"י סימן קמ"ט דכשיש פעם א' עסק קידושין ביניהם אמרינן דלא נתכוין לזנות וע"ש ור"ל דאפילו לשם פילגש נמי לא נתכוין רק לשם קידושין דפילגש נמי דמי קצת לזנות אלא שהתורה התירה (וכבר ביארנו שזה דחוק) ואמנם לא נתקררה דעתינו בזה דלכאורה י"ל נהי דבכל הני אמרי' כיון שהיה עסק קידושין ביניהם בעל לקידושין מכל מקום בקטן שקידש ל"ש זה דהרי מה שעשה בקטנות אין מזה ראיה כלום שיתרצה לקדש דשמא מחמת שקטן היה פיתוהו וקידש ושמא עתה כשגדל אין רצונו כלל לקדש לשם קידושין וכ"כ לעיל לשיטת הרמב"ם דבקטן הוי אין עסק קידושין ביניהם ומכל שכן לשיטת הרמב"ן ואפילו אם נאמר דמסתמא גם בגדלות רוצה לקידושין כיון שבקטנות עשה כן מ"מ נראה דהיינו דוקא כשהלך ונתיחד עמה לפני עדים אז אמרי' כיון שעושה כן מסתמא הוא רוצה לקידושין אבל ל"ש לומר דכ"ע סהדי כיון שי"ל שאין בועל עתה לקידושין ואפילו הרא"ה ותשובות מיימוני מודו בזה דדוקא בקטנה שהגדילה או בפחות מש"פ דעכ"פ היו עסק קידושין ביניהם וחזינן שרוצה ליקח אותה מסתמא דעתו שיגמרו נשואין בקידושי תורה משא"כ כאן שאין דעת קטן כלום והוי כאלו מעולם לא חזינן דעתו שרוצה ליקח בקידושין אם לא כשמייחד יחד עתה עצמו לפני עדים ואע"ג לגבי דידה היו פ"א עסק קידושין שהיא היתה גדולה כבר כתבנו דמשום הא לא אריא רק משום דע"כ הוא אמר לה דלקידושין בועל ונתרצית וכיון דאיהו לא איכפת לי' בהכי שוב אין כאן הוכחה על ביאה לשם קידושין. ולפ"ז בנ"ד אף שבזה הזמן במדינתינו לא נהגו ליקח אשה בלא קידושין מ"מ לא שייך זה בנ"ד דבאמת לקח אותה בקידושין ונשואין לעיני העדה ומאין הרגלים עוד לומר אנן סהדי שבעל לשם קידושין והרי הוא דבר המסור ללב וכיון שמדינא שרי תו לא איכפת ליה וכן דעת רוב הפוסקים כראב"ד ורמב"ן וגם לדעת הרמב"ם וסייעתו יש מקום לומר דטעי בדהרמב"ן והראב"ד וסבר דשרי ואם כן גם עדים אין כאן דמנין ידעי שכוונתו לקידושין וגם אמירה ליכא דהרי כתב הב"ש סימן ל"ג הטעם דכיון דא"א עושה כו' הרי כאילו אמר וא"כ בנ"ד הא ליתא ומכ"ש שכפי האמת היו בדעתם לעשות קידושין שנית כמבואר בסוף הקונטרוס אותן הימים שבינתיים לא

היו מהדר בתר עדים כשרים מימר אמר למה לי לאהדורי כיון דליכא איסורא שהרי מיוחדת היא לו ולכך לא איכפת ליה במה שאינו בועל לשם קידושין ועוד י"ל דכבר כתבנו שיש מקום לומר שהיחוד הוא החופה וקונה אותה א"כ ל"ש אדם יודע וכו' ובעל לשם קידושין דשמא טעה וסבר דחופה כי האי קניא ותו לא בעל לשם קידושין:

והנה לעיל כתבנו ג"כ צד להיתר מטעם נאמנותה לומר לא נבעלתי ואמנם לכאורה צ"ע דהרי מבואר במהרי"ק שור' פ"ז על מה שהעידו הקרובים שלא נתקדשה אלא בפניהם אין זה כלום דכיון שאנחנו היינו מחזיקים אשה זו עד כה בחזקת א"א ואין פוצה פה והרי קי"ל דמלקין על החזקות אע"פ שאין כאן עדים כו' ועי' שם באורך והכ' בנ"ד הרי עד כה היינו מחזיקין אשה זו בחזקת א"א והוי לכאורה ממש כנדון דמהרי"ק והכ' גרע מנדון דמהרי"ק דהתם לא עשתה מעשה יעו"ש באורך וא"כ לכאורה נפל היתר' דבע"ד מהימן בביר' דהרי איתחזק איסורא דא"א אמנם יש לחלק דשאני התם דבאמת העולם לא ידעו כלל איך ובאיזה אופן נתקדשה רק דבסתמא ידעו שפלוני נתקדשה לפלוני וא"כ אמרי' כיון שהוחזק כ"כ מסתמא קידושין כשרים היו שם והוי חזקה גמורה משא"כ בנ"ד שאנחנו יודעין בבירור שבאמת בשעה שיוצאה לה קול והוחזקה בחזקת א"א שהיא מקודשת לפלוני אז באמת לא היה כאן קידושין כלל א"כ אין ראיה מחזקה זו שהוחזקה דנימא שמשקרת בזה שאומרת לא נבעלתי ובכהאי גוונא לא מיקרי איתחזק איסורא כיון שאנחנו יודעין בבירור שבשעה דאיתחזק לא היה בו ממש וא"כ אין כאן אלא משום קלא בעלמא כיון דליכא תקנתא ל"ח לקלקולא וכמ"ש בנ"ב סימן א' וא"כ לא החמיר שם כלל אלא בנ"ד דאכתי היה תקנתא שיש חלוץ בעולם ועי' שם ב"י ס"ה אבל חזקה אין כאן ומצאנו בשו"ת פ"י חלק אה"ע סימן א' שהי' נדון כזה שאשה נתיחדה עם א' להוליכה מעיר לעיר והוחזק בעיירות בתורת נשואה שהיו מייחדין עצמן וכ' דאע"ג שהוחזקה ל"מ דדוקא כשאיש ואשה באים ממדינת הים שאין אנו יודעין האיך נתחברו אמרי' כיון שרואין מתנהגים כאיש ואשתו מסתמא נשואה הוא לו משא"כ בנ"ד שאנו יודעין שנתחברו שלא בתורת קידושין יע"ש והיינו כסברא שכתבנו ואע"פ שמדברי שו"ת פ"י שם נראה מדבריו שלא ראה שו"ת מהרי"ק הנ"ל סברא נכונה היא לחלק דההיא דמהרי"ק דומה לאיש ואשה שבאו ממדינת הים:

ועוד נלענ"ד לצדד להיתרא דהא ודאי הא דאמרי' הן הן כו' ואין אדם עושה כו' היינו כיון שיש כאן עידי יחוד לפנינו והיה שם כשנתייחדו ביום המעשה אז אמרי' לא שביק התירא ואכל איסורא כיון שבידו לעשות תיכף בעילת מצוה כמבו' בל' הרמב"ם משא"כ היכא שאין ידוע לנו אם היה שם עידי יחוד אין לנו לומר דמסתמא היו שם ע"י ובעל

בפניהם לשם קידושין וראיה מהך דתניא בתוספתא הביאה הרי"ף והרשב"א בגיטין פרק מי שאחזו ראוהו שנים כו' א' בשחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין ואם נימא דחוששין שמא היה ע"י הכי נמי נימא מסתמא לא היה בועל בעילת זנות ואולי כבר בעל בפני עדים או קידש בכסף וכה"ג אלא ע"כ כמ"ש דכל היכא דלא שייך בה לא שביק כו' אין לנו לחוש כלל (וכבר כתבתי מזה למעלה מדברי התה"ד) ואמנם למ"ש הר"ן שם הטעם דלגבי אישות דשייך בדיני נפשות בבת אחת בעינן להו אין זה מוכרח מהתוספתא ואמנם רבו החולקים על הר"ן עי' באהע"ז סימן י"א ובב"י בח"מ סימן ל' ומכל הלין טעמא וצדדים וסברות הרבה היה נלע"ד להתירה לעלמא אם יסכימו בזה חכמי' מגאוני הזמן דברינו אלה כתבנו וחתמנו בשנת והיתה לאיש אחר לפ"ק. פה ק"ק בראד:

דברי זעירא מן חבריא ה"ק אפרים זלמן מרגליות

שאלה

שאלה מב

אלה דברי הגאון הגדול מופת הדור אב"ד ור"מ דק"ק מינץ בעהמ"ח ספר שאגת אריה בנידון הנ"ל אשר השיב לנו על תשובתינו הנ"ל:

תשובה ודין זה נחלק לב' חלוקות. החלוקה הראשונה אם קטן שקידש לו אביו אשה אם יש ממש בקידושין או לא והחלוקה הב' בנדון זה שהיה דר עמה אחר שהגיע לשנת גדלות יותר משנה וחצי קודם שנאבד אפילו את"ל קטן שקידשו לו אביו לא הוי קידושין הכא שדר עמה זמן רב משהגדיל שאני וכמו שיתבאר בס"ד:

הנה ע"ד החלוקה הראשונה אעתיק לכם מה שכתבתי לערך זה שלשים שנה אע"פ שפשוט לאחרונים דקטן שקידש לו אביו אשה אין ממש בקידושין מ"מ מצינו לגדולי הראשונים שנחלקו בזה וכמו שאבאר לקמן והאחרונים לא ראו בדבריהם. ולכאורה נ"ל להביא ראיה דאין ממש בקידושין אלו מפרק קמא דקידושין דף י"ט בעי ר"ל מהו שמייעד אדם לבנו קטן וכו' אמר ר' זירא ת"ש איש פרט לקטן אשר ינאף את אשת איש פרט לקטן ואי אמרינן מייעד א"כ מצינו אישות לקטן אלא מאי אינו מייעד אמאי איצטריך קרא למעט ליה תפשוט מיניה דמייעד אמר רב אשי הכא ביבם וכו' ומדדחיק רב אשי לאוקמי הא דמיעט רחמנא א"א פרט לאשת קטן ביבם בן ט' ולא מוקי לה כגון שקידש לו אביו אשה דאע"ג דקידושיו קידושין מ"מ ממעט רחמנא ממיתה כדבעי לאוקמי דמייעד מדקא ממעט ליה קרא ממיתה ש"מ היכא דקידש לו אביו אשה אינם קדושין כלל ולא בעי קרא. מ"מ כי מעיינת ביה היטב נ"ל דאין מכאן ראיה דאפילו תימא

קטן שקידש לו אביו אשה קידושיו קידושין משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ושלא מדעתו וכמ"ש הראשונים שאכתוב דבריהם בס"ד מ"מ לא בעי קרא א"א למעט אשת קטן ממיתה דהאי קרא גבי' כתיב שהרי בפרק קמא דקידושין אמרינן גר קטן מטבילין אותו ע"פ ב"ד דזכות הוא ואמרינן לימא מסייע ליה הגיורת וכו' ודחה הב"ע בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו דניחא ליה במאי דעבד אבוהון ובתר הכי אמרי' אמר ר"י הגדילו יכולין למחות ופירש"י אפי' נתגיירו עם אבוהון יכולין למחות וכו' ואם קידש אשה משהמיר אינה צריכה גט והכי משמע מסוגיא דההיא שמעתתא דאקשי עלה אביי ורבא ממתני' דיש לה כתובה לגיורת שנתגיירה פחות מבת ג' שנים וה"נ תנן יש לה קנס ואי ס"ד הגדילו יכולין למחות יהבינן לה כתובה וקנס דאזלי ואכלי בגיות' ומשני לכי גדלה ופריך לכי גדלה נמי מוחי ונפקי ומשני כיון שהגדיל שעה אחת ולא מחתה שוב אינה יכולה למחות ואי ס"ד דקטנים שנתגיירו עם אבוהון מודה ר"י דאפילו הגדילו אינם יכולין למחות מאי דוחק' לאוקמי בכתובה וקנס לכי גדלה לוקמי דמיירי בקטנה שנתגיירה עם אביה פחותה מבת ג' ויהבינן לה כתובה וקנס מיד שהרי אינה יכולה למחות משתגדל אלא ש"מ דאפילו בכה"ג נמי הגדילו יכולין למחות וא"כ ה"נ אפילו את"ל דקטן שקידש לו אביו קידושיו קידושין דזכות הוא לו מ"מ אם הגדיל יכול למחות כמו גבי גירות נמצא הקידושין שקידש לו אביו תלוים ועומדים משעה שקידשה עד שעה שיגדיל שמא ימחה ואם לא מיחה משהגדיל הו"ל קידושין למפרע וכיון דכל ימי קטנות מתלי תלי הקידושין ואם ימחה לא הוי קידושין הוי ליה אשה זו שקידשה לו אביו ספק א"א ס' ימחה משיגדיל ס' לא ימחה וא"כ ל"צ קרא למעוטי אשת קטן בכה"ג בלא קרא נמי ידענא דפטור דס' נפשות להקל שמא ימחה משיגדיל ולא מבעי' למ"ד התראת ס' לא שמיה התראה לא צריך קרא למעוטי אלא אפילו למ"ד שמיה התראה מ"מ ל"צ קרא למעוטי דהאיך אמרינן התראת ס' שמיה התראה היכי שהעובר עבירה יודע באותה שעה שעובר עבירה שודאי עובר על ד"ת כגון שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכל דפליגי ר"י ור"ל במסכת מכות דף ט"ז ובריש פ"ב דשבועות דכשאינו אוכל הככר היה יודע בודאי שעובר על שבועתו אלא דלהעדים המתרים בו בשעת התראה הוי ספק להעדים אם יעבור או לא יעבור שהרי עדיין יש לו שהות לאוכלו עד הבוקר אבל מ"מ בשעה שעבר העבירה והותיר עד הבוקר יודע בודאי שעבר על ד"ת וכן בהכה זה וחזר והכה זה או קלל את זה וחזר וקלל את זה גבי ספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון נמי חשיב ליה התראת ספק התם אע"ג דודאי עובר על מכה ומקלל אביו ממ"נ מ"מ בשעת התראה של כל אחד ואחד הוי ס' להעדים אם זה אביו או לא אבל כל היכי

שהעובר עבירה בעצמו אינו ברור לו בשעת עשיית העבירה אם עושה עבירה שחייב עליה או לא אע"ג שלאחר זמן אגליה מילתא למפרע שעבר עבירה שחייב עליה מיתה או מלקות כל כה"ג כ"ע מודים דאינו מת ולוקה כיון דבשעת מעשה לא היה ברור ליה להעובר שעובר על ד"ת ואע"ג דהתוספות ביבמות פ' הערל דף פ' כתבו להיפך גבי הא דאמרי' התם אכל חלב מבן שתים עשרה ועד בן שמונה עשרה ונולד בו סימני סריס ולאחר מכאן הביא ב' שערות רב אמר נעשה סריס למפרע ולקי על חלב שאכל וכתבו התוספות דלא חשיב התראת ס' אע"ג דבשעת התראה הוי ס' שמא יבא שערות קודם י"ח דהשתא מיהא איגלי מילתא למפרע שהיה גדול בשעת התראה ולא דמי להכה את זה וחזר והכה את זה דאף לאחר שהכה את שניהם לא ידוע איזה הוא אביו. וא"י מה יאמרו בהך דנותר ובההוא דשבועה שאוכל ככר זה היום דחשיב ליה התראת ספק והרי לאחר שעבר הלילה גבי נותר והיום גבי שבועה ידע העובר שעבר עבירה ובמה עבר ואפ"ה חשיב ליה התראת ס'. והמחוור דכל כה"ג אפילו למ"ד התראת ס' שמיה התראה אינו חייב כנ"ל והא דאכל חלב דאמר רב נעשה סריס למפרע איכא לאוקמי דבשוגג איירי ולענין חטאת ולא מיירי לענין מלקות ובמזיד והיינו דנקט אכל חלב דחייב עליה חטאת ולא נקט אכל נבילה וטריפה. והתוס' עצמן כתבו להיפוך בסוף פ"ק דכתובות דף ט"ו גבי הזורק אבן לגו בפלגא ישראל ופלגא נכרים דאמרינן התם דפטור משום דהוי ס' נפשות להקל וזה לשון תוס' תימה למ"ד התראת ס' לא שמי' התראה אפי' ס' נפשות להחמיר פטור משום דהוה התראת ס' ואי למ"ד שמיה התראה היכי פטרינן ליה כשנמצא ישראל הרג הא מחייב בהכה את זה וחזר והכה את זה וכו' ובנותר כשאמרו לו אל תותיר אע"ג דספק הוא י"ל שאני התם שיודע בודאי שיבא לידי איסור אם יותיר או יכה שניהם מש"ה שמיה התראה אבל הכא אינו ודאי שיבא לידי איסור שאינו יודע את מי יכה. והרי דברי התוס' ממש כדברי וא"כ ע"כ ההוא דאכל חלב דפ' הערל בשוגג מיירי וכדפירשתי דלענין מלקות נמי ק"ל דס' להקל. ונ"ל להביא ראיה להא דפרישית דבריש פ"ח דסנהדרין דף ס"ט דרוצה הגמרא להוכיח דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות מהא דתנן בת ג' שנים ויום א' מתקדשות בביאה וכו' וחייבין עליה משום א"א ואמאי אימא איילונית היא ואדעתא דהכי לא קידשה אלא לאו דאזלינן בתר רובא ורוב נשים לאו איילונית הם. והשתא מנלן להוכיח דאזלינן בתר רובא דילמא לא אזלינן בתר רובא והאי דקתני וחייבין עליה משום א"א לאו דקטלינן ליה השתא באותו זמן שבא עליה אלא דנטרינן ליה עד דגדלו ואז כשתיגלי מילתא דלאו איילונית היא קטלינן ליה. הניחא למ"ד התראת ס' שמיה התראה אלא למ"ד לא שמיה התראה מא"ל ומה ראייה הוא זו

אלא ודאי כל כה"ג דבשעת עשיית האיסור הוא ס' והעובר עליו אי עביד איסור או לא אע"ג דלאחר זמן איגלי מילתא למפרע דעביד איסורא לכ"ע לא שמיה התראה. אלא שיש להקשות מהא דפ"ק דחולין דף י"א דמייתי רב כהנא ראיה דאזלינן בתר רובא מהורג את הנפש דאמר רחמנא קטליה ודלמא טרפה הוי אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא וכ"ת דבדקינן ליה וכו' הקשה התו' ד"ה, וכ"ת מ"מ הו"ל התראת ס' אי לא אזלינן בתר רובא ותירץ ושמא קסבר שמיה התראה. והשתא למאי דפרישית האיך ס"ד לומר דבדקינן ליה הא כיון דבשעה שהרג את הנפש הוה מספקא ליה להנידון אי עבד איסורא שחייבין עליה מיתה או לא. אע"ג דלאחר כך על ידי בדיקה אגלי מילתא למפרע דעבד איסורא שחייב עליה מיתה הא כה"ג לכ"ע לא שמיה התראה והאיך ס"ד למימר דבדקינן ליה הא לא מהני מידי לכ"ע לחייבו למפרע וי"ל דהא ודאי כל כמה דלא נפק לן מקרא דאזלינן בתר רובא מסברא הוי חיישינן למיעוטא. והשתא ה"ק מנלן למילף מכאן דאזלינן בתר רובא ולא חיישינן למיעוטא והאי סברא דהתראת ספק כדקיימא קיימא דילמא איפוך אנא דקרא למעוטי מסברא זו דהתראות ספק ואפי' אגלי מילתא למפרע אמרינן וסברא דחיישינן למיעוטא כדקיימא קיימא ודחה הא קא מנוויל ליה ובע"כ ש"מ דאזלינן בתר רובא וכיון דנפקא לן דאזלינן בתר רובא ממילא דסברא זו אגלי מילתא למפרע לענין התראות ספק כדקיימא קיימא דאין לנו שום ילפותא לאפוקי מסברא זו:

ולפי מה שפירשתי את"ל דאף אם קידש אשה לבנו קטן קידושיו קידושין משום דזכין לאדם שלא בפניו אפ"ה אם הגדיל יכול למחות והרי הקידושין מתלי תלי וקיימי עד שיגדיל מ"מ ה"מ בקידושין דעלמא אבל בקידושי יעוד אי נימא דהאב מייעד לבנו קטן הוה מצות יעוד לבן ע"י האב כמ"ש הרמב"ם פ"ד מה' עבדים וכיצד מייעד לבנו אם היה בנו גדול ונתן רשות לאביו לייעדה לו הרי האב אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לבני וכיון שכן בע"כ פשיטא ליה להגמרא דאם הגדיל אינו יכול למחות דאל"כ מאי מוכח וא"א מייעד א"כ מצינו אישות לקטן דהא אע"ג דמייעד ל"צ קרא דא"א למעוטי אשת קטן ופטור ממיתה הא בלא"ה פשיטא דפטור ממיתה דשמא ימחה כשיגדיל והוה פנויה למפרע וס' נפשות להקל ואפילו למ"ד התראת ספק שמיה התראה מ"מ בכה"ג לכ"ע ל"ש התראה כדפרישית. וכן הא דקאמר אלא מאי אינו מייעד הא קא ממעט ליה קרא הא אפילו מייעד אכתי תיקשי דל"צ קרא למעוטי מה"ט דפרישית ואע"ג שרש"י פירש בפרשת משפטים על פסוק דאם לבנו ייעדנה האדון מלמד שבנו קם תחתיו לייעדה אם ירצה אביו ואין צריך לקידושין אחרים אלא אומר לה הרי את מיועדת לי בכסף שקיבל אביך בדמיך משמע שכן עצמו מעיד בריצוי האב ואומר לה

הרי את מקודשת לי וא"כ אפי' אם תמצי לומר שאם מייעד לבנו הקטן אפ"ה אין לו ענין לקטן שקידש לו אביו אשה דהכא הוא מקדשה לעצמו בריצוי האב מ"מ לישנא דהגמרא משמע כהרמב"ם דקאמר מהו שמייעד לבנו קטן משמע שהאב מייעדה לבנו ולא הבן בעצמו וכהאי לישנא אמרינן בגמרא בכמה מקומות ולישנא דקרא נמי הכי דייקא דכתיב ואם לבנו ייעדנה תלה הכתוב קידושי יעוד באב ולא בבן אלא ודאי דברי הרמב"ם עיקר שקידושי היעוד תלה באב ולא שבן מקדשה לעצמו ונראה שרש"י גופא חוזר בו כמו שאכתוב לפנינו וש"מ דשאני קידושי היעוד מקידשין דעלמא שקידש לו אביו אשה לקטן ואפילו הגדול אינו יכול למחות וטעמא דמלתא נראה לי משום דכיון דבנו כל דהו נמי במשמע ומשמע ליה להגמרא דרבי קרא במכל דהו לקידושין וודאין כמו ייעוד לעצמו דהא א"א דאדם מייעד לבנו קטן א"צ דעת הבן בייעוד כלל והכי משמע מהא דפשטינן לבעי' דר"ל מהא דא"ר אייבו א"ר ינאי אין ייעוד אלא בגדול אין ייעוד אלא מדעת ופריך הגמרא תרתי ומשני מ"ט קאמר מ"ט אין יעוד אלא בגדול משום דאין יעוד אלא מדעת ש"מ דא"א איכא יעוד בקטן יעוד שלא מדעת נמי מהני והשתא א"ל הא דבעי ר"ל מהו שמייעד לבנו קטן דאי אמרי' שקטן שקידש לו אביו אשה קדושיו קידושין אטו מיגרע קידושי יעוד מקידושין דעלמא שיכול אביו לקדש לו אשה משום דזכות הוא לו א"ו הכי קמבעי' ליה מהו שמייעד אדם לבנו קטן דאפילו הגדיל אינו יכול למחות ועוד בלא"ה שאני קידושי יעוד מקידושי דעלמא דקדושי יעוד דאמר העברי' אינו אלא מגזה"כ ואפי' אם מקדשה לעצמו מש"ה לא היה ראוי לחול הקידושין דהא בין לרבנן דס"ל מעות הראשונות לקידושין ניתנו ובין למ"ד לאו לקידושין ניתנו מן הדין לא היה ראוי לחול הקידושין שהרי בשעת נתינת המעות הראשונים לא פי' שנתן לשם קידושין דהא מה"ט אין יעוד אלא בבן ולא באח וכ"ש באחר דומיא דבן שאם האח האחר עשה להאדון שליח לקדש לו אשה אמה העבריה במעות הראשונים לרבנן א"נ אם יש שהות ביום לעשות עמו בש"פ אפ"ה ל"מ כדאמרינן בפ"ק דקידושין ואלו באב ובבן בכה"ג מהני והיינו טעמא דלא מהני באחר בכה"ג משום דמעות הראשונים שניתנו לא פי' שנתן לשם קידושין אלא קנה אותה סתם ולפיכך באחר לא מהני אבל באב ובבן כיון שתלה הכתוב מצות יעוד לו ולבנו הוי"ל כאלו פי' משעת נתינת המעות שאם ירצה לייעד לו ולבנו הרשות בידו אבל אחר כיון שאינו בכלל מצות יעוד ל"מ וכדפירש רש"י סתם גבי הא דאמרי' הא לא אמר לה לאחר שלשים יום קמ"ל ופירש"י לא אמר לה בשעת מתן מעות על מנת שתתייעדו לי לאחר זמן כו' קמ"ל דדמי להדדי כיון דתלי הכתוב יעוד במעות הללו לאחר זמן מעיקרא כי יהיבנא שאם ירצה לייעד מייעד ואפילו למאן

דס"ל מעות הראשונים לשם קידושין ניתנו בע"כ טעמא מש"ה הוא דתלי רחמנא דהא לא פיר' ודווקא לו ולבנו מהני דבהם תלי רחמנא מצות יעוד אבל לאחר ל"מ דלא תלה רחמנא מצות יעוד בו והשתא מיבעיא ליה לר"ל בנו אי תלי ביה רחמנא מצות יעוד והו"ל כגדול או לא תלי והו"ל כאחר מיהו למאי דפי' התוס' במסכת כתובות גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד משום דזכות הוא לו אינו אלא מדרבנן דהא זכיה מטעם שליחות הוא ואין שליחות לקטן רק כיון דאתי לכלל שליחות אית ליה זכיה מדרבנן והא דהוי גר מדרבנן ושרינן ליה בבת ישראל י"ל דס"ל יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה עכ"ל. ולפ"ז הדבר ברור דקטן שקידש לו אביו אשה אין קידושיו קידושין כיון דאין שליחות לקטן וזכיה מטעם שליחות נגעו ביה ולא דמי לגר קטן דהתם תקנו ליה רבנן זכיה להכניסו תחת כנפי השכינה אבל בקטן כיון דלא תיקנו רבנן נשואין לקטן כדאמרי' ר"פ חרש וה"ט משום דקטן אתי לכלל נישואין לכשיגדיל לא תיקנו ליה רבנן נישואין מניין לומר דתיקנו ליה זכיה אפילו מדרבנן הלכך קטן שקידש לו אביו אשה אין כאן קידושין אפילו מדרבנן:

מיהו יש מן הראשונים פירשו דקטן דאע"פ שאין לו שליחות מן התורה בדבר שזכות היא לו זכין מה"ת דזכיה אלימא משליחות וה"נ מוכח בפרק ב' דקידושין דף מ"ב ע"א דקאמר אלא הא דקאמר רב גידל מנין ששליח של אדם כמותו שנאמר נשיא א' נשיא א' ופריך תיפוק ליה שליחות מהכא ואמרינן ותיסברא הא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר ונשיא אחד אלמא אע"פ שאין שליחות לקטן אית ליה זכיה מה"ת וכמ"ש הריטב"א התם מעתה י"ל דגר קטן שהטבילו אותו ע"ד ב"ד מ"ה הוי גר בין להקל בין להחמיר כ"ז שלא מיחה. וה"ה לקטן שקידש לו אביו אשה שקידושיו קידושין משום דזכין לאדם שלא בפניו והראב"ן בסוף ספרו בתשובותיו הביא הא דר' יצחק בר"י דקטן שקידש לו אביו אשה מקודשת משום דזכות הוא לו והקשה עליו הראב"ן הא זכי' מטעם שליחות הוא ואין שליחות לקטן ולק"מ דכבר נתברר דזכיה עדיפא משליחות. ובתשובות ב"י סימן ז' הקשה על סברא זו הרי מצינו בכמה מקומות שזכין לאדם שלא בפניו דא"כ כל מי שמקדש אשה לחבירו תהא מקודשת ואפי' לא עשה שליח והא ודאי לא עלתה על דעת שום אדם ובפרק המקדש בו ובשלוחו שקיל וטרי תלמודא מנ"ל דבשלוחו ולדברי ר"י אדרבה לא הו"ל למימר שליח אפילו אינו שלוחו נמי אם קידש לו אשה מקודשת א"ו דבר זה מוקצה מהדעת שלא דבר נכונה ואני אומר שאין ממש בדיחוי הזה דאם אמרו בקידש לו אביו אשה דזכות הוא לו משום דניחא ליה במאי דעבד אביו ואמרו בקידש לו אחר שלא מדעתו דודאי לא ניחא ליה במאי דעביד

אחר דהרי בגר קטן אפילו את"ל דע"ד ב"ד ל"מ ע"ד אביו מהני משום דניחא ליה במאי דעבד אביו אם לא שמוחה משהגדיל בפירוש כמ"ש:

עוד הקשה הב"י שם מדאמרינן בפ' האיש מקדש גבי הא דאמר מקדשת ברתך לברי דפריך דילמא ארצויי ארצי ודילמא שליח שוויה אפילו לא ארצי ולא שווי' שליח דהיא מקודשת דזכין לאדם שלא בפניו הלכך ליתא להאי תשובה כלל ודבריו תמוהים הם דודאי קטן שאין מעשיו כלום אם קידש לו אביו אשה זכות הוא מטעם שאין יכול לקדש ע"י עצמו אבל בגדול שיכול לקדש על ידי עצמו לא ובההוא עובדא ע"כ הבן גדול היה מדמפרש דילמא שליח שוויא ואי בקטן הא אין שליחות לקטן. מיהו לפי מה שפירשתי הא דקאמר במסקנא לפשוט בעי' דר"ל מהא דאמר ר"י אין יעוד אלא מדעת אין יעוד אלא בגדול ופריך תרתי ומשני מ"ט קאמר כמ"ש לעיל ופירש"י תרתי הא חד הוא כיון דאין יעוד אלא מדעת פשיטא דאין יעוד אלא בגדול והתוס' פירשו בשם רש"י וביארו יותר פי' הקונטרוס הא בהא תליא כלומר חדא מילתא הוא דכיון דאין יעוד אלא מדעת פשיטא דאין יעוד מועיל אלא בגדול שהרי קטן לא מצי לשוויא שליח לקדש ומאי קשיא ליה הא אע"ג דאין יעוד אלא מדעת י"ל דאין יעוד בקטן דהא אע"ג דאין שליחות לקטן זכיה מיהו אית ליה וזכין לאדם שלא בפניו וה"א דאית ליה יעוד דהוה כלדעת קמ"ל דאין יעוד אלא בגדול ועוד הארכתי שם באותו תשובה הרבה והבאתי ראיה שם עוד מפ"ט דב"ב דף קנ"ג ופלפלתי בההוא סוגיא דקאמר ר"נ בודקין לקידושין ולגירושין ופריך כיון דבודקין לקידושין ולגירושין למה ליה למיבדקיה ולדברי ר"י בר"י משכחת לה בקידש לו אביו אשה בקטנותו ומקודשת משום זכיה והשתא שפיר צריך למיבדקיה לגירושין ופלפלתי שם הרבה בדברי התוס' שם מיהו בנידון שלנו אין אנו צריכין לכל זה לפי המבואר שהוא בעצמו קידשה בקטנותו ולא היה הקידושין ע"י אביו הא ודאי לאו כלום הוא. והנה מ"ש מכ"ת בשם ס' נודע ביהודה הנה הספר לא נודע לנו ואין בעירינו ובכל סביבותינו זה הספר ואי אפשר לפלפל בדבריו מה לא שמיע לי אפשר אלו היה שמיע ליה לא הוי ס"ל. והנה רק ממה שכתבו מכ"ת מדבריו אדבר קצת כתבתם משמו דאפילו למאן דס"ל דקטן שקידש לו אביו אשה הוי קידושין משום דזכות הוא לו ובעל הספר כתב דחובה הוא לו מטעם כתובה יפה השגתם עליו כי דברי שגגה הם ומ"ש עוד לאחר חרם ר"ג מה חובה הוא לו אין דעת זה הגון בצד עצמו דמה בכך מ"מ זכות הוא לו הא כיון דא"א לו לישא שתי נשים מפני החרם מה לי זו שקידשה לו אביו או אחרת הא ודאי ניחא ליה במאי דעבד אבוה כדאמרינן גבי גר קטן וכמו שכתבתי בפני' ועוד אפי' לא יהא כדבריו הא ודאי דהא דאמרינן זכין לאדם שלא בפניו לאו דוקא שיהו הזכות בלא שום צד חוב

כלל וכלל אלא כיון שהזכות רבה על החוב הרבה החוב בטל במיעוטו נגד הזכות נמי זכות הוא לו תדע דגבי גר קטן אמרינן דזכות הוא לו אטו מי לא מטו ליה חוב ג"כ ע"י גירות שמקבל עליו עול מצות ונאסר במאכל איסורים לישראל חמץ בפסח ובמלאכת שבת ויו"ט ומתחייב בעינוי יוה"כ ובהרבה מצות חמורות אע"כ כיון שזכות שמכניסין אותו תחת כנפי השכינה רבה הרבה מאוד על החוב זכות קרינן ליה וה"נ דכוותיה וכ"ש בנ"ד שעשה נישואין לקטן במדינות פולין מפני יראת גזרת המלכות בודאי זכות הוא לו. מיהו בנ"ד כיון שלא קידש לו אביו אשה לאותו קטן אלא מעצמו הוא קדשה ודאי לית דין צריך בשש. דאין ממש בקידושין אלו. ותמהני על מכ"ת שכתבתם באחד מצד היתר של נדון שלנו דילמא בעל אדעתיה דקידושין הראשונים וטעי בדר"י בר"י דמה ענין דר"י בר"י לכאן אף הוא מודה לקטן שקידש לעצמו אפילו בידיעת אביו אין ממש בקידושין אלו דודאי אין בעשיית קטן כלום ואין קנינו קנין ולא קאמר אלא בקידש לו אביו עצמו האשה דקנינו קנין וכיון דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו ומה שכתבתם עוד להתיר בנדון שלנו מכמה דברים דילמא טעי בהא או בהא כבר כתבתי בפנים מה שיש בו די וגם הספק שכתבתם בשם המשנה למלך אין בו ממש אלא שלא רציתי להאריך עוד בזה: גם מה שכתבו מכ"ת על מה שהשמיטו הרי"ף והרמב"ם מה שיש בנוסחאות הגמרא שלנו בפרק המדיר וכן קטן שקידש שלא היה בנוסחאות שלהם הוא הנכון ושאר הפלפול הוא שלא לצורך שהרי מבואר מדברי התוס' והרשב"א שגרס וכן בקטן שקידש אין לנו לעשות פלוגתא חדשה לפיכך לא נפלפל בזה יותר והשתא נבא לחלוקה השניה דבנדון זה שהיה דר עמה אחר שהגיע לשנת גדלות יותר משנה וחצי קודם שנאבד ואע"פ שקידש את האשה בעצמו כשהיה קטן כיון שדר עמה זמן רב משהגדיל שאני וכמו שנתבאר בס"ד. תנן בסוף פ"ז דגיטין דף פ"א המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי ב"ש אומרים א"צ הימנו גט שני וב"ה אומרים צריכה הימנו גט שני ומוקי לה בגמרא בדאיכא עידי יחוד וליכא עידי ביאה ב"ש סוברים ל"א הן הן ע"י הן הן עדי ביאה וב"ה סוברין אמרינן הן הן עידי ביאה פי' ואין אדם עושה בעילתו ב"ז ומסתמא קידשה ויש לי לעיין אי הא דאמרינן כיון דא"א עושה בעילתו ב"ז וע"י הן הן ע"ב מסתמא קידשה או בביאה זו או שקידשה קודם לכן בפני עדים אחרים באחד משלשה דרכים שהאשה נקנית בהם כדתנן בר"פ קמא דקידושין ונ"מ שאם ראיות עידי יחוד הללו אינו מספיק להיות אשה נקנית בהם כגון שהאיש והאשה לא ראו עדים ולא ידעו מהם אבל העדים ראו שנתייחד דבכה"ג אינה מקודשת כמו שאכתוב לקמן בשם הרשב"א אפ"ה כיון דע"י הן הן ע"ב ואין אדם עושה בעילתו ב"ז אמרינן מסתמא קידשה קודם לכן ע"י עדים אחרים ודמי להא

דאמרי' בפר' ב' דקידושין דף נון דחוששין לסבלונות ופירשו הגאונים וכמה פוסקים דה"ט דחוששין דכיון דשלח לה סבלונות חיישי' דשמא קידשה כבר בפני עדים אחרים והלכו להם דה"נ נימא הכא. או דילמא להא דסבלונות כיון דרוב מקדשי והדר מסבלי לפי' רש"י אי נמי מיעוטא מקדשי והדר מסבלי לפי' הגאונים איכא למימר דהוא נמי מהם אבל הכא איכא למימר יצרו תקפו ומעולם לא קידשה דבשלמא אם יש כדאי בעידי יחוד הללו שיחול הקידושין ע"י ביאה זו וכיון דאפשר לו למבעל בהיתרא שיכוין לשם קידושין דכיון דאין אדם עושה בעילתו ב"ז אמרי' דסתמא לשם קידושין בעל דלא שביק היתרא ועביד איסורא כדאמרי' בפר' קמא דחולין דף ד' גבי מומר אוכל נבלות לתיאבון דלא שביק היתרא ואכל איסורא ומה"ט אמרי' התם חמצן של עוברי עבירה אחר הפסח מותר מיד מפני שמחליפין אבל היכא דאין כדאי בעדים הללו שתתקדש על ידם איכא למימר דיצרו תקפו ולא חיישי' שמא קידשה קודם לכן. ובתוספתא תניא מביאה הרי"ף פר' מי שאחזו ראו שנים שנתיחדה עמו צריכה הימנו גט שני א' א"צ הימנו גט שני א' בשחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין גם שאר פוסקים פסקו כתוספתא זו. ומשמע ודאי דה"ט דא' שחרית וא' בין הערבים דאין מצטרפין משום דקי"ל דהמקדש בע"א אפילו שניהם מודים אין מקודשת. אלמא עיקר הקידושין תלה רחמנא בראיות שני עדים הלכך אם לא ראו ביחד אלא א' בשחרית וא' בין הערבים אע"ג דאין אדם עושה בעילתו ב"ז ולשם קידושין בעל אינו כלום דעל כל קידושין של שתי ביאות הללו אין כאן אלא ע"א וא"מ:

והשתא אס"ד בראות שני עידי יחוד אלא שאין ראייתם מספיקות שתהא מקודשת ע"י אפ"ה בעינן גט משום כיון דא"א עושה בעילתו ב"ז חיישי' שמא נתקדשה מכבר ע"י הקידושין מעלייא א"כ ה"נ בראה א' שחרית וא' בין הערבים נהי דאין מצטרפין לקידושין מ"מ כיון דע"י הן הן ע"ב וחזקה דא"א עושה בעילתו ב"ז מסתמא כבר נתקדשה קודם ע"י אחרים וקי"ל בפ' זה בורר דאפילו הלוואה אחר הודאה מצטרפין בדיני ממונות וע"כ תוספתא זו איתא דלא כהלכתא אלא כת"ק דריב"ק דאמר התם אין עדותן מצטרפות עד שיראו שניהם כאחד ולמה פוסקין הפוסקים כתוספתא זו אלא ודאי ש"מ דהא דאמרי' הן הן ע"י הן הן ע"ב וצריכה גט היינו דוקא אם ע"י אילו מספיקין שיהיה קידושין ע"פ ראייתם זו אבל אם ע"י הללו מצא אין מספיקין שיהיו קידושין ע"י ראיה זו שמא קידשה כבר ע"י עדים אחרים לא חיישי'. מיהו הר"ן פירש שם על תוספתא זו זה היה מעשה ואמרו א"מ דאע"ג דגבי ממון קי"ל בפר' ז"ב דהלואה אחר הלואה והודאה אחר הודאה מצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת אחת בעו להו. לפי דבריו אין מכאן ראיה

להא דאמר' דהכא ה"ט דא"מ דאין עדותן עדות ואין נאמנים על היחוד עצמו כיון דיחוד שראה זה לא ראה זה לאו כלום כיון דעל כל יחוד ליכא אלא ע"א ולא ראו עדותן כאחת. ואין להקשות על דברי הר"ן הא דאמרי' בשלהי מסכת יבמות דלר"ט בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה דכדיני נפשות דמי ולר"ע אין בודקין משום דאיכא כתובה למישקל כד"מ דמי וקי"ל כר"ע. י"ל דש"ה דמן התורה בעינן שני עדים אלא דרבנן הקילו משום תקנות עגונות אפי' עד מפי עד מפי עבד מפי אשה מפי שפחה וטעמא כדמפרש בר"פ האשה רבה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחלתה וכיון דמשום תקנות עגונות הקילו רבנן ועקרוהו מדין עדות של תורה אקילו נמי רבנן להא מילתא למיזל לקולא אחר צד דין ממון שבו כיון דאיכא כתובה למישקל. תדע שהרי עידי קידושין ועדות לאוסרה על בעלה לדעת רוב הפוסקים בעינן דרישה וחקירה אלא ודאי ה"ט כדפרישית ועוד יש לחלק בכמה גווני אלא שלא רציתי להאריך בזה. ולפום רהיטא דהירושלמי ריש פר' קמא דסוטה יש להביא ראיה לפי' הר"ן דגר סימן התם נסתרה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים יבא כההיא נתייחדה עמו בפני שנים צריכה הימנו גט שני באחד א"צ גט שני בא' בשחרית ובא' בין הערבים זה היה מעשה שאל ר"א בן תדאי את החכמים ואמרו אין זה יחוד והשתא אי טעמא דאין זה יחוד כדברי הר"ן משום דעידי נשים לד"נ דמיא ניחא וה"פ דבעיא ליה נסתרה בע"א שחרית כו' אי מצטרפי להדדי כד"מ או אין מצטרפין כד"נ פשיט ליה מדאמרי אין זה יחוד לענין נתייחדה ואין מצטרפין ש"מ דעידי נשים לד"נ דמי ה"ה נמי לענין נסתרה דהוי נמי עידי נשים וא"מ:

אבל מי אמרת דהא דאמר גבי ע"י ה"ט משום דהמקדש בע"א אפילו שניהם מודין אינה מקודשת דאין עיקר חלות הקידושין אא"כ נעשה בפני שניהם ביחד השתא מאי פשיט ליה דא"מ לענין עידי יחוד א"מ נמי לענין עידי סתירה דמיירי בסתירה שלאחר קינוי ואליבא דר' יהושע דס"ל התם מקנא לה ע"פ שנים ומשקה ע"פ שנים פי' דנסתרה בע"א אחר הקינוי אינה אסורה לבעלה ודלא כר"א דאמר התם מקנא לה ע"פ שנים ומשקה לה ע"פ ע"א או ע"פ עצמו והרי הא דבעי ר"י ב' עדים בסתירה שלאחר הקינוי לאסור על בעלה לאו משום דאין עיקר הסתירה מתקיימת לאוסרה על בעלה אלא א"כ ראו שני עדים ביחד כדאמרינן גבי קידושין דהא ל"ד שהרי טעם בסתירה אחר קינוי אוסרה על בעלה התם דשמא נטמאה בסתירה זו דמש"ה בעינן שיעור סתירה כדי טומאה כדאמרינן ריש פרק קמא דסוטה והרי טומאה אפילו בע"א דמהימן ליה כבי תרי נמי נאמן כדאמרינן פרק ג' דקידושין דף ס"ד גבי ההוא סמי' וכ"ש אם הבעל עצמו יודע שזינתה דנאסרה עליו כדמוכח להדיא בפרק קמא דכתובות דף ט' בסוגיא דפ"פ אלמא

הא דב' עדים לסתירה לאו משום דאינו עיקר הסתירה מתקיימת אלא בב' עדים אלא לגילוי מילתא בעלמא בעינן ב' עדים ואין ע"א נאמן לכל דבר וכדאמרינן התם בפרק ג' דקידושין לא איברי סהדי אלא לשיקרא וה"נ מוכח מהא דכתב הטור בא"ה סימן קע"ח בא ע"א והעיד לו שנסתרה עם אותו פ' שקינא זה עליו ושהתה כדי טומאה אם הוא נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו יוציא ויתן כתובה והא ודאי הדברים נראין ק"ו אם הבעל ראה בעצמו הסתירה שהיתה אחר הקינוי שאסורה לו משא"כ ההיא דנתייחדה עמו דבברייתא דמתורת קידושין אתינן עלה דאין עיקר הקידושין מתקיים אלא על פי ב' עדים ולא בעד אחד ואפילו שניהם מודים ל"מ והאיך פשיט מהא דאין מצטרפין בראה א' שחרית וא' בין הערבים לענין תורת קידושין דה"נ א"מ לתורת סתירה דבתר קינוי ולאסרה הא לא דמי להדדי וכדפרישית:

מיהו יש לדחות דהא דמדמי הירושלמי נסתרה שלאחר הקינוי לנתייחדה דמיירי בתורת קידושין לאו לענין לאוסרה על בעלה מיירי אלא לענין להשקותה מיירי דשם נמי אינה שותה אא"כ היתה הסתירה שלאחר הקינוי בפני ב' עדים דילפינן דבר דבר מממון דאין עיקר הסתירה מייתי לה לידי השקאה אא"כ ראו ב' עדים ביחד כמו גבי קידושין והא דמהני אם ראה הסתירה בע"א דמהימן ליה כבי תרי או ע"פ הבעל היינו לאוסרה עליו מה"ט דפרישית ואדרבה נ"ל מן הירושלמי להביא ראיה להיפך כי בודאי גירסא זו משובשת דגר סימן שם עוד בסמוך קינא לה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים מאחר שהוא האיש והיא האשה קינויו קינוי או אין קינויו קינוי ויבא כהדא אין מקבלין את העדים אא"כ ראו שניהם כאחת ריב"ק אמר אפילו ראה זא"ז ר"י רשב"י בשם רב מודים חכמים לריב"ק בעידי בכורה ובעידי חזקה נמצא לפי גירסא זו עידי סתירה שאחר הקינוי בראו א' שחרית וא' בין הערבים דמדמי להא דנתייחדו א' שחרית וא' בין הערבים אין מצטרפין לכ"ע ובקינוי כה"ג לריב"ק מצטרפין ולמאי דמסיק בשם רב דמודים חכמים בעידי בכורה ובעידי חזקה לכ"ע מצטרפין בכה"ג. והשתא תיקשי סתירה זו במאי מיירי אי לענין לאוסרה על בעלה הדברים נראין כלפי לייא דהשתא בקינוי דעיקר הקינוי אין מתקיים אלא על פי ב' עדים כמו בקידושין כדמוכח בריש פרק קמא דסוטה אמר ר"ח מסורא לא לימא אינש לאנשי ביתו בזה"ז אל תסתרי עם איש פלוני דדילמא ק"ל כר"י בר"י דאמר קינוי על פי עצמו וליכא האידנא מי סוטה למיבדקה וקאסר לה עליו משמע למאי כר"י דאמר התם קינוי על פי שנים אם אמר לאשתו בינו לבין עצמו אל תסתרי עם איש פ' ונסתרה עמו על פי עדים מותרת לו אף ע"פ שהוא יודע שקינא לה ואפ"ה אמרת דמצטרפין בכה"ג סתירה שלאחר הקינוי לענין לאוסרה על בעלה שהיא נאסרת על פי

עצמו כמ"ש כ"ש דמצטרפין בכה"ג ואפילו תימא דההוא סתירה שלאחר הקינוי דקאמר דאין מצטרפין בכה"ג מיירי לענין להשקותה דדמי לקידושין אכתי תקשי מ"ש קינוי דמדמי לה לד"מ ומ"ש סתירה שלאחר הקינוי דמדמי לה לד"נ דמאי אולמא האי מהאי הלכך נ"ל שגירסת ירושלמי זו משובשת ומהופכת והסופרים טעו ושיבשו את הגירסא וכך ראוי לגרוס נסתרה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים ויבא כהדא אין מקבלין את העדים כו' קינא לה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים ויבא כהדא נתייחדה עמו בפני שנים כו' עד זה היה מעשה ואמרו אין יחוד. לפי זה הדברים פשוטים בסתירה לאחר קינוי מצטרפין ומיירי לענין לאוסרה על בעלה ולא להשקותה ובקינוי דדמי לקידושין אפ"ה בכה"ג אין מצטרפין ש"מ לעדות נשים כד"מ דמי ולא כדברי הר"ן ואל תתמה ע"ז דגמרא ירושלמי נשתבש' בי' הקדמונים כמ"ש התוס' והפוסקים בכמה מקומות ומכש"כ הגמרא ירושלמית שבידינו שרוב דברים מהופכין ומשובשים ע"י ט"ס:

ועוד קשה לי דע"כ עדי נשים לד"מ דמי מן התורה שהרי כל עיקר הא דבעי ב' עדים בדבר שבערוה ילפינן דבר דבר מממון כדאמרינן בקידושין פרק ג' דף ס"ה ועוד דבפ"ד דגיטין דף ל"ג תני אמר לשנים תנו גט לאשתי יכול לבטל זה שלא בפני זה דברי רבי רשב"ג אומר אין יכול לבטל אלא זה בפני זה ומוקי לה רב אשי לאו בעידי כתיבא מיירי אלא בעידי הולכה ה"נ מסתברא דקתני סיפא אמר לזה בפני עצמו ולזה בפני עצמו יכול לבטל זה שלא בפני זה אי אמרת בשלמא בעידי הולכה שפיר אלא אי אמרת בעידי כתיבה מי מצטרפי והא אמר מר אין עדותן מצטרפין עד שיראו שניהם כאחת ודחי ודילמא כריב"ק ס"ל ואי עדות נשים לד"נ מדמינן לה אפילו ריב"ק מודה דבכה"ג אין מצטרפין מ"מ ק' בפ"ה מסנהדרין דף מ"א אמר ר' חנן עידי נערה המאורסה שהוזמו אין נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ופריך הגמרא והא אתרו בה ומשני דלא התרו בה ואי לא התרו בה היכי מיקטלה באשה חברה ואליבא דר"י בר"י דאמר חבר א"צ התראה שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד וכיון דאינהו לא מיקטלה איהו כי לא הוזמו נמי לא מיקטלי דהוי ליה עדות שאילה"ז והרי גם עדות נפשות אמרינן בפרק קמא דמכות דף ו' ע"ב אמר רב זוטרא בר טוביי' אמר רב מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה שנאמר לא ימות על פי עד אחד מאי אחד אלימא עד אחד ממש מרישא שמעינן לה על פי שני עדים יקום דבר אלא מאי אחד אחד תנן הכי לא יומת על פי עד אחד להביא שנים שהיו רואים אותו אחד מחלון זה ואחד מחלון זה ואין רואין זה את זה שאין מצטרפות ולא עוד אפילו בזה אחר זה בחלון אחד אין מצטרפין ומוקי לה בבועל את הערוה אע"ג דכל חד וחד חזי לכולה מעשה אפ"ה אין מצטרפין:

ולפ"ז אם העידו עדים בדיני נפשות לחייב את הנדון בע"כ בדקו את העדים אם ראו בבת אחת ויאמר כל אחד ואחד הן כדתנן בסנהדרין דף מ' ושואלים אותו מכירים אתם אותו התריתם בו. ואע"ג דלא תנן דבודקין אותו אם ראו בבת אחת ע"כ לא סגי בלא"ה דתני ושייר כדשייר נמי מאי דתני בברייתא התיר עצמו למיתה המית בתוך כדי דיבור וכיון שכן עדים שהוזמו אמאי אינם נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו הא בע"כ באו להורגה דאי לאוסרה על בעלה ל"ל למימר שראו בבת אחת לאוסרה בזה אחר זה נמי כמו שפריך והא לא אתרו בה ומוקי לה באשה חבירה משמע דכי אתרו בה א"י לומר לאוסרה על בעלה באנו דאם לא כן ל"ל דאתרו בה אף על פי שעל ידי שאלת הב"ד השיבו כן נמי נימא שלהורגה באו ולא לאוסרה לחוד אע"כ שמע מיניה דעדות נשים לעדות נפשות דמי ולאוסרה על בעלה נמי בעי שיהא שניהם כאחד מש"ה יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ולא להורגה וי"ל דלא דמי דאע"ג שהעידו שראו בב"א מ"מ יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו אלא שהעידו כן לרווחא דמילתא ואלומי קא מאלמי לעדותי' אבל אי אתרו ביה למיתה אע"פ שעל ידי שאלת ב"ד העידו כן מ"מ הא בע"כ למיקטליה קאתי דאין ענין התראת מיתה מעלה ומוריד לענין לאוסרה על בעלה ומהא גופא מוכח דעדות נשים לאו כדיני נפשות דמי דהא בדיני נפשות עדות מיוחדת דהיינו אחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה ואינם רואים זה את זה פסולה ומעולם לא שמענו ולא מצינו דעידי גיטין וקדושין צריכין להיות רואין זה את זה אלא ע"כ ש"מ ע"נ לד"מ דמי. וכיון דהכי הוא ממילא ש"מ מהאי תוספתא וירושל' גבי נסתרה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים דקאמר נתיחדה עמו בא' בשחרית ובא' בין הערבים דאמרו אין זה יחוד לאו דאין עדותן מצטרפין בכה"ג ואין נאמנים עליו דהא ע"נ לד"מ דמי ונאמנים אלא משום דאין עיקר הקידושין חלין בכה"ג אף על פי שנאמנים על גוף היחוד וש"מ דלא אמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב וחזקה דא"א עושה בעילתו בעילת זנות מסתמא קידשה קודם לכן ולא חיישינן לה אא"כ דאיכא למימר דהאי ביאה גופא הוא הקידושין אבל למפרע לא חיישי' להו והא ליכא למימר דאפ"ת דאם ראה שני עדים ביחד היחוד שאין הקידושין ראוין להתקיים על ידי ראיה זו מ"מ דכיון דהן הן ע"י הן הן ע"ב חיישי' שהא כבר קידשה והא דלא חייש בנתקדשה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים שמא קידשה כבר שהרי אמרו חכמים אין זה יחוד שאני התם דאיכא למימר שמא טעי וסבר שעל ידי היחוד של ע"א שחרית לבד נתקדשה לו בביאה זו דהא איכא למ"ד המקדש בע"א חוששין לקידושין וכיון דיש לנו דבר שיכולין לתלות שטעו בו אמרי' אף על פי שלא קידשה קודם לכן מ"מ טעי וסברי שאין בעילתו זו ב"ז אלא הן הן בעולה של קידושין

וכה"ג אמרי' בפרק ז' דכתובות דף ע"ב המקדש במלוה ובעל על תנאי ובעל א"צ הימנו גט משום דתלינן דטעי וסבר דבכה"ג מקודשת היא וה"ט איכא למימר דטעי וסבר המקדש בע"א קידושיו קידושין אבל היכא שאין לנו לתלות בטעות אם נתיחדה בפני שני עדים אלא שאין ראייתם מספיק שיהיו קדושין על ידם כיון דאין לנו לתלות במה טעי חיישי' שמא קידשה כבר הא לאו מילתא הוא דע"כ לא תלינן התם במקדש במלוה ובעל על תנאי ובעל שמא טעי וסבר דהוי קידושין אלא משום דאיכא רגלים לדבר שהרי כבר טעי וקידשה כבר במלוה ואיכא למימר דעדיין עומד בטעותו אבל היכי דליכא רגלים לדבר שטעו אין לנו להקל ולומר שטעו וראיה לדבר שהרי הגאונים שהביא הרי"ף פרק ב' דיבמות דס"ל דמי שהוליד בן או בת משפחתו הוי בנו לכל דבר בין להקל בין להחמיר משום האי חזקה דא"א עושה ב"ז ומסתמא שחרר לשפחתו קודם שבא עליה ואמאי ניחוש אע"ג דשחררה דלמא טעי בדיני שחרור כי הא דאמר שמואל המפקיר את עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור ואנן קי"ל דלא כשמואל והרי היא כשפחה לכל דבר והולד הולך אחריה ועוד יש כמה דברים בדיני שחרור שאפשר לו לטעות בהם ש"מ כל היכי דליכא רגלים לדבר שטעו לא חיישינן לה. ומהשתא בע"כ ש"מ דאם אין בביאה זו כדאי שתתקדש ע"י לקידושין למפרע ל"ח וכן כתב הרשב"א בחידושיו בפרק מי שאחזו שם גבי ראו שנים שנתיחדה עמו צריכה הימנו גט שני ומסתברא כגון שראה הוא את העדים אבל ראו אותו שנים מן החלון והם רואים ואינם נראין לו אינה צריכה הימנו גט שני לפי שאדם יודע שהמקדש בינו לבין עצמו שלא בפני עדים אף על פי ששניהם מודים אינה מקודשת הלכך כשבעל זה לא לשם קידושין בעל אלא לזנות בעלמא הביא הר"ן שם וה"ה בפרק ז' מהלכות גירושין ומ"מ דשמא קידשה כבר ל"ח וכמ"ש:

והשתא בנדון שלנו שאין כאן לפנינו ע"י אפ"ת שבזמן גדול כזה שהיה דרים ביחד האיש והאשה לא סגי בלא"ה שכמה פעמים ראה ע"א שנתיחדו ביחד מ"מ כיון דלא סגי לן אלא עד שיראו שני עדים כאחד והם רואין אותם וצריך שיהיו העדים שם ביחד כדי שיעור ביאה דאיכא למימר שקידשה בביאה זו מנין שניחוש לכולי האי כיון דלא סגי בלא"ה ואי משום שמא קידשה כבר להא לא חיישינן כדפרישית והיינו טעמא דל"ח שמא קידשה למפרע כדכתב הרמב"ם פ"ו מהלכות גירושין המגרש את אשתו ובעלה אח"כ בפני עדים קודם שתנשא לאחר בין שגירשה מן הנישואין בין מן האירוסין הואיל ואשתו היתה הרי זו בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות ואפילו ראו אותו שנתן לה מעות שחזקה הוא שאין א"ע בעילתו באשתו ב"ז והרי בידו לעשות בעולת מצוה ולפיכך ה"ז בחזקת מקודשת קידושי ודאי וצריכה ממנו גט שני ומדכתב שחזקה הוא שאין אדם

עושה באשתו ב"ז והרי בידו לעשותו ב"מ משמע משום דבידו לעשות עכשיו בביאה זו בעילת מצוה חזקה הוא דלא שביק התירא ועבד איסורא ואע"ג דאיכא למימר יצרו תקפו מ"מ יכול לשכך יצרו בהיתר אבל כל היכא שאין בידו עכשיו בביאה זו לעשות דרך היתר אמרינן שמא יצרו תקפו ול"ח לקידושין למפרע אלא שקשה לי הרי לפי דברי הגאונים הללו במי שבא על שפחתו משום האי חזקה דא"א עושה ב"ז אמרינן דודאי שחררה מקודם והולד הולך אחריו ואמאי ניחוש שמא לא שחררה ויצרו תקפו דהא אם לא שחררה קודם לכן א"א לעשות ביאתו זו ביאה דהיתרא ואולי יש לחלק דביאת איסור של תורה כי האי דבא על שפחתו דעובר על לאו דלא יהיה קדש כיון דחמיר טפי אמרי' חזקה זו אפילו למפרע דאי לאו דלא שחררא הוי כייף ליצרו שלא לעבור על ד"ת. אבל חזקה זו דאא"ע בעילתו ב"ז דבא על הפנויה אינו אלא מדרבנן בעלמא איכא למימר דקילי ליה הלכך ל"ח שמא קידשה למפרע ובהיתר בא עליה. וחילוק כזה תמצא בת"ה סימן ת"ט אליבא דהרא"ש דס"ל דהבא על שפחתו הוולד הולך אחריו דודאי שחררה משום האי חזקה דא"א עושה בעילתו בעילת זנות ובבא על הפנויה לפני עדים ל"ח לקידושין משום האי חזקה משום דהא דאורייתא הא דרבנן:

ומהשתא אין כ"כ ראיה מדברי הגאונים אלו דלא תלינן שמא טעו בדבר שאין רגלים לדבר שטעו שאני התם כיון דאיסור תורה והוא מסתמא חקר ודרש אחריו שלא יבא לידי איסור תורה ושחררה כדין מ"מ הדבר ברור מצד עצמו ואין לנו לתלות שטע' בדבר שאין רגלים לדבר דא"כ אין לדבר סוף ואע"ג דהת"ה כתב שם אליבא דהרמב"ם קולא יותר בבא על שפחתו מבא על אשה פנויה דעלמא כמבואר בדברי הרמב"ם מ"מ י"ל דה"ט משום דבא על אשה פנויה אמרינן דקידשה בהאי ביאה דלא שביק התירא ועבד איסורא משא"כ בבא על שפחתו דע"כ צ"ל שכבר שחררה מקודם דאל"כ הו"ל האי ביאה ב"ז ולהאי ל"ח דאיכא למימר עכשיו יצרו תקפו וא"א לו למיעבד בהאי ביאה ביאת של היתר וכדפרישית ודע שדברי ת"ה סותר לדברינו שפירשנו דלקדשה למפרע ל"ח מ"מ ביארנו בראיות ברורות דעל האי ל"ח וגם דעת הרשב"א והר"ן וה"ה מסכימין למה שכתבתי וידוע בימי בעל ת"ה עדיין לא נתפשטו חידושי הרשב"א והר"ן וה"ה ומעולם לא ראה דבריהם:

עוד ראוי לבאר אי הא דאמרינן א"א עושה בעילתו ב"ז או חזקה גמורה הוא והו"ל קידושין גמורים ואפי' להקל ואם בא אחר וקדשה א"צ גט משני או דילמא לחומרא אמרינן לקולא לא אמרינן ואת"ל דחזקה גמורה היא אפילו לקולא מ"מ הא דס"ל לב"ה דהן הן ע"י הן הן ע"ב אי ס"ל הכי בין לקולא בין לחומרא א"ד לחומרא אמרינן לקולא

ל"א. והנה בחלוקה ראשונה בנבעלת ודאי כבר כתבתי בשם הרמב"ם בפ"ו מהלכות גירושין שמקודשת ודאי הוא ומשמע בין להקל בין להחמיר ואם בא אחר וקידשה א"צ גט מן השני וכ"כ הרא"ש בפרק המדיר בשם רש"י ותוס' וגבי קידשה ע"ת ובעל מיהו הרא"ש כתב שם בשם מקצת גדולים דאפילו בקידש ע"ת ובעל הוי ספק מקודשת ומסיים וראוי להחמיר ובחלוקה השנית בלא ראה שנבעל' אלא נתיחדה בפני עדים כתב הרמב"ם שם נתייחדה עמו בפני עדים הוא שיהא שני עדים כאחד אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה והן הן ע"י הן הן ע"ב שכל המקדש בביאה א"צ לבעול בפ"ע אלא יתייחד לבעול כמו שביארנו לפיכך צריך גט מספק והרי היא ספק מקודשת וכו' הרי דס"ל דאינו אלא ס"ק וכ"כ הטור אה"ע סימן קמ"א בשם הרא"ש וכן דעת כמה פוסקי' דאינו אלא ס"ק. ומדברי מהר"ם שבתשובות מיימוני הלכות אישות סימן א' משמע מדבריו הא דאמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב חזקה גמורה היא ואפילו לקולא סמכינן עליה שהרי רוצה לומר שם במקדש את האשה בשוה כסף וזרק לה לתוך חיקה ועידים לא ידעו אי נפל לתוך חיק' או לא דאינה מקודשת כיון דעדים מספקא להו הוי ליה כמקדש בל"ע דאינה מקודשת ומסיים את"ל דב"ה דאמרי גבי המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דצריך גט שני דהוי ודאי קידושין כיון דגייסי בהדי אהדדי ודאי בעל וכיון שראו שנתייחדו א"ל ע"ב גדול מזה ולא פירשו זה מזה בלא ביאה ודוקא בביאה אמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב משום דאיכא למימר אש בנעורת ואינו מהבהב' ועוד מפני שלבו גס בה ועוד דקטלינן משיראו כדרך המנאפים כו' ולהכי גבי קידושין נמי בע"י תלינן לחומר' דקרוב לודאי כיון דלבו גס בה דיצרו תקפו משמע מדבריו דמה"ט הן הן ע"י וכו' הוי קידושי ודאי אף לקולא אי משום דקרוב לודאי הוא אי משום דשאני קידושי ביאה מקידושי כסף ושטר דאי אפשר בענין אחר דגנאי הוא ומיהו כל זה שהכריחו לפרש דהא דאמרי' הן הן ע"י דקרוב לודאי הוא משום דס"ל דכל היכי דמספק' לעדים אי הוי קידושין או לאו אינה מקודשת כלל ולדבריו צ"ל בכל מקדש ע"ת כגון על מנת שתתן לי מאתים זוז וכיוצא בו בכל התנאים דתנינן בפרק האומר דאי מקיים התנאי ה"ז מקודשת מיירי בידוע ע"פ עדים שנתקיים התנאי וק"ל בפרק האומר דף ס' גבי ע"מ שיש לו בית כור עפר וגבי ע"מ שיש לי מאתים זוז דתנן ה"ז מקודשת ויש לו ופריך הגמ' וניחוש שמא יש לו ועוד תנא חיישינן שמא יש לו ומשני לא קשיא הא בקידושי ספק והשתא אמאי הוי קידושי ספק דחיישינן שמא יש לו הא כיון דלא ידעו עידי קידושין אם יש לו או לא הא לדברי מהר"ם הנ"ל הוי כמקדש בלא עדים ואינה מקודשת. מיהו בהא י"ל דחיישינן שמא יבואו ממה"י לאחר מכאן ויעידו שיש לו. אבל קשה מהא דאמרי'

בפ"ב דקידושין דף מ"ט ע"מ שאני צדיק אפילו רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בלבו ע"מ שאני רשע אפילו צדיק גמור מקודשת שמא הרהור ע"ז בלבו הרי בשעת הקידושין אינו ידוע להעדים אם הוא צדיק או רשע ואדרבא הצדיק גמור היא בחזקת צדיק עדיין ורשע גמור הוא בחזקת רשע עדיין אצל העדים ודבר זה א"א להתברר מעולם מה היה בשעת הקידושין בלבו ואפ"ה מקודשת מספק והא אמרת כל היכא דמספקא ליה להעדים בשעת קידושין אי חלין הקידושין או לא אינה מקודשת. והא ליכא למימר דמיירי שקידשה בביאה דהא שאני קידושי ביאה מקידושי כסף ושטר לדעת מהר"ם הא בורכתא היא דעד כאן לא שאני למהר"ם בין קידושי ביאה לקידושי כסף ושטר דבהא בעינן שיעידו העדים שבודאי נתקדשה ובהא לא היינו בעיקר קידושי ביאה דא"א לידע בודאי דגנאי הוא אבל בשאר דיני קידושין או בקידשה על תנאי דאין כאן גנאי ודאי שווין הם דהא איתק' הוויות להדדי. ויותר מזה ק"ל דשם גבי ההוא גברא דזבין לנכסיו אדעתא למיסק לא"י ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אמר רבא הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינו דברים ודייק הש"ס מנ"ל לרבא הא ורצה אביי להביא ראיה מהכא וכיון שאמר' בלבי היה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת במאי דקאמרה בלבי היה והשתא מאי ראיה מייתי אביי מהכא דאפ"ת דברים שבלב הוי דברים גבי האי עובדא דזבין לנכסיה אדעתיה למיסק לא"י אפ"ה א"מ דהא אפילו היכא דמספקא להו להעדים אי חיילו הקידושין או לא א"מ הני מילי בדבר שהתורה תלתה עיקר הקידושין בדבר זה וא"א הקידושין לחול בשום ענין אלא כן מגזירת הכתוב וכיון דילפינן דבר דבר ממון גזירת הכתוב הוא דאין קידושין חלין אלא ע"י עדים ואפילו שניהם מודים אין הקידושין כלום והלכך כל כמה דמספקא להעדים אי חיילו הקידושין או לא א"מ דהו"ל כמו שקידשה בלא עדים כלל. אבל לענין קידושין ע"ת שביניהם דהא אפשר לחול הקידושין שלא ע"י תנאי אלא שהאיש או האשה תלו הקידושין מעצמם בתנאי זה ולא מגזירת הכתוב כל היכא דמספקא עדים בקיום התנאי חלין הקידושין מספק והו"ל ס' מקודשת:

מיהו אכתי יש לי קושית רבות על הא דמהר"מ דס"ל דבקידושי כסף ושטר אי מספקא להעדים אי הוי קידושין או לא א"מ מס' וגם ראייתו אינו מוכרח אבל לא ראיתי להאריך כאן בזה מ"מ מבואר שדעת הרבה פוסקים דמה"ט דאמרינן הן הן ע"י אינו אלא ספק מקודשת. וכ"ת אי איתא הא דאמרינן הן הן ע"י אינו אלא ס"ק תיקשי לך הא ממשמעות הש"ס והפוסקים משמע דאפי' אם האיש אומר שלא היתה הביאה זו לשם קידושין כהאי דפרק המדיר וכהאי דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי אימר שלא היה שם ביאה כלל ואפ"ה צריכה גט ואמאי נהימני' לאיש משום הואיל ובידו לגרשה

דהא בסוף פ"ח דב"ב דף קל"ה אמרינן מפני מה אמרו זה בני נאמן לפוטרה מן היבום הואיל ובידו לגרשה ואע"ג דאמר התם רב יוסף השתא דאמרת אמרי' הואיל בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה ולית הלכתא כוותיה ה"ט כפירש רשב"ם דרגלי' לדבר שלא גירשה דאי גירשה קלא אית למילתא כדאמרי' בהאשה שנתארמלה. אבל האי הואיל ובידו לגרשה ודאי הלכתא הוא שהרי משנה שלימה שנינו שם האומר זה בני נאמן לפוטרה מן היבום מה"ט הואיל ובידו לגרשה והשתא אא"ב חזקות אלו דאעב"ז וחזקה זו דהן הן ע"י דהוי ליה קרוב לודאי וכדברי מהר"מ מש"ה אינו נאמן משום הואיל ובידו לגרשה דמגו במקום חזקה כי האי לא אמרי' אע"ג דבפ"ק דב"ב דף ו' מיבעי' ליה הא דאמרי' חזקה א"א פורע תוך זמנו אי תבעו לאחר זמנו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו מי אמרי' במקום חזקה מה לו לשקר או לא ולא איפשיטא הבעי' שם מ"מ איכא לומר דחזקות הללו דנ"ד אלימא יותר משום דיצרו תקפו והא דחוששין לסבלונות בפ"ב דקידושין דמשמע נמי אפי' שניהם מודים שלא כיוונו לקידושין לפירש"י אותה שנתקדשה קודם לכן לפירוש הגאונים חיישינן וכן הרשב"א והריטב"א שם ולא מהימנינן ליה מה"ט דהואיל ובידו לגרשה ואע"ג דהתם ליכא שום חזקה י"ל דשאני התם דמש"ה לא אמרי' האי מיגו הואיל ובידו לגרשה דאי הוי מגרש לה היה הוא אסור בקרובותיה ודילמא לא ניחא ליה לאסור בקרובותיה כדאמרי' בפרק האומר דף ס"ה על מתני' דהאומר לאשה קדשתיך וה"נ י"ל בההוא דהמדיר בקידשה ע"ת ובעל ואע"ג דגבי האומר זה בני נאמן לפוטרה מן היבום משום ה"ט הואיל ובידו לגרשה ופירש התו' שם אע"ג דהאי מגו לא חשיבי שאם היה מגרשה היה פוסלה מן הכהונה והשתא שאומר זה בני לא פוסל לה מ"מ חשוב מגו לפוטרה מן היבום אלמא אמרי' מגו בכה"ג ומהימנינן ליה י"ל דלא דמי דגבי האומר זה בני לענין לפוטרה מן היבום אמרינן שפיר הכי הואיל ובידו לגרשה דכיון דאין לו הפסד ע"י גירושין כלום דהא משעת הנישואין כבר נאסר בקרובותיה אע"ג שמפסידה לפוסלה מן הכהונה לדידיה לא איכפת ליה ואין אדם חוטא ולא לו. אבל בההוא דקידשה על תנאי ובהאי דסבלונות איכא למימר דאין זה מגו דאיכא פסידא לדידיה דאי הוי מגרשה הוה נאסר בקרובותיה ומש"ה קאמר דלא קידשה דהשתא מותר בקרובותיה. אבל בההוא דמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי שהיתה אשתו מכבר קודם גירושין ומנישואין הראשונים נאסר כבר בקרובותיה אמאי קאמר ב"ה וצריך גט שני ניהמניה לדידיה דלא קידשה מה"ט הואיל ובידו לגרשה כיון דאינו מפסיד כלום ע"י גירושין זה. וי"ל דהא דמשמע מדברי הגמרא ופוסקים בפרק המדיר בראו שנבעלה ובהאי דהמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דחוששין משום

קידושין אף שהאיש אמר שלא בעל לשם קידושין או שלא בעל כלל בההוא דהמגרש אשתו ואליבא דב"ה הני מילי באומר כן לאחר זמן:

אבל באומר מיד נאמן משום האי הואיל שבידו לגרשה ודמי להא דאמרינן שם בב"ב פ"ח כי אתא ר"י בר"י אמר ר"י בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן כו' ל"ק כאן למפרע כאן להבא אמר למפרע מהו להמנוניה להבא מי פלגינן דיבורא או לא פלי'גי בה רב מרי ור"ז חד אמר פלגינן וח"א לא פלגינן ופי' הרשב"ם והלכך כל היכא דאמר בעל גרשתי אתמול לא מהימנינן ליה כלל דמגו דלא מהימן לגבי למפרע לא מהימן להבא דלא פלגינן דיבורא ולא משכחת לה דמהימן אלא היכא דאמר סתמא גרשתי את אשתי א"נ עכשיו גרשתי דמהימנינן אכולא דיבורא כיון דלא נפקא לן אמעשה דלשעבר כלל אלא אהנהו דלהבא מה לו לשקר הרי יכול לגרשה ומשמע מדבריו דלא משכחת לה כלל שיהא נאמן אלהבא בשום ענין אא"כ שאומר עכשיו גרשתי אז סתמא דהו"ל כאומר עכשיו אבל אי אמר בהדיא שגרשה אתמול דהו"ל למפרע בכל ענין א"נ אפילו להבא למ"ד דלא פלגינן דיבורא וה"נ בראינו שנבעלה ואמר שלא בעל לשם קידושין או במגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דאיכא ע"י ואומר שלא בעל כלל אם אמר כן מיד אחר המעשה דאין נ"מ אלהבא היה נאמן משום הואיל ובידו לגרשה. אבל באומר כן לאחר זמן אינו נאמן בההוא מגו הואיל ובידו לגרשה למ"ד דלא פלגינן דיבורא דהואיל ואינו נאמן אלמפרע משעת הבעילה והיחוד דהא אין בידו לגרשה למפרע אלהבא נמי אינו נאמן. מיהו אכתי קשה לי דנראין דברי הרשב"ם כסותרין זה את זה שהרי אהא דמשני הגמרא כאן למפרע כאן להבא פי' למפרע אם עמד לפנינו בא' באייר ואמר גרשתי את אשתי מאחד בניסן א"נ להחזיקה כמו מגורשת למפרע שאם יבואו עדים אחרי כן שיאמרו אנו ראינו שזינתה בט"ו בניסן תידון בחנק כדין א"א דאין הבעל נאמן לעשותה מגורשת למפרע שהרי אין כאן מגו שהרי אינו יכול עכשיו באחד באייר לעשות לה גט שתתגרש בו למפרע מקודם זנות ומדפי' למפרע דלא מהימן כגון שאם יבואו עדים שזינתה בט"ו בניסן תידון בחנק כו' דמשמע דוקא בדאיכא שום נ"מ בין נאמנת דלהבא לנאמנת דלמפרע דהיינו בזינתה בינתיים דבהא דאינו נאמן למפרע משום דליכא למימר הואיל אלמפרע אבל אם לא אירע שום דבר בין למפרע ללהבא ואין שום נ"מ בהא דאמר גרשתי אלא אלהבא לחוד להתירה להנשא לשוק אפילו באומר גרשתי' כבר זה זמן רב היה נאמן דהא להבא בידו לגרשה. ומדפי' אחרי כן דלמ"ד לא פלגינן דיבורא לא משכחת לה דמהימן אלא היכא דאמר סתמא גרשתי את אשתי א"נ עכשיו גרשתי דמשמע אע"ג דליכא שום נ"מ בין למפרע ללהבא כגון שלא זינתה בינתיים נמי א"נ דאל"כ ל"ל למימר דלא משכחת לה

אלא באומר מעכשיו או בסתמא דהא אפילו למפרע דומיא דעכשיו בסתמא נמי ניחא למ"ד לא פלגינן דיבורא אלא אם כן אירע דבר נ"מ בנתיים אבל בלא"ה בכל ענין מהימן מהשתא אכתי הדרא קושיא לדוכתיה דאמאי לא מהימן בקידש ע"ת ובא עליה ודאי שלא כיון לשם קידושין ואפילו לאחר זמן כיון שלא אירע שום דבר בנתיים שאין נ"מ בין למפרע ללהבא וכי מיירי דוקא בזינתה בינתיים ולפוטרה מן המיתה וכ"ש בהאי דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דכבר נתבאר דמטעם הן הן ע"י הן הן ע"ב אינו אלא ספק מקודשת אפי' זינתה בינתיים אין נ"מ בין למפרע ללהבא דמספק לא קטלינן לה דספק נפשות להקל ובדוחק גדול יש למצוא נ"מ בנתיים אם זינתה בינתיים לאוסרה על הבועל בודאי או מספק מ"מ אין נראה לאוקמי דברי הגמרא והפוסקים בהא אלא משמע למפרע בכל ענין א"נ ונראה לי דהעיקר דכל היכא דאין נ"מ בין למפרע ללהבא אין לחלק ואפילו אמר למפרע מ"מ נאמן מיהת אלהבא משום דבריש פ"י דיבמות רצה הגמרא לומר דהא דע"א נאמן להעיד לאשה שמת בעלה סברא היא מידי דהוי אטבל והקדש וקונמות דאע"ג דאיתחזק איסורא סמכינן עליה ודייק עלה האי טבל היכי דמי אי דידיה משום דבידו לתקנו ואלא דאחר מאי קסבר אי קסבר תורם משלו על של חבירו א"צ דעת בעלים משום דבידו לתקנו ואי קסבר כו' הקדש נמי אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו אי קדושת הגוף אי דידיה משום דבידו לאיתשול עליה כו' קונמות נמי אי קסבר יש מעילה בקונמות וקדושת דמים נחתא להו משום דבידו לפדותו ואי קסבר אין מעילה בקונמות ואיסור בעלמא הוא דרכיב ליה אכתפיה אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה כו' ומשמע ודאי מדנקט גבי טבל סתמא אי דידיה משום דבידו לתקנו משמע אפילו זמן רב אחר שנתמרח בכרי והוטבל אמר שתרם וכן גבי הקדש דנקט סתמא אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו וגבי קונמות נמי קאמר וקדושת דמים נחתה להו משום דבידו לפדותו משמע נמי אפילו לזמן רב אחר שהקדישה או אסרה בקונם אמר שפאדם אפ"ה נאמן ואמאי הא אין בידו לתקנו ולפדותו למפרע ולמ"ד דלא פלגינן דיבורא אמאי נאמן. ועוד דהתם בע"כ אפילו אמר לאחר זמן נאמן דאי ס"ד דא"נ אלא באומר מיד השתא איך קאמר בהקדש וקונמות אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו ואי קדושת הגוף אי דידיה משום דבידו לאיתשולי משמע דברישא סגי לן בה"ט לחוד משום דבידו לפדותו בין דידיה ובין דחבריה וא"צ כלל לטעמא משום דבידו לאיתשולי עליה ואמאי הו"ל למימר נמי ברישא אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה ואי דחבריא משום דבידו לפדותו דהא איכא נ"מ טובא בין האי טעמא דבידו לפדותו ובידו לאיתשולי דאילו מה"ט דבידו לפדותו א"נ לאחר זמן דהא אין בידו לפדותו למפרע אבל לטעמא דבידו לאיתשולי אפילו

לאחר זמן רב נאמן דהא קי"ל חכם עוקר נדר מעיקרא והו"ל למפרע ג"כ כאילו לא נאסר כלל וכיון דאיכא נ"מ בין הני תרי טעמא הו"ל להגמרא למימר נמי ה"ט ברישא אע"כ כיון דליכא שום נ"מ בין למפרע ללהבא דהא בין כך ובין כך יש לו להביאן לידי היתר מכאן ואילך נאמן והכא נמי גבי המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי אפילו אי אמר לאחר זמן שלא בא עליה יהא נאמן במגו דהואיל ובידו לגרשה כיון דליכא שום נפקא מינה בין אמרינן שהיתה מקודשת עד עכשיו או לא היתה מקודשת כיון שלא יארע שום דבר בין זמן היחוד להאי שעתא דהואיל ובידו לגרשה. עוד י"ל הא דלא אמרינן הואיל ובידו לגרשה גבי הא דמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דנהימנינן ליה שלא בעל לה בההיא מגו כדאמרינן גבי האומר זה אחי דנאמן מה"ט י"ל משום דגירושין גנאי הוא לו וכדאמרינן בפ"ב דקידושין דף נ' האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה פלוני במקום פלוני והלך וקידשה במק"א א"מ. ואמרינן בגמרא ותנן נמי גבי גיטין האומר תנו גט זה לאשתי במקום פלוני ונתנה לה במ"א פסול כו' ואי אשמעינן גבי גירושין בהאי אתרא ניחא ליה דלבזי' בהאי אתרא לא ניחא לי כו' אלמא סתם גירושין גנאי הוא לו כ"ש הכא דכבר גרשה מן השעה ראשונה אם הדר ומגרש לה פעם שנית דהו"ל גנות ובזיון יותר מש"ה לא אמרינן כאן הואיל ובידו לגרשה ואינו נאמן לומר שלא בא עליה והרי הדבר ידוע שמגו דחינן לה בטעמא כל דהו כ"ש ה"ט דאמי דטעם נכון הוא אבל האומר זה בני דנאמן מהאי טעמא דהואיל ובידו לגרשה אדרבא לא מבעיא דליכא גנות בההיא גירושין אלא אפילו שבח הוא לו ומצוה קעביד דכווין לפוטרה מן היבום:

ועכשיו נבא לנידון שלפנינו דהיתרא דהאי איתתא תא ע"ד שפירשנו למעלה הנה יש כאן לפנינו ס"ס להתירה ס' אם היה כאן ע"י דהיינו שני עדים כשרים שראו ביחד כשנתייחדה והם ראו להעדים והעדים ראו אותם ושהו שם העדים כשיעור ביאה את"ל שהיו להם פעם אחת ע"י כדין אכתי איכא ספק שמא לא נבעלה וכדברי הרמב"ם וש"פ דע"י לחוד אינו אלא ספק מקודשת ודלא כדברי מהר"ן ואפי' למאן ס"ל דלא שרינן מטעם ס"ס אלא במתהפכת ס"ס זו מתהפכת בין שהתחיל לומר ספק היה שם ע"י ספק לא ואת"ל שהיה שם שמא לא נבעלה ובין שהתחיל לומר ספק נבעלה ספק לא נבעלה ואת"ל נבעלה דילמא לא היה שם ע"י וה"ל כמקדש בל"ע ואין חוששין לקידושין אפי' שניהם מודים ואל תקשה עלי ממ"ש הרא"ש שם בפרק המדיר גבי קדשה על תנאי ובעל והא דקי"ל דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קידושין משמע מתוך פירש"י ומתוך דברי התוס' דקידושין גמורים הם ואם קדשה אחר א"צ גט משני וכן מסתברא דהא בקטנה שאין בעילתו ב"ז ממש דהא אשתו היא מדרבנן ואפ"ה אמר רב דבועל לשם

קידושין גמורים וא"צ גט משני כו' וראייתו מן הגדולים שדקדקו מדקאמרינן המקדש ע"ת ובעל צריכה גט משמע דצריך גט להוציאה מן הספק כו' וראוי להחמיר להצריכה גט משניהם ובקטנה אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ומיד כשגדלה הוא בועל לשם קידושין גמורין אבל הכא הוי ספיקא שמא היה סבור שתנאי קיים ולא נזכר לבעול לשם קידושין והא דאמרינן דבועל לשם קידושין היינו בדאיכא עידי יחוד דאמרי' הן הן ע"י הן הן ע"ב הרי דבקדשה ע"ת אפילו ליכא עידי ביאה אלא ע"י בלבד ס"ל דלא אמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב לומר שבעל בודאי אלא הו"ל ספק כמ"ש למעלה את"ל דבעל אכתי י"ל שמא לא לשם קידושין בעל ואע"ג דספיקא זו אינה מתהפכת ה"ל ס"ס וכן עיקר כמו שהוכחתי במקום אחר. וי"ל דודאי לעיקר דינא ס"ל דמקודשת ודאי כדעת רש"י ותוס' וכדכ' וכן מסתבר והביא ראיה לזה אלא משום חומרא דא"א מסיים וראוי להחמיר כדברי אותן הגדולים לחומרא בעלמא אבל לעשות ספק קידושין להקל כדי שבעידי יחוד לחוד יצטרף זה הספק לספק השני לעשות מזה ס"ס להקל ולהתירו לית ליה דלעיקר דינא ס"ל דהו"ל קידושין ודאי במקדש ע"ת ובעל עוד י"ל דאפי' את"ל דהרא"ש בסוף דבריו הדר ביה ממ"ש וכן מסתבר וס"ל לגמרי כאותן הגדולים דמדינא אינו אלא ספק קידושין והו"ל ספק אמר אפ"ה לא שרינן ליה בע"י לחוד מטעם ס"ס דהא בפ"ב דקידושין גבי חוששין לסבלונות גרס כגירסת ר"ח והגאונים אפילו רובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוטא מקדשי והדר מסבלי חיישינן לסבלונות ומסיים שם ואין לתמוה אמאי חיישינן לסבלונות למיעוטא דמצינן נמי בכה"ג באיסור א"א זמנין חיישינן למיעוטא כגון גוסס מגוייד דאין מעידין עליו כו' ואע"ג דרוב גוססין למיתה וכן מים שאין להם סוף דאשתו אסורה והיא מדברי התוס' אלמא ס"ל דמשום חומרא דא"א לא אזלינן בתר רובא ה"נ איכא למימר דס"ל דלא סמכינן אס"ס להקל משום חומרא דא"א:

אבל הרשב"א והריטב"א פי' שם דה"ט דלא אזלינן בתר רובא דמסבלי והדר מקדשי משום דאינו חוב גמור וקבוע מצד עצמו אלא מפני המנהג והמנהג עשוי להשתנות ע"ש משמע דברוב גמור סמכינן ארובא אפי' באיסור א"א. ולא תקשה לדבריהם מההיא דגוסס ומים שאל"ס דאשתו אסורה דשאני התם דאיכא מיעוטא נגד הרוב וחזקה וסיוע להמיעוט דהעמד אשה על חזקתה והיא בחזקת א"א ועוד העמד אותם בחזקת שהוא קיים אבל בההיא דמיעוטא דמקדשי והדר מסבלי אדרבא החזקה מסייע להרוב והעמיד אותה בחזקת פנויה ואי לאו דרובא מקדשי והדר מסבלי לאו רוב גמור אלא מפני המנהג הוי אזלינן בתר רובא וכ"ש לגירסת רש"י אפילו התם ל"ח למיעוטא אפילו באיסור א"א

הואיל וחזקה מסייע לרובא ולא דמי לגוסס ומשאל"ס דהתם החזקה מסייע למיעוטא. וה"ט בנ"ד בחזקה מסייע לס"ס:

עוד יש לצדד בנידון שלנו קצת להיתרא מצד הסברא דכל חזקה שאמרו בגמרא דא"א עושה בעילתו ב"ז הא ודאי לשם קידושין בעל אינו אלא בדורות הראשונים שהיו דרכם לקדש בביאה וא"א לקידוש ביאה אלא ע"י היה דין זה ברור לכל אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאים בהלכות קידושין אבל לזה שהיה רך בשנים הדבר קרוב לומר שלא היה יודע ובקי בהלכות קידושין דנימא שבעל לשם קידושין ובעידי יחוד משום חזקה זו דא"א עושה בעילתו ב"ז והלואי שרוב המורין שבדורינו ידעו הלכות קידושין על מתכונתו:

ועוד יש לצדד בהיתר בנ"ד שמתוך השאלה נראה שזה הנאבד והאשה לא היה צהובים זה לזה ואין לבו גס בה ולא היתה לה נחת רוח ממנו אלא שאין רצוני להאריך עוד בזה כי די להתיר אשה זו במה שכתבנו:

עוד יש לי פתח גדול בהיתרא דהאי איתתא דכיון שנאבד בשעת השריפה שהיתה בעיר זה כמה וכמה שנים שנאבד זכרו ולא נשמע ממנו כלל על כה"ג כתב מהרא"י בעל תרומת הדשן בכתביו ופסקיו שלו סימן קל"ט וז"ל מ"מ דמ"ט איכא להתיר כיון דנפיק קלא דלא פסיק שר' יצחק הנ"ל מת ונהרג או טבעוהו ובעל שם היה ויש לו קרובים הרבה בכמה מדינות וזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו ובעו"ה עכשיו בגלותינו אנו מפוזרים ומפורדים מעט בכל מקום ואילו היה חי ברחוק מאתים או ג' מאות פרסה היה נודע ונשמע לנו וכה"ג מקרי רובא דשכיח טובא אע"פ שאינו בא אלא מכח סתמא הוי כמו סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי ורוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם דאינהו נמי מכח סתמא קאתי כו' ונראין הדברים בזמנינו אפילו אדם בינוני אם איתא דחי הוא עדיין הוה ליה קלא אכזה כמה שנים טפי וטפי מקלא דצורבא מרבנן בזמן חכמי התלמוד שהיו ישראל עם רב בכמה וכמה מקומות כו' ע"ש. וכ"ש בנ"ד שנאבד ונעלם בשעת השריפה דיותר אומדנא דמוכח הוא שנשרף בתוך השריפה גדולה שהיה בעיר כיון שנאבד זכרו מכמה שנים ואפי' באדם בינוני התיר מהרא"י מטעם זה מכ"ש זה שנראה מתוך השאלה שהיה בן גדולים ואביו עשיר ואדם חשוב אם היה חי אפילו כמה מאות פרסאות היה נשמע ממנו ואע"פ שאין לסמוך על היתר זה לחוד וללמוד ממנו למקום אחר מ"מ סניף גדול לכל הני טעמי דאמרן. העולה מזה שאיתתא זו מותרת לכל אדם מהני שלשה עמודים שרוב דיני תורה והוראותיהם מיוסדים וסמוכים עליהם רוב

וחזקה וספק ספיקא הנראה לענ"ד כתבתי פה מיץ היום יום השני עשרים יום לחדש שבט תקמ"ד כ"ד אה"נ הק' אריה ליב חפ"ק הנ"ל ואגפיה:
ואלה דברי הרב הגאון הגדול המפורסם מוה"ר צבי הירש נ"י האב"ד דק"ק בערלין על ענין הנ"ל:

שאלה מג

ע"ד השאלה דשאילנא קדמיכון. האמנם ידעתי כי יפלא בעיניכם מדוע אחרו פעמי זה זמן זמניהם. אפס גם עתה אשר נשאני לבי לדבר באלה יען כי קוצר המשיג ובגידות הזמן ועול הצבור וחלישת המזג באחת מהנה יניא לבב אנוש לדון ולהורות כ"ש בהצמדם יחד. ומה גם בהצטרף עליהם חומר הנושא ועומק המושג לבב איש בקרבו המס ימס וישים יד על פה. והנה ארבעה הראשונות בעונות עלי היו כולנה והאחרונות באותנה שתים הן הנה קוראות הנדון שלפנינו ע"כ זחלתי ואירא מחוות דעי מ"מ לבלתי השב פניהם ריקם ולעשות רצונם וחפצם ע"כ אמרתי לבא עם הספר. אפס מעלתם האריכו למעניתם ולא הניחו מלא מענה בכל מקום שידו של אדם מגעת לעקר ולטעת. ולאחוי חורפא ודעתא צלותא כמאן דאיתא לאבוה ואימיה במתא. ואנא לא מצינא לאסגויי בהדייכי על הדרך הזה ואתנהלה לאטי לרגל המלאכה אשר אתי. והעבודה שאפילו קריאת מגילה עפה קשה עלי אף כי לעמוד על כל קוץ וקוץ מקום שאמרו להאריך וענינים הללו רחבים מני ים ומי יתן ואוכל להשתעשע כחפצי בתורת ד' ולהעלות עם הספר את כל אשר עם לבבי ברם השתא לית אנא יכיל למיקם עלה ע"כ נקטה נפשי בקצרה בנוגע לעיקר הדין ואם לפעמים אגב אורחא רגע אדבר במה שחוץ לדבר הזה הוא לבד להראות דחביבין עלי שמעתייהו ומד' אשאל עזר לבלתי הכשל כי ד' יתן חכמה מפיו דעת ותבונה:
וזה החלי בעזר החונן לאדם דעת מה שהאריכו מעלתם בדברי ר"י בר"י ז"ל ז"ל המובא במהרי"ק. הנה מה שהקשה שארי האח נפשו הרב הגאון אב"ד דק"ק פראג נ"י גם עיקר תירוצו כבר קדמו בזה אורן של ישראל מהר"י טראני ז"ל וסברתם לא נפלאת למעיין בר"ן גבי כיז' לקטן. האמנם מה שתי' לקושית חתנו שארי הגאון נ"י דלמה יגרע ייעוד משאר קידושין וכתב משום דהוי ערוה להאב לא מצי לזכות לבנו משום דחב לאחרים עיי"ש וא"כ הא דמסקינן דאין ייעוד לקטן הוי דוקא במקום דהוי ערוה לאב וזה ודאי דחוק ורחוק ותו דעלי' אני דן דבגדול גופיה מנ"ל ונהי דאמרינן דמודים חכמים לר"א היינו אליביה דאמת דדינא הכי אבל אכתי לא אשמועינן תלמודא מנ"ל הא ותיקשי להפוסקים דאפי' ע"י שליח לא מצי תפיס במקום דחב לאחרים. וראיתי שהגאון הבליע בנעימות דבגדול גזירת הכתוב הוא ולא ידענא היכא. האמת שמהרשד"ם כתב ככל דברי הרב

בא"ע סימן קס"ב שלדעת הפוסקי' דאפילו ע"י שליח לא מצי תפיס קשיא ליה שליח בקידושין ואי משום דזכי לנפשיה תיקשי היכי דהוי ערוה לדידיה א"נ למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ותירץ כדתירץ הגאון נ"י דשאני התם דלדעתה היה והוא פשוט. ולדעתי מעיקר הדבר לא היו צריכין לבא משום איסור ערוה דבפשיטות נמי לא דמי הך למגו דאי בעי זכי לנפשיה דבשלמא גבי מציאה וחוב זכיה דנפשי' ודאחרינא שווים הם בענין החוב המגיע לאחרים בתפיסתו משא"כ הכא דנהי דגבי דידה החוב שוה מ"מ לגבי קרובות איכא בדאחרינא מאי לא שייך בדידה ואפילו אם נאמר דלא משגחינן בחובה דלא שייך בגופה הנה בגופה נמי איכא חובה אי מיית הוא דמתסרא לקרובותיה ובכן נמי משכחת לה דאית ליה אח מאם ולפ"ד היה אפשר ליישב תשובות הגאון נ"י דהא בנו בהדיא כתיב והוי גזירת הכתוב מ"מ רואה אני שזה כעין מערכה על הדרוש דודאי עיקר קושית הגאון חתנו נ"י כיון דבעלמא קידושי קטן ע"י אביו הוי קידושין משום זכיה למה יגרע כח הבן ממנו בזה נמי דמהי תיתי לן לחלק בין קטן לגדול בזה ואיהו משני ליה כיון דיעוד לא שייך בגוויה לא שייך זכיה והיא גופא קשיא אמאי לא שייך יעוד מטעם זכי' כעין דמועיל שליחות לגדול אף דבעלמא אינו מועיל ועוד אני אומר דאע"ג דבע"כ הך כסף דמסר לו הוי כאילו האב מוסרה לקידושין ואפי' לר"י ב"ר יהודה דייקינן דהוי כאילו אמר לה צאי וקבלי קידושין מפלו' והוי מסיר' ורחמנא אקני' לו או להני כאילו האב יקנה. ועוד דזימנין דלא הוי כ"א בן קטן והיכא דהוי ערוה והאב לא מצי למיקני' כ"א בשביל ייעודא דהאי ברא וזכי' דנפשיה הוא וכ"ש דמצות הבן על האב להשיאו אשה וזכיה לנפשיה היא אמנם האמת שאין צורך לאורך דודאי קדושי יעוד גרועי תדע שהרי אינו יכול לייעדה לשום אדם כי אם לבנו וזה ודאי גזירה הכתוב הוא ולא מטעם שליחות וקטן אימעוט אליבא דאמת מטעם אין יעוד אלא לדעת. והכי משמע לישנא (ואדרבא לשון זה דמה טעם קאמר הוי קצת סיוע לר"י ברזיל"י) א"נ דס"ל דסתם בנו משמע דומיא דידיה ואין לך בו אלא חידושו אך בתירוץ עיקר הקושית הנה מלבד מה שפלפל הגאון נ"י בזה ומה שעמדתם עליו בענין התראת ספק שיש בזה דברים ארוכים קשיא לי בפשטות דלפי דבריהם אכתי מאי מקשה ר' זירא לר"ל דילמא ר"ל נמי לא קמיבעיא ליה אלא אם יוכל ליעדה שתהא מיועדת מיהת עד שיגדיל ויתרצה דדילמא קדושי יעוד גריעי משאר קדושין (כמו שהוא באמת נראה לדעת ר"י ברזיל"י) ואפילו למיהוי ספיקא נמי לא מייעד ובנו דומיא דידיה דחידוש הוא כמו שנתבאר לעיל או דילמא בנו כל דהו ול"ש בגדול ול"ש בקטן כל חד כדאיתיה בקדושי דעלמא איתיה ביעוד ואילולא דמסתפינא מהבלן של ראשונים שכולם חברו בקושיא זו

הוי אמינא דלא קשיא כלל דודאי לפי סברת המקשה דלא ס"ל דממיתה לחוד אימעט ע"כ לומר אין הכי נמי דלא חלו קדושין משא"כ לפום המסקנא דאמרינן מאי הוי עלה משמע דמספקא לן דאפשר דממיתה לחוד ממעטי' קרא א"כ אפשר דיש אישות לקטן כיון דלליש נא דקרא לא ממעטינן יעוד מטעם שאין יעוד אלא לדעת א"כ אפשר דבעלמא יש אישות לקטן לענין איסורא מיהת. ועוד היה מקום אתי ליישב על פי מאי דאיכא למידק בשמעתיה דבעיא דר"ל לענין אירוסין עי' שם ור"ז נסיב ליה קרא דגבי נשואין ודוק אלא שהדברים ארוכים וכבר מחו ליה מאה עוכלי להאי דינא וגזירת עירין פתגמא דלא למיחש לקדושי קטן וכמ"ש כל הראשונים והאחרונים וכמו שהביאו מעלתו ג"כ ולא נצרכה אלא לפלפול' בעלמא:

ולמיחוש לדברי הב"ח דתקינו ליה רבנן נשואין בסמוך לפרקן כבר נראה מדעת כל הפוסקים דליתא וכן משמע להדיא בתשובות הרא"ש מהגהות מרדכי סוף קדושין ועוד אני אומר דאיכא למיחוש טובא לסברת הגדולים האוסרים להשיא לקטן מכל וכל כמ"ש הרשב"א ז"ל ומוקי לה להוא דסמוך לפרקן בגדול וזה מבואר לענ"ד דעת הרמב"ם ז"ל כמ"ש הב"י אע"פ דהרש"ל והרמ"א ושאר רבותינו חכמי אשכנזי ז"ל השוו דעתו לדעת התוס' ז"ל חדא דאי כדבריהם היה לו לכתוב בהיפוך אסור להשיא כו' ומצות חכמים הוא כו' או לכתוב מצות חכמים הוא כו' סמוך לפרקן וקודם לזמן הזה אסור וזה פשוט ומבואר ורגיל בשות' דהרב ז"ל ותו נעלם מהם מה שכתב בהדיא בפרק י"א מהלכות אישות:

שוב מצאתי בתשובות מוהר"ר בצלאל אשכנזי שהביאו מעלתם הביא ג"כ ההוא דפרק י"א ונוראות נפלאתי על הגאב"ד דק"ק פראג שרצה בפלפולו להוכיח מדברי הרמב"ם גופיה היפך הב"י ע"פ מה שרצה לתרץ קושית תי"ט אמאי לא הביא הרמב"ם דקטנה אוכלת בתרומה דרבנן עי' שם ואחרי המחילה הראויה לא זו העיר ולא זו הדרך כי מלבד סברת המל"מ קשה מאד כאשר כתב בעצמו בשם הריב"ש בפשיטות דאין עברה מצוה עוד חס ליה להרמב"ם ז"ל לדחות משנה דתנן בבחירתא מפסק הלכה בשביל קושי' זו ולאוקמי סהדותא כר"א בחדא ופליג עלה בחדא ודוק ותו דהרמב"ם פסק דבחרשת אפילו השיאה אביה אינה אוכלת תרומה מטעם זה ובקטנה אוכלת אפילו בדאורייתא עם שיש ליישב בדרך רחוקה ובלא"ה איכא למידחו קושית התוספות בכמה אופנים וגם קושית רש"י ז"ל אלולי דמסתפינא אמינא שיש לדחותה עי' ריש פרק מי שהחשיך ודוק עי' בחידושי הרשב"א ז"ל בגיטין וכמדומני שגם הרב ז"ל לא אמרה אלא לחדודי ואיידי דאייתי מדרשא חביב' ליה מיהת לקושטא כבר נתבאר דלדעת הרמב"ם אין נשואין לקטן

כלל ועוד אני אומר לענ"ד דלהרמב"ם לא מקדשינן ליה לקטן אשה כלל אע"ג דנקט בפרק י"א אין משיאין עד שבודקין אותו ויודע בו שהביא סימנים. ולכאורה לא מצינו שורש לזה ואין דרך הרמב"ם להביא דין מדעתו אא"כ תליא ליה ביראה ליה ובאמת הטור לא הביא אלא בן י"ג שנה ולא מצאתי מי שהעיר בזה. ונלענ"ד דהרמב"ם ז"ל פי' כן להוא דר"נ אמר שמואל בבבא בתרא דף קנ"ו דאמר בודקין לקידושין דהיינו שאין מניחין לקדש לו אשה כלל עד שיבוא לכלל שנים ויבא שערות והיינו דמקשה עלה בגמרא וכי מאחר דבדקינן כו' עי' בתוספות ודוק באופן דנלענ"ד בפשיטות דהרמב"ם מדעת האוסרין להשיא את הקטן וקרוב אני אומר שלדעתו לכתחלה צריך קדושין אחרים לכשיגדיל וכדאיתא בה"ג. לדברי בד"ז הגאון ב"ש ז"ל סימן ס"ז צ"ע במ"ש שם ויש עוד מקום אתי בעז"ה להאריך במה שצ"ע בסוגי' שם אלא שכבר הארכתי במה שאין צורך לנדון שלפנינו. גם בשאר דברים שהאריכו מעלתם בפילפולא ננים כעת. סוף דבר הכל נשמע שאין לחוש לזה כלל ובענין היחוד הנה רוב האחרונים שהבאתם בפלפול הארוך הזה אינם מצוים אתי ואפילו ספר פני יהושע איננו בידי ומכולם אין אתי כי אם ספר נודע ביהודא לשארי הגאון הנ"ל אשר מידו היתה זאת לי. והלואי יחנני ה' יתעלה ויזכני לשבת במנוחה לעבדו מתוך הרחבה ולעסוק בדברי הראשונים ז"ל משא"כ עתה בעונותי שרבו הזמן קצר בני אמי שמוני נוטרה את הכרמים וכרמי שלי לא נטרתי לכן גם ישנים צפנתי ומה אעשה לאלה החדשים מקרוב באו ע"כ לא אאריך לבד קצת במה שבא בדברי מעלתכם ומה שהקשה בס' תורת יקותיאל גם אנכי עמדתי ע"ז ובאמת היא תמוה מאוד וחתרתי להשים על הדרך שכתבתם אלא שהארכתם עלינו את הדרך ואני קצרתי ובאופן אחר קצת מ"מ לא נמלט מן הקושיא גם מה שהביאו מעלתם דהריב"ש חולק כבר הרגיש בזה בספר כנה"ג ובשאר אחרונים ז"ל גם מה שכתבתם על הראיה של הרשב"א מתו' כתובות כמדומני שכבר הרגיש בזה בס' בני יעקב על העטור מ"מ מי יעמוד מול הני תרי אריוותא הרשב"א והרא"ש ז"ל והריב"ש נראה שאז לא ראה דבריהם שכן כתב שאין ספריו אתו ובכיוצא בזה רגילין לומר אלו שמיע ליה הוי הדר ביה ומ"ש הכנה"ג ליישב דבריהם גם יחד בענין לא נהירא לי וגם שיש לחלק בזה בענין נדון שלפנינו דהא אין לך לבו גס בה יותר מזאת שמפתו תאכל ובחיקו תשכב. שוב העמיקו לדבר מענין הביאה עצמה והנה מה שהאריכו ליישב דעת הרמב"ם שלא הביא ההוא דקטן שבעל וכתבו דבקטן איכא טפי למימר דלא בעל לשם קידושין אלא לשם זנות בעלמא דאפילו כי שדוך נמי לא הוי ובזה רצו ליישב דקדוק ספר באר יעקב גם ליישב קושית הרשב"א והריטב"א בקידושין גבי סבלונות דלתני קטן לחודיה ולזה

רוצה לומר דס"ל להרמב"ם דבקטן באמת אפילו בעל לא מהני דאפילו הוי קידושין דידיה כי שדוך מ"מ בביאה לא חיישינן כתשובות הרמב"ן ובריייתא דיבמות מוקי לה כהרי"ף דמיירי במיד וכמו שפי' הרשב"א ולפי שהוא אינו מצוי לכך לא הביאו ע"כ תורף דבריכם. ועם שהוא דבר חכמה (ואף ע"ג דגבי סבלונות אמרי' בהיפך היינו משום דלית לן למימר כ"א או על דעת קידושין הראשונים או לשם קידושין חדשים דמסברא אין לנו לומר דיהיב לשם מתנה דעלמא משא"כ גבי ביאה דאפשר לא הא ולא הא אלא להנאתו קא מתכווין ותדע דהא ל"ח ליה בשדיך כמ"ש לקמן) אינו נוח לי כלל חדא דלדעתי אין דעת הרי"ף כלל לומר דבעל משמע מיד דווקא דמהי תיתי כמו שבאמת תמה הר"ן גם על הכניסה אלא לפום מאי דס"ל השתא דעיקר תלוי בביאה וא"כ במאי נקט הך תנא לישנא דהכניסה ואי בעי למינקט לישנא מעלייא הו"ל באידך מקומות נמי למינקט הך לישנא אלא משום שדרכם היה להמתין בין הקידושין לכניסה וכמו ששנינו נותנין לבתולה י"ב חודש וכו' לכך נקט אליבא דרבה הך לישנא הכי לאשמועינן דדוקא לאחר זמן דהוי כעין ב' נשים משא"כ לישנא דבעל משמע מיד ומשמע לאחר זמן. וזה ברור לענ"ד דעת הרי"ף עם שלפ"ז צריך עיון מה שהקשה הרשב"א ז"ל דאיכפל תנא לאשמועינן דבלאו הכי נמי צריך עיון דהא קטן עיקר דנקטי' משום סבלונות הוא ובעלו אגב כולהו מתניתין נמי בהאי ותדע דהא באמת בדין דמקדש בפחות מש"פ אין חילוק בין מיד ובין לאחר זמן ומהי תיתי למנקט לישנא דמיד דוקא אלא דזה היה אפשר ליישב דבהא אפילו ר' ישמעאל מודה דימים שבנתיים הויין ידיעה ותו דלפי המסקנא דאסיק הר"ן בדעת הרי"ף והרמב"ם דכנס משמע אפילו בלא ביאה איזה לשון בעי למנקט על בעל לאחר זמן ודאי דכל דנקיט בעל סתם ל"ש האידנא ל"ש לאחר זמן ולדבריכם דכל בעל משמע מיד אף אני אומר דה"ה במלוה ובפמש"פ אפשר דמיד עדיף כיון דעסקי' בענין הקידושין משא"כ לאחר זמן דלמא הדר ובעיל לשם זנות ובמה שתירצו קושית הרשב"א ז"ל והריטב"א לא ידעתי מהו דאכתי קשיא לתני קטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות כו' שע"מ קידושין הראשונים שלח וממילא שמעינן כלהו מתני' אח"כ חזרתם לתירץ דקדוק הספר באר יעקב ורציתם לומר דבאמת הו"ל כנותן מתנה לפנויה בעלמא ולאו עלי' קאי שמחמת קידושין הראשונים שלח ואע"ג דבברייתא תני ליה קודם שמפני קידושין הראשונים שלח. כבר תירץ לה בס' ב"י והנה כבר כתבתי שהספר ההוא אינו מצוי אצלי אבל מ"מ תמהני על דבריכם דאם כן יצא לנו דין מחודש דבקטן אין הסבלונות חוזרים. ותו דהרמב"ם פ"ב הלכה ד' כתב בהדיא מבן קטן שמחמת קידושין הראשונים שלחם ודברי מהרי"ט אינם כלום ואדרבא דסוף סוף עדיין חפץ לישאנה ותו דעיקר הדבר

קשה לשמוע דאם כן קטן גרע מכולהו הני דמתני' דאף בביאה לא קני וא"כ מאי וכן מי נתלה במי לא קטן בגדול:

ואני בעניי לא ידעתי כל הטורח הזה למה לחלוק עלינו את השוים שהרי כל הפוסקים כן סתמו דבקטן דבעל צריכה גט ולא זו בלבד אלא דהר"ן ז"ל ס"ל דבמלוה מקודשת מספק ובקטן בודאי ועיין באחרונים מ"ש בזה ולדעתו ולדעת ה"ה ז"ל הרמב"ם ס"ל דבמלוה מקודשת ודאי ואנו נאמר דלהרמב"ם בקטן אין כאן קידושין כלל ונמצא אני מבריח דעת הרמב"ם מדעת הר"ן מקצה אל הקצה וכ"כ מפני שהרמב"ם השמיט קטן שבעל ולענ"ד אין זו קושיא כ"כ דהא נפקא מכללא דמקדש במלוה ופחמש"פ בק"ו ובברייתא לא הביאו אלא משום סבלונות ע"ד שהביאו מתני' דקידושין א"נ לאשמועינן כוחי' דר"י דס"ל דלא קני משא"כ הרמב"ם דלא כי רוכלא ליחשב וליזל וזה דרכו בכמה מקומות כ"ש דכבר נקט מדוקי' דסבלונות ג"כ ואי לא הוי גרסינן קטן בהך ברייתא כמו שעולה ע"ד מעלתכם כ"ש דהוי ניחא טפי אלא שבדקתי בתוספתא ובירושלמי ובכולהו גרסינן לה ואין ראיה מחידושי הריטב"א שקיצר בלשונו וכן הר"ן ז"ל הביא תוספתא זו בקידושין ומיניה שקיצר דהא סיים בלשון רבים ובריטב"א מוכח גם כן דהך לא עשה ובעל ט"ס שסיים גם כן קנו ולא קנו. עכ"פ נלענ"ד דהרמב"ם שוה דעתו לדעת כל הפוסקים וממילא נפקא ליה מאינך. ומזה נלפע"ד סיוע לדעת הר"ן וה"ה ז"ל לדעת הרמב"ם ובפחות משוה פרוטה דהוי קידושי ודאי לפי מאי דס"ל דבקטן הויין קידושין ודאי ודוק. מה שא"כ אי ס"ל קידושי ספק הו"ל להביאו ודוק. ומכ"ש לפי דברי באר יעקב דסובר אביי דלאו אכולהו קאי הך דואם בעלו קנו א"כ ה"ה לענין זה כו' דברי הב"י לא ידענא אמאי אתאמרו אמנם הא דזכין לא שמיע לי דהא בהך ברייתא בעלו תנן ולא ימעט מרבים שנים וכיון דלרבה פרושי קא מפרש אם כן אין כאן כי אם פשמ"פ וקטן וממילא מוכח דגר סימן קטן וא"כ מנ"ל למימר דאביי פליג ועל החלוקים אנו מצטערין כו' ומ"מ כל האריכות בזה ללא יועיל לנ"ד כאשר כתבתם גם אתם דהא נשואין הוי ובזה ודאי לא יעלה על הדעת לומר שלשם זנות הוא בועל עם היות שמה שכתב בספ' תורת יקותיאל דהרמב"ם נמי מודה בשנת י"ג ליתא כמו שהבאתי לעיל מפרק י"א ומ"מ לענין זה ודאי דלא גרע מכולהי הני דקדושין פמש"פ וכיוצא בהן האמת שאם באנו לדין ודאי שהיה נראה לכאורה דכלהו הני דקידושין טעות המה לבד קידושי ספק אפילו בבעיל דלא אלים כ"כ גבייהו הסברא דא"א עושה ב"ז דלפי הלשון בהרמב"ם משמע דטעמא משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא והיינו כששניהם שוין לפניו וזה נכון גבי נתגרשה ולנה עמו בפונדקי דלא קא מפסיד מידי דכבר אסור בקרובותיה ובביאה אירוסין עושה

ואינה מתחייב לה בכתובה וכן גבי קטנה דאסור מיהת מדרבנן משא"כ היכא דמיתסר בקרובותיה וכ"ש דהיכא שעושה נשואין כגון בקטן לדעת הפוסקים דמחייב בכל עיין בה"ה גבי קטן שהשיאו מאן לימא לן דאלים האי סברא למימר דבעיל לשם קידושין ונשואין זכר לדבר דאמרי' חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ושרי' לה לעלמא ולא לענין ממון. והיה נראה ג"כ לחלק בזה בין כנס לבעל אלא שיש לעי' בזה הרבה שם בגמרא והרבה יש לי לרצות בזה מ"מ למעשה אין לנו לחפש לסתור דברי הראשונים ז"ל וכבר אמרו ז"ל חכם גדול אתה שקיימת דברי חכמים וכבר הסכימו כולם שכה"ג כל דבעיל הרי הוא אשתו גמורה אלא שכבוד מעלתכם פלפלו בחכמה דהאידנא שרבו הדעות איכא למיתלי הטעות שטעה בדברי ר"י ברזילי או ברש"י הובאה בש"מ או בשאר דברים כיוצא בהן וא"כ בהני מילי דאיתאמרי בגמרא נמי נימא הכי בכמה מקומות ודעת לנבון נקל:

ובאמת יש לדון הרבה בהך מילתא דלאו כ"ע דיני גמירי כמו שהביאו מעלתם מהש"ך סימן ך"ו סעיף קטן ך"ה ועי' עוד שם בכנה"ג סימן פ"ב הגהות הטור אות ע"ז ו סימן ע"ט הגהת ב"י אות והדברים יגעים מ"מ המורים לדעת דא"א לתלות להקל בטעות הבא מרוב חכמה בא בטעות שדרך בני אדם לטעות לפי פשוטי הדברים וכמ"ש הר"ן ז"ל דרוב העולם פשיטא להו דאין מעשה קטנה כלום וכן בקטן ולקמן בעזה"י נדבר עוד מזה. מה שיש לעי' בזה. ומה שהאריכו אמנם בתשובות פ"מ ותשובות הרדב"ז איך שייך חזקה זו גם באשה הנה אז כאשר התחלתי לעי' קצת בדברי מעלתכם פשפשתי בגוף התשובה לפום ריהטא ולא מצאתי ומדברי הרבנים המביאים תשובת פ"מ נראה דלאו בפירוש איתמר אלא מכלל ובאותו מקום שהביאו משמועותיו לאו בתנאי מיירי וכעת אין ספרי אתי כי לא חזרו עדיין מן המקום אשר שלחתים שמה עת צאתי ופלפולא אריכא דמעלתם מעלי לגברי דכוותייהו אשר זכו להיות מן השולחן אשר לפני ה' ואותו תעבודו אבל מה יעשה אנוש כערכי עבד עם ה' אלה ותחת משאו רובץ ודאי אי דייקי' כולי האי לא תנינן מ"מ לא אוכל מלט מלעי' קצת והנה בדברי הרמב"ם הללו עוד יש דברים בגו כאשר פלפלו לקמן גם המה עוד רבות עמדי האמנם בלא"ה גוף דברי ה"ה ז"ל צ"ע דודאי עיקר טעמא של הרמב"ם משום דלא שביק היתרא וניחא לי' למעבד מצוה במקום עבירה וא"כ מה לי דרבנן מה לי דאורייתא ולדבריו מה יענה גבי קטנה דאין כאן שום עבירה הן אמת שכפי הנראה מדעת מעלתם דלכי גדלי פקעי קידושין דרבנן לא נהירא לענ"ד דא"כ אף אין אוסרין אותו לבא עליה כ"א לשם קידושין וצריך הוא ליחד עדים לזה ולא שמענו ולא ראינו לאחד מהפוסקים שיכתוב כזה ובאמת לענ"ד הסברא

בהיפך מדברי הפ"מ והרדב"ז דודאי איהי חוששות טפי ולאו משום איסורא אלא כי עיקר הזנות עליה ובשם זונה תקרא וחרפתה לא תמחה ושמא תתעבר ותלד משא"כ הוא מחה את פיו ואמר לא פעלתי און. וכ"ש בנתיחד עמה לבד. ועכ"פ איהי פגומה וחרפה היא לה וכלימה גם מה שרצו לומר דנשי לאו דינא גמירי ולא שיש איסור בדבר בודאי לענין גוף ביאת זנות ליתא כי הלא נכריות מחשבת ליה לאיסורא וכ"ש בנות ישראל הצנועות ואי לענין אלו הקידושין פסולין הקודמין כבר האריכו מעלתם דלפי דעת הפ"מ והרדב"ז צ"ל דאיהו אומר לה בפירוש לשם קדושין וא"כ מהי תיתי שהיא תוכן לשם זנות ואדרבא איתתא בכל דהו ניחא לה גם מה שהאריכו לפרש הסוגיא העמומה לכל רבותינו בהאי דאפילו שניהם מודים צללתם במים אדירים ובקשם למתקם ועדיין נשארה בקושיא כולה כמות שהוא דאין כאן ענין לחוב לאחרים והסברא שכתבתם בזה אחרי המחילה אין דעתי סובלתן. גם דברי התוספות שהבאתם לזה לדעתי אין מתפרשים לי כאשר עלה על דעתיכם אלא אמרו התוספות ז"ל שאע"פ שאמרי' שלשם קידושין נתכוונו אנו אומרים דלשם מתנה יהבינהו אלא הכי קאמרי דבשלמא התם שגוף המעשה אינו אוסר אלא שיתכוונו לקידושין איכא למימר דגזרת הכתוב הוא שלא יועיל כונתם והמעות מתנה וה"ה הביאה ביאת זנות משא"כ הכא שהמעשה אוסר וזה פשוט וברור בכונת דברי התוספות ז"ל לפענ"ד. ואפילו לפי דבריכם על דרך זה ואופן זה צריכים להתפרש וכל זה בתר דקי"ל דאפי' שניהם מודים ואפי' בע"א אינם קידושין משא"כ בההוא סוגיא דמקשינן אי מה להנן כו' הקושיא במ"ע דמנ"ל למימר כי סברא ואילולא דברי התלמיד דמשני משום דחב לאחרים היה אפשר לומר סברא אחרת אלא שאין לנו לבדות סברות מלבינו ותו כיון דקי"ל דברי' שבלב אינם דברי' ואילו ראתה אלינו ואמרה דלא היה בלבה להתקדש הרי הם קידושין גמורין וא"כ מה לי בע"א מה לי בשני עדים מה לי בפ"ע ועיקר הקושיא שהקשתם ליתא דודאי למאן דס"ל דחיישי' לקידושי א"ע ע"כ ס"ל דאע"ג דילפי' דבר דבר מממון כיון דקם הוא לשבועה נהימניה וכ"ש בששניהם מודים ובדאורייתא ודאי יציאות כי הדדי נינהו ואי מהמנינן לע"א בביאה ה"ה בממון והיינו דמקשי אבייי מההיא ואין להאריך ובאמת לדעת פוסקים דס"ל דאין נשואין לקטן כלל וכזנות מחשבינן ליה כדכתיבנא לעיל בפשיטות היו יכולין לומר בנ"ד ל"ש חזקה לגבה כיון דקידושי קטן ודאי כמאן דליתא דמי ולא תקינ' ליה רבנן נשואין כלל א"כ מתרצית זו מתחלה לביאה שלא לשם נשואין ופקע מינה חזקה זו כיון שכבר היא גדולה והפקירה עצמה לגביה דאי בעי שלח לה כזונה דעלמא ואפילו לדעת המתירין בסמוך לפרקן ולא משויה ליה לזנות מכל מקום יש לחלק ויש אתי להאריך בזה עוד. אלא שאין רצוני בזה

דלא שמיע לי ולא סבירא לי כלל שתהא נאמנת בזה כלל ולמשוי להאי גברא רשיעא עד מה ששיערו חז"ל ואנן סהדי דאי אמר לה לשם קדושין מתרצית היא בכך כדכתיבנא ואפי' בפריצות אמרו כולן מזנות ותולות בבעליהן:

אמנם מ"ש שארי האח נפשי הגאון דק"ק פראג יע"א דאפשר דדיבור' משוי ליה ספיקא לומר שלא נבעלה זה נלפענ"ד נכון. ובתשובה אחרת שהשבתי על אשה שטוענת על בעלה ישען על ביתו ולא יעמוד כתבתי דאפשר בבתולה שטוענת כיוצא בזה ואומרת שעדיין בתולה אני איכא להאמינה טפי דלא מנוולא נפשה לגבי בעל שני ואפילו בבוגרת מ"מ אית לה טענות דמי' לפי רוב הפוסקים ועינינו הרואות. ואע"ג דגבי נשואין אפילו בסהדי אין לה טענות בתולים מ"מ ניוול הוא לה וחרפתה לא תמחה וכ"ש בנ"ד דאפשר שאם לא ימצא לה הרי נספקנה בא"א ותשאר אסורה לעולם. ויש להאמינה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה ולענ"ד סברא גדולה היא ומה גם דבלא"ה הרבה בני י"ד וט"ו שנה שאינם יכולין לבעול הבתולות וכיון שלא מצינו דין זה שאם נתייחדה בכיוצא בזה בגמרא בהדיא יש לסמוך. הגם דבאיש עם אשתו ודאי לא צריכין לזה דודאי בעיל דהא אמרי' דניזל בתר רובא דרוב נשים מתעברות ויולדת ולא מחשבינן לביאת ספק כלל אלא שזה תלוי בדעת הרא"ה וש"פ שהביאו לקמן. ומה שחשש שארי הגאון הנ"ל דילמא הערה בה ולאו אדעתיה. יפה השיבותם בזה:

ועוד אני מסתפק מעודי במאי דכ' בש"ע דאם הערה בה ופירש מיד קנה ואמת הוא שכ"כ הרא"ש והריטב"א אמנם דעת ה"ג כמו שהביא ה"ה וריב"ם בתוס' משמע לכאורה דדוקא אם קודם ביאה אמר שרוצה לקנות בהעראה ובאמת צ"ע דנהי דאיהו כיון דפירש מיד אמרי' דדעתו לקנות אבל איהי מנ"ל דנתרצית בכך דמסתמא ודאי גם דעתה על גמר ביאה וגם בדידיה צ"ע דילמא חזרה הוי ויש לתלות ענין זה בסוגיא דהוכיח סופו על תחלתו ודוק ומה שיש לעי' שם אין להאריך כאן. ומיהו יש ליישב דהכל תלוי בטעמא דא"א עושה בב"ז ובשפירש מיד ולא גמר ביאה אנו אומרים כיון דאי לא קדיש לה הרי העראה זו ביאת זנות היא דהעראה כביאה לכל דבר וכ"ש להרמב"ם שמחייב מלקות בביאת פנויה וכמו שהאריכו מעלתם בענין זה א"כ מעמידין ליה בחזקתו שמתחלה היה דעתו לכך והרי הוא צדיק לפנינו מ"מ אין כאן ראיה ברורה לזה וכיון דנקטו פוסקים הללו כשאמר בפירוש ולא נקטו סתם כשלא גמר (ובאמת לישנא דהרא"ש והטור קשה קצת) מנין לנו לומר שאף זה כן דודאי יש לחלק ואי משום דא"כ הדרא קושית הריטב"א והרי"ף לדוכתא דאמאי לא אמר נ"מ שפירש מיד אפשר לומר דנהי דבעל אבעיין אה"נ דהכי ס"ל דאי פירש ולא גמר דודאי קנה משום דהעראה הוי פשיטא ליה דלחודא קנה

מההיא דיבמות וגמר ביאה מספקא ליה הקנין באיזה זמן אתי כיון דחזינן דבעיל ודעתו עליה משא"כ לרבא דס"ל להנך פוסקים דכל הבועל דעתו על גמר ביאה ובאמת שהיה קצת דחוק בעיני שתירץ זה אינו מספיק כ"כ אלא שלשון הפוסקים דוחקני ולא נתנני הזמן לעי' בזה דלא הוי צריכא להלכה ולמעשה:

ועתה שמתי אל לבי לדבר ופשפשתי קצת ומצאתי לי רב וחבר ה"ה מהר"י טראני ז"ל בחדושיו ותירץ קושית הריטב"א בעומק שכלו ועי' במל"מ פרק י"ז מהלכת א"ב (ומ"ש שם בשם הרשב"א וריטב"א דאמאי לא קאמר נ"מ שמת מיד לאו שחזרו בהן אין דבריו מובנים לי ובהרשב"א והריטב"א לא מצאתי ואדרבא ההיא דמת קשיא לכולן) ואין להאריך בזה שדי בהערה זו להעיר אוזן דבגוף דין העראה עדיין ספוקי מספקא לי טובי וכ"ש בנ"ד שאין לחוש לזה כלל:

ומה שהאריכו מעלתם בענין העדים עם היות שכבר רמזתי בזה ג"כ לשעבר בתשובה אחת לתלמידי הרב הגדול מוהר"ר מאיר כ"ץ נ"י אב"ד דק"ק לאבשין מ"מ לענ"ד הא מילתא צריכה רבה וצילותא כיומא דאסתנא ולדעתי שפנים לכאן ולכאן בכמה מקומות בתלמוד ושפיר חזיתו מדברי רמ"א ב סימן ך"ז ונלמד מתשובת מהר"מ בתשובת מיימוני סימן ד' וכן במרדכי פרק המקדש ומאי דקשיא תשובת מהר"ם אהדדי. והאמת יורה דרכו לענ"ד דס"ל למהר"ם ז"ל דכל שהעדים ראו מעשה שלם אלא שאנו באים לדון אם המעשה הוי קידושין או לא אין אנו משגיחין בכוונת העדים כלל אף על פי שהם חושבין שאין זה לקידושין או שאינו ראוי לקידושין וכיוצא בזה לא איכפת לנו בזה כלל משא"כ אם בגוף המעשה לא ראו העדים כלל שנגמר המעשה כראוי אז אינם קידושין וזה הוא החילוק בין ההיא דסימן א' לסימן ד' ואה"נ אם היו אומרים העדים אנו ראינו שנפל הטבעת במקום פלוני והם עמדו במקום פלוני ואין אנו יודעין אם מקום נפילת הטבעת קרוב לו או לה ועכשיו אנו רואין שהוא קרוב לה הרי זה מקודשת לדעתי לכ"ע. וכן דפחות מש"פ שכתב בד"ז הגאון ב"ש ז"ל שהבאתם. וגם מה שכתבתם בשם הגאון אב"ד דק"ק פראג בענין גזל לדעת מהר"ם איני מודה בזה כלל. וגם מדברי הר"ן שהביאו מעלתם בסוגיא דהן הן שלוחין וכן מש"פ לכאורה עם היות דודאי פליג על ההוא דתשובות מהר"ם דסימן ד' מכל מקום לא מוכח כי אם מידי דתליא בהודאתם מה שאין כן מידי דלא תליא בהודאתם והדבר צ"ע מכל מקום לענ"ד ההיא שמעתתא גופא דדבר ברור דמינה ילפי דבעינן דוקא עדים עמומה בידינו והבו דלא לוסיף עלה ומהגם דלענ"ד הך שמעתתא דע"מ שאני כהן לפי מה שפירשו בו הרשב"א והרא"ש מסייע למהר"מ אלא שיש לחלק היכא שהם יודעין לאין העדים יודעין וכמ"ש הרשב"א בתשובה. ויש לי

להאריך בזה אלא שהדברים צ"ע בכמה מקומות לשדד עמקים וצריך גוף בריא ולב שמח וזמן פנוי מכל עסקים ובעונותי לא מצאתי מאחת מהנה כי מזגי חלוש ולבי בקרבי המס ימס מכמה פגעים ומרוב הטרדות המבהילות תורה מונחת בקרן זויות לבקרים אבחינה אפקדנה לרגעים ולפעמים לחדשים לא אבקר וסעיפי נעים ונשכחו הראשונות ונעשו קרעים לבד לה' עיני צופות יצילני מצור מכשול ומאבן הטועים וכבר שטטו עיניכם בכמה מקומות שיש לעי' בזה. ומ"מ בנ"ד ודאי היה מקום להתיר שאין כאן ע"י לפנינו ואם יהיה לפנינו מי יודע עם יעידו כראוי כמו שהארכתם אתם בזה. אבל באמת אגיד כי אני חושש מאוד לדעת הרא"ה והר"ש בתשובות מיימונית:

והנה מעלתם האריכו לבאר מ"ט דהחולקים על הרא"ה ולענ"ד הדברים פשוטים אם אנו באים לידון מצד הסברא דהך סברא אין אדם עושה בעילתו ב"ז היינו דוקא כשהעדים לפנינו דאז נזכר לעשות בעילת מצוה ולקדש וביותר לפי מה שהטעימו הראב"ד ז"ל שאין דרכן של בני ישראל בכך משא"כ כשאין העדים לפנינו אינו נזכר כלל בזה ואף שהוא לעשות צרכיו נכנס וכ"ש בהכניסה לו ע"ד מנהגו הראשון הוא בועל בלי משים על לבו וסברא זו ודאי פשוטה ונכונה לכל רואי שמש. ובאמת לפי הסברא הפשוטה לא היה לו להועיל כלל בנדון זה דאטו בכל עת שמתיחד האיש עם אשתו הוא בועל אותה וכן כתבתם בשם ספר תורת יקותיאל ומעולם נצערתי על זה ועוד דלשמואל אפילו בפני עדים אמרינן דעל דעת קידושין הראשונים הוא. ונהי דלא קי"ל כוותיה מ"מ אנן נאמר שאפי' היחוד אינו עושה ע"ד קידושין הראשונים אלא שבועל ומכוין לשם קדושין. וזה גרע טובא מהאי דרא"ה דהתם מיהת ודאי בעל שכן דרך איש עם אשתו דלא חשבינן להו אפי' מידי דתליא במעשה משא"כ דנאמר דבעיל האידנא ומ"מ ס"ל להנך פוסקים כיון שהם מתיחדים בפ"ע והדלת סגרו אחריהם יש לנו לומר דעל דעת כן נכנסו משא"כ התם אע"ג דודאי בעיל לא יהיב דעתיה כלל אקידושין. אפס דלישנא דסתמא דגמרא משמע כדברי הרא"ה ז"ל האמת שמצד הסברא הוא דחוק דל"ש ענין עדות דליכא מאן דידע אימת בעיל ולא דמי כלל להההיא דיבמות שהבאתם גם ההוא דכתובות שכתבתם מדברי רש"י וכמדומה שלפי מה שעולה זכרוני כבר הרגיש בזה בספר בני יעקב על העיטור וספרי אינם עמדי עדיין מאז הלכתי בדרך נחני ה' דהתם לא בעינן עדים וכמו שכתב התוספות גבי ההיא סמיא אליבא דאביי מה שאין כן היכא דצריך עדים. אלא דעל כל אלה לישנא דגמרא גבי קטנה דקתני הגדולה סתמא משמע ובברייתא קתני וגדלה אצלו משמע כסברת הרא"ה והריב"ש ז"ל עצמו בתשובה אחת כמו שרמז לזה בב"ש סימן ל"א נקט בפשיטות כוותיה וכן מסיק הב"ש סימן קנ"ה סעיף קטן ל"ב. ואפשר לומר דאפילו

החולקים על הרא"ה והר"ש ע"כ לא פליגי אלא בקטנה דהא איכא מיהת קידושין דרבנן ולכן דיו שנאמר דאי איכא גלוי מילתא דמתכוין ובא עליה האידנא בפני סהדי אמרינן דלשם קידושין בעל אבל בסתם בעולות אף על גב דכ"ע ידעי דבעל והדר בעיל אמרינן דע"ד קידושין הראשונים היא בעל משא"כ בקטן שאין כאן קידושין כלל מסתמא מיד יהיב דעתיה לקדש כל הקודם האפשרי ודבר ידוע הוא והוי כאילו כ"ע סהדי שקדש:

ואלולי דמסתפינא אמינא דהך מילתא דקידושין בסהדי מג"ש דדבר דבר הוא כאותן שמסרו הכתוב לחכמים ובאמת לפי משמעות פשטות הגמרא משמע דעיקר דבעינן עדים הוא משום דלא מהמנינן דהוי כחב לאחרים מה שא"כ אלו הוין יודעין בבירור דסמכו דעתייהו ומקדשי הווין קידושין ולכן כל שאנו יודעין בבירור ששערו חכמים שקדשה אין צריכין להעדים כלל ובזה היו עולים דברי הר"ש והרא"ה יותר מרווחי' אלא שמתירא אנכי להכניס ראשי בזה האידנא ודברי רמ"א שהביאו מעלתם מסימן ל"א נראה שהם כדעת הרא"ה ולא ידענא אמאי נדחקו רבנן בהא וכן משמע בב"ק ודוק ולענ"ד עוד ראיה לדעת הרא"ה מדלא אשמועינן בשום מקום גבי קידושין קטנה שצריך לכתחלה מיהת להתייחד בפני עדים כי היכי דליהוי קידושי דאורייתא דהא אית ביה משום מצוה ודאי מדאמרינן דאיהו חושש לזה ועיין בתשובות מיימוני סימן י"ד שמביא ראיה כעין זה ויש לעיין בזה הרבה דלדעת הרמב"ם יש לחלק בין קטנה לקטן והדברים ארוכים ומתוך דברי מעלתכם ראיתי שעולה על דעתיכם דכל שהוא נשואה אצלו אינו מועיל עד שיבעול בפני עדים דעל היחוד לא הסכמתם מצד הסברא שאין שייך יחוד בכנוסה וסברת הרא"ה דחיתם כפי דעת הריב"ש ב סימן ו' וזה מבואר היפך מכל הפוסקים לענ"ד וכולם שהביאו יחוד משמע דלא שאני להו בין כניסה לארוסה וכן מוכח מדברי הריב"ש בהדיא ואין אנו יכולין לחלוק עליהם מסברא ולדעתי יש ג"כ להביא ראיה קצת מרש"י במסכת נדה פרק יוצא דופן דף מ"ה ואין להאריך:

ובענין נאמנת האשה כבר כתבנו לעיל ויפה הבאתם מהירושל' סיוע לש"ג שהביא הב"ש ב סימן קמ"ט ואני מוסיף בה שכן מוכח בהדיא לדעת רש"י ז"ל דאפילו לאחר שלשים יום אם שניהם מודים שלא בעלו די בחליצה שכ"כ היא אומרת לא נבעלתי והוא אומר בעלתי אע"פ שחזר ואמר פירש"י דלאחר שלשים יום הוא נאמן וכן הנהו שניהם מודים פירש"י שאמר בעלתי וחזר ואמר לא בעלתי אלא שיש לעיין הרבה בשיטת רש"י ז"ל בזה. וגם בדברי הפוסקים ז"ל ומ"מ הריא"ז גופיה תברא לגזיזיה שכתב בהך סוג' דלאחר שלשים יום אפילו שניהם מודים אינם נאמנים להקל וא"כ כ"ש בנ"ד ששהו כמה שנים גם מה שהבאתם מדברי מהריקו"ל ז"ל ב סימן ע"ב יפה הבאתם. ובלינדרש כד

הוינא טובא בעניני החזקות במחלקות שהיה לי עם הרב בעל שושנת יעקב על אודות השוחטין ושם ביארתי דדבר ד' אמת בפי' מהרי"ק ז"ל עם ש"ש לפקפק על איזה ראיות וגם יש לדקדק קצת בדבריו אלא דמ"מ נראה דכל הני חזקות כעין רובא נינהו דודאי מה ששיעורו חכמים היינו על רוב ב"א וכל היותר הצד שכנגדו הוא מיעוטא דמיעוטא וא"כ אפשר ה"ט דמהימנא היכא דטוענת ברי ואין מי שיכחישנה דלהאי מילתא לענ"ד רובא גרע מחזקה כמו שהארכתי בתשובתי הנ"ל ואע"ג דבכיוצא בזה בחזקות אלו שהביא מהרי"ק ז"ל מוציאין הממון מחזקתו אפילו בהדי טענות ברי יש לחלק בזה אלא שזה עדיין צל"ע. ועוד דניהמנה במגו דאי בעי אמרה אינו יכול דל"ש הך חזקה ועיין במ"ש התוס' ריש ב"ב ומ"ש עליהם מהרי"ט בתשובותיו חלק אהע"ז סימן כ"ח וכעין זה כתב הרב בכללות והביא ראיה דאמרינן מגו במקום חזקה לקיים חזקת הגוף ע"ש. ועיין בש"ך דיני מיגו סעיף י' ודבריו צל"ע וא"ל דהא דמהימנינן לה באינו יכול היינו מטעם דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה (וכ"ש לפי מה שתירצתי אני בעניי על קושית התו' דליכא העזה כלל ומצאתי און לי מחדש שנדפס תשובות הרשב"א ז"ל ח"ג) דשאני התם דבעי לאפוקה נפשיה מיניה הוא דצריכין להאי טעמא משא"כ הכא דודאי אלו טענה אינו יכול כיון דנסתלקה החזקה שאין אדם מעמיד עצמו ודאי דמהימנא לאחזוקי נפשה בחזקת הגוף ואם כן השתא נמי נהימניה במגו אלא דגוף דברי מהרי"ט הנ"ל צ"ע דכל מאי דאייתי מהנך דאין מוציאין ממון במגו במקום חזקה משום דממונא היכי דתיקום תיקום היינו משום דלא איפשט איבעי' דמגו במקום חזקה בריש ב"ב כמ"ש הפוסקים ז"ל אבל להתיר האיסור מנין לנו. ואדרבא מצינו בנ"י בהאי ענינא דיבמה שכתב דבאיסורא ודאי לא אמרינן מגו במקום חזקה כלל ולא מספקא לן בהא ובס' יבין שמועה למהר"ש אלגזי ז"ל כתב שהר"ן תירץ על קושית התוס' שהקשו מההוא דיבמות משום דמיגו במקום חזקה גבי איסורא ודאי ל"א ע"כ ואחריו נמשך בעל כנה"ג בכללי מיגו ואני תמה דמה ענין קושית התוס' לאיסורא דמאי איסורא נפק מיניה אי כייפינן ליה לחלוץ ובאמת שלא העתיק קושית התוס' ז"ל ככתבם וכלשונם וכן בס' כנה"ג ואולי הוא כן בחידושי הר"ן ז"ל ביבמות הבלתי מצויה אצלינו. ואפשר דהר"ן ז"ל אנקטיה ליה באופן אחר ממה שהקשו התוס' דהתוס' ז"ל אקשו ממתני' ואיהו אפשר דאקשי אסיפא דברייתא דצריכה גט וחליצה דלמה צריכה גט ואהא משני שפיר דבאיסור ודאי לא אמרינן מגו במקום חזקה וקושית התוס' ז"ל אפשר דמתרציה ליה כענין תירץ מהרי"ט ז"ל בתשובותיו הנ"ל ויהיה מה עכ"פ מוכח דבאיסורא ל"א מיגו במקום חזקה ולהכי לא אקשו התוס' ז"ל מגט. והא דלא אוכח הר"ן ז"ל בלא"ה מקושית הנ"י י"ל אפשר דס"ל

כפירש"י ז"ל ע"ש בנ"י וכן בחדושי הרמב"ן ז"ל לפירושא דס"ל עיקר ע"ש דבאמת לאידך פירושא בלא"ה קשה טובא מ"מ קשיא למהרי"ט ז"ל:

אמנם לכאורה היה אפשר לתרוצי דהא דאיבעיא בב"ב היינו משום דאיכא חזקת ממון בהדי מגו משא"כ התם דחזקת הגוף איתרע לה מיד כשכנסה שע"ד כן נכנסה כמו שהביאו ג"כ מעלתם כעין זה. משא"כ בנדון דידיה דס"ל דחזקת הגוף קיימת אלא שקשה הדבר מאוד לומר דהתוס' ז"ל לא הרגישו בזה וצ"ל דס"ל דבהא לא מיקרי איתרע חזקתיה. או והוא העיקר לענ"ד כמ"ש אא"ז בתשובה הנ"ל דהכא חזקת ממון גרוע ועומדת אחרי שכבר נתחייב לו ונימא חזקה לאידך גיסא ויש להאריך בזה מ"מ קשיא לי דברי מהרי"ט ז"ל דנקט מספיקא דממונא לאיסורא והרבה יש לעיין בזה גבי תרי ותרי. סוף סוף בנ"ד למאי דאסקי מעלתם לסוף כיון דנתייחדה איתרע לה חזקת הגוף א"כ אין כאן מגו דליתא למגו במקום חזקה דאיסור כדמוכח בהנ"ל. הן האמת דלפי מה שתירצתי אני בעניי קושיית התוס' ליכא לאוכוחה מיניה מידי מ"מ לדברי התו' והמפורשים הנ"ל אי לית ליה מגו מ"מ עדיין אני אומר דיש לחלק בין ההיא דיבמות לנדון שלפנינו דהרי כבר כיילי לנו כל הפוסקים ז"ל דאין כל החזקות שוות והנה קי"ל דהרוב הבא ע"י מעשה לא רוב מיקרי וא"כ נראה דה"ה חזקה דע"י מעשה גרוע מחזקה שלא ע"י מעשה ועיין בתשו' מהרי"ק ז"ל שורש קכ"ט זכר לדבר בענין האומדנות ודברתי בה בעזה"י בארוכה בתשובותי' הנ"ל וא"כ אף אנו נאמר דנהי דאוקמי רבנן אחזקה דאין אדם מעמיד על עצמו נראה דהיינו כמ"ש רבותינו בעלי התוס' ז"ל ביבמות דהאי לאו מעשה מיקרי כמ"ש לעיל והיינו על חזקת ביאה סתם דיצרו תקפו משא"כ בביאה שקידש בה אפשר דמיקרי מעשה טפי וקילא ליה חזקה ושפיר מהימנא משא"כ ביבמה דכל ביאה קונות בה וביאה סתמית לא מיקרי מעשה אלא דלפ"ז נפקי לן חידוש דין גבי קטנה וכיוצא בהן. ואפשר לחלק בין נתייחדה עמו בעידיו וע"ד החולקים על הרא"ה והדברים ארוכים וא"א להעלות על המכתב כל אשר ברוח בדבר הזה מ"מ נלענ"ד דמידי ספיקא לא נפקא כ"ש בהדי הני צדדים שנתבארו דאיכא צד להאמינה ומה גם דהא מילתא דאמרו בה רבנן שיחי' דהיכא שהיא אומרת שלא הניחה א"ע מפני הצער דאין כאן חזקה טובה הוא בעיני אפשר דהוי ליה כטענת אינו יכולה ממש דאי הוי ליה כח גברא שובר הדלת ונכנס בטרם בא חכו לה והא ודאי עדיפא דהאומרת א"י אפשר דלא מהימנין לה כלל כא' מטעם העזה משום דהוי נגד הרוב והארכתי גם בזה בתשובתי הנ"ל משא"כ כאן דשכיח טובא דעינינו הרואות כמה וכמה כיוצא בזה כמ"ש רש"י ז"ל ולא ידענא אמאי צריכתו לחלק בין דורות הראשונים דאם כן הוי טען במורדת לענ"ד אין

אנו צריכין לכ"ז אלא דלא אייר' בין תלמידים כדלא איירי בטענת א"י לשיטת הפוסקים ז"ל ואם היינו צריכין לחלק היה אפשר לחלק באופן יותר נאה דאשה קרקע עולם וכי חזק הוא ממנה אמנם היכא דחפץ לבעול לשם קידושין לא סגי בלא דעתה ובראותו כי לא לרצון יהיה וירף ממנה:

שוב פלפלו הרבה בענין החופה והיחוד ובאמת הטיבו אשר דברו ובהרבה מדברים אשר הרגשתי כבר הן בדברי הריב"ש והן מענין הפילגש נשוא להאריך בענין זה גם להעתיק ממה שכתבתי כבר ועל הכל לא עלה בידי אלא שאין להוסיף על דברי חז"ל דקאמרי אין אדם עושה ב"ז ודי בחזקה זו דנלענ"ד לאו משום איסורא לחוד הוא (ואע"פ שכתבו הפוסקים זה סתמא) אלא שחוששש נמי לפגום זרעו כי ילדי זנונים נקראו ואפילו בפילגש לא רש' שנראה שכבר באותו זמן לא נהגו בזה וכדאמרינן בעלמא יאמרו זו אשתו וזו זונתו ודי לנו בזה ואין לנו להמציא חששות מדעתינו והבו דלא לוסיף עלה:

בענין הסימנים דנקטי להו מעלתם בפשיטות ולא רצו להעמיד בזה כלל מכח דברי שארי הגאון נ"י ב סימן ס"א ולדידי איכא למהווי בה טובא והדברים ארוכים מכל צד ותמצית הדברים בקיצור נמרץ אציע הנה. מה שרצה הגאון נ"י לומר דהשתא דקי"ל כמ"ד חוששין שמא נשרו הדר מוקמינן לשמעתתא קמייתא דרבא דבדיק ולא אשכח ומשום שמא נשרו וא"כ מוקמינן לרבא דאמר אינה צריכה בדיקה אפילו לחליצה הא ודאי בכדי נקטה כמו דהדר תבריה לגזוזיה משמעתא דבא סימן ועוד מדחיא הא מילתא משמעתתא דב"ב דבודקין לחליצה ע"ש בפלוגתא דרבינו חננאל והרי"ף עם היות שיש לדחות לפי דברי הרמב"ן שם מ"מ הרי"ף והתוס' משמע דלא ס"ל לתירוציה דהרמב"ן בנדה ע"ש וכ"ש אם נאמר דלכלהו ל"צ בדיקה שקשה הדבר מאוד לאמרו ואין להאריך גם מ"ש דהשתא מוקמינן לה דבדק ולא אשכח עם שכבר רמז לזה מהרש"א ז"ל וגם הראנ"ח ז"ל בתשובה סימן ר"ו ע"ש גם בזה יש לדקדק טובא. האמנם מה שהאריך לומר דעכ"פ נהי דלחליצה בעי בדיקה היינו מטעם דאפשר לברורי מ"מ היכא דלא אפשר תו לברורי סמכינן עלה הא ודאי צריכה רבה ואיכא לעיונא בה טובא. והנה הרב נ"י נחית לזה מכח דברי התוס' ז"ל בב"ב דסבירא להו לפי דעתו בפשיטות דאפילו להוציא ממון מועיל חזקה זו וכתב דהתוס' למדו זה מכח קושית הרמב"ן ז"ל בנדה דלמה ליה לרבא למינקט חזקה כלל הו"ל למימר חוששין והרמב"ן נדחק ליישב זה ולכן ס"ל להתו' דלהכי נקט חזקה לאשמועינן האי דינא עכ"ד הגאון נ"י והנה הלום ראיתי בספר מחנה אפרים והוא לאחד מגדולי הדור בזמן המל"מ אשר חזה ג"כ בכל דברי הרבנים והוכיח מדברי התוספות דס"ל דמוציאין ממון בחזקה א"כ ודאי דלא צריכין למיבדק אלא משום כללא

דהיכא דאפשר להתברר לא סמכינן אחזקה ואחר כך הביא דברי הרשב"א ודברי הרמב"ן כמו שהביא הגאון נ"י ג"כ גם דברי הרא"ש דפליג על התוס' בתשובה כלל ל"ג (עם היות דבעינן הוכחה מתשובות הרא"ש הביא הוא ז"ל בפשיטות ע"ש). אני בעניי שמעתי ולא אבין דהאיך אפשר דשתקי התוספות מחידוש זה שלא נמצא בש"ס ובשום פוסק ולא אסקיה ליה בשמעתתא כלל ובב"ב מקשו מיניה בפשיטות כ"כ ואי מכח קושיא זו שכתב הרב נ"י התם הו"ל לאסוקי למלתייהו ולאקשויי דל"ל לרבא חזקה זו ולתרוצי דהא אשמועינן. ולא עוד אלא שאני רואה דהתוס' בפרק בא סימן דף מ"ח ע"ב ד"ה ואב"א ר"י הרגישו בזה ותירצו ואשמועינן דחוששין לשמא נשרו ועיין במהרש"א בשמעתיה דיוצא דופן שהבאתי לעיל ודוק. ואפילו אם נאמר דלא כמהרש"א אלא דפליגי בין בבעל בין לא בעל וא"כ לכאורה למ"ד ל"ח ל"ל למינקט חזקה לענ"ד נמי לא קשיא דאי נקט סתמא חוששין ה"א דווקא היכא דבעיל משום דהוי ספיקא דאורייתא אבל בלא בעל לא קמ"ל אפילו היכא דלא בעל ומשום חזקה. אלא דלפ"ז מאי דקיי"ל מוקמינן ליה בבעל כמ"ש הרי"ף ודוק. הן דלישנא דאינה צריכה בדיקה עמום הוא בידי להך מ"ד ויש אתי עוד לתרץ בכמה גווני קושית הרמב"ן הנ"ל ואין להאריך מ"מ הך קושיא דחזקה מתרצה שפיר. ועוד אני אומר דבין למ"ד חוששין שמא נשרו ובין למ"ד לא חיישינן צריך הך מילתא דחזקה לגבי בעל דקיי"ל דמוחזקת בכך לכל העולם וכי בעל ודאי לשם קידושין בעיל דאי ספיקא הוי קרוב הדבר לומר דלשם קידושין הראשונים בעל דהא לאו איסורא עביד עיין ברמב"ן ז"ל גבי מודה ר"י בבעל ובאמת לכאורה יש לעיין כשהוא שתירץ הרי"ף על קושית ר"ח נדחק ליישב ולענ"ד לא צריכא דודאי שמואל לטעמיה דס"ל דעל דעת קידושין ראשונים הוא בועל ולדידיה אפי' בבעל מיירי וצריכה גט משני וא"כ הא דאינה ממאנת אפי' בבעל היינו מדרבנן וכיון שכן שפיר בודקין אותה ואם אין מוצאין שערות שפיר ממאנת דבדרבנן ל"ח שמא נשרו והא דאמרינן הלכתא כר"נ בכלהו היינו במאי דאשמועינן לאפוקי מר"י ואין להאריך עכ"פ ודאי שאין ללמוד מקושית הרמב"ן הנ"ל דין מחודש ועוד אפילו לדבריו מנ"ל להתו' למילף מיניה לענין להוציא ממון בהך חזקה דהא ודאי אתיא מכח רובא כמ"ש התוס' בנדה דף מ"ו ע"ב ובממון אין הולכין אחר הרוב ואף דבאיסורא נמי יש מקומות שלא הולכין אחר הרוב מ"מ אין ללמוד מאיסורא לממונא בענין הרוב ודוק:

והנה אור ישראל מהרי"ט ז"ל בתשובותיו ח"א סימן מ"א ונ"א אשר הביאו מעלתם החזיק מאד במעוז חזקה לבלתי הצטרפה אפי' לס"ס (עם היות שזה דחוק לענ"ד) ועם כ"ז בהגיע לד"מ בחלק ח"מ סימן צ"ח משמע דמיפשט פשיטא ליה דלא סמכינן אחזקה

דרבא להוציא ממון. ואני תמה מה חזו רבנן לחלק עלינו את השווין התוס' והרא"ש הלא הרא"ש בעצמו מביא ראיה לזה מדברי ר"י ז"ל והן הם דברי התוס' ז"ל דף קנ"ו דה"מ בודקין (וסוף דבריהם צ"ע קצת) ולפי דברי הגאון מחנה אפרים ז"ל ודעמיה שארי הגאון נ"י מוכרחים אנו לומר דהתו' ז"ל חולקין בעיסתן בפירושא דשמעתא בנדה מבלי גלוי דעת בשום מקום ואולם האמת יורה דרכו דמעולם לא עלה על דעת התוספות להוציא ממון בחזקה זו אלא דהתוס' ז"ל אדלעיל קאי שפירשו דאף אם בדקנו לו ומצאו השערות לר"ת חיישינן שמא לבנות היו והשחירו ולר"י תלינן בשינוי הגומות ואהא מקשה מה"ת לתלות בכך אחר שאנו מוצאין השערות כתיקון למה לא נאמר כן נמצאו וכן היו ומכח חזקה דרבא וה"ז כעין דברי הרא"ש ור"י לקמן וכ"ש שהרי היו שם ודאי שערות כמ"ש התוס' וזה פשוט וברור בפשט התוספות ובדיקדוק דבריהם לכל מעיין בצדק וכ"ש למאי דכתב התוס' לקמן בדבור שאח"ז דר"י נמי ס"ל חזקה דאין העדים חותמים ע"ש ועיין בתוס' בנדה מ"ח ע"ב ד"ה בשלמא לפני כו' גם דאליבא דאמת איכא לאוכוחי בהיפך דאין מוציאין ממון בחזקה זו דהנה ודאי עיקר קושיית התוס' לפום מאי דס"ד מעיקרא וא"כ קשיא לר"י גופיה והוצרך לדחוק עצמו דמירי שכבר בדקו ולא מצאו כמו שתירצו התוס' לפי פירש מהרש"א והגאון נ"י משא"כ לפי המסקנא דערער היינו דבני משפחה ואיפוך דר"י אמר ראיה בקיום השטר אם כן שפיר מתוקמי מילתא דר"ע כפשטיה ויש להבין מאי ראיה מייתי ר"י אטו מי לא ידע סברא דאין העדים חותמין וע"כ צריכין לדחוק ולומר כמ"ש הרמב"ן ז"ל בריש שמעתתא דעדים לא משגחי וסמכי אבי דינא דדייקי אבל אי ס"ד דמוציאין ממון בחזקה דרבא א"כ מאי מקשה ליה ר"י לר"מ דילמא י"ל דהתם מירי שלא בדקו מקמי הכי ומשום חזקה דרבא נחתי לקוחות לנכסים וכקושי' תוס' הנ"ל לפי פירושם א"ו דלא עלה ע"ד תוס' לומר דמוציאין ממון בהא חזקה לחודה. גם בעיקר פלפולו של שארי הגאון נ"י יש לי להשתעשע הרבה אלא שהדברים ארוכים ואין צורך בו לענינינו רק רגע אדבר במ"ש ליישב דברי הרמב"ן משום דס"ל דעדיפא מדברי הרא"ש וכסברת התוס' [דמוציאין ממון וקשיא ליה קושיית התוס' וע"כ צ"ל כתירוצם דמיירי דבדקינהו כבר ולכך הוצרך להעמיד במת מיד ע"כ תורף דבריו הנה מלבד מה שנתבאר דלית לענ"ד אף לסברת התוס' והתוס' לשטתייהו דעשויה להשתנות קאי משא"כ הרמב"ן לשיטתיה שם וליכא לאקשויי מידי קושית התוס'. עוד תמהני על הגאון נ"י דודאי הרמב"ן ז"ל לפרש קאי ולא לסתום ואיך לא הביא כלל קושית התוס' ותירוצם אין זה דרכו לרגיל בו בחידושיו. ועוד דהרמב"ן ז"ל בנדה מ"ח הנ"ל הביא ראיה מההוא דבני ברק דא"צ בדיקה לפני הפרק כדי לידע אח"כ אם הוא שומע ולפי דברי

התוס' דאיירי שכבר בדקוהו אין שום ראיה ע"ש. ובאמת אני אומר שאע"פ שהגאון נ"י נמשך אחר דברי המהרש"א שפי' דברי התוס' ז"ל בבדקו ולא מצאו ומיירי שמת מיד וכמ"ש הרמב"ן ז"ל עיין במהרש"א לענ"ד הדבר תמוה שאין זה במשמעות לשון התוס' כלל וגם איך שתקו התו' ז"ל מלכתוב כזאת שמיירי במת מיד ותו דהתם בפרק בא סימן הנ"ל הביאו ג"כ כמ"ש הרמב"ן ז"ל דלא בעי בדיקה לפני הפרק מההוא מעשה דבני ברק וא"כ עכצ"ל דלא מיירי שבדקוהו כבר וגם הרא"ש ורבינו ברוך בס' התרומה כתב כדברי התוס' הללו ואיך יהו כל הנביאים מתנבאים בסגנון אחד לבד מאותו תוספות דב"ב הנ"ל לכן נלענ"ד שאין פירוש דברי התוס' כמו שפי' מהרש"א ז"ל אלא דהתם כיון דבבן י"ח או בבן ך' מיירי כדמסיק התם ס"ל להתוס' ז"ל דכיון דכבר גדול כ"כ ולא חזינן בי' סימני גדלות כבשאר אנשים בזקנו ובאבריו לא מחשבינן ליה כגדול אף שמצאו שערות וסימן כראוי לאחר מיתה כיון דעשוי' להשתנות והכל הולך וסובב על הפי' בקושייתם שכתבנו לעיל וזה ברור ומדויק בלשון התוס' לכל שופט בצדק:

ומעתה אחר שסלקנו מעלינו ראיות בעל מחנה אפרים ז"ל והגאון בדורינו נ"י הי' נראה בפשיטות דאין לסמוך כלל על חזקה זו אפילו בדיעבד במקום שא"א לתקנן וא"א לבדוק לא מיבעיא לענין ממון דזו א"צ לפני' לענ"ד אלא אפילו לענין איסורא בדיעבד דליכא למיסמך עלה וא"כ אפשר לצרפה לס"ס. ומ"ש שארי הגאון נ"י לאלומי להך חזקה מיהת כחזקת איסור דהא בחזקת איסור לא ברירא לן אי ע"א נאמן וא"כ ה"ה נשים והכ' מהימנינן להוא אלא משום דאיכא חזקה ותמהני תנאי שקלית מעלמא וכי נעלם ממנו מ"ש הפוסקים דאפילו לקולא היה להם להאמינם משום מילתא דעבידי לגלוי שהכתב מוכיח והרי אמרינן בקידושין גבי מום שלף ואחוי לך אלא דמ"מ ר"י מחמיר דלא למיסמך אנשים אלא היכא דאיכא ג"כ חזקה דרבא וא"כ נ"ל דבחזקה כל דהו סגי וקצת משמע לשון רש"י כן שכתב דהנשים מהימני דאורחא הוא לאתויי ועכ"פ מוכח מדברי רש"י ז"ל דאפילו בדיעבד ל"מ חזקה זו ודאי דמהני והך בדיקה אינו אלא משום דאיכא לברורי וא"כ ודאי אינו אלא מדרבנן וה"ל לרש"י לפרש בפשיטות משום דהך בדיקה גופא רק מדרבנן בעלמא הוא ודוק. ועיין עוד שם ברש"י ד"ה ואב"א ר"י דמשמע קצת דטעמא משום דילמא לא בדקי יפה ולא משום נאמנות:

ולכאורה היה נראה להביא ראיה דבדיעבד אין חזקה זו מועלת דהא איכא פוסקים דס"ל דהיכא דאיכא טורח ל"צ למיבדק כלל אפילו לכתחילה כיון דבדיעבד שרי דסמכינן אחזקה עיין בי"ד סימן א' מה שהביאו בשם הראב"ן ועיין בספר תבואות שור וא"כ אי ס"ד דסמכינן אהך חזקה בדיעבד אפילו לכתחילה לא היינו צריכין להצטער ולבדוק

דודאי טירחא יתירה הוא ועיין בנזיר דף ק"ט דאמרי' חזו דקא מצטער לבודקו וכ"ש למאי דמוקמינן התם דנזירים אליבא דרבנן ודוק. ותו לדעת הרי"ף דחליצת קטנה אסורה אסורה רק מדרבנן ואפ"ה לא סמכינן עלה רק בבדיקה ואע"ג דכי נמי בדקינן לה אכתי ספיקא איכא דילמא נשרו (ויש לעיין בזה בחליצת קטנה בת מיאון). עוד יש להביא ראיה לכאורה מדלא משנינן א"צ בדיקה דיעבד אבל לכתחלה בעי בדיקה עיין תוס' חולין דף ג' ע"ב לחד תירוצא עוד זכר לדבר ממה דמקשי' בקידושין דף ט"ז והרי סימנים שאין להם קיצבה ויש לעיין בזה לדינא ואין להאריך:

ולכאורה יש להביא ראיה ג"כ מנדה מ"ה ע"ב אי דלא אייתי שתי שערות וכו' ומאי מקשי דילמא בלא ידעי' כאשר הרגיש בזה מהרש"א ז"ל ותירוצו דחוק אמנם לדידי ניחא דמתני' משמע ודאי ולא ס' ודוק. וכן יש להוכיח קצת מההיא דיבמות ס"ז ע"ב ס' הביא ב' שערות כו' ועיין בהרמב"ם פ"ו מהלכות תרומות דע"כ הך חזקה קלה משאר חזקות ודוק. וכן יש ראיה מדברי הרמב"ם פ"ב הלכה ט"ו הגם שהוא לשיטתו אלא שכל זה יש לדחות ובאמת לולי דמסתפינא אמינא דעיקר מלתא דרבא דאינה צריכה בדיקה משום דעבד להו אתאמרא דלא נימא דמדינא בעי בדיקה לדידן וא"כ אי לא משכחינן למיבדקה כגון שמתה אין הבעל יורשה דאף על גב דאיהו מיקרי מוחזק מדרבנן כיון דמעיקר דינא דאורייתא היורשים מקרי מוחזקים א"כ בספק גמור הדין נוטה לצד היורשים קמ"ל דכיון דאיכא נמי חזקה בהדה דחזקה הביאה אין אנו מצריכין בדיקה לזה האופן דאי מתה בעלה יורשה ועל היורשים להביא ראיה דלא הביאה ובזה מיושב הלשון היטב וממילא דינא הוא דלחליצה דבעי בדיקה היינו דאי לא בדקי' חליצתה פסולה למ"ד איסור חליצת קטנה דאורייתא:. ועכ"פ כיון דחזינן דהרשב"א בחידושיו כמו שהעיד הגאון המשביר ז"ל בשם רבו מהר"י בי רב ז"ל דאפילו בדיק אחר כך ואשכח לא מחזקינן ליה למפרע בגדול וכן הוא בב"י סימן ל"ז בשם הרשב"ץ שהביא ה"ר דורא"ן באורך וכמ"ש הב"י סימן מ"ג (ובמחילה מכבוד שארי הגאון נ"י שכתב שטעות נזדקה לפני הב"י כיון דחידושי ב"ב להרמב"ן הם אטו מי לא סגי דאינה חדושי רשב"א והמה בכתובים וכן הוא האמת שכן הביא חידושי הרשב"א מועתק בלשונו בר פלוגתיה דמהר"י בי רב מהר"ם אלשיך בתשובותיו ועם היות שאין הכרח כ"כ בלשונו כמו שדקדק עליו בס' כנה"ג מ"מ המדקדק היטב יראה שהדברים כנים וכן אודי ליה מארי פלוגתא מהר"ם אלשיך הנ"ל) וא"כ לדידהו נראה לכאורה בפשיטות דהך חזקה קילא טובא. הלום ראיתי בתשובות מהרי"ט ז"ל חלק א"ע סימן מ"ב שרצה להשוות בין דעת הרשב"ץ ודעת הרא"ש ז"ל וידעתי גם ידעתי שאין בי כח לחלוק אפי' על אחד מקטני תלמידיו מ"מ לענ"ד דבריו

נפלאו ממני ואין להאריך. ותו דאפילו לדעת הרא"ש היינו דוקא כשאנו מוצאים שערות עכשיו מחזקינן ליה למפרע מה שא"כ הכא דקאי בספיקא וא"א לבדקו ודאי דלא סמכינן עלה. וכן מוכח להדיא מתשובות הריב"ש סימן תע"ד הביא הב"י ב סימן קע"ב ולפ"ז שפיר היינו יכולים לצרף זה לספק אלא אי קשיא לי הא קשיא לי דחזינא להרמב"ן ב"ס המלחמות בריש חולין וכן הרשב"א בחידושיו שם שכתב בענין חזקה היכא דאיכא לברורי והביאו הך דרבא ומשמע לכאורה מדבריהם דהכא נמי לכתחילה הוא דבעינן בדיקה אבל בדיעבד מוקמינן אחזקה וזה סותר לדבריהם ונהי דההיא דב"ב הוי מתרצין לה דבממון דלא סמכינן ארוב משה"ה אפי' אייתי לא מחזקינן לה למפרע מ"מ עם חדושי הרמב"ן ז"ל בנדה אינו עולה כלל דאם כן מאי קשיא ליה למ"ל למימר חזקה הא טובא אשמעינן והדברים צ"ע לענ"ד עוד יש לכאורה להביא ראיה ממאי דקי"ל ביבמות דף פ' כרב שנעשה סריס למפרע ונחשב כגדול משנת י"ג ואילך והיה מסתברא דהיינו טעמא דהכא אגמרי' רחמנא דכל משנת י"ג הוא הגדלות תדע דהא באיילונית לקטנותה יצאת לבנר דנעשית בוגרת מיד משעברה עליה י"ב שנים ויום אחד ובהא לא שייך הך טעמא לדעת הפוסקים דאפי' הביא סימני בגרות בתוך ו' לא מהני אע"כ דשאני הני דכך היתה הלכה ואין ללמוד ממנה לשאינה איילונית וא"כ ה"ה סריס דמשמע דחד דינא אית להו וע"ש דמוכח בהדיא דהוי כאילו נתמלא זקנו אלא דהיכא דהוי שערות חזינן דלאו גדול הוא שדרך הגדול שאינו סריס להביא שערות משא"כ בסריס שנעשה גדול מיד משא"כ לשמואל דלא מחזיקינן ליה כלל למפרע אלא כי השתא הכל לפי מה שהוא והיינו שמואל לשיטתיה ע"פ שטת ר' חננאל ז"ל הנ"ל ודוק. וא"כ פשיטא לכאורה דהלכתא כרב באסורא ואע"ג דנ"מ לענין ממונא ויש לעיין בכללים ובח"מ סימן רל"ה ויש עיון ברמב"ם והראב"ד הלכות נערה בתולה ובל"מ הלכות עבדים פ"ד ה"א ויש להאריך בזה וממילא דאין צריך בדיקה אלא דאי בדקינן ולא אשכחן מחזקי' בקטן אלא שזה יש לדחות אמנם יש להביא ראיה יותר ברורה מהא דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב הלכה י"ד ובט"ו וש"ע סימן קע"ב כשחתכו או נתקו כו'. וכשיהיו בן י"ג שנה ויום א' נקרא גדול שאין זה מביא סימנים לעולם. ולכאורה בהא ודאי ליכא טעמא דכיון דמתחלת ברייתו היה ראוי להביא שערות במאי נפיק מידי ספיקא אלולי דאמרי' דכל שא"א לבדקו מחזקינן ליה בגדול משנת י"ג ואילך וה"ה כל שיצא בלא בדיקה וא"א לבדקו עוד סמכינן אחזקה ואפילו להקל דהא הטור לענין חליצה נקטו. אמנם כד מעיינין בהא נמי איכא למהוי טובא שלא מצינו שום מקום מאין יצא להרמב"ם ז"ל דין זה והב"י כתב פשוט הוא ובאמת לא ידענא מאי פשיטותיה. ונלענ"ד דנפקא ליה מדאמרי' התם הסריס אין נעשה בן סורר ומורה

ומדנקטי סתמא משמע דאפילו סריס אדם וכיון שכן משמע דכנתמלא זקנו חשבינן ליה וא"כ ליכא למילף מיניה אפילו לרב ודו"ק:

ומ"מ אחרי כל הפלפול הזה נלענ"ד דשפיר איכא לצרופי ליה לספק היכא דאיכא עוד ספיקא וכ"נ מתשובות הרשב"א לפי פירש מהרי"ט ז"ל והוא העיקר (וכ"כ הב"ש סימן קנ"ה ס"ק ך"ב בשם תשובת מהרבצ"א) דמשמע דוקא התם הוא דלא מצרפינן ליה לספק משא"כ בעלמא וטעמא דמלתא משום דהך חזקה גריעה משאר חזקות כעין שכתב מהראנ"ח ז"ל בתשובותיו לענין צירוף עשרה עוד זאת אדרוש כפי מה שעולה בזכרוני דבכל כיוצא בזה איתרע חזקת חי ואין ספרי עמדי לעיין בהם כראוי ועל הכל אני אומר דאשתני דר"א ואנן סהדי אם שאל נשאל למאה איש ולא אח' בהם שידע ענין המקדש בביאה וכ"ש הנך דנסבין בקטנותייהו:

הנה עד כה דברתי למען כבודם מה שיש להתעורר בזה נלענ"ד ועוד רבות עמדי הלא המה בכתובים מלבד אשר עלה במחשבה לפני בעזה"י אמנם לסמוך עלי לברר הלכה למעשה בדברים כאלה אין דעתי נוחה ואפילו לאצטרופי לא חזינא ביותר האידנא לחלישות מזגי ל"ע אברי התפרקו ומדאגותי וטרדותי מורשי לבבי נתקי והריני מניח הדבר לגדולים ממני חכמי לב המה יתנו עדיהן ויצדקו ומובטחני כי באורך הזמן כבר נעשה המעשה ע"י חקרי לב רבים וגדולים כאשר כתבו שיש בידם מגדולי הדור בכחא דהתירא דעדיף וכדי הם לסמוך עליה בלעדי ואולי יחנן ה' צבאות עוד על מי מנוחות יושיבנו ויזכני לעבדו באמת וללמוד וללמד תורתו כאשר עם לבבי ואשנה פרק זה וה' יחנינו דעת ומזימה כנפש עבד לעבדי ה' חלוש המזג:

הק' צבי הירש חונה פה ק"ק ברלין:

שאלה מד

שאלה שכתבנו להגאון מוהר"ר רפאל האב"ד דק"ק אה"ו יע"א על תשובתינו שהשיב לנו כאשר נדפס בחיבורו ושב הכהן סימן ל"ז:

וזה יצא ראשונה כתב מר וז"ל והנה מה שרצו הרבני' כו' לצדד להתיר משום דאין לומר בכה"ג אדם יודע כו' לפע"ד אין להתיר מטעם זה ואפילו לעשותו סניף כיון שבנ"ד הקטן קידש בעצמו עכ"ל הנה דעת הגאון מופת דורינו אב"ד דק"ק פראג (עיין בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא ובתשובות הקודמין) ולענין דינא גם אנחנו בתשובתינו הראשונה כתבנו שבנ"ד שהקטן קידש בעצמו אין לחוש כלל וגם הזכרנו דעת הראב"ן ב כתב מר להשיג עלינו במ"ש די"ל כי תיקנו רבנן קדושין בקטנה דוקא בעודן בקטנות אבל לענין אחר שנתגדלה לא תקינו כלל כיון שאז יכולין להיות קידושי תורה וכוונתינו מבוארת דאם

בעל אחר שהגדילה הוי כאלו בועל בלא קדושין כלל והוי בעילת זנות אם אין בדעתו לקדשה בביאה זו וע"ז השיב מר שהוא שלא בדקדוק ודאי א"ל דפקע קידושין דרבנן אלא כיון שיש בידו לקדש קידושי תורה אמרינן שבעל לשם קידושין גמורים דאורייתא שוב ראיתי בתשובת הריב"ש סימן קצ"ג בסופו שכ"כ להדיא עכ"ל והדברים מתמיהים שהרי האדם יראה לעינים בתשובות הריב"ש הנ"ל כמו שכתבנו שהרי כ' וז"ל ומה שאמרו בפרק המדיר הטעם משום דאין אדם כו' לא שעד עכשיו היתה בעילת זנות אלא שמכאן ואילך כיון דשניהם גדולים ואפשר בקידושין גמורים אם לא היה דעתו לקידושין גמורים היה בעילתו ב"ז והוא כדברינו אלא שכ' שם עוד א"נ דביאת זנות לאו דוקא אלא דקרי הכי לפי שאינה מקודשת מדאורייתא וכלשון הזה כתבנו גם אנחנו בשם חידושי הרא"ה דכל אדם רוצה שיגמרו נשואיו שיהיו קידושין דאורייתא ואח"כ כתבנו ועוד י"ל דאף כי תקון רבנן כו' שדברינו ממש כדברי הריב"ש ז"ל:

ג) כ' מר דאפילו אם בעל פ"א כשנתגדל שלא בעדים אמרינן דמסתמא לא היה לשם קידושין והביאה ראשונה שהיתה ע"י יחוד בעדים היה לשם קידושין וכל מדות חכמים כן הוא. הנה הדברים מתמיהים דהא ודאי כל שבעל בלא עדים יעשה בעילתו זנות א"כ אינו מקפיד על ביאת זנות אפי' יש כאן עדים ל"ח לקידושין כמ"ש בתה"ד סימן ר"ט ולדחות ולומר דהתה"ד לא מיירי אלא דוקא שזה פרוץ בזנות אין נראה כמבואר למעיין בשו"ת דרכי נועם במה שהביא שם בשם תשובות מהר"י בן לב. ומ"ש בענין מ"ש שהריב"ש חולק עם הרשב"א וע"י כ' מר דליתא שבאמת הריב"ש מיירי שנשאו בנימוסי הגוים כו' הנה גם אנחנו כתבנו כמו כן בתשובתינו השני' שהארכנו הרבה בזה וגם הבאנו לראיה ממש אבל המיחד עם אשה כו' וכדברי מר ממש והרחבנו שם הביאור מה שנראה מדברי הטור סימן קמ"ח שחולק עם הרשב"א בענין גט ישן ומחלק בין ארוסה לנשואה ודוחק לומר דשם קאי אגט ש"מ ואין כאן מקום להאריך ד ומ"ש בדברי הד"מ ב סימן תקמ"ט עדיין צ"ע גדול בר"ן פרק כל הגט לא נזכר כלל מדין זה גם בסוף פרק הזורק לא כתב כלל מזה ומה שכתוב בסוף פרק הזורק כו' וזה פשוט גדול שא"א לטעות כלל כו' ולענ"ד תמוה דודאי לא יעלה על הדעת שהד"מ כיוון לדבריו אלו שכ' הר"ן בסוף פרק הזורק ולהדיא כ' זה בשם הר"ן פרק כל הגט וכן הוא באמת שם בר"ן ובמתני' דהכותב טופסי גיטין בסופה וז"ל דהתם הוא בנתיחדה בעלמא אבל הכא כיון שנשאת ודאי נבעלת חשבינן לה ובכי הא אמרינן דאינו גט עכ"ל ופשוט שלזה כיוון בד"מ וכדברי הר"ן הללו כתבו גם התוס' והרא"ש ביבמות דף נ"ב והתוס' בגיטין ג"כ אלא שקושי' הב"ש צ"ע לכאורה על הרמ"א שאין הגה זו ענין לכאן כלל. ומ"ש מר להביא ראיה

מדברי התוספות ביבמות דף י"ב לשיטת הרא"ה נלענ"ד שהתוספות רוצים ליישב אפי' אם נדמה הך דהכא לסבלונות שמבואר במרדכי ובטור סימן מ"ד לשיטת ר"ח דחוששין שמא כבר קידשה בפני עדים והלכו להם למה"י וא"כ ה"ה הכא כיון שילדה ע"כ שבעל ויש לנו לומר שהיו שם עידי יחוד ולא דמי לנ"ד משום דכאן מחזיקינן איסורא ואמרי' להיפך דשמא לא היה לו ע"י ולא בעל ובלא"ה כבר הוכחנו מכמה פוסקים דבנ"ד ל"ח שמא בעל בעידי יחוד ויותר מזה הארכנו בתשובתינו השני' דבכה"ג דהכא י"ל דע"כ לא אמרו אין אדם עושה כו' משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא והיינו דוקא כשיש עידי יחוד לפנינו וכן האריך בזה הגאון ממיץ. וא"כ בנידן דידן איכא תרי ספיקי שמא לא בעל כלל מחמת שלא היו ע"י ואת"ל בעל שמא אעפ"כ לא היה שם עדים שיצרו תקפו ובעל דע"כ לא כתב הרמב"ם אלא שחזקה על כל איש מישראל הכשרים שאינו עושה ב"ז כל שבידו לעשותה בעילת מצוה הא לא"ה לא משא"כ בההיא דהתוס' שילדה א"כ י"ל שמא היה שם עדים באמת בשעת הביאה. וגם י"ל דדברי התוס' אלו הם דברי הרשב"א הידוע בכל התוס' ואזיל לשיטתו בתשובת מיימוני שמספקא ליה דילמא דבר שסתמו כך כאלו איכא עדים דמי והרמב"ן ביבמות באמת כתב בד"ה קודם הזמן הזה כו' כגון שנשאת קטנה ואחר הזמן הזה אנסה אחר חופתה שלא לשם אישות כו' (וע"ש כי המגי' שהגי' שם שפירש שבעל טעה כי לא ידע פירוש תיבת אנשא ובאמת צ"ל אנסה והיינו שלא היו שם עדים וא"כ ממילא הוא שלא לשם אישות):

ה) מ"ש לסמוך על ההיתר דלא נבעלתי ומדמה לה להיא אומרת לא קדשתני בתשובותי' השני' הארכנו שצ"ע לכאורה לסמוך על היתר זה דהרי אף אם נאמר דהכא לא הוי איתחזק איסורא עכ"פ איתחזק היתרא ודאי לא הוה וחזקת פנויה אזדא ליה במה שנתיחדה עמה פעמים רבות וא"כ אין דמיון לאומרת לא קדשתני דאיכא חזקת פנויה ואפילו בשותקת אם לא נימא דכהודאה דמיא אינו נאמן משא"כ כאן והדבר מבואר בר"ן בפרק האומר התקבל גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה כו' דאין הקרובות נאמנת לומר לא נתקדשנו משום דהוי דבר שבערוה ואף על גב דלא איתחזק איסורא אין ע"א נאמן ע"ש ואף הרמב"ן י"ל דע"כ לא קאמר התם דעדות הקרובות מהני היינו משום דבאות לפנינו לב"ד ומסייע להו חזקת פנויה ומאי דקאמר לא איתחזק איסורא ל"ד דה"ה אם איתחזק היתרא ע"י אמירתן וראיה מזה שהרי הרמב"ן ריש גיטין כתב ג"כ דבדבר שבערוה אפי' לא איתחזק איסורא אין ע"א נאמן ע"ש ואמנם במהרי"ק שורש דעתו דכל היכא דלא איתחזק לא איסורא ולא היתרא ע"א נאמן ודחק לפרש דברי התוס' בריש גיטין וגם בתשובות מיימוני ובהגהות מרדכי בקידושין ר"פ האומר מבואר דנאמן

ע"ש גבי שליח שטעה ואמר לי ואנחנו הארכנו לברר שלכאורה נראה עיקר כהרמב"ן והר"ן דהרי ילפינן דבר דבר מממון ובממון ג"כ היכא דליכא חזקה אין ע"א נאמן וראיה לזה ממ"ש ביבמות דף ך"ח סימנין וסימנין וע"א ע"א כמאן דליתא דמי ויניח ולדעת הנימוקי יוסף אפילו שבועה א"צ ואיך שיהיה עכ"פ לדעת הרמב"ן והר"ן שאין ע"א נאמן א"כ פשיטא דבע"ד לא מהימן ואינה נאמנת לומר לא נבעלתי ואם כן נפלנו ברברבתא להכריע נגד הרמב"ן והר"ן ז"ל:

ומ"ש לתרץ עפי"ז קושיית הרשב"א בענין מיכל איך הותרה לדוד הנה בעינינו יפלא שאם באנו לומר שקטנה היתה א"כ י"ל שעדיין היתה קטנה כשהוחזרה לדוד ואע"פ שכתב רש"י ששהתה אצל פלטי שנים רבות מ"מ הרי לפי מאי דאיתא פרק בן סורר שדוד נשא בת שבע כשהיתה בת שש שנים וא"כ לק"מ בלא"ה ועוד דשמא לא הביאה סימנים עד אותו זמן שהוחזרה לדוד ואמנם נלענ"ד להוכיח דע"כ מיכל נערה היתה שהרי בילקוט שם איתא וייקר דוד מאוד מלמד שנתייקר שמו בהלכה כיון ששמעו פלשתים שנשא דוד אשה שמחו אמרו כתוב בתורה ואיש כי יקח אשה חדשה כו' והם לא ידעו שדוד חכם גדול בתורה ודרש ה"מ לדבר רשות כו' ואם איתא דקטנה היתה ה"מ למימר שדוד חכם גדול היה ודרש אשה ולא קטנה כמבואר בדוכתי טובי אע"כ דנערה היתה בשעת נשואין וקשי' ליה לרשב"א שפיר ובלא"ה י"ל דהרשב"א אזיל בשיטת הרמב"ן רבו דע"א לא מהימן בדבר שבערוה וגם דבכי הא אפילו מהרי"ק מודה דהוי כמו איתחזק איסורא ועוד דאכתי לא הועיל מר בתירוצו למ"ד דס"ל פלגינן דיבורא וגם דעדיין קשה לדעת הרמב"ם דס"ל דקטנה ג"כ אסורה לבעלה אם זינתה וא"כ מוכרחין אנו לתירץ הרשב"א ועי' ברד"ק שהוא ג"כ מתרץ קושי' זו ודבריו צ"ע אכ"מ:

ז) הקשה מר על תירוצו של הרשב"א שכתב שלא בא עליה פלטי כו' וע"ז כתב דהא קיי"ל ניסת אע"פ שלא נבעלה אסורה כמ"ש הרא"ש והריב"ש כו' הנה מה שנרשם בש"ע הרא"ש הוא ט"ס שלא נרמז זה בדברי הרא"ש כלל ומ"ש בד"מ וכ"כ הרא"ש ז"ל צ"ל וכ"כ הרי"ט שכן מבואר בריב"ש תק"ח ואולי כיוון להריטב"א שהביא כן הנ"י בשמו ולעיקר הקושי' י"ל דבאמת גם הרשב"א מודה לסברת הריטב"א אלא שכיון שדבריו אלו גזירת חכמים הוא בימי דוד עדיין לא גזרו זה ואדרבא על הרשב"א סימן אלף קפ"ט קשה דמה ענין קושיה זו לנדון דידיה דשם האיסור משום גזירת חכמים ועיקר הקושי' גבי מיכל היא דאפילו מדאורייתא ליתסר וכמ"ש ב סימן י' ומ"ש מר עוד דמ"ש מב' עדים דפסקי' דאפ"ה אסורה ואיך כתב הרשב"א לתרץ דנישאת ע"פ הוראת ב"ד וכן הקשה בט"ז (וע"ש שתמה על הרשב"א דהסוגי' מלאה פ' כ"ג דלא בא עליה פלטי הנה

הרשב"א סימן כ' תירץ זה וב סימן קפ"ט דחיקא לי' לומר שעשה ע"פ נביא וכן מ"ש למה הצריכה תורה קרבן לצבור כו' האדם בשבועה פרט לאנוס צ"ע דאין זה דמיון לכאן ואין פנאי להאריך) ולענ"ד בלא"ה לק"מ על הרשב"א לשטתו שכ' בחידושיו ביבמות דף צ"ה הטעם דקנסינן לה בב' עדים משום דלא דייקא ולא משום חשש שמא יאמרו כו' הלכך שפיר כ' בההיא ד סימן אלף קפ"ט שהיא נדונית כמזידה וקנסינן לה מה שלא עשתה שאלת חכם ולא דייקא משא"כ בעובדא דמיכל כיון שהורו לה ב"ד של שאול שדעתה אמלוה מאי הו"ל למיעבד והרי ב"ד של שאול הוא ב"ד הגדול באותו שעה וכי יש לה לחזור ולשאול פי ה' בבתי מדרשות של שמואל הרמתי וכה"ג משא"כ בעדים אכתי הו"ל למידק והיה מתגלה לה שבעלה חי ולכך גם רמ"א הביא דין זה להלכה היכא שהורו לה ב"ד בטעות וניסת דלא תצא דאין לך אלא שופט שבימיך:

אמנם לכאורה צ"ע על רמ"א שהרי איהו ס"ל דטעמא דתצא מזה ומזה משום שמא יאמרו גירש זה כו' ועי' בב"ש סימן קנ"ט וס"ס ט"ז שפוסק כהרא"ש. אך ז"א דאף לשיטת הרא"ש הטעם משום קנס חיישינן שמא יאמרו גירש וכמבואר בפוסקים משא"כ היכא דליכא קנס לא שייך זה ואמנם בדברי מהרי"ק בתשובה מבואר שם דפליג על הרשב"א והביא ראיה דאפי' בב' עדים לא אמרינן מה הו"ל למיעבד ועוד דגם כאן שייך דווקא ע"ש וכבר רמז הב"ש לתשובת מהרי"ק הלזו ואין פנאי להאריך ומ"ש מר על הרשב"א דמה ענין קרקע עולם לכאן יראה לענ"ד דזה נכון ע"פ מה שמבואר באהע"ז סימן ך' ע"ש בב"ח ובחלקת מחוקק:

ומה שהאריך בענין אם נאמנת אשה לומר לא נבעלתי היכא שנבעלה מכבר והביא זה מסוטה ומנדה. הנה נחזי אנן בההוא דמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דאמרינן הן הן ע"י כו' ומבואר בתשובות מיימוני הלכות אישות סימן א' דהוי ודאי גמור וכן בההוא דגט ש"מ אע"פ שכבר בעל וכן בההוא דקטנה שלא מיאנה לשיטת הרא"ה אנו אומרים דכ"ע סהדי ואם איתא שנאמנת לומר להיפוך איך שייך בזה כ"ע סהדי וגם ראייתו מהתוס' דסוטה צ"ע ועכ"פ לכאורה נראה משיטות הפוסקים שאין לבנות יסוד על היתר זה אם לא לדעת הרמב"ם והרא"ש דס"ל דהוי ספק והדבר צ"ע. ומה שהאריך מר לתקוע מסמורת בהך דהחזקה דרבא אין כאן רק ספק ואם לא בעל אפי' לא בדקו כלל נמי לא חיישינן שמא היה לו ב' שערות משום דלא הוי רק ספק. הנה המעיין בדברי הרשב"א בת"ה הל' נדה בדיני כתם שכתב וז"ל אע"פ שקטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנים כדרב כו' ה"מ בדבעל אבל לא בעל לא כלומר הואיל וליכא לספוקי בספק דאוריי' ובכתמים דספיקא דרבנן הוא אין חוששין שמא נשרו ואלא מיהו היכא

דלא בדקו חזקה הביאה סימנים ואפילו למיאון וכדרבא ועיין ברשב"א חולין דף י"א שכתב גם כן טעמא משום דאין סומכין על החזקה היכא דאיכא לברורי וכ"כ הט"ז באהע"ז סימן טעם זה ג"כ ועיין במ"א. ועיין בב"י ביו"ד סימן ק"צ שכתב כלשון הרשב"א כתב גם הרבינו ירוחם וכן פסק שם הטור והש"ע דדוקא אם בדקו ולא אשכחיה אין חוששין אבל כל כמה דלא בדקוהו חוששת לכתם דמסתמא הביאה כיון שהגיע לכלל שנותיה (והמעיין בדבריהם יראה שאין מקום לדחוק ולפרש בדבריהם דדוקא באפשר למיבדקיה אז אם מוצאת כתם חוששת לו הא לא"ה מקילין ועוד דשם אין טעם לדבר זה כלל) ולפי זה לכאורה הטור והש"ע דבריהם סותרים זה את זה שהרי בח"מ סימן ל"ה משמע בדבריהם כדעת הרא"ש בתשובה כלל ל"ג דמשמע דווקא אם בדקוה מהני עדותו כשנמצא עתה ב' שערות וצ"ל דס"ל דגבי חזקת ממון לא אמרינן חזקה זו וכן לענין חליצה כיון דאיכא חזקת איסור לשוק לנגדה גם מ"ש בדברי הש"ג שמה שהוסיף הסמ"ג לומר בשם ר"ת דאפילו לא בעל אחר זמן אין בודקין אותה הטעם דאע"ג דהוי ספק דרבנן אפ"ה חיישינן משום דהוי ספק מחסרון ידיעה ואינו ספק לענ"ד לא משמע כן שהרי גבי גבינות בסימן פ"א חשבינן זה לספק אע"כ כמ"ש הט"ז ביו"ד סימן צ"א דהיכא דהספק הוא לכל הדור אזלינן בתר ספק חסרון ידיעה ג"כ וה"נ דכוותיה וגם דברי התוס' בב"ב פרק מי שמת בשיטת דבריהם מורה דס"ל דחזקה דרבא בא מהני אפילו לגבי חזקת ממון וא"כ לכאורה אין לעשות מזה ס"ס כלל. ועוד נלענ"ד דלא שייך בכאן לס"ס כלל דילמא לא בעיל ושמא לא הביא שתי שערות משום דהא ודאי אמרינן דבעל עכ"פ בקטנות וא"כ עיקר הספק אם בעל משהגדיל או לא בעל משהגדיל וא"כ אין זה ס"ס כלל כיון שבספק דילמא בעל ע"כ כוונתינו משהגדיל בעל דעל בעילת קטנות אין כאן ספק ואין נפקא מינה כלל והוה שם ספק חד דסוף סוף בקטנות בעל ומשהגדיל לא בעל ואפי' אם נאמר דזה הוי ספק ספיקא מ"מ נראה דאין לסמוך ע"ז להקל משום דאם נאמר שעדיין לא הביא ב' שערות א"כ י"ל להיפך כיון שהגיע לכלל שנים ולא הביא שערות שמא הוא סריס ונעשה גדול מבן י"ג שנה וליכא למיזל בתר רובא משום דיש כאן ריעותא שלא הביא ב' שערות בזמנן וכמבואר בב"ש סימן קנ"ה ס"ק י"ט ע"ש וא"כ יש כאן ס"ס לאיסור אם נאמר שבעל חדא שמא היה גדול והביא אז ב' שערות ואת"ל לא הביא שמא סריס הוא לגמרי ועוד י"ל שלא להתיר מטעם ס"ס זה משום שזה אפשר שהוא בעולם למחר ובא בפנינו ונמצא בו שערות והרי אתה מקלקלה ובניו ממזרים:

ומ"ש בענין חופה קונה ופירשנו הטעם בר"ן משום איסור יחוד ע"ז כתב מר כי דברי הר"ן משמע להיפך ומטעם ס' קאמר שמא נתכוין לקנות בחופה זו הדבר תמוה שהרי הר"ן

כ' לחלק בין ביאה לסבלונות משום דבסבלונות מחית אינש נפשיה לספיקא ואמרי' שע"ד קידושין הראשונים שלח משא"כ בביאה וא"כ מדוע בסבלונות נאמר שמא כיוון לקדשה בסבלונות אלו אלא ע"כ כל היכא דליכא אסורא מחית נפשיה לספיקא ועושה ע"ד קידושין הראשונים וה"ה בחופה אם לא מטעם יחוד או מטעם אחר שכתבנו מכיון שכנסה לביתו מסתמא מבטל התנאי ודמי לחזקה דאין אדם טורח וכו' דמה"ת נאמר שמא ביטל התנאי ונתכווין לקנות בחופה זו שמא גם חופה זו ע"ת כמו הקידושין:

שוב ראינו שהרגיש מדברי הר"ן וכתב דהר"ן האמת נקט דאין בסבלונות חשש איסור אבל לדינא אין לחדש ותימא דאדרבה מנ"ל להר"ן לבדות מלבו ולחלק בין חופה לסבלונות ולהוכיח דהרמב"ם ס"ל חופה אינה קונה דהרי גבי תנאי מהני כנס לבד ובמלוה לא מהני אלא בבעל לבד וא"ל דדמי לסבלונות כו' וחזינן דהכריח זה מדגבי תנאי מהני כנס וא"כ נראה מה דכנס דמי לבעל דאמרינן בה אין אדם כו' ובאמת איסור יחוד חל גם עלי' ודמי ממש לביאה דאמרינן שכיוונו לקידושין ומה שהביא שם מדברי התה"ד. והנה לפי דבריו שם אין מקום להאמינה שלא נבעלה שהרי טוענת תמורת המנהג שלא נבעלה משהגדיל ובעלמא אמרי' רוב בעילת אחר הבעל ובתשובתינו השני' הארכנו שאין מקום לחששות אלו כלל: דברי זעירא

שאלה מה

תשובות הגאון מוהר"ר יחזקאל סג"ל לנדא אב"ד דק"ק פראג עיין בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סימן נ"ב וזה אשר כתבנו לו בענין זה:

אל מול הדרת יקרת צפרת תפארה כרוב ממשח הסוכך נזר ועטרה. העומד לנס עמים נאזר בגבורה של תורה מופת הזמן הגבר הוקם על מרבה המשר' כו' כש"ת מוהר"ר יחזקאל נ"י מה נכבד כו'

ראשונה נתקשה לנו קצת במ"ש רבינו דבקידש סתם יש מקום לחלק בין קטן לקטנה דבקטנה איכא למימר מעיקרא כך תיקנו כו' ולפענ"ד בפשיטות היה אפשר לומר דדוקא בקטנה כיון דהוא גדול ויודע שאין קדושי קטנה כלום לכך אמרי' דמסתמא מתחילה אדעתיה דהכי יהיב וכאלו התנה שיתחילו לאחר גדלות אע"פ שהיא קטנה ולאו אדעתיה שכוונתו לתנאי זה מ"מ לא איכפת לן בהכי כיון שעתה משתעבדות בכסף קידושין כמ"ש הרשב"א ומיד כשקדשה בשתיקותה ורצויה סגי כמבואר במהרי"ק שורש למ"ד באורך משא"כ בקטן שקידש דבקטן ודאי לא שייך לומר אדם יודע דע"כ לא אמרינן כן בקידושין אלא כשהגדיל ויודע שאין קדושיו הראשונים כלום משא"כ בעודו קטן מאין הרגלים לומר דהוי כאלו התנה וגם לפי מאי דמסיק רבינו בסוף דבריו דדוקא

בבעל אמרי' מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שמסתמא כך היה כוונתו מתחילה שיחולו קידושי כסף לאחר גדלות כו' וצריך להבין דנהי שנאמר דע"כ היה כוונתן לכך מ"מ הרי קי"ל המקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין מנין ידעו העדים שכוונתם לשם כך ונהי דהוכיח סופו על תחילתו מ"מ בשעת קידושין היו עדים סבורים שקידשה סתמא ואין הקידושין כלום וכאשר מבואר בספרו הנחמד ויותר מזה האריך בתשובתו אלינו. ולפי סברא זו גם בזה יש חילוק בין קטן לקטנה בסתם דדוקא בקטנה דיש כאן קידושין דרבנן גם העדים יודעים כן דדעתו לגרש כשתגדיל ועתה היא משתעבדת בכסף קידושין משא"כ בקטן עכ"פ אינו ידוע להעדים ושמא בין כך נתאכלו המעות קידושין וא"ל כיון שהיא גדולה משתעבדת ג"כ על הכסף ז"א דמבואר בת"ה סימן צ"ו דעת הרשב"א ז"ל דקיבל מן הקטן אפילו פשע בו פטור ול"ש לומר שיעבד בכה"ג:

גם צריך להבין לפמ"ש התה"ד סימן ר"ט דל"א מסתמא בעל לפני עדים משום דלאו כ"ע דינא גמירי וסברו דשניהם מודים עדיפא מעדים וע"ש ואף דתה"ד כתב שם עוד סברא להקל מ"מ סברתו הראשונה במקומה עומדת והכי משמע לכאורה מדברי הרא"ה ומיימוני דאל"כ אין קושי' מקטנה דנימא מסתמא העמיד עדים וכן משמע מה"ה מהלכות נחלות ד"ו וכדברו כתב ג"כ הישש"ש ביבמות פ"ב סימן יו"ד וא"כ איך נאמר דיש הוכחה מדבעל מסתמא היה כוונתו לשם כך נימא דהוא סבר לקדשה עכשיו בביאה זו לפי דעתו דשניהם מודים עדיפי מעדים ומכ"ש בזמן הזה היה קצת מקום לומר כן כיון שעכ"פ דעת הרא"ה ומיימוני דא"צ עדים כלל כיון דכ"ע חזי כ"ע סהדי א"כ פשיטא שי"ל שלא כיוון לשם קידושין משיגדיל ועתה בעל לשם קידושין בלא עדים:

גם צ"ע במ"ש באופן שלדעת קטן שקידש כו' ואפי' כבר הוציאה הכסף קודם שהגדיל כמ"ש הרשב"א בדף ק"ט ולכאורה מבואר ברשב"א שם דע"כ לא קאמר התם אלא בקטנה לאחר שתיקנו חכמים נישואין הרי היא משועבדת בכסף קידושין דאל"כ אינה משתעבדות ד"ת מכי יתן איש פרט לקטן וכ"ש בקטן שלא תיקנו נישואין. ואפשר לומר דדעת רבינו דהני עדיף טפי כיון שהיא גדולה בשעת קבלה ולדעת כמה פוסקים חייב באבד בפשיעה כמבואר בש"ע סימן צ"ו וגם אפשר לומר לדעת הרשב"א שהביא הש"ך היינו דוקא באבד אפילו בפשיעה משא"כ היכא שנתאכלו שנהנית מאותן מעות הוי כאלו הן בעין בידה. אמנם במ"ל כתב לספק היכא שנתאכלו אי מהני גם צריך להבין מ"ש רבינו לתרץ דברי הרשב"א דבדף ל"א לא הקשה רק על לשון רש"י שפי' יחולו ליום המחרת כו' משא"כ בדף ק"ט שלא הגביל זמן ושפתים יושק אמנם לפ"ז היה להרשב"א ז"ל לקיים פירושו של רש"י ז"ל ולפרש דבאמת קידשו שיחולו לאחר שיגדילו

ומדברי הרשב"א משמע דמחמת קושיא זו מסכים לפר"ת ז"ל ובאמת ע"כ אין קושיא על רש"י חזקה כ"כ דהרי הש"ס שם אברייתא דר"א קאי דקתני בה חייב ס"ז חטאת ור"א לטעמיה דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכן האי שינוי משני רב עמרם משמיה דרב ורב נמי ס"ל כר"א ואע"ג דמוקמינן לה כר"ש משום הא לא ארי' ומכ"ש לפמ"ש במ"ל דאע"ג דמוקמינן כר"ש אינה ראיה וע"ש באורך גם לא זכינו להבין במ"ש להביא ראיה מגיטין חוץ מקדושי קטן. ולענ"ד לכאורה אם נחלק בין קטן לקטנה בהתנה היינו משום דבקדושין אמירה בעינן ואטו אמירת קטן ממש' אית ביה ומעשיו אינם כלום משא"כ בגדול שקידש הקטנה כיון שדעתו שיחולו לאחר גדלות אז בשתיקותה ורצויה סגי וא"כ באמת גם קטנה לאו בת הויה הוא כלל ומעשה קטן בעלמא עבדו במה שקיבלה הכסף ועיקר הקידושין חלין בגדלות. גם יבאר לנו רבינו בענין מ"ש שהריב"ש ב סימן ו' חולק דוקא על הרא"ה ששם לא היה קידושין מקודם כו' שהרי הרא"ה גם בפחות מש"פ סובר כן כו' ובאמת לא מצאנו להרא"ה שיסבור כן רק בקטנה שהגדילה כמבואר בהרא"ה לכתובות. וגם הריב"ש בב' מקומות הביא כן בשם הרא"ה ועיין בשיטה מקובצת מ"ש בשם הריב"ש ז"ל וגם יבאר לנו רבינו במ"ש דהבאת שערות לא מקרי מחוסר מעשה משום דדרכן לבא בזמנם ואפי' בדיקה ל"צ מחזקה דרבא והדבר צ"ע דמ"ש מפירות דקל דעבידי דאתי ואפ"ה הוי דשלבל"ע והרשב"א בקידושין כתב דעדיף מהיתה אשתו מעוברת כו' משום דזימנין מפלת משא"כ פירות דלא נתרו כולהו ע"ש. אמנם יש לחלק דהא ודאי דשערות אין מתחילין להצמיח ונגמרים הכל ביום א' אלא מעט מעט וכשמגדילין נגמרים לגמרי וא"כ דמי למאי דאמרי' התם דבהבאת שליש בשחת הוי דבר שבא לעולם וכן להרמב"ם הוכר עוברה מקודשת א"כ כיון דעכ"פ קרוב לשני גדלות איכא מידי דמינכר וחשוב מהני ועי' בפ"י לקידושין ואפשר דלכוונה זו כתב רש"י ביומא דמשלם י"ב דאז בודאי יש מהשערות מידי דמינכר משא"כ קודם לכן משא"כ בפירות דקל שאין רישומו ניכר עדיין כלל:

ולפ"ז לכאורה בזמן הקודם דאיכא למימר דעדיין אין שם שערות כלל לא מהני אמנם רבינו כבר כתב דהרי הכל תלוי בזמן דבשנת י"ב ויום אחד עכ"פ נעשה גדול. אמנם מדברי מהרי"ק שורש פ"ט נראה שדעתו דמחוסר זמן כמחוסר מעשה כו' ואע"ג דהתם תלוי הדבר במיתה והוי כמו לאחר שימות בעלך ז"א דדוקא התם שתלה לאחר מיתה משא"כ כאן בשעה א' קודם מיתה. ועוד דא"כ לא הוי מייתי מהך דפסחי' ומתו' כתובות וכן יש להוכיח מהרשב"א קידושין דאל"כ לא הוי מקשה מהקדש לאחר ל' בבעי' דר"א וע"ש. עוד צ"ע במ"ש רבינו דהוי ס"ס ונ"מ לכ"ג אם שייך זה בבוגרת דבלא"ה פסולה

לכ"ג וגם כיון שאפשר היה טבעת שאולה ואפי' אם הקנה לו אבי הכלה לדעת הפוסקים דקטן אינו זוכה רק מדרבנן וכשהגדיל אין הכסף ברשותו וא"כ שוב הוי ס"ס דרבנן כמ"ש הש"ך בכללי ס"ס וגם הדבר תלוי בפלוגתא דהב"י ורי"ו במעמד שלשתן אי קידושין דאורייתא וגם לפי הנשמע לפי דברו שדעתם לעשות סעודה וכיוצא בזה בב"מ גבי אנשי אלכסנדרי' דף ק"ד ואפי' לא נכתב כאלו נכתב וכ"כ התשב"ץ בתשובה. ע"כ אשר כתבנו להגאון ז"ל ועיין תשובתו ע"ז בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סימן נ"ד:

שאלה מו

שאלה זה כתב ידו של אבא מ"ו הרב ה"ה ז"ל לכבוד הגאון ז"ל בענין הנ"ל על תשובתו הנדפסת בנ"ב מהדורא תנינא סימן נ"ד מופת הדור והדרו נר ישראל ואורו רשכבה"ג כו' מוהר"ר יחזקאל הלוי שי':

פתח דבריו יאורו וז"ל ראשית דברי בני כו' ולהסביר קצת יותר אני אומר שגם בתנאי הטעם דמהני קיום התנאי אח"כ משום דאמרינן דמסתמא בשעת קדושין היה דעתו שיתקיים התנאי ומתחלה מכוונים שיקיים התנאי שאין אדם עושה דבר לבטלה כו' ולענ"ד קשה על טעם זה דעדיין במה יוודע לעדים שיתקיים התנאי ובשלמא בדבר שתלה בדעתו או בדעתה שפיר נוכל לומר כן אבל בתנאי התלוי בדעת אחרים כגון ע"מ שירצה אבא וכה"ג וכן בתנאי דאם מתי שלא תלה אלא במי שחייו ומותו תלוין בידו וכאלה רבות ולשיטת מר אליבא דמהר"מ מדוע הוי קידושין או בגיטין הוי גט נימא דעדים מוקמי לה אחזקה דפנויה שמסתמא לא ירצה האב ובגיטין אחזקת א"א ודוחק גדול לומר מדחזינן שקידשה על תנאי זה מסתמא היה נכון לבו בטוח שודאי יתרצה ולענ"ד היה אפשר לומר דבתנאי שאני דע"כ לא אמרינן התם דמקדש בלא עדים אינו כלום ולשיטת מהר"מ אפילו בספק לעדים אלא בכה"ג דקרוב לו כן שהספק נופל בגוף הקדושין וא"א להיות ממש הקדושין אלו אם לא כשיהיו קרוב לה וכיון דספק בדבר אינו כלום משא"כ בתנאי כיון דבאמת מעשה הקדושין נגמרו בעדים כשרים ויש כאן מעשה הקדושין בבירור אלא שהוטל תנאי בדבר והרי אם היה רוצה היה מקדש בלא תנאי וכיון שמעשה התנאי הזה בדעתם הוא תלוי לא איכפת לן בספיקא אם יתקיים ועוד שהרי הרמב"ם ז"ל ס"ל דאם ביטל התנאי בינו לבינה מהני וע"כ דס"ל דאין זה גמר הדבר וכמ"ש הרא"ש פ"ב דקדושין לתרץ דברי הרמב"ם שפסק דאין שליח הקדושין צריך עדים משום דדוקא בגמר הדבר שנאסרת לכל אדם צריך עדים ודוקא נתינת הקדושין גופייהו צריכין העדים לידע בבירור אבל לא לענין תנאי שביניהם. ב כתב מר וזהו הטעם עצמו בקטן כו' ולמה הוא מקדש ועושה ברכת אירוסין כו' מסתמא דעתו שיחולו משיגדיל ותמהני דאכתי

לא פלטינן ממבוכה זו דאם נאמר שכוונת הקטן שיחולו משיגדיל פשיטא שהדברים מתמיהין דלמה הוא עושה עתה ברכת אירוסין ונשואין לכשיגדיל היה לו לעשות וזיל בתר טעמא לפי מה שמבואר בפוסקים טעם ברכת אירוסין ונשואין ודאי שיש לעשותם בשעת חלות הקדושין וגם במקדש שיחולו לאחר ל' יום היה נלפענ"ד לעשות הברכות אז והכ' גרע טפי דאין בידו לקדשה עתה ולא מתחילו מהשתא כלל ועי' במ"ל לענין נתאכלו המעות ומכ"ש לפי מה שיבואר דעת כמה פוסקים דיש לברך אחר הקדושין דלמא הדרה בה האשה וא"כ כאן פשיטא שיש לנו לומר שלא יברך אלא בשעת חלות הקדושין שהרי יכולין לחזור ואעפ"כ שפיר הוי עובר לעשייתו וכדי לתרץ מנהגן של ישראל שמברכין תיכף בשעת חופה צ"ל כמ"ש בתשו' מיימוני לענין פחות משוה פרוטה כיון שעשה ברכה אקדושין ונשואין כל דהו כו' וע"ש וה"נ לגבי קטן כיון שנהגו להשיאן סמוך לפרקן אף שאין כאן קדושין דרבנן ואין בהם מועיל מ"מ הרי הקטן כוונתו לקדש ולישא והוא בהיתר אצלו כיון שהוא דרך נשואין וכדעת התוס' וכמ"ש ג"כ הרא"ש גבי קטנה א"כ הוי קדושין ונשואין כל דהו משא"כ אם נאמר שלא היתה כאן כוונה לקדש לעת הזאת אף על פי שעתידין לבא לאח"ז לכאורה אין נכון לברך זמן מרובה כ"כ קודם חלות הקדושין כיון דעתה אפי' קדושין כל דהו לא מיקרי:

ג) כתב מר וז"ל וקושיא עצמה הקשו ג"כ הני זוגי דרבנן כו' שביארתי דדוקא אם העדים סבורים להיפוך משא"כ כאן שיש ספק אם כוונתו שיחולו אחר גדלות כו' והאריך בזה ובאמת אגב חורפיה ושיטפיה השיג עליהם בזה שהרי מתוך לשונם משמע שכתבו שהעדים הוי סבורים שקדשה סתמא מבואר כוונתם דס"ל דגם כאן לא נפל בספק בלב העדים כלל והיינו משום שמתחלה הקשו לשאול דבקטן ל"ש לומר כאלו התנה ושוב כתבו וז"ל ואף לפי המסקנה דמסיק רבינו לבסוף דדוקא בבעל אמרינן מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו כו' וא"כ ע"כ גם בקטן מסתמא כן היתה כוונתו שסופו מוכיח על תחילתו מ"מ קשה נהי שנאמר שהוא כיוון לזה מ"מ בשעת הקדושין היה העדים סבורים שקידשה סתמא כו' והיינו כיון דאין הכרח ממעשה הקטן עתה שכוונתו לכך רק דמסוף המעשה אנו דנין מה עלתה במחשבה לפניו בתחילה אבל העדים אין לומר שנכנס ספק בלבם על קטן זה אולי כוונתו להתנות כיון דל"ש ביה אדם יודע כו' קושייתם הראשונה והשני' דא ודא אחת היא ד ועוד אני תמה שהרי כשלא בעל לא על צד הבירור אנו אומרים שכוונתו שיחולו לכשיגדיל אלא ספיקא וא"כ כמו כן יש ספק על העדים שמא לא עלה כזאת על לבם ואדרבה רוב העומדים נקרא ונשאלה את פיהם אם נפל ספק זה בלבם רק שמא ימצאו אנשים דאסקי אדעתייהו שיש כאן עסק קדושין לכשיגדיל ואל

תאסרנה מספק וגם איך נאמר בבעל בלא עידי יחוד מסתמא היתה כוונתו זכן והרי היא עדיין בספק בעילת זנות דשמא לא אסקי אדעתייה אז הוי ביאת זנות ולקמן יבואר באם לא ידעו העדים שהוא קטן:

ה) כתב מר ואפילו לשיטת מהר"ם כו' וכאן ל"ש זה דהא עדיין הוא בחזקת פנויה כו' והדבר צ"ע דהרי אף בנ"ד עדיין יש לומר כיון דספק להעדים אוקמי לכסף קדושין בחזקתו שעדיין היא ברשות המקדש (משא"כ אם נאמר שכיון שיחולו לאחר גדלות מיד יצא הכסף מרשותו לרשותה לפי המבואר בתשובתו הראשונה דמר דאפילו נתאכלו מהני) ואע"ג דמתנת קטן במטלטלין קיימת היינו דוקא כשנותן לשם מתנה משא"כ כשנותן לשם קדושין ובאמת אינה כלום והמעות פקדון והנה עיינתי בדברי קדשו בספרו נ"ב סימן נ"ח ד"ה ובאמת ותמיהה לי טובא במ"ש שם דמדברי מהר"ם שכתב אוקמא אחזקה מכלל דאם נתברר כגון שהוא מודה הוי קדושין ומ"ש מהר"ם אפילו הוא יודעית כו' היינו בנדון שלו שלא היה אפי' ספק להעדים אם נפל לתוך חיקה כו' והרי בתשובות מיימוני שם סימן א' מבואר במה שהביא ראיה מהוא אומר קדשתיך כו' דאפילו הוא מודה או היא ומספקא מילתא להעדים לא מהני והיינו כנדון מר ממש ועל זה סובב הולך כל דברי מהר"ם שם וביותר תמוה על השואל שהעתיק מר לשונו דלמה דחוק מהר"מ לאוקמי כגון שא' אומר קרוב לו כו' והלא הם דברי מהר"ם עצמו בתשובה שם שהוכיח כן מדברי הגמרא ולפי פי' רש"י שם ועי' שם. ועוד קשה לפי פירושו דמר דהעדים מוקמי אחזקת פנויה אכתי הוי מצי לפרש בכת א' שראו בשעת הקידושין על נכון אם היה קרוב לו או לה אלא דעתה מספקא להו איך ראו אז וכה"ג מבואר בר"ן בכתובות לתרץ דברי הרמב"ם גבי א' אומר לא נתקדשה שתי' דלא הוי מקדש בע"א דשמא ידע בשעת מעשה שקרוב לה והשתא טעי וסובר קרוב לו. (ובאמת נלענ"ד שזה דעת רש"י במה שפי' בכת א' היינו שאחד אמר קרוב לו שהקשה הרשב"א דהוי מקדש בע"א ולפי דברי הר"ן ניחא) ובזה ל"ש סברת מר דהעדים מוקמי לה אחזקה דפנויה דהא בשעת קדושין היה ידוע להעדים ומטיבותיה דמר אמינא שיש מקום לפרש דברי מהר"ם שכתב אוקמא אחזקה משום דאכתי הוי מצי לאוקמי בכת א' דמספקא להו והיה שם עוד עדים הרבה שראו מעשה הקדושין ושמא לאינך הדבר ברור שקרוב לה לזה אמר דאין כאן בית מיחוש כלל כיון שהעדים שלפנינו מספקא להו מילתא אוקמי אחזקה ואם כן גם הודאתה לא מהני דהוי מקדש בל"ע. עוד כתב מר דקדושי קטן והעדים לא ידעו שהוא קטן ואחר כך משהגדיל בעל מהני כמ"ש בתשובה בקטן תק"מ לענין קידושי גזל כו' ואני תמה בזה דמה ענין זה לקדושי גזל דהתם שאני כיון דלאמיתת הדבר היה יאוש קודם הקדושין

וכסף שלו הוא וגם העדים כיוונו לקדושין גמורים ומה להם להעדים לידע אם הכסף שלו ממש או שהוא של גזל ולאחר יאוש סוף סוף הכסף שלו לקדש בו אשה משא"כ כאן כיון דבאמת העדים אין יודעין שהוא קטן וכסבורים היה שכוונתו לקדשה שיחולו מיד והוא אין כוונתו כן ובדעתו שיחולו לאחר שיגדיל וא"כ על שעת חלות הקדושין אין כאן עדים ואדרבה לדידיה הוי קשיא להיפוך דאיך נאמר כשבעל בלא ע"י מסתמא כיון אז שיחולו קדושי כסף והרי עדיין מידי עבירה זו לא יצאנו דשמא לא ידעו העדים שקטן היה ואין כאן קדושין ויש להאריך בזה אלא שלפי שראיתי שהחליט מר דבכה"ג פשוט דהוי כמקדש בעדים א"כ אין נ"מ מזה אמנם לדידי מספקא לי טובא אי בכה"ג הוי קדושין בעדים. כ' מר ומ"ש הני זוגי דרבנן דבקטן ל"ש אדם יודע כו' אני תמה והלא בנדון שלפנינו הוא מופלא סמוך לאיש ואיך אין בו דעת. הנה באמת נלענ"ד לתמוה על סברא זו שנאמר דאדם יודע כו' והוי כאילו התנה והרי משנה שלימה שנינו בקטן שקידש ושלח סבלונות משהגדיל אין חוששין שע"ד קדושין הראשונים שלח ודוקא בבעל דאיכא חזקה דאין אדם כו' ולא מחית אינש נפשיה לספיקא במידי דאיסורא ואם כן בנתינת הכסף קדושין האלו דדמי ממש לסבלונות דמחית נפשיה לספיקא ולא אמרינן בהו אדם יודע ובשלמא בקטנה שפיר כתב הרשב"א בס"ד דש"ס דגדלו בהדה משום דהוי כאלו התנה הרי את מקודשת לי לאחר גדלות י"ל כאשר חילק מר משום דהתם כך היתה תקנת חכמים כו' ואע"ג דהדר ביה מר מההוא בתשובותיו על השגת אחי הגאון מזעבאריש באות ט"ו משום דא"כ כשגדלה ולא בעל אפילו ספיקא דאורייתא נמי ליהוי אמנם לענ"ד משום הא לא ארי' ויבואר אי"ה לקמן משא"כ בנ"ד רואה אני הדברים ק"ו דהרי התם בסבלונות כבר הגדיל אפ"ה אמרינן שע"ד קדושין הראשונים שלח ק"ו כאן שבעת נתינת הקדושין אף אם נאמר שיש בו דעת הרבה עכ"פ אינו גדול ממש ואמנם לכאורה היה מקום לומר דדוקא בסבלונות כיון דחזינן שכבר טעי וקידש בקידושין שאין בהם ממש י"ל שעדיין עומד בטעותו ושולח ע"ד קידושין הראשונים משא"כ היכא שאין רגלים לדבר לומר שטעה בזה מסתמא נתן שיחולו בגדלות וכן משמע מדברי הרשב"א בקידושין גבי מקדש בפחות מש"פ ושלח סבלונות אמנם לא משמע כן מדברי התה"ד סימן ר"ט שכתב דטעי וסבר דשניהם מודים עדיפי מעדים והביא ראיה ממקדש במלוה ובעל ואם איתא לחלק כו' אין הנדון דומה לראיה ועוד נלע"ד דבקטן לא שייך כלל לומר מדחזינן שטעה בעודו קטן וטעה גם אחר שיגדיל א"ו דעיקר טעמא כיון דליכא כאן מידי דאיסורא מחית נפשיה לספיקא. וממה שעושה ברכת אירוסין ונישואין כבר מבואר

שאין זה ראיה ומכ"ש לפי סברת ה"ה דבאיסור דרבנן לאו כולהו אינשי זהירי ומכ"ש בנדון זה שעדיין אינו איש לכל דבר:

ח) ועוד קשיא לי דאם נחלק ונאמר דבקטן שאינו מופלא סמוך לאיש לא הוי כאלו התנה לא הוי צריך מר לדחוקי דמתני' וכן קטן שקידש מיירי בשטר או בביאה כמבואר בתשובתו הראשונה והלא בפשיטות הוי מצי לאוקמי אפילו בקדושי כסף רק שאינו מופלא וזה מרווח יותר מלומר דלא מיירי בקידושי כסף דהא סתם קידושין בכסף הם כמ"ש התוס' בקידושין דף ו' הגם שיש מקום להשיב לפמ"ש למעלה באות ז' ולפי שאינו מעלה ומוריד בעיקר הדין קצרתי בזה. וגם צ"ע דהיאך נאמר במופלא סמוך לאיש שיש בו דעת והרי הרמב"ם פרק ה' מהלכות אישות נתן טעם לקטן שאין נעשה שליח לפי שאין בו דעת וגם מופלא סמוך לאיש נכלל בכלל הזה וכן משמע במאי דקאמר הש"ס בגיטין בשלמא חש"ו דלאו בני דעה נינהו וע"כ צ"ל דגם במופלא אין בו דעת גמורה וכמו שיבואר לקמן ומנלן לחלק מדעת עצמינו דלענין זה יש בו דעת לקדש עד שיחולו משיגדיל ומי איכא מידי דאנן לא ידעינן והוא ידע שהרי לפום ריהטא עכ"פ תליא באשלי רברבי רש"י ותוספות ורמב"ן ורשב"א ורוב המורים במדינתינו לא עלה על לבם זה רק מר המציא חומרא זו ואנן ניקום ונתלי זאת בדעת הקטן. ומ"ש מר דכשבעל ע"כ מוכרח שמתחלה היתה כוונתו כן כבר ביארתי באות ג' דבבעל עיקר הקושיא דהרי העדים לא ידעו שיבעול ולא מסקי אדעתייהו שכוונתו שיחולו כשיגדיל והוי מקדש בלא עדים:

ט) אריך מר מדוע לא יוכל הקטן לקדש ד"ת דהוי דעת אחרת מקנה אותו כו' ונשא ונתן הרבה בזה ולבסוף העלה והביא משום דכי יקח איש פרט לקטן ואתמהה מה צורך לאריכות והדבר מפורש ברש"י בכתובות דף ע"ד ע"ב קטן לאו בר קיחה היא דכי יקח איש כתיב והביאו הב"י ג"כ בריש סימן מ"ג ויעויין בתשובות ר' בצלאל אשכנזי סימן ד' שהאריך במה דסתרי דברי רש"י אהדדי יעו"ש ואין להאריך:

עוד כתב מר דביבמה שבא עליה קטן בן ט' לדעת רש"י שקונה מן התורה אע"פ שלא בא עליה אח"כ מ"מ מיד כשהגדיל הבא עליה חייב מיתה כו' והדברים עריבים לאוזן שומעת והוסיף עוד והוכיח זה מדברי הרמב"ם שכבר ביארתי בחיבורי שדעתו כדעת רש"י כו' ועיינתי שם וראיתי שהוכיח זה דאם איתא שאינו קונה מן התורה איך כתב הרמב"ם ואם היה מזידין מכין אותו מכת מרדות ואמאי ביבמה אפילו מלקות גמור יהא חייב כו' ולכאורה לפי מה שדקדק בתשובה זו דלמה פלגינהו לתרי בבי יש מקום לומר דבאמת הרמב"ם ס"ל דאין קונה רק מדרבנן ולכך פלגינהו לתרי בבא משום דבעי למיתני סיפא ואם היו מזידין מכין מכות מרדות וביבמה אפי' מלקות גמור חייב ולפיכך תני לה לבבא

בפ"ע ודבר זה פשוט הוא ומבואר בדוכתי טובי ברמב"ם דיבמה לשוק חייב מלקות ולא הוצרך להשמיענו בכאן אמנם אף אם נניח זה ונתפוס דהך סיפא דמכין מכת מרדות קאי גם איבמה אף על פי כן נלענ"ד דהרמב"ם אזיל לשיטתיה שפסק פט"ו מהלכות אבל דכל חייבי לאוין אין לוקה אלא א"כ קידש ובעל וכן מבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות יבום הנושא את היבמה ובעלה לוקה וכן מבואר בלשונו הלכות סנהדרין ואם כן הכא דבבעל לבד בלא קידושין מיירי שפיר כללינהו הרמב"ם דאין כאן רק מכות מרדות. יא ולכאורה נלענ"ד לדייק מלשון הרמב"ם דאין קונה רק מדרבנן שהרי כתב פ"ה מהלכות יבום הלכה ק"א קטן שבא על יבמתו ומשהגדיל לא בא עליה צריכה גט וחליצה ואם איתא דקנה מדאורייתא אין הבנה לדבריו אלו שהרי טעמא דגט הוא פשוט ומבואר כיון שקונה מדאורייתא ואדרבה גרועי גרעי רבנן לביאה זו במה שקבעו בזה דין מאמר וה"ט דבעי ג"כ חליצה והיאך כתב הטעם על גט מפני ביאתו שהוא כמאמר ונראה מפשיטות לשון הלז דס"ל דלא קני רק מדרבנן ומה שהקשה מר בספרו מהך דיבמות דקאמר יבמה יבא עליה כל דהו ראיתי שאא"ז מהרש"א הרגיש בזה שם ביבמות דף ק"י ומיישב שם זה לשיטת התוספות דע"כ לא קאמר התם אלא לענין דעכ"פ מוכח משם דאין איסור בביאה זו יעו"ש ואמנם לפי זה לא היה התוספות בקידושין דף י"ט לדחוק בפירוש דברי הש"ס סד"א הואיל ומדאורייתא חזי' לי ולפי הנ"ל בפשיטות יותר יש לפרש דעכ"פ מדאורייתא חזי' ליה ר"ל שאין איסור בביאת קטן ביבמה וס"ד אמינא דקני לה ג"כ קמ"ל דעכ"פ לא קני לה יעו"ש ויש לדחות ובשו"ת ר' בצלאל אשכנזי סימן ד' הביא בשם המפורשים שכתב דהך דיבמה יבא עליה אפילו כל דהו אסמכתא בעלמא הוא:

יב) כ' מר לפרש בזה דברי רש"י דקטן חידוש הוא שהרי מן התורה היה יכול לקדש כיון שדעת אחרת מקנה כו' והנה מריש הוי קשיא לי דבדבר שהוא חוב לא שייך דעת אחרת מקנה ושוב ראיתי שמר עצמו הרגיש בזה לקמן ואמנם בלא"ה לא ידעתי איך נוכל לפרש כן דעת רש"י כיון דרש"י באמת ס"ל דקטן אין לו זכי' אף בדעת אחרת מקנה אלא מדרבנן ויבואר אי"ה לקמן:

יג) ועוד היה נלענ"ד דבלא קרא דכי יקח פרט לקטן נמי אין קטן יכול לקדש מדינ' שהרי אין עדות לקטן וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות גירושין שאין מעידין על הקטן ואמנם מר כתב דע"כ לא כתב הרמב"ם אלא בדבר שחוב הוא לו ובמקדש שיחולו משיגדיל זכות הוא לו וא"כ כ"ז במקדש שיחולו משיגדיל שיכול לחזור בתוך הזמן משא"כ לקדש שיחולו עתה ודאי דלא מהני מטעם דאין עדות לקטן שהרי חוב הוא לו והא דאמרי' שאין עדות לקטן היינו אפילו במופלא סמוך לאיש. והילך לשון הרמב"ם וקטנה אינה

עושה שליח לקבלה לפי שצריך עדים ואין מעידין על הקטן לפי שאין בו דעת גמורה והנה הראב"ד השיג עליו דאמאי לא יליף מאתם גם אתם שהמשלח והשליח צריכין להיות בני דעת גם יש לדקדק במ"ש הרמב"ם שאין בו דעת גמורה שתיבת גמורה היא מיותר ע"כ נלענ"ד כוונתו ע"פ מ"ש פרק מהלכות תרומות בקטן שהגיע לעונת נדרים דהיינו מופלא סמוך לאיש תרומתו תרומה ולפ"ז מה שאמרה תורה הכוונה גם על מופלא סמוך לאיש שגם היא תרומתו תרומה וא"כ ע"ז ריבתה התורה גם אתם שיכול לעשות שליח וא"כ איך נוכל ללמוד משם דבגירושין א"י לעשות שליח כיון דבתרומה גופיה הוא יכול לעשות כשהוא מופלא סמוך לאיש ולכן נתן הרמב"ם הטעם לפי שאין בו דעת גמורה אע"פ שהוא מופלא והגיע לעונת נדרים מ"מ אין זו דעת גמורה כגדול ממש ואין מעידין וא"כ אף במקדש שיחולו לאחר שיגדיל אם נאמר דבקטנה לא מהני דהוי דבר שלבל"ע אף בקטן נמי לא מהני שהרי בלא גזה"כ דכי יקח איש נמי אין יכול לקדשה עתה וליכא מידי דהשתא לא מצי עביד ולקמיה מצי עביד אע"פ שנאמר שע"ז ל"ש אין עדות לקטן כיון שיכול לחזור מ"מ עכ"פ דשלבל"ע מיקרי יד פירש מר דברי הרמב"ם בענין חצי' שפחה וחצי' ב"ח דג"כ כוונתו שיחולו לאחר שתשתחרר משום שגם עתה מועילין הקידושין לחייב אשם כו' ואני תמה הא ודאי הא דמחייב אשם הוא משום צד חירות שבה תפסי הקידושין אבל בצד העבדות אין כאן תפיסת קידושין כלל וכיון שהוא רוצה שיתפסו הקידושין גם בצד העבדות לאחר שתשתחרר א"כ הרי הוא מחוסר מעשה ואין בידו לקדשה עתה כלל וכן מבואר בדברי התוספ' בב"ב דף שכתבנו דלאחר שתשתחרר מיירי בחציו שפחה כו' הרי דגם זה מיקרי דבר שלבל"ע והיינו מטעם שכתבתי:

טו) השיב על דברי אחי הגאון אב"ד דק"ק זבאריז דהביא ראיה מדברי המרדכי בשם תשובת מהר"ם וע"ז השיב דהוי דבר שאינו ברשותו אם לא יבא שערות עד שתבגר ומה שנזכר במרדכי שכבר גדלה היינו שהיא נערה כו' ואני תמה איך אפשר לפרש כן שהרי פטר שם את היתומים דאנוסים הם שמת אביהם קודם שנעשה הקטן ראוי לקדש ואלו היה חי היה מפתה את בתו שתתרצה לקדש לזה וכלשון הזה מבואר בשו"ת מהר"ם בשני מקומות ולשון זה מורה בעצמו שבגרה קודם שנעשה ראוי לקדש דאל"כ הא ודאי שאלו היה חי היה יכול לקדשה לו ואין מוחה בידו. ולולי דברי מר היה נלענ"ד דליכא כאן משום דבר שאינו ברשותו דא"כ זה גרע טפי דדבר שאינו ברשותו היינו דוקא אם מקנה לכשיבא לרשותו אפי' לר"מ משא"כ כאן שתבגור קודם א"כ לעולם לא תבא לרשותו אלא נראה דדמי למי שמחייב עצמו ליתן ב' ככרים אם לא ירצה את חבירו לעשות דבר פלוני ואם נעשה באופן שאין בו אסמכתא הא ודאי שמחויב הוא ליתן רק

שמתחלה עלה על דעת מהר"ם בתלה התנאי בדבר שלבל"ע נמי אינו מחוייב לקיים התנאי ושוב חזר בו ופטר אותם מטעם אונס אבל לענין דבר שלבל"ע נראה מדבריו דגם קטן מיקרי דשלבל"ע:

טז) כתב דאין לדמות פירות דקל לחשש איילנות דפירות אינן בעולם כלל לא מהני רובא ובקטנה שהגוף בעולם אלא דמחסרא סימנים מהני רובא דמביאים סימנים. ואני תמה דהרי גם פירות דקל אע"פ שכבר באו הפירות לעולם אלא שלא חנטו עדיין לא מהני כמבואר בפוסקים ולדעת הכ"מ הל' תרומות בעי הבאת שליש דוקא אם כן חזינן אע"פ שהדקל בעולם וגם הפירות התחילו לבא לעולם רק כיון שלא הגיעו לשיעור לא מהני וקטנה נמי דכוותיה כיון שהדבר נתלה בשערות אע"פ שגופה בעולם מ"מ הרי עדיין לא הגיעו השערות לשיעור הראוי אלא דעבידי דאתו ולא מהני וההוא דלאחר שאתגייר כו' שאני דאין שום השתנות בגוף כלל. ועוד נלענ"ד דע"כ א"א לומר דחכמים מודים היכי דעבידי דאתי וישנו לגוף בעולם שהרי מבואר בב"מ דף ט"ז מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום מה שאירש מאבא היום דבריו קיימים מ"ש רישא ומ"ש סיפא אר"י סיפא משום כבוד אביו ופירש"י כגון שהיה אביו גוסס כו' וכ"כ הרי"ף והרמב"ם פרק ך"ב מהלכות מכירה שהטעם משום כבוד אביו והרי כאן הוא עבידי דאתי כיון שאביו גוסס וגם אין מקום לומר שמא יתן במתנה לאחרים כמבואר בקידושין דף ע"ח דמוקי יכיר כגון שנפלו לו נכסים כשהוא גוסס ופירש"י דגוסס א"י ליתן במתנה וכן דעת הרבה פוסקים ואפילו לפי דעת התוס' שם ג"כ מבואר דסתם גוסס אינו יכול לדבר ואינו יכול ליתן ע"ש וכיון דהנכסים בעולם וגם עבידי דאתו מה צורך יש בטעם משום כבוד אביו אלא ע"כ דאליבא דרבנן בכל גווני אינו יכול להקנות דשלבל"ע:

יז) כתב מר שראיה שהביא המשנה למלך מהך דשדה שמשכנתי לך לעשר שנים הוא ראיה כו' ולענ"ד צ"ע דכי זו בלבד יש לנו בש"ס והלא כיוצא בזה היה אפשר להוכיח הרבה פעמים וכי איזה דבר אינו תלוי בזמן והלא מבואר בתוספות ביבמות דף צ"ב גבי ר' ינאי הוי מייתי ליה אריסיה כו' דאם הפירות שלו אע"פ שהוא במקום רחוק מ"מ כיון שבידו לתולשם לא הוה כדשלבל"ע ואין חילוק בין רחוק לקרוב וא"כ גם הא דאמרי' שבידו לגרשה ג"כ צריך שהות כדי כתיבת הגט אלא ודאי נראה לפענ"ד דמהא ליכא למשמע מיניה דשאני התם דבאמת עיקר המניעה הוא מה שהיא ממושכנת ביד אחרים ואלו היתה בידו לא היה מחוסר זמן כלל וכן בההוא דר' ינאי אין ענין התרומה לזמן כלל וכן בגט ובכה"ג אמרינן זמן ממילא קאתי משא"כ בקטן שעיקר המניעה שאינו יכול לקדש עתה הוא מחמת הזמן אין סברא לומר שנחשיבהו כאלו כבר הגיע הזמן אע"פ

שודאי יבא כיון שעתה הזמן בוגד וא"א בשום אופן שיחולו הקידושין ובכה"ג מחוסר זמן כמחוסר מעשה דמי יח כתב מר באות ח' דא"א לפרש בדעת רש"י דאליבא דר"מ קאמר דר"ח ורב כוותיה ס"ל והרחיק זה משום דחזינן דהש"ס רוצה לאוקמי אליבא דכ"ע כו' וצ"ע שהרי הרמב"ן והריטב"א לא דחו זה אלא משום דהא השתא אפיקנא לה מדר"מ ואוקימנא לה כדר"ש והיינו משום דפשיטא להו מילתא דר"ש לא ס"ל בהא כר"מ מדלא חשיב ליה בקידושין ולא כתבו לדחות כמ"ש מר ואין לדחוק להעמיד כוונה זו בלשונם ועוד שמדברי הרשב"א מוכח להיפוך שהרי כתב שהרמב"ן הקשה שא"א לצמצם ותירץ הוא ז"ל דמיירי שהביאו כולם ביום א' ואמרינן מדהשתא נערה כו' דאיפלגי בקידושין כו' וקי"ל כרב כו' והרי מבואר בקידושין שם דברייתא דקתני חוששין לקידושי שניהם פליגי עליה דרב וא"ל דהכא מיירי שאומרים דאייתי סימנים מצפרא דבכה"ג גם הך ברייתא מודה כמבואר שם הא ליתא דכל כה"ג לא הו"ל למיפסק דמביאין קרבן ונאכל אלא ע"כ דה"ק דהכא אתיא כמ"ד הרי הוא בוגרת לפנינו אף באין מכחישתן דכודאי חשבינין לה והלכך מביאין קרבן ונאכל ועכ"פ נראה מזה דאף להך אוקימתא לא אתיא ככ"ע וא"כ כיון דר"ח ורב הכי ס"ל כר"מ ויותר מזה מבואר בשיטה מקובצת למסכת כתובות ר"פ נערה שנתפתתה בשם הרא"ש דר"ש גופיה סבר כר"מ דאדם מקנה דבר שלבל"ע ומיישב הא בלא אוקמי לר"ש בשיטה ועיין בב"ב דף ע"ט ע"ב בד"ה ור"א וגם רש"י פוסק כן ואפשר שכוונתו כאן ג"כ כהיש מתרצין שהביאו הרמב"ן והרשב"א:

יט) כ' עוד דאוקימתא זו הדרא אמשנתינו כו' ואיך יסתום רבי תרי סתמי דסתרי אהדדי כו' הנה לענ"ד צ"ע דאיך נוכל לפרש דקאי אמתני' הא במתני' לא קתני אלא לאחיובי אינהו וא"כ לא היה צריך לאוקמי דשוו אינהו שליח כו' ובשופעת מתוך י"ג כו' הא בפשיטות הוה מצי לאוקמי בקטנות שנתקדשו ע"י אבוהן והיה שופעת בשעת הקידושין ושפיר חל עלייהו איסור בבת אחת ויותר מזה מבואר ברמב"ן אחר שהביא גירסת ר"מ דלא הקפידו בש"ס לפרש כן אלא בברייתא אבל במתני' אצ"ל דכולן כאחת משום דב' שמות בלחוד תנן ומכ"ש מלשון רש"י שכתב מאן תנא דמתני' כו' יוכל להיות דג"כ כוונתו אברייתא דר' חייא ועוד שהרי גם באוקמתא קמייתא פירש"י ומדחייב ר"מ אהוצאה מכלל דאית ליה איסור בבת אחת ומשמע מזה דס"ל דלת"ק לית ליה איסור בב"א וכמבואר ברש"י בדף הקדום דקאמר דקמפלגי בב"א ואליבא דר"י ופירש"י דאע"ג דאית ליה איסור מוסיף לית ליה איסור בב"א ועי' בתו' שם וא"כ משמע דמוקי כאן דלא כת"ק ואע"ג דהרמב"ן והרשב"א כתבו דלאו דוקא נקט ר"מ היא מ"מ מלשון רש"י לא משמע כן וא"כ איך סתם בכריתות דלא כר"מ ואע"ג דמייתי שם ר"מ דפליגי מ"מ גם

בכה"ג סתמא מוקי כמ"ש התוס' בריש ביצה ע"ב ד"ה גבי שבת הגם שיש לדחות בדוחק אמנם לענ"ד בלא"ה נכון כמש"ל:

כ) כ' מר בסוף אות י' דלפירש"י במס' ב"מ דקטן ל"ל שליחות ילפינן לה מתרומה וע"ז הקשה דא"כ קטן שהגיע לכלל עונת נדרים יכול לעשות שליח כו' ואני כתבתי לעיל בשיטת הרמב"ם דבהגיע לעונת נדרים באמת יכול לעשות שליח וכן בכל מידי דאיתא בנפשיה משא"כ במילתא דלא מצי עביד ודאי דלא משויא שליח ואמנם בירושלמי דיבמות בפרק ב"ש מהו שיעשה בהן שליח כיון שהיא בהן נעשה בהן שליח או מאחר שאינו נעשה לכל הדברים אינו נעשה שליח ובקרבן העדה מפרש דקאי אכותי ופשיט שם דאינו נעשה שליח ודון מינה נמי לקטן ואמנם לשון הירושלמי במה דפשיט ה"ט כיון שהוא מטמא כו' אין לו הבנה ובקרבן העדה מגי' ואין בידי פירוש פני משה לעיין בו:

כא) באות הרחיק מ"ש אחי נ"י לפרש דברי הרשב"א דלא הוי דשלבל"ע כיון שבידו לקדשה קידושין דרבנן והביא ראיה לזה מדברי הרמב"ם גבי לאחר שיחלוץ לך יבמיך וע"ז השיג דכי משום דהוי קידושין דרבנן יחשב דשלבל"ע לתפוס בה קידושי תורה ואמנם אני תמה ביותר ע"ז איך עלה על דעתו לפרש דברי הרשב"א בזה שהרי הרשב"א בחידושיו לקידושין חולק על הרמב"ם בדין שיחלוץ לך יבמיך וס"ל דלא הוי רק ס' קידושין אע"ג דהרשב"א ס"ל ספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא ואיך יעלה על הדעת דבקידושין דרבנן יסבור דהוי ודאי מקודשת:

כב) ואמנם לפרש דברי הרמב"ם אינו זר בעיני לפרשו על זאת הכוונה שאע"פ שהרמב"ם סובר ספיקא לחומרא מדרבנן הכא מודה דהך איתרע לה חזקת פנויה במה שפשטה ידה וקבלה כמ"ש התוס' בכתובות ועיין במהרי"ט ריש קידושין וראיה מהא דאמרינן ביבמות דף קט"ז אשת חרש חייבין עליה אשם תלוי ומצאתי בפ"י בגיטין דף ך"ח שגם הוא הרגיש בראיה זו ואמנם אפילו לדעת הפר"ח ביו"ד סימן ק"י מ"מ מבואר מדבריו דבספיקא דדינא גם הרמב"ם מודה דמדאורייתא לחומרא ואע"פ שאח"כ כתב פר"ח להיפך אינו מחוור לענ"ד וכיון דהוא לחומרא מדאורייתא הוי כאלו הוא דאורייתא גמור ושפיר יכולין לתפוס קידושין גמורים אם מקדש לאחר שיחפוץ וכיוצא בזה כתב הר"ן בתשובה הביאה הב"י ביו"ד סימן רכ"ח במי שנשבע שלא יהא שבת בעיר כו' כיון דפלוגתא דרש"י ותוס' בזה הוי ספיקא לחומרא מדאורייתא ומחויבים לצאת קודם שבת שפיר חל הנדר מקרי יע"ש וה"נ דכוותיה (ואחר כותבי מצאתי ראיתי שהמ"ל הל' גירושין פ"ח הלכה יו"ד הביא תשובת הר"ן הנ"ל וכ' ועיין במ"ש מר"ן הכ"מ כו' גבי לאחר שיחלוץ לך יבמך כו' ורמז בקצרה למ"ש) ולפ"ז מה שמדמה המ"ל פ"ט מהלכות

אישות באחד שקידש ע"י שליח אשה שהיתה מקודשת ספק קרוב לו כו' והביא ההיא דלאחר שיחלוץ. ובאמת י"ל דהכא שאני דהוי ספיקא דדינא לדעת הפר"ח ואמנם באמת אינו מחליט הדמיון הך דהכא וההיא דתשובת הר"ן ויש לפקפק קצת ואין להאריך:

כג) וחזינא ליה למר שדעתו לפרש דברי הרמב"ם משום דאפילו לרב אליבא דר"י בדר"י נמי ספק הוא דילמא מתני' אתיא כר"ע דאין קידושין תופסין בח"ל אבל לחכמים שפיר תפסי לאחר שיחלוץ דקודם שיחלוץ נמי חידוש הוא ואם כן איכא ס"ס כו' ולדידי צ"ע שאין זה מדרכו של הרמב"ם לבדות ספק מלבו מה שלא נזכר מזה בש"ס ואדרבה מוכח להיפוך דהרי חזינן דאליבא דר"י ור' ינאי רביה דקל סימן מוכרחין אנו לומר דאם אין קידושין ביבמה הוי דשלבל"ע אם מקדש לאחר שיחלוץ וא"כ מאין הרגלים להסתפק ולומר דשמא רב אליבא דר"ה בר"י פליג עליה בהא ולמה לנו לעשות פלוגתא חדשה בחנם ואפילו אם רב ורשב"ל הוי ס"ל הכי מ"מ הלכתא כר' יוחנן לגבייהו ואפילו לדעת הפוסקים בריש האומר דהלכתא כרב לגבי ר"י כיון דשמואל קאי כוותיה מ"מ הא איכא נמי ר' ינאי דסבר כר' ובודאי הלכתא כוותיה ויותר מזה מבואר באשר"י דחולין גבי גלודה ועוד צ"ע האיך יפסוק הרמב"ם דמקודשת ודאי משום ס"ס דכל כה"ג ודאי דשם ספק חד הוא דאין כאן רק ספק שמא יש כאן קידושין גמורים אם לא ואפילו אם נמצא נ"מ בין הספקות עכ"פ היה לו לכתוב בלשון יראה לי כדרכו תמיד. כד השיג על דברי אחי הגאון נ"י בענין לא סמכה דעתה הנה לא מצאתי גלוי דעת להפוסקים רק במבי"ט ז"ל מצאתי שכתב בדין האומר הרי את מקודשת לי לאחר שתתגייר כו' ואינה מקודשת דלא סמכה דעתה וגם מדברי התוס' בד"ה בההוא הנאה משמע קצת כן ואפשר לדחות לפמ"ש בשיטה מקובצת ע"ש ומפורש שם באר היטב כדברי מר וגם מתרץ שם הקושי' שהקשה מר על נכון יעו"ש:

כה) על מ"ש אחי נ"י שחילוקים של מר בין קטן לקטנה הוא רחב כפתחו של אולם שוי' לנפשי' הדרנא שאי אפשר לאומרו לפי המסקנא וא"כ מדוע בלא בעיל לא חיישי' שמא נשרו והרי הוא ספק תורה כו' ואני תמה דמי מכריח אותנו לזה והלא מר עצמו באות כ"ב מודה דהרשב"א ויתר הפוסקים לא ס"ל כוותיה בטעמא דמילתא דבעי גט אף בלא בעיל ונתנו טעמים אחרים כמבואר ברש"י בנדה וא"כ לפי המסקנא באמת לא ס"ל כלל להך סברא ודמסתמא קידש שיחולו לאחר שיגדיל אפילו בקטנה אלא אמרינן שדעתו רק אקידושין דרבנן לבד רק דבס"ד היה ה"א לומר כן רק ע"ד הבירור ובמסקנא אפילו ספיקא נמי לית בי דעת הרשב"א ויתר הפוסקים אלא כל שבעל אמרינן דלשם קידושין בעל (וגם י"ל דלכך מותרת משום ס"ס וכמ"ש מר בעצמו ובתשובתו הראשונה

ואע"פ שהדברים ספק בש"ס דהוא אבעיא דלא איפשטי' דשמא גדלו בהדה מ"מ שפיר י"ל בכה"ג ס"ס כמבואר ביו"ד סימן נ"ט גבי גלודה ואמנם לא נעלם ממני שדעת קצת פוסקים שאין לצרף זה לס"ס ואמנם מר כ' ג"כ שהאריך בזה דלא כהב"ש ואין הפנאי מסכים להאריך כראוי וא"כ גם ספק זה מצורף לס"ס וכיוצא בזה כ' מר לעיל לעשות ס"ס מספיקות כאילו בשיטת הרמב"ם גבי לאחר שיחלוץ יבמיך) ומבואר בחידושי ז"ל בסוף דמספיקא לא סמכינן כו' היינו לפי דהוי משמע דבלא בעל אע"פ שלא גדלו א"צ גט אפילו מדבריהם אלא צ"ג מדבריהם אע"ג דלא אמרינן גדלו לו בהדה. והיינו מטעם שכתב רש"י:

כו) השיג שאין סברא כלל לחלק בין דידיה לדידה וכתב דגרע משתיקה דלאחר מתן מעות הנה במכתב בני ובאחי ראיתי ג"כ שכתבו זה והביאו ראיה ממהרי"ק שורש ל' ועיינתי שם וראיתי שבהדיא כ' לחלק בזה אחר שהביא מ"ש איש ריבי דקידושי קטן מהני ודברי החולקים וכ' דאף החולקים מודים בקטנה יעו"ש באורך ובש"ע סימן ל"ז דיש דעות דאפי' באב אם שתק מהני ובנ"ד יתומה שנשאת נלענ"ד דלא הוי שתיקה לאחר מ"מ כיון דאנו רואין שיושבת תחת בעלה זה הוי הוכחה שנתרצית בקידושין והרי כשגדלה יודעת שכך היה כוונתו מתחלה שתתקדש לו לאחר שתגדיל ותתרצה ואמנם הרשב"א שפסק וז"ל דעשאן כמתנה כו' נלענ"ד שכוונתו דתקנת חכמים כך הוא כמו שחילק מר משא"כ בקטן מסתמא א"ל דהוי כמתנה:

כז) כתב מר דאין ראיה מלאחר שאתגייר כו' דבעינן שיאמר בהדיא כו' וע"ז כתב דז"א כיון שהוא מופלא כו' ויודע שהוא מכניס אותה לחלוטין לאשה ומתנים כמה תנאים שעשו קנינים חדשים כו' ולולא כן לא היה מניח לברך כו' ולענ"ד דמה שעושין לו קנינין נותן לו מקום לטעות וסובר דגם קידושיו קידושין שהרי קנו מידו על כמה ענינים הרי אין מעשה קטן כלום ובזה א"ל דג"כ כוונתו דהקנין יחול לכשיגדיל שאז יתחייב דכל שלא אמר בהדיא מסתמא כוונתו על עכשיו שאין כאן מעשה המוכיח ע"ז חשש ברכות לבטלה וכה"ג ומחמת זה סובר דגם קידושיו קידושין (ומחשש ברכות בלא"ה כתבתי באות ב' דמשום הא לא אריא) ועוד דאפילו אם נאמר שכוונתו היה שיחולו לכשיגדיל אכתי הרי הם יכולין לחזור תוך הזמן ומה להם להקדימה מהשתא וע' דסמכי אהדדי וכוונתם למיתב טן דו כל ימיהם וכמו כן י"ל כסבורים היו דמשיגדיל יבעול לשם קידושין ויתקיימו התנאים רק דלא אסתייע מילתא ולא נעשו הקידושין החדשים עדיין כח ועוד צ"ע שהרי אחז צדיק דרכיו ללמוד קטן מקטנה שכמו שכתב הרשב"א בקטנה דהוי כהתנה ה"ה בקטן וא"כ בקטנה דאין שם חשש ברכה לבטלה וכה"ג ואפ"ה כתב

הרשב"א דהוי כהתנה ומ"ש מלאחר שנתגייר ועוד דלכאורה היאך יובן מ"ש הר"ן גם לר"מ ע"כ דדוקא במפרש ומשמע דדייק כן מדלא קתני רבותא אליבא דר"מ אף בלא פי' אע"ג דגם ר"מ לא אמר אלא במפרש דוקא והקשה דהרי ר"מ ס"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כמבואר בכתובות דף נ"ח דלדידיה אמרינן נעשה כאומר כו' ואמאי בעי הכא שיאמר לאחר שאתגייר ונראה הטעם משום דאם לא פי' כן בהדיא א"כ נהי דלגבי דידיה אמרינן מסתמא שכוונתו כן דאין מוציא דבריו לבטלה מ"מ איהי דלא אמרה מידי בסתמא לא אמרינן שכוונתה כן וא"כ בקטנה תרווייהו איתנייהו חדא דלגבי דידה מסתמא לא אמרי' דכוונתה על העתיד לבא ועוד דקטנה הוא וגם לגבי דידיה הרי אנן לא קי"ל כר"מ דס"ל נעשה כאומר וע"כ מוכרח דעשאום חכמים כו' וא"כ כיון דבקטנה טעמא אחרינא איכא שוב אין לנו לבדות מעצמינו ולומר דהוי כאלו התנה מטעם הברכות דאין זה אומדנא דמוכח כ"כ דמש"ה נימא דברים שבלב הוי דברים ואע"פ שבעל אח"כ גילוי דעת שאח"כ אינו מועיל שמחמת זה נדון למפרע על דבריו שבלב גם דהוי מקדש בל"ע וכמש"ל כט באות ך"ה כתב לתרץ דלא משכחת ליה חמותו ממאנת אפי' לשיטת ריב"ם משום דאם בעל ופי' שלא לשם קידושין לרמב"ם עיקר האיסור לאו של תורה וא"כ בהיתר קמיירי כו' הנה התוס' כתב דאיכא לאשכוחיה שנתעברה באמבטי. ואמנם י"ל דס"ל להרמב"ם דלא מיירי במציאות רחוק כזה ואי קשיא ליה הא קשיא ליה מאי דפריך די"ב אני כו' ופירש"י מדתלי טעמא בוולד מכלל דקטנה הוא דאל"כ ליתני שכבר גדלו ולפי הנ"ל מאי קושיא דהא מחמת גדלות אכתי מצי לאשכוחי שחזרה בהגדלות ועיקר ההכרח מחמת ילדו שוב לא משכחת מיאון דהיתרא:

ל) באות ך"ו כתב לתרץ דלכך לא מצי לאוקמי בכתובות כר"מ ומיירי שחזרה בה משום דאכתי תיקשי הניחא לר"י אלא לרשב"א מא"ל ועדיין צ"ע דאיכא למימר דר"י ס"ל כתרווייהו דר"נ ור"ש ותלמידי ר"ח לפמ"ש מר אות דלדידהו בלא בעל אפילו לרבנן א"צ גט אפי' מדרבנן:

לא) השיב מר על דברי בני ובאחי' דלפמ"ש התה"ד דסובר שניהם מודים עדיף מעדים א"כ אין ראיה ממה שבעל וכתב דדברי תה"ד מרפסין איגרא דא"כ לרב אמאי א"צ גט משני כו' ולענ"ד בפשיטות י"ל דהרי התם מיירי כשנבדקה ומצאה לה סימנין שהיא גדולה ואח"כ בעל בפני ע"י ואמר' דלשם קידושין בעל כיון שעתה הגיעה לכלל שנים ובדקנוהו ונמצאת גדולה והרבה יש להאריך בזה במאי דקשה לכאורה מדברי התה"ד בס"ס ר"ח ואין הזמן מסכים עמדי:

לב) כתב מר דבענין תה"ד מדוע לא מהימנא במגו כו' לענ"ד צ"ע דאין זה מיגו כלל דשמא אין רצונה לעשות הוולד פגום לכהונה לכך אינו אומרת שמגוי נתעברה וכה"ג ועוד שכיון שנאמר שודאי בפני עדים בעל כי היכי דלא נהוי כו' א"כ אין כאן מגו דהוא יראה פן יבא עדים ויכחישהו וכמבואר בכללי מגו כה"ג וכמ"ש התוס' בכתובות דף י"ט ואע"ג דאנן ק"ל צריך לקיימו ומבואר אצלי במ"א דלק"מ ועוד נלענ"ד דהך חזקה דא"א נאמן כו' לכאורה כודאי חשבינן לה כדמשמע מתשובות מהר"ש ושאר דוכתי ואם כן מיד שאמרה שנתעברה מפלוני הרי שוי' נפשה ח"ד וע"כ כ' דאין זה שוי' אנפשה ח"ד דשמא סבר ב' מודים עדיפא:

לג) שוב כתב מר ומ"ש לחלק בין קטן כו' אני תמה שזה היה מקום לומר אם נאבדה בפשיעה אבל אם הוציאה לצרכה כו' הנה אני תמה על תמיהתו שהוא מבואר בדבריהם שהם בעצמם כתבו לתרץ דברי מר דשאני נאבדו בפשיעה מנתאכלו:

לד) עוד כתב מר לסתור ראייתם ממהרי"ק שורש פ"ט והאריך לבאר כוונתו וראשית דבריו דאם היה צריך להקדיש המעות אז לא הוי דשלב"ל כיון שבידו לגבותו לא הוי מחוסר מעשה אבל קודם זמ"פ שאין בידו לגבותו שפיר מחוסר מעשה ואני תמה דהרי מר באות ג' הסכים לסברת המ"ל משדה זו שמשכנתי לך לג' שנים לכשאפדנה תקדש והרי זו ממש נ"ד שכשמגיע הזמן הוא בידו רק שעתה לא הגיע וממילא הוא מחוסר מעשה וכ"נ מתוס' דיבמות שהבאתי לעיל שכתבו דאע"ג דהפירו' במקום רחוק כיון דבידו ליילך לשם ולתולשם לא הוי מחוסר מעשה:

לה)תו כ' מר דהחילוק הוא משום דתלוי במיתה ול"ש למיתה ל"ח כיון שתלוי במיתה ולא ברועה לה שזכה משום פעם שאולי הזוכה ימות קודם ולעולם לא יזכה בו ואיך ימכרנה או יקדשנה כו' ואני תמה שהרי באמת התם מיירי שהזוכה מה קודם ואעפ"כ היא נתחייב לשלם החוב ליורשים או לב"כ כמבואר שם בלשון השטר בהתחלת התשובה וא"כ החוב ודאי אתו שעכ"פ יצטרך לשלם באיזה זמן החוב ההוא וכיון דמחלו לו היורשים שפיר יכול זה להקנות ואין זה בכלל דשלבל"ע שאין יכול לקנות שהרי ממילא קאתי ולא דמי להך דלאחר שימות דשם שמא המקדש או המקודשת תמות ובטל המעשה לגמרי:

לו) שוב כתב לדחות השגת ב"א ובני כו' לא היה נחוץ לזה דצריך דוקא שיקנהו בפי' כשיבא לעולם אבל במעכשיו לא מהני וה"ה לרבנן אף במחוסר מעשה צריך שיקנהו כשיבא לעולם ובעובדא דמהרי"ק היה המחילה תיכף וצ"ע דא"כ מאי מייתי מפסחים דשם י"ל דיכול למכור ולהקדיש כשיבא זמנו וכן תיקשי מאי מייתי מהתו' דכתובו' דאי

ס"ד דתו"ז לא מצי מיחל נוקמי דאכתי לא מטי זימני' למיגבי' כו' ומאי ראיה דילמא שאני התם דאכתי יש בידו למחול לו כשיגיע זמנו לגבות יהא החוב מחול מעכשיו אע"כ דלפמ"ש מהרי"ק דכיון דכ' בשטר כל זכות שהיה ראוי לבא לידינו כו' נכלל חוב זה ג"כ דראוי מה שעתיד לבא ומשמע שלפי הפטור שהיה כ' בל' השטר משמעותו שכשיגיע הזמן יהיה מחול מעכשיו. לז ולכאורה קשה בדברי מהרי"ק שורש ל' בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דכשגדלה מקודשת וראייתו מיתומה דגדלו בהדה והאריך הרבה בענין זה ואם נאמר דמחוז שאני דודאי אתיא א"כ אין ללמוד משם לקטנה שיש לה אב דהרי אינו ודאי דאתי דשמא לא יתרצה האב ויקדשנה לאחר קודם שיגדיל:

לח) עוד כתב מר שמהרשב"א בחידושיו לקידושין אין ראיה דהרשב"א הקשה כיון שבידו לגרשה רק שאז אין בידו לקדשה והרי השתא תפסי בה קידושין ודומה למקדש לאחר ל' יום כו' ואני תמה דלפ"ז פשיטא שהדבר מבואר ברשב"א דלא מהני שהרי הרשב"א תי' דלכך מיבעי' ליה לר"א משום דשם' אינו רוצה לקדשה קידושין שניים עד שיעבור בה זמן שאינו ראוי שיתפוס בה קידושין משא"כ במקדש לאחר ל' יום שבכל זמן ההוא בידו לקדשה וא"כ לפ"ז בקטן שקידש שיחול לכשיגדיל הרי כל זמן ההיא בידו לקדשה וא"כ לפ"ז בקטן שקידשן שיחולו לכשיגדיל הרי כל זמן ההיא אינו ראוי שיתפוס בו קידושיו בכה"ג מיבעי' ליה ר"א ואמנם ע"כ לא קמבעי' ליה אלא התם דתפסו ביה קידושין השתא עכ"פ ודמי בחד צד למקדש לאחר ל' יום משא"כ בקטן שקידש שיחולו משיגדיל דאין בידו לקדשה עתה וגם כ"ז ההיא אין ראוי שיתפוסו בה קידושין הדבר נראה פשוט מלשון הרשב"א דבכה"ג אין חילוק בין מחוסר זמן למחוסר מעשה ויעו"ש עוד בלשון הרשב"א ז"ל:

לט) ולכאורה היה נלענ"ד מעירוכין דף כ"ג המשכיר בית דקאמר לכשיבא שכרו יקדש וקאמר התם כמאן דלא כר"מ כו' אלא כמאן ואם איתא דמחוסר זמן אפי' לרבנן אינו בכלל דשלבל"ע אפי' כרבנן נמי מצי אתי כיון דמיד שהתחיל המשכיר לדור בו נתחייב בשכירות ואינו יכול לחזור בו כמבואר בש"ע סימן שט"ו ע"ש וצ"ע על המרדכי פרק מי שמת שמבואר מדבריו דשכירות לא הוי דבר שלבל"ע וא"כ אינו רק מחו"ז לבד אע"כ דהא ליתא כיון דעיקר החיוב אינו בעולם ותלוי בזמן לא דמי להך דשדה שמשכנתי לך לי' שנים כמש"ל באות י"ז ע"ש:

מ) ועוד נלענ"ד דממ"ש הרמב"ם פ"ז מעירוכין ההקדש חל אע"פ שלבל"ע כו' ועוד שהרי האומר כו' חייל הנדר מיד כו' והנה דברי הרמב"ם קשה להולמם. ועיין בהשגת הראב"ד והכ"מ ומ"ל ואין רצוני להאריך. ונלענ"ד דהרמב"ם ס"ל דכיון שרוצה לנדור שיהא נזיר

קודם שיפטור מעולם וכוונתו שקודם פטירתו ידור בנזירות וכמו שמשמע כאן מסוף דבריו וכמ"ש הרא"ש בריש נדרים וא"כ כיון שתלה הנזירות בדבר שלבל"ע לא מהני ולא דמי להההוא דשדה שמשכנתי לך כו' שהביא המ"ל שאני הכא שלא נדר בנזירות עכשיו ואה"נ אילו אמר שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה אקדשנה אז באמת לא מהני אע"ג שבידו לקדשה עתה ועוד הרבה יש לי להאריך אלא שאין ענין לכאן ואעפ"כ מוכח מדברי הרמב"ם אלו דמחו"ז כמחוסר מעשה דמי שהרי בכאן הוא מחו"ז גמור דכל אדם מעותד למות ואיך למד מכאן הרמב"ם לדין דשלבל"ע ואם נא' כיון שתלה הדבר במיתה הוי כמחוסר מעשה אין טעם לדבר זה כלל דהרי לא דמי לאחר שימות בעלך כמש"ל וגם בדברי קדשו דמר:

מא) עוד נלענ"ד דלכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרי' בב"ב דף קנ"ו אמר רב נחמן אמר שמואל בודקין לקידושין ולגירושין ופריך כיון דבדקנוהו לקידושין ולגירושין ל"ל למיבדקה כו' ואם איתא מאי קושיא דילמא מיירי בקטן שקידש שיחולו לאחר שיגדיל וצריך לבודקו לגירושין וא"ל כיון דאין הקידושין אלא לאחר הגדלות הרי בתוך הזמן יכול לחזור ומכ"ש דיכול ליתן גט ז"א דאכתי מאי קשיא ליה על ר"נ דילמא איהו סבר כר"ל דלא אתי דיבור ומבטל מעשה נתינת המעות ליד האשה ואפשר לדחות דנתינת הגט נמי מעשה הוא דבודאי יכול לבטל מעשה נתינת המעות:

תו כתב מר שאין א' מהפוסקים המפורסמים שיסבור שבדעת אחרת מקנה לא קנה אלא מדרבנן ואני תמה והלא בהדיא מבואר דעת רש"י בסוכה דף מ"ו גבי לקניא אינש לולבא לינוקא כו' פירש"י דמדרבנן קונה והפ"י בגיטין כתב דף ס"ה דהירושלמי מסייע ליה והאריך בזה וכ"מ דעת ר"י בכתובות דף י"א ובאגודה שם וכן בתוס' ריש בן סורר לחד תירוצא וע"ש וכ"מ במקובצת בב"מ דף י"ב בשם הריב"ש שכתב דהא דאמרינן בגיטין זוכה לעצמו היינו בדאיכא דעת אחרת מקנה דאז זוכה מדרבנן כו' והכי נראה מדברי הרמב"ן שהביא שם ובדף ע"ב גבי הא דקאמר זכיה מדרבנן אית ליה וכ"נ דעת הר"ן בריש המקדש וכ"מ מדבריו בסוכה וכן מבואר מדבריו בריש בן סורר וגם הריטב"א בסוכה הביא דעת האומרים דקטן אין לו זכיה מהתורה אפי' דעת אחרת מקנה אותו וגם ה"ה לא כתב דזוכה מן התורה רק בשם יש מי שאומר ועיין נק"ה סימן שהאריך ג"כ בזה וצ"ע בקידושין דף ס"ט דמשמע דזוכה מן התורה וגם הרשב"א ריש המקדש הביא בשם רש"י ותוס' דאינו קונה רק מדרבנן והן אמת כי דעת הרשב"א עצמו וכ"ד הרא"ש והריטב"א ותוס' בגיטין ובכמה דוכתי וה"ה לדעת הרמב"ם דזוכה מן התורה. אמנם כיון דדעת הרבה פוסקים שהבאתי לעיל וכ"מ דעת הנ"י בב"מ דאין קונה רק מדרבנן אע"פ

שבדברי הזכיר לענין מו"מ מבואר למעיין שם שדעתו שאין חילוק ביניהם יש לצדד ולומר כיון דאין מקום לקידושי תורה ולדידהו מי איכא מידי דאנן לא ידעינן והוא ידע יש לנו לומר שמסתמא היה הכוונה לקדשה לכשיגדיל בביאה קידושי תורה ולא יכנס בספק קידושין דאורייתא או דרבנן:

מב) שוב השיב עליהם דא"כ אם נאמר שאינו קונה רק מדרבנן היא קונה מהתורה ודמי לגזל אחר יאוש כו' הנה לא מבעי' לפמ"ש ה"ה הטעם בגזל אחר יאוש דכיון שהיא קנאתו אף הוא קונה אותה ועיין בריטב"א ובמ"ל פ"ח מהלכות אישות ומשם נראה מבואר דאין ראיה לנ"ד ואמנם אפי' לדברי הר"ן דכל שקנאתו היא בנתינתו מקודשת אין זה מכריע כ"כ לומר שהוא קונה מהתורה די"ל שלא מסר לה אלא זכות שיש לו בה וגם הנותן לא נתן לה רק אדעתה דהכי שיזכה בכסף זה מדרבנן וא"כ גם היא לא קנתה רק מדרבנן:

מג) תו כתב מר דמאי דמדמי פלוגתא דמעמד ג' לכאן לא דמי וגם יש חילוק בין גזל לאחר יאוש למעמד ג' והרחיב הדבור בזה ולענ"ד אפי' אם נאמר דהתם הוי דאורייתא הכא גרע טפי שהרי עיקר הטעם דאמרינן היכא שקנו מדרבנן מקודשת אפילו ד"ת היינו משום דהפקר ב"ד כו' וכמבואר ברשב"א הביאו במקובצת בב"מ דף י"ח ועוד בדוכתי טובי וע"ז שייך היכא שהקונה יש לו יד לקנות וכיון דהפקירו חכמים שפיר קונה אף מדאורייתא משא"כ היכי שהקונה אין לו יד לקנות מה בכך שהקנו לו חכמים ס"ס אין כח לחכמים לעשות לו יד לקנות ולסברא זו כתב מר בעצמו לענין אין עדות לקטן וצ"ע במ"ש הרשב"ם בב"ב דף קל"א תנאי ב"ד שאני דהפקר ב"ד הפקר להקנות אף לדבר שלבל"ע ע"ש:

מד עוד כתב דא"ל דהיא אצלו בתורת פילגש משום שנכנסה לו בתורת אישות מסתמא ע"ד כן נשארה ואיך הוא עושה ב"ז נלענ"ד דמשום הא לא ארי' שהרי באמת היה בדעתם לעשות קידושין חדשים באיזה זמן אלא שנתעכב הדבר ואין הוכחה מדבעל מסתמא אין עושה ב"ז ז"א דאמרי' שביני וביני הוא מחזיק בתורת פילגש ועוד שהרי היא באמת אומרת לא נבעלתי והיה לנו להאמינה אלא שמר המציא חומרא דשמא הערה בזה ולאו אדעתה א"כ לא כיוונה לקידושין ולא מהני כלל וגם אין ראיה שהיה כוונתו שיחולו לכשיגדיל ועוד דבגוף הנדון לכאורה כיון שאומרת ברי לי יש להאמינה להעמידה על חזקה דגופא דמסייע לה שעדיין בתולה היא ואין להביא ראיה ממ"ש רש"י בכתובות דף ט' ביהודה א"י לטעון דשמא הערה בה כו' דז"א דדווקא בדידיה שייך לומר כן אבל בדידה ודאי דמרגשת היא ואפילו בוגרת יש לה צער וא"ל דמפותה אין לה צער כמבואר

בש"ס ז"א דמפותה אין לה צער כמו באנוסה ואין הצער ש"פ אבל הא ודאי דמרגשת היא אלא כיון שפה קדוש אמר דבר זה מי ירים ראש להקל כנגדו:

מה) בדברי הרב מוהרי"ח הוסיף מר שנית ידו דא"א לפרש דעת רש"י ביבמות דאתי כר"מ ז"א דלדבר שלבל"ע לא ס"ל לתנאי ואמוראי כר"מ אע"ג שהגוף בעולם הנה אומר אני כי הך סברא לאו דכ"ע הוא שהרי התוס' בכתובות דף ח' ובגיטין ועוד כמה דוכתי כתב דר"נ ושמואל ועוד אמוראי ס"ל דלהקנות לדבר שלבל"ע קיל טפי מלקנות דשלבל"ע אלא דאנן באמת קי"ל דאפי' לכשתלד לא קנה וגם בלאחר שאתגייר כו' אינה מקודשת ועוד דהכא כיון שהוא צריך להקנות לה המעות א"כ הוי מקנה דשלבל"ע ג"כ שהרי עתה לא היה יכול להקנות לה המעות אלא לאחר שיגדיל ודמי לאומר שדה זו לכשאקחנה כו' אם לא נחלק בין מחוסר זמן למחוסר מעשה ואמנם לכאורה יש סיוע לדברי מר שהרי רש"י ביבמות משמע דגריס אמרי ביה רב והיינו ר"ה והתו' כתב דהך סוגיא דלדשלב"ע לא אמר ר"מ אליבא דר"ה אתיא ע"ש אך דאעפ"כ כיון דחזינן דאיכא אמוראי דס"ל דלדשלבל"ע קיל טפי וגם דהגוף הוא בעולם וגם דאין לנו לעשות ג' מחלוקת בדבר וכ"כ התוס' בגיטין דף י"ג דלכך ילפינן מדר"מ גם בפירות דקל הדין אע"פ שאינם בעולם משום דאית לן למימר דקאי בשיטת דראב"י כו' ושפיר אפשר לפרשו דמודה רש"י לענין הדין לתוס' והרמב"ן והרשב"א כיון דלא קי"ל כר"מ אין קטן יכול לקדש שיחולו משיגדיל עוד ראיתי דבר תמוה מה שהשיב מר בהשגת מהרי"ח דלמה כתב הרמב"ם הדין בקטנה ולא בקטן. וע"ז השיב דאין דרכו של הרמב"ם לכתוב מה שאינו מפורש בגמרא ותמהני דהלא מבואר בש"ס דכתובות דף ע"ד ע"ב וכן קטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות כו' ואם בעלו קנו. ואמנם לפע"ד מדברי הרי"ף נראה דלא גריס ליה ומיושב קושית הפ"י שם וכן כשהעתיקו הרשב"א והריטב"א התוספתא לא העתיקו רק פמש"פ ואין להאריך בזה שאין נ"מ לדינא והנה מפי השמועה הוגד לי שבנ"ד נתקדשה בטבעת שאולה ובזה נלענ"ד אף מר יודה דאין כאן קידושין וצריך חקירה אם אמת נכון הדבר והן אמת כי הא גופא קשיא לי דהאיך נאמר שמנהג המדינה הוא לפי שכוונתן שיחולו כשיגדיל מה נעשה לאחותינו בת לאברהם אבינו היושבת תחת בעלה והיא נתקדשה בטבעת שאולה אשר כן הוא ע"פ רוב במדינתינו כלום שמענו שמחלקים בין טבעת לטבעת מימינו לא שמענו לדקדק בקטן שלא לקדש בטבעת הניתן במתנה ע"מ להחזיר וכבר כתבתי שעינינו הרואות שמורי הוראות בישראל וגדולי הדור נעלם מהם זה רק שאדוני החכם כמלאך אלקים הודיע אותנו את זאת ואיך נעמיד זה בדעת הקטן ע"כ מכתב א"א מ"ו הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר מנחם מאנש ז"ל וגם יש בידי אשר כבוד דודי מ"ו

הגאון ז"ל הוסיף שנית ידו להגאון מפראג ז"ל ולא העתקתי פה כי בצפייתנו צפינו שיצא לאויר חיבור תשובתו ז"ל אשר נפלאו מאד כידוע ומפורסם לכל שואבי מימי תורתו ז"ל:

שאלה מז

שאלה קטן שנשא אשה ומת אחר כמה חדשים משהגיע לכלל י"ג שנה ויש לו אח קטן והאשה אומרת שלא נבעלה כלל אם יש להתירה לשוק בלא חליצה אם לאו:

תשובה ראיתי את השאלה ותשובתה בצידה אשר נגזר עליה מכבוד הרב הגאון כו' מוה"ר חיים נ"י האב"ד דק"ק וואלזין שהאריך הרחיב הדבור בזה בחריפות ובקיאות והגאון נ"י ענותו תרבינו לתת עין בדבריו הנעימים. וראיתי עצמי כמחויב בדבר לעשות רצון צדיק כ"ב אשווע ואומר הנני. ואומר עם קני אשר מן השמים יורני. ואף כן זה לי שבע ועשרים שנה אשר כתבתי בעסק זה והרימותי ידי בארוכה בימי חורפי כד הוינא זוטרא לגבי רברבי הקדושים אשר בארץ המה הגאונים המפורסמי' במדינות אשכנז בעהמ"ח שאגת אריה והגאון אב"ד דק"ק בערלין. והגאון אב"ד ק"ק אה"ו. ודודי הגאון מוהר"ר סענדר ז"ל האב' דק"ק סטאנב כאשר המה בכתובים תח"י. ותשובת הגאון האב"ד דק"ק אה"ו לי נדפסה בספרו שו"ת ושב הכהן. וגם זה לי ששה עשר שנים כתבתי בעסק השערות בענין חליצה למחותני הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ ז"ל שם באתי במשפט על כל נעלם וקשה עלי למיגמר בעתיק אולם בכאן ישן כו' מפני חדש אוציא ולא אבוא אלא בדבר שנתחדש לי בדרך הילוכי ועיוני ומיזל בדברי הגאון הנ"ל והנה פתח דבריו יאיר שאם באנו לעשות ס"ס יש להתחיל בספק אם הביא סימנים שאין להתחיל בספק בעל דהוי חד ספיקא ספק בעל משהגדיל או לא אלא איפכא צריך להתחיל ספק שלא נעשה גדול ואת"ל נעשה גדול שמא לא בעל משהגדיל ועיין ש"ך בדיני ס"ס עכ"ד. ומילתא דפשיטא ליה מיבעיא ליה טובא שנלענ"ד בס"ס שיש שם אוסר ונאסר וספק א' בגוף האוסר וספק אחד בגוף הנאסר אנו צריכין להתחיל בספק שבגוף הנאסר שהרי עליו אנו דנין ואח"כ יש לנו לבוא לספק השני מצד האוסר אם יש בו כח לאסור ומסתברא היכא שנכנס זאב לעדר איהו שתק כו' ויש ס"ס אם דרס אם לא וגם אם יש לזאב דריסה בגסה שיש לנו לדון מתחילה בגוף הנאסר שמא לא איתליד ביה ריעותא ולא נדרס כלל ואת"ל נדרס שמא לא הועילה דריסתו מצד האוסר שאין לו דריסה בגסה וכן י"ל בספק נגע ספק צפרדע וכן ס' קטן שזרק קידושין ס' קרוב לו נראה שיש להתחיל שמא קרוב לו ואין כאן עסק קידושין כלל ואת"ל קרוב לה שמא לא הועילו מחמת שקטן היה וכאלה רבות. וכללא דמילתא שמתחילה אנו צריכין לדון על הגוף שאנו דנין עליו ואותה אנחנו מבקשים לדעת אם נולד בו איזה ריעותא ואח"כ אנו

דנין על האוסר במה כחו גדול שיועילו מעשיו למיקבע איסורא ובנ"ד יש ג"כ להתחיל בס' שמא לא בעל כלל ולא נעשה מעשה קידושין באשה זו כלל ואת"ל שבעל ועשה בה מעשה לשם קידושין שמא לא הועילו מעשיו כלל לפי שקטן היה וראיתי בשו"ת נודע ביהודה חלק אה"ע סימן ס"א שכתב ג"כ דאם נתחיל הס' שמא לא בעל אין ס' אחד מתיר יותר מחבירו משא"כ אם נתחיל שמא לא נעשה גדול כלל וזה דומה לספק על הדורס כו' ולענ"ד נהפוך הוא כמ"ש ומ"מ גם הנ"ב לא קאמר אלא לפי דבריו שם שכתב דודאי בעל אלא שיש ספק אם בעל בגדלותו משא"כ בנ"ד דמיירי בספק לא בעל כלל שי"ל דהוי ספק אחד מתיר יותר מחבירו ג"כ דאם בתולה הוא שריא לכ"ג וכתובתה מאתים וחופה קונה בה ע"ש בנ"ב. אך לענ"ד בנ"ד בלא"ה שפיר מחשב ס"ס דע"כ לא כתבו התוס' בכתובות דשם אונס חד הוא אלא התם משום דעיקר ענין הס"ס הוא לפי שיש לנו שני צדדין לסבב ההיתר כדפריך התם ואמאי ס"ס הוא ור"ל שיש שני צדדי היתר צד אחד אין תחתיו וצד שני שמא באונס וע"ז הקשו התוס' דגם בקיבל אביה קידושין כו' יש שני צדדין צד אחד אונס וצד שני שמא בעודה קטנה שאף הרצון מותר וע"ז תירצו דשם אונס חד הוא ר"ל כיון שאין צד היתר השני רק דהרצון בקטנה מחשב אונס הרי זה בכלל הצד הראשון וא"א לעשות מזה ס"ס דכשאנו אומרים שמא באונס נכלל בזה כל מיני אונס כמו שא"א לומר בס"ס באיזה מין ממיני האונס נאנסה ונאמר שמא בכח גבר האיש ובא עליה כי בשדה מצאה וספק שמא מחמת אונס נפשות ושמא יצאה מדעתה וחשובה אנוסה וכל כיוצא בזה משום דאף שכל אחד הוא ענין אונס בפ"ע מ"מ כולם בגדר שם אונס הם וכיון שסוף סוף כל עיקר ההיתר הוא מחמת צד אונס לא הוה ס"ס שהרי לא נתרבו צדדי היתר מחמת זה משא"כ בנ"ד שאף אם נאמר ס"ס שמא לא בעל אחר י"ג ואת"ל בעל אחר הזמן ההוא שמא לא הביא סימני גדלות שפיר הוה ס"ס שהרי עכ"פ יש כאן שני צדדי היתר שכ"א הוא צד מתיר בפ"ע ואין נכלל בחבירו כלל וצדדי היתר רבו על האיסור ומבטלין אותו כנלענ"ד ואף שלכאורה צ"ע ע"ז בש"ך ואחרונים יש ליישב ולכוון הדברים למ"ש:

והנה הרב נ"י כתב דנ"ל דלפי מאי דקי"ל הלכתא חוששין שמא נשרו שפיר י"ל כאוקימתא קמייתא דה"מ בסתמא כו' באמת שגם מהראנ"ח סימן ך"ו והנ"ב ז"ל כתבו שי"ל כן ומ"ש הרב מדברי התוספות שכתבו דלמסקנא כו' כתב הראנ"ח די"ל דהכי מסיק הש"ס בפלפולא למ"ד א"ח שמא נשרו אך מ"ש הרב מש"ס דב"ב בודקין לחליצה אין הכרע לפי ענ"ד די"ל כמ"ש התוס' גבי לפני הפרק נשים בודקין אותם דהיינו דמהני בדיקה וכן פירשו התוספות הא דקאמר בש"ס לפני הפרק בעי בדיקה ר"ל דאי בדיק

מהני וה"נ פירוש דבודקין לחליצה דהיינו שאם בדקו ולא אשכח מהני הבדיקה שלא תחלוץ דלא תלינן לומר שנשרו ומכ"ש דא"ש לפמ"ש הרמב"ן והרשב"א בנדה לתרץ קושית ר"ח שהביא הרי"ף והתוספות מהא דבודקין למיאונין דכיון דבש"ס אמרינן לאפוקי מדר"י דאמר עד שירבה כו' לכך נקט לשון בודקין אותם ור"ל דע"י השערות הוא ההיתר בין שהוא ע"י בדיקה או ע"י חזקה ע"ש וה"נ לענין חליצה ר"ל שההיתר החליצה הוא ע"י שערות ולאפוקי מדר"י דאמר אפילו קטנה חולצת קמ"ל דלא וגם י"ל דנ"מ היכא שהגיעו שני גדלות וראינו שלא הביאה סימנים דאזלה חזקה דרבא כמ"ש התוספות בב"ק דף קנ"ד אז צריך בדיקה אח"כ אם הביאה או לא. ועיקר מילתא לאפוקי מדר"י איתמר:

אך נראה דשינוי בתרא עיקר. מהא דאמר ר"י לאחר הפרק נשים בודקים וקשיא ליה מדרבא והוצרך לתרץ דלחליצה בעי בדיקה. ומ"ש הרב דלשנויא קמא י"ל דהבדיקה הוא דאי לא אשכח מחזקינן לה בקטנה וכקושית התוספות צ"ע שהרי התוספות בתירוצם דחו זה מלישנא דברייתא ונאמנת לומר כו'. והיה נלענ"ד לומר דלפום שינוי קמא מצינן למימר דמיירי בבדקו בשעת הפרק ולא אשכח דאזדא לה חזקה דרבא כמ"ש התוספות הנ"ל ובכה"ג אנו צריכין לסמוך על בדיקת הנשים ושפיר סמכינן עלייהו כיון שעכ"פ כבר הגיע עתה להביא סימנים כל יומא זמנא הוא ונשים נאמנות משא"כ תוך הפרק דלא שכיח כלל דמייתי סימנים לא מהימני נשים אלא דצ"ע כיון דר"י נקט בלישניה שאין משיאין ספיקות ע"פ עדים ובכה"ג דבשעת הפרק בדק ולא אשכח שוב אח"כ ספק גמור הוא כיון דחזקה דרבא אזדא לה. גם צ"ע דא"כ מ"ל לשנויי' לחליצה בעי בדיקה דלא א"ש אלא לשנויא בתרא והו"ל לשנוי כמ"ש דא"ש בין לשינויא קמא ובין לשינויא בתרא ואפשר לומר דודאי למ"ד חוששין שמא נשרו ואפ"ה בחליצה מצריך בדיקה לשנויא קמא דמיירי בבדק ולא אשכח דוקא אע"ג די"ל זיל בתר חזקה דרבא ונשרו משום דכיון דמ"מ איכא ריעותא לפנינו שאין כאן שערות ובכה"ג חיישינן למיעוטא שאין מביאין שערות בזמנם ומ"מ אין זה ספק השקול רק לחומרא לבד מחמרינן גבי חליצה שלא תחלוץ היכא דבדק ולא אשכח. ולפ"ז אף שבדק בשעת הפרק ולא מצאנו מ"מ אי השתא הדרו שנים ובדקו ומצאו סמכינן עלייהו דלדידיה לא איתרע חזקה דרבא כולי האי במה שלא מצאנו בשעת הפרק דאמרינן שנשרו וכיון דהא דמחמרינן להצריך בדיקה אינו רק חומרא סמכינן אנשים בכה"ג. משא"כ למ"ד אין חוששין שמא נשרו דלדידיה היכא דבדק ולא אשכח נסתרה חזקה דרבא לגמרי וספק גמור הוא ולית לן למיסמך אנשים ואליבא דהך מ"ד הוצרך לתרוצי דרבא מודה דלחליצה בעי בדיקה בסתמא דלאו חזקה

גמורה היא וא"כ אין הכרח כ"כ מתירוץ הש"ס התם שהש"ס היה מוכרח לתרוצי סוגיא דתיתי שפיר אף למ"ד א"ח. אבל מ"מ י"ל דלמ"ד חוששין שפיר הוה חזקה גמורה רק היכא דבדק ולא אשכח חיישינן לחומרא כיון דאיתיליד ריעותא. ומה שהחליט הרב נ"י לומר לא אמרינן נשרו כ"א מחמת חזקה דרבא ורוב אין נושרין ודמי להא דרוב בתולות נישאת כו'. אין כן דעת הרשב"א בתשו' אלף רי"ו דאף בקטנה שלא נודעו מספר שנותיה חושש לשמא נשרו עי' שם ואין להאריך כי כבר עמדו בזה. ועי' בב"ש סימן קנ"ה. אך לאמתת הדבר נלענ"ד דגם למ"ד חוששין שמא נשרו בעי בדיקה אף בסתמא אליבא דמסקנא דאל"כ למה נקטו ר"פ ורב פפי פלוגתייהו לענין מיאון ובדק ולא אשכח הו"ל למנקט פלוגתייהו גם בסתמא ולענין חליצה ואיפכא דמאן דמיקל במיאון וסובר דלא חיישינן שמא נשרו סובר דלחליצה בעי בדיקה ומאן דמחמיר במיאון שמא נשרו סובר דבחליצה בסתמא לא בעי בדיקה אלא ודאי דלא פליגי בפירוש דמילתא דרבא כלל ולמאי דמסיק למ"ד אין חוששין לפרושי מילתא דרבא בלא בדק כן הוא גם למ"ד חוששין דכיון דלא אשכחן דפליגי מה"ת ניקו אנן ונימא דפליגי בהא דכיון דלאו הא בהא תליא ותרווייהו מצי לפרושי מילתא דרבא בסתמא ואפ"ה גבי חליצה לחומרא רק בבדק ולא אשכח לענין מיאון פליגי. ועוד נראה דודאי שנויא קמא אתי דלא כהלכתא דכיון דמוקי בבדק ולא אשכח ומ"מ לא תמאן שמא נשרו ע"כ לומר דבבעל מיירי דהא הילכתא דחוששין אינו אלא בבעל וכדאמר רב דימי. וא"כ תיקשי היאך קאמר רבא קטנה כל י"ב שנה אינה ממאנת כו' דהו"ל למימר רבותא טפי דאפילו אחר י"ב שנה ממאנת והולכת כל שלא בעל אחר י"ב כיון דבדק ולא אשכח מיירי ולא הו"ל לסתום אחר י"ב שנה לא תמאן דמשמע בכל גווני והו"ל לפרושי לא תמאן אם בעל אלא ע"כ דלפום הך אוקימתא הוי ס"ל דחוששין שמא נשרו אע"ג דלא בעל אם כן למאי דקי"ל דבלא בעל א"ח ע"כ לפרושי מילתא דרבא בסתמא ומ"מ לחליצה בעי בדיקה:

אך לשון רש"י צ"ע שכתב שם חיישינן שמא נשרו לחומרא וקנאה בביאה משמע מדבריו דגם לפום הך אוקימתא בבעל דוקא מיירי דבכה"ג חוששין וכדמסיק ר"ד לקמן. ולפ"ז קשה מ"ש דלמה נקט רבא תוך י"ב כו'. ואפשר לומר דרש"י לשיטתי' דמפרש הא דאמר כל י"ב ממאנת היינו אפילו הביאה דשומא נינהו אם כן בהכרח נקט תוך י"ב דאילו אחר אף שלא בעל מ"מ כל שהביאה אינה ממאנת. משא"כ לפי מ"ש התוס' דמדברי רבא אין מוכרח דתוך זמן כלפני זמן די"ל דמיירי בבדק ולא אשכח כדמוקי בסיפא והיינו משום דס"ל דרישא וסיפא בחד ענין' מיירי וא"כ הא דנקט בסיפא דאינה ממאנת היינו משום דחוששין שמא נשרו ע"כ דאף בלא בעל חוששין דאל"כ הו"ל למינקט ברישא

בת י"ב שנה ולא בעל וממילא נשמע דתוך י"ב ממאנת. ולכאורה נראה דדברי רש"י מוכרחין דלרב' תוך זמן כלפני זמן. למאי דמוקי דמיירי בלא בדיקה ואם איתא דתוך זמן כלאחר זמן עכ"פ בדיקה בעי דשמא הביאה סימנים דנהי דאי בדיק ולא אשכח א"ח שמא נשרו עכ"פ ספיקא הוי שמא עודן בה ובכה"ג אמרינן לקמן נאמנת לומר גדולה היא שלא תמאן ומוקמינן תוך הפרק ואליבא דר"י. וצ"ע על התוס' שכתבו דמיירי בלא בדקו דהא אי תוך הזמן כלאחר הזמן צריך בדיקה כדמוכח מהברייתא זו אליבא דר"י ומצאתי בשו"ת מהראנ"ח שכתב דלהך אוקימתא צ"ל דברייתא דמצריך בדיקה היינו בבעל ורבא מיירי בלא בעל אז בתוך הזמן א"צ בדיקה ע"ש באורך:

שוב ראיתי בדברי אא"ז מהרש"א שם שהקשה דלמא הא דלא תמאן היינו בבעל ומ"ד א"ח שמא נשרו היינו בלא בעל דפלוגתייהו בלא בעל הוא כו' עי' שם וצ"ע מל' רש"י הנ"ל שמבואר דמפרש פלוגתייהו בבעל ומ"ש מהרש"א דמוכח בר"פ בא סימן דלא אהני חזקה דרב' אלא בבדק ולא אשכח דאמרינן נשרו והיינו בבעל ור"ל דא"כ ע"כ בלא בעל פליגי דמסתמא הך מ"ד לא פליג ארב' ולענ"ד אין מוכרח דלפום מה דס"ד השתא היה סובר דהך מ"ד מפרש מלתא דרבנן לענין חליצה ובסתמא כדמוקי הש"ס שם אלא דקשיא ליה אאידך מילתא דרב' דמוקי הש"ס דבדק ולא אשכח אהא קשיא ליה דלמ"ד א"ח למה לא:

שוב ראיתי בדברי הרב נ"י שכתב דהך חזקה דרב' דאתי' מכח רובא לאו רוב גמור הוא. וסמך לדבר דהבאת סימנים תלוי בכחישותא כו'. צ"ע דהתם לענין שיהיו הסימנים ניכרים לנו קאמר דזמנין דמחמת כחישותא הם נעלמים מעינינו ומ"מ גוף ענין הגדלות אינו תלוי בהבאת שערות שהשערות אינם רק סימן לדבר שהגיע לכלל גדלות. ועי' בשו"ת מהרי"ט סימן נ"א ואם כן רבא דקאמר חזקה הביאו סימנים היינו לומר שהגיע לכלל גדלותה ומה בכך שהסימנים נעלמים ממנו מחמת כחישותא וכדאמרינן זימנין דנתרין מחמת כחישותא. ואף להגירסא זימנין דאתי מחמת כחישותא אם העלם יעלימו מחמת כחישות כנשרו דמי דלא שכיח וחד מלתא הוא עם נשרו ומ"מ עיקר הרוב דכשהגיע לכלל שנים היא גדולה אפשר שרוב גמור הוא. ומ"ש הרב דאף דנימא דהוי רוב שא"ג מ"מ לא דמי לרוב מטפחין דאיכא נגדה חזקת טהרה מה שאין כן הכא דחזקת קטנות עשוי להשתנות והוי כבוגרת ביומא דמשלים שית כו' לענ"ד צ"ע על דמיון זה דע"כ לא אמרינן התם אלא משום דכיון דמספקא לן אי מצפרא אי מפני' ועכ"פ ההוא יומא עבידי דאתי וחזקת הקטנות משתנה לא שייך בזה חזקה דמפני' אתי משא"כ כאן שזו הוחזקה לקטנה רק עכשיו שהגיעה לכלל שנים אמרינן דעל הרוב החזקה משתנה

בעת ההוא ואם כן בכה"ג שאין החזקה נסתרת רק מחמת הרוב והרוב רוב שאינו גמור אינו מועיל לסתור החזקה וכמו ההוא דעיסה שהיה בחזקת טהרה והתינוק עומד אצלו ועל הרוב חזקה עשוי' להשתנות עתה שהרי רוב תינוקת מטפחין בעיסה רק כיון דמיעוט גמור שאין מטפחין והרוב אינו גמור אינו מועיל לסתור החזקה וה"נ דכוותיה. ועי' בשו"ת הריב"ש סימן קפ"ב שכתב ג"כ דחזקה דרב' מוציאה מחזקת קטנות ע"ש. וגם בלא"ה פשיטא דיש כאן חזקה דאשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת וכמו כל חליצה שהוא ספק פסולה דאמרי' אוקי אחזקה שעדיין זקוקה כמ"ש הרשב"א ביבמות דף ל' דכל שהיה בחזקת איסור אף שנעשה מעשה להתיר צריך שיתברר שנעשה מעשה המכשיר בודאי וכ"כ במשמרת הבית לענין רוב מצוין א"ש דכל שהיה בחזקת איסור ונ"ל כאן מתעסקים לסלק החזקה ורוב המתעסקין מסלקין כהוגן ואמרינן שסלקוה כהוגן עי"ש והיינו בכה"ג שרוב מצוין רוב גמור משא"כ שלא נתברר שיעשה לחזקה מעשה המכשיר כהוגן לסלק החזקה שהוחזקה באיסור שהרי הרוב הוא אינו רוב גמור א"כ שפיר יש לסמוך המיעוט לחזקה כמו בההוא דרוב תינוקות מטפחין וכן כתוב גם כן בשו"ת נ"ב שיש כאן חזקות קטנות וחזקת איסור:

וראיתי בדברי הרב שכתב דלחליצה בעי בדיקה משום דכיון דאיכא לברורי כו' דבאמת כן מבואר מדברי הרשב"א פרק קמא דחולין שכתב וז"ל וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן דהא איכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה כו' ומן הדין שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה וודאית לא שנסמוך על הרוב אלא משום קולא דבהמה לא איתרעי שהרי שחוט לפניך ודי אם נסמוך בכך היכא דליתא קמן וכי הא איכא במסכת נדה דאמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה כו' אבל לחליצה בעי בדיקה כו' וכן מבואר באמת בדברי הרמב"ן במלחמות ריש חולין דמייתי שם גם כן מהך דנדה אך אין הכרע בדבריו אם כוונתו דמיעוט שאין מביאין סימנים הוי מיעוט מצוי ואף בלא צירוף חזקת איסור צריך בדיקה וכמו דמייתי התם מהא דצריך לבדוק אחר סרכות הריאה או גם הוא כוונתו בזה כהרשב"א משום חזקת איסור וה"נ לענין חליצה אשה זו בחזקת אסור לשוק עומדת וכמ"ש בראש דבריו בההוא דרוב מצוין (ובר"ן שם מבואר שסובר דגם ברוב מצוין כו' הוי טעמא משום דהוי מיעוט מצוי שאין מומחין וכמו בסרכות הריאה ולענ"ד הרמב"ן לאו מהאי טעמא אתי עלה גבי רוב מצוין אלא דמייתי מסירכא כמו דהתם בדקינן היכא דאפשר כמו כן גבי שחיטה דאיכא חזקת איסור וכן נראה מהרשב"א שמפרש כן דברי הרמב"ן ז"ל) ולקצר אני צריך:

ונפלאתי מ"ש הרב שלא זכינו לשום פוסק קמאי ובתראי שיבאר לנו טעמא דלחליצה בעי בדיקה והרי הדבר מבואר ברמב"ן ורשב"א וכ"כ בט"ז אבן העזר סימן קנ"ו וכ"כ בשו"ת נ"ב גם כן. אך לענ"ד צ"ע הא דמשמע מהרשב"א דחזקה דרבא רוב גמור הוא כמו רוב מצוין כו' רק לחליצה לא סמכינן עלה משום דאיכא לברורי דלכאורה זה סותר למה שכתב ב"י באבן העזר סימן מ"ב בשם מורו הר"י בי רב שהרשב"א והרב דוראן חולקין על התוס' והר"ש וס"ל דאף שנמצא עתה סימנים לפנינו לא מחזקינן למפרע משעה שהגיעה לכלל שנים עי' שם וא"כ מכ"ש היכא שאין סימנים לפנינו כלל אלא דליכא לברורי דלא אזלינן בתר חזקה זו להרשב"א:

וראיתי בשו"ת נ"ב שכתב שטעות נזדקר בקולמס הב"י במ"ש בשם הרשב"א פרק מי שמת דחידושי ב"ב להרמב"ן נינהו ולא להרשב"א ודבריו תמוהים דודאי מוהר"י בי רב ז"ל כיוון לחידושי הרשב"א כת"י שהיה לפניו וכן ראיתי בשו"ת הר"י ביה רב ז"ל ואין כוונתו למה שהביא בנ"ב כוונת הב"י לדברי הרמב"ן דמוקי עובדא דבני ברק במכר ומת מיד דמהתם אין הכרח דהא ע"כ אנו מוכרחין לאוקמי הך ברייתא למ"ד בנדה דלית ליה חזקה דרבא ודעת ר"ח לפסוק כן וגם בנ"ב דחה זה דדילמא אדרבה ס"ל דע"כ מיירי כשנבדק משהגיע לכלל גדלות כו' ע"ש בחלק אה"ע ובאמת שכ"כ אא"ז מהרש"א שם לפני תירוץ התוס' דף קנ"ד שצ"ל כמ"ש הרמב"ן עי' שם אמנם מ"ש בנ"ב חלק ח"מ סימן בסוף התשובה וז"ל אחרי כתבי שוב נלענ"ד אינו מוכרח שהרמב"ן יחלוק על הרא"ש ונקדים שהרא"ש כתב והוא מדברי התוס' שאם פשטה ידה כו' ובדקוה ולא מצאה סימנים כלל צריכה גט משני דחיישינן שמא נשרו כו' וקשה ממ"נ אם לא נשרו עדיין קטנה היא ואם נשרו ממילא אמרינן שלמפרע הביאה סימנים כשהגיע לשנותיה וכבר היא מקודשת לראשון ולא תפסי בה קידושי שני וצ"ל דאם לא נמצא בה הוי חזקה שלא נתבררה כו' ואני תמה דמה ענין חזקה שלא נתבררה לכאן דע"כ לא כתבו התוס' כן אלא לענין הגבינות שנעשו בתוך י"ב חודש אבל הגבינות שנעשו קודם יב"ח ודאי שכשרים שבזו אין אנו צריכי' לומר אוקמה אחזקה רק דע"כ כן הוא שאז הית' כשרה ובנדון שלפנינו אם היינו צריכין לומ' בשעה שקיבלה הקדושין משני אוקמה אחזקה כמו שהיתה גדולה קודם כך לא יצאה מחזקה זו שפיר היה אפשר לדמות לחזקה שלא נתבררה בשעתה דאף שאנו מוצאין עכשיו סימנים מ"מ הגדלות שאנו מחזקינן למפרע לא נתברר בשעתו רק ע"י סימנים שאנו מוצאין עכשיו לית לן לאוקמי אחזקה וחיישינן שמא בתוך הזמן יצא מחזקה זו אבל באמת בנידון שלפנינו לא שייך יצאה מחזקה כלל וכל שנתברר לנו עכשיו שלמפרע היה בחזקת גדול תו לא פקע לעולם וא"כ קושיתו

במקומה עומדת דבשעה שקידשה שני למאי ניחוש לה אם נאמר שעדיין לא הביאה סימנין הרי אין הקידושין כלום ואם הביאה הרי אנו אומרים שלא שינו את תפקידם לבוא בזמן הגעת השנים וממילא שחלו קידושי ראשון ואם נפשך לומר דחזקה דרבא לא מהני כ"א בצירוף חזקה דהשתא וכיון שלא מצאנו עכשיו אע"פ שאם באנו להצריכה גט משני אנו צריכין לומר שהיה בו ונשרו מ"מ כיון דהשתא מיהת ליתנייהו קמן לא מחזקינן למפרע אין לזה טעם כלל כיון דלהצריכה גט משני אנו צריכין לומר שהיה בה ונשרו וכאלו הם לפנינו דמי ואף לענין חזקה שלא נתבררה גופה אין הדבר תלוי בידיעתינו אלא כל שהענין בעצמו היה מבורר בשעתו אף שלא נודע לנו שפיר מיקרי חזקה מבוררת אף לענין לומר שאח"כ שוב לא יצאה מחזקה זו וכמו שהאריך בזה בנ"ב חלק אה"ע סימן ל"א עי' שם והוא ברור וק"ו כאן שאין אנו צריכין לאוקמי אחזקה כלל אלא כיון שבאת לומר שהביאה סימנים ממילא יש לך לומר מחמת חזקה דרבא ודהשתא שבאו בזמנם קודם קידושי ראשון ולמה צריכה גט משני:

ולכאורה היה אפשר לומר דמ"ש הרא"ש צריכה גט משניהם היינו מעיקרא דאכתי לא נחית להך סברא דאמרינן חזקה שהיה שם משהגיע לשנים אבל לבתר דמסיק להך סברא באמת א"צ גט משני אבל ז"א דמשמע מדבריו דלמסקנתו הא דאמרינן בודקין לקידושין היינו לאחר קידושין דשני ואם איתא בדיקה זו למה דהא בין כך ובין כך א"צ גט משני וכן מבואר להדיא מתוס' דף קנ"ו דהבדיקה לאחר הקידושין ואם לא ימצא הוי ספיקא אבל האמת יורה דרכו דלק"מ דז"ל הרא"ש שם. ועוד ראיה מהא דאמרי' פרק מ"ש כו' פי' אם הגיע לכלל שנים בודקין אותו כו' חזקה שגם בשעת קידושין היה בה עכ"ל. ותיבת ב"ה היא ט"ס נגלה שהרי כל התשובה כולה בלשון זכר נאמרה כמבואר למעיין וברור שט"ס וצ"ל שגם בשעת קידושין היו בו וכן מבואר מדברי הש"ס בהא דפריך וכיון דבדקנא לקידושין כו' ואם איתא דאשה קאי שפיר מצינן לאוקמי שאביה קיבל בה קידושין ובדקנו ומצאנוה קטנה ועכשיו צריך לבדוק לגירושין אם היא יכולה לקבל גיטה אלא ודאי דאיש קאי כדמשמע פשטא דש"ס וכן נראה מבואר מדברי רשב"ם והתוס' שם ע"ש והיינו שכתבו התוס' דאי לא משכחי סימנים הוי ספיקא דחיישינן שמא נשרו כו' ר"ל דאפ"ה חוששין לקידושי ראשון דאמרינן שמא בשעת קידושין גדול היה ונשרו משא"כ אי משכחינן ביה סימנים אז בתראי לא הוו קידושין אף אם לא בדקנו הראשון קודם קידושין לא אמרינן דלמא השתא הוא דאייתי אלא כיון דהשתא אייתי והגיע לגדלות מזמן גדול אמרינן דמאז היה בו. וזה ברור בפשט דברי התוס' והרא"ש ונפלאתי על אא"ז מהרש"א דנקט לפרושי דברי התוס' לענין הבדיקה של האשה מי

הכריחו וזה מבואר ג"כ במ"ש הרא"ש ופר"י דהא בדיקה קודם קידושין ולדברי הנ"ב פירושו מקודם קידושי שני או אחר קידושי שני ולפמ"ש מילתא כפשטא שהר"י רצה מתחילה לפרש דבודקין לקידושין היינו קודם שמקדש הראשון דאל"כ אמרינן השתא אייתי וכההיא דהתם דקאמר חוששין לקידושי שניהם וע"ז כתב דלא דמי כו' אבל צ"ע קצת במ"ש התוס' ד"ה לחליצה כו' דומיא דלגיטין ולקידושין דמיירי בין באיש ובין באשה עכ"ל והשתא תיקשי דמאי נ"מ באשה לנבדקת לקידושין דאי פשטה ידה כו' לעולם אין צריכה גט משני דממ"נ כמ"ש הנ"ב. אך י"ל דבאשה בלא"ה נ"מ טובא לענין ששה חדשים אח"כ ששוב אין קדושי אביה כלום וכה"ג וגם דבאשה י"ל דבאמת מיירי דבדק קודם קידושין ואם לא תצא אז ואח"כ ימצא באמת צריכה גט משניהם וכן צ"ל בפסקי התוס' שם וע"ש. ועיין בב"ש סימן קנ"ה ס"ק ל' מ"ש דהא דצריכה גט משני היינו שמא הביאה תחת השני ונשרו וקשה כקושיית הנ"ב דאם נאמר שהביאה ממילא יש לנו לומר שהביאה תחת הראשון משעת הגעת שניה כשיטת הרא"ש ז"ל שהוא ג"כ דעת הטור בח"מ סימן ל"ה. וראיתי בספר בית מאיר שעמד בזה על הב"ש ע"ש וע"ש בתוס'. ולפום מה דכתיבנא פש גבן לברורי במ"ש התוס' דמהני הך בדיקה כו' והיינו דקשיא להו דטורח בדיקה זו למה דהא בלא בדיקה חוששין לקידושי שניהם ואף לאחר הבדיקה יש לחוש לקידושי שניהם דאי אשכח אמרי' השתא אתי ואי לא אשכח חוששין שמא נשרו לזה כתבו דמהני הך בדיקה דבאמת אי משתכח בטלו קידושין דבתרא דלא אמרינן השתא אתי:

ולפ"ז יש להסתפק היכא דלא בדק וא"א לבדוק שוב כגון שהלך למדה"י או שמת דאפשר דגם בכה"ג בטלו קידושין דבתרא משום דאיכא חזקה דרבא אלא דמ"מ כי איתא קמן לא סמכינן אחזקה דרבא לכתחלה ובדקינן ליה דשמא לא משתכחי סימנים וספיקא הוי או י"ל דכי לא בדק לית לן למסמך אחזקה דרבא אף בדיעבד וחיישינן לקדושי שניהם אלא דאי אשתכחי אמרינן דמעיקרא נמי הוי ביה ולכך יש לבדוק לקידושין. ומסתברא לענ"ד לשיטת התוס' דאף אי לא בדק כלל נמי בטלי קדושי בתראי והבדיקה אינה רק לברר כיון דאיכא לברורי וזה מבואר דכיון דאמרי' דאי משתכחי מחזקינן לה שבאו תיכף כשהגיע לכלל שנים גם א"כ בלא בדק כלל י"ל כן דהא קי"ל קטן וקטנה מיבמין דאזלינן בתר רובא ודלא כר"מ דחייש שמא ימצא סריס. ולפ"ז כל אדם הוא בחזקת שהביא או שיביא סימנים עכ"פ בתוך עשרים מחמת רובא והך רובא גמור הוא וחשוב כוודאי להקל על ידו אף במקום איסור כרת ולפ"ז מה לי דבדק ואשכח או לא בדק כלל דגם בזה כבדק ואשכח דמי שהרי הדבר ברור לנו שזה מביא שערות בתוך עשרים ואית

לן למימר דמעיקרא אתו בשעת הגעת שנים ולפ"ז מ"ש התוס' ומהני הך בדיקה כו' היינו לומר דאי לא משתכחי חוששין לקדושי שניהם. ומ"ש התוס' שם ד"ה לגירושין דלא סמכינן אחזקה להקל היינו לכתחילה היכא דאפשר לבדוק אבל היכא דא"א אנו דנין כאלו נמצא שערות לפנינו דאז אמרינן שהיתה שם למפרע וראיתי בדברי הרב נ"י שכתב דדברי התוס' והרא"ש בתשובה מורין יותר דלא סמכינן אהך חזקה לקולא כלל:

ולענ"ד ז"א ודוקא היכא דבדק ולא אשכח דאנו צריכין לומר נשרו בזה לא אמרינן דחזקה דרבא ודאי הוא ומסתמא נשרו אלא אמרינן דלמא באמת לא הביאה סימנים בזמנו אבל היכא דליכא ריעותא לפנינו שפיר סמכינן אחזקה כמו דסמכינן היכא שיש שערות לפנינו ואף דדוקא היכא שיש שערות לפנינו ומשום חזקה דהשתא דז"א דהא התוס' והרא"ש כ"כ אף לשמואל דס"ל דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא. ולכאורה היה אפשר לומר דהתו' ס"ל נהי דשמואל לא ס"ל חזקה דהשתא מ"מ בצירוף חזקה דרבא שפיר אזלינן בתר חזקה דהשתא וזה כוונתם במ"ש לחלק בין ההיא דשמואל בקידושין דהכא שהגיע לגדלות מזמן גדול לא ור"ל דהכא חזקה דרבא מסייע לחזקה דהשתא. ולפ"ז י"ל דדוקא היכא שיש שערות לפנינו דחזי לאיצטרופי חזקה דהשתא משא"כ בלא בדק כלל דאין כאן חזקה דהשתא אחזקה דרבא לחוד לא סמכינן לקולא:

אך לפענ"ד נראה דהכא לא שייך כלל חזקה דהשתא דע"כ לא שייך למימר דניזל בתר חזקה דהשתא אלא בדבר שאין תלוי בזמן. וכגון ביומא דמשלים שית דכל ההוא יומא זמנא הוא להביא סימנים ואליבא דרבא רגילות הוא שיבואו מצפרא. אך עכ"פ אין רגילות שיבואו בזמן מאוחר יותר מבזמן הקודם. ולכך שפיר אמרי' דכמו דהשתא איתנייהו מעיקרא נמי איתנייהו אבל בדבר שרגילות הוא שבזמן המאוחר יותר יתחדש ענין מה שלא היה מקודם לא מסתבר לילך בתר חזקה דהשתא שהרי כך הדעת נותנת שיבואו עכשיו יותר מזמן הקודם וכגון לענין שערות בשני גדלות דאי לאו חזקה דרבא אין לנו לילך אחר שעת מציאתן כלל דרגילות הוא שכל מה שבא בשנים יותר תרבה הדעת ויביא סימני גדלות ואין ראיה מזמן המאוחר לזמן הקודם דדלמא השתא הוא שבא לכלל הדעת ולא קודם והרי אפילו בחזקה דמעיקרא לא אזלינן בתרה כשהיא עשויה להשתנות וק"ו הדברים בחזקה דהשתא כשהוא עשויה להשתנות ומ"ש התוס' ביבמות פרק אלמנה גבי ספק בן ט' כגון דהשתא דאתי קמן הוא ודאי בן ט' כו' היינו לומר דחזקה קמייתא אתרעאי לה שהרי אם לא היה נודע לנו עתה בבירור שהוא כבר בן ט' היינו מחזיקין אותו בחזקה קמייתא לומר שהוא פחות מבן ט' וא"כ אגלאי מלתא דהך חזקה שהיינו מחזיקין בטעות היתה וא"כ אין להעמיד על חזקה קמייתא לומר שבשעת

ביאה היה פחות מבן ט' שהרי אפשר שכבר היה בן ט' כמו שהוא עכשיו והיינו דוקא לאורועי חזקה אבל פשיטא דלא שייך למיזל בתר חזקה דהשתא כיון שדרכו להיות הולך וגדל ועיין בתשובות מהרי"ט שהאריך בדברי התוס' ביבמות. אך מדברי הרא"ש מבואר דמטעם חזקה דהשתא דצריך חזקה דרבא אתי עלה כאשר יראה המעיין בכלל ל"ג וכן נראה מהתוס' דמחמת שהגיע לכלל גדלות מזמן גדול מודה שמואל דמחזיקין כגדול למפרע משמע דבזה אתינן לטעמא דר"ל דאזיל בתר חזקה דהשתא וגם שמואל מודה בזה כיון דאיכא נמי חזקה דרבא. ולפ"ז נראה דס"ל דאף דיש קצת סיבה להשתנות כגון הכא שיש לתלות מה שהביא סימנים היינו לפי שכבר עבר עליו עוד איזה שנים וימים ידברו כפ"ה אזלינן בתר השתא ולפ"ז י"ל דאין ראיה ג"כ מתוס' דף קנ"ד שהקשו ולמה יש לנו לומר שהוא קטן כו' שמזה כתב הנ"ב להוכיח במישור דהתוס' ס"ל דמהני חזקה דרבא להוציא ממון וכ"כ עוד כמה מחברים וכן כתב הרב נ"י. ולפי מ"ש י"ל דהכי קא קשיא ליה כיון שיש כאן שערות לפנינו או גומות כמ"ש התוס' שם רק שיש לתלות בשינוי מחמת מיתה ובכה"ג דאיכא חזקה דרבא חזו לאיצטרופי חזקה דהשתא כמו דהשתא ישנו לגומות או לשערות השחורים כמו כן היו אז בשעת שהגיע לגדלות ואף שיש מקום לתלות דהשתא אתי מחמת שנשתנה מחמת מיתה מ"מ בשביל זה לא נגרע חזקה דהשתא וכמו שיש לתלות השערות בסיבת שכבר עברו עליו איזה שנים משהגיע לגדלות ואפ"ה לא תלינן בזה ומחזקינן למפרע וע"ז תירצו דמיירי בנבדק משהגיע לגדלות דאזדא לה חזקה דרבא ואז לית לן למיזל בתר השתא כיון דאיכא למיתלי שנשתנה מחמת מיתה ולפ"ז צ"ל דאעפ"כ מחיים היה מועיל בדיקה אע"ג דליכא חזקה דרבא וחזקה דהשתא נמי ליתא דשמא השתא הוא דאתיא לפי שהגיע לשני גדלות כמ"ש אא"ז מהרש"א דס"ל כהרמב"ן דמיירי שמכר ומת מיד. ויותר נראה לומר דהתוס' סוברים דגם היכא שנבדק כשהגיע לכלל גדולים ולא נמצאו שערות מ"מ אכתי לא אזדא חזקה זו לגמרי דעכ"פ כל משך שני הגדלות רגילות הוא שיביא שערות. וזה מבואר מסתימת הפוסקים דמשמע מדבריהם דבכל גווני מותר לייבם אף שהגיע לכלל גדלות ולא נמצא בו סימנים ולא מחזקינן ליה בספק סריס ונימא דרוב המביאין סימנים מביאין בהגיע לכלל שנים וזה שלא הביא איתרע ליה רובא אלא ודאי דבשביל שיצא מרוב המביאין סימנים בהגיע לכלל גדלות מ"מ בשביל זה לא יצא מהרוב שאינם סריסים ואם היינו אומרים דחוששין בכה"ג שמא סריס הוא ואסור לייבם א"כ בלא בדיקה יהיה אסור ביבום דהא לחליצה חיישינן שמא לא הביאו שערות ובעי בדיקה א"כ ליבום נמי ניחוש לה הכי אלא ודאי דז"א דאף אם לא נמצא שערות מותר ביבום דלא איתרע רוב שאינו סריס. ולפי מאי

דקי"ל כרב דאמר הרי היא בוגרת לפנינו והיינו משום דרגילות הוא לבוא מצפרא כמו כן י"ל כאן כל שעתה יש כאן שערות אמרינן שהיה בו מזמן הקודם באותה שעה שאפשר לומר בו שהביא שערות ונראה דגם בההוא דרבא אף אם בדק בצפרא ולא נמצאו סימני בוגרת אז בשביל זה לא איתרע הך מלתא דרגילות הוא להביא מצפרא והיינו בשעה הקודמת שאפשר להיות דכל אותן היום הרגילות להביא בקודם האפשרי וה"נ כל משך שני גדלות הרגילות לבוא בקודם האפשר והלכך כיון דהשתא ודאי גדול אמרי' שגם בזמן המכירה היה גדול אע"פ שבדקוה קודם לזה ולא הוה ביה משא"כ לאחר מיתה די"ל דגם השתא ליתנייהו רק מחמת חזקה דרבא יש לתלות שאילו הם סימנים ולא מחמת מיתה בזה שפיר אמרינן כיון שנבדק בעת הגדלות ולא נמצא אין לנו לתלות ולומר דמעיקרא אתו אלא גם עכשיו אינם סימני גדלות כלל רק שינוי שמחמת מיתה ודוקא היכא דאיכא חזקה דרבא ממש שפיר י"ל מחמת אותה חזקה שאלו הם שערות גמורים ולא מחמת מיתה משא"כ כשאיתרע חזקה דרבא שלא נמצא לו שערות בהגיע לכלל שנים ואע"ג דמ"מ איכא רובא שאינו סריס וא"כ נמי נימא מחמת זה דלאו מחמת מיתה אתי כיון שהרגילות להביא סימנים בזמנו גדלות זה לא אמרינן דמה שהוא רגיל לבוא בקודם האפשר אינן מכריע שלא לספק שבא מחמת מיתה אבל היכא דהשתא ודאי גדול כגון שנבדק עתה בחיים שפיר מסיע חזקה דהשתא לומר דמסתמא אתי בעת הרגילות שנבדק מקודם ולכן התוספות גבי בודקין לקידושין כתבו בסתם אבל הכא שהגיע לכלל גדלות מזמן גדול לא ולא הוזכרו בדבריהם חזקה דרבא משום דאף בלא חזקה דרבא כגון שנבדק פעם אחד משנעשה גדול מ"מ אמרי' שהשערות באו מעת הרגילות. ולפ"ז אין התוס' והרא"ש מחולקים כלל דגם להתוס' מיירי שלא מכר ומת מיד ואע"ג דלדידהו מיירי באופן דליכא חזקה מ"מ שפיר אזלינן בתר השתא בצירוף הרגילות אך מהרא"ש משמע דמיירי דאיכא חזקה דרבא ממש ולכך מחזיקינן ליה בגדול למפרע ומ"מ אם לא נבדק עד לאחר שמת אין מועיל חזקה דרבא לומר מחמת זה ששערות גמורים הם אלא עדיין י"ל שאפשר שבא בסיבת המיתה והיינו משום דבזה ליכא חזקה דהשתא כלל דהא יש לתלות השינוי במיתה וא"כ ס"ל דהשתא אתו ולא מעיקרא אבל אם נבדק מחיים שפיר הוי חזקה דהשתא ואין לתלות השינוי דהשתא שגדל והולך בא לכלל דעת הביא סימנים וכמש"ל אלא אמרי' דכל משך שני הגדלות הוא עליו להביא סימנים בשוה ואין יתרון בזה מה שהוא גדול והולך. וממילא בצירוף חזקה דרבא מחזקינן ליה למפרע:

ולפ"ז מבואר מדברי הרא"ש דלא מהני חזקה דרבא לחוד לדונו כגדול כ"א בצירוף חזקה דהשתא ומהאי טעמא כשבדק לאחר מיתה דתו ליכא חזקה דהשתא כיון דסימנים עשוין

להשתנות אין לדונו כגדול מחמת חזקה דרבא לחוד ומכ"ש בלא בדיקה כלל שאין לדונו כגדול מחמת החזקה לחוד ודוקא בנבדק מחיים דחזי לאיצטרופי חזקה דהשתא ובזה יש ליישב לשון ה"ה בפ' י"א מהלכות גירושין שכתב וכיון שכן אם נבדקה ואין לה סימנים אע"פ שיש לה שנים ממאנת ותמה הלח"מ דהא כל זמן שלא נתברר בודאי שיש לה סימנים יכולה למאן וכמ"ש ה"ה בסוף הלשון אין אומרים הוחזקה הביאתו עד שיוודע בבירור כו'. וראיתי להרב נ"י שכתב דה"ה ר"ל דאם נבדקה ולא מצאו אין אומרים הוחזקה הביאתו ונשרו כיון דקידושין דרבנן נינהו אבל מ"מ בלא בדיקה כלל אין יכולה למאן מחמת חזקה דרבא והוא כדברי הטור שהביא הלח"מ שם והכריח הרב נ"י זה ממ"ש ה"ה שכ"ז מבואר בהלכות הרי"ף וברי"ף מבואר דמפרש מימרא דרבא דא"צ בדיקה היינו דלא שייך בדיקה משום דאמרינן נשרו:

ולענ"ד אין הכרח בדברי הרי"ף דאיכא למימר דבלא בעל מצריך בדיקה לכתחילה עכ"פ וכמ"ש גם הלח"מ בדברי ה"ה והיינו ההוא דבודקין למיאונין דמיירי בלא בעל ואפ"ה אין להתיר כ"א אחר הבדיקה כיון דאיתא קמן ואיכא לברורי דלמא משכח שערות ואדרבה לכאורה יש לדקדק בדברי הרי"ף שכתב דההיא דרבא בבעל מיירי דאיכא ס"ד וא"צ בדיקה דאף אם לא אשכח חיישינן שמא נשרו. וכ"כ התוס' בפ' בא סימן דלהא אהני חזקה דרבא ובאמת שזה דוחק גדול והוי מצי לפרושי בפשיטות דמיירי בלא בעל ולענין סתמא והיינו דקאמר א"צ בדיקה שלא תמאן דאפילו בסתמא אין ממאנת משום חזקה שהביאה סימנים שהרי ע"כ צריך לפרש כן הך דרבא אליבא דמ"ד שא"ח שמא נשרו וכדקאמר הש"ס לעולם דלא בדק וכ' קאמר רבא חזקה למיאון והיינו לומר דסתמא לא מצי למאן וכמו שהוא להך מ"ד גם בבעל כן הוא לדידן בלא בעל אע"כ דס"ל להרי"ף והתוס' דבלא בעל שפיר הוי ממאנת בסתמא אף דאיכא חזקה דרבא משום דהך חזקה אינה רק לחומרא ובלא בעל לקולא אזלינן ואף דהיכא שאפשר בודקין אותה וכדאמר שמואל בודקין למיאונין מ"מ היכא דלא אפשר בבדיקה מקילינן שמועיל המיאון ולישנא דרבא דאמר א"צ בדיקה חזקה הביאה כו' אי הוה מפרשינן ליה בלא בעל הוה משמע דבכל גווני אינה ממאנת מהאי טעמא אף היכא דלא אפשר בבדיקה ולכך הוצרך לפרש דבבעל מיירי רבא והא דקאמר א"צ בדיקה היינו שאין הבדיקה מועלת דחיישינן שמא נשרו. וע"ש בתוס' ד"ה וכי מאחר כו' ואם היה ספיקא הוי ספיקא דאורייתא לחומרא כו' ודבריהם תמוהים במ"ש ואם היה ספיקא דמה יושיענו זה דס"ס ממ"נ א"צ לבדוק לגירושין ובדוחק י"ל שר"ל שהיה ספק בשעת קידושין אם הוא גדול אם לאו ואז בודקין אותו תיכף לגירושין ובודקין לקידושין היינו שאם פשטה ידה וקבלה קידושין מאחר

בודקין אותו דשמא ימצא שערות ומחזיקין אותו בגדול למפרע ובתראי לא הוי קידושין וכמ"ש לעיל וע"ז קאמרי דליתא דהא הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא דשמא נשרו וא"כ אף אם לא ימצא עתה מ"מ צריכה גט וכמש"ל בהא דבודקין לקידושין שאף אם לא ימצא חוששין לקדושי שניהם ע"ז כתבו ודוחק לומר דבודקין לקידושין דהיינו אם לא מצאן כו' ר"ל דהבדיקה לקידושין הוא רק אם ימצא אבל אם לא ימצא באמת אין קידושי ראשון כלום ודלא כמש"ל וא"כ היינו פירושא דבודקין לגירושין דא"כ הוי דלא כהלכתא. ויותר נראה להגיה בדבריהם וצ"ל ודוחק לומר דבודקין לגירושין היינו אם לא ימצא לא תהיה מקודשת כו' ור"ל דבודקין אם צריך גירושין וצ"ע כעת:

ונחזור למ"ש הרמב"ן והרשב"א דהא דלחליצה בעי בדיקה משום דאיכא לברורי אך נלענ"ד דבהא מלתא דאי איכא לברורי לא סמכינן אחזקה אפשר לחלק בדבר דע"כ לא אמרינן הכא אלא היכא שאם נבדוק יתברר הדבר על בוריו שהוא אסור וכגון ההוא דרוב מצויין שאם יתברר שאינו בקי הרי אין כאן ספק ששחט שלא כהוגן דודאי שהה דרס וכמבואר בפוסקים ועכ"פ ע"י הבירור נסתרה החזקה ואגלאי מילתא שהיינו מחזיקין החזקה ההיא בטעות משא"כ היכא שגם לאחר הבדיקה עדיין אין החזקה נסתרת לגמרי רק שמחמת הבדיקה יתוודע לנו שיש ריעותא בחזקה ההיא ומ"מ עדיין אפשר שהחזקה שהחזקנו היתה אמיתית בכה"ג א"צ לברר כלל ומוקמינן אחזקה. ולפ"ז בנ"ד שאף אם נבדוק ולא נמצא לא נסתרה בזה החזקה לגמרי שהרי עדיין י"ל שהחזקה קיימת והביאה סימנים ונשרו וכיון שא"א לבוא לידי בירור לסתור החזקה בודאי רק לעשות ממנה ס' לבד א"צ בירור כלל ומ"מ א"ש הא דאמרי' לחליצה בעי בדיקה דהש"ס שם מיירי למ"ד א"ח ולדידיה שפיר בדיקה מבוררת היא דכל דבדק ולא אשכח בודאי נסתר הרוב כיון שא"ח שמא נשרו וממילא דלדידיה דחוששין שפיר י"ל דאף לחליצה א"צ בדיקה כיון שלא יתברר סתירת הרוב ע"י בדיקה. ולפ"ז דברי רבא מתפרשין בבדק ולא אשכח כשינויא קמא ולעיל כתבתי דלאו הא בהא תליא ולפום מהו דכתיבנא הכא שפיר תליא הא בהא:

ודוגמת הך סברא שכתבנו כתב בשער המלך על תי' מהרי"ט להרמב"ם דס' דאורייתא לקולא היינו בליכא לברורי ע"ש ומכ"ש דא"ש הך סברא לשיטת הרמב"ם דס"ד לקולא א"כ אף לאחר הבדיקה דאיתרע החזקה והוי ספיקא ושרי מדאורייתא סמכינן מעיקרא אחזקה בלא בירור איברא דלפי מ"ש במקום אחר שמ"ש הראשונים שהרמב"ם למד הך דס"ד לקולא מדאורייתא מהא דממזר ספק יבא היינו כמו דחזינן דחז"ל מפורשים תיבת ממזר שבתורה פתרונו ודאי כמו כן כל שאמור בתורה לודאי אסר רחמנא ולא לס'. ונ"מ

ללאו הבא מכלל עשה ונתיישב בזה כמה קושיות. והבאתי ראיה לזה מדברי הרשב"א ביבמות דף מ"ב גבי הא דקאמר התם מצות אמר רחמנא ע"ש. ולפ"ז כאן הא דקטן וקטנה לא חולצין ולא מייבמין משום דאיש ואשה כתובה בפרש' וא"כ בעינן שיהיה איש ואשה ודאית ולא ספק ומכ"ש כאן דבחזקת איסור לשוק עומדת וע"י חליצה זו אתה בא להתירה אל תתירנה מס' כיון שע"י הבדיקה נפל ריעותא בחזקה דרבא ואין להתירה אף להרמב"ם ז"ל ועדיין יש לצדד בדבר לפי דעת הרי"ף דחליצת קטנה דרבנן ותלוי בשיטת הפוסקים בס' דרבנן בחזקת איסור ולקצר אני צריך ועתה ראיתי לבאר במ"ש התוס' בהא דבודקין לקידושין דמהני הך בדיקה כו' ומשמע מדבריהם כשלא בדק כלל והלך למדה"י וכיוצא בו לא סמכינן אחזקה דרבא לחוד וכן מבואר יותר בלשון הרא"ש בתשובה דמשום צירוף חזקה דהשתא אתי עלה ואחר העיון נראה דגם בכה"ג אית לן לבטלי קידושי בתראי דהא קי"ל כרבנן דאזלי בתר רובא דקטנים לאו סריסים נינהו ואפילו במקום חומר איסור כרת. ולפ"ז כיון שכל אדם מעותד להביא סימנים במשך שני גדלותו אף שאין סימנים לפנינו הלא הדבר ברור וידוע לנו שבמשך שני גדלות יהיה בעל שער בסימנים שנחזיקנו למפרע כגדול משעת הגעת שנים ומה בכך שהוא עתה במה"י וכמ"ש ג"כ הנ"ב חלק אה"ע סימן ל"א לענין חזקה שאינה מבוררת דבשביל שאין הדבר ההיא בפנינו לא מיקרי אינה מבוררת כיון שהאמת כן הוא ואלו היה לפנינו היתה מבוררת כו' וכאלו ראינו בעינינו דמי כו' [וה"נ לענין חזקה דהשתא דבר הברור וידוע לנו כאלו הוא לפנינו דמי וכמו אי בדק ואשכח מחזיקינן למפרע כ"כ בלא בדק כלל שהדבר ידוע לנו מחמת רובא דלאו סריסים נינהו אך לכאורה צ"ע בהא דקדשה אביה בדרך שפירש"י באותו היום בדקנוה לדעת אם יצאה מרשות אביה ופירש כן ממשמעות לשון הש"ס דקאמר והרי הוא בוגרת וכ"כ הטור והש"ע סימן ל"ז ובדקוה ומצאוה בוגרת ולפום מה דכתיבנא דכל דבר שידוע לנו כאלו הוא לפנינו דמי א"כ הבדיקה היא אך למותר דהא מיירי ביומא דמשלים שית שאותו היום ודאי נעשה בוגרת ואפשר לומר דהא דביומא דמשלים שית נעשה בוגרת אינו רק כמו חזקה דרבא לענין סימני נערות ולא אזלינן בתרה רק להחמיר אבל להקל בדיקה בעי וכ"מ מדברי הרשב"א שהביא הח"מ והב"ש סימן ל"ז:

אך צ"ע לדעת הרמב"ם שם שכתב דאחר ו"ח היא בוגרת אף בלא סימני בוגרת כלל ואפשר לומר דהתם דבא להשמיענו בגוונא שהקידושין שלה הם ודאי קידושין והיינו כשבדק קודם שקדשה עצמה או תיכף אח"כ והלכך דוקא ע"י בדיקה הא לא"ה אף

קידושין אינם ודאי דלמא סוף היום ממש תעשה בוגרת. ועיין בפ"י שם שאף בלא בדיקה האשה עצמה נאמנת לומר שבגרה בשעת קידושין ע"ש:
ומצאתי בספר המקנה בקידושין שם שכתב ג"כ להקשות על רש"י דמה צריך לבדיקה פשיטא דלאחר ו"ח נעשה בוגרת וצריך לדחוק דדוקא כשנמצאו בו ביום סימני בוגרת קודם הלילה בזה ס"ל לרב דמחזקינן לה בבוגרת משחרי' אבל אם לא בדקה כלל מודה רב דהיא בספק עד הלילה. אבל לא משמע הכי מדברי הרמב"ם בפ"י מהלכות אישות דמתחילת יום תשלום הו"ח ומעלה תקר' בוגרת. ונראה דס"ל דבל"ז דוחק לאוקמא פלוגתא דרב ושמואל בסתם ולא פירשו דמיירי ביומא דמשלים שית אלא דבאמת מיירי שאין ידוע לנו כלל לא הזמן השנים ולא זמן סימני נערות וס"ל לרב כיון דבדקוה ונמצא סימני בוגרת מחזיקינן שזה היום שנשלם הו"ח כו' ע"ש ועכ"פ פשיטות דברי הרמב"ם שכתב דהוה בוגרת מתחלת היום היינו ע"פ מה דקי"ל כרב דאי בפניא בוגרת מצפרא נמי בוגרת וכיון שידוע לנו שבאותו היום תהיה בוגרת ממילא הכי דיינינן מסתמא שהיה בוגרת מתחלת היום וכ"כ שם אח"כ בספר המקנה ע"ש:
ולפ"ז נראה כמ"ש דאף אם לא בדק כיון שידוע שעכ"פ השערות עתידין לבוא הוה כבדק ואשכח וצ"ל הא דבודקין לקידושין וכתבו התוס' דמהני הך בדיקה כו' היינו לומר כיון דהשתא איתא קמן לא סמכינן לבטולי קידושין של שני בלא בדיקה דדלמא לא משתכחי השתא ויש לחוש לקידושי שניהם ומ"ש התוס' ד"ה ולגירושין דלא סמכינן אחזקה להקל היינו לכתחלה היכא דאפשר לבדוק ואפשר דאף בהלך למה"י חוששין דלמא פעם א' יבא לידי בדיקה ולא משתכחי סימנים אבל היכא ששוב לעולם לא יבוא לידי בדקה כגון שמת או שכבר עברו רוב שנותיו אמרינן דמסתמא אייתי סימנים בתוך משך שני גדלות דהא רוב אינם סריסים וממילא שהוא מוחזק בגדול למפרע מכח חזקה דרבא וחזקה דהשתא. ומ"מ במת צריך עיון דאפשר כיון דמת תו ל"ש גביה חזקה דהשתא שאין גדלות לאחר מיתה או אפשר שאין דנין שאם היה חי היה מביא סימנים במשך שני גדלותו והוה דיינינן ביה ח' דהשתא מה שסיבת המיתה גרמה שלא יבא לכלל הגעת סימנים בזה לא נגרע כח החזקה ודוקא אי בדק בחייו ולא אשכח כיון שהוא ראוי להביא סימנים ולא הביא איתרע לה החזקה משא"כ אם המניעה שאינו מביא סימנים הוא צד אחר אין זה מגרע החזקה ואם היינו אומרים כן הוה א"ש קושי' התוס' בב"ק דף קנ"ד שהקשו ולמה יש לנו לומר שהוא קטן שהרי הגיע לכלל שנים כו'. ועמדו בזה כמה מחברים דהאיך תועיל חזקה דרבא להוציא ממון. ולפי מ"ש א"ש דהא דלחליצה בעי בדיקה היינו' רק לברר דלמא לא משתכחי לן למסמך אחזקה דרבא לחוד ואף שעכ"פ

סופה לבא לידי גדלות ויהיה ג"כ ח' דהשתא מ"מ השתא מיהא צריך לברורי. אבל היכא דליכא לברורי כגון הכא שמת אף בלא בדיקה כלל אמרי' כיון שאם היה חי היה סופה לבוא לידי גדלות והוי כמו ח' דרבא עם חזקה דהשתא שהוא מועיל להוציא ממון כמו שמועיל לבטל קידושי שני אמנם כן נפל האי ספיקא אי חזקה דרבא חזקה אלימתא הוא בבירא דהא לעולם לא משכחת ח' דרבא בלא חזקה דהשתא דאם בדק ולא אשכח גם ח' דרבא ליתא ואם לא בדק בכל גווני איכא חזקה דהשתא על שם העתיד שראוי הוא זה להבאת סימנים וחזרנו למ"ש הרמב"ן והרשב"א דטעמא דלחליצה בעי בדיקה משום דאיכא לברורי הא לא"ה חזקה אלימתא היא רק שעתה הורחב לנו מה שנראה מדברי התוס' דף קנ"ו והרא"ש כתב בהא דבודקין לקידושין דחזקה דרבא בלא ח' דהשתא ל"ח לקולא דזה סותר למשמעות התוס' דף קנ"ד. ולמ"ש גם עתה כדבריהם כן הוא שצריך לצרף ח' דהשתא לחזקה דרבא אלא דח' דהשתא לעולם איתא כל היכא דאיכא ח' דרבא דכל כמה דלא בדק ולא אשכח דיינינן ליה כח' דהשתא ע"ש סופו גם יש בזה כדי ליתן טעם למ"ד א"ח שמא נשרו דדוחק לומר דבהא פליגי דמ"ס חזקה דרבא חזקה אלימתא הוא ומ"ס דלאו ח' אלימתא הוא. וגם א"ל דס"ל דנשירה לא שכיח כלל דהא ודאי מצינן למיתלי שמחמת איזה סיבה נשרו וכדאמרינן ביבמות דאפי' הך מ"ד מודה דמשום צער לידה חיישינן וכ"כ יש כמה סיבות לנשירה וכמ"ש בשו"ת מהרי"ט סימן אך לפמ"ש א"ש כיון דעכ"פ עתה בדק ולא אשכח ואזדה לה חזקה דהשתא שוב מחמת ח' דרבא לחוד לית לן למיתלי בנשירה ומ"מ שפיר אזיל רבא בתר הך חזקה שלא תמאן ואפי' לא בעל דליכא רק קידושין דרבנן בסתמא דלא בדק דאיכא חזקה דהשתא ולקמן יבואר עוד בזה:

אך באמת אין דעתי נוטה לומר דבמת ולא נבדק יחשב לחזקה דהשתא כיון דעכ"פ לעולם לא יבא לכלל הגעת סימנים וכדבדק ולא אשכח דמי יהיה מחמת איזה סיבה שיהיה ולפ"ז צריך ליישב דברי התוס' בב"ב דף קנ"ד. גם צ"ע לפי מ"ש בתירוצם שם דמיירי שנבדק פ"א ולא מצא דאזדא לה ח' דרבא ולפ"ז קשה א"כ אפי' מחיים אין מועיל בדיקה דלמא השתא הוא דאייתי ואא"ז מהרש"א ז"ל כתב דהתוס' מפרשי כהרמב"ן דמיירי שמכר ומת מיד וזה דחוק. והיה נלענ"ד לבאר ע"פ מה דמשמע מהפוסקים דאף אם נבדקה אחר הפרק פעם אחד ולא מצאנו שערות אפ"ה שריא ליבום. ולכאורה צ"ע דניחוש לה שמא איילונית היא דרוב מביאין בהגיע לכלל שני' וזו שלא הביאה איתרע לה רובא. וכיוצא בזה הקשה הב"ש ב סימן קנ"ה ס"ק י"ט דלמה יועיל מיאון כשלא הביאה שערות אחר י"ב ניחוש שמא ימצא בה סימני איילונית ותהיה גדולה למפרע

אע"ג דבעלמא ל"ח למיעוט איילונית הכא דאיכא ריעותא שלא נמצא שערות אית לן למיחש ע"ש שתירץ בשם הדרישה דמיירי בלא בעל והוי ס"ד ולדבריו צ"ל דלענין יבום באמת אסור בכה"ג ולפ"ז קשה דהאיך מייבמין בלא בדיקה אף אחר שהגיע לכלל שנים כיון דקי"ל דלחליצה בעי בדיקה שמא לא הביאה שערות והרי אם באנו לחוש לזה יהיה לנו לאסור גם לימים שהרי אין כאן שערות שוב יש לחוש גם לסריס ואיילונית דל"מ למיזל בתר רובא דאיתרע כיון דאין כאן שערות אבל באמת לק"מ דבאמת תרי רובי נינהו חדא שרוב אינם סריסים ואיילונית ומיעוט שהם סריסים ובאותו הרוב שאינם סריסים הרוב מהם מביאים שערות בהגעתן לכלל שנים ומיעוט שמביאין אח"כ הילכך אע"פ שזה לא הביא שערות בהגיע לכלל שנים ויצא מכלל הרוב השני מ"מ לא יצא בשביל זה מן הרוב שאינם סריסים וא"ז דומה להך דכתובות דרוב נשים בתולות נישאת דהתם רוב הנישאת בתולה יש לה קול הוא מתנגד לרוב נשים ב"נ משא"כ כאן ונראה שגם הפרישה שם עיקר קושיתו על הא דקאמר התם אפילו נולדו סימנים איילונית ע"ש ולפי דרכינו למדנו דאף שנבדוק פ"א ולא מצאו שערות מ"מ עתיד הוא להביא לאח"ז במשך שני גדלות דמ"מ לא יצא מרוב שאינם סריסים. ונלענ"ד בהא דאמר רב הרי הוא בוגרת לפנינו אף אם בדק בצפרא ולא נמצא סימני בוגרת כל שנמצא עתה אמרינן שהביאה באותו יום זמן מה אחר הבדיקה דהא דאמרינן שרגיל לבוא בצפרא היינו בשעה הקודמת שאפשר להיות לפי שכל אותו היום היא רגילה להביא בקודם האפשרי וה"נ לענין סימני נערות אף אם לא בא בתחלת הגעת שנים מ"מ כל משך שני גדלות הרגילות להביא בקודם האפשרי ולכן התוספות גבי בודקין לקידושין כתבו בסתם אבל הכא שהגיע לזמן גדלות מזמן גדול לא ולא הוזכרו בדבריהם ח' דרבא משום דס"ל דאף בלא ח' דרבא כגון שנבדק פ"א משנעשה גדול ע"מ אמרינן מדהשתא גדול גם בשעת הקידושין היה גדול דמסתמא השערות באו בזמן הרגילות (ולא אזלי בשיטת התוספות בקידושין ונדה שכתבו בטעמא דרב משום דרגילות לבוא מצפרא דלפ"ז שמואל סובר דאף בכה"ג חוששין לקידושי שניהם אלא קיימו בשיטת רש"י. א"נ דשמואל חולק על רב בהא וס"ל דאין רגילות לבוא מצפרא):

ולפי מ"ש מצינן לפרושי הסוגיא דב"ב בלא מכר ומת מיד ואפ"ה א"ש שהלקוחות רצו לבודקו ואם הביא אז מחמת חזקה דהשתא אמרינן דמעיקרא נמי הוי ביה וע"ז אמר ר"ע סימנים עשוין להשתנות כו' משום דע"כ לא אזלינן בתר חזקה דהשתא אלא כשאין סיבה לדבר למה בא עכשיו יותר מזמן הקדום כגון ההוא דבוגרת דעכ"פ כל היום שוה להבאת סימנים משא"כ היכא שיש סיבה שנתלה בה שעת מציאתן לא אזלינן בתריה

וכמו דאין מחזיקין איסור ממקום למקום ותלינן השינוי במקום. וע"ז הקשו התוספות ולמה יש לנו לומר שהוא קטן כו' והיינו כלפי מ"ש שם קודם לזה דמיירי שנמצאו שערות אלא שי"ל שהיה לבנים או שי"ל שלא היה גומות וע"ז קשיא להו דמה"ת נתלה בזה שבא ע"י שינוי מחמת מיתה כיון שהגיע לכלל שנים ואע"ג דלא סמכינן אחזקה דרבא לקולא היינו בלא בדיקה כלל לפי שאין להוציאה ע"י זה מחזקת קטנותה לגמרי אבל הכא דבדק ואשכח אלא דאיכא למיתלי בסיבת מיתה ועכ"פ חזקת קטנות איתרע לה וממילא דמהני הך חזקה אף להוציא ממון. ומכ"ש דאיכא לאקשויי הכי לפי' ר"ת שפי' שנמצאו שערות אלא שאפשר שהיה לבנות ושומא נינהו והושחרו מחמת מיתה דלמה ניחוש לה הכי וכמו דל"ח לאחר הפרק שמא מלפני הפרק היה ושומא נינהו כמ"ש התוס' והרא"ש בנדה דמוכח הכי מדקאמר מהו לבודקו ע"ש והיינו משום דכיון דעכ"פ יש סימנים לפנינו אית לן למיסמך אחזקה דרבא דלאו שומא נינהו וא"כ אין לנו לחוש גם לשינוי דמחמת מיתה דמחמת חזקה דרבא אין לתלות השערות בדבר אחר כלל (ולפמ"ש בתשובה אחת שאפשר שיש ט"ס בדברי התוספות במ"ש וכדאמרינן גומות אע"פ שאין שערות אלא צ"ל גומות צריך שיהיה בעיקרן שערות וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש והנ"י א"כ א"ש הך קושיא אף לפ"ז הך תירוצא דמחשש גומות אתי עלה) וע"ז תירצו דמיירי שכבר נבדק פ"א וליכא חזקה דרבא ולכן חיישינן שמא מחמת מיתה ומ"מ אין כאן חשש שמא לפני הפרק כיון שכבר נבדק וראינו שלא היה שם שערות הילכך בחייו היה מועיל הבדיקה משא"כ לאחר מיתה ואע"ג דגם בלא חזקה דרבא ג"כ עכ"פ רגילות הוא שיבא בזמן הקודם שאפשר מ"מ אין מכריע לס' שמא מחמת מיתה אתי. ודוקא מחמת חזקה דרבא יש לנו לומר דלאו מחמת מיתה אתי. ועיין בפ"י דף ק"א שם ד"ה מי איכא למימר דמה שפר"י דרגילות לבוא בבוקר לאו רוב גמור הוא אלא דשכיח קצת וגרע מחזקה ע"ש. וא"כ ה"נ לענין סימני נערות אע"פ שרגילות הוא להקדים ולא לאחר מ"מ היינו דשכיח קצת ומ"מ גרע מחזקה וכיון דחזקה דרבא ליתא שוב מחמת ח' קטנות וחזקת ממון אית לן למימר דשמא מחמת מיתה אתי משא"כ אם נבדוק מחיים שפיר מועיל חזקה דהשתא שתהיה מכירה למפרע אע"ג דליכא ח' דרבא מ"מ עכ"פ רגילות הוא שיבואו בזמן הקודם והוי כההוא דהרי בוגרת לפנינו אליבא דרב ומחזקינן ליה בגדול למפרע איברא שעדיין צ"ע דהא אף רב דאזיל בתר ח' דהשתא ל"ק אלא היכא דליכא חזקת ממון כמבואר בקידושין שם וא"כ ע"כ כוונת הרא"ש בתשובה היינו ע"י צירוף ח' דרבא כמ"ש בנ"ב וא"כ לפמ"ש התוספ' דמיירי דנבדק וליכא חזקה דרבא א"כ אין להוציא ממון מחזקתו ע"י חזקתו דהשתא אף היכא שרגיל לבוא קודם וא"ל דאתיא

כר"י דאזיל בתר חזקה דהשתא אף להוציא ז"א דהא ר"י ס"ל ראיה בעדים ומוקי דר"ע כרבנן ולהך מ"ד ראיה בעדים רבנן כר' יעקב ס"ל. ולכן נראה דאע"ג דאליבא דר' יעקב חזקת ממון עדיפא מחזקה דהשתא מ"מ כיון דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול מסייע לחזקה דהשתא שפיר מהני לבטל חזקת ממון ואע"ג דר"י לא ס"ל מחמת חזקה אין העדים חותמין כו' לחוד יועיל לבטל חזקת ממון כדס"ל לר"ל בסוף מ"מ בצירוף חזקה דהשתא מהני הלכך אם היה בדק מחיים הוה מהני וכ"מ בספר התרומה הלכות חליצה דמייתי מהא דאמרינן מהו לבודקו דל"ח שמא לפני הפרק באו וע"ז כתב ויש לסמוך על חזקה דר"ל חזקה אין העדים חותמין כו'. ומה שהקשה בנ"ב דלפי מ"ש התוס' דנבדק פ"א א"כ חזקה על העדים כו' דשמא העדים לא ידעו שנבדק פ"א וסמכו אחזקה דרבא א"ש לפמ"ש דאחזקה דרבא לחוד אין לסמוך אם לא בצירוף ח' דהשתא וא"כ בשביל החזקה לחוד לא היו חותמין ושייך שפיר ח' אין העדים חותמים וכו' ואין להאריך. אך באמת לולי דברי התוספות והרא"ש שמבואר מדבריהם דכל שנמצא עתה סימנים מחזיקין למפרע מטעם חזקה דהשתא מדמי לה להאיך דהרי הוא בוגרת לפנינו הייתי אומר שיש לחלק ביניהם לפמ"ש לעיל דכל שיש לתלות ההשתנות בסיבה לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ולפ"ז י"ל דוקא בסימני בוגרת שאין הדבר תלוי בזמן כמו ביומא דמשלים שית דכל יומא זמנה הוא להביא סימנים ואליבא דרב רגילות שיבואו מצפרא אבל אין סיבה מחייבת שיבוא בזמן מאוחר משא"כ לענין שערות בשני גדלות שסיבת ההשתנות תלוי בזמן וברבות השנים תרב חכמתו ודעתו וי"ל דהשתא בא לכלל דעת ולא קודם עי' שם וצ"ע:

והנה במ"ש לעיל דהיכא דלא בדק כלל נמי שייך חזקה דהשתא כיון שעכ"פ עלול הוא זה להביא סימנים ועי"ז נחזיקנה למפרע אימא בה מילתא דאף אם נרצה לומר דח' דהשתא אינה רק כשהדבר כך לפנינו ממש ולא משגחינן במה שעתיד ודאי להיות כן מ"מ יש בזה כדי ליתן טעם במה שנראה מהפוסקים דאף בלא בעל אינה ממאנת בסתמא. ולכאורה יש לסייע לזה מהא דאמרינן אליבא דמ"ד א"ח חזקה דרבא להיכא דלא בדק ולענין מיאון וקשה לפמ"ש התוספות בפרק בא סימן דאף בלא חזקה דרבא נמי לא תמאן מספיקא היכא דבעל וחזקה דרבא מהני לענין נשרו וא"כ קשה למ"ד א"ח חזקה ל"ל וע"כ לומר דלהך מ"ד מיירי היכא דלא בעל להכי איצטריך הך חזקה (ועי' בדברי אא"ז מהרש"א שם שכתב מחמת דברי התוס' פרק בא סימן דפלוגתא דחוששין וא"ח היינו בלא בעל ואין נראה כן מדברי רש"י כמש"ל ולכאורה משמע הכי מיבמות בהא דאין בנים בלא סימנים ופריך ונבדוק חוששין ש"נ הניחא למ"ד כו' ואם איתא דפלוגתייהו בבעל דוקא

א"כ אף למ"ד חוששין מצינו חמותו ממאנת כשלא בעל לשם קידושין כמ"ש התוס' שם לכן נראה דפליגי בין בעל ובין לא בעל רק דאנן מסקינן הילכתא בבעל דוקא חוששין וע"ש בתוס' דיבמות ד"ה אין בנים דמשמע מדבריהם דסתם נמי לענין קידושין דאורייתא מיירי הא דמשני חוששין ש"נ וצ"ע דהא מ"מ משכחת חמותו ממאנת בלא בעל לשם קידושין וצ"ע כעת). והנה באמת הרמב"ן והר"ן הקשו דחזקה למיאון ל"ל הא בחששא בעלמא סגי ותירץ דה"ק אין מטריחין כו' אבל להתוספ' דלא מתרצי הכי ע"כ דס"ל כמ"ש דלהך מ"ד מיירי בלא בעל ולפ"ז קשה דל"ל למימר. דמהני חזקה דרבא לענין נשרו דהו"ל למימר ולענין לא בעל וכן קשה על הרי"ף שמבואר מדבריו דמוקי הך דרבא בבעל דוקא וכ"כ בתוספות בנדה דף מ"ט ג"כ ומאי דוחקא לאוקמי בבעל דוקא אך לפמ"ש י"ל דטעמא דמלתא דאף בלא בעל אינה ממאנת בסתמא לאו משום דחזקה דרבא הוא דאפשר דחזקה דרבא אינה רק כספק לבד ומהני לחומרא להוציא מחזקת קטנות וכן משמע מריב"ש סימן תע"ד אבל מ"מ בלא בעל הוי לן למימר ספיקא דרבנן לקולא רק הטעם בזה משום דאנן קי"ל כרב דאזיל בתר חזקה דהשתא וא"כ אף בלא בעל א"א שתמאן בלא בדיקה שבמשך הזמן יתברר לנו שהיא גדולה וממילא נימא שהיתה גדולה למפרע בשעת מיאון ולפיכך א"א שתמאן בלא בדיקה וכעין שכתבתי לעיל בשם הב"ש והדרישה ולפ"ז קשה בהא דקאמר כי קאמר חזקה למיאון דחזקה ל"ל ת"ל דבלא"ה א"א למאן כיון דקי"ל כרב דאזיל בתר חזקה דרבא אין לה למאן בספק דאורייתא והא מלתא טעמא בעי דבלא חזקה דרבא הוה מוקמינן אחזקות ובמ"ש הריב"ש ב סימן קפ"ב דחזקה דרבא מוציאה מחזקת קטנות:

אך דברי התוס' מוכרחים שם בש"ס וצ"ל דס"ל דחזקה דקטנות לאו חזקה היא שהרי עשוי להשתנות וכמו שהאריך בזה מהרי"ט ונלענ"ד דבהא פליגי מ"ד חוששין שמא נשרו ס"ל דחזקת קטנות לאו חזקה הוא. ומ"ד א"ח ס"ל דחזקת קטנות חזקה אלימתא הוא ולפ"ז א"ש מה דקי"ל כר' יעקב דהיכא דאיכא חזקה לא אזיל בתר חזקה דהשתא ולפ"ז כיון דהשתא קיימינן למ"ד א"ח ש"נ וס"ל דחזקת קטנות חזקה גמורה היא תו לית לן למימר בתר חזקה דהשתא ואיצטריך לחזקה דרבא דבלא החזקה שפיר היתה יכולה למאן דאף שיתוודע אח"כ שהוא גדולה משא"כ אנן לדידן דס"ל חזקת קטנות לאו מילתא הוא וא"כ אין המיאון מועיל בסתמא אף בלא חזקה דרבא ואפי' בלא בעל איתי לן למיזל בתר חזקה דהשתא ולכך הוצרך התוס' והרי"ף לומר דחזקה דרבא מהני לענין נשרו ועפי"ז יש ליישב לשון ה"ה פר' י"א מהלכות גירושין שכתב וכיון שכן אם נבדקה ואין לה סימנים אע"פ שיש לה שנים ממאנת ותמה הלח"מ דלמה לא תמאן אף בלא

בדיקה וכמ"ש ה"ה בסוף הלשון אין אומרים הוחזקה הביאתן עד שיוודע בבירור כו' עי' שם. ובאמת שכן משמע מלשון הרמב"ם שכתב בד"א כשלא בא עליה כו' אבל אם הגיעה לזמן הזה ונבעלה כו' אינה נאמנת ואין צריכה בדיקה למיאון שחזקתה הביאה סימנים. משמע דמפרש מימרא דרבא בבעל דוקא ולענין סתמא ואח"כ הוסיף דאף בבדק ולא מצא חוששין שנשרו אבל בלא בעל צריכה בדיקה שלא תוכל למאן ומאי דקאמר שם עד שתהיה נערה ר"ל שיתוודע בבירור שהביאה סימנים. ודוחק לומר דהך וא"צ למיאון בדיקה אסיפא דמלתא קאי שמסיים הרי אם נבדקה ור"ל שא"צ בדיקה לפי שאין הבדיקה מועלת מחשש נשרו וכמו שצריך לפרש דברי התוספות והרי"ף אלא משמע דבדין ד' לענין סתמא מיירי. וכן משמע מל' ה"ה שכתב אף על פי שלא נודע אם הביאה סימנים כו' לשון זה משמע דלענין לא נבדקה מיירי אבל כשלא נבעלה אין אומרים הוחזקה הביאתו עד שיוודע בבירור ובודקין אותה דשמא ימצאו לה שערות דכיון דאיתא קמן צריך לברורי וכמ"ש המשנה למלך פ"ד מהל' בכורים דאף בספיקא דרבנן אין להתיר היכא דאיכא לברורי וקצת יש להוכיח מדברי הרמב"ם פר' א' מהלכות יבום וחליצה הלכה ט' שכתב אבל אינה חולצת עד שתגדיל ותבדק ואפילו נבעלה אחר י"ג שנה אינה חולצת עד שתבדוק וימצאו בה הסימנים עכ"ל:

והנה מ"ש אפי' נבעלה כו' הוא תמוה מאד שנראה מדבריו דלענין קטנה יתומה קאמר שיש לחלק בה בין נבעלה ללא נבעלה לענין מיאון ומ"מ אינו ענין לגבי חליצה. ובדוחק יש לפרש שרצה לומר דאפי' לא היה בה קידושין גמורים ע"י האב רק מחמת שנבעלה אחר י"ב שנה אפ"ה צריכה בדיקה לחליצה אבל בלא נבעלה מועיל חליצה אף בלא בדיקה והיינו משום דבזה שאין כאן רק קידושין דרבנן סמכינן אחזקה דרבא אף לענין חליצה. ולפ"ז נראה דלענין מיאון אית לן למיזל לחומרא מחמת הך חזקה אף בדרבנן. אך שעדיין צ"ע דאף בנבעלה אחר י"ב בדיקה ל"ל שהרי אם תרצה לתפוס שיש כאן קידושין דאורייתא שמסתמא הביאה סימנים ממילא שא"צ בדיקה לחליצה שהרי כבר היא גדולה וע"כ דהבדיקה הוא משום שחוששין שמא עדיין לא הביאה וא"כ מה שבעל בקטנות אינו כלום ואין כאן רק קידושין דרבנן כמו בלא בעל. ולולי דמסתפינא להגיה ה"א שט"ס נפל כאן וצ"ל ואפילו לא נבעלה אחר י"ב שנה אינה חולצת עד שתבדוק והיינו לומר דלא סמכינן בזה אחזקה דרבא לגבי חליצה אף במקום קידושין דרבנן וצ"ע. ומשמע מזה דחזקה דרבא כספ' גמור דיינינן ליה ואינו מועיל רק לסייע להחמיר באיסור תורה להוציא מחזקת קטנות שלא תמאן דאל"כ היה לו להועיל עכ"פ בקידושין דרבנן ודוחק לומר לכתחלה קאמר שיש להצריך בדיקה זו אפילו בכה"ג. ואיך שיהיה בדברי

הרמב"ם מ"מ מלשון ה"ה משמע דצריך שיתוודע בבירור שהביאה סימנים דאל"כ לא חיישינן בדרבנן ולפ"ז צ"ע מ"ש בריש דבריו דוקא אם נבדקה ולא מצאו סימנים. וכן בפר' ט' מהלכות א"ב הביא ה"ה שם דברי הרשב"א לעני כתמים דרבנן שכל שהגיעה לשנים חזקה הביאה סימנים אא"כ נבדקה עי' שם ולפי מ"ש י"ל דאע"ג דמצד חזקה דרבא לחוד אין להחמיר בלא בעל מ"מ מטעמא אחרינא לא מהני המיאון בלא בעל אם לא נבדקה כיון שהיא מעותדת להיות גדולה בקרב ימים ואז ניזל בתר חזקה דהשתא ונחזיקנה בגדולה למפרע וא"כ א"א להתירה עכשיו במיאון וגם אין לטהר כתמים מהאי טעמא שהרי הגדלות במשך הזמן ממילא אתי ותהיה נדונית כגדולה למפרע וא"כ שפיר כתב ה"ה דוקא אם נבדקה ולא מצאו סימנים ממאנת ומ"מ שפיר מסיים אין אומרים הוחזקה הביאתן דקושטא דהכי הוא דלא מחמרינן משום חזקה דרבא לחוד בלא בעל ונ"מ היכא שא"א לבוא לידי בדיקה כגון שמיאנה ומתה טרם באה לכלל גדלות. ודאי לא מבטלינן ליה משום חזקה דרבא ומועיל המיאון לענין שיהיה מותר בקרובותיה וכל כיוצא בזה.. וראיתי בדברי הרב נ"י שהשיג על הלח"מ וכתב בפירוש דברי ה"ה אין אומרים הוחזקה הביאתן כו' היינו דלא חיישינן לנשירה מדרבנן וזהו שסיים ובודקין אותה כמבואר בהלכות והיינו דהרי"ף שם פי' כך הך דשמואל דאמר בודקין למיאונין בלא נבעלה והאריך בזה:

ולענ"ד גם בדברי הרי"ף אין הכרח ואיכא למימר כיון דחזקה דרבא לא איתמר רק בנבעלה א"כ י"ל בלא נבעלה לא שייך חזקה דרבא ומ"מ היכא דאפשר בבדיקה צריך בדיקה דלמא משכח שערות ולא יועיל המיאון וכמ"ש לעיל בשם המשנה למלך דאף בספק דרבנן צריך לברר וזהו שסיים ג"כ ה"ה ובודקין אותה כדי לעמוד על בירור הדברים ומ"מ היכא דלא אפשר בבירור כגון שמתה אין לה להחמיר בשביל חזקה דרבא לומר שאין המיאון מועיל כלל. ומ"ש הרב נ"י ראיה מדברי התוספות וסה"ת שכתבו דאף בלא בעל לא תמאן שאין אנו בקיאין בבדיקה דילמא איכא גומות כו'. ואף שכתב הב"ש משום ספק חסרון ידיעה היינו לפי שהבדיקה הוא חובה כו' צ"ע דנהי דנימא שהבדיקה חובה מ"מ אינה חובה רק לבדוק אחר שערות. אבל מ"מ פשוט לדינא לש"ס דאם בדק אחרי שערות אף שלא בדק אחר גומות אין חשש דהא בלא בעל א"ח ש"נ וא"כ אנן השתא דבדקינן ולא אשכחן שערות אף שאין בקיאין בגומות הא אין חוב כלל לבדוק אחר גומות כיון דלא חיישינן לנשירה. וע"כ לומר דאף לדינא דש"ס לכתחלה צריך לבדוק אחר גומות ואי משכח גומות הא ודאי דנשרו וכל מה דאיכא לברורי מבררינן הילכך כיון דאנן לא בקיאין בגומות מעכב אף בדיעבד וטעמא דמלתא דאע"ג דכל ספק דרבנן להקל

מ"מ במקום שאפשר לעמוד על הבירור אינו נכנס בגדר ספק כלל וכמו שאין מועיל ספק איסור דרבנן במקום שיש להכיר האיסור ולהסירו משם שאין זה בגדר ספק והיכא שא"א לברר אזלינן לקולא בדרבנן אבל אם הספ' מחסרון ידיעה אין זה בכלל א"א לברר לפי שאם אין היא בקי ומכיר אחר יכיר וא"כ אף שאין אנו בקיאין בבדיקה יש לחוש שמא האיסור לפנינו ואין אנו מכירין בו וחסרון הכרה שלנו אין מועיל התיר בשביל זה. ובתשו' א' תמהתי על סברת הט"ז שכתב בספ' חסרון בקיאות לא הוי בכלל ספק מחסרון ידיעה וכ"כ בי"ד סימן פ"ח דהרא"ש ס"ל דשאני הכא דאין בזה"ז איש שיוכל להתיר סרכא וזה תימא דהא הא דספ' חסרון ידיעה אינו ספק היינו שמא הבקי יותר יבורר לו שיש איסור ודאי ומה שאמרו אין אנו בקיאין בבדיקה היינו שאין אנו בקיאין לברר היתר ולא לענין לברר האיסור דאפשר שהחכם יותר יברר האיסור דמה"ט אנו אומרים אין אנו בקיאין דשמא לא בדקנו היטב אלא שהשוינו המדות שאין לסמוך להתיר בבדיקה אע"פ גדול שבדור. אבל מ"מ יכול להיות שיותר שהוא חכם יתברר לו האיסור ולכך לא מקילינן בספ' כזה והארכתי בזה וא"כ י"ל דאף דבלא בעל אין הבדיקה מעכבת בדיעבד היכא שא"א כלל בבדיקה מ"מ כשיש לפנינו ויוכל להתברר ע"י חכם גדול ומכיר שיש כאן גומות אין להקל בספ' מחמת הבדיקה שלנו ואדרבה מדברי הב"ש משמע דלאו משום חזקה דרבא אתיין עלה דאל"כ מנ"ל להוכיח דספ' חסרון ידיעה הוי אף בספ' לכל העולם דלמא שאני הכא דמחמת חזקה דרבא חוששין גם לגומות שמא המה לפנינו ואין אנו בקיאין ואע"ג דבלא בעל א"ח שמא נשרו היינו כשלא נמצא לא שערות ולא גומות. וא"ל דא"כ אפילו הוי חיישינן דנשרו לא מהני שהרי שערות צריך שיהיה בעיקרן גומות כבר כתבתי בתשובה דהא דצריך בעיקרן גומות משום דכל שהשערות לפנינו אם לא מצאנו בעיקרן גומות ע"כ שומא נינהו משא"כ אם השערות נושרין זמנין שהגומות מתמלאין מחמת נפיחת, הבשר ולא יכרינו עוד מקומו איו והלכך אף שלא נמצא עתה גומות חיישינן שמא נשרו השערות והגומות נתמלאו וספק זה אף בזמן הש"ס לא היו יכולין להבחין ובדרבנן להקל משא"כ היכא שאפשר שיש גומות לפנינו אלא שאין אנו בקיאין א"כ י"ל דמחמת חזקה דרבא חוששין שמא נשרו ובאמת נשארו הגומות רק שאין אנו בקיאין להבחין גומות אילו ואם היה בקי היה מכיר ומדכ' הב"ש טעמא משום ספק חסרון ידיעה אלמא דמחמת חזקה דרבא לא היינו תולין לומר שיש כאן גומות אלא שאין בקיאין רק משום ספק ח"י אין להתיר אף בלא בעל דאף בדרבנן ספק חסרון ידיעה אינו ספק כמ"ש הרשב"א בתה"א ושאר פוסקים גבי כתמים דרבנן דכיון דאיכא למיקם עלה דמלתא אם מקדיר או מגליד בדקינן ליה ואם אינו יודע לכוון חוששין לה וטמאה שאין

זה כספיקא דרבנן דספק הבאה ממיעוט הכרה אינו ספק עי' שם. ובתשובה שכתבתי זה כביר למחותני הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ ז"ל בעסק החליצה שנסתפקו אם יש שערות כשיעור הארכתי בזה ושם כתבתי לתמוה על מ"ש הח"מ והב"ש מדברי הרשב"ץ שהביא הב"י כשנראה בה סימני נערות ג' או ד' חדשים כו' ונגררו אחר הלשון שכתב הב"י בשם הרשב"ץ שראו קודם הקידושין שני חדשים כו' ובאמת הוא ט"ס וצ"ל ביותר מששה חדשים וכמ"ש הב"י סימן מ"ג בשם הר"ר דוראן (והוא הרשב"ץ ז"ל) וכן מבואר בתשב"ץ שזכינו לאורו כו':

והנה לכאורה יש תימא על הטור והש"ע לענין כתמים ווסתות שנגררו אחר דברי הרשב"א ובאה"ע סימן קנ"ה כו' (עי' שם בתשובה עד תיבות דתו לא הוה ספק השקול) ע"כ כתבתי בתשובה שם. ולפי מ"ש לעיל יש ליתן טעם לחומרא זו משום שסופה ליגדל ויהיה גם חזקה דהשתא:

והנה לפי מש"ל דיש כאן חזקה שבחזקת איסור לשוק עומדת ומהאי טעמא כתבו הרשב"א והרמב"ן שצריך לברר קשה דאפילו היכא דלא אפשר לברר נמי נימא דכיון דלא בדק סמוך מיעוטא שאין מביאין סימנים כשבאים לכלל שנים ואיתרע לה רובא וכדאמרינן ביבמות דף קי"ט ודעת התוס' וכן הביא הרמב"ן והרשב"א שם נוסחת הראשונים דאפילו לרבנן אמרי' סמוך מיעוטא לחזקה ובהא דרוב מצוין כו' כתבו דלכך לא אמרינן סמוך מיעוטא משום שהוא מיעוט שאינו מצוי ולפי מ"ש הרשב"א במשמרת הבית הטעם משום שנתעסקו לסלק החזקה ורוב המתעסקים מסלקין כהוגן נראה דכאן לא שייך זה לפי שאין הספק אם נתעסק יפה לסלק כהוגן רק הספק הוא בגוף האשה אם הועיל העסק שנתעסקו בה להתירא ומחמת שהיא בחזקת איסור אמרי' שמא הוא מן המיעוט שאין מביאין סימנים ולאו בת חליצה היא וגם לפי החילוק השני שחילק הרשב"א שם וגם כתב בחידושיו ביבמות דכל שהוא מיעוט המסתלק מן הרוב אמרינן ביה סמוך מיעוטא עי' שם ה"נ מיעוט המסתלק מן הרוב הוא שהרי מיעוט שאין מביאין סימנים כלל ומן הרוב שאין מביאין סימנים כלל ומן הרוב שמביאין סימנים יש לסלק המיעוט שאין מביאין סימנים תיכף בהגעת שנים. אלא שי"ל דהך מיעוט שאין מביאין כלל אין מגרע בעסק זה דא"כ היא איילונית ובלא"ה פטורה מן החליצה ואין אנו דנין רק על הרוב שמביאין סימנים וכיון שהמיעוט שאין מביאין הוא עומד ממש כנגד הרוב לא חשבינן ליה להיות מסייע לחזקה ולא איתרע רובא ובזה מיושב מה שיש לדקדק לפי מאי דס"ד דרבא מיירי לענין חליצה למה נקט קטנה וכן דקדק בשו"ת נ"ב ולפי מ"ש א"ש דבקטן י"ל דודאי צריך בדיקה לחליצה משום דסמוך מיעוטא לחזקה דהמיעוט

מסתלק מן הרוב דאיכא נמי מיעוטא שאין מביאים סימנים כלל והוא סריס ואינו ראוי לחליצה ומ"מ עדיין הוא זקוקה לשאר האחין והיה צריך להאריך ולפרש כשאין שם יבם אחר אלא הוא לבד אבל בקטנה א"ש כמ"ש:

והנה התוס' מחלקין בין רוב גמור לרוב שאינה גמור דברוב שאינו גמור אמרי' סמוך מיעוטא לחזקה כגון ההיא דרוב תינוקת מטפחין כו'. ונראה שגם הרשב"א מודה לזה היכא שאינו רוב גמור אף שהוא מיעוט העומד כנגד הרוב ממש מ"מ כיון שהרוב ג"כ אינו רוב גמור לא אמרינן מיעוטא כמאן דליתא דמי ושפיר מסייע לחזקה ובהך חזקה דרבא נראה דתליא בפלוגתא דחוששין שמא נשרו דמ"ד חוששין סובר דחזקה אלימתא הוא ולכך אפילו בדק ולא אשכחן חוששין שהביאה ונשרו והא דקיי"ל בלא בעל א"ח כתב בשו"ת מהרי"ט דכיון דקידושין דרבנן נינהו הם אמרו והם אמרו שיועיל מיאון כשאין כאן סימנים עי' שם ומ"ד אין חוששין שמא נשרו אף בחשש קידושין דאורייתא ס"ל דרוב המביאין סימנים אינו רוב גמור וכיון שאין כאן סימנים אין חוששין לרוב גרוע לומר מחמתו שנשרו. ובהכי א"ש מה שהקשו הרמב"ן והר"ן דלמה אמר רבא חזקה כו' דבחששא בעלמא סגי ותירצו דנ"מ לנשים בודקין אותם. ומזה רצה הרב נ"י להוכיח דאף היכא דלא אפשר בבדיקה לא סמכינן אחזקה דרבא דאל"כ הו"ל למימר היכא דחלצה ולא אפשר בבדיקה כו':

והנה כבר כתבתי שמדברי הרמב"ן במלחמות מבואר דהא דלחליצה צריך בדיקה היינו משום דאיכא לברורי ומ"מ א"ש הא דלא נקט נ"מ בכה"ג לפי מ"ש דלמ"ד א"ח ע"כ שאינו רוב גמור וא"כ איכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה ואפילו בדיעבד לא מהני חליצה בלא בדיקה וכיון דהתם קאי אליבא דמ"ד א"ח לא מצי הרמב"ן למנקט הנ"מ לענין אם אי אפשר בבדיקה דלזה לא מהני חזקה דרבא שאינו רוב גמור ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ומ"ש נשים מהימני שפיר דהך חזקה מסייע להו משא"כ אנן לדידן דקי"ל חוששין ואפ"ה מסקינן בפרק בא סימן דלחליצה בעי בדיקה כדמוכח מברייתא דאחר הפרק נשים בודקין ולהך מ"ד הוי חזקה אלימתא מחמת רוב גמור ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה אלא דמ"מ כיון דאיכא חזקת איסור לשוק נגד הרוב צריך בדיקה לכתחלה היכא דאפשר כמו דאמרינן בההיא דרוב מצוין כו'. ובזה מדוקדק לשון הרמב"ן במלחמות שכתב ואמרינן נמי כה"ג בפרק בא סימן קטנה שהגיעה כו' דלמה נקט פרק בא סימן שהרי עיקרא דהא מילתא הוא בפרק הקודם לו בפרק יוצא דופן קאמר הכי למ"ד א"ח ולדידיה ס"ל דאפילו בדיעבד בעי בדיקה לחליצה ולכך מייתי מבפרק בא סימן דמיירי גם אליבא דהילכתא דחוששין ולדידיה ליכא לסייע מיעוטי לחזקה דהא

הוא רוב גמור ואפ"ה אמרינן דלחליצה בעי בדיקה וע"כ היינו משום דאיכא לברורי צריך לברר לפי שיש חזקת איסור לשוק נגדו וה"ה בההוא דרוב מצויין צריך לברורי מהאי טעמא ובעיקרא דמילתא אי חזקה דרבא הוי חזקה אלימתא עי' בדברי התוס' קידושין דף ס"ג ד"ה זה בני כו' בשני שיטות שפי' ר"י שם ובדברי הפ"י וספ' המקנה למחו' הגאון החסיד ז"ל כו'.

דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

תם ונשלם חלק ראשון מאבן העזר

חלק ב

הקדמה

אמר אפרים דבר זה נשאל לחכמים בנוסח הברכה שתיקנו חז"ל בברכת אירוסין והתיר לנו הנשואות לנו על ידי חופה וקידושין שלמה שינו הסדר והקדימו חופה לקידושין ואם נפשך לומר בשביל חתימת הברכה בא"י מקדש עמו ישראל ע"י חופה וקידושין היא גופא קשיא למה הקדימו ואין לומר שקדושת עמו ישראל היה על דרך זה שקדמו החופה תחלה ואח"כ הקידושין זו קשה מן הראשונה חדא דהיכא אשכחן הכי ולכשתמצא לומר שכן היה הלא יפלא למה נשתנו סדרי יוצר בראשית בקדשו את עמו ישראל אחר שהושיבם באפריון:

והר"ן פ"ק דכתובות כתב ופירוש על ידי חופה וקידושין אע"פ שהקידושין קודמין לחופה היינו על ידי חופה וקידושין שקדמו להם וכתב בספר העיטור שעיקר הנוסחא היא על ידי חופה בקידושין בבי"ת אלא מפני שהדייקנים קוראים לבי"ת ההיא רפה מפני שהיא סמוכה לה"א לפי שאותיות יהו"א מרפות בג"ד כפ"ת טעו הסופרים וכתבוה בי"ת עכ"ל:

והנה פירוש הראשון הוא דחוק וגם מ"ש שהנוסחא צ"ל בבי"ת כתב מהר"ם שם באנשי שם שברוב הספרים הנוסחא בוא"ו ומ"ש הוא ז"ל ליישב ע"ד דאמרינן מקדש ישראל והזמנים כו' הוא תמוה מאד ע"ש:

ואשר אני אחזה בצדק פנים מסבירות להלכה ואגדה אען ואומר עפ"י מה שאמרו חז"ל בפסיקתא רבתי פסקא ויהי ביום כלות משה וז"ל ד"א מה כתיב למעלה מן הענין ברכת כהנים יברכך ה' אמר ר"י דסכנין למה הדבר דומה למלך שקדש את בתו ועשה לה קידושין גדולים כו' כך כשבא הקב"ה ליתן תורה לישראל בסיני עשה לה פומבי גדולה כמ"ש וכל העם רואים את הקולות ולא היה אלא דוגמת קידושין כמ"ש לך אל העם וקדשתם ושלטה בהם עין הרע ונשתברו הלוחות כיון שבאו ועשו את המשכן נתן להם

הקב"ה את הברכות תחלה כדי שלא תשלוט בהם עין הרע לפיכך כתיב תחלה יברכך ה' ואחר כך ויהי כו' עכ"ל:

ולכאורה יש כאן מקום עיון מה שנראה מהפסיקתא שמתן תורה לישראל בסיני לא היה אלא דוגמת קידושין והרי אנו אומרים מקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין שמזה מבואר שמ"ת היה דוגמת חופה וכ"כ המפורשים שכפיית ההר כגיגית היה דוגמת החופה. אפס כי אא"ז מהרש"א ז"ל בחידושי אגדות פ"ק דכתובות כתב דהקידושין הוא נתינת התורה כמ"ש א"ת מורשה אלא מאורסה ובחופה הוא יחוד שכינתו עמנו במקדש כמ"ש ביום חתונתו זה מ"ת וביום שמחת לבו זה יום שנתחנך המשכן ודוק עכ"ל. ותניא דמסייע לי' מדברי הפסיקתא אלו שנראה משם גם כן שהחופה היה בהשראת שכינה במשכן. וכן איתא שם בפסיקתא קודם לזה דודי ירד לגנו אל תהי קורא כן אלא לגנינו ויהי ביום כלות משה כלת כתיב אמר ר"י דסכנין בשם ר' לוי ביום שנכנסה כלה לחופתה (ועיין במדרש תנחומא ומ"ש בפרישתי שם) אך דעת המפורשים והביאם ג"כ בספר כתובה בפ"ק דכתובות דכפיית ההר היה דוגמת החופה ובין כך ובין כך קשה מ"ש בנוסח הברכה שאם תאמר שבאמת היה כן שקדמה החופה תחלה תיקשה על מה עשה ה' ככה. ובכדי להגיע לישוב אקדים מ"ש מחותני הגאון החסיד ז"ל בהקדמת ספר המקנה שיש מפורשים שכתבו שהקידושין היה בביזת מצרים והים כמ"ש תורי זהב כו' וי"מ שהקידושין היו על ידי הלוחות כדאיתא במדרש שמשה שבר הלוחות אמר מוטב תדין כפנויה כו' וכתב הוא ז"ל דשניהם אמת דלכאורה קשה אהא דקאמר תדין כפנויה דממ"נ אם היה שליח להולכה לא היה צריך לשבור הלוחות שהרי בעת עשיית העגל היו כפנויה ואם הי' כשליח לקבלה מה תועלת בשבירת הלוחות שכבר נחשבו כא"א משעת הקבלה (ומצאנו שהקשה כן גם בספר יפ"ת ע"ש) ולכן כתב שדברי המפורשים צדקו יחדיו שהקידושין היה בביזת מצרים ע"ת לקבל הלוחות כדכתיב בהוציאך את העם ממצרים תעבדון כו' וכיון שנשברו הלוחות נתבטלו הקידושין למפרע ונדונית כפנוי' ואח"כ היו קידושין חדשים על ידי לוחות שניות עכ"ד פח"ח ולדבריו נ"ל דאע"פ שכבר קבלו התורה על הר סיני מ"מ זה לא היה רק דברים בעלמא ועיקר התנאי היה על קבלת הלוחות ואפשר שרמז לו במ"ש תעבדון את האלקים על ההר הזה רמז ללוחות דכתיב בהו מזה ומזה הם כתובים וע"ד שדרשו חז"ל בפסוק לדעת מה זה כו'. ועתה תחזה כי נוסח הברכה עולה כהוגן דודאי הקב"ה לא הפך הסדר והקדים הקידושין תחלה בביזת מצרים ע"ת שקיבלו הלוחות ואחר כך היה החופה על ידי כפיית ההר כגיגית אך כשלא קיבלו הלוחות הראשונות ונשתברו נתבטלו הקידושין הללו שעל ידי ביזת מצרים ולא

נשארה רק החופה לבדה שאין תנאי בחופה ואחר כך נתחדשו הקידושין בלוחות שניות וממילא נתהפך הסדר וקדמה החופה לקידושין ושפיר אמרינן מקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין והוא כפתור ופרח בעזה"י:

ונראה שיש לנוסח ברכה זו רמז בכתוב בפרשת וזאת הברכה אף חובב עמים כל קדושיו בידיך והם תוכו לרגלך ישא מדברותיך תורה צוה לנו משה מורשה קהלת יעקב ובס' כתובה כתב לפרש אף חובב עמים שהחזיר עליהם התורה אף על פי כן כל קדושיו הקידושין נעשו על ידיך בשעה שהם תוכו לרגליך במעמד הר סיני שכפה עליהם הר כגיגית כמ"ש רש"י שם וגבי החופה כתיב בידיך מפני שהחופה אין נעשית על ידי שליח אבל התורה שהם הקידושין נעשים ע"י שליח עכ"ל ולפי' ז"ל דמפרש כל קדושיו על החופה קשה למה אפקי לחופה בלשון קידושין ולא בלשון נישואין אבל לפי דרכנו יומתק הענין שהכתוב מסדר והולך סדר הקידושין והחופה ומתחלה אמר כל קדושיו בידיך דהיינו הקידושין היו ע"י ביזת מצרים ע"ד שאמר הכתוב ושלחתי את ידי כו' ונתתי את חן העם בעיני מצרים כו' ואח"כ אמר והם תוכו לרגלך ישא מדברותיך דהיינו במעמד הר סיני ששם תווך אותם לרגלי ההר ישא הי' שם נשואין מדברותיך מדברי הקב"ה בעצמו דנשואין ע"י שליח לא מהני ואחר כך אמר תורה צוה לנו משה מורשה דהיינו מאורסה שהיה דוגמת אירוסין שהקידושין ראשונים נתבטלו על ידי שבירת הלוחות הראשונות ושב שנית לקדשם ע"י משה רבינו ציר נאמן בקבלת התורה ובלוחות שניות הרי שתחלה אמר ישא מדברותיך שהוא ענין הנשואין ושוב חזר לענין אירוסין תורה צוה לנו משה מאורס"ה ועד"ז תיקנו גם כן בנוסח הברכה על ידי חופה וקידושין שבאמת שכך עלה הענין שקדמה החופה תחלה:

ומ"מ אנן שפיר עבדינן לקדש תחלה קודם החופה לפי המחשבה שעלה לפניו יתברך להקדים הקידושין תחלה כדכתיב כל קדושיו בידך:

ובזה א"ש מה שתקנו מקדש עמו ישראל כו' כיון שיש כאן חופה כבר יש כאן נשואין אך לפי מ"ש א"ש לפי מ"ש בשאלות תשובות משאת בנימין והביאו הב"ש באה"ע סימן ס"ד שחופה קודם קידושין לא מהני למשוי' נשואה. ולכן אף על פי שהיה כאן חופה גם כן לא הועילה רק נשארו בדוגמת אירוסין לבד:

ובזה מיושב מ"ש בסוף ספר פרשת דרכים שהעלה מסוגי' דיומא דקדושת ישראל לא היה רק אירוסין עד שנבנה בית הבחירה ולכאורה הוא סותר למ"ש המפורשים שכפיית ההר היה כענין חופה וכן מורה נוסח הברכה ולפי מ"ש א"ש דמ"מ נשארו בדוגמת אירוסין רק שאחר הלוחות שניות שהיו הקידושין נעשו הנשואין על ידי המשכן או בנין

בית הבחירה ואמנם לכאורה יקשה במ"ש ז"ל דכפיית הר כגיגית היה דוגמת חופה שהרי היה באונס וחופה באונס לאו כלום הוא ואם נאמר שבאמת לא היה החופה על ידי כפיית ההר רק במשכן וכמ"ש מהרש"א ז"ל אם כן יקשה עלינו נוסח הברכה שמקדימין חופה לקידושין. ולולי דבריהם ז"ל היה נראה לפענ"ד דא"ש על פי מ"ש בתרגום יונתן בפסוק ואשא אתכם על כנפי נשרים שבעת יציאת מצרים נשאו אותם עננים למקום בה"מ ואכלו שם פסחיהם עכ"ל ע"ש:

והנה מבואר בש"ס ובאה"ע דהבאה לביתו מיקרי חופה ובזה יש לכוון במקרא ואשא אתכם כו' ר"ל שהיה ענין נישואין והיינו ואביא אתכם אלי שהיא הבאה לביתו דמיקרי חופה ואחר כך אמר והיה אם שמוע כו' והייתם לי סגולה כו' שמ"ש והייתם היינו ענין קידושין הנעשה על ידי קבלת התורה ע"ד ויצאה והיתה ולכן אמר והייתם לי משום דבקידושין בעינן ידים מוכיחות ועד"ז כתב במג"ע וארשתיך לי כו' ומבואר גם כן שהכתוב מקדים הנשואין שהוא החופה לקידושין כנוסח הברכה וליכא מידי דלא רמיזא באורייתא:

ובהכי א"ש מה שהקשינו לעיל דכיון שהיו הקידושין בביזת מצרים מה הועיל בשבירת הלוחות שהרי התנאי היה תעבדון את האלקים על ההר הזה וכיון שקבלו הדברות על הר סיני הרי נתקיים התנאי ולפי מ"ש ע"פ מה שמבואר באה"ע ריש סימן ך"ז בב"ש שם דעת הפוסקים במקדש ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתנם בע"כ לא הוי נתינה ולפי"ז הרי לא נתקיים התנאי בקבלת התורה על הר סיני דנתינה בע"כ הוא ול"ש נתינה:

ובזה יש ליישב מה שדרשו חז"ל במגילה ששלחה אסתר לחכמים לדעת מה זה שמא עברו על עשרת הדברות שבלוחות דכתיב בהו מזה ומזה הם כתובים ולכאורה תמוה מאד למה הקפידה דווקא על מה שכתוב בלוחות שהרי קבלת עשרת הדברות היה בסיני ולפי מ"ש א"ש דהתם קודם שקבלוה בימי אחשורוש היה מודעא רבה על קבלת התורה בסיני אך הלוחות קיבלו אחר כך ברצונם הטוב ולכן חרדו כל החרדה הזאת שמא עברו על הלוחות כו' ועדיין אנו צריכין למודעי לפי מ"ש הב"ש שם לחלק בין אם היא מתנה התנאי ע"מ שתתן לי מאתים זוז אז אמרינן דנתינה בע"כ לא הוי נתינה משא"כ אם הוא התנה ע"מ שאתן לך שפיר הוי נתינה ומצאתי סברא זו בדברי הר"ן פ"ג דשבועות גבי הא דאמרינן ולא מתנה לעשיר כו' וכן אתה אומר בדיני ממונות שדי נתונה לך ע"מ אם איני נותן לך מאה מנה מכאן ועד יום פלוני רצה ליתן והלא לא רצה לקבל לא קנה השדה שלא נתכוון אלא על מה שבידו לעשות כו' וההיא דפרק מי שאחזו ע"מ שתתני לי ר' זוז נתנה בע"כ אינה מגורשת גיטין שאני כו' ועוד דהתם מקבל הוא

דאתני ועד שיהיו נתונים. (מדעתי משמע כצ"ל) ממך משמע הרמב"ן ז"ל עכ"ל. ואם כן בזה שהקב"ה הוא דאתני בקידושין ע"מ שיקבלו את התורה ואם כן אף שקיבלו בע"כ שפיר הוי קיום התנאי ונתקיימו הקידושין ואם כן הדרא קושיא לדוכתא מה הועיל משה בתקנתו לשבור הלוחות שידונו כפנוי' הא אכתי הקידושין קיימין וגם קשה לפי"ז במה דאמרינן מכאן מודעא רבא לאורייתא דמה בכך שהיו אנוסים דהא קי"ל נתינה בע"כ כה"ג שהוא התנה הוי נתינה איברא שי"ל שאע"פ שלענין הקידושין שפיר י"ל דנתקיים התנאי על ידי נתינה בע"כ מ"מ נראה דאותן המאתים זוז לא קנה בע"כ אלא שלענין התנאי מהני שלא נתכוון זה אלא על מה שבידו לעשות והרי עשה וכדמייתי שם הר"ן מהא דאי לא מפייסנא לך כו' ולפי"ז לענין קבלת התורה עצמה שהיו אנוסים שפיר מהני טענת המודעא אבל מ"ש ידונו כפנוי' קשי' וגם יש לדקדק במה שאמר ואל ידונו כא"א דא"א מה שיאטי' הכא והו"ל לומר ואל ידונו כארוסה כיון דמצד כפיית הר כגיגית אין דינם כא"א כיון שהיה באונס וגם זה כביר הקשיתי על דברי המדרש ויחל משה את פני ה' אלקיו אמר משה רבש"ע לי צוית אנכי ה' אלקיך וקשה שאם היה דעתו לרצות שלא יענשו על הקבלה במעמד הר סיני היה לו לבא בטענת מודעא ואפשר לומר דלזה לא הועיל טענת מודעא כיון שע"ז היא משבעה מצות בני נח אם כן גם טענת לי צוית בעלה וע"כ לומר דאי מטעם ז' מצות בני נח אתינן עלה לא היו חייבים ע"ז לפי מה דאמרינן בסנהדרין מלמד שאוו לאלהות הרבה ואם כן יש לומר שהיה דעתם לעבוד בשתוף וב"נ אינן מצווין על השתוף ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא שהיה יכול לבא מדין מודעא:

אך באותה שאמרו מכאן מודעא כו' הקשו המפורשים דהא קי"ל תלוהו וזבין הוא ועיין בספר כתובה דף ח' מ"ש בזה והאלגזי תירץ דתלוהו וזבין היינו שנותן מעות מיד אז אמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקני אבל מתן שכר המצות הא אמרינן היום לעשותם ולמחר ליטול שכרם דשכר מצוה בהאי עלמא ליכא ולכן לא מהני כשהוא באונס ולענ"ד נראה דבשביל זה שפיר היה מועיל טענת אונס דאף שנאמר דזוזי בעין בעינן היינו בבשר ודם שאין בהבטחתו כלום דשמא לא יהיה סיפק בידו לעשות וכל אשראי ספק אתי דשמא לא יעמוד בדבורו אבל בהבטחת השי"ת כתיב אני ה' נאמן לשלם שכר ומילי דהקב"ה כמאן דעביד דמי וע"ד שכתב בשל"ה עתידין צדיקים שיאמרו שירה לע"ל שנאמר תשורו מראש אמנה ופירש שהם יאמרו שירה על ההבטחות שהבטיח להם כאלו כבר נתקיימו וזהו אמרו לעתיד לבא ר"ל על מה שבטח לבם שיבא וע"ז אמרו שנאמר תשורו כו' שמחמת אמנה גדולה שלהם הם אומרים שירה ע"ז ויותר היה נראה לומר כיון שמה שהיה צריך לבא עליהם בכפי' לפי שהיו יראים מיראת העונש א"כ גם

הבטחת השכר ג"כ לא היה מועיל להכריח דעתם שיהיה הקבלה ברצון ואמנם נלפענ"ד דא"ש ע"פ מה דלכאורה יש לדקדק בהא דאמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקני דודאי לאו מילתא דפסיקא הוא שיש לך אדם שחפיציו חביבין עליו שאינו רוצה ליתנם במחיר בש"א ואע"פ שאונסים אותו למכרם אינו נותן מדעתו רק בע"כ ולא גמר ומקני ונראה דא"ש עפ"י מ"ש בתשובה בחלק הלז סי' קכ"ב שהר"ן והריטב"א הקשו לפי מה דאמרינן בקידושין דברים שבלב אינם דברים אם כן למה לא מהני תלוהו ויהיב דהא חזינן שנותן החפץ ואע"ג דבלבי' לא ניחא לי' דברים שבלב הוא ותירצו דכי אמרינן דברים שבלב א"ד היינו בדברים שבלבו לבד אבל דברים שבלבו ובלב כל אדם שהכל יודעין שאינו נותן ברצון רק מחמת אונס הוי דברים וכ"כ התוספות ושאר פוסקים דבאומדנא דמוכח הוי דברים ולפ"ז א"ש בתלוהו וזבין אע"פ שיש לך אדם שאין דעתו להיות גומר ומקנה מ"מ כיון דעכ"פ טובא איכא דגמרי ומקני אגב אונסא וזוזי ממיל' דשוב מהני מטעם דאף אם זה אין דעתו להקנות דברים שבלב לבד הוא דלב כל אדם אינו יודע אם זה דעתו להקנות אם לאו ולא הוי אומדנא דמוכח ושפיר הוי דברים:

ובזה יש ליישב קושיית הרשב"א דבקידושין מוכיח מהא דיקריב אותו לענין דברים שבלב ובב"ב יליף מזה דאגב אונסי וזוזי גמר ומקני ולפי מ"ש א"ש דהא בהא תליא וקצרתי:

ומעתה א"ש בפשיטות מה שהקשו דהיאך נאמר דהוי מודעא דהא הוי ליה תלוהו וזבין דזה אינו דמידי הוא טעמא דכיון דאיכא למימר גמר ומקני שוב אף אם אין לבו עליו הוי דברים שבלב וזה שייך בבני אדם שאין אחד יודע מה שבלב חבירו אבל לגבי הקדוש ברוך הוא שהוא יודע מחשבות ויצרי מעללי איש פשיטא דאף הדברים שבלב כאמירה להדיוט דמי. ואיתא במדרש הובא בילקוט ויפתוהו בפיהם כו' שאמרו נעשה ונשמע ולבם לא נכון עמו ואף על פי כן והוא רחום כו' ולכן אף שהיה כאן הבטחת שכר וגם אמרו בפה מלא רוצה אני מכל מקום כיון שהקדוש ברוך הוא היה יודע מחשבות לבם שאינו כן הך אמירה מידי משמא אית ביה ואינו דומה לתלוהו וזבין כלל ובזה יובן מאמר הכתוב פרשת ואתחנן ותאמרו הן הראנו כו' ויאמר ה' אלי שמעתי קול העם הזה בדברם אלי היטיבו אשר דברו מי יתן והיה לבבם זה ליראה אותי כו' והענין הוא שמשה רבינו שלא ידע מחשבות לבם ראה דבריהם נכוחים וטובים ועל זה אמר לו הקדוש ברוך הוא שמעתי כו' היטיבו אשר דברו שדבורם באמת טוב הוא אך מי יתן והיה לבבם זה ליראה אותי כו' ר"ל שגם לבבם דהיינו שני יצרים יצר טוב ויצה"ר יסכימו גם יחד לדבור הזה ליראה אותי כו' והוא נכון מאד:

אמנם הגאון בספר כתובה כתב דלכך לא הוי תלוהו וזבין משום דנתינת התורה היה אפילו שלא על מנת לקבל פרס שהיה דוגמת חופה וקי"ל אין תנאי בחופה כו' ע"ש אך אכתי קשיא לי שהרי התוספות בב"ב דף מ"ח הקשו בהא דיקריב אותו נימא דהוי תלוהו ויהיב ותירצו דכל דבר שהוא מחויב לעשות מדינא הוה כמו מכר כו' ע"ש ולפי זה לפי מה דקי"ל כותבין אגרת מרד על ארוסה אם כן לדעת המפורשים שהקידושין היו בביזת מצרים ממילא דמתן תורה שהוא דוגמת נשואין הו"ל כמו תלוהו וזבין ואפשר לומר שהוא ז"ל לשיטתו בפתיחה לקידושין שהקידושין של ביזת מצרים היה מה שהיו עתידין לקבל הלוחות אח"כ וכיון שעדיין לא נתקיים התנאי לא נגמרו הקידושין ואין דינם כארוסה גמורה לענין כתיבת אגרת מרד שהרי הקידושין תלוים ועומדים עד קיום התנאי:

ויש ללמוד מזה דין חדש דאף על פי שכותבין אגרת מרד על ארוסה מכל מקום אם הקידושין על תנאי אף שביד המקדש לקיים התנאי אין כותבין שהרי כאן ביד הקדוש ברוך הוא לקיים התנאי וליתן הלוחות ואף שלא יקבלו רק באונס מהני דהיכא דהוא התנה מהני נתינה בע"כ לקיום התנאי כמ"ש לעיל:

ועפ"י זה נבא לכלל ישוב בהא דקשיא לן בדברי המדרש דקאמר ידונו כפנויה שהרי אף עפ"י כן זיקת קידושין יש כאן על ידי התורה אף שהיה באונס מהני לקיום התנאי (אם לא שנאמר שעיקר התנאי לא היה רק על הלוחות וכמ"ש לעיל וצ"ע) וגם מ"ש ואל ידונו כא"א דהול"ל כארוסה כיון דהלוחות אינם רק אירוסין ונראה לבאר ע"פ מ"ש אא"ז הגאון בספר לב אריה ששמע מהג' מהור"ר שאול ז"ל האב"ד דק"ק בראד פירוש הכתוב הן ישלח איש אשתו הישוב אליו עוד ואת זנית ריעים רבים ושוב אלי נאום ה' שפירושו על פי מה דקי"ל לענין מחזיר גרושתו נשאת אסורה לחזור לו זינתה מותרת לחזור וזה שאמר הכתוב ואת זנית ריעים רבים דהיינו זנות לבד לכן שוב אלי כו' ודברי פי חכם חן ומכל מקום יש לתמוה לפי זה בהא דאיתא ביומא אמר ר"י גדולה תשובה שדוחה לא תעשה שבתורה שנאמר הן ישלח כו' וקשה מה לא תעשה יש כאן שהרי בזנות אין כאן לא תעשה אך באמת פשיטא דקרא מיירי בזנות שקודם גירושין וכמ"ש הכתוב אי' ספר כריתות אמכם ואם כן יש בזה לאו דסוטה שנטמאה וקאמר הן ישלח כו' הישוב אליו עוד משום לאו דמחזיר גרושתו ואת זנית כו' ומכל מקום צריך להבין מה ענין החילוק בין נשואין לזנות בעובדי ע"ז ונראה דאתי שפיר דביומא שם אמרינן גדולה תשובה שמגעת עד כה"כ ועיין בע"י שגירסתו ר"י אמר עד ולא עד בכלל ומי אמר ר"י הכי והאמר ר"י גדולה תשובה שדוחה לא תעשה כו' כאן ביחיד כאן בצבור והנה קושית הש"ס בזה אינו

מובן ועיין מה שכתוב בזה אא"ז המהרש"א ז"ל וגם הקשו המפרשים דלשני' ליה כאן מאהבה כאן מיראה וכדמשני לעיל:

ונראה לפרש על מה שאמרו בסנהדרין דף ס"ג אחרים אומרים אלמלא ואו שבהעלוך נתחייבו שונאיהם כליה אמר לו רשב"י והלא כל המשתף שם שמים ודבר אחר נעקר מן העולם אלא מה תלמוד לומר אשר העלוך שאוו לאלהות הרבה ולכאורה אין מובן מה היקל רבי שמעון בן יוחאי ועיין במהרש"א דלרשב"י שהאחד הנמצא נתן כחו לאלהים רבים ועזב את הארץ כו' ושמעתי לפרש דיש שני מיני עובדי ע"ז האחד שהוא מאמין בלב ע"ז ומחזיקה לאלהות והשני הוא דניחא ליה בהפקירא ונפקא מינה שאותו שסובר שיש ממש בעבודה זרה אינו מחליפה כלל באחרת כדכתיב ההימיר גוי אלהים מה שאין כן זה שרוצה בהפקר היום עובד זו ולמחר מחליפה באחרת אם תמצא חן בעיניו שיש בה הפקר יותר והנה אמרינן בסנהדרין דף ס"ג ע"ב אמר ר"י אמר רב יודעין היו ישראל בע"ז שאין בה ממש ולא עבדו אלא להתיר להם עריות בפרהסיא ובזה אתי שפיר דקאמר רשב"י שאוו לאלהות הרבה וסימנא מלתא שלא היו מאמינים בעבודה זרה כלל רק פנים אחרת להתיר להם עריות בפרהסיא ובזה יש לימוד זכות גדול על ישראל ע"כ שמעתי זה כביר מפי ידיד נפשי הרב הגדול החריף ובקי מוהר"ר מרדכי נ"י מ"מ דק"ק זאמושץ וכעת בק"ק לבוב מחותני ודפח"ח ואמנם דברי ר"י דאמר יודעין היו ישראל לא נאמר על מעשה העגל רק על מה שעבדו עבודה זרה בסוף בית ראשון כמבואר שם דפריך מדכתיב כזכור בניהם מזבחותם ומשני בתר דאביקו ביה כו' ע"ש:

ועפ"י זה יובן ענין הכתוב הן ישלח כו' שהוא תמוה איך התחיל לדמות למשלח אשתו והמקרא צווח אי' ספר כריתות אמכם ובסנהדרין דף ק"ה אמרינן על פסוק (ירמיה ח') מדוע שובבה העם הזה ירושלים משובה נצחת אמר רב תשובה נצחת השיבו ישראל לנביא כו' שמואל אמר אמרו לו עבד שמכרו רבו ואשה שגרשה כלום יש להם זה על זה אמר הקדוש ברוך הוא לנביא לך אמור להם אי ספר כריתות כו' ועיין שם ברי"ף שכתב ליישב דלא תיקשי ממ"ש בירמיה ג' משבה ישראל שלחתיה ואתן ספר כריתותיה אליה כו' ע"ש (ומלתא אגב אורחא אמינא לגלויי מלתא בפירוש רש"י שם פסוק ואו הראית אשר עשתה משבה כו' ופירש רש"י תשובה נצחת ומוכחת בימי יאשיהו כו' ואין מבין מה שכתוב לפרש מלת תשובה נצחת ומוכחת ולקמן סימן ח' איתא תשובה נצחת ופירש רש"י שם משובת עולם כמו נצח שם ישנו במקרא מלת נצחת ומה ראה רש"י להעתיקו לכאן וגם מלת ומוכחת אין לו ביאור אך אמת הוא דלעיל מיניה כתיב הנה דברת ותעשי הרעות ותוכל ופירש"י הנה דברת בפיך לא נבא עוד אליך כו' ותוכל ונצחת למרוד וגם זה

תמוה דמה נצחון שייך במרידה זו אך האמת יורה דרכו שטעות סופר נפל ברש"י וסמי מכאן הציון שמציין פסוק וא"ו (שהוא"ו ההוא היה ב' של תיבת בתשובה ונתחלף לוא"ו והתי"ו נתחלף למ"ם ועשו ממנו תיבת משובה) וכצ"ל ונצחת למרוד בתשובה נצחת ומוכחת ואחר כך צריך לציין פסוק וא"ו בימי יאשיהו כו' והמעיין יראה כי עתה דברי רש"י מסודרים על סדר הפסוק כדרכו וענין תשובה נצחת הוא על דרך הגמרא דלעיל תשובה נצחת השיבו כו' וכדכתיב נמי לבתר הכי שלחתיה ואתן את ספר כריתותיה אליה כו' ועיין ברי"ף בזה ואפשר דלדבריהם קאמר הכי וקצרתי והוא ברור ומצוה להגיה ולתקן בספרי הדפוס) אך לפי מה שכתבתי תרווייהו איתנייהו פעמים שדומה לשלוחין ונשאת לאחר ופעמים שדומה לזנות שאם עובד עבודה זרה שבדעתו שיש בה ממש הרי פרישתו מהקדוש ברוך הוא כאשה הפורשת מבעלה לגמרי דרך גירושין ונושאת איש אחר לפי שאז גם השם מבדילו לרעה ומשלח אותו לגמרי מה שאין כן מי שאינו עובד עבודה זרה רק על דרך זנות לתיאבון והפקר לבד אין כאן גירושין ונשואין רק כיושבת תחת בעלה ותחת אישה תקח את זרים דרך זנות בעלמא למלאות תאותה וזה שאמר הכתוב הן ישלח כו' רצה לומר אם היה חטא של עבדות עבודה זרה שלכם על דרך זה של גירושין ונשואין הישוב אליה עוד אך באמת אינו כן רק ואת זנית דרך זנות בעלמא וסימן לדבר שהרי זנית רעים רבים שאין זה דרך עובד עבודה זרה דקבלי' עליה באלהים רק העושה דרך זנות והפקר לבד ולכן שוב אלי נאום ה' ואמנם מתוך התשובה יש מקום להבחין באיזה אופן היה עשיית החטא שאם עושה תשובה מאהבה מוכח מתוכו שלא עשה מתחלה רק הפקר למעשה נערות כי מי שלהוט אחר בולמס של עבודה זרה לשם אלהות ליתא בחזרה ותשובה מאהבה שהטינא שבלבו מפעפע בו ולחלוחית אמונת עבודה זרה שהאמין תחלה נשאר קיים בו ותשובה מאהבה הרי היא דבקות בה' כדכתיב לאהבה את ה' אלהיך ולדבקה בו ואמר הכתוב כי כל האיש אשר הלך אחרי בעל פעור כו' ואתם הדבקים בה' כו' וא"א לו רק לעשות תשובה מיראה כדאשכחן בפרעה כשלקה אמר ה' הצדיק מה שאין כן מי שמתחלה לא עשה על דרך אמונה רק לתאוה יבקש נפרד זה אפשר לו להיות חוזר בלב ונפש ולעשות תשובה מאהבה ובזה יובן הא דקאמר התם ביומא רבי חמא בר חנינא רמי כתיב שובו בנים שובבים דמעיקרא שובבים אתם וכתיב ארפא משובותיכם ומשני כאן מאהבה כאן מיראה ופירוש רש"י דמעיקרא שובבים אתם מעלה אני עליכם כאלו תחלת החטא על ידי שטות ונערות ולפי זה אין מובן כל כך מאי דמשני כאן מאהבה כאן מיראה ועיין מהרש"א שם ולפי דברינו אלה יומתק הענין דהכי פירושו כאן מאהבה שאז נאמר בו בנים שובבים דמעיקרא שובבים אתם דודאי תחלת

החטא על כרחך היה דרך שטות ונערות דבהפקירא ניחא ליה ולא לאמונה מה שאין כן בתשובה מיראה אמר ארפא משובתם מכאן ולהבא לבד דבשעת מעשה אפשר שהיה דרך אמונה רק מחמת יראת העונש הוא חוזר ובזה מבואר ג"כ מ"ש שם גדולה תשובה שמגעת עד כסא הכבוד דהיינו בתשובה מאהבה משא"כ בתשובה מיראה אז עד ולא עד בכלל כדאשכחן גבי מנשה שחתר לו חתירה מתחת כסא הכבוד ובזה אמרתי לדרוש כמין חומר הא דפריך שם והאמר ר"י גדולה תשובה שדוחה כו' והוא גרסת עין יעקב שם וקצרתי והמשכיל יבין כי הדברים עתיקים:

והנה הש"ס שם משני כאן ביחיד כאן בצבור ויובן ע"פ מ"ש בספר צפנת פענח על התורה שחיבר הגאון מהר"י מטראני ז"ל בפרשת דברים לפרש מה שאמר אי ספר כריתות אמכם כלומר כלום יצאתם ממנו ע"י גירושין בגט למה"ד למי שקידש אשה ע"מ שלא תזנה שאם זינתה הופקעו הקידושין למפרע ונעקרו לגמרי ומעתה לא נאסרה אם זינתה כו' אף הקב"ה כשלקח לו לעם היה ע"מ שיקבלו אלהותו ולא יזנו אחר ע"ז ואחר שעבדו ע"ז נתבטל התנאי דומה למ"ש בלוחות ששיבר מרע"ה ולזה אמר אי ספר כריתות שלא פטרתי ע"י גט כי בפשעכם שלחה אמכם שנתבטלו קידושין הראשונים ע"ש שהאריך ודברי פח"ח:

ואמנם זה שייך בצבור אבל ביחיד פשיטא שאפס מקום לומר שבשביל היחיד יהיה ביטול למפרע ובזה י"ל בפ' שלח שאמר מרע"ה והמתה את כל העם הזה כאיש אחד לפי שאם ח"ו הצבור מרדו נידונים כפנויה שזינתה ואינם חייבים מיתה כמו אם היחיד מרד ובזה יבא על נכון דברי המדרש שאמר מוטב ידונו כפנויה כו' משום שאם היה מביא הלוחות לישראל והיו מקבלים אותם ברצון לא היה מקום לבטל קידושין הראשונים שהיו תלוים ועומדים על תנאי זה וכיון שנתקיימו הקידושין שוב גם כפיית ההר שהיה דוגמת החופה מהני ולא מהני המודעא לבטל כמש"ל דהא קי"ל כותבין אגרת מרד על ארוסה והו"ל הכפייה מדינא ושוב ה"ל כתלוה וזבין ואם לא ירצו לקבלם איגלאי מילתא שהיה בדעתם להחזיק הע"ז לשם ממש ולכך א"א להם לעשות תשובה מאהבה ולכרות ברית חדשה ע"י הלוחות וא"כ יש לדונם כאשת איש כלומר כאלו ח"ו עבדו ע"ז דוגמת נשואין ודביקות לאיש אחר ולכן שבר הלוחות וידונו כפנויה כלומר כאלו עודם פנויה גם עתה ע"י ביטול הקידושין למפרע ומ"מ נשואין לאחר אין כאן ומובטח היה שיחזור הקב"ה ויתרצה ברחמים ויתפייס בתחנונים לשוש לטוב עליהם ולקדש עמו ישראל בקדושתו ויש לנו ת"ל עוד דברים נאים ומתוקנים והמה בכתובים ואין זה מקומם אפס הואיל ומצינו בכל מקום קדמה תורה שבכתב לתורה שבע"פ לקטתי מקרא מועט וקצת

דברי אגדה שיש להם מבוא בהלכות אילו אשר בחלק הזה חלק אבן העזר אשר יצא ראשון מדלתי ביתי בית אפרים:
וראיתי עצמי מחויב בדבר להציע לרבים כי יפלא מהם דבר באיזה מקומות של שבחים ותוארים. פעמים שבאו דרך קצרה להורים ומורים. וכל איש מבין יודע כן יעריך ערך כבודם ותפארתם והודם. גדלה עלי ביתר שאת ויתר עז וחס ליה לזרעא דאבא לזלזל בשיעורי דרבנן אשר תפארת להם מן האדם. אפס כי בהעתקות אשר נשארו שמורים תחת ידי פעמים שבא בארוכה ופעמים שבא בקצרה וכך ניתן למכבש הדפוס והכל לפי רוב העונה והעת המוכשר להעתיק זמנין סדורא נקיט ואתי ומקרי וכתב שופרי שבחי וזמנין נקט בקצורי מתחיל בשבח ומסיים בציון תיבת וכו' (ובמקום שבא בדפוס תיבת כ"ש הוא טעות וצ"ל תיבת כו') ולמחזי אתי דאכתי לא סימינהו לכולהי שבחי ולשון יאמר איש ואיש לפי שכלו יהולל וישתבח ויתפאר. כדבר המליצה אל תסתכל בקנקן כו' ואין בצע בהרבות תואר. כי כ"א נידון במשוער שבו הגדול לפי גדלו ותפארתו חכמתו בחוץ תרונה. ויקר רוח איש תבונה לכף זכות ידיני ולצדק יכריעני וטרם צאתי אפרוש את כפי ואכרע בהודאה לאל הרועה אותי מעודי. אשר חיזק ידי. שמח לבי ויגל כבודי. בראותי את פתגם המעשה אשר נעשה בחלק הזה חלק אבן העזר כי רבה היא. יעלה במאה ועוד יש מהם אשר ישבו שנים רבות צרורות ועגונות. כבולות וכבונות וקידושי בנות ועל עלמות אשר נקבו בשמות במטיב גירושין ושלוחים. ובספק מונחים ספק על שני שמות המצטרפין וקריאות ומכונות. וספק יבמה ונפשה עגומה מאחר שלא זכתה להבנות. ובעוד לא הגעתי לעשרים. בעזה"י פתחתי שערים. לדופקי בתשובה וגם עד זקנה ושיבה אעתיר עתירה יחזק ידי הרפה לפתוח יד בתשובה. כאשר עד כה עזרני ובמרחב ענני ויהי עמדי בדרך הלכתי שקדתי ואהיה בודד. קמתי ואתעודד לשקוד על תקנת בנות ישראל וטל ילדותם. ושוממות אבלותם. כי ארכו שנותם. ופתחתי למוסרם. ובעזה"י יגעתי ומצאתי היתר לאיסורם. ובהסכמה עלה מחבירים מקשיבים. למדים ומשיבים על כן קדמתי לפתוח ראשון בחלק הזה ואחריו יבואו שאר חלקי השלחן ערוך וגם המה בעזרת השם יתברך חבילות תשובות ספונות וחשובות. נשאלין במה שלצבור צורך בהם להלכה למעשה מובטחני כי ימצאו חן בעיני אלהים ואדם. ויתנו עליו מהודם. והרוצה להשיב יבא וישיב. אך לא בכדי שיחלוט העין כ"א אחר אשר בלבבו לב מבין מאזין ומקשיב כי תמצא ידו די השיב. יקראני ואענהו ולא יבול עליהו ועוד נשתייר בקולמס דברים לרצות מקום יש בראש הספר בהקדמה כוללת ברצות השם דברי זעירא מן חברייא מדרס לפרושים. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה מח

תשובה לכבוד מוהר"ר הרב כו' וכעת הוא אב"ד דפ"ק יצ"ו:

שלום לכבוד אהו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם מוהר"ר אריה ליב תאומים נ"י:

הגדתי היום להאדון נ"י כי הגיעני קונטרסו הא דשדר לן מר חורפה בעסק קדושין וראיתי דבריו טובים ונכוחים איברא חזינא כי הוא מן הנמנעים ומושכים ידיהם מלחוות דעת להלכה למעשה כו' לא שמתי עיני ולבי במ"ש מכ"ת בגופה של עדות ולא יצאתי אלא לדון בדבר החדש שחידש כ"ת בנידון הקדושין כשיכולה לנתק החליט לומר דלהרמב"ם שכתב כן לגבי קנין דקנה מהני נמי גבי קדושין. ולענ"ד י"ל דאף אם נא' דבקנין מהני מכל מקום גבי קדושין אינו כן. ומתחלה אען ואומר לדברי מכ"ת הגע עצמך בגט היכא שאחזה במקצת הגט וידו אוחזת בעקב הגט והוא אינו יכול לנתקו ולהביאו אצלו והיא יכולה לנתק את המקצת שבידו ולהביאה אצלה נימא דמגורשת דבזה לא שייך כריתות בעינן שהוא אינו יכול לנתקו והיא קנתה כיון דיכולה לנתק קנתה אותו כמו גבי קנין ולענ"ד ברור דאינה מגורשת וע"כ לא אמרו אלא במשיחה בידו דכיון שאינו יכול לנתק הגט ע"י המשיחה לא אגד גביה וגט הא כוליה בידה היא משא"כ היכא שאוחז בגוף הגט נהי דליכא טעמא דכריתות כיון שאין יכול לנתקו מ"מ כיון שאין הגט כולו בידה רק דנימא דקנתה אותו מחמת שיכולה לנתקו הא לאו כלום הוא דעיקר נתינת הגט מכחו בעינן ומה"ט לא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע ולא עדיף מה שיכולה לנתקו ואם באמת נתקה המקצת שביד הבעל לא מהני ואף הפוסקים לענין קפצה ידה דמהני נ"ל שיודו בזה ואין לחלק ולומר דאע"ג דאם היינו אומרים שמה שהקונה יכול לנתק אינו עושה קנין אז בגט אף אם באמת נתקה מיד הבעל לא מהני כיון שזה מכחה מכל מקום אפשר דלשיטת הרמב"ם דסבירא ליה דקני הואיל ויכול לנתקו א"כ בגט מיד שנתן לה באופן שהיה יכולה לנתק מקרי ונתן בידה ולאו כטלי גיטך הוא שהרי כל הקנין נעשה מכח נתינתו אבל לענ"ד ז"א דעיקר טעמא היא דכיון שיכול לנתק אמרינן רואין כאלו עשה מעשה ונתק והביא אצלו וא"כ בגט דניתוק שלה באמת לא מהני לא אמרינן רואין בכה"ג ועכ"פ יצא לנו מזה שאם אוחז במקצת מגוף הגט מפסיל דלא קרינן ביה ונתן בידה והוי כטלי גיטך מע"ג קרקע ומעתה לענין קדושין שדעת מהרי"ל בתשובה סימן ח' דטלי קדושיך מע"ג קרקע נמי לאו כלום הוא יעו"ש באורך ובשם מהרש"ך כתב הב"ש דהוי ס' קדושין עכ"פ א"כ הא קמן דאף שנאמר שלדעת הרמב"ם מהני יכול לנתק בקנין

מכירה וכה"ג מכל מקום אין להחליט הדין ללמוד משם לענין קדושין דאע"ג דלא דמי לגט לענין הא דכריתות בעינן מכל מקום י"ל דבעינן ונתן בידה כמו בגט:
ועוד אמינא בה טעמא דאם אוחז במקצת הגט לא מהני ומשם יש ללמוד לקדושין ע"פ מה דאיתא בירו' פ"ק דגיטין איש ואשה שהיה תפוסין בגט היא אומרת זכיתי כו' א"ל ד"ה הוא הכא אפילו כולה בידה וחוט אחד בידו אינו גט דכתיב בידה עד שיה' כולו בידה ולכאורה צ"ע דלמה שביק בירושלמי טעמא דנקט בש"ס דידן משום דכריתות בעינן וכן קשה להיפך ודוחק לומר דשוו בדינא ולא שוו בטעמא וגם קשה על הירושלמי דמה טעם יש בה משום דבעינן כולו בידה דילמא קרא לא קפיד רק ונתן אגופו של גט אבל המשיחה הקשורה בו שאינו מגוף הגט אין בו קפידא ואם נאמר דכיון שהמשיחה קשור בגט כגופיה דמי א"כ אף דאין יכול לנתקו נמי לא תהיה מגורשת כיון שאין כולו בידה ודוחק לומר שהירו' פליג בהא אש"ס דילן דקאמר ר"ח אם אינו יכול לנתקו מגורשת ומשמע אף דגם היא אין יכולה לנתק המשיחה גם קשה מאי דקאמר וחוט א' בידו דמאי א' דקאמר והל"ל וחוט בידו כלישנא דש"ס דידן. ולכן נלענ"ד דש"ס דידן והירושלמי מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי דודאי בש"ס דילן דמיירי שהגט כולו בידה רק שמשיחה קשור בו והבעל אוחז בו ובכה"ג באמת ל"ש טעמא דירושלמי דבעינן שיהיה כולו בידה דבאמת כן הוא ולכן יש חילוק בדבר באם יכול לנתקו דאז פסול מטעמא דכריתות בעינן משא"כ הירושלמי מיירי שידו אוחזת בגוף הגט בשוליו בגוונא דאיירי ביה התם האיש ואשה שהיו תפוסין בגט וקאמר שאפילו רק חוט א' ור"ל משהו ממנו כמלא החוט לבד (או חוט א' ר"ל שורה א' וכלישנא דש"ס תלי ליה ביני חיטי) בידו אפ"ה פסול כיון שאין כולו בידה. ולפ"ז כיון דמהך טעמא אתינן עלה אף שהיה יכולה לנתק המקצת שבידו לאו כלום הוא דבעינן שיתן כולו לידה (ומאי דקאמר אפילו כולו בידה כו' כיון דאין בידו אלא משהו לבד כולו בידה קרי ליה) ומצאתי בלח"מ פ"ה מהל' מכירה שכתב על דברי הרמב"ם קשה דגט נמי היכא דמשיחה בידה ויכולה לנתקו תהיה מגורשת וי"ל דשאני התם דכתיב ונתן בידה משמע דיהא הגט בידה כו' ע"ש ולפמ"ש מבואר דמחמת האי טעמא דכתיב ונתן בידה לאו דוקא יכולה לנתקו ע"י משיחה לא מהני דאפילו רוב הגט בידה ויכולה לנתק השאר לא מהני דהא אין כולו בידה ופשוט לענ"ד דלא אמרינן לענין זה רואין כאלו ניתקה כולה לידה אלא נתינת כל הגט לידה ממש בעינן ולא אמרינן הואיל ולפ"ז ה"ה בקדושין דלענין דבעינן ונתן בידה שפיר יש לומר שהוקש הויה ליציאה ואינו כלום כל שהוא רוצה לקדשה בכל החפץ דנימא דהואיל ויכולה לנתקה הוי כאלו בא לידה אלא לא מהני כמו גבי גט דלענין הא דבעינן ונתן

בידה מהני היקשא כמבואר בהפוסקים הנ"ל דס"ל דטלי קדושיך מע"ג קרקע לא מהני מהך טעמא:

והנה כ"ת הביא דברי הש"ך שמחלק בין קני ע"מ להקנות והאריך בביאור דבריו ליתן תבלין לחילוק זה דלענין שאר קנינים לא מהני יכול לנתקו דכמאן דפסיק דמי משא"כ לענין חליפין כשלא תפס גע"ג שלא גמר להקנות לו המקצת לבד שהרי לא יוכל לקנות על ידו והלכך ל"א ביה כמאן דפסיק וקונה הכל מטעם שיכול לנתקו עכ"ד בקצרה. ולענ"ד צ"ע דלפ"ז גבי מציאה נמי כיון שדעת המוציא לקנות כולו ע"י הגבהת אותו המקצת ולא ניחא ליה לקנות המקצת שתופס בלבד א"כ לא נימא ביה כמאן דפסיק דמי ויקנה הכל וא"ל דכיון דתפיס ביה בע"כ קונה לו אף שאין בדעתו לקנות ז"א כמבואר בתוס' דב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתה דציבי ובדברי הרשב"ם שם גבי לקנות את חברתה ועיין במ"ל פי"ז מהלכות גזילה ובמחנה אפרים שהאריך בזה. ולענ"ד מוכח מדוכתי טובי דכל שאין דעתו לזכות לא זכי א"ו דטעם החילוק היא דבמכר וכה"ג כיון שדעתו לקנות באמת כל הכלי לא גמרה קנייתו עד דמטו כוליה לידו ולא מהני מה שהוא יכול לנתקו כיון שבאמת רוצה כל החפץ וכיון דלא אזלינן בכה"ג בתר הואיל ויכול לנתקו ממילא הוה כהא דאמרינן בב"ב דף מ' כור בשלשי' אני מוכר לך יכול לחזור אפילו בסאה אחרונה ואמרינן שם בדף ק"ו טעמא אף אליבא דשמואל דעביד רבנן מילתא דניחא ליה למוכר וניחא ליה ללוקח שיוכל לחזור בהם עם גמר משיכת כל המקח והלכך אף שיכול לנתק לא מהני דהכי עביד רבנן כדי שלא יוכל לחזור עד שימשוך ממש וכיון שלא תיקנו קנין משיכה רק בכה"ג גם לענין מציאה אינו קנין רק בכה"ג משא"כ לענין חליפין דאין בדעתו לקנות הכלי כלל דהא הדר סודר למאריה ואפילו נתינת ממון לא בעינן רק נתינת כלי דמה"ט קונין בכלי אע"פ שאין בו ש"פ הלכך לענין זה שיהא נחשב כאילו מסר לו כלי שפיר חשבינן ליה כיון שאחז במקצת ובידו לנתקו דעל גוף החפץ לא איכפת ליה כלל אם יגמור כל המשיכה לגמרי כיון דבלא"ה הדר למאריה:

ולפ"ז חילוק השני שחילק הש"ך בין דעת אחרת מקנה לכאורה קשה על התוספות בכתובות דף ע"ב ד"ה ואי לא מצי לאהדורי כו' מכל מקום קונה אותו בפיו להתחייב באונסין אע"ג דיכול לנתקו דדוקא לענין הגט אמרינן כו' אבל גבי זכיה אשכחן בפ"ק דב"מ טלית שחציו ע"ג קרקע כו' דלא קני וכיון שאינו זוכה מטעם זה ה"ה דאינו מגרע זכיית האחר כו' וקשה מאי ראיה מההוא דב"מ דאין דעת אחרת מקנה משא"כ לענין חיוב אונסין בגניבה אזלינן בתר קנין שהוא קונה במכירה בכה"ג ואפילו תימא דגבי חיוב אונסין בגניבה כיון שאין כאן דעת אחרת מקנה בעינן קנין שיקנה במציאה בכה"ג

מ"מ זה שייך דווקא לענין הקונה שיקנה ע"י שהוא יכול לנתקו יש לחלק בין דעת אחרת מקנה משא"כ שם דאיירי להיפוך שיגיע זכיית אחר עי"ז שיכול לנתקו אפשר דשפיר הוא מגרע כחו כמו שיש בו מועיל שיקנה היכא שדעת אחרת מקנה כמו כן נוכל לומר שזה מגרע זכות האחר הרוצה לקנות ונשאר בחזקת מי שהוא בידו ויכול לנתקו ואפשר דמה"ט באמת כתב התוס' שם ועוד דלכל הפחות קונה מחצה כמו ב' שהגביהו מציאה כו' ע"ש ואפשר עוד דאע"ג דהתוס' לא ס"ל לחלק בכך מ"מ הרמב"ם סבירא ליה דיש חילוק בזה אמנם לענ"ד תימא דאף בדעת אחרת מקנה איך אפשר שיקנה מחמת הואיל שהרי הרמב"ם גופ' בדין המשיכה כתב בפ"ד מהל' מכירה וכ"כ בש"ע דבר הנקנה במשיכה אם היה בר"ה ומשכו הלוקח לרשותו או לסימט' כגון שהוציא מקצת החפץ מר"ה קונה והראב"ד השיג עליו דהא קי"ל כשמואל דאמר עד שימשוך את כולה ופירש ה"ה והל"מ שם דכיון שכבר משך את כולה ברשות שאין המשיכה מועיל אז כיון שהוציא מקצת החפץ לרשות שהמשיכה קונה סגי יעו"ש והשתא תיקשי דהך משיכה כולה בר"ה ל"ל כלל דהא כיון שמשך ממקצת לרשותו קנה הכל מטעם הואיל ויכול לנתקו ולהביאו אצלו דלא גרע מה שהוא מקצתו עדיין ברשות המוכר מאם היו בידו של מוכר ממש שקנה הלוקח כשתפס במקצתו מחמת שיכול לנתקו כו' א"ו דאף בכה"ג שדעת אחרת מקנה לא קני כל הכלי מחמת הואיל ומכ"ש לפי מה שנראה מדברי הסמ"ע סימן קצ"ח דבאמת צריך למשוך כל החפץ מר"ה לסימטא ולא ישאר ממנו בר"ה כלום אלא דסד"א דצריך למושכו בסימטא כדי כולו מראשו לסופו קמ"ל דלא אלא כיון דעכ"פ כבר משכו ע"פ כולו בר"ה סגי בהכי אבל מ"מ צריך למושכו כולו לסימטא ע"ש בס"ק ו' ובס"ק ך' ולפ"ז פשיטא דמוכחה מילתא טפי דהואיל ויכול לנתקו ל"א. ואמנם לענ"ד זה תימה דלשון הרמב"ם מורה להדיא דבמשיכה מקצתו לסימטא סגי בהכי אף שמקצתו השני עדיין בר"ה וכ"נ מדברי ה"ה ומאי דמייתי ראיה מהא דאמרינן עד שימשכנו מר"ה לסימטא וכן מדברי הרמב"ן בסוגיא דהיה מגרר ויוצא והתם לא מיירי אלא לענין שא"צ למושכו בסימטא עצמה וכמבואר להדיא בדברי הרמב"ן והובא בש"ס כתובות צ"ל דה"ה סבירא ליה כיון דלא בעינן משיכה בסימטא עצמה ממילא דאף במשיכה מקצתה לסימטא סגי כל שמשך בר"ה ע"פ כולה וצ"ע:

ועכ"פ מוכרח דל"א הואיל ויכול לנתקו סגי במשיכת מקצת החפץ לבד ולפי חילוק בתרא דהש"ך צ"ל דדברי הרמב"ם בזה כפשטן דכל שהוציא מקצת החפץ מר"ה קנה והיינו מה"ט גופא הואיל ויכול לנתקו וכיוצא בזה כתבתי בתשובה א' זה כמה שנים שפירוש שפי' ה"ה שצריך שימשוך עכ"פ כולה בר"ה צ"ע שי"ל דדעת הרמב"ם דדוקא

דכיון דקפיד שיקנה במשיכה משיכת כולה בעינן ולכך פליגי דווקא בספינה דכיון דקפיד שיקנה במשיכה כדי שיהא בידו לחזור בו ה"נ דקפיד שימשכנה כולה דווקא מה"ט גופא ודברי הש"ס שם יש ליישב ואין להאריך פה וכ"כ הרא"ש שם דדווקא בספינה אבל במטלטלין במשיכה כל דהו סגי. ואמנם לפי חילוק בתר' דהש"ך יש בזה כדי ליתן טעם לדברי הרמב"ם דסגי ליה במשיכת המקצת משום דקני לכוליה הואיל ויכול לנתקו: ואמנם קשה טובא בהא דאמרינן בשבת דף צ"ב דפליגי חזקיה ור"י אם אגד כלי שמיה אגד ופריך עלה מברייתא דהגונב כיס בשבת כו' ואי אמרת אגד כלי שמיה אגד איסור גניבה קדים לאיסור שבת ומוקי בנסכ' והשתא קשה נהי דבנסכא מיירי מ"מ כיון דמשך מקצתו מתחייב משום גניבה דקני ליה כולי' לפי דברי הרמב"ם הנ"ל וא"ל דשאני התם דבגניבה מיירי שאין שם דעת אחרת מקנה ול"א הך סברא הואיל ובידו לנתקו והלכך אינו קונה כ"א במשיכת הכלי דווקא ז"א דבאמת משמע בש"ס דכל שעושה מעשה בחפץ שהוא קונה על ידו במקח וממכר הוי קנין חשוב גבי גנב להתחייב על ידו באונסין ועיין בתוס' בכתובות דף ל"ב ד"ה ובר"ה דלפירוש ר"י להתחייב באונסין קיל טפי יע"ש ומכ"ש דקשה לפי מה שנראה מדברי הסמ"ע סימן רע"א דאפילו במציאה נמי מהני היכא שיכול לנתקו:

וכדי לתרץ זה צריך אני לבאר מה שיש להקשות לכאורה לפי מה שנראה מדברי ה"ה וכ"כ להדיא בלח"מ פ"ד מהל' מכירה לדעת הרמב"ם דאין משיכה מועלת בכליו של מוכר ולפ"ז קשה טובא דמאי פריך הש"ס בשבת איסור גניבה קדים כו' דהא הכיס לא קנה כיון שמקצתו בפנים וא"כ אף המעות שכבר יצא לחוץ לא קני דהא הוי כמשיכה בכליו של מוכר ועיין בדברי הרשב"א שם ומסוגיא זו הביא הרמב"ן בב"ב והרא"ש והריטב"א בב"מ גבי משוך קופה זו ראיה לדברי הרמב"ן דמשיכה מועלת בכליו של מוכר ועכ"פ לפמ"ש ה"ה והלח"מ דהרמב"ם ס"ל דלא מהני לכאורה סוגיא זו הוי תיובתיה. ואמינא לתרץ בחדא מחתא ומתחלה אבאר שמ"ש הרמב"ם באחז במקצת הכלי בעינן שיכול לנתק כולו קנה אין הדברים אמורים אלא היכא שאוחז בגוף הכלי עצמו שרוצה לקנות דכיון שהמקצת בידו יכול לנתק כולו הוי כאילו תופס כולו דלא מהני ואף בקנין חליפין דווקא כשנותן לו מגוף הכלי אלא שאין בו גע"ג אבל כשאינו נותן לו רק המשיחה שהסודר קשור בו נלע"ד דודאי לא מהני אף להרמב"ם ודלא כמשמע מלח"מ שהבאתי לעיל ומכ"ש במקח וממכר בכה"ג דהא לא אשכחן קנין מוסירה כ"א בבהמה דווקא (וכ"כ התוס' והפוסקים דלא אשכחן קנין מוסירה כ"א בב"ח ובספינה דממילא אזלי יעו"ש) דאורחיה בהכי להקנות לחבירו ע"י מוסירה כאדם המוסר דבר

לחבירו משא"כ בשאר מטלטלין דל"ש זה ודאי דלא קני בתפיסת חוט הקשור בבגד וכה"ג כיון שאינו אוחז בבגד עצמו וראיה לזה מהא דאמרינן בב"מ א' רוכב חמור וא' תפיס במוסירה זה קנה חמור וזה קנה מוסירה וקאמר ר' אבוהו דאפילו כוליה מוסירה קני הואיל ויכול לנתקו אצלו הא קמן דר"א סבירא ליה הואיל ויכול לנתקו מילתא הוא ואפ"ה בחמור גופיה לא קני ולא מידי אף ע"ג דע"י המוסירה יכול לנתק החמור ולהביאו אצלו א"ו כיון דבחמור לא תפיש מידי ל"א הואיל ויכול לנתקו ע"י המוסירה. והנה צריך להבין בהא דמוקי התם בנסכא וקשה דהא מה שתופס בידו עכ"פ קונה להתחייב באונסין וכמו דקי"ל לענין מציאה דמה שתופס בידו קנה וא"כ לענין זה ודאי איסור גניבה קדים והאיך קאמר פטור דמשמע דלא מחייב כלל וצ"ל דבאמת מיירי שאינו תופס רק קצת מן הכיס לבד שהנסכא אינה מגע' רק עד החצי או יותר אבל לא עד שוליו ממש. ולפ"ז א"ש נמי מה שהקשיתי דנהי דמיירי בנסכא מ"מ כיון דמשך מקצתו קנה לכוליה וא"כ איסור גניבה קדים ולפמ"ש א"ש דמידי הוא טעמא להרמב"ם אלא משום הואיל ויכול לנתקו וזה לא נאמר רק באוחז בגוף החפץ משא"כ בזה שלא ידבק בידו מאומה מן החפץ רק שיכול לנתקו ולמושכו לחוץ ע"י תפיסתו בכיס וזה לא אמרינן כמש"ל משא"כ בס"ד דבמעות מיירי פריך שפיר איסור גניבה קדים וא"ל דהוי משיכה בכליו של מוכר ז"א דגוף הכיס אע"פ שמקצתו בפניו מ"מ מאחר שזה תפיס ועומד בכיס עצמו במשיכת מקצתו סגי ליה וקני ליה ומשיכה בכליו דידיה מקרי וקני להמעות שיצא לחוץ ושפיר פריך איסור גניבה קדים:

ודע שדברי הרמב"ם בפ"ג מהל' גניבה תמוהים שהשמיט אוקמתת הש"ס דמיירי בנסכא אע"פ שפי' אגד כלי שמיה אגד וגם מ"ש דאפקיה לר"ה ועוד כמה קושית שהרגיש בהם הלח"מ ובתשובה א' ישבתי דבר דבר על אופניו ושם העירותי בצדק על דברי ה"ה מ"ש שם ודעת רש"י כרבינו כו' ובאמת לענ"ד נהפוך הוא וכתבתי שם דהרמב"ם אזיל באוקימתת הש"ס דסנהדרין דקאמר והלכתא דשדינהו בנהרא ועפי"ז ישבתי שם כל הקושיות לנכון ותמהתי על דברי הרמ"א והסמ"ע בסימן שנ"א בזה וגם הקושיא דלעיל למאי דפסק במשיכה מקצתו סגי וגם אם נאמר דאין משיכה מועלת בכליו דמוכר ישבתי שם הכל לאמתתן של דברים בס"ד ולפי שהדברים ארוכים לא ראיתי להעתיקם פה גם ואמנם מ"ש בכאן ע"פ דרכינו הנ"ל נראה נכון בס"ד. ואמנם נלענ"ד דאף שנאמר שמ"ש הרמב"ם במשך מקצתו מר"ה דקני היינו דלא כה"ה דבעינן שימשוך כולה עכ"פ ברשות שאין המשיכה מועלת אלא אף אם לא עשה רק זו בלבד שמשך מקצתו לר"ה קנה מכל מקום אין מזה ראיה שיקנה באחז מקצת הכלי באופן שיכול לנתקו די"ל דווקא

במשך מקצתה דע"י המשיכה שמשך מקצת החפץ לסימטא נייד כולו ונעקר ממקומו. וכיון דעביד מעשה בכל החפץ קנה משא"כ היכא שלא משכו והוציאו ממקומו כלל י"ל דאע"ג שאחז במקצתו ובידו לנתקו כולו לאו כלום הוא דבאידך פלגא לאו מידי עביד. ובענין מ"ש מכ"ת בההוא דמנה אין כאן הדברים מבוארים במהרי"ט בחידושיו להרי"ף להדיא ע"ש ושם ביאר להדיא ג"כ דהך דאם יכול לנתקו ל"ש רק גבי גירושין מטעמא דכריתות בעינן אבל בקדושין לא אמרינן הך סברא דאגיד גביה וההוא דמהרי"ט בתשובה א"ש לפמ"ש לעיל דשניהם אדוקין לא קרינן ביה ונתן בידה אף גבי קדושין ולדוגמא נקט הך דגיטין גבי ומשיחה בידו וגם מה שהאריך מר אי אמרינן בכה"ג מקיש הויה ליציאה תמהני שלא העיר מדברי הר"ן גבי מקדש במחובר לקרקע דלענין קדושי כסף לא מקשינן הויה ליציאה וכן מבואר מדברי הר"ן ר"פ האומר גבי מקדש לאחר למ"ד יום בשם הירושלמי ובחידושי הארכתי בזה:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה מט

שעתיה תרמיניה. למאן דחריפא סכיני'. ה"ה כבוד אהו' הרב כ"ש מו' יוזפא נ"י. קונטריסו דמכ"ת הגיעני כפול שני כתבים הבאים כאחד ראשון ושני בקודש על דברת האשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנויה אני ועמדה ונשאת ונותנת אמתלא לדבריה וכבר באו הדברים ברוב ענין בדברי מכ"ת מראה פנים לכל צד כמראה האופן ואנכי כעת מוטרד מכל צד ואין פנאי לנסך כל דברי קדשו בכור המבחן ולכן שמתי פני אל הקונטרס הראשון נוח לי ולכשאפנה גם מזה לא אניח ידי וזה החלי:

ראשון תחלה נאמר אשר פלפל מכ"ת בחכמה על דברי הרמב"ם בהלכות א"ב וגם הביא ראיה להב"ש דלא כמהרי"ק לענ"ד לכאורה להביא ראיה למהרי"ק מהרמב"ם פט"ז מהלכות סנהדרין הלכה ו' שכתב א"צ ב' עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א הוחז' כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כלאי הכרם הם פירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה אף ע"פ שעיקר האיסור בע"א והכ"מ שם כתב שהרמב"ם למד זה מדאמרינן ע"א נאמן באיסורין ומפרש רבינו נאמן לאסור הדבר והוא תמוה דאין זה ענין לכאן שלוקין ע"פ איסור שהוחזק בע"א והדבר ברור דהרמב"ם יליף לה מהירושלמי דנזיר ששם מבוארין כל דבריו להדיא וכ"כ הרמב"ן ג"כ בהלכות נזירות פ"ט הלכה י"ז והכ"מ הראה מקומו להירושלמי שוב מצאתי במ"ל פ"ג מה' שגגות שהקשה כן על הכ"מ ע"ש וכן מבואר ג"כ בירושלמי דסוטה פ"ו הלכה ב' וכן בסוף פ"א מהא"ב הלכה ך"ב כתב גם כן המקנא לאשתו ונסתרה כו' אע"פ

שעיקר העדות בע"א כבר הוחזקה בו זונה והוא נלמד גם כן מהירושלמי דסוטה הנ"ל ששם מבואר כדברי הרמב"ם ותימה על מפרשי הרמב"ם שלא הזכירו שמקור הדין מהירושלמי דסוטה ונזיר כנ"ל ותימא על המ"ל שלא העיר בזה ומעתה דברי הרמב"ם בסוף פ"א דא"ב לכאורה סותרים זא"ז בתכ"ד שבהלכה ך"ב כתב דין המקנא לאשתו דאע"פ שעיקר העדות ע"פ ע"א כבר הוחזקה בו זונה ובהלכה ך"ג כתב האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אע"פ שהוא נאמן ותנש' לו אם זינתה אינה נסקלת ע"פ עד שיהיו שם עדים שנתארסה בפניהם לכאורה מי גרע מה שהוחזקה ע"פ האב שהתורה האמינתו מנאמנות ע"א גבי סוטה ושאר איסורין דאמרינן שגוף האיסור די לו שיתחזק ע"פ ע"א וקי"ל דכ"מ דע"א מהימן קרוב נמי מהימן כמבואר בכ"ד ומכ"ש בזה שהתורה האמינתו להאב. ובינותי בספרים ומצאתי שהגאון בפ"י בקידושין דף ס"ג הרגיש בזה אלא שהביא ממרחק לחמו מדברי הרמב"ם דהלכות סנהדרין הנ"ל וטפי ה"ל לאקשויי דברי הרמב"ם במקומו אהדדי ואמנם בק"א כתב גם כן להקשות דלמה יהיה ע"א נאמן על גרושה או זונה לפוסלה מכהונ' ולכן מתרץ דמיירי שידוע שנזרק לה גט וא"י אם קרוב לו ובזונה משכחת לה שנבעלה בודאי אלא שא"י אם לכשר או לפסול והע"א מברר שהיה גרושה או זונה ובכה"ג נאמן כשנים משא"כ האב שבא להוציאה מחזקת פנויה אין לך בו אלא חידושו ע"ש הנה מ"ש הפ"י לצייר דע"א נאמן שהיה זונה כגון בידוע שנבעלה כו' לענ"ד ליתא דפשוט דכוונת הרמב"ם כמ"ש בהא"ב שקינא לאשתו ונסתרה בפני ב' וע"א מעיד שנבעלה שכן הוא בירושלמי שמשם מקור הדין של הרמב"ם גם מ"ש הפ"י בגירושין לצייר בספק קרוב לה צ"ע דהא ע"כ לא מצי מיירי בב' כיתי עדים מכחישין דא"כ מה יתן ומה יוסיף הע"א שמעיד גם כן קרוב לה וע"כ מיירי בכת א' והרי בכה"ג כתב מהר"ם בתשובת מיימוני דאין הקדושין או הגירושין כלום והביאו הב"ש בשם הג"מ סוף גיטין ואמנם הרשב"א חולק עיין בפ"י קידושין בק"א דף ח' ובמ"א הארכתי בזה ואמנם בלא"ה יש לצייר שהיה תנאי בגירושין וכה"ג באופן שהגירושין נתחזקו ע"י ע"א ואין להאריך ועכ"פ תי' הפ"י אינו מחוור בשיטת הרמב"ם שהרי בההיא דקינא לה ונסתרה נמי חידוש הוא שחידשה תורה להאמין ע"א מועד אין בה ואי לאו קרא לא היה נאמן ע"א על הטומאה וזה מבואר מדברי הרמב"ם בפ"א מהלכות סוטה ואף שיש לדחות ולומר דגם בזה טעמא רבא איכא כיון דרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה ועיין במ"ל שם ועדיף משאר ע"א באיסורין דעלמא מ"מ בנזיר כתב הרמב"ם בהלכות נזירות אם נהג נזירות ע"פ ע"א דהיינו שאמר לו בפני נדרת בנזירות ושתק ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים לוקה אע"פ שעיקר הנזירות בע"א ונראה דבגרושה שכתב הרמב"ם

בהלכ' סנהדרין נמי בכה"ג מיירי שאמר לה ע"א גרושה את ושתקה ואם כן מ"ש דע"י האב אין סוקלין אמנם מ"מ י"ל דשאני התם כיון דבע"ד שותק שתיקה כהודאה דמיה והודאת בע"ד כמאה עדים דמי משא"כ באב שבא להוציאה מחזקת פנויה וגזירת הכתוב הוא מלתא בלא טעמא אין לך בו אלא חידושו. אלא דלפי זה פשיטא תיקשי דהא בהיא אמרה נתקדשתי גם כן פסק דאין סוקלין ואדרבא הא פשיטא טפי כמבואר בש"ס דגם רב אסי מודה ואם כן קשה דהא בנזיר מהך טעמא דהוחזק ע"י שתיקה כהודאתו לקי ק"ו בזה שאמרה בהדיא ואם נפשך לומר שאני התם דאיכא הודאה וחד סהדא גם כן א"כ יצא לנו מזה דאם ע"א אומר לאשה את מקודשת ושתקה וזינתה אח"כ סוקלין ובאמרה נתקדשתי להדיא אין סוקלין וכל זה אינו במשמע ולכן היה נראה לומר דהרמב"ם ס"ל כסברת מהרי"ק דאף ע"ג דמלקין על החזקה לחוד בלי צירוף ראיה ואומדנא מ"מ אין סוקלין ושורפין ע"ז ולפיכך אע"פ שכתב הרמב"ם דלוקין ע"י חזקה דאתחזק ע"פ ע"א מ"מ באב שאמר קדשתי בתי או אם היא אמרה נתקדשתי אין סוקלין ומ"ש הרמב"ם גבי קידשתי דאין סוקלין עד שיבואו עדים או שהוחזק היינו חזקה שנזכר מקודם לפני זה גבי איש ואשה שבאו ממה"י. ואמנם המ"ש כתב דמהרמב"ם וטור לא משמע כמהרי"ק והדין עמו לכאורה שהרי הוכחת מהרי"ק מדפלגינהו למלקין וסוקלין לתרי בבא ואם כן הרמב"ם וטור דנקטינהו בחד בבא ש"מ דס"ל דחד דינא אית להו ועוד שהרמב"ם פ"ב מהלכות אישות הלכה כ"ב דהאי אינו נאמן כ"א לקרבן ולנדרים כו' ולא למכות ולא לעונשין והיינו כתני' כוותיה דרב חסדא וע"כ דזה ג"כ מיירי שהאב אמר קודם מעשה דאל"כ מאי קאמר ר"ח אמר אחד זה ואחד זה אין סוקלין ואזדא ר"ח לטעמיה אלמא דבחד גוונא מיירי ועיין בתוס' שכתבו להיפך ובפ"י שם. ובאמת לפי מה שהעתי' מכ"ת בשם מהרי"ק דמלקין על החזקות אף בלא ראיה כלל רק שהחזקה נצמח מפיהם והוחזק הדבר בעיר למ"ד יום מלקין עליה ולפי זה היה קשה על מהרי"ק מהא דר"ח דהאב אינו נאמן למכות ולעונשין ובזה אזדא ליה תי' הפ"י דנאמנות חידוש הוא שמוציאה מחזקת פנויה והא הוי תיובתא דמשמע שהאב אינו נאמן כלל למכות ולעונשין אף אם אינו אומר נגד החזקה וקשה מ"ט יגרע מע"א דעלמא וד"ל דהתם מיירי שלא נתחזק למ"ד יום ע"פ האב ועיינתי במהרי"ק וראיתי שלא נזכר בדבריו חזקה דלמ"ד יום כלל וגם נלענ"ד שלא מיירי בחזקה הנצמחת ע"י אמירת בע"ד רק דהתם הוה עובדא דידיה שזו הוחזקה זמן רב לארוסה וע"ז כתב דאע"פ שאין אתנו ראיה שנהגו זה עם זה כבעל ואשתו מ"מ למלקות לא בעינן אלא מכיון שאנו מוחזקין שזו ארוסתו של פלוני מלקין עליה ור"ל דאף ע"ג שאין אנו יודעין מחמת מה אנו מוחזקין בכך מ"מ מסתמא היה הדבר ידוע אז

כשנתארסה בפומבי ומאז נצמחה החזקה זאת ואמרינן שמסתמא היו אז עדים כשרים כדת משה ולפיכך הוחזקה זו לא"א מאז עד עתה מה שא"כ היכא שהחזקה זאת ידוע לנו מבטן מי יצא כגון ע"פ עצמם או ע"א דעלמא באמת י"ל דמודה מהרי"ק דאף למלקות לא מהני כההיא דרב חסדא ואמנם עדיין אין זה מעלה ארוכה לדעת הרמב"ם דמשוה מלקות למיתה ומחלק בין עדות האב לע"א והנה מכ"ת כתב דמהרמב"ם משמע דאף חזקה שאין עמה ראיה כלל רק שנתחזק הדבר בעיר על פיהם שלשים יום די וכ"כ ג"כ בשם הב"ש ולבבי לא כן ידמה ולענ"ד שגם הרמב"ם שכתב אם הוחזקה בעיר למ"ד יום שזו אשתו כו' ר"ל שהם מתנהגין כדרך איש ואשתו וכמ"ש בתחלה מי שהוחזק בשאר בשר כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו כו' ראיה לזה ממכה אביו ואמו כו' והתם במכה אביו מיירי שיש ראיה ואומדנא שראינוהו נוהג כבן עם אביו וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנידון ודוקא כשיש ראיה ואומדנא אמנם מאי דנקיט הרמב"ם הוא אומר זאת אשתי בסיפא ולא כתב כן ברישא נלענ"ד דברישא מיירי כשהם ניכרים לנו ומוחזקים בעינינו ובעיני כל שזו אחותו כו' ע"י שראינו אותם נוהגים זה עם זה באחוה דמלקין וסוקלין על החזקה זו דמסתמא חזקה זו אמיתית הוא וכמש"ל במהרי"ק ואח"כ חידש לנו הרמב"ם במי שבאו ממה"י שלא ידענו אותם מתמול שלשום כלל בכה"ג בעינן שיאמרו גם כן זו אשתי כו' ויתחזק ע"י מנהג אישות למ"ד יום ובלא אמירתם רק מחמת אומדנא לחוד אין לדונם דלא אזלינן בתר אומדנא בדיני נפשות וכיון שידוע לנו מה שהוחזקנו אותם היה ע"פ אומדן דעת לבד שהרי א"א לומר בזה שמה שהוחזקנו אותם היה מחמת שנתברר לנו אז שהרי מארץ רחוקה באו ואין מכיר אותם משא"כ כשאמרו זו אשתי כו' אז בצירוף האומדן דעת שפיר הורגין וכאילו איכא עדים דמי ודוגמא לדבר מצינו שכתב מהרש"א בב"ק ר"פ שור שנגח את הפרה דאע"ג דלחייב קנס סהדי דוקא בעינן מ"מ איכא אומדן דעת בצירוף הודאות בע"ד חשבינן ליה כאיכא עדים וחייב ואע"פ שאין הנדון דומה כ"כ וגם כי שם דברי אא"ז תמוהים כמ"ש במ"א מ"מ כאן עדיף טפי והוי כמו חזקה דאתיא מכח רובא דרוב האומרים זו אשתי כו' ומתנהגים כדרך אישות יש כאן צד אישות מה שאין כן בלא אמירה וכמ"ש בשו"ת פ"י ואין להאריך ואם כן מ"ש הרמב"ם גבי אמרה נתקדשתי דאין סוקלין עד שתתחזק אין ר"ל שתוחזק למ"ד יום וסגי בהכי לחוד אלא עד שתוחזק ר"ל דבכה"ג דוקא הורגין אם הוחזקה למקודשת דאמרינן מסתמא אתחזק קלא ע"י ראיה ברורה או שהוחזקה למ"ד יום עם איש אחד דבצירוף האומדנא סוקלין ושורפין אבל אם אין כאן רק אמירה לחוד אף שנמשכה האמירה זו למ"ד יום מ"מ אין בו מועיל ועכ"פ דעת הרמב"ם ג"כ דאין די באמירה לחוד וכן מצאתי ראיתי בשו"ת פ"י

חאה"ע סימן א' יעו"ש שהאריך למה גבי איש ואשתו נקט למ"ד יום וגבי שאר בשר לא הזכיר מזה והשיג על הב"ח כמ"ש מכ"ת ובאמת לפמ"ש אין זה דקדוק כ"כ וגם בתשובה אודות העגונה מאוסטרה כתבתי גם כן ליישב זה ע"ש ובשו"ת נ"ב חאה"ע סימן נ"ד מפרש גם כן דברי הרמב"ם כמ"ש דהוחזקו שכתב הרמב"ם היינו התנהגות כאיש ואשתו אלא שכתב דלכך בעינן אמירה משום דאל"כ אמרינן שמא היה תנאי בנשואין ולפמ"ש לקמן ז"א ואין כאן מקום לחוש לתנאי כיון שקיבלו התראה וגם בב"ש לא ראיתי שיאמר דלהרמב"ם די באמירה לבד. וע"פ מה שבררתי דברי הרמב"ם דבפ"א דא"ב בחזקה מכח מנהג עולם קמיירי יש ליישב דברי הרמב"ם שהקשיתי לעיל דפסק כל שהוחזק ע"י ע"א מועיל החזקה ואפ"ה כתב שהאב אינו נאמן שי"ל דע"כ לא הימנוהו לע"א להחזיק איזה דבר רק היכא שמתחלה נעשה הענין בלא שני עדים רק בע"א כגון בחלב שאפשר שאין כאן יודע שהוא חלב רק זה וכן בזונה דהיינו שהעד הזה הוא עד טומאה ואפשר שאין כאן אחר או בגרושה למאי דפסק הרמב"ם דעדי חתימה נמי כרתי ואם מסרו לה בינו לבינה כתב בכ"י גם כן כשר אם כן אפשר שאין כאן יודע ועד רק זה בלבד הלכך מהימן להחזיק משא"כ באב שאמר קדשתי את בתי שא"א שלא היו שם עדים בשעת הקידושין דאף מ"ד ע"ח נמי כרתי מ"מ י"ל דפוסל כתב ידו בקידושין כמבואר בנ"י פד"א והובא באה"ע סי' ל"ב והלכך אמרינן דלענין עונשין כיון שעכ"פ היו שם עדים לא האמינה תורה לאב לחוד להענישה על ידו עד שיתברר בעדים ועוד שאפילו תימא דכתב בכ"י כשר או אם מסר לו שטר בע"ח בינו לבינו ואם כן לא היו כאן עדים מ"מ כיון שיכול האב לברר הדבר ע"י השטר בע"ח או בכ"י לא הימנוה לאב בדבורא לחוד לענוש אותה ולענ"ד סברא נכונה היא ואמנם יש מקום לומר דמאי דקאמר הרמב"ם דהאב נאמן לקרבן ולנדרים אבל לא למכות מיירי בגוונא דע"א בעלמא לא מהימן כגון במכחישו והאב מהימן והלכך לעונשין לא מהימן וכמ"ש הרמב"ם בהלכות סנהדרין דאם הכחיש העד בשעת מעשה אינו לוקה ובהכי א"ש מ"ש התוספות דף ס"ד ד"ה נאמן לנדרים שכתבו תימא מאי אריא אב אפי' אחר נמי כו' ומשמע מדבריהם שאין נאמנותו רק מדרבנן ומרמב"ם משמע שנאמן מן התורה ואם כן י"ל דהוא כשנים ואפילו אתי חד וקא מכחיש ליה דאחר לא מהימן אי איכא דקמכחיש ליה והאב מהימן ועוד הארכתי במקום אחר:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שנית להרב הנ"ל על ענין הנ"ל הנה מ"ש דאחרי דרחמנא המניה לאב אף נגד ע"א א"כ אמאי לא נקבע האיסור למכות ולעונשין כו' אני תמה דפשיטא דיש חילוק בין לנדרים וקרבן ובין מכות ועונשין אלא דהוה קשיא

לן דלא גרע מע"א וע"ז אמרתי דבאמת דינו כע"א היכא שאין מי שיכחישנו אלא דלנדרים וקרבן מהימן אף אי א' מכחיש ליה ומ"ש דע"כ צריך לבא לתי' הפ"י דהאב בא להוציא מחזקת פנויה חידוש הוא ובאמת ז"א דלענ"ד י"ל דאין זה מוציא כ"כ מחזקת פנויה כיון דבידו לקדשה אע"ג דלקמן מסיק דלאו מטעם דבידו רק דרחמנא הימניה היינו לענין שאין בידו לאסרה סתם ועיין בספר כתובה בתוס' דף כ"ב ופ"י בקידושין משא"כ חזקת פנויה אזדא לה כיון שבידו לקדשה עכשיו ולפמ"ש א"ש דהאב נאמן אף שהיא מכחשת אותו אפ"ה נאמן אבל מ"מ אין סוקלין על ידו דלהא לא הימנוה ומעיקרא לא הוקבע איסורא עפ"י האב בכה"ג למכות ולעונשין:

ומ"ש מכ"ת והאריך לפרש דברי תוס' תמהני שהאריך ללא צורך שהרי הדבר מבואר בדברי אא"ז מהרש"א ואנא קאימנא להך שיטתא דהאב מהימן מן התורה ול"ד לשבויה:

ומ"ש מכ"ת דלהרמב"ם בלא"ה לק"מ אפילו אחר נמי דהא תרי בעינן לענ"ד יראה דבאמת בחד סגי מדינא דע"א נאמן באיסורין וחזקת קטנות אין כאן דעשויה להשתנות וכמ"ש הפ"י והלכך בע"א ואמר קודם מעשה שזה בן י"ג שנה שומעין לו ודאי והוקבע עפ"י ע"א רק בהלכה כ"ג מיירי הרמב"ם בלאחר מעשה שנדר וכה"ג או לחליצה וכה"ג בזה אין ע"א נאמן וא"כ קשה לכאורה דקודם מעשה מאי אריא אב אפילו אחר נמי ולזה ביארתי דמיירי במכחישו דבכה"ג האב מהימן לנדרים ולקרבן:

ומ"ש מכ"ת בענין תשובת מהר"מ דהפ"י כתב טעמא דאוקמה אחזקת פנויה וליתא דטעמא משום מקדש בלא עדים ובאמת בתשובת מהר"מ מבואר דאוקמה אחזקת פנויה עיין בשו"ת נ"ב ובמ"א הארכתי:

ומ"ש דלכך לא צייר הפ"י באמר גרושה ושתקה משום דקי"ל כרבא והא נמי דבר שבערוה הוא ליתא דדוקא באומר שנשבית ורוצה לפסול הבנים או לומר ב"ג או שבא להוציאה מבעלה אבל באומר סתם על אשה גרושה ושתקה שפיר ע"א יכול לאסור כמו בשאר איסור ואין זה בכלל דבר שבערוה:

ומ"ש גבי סוטה דלמא מטעם ספק דאורייתא לחומרא אסורה על בעלה ליתא דהיא טוענת ברי לי והיה לו להאמינה אי לאו משום דאיכא ספיקא ובזה א"ש מה שהקשה דל"ל קרא ת"ל דע"א נאמן כיון דאיתרע החזקה ולפי מ"ש ליתא דכיון דאיכא הכחשת האשה אין ע"א נאמן ומ"ש דבהך דנזיר שאני כיון דאיכא ע"א ושתיקת בע"ד ובע"א שאמר לאשה מקודשת את אמרינן אין דבר שבערוה כו' כבר כתבתי שי"מ דהתם מיירי דוקא היכא ששתיקת בע"ד אינה כהודאה ולדבריו עיקר החילוק הוא דבנזיר אע"פ שמוציא מחזקה מ"מ אינו דבר שבערוה ומהימן ע"א משא"כ בזה שהוא דבר שבערוה

ולהפ"י עיקר חילוק מחמת שמוציא מחזקה ומ"ש דבנזיר נענש ע"פ עצמו מטעם דאמירה היינו קבלה והא ליתא דמה זה ענין לקבלה ואין זה רק הודאה לבד. ומ"ש שהוא בידו מ"מ בשביל זה אין לנו ללקות עליו. ומ"ש דלמה לא יהא ע"א נאמן על השני' כבר ביארתי שהרמב"ם מיירי שהשעה צריכה עתה לכך ובכה"ג אין ע"א נאמן על השני' כבר ביארתי שהרמב"ם מיירי שהשעה צריכה עתה לכך ובכה"ג אין ע"א נאמן כ"א קודם מעשה דוקא ואין להאריך:

דברי ידידו הק' אפרים

שאלה נ

תשובה על תשובת הגאון מוהר"ר יחזקאל נ"י מפראג בעסק קידושין שהשיב לי ולב"ד הרב כו' מוהר"ר שמואל מרגליות נ"י אשר כעת אב"ד בק"ק סטריא והקרמיז ונדפסה בק"א לשו"ת ב"ח החדשות ובספר הגאון ז"ל בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא:

הנה בתשובתו כתב לתרץ דברי הרמב"ם דלכך בעינן נודע בשעת קידושין דאל"כ הוי כמקדש בלא עדים. הנה אף כי סברא זו נכונה היא לא תמלט מהיות עליה קושיות רבות. חדא מסוגיא דהכא דאמרינן בה ההוא דקדיש בפרומא דשכרא כו' אבל הכא משום כסופא הוא דקאמר הכי כו' וכתב הריטב"א דאי גילה בעה"ב דעתיה דניחא ליה זכה אידך מהשתא ומיקדשה בהו כו' ולא מיקדשה עד שימחול לו בפירוש כו' ושלא כדעת רבותינו ז"ל ועיין בב"ח סימן כ"ח דמפרש דדעת רבותיו הוא דאי איכא גילוי דעת דניחא ליה למפרע הוה קידושין היכא דליכא למיתלי דמשום כסופא קאמר הכי וכ' ע"ז דהכי קי"ל (הן אמת דלענ"ד מדברי הריטב"א משמע להדיא דלא כיוון לזה במ"ש שלא כדעת רבותינו ז"ל כמבואר להמעיין שם אבל עכ"פ דעת הב"ח כן הוא) ואף הב"ש לא חלק עליו אלא משום דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש ולא אמרינן דמהני הגילוי דעת למפרע ולפי הסברא הנ"ל בלא"ה אין מקום לומר דליהוי קידושין למפרע דמה בכך שבא עתה ונתרצה וגילה דעתו דלמפרע ניחא ליה מ"מ העדים לא ידעו אז אם יתרצה ויהא ניחא ליה למפרע וא"כ הוי כמקדש בלי עדים ולא ליהוי קידושין אף אם באמת נתרצה:

אמנם באמת זה יש לתרץ דלכאורה קושית הב"ש על הב"ח הוא תמיה קיימת דהא לא קי"ל כרבא. ובאמת המעיין יראה לעינים דהב"ח עצמו הקשה מתחלה דמאי מהני גילוי דעת דניחא ליה למפרע הא מ"מ היה בשעת הקידושין גזל בידו וע"ז תי' דלכך מפרש רש"י שעושה שכר ומחצית שכר ותוס' פירשו דשוויה שליח. אמנם הטור והרמב"ם משמע מדבריהם דלא מיירי בדשוויה שליח לכך כתב דמיירי דשקיל שלא מדעת דבר פחות וקס"ד דמקדש שאין בעה"ב מקפיד וכיון שאמר בעה"ב אמאי לא תיתב מהאי

חריפא גלי אדעתיה שאינו מקפיד עליה וקאמר רבא דמשום כסופא אמר ולעולם מקפיד עליו וא"כ מ"ש בסוף דלא כהריטב"א היינו משום דמשמע ליה מהריטב"א דמירי ג"כ בדבר פחות דהא מירי בפרומא דשכרא וע"ז קאמר הב"ח דכיון דהוא דבר פחות שהיה המקדש סבר דלא יקפיד עליו ועוד דניחא ליה לאינש דלעביד מצוה בממוניה ועתה באמת גילה דעתו דניחא ליה שפיר הוי קידושין למפרע דהא גם העדים סבורים כן שלא יקפיד בעה"ב ע"ז ואעפ"כ קאמר רבא היכא דאמר משום כסופא אמרינן דלעולם מקפיד עליו אבל היכא דאיכא גילוי דעת דניחא ליה שפיר הוי קידושין למפרע דאז ניחא ליה וכן העדים היה דעתם על כך:

והשתא ניחא נמי קושית הב"ש מהא דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש דשאני הכא שהוא סובר שאין בעה"ב מקפיד וגם מידי דמצוה הוא כנ"ל והוי הדין כמ"ש הש"ך בח"מ סימן שנ"ח כמ"ש בתשובתו הראשונה לתרץ דברי הרמב"ם ע"ש וכ"כ הגאון נ"י ג"כ בתשובתו שאמר לתרץ כן דברי הרמב"ם ע"ש. אמנם אעפ"כ יקשה ממ"ש הח"מ והב"ש בשותף החולק שלא לדעת חבירו ובא ונתרצה אם נאמר איגלאי מילתא למפרע שבשלו קידש ולפי הנ"ל הוי כמקדש בלא עדים ואפשר דגם בשותף דמי לדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו:

אמנם יש להקשות ע"ז דהיאך כ' הרא"ש בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה אם בא האב ונתרצה הוי קידושין למפרע דה"ל כאילו אמר לה צאי וקבלי קידושייך וכ"כ הר"ן דכיון דנתרצה א"כ זכות הוא לו וזכין שלא בפניו ולפי הנ"ל איך אפשר להיות קידושין למפרע הא עידי הקידושין לא ידעו אם נתרצה האב אם לא אלא כששמעו שנתרצה אח"כ אז ידעינן דניחא ליה למפרע אך י"ל דגם הרא"ש שם לא כ"כ אלא למ"ד חוששין שמא נתרצה האב כמבואר שם שכ' זה אהא דאמר רבינא אפילו למ"ד חוששין כו' ואם כן שפיר מסקו העדים אדעתייהו דדילמא ניחא ליה לאב ויבא ויתרצה וכן מבואר בר"ן אבל למאי דקי"ל אין חוששין שמא נתרצה האב אפילו בא ונתרצה לא הוי קידושין למפרע חדא דהוי כמקדש בלי עדים ועוד דלהך מ"ד לא אמרינן דזכות הוא לאב כ"כ דהא אם לא שמענו שנתרצה אין אנו חוששין לזה. ובזה מתורץ קושית הב"ש סי' ל"ז ס"ק י"ח על הש"ע דאמאי סתם כדעת הרמ"ה דהקידושין לא חזו אלא משעת שמיעה ולפי הנ"ל ניחא דאליבא דהלכתא גם הרא"ש מודה דאף אם נתרצה לא מהני למפרע. ובאמת יש מקום לומר תי' אחר על הנ"ל והוא דנלענ"ד היכא דבאמת אין העדים יודעים כלל אם הכסף אינו שלו רק דאיכא סהדי אחרינא ע"ז ועתה בא בעה"ב וגילה דעתו דלמפרע ניחא ליה או שנתגלה שכבר היה יאוש קודם הקידושין א"כ אין שייך לומר

כיון דהנך עידי הקידושין לא ידעו מזה לא הוי קידושין הא ליתא דאינהו לא ידעו אם היא גזל כלל. ולפי"ז י"ל דבכה"ג מיירי הב"ח והח"מ והב"ש. אך דלפי"ז הדרא קושיא לדוכתיה על הרמב"ם דלמה נקט ונודע אפילו לא נודע נמי אם לא היו עדים יודעים מהגזל הוי קידושין:

אמנם נלענ"ד דהן אמת שגם הב"ש סימן ל"א ס"ק ו' כ' ג"כ דאם אין ידוע לעדים שש"פ במקום אחר הוי כמקדש בלי עדים וליכא אלא חשש קידושין משום דהעדים מסופקים שמא ש"פ במקום אחר ומשמע אע"ג דהעדים מסופקים מ"מ הוי חשש קידושין. ובס"ק י"א כתב ג"כ דאף לשיטת הרמב"ם אין כאן חשש קדושין דאורייתא דהא אפילו אם יוודע שש"פ במקום אחר מכל מקום בשעת הקידושין לא היה ידוע להעדים והיינו כמ"ש הב"ש סימן ך"ט ס"ק ט' בשם הגהות מיימוני ומרדכי סוף גיטין דאם ספק להעדים הוי כמקדש בלא עדים ואפשר דס"ל דאפ"ה הוי חשש קידושין מדרבנן:

אמנם אין הדבר מוכרע דנלפע"ד דהנך לא מיקרי מקדש בלא עדים דדוקא בס' על גוף הקידושין אם באו לידו כלל אז שפיר אמרינן כיון שנדמה להם כשנפלו קרוב לו אע"ג שבאמת היה קרוב לה מכל מקום ע"ז ליכא עדים ומה לי אם לא היו עדים כלל או דסברי שהם קרוב לו וכן למהר"מ אף בס' הדין כן אבל אם שפיר ראו שהגיעו הקידושין לידה ואיתרע לה חזקת פנויה טובא רק דסבורין היו שכסף קידושין אינו שלו וא"כ כיון דבאמת הוא שלו ויש עדים על דבר זה שפיר ילפינן דבר דבר ממון ומקודשת ולא הוי חצי דבר כיון דכל כת ראו מה שאפשר להם לראות אז כמ"ש התוס' בב"ק דף ע':

ונלפע"ד ראיה לזה מהא דפסק הרמב"ם דאין שליח הקידושין צריך עדים ואף הראב"ד לא השיג עליו אלא דהיאך נאמינהו בהודאתו הא מחייב לאחריני וקושי' זו מתרץ הרא"ש ע"ש אבל הכא דאיכא עדים על דבר זה גם הראב"ד מודה ואע"פ שהר"ן כתב דאי אמרה על דבר שאינו ש"פ לדידי שוה לי לא מהני אם אין העדים יודעין שדרכה להתייקר בו משום דהוי כמקדש בלי עדים דלא מהני אע"פ ששניהם מודים עכ"ל שאני התם דאין עדים כלל על זה רק שהיא אומרת כן וכיון דמחייבה לאחריני לא מהימנא וכדאמרינן גם כן לענין הן הן שלוחין כו' דאפילו הוא מודה שקבלה הכסף לא מהני ע"ש. ולפ"ז מ"ש לעיל דאם בא וגילה דעתו דניחא ליה מהני למפרע וכן בשאר דוכתי שכתבתי לעיל אע"ג דמחייב לאחריני צ"ל דגילוי מילתא בעלמא היא דהא אף אם לא בא כלל היינו חוששין דילמא ניחא ליה בהכי וצ"ע אבל היכא דאיכא עדים מנ"ל דלא מהני. וחזינן להפ"י דף י"ב ד"ה ולאו משום שכתב כדברי הב"ש דכיון דהעדים לא ידעו אם ש"פ הרי לא ראו דבר ברור ואנן דבר דבר ילפינן דבעינן דבר ברור כו' ותימא דהא דאמרינן

בהמגרש דילפינן דבר דבר מה להלן דבר ברור כו' היינו לומר דבקל' בעלמא לא מפקינן דשמא שקר הוא אבל הכא אין לך דבר ברור יותר מזה (וגם התם לא קי"ל כן) ומ"ש הפ"י דאף אם נאמר בכת אחת הוי ספיקא דאורייתא מכל מקום שאני התם דספק בקידושין גופייהו כו' משא"כ הכא שהספק מעלמא ולא רמיא על העדים כו' לענ"ד לכאורה איפכא מסתבר דהכא כיון שמעשה הקידושין נגמר בעדים רק שהס' מעלמא וכיון שנתברר הוי קידושין גמורים. ומ"ש דאפילו אם יבואו עדים אכתי הו"ל חצי דבר כבר כתבתי דליתא שהרי ראו מה שיכולין לראות כמ"ש התוספות ואפילו לשיטת הרי"ף שהביאו התוספות בב"ק מכל מקום הכא נמי אהני סהדותייהו דקידושין לענין אם לא יהיו עדים שהיה יאוש צריכה להחזיר המעות כדרב חסדא דאמר גזל ולא נתיאשו הבעלים כו' רצה מזה גובה כו' ואולי דלפי זה שפיר כתב הפ"י לענין שמא ש"פ דהוי חצי דבר כיון שאם לא תרצה להחזיר המעות אין כאן מצות השבה דהא אין כאן ש"פ (ומ"מ יש למצוא נ"מ ואין להאריך) ועכ"פ בנ"ד לכ"ע לא הוי חצי דבר שוב מצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג שכתב וז"ל ולא דמי למקדש בפחות מש"פ דחיישינן שמא ש"פ במדי אע"ג דאין העדים יכולין להעיד באותה שעה שנתקדשה ולא חשיב מקדש בלי עדים דאותם העדים מעידים שנתרצה לקדש בתמרה ולכך אגלאי מילתא דש"פ במדי הו"ל קידושין גמורים כו' כדכתב הר"ן שם עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דהשתא לא ידעו העדים ששש"פ מ"מ אם עתה נתברר הדבר בעדים מהני ולא הוי חצי דבר. ואף לפי מ"ש הפ"י בגיטין דף ס"ג מכל מקום היינו דווקא לר"ע אבל לרבנן כולה דבר הוא. ובזה יש לתמוה על הפ"י בסוגיא דקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דבעינן דווקא שאמר לה צאי וקבלי לפני עידי הקידושין דאל"כ הוי חצי דבר ותי' התוספות בגיטין לא שייך כו' ותימא שהתוספות בגיטין לא תירצו כן אלא אליבא דר"ע אבל אליבא דרבנן כיון שראו מה שיכולין לראות אז סגי. ואע"פ שאין ראיה מהך דמהרי"ט לנ"ד דהתם עכ"פ העדים היו סבורים שמא ש"פ במדי אבל הכא כסבורין העדים שאין הכסף שלו כלל הוי כאילו אין עדים כלל על הקידושין:

אמנם אתנו רוח אחרת בזה דלא מבעיא אם נאמר סתמא לאו יאוש בעלים סבירא ליה להרמב"ם אם כן אף דבאמת היה יאוש קודם הקידושין והעדים גם כן ידעו מזה אכתי לא מהני דכיון דהאשה לא ידעה אם נתיאשו אם לאו לא סמכה דעתה וסבורה שתצטרך להחזיר דהא סתמא לאו יאוש בעלים וכמ"ש הב"ש סימן ק"ט לענין מתנה ע"מ להחזיר ועוד י"ל כיון שאדם יודע שאין מקדשין בגזילה וגמר ונתן לשם פקדון כיון דאיהו לא ידע אם היה שם יאוש אלא אפילו אם נאמר סתמ' יאוש בעלים אפ"ה שפיר פסק הרמב"ם

דלא הוי קדושין כיון דזימנין לא הוי יאוש כגון בבעלים מרדפין או שהבעלים לא ידעו עדיין שהוא גנב אצלם עד השתא כמ"ש במלחמות בהגוזל לענין תקנת השוק ע"ש ובאמת אנן קי"ל במקדש בשט"ח דאחרים אע"פ שיש סברא לומר לא שביק לדידהו ומחל לאחריני מ"מ חוששת דילמא מחיל כיון שעכ"פ יוכל להיות בשום אופן שלא יגיע כסף קדושין לידה לא סמכה דעתה ולכך בענין הכא דווקא נודע שנתייאש דאל"כ אכתי לא סמכה דעתא דהכא תרווייהו גווגי דהרמב"ן איתניהו חדא דילמא בעלים מרדפין אחריו ועוד דילמא הבעלים לא ידעו עדיין בגניבה ולכך בלא נודע אינה מקודשת וכן בגזל אע"פ שאין לה לחוש שמא לא ידעו הבעלים מכל מקום היא חוששת שמא מרדפין אחריו לאפוקי בעובדא דרבא שבפניו חטף מידא דחבריה שאין לה לחוש כמ"ש הפ"י שם ע"ש ולפ"ז ודאי סמכה דעתה דכיון דגזילה בודאי ידעו הבעלים דהא מידם הוא גוזל וגם ליכא למימר שמא בעלים מרדפין אחריו ולכך הוצרך רבא לומר לית דחש לדר"ש כו' ולפ"ז בענין דווקא נודע בשעת קדושין שנתיאשו דאל"כ בשעת הקדושין לא סמכה דעתה ואינה מקודשת כמו בקידשה בחוב דאחרים דפשוט דאף ע"ג אם באמת לא מחל החוב וגבתה אותו מן הלוה אפ"ה לא מהני ולא אמרינן בכה"ג איגלאי מילתא למפרע וה"ה הכא מאי מהני לן הא דבאמת היה יאוש בשעת מעשה מ"מ איהו לא ידעה ולא סמכה דעתה ולפ"ז בהנך דאייתינן לעיל דמקודשת למפרע צ"ל או כמ"ש דהתם כיון דדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו הוא א"כ גם היא אסקיה אדעתה וסברא שימחול בודאי וא"כ סמכה דעתה או י"ל דמיירי דאיהי לא ידעה כלל שהדבר שאינו שלו (אך דאעפ"כ צ"ל לכאורה כן מחמת הסברא שכתבתי למעלה דאדם יודע שאין כו' דהא איהו ידע דלאו דידיה הוא) ולפ"ז לכאורה גם ע"ז קשה כנ"ל מה איריא ונודע דנקט אפילו לא נודע אם האשה לא ידעה מקודשת. אך דלפמ"ש הב"ש דהכא ע"כ בגילה לה שהוא גנוב מיירי ניחא. אמנם לפי מה שהשגנו בקונטרס הראשון על הב"ש צ"ל דכיון דנודע שהוא גנוב אינה מקודשת דלא סמכה דעתה בלא ידעה נמי אינה מקודשת כיון שאילו ידעה לא היה רצונה להתקדש בזה והדבר צ"ע:

שנית השיג עלינו על היסוד המונח בדברינו דיאוש לשון הפקר הוא והוי הפקר גמור וע"ז השיג מש"ס דב"ק דאי שמעינן דאייאוש משלם ארבעה וחמשה. ולענ"ד משום הא לא אריא דהא ביארנו שם דהיינו דווקא כשידע הגזלן שנתיאש אז קני ליה חצירו הא לא"ה לא וא"כ שפיר קאמר התם ודילמא דשמעינן ליה דאיאוש ואפ"ה לא הוי הפקר דהגזלן לא זכה בו ואין דינו רק כיאוש בעלמא ואע"פ שכתבנו דהרמב"ם חולק וס"ל דאפילו בכה"ג קני ליה חצירו ע"כ לא קאמרינן התם אלא למאי דקיימינן התם דסתמא הוי יאוש בעלים

אלא דלא אסקי אדעתיה שיתיאשו בפירוש וא"כ כיון דזימנין מקרי ואמר דעתיה עליו וקני ליה חצירו כמו התם דהוי מילתא דשכיח קצת שימצאו מטמוניות של אמוריים כמבואר בשיטה מקובצ' אבל הכא דהש"ס פריך אליבא דר"א דאמר סתמא לאו יאוש בעלים תדע כו' וע"ז פריך דילמא לעולם סתמא לאו יאוש בעלים והתם דשמעינן דאיאוש א"כ הא ודאי דלא אסקי אדעתיה שיתיאשו כלל דהא סתמא לאו ליאוש קאי. וא"כ אין כוונתו לזכות ולא קני ליה חצירו אפילו להרמב"ם ולכך בדבר שיש בו סימן אמרינן בב"מ אף ע"ג דשמעינן דאיאוש לבסוף לא מהני משום דבאיסורא אתי לידיה ואע"ג דביאוש בפירוש אין חילוק בין באיסור לבהיתרה דבהפקר הוא היינו משום דבדבר שיש בו סימן לא שכיח דמייאש ולא קני ליה ההפקר כנ"ל. אמנם דהוי קשיא לי על מ"ש דלרש"י הא דבעבד יאוש הוי כהפקר הוא ביאוש בפירוש מהא דאמרינן בפ' עשרה יוחסין דף ע"ב לעולם שמואל דאמר לטובה והא דקאמר מישן אין בה משום עבדות שמואל לטעמיה מדאמר המפקיר עבדו כו' וכ' רש"י שם משום דיאוש הוי כהפקר ולפי הנ"ל צ"ל דהתם ג"כ נתיאשו מהם בפירוש. ועפ"ז היה מתורץ קושית התוס' בהחולץ שהקשו אהא דקאמר כל האומר מבית חשמונאי כו' הא הוי בכלל המפקיר עבדו כו' ולפי הנ"ל י"ל דהתם בבית חשמונאי לא נתיאשו מהם בפירוש אמנם זהו דוחק לומר דמהנך עבדים שנשתלחו למישן ידוע שבעליהן נתיאשו מהם בפירוש. ע"כ נלפע"ד דלענין עבד גם רש"י מודה לסברת התוס' דהיכא דלא הוי הפקר רק יאוש סתם אפ"ה אין רשות לרבו עליו מיקרי כמ"ש התוס' בב"ק וזה מבואר ומדויק בלשון רש"י שם בקדושין שכתב שמואל לטעמיה דאמר עבד שאין רשות לרבו עליו אין קרוי עבד והני נמי כיון שגזלוהו ונתיאשו מהם כו' ולשונו לכאורה תמוה בהא דנקט סיפא דמילתא דשמואל הא לרש"י הוי ממש הך דינא דשמואל אע"כ כמ"ש דהכא כיון דלא הוי רק יאוש גרידא א"כ ליכא למילף מדשמואל רק מדקאמר עבד שאין לרבו כו' ובכל דוכתא כתב רש"י יאוש הוי הפקר רק בדף ל"ט ע"ב גבי אמרו לפני רבו נתיאשתי מפלוני עבדי מהו כו' (ולהגאון אישתמיט מיניה הך סוגיא) כ' רש"י יאוש לשון הפקר הוא משום דהתם מיירי בעבד שלא נשבה כלל ולא ברח רק הוא בביתו ולא שייך בכה"ג יאוש כיון שהוא בביתו לכך כתב רש"י דהוא לשון הפקר. מיהו באמת אף אם נאמר דרש"י ס"ל דיאוש לא מהני בעבד רק הפקר אפ"ה אין קושיתו מההוא דהתם דשאני התם שגם שבעלים נשבו עמהם ובכה"ג לא ס"ד דלא מייאש ואפקורי מפקיר ליה ואפילו עומד וצווח נעשה כמו שצווח על ביתו שנפל והוי הפקר ממילא וכמ"ש התוס' בב"מ בעובדא דר' ישמעאל בר יוסי אהא דאמרינן גיגית נח וקדירה אפקורי מפקיר ליה בלבו כו' ע"ש ור"ל דהוה אומדנא

דמוכח וא"כ ה"נ דכוותי' וגם דהא כבר נשתקע שם הבעלים מהם ואפילו בקרקע בכה"ג מהני יאוש ואי הוי אמרינן הכי דלרש"י הפקר גמור הוא הוה ניחא יותר בנזיר דף ס"ב לפרש"י ע"ש דמעיקרא הוי ס"ד כיון דברח וסתמא הוי יאוש בעלים להמפקיר עבדו דמי. אבל למסקנא ס"ל שאני ברח אע"ג דסתמא הוה יאוש בעלים כמ"ש התוס' שם מ"מ לא הוה רק יאוש כדי. אבל מפקיר שאני כשיטת רש"י דדוקא בהפקר או ביאוש בפירוש שהוא לשון הפקר הא סתמא מיקרי רשות לרבו עליו ולא יצא לחירות:

אמנם אכתי לא ניחא לי לפמ"ש מדבר שיש בו סימן דאכתי היה לנו לומר דתיכף שידע המוצא שנתיאש בעל האבידה זכי ליה חצירו. ובאמת נלפע"ד דאבידה בדבר שיש בו סימן גם עתה שהוא מתיאש אינו מתיאש בלב שלם אלא לפי שאינו יודע היכן הוא ואי הוה ידע שזה מצאו ואי אזיל ויהיב ליה סימן הוה מהדר ליה החפץ לא הוה מייאש כלל הלכך השתא נמי לא גמר ומייאש וזה נראה טעם רבא דבדבר שיש בו סימן אע"ג דשמעינן דאיאוש לבסוף מודה רבא דלא מהני משום דגם עתה אינו מייאש בלב שלם כנ"ל. ובהכי ניחא הא דפריך התם לאביי מהך דאם נמצאו יפות מהם כו' ועיין בש"ס שתמהו כל המפורשים דלרבא מי ניחא הא דמי לדבר שיש בו סימן דגם רבא מודה. ולפמ"ש א"ש כיון דעתה בלב שלם קאמר וניחא ליה אמרינן דמעיקרא נמי ניחא ליה ומהני אע"ג דשלא מדעתו הוי ולדבר שאין בו סימן דמי ובדבר שיש בו סימן דדמי ליאוש דגניבה אע"ג דאי ידע אפשר דלא הוה מייאש דאולי דעתיה לנקוטי בדינא רק דעתה מייאש ולפ"ז לכאורה היה לנו לומר בגניבה אפילו יאוש בפירוש לא מהני למהוי הפקר ז"א דשאני גניבה כיון דאכתי לא ידע מאן גנב ואפי' יוודע ליה דילמא גברא אלמא הוא או דלית ליה סהדי. ושמא בלא"ה אין דעתו למיזל עמו בדינא ודיינא הלכך ודאי גמר ומייאש כן כתבתי לפום ריהטא אבל העיקר בזה כמ"ש בקונטרס הראשון ד"ה והנה לפ"ז אם נתיאשו הבעלים כו' דאע"ג דאייאש בפירוש הוא לשון הפקר היינו דווקא אי אמרה בלשון יאוש דהוה לשון הפקר כמ"ש רש"י יאוש לשון הפקר הוא וכמו דאמרינן אי אפשי לשון הפקר הוא ושאר לשונות אבל היכא דאמר ווי לחסרון כיס אע"ג דמייאש בפירוש מ"מ הא לא אמרה בלשון הפקר ואע"ג שי"ל שבדעתו שיהא הפקר אפ"ה לא מהני וע"ש דדייקינן הכי מלשון הש"ס וא"כ אין כאן מקום קושי' מש"ס שהביא:

ומה שהקשה וכוון לדברי הפ"י דהיאך יוכל להפקיר דבר שאינו ברשותו כדאמרינן בב"ק דף ס"ט כי ליתיה ברשותו לא מצי מפקיר ליה. הנה בזה נלענ"ד דהדין עם רש"י ומתחלה נבי' ראיה לדבריו דאע"ג שאינו ברשותו יכול להפקיר מהא דאמרינן בכריתות דף כ"ד בשור שנגמר דינו לסקילה והוזמו עדי' כל המחזיק בו זכה וכן הדין בעידי עיר

הנדחת משום דאחר שנגמר דינו אפקורי מפקיר ליה וכן מבואר ברמב"ם ס"פ יו"ד מהל' נזקי ממון ע"ש ולפי הנ"ל מצי מפקיר ליה הא ודאי דתו אינו ברשותו מיקרי דהב"ד לוקחין אותו בחזקה מיד הבעלים אפ"ה מהני הפקר שלו. אין נראה לחלק בין הכא להתם ואין לדחוק דילמא אתי' כצנועין דאמרי דלא איכפת לן מה שאינו ברשותו הא ליתא דהא בכריתות ר' יוחנן קאמר לה דהוא מרא דשמעתא דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו אלא ודאי דלענין שיקנה ההפקר לא שאני לן בין דבר שברשותו לאינו ברשותו והא דאמרינן כי ליתיה ברשותיה לא מצי מפקיר ליה היינו שיהא הפקר לענין לקט של עניים שיפטור ממעשר כמ"ש התוס' שם דף ס"ט ד"ה כל שלקטו לענין יאוש דלא מהני משום דבעינן שיהיה הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה והכא כיון שאינו ברשותו לא מצי למעבד הכי להפקירו לכל וליתן עליו תורת הפקר שיהא לכל רשות בה דהא אינו ברשותו אבל איהו סילק נפשו ורשותו מן החפץ דהא הפקר מתורת נדר הוא ואם אמר קונם מן החפץ הזה ודאי אסור להנות הימנו ודווקא להכניס החפץ לרשות אחר כגון להקדש או להדיוט או להפקר שיהא לכל רשות בה אינו יכול לעשות מה שלבו חפץ ודוגמא לזה מה שאמרו נחלה הבאה לאדם כו' אע"ג שאינו יכול להקדיש ולהפקיר סילוק רשות יכול לעשות וה"נ אע"ג שאינו ברשותו ולא מצי מקדיש מ"מ יוכל לסלק רשותו ממנה וזכה בו הגזלן דהא ההוא גברא סילק רשותו ממנה:

וראיה ברורה לזה מהא דאמרינן בב"ק דף קט"ז שיירא ההולכת במדבר כו' ומסיק רב אשי אמר בשיכול להציל ע"י הדחק גלי דעתי' לעצמו ופרש"י דכשאמר לעצמי אני מציל והבעלים שמעו ושתקו גלי דעתייהו דאסחי דעתייהו מיניה ואיאוש כו' וכן פסק הרמב"ם והש"ע סימן קפ"א והך יאוש ע"כ ס"ל הפקר כמשמע בדוכתי טובא שם ועיין בש"ג שכתב כן להדיא ועוד ודאי לא הוי רק יאוש גרידא ולא הוי הפקר א"כ אין כאן שינוי רשות ביד זה דמה שנוטל בע"כ של גזלן לא הוי ש"ר כמבואר בסימן שס"א ס"ה דבע"כ של גזלן לא הוי ש"ר ע"ש והכא משמע להדיא דבע"כ של גזלן היה ואף אם נדחק דפירושו שהציל ע"י פיוס מ"מ לשיטת הרמב"ם היה צריך להחזיר הדמים א"ו דהפקר גמור הוא ומהני מטעם הפקר אע"ג דאינו ברשותו:

ועוד לכאורה יש לתמוה דהיאך ס"ד דיאוש יהא עדיף מהפקר דיאוש מהני אע"פ שאינו ברשותו והפקר לא מהני וע"כ לומר שדעתם דעכ"פ נשאר עליה תורת יאוש אלא דאזיל ליה תורת הפקר לפי שאינו ברשותו והרי כתבו התוס' ד"ה כל שלקטו דהפקר לא גרע מיאוש ואפילו למ"ד יאוש כדי קני לא הוה רק כמתנה לגזלן ולמ"ד יאוש כדי לא קני לא הוי כמתנה להגזלן והיינו דווקא ביאוש סתמא או אפילו בפירוש אם לא אמר בלשון

הפקר משום דאכתי לא סילק רשותו ואינו רק מצטער על חסרון ממון אבל אם אמר בפירוש שמפקירו הדר הוי כמתנה להגזלן אפילו למ"ד יאוש כדי לא קני אלא דמתורת הפקר לא מהני כמ"ש התוס' שם בטעמא דיאוש דאכתי לא מהני לענין מעשר. אמנם באמת לכאורה הוא גופא קשיא למ"ד יאוש כדי קנה שכתב התוס' דהוי כמתנה להגזלן ולא נקטו לשון מחילה ע"כ משום דמחילה לא מהני בחפץ כמבואר בח"מ וא"כ מתנה נמי לא מהני דהא אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו ואפילו לגזלן עצמו שהדבר ברשותו דהך במקנה תליא מילתא ולא בקונה שהוא אינו יכול להקנות אם לא שהוא ברשותו וכמבואר ג"כ בשו"ת שארית יוסף סימן כ"ח דאשה שחטפה מעות וקדשה בו אינה מקודשת כיון שאינו ברשותו כמו שאינו יכול להקדיש והביאו הב"ש ופ"י בגיטין כתב דלמ"ד יאוש כדי קנה הוא מטעם גזה"כ ע"ש אבל ז"א דהיאך מצי למילף מאבידה דברשותו מיקרי כמ"ש ג"כ הגאון בתשובתו ואולי דבאבידה ששטפה נהר נמי אינו ברשותו מיקרי ולכך פרש"י בד"ה מידי דהוה אמינא אבידה כו' דהיינו אבידה ששטפה נהר. אבל התוספות חולקים על רש"י בפירוש זה ועיין בשיטה מקובצת וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה דמאי מהני יאוש כדי דהא אינו יכול להקנות אפילו לגזלן כמו ההוא דשארית יוסף. ועפ"ז היה מקום ליישב דברי הטור סימן כ"ח שכתב וז"ל אבל אם גנב וגזל משלה ולא שידך אותה תחלה וכשנתנו לה אמר התקדשי לי כו' הלשון מבואר דבעינן שהשידוכין יהיו קודם הגזלה. והדבר תמוה מנ"ל הך סברא ובלשון הרמב"ם והש"ע מבואר ההיפוך גזל את האשה כו' ואמר לה הרי את מקודשת לי אם לא קדם ביניהם כו' ע"כ נראה בדעת הטור דהוא קשיא ליה אהא דקאמרינן בגזל דידה קודם יאוש מקודשת בשדיך משום דאחילתיה גביה וע"כ היינו נמי דאקנויי אקנית ליה בתורת מתנה וע"ז קשה הא אינה יכולה להקנות לו כיון שאינו ברשותה וא"כ לא קנה הכסף לכך מפרש הטור דשדיך תחלה קודם הגזילה וא"כ כיון דשדיך קודם הגזילה ועתה קבלתו לשם קדושין אמרינן דבשעה שחטף מידה אקנויי אקניתה לו ואז היה הדבר בידה להקנות לו ולכך מקודשת:

ועפ"ז נלפענ"ד דיש ליישב קושית התוס' ד"ה והוא לא אמר שהקשו דילמא אגזל דידה פליג ר' יוחנן וס"ל דמקודשת ולפי הנ"ל י"ל דהנה בס"ד דש"ס יש לנו ב' טעמים דלא תתקדש בגזל דידה חדא דלא אמרינן מדקבלתיה אחילתיה ועוד דאפי' אמרינן אכתי אינה יכולה להקנות לה. והנה מקור דין זה דשארית יוסף נובע מהך דר' יוחנן דאמר גזל ולא נתיאשו שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו ברשותו וממ"נ אאיזה מהם דקאמר ר"י מוכח דאיהו נמי ס"ל הכי דמדקאמר זה לפי שאינו שלו מוכח דס"ל כרב

לענין גזל דאחרים ומדקאמר זה לפי שאינו ברשותו מוכח דסבירא ליה כרב לענין גזל דידה דאף דאחילתיה לא מהני לפי שאינה ברשותה ומסיק דבדשדיך מקודשת כמ"ש הטור הנ"ל. אלא דלפ"ז למה ליה לר"נ לעיל דף י"ג למימר יכולה לומר אין שקלי וכו' משמע דאי לא"ה היה מקום לומר דאחילתיה ומקודשת ומאי מהני זה הא אינה ברשות' ורב נחמן בלא שדיך מיירי ודוחק לומר דכצנועין ס"ל. אך י"ל דהנה מבואר בח"מ דדווקא פקדון דכפריה אינו יכול להקנות אבל לא כפרי' לא. וכן מבואר בב"ש דאי אמרה אין מהני משום דבריצוי שניהם נעשה הקדש. ולפ"ז התם בעובדא דר"נ דקאמרה הבה ניהלי ואמר אי יהיבנא לך מקודשת לי א"כ הרי הסכימה דעתה מעיקרא להחזיר לה רק בתנאי שתהיה מקודשת לו בה הוי ריצוי שניהם ויכולה להקנות לו:

הן אמת דלפענ"ד דברי הב"ש בזה אינם מוכרחים וקצת יש לתמוה עליו מסוגיא דב"ק דף ס"ח דקאמר איתביה ר"י לר"ל גנב והקדיש כו' וקס"ד שהגנב הקדיש ומשני כגון שהקדישוהו בעלים ביד גנב ופריך ומי קדוש והאמר ר"י גזל כו' שניהם אין יכולין כו' ואם איתא לדברי הב"ש מאי קושיא דדילמא ה"ק שגם הבעלים הקדישהו וא"כ היה בריצוי שניהם ונעשה הקדש ועוד בב"ק דף ע' גבי הא דלא כתבינן אורכ' כו' מוכח שם דאפילו במטלטלין דלא כפרי' גבי גזל אינו יכול להקדיש ולפ"ז מוכח מדר"נ דאפילו בלא שדיך אי הוה אחילתיה מהני ולשיטת הש"ך בח"מ סימן רמ"א ס"ק ה' שכתב דאפילו בחפץ שפיר שייך לשון מחילה שהוא מוחל לו התביעה א"כ מעיקרא לק"מ דגם הכא היא מוחלת לו התביעה ודינו כמו חוב ומחילה שפיר מהני אע"פ שאינו ברשותו אבל מלשון הסמ"ע משמע דבכל גווני לא מהני בחפץ שהוא כעין מחילה רק מתנה ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא איך מצינו למימר דהקנית לו הא אינו ברשותה וגם היאך כתבו התוס' דיאוש הוא כמתנה להגזלן דהא אפי' נותן מתנה ממש לא מהני ואף אם נדחוק דלאו דוקא קאמרי מ"מ עדיין קשה מגזל דידה ע"כ נלענ"ד ע"פ הרמב"ם שפסק הך דצנועין אף ע"פ שפסק כר' יוחנן וכתב הכ"מ שם משום דלמסקנא סבירא ליה דיכול לחלל בלא דעת חבירו והיינו מטעם דזכות הוא לו ע"ש (ואין לע"ע הכ"מ בידי לעיין בו) א"כ בודאי גם לענין לקני אמרינן שהוא מסלק רשותו כדי שיוכל בעה"ב להפקיר כיון דזכות הוא לו וכן בכל דוכתי תמיד זכות להגזלן שיקנה א"כ הוא מסלק רשותו כדי שיוכל הקנין לחול אלא דלענין הקד' לא ניחא ליה להגזלן שיסולק רשותו מעליו ויחול ההקדש וכן בההוא דשארית יוסף שהיא החזיקה המעות ושתק' ולא אמרה כלום מנא ידעינן דסילקה את רשותה כדי שתהיה מקודשת דלמא לאו זכות הוא לה ולפ"ז גם הב"ש ניחא דלא קאמר אלא היכא שהבעה"ב והגזלן היו ביחד ונתרצו שניהם דאז חזינן דניחא ליה

ומסתמא מסלק רשותו כדי שיוכל הקדש של בעה"ב לחול (ובכה"ג ליכא לאוקמי הך ברייתא דגנב והקדיש לענין ד' וה' ע"ש) אבל בלא"ה אע"ג שגם הגזלן הקדישו מ"מ אין רצונו אלא שיחול ההקדש שלו אבל מ"מ אין מסלק רשותו בכדי שיחול הקדש הבעה"ב אבל לענין שיקנה הגזלן עצמו בודאי סילק את רשותו כדי שיוכל ההפקר ומתנה לחול וא"כ אזלא קושיתו ודהפני יהושע וכנים אנחנו לשיטת רש"י ז"ל ושוב מצאתי להדיא כן בשו"ת שאגת אריה סימן צ"ב בסופו שכתב דהא דרבי יוחנן היינו דוקא לאחר אבל לגזלן ודאי יכול למחול וליתן לו במתנה את הגזילה וזה ברור עכ"ל וע"ש דמיירי אע"פ שאין הגזלן כאן ועיין בירושלמי דסוכה גבי הא דכל מי שבא לולבי בידו יהא לו במתנה ובפירוש קרבן העדה שצ"ע ע"ש:

שאלה נא

תשובה לב"ד הרב כו' מוהר"ר מרדכי ז"ל האב"ד דק"ק אניפאלי וק"ק אטיק שהשיב לי על תשובתינו בענין קידושין הנדפסת בק"א לשו"ת ב"ח החדשות:

הנה פתח דבריו יאירו נתיב להשיג על הדרך הראשון שכתבנו לתרץ דברי הרמב"ם והש"ע והקפתני חבילות חבילות תשובות ואם נבא להאריך להשיב על כל פרט ופרט יש על כל קוץ וקוץ תילי תלים הלכות כהררים התלוים בשערה ואין הפנאי מספיק לכן על הכלל כולו יצאתי. ונתחיל במה שהשיג מש"ס דב"ק דקאמר ר"א תדע כו' ודילמא דשמעינן דאיש ודבר זה כבר נפתח ברביותא שכמו כן הקשה גם כן ע"ז הגאון מופת הדור מוהר"ר יחזקאל נ"י אב"ד דק"ק פראג ואעתיק פה מה שהשבנו לו ותשובתו נשאר מעל. וז"ל שם שנית השיג רבינו על היסוד המונח בדברינו דיאוש לשון הפקר ותמה ע"ז מש"ס דב"ק הנה באמת כבר ביארנו שם בסוף הדרך הראשון דבאמת נ"ל דאע"ג דיאוש בפירוש לשון הפקר הוא וכמ"ש רש"י ז"ל בדף ל"ט גבי נתיאשתי מפלוני עבדי דיאוש לשון הפקר הוא ור"ל דהוי כהך דאמרינן אי אפשי לשון הפקר הוא וכן שאר לשונות אבל היכא דאמר ווי לחסרון כיס וכה"ג אף ע"ג דמייאש בפירוש מ"מ הרי לא אמרה בלשון הפקר ומה בכך שהוא מצטער על חסרון ממון כיון שאין הלשון הזה מורה שהוא מפקירו ודייקנו כן מלשון הש"ס דקאמר וכלל' דאבידת' כו' יעו"ש וכן מדוקד' מלשון רש"י בב"מ דף ך"א ע"ב בדבר שיש בו סימן כו' ואע"ג דשמעינן דמייאש לבסוף כו' ופירש"י לאחר שמצאו זה וכלל' דיאוש כגון דאמר ווי לחסרון כיס דגלי דעתיה שנואש מהם ולכאורה תימה דמה זה ענין לכאן אע"כ דכוונת רש"י דבאמת בלשון יאוש ממש אין חילוק בין דבר שיש בו סימן לאין בו סימן דודאי מיאש דמה לי אם אמר אני מיאש דבר זה או אם אמר אני מפקירו וזה ברור כשמש לענ"ד בדעת רש"י ובאמת משום הך

קושיא מב"ק לא איריא דבלא"ה לק"מ לפמ"ש שם דדוקא כשידע הנגזל שנתיאש אז קני ליה חצירו ומהני ההפקר א"כ שפיר פריך הש"ס ודילמא דשמעינן דאיאש ואפ"ה לא הוי הפקר דהגזלן לא זכה בו ואין דינו רק כיאוש בעלמא ואף ע"פ שכתבנו שם דהרמב"ם חולק היינו לפי מאי דקיימינן התם דסתמא הוי יאוש אלא דלא אסיק אדעתיה שיתיאשו בפירוש וכיון דזימנין דמיקרי ואמר הוי דעתיה עלה עכ"פ כמו התם דשכיח קצת שימצאו מטמוניות של אמוריים כמו שצ"ל לשיטות הפוסקים אבל הכא דהש"ס פריך אליבא דר"א דאמר סתמא יאוש בעלים תדע כו' וע"ז פריך דילמא לעולם סתמא לאו יאוש בעלים והתם דשמעינן דאיאש ובכה"ג דלא אסיק אדעתיה כלל שיתיאשו דהא סתמא לאו ליאוש קאי ולא קני ליה חצירו אפילו להרמב"ם (ומה שהקשה רומפ"מ דאמאי לא משני דרב מיירי ביאוש בפירוש לענ"ד אין זה קושי' כלל דהרי רב קאמר לא שנו אלא לפני יאוש כו' משמע דלאחר יאוש אפילו בגוונא שאין היאוש הפקר מהני דיאוש כדי קני וזה מבואר שם ועוד וכי רב דינא דהפקר אתי לאשמועינן ועוד יש לדחות בכמה גווני ואין להאריך) אמנם באמת העיקר בזה נלענ"ד כמ"ש דדוקא יאוש הוא דהוי לשון הפקר וזה מוכרח מההוא דמחלק בין יש בו סימן לאין בו סימן לענין יאוש שלמ"ד ואי ס"ד דהוי הפקר אין לחלק בזה אע"כ כמ"ש ולפ"ז נסתר קצת מדברינו מ"ש בתשובה דמוכרח הוא דבגיטין בגוי ע"כ הפקר הוא וכן הרמב"ם בהלכות גזלה כתבנו דמוכרח דמיירי ביאוש בפירוש יעו"ש ולפי הנ"ל י"ל דבאמת מיירי כגון דאמר ווי לחסרון כיס אלא דאף עפ"כ א"ש התירוצים שכתבנו דעכ"פ קרוב לומר דמיירי שאמר בלשון יאוש ממש כיון דע"כ לאו ביאוש סתמא מיירי וגם בלא"ה מצינן לומר כן וכו' עכ"ל שהשבנו להגאון הנ"ל מה שצריך לנדון זה:

והנה הא ודאי גם זה רופ"מ מודה דאע"פ שנאמר דסתמא הוי יאוש בעלים בודאי שאין אנו אומרים דמן הסתם אפקורי מפקיר להו דלאיזה ענין יעשה זאת רק אנו אומרים דמסתמא הוא מצטער עליו וסובר שלא יוחזר לו לעולם וזה לא עדיף מאם אמר בהדיא ווי לחסרון כיס ולפ"ז אף אם הוא באמת מפקיר ליה בלבו לא מהני דהוי דברים שבלב וזה ברור ודבר זה למדנו מתורתו של הר"ן. ומ"ש מההוא דאין אדם עושה כו' נימא דהוי קידושין בלב בלא"ה אין ענינו לכאן התם היה בההוא דהיו מדברים על עסקי קידושין ונתן לה בשתיקה דמקודשת כמ"ש בשיטה מקובצת בשם הרשב"א ז"ל וההוא לאו דברים שבלב הוא כיון דקעביד מעשה המוכיח ע"ז הוי כאילו אמר והכי מוכח מהא דאמרינן מקיבלתיה אחילתה ולא אמרינן דהוי דברים שבלב אע"פ שהפ"י בדף י"ג באמת הקשה כן לענ"ד הנכון כמ"ש וכמבואר בדוכתי טובי דבאומדנא דמוכח הוי

דברים. אמנם מהר"ן משמע דאע"ג דאיכא אומדנא דמוכח שבלא"ה אנו אומדין דעתן כן אפ"ה לא מהני דהרי התם נמי איכא איסור חמץ ולאיזה ענין הוצרך הר"ן לומר מחמת חמץ אינו ברשותו של אדם ודוחק לפרש דבאמת כן הוא כוונת הר"ן דלכך לא הוי דברים שבלב וצ"ל דהר"ן מחלק בין היכא דקעביד מעשה המוכיח ודלא כהרא"ש בתשובה הביאו הב"י בח"מ סי' ר"ז אמנם אף אם נחלק בין נדון דהר"ן לדידן מ"מ הכא לענין הפקר ודאי דהוי דברים שבלב ומ"ש רופ"מ דבגיטין איכא פלוגתא לענין גלוי דעתא אי מילתא הוא הנה לא עיין בזה בתוספות ריש השולח ודוק שם:

ומ"ש דהרי בהפקר יכול לחזור תוך ג' ימים. במח"כ שגה בזה ברואה דהיינו דוקא כל כמה דלא אתי ליד זוכה ובנתיאשתי מפלוני עבדי נמי זכה העבד בעצמו כמבואר בפ"י שם גם כן וזה פשוט ועוד דמאן לימא לן דבאמת אין הדין כן שיכול לחזור בו ודינו כהפקר ולכאורה לדבריו היאוש עדיף מהפקר וז"א ורופ"מ בעצמו מסיק דהוא מטעם הפקר ולכך בעינן ונודע דאל"כ יכול לחזור בו וליקשי מר לנפשיה דהרי לא נרמז כן בשום מקום ומ"ש דבהפקר בעי שלשה הא ליתא בנ"ד דטעמא מאי אמרינן הכי כדי שלא יהיה אחד זוכה וב' מעידין ובכל יאוש ע"כ מיירי שיש עדים בדבר שנתיאש בפירוש ואם כן כיון דהכא בלא"ה הדבר הוא ביד זוכה אין צריכין רק להעדים ומהני מטעם הפקר. וזה ברור בלי פקפוק. אמנם בלא"ה דעת התוספות ס"פ אין בין המודר דדוקא בקרקע דינא הכי ולענין מעשר יעו"ש באריכות וכן משמע להדיא דעת הרמב"ם בסוף פ"ב מהלכות נדרים ודעת הש"ע ג"כ מתוס' בשבת דף למ"ד ע"ב לא משמע הכי ועיין בנ"י שם אמנם בלא"ה נלענ"ד דכל הנך דוקא היכא שהדבר בידו וברשותו ואם כן לאיזה ענין הפקיר זה את חפיציו ומי הוא הסכל לעשות שטות כזה וע"כ כי ערום יערום הוא כדי לפטור עצמו מן המעשר וכה"ג א"כ אין ההפקר בלב שלם ולכך הפקיעו אותו חכמים משא"כ כאן שבאמת כבר יצא הדבר מת"י ואינו מצפה שתשוב עוד אליו וא"כ מסתמא מפקיר אותו בלב שלם וא"צ ג' וכמ"ש התוס' בשבת ובב"מ דאנן סהדי דמפקיר ליה בלבו כו' וה"ה שאינו יכול לחזור בו דחד טעמא הוא ובהך דנתייאשתי כו' באמת מיירי בפני ג' וא"צ להאריך בזה. ומ"ש רופ"מ דהרי הרמב"ם ס"ל סתם גזילה לאו יאוש בעלים וע"כ מיירי ביאוש בפירוש וא"כ ל"ל ש"ר ואין זה קושיא לפי מ"ש דדוקא ביאוש בפירוש בלשון יאוש. (אמנם בלא"ה אין זה קושיא דהרי מבואר ביש"ש ב"ק):

ומ"ש ועוד קשה כו' גם ביאוש סתמא למה מחזיר הדמים וניחוש שמא נתייאש בפירוש כו' כיון דגוף הכלי קנה ממ"נ כו' יעו"ש. הן אמת שגם אנחנו כתבנו סברא כזו בתשובתינו ומדמינן לה לבור ואילן אמנם לא דמי להא דהכא תיכף ומיד בשעה שקנה

הכלי נתחייב ליתן הדמים לנגזל ובאמת זה היה עיקר תקנת חכמים הואיל וקונה מגנב מפורסם יצטרך ליתן הדמים ואם נאמר כסברתו מה הואילו חכמים בתקנתם דאכתי כל אחד יקנה ויטעון שמא הפקרת ונתת לו במתנה ונתיאשת בפירוש וזה ברור. ועוד נלענ"ד דבכה"ג ודאי לא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דלא שכיח כלל ומ"ש דמ"ש דלא אסיק אדעתיה ג"כ מופרך כו' דהגזלן רוצה לזכות בו כו' דבריו תמוהים דהגזלן רוצה לגזלו אבל עכ"פ לא אסיק אדעתיה שזה הפקיר ורוצה לזכות ע"י חצירו מן ההפקר ומ"ש דתיקשי מחמסן דיהיב דמי אין זו קושי' כלל דבחמסן ודאי לא אמרינן סתמא יאוש בעלים להרמב"ם אפילו למ"ד דהרמב"ם סובר דגזלה סתמא הוי יאוש היינו דוקא בגזל ממש וכמ"ש רש"י בב"ק דף ס"ו דכיון דלענין גזל מיניה אינש אלמא הוא משא"כ לענין חמסן כיון שנותן הדמים עכ"פ וגם דמימר אמר הלזה אין יודע שיש איסור בדבר דלא תחמוד דבלא דמי משמע כמ"ש הב"ש בסימן כ"ח יעו"ש ולכי ידע אזיל ומהדר ולא מיאש. וזה ברור לענ"ד לדינא:

ולכאורה בלא"ה קשה דהרי קי"ל תלוהו וזבין זביני' זביני ואפי' לא אמר רוצה אני לדעת הרמב"ם וש"ע כמ"ש ה"ה והסמ"ע סי' ר"ה ואם נאמר דהכא מיירי במסר מודע' א"כ ודאי א"ש הא דבעי דוקא ונודעו. אמנם לפי מ"ש הלח"מ בהלכות אישות באמר איני רוצה בהדיא לא הוי זביניה א"צ לזה ועוד כתבתי בחדושים ליישב קושית הלח"מ בדרך אחר נכון מאד אין להאריך בכאן גם מה שתמה במ"ש דרבה ס"ל דבאיסורא אתי לידיה מהני וע"ז תמה דביאוש של"מ טעמא משום ברירה ותדע כו' הנה יש לתמוה דאדרבא בשיטה מקובצת בשם הראב"ד תמה ע"ז דהיאך שייך לומר דפליגי בדיני ברירה אלא באמת הא ליתא דהא ודאי שבשעה שבא לידו ולא היה שם יאוש לא היה בו שום זכיה כלל והיה מחויב בהשבה אלא דרבה סבירא ליה דאמרינן דהוכיח סופו על תחלתו דאם ידע הוי מייאש אז ואף ע"ג דבאמת לא ידע אז ואתי לידיה באיסורא שנתחייב בהשבה סבירא ליה לרבא דאפ"ה מהני ואביי ס"ל דלא אמרינן דהוי יאוש למפרע ומ"ש ותדע דא"ת כו' דבריו תמוהים דהרי ע"כ כל ראייתו של רבה הוא מיאוש של"מ אפילו למאי דקיי"ל וכמ"ש התוס' שם דעכ"פ קונה החפץ יעו"ש והרי לאביי בודאי באיסור אתי לידיה מיקרי ואפ"ה קאמר או דילמא לא דמי א"ו פשוט דאע"ג דיאוש הוי באיסורא אין רצה לומר באיסורא ממש דהרי לא גזל שום דבר רק ר"ל שנתחייב בהשבה וכן מבואר בשיטה מקובצת יעו"ש וגם בלא"ה א"ש כמ"ש:

אמנם באמת יש מקום עוד לומר דהך עובדא דרבא מיירי בלא גילה לה שהוא גנוב ודלא כהפ"י וא"ל דא"כ תאמר אין רצוני להתקדש בגניבה וכל סברת הב"ש הוא אליבא דר"י

אבל התוס' רי"ד שם פירשו דר"ח ורבא פליגי עליו ע"ש במה שפירש בהא דבעי מיניה רבא אשה אינה מתקדשת כו' א"כ לרבא אין הטעם משום דלא ניחא לה בהכי ומ"ש מהך דמכר לו פרה אין קושיא דבמטלטלין נמי אין רגילות להתיאש בפירוש ומ"ש ומכ"ש לפמ"ש הרשב"ם כו' ודאי לק"מ דהרי יאוש בפירוש בקרקע נמי מהני כמו שכתבנו בתשובה גם דעת רש"י ג"כ וא"כ בלא"ה לק"מ ומ"ש דהרי נלמד מהך דוהבאתם כו' גזל דומיא דפסח כו' תמהני וכי לא משכח תקנה אלא בכה"ג והא איכא תקנתא במחל לו הנגזל עליו או בשינוי רשות וחזרה אצל הגזלן כה"ג אע"כ לומר דההוא לא גזול מקרי וה"נ בנידון דידן שזה זכה בו עתה מן ההפקר ושוב אין שם גזילה עליה כלל אבל ביאוש דקני מ"מ גזילה הוי אלא דרחמנא הוא דאמר ניקני והרי ע"י הגזל מיאש זה אבל אין צורך להפקירו:

ומ"ש על הדרך השני דהתם שפיר כו' דאטו רובא דעלמא לא מחלי שטרא כו' דוק בדברינו ותמצא זה סברא נכונה מאד דהרי התם נמי אמרינן דאיכא סברא דלא שביק לדידי ומחל לאחריני ואפ"ה קסבר הך מ"ד דאיתתא לא סמכה דעתה וסברא דילמא מחיל ואע"פ שאין הדרך כן מ"מ הוא חששת כל מה שיש לחוש בענין זה וה"ה בנ"ד האשה חוששת לכך ועוד דהרי חזינן דמש"ה עשו תקנת השוק לשיטת הרמב"ן דלא משכחת בגוונא אחרינא וחששו חכמים לכך ועשו תקנה משום זה ואיך לא תחוש האשה לכך והדבר ברור לענ"ד:

ומ"ש עוד דא"כ אף במכר דבר הגנוב כו' לא ירדתי לסוף דעתו דלדבריו במוכר שט"ח נמי נימא דאינו מכור משום דלא סמכה דעת הלוקח דילמא מחיל א"ו דהא ליתא דדוקא גבי האשה המקדשת עצמה אמרינן איתתא דייקא שיהיו הקידושין ברורין בלי שום פקפוק אבל לענין מכר ל"א הכי ולא ידעתי כלל מה ענין זה לזה דדוקא לענין להקנות אמרינן דלא סמכה דעתיה דמקנה אבל להקנות מאחר דבר לאחרים לא איכפת לן בדעת הקונה כלל:

אמנם בלא"ה היכא שיודע שהוא גנוב הן לקנות או להקנות לא מהני כמבואר בש"ע סי' שנ"ג דבכה"ג הוי המעות מתנה ואפילו מגנב אינו מוציא כלום וא"כ בנתן לו מטלטלין בעבור הגניבה קנאם בתורת מתנה וקרקע לא קנה בלא חזקה ודעת רמ"א בהג"ה ומה זה שכתב וזה לא שמענו מעולם. ומ"ש דאיך מתורץ קושית הפ"י דאכתי לישני דחזה הוית שגזל דבריו תמוהים דהא גניבה נמי קתני התם ודוחק לומר דמיירי נמי דידעה שכבר ידעו הבעלים בגנבתם ג"כ. ומ"ש דקשה אסברא גופא כו' דאף אם הוא גנב מפורסם מ"מ היא קאמר אנא סבירנא דידי שקלית כו' הדבר תמוה דמבואר בש"ע להיפוך דהרי

בסי' שנ"ו ס"ב מבואר הגונב ומכר ולא נתיאשו הבעלים כו' מפני תקנת השוק ואם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנה כו' הרי דקאי אהך מילתא גופא דלא נתיאשו הבעלים דאל"כ ל"ש בזה תק"ה דסתם גניבה יאוש בעלים כהרמב"ן וכ"כ הש"ך שם ואפ"ה אמרינן דלא עשו תק"ה ואע"פ שהש"ך שם ס"ק ו' כתב סברא זו דהלוקח סבר דהיה יאוש לא כתב זה אלא לענין דיכול הלוקח לגבות מעותיו מן הגזלן ול"א דהוי מתנה אבל לא לענין תק"ה דמשום הא לא הוי תק"ה בזה דבאמת לא יקנה שום אדם מגנב מפורסם ולא שייך בזה תק"ה. ומ"ש דאיהי נמי עבדה איסורא כו' תמהני דמי לא ידע בכל אלה דטעם דתאמר לא ניחא הוא משום דאסור לקנות מהגנב. אמנם כ"ז במזיד הוא אבל בשוגג אין כאן איסור בדבר כיון שבאמת לא ידע שגנוב הוא אתו וכבר כתבנו שם בתשובה דה"ט דיאוש ואח"כ ש"ר קנה משום דבהיתרא אתי לידו אלא שהגאון מהר"י נ"י כתב שלא ראינו כן בשום קדמון וע"ז השבנו שכן מבואר בש"מ ובמלחמות כו' יעו"ש ועוד דע"כ מוכרח לומר כן דאי ס"ד דיש איסור בדבר ולכך בטלו הקידושין ולפ"ז הא דאמרינן בש"ע דאם נתיאש מהגזלה קנה בש"ר ובלא ידע שגנוב אין מחזיר אפילו הדמים תיקשי דבאמת יתבטל המקח דנימא איסורא לא ניחא ליה דליקני ובכה"ג בטל מקח כמבואר בי"ד ס"ס קמ"ו בט"ז גבי גרוטאות של עכו"ם כו' יעויין בתשובה להגאון מהר"י נ"י ומ"ש דלענין גוף הנדון פשוט דהוי כמנה חסר דינר הן אמת שזהו העיקר ויסוד ההיתר אמנם בלא צדדים אחרים עדיין יש ספיקות הרבה חדא דהוי דבר הנמכר בחנות וכמ"ש בתשובה באורך ועוד הארכנו ביותר להגאון מהר"י נ"י ועוד דהוי דבר שאין בעה"ב מקפיד לגבי דידיה כיון דבאמת מיקרי שדיך אם נאמר דלא כמהרי"ט שהבאנו שם וכ"כ הגאון מהר"י נ"י אלא דבאמת הגאון מוהר"י דחה זה וגם אנחנו הארכנו בזה ובשאר צדדים יש להתירה:

ועתה לבוא לתורף דבריו מה שתי' דברי התוס' משום דלא הוי הפקר לעניים דאסור לזכות כדי שיקיים הגזלן כו' יש לתמוה בזה הרבה חדא דלפי דבריו הא דלא הוי הכא יאוש הפקר וקא מחלק בין בהיתרא היינו משום דאינו יכול להפקירו לכל א"כ בלא"ה היאך מצי למילף מאבידה דשאני התם דהיאוש הוא הפקר גמור דמי מעכב עליו והוי כההוא דנתיאשתי כו' ועוד דעדיין הקושיא במקומה עומדת מהא דאמרינן אמתא דמר שמואל כו' ושם פירש"י יאוש הוי הפקר ועוד שם גבי הא דקני ליה שבאי בחזקה ואם יאמר דהתם בנשבה לכותים לא שייך הך סברא דצריך לקיים מצות השבה יהיה סותרים דברי הש"ס בכמה מקומות דגם בנכרי בעינן יאוש ושינוי רשות ועוד לדבריו מדוע באבידה בדבר שיש בו סימן אע"ג דשמעיני דמייאש לא מהני הרי הפקירו יותר היה לו

לחלק מטעם דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כו' אמנם באמת לא ירדתי לסוף דעתו במ"ש לפרש דברי התוס' דודאי אין כוונתם לומר מטעם דלא הוי הפקר לכל שהרי לא כתבו סברא זו אלא אח"כ שכתב ועוד דבסתמא אינו מתייאש כו' עד שיהיו הפקר לעניים כו' א"ו הדבר ברור לענ"ד דהא ודאי הא דאמרינן דאין הפקר עד שיהא לעניים ועשירים בתר מפקיר אזלינן שהוא צריך עכ"פ להפקיר לכל אבל אם הוא עושה את שלו והפקיר לכל אלא שאסור לזכות בה מטעם אחר ודאי דהוי הפקר גמור רק התוס' כתב שם דבאמת בהפקר כי האי הוי אין לו חלק ונחלה עמך דהרי כל אדם אסור לזכות בה ולכך אינו פוטר מן המעשר (ועוד דבאמת התוס' ס"ל דיאוש אין לשון הפקר כלל ולכך כל אדם אסור לזכות בה אע"פ שהיא לאחר יאוש כיון שאינו מטעם הפקר אבל בהפקר ודאי דכל אדם מותר לזכות בה אחרי כן) ועוד דבסתמא אינו מתייאש אלא לגבי עניים ואין מועיל לפטור מן המעשר עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים ר"ל כיון דבאמת אין דעתו רק לגבי עניים לא מהני וזהו באמת בכל דוכתי הדין כן דאינו הפקר אבל היכא דבאמת הוא הפקר לכל מהני בכל דוכתי מלבד גבי מעשר:

ומ"ש לתרץ קושית הש"ך בסי' שנ"ג ורצה לרפאות שבר על נקלה תימה דמבואר להדיא דקושית הש"ך מפסק הרמב"ם והש"ע ואינו מיירי בלקח מגזלן ולא מיורש גם מ"ש בסוף דבריו דביתמי יאוש כדי קני לכ"ע מטעם הפקר דבריו סותרים סוגיא דהגוזל ומאכיל גבי זאת אומרת כו' ועוד דוכתי טובי ומ"ש לומר סברא חדשה טעם דיאוש וש"ר קונה דנסתלק מצות השבה אלא דאפ"ה אסור לאחר לזכות שלא להפסיד ללוקח מרפסין איגרי דלפ"ז בטלה לה תורת יאוש וש"ר שהרי יכול לזכות בה וליתן הדמים בעד הכלי וע"כ לא כתב התוס' שם אלא שגנב שני משלם לגנב ראשון אבל כתב בהדיא דכל המחזיק זכה וא"כ ביאוש וש"ר נמי נימא הכי (ועוד דלא דמי להתם כלל דהכא אין כאן פסידא ללוקח דבאמת יתבע מעותיו מהגזלן) ומ"ש דין חדש דבמתנה א"צ דזכה מן ההפקר יש להקשות עליו דא"כ להך מ"ד דקסבר חיוביה דמוכר לאחר יאוש הוא דאהני מעשיו עיין בב"ק דף ס"ח דסברי הכי ר"ש ור"א ולדידהו תיקשי הברייתא דף ע"ט דקתני התם גנב והקדיש כו' גנב ונתן במתנה כו' ואמאי משלם ד' וה' הרי באמת מהפקירא קא זכי לא אהני מעשיו כלום וכן אינך דקתני התם שוים למתנה ועוד יש לדקדק בזה מדוכתי טובי אם לא שתאמר דמש"ה חייביה רחמנא לגזלן הואיל ואינו רוצה לקיים מצות השבה וסילק נפשו ממנה וזה אינו במשמע ועוד תיקשי דבאמת מנ"ל דחייב בכה"ג דילמא דוקא במכרו להדיוט דאין זכותו מן ההפקר הא לא"ה לא. ומ"ש עוד לתרץ קושית הב"ש דבמתנה א"צ להחזיר וקידושין דומה למתנה והוי הפקר כו' תמה אני אם אמרה דהרי

אדרבא כיון שזכתה מן ההפקר פשיטא תיקשי במה מקדשה הלא אין הדבר שלו כלל ואינה אלא זוכה מן ההפקר גם מה שהקשה דילמא נודע לו ע"י עדים מי הוא הגנב לענ"ד אין זה קושיא דסתם גנב מיטמר מאינשי והרי לכך אמרינן סתם גניבה יאוש בעלים ולא אמרינן דאינו מייאש שסובר שיתוודע לו ע"י עדים אע"כ דהא ל"ש כלל א"כ גם אנו אין חוששין לזה ואם באנו לומר גם תירוצו אינו מספיק דשמא בפעם ראשונה נתוודע לו ע"י עדים. ומ"ש אח"כ לפרש דברי הרמב"ם והש"ע כבר כתבתי לעיל ומלבד זה יש כמה קושיות אין להאריך בהם:

ועל כל דבריו כולם יש להקשות דאיך עלה על הדעת לומר דאם הפקיר בשעה שאין יכולת בידו להפקיר ואח"כ הגיע השעה שיכול ההפקר לחול אם הוא חל הגע עצמך כגון שלא היה הדבר ברשותו שאינו יכול להפקיר ואח"כ חזר לרשותו ודאי לא מהני ההפקר של אז וא"ת כל שעתה הוי הפקר דאסח לדעתיה מיניה א"כ א"צ להך דיכול לחזור בתוך ג' ימים תיפוק ליה דבלא"ה יכול לחזור בו כיון דבשעה שהפקיר מקודם לא היה ההפקר חל ומ"ש ומעתה נבא לתורף שאלתו כו' מ"מ הא תוך ג' ימים יכול לחזור בו כו' הנה מבואר מדבריו דלענין גזל דאחרים לחוד קאמר דהרי כתב אח"כ ואע"ג דמ"מ קנתה ביאוש וש"ר אח"כ ולפי זה תמוה דאיך זה יכול לחזור בו כיון שבא ליד האשה וקנתה מן ההפקר ודוקא כשעדיין לא זכה בו אדם הוא דיכול לחזור. גם מה שכתב דבגמרא גבי גזל לא שייך חזרה דהגזלן אנסיה לענ"ד אין חילוק ואדרבא התם שייך טפי לומר כן דהרי אמרינן בש"ס ובח"מ סימן קי"א דמצוין בעלי זרועות ליפול וא"כ צריך לומר דכיון דתיכף קידש אותה וידע הנגזל שעדיין הגזלן איניש אלמא הוא וא"כ בנ"ד נמי כן הוא ול"ש חזרה:

ומ"ש להוכיח דהך דיאוש בעלים לאו ודאי חשיב אלא רוב דאל"כ תיקשי הא דקאמר רבה כו' לפע"ד לק"מ ולדבריו תיקשי יותר דהרי ר"ש סובר חמץ לאחר זמנו מותר בהנאה וא"כ ממון גמור הוא ואפילו לרבא דקניס הכא לא שייך זה דהנגזל אינו עובר על בל יראה ולא שייך לקנוס לגזלן משום זה א"ו דלא קאמר אלא לר"ש דס"ל דבר לגורם ממון כו' למאן דסבר כוותיה בהא חייב לדידן אליבא דהלכתא ואנן באמת ס"ל סתם גזילה לאו יאוש בעלים ועוד דמאן לימא לן דלא מיירי דבאמת בעלים מרדפין אחריו וכה"ג ועוד יש ליישב בכמה גווני אמנם עיקר סברתו אין נלפענ"ד דהנך דאין מתייאשין מיעוטא דמיעוטא נינהו ואין חוששין להם ותדע לך דאל"כ תיקשי מנ"ל לר"א דסתם גניבה יאוש בעלים דילמא אדרבא רובא לא מייאשו ומיעוט מייאשין ואפ"ה אהני מעשיו במכירה דהלוקח מוחזק ואין הולכין בממון אחר הרוב להוציא וכיון דאהני מעשיו חייב אע"כ

דלא כסברתו. ועוד קשה גבי עורות של בעה"ב נימא דסמיך מיעוט לחזקה והוה פלגא ופלגא וספיקא הוי ועוד קשה כן בדוכתי טובא ועוד דלפ"ז קשה היאך קאמר רב דלאחר יאוש קנאו גנב הראשון וגנב שני משלם כו' והא הוי להוציא מן גנב שני שיוכל לטעון פן לא נתיאשו הבעלים ואף אם נאמר דרב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב או דמיירי בידוע שנתיאש מ"מ קשה מאי פריך מהך ברייתא ותו דקתני רישא גנב ובא אחר וגנבו מכדי לאחר יאוש קיימינן כו' ודילמא התם מיירי באין ידוע שנתיאש ולא ס"ל כרב בהא דהולכין בממון אחר הרוב דבלא"ה אתי כתנאי בהמוכר פירות:

דברי זעירא שארו ה"ק אפרים:

שאלה נב

תשובה שניה לבד"ז הרב הנ"ל למאן דזכי והוי לאורייתא כו' ה"ה בד"ז הרב כו' מוהר"ר מרדכי נ"י:

גוף כו' ואכתוב בקצרה שעדיין אחר החילוק בין יאוש בפירוש בלשון יאוש כו' עדיין לא יוסר התלונה מהך דשור הנסקל זכורני כי אז ישבתי את זה על נכון דהא קי"ל דבאומדנא דמוכח דברים שבלב הוי דברים ובנדון דשור הנסקל ידוע לכל שזה הסיח דעתו ממנו לגמרי וסובר שבודאי סקל יסקל מסיח דעתו לגמרי ממנו ובודאי הוא נותן רשות לכל אדם שירצה לזכות בו משא"כ בגזל סתמא בודאי אין היאוש ממנו לגמרי דהרי אמרינן דמדמי לא מייאש אלא דאעפ"כ סתמא הוי יאוש בעלים כווי לחסרון כיס וכה"ג וההוא דשור הנסקל דמי לאבידה ששטפה נהר כו' ויבואר לקמן מזה וכן הוי ההוא דאמרינן בב"ק גבי חמרי' דרב ספרא אדעתיה דארי אפקריה כו' וכן ההיא דמייתי דגיגית נר וקדירה כו' דאנן סהדי דמפקיר להו וזהו באמת דעת רש"י בפסחים דס"ל דהביטול בלב מטעם הפקר ודלא כהר"ן משום דהתם נמי מחשבתו ניכרת שרוצה להפקירו כדי שלא יפשע באיסור חמץ. ובחידושים תמהני על הפ"י בקדושין דף י"ג אהא דאמרינן מדקבילתיה כו' דהא הוי דברים שבלב ובאמת אין זה קושיא דהוי כאומדנא דמוכח כיון שאנו דנין כן מתוך מחשבתה וזה ברור והארכנו שם הרבה:

וגם מ"ש רומפ"מ להשיג בקונטרס ראשון מהך דגילוי מילתא בגיטא זכורני שאמרתי דאגב שיטפיה לא עיין בתוס' ריש השולח ע"ש ומ"ש על מ"ש דהרי מדרב דאמר לא שנו כו' מבואר דדוקא לפני יאוש לגמרי וע"ז כתב דדילמא רב נקט בלישנא אף לר"ש הנה מלבד הדוחק אשר יש בזה דהרי נפיק מיניה חורבא לענין דינא וה"ל למימר ל"ש אלא שלא היה יאוש בפירוש כו' והוה נמי אתי ככולהו תנאי אלא דבלא"ה לפמ"ש דווי לח"כ יאוש סתמא היא גם הא לק"מ דהרי אפילו לר"ש משכחת יאוש סתמא ואכתי איך קאמר

רב ל"ש אלא לפני יאוש. ומ"ש עוד דאכתי קשה מסוגיא דריש הגוזל דדייק זאת אומרת רשות היורש כו' ודלמא מיירי ביאוש בפירוש הנה אדרבא בזה יש מקום לענ"ד מה שתמהו על הרמב"ם מסוגיא זו דס"ל דאע"ג דהי' יאוש וש"ר צריך להחזיר הדמים והכא מוכח להיפוך ולפי הנ"ל י"ל דאם רשות יורש לא כרשות לוקח והוי ככרעא דאבוהן ע"כ צריכין להחזיר הדמים אע"ג דמהפקר זכו אכתי מחויבים לשלם כמבואר במ"ש הפ"י שם לתרץ דברי רש"י שכתב מדלא נקט פטורא באבוהן יעו"ש דמבואר אף אי אבוהן ביאוש כדי קני מ"מ כיון שצריך להחזיר הדמים גם אינהו דהוי כרעא דאבוהן חייבין להחזיר וה"ה הכא אע"פ שכעת יש לי קצת הרהורי דברים בזה מטעם די"ל כיון דאבוהן קני וליכא רק חוב מטלטלי דיתמי לא משעבדי וכן משמע קצת כזה במ"ש הפ"י לקמן בשיטת התוס' ד"ה ר"ח מוקי מ"מ י"ל דרב"ח ס"ל דמתני' סתמא מיירי אף בהניח אחריו אחריות נכסים דאיהו מפרש סיפא בדבר המסוים ואין הפנאי מסכים עמדי לעיין היטב בזה. אבל אי כרשות לוקח דמי ולא הוי כרעא דאבוהן אז ביאוש בפירוש היורשים א"צ להחזיר אפילו הדמים אף בהניח אחריות כו' כיון דלאו כרעא דאבוהן הם ועיין בפ"י מ"ש על דברי התוס' ד"ה קטנים. ואע"פ שאין הדברים ברורים עדיין כי הנני כותב אותם בלא עיון כלל רק לפום ריהטא:

וכ"ז כתבתי לפלפולא בעלמא אבל באמת בלא"ה אין קושיא משם דקשה וליטעמך איכא כמה גווני כגון שמפקירו בפירוש וא"ל דאפילו הפקיר בפירוש לא מהני דדילמא אתי' כצנועין דלדידהו ודאי מהני הפקר וע"כ לומר דא"כ איך קתני סיפא בדבר מסוים חייבין להחזיר כיון דבאמת מהפקירא קא זכו אין צריכין לחוש בזה משום כבוד אבוהן ועוד דאבוהן גופא לא הוה מחויב להחזיר גופא דחפצא רק הדמים וא"כ אינהו פטור לגמרי ועיין בדף צ"ד ועוד יש ליישב בכמה גווני וגם מההוא דהנזקין מבואר להמעיין שם דלק"מ. ומ"ש על מ"ש דדבריו תמוהים דהרי ע"כ עיקר ראייתו של רבה מיאוש שלמ"ד אפילו למאי דקיי"ל כאביי כו' וע"ז כתב ודבריו מרפסין איגרא דתוס' לא כתב כן רק למאי דס"ד דיאוש קונה ואין חילוק בין בהיתרא וע"ז היה קשה להם הלא באבידה גופא לא מהני בתר דאתי לידיה באיסורא והוכחתו לומר דהפלוגתא הוא לענין הממון אבל לענין הכלי שוין דמהני ולבתר דקאמר או דילמא אף ביאוש של"מ לא מהני נגד הכלי גם כן משום דאתי לידיה באיסורא כו' עכ"ל והעתקתי לשונו מפני שתמהתי על מה שהביאו כוונת התוספות מה שלא עלה על לבם דלפי דבריו קשה חדא דאי באבידה גופא מבעיא ליה א"כ הו"ל למיבעיא באבידה גופא של"מ ועוד דמאי קאמר או דילמא לא דמי לאבידה כו' הא אדרבא לאבידה דמיא דהיכא דבאיסורא הדין כמו באבידה דלא

קני (והיכא דבהיתרא כגון ליד הלוקח קני) ועוד דלפ"ז מאי קמבעיא ליה לרבה כלל הרי הדבר פשוט לומר דלא קני באמת אף באבידה ביאוש ש"מ מיאוש מדעת ומדוע נשוה אותם לענין הכלי ולא נחלק בין בהיתר או בין באיסורא אלא עכצ"ל דס"ל להתוס' דהא ברירא ליה לרבה דעכ"פ קנה הכלי וטעמא דהא הא דיאוש ש"מ אסור מסקינן בב"מ דיליף דאל"כ לא איצטריך לאבידה ששטפה נהר רק בכה"ג יאוש בתוס' ד"ה ואיסורא ובפ"י וא"כ אין משם הכרח רק דה"א דצריך להחזיר הדמים ואשמעינן קרא דבאבידה ששטפה לגמרי שרי אלא דאעפ"כ מחלק בין אבידה לגזל כמבואר באורך בקונטרס:

ומ"ש על מ"ש על סברתו שכתב לתרץ קושית התוס' דלכך לא הוי כהפקר כו' משום דנתחייב בהשבה ועל זה הקשיתי היאך יליף מאבידה דשאני התם דהיאוש הוא הפקר גמור ועוד מדוע בדבר שיש בו סימן לא מהני וע"ז כתב דהתם נמי אסור לכל אדם לזכות דכיון דנתחייב בהשבה דאתי לידי באיסורא ולכך אסור כדי שיקיים הגזלן מצות השבה ולכך לא קני ודבריו מתמיהין מאד בזה דהיאך ס"ד לומר דמה"ס לא ליהני הפקר באבידה ומדוע יהא אסור לכל אדם לזכות והתם כתבו התוס' מפני שהיא צריכה להגזלן להפטר מן הנגזל כו' יעו"ש והיינו משום דאף לאחר היאוש עדיין לא נפטר הגזלן דבאמת לא נתיאש אלא מפני אלמותו ולכך צריך לשלם משא"כ מה איכפת למוצא אבידה איהו באמת לא נטלה לגזלה ורשות בעלים עליה ויכול למוכרה ולהקדישה כמו פקדון דנמי נתחייב בהשבתו ועיין באשרי בסוגיא דמסותא במה שהביא מהך דאייתי קרי יעו"ש ומ"ש דלסברת פ"י נמי תיקשי כמו כן דהרי באבידה יכול להפקיר הנה הגאון מופת הדור מוהר"י נ"י דחק עצמו דבאמת רבה כצנועין ס"ל וא"כ שפיר יליף מאבידה ולפ"ז גם קושית התוס' מנתיאשתי א"ש. ועל קושיא השניה דמדוע בדבר שיש בו סימן לא מהני יאוש לא השיב דבר:

דברי שארו נד"ז הק' אפרים

שאלה נג

תשובת דודי מ"ו הגאון המפורסם מוה' סענדר ז"ל על תשובתינו ותשובת הגאון מפראג ז"ל:

פתח דברי הגאון נ"י לפרש דברי הרמב"ם דבעינן נודע קודם קדושין דאל"ה הוי מקדש בלא עדים לא כן אנכי עמדי דעד כאן לא מצינו למור"ם מרוטנבורג רק בספק קרוב לו או לה שלא נתברר כלל לעולם אבל כל שמדדו אח"כ ומצאו קרוב לה ודאי הוי קדושין דאיגלאי מלתא למפרע דקרוב לה היה ומה בכך שטעו העדים בשעת מעשה כיון שאח"כ נתגלה הדבר ויודעים בבירור שקדשה תדע דהרי עיקרא דמלתא דבעינן עדים לקדושין

משום דילפינן דבר דבר מממון כשחב לאחרים ובממון ודאי דמהני גילוי מלתא למפרע ומנ"ל להקל בקדושין יותר מממון וגם לעשות פלוגתא רחוקה בין הר"מ מרוטנבורג ובין הרשב"א ור"ח דס"ל דאפילו בס' קרוב לו ולה הוי ס' קדושין עיין בחידושי רשב"א ביבמות דף ל"א ויותר מזה פלא בעיני לפי מה שמחלק עוד דאם לא ידעו העדים שהוא גזול הוי קדושין אתמהה אטו במחשבת העדים תליא מלתא זה לא נראה ולא נשמע מעולם ומה לנו למחשבת וטעות העדים ויש לי להביא קצת ראיות דהיכא דנתברר הדבר הוי קדושין למפרע חדא מהאי סרסי' דקידש בפרמוז' דשכרא ומבואר ברש"י דאי לאו משום כסופא הוי מקודשת למפרע אף קודם שבא הבעל הבית היתה בתורת גזילה והנה עיקר ראיית מוהר"ם דבספק קרוב לו ולה לא הוי קדושין משום לשון רש"י שפירש א' אומר קרוב לו ולא פירש שהכת עצמם מסופקים ומכאן מוכח דרש"י גופיה סובר דמקודשת למפרע ואף דבריטב"א מבואר דבלא"ה מקודשת מכאן ולהבא אמנם מרש"י מוכח דאינו כן כמ"ש הב"ש בעצמו ועוד דלשיטת רש"י ע"כ ליכא למימר דקאי אמכאן ולהבא וכמבואר בהדיא בב"ש סימן ל"א ס"ק א' וגם בלא"ה קשיא דמכאן ולהבא הוי שתיקה דלאחר מתן מעות ואף אי אמרה הן צריך לחזור ולקדש מחדש כמ"ש הט"ז והשיג על הש"ג ואף שהב"ש חולק בסימן כ"א ס"ק בין פירש הרא"ש והר"ן אמנם המעיין בתו' רי"ד יראה דפי' כהר"ן ואפ"ה כתב בפירוש שצריך לחזור ולומר התקדשי לי ולענ"ד הדבר ברור שכן הוא דעת הרמב"ם וכאשר אבאר דהנה הב"ש הקשה איך אפשר לומר דמקודשת למפרע הא ס"ל גבי יאוש דלא אמרינן כי היכי דאתייאש השתא אתייאש למפרע ולענ"ד באמת לק"מ דלא מיבעיא לדעת הש"ך סימן שנ"ח שהביא הגאון נ"י דלק"מ אלא אפילו בלא"ה לק"מ דאטו אנן אמרינן דודאי לא ניחא ליה מעיקרא אנן הכי קאמרינן דאין ראיה ממה דניחא לה השתא דילמא מעיקרא לא ניחא ליה וא"כ פשוט אי לאו משום כיסופא ע"כ הוי ספק קדושין דילמא כיון דחזינן דהשתא ניחא ליה דילמא גם מעיקרא הוי ניחא ליה לכן קאמרינן דמשום כיסופא קאמר וגם השתא לא ניחא ליה ובזה מיושב היטב מה שכתב הרמב"ם באותו בבא ואם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו מקודשת מספק שנדחקו האחרונים בזה הספק וגם תימה דאיך דין זה שייך לכאן ויותר תימה שכתב ואם כאלו הוי סיפא דרישא וגם אין דרכו של הרמב"ם לכתוב דין מדעתו שלא נמצא בפירוש בגמרא וירושלמי ותוספתא שהרי לא כתבו נושאי כליו מראה מקום על דין זה אבל האמת הברור דקאי אדלעיל מיניה ולא מוסיף על ענין ראשון דאם אמר כלך אצל יפות היכא דקידשה בדבר שאינו מקפי' עליו בעה"ב א"כ ודאי לא תלינן בכיסופא כיון דאין דרך להקפיד אלא ודאי קאמר ובאמת אינו מקפיד גם

הוא ולכך מקודשת מס' דשמא גם מתחילה לא היה מקפיד ובזה מיושב מה שהקשה הגאון מפראג נ"י דמה בכך שאינו מקפיד אכתי במה זכה ולפי מ"ש א"ש וזה ברור ומ"ש הוא דקני ביאוש לכאורה י"ל דהוי שלא מדעת ויש ליישב אבל מה שכתב עוד לקמן שם דבעינן שינוי רשות וא"כ לא קני ביאוש לחודא מאחר דבהיתרא אתי לידיה אני תמה מאד אי מיקרי בהיתרא אתי לידיה מאחר שאינו מקפיד ודאי דקני ביאוש לחוד מדאורייתא כמוצא אבידה כמבואר להדיא בב"ק דף ס"ו דרבה אינו מחלק בין אבידה לגזל רק מטעם דבגזל באיסורא אתי לידיה נחזור לענינינו דעכ"פ מבואר דאי לאו מטעם כיסופא הוי מקודשת למפרע ולא אמרינן דהוי מקדש בלא עדים:

עוד נ"ל להביא ראיה מקידשה אביה בתוך ו"ח דמשמע מרש"י דהוי קידושי ספק וכן פסק בש"ע וגם משמע אילו נודע אח"כ בבירור שהיו הסימנים מבואר היו קדושי האחרונים קדושי ודאי ולא אמרינן דתוך ו"ח בחזקת קטנה והוי קדושין בלא עדים דהעדים היו סוברים שהיה קטנה עדיין:

עוד יש להביא ראיה מהא דכתב רש"י דאם בדקנוה ואמרה שחפצה בקדושין לרבי מעשר והקדש. דהוי קידושין דמשמע למפרע וכדכתיבנא למעלה וגם הרב עצמו בהשיגו עליו מוכרח שהביא כן:

עוד יש להביא ראיה מהא דפסק הרמב"ם קידשה בחצר של שניהם מדעת מקודשת מספק וכתב המ"מ הטעם משום דחיישינן שמא השאיל לה מקום ונראה מדבריו דהספק הוא אם השאיל או לא השאיל והדין עמו אף דבב"ש משמע קצת דהספק הוא די"ל דדחי' בעלמא קאמרה וכן פירש הר"ן אמנם ברמב"ם א"א לפרש כן דהרי כתב מדעתה אף שידוע שהוא מדעתה כגון שאמרה תחלה הנח בחצר השותפין ואתקדש עיין בח"מ ובב"ש סי' למ"ד ס"ק י"ג וכן משמע סוף לשון הרמב"ם שכתב ואפילו אמרה ודוק אלא ע"כ דהספק הוא אם הן אם לאו וא"כ בזה ממש כספק קרוב לו אע"כ דהרמב"ם לא סבירא ליה כמוהר"ם מרוטנבורג ומ"ש הב"ש פחות מש"פ צריך יישוב במ"ש דהספק הוא לעדים ואכמ"ל ובאמת על כל הספיקות והאבעיות פירש הפני יהושע דלשיטת מוהר"ם מרוטנבורג הוי מקדש במקום עדים והנה ידעתי כי שערי תירוצים לא ננעלו כי יש מקום לדחות ולחלק בין ספק אם הגיע הממון לידה או ספיקא דדינא או ספק קטנה ויתר הספיקות או דנוכל למוקמי דהעדים לא ידעו מזה אבל האמת הברור כמ"ש למעלה דגם מוהר"ם מרוטנבורג מודה היכא דנתברר או שיכול להתברר ונתברר דהוי קדושין ואם לא יכול להתברר הוי ס' קדושין וזה ברור בעיני כשמש אף שראיתי להמבי"ט שהפריז על המדה וכתב דאף בהיה פני הכלה מכוסין בשעת קדושין ואח"כ הכירוה העדים

דלא הוי קדושין אבל ג"כ לא הביא שום ראיה לדבריו ואין דבריו נראין וראיתי לבאר היטיב שהביא הרדב"ז שחלק עליו באמת ואינו תירוץ אבל אני תמה על כולכם שלענ"ד נראה דברי הרמב"ם פשוטים מאד במ"ש ונודע שקנה הוא משום המקדש והמתקדש דאל"ה יכולין לומר משטים היינו ולשחוק נתכוונו כיון שידענו שהוא גזל של אחרים ואין מקדשין בגזל ולענין יאוש השתא ס"ל סתם גזילה לא הוי יאוש וזה פשוט מאוד:

בענין מה שהשיג דאינו יכול להפקיר יפה השיג דאף דיכול ליתן לו במתנה או למחול מ"מ להפקיר לכל העולם אינו יכול מאחר דאינו ברשותו:

מה שתמה על התוס' דאי מטעם הפקר תקשה היאך יכול להפקיר והביא ממרחק לחמו תמהני הלא ממקומו הוא מוכרע דאי יאוש קונה דאורייתא א"כ תקשי ליה מהקדש כמבואר לקמן דף ס"ח וצ"ל דסבירא ליה כצנועין כמבואר וא"ל דאף דאתי כצנועין מכל מקום הוא לא סבר כן דז"א דהרי איכא עוד סתמא ואיכא תרי סתמי:

מ"ש דלא מצא לשון נתייאשתי תמוה הלא הוא גמרא ערוכה פעמים ושלש:

ומ"ש בפירוש הגמרא דגם ר"י סבר לא ניחא ליה והאריך בזה אין דבריו ברורין לענ"ד כאשר אבאר ותחלה אני אומר דלשון הגמרא בהא דאשה אינה מתקדשת ומכ"ש המדקדק בלשון רש"י יראה לעיין שפירש היפך פירושו ואיך יתכן שהב"ש יפרש פירוש אחר מדעתו ולא יביא שום רמז גם הדין שכתב דאף ע"ג דהקדושין היו בטעות כיון דבאמת אעפ"כ נתחלל ניחא לה ומקודשת מבואר בתוס' רי"ד להיפך ולא מצינו עליו חולק בזה ומלבד כל הנ"ל לא יתכנו דבריו כאשר אבאר דהנה הדבר ברור שא"א לומר גזירת הכתוב רק מצד הכרח אבל כל שאינו מוכרח לומר שהוא גזירת הכתוב אין אנו יכולין לומר גזירת הכתוב והנה גם הוא מודה דבאמת המקח קיים וקדושיה קדושין א"כ מנ"ל לומר דאף אם לא הוו הקדושין קיימים אעפ"כ יצא המעות לחולין כיון דבאמת הקדושין קיימים ומקח קיים דילמא הגזירת הכתוב עצמו הוא שיהא המקח קיים כדמשמע פשטא לישנא דקרא אין מעילה אלא לשון שינוי דהיינו שינוי רשות כמבואר במעילה דף י"ח וכמו שבאמת כתב הפני יהושע דהגזירת הכתוב שיהא המקח קיים וכמבואר ברש"י אשה אינה מקודשת מעות איך יצאו לחולין אבל עדיין מוכרח דברי הב"ש דכאן אינו רק גזירת הכתוב אבל אחר העיון גם זה אינו דאי ס"ד דטעמא דר"י הוא רק מטעם גזירת הכתוב א"כ תקשה הא תינח לגבי מוכר אבל גבי לוקח מנ"ל דגזירת הכתוב דלמא קרא איירי דלוקח הוא מזיק והמוכר הוא שוגג או שבדקו ללוקח ואינו מקפיד וא"כ אמאי קידש כיון דאיהי לא ניחא לה אע"כ דטעמא דר"י לאו מגזירת הכתוב רק מצד הסברא דלא אמרינן איהי לא ניחא לה אבל באמת דיש הכרח אחר עכ"פ דנג'

המוכר ודאי גזירת הכתוב דאי ס"ל מצד הסברא תקשה ממ"נ לא משכחת קרבן מעילה אליבא דר"י דאי לא ניחא ליה א"כ לא יצא לחולין ואינו חייב קרבן מעילה ואי ניחא ליה אף אם היה מזיק א"כ אינו שב מידיעתו ואינו מביא קרבן על שגגתו והסברא זו מוכרחת דאלת"ה מאי מקשה לר"מ מהא דחנוני מעל וגם הא דאמרינן אין מעילה לר"מ אלא באוכל הא משכחת ליה בבדקנוהו ואמר דניחא ליה ותחלה היה שוגג אלא ודאי דא"כ אינו שב מידיעתו (וצ"ע במשנה למלך הלכות שגגות שדעתו נוטה דגם לענין שב מידיעתו בפעם א' מביא קרבן יעו"ש) וא"ל דא"כ ממילא מוכרח דגם לענין לוקח הוא גזירת הכתוב דאי ס"ד דסבירא ליה גבי לוקח דניחא א"כ כ"ש מוכח דניחא כמבואר בגמרא איהו ניחא ליה דנקני אתתא ממילא זהו טעות גמור דודאי אין הכוונה דוודאי ניחא דלמעול בהקדש כדי לקדש אשה או לקנות חפץ ח"ו לא נחשדו ישראל רק כוונתו דבשביל ניחא במזיד לא הוי אומר ר"מ דלא קידש דאולי ניחא ליה לפעמים והוי ספק מקודשת וגם זה בעצמו הכרח לומר שהוא גזירת הכתוב דמסתמא ודאי לא ניחא ליה ואפ"ה חייב קרבן מעילה רק דר"מ ס"ל דלא קידש דאיהי לעולם לא ניחא ור"י סבר דגבי דידיה הוא גזירת הכתוב ע"ז ודברים אלו ברורים בס"ד. ואני חדשתי בשמועה ענין על קושית תוס' על רש"י שפירש דקדושין לא חיילי עד ירושלים מהא דבכורות דמשמע דהקדושין חיילי בגבולין ולזאת פירשו התוס' באמת דהקדושין חיילי בגבולין והב"ש הקשה בסימן ל"א סק"ו דאם הקדושין שוין ש"פ במקום אחר אינה מקודשת מדאורייתא דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וא"כ אמאי מקודשת כאן בגבולין ובבכורות משמע שהוא דאוריי' ולענ"ד לק"מ דהנה התוס' כתבו בריש קדושין הא דאין קדושין בפחות מש"פ משום דאין דבר חשוב לקנות על ידו שום קנין ולא גרסי' מקני' נפשה והנה זה שייך דוקא היכא דבאמת אינו ש"פ ואינו דבר חשוב אבל המעשר הזה ודאי שוה כמה וכמה פרוטות שהרי הלוקח יתן עבורו כמה פרוטות רק שהמעות שיהיה ת"י המוכר יתפסו בקדושת מעשר ולא יהנה ממנו עד ירושלים ומה לנו להמעות שביד המוכר או עכ"פ הפירות דבר חשוב וש"פ וראוי לקנות על ידו ממילא הקדושין קיימים ונתינה ודאי מקרי כיון שנתן לה דבר שיכולה להעלותן לירושלים ולהנות ממנו וגם יכול להיות דגם בכאן עכ"פ שוה פחות פרוטה שאין פחות מש"פ נתפס בקדושת פדיון אמנם רש"י פי' שם הטעם דגנאי הוא לאשה למקני נפשה בפחות מש"פ וכבר כתבתי שם דגם רש"י מודה דאין קונין בפחות מש"פ משום דאינו דבר חשוב רק דכוונת רש"י ליתן טעם על חליפין בכלי דחשיב אף דאינו ש"פ וכן מבואר בר"ן ולפ"ז איכא טעמא אחרינא בשיטת רש"י דאין אשה מתקדשת בפחות מש"פ משום דגנאי לאשה אבל לטעם זה מהני פשטה

ידה וקבלה כמבואר בתוספ' שם וא"כ לק"מ קושית התוספת דבכורות מקשה ממזי' דפשטה ידה וקבלה ודאי מהני אבל הכא כתב רש"י לענין שוגג ליכא למימר פשטה ידה ודוק ועיין בב"ש בעצמו שם סימן ל"א סק"ו וכל זה הוא כפתור ופרח:

גם מ"ש הגאון על מה שכתבתם דטעמא דיאוש ושינוי רשות הוא משום דבהיתרה אתי לידיה שלא נמצא בשום קדמון הנה כן מבואר בתשובת הרשב"א סימן תתקס"ח ועיין שם. ומ"ש בדברי המרדכי אם בא להחזיר מחזיר לבעלים הראשונים והוא ממש לשון הגמרא ומ"ש בכוונתו לענ"ד אין נכון דאיך ס"ד להיות קנוי להגזלן אם אין הלוקח רוצה לקנותו וליכא שינוי רשות כלל אבל אני אומר דהכוונה אף דהוי ממדת חסידות ואינו רוצה בשל אחרים אף על פי כן כיון שאומר שלא היה דעתו מתחלה לקנות של אחרים ממילא מחויב הוא מן הדין להחזיר לבעלים הראשונים ואם לא החזירו מחוייב לשלם להם משום השבת אבידה כמבואר בש"ע סימן שמ"ח סעיף ז' וסעיף ח' ודוק היטיב אבל אין ראיה מכאן לקידושין דאיכא למימר דמסתמא ניחא לה:

ולענין אם יש חילוק בין ישראל לא"י האריך לפלפל והיות לענ"ד בחנם השיג הש"ך על הטור ויש מקום להצילו מכל קושיות הש"ך אמרתי לבאר לך דהנה מיבעיא לן אי רבי כגזלן דר"ש או דרבנן ובעי למפשט ממתניתין ומתרומה וקשיא לכאורה אמאי לא קאמר דלעולם ליכא למפשט דאיכא למימר דמיירי בידוע וצ"ל דוודאי דוחק לאוקמא מתניתין בידוע כיון דקתני מפני שנתייאשו הבעלים ויותר נכון למפשט האיבעיא מלאוקמא בידוע והא דבעי לאוקמא לעיל בידוע היינו משום דאכתי לא ידעינן משום אוקימתא לשנויי מתניתין וא"כ ע"כ מוכרח הגמרא בלסטים מזויין מלאוקמא בידוע והנה הש"ך הקשה דמאי מקשה הגמרא ארבה ממתני' דלמא מתניתין דעורות מיירי בא"י ומתניתין דהכא בישראל וכן הקשה הרב מפראג דלמה ליה לעולם לאוקמא בידוע הא שפיר מצינו לאוקמא מתניתין דהכא ודתרומה בישראל ולענ"ד פשוט ליישב דלפי ס"ד דהמקשן דלא הוי ידע בלסטים מזויין ע"כ אצטריך לאוקמא בידוע דאל"ה תקשה רישא לסיפא ונצטרך לומר רישא בישראל וסיפא בא"י א"כ תקשה סיפ' אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב וזה ברור מאוד אבל אי מוקמינן בידוע לא קשיא רישא לסיפא אבל לפי האמת דמוקמינן לרבה בלסטים מזויין ואליבא דר"ש א"כ אין צורך לדחוק לעולם לאוקמא בידוע דמצינן שפיר למימר דמתניתין דעורות מיירי בעכו"ם וסיפא דמתניתין לא קשיא דמוקמינן לה בלסטים מזויין וכן המקשן שהקשה מתרומה לא אסיק אדעתיה דסתם לסטים היינו מזויין ואם כן ע"כ מתניתין דהכא בידוע אם כן ע"כ גם תרומה מיירי בידוע כי היכי דלא תיקשי ממתניתין דהכא אדהתם ולפי מ"ש נמצא אליבא דאמת אתי' מתניתין דהכא

כרבנן ולא מיירי בידוע ורישא בישראל וסיפא בעכו"ם ומתניתין דעורות מיירי בעכו"ם אבל לרבה ק מתניתין דהכא כר"ש אם כן ע"כ צ"ל דמתני' דעורות מיירי בישראל ודוק היטב דאל"ה תקשה סיפא ועתה אבוא לבאר ההכרח שהביא להטור לפרש כן בדעת אביו הרא"ש דהוה קשיא ליה דשינה לשון הרי"ף שלא הביא הרישא דמתני' והרא"ש הביאו אע"כ דהרי"ף ס"ל דמתניתין מיירי בידוע ולכך לא הביא רישא דמתניתין דחדא הוא עם הסיפא אבל להרא"ש ס"ל דרישא לא מיירי בידוע רק בישראל וסיפא מיירי בעכו"ם כמו שהביא דברי רב אסי וע"כ צ"ל משום דס"ל דאליבא דאמת לעולם לסטים היינו לסטים מזויין ומתניתין דעורות בעכו"ם והיינו ממש כדעת הטור ועתה אבוא ליישב כן קושית הש"ך והרב מפראג דהנה מה שהקשה הרב מפראג ממה שהביא הרא"ש ראיה דלית הלכתא כרבה דאל"כ לא משכחת אליבא דרבנן יאוש והקשה דהרי משכחת לה בישראל והנה מ"ש הרב מפראג ליישב ע"פ סברת הש"ך וסברתו לא שמיע' בוודאי גם לרבה איכא לחלק בין עכו"ם לישראל דהרי טעמא דרבה דאינו מייאש בלב שלם וא"כ יש לחלק בין עכו"ם לישראל אבל לפי מ"ש בלא"ה לק"מ דהרא"ש ה"ק לרבה הדבר מוכרח דמתניתין דעורות איירי בישראל כמ"ש למעלה ואם כן לא משכח ר"ש יאוש בגזלן אליבא דרבנן ודוק היטב:

ובזה מיושב גם כן מ"ש הרב מפראג דמה מקשה מתרומה ארבה ומ"ש הש"ך דהאיך מצינן לאוקמא מתניתין דעורות בעכו"ם דהרי לענין טומאה פליגי הוא תמוה דאטו יש חילוק בין ישראל לעכו"ם בענין זה. ומ"ש עוד האיך בעי למפשט דגזלן דרבי היינו גזלן דר"ש וכו' במהני דאף לפי שיטתיה אין כאן ראיה דהרי הפשיטות דגוזל ומאכיל מבואר בגמרא א"ל רב אשי לרבה ולרבה כתב בעצמו דאין חילוק אבל גם לשיטתו אין ראיה כלל מכל הפשיטות דהנה מגוזל ומאכיל אין ראיה שכבר כתבתי דלרבה מוכרח דמתניתין דעורות מיירי בישראל וממאי דבעי למפשט ממתני' דהכא ודתרומה אין ראיה כלל דלרבה כבר כתבתי דאין ראיה ולעולם גם כן אין ראיה דכיון דלא מוקמת ליה בידוע רק כרבי צ"ל דרישא בישראל וסיפא בעכו"ם כי היכי דלא תיקשי רישא לסיפא ואם כן אי מוקמת מתניתין בעכו"ם ע"כ רבי כגזלן דרבנן קאמר כי היכי דלא תיקשי סיפא ואי מוקמת מתניתין דעורות בישראל ע"כ רבי כגזלן דר"ש קאמר כי היכי דלא תיקשי רישא ולענין דינא ליכא שום נ"מ דוק ותשכח וא"כ אין צורך לדחוק ולאוקמא מתניתין דעורות בעכו"ם ופליג עם רבה דהרי בפשיטות מצינו לאוקמא בישראל ורבי כגזלן דר"ש קאמר כיון דליכא שום נ"מ לענין דינא ודוק היטב ומאי דפשיט מתרומה נמי לק"מ לפי מ"ש ודו"ק:

ומה שהקשה הש"ך מהאי דסוכה אין ראיה דמצינן לפרש קמ"ל דלאו כדידיה דמי משום דיאוש כדי לא קני אבל לרבה וודאי קשיא. והנה ת"ל עלה בידינו דברי הטור בדעת הרא"ש כהוגן והוא כפו"פ:

ומה שהאריך עוד לפלפל דנשאל לנגזל הנה בדין ע"א בדבר שבערוה הארכתי לבאר דאפי' היכא דלא אתחזק לא איסורא ולא היתרא אינו נאמן אבל הכא הוי קצת אתחזק היתרא אבל מ"ש לומר דאתרע החזקה מסתם גזילה יאוש בעלים הוי כרובה דעדיף מחזקה אמנם זולת זה לכאורה היה מקום לתמוה דלדעתי פשוט אף אם עד אחד היה מעיד דלא נתייאש לא מהימן כיון דעיקר העדות על הממון ומזה נמשכו הקידושין וכיון דאינו נאמן על הממון ממילא הקידושין בחזקת האשה והם קיימים ואף ע"ג דהאשה רוצית להחזיר הקידושין מה בכך הוא מתנה בעלמא אבל העד אינו נאמן להוציא הממון מחזקת האשה והגע בעצמך ע"א המעיד שחפץ זה גזול הוא ואחר כך קידש בו אשה וודאי דמקודשת אמנם לשיטתו דס"ל דאם האשה אינה רוצית לא הוי קידושין רק אי יאוש לחוד קני לחומרא אם כן אין אנו דנין רק על היאוש שביד המקדש לענין קידושין ובזה שפיר קאמר. והואיל והנוסע לחוץ קצרתי ולא כתבתי יותר:

דברי הק' אלכסנדר סענדר מרגליות מבראד:

שאלה נד

שאלה זו נשאלה מלפני כבוד הדרת. ש"ב הרב הגאון הגדול מופת הדור מוה' שמואל אב"ד דק"ק טארניפאל והקרייז יע"א והגאון נ"י כתב שכבר דקו רבנן הא מילתא גדולים חקרי לב וברוחב בינתו העמיק בזה הענין בחריפות ובקיאות ובהסכמה עלה שלכתחלה יש לכוף להאיש הבליעל הזה לגרשה ואם לא יחפוץ האיש איתתא שרי בלא גט ומאשר יקרתי נכבדתי בשלחו לידי תשובתו הרמתה לשים עיני עליו ולחוות דעי גם אני:

וז"ל השאלה מעשה אירע בק"ק זוקיב שנער א' הוציא קול שקידש בתולה א' ואדון העיר קרא להעדים והעידו בפניו ע"פ שבועה כמנהגם ואח"ז נתגלגל הדבר ובא לפני ב"ד של ישראל והיה הכחשה בין העדים דהיינו שע"א מעיד שהיה המעשה ביום ב' בחודש אדר והיה אז יומא דשוקא הנקרא יריד בקהלתם לפני הפורים בשנה זו ולא היה יריד אחר קודם פורים אחר יריד שהיה המעשה וא"י כמה ימים בחודש היה המעשה רק אמר אני יודע שהיה ביריד קודם פורים ועד השני אמר שאינו יודע החדש שהיה או סוף שבט או אדר ובאיזה יום ג"כ א"י רק אני יודע שהיה ביריד קודם פורים עש איז ניט גיווען באותו שבוע וואש פורים איז גווען וידוע לכל אנשי העיר שיריד הנ"ל לא היה ביום ב' רק ביום ה' גם העידו שני אנשים כשרים על ע"א מב' עדי קידושין הנ"ל שפעם א'

היה על חתונה וע"א היה שמה ג"כ ונגנב פארטשיילא חדשה לא' מהם וצווח האיש והכריזו בקהל בחרם ולא אמר כלום ואח"ז נתוודע הדבר שא' מהעדים הנ"ל גנב אותה וצוה הפ"ח שיחזיר הגניבה ולא הודה העד הנ"ל רק אח"כ אחר כפיית המנהיגים החזיר הפארטשיילא והעד התנצל שהודה קודם לפני הבע"ד רק שרצה שיתן לו שני זהו' ושאל השואל אם יש איזה חשש בקידושין אלו או לא והבתולה אשר הם אומרים שקידשה מכחשת העדים ע"כ השאלה כפי אשר העתקה ש"ב הגאון נ"י:

תשובה אם אמנם המשכילים יזהירו. על מי שאינו יודע בטיב גיטין וקדושין לא יהא לו עסק עמהם ושפתיו אחור יזורו כאשר חכמים הגידו ומבין שורתם יצהירו. בפרקא דקידושין פתח דבריהם יאירו. לפתוח ראשון. כי עריות מדור המבול קשין ומזקנים אתבונן. כי יתחמץ לבבם וכליות' ישתונן. בבואם אל בית הנשים. עתים חשים. ושמעתי שפורשים. במקום שיש אנשים וכתובה לא בעו. אף כי חכמים המה ולהיטב לא ידעו. לא ערבה נפשם לגשת. להתיר חבלים וצירים מעשה רשת. מדאגה מדבר פן יראו התלמידים שאינם בני תורה. וירומו ראש להקל בדבר ערוה החמורה. מתוך חומר בלי צורה. זה דרכם מעולם. עדיים לבלום וישמחו כי ישתוקו ועזבו לאחרים אשר דעתם יפה. להמציא מזור ותרופה ונתתי בלבבי מורך. כי אנכי היום רך. ואם לפני גדולים חקרי לב כך עלתה במחשבה. אני אנה אני בא. ושאני מר שמואל דרב גוברין ופקיע שמיה כרב נחמן בדרי'. הן יסגור ויפתח בדורו כשמואל בדורו ואנן מה נעני אבתרי'. ואמרתי דבר וחזרתי כי אמרתי. הנה דבר זה יפתח ברבוותא. וכל דאתי אדעתה דידהו אתי והם אמרו דבעו רבנן עלה דמילתא. ובטלוהו ואמרו דהא בקידושין ליתא. ומר שארי דורש כמין חומר. וגזר אומר על המקדש לכוף כאגמון ראשו. ותקצר נפשו. לפוטרה בנימוס וחוקה. ולא יהא לו זאת לפוקה. זאת ועוד אחרת. ואם באלה לא יווסר אז יורה יתיר וכ' לה ספר הרי את מותרת. דהנך קידושי לית בהו מששא. ואנא אתינא לאימשוכי בתרייהו ולמילף מחידושא שחידשו בה רבנן דברים. מפנינים יקרים:

וזה החלי בעזה"י. דין זה יפרד והיה לשלשה ראשים הראש האחד יפנה אם יש מקום לבטל העדות שהעידו על הקידושין מחמת שהם מוכחשין בחקירות שהא' אומר שהיה ביום ב' וביריד והוא מוכחש בעדותו מפי בני העיר שהכל יודעים שלא היה רק ביום ה' והשני שאומר ביריד סתם ואינו אומר באיזה יום הוי כאומר ביום ה' וק"ל בש"ע ח"מ סימן ל' דאע"ג דק"ל דד"מ א"צ דו"ח מ"מ אם נחקרה עדותן והוכחשו בחקירות עדותן בטילה וא"כ אפילו תימא דקידושין לדיני ממונות דמי דלכתחילה לא בעי דו"ח יש לבטל הקידושין. ואע"פ שהש"ך שם הביא דעת הרמב"ן סימן מ"ג שהשיב לרבני

רעגנשפורג דאף הכחשה בחקירות כשר בד"מ כבר כתב בזה ש"ב הגאון נ"י דיחידאה הוא וכל הפוסקים פסקו דלא כוותי' כמ"ש הש"ך שם ובסי' ל"ג וגם הביא ראיה מהש"ס דלא כהרמב"ן ז"ל מהא דמוקמינן הא בריש פ' אד"מ בדרישה וחקירה בדין מרומה וזה ניחא אי אמרינן דאם מכחישין בחקירות פסול שיש שפיר להוציא לדין לאמיתו אבל אי אמרינן דאפילו יוכחשו בחקירות כשר מאי שייך להוציא הדין כו' ואני תמה על שכתב הגאון נ"י בראי' זו דהא באמת הוא דבעינן חקירות כדי שנוכל לקיים בהם דין הזמה אם יזומו אלא דבד"מ משום שלא תנעול דלת עקרו רבנן לדו"ח והעמד עדים אלו על חזקתן שכשרים הם ולא ימצא עליהם עידי הזמה משא"כ בדין מרומה אז צריכין דו"ח שקרוב הדבר שימצא עידי הזמה וכשלא יחקור אותם לא יהא יכול להזימם וכה"ג אמרי' בכריתות דף ך"ד גבי עידי שור הנסקל שהוזמו כו' מסתברא היכא דאמר שורך נרבע אבל אם אמר אתה רבעת לא מפקיר דמימר אמר טרחנא ומייתינא עדים ע"ש. וה"נ בדין מרומה אז יש לחקור אותם כדי שאם יבואו עידי הזמה יוכלו להזימם משא"כ כשאין הדין מרומה לא חששו לעידי הזמה דלא שכיח ואף לפמ"ש הטעם דבעי דו"ח בדין מרומה כדי להוציא הדין לאמיתו נמי א"ש דמחמת החקירות י"ל שיודו ויחזרו בהם וא"ל דא"כ ישאלו להם בדיקות ז"א דבחקירות שפיר יחושו לעצמם מדאגה בדבר פן יוזמו וכמ"ש רש"י בב"ק דף ע"ה ע"ב ה"מ היכא דאמרי לא ידענא באיזה יום כו' דליכא למימר להכי עבדי דמסתפי דלא ליתו סהדי דלזמנהו כו' משא"כ בבדיקות שאין הזמה תליא בהם כלל:

ועוד נלפע"ד ברור כיון שטעם הרמב"ן כ' הש"ך בשמו דס"ל דלא קי"ל כר"י דאמר המכחישין בבדיקות כשרה דמשמע הא בחקירות פסולה כיון דקי"ל דד"מ לא בעי דו"ח הלכך אף אם הוכחשו בחקירות כשרה וע"כ דסבירא ליה דגם בזה שייך נעילת דלת אם נפסל העדות כשמכחישין זא"ז בחקירות ולפי"ז בדין מרומה שלא חששו לנעילת דלת ואוקמי אדינא דאורייתא להצריך דו"ח ממילא חזר הדין דבדין מרומה אם מוכחשין בחקירות פסולה ואף הרמב"ן מודה בזה דמלתא דמסתבר הוא כיון שנראה להב"ד שהדין מרומה וגם לא כיוונו דבריהם בחקירות פשיטא דבכה"ג לא תקנו לעקור ד"ת דמן התורה עדים שהוכחשו בחקירות פסולה ולפמ"ש הריב"ש שדו"ח שבדין מרומה היינו שצריך לחקור בו כל מה דאפשר וכן כ' הרמ"א בסימן ט"ו פשיטא דלק"מ דהנך חקירות שבדין מרומה אינו ענין לחקירות דאיזה יום אלא כההיא דסוף יבמות לא כך אמרת לי אריה דמכפר שיחין כו' והיינו שעל מה שחושש שיש בו רמאות הוא חוקרו פן יוכחש בדברי עצמו וכה"ג אין זה ענין להכחשת חקירות דאיזה יום. ואמנם באמת הך דהריב"ש לאו

דכ"ע הוא ורוב הפוסקים חולקים עליו וכמ"ש בשו"ת הגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי סי' ה' ולקמן אבאר אי"ה בזה:

ואמנם באמת מ"ש הש"ך שהרמב"ן סימן מ"ג בתשובה כתב כן עמדתי משתומם על המראה שהרי הרמב"ן כל יומא שמעתתיה מרגלא בפומייהו דהרשב"א והריטב"א והר"ן והריב"ש ובכל יום הם מחבבין את דבריו ואיך לא הזכירו דעתו כלל אף אם היה לבבם פונה שלא לפסוק כמותו מה זו שתיקה שלא להזכיר דעתו כלל ועיינתי בשו"ת הרמב"ן ולא מצאתי שם כלל מזה ופקחתי את עיני וראיתי שט"ס נפל בש"ך ובמקום הרמב"ן צ"ל והראב"ן שכן הוא שם להדיא שהשיב כן לרבני רעגינשפורג וכתב שם שחכמי רעגינשפורג הסכימו לדבריו וכתבו שנראין דבריו בעיניהם יעו"ש באורך וכן בס' התרומות (הביאו ב"י סימן ל' בקצרה) שער כ"ט ח"ד כ' שי"א דאף בחקירות כשר והא דנקט בדיקות משום דקי"ל שא"צ דו"ח בדיני הודאות והלוואות (ר"ל דחקירות דד"מ בדיקות קרי ליה כיון דקי"ל שא"צ דו"ח גם החקירות בכלל בדיקות הם) וכתב שם שיש מי שחולק ואומר דלא מצטרפי וזה דעת הר"מ בס' שופטים וכו' וראיתי שחכמי לוני' הכריעו דלא מצרפי ולא מטעמ' דידיה דודאי מתחזי דאפילו בחקירות אם אין מכחישין זה לזה כגון זה אומר בשנים בחודש ראינו אני ואתה שלוה פ' מפ' מנה וזה אומר בחמשה לחדש ראינו אני ואתה שלוה פ' מפ' מנה אע"ג דלא מצטרפי בד"נ מצטרפי בד"מ דתרווייהו מודו דמנה הלוהו אבל הכא דמכחישין זא"ז דלאו בא' בניסן הלוהו אילו שתקו ולא אמרו בתשרי הלוהו אי אתה מודה דע"א בהכחשה לא מהימן ולא הוי דינו כע"א ואפילו בשבועה לא מחייב השתא דאמר בתשרי הלוהו מחייב ומחשב עד קמא עד אלא בודאי משמע דעד קמא לא חשבינן ליה לעד והוי דינו כע"א דאתי לשבועה ע"כ עכ' סה"ת:

וראיתי באורים ותומים סי' ל' סק"ד שדקדק בדברי בעה"ת מה זה שכתב ולאו מטעמיה דמאי נ"מ ס"ס הדין אמת ועוד דילמא גם טעם הרמב"ם משום כך יש א' דנ"מ לענין שבועה ע"ש ולענ"ד פשוט בכוונת חכמי לוני' דלפמ"ש הרמב"ם הטעם שגם בד"מ אם הוכחשו בחקירות ודרישות בטלה א"כ פשיטא דגם בכה"ג שזה אומר אני ואתה ראינו שהלוהו בניסן וזה אומר אני ואתה ראינו שהלוה באייר ג"כ בטלה העדות כיון דבכה"ג בד"נ לא מצטרפי ומ"ש הרמב"ם שזה אומר לא כי אלא באייר ודאי שאין ר"ל לא כי שאני יודע שלא הלוה בניסן כלל רק כוונתו אותה הלוואה שאתה אומר שאני ואתה ראינו בניסן לא כי אלא באייר היתה וזה מבואר ג"כ ממ"ש אבל אם אמר האחד מנה שחור והא' מנה לבן עדותן קיימת ולא נקט לא כי משום דשם פשוט הכוונה אותה מנה

שאתה אומר שהיה לבן אני אומר שחור היה ומ"מ בבדיקות עדותן קיימת בחקירות בטלה דלא הפקיעו חכמים דין תורה רק לענין לכתחלה אבל כל שהוכחשו לפנינו ד"מ כד"נ דמי ואין מצטרפין וע"ז חכמי לוני' חולקין וכתבו דודאי מתחזי דאפילו בחקירות אם אין מכחישין זה לזה (ר"ל שאינו אומר מה שאתה אומר שהלוהו בא' בניסן כל היום הייתי עם המלוה ולא הלוה כלום דבכה"ג מיירי בסה"ת שם כמבואר בתחלת דבריו ע"ש) אע"ג דלא מצטרפי בד"נ מצטרפי בד"מ דתרווייהו מודו דמנה הלוהו ר"ל דהכחשה דחקירות איזה יום בחקירות לא מחייב בה בד"מ אבל הכא דמכחישין כו' והוי דיני' כע"א דאתי לשבועה ר"ל שהשני דין ע"א יש לו כיון שאין הראשון מכחישו לומר שהיה עם המלוה בא' בתשרי ולא הלוהו דבכה"ג מיירי בעה"ת בתחלת דבריו שם דלא כמ"ש באו"ת שם דזה דוחק דמיירי בכה"ג שאין הראשון מכחיש השני אלא הטעם דמ"מ יש כאן ע"א כו' ולהרמב"ם בטל לגמרי אף לשבועה ע"ש ולענ"ד ברור דאם היה גם הראשון מכחיש השני לגמרי פשיטא דאין כאן מקום לשבועה לחכמי לוני' ע"ש והארכתי בזה אף שלענ"ד הדברים פשוטים לפי שראיתי שהגאון באו"ת נטה לדרך אחר והוא תמוה בעיני ולענ"ד שגם דעת הראב"ן שהבאתי הוא כדעת חכמי לוני' דבמכחישין זא"ז בחקירות סתם מצטרפין אבל לא כשאחד מכחיש את חבירו להדיא והיינו שהביא שם ראיה מהודאה אחר הודאה כו' וכן מבואר ג"כ ממ"ש שם בתשובה שהשיב שנית לרבני רעגינשפורג דבאחד אומר מנה וא' מאתים אז במנה דשוין מצטרפין לסהדותייהו ומנה השני לא הוי הכחשה אבל כי מכחשי אהדדי בכל העדים לא כו' ור"ה במכחישין זא"ז בכל העדות או שאומר כת א' מנה הלוה פ' לפלוני ביום פ' וכת אחת אומרת הלא המלוה היה עמנו ביום פ' כו' דמכחישין זא"ז בכל העדות פליגי ר"ה ור"ח כו' ע"ש הרי דס"ל דכל שאחד מכחיש השני להדיא שלא הלוה ביום פ' הכחשת כל העדות מקרי ולא מצטרף כדעת חכמי לוני' רק היכא שזה אומר סתם אני ואתה ראינו שלוה ביום פ' וזה אומר ביום פ' ס"ל להראב"ן וחכמי לוני' דשפיר מצטרפין בכה"ג:

וא"כ הרי לפנינו דעת הראב"ן וחכמי לוניל ורבני רעגינשפורג דהכחשה בחקירות בד"מ מצטרף וגדולה מזו דעת הי"א שהבי' בסה"ת דאף בהכחשה גמורה שזה אומר באותו היום שאתה אומר שלוה המלוה הי' עמי ולא ראיתי שלוה אפ"ה מצטרף ע"ש והאו"ת כתב שיש לפסוק כדברי המכריעין דהיינו חכמי לוניל ע"ש וכן נראה שהוא דעת בעה"ת גופיה כחכמי לוניל וקשה לדחות דבריהם בפרט בדבר שבערוה. ויש להביא ראיה לזה מדברי הר"ן שכתב בפרק מי שאחזו על הרי"ף דמייתי התוספתא ראוה שניה שנתייחדה עמו כו' א' שחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין וכתב הר"ן אע"ג

דלגבי ממון קי"ל דהלוואה אחר הלוואה מצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת אחת בעינן להו עכ"ל וצ"ל הא דלא ניחא ליה להר"ן לפרש טעמא כמ"ש הב"י בח"מ סימן למ"ד כיון שהבעל והאשה לא ראו אלא ע"א לא נתכווין לקידושין אלא לשם זנות בעלמא וכ"כ במ"ב סימן נ"א דלישנא דאין מצטרפין קשיתיה דמאי אריא דאין מצטרפין תיפוק ליה שהרי לא היו שם בשעת היחוד בכל פעם רק עד אחד ועד אחד בקידושין לאו כלום הוא ולכך מפרש דמיירי שכ"א אומר שנסתרה לפניו ולפני עוד ע"א ואפ"ה אין מצטרפין כיון דשייך בד"נ וכ"כ מהרי"ט בסי' בפירוש דברי הר"ן והשתא קשה דמאי דוחקיה לומר דהוי כד"נ נימא דמיירי שזה אומר נסתרה לפנינו בשחרית וזה אומר נסתרה לפנינו בין הערבים ובכה"ג שאומר אני ואתה ראינו כו' אף בד"מ אין מצטרפין דאיתכחיש להו בחקירות ולא דמי להלוואה אחר הלוואה דהתם התובע תובע שניהם משא"כ בקידושין לא שייך זה אלא ע"כ דבכה"ג אי לד"מ דמי שפיר מצטרפין וכדעת ראב"ן וחכמי לוני"ל.
ובאמת לפי דעת רוב הפוסקים החולקין על הר"ן וס"ל דקידושין לד"מ דמי קשה ליישב התוספתא דא"ל מטעם ע"א בקידושין דאם כן למה נקט אין מצטרפין ואי מיירי שאומר שנסתרה לפניו ולפני עוד ע"א תיקשי למה באמת אין מצטרפין כיון דבד"מ בכה"ג מצטרפין וצ"ל דס"ל כדעת הרמב"ם ודעימי' דאף בד"מ הכחשה בחקירות מהני דתו לא מצטרפי וא"כ א"ש דהתוספתא מיירי בכה"ג שכ"א אומר אני ראיתי עמך שנסתרה שחרית כו' וכמש"ל:
והשתא בנ"ד י"ל דממ"נ אין כאן קידושין דלפי מ"ש הר"ן בפירוש התוספתא א"כ ע"כ קידושין לד"נ דמי ופשיטא דהכחשה בחקירות לא יצטרף ולשיטות ש"פ ע"כ דהתוספתא מתפרש כגוונא שכתבתי ולומר דכל שהוכחשו בחקירות אין מצטרף אף בד"מ וא"כ ממ"נ אין כאן קידושין. ונלע"ד דבנ"ד ג"כ הר"ן יודה דאפילו תימא דדיני קידושין לד"מ דמי אפ"ה לא מצטרפי דבשלמא בההיא דתוספתא דבאמת העדים לא שמעו שום קידושין רק שראו שנסתרה ואמרינן דהן הן עידי יחוד כו' ואין אדם עושה בב"ז ובעל לשם קידושין וא"כ אף אם אומר ראיתיה שנסתרה עמך שחרית אין זה הכחשה גמורה שהרי כמו כן יכול להיות שנסתרה גם בין הערבים והוי כמו שאומר אני ואתה ראינו שלוה בניסן כו' דמצטרפין בכה"ג להראב"ן וחכמי לוני"ל וזה דוחק לאוקמי שמכחישין להדיא שזה אומר שלא נסתרה רק שחרית ולכך הוצרך הר"ן לומר דקידושין כד"נ דמי משא"כ בגוונא דנ"ד שזה אומר שנתקדשה לפניו ולפני השני ביום ב' ולפי דברי השני נתקדשה לפניהם ביום ה' וזהו הכחשה גמורה שאין קידושין אחר קידושין דאם נתקדשה ביום ב' שוב לא נתקדשה ביום ה' וא"כ זה הוי כמכחישין להדיא שזה אומר

נתקדשה ביום ב' ולא ביום ה' כלל וזה אומר להיפוך ובכה"ג כתבו חכמי לוני"ל כיון שכל אחד מכחיש חבירו להדיא אף בהלוואה כה"ג לא מצטרף וזה ג"כ דעת הראב"ן וכמ"ש וא"ל שגם בזה לא הוי הכחשה גמורה שגם לדברי האומר נתקדשה ביום ב' יוכל להיות שנתקדשה ביום ה' ג"כ וכגון שגירשה בינתיים מ"מ מילתא דפשיטא שאין זה במשמעות דברי העדים כלל לומר שהיה שם ב' פעמים קידושין וגירושין בינתיים ועוד דהא כתב הרשב"ם בב"ב דף קל"ה דאם איתא דאיגרשה קלא אית לה למילתא כדאיתא בהאשה שנתארמלה וכ"כ התוס' שם ואע"ג דבכתובות שם אמרינן קמ"ל דעבידי דמגרשי בצנעה היינו משום דהתם איכא עדים ע"ז ע"כ לומר זימנין דמתרמי דמגרשי בצנעה משא"כ כאן אין לנו לתרץ דברי העדים בכך שלא יהא מוכחשים כיון דליכא קלא דאיגרשה וכ"כ הר"ן חילוק זה הביאו הב"ש סי' קנ"ב:

ועוד נראה דאפילו תימא דבעלמא כה"ג הכחשה גמורה חשיבה להו כיון דאיכא למימר שנתגרשה בינתיים מ"מ בב"ד שביחנו דבריהם שעל מעשה קידושין א' הם מעידין ולא עוד אלא שפירשו להדיא שזה היה מעשה ביריד קודם פורים ולא היה שם רק יריד אחד אלא שזה אומר בב' והוא מוכחש מדברי בני העיר והשני אומר ביריד סתם והיינו בה' א"כ בכה"ג הוי כהכחשה גמורה שהרי א"א לומר שהיה גם בב' כיון שהוא עצמו אומר שהיה ביריד ובכה"ג כ"ע מודו דעדותו בהכחשה לאו כלום הוא. ובזה ג"כ יש ליישב מ"ש ש"ב הגאון הנ"ל דאם הכחשה בחקירות כשר למה צריך חקירה בדין מרומה מה הוצאת הדין לאמיתו שייך בזה. ולפמ"ש א"ש דמ"מ יש לנו לחקור שמא יהיו מוכחשים בחקירות הכחשה גמורה שזה יאמר לא היה בניסן כלל רק בתשרי או יהא מוכחש מדברי עצמו ונוציא הדין לאמיתו דלא מצטרפי:

ובהכי א"ש נמי מה דקשה לכאורה לדעת הראב"ן ודעימיה מהא דאמרינן בב"ב דף נ"ו אלא מעתה אחד אומר אכלה בד"ו ואחד אומר אכלה אג"ה ה"נ דהוי חזקה וע"ש בדברי התוס' דמיירי במכחישין ולכאורה קשה דמאי קושי' כיון דתרווייהו אחזקה קמסהדי שדרך להניח שנה א' בורה כמבואר שם אלא שיש הכחשה ביניהם איזה שנים החזיק א"כ אין זה כ"א הכחשה בחקירות דס"ל לראב"ן ודעימיה דבד"מ מצטרף ולפמ"ש א"ש דשם הוי הכחשה גמורה שהרי לפי דברי כ"א לא החזיק רק אותן ג' שנים שאומר הוא ולא יותר וא"כ השני משקר ולא מצטרף:

ותבנא לדינא דבנ"ד כהכחשה גמורה דמי כיון שזה אומר אני ואתה ראינו שהיה ביום ב' כו' בענין קידושין מיקרי הכחשה ואמנם אין לשון הגב"ע שהוגבה בב"ד לפני. ואפשר שלא אמר אני ואתה ראינו כו'. אך דע"ז פשיטא שאין כאן מקום לקידושין שהרי זה לא

הזכיר בעדותו שהיה עוד עד אחר עמו. והשני שמעיד ג"כ על הקידושין הרי הוא מעיד על יום אחר וא"כ דמי להההיא דתוספתא נתיחדה עמו כו' א' שחרית כו' אין מצטרפין וכמ"ש הב"י דהא בכל פעם אין כאן רק ע"א על הקידושין ועדיין צריך לדקדק אם כ"א מהעדים אמר סתם שהיה שם אחרים בשעת קבלת הקידושין ולא נשא שמותם על שפתיו דהשתא בכה"ג לא הוי הכחשה גמורה וא"כ אם קידושין לד"מ דמי שפיר מצרפין בכה"ג וגם לפי מ"ש הב"י בש"ע בשם הרא"ש בתשובה כלל נ"ט עד המעיד ראיתי דבר זה ופלוני היה עמי ואותו פלוני אמר לא ראיתי ולא הייתי עמך אין זו הכחשה כי בגוף העדות לא איתכחיש כלל כי לא רמיה עליה דסהדי למדכר מי היה עמו בגוף העדות עכ"ל ולפ"ז אין זה אלא כאומר אני ואחר עמי ראינו שנתקדשה ביום ב' וזה אומר ביום ה' דבד"מ מצטרפין ומ"מ י"ל דבכה"ג דקידושי' דלא שייך לומר שנתקדשה ב' פעמים אז השני שאומר ביום ה' הין הוי כמכחיש שלא היה עסק הקידושין ביום ב' כלל ובכי האי גוונא לא מצטרפי. אלא שעדיין צריך עיון לשיטת יש מי שאומר שהביא בעה"ת דס"ל דאף בהכחשה גמורה שזה אמר לא הלוהו בניסן רק בתשרי שפיר מצטרפין כיון דתרווייהו אמנה מסהדי א"כ בקידושין נמי אי לד"מ דמי נימא דתרווייהו אקדושין קמסהדי:

אמנם נלענ"ד דלכאורה קשה לדעת זו מסוגית הש"ס שהבאתי לעיל דפריך אלא מעתה אחד אומר אכלה בד"ו כו' ומאי קושיא דאה"נ דהוי חזקה אע"פ שזה הכחשה גמור שלדברי כל אחד לא אכל רק אותן השנים מ"מ כיון דתרווייהו אחזקה קא מסהדי ואין זה רק הכחשה בחקירות לבד דמצטרף לדידיה. ולשיטת הראב"ן היה אפשר לומר לתרץ קושי' זו אף אם היה סובר דהכחשה גמורה מצטרף מ"מ לק"מ שהרי הראב"ן נתן טעם לדברים הא דבחקירות ג"כ מצטרף אע"ג דר' יהודה קאמר עדות המוכחשת בבדיקות משמע בחקירות לא משום דלא קי"ל כר' יהודה מדר' חנינא דאמר דלא בעינן דו"ח וא"כ בב"ב דפריך ר"נ לר"י דאמר א' אומר אכלה חטים כו' ושפיר פריך ליה ר"נ לשיטתיה דנקט במילתיה בדיקות משמע דחקירות בטילה קשה בא' אומר בד"ו כו' משא"כ הראב"ן פוסק דלא כר"י בזה משא"כ הי"א שבס' התרומות כתב טעמא דנקט בדיקות משום דקי"ל ד"מ לא בעי דו"ח ור"ל דחקירות דד"מ בדיקות קרי ליה כיון דקי"ל דלא בעי דו"ח א"כ קשה מש"ס דב"ב. ולכן נלפע"ד ע"פ מ"ש הראב"ן בטעם הדבר דכיון דקי"ל דא"צ דו"ח א"כ אין זה הכחשה בגופה של עדות ולא מיקרי הכחשה. נלע"ד לבאר יותר דבשלמא אי בעינן דו"ח, א"כ עיקר העדות לא נגמר עד שיחקרו העדים וא"כ כשנפל הכחשה ביניהם בחקירות הרי יש כאן הכחשה בטרם נגמר העדות ונפסל משא"כ למאי דקי"ל דא"צ דו"ח א"כ מיד שהעיד עדותו בב"ד הגדתו מועלת ושוב אע"פ שחקרו אותם

והוכחשו בחקירות וא"כ הרי יש ביניהם חד דמשקר מ"מ אין פסולו רק מכאן ולהבא ולא שייך לפוסלו למפרע והרי זה כאותה שאמרו נהי דאיתכחיש באכילתו כו' ולכך ס"ל דכשר. והשתא אתי שפיר דבהך דב"ב זה אומר אכלה אג"ה כו' הרי יש כאן הכחשה בתחלת העדות ובגופו ולא שייך לומר בזה אחר שהוכשר אם יחזור ויפסול שבאמת מעולם לא הוכשר שמיד שהעידו עיקר העדות קא מכחשי אהדדי ובכה"ג כ"ע מודו דאף בד"מ עדותן בטלה. ולפ"ז בנ"ד שדרך העד לומר את יום המעשה אשר ראה ענין זה והשני הוא מכחישו בזה וא"כ אין זה דומה להכחשה דחקירות באיזה יום ובאיזה שעה משום דשם מיירי שמתחלה העידו שניהם סתם פלוני לוה רק אח"כ כשהתחילו לחקור אומר הא' בניסן היה המעשה והשני אומר בתשרי הלכך שפיר י"ל דכשר בכה"ג אף אם אומר לא היה בניסן אלא בתשרי כיון שלדינא א"צ חו"ד כבר נגמר עדותן בכשרות משא"כ בזה שאמר דבר שקר בתחילתו וזהו עונשו של בדאי שאפילו אומר אח"כ דבר אמת אין שומעין לו כיון שכבר הוכחש עם חבירו ביום המעשה. ואין לפני הג"ע לעיין בו באיזה לשון אמר עדותו שאם מתחלה אמר פלוני קידש פלוני א"כ אע"פ שסוף דבריהם באיזה יום יש הכחשה ביניהם וחד מינייהו משקר מכל מקום אפשר שראש דבריהם אמת שאז עדיין לא נפסלו:

ובאמת מלשון הבעה"ת שכתב והיכא דקא מכחשי אהדדי שזה אומר בא' בניסן לוה פלוני כו' ואהא כתב שי"א שמצטרפין משמע מדבריו דאף בכה"ג שהיה הכחשה בתחלת דבריו נמי מצטרפין וא"כ צ"ל דבההוא דב"ב דמשמע שם דאין מצטרפין צ"ל דהנך י"א ס"ל לפרש כפי' הרשב"ם שם ע"ש והתוס' חולקים שם וכן דעת הרמב"ם וכל הפוסקים ואף להרשב"ם י"ל דמודה בהא דהיכא דמכחשי אהדדי בתחלת העדות לאו כלום הוא רק דלא ניחא ליה לפרש הסוגיא במכחישין דא"כ פשיטא ליה דבהא לא אמר רב יהודה ע"ש והדין דין אמת:

ולכאורה יש להביא ראיה להך מילתא שכתבתי שיש חילוק בין אם הוכחשו בתחלת העדות או בגמר דבריהם מדברי הרמב"ם פי"ב מהל' גירושין הלכה יו"ד וז"ל אשה ושני שבאו ממה"י זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזה אומר זו אשתי וזה עבדי והאשה אומרת שניהם עבדי הרי מותרת לכל ואע"פ ששניהם החזיקוה באשת איש הואיל וכ"א מעיד לעצמו אינם נאמנים עכ"ל ולכאורה דבריו תמוהים דתלי טעמא הואיל וכל אחד מהם מעיד לעצמו דמשמע הא אם כל אחד מעיד שנתקדשה לאחר כגון זה אומר נתקדשה לראובן וזה אומר נתקדשה לשמעון הרי היא מוחזקת בא"א ואמאי הא עדות מוכחשת היא ולפי מ"ש י"ל דטעמא דידיה הוא דע"כ לא הוי עדות מוכחשת אלא כשהכחשה

בא בתחלת דבריהם משא"כ כאן שהעד מתחיל לומר פלונית נתקדשה עדיין אין שם הכחשה ועדותו מתקיימת רק אח"כ כשאמר למי נתקדשה נופל הכחשה ביניהם הלכך אדבורא קמא קסמכינן שאמרה נתקדשה והוחזקה בחזקת א"א:

ומסתייעא הך סברא מהא דאמרינן בכתובות דף כ"ב שנים אומרים מת כו' ב' אומרים נתגרשה כו' תרגמה אבייי בע"א ע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה תרווייהו בא"א קמסהדי והאי דקאמר לא נתגרשה ה"ל חד דבריו של א' במקום שנים והקשה הר"ן דהיאך תרווייהו בא"א קמסהדי דהא עדות מוכחשת הוא ואפילו לר"ה דאמר בב' כתות זו בא בפני עצמו ומעידה מ"מ לצרף אחד מכל כת לא ותירץ דמיירי שזה אומר קרוב לו כו' דעבידי דטעי והנה הרמב"ם כ' דין זה בסתם בפי"ב מהל' גירושין הלכה ט' וז"ל האשה שלא הוחזקה א"א ובא ע"א ואמר א"א היתה ונתגרשה ובא ע"א ואמר לא נתגרשה הרי שנים מעידין שהוא א"א כו' ונראה מדבריו דאפילו מכחישין זא"ז הכחשה גמורה הדין כן וכ"כ הב"ש סי' קנ"ב ולכאורה תימה איך יתרץ הרמב"ם לקושית הר"ן דהא חד מינייהו הוחזק כפרן וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דכיון שבשעת העדות שהעידו שהיתה א"א עדיין לא הוכחשו אע"פ שאח"כ הוכחשו בגירושין לא נפסל העדות שהעידו בכשרות למפרע וכן ביאר בשיטה מקובצת בשם כמה מפורשים ע"ש בלשון תלמיד הרשב"א שכ"כ להדיא דכי אמרינן דלא מצטרף מכל כת וכת בעדות אחת ה"מ להבא אבל למפרע לא מיפסלי והכא כשמכחישין זא"ז כבר היתה עדותן שהעמידוה באשת איש עדות גמורה ועדות זו שמכחישין בה זא"ז עדות אחרת הוא דנשואין לאו בגירושין מתלו דתרתי מילי נינהו:

ולפ"ז גם בהא שמעידין שפלונית נתקדשה לפלוני הך מילתא למי נתקדשה עדות אחרת הוא דלענין להחזיקה בא"א לא איכפת לן למי נתקדשה וכבר נגמרה עדותן בזה וזה שמכחישין עצמם למי נתקדשה כהכחשה בעדות אחרת הוא ולא נפסל למפרע אך דלפ"ז קשה שהרי דין הרמב"ם נובע מסוגית הש"ס דקדושין דמייתי התם לאותובי אמ"ד המקדש בע"א אין חוששין לקדושין מברייתא דשנים שבאו ממה"י זה אמר זו אשתי וזה עבדי כו' אילימא דאיכא סהדי להאי כו' אלא לאו בע"א כו' ולכאורה קשה דמאי ראיה מהתם דילמא שאני התם כיון דעכ"פ יש כאן שני עדים שמחזיקין אותה בחזקת א"א אע"פ שזה אומר לזה נתקדשה ומ"מ שניהם החזיקוה בא"א ומכ"ש שיש להקשות אהא דפריך ותסברא ע"א בהכחשה מי מהימן ומאי קושי' דהא אין הכחשה ביניהם רק למי נתקדשה והוי כמכחישין זא"ז בגירושין דמהימני על עדות הקדושין ועדיף מיניה דהתם תברא בצידו של דברי הא' הוא עכשיו פנויה משא"כ בזה דתרווייהו בא"א קמסהדי:

ועל דרך הפלפול יש ליישב ע"פ מ"ש אא"ז מהרש"א ז"ל שם בשם תוס' ישינים שכתבו אהא דפריך אי איכא סהדי להאי כו' מי מציא אמרה כו' דאין לומר שגם להאשה יש עדים דא"כ לא היתה צריכה שני גיטין כדין שנים אומרים לא נתקדשה וע"ז הקשה אא"ז דהא בכתובות שם אמרינן דמ"מ לכתחלה לא תנשא ותירץ כיון דהנך שאומרים נתקדשה מכחישין זא"ז בכה"ג אמרינן אם היה לה עדים שלא נתקדשה אית לן למימר דאף לכתחלה תנשא ע"ש ולכאורה היה אפשר לומר בפשיטות דהתוס' לשטתיה אזלי שהקשו בכתובות דבאמת אית לן לאוקמי אחזקת פנויה ותנשא לכתחלה ותירצו דמיירי שזרק קדושין ס' קרוב לו כו' דכיון שפשטה ידה לית לן לאוקמי אחזקה ולפ"ז כאן שאין בזה דררא דקדושין כלל שפיר מוקמינן לה אחזקת פנויה אך דז"א דע"כ לא כתב התוס' התם אלא לענין חד לגבי חד משא"כ תרי ותרי דקי"ל דעכ"פ ספיקא דרבנן הוי שפיר הוי קשיא ליה לאא"ז דילמא לעולם מיירי דגם לה יש עדים אלא דמ"מ לכתחלה לא תנשא והנה הש"ך כתב בשם חכמי בריסק שנסתפקו בהא דקי"ל דאין לצרף ב' עדים מב' כתות המכחישות זא"ז דשמא זה דווקא בב' כתות לפי שכ"א הוכחש משני' משא"כ בכת א' שע"א עם האחר מכחישין זא"ז מצטרפין לפי שכ"א לא הוכחש רק מא' ולפ"ז י"ל דבאמת ה"ט דהרמב"ם דס"ל גבי ע"א אומר נתגרשה וכן במכחישין למי נתקדשה משום דמ"מ העדות קיימת שהרי כ"א לא הוכחש רק מא' וכהך סברא שנסתפקו בה חכמי בריסק והש"ס א"ש דהש"ס קאמר מאי לאו בע"א ורוצה להוכיח מזה דע"א בקידושין אינו כלום שהיה סובר שאין לצרף שני עדים המכחישין זא"ז ועלה באמת פריך ותסברא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא י"ל דלדבריך ע"כ צ"ל דגם האשה יש לה עד דאל"כ לא מוכח מכאן מידי דדילמא מיירי שכ"א מעיד שנתקדשה לפני שנים ואע"פ שמכחישים זא"ז למי נתקדשה עכ"פ מצטרפין לעדות אחרת שמקודשת היא וע"כ לומר שגם לה יש עד א"כ קשה נוקמא אחזקת פנויה דהא א"ל שמצרפין עדותן דמידי הוא טעמא שמצטרפין לפי שכ"א מוכחש מא' ואם גם להאשה יש עד א"כ כ"א מוכחש מב' וע"א בהכחשה לאו כלום הוא:

אמנם יש לפרש דברי הרמב"ם שטעמו משום דהך סהדותא שמעיד למי נתקדשה סהדותא אחריני היא ולא איכפת לן במה שיש הכחשה ביניהם צ"ע שהרי הרמב"ם פ"ב מה' עדות ס"ל דבמה הרגו בסייף או באירין דרישות מיקרי ע"ש והטעם כיון שהיא בגופה של עדות ע"ש במפורשים ובשו"ת מהר"ב אשכנזי סי' ה' וא"כ נראה דבעדות למי נתקדשה כדרישות דסייף ואירין דמי וגם בהא דע"א אומר נתגרשה כו' שכתבתי בשם המפורשים שתירצו לקושית הר"ן משום דנשואין וגירושין תרי מילי נינהו לכאורה ג"כ

צ"ע דהא משמע דהך סהדותא א"א היתה ונתגרשה בחד דיבורא הוי וא"כ הא קי"ל דבחד עדות אם בטל מקצתו בטל כולו שהרי בב"ק דף ע"ג אמרינן לימא כתנאי כו' ור' יוסי סבר למפרע הוא נפסל וכיון דמכי אסהידו הוא דמיפסלי כי איתזמי להו אטביחה איתזמי להו נמי אגניבה דהא תכ"ד כ"ד כו'. ונראה שמזה למד הר"ן לומר דכל שהעדות בדבור א' נאמרה והוכחש בסוף דבריו אם היה תכ"ד אמרינן עדות שבטלה כו' כדאמרינן התם דאי מיתזמי נמי אגניבה ולכך הוצרך לתרץ דמיירי בקרוב לו וכ"כ בשיטה מקובצת שכ"כ כמה מפורשים בשם התוס' אך דלפ"ז צריך ליישב הא דאמרינן בב"ב נהי דאיתכחיש באכילתא דהתם נמי ע"כ בתכ"ד מיירי דאל"כ לא פליג רבא למימר דעדות מוכחשת הוא וכן מבואר מדברי התוס' שם ובב"ק וא"כ קשה דלמה לא נימא דבטל כל העדות וצ"ל דיש חילוק בין הזמה להכחשה דבהזמה דווקא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אבל לא בהכחשה ומצאתי בפ"י לב"ק שהרגיש בזה וכתב ג"כ שיש חילוק בין הזמה להכחשה. אלא שרצה להוכיח מזה דלא כאא"ז מהרש"א שם שכתב דמ"ש רש"י אפסלו להו אגניבה משום פסול עדות הוא תימא דהא מסיק לעיל והלכתא שהעידו בב"א כו' אלא דלכך נפסלו נמי אגניבה דה"ל כמו עדות מוכחשת כיון דהוזמו על הטביחה ה"ל מוכחשים על הגניבה ובטלה כל העדות דתכ"ד כ"ד עכ"ד אא"ז והפ"י כתב דז"א דאם איתא דמחמת תכ"ד דינם כמוכחשין ואמרינן עדות שבטלה כו' א"כ בכל הכחשה כו' ועוד דבההוא דפ' חזקת כו' אלא ע"כ דהא דבטלה גניבה דווקא מטעמא שפרש"י דשאני הזמה שנפסלו העדים גופייהו שייך בהו שפיר עדות שבטלה מקצתה כו' ע"ש:

ולענ"ד אין זה ענין לזה כלל דודאי הדברים כפשטן כמ"ש אא"ז ז"ל דלא שייך שם פסול על עדות זה שהעידו קודם שהעידו העדות שהוזמו עליו כיון שעדיין לא העידו שקר ולא יצא דבר שקר מפיהם ועל עדות הטביחה גופה נמי לא נפסלו אלא לאחר כ"ד וקשה שאין לומר שפסולים היו בשעת עדות גניבה לפי שהעידו אח"כ עדות הטביחה בשקר רק דכיון דקי"ל דתכ"ד כ"ד ואינהו בחדא מחתה אמרו עדות גניבה וטביחה בטלה כולה דהוי עדות אחת שבטלה מקצתה וגם אא"ז שכתב דה"ל מוכחשים על הגניבה ר"ל אין מוכחשים ממש דהא ליכא דמכחיש להו אגניבה ואין דומה למ"ש התוס' דכשהוזמו על הגניבה ה"ל הכחשה על הטביחה דשאני התם שאם אין גניבה אין טביחה אלא ר"ל דהוי כמו הכחשה לענין שנתבטל העדות אבל מ"מ אין שום פסול על העדות דאטו מי שמעיד ובתכ"ד חילל שבת וכדומה נימא שנפסל העדות רק עיקר טעמא משום דבתכ"ד כ"ד ואמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' ומ"מ החילוק בין הכחשה להזמה מבואר דדווקא בהזמה שהעדות בטל לגמרי אמרינן דבטלה כולה משא"כ בהכחשה כיון שגם אותו

העדות שהוכחש עליו לא נתבטל בבירור רק מצד ספיקא דתרי ותרי ולגבי עדות אחרת אמרינן זו באה בפ"ע ומעידה הלכך לא איכפת לן מה שהוא תכ"ד והיינו דאמרינן נהי כו' ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתיה על הר"ן ז"ל דלמה הוצרך לתרוצי סוגיא דע"א אומר נתגרשה דמחולקים בקרוב לו כו' תיפוק ליה דבכה"ג לא בטלה עדות הקודמת דאסהידו עלה בא"א מחמת הכחשה בעדות גירושין שאחריו אע"ג דתכ"ד הוי דאית לן למימר במה דאיתכחוש כו' והיה אפשר לומר דהר"ן אזיל לשטתו שכתבתי לעיל בשמו גבי ההוא דנסתרה א' שחרית כו' דדיני אישות כדיני נפשות דמי ולפיכך שפיר קא מותיב כיון שהוכחשו בדיבורם בענין הגירושין יש לנו לבטל העדות ולא דמי להא דאמרינן נהי דאיתכחוש דבד"מ שפיר דיינינן הכי שעל המקצת שלא הוכחש עדותו נאמנה מאד משא"כ בדיני אישות דשייך בהו ד"נ אף הכחשה כה"ג מחריב בה דלא מצטרף ולא גרע מהכחשה בבדיקות דעדותן בטלה. אמנם מדברי הר"ן דנקט הקושי' בפשיטות מהא דב' כתי עדים דחד מכל כת פסול להצטרף משמע דס"ל דגם בד"מ בכה"ג פסול כל העדות אף בהכחשה דאל"כ מה קושיא דילמא מיירי שזה אומר נתקדשה ונתגרשה וזה אומר נתקדשה ולא נתגרשה ולא מיפסל עדות קדושין מחמת הכחשה בעדות הגרושין שלאחריו. וכן יש להוכיח מדברי הש"ס דב"ב שהבאתי לעיל דפריך ר"נ לר"י אלא מעתה א' אומר אכלה אג"ה כו' וכתבתי טעמא דשם הוכחשו בגופה של עדות בתחלתו ולפ"ז קשה מאי קשי' אדר"י דילמא ר"י שפיר קאמר אכלה חטים הוי חזקה כיון דמעיקרא מסהיד אאכילתא שזה אכל קרקע זו שלש שנים אלא שאח"כ אומר שאכילת הקרקע היה ע"י שזרעה חטים וזה אומר שאכילת הקרקע היה ע"י זריעת שעורים ואין זה אלא הכחשה בבדיקות כמו במה הרגו בסייף או באירן כו' דבכה"ג בד"מ כשירה רק לשיטת הרמב"ם כה"ג דרישות מיקרי וכבר כתבתי דלשיטת הראב"ן ודעימיה אף הכחשות בחקירות כשירה בד"מ וע"כ דטעמא משום כיון דבחד דיבורא קאמר דאכלה חטים כו' ויש הכחשה ביניהם באותו דבור אין מצטרפין אף שהכחשה נופל בסוף העדות. וזה סיוע לדברי הר"ן דאף בהכחשה הדין כן וא"כ צ"ע ליישב הך דבב"ב דאמרינן מה דאיתכחוש איתכחוש:

אמנם אחר העיון יראה דלק"מ מההוא דב"ב נהי דאתכחוש על הר"ן ז"ל ועל סוגיא דאחד אומר אכלה חטים משום דעיקר החילוק בין הכחשה להזמה משום דבהזמה הנך סהדי ודאי שקרי נינהו והלכך איפסיל כל האי דיבורא לגמרי משא"כ בהכחשה דתרי ותרי כגון הא דזה אומר של אבותי ואייתי סהדי דאבותי הוא ואכלה שני חזקה דאיכא למימר דהנך סהדי בכולה מילתא קושטא קאמרי והלכך לא מבטלינן הך סהדותא דאבהתי'

הוא דבהא לא אתכחוש כלל משא"כ הר"ן בכתובות דמיירי בהכחשה דחד שזה אומר נתגרשה וזה מכחישו וא"כ חד מינייהו ודאי שקורי קא משקר לענין הגירושין א"כ א"א לצרף עדות שניהם לענין זה דודאי א"א היתה כיון שע"כ א' מן העדים שקר ענה באותו דבור עצמו אית לן למימר דבטלה כל העדות כיון דלא מחמת ספיקא דילמא משקר אמרינן הכא דהא הכא ודאי חד מינייהו משקר בעדות הגירושין וכן בההוא דאחד אומר אכלה חטים דבעדות חטים ושעורים ודאי חד מינייהו משקר לפי מאי דס"ד דבין חיטי לשערי לא טעי אינשי והלכך פריך ר"נ דה"ל דבטל כל העדות כמו בא' אומר אכלה אג"ה כיון דהוכחשו תכ"ד כ"ד ובכה"ג דחד מינייהו משקר בבירור הכחשה להזמ' דמי ואמרינן גביה עדות שבטלה מקצתה כו':

איברא שלענ"ד סברת הפ"י צ"ע דלמה לא נימא בהכחשה עדות שבטלה מקצתו כו' ואע"ג דגבי הכחשה דתרי ותרי ספיקא הוא מ"מ דמספקא לן מילתא דילמא הנך סהדי דמסהדי אשני חזקה לחוד קושטא קאמרי והנך סהדי דמסהדי שזה אכל שני חזקה משקרים בזה וא"כ גם עדות אבהת' שלהם בטלה ומה לי הזמה דבטל העדות שאמר תכ"ד אמרינן גביה דבטלה כולה הכי נמי בהכחשה נימא דבטל מספיקא כמו דמבטלינן עדות שני חזקה מספיקא ואף ע"ג דקי"ל כר"ה דזו באה בפ"ע והיינו משום דמוקמינן להו בחזקת כשרות מ"מ בהא דחד עדות הוא ממ"נ כיון שאין אתה מאמינו שאכל שני חזקה כיון שהוכחש בזה ומספקינן דילמא משקר אם כן גם מה שהעיד דאבהתיה הוא היא בטל ממילא משום דעדות שבטלה מקצתה כו' ולכאורה נלענ"ד דלכאורה אין טעם לדבר דמה"ת נאמר עדות שבטלה מקצתה כו' דהא מה דעד זומם למפרע נפסל משעתה דאסהיד הו"ל רשע ולמה יפסול הדבור שהעיד קודם לו אע"ג דתכ"ד כ"ד מ"מ הרי לא היה אז רשע כלל שעדיין לא יצא דבר שקר מפיו ולכן נראה בטעמא דמילתא דכיון דקי"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטילה אם הפסול העיד עדותו תכ"ד והיינו מגזה"כ דמקיש שלשה לשנים ואם כן ה"נ כיון שהיה תכ"ד מה שאמר עדות זה שהוזם עליו אם כן הו"ל כנמצא אחד מהם קא"פ דעדותו בטילה ולא עדיף הוא מאחר ואע"ג דעדות טביחה הוא עדות אחרת ובנמצא אחד קא"פ דבטל העדות היינו כשהעיד על אותו הדבר בעצמו מ"מ כיון דבחד דבור אמרו ותכ"ד כ"ד והו"ל כאילו העידו שני העדיות בבת אחת פלוני נתחייב לפלוני חמשה בקר לפי שגנב וטבח וכיון שנצרף כאן פסול באותו העדות של חמשה בקר נתבטל העדות דהו"ל כנמצא קא"פ אחר ואפשר לומר עוד דכמו דמקשינן שלשה לשנים לענין נמצא אחד קא"פ דבטלה ה"נ מקשינן להיפוך

שנים לשלשה מה שלשה עדותן בטל אם נצרף הפסול תכ"ד אף שנים אם נפסל תכ"ד עדותו בטילה:

והשתא לפ"ז א"ש דיש לחלק בין הכחשה להזמה שהרי התוס' בסנהדרין דף ל"א הקשו אהא דאמרינן לא נחלקו בכת אחת אומרת מנה כו' דהא מ"מ הו"ל כנמצא אח' קא"פ ותירצו כיון שאין הפסול ידוע לית לן בה ואם כן א"ש דבשלמא בהזמה שהפסול ידוע אע"פ שלא נפסל אלא לבסוף מ"מ הא תכ"ד כ"ד מ"מ הו"ל כנמצא קא"פ אחר ומקשינן שנים לשלשה משא"כ בהכחשה שפיר אמרינן מאי דאתכחיש כו' דא"ל בזה עדות שבטלה מקצתו כו' דמה בכך שהוכחש אח"כ דלו יהא דחשבינן ליה כנמצא קא"פ אחר מ"מ כל שאין הפסול ידוע לית לן בה וא"כ אין לפסול עדות אבהתא כלל כיון שגם על עדות החזקה אין פסול ידוע ולפ"ז צדקו דברי הפוסקים שתירצו על קושית הר"ן בכתובות דגירושין וקידושין תרי מילי נינהו ובשעה שהעידו שהוא א"א עדיין לא נפסלו. ולכאורה הך סברא שכתבתי בשיטת הר"ן היא נכונה דכיון שאחד מהם פסול בבירור להזמה דמי דאמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' ולפי מ"ש א"ש דאע"פ שאנו צריכין לצרף אחד מהם שהוא לע"ע פסול בודאי מ"מ אין אנו יכולין לפסול תחלת העדות לדונו על שם סופו כיון שאין הפסול ידוע מי הוא וכמ"ש התוספות בכת אחת אומרת מנה אע"פ שכת אחת ודאי משקרת כיון שאין ידוע איזה כת אין לפסול העדות מטעם זה:

אך קשה דהא הך דב"ק דבעדות אחד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רבי יוסי קאמר לה התם וא"כ א"א לומר טעמא דהוי כנמצא אחד מהם קא"פ דהא ר"י סבירא ליה במכות דבד"מ תתקיים העדות בשאר ואפשר לומר דבהא גם ר' יוסי מודה שהרי התוספות כתבו במכות שם דשפיר מודה ר"י דמקשינן שלשה לשנים אלא דמחלק בין ד"נ לד"מ דבד"נ שאין האחד מועיל כלל בשנים גם בשלשה אינו מועיל משא"כ בשנים שהא' מועיל לשבועה עכ"פ הלכך ס"ל דבשלשה תתקיים העדות בשאר ע"ש ולפי זה יש לומר דכ"ז בדבר שבממון משא"כ בקנס דקי"ל אין נשבעין על כפירת קנס שפיר סבירא ליה לר"י דבטלה כולה דמקשינן שלשה לשנים דבקנס אין אחד מועיל כלום ואם כן גם בג' ונמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה ולפי זה צ"ל הא דקאמר איתזמו להו אגניבה ובטלה כולה היינו לענין זה דאינו משלם תשלומי כפל אבל מכל מקום מחויב לשלם דלמנין זה לא שייך לומר דבטלה כולה כיון דר"י ס"ל בד"מ תתקיים העדות בשאר:

אלא שעדיין יש להקשות מהש"ס דב"ב דפריך ר"נ לר"י אלא מעתה אחד אומר אכלה אג"ה כו' ומאי קושיא נהי דר"נ גופיה פסק במכות דהלכה כרבי דאחד ד"מ ואחד ד"נ נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה מ"מ דילמא רב יהודה לשטתו דסבירא ליה במכות

שם משמיה דשמואל דהלכה כר"י דבד"מ תתקיים העדות בשאר ואם כן מ"מ לא נפסל העדות שהעידו שאכלו שני חזקה מפני שהוכחשו היאך היתה אכילתו דאין זה אלא הכחשה דבדיקות לבד ואף ע"פ דתכ"ד כ"ד מ"מ אין לומר עדות שבטלה מקצתה משום דמקשינן שנים לשלשה דהא בשלשה גופא תתקיים העדות בשאר וגם בלא"ה אפשר דאין שייך שם פסול מחמת זה שהוכחש במה היתה אכילתו כיון שבזה אין נ"מ לענין הקרקע שדנין עליו וגם דלפי תי' התוספות הנ"ל דבעינן שיהא הפסול ידוע אם כן גם כאן אין הפסול ידוע ואם כן נראה מזה דכל שהעיד תכ"ד ונמצא שקרן בעדותו אף שהוא בסוף העדות עדותו בטילה ולפי זה בנ"ד אף אי לד"מ דמי אם העיד הכל בתכ"ד ונמצא הכחשה באיזה יום העדות בטל:

וגם כי מ"ש לחלק בין הכחשה להזמה לכאורה מדברי התוספות יש להוכיח דגם בהכחשה אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' שהרי התוספות בב"ק ובב"ב הקשו אהא דקאמר רבא עדות מוכחשת הוא דהא רבא ס"ל דמכאן ולהבא הוא נפסל וכתבו דלטעמא משום חידוש ניחא ור"ל דלהך טעמא דווקא בהזמה הוא נפסל מכאן ולהב' אבל בהכחשה גם רבא מודה דנפסל למפרע והלכך אמרינן דבטלה כולה ע"ש אלמא דאף בהכחשה אמרינן הך סברא דבטלה כולה. אך י"ל דבאמת בהא פליגי רבא ור"נ דר"נ סובר דבהכחשה לא בטלה כולה ואמרינן במאי דאיתכחוש כו' וקי"ל כר"נ דס"ל כר"ה דזו באה בפ"ע כו' ולפ"ז יש לפרש מאי דקאמר שם ורבא אמר לך ע"כ לא קאמר ר"ה אלא לעדות אחרת אבל לאותו עדות לא ר"ל דבאותו עדות עצמו אם הוכחש שפיר אמרינן דבטלה כולה אף בהכחשה דהא מספקינן דילמא הם משקרים באותו עדות עצמו לענין שני חזקה וממילא דבטלה כולה דהא תכ"ד כ"ד. אך מדברי התוספות נראה שמפרשים בענין אחר שהרי כתבו דלטעמא משום פסידא דלקוחות א"ש לפי מאי דמחלק הש"ס בין אותו עדות כו' וכ"כ בב"ב בשם ריב"א ולפי מ"ש ז"א דהא לטעמא דפסידא אף בהכחשה מכאן ולהב' הוא נפסל ואם כן לא שייך הך טעמא דעדות שבטלה מקצתה כלל:

והנה יש מקום אתי גם כן לתרץ שלא יסתרו סוגיות הש"ס דב"ק דאמרינן אי תכ"ד כ"ד כיון דאתזום אטביחה אתזום נמי אנגיבה עם סוגיית הש"ס דב"ב. דקאמר ר"נ נהי דאתכחוש באכילתה כו' משום דכבר כתבתי דהך מילתא דנימא בטלה כול' אף העדות שקודם לו טעמא בעי ואלמלא מקרא כתיב א"א לאומרו לכך נראה לענ"ד דה"ט משום דקי"ל דעד שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו אף ע"ג דבעלמא קי"ל כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כתב הר"ן בתשובה סימן דבכל ד"מ מיקרי הגדה משסיים עדותו כיון דלא בעי דרישה וחקירה כבר נגמרה עדותו מה שא"כ במידי דבעי דו"ח

אין זו הגדה כל שלא נחקר עדיין לא נגמר העדות כלל ע"ש ולפי זה נראה לענ"ד דנ"מ אם נפסל העד בטרם נחקר אותו דפשיטא מילתא דכל היכא דבעי דו"ח העדות נפסל משא"כ במקום דלא בעי דו"ח הרי כבר נגמר העדות ומה איכפת לנו במה שנפסל אף שהוא תכ"ד ולפ"ז א"ש דבב"ק בדיני קנסות מיירי ובדיני קנסות קי"ל דבעי דו"ח ואם כן כיון שעדות טביחה העיד בתכ"ד מעדות וגניבה ולא דרשנוהו כמשפט על עדות הגניבה ובשעת חקירתו כבר הוא נפסל שהרי הוזם עליו ולמפרע הוא נפסל ואפשר שזהו כוונת רש"י במ"ש דנפסל אגניבה משום פסול עדות ור"ל פסול ממש שאותו עדות עצמו נפסל משום פסול עדות שאחריו קודם דו"ח משא"כ בב"ב וכן בכתובות דד"נ לד"מ דמי דלא. בעינן דו"ח שפיר כתבו דלא אתכחיש אעדות דא"א כלל כיון דלא בעינן דו"ח ומיד שיצא מפיהם נגמרה עדותן ומה לנו בדבור שאחריו שנפסל על ידו ובכה"ג לא אמרינן דבטלה כולה:

אלא דקשיא לי דהא הש"ס תלי טעמא משום דתכ"ד כ"ד. וכן אמרינן התם דכ"ע ס"ל למפרע הוא נפסל אלא הכא בתכ"ד קא מפלגי דרבנן סברי דתכ"ד לאו כדבור דמי כו' ולפי מ"ש קשה דמה בכך דלאו כדבור דמי ס"ס הרי לא היה הפסק ביניהם בדו"ח והרי נפסל טרם דרשנו מעמו וכיון דבשעת דו"ח פסול הוא בטלה העדות וכמ"ש וע"כ צ"ל דמיירי שכבר נדרש ונחקר על עדות הגניבה קודם שהעיד על הטביחה אלא דכיון שהעיד על הטביחה תכ"ד של הדו"ח של עדות גניבה תכ"ד קרי ליה שזה גמר העדות של הגניבה וכדבור דמי. אך דלישנא דש"ס לא משמע הכי אלא משמע שהעידו על הגניבה ועל הטביחה בב"א ולא נחקר בנתיים כלל. ולכן נלענ"ד דודאי אין לומר טעם דעדות שבטלה מקצתה לפי שהועד עם העדות הזה עדות שהועד גם כן בפסול בתכ"ד דז"א דהא אף בשעת עדות טביחה עדיין לא היו פסולים כיון שהיו יכולין לחזור בהם תכ"ד כמ"ש רש"י ותוספות גבי והלכתא שהעידו בב"א אלא טעמא דכל עדות שהועד בדבור אחד אם אינו יכול להתקיים כולו הוא מתבטל לגמרי וכעין שאמר נדר שהותר מקצתו כו' או שליחות שבטלה מקצתה כו' ואפשר דיליף לה מקרא יקום דבר דווקא היכא שכל הדבר מתקיים ולא חצי דבר בלבד והלכך כיון שבטלה עדות טביחה בטל נמי עדות גניבה ולא מטעם פסול וכמש"ל בדברי אא"ז מהרש"א רק מטעם שהוא תכ"ד עם עדות טביחה שמתבטל אבל אי תכ"ד לאו כדבור דמי אין מקום לבטל עדות גניבה מצד שלא נחקרה העדות עד שהעידו עדות טביחה שהוזמו עליה והיתה חקירת העדים בפסול ז"א דאף דנפסלו למפרע מ"מ אין פסולו מתחיל אלא לאחר כ"ד ולאחר גמר חקירות עידי טביחה שהרי עד שלא נחקרו הם יכולין לחזור ולומר מבודין היינו וא"כ כשנחקרו על הגניבה

באותה שעה כשרים היו עדיין דמהני כשהעידו בב"א והוזמו משלמין נמי אטביחה אף ע"פ שהוזמו על הגניבה לא אמרינן דהם פסולים בשעת עדות טביחה משום שהיו יכולין אז לחזור מעדות גניבה שהיא תכ"ד:

ולפ"ז נ"ל דע"כ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' אלא היכא שהעדות הוא על שני ענינים כגון הכא שהעידו על הגניבה ועל הטביחה ונתבטל מקצתו אמרינן דבטל כולו דיקום דבר כתיב משא"כ היכא שהעדות הוא על ענין אחד וכגון ההיא דב"ב דמסהדי דאבהתי' הוא ואכלה שני חזקה שאם אנו מקיימין העדות כלא הוכחשו עליו ופסקינן לדינא אפומייהו להחזיק הקרקע ביד ראובן אין כאן ביטול אף במקצת העדות כלל ועדות של שני חזקה כמאן דליתא כיון דתכלית הכוונה להעמיד הקרקע ביד זה והרי לא נפל דבר מדבריהם ארצה בגוף הממון שמעידין עליו ויקום דבר קרינן ביה משא"כ בההיא דב"ק דאיהו בעי לחיובי גברא לשלומי ה' צאן על הגניבה ועל הטביחה והרי איבטול סהדותייהו על תלתא מינייהו דאיתזמו להו על הטביחה ובטל כל העדות דלא קרינן ביה יקום דבר ולפי"ז א"ש נמי דברי הר"ן בכתובות דהתם נמי כיון דמעידין על שני ענינים על קידושין ועל גירושין בתכ"ד ואתכחשו להו בחד' שע"כ חד מינייהו משקר וכיון שהתבטל מקצת הדבר לענין גירושין אית לן למימר דבטל כולו אך לשון הר"ן משמע דעדות אחרת מדמי לה אלא דמ"מ אין לצרף א' מכל כת ע"ש:

ועתה אלכה ואשובה אל עיקר הדין בנ"ד שנראה דלא מבעי' אם התחילו העדים להעיד על יום המעשה הרי קדמה הכחשה לעדות וא"כ אף אי לד"מ דמי הוי כההיא דאמרינן זה אומר אכלה אג"ה כו' דאף ע"ג דתרווייהו אחזקה קמסהדי מכל מקום כיון דאשתא דמסהיד האי לא מסהיד האי לאו כלום הוא ה"נ אף ע"ג דתרווייהו אקידושין קמסהדי לא מצטרפי:

אמנם אם נאמר אפילו דבקידושין כה"ג הכחשה בחקירות מיקרי אע"פ שהוכחשו בתחילת העדות ומכ"ש אם באמת כך היה המעשה שמתחלה העידו על הקידושין ואח"כ פרטו יום המעשה והוכחשו בחקירות בד"מ עדותן בטילה ואף לשיטת הראב"ן וחכמי לוניל שכתבתי שלדבריהם י"ל דכל היכי דלא מכחשי אהדדי הכחשה גמורה עדותן מתקיימת מ"מ כבר כתבתי דבכה"ג דנ"ד גם אינהו אזלי ומודו דבטל העדות דזה הוי הכחשה גמורה ולא נשאר לנו רק סברת הי"א שבבעה"ת דסבירא ליה דאף במכחיש ואומר בניסן הייתי עמך מכל מקום מצטרפין כיון דתרווייהו מודו דמנה הלוהו מכל מקום בכה"ג שהעד מוכחש מדברי עצמו שאומר שהיה ביום ב' ואומר שהיה ביריד וידוע שהיריד היה ביום ה' גם הוא מודה דלאו כלום הוא וגם כי לדבריו צריך ליישב

התוספתא דנסתרה בפני א' שחרית כו' משום דקידושין לד"נ דמי וכמש"ל ואם כן פשיטא דאין מצטרפין ואפי' תימא דמפרש כמ"ש הב"י וכן נראה מהרשב"א שטעם התוספתא לפי שלא נמצא בעת הקידושין כ"א ע"א מכל מקום בנ"ד נמי לא דמי לדהתם דבד"מ סבירא ליה להנך י"א דאף ע"ג שזה אומר שלא לוה בניסן מ"מ כיון דס"ס תרווייהו מודו שהלוהו מנה מחויב לשלם ולא איכפת לן בהכחשה דהיאך כיון שעכ"פ גם לדבריו מנה הלוהו וא"צ עדים רק לאמת הדבר משא"כ בזה שלדברי האומר נתקדשה ביום ה' לא נתקדשה ביום ב' כלל ואע"ג דלדבריו נתקדשה ביום ה' מ"מ אם באנו להאמין לכל עד בפ"ע ג"כ אין כאן קידושין שהרי לא היה שם רק ע"א לבד שא"א לצרף השני עמו על אותו היום שהרי הוא אומר שלא היה אז קידושין כלל:

אלא שהדבר צ"ע אם אמר כל עד נתקדשה עמי ועוד היה שם אנשים דהשתא יש לדמות זה לד"מ לשיטות בעה"ת דבכה"ג מצטרפי וכן יש לפקפק לפי מאי דאיתא באה"ע סימן מ"ב בח"מ ס"ק ה' באם הוא אומר שהקידושין היו כדין כ' ומשמע היכא דאיתרע חזקת פנויה דהיינו ששניהם מודים שנתאספו יחד לקדש ואחד אומר נתקדשה בפני שנינו ואח' אומר לא נתקדשה הרי זו לא תנשא לכתחלה וכ"ז שאין א' מהם מודה לדברי העד כו' ועיין בב"ש שם ולפ"ז נראה דבנ"ד נמי דחזקת פנויה וודאי איתרע לה כיון שעכ"פ לדברי שניהם ודאי נתקדשה ועדיף ממ"ש הח"מ בנאספו לקדש דהתם זה אומר לא נתקדשה לגמרי משא"כ בנ"ד שאומר נתקדשה אלא שהוכחשו בזמן ואם כן י"ל דלא עדיף מאחד אומר לא נתקדשה כלל. אך שלענ"ד ז"א דמבואר להמעיין בתה"ד מה שפלפל אם יש הכחשה בין העדים אם יש להתיר ומסיק דמותר מחמת חזקת פנויה קאי התם על מ"ש אם נאמר שאין מקום להתיר מחמת הכחשת האשה על זה כתב שאין מקום להתיר ג"כ מחמת הכחשת העד שני אם לא מחמת חזקת פנויה. אבל באמת ס"ל דודאי הכחשת האשה לחוד מועיל במקום ע"א כמבואר שם ממ"ש דהמעיין בתוספ' יראה דלא מוכח ומשמע שם כלל וגם קשה לסתור ש"ס פשוט כו' ע"ש. ודברי הח"מ דמשמע דאף בהכחשה מהני היכא דאזד' ליה חזקת פנויה צ"ע ואפשר שכוונתו מ"ש דאין אחד מהם מודה כו' אין ר"ל דמכחיש ליה דבכה"ג פשיטא דלאו כלום הוא אף באיתרע חזקת פנויה רק ר"ל שאינו מודה אבל מ"מ אינו מכחיש העד ג"כ רק שאינה יודעת אם קיבל אביה קידושין גם כן וכה"ג וכן מבואר מדברי הב"ש שם ובסימן מ"ז ס"ק ד' הביא בשם תשובות מהר"ם מפדווה סימן ל"ב שחוכך להחמיר אי הכחשת בע"ד מהני ובסימן ל"ז חזר בו ועיינתי בתשובות מהר"ם מפדווה ז"ל ובכ"א צירף שם טעמים בסימן ל"ב צירף טעמים להחמיר ובסימן ל"ז צירף טעמים להקל והגאון בח"צ סימן קט"ו כתב ג"כ שלא

חזר בו רק מחמת צירוף טעמים אחרים. וגם י"ל דע"כ לא אמרו דע"א בהכחשת בע"ד לאו כלום הוא אלא היכא דליכא רק חד מה שא"כ בזה דלגבי הכחשת האשה הרי איכא תרי דקמכחשי לה ואומרים שודאי נתקדשה רק שמחולקים באיזה יום וא"כ הכחשת האשה כמאן דליתא ואי הוי הבעל תובע ממנה כסף הקידושין היתה מחויבת להחזיר לדעת הפוסקים דהכחשה בחקירות כשרה בד"מ אף אם נאמר דקידושין לד"נ דמיין ואינם מצטרפין לענין קידושין מ"מ הם מצטרפין לענין כסף הקידושין ואין הכחשת האשה כלום וא"כ בכה"ג י"ל דע"א אי הוי מהני בקידושין מהני גם הכא ולא איכפת לן בהכחשת בע"ד. ובהכי א"ש דדברי רש"י שפירש ע"א בהכחשה היינו דמכחיש ליה חד סהד'. ולכאורה לא היה צריך לזה דהא בהכחשת בע"ד נמי לאו כלום עיין בש"ך בי"ד ס"ק ך"ז ולפי מ"ש י"ל שכבר כתבתי שמה שזה אומר נתקדשה לראובן וזה אומר לשמעון כהכחשה בחקירות דמי דע"כ תרווייהו בא"א קמסהדי ולפי זה אף דהאשה מכחשת ואומרת דלא נתקדשה מ"מ לגבי דידה הא איכא תרי סהדי דמשקרת וא"כ אין הכחשתה כלום ולכך מפרש רש"י דמאי דקאמר מאי לאו בע"א היינו שגם האשה יש לה עד על טענה שלה וא"כ פריך שפיר דהא הוי ע"א בהכחשה שהרי איכא סהדא דמכחיש ואומר לא נתקדשה. ויותר נלענ"ד דרש"י ס"ל דמ"ד חוששין לקידושין היינו בהכחשת בע"ד גם כן וכמ"ש בהא דרב אחדבוי אלא לאו בע"א אלמא ע"א מהימן אפילו אין האשה מודה ולפי זה היה קשה לרש"י דאיך שייך לומר ותסברא ע"א בהכחשה כו' מאי קושיא דאה"נ דלהך מ"ד אף בהכחשה מהימן כמו גבי ממון דקם לשבועה אף שבע"ד מכחישו ואין זה סוגיות הש"ס בשום מקום ולא ניחא ליה לרש"י לפרש בכוונת הש"ס דר"ל דעד אחד בהכחשה לא מהימן אף בשאר איסורין כל שכן בדבר שבועה כיון. שסברת המקשה היה דבאמת מהימן בעד אחד בהכחשה לא שייך על זה לשון ותיסברא ולכך פירש רש"י דר"ל בהכחשת ע"א אף אי לא הוי האשה מכחשת אותו אין להאמינו מחמת חד סהדא דמכחיש ליה ולפ"ז לדעת הסמ"ג ודעימיה דסבירא ליה דחוששין אף בע"א כמ"ד חוששין לקידושין אם כן י"ל דאף בהכחשת בע"ד חוששין. שוב מצאתי בפ"י שכתב כן בכוונת רש"י וגם כתב שם דלפ"ז י"ל דהך מאי הוי עלה קאי גם במכחישין ושמחתי שכוונתי לדעת הגדול ת"ל:

וראיתי בשו"ת נ"ב סימן ס' שכ' להוכיח דהך ותסברא ע"א בהכחשה היינו הכחשת האשה דאי הכחשת העד מנ"ל דמכחיש ליה דילמא אין מעידין על שעה ידועה כו' מכל מקום הרי משכחת לה שלא מעיד בבוקר נתקדשה ע"י אביה ביומא דמשלים שית כו' לענ"ד אין זה הוכחה דכיון דכ"א טוען זו אשתי וזה עבדי א"כ למאי דמוקי שיש לכ"א עד

שמעיד כדבריו א"כ הרי מעיד ע"ז שזה עבד ובודאי לא קידשה כלל ואף לפמ"ש הרשב"א והריטב"א שם דמיירי שאין להם עדים ע"ז שהוא עבד רק על הקידושין ועל החבילה מ"מ עכ"פ משמע שהעד אומר כמו שאומר אותו האיש שאומר שהוא בעל האשה והרי בעל האשה אומר בבירור זו אשתי דמשמע שאין כאן שום ספק זיקת קידושין מאחר וא"כ מסתמא גם העד מעיד כדבריו שאם הוא מעיד קצת בענין אחר ממה שהם טוענין א"כ הו"ל לפרושי דבכה"ג מיירי. והנה הרשב"א כתב בשם הראב"ד אהא דקאמר אי דאיכא סהדי להאי כו' דמיירי שאין מעידין על שעה ידועה ואין מכחישין זא"ז דאיכא למימר גירש זה ונשא זה דאל"כ לא היתה צריכה גט מאחד מהם שאין כאן עדים. והרשב"א השיג עליו דבמכחישין נמי הוי כב' אומרים נתקדשה כו'. ובחידושי כתבתי שי"ל בכוונת הראב"ד דלכאורה יקשה אהך ברייתא דקתני צריכה שני גיטין דאמאי לא קתני אחד נותן גט ואחד כונס כדקתני במתני' דף ס"ג בא א' ואמר אני קדשתיה כו' ואם רצו א' נותן גט וא' כונס. אך אם נימא דמיירי שאין מכחישין זא"ז באופן שי"ל גירש זה ונשא זה א"כ אסורה לשניהם אפילו אחר שגירש זה משום מחזיר גרושתו כיון דלא ידעינן איזה מהם גירש ואיזה מהם נשא אבל אי מיירי במכחישין א"כ עכ"פ אין עדים לומר שנתקדשה בזה אחר זה וזה כוונת הראב"ד שכתב לא היתה צריכה גט מאחד מהם ר"ל שאם היה אחד מגרש היה די בזה והיתה יכולה לישא השני ואמאי קתני צריכה שני גיטין והארכתי בחידושי שם והבאתי דברי הראב"ד ללמוד מזה דכל שאין מעידין על שעה ידועה אין זה הכחשה דאמרינן האחד גירש והשני נשא. ולפ"ז גם בנ"ד אין זה הכחשה גמורה מה שזה אומר נתקדשה בב' וזה אומר בה' כיון דאיכא למימר שהיה גירושין בינתים אלא שכבר כתבתי דז"א דע"כ לא אמרינן הכי אלא כל שהעדים אומרים שנתקדשה ושנים אומרים ראינו כו' דע"כ לומר דמגרשי בצנעה וכן י"ל בהך דהראב"ד כיון דתרי לא שכיח שיהא משקרים אמרינן דשמא גירש זה משא"כ כשאין כאן רק חד לגבי חד לית לן לתרץ דבריהם כך דאית לן למימר אם איתא דגירשה כו' וטפי יש לומר כיון דאיכא הכחשה שקורי משקר ואמנם כבר כתבתי דלשיטת בעה"ת בשם י"א אף בהכחשה גמורה מצטרפין וא"כ אף שכתבתי דבכה"ג שהוא תולה דבריו בחבירו והוא מכחישו לא דמי לד"מ ובכה"ג בקידושין אין כאן רק ע"א בלבד כיון שא"א לצרף השני על עדות הקידושין שזה מעיד שנתקדשה באותו היום ולדברי השני לא נתקדשה אז כלל מ"מ היכא שאומר נתקדשה בפני ואני ואנשים אשר היו עמי ראו את המראה ואע"פ שגם בזה יש מקום לחלק דהתם י"ל ששניהם אומרים אמת ובכל פעם הלוהו מנה ובאמת מיירי שהתובע תובע שניהם משא"כ בזה דאי קמא קושטא קאמר שנתקדשה ביום ב'

בתרא משקר שע"כ לא נתקדשה ביום ה' ואפילו תימא שנתגרשה בינתיים מ"מ ע"כ לדברי סהדא בתרא פקעי זיקת קידושין דמסהיד סהדא קמא מינה וא"כ אין כאן רק ע"א ואפילו שאומר שנתקדשה בפני עדים מ"מ אין דבר שבערוה כו' מכל מקום צ"ע לדעת תה"ד שחוכך להחמיר בכה"ג והכא עכ"פ איתרע לה חזקת פנויה כמ"ש וגם הכחשתה אינה מועלת כיון שעכ"פ היא מכחשת שני עדים דקי"ל לענין ממון דמצטרפין ולא דמי לשאר הכחשת בע"ד בע"א ומכ"ש לדעת אא"ז מהר"מ פאדווה סימן ל"ב בהכחשת בע"ד ולפי דעת הח"צ לא חזר בו בסי' ל"ז וא"ל כיון דחד מיניהו מוכחש ושקורי קא משקר א"כ שוב אין חשש גם בשביל העד השני ז"א דמבואר בסימן מ"ב אם קידש בפני שנים וא' מהם קרוב הוי כמקדש בע"א ולא נפסל השני בצירופו כמ"ש בח"מ דמיירי שלא נצטרף בשעת ראיה כו' ועיין בב"ש ואם כן כ"ש כאן דבשעה שראה מעשה הקידושין אכתי כשר הוי רק עכשיו מחמת הכחשה פסלינן ליה וכיון דבשעת ראיה לא היה שם פסול אינו פוסל עדות השני:

איברא שצ"ע מדברי התוס' שהבאתי לעיל שכ' בסנהדרין דף ל"א להקשות אליבא דב"ש דסבירא ליה בכת א' נחלקה עדותן א"כ בב' כתות נמי תפסול דהו"ל נמצא א' מהם קרוב או פסול ולדברי התוספות צ"ע כיון דקי"ל היכא דבשעת המעשה פסול לא אתי לאסהודי כ"א לאח"ז אע"פ שהעיד אח"כ עם הכשרים ביחד לא בטלה העדות וכמ"ש הש"ך סימן ל"א ס"ק י' ובח"מ משמע בסי' מ"ב ס"ק ו' דדווקא לדעת הרא"ש דבעי תרתי הדין כן והוא כדעת מהר"ם אלשקר ובש"ך השיג עליו ע"ש ולפ"ז בב' כתי עדים המכחישים בשעת ראיה לא היה פסול כלל ובאותה שעה כשרים היו וצירוף דשעת הגדה לא מהני לבטל העדות. גם צריך להבין לפ"ז גבי הזמה דקי"ל שאם הוזם א' בטלה כל העדות להרמב"ם אף אחר כ"ד ולהתוס' בתכ"ד וצריך טעם למה יובטל העדות אף בתכ"ד כיון דצירוף הגדה בב"ד לית לן בה ובשעת מעשה לא נצטרפו שהרי באמת הוזמו ואין אמירתן אמת כלל וכמ"ש הש"ך בשם התוס' בטעם הדבר דבעינן תכ"ד לפי שאין אמירתו אמת. ולפ"ז קשה דאף תכ"ד לא יועיל וראיתי בחידושי הריטב"א על מכות בדף ו' ע"ב שכ' אהא דאמרינן אלא מעתה בד"נ תציל שפירש"י שתציל את הזוממין ואת הנדון שתהא בטילה העדות וע"ז כתב בשם הרמב"ן שהקשה דאפילו בעדות צרופה ליכא למימר הכין שאם נמצאת כת זוממת למה תיפסל חברתה הרי אפשר. שאילו הן הזוממין שלא היו שם ואלו מעידין אמת ואם מפני שנמצא א' קא"פ זו אינה טענה כיון שהוזם שלא היה שם אינו מהם אלא הנכון שלא הקשו כאן אלא יהיו העדים נהרגין כו' ואח"כ כתב שהרמב"ם סובר כדברי רש"י ואפילו אחר כ"ד וכ' שכבר השיבו עליו וכו' וכן הוא בחידושי הרמב"ן גופיה

למסכת מכות אלא שיש שם ט"ס וחיסור לשון ע"ש הרי להדיא כמ"ש ומ"ש הריטב"א שהשיבו על הרמב"ם שלא ידעו זו מנין לו ולפענ"ד שלמד כן ממה דאיתא בסנהדרין דף ס' והשלישי אומר אף אני כמוהו סתמא כר"ע דמקיש שנים לשלשה ופירש"י דאם נמצא הג' קא"פ עדותן בטילה הלכך בדקינן להו בהדייהו דאי מתזם או מתכחש מבטלין לסהדותייהו עכ"ל. ולדברי הריטב"א צ"ל דלכך מצרפין השלישי להעיד עמהם שמא ימצא קא"פ ויתבטל העדות ועכ"פ תיקשי על רש"י והרמב"ם וכ"כ גם התוס' במשנה דהיו שנים רואין אותו מחלון כו' דאם הוזם א' מן הכת עדותן בטילה כולה וצ"ע למה תבטל כיון שהוזם ובאמת לא היה בשעת ראיה. ומצאתי בב"ח ח"מ שהרגיש בזה וביאר הטעם דכיון שהעדים אומרים ראינו אלא שהוזמנו חשיב כאילו היה שם בשעת ראי' כיון שלפי דבריהם היה שם:

ובהכי א"ש לפענ"ד מה שהקשו התוס' בסנהדרין דף ט' בסוגיא דחוששין ללעז דלפי דברי ר"ת דהסוגיא מיירי בהוכחשו עדי הבעל וחיישינן ללעז דשמא יבואו עדים אחרים ויבא לידי נפשות דא"כ למאי דמוקי דמיירי באתכחוש בבדיקות ובפלוגתא דבן זכאי דסבירא ליה הכחשה בבדיקות לא מצטרף א"כ אכתי קשה למה ס"ל לר"מ מש"ר בשלשה הא יש לחוש שמא יבואו עדים אחרים ואנן השתא ס"ל דכ"ע חוששין ללעז. ולפי דברי הב"ח הנ"ל י"ל דבלא"ה קשה לשיטות ר"ת שכ' דמיירי דהוכחשו עדי הבעל דע"כ מפרש שהעדים עצמן הכחישו זא"ז בחקירות דאל"כ לא היה הבעל צריך ליתן ך' סלע אף לר"ת שהרי יכול לומר העדים שלי אמת אתם וכ"כ להדי' בחידושי הר"ן דע"כ מיירי שהיו ביניהם הכחשה בחקירות. ולפ"ז קשה לפמ"ש לעיל בשם התוס' דכיון דע"י הכחשה נחלקה עדותן הו"ל כנמצא א' מהם קא"פ א"כ קשה אליבא דרבנן דמצרכי ך"ג משום שמא יבואו עוד עדים דמה בכך אף שיבואו עוד עדים מכל מקום כיון שהעיד בעדות זה עד פסול יש לנו לפסול כל העדות ומה שתירצו שם לחלק היכא דאין הפסול ידוע לא אמרינן דעדותן בטילה לא שייך כאן דהכא שאנו חוששין שמא יבואו עדים ויעידו כדברי האחד א"כ ממילא יהא הפסול ידוע ומכ"ש דקשה להך תירוצה שכ' התוס' שם בב"ב דהך דב' כתות המכחישין א' אומר מנה אתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר וזה לא שייך כאן דלענין ד"נ איירינן גם מ"ש התוס' שם לתרץ דבזא"ז לא אמרינן עדותן בטילה התוס' גופייהו במכות ובסנהדרין לא כ"כ וכן מוכח סוגיא דשמעתתא לפירוש ר"ת בהך אוקמתא דמוקי כגון שנמצא א' מהם קא"פ א"כ מוכח דאי אמרינן עדותן בטילה אין לחוש שיבואו אחרים דתהא עדותן בטילה אלמא דבנמצא קא"פ אף בזה אח"ז בטילה אך י"ל דבאמת אין לפסול מחמת קא"פ כיון דאנן אמרינן דהפסול משקר

וא"כ אפשר שלא היה שם כלל וע"כ לומר כדברי הב"ח גבי הזמה כיון שלדבריו היה שם ואומר ראינו אלא שהוזמו חשיב כהיה בשעת ראיה א"כ דברי הרב נכונים דזה שייך דווקא בהכחשה דכת א' אומרת מנה או הבע"ד היה עמנו או בהזמה ע"פ עדים האומרים עמנו הייתם כיון שלפי דבריהם היה שם משא"כ הסוגיא דהכא לפר"ת מיירי שהיה ביניהם הכחשה בחקירות דאיזה יום ואיזה שעה וכגון שזה אומר שהמעשה היה בחדש ניסן וזה אומר בחדש אייר אם כן שפיר חוששין ללעז שיבואו עדים אחרים כדברי האחד ואין מקום לפוסלה מחמת נמצא קא"פ כיון שהוא אומר על יום אחר א"כ אף לפי דבריו לא היה עמהם ומעולם לא נצטרף עמהם בראי' כלל. וזה כפתור ופרח:

ולפ"ז בנ"ד אין מקום לפסול העדות מטעם נמצא קא"פ דלא מבעיא להך תירוצא דכל שאין הפסול ידוע לא בטלה העדות אם כן גם בזה אף שאנו אין מצרפין השני מטעם הכחשה שביניהם מ"מ אין הפסול ידוע אלא אפילו להך תירוצה דאתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר וא"כ אנן הא קי"ל כר"י יוסי דבטלה כולה וכן להך תירוצה בלא נפסלו משום שבאו זאח"ז ובנ"ד משמע שהעידו כאחת מכל מקום אין מקום לפסול העדות דדווקא גבי הכחשה דאחת אומרת מנה או בהזמה כיון שהפסול מעיד ג"כ על יום א' עם העד הכשר ולפי דבריהם הם אומרים היינו שם אלא שהוכחשנו או הוזמנו שפיר מחשב צירוף לפסול כל העדות משא"כ בנ"ד שהיה ביניהם הכחשה בחקירות וכ"א אומר על יום אחר אם כן אין מקום לבטל העדות מחמת קא"פ כיון שזה אומר על יום אחר א"כ אף לפי דבריו לא היה שם ולא נצטרף עמהם בראיה כלל. וכמ"ש בדברי התוס':

איברא שדברי הב"ח בזה לפע"ד הם תמוהים דמה טעם יש בדבר לבטל העדות לפי שלפי דבריהם היה שם דאטו מפיהם אנו חיים ופסול שאר העדות ע"י צירופם כיון דבאמת לא, נצטרפו עמהם כלל ולא היה שם וכן בב' כתות המכחישות נמי יש מקום לומר כיון דהנך סהדי שקרי נינהו באותו עדות עצמו א"כ אין לבטל שאר העדות דדילמא משקרי ולא היה שם בשעת מעשה כלל ואת"ל היו שם מכל מקום באותו שעה כשרים היו ואין כאן צירוף פסול בשעת ראיה כלל. והנלפע"ד ברור בזה דלכאורה בלא"ה צריך להבין טעמא דמלתא דבעינן נתכווין להעיד דווקא ולדעת הרבה פוסקים תרתי בעינן ראיה והגדה ולכאורה הא מלתא מנ"ל דהא כיון דמהיקיש' ילפינן דמקיש שנים לשלשה מה שנים נמצא א' מהם קא"פ עדותן בטילה אף ג' כן וא"כ הא בשנים העדות בטל אף שלא נתכוונו בשעת מעשה או לא כיון דס"ס הגדת פסול לאו כלום הוא ואין כאן רק חד ומה לי נצרף בשעת ראיה או לא. וא"כ דכוותיה בשלשה נמי יהא פסול אף ע"פ שלא נצרף בראיה וע"כ לומר דאנן לא גמרינן אלא היכא שהוא דומיא דשנים שהם עדות אחת לעולם וא"א

לחלקם לעשות כ"א עדות בפ"ע וה"ה בשלשה כשהם עדות אחת והיינו כשנצטרפו יחד בראיית המעשה משא"כ כשלא נצטרפו בראיה אז אמרינן דהעדים הכשרין הם עדות בפ"ע והפסול הוא לעצמו ולא דמי לשנים דכל חד לעצמו אין עדותו מועיל והם עדות אחת לעולם ולפ"ז י"ל דהיינו דווקא אם היה הפסול בשעת מעשה ולא כיוון להעיד וכה"ג אז זה שהכשרים כיוונו להעיד והפסולים לא כיוונו להעיד נחלקה העדות מחמת הא מילתא גופא שהיו שם ולא כיוון להעיד לאו עדות אחת הם שזה כיוון לבו וזה לא כיוון לבו משא"כ היכא שלא היה כלל לא שייך בזה לומר נחלקה העדות וא"כ לכך שפיר חשיב צירוף ע"י הגדה לחוד וכמו דבשנים אם הוזם א' מהם עדותן בטילה כמו כן בג' דאין כאן כוונה לחלק עדותן ולפ"ז בב' כתות המכחישין שפיר קשיא להו להתוספות דהו"ל כנמצא א' קא"פ דממ"נ אם הנך שקרי לא הוי בשעת מעשה הרי נצטרפו בהגדה לחוד ואם היה שם נמי שפיר מיקרי עדות אחת אע"פ שכשרים היו מ"מ ס"ס הא לא נחלקה עדותן אז ואדרבא נצטרפו יחד וכיון שלא נתחלקה עדותן בשעת ראיה ונעשו עדות אחת ועתה בעדות שהעידו בב"ד נפסלו א"כ הרי כעדות אחת שנמצא א' קא"פ ואין זה מועיל מה שהיו כשרים ראיות העדות וזה ברור לפענ"ד. וראיתי באורים ותומים סימן ל"ח דף פ"ד ד"ה ודע דאף לדברי הריב"ש כו' שמבואר מדבריו הטעם דבהזמה אם הוזם אחד נתבטל כולו אף ע"פ שלא היו בשעת ראיה באמת חידוש הוא והוא מתנאי ודיני הזמה וכ"כ שם ע"ב ד"ה אמנם זה כמעט כו' ונראה מדבריו שבסימן ל"ז הרחיב הדבור בזה אלא שחסר מן הספר בריש הסימן ע"ש ולענ"ד כמ"ש בזה. ומצאתי בס' קצה"ח שעמד ג"כ בזה בדברי התוס' וכ' ג"כ הך סברא שכתבתי דלא איכפת לן במה שהיה כשר בשעת ראיה כיון שעכ"פ נצטרף עמהם ע"ש. אמנם מ"ש דאם נימא בעדים זוממין לא שייך צירוף ראיה. מי יתננו לדעת לפרש המשנה היה שנים רואין מחלון כו'. ולק"מ דודאי שיחשבו עדות א' להזמה ולא יהרג עד שיוזמו כולם או כשאין מקצתן רואין שהם שני עדיות שפיר אזלינן בתר אמירתן וגבי דידהו גופייהו שהרי ע"פ דבורם שהעידו שקר אנו דנין אותם משא"כ לפסול עדות אחרים עפ"י עדותן וצירופן של הניזומין כיון דבאמת לא היה שם כלל איך נאמר שיצטרפו ע"י אילו המעידים בשקר שהמה ראו עמהם והי נינהו מילי דכדיבי וכבר כתבתי דבאמת דעת הרמב"ן והריטב"א לומר דבהוזם א' לא בטלה כל העדות וטעם הרמב"ם והתוספות דס"ל דבטלה צ"ל כמ"ש דבהזמה כיון שלא היה שם כלל א"כ אין כאן הוראה על חילוק העדות שפיר מצטרפין ע"י הגדה לבד. וגם מ"ש בקצה"ח שם דלדעת הרי"ף דבעי שיכיר הכשר בפיסולו א"כ כיון שהיה כשר בשעת ראיה לא מיבטל דהא לא הכירו בפיסולו דכשר היה ולפמ"ש ליתא להאי כלל'

דהא דס"ל לרי"ף שאם לא הכיר הכשר בפסול לא מצטרף להרי"ף היינו מטעמא דאנן סהדי שאילו היה יודע בפסולו לא היה מצטרף עמו וזה דוקא אם היה פסול משא"כ אם היה כשר אז הרי שפיר נצטרפה העדות ונעשית אחת ואין סבר' לומר שאם היה יודע שסופו לפסול לא היה מצטרף כולי האי לא אמרינן כיון דעכשיו מיהא כשר הוי ולא קרינן ביה אל תשת ידך כו' וכיון שהוא עדות אחת בטל הכל דומיא דשנים דאף אם היה כשר בשעת ראיה ונצטרפו מ"מ משנפסל בשעת הגדה אין כאן רק ע"א ולאו כלום הוא: ומעתה בנ"ד יש מקום לומר דבטל כל העדות אע"פ שכ"א מעיד על יום אחר ולפי דבריו לא היה שם מ"מ כיון שלא היה שם לא שייך לומר דנחלקה העדות מחמת חסרון הכוונה בשעת הראיה וא"כ שפיר חשוב צירוף ע"י הגדה בב"ד ומה בכך שהיה כשר בשעת ראיה מכל מקום אמרינן ממ"נ אם היה שם הרי נצטרף בשעת ראיה ואם לא היה שם אם כן לא נחלקה העדות ושפיר מצטרף ע"י ההגדה בב"ד ונתבטל כל העדות. אך לפי דעת התוס' דס"ל דכל שאין הפסול ידוע אין לבטל כל העדות וא"כ בזה שאין הפסול ידוע לא בטלה כל העדות (רק אם נאמר דנתבטל מחמת גניבה וחרם שהועד על א' מהם א"ש דגם בזה בטל גם השני כיון שהפסול ידוע) אמנם התוספות בב"ב השמיטו תירוץ זה ונראה לכאורה מדבריהם דס"ל שאין תירוץ זה עיקר לפסק הלכה וגם כן נראה מדברי הפוסקים שסתמו וכתבו דכל שנמצא א' מהם קרוב או פסול העדות בטל ולא ביארו דבעינן דוקא שיהא הפסול ידוע משמע דלא ס"ל כהך תירוצה וכ"נ מדברי הסמ"ע ס"ק ב' סימן ל"א שכ' בב' כתי עדים המכחישות זא"ז שבא ע"א מכת זו וע"א מכת זו והעידו בעדות אחרת אין כאן עדות שהרי בודאי א' מהן העיד שקר וע"ז כ' הסמ"ע ס"ק ב' ואף ע"ג דאית בהו חד דכשר א"צ לישבע נגדו ש"ד וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאו ב"י וד"מ סימן ל"ו כו' וכוונתו למ"ש שם בשם הרשב"א דבדין נמצא קא"פ בטל לגמרי דכל שבאו להעיד ונצטרפו מדעת נפסלה ונתבטלה אותה עדות לגמרי ע"ש ולכאורה מאי ראיה מייתי מהתם דשם הקא"פ ידוע משא"כ בזה שאינו ידוע ולא נתבטלה כל העדות וא"כ י"ל דבכה"ג דמסהיד חד מכת זו וחד מכת זו שעכ"פ איכא חד דכשר ואין הפסול ידוע שפיר מחייבו שבועה אע"כ דלא ס"ל לחלק בין פסול ידוע או לא ובכל גווני ס"ל דבטל כל העדות:

אמנם ראיתי באגודה בסנהדרין דמייתי תירוץ התוספות בזה וגם בפסקי התוספות דסנהדרין הזכיר תירוץ זה וחזינא להפוסקים שמביאין ראיה מפסקי התוספות לפסק הלכה ובאמת התוספות שם כתבו עוד לחלק בין באו בבת א' לבאו בזא"ז והוזכר ג"כ בפסקי התוספות שם וכבר כתבתי שזה סותר למ"ש התוספות במכות ובסנהדרין דף ט'

דלענין נמצא קא"פ אף לאחר כ"ד עדותן בטילה והכי מוכח' סוגיא דשמעתא התם דתו לא חיישינן שמא יבואו אח"כ עדים אחרים שג"כ יופסלו מחמת הקא"פ אלמא דאף אחר כ"ד העדות בטל ולכן נלע"ד דס"ל להתוס' דלענין פסול דחשדינן ליה במשקר לעד זומם דמי דבעי דווקא תכ"ד מטעם דאין אמירתן שאומרים שראו אמת וה"נ בהכחשה כיון דהאי משקר אמרינן אימור לא היה שם ולא נצטרף מעולם ולכך אין לבטל העדות כ"א בהעידו תכ"ד וע"כ לא כ' התוס' בנמצא קא"פ עדותן בטלה אף לאחר כ"ד אלא היכא שהדבר ידוע שהיה הפסול שם בשעת ראייה המעשה ונעשה עדות אחת עם הכשרים שוב אין חילוק בין העידו תכ"ד או לאחר כ"ד וגם בההוא דסנהדרין דמוקי כגון שנמצא קא"פ י"ל דמיירי בכה"ג שהכשרים מודים בדבר שהיה הפסול עמהם דלא חשדינן להנך כשרים במשקרים בזה שאומרים שהפסול היה עמהם:

ועפ"ז יש ליתן תבלין למ"ש התוספות דהיכא דהפסול ידוע לא אמרינן דעדותן בטלה ולכאורה אין טעם לדבר וגם קשה דהא מקשינן שנים לשלשה וגבי שנים קי"ל דפסול אף היכא שאין הפסול ידוע לנו ולפמ"ש י"ל בטעמא דמלתא דכיון דבעינן שיהא עדות אחת ע"י צירוף דאל"כ לא דמי לשנים והצירוף הוא ע"י ראיית המעשה ביחד או ע"י הגדה בב"ד שכיון שהב"ד קבלו עדות הכשרים והפסולים ג"כ ולא הפרישו הפסולים מכלל הכשרים בזה נצטרפו ונעשו אחד ולפ"ז שפיר כתבו התוספות גבי ב' כתות שכת א' אומרת מנה כו' דבראיית המעשה לא נצטרפו דאמרינן שאין אמירתן אמת ולא נמצאו שם כלל גם ע"י הגדה בב"ד אין כאן צירוף כיון שאין אתנו יודע מי הם הפסולים ומי הם הכשרים לא סמי' בידן לברורי להבדיל את הפסולים מתוך עדת הכשרים אין זה צירוף ולפיכך הם שתי עדיות ולא נתבטל עדות הכשרים כלל. ומכ"ש דא"ש לדעת הרא"ש ודעימי' דתרתי בעינן ראיה והגדה א"כ אפילו תימא שגם אותן המכחישין היו שם מ"מ אין זה צירוף ע"י הגדה בב"ד כיון שאין הפסול ידוע ומעתה א"ש במה שהשמיטו הפוסקים בדין נמצא א' מהם קא"פ ולא הזכירו חילוק התוס' בין פסול ידוע וגם אין סתירה לדברי הסמ"ע שהוכחתי מדבריו שכ' שא' מכת זו וא' מכת זו העדות בטל לגמרי אף לשבועה אלמא דסבירא ליה דאין לחלק בין פסול ידוע ולפמ"ש א"ש דבשלמא בב' כתות המכחישות כיון שע"כ לומר דחד מינייהו משקרי נינהו א"כ אמרינן שלא היו בשעת מעשה כלל וצירוף הגדה ג"כ אין כאן כמ"ש משא"כ היכא שאין כאן הכחשה על אותו העדות עצמו רק שהם מוכחשים מחמת ענין אחר ונפסלו מכבר ועתה באים להעיד עדות אחר שפיר אמרינן דגם הפסול היה בשעת מעשה וא"כ יש בכאן צירוף מחמת ראיית המעשה ובטלה העדות ואף לשיטת הרא"ש דסבירא ליה דגם הגדה בב"ד

יחד בעינן י"ל דבזה שהיה צירוף בשעת ראיית המעשה וגם הגידו יחד בב"ד גם הרא"ש מודה דבטל אע"פ שאין הפסול ידוע דבשלמא בעלמא אמרינן אע"פ שנצטרפו בראיה מ"מ בזה שלא הגידו יחד נתחלקה העדות משא"כ כאן דבאמת הגידו יחד רק דמחמת זה לבד לא מצטרפי כמ"ש כיון שאין הפסול ידוע לא היה אפשר להפריש הכשרים בפ"ע אבל מ"מ חילוק העדות אין כאן ושפיר מועיל הצירוף הראי' לכ"ע:

ולפ"ז בנ"ד כיון שעכ"פ לא היה שם צירוף דראי' שהרי כ"א אומר על יום אחר אם כן אפילו תימא דחילוק העדות אין כאן אע"פ שלא היה שם דחילוק העדות לא מיקרי אלא אם היה שם ולא נתכוין להעיד משא"כ כשלא היה שם כלל וכמו גבי הזמה דבטל כל העדות מה"ט וכמש"ל מכל מקום זה דוקא היכא שנצטרפו אח"כ ע"י ההגדה בב"ד משא"כ בזה שלא נצטרפו בראי' גם בשעת הגדה בב"ד אין כאן צירוף כיון שאין הפסול ידוע אם כן אף ע"פ שאין כאן חילוק העדות מ"מ גם צירוף אין כאן ולא נתבטל כל העדות אם כן נשאר עד אחד ויש מקום חשש לדעת אא"ז מהר"מ מפדווה שחושש להפוסקים דע"א בקדושין חוששין לו:

אמנם צ"ע דהא בהזמה לדעת הרמב"ם ותוס' בטלה כל העדות והרי לא היה שם צירוף דראי' כלל כיון שהוזמו גם מחמת הגדה יחד בב"ד אין לצרפם כיון שאז לא היה פסולם ידוע לא היה מקום להבדילם עד שהוזמו. אך י"ל דהזמה שאני כיון דבשעה שהעידו לא היה עליהם חשש פסול שפיר נצטרפו עם הכשרים ע"י הגדה בב"ד יחד אע"פ שלא היה אז פסולם ידוע כיון דסוף סוף נתקבל עדותן יחד בב"ד הוי צירוף משא"כ בזה שבשעת הגדה בב"ד ג"כ ידוע שיש כאן פסול אלא שאין אתנו נביא ולא יודע עד מה אם דבר אמת בפיו וחבירו משקר או להיפוך ובעל כרחם הבית דין מקבלין עדות שניהם ומכל מקום דעתייהו דבית דין אעדות דכשרים לבד ולא אפסולים והוי כאלו הפרישו הפסולים ואין זה צירוף:

ומצאתי בס' טורי אבן להגאון בעל שאגת ארי' ז"ל במסכת ר"ה שהקשה שם גבי א' אומר גבוה ב' מרדעת כו' דאמאי מצרפין לעדות אחרת הא הו"ל נמצא א' מהם קא"פ כקושית התוספות בסנהדרין ומה שתירצו דאתי' כמ"ד תתקיים העדות בשאר ל"ש התם וגם הך תירוצה דאין הפסול ידוע נמי לא שייך כאן כיון דאיכא אחרינא בהדיה האי ממילא נודע לנו דהאידך פסול וכ' דצ"ל כיון דבשעת הגדה לא נודע מי הוא הפסול אע"פ שנודע אח"כ לית לן בה אלא שכ' שתי' התוס' לא מחוור כיון דמקשינן ב' לג' ובב' אף בלא נודע עידותן בטל עכ"ל בקצרה והנה מ"ש בפשיטות דאם בשעת הגדה לא נודע הפסול אע"פ שנודע אח"כ לית לן בה צ"ע כמ"ש דמ"ש מהזמה דג"כ בשעת הגדה לא

נודע הפסול ואפ"ה בטל העדות כיון שנודע אח"כ אם לא שנחלק כמ"ש דבהזמה שאינו ידוע לב"ד כלל שיש פסול שפיר מצטרף ע"י הגדה ומ"ש על תירוץ התוס' דלא מחוור כ"כ טעם לשבח דבכה"ג לא מקשינן ב' לג'. אלא שצ"ע דהא קה"ח נצטרף הפסול עמהם ודוחק לומר דמיירי שאילו הכשרים אומרים שזה לא ראה עמהם. אמנם נלענ"ד דגבי קה"ח אין ראיית הפסולים פוסל כלל דאי לא תימא הכי תיקשי לשיטת גדולי הפוסקים דבראיה בלבד מצטרפים אף בלא הגדה בב"ד א"כ בעדות החודש נצטרך לקבל עדות מפי כשרים אשר הוצבו לבדנה מבלי היות שם ערוב נשים ועמי הארץ הפסולים לעדות זו ולפעמים יעשו הצדוקים כוונים להעציב הפרושים ולפסול העדות ע"י צירופם. וגם קשה הא דאמרינן בר"ה דף כ"ב מעשה בטוביה הרופא שראה את החודש הוא ועבדו ובנו כו' כשבאו לפני ב"ד קיבלו אותו ואת עבדו ופסלו את בנו וקשה דאפילו אותו ואת עבדו היו להם לפסול שהרי נצטרפו יחד ובאו להעיד ולשיטת הפוסקים דס"ל דתרתי בעינן ראיה והגדה א"ש דפסלו את בנו שלא יעיד עמהם ולא נצטרף אבל לשיטת ש"פ קשה ודוחק לומר דמיירי שלא ראו כאחת עמו וגם א"ל דבנו אתי למחזי ולא כיוון להעיד דהא ר' יוסי הוא דקאמר לה ולר' יוסי אין חילוק בין נתכוונין להעיד או לא כדאיתא במכות ולכן נלע"ד דע"כ ל"א דע"י ראיה מצטרפין לר' יוסי אלא בענין שהוא בא ע"י מעשה אז כיון שגם הפסולים ראו עמהם ונעשו עדו' אחת וקרינן ביה יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר משא"כ בקה"ח שהוא נר' בעליל לארץ וכ"ע חזו ורחמנא אמר דבעי קידוש בפה וכדתנן ראוהו ב"ד כו' ואין הענין תלוי בראיי' המעשה רק בקבלת העדות דווקא לא איכפת לן במה שנצטרפו הפסולים עם הכשרים בראיה כלל כנלע"ד. ואיך שיהיה בההוא דקה"ח מיירי שלא היה צירוף בראיה הלכך בהגדה זו שהגיד הפסול עמו בב"ד לא נצטרפו. ועפ"ז יש מקום להמתיק יותר הך סברא דהיכא שבשעת מעשה לא נודע הפסול אף ע"פ שנודע אח"כ לית לן בה ולכאורה תיקשי מאין הרגלים לומר כן דהא סברת התוס' גופא דבלא נודע הפסול אין עדותו בטילה חידוש הוא ואנן ניקום ונימא דאף אם נודע אח"כ גם כן לא בטל ולפמ"ש בטעמא דמילתא א"ש דכיון דבשעת העדות לא נודע מי הוא הפסול אין מצטרפין ע"י קבלת הב"ד שקיבלו עדות שניהם דכיון שלא נודע אז א"כ הי מינייהו מפקית וע"כ הוצרכנו לקבל עדות שניהם ואח"כ כשנודע לנו שפסול הוא נפרדו איש מעל אחיו כיון שלא נצטרפו לא ע"י ראיה ולא ע"י הגדה ואין זה דומה להזמה שלא היה ידוע תחילה בשעת עדותן שיש כאן פסול שפיר נצטרפו ע"י הגדתן בב"ד משא"כ כאן דגם בשעת העדות הכחישו זא"ז והיה ידוע לב"ד שיש כאן פסול וכיון שיש כאן ידיעה בתחלה דעתייהו דב"ד רק על העדות הכשר בלבד ושפיר

מצטרפין הכשר עם עוד אחר וכמש"ל ואע"פ שבסוף נודע לנו מי הוא הפסול לית לן בה כיון דלא נצטרפו כלל:

ולכאורה היה אפשר ליישב מה שהקשיתי לעיל מהא דאמרינן בר"ה מעשה בטוביה הרופא כו' דהא הו"ל נמצא א' מהם קא"פ וא"ל דלא נתכווין להעיד דהא לר"י אין חילוק בדבר והיה אפשר לומר עפמ"ש בחידושי ליישב קושית התוס' בסנהדרין ובב"ב שהקשו על הרשב"ם דאי אליבא דר' יוסי בראיה בעלמא הוי עד איך פריך בפשיטות בר"ה. לא תהא שמיעה גדולה מראיה כו' ע"ש וע"ז כתבתי די"ל דהרשב"ם ס"ל דאפילו לר' יוסי דווקא כשהי' מתכווין לראות המעשה עכ"פ אע"פ שלא נתכווין להעיד משא"כ היכא שלא נתכווין לראות המעשה כלל רק ממילא מחמת שהיה נראה בעליל לארץ ראוהו בלכתם בשוק ולא נתכוונו אפילו לראות בכה"ג אפילו ר' יוסי מודה דאין מצטרפין והא דאמרינן בר"ה דף כ"ד ראינוהו מאלינו כו' אין מעידין עליו דאימר כוביתא בעלמא הוא דחזו אלמא דבכה"ג אין מעידין כלל יש לחלק דשאני התם שאחר שחזרו שנים לראותו היטב כדי להעיד שוב לא ראוהו אבל היכא שנראה בעליל מאליו רק שלא נתכוונו עליו אף ע"פ שלא נתכוונו אפילו לראות שפיר מעיד עליו רק דבכה"ג אין מצטרף עם מי שכיוון להעיד אף לר' יוסי ולפי זה יש לומר דגם בעובדא הנ"ל בנו של טוביה לא כיוון אף לראות ולפיכך לא פסלו אותו ואת עבדו:

אמנם בחידושי שם חזרתי והקשיתי ע"ז דא"כ מאי פריך הרוג יציל הא ההרוג לא כיון אפילו לראות רק ראיה דממילא הוא וכיוצא בזה הקשה באו"ת סימן נ"ו על דברי הרשב"א בתוס' דסנהדרין דס"ל דר' יוסי לעולם התראה בעי א"כ מאי פריך הרוג יציל וכתבתי ליישב ע"ד הפלפול דאיתא במכות דף ז' ר"ט ור"ע אומרים אלו היינו בסנהדרין לא היה נהרג אדם. וע"ש בתוס' שהחשש הוא שמא זה שעובר עבירה הוא טריפה וה"ל עדות שאילה"ז. אך דמ"מ אכתי משכחת לה דנהרג כדאיתא בסנהדרין דטרפה שהרג בפני ב"ד חייב ועפ"ז פירשו המפורשים שם דברי התוס' שהם מגומגמין שם לכאורה ע"ש. אך דהכא לר' יוסי קיימינן ואיהו ס"ל דבראיה בעלמא נעשו עדים ואין נעשין דיינים, א"כ בטריפה שהרג בפני ב"ד ג"כ פטור דה"ל עדות שאילה"ז. אך לפמ"ש אכתי איכא לאשכוחי כגון שהב"ד לא כיוונו כלל אף לראות המעשה רק שממילא הרג זה בפניהם ובכה"ג אין נעשים עדים רק דיינים. והשתא א"ש הא דפריך הרוג יציל וא"ל דלא מצטרף ז"א דהא הש"ך סי' ל"ו ס"ק ג' כתב דאם הכשרים ג"כ לא כיון להעיד רק לראות שוב הפסולים פוסלים הכשרים אע"פ שלא כוונו להעיד ע"ש. ולפ"ז כיון דהכא ע"כ בהרג לפני ב"ד מיירי וגם הם לא כוונו אף לראות דאל"כ הרי הם עדים וה"ל שאילה"ז וא"כ

כיון שכולם לא כוונו אפי' לראות שפיר ההרוג מצטרף. ועד"ז יתיישב ג"כ קושית האו"ת בזה והארכתי עוד בחידושי שם והבאתי ג"כ דברי התוס' ישינים בכריתות דף י"ב ד"ה לא נתכוונתי שלכאורה היא תמוה ואין כאן מקום לקבל ארוך ועכ"פ יצא לנו מפלפול הלז דלפום הך סברא דאם לא כיוון אף לראות אין מצטרף אף לר' יוסי צ"ל כסברת הש"ך הנ"ל ולפ"ז אין מקום לומר בעובדא דטוביה דמיירי שבנו לא כיוון לראות שהרי מתחלה באין לפני הכהנים וקבלו אותו ואת בנו ופסלו את עבדו ולפ"ז עכצ"ל דמיירי שהעבד לא כיוון לראות דא"כ הו"ל לפסול כל העדות כולה וא"כ ע"כ כשפסלו הב"ד את בנו אפילו תימא שבנו ג"כ לא כיוון לראות מ"מ שוב מצטרף העבד עמו כיון דתרווייהו לא כיוונו וכסבר הש"ך אלא מחוורת' כדכתיבנא שאין צירוף ראיה פוסל בקה"ח כלל או דמיירי שלא היה יחד בשעת ראיה וכמש"ל:

ומעתה בההוא דנ"ד הרי אין הפסול ידוע ודא' בטלה כל העדות איברא שלענ"ד לחלק בסברא זו דאין פסול ידוע שע"כ לא אמרינן דבכה"ג אין עדותן בטילה אלא בב' כתות כיון שיש לפנינו כת א' שכשירה אמרינן דדעתייהו דב"ד רק אל הכשרים ואין הפסולים מצטרפין עמהם אע"פ שהיתה הגדתם בב"ד כאחד משא"כ היכא שאין כאן רק שנים ואחד מהם פסול אין לנו לומר שנחלקה עדותן כיון דעיקר סהדותא בתרי שפיר הם מצטרפין כיון שאין העדות נגמרת בא' ואף למ"ד המקדש בע"א חוששין לקדושין מ"מ לא קאמר אלא חוששין והיינו כמו דבעלמא גבי ממון ע"א מחייב שבועה כמו כן גבי קידושין חוששין לקדושין אבל מ"מ שתהא עדות גמורה לעשותה כע"א לכל דבריו אינו אלא בשנים והלכך בתרי לחוד שפיר הוי צירוף עדות וכיון שאחד מהם פסול שהרי הכחישו זא"ז בטלה העדות ומכ"ש אם באנו לחוש למ"ש לעיל אליבא דתה"ד היכא שמעיד שנתקדשה עמו בפני אחרים דמדינא אית לן לאוקמי אחזקת פנויה וכמ"ש התה"ד רק דהכא אית לן למימר דאיתרע חזקת פנויה כיון שעכ"פ יש כאן עוד ע"א שאומר נתקדשה א"כ צריכין אנו לצירוף שני העדים גם יחד וכיון שאחד מהם פסול העדות בטל:

איברא שצ"ע מסוגיא דר"ה דבתרי מיירי התם ואפ"ה קאמר דמצרפין לעדות אחרת ולא מבטלינן סהדותא מטעם דנמצא א' מהם פסול וע"כ כמש"ל בשם הטורי אבן דלהך תירוצא צ"ל דגם בזה כיון שאין הפסול ידוע לית לן בה אלמא דאף בכה"ג איתא להך חילוקא דאין פסול ידוע אע"ג דבשעה שהכחישו לא הי' שם רק שנים וסהדותא דחד בלא חברי' לאו כלום אפ"ה לא מיחשב צירוף אמנם לענ"ד היה אפשר לומר דע"כ לא הקשו התוס' דגבי כת א' אומרת מנה תתבטל העדות משום דנמצא פסול כיון דבשעה שהעיד

זה אלא משום שיש הכחשה בגופה של עדות משא"כ היכא דבגופה של עדות אין כאן הכחשה כגון בההוא דקה"ח רק שאח"כ הוכחשו בחקירות ל"ש לומר שנמצא פסול כיון דבשעה שהעיד זה עדיין לא היה פסול רק דרחמנא אמר שתתבטל עדותו מחמת הכחשת חקירות וא"כ מההוא שעת' דאתחיל פסול דידיה והלכך כי קאתי אחרינא ומצטרף עם הכשר ש"ד. ובהכי א"ש נמי להך תירוצא דהתוס' בסנהדרין דאתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר או דמיירי בזא"ז קשה בסוגיא דשנים אומרים מת דאוקמי הר"ן וכ"כ בש"מ בשם התוס' דמיירי באחד אומר קרוב לו כו' ולפ"ז קשה דל"ל לאוקמי בע"א דשפיר מצי לאוקמי בב' עדים ולא איתחזקה א"א כ"א אפומייהו והשתא בב' אומרים נתגרשה דלא הוי עדות מוכחשת דמיירי בקרוב לו כו' דעבידי דטעי א"כ שפיר הוחזקה א"א אפומייהו וכיון דאיכא עכ"פ תרי דאמרי קרוב לו היה ולא נתגרשה לא מהימנא איהי לומר גרושה אני משא"כ בשנים אומרים מת כיון דע"כ עדות מוכחשת הוא זו אף להחזיקה בחזקת א"א לא מהימני דה"ל כנמצא קא"פ דקי"ל דאף בד"מ עדותן בטילה וא"כ שפיר מהימנא לומר מת בעלי ודוחק לומר דכיון דגבי נתגרשה מיירי בגווני דעבידא דטעי גם לענין מיתה בכה"ג מיירי היכא דאיכא למיתלי בטעות ואין כאן פסול כמו גירושין. אך לפמ"ש א"ש שהרי כבר ביארתי לעיל דהא דאמרינן בב"ק כיון דאיתזמו להו אתזמי להו אגניבה ר"ל כמ"ש אא"ז מהרש"א ז"ל דבאמת לא נפסלו על עדות גניבה כלל רק דממילא בטל העדות גניבה כיון שהעידו תכ"ד דעדות שבטלה מקצתה כו'. ולפ"ז גם בזה א"א לבטל העדות שמעידין עליו שא"א היא רק מחמת שהוכחשו אח"כ בענין הגירושין וה"ל עדות שבטלה מקצתה אבל מ"מ אין מקום לומר שיעשה פסול למפרע וא"כ באותו שעה שהעידו עליה בא"א עדיין לא היה פסולים שם כל ושפיר מועיל העדות של כת האחת שעכ"פ א"א היא כיון שעכ"פ יש כאן כשרים שהוא א"א ולא חל שם פסול עליהם עד שהוכחשו בעדות המיתה ואין לפסול מחמת זה העדות שהעידו בראשונה מטעם נמצא פסול וזה ברור. ולפ"ז גם בעדות קה"ח נמי אין חל שם פסול מחמת הכחשה שהוכחש אח"כ בחקירות כיון שלא היה פסול בשעת הגדה:

ולפ"ז בנ"ד נמי תליא מלתא שאם העידו בתחלה בסתם על הקדושין ואח"כ הכחישו זא"ז בחקירות אפילו תימא דהכחשה בחקירות מבטל העדות בד"מ מ"מ עכ"פ נשאר ע"א בקדושין אם באנו לחוש למר"מ פדוואה היה קצת מקום לחוש בזה ומ"מ נלע"ד דודאי אי הכחשה בחקירות מבטל העדות בד"מ אין לחוש אף למ"ד בע"א חוששין לקדושין שהרי כתבתי טעמא דהך חששא בלחוד כמו בד"מ דע"א מחייב שבועה והרי בהכחשה דחקירות כ' הסמ"ע בסי' ל' ס"ק ט' דאפילו שבועה א"צ ואע"ג דבס"ק כ"ה כתב דהיינו

דווקא בהכחשה דלא כי וכיוצא כבר כתבתי לעיל דהכא בנ"ד כהכחשה דלא כי דמיא שא"א לומר שנתקדשה ב' פעמים ואע"ג שבאו"ת השיג עליו מדברי חכמי לוניל שהביא הבעה"ת כ"כ דלענ"ד ברור דחכמי לוניל שם מיירי שהשני מכחיש הראשון בלא כי אבל מ"מ הראשון לא הכחיש השני הלכך השני זוקק לשבועה משא"כ היכא דתרווייהו מכחישין זא"ז שלדברי האומר נתקדשה בב' לא נתקדשה בה' וכן להיפוך הלכך בד"מ כה"ג אין מקום לשבועה וה"נ בכה"ג אין כאן חשש קידושין ולפ"ז גם לסברת היש מי שאומר שמביא בעה"ת דמצטרפי אף בלא כי אין לנו לחוש כאן דכ"כ דגם לדידיה עכ"פ בנ"ד אין כאן שני עדים על הקדושין וא"כ לית לן למינקט חומרא לחוש לדעת היש מי שאומר שבבעה"ת וגם לדברי מי שחוששש בקדושין בע"א בהכחשה דתרווייהו הם סברת יחיד והגאון ח"צ כתב שגם מהר"מ מפדאווה גופיה בסי' ל"ז בצירוף טעמים לא חשש לסברת החושש לקדושין בע"א. והנה מ"ש לתרץ גבי קה"ח דהכחשה בחקירות שאח"כ אינו מבטל כל העדות מחמת נמצא פסול צ"ע דהא מקשינן שלשה לשנים דמה שנים עדותן בטל כשהוכחשו בחקירות אף שלשה כן וכמ"ש הרמב"ם כן לענין ד"נ דבטל גם בשלשה כשהוכחש בחקירות ומצאתי באו סי' למ"ד סק"ג שהביא דברי הב"י בתשו' בענין אם היה ג' והוכחש אחד בחקירות דבטל שכתב דקה"ח שאני דלא בעי דו"ח כלל ע"ש לענ"ד היה מקום לומר דגם קה"ח אין צירוף קא"פ פוסל כלל לפמש"ל דבראיה ל"ש צירוף כיון דהוא מידי דממילא קחזי לה או דמיירי שלא נצטרפו יחד בראיה אין מקום לפסול רק מחמת שנצטרפו בהגדה יחד בב"ד וזה לא אמרינן גבי קה"ח לפמ"ש רש"י בד"ה דף ח' אהא דפריך לא תהא שמיעה גדולה מראיה. ופרש"י דגבי עדות קה"ח לא כתיב עדות אלא כזה ראה וקדש ע"ש ובתוס' ולפ"ז י"ל דלא דמי לד"נ דבעינן עדות וכל שנצטרף קא"פ עדותן בטלה משא"כ בזה דלא כתיב עדות אלא רק כזה ראה כו' ולא מקשינן בין ג' לשנים כלל. ובהכי א"ש גם בההוא דנזיר דקאמר לא נחלקו כו' ע"ש שהקשה בטורי אבן דנימא כיון דאיכא פסול עדותן בטילה ודווקא בד"מ תתקיים העדות בשאר ולפמ"ש א"ש דבנזיר אין ענינו לעדות כלל דנימא ביה מקיש ב' לג' וראיה לחוד מהני אף דלא מהני בעלמא ואין ההגדה בקה"ח באה רק כדי שישמעו ב"ד ויאמר מקודש הלכך אין פסול פוסל כלל כשנצטרף בהגדה ומכ"ש אם נמצא א' מהג' שהוכחש בחקירות:. וראיתי להב"ש שכתב סברא כיוצא בזה לענין קידושין ע"ש בסימן מ"ב סק"ח שכתב דלשיטת הרא"ש דס"ל דבעינן ראיה והגדה אם נמצא פסול שנתכוין לשם עדות והעיד עם הכשרים אע"ג דהב"ד אין יכולין לפסוק ע"פ עדותן מ"מ בעת הקדושין לא

נתבטל עדותן עדיין א"כ היה הקדושין קדושין כשרים ולפי שהארכתי בענין זה בכמה תשובות אני מקצר ועולה בהסכמה עם כבוד נד"ז הגאון הנ"ל:
דברי זעירא הק' אפרים

שאלה נה

פרצודא דתותי קלא כו' כש"ת מוהר"ר ישראל זלמן נ"י הנה דבריך בזה שבאו בארוכה לבנות ולסתור ולעקור ולנטוע לרחק ולקרב המרוחקים בזרוע וכבד עלי הדבר לגמור את כולה. ולארוב אצל כל פנה. רק יצאתי להשכילך בינה אשר השקפתי שנים ושלשה גרגרים מידי עברי בין בתרי דבריך. למען תדע כי יקרו בעיני אמריך. אף כי טרידנא טובא בענינים אחרים אמרת ישוב אשוב אליך הא דמנינא לאהדורי ע"י הדחק ועדיך יבא. ע"י ב"א העילום מכאן בשבוע הבא:
פתח דבריך יאירו לפלפל בדברי הגאון מופת הדור מחו' בנ"ב ז"ל לענין אי בעינן בד"מ עדות שאילה"ז וקא מהדרת אפירכא ונפלאתי עליך דשבקית פתחא רבה שהרי דברי הגאון ז"ל כל רואיהם יכירם שהם תמוהים מצד עצמם לפום מאי דסבר התם דבד"מ א"י בחקירות כשר אף מדאורייתא א"כ מה האי דתקון רבנן דלא בעי דו"ח משום נ"ד שהרי להכחשה לא יחוש המלוה ולא"י פשיטא שאין לו לחוש כיון דבאמת כשר והיה להם להעמיד דיניהם על ד"ת שהרי אין כאן נ"ד כלל. וראיתי בדבריך שכתבת שהיה להם לחכמים לתקן דא"י כשר והיה להם להניח דו"ח אדוכתי כו' ומשום הא לא איריא שאפשר לומר דקי"ל לחז"ל דהא דאצריך רחמנא דו"ח לא מטעם הכחשה שבאמת אין לנו לחוש לזה שהרי אף במקום שמכחישין אם יש לתרץ דבריהם שלא יהיה כמוכחשין מתרצינן להו רק דרחמנא אצריך דו"ח מטעם דשמא אינם יודעים ולפי"ז אחרי שבע"כ אנו צריכין לחלק דא"י בחקירות יוכשר ממילא דלא בעי דו"ח כלל שאנו מכשירין העדים בסתם ואמרינן מסתמא לא יפול הכחשה ביניהם והרוצה לשקר יאמר א"י והא דצריך בדיקות אע"ג דבבדיקות א"י כשר היינו באמת רק בד"נ מטעם והצילו העדה משא"כ בד"מ ותמהני שלא הרגשת דבפשיטות תיקשי טורח תקנה זו למה לעקור דו"ח מן התורה משום נ"ד שהרי אין כאן נ"ד כלל אף לד"ת גם מה שהפלגת בדבריך דברי הגאון ז"ל דלענין א"י יש חשש נ"ד וכתבת שלענין דיעבד לא שייך נ"ד כיון שלכתחלה א"צ דו"ח ולשמא איתרמי שיחקור והעד ישכח שכולי האי לא יחוש אני אומר שאף בזה הדין עם הגאון ז"ל שהרי דעת הרמב"ן (והוא הראב"ן כמ"ש בתשובתי) דאף הכחשה בחקירות כשר מדר"ח דתיקון רבנן כדי שלא תנעול דלת מבואר מפשיטות דבריו דאף לענין דיעבד שייך נ"ד (ומה שרצית להעמיס בדברי הרמב"ן שכוונתו כיון דלא בעי דו"ח מעיקרא לא

רמי' עליו ולאו אדעתיה ובדיעבד נמי כשר אבאר לקמן דליתא (אלא ששאר הפוסקים החולקים עליו וס"ל להגאון נ"ב דע"כ לא פליגי עליו אלא דס"ל דלא שייך נ"ד שיחוש המלוה להכחשה אבל לא"י שפיר חייש ואיכא נ"ד אף לענין דיעבד ומסתבר הכי כדי שלא נשווי' פלוגתא רחוקה ביניהם אבל מ"מ קשה דמני' וביה אבא כו' לפי סברתו דא"י כשר מדאורייתא א"כ למה עקרו הדו"ח לכתחלה:

וכדי להצדיק את הצדיק דמעיקרא הגאון ז"ל אנו צריכין לומר דס"ל דאע"ג דא"י בדיעבד כשר מ"מ הוצרכו חכמים להפקיע דו"ח משום נ"ד שהמלוה יחוש שהעד ישכח הזמן ואע"פ שא"י כשר מ"מ עי"ז נדמה להדיין שהוא דין מרומה ויסלק עצמו מן הדין וידונו מי שלבו שלם בדבר ויש בזה נ"ד דהא מה"ט לא בעינן מומחין שלא תנעול דלת שלא יצטרך לטרוח אחר מומחין משא"כ להכחשה אין המלוה חושש כלל ולכך אפילו בדיעבד פסול דלא שייך נ"ד וגם מה שהארכת לדחות קושית הש"ך דמ"ש חקירות מבדיקות והראית פני' לחלק בין לכתחלה לדיעבד דלכתחלה סמכו על חזקת כשרות משא"כ כשמכחישין ועוד שיש כאן פסול בגופו של עדות וא"כ א"ש החילוק בין חקירות לבדיקות דבבדיקות עבידי דטעי ונפלאתי עליך דודאי החילוק בין לכתחלה לדיעבד ערוך הוא בפי הש"ך דלכתחלה ל"ח שיהא מוכחשין וכמש"ל דאף במכחישין לפנינו מתרצינן דבורם ומכ"ש באין הכחשה. וגדולה מזו צריכין לומר לדעת הש"ך ז"ל דס"ל דאף בא"י פסול ע"כ דלכתחלה אמרינן דמסתמא יודעין הזמן שאל"כ לא היו באים לב"ד להעיד וכיון דלא אברי סהדי אלא לשיקרא מהני רק דעיקר קושית הש"ך הוא דע"כ מה שנפסל בדיעבד אם הכחישו זא"ז מטעם עדות שאילה"ז דאם אתה אומר שהוא פסול בפ"ע מ"ש מבדיקות דכשר בד"מ ומ"ש דבבדיקות עבידי דטעי כבר קדמוך רבי' הגאון באורים ותומים והגאון בנ"ב שם לדחות דברי הש"ך:

אך לענ"ד אין זה כדאי לדחות ראיית הש"ך שמה שאמרו דבבדיקות עבידי דטעי הוא בבדיקות שאינם בגופן של עדות וע"כ חקירות נמי כיון שאינן בגופן של עדות למה לא נאמר שלא דקדקו אחר המקום והזמן היטב אע"כ דטעמא בחקירות משום דה"ל עדות שאילה"ז ובזה אני תמה על האו"ת שהביא ראיה מזה אומר יין כו' לדעת הרמב"ם דאין מצטרפין אע"ג דלא שייך הזמה ואין זה קושיא כלל שהרי רש"י פי' להדיא החילוק בין חקירות לבדיקות שהזמה תלוין בהם ועלה אמרינן אמר רבא מסתברא כו' אבל אחד אומר מנה שחור כו' אין מצטרפין ופרש"י הואיל ובעיקר העדות מיתכחשו וא"כ ע"כ דטעמא דחקירות דס"ד כשר משום שאינה בעיקר העדות לכך מדייק בבדיקות אבל בחקירות לא כיון דה"ל עדות שאילה"ז וא"כ בזה אומר חביות של יין שפיר ס"ל

להרמב"ם דפסול שהרי הוכחשו בעיקר העדות דבזה לא עבידי דטעו ולא מצרפינן להו ועיינתי ברמב"ם פ"ב מהל' עדות ומצאתי מבואר כדברי ע"ש במ"ש דבחקירות שבגוף המעשה ג"כ אם אמר א"י בטל בד"נ והכ"מ תמה ע"ז דהא בש"ס אמרו הטעם דהו"ל עדות שאילה"ז דזה ל"ש בחקירות שבגוף המעשה והלח"מ והמ"ל תרצו דע"כ לא הוצרך הש"ס למיהב טעמא משום עדות שאילה"ז אלא בחקירות הזמן והמקום שהם חקירות חיצונות ואיכא למימר דלא יהבי דעתייהו משא"כ בחקירות דגוף יע"ש ותמצא כדברי ואמטי להכי שפיר קא קשיא ליה להש"ך דגם לענין הכחשה בחקירות מ"ש מבדיקות דהא חזינן דמנה שחור ומנה לבן ס"ל לנהרדעי דמצרפינן אע"ג דבזה מסתבר טפי דדייקי כמ"ש התוס' בב"ב דף נ"ו דאע"ג דבין חטין ושעורין לא דייקי מ"מ בין לבן ושחור דייקי שפיר שהרי צריך לשלם המנה שהלוהו אף שהוא בגוף המעשה כמ"ש התוס' שם בב"ב דף מ"א וא"כ ק"ו הדברים דחקירות הזמן והמקום שאינה תלוין בדבר המעשה עצמה שי"ל דלא דייקי אע"כ דחקירות ה"ט משום דה"ל עדות שאילה"ז וכמ"ש רש"י. וזהו כוונת הש"ך:

איברא שלולי דברי הש"ך הייתי אומר שאין הכרע מהא דמחלקינן בין חקירות לבדיקות לענין הכחשה וגם כוונת רש"י אינו כן ועיקר החילוק הוא דבשלמא בדיקות שאין הזמה תלוי בהם אין הכחשה פוסלת דאיכא למימר לא דייקי מימר אמרי ולאו אדעתייהו משא"כ חקירות אע"פ שאינם תלוין בגוף המעשה מ"מ כיון שהם חקירות הזמן והמקום שהזמה תלוי בהם נהי דתיקון רבנן דלא בעי חקירה לכתחלה מ"מ השתא מיהא דשיילינן להו הזמן והמקום ע"כ צריכי למימרי אנפשייהו ולמידכר וע"כ שברור ליה הדבר כאחותו כי הוא יום זה שאומר עליו שהרי יש לו לחוש שמא יבא עי"ז לידי הזמה כשיטעה ויאמר על יום אחר משא"כ כששואלין אותן בבדיקות אינו מדקדק כ"כ שא"א לבא לידי הזמה דיומא הוא דקא גרים. וזה כוונת רש"י מ"ש בבדיקות שאינה מז' חקירות שהזמה תלויה בהם ר"ל כיון שבזה הזמה תלויה הם מדקדקים שלא יוזמו עי"ז. ומצאתי בחידושי הר"ן שכתב וז"ל ונהרדעי ס"ל דנפקא מכלל בדיקות לגמרי לומר שבדיקות מחמת שאינה עיקר העדות שאם אמר א"י עדותן קיימת ואין הזמה תלויה בהן כו' משום דבבדיקות קילא טפי מחקירות ואין דרך העדות לדקדק בד"מ אלא בראית הזמן שלא לפחות ושלא להותיר כו' מכל מקום בחקירות אע"פ שיהיה העדים שוין בראית הממון פסלינן עדותן מאחר שהזמת העדים תלוי בחקירות א"א לומר שלא יהיו העדים מדקדקין בה כו' עכ"ל ונראה מבואר כוונתו כמ"ש:

ובאמת שלפום ריהטא לא הבנתי מה שרוצה אא"ז הש"ך ז"ל ליתן טעם בהכחשה בחקירות משום עדות שאילה"ז שלא מצינו זה בש"ס כ"א גבי א"י בחקירות דבזה שייך לומר שאין בו דין הזמה שהרי א"א להזימם בעמנו הייתם כיון שזה אינו מגביל מקום וזמן כלל משא"כ היכא שהעדים ביחנו דבריהם כפי הצורך לחקירות רק שהכחישו זא"ז מניין לנו לומר דהוי עדות שאילה"ז שהרי כשזה אומר בלוד וזה אומר בירושלים הרי העדים יכולים להזימם לומר באותו היום עמנו הייתם בחברון וכה"ג לענין הזמן שזה אומר בג' וזה אומר בה' הם יכולים להזימם בג' וה' עמנו הייתם והרי הש"ס אומר כן בפסחים דף י"ב חקירות דאיזה שעה נמי עדות שאילה"ז הוא דאמר מיטעי קטעינן ומשני דיהבינן להו כולה טעותייהו כו' וא"כ אף אם יש הכחשה ביניהם יותר מכדי שהדעת טועה נמי שפיר יכולין להזימם אלא עיקר הטעם שהכחשה בחקירות פסול כדפרש"י שם דף י"א עדותן בטילה דבהא ליכא למיטעי וקרא כתיב ודרשת וחקרת והנה אמת נכון הדבר שתהא עדותו מכוונת כו' וכ"כ התוס' שם ד"ה באיזה יום כיון דז' חקירות מקראי ילפינן צריך שלא יכחישו זא"ז כו' וכן משמע לישנא דר"ח א' אומר בסייף כו' אין זה נכון ולפי דברי הש"ך דס"ל דגם בד"מ בעינן עדות שאילה"ז קשה בא' אומר בדיוט' עליונה כו' דהוי הכחשה בחקירות אמאי מצרפינן סהדותייהו וכתב הר"ן טעמא שע"י שהמקומות קרובים הוא הצד קולא בד"מ שאין העדים מדקדקים כ"כ בד"מ וכ"כ הריב"ש סימן קצ"ג ורס"ו ע"ש. ולדברי הש"ך אכתי קשה דהא מ"מ עדות שאילה"ז הוא ומה לי שיש להם מקום לטעות בד"מ או לא אע"כ דבכה"ג שפיר הוי יכול להזימן עמנו הייתם במקום שא"א לראות שני הדיוטות ואם כן אף אם אי אפשר לטעות שייך הזמה וע"כ דהכחשה בחקירות טעמא אחרינא הוא דפסול וכמ"ש דכיון דלא עבידי דטעו אין זה נכון ובב"י סימן ל' כתב על דברי הטור שכתב דמיירי ביכולין לראות מזה לזה דאז ליכא הכחשה בחקירות דטעמא דאמר א"י בחקירות בד"נ בטל משום דהו"ל עדות שאילה"ז כו' וכ"ש באחד אומר במקום פלוני ואחד אומר במקום פלוני דבטל כו' ודבריו תמוהים קצת ונראה שהם נוטין למ"ש הש"ך דטעמא דהכחשה בחקירות משום דהוי עדות שאילה"ז ועיין בשו"ת ר"ב אשכנזי סימן שכתב בשם הרמ"ה דמפרש דמיירי שהעדים אמרו שעמדו במקום אחר אלא שהמלוה והלוה היו בדיוטא כו' ואין הפנאי מסכים עמדי לעיין היטב כי אני כותב כ"ז כמעט מבחוץ בהשקפה ראשונה וסמכתי על רוחב כונתך כעת ולעתות הפנאי אשיב אראה לתקוע בה יתד במקום נאמן כי לענ"ד דברי הש"ך צ"ע שא"ל לפי שהוכחש האחד מפי חבירו באיזה זמן היה תו לא שייכא ביה הזמה דלא עדיף מהוכחשו בגוף המעשה דקי"ל הוכחשו ולבסוף הוזמו נהרגין דהכחשה

תחלת הזמה היא אלא שלא נגמרה וכאן אין הפסול בעדות מחמת הכחשת החקירות לדעת הש"ך ואין לנו לומר שתהני הכחשה זו להוציא מידי הזמה לכ"ע וצ"ע:
והנה לפי מ"ש החילוק בין חקירות לבדיקות דבחקירות הכחשה פסולה כיון שהזמה תלויה בהן לא עבידי דטעו ולפי זה הי' מקום לומר דבנ"ד לא מהני הכחשה בחקירות לפסול העדות דכיון דלא שייך דין הזמה בקידושין כלל ממילא דאף בחקירות עבידי דטעו. אך דבאמת ז"א דהא בכל ד"מ לא דיינינן בזה"ז דין הזמה ואפ"ה קי"ל דהכחשה בחקירות פסול והיינו משום דמ"מ דייקי כיון דאם תפס לא מפקינן מיניה או כמ"ש הש"ך בסימן ל"ח ואם כן כאן גם כן שפיר אמרינן דדייקו שלא יבואו לידי הזמה ויופסלו לעדות עי"ז כמבואר בהג"ה שם:
ועתה אשובה אראה מ"ש שי"ל דאף הריב"ש מודה בקידושין ועיקר הטעם דכיון דבעי רבנן ובטלוה לחקירות ודרישות שוב הו"ל כמילתא דלא רמיא כו' משא"כ בקידושין שהוא דין מרומה אם תכחיש האשה והו"ל למידק ורצית להעמיס זה גם כן בדברי הרמב"ן שהביא הש"ך דס"ל דהכחשה בחקירות כשר וזה מטעם דכיון דא"צ דו"ח לא רמי' עליה למידק אהובי ידידי אם אמנם כי ערבו לנפשי פניני אמריך ושמחתני בפעליך בראותי כי אתה מתחקה על שרשי סלעי הראשונים ז"ל להוציא מימיהם ואתה חותר בקיר לעיניהם ויפה כוונת ע"ד הפלפול והחדוד. אולם שפת אמת תכון תקום ותתעודד כי לא נאמרו הדברים אלא בבע"ד וכגון ההוא דאמר בצד עמוד פלוני כו' וכיוצא בו דבדבר שאין בו תועלת אין איש שם על לב להיות מעלה בזכרו את אשר כבר עשוהו מה שא"כ בעד המעיד לפני ב"ד כל ששואלין אותו ואמר חזקה מידק דייק ורמי אנפשיה ומידכר ואם לא יזכור בבירור יאמר א"י ולא יעיד היפוך הענין בבירור. ומה בכך שבשעת העדות לא נתן על לבו לפי שהיה סבור שלא יחקרו אותו משא"כ עתה ששואלין ודורשין ממנו היה לו לדקדק שלא לדבר תהפוכות. ובפרט לפי מ"ש דסברא גדולה היא כיון שהוא דבר שהזמה תלויה בו שהוא מתייירא פן יתבדה ויאחז (וצ"ע בשו"ת הריב"ש סימן קכ"ה לענין ביטול מודעי כתב שם סברא זו דלמילתא דלא רמיא גם לענין העדים כיון שלא הוזמנו להעיד אפשר שאמר הבעל הן ולא נתנו על לב והביא ראיה מההוא דשבועות היכא שבאו עדים והכחישוהו דמחלק בעל המאור בין הזמינם להעיד וכ"כ הש"ך דעת הרבה פוסקים כן וס"ל דלדינא שניהם אמת עיין בס"ק ו' ומהריב"ש יש לדחות דנראה דלא ס"ל לדינא כבעל המאור רק דמייתי דטפי יש לסמוך על העדים שהוזמנו אך מדברי בעל המאור ושאר פוסקים שהביא כאן חסר איזה תיבות) ולדבריך אם כן בטלה עתה דין הזמה שהרי מצי למימר מטעי קטעינן ביום המעשה דמילתא דלא רמי' עליה הוא כמו

דפריך בפסחים אחקירות דאיזה שעה ול"ש תירוץ הש"ס הכא ועוד שלדבריך דחקירות דפסלה בהן הכחשה הוא לפי שהצריכה התורה דו"ח והוי מילתא דרמי' עליו בשעת ראיית המעשה וכה"ג כתבתי סברא זו לענין בדיקות. אם כן הגע עצמך היכא שלא כוונו בשעת ראייתם להעיד רק לראותם בלבד דנימא בזה דאם הוכחשו בבדיקות כשר כיון דממילא קא חזו ולא עלה על לבב להעיד אף אנו נאמר שלא שמו על לב לדעת פרטי הענין ויהא הכחשה בדו"ח בכה"ג כשר אף לד"ת. וזה דבר שא"א לאומרו דאם כן בבדיקות לא נצטרך לבדוק אותם כלל כיון דאף הכחשה כשר היכא שלא כיוונו רק לראות א"ו דליתא. גם מ"ש דבקידושין שפיר נותנין על לבם לפי שהם חוששין שמא תכחיש אינו מוכרח דמה"ת יעלה על לבם כיון שהם יודעין האמת כמו שהוא וכמו שאין חוששין לדין מרומה מה"ט ובאמת בריב"ש סי' רס"ו שכתב שם דעתו דדין מרומה אם אמר אינו יודע בחקירות לא בטלה העדות שם מיירי לענין קידושין ואפ"ה כתב כן:

ואם באנו לחלק מסברא לשיטת הראב"ן דס"ל הכחשה בחקירות כשר היה אפשר לומר דודאי כל שהוא עד והב"ד שואלין אותו בחזקת חקירה ל"ש כלל לומר לאו אדעתיה רק אם אומר א"י אבל אם הוא מגביל המקום והזמן אית לן למימר שחזקה שכך ברור לו שאל"כ לא היה אומר בבירור כיון שהוא רוצה שתתקיים העדות ואם יאמר על יום אחר יש לחוש פן יוכחש עם חבירו ויופסל העדות והשתא י"ל דבאמת חכמים לא רצו לעקור ולהפקיע ממון היכא שדבריהם סותרים זה את זה בחקירות כיון דהתורה גזרה שהעדים שלא דקדקו בחקירות יופסל עדותן וראו חכמים שיש בזה נ"ד בפני לוין לכך העמיקו עצה לחתוך הדין דהכחשה בחקירות כשר וממילא שאין כאן חקירות ד"ת כלל דכיון שהכשירו הכחשתם ממילא דלא קפדי לדקדק כיון שלא יפסל העדות בכך ולכך אומר היום שעולה בדמיונו ועבידי דטעו וגם מדיני דאורייתא אין כאן פסול ולפי זה בקידושין שעיניהם הרואות האשה הנצבת בב"ד וזאת אומרת לא נתקדשה וכחשם בפניהם תענה דבכה"ג הו"ל כדין מרומה ופשיטא שהיה להם לדקדק בעדותן לומר דבר על אופניו כיון דבכה"ג לא אמרו חכמים להכשיר וממילא דשפיר נפסל כשיש הכחשה דהא בהא תליא:

ולפ"ז א"ש נמי מה שהקשית דנוקמי הך דחבילה במכחישין זא"ז בחקירות דלענין קידושין לא בעינן עדות שאילה"ז ולענין ממון בעינן. ולפי מ"ש א"ש שהרי ע"כ לומר דהש"ס אינו רוצה לאוקמי שלא היו עדות הקידושין והחבילה בענין א' דאם כן בפשיטות מצינן לאוקמי שאומרים מעשה הקידושין ביום א' ועל חקירות הקידושין לא נפסלו או שלא היו העדים מעידים רק על הקידושין ולא על החבילה כלל וע"כ דהש"ס לא ניחא ליה לאוקמי בכה"ג דמשמע ליה דמיירי שעדות הקידושין והעבדי' והחבילה היו נחקרים

בחקירה אחת וכמות זה כן זה ולפ"ז א"ש דאפילו תימא דעדות המכחישים בחקירות כשר בקידושין מ"מ היינו מטעם שאין מדקדקין בחקירות בקידושין כיון שאין בו דין הזמה. אך כ"ז בעידי קידושין בלבד כיון דאין בזה משום עדות שאילה"ז ממילא שלא היו להם לעדים לחוש שמא יופסל העדות ע"י הכחשתו או שמא יבא הדבר לידי הזמה כיון שאין כאן דין הזמה אבל בההוא דחבילה שבאו גם על עסקי ממון שאלו אומרים זאת אשתו וזה עבדו וזו חבילתו אם כן שוב הו"ל לדקדק בחקירות כדי שלא יבואו לידי הזמה וגם כדי שלא יופסל העדות לענין ממון ואם כן העדות פסול אף לענין קידושין:

וכל זה לפלפולא אבל באמת עיקר הטעם כמש"ל דודאי עדי' מדקדקין בחקירות כיון שהזמה תלויה בהן והלכך א"י כשר אם נאמר דלא בעינן עדות שאילה"ז והכחשה בחקירות פסול בכל גווני אף בקידושין וכן מבואר בריב"ש סימן רס"ו והראב"ן סבירא ליה דהכחשה בחקירות כשר משום נ"ד תקנו רבנן שיהא כשר ואין הטעם כמ"ש שאין כאן עקירת ד"ת דהשתא אינם מדקדקין לפי שיודעים שלא יופסל העדות ע"פ תיקון חז"ל דז"א דאם כן לא יועיל הזמה דשמא מטעי קטעי אע"כ דלעולם הם מדקדקים באמירת איזה יום ושאר חקירות מחמת הזמה התלויה בהם אלא דסבירא ליה לראב"ן דגם זה בכלל התקנה דלא בעינן דו"ח וכמבואר בתשובתי בשמו ועיין באה"ע סימן י"ז הסכמת הפוסקים דהכחשה בחקירות פסול אף לענין עדות אשה שמת בעלה ואין להאריך ומה שתמה על דברי הב"ש מ"ש דהכחשת האשה הוי דין מרומה שהרי בכל ד"מ לא חשבינן ליה ד"מ מחמת הכחשת הבע"ד כו' אמת שעמדו בזה חקרי לב. אולם לבבי ידמה שכוונת הב"ש בזה כמ"ש הריב"ש סימן רס"ו וז"ל ובודאי אין לך מרומה גדול מזה שיאמר אדם שקידש אשה חשובה בלתי שידוכין ושלא בפני קרובים ושלא בעשרה ובהכמנת עדים דרך ערמה עכ"ל. ונראה דמריב"ש לאו דווקא מחמת צירוף כל אלה סבירא ליה דהוי דין מרומה אלא אפילו בקצת מאומדנות אלו סגי למשווי ליה דין מרומה כיון שיש אומדנא שלא נתקדשה בצנעה והיא מכחשת וכדאמרינן בכתובות מ"ד אם איתא דנתקדשה קלא אית לה למילתא קמ"ל דעבידי אינשי דמקדשי בצנעה והיינו דווקא התם כיון דאיכא סהדי קמן ואמרי ראינו שנתקדשה הא לא"ה אמרינן דמסתמא קלא איכא כו' וכמ"ש בתשובתי סברא זו לענין גירושין והלכך הו"ל דין מרומה וזהו כוונת הב"ש אלא שקיצר בלשון כדרכו. ומ"ש דלענין זנות פשיטא שיש לתמוה דמה בכך שהוא מכחשת שאין הדעת נותנות שתודה כו' גם בזה י"ל לפי מאי דאיתא בש"ע י"א שאם באו עדים שא"א זינתה צריכין דו"ח ודאי סברא טובה היא דהוי כדין מרומה דהיאך יש לנו לאמת דבריהם בפשיטות שזו תעשה מעשה אשה זונה שלטת ועיניהם רואות ולא מנעו אותה מבא

בדמים בחיל או בכח ולאל ואף אם מענה בפיהם שלא היה יכולת בידם להציל אף באחד מאברים מכל מקום כל כי האי מילתא דו"ח בעי כי היא צועקת לא פעלתי און. והדבר פשוט דזנות בעדים ל"ש ואע"פ שהתוספות כתבו בכתובות ובגיטין דזנות בעדים והתראה ל"ש ולר"י אף בכה"ג חששו ותקנו זמן מ"מ נראה דל"ש כ"כ דנימא שהוא פשוט וטפי לא שכיח מההוא דהריב"ש דקרי ליה דין מרומה לפי שמעידין שקידשה בלא שידוכין כו' רק דמ"מ שפיר דמי למיעבד תקנתא כיון דזימנין דמתרמי הכי ועיין במפורשים שם ולקצר אני צריך ועיין בכנה"ג סימן ל' שכתב בשם תשובת הרא"ם דאם האשה מכחשת אף הרשב"א מודה דצריך דרישה וחקירה ורמז לו הב"ש שם וכ"כ בתשובות ר"ב אשכנזי וז"ל חדא כיון שהוא מכחשת וצועקת על הדבר הרע הזה והלכך מחזי כרמאות וכמ"ש ר"י כו' ומה שתמהת דלדברי הב"ש דרמ"א מיירי בשניה' מודים מאי רבותיה דרמ"א דגם להפוסקים כד"נ דמי הא א"צ עדים רק לקבלת הקידושין כו' פשוט דנ"מ אם קיבלה אח"כ קידושין מאחר שא"צ גט דהעדים הראשונים אף שלא נחקרה עדותן יש בהן מועיל כיון שלא הכחישתן וגם נ"מ שאינה מכחשת שקיבלה רק שאומרת לשחוק כוונתי ובזה מועיל עדותו אף שלא נחקרה. איברא שדברי הב"ש בזה ובסי' י"א הם מוקשים ממ"ש בסימן י"ז סעיף ק"א ובקונטרסים השייך לתשובתי כתבתי בזה. גם ביארתי שם דברי המרדכי שהביא הב"י בח"מ סי' ל' והנה במ"ש דנוקמי הך דחבילה כגון שהוכחשו בחקירות י"ל דלכאורה קשה דלמה לא קתני א' נותן גט וא' כונס ואמאי קתני צריכה שני גיטין. אך י"ל דגם השני אסור כיון דאיכא שני עדים שהוא עבד ואסור בבת חורין. ועוד י"ל ע"פ מ"ש הראב"ד שם דלכך לא הוי עדות מוכחשת דמיירי שאין מעידין על שעה ידועה ואיכא למימר גירש זה ונשא זה. והשתא א"ש דלא מצי למיתני א' כונס שהרי יש לחוש שמא זה הנושא הוא היה המקדש בראשונה וגירש דהא מה"ט השני צריך ליתן גט דאמרינן שמא הוא קידשה באחרונה אחר שגירש זה וא"כ אף הגט אינו מועיל שיכנסנה האחר כיון שכבר נשא וגירש ונמצא מחזיר גרושתו משנשאת. ואפשר שזהו כוונת הראב"ד במ"ש דאל"כ לא היתה צריכה גט מא' מהם ר"ל שעכ"פ מא' מהם לא היתה צריכה גט שא' מהם מותר לישא אותה. והנה לכאורה בפשיטות י"ל שלכך א"א לאוקמי בהוכחשו בחקירות כיון דעכ"פ לכתחלה אין לדיין לחקור אותם לא בקידושין ולא בד"מ ודחיק' ליה להש"ס לאוקמי שעבר הזמן וחקר אותם אף שלא היה צריך. אך י"ל כיון שיש ב' כתי עדים המכחישין הו"ל דין מרומה. ואף לכתחלה צריך דו"ח. אך לשיטת הראב"ד דס"ל שאין מעידין על שעה ידועה ואין כאן הכחשה בין העדים אבל אין כאן דין מרומה כלל והשתא א"ש בממ"נ דלהראב"ד אף דלדידיה א"ש

דלא מצי אי כונס כמ"ש מ"מ א"א לאוקמי בהוכחשו בחקירות שהרי א"צ חקירות כלל שאין כאן דין מרומה ושיטת הרשב"א א"א לאוקמי בהוכחשו בחקירות דאע"ג דלדידיה שפיר צריך חקירות כיון שנראה כדין מרומה מ"מ תיקשי למה לא קתני א' כונס וא' נותן גט ובשלמא אם לא הוכחשו בחקירות א"ש כמ"ש לפי שיש כאן עדים שהוא עבד משא"כ כשהוכחשו בחקירות הרי לענין עדות שהוא עבד הוא דבר שבממון והכחשה בחקירות פסול וא"כ שפיר יכול לישא אותה וא"ל מחמת דשווית' נפשה חד"א שהרי אמרה אלו עבדיי ז"א דא"כ אמאי קתני וגובה כתובתה מן החבילה שהרי זה השני מצי טען היה לך להודות האמת שאת אשתי ולא היתה צריכה גט ממנו וא"כ היא נתנה אצבע בין שני' כו' ואין לה כתובה משא"כ השתא דמוקי בע"א א"ש דלא מצי למתני א' כונס דאידך שאומר זה עבדי פלגי' דיבורי' ומצטרפינן הוא והעד לענין זה שזה אסור לישא בת חורין. גם יש לומר דלמאי דמוקי בע"א שפיר מצינן לאוקמי שיש ע"א גם להאשה ושניהם מצטרפין לאסרו בבת חורין (וקצת יש לדחות דכה"ג הו"ל כהכחשה בחקירות ואין מצטרפין ועיין בתשובתי בזה) משא"כ לס"ד לא מצינן לאוקמי שגם לה יש עדים דא"כ אמאי צריכה שני גיטין וכמ"ש אא"ז מהרש"א ואף לכתחלה תנשא בכה"ג כיון שאומרת ברי לי ויש עדים על טענתה וכמ"ש במקום אחר. ודו"ק:

ובדרך אחר י"ל דלא מצי לאוקמי בהוכחשו בחקירות דהא הו"ל דין מרומ' וע"כ צריך לאוקמי בא"י בחקירות ואם כן תיקשי אמאי צריכה שני גיטין וא"ל משום דבקידושין לא בעינן עדות שאילה"ז ז"א דמידי הוא טעמא אלא משום דא"א לקיים בו כאשר זמם תו לא בעינן עדות שאילה"ז והתם ליכא למימר הכי דהא קושית הגמ' הוא אליבא דרב דאמר המקדש בע"א אין חוששין ורב הוא דאמר בירושלמי דיבמות הכחיש עדי' בתוך עדים לא בטלה כו' והוכיח מזה הגאון בנ"ב סימן מ"ו דרב ס"ל דאף ע"ג דבעינן עדות שאילה"ז מ"מ לא בעינן שנוכל לקיים כאשר זמם יעו"ש באורך וע"ז יש לומר דאף לענין קידושין דלא מצינן לקיים כאשר זמם מ"מ בעינן עדות שאתה יכול להזימה ואם כן א"י בחקירות פסול בקידושין ואמאי צריכה שני גיטין אלא ע"כ דמיירי בע"א ועוד יש לתרץ בכמה גווני ולחכם כי"ב די בהערות אלו תן לחכם כו'. ובאמת לפי מה שרוצה הש"ך לדון ולהורות דבממון בעינן עדות שאילה"ז יש לפקפק שאיך יועילו העדים הללו לגבי האשה שלא תהיה מותר החבילה שלה בספק דהא הו"ל עדות שאילה"ז דהא האשה אין לה ראיה כלל שהחבילה שלה ואף בלא עדים אלו דינא הוא שהחבילה תהיה מונחת עד שיבא אליהו אם כן אי מתזמי הנך עדי' א"צ לשלם להאשה שהרי מכל מקום אין החבילה בחזקתה עד שנאמר שהם הפסידוה ואף היום היא תלויה ועומדת בס' ואף

שצועקת שלי הוא לא מפי' אנו חיין עד שתביא ראיה לדבריה וגם אם תביא עכשיו ראיה שהוא שלה מכל מקום אין העדים צריכין לשלם שהרי מצי אמרי מי ידעינן דאתי עדים שהחבילה שלה וכן קשה בכל מקום דקי"ל יהא מונח דלא יועילו העדים בזה וכה"ג איכא לאקשויי בריש ב"מ בכמה דוכתי וזה שקשה בד"מ במקומות הרבה ואין קונטרס קטן זה מכילתו וצריך לעיין להעמיד דבר זה דבעינן בד"מ עדות שאילה"ז על מכונו. ולא עת האסף פה ומ"ש מסוגיא דסנהדרין ותמהתי על הגאון בנ"ב מ"ש דכיון שידעו הזמן אמרו האמת זכורני שעמדנו בזה לפני ימים כביר וגם שמעתי רבים מתמיהים בזה. ועתה עיינתי וראיתי שכ' ואקדים לך מ"ש רמ"א בתשובה כו' דאי להפסידה כתובתה כיוונו לא היו צריכים להעיד שראו ששכבו כו' מבואר מזה דבלא הקדמה זו מתשובת רמ"א היה מקום לומר שאע"פ שיש להם מקום להמלט ולומר באופן אחר מ"מ מצי למיטען אנו לאוסרה כיוננו ואעפ"כ לא אמרנו בסתם משום שאמרנו האמת כמות שהוא ואף ע"פ שמזימין אותם מכל מקום הם לעצמם מתחזקים במעוזם ואומרים עדיין שהאמת אתם והנך סהדי שקרי נינהו אף ע"פ שאנו מאמינים לבתראי שהראשונים משקרים מכל מקום אין מחמת זה הכרח שכיוונו להורגה דמ"מ אמרינן דסתמא קאמרי כפי מה שהיה מדומה להם במחשבתם או שמעו מפי אחרים ולא איכפת להו ואפשר שלא ידעו אם יש כאן חיוב מיתה כלל כמ"ש התוס' ומה שאמרו בדבריהם הזמן והמקום הם מתנצלים שאמרו כפי מה שידעו האמת ואף דאנן לא מהימנין להו מ"מ כיון שעכ"פ אין הכרח מזה שבאו להורגה שהרי אפשר שלא ידעו מזה כלל. ולכך לא דקדקו לומר א"י לכך אין נהרגין:

ואמנם לכאורה י"ל דבלא"ה קשה אם נימא דלאוסרה על בעלה לא בעי דו"ח א"כ איך יכולין לומר לאוסרה כו' שעיניהם הרואות שהב"ד דורשים וחוקרים והיה להם להרגיש שלא על חנם באו החקירות הללו ומסתמא הם רוצים לדון אותה להריגה וראיתי בדבריך שהרגשת בזה אלא שכתבת דאף שהעדים מרגישים שבאים להורגה ג"כ יכולין לומר אנו לא באים להורגה רק לאוסרה וכה"ג ז"א כדמוכח בב"ק בסוגיא דליעודי תורא עיי"ש. וא"ל דאף ע"פ שהרגישו בחקירות מאי הו"ל למיעבד ז"א דהא קי"ל דעד שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו. אך י"ל דנהי דעדי זנות כד"מ דמי א"צ דו"ח מ"מ בדין מרומה צריך לכוון שהעדים ידעו בעצמם שבדו מלבם דברי שקר הוא מדמין שהדיין מרגיש בדבר ונראה לי דין מרומה כי כן אורחות כל אדם כאשר כוזב, בכל דבר ותפעם רוחו בקרבו בחשבו כי האדם יראה ללבב ומכיר בשקרו ולכך סבורים שהדיין דורש וחוקר אותם כדי להוציא הדין לאמיתו לאוסרה על בעלה ולא עלה על

לבב לשום דבר אחר ולפ"ז תו לק"מ דה"ל א"י בחקירות ז"א כיון שלפי דעתם עיקר החקירות בזה משום דין מרומה וא"כ בע"כ הוצרכו לומר איזה יום שאם היו אומרים א"י לא היו יכולין לאוסרה משא"כ היכא שאין הדין מרומה יש לומר דלאוסרה כד"מ דמי ואפילו א"י בחקירות כשר ואף לשיטת הריב"ש דס"ל דא"י בדין מרומה כשר מכל מקום נראה דמודה בהא שאף עפ"כ יכולים הם להתנצל שלכך אמרו הזמן כיון שנדמה להם שהדין למראה עיניהם ישפוטו לדין מרומה וכשיאמרו א"י סלקו עצמן מהדין וגם אפשר שיפסול העדים עי"ז אם יתחזק בלבו ביותר דהא מילי דכדיבי נינהו כשרואים שהם למדו לשונם לומר א"י ועבידי לאחזוקי שקרייהו:

איברא שלפע"ד מעיקרא לק"מ דע"כ לא אמרינן התם דהיכי דאמרו דאיתרו ביה מעיקרא או מעידין שזינתה וחזרה וזינת' דמיקטל' היכא שהוא מורגש מתוך העדות עצמו שאז ע"כ בשעת עיקר העדות היתה כך כוונתם מה שא"כ היכא שבשעת עיקר העדות שפיר מצי למימר לאוסרה באנו ואף ע"פ שע"י תשובתם בדו"ח מחשבתם ניכרת שבאו להורגה מכל מקום אין מקום להזמה על כוונת גוף העדות שלא היה מוכח מתוכו שבאו להורגה ועל עדות החקירות עצמו לא שייך ביה חיוב הזמה וגדולה מזו נראה פשוט דאם תיכף אחר העדות מילא בפיהם לומר שנפשם יודעת שיש בעדותן כדי לחייבה מיתה מכל מקום כיון שבשעה שהעידו לא מוכח מידי לא איכפת לן במה שאמרו אח"כ ואף ע"פ שעדיין היה אז בידם לחזור מכל מקום משום זה אין לחייבם מתורת הזמה. וזה ברור לענ"ד ואפשר להעמיס גם זה בכוונת הנ"ב שהעדים מתחזקים במעוזם ומתנצלים שאומרים האמת ואף דלא מהימנינן להו מ"מ בזה אין חיוב הזמה כיון שיכול להיות שבשעת העדות לא כיוונו רק לאוסרה תו לא איכפת לן במה שיש לנו ידים מוכיחות מהרגשת החקירות שבאו אח"כ ואם אמרו מעצמם ביום פלוני זינתה פלונית נראה פשוט דבכה"ג נמי א"ל דע"כ רצו להעיד להורגה דפשיטא די"ל לפי מה שלא עלה דעתם שהב"ד ידונו להריגה אמרו ולאו אדעתייהו ואין להאריך:

והנה יש לי פלפולים הרבה בסוגיא זו ובדברי אא"ז מהרש"א ז"ל אך מוכרח אני לדלג ולקצר זולת עוד דבר אחד אכתוב איידי במה שהבאתי קושיא בשם הגאון החסיד מוהר"ר שמעלקי ז"ל דין הניין לי כי זה ימים כביר שעמדתי על קושי' זו בחידושי ושמחתי דהוינא בר מזלא להא מילתא ומ"ש דיש מכאן ראיה להנ"ב אין מכאן ראיה דאף ע"ג דלא בעינן שיוכל לקיים כאשר זמם כיון דבלא"ה לא שייך כאשר זמם בקידושין מכל מקום יש לומר דעדות שאילה"ז בעינן וכמש"ל בשמו שכ' כן אליבא דרב בירושלמי אף היכא דמצינן לאוקמי ולקיים כאשר זמם י"ל דסבירא ליה דאף דאינו מתחייב בהזמה

מ"מ ראוי להזמה בעינן ועיקר פלפול הנ"ב הוא רק לומר דכיון דא"א לקיים כאשר זמם תו לא בעינן עדות שאילה"ז וזה לא מוכח מכאן ובחיבורי הקשיתי לשיטת הש"ך וכתבתי שם גם כן דלהסוברים דלא כהש"ך בד"מ ולדברי הנ"ב לענין קידושין א"ש:

ומ"ש לפרש הירושלמי אבל בכסף לא ופירשת דכיון דבעי דו"ח בשביל הקידושין למ"ד כד"נ דמי א"כ לענין הכסף הוי עדות שאילה"ז. תמהני דודאי אם נאמר כד"נ דמי ודאי בעיקר עדות שאילה"ז לענין הקידושין גופייהו. גם דלענין הכסף מאי עדות שאילה"ז שייך ביה דהרי אף אם יוזמו העדים מה יצטרכו לשלם הלא לא הפסידו כלום לא להאיש ולא להאשה דאע"פ דמשכחת לה כגון שאומרים שקידשה במחילת מלוה וכה"ג טובי מכל מקום רחוק לאוקמי בהנך גווני. והדבר מבואר דמטעם נוגעין בעדות אתי עלה כמ"ש כל הפוסקים. ובחבורי כתבתי לפרש דברי הירושלמי באופן נכון וגם תרצתי פוסקים הנ"ל ועוד חזון למועד. ומ"ש דיש לפקפק על הקושיא הנ"ל דשאני בנידון דהרמב"ם שא"א להיות בשום צד בעולם כו' נפלאתי אטו התם מי לא משכחת לה שהם אומרים שלא היה המעשה בשעה פלונית ואפשר היה קודם לו או אח"כ או במקום אחר אע"כ כיון דבשעה ומקום שהם מעידין ע"כ לא היה ואין ע"ז תורת הזמה וא"כ ה"נ דכוותיה כיון דעיקר טעמא הוא לפי דבעינן שסרה גופו של עדות ע"י הזמה וכבר סרה גופה של עדות ע"י הכחשה והך הזמה תו לא מהני ביה ואע"ג דבהכחשה מאחריני אמרינן תחלת הזמה הוא מכל מקום בכה"ג שאותן המזימין הם מכחישין לא אמרינן הכי וא"ש. הגע עצמך אם עדים מעידים שראובן ושמעון היו שלוחים לקדש אשה פלונית ואח"כ באו עדים ואמרו אתם וראובן ושמעון השלוחים עמנו הייתם במקום פלוני ולא היה קידושין כלל דינא הוא שאין הזמה ההוא מועלת להרמב"ם כיון דפתיך בין הכחשה בהדה ואם כן הכא דהן הן שלוחיו והן הן עדים הוי ממש כה"ג ואין מקום לנטות.

ועיין באו"ת שהביא קושיא כזו בשם הגאון מוהר"ר חיים יונה ז"ל בסוגיא דפלוני רבעני ומחמת כי הנוסעים אצים יצאו מבוהלים ודחופים. כצפרים עפים וגם כי מקול המונם ראשי נמלא וידי רפים. הוצרכתי להפסיק פה ואמרתי אציגה נא עמך מה שעלה ראשון במחשבה. וד' הטוב יישר חילך לאורייתא וחיית ורבית תחזקנה ידיך והיה שדי בצריך ולהני לך חמרא דאבוה להשיבך על מי מנוחות. לשקוט על שמריך דברי אוה"נ דורש"ת:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה נו

אלה דברי בד"ז הגאון המפורסם מוהר"ר יעקב נ' האב"ד דק"ק קאליש וכעת איתן אושבו בק"ק ליסא יע"א:

שלום לאהו' ש"ב הרב הגאון המפורסם מהורר זלמן נ"י:
קבלתי דברי תשובתו ע"י הרבני המופלג מהו' הירץ בחה"מ פסח ותיכף אחר פסח לא היה לי פנאי לעיין בו כי נסעתי מפה מחמת עסק משפט בעזבון ובאתי בשבוע זו ותיכף פניתי עצמי לעיין בדבריו הנחמדים והמה הרהיבוני כי ראיתים שהם בנוים על אדני השכל ומאירים כספירים אך עדיין לא היה לי פנאי לעיין בכל דבר ודבר מדבריו כראוי רק כמציץ מן החרכים ואמרתי אכתוב לרומכ"ת מה שעלה בתחלת רעיוני שלא ידמה רומכ"ת שאיני עוסק בדבריו ואי"ה אקח מועד לעיין בכל דבריו בעיונא בתר עיונא ואטייל לפניו ארוכים והנה בנידון אשר השווה מחלוקת הפוסקים בענין הכחשת חקירות בד"מ מכח הסברא המוזכר בבעה"ת הוטב מאוד בעיני אך מה שכתב ר"מ מכ"ת שבנ"ד בקדושין אף הר"ן מודה משום דהוי כהכחשה גמורה והאומר נתקדשה ביום ה' הוה כאומר ידענא שלא נתקדשה ביום ב' דאין קדושין אחר קדושין קשה בעיני דנ"ל דהראב"ן דסובר דבד"מ אינו פוסל הכחשת חקירות כשזה אומר אני ואת' ראינו ההלואה בניסן וזה אומר אני ואתה ראינו באייר נראה דס"ל דכשר אפילו כשאין המלוה תובע שני המני' דאי בתובע שניהן כ"ע מודו דמצטרף דהא הוי כהלוואה אחר הלוואה ואי משום שזה אומר שהיה עם השני בניסן וזה מכחישו שלא היה עמו בניסן כלל הא כתב הב"י דאם העד אומר שפלוני היה עמי והלה מכחישו שאין זה הכחשה ועוד ראיה דהא משוה חקירות לבדיקות ובבדיקות דעת רוב הפוסקים דאפילו אינו תובע שניהם וגם בראב"ן גופיה כתב בהדי' בדין זה וז"ל ראובן טוען מנה הלויתיך אלמא דבטוען מנה אחת מיירי וכיון שכן הא בממון ג"כ הוי הכחשה דמאן דאמר באייר הרי אומר בפירוש שלא הלוה בניסן דהא מוכחש מפי התובע ואפ"ה מצטרפי וע"כ הטעם כיון דמשוה חקירות לבדיקות וכמו שבבדיקות מצטרפי אפילו אינו תובע שניהן משום דלא דייקי ה"נ י"ל גם כן בחקירות דלא דייקי א"כ ה"נ דכוותי' בקדושין מיצטרפי משום דלא דייקי בד"מ אפילו בחקירות א"נ הטעם כיון דהכחשה אינו בגוף העדות רק בחקירות ובבדיקות הוא דמשקר אין ההכחשה פוסל בגוף העדות והא דאמרינן הטעם בבדיקות משום דלא דייקי היינו דווקא בחטין ושעורין ומעות שחורות ולבנות שהשחורות הם בזול יותר מהלבנות כדמשמע מהטור וכתב שמשלם הפחות או במנה ומאתים שלכאורה היה קשה אמאי מיצטרפי במנה ומאתים הא הוי מוכחשין על המנה השני' שזה אומר לוה וזה אומר לא לוה והכחשה גמורה היא ונהי דהמנה הא' הוי כעדות אחרת מכל מקום הא חד מכת זה וחד מכת זה לא מיצטרפי וע"כ צ"ל הטעם דלא דייקי וי"ל דהעד האומר מנה לא אמר מנה רק משום דלא דק על מנה השני' אינו מעיד רק על סך הפחות ולא חשבינן

ליה כמעיד על מנה השני שלא לוה רק כמעיד על הלוואת מנה הא' ולא כמעיד על מנה השני' כלל אבל אם מעיד בבירור על מנה השניה שלא לוה אפשר דלא מיצטרפי דהא עדות מוכחשת הוא במנה השנייה ומש"ה הצריך הטור שיהיה תובע שניהם ופירושו שהיה תובע הסך היותר גדול דאז יש לתרץ דברי העד השני כנ"ל אבל אם התובע תובע רק סך הקטן הרי העד השני שמעיד על הסך היותר גדול מוכחש מפיו אבל א"צ שיתבע שני ההלואות דהיינו שלש מאות זהובים ובזה מסתלק קושית הט"ז בסי' למ"ד על הטור ע"ש ועוד קשה לי ע"ד דנהי דהכחשה גמורה פוסל בד"מ מ"מ בקדושי כסף לא הוי הכחשה גמורה כלל דכמו דבנסתרה שני פעמים דאף דהסתירה השנייה בודאי לא היה לשם קדושין דאין קדושין אחר קדושין מ"מ הוי שני עדות ואין זה הכחשה וה"נ בקדושי כסף אפשר דנתן לה קדושין השניים לשם צחוק וכי אם שני עדים יעידו על קדושי ניסן ושני עדים יעידו שראו קדושין בתשרי יהיו נדונין כמוכחשין ובודאי תהרג ג"כ על זנות שבין קדושי ניסן לתשרי כשלא יהיה לה עידי גירושין שגירשה בנתיים דמכח הוכחה לא הוי כעידי גירושין דאלת"ה יחפה על בת אחותו שיקדשה פעם שנייה אחר הזנות גם מה שהקשה רומכ"ת אשיטת יש מי שאומר מהא דא' אומר אג"ה וא' בד"ו נראה דל"מ לדעת הסובר דאם אכלה רצופים באתרא דמוברי דלא הוי חזקה ל"ק כלל דלפי דברי שניהם אין כאן חזקה כלל משא"כ בהלואת ניסן ותשרי דאף אם נאמר ששניהם מעידים אמת יש לו מנה אצלו עכ"פ אלא אפילו לדעת הסובר באכלה רצופים באתרא דמוברי דהוי חזקה יש לחלק דאף לדעת היש מי שאומר דבחקירות ג"כ כשר דלא דייקי גם בחקירות מכל מקום הא ע"כ בהכחשה גמורה כגון שאומרים עדים השניים המלוה או הלוה או העדים עמנו הי' ביום פלוני ודאי דפוסל בד"מ דכי לית להו הכחשה והזמה בד"מ וע"כ היש מי שאומר דמכשיר בד"מ אף בהכחשה גמורה היינו בכה"ג שאומר העד השני המלוה היה עמי בניסן רק אותה הלואה שאתה אומר שאני ואתה ראינו אותה באייר ראינו אותה אני ואתה ומש"ה מכשיר משום שגם העד הב' מודה שהעד הא' אומר אמת בגוף ההלואה רק שטעה או משקר בהיום של הלואה שאינו בגוף העדות אבל כשאומר העד הב' או בתרי ותרי שאומרים העדים השניי' המלוה היה עמו או עמנו בניסן רק באייר ראינו בעצמינו ההלואה ואתם לא היה שם באייר ודאי דהוי מוכחשין או מוזמין כדמוכ' במכות ד"ה דמשמע דמשלמין שם אף הקרן ולפ"ז לא קשה מהא דא' אומר אג"ה דשם איירי דאינו מעיד העד הב' אני ואתה ראינו אכילת בי"ו רק כל אחד אומר שראה בפני עצמו גם מה שחילק רומכ"ת בין אם אומר פלוני לוה בניסן ובין אם אומר בניסן לוה פלוני דוחק גדול הוא דהא משוה חקירות לבדיקות וכמו שבבדיקות

אין חילוק כ"ה בחקירות דהא הקשה אהש"ס דלמה נקטו בדיקות ולא חקירות אלמא דדמו אהדדי וגם כל חקירות בתחלת עדות היא כדכתב הר"ן בחי' פרק אין בודקין גם מה שהביא ראיה מהרמב"ם פרק י"ב מהלכות גירושין שכתב הואיל וכל אחד העיד לעצמו נראה דטעם הרמב"ם משום דפסק בפרק ט' מהל' אישות בא' אומר נתקדשה והב' מכחישו דאף שגם היא מכחשת הקדושין לא תנשא משום כיון דאיכא דמסייע לה מעיזה וכאן נמי יש לה נגד כל א' עד המסייע לה שלא נתקדשה לזה ואפ"ה כאן תנשא לכתחלה משום דכל א' לעצמו העיד אבל ודאי דאם א' אומר נתקדשה לראובן וא' אומר לשמעון דהוי הכחשה בגוף העדות דהאסור לה לזה מותר לזה לא מיצטרפי דגרע מחביות יין ושמן דלא מיצטרפי לד"ה כדמוכח בסנהדרין וכן הוכיח רומכ"ת בעצמו בש"ס דקדושין ויתר דבריו הנחמדים לא היה לי פנאי לעיין בהם וגם כי אינו נוגע כ"כ לנ"ד רק רומכ"ת רצה לסלק כל החומרות אף שהמחבר ומור"ם והאחרונים הסכימו בהיפך ומה שלבי מגמגם בנ"ד הוא דהנה אם שני עדים היו אומרים שנתקדשה ביום ב' ובאותו יום היה ג"כ יומא דשוקה או יום המעונן ובאו שני עדים ואומרים שאותו יום לא היה יומא דשוקה או יום המעונן דלא הוי רק הכחשת בדיקות וכן נראה דאם משיבין על חקירות בכמה בשבוע ואומרין סימן בהיום כגון שהיה ביום השוק או ביום המעונן אין ממש בתשובתם וצריכי להשיב בכמה דוקא דסימנא לאו מלתא הוא דהא אפילו אם אמרו אמש הרג כתב הר"ן בחידושיו פרק אין בודקין דאם טעו בכמות הימים דעדותן בטילה ואין לך סימן גדול מזה ואפילו מאן דפליג התם הוא משום דסבירא ליה דזה הוי כמעיד בכמה אבל בסימן אחר ודאי דלא היה עדות וכן אם הוכחשו בהסימן שהיה באותו היום לא הוי רק כהכחשת בדיקות דהא אפילו בסייף ובארירן וכן שאר בדיקות גדולות אמרינן דלא דייקי וכן אם הוכחשו באמירתן דהאי סימנא והאי סימנא אפילו סימן מובהק שבמובהקין כיון דאין מקבלין עדותן על איש מחמת סימן כדאמרינן בחולין ההכחשה בזה לא הוי רק בהכחשת בדיקת ואין העדים מדקדקים וזוכרין רק על כמה בחודש ואין מדקדקין וזוכרין במה שהיה באותו היום כל זה כתבתי לרומכ"ת מה שעלה ברעיוני במהירות בלא עיון היטב ואי"ה אחר העיון אכתוב לרומכ"ת אחר שישבני על הדברים הללו ותו לא מידי והיה בזה שלו' מנאי ש"ב האוהבו כנפשו ודו"ש וטובתו כ"ה ומתאוה לראות עמו פנים בפנים שוחקות:

הק' יעקב בהרב מוה' יעקב משה ז"ל ולכל סיעת מרחמוהי שלום:

יעקב שלום בתורתו. על ישראל הדרתו. בחוץ תרונה חכמתו. אשרי יולדתו והורתו ה"ה כבוד אהו' בד"ז הרב הגאון כו' מוהר"ר יעקב נ"י:

אחד"ש דבריו הנעימים הגיעני על תשובתו בעסק קדושין וענוותו תרבינו ואחר כבוד יקחנו והגדיל על שמי אמרתי כו' וכע' מלתא מני אזדא אך דבריו הנעימים הניעו את לבבי לתת עיני עליהם ואבוא בקצרה לברר קאמינא במאי דכתיבנא דהראב"ן סבירא ליה כחכמי לוניל וכ"ת כתב דהראב"ן סובר כן אף בהכחשה גמורה וראייתו דהראב"ן מיירי שאינו תובע רק מנה א' וא"כ הו"ל הכחשה גמורה דהא מוכחש מפי התובע וע"כ משום דלא דייקי ולדידי חזי לי דהראב"ן בהכחשה גמורה ס"ל דבטלה העדות כמבואר בדבריו שכתב דר"ה ור"ח דמכחישין זא"ז בכל העדות כגון כת אומר ליטרא זהב כו' או שאומר כת א' מנה הלוה ביום פלוני וכת א' אומרת הלא המלוה הי' עמנו או שכת א' אומרת מנה ולא מאתי' והשנייי' אומרת מאתים ולא מנה כו' ע"ש ובאמת לא היה צריך לזה דבפשיטות הוה מצי למימר דמיירי כת א' אומרת הלוה וכת א' אומרת לא הלוה דומיא דמ"ש שם כת א' אומרת מת ואחת אומרת לא מת אלא דאתי לאשמועינן דאפילו בכה"ג הכחשה בכל העדות מיקרי ונראה דגם בהא דכת א' אומרת הלא המלוה היה עמנו נמי ר"ל רק שאומרים שהלו' ביום אחר וכת ראשונה אומרים שאותו היום שמעידים אחרים היה המלוה עמהם דומיא דמ"ש אח"כ במאתים ומנה אלא שלא רצה להאריך וכן מוכח להדיא מהא דכתב בכת א' אומרת מאתים ולא מנה כו' והכחשה בכל העדות הוא וא"כ כ"ש אם זה אומר ביום ב' ולא ביום ג' וזה אומר ביום ג' ולא ביום ב' שהרי בראש דבריו הביא ראיה דמצטרפין במחולקי' בזמן מהא דמנה ומאתים כו' וכתב ע"ז וכ"ת ה"מ היכא דמכחשי אהדדי בבדיקות כו' אבל היכא דמכחשי אהדדי בחקירות כגון באיזה יום כי הכא לא מיצטרפי ועדותן פסולה ליתא דד"מ לא בעי דו"ח ואם כן הו"ל חקירות כבדיקות אף ע"ג דמכחשי כו' ע"ש הרי דבמנה ומאתים פשיטא מלתא טפי דחזי לאיצטרופי דה"ל בדיקות מחולקים בזמן דה"ל חקירות אלא דכיון דא"צ חקירה הו"ל כבדיקות וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון ולא גרעי חקירות מבדיקות לענין הכחשה גמורה דבטל העדות בא' אומר מנה ולא מאתים כמו כן במחולקים בזמן וכן מבואר ממאי דסיים בה התם וז"ל ומדאמר ב"ש נחלקה עדותן ולא אמרו בטל עדותן משמע דהכי קאמר נחלקה העדות במנה דמסהיד האי לא מסהיד האי וב"ה סברי כיון דתרווייהו אמנה קמסהדי מצטרפין לעדות עכ"ל מבואר דס"ל דדווקא היכא שאין א' מכחיש דברי חבירו ואפשר שיהיה שניהם אמת אלא שנחלקה עדותן ודנין על כל א' בפ"ע ולב"ה אף בכה"ג מצטרפין מטעם שכתב שם בתחלה דמשום תקנת המלוה שלא תהא נ"ד מצטרפינן ואזלינן בתר מה דשווה סהדותייהו וכי אמר א' מנה וא' מאתים מנה דשוה מצרפינן ומנה השני לאו הכחשה הוא כו' ור"ל דכיון שזה אינו מכחישו לומר שלא

היה רק מנה ולא מאתים מצטרפין לחייבו מתוך דברי שניהם ואף ע"ג דבמאי דקאמר רשב"א לא נחלקו בב' כתות כו' ע"כ דמיירי במעידין על שעה ידועה מכל מקום הך דכת א' לא מיירי בהכי וגם ס"ל דגם בב' כתות לא מיירי בשעה ידועה רק מצד התובע שאינו תובע רק כדברי הכת א' לא מחייבינן לנתבע רק מנה משום שבכלל מאתים מנה וקצרתי: ועכ"פ מבואר שהראב"ן סובר בהכחשה גמורה בטלה העדות דקשיא ליה למר מחמת הכחשת התובע הנה באמת דעת הרמ"ה שהביא הרא"ש והטור וכ"כ הנ"י בהלואה אחר הלואה צריך שיתבע שניהם והראב"ן חולק ע"ז וס"ל כדעת הר' אפרים שהביאו הב"י בסימן למ"ד בשם בעה"ת וטעמם נראה דס"ל דבכה"ג שיש לו זכיה ע"פ עדים אין תביעתו בפחות פוסל העדים דאמרינן שמא העדים זכורים יותר וכמבואר בפ' י"נ בהא דאמרינן שט"ח היוצא והלוה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפרעו כולו כמבואר בבעה"ת ור"ן ונ"י ובש"ך בסימן פ"ב דייק מדברי הר"ן דדווקא בשטר הוי קצת הכחשה לעדים משום הכחשת הבע"ד ובצירוף חזקה דשטרא בידי כו' אבל בתביעה בע"פ הוא פטור ע"פ העדים דאמרינן שהם זכורים יותר ע"ש והנ' הסמ"ע כתב בשם הנ"י דבשחור ולבן א"צ לתבוע שניהם ובתשובה אחת בענין עגונ' הארכתי הרבה בזה כדברי הר"ן בחידושיו ובדברי הנ"י והטור ושם כתבתי ליישב קושית הט"ז שהקשה דברי הטור אהדדי במ"ש בסימן קמ"א לענין שני חזקה שלענ"ד דבאמת צריך להבין כו' (עיין בשו"ת שבק"ע סימן ט' משם תדרשנו) ומ"ש כ"ת שהטעם משום דלא דייקי יקש' בעיני דא"כ כשמעידין פ' הלוה לפ' ביום פלוני א"א להזימן או להכחישם דנימא דלא דייקי מה שאומרים על יום זה ומ"מ המעשה אמת והיה ביום אחר ומהאי טעמא גופא י"ל דמידק דייק שמתירא שמא יאמר על יום אחר ויתבדה ויאחז כיון שחקירות הימים הוא ענין שהזמה תלוי בו ועיין בתשוב' שכתבתי באורך בענין זה ומדברי הראב"ן נראה שטעמו כיון שקל הוא שהקילו בד"מ שא"צ חקירה משום נ"ד ואי שתקי ולא מדכרי ליה לא חקרינן להו כי אמרי לי' אינהו ומכחשי אהדדי לא מפסל עדותן בהכי כו' ע"ש ונראה דס"ל דמשום נ"ד לא תפסינן מדבריהם רק מה שצריך לעיקר העדות וכל היתר כנטול דמי וכאלו לא אמרו ולא מידי אף בהכחשה בפירוש שמכחיש כל עדות חבירו לומר שלא היה ביום זה שאומר שום מעשה כלל פשיטא שאין לדין זה כאילו לא אמר כלום דהא אם זה לא היה חוזר להעיד על המעשה ולומר שהיתה ביום אחר היתה העדות מוכחשת ואם כן מעיד על מעשה של יום אחר מ"מ סלק מעשה ראשון כמי שאינו שהרי הוכחש והך עדות עדות על מעשה אחר בפ"ע ולא שייך בזה צירוף כלל וגם מ"ש מכ"ת לחלק כשאומר שקר בדבר שאינו בגוף העדות הארכתי בענין זה גם כן בתשובה בסוגיא דפלוני רבעני ולא

נפניתי כעת אפס מ"ש מכ"ת בענין מנה שחור שהוא גרוע מלבן כו' (עיין בתשובה בענין עגונה הנ"ל ובתשובה שאחריו) ושם הבאתי דברי אא"ז מהרש"א שכתב כן להדיא וגם מ"ש כ"ת שיש בזה ליישב קושית הט"ז נראה שכוונתו על הדרך שכתבתי בתשובה הנ"ל ואיך שיהיה אמת נכון הדבר שלהראב"ן אם העדים עצמם מכחישין זא"ז הכחשה גמורה אין מצטרפין ולא מסתבר לחלק דדוקא במנה ומאתים שהוא בקיום גוף הממון דהא משמע להדיא דמחולקים בזמן עדיף טפי לבטל העדות לפי שהוא מחקירות וכמש"ל וזה אפילו בתביעת ממון דכיון דדיינינן השתא על גוף החיוב אין נ"מ כ"כ בזמן לחשבו עיקר העדות ומכ"ש בקידושין דודאי נ"מ טובה באיזה יום נתקדשה ונעשית א"א אם יבואו עדים שזינת' קודם וכמה ענינים דודאי כגופה של עדות חשיבה ואם מוכחשין בזמן הכחשה גמורה היא ואין עדותן מצטרפת ומ"ש מכ"ת על מ"ש דאין קידושין אחר קידושין דהא אפשר דנתן הקידושין שניים לשם צחוק נפלאתי דאנן לענין צירוף קיימינן שנוכל לצרף יחד היוצא מבין שני העדים וזה שייך בדבר שבממון דעכ"פ לפי דברי שניהם חייב מנה וכן בסתירה לפי דברי שניהם היו כאן סתירה וזה אם אין זה מכחיש דברי חבירו אף כשנצרף אותם משא"כ בזה שאם נצרף אותם האחד מהם אין בעדותו שהמעשה היה לשם קידושין ומה לי שלא היה כלל או שהיה לשם צחוק ואם כה יאמרו האחד יעיד שהיו ביום ב' לקידושין וביום ה' לצחוק והשני אומר שביום ב' היו לצחוק וביום ה' לשם קידושין פשיטא דכה"ג הוי הכחשה גמורה ואין מצטרפין:

ויותר תימא מ"ש כ"ת וכי אם שני עדים יעידו על קדושי ניסן ושנים על קידושי תשרי יהיו נידונין כמוכחשין ובודאי תהרג כו' וזה פלא דזה לא עלה על לב מעולם שיהי' הוכחה מקידושין שניים לבטל הראשונים רק לענין אם צריכים לצרף שניהם יחד ולומר דבכל פעם היה קידושין גמורים ובענין הלואה אחר הלואה דאע"ג דאמנה דמסהיד האי לא קמסהיד האי מ"מ מצטרפין כיון שעכ"פ מתחייב לו מנה בין למר ובין למר וזה אין לו שייכות בקידושין (וכן מצאתי בטורים שנדפסו מחדש בד"פ בח"מ סימן למ"ד בהגהות פרישה שם שכ"כ לענין צירוף שני עדים על מתנה שנתן לו חפץ ידוע שזה אומר שנתנו בניסן וזה אומר שנתנו בתשרי דכה"ג ודאי מכחשי אהדדי ואפילו שבועה אין צריך ע"ש ולזה מטין דברי הסמ"ע בשם הד"מ (אך בד"מ גופיה מבואר דמשום דהמקבל מתנה מודה שאינה רק אחת ומדמי למ"ש הרמ"ה בתובע רק מנה אחד אך דלפ"ז היה צריך שבועה ולכן כתב בהגהת פרישה הכא אמתנה אחת קמסהדי כו' ובאמת שלשון ביטל שני את הראשון משמע דלאו מטעם ששניהם מכחישין זא"ז אתינן עלה וצ"ע):

ומ"ש כ"ת לתרץ מה שהקשיתי על דברי הי"א שבבעה"ת דאפילו בהכחשה גמורה מצטרפין מהא דשני חזקה אחד אומר אג"ה כו' וע"ז כתב דגם לדעת הי"א היינו דוקא כשהשני אומר אני ואתה ראינו באייר כו' וחילו' זה תמוה מאוד דאטו אם אח' מעי' שפלוני הרג נפש בניסן ובאותה שעה שקר היה ואחר כך באייר נתאמת הענין שהוא היה שם בעת ההריגה ואח"כ הוזם על עדותו שבניסן פשיטא שאין ההרוג שבאייר מציל אותן מדין הזמה בשביל שנתאמת הענין אח"כ ואפי' אם הוא ראהו וראוי להעיד ע"ז מ"מ בשעת עדותו שקר ענה באחיו ועושים לו כאשר זמם וכן לענין הכחשה כה"ג ודאי דהוי עד מוכחש ולא מהני כלל מה שראה אח"כ ואם כן מה מקום יש לחלק בין אם עד השני אומר שבשעה שראה הוא היה הראשון ג"כ עמו או לא דס"ס העדות שהעיד על מעשה שבניסן נתבטלה ע"י הזמה או הכחשה ואמנם בלא"ה נראה שלא עיין מר בבעה"ת גופיה שאע"פ שבדברי חכמי לוניל איתא אני ואתה ראינו מ"מ היש מי שאומר לא מיירי בכה"ג שהרי ז"ל בעה"ת והיכ' שהעיד ע"א ואמר באחד בניסן לוה פלוני מפלוני מנה וע"א מכחישו ואומר לו והלא כל היום הייתי עם המלוה ולא ראיתי שהלוה לו כלום אך באמת באחד בתשרי ראיתי שהלוה לו מנה מאי שיצטרפו מי אמרינן אע"ג דאכחשו זה לזה כיון דתרווייהו אמנה מיהא מסהדי דהלוה לו מצטרפי דקי"ל עדים המכחשת כו' כי"א דמצטרפין כו' ע"ש הרי מבואר דלא מיירי באומר ראינו אני ואתה ואפ"ה מכשיר ומ"ש מכ"ת דאטו ליה דין הכחשה והזמה בד"מ כבר הרגשתי בזה גם אני לפי מה שרצה מכ"ת לומר אליבא דהראב"ן דטעמא משום דלא דייק אך הי"א אילו לאו מה"ט אתו עלה אלא ס"ל דהם מכחישין זא"ז בחקירות ומיקרי מוכחשין והיו יכולים להזימם השתא מיהו דלא הוזמו רק הוכחשו אע"ג דלגבי נפשייהו הוו מוכחשין מ"מ כיון דבגוף החיוב המוטל על הלוה אין ביניהם הכחשה מצרפינן להו וע"ז חולקים חכמי לוניל וכתבו כיון דאילו שתק ולא אמר בתשרי כו' דס"ל דבכה"ג לא שייך צירוף וכמש"ל:

ומ"ש כ"ת על מ"ש בדברי הרמב"ם פי"ב מהלכות גירושין שכוונתו לפי מ"ש בפ"ט מהלכות אישות דאם עד מסייע לה גרע שלא תנש' משום דמעיז' כו' הוא תמוה מאוד שהרי שפתי הרמב"ם ברור מללו ואע"פ ששניהם החזיקוה בא"א כו' אלמא דלאו מטעם ע"א המסייע לה אתו עלה רק מחמת שני עדים האוסרים אותה ואמנם גם גוף סברתו צ"ע דנראה שאם כה"ג שזה אומר נתקדשה לראובן וזה אומר לשמעון אין כאן דין צירוף יש להתירה להנשא לכתחלה אף להרמב"ם דזה לא מיקרי ע"א מסייע כיון שעכ"פ גם הוא לאוסרה אתי ואי אתי אחרינ' מצטרף בהדיה ונהי שאינו מכחיש במה שאומרת שלא נתקדשה לראובן מ"מ סיועי לא מסייע' במה שאומרת שהי' פנויה לגמרי וע"כ לא

אמרינן דהיכא דמסייעי לה מעיזה אלא העד המסייע אומר כדברי' ממש אבל לא היכא שגם לדברי המסייע היא שקרנית וכמדומה שכן איתא בפוסקים וקצרתי:
ומ"ש כ"ת דזה שמוכחשין מחמת היריד הוה כבדיקות דסימנא לאו מלתא הוא והאריך בזה וסיום דבריו שאין העדים מדקדקין וזוכרין במה שהיה באותו יום עכ"ל ולבבי לא כן ידמה שאם היינו דנין על אמירתם יום פלוני ביריד ואותו היום לא היה יריד היה מקום לומר שאין מדקדקין כו' אבל כאן אנו דנין על אמירת העד שלא אמר על איזה ימים בחודש רק נתן סימן ביריד וכיון שידוע שהיה היריד כך ימים בחודש כפורט היום דמי וכמו אם אומר בשנת כך למלך פלוני והכי אמרינן בב"ב שטר שזמנו כתוב בשבת כו' ופירש רשב"ם שיש מקומות שמונין החודש לחדשי החמה כו' וה"נ כיון שזה אינו יודע לסיים היום כ"א ע"י סימן זה כפורט היום דמי והגע עצמך אם מעיד שאחד עשה מלאכה ביו"ט או ביוה"כ נצטרך לפרט בכמה ימים בחודש הוא פשיטא שז"א דחושבנא בעלמא ידעינן ומכ"ש בזה דתרווייהו ביריד קמסהדי והכל יודעין שהיריד הוא ביום ה' ואין זה רק גילוי מלתא שלא היה ביום ב' כאשר העיד הראשון ולא שייך בזה לא דייקי שהרי זה אינו מגביל יום המעשה רק עי"ז שיודע שהיה יריד ביום ההוא וגם מצד הסברא הוא סימן מובהק דמדכר דכירי אינשי ומ"ש כ"ת מהך דחולין פלני' דהאי סימנא כו' נפלאתי התם משום דלא סמכינן אסימנ' דשמא יש עוד אחד בסימן זה ובהכי מיירי התם בהא דקאמר ט"ע עדיף מסימנ' אבל בגוונא דנ"ד לא שייך זה ובקשתי מכ"ת לעיין מר במילי וכי יבא דברו אענדם עטרה לראשי וישעשעו נפשי דברי שארו נ"ד המתעלס באהבתו ד"ש ושלום תורתו מחכה ויגיע עלות אורו אור בהיר נהיר וזהו כנפשו ונפש הצעיר זעיר מן חברייא:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה נז

איש אחד נשוי יצא קול שביום השבת קידש אשה בלא שידוכין וחקרו הב"ד אחר הקול והי' שם בשעת מעשה שני אנשים ר' יואל ור' שבתי והאחד הוא בעל אחותו של השני. וגם אשה אחת היתה שם. ולפי דברי המקדש. לקח המקדש טבעת מהאשה ושאל לר"י בפני הבתולה איך יהי' אם אקדש אותה והשיב לו שיהי' מוכרח ליתן גט לשתיהן ותיכף לזה קידש את הבתולה הנ"ל בטבעת ההוא. בנתינה מידו לידה. ובאמירת הרי את כו' עד וישראל והבתולה קיבלה הטבעת על ידה ושתקה. ואחר זמן מה החזירה הבתולה. הטבעת להאשה הנ"ל. ואחר זמן מה חזר ולקח הוא הטבעת מיד האשה הנ"ל וקידש פעם ב' את הבתולה הנ"ל בנתינת הטבעת על ידה ובאמירת הרי את כו' עד וישראל ואמר

ג"כ לר"ש ור"י הנ"ל אתם עדים ועל ענין עשיית הקידושין אמר שלא עשה רק לשחוק בעלמא מלבד שחוץ לב"ד אמר כמה פעמים שעשה הקידושין להוציא ממון מהבתולה עבור הגט שתהי' מוכרחת לקבל ממנו והבתולה מכחשת ואומרת כי היא לקחה בעצמה הטבעת מהאשה לראות מה הוא והמקדש חטף הטבעת מידה ושאל לר"י כנ"ל ור"י השיב לו כנ"ל והבינה ושתקה ואח"ז נתן הטבעת על ידה ולא אמר שום דבור כלל ואח"ז תבעה האשה ממנה הטבעת והחזירתו לה ושוב אח"ז לקח המקדש הטבעת מיד האשה הנ"ל ואחז בידה בחזקה ואמר איזה דיבור שלא הבינה והיא חטפה את ידה מתוך ידו. ולא בא כלל הטבעת על ידה והלכה לה תיכף מאתו ור"י הנ"ל מעיד שראה שלקח המקדש הטבעת מיד תינוק שהי' ביד האשה הנ"ל ואחז הבתולה בידה ומיד געֿר בו מה אתה עושה והשיב הייתי רוצה לקדש' לשחוק ולא ראה אז נתינת הטבעת להבתולה כלל ומיד הלך לו המקדש והטבעת בידו ושאל לו איך יהי' אם אקדש אותה והשיב לו כנ"ל ואחר זמן מה הי' בחדר הפתוח לבית ההוא ששם עמדו המקדש והבתולה וראה אותם משם וגם הם היו יכולין לראותו משם וראה איך שלקח הטבעת מיד האשה והלך ועמד אצל הבתולה ובשביל שהי' צעקת ילדים קטנים לא הרגיש בענין ולא שמע רק שאמר המקדש כדת משה וישראל ובשמעו זה נכנס תיכף אל הבית ואמר לו המקדש אתם עדים ואז ראה שהמקדש אוחז בידו אחת יד הבתולה ובידו השני אוחז הטבעת בסמוך לאצבע הבתולה וגער בהמקדש מה אתה עושה אז תיכף הלך המקדש והטבעת בידו ולא ראה כלל מעולם שיהי' הטבעת על יד הבתולה או ברשותה ע"כ דברי ר' יואל ור' שבתי העיד שהוא הי' בבית ההוא והי' עסק באמירת תהלים ולא שת לבו לשום ענין שהיה שמה רק שמע שאמר המקדש הרי את ולא יותר ואח"ז בא אליו המקדש ואמר אתם עדים והאשה שהטבעת שלה אמרה שבעלה קנתה הטבעת ונתן לה במתנה והמקדש לקח הטבעת מידה אבל לא ידעה שיבא הענין לידי כך:

ע"כ לשון השאלה תשובה תלמוד ערוך בקידושין דף ס"ה אמר רב נחמן אמר שמואל המקדש בעד א' אין חוששין לקידושין ואפי' שניהם מודים איתיביה רבא לר"נ האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה והיא מותרת בקרוביו אי דאיכא עדים אמאי מותרת בקרוביו ואי דליכא עדים אמאי אסור בקרובותיה ואפילו מודה אלא לאו בע"א הב"ע דאמר לה קדשתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למד"ה וכה"ג פריך התם אפלוגתא דב"ש וב"ה גבי המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי כו' אי דליכא עדים מ"ט דב"ה ופירש"י שם אי דליכא עדים אמאי אסור בקרובותיה אפילו מודה דע"פ עצמו אינה קידושין אפי' נאמר דבע"א הוי קידושין בשניהם מודים היכא

שאין ע"א לא אמרינן דע"א חשוב לחייב שבועה בדיני ממונות הילכך בערוה נמי חשוב להתקיים קידושין בפניו ובלבד שיהיו שניהם מודים וכן פירש"י שם דהא דבעי מיניה דר"י שניהם מודים לדברי העד ובהא אמר ר"י הן ולאו ורפי' בידי' אבל בשניהם מודים ואין כאן עד כלל אין ספק שאין כאן מקום קידושין בזה כלל וכן מבואר שם ע"ב דקאמר מאי הוי עלה ר"כ אמר אין חוששין לקידושין ור"פ אמר חוששין א"ל רב אשי לר"כ מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אף כאן הודאות בעל דין כמאה עדים דמי אמר ליה התם לא קמחייב לאחריני הכא קמחייבה לאחריני מבואר מזה דלענין קידושין לא מהני הודאות בע"ד ולא מקיימי מלתא אלא בסהדי ואע"ג דהאי למ"ד המקדש בע"א אין חוששין לקידושין קאי מ"מ אף למ"ד חוששין לקידושין ל"פ דלא אמרינן הודאת בע"ד בקידושין דאיכא חובה לאחריני רק דלענין ע"א דס"ל דשפיר חוששין כיון שגם בד"מ קם לשבועה לחייב לאחריני אלמא דעכ"פ ע"א מפיק הדבר מחזקתו ומטיל הדבר בספק להצריך שבועה וא"כ גם בקידושין אע"ג דשבועה לא שייכה בקידושין. וכמ"ש רש"י שם בד"ה ע"א בהכחשה מ"מ מהני העד לחוש בקידושין מחמת ספק ומהאי טעמא נ"ל דלמאן דס"ל דבע"א חוששין אפי' בהכחשת בע"ד חוששין כיון דגבי ממון ע"א בהכחשת בע"ד קם הוא לשבועה א"כ גם בקידושין דלא שייכי שבועה מ"מ חששא איכא. ובזה מתיישב הגירס' שברש"י ע"א בהכחשה דאיכא חד סהדי דמכחיש ליה ולא קאמר בפשיטות דע"א בהכחשת בע"ד לאו כלום הוא ועיין בש"ך בי"ד סי' קכ"ז ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהכא קיימינן למ"ד בע"א חוששין לקידושין והיינו משום דבממון קם הוא לשבועה א"כ לדידי' י"ל דגם בע"א בהכחשה יש לחוש לו ולכך הוצרך רש"י לומר דאיכא חד סהדא דמכחיש ליה אלא דלפ"ז צ"ע מה דסיים שם רש"י דאין ע"א בא אלא לשבועה וכאן שבועה לא שייכה דהא אפי' במקום שבועה נמי נימא ע"א בהכחשת בע"ד לאו כלום הוא:

ונראה דרש"י אזיל לשיטתי' דהרמ"ה שהביא בטור ח"מ ס"ק מ"ו בעד א' אומר הי' תנאי וע"א אומר לא הי' תנאי ישבע הנתבע להכחיש את העד אע"ג דע"א מכחישו לא אמרינן אוקי חד לבהדי חד דרחמנא הימני' לחד לחייבי' שבועה וכ"מ שהאמינ' תורה ע"א הו"ל כשנים כו' ע"ש והב"י שם כתב דהרמ"ה סובר שעד המסייע אינו פוטר כו' (וע"ש בש"ך ומ"ש בסימן פ"ז ובחיבורי בית אפרים סי' ל"ט) וא"כ שפיר כתב רש"י והכא שבועה ל"ש דאי הוי שייכה שבועה לענין ע"כ הוי אמרינן דע"א הוא כשנים לחייבו שבועה ואין הכחשת העד השני פוטר אותו אבל באמת שבועה ל"ש רק שאנו למדין קידושין מממון דעכ"פ ע"א מפיק מחזקה לחוש לו א"כ לא שייך בו לומר שהוא כשנים דדוקא

לענין חיוב שבועה אמרינן דכל כמה שזה לא נשבע הע"א נאמן כאלו הי' כאן שנים אבל בקידושין דלא שייך לומר עליו שהוא נאמן רק שאנו אומרים שמועיל להטיל הספק שוב שפיר אמרינן אוקי חד להדי חד ואוקי איתתא אחזקתי' ולכך פירש"י והכא שבועה ל"ש ושוב אף חשש אין להחזיק ע"פ ע"א כיון דאיכא חד סהדא דמכחיש ליה ולכן כתב רש"י דאפי' אם היתה האשה מודה נמי לאו כלום הוא כיון דסלק עד נגד עד והודאת בע"ד לאו כלום הוא ומבואר מדברי רש"י כמ"ש דאף למ"ד חוששין מ"מ בשניהם מודים לבד לא חיישינן:

וראיתי בשו"ת נו"ב במהדורא תניינא סי' ע"ו כתב לתמוה בהא דע"א בהכחשה ל"כ הוא ואפילו העד אומר שנתקדש' בפני שנים דילמא לא תצטרך לישבע להכחיש העד ונימא לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם לאסור לחלוטין אבל קם הוא לשבועה שתצטרך לישבע להכחישו וכ' לתרץ דמפי השמועה למדנו היכא דאין שנים מחייבין ממון אין א' מחייבו שבועה ובקידושין שאין כאן עסק שבועה אף ששנים עושים אותה א"א אין כאן חיוב שבועה בע"א לענין התרתה לינשא ע"ש. ואני תמה אם יש מקום לפרש הך קרא דלא יקום כו' גם על מה שאינו ממון אלא עונש או איסור דקם הוא לשבועה מנ"ל לומר דמפי השמועה קבלו דאין בזה כיון שאין שנים מחייבין ממון ואימ' לרבות לחוד בא לענין טענה שתי כסף וכה"ג אבל לא למעט במקום דליכא חיוב ממון וגם כי הך מלתא גופא שאמרו כ"מ ששניהם מחייבין כו' והרמב"ם כתב לה בלשון מפי השמועה נראה שהוא מהך קרא גופא דלא יקום כו' ע"פ שני עדים יקום דבר ודרשינן שהוא קם לשבועה במקום שע"פ שנים יקום דבר. והך דבר ילפינן מיני' לקידושין להצריך עדים וא"כ נלמד נמי מרישא דקרא דע"א קם לשבועה:

אך לענ"ד נראה דלא מבעיא לדעת רש"י והראב"ד ולזה הסכים הש"ך סי' צ"ה דאדם הוקש לקרקע ואפילו בן חורין והביא ראיה מקידושין דף כ"ח דאמרינן עד היכן גלגול שבועה השבע לי שלא נמכרת לי בע"ע כו' ע"ע גופיה קני ופריך א"ה היינו קרקע כו' אלמא כל היכא דהתביעה על גופי' של אדם אתקיש לקרקע דלית ביה שבועה וה"ה לענין קנין האשה בקידושין כאלו תובע קנין דגופה הוא ומכ"ש בקידושי כסף למאי דיליף קיחה משדה עפרון ואתקש הויות להדדי. אך אף לפי שיטת התוס' שהביא הש"ך שם והוא ג"כ דעת הרמב"ם לפי מ"ש הה"מ שם דדוקא עבד כנעני איתקש לקרקע מ"מ הרי לדבריהם צריך ליישב הא דקידושין דקאמר א"ה היינו קרקע ע"ד שכתב הר"ן בקידושין שם ובסוף שבועות דאף דלא איתקיש ב"ח לקרקע מ"מ לא אשכחן שבועה על גוף אדם רק בדבר שבממון והא דפריך א"ה היינו קרקע ר"ל דמאי רבות' דאשמועינן דמשביעין

ע"י גלגול על טענת ע"ע דהא היינו קרקע ר"ל כמו שאתה אומר שבקרקע מגלגלין גם בזה יש לגלגל ע"ש וא"כ מבואר ג"כ דעכ"פ על תביעת גוף האדם אין מקום להשביע כיון דלא אשכחן טכסיס שבועה כ"א לענין ממון ולכן על טענת שלא נמכרת לי בע"ע אע"פ ששנים מחייבין אותו ממון שהע"ע גופי' קנוי לו לעבוד בו עבודתו מ"מ בע"א אין בו חיוב שבועה כ"א ע"י גלגול וא"כ מהאי טעמא נמי ליכא חיוב שבועה בקידושין כיון שלא מצינו שבועה כי אם על חיוב ממון ועיין בתה"ד סימן ובש"ך סימן פ"ז ס"ק הקשה עליו דהא בסוטה נמי משביעין אותה ומינה ילפינן גלגול שבועה עיין שם ובשו"ת נ"ב ר"ל בהגהת בן המחבר הביא זה וכתב דקושיות הש"ך לק"מ דבסוטה אין השבועה שתהא נאמנת דהא באמת אינה נאמנת ומשקין אותה ע"ש. והדבר ברור שז"א שאע"פ שאינה נאמנת בשבועה לטהר עצמה לבעלה כיון דרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה דמהאי טעמא משביעה על הספק מ"מ אין השקאה לבד מועיל בלא שבועה וטפי מועיל מה שמתירין אותה לבעלה ע"י השבועה מע"י ההשקאה דהא על השקאה י"ל דהזכות תולה לה. או שאין הבעל מנוקה מעון וכה"ג.. ומה"ט ילפינן מסוטה לענין ג"ש. וכן בשבועות דף ל"ג אמרינן אואין דסוטה יוכיחו כו' ולא אמרינן ואל יוכיחו אואין דסוטה שיש עמהן השקאה אלא ודאי מ"מ כיון שהשקאה בלא שבועה לאו כלום הוא. הרי מצינו אואין שיש עמהם שבועה. בלא תביעת ממון. ולכן בשבועת עדות דכתיב אואין ילפינן בג"ש משבועות הפקדון דמיירי דווקא בתביעת ממון. אבל בשבועות הדיינים דלא כתיב ביה אואין אין הכרח דמיירי בתביעת ממון. אבל באמת לענ"ד שפיר כתב תה"ד ורמ"א. שהרי בשבועת הפקדון פשיטא ליה להש"ס דתביעת ממון דווקא. משום דלהדי' מיירי קרא בהכי כדכתיב בפקדון או בתשומת יד כו' ואם כן מהאי טעמא גופא בשבועת הדיינים נמי כסף או כלים כתיב ואין חייב שבועה רק על תביעת ממון. ואין ראיה מסוטה שאין מחייבין אותה שבועה על תביעת זנות לאיסור כלל ואם לא תרצה לישבע מה בכך רק לפי שנעשית סוטה ונאסרת בכדי שתחזור להתירה הראשון צריכה שבועה והשקאה. אבל לא מצינו שהב"ד יחייבו שבועה על תביעה שאינו ממון כלל וזה גם כן דעת הר"ן דכיון דלא אשכחן שבועה כ"א על תביעת ממון אין מחייבין שבועה על תביעת גוף וה"ה על תביעת איסור ועיין בספר יראים. ובסמ"ג מצוה רי"ג הביאו הספרי לא יקום ע"א כו' ולמדנו מכאן שע"א היודע בחבירו עון דבר שאין ראוי להשביעו שלא יקום להעיד עליו כו' ועיין סימן כ"ח ובט"ז סי' פ"ז ובהגהת הח"צ שם קצרתי:

והנה מה דמשמע מדברי הש"ס. דכיון דאיכא חד דמכחיש ליה אינו נאמן לכאורה צ"ל דנהי דבוודאי חד מנייהו משקר מ"מ חד מינייהו לא משקר. ואם כן עכ"פ יש כאן

המקדש בע"א וראיתי בספר המקנה שכתב לפי מה דקי"ל דעדים המוכחשים בחקירות עדותן בטילה. אפילו לענין שבועה. א"ש דכיון דכל חילי' דע"א בקידושין. לפי שבד"מ חייב שבועה בע"א. ובע"א בהכחשה דליכא שבועה לא הוי קידושין. וכתב ובזה זכינו לפרש דברי רש"י שכתב ותסברא ע"א בהכחשה כו' וכאן לא שייכא שבועה ור"ל כיון דמוכחש ליכא שבועה ע"ש. ואני לא זכיתי להבין דברי קדשו ז"ל שמלבד שאין זה במשמע לשון רש"י שכתב לא שייכא שבועה. בלא"ה נראה שאין ללמוד כאן מהכחשה בחקירות בד"מ שאין שם שבועה דהתם הם מכחישים זא"ז והנתבע אומר ששניהם משקרים. הלכך א"א לחייבו שבועה ע"פ שום אחד מהם שהרי השני מסייע להנתבע ומכחיש לעד ואומר לא כי שלא היתה ההלוואה בזמן ההוא שאתה אומר. וכן בזה אומר חביות יין וזה אומר ל"כ אלא שמן. וכיון דאפשר ששניהם משקרים הנתבע פטור. שלא חייבה תורה שבועה בע"א אלא היכא דליכא מאן דמכחיש ליה. ומסייע להנתבע משא"כ בקידושין. וודאי אם היה כאן הכחשת הבע"ד שפיר הוי מדמינן להו משא"כ לפי מ"ש רש"י כיון דאידך מכחיש ליה אף אם היה כאן הודאת האשה ל"מ. על זה יש לתמוה כיון דהוא לדברי אחד מהעדים שנתקדשה לפלוני הא שוויה אנפשה ח"ד שהרי הקידושין שע"י ע"א שפיר הוי קידושין. כיון דבד"מ קם לשבועה שפיר מועיל שיתקיימו הקידושין ע"י ולא איכפת לן במה שיש ע"א המכחישו. דהא אין אנו צריכין לדון בזה על אמתת הדבר דבתר הודאת האשה אזלינן רק על קיום הקידושין ושפיר הם קידושין של קיימא כשנאמין שנתקדשה לפני ע"א. וכמו אם הודית שנתקדשה לפני שנים. אף שיש שני עדים המכחישים. מ"מ בתר הודאתה אזלינן דשווית' נפשה ח"ד. ובזה י"ל הגרסא שהביאו ע"א בהכחשה בהכחשה בע"א מי מהימן ולפי מ"ש י"ל דלא מטעם בהכחשה בעד לחוד קאמר. די"ל דמאן דס"ל בע"א חוששין היינו אפילו בהכחשת הבע"ד כיון דקם לשבועה אפילו בהכחשת בע"ד וכמש"ל רק י"ל דהש"ס קאמר ע"א בהכחשה היינו סהדא אחרינא. דמכחיש ליה וע"ז הוסיף רש"י לומר שהכוונה היא כיון דאיכא נמי הכחשת הבע"ד דהיינו האשה גם כן דאל"כ להך מ"ד דבע"א חוששין שפיר מהני אם היתה מודה שנתקדשה לפני ע"א אף דאיכא דמכחיש לי' אך כיון דאיכא נמי הכחשת הבע"ד פשיטא דלא מהימן ואפשר דלזה כיוון אותו גדול שמביא בתה"ד סי' ע"ש. אך דלפי הנוסחא שלפנינו נראה כמ"ש ועכ"פ מבואר שאין שום דיעה הסוברת לחוש בשניהם מודים לבד ואין שם אפילו ע"א דבכה"ג פשיטא שאין הקידושין חלין כלל וכ"כ בתה"ד סי' הנ"ל וכן מבואר בדברי כל הראשונים והאחרונים ולפי מ"ש הדבר פשוט בנ"ד שאין כאן בית מיחוש לקידושין כלל כי מחמת דברי המקדש פשיטא שלא

מפיו אנו חיין. דא"כ לא הנחת בת ישראל שלא יתעוללו בה אנשים ריקים לומר קדשתיך ומצד העדאת עדים הרי ביחנו דבריהם שלא ראו שום נתינת טבעת כלל ולא מיבעי' עדות ר' שבתי דלאו כלום הוא אחרי שאומר שלא שמע אותם מדברים בענין קידושין כלל ולא ראה שום נתינה ולא שמע שום דיבור של קידושין רק תיבת הרי את ובכה"ג פשיטא שאין להעלות על לב שיהיה זה עד קידושין אלא אפילו בעדותו של ר' יואל אין בו ממש כיון שמעיד בפירוש שלא ראה בשום פעם הטבעת ביד הבתולה רק ביד המקדש ובכה"ג אף אם היה שומע שאמר הרי את מקודשת לי ל"מ דאמירה בלא נתינה לאו כלום הוא ומכ"ש בזה שמעיד שלא שמע רק מה שאמר כדת משה וישראל. ואם היה רואה הטבעת ביד הבתולה אחר שראה אותו ביד המקדש היה מקום לדון בזה מחמת שלפי עדותו שאל ממנו תחילה לפני הבתולה בעסק הקידושין ואף בזה לא היה מקום לחוש כיון שלא היה רק בדרך שאלה להיתול ושחוק כדרך שהלצנים עושים וזה השיבו לפי דרכו וכה"ג לא מיקרי מדברים על עסקי קידושין וגם כי לא ראה הנתינה ואינו יודע אם אמר לה בשעת קידושין וקבלה בשתיקה או לא אמר כלל או שמא נתן לה ע"מ להחזיר להאשה שהטבעת שלה וגם מצד שאין הכסף שלו. אך לא ראיתי לפלפל בזה כיון שבנ"ד לא ראה הטבעת בשום פעם ביד הבתולה ואין כאן לא ראיה ולא ידיעה שיהיה עד כלל וא"כ לא נשאר מקום פקדון רק מצד שהבתולה שבפעם ראשון קבלה הטבעת מידו בשתיקה אחר ששמעה ששאל את ר' יואל איך יהיה אם אקדש אותה ופשיטא שאין לחוש לזה כלל אפילו אם היתה הטבעת שלו והיא קבלה לשם קידושין כמש"ל דבהודאת בע"ד בלא שום עד כלל לא פרכס אדם מעולם שיש בזה חשש קידושין וכן מבואר בשו"ת מיימוני בהלכות אישות סימן א' דהיכא דליכא אפילו חד שראה שהגיע הקידושין לידה אינה מקודשת אפילו מדרבנן אע"פ שהיא בעצמה מודה שנפל הטבעת בחיקה כו' וגדולה מזו מבואר שם דעת מהר"ם שאפילו אם ראו עדים שזרק קידושין לתוך חיקה והעדים מסופקים אם נפל לתוך חיקה אם לאו אע"פ שהיא מודה שנפל לתוך חיקה הו"ל כמקדש בלא עדים ע"ש וע"ש שמבואר שאפילו חזו סהדי שנכנס עמה לקדשה בכסף ולא ראו שקידשה לא בעי' גט ודוקא בקידושי ביאה דאמרינן הן הן עדי יחוד דאיתא בגמרא כו' ע"ש. ובנ"ד דליכא כל הני ולפי דברי ר' יואל כשבא אצלם ראה הטבעת בידו ולא עלה מעולם על לבו שנתן לידה כלל רק שנידון מצד הודאתה שבא לידה פשיטא דאף אם היתה אומרת שקיבלה לקידושין ל"מ ומכ"ש שכפי הודאתה לקחה היא הטבעת מיד האשה והוא חטף מידה שזה כקידשה בגזל דידה ולא שידך ולא אמרה הן דאינה מקודשת משום דאמרה אין שקלי ודידי שקלי ואף אם היינו רוצים לחוש בגזלן ישראל

מסתמא מייאש ולחוש למ"ד ייאוש כדי קנה או שנאמר שהאשה בעלת הטבעת שהיתה עומדת שם נתייאשה ואם כן אפשר דהו"ל שינוי רשות לגבה מ"מ פשיטא שאין בזה בית מיחוש דאין ספק שלא היה דרך גזילה ממש עד שנאמר שעלה בלב הנערה או האשה להתייאש רק שהיה דרך שחוק והיתול ומכ"ש בזה שהוא נשא אשה והיה יום השבת ובלא ברכה ובלא שידוכין שלא יעלה על לב האדם לומר בזה דשייך ניחא לאינש למעבד מצוה הבא בעבירה ואין צריך להרבות בראיות וכ"כ הגאון בעל ט"ז בתשובה הנדפסת ב"ח החדשות סי' שאין לומר שבעל השולחן הקנה השולחן שלו לצורך שתזכה להתקדש בלא ברכה ובלא שידוכין כו' ע"ש. והנה אף כי יש בענין זה שרשים וענפים מרובים עם תילי תילין הלכות אך הכל הולך על מקום אחד שאין בקידושין ממש ולא באתי בארוכה מדאגה מדבר פן יראו התלמידים ויסברו שמתוך פלפול ומשא ומתן של הלכה אנו באים להתירה ולכן חפשתי דרך קצרה שהתירה של זו הוא פשוט מתוך הלכה ברורה והאיש המקדש המתנצל ואומר משחק אני וכמתלהלה זיקים יורה וחותר חתירה להיות אשה עצורה עמל הרה בבור כרה וראויה למותחו על העמוד ולהזהירו באזהרה ובגזירת התורה שישמור פיו ולשונו הס כי לא להזכיר מענין קידושין אלו ברמז או באמירה ולהשמיע לאזנו כי כל ליצנותא אסורה ואי לא ציית לישדו עליו גודא רבא. ותחת געָרה לעשות כדת וכשורה, ובפני הפרצה יגדרו גדרה ועלינו יערה רוח הבורא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. אחרי הדברים והאמת האלה. הגיע לידי מה שהשיב בענין הלז כבוד מחו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם מוהר"ר יהושע העשיל נ"י. ובגמר דבריו ענוותו תרבני לחות דעי אף אני אפס כי כבר עמד השואל ושאל את פי. והסכימה דעתי לדעתו הרמה שאין בית מיחוש לקדושין אלו. אך ידידי הגאון הנ"ל פולפל בדין קלא דקמי נשואין וגם יצא לדונו בדבר החדש באיש אחד אמר לה שצריכה לכסות ראשה כדין הנשים וכן עשתה. וזו הלכה העלה שאין שום חשש מחמת זה וגם זה דעתי כדעתו. אך לכבודו אמרתי לישא וליתן בדבריו הנעימים:

והנה הקשה בהא דגיטין דף פ"ט דקדיש באציפא דתוחלאי כו' דניחוש שמא ש"פ במדי וע"ז כתב בקדושי ספק לא חיישינן לקלא כמו באמתלא דספק קרוב לו עכ"ד בקצרה ולענ"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם מימר אמרי קמו רבנן במלתא דקרוב לו היה ותו ליכא לספוקי במידי משא"כ בהא דאפילו אמרי עיינו רבנן ולא היה ש"פ מ"מ א"א להם לעיין שאינו ש"פ במקום אחר וכיון שא"א להתברר אית לן למיחש לקלא. ולדעת הרמב"ם והר"ן הך חששא דש"פ במקום אחר הוא חשש דאורייתא ודוחק לומר כתי' הרב נ"י די"ל שאינו מתקיים להוליכו. ולדעת התוס' ודעימיה שהוא מדרבנן מ"מ הרי

דעת הראב"ד דלקול חליצה נמי חיישינן. אך בדברי הש"ס י"ל בפשיטות דאביי קאמר לה. ובקידושין דף י"א משמע דלית ליה דלשמואל דלא פליג אדר"ח התם אלא מטעמא דאם הקלנו כו' אך מדברי הפוסקים קשה. ואפשר לומר דמירי היכא שאמר שמקדשה בש"פ דבכה"ג כתב הרשב"א בקידושין דף י"ג דליכא חששה דשמואל וצ"ע על בעל שער המלך שנסתפק בזה ואף לפי תי' שם דלהרמב"ם באמת בכה"ג ליתא לדשמואל רק להתוס' דהוי דרבנן שמא יהיה אחד מאנשי מדי כו' י"ל דאף פירש לא מהני. וא"כ י"ל דהרשב"א לטעמי' שם בחידושיו שנראה שמסכים להרמב"ם מ"מ הו"ל להזכיר דברי הרשב"א בזה. אך נראה דאם אינו רק חששא דרבנן שמא יהי' כאן אחד מאנשי מדי. שפיר יש להקל בקול. אפילו למאן דמחמיר בקול חליצה התם הוא ודאי דבריהם וא"כ שייך חשדא ולעז דעברי אדרבנן משא"כ כאן דאינו רק ס' דדבריהם לא חיישינן ללעז כה"ג. והכי מחלקינן בשבת דף כ"ג לענין ברכה ע"ש. וכיון דגוף החשש שמא ש"פ במקום אחר ליתא כאן שהרי הרמב"ן ס"ל דאפילו בספק שמא ש"פ כאן ולא נתברר לב"ד תולין מסתמא להקל גבי קלא ומכ"ש שאין לחוש לשמא ש"פ במקום אחר מאי אמרת ניחוש לחשדא דעברי אספק דבריהם. משום זה אין להחמיר ודוקא בחליצה שהוא ודאי דבריהם וכדכתיבנא. ומקרוב באו לידי חידושי הריטב"א למסכת גיטין וראיתי שעמד בזה. וכתב וז"ל ואי קשיא לך והא אמרינן בקידושין דחיישינן שמא ש"פ במדי איכא למימר דהא לא קשיא דלאו כ"ע דינא גמירי עכ"ל. וע"ש דהריטב"א מפרש הסוגיא דמירי דאיגלאי מלתא שהקול שקר ולא היה שם קדושין כלל והחשש מפני לעז הקול ולכן כתב דללעז זה שמא ש"פ במדי לא חששו דלא דינא גמירי לדעת שיש בזה חשש ספק. וגם לשיטת הרמב"ן דס"ל דתולין מספק להקל שאינו ש"פ כאן ומכ"ש שאין חשש משום ש"פ במקום אחר ומחשש לעז שמא ש"פ כאן. אמרי עיינו ביה רבנן רק מחשש שמא ש"פ במקום אחר לא חיישינן ללעז כזה דלאו דינא גמירי ולפ"ז אתי שפיר ממ"נ דלהרמב"ם דהוי חשש דאורייתא. נראה דלא שייך לאו דינא גמירי מ"מ לדידי' שפיר מצינן למימר בפירוש שמקדש בש"פ דליתא לדשמואל וכמש"ל בשם הרשב"א. ולהתוס' ולטעמייהו שהוא דרבנן משום שמא יראה כו' וא"כ י"ל דאף בפירש שייך דשמואל כמש"ל בשם שער המלך מ"מ לדידהו אין לחוש ללעז בכה"ג דגרע מקול חליצה כמ"ש או משום דלאו דינא גמירי כתי' הריטב"א:

ומה שהקשה הרב נ"י על דברי הלח"מ פ"ט מהל' אישות בהא דאמרה קדשתני שהקשה דממ"נ אם נתן גט כו' וע"ז השיב דבמת מיירי יפה כיון. וכ"כ בספר שער המלך. וכ"כ בספר המקנה סי' ס"ח. ואני מצאתי שהדבר מבואר בבה"ג דף פ"ב ע"ב שכתב וז"ל וכיון

דיהב לה גט בין מדעתא בין בעשוי' איתסר בקרובותי' ואלא מתני' דקתני קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותיה מכדי כיון דאמרה לי' קדשתני לא סגי לה בלא גט בין מדעתה בין בעשוי' וכיון דיהב לה גט קאמר מר הוא מותר בקרובותיה דקתני למאי הלכתא דהיכא דמתה מקמי דיהב לה גט שרי באמה ובבתה ואצ"ל בקרוביה דילה עכ"ל ולכאורה מה שמדייק דיהב גט מיירי הוא מחמת הסיפא דקתני שאסורה בקרוביה דמשמע הא לעלמא שרי וע"כ ע"י גט הוא. וכדדייק הלח"מ וא"כ הוי מצי לפרושי שמת הוא ואפשר דאה"נ שפיר מיירי במת הוא וחדא מינייהו נקט דמיירי רישא במתה היא אלא דלכאורה טפי הל"ל לאוקמא במת הוא. דלאוקמא דאיכא נתינת גט בסיפא הוא דוחק גדול. דהא מתני' בא לאשמועינן דשוי אנפשה ח"ד. ואי בקבלה גט מיירי בלא אמירת קדשתני נמי מיתסרא מחמת קבלת הגט כמו שהוא נאסר בקרובותיה אם נתן גט אע"פ שאומר לא קדשתיך אך י"ל דנתן גט יש לחלק בין דידיה לדידה כמ"ש במרדכי בשם ר"י הלבן ע"ש. ויותר נראה דבה"ג לא משמע ליה דמתני' מיירי כשאינו רוצה להשגיח על בקשת ועשוי הב"ד שאין לה גט ואין רוצה ליתן לה גט ואז מותר בקרובותיה דמסתמא לא מיירי בהכי. ולכך מוקי לה במתה היא דמותר באמה ובבתה שאם היה מודה בקידושין היה אסור בהם אף לאחר מיתתה אבל כיון שהוא הכחיש מותר בהם:
והנה לפי מה דכתיבנא לעיל דהיכא דהחשש הוא דבר שאין עומד להתברר לא שייך עיינו רבנן במלתא והוא פשוט בסברא קשיא לי על דברי הב"ח שכתב דלפי דברי המרדכי בחד כתי עדים דמספקא להו אי קרוב לו אוקמה אחזקתה רק בב' כתי הוי ספק. א"כ גם כאן אמתלא דקדושין בספק קרוב לו כו' נמי באומרים נתקדשה ויש ב' כתי עדים ע"ש. וא"כ בכה"ג לא שייך עיינו רבנן ואשתכח קרוב לו דהא תרי כמאה ואין הספק עומד להתברר כלל ועידי הזמה לא שכיח. כתי' הרא"ש בב"ק דף י"ז גבי שור הנסקל שהוזמו עדים ע"ש. ואפשר לחלק כיון שכבר הוכחש גם עידי הזמה שכיח. ועיין בסנהדרין בסוגיא דחוששין וזה דחוק. ויותר נראה דבזה אפשר שיבא לידי בירור ע"י העדים שאומרים מפיהם שראו שהיה קרוב לה והלכו למד"ה שהם נאמנים לומר שלא ראו כן. וכמבואר בטור וש"פ. משא"כ היכא שא"א לבוא לידי בירור כגון בהך חששא דשמא ש"פ במקום אחר ודאי דלא שייך עיינו רבנן ואיכא לעז וצ"ל כמ"ש ועדיין צ"ע בהך דב' כתי עדים שלדברי הקול שהעדים אומרים כן והלכו למד"ה א"כ לית להו לאסוקי אדעתייהו שיבואו ממד"ה ויאמרו שלא כן הוא שהרי לדברי הקול הכי קושטא דמלתא שאמרו שראו קרוב לה. ואף שאומרים דאיכא נמי סהדי שקרוב לו היה מ"מ א"א לבוא לידי בירור לדבריהם ואפשר דכיון דהעדים לא נחקרו בב"ד רק שאמרו

ששמעו מפיהם אמירה בעלמא שפיר מסקי אדעתייהו שחזרו ממדה"י ונחקרו בב"ד וחזרו בהם ובפרט דאיכא נמי דאמרו קרוב לו הי' אך באמת אין מוכרח דהראב"ד יסבור בזה כמהר"ם אלא כהרשב"א ביבמות שהביאו הפוסקים. וגם אליבא דמהר"ם משכחת בכת אחת שהעדים שהוציאו הקול מסופקים עם העדים שהלכו למדה"י אמרו שראו שהיה קרוב לו או אמרו שראו קרוב לה. וא"כ שוב בכה"ג שפיר שייך עיינו רבנן כו' שחקרו ועמדו על אמת הדבר שאמרו שראו שהיה קרוב לו:

אך אכתי קשיא לפי מ"ש הפוסקים לשיטת הראב"ד דמיירי באיתברר לב"ד דקושטא הוא דלא הוי רק פחות מש"פ א"כ תיקשי נימא דלמא ש"פ במקום אחר כיון שעכ"פ ידוע לב"ד שהאמת כן הוא ונתקדשה אלא שהי' פחות מש"פ וא"כ ודאי דאית לן למיחש לדשמואל לא מצד הקול רק מצד שנתברר לב"ד והריטב"א אע"ג דגם איהו ס"ל דבנתברר מיירי מ"מ א"ש לפמ"ש שנתברר שהקול שקר לגמרי ולא איקדשה כלל רק דמטעם לעז הקול דייקינן עלה משא"כ לפי מ"ש הרשב"א והר"ן בשם הרמב"ן לדעת הראב"ד שנתברר שלא הי' ש"פ וכ"כ הב"ש בשיטת הרמב"ם תיקשי ולכן נלענ"ד דאין כוונתו דאשתכח דקידשה בפחות מש"פ ע"י עדים ברורים דבכה"ג הי' מקום לחוש לדשמואל אלא משכחת לה שנתברר ע"פ שני עדים כשרים ששמעו מפי העדים שיצא הקול ע"פ והלכו להם למדה"י שהי' פחות מש"פ ואפילו למ"ד דקול הוי תרי מתרי. מ"מ הי' שכל א' שמע מאחד ועתה העידו ששניהם שמעו משניהם. או בקול ע"פ נרות דולקות. והעידו שהיה באותו מעמד וראו החפץ שאומרים בו נתקדשה אינו ש"פ אבל מ"מ הם עצמם אינם יודעין מעסק קידושין כלל:

וראיתי בספר המקנה שכתב על דברי הב"ש להרמב"ם דמיירי בנתברר שז"א דאם התברר שאין הקידושין כלום כ"ע מודים דמבטלין הקול ואפילו אין שום אמתלא ולא הוצרך לומר מימר אמרו עיינו רבנן כו' ובל"ז א"א לפרש כן שאם נתברר לב"ד שהיו הקידושין פמש"פ הי' ספק מקודשת לשמואל שמא ש"פ במדי כמ"ש הב"ש עכ"ל. וכוונתו להקשות כמ"ש להראב"ד. ונפלאתי לא על ב"ש תלונתו שהרי כדברים האלה כתב הרמב"ן בחידושיו להראב"ד וכמ"ש ג"כ הרשב"א והר"ן. ולענ"ד כמ"ש דאף לענין פמש"פ משכחת לה שיתברר שאף לפי דברי הקול עכ"פ לא הי' החפץ זה ש"פ ועוד דמשכחת לה בפשיטות דהא יציאת הקול היה שקידשה באציפא דתוחלא ונתברר לב"ד דאציפא דתוחלא בהאי שעתא לא הוי ש"פ אבל מ"מ גוף ענין הקידושין לא נתברר לב"ד כלל רק מחמת הקול וגם מה דסיים הגאון ז"ל כמ"ש הב"ש נראה לכאורה דכיון למ"ש הב"ש שם וז"ל ואע"ג דקי"ל דחיישינן שמא ש"פ במקום אחר ולא תלינן לקולא מ"מ

בקול לא מחמירין בזה ועדיף טפי מקול חליצה ומפרש לה הגאון ז"ל דכוונת הב"ש להקשות דגם הכא נימא שמא ש"פ במקום אחר וע"ז מתרץ דבקול לא מחמירין ותירוצו עולה יפה למאי דקאי שם בשיטת הרמב"ן דמיירי בלא נתברר לבד משא"כ בלא קול ניחוש לדשמואל:

אך לענ"ד אין זה כוונת הב"ש דהא להרמב"ן כיון דתלינן לקולא אף שלא נודע שמא הי' כאן ש"פ מכ"ש שאין לחוש לש"פ במ"א וכמש"ל ואי קשיא ליה מחמת הלעז שאין הב"ד חוששין הך חששא דש"פ במ"א לא הו"ל למנקט בלשונו ולא תלינן לקולא ופשיטות כוונת הב"ש דקשיא ליה מ"ש לענין קול דתלינן לקולא ואמרינן בסתמ' שאינו ש"פ במקום זה ובעלמא אע"ג דידעינן שאינו ש"פ במקום זה חיישינן שמא ש"פ במקום אחר ולא תלינן לקולא שאינו ש"פ בשום מקום ובזה מחלק דהתם מעשה הקידושין ברורים הם ולכן חיישינן למאי דאיכא למיחוש משא"כ כאן שאין הקידושין עצמם רק מחמת קול לבד אין להחמיר אף בספק שמא ש"פ במקום זה דמדינא לית לן למיחוש לקלא כלל ואוקמי' אחזקת פנוי' רק משום לעז משכחת וכיון דאיכא למימר עיינו רבנן כו' שרי.

אך מ"ש הב"ש דעדיף טפי מקול חלוצה לא ידענא טעמא ואפשר דס"ל דקול חליצה עכ"פ לפי דברי הקול יש כאן איסור חליצה וודאי דרבנן משא"כ בספק ש"פ אף לדברי הקול יש לנו ספק שמא אינה ש"פ ואית לן לאוקמא אחזקת פנויה רק משום דפשטה ידה איתרע חזקת פנויה והפשיטות יד גופא אין לה בירור כ"א ע"פ הקול הלכך עדיף מספק חליצה כך נראה לענ"ד בכוונת הב"ש בזה וגם אפשר לומר דבקול חליצה עכ"פ הלעז של הקול דעברי אדרבנן הוא במקומו משא"כ בזה דספיקא הוא אין לחוש ללעז ואנן לדידן בלא"ה לא חיישינן לקלא מדינא:

ואמנם מ"ש הגאון ז"ל לדחות בזה דברי הב"ח שכתב וז"ל ומעשים כמה פעמים כשנעשה מעשה קידושין ויצא קול בעיר פ' נתקדשה לפ' ועיינו ביה רבנן ושולחים לגדולים אשר בארץ המה ויסכימו שאין ממש בקידושין דנשאת בלא גט אפי' למ"ד ל"מ קלא ליכא למימר דכיון שהוחזק הקול בב"ד ע"י שנים הראשונים תו לא מבטלינן קלא אלא כיון דכבר עומדים כל שעה לחקור ולדרוש אם לבסוף נתברר ששקר הי' בטל הקול ואצ"ל אם כפי הדין אין במעשה הקידושין ממש דפשיטא דל"ח לקול שיצא דאין כאן חשד ורינון כדאמרינן בגמרא מימר אמר עיינו ביה רבנן כו' עכ"ל. וע"ז כתב בספר המקנה שז"א שאם נודע בבירור שהקול הוא שקר ואינם קידושין לכ"ע מבטלין ולא פליגי אלא היכא שנתברר שמה שהוחזק בב"ד הוא שקר אבל הקול אפשר שהוא אמת כו' ע"ש שכתב ליישב בדוחק הא דאמרינן אי לימא דאי מיגלי' מלתא כו' ע"ש. ולענ"ד ז"א דא"כ הא

דאמרינן בדף פ"א בהא דקאמר שמואל והדבר צריך בדיקה לחקור שאם יתברר שהקול הוא שקר לגמרי אין לחוש בו אף באתרי' דשמואל דאין מבטלין קלא אלא ע"כ דבכל גווני תלי' בפלוגתא אי מבטלין קלא וכבר כתבתי שהראשונים כתבו לשיטת הראב"ד דמסתמא אין תולין אם לא שנתברר וא"ז א"ח לקול וסומכין על אמתת הענין ומשום חשדא נמי ליכא דמימר אמרי עיינו רבנן ביה הא לא"ה באתרא דנהוג דלא מבטלי קלא אין מבטלין:

והנה מ"ש ידידי הרב נ"י בפשיטות דקול בספק קידושין ל"ח כדמוכח במתני' בספק קרוב לו כו' באמת הוא מלתא דתלי' באשלי רברבי הרמב"ן והראב"ד והובא בב"ש ולדעת הב"ש דעת הרמב"ם כהראב"ד וכ"כ בש"ג בשם ריא"ז והרשב"א בגיטין הביא הפלוגתא בסתם ובחידושי קידושין משמע שדעתו כהראב"ד שכתב וז"ל וא"ת אביי ורבא כו' ואביי גופי' קאמר התם בההוא עובדא דציפת' כו' י"ל דשאני התם דקמו רבנן בקידושין ולא הוי בהו בשעת נתינה ש"פ וליכא אלא קלא בעלמא כו' ע"ש ובאמת יש להפליא על הב"ש שכתב על פלוגתת הרמב"ן והראב"ד ביצא קול שנתקדשה וגירש ע"ת וי"ל דתלי' בפלוגתא הנ"ל למ"ד תלינן לקולא שלא היה ש"פ תלינן ג"כ לקולא שנתקיים התנאי כו' ונראה שכותב כן מסברת עצמו והרי הדבר מבואר ברשב"א ור"ן שהביא הב"י שכתבו כן להדי' בשם הרמב"ן וגם מ"ש הב"ש מיהו אינו מוכרח די"ל דשאני התם כיון דנתקדשה כו' לכאורה צ"ע כיון דלא נתקדשה ודאי רק קלא בעלמא ומדינא אין חוששין לקול (דאל"כ גם בספק ע"ת או ספק ש"פ וכיוצא אין לתלות לקולא אלא ודאי שאין הקול כלום אף בודאי קידושין ואינו מוציא מחזקת פנוי' רק משום לעז משפחות ולכן תלינן לקול' וזה מבואר בדברי הרמב"ן) רק משום לעז משפחות א"כ כיון שיצא שוברו עמו שנתגרשה אף שאומרים נתגרשה ע"ת נימא דקמו בה רבנן במלתא כו' ואם כוונתו לומר דמצד לעז הקול גופיה יש לחלק כיון שהקול אומר שנתקדשה ודאי אין דעתן של בני אדם מתיישבת לומר קמו רבנן במלתא מחמת הגירושין שעל תנאי דברים אלו מבוארים בר"ן והביאו הב"י ולא הו"ל לכתוב בסתם כאלו הוא סברא דנפשי' אבל דעת הרמב"ן נראה דס"ל לדעת הראב"ד דודאי אם לא חיישינן לקלא מדינא רק מצד לעז משפחות אף בנתקדשה ונתגרשה ע"ת אין לחוש לקול הקידושין שהרי שוברו עמו שנתגרשה ע"ת אמרו קמו רבנן במלתא כו' ולא מסתבר ליה חילוק הר"ן שכתב דבזה לא תצא מלבן מחזקת מקודשת מחמת קול הגירושין שיש בו ספק כו' וגם הר"ן גופי' י"ל דקאי לפי מ"ש שם קודם לזה שיטת רש"י דאמתל' דגירושין יצא אח"כ ולא עם קול הקידושין ביחד ובזה כתב הר"ן דאיכא לעז בגירושין ע"ת וכמבואר בדבריו שכתב אדרבא אמרי

אם איתא דעיינו רבנן קלא הוי למלתא כיון שמתחלה החזיקוהו במקודשת גמורה ע"ש משא"כ לפי מ"ש שם בשם הראב"ד דמיירי שהקול של גירושין עם קידושין יצא ביחד א"כ אם מדינא אין קול הקידושין כלום רק משום לעז אף בגירושין ע"ת ליכא לעז ולא שייך סברת הר"ן כיון שיצא עם קול הקידושין ומעולם לא החזיקוה במקודשת גמורה ולכן ס"ל להרמב"ן דאליבא דהראב"ד מדינ' חיישינן לקלא רק אם יש אמתלא ונתברר לב"ד שאין הקידושין כלום אע"פ שאין ידוע לעולם בזה אמרינן קמו רבנן במלתא ולכן במתני' שיצא הקול שנתקדשה ונתגרשה ע"ת כיון שלא נתברר לב"ד שנתקיים התנאי אין תולין לומר שנתקיים התנאי לקולא אבל היכא שנתברר לב"ד שנתקיים התנאי אף ללעז ליכא למיחוש כיון שיצא יחד עם קול הקידושין והר"ן ג"כ אין חולק בזה דמיירי ביצא הקול הגירושין אח"כ דבזה י"ל אדרבה אם איתא דעיינו כו' וכדכתיבנא:

אך צ"ע לענ"ד לפי שיטת הראב"ד ז"ל דבסתמא אין תולין עד שיתברר לב"ד וא"כ איך קתני מתני' אמתל' דקידושין ספק ק"ל ושרי' לעלמא משום אמתל' זו אע"פ שלא נתברר לב"ד ואף לפי מ"ש לעיל דשפיר משכחת לה שיתברר אף בב' כתי עדים כגון ע"פ העדים שהוציאו הקול והלכו למדה"י מ"מ הא לפי מה שמפרש הראב"ד אמתל' דגירושין גירש על תנאי על רישא קאי ע"כ מיירי בלא נתברר לב"ד וכמש"ל א"כ איך נפרש רישא דאמתל' דגירושין בלא נתברר וסיפא דאמתל' דקידושין בנתברר וגם בלא"ה דוחק לומר דבנתברר מיירי כיון דסתמא קתני אמתל' דקידושין זרק לה קידושין ספק ק"ל משמע דבסתמא שרינן לה אף שלא נתברר כלל וגם על הרמב"ן קשה דאדמייתי דברי הש"ס לענין פמש"פ וקטן דמשמע דבסתמא תלינן טפי הו"ל לאתויי ממתני' מאמתלא דקידושין דספק ק"ל דמשמע דבסתמא שרינן לה ואפשר לומר דבספק ק"ל מודה הראב"ד דשפיר תולין בסתמא דאפילו לפי מ"ש הב"ח דמיירי בתרי ותרי מ"מ קיימא לן דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמי אחזקה וכדעת הר"י בתוספות כתובות דף כ"ו ולזה כבר הסכימו הרשב"א והריטב"א בקידושין דף ס"ה וכיון דאין כאן רק דרבנן אפילו אם היו העדים לפנינו אין חוששין לקלא בעלמא. ואע"ג דבקול חליצה ס"ל להראב"ד דחוששין התם אע"פ שהוא דרבנן שייך לעז משא"כ כאן דספיקא הוא וליכא לעז כמש"ל וגם יש לחלק בין ודאי דבריהם וכמש"ל משא"כ לענין ספק ש"פ וספק קטן הוי ספיקא דאורייתא ולא אמרינן אוקמה אחזקת פנוי' כיון דהא קמן דפשטה ידה וקיבלה קדושין איתרע חזקת פנויה אבל בזריקת קדושין ספק ק"ל כיון שהס' שמא לא הגיע לידה קדושין כלל לא איתרע חזקת פנויה מחמת ספק שמא בא לידה. והחילוק זה צ"ל לדעת מהר"ם בתשובה דספק לעדים אם הגיע לידה הוי מקדש בלא עדים אע"ג דבעלמא לא אמרינן

הכי. ומ"ש התוספות בכתובות דף כ"ג כגון שזרק לה קדושין כו' ההוא לענין להתירה להינשא לכתחילה אמרינן דאיתרע קצת חזקת פנוי' כיון שעכ"פ היא נתרצית בזריקת הקדושין אבל מ"מ לאורועי חזקת פנויה לגמרי להיות ס"ק דאורייתא לא כיון שאין ידוע שבא לידה קדושין כלל וכבר עמדתי על זה בארוכה במקום אחר ועיין בריטב"א ור"ן בקדושין גבי האי דקדיש באבנא כוחלא וכמ"ש הר"ן גבי נתן הוא כו' ובדברי מהרי"ט והפ"י שם א"כ כיון דאי הוי סהדי קמן דקדיש ויש ספק אי הוה ש"פ או ספק קטן הוי ס"ק דאורייתא גם בק"ל עם אמתלא כזו יש להחמיר אם לא נתברר לב"ד וכמ"ש:

ובזה נתיישב לענ"ד קושית אא"ז מהרש"א בגיטין שם שהקשה דמאי פריך מדרב אשי דלקלא דבתר נשואין א"ח דילמא מתני' לענין שאסורה לכהן אחר מות בעלה דבכה"ג איתא לעיל בדף פ"א והנה ידידי הגאון אב"ד הנ"ל הביא ג"כ קושיא זו. וביקש למתקה ע"פ דברי הפ"י שמתרץ דקדוק שהקדים המשנה אמתלא דגירושין לאמתלא דקדושין ע"פ מסקנת הש"ס ולפיכך רוצה הש"ס לתרץ בענין זה כו' ובאמת שפ"י גופיה שם רמז לתרץ קושי' זו עד"ז וע"ש שמתרץ גם לפ"ד המקשן עד"ז והוא דחוק לענ"ד אך לפמ"ש נראה דא"ש דלכאורה קשה אליבא דהראב"ד כמש"ל דהא משמע דמתני' בסתמא איירי ואפ"ה מהני אמתלא. ואף לפמ"ש דאמתלא דספק ק"ל מודה הראב"ד דתולין בסתמא מ"מ זה א"ש למסקנא דאמתלא דגירושין מצי קאי אירישא משא"כ בס"ד דכל חד מיירי לנפשיה וא"כ איך קאמר אמתלא דגירש ע"ת ומשמע דאע"פ שלא נתברר מהני וקשה דמ"ש דאמתלא דפמש"פ ואמתלא דספק קטן או אמתלא דקול מקודשת ומגורשת למסקנא ואם נאמר דבס"ד באמת תולין בסתמא. א"כ מנ"ל להראב"ד לפרש דלמסקנא אמתלא דגירושין אגופא דרישא ולעשות פלוגתא בין הס"ד להמסקנא בזה. אך י"ל דא"ש דלהראב"ד דס"ל דלקול חיישינן ליה כאלו איכא עדים. ולכן כשאין שם אמתלא אסרינן לה. ואע"פ ששניהם אומרים ברי לי שהקול שקר משא"כ היכא שאף לדברי הקול יש אמתלא שנתגרשה ע"ת והבעל והאשה אומרים ברי לי שלא נתקיים שפיר מהימני ועיין בפ"י בכתובות דף כ"ב דבמקום ס' אף נגד החזקה מהימני באמירת ברי לי ע"ש ומ"מ שפיר כתבו דבספק פמש"פ וס' קטן צריך שיתברר לב"ד דשם אע"פ שהיא אומרת ברי מ"מ למי שרוצה לישא אותה אין לו ברי ואמתלא דזרק קדושין ספק ק"ל אע"פ שגם שם אין לו ברי א"ש כמש"ל דבזה אין צריך להתברר ולפ"ז ממילא נתיישב קושי' מהרש"א דהמקשה לא הוי מצי לפרושי דמיירי לענין כהן שישא אותה אחר מות בעלה דא"כ תיקשי סיפא מאי מהני אמתלא דגירש ע"ת כשלא נתברר לנו וגם להבא עליה הוא ספק. וע"כ לומר דמיירי לענין כהן זה עצמו שיצא עליו קול שגירש דלדידיה מהני אמתלא

כיון ששניהם יודעים בברי ושפיר קשיא ליה דאף בלא אמתלא למה אסרינן על גברא דהא הוא קלא בתר נשואין:

ועוד נלענ"ד לומר בדעת הראב"ד אליבא דהרמב"ן דס"ל דחיישינן לקלא היכא דאיתרע לה חזקה ודאי כגון מקודשת ומגורשת ע"ת דע"י קול הקדושין איתרע חזקת פנויה ואע"פ שגם קול אליו שנתגרשה הרי שובו של הקול השני עמו שנתגרשה ע"ת. ולא מרעינן ביה לקלא קמא שמספק עלינו חזקת פנויה שלה. ולכן ס"ל להרמב"ן דגם בס' פמש"פ או קטן כיון שהקול יוצא בסתם שנתקדשה איתרע חזקת' ודאי ואף שיש לנו פתח אמתלא דשמא היה ע"ת אין זה מתקן חזקה פנויה דאיתרע ע"י הקול שיצא בסתם ולכן בעינן נתברר שאז אין חשש בקול רק משום לעז ולפי זה א"ש במתני' באמתלא דקדושין. כיון שמפורש יוצא האמתלא דספק ק"ל מאותו הקול עצמו וכן א"ש לפי הס"ד הא דקתני אמתל' דגירושין גירש ע"ת דאשה זו היתה בחזקת היתר לבעל' כהן ואף שיצא הקול שגירש לא יצא בסתם אלא שובו עמו שהי' ע"ת וקול כזה מעיקרא לא מרע לחזקה כלל שאין זה פתח אמתלא רק שהקול עצמו אומר אמתל' השוברת הקול ולא איתרע החזקה כלל. והנה מבואר דעת הפוסקים הסוברים שמחזיקין מאיסור לאיסור אע"פ שודאי נסתלק איסור הראשון והדברים עתיקין לפ"ז ממילא לא קשי' קושית מהרש"א דלא הוי מצי לאוקמ' לענין שתנשא לכהן אחר מות בעלה דלזה ל"מ אמתל' דגירש ע"ת ולא נתברר לב"ד דשפיר יש לנו לחוש לקול. ואע"פ שהקול מבשר ואומר שנתגרשה ע"ת מ"מ בספיקא כה"ג אית לן למיזל לחומרא כיון דבעודו בחיים היתה אסור' ע"ז משום א"א אע"פ שעתה מת בעלה מחזקינן מאיסור לאיסור מחמת הקול שנתגרשה ע"ת וחוששין לה שמא נתקיים התנאי וגרושה היא ואסורה לכהן. ואפשר דאף למאן דס"ל אין מחזיקין מאיסור לאיסור אלא כגון היכא דשכיח טפי לאיסורא נמי א"ש דהא במתני' סתמא קתני גירש ע"ת ומשמע בכל תנאי אפילו שתלוי במעשה והתנאי בשב וא"ת ובאירוסין לפני עדים ע"ת אינם נאמנים לומר שלא נתקיים וע"כ דבקטן מקילינן משום דאיכא חזקת היתר נגדו וסומכין על דבריו שלא נתקיים אבל עכ"פ שכיח טפי לאיסורא שנתקיים ובכה"ג דשכיח מחזקינן מאיסור לאיסור ולכך מפרש לענין בעלה כהן מיירי שיש לה חזקת היתר לבעלה. ואין הקול שנתגרשה ע"ת מרע החזקה שהרי שובו עמו ולהכי שפיר פריך דאף בלא אמתל' לא אסרינן לה אגברא משום קלא דבתר נשואין והוא נכון לענ"ד:

אך לשיטת הרמב"ן יש לתמוה ביותר דהרמב"ן מפרש למסקנא הך סיפא דאיזה אמתלא לאו אירישא קאי כו' ומתני' ה"ק בקול שיש בו אמתלא כיון שהוציאה קול על האשה

שנתגרשה ע"ת ואח"כ מת בעלה. וכן בקדושין אין חוששין לאותו הקול עכ"ל. ולפ"ז כיון דבאיכא אמתלא דסיפא גם לתירוץ הש"ס בהכי מיירי. א"כ מאי דוחקי' לפרושי ברישא דחדא קתני דבפשיטות מצי לפרש דבלא אמתל' חיישינן בכה"ג. ומצאתי בחידושי הריטב"א גיטין שהקשה ג"כ קושי' זו שהקשה אא"ז מהרש"א ז"ל וכתב וז"ל ואיכא למימר דלא משמע ליה מגורשת לאוסרה על בעלה הב' משום דמגורשת דומיא דמקודשת וכי היכי דמקודשת אסרינן לה לאלתר וה"נ במגורשת רבינו נר"ו עכ"ל. ולכאורה יש מקום ליישב בפשיטות דלא מצי לאוקמא בהכי דא"כ תקשי הא דלעיל דשלח ר"י ב"ל מדויל לשמואל ילמדנו רבינו יצא קול וכו' דמאי קמיבעיא ליה הא מתני' הוא וגם שמואל משמע דמסברא פשוט ליה ולא שלח לי' מתני' היא ולכך הוצרך לשנוי' דחד קאמר אך לפמ"ש הרמב"ן לפרש הסיפא אכתי קשה תפשוט ממתני' דהא מסיפא מוכח דדוקא באמתלא שגירש ע"ת היא דשרי' ודוחק לומר דמתני' הוי מצי לדחוי' ולפרש כהראב"ד. גם דוחק לומר דתצא אתא לאשמועינן דממתני' לא מוכח רק דבלא אמתלא לכתחלה לא תנשא. ויותר נראה דהתם קא מיבעיא ליה כיון שהקול יצא פ' כתב כו' אע"ג דקרי לנתינה כתיבה מ"מ כיון דקרו נמי לכתיבה כתיבה הוי אמתלא ופשיט ליה דזה לא הוי אמתלא כמ"ש שם הרמב"ן והר"ן בשם התוס' טעמא משום דלא לחנם יצא הקול זה כ"א בכדי לאוסרה על בעלה וראיתי בספר המקנה בק"א סימן מ"ו ס"ג שכתב דהרמב"ם נפקא ליה מהך סוגי' דאף ע"ג דאיכא דקרו לכתיבה כתיבה חיישינן לקל' ולא אמרינן דהוי אמתל' משמע דליתא לדרב זביד דס"ל לפי שיש למצוא פתח מהני ע"ש. ולענ"ד הוא תימא דבש"ס ליתא להך לישנא דכתב דאיכא דקרו לכתיבה כתיבה אלא הכי אמרינן התם וכי קרו לנתינה כתיבה וכתיבה גופא מי לא קרו כתיבה. ור"ל דוודאי הנך גופייהו שקורין לנתינה כתיבה מ"מ ודאי דלכתיבה לחוד ג"כ קורין כתיבה והוא פשוט ומבואר ברש"י ור"ן שם. ואם איתא דשייך בזה אמתל' אין זה פתח אמתלא אלא אמתל' ממש והרי האשה אומרת שלא הגיע הגט לידה ולעז ליכא שיאמרו שהב"ד חקרו ומצאו שלא היה רק כתיבה לבד וע"כ כמ"ש שבודאי לא לחנם יצא הקול רק כדי לאוסרה עליו וא"כ י"ל דאף פתח אמתל' אין כאן ודוחק לומר דהרמב"ם ס"ל מסברא דאף מהאי טעמא לא הוי אמתל' גמורה מ"מ פתח אמתל' הוא דמנ"ל הא דלמא הך טעמ' מהני בה ולא חשבינן ליה פתח לאמתל' כלל. וגם בסעיף וא"ו שם כתב בספר המקנה וז"ל אלא נראה כל שיש הכחשה בין שני הקולות כו' ודמי להא דגיטין דף פ"א דאע"ג דאיכא דקרו לכתיבה כתיבה כיון דאיכא נמי דקרו לנתינה כתיבה כו' ע"ש ולפמ"ש דהתם הנך

גופייהו קורין לכתיבה כתיבה אלא שגם לנתינה קורין כתיבה ומדברי הראשונים דלאו מהאי טעמא אתינן עלה אלא מחמת שלא לחנם יצא הקול וכו' וכדכתיבנא וצ"ע:
ועוד נלענ"ד דא"ש דלא מצי למפשט דשמואל ממתניתין לשיטת הרמב"ן משום דהתם פרכינן א"כ אתה מוציא לעז על בניו של ראשון ומשני אתי למימר סמוך למיתה גירש' א"כ טובא אשמועינן שמואל דבמתני' איכא למימר דמיירי שיצא הקול בהיותה נשואה לישראל ולכן שפיר מוציאין משני משום דליכא לעז על בני ראשון אם לא היכא דאיכא אמתלא שגירש ע"ת משא"כ התם שהקול יצא בהיותה נשואה לכהן ואעפ"כ לא אפקוה מיניה מחמת קלא דבתר נשואין אפ"ה משני מפקינן לה ולא חיישינן משום לעז על בני הראשון שיתלו לומר שלא מחמת אותו הקול הוציאוה רק שנתוודע להם שסמוך למיתה גירשה וראיתי בפ"י גיטין ועיין בב"ש סימן ז' סק"ח שכתב דמ"ש בש"ע כהן מיותר דבישראל נמי דינא הכי ולפי מ"ש פשוט דהוי רבות' דאפילו בכה"ג הוה כיצא הקול שגירש אשתו ואם נשאת לכהן אחר תצא ואין חוששין ללעז בני הראשון ואף שי"ל דהא מסעיף הקודם גבי פ' גירש אשתו שמעינן י"ל דהכא הוי רבותא טפי דאפשר לומר דבזה דקרו נמי לכתיבה כתיבה ואין הקול ברור אית לן למימר דמשום לעז בני הראשון לא תצא וס"ל דאפ"ה תצא משני וראיתי בפ"י גיטין דף פ"ט ע"ב ד"ה הלכתא כו' שכתב דמספקא ליה טובא אי אמרינן שהקול חוזר וניער דבשלמא לעיל בהזורק אף שיושבת תחתיו לא נתבטל הקול לגמרי דאיכא למימר מעיקרא גירשה הראשון ע"ת שלא יחול אלא סמוך למיתה כדמסיק הש"ס אימ' סמוך למיתה גירשה ויש לפרש כדפרישית כו' ע"ש. והוא תמוה לענ"ד דא"כ דהמקשה התם דפריך נמצא אתה מוציא לעז כו' דלא ידע מהך סברא דסמוך למיתה גירשה אדקשיא ליה מחמת הוצאת לעז ה"ל לאקשויי כיון שנבטל הקול מחמת שישבה תחתיו שוב אינו חוזר וניעור ועוד דאם נימא שיעלה על דעתם שגירש ע"ת דסמוך למיתה למה נוציאה מהשני נימא דאתו למימר מסתמא ע"ת גירש ולא נתקיים התנאי אלא ודאי כיון שהקול בסתם לא יעלו על דעתם תנאי כלל וכמ"ש הפ"י גופיה שם ד"ה אמר ר"כ וא"ל דווקא תנאי שמבטל הגירושין אינו עול' על הדעת כיון שהקול בסתם משא"כ בתנאי דסמוך למיתה שעכ"פ יש ממש בגירושין אלא שאין חלין מיד דא"כ בקידושין נמי אם קידשה אחר נימא שיתלו דהראשון קידשה על תנאי שיחולו אחר למ"ד יום ולכן הב"ד מחזיקין קדושי השני ואפילו תימא דכה"ג לא מיחשב אמתלא גמור' מ"מ תיקשי למאן דס"ל דבפתח אמתלא סגי וכן קשה בהא דפריך ואסרינן לה אגבר' והאמר ר"א קלא דבתר נישואין כו' ה"ל לאקשוי' למ"ד פתח אמתלא סגי דהכא איכא פתח אמתלא דע"ת סמוך למיתה גירשה. אך האמת יורה

דרכו דוודאי לא חיישינן לתנאי כלל אפילו בתנאי סמוך למיתה כיון שהקול יצא בסתם מסתמא עכשיו גירשה וגם אפשר דגם בזה שייך הך סברא דלא לחנם יצא הקול אלא כדי לאוסרה והיינו שגירשה מיד אלא דאנן מבטלינן ליה משום קלא דבתר נישואין ומ"מ לגבי שני חוזר וניעור והא דאמרינן אימר סמוך למיתה גירשה אין הכוונה שיתלו שהקול אמת ונעשה ע"ת אלא ר"ל שהם יוכיחו לעצמם מדלא אפקוה מראשון ומשני אפקוה ש"מ שחקרו הב"ד ומצאו הקול שקר ומה שהוציאוהו משני הוא מלתא אחרת שנודע להם שגירשה אח"כ סמוך למיתה וכן משמע מלשון רש"י והר"ן וכ"כ להדיא בראב"ן דף קל"ט ע"ג וז"ל וליכא למיחש ללעז של בני הראשון כו' דכיון דבראשון לא הוציאוה באותו הקול יאמרו העולם לא בשביל אותו הקול הוציאוהו דלא היה כלום אלא ודאי דהראשון גירשה סמוך למיתתו ולפיכך הוציאוהו עכ"ל ועכ"פ מה שהקשיתי להרמב"ן דלפשוט שמואל ממתניתין דדווקא באמתלא דע"ת מותרת לשני אבל בלא אמתלא לא י"ל בפשיטות דמתני' מצינן לפרש באשת ישראל שיצא הקול שנתגרשה מותרת לאחר מיתתו לכהן דווקא באמתלא ובלא אמתלא לא משום דאין כאן ביטול הקול במה שיושבת תחתיו כיון שהיא אשת ישראל משא"כ באשת כהן איכא למימר כיון דע"כ מבטלינן הקול דבתר נישואין אינו חוזר וניעור לגבי שני ולכן קא מבעי' ליה ופשט ליה דאמרינן חוזר וניעור ותצא מהשני וכן מבואר מהפוסקים דבכל גווני חיישינן לקלא דקמי נישואין ודלא כהפ"י דמספקא ליה בהא ע"ש:

וראיתי בספר המקנה סעיף ג' שכתב דרבה בר"ה דקאמר אפי' לאחר עשרה ימים קשיא ליה דאי באמתלא מיד היינו רישא דקתני מקודשת ומגורשת ה"ז מגורשת והדר תנא דאפילו גירשה ע"ת הוי אמתלא לקדושין כמ"ש הרמב"ן דאף דהקידושין ודאי והגירושין ספק כו' וע"כ דמיירי באמתל' אחר יו"ד ימים א"כ מיירי שיצא הקול מקודשת ומגורשת ואחר יו"ד ימים יצא הקול שהגירושין ע"ת דבזה ליכא למיחז' שיאמינו לקול הראשון כו' ע"ש ומאוד נפלאתי עליו ז"ל בזה שנראה דס"ל דלהרמב"ן דסובר דגירשה ע"ת הוי אמתל' השוברות הקדושין מתפרש מתניתין איזהו אמתל' בגירושין גירש ע"ת קאי אירישא ור"ל דאף בכה"ג הוי אמתלא לקדושין והוא דבר שא"א לאומרו שהרי על בבא ה"ז מגורשת קתני ובלבד שלא תהא שם אמתלא ולהראב"ד דמפרש דקאי אירישא באמת מתפרש איפכא דכה"ג דגיר' ע"ת אינו מבטל קול הקדושין ולהרמב"ן אף דבכה"ג אין מבטל קול הקדושין באמת לא קאי אירישא אלא מיירי לענין להנשא לכהן אחר מיתת בעלה וכמש"ל. והדברים מבוארים בהרמב"ן ורשב"א ור"ן להדיא ומכ"ש מ"ש לפר' דמיירי שבתחלה יצא הקול מקודשת ומגורשת יחד ואחר יו"ד ימים יצא הקול ע"ת א"כ מה

זה דקאמר רבה בר"ה אפילו אחר יו"ד ימים דהא אדרבא באחר יו"ד ימים פשיטא טפי שאין בו כח לבטל קול הגירושין הראשונים שהיה אמתלא לקדושין ולומר דלא קאי רק אמתלא דקדושין לבד אין זה במשמע כלל והגאון ז"ל במחכ"ת אגב שיטפיה רהיט ליה וסבר דלהרמב"ן נמי מתפרש סיפא דאמתלא אריש ודחיק ומוקי לה דבדרך אפילו קתני לה ובאמת ליתא וכדכתיבנ' ועיין בב"ש ס"ק י"ט וכתב לראב"ד לא תלינן שנתקיים התנאי והוא בחזקת מקודשת. ודווקא שיצא בפ"א קול שגיר' עם קול שנתקדשה כו' הך ודוקא לא קאי על גירש ע"ת אלא ה"ק דמ"ש בש"ע וגירשה היינו שלא ע"ת דאל"כ לא תלינן שנתקיים וגם אפילו הקול יוצא שגירשה בלא תנאי נמי דוקא שיצא בפ"א קול שגירש כו' ובב"ש מהדורא קמא איתא הלשון להיפך לרמב"ן תלינן כו' ולהראב"ד לא תלינן ודוקא קול שגירש יוצא בפ"א כו' והוא מתיישב יותר דמ"ש בסוף ודוקא קאי אדברי ש"ע ועיין בלשון הטור והש"ע סימן וא"ו שם איתא ג"כ ודוקא שיצא האמתלא עם הקול כו' ושם קאי אכולה מלתא דאמתלא דחשיב התם. וכתבתי זה לפי שראיתי בספר בית מאיר שגמגם בדברי הב"ש אולי גם היה לפניו נוסחא מוטעת ודווקא שלא יצא בפ"א כו' גם מ"ש בכוונ' הר"ן דאפילו אם יצא קול הקידושין עם הגירושין בפ"א שייך סברת הר"ן כיון דעכ"פ נתחזק לב' ב"א כו' נלע"ד ליתא וכמש"ל מלשון הר"ן שכ' אדרבא אמרי אם איתא דעיינו רבנן כו' ע"ש ודברי הב"ש נכונים כפי הנוסחא שלפנינו וכ"ה בב"ש מ"ק ובב"ש הנדפס בפ"ע מהדורא בתרא ג"כ הוא כמ"ש ולא ידעתי באיזה דפוס מצא הנוסחא שהביא שהוא מוטעת בודאי:

אמנם דברי הב"ש בס"ק י"א שכתב על דברי הרמב"ן שהב"י כתב דהרמב"ם נמי ס"ל הכי ובטור לא משמע כן דהא הביא דברי הרמב"ם בלשון פלוגתא על דעה קמייתא כאשר הקשה הב"י בעצמו עכ"ל והוא תמוה מאוד למעיין בטור וב"י שלא נזכר שם כלל מדעת הרמב"ם לענין זה. ומ"ש שהטור הביא בלשון פלוגתא קאי שם על מלתא אחריתי באם לא יצא אמתלא אלא לאחר זמן וע"ז כתב הב"י שהטור הביא לשון הרמב"ם כאלו חולק ובאמת שאין חולק שדברי הרמב"ם פירוש לדברי רב זביד ר"ל דמ"ש הרמב"ם אם נראין הדברים לב"ד. כך מפרש הרמב"ם מה שאמר ר"ז במקום אמתלא חוששין לאמתלא וכמבואר מדברי ה"ה שם אבל אין זה ענין כלל להך מלתא אם תולין בסתמא או לא ובדוחק י"ל דכוונתו דרוצה להוכיח דהרמב"ם ס"ל דלא תלינן לקולא דאל"כ תיקשה האיך כתב והרמב"ם כתב וכו' דהא באמת לא פליג אהא דאינו רק פי' לדברי רב זביד ולכן פירש דכוונת הטור מ"ש בלשון פלוגתא לפי דסבירא ליה דלא תלינן לקולא וזה נכלל במה שכתב אם נראים הדברים לב"ד כו' וא"כ קאי הלשון פלוגתא על מ"ש הטור קודם

לזה או אם יש להסתפ' כו' דהיינו דתלינן לקולא ובב"ש סימן מ"ו מבואר יותר שכתב וז"ל ונכלל דינים אלו בכלל מ"ש בדין כ"ד יצא עליו קול וכו' אם נראים לב"ד שהוא כן דהיינו שהביא הטור דברי הרמב"ם עליו בזה כו'. ומ"מ מ"ש בשם הב"י דהרמב"ם ס"ל כהטור לא נמצא כלל בב"י. ומ"ש בב"ה ודברי רבינו או אם יש להסתפק קאי על הטור ומצאתי בספר עצי ארזים שהרגיש קצת על הב"י בזה ומ"ש שם שהטור לא הביא לשון הרמב"ם שכתב הב"ש שממנו יש לדייק כן כבר כתבתי שהכוונת הב"ש למ"ש הרמב"ם אם נראים הדברים לב"ד כו' וכאשר ביאר במ"ק ולשון זה באמת הביא הטור אך באמת אין זה כוונת הרמב"ם ז"ל כלל רק כמ"ש ה"ה שם וכ"כ הב"ש גופיה בס"ק שאח"ז נראין הדברים לב"ד היינו שיש הוכחה שאמתלא אמיתות הוא כיון שזרק קדושין כו' ולא מיירי לענין בירור כלל. אבל יותר יש לתמוה על מה שרוצה הב"ש לפרש בדברי הרמב"ם שסובר כהראב"ד דבעינן דווקא שיתברר שהרי בדברי הרמב"ם מבואר שא"צ שיתברר שהרי כתב אלא שואלין אותה וסומכין על דבריה הואיל ואין שם ראיה ברורה ולא קול חזק ולשון הזה הועתק בש"ע ואם כן היאך אפשר שצריך שיתברר לב"ד מה זו סמיכה ומה זו שאלה בדבר שהוא ברור לנו והדבר פשוט דמיירי בלא בירור כלל וראיתי בשו"ת נו"ב סימן ס"א נראה מדבריו שמפרש דהב"ש מיירי בקול שאינו מפורש האמתלא רק פתח אמתלא כגון הך דפמש"פ וקטן ובזה ס"ל אליבא דהרמב"ם דלא תלינן לקול' אבל אם מתחילה יצא קול שמפורש בו אמתלא כגון ע"ת או ספק קידושין מודה דמהני אע"פ שלא נתברר ובהא קאמר שסומכין על דברי' וע"ש ולענ"ד ז"א כמבואר מהב"ש גופיה שם במ"ש ואם יצא הקול שנתקדשה וקידש ע"ת כו' וי"ל דתלי' בפלוגתא הנ"ל ולדבריו אין זה ענין לזה דאמתלא מפורש אין צריך בירור אלא ודאי שאין לחלק וכן מבואר בדברי הרמב"ן שהביא הרשב"א והר"ן דמדמי להדדי קול שנתקדשה ונתגרשה ע"ת לאמתלא דפמש"פ וקטן אף שי"ל דמתורת ק"ו אתי עלה דהרמב"ן דס"ל בהנך עובדי להקל אם כן כ"ש באמתלא מפורשת ולהראב"ד דמפר' אף באמתלא מפורשת להחמיר כ"ש דבהנך עובדי יש להחמיר. אך באמת שם משמע דדמי להדדי גם מצד הסברא אין מקום לחלק בזה דאם יש לתלות לקולא גם בזה דפמש"פ וקטן למה לא נתלה לקולא דהא אנו חושבין פתח אמתלא כאלו נתפרשה עם הקול כיון דע"כ לומר דמה שחוששין לקול לאו מדינה רק משום לעז בעלמא וכמש"ל בדברי הרמב"ן ז"ל אך מדברי הש"ג בשם ריא"ז משמע גם כן שמחלק בזה דמתחלה כתב באמתלא דע"ת או ספק ק"ל אין חוששין לקול ולא כתב צריך שיתברר לבד ואחר כך גבי קידשה בחפץ ק"ל ויש לומר שלא היה ש"פ כתב אם נתברר לב"ד וצ"ע. והנה במה שכתב הרמב"ם ז"ל ששואלין

אותה וסומכין על דברי נראה דהיינו טעמא דכיון שלא נתבררה האמתל' לב"ד שנתבטל מחמת התנאי או מחמת שהוא קרוב לו וכיון שהיא שותקת כהודאה דמיא להחזיק הקול ושוב צריך שיתברר שלא נתקיים התנאי או שהיה קרוב לו. וראיתי בספר המקנה שכתב די"ל שהרמב"ם למד דין זה מהא דבקידושין דף י"א אבייי ורבא חיישו לקלא דאיכא סהדי באידית והרי התם לא היה קול ברור שהיה בו ש"פ אלא דאיכא סהדי שיודעין מזה וכל זמן שלא העידו בב"ד אין בדבריהם כלום ויכולין לחזור בהם ואלו בגיטין בהני עובדי ס"ל דהוי אמתלא ומבטלין הקול ע"כ צ"ל הא דמקילין באמתלא היינו באומרת ברי לי שלא היה ש"פ משא"כ התם בקידושין שלא היתה יודעת שהוא אמר התם אמרה לי אם כו' עכ"ל. ולא הבינותי דמה אמתלא יש בהא דקידושין כיון דאיכא קלא דסהדי במה"י יודעין ששמ"פ הוי כאומרי' שיש עדים שראו שנתקדשה והלכו למדה"י שהוא קול גמור בלא אמתלא אע"פ שלא העידו בב"ד ויכולין לחזור דמה"ת נאמר שיחזרו בהם כיון שאלו המוציאין הקול מאמיתת הדברים שכך הוא שיודעים בזה מה שא"כ בגיטין שהאמתלא הוא שמא פמש"פ או קטן וכבר הבאתי דברי הריטב"א והר"ן דס"ל דהתם בקידושין אף בלא אתחזק חיישינן כיון דפשטה ידה וקיבלה ואיכא קלא דאיכא סהדי שהיה ש"פ בשעת קידושין ואין כאן אמתלא על הקול הזה כלל מה שא"כ כאן דאף אי אתחזק בג' יש כאן פתח אמתלא ומדברי הרמב"ן נראה דבסתמא תלינן להקל ואף ע"פ שאינה אומר' ברי לי וטעמא דהרמב"ם כדכתיבנא דאם שותקת לא גרע הקול מע"א כמ"ש התוס' בכתובות והוא כע"א אומר שנתקדשה קידושי ספק ותו ליכא למיתלי' לקולא גם מ"ש בספר המקנה שם סעיף א' להקשות בהא דקידושין דהא הו"ל קלא דבתר אירוסין ולא חיישינן ודוחק לומר שכבר יצא הקול קודם קידושי שני כו' ע"ש. הנה הר"ן בקידושין כתב שם בשם הרא"ה דמיירי דנפק קלא קודם שנתארסה כו' אך בהגמרא שם כתב שהיה קול דבתר נישואין וכבר עמד על דבריו בחידושי מהרי"ט ובתשובה ח"א סימן צ"ב ולקמן אכתוב מזה. ועיין במשנה למלך פ' וצ"ע ומבואר ממ"ש שדעת הרמב"ן והר"ן והטור וכן דעת הרמב"ם דבסתמא תולין להקל ובדברי הטור והש"ע צ"ע שממ"ש בסימן מ"ו מבואר דקיימו בשיטת הרמב"ן ובסימן וא"ו נקטו בפשיטות כדעת הראב"ד דאם יש אמתלא בגירושין ולא בקידושין חוששין לקול הקידושין לאוסרה לעלמא ולכאורה נראה מזה דס"ל כהר"ן דמחלק בינייהו אבל צ"ע לפי מ"ש לעיל דסברת הר"ן א"ש אם הקול של גירושין ע"ת לא יצא בב"א עם הקול של קידושין וא"כ הטור דס"ל כהראב"ד דאף בגירושין בלא אמתלא בעינן דווקא שיצא יחד עם קול הקידושין כמ"ש הב"ח והב"ש בסימן וא"ו וע"כ דבגירושין ע"ת ס"ל דחיישינן לקול הקידושין אף אם יצאו שניהם בב"א

ובהא לא שייך סברת הר"ן וכמש"ל וגם המחבר נראה מפשיטות לשונו שכתב יצא עליה קול שנתקדשה לפלוני א"ח לאוסרה משום הקידושין ומדלא נקט כלשון הרמב"ם בפ"י מהלכות גירושין ואח"כ יצא עליה קול שנתגרשה כו' דהוי רבותא טפי משמע דסובר ג"כ כהראב"ד דדוקא כשיצא הקולות יחד וא"כ מ"ש בסימן וא"ו דאמתלא בגירושין חוששין לקול הקידושין היינו אפילו ביוצא יחד עם קול הקידושין ולכאורה לא שייכה בזה סברת הר"ן וכמש"ל וע"כ לומר דסבירא ליה לחלק דאפילו בכה"ג שיצאו יחד מ"מ אין קול ספק הגירושין מבטל קול ודאי קידושין ואפשר שלזה כיון הב"ש שדייקתי עליה לעיל שהיה לו לכתוב וכ"כ הר"ן. ולפי מ"ש י"ל שאין כוונתו לחילוק הר"ן רק סברא דנפשיה קאמר כיון שנתקדשה תו לא מקלינן שנתגרשה כיון שאף לפי הקול יש ספק בגירושין ואף ע"פ כן צ"ע שהיה לו לכתוב שהחילוק מוכרח לדעת הטור והמחבר וכמ"ש ולפי מ"ש דבאמתלא תולין בסתמא להקל א"ש מתני' דקתני אמתלא ע"ת או סק"ל כפשט' אע"פ שלא נתברר והא דקתני במתני' סתמא גירש ע"ת ומשמע דאף בתנאי דשב וא"ת תלינן לקולא שעבר על התנאי במעשה משמע כהרמב"ן דבקל' בעלמא שאינו רק משום לעז מקלינן ואף שהתנאי בשב וא"ת לא יתלו בוקי סריקו בב"ד אלא יאמרו שבאמת עבר על התנאי ולכך התירוה לשני אחר מות בעלה משא"כ להראב"ד דמלתא דתנאי אריישא קאי צ"ע דלמה לא יועיל בגירושין ע"ת בשב וא"ת לבטל קול הקידושין דהא קי"ל בסימן קמ"ג דבתנאי שבידה ובשב וא"ת מותרת לינשא מיד ואין חוששין שמא תעבור וכן אם אמר שעבר על התנאי צריך לברר כמבואר בסימן ל"ח וצ"ע. ולפ"ז מוכח דלהפוסקים המקילין לתלות בסתמא אם יש אמתלא או פתח אמתלא תלינן להקל אף במלתא דלא שכיח כולי האי כגון לתלות שעבר על התנאי במעשה וא"ל דמתני' באמת מיירי בתנאי שאינו תלויה במעשה או שהוא בקום ועשה ז"א דהא בגיטין שם אמרינן ההוא דנפק עלה קלא דאיקדשה לבר בי רב כו' על תנאי דלא אזיל לבי חוזאי ואזל א"ל כיון דבעידנ' כו' וע"ש שהרא"ש כתב כלומר בירור כך יצא הקול בעיר. וכתב הב"י פירוש לפירושו מתחל' יצא הקול סתם ואח"כ יצא הקול דע"ת קידש כו' דאל"כ אמתלא דתנן דל"ח לקלא והיינו דקאמר כיון דבעידנא דהוי קלא לא הוי אמתלא כו'. והתם התנאי הוא בשב וא"ת אלא שאביו אומר דאזל ועבר ע"ת ואפ"ה אם הוי אמתלא בעידנא דנפק וקאי לא הוי חיישינן לקלא מבואר כמ"ש דאף בתנאי דשב וא"ת תולין לומר שמא עבר על התנאי בפועל ולכאורה משמע נמי מזה דלא כהראב"ד שצריך שיתברר לב"ד. ואם נימא דבאמתלא מפורשת א"צ שיתברר כמש"ל הוה א"ש. ואפשר לומר להראב"ד דמיירי גם הכא שזה בירר עתה לב"ד שכן הוא ואפ"ה חשש מחמת שלא היה ידוע האמתלא

בעת יציאת הקול והרמב"ם פ"ט מהלכות אישות כתב מעשה באחת שיצא עליה קול שנתקדשה לבנו של פלוני. ולאחר זה שאלו לאביו ואמר ע"ת נתקדשה ולא נתקיים ולא סמכו על דבריו אלא אמרו הרי זה ספק מקודשת כאלו אין שם אמתלא עכ"ל ואפשר דמיירי גם כן שבירר שכן האמתלא בעיר כמ"ש הרא"ש רק הרמב"ם דרכו לתפוס לשון הש"ס. והנה ס"ד מחמת אמיר' האב הוי כאמתל' הנראית לב"ד דמהני אף שיצאה אח"כ וכמ"ש שם קודם לזה קמ"ל דלא סמכו חכמים על דבריו ומפשיטות לשונו נראה דהוי ס"ד לסמוך עליו אף בלא יציאת אמתלא דמה לו לשקר קמ"ל שלא סמכו עליו והריטב"א בגיטין שם כתב דמיירי שנתברר הדבר שע"ת קידשה אבל לא נודע שנתקיים התנאי אם לאו דאבוה הוא דקאמר דאזל אבל לא נתברר שאם נתברר ודאי שמבטלינן קלא דהלכת' כרב דמבטלין קלא ואמתלא הוי תמן אבל בשעת הקול לא יצא האמתלא מש"ה אפ"ל דלאו כל כמיניה שיחזיק אמתל' לאחר זמן אלא כשיוצאה עם הקול כו' עכ"ל. ואני תמה דלפי דבריו דנתברר בב"ד דע"ת קידשה אלא שלא נודע אם נתקיים אם כן דל מהכא הקול לגמרי כיון שבוודאי היה כאן קידושין גמורים ע"ת שהוא בשב ואל תעשה פשיטא שאין אביו נאמן לומר שעבר על התנאי בפועל וצריך לברר שעבר על התנאי ואפשר שר"ל שנתברר גם כן דאזל לאיזה מקום אבל לא נודע אם לבי חוזאי או לאו ואבוה קאמר דאזל לבי חוזאי וגם ז"א דמ"מ פשיטא דאין האב נאמן בזה להפקיע הקידושין ואפשר שר"ל שנתברר הדבר שהיה אמתלא דע"ת קדשה וכמ"ש אחר כך דאמתלא הוי תמן. ואע"ג דהריטב"א שם הביא פירוש הראב"ד ולדידיה צריך בירור שלא נתקיים דאל"כ אין תולין לקולא אפשר דסבירא ליה דדוקא לענין אמתלא דגירושין וקידושין אמרינן הכי וכמ"ש שם דלא אתי ספק גירושין ומבטל קידושין גמורים משא"כ בקידושין ע"ת א"צ בירור ותולין להקל. ולכן אם היה אמתלא יוצאת עם הקול היינו תולין להקל אף שלא נתברר דאזל והו"ל תנאי דשב וא"ת אבל אחרי שהאמתל' יוצאה אחר זמן רק דהוי ס"ד דכיון דאבוה אמר דאזל הו"ל כנראה לב"ד ומהני אף אחר כך ולזה אפשר לומר לאו כל כמינך כו' וכמש"ל בלשון הרמב"ם ולא סמכו חכמים על דבריו ועדיין צ"ע בלשון הריטב"א דמשמעות לשונו שנתברר לב"ד דע"ת קידשה ועוד שסיים שם דאם נתברר שמבטלין קלא והיינו בירור לב"ד ואם כן הדברים צ"ע כמ"ש:

ומצאתי בשו"ת מהרי"ט צהלין סי' קצ"א שהאריך קצת בזה וראיתי שכתב ג"כ בהך עובד' דבי חוזאי מיירי שבירר בעדים שהיה ע"ת והוא אומר שלא נתקיים. ואם היה הקול יוצא כך היה הוא נאמן לומר שלא נתקיים ע"ש והדברים צ"ע כמ"ש ואין העת מסכים לעמוד כעת על דבריו:

והנה הארכתי בזה לבאר שלדעת גדולי הפוסקים באמתל' תולין בסתמא להקל ואפי' אם לא שכיח כולי האי כגון אמתלא דתנאי ושב וא"ת ודון מינה דעכ"פ אף בפתח אמתלא ומלתא דשכיח' תולין להקל בסתמא וכ"ז כדי להתלמד במקום אחר דבנ"ד אין אנו צריכין לכ"ז שהקול לא הוחזק בב"ד ובשעה שהוחזק בב"ד שוברו עמו שנתברר שאין עדים לא על הנתינה ולא על האמירה ועיין בשו"ת הריב"ש סימן רס"ו ובשארי תשובות הראשונים והאחרונים.. וכבר הבאתי דברי הב"ח וספר המקנה ומכ"ש דאף בקול הקידושין שיצא קודם שהוחזק אין ממש רק מה שהוציא המקדש קול הברה בעיר וכה"ג פשיטא דלא חיישינן ליה ומבטלינן ליה ושרי' לאינסובי לעלמא:

ועל דבר אשר אחד הורה להבתולה לכסות ראשה בצעיף כדת הנשים הנשואות נראה דלא מיבעיא בזה שלא עשתה כן מעצמה אלא ע"פ הוראות מאן דהו דאין בכך כלום. ויפה כתב ידידי הגאון אב"ד הנ"ל דגם בנדה שלבשה בגדי נדה ע"י הוראות החכם בטעות לא חיישינן למלתא ואע"פ שע"י שכסתה ראשה החזיקה עצמה כמקודשת אין בכך כלום דטעותא הוא דהדר' וכמ"ש הריב"ש סימן תצ"ח בענין מי שבדק בהמה של עצמו וכסבור טרפה הוא אף ע"פ שקר' עליה שם טרפה במוחלט וטעה בדבר משנה חוזר ומכל שכן אם אין כוונתו שהוא אסורה במוחלט אף בטועה בשיקול דעת יכול לחזור בו ע"ש באורך. ומכ"ש בזה שאין לחלק בין דבור לבד למעשה כיון שידוע שכל מעשיה לא עשתה רק עפ"י חכם בעיניו ואף זה האיש שצוה לעשות שטות הלז מסתמא לא ע"ד מוחלט רק עד כי יצא כאור משפטה אך אפילו אם לא היתה כן ע"פ הוראות טעות רק מעצמה עשתה כן וא"כ היה מקום לומר שהחזיקה בזה א"ע למקודשת ומוכח' מלתא דקיבלה לקידושין מ"מ אין בכך כלום שהרי אפילו אם היתה מודה בפירוש שקבלתה היה לשם קידושין אינו כלום כיון שהיה בלא עדים ופשיטא דלקידושין אחרים בעדים לא חיישינן כלל שנראה בעליל שמחמת מעשה הקידושין הללו עשתה כן וגם כי היא נאמנת באמתל' זו שמחמת מעשה הקידושין הללו עשתה כן ואע"ג דבלבשה בגדי נדות אין מועיל אמתל' לפי שאין אמתל' על הלבישה משא"כ בזה שעל המעשה עצמה היא האמתל' כיון דעכ"פ מעשה זו מחמת קידושין עשתה שפיר נאמנת שמחמת קידושין אלו הוא ואין לך אמתלא הניכרת לב"ד יותר והדבר ברור דמי שהחזיקה לפנויה וכסתה ראשה כדרך הנשואין מבלי אמירה שנתקדשה שאין חוששין לה כלל מחמת המעשה ועיין בשו"ת חות יאיר סי' קצ"ו ועיין בדברי אא"ז בתשו' סי' א' ס"ק ע"ו דאשכחן בכמה דוכתי דאפי' מעשה עבדי לכוונת איזה ערמה היכא שצריך למעשה ומייתי בח"מ סי' פ"א במי שכתב על שטרו שם יתום א' כו' ושם בס"ק ע"ח כתב בשם הש"ך שכתב

דמשמע מהב"ח דאם נתנה אמתל' על הלבישה נאמנת ואע"פ שאא"ז שם מפקפק בזה מ"מ העלה דכל שאין לב השומעים חלוק ובשעת אמירתו ומעשה שלו הוחזקה הדבר שהוא כן לא כל כמיני' לגרע החזקה ע"י אמתל' משא"כ אם מתחלה יש מקום לאמתל' כו' ע"ש והכא פשיטא דמתחלה יש מקום לאמתל' שלא בשביל שמוחזק למקודשת ודאי היא זאת וגם האמתל' גלוי' וידוע לב"ד בכה"ג פשיטא דלא אמרינן שויא נפשה ח"ד כלל ועיין בספרי בית אפרים סי' ל"ט שהארכתי בדברים בענינים כאלו ומכ"ש בזה שנראה מענין השאלה שהדבר ידוע שלא עשתה כן מעצמה אלא ע"פ ציווי מי שלא הגיע להוראה שאין כאן בית מיחוש כלל ועכ"פ יש לקחת מזה תוכחת מגולה לאנשים שאינם יודעין בטיב הוראות איסור והיתר שיש להם לשים מחסום לפיהם וק"ו שלא ישימו אצבע בטיב גיטין וקידושין אפי' יביע אומר לדרוש כמין חומר כי בקל חללים יפיל ויאפיל בטליתו כמרדעת של חמור כאשר עשה זה שלא כהוגן והיה קרוב הדבר להביא בתולת ישראל לידי עיגון אם היה דרך לקיים הקידושין בלא עדים רק מחמת הכחשת האשה הוא הביטול וע"כ כשיש קצת הודאה מהאשה שכסתה ראשה היה מקום לדון בדבר ולענין האיש קרוב הדבר שאע"פ שלפי דבריו הוא מחזיק הקידושין מ"מ מותר בקרובותיה אבל לא נעמיד עתה על פרק האיש מקדש הלז לברר את דינו בהחלט אחרי כי בלא"ה הוא נשוי אשה והב"ד שבמקום ההוא יודיעו לעם כי הקידושין בטילין ומבוטלין והקולות יחדלון ומאליהם הם כלין ומוציא דבה בקול גדול קללה תחשב לו שמביא תקלה וקלון ושומר פיו ולשונו נפשו בטוב תלין:

דברי זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה נח

גבר חכם בעוז ותושי'. טוחן ומוציא סולת נקי'. ה"ה כבוד אהו' ידידי הרב המופלג החריף ובקי בחדרי תורה. על דרכיו נגה אורה כש"ת מוהר"ר יעקב נ"י:

אחד"ש הן בדבר הקידושין ראיתי קונטריסו והנאני כי ידיו רב לו לכלכל ולפלפל מראה פנים לכל צד כמראה האופן אנה ואנה אני בא לקחת אשכול הנוטף מיערות דובשו שנים או שלשה גרגרין בראש אמיר כפי הזמן המוכשר ובעיקר הענין כתבתי בקונטרס בפ"ע וג"כ בדרך קצרה מטעם שכתבתי שם. והנה כ"ת האריך לפלפל בענין שהעדים האחד בעל אחותו של העד השני ורמי דיקלא וזקיף ושפיר חזי במה שתמה על הפ"י שרצה לומר דברכות דאורייתא מדאמרינן סברא הוא אך אשר הוליד כ"ת מזה דכל היכא דאמרינן סברא הוא הוי דרבנן ולכן רצה לומר דהא דאמרינן בסנהדרין ב"נ לעלמא מנ"ל אמר רמי ב"ח סברא הוא משום הזמה כו' א"כ אינה רק מדרבנן ולקמן בסוף הקונטרס

אדבר מזה אך באמת תמהני על כ"ת דאטו יש איזה שמץ עדות בהגדת ר' שבתי עד שנאמר שיש בו כדי צרוף לעדותו של ר' יואל שיופסל גם עדותו של ר' יואל אם היה ממש בעדות ולומר שנמצא אחד קא"פ והלא עדות ר' שבתי הוא שלא ראה ולא שמע כלל וכי תעלה על הדעת שסיפור כזה פוסל עדות הכשר ומצרף עמו ופשיטא שאין עדות ר' שבתי בזה מעלה ומוריד בין להחמיר ובין להקל ואמנם אף עדותו של ר' יואל אין בו ממש כמ"ש בקונטרסי ואפשר שעלה על דעת כ"ת שלפי ששמע הרי את וגם אח"כ אמר לו המקדש אתם עדים הוי ג"כ כמעיד על אותו ענין לא אאמין שיעלה על לבו כזאת שהרי אף אם היה כאן שני עדים וראו נתינת טבעת ושמעו שאמר הרי את ותו לא אין כאן קידושין כלל שאפילו מאן דמחמיר היכא דלא אמר לי עכ"פ הזכיר לשון קידושין מה שאין כן היכי שלא הזכיר לשון קידושין אפילו יד שאינו מוכיח לא הוי ואפילו למ"ד ידים שא"מ הוויין ידים מודה בהאי ואף שהדברים פשוטים לרווח' דמלתא אברר הדבר שכן מבואר בנדרים דף ו' בעי ר"פ יש יד לקידושין או לא היכא דמי אי לימא דאמר לאשה הא"מ לי ואמר לחברתה ואת נמי פשיטא היינו קידושין עצמם אלא כגון דאמר לאשה הא"מ לי ואמר לחברתה ואת מי אמרינן ואת נמי א"ל לחברתה או דילמא ואת חזאי אמר לה ולא תפסי קידושין בחברתה והביאו בעי' זו כל הפוסקים הרי מבואר דאפילו בכה"ג שקידש אשה תחלה קידושין גמורים וא"ל ואת דדמי לנזיר עובר לפניו מספק' ליה דלמא בזו לא כיוון לקידושין רק ואת חזאי קאמר והתוס' שם כתבו דהא דצ"ל ואת חזאי קאמר אע"ג דבנדרים אי לאו דמרבינן ידות נדרים לא הוי מהני אע"ג דליכא מידי למיתלי' משום דבנדרים לא הזכיר מקודם לכן ענין נדר משא"כ כאן שכבר הזכיר לשון קידושין לאחת מהן ואמר האמ"ל אי לא דאיכא למיתלי בואת חזאי היה משמע לשון קידושין גמורים ולא יד ובזה ניח' קושי' אחריתי דמשמע דהך בעי' אם יש יד מהני אף ע"ג דאיכא למיתלי' בואת חזאי ואמאי והלא ס"ס ידים שא"מ נינהו ולמ"ד לא הוי ידים אינו מועיל אלא ודאי כדפרישית דכיון שהזכיר קודם לכן לשון קידושין גמורים שפיר הוי יד מוכיח עכ"ל ועיין בריב"ש סי' ס"ו שהביא ממה דאמרינן דאי אמר ואת נמי היינו קידושין עצמם אע"פ שלא פירש מי המקדש אפ"ה כיון שמפני קידושי הראשונה מוכיח שדבור השני הוא דבור שלם לעצמו האמ"ל כו' וע"ש:

ובזה נלע"ד ליישב מה שהקשה הב"ש בסי' ל"ו ס"ק ח' על מה שכתב שם בשם הר"ן דאם נתן לשניה פרוטה ואמר ואת הוי קידושין מהא דסי' כ"ז דאם קידש אשה ואמר לחברתה בפניה תהא מקודשת ולא אמר לי הוי ספק קידושין ולפמ"ש הוי קידושי ודאי כו' ע"ש. ולפמ"ש א"ש דהא אם אמר ואת נמי דאמרינן היינו קידושין עצמם ואע"ג דלא

פירש שמקדשה לו וע"כ היינו טעמא דכיון דליכא למיתלי בהא במילתא אחריתי רק דכוונתו על קידושין וכיון דלא הזכיר ל' קידושין כלל ע"כ דאדבורא קמא סמיך שהזכיר ל' קידושין והרי שם הזכיר ל' קידושין גמורים ואמר לי אז גם הדבור השני הנסמך אל הדבור הראשון דבור שלם לעצמו הוא כמ"ש הריב"ש וה"נ אם נתן פרוטה לשניה ואמר ואת שכתבו הרשב"א והרא"ש והר"ן וה"ה דהוי קידושין מבואר הטעם ברשב"א שם דבזה לא משמע ואת חזאי דא"כ למה יהב לה כסף כו' וכיון דליכא למיתלי במלתא אחריתי ממילא דהך ואת הוי יד לעיקר דיבורו הראשון שפי' ואמר האמ"ל ויד כזה הוי כעיקר הדבור הראשון שהוא דבור שלם משא"כ בהך דסי' כ"ז שאמר בשעת נתינה תהא מקודשת והזכיר ענין הקידושין בפירוש מיגרע גרע דמה"ת להסמיכו על דבור הראשון אלא הוא דבור בפ"ע רק שהוא כמו יד מוכיח שרוצה לקדש גם אותה כאשר קידש חבירתה דומי' דנזיר עובר לפניו. ובזה ס"ל דלא דמי לנזיר די"ל רק מדקידש אחת לעצמו קידש השני' לחבירו כמ"ש הב"י שם ולדברי הב"ש הך דינא דסי' כ"ז הוא סותר הדין שכתבו הרשב"א וסייעתו דלעיל דלדידהו הוי קידושי ודאי ועכ"פ היה לו להטור להזכיר דעת אביו הרא"ש בזה שחולק על הרמ"ה שהביא הטור אך לענ"ד אין כאן מחלוקת והדבר ברור כמו שכתבתי:

והנה בפירוש האיבעיא דיש יד לקידושין יש בזה שני שיטות שיטה אחת היא שיטת התוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן דמפרשי דהאשה שאנו מסופקים עליה אם מקודשת היא לא קיבלה כלל רק לאשה אחרת קידש ונתן לידה שני פרוטות ואמר לאשה זאת ואת ואם ואת נמי קאמר הרי קיבלה הראשונה ע"י השניה בשליחותה ולשיטת הרמב"ם והטור והש"ע מיירי שאשה זו שאנו מסופקים עליה היא קיבלה לידה קידושי חברתה מדעתה ונתן לה שני פרוטות ואמר לה ואת. ולפ"ז הדברים ק"ו בנ"ד דלא מיבעיא לשיטת הרמב"ם וטור והש"ע שהקידושין קיבלה בעצמה ואמר לה ואת לא מהני להיות קידושין ודאין אלא דספיקא מיהוי דכיון דקידש אשה אחרת ואמר לה ואת ידים מוכיחות נינהו דטפי משמע ואת נמי מואת חזאי אלא דאם נימא דאין יד לקידושין הרי הוא כאלו אמר ואת חזאי עיין בחידושי הרשב"א והרא"ש בזה משא"כ היכא שאין כאן שום זכר מקידושין אין כאן יד כלל מצד האמירה ומכ"ש כשאין ידוע מהנתינה ג"כ אלא אפילו לשיטת התוס' וסייעתם שהיא לא קיבלה מ"מ אין זאת שום יד מוכיח רק מחמת שקדמו לו קידושין אחרים אמרינן שהיא נעשית שליח לזו ג"כ משא"כ בלא קידושין שקדמו אף אם היה בלבה להתקדש דברים שבלב נינהו כמו בנתן בשתיקה ולא היה מדברים ע"ע קידושין ומכ"ש בלא ראית הנתינה ג"כ ועיין בתוס' שכתבו שי"מ שנתן גם לזו פרוטה

והקשו דאמאי לא קאמר או דלמא ואת שקילי לשם מתנה קאמר ותירצו דמשמע ליה דואת דקאמר קאי אדבור האמ"ל שאמר מיד ע"ש וא"כ פשיטא דאי ליכא דיבור סמוך לו מצינן לפרש דלאו לקידושין קאמר ואע"ג דהכא ספיקא הוי משום דקאי הדבור הסמוך לו היכא דליכא דיבור אפילו ספיקא לא הוי שאין זו דומה לידות כלל. והנה בטור וש"ע כתבו הך בעי' ע"פ פירושו של הרמב"ם שנעשית שליח וקיבלה וא"ל ואת ולפום הך פירושא י"ל דהיכא דהיא לא קיבלה כלל רק חבירתה קיבלה לא מספקא ליה דכה"ג לא הוי יד מוכיח כלל מה שאמר לאשה שאינו נותן לה מאומה וא"מ וכמבואר ברשב"א ור"ן שמחלקין בין גט לקידושין דנתינת הגט שהוא מעשה הוי טפי מיד ועיקר מוכיח מיקרי משא"כ בבעי' זו דלחברתה לא יהיב מידי וא"כ לשיטת הרמב"ם ז"ל דהיכא דלא יהיב מידי אפילו יד מוכיח לא מיקרי ולפ"ז תימא על הטור וש"ע שסתמו דבריהם עפ"י פירוש הרמב"ם והשמיטו פירוש התוס' וסייעתם ויותר תימא על הטור שלא יזכיר דעת הרא"ש אביו ואפשר לומר לפמ"ש במשנה למלך פ"ז מהל' אישות הל' כ' להסתפק באומר לשליח צא וקדש לי אשה והלך וקידשה בספק קידושין דאפשר דזה הוי שינוי בשליחות ואינה מקודשת כלל ולפ"ז כיון דבעי' זו עלתה בתיקו ממילא אנן לדידן דמספקא לן אם יועיל שליחות שלה לחברתה אין כאן קידושין כלל לפי שהשליחות בטל לפי שלא היה רצונה על קידושין גמורים ואפי' להך צד ספק דס"ל דהוי קידושי ספק י"ל דווקא בשויתה שליח בפירוש משא"כ בזה שנעשית שליח מעצמה מחמת גילוי דעת שרצונה בקידושין אין זה מועיל רק לודאי ולא לספק ולפ"ז לפי מ"ש הרשב"א והר"ן בבעי' דקידושין אזלינן לחומרא א"כ יש לפשוט ספיקו של המ"ל דמ"מ הוי קידושי ספק אלא שיש לדחות דאדרבא כיון דזה אמר ואת והיא גילתה דעתה דניחא לה הוי הגילוי דעת על מלת ואת שאמר הוא ואם כן סברה וקיבלה על האמירה זו וממילא הוי ספק קידושין ואין זה שינוי בשליחות כלל (אך בתוס' משמע שמיירי דשויתה שליח לחבירתה בהדיא) ואם כן אכתי קשה על הטור והש"ע שלא הזכירו פירוש זה וגם אפילו תימא דבטל השליחות בכה"ג לא היה להם להשמיט זה כיון דנ"מ טובא לדינא דאי ספיקא הוי אין כאן קידושין וצ"ע. ועכ"פ מבואר דאף מאן דמחמיר בלא אמר לי מ"מ אם לא אמר רק הרי את ולא קדמו לזה קידושין אחרים אין כאן קידושין. וגם לפי מ"ש בתשובה אחת בענין מי שביטל גט דאפילו היכא דנימא דידים שא"מ הוי ידים היינו כשאמר דבור זה לבד ולא יותר כגון ששמעו העדים שאמרו ה"א מקודשת ושוב שתק ולא אמר מידי. וכן אם קידש אשה ואמר לחברתה ואת ולא יותר שאם נימא יש יד לקידושין יד מוכיח הוא דואת נמי קאמר משא"כ היכא שהוא המשיך הדבור עוד אלא שהעדים לא שמעו מה שאמר אח"כ אם

כן י"ל שמא באמת אמר הא"מ לפלוני או איזה תנאי וכיוצא או גבי ואת שמא אמר ואת חזאי או ואת שקילי לשם מתנה וכל כה"ג יצא מדין זה ונכנס לכלל ספק אחר שמא אמר אח"כ איזה דברים המבטלים דבור זה. ואם כן אפילו תימא דלענין אם אמר הרי א"מ ואמשיך הדבור רק שלא שמעו העדים יש לחוש לקידושין דמסתמא אקדשה לעצמו. מ"מ היכא שלא שמעו רק אמירה הרי את לבד ומה שאמר להלן לא שמעו כלל פשיטא שי"ל שאח"כ אמר דברים אחרים שאינם לקידושין ובפרט האידנא שדרך הלצנים לומר תיבות אלו. וגם ערב רב אתם כדרך השוטים בחרוזים ואנן בעינן שיהא הדבר ברור לעדים וכמ"ש לקמן ומכ"ש בזה שאין דרך ארצינו לקדש בלא שידוכין וחופה ומכ"ש שידוע לעדים שהוא נשוי אשה וגם יום שבת מה"ת יעלה העד על לב מחמת ששמע אמירת הרי את שאומר אחר כך עסק קידושין:

שוב מצאתי בשו"ת דברי דוד סימן ס"ו שכתב ג"כ בעד ששמע מפי המקדש אמירת הרי את לאו כלום הוא והאריך להביא מכמה שו"ת ובאמת שהדבר פשוט ומכ"ש אם לא ראה נתינה ולא שמע אמירה רק הרי את פשיטא שמי שחושש בזה להחמיר אינו אלא מן המתמיהים. ומכ"ש שאין מקום להקל עי"ז לומר כיון שהוא גיסו של העד השני יש לפסול על ידו השני מטעם נמצא אחד מהם קא"פ. ודאי ליתא שאין ע"ז שום שם עד כלל. ולכן אם היה איזה ממש בעדותו של ר' יואל היה מקום לחוש למאן דחייש במקדש בע"א. אבל באמת בלא"ה אין עדותו של ר' יואל כלום כיון שלא ראה נתינה כלל ואפילו הטבעת בידה לא ראה רק בידו וגם לא שמע רק שאמר כדת משה וישראל ולכן הוי דינא כמקדש בלא עדים כלל דאינה מקודשת והנה במ"ש בתשו' דאפילו בהתחיל הוא לדבר אם רצונה להתקדש אם נתן לה צריך עכ"פ שתשיב לו הבה מיהבי כמ"ש התוס' והר"ן והרמ"א שם סעיף ט' בהגה"ה אבל שתיקה לא מהני כלל עכ"ד ולא כיון יפה שהתוספות הוקשו דלמה לא מהני הב דלא גרע מאומרת תן לפלוני וע"ז תירצו דהכא טעמא משום דאדבורא קמא סמכא ומזה מדייק הב"ש היכא דהתחיל הוא דמהני גם לשון הב שהוא לשון טוב מצד עצמו רק במקום שי"ל דסמכא אדבורא קמא אבל שתיקה פשיטא דמהני במתחיל הוא רק שהב"ש בא לומר דאף לשון הב מהני בכה"ג וכן מבואר בח"מ שם ס"ק י"ט שכתב אבל אם שאל כו' והיא שתקה וסמכה על דבריו הראשונים כו' וכן דברי הר"ן שהעתיק רמ"א בהתחיל לדבר ואמרה בלשון שחוק תן הוי ספק קידושין אבל שתיקה כהודאה דמיא והוי ודאי קידושין ואף ע"פ שהר"ן שם כתב בשם הרשב"א אם איתא דנתרצית הו"ל להדורי מקדישנא לך נראה שר"ל כיון דהדרי ליה הו"ל למיהדר לשון ברור שרצונה בכך ומדלא אמרה הכי הא קמן דבדיחותא קא מהדרי ליה לא איכפת לן

באומרת רק תן (ולפענ"ד נראה שזה כוונת רמ"א במ"ש ואמרה לו בל' שחוק תן כו' ר"ל דתשו' זו בל' תן מפרשינן שהוא ל' שחוק ולפי שזה טעם הדבר לא מהני תן להרשב"א והר"ן לפי דאמרינן דהך תן ל' שחוק הוא מדלא אהדרי ליה אין מקדישנא לך לכך נקט רמ"א שאמרה לו בל' שחוק תן שאמתת הדבר הוא כך של' זה לשון שחוק הוא והח"מ הניח בצ"ע. והב"ש נדחק בזה ולענ"ד כמ"ש) וכן מבואר להדיא במשנה למלך פ"ד מהל' אישות שכתב עוד כתב הר"ן כו' אבל הרשב"א ז"ל כו' ויש להסתפק לדעתו ז"ל היכא דשאלה היא והשיב בלשון שאלה ושתקה מאי דינו דמדייק דבריו מדלא אהדרא כו' שכוונת דבריו הוא שאם היה דעתה לומר הב לשם קידושין היה לה לומר הן כו' אבל אין ה"נ בשתקה נמי מהני דכהודאה דמי וכ"כ הרשב"א ז"ל בחידושיו בפירוש דשתיקה מהני כו' עכ"ל ובאמת מ"ש היכא דשאלה איהי צ"ע לענ"ד אבל בלא שאלה איהי רק היא התחילה קבלתה בשתיקה מוכיח שהיא מקבלת ע"פ מה ששאל אותה ומתרצית בקידושין. ונפלאתי על מ"ש הרמב"ם והח"מ והב"ש בשם הר"ן דבזה הוי ספק קידושין דמבואר למעיין בר"ן שהביא דברי הרשב"א ואפילו בהתחילה היא ואמרה הב כו' לא מהני. ואח"כ כתב י"ל כל שלא אמרה בלשונות האמורים בגמרא איכא לספוקי בל' קידושין וצריכה גט שכל כיוצא בזה אין לנו אלא מה שאמרו חכמים עכ"ל. והנה הרמ"א וח"מ וב"ש פירשו דברי הר"ן שזה שכתב י"ל וכו' הוא בא לחלוק על מ"ש קודם דודאי לא מהני וע"ז כתב שנ"ל שהוא ספק והוא תמוה מאוד שבאמת מ"ש י"ל לא קאי כלל על מ"ש תחילה פלוגתת הרא"ש והרשב"א והוא מלתא באפי נפשיה שי"ל שדווקא שאמרה לשון הב אשקי כו' דכה"ג שמביא הש"ס אבל כשאירע ענין שהאשה השיבה בלשון אחר שלא מלשונות אלו אין לנו לפרשה מלבנו שהוא ל' שחוק אף שאפשר שדומה ללשון המבואר בגמרא אין לנו ללמוד מזה ואין לך אלא מה שאמרו חכמים ולכן הוי ספק קידושין אבל לא מעייל נפשיה בפלוגתא דהרא"ש והרשב"א כלל וצ"ע. גם מ"ש הב"ש דהר"ן חולק על הי"א בל' הבה מיהבה אבל הב הוי קידושין הוא תמוה שמבואר בר"ן שכתב דאפילו לא אמרה כו' אלא אמרה ליה הב או הבה מיהבה כו' ואע"פ שבסוף דבריו לא נקט אלא הבה מיהבה לחוד פשוט דאמ"ש בתחלה סמיך ולא סבירא ליה חילוק בין הב או הבה מיהבה וצריך עיון:

הב"ש ס"ק כ"ג אם אמרה הן אבל שתיקה לא מהני כאן כיון ששאלה בתחילה שלא לשם קידושין והוא אמר דרך שאלה כו' משמע מזה דאם אמר בל' הגוזר שרצונו לקדשה וקיבלה בשתיקה מהני אף שהיא התחילה לשאול שלא לשם קידושין וכן משמע ממ"ש אח"כ ולא הוי כעסוקים בעניני קידושין כיון שלא אמר לה כלל שרצונו לקדשה כו'

משמע דאם אמר מהני ואע"פ שהיא התחילה כיון שהוא גילה לה שרצונו לקדשה לא היה לה לקבל בשתיקה על סמך מה ששאלה בתחילה ומדשתקה ש"מ ניחא לה בקידושין וזה סיוע לדברי המ"ל שהבאתי לעיל:

והנה בח"מ סימן ל"ו ס"ק ט' כתב על מ"ש הרמב"ם והש"ע ולפיכך קבלה הקידושין היא כלומר דל"ת מאחר שקיבלה הקידושין ולא החזירה לו ש"מ שהסכימה להתקדש ע"כ אמר מאחר שהוא שואל אותה מה בלבה גם היא נמלכת בעצמה כדת מה לעשות ולא הסכימה מיד כו' ע"ש וצ"ע לפי מ"ש דאם לא שאלה היא תחלה אף שאמר בל' שאלה וקיבלה בשתיקה מקודשת וא"כ גם בזה מה בכך שהוא שואל אותה מ"מ הרי היא מקבלת בשתיקה. וראיתי בספר המקנה שכתב שיש לתמוה על הרמב"ם שכתב המקדש האשה ונתן הקידושין ביד חברתה דלמה לא כתב כלשון הש"ע שהיתה שליח לקבלה ממש כו' ומזה הוציא דכיון דש"ק צריך שיאמר הן מהני נמי לגבי עצמה כו'. ולענ"ד מלשון הרמב"ם ליכא למידק מידי שדרכו לתפוש לשון הש"ס דאמר לה לאשה הא"מ לי ואם היה בדרך שליחות לקבלה היה צ"ל הרי פלונית ששלחך מקודשת לי ולכך מפרש שלאשה עצמה אמר התקדשי לי אלא שהרשות לחברתה לקבל ואדרבא על הטור והש"ע קשה ששינו מלשון הגמרא שמבואר שלאשה עצמה אמר התקדשי וטפי הו"ל לדייק מלשון הש"ס גופה דלמה לא נקט בדרך שליחות וגם מ"ש הגאון ז"ל באמרה הן בשביל הקידושין השליחות מהני גם לגבי עצמה אפילו אמר לה בלשון שאלה כיון שנתרצית לו ולכך כתב הטור והמחבר ע"כ מיירי שאמרה במהירות הן טרם שאמר הוא ואת כו' והוא דחוק ובאמת שצ"ע כמ"ש דאף אם לא אמרה הן רק קיבלה בשתיקה מהני אע"פ שהוא לשון שאלה ואין לחלק דדוקא בקידושי אשה אחת שפיר אמרינן כיון ששתקה כשקיבלה הרי נתרצית להתקדש דאל"כ למה קיבלה משא"כ בזה כיון שיש לתלות שמה שקיבלה הוא בשביל חברתה א"כ שתיקה זו לאו כהודאה דמי' לומר שנתרצית בקבלה זו להתקדש לו אך ז"א דא"כ גם באמירת הן נימא שקאי על שליחות חברתה לבד כיון דהשליח צריך שיאמר הן אלא ע"כ דהיכא שכבר שמעה שאמר לה ואת שעכ"פ יש במשמעות הזה ל' שאלה ששואל אותה אם תרצה להתקדש לא הי' לה להשיב הן בסתם אלא היה לה לפ' שכוונתה על השליחות לבד א"כ גם בשתיקה כיון שכבר אמר לה ואת והיא מקבלת חת"ה מה זו שתיקה היה לה לפרש שאינה מקבלת אלא בשביל חזה כמו דמהני שתיקה בהך דהמוכר מיני כלים כו' והכא עדיף טפי כיון שיש לפרש ג"כ לשון ואת שר"ל ואת נמי שאינו ל' שאלה אלא לשון גוזר שרוצה לקדש פשיטא דבכה"ג לא היה לה לקבל בשתיקה ומכ"ש להב"י שם דס"ל דשתיקה מהני אף ששאלה תחילה שלא

לשם קידושין וא"כ ודאי דאיכא למיתלי שמה שמקבלת היא על דעתה הראשונה שלא לשם קידושין אלא ע"כ דז"א דאף בשתיקה אמרינן היה לה לפרש וא"כ גם בהא דואת אף שנפרש שהוא ל' שאלה מ"מ כיון שקבלה בשתיקה ולא פירשה שאינה מקבלת רק על שליחות חברתה לבד למה לא יהיה קידושין אך לכאורה משמע מל' הח"מ שכתב מאחר שקיבלה הקידושין ולא החזירה כו' נראה שמפרש שמיירי שאחר קבלת הקידושין אמר לה ואת וע"ד שכתב בבדק הבית הביאו הב"ש שתכ"ד לנתינה אמר ואת ולכן נקט בלישנא שאין ראיה ממה שלא החזירה די"ל שהוא נמלכת בעצמה וע"ש בב"ה דקאי שם על מ"ש הטור ואחר שנתן לידה אמר כו' ע"ז כתב שאינו מדוקדק שאחר שנתן הקידושין לאחת מה יועיל כשאמר לאחרת ואת נמי אלא מיירי שאמר לה בשעה שהיה נותן כו' וכך הם דברי הרמב"ם ויש לקיים דברי רבינו כשאמר תכ"ד כו' ע"ש ולפ"ז אפשר שבמתכוין שינה המחבר מלשון הרמב"ם שהרמב"ם כתב ואמר לחברתה כשנתן הקידושין דלשון זה משמע שאמר כן בשעת נתינה ממש והמחבר היפך הלשון וכתב וכשנתן הקידושין אמר לה דלשון זה סובל ב' פירושים דיש לפרש שאמר כן בשעת הנתינה וגם יש לפרש לאחר שנתן אמר כן תכ"ד (וגם הרמב"ם בסיפא נקט לישנא אבל אם נתן בידה ואמר לה ואת וכו' וכדי לרמז על מ"ש בב"ה שיש לקיים דברי רבינו באמר תכ"ד וגם הח"מ ארכבה אתרי ריכשי שכתב מאחר שקיבלה הקידושין ולא החזירה דבאמר קודם הנתינה שייך לומר מאחר שקבלה הקידושין ואמר אחר הנתינה שייך ולא החזירה ואפשר שגם קאמר בשעת נתינה שייך לשון ולא החזירה לפי שבשעת נתינה בשביל חברתה היתה האמירה ואם כן אין הוכחה מן הקבלה לבד רק ממה שלא החזירה וקצרתי. ועפי"ז מקום אתנו לישב דברי רבינו הטור שכתב ואחר שנתן לידה ואף לפי מ"ש בב"ה דמיירי תכ"ד מ"מ מי הכריחו לכך ולמה לא נקט כל' הרמב"ם שאמר בשעת נתינה ממש ולפי מ"ש י"ל דקשיא ליה דאם אמר בשעת נתינה אף אם אומר בל' שאלה ואת לראות מה בלבה אם רצונה להתקדש מ"מ כיון שמקבלת בשתיקה היה לו להועיל ומכ"ש לפי מ"ש בשם ספר המקנה דלפי מ"ש הטור דמיירי בשליחות א"כ צריכה לומר הן ודוחק שאמרה במהירות טרם סיום ואת אם נאמר שבדבור אחד ממש נאמר ולכן נקט הטור ואחר שנתן בידה אמר כו' ואם כן אתי שפיר דקידושי השליחות ואמירת הן היה בשעת הנתינה ובתכ"ד אמר ואת ועל זה שתקה ולפי זה א"ש מה שהקשיתי לעיל שמה חילוק יש בין אמרה הן לשתיקה שהחילוק מבואר כיון דמיירי שאמירת ואת היה אחר הנתינה, א"כ בשתיקה שייך לומר דמה שלא החזירה הוא לפי דמימלכי בעצמה משא"כ באומרת הן א"כ מ"מ מ"ש הגאון ז"ל דמיירי שאמרה במהירות א"צ לזה דהא בפשיטות משכחת לה כמ"ש

שאמר פלונית ששלחך מקודשת לי בנתינה זו ואמרה הן ובתכ"ד לנתינה אמר ואת ומה צורך למהירות אחרי שאמירת ואת לא נאמר בדבור אחד. אך הגאון ז"ל לטעמיה אזיל שכתב שם על דברי הב"ש בשם הב"ה וז"ל דודאי אם אמר ואת נמי קודם שנתן לה מהני אפילו אחר כ"ד אבל אם נתן לה ואח"כ אמר ואת לא מהני אף תכ"ד כיון שאמר בתחילה שמקד' חברתה זכתה בשתי הפרוטות בשביל חברתה וא"י לחזור שתתקדש בפרוטה אחת כמש"ל בסי' כ"ח דאפילו בכל מתנה א"י לחזור אחר הנתינה אפילו תכ"ד עכ"ל ומה שנראה מדבריו דמספקא ליה בכוונת הב"ש בשם הב"ה אי מיירי קודם הנתינה או אח"כ נראה שלא היה לפניו אז ספר ב"ה דמבואר שם להדיא דקאי על מ"ש הטור ואחר שנתן לידה כו' וכמש"ל והב"ש קצר במובן וכתב הדברים על לשון הש"ע ולכך נסתפק הגאון ז"ל בכוונתו בזה:

אך בגוף הדבר שכתב הגאון ז"ל דבכל מתנה א"י לחזור אחר הנתינה אפילו תכ"ד וכ"כ בסי' כ"ז ובסי' למ"ד שלא מצינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו וקונה במשיכה או בקנין שיוכל לחזור בו תכ"ד וכ"כ כמה פעמים בק"א ובחידושים והוא תימה גדולה שכ"כ בפשיטות נגד מה שמבואר להדיא בש"ע ח"מ סי' קצ"ו דבקנין יכול לחזור כ"ז שעסוקים באותו ענין ובשאר קנינים א"י לחזור אחר כ"ד הא תכ"ד פשיטא שיכול לחזור בו. ואמנם באמת שגם הט"ז הביאו הב"ש בסי' ל"ח כתב בנותן מתנה ותכ"ד אמר ע"ת בכך וכך ל"מ התנאי כיון שקודם לזה זכה בסתם והוא תמוה ונתתי פני לעיין בדברי הגאון ז"ל סי' הנ"ל ומצאתי שהביא ג"כ דברי הט"ז ועפ"י שדחה ראייתו מב"מ מהא דמשנתנו לו אמר אני זכיתי בה תחילה דהתם גבי מציאה שאני שלא זכה בה מעולם אע"פ שהסכים לדבריו מחמת הראיה שהביא בסי' ק"ז מהקד' דאינו יכול לחזור תכ"ד וכתבו התוס' במנחות דף פ"א הטעם דהוי כמסירה להדיוט ושם הרגיש ממ"ש הש"ע דבשאר דרכי הקניות א"י לחזור וכתב דהיינו בקנין כסף ואג"ק וכיוצא בו חוץ ממשיכה עכ"ד. ועיין מ"ש עוד שם בסעיף ל"ד ובסי' נו"ן. ולענ"ד מהך דאמירה לגבוה אין ראיה כלל דאף אם נימא דבהדיוט יכול לחזור בו תכ"ד מ"מ א"ש הא דאמרינן דהוי כמסירה להדיוט דכיון דדינ' הוא בהדיוט שיכול לחזור תכ"ד נמצא דאין התחלת הקנין עד אחר כ"ד דבתכ"ד הוי כאילו לא נעשה מעשה המסירה כלל כיון שהי' בידו לחזור וכשאמרו כמסירה להדיוט דמי הכוונה היא לענין הקנין דהוי כאלו כבר נגמר הקנין בהדיוט דהיינו כאלו הוא אחר כ"ד דהדיוט וכ"כ הש"ך בח"מ סי' ס"ז לענין שטרות הוי כמסירה להדיוט דהיינו כהקנאתו וכאלו הי' שם כתיבה ומסירה וה"ה לענין חזרה הו"ל כהקנאה להדיוט שהוא אחר כ"ד ולכן אין ראיה משם ואדרבא לכאורה משמע דאף בדבר שיש בו מעשה

שייך חזרה תכ"ד דאל"כ תיקשה מהא דאמרינן במקד' ומגרש א"י לחזור תכ"ד וקשה ת"ל דבכל דבר דאיתעביד מעשה לא מהני חזרה תכ"ד. ומ"ש הגאון ז"ל דהתם בדבור הדבר תלוי צ"ע לענ"ד דהא גם בקדושין וגירושין בעסוקים באותו ענין ונתן בשתיקה סגי וה"ה לענין קנין נמי בדבור תלויה שצריך שיאמר לו לך חזק וקני אלא שאם החזיק בפניו הוי כאומר לו כן ואפשר לומר דקדושין וגירושין כיון דלא מהני שניהם מודים שנתכוונו לשם קדושין א"כ ע"כ דבאמירה תלי' מלתא וגם זה אינו דהתם לאו מטעם אמירה הוא אלא משום שאין ידוע לעדים וצריך שיהיו יודעים שהוא לשם קדושין:

והנלע"ד בזה שהדין דין אמת כמ"ש הט"ז והגאון ז"ל דתכ"ד דמשיכה וכיוצא לא מהני לבטל המעשה דכי גמיר דתכ"ד כדבור דמי לענין שיתבטל הדבור של תכ"ד אבל לא לענין לבטל המעשה אך נראה כיון דמעשה לא מהני רק מצד הכוונה שהוא מתכוין להקנות. וכל שמחזיק בפניו כאומר חזק וקני דמי דמסתמא כיון המוכר שיזכה הלוקח במשיכה זו וכן הלוקח וכיון שהוא חוזר תכ"ד שפיר מועיל חזרתו על הכוונה שנתכוין להקנות או לקנות וכיון שבזה מתבטל מחשבת הקנין המשיכה בטילה ממילא אבל במקדש ומגרש אע"פ שחזר בו תכ"ד ואמירה הרי את מקודשת הכי גמירי לה דבקדושין תכ"ד לאו כד"ד ולא נתבטל הדיבור כלל ולפ"ז נראה דהיכא שאמר אני נותן לך חפץ פ' לך חזק וקני ונתן לו ובתכ"ד של הנתינה חזר בו אבל כבר עבר כד"ד משעת אמירה לא מהני החזרה דעל מעשה הנתינה אין שייכא חזרה בדיבור רק מחמת שנתבטל הדבור מתבטל המעשה וכיון דכבר עבר כ"ד משעת אמירה אין הדבור הראשון בטל וא"כ מאחר שבשעה שהחזיק זה הדבור במקומו עומד ולא נתבטל שוב אין מועיל החזר' כלל כיון שהחזיק ע"פ הדבור:

ולפ"ז א"ש ראיית הט"ז דלכאורה יש עדיין פתחון פה לומר דאע"פ שדבור חזק וקני הוא קודם כ"ד של החזרה מ"מ הדבור לא חל עד שעת זכיה וכיון שתכ"ד של זכי' חזר בו הרי הוא מקלקל בזה הכוונה שנתכוין בתחילה שיקנה וה"ל כאלו הכל תכ"ד וע"ז מייתי הט"ז ראיה מב"מ דלא אמרינן הכי דהא קאמר התם פשיטא תחלה קאמר דאי לא אמר תחלה אין יכול לחזור אחר שכבר זכה בה וע"ז כתב הט"ז דדילמא מירי שאומר עתה תכ"ד של הנתינה שרוצה לזכות בו ומהני בכה"ג אע"ג שאין מועיל לבטל מעשה הנתינה משום דחזרה של המזכה אינו מועיל לבטל משיכה קנין של הזוכה דאף שהמזכה חוזר הזוכה במקומו וכוונתו עומד מ"מ י"ל דמועיל לבטל הכוונה שכיוון בשעת הגבהה לזכות בו לשם זה ותפוס לשון אחרון שאומר שרוצה לזכות לעצמו והרי הוא כאילו כיוון אז לזכות לעצמו וממילא מה שנתן אח"כ לחבירו אין זה מועיל שיהא זוכה בה כיון דלאו

אדעתא דהכי יהיב ליה שהוא רוצה לזכות לו בתורת מתנה רק לפי שהגביה תחלה ע"ד שיהא של חבירו וכיון שאין לזה זכות מחמת שהגביה זה ע"ד שיקנה משום דהמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו ואף שאח"כ נתן לו ע"ד כוונה זו שכיוון בתחילה לשם חבירו מ"מ הרי אין נתינה זו לשם מתנה והכוונה נתבטלה מחמת שהי' חזרה תכ"ד והכוונה שיזכה חבירו אין לה חלות עד שעת הנתינה לידו והוי כאלו חזר בתכ"ד של הכוונה שבשעת הגבהה ואם נימא הכי אין קו' למה נקט אני זכיתי תחלה דאי לא נקט הכי הוה ס"ד שאינו אומר תחלה אלא שאומר שחוזר בו. והוא תכ"ד ואפילו בכה"ג לא אמר כלום לכך נקט תחלה למימרא דדוקא בכה"ג לא אמר כלום אבל אם אמר שחוזר בו והוא תכ"ד שפיר מועיל חזרתו לקלקל מחשבתו אשר חשב בשעת הגבהה וזכה בה הוא ולא חבירו וא"כ פריך שפיר דל"ל למתני תחלה אלא ע"כ דבאמת קושטא דמלתא הכי הוא ואף אם חוזר בו תכ"ד מהנתינה לא מהני כיון שכבר עבר תכ"ד של הגבהה ועל גוף הנתינה אין מועיל חזרה ועל הכוונה של שעת הגבהה אינה מועיל כיון שכבר עבר תכ"ד וממילא שזכה זה בנתינה ע"כ כוונתו לזכות לו בנתינה זוכה בה בשעת הנתינה מיד ושוב אין זה יכול לחזור בו וזה ודאי לא היה צריך להשמיענו רק היכא דאמר זכיתי תחילה ולהכי פריך ל"ל למתני תחילה פשיטא תחלה אמר. וא"ל דמ"מ היה צריך למתני תחלה דאל"כ הוי טעינן דמירי שחזר בו תכ"ד של הגבהה ז"א חדא דלא משמע ליה שלא יהיה שהות בין הגבהה לחזרה כשיעור כ"ד כיון שהנתינה הפסיקה באמצע ועוד דבכה"ג אדרבא פשיטא דמהני כמש"ל וא"כ ליכא למיטעי כלל דבכה"ג מירי דא"כ באמת תקשי אמאי לא אמר כלום כיון שתכ"ד שנתכוין להגביהה לחבירו חזר ורוצה לזכות לעצמו והוי כאלו נתכוין כן בשעת הגבהה והנתינה לחבירו בלבד לא מהני שאחר כוונת הלב הן הן הדברים והרי לא נתכוין לשם מתנה והכוונה של הגבהה איתא בחזרה וא"כ באמת אמאי לא אמר כלום. והארכתי בזה לפי שלכאורה דברי הט"ז וראייתו מהך דב"מ תמוה כאשר כתב הגאון ז"ל וכן ראיתי שהשיגו עליו בספר בי"ת ובספר קצה"ח ח"ב ס"י:

ולענ"ד המעיין יראה שכנים דברי ואף שאפשר שהט"ז לא כיוון לזה מ"מ הדברים מצד עצמם הם נכונים שיש לחלק דהיכא שהוא אחר כ"ד של האמירה א"י לחזור בו אף אם הוא תכ"ד של המשיכה ואם הוא תכ"ד של האמירה שפיר מהני חזרה דתכ"ד אמרינן אתי דבור ומבטל דבור והמשיכה בלא כוונה אינו קונה. שוב מצאתי בקצה"ח סי' רנ"ה כתב ע"ד התוס' דמנחות דבהקדש לא מהני אמירה תכ"ד דאע"ג דמסירה להדיוט מהני משום דשם הקנין ע"י האמירה לך חזק וקני יכול לחזור תכ"ד וה"ל משיכה או מסירה בלא דבור משא"כ גבי הקדש הדבור כמעשה ע"ש וקצרתי:

ואמנם בעיקר הדבר שפירש בב"ה דברי הטור דמיירי שאמר לה תכ"ד ואת נמי צ"ע דבלא פקפוק הגאון ז"ל שא"י לחזור ממה שזוכה בשני פרוטות לחברת' נמי תיקשי דאפילו תימא דמהני חזרתו מ"מ כיון דבשעה שקיבלה לא ע"ד לשם קדושין דידה א"כ מה ששתק' אח"כ הו"ל שתיק' דלאחר מתן מעות וכאן לא שייך אי לא ניחא לה תשדינהו כיון שעיקר קבלת הקדושין בשביל חברת' וסברה שאם היא אינו מרוצה לקידושין שייך הכל לחברתה ואפשר דכיון דדינא הוא שיכול לחזור תכ"ד א"כ מיד ששמע' חזרתו ושהוא רוצה לקדשה ה"ל למישדי או להחזיר לו כמש"ל בשם המ"מ ומש"ה א"ש באמר ואת לפי צד האיבעיא ואת חזאי שהוא בלשון שאלה א"כ כך הוא הכוונה שאם הוא אינו רוצה כל הנתינה בשביל חברתה הוא וא"כ אף אם שתקה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות לפי מ"ש הטור דאמירת ואת היה תכ"ד וא"ש דברי הטור דנקט בכה"ג דאל"כ אף שאמר בלשון שאלה כיון שקיבלה בשתיקה מהני אם לא שאלה בתחילה שלח שלא לשם קידושין וכמש"ל. וגם י"ל דע"כ לא מהני בזה חזרה תכ"ד אלא בחזרה ודאית אבל בחזרה כה"ג שאינו אלא על הספק ובלשון שאלה לאו כלום הוא אף תכ"ד ולא אתי דבור מסופק ומבטל דבור ודאי אף שהוא תכ"ד ול"ד למטיל תנאי תכ"ד וכיוצא שדבור ודאי הוא:

אך לענ"ד צ"ע אם מהני חזרה אף בלשון ודאי וכמ"ש הגאון ז"ל שא"י לחזור ממה שזיכה לחברתה בשני פרוטות ואע"פ שכתבתי שמ"ש הגאון ז"ל לתלות הדברים בדין מתנה צ"ע דבמתנה משמע דיכול לחזור תכ"ד מ"מ בקידושין דקי"ל תכ"ד לאו כד"ד ואינם יכולין לחזור מגוף הקדושין כלל ממילא שא"י לחזור ולזכות בכסף שנתן לה בתורת קידושין והיא זוכה בכל הכסף שנתן מיד ואף שחוזר תכ"ד לא מהני כלל כיון שהקדושין חלין ממילא שקנת' הכסף קנין גמור ותמהני על הגאון ז"ל שהוצרך להביא לזה מדין המתנה דבקדושין נראה בפשיטות דלא מהני חזרה ואפשר דמק"ו אתי עלה דאפילו במתנה אינו יכול לחזור ומכ"ש בקידושין אך באמת אף לפי מ"ש דבמתנה יכול לחזור מ"מ נראה דבקדושין לא מהני חזרה כמ"ש וצ"ע. ומצאתי בקרית ספר להמבי"ט ז"ל שזה דרכו להמתיק בקצרה לשון הרמב"ם וכתב אם נתן קדושין כו' אבל אם אמר לה ואת הוי ספק דאורייתא שמא לא נתכוין לקדשה עכ"ל נראה שמפרש דברי הרמב"ם ע"ד שכתבתי:

אמנם לפי לשון הרמב"ם דאמירתו ואת הי' בשעה שנתן בידה צ"ע מה בכך שנאמר שהיה בלשון שאלה כיון שקיבלה בשתיקה וכמש"ל ומכ"ש בזה דיד מוכיח הוא ומ"ש הח"מ מאחר שהוא שואל אותה מה בלבה גם היא נמלכת בעצמה היא תמוה דהא משמע דדוקא בשאלה תחלה שלא לשם קידושין אמרינן הכי דאי אמרינן שסומכת על דבריו

הראשונים הא לא"ה אף שאמר דרך שאלה לא אמרינן דמימלכה בעצמה וכבר כתבתי לעיל דברי הח"מ גופיה בסי' כ"ז בהא דהי' מוכר פירות כו' ולולי דמסתפינא הוי אמינא שכוונת הרמב"ם ע"ד זה שפירוש הח"מ שבאמת לשון הרמב"ם בזה שכתב וז"ל אבל אם נתן בידה וא"ל ואת ה"ז שקיבלה הקידושין מקודשת בספק שמא לא נתכוין אלא לראות מה בלבה וכאלו אמר לה ואת מה תאמרי בדבר זה ולפיכך קבלה הקדושין היא שהרי זה עדיין שואלת לראות מה בלבה ומפני זה הוא ספק מקודשת עכ"ל והוא מגומגם מאוד מ"ש ולפיכך קבלת הקדושין היא שהרי כו' דמה טעם יש בדבר. והח"מ ז"ל מפרשו דר"ל דגם היא קבלה ולא החזירה ע"ד להמליך מחמת שזה שואל אותה כו' ועין רואה תשוב שהוא דחוק מאוד דודאי הוא שואל אותה לדעת אם תרצה להתקדש בזה שאי אפשר לו לקדש' בלי שאלת פיה וכי בשביל זה שהוא שואלה נאמר שנוטלת עד להמלך וגם דלפ"ז אם אומרת אחר שעה שהיא מרוצה בקידושין נימא דמהני והרי בש"ס אמרינן דאי נימא ואת חזאי לא תפסי קדושין בחברתה ומשמע דבכל ענין לא מהני וגם אינו מיושב מ"ש שהרי זה עדיין שואלה כו' דלשון עדיין משמע שאינו על דבר מחודש ולפי פירוש הח"מ היום החל לשאול אותה ומהו עדיין ואף שיש לדחוק ולפרש מ"מ הלא ידוע דרך רבינו הרמב"ם בכ"מ לדבר צחות ובאמת שהטור השמיט לשון זה ולפיכך קיבל' כו' ובנקל יש לפרש דר"ל וכאלו אמר ואת מה תאמרי בדבר זה אין ר"ל בדבר זה שאני רוצה שתתקדש לי כיון שעדיין לא נדברו מאותו ענין קדושין שלה מהו שכתב בדבר הזה אלא נראה דמפרש ואת חזאי ר"ל ואתה אראה אני אם דעתך מסכמת למה שאני מקדש חברתך ולפי הנוסח' שלפנינו דמסיים בה ולפיכך כו' נמי י"ל דר"ל ולפיכך קיבל' הקידושין שהרי זה עדיין שואלה כו' ר"ל לפי שאע"פ שאמר לחברתה בפני' הא"מ לי לא היתה רוצה לומר שתקבל חברתה רק קיבלתן היא בשביל חברתה כיון שזה עדיין שואלה כו' ובזה שהיא מקבלת היא מורה שמסכמת לדבר זה שקידש את חברתה אבל בקדושין דידה לא מיירי כלל ובהכי א"ש מ"ש הרמב"ם שנתן הקדושין מדעתה ביד חברתה ולא נקט שנעשית שליח וכמו שדקדק בספר המקנה משום דאם נעשית שליח לא שייך הך מלתא ואת חזאי אראה אם אתה מסכים שהרי בתחילתו נעשית שליח משא"כ אם לא נעשית שליח רק שחברתה הסכימה שיתן לידה שפיר י"ל ששואל אותה אם דעתה מסכמת לזה לקבל הקדושין של חברתה ובש"ע דנקט שנעשית שליח וסיים ולפיכך קיבלה כו' צ"ע:

והנה בתשובה פלפל בדברי הב"ש בענין קדושין בידיע' בלא ראיה והשיב עליו האו"ת דאין ראיה מד"מ דלא איברי סהדי אלא לשקרא משא"כ בקידושין גזירת מלך הוא שמקד' בלא עדים אין הקדושין חלין ובקצה"ח סי' צ' כתב ליישב ע"פ דברי הר"ן דאף לר"א

דע"מ כרתי מהני ע"ח כע"מ שהרי הגט יוצא מת"י כו' ונמצא כאלו הם בעצמם מעידים על המסירה וא"כ ה"נ כיון שידוע לעדים הללו שבודאי מסרה לה ע"פ ידיעה הו"ל עדים ממש עכ"ל. ולענ"ד קרב את המרוחקים ולדבריו דמחמת שעתה הגט יוצא מת"י חתי' בעדים הללו איגלאי מלתא למפרע שנמסר מידו לידה וה"ל כעדים על המסירה ומחמת זה מדמה עידי קדושין כידיעה אחר מעשה א"כ למה היה צריך הר"ן לכתוב בין שהם מעידים על המסירה עצמו או על גוף הדבר כו' וכ"כ אח"כ לא משום דס"ל ע"ח כרתי אלא שהמסירה כורתת כיון שיש עדים על עיקר הדבר כו' ולמה לו להאריך בשפת יתר שיש עדים על גוף או עיקר הדבר שהרי אנו אומרים שע"ח הם לנו כע"מ בידיעה שהבעל מסר לה. אך הדבר ברור דודאי אין תועלת בידיעת העדים אחר שעברה המעשה אע"ג דאיגלאי מילתא למפרע ואף בד"מ דלא איכפת לן כלל בעדים רק באמתת הדבר משא"כ במקום שצריך שתעשה המעשה לפני עדים איגלאי מלתא למפרע לא אמרינן וגם בכתב בכתב ידו ואין עליו עדים פסול אע"ג דהשתא רואים העדים הגט בידה ואיגלאי מלתא שבא לידה מיד הבעל שמסר לה לא מהני כיון שאין עדים בשעת מסירה. אך סברת הר"ן הוא שאותן עדים שאנו צריכים שיהיו בשעת מסירה א"צ שיהיה עדים על המסירה ממש רק שיהיה עדים על עיקר הדבר שזה מגרש את אשתו בגט אך אותן העדים צריכים שיהיה בשעת מסירה שהמסירה היא הכורתת וצריך שיהיה אז עדים על המסירה ואם אין אז עדים על המסירה צריך שיהיה עכ"פ עדים על עיקר הדבר שהוא הגירושין ולכן כיון שיש כאן ע"ח ובשעת המסירה כבר היו העדים חתומים על הגט אף שאין שם ע"מ שפיר כורתת המסירה ע"פ עדי החתימה שהם עדים על עיקר הדבר ולכן כל שהאשה מוציאה עתה גט לפנינו חתום בעדים הרי יתברר לנו שהיה מסירה מיד בעל לידה ובשעת המסירה היה עדים על עיקר הדבר דהיינו ע"ח שפיר מתקיים בזה גזירת המלך שיהיה עדים בשעת המסירה ומ"ש הר"ן ונמצא כאלו הם בעצמם מעידים על המסירה אינו ר"ל שמה שאנו רואין עכשיו הגט בעדים מוכיח למפרע שהיה מסירה אלא ר"ל דכיון שנמסר מיד הבעל חתום בעדים אלו שמעידים על גוף הדבר אנו דנין שעת המסירה שהיא הכורתת כאלו היה שם עדים על הגירושין ואפשר שחסר תיבה אחת וצ"ל כאלו הם בעצמם מעידים על שעת המסירה ואע"פ שהלשון דחוק שבקי' דדחיק ומוקי נפשיה כמבואר למעיין שכל כוונתו שע"ח שהם עדים על עיקר הדבר הם מועילין בשעת המסירה הכורתת כאלו היו עדים על המסירה עצמה אך אפילו את"ל שכוונתו דהוי כאלו הם מעידים על המסירה אין זו דקידושין דומה להאי דהתם דעדותן נופל על שעת המסירה עצמה אך אנן לדידן צריכים לגילוי מלתא למפרע מחמת שאנו רואין

בידה הגט חתום בעדים משא"כ היכא שהעדים עצמם צריכים לגילוי מלתא למפרע זה לא מהני כלל דגזירת מלך הוא שיהיה ידוע לעדים בשעת הקידושין ממש וכיון שבההוא שעתא לא ידעו בטלו הקידושין ואין תועלת מידיעתם שלאחר המעשה בין בקידושין בין בגיטין כה"ג אף לדעת הר"ן ומכ"ש לדעת שאר פוסקים דס"ל גם בגט דאיכא ע"ח לא מהני בלא ע"מ ומכ"ש כאן:

והנה הב"ש סימן מ"ב ס"ק ח' כתב לענין קא"פ אף שנתכוין להעיד והעידו אינו פוסל דאף שאין הב"ד יכולין לפסוק ע"פ מ"מ המקדש קידש לפני כשרים ע"ש והריטב"א כתב הסברא להיפך דבקידושין אפילו בראיה לבד ובלא העידו גם כן מתבטל כיון שאין העדות לאמת הדבר אלא בגזירת הכתוב כו' כן הורה רבינו כו' כך הם דבריו בפרק האיש מקדש ועתה בא לידי חידושי הריטב"א גיטין וראיתי שכתב גם כן בדף י"ח וז"ל ואומר רבינו נר"ו דהיינו דוקא בדבר שתלוי במעשה כגון הלוואה או שהרג את הנפש דסהדי לא עבדי מעשה דאינן אלא לשקרי אבל בקידושין שאין הענין תלויה אלא בראייתן של עדים שאע"פ שקידשה בפנינו וידוע הדבר כל שלא קידש בעדים אינה מקודשת וראייתן של עדים הוא שעושה המעשה כל זמן שיהיה קא"פ אין הקידושין כלום ועדות הכשרים בטלה דהרי זה כמו בעלמא שאם באים כולם להעיד בטלה דהכא עיקר עדותן הוא עכשיו בראייתן וכמו שכולם באים להעיד דמי והלכך עדות כולם בטלה ומיהו שפיר דמי לחומרא והצריכה גט זהו סברת רבינו בענינים האלו והיא נכונה עכ"ל (ומ"ש דאינן אלא לשקרי לא בא ליתן טעם על שהרג הנפש דבזה ודאי עדים בעינן אך דבד"נ ודאי שאין הראיה מעשה כלל בלא הגדה אך בראות הלוואה דבזה הוי אפשר לומר דהראיה הוה מעשה לזה אמר דשם המעשה מתקיים מצד עצמו וסהדי אינם אלא לשקרי משא"כ בקידושין וגיטין דתרווייהו ליתנייהו שאין הענין תלוי בהגדה בב"ד וגם המעשה אין מתקיים מצד עצמו כ"א כשיש עדים ולכן ראייתם הוי עיקר העדות) העתקתי אמריו כי נעמו ומבוארים יותר ממ"ש בקידושין. וראיתי למכ"ת שכתב שהתוס' והרא"ש שהכריחו דתרווייהו בעינן נתכוין להעיד והעידו מקידושין הנעשים בפומבי לא ס"ל הכי דהא להריטב"א ע"כ שמיחדין עדים כו' והריטב"א לטעמי' דס"ל גזירת הכתוב הוא וכו' והאריך והא ליתא דודאי גם התוספ' והרא"ש מודים דגזירת הכתוב הוא בקידושין שצריך עדים אלא דלא נחית להך סברא שכתב הריטב"א דקידושין שבאים לקיום הדבר חשוב כאלו בא להעיד אלא ס"ל דמחמת הראיה לבד אין הכרח לצרפם יחד ואמרינן כל חד לחודיה קאי והריטב"א גופ' בחידושי מס' כתב כדברי התוספות וז"ל ועוד דאם כן היינו צריכים לסיים עדים בשעת קידושין שאל"כ כשיש קא"פ או נתכוונו להיות עד כו'

ע"ש ובקידושין וגיטין הביא סברת מורו דבאמת צריך לסיים עדות בקידושין לפי שקיום הענין נעשה מיד בראיה וכמש"ל:

וראיתי לכ"ת שכתב על הב"ש שכתב גם י"ל דלא נתכוון לשם עדות ומ"מ מה שמעידים היום מהני כו' דזה דלא כדברי הש"ך בח"מ שאם גם הכשרים לא נתכוין הוי צירוף לפסול כל העדות. ולענ"ד דברי הב"ש בזה א"ש גם לדעת הש"ך דדעת הש"ך בזה הוא דודאי אם העידו יחד והכשרים נתכוונין והפסולין לא נתכוונו אע"פ שנצטרפו בהגדה מ"מ כבר נחלקו בשעת ראיה שזה כיון לבו להעיד וזה לא כיון וכל שנחלקו פ"א שוב אין מצטרפים משא"כ אם גם הכשרים לא כיוונו נהי דע"י ראיה בעלמא לא הוי צירוף דעדיין אין שם עדים עליהם מחמת הראיה בלא כוונה מ"מ גם חלוקה אין כאן כיון שגם הכשרים לא כוונו להעיד ואם כן שוב מצטרפי מחמת הגדה אך זה שייך בד"מ משא"כ בקידושין דהעדים לקיום הדבר ואם כן הרי יש כאן קיום ע"י העדים הכשרים שקדש לפניהם ובראיה בעלמא מתקיים העדות ואין הפסולין מצטרפים דבראיה בעלמא אין זה צירוף דכ"א ממילא חזי לנפשיה וכמש"ל בשיטת התוספות והרא"ש דלא ס"ל סברת הריטב"א בזה ותו לא איכפת לן בצירוף הגדה שאחר כך וכמ"ש הב"ש אח"כ דמ"מ המקדש קידש לפני כשרים אלא דהשתא ס"ל להב"ש דמ"מ כשנתכוין הכשרים והפסולים להעיד אם כן בשעת חלות הקידושין גופא גם כן יש צירוף כשרים ופסולין שהכוונה להעיד מצטרפים בהגדה שאח"כ נצטרפו וא"כ אי בתר שעת חלות הקידושין אזלת יש צירוף מחמת הכוונה ואי בתר הגדה גם כן יש צירוף. ושוב כתב דאפילו נתכוונו י"ל דהכוונה לבד אין מצטרפים לפסול קיום העדות רק מחמת שלא נחלקו בכוונה וכיוונו שניהם ממילא מועיל צירוף הגדה ואין הב"ד יכולין לפסוק הדין ע"פ אבל קיום הדבר נעשה בלא הגדה אין צירוף הכוונה פוסל והיינו באם נתכוונו גם כן אבל בלא נתכוונו פשיטא ליה להב"ש דהראיה לבד אינו עושה צירוף ומהני לקיום הקידושין משא"כ בד"מ נהי שאינו עושה צירוף מ"מ גם חלוקה אין כאן ונפסל העדות ע"י צירוף הגדה שאח"כ וכמ"ש:

ועתה אבוא לבאר מה שיעדתי בתחילת דברי בענין השגת כ"ת על הפ"י בברכות שר"ל דהא דאמרינן סברא היא אסור לאדם שיהנה בלא ברכה הוא דאורייתא כדאמרינן בעלמא ל"ל קרא סברא הוא כו' והנה ודאי יש לתמוה על הפ"י בזה בפרט מה שרוצה להעמיד כן גם דברי התוספות וז"א כמבואר בתוספות דיומא דף ע"ט ובתוספות דסוכה דף מ"ו ובחולין דף ק"ז שמבואר מדבריהם דס"ל לדינא דברכה שלפניו דרבנן וכן שם בריש פרק כיצד מברכין גופיה כתבו התוספות כן בד"ה לפניו לא כ"ש והביאו ראיה

מהא דבעל קרי אינו מברך ודוחק לפרש שכתבו כן לפי הס"ד דמק"ו אתי עלה משא"כ למסקנא דסברא הוא י"ל דבעל קרי שמונע עצמו מפני כבוד השם לא שייך הך סברא וכמ"ש הפ"י שם דאין זה במשמע והתוס' כאן קוצרים ובמקומות שהבאתי לעיל הביאו גם כן ראיה מהא דפועלים אינם מברכין לפניהם וכ"כ הרא"ש בברכות דף ל"ט (ועל הרא"ש צ"ע שלעיל דף י"ז מבואר דגרס גרסת הרי"ף דמברכין לפניו ע"ש ברמזים וגם צ"ע על ראיית התוספות והרא"ש מהא דפועלים לפי מ"ש התוספות גופייהו ד"ה וחותם דיש כח לחכמים לעקור דבר מה"ת הואיל וטרודים במלאכת בעה"ב א"כ אין ראיה משם אך לפי מ"ש הב"י והמ"א סימן קצ"א א"ש ע"ש) וכתב שם דהוי מדרבנן דלאו ק"ו גמור הוא דשאני כשהוא שבע שנהנה כבר וכוונתו למה שאמר שם דף כ"א והפ"י שם כתב ג"כ כזה וצ"ע שלא מדברי הרא"ש ז"ל) אבל משום שאמר בש"ס סברא הוא לא חיישו לומר שהוא דאורייתא וכ"כ הרמב"ם בריש הלכות ברכות ומד"ס לברך על כל מאכל תחלה והכ"מ בפ"ג ה"ל י"ב. ב ואכתי קשיא לי מה ראו חכמים להחמיר בברכה שלפניו שהוא מדרבנן יותר מברכה אחרונה שהוא מדאורייתא ונ"ל שלכך אמרו שבתחלה יברך על כל שהוא שמא ימלך ויאכל כשיעור כו' ע"ש ולענ"ד אינו צריך לזה דלענין ברכה שלפניו דמטעם אסור לאדם להנות כו' והנאת גרונו בכל שהוא נמי איתא דהא חצי שיעור אסור מה"ת ועכ"פ מדרבנן משא"כ בברכה שלאחריו שלא חייבתו תורה רק על אכילה כשיעור ותיקנו דוגמתו ג"כ בשאר מינין וכעין דאורייתא תיקנו דוקא כשיעור וכן דעת כל הפוסקים דברכות דרבנן. ואיך לא הרגישו בל' הש"ס דקאמר סברא הוא כו' אך מ"מ הדין בזה עם הפ"י דעל הרוב לשון זה סברא הוא הוא מלתא דאורייתא וכדאמרינן בריש הזורק אשכחן הוצאה הכנסה מנלן סברא הוא מכדי מרשות לרשות היא מה לי אפוקי מה לי עיולי כו' ובתוס' שם כתבו דבזריקה נמי איכא סברא כו' ואי לא הוי במשכן לא הוה עלה מסברא דמלאכה גרועה היא ועיין בתוס' ריש שבת ד"ה פשט בעה"ב כו' ובתוס' בשבועות דף כ"ב ד"ה אב"א קרא כתבו ותימא כיון דאיכא סברא קרא ל"ל דהכי פריך בכתובות ל"ל קרא סברא היא איהו אסרה ויש לחלק דיש דברים דאין הסברא פשוטה כ"כ וצריך הפסוק להשמיענו הסברא עכ"ל והוא ע"ד שכתבו בהזורק כמש"ל ועכ"פ דבר ברור הוא דמה דאמרינן סברא הוא דאורייתא וכל הש"ס מלא מסברת התנאים והאמוראים וסומכים על זה בדאורייתא בין להקל ובין להחמיר וכן אשכחן חזקה אין אשה מעיזה וחזקה אין אדם פורע ת"ז כו' שהם מצד הסברא ומהני אף להוציא מחזקת א"א ומחזקה ממון ומ"מ א"ש הא דאמרינן סברא הוא אסור שיהנה כו' הוא סברא שאינה פשוטה כ"כ שנאמר שהוא ד"ת רק דרבנן דתיקון זה מחמת הסברא וכמש"ל

בשם התוספות דלפעמים צריך קרא להשמיענו הסברא וכה"ג כתבו התוס' בכתובות דף ט' לענין רוב ברצון שאינו רוב גמור רק מדרבנן וכן חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו שאינו מועיל רק לחייב שבועה דרבנן וה"נ דהוי סברא דאסור שיהנה סברת חכמים הוא ויותר נלענ"ד דבמקום שעיקר הדבר מבואר בתורה אלא שיפול ספק בענין אז יש לילך אחר הסברא מדאורייתא וכגון הך דכתובות דגלי קרא דנאמן האב לאוסרה וא"כ יש לספק אם נאמן ג"כ לחזור ולהתירה בכה"ג אמרינן סברא הוא וכן בהך דהכנסה דחזינן דהתורה אסרה מרשות לרשות בהוצאה ויש לספק בהכנסה ובזה אמרינן סברא הוא וכן כל כיוצא בזה אבל במקום שהענין מחודש לגמרי ולולי הסברא לא הי' מקום לספק שיהי' זה מה"ת וחכמים החזיקו הענין מצד סברתם וכגון ברכה שלפניו שלולי הסברא שאין להנות מהעה"ז בלא ברכה לא היה מקום לספק שיצטרך ברכה לפניו דהק"ו אינו ק"ו גמור כמש"ל ולכן כשהחזיקו החכמים הסברא זהו שנקרא מדברי סופרים והרבה דברים שתקנו חכמינו ז"ל שהם מצד סברא כגון נר חנוכה וכיוצא שחייבה סברתם שראוי לעשות זכר לנר בהדלקה וכן שאר תקנות חז"ל ודאי שדרכיהם דרכי נועם מצד הסברא הישרה ומ"מ אינן ד"ת רק דברי סופרים לבד:

ומ"ש הפ"י דלכך ספק ברכות להקל משום שאם יברך שנים יעבור משום לא תשא יפה הקשה כ"ת דהא דעת התוספ' שהוא דרבנן ובלא"ה קשה דא"כ במסופק בברכת המזון נמי נימא דאינו חוזר ומברך משום ספק דלא תשא וע"כ כיון דדינא הכי דמשום ספיקא הוא צריך לחזור אין זה בכלל לא תשא שוב ראיתי שדברי הפ"י שקיצר כאן האריך בזה למעלה דף י"ב בד"ה לא לאתויי נהמא ושם הביא מה שכתב כאן די"ל דסבר' דאסור להנות הוא מדאוריית' וכו' וכתב שם הוא גופיה דאם חוזר ומברך מחמת הספק אינו עובר משום ברכה לבטלה ואשכחן טובא שהחכמים תיקנו כמה ברכות על הספק כו' תדע דהא לכ"ע אין יכול לברך בלי הזכרת השם אלא בלשון תרגום וע"ש שכתב חילוק אחר דאף אם הברכות דאורייתא א"ל ספק דאורייתא לחומרא כיון שהוא בשם וא"ת וכו' וע"ש וצ"ע שאין חילוק זה עולה יפה מכמה מקומות בש"ס וגם בברכת המזון ואמת ויציב דאמרינן חוזר ומברך ועיין בפ"י דף ק"א גבי ספק קרא אמת ויציב וכן בדף ק"ט ד"ה מפני שיכול כו' האריך הרבה בענין זה ובדף ל"ג ד"ה תני רב אחא הביא שם דברי התוס' בד"ה דהא דקאמר עובר בלא תשא אינו רק מדרבנן אלא דאסמכוה אקרא יעו"ש. ולפי שהדברים האלה חוץ לענינינו לא ראיתי להאריך בזה ובגוף הדין שלנו כבר כתבתי בקונטרס בפני עצמו שאין כאן בית מיחוש כלל ועיקר. דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה נט

איש אחד בא למקום שאין מכירין אותו ואת משפחתו ושידכו לו שם יתומה אחת ובעת השידוכין שאלו בני משפחת היתום את האיש על ארץ מגוריו ומהות משפחתו ואמר שיש לו אב ואחין סביבות ק"ק יערסלב ששמם כך וכך והשיאו לו אחי' ואמה של היתומה את היתומה ובימים מועטים נפטר בלא בנים ושלחו הב"ד של העיר ההוא לק"ק יערסלב לחקור אם ימצאו שם האחין של האיש והב"ד דשם חקרו ודרשו היטב בכל סביבות העיר ההוא גם עשו חיפוש מנרות שכל איש נכתב באסטרטיא שלהם אין נקי ופשפשו ולא מצאו וגלל כן ישבה האשה האומללה עגונה יותר מי"א שנה ובראותה כי לא עלה ארוכה למחלתה ותלך לדרוש בתי דינין שבישראל והוציא לאור משפטה והוגבה ג"ע בב"ד של מקום האשה שיום הולדת שלה היה בתענית אסתר ומלאו לה ך"ג שנים בתענית אסתר תקע"ג וכניסתה לחופה עם האיש ההוא בר"ח אדר ראשון תקס"ב לפ"ק והיה שם עד אחר הפסח ונסע משם לעיר אחרת ונפטר שם קודם חג השבועות שנת הנ"ל וע"ז העידו שני עדים כשרים וגם העידו שני עדים כי משעה ראשונה לא רצתה לדור עמו והיתה בורחת מפניו ולנה כמה פעמים אצל השכינים כאשר באו הדברים ברוב ענין בגוף ולפי דברי האשה לא היה מתדר לה עמו ועדיין בתולה היא:

תשובה מתחלה נבאר שלפי דברי העדים שהעידו שיודעי' בבירור שיום הולדת האשה היה בי"ג אדר בתענית אסתר ובשנת תקע"ג נעשית בת ך"ג שנה א"כ היתה שנת לידתה שנת תק"ן שהיא שנה פשוטה והנשואין שלה היה בר"ח אדר ראשון תקס"ב והיא לא נעשית י"ב שנה עד י"ג אדר שני כמבואר בא"ח סימן נ"ה ואף שהפר"ח שם בשם שו"ת מהר"ש הלוי חילק בזה ואומר שנעשה בר מצוה באדר א' כ' הפר"ח שם שאינו מחוור והעיקר כדברי מהר"י מינץ והביא ראיה מהירושלמי דמגילה דאדר ראשון תוספת וכן מוכח בש"ס דידן בר"ה דף י"ט כו' וכן מבואר מדברי המג"א סי' נ"ה וקצת צ"ע בסי' תקס"ח. ואמנם אף לדברי מהר"ש הלוי היתה בשעת נשואין פחות מי"ב שנה וכיון שהיתה יתומה מן האב אין כאן רק קידושין דרבנן אם לא בעל כמבואר מדברי כל הפוסקים ומ"ש הב"ש סימן קנ"ה ס"ק ל"ב שדין זה נובע מבעיא דלא איפשטא אי גדלי בהדה כו'. ולפ"ז תימא על הפוסקים שאינם רק קידושי דרבנן אני תמה על תמיהתו דהא רב פשיט האיבעיא שם וכן מסקי שם ר"פ ורב אשי בעובדא דנרש דרב סבר אי בעיל אין אי לא בעיל לא ובלשון הרי"ף בשם הגאון כבר תמה הראב"ד הביאו הרא"ש והרמב"ן בס' הזכות והרשב"א בחידושיו פירשו דבריו דמ"ש לא סמכינן אשנויי היינו מאי דמשמע מהך שנויי' דאי לא בעל ממאנת אף מדרבנן אלא דמדרבנן לא מהני מיאון (ועיין בחידושי

הרשב"א מ"ש בשם ר"ח ולא היה כו' נראה שט"ס הוא ומקומו בתחלת דברי ר"ח שהביא אח"כ שכ' למסקנ' כו') אבל מ"מ אין כאן רק קידושי דרבנן כדמסיק הרי"ף להדיא ומ"ש הרמב"ם בפ"ד מהל' אישות שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושין ונעשית א"א גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה כבר פירשו ה"ה שם דהיינו דווקא כשבעל אחר שגדלה אבל אם לא בעל אינה א"א אלא מד"ס ובכ"מ הביא שם דברי הרד"ך דמפר' דברי הרמב"ם דאם בא עליה אחר שגדלה הואיל ועשתה דבר שמתקדשת בו מה"ת אף ע"פ שלא היה לשם עדים הרי גמרה בלבה שהיא רוצה בקידושין הראשונים וחלו קידושי כסף והכ"מ כ' שדברי הרמב"ם בפי"א מהל' גירושין נראה שהם כדברי הטור והמפורשים שבבעיל' הוא בועל עתה לשם קידושין ולא על סמך קידושין הראשונים כלל וסוגיא דגמ' הכי משמע כו' ע"ש וכן מבואר מדברי כל הפוסקים דאליבא דרב דאי בעל א"צ גט משני היינו מסתמא הוא בועל לשם קידושין:

ולפ"ז בנ"ד נראה דאין כאן קידושין דאורייתא דאע"ג דקטנה שהגדיל' ובעל הוי קידושין דאורייתא היינו דווקא היכא דאיכא יחוד בפנינו ומ"ש הב"ש דמסתמא כל שדר עמה כדרך איש ואשתו אמרינן שבעל אע"ג דליכא עידי יחוד כמ"ש ר"ס קמ"ט עכ"ל זה לא שייך בנ"ד לפי דברי העדים שהיו שכינים של האשה שהעידו שיודעים בבירור שלא רצתה לדור עם בעלה משעה ראשונה והיתה לנה כמה לילות בביתם של שכינים שלא להיות עמו בבית אחד ודבר ברור דבכה"ג אין כאן עדים משעה ראשונה שהרי כל חילי' דהב"ש שם מדברי הרא"ה שהביא הריב"ש שהקשה גבי קטנה שהגדילה דהוי מקדש בלי עדים ותי' דמידי דכ"ע חזו כ"ע סהדי ובנ"ד הא לא חזו ולא מידי ואדרבא מאן דחזי ידע כי לא מתדר לה עמיה ואם כן פשיטא שאין לנו לומר דודאי בעל ומכ"ש שאין לנו לומר שבעל לשם קידושין וגם כי כל הפוסקים חולקים בזה על הרמ"ה וכמ"ש הריב"ש גופי' הביאו הב"ש ס"ס ל"ג שכת' שכל הראשונים כתבו שצריך עדי יחוד. והרבה בזה הארכתי בימי חורפי בתשובה א' ושם כתבתי דהרא"ה מיירי בענין שידוע לכל שהיתה קטנה והגדילה ומסתמא יש עדים הרבה שראו שנתייחדה עמו רק שהם באים לפנינו להעיד ע"ז כ' דמידי דכ"ע חזי כ"ע סהדותא ר"ל וא"צ שיבואו לפנינו להעיד שבועל לשם קידושין וע"ד שכתב רש"י בכתובות דף ט' מעשה שהיה מפני מה לא אסרוהו שהרי עדים הרבה ידעו בדבר וגם ההוא דתשובות מיימוני' מיירי בכה"ג שבאמת נתפרסם הדבר שהטבעת לא היה ש"פ והלכך מסתמ' בעל לשם קידושין אבל היכי שאינו ידוע ומפורסם שזה דר ומתייחד עם מי שלא היה לו בה קידושין עד עתה פשיטא דמה שעיניהם הרואות שהם דרים יחד כאיש ואשתו לא יעלו על לב שיש בעסק זה

עסק קידושין פשיטא שאין זה מועיל לעשות קידושין דאורייתא ומכ"ש כי הדבר ברור שהאיש הזה שלא היה מתושבי העיר רק אכסנאי הבא לעיר שלא העלה על לבו כלל כי לא הגיעה לכלל שנותי' בעת הנשואין עד הפורים ובזמן קצר מן פוריא עד בתר פסחא ששהה שם נתכוין שוב שנית לקדשה בביאה דודאי אין לנו לחוש לזה כלל ומכ"ש אחרי שידוע דארגילה קטטה בהדיה מיום הכניסה אף שאפשר שנתפייסה לו באיזה זמן אין לנו לחוש שאמר שרוצה לקדשה בביאה ונתרצית דודאי גם היא לא ידעה מענין זה כלל שצריכה קידושין חדשים והיא דבר שאין השכל מקבלו. ולא רציתי להאריך בזה שכבר יצא הדבר בהיתר מרוב גדולי אשכנזי כאשר המה בכתובים תחת ידי והגאון בעל שאגת ארי' ז"ל כתב בסוף תשובתו וז"ל ועוד יש לצדד בנדון שלנו קצת להיתר' מצד הסברי' דמה שאמרו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולשם קידושין בעל אינו אלא בדורות הראשונים שהיה דרכם לקדש בביאה וא"א לקדושי בביאה אלא ע"י עידי יחוד היה דין זה ברור וידוע לכל. אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאין בהלכות קידושין אבל זה שהוא רך בשנים הדבר קרוב לומר שלא היה יודע ובקי בהלכות קידושין דנימא שבעל לשם קידושין ובעדי יחוד משום חזקה זו דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והלוואי שרוב המורי' בזמנינו ובדורינו ידעו הלכות קידושין על מתכונתם ועוד יש לצדד בנ"ד שמתוך השאלה נראה שזה הנאבד והאשה לא היו פניהם צהובות זה לזה ואין לבו גס בה ולא היה לה נחת רוח ממנו אלא שאין רצוני להאריך עוד בזה כי די להתיר אשה זו במה שכתבנו עכ"ל הגאון ז"ל שהשיב לנו בשנת תקמ"ב לפ"ק והאריך בחריפות ובקיאות כדרכו בענין ההיתר שאין כאן עדי יחוד וגם הגאון מוה' רפאל ז"ל האב"ד דק"ק הומברג והיא לו נדפסת בספרו שו"ת ושב הכהן סימן למ"ד וגם הגאון מברלין מוהר' צבי הירש ז"ל ודודי מ"ו הגאון מוהר"ר סענדר ז"ל והגאון בעל קצות החשן ז"ל וכל הני היתרים שייכי בנידון דידן ונראה לפענ"ד דאפילו לדעת מהרד"ך שכתבתי לעיל דמפרש דברי הרמב"ם דכל שבעל אף שלא היו עדים הרי גמרה בלבו שרוצה היא בקידושין הראשונים מודה בנ"ד דלכאורה אין טעם לדבר כלל כיון דבשעת קידושי כסף קטנה היתה איך יחולו קידושין אילו ע"י ביאה שאחר הגדלות ונראה שכוונתו על דרך שכתב הרשב"א ביבמות דף ק"ט בהא דמבעי' ליה דילמא כי גדלה גדלי קידושין בהדה אע"ג דלא בעל וז"ל קשיא לי טובא כיון דמתחילתן לא היו אלא מדרבנן לאחר גדלות במה היא מתקדשת מדאוריית' וי"ל דעשאום כמתנה בשעת קידושין הרי את מקודשת לי לאחר גדלות וכאותה ששנינו הרי את מקודשת לי לאחר למ"ד יום כו' ע"ש וס"ל למהרד"ך אליבא דהרמב"ם דאף

לפי מאי דקי"ל כפשיטתיה דרב דהא מילתא דקטנה מתלי תלי וקאי אי בעל אין אי לא בעל לא נמי אמרינן הכי דעשאום כאילו התנה בשעת קידושין הרי את מקודשת לי בפרוטה זו לכשתבעל לאחר גדלות ע"ש בלשון מהרד"ך שהביא הכ"מ שכתב ומפ' רבינו מילתא דקטנה מתלי תלי כו' נראה קצת שהביאה מעמיד הקידושין הראשונים שהיו תלוים ואם כן נראה שלא נאמרו הדברים אלא בידע המקדש בשעת קידושין שהיא קטנה דאז אמרינן אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ולכן מסתמא דעתו שיחולו לאחר גדלות כשתבעל ואף שלא התנה סתמו כפירושו משא"כ היכא שזה לא ידע כלל שהיא קטנה ולא עלה על דעתו שקידושיו קידושי קטנה הם מאין הרגלים לומר שכוונתו שיחולו כשיבעול לאחר גדלות ואף שהרשב"א כתב דעשאום כמתנה כו' פשיטא שאין הכוונה לומר דלב ב"ד מתנה עליו דודאי לא שייך לומר הכי לענין קידושין רק ר"ל דהוי כאומדנא דמוכח דע"ד כן הוא נותן הקידושין לזה דווקא כשידע בשעת קידושין שהיא קטנה ולהדיא אמרינן בכתובות דף ע"ד מר סבר אדם יודע שאין קדושיו כלום וגמר ובעל לשם קידושין ומר סבר אין אדם יודע כו' וכי בעל אדעתא דקידושין הראשונים בעל מבואר להדיא דהיכא דלא שייך אדם יודע כו' כ"ע מודים דאמרינן ע"ד קידושין הראשונים בעל ואין כאן קידושין דאורייתא כלל ובאמת מדברי הש"ס אלו דכתובות איכא לאקשויי טובא על שיטות מהרד"ך. וקצרתי כיון דמשיטות כל הפוסקים ראשונים ואחרונים מבואר דהא דאמרינן דכי בעל הוי קידושין היינו מחמת קידושי הביאה גופא ולא מחמת קידושין הראשונים כלל. ואם אמנם בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא הרחיב לפרש שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דכי בעל בלא עדים אם כן י"ל מחמת חזקה דאין אדם עושה בעילתו ב"ז דמסתמ' היה דעתו שיחולו לאחר גדלות והביא שם דברי המשנה למלך בקטן שקידש שיחולו לאחר גדלות ע"ש מה שהשבנו לו אני וחבירי ורבותי והגאון ז"ל החזיק במעוזו כאשר נדפס שם בארוכה בסימן נ"ב נ"ג נ"ד. אני מלאתי את ידי והארכתי להחזיק יסודות ההיתר ככתוב אצלי באורך בעזה"י ונלאתי להעתיק כיון דבלא"ה בנ"ד אף הגאון מודה כמ"ש דזה לא שייך היכא שלא ידע כלל בשעת הקידושין שקטנה היא ופשיטא שאין כאן פתחון פה לומר מדחזינן דבעל בלא עידי יחוד מסתמא ידע בשעת קידושין שקטנה היא וקידשה שיחולו לכשיגדיל דאדרב' אמרינן דגם מה שנתייחד עמה אח"כ בלא עדים היא מחמת חסרון ידיעתו שלא ידע שהיה קטנה ובעל על דעת קידושין הראשונים (ובאמת על סברת מהרד"ך צ"ע לפמ"ש דהוי כהתנה שיחולו אחר שיבעול בגדלות דזה הוי כמתנה על דבשלב"ל והגאון נ"ב ז"ל כתב לסברתו דכתב דהוי כמקדש שיחולו אחר גדלות ולא תלה בבעיל' שפיר י"ל דלא הוי כדבר שלבל"ע כיון שחלה בזמן

הגדלות וזמן הגדלות ממילא קאתי כמ"ש בשו"ת הנ"ל באורך משא"כ אם נאמר שתולה התנאי כשתבעל בגדלות דהבעילה אינו בידו:

ועתה אבא לבאר בענין שמבואר בשאלה שזה אמר קודם הנשואין שיש לו אב ואחין סביבות עיר פלוני ויבוקש הדבר ולא נמצא הנה בקידושין דף ס"ד איתא מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן יש לי אחים אינו נאמן ומוקי לה אביי דלא מוחזק לן באחין ולא בבנים ולכן אם אמר יש לי אחים אינו נאמן לאו כל כמיניה דאסר לה אכ"ע. והנה בדברי הש"ס אין מבואר רק במי שאמר בשעת מיתתו יש לי אחין דבשעת נשואין עדיין לא הוחזקה בחזקת שתהיה זקוקה ליבם והרי היא בחזקת היתר לשוק ולאו כל כמיניה במה שאומר בשעת מיתתו לאסור אותה משא"כ אם קודם הנשואין והקידושין אמר שיש לו אחים הרי נתחזק בשעת קידושין שיש לו אחין וממילא שהיא בחזקת זקוקה. אך בטור וש"ע כתבו בסתם לא היו מוחזק באחין ואמר יש לי אחין אינו נאמן בא אחד ואמר אני אחיו אינו נאמן ואפי' ע"א מעיד עליו שהוא אחיו אינו נאמן להוציאה מחזקת'. ולא ביחנו דבריהם דדוקא באמר כן אחר הקידושין וכן הרמב"ם פ"ג מהל' יבום וחליצה כתב אמר זה אחי או שאמר יש לי אחין אינו נאמן לאסור את אשתו ולהניחה זקוקה ליבם שהרי זה מתכוין לאוסרה אחר מותו עכ"ל. וגם לא נתבאר חילוק בין אם אמר קודם קידושין או אח"כ ולכאורה יראה מדבריו דדווקא בכה"ג שאמר אחר קידושין דבכה"ג לא מהימנינן ליה דתלינן שהוא מתכווין לאוסרה אחר מותו וכ"כ רש"י דכי אמר יש לי אחין איכא למימר דלצעורה קא מכווין משא"כ היכא שאומר כן קודם הקידושין מה"ת לא יהא נאמן דמה לו לשקר ולומר שיש לו אחים דאדרבא כדי להשביח מקחו היה לו לומר שאין לו אחין ולא תזקוק ליבום. אבל באמת ז"א שהרמב"ם לא כתב כן אלא לאמתלא בעלמא שי"ל שאמר כן בכדי לאוסרה וה"ה בכל ענין שיש אמתלא ואפילו קודם הקידושין וכגוונא דנ"ד ששאלו אותו על מהות משפחתו לבית אביו בשעת שידוכין ולא הוי ניחא ליה לומר שהוא גרגיר יחידי ואין לו גואלים שיחושו לו שמא הוא אסופי מן השוק וכיוצא בו ולא ירצו לתת את בתם לו לאשה. וכן דרך העולם לחקור אחר משפחתו של המשודך לבית אביו וע"ד שאמר יהודה אדוני שאל את עבדיו היש לכם אב או אח בתך היינו מבקשים כו' ולא אסיק אדעתיה שיש גריעותיה לענין יבום דמה"ת יחושו לזה דרוב נשים מתעברות ויולדת גם הלא מראה מקום היא להם מקום תחנותם ולכן כחש להם לומר שיש לה חזקה דאבהת' ובעל משפחה ובמרמה דבר ורגלים לדבר זה שבדקו בדוכתיה ולא אשכחו והרמב"ם דמיירי לענין אחר קידושין או נשואין נקט האמתל' שמתכווין לאוסרה אבל עיקר הטעם שאינו נאמן להוציאה מחזקה דהיתר' וא"ל

דדווקא בלאחר נשואין כיון דבשעת נשואין לא נודע לנו משום אח הוי כאיתחזק היתרא ולאו כל כמיניה לאוסרה אכ"ע דאפשר דמשקר כדי לצעור' משא"כ באומר קודם נשואין דלא איתחזק היתרה כיון דבשעת קידושין כבר אמר שיש לו אחין נלענ"ד דמשום הא לא נתבטלה חזקה שהיה לה קודם נשואין חזקת היתר לשוק ואע"פ ששוב נאסרה ע"י קידושין של זה ויצאה מחזקתה לשוק לענין זה שתהיה אסורה כל זמן שלא תתאלמן או תתגר' שהרי נתקדשה לפנינו מ"מ בזה שאין איסורו ברור שיחול עליו איסור אחר מיתת הבעל מחמת שמא יש אחין לבעל כיון דהא מילתא ספיקא הוי הדרינן לחזקה קמייתא דהוה לה להיות מותרת לשוק דמאי דנפיק מחזקתיה בודאי נפיק מאי דלא נפיק לא נפיק ומבואר בתשובת הרא"ש דאפי' איכא חד סהדא לא מהני ע"ש ובב"י סימן קנ"ז הביאו שכתב דאפי' עד כשר לא היינו חוששין לעדותו דכל היכא דאיתחזק היתר' ואמר ע"א שהיה אסורה אינו נאמן כו' ואמנם מהרי"ט בתשובה ח"א סימן פ"ב כתב דבכה"ג שאנו מסתפקין מעיקרא אם יש לבעלה אחין הוי לא איתחזק לא היתרא ולא איסורא וע"א נאמן וכ"ת העמד בחזקת היתר שהיתה עומדת עד שלא תנשא ואף כשנשא' הוחזק איסור א"א מ"מ כשמת פקע חזקת איסור א"א ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה אין לך לומר כן אלא משנתקדשה הוחזקה בחזקת איסור לכל העולם ולא תתירנה במיתת בעלה מספק דמחזקינן מאיסור לאיסור כדמוכח בנזיר דף ס"ה גבי ירד לטבול במערה כו' שחזקת טמא טמא כו' וכן בחולין בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת כו' ומחזיקינן מאיסור לאיסור דהיינו מאיסור אמ"ה לאיסור נבלה כו' ע"ש באורך. וכבר עמדו על ראיה זו מנזיר בספר דברי אמת להגאון מוהר"י בכר דוד והגאון בעל קצות החשן בספר שב שמעתת' ודחאוה גם במ"ש ראיה מחולין דמחזיקינן מאיסור אמ"ה לאיסור נבלה הקשה עליו שבאמת התוספות תמהו על זה על רש"י וכתבו משום איסור שאינו זבוח הוא ע"ש וכבר כתבתי בענין זה במקום אחר. אך לענ"ד אפי' תימא דבעלמא מחזיקין מאיסור לאיסור אין זה ענין כלל לכאן דהתם הספק שאנו מסופקים הוא ע"י מקרה וסבה שנתחדשה בפ"ע מבלעדי האיסור הברור שלפנינו מכבר וכיון שלידת הספ' היא בעת שיש עליו כבר איסור ברור כגון בהא דאיסור אמ"ה שא"א לך לומר בחזקת היתר עומד כיון דאיסור' רביע עליה וכן בנזיר שהטומאה כבר חלה עליו א"א לאוקמי בעת התחדשות הספק בחזקת טהרה משא"כ בזה שקידש אשה ואין ידוע אם יש לו אחין או לא כיון דקודם הקידושין היתה בחזקת היתר לכל העולם ובחזקת שאינה זקוקה ליבם וע"י מעשה הקידושין נסתר חזקת היתר לכל העולם ונפל ספק אם תהיה זקוקה ליבם אחר מיתת הבעל שפיר אמרינן דלמאי דאיתרעי חזקה איתרעי למאי דלא איתרעאי כלל

כיון דעדיין לא היו עליו שעת חזקת איסור עד ההוא שעתא גופא שנתקדשה אמרינן דמעשה זו אינה מוציאה מחזקתה שלא תהיה זקוקה ליבם כשלא תהיה א"א ודווקא כשכבר חל חזקת איסור מחמת ענין אחר טרם נתחדש סיבה זו שנפל עליו הספק מחמתו משא"כ היכא שהתחדשות סתירת החזק' בודאי והספק באים ע"י מעשה אחד ובאים שניהם בבת אחת דשפיר י"ל דכל שהאיסור ודאי הלך אין לאסור מפני הספק משום דמוקמינן אחזקה:

אמנם ראיתי בספר שב שמעתתא שם שכתב ובעיקר הדין אשר עליו כרכר כרכוריו כו' וכד דייקינן נראה דבכה"ג לא הוי חזקת היתר אפי' נימא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור. וראיה ברורה מדברי התוספות ביבמות דף ד"ה אשה זו כו' וא"ת תינח כנס ואח"כ גירש כו' א"כ לא הוי מקשי התוספות דבגיר' ואח"כ כנס נמי הוי חזקת היתר קודם שנישאת ואיסורא דא"א פקע במיתת הבעל והדר' להיתרא קמא כו' וטעמא נראה דודאי כל שנולד הספק בעידן איסורא תו לא מיקרי חזקת היתר ואף ע"ג דאין מחזיקין מאיסור לאיסור מ"מ חזקת היתר נמי לא מיקרי כו' וארווחנ' בזה ספיקו דמהרי"ט דהוי ליה כמו גירש ואח"כ כנס דהספ' נולד תיכף עם נשואי הבעל אם יש לו אחין ודאי לא מוקמינן בחזקת היתר דקודם שנשאת עכ"ד בקצרה. ולענ"ד אין משם ראיה כלל דהתם כשאנו דנין על כניסתו לזו שמחמת זה אנו נכנסים לבית הספק אז אמרינן דלא די שקידושין אלו הם דוחין לחזקה בהיתר לשוק ומכניסין אותה בחזקת איסור א"א אלא אף גם זאת שהם מכניסים אותה בחזקת שתהיה זקוקה ליבם כשימות בעלה שהרי יש לו אחין אלא שאת' בא לסתור חזקת זקוקה הבא ע"י מעשה זו מחמת מעשה הקודם שהיתה ערוה נשואה לו והרי נעשה בה מעשה ספק גירושין וא"כ אפי' תאמר כיון שקדם ספק זה שהוא נשוי ערוה לקידושין אלו שאנו רוצין להחזיקה עי"ז בזקוקה ליבם אזדא ליה חזקת זקוקה עכ"פ חזקת היתר שאין זקוקה אין כאן ולכך הוצרכו התוספות לומר דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה. אבל בגוונא דנ"ד שהספ' הוא על אותו המעשה דהיינו הקידושין שנתקדשה זו שמא אין כאן מקום להחזיקה בחזקת זקוקה ליבם כלל דשמא אין לו אחין הרי על זה אין כאן סתירת החזקה כלל דאע"ג שהיתר שלה נסתר ע"י המעשה של הקידושין ואיתחזק איסורא דא"א מ"מ לא איתחז' איסורא דזקוקה ליבם כלל ואין להוציאה מחזקת היתרה לענין זה עד שיודע לך במה נאסרה ודאי ולא ע"י ספק וכמו אם היו ספק בגוף הקידושין היכא דאיכא למימר העמידנה בחזקת פנויה כמו כן לענין הספ' שנסתבב ע"י קידושין אילו לחוש ליבום אין להוציאה מחזקת' אם אין מחזיקין מאיסור לאיסור. וכבר כתבתי שלענ"ד יש מקום לומר דבנ"ד עדיף טפי דאף אם נאמר דמחזיקין

מאיסור לאיסור מ"מ הכא דגם איסורא קמא גופא אכתי לא איתחז' ובהדי אהדדי קאתי עם הך ספיקא ובההוא שעתא דלידת הספק נולד האיסור לא שייך לומר שיחזיקו מן האיסור לספק ואמרינן שלענין הספק כשיסתלק האיסור בהיתרו קאי כדמעיקרא. ועיין במהרי"ט שכתב כן להדיא ושכן מוכח מהא דאמרינן פר' י"נ אם הקלו בשבוי' נקל בא"א אלמא דאכתי חזקה דא"א קאי עלי' ועיין בספר ש"ש שדחה זה מחמת גירסא דמנוול' נפשה כו'. ומצאתי בשיטה מקובצ' לב"ב בשם עליות רבינו יונה ז"ל שכתב אם הקלנו בשבוי' דאיכא למימר אוקמי אחזקה ראשונה ולא נטמאת נקל בזו דאיכא לאחזוק' באיסור יבמה לשוק דעיקר חזקה דמוחז' לן דאית ליה אחי לאו וודאי הוא וכיון דנפק קלא דאיכא עדים הקול יוצא להכחי' עיקר החזקה הראשונה וכיון דאפשר לברר הדבר חיישינן כו' עוד יש לפרש נקל בא"א כיון דהוחז' באיסור א"א ובעוד' בחזקת איסור א"א יצא הקול דאית ליה אחין לא מפקינן לה מחזק' איסור כשמת הבעל דמחזיקינן לה מאיסור לאיסור ולא נהירא האי פירוש' מהא דאמרינן פרק ד"א אשה זו בחזקת היתר עומדת מספ' אתה בא לאוסרה עכ"ל מבואר להדיא דסבירא ליה דכה"ג דלא איתחז' באחי איתחז' היתר' מיקרי שאין מחזיקין מאיסור א"א לאיסור זה ועיין בחדושי הרשב"א קידושין שכתב וז"ל וההוא דשלהי י"נ כו' בדנפק קלא דאית ליה אחין דאי מספ' לא חיישינן כלל דאם כן בכל אדם ניחוש שמא יש לו אחין כו' עכ"ל:

ונפלאתי על מ"ש מהרי"ט מדברי הר"ן בפ"ק דקידושין גבי ההוא דקדיש באבנ' דכוחל' שהביא ההוא דפרק י"נ דלא מוחזק לא באחי ולא בבני דחיישינן לקלא אף ע"ג דהוי קלא דלא איתחז' משום דאשה זו בחשש איסור היתה עכ"ל. ונראה מדבריו שהוא מפרש דברי הר"ן שר"ל כיון דאשה זו חזקת איסור א"א עליו מחזיקין מאיסור לאיסור. וליתא דהר"ן לאו אהא לחוד' קאי אלא גם אההוא דקדיש כו' וי"ל כמ"ש שם קודם לזה דלא דמי ליצא בעיר שמה מקודשת כיון דאי הוי בחזקת פנויה קיימא כו'. אבל הכא דפשטה ידה וקיבלה קידושין כו' ודכוותה גם גבי שבויה כיון דידעינן דודאי נשבית אלא דלא ידעינן אי טמאה היא אי טהורה וכן בהא דלא מוחזק באחי כיון דנתקדשה ודאי ולא ידעינן אם יש אחין למקדש או לא שפיר חיישינן לקלא ע"ש וא"כ לאו מה"ט דמחזיקינן מאיסור לאיסור אתינן עלה דהא בההוא דקדיש ליכא חזקת איסור מכבר וכן בההיא דשבוי' אי לאו משום דמנוול' כו' לא היינו מקילין משום דקלא מהני בכה"ג היכא דאיתרע לה החזקה ע"י מקרה שנתחדש אבל עכ"פ לא מטעמא דמחזיקין מאיסור לאיסור אתי עלה. ונראה דשפיר סבירא ליה להר"ן דודאי בשביל הא לחוד שנתקדשה או נשבית לא יצאה מחזקת היתרה לגמרי רק לענין שניחוש אם יצא הקול אבל אם אין כאן קול

שפיר סמכינן אחזקת היתר וכמו שכתב הרשב"א דמספק לא חיישינן כלל דא"כ בכל אד' ניחו' שמא יש לו אחין והא ודאי שאין אנו מתירין הספק משום דאמרינן דמסתמא לית ליה אחים דמה"ת נאמר כן דודאי ספק השקול הוא וכמבואר ברשב"א בקדושין דף ס"ד רק דבסתמא היכא דליכא קלא סמכינן אחזקת היתר ומתירין הספק הזה רק היכא דאיכא קלא חיישינן ועכ"פ ראיית מהרי"ט מהר"ן הוא ראיה לסתור דהא מהר"ן מוכח דאין מחזיקין מאיסור לאיסור דאל"כ איך מדמה הך דפרק י"נ להך דקדושין ולהך דשבועי' ואפשר שכוונת מהרי"ט לומר דכמו דמה"ט דכיון דודאי נתקדשה נכנס לספיקא חיישינן לקלא ה"נ מה"ט גופא נמי יש לחוש בכה"ג לע"א המעיד והיינו שכתב אח"כ וההוא דנתנסך יינך כו' שאף לדבריו מעיקרא היו הטהרות בחזקת טהרה אלא שנטמאו אבל כאן לפי דברי העד מיום שנתקדשה הוחזקה ג"כ באיסור לשוק ומעולם לא היה לה חזק' ברורה שעה א' כו' ומ"ש הוחזקה ג"כ באיסור לשוק אפשר דלאו דווקא קאמר הוחזקה אלא ס"ל שנכנסה לספק ואיתרע לה חזקה לענין דמהני קלא. אבל מדבריו נראה דר"ל דכאן העד מעיד להיפך מן החזקה ראשונה לומר שהיינו מוחזקין בה בטעות ובכה"ג כ' בעליות רבינו יונה לחלק בין הא דהקילו בשבוי' לקלא דהכא איכא סהדי דאית ליה אחי שהוא להכחיש החזקה ראשונה ומכ"ש שיש לחלק בזה בין הא לנתנסך יינך. ואם היה כוונת מהרי"ט ללמוד מהך דקל' לע"א ומטעם שכתב הר"ן דחיישינן לקלא אם כן בפשיטות הוי מצי לחלק בין ע"א אומר נתנסך יינך משום דלא איתרע חזקת היתר כלל וכמ"ש הר"ן לחלק בין ההוא דיצא שמה בעיר מקודשת. אך נראה דמהרי"ט ס"ל דגם בזה לא שייך לומר דאיתרע חזקת שאינה זקוקה ליבם מחמת הקדושין דמה שפשטה ידה לא מרעי החזקה שהיינו מחזיקין את המקדש דלית לי' אחין רק הריעות' הוא כיון דבההוא שעת' שאתה רוצה לומר העמידנ' על חזקת' היה עליה זיקת איסור א"א ואם כן י"ל דגם בההוא שעת' חל עליו חזקת שתהיה זקוקה ליבם. אבל לפי מה שנראה מדברי הרשב"א בקדושין דף ס"ד שכתב ואם היה מוחזק דאין לו בנים ואינו מוחזק באחין אם יש לו או לא ובשעת קידושין אמר שאין לו אחין ובשעת מיתה אמר שיש לו נאמן להתיר כו' ומוחזק דאין לו בנים הרי אינו עוקר לומר שיש לו אלא מתירה מצד אחר ואומר שאין לו אחין ולא שאנו צריכין לדבריו בכך כיון דאינו מוחזק באחין אלא משום חזרתו דאמר יש לו אחין ואיצטריך כו' והיינו דאיצטריך להימנותא באמר יש לו בנים במוחזק באחי דאל"כ לישקול להימנות' ולשדיה אחיזרי' דמסתמא לא חיישינן ליה ע"ש מבואר דלאו דוקא כשהיה מוחזק לנו שאין לו אחין אלא כל שלא היינו מוחזקין שיש לו ולא ידעינן אם יש לו או אין לו בסתמא לא חיישינן ליה אלמא דבשביל שנתקדש' והוחזק' באיסור א"א לא

חיישינן לה מספיקא וכמ"ש ג"כ בפרק קמא ולא אמרינן שנחזיק מאיסור לאיסור מ"מ בקל' ס"ל דשפיר חיישינן ומה דמשמע ממהרי"ט ללמוד משם לע"א מבואר מתשובת הרא"ש דסבירא ליה לחלק דקול דאיכא עדים שאני שראוי לחוש לקול ולהמתין עד שיחקרו העדים אבל בנדון זה אפילו אם היה מה שאמר אחיו אינו קול כלל הלכך אין לחוש כו' ע"ש. והנה מ"ש אפילו אם הוא אמת כו' כ"כ לפי מה שהיה סבור שאין אחיו יודע אלא מפי אחר וכמ"ש אח"כ שם שכך הבין מתוך השאלה:

אמנם כתב שמתוך מכתב השואל הבין שאחי האשה אומר שהכיר שהיה בעל אחותו ואף עפ"כ כתב שהאשה מותר' משאר טעמים שכתבתי מבואר דסבירא ליה לחלק בין קול לע"א ודוחק לפרש דדוקא התם שהמגיד היה אחי האשה ופסול אבל עד כשר דעלמא נאמן שלשונו שכתב משאר טעמים שכתבתי משמע דקאי על מ"ש ואפילו עד כשר כו' משמע דאף בכה"ג לא מהימן ולא דמי קול לע"א דהתם כיון שהקול הוא שיש שני עדים להגיע לדבר ברור צריך להמתין וכ"כ הר"ן בקדושין הביאו הב"י דהתם שאני דאיכא קלא דאיכא סהדי במה"י וכל היכא דאפשר למיקם עלה דמילתא אפומא דסהדי נטרינן להו כו' משא"כ בע"א לא כל כמיני' להוציא מחזקת היתר וכיון דאם אין כאן ע"א היתה מותר' אין לאוסר' ע"פ העד:

ומ"ש מהרי"ט לדמות להחזקה שלא נתברר בשעתה לענ"ד שאין הנדון דומה דהתם אנו באין להמשיך החזקה מאותו שעה ואילך לומר דמסתמא לא נולד ההשתנות אחר הזמן ההוא כמו בנגע דאמרינן דלא בציר שיעורי' בימי הסגר וכיון שאינו דומיא דנגע שהרי אותה שעה לא היה ידוע לנו דכשירה היתה שפיר י"ל דאע"ג דאיגלאי מילתא דהיתה כשירה אז שמא אח"כ נטרפה אבל זו נתבררה בשעת' שהיתה בחזקת היתר לשוק אלא דאיתעביד בו מעשה לאוסרה ומה דאיתרעאי ודאי דאיתרעי ומה דאיתרעאי ספק בחזקת קמייתא הוא שאם מסתלק האיסור ודאי חוזרת החזקה למקומה. וצ"ע במ"ש מהרי"ט אף כאן הואיל וחזקה זו לא נתברר' אלא דמסתמא הוי שרינן משום דלא איתחזק באחי דין הוא שיהא ע"א נאמן לאוסר' עכ"ל דאם נאמר דזה כחזקה שלא נתברר' גם מסתמא לא הוי לן למישרי מחמת ספיקא דשמא יש לו אחין דהא אף אי שתק הבעל ולא אמר מידי מתירין אותה ולא חיישינן לספיקא וכ"ש באמר יש לו אחין שהיה לנו לספק כיון דאין כאן חזקה וא"כ גם ע"א לא עדיף מה"ט משום דכיון דבלעדו היתר מותרת ודאי לא מהימן ע"א לאסור:

ומ"ש דהרא"ש מיירי בתשובה שישב כמה שנים ולא נשמע שיש לו אח שזו חזקה אלימת' דקי"ל סוקלין על החזקות אין זה במשמע בדברי הרא"ש שהרי הרא"ש מייתי

מהא דאמר יש לו אחין אינו נאמן דמיירי דלא מוחזק באחין והיינו כמש"ל בשם הרשב"א דמספק' לן אם יש לו אחים אם לא. אך אין לנו להוציא דברי הרא"ש מפשטן דכל שלא נודע לנו שיש לו אחין מוחזק דלית ליה אחין קרינן ליה ואין לנו ליתן דברינו לשיעורין בין זמן רב או מעט ואם באנו לדמות להא דסוקלין על החזקות היה די בזמן שלשי' יום כמ"ש הרמב"ם וטור וש"ע סי' י"ט והוא מהירושלמי דקדושין:

אך באמת אין הנדון דומה דשם החזקה הוא בפועל שאנו מחזיקין שהוא אשתו או אחותו ע"י שכרוכים ונמשכין זע"ז ומחזיקים עצמם בכך משא"כ כאן שהחזק' הוא בשלילה שע"י שלא נודע לנו ולא נשמע שיש לו אח נאמר שזה חזקה שמלקין וסוקלין ע"י וע"א אינו נאמן להוציא מחזקה זו. זה דבר שאינו מתקבל לענ"ד כיון שבא ממרחק ואחר זה כמה שנים לא השמיענו כזאת אין זה מחזיק לומר שאין לו אח דשמא איזה טעם כמוס עמו הס שלא להזכיר והרי לפנינו אמתלא קרובה שלא לצער את אשתו שתצטרך להיות זקוקה ליבם במקום רחוק או שתרגיל עמו קטטה שיגרשנה וכיוצא בזה ולא אשכחן כה"ג דמיקרי חזקה ופשיטות הדברים דהרא"ש ס"ל דכל שאין כאן אח ידוע לנו יש לה חזקה דהיתר לשוק וזהו הוא ששנינו אמר יש לי אחין אינו נאמן דלאו כל כמיני' למיסר אכ"ע אע"ג דהשתא מיהא אסורא וקיימא משום א"א אין להחזיק עליו איסור ליבם ומה שדקדק מהרי"ט ממ"ש הרא"ש דבחזקת שאין אחין לבעלה קיימא ולא אמר דבחזקת היתר עומדת אין דקדוק כלל דלשון הש"ס נקט דלא מוחזק לן באחין ודוק מלשון הש"ס לאיפוך דקאמר לאו כל כמיניה לאסרה אכ"ע משמע להדי' דמטעם חזקת היתר דידה אתינן עלה וכיון דמטעם חזקת היתר אתינן עלה ממילא דגם ע"א נאמן להוציא מחזקת היתר וכך הם פשיטות דברי הרא"ש בזה. שוב מצאתי בריטב"א שכתב להדיא כדברי וז"ל מתני' דלא מוחזק באחי ולא בבני פירוש ואשתו בחזקת היתר כו' דאלו ברישא א"צ לנאמנות כו' וכ"כ אח"כ ר' סבר וכו' ותו דמסתמא כל איתתא בחזקת היתר קיימא לשוק במיתת בעלה עד שתאסר בזיקת יבום לפנינו כו' וכ"ת ל"ל דמרע לה נימא דכי הדדי נינהו ואוקי תרי להדי תרי ואוקי איתת' אחזקתה דהיתרא כו' ע"ש:

אך אע"פ שבררנו דהא הוי חזקה להיתר' מה שאין ידוע אם יש לו אחין מ"מ אין זה מעלה ארוכה לנ"ד כמ"ש דהתם מיירי אחר נשואין משא"כ קודם נשואין הו"ל כהוחזק שיש לו ושפיר נתחזק ע"פ ומ"ש לעיל דאף קודם קדושין לא נתבטלה חזקה דהיתר לשוק י"ל דכיון שאמר קודם קדושין הוא נאמן אז על עצמו והוחזק באחין מפי עצמו וכמ"ש הרמב"ם פט"ז מה' סנהדרין א"צ ב' עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א הוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל

בעדים אחר שהתרו בו לוקה כו' וכיון שהטעם לפי שקודם מעשה אמרה מידי להחזיק בע"א שנאמן באיסורין אין לחלק בין ע"א למי שמעיד על עצמו למחזיק עצמו בכך. אמנם הרמב"ם פ"כ מהל' א"ב כתב מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני כו' אבל אוסר עצמו בגרושה כו' ואם נשא או נטמא אינו לוקה והנבעלת לו ספק חללה וכ' ה"ה שם דהאשה אינה לוקה ע"פ ובטור ובש"ע כתב כדברי הרמב"ם ועיין בב"ש שם והנה המשנה למלך שם תמה על הרמב"ם שלא ביאר דבהוחזק למ"ד יום מיירי וכבר כתבתי בתשוב' א' שדבריו תמוהים דבהוחזק גם הוא לוקה ע"פ כמ"ש בפ"א דבהוחזק אחרים נהרגים ע"י רק הרמב"ם מיירי בלא הוחזק רק דלגבי דנפשיה לא בעינן למ"ד יום ומצאתי חילוק זה בב"ח סי' י"ט ועיין בח"מ וב"ש שם ולפמ"ש בתשובה שם דהא דכתב הרמב"ם בפ"א אם הוחזק בעיר למ"ד יום שזהו אשתו כו' ר"ל שהם מתנהגים כדרך איש ואשתו וכמ"ש שם קודם מי שהוחזק בשאר בשר כיצד כו' וכ"כ בשו"ת נ"ב סי' נ"ד ע"ש א"ש מה שלא ביאר הרמב"ם אם מיירי בהוחזק או לא הוחזק דכיון דכתב שאינו נאמן לקרות בתורה ולישא כפיו ולאכול בתרומה א"כ אין כאן התנהגות כלל רק מה שאמר שהוא כהן לבד זה מועיל לגבי דנפשיה אבל לא לגבי אחריני ודווקא הוחזקה נדה דעבדה מעשה ועיין בספרי בית אפרים סי' ל"ט ס"ק קס"ח וקע"ו שכתבתי ג"כ בדברי הרמב"ם אלו בתשובה שהארכתי: ונראה דבנ"ד דאמר קודם הנשואין יש לי אחין מ"מ לגבי דידה לא קרינן הוחזק באחין כיון דלא עבד מעשה הניכר ואף ששהה שלשים יום בדבור זה ולפמ"ש הח"מ והט"ז דאם אומרת למ"ד יום שהיא נדה לא מהני אמתלא לענ"ד לא נהירא דבאמת הך מילתא דלמ"ד יום למדנו מדברי הירושלמי ואף שה"ה ציין מקומו מש"ס דב"ב דף קס"ז כל שהוחזק שמו שלשים יום בעיר אין חוששין לו הוא תמוה וכבר עמד בזה בשו"ת נ"ב וה"ה גופיה בהלכה שלפני זה הביא הירושלמי ועיין בב"ש בשם הש"ג ואפשר שה"ה הביא מב"ב ללמוד מזה טעם הדבר כמו דהתם בהוחזק שלשים יום אין חוששין לרמאות כמו כן כאן חזקת שלשים יום מועיל שלא תועיל אמתלא ועכ"פ נראה דדוקא התם שהיה בחזקת התנהגות ול למ"ד משא"כ באמירה בעלמא שפיר מועיל אם אומר אמתלא למה אמר כן ולמה שהה בדבורו שלשים יום ומ"מ נראה דאף להח"מ דווקא כגוונא דנדה שע"י אמירתה שהיא נדה היא נעשית גלמודא מבעלה ואע"ג דלאו מעשה גמור הוא כלבשה בגדי נדות דזה אינו רק שב ואל תעשה מ"מ הוא ענין הניכר היוצא מגדר ההנהגתה והוי כמעשה קצת וכיון שהוחזק באמירה זו למ"ד יום תו לא מהני אמתלא וחשבינן ליה כודאי משא"כ בזה שאמר יש לי אחין ושוב לא נשמע ממנו כדברים האלה ולא דיבר עם שום אדם מזה פשיטא דבכה"ג בשביל שאמר פעם אחת לא הוחזק ולא חשוב כודאי

ויוכל לחזור בו ולתת אמתלא שאמר כן שלא יחשבו שהוא גר שאין לו גואלים או שארי אמתלאות ומכ"ש לגבי האשה דלא חשבינן זה כאילו הוחזק ומהני חזקה דידה לענין דלאו כל כמיניה לאוסרה אכ"ע:

וגם א"ל דכיון שאמר קודם נישואין שיש לו אחים והוא ניסת לו ע"ד כן א"כ הוי כקיבלה עליה וכאילו שוויה נפשה ח"ד דז"א דא"כ גם אם אמר אחר נשואין יש לי אחין דלא מהימן (דמה דנקט במתני' בשעת מיתתו לאו דווקא כמבואר בפוסקים) נמי נימא כיון שנתרצית לדור עמו אח"כ ולא ארגילה קטטה בהדי' שיגרשנה קיבלה עלה למיסרה אכ"ע לאחר מותו אלא ודאי דז"א די"ל דלא חששה לדבריו לתפוס אותם בודאי שיהא נופל עליו שם שוי' נפשה ח"ד דאפשר שהוא הן ולאו ורפיה בידה אם האמת אתו אם לא ובכה"ג לא אמרינן שויה אנפשה ח"ד ולא דמי לע"א אומר אשתך זינתה ושותק דהתם מטעם דשתיקה כהודאה אתינן עלה כמבואר שם בפוסקים ומצד מה שהעיד על עצמו כבר כתבתי שאינו נאמן בלא אתחזק וגדולה מזו כתב הרמב"ם דאפילו באב שאמר שקידש בתו אין סוקלין עד שיהא עדים אע"ג דרחמנא הימניה לאב. והך דאמר חלב כליות צ"ל דמיירי ג"כ בהוחזק כן ע"פ העד שפירשו מאכילתו וגם הוחזק כן למ"ד יום ובתשובה כתבתי ליישב דברי הרמב"ם ע"פ דברי מהרי"ק בתשובה דמחלק בין מלקות למיתה אך הב"ש כתב דמשמע דהרמב"ם לא סבר כמהרי"ק ועוד הארכתי בדברי הפ"י ובקידושין בק"א) ואמנם בנ"ד נראה דבלא"ה לא שייך שוויה נפשה ח"ד כיון דאפשר שהיא לא ידעה מזה כלום רק אמה ואחיה שמעו כן מפיו וגם דהא קטנה היתה בעת ההיא ואי משום דאפשר דנתייחדה עמו בעת גדלותה נראה שאין להחמיר בשביל זה לומר דשויה אנפשה ח"ד דמסתמא לא אסק' אדעתה אז הדברים שהיה בין בני משפחתה ובינו קודם נשואין ומכ"ש אם נימא דאי ליכא עידי יחוד אין חוששין ואין כאן רק קידושין דרבנן:

ועוד נראה כפי משמעות לשון השאלה אין כאן עדים כשרים ששמעו מפי הבעל שיש לו אחין רק שנודע הדבר ע"י בני משפחתה שספרו שכן היה הענין שקודם נשואין שאלו אותו על מהות משפחתו ואמר שיש לו אב ואחין סביבות יערסלב ובכה"ג שאין כאן עד כשר משמע מדברי הרא"ש דבזה פשיטא שאין להוציאה מחזקתה ע"פ מאמר אחין דתנן כו' וכ"ש אחין שאינו נאמן להוציאה מחזקתה אפילו עד כשר לא היינו חוששין לו כו' ואפילו תימא דעדיף טפי אמירת הבעל קודם נשואין מה שאומר יש לי אחין מן לאחר נשואין משום דאז לא יהא דבריו נגד חזקת היתר של האשה מ"מ בעדות. זה שמעידין לנו בני משפחתו שזה אמר כך אם אין כאן עדות כשרים רק קרובים לאו כל

כמינייהו לאוסרה בסהדותייהו אכ"ע וכן מבואר במהרי"ק סי' פ"ז שכתב וא"כ פשיטא שאין הקרובים נאמנים להוציאה מחזקתה ותדע שהוא כן דהא ע"א כשר עדיף טפי משני עדים קרובים שהרי ע"א מחייב שבועה כו' ואשכחן בהדיא דע"א אינו נאמן להוציא מחזקת כשרות אפילו להחמיר כ"ש קרובים ואפילו שנים דהא גרוע מע"א כו' אלא שיש מקום לחוש בזה דמסתמא בני משפחתה נאמנים לה כבי תרי ולפ"ז לפי מה שמבואר בסימן קט"ו לענין אשתך זינתה דאפילו מהימן כבי תרי אין מחוייב להוציאה בידי אדם דהא אין דבר שבערו' פחות מב' רק אם בא לצאת י"ש חייב להוציאה וא"כ כאן לענין זיקת יבם נמי דבר שבערוה היא כמ"ש המרדכי פרק י"נ וכן מבואר בשו"ת מהרי"ט סימן פ"ב שם דחשיב ליה דבר שבערו' (אלא שסובר דאפילו בדבר שבערוה אי לא איתחזק איסורא ע"א נאמן ויש בזה מחלוקת הפוסקים כמ"ש במקום אחר ועיין בספר דברי אמת דף מ"ה) וא"כ פשיטא שיש להקל בזה כיון שאף אם היה אומרים שהם יודעים שיש לו אח לא היה בידם לאוסרה רק לצאת י"ש והרי באמת הם אינם יודעים מאומה רק מפיו הם חיים והרי הוא אם היה אומר עתה לא היה נאמן כיון שהוא להוציא מחזקה רק שניחוש ליה מחמת שאילו אומרים ששמעו מפיו קודם נשואין עכ"פ הוחזק אין כאן שהרי במה שהוחזק עצמו לפני אלו לא מיקרי חזקה שהרי מדינא אינם נאמנים על דבריו אלו רק לענין לצאת י"ש ובפרט לפמ"ש שכאן אין רק קידושין דרבנן ושארי קולות שכתבנו אין להחמיר בזה אף לצאת י"ש:

ואמנם בשו"ת נ"ב כתב לפקפק בדברי המרדכי שכתב דחליצה הוי דבר שבערוה ע"ש ולענ"ד מוכח בש"ס דחליצה הוי דבר שבערוה דבדף ו' אמרינן חלצה בינו לבינה מנא ידעינן ומוקי לה כשהעדים רואין מבחוץ ופירשו הרשב"א והנ"י דליכא לאוקמי בשניהם מודין משום דלא מהני בדבר שבערוה ועדים דווקא בעינן וכ"כ מהריב"ל סי' ח' בשם הריטב"א דחליצה הוי דבר שבערוה אך לענ"ד אף בשאר איסורין הוי רק דרבנן דאל"כ אין לנו להקל בדבר שבערוה טפי ואפשר שזהו דעת ר"ת ביו"ד סי' קכ"ז דמלמדין לומר איני מאמינך ועיין בש"ך שם ובמ"ש בשם או"ה להקל באיסור דרבנן וגם נלענ"ד דכאן עכ"פ אין כאן חזקה ע"פ מה ששמעו אלו מפי הבעל כיון שלפי דעת רוב הפוסקים בעינן שלשים יום להיות קרוי איתחזק וכיון שנישאת מיד איזה ימים אחר האמירה ומשעת נשואין ואילך בטלה אמירתו נגד החזקה וא"כ אין כאן חזקה דהא לא מלו ליה תלתין יומין קודם הנשואין שנאמר שהוחזק קודם נשואין באחין וכיון דהנשואין קדמו טרם מלאו לו שלשים יום ואדרבא משמעות הענין שלא היה שהות בין השידוכין והנשואין כלל א"כ אין כאן הוחזק:

ועוד אפשר לומר דע"כ לא אמרינן חזקה אלא בכה"ג שאומר חלב הוא זה או גרושה וזונה וכה"ג שהעד קורא עליו שם איסור וקי"ל דע"א נאמן באיסורין מוספרה לה וכיון שחל עליו שם איסור איתחזק האיסור מיקרי וכן לענין גרושה שהרי מיד כמות שהיא אסורה לכהן חל עליו שם איסור לכהן ואיקבע איסורה מיד באמירת העד משא"כ באמירה זו דיש לו אחין ואמר כן קודם נישואין אין כאן חלות שם איסור כלל שנאמר שהוחזק ע"י אמירה זו שהרי אין לו אשה כלל ואין לנו לדון כעת על אמירתו כלל עד שעת נשואין שאז יש לנו לדון על אמירתו אם נאמר שהאשה המתקדשת חל עליה שם איסור לשוק כשימות בעלה ואז הרי יש לאשה חזקת היתר שלה ולא משגיחינן על אמירתו כלל ובפרט שלא היה אמירתו בבית דין ובכה"ג יש להקל טפי שאין זה בגדר עדות וכמו שהארכתי בתשובה וכ"ש במקום שיש לחוש שמה שאמר כן לא היה רק בשביל שהיה צריך לאותו דבר ואם היה חוזר בו והיה אומר אח"כ שאין לו אחין ודאי שהיה נאמן דבכה"ג ודאי מהימן וכמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות בקידושין וז"ל ועוד קשה שהם מפרשים דבשעת קידושין אמר אין לי אחים הוא מיקל על אשתו כדי שתתרצה בקידושין וא"כ לא היה לנו להאמין כדאמרינן בפ' י"נ וחלופא אבית המכס כו' וכן היה לנו לומר כאן דכדי שתתרצה בקידושין אמר ולשעת מיתה שמעינן כו' ע"ש והכא דהוי איפכא יש לי אחין הוי כדי שיתפייסו ויתרצו לתת לו הנערה לאשה ואין זה מלתא דעל"ג כיון שלא פרט להם המקום סבור היה דמצי לאשתמוטי שכבר עקרו משם והא קמן אם היינו תופסין דבריו לאמת ע"כ לומר דאח"כ אזלו לעלמא שהרי הב"ד של העיר הקרובה פשפשו ולא מצאו שם אדם כשמות אשר קרא לאחין וגם לא חש שיחקרו אחר זה רק שרוצים לשמוע מפיו מה הוא וכנוהג שבעולם לשאול היש לו אב או אח אבל אין נותנין לב לחקור זאת בין משפחת הבינונים וכאשר באמת כן הוא שלא חקרו לעמוד על אמיתות דבריו וכן אפשר שכדי שיתרצו אמר כן ודבורא מיקרי ואמר ועכ"פ אין לנו לומר שע"פ הדבור בעלמא הוחזקו בכך. וכבר הבאתי ראיה מדברי הרמב"ם במי שאמר כהן אני שאין האשה לוקה על פיו ואינה רק ספק חללה וכבר כתבתי שלענ"ד מ"ש המ"ל דמירי בהוחזק לא נהירא לענ"ד וכ"כ אא"ז בבכור שור די"ל מ"ש הוחזקה נדה בעלה לוקה עליה היינו דלענין בעלה בעינן הוחזק משא"כ בדידה דסגי באמירה מייתי ראיה מהא דאמר כהן אני לוקה ע"ש. ומ"ש המ"ל דבלא הוחזק אמאי לוקה וכ"כ בס' ש"ש על דברי אא"ז בבכ"ש דבפ"א מהלכ' א"ב מבואר דע"פ עצמו אינו לוקה לק"מ דודאי לגבי דנפשי' שפיר מהני אמירתו כמו דמהני הוחזק לגבי אחריני דכיון דהתרו בו וקיבל ההתראה ולא אמר שחוזר בו ממה שאמר תחלה אין לך הוחזק גדול מזה ועדיף

טפי מלבישת בגדי נדה משא"כ בהך דנתקדשתי אין סוקלין אותה על פיו עד שהוחזק ל' יום דהא קי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים ואין אנו יכולין להתרות בה כלל ע"פ אמירתה לבד שהרי הוא לנו בחזקת פנויה כל כמה דליכא סהדי רק שהיא אסורה משום שויה נפשה ח"ד אבל לא מחמת נאמנותה וא"כ א"א להתרות בה כלל וכל שמדינא אין יכולין להתרות בה אף אם התרו בה וקבלה התראה אין זו חזקה דמצי למימר אחוכי קא מחייכנא ועיין בפ"י מ"ש דאין יכולין להתרות על הזנות מחמת אמירת האב ובסוגי' דנכתב ביום משא"כ במילתא דאיסורא דע"א נאמן וכן בע"ד נאמן על עצמו שפיר מתרין בו מדינא וכל שקיבל ההתראה ולא סתר דבריו הראשונים הו"ל כהוחזק ולוקה עליו ולפמ"ש א"ש קושית הפ"י דלמה לא נאמר שהוחזקה על ידי נאמנות האב וסוקלין על החזקה ולפמ"ש א"ש דהחזקה היא מחמת שקיבלה התראה ואין זה מועיל רק לענין קבלת קידושין דידה ומ"מ צריך ל' יום דאל"כ אין קבלת ההתראה מועיל דמצי למימר אחוכי כו' משא"כ כשהוחזקה ל' יום אבל לענין האב אין זה מועיל מה שהיא קיבלה התראה דאכתי לא איתחזק מחמת זה שהוא קיבל הקידושין וגם שעדיין בידו לומר אמתלא. ועפי"ז נפתחו לי שערי אורה בדברי הרמב"ם בפרק א' מהלכות איסורי ביאה דגבי נאמנות האב כתב דאין סוקלין עד שיבואו עדים שנתארסה וגבי אמרה נתקדשתי כתב עד שיבואו עדים או עד שתוחזק ובספר שב שמעתא כ' דהך עד שתוחזק דסיפיה קאי נמי אירשא באומר האב שקידשה וליתא למעיין בדברי הרמב"ם ולפמ"ש א"ש ונלענ"ד לבאר יותר לפי מאי דקי"ל דילפינן דבר דבר מממון דאין דבר שבערוה פחות משנים ובאמר לו ע"א זינתה אשתך ושותק ואפילו מהימן כבי תרי אינו נאמן רק בבא לצאת י"ש. ולפי"ז צ"ל הא דסוקלין ושורפין על החזקות משום דחזקה כאיכא סהדי דמי וכמ"ש הר"ן לענין גט דמהני עדי חתימה שאנו דנין אותו כעידי מסירה שהרי ממה שהגט בידה אינו יודעין שמיד הבעל בא לידה וה"ט בחזקות כשאנו רואין שהם מתנהגין יחד כדרך איש ואשתו ל' יום ה"ז כאלו באו עדים לפנינו והעידו על שעת הקידושין ולפ"ז אם האב אמר קדשתי ואין כאן עדים כלל על הקידושין לקטלה לא הימנא רחמנא וצריך שני עדים ככל דבר שבערוה ואף אם הוחזקו שהאיש שאמר עליו האב שקדשה לו נהג עמה מנהג ארוס וארוסתו אין זה מחזיק את האב שקידשה לו שידמה עליו כב' עדים שקיבל קידושי בתו וכיון שאין כאן עדים על האב שהוא אשר תלוי בו ענין הקידושין ולא שייכא ביה חזקה כלל פשיטא דלא מיקטלא משא"כ באומרת נתקדשתי כל שהוחזק ל' יום על פי הנהגתם שפיר סוקלין דמה שהוחזקו כעדים דמי. ועפ"ז נלע"ד ליישב קושית התוס' שהקשו בהא דאמרינן לקטלא לא הימניה רחמנא דהא קרא כתיב וסקלוהו. ולפמ"ש

י"ל דכבר כתבתי שהפ"י הקשה דלמה אין סוקלין שהרי האב נאמן וא"כ הוחזקה על פיו. ולפמ"ש לק"מ דלענין קידושי האב לא שייך חזקה דמה יושיענו זה שהאיש והאשה מחזיקין עצמן כארוס וארוסתו להעיד על האב שקיבל קידושיו. אך זה דווקא בקידושין אבל במסירה לחופה י"ל דשפיר שייך חזקה זו על האב ג"כ דכיון שהוא אומר שהשיאה להאיש הזה ומסרה לו להביאה לביתו ומתנהגין כאיש ואשתו שפיר הוי חזקה גם על האב וכיון דהאי קרא במוציא ש"ר כתיב דמיירי ע"י נשואין ואז שפיר י"ל דחזקה זו כעדים על האב דמי שהשיאה לזה ואפשר דמהא ילפינן דסוקלין על החזקות ושפיר התרו בה עפ"י החזקה ולהכי אמר קרא וסקלוהו משא"כ הש"ס דמיירי לענין קידושין ואין כאן חזקה על האב רק מחמת אמירתו לבד אמרינן דלקטלה לא הימני' ובהכי מיירי נמי הרמב"ם בקידושין לבד ולכך לא כתב עד שתוחזק והדברים ברורים לענ"ד ועיין בס' המקנה שכתב לחלק בין בפני ב"ד דמהני אמירה שתהיה מוחזקת אח"כ עפ"י עצמה וכ"כ בספר ש"ש ומ"ש שם תחלה לתרץ עפ"י דברי הוראה דלפלוני לא מהני אמתלא ובש"ס מיירי דלא אמר לפלוני ז"א ועיין בשו"ת פ"י סימן א' שהביא דברי רש"י כי הימני' רחמנא לאב דכתיב את בתי נתתי כו' ולדבריו ליפלגו רב ורב אסי לענין אם לאב מועיל אמתלא כיון דהא בהא תליא) ובאמת קושית הפ"י הוא משום דאין כאן התראה אם לא שנאמר שהוחזקה ומ"ש בספר המקנה דהאב אמר להעדים לפני הזנות ועפ"ז התרו בה דמסתמא יעיד האב בב"ד הוא תמוה וכי משום שהתרו בה עפ"י אומד דעתם שהאב יאמר כן בפני ב"ד נוציא את זו לסקילה הא י"ל שלא יעיד בב"ד ואפשר שיחזור בו ע"פ אמתלא מבוררת ואע"ג דהשתא מיהא לא הדר ביה מ"מ התראת ספק היתה ואין קבלת התראה זו כלום שיכולה לומר אחוכי קא מחייכינא כי היה סמוך לבו בטוח שלא יעיד אביו בב"ד. אך לפמ"ש א"ש ועיין בספרי בית אפרים סימן ל"ט ס"ק קס"ח שכתבתי שם דאף במקום דמהני חזרה היינו משום דהוי כע"א אחר שחוזר ומעיד משא"כ כשכבר נעשה מעשה ולפ"ז י"ל דגם אב דהימניה רחמנא לא מהני שיחזור ויאמר אח"כ שלא קידשה דלענין הא לא הימניה רחמנא ואע"ג דאיהי גופא מהימנא באמתלא משום דאין נאמנות דידה רק משום שויה נפשה ח"ד ולזה מהני אמתלא משא"כ היכא דהימניה רחמנא שוב אינו חוזר ומגיד אלא באמתלא ולפמ"ש בספר המקנה י"ל דבאמת לא הימניה רחמנא רק כשמעיד בב"ד כדכתיב ואמר אבי הנערה אל הזקנים ולפ"ז יש לעיין דמנ"ל דלאיסורא הימניה רחמנא חוץ לב"ד ועיין בכתובות דף כ"ב ובתוס' שם שקצרתי: ועתה נבא לברר ההיתר בנידון דידן אחר שכבר ביארנו שאין כאן רק קידושין דרבנן אליבא דכ"ע כיון שהיתה קטנה בשעת קידושין ואין כאן עדי יחוד וגם האשה אומרת

לא נבעלתי וא"כ איכא חזקה דגופא ואיכא דיעות דס"ל דמהני אמירתה לענין זה וכמ"ש בתשובה א' באורך בזה ואף לפי שיטת הרא"ה דאם דרים יחד הו"ל כעידי יחוד דמידי דכ"ע חזי כ"ע סהדי מ"מ לפי מה שמבואר מהגב"ע שהיתה קטטה ביניהם משעה ראשונה אין ספק שגם הרא"ה מודה בזה ומכ"ש בזה שלא נבדקה משהגדילה ודעת הרבה גדולים דחזקה דרבא אינו רק ספיקא לחוד ועיין בס' המקנה דף ס"ג שכ"כ לשיטה קמייתא דהתוס' שם ובדף ע"ט נראה מדבריו דס"ל דאינו רק מדרבנן ומדאורייתא בעינן שנים וסימנים דאוקמי אחזקת קטנות ואף לשיטה הב' שבתוס' שם כתב דאף דס"ל בשיטה זו דגם לעונשין שייך חזקה דרבא מ"מ לא מחזיקינן שבאותו יום הביא שני שערות כדינו אלא משערינן לפי שיעור ערך זמן גידול השערות שצמחו משנת י"ג וי"א עד זמן שיגיע לכוף ראשן לעיקרן. וכן השיב לו הגאון החסיד ז"ל בשנת תקנ"ב לפ"ק בתשובה וכתב שם שי"ל פשוט שאם בדקו והוא כמה שנים אחר גדלות והוא כדי לכוף דאזדא ליה חזקה דרבא דא"א לומר שהתחילו לגדל בשנת י"ד בתחלתה כו' ועיין בס' המקנה שם ובדף ע"ט דאף לשיטה זו דוקא כשנמצא לה שערות אח"כ מחזיקינן לה בגדולה משעה שהגיעה לכלל שנים אבל אם לא ידעינן אם הביאה שערות אף לפי שיטה זו לא מהני חזקה דרבא (ועיין בח"מ סימן ל"ה בשם תשובות הרא"ש דמחזיקינן בגדול למפרע והב"י באה"ע סימן מ"ג כתב בשם מורו הרב הר"י ביה רב שהרשב"א והרב דראן חולקין בזה והארכתי במקום אחר בזה) ונראה דבזה שעתה הוא יותר מבת עשרים אין ראיה משערות של עכשיו להחזיק למפרע והוי כלא ידענא אם הביאה שערות. אמנם אפילו תימא דמחזיקינן למפרע מ"מ עכ"פ לא מסתבר לומר שבמה ששהה עמה מפורים עד בתר פסחא נתייחד עמה ובעל לשם קידושין כיון דאז לא נודע עדיין אם גדולה היא ואם לחוש שמא הוא בדק בה וידע שהביאה שתי שערות גם ז"א דהא ודאי לא הגיעה בזמן הזה בכדי לכוף ראשן לעקרן ואם נפשך לומר דמ"מ מחית נפשיה לספיקה כבר ביארנו דודאי לא שייך לומר כן כיון שהוא בא ממקום אחר בודאי לא עלה על לבו שזו קטנה היא והגיע לפרק גדלות בזמן ההוא שניחוש לו שנתייחד לבעול לשם קידושין ומכ"ש מצד העדים פשיטא דלא מהני מה שנחזיק למפרע לומר שהעדים כיוונו לשם קידושין או מה דכ"ע חזו שאין מי שמעלה על לב עסק קידושין שהרי לא העלו על לבם עסק קידושי קטנות ואדרבא הרי שכיני' העידו שהיתה ממאנת בו ומסתמא בעיר קטנה ואנשים בה מעט היה הדבר מפורסם וחברא חברא אית ליה שהיתה ממאנת בו ובורחת מפניו ומסתמא דנו שאינה מתיחדת עמו ודבר פשוט הוא דכל כה"ג לא שייך לומר כ"ע סהדי וגם הגאון בעל נ"ב במהדור' תנינא מודה בכה"ג כמ"ש בחלק

אה"ע ס"ס נ"ב וז"ל ואין זה דומה להך עובדא דק"ק בענדין אשר הזכרתי בנ"ב סי' ס"ב (ר"ל שהתירה בלא גט) ששם כבר נולדו ביניהם קטטות ומריבות קודם שהגדיל כו' ע"ש ואדרבא מדבריו שם יוצא לנו קולא גדולה לנ"ד שכתב שם שקטנה שלא מיאנ' בפירוש אבל אמרה שאין רצונה לדור עמו להבא ואח"כ גדלה אף שצריכה מיאון כיון שלא אמרה רק על להבא מ"מ יכולה למאן גם אחר שגדלה ולפ"ז בנ"ד כיון שהעידו שעכ"פ לא רצתה לדור עמו ולישב עמו אף שעתה היא גדולה וממאנת והולכת וקי"ל דכמו שממאנת בבעל כן ממאנת ביבם ועוד כתב שם הגאון הנ"ל שאם לא מיאנה בבעל ומת בעודה בקטנותה אף שלא מיאנה ביבם עד שהגדילה והביאה סימני גדלות ממאנת והולכת כו' ע"ש וא"כ בכאן נמי עכ"פ ספיקא איכא שמא לא הביאה שערות אלא אחר מיתת הבעל וא"כ ממאנת לזיקת היבם וכיון דאפילו אם נימא שהביאה שערות משהגיע לכלל גדלות אין כאן רק קידושין דרבנן ספיק' דרבנן הוי ואזלינן לקול' ואמנם בלא"ה נלע"ד לפי הלשון שהעידו שני עדים בלשון זה שיודעים בבירור שלא רצתה לדור עם בעלה משעה ראשונה והיתה בורחת המנו לבית אחרים והאחד סיים בה שהיתה רגילה תמיד לברוח ממנה מחמת זיא האט אים ניט גיקאנט אן קוקין וידוע שא"א שיעידו ע"ז בבירור אם לא ששמעו מפיה שאינה רוצה בבעלה ואם כן מיאון גמור הוא וכמבואר בש"ס ופוסקים דאפילו שלא בפני הבעל ושלא בפני הב"ד הוי מיאון אם יש שנים מעידין על הדבר ועיין בשו"ת מהר"י מינץ וש"ש שהביאו בשם רבינו שמחה דאפילו מיאנה בינו לבינה והבעל מודה סגי בהכי ומכ"ש כאן שיש עדים לפנינו המעידים על המיאון צריך שיתברר להם שהיא קטנה היינו לענין שאין להם לב"ד לכתוב או לקבל עדות כמבואר בבית יוסף מטעמא דלמא נפיק מיניה חורבא כמבואר בבית יוסף שם שהביא ראיה מדאמרינן אין ממאנין אא"כ מכירין כו' וכ"כ בשו"ת שער אפרים סי' והאריך בזה וכ"כ בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' ז' ומ"ש בנ"ב מהדורא תנינא סי' נ"ב לחלק בין חזרה למיאון והביא לשון הרמב"ם פ"ד דאישות כיצד מקודשת למיאון שאם נתקדשה ולא רצתה לישב עם בעלה צריכה למאן בפני שנים הרי שאף שלא רצתה לישב עם בעלה אפ"ה לא מהני דמה שאינו רוצה לישב עמו היה ראיה שאינו רוצה בו להבא אבל אין זה ראיה שרצונה לעקור קידושין הראשונים ולכן צריכה למאן ולומר שאינה רוצה שיהא בעלה כלל או אינה רוצה בקידושי אמה כלל כו' ע"ש לענ"ד הוא תמוה מאוד דמאי עדיפתא דלשון אי אפשי בפלוני בעלי שנפרש אותו שרצונה לעקור הקידושין ולא נאמר שכוונתה שאין רוצה בו להבא וגם לא נזכר מזה בש"ס ופוסקים דאדרבא משמע מדאמרינן דף ק"ז מיאנה בו מותרת לאחיו דאמרה ליה לא רעינא בך ולא צבינא בך בך

הוא דלא רעינא הא בחברך רעינא כו' משמע להדיא דאינה עוקרת הקידושין למפרע ואם נפשך לומר דמ"מ אם אומרת לשון זה שאינה רוצה לישב עם בעלה אינו לשון מיאון גם ז"א ומבואר בלשון נוסח הגט מיאון שכ' הרמב"ם והטור והשתא גליתי דעתי דלא צבינא ביה ולא קאמינא עמיה מבואר דגם לשון זה דלא קאמינא עמיה הוא לשון המועיל במיאון דאל"כ לא היה לו להזכיר לשון זה בגט מיאון כלל כיון שאינו לשון המועיל ומה שמדקדק מל' הרמב"ם שכ' ולא רצתה בו צריכה למאן כו' אין זה דקדוק כלל שאין ר"ל שאמרה כך ר"ל אם רצונה שלא תשב עמו אז תמאן בפני שנים והאומר שכנגדו מוכיח שבר"פ י"ג מהל' גירושין כתב שהנושא קטנה יתומה ולא רצתה בבעל ממאנת והולכת כו' הרי שלא הזכיר לשון ישיבה רק ולא רצתה בבעל שהוא גופיה לשון המיאון כמ"ש שם דין ח' כיצד ממאנת אומרת בפני ב' עדים אין רצוני בפלוני בעלי כו' וע"כ מ"ש ולא רצתה בבעל היינו על מחשבתה או אם אמרה כן בפני אדם אחד שאין רצונה בבעל אזי יצוה לה שתמאן בפני שנים וה"נ מתפרש הך לישנא דפ"ד דאישות ובאמת הטור והש"ע לא הזכירו ל' זה דולא רצתה ואם איתא דס"ל לחלק בזה לא הוו משתמטי להשמיענו כזאת ואמנם בנ"ד שהעדים העידו שלא היתה רוצה לדור עם בעלה נראה דגם הגאון מודה דודאי שמעו מפיו לשון מיאון אלא שדברו כלשון בני אדם שדרכם לומר כן באשה שאין רצונה בבעלה ובפרט לפי מה שהעיד עד השני פשיטא שהוא לשון מיאון. ועיין בשו"ת שער אפרים שנראה משם דכל הלשונות שמשמעותן מיאון מהני וכתב לצדד שם דאף אם אמרה אמה בפני' לאחר והיא היתה שם ושתקה אפשר דמהני ע"ש וא"כ כיון שנתברר לנו שהיא קטנה ומיאנה פקעי להם קידושי דרבנן ועידי יחוד אין כאן (ואם היה כאן עידי יחוד שנתייחד עמה כשהגדילה היה אפשר לומר דהוי כמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי כו' דאמרי' הן הן עידי יחוד כו' אע"ג דהוי נשואי קטנה ובטלו ע"י מיאון וא"כ נימא דהוי כפנוי המתייחד עם פנויה שאין חוששין לקדושין אך ז"א דמ"מ כיון שעכ"פ היה כאן נשואין מעיקרא אמרינן אין אדם עושה ב"ז וגם לבו גס בה כיון שעכ"פ היתה נשואה לו וגרע ממשודכת שכתב הרמב"ן דלא חיישינן לקדושין עיין באה"ע סי' קמ"ט) וגם לא שייך סברת הרא"ה במידי דכ"ע חזו כיון שיש כאן עידי מיאון לפנינו וגם הם מעידות שהיתה קטטה ופירוד באותו פרק שהיה שמה אין כאן בית מיחוש כלל ועיין פי"א מהל' גירושין בדברי ה"ה והלח"מ שמפרש דברי הרמב"ם דאף אחר י"ב שנה כל שלא נבדקה אין ידוע בבירור אם הביאה ב' שערות אם לא בעל אחר י"ב שנה ממאנת והולכת וגם דעת בעל מתיבות ומקצת הראשונים והביאו דעתם הרמב"ן והרשב"א ביבמות דאף בגדולה ממש בשנים וסימנים אם היה נשואי קטנה

ממאנת בגדלות והולכת אם לא בעל וכיון דאיכא צידי צדדים שאף אם היה אח לפנינו אינו זוקק ליבום נקיט מיהא בידך בכה"ג דמספקא לן דילמא ליכא אחין כלל דנקטינן לקולא דעכ"פ אין כאן רק קדושין דרבנן ואזלינן לקולא:

אמנם ראיתי במכתב ב"ד הצדק שבזמן קדום שמעו מפי האשה שבשעת נשואין הגיעה לפרק גדלות וא"כ לפמ"ש הרשב"א הובא בי"ד סי' א' אף היכא דאיכא עדים שוי' נפש' ח"ד. אך במ"ל הלכות אישות הוכיח ממהרא"י להיפך וכתב דמהרא"י מיירי כשחוזר ומודה לדברי העדים ואף הרשב"א מודה בזה. ובתשובה הארכתי בזה וא"כ בנ"ד שעת' האשה אומרת כדברי העדים ובפרט דאיכא אמתלא שמצאו לטעות בזמן מועט כזה דהא אף בעדים אמרינן אמתלא כי האי כמבואר בח"מ סי' מ"ג דאם אמרו טעינו בשנת המלך או בעיבור' דירחי שפיר חוזרין ומגידין. ולפמ"ש המ"ל אף בלא אמתלא רק שחוזר ואומר שקר ענה מתחילה נאמן כיון דאיכ' עדים דמסייע לדבריו הראשונים א"כ כ"ש באמתלא טובה כי האי דרוב ב"א אינם יודעים בדקדוק ערך שני' שלהם וצריכין לסמוך בזה על אחרים וא"כ תפס לשון אחרון ומעיקרא טעתה ואנן אעדים סמכינן ומכ"ש בענין זה דלא מוחזק לו באחין רק מחמת עדות בני משפחתה שהבעל אמר בשעת שידוכין שיש לו אחין כבר הרביתי טעמים שכדאי הם לסמוך עליהם במקום עיגון אף אם יש חשש קדושין דאורייתא (ובשו"ת מאיר נתיבות ושו"ת בגדי כהונה העירו לצדד בנידון זה דשמא מה שאמר יש לי אחין אחים מן האם קאמר ע"ש אך בנ"ד שאמר שיש לו אב ואחין נראה דסתמו כפירושו דאחין מן האב קאמר כיון שהיה מעלה האב בזכרו אם איתא שכוונתו לאחים מן האם הו"ל לפרושי) וגם יש לצרף לזה כיון דחזינן בפשפש שפשפשו הב"ד במקומות שאמר האיש שיש לו אחים שמה וחקרו ודרשו היטב ואין שם מי שידע או יזכור שהיו שם מהאנשים אשר פרט שמם רגלים לדבר שכדי להשביח מקחו אמר כן מדאג' מדבר כי בוז יבוזו לו כי הוא איש שאין לו גואלים וקרובים ולא יאותו האנשים לתת לו הנערה להאשה ובכה"ג גם במקום חומר א"א אשכחן דסמכינן על החיפוש כמבואר בסי' י"ז ע"ש בק"ע בשם תשובת הרא"מ ואף שכתב מהריב"ל ששני פסקי הרא"מ סותרים זא"ז מ"מ כתב מהריב"ל שעיקר כפסק שני להתיר וגם בתשובה אחת כתבתי שלענ"ד אין הפוסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו רק אמר סתם יהודי ממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו אם איתא שהיה שמה היה נזכרים כשהיו שומעין השם כי הזכרת השם מעורר כח הזכרון:

ואמנם בתשובה א' כתבתי דבכה"ג שאנו צריכין לפרש סביבות העיר בכפרים החיפוש קשה בזה בזה"ז דלא שכיח יהודים בכפרים ואולי רוח המושל עבר עליו וזה כביר כי דלו

מאנוש נעו ולא יכירנו עוד מקומו מ"מ אם אמרנו להחמיר בא"א יקל באיסור יבמ' לשוק דמסתמא בי דינא דייקי וידעי כי אשר ישבו בה לפנים עודם שמה ויודעים כי לא היה שם אנשי שם כאלה ואע"פ שדעת הרבה פוסקים שאין לחלק בין א"א ליבמה כדאמרינן ביבמות מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת מ"מ דעתי לחלק בזה וכבר הארכתי במקום. ועיין בספרי בית אפרים ואפילו תימא שאין לחלק בזה מ"מ בזה שאינו רק זיקת יבום דרבנן וגם עוד צדדים להקל יש לצרף גם בהחיפוש הזה להיות סניף להקל מכל הלין טעמי נלע"ד להתיר אשה זו לעלמא:

דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה ס

שלום וברכה למאיר עיני חכמים בהלכה ה"ה כבוד אהו' מחו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם מופת הדור באורו נראה אור. כש"ת מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפ"ק יצ"ו:

אותיותיו המאירים ראיתי ואשתומם על המראה כי כפי הנראה איידי דטריד בגירסי' קרא בדברי דרך העבר' ולכן שם למטרה אשר כתבתי בכחא דהיתרא לפי שהבעל לא ידע שהיה קטנה ודברי שם אמורים כלפי מ"ש הכ"מ פ"ד מהלכות אישות בשם הרד"ך ומכ"ת העתיק הדברים לענין חשש שבעל לשם קדושין כאשר עיניו תחזינה משרים בקונטריסי הראשון וגם יבואר לפנינו אי"ה. אך רגע אדבר נפלאות בדברות קדשו שכתב באריכות להוכיח במישור דלענין מומין ונדרים בקידש וכנס סתם אמרינן דמסיק אדעתיה ומספק בועל לשם קידושין. ובנ"ד נמי יש לחוש שמא עכ"פ היה מסופק אחר שנשאה דילמא היתה קטנה בשעת נשואין בפרט שזה דבר מצוי שאחר נשואין שאל אמה ובני משפחתה כמה היא לבושת שנים או שנתוודע לו ממילא ואיכא חששא דלמא בעל לשם קידושין ושוב הוסיף לדחות היתר זה דכיון שלא ידע שהיה קטנה אין בועל לשם קידושין דאף אם נאמר דחששא דקטנה היא כמו חששא דאיילונית מ"מ הא בלא"ה צריך לבעול לשם קידושין מחמת חששא דמומין אם כן ממילא נתקדשה אחר שגדלה ואף דלכאורה ז"א דמחששא דמומין הוא בועל תיכף לשם קידושין אחר כניסה לחופה והיא לא נעשית גדולה עד י"ג אדר שני וא"כ ל"ל לבעול לשם קידושין אחר שנתגדלה כו' יש לדחות כיון דזמן מועט היא לזמן גדלות שלה יש לחוש דילמא לא בעיל כלל עד שהגיע זמן גדלות ואז היה הכרח לבעול לשם קידושין מחמת חששא דמומין וממילא נתקדשה כשנעשה גדולה ואף שכתבו על זה דאין זה מנהג ותיקין מ"מ יש לחוש לזה ע"כ תירץ דברי קדשו בקצרה. והואיל וחביבין עלי שמעתתיה דרב נהור'.

אמרתי אחכמה והיא רחוקה ממני כטעמי פרה ותמה אני אם אמרה כי לפי דברי מכ"ת קורא אני על האיש הזה כמה צנוע או גרוע האיש הזה שנשתנו עליו סדרי הקידושין של כל ישראל וכמה שנים גדלנו בבית המדרש ולא שמענו הלכה זו והרי כל ישראל מקדשין סתם ולא אחד בהם שיכווין בביאה לשם קידושין מדאגה מדבר שמא ימצא מומין או נדרים ועוד שהרי דעת כל הפוסקים דאין הביאה מועיל לשם קידושין בלא עדי יחוד שהן הן עדי ביאה לשם קידושין וא"כ כל נושא אשה היה צריך להעמיד עדי יחוד בביאה ראשונה בכדי שיוכל לבעול לשם קידושין ועכ"פ כל חכם לב יבואו ויעשו כן. אך בלא"ה דבר ברור הוא שאין שום אדם שיכווין בביאה לשם קידושין וכל שהוא מקדש בסתם ועוד דלפ"ז תיקשי בהא דאמרינן בכתובות שם אתיביה מודים חכמים לר"א בקטנה שהשיאה כו' התם נמי בהא פליגי דמ"ס אדם יודע כו' ומר סבר אין אדם יודע כו' ולפי סברת מכ"ת תיקשי כיון דכ"ע אית להו הכא דאין אדם עושה בעילתו ב"ז רק דבתנאי של טעות אשה אחת אמרינן דאתנאי סמך ולא בעל לשם קידושין וא"כ בקידשה סתם וכנס' סתם דליכא תנאי אמרינן א"א עושה בב"ז ובעל לשם קידושין ולפ"ז מאי קאמר מר סבר א"א יודע כו' אדעתא דקידושין הראשונים בעל דהא בלא"ה ע"כ בועל לשם קידושין כיון דקדשה וכנסה סתם בועל לשם קידושין וממילא דמקודשת ג"כ מחמת שבעל לשם קידושין משגדלה וא"ל דהתם מיירי שיש זמן בין כניסה לחופה לגדלות והבעולה לשם קידושין תיכף אחר כניסה לחופה ז"א דהא הרי"ף מפר' טעות אשה אחת היינו שקידש ע"ת ובעל לאלתר והש"ס קאמר דבקטנה טעות אשה אחת היא אלמא דמשמע ליה דהך ברייתא מיירי שהבעולה היתה בחופה וקידושין (ומצאתי בש"מ בשם הרמב"ן שהר"י בן מיגש הקשה על הרי"ף דמנ"ל דהא דקטנה היה לאלתר והרמב"ן מיישב שיטת הרי"ף ולפי דבריו אפשר לומר דשפיר מיירי שזמן הגדלות היה רחוק מהביאה ואפ"ה מדמי לאשה אחת ע"ש) ועוד קשה דהא אמרינן התם המקדש במלוה ובעל ע"ת ובעל בפחות מש"פ ובעל ד"ה צריכה גט וכתבו התוס' דרב ושמואל בכנס ולא בעל פליגי ובבעל ס"ל דצריכה גט משום דאין בב"ז ולפי סברת מר קשה דל"ל למימר הא דמקד' במלוה או בפחות מש"פ דודאי הכי הוא כיון שקידשה וכנסה סתם צריך לבעול לשם קידושין מחמת מומין ומכ"ש דקשה למ"ד במלוה ובעל א"צ גט משום דטעי כו' ומה בכך דטעי דהא נהי דגם במקדש ע"ת ס"ל דא"צ גט משום דטעי וסובר כיון שהתנה ואעפ"כ היא נישאת לו מסתמא נתקיים התנאי ואין עליה נדרים אבל מ"מ לענין קידשה סתם וכנסה סתם מודה דצריכה גט מחמת שאין בב"ז דליכא למיטעי כיון דלא התנה וא"כ גם מקד' במלוה תהא צריכה גט דאע"ג דטעי בהכי מ"מ בלא"ה בועל לשם

קידושין מחמת חשש מומין ונדרים כיון דלא התנ' וקידש סתם מסיק אדעתיה שמא יש בה מומין ונדרים ובועל לשם קידושין אלא ודאי דהא ליתא. ולענ"ד גם מכ"ת לא אמר כן להלכה אלא לאצטרופי בעלמא וחומרי חומרי נקט וכנראה גם כן ממ"ש כ"ת וז"ל יש לדחות כיון דזמן מועט הוא יש לחוש דלמא לא בעל כלל עד זמן גדלות כו' ופשיט' שאין סברא להחמיר מחמת זה לבד דא"כ נתת דבריך לשיעורים איזה מקרי זמן רב או מעט ועוד דהא הנשואין של האשה היה בר"ח אדר ראשון וי"ב שנה שלה כלו בי"ג אדר שני לפי דעת מהר"י מינץ ופר"ח כתב שכן עיקר וא"כ הא קי"ל דטפי מתלתין יומין לא מוקי נפשיה וע"כ שבעל בעילה הראשונה בעודה קטנה ואם נאמר דמוקי אנפשיה טפי א"כ י"ל שלא בעל כלל שהרי אחר פסח נסע משם והאשה אומרת לא נבעלתי וגם מכ"ת הרגיש בזה בעצמו שכתבו שאין זה מנהג וותיקין אלא דמ"מ יש לחוש עכ"ל וא"כ הא קמן שאנו חוששין שלא היה וותיק ואנן ניקום וניחוש דבשביל שקדשה סתם חשש למומין ונדרים ובעל לשם קידושין שלא תהיו בב"ז מה שאין נוהגין כן אף ת"ח הנוהגין בחסידות ופרישות יתירה ואיזה סימני טהרה הכרנו בו שנאמר שהיה חושש למילתא דלית דחש לה ומלבד זה אני תמה דאם נאמר שלא בעל עד שהגיעה לימי גדלותה שכבר עברו יותר מארבעים יום שהיה לבו גס בה ובודאי כבר בדוקה היא אצלו וידע שאין עלי' מומין ונדרים ואף אם בועל אז אין בועל לשם קידושין והך דקדשה סתם וכנסה סתם היינו משום דמסתמא בועל לאלתר ועדיין לא נודע לו אם יש בה מומין ונדרים או לאו ואם נפשך לומר דלא נתן לב לחקור על מומין ונדרים בזמן מועט למה ניחוש שנתן לב לחקור שמא קטנה היא דהא מומין ונדרים שכיחי ומר מדמי לה חששא דקטנה לומר דשכיח גם כן ועכ"פ לא שכיח טפי מנדרים ומומין ודוחק לומר דבאיסורא מזדהר טפי ונחית לספוקי ומחוורתא כמ"ש דגם מכ"ת אין דעתו להחמיר משום זה וכדי נסבה:

ודאתאן עלה בענין קדשה וכנס סתם דבעי גט ופירש מכ"ת דגם בזה אמרינן דאין בב"ז ובעל לשם קידושין אם כן נחפשה דרכינו אם היא הלכה למה אין מורין כן לעם את המעשה אשר יעשון בכדי שלא יבואו לידי ב"ז שיהיו מעמידין עידי יחוד לביאה ראשונה וא"ל שסומכין בזה על דעת הרא"ה דא"צ עידי יחוד ממש. הא בורכ' דודאי אף אדירי התורה המדקדקין במעשי' לא נהיגי הכי ולית מאן דחש לבעול ביאה ראשונה לשם קידושין מהאי טעמא. אמנם האמת לענ"ד דהא דקידשה סתם וכנס סתם צריכה גט אליבא דרב לאו מטעמא דבעל לשם קדושין אתינן עלה אלא מטעמא דכיון דאין עושה בב"ז א"כ מדבעל אמרינן דלא קפיד וממילא נשארו קידושין הראשונים בתוקפן ואם לא בעל אמרינן דמסתמא קפיד או עכ"פ ספיקא הוי כדמשני לשמואל תנא ספוקי מספקא

ליה משא"כ כשבעל ואליבא דרב הא קמן דלא קפיד דמסתמא אין דעתו לעשות בב"ז וחלו הקידושין של כסף וכן מבואר בח"מ וב"ש סימן ל"ט דאם שתק כשנודע לו המום אע"פ שצווח לבסוף הוי קידושי ודאי וטעמא משום דבקפידא תליא מילתא וכ"כ הב"ש שם ס"ק ז' דאם שהה עמה אח"כ הוברר הדבר שאינו מקפיד ומקודשת בודאי וכשבעל סתם הוי הוכחה גמורה דלא קפיד משום דלרב אין בב"ז א"כ חזינן דהאי דלא התנה משום דלא קפיד הוא ודווקא בקידשה ע"ת אמרינן דכיון דאין בב"ז בועל לשם קידושין כמ"ש התוס' ד"ה אלא טעמא כו' והיינו משום דהתנה בהדיא שלא יהיו נדרים ומומין וכיון דבאמת היו בה מיד בטלו הקידושין דכסף כמ"ש התוס' ד"ה לא תימא כו' דבס"ד דאחולי אחלי' נמי א"א לומר משום דחלו קידושי כסף אם לא שנאמר דבשעת הקידושין היה דעתו לכך כו' דכיון דקידשה ע"ת ולא נתקיים בטלו הקידושין לגמרי וס"ל לאביי דלא אמרינן משום דאחולי אחיל ובשעת קידושין היה דעתו לכך דהוי מהני בכנסה אע"ג דלא בעיל אלא טעמיה משום דאין בב"ז וקידושי כסף קמאי בטלו מחמת התנאי רק שהוא מכווין לקדשה עכשיו בביאה וכל זה בהתנה בהדיא בשעת קידושין שהרי הא קמן דקפיד ולא הוי קידושין משא"כ בקידש' סתם דאין ידוע אי קפיד או לא וכל שלא כנסה ונמצא עליה נדרים או מומין וצווח מיד בטלו הקידושין אבל אם כנס ובעל כיון דאין עושה בב"ז זה מורה דלא קפיד והוי כאילו חזו להו ושתק בההוא שעתא דאף שצווח אח"כ נתקיימו הקידושין כמש"ל בשם הח"מ וב"ש ואין אנו צריכין לומר שכיוון בביאה זו לשם קידושין כלל ומ"ש התוספות בריש יבמות ובגיטין דאיילונית דלא שכיחא לא מסיק אדעתיה לבעול לשם קידושין לאו דווקא לבעול לשם קידושין אלא ר"ל דאין הכרח מביאה זו דמחיל על זה שלא יקפיד אם תמצא איילונית ויהיו הקידושין שקידש קיימין אלא לא מסיק אדעתיה שתהיה איילונית כלל וסומך דעתו שבודאי אינה איילונית ואם באמת נמצאת איילונית בטלו הקידושין ואיידי דנקטי התוס' ברישא לענין נדרים ומומין דמייתי מ"ד דצריכה גט ומיירי לענין ע"ת דאז צריכין לומר דבועל לשם קידושין נקטו נמי לענין איילונית הך לישנא לבעול לשם הקידושין אבל הכוונה דלא מסקי אדעתיה לבעול אדעתא שיתקיימו הקידושין כיון דלא מסיק אדעתא דהא באיילונית בקידשה סתם ובעל סתם מיירי ובזה אין צורך שתהיה הביאה עצמה לשם קידושין כדפרישית ועיין בדברי הרא"ש שכתב ומיהו גם לרב הונא הכי דהא אפילו בקדשה ע"ת כו' כ"ש בקידשה סתם וכנסה סתם שרוצה שתהיה אשתו אף אם ימצאו עליה נדרים ומומין לענין להצריכה גט וכוונתו כדפרישית דבקידשה סתם וכנס סתם ברצון תליא מלתא דכל שהוא מרוצה שתהיה אשתו אף שיש עליה מומין ונדרים סגי בהכי להצריכה גט

שלא נתבטלו הקידושין. והדברים ברורים לענ"ד ועוד יש לאלוה מילין וקצרתי כעת. דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה סא

צפרא דמכ"ת טב כבוד אהובי מחו' מופת הדור והדרו הגאון המפרס"ם מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפה ק"ק יע"א ענוותו תרבינו. הנה ראיתי דברי מר בענין האשה הנשואה לבעל ובא אחד ואמר שאשתו היא זאת והיא טענה שנתגרשה ונתבררו גירושין ממכתב ב"ד איך שקיבלה גט מאיש הזה אך אח"כ מחמת גזרת המלכות נתגרשו האיש והאשה משם ובאו לכאן לאכסניא אחת והעיד בעל אכסניא שהאשה אמרה בפניו שהי' בעלה והאשה מכחשת אותו וכ"ת התירה לבעלה דע"א בהכחשה לאו כלום הוא. ודבריו א"צ חיזוק שבזה שהיא מכחשת אפילו אם לא נישאת עדיין שריא להנשא ומכ"ש בזו שכבר נישאת שאפילו אם היתה מודה שנתיחדה עם זה בעדים ונבעלה לו לשם קידושין לא היתה נאמנת כמבואר בהג"ה ס"ס מ"ו דדווקא אם יצא הקול גם כן אז מהני הודאתה וכמ"ש שם הב"ש בשם הד"מ ומ"ש הח"מ שם דאם הוי הודאה היה ראוי דרך עצה טובה לחוש לדבריו ויגרש אותה כיון שלפ"ד אסורה לו היינו התם שהיא בעצמה מודה אבל היכא שהיא מכחשת ולפי דבריו מותרת לו בשביל אמירת העד לבד אפילו דרך עצה טובה אין לעשות וטעמא רבא איכא דבשלמא כשהי' אסורה לפי דבריו אם כן ליכא חרגמ"ה משא"כ כשהיא אומרת מותר אני ואינה רוצה להתגרש פשיטא שאין להשיאו עצה דהא אדרבא י"א דמנדין אותו על שעבר חרגמ"ה מה שא"כ הח"מ מיירי שהיא עומדת בהודאתה וצווחת להתגרש ואין כאן חרגמ"ה ועכ"פ במכחשת פשיטא דאין להשיאו עצה דאפילו היכא שאין מכחשת רק שאין הודאתה הודאה גמורה כתב דאין להשיאו עצה כיון שאפילו חתיכה דאיסורא לפ"ד אין כאן ע"ש שפירש כן לדברי הרא"ש והרא"ש מיירי אף בלא מנהג חרגמ"ה אבל לפי חרגמ"ה אף שיש כאן ע"א אין להשיאו עצה לחוש לדברי העד כיון שהיא אומרת שלא נעשה ח"ד כלל ומכ"ש כשמכחשת לגמרי:

אך אני מסתפק אם הבעל מעצמו יאמר שמאמין לדברי העד שאומר שהאשה הודית בפניו וגם מאמין להודאה זו שהודית האשה מה דינו כיון שהרמ"א כתב בהג"ה סימן קע"ז שני דעות בזה אם נאמן לומר שמאמין לדברי האשה או העד בזה"ז דאיכא חרגמ"ה ואפשר דזה חמור טפי דהתם לענין זנות אינו רק איסור לאו משא"כ לענין קידושין דאיכא חיוב מיתת ב"ד וכרת אפשר שגם הסוברים שם דאינו נאמן בזה"ז יחמירו בזה ואף דאמרינן ביבמות מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת מ"מ בכמה דוכתי אשכחן דבאיסור א"א מחמרינן טפי ויש בזה אריכות דברים בתה"ד ומהרי"ק ואין כאן מקומו

ועכ"פ מאן דסובר התם שהוא נאמן אפשר שיהא נאמן גם בזה ולא דמי למ"ש בסימן קט"ו בהודית לפני אחד שזינתה ואח"כ אומרת שקר הוא ומכחשת העד מותרת אף אם בעלה מאמין לעד דהתם טעמא קאמר דאמרינן שהודית מחמת שעיניה נתנה באחר ועכשיו חוזרת בה ומשמע היכא דליכא הך טעמא מהני מה שמאמין לעד והכא ליכא הך טעמא כיון שלפי דברי העד היתה הודאה זו קודם שנישאת דלא שייך ענ"ב וכיון שמאמין לעד נאסרה עליו ואפשר לומר דאף בכה"ג לא נאסרה אע"פ שאומר שמאמין להעד שאמרה לפניו שהוא בעלה מ"מ לא ביחן דבריו שאמרה שעתה היא בעלה רק סתם ואפשר שכוונתה היה שהוא בעלה מקודם שנתגרשה ולפעמים משתעי אינשי הכי ומקצרין בדבריהם ובפרט בזה שהיתה רוצה להסתיר חרפתה לפני בעל אכסניא אמרה לישנא דמשתמע לתרי אפי' ומה שמכחשת עתה אין זה כאומר לא לויתי כו' דאפשר אמרה ולאו אדעתא כיון שלפי כוונתה בדבור זה היה שהוא בעלה מכבר והוי ככל מילתא דלא רמיא כו' דלא אמרינן הוחזק כפרן הלכך אף אם נאמין להעד כבי תרי שאמרה שזהו בעלה לא הוחזקה כפרנית ומצינן לפרש כוונתה שהיה בעלה. ומצאתי ראיה ברורה לזה מניטין דף מ"ב דאמרינן א"ל רפרם לרב אשי ודילמא עבדיי שהיו כבר מי לא תנן הכותב כל נכסיו לעבדו כו' אלא עבדי שהיו כבר כו' וה"נ יש לפרש בעלי שהיה כבר ואע"ג דדעת הרא"ה הובא באה"ע סי' מ"ז באומרת נתקדשת לפלוני לא מהני אמתלא מ"מ היינו באם רוצה לחזור מדבורה שצריך אמתלא ולאו כל כמינה לחוב לפלוני ע"י אמתלא אבל בענין זה שכתבתי שאינו רק לפרש כוונת דבריו הראשונים ואדרבא אין בנו כח לאוסרה מחמת זה כיון שאף אם הוא אמת שאמרה כן מצי לפרש כוונתה באופן זה שלא תהי' אסורה וגם י"ל דאיהו הוי קמטעי נפשה דסברא כיון שבא עלי' אחר הגירושין וגם אפשר שהיה דעתו שתחזיר להיות עמו אמרה כן ועיין בתה"ד במ"ש די"ל שטעו וסברי שניהם עדיפי מעדים ובאמת לא היה כאן ע"י כלל ואין כאן קידושין וכעת לא נתחוור לי כל הצורך באם כה יאמר הבעל שהוא מאמין וענין זה צריך הסתר דבר שלא ליתן אצבע בין שיניו של הבעל השני וכל שאינו אומר שמאמין אין לנו לחוש ובפרט אם יש לו קטטה שאינו נאמן לומר שמאמין כמבואר סימן קע"ז. ולעיקר הדין אין ספק שדברי מכ"ת אמתים דאתתא דא שריא דהא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ואף שהמגרש אומר שבא עליה אחר גירושין ואף שאינו נאמן להעיד לעצמו מ"מ נימא פלגינן דיבור' ונצרף עדותו עם העד שאומר שהודית בפניו שזה בעלה ואם כן הרי כאן שני עדים. וא"ל דאי פ"ד א"כ עדותו על אחר שאחר קידש' ועדות ההודאה הוא שזה בעלה ואין מצטרפין ז"א דהא בכל פ"ד מצרפין כה"ג כגון בפלוני רבעני שהוא ואחר

מצרפין להורגו דפ"ד אע"ג שהשני מעיד עליו שהוא הנרבע ובעדותו צ"ל שאחר הוא הנרבע כמ"ש התוספ' בסנהדרין דף ט' אם לא שנאמר דהשני מעיד פלוני רבע סתם וכדעת הראב"ן. אך הראב"ן לאו מה"ט אתי עלה רק מטעמא דא"כ השני מעיד עליו שהוא רשע ע"ש. ומדברי הפוסקים נראה דאף בכה"ג שהשני אומר שרבע לזה מ"מ מצטרפין ולא אמרינן דהוי כסותרין זה את זה דהרי באמת אין כאן סתירה שהרי באמת הוא אומר על עצמו שנרבע אלא שאנו אין מאמינים ע"ז ואנו לוקחין התמצית שעכ"פ פלוני רבע. ומדברי הרמב"ם פי"ב מהלכות גירושין משמע טפי דאפילו אם אחד מעיד שנתקדשה לראובן ואחד אומר שנתקדשו לשמעון היו נאמנים וצ"ל דמדמי לה לבדיקות וקצת צ"ע שזה גופה של עדות היא ודמי לסייף וארירן ובמקום אחר כתבתי מזה ועכ"פ לענין פ"ד נראה דשפיר מצרפין העדות אע"פ שאנו אומרים שפלוני רבע ולא לו והאחר מעיד שהוא הנרבע ולא משגיחין רק על עיקר העדות שזה רבע וכן מבואר להדיא בסי' קט"ו דאם ע"א מעיד על אשה שזינתה עמו מצטרף עם עד אחר לאוסר' אפילו השני אומר דזינתה עם הראשון עיין בב"ש וא"כ ה"ה לענין קידושין כה"ג ואע"ג דנ"ד הא' עד קידושין והשני עד הודאה שפיר מצטרפין כדקי"ל בד"מ עד הודאה ועד הלוואה מצטרפין וכן מבואר שם סימן קט"ו בהודית לפני אחד שזינתה הנחשד מצטרף עם זה לאוסרה ואם כן ה"ה כאן ומ"ש הב"ש שם ס"ק ט' דמיירי דאיכא רגלים לדבר היינו דאל"כ אפילו הודית בפני ב' עדים לאו כלום הוא דאמרינן ענ"ב משא"כ בנ"ד דלא שייך זה כמש"ל. אבל באמת ז"א דא"כ בכל מקדש בע"א נימא הכי אם המקדש בר עדות הוא אלא ודאי דז"א דבנוגע לא אמרינן פ"ד כמ"ש הש"ך סימן ל"ד על דברי הריב"ש וכ"כ בפ"י בקידושין דף ס"ה דר"י קמ"ל דלא אמרינן פ"ד במקדש בע"א וכן מוכח מהרמב"ם פי"ב מהל' גירושין גבי זה אומר זהו אשתי כו' וגם להריב"ש צ"ל דדווקא בנגיעת ממון אמרינן הכי אבל לא בקידושין שאמירתו הוא שנתקדשה לו ומותרת לו ואסורה לכל העולם ואם נפלוג דיבור' שנתקדשה לאחר אם כן נהפוך הוא שאסורה לו ומותרת לא' מבני העולם וזה סתירה מן ההפך אל ההפך כה"ג לא פ"ד כך נלענ"ד לכאורה לדעת הריב"ש שלא יסתרו דבריו מה שמבואר מכל הפוסקים דמקדש בע"א א"ח לקידושין ומסתימת דבריהם נראה דאף היכא שהמקדש היה כשר להעיד על אשה זו וע"כ כמ"ש דגם הריב"ש מודה בקידושין דלא אמרינן פ"ד ועוד נראה דבנ"ד מה שאומר הבעל שבא עליה אחר הגירושין אין מקום לומר פ"ד דהא אף אם נאמר פ"ד ואחר בא עליה אין כאן חשש קידושין דדווקא במגרש אשתו חיישינן כשבא עליה אחר גירושין ואמרינן אין אדם עושה בעילתו ב"ז אבל בפנוי הבא על הפנויה דעלמא אין חוששין לקידושין כמבואר ברמב"ם וש"פ:

ומ"מ אפשר לומר דאם היה בא לב"ד ואומר שבא עליה לפני עדים לשם קידושין אם היינו אומרים פ"ד כך היינו אומרים שאין נאמן שבא עליה לשם קידושין אבל כיון שלא בא לב"ד להעיד כך רק קול דברים שמענו שאומר כן שבא עליה אחר הגירושין וגם אין בכלל אמירתו זאת שהיו עדי יחוד ובעל לשם קידושין רק שנאמר דמסתמא כוונתו כן הואיל ואין אדם עושה בעילתו ב"ז פשיטא דאנן ל"א הכי כיון שאין ע"י לפנינו וא"כ אמירת הבעל שבא עליה אחר גירושין בסתם לית ביה חששא ולא חזי לאצטרופי ומשווי' א"א ולא נשאר לנו רק אמירת העד שהאשה אמרה שהוא בעלה וע"א בהכחשה לאו כלום הוא וכ"ז לרווחא דמלתא אבל באמת א"צ לכל זה שאנו אין לנו אלא דברי הפוסקים שכתבו בסתם מקדש בע"א א"ח לקידושין ולא חילקו בין המקדש כשר להעיד עליה שנתקדשה או לא מוכח דס"ל דל"א שהמקדש יהא כע"א מחמת פלגינן דבור' כלל והדבר פשוט שהדין דין אמת כמ"ש הדרת כ"ת שהאשה זו מותרת לבעלה השני בלי ספק דברי מחותנו זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה סב

רב שלום לכבוד אהובי שארי נ"ד מחמד לבי בר פחתי ובריבי חריף ובקי בחדרי תורה מר ינוקא ומר זוטרא לגברא רבא בפלפול וסברא רב ספרא ובר חכים יתיר דקיים בדרא נגיד ונפיק מגו רבא יתירא שושילתו דבי נשיאה ועזקתא דחקיק עליה שמא טבא ותגא ביה קטירא כש"ת מוהר"ר מאיר הלוי איש הורוויץ נ"י:

אחד"ש מכתבו הנעים עם קונטריסו נמסר לידי בעש"ק העבר וקראת לשבת עונג אשר נשאת ונתת באמונה ופלפלת בחכמה ואהבתך אלצני להשיבך אף כי אלך בלא כח וידים רפות אך לא אוכל להרחיב הדברים כחפצי והנה הא דחדית לן מרן הגאון החסיד זקינך ז"ל בספר המקנה בק"א שם ראי' דשע"ש בקידושין מהא דהאומר לשלוחו כו' בכל הנשים שבעולם ע"ש ורמזת לזה במכתבך ועפי"ז דקדקת מדברי הר"ן וה"ה פ"ט מהל' אישות להיפך דאין שע"ש דא"כ איך מייתי ראיה שיכול להוליך קידושין לקרובתו כו' והנה לולי שאין משיבין הארי החי ז"ל הייתי אומר דאם איתא שיש לדקדק מתיבת שבעולם שאסור אף במדינות רחוקות שלא הגיע השליח שמה אין זה מעלה ארוכה מה שנאמר דשע"ש שנלענ"ד ברור דאף מ"ד דס"ל הכי היינו בשולח לקדש אשה ידועה דלא קפיד המשלח כלל כיון דשליחותו יבוא לידי גמר כחפצו לא איכפת ליה אם יוגמר ע"י זה או ע"י אחר ואדרבא ניחא ליה שאם הראשון יהיה מתעצל בדבר ימסור לאחר ולא יהיו דבריו לבטלה משא"כ כשמוסר שליחות לקדש אשה בסתם אין ספק ששליחות כזה אין מוסר כ"א לאוהבו וריעו כנפשו שיודע בו שלא ישקר באמונתו ונכון לבו בטוח

באהבתו אותו שיברור לו ההוגנת לו פשיטא דקפיד טובא אם זה יפרוק עולו וימסור השליחות לאיש אחר שאינו ריע אהוב לו שזה יהיה לו משפט הבחירה אשר תיטב בעיניו וכ"ע מודים בהא דבכה"ג אין שע"ש וא"ל דגם בזה אמרינן שהוא סומך על השליח שכשירצה לעשות אחר יהיה ג"כ מאוהביו ואיש נאמן ויודע לבחור בטוב פשיט' דהא ליתא שאם בממון הקל אמרו לא ישלחנו ביד אחר לפי שאין רצונו שיהא פקדוני ביד אחר ולא אמרינן דסמוך עליו שימסור לאיש שיהיה ישר בעיניו וח"ו הדברים לבנות לו בית זו אשה מה"ת נאמר שמרוצה שימסור לאחר שיעשה כרצונו ולענ"ד נוטה דבכה"ג קפיד טובא שיעשה זה בעצמו ואינו יכול לעשות שליח אחר כלל לכ"ע:

ובר מן דין נלענ"ד דהא טעמא דאמרינן אסור כו' משום חזקה שע"ש ולולי חזקה לא היינו מוציאין אותו מחזקת היתרו בכל הנשים דאמרינן שזה לא קידש רק מצד חזקה שע"ש הוי כאילו ידוע לנו שזה קידש אשה אחת וכיון שא"י איזה היא אסור כו' וכ"ז שלא נאמר שלא קידש כלל ולא קיים שליחותו אבל כשאנו יכולים לומר שקיים שליחותו וקידש מנין לנו לבדות מלבינו שנעשה כאן מעשה חדש לאחזוקי איסורא ולפי"ז הדבר ברור דאין כאן מקום לחשש זה דשע"ש כלל דבשלמא אם היה ידוע לנו שלא קידש הראשון באשר הוא שם היה מקום לומר שמא לא מצאה ידו לגמור שליחותו כאן ולכן הוצרך לעשות שליח אחר שיקדש במרחקים שחזקה שהוא משתדל בכל עוז לעשות שליחותו אבל אחרי שאין ידוע לנו אם קידש או לא ומחמת חזקה אנו אומרים שקידש ובפשיטות אנו יכולין לומר שגמר שליחותו במקום שהיה שם א"כ אזדא ליה חזקה שע"ש ומנין לנו לבדות מלבינו שלא מצא פה כרצונו ומסר שליחותו לאחר לקדש במרחקים כיון שאנו יכולין לומר שלא נתחדש שום מעשה ונתקיימה החזקה כראוי ועליך לברר שנעשה המעשה ואם לאו אין חוששין לו והדברים ברורים לענ"ד:

ואמנם מה דדייק הגאון ז"ל מדקאמר בכל הנשים שבעולם דמשמע דאפי' במקומות רחוקים שידוע שלא היה שם השליח אפ"ה אסור משום דשמא עשה שליח אחר כו' אני מתפלא על גודל רבנותו דאטו החשש הוא שמא המשלח המקדש עכשיו אשה יקדש אותה שקידש לו השליח עד שנאמר שאין לחוש למקומות רחוקות שהשליח לא היה שם והלא עיקר החשש הוא שמא השליח קידש לו קרובות האשה שהוא מקדש עכשיו וא"כ פשיטא שאף שזה מקדש עכשיו אשה ממקומות שלא היה השליח שם מ"מ חוששין שמא השליח קידש לו כאן אשה שהיא קרובתה של האשה שהוא מקדש עכשיו ואטו האשה וקרובותיה שהם ששה עריות צריכין להיות הכל במדינה אחת וא"ל דמ"מ לשתרי לי' לקדש אשה ממדינה אחרת שאין לה קרובים במדינה זו שהשליח היה

שם ז"א דזהו שאמרו ומודה ר"י באשה שאין אדם כו' דמעיקרא דאיירינן בסתם אשה דלא דייקינן בתרה לבודקה בקרובותיה לדעת אם יש לה אם אין שפיר קאמר דאסור בכל הנשים שבעולם ואפילו במקום רחוק דשמא השליח במקום שהיה שם קידש קרובת ארוסתו ואהא קאמר ומודה ר"י כו' דהיינו במקום זה שאנו חוששין לו שקידש שמה השליח א' מקרובות ארוסתו אם אין שמה קרובים שהיה פנויה אז אין לחוש בין אם האשה שרוצה לקדש עכשיו היא מרחוק או מקרוב וא"ל דבמקום רחוק שלא היה השליח שם אין לנו לאסור משום שמא קידש קרובת ארוסתו במדינה זו משום דאית לן לאוקמי אחזקת כשרות דאבוה דארוסה לא עבר אדראב"י דאמר לא ישא אדם אשה במדינה זו כו' דפשיטא דזה לא שייך בהא שאנו אוסרין מחשש שש עריות קרובים ומכ"ש למאן דס"ל לחוש לשניות ג"כ וגם למאן דס"ל כהך תירוצה דפקיע שמי' שרי ועיין בבית מאיר דהלשון משמע דלא שייכא דראב"י כ"א כשהראשונה כעת חי' ועודנה אשתו ע"ש ובאמת שכן מעשים בכל יום באחד שמתה אשתו או גרשה כשמזדמן לו להזדווג במרחקים הוא הולך שמה ונושא אשה אע"פ שמניח הבנים כאן ומ"ש בבית מאיר טעמא משום דמסתמא מוליך הבנים עמו ואם יאורע שמניחם הוא מלתא דל"ש ולא גזרו ע"ש אין נלענ"ד רק נ"ל הטעם דשאני היכא שאינו מניח אשה במקומו ועוקר דירתו לגמרי ממקום זה וקובע דירתו במקום אחר דההוא קלא אית ליה וידוע לבנים שגלו מעל שולחן אביהם וקבע דירתו במקום אחר משא"כ היכא שמניח האשה וילדיה והולך למקום אחר לא להשתקע אלא לגור שם כאורח נטה ללון ודעתו לחזור לביתו אחר זמן ובינתיים נושא שם אשה ומוליד בנים קטנים ושב לארצו ולאחוזת אבותיו ישוב ומה נעשה לנער היולד שידמה בדעתו כי זה יולד שם סלה ולא יפול לבו לחוש שאביו ממדינה אחרת וגם אותם שהוליד במקומו הראשון לא יעלו על לב לעולם שאביהם היה לו בנים במדינה אחרת כיון שמה שהרחיק נדוד אקראי בעלמא הוי ולקבעא קמא הדר ולית לי' קלא כלל והיינו דאמרינן עלה דראב"י דהא דרב מכריז מאן הוה ליומא שאני רבנן דפקיע שמייהו משום דההוא דראב"י נמי בכה"ג הוא שהולך באקראי למדינה אחרת והדר לניחותיה אבל במתה או נתגרשה והוא הולך אל ארץ אחרת שמוצא שם זווגו ודר שם עם אשתו בקביעות אין כאן בית מיחוש כלל ודאתאן עלה במאי דאמרינן הכא לא צריכנ' להא דודאי למיחש מיבעי שזה השליח קידש כאן אשה שקרובותיה נסעו למדינה אחרת או שקרובות האשה שזה רוצה לקדש באתה ממדינה ההוא ממקום שהשליח היה שם וקידשה וכדאמרינן בנזיר דילמא בשוקא אשכח וקידש ואמרינן הדרא לניחותא וכאן נמי ניחוש שבאה לכאן וקידשה ומה בכך דשוב הדרא לניחותא ודוחק

לומר דלא חיישינן להא משום דלא שכיח טלטול' דאתתא משום כל כבודה כו' או משום אין דרכה של אשה לחזור אחר איש ועיין בדברי הגאון ז"ל דא"ל שמא עשתה שליח לקבלה דע"ז לא שייך חזקה שע"ש כו' ע"ש ולדידי צ"ע דאנן לא אמרינן רק שחזקה שזה משתדל להשלים שליחותו ומקדש אשה להמשלח ויהיה באיזה אופן או לאשה עצמה או לשלוחה ולמה נרחיק זה יותר משנאמר שנתרצה לו אדם אחד להעשות שליח לקדש במרחקים ומכ"ש לפי מ"ש דאין חזקה שע"ש חזקה גמורה דשמא לא תאבה האשה אלאשאין סברא שלא יאבו כל הנשים דטב לה למיתב כו' אבל מה"ת לומר שיתרצה לו איש אחד להיות שליח למרחקים ושפיר י"ל או שגמר שליחותו וקידש במקומו או שלא קידש ולא מצא מי שירצה להיות שליח למקום אחר סוף דבר דברי הגאון ז"ל שגבו ממנו וצ"ע:

והנה גם בדברי הר"ן והמ"מ שהבאתי צ"ע מ"ש לדקדק מדלא קאמר דמותר בקרובות השליח ולכאורה י"ל דהא לאו מלתא דפסיקה הוא דיכול להיות שהוא קרובות השליח מ"מ אסור בה כגון אם רוצה לקדש אחות השליח אם אינה אחותו רק מן האב בלבד או מן האם לבד אכתי לא פלטינן מחששה שמא קידש השליח קרובתה ואינה קרובתו וצ"ל דלישנ' קיטא נקטו וכוונתם דהו"ל למימר שמותר באשה שקרובותי' הם קרובות השליח אך עדיין צ"ע שהרי מבואר למעיין בש"ס שם דעיקר הרבותא במאי דקאמר רבא ומודה ר"י באשה שאין לה אם כו' היינו דעכ"פ שהיה לה אחות ונתגרשה לאחר מכאן וכן בנוסחת רבינו הרי"ף בקידושין איתא להדיא דפריך פשיטא ומשני לא צריכה כו' וא"כ נימא שהדין נותן שאין נעשה שליח לקדש קרובתו פשיטא שאין זה רבותא כלל כמו אשה שאין לה קרובים או שהם נשואים ואין ראויות להתקדש וא"ל דהכי קשיא ליה דמנ"ל להש"ס למימר דרבא אשמעינן בנתגרשה לאחר מכאן לימא דאשמעינן בקרובות השליח דל"ח כיון דלא מצי עביד אך ז"א דהך דנתגרשה שפיר יש מקום לפרש כן דברי רבא דקאמר באשה שאין לה אם דהיינו שבשעת שליחות לא היו לה קרובים הראויות להתקדש כלל משא"כ לפרש הא דקאמר אין לה היינו לפי שהן קרובי השליח פשיטא שאין להעמיס זה בלשונו כלל וע"כ שכוונתם דהו"ל לרבא להשמיענו גם זה דמודה בקרובות השליח וזה לק"מ דאם אין יכול להיות שליח לזה אין כאן רבותא כלל וצ"ע:

אך מ"מ הדין דין אמת שיכול להיות שליח לקדש קרובתו בין להולכה ובין לקבלה ויפה תמהתי על הגאון בעל נ"ב ז"ל שכתב שלא ראינו בפוסקים והטבת לראות שהדבר מפורש בר"ן וה"ה ויותר אני תמה שהרי הב"י הביא דבריהם בסוף סימן ל"ו וגם בח"מ שם כתב בפשיטות דבשליח להולכה שהאב יוליך הקידושין לבתו בזה אין חשש איסור כו' ומיהו

עפ"י הדין בין שליח להולכה כו' וכמ"ש המפורשים והובאו בב"י עכ"ל וגם הוסיף תימא על תמיהתו בנ"ב מהדורא תנינא שנשאל מבנו הרב נ"י שדברי הש"ס בבוגרת דשוויתי' לאביה שליח וכתב לחלק בין ש"ק לשליח הולכה שכל זה לא נמצא בפוסקים והנה בהך דשוויתי' כו' הביאו ראי' לסתור דברי הרשב"א שמחמיר בש"ק ופלפלו בזה הגאון ז"ל העלים עיניו מיני' וצ"ע:

ועתה אני בא בדבריך שכתבת להוכיח מהר"ן והמ"מ דאין שע"ש דאל"כ אין להם הוכחה שיכול להיות שליח לקרובותי' דשמא התם טעמא דחוששין שמא עשה שליח שני והוא קידש מקרובותיו של ראשון והנה לא מיבעיא לפי מ"ש דמסתבר' דבזה א"ח לשליח שני כלל שאין כאן הוכחה מדבריהם ואף שהגאון ז"ל לא ס"ל הכי הרי הוא רוצה להוכיח מזה שע"ש ואנן ניקום ונימא דהר"ן והמ"מ ס"ל דאין שע"ש מחמת הכרח מהוכחה שלהם ועל זה י"ל דאין הכרח שיהיו חולקים על הפוסקים אלא דס"ל לחלק בין שע"ש דעלמא ובין הך דהאומר לשלוחו כו' דבהאי מודה דאין שע"ש וכפי הסבר' שכתבתי אך דאפילו נתפוס לדבר ברור דגם בזה שייך שליח עושה שליחותו למ"ד דס"ל דמהני מ"מ אין ראיה מזה כמו שהרגשת בעצמך שי"ל דשליח שני לא מצי מקדש קרובות דשליח ראשון כיון דשליח ראשון לא מצי עביד ומ"ש להשיב ע"ז דז"א דכולהו מכח בעל קאתי כדאיתא בגיטין דאפי' מת הבעל לא בטלו כו' עכ"ל לדידי חזי לי דשפיר איתא להא דכיון דבשעה שעשה המשלח השליח אכתי לא הוה השליח שני בעולם וכי משוי אינש שליח אדעת' דהאי דמצי עביד וכיון דלא הוה מצי לקדש הקרובים לא עשאו שליח כלל ע"ז וממילא שאין לנו לחדש שליחות לשני מה דלא סליק אדעתי' בשעה שחל השליחות שהרי שליח ראשון גופי' אמרינן דלא חל השליחות על אשה שהיתה א"א בשעת הקידושין אף ע"פ שנתגרשה אחר שנעשה שליח שאין אדם עושה שליח לקדש לו אלא אשה שיכול לקדשה בשעת חלות השליחות ואין סברא לחלק בין אם העיכוב מצד האשה שאינה ראויה להתקדש בעת ההיא לא מהני אף אם מצא אחר כך מקום לחול ובין אם העכבה מצד השליח שאין ראוי לקדש דמהני כשמצא אח"כ מקום לחול דמה"ת לחלק בזה כיון דאמרינן שאין דעת המשלח כ"א על מה שחל השליחות בשעת מעשה יהיה העכב' מאיזה טעם שיהיה אין דעת המשלח ע"ז. שוב ראיתי בקרבן העדה פ' כל הגט ד"ה מה בין גיטין כו' כתב ג"כ כדבריך בזה והוכיח מהר"ן והמ"מ דשע"ש אלא שהמתיק קצת יותר וכתב דאי ס"ד דשע"ש אם כן מעיקרא מינהו המשלח שיכול השליח לקדש קרובותיו דכולהו מכח בעל קאתי כו' ע"ש ואפשר שגם כוונתך כן אך מ"מ לענ"ד גם הא ליתא דא"כ שליח ראשון גופי' מכ"ש שהיה לנו לומר כן שמינהו

לקדש כשימצאו מקום לחול דהיינו לכשתתגדל ולא מסתבר לומר דשאני בזה שבידו לעשות שליח שני משא"כ התם דאין בידה לגרש עצמה והכי מחלקינן בקידושין לענין דשלב"ל ועיין בתוס' דנזיר לענין חלה ומ"מ נ"ל דבזה מצד הסברא אמרינן דלא משוי שליח רק על היתר' דאיכא קמיה א"כ למה נאמר דמסיק אדעתי' שזה יעשה שליח אחר ויקדש קרובות הראשון ואדרבא מסתבר מדעשה זה לשליח ומסתמ' יעשה שליחותו ויקדש בעצמו ממילא שאין דעתו לקדש אחת מקרובותיו כלל וגם בלא"ה נראה דגם זה אין בידו דמי יאמר שיזדמן לו מי שירצה להיות שליח וכדאמרינן בקידושין מי יימר דמזדקקי ליה תלתא וע"ש:

והנה במה דכתיבנ' לתמוה על מרן הגאון ז"ל זקינך בהא שנראה מדבריו דשע"ש אף בשליחות סתם דמסתבר דקפיד שלא ימסור שליחות כזה לאחר יש להליץ קצת בעדו ולומר דהחשש הוא שבאמת לא ימסור לו השליחות כמות שהוא שיקדש מי שירצה רק הוא פורט לשליח השני אשה ידועה וכיון שאין ביד השני לעשות רק מה שהוא מצווה מפי הראשון אין לו קפידא בדבר ולכן כיון שלא עלתה לו לקדש כאן חוששין שעשה שליח למדינה רחוקה ופרט לו אשה ידועה שמה ובזה לא מעל בשליחות ואע"ג דאמרינן דשליח שני נמי מכח בעל קאתי ושליחות המשלח היה ע"ד סתם מ"מ יש ביד ש"ר להטיל תנאי בשעה שעושה שליח שני כרצונו ואמנם בדבריך שהמה אמורים על הוכחת הר"ן וה"ה קשה לומר כן שפרט לשני לקדש אחת מקרובותיו הרי ארכבי' אתרי ריכשי שבזה שאינו מוסר לו שליחות המשלח כמות שהוא רק צריך לחדש בה דבר כחו של שליח הוא ומ"מ צריך לתלות השליחות במשלח עצמו שהרי השליח לא מצי עביד לקדש קרובתו לזה ולא מצי משוי שליח ע"ז רק צ"ל שזה המקדש אשה זו בא בכחו של המשלח וקצת י"ל דע"כ לא אמרינן דמאי דלא מצי עביד לא משוי שליח היינו שיעשה שליחות שלו כשהוא הבע"ד משא"כ בזה שאינו עושהו להיות שליח שלו רק של המשלח הראשון לא איכפת לן מה דאיהו לא מצי עביד לקיים שליחות זה ולכן שפיר ש"ר יכול לעשות שליח לקדש להמשלח את קרובתו והדברים צ"ע ושכלך הזך יקליט את הסולת. ומה שכתבתי על הנ"ב שכתב דאף דשליח לקדש הוי חב לאחרים מ"מ י"ל מיגו דזכי לנפשיה וע"ז כתבת דלית' דהא איכא נמי חב לאחריני דהיינו לקרובות האשה שיהיו אסורים על המשלח ובזה לא שייך מיגו דזכי לנפשי' שהם חפיצים במשלח ולא בשליח עכ"ל ושמחתי בסברתך הישרה אף כי על קו האמת לא נשקלה אין עליך אשמה בזה כי התעוך שני גדולי הדור יבדלו לחיים כו' הארי החי הגאון בעל קצה"ח ז"ל ואחריו יאיר נתיב שארי הגאון מליסא שיחי' בספרו נתיבות משפט כאשר הבאת הדברים

בקונטרסך בוויכוח שביניהם בענין הודאת ר"ג לטבי עבדו ואתה דרכת בנתיבותיהם ושדדת עמקים אחריהם והנה אשר כתבתי שנתעלמה מהם הלכה בגיטין האומר עשיתי כו' לא צדקת אענך והנה בקצה"ח שם בסוף הסימן הזכיר מסוגיא זו וכתב דהתם טעמא משום שבידו לשחררו (וכן הוא באמת בספר תמים דעים ועוד מפורשים) ולכן חזר והקשה שם לפי מ"ש לעיל דהודאה חוץ לב"ד מהני ר"ל שא"א לתרץ שלא היה ר"ג נאמן משום חב לאחריני דהא שפיר מהימן משום מיגו ומרשיע א"ע לא מיקרי בהודאה שחוץ לב"ד ע"ש אך אני תמה על הגדולים הנ"ל שנחלקו והשוו ענין חב לאחרים הנאמר לענין שליחות וזכין שלא בפניו לענין חייב לאחריני הנאמר לענין הודאת בע"ד והבריכו והרכיבו זה בזה והוא הרכבה שאינה קולטת:

ומתחלה אבאר מה שנלענ"ד בהא דאמר הכא חייבה לאחריני דבאמת גבי ממון איכא תרי קראי חדא עפ"י שני עדים ואידך דילפינן מיניה הודאת בע"ד מדכתיב כי הוא זה ולולי דגלי לן קרא כי הוא זה הייתי אומר דדווקא עדים ממש בעינן ולכאורה סותרים זא"ז דהך קרא מורי לן דהודאת בע"ד מהני והך קרא משמע שאין הדבר מתקיים אלא עפ"י עדים ויש מקום לומר דעדים בעינן בהכחשת בע"ד אבל בהודאת בע"ד חשוב כנתקיים עפ"י עדים וגם י"ל דהתם דכתיב כי הוא זה היינו דמהני הודאת בע"ד להפסיד לעצמו אבל במקום שע"י הודאתו מגיע חוב לאחרים אין משגיחין בהודאתו ואין הדבר מתקיים כ"א בעדים והנה המקשה דלא סליק אדעתיה שיש לחלק בין חייב לאחריני הוצרך לפר' דאף דמהני הודאת בע"ד מ"מ שפיר קאמר קרא עפ"י עדי' דהיכא דאיכא הודאת בע"ד כעדים דמי ולכן פריך ליה מה להלן הודאת בע"ד כו' דהא מה דאיתמר עדים בממון גם הודאת בע"ד בכלל ומשני ליה התם דמהני הודאת בע"ד היינו היכא דלא מחייב לאחריני הכא דאיתמר עדים במחייב לאחריני הוא ובזה לא מהני הודאה כ"א עדים דוקא ומיניה ילפינן לקידושין דאין קידושין בלא עדים ולא מהני הודאה ולפי זה הך דאמרינן דמחייב לאחריני לאו אקידושין קאי דבקידושין לא איכפת לן אי מחייב לאחריני או לא רק דאנן מדבר שבממון דמיירי בענין שצריך עדים דוקא ילפינן וממילא דלעולם צריך עדים בזה דבקידושין לא שייך כ"כ מחייב לאחריני כיון שבידם לעשות חוב זה לאחרים כאדם העושה בשלו ובכה"ג גם בממון לא מיקרי חב לאחריני ואפ"ה ילפינן דצריך עדים כך היה אפשר לפר' לולי דברי רש"י והבאים אחריו שפירשו דהך חייב לאחריני אקידושין קאי ומצאתי בחידושי הרשב"א שכתב קצת כמ"ש ומ"מ לא זז מלפר' הכא מחייב לאחריני לענין קידושין וע"ש שהאריך בדברים נכוחים וכתב דלכאורה מה חוב שייך בזה שהרי בידם לחוב ואעו המודה שמכר שדהו חב לאחריני

קרינ' ביה אך דמ"מ כיון דבקידושין יש בהם צד חוב הוקשו לצד חוב שבממון ונראה כוונת דבריו דלכאורה י"ל כיון דלולי דילפינן דבר מממון מצד הסבר' היינו מקבלין הודאתו וזה מבואר מדקאמר מה דעתך דילפת דבר כו' ור"ל דמה דעתך לפסוק שלא תועיל הודאה שהוא כנגד הסבר' משום דילפת כו' וא"כ אף למאי דמשני הכא מחייב לאחריני י"ל דאימא בממון דוקא בהא דאית שם חוב לאחריני בעי עדים וזולת זה מהני הודאה ה"נ קידושין מה שהוא חוב לאחריני לא תהני הודאה ומה שאינו חוב לאחריני יועיל הודאה ולכן כתב הרשב"א דה"ק כיון דעכ"פ כל עניני קידושין יש בהם צד חוב לאחרים אם כן א"א לומר שאותן שיש בהן צד חוב דומה לממון של חוב דבעי עדים ואותם קידושין שאין בהם צד חוב נלמד מממון דתהני הודאה דכיון דכל ענין קידושין פתיך בהו צד חוב אין לנו לחלק גוף הקידושין לחצאין וממון שאני שהענינים עצמם חלוקים שיש ענין שהוא חוב לאחרים ויש ענין שאין בו חוב לאחר כלל רק הפסד לעצמו משא"כ קידושין שאין בו ענינים חלוקות רק כל עסק קידושין אחד הוא או שתדמה אותו לממון של חוב או לשאינו של חוב וכיון שא"א לך לדמותו לממון שאינו של חוב שהרי יש בו צד חוב עכ"פ א"כ יש לנו לדמותו לדבר שבממון שיש בו חוב שצריך עדים וממילא שכל מעשה הקידושין בטלים הם אף לגבי עצמם שגוף המעשה אחד הוא ואין מחלקין אותן לחצאין אלא אנו מדמים גוף המעשה כמות שהוא שמתבטל בלא עדים והנה הארכתי קצת בכדי להסביר דברי הרשב"א שהם סתומים וראיתי בפ"י שכתב ג"כ בזה ויש לפקפק קצת במ"ש שאין קידושין לחצאין כיון דלגבי אחריני לא מהימני וזה צ"ע דזו מנין לנו דשמא באמת אנו לומדים מממון דאף דלא מהימן לגבי אחריני לגבי נפשיה מהימן וה"ה בקידושין ולפי מ"ש להסביר דברי הרשב"א א"ש הכל בס"ד ואף שאין צריך לענינינו כ"כ כתבתי בעידנא דעסיקנה בהאי ענינ' וכדי להתלמד במקום אחר.

והנה רש"י פיר' דחב לאחריני שקרובותי' נאסרו בו וקרוביו נאסרין בה ולכאורה קשיא א"כ נימא כשהקרובים מצדו ומצדה גם הם מודים ואומרים שהיו בשעת הקידושין נימא דמהני הודאה ועיין ברשב"א שהקשה גר וגיורת מאי א"ל ולפי מ"ש הרשב"א והר"ן דחוב לאחריני דאסר לה אכ"ע ניח' אך נראה בעיקר הכוונה דאם נתפס הודאת בע"ד כעדים ונפסוק דין קידושין ע"י הודאה זו וקרובותיה נאסרין וכן נאסרת אכ"ע וסוקלין ושורפין ומלקין עי"ז א"כ אין זה דומה להודאת בע"ד שבממון שאף שאנו תופסין הודאתו כעדים אין הפסד רק לעצמו ולא לאחרים וא"כ כשאנו מדמין קידושין לממון שיהיה תועלת בקידושין אלו הלימוד הוא מצד ממון שיש הפסד לאחרים וכיון שמעשה הקידושין הוא אחד אין לחלק המעשה לחצאין לומר מה שיש במעשה הזה לתועלת לעצמו מועלת

ההודאה ומה שיגיע הפסד לאחרים אין הודאה מועלת אלא הג"ש שאנו לומדים על מעשה הקידושין בכללי' אנו למדין מממון בצד חוב שאין תועלת בהודאה בלא עדים וממילא שאין חילוק אף אם יהיה הודאת הקרובים ג"כ שאין הענין תלוי בזה כלל רק כשאנו באין לחקור כוונת הלימוד מממון אם תועיל הודאת בע"ד ובע"ד היינו אותם העושי' עסק הקידושין דהיינו האיש והאשה וכיון דבהודאתם יש צד חוב לאחריני אנו צריכין ללמוד מממון דבעי עדים על מעשה זה וקצרתי ועכ"פ מפורש יוצא שזה שאנו אומרים דלא מהני הודאת בע"ד משום חב לאחריני היינו לקרובים או לכ"ע אבל אין אומרים שיש כאן חוב שהם מחייבים לעצמם שהוא נאסר בקרובותי' והיא נאסרת אכ"ע ובקרוביו דפשיטא שלזה מועיל הודאת בע"ד שהרי הם מקבלים עליהם וחפצם בזה וכמו גבי ממון דמועיל ההודאה לחוב לעצמו אך בשביל החוב שיש לזולתם אין המעשה מתקיים בלא עדים אף לענין עצמם אמנם ענין חוב הנאמר לענין זכי' ושליחות עיקרו תלוי בבעל המעשה והוא להיפך מחוב דגבי הודאת בע"ד ששם אין תלוי בחוב הבע"ד רק בחוב של זולתו וכאן הוא להיפך דלא איכפת לן לענין זכי' אם יגיע לאחר מזה זכיה או חוב רק אם לזה הזוכה יהיה זכיה ואפילו אם יש בו צד חוב ג"כ מ"מ אם הזכי' רבה על החוב מהני לזכות לו שלא בפניו רק לענין שליחות נסתפקו אם דעת תורה שיכול להיות שליח לזכות לזה ולחוב לזה ומ"מ מה שהוא של המשלח ורצונו בכך אין זה נכנס בגדר חוב לענין זה והשולח מנה לחבירו מתנה א"ל שאם לא היה זה נעשה שליח להוליכם לראובן היה נותן לשמעון או היו יורשיו יורשים אותו פשיטא שאין זה נכנס בגדר חוב כלל וגם לענין דבר שביד המשלח לעשותו לא חשיב חוב וע"ש בגיטין אי בעי זריק ליה גיטא ובמ"ש התוספות שם בשני תירוצים ועכ"פ מבואר שמה שהרכיבו חוב הנאמ' לענין זכיה בחוב שלענין הודאת בע"ד ליתא שזה תלוי בחוב של עצמו וזה תלוי בחוב אחריני:

ועתה נבוא לדברי הני תרי גברי רברבי והנה מ"ש דהך דר"ג חב לאחריני שאסר העבד על השפחה כתבת שהם דברי זרות כי העבד קנין כספו הוא כו' ושורש דבריך שהרי בידו לבלתי תת אותו להיות נכבש על השפחה אין זה חוב לשפחה ולכן כתבת שדברים אלו לא יזכרו ושרא ליה מרא להגאון ז"ל והנה לא ידעתי מה צורך לאריכות ובפשיטות הוי לך לדחויי שהרי בידו לשחררו ולאסרו בשפחה וכבר כתבתי שהוא ז"ל הרגיש בזה בסוף הסימן שם ובכלל זה כל מה שהארכת שבידו להיות שליט בעבדו והא עדיפא דהוה כמו בעל שאומר גרשתי כו' אף כי הארכת בהרצאת דברים אין בדבריך כלום שכבר הודית בעצמך דבשביל דחב לקרובי האשה שהם חפיצים במשלח הו"ל חב לאחרים אע"פ

שהמשלח אינו חפץ בם ובידו לאסור איסור על נפשו שלא ליקח אחת מהנה וגם בלא איסור מי שליט עליו לכפותו ליקח אשה כ"א חפץ בה אך אין צריך להודאתך שהרי כל ענין חב לאחריני דגבי קידושין כך הוא דנאסר בקרובותיה והיא בקרוביו ובידם לחוב לעצמם שלא ליקח הקרובים או לקדש בפני עדים וכן במ"ש התוספות בגרושה דאסר לה אכהן חשוב חוב אע"ג דפשיט דבידו לעשות לה חוב זה ופשיטא שאין כוונתם שהחוב הוא לאשה שנאסרת על הכהן דל"ל הא שנאסרת לכהן דפשיטא דגירושין חוב לאשה הוא אך התוספות שם מיירי בהודאת בע"ד ופשיטא דאם היתה האשה מכחשת דלא מהני אף בלא טעמא דחב לאחריני ועל כרחך דמיירי בהודאה ומ"מ לא מהני מטעמא דבקידושין חב לקרובים ובגירושין חב לכהן ואם נתפוס הגירושין מחמת ההודאה ילקה הכהן הבא עליה אחר מות בעלה ואינו נאמן ע"ז הלכך אין ההודאה כלום והמעשה בטל כמש"ל ואם כן שפיר מייתי בקצה"ח מדברי התוס' כמו דהתם הוי חב לאחריני ולא מהני ההודאה לפי שחב לכהן כמו כן בזה חב לשפחה ולקמן אכתוב בזה:

אך אני תמה בזה על קצה"ח דנהי שנאמר דזה חב לאחריני מכל מקום שייך לומר כן לענין שטר שחרור דצריך עדים דוקא כמו גט מדכתיב או חופשה לא ניתן לה וילפינן לה לה מאשה וכיון דג"כ מחייב לאחריני דומה ממש לגט והמעשה מתבטל כשהוא בלא עדים ולא מהני הודאה כמ"ש התוס' לענין גט בלא עידי מסירה משא"כ היוצא לחירות ע"י שן ועין לא איתקש כלל לגט וכל שיודע בנפשו שהפיל את שינו יש לו להוציאו לחירות אף שאין שם עדים אם לא שיהיה נפטר בהודאתו מטעם מודה בקנס אבל זולת זה לענין שלא יעבור בעשה רשאי הוא לשחררו כיון שידע בנפשו שעשה מעשה שראוי שיצא לחירות ואין מעשה זו מתבטל כלל אף שהיה בינו לבין עצמו בלא עדים וכן מבואר בש"ס שם דמה שלא היה עדים בדבר לא הוה מבטלינן המעשה והיינו מקבלין ההודאה אם לא מטעם מודה בקנס וכמו בכל קנס דעלמא ע"ש שוב ראיתי בלשון קצה"ח שכתב ואפשר דר"ג אינו נאמן בהודאת עצמו משום דהוא חב לאחריני כו' וא"כ י"ל שאין כוונתו לומר שיש כאן ביטול מעשה רק מטעם נאמנות אתי עלה דבכל ממון דינא הכי דכל שהוא חב לאחרים אין הודאתו כלום והיינו דקשיא ליה בסוף הסי' שם דמה בכך דהא אף בחב לאחרים כגון בעל שאמר גרשתי נאמן וא"כ גם בכאן יהיה ר"ג נאמן אף שחב לאחרים כיון שבידו לשחררו אלא שלפי"ז לא עלו דבריו כהוגן מה דמייתי מדברי התוס' דגיטין שאין הבעל נאמן משום הודאת בע"ד כיון שאסר לה אכהן שאין זה ענין לכאן דהתם לאו מטעם נאמנות אתינן עלה דודאי נאמן כיון דמיירי בשניהם מודים וכמש"ל ובכה"ג בשאר שטרות אפילו עומדים לקנין מהני הודאת בע"ד כמו עדים וגבי

קידושין וגט דלא מהני לא מטעם דלא מהימני דא"כ להימני לגבי דנפשייהו עכ"פ אלא גוף המעשה נתבטל כמש"ל משא"כ בזה כיון דאין ביטול לגוף המעשה רק שתאמר שאין נאמן משום דחב לשפחה באמת לא יהיה נאמן בזה לחוב לשפחה ואם יבא על השפחה באמת לא תלקה ע"י הודאתו ומ"מ לגבי דנפשיה תועיל הודאתו כמו כל דבר שבממון וכמו בקידושין קדשתי בפני פלוני ופלוני כו' וגם א"ל דמ"מ לא מהימן ר"ג בהודאה שלו להתירו בבת חורין כיון שהוא מוחזק לנו בעבד דאם באנו לומר כן א"כ פשיטא שאין זה ענין לדברי התוס' וגם לא נ"מ בהא דהוי חב לאחריני דאף אם אין כאן חוב כלל מ"מ לא הוי ר"ג רק כע"א ואין נאמן להוציא מחזקת איסורו אם לא מחמת שבידו לשחררו וכמ"ש הראב"ד בהא דעשית עבדי ב"ח וא"כ גם חב לאחריני אין מזיק בזה וכתבתי זה לפי דברי בעל קצה"ח אבל לענ"ד לפי מ"ש דבזה שיוצא בשן ועין לא איכפת לן בעדים בשעת מעשה ולא בעינן רק אמתת הדבר שוב אין כאן מקום כלל לומר שלא יהא ר"ג נאמן שכל עיקרו שלא רצה ר"ג ליתן לו ג"ש כדי שלא יעבור בעשה ועכשיו שהפיל את שינו שמח ואע"פ שלא יהיה נאמן בהודאתו לבד להתירו בב"ח מ"מ הרי עכשיו יתן לו גט שחרור גמור כיון שיודע בנפשו שהדין נותן לשחררו לא יעבור בעשה ור"י אמר לו כיון שאין לו עדים הרי נפטר בהודאתו ושוב אין רשאי לשחררו והיינו דקאמר בירושלמי מהו שיאמרו לו צא ידי שמים נשמעינן מן הדא מעשה בר"ג כו' עילה מצא לשחררו כו' ומכ"ש למ"ד יוצא בשן ועין צריך ג"ש דפשיטא דלא שייך כאן דין נאמנות ולכן שפיר כתב הש"ך ביו"ד דאם נימא הודאה חוץ לב"ד מהני קשיא מעובדא דר"ג והדברים ברורים לענ"ד. ועתה נבוא לדברי בעל נתה"מ שהשיג על קצה"ח וכתב שטעה בדבר פשוט דהא זכי' הוא לעבד כו' ובעל קצה"ח בקונטרסו מדקדק בחלוקו להפכו כדרכו שהחוב הוא על השפחה ולפי שנבעת מקול הקורא בתוך נתיבות המשפט לומר שטעה בדבר פשוט הטה כוונת עצמו לצד אחר ולא נתן לב לראות שבעל נת"מ דימה נושאים שאינם שוים דהתם לענין שליחות אייריני ובזה שפיר אמרינן דכיון דזכיה הוא לו נעשה שליח אע"פ שאוסרו בשפחה ופוסלו מהתרומה כמבואר בש"ס שם משא"כ לענין הודאת בע"ד שלא יהיה נאמן בהודאתו ממ"נ אם אין העבד מודה ג"כ פשיטא דלא מהני מה שנאמר זכיה הוא לו שהרי הוא מכחישו על פניו ואומר להד"מ ומה מקום יש להתירו בב"ח עפ"י הודאת האדון ואם העבד ג"כ מודה כאשר הוא באמת שגם טבי אומר כן פשיטא דלא איכפת לן בזכות וחוב של העבד כיון ששניהם מודים וכמו גבי ממון דחב לאחריני אם אותו שחב לו מודה ג"כ ודאי דמהני ההודאה ולא היה צריך להיא דזכיה הוא כו' וגם דמה איכפת לן בחוב של השפחה דלגבי נפשייהו ודאי

מהימני וכמש"ל וגם מה שסיים בעל נת"מ דגירושין שכתבו התוס' שאני דחוב הוא לה דבריו תמוהים דא"כ מ"ש התוס' דאסר לה אכהן הוא שפת יתר דהא בלא זה גט אשה חוב הוא אך באמת התוס' מיירי לענין ביטול המעשה אף ששניהם מודים כיון דאיכא צד חוב לאחריני גזה"כ הוא דלא מהני וכמש"ל ואם דעת בעל נת"מ שזה דומה למ"ש התוס' בגרושה דלא מהני הודאת בע"ד והוי ביטול מעשה (מה שבאמת ז"א וכמש"ל דיוצא בשן ועין אף בלא עדים מהני) רק שבא לחלק דכאן לא הוי חוב לאחריני דזכות הוא לעבד כו' באמת ז"א דלענין שליחות תלוי בזכות וחוב של העבד עצמו משא"כ כיון שעכ"פ ע"י הודאת הרב יש חוב לעבד אע"פ שהוא יכול לעשות לו חוב זה אין הודאתו כלום ומתבטל המעשה ואף אם העבד ג"כ יודה מ"מ א"צ למ"ש בקצה"ח דהחוב לשפחה שי"ל שהחוב הוא ג"כ אם יקדש בת חורין תאסור אכ"ע עפ"י הודאתו וגם י"ל דלענין גט שחרור לא איכפת לן אם מחייב לאחרים או לא רק כיון דמגט ילפינן ממילא הכי הוא כמו גט דלא מהני המעשה עפ"י הודאתו בלא עדים אף לגבי דנפשייהו אך האמת יורה דרכו שהעיקר בזה כמ"ש דבשן ועין לא שייך ביטול מעשה ולענין נאמנות פשיטא דלא שייך בזה שהרי היה רוצה ליתן לו גט שחרור בעדים ובזה נפלו כל דבריהם ואף שאין מדרכי להאריך בדקדוק דברי המחברים כל מה שטרחתי לא טרחתי אלא בשבילך למען הראותך את כח העיון האמיתי כי שני גדולי הדור מאחר שלא פלשו אחר מדת הדין במתון מתון והעמידו דבריהם על מושכלים הראשונים יצאו בערבוביה וגרמו הטורח הזה לברר וללבן הדברים להעמידם על בוריים:

ועתה שוב אשוב אליך במ"ש על דברי הנו"ב דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה דהא אי זכי לנפשיה אין חוב לקרובותיה שאין חפיצים בו שהם חפיצים במשלח כו' הנה תשכיל ותדע מן מוצא הדברים אשר לפניך שז"א והנושא אשר אתה בא לקחת ממנו לסמוך ענין לו אקיף להו ולא מידמו דהא לענין הודאת בע"ד חשבינן חב לאחריני מחמת הקרובים אע"פ דהא קמן שהם רוצים בכך היינו שמחמת שיש צד חוב ילפינן מממון של צד חוב וכמש"ל בארוכה בשם הרשב"א אבל לומר שזה לא יוכל להיות שליח לקדש אשה לזה בשביל שקרובותיה חפיצים בו ואמר דהוי חב לאחרים זה אין לו קיום והעמדה כלל שהרי לפנינו ששולח לקדש אשה זו ואינו רוצה בקרובותיה וכמו עושה שליח למכור שדה שלו כמ"ש הרשב"א להדיא שזהו החילוק בין תופס לבע"ח שאין הדבר שלו ע"ש וכבר כתבתי לעיל שאין ספק שיכול אדם לעשות שליח לתת מתנה לחבירו אע"פ שי"ל שהוא חוב ליורשים או לאחר שהיה חפץ במתנה זו והנ"ב שם בתחלת דבריו היה רוצה לדון דין חב לאחרים מצד שהאשה אף ע"ג שגם איסור האשה אינה

מחפצה ורצונה היינו לפי דס"ד התם דאשה בכל דהוא ניחא לה ובקל היא מתקדשת למי שרוצה לזכות בה וכמו הפקר ומציאה דמיא וא"כ יש מקום לומר דכיון דבשעה שזה מקבל עליו השליחות יש מקום לומר שאם לא היה זה מקבל השליחות היה אחר מקדימו וזוכה בה הו"ל חב לאחרים ואין השליחות חל וגם בזה תבריה לגזיזיה כיון דאין אשה מתקדשת אלא לדעתה והרי היא רוצה בכך לאסור עצמה אכ"ע לא מיקרי חב לאחרים (מ"מ אע"ג דלענין שליחות לא הוי כה"ג חב לאחרים מ"מ לענין הודאת בע"ד שפיר חשבינן כה"ג חב לאחריני כמ"ש הר"ן והרשב"א בשם ר"ח משום דהתם לא דיינינן מה שבידו ורצונו רק כיון דבעיקר דמלתא יש בו צד חוב כמש"ל) וזה דווקא מצד האשה שבשעת מעשה השליחות אין כאן גילוי דעת ממנה אבל מה שהוא מצד המשלח שאנו רואין דעתו שאין לו חפץ בקרוביו פשיטא שאין מקום לבטל השליחות מחמת שמא קרובותיה חפיצים בו ואף לפי מ"ש הנו"ב אח"כ דלא שייך חב לאחרים באשה יש נ"מ בזה לפי מ"ש שם בקידושי יעוד דהוא בע"כ הו"ל חב לאחרים ואם אינה ערוה על האב אמרינן מיגו דזכי לנפשיה כו' וכן ביבמה זקוקה לכמה אחין וא' שלח אחיו לעשות מאמר אע"ג דלכאורה שייך חב לאחרים כיון שהוא בע"כ הו"ל הך יבמה לגבייהו כמציאה והפקר ומ"מ י"ל דשפיר מהני מטעם מיגו דזכי לנפשיה ולא איכפת לן בחוב שיגיע לקרובים של המיועדת או היבמה שחפיצים בו דווקא ולא בשליח דזה אנו רואין מרצון המשלח שאינו חפץ בהם ולמה יחוש השליח לרצונם בזה ולומר ששליחותו הוא כדי לחוב להם ולכן צדקו דברי הנו"ב בזה:

אך דברי הנו"ב צ"ע מטעם אחר דלמאי דס"ד דהו' חב לאחרים אם כן איך נאמר מיגו דזכי לנפשיה דבשלמא במציאה והפקר שייך מיגו דזכי לנפשיה שבידו לזכות מה שא"כ בזה שאין בידו לזכות כלל דהא אינה מתקדשת אלא מדעתה ואע"ג דהשתא הוה ס"ד שיש לזה דין חב לאחרים שהיו יכולין לזכות בה הדבר ברור שלא עלה על דעתו לומר שיש בודאי חוב לאחרים שהיו יכולין לזכות בה כמו מציאה והפקר דפשיטא שאין זה עולה על הדעת רק שי"ל דיוכל להיות שיהיה חוב לאחרים דאתתא בכל דהוא ניחא לה ואכתי לא ידענו גילוי דעת ממנה שבדעתה להתקדש אבל לומר מיגו דזכי לנפשיה על דרך זה זו לא שמענו וכל שאין בידו לזכות בודאי כעין מציאה והפקר נראה דלא שייכא הך מיגו כלל וגם מ"ש שם לענין יעוד לבנו קטן שי"ל דבתורת קידושין מהני ובזה י"ל פרפרת אחת כו' ולענ"ד ז"א כיון דבנו דומיא דידיה אמר רחמנא ובקטן אין תורת יעוד כלל וא"כ הכסף שנתן מעיקרא לאביה לא ניתן ע"ד בנו הקטן ובין לרבנן ובין לריב"י מה שמיעדה עתה בלא דעת אביה גזירת הכתוב וכיון דתורת יעוד אזל ליה בקטן א"כ בנו

הקטן כאחר דמי ואינו יכול לקדשה בלא דעת אביה כלל ומכ"ש שאינו יכול לכפותה בע"כ משום מיגו דזכי כו' כמו שאינו יכול לכפותה על אחר מטעם זה דלדידיה זכי ליה רחמנא ואשה הקנו לו מן השמים אבל אינה ברשותו לעשות בה כחפצו ואם אינו רוצה ליעדה ישלחנה לנפשה וקצרתי והנה במה דכתיבנא לעיל דבקידושין וגירושין כשנעשו בלא עדים אע"פ שהם נאמנים לנו מ"מ לא מהני ראיתי להזכיר מה שנתקשיתי זה ימים רבים בדברי הנ"י בפרק מ"ח גבי חלצה בינו לבינה שכתב שאפילו שניהם מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום משום שאין דבר שבערוה כו' וכיוצא בזה בשלהי יש נוחלין וכתבתי שדבריו סותרים זא"ז וכתבתי ליישב דבריו בדוחק והבאתי שם גם דברי חידושי הרשב"א והייתי רוצה להגיה ויראתי לשלוח יד ועתה זכני ה' שבא לידי חידושי הריטב"א מיבמות וראיתי שכתב וז"ל בינו לבינה מנא ידעינן פירש דבהודאתן לא סגי ואף ע"פ שבידן לחלוץ וכדאמרינן התם בבעל שאמר גרשתי את אשתי שאפילו להבא אינו נאמן לגמרי וכדאמרינן התם זיל חוש לה ויש שפירש דהך מנא ידעי דהרי אין דבר שבערוה פחות משנים וכי אמרינן לעיל שמא חלצה סנדל של אחד מהם בפני עדים קאמר ומאי דפרכינן הכא מנא ידעינן לאו דוקא אלא ה"ק מנא ידעינן דמהני שאפילו הם מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום כיון שהיה בינו לבינה בלא עדים וה"ז כאומר גרשתי את אשתי בלא עדים שאינו כלום ונכון הוא עכ"ל הריטב"א ומעתה מבואר נגלה שט"ס נפל בלשון הנימוקי יוסף ונתערבב הלשון וצריך להגיהו ע"ד לשון הריטב"א כידוע ומבואר למעיין שרוב הלשונות של הנ"י לקוח מחידושי הריטב"א ואין בזה ספק כלל ולפירוש קמא של הריטב"א וכן הוא ברשב"א דמדמי לבעל שאמר גרשתי כו' צ"ל דחליצה אין לדמות לקידושין וגירושין שהמעשה בלא עדים בטל מאליו וקצרתי כעת דברי שארו:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סג

שאלה ראובן נתקשר בקשרי תנאים לתת בתו לבן שמעון בק"ס בקנס חצי נדן מצד העובר לצד המקיים ובחרם כמנהג ובמשך זמן מה שלח שמעון לראובן היות שיש דרך לפניו לנסוע על זמן מה ורוצה לידע אם ראובן רוצה בקיומו כי אולי יקרה ה' לפניו איזה שידוך הגון ולכן רוצה שיהיה נכון לבו בטוח שהקשר הוא קשר אמיץ ובגלל הדבר הזה השליש ראובן מקצת הנדוני' שנתחייב לתת תחת יד שליש מרוצה שיש' ויתן וירויח לטובת הזוג וזה היה בידיעת המשודכת וברצונה וכבר עבר פרק הנשואין ואבי הבן תובע את אבי

הבת לעשות נשואין שבנו מבקש תפקידו ואבי הבת טוען כי לא עליו תלונתו כי בתו ממאנת ואינה רוצה להנשא לבן שמעון. מה דינו:

תשובה מתחלה נדון מצד חיוב הקנס שאבי הבת בא לפטור עצמו באמרו שאין העכבה מצידו רק מחמת הבת נראה שלא זכה בטענה זו כלל שאע"פ שהרשב"א כתב דזה מיקרי אונס הרי מהר"מ מרוטנבורק חולק עליו כמבואר במרדכי פ"ק דב"מ דדוקא אם מת חשוב ליה בכה"ג אונס שאם האב היה חי היה מרצה את בתו להתקדש לזה מבואר שם להדיא דדוקא מת אבל אם היה האב חי מה שהבת אינה רוצה לא מיחשב אונס וכ"כ בד"מ שהמרדכי בריש פ"ק דמציעא חולק על הרשב"א וכ"כ הב"ש וכן מבואר מתשובת מהרי"ו סימן ק"ה שסובר כמהר"ם שכתב כגון זה פתח פיך לאלם יש בידי תשובות מיימוני כו' ושקיל וטרי מהר"מ בהא מלתא כו' ועיקר ראייתו כיון דמת שמעון קודם הגעת זמן הוי אונס כו' והאי עובדא דמיא ממש לעובדא דמהר"מ ואם המשודך אינו רוצה לקיים עליו מה שקיבל עליו אביו הוא והאחין פטורין מן הקנס עכ"ל מהרי"ו והיינו משום דמיירי נמי דמת האב כמבואר וא"כ איכא אונס מיתה אבל אי לאו אונס מיתה לא חשיב אונס מה שהמשודך אינו רוצה שיהיה הם פטורים מחמת זה מקנס שקיבל האב עליו וכן נראה מדבריו סימן קס"ב ע"ש (ונפלאתי על מה שכתב הב"ש בסימן נ"א סק"ט דמהר"י סימן ק"ה מיירי כשאין מגיע לחלק ירושה כסף שפסק האב כו'. ולענ"ד ליתא ומבואר למעיין שם דהדין שבסי' ק"ה הוא הנדון אשר בסימן ק"ד ומבואר שם שיש די בירושתו לקיים מה שפסק האב רק שבסימן ק"ה בא מהרי"ו לפסוק על טענת המשודך שאומר שכיון שאין האחים רוצים ליתן לו חלק בראש אינו מרוצה בשידוך וא"כ ממילא שיצטרכו לתת קנס למשודכת וע"ז כתב מהרי"ו כגון דא פתח פיך כו' דבכה"ג שהאב מת והמשודך אינו רוצה שיכנס למשודכת חלק ירושתו הוא פטור כעובדא דתשובות מהר"מ):

והנה כדי להשוות המחלוקת היה נראה לענ"ד דלכאורה באמת צריך להבין סברת הרשב"א בזה שכתב דאונס' דלא שכיח הוא שכל הבנות מתרצות למי שיתרצה האב והרי אמרו אסור לאדם שיקדש את בתו כשהיא קטנה עד שתתגדל ותאמר בפלוני אני רוצה אלמא דחיישינן למלתא שמא תחזור בה ולא תתרצה לזה שנתרצה האב וצ"ל דדוקא בקטנה חיישינן להכי וכן מבואר בחידושי הרשב"א בקדושין ר"פ האיש מקדש שכתב ואתיא הא דאמרינן טב למיתב טן דו וכו' י"ל דדוקא בגדולה מדלא הקפידה חזקה ניחא לה אבל קטנה דלמא משתגדיל לא תתרצה בו וכ"כ הר"ן שם דהא דאמרינן טב למיתב וכו' היינו בגדולה דשוי' שליח מדעת סברה וקבלה ולא חיישינן לאמלוכי

כו' ע"ש ולפי"ז בעובדא דמהר"מ שבמרדכי שמעון היה לו בת קטנה וראובן בן קטן כו' שפיר ס"ל למהר"מ דדוקא מחמת מיתת האב הוי אונס שאם האב חי לא מחשב אונס מחמת מיאון הבת דאונסא דשכיח הוא כיון שבשעת חיוב הקנס היתה קטנה ואיכא חששא טובא שמא כשתגדיל לא תתרצה בו וה"ל לאתנויי משא"כ הרשב"א מיירי שבת בתו היתה גדולה בעת התחייבות ושפיר ס"ל דבכה"ג הוי אונסא דלא שכיח דהא טב למיתב טן דו וכיון שבשעת התחייבות ידעה וסברה וקבלה לא חיישינן לאמלוכי וא"ש נמי הא דקי"ל דאב שקיבל קדושי בתו בוגרת אינם קדושין ואף לפמ"ש הרא"ש בתשובה דצריכה גט מספק משום דאע"ג דשמא נתרצה הבן לא אמרינן מ"מ איהו ניחא לה בכל דהוא הרי כתב הח"מ בסל"ו דרק לכתחלה צריכה גט מצד חומרא וגם הב"ש שם הקשה דהא דקי"ל שמא נתרצה האב לא חיישינן והרי האב נמי בכל דהוא ניחא ליה לקדש בתו ע"ש ולכאורה לא דמי דדווקא שיתרצה האב למעשה הבת לא חיישינן אבל להיפוך כיון דאתתא בכל דהוא ניחא לה וגם כל הבנות מתרצים למי שיתרצה האב שפיר יש לחוש שנתרצית:

אך לפמ"ש י"ל דדוקא היכא שידעה ששידכה האב ונתרצית תו לא חיישינן לאמלוכי משא"כ באב שקיבל קידושין לבתו בוגרת בלא דעתה כיון שלא היה גילוי דעת ממנה שהסכימה למעשה האב שפיר י"ל דמעיקרא לא נתרצית כלל ולפ"ז ג"כ יש ליישב ההוא דמהר"מ שבמרדכי די"ל דמיירי שהאב התקשר בלא ידיעת הבת כלל וכמ"ש שם וכיון שמת מאי הו"ל למעבד הבנים לא היו יודעים בתנאי אביהם כו' וא"כ י"ל שגם הבת לא היתה יודעת וא"כ אזל ליה טענת אונס מחמת מיאון הבת רק מחמת מיתה דאמרינן דסמכה דעתיה שירצה אותה ועתה שמת מאי ה"ל למעבד משא"כ אם ידעה בשעת מעשה וסברא וקבלה גם מהר"מ אפשר דמודה דהוי אונס מה שחוזרת בה ואפילו אם האב חי דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שתחזור בה אחר שכבר נתרצית (אך לשון הרשב"א משמע דאף בכה"ג שנתקשר בלא דעתה לא שכיח שלא תתרצה למי שנתרצה האב) וא"כ אין כאן מחלוקת בין הרשב"א למהר"מ:

והנה בנדון השאלה שלנו לא נתבאר אם המשודכת היתה קטנה בשעת התקשרות או גדולה ואם היתה גדולה מבואר בשו"ת עבודת הגרשוני סימן ע"ד שכתב וז"ל כללא דמלתא שראובן החוזר מחויב ליתן קנס כו' גם יחוש לעצמו שלא יכווה בגחלת החרם כו' אבל אם האמת אתו שבתו ממאנת כו' ואחר שהיתה מרוצה וקיבלה המתנה לבשתה רוח אחרת רוח טועים ודאי עליה נאמר שלא ינוח שבט הרשעה על גורל הצדיקים וחוזר הדין לשנואה במעשיה והיא חייבת לשלם דמי בושת ואם אין לה יעשה לה כמשפט

הבנות המתפרצות כאשר חרץ הסמ"ע לנדותה ולפרסם קלונה ברבים כו' והיה מקום ללמוד וכו' שאין כוונתה לבייש אבל אין ממש בזה שכבר היתה מרוצה וקיבלה המתנה בפנים יפות אין זה כ"א שנתנה עיניה באחד מן רוכבי הסוסים ואת לומדי התורה מאסה ע"כ נקה לא תנקה. ועוד נלע"ד שגם ע"פ הדין אין המבייש שלא בכוונה פטור אלא כגון ישן כו' כללא דמלתא נלענ"ד שיחול חיוב הקנס כו' ואם הוא נקי בתו חנקי כתיב ויושת עליה כאשר כתבתי עכ"ל העתקתי דבריו כי אולי אין הספר מצוי מקום המשפט שמה: ולפי"ז יש כאן חיוב עליו או על אביו ממ"נ דאם היתה גדולה ונתרצית הרי יש כאן חיוב עליה כמ"ש ואם היתה קטנה או שלא ידעה מהתקשרות והחיוב א"כ מוטל על אביו שהרי אין כאן אונס דה"ל לאסוקי אדעתיה שמא כשתגדיל לא תרצה וה"ל לאתנויי ואף הרשב"א מודה בזה למהר"ם דבכה"ג לא נפטר האב מהקנס וכמ"ש וכל זה אפילו אם נימא דהרשב"א ומהר"מ לא פליגי ומכ"ש אם נאמר כמ"ש הד"מ והב"ש דפליגי וכן מוכח גם כן ממהרי"ו דלמהר"מ בכל גווני לא הוי אונס מה שאין המשודך מרוצה אם לא מחמת שמת האב א"כ כיון שהושלש הנדן ביד שליש לטובת הזוג דאז חשוב כגבוי והבעל מיקרי מוחזק כמ"ש בסימן נ"ג ובב"ש כמה פעמים וכבא לידו דמי ומצי למימר קים לי כמהר"מ ומהרי"ו שאין זה אונס וגובה מהנדוניא עבור הקנס והשליש בזה אינו רק כמו נפקד של החתן ואינו יכול ליתן לאבי הבת ואם נתן מחויב לשלם כמבואר בח"מ סימן בדין שליש שעשה שלא כדין ע"ש ועוד אני עתיד לבאר בעזה"י. הרי בררנו זכות החתן נגד אבי הבת בחיוב הקנס ועתה אבא לברר לענין מעות הנדוניא עצמו שהושלש ביד השליש לטובת הזוג הנה הח"מ כתב דטענת אונס מחמת מיאון הבת אינו פוטר אלא מחיוב קנס אבל אם מחייב עצמו בשט"ח דהיינו שמתחייב עצמו לחתן מנה בלי תנאי והוא נתחייב שימחול כשיתן לו הכל והנדן אז לא נפטר מחיובו מחמת מיאון הבת וסיים שם שמעשים בכל יום שמניחים שט"ח על כך ואין מועיל מה שהיא אינה רוצה. והב"ש כתב דאם לא נתן איכא אומדנא שאין כוונתו ליתן רק שתהנה בתו כמ"ש סי' ע"ז מיהו בט"ז כתב בממרני הוי כאילו סילק כו' ובסימן ע"ז ס"ק ט' כתב ועיין בהג"מ דמדמה דינים אלו לדינים המבוארים בסי' נ"ג כו' ואם הנדוניא ביד שליש תליא בדינים המבוארים בסי' נ"ג עכ"ל מבואר מזה דבכה"ג מודה לדברי הח"מ אם נתן ממרני או השליש לטובת הזוג דהוי כגבוי וכן מבואר להדיא ממש בס"ס ע"ז גבי ארוס שאינה רוצה לינשא כו' ומדינים אלו נשמע מכ"ש לשידוכים שלנו אם היא ממאן אין אביה חייב ליתן מה שפסק עכ"ל מבואר מזה דאם נתן ממרני או השליש דינו כמו בארוסה שכתב קודם לזה דאל"כ ה"ל למימר דאפילו נתן מחויב להחזירו וכמו דמדייק שם הח"מ

והב"ש מדברי הטור והש"ע לענין ארוסה שכתבו אינו חייב ליתן מכלל דאם נתן אין מוציאין ממנו וא"כ ה"ה בממרני או הושלש כמבואר שם ואמנם דברי הב"ש תמוהים בזה שנראה מדבריו דהך מילתא דהח"מ שמתחייב להחתן כו' היינו הך דינא דנתן שט"ח על הנדן דשייך למימר ביה שנתן ע"ד שתהנה בתו והא ליתא דדינא דח"מ אינו בשט"ח הניתן על הנדן רק הוא מיירי בשט"ח על הבטחת השידוכין המבואר שם לפני זה בדברי המחבר שמחייב עצמו בלי שום תנאי רק שאם יקיים השידוכין ויתן לו הכל והנדן יהא מחול נמצא דעיקר החיוב של השט"ח הוא על אופן אם יתבטלו השידוכין מחויב לשלם לו מה שהתחייב ולא תהנה בתו רק בנתן שט"ח שלא להבטחת השידוך רק על חיוב הנדן אז אע"פ שטענת אונס הוא שמת האב והיורשים אין רוצים לקיים לא מהני לפוטרם כיון שכבר נתחייב בשט"ח גמור מ"מ אונס כזה שהבת ממאנת וכה"ג שאר טענות שהשידוכים בטלין א"צ ליתן שלא נתחייבו אלא ע"מ שתהנה בתו וגדולה מזו מבואר בשו"ת הרא"ש שהביא הטור בסימן נו"ן דאף שנתן לידו מקצת נדוני' צריך להחזיר ובגוף התשובה מבואר שכתב ראיה מההוא דר"ת שפירש הך דכתובות כתב לה פירות כו' במן הנשואין כו' וכן בנדון זה לא פסק ליתן לו נדוניא אלא ע"מ שישא בתו ואין לחלק דשאני התם שלא בא עדיין ליד החתן אבל היכא שכבר באה מקצת נדוניא ליד שמעון לימא ליה נתת לי מעות הללו ע"מ שאשא בתך אנא הא קאימנא לקיים תנאי לישא בתך ולא אחזיר מה שנתת לי הא ליתא דהא פסקינן בב"ב בין מת הוא או היא מוהרי הדרי אלמא כשהבעל חוזר צריכה להחזיר הסבלונות משום דאדעתא שתנשא לו שלחם לו כו' וכ"כ הב"י בשם הרשב"א בתשובה המשדך בתו לחבירו ושלח בגדים כו' דכי היכא דהדרי סבלונות דשלח איהו לה כו' ע"ש והביאו לדין זה בש"ע ואמנם מזה אין ראיה כלל דלענין סבלונות מיירי ובזה י"ל דאומדן דעת הוא שאינו שולח אלא ע"מ לכונסה וכמבואר להדיא בלשון הרמב"ם פ"י מהל' זכיה ומתנה השולח סבלונות כו' שהדבר ידוע שלא שלחם אלא דרך נו' בלבד משמע הא אולי שלח בדרך דורון ומתנה לא היה חוזר אך תשובת הרשב"א הלזו שהביא הב"י מצאתי ראיתי' באריכות בשו"ת הרשב"א חלק ג' סי' צ"ו ושם איתא שראובן טען ששמעון יחזור לו מה ששלח שהוא לא שלח לו אלא לפרעון מה שפסק לו ושמעון טוען שלא שלח בפרעון אלא במתנה כו' תשובה כו' דאפילו לא שלחם בפרעון מ"מ סבלונות הם ואין הפרש בין סבלונות ששלח החתן כו' מבואר מזה דאם שלח בפרעון מה שפסק לו פשיטא שהיה צריך להחזיר וא"כ כיון דאפילו בא לידו ממש צריך להחזיר כשנתבטלו השידוכין מכ"ש כשלא בא לידו ממש אלא דחשיב כגבוי ולכאורה צ"ע על הב"ש שדימה דין זה למורדת דמ"ע דהתם כל

שהוא בידו אין מוציאין ממנו מחמת דין מורדת ואפילו תפסה מעות לא מהני ובכה"ג שלא נתן דמהני משום אומדנא מ"מ במונח ביד השליש הוי כבא לידו ואזל האומדנ' משא"כ כאן דאפילו בא לידו מוציאין ממנו ואע"ג דבארוסה מבואר מהטור וש"ע דדוקא בלא נתן עדיין שאני התם דגם בארוס' שייך דין מורדת כמבואר שם סעיף ב' (וע"ש בב"ש ס"ק שכתב דנקט כדי לצערו דבמ"ע אין מפסדת דאין לה כתובה וצ"ע דהא מפסדת הנדוניא כשבאה לידו ואפשר שאין דרך לתת הנדוניא לידו באירוסין וגם י"ל דהתם במ"ע באמתלא מבוררת ואז מוציאין הנדוניא כמ"ש הב"ש כאן ואם אינם מבוררת היינו כדי לצערו ויותר נכון לשיטת הרמב"ם במ"ע בנדוניא וקצרתי) והלכך אם נתן והאמתלא אינה מבוררת הוי כמורדת דבעינא ליה ואם כבר ניתן לידו אין מוציאין ממנו אבל בשידוכין אדם איך יזכה במה שניתן לידו בתורת נדוניא שהוא ע"מ לכונסה ומכ"ש במה שהושלש לטובת הזוג ולפ"ז דברי הב"ש בזה הם תמוהים והנה מה שהקשיתי מתשובת הרא"ש שהביא הטור י"ל דא"ש ע"פ מ"ש הב"ח שם על דברי תשו' הרא"ש וז"ל וצ"ל דהך עובדא דהרא"ש לא נעשה בקנס ובקנין וגם לא השלישו שטרות דאל"כ הא כתב הרא"ש דיש לשליש לקיים שלישותו כו' אלא כדפרישית שלא היה שם אלא פסיקא בעלמא בפני עדים כמה אתה נותן לבתך כך וכך כו' והיו שניהם יכולים לחזור בהם ולפיכך פסק דכאן צריך מה שקיבל כו' ע"ש נראה מזה שסובר דאותן שמשלישין על הנדן הם ג"כ לקיום שלא יחזיר אחד מהם ולפיכך כתב שלא היה רק פסיקא בעלמא כו' דאל"כ הא מצינו לומר דשפיר היה שטרות מושלשין על הנדוניא אך לא עדיף מאילו נתן לידו ממש אלא ע"כ דבכה"ג שמשלישין שטרות על הנדוניא הרי הם כמושלשין על הקיום של השידוך וזה עדיף טפי מנתן לידו דאינו דרך קנס רק דרך פקדון או הלואה וכיון שנפסק הקשר צריך להחזיר כמו בסבלונות משא"כ בהשליש שטרות שהוא ע"ד כן שיהיה השטר חלוט לו בין יעבור או לא יעבור ושפיר כתב הב"ש דבכה"ג שהשליש שט"ח לנדן אמרינן שלא נתן רק ע"מ שתהנה בתו ור"ל דנהי דהשט"ח הוא לבטחון ג"כ ואדעתא דהכי השליש שאם לא יקיים כפי התנאים יוחסר לו השט"ח מ"מ כיון שכל עיקרו של השטר הוא על נדוניא א"כ גם אם השטר בעצמו הוא בידו מ"מ אינו יכול לגבות בו כשנתבטלו השידוכים שלא נתן אלא לנדוניא דהיינו על מנת שתהנה בתו ולפי זה בממרני דהוי כבא לידו ונסתלק אומדנא שלא פסק אלא ע"מ שלא תהנה דכל שהוציא מידו אסח דעתיה ואם כן כיון שהשט"ח שניתן על הנדן הוא מושלש לבטחון למסור ליד זה ואם כן כשזה עבר על התנאי השליש מוסר לצד המקיים השט"ח והשט"ח הוא חשיב כגבוי וליתא לאומדנא שלא נתן ע"מ שלא תהנה בתו דכל שנתן תו ליכא אומדנא

זו ושפיר הוי דידיה וא"צ להחזיר ולא דמי להך דהרא"ש שנתן לו מעות נדוניא ופסק דצריך להחזיר משום דמה שנתן מעות לידו אינו דרך בטחון רק בדרך מלוה או פקדון כיון שלא השלישו שטרות ומכ"ש לפי מ"ש הב"ח שלא היה שם רק פסיקא בעלמא בלא קנין א"כ י"ל דכיון ששניהם יכול לחזור בהם לא מסתבר שנותן מעות ליד החתן לחלוטין כיון שבקל יכול לחזור ואומדן דעת היא שאינו רק דרך הלואה משא"כ כל שהיה שם קנס וקנין והשלישו שטרות טפי מסתברא שמעות הנדוני' נותנים לו במתנה כיון דלא אסיק אדעתיה שיחזור הצד השני לבטל קשר אמיץ זה ובכה"ג באמת א"צ להחזיר אך לא משמע כן מהב"ח וגם דהא ראייתם מהך דסבלונות דמיירי לאחר אירוסין ואפשר דסבלונות שאני כמש"ל דאומדן דעת שאינו רק להתקשט ולנוי אלא דמייתי ראיה דלא מצי למימר אנא הא קאימנא כו' דכמו בסבלונות אף ע"פ שאבי הבת מוחזק מוציאין מידו ה"ה בממון של נדוני' שניתן לו באירוסין כיון דאיכא למימר דהלואה או פקדון היא אע"פ שהוא מוחזק מוציאין ממנו אבל היכא שנתקשרו בקנין דליתא בחזרה אז אפשר דאם נתן לידו ממון לחלוטין נתן דלא מסיק אדעתיה שירצה לחזור וגמר ומקני׃)
ולהיות כי דברי הב"ש באו קצרים כדרכו ראיתי לבארם ביאור רחב בעז"ה לכן מוכרח אני להאריך קצת הנה דברי תשובת הרא"ש שהביא הטור דמעות שניתן לחתן בתורת נדוניא אחר שידוכין כשנתבטלו השידוכין צריך להחזיר הם דברים פשוטים שהרי כל עיקרה של נדוניא הבאה מן האשה לבעל לעולם איתנייהו בחזרה שהרי הם נכסי צ"ב ואפילו אם נשאת הם שלו לישא וליתן בהם ולחזרה קיימי כשימות או תתגרש רק אם מתה אז הוא יורש בתורת ירושה אבל זולת זה אין מקום זכיה לבעל בנדוניא שלא יצטרך להחזיר שמעיקרא לא ניתנו לידו אלא כל זמן שתהיה תחתיו ומשמשתו אבל כשיוצאה ממנו היא נוטלת הנדוניא שלה אם לא בנשואי עבירה דאיכא דקנסוה וא"כ כשנתבטלו השידוכים והיא נפרדת ממנו מאין יהיה לו זכות בנדוניא שלה יותר מאם תופרד מאתו אחר הנשואין ולפי"ז צריך להבין בדברי הרא"ש שכתב שא"ל דלימא שמעון לראובן נתת לי מעות ע"מ שאשא בתך אנא הא קאימנא לקיים התנאי ולא אחזיר לך מה שנתת לי הא ליתא דהא פסקינן הלכתא מוהרי הדרי כו' ולכאורה לא היה צריך לזה דבפשיטות הוי מצי למימר דלו יהא שכבר ניסת דודאי זוכה בנדוני' מ"מ כשיוצאה ממנו צריך להחזיר והרי הרא"ש לאו מטעם קנס אתי עלה וגם צ"ע במ"ש דקי"ל מוהרי הדרי ולא מצי למימר אנא הא קאימנא לינשא לך ולא אחזיר לך הסבלונות משום דאדעתיה שתנשא שלחם לה וכשחזר בו צריכה להחזירם לו וכן בנדון זה יחזיר לו כו' ולכאורה היא גופא קשיא דבאמת גבי סבלונות תטען ותימא הכי אנא הא קאימנא דהא הכי קי"ל בכל המחייב

עצמו ורוצה לקיים תנאי ונראה דודאי אם המעות שניתן לידו אינו אלא [על]דעת נדוניא בלבד פשיטא שאינו זוכה כלל בטענה דאנא הא קאימנא שהרי כל נדוני' יצאה ממנו כשנפרדת ממנו וכמ"ש רק שיש מקום לטוען לטעון כיון שאין דרך ליתן הנדוניא אחר השידוכין ליד החתן א"כ י"ל שניתנו לטבועין שהמעות יהיה שלו אלא שהוא מתחייב לישא בתו ואז יהיה שלו בתורת נדוניא ולכן שפיר מצי למימר אף שנתת לי ע"ד לישא בתך אנא הא קאימנא ורצוני לקיים תנאי והעכבה היא ממך וא"כ אין אני צריך להחזיר שהמעות ניתנו להיות שלי רק שאני מחויב לישא הבת ואתן כתובה עליהם ומחמת עכבה דידך איני מחויב להחזיר וכה"ג אמרינן בריש כתובות חלתה היא מהו מצי אמר לה אנא הא קאימנא כו' שפטור מחיוב מזונות שנתחייב אם לא ישאנה כיון שהיא מזומן לישאנה וה"נ המעות הם שלו אלא שמחויב לישא ולתת לה כתובה ע"ז וכיון שהיא מזומן לישא אותה והעכבה ממנו היא פטור ולזה הביא ראיה מהך דסבלונות דהדרי ולא מצי אמר אנא קאימנא כו' משום שלא ניתנו לה לטבועין רק שהיא התחייבה עצמה לינשא ואם לא תנשא תחזור דאז אם אין עכבה ממנה לא היתה צריכה להחזיר רק איפכא אמרינן דכל עיקרם של הני מוהרי אינם רק להתקשט ולנוי ע"ש שתנשא וע"ד שלא יהיה נישואין לא נתן כלל וא"כ ממילא אף שחזר בו הוא כיון שלא נתן כ"א ע"ד נשואין בטלה ולא מהני בזה טענת הא קאימנא וה"ה במעות שניתן לו לנדוניא ג"כ לא ניתן לטבועין ואם לא ישאנה ויקיים תנאי מחויב להחזיר דאז הוי מצי למימר אנא הא קאימנא אלא מעיקרא לא ניתנו לטיבועין רק דרך פקדון או הלואה ע"ד שכשתנש' לו יהיו שלו לנדוני' וא"כ כל זמן שלא נשאה אף שהעכבה ממנה אין לו זכיה במעות כלל וזה ברור:

ועתה אבוא לדברי הב"ש והנה הך דינא דהח"מ במחייב עצמו לחתן בלי שום תנאי כו' הוא דבר ברור וכאילו נתחייב לו מנה שהלוה לו ואמר לו אם תנשא בתך לי יהא מחול לך דאף אם לא נשאת לו מחמת אונס מ"מ זה לא מחל כ"א כשתנשא לו וכן מבואר בב"ש סימן קמ"ד וז"ל ותנאי שהוא לטובתו שהיא תעשה זאת לא מהני טענת אונס כי הוא לא התרצה ליתן גט כ"א בתנאי שתעשה זאת כו' ע"ש ולענ"ד פשוט דאף למ"ד אונסא כמאן דעביד מודה בזה כמ"ש לקמן וגם בלא"ה הרי התנאי הוא אם ישיא לו בתו ובודאי דעל נשואין ברצון הבת קאמר שהרי אין בידו לכופה וכיון שלא נתקיים התנאי אין כאן מחילה ומה איכפת לן במה שהיה טועה וסבר שיפייסה במה דאפייס ולקמן אבאר עוד בזה שכתב וכו' ושוב סיים בה הח"מ ומעשים בכל יום שמניחים ביד שליש שט"ח על הנדן שכשיתקיימו השידוכין הוא פורע השט"ח על הנדן ואם אינו רוצה לקיים התנאי

השליש נותן השט"ח של העובר לצד המקיים וכאשר נוהגים גם עתה וס"ל להח"מ דגם בכה"ג שעיקר השט"ח הוא על הנדן דינא הכי כאשר הוא מעשים בכל יום ולכן כתב הב"ש ובסימן ע"ז כתבתי בשם הג"מ כשבתו טוען מ"ע א"צ לשלם לחתנו השט"ח שנתן על הנדן כו' כי אומדנא דמוכח היא דכוונתו היא ליתן הנדן באופן שתהנה בתו וכו' ור"ל דבכה"ג נהי שתאמר שאין מועיל טענת אונס והשליש ימסור השטר חוב להחתן מ"מ אינו יכול להוציא בטענת הא קאימנא לישא את בתך אלא שהיא מעכבת שהרי זה טוען לו יהא שנשאת לך וטוענת מ"ע איני צריך ליתן לך דבר כיון שעיקר השט"ח רק על הנדן וא"צ ליתן רק כשתהנה בתו וכל שטוענה מ"ע א"צ ליתן א"כ כ"ש כשמסרב' קודם הנשואין אך כ"ז בהשליש שטר חוב שכתוב בו שם המלוה אבל בשט"ח ממרני שהוא כגבוי כיון שהוא מושלש ע"ד זה שיהיה שלו בכל גווני אלא שהוא מחויב לישא הבת ויהיה לנדוניתה אם כן אם הבת מעכבת מצי למימר אנא הא קאימנא לקיים תנאי לישא אותה ולא מצי למימר לו יהא שנשאת לך הרי טוענת מ"ע ז"א דאם טוענת מ"ע באמתלא שאינה מבוררת אינה יכולה להוציא מידו אף הנדוני' כמבואר בסימן ע"ז וא"ש מ"ש הב"ש בסי' ע"ז בשידוכים שלנו שא"צ ליתן מה שפסק אבל אם כבר נתן הנדוניא או ממרני וכיוצא בזה בשידוכים שלנו שהיא להבטיח את השידוך שיהיה קיים אין מוציאין מידו בטענת מ"ע באמתלא שאינה מבוררת דהא מצי טעון הא קאימנ' לקיים תנאי ולישא בתך ובזה לא שייך לומר כמ"ש הרא"ש דאדעתא שתנשא לו נתנם לו שהרי אדרבא ניתנו לו לבטחון והם שלו אף אם לא תנשא אלא שהוא נתחייב שישאנה ואם יהיה עכבה ממנו שלא ירצה לישא אותה באמת הוא מחויב להחזיר אבל אם אין עכבה ממנו אלא מאביה או ממנה לא איכפת ליה כלל כיון שהוא מזומן לקיים התנאי ודברי הרא"ש הם אמורים בנותן מעות לנדוניא ולא עלה על לב מעולם שיהיה לבטחון לקיום השידוך. דבזה אין ספק כלל דכל שנתבטלו השידוכים לא זכה כלל בנדוני' וכן דברי הרשב"א בסבלונות שמעולם לא ניתנו לו לטבועין רק לפי שעה וע"ד שישאנה וכל שלא נשאה מאיזה צד שיהיה לא זכה בסבלונות כמ"ש בתשובת הרשב"א ח"ג סימן צ"ו באורך דמה שעה אאהלצה אאאלה שאיה יאה שעהאא ששש שאמרו בשלח סבלונות חוזר אינו הלכתא בלא טעמא אלא דירדו חז"ל לסוף דעתן של בריות שהמשלח לבית חמיו לא על דעת ליתן לחלוטין ולטבועין הוא שולח אלא משום אחתוני ועל דעת שישיבו לו מבית חמיו עם אשתו שע"ד לכונסה שלח כו' וה"ה והוא הטעם כששלח חמיו לבית החתן שלא שלח אלא ע"ד שתנשא לו בתו ואפילו נתארסה לא מחל עד שתכנס בתו אצלו כו' ע"ש וה"ה במה שנתן לו אבי הבת אחר השידוכין במה שפסק לו לנדוני' כשלא

נתן לבטחון לקיום הענין שהרי נדונית הבת הוא ולא לשם מתנה רק ע"ד שישא אותה לכתוב לה כתובה על סך זה וכן מבואר בשו"ת הרשב"א ח"ג סימן רמ"ד וז"ל הדבר ברור שאין שמעון זוכה במתנת הגן והבית ואפילו עכבה לאה לפי שלא ניתנו רק לנדוניא וכל שלא נשאת לו מאיזה צד שיתבטלו הנשואין לא זכה שמתנת הקרקעות נגררת אחר הנשואין והוא היה חייב לכתבן לה בנדוני' כו' ע"ש ל כל שניתן לו או ביד שליש שימסור לצד המקיים לבטחון לקיום הענין וכאשר הענין מתקיים הוא לנדוני' פשיטא שיעשה השליש מה שהושל' בידו וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ד ועל שידוכין שעשה כ"א שטר בקנס על עצמו כו' יש לשליש לקיים שלישיתו וכן שטר נדוניא שכותב על עצמו בחוב גמור כיון שחייב בו עצמו חייב הוא ואם עבר על תנאו תוכל האשה לגבותו עכ"ל: שוב מצאתי הדבר מבואר שיש חילוק בין נותן לנדוני' סתם בין נותן דרך הודאה וחיוב שהרי כל חיליה דהרא"ש ששמעון צריך להחזיר מה שניתן לו בנדוני' מהא דמוהרי הדרי והנה בב"י בריש סימן נו"ן כתב בשם רבינו ירוחם וז"ל נדוני' שנהגו לכתוב באלו הארצות שמחייב עצמו החתן כשמשדכין ומודה שקיבל כך וכך ומחייב עצמו חוב גמור נראה שנגבית בכל ענין אפילו חזרו בהם היא או הוא שכבר הודה וחייב עצמו ושעבד ושאלתי לרבותי ע"ז והודו לדברי עכ"ל הרי מבואר דלא אמרינן שלא התחייב את עצמו כ"א באופן שתנשא לו אלא כיון שכבר זכתה בחוב לא איכפת לן בחזרה ואפילו חזרה היא ולא דמי לסבלונות שלא זכתה מעולם כלל (אך מ"ש אפי' חזרה היא צ"ע מתשו' הרא"ש שהבאתי שנראה מדבריו דדוקא אם עבר הוא על תנאו היא גובה אבל לא אם חזרה היא ואפשר דמיירי שחזרה ע"י אמתלא מבוררת וניכרת לב"ד שא"א שתנשא לו דמ"מ החוב לא בטל כיון שכבר נשתעבד ועל החזרה היא אנוסה וגם זה צ"ע) ונראה שדרכם היה בשעת קישור התנאים לכתוב שהחתן קיבל מן הכלה סך כך וכך ומחייב עצמו לשלם הסך ההוא ולכן הוא מחויב אפילו נתבטלו הנשואין ולכאורה נימא דלא עדיף שטר חיוב זה מאילו נתן מעות ממש לידה דצריכה להחזיר אלא הוא הדבר אשר דברתי דודאי נתינת מעות ממש בתורת נדוני' או סבלונות נגרר אחר הנשואין וכל שבטלו הנשואין צריך להחזיר אבל המנהג ההוא נתיסד שהחתן יתחייב עצמו לבטחון לקיום הענין וזה נגבה אם בטל ע"י חזרה וכן אם נתן מעות לבטחון ונתבטלו השידוכין מחמת חזרה פשיטא שא"צ להחזיר וכ"ש הוא מנתן שט"ח לבטחון ולפ"ז דברי הב"ש עולים כהוגן בכה"ג דמעשים בכל יום שמניחים שט"ח לקיים הענין ועולה לכאן ולכאן שאם יתקיים הוא נותן הסך לנדוני' ואז היכא דא"א לדחותו בטענת מ"ע כגון בממרני דחשוב

כגבוי שפיר זוכה בו החתן כמ"ש רבינו ירוחם שכבר הודה ונתחייב ונשתעבד ודברי הב"ש בזה עולים יפה לדינא כפתור ופרח:

ועתה נחזי אנן בנ"ד לפי שהשאלה באה סתומה אני צריך לבאר כל החילוקים ונראה ברור דלא מיבעיא אם נעשה הענין על פי השלשת שטרות לקיום התנאים ושוב לוקחין שטרות אלו מיד השליש ומשלישין במקומם מעות ביד השליש או וועקסלין על שם הזוג הרי הדבר מבורר וידוע שמעות זה או וועקסלין אלו המה תמורת השטרות שהונחו לבטחון לקיום הענין ובמקומם הם לכל דבר ולא יפול לב מתעקש עליו לומר שדעת הצדדים היה לבטל הבטחונות והקיומים שנעשו בשעת התקשרות רק משלישין עתה לצורך נדוני' ואין חוששין לחזרה מחמת קנס המבואר בתנאים דא"כ מעיקרא מאי קסברי שלא סמכו על חומר הכתוב בתנאי על צד העובר והשלישו שטרות לחזק במסמורים לא ימוטו ועוד דמה"ת יעשו זאת לבטל מה שמחזק הענין ביותר וגם נראה דאף אם היה רצון הצדדים כן אין בכחם לבטל בלי רצון הזוג שהרי כל עיקר הענין הוא לטובת הזוג וזכין להם שלא בפניהם אבל אין חבין להם וכן מבואר באה"ע סימן קי"ד לענין חיוב מזון הבת אם האם פטרו מלזונה אין הפטור כלום וכתב שם הב"ש בשם הפרישה שאם האב עשה חיתון עם בתו ונתרצו האב והחתן לבטל השידוך אין רשות לאב לבטל החיתון בלא רצון בתו וק"ו שאין לו רשות לבטל השט"ח שהשלישו לקיום ההתקשרות וע"כ דבאמת אין מבטלין אדרבא מחוזקין הבטחונות ביתר שאת במה שנותנים ליד השליש מעות מזומנים ע"ש הזוג שיסתחר בהם לטובתם והם הם הבטחונות והקיומים על השידוכים שהמעות קנוי לצד המקיים ואם יתקיים הענין הוא הנדוני' שהתחייבו הצדדים ולא גרע מעות בעין שהושל' תח"י השליש או ממרני שהושלש לידו לנדוני' ולקיים הענין. ומעתה בנ"ד כפי אשר היה למראה עיני גב"ע ופס"ד מהנברר מצד אבי החתן וז"ל ע"ד הטענות כו' א"כ אף אם לא היה מושלש שט"ח מתחלה רק זה החילו להשליש אף אם לא היה בפירוש ע"ד קיום השידוך אומדנא דמוכח הוא שהשליש לבטחון לקיים השידוכין שיהיה דעת אבי הבן סומך על זה וכל כה"ג פשיטא דעדיף מהניח שטר לבטחון וחייב עצמו שכתבתי בשם הרא"ש ורבינו ירוחם דשפיר גובין בו אלא שהבית שמואל כתב דבשטר שנזכר בו שם המלוה לא מהני כיון שעיקר השט"ח לסילוק הנדוניא וא"כ אנו דנין כטוענת מ"ע אחר הנשואין (והרא"ש ורבינו ירוחם מיירי בשט"ח שהחתן נותן על עצמו להכלה שפיר מתחייב למשתעבד משא"כ הכלה להחתן דמהני טענת מ"ע) ומ"מ בממרני כתב הב"ש דמהני וא"כ מכ"ש בהשליש מעות בעין לטובת הזוג דכבא ליד החתן ולא מהני מה שחזרה בה שיצטרך הוא להחזיר

וק"ו הדברים בזה שבפירוש התנו להשלישו סך כו' וגם שטר חוב על המותר לקיום השידוך שהדברים מבוארים בראש"ש ורבינו ירוחם דשפיר גובין בו אף שלא נתן ויעשה השליש מה שהושלש בידו ויכול לגבות אף בשט"ח דסתם שט"ח שאנו משלישין עתה הוא ע"ד הבטחות של חכמי ספרד ואין מועיל טענת אונס ואבאר עוד אי"ה:

ועוד נלענ"ד ברור דגם הרא"ש שכתב דצריך להחזיר מה שניתן לו על הנדן מודה בנ"ד דא"צ להחזיר דהא שפיר קאמר אנא הא קאימנא לקיים התנאי ואי משום אומדן דעת שלא נתן אלא ע"ד שתנשא זה לא שייך אלא בסתם משא"כ בנ"ד שזה התרה בו שאם רוצה בקיומו של השידוך שישליש הנדן לקיום ואם לאו אולי יזדמן לו שידוך אחר יעשה וזה מילא רצונו והשליש הא קמן שכל כוונת השלשת המעות בזה היה כדי שיתקיים השידוך בכל אופן א"כ אזל ליה האומדן דעת ואדרבא איכא אומדן דעת שזה שכנגדו לא להיות תלוי ועומד בקשר שאינו של קיימא וע"ד כן השליש אבי הבת להראות פנים מסבירות לאבי הבן כי הקשר הוא קשר אמיץ והקנה בכל אופן שהרי הנה זה בא לעשות רצון מחותנו אבי הבן והוא רוצה שיהיה קנוי בכל אופן מדאגה מדבר שמא יחזור בנו או היא או בתו מעצמו או ע"י הסתת קרובים וכל שהוא דבר שתלוי ביניהם אין מועיל אומדן של האחד כלל כמ"ש התוס' בב"ק דף ק"ד ובכתובות דף מ"ז וכמ"ש לקמן בזה:

ועוד נראה לפי מ"ש הרא"ש בתשובה סי' לענין נדונית חתני' שאם נהרגה האשה א"צ להחזיר דלא אסיק האב אדעתיה שתהרג וגמר ויהיב אדעתא דהכי ומשם למד בתה"ד סי' רס"ז דגם בנשתמדה א"צ להחזיר לאב ואפילו לא נתן צריך ליתן דבמלתא דלא שכיח לא אמרינן אומדנא וכן הסכמות כל אחרונים ס"ס קי"ח וכ"כ בשו"ת ב"ח סימן מ"ח לענין מי שמכר עורות והזכיר שחיטה בדבריו ע"ש (ובזה נדחה מ"ש הח"מ לענין השלישו שטרות דצ"ע שמא אומדנא היא שלא התחייב אלא ע"מ שהבת לא תסרב ע"ש שהניח בצ"ע ולפי מ"ש ז"א דכיון דסירוב הבת הוא אונס דלא שכיח א"כ לא אזלינן בתר אומדנא זו). ולפי"ז צ"ע על הראיה שכתב שחזר בו הוא מחזיר הנדוניא דאומדנא שלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו ודמי לה להההיא דפליגי ר"נ ורבנן בכתב לה פירות כו' ומתה דאמרינן שלא זכה הבעל ולכאורה י"ל דוקא מתה שאינו אונס דלא שכיח משא"כ בזה שהוא עצמו העושה התקשרות הלז ומלתא דלא שכיחא שיחזור בו הוא עצמו ויבטל התנאין ויותר לא שכיח מסירוב הבת וכיון דלא אסיק אדעתיה שהיא יחזור בו אזדא ליה האומדנא ואם נפשך לומר דשפיר שכיח שיחזור בו ע"פ שמועה קרובה או רחוקה או איזה סיבה שבגלל הדבר הזה יחזור בו א"כ גם סירוב הבת שכיח שמצא ע"י איזה שמועה או סיבה ועינינו רואות רבות בנות עשו כזאת ובפרט האידנא דשו בה רבים ובדוחק י"ל דחזרת

עצמו שכיחא ליה משא"כ חזרת הבת סתמא ניחא לה במה דעבד אבוה וכיון שאביה אינו חוזר רחוק שהיא לבד תחזור בו נגד רצון האב ואיך שיהיה עכ"פ נראה דבגוונא דנ"ד שנתחייב בקנין ובקנס להשלישׁ ממרני או מעות לטובת הזוג ממש זכה החתן דאי תימא כסברת הרשב"א דסירוב הבת לא שכיח אם כן מצי טעין אנא הא קאימנ' דליכא אומדנא שלא נתן אלא ע"מ שתהנה והיא מסרבת ז"א דכיון דסירוב לא שכיח הרי זה כנהרגה או נשתמדה דלא אזלינן בתר אומדנא זו ואם כן זכה במעות השלישות. ואי תימא כסברת הר"מ ב"ר ברוך במרדכי דלא חשיב ליה אונס כ"כ ושפיר אמרינן אומדן דעת שלא השלישׁ ונתחייב אלא ע"ד שתהנה דודאי אסיק אדעתיה א"כ שוב יש לחייבו קנס דהו"ל לאתנויי וממ"נ זכה או בקנס או במעות שבעין תח"י השלישׁ אם לא שנאמר דסירוב הבת הוי אונסא דשכיח ולא שכיח וכדמשמע קצת מלשון הרשב"א בתשובה שהביא הב"י ואפילו אונסא דשכיח ולא שכיח לית ליה לאתנויי וא"כ י"ל דלענין קנס לא הו"ל לאתנויי משא"כ לענין אומדנא דוקא בלא שכיח כלל לא אמרינן אומדנא אף כפי פשיטות לשון הרשב"א בתשוב' סימן תשע"א שכתב לא היא דאונס דלא שכיח הוא דכל הבנות מתרצות למי שירצה האב או הקרובים ואפילו שכיח ולא שכיח לית ליה לאתנויי כו' עכ"פ מבואר דמספקא ליה בהא אם שכיח ולא שכיח או לא שכיח כלל ומבואר בתה"ד בפסקים סימן שכ"א דהואיל ולא אתינן רק מכח אומדנא כל שיש כאן ספק לא תבטל והביא ראיה מדברי האשר"י פרק מי שמת גבי ש"מ שהקדי' כו' וכתב האשר"י כיון דהמתנה ודאי ומכח אומדנא אתינן לבטלה בעינן אומדנא ודאי וא"כ בנ"ד הואיל והאב כתב ונתן בודאי לחתנו ואפילו לפר"ת לא אתינן לבטל המתנה אלא מכח אומדנא בנ"ד ספיקא היא ולא יתבטל מכח ספק אומדנא ואפילו לא"ז דפסק התם כנ"ל אפשר דחזקת ממון עדיפא כ"כ דאפילו ספק אומדנא מהני אבל נ"ד דהממון ביד שליש והו"ל לבעל תפיסת יד אית לן למימר דספק אומדנא לא תבטל המתנה ודאית עכ"ל הרי מבואר דבכה"ג היכא דליכא אומדנא ודאית לא אזלינן בתרה אך באמת להרשב"א שבתשובות הראשונים נתקצרו וגוף תשובה זו כלשונה היא בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' רי"א ושם כתב וז"ל ואל תשיבני שהיה לו להתנות כנ"ל דלא היא דלא אמרו אלא באונסא דשכיח כהפסקת נהר אבל אונסא דלא שכיח או אפי' שכיח ולא שכיח כמיתה ואולי לית ליה לאתנויי ויש טענת אונס וזה ודאי אונס דלא שכיח שכל הבנות כו' הא קמן דלרווח' דמלת' כתב דאפי' בשכיח לא שכיח לית ליה לאתנויי וא"כ כ"ש בזה שהוא ודאי אונסא דלא שכיח וכן מתפרש הלשון בתשוב' הרשב"א ח"א במ"ש ואפילו שכיח ולא שכיח כו' לא בא לומר דהך דהכא י"ל דהוא שכיח ול"ש אלא ר"ל דגדולה מזו דאפילו שכיח

ול"ש לית ליה לאתנויי אבל הך דהכא ודאי ל"ש היא וכמ"ש להדיא בח"ג ופשיטא שאין לנו לבדות מלבינו לומר דהוא אונס' דשכי' ול"ש שניהם לטובת אבי הבת לענין המעות המושלש הוי אומדנא ולענין הקנס לא הו"ל לאתנויי אלא או כדעת הרשב"א דל"ש כלל או כדעת מהר"מ דאין זה אונס לפוטרו מקנס וא"כ ממ"נ זכה המשודך בממון המושלש או מטעם שזוכה לו הממון לקיום השידוך וליכא אומדנא או משום חיוב הקנס וגם כי יש פוסקים הסוברים דוקא באונסא דל"ש כלל אבל שכיח ול"ש לא ומדייק הכי מלשון הרמב"ם שכתב פרק י"ט מהל' מכירה שלא עלה על דעתו זה הפלא כו' משמע דוקא באונס פלא דל"ש כלל וזה דעת מהרשד"ם בתשובה ועיין בשו"ת מהר"מ אלשיך סי' ס' ושם כתב שהתוס' בגיטין בתירוץ הב' נראה שאין מחלקין בין אונס שכיח ובין שכיח ול"ש וא"כ פשוט דנ"ד שהחתן מוחזק כיון שהושלש לטובתו א"כ אף אם כה יאמר דהך אונס הוי שכיח ול"ש אין מוציאין מידו כיון דאיכא דיעות ואיכא שינויא דאף דשכיח ול"ש דינו כשכיח אך באמת צ"ע לזה דברשב"א מבואר דס"ל דהוי ל"ש כלל דסיים שם שאותן שאין מתרצים הם מיעוט מן המיעוט כו' וא"כ בכה"ג לא אזלינן בתר אומדנא כמו בנהרגה או נשתמדה דאמרינן דאע"פ שלא נתן צריך ליתן ומכ"ש בנתן כבר דאין מוציאין מידו והדברים שכתבנו הם ברורים בס"ד:

ועוד ראיתי לברר דברי הרשב"א בתשובה דלעיל שכתב ומיהו אין דברינו אלא במי שהוא אנוס ודאי ולא במסבב וגורם האונס והלב יודע אם לעקל או לעקלקלות עכ"ל ולכאורה צ"ע דא"כ איך כתב שטענת אונס שטען הדין עמו דלמה יהיה הדין עמו כיון שאין אתנו יודע מה בלבו אם לעקל כו' ושמא באמת הוא סיבב וגרם סירוב הבת ואם כונתו שיברר ע"י שישבע או יקבל בחרם לבתו כלל נראה שאין זו טענה לפוטרו מקנס דטענה זו של אונס במקום קיום התנאי קאי ובתנאי שהיא בקום ועשה צריך לברר שקיים התנאי וכמו כן צריך לברר אם טוען שהיה אונס וכ"כ להדיא באורים ותומים סימן כ"א שצריך לברר אונסו אף אם הוא מוחזק והביא ראיה מלשון הרמב"ם שכתב ואם הביא ראיה שאנוס היה כו' ע"ש וא"ל דכיון שהבת לפנינו ואומרת שאינה רוצה מסתמא האמת כן הוא שהרי רוב בנות מתרצות אין זה ראיה של כלום דאיהי בתר אביה גריר' וכיון שהאב נשתנה דעתו מאיזה טעם שיהיה נמשכת היא אחריו ושינוי דעת האב פשיטא דלאו מילתא היא לדון דין אונס מחמת זה ואמנם למעיין דברי הרשב"א באורך בח"ג שכתב ראובן שידך בת בתו כו' ועוד חייבו עצמם לקיים השידוכין בקנס ידוע וקנו מהם סך ידוע ולהיות אילו שט"ח ביד שליש עד זמן הנשואין כמנהג המקום ועוד נשבעו שניהם זה לזה להשלים התנאים ולאחר שנתים חזר בו ראובן ואומר כי בת בתו אינה

רוצה ורוצה לפטור עצמו מן השבועה ומן הממון שפסק מחמת נדוניא בטענת אונס ומן הקנס רוצה לפטור עצמו בטענת אסמכתא ושמעון טוען שאין כאן אסמכתא לפי שיש בשט"ח של הקנס מעכשיו כו' ועל הפסק טוען שהוא חייב כיון שנשבע אפילו הוא אנוס כמו שטוען אינו אנוס על הממון ועוד שאינו אנוס וטענת הרמאי הוא כי מרצונו שידכה עם אחר כנ"ל והרשב"א השיב שאם היא כמו שטען ראובן שאין סיבת הביטול מרצונו אלא מחמת סירוב הבת טענותיו טענות וטענת אסמכתא טענה כמו שטען ואע"פ שיש בשטר הקנס מעכשיו דכיון שנמסר ביד שליש ואין השלישות מעכשיו אין לשליש להחזירו שאין האסמכתא מצד חיובו של שטר הקנס אלא מחמת החזרת השלישות שהיה להם לומר לשליש אם לא אקיים החזר בלא שום אסמכתא או יהיה בידך מחמת פלוני מעכשיו ותדע לך שהרי שנינו פרק ג"פ מי שפרע מקצת חובו ע"ש והאריך בזה וכתב ועוד כי יש לרמב"ם וראשונים דברים עתיקים אפילו באמר מעכשיו כו' וטענת האונס שטען הדין עמו לפי שזה אנוס גמור הוא כו' ע"ש הנה מבואר שאבי הבת לא בא לפטור עצמו מן הקנס מחמת אונס רק מחמת אסמכתא והרשב"א השיב שהדין עמו שהיא אסמכתא וטענת אונס שטען הוא לפטור עצמו מן מה שפסק לנדוניא ומשבועה ועל זה היתה תשובת הרשב"א כי גם בטענת אונס שטען הדין עמו והיינו לענין פטור השבועה (ואע"פ שסיים בה ועל הפסק ג"כ פטור שלא נתכוון זה ליתן אלא בנדוניא ונישואין אין כאן נדוניא אין כאן ועל השבועה ג"כ פטור אם הוא אנוס שהאונס פוטר גם את השבועה ולשון זה משמע דמעיקרא לענין פטור הקנס מיירי אפשר דמ"ש ועל השבועה ג"כ כו' הוא חוזר על מ"ש בראשונה בפטור השבועה וצ"ע) ולכן שפיר כתב ומיהו אין דברינו אלא במי שהוא אנוס ודאי ולא במסבב וגורם האונס והלב יודע כו' משום דלענין שבועה שהוא בינו לבין קונו אחר כוונת הלב הן הדברים אכן אם רוצה לפטור מקנס צריך לברר אונסו ואין זה בירור מה שהבת צווחת ואומרת איני רוצה שהרי אינו רק מיעוט' דמיעוטא שמסרבת אחר מעשה האב כמ"ש הרשב"א וא"כ יש לנו לדון ששותא דידה דאביה היא וערום יערים הוא ואין זה בירור כלל ועוד נראה דכיון דמחמת אומדנא אתינן עלה א"כ אדרבא איכא אומדן דעת להיפך שזה שכנגדו לא היה מתרצה בכך שיהיה יכול לבטל הקשר בדבור בעלמא כי מי הוא הפתי שלא ידע בכל אלה שנפש האב ונפש הבת אחת המה וכשלא ירצה האב יתלה הסרחון בה ליפטר וא"כ כיון שיש כאן דעה אחרת שהוא מתחייב עצמו נגד חבירו וחבירו מדאגה מדבר שלא יבגוד בו הוא משביעו ומחייבו קנס אומדן דעת הוא שלא נתכוון זה לפוטרו ע"י אמירה בעלמא אנוס אני וא"ל דכיון שהם מתחייבים זה כנגד זה איהו גופי' ניחא ליה בהכי כדי שגם הוא

יוכל לחזור בו באמתלא כזו ז"א דא"כ מה הועילו בתקנתן וטרחו בכדי לקנוס עצמם כיון שהמסרב יכול להפטר ממנו בדבור בעלמא וא"ל שבאמת צריך לישבע שכדבריו כן הוא שהבת מסרבת ז"א דמ"מ טורח זה למה שהרי בעובדא דהרשב"א שם נשבעו שניהם ובכל שידוכין תקעו כף ומקבל חרם על עצמו וא"כ קנס זה לא מעלה ולא מוריד ואומדן דעת היא שההתחייבות נעשה על אופן שאם לא יהיה אונס מבורר בב"ד מחויב ליתן קנס ואין זה אונס מבורר והדבר מבואר בתוס' דכתובות דף מ"ז ובב"ק דהיכא דאיכא דעת אחרת לא אזלינן בתר אומד דעת דהאי דשמא חבירו אינו מתרצה ע"ד כן ועיין במשנה למלך פ"י מהל' זכי' באורך ושם בדברי מהר"ש הלוי ד"ה אלא שנלענ"ד לפ' כו' וא"כ בנדון זה שנגמרו השידוכים ע"פ החיובים והיה הקשר אמיץ ביניהם ע"י הקנסות ואריה דשבועה רביע עלייהו דאי בא למיהדר לא מצי הדרי מי איכא למ"ד דסמכינן אאומדנא דמתחייב ולא חיישינן לדעת שכנגדו שלא היה מתרצה לדעת המתחייב כו' ועיין בדברי המ"ל שם במ"ש דשאני נידון דהרא"ש דלא היה שום חיוב בדבר כ"א מכח שבועה וכיון שהם דברים שבינו ובין קונו שייך לומר אדעתא דהכי לא נשבע אף דאיכא דעת אחרת אבל היכא דאיכא חיוב כגון בלוקח מקח וכן באותה דמהר"ם לאפקועי קידושין בזה יודה הרא"ש דהיכא דאיכא דעת אחרת לא אמרינן אדעתא דהכי ע"ש וא"כ נראה דלענין חיוב קנס אין טענת אונס שהבת אינה רוצה פוטר אותו מדין קנס כיון שאינו אונס מבורר והרשב"א שם לענין השבועה מיירי שהוא בינו ובין קונו ובהכי ניחא מ"ש והלב יודע כו' דלענין השבועה במחשבתו תליא ומצאתי הדברים מבוארים בשו"ת הרשב"א המכונים להרמב"ן בסימן רע"ב שכתב וז"ל אם באו עדים שראובן זה אירעו אונס גוף או אונס דרך דבר ברור הוא שפטור כו' דרך כלל שאונס כשמו ואין הרצון אונס ואילו זה מסבב אונסין לעצמו כגון שסבב על ידו או שלוחו או שאחרים עושים על דעתו שיהיו אדוני הארץ מאיימין אותו ומשימין עליו קנס אין זה אונס אלא רצון אבל אם מאיימין עליו שלא בסבתו כו' וכן הדין במי שאיימוהו באונס הדרך שכל דרכים אלו בחזקת סכנה הם והלב יודע אם לעקלקלות אבל כל זמן שהעידו עליו שני עדים שמכירים באונסו פטור מקנסו אם יש קנס בדבר ופטור מדיני שמים אם יש לו אותו אונס שהוא טוען כו' ע"ש (ובח"מ רמז לתחלת תשובה זו לענין מסבב האונס כו') הרי מבואר שאם יש קנס בדבר והוא טוען טענת אונס לפטור ממנו צריך שני עדים שמכירים באונסו והרשב"א שכתב דאונס סירוב בתו חשוב אונס לענין שרוצה לפטור עצמו מן השבועה שהוא דיני שמים והיינו דנקט הך לישנא דוהלב יודע אם לעקל כו' שהוא אותו לשון עצמו שכתב בתשובה המכונות לענין שבועה ולשון זה הוא היא לקוח מש"ס

דסנהדרין דף ופירש רש"י לעקלקלות להעביר על דת וזה שייך גם כאן לענין השבועה ולא לענין הקנס וכן היא במדרש איכה רבתי שאמר ר' יוחנן בן זכאי לבן פנגר שאמר שוברין את החביות כו' והשיב לו ריב"ז הלב יודע כו' וסופו היה שהלך לחרפות ולדראון עולם ואמר במדרש שם בסוף שפגעה בו קללתו של ריב"ז ולכן שפיר נקט לשון זה לענין איסור שבועה שאם אין האמת אתו סופו לקבל עונשו אבל לענין קנס אינו פטור רק אם יברר בעדים ואין זה בירור כיון שאונס כזה קרוב שבא ע"י סיבוב שמסבב לעצמו ואין זה אונס אלא רצון אלא לענין קנס פטרו מטעם אחר שטען דהוי אסמכתא ותדע שהרשב"א לא בא לפוטרו מקנס מחמת אונס שהרי עובד' דידיה קנו בקנין ונתנו שט"ח ביד שליש עד זמן הנשואין כמנהג המקום ומשמע שהיו עושין על דרך הבטחות שהנהיגו חכמי ספרד ובכה"ג אין מועיל טענת אונס במ"ש הח"מ וכן מבואר במשנה למלך פרק י"א מהלכות מכירה הלכה י"ח בשם מהר"ש הלוי דלכך הוזקקו לעשות התנאי במחול לך אף דלהרמב"ם מעכשיו מסלק האסמכת' משום דכיון דהחיוב מוחלט והתנאי במחול לך אף שנאנס חייב ליתן ע"ש ומה שנסתפק הח"מ דשמא אומדנ' דמוכח שלא התחייב אלא ע"מ שבתו לא תסרב כבר כתבתי לעיל דליתא דכאן לא אזלינן בתר אומדנ' דמוכח שלא התחייב אלא ע"מ שבתו לא תסרב כיון דלא שכיח והוה כנשתמד' או נהרגה דמה דלא אסיק אדעתיה כלל שפיר נחית נפשיה לספק זה (ואף לפי מה דס"ד לפרש דברי הרשב"א בפשיטות דפוטרו מקנס משום אונס דלא שכיח לא הו"ל לאתנויי אין זה מטעם אומדנא דאדעתא דהכי לא חייב נפשו אלא כל מי שנתחייב לעשות איזה דבר ונאנס ולא עשאו אין עליו עונש הקנס שקיבל עליו כיון דלולא האונס היה מקיים חיובו אלא שאם היה מתנה בפירוש שמחויב קנס בכל אופן שלא יעשה היה חייב והיה מקום לומר דהוה כהתנה בפירוש כיון שחייב נפשו סתמא ע"ז אמרו דאונס דלא שכיח לא ה"ל לאתנויי אבל היכא שאין מקום לפוטרו משום אונס כגון בחייב מוחלט והתנאי הוא על המחילה דלא מהני אונס כמש"ל רק שנאמר לעקור את גוף החיוב משום אומדנא שלכ"ע התחייב א"ע מפני שהיה סובר שיוכל לקיים התנאי ויהיה מחול אז אפילו תימא דאף בכה"ג אמרינן אומדנא מ"מ לא אמרינן אומדנא על אונס דל"ש וכמו בנהרגה או נשתמדה ונקוט האי כללא בידך דכל שהפטור מחמת אונס אז אונס דל"ש עדיף דלא הו"ל לאתנויי וכל שהפטור מחמת אומדנא אדעתא דהכי לא התחייב אז כשאירע דבר דל"ש לא אמרינן הך אומדנא אלא אמרינן דהכניס עצמו על ספק זה כיון שרחוק הוא שיארע כן ועיין מ"ש בק"א לספר כתובה סימן קי"ח) ומכ"ש לפי מ"ש במשנה למלך שהבאתי לעיל שהבטחות אלו הם נעשו ע"ד כך לבטל טענת אונס דפשיטא דלא מהני

טענת אונס לבטל הקנס וע"כ דהרשב"א דקאמר דמה שטוען טענת אונס הדין עמו היינו לענין השבועה והקנס פטרו משום אסמכת' ואע"ג דבתשובת הרשב"א חלק א' סימן שע"א משמע דגם מקנס פטרו משום אונס נראה שהמקצר תשובת הדפוס לא דקדק יפה בזה שהרי בטענות שם העתיק הרשב"א שטען על הקנס אסמכת' ועל הפיסוק והשבועה טענת אונס ודוחק לומר שהבעל דין טעה בזה והיה סובר דא"א לפוטרו מן הקנס משום אונס דא"כ היה לו להרשב"א לבאר זה בתשובתו שלא ליתן מקום לטעות ועוד נראה דאי תימא דאונס כה"ג פוטר משבועה א"כ נפל קנסא בבירא לפי מש"ל בשם הפרישה והב"ש דהאב אין יכול לבטל השידוך בלא ידיעת בתו וא"כ ממ"נ אם הבת רוצה לקיים השידוך הראשון הרי אף אם ירצה ליתן קנס אין בידו לבטל השידוך ואם הבת אינה רוצה להנשא לזה אם כן ממילא דהיה פטור מהקנס וא"כ לא משכחת קנס אלא בקטנה ונערה שבידו לקדשה כמ"ש הט"ז שם ופשיטא שא"ל דעיקר חיוב הקנס היא על סילוק הנדן ולא על הנשואין דנהפוך היא דעיקר הקנס הוא על הנשואין וע"כ לומר כמ"ש דמה שהבת אומרת איני רוצה אינו פוטר מקנס כיון שאינו מברר טענת האונס ואמנם סוף הל' של הרשב"א שם משמע שפטור גם מקנס משום אונס וכ"כ להדיא בשו"ת הרשב"א חלק ב' המכונה תולדת אדם להרשב"א ששם בסי' ל"ה כתב בדין קלקל המשודך מעשיו וכתב שם וז"ל ועוד שאם אין הבת רוצה לינש' לו אנוס הוא זה ויש טענת אונס בממון כו' ע"ש וגם תשובה זו הובאה בקצרה בב"י אה"ע סי' נו"ן ואמנם לפ"ז צ"ע דהא שם נמי איתא בשאלה שנתחייבו זה לזה בסך ידוע בחוב גמור ומעכשיו והשלישו השטרות ביד אחר וא"ל שכל המעכב מהם אחר הזמן שיתן את השטרות ליד חבירו המתרצה בנשואין ובתוך הזמן קלקל המשודך כו' ואם כן בכה"ג שעשו שטרות בחוב גמור והשלישו שהוא ע"ד חכמי ספרד וא"כ למה יועיל טענת אונס וע"כ לומר דעובדא דידיה לא היה ע"ד שלישות זה דאם אקיים מחול לך אם כן הך דהרשב"א ח"ג נמי י"ל דבהכי מיירי ואמנם נראה דאף אם נפרש דגם על אונס ממון קאי מ"מ היינו כגוונא דהרשב"א בח"א שהיה שם אמתלא מבוררת שתשנא אותו שאין לו אומנות אלא לשחוק בקוביא ומצחק את בגדיו ואף דהאחרוני' בסי' ע"ז כתבו דזו אמתלא שאינה מבוררת היא שהרבה ריקים ופוחזים נשותיהם שרוים עמהם בשלום זהו דוקא אחר הנשואין אבל קודם הנשואין פשיטא דאמתלא גמורה היא שאין רצונה להנשא לו ולכן שפיר מצי פטר נפשיה מקנס' בטענה שהבת מסרבת דכיון שהיא עומדת וצווחת שאין רצונה להנשא וגם יש רגלים לדבר שראוי שתשנא אותו ובהכי אפשר דמיירי בתשובת הרשב"א חלק ג' וזהו שכתב מיהו אין דברינו אלא באונס ודאי מה שאין כן היכא דליכא אמתלא מבוררת אין זה

נפטר מהקנס בשביל אמיר' בעלמא של הבת דאין זה בירור כלל ולא מפי' אנו חיין עד שיביא ראי' לדבריה וכיון שיש ספק בדבר והלב יודע כו' לא נפטר מחיוב ודאי של הקנס ועוד נראה דאפילו בכה"ג דמיירי הרשב"א דאיכא אמתל' מ"מ ע"כ לא קאמר הרשב"א התם אלא שאין להוציא ממנו קנס כיון שהוא מוחזק וטוען ברי שהוא אונס מחמת סירוב הבת ואע"פ שהשלישו שטרות כבר כתבתי דע"כ אונס ע"ד חוב גמור ובתנאי דמחול לך דאל"כ לא הוי מהני טענת אונס כלל ולקמן אבאר שזה דעת הרשב"א משא"כ אם המשודך מוחזק והוא בא להוציא בטענת אונס אף שרוצה לישבע לאו כל כמיניה להוציא בשבועתו דאף שהאמתלא מבוררת דאפשר שתהיה מואסת בו מחמת זה מ"מ הטענה אינה מבוררת שתוכל להוציא על ידי זה ומכ"ש בגוונא שכתב הרשב"א די"ל דאין זה בירור כמ"ש האחרונים דהרבה רקים ופוחזים כו' וה"ה לכל אמתלא כיוצא בזה וכבר כתבתי דהאו"ת כתב דאף אם הבא לפטור עצמו בטענת אונס הוא מוחזק אינו נאמן עד שיברר אונסו וכאשר מבואר ג"כ בדברי הרשב"א בשו"ת המכוני' וא"כ מכ"ש אם המשודך הוא מוחזק שאבי הבת צריך לברר ואין מוציאין מיד המחזיק אם לא שיברר אונסו בעדים ולפי"ז נראה ברור בנ"ד אף לפי דברי הרשב"א דזה הבת ממאנת הוי אונס דלא שכיח מ"מ כיון שהלב יודע כו' ואין טענתו מבוררת בזה שהרי מיעוטא דמיעוטא הוא שתעיז פניה להמרות פי אביה כמ"ש הרשב"א וקרוב הדבר שמאתו תצא הרע' שמסבב הסירוב ע"י עצמו או שליח או אחרים עושי' על ידו שאין זה אונס אלא רצון ולענין החרם הוא צריך לחוש לנפשו והלב יודע ולענין ממון אינו נאמן לומר אנוס אני בלא בירור הדבר וכיון שאין כאן אמתלא מבוררת אין זה מועיל לפטור עצמו ואפילו אם באה בטענה ואמתלא מבוררת אף שי"ל דבכה"ג אין להוציא מיד המוחזק ובכה"ג י"ל דמיירי הרשב"א ורמ"א שהביאו מ"מ בנ"ד הרי החתן מוחזק כיון שהמעות שתחת יד השליש הוא על שמו וכן השט"ח ולא הושלש, רק לטובת הזוג ודאי ברור שאין מוציאין מידו ואפילו תאמר דכל שנתבטלו השידוכין הנדוניא חוזרת מ"מ ברור שעכ"פ הם שלו עד עתה רק שבביטול השידוכין הוא צריך להחזירם והרי זה כאילו לוה ומחויב לפרוע שכל כמה דלא פרע דידיה נינהו והבא להוציא ממנו עליו הראיה ומה שהם ביד שליש אין זה אלא כנפקד ובשביל זה לא בטלה חזקתו של זה וזה מבואר בדברי מהרי"ל והח"מ והב"ש וקצרתי:

והנה בשו"ת מהרמ"ע מפאנו סימן פ"א הביאו בח"מ בקצרה כתב לזכות אבי הבת בטענת סירוב הבת מטעם אונס דלא שכיח וכתב שם דאף שהוציאוהו מדין אסמכת' וקבלו עליו בחוב גמור כו' וסמך על דברי הרשב"א דלעיל ולא היה לפניו תשובת

הרשב"א הארוכה שהבאתי לעיל שעל הקנס פטרו מדין אסמכתא ונראה מדבריו שלולי האסמכתא אין מקום לפוטרו בטענת אונס ותשובת הרשב"א בחלק תולדות אדם כבר כתבתי דע"כ לא מיירי בכה"ג שהיה החוב חוב גמור והתנאי במחול לך דכה"ג לא מהני טענת אונס כאשר כתבתי לעיל באורך וכמ"ש הח"מ והמשנה למלך וכן מבואר מדברי מהר"מ אלשקר בשם הריב"ש הביאו במ"ל פרק י"א מהל' מכירה דאם נתבטל התנאי מחמת אונס לא מהני דלא שייך לומר דלא יחשב ביטול כיון שהיה באונס ולכן כיון שלא מחל אלא ע"ת ונתבטל התנאי אף שהיה באונס אין כאן מחילה ודברי הח"מ בזה הם הם ע"פ דברי הר"ן המבואר בריש סימן ל"ח כיון שהאשה אינה מתקדשת אלא לדעתה הרי אינה מסכמת בקידושין אלא אם יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקדושיו וא"כ ה"ה כאן דכיון שקיבל עליו בחוב גמור המחילה הוא מדעתו ע"ת שזה יקיים תנאו וכיון שלא קיימו אף שהביטול הוא מחמת אונס מ"מ אין החוב מחול דמה לו ולאנסו וכ"כ הש"ך בח"מ סימן כ"א דאונס רחמנא חייביה לא אמרינן ועיין בח"מ וב"ש ר"ס ל"ח:

וראיתי בק"א שבספר המקנה שכתב דכששניהם נותנים שט"ח להבטחת שידוכין יכול לומר אני לא מחלתי לך חוב שלך אם יהיה המניע' מצידו אלא כשל' יהיה אונס אבל אם יהיה אונס לא מחלתי לך החוב שלך ויצאו החובות זה בזה עכ"ל ולענ"ד הוא תמוה דלפ"ז היכא שלא נתן שט"ח רק אבי הבת ואבי הבת רוצה לקיים רק הבן אינו רוצה אעפ"כ יגבה השט"ח שיאמר שאין זה עכב' מצידו אלא מחמת אונס וע"ד זה לא מחלתי החוב אלא דז"א דכל עיקר התנאי הוא נגד השני שצריך לעשות מה שהוטל עליו ואם לא עשה בין באונס בין ברצון אין כאן מחילה אבל אם צד השני יכול לקיים תנאו ורוצה לקיים אמר ליה אנא הא קאימנא לקיים תנאי ואם המניעה מצד שאין זה יכול לקיים התחייבותו שפיר הוא נמחל לחבירו העומד וצווח שרוצה לקיים תנאו וכמו דאמרינן כשהתובע רוצה לקיים והנתבע אין רוצה לקיים בין שהוא מרצון או מחמת אונס הוא חייב לשלם כמו כן אמרינן איפכא דאם הנתבע רוצה לקיים והתובע אינו רוצה לקיים בין מחמת רצון או אונס הוא פטור וע"ד זה השלישו השטרות למוסרם לצד המקיים והיינו שהחוב של זה נמחל כיון שהוא עומד ומוכן לקיים והחוב של זה לא נמחל כיון שאינו מוכן לקיים הן מחמת אונס או רצון כנלענ"ד ברור:

והנה בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ל"ב כתב על דברי הר"ן שצ"ע דמחלק בפלוגתא דר"י ור"ל בין גיטין לקידושין ואשכחן בפרק מי שאחזו בירושלמי דתלו מילתייהו דקדושין בפלוגתא דרבנן ורשב"ג בגיטין ואיכא למימר דהתם לאו דוכתא וכיון דהכא בקידושין

דדוכתא לא מייתי הך עובדא דר"נ (ר"ל דבירושלמי בגיטין מייתי עובדא חד בר נש אקדים פריטין לאילפא ונגב נהרא אתא עובדא קומי דר"נ אמר הא אילפ' אייתי נהרא אבא ב"ר הונא בשם ר' אבא הוי מצלי דינגב נהר בגין דניסב פריטוי אשכח ר"י ור' אבא לא סברין כרשב"ג ורשב"א ור"נ סברי' כרשב"ג כו') ולא כולה מלתא דרבנן ורשב"ג ש"מ דליתא להך מלתא כו' וכמ"ש הרשב"א בגיטין לענין טענת אונס כו' ע"ש וכן בקרבן העדה בגיטין בתוספותיו כתב דלמאי דגרסינן בסמוך ר"י ור' אבא לא סברי לדרשב"ג ש"מ דקסבר הש"ס דגיטין וקדושין שוין לענין טענת אונס כו' ע"ש. אך לענ"ד אני תמה עליהם שדברי הר"ן ברורים בפשיטות שהרי עיקר חילוקו של הר"ן דבגיטין שהדבר תלוי בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון וזה דוקא בתנאי שמתנ' על עצמו ועבר מחמת אונס משא"כ בתנאי שמתנה עליה שהיא תעשה והיא עברה על התנאי אז אע"פ שעברה מחמת אונס מכל מקום אדרבא אמרינן דמה לו ולאונסה הוא אינו רוצה לגרש אלא כשתקיים התנאי דוקא ודמי ממש לפלוגתא דר"י וריש לקיש לענין קדושין דס"ל לר"י כיון דבעינן דעתה והיא אינה מסכמת בקידושין אלא כשיתקיי' התנאי וה"נ לענין גט כשהיא צריכה לקיים איזה דבר מחמת תנאי ועברה מחמת אונס וזה פשוט וכ"כ הב"ש סי' קמ"ד סק"ח הבאתי דבריו לעיל:

ואמנם מלתא דפשיטא להר"ן לחלק בין גיטין לקדושין לכאורה לא משמע הכי מדברי הרא"ה פ"ק דכתובות שכתב אם אמר אם באתי תהא מקודשת ונאנס ולא בא בזו ד"ה אין אונס ואפילו בגיטין כו' אע"פ שנתבטל מתוך אונס ליכא למימר דחשבינן כלא נתבטל דמ"מ הרי לא נתקיים התנאי וראיה לדבר איצטלית דלא סגי בדמי' ונתינה בע"כ למ"ד ל"ש נתינה ובטל גיטא דמ"מ לא נתקיים התנאי כו' עכ"ל וכ"כ בשיטה מקובצת בשמו ובשם תלמידו דון ווידאל קרשקש ז"ל והן הן דברי הריב"ש ג"כ שהביא המ"ל בשם תשובות מהר"מ אלשקר כמש"ל ולפי דברי הר"ן אין ראיה מאיצטלית ונתינה בע"כ דהא י"ל אם באתי ונאנס ולא בא שפיר יש טענת אונס לקיים או לבטל הגט והיינו משום דתולה בדעת עצמו ואיהו לא התנה רק ע"ד שיהיה כן מרצונו ולא לאונסו משא"כ בההיא דאיצטלית ונתינה בע"כ דהוא תנאי שחל על האשה ובזה ודאי לא מהני טענת אונס להר"ן דמה לו ולאונסה דמ"מ הוא אינו רוצה ליתן גט אלא אם תקיים התנאי כמש"ל אלא ע"כ דלא ס"ל הך חילוקא דהר"ן ז"ל מיהו הך חילוקא שחילק הרא"ה וסייעתו בין נתקיים התנאי ע"י אונס בין נתבטל התנאי על ידי אונס וכ"כ חילוק זה הריטב"א ז"ל נראה דלא ס"ל להר"ן ז"ל שהרי הר"ן כתב דר"ל מדמי לה להההיא דפסקה מברא דשמי' מתי' וה"נ אונסא כמאן דעביד ולפי סברת הרא"ה ודעימי' אין הנדון דומה דהתם שהתנה ה"ז גט

אם לא באתי ונאנס ע"י דפסקי' מברא ולא בא דהוי נתקיים התנאי וקיום ע"י אונס לא חשיב נתקיים וכמ"ש הרא"ה שם בטעמא דמלתא דתולה בדעת עצמו היה סבור לקיים תנאו וכשהוא אונס עכשיו עליו ולא יכול לקיים תנאו הרי היא כנאנס על עיקר המעשה למפרע והיינו דאמרינן יש אונס וזה ראוי לומר בתולה בעצמו א"נ בתולה בדעתה אם תבא או לא תבא כו' ע"ש והנה מ"ש סבור היה לקיים תנאו ר"ל שהוא התנה שאם לא יבא יהיה גט והוא סבור לקיים תנאו היינו שיבא ולא יהיה גט דזה מקרי אצלו קיום התנאי כיון שבשעת נתינת הגט אומר שאינו רוצה בו אם לא שלא יבוא נראה שברצונו היה לבא וכיון שכן אם לא בא מחמת אונס הוי כנאנס על המעשה למפרע ע"ש ולפיכך בפסקיה מברא אי לאו דאין אונס בגיטין הוה אמרינן דשמי' מתיא דאע"ג דנאנס ולא בא חשיב כנאנס על עיקר מעשה הגט משא"כ בפלוגתא דר"י ור"ל דמיירי שנאנס ולא יכול לקיים התנאי ונתבטל א"כ מה בכך שנתבטל מתוך האונס מכל מקום הא לא נתקיים וגם מ"ש הר"ן בפירוש דברי ר"י דלא דמי להתם שהדבר תלוי בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון כו' דאיפכא מיבעיא ליה אלא אם יתקיים התנאי ברצונו דהא התם בכה"ג מיירי וע"כ דהר"ן לא ס"ל הא דהרא"ה אלא ס"ל דקיום התנאי ובטול התנאי כי הדדי נינהו ועיין בשו"ת ב"י בהל' קדושין ומ"ש מהר"ש הלוי וקצרתי. והנה בנ"ד שבמה שנתחייב לחבירו אין בו שום תנאי רק דמה שמוחל לחבירו יש בו תנאי והוא אינו מוחל אלא אם יהיה התנאי מקוים ולא איכפת ליה באונס של המתחייב וגם לשיטת הרא"ה בכה"ג בטל התנאי ואף שנתבטל ע"י אונס מ"מ לא נתקיים והוא לא מחל כ"א כשיתקיים ובין למר אין החוב מחול מחמת האונס של המתחייב וא"כ צ"ע על מהרמ"ע שכתב בפשיטות דאפילו בקיבל בחוב גמור פטור משום אונס ודוחק לומר דס"ל כמ"ש הח"מ מתחלה דצ"ע דשמא אומדן דעת הוא שלא התחייב אלא ע"מ שלא תסרב דז"א כמש"ל דבכה"ג דלא שכיח לא אזלינן בתר אומדן דעת כמו בנהרגה ועוד דא"כ איך כתב מהרמ"ע דאף שהוציאוהו מדין אסמכתא כו' דהא כיון דאמרינן שנתחייב ע"ד שלא תסרב א"כ לא הוציאוהו מדין אסמכתא וכמ"ש בח"מ סי' ר"ז בסמ"ע ס"ק מ"ה שגם בדרך ספרד מצי להראות השטר הרי לפניכם דחוב זה נעשה עלי באם לא אקיים דבר פלוני וסברתי אז לקיימו ע"ש וא"כ לא היה צ"ל מטעם אונס דת"ל דאכתי אסמכתא הוי אלא ודאי שז"א דכיון שעושין לתקן אסמכתא קבלת החוב בחוב גמור כמבואר שם בלי שום תנאי והיינו שלא באומדן דעת ג"כ אלא הוא חיוב כולל והתנאי הוא בענין המחילה וא"כ יקשה האיך כתב דמהני טענת אונס ואפשר לומ' דסבירא ליה כמ"ש הב"ש ר"ס ל"ח בשם הר"ן פרק האומר וה"ה בשם העיטור דתנאי בקדושין שנתבטל ע"י אונס הוי

ספ' קדושין אם כן גם כאן אין להוציא מיד המוחזק כשיש לו טענת אונס אף שהוא על מחילת החוב ומצאתי בספר בית מאיר שכתב ג"כ דאליבא דהר"ן ובעה"ע א"א להוציא מהמוחזק אך לפי מ"ש אין ראיה מהעיטור די"ל דס"ל כמש"ל שיטת הרא"ה וסייעתו וא"כ שפיר י"ל דגם בקדושין דהוי אונס אך דוקא בקיום התנאי אבל לא בבטולו וקצרתי: ולכאורה צ"ע על הרשב"א שכתב לפטור משט"ח שנתנו על קנס דהוי אסמכתא כיון שלא ניתן לשליש ע"ד מעכשיו ע"ש באורך וקשה ע"ז לפי מ"ש הב"י בח"מ סימן ר"ה שדעת הרשב"א כהרמב"ן דאם התנה בדבר שתלוי ביד אחרים לא הוי אסמכתא וא"כ הא בשידוכין תלוי ביד אחרים שהוא מחייב את עצמו להשי' בתו ועל מ"ש הפוסקים בטעמי שידוכין דלא הוי אסמכתא וכיוצא בזה לא תיקשי דת"ל דהוי דבר התלוי ביד אחרים דז"א דאף דבשביל שסמכה דעתה שלא תסרב הבת לא הוי אסמכתא מ"מ כשחוזר בו הוא עצמו אין מחייבין אותו משום אסמכתא שהוא דבר שבידו וזה מבואר בסי' ר"ז בסמ"ע ס"ק ל"ד שכתב א"כ בשידוכין שהוא בידו למה לא מיחשב אסמכתא כו' כמ"ש דלענין חזרת עצמו דבר שבידו הוא אך בנדון דהרשב"א שכתב אח"כ לפטרו משום דהבת אינה רוצה ומאי ה"ל למעבד מבואר דמיירי שהוא אינו חוזר כלל רק הבת מסרבת ואנו באים לחייבו משום שאינו מקיים תנאו וכמ"ש שם להדיא ואפילו אם התנה שאם תסרב שיפייסנה כו' א"כ תנאי התלוי ביד אחרים הוא ולאו אסמכתא הוא ואפשר לפמ"ש הב"י שם לענין קניית היין דכל שהוא תולה בעצמו שמחייב עצמו לקנות הוי אסמכתא ואם אמר שימכרו לי לא הוי אסמכתא ה"נ אם הוא מחייב עצמו להשיאה לפלוני והוי אסמכת' וגם לפי מ"ש שם בשם תלמידי הרשב"א בתולה בדעת אחרים בדבר שהוא מצוי הוי כתולה בדעתיה דנפשיה וא"כ י"ל דגם כאן עכ"פ דבר מצוי מקרי שהרי הרשב"א כתב דרובם מתרצים למעשה האב וסמכה דעתיה שבודאי תנשא לו הלכך שפיר הוי אסמכתא וקצרתי ועכ"פ יש ללמוד דאין ספק שגם הרמ"ע יודה היכא שהשלישו שטרות ע"ד חוב גמור שהוא ע"ד תנאי במחילה אין טענת אונס מועיל להוציא מיד המוחזק ומ"ש הרמ"ע אח"כ בענין אם יש לחייב אבי הבת שבועה הנה דבריו שם אמורים ע"פ תשובת הרשב"א אשר בח"א בקצרה ועיין בשו"ת עה"ג מ"ש על דברי מהרמ"ע בזה אך אני לא באתי לידי מדה זו דאיהו מיירי בענין שטענת אונס מועיל לפוטרו מן קנס וע"ז פלפל אם עכ"פ צריך שבועה אבל בנדון שלנו אף אם היה ברור שכדבריו כן הוא שהבת מסרבת אין זה פוטר מקנס וכ"ש אם יש ספק בדבר שאין האונס פוטר עד שיתברר וכמש"ל מדברי הרשב"א המכונים וכן במ"ש שמסבב אינו אפילו כו' גרמא ונדחק כדברי הרשב"א במ"כ לא ראה דברי הרשב"א שם והח"מ

הביאם בקצר' וגם כי במ"ש הרשב"א דאפי' התנ' שיפייסנה אטו תרקבי דדינרי כו' אמת שכ"כ הרמב"ן בחידושיו דשמעינן מינה דמאן דמקבל עליה לחברי' לפיוסיה בכל מה שבידו לעשות פטור דאונס בעלמא הוא עכ"ל ומ"מ מבואר דהיינו דוקא כשפייס בכל מה שבידו לעשות וכן מבואר בשו"ת הריב"ש סימן ר"ן דכל שעשה בבנו כפיות וחזקות וניכר לכל שהיה ראוי שתתפייס בסך ההוא ולא נתפייסה דהוי טענת אונס אפילו למ"ד אין אונס בגיטין משום דלא עלה על דעתו שיפייסנה בשיתן לה כל הון ביתה כו' וכ"כ יותר באריכות בסימן צ"ט וסיים שם שאם לא פייס אותה כראוי לפי מראה עיני הב"ד ועבר על קבלתו ונשא אשה שלא ברצונה חל עליו הנדוי כו' ע"ש וגם בלא"ה דעת הב"ח הביאו הב"ש דמשום אונס ממון הרבה לא נפטר משבועה ולדעת הט"ז וש"ך כתב דאם יש אומדנ' דמוכח דאדעתא דהכי לא נשבע פטור ולפי"ז בנ"ד שיש כאן חרם בתנאים מלבד חרמי הקהילות א"כ לדעת הב"ח צריך לפייסה בסך שראוי לכמותה שתתפייס בזה וכמ"ש הריב"ש אפשר אפילו ביותר מזה כיון דמשום אומדנא דמוכח אתינן עלה ובנידון זה הוגד לי שאבי המשודכת הוא עתיר נכסין וחשק' נפשי לדבק בענבי הגפן ופזר נתן א"כ אף אם יונח שהאמת אתו שהוא עמד בו טעמו וריחו לא נמר ואשר עשה בו מאמר דעתו לקנות קנין גמור רק הבת מעכבת א"כ י"ל דמ"מ מעיקרא כך גמר בדעתו לפייסה בכל ממון שאפשר לו לפייסה וכל זמן שלא עשה כזאת אין טענת אונס הלזו מתיר את החרם כלל ומלשון הרמב"ן שכתב ולא אפייס במה שבידו לעשות מבואר דעכ"פ צריך לעשות כל מה שבידו ולאו דוקא לענין שבועה אלא אפילו לענין ממון ולשון רמב"ן בזה הוא לקוח מלשון רש"י שם שכתב דאטו תרקבי דדינרי והרי אין לו ואונס הוא שפייסה במה שבידו לעשות ולא אפייסה וראיתי בספר עצי ארזים שהביא שם לשון רש"י וכתב דמוכח דצריך לפייסה בכל אשר יש לו וע"ש שכתב לפרש גם לשון הרשב"א ונראה מדבריו שלא ראה לשון הריב"ש שהבאתי לעיל והר"ן בפירוש ההלכות ובחידושיו כתב ג"כ כלשון רש"י והרמב"ן בזה וזה לא כביר זכני ה' שבא לידי חידושי הריטב"א על מסכת גיטין והלום ראיתי שהביא ג"כ דברי הרמב"ן וז"ל דמה' שמעינן מאן דמקבל עליה לחברי' לפייסו לפלוני שיעשה כך וכך ויקנוס עצמו במנה או מאתים והלך ופייסו ולא אפייס פטור דהא פייסה במה שיכול לפייס ודווקא דאמר האי לישנא אבל אי חייב עצמו במעכשיו שיתן לו ר' זוז אם פלוני לא יעשה כך וכך ואינו עושה דבר פשוט הוא שהוא חייב ואינו דומה למ"ש עכ"ל ולכאורה נראה שכוונתו דדוקא אם החיוב הוא לפייס לעשות דבר זה ומתנה שאם לא יעשה יתן כך וכך מהני טענת אונס שלא רצה זה אבל היכא שהחוב הוא המעות שמחייב עצמו חוב גמור והתנאי הוא על הפטור מחוב

הנ"ל אם יעשה אם לא יעשה כיון שלא עשה אע"פ שהוא מחמת אונס מ"מ הרי אין כאן קיום התנאי וכ"כ שם לעיל מיניה ואומר רבינו דדוקא כשנתקיים התנאי מתוך האונס כו' והן דברי הרא"ה שבכתובות שהבאתי לעיל אבל אחר העיון נראה שכוונתו דרישא שהוא תולה בעצמו שהוא מחייב נפשו שיפייס לפלוני שיעשה כך אז הוא פטור כיון שעשה את שלו ופייסו ואף דלא אפייס אנוס הוא בזה משא"כ במחייב עצמו ליתן ר' זהו' אם פ' לא יעשה כך כיון שאינו תולה בעצמו אלא באותו פ' אם יעשה או לא יעשה לא שייך לומר שהוא אנוס מה שלא עשה חבירו שהרי זהו עיקר התנאי שתלה בעשייתו והרי זה כמקדש ע"מ שירצה אבא שאם לא רצה האב אינה מקודשת ולא שייך לומר שהיה אנוסה מה שלא רצה האב דרצון האב אינו החיוב שנאמר שהיא אנוסה רק רצון האב הוא עצמו התנאי וכן במחייב עצמו סך פ' אם לא תנשא בתו לבן ראובן דפשיטא דאם היא אינה רוצה אין זה בכלל אונס רק ביטול התנאי ונשאר החיוב במקומו ולפ"ז נראה דהרשב"א שם מיירי שזה חייב את עצמו להשיא בתו לבן שמעון או התנה אם תסרב הבת יפייסנה בזה ס"ל להרשב"א דיש טענת אונס כיון דמפייס ולא אפייס אבל הני דידן שאנו כותבין שבן פלוני ישא בת פלונית בחופה כו' ואין כותבין החיוב על אבי הבת שהוא ישיא אותה א"כ אין זה אונס רק תנאי שבן פ' ישא ואם לאו בטל ומ"מ י"ל דמצד הכתיבה בקשרי התנאים הנהוגי' עתה אפשר דאין לחייבו קנס שהרי כותבין חצי נדן קנס מצד העובר כו' וכיון שהוא רוצה עדיין רק שהבת אינה רוצה א"כ לא שייך לקרותו צד העובר ומ"מ אפשר דשפיר מיקרי צד העובר כיון שהוא מצדה והי' עוברת לכן כותבין בתחלה העומד מצד ועכ"פ כשמחייבין א"ע חוב גמור בשטרות לקיים זה מה שכתב בזה ולשון הנשואין לא נזכר בתנאי על אבי החתן והכלה שהם מחויבים להשיאם רק כותבין החתן פ' ישא כו' וכשיעשו כך החוב מחול לא שייך כלל לומר שאם אין הבן או הבת רוצה הוי אונס שאין זה רק ביטול התנאי כמ"ש והרי זה ממש כשטר שכותב ראובן לשמעון שלוי ימכור שדהו ליהודא ואם לא ימכור אני מחויב ליתן מאה זהו' שאין ספק בו שהוא מחויב ליתן ואין דנין בו דין אנוס (רק אם כותב שקבל על עצמו שיפייס ללוי שימכור בכה"ג אמרינן מי בעי למיהב תרקבי דדינרי הרי טרח לפייסה בדבר גדול ומשמע דאם אמר אם לא תתפייס אפילו יהיב תרקבי דדינרי ולא אפייסה הוי גיט' כיון דמ"מ לא קיים תנאו כיון שתלה בה קיום התנאי ומשמע לענ"ד דהתם קאי כמ"ד אין אונס בגיטין בזה לא תלי בהכי דאף אם יש אונס מ"מ אין כאן קיום התנאי כדמשמע לשון התוספות בקושייתם דלאו משום דאין אונס בגיטין נגעו בה ואפילו תימא דהתם אליבא דמ"ד יש אונס בגיטין אי קאמר ע"מ שתתפייס ויהיב תרקבי דדינרי ולא אפייסה

לא הוי גיט' משום אונס לשון פיוס שאני דאונס' דלא שכיח הוא שיתן תרקבי דדינרי ולא תתפייס ואדעתא דהכי לא אתני אבל בלא תלה בלשון פיוס רק סתם שפלוני יעשה דבר פלוני ואינו רוצה לעשות ודאי לא שייך ע"ז שם אונס רק תלוי בדין אסמכתא ועיין בח"מ סי' ר"ז שכתב בשם הרמב"ן ואפילו תולה בדעת אחרים כגון שאמר לחבירו שדי נתונה לך אם לא בא איש פלוני מכאן ועד י"ב חודש משמע דלאו אסמכתא הוא כו' ע"ש ופשוט הוא דאף ששלח לאותו פ' שיבא ולא רצה דאין זה אונס אף אם נאמר דאם יברר שאותו פ' רצה לבא ואירע אונס שלא בא לא זכה משום דלא סילק אדעתי' שיאנס ואין חילוק בזה בין התנ' על עצמו או על אחר מ"מ אם לא אירעו אונס רק שהוא מעצמו ומרצונו לא ר"ה לבא פשיטא שלא נתקיים התנאי שזה עיקר של התנאי על דעתו ורצונו אם ירצה לבא או לא ירצה וכן בנ"ד אם מתנה שדי נתונה לך אם פ' תנשא לבן פלוני ואחד מהם לא רצה אין זה פטור בטענת אונס כלל ומ"ש הרשב"א דאם הבת אינה רוצה הוי אונס היינו לפי מה שהיו נוהגין בימיהם שהאב הי' מחייב עצמו שהוא יזמין את בתו לנשואין כמ"ש בשו"ת המכונות סימן רנ"ט נשבע לפרוע לזמן פ' או להזמין בתו לפלוני לנשואין ליום כו' ובכה"ג מיירי גם בתשובה זו דח"ג סימן רי"א וכן מבואר הרשב"א שם ואפילו התנה שאם תסרב שיפייסנה כו' אלמא שתולה החיוב בעצמו וכן הך תשובה דהרשב"א בתולדות אדם סימן ל"ה בכה"ג מיירי שכתב ובהגיע זמן הנשואין תבע מאבי הבת שיתן לו בתו וישאנה כו' וכן העתיק המחבר בש"ע יו"ד סי' רכ"ח סעיף מ"ג נשבע לתת לפלוני בתו לאשה ובתוך הזמן קלקל המשודך מעשיו כו' ובכה"ג מיירי גם מהרמ"ע בתשובה וכן הלשון אומרת בהג"ה הרמ"א ראובן שפסק על בתו או בת בתו או קרובתו שתנשא לפלוני ואח"כ הבת אינה רוצה כו' ובכה"ג שתלה החיוב בעצמו שפיר אמרינן דאם אין הבת רוצה הוי אונס משא"כ אם הוא מתחייב עצמו בסך כך ותולה דרך תנאי בנשואי הבת אז מה שאינה רוצה הוא ביטול התנאי ולא שייך בו טענת אונס שע"ז גופא הי' התנאי אם תרצה או לא תרצה וכמש"ל מדברי הריטב"א ז"ל ומעתה הדבר מבואר שאין מחלוקת בין הרשב"א למהר"ם כלל דבעובדא דמהר"מ איתא שכתב לו לכשיהיה בנך ראוי לקדש אם לא אקבל קדושין או בת בעצמה לא תקבל הקדושין אם תהיה ראוי' לקבל קדושין אתחייב לך מעכשיו שני זקוקים ומת שמעון והבת גדלה ועמדה ונשאת לאחר וא"כ לא תלה החיוב בעצמו רק שהתחייב עצמו בתנאי אם בתו לא תקבל קדושין וכיון שאינה רוצה לקבל הרי לא נתקיים התנאי שהי' על אופן זה שהוא תולה לקבל קדושין והיא לא רצתה ולא שייך בזה טענת אונס מחמת שאינה רוצה רק מחמת שמת

חשוב אונס שאם הי' חי הי' מפייס בתו וגם הרשב"א הודה בכה"ג שתלה התנאי בבתו שאין כאן טענת אונס והדברים ברורים וקלורים לעינים בס"ד:

שוב מצאתי בשו"ת מוהר"ר יחיאל באסאן סימן כ"ט שכתב וז"ל והנלע"ד דלענין המאתים פרחים כל שיש עיכובא אפילו מצד בתו אין אומרים בזה אטו תרקבי דדינרי כו' שלא נאמרו הדברים אלא במי שהתנה לפייס לפלוני או לעשות לפלוני שיעשה דבר פלוני שהתנאי הוא שהוא יפייס או הוא יעשה ולכן יכול לומר לא אמרתי אלא שאעשה כל הראוי לעשות אבל לא לתת תרקבי דדינרי אבל המתנה ע"מ שיהיה דבר פלוני על מציאות הדבר הוא מתנה וכל שלא נהיה הדבר ההוא בטל התנאי ולא שייך שם טענת אונס תדע דהא אדם מתנה ע"מ שירדו גשמים ואם מתי או לא מתי אע"פ שאין הדבר בידו כדכתב רש"י פרק כל הגט כו' הרי שהיה תולה בדעת הקב"ה ואפ"ה אמרו מה היה לעשות כבר הרבה תחנונים לפני המקום ולא נענה אלא כיון שמת הגט גט וכן משמע מדברי התוספות שם בפרק כל הגט בד"ה מי יהיב לה תרקבי דדינרי כו' וכן משמע ממ"ש הרמב"ם פ"ו מהל' אישות אבל אם התנה עליו שיתן לי פ' חצירו או שישי' בתו לבני וכיוצא בו תנאו קיים שהרי אפשר בידו לקיימו ותתן לפלוני ממון רב עד שיתן לו חצירו ועד שישי' בתו לבנו עכ"ל משמע בהדיא שהמתנה שיתן חצירו או בתו אינו כמתנה שאעשה לפלוני שיתן חצירו או בתו והדברים ברורים וא"כ בנ"ד שאמר ואם ח"ו יבא שום עיכוב מצד ר' חיים או מבתו וכמ"ש אין כאן טענת אונס ואם עכבה בתו אפילו טרח הרבה ולא נתרצית לא נמחל החוב עכ"ל:

ושמחתי כמוצא שלל רב שנראה סברתו בזה כמ"ש דכל שהתנאי על מציאות הויות הדבר כל שלא נהיה הדבר בטל התנאי ופשיטא שא"ל שלא ראה דברי הרשב"א בזה שהוא עצמו הביא דברי הרשב"א אלו בתשובה סימן נו"ן וגם לכאורה ראייתו מהך דאם מתי צ"ע דהתם לא הוי מלתא דל"ש דאונס חולי ומיתה מקרי שכיח לענין אונס ממון מה שאין כן סירוב הבת שכתב הרשב"א דלא שכיח וצ"ל דודאי אם לא היה נזכר כלל בשעת התנאים ענין סירוב היה מקום לומר דלא אסיק אדעתיה אונס דל"ש אבל כיון שהזכיר ענין הסירוב ממילא דלא שייך לא אסיק אדעתיה (והרשב"א דרך את"ל קאמר דאף אם היה מתנה אם תסרב יפייסנה ואז לא שייך דלא אסיק אדעתיה מ"מ א"צ ליתן ממון כו' ושוב כתב על גוף נידון דידיה שלא התנה כלל דנימא שהיה לו להתנות שאם תסרב יהיה פטור ז"א דאונסא דל"ש ולא אסיק אדעתיה כו' כן מבואר למעיין שם אבל ודאי שאם התנה בעסק סירוב לא שייך לומר דלא אסיק אדעתיה שתסרב) אלא שי"ל דווקא אם לא יטרח לפייסה לזה אמר כיון שלא הזכיר שהוא יפייס אלא על מציאת הדבר התנו אם

תעכב או לא תעכב כל שהמציאות שלפנינו היא בביטול התנאי ולא בקיומו הוא חייב ובהכי א"ש הא דהתם בעובדא דמהר"י באסאן מבואר שם התנאי שנתחייב להביא בתו מרצונה לקבל קידושין וא"כ דומה להא דהרשב"א שקיבל על עצמו והוא אונס דל"ש אך דבאמת מהר"י לא דן ע"ז רק על מ"ש שאם יהיה עכבה מצד הבת דאז אף שאונס הוא בזה העכבה מצד הבת שטרח הרבה לפייסה ולא הועיל מ"מ אין בזה טענת אונס כיון שהוא על מציאות הויות העכבה והרי יש עכבה לפנינו ולא נמחל החוב וכן אם חייב עצמו באופן המועיל הוא חייב שהרי לא נתקיים התנאי שיהיה פטור וממילא נלמד לנ"ד דאף דהתם הזכיר בפירוש עיכוב מצד הבת מ"מ היה מקום לומר שהוא אנוס כיון שטרח לפייסה אלא שכיון שהתנאי על הוית הדבר אין בזה טענת אונס וה"ה כשלא נזכר בתנאי עיכוב הבת רק מציאת הנשואין דמה לי שהתנאי הוא אם תעכב אי לא תעכב ומה לי שהתנאי אם תנשא או אם לא תנשא כיון שאין זה לשון החיוב אלא לשון התנאי שיהיה הדבר ההוא ולא נהיה הוא חייב או אין החוב מחול והראיה שהביא מדברי הרמב"ם פ"י מהלכות אישות היא ראיה ברורה לענ"ד דמבואר דמהני התנאי בכה"ג שאם אותו פלוני לא השיא בתו לבנו או לא נתן חצירו אינה מקודשת ודברי הרמב"ם כתבם הטור בסימן ל"ח והרמ"א בהג"ה שם לענין קידושין וברמב"ם גופא כתב דין זה גם לענין גירושין וז"ל התנה על האשה בשעת קידושין או בשעת גירושין כו' וכתב שם שיש כל הדברים של התנאים לנגד עיניך תמיד וכ"מ שאתה שומע המקדש או המגרש או המוכר או הנותן על תנאי תדע שהתנאי יש בו ד' דברים שבארנו כו' והב"י סימן ל"ח כתב ראיית הרמב"ם בזה מהא דאמרינן פרק המגרש על מנת שתבעל לפלוני אפשר דמשחדא ליה בממונא כו' מוכח דכל היכא דלא הוי מלתא דאסורא אף ע"פ שהוא תלוי ביד אחרים כיון דאפשר דמשחדא ליה בממונא תנאו קיים ע"ש מבואר דאם לא נתקיים התנאי אינה מקודשת ואינה מגורשת והמכירה והמתנה בטלה ואפילו שיחדתו בממון ולא רצה אין אותו אונס מועיל שיתקיים המעשה והיינו כמ"ש דכל שהוא על מציאת הדבר אין כאן טענת אונס שעיקר התנאים כן אם יהיה הדבר שירצה פלוני לבעול אותה או להשיא בתו לבנו או אם לא ירצה ואם היה אומר על מנת שתפייסו לפלוני שיעשה כן שאז תלה הדבר בה אפשר דמהני טענת אונס כדאמרינן אטו תרקבי דדינרי כו' ואמנם לשיטת הרא"ה וסייעתו אף בכה"ג לא מהני דאונס בביטול התנאי לא מהני כיון דמ"מ לא נתקיים וכן לפי מש"ל בדעת הר"ן דכל שתלה התנאי בדידה מצי למימר מה לי ולאונסך אני איני רוצה לגרש אלא ע"ד זה שתקיים התנאי וא"כ בנ"ד לא מיבעי' לפי מ"ש דתנאי במציאת הדבר אין טענת אונס אם כן בתנאים שלנו שהתנאי על מציאת הדבר לא מהני מה שהבת אינה

רוצה לפטרו מחיוב הקנס שע"ד זה התנה שאם לא יתקיים המציאות ההוא מחויב ליתן קנס וכן לדעת הרא"ה וסייעתו דבביטול התנאי לא מהני אונס אך אפילו אם נימא דאין חילוק בין מציאת הדבר ובין ביטול התנאי עכ"פ מוכרח כסברא הר"ן דאם מגרש או מוכר ונותן על תנאי וזה טוען שנאנס מצי אמר מה לי ולאונסך שהרי הרמב"ם והטור והרמ"א כתבו בפשיטות בכה"ג שמתנה ע"מ שישיא פלוני בתו לבנו כו' התנאי קיים ואם כן הדבר פשוט דאם אומר לו חובך יהא מחול כשתנשא בתך לבני שאף אם לא נשאת לו מחמת אונס המחילה בטלה וכדברי הח"מ:

שוב מצאתי בשו"ת מהר"מ אלשיך סימן למ"ד ראובן שידך יתומה כו' והקרוב עשה שט"ח עליו ונוסחו שמודה שחייב לפלוני חוב גמור בתורת הלואה וקיבל פלוני עליו שאם יקיים התנאים יהיו מחולין ועתה טוען שהבת אינה רוצה את המשדך בשום צד לפטור מקנס:

תשובה ולענין טענת אונס חזינא להר"ן כו' וה"ז דומה לאומר הרי את מקודשת ע"מ שיתן לי פלוני חצירו או ע"מ שיתן בתו לבני שכתב הרמב"ם והטור כו' משמע בפירוש דעד שיעשה בעינן ואם פייס ולא הועיל הוי קידושין מטעמא משום דהוי למזכי במאי דלא הו"ל ביה זכיה דהיינו קניית האשה ועוד ראיה מפרק י"א מהלכות מכירה בנתן מתנה ע"מ שילך לירושלים כו' ולא מהני טענת אונס שנאנס שלא יכול לילך לירושלים ביום התנאי וא"כ גם במחילת חוב כו' (וזה צ"ע לענ"ד דהתם לא קאמר אלא בדין אסמכתא דהחזיק אינו אסמכתא ואם עבר ולא הלך אפשר דהיינו מרצונו אבל אם נאנס באמת מהני טענת אונס בזה ועיין ביו"ד סימן רל"ו בט"ז וש"ך שם לענין אם מחייב עצמו לעשות דבר לזמן ההוא ונאנס בזמן ההוא ואע"ג דכתב הרשב"א כו' דשאני הכא שהוא חוב גמור כו' ובזה נמצא למדין טעם נכון למ"ש הרמב"ם שנהגו חכמי ספרד כו' לחייב עצמו תחלה בתורת חוב לא מצי למטען טענת אונס (ע"ש שיש חסרון איזה תיבות ועיין לעיל שכתבתי זה המ"ל שכ"כ בשם הר"ש הלוי וקלסוה ובאמת כבר קדמו מהר"מ אלשיך) כו' הלכך אין טענת הקרוב טענה במה שפייסה ולא אפייס' והחוב שנתחייב קיים עכ"ל הרי מבואר להדיא דבכה"ג אין מועיל טענת אונס ומפרש דברי הרמב"ם והטור בהך דע"מ שיתן לי פלוני חצירו כו' מהך טעמא אתי עלה משום דבעי למזכי במאי דלא הו"ל זכי' כו' אך לפי מ"ש א"צ לזה דבכה"ג דלא קאמר ע"מ שתפייס לפלוני שיתן לי חצירו כו' אלא סתמא קאמר ע"מ שיתן לי עיקר הכוונה על המעשה ההוא ותלה במעשה אם יעשה המעשה ההוא אם לא ולא איכפת לן באונס כלל וכמש"ל מדברי הריטב"א בגיטין ואף שיש לפרש גם דברי הריטב"א במ"ש אבל אם חייב עצמו במעכשיו ר' זוז ע"מ שיעשה

פ' כו' ג"כ כוונתו מהאי טעמא כיון שחייב עצמו מעכשיו רק שהיה נפטר ע"י שיעשה פלוני וכיון שלא עשה החיוב במקומו עומד דאין זה פטור שאין החיוב אלא על אופן שיעשה ולא עשה ואם כוונתו מחמת דבביטול התנאי לא מהני אונס כבר כתב זה שם בשם רבינו וכמש"ל:

שוב ראיתי כי דבר זה הוא מפורש יוצא מדברי הרא"ה בכתובות והביאו בש"מ שכתב וז"ל ולא אמרינן נמי יש אונס אלא בתולה בדעת עצמו כגון אם לא באתי או אם באתי וכן בתולה בדעתה אבל בתולה בדעת אחרים כגון אם יבא פלוני אם לא יבא לא אלא כל היכא דנתקיים התנאי אע"פ שנתקיים מתוך האונס המעשה קיים שאין כוונתם בזה אלא שתעשה המעשה והרי נעשה אבל בתולה בדעת עצמו סביר הוא לקיים תנאו וכשנאנס ולא קיימו הרי הוא כאלו נאנס על עיקר המעשה למפרע וזה ראוי לומר בתולה בדעת עצמו א"נ בתולה בדידה כו' משא"כ בתולה בדעת אחרים וכן הדין במתנה וכן הדין במכר עכ"ל מבואר דאם אמר שדי מכורה או נתונה לך אם תבעל פ' לפלוני ונבעלה באונס המכירה קיימת כיון שכוונתם שתעשה המעשה והרי נעשה ומכ"ש אם התנה ע"מ שתנשא פ' לפלוני ולא נשאת מחמת אונס שהמכירה בטלה דבביטול התנאי לא מהני אונס אף בתולה בעצמו ומכ"ש אם מה שלא נשאת לא הי' מחמת אונס מצד אחר רק מצד שלא רצתה פלונית להנשא לפלוני דאין בזה טענת אונס כלל דזה עצמו התנאי שתינשא לו דהיינו שתרצה ותנשא וכמש"ל וא"כ פשיטא כשאומר אם לא תנשא פלונית לפלוני אתן לך מנה ולא רצתה אותה פ' להנשא לפלוני אף דפייסה בכל מה שיכול לעשות ולא אפייסה מ"מ לא נתקיים התנאי שהרי כוונתם שתעשה המעשה והרי לא נעשה ודוקא בתולה בעצמו שמחייב עצמו לפיוסי לפ' כו' וכמש"ל בשם הרמב"ן ובהכי מיירי הרשב"א אבל לא בתולה בדעת אחרים ועיין בדברי הרמב"ן בגיטין שכתב ויש לבעל דין לחלוק כאן ולומר שכל התולה בדעת אחרים אע"פ שפייסו בכל מה שבידו לעשות אין זה אונס שמשעה ראשונה גמר ומקנה דלא ידע אי צייית חבריה אי לא ושאני אשה שהוא סבור לפייסה שהנשים נוחים להתפייס לבעל כו' ואין דינו מחוור שאין לך ברזל קשה כאשה רעה כו' עכ"ל אין זה סותר לדברי הרא"ש דהרמב"ן שם קאי במאן דמקבל עליו לפיוסי לחבריה שהענין תלוי בו שהוא יפייס או הוא יעלה והרא"ה מיירי שלא תלה הענין בעצמו רק באותו פלוני אם יעשה או לא יעשה וכמש"ל וכיון שאין כוונתם רק שתעשה המעשה ההוא לא איכפת לן והדברים ברורים לענ"ד. וא"כ בנ"ד הדבר ברור שזה הבא לפטור עצמו בטענת אונס לפטור עצמו מקנס צלל במים אדירים והעלה בידו חרם או חרס אם לא יפייסנה בכל מה שבידו לעשות כמ"ש הרמב"ן ושאר

פוסקים שהבאתי ואף לדעת הריב"ש דסגי במה שכמותה ראויה לקבל פיוס ע"ש סימן צ"ט שהרחיב הענין בזה וסיים שאם לא פייס אותה כראוי לפי מראה עיני הב"ד ועבר על קבלתו כו' חל עליו הנדוי כפי קבלתו כו' ע"ש ולענין הקנס הוא חייב בכל גווני שע"י כן חייב עצמו אם לא תנשא בתו לפלוני יתן קנס וכל זה אף אם לא היה מושלש מעות לשם הזוג ולטובתם לקיום השידוך ובנ"ד דאיכא נמי כל הני והחתן מוחזק לית דין צריך בשש שיצא המשודך זכאי בדינו ואין אבי הבת יכול להוציא כלל רק השליש יעשה מה שהושלש בידו למסור להחתן מה שהושלש בידו שאף שנכתב בשטר שלישות ששייך להזוג מ"מ הוא הזוכה בהם שהרי אף אם יהיה הזוג הגון הוא לשם נדוניא שהם נצ"ב ואם פחתו פחתו לו ועוד שהרי כשחוזרת בה המעות חוזר לאביה כמ"ש סי' נ"ג שאינה יכולה לומר לאביה מה לך חתן זה מה לך חתן אחר כמ"ש הח"מ שם ולענין מוחזק ודאי דחשיב מוחזק כמבואר שם וגדולה מזו כתב בשו"ת מהר"מ אלשיך סי' ל"ג בנתן המעות ליד החתן וקנה סחורה ומסרה לאבי הבת ושוב נתבטלו השידוכין אם היה שם ריווח לא מיבעיא אם החזרה מצד ראובן אלא אפילו אם החזרה מצד שמעון אין לראובן אלא הקרן והריווח שייך לשמעון דלא אמרינן הדרי פירי אלא מאי דמעיקרא הוי בטעות כו' אבל בכה"ג דמדעת שניהם קיבל שמעון המעות לעצמו אלא שאח"כ נולד ביטול השידוכין ודאי דפירי דשמעון הוי כו' וסיים בה ועוד כי נראה דומה לאומר לחבירו הילך מנה בשכר מלאכה שתעשה לי מחר ועשה סחורה היום במנה והרויח מנה ואח"כ נתחרט ולא רצה לעשות המלכה האם יאמר בעל המעות תן לי מה שהרווחת במעות ודאי שזה לא חשב אנוש עכ"ל והרי דאף בחזרת החתן אמרינן דעד עתה ברשותיה הוו קיימו ומוציא מיד אבי הבת ומכ"ש אם החזרה מצד אבי הבת ואף בנ"ד אכתי לא נמסר לידו הרי מבואר בסי' נ"ג דשליש כה"ג חשוב כגבוי:

ועוד נלענ"ד דעכשיו שנוהגין לכתוב בתנאים מחמת עידור וקטט יתנהגו ע"פ תקנת השו"ם א"נ אזדא לה סברת הרשב"א מ"ש שלא עלה על דעתו שהבת לא תתרצה שהרי חששו לזה שיהיה קטט ביניהם וא"כ שוב אית לן למימר דה"ל לאתנויי וכן הוכחתי לעיל מתשובת הר"י באסאן ז"ל שכיון שהזכיר אם יהיה עיכוב מהבת הרי שהעלה על לבו כזאת ואע"ג דהך קטט הכוונה על אחרי נשואין איך יתנהגו כשיפול קטט ביניהם עיין בנחלת שבעה ואחר נשואין שפיר סליק אדעתיה דשכיח הוא שאין זיווגם עולה יפה משא"כ קודם נישואין לא אסיק אדעתיה שתסרב אחר מעשה האב מ"מ זו מנין לנו דאף דאשכחן בכתובות דף נ"ח דאמר דבין היא בין אבי' יכולין לעכב ואמרינן דאביה מצי אמר השתא לא ידעה למחר מימר דא ונפקא כו' התם בקטנה ובקטנה גם לענין קידושין

חיישינן כדאמרינן אסור לקדש בתו כו' וכמש"ל אבל בגדולה י"ל איתתא בכל דהוא ניחא לה ואדרבא אחר נשואין י"ל רוצה אשה בקב ותפלות וקשין גרושין אבל בשידוכין היה לו לחוש דלמא ממלו לה מילי עליה והדרה בה ובפרט בעקבות משיחא בת קמה כו' והא קמן שחוששין לקטנה והיה לו לחוש דלמא תחזור בה ולא תרצה ומדלא אתני קיבל עליה לקיים דברי התנאי והברית ביניהם בכל אופן שיהיה וא"כ אין מקום להיות פטור מקנס:

והנה נשלח לידי עלה אחד לתרופה של אבי הבת אשר כתב חכם אחד וראיתי כי לקח פשוטן של דברים מ"ש בש"ע דאם הבת ממאנת פטור מן הקנס ובאמת אין הנושאים שוים דהרמ"א כתב הדין בפוסק על בתו כו' ומירי בגוונא שכתבתי שאינו דרך תנאי רק דרך חיוב על עצמו משא"כ אנן בדידן שהענין דרך תנאי וגם כותבין מחמת עידור וקטט וגם כי הוא פלוגתא דרבוותא וכמו שכתב הרמ"א בלשון י"א וכיון שהשלישו הנדן החתן מוחזק וגם דהרשב"א גופיה מודה שאין נאמן באמתלא זו אלא היכא שהאב מוחזק והחתן בא להוציא ועוד שאר טעמים שכתבתי וגם דעכ"פ היה לו לבאר שהאב מחויב לפייסה בכל עשרו ויכולתו או עכ"פ כפי שאומדין שצריכה להתפייס בזה ואם לאו חל עליו הנדוי שקיבל על עצמו ועכ"פ צריך ליתן קנס כדי לפרוק מעליו חרם הקהלות שלזה מועיל נתינת הקנס ועיין בשו"ת נ"ב סימן:

ואמנם מלבד חיוב הקנס שבתנאים זכה החתן במה שהשלישו לנדן לקיום השידוך כאשר הארכתי לעיל והחכם הנזכר גם בזה תפס פשוטן של דברים מה דאיתא בש"ע בשם תשובת הרשב"א בסבלונות דצריך להחזיר וה"ה הנדן כמ"ש הטור בשם תשובת הרא"ש אך דברי הב"ש בסימן נ' ובסימן ע"ז הוציאם מפשוטן וכתב וז"ל והב"ש סימן נ' דמדמי לנדוניית חתנים היינו לענין הקנס אם היה בענין שזה נתן לו שט"ח סתם והחתן התחייב שאם יתן לו הכלה והנדן יהא החוב מחול דלא שייך הכא אומדן דעת דאדעת' לכונסה דאע"ג דלא נפטר משום אונס מ"מ מפטר משום אומדן דעת לשיטת ר"ת דאם טוענת מ"ע מפטר משום השט"ח וכ"ש קודם נשואין כו' ע"כ דבריו וסותר דברי עצמו תכ"ד שכתב דבשט"ח לא שייך אומדן דעת ותיכף כתב דאף דלא מפטר משום אונס פטור משום אומדן דעת גם פתח לומר דהיינו לענין הקנס וסיום מאומדנא דר"ת בנדוניית חתנים ופשיטא דבקנס לא שייך אומדן דעת זו שהרי הוא דבר והפוכו שאם נותן קנס היינו ע"ד שלא יכנוס אותה וכן הוא בנותן שט"ח להבטחה ע"ת דמחילה פשיטא שאין כאן אומד ואיך יאמר הב"ש דבר כזה דבכה"ג בשט"ח סתם ע"ד שאם יתן לו הכלה והנדן יהא מחול שייך אומדנ' דר"ת ויחלק בזה בין שט"ח לממרני דאיך שייך בשט"ח כזה

לומר שנתן אותו לטובת בתו שתהנה ממנו דנהפוך הוא שאם ישא בתו אין כאן חוב כלל וגם מ"ש בדברי הב"ש ס"ס ע"ז דמ"ש הב"ש אין אבי' חייב ליתן מה שפסק דכולה מלתא דשידוכין פסק קרי' ליה אפילו ממרני ואפילו השלישו הנדן כו' ונפלאתי הזה פועל חכם לפרש פירוש זר בדברי הב"ש אף למאן דרגיל לעיולי פילא בקופא דמחטא ואם כי דברי תשובת הרא"ש דחקוהו והכניסוהו בתגר זה מוטב היה לו להשאיר דברי הב"ש בצ"ע והנה בדברי הב"ש סימן נ' עמד גם כן בספר המקנה לפי מה שהדברים מראין לפי פשוטן והניח בצ"ע:

ואני עיינתי ומצאתי בעזה"י ביאור דבריו על ענין כמש"ל ואוסיף מיא אוסיף קמחא בפירוש דבריו שבודאי אין סותרים דברי הרא"ש ואין חולק ע"ז דכל שנתן לנדן הוא מחוייב להחזיר והרי הב"ש עצמו בסימן נ' בריש דבריו כתב לעיין במרדכי פרק מי שמת (וכ"כ בד"מ) ושם במרדכי בשם שפתיו ברור מללו דכל שאומר שנותן לנדוני' צריך להחזיר מה שקיבל וכן מבואר בשו"ת מהר"מ אלשיך שהבאתי לעיל שהקרן צריך להחזירו כ"כ בשו"ת ב"ח סימן מ"ט ואמנם כבר הבאתי דברי הב"ח שכתב דהרא"ש מיירי בפסיקה בעלמ' בפני עדים כמה אתה נותן כו' ושניהם יכולין לחזור בהם כו' וא"כ ודאי שדין הרא"ש אמת שצריך להחזיר דענין מעות לנדוני' כנותן מעות על המקח וכשמתבטל המקח מאיזה צד שיהיה הדמים חוזרים דבמה יזכה במעות אלו שלא ניתנו אלא ע"ד שיזכה במקחו אבל בנותן מעות ערבון על מקח בענין דלית ביה משום אסמכתא ואין יכולין לחזור כך ענינו שהערבון הוא על אופן זה שאם הלה חוזר בו זוכה זה בערבון ואם אינו חוזר בו המעות אלו הם לפירעון דמי המקח ואם פסק הנדן בתורת חוב גמור שלא יהיה יכול לחזור בו והוא שמחייב עצמו סך הנזכר בשטר לחתנו בתורת חוב גמור ואם הוא חוזר מחויב לשלם השט"ח ואם אינו חוזר ג"כ משלם אלא שהוא פרעון על חיוב הנדן שהתחייב בתנאים והוא ממש כמו ערבון על המקח שבודאי זה זוכה וגובה חובו בכל גווני וכבר כתבתי שכ"כ הרא"ש בתשובה שהביא הב"ח וכ"כ הב"י סימן נ' בשם רבינו ירוחם שבין חזר הוא בין חזרה היא גובה שהרי נשתעבד ונתחייב (ומ"ש אפילו בחזרה היא כתבתי לעיל) ובכה"ג מיירי הב"ש הכא במ"ש שנתן שטר חוב על הנדן דהיינו שיהיה להחתן עליו חוב גמור בכל גווני דאל"כ שט"ח זה למה הוא לו שהרי כבר נתחייב בתנאים פסיקות הנדן בקנין גמור (ואם נפשך לומר שנתינת השט"ח הוא להוציאו מקנין חתן ולחייב את היורשים וכמ"ש בסימן נ"ח מ"מ עכ"פ חוב גמור הוא עליו בלי תנאי כדי שיתחייבו גם היורשים וכמ"ש הב"ש שם אך דלא כמ"ש שם ואם יתן הכלה יהיה מחול דבאמת א"צ למחול דאם מקיים התנאי השט"ח הוא על הנדן

ובין כך ובין כך צריך לפרוע לו השט"ח) אך באמת השט"ח הוא להבטחת הקישור שבתנאים וכאשר הוא נהוג בכל תפוצות ישראל שעל הבטחת הקישור משלישים שט"ח כפי סך הנדן ובמשך זמן עד הנשואין הצדדים פורעים השט"ח שביד השליש ומשלישים המעות תמורתם ולכן הב"ש התם דקאי על דברי הח"מ שמביא ראיה ממעשים בכל יום שמניחים שט"ח ואין מועיל מה שהבת אינה רוצה ע"ז קאי הב"ש וכתב ועיין בהגה"מ כו' ודבריו מתפרשים לפ"ז כמין חומר דכיון שהשט"ח הוא ערבון על קיום השידוך ולסלק הנדן א"כ. אם הבת טוענת מ"ע אין ממש בערבון זה דיוכל לומר מה הערבון אשר אתן לך המעות שהרי אף אם אקיים כפי הקישור אינך יכול להוציא ממנו המעות עמו במקח כה"ג אם שזה יש לו טענה שאף אם יתן לו המקח לא יוכל להוציא ממנו המעות או נצטרך להחזיר לו פשיטא שרואין כאילו כבר נעשה מעשה ה"נ דכוותה וע"ז כתב דבממרני שאף שטוענת מ"ע באמתלא שאינו מבוררת צריך לתת וא"כ גם בזה צריך לתת דכיון שקיבל עליו הנדוניא בחוב גמור שצריך לפרוע בין יתקיים הענין או לא רק אם לא יתקיים צריך לפרוע בתורת חוב ואם יתקיים הוא בתורת נדוני' א"כ אין הפרש בזה בין קודם נשואין לאחר נשואין דכל שאינו יכול להוציא ממנו אחר, נשואין מחמת מ"ע גם קודם נשואין אין יכול להוציא וכל שהוא יכול להוציא אחר נשואין גם קודם הנשואין מוציא ממנו כיון שממרם זה ניתן בו לגבות בו לחלוטין בין יהיה הדבר בין לא יהיה לכן אם היה בענין שנעשה מעשה לא היה מועיל טענתו נגד הממרם גם עתה אין מועיל כלום (ומ"ש הב"ש ובאונס שמת הוא יש לחלק כחילוק הח"מ ר"ל בנותן שט"ח גמור דכאן לענין מיאון הבת אין לחלק בכך וזה צ"ע דבעיקר מלתא דמחלק הח"מ הוא בתנאי דמחול לך ובהך תנאי נראה דאף בנותן שט"ח שאינו ממרני ע"ת זה צריך ליתן לו דלא שייך לומר שלא נתן אלא ע"מ שתהנה כו' שזה אינו תובע ממנו הנדן רק תובע חוב שלו וכאילו הלוה לו מחמת בעין ושוב הבטיח למחול לו כשיתן לו בתו והנדן דפשיטא דלא מצי למימר לו יהא שקיימתי תנאי שלי ונתתי לך והיא טוענת מ"ע ז"א דאם תטעון מ"ע לא תוכל להוציא באמתל' שאינה מבוררת ואותן המעות עצמן שבשט"ח פשיטא דלא מצי אמר ע"מ שתהנה דהא חוב הם ולא בדידיה קיימא למשדי תנאה ואדרבא ניתנו ע"ד שאם תהנה אין כאן חוב כלל ועיקר החוב כשלא תהנה ומדברי הב"ש סימן נ"א ס"ק י' משמע נמי דהחילוק בשט"ח במת הוא היינו כשעושה ע"ד חכמי ספרדים דאז מחוייבים היורשים לשלם ובכה"ג דחכמי ספרדים נראה דגם כאן יש חילוק זה כמ"ש דלא שייך אומדן דעת בזה רק היכא שנותן בתורת חוב ובתורת נדוניא וכמ"ש ואם כן מ"ש הב"י דבאונס שמת הוא שיש לחלק כח"מ משמע דהכא אין חילוק בזה וצ"ע) ומעתה מ"ש

בסימן ע"ז דאין אבי' חייב ליתן מה שפסק דמשמע אם כבר נתן א"צ להחזיר כמו דדייק שם גבי ארוסה משום דמיירי בכה"ג שנותן לידו ערבון ובטחון ואם יתקיים הוא בתורת נדוני' אבל בין כך ובין כך יהיה המעות חלוט בידו דומיא דנדוניא שנותנין ליד הבעל בשעת נשואין ולכן דוקא אם לא נתן אף שנתן שט"ח מ"מ הוי כאחר נשואין וטועמת מ"ע אבל בממרם או הושלי' הנדוני' או נתן לידו מעות בעין ע"ד ערבון אין מוציאין ממנו אבל אם נתן לו מעות שלא בתורת ערבון רק לצורך נדוניא ע"ד שישא בתו מזה לא מיירי כלל דלזה א"צ שום טענה רק חזרה בעלמא דומיא דמקח הנעשה בלא קנין ונתן עליו דמים ואנן אמרינן באופן שא"א בחזר' דומי' דנשואה או ארוס' דאי לאו טענת מ"ע אית לה דין מורדת ובכה"ג נמי אמרינן בשידוכין במקום שאינו יכול לפטור עצמו בחזר' בדבור בעלמא (דבהכי מיירי הרא"ש כמש"ל בשם הב"ח) שאם יחזור בו מחויב לשלם בתורת חוב ואין יכול לפטור עצמו רק שיאמר לו יהא שאיני חוזר והוא אחר נשואין אני פטור במ"ע אך זה דוקא שלא יצטרך ליתן אבל אם נתן או בעין או ממרם או השליש דבנשואין כה"ג לא מצי טעין גם קודם נשואין לא מצי טעין והוא ברור למעיין ולפי שרבים נבוכו בזה הארכתי לברר הכל ומובטחני כי לפום מה דמשתבחי לי בגוי דהאי חכם שהוא נקי השכל ודיין אמת לאמתו ישמע ויאמר אמת ומלתא אגב אורחא קשיא לי בדברי הח"מ והב"ש דאם נתן א"י לתפוס בשביל בתו שהרי בסימן נ"ג איתא דאב שפסק לבתו לא קנתה הבת עד שיכנוס ומשמע שם דאף אם נתן להחתן דינ' הכי ע"ש סעיף ד' ובב"ש ס"ק ח' וא"כ אין תפיסת האב בזה בשביל בתו שיהיה לו דין תופס לבעל חוב רק תובע בשביל עצמה ובנשואה שאני דכיון שנשאת אין לאביה רשות בה וכמ"ש הח"מ גופיה שם ס"ק כ"ט ע"ש וצ"ע:

היוצא לנו מזה דמלבד הני טעמי דברירנ' בחיוב הקנס וביטול טענת אונס יש זכיה להחתן מחמת המעות שהושלש על שמו ולטובת הזוג דחשיב כגבוי וכיון שהושלש לקיום השידוך ומעיקר' אדעתא דהכי אתיהיב לשליש שיהיה תפוס בהם בחזקת הזוג ולא בחזקת האב כלל וע"ד שינתנו לעולם ליד החתן בין יתקיים השידוך או לא שאם יתקיים ינתנו לו בתורת נדוניא ואם לאו הם שלו במתנה וכן אם נתן ממרם ליד השליש דהוי כגבוי וכל זה אפילו בסתם ומכ"ש בזה שבפירוש הושלש המעות לבטחון לקיום השידוך אחר שהתרה בו הצד שכנגדו וכן מבואר בלשון הפסק שהעתקו לעיל שעשו מעמד ומצב שמהר"ד מסלק סך לקיום השידוך כו' וכן עשה מהר"ד כו' לקיום השידוך כו' א"כ לית דין צריך בשש שאין זה ענין כלל להוא דהרא"ש שנתן לו בתורת סילוק מה שהבטיח על הנדוניא ומלוה אית ליה גביה משא"כ בנותן לו לבטחון כמש"ל וגם

כבר בררתי דאי פטרינן ליה מקנס משום דמה שהבת מסרבת הוא אונס' דלא שכיח אם כן זכה בנדוני' דמצי אמר אנא הא קאימנא וכמ"ש הרא"ש רק דאיכא אומדן דעת והיכא דהוה מלתא דלא שכיח ליכא אומדן דעת והוי כמו נהרגה או נשתמדה דאף שלא נתן צריך ליתן ואם תאמר דשכיח וכדעת מהר"מ ומהרי"ו אם כן אין לפוטרו מקנס דה"ל לאתנויי וממ"נ זכה החתן במעות שביד השליש עד כדי קנסו. (וע"ש בתשובת מהרי"ו סימן ק"ה שיש שם ט"ס וכצ"ל ומה שטען כיון ששאר האחים רוצים ליטול כמותו אז הם צריכים ליתן הקנס למשודכת ור"ל שזה טוען שעל אופן זה שאין נותנים לו חלק בראש אינו מרוצה בהשידוך שיכניס לה חלק ירושתו וממילא שיצטרפו לתת קנס וא"כ לא ירוויחו בזה שאין נותנים לו הנדוניא חוץ מירושתו וע"ז כתב כגון דא פתח פיך לאלם כו' ר"ל דבכה"ג שיאמר אינו מרוצה יהיו נפטרים כולם מהקנס כיון שמת האב וכן בסימני הספר שם כתב מי ששידך בנו ומת האב והמשודך אינו רוצה לקיים) ועיין בד"מ ס"ס נ"א כתב ג"כ שצ"ע באותן ב' תשובות דסתרי ומיהו יש לתרץ שאם קבל האב קנין כו' ולענ"ד צ"ע והמעיין שם יראה כמ"ש ואין כאן סתירה וגם צ"ע על הב"ש סימן נ' ס"ק י"ט במ"ש אבל א"ל דלא איירי כאן לענין אם היורשים חייבים ליתן כו' אלא איירי לענין דאין חייבים לעשות השידוך כו' דז"א שהרי השידוך תליה ברצון כו' והוא תימא לענ"ד דמהרי"ו סימן קמ"ד איירי לענין הפסיקה אם יטול בראש ובסימן ק"ה מיירי לענין קיום השידוך אם צריך לתת קנס כשמת ואין המשודך רוצה לקיים מה שקיבל עליו אביו מטעמא דמהר"מ ולפי"ז לפי מ"ש הרמ"א תחלה דעת הרשב"א דאם אין המשודך רוצה אין כאן קנס מחמת התקשרות של אביו א"כ הך דינא שהביא הרמ"א מתשובת הריב"ש צ"ע וכמ"ש הב"ש דאם הם מרוצים אין היורשים יכולין לעכב ואם אין מרוצים פשיטא דיורשים פטורים מקנס ומהרי"ו מיירי דיורשים אין מרוצים דהיינו שהמשודך אינו רוצה באופן זה ומ"מ אי לאו דאיכא אונס מיתה הוא חייב קנס משא"כ להרמ"א אף בלא אונס מיתה פטורים ונראה דהרמ"א מדמה מת הפוסק ולא הניח נכסים כדי צורך הסילוק להיכא שיש כאן נכסים אלא שאין המשודך רוצה לקיים מה שקיבל עליו ולכן כתב הב"ש בס"ק י"ח וכן בשאר אונסים כגון שמת הפוסק או העני כו' וקצרתי. ועיין במשנה למלך פ"ו מהל' זכיה דין י"ז מ"ש בכוונת מהרי"ו והמעיין יראה שאין לפרש כן וגם בח"מ מפרש מ"ש שאיכא שט"ח כפשטיה ע"ש:

ועכ"פ למדנו ממהרי"ו דנקיט מרגניתא דמהר"מ דוקא במת האב וכן הרמ"א בש"ע לא כתב דינו של הרשב"א בהחלט רק כתב י"א דמי שפסק כו' והיינו משום דפליג עליו מהר"מ ומהרי"ו ואף דבד"מ כתב על דברי הרשב"א דמהני טענת אונס במיאון דבת בתו

ע"ז כתב ועיין בתשובת הרא"ש דאף באב דינא הכי וכן בהגהת ש"ע כתב י"א דמי שפסק על בת בתו כו' (ונרשם שם הרא"ש כלל מ"ג והכוונה לדברי הרא"ש כלל מ"ג והכוונה לדברי הרא"ש שבטור סימן קנ"ד דמשמע שם בב"י שהוא בכלל מ"ו ואף שלפנינו לא נמצא מסתמא הוא בתשובות הנוספים ואינם כעת תח"י) דהפוסק פטור מקנס כו' ונראה מזה דהרא"ש והרשב"א אמרו ד"א ופליגא אדמהר"ם ומהרי"ו אבל הא ליתא דבאמת הך דהרא"ש אינו ענין להרשב"א דהרשב"א מיירי לענין הקנס ופטר ליה משום אונס והרא"ש מיירי שם על חיוב הפסיקה ועל הפסיקה אינו אונס דזה יטול ממנו המעות בלא הבת וכמו שטען הטוען בשו"ת הרשב"א ח"ג ולזה כתב הרא"ש שאין מחויב ליתן משום אומדן דעת ולענין הקנס לא מיירי כלל דאפשר דס"ל כדעת מהר"מ דכה"ג לא מיחשב אונס דל"ש והו"ל להתנות ונראה כוונתו דמפ' מ"ש בשו"ת הרשב"א וחייב עצמו לתת לו דבר ידוע היינו שפסק לו נדוניא דבר ידוע וכן הוא באמת בשו"ת הרשב"א ח"ג והרשב"א השיב דפטור משום דאנוס הוא היינו שפטור אף מפסיקה וע"כ אף שבזה שאינו רוצה ליתן הפסיקה אינו אנוס מ"מ כיון דאנוס על גוף הנשואין נשואין אין כאן נדוניא אין כאן שלא פסק אלא ע"מ שתנשא והן הן דברי הרא"ש סימן קנ"ד וזהו שכתב רמ"א דבתשובת הרא"ש דאף בבתו דינא הכי דס"ד כיון שהפסיקה לבתו היא מדברים הניקנים באמירה קני טפי לענין שאם אין רוצה ליתן הפסיקה יתן קנס משא"כ בת בתו דהוי כמו פוסק לאחותו שאין נקנה באמירה כדאיתא סי' נ"א קמ"ל דאף בבתו הדין כן ובלא"ה צ"ל כן דאם כוונת הד"מ לענין קנס מה"ת יהא גרע בתו מבת בתו עד שהוצרך להביא מדברי הרא"ש דהא הטעם דאונסה דל"ש שייך טפי לגבי הבת מלגבי בת בתו כמבואר מדברי הרשב"א והכי מסתבר אך לפי מה שכתבתי אתי שפיר:

והנה במ"ש מהרמ"ע מפאנו ועה"ג ושב יעקב בעסק אם להצריך שבועה לא ראיתי להאריך בזה כאשר כתבתי כי אין כאן עסק שבועה כשאנו דנין על אבי המשודכת. ולענ"ד אף מהרמ"ע מודה בגוונא דנ"ד שלא נפטר מהקנס והגע עצמך אם נאמר דלמהרמ"ע בכל ענין הוא פטור בדבור הקל של הבת ואף מה שהושלש ביד השליש צריך להחזיר א"כ לשוא עמלו קושרי קשר שאינו של קיימא ולשקר עשה עט סופרים כי יאריכו לשון ויפוי כח ואת כלם ישא רוח ודבר שפתים אם ירצה הלה להיות כמתלהלה יורה זיקים ינזר לבושת ויתלה בצואר בנו או בצואר בתו אלא ודאי לא קאמר אלא היכא שתלה בעצמו להזמין בתו לנשואין וגם לא השלישו כלל וזה בא להוציא קנס ממנו ועוד צדדים שכתב שם לפטור אבל בכה"ג דנ"ד האומר לפוטרו בלא כלום שכר הרבה יטול מכת השדכנים ולהם בשורה מוצאת כי בטלו דיני קנסות מישראל ושפיכות דמים הוא

דזול והיוצאים בקשרים יהיה טורחים בסעודה ומפסידין מלבד שכר שדכנות ויציאה יתירה ובושת יתירה ואיך לא חשו חכמים לעשות תקנה לדבר מן התורה אפס הוא הדבר אשר דברתי שעל כן משלשין שטרות או מעות לקיום השידוך לדין קיומין שעי"ז נכון לבו בטוח שלא יבוש ולא יכלם כי שליש אלה יעשה להם כפי מה שהושלש בידו: ועיין בתשובת מיימוני הביא שם תשובה בשם רש"י ז"ל וז"ל ששאלת ראובן ששידך בת אחיו וקיימו דבריהם והניחו תשומת יד ביד קבלנים ע"מ שהחוזר בו יפסיד ערבונו וחזר בו ראובן ושמעון תובע מיד הקבלנים את הערבון שהחזירו לראובן ותלמיד מסייע לראובן ואמר דקבלן דכתובה לא משתעבד טעה התלמיד בכל צדדיו כו' אבל זו אינה אלא ערבון לקיים תנאיהם ואסמכתא זו ודאי קניא אם נעשה הדבר בפני חשובי העיר כו' וכ"ש שידוכי אשה שהנהיגו הראשונים בו שלא לבייש בנות ישראל ויש מן הדין לקונסו ממון וברידוי הגוף ותלמיד המסייע אין חולק כבוד לתורתו ולהחזיק יד מרעים מן השמים מנעוהו מכבוד ונכסו ממנו גלותי' שלא יבין במעמקים ולמוכיחים ינעם ועליהם תבא ברכה טובה שלמה בר יצחק ול' זה איתא בשו"ת מהר"מ בר ברוך סי' תתנ"ד והעתקתי לשון זה שיש ללמוד ממנו שאם השליש שהחזיר שלא כדין אף שהחזיר ע"פ מורה שפסק לו כן יכולין לתובעו וגם יש לנו לילך בעקבות רבינו רש"י ז"ל למשדי גודא רבא על המבייש ולהפך בזכות המתבייש ביותר וכ"כ בעבודת הגרשוני כי מי שמהפך בזכותו יותר תיתי לו ויהיה גופו מכובד על הבריות:

סיומא דפסקא מכל הלין טעמי אין ספק שהסך המושלש לקיום השידוך עם הפירות שעלה עד עתה מחויב השליש למסור ליד החתן ובכל זאת לא נפטר מן החרם שקיבל עליו עד שיברר שטרח לפייס את בתו בכל ממון ושאר דברים אשר ביכלתו היה לעשות ועכ"פ לפי ראות עיני הב"ד ראוי היה שתתפייס בזה ולא נתפייסה אפילו אם יברר שעשה כזאת ולא נתפייסה יש לקונסה בממון ורדוי הגוף ומכ"ש אם לא יברר שאז אף אם היתה קטנה לא נפטר הוא מהחרם ולא מהימן לאחריני מובטחני בשני הצדדים כי ישמיעו בנחת לדברי חכמים ויבצעו תמימים:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סד

תשובה לכבוד א"א מ"ו הרב הה"ג ז"ל לק"ק דינאויץ ומותיבנא תיובתא כלפי הדיין שהיה מפטפט נגדו והוכחתו שדברי א"א מ"ו המה אמיתים וישרים וכן הסכים כבוד דודי מורינו ורבינו הגאון ז"ל בתשובותיו:

בדבר המשפט באיש ואשה שלוו לעצמם מעות ע"י סרסור ונתנה האשה להסרסור להשכין בגדים ועתה בא אבי האשה ותבע להסרסור להחזיר הבגדים לפי שעדיין לא עברו שני שנים מזמן הנשואין והורה מורה אחד שהסרסור מחויב להחזיר על פי מ"ש בסוף סימן נ"ג דהיורשים יכולים למחות שלא ימכור נכסים אפילו היא מתרצה וכ"כ הב"ש סימן קי"ח דאינה יכולה למחול דהוה כנתן מתחלה על תנאי זה:

תשובה לכל באי שער התורה. נודע משפט עשה המורה שלא כדת וכשורה. ודבר זה תינוקת של בית רבן יודעין. ולא חיישינן לב"ד טועין. והא דיינא דמי כדלא גמיר שמעתא. או גמר אמר ולאו אדעתא. והוא לא ראה או ידע ונעלם מעיניו. ואיזה רוח עבר לפניו. לעוות אדם בריבו ע"פ החדש אשר בדה מלבו. בלי טעם וריח. לא שיג ולא שיח. כ"א כמוץ אשר תדפנו רוח. ואף כי הדבר פשוט כביעתא בכותחא. כל כי האי ריתחא אורייתא הוא דקא מרתחא. להורידו אל עמק יהושפט ונשפטתי אתו כי הפך ללענה משפט. לעשות התורה פלסתר ולכפות על האמת פסכתר. כי במקום אשר חשב לא עמד ולא ישב ואם המורה הוא דיין אמת ותלמודי. מובטחני בזה כי לא יבוש מלומר דברים שאמרתי טעות הם בידי. וזה החלי בעזה"י הוא יגמר בעדי. ראשון תחלה אבאר דאף אם מתה האשה בתוך ב' שנים לנשואין ועדיין יש להמלוה פתחון פה להוציא מעותיו וכמו שדן בזה א"א מ"ו הרב המאור הגדול המפורסם ני' שהרי יש בזה משום תקנת השוק שהרי אף בבעל שמשכן בגדי אשתו בלא דעתה מבואר באה"ע סוף סימן ע"ג שאין מוציאין מתחת ידו בלא כלום ומקורו משו"ת הרשב"א שביאר שיש כאן תק"ה ואם מי שאין לו מוח בקדקדו יאמר דהוה כגנב מפורסם מאן ציית ליה דאטו המלוה מני יומי ומני שבוע לידע אם הוא מקץ שנתיים ימים וגם דמאן לימא ליה דהני מאני דידה דאבוה נינהו שמא מרבדים עשתה לה בבית בעלה ועיין סוף סימן פ"ו בדין אשה שהשכינה בלא בעלה שכתב הח"מ דאם תקף מיד הקונה צריך להחזיר לו הדמים מפני תק"ה והב"ש שם שכתב שא"צ להחזיר הדמים כתב הטעם שלא יקנה מן א"א כלום וכאן שהאיש והאשה שניהם לומר הדבר פשוט דאף אם מתה האשה והאב מברר בעדים שחפצים אלו נתנם לנדן בתו צריך עכ"פ להחזיר המעות ליד הקונה או המלוה מפני תק"ה. ועוד נראה לענ"ד דאף לענין גוף החפצים אם מכרה אותם לחלוטין נלע"ד דאין האב יכול להוציא מהלוקח אף שמתה תוך שנתיים אף אם רוצה להחזיר הדמים מפני תק"ה ומתחלה אבאר דהך דינא דסוף סימן נ"ג מקורו מדברי הש"ג סוף פרק מציאת האשה בשם ריא"ז ושם איתא וז"ל ונראה בעיני שלפי מה שאנו מתנין שמנהגינו שאם תמות האשה קודם בעלה בלא בנים תחזור נדוניתה ליורשי אביה אין רשות לאשה ולא לבעל למכור הנכסים שהכניסה

לו וכן בקרקע ששעבד לה לכתובתה פן תתאלמן או תתגרש ותצטרך לגבות כתובתה מהן וכן יורשי אביה יכולים לעכב למכור הנכסים או קרקע המשועבדת לכתובתה פן תמות היא בלא בנים ויצטרכו היורשים לגבות מהן שכמו שהבעל משועבד לאשתו אם תתאלמן או תתגרש כך הוא משועבד ליורשי אביה אם תמות בלא בנים עכ"ל וזהו שכתב רמ"א בסימן נ"ג אחר שכתב מנהג החזרה וי"א אם החתן רוצה כו' ולענ"ד צ"ע על אא"ז רמ"א בזה דלענ"ד אין הנדון דומה דש"ג בשם ריא"ז מיירי שהוא מחויב להחזיר מצד התנאי שמתנה בו בפירוש שהוא מתחייב להחזיר נדוניתה אם תמות ואז אף מה שכבר הוציא הבעל ואינו בעין הוא מחויב להחזיר שפיר היורשים יכולים למחות דשמא תמות ויצטרכו לגבות ולא יצטרכו לטרוח אחר בתי דינין וכמו שהאשה יכולה למחות בבעלה שלא ימכור נכסים אלו או קרקע המשועבד לכתובתה פן תתאלמן או תתגרש ותצטרך לגבות כתובתה מהן ע"ש דמדמי להו להדדי משא"כ אנן בדידן דבמנהג' תליא מלתא ובתר תקנת שו"מ גרירן והרי מבואר שם בסימן נ"ג דמה שהוציא הבעל ואינו בעין אינו צריך להחזיר כ"א מה שנמצא בעין בשעת מיתה ואם כן אפילו תימא דמחמת דהאידנא נהוג עלמא הכי הוה כאילו נתן האב ע"ת זה מ"מ י"ל שנתן ע"ד המנהג והתקנה שמה שיהיה בעין בשעת מיתתה יחזיר לו הבעל דמעיקרא הכי איתקין ומ"מ כל שהבעל הוא מוציא מקודם מאן לימא לן שיש בידו למחות:

ואמנם גם דברי ריא"ז גופייהו לכאורה צ"ע דמדמי ליה לשעבוד הבעל לאשתו דאפילו תימא דס"ל דאם מכר הבעל בנכסי צ"ב המכר בטל מיד וכמבואר מדברי הש"ג בשם ריא"ז שם בפרק מציאת האשה אהא דקאמר התם ברי"ף בשם הירושלמי הדא אמרה אין אדם רשאי למכור כלי אשתו מכל מקום נראה דזה דוקא גבי האשה וכמו שכתבו הפוסקים בשם הירושלמי שאשה רוצה לבלות כליה וגם בקרקע של נכסי צאן ברזל למאן דסבירא ליה שהמכר בטל מיד דוקא לאשה תיקון כן כדי שלא תצטרך לטרוח ולחזור אחר בתי דינין וכמבואר בפוסקים ועיין באשר"י פרק אלמנה ביבמות מה שאין כן יורשי האשה אף על פי שקיבל עליו הבעל להחזיר הנדוניא אם תמות בלא בנים מכל מקום לא שייך גבי הנך טעמי ולגבי היורשים אין זה רק כחוב על הבעל ומה"ת לא יוכל למכור נכסים אלו שקיבל עליהם אחריות:

וראיתי בשאלות תשובות מהרי"ט חלק א' סימן ל"ח וח"ב חלק ח"מ סימן נ"ו שהביא דברי ריא"ז הללו וכתב שהדברים אמורים באב הנותן נדוניא לבתו דאמרינן שמתחלה נתן על דעת כן שתחזור ליורשים ואין לו לבעל ולאשתו שום זכות באותן הנכסים אם לא יהיה להם בנים שכך התנה האב בשעת נתינת הנכסים משלו יעויין שם. ולפי עניות

דעתי מסתימת דברי הריא"ז שלא פירש דמיירי בנתינה דאב דוקא לא משמע הכי וגם דהא משמע דמדמי לה לשעבוד שמשועבד הבעל לאשתו ואם איתא דטעמא דידיה משום שמעיקרא נתן על תנאי זה ואם תמות אז למפרע אין לבעל ולאשה זכות באותן הנכסים אין זה ענין כלל לשעבוד הבעל לאשה ועוד דהא בדברי ריא"ז מבואר להדיא דאף הקרקע ששיעבד לה בכתובתה יכולים היורשים לעכב מלמכור ואם כן אפילו תימא שהאב נתן הנדוניא ועל תנאי שתחזור ליורשים מכל מקום מה להם לעכב המכירה בקרקע של הבעל ששעבד לה בכתובתה ולא יהא אלא אפותוקי להיורשים הרי בעשאה אפותקי שפיר היא מכורה והלוקח יחוש לעצמו רק דלענין האשה גופה יש פוסקים כרשב"ג שאינה מכורה שלא עלה על דעת שתהא מחזרת אחר בתי דינין והכי סבירא ליה נמי לריא"ז אבל אם גם האשה היא מתרצית במכר זה מנ"ל דעבדינן תקנתא ליורשים שלא יצטרכו לחזור אחר בתי דינין ואף בחפצים של הנדוניא עצמם שנתן האב אין טעם דמהרי"ט מספיק לפי מה שכתוב מהריב"ל בתשובה כלל י"ב שאם ירצה הבעל לסלק היורשים במעות בעין או במטלטלין שלא יהיה משום שהכניסה לו אשתו הרשות בידו ולא יוכלו היורשים לומר כלים שהכניסה לו אשתו אנו נוטלים משום שבח בית אביה כו' ומה שבח בית אביה שייך ביורשים כו' אדרבא ראינו להיפך שהבעל נותן ליורשים מהשום שהכניסה לו אשתו מה שהוא רוצה והוא בוחר ולא הם ולפעמים נותן מטלטלים אחרים והמנהג הוא מסכים עם הדין כו' עיין שם ולפי זה אין מקום ליורשים למחות שלא ימכור חפצי הנדוניא כיון דלגבי היורשים לא שייך שבח בית אביה והרשות בידו ליתן להם מה שלבו חפץ:

אמנם ראיתי בכנה"ג לאבן העזר סימן קי"ח בהגהות הטור אות כ' שכתב שמהרש"ך ומהרשד"ם סבירא ליה דבאי כחה כהאשה עצמה וצריך להחזיר גוף החפצים ולפי זה יש לומר שכן הוא דעת ריא"ז גם כן ולפיכך יכולים היורשים למחות דמעיקרא אדעתא דהכי נתן הנדוניא שיחזור גוף החפצים עצמם אבל מכל מקום קשה מה שכתבתי דלמה הפריז על המדה שיכולים למחות אף בקרקע המשועבד לכתובתה:

ולכן נראה לפי עניית דעתי בדעת ריא"ז אף על פי שכתב שיכולין לעכב מלמכור היינו לכתחלה אבל אם מכרו הבעל והאשה בלי ידיעת יורשי האשה המכר קיים כיון דלא שייך בזה הנך טעמי דשייכי גבי האשה עצמה ואם תמות באמת שעבודא אקרקפתא דגברא מונח לסלק היורשים אלא דלכתחלה כיון שאם תמות יש להם זכות בגוף החפצים יכולים לעכב המכירה וראיתי בכנה"ג באבן העזר סימן קי"ח בהגהת בית יוסף אות כ"ג שכתב וזה לשונו אמר המאסף כתב מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סימן של"ד וזה

לשונו אפילו היו מתנים עמה אביה ואחיה שמתנה זו שנותנים לה תחזור להם החצי או ליורשיהם אם לא יהא להם זרע הרי זה כמו שאומר נכסי לך ואחריך לפלוני דאין לשני אלא מה ששייר הראשון שאם נתן במתנת בריא מעכשיו מעשיו קיימים כו' ולפי זה יש לומר גם בדעת ריא"ז הנ"ל דאף על גב דלכתחלה יכולים למחות שלא למכור כמו גבי אחריך לפלוני דקיימא לן איזהו רשע ערום המשיא עצה למכור בנכסים אבל אם מכר ונתן קיים כמו גבי אחריך לפ' ואף להנך פוסקים דמיירי התם בכנה"ג שאינה יכולה ליתן במתנה היינו דווקא במתנה שאם תמות בלי זרע יחזור החצי ליורשים אבל הכא שאין כאן תנאי רק מחמת התקנה והתקנה היתה שמה שימצא בעין יחזיר אמרינן גם כן דהנתינה מעיקרא היה על דעת כן וכמו באחריך לפלוני שכתבו הפוסקים דאפילו אי אחריך הוי כמעכשיו הוי כאילו מעכשיו מה שתשייר אחריך יהיה לזה ע"ש בס' המאור ובנ"י וה"ה כאן ובאמת באם אביה ואחיה מתנים עמה שתחזור להם שכתב המבי"ט דאפ"ה יכולה לתת במתנה כמו גבי אחריך ובכנה"ג נדחק שם בטעם הפוסקים החולקים ולדידי צ"ע דהא מבואר בטור ח"מ סי' רמ"ח דדוקא באחריך לפלוני אבל באחריך לעצמי אם מכר הראשון ונתן בטל והוא ע"פ פירושם בש"ס דב"ב בעובדא דרב ביבי יעו"ש ואם כן בזה הוי כאומר אחריך לעצמי ולא מהני מתנתה ואף באומר אחריך ליורשי דעת הרבה פוסקים דהוי כאומר לעצמי וכן פסק שם רמ"א בהגה"ה ואפשר דהמבי"ט אזיל בשיטת הרמב"ם דמפרש דברי הש"ס באופן אחר והובא בש"ע שם סעיף ד' ולדידי' אף באחריך לעצמי נמי אם מכר הראשון ונתן אין לשני אלא מה ששייר הראשון וכ"כ בהג"ה מרדכי דב"ב בשם ריב"א בתשובה שכתב דלפי' ר"ח דמפרש אפילו לרשב"ג כו' דבנו כעצמו ולפי' זה לא מצינן חילוק בין אמר אחריך לפלוני או לעצמי ונ"ל כדבריו כו' ע"ש וגם ה"ה בה' זכיה ומתנה כתב דמגירסת הגאונים דגרסי נכסי לסבתא ובתרה לירתאי מוכח שאין הדין הנזכר למעלה בפי' הב' אמת שהרי זה אמר ואחריך ליורשי ואעפ"כ אמרו בגמרא שהיתה הראשונה יכולה למכור ע"ש ובדעת הטור נ"ל דס"ל לחלק בין אחריך לעצמי ובין אחריך ליורשי שהרי נראה מדבריו ג"כ דגריס בש"ס ובתרה לירתאי אלא ודאי דס"ל דבאחריך ליורשי יכול למכור ודוקא לעצמו ס"ל דאינו יכול למכור ומש"ה שפיר פסק הטור בח"מ ובאה"ע סי' צ' באחריך ליורשי והיה לו בת כו' דאין יורשים דהיינו אחי אביה יורשים אותה וגם בעלה אינו יורש דה"ל ראוי ואחי אביה אינם יורשים משום דאחריך ליורשי לאו כמעכשיו הוא שהרי המקבל הראשון יכול למכור וא"כ אין יורשת בקבר להנחיל לאחים מן האב כמבואר כ"ז בדברי הר"ן שהביא הב"ש ובדברי הנ"י ע"ש וכן הוא ג"כ דעת הריב"א בהגמ"ר שם דאף לפי הפי' דאם אמר אחריך לעצמי יכול

לעכב המכירה לא משתמע כ"א לגבי נפשי ולא לגבי יורשים ע"ש וכ"כ הסמ"ע ס"ק ק"ה דלפי גירסת הטור צריך לחלק בכך אמנם דעת הרמ"א צ"ע דהוא משוה לעצמי וליורשי וכתב הסמ"ע דס"ל כגירסת ובתרה לירתאה א"כ למה העתיק דברי הטור באומר אחריך ליורשי והיה לה בת אם אין לה זרע אין שאר יורשים עומדים במקומה דהטור לשיטתו דס"ל באחריך ליורשי המכירה קיימת דהוי כאומר לפלוני א"כ אין יורשת בקבר להנחיל כו' משא"כ אם נפסוק דהמכירה בטלה והיינו דאין לראשון כ"א קנין פירות והגוף הוא נתון מעכשיו ליורשים א"כ מ"ט לא יעמדו שאר יורשים במקומה ואע"פ שהד"מ והסמ"ע ס"ק כ"ז כתבו דכיון דאם היתה הבת קיימת הו"ל שאר קרובים כאחרים כיון שלא היה דעת הנותן עליהם אין זה מספיק כ"א קושית הב"י שהקשה דהא אמר לירתאי והנך הא ירתי דידיה נינהו וע"ז תירוצם עולה כהוגן דלא היה דעת הנותן עליהם אבל מ"מ קשה דלמה לא יהיו יורשים זכות הבת עצמה דהא ל"ש בזה אין הבת יורשת בקבר כו' דהא כשמת המקבל הראשון הבת היא יורשת מעכשיו דהא מה"ט אינו יכול למכור כשאמר ליורשי ובכה"ג שאומר מעכשיו ודאי יכולין אחיה מן האב לירש דהא גם הבעל יכול לירש והנה הש"ך באמת כתב בס"ק ח' וז"ל ג"כ בעל יורש אותה נ"ל ודלא כסמ"ע עכ"ל וטעמו כמ"ש דס"ל דלשיטת הרמ"א אין זה ראוי:

אך תימא דא"כ שאר יורשים נמי יעמדו במקומה ועיין באה"ע בש"ע סי' צ' שם מבואר ג"כ הדין כמ"ש הטור כאן והב"ש שם באמת מקשה דלשיטת הרמ"א למה לא יהא הבעל יורש וכתב ליישב ע"פ המרדכי שכתב דאיצטריך טעמא למ"ד אחריך כמעכשיו ואנן קי"ל דאחריך לאו כמעכשיו וזה תימא דהא ע"כ דוקא אחריך לפלוני אינו כמעכשיו אבל אחריך ליורשי אליבא דרמ"א הוה כמעכשיו דאל"כ למה המכירה בטלה ואדרבא להך תירוצא דבש"ס אזיל אם נאמר אחריך כמעכשיו א"כ ע"כ לומר דאע"ג דהוה כמעכשיו יכול למכור משום דה"ל כאילו אמר מה שישייר ראשון יהיה שלך מעכשיו וכמש"ל א"כ באחריך ליורשי דהמכירה בטלה נ"ל דעדיף טפי וא"כ למה מיקרי ראוי ודוחק לומר דבאחריך ליורשי לא הוה כמעכשיו וטעמא דהמכירה בטלה משום דאמרינן דלא נתן זה רק הפירות דלגבי יורשיו הוא משייר הגוף וכמ"ש הרשב"א לענין לעצמו ומ"מ שפיר מיקרי ראוי לגבי הבעל דבאמת אין לבת זכיה בגוף מעכשיו אבל ז"א דא"כ היכא שמת הנותן אבי הבת קודם הבת א"כ כבר ירשה הגוף נאמר שיורש הבעל ממנה ועוד שהרי דעת המרדכי וכן פסק הרמ"א דאם אמר ואחריו ליורשי והיה לו בת אע"פ שאח"כ נולדו לו בנים זכתה הבת שלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו בשעת נתינה:

ולפ"ז ע"כ צ"ל שזכות הבת הוא מחמת מתנת הנותן ולא מחמת ששייר הגוף ליורשים דאל"כ כיון שנולד בנים בטרם תבא הבת אל הנכסים יזכו הם אלא ע"כ דאמרינן דבמה שאמר ליורשים זיכה לה מיד לכשימות המקבל הראשון וגם דאכתי קשה דמ"ט דשאר יורשים אין עומדין במקומה ומצאתי בס' כתובה סי' צ' שתמה ג"כ על הב"ש והש"ך ע"ש והגאון דעתו דע"כ לא אמרינן דאחריך ליורשי הוה כמעכשיו שאין הראשון יכול למכור אלא כשיש הבת בעולם או זרעה דוקא משא"כ במתה בלא זרע בטל המתנה דמעכשיו ואני תמה דמנין לבטל האומדנא כיון שאמר ואחריך ליורשי כוונתו מעכשיו ולא הקנה לראשון רק קנין פירות לבד וא"כ מה שאמר ואחריך ליורשי כוונתו מעכשיו ולא הקנה לראשון רק היינו שיקנו הגוף מעכשיו דאיך יתכן לומר שהיתה הכוונה שאם ישאר זרע מבת תקנה הבת מעכשיו והראשון לא יהיה לו רק קנין פירות ואם לא ישאר זרע אז יקנה הראשון מעכשיו הגוף דאל"כ במה חזר הראשון וקנה הגוף כשאין כאן זרע וזה רחוק להעמיד כלל בכוונת הנותן שסתם לדבריו ואחריך ליורשי ואנן ניקום ונפרש דבריו דלצדדין קאמר ודוחק לומר דודאי כל שאמר ואחריך ליורשי לא נתן לראשון רק הפירות לבד בין ישאר הבת או זרעה בשעת מיתת המקבל או לא אלא דלענין זה יש חילוק שאם הבת או זרעה קיים הוי אומדנא כאילו נתן מעכשיו ולפיכך אין מכירת הראשון כלום אבל כשלא נשאר זרע אז לא הוה כנתן מעכשיו ואע"ג דגם לראשון לא נתן כ"א הפירות לבד מ"מ חזר הדבר אצל הנותן אבי הבת והלכך אין הבעל יורש אותה דמ"מ קשה למה אין שאר היורשים עומדים במקומה דהא נהי שחזר הדבר לנותן הא הנך יורשים שלה יורשים דידיה נינהו:

ואע"פ שיש למצוא נ"מ בזה אין זה כוונת הרמ"א וגם קשה לדברי הגאון נ"י דאפילו היכא דאמר להדיא נמי נימא דאומדנא היא דוקא אם ישאר זרע מהבת ומה חילוק יש בין אם אמר ליורשי סתמא כפירושו דהוה מעכשיו או אם פי' ואמר מעכשיו דבתרווייהו י"ל דוקא אם ישאר זרע ועוד דמנ"ל לרמ"א לחדש סברא זו שהרי נראה לעין שדין זה הוציא מהטור וי"ל דהטור אזיל לשיטתו דס"ל דליורשים אינו כמו לעצמי והמכר קיים אבל הרמ"א דס"ל דהם שוים א"כ י"ל דלא הוי ראוי כלל וצ"ע. ותבנא לדינא דלדעת המבי"ט אף בהתנה בפי' שאם תמות יחזור ליורשים ס"ל דמתנת' קיימת וכבר כתבתי שאפשר דס"ל כשיטת הרמב"ם והריב"א וכ"כ ה"ה לשיטת הגאונים דאף באומר לעצמי אם מכר המקבל ונתן קיים עוד נלע"ד דע"כ לא ס"ל להטור ודעימיה באומר אחריך לעצמי אם מכר הראשון ונתן בטל אלא דוקא שחזרה בו חזרה מוחלטת כגון התם שהוא אומר למקבל נכסי לך ואחריך לעצמי דכיון דאדם מעותד למות ואף הוא שתצא ותחזור לבית

הבעלים הראשונים או יעמוד חי בעת ההוא או ליד יורשיו עכ"פ והלכך אמרינן דמעיקרא לא נתן לזה כ"א הפירות ושייר הגוף לעצמו משא"כ היכא שאין חזרה זו מוחלטת אלא ע"ת כגון הכא שלא התנה שתחזור אלא אם תמות בלא זרע ורובא דרובא שלא יהיה כאן חזרה כלל ויוחלט אצל המקבל בכה"ג ודאי לא אמרי' שלע"ע לא נתן רק הפירות ואם יהיה לה זרע תקנה הגוף דמחמת חשש רחוק שאפשר שיסובבו הדבר שיחזור לידו לא משייר הגוף לנפשו רק נותן בעין יפה הגוף והפירות אלא שמטיל תנאי שאם יוחזר לידו וא"כ ה"ל כמו אחריך לפלוני דקי"ל דנתן הגוף והפירות לראשון ואין לשני אלא מה ששייר הראשון וכל זה בהתנה בפי' וק"ו הדברים היכא שנתן סתם רק דדינא הוא שצריך להחזיר מכח התקנה אם מתה כיון דודאי לא אסיק אדעתיה למיחש למיתה דלא שכיחא ודאי שנתן לגמרי גוף ופירות מעכשיו ושפיר יכולה לישא וליתן ולמכור כאות נפש' רק שאם מתה שעבודא אקרקפתא דגברא מונח לעשות כדת התקנה הנהוגה:

וראיתי בכנה"ג סי' צ' אות נ"ט שהביא דברי הש"ג בשם ריא"ז הנ"ל וכתב ע"ז וז"ל אמר המאסף נער הייתי וגם זקנתי וכל ימי. גדלתי בין החכמים בעיר גדולה של חכמים ושל סופרים קושט"א יע"א ולא ראיתי לאב או ליורש שמיחה באשה שאין לה בנים או בבעלה שלא ימכרו נכסי נדוניתה עכ"ל הכנה"ג ופוק חזי מאן גברא רבא דמסהיד עלה דמלתא שלא נהגו למחות כלל ואמנם לכאורה היה נלענ"ד בטעם הדבר שלא חששו לזה דהריא"ז דאיהו מיירי לפי המנהג הקדום שהבעל מקבל כל כלי בשומתה משא"כ למנהג שלנו שאין פורטין שום דבר וכמ"ש בב"י ובש"ע סי' פ"ח ס"ב דכל שכוללים הכל וכותבים הכניסה לו בבגדים ובתכשיטין כך וכך מעות הרי סך אותו המעות חוב עליו כו' ולפ"ז שפיר הבעל יכול למכור אלא דמ"מ אם לא מכרם וישנם בעין שייך בזה שבח בית אביה וכ"כ בסי' צ' ס"ק מ"ז וז"ל ולדידן שאין פורטין כו' אבל מ"מ יכול למכור הכל כמו ולד שפחות ובהמות נ"מ וכן מצאתי להדיא בב"ש מהדורא קמא סי' פ"ח סק"ד וז"ל כי לא שמענו מוחה בזה כשהוא מוכר מכל מה שהכניסה לו ואפשר בזה"ז מקבל הכל למכור כדי שיהא המעות בידו לישא וליתן בהם וכן נראה מבואר מהט"ז ססי' פ"ח ע"ש ולפי זה צ"ל מה שכתב הב"ש בסימן צ' ס"ק נ"ח וז"ל גם נ"מ לדידן אם מכרה או מחלה כו' מיהו בתנאי שלנו שכותבים מחמת עידור וקטט יתקיים כתקנת שום נראה דאינו יכול למחול או למכור כי הנותן נתן על תנאי זה ולמ"ש בסמוך לא מהני המחילה למנהג שלנו כו' עכ"ל נראה דדוקא מחילה לא מהני לענין שהבעל צריך להחזיר הנדוניא בסך מעות כך וכך אבל מ"מ שפיר יכולים למכור גוף החפצים כיון דמיירי שנכתב הנדוניא ע"ס מעות ממילא שיכול למכור וכמש"ל ודמי ג"כ למ"ש בסי' קי"ח סי"ג הנוהגים שאשה

המכנסת קרקע כו' והוא מתשובת הרא"ש ע"ש ומ"ש הב"ש מתחלה דאינו יכול למחול או למכור היינו משום דמתחלה מיירי כשכותבין בכתובה הכלים בהדיא ולא נכללו ביחד ע"ס כך וכך ולכך ס"ל דא"י למכור כי הנותן נתן הנדן ע"ס זה ואף לפמש"ל עכ"פ לכתחלה א"י למכור א"כ י"ל דר"ל שאינה יכולה למכור זכות שיש לה בנכסים אלו באופן שלא יצטרך הבעל להחזיר אלא צריך להחזיר דאין בידם להפקיע כח הניתן שנתן ע"ת זה אבל מ"מ לגבי הלוקח המכירה מועלת דהוי כאחריך לפלוני וכמש"ל אך יש לעיין דכ"ז לענין מה שהכניסה דהיינו נצ"ב וכיון שנכללו בכתובתה ע"ס כך וכך ודאי דיכולין למכור אבל בגדי אשה דקי"ל שהם נ"מ כמבואר בסי' סי"ד ובסי' ע"ז בח"מ ס"ק ל' כתב מאחר שלא שמו לחתן בנדן שלו אין להם רק דין נ"מ וכ"כ בסי' פ"ה בח"מ סק"ה דאע"פ שכתב שהבגדים שהכניסה הם נצ"ב היינו ששמו הבגדים ה' אבל בגדים שהכלה לובשת אין דרך לשומן בנדן רק הם נ"מ שלה וכ"כ הב"ש שם (ולפי"ז צ"ל מ"ש בסי' צ' סי"ד בהג"ה ובגדי אשה שהכניסה לו אין להם דין צ"ב רק נ"מ אין ר"ל שהכניסה לו בנדן דא"כ הוי צ"ב אלא ר"ל שהיא לובשת והכניסה לו לא מתפרש בדוקא אנצ"ב וצ"ע על הח"מ סימן פ"ח סק"ז שנראה מדבריו דהכניסה לו שייך דווקא בנצ"ב וכבר השיג עליו הב"ש ממ"א ע"ש) לפי"ז י"ל דבכה"ג דהם נ"מ ולא נכללו ע"ס מעות א"כ אין ביד הבעל למכור וגם היא אין לה רשות לפי שמתחלה ניתן ע"ת זה אמנם נלענ"ד ברור כמ"ש דאף בזה שפיר יכולים שניהם למכור דמעיקרא נתן אדעתא דהכי שאם ישאר יחזור לו אבל לא על אופן שיהיה בידו למחות מלמכור וכמ"ש מלתא בטעמא ואדרבא נ"מ הם גרועים יותר לענין חזרה וכמ"ש סימן קי"ח בשם הרא"ש ואע"ג דבח"מ שם ס"ק כ"ג כתב שמעשה בא לידו ופסק דכל בגדי הכלה שהם נ"מ יחזיר ליורשים דהרא"ש מודה בזה דשייך בהן עגמת נפש וכ"כ הב"ש מ"מ היינו דוקא כשהם בעין שיש בזה עג"נ שיאכלו זרים חילו והלכך כל שהם בעין ת"י הוא מחויב להחזירם אבל אם בתו מכרה אותם ודאי מהני המכירה ואין בזה עגמת נפש כיון דליתנייהו בעינייהו ת"י הבעל ומעיקרא אדעתא דהכי יהבינהו ניהלה שתעשה בהם כאות נפשה באין מוחה רק אם תמות יחזרו לו וכדין אחריך לפלוני ואפילו תימה שזה דומה כמתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב דהיינו אחר מיתת אשתו וכיון שלא החזיר שהרי מכרם א"כ המתנה בטלה למפרע ואין המכירה כלום ז"א דהא קי"ל במתנה ע"מ להחזיר אף אם לא החזיר גוף החפץ רק הדמים בלבד הוי חזרה וכן הלכה רווחת באה"ע סי' כ"ח ס"ק הנותן מתנה לחבירו ע"מ להחזירו והלך וקידש בו אשה ה"ז מקודשת והוא מדברי הרא"ש בפ"ק דקידושין ודבריו בתשובה באורך ע"ש ובא"ח סימן תרנ"ח ומ"ש הב"ש בסימן ס' סק"ד בחד תירוצא דהעיטור מדמי

למתנה ע"מ להחזיר ולא ס"ל כהרא"ש דיכול ליתן להנותן דמים בעד הכלי כבר תמהתי עליו בחידושי לאה"ע דבכ"מ אשתמטתי' דברי הרא"ש בר"פ לולב הגזול שכתב להדיא בשם בעל העיטור דודאי חזרת דמים מהני בעלמא ע"ש ובש"ך סימן רמ"א בשם מהר"א ששון ובמ"א הארכתי ואין כאן מקומו וא"כ כיון דחזרת דמים מהני פשיטא דהמכירה הוי מכירה גמורה שהרי יכול לקדש בו אשה. וכל מה שכתבתי בזה אינו רק להגדיל תורה ולהראות למורה שאפילו מתה בתוך שני חזרה מועלת המכירה מכל הלין טעמי שכתבתי דמעיקרא אדעתא דהכי אתיהיב ומכ"ש לדעת מהריב"ל שאין הבעל צריך לתת אותן החפצים עצמם ומכ"ש לדעת המבי"ט דמדמי לאחריך לפלוני שאם מכר ונתן הראשון קיים וכבר כתבתי דאף מאן דסובר באחריך לעצמי בטל מכל מקום הכא שאין החזרה מוחלטת כולי עלמא סבירא להו דקיים ואף אם נדמהו למתנה ע"מ להחזיר נמי יכולה למכור ואם תמות באמת יחזיר הבעל הדמים ואע"פ שלדעת החולקים על מהריב"ל אם החפצים בעין צריך להחזיר להם הגוף היינו משום שהם במקומה עומדים והיא היתה ניקחת הגוף משום שב"א משא"כ אם היא בעצמה מוכרת א"כ אין באים רק בתורת חיוב התנאי להחזיר בחזרת דמים סגי ומכ"ש לדעת הגהה התשובה שהביא בנחלת שבעה סימן ט"ז ס"א דהוספת שליש מלבר הוא שמשערין שהמלבושים ובגדי לבן ושאר הוצאת עולים ערך שליש כו' א"כ המלבושים הם בכלל הנדוני' שמקבל עליו וכ"כ אח"כ בסעיף ד' בשם מהר"מ מינץ סימן צ"ו דכיון דנוהגין לכתוב בכתובה בין בכסף בין במאני דלבושא הוי כל מלבושים בכלל שומת הנדוני' ע"ש וכבר כתבתי לעיל דכל שהוא בכלל שומת הנדוני' ודאי יכול למכור כיון שכבר קיבל עליו בסך מעות וא"כ אף נותן הנדן אין יכול לתבוע אחר מות האשה כ"א טענת דמים אבל אין לו על גוף החפץ לבטל המכירה ומ"ש בנ"ש ראיה מהרמ"א שכתב הדין שבגדים שהכניסה אין להם דין צ"ב ואע"פ שעכשיו אין כותבין פרטי אין זו ראיה לענ"ד דודאי מצינן למימר דמיירי שלא נכתב בכתובתה בין במאני בלבושא ואע"פ שבזה"ז כותבין כן ועיין בסימן צ' סק"ס בב"ש ובס"ק ס"ה וכן בסימן צ"ו סק"א שמבואר שבש"ע סתם בכמה מקומות הדין לפי המנהג הקדום שהיו פורטים כ"א בפ"ע וכ"כ בס כתובה סימן ע"ז סקי"ב לענין מ"ש שם בהג"ה דינא דמתיבת' גבי נצ"ב שנפחתו דלפי המנהג עכשיו שכוללים הכל אינו אלא חוב בעלמ' א"י להחזיר אלא בשומא ואין חילוק בין נפחת מחמת שומא ובש"ע מיירי בכתב הכלי בפרוטרוט כו' ע"ש (והניח בצ"ע על האחרונים שלא כתבו זה ולענ"ד י"ל דס"ל בלא נכתב כל כלי בפרוטרוט מ"מ כותבין בכתובה שהחתן קיבל עליו הכלים בסך כך וכך ואומדן דעת הוא דאדעתא דתיפוק מיניה בטענת מאיס עלי לא קיבל עליו וחוזר

הדין לאמתת הענין דכל שהוא בעין מכלים ונפחת מחמת שימוש ועושין מעין מלאכתן נוטלתו כמות שנישום אז דדינא דמתיבת' הכי אתקנו) ועכ"פ חזינן דאיכא דוכתי טובי דקא פסיק ותני למאי דנהגי מעיקרא שיש מקומות שנוהגין כן גם עתה וכמ"ש הב"ש ומכ"ש לדעת המבי"ט דס"ל דכל שיש רשימה ת"י הסופר מהמטלטלים אינם כחוב וכמבואר ג"כ בשו"ת מהרי"ט סנ"ו ונראה שמסכים לזה ג"כ יעו"ש א"כ פשיטא דנ"מ טובי בהא אבל לדידן שכוללים הכל י"ל דאם בא האב לתבוע החזרה א"י לתבוע כ"א כפי הסך המוזכר בכתובה וא"י לתבוע הבגדים בפ"ע:

ומעתה אין מקום בשום אופן לבטל מכירה אף אם מתה האשה ומה שדן המורה ממ"ש הב"ש שאינה יכולה למחול שע"ח כן נתן אביה אין זו ראיה של כלום דמחילה שאני שהיא באה להפקיע כח אבי' לגמרי שלא יצטרך הבעל להחזיר אחר מותה וכבר הוקבע עליו חובה אלא שמ"מ גוף החפצים יכולים למכור וכמש"ל וגם כי הרבה מהפוסקים דס"ל דהמחילה מועיל גם בזו וכבר הבאתי דברי המבי"ט לעיל וגם ראה זה מצאתי לשון רבינו הב"י בתשובה סימן ד' וז"ל ומ"ש בשאלה אי אמרינן הואיל והנדוני' נתן לה אביה וכשנתן לה אדעתא שהוא יזכה בירושה אינה טענה דאע"ג דפסק הרא"ש כו' נראה שלא כ"כ אלא לפי לשון תקנות טולטילה כו' וכ"ה דעת הרשב"ץ שכתב מקומות שיש להם תקנה כו' והרי דברים אלו לכל הנשים הם בין שאביהם נתן להם הנדוניא בין שהנדוניא משל עצמן דאל"כ הו"ל לאפלוגי ולא ה"ל למסתם אלא ודאי אף בשהאב נותן הנדוניא איירי הרשב"ץ ועוד כ' דע"כ לא קאמר הרא"ש כו' ובסימן ג' כתב מדין תורה האשה יכולה למחול כו' אבל מה שמוחלת מעכשיו אין דבר נוגע בתקנה כלום ומחילתה מחילה עכ"ל ומסתמא מיירי אפילו כשנתן לה האב הנדוני' עכ"ל תשובת הב"י שם וגם בבד"ה סימן קי"ח הביא בשם הרמ"ה דמוחלת או נותנת במתנה לאחר קיים ולפי דבריו בתשובה הנ"ל מיירי הרמ"ה ג"כ בסתמא אף באב הנותן הנדוניא ועכ"פ הדבר ברור שזה שנמכר לו או נתמשכן ברשות האשה קיים וכן מבואר להדיא בשו"ת ב"י סי' ט' וז"ל תשובה מענין השאלה ששאל כ"ת על מי שמתה אשה בלא זרע ובא לחלוק עם היורשים כמנהג כי כן כתב בתנאי כתובה ולא נמצא מהנדוני' כ"א חלק מעט והשא' נמכר או נתמשכן ברשותה וכתב כ"ת שיש שהורה שחייב הבעל לפדותו אם משכנם או לפרעם אם מכרם כו' תמה אני אם יש מי שיורה כן כי מעולם לא נשמע שיחלקו כ"א במה שנמצא מנדונייתא בעין אבל מה שנמכר או נתמשכן ברשותה לא עלה על הדעת שיצטרך לשלם מביתו כו' ולענין החפצים הממושכני' מה ששומם יותר על מה שהם ממושכנים הרי הוא בעין וחולקים בו אבל במה שהוא כנגד החוב כו' הרי הם כאילו

נאבדו ואינם בעין כו' שבכל ספק שיפול בדבר זה יד הבעל על העליונה שהוא מוחזק כו' עכ"ל הרי להדיא שלא עלה על הדעת להוציא המשכנות מיד המלוה ואף הבעל הוא פטור לאחר מותה דברשות קעביד כמ"ש הב"ש ז"ל ולומר דהתם מיירי שמושכנים ביד עכו"ם וכה"ג דלא ציית דינא אין זה אלא דרך עקש ופתלתל וכל זה באם מתה האשה אבל בעודה בחיים דעת שוטים הוא לומר שמוציאין מתחת יד המלוה שהרי מקץ שנתיים ימים איגלאי מלתא למפרע שאין לאביה רשות בזה כלל וצריכה לפרוע הקפותיה ובפרט כשיש לחוש לבזבוז שיכול הנושה להחזיק עד אחר ב' שנים ולהפרע מהם אמנם הדבר מבואר דאף במתה האשה נמי אין להוציא מזה:

טרם אכלה לדבר אעתיק לעין הקורא מ"ש בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סימן י"ח בסופו (והיא שייכת לתשובה שכתב שם בסימן י"א והוכפלה בסימן י"ז) שכתב וז"ל ועוד כתב בתשובה להרמב"ם ז"ל בלשון ערבי והעתיקם ללה"ק שאלה במדינה שמתנים בה שכל אשה שתמות בלא וולד יחזירו חצי נכסים לבית אביה כו' ורצתה האשה א' שתקח נדוניא של בית אביה הכתובה בשטר כתובתה ותתנה לאיש אחר מבלעדי אישה ובית אביה והסכים בעלה על ידם כו' וכתבה מתנה לאיש הנזכר כו' תשובה המתנה קיימת בלי ספק כו' לפי שפסק ההלכה ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר הראשון וכ"ש וק"ו בתנאי הזה שלא נפסק הענין אלא שנתלה בתנאי וכאילו אמר נכסים אילו לך ואחריך אם תמותי בלא ולד לפלוני ומכרה ונתנה שהדין בלא ספק אין לשני אלא מה ששיירה וזהו דין התנאי בכל מקום אין הפרש אם פירש זה ואמר ואם תמות בלא ולד יחזור חצי מה דישתאר מנדוניא זו לבית אביה כמו שכותבין אנחנו בקצת כתובות או לא יפרשוה לפי שהוא ידוע שאין לו לעכב מלעשות רצונו בנדוניתה ואין הפרש בין אם היתה לובשת לבוש עד שיכלה או עד שנקרע או שנתן אותו או תמכרנה כו' ע"ש באורך ודבריו מתוקים וערבים לאוזן שומעת ומ"ש דהוי כאחריך לפלוני נראה דאזיל לשיטתו דאחריך לעצמי נמי הוי כאומר לפלוני ומ"מ אף להנך דס"ל דלעצמו לא מ"מ הרי כתב הרמב"ם דכ"ש וק"ו בזה שנתלה בתנאי ובכה"ג אין ספק שאין לשני אלא מה ששיירה והוא הסברא שכתבתי למעלה דכל שאין החזרה מוחלטת לכ"ע המכר קיים אלא שלא מצאתי ראיה לדברי ועכשיו אני אומר בטח שהוא יתד שלא תמוט שהרי הרב אומר כן בפשיטות שזהו דין התנאי כו' גם המתיק הענין דכיון שהרשות בידה לבלות בגדים וללובשם בתמידות עד שיקרעו ומכסי ואזלי עד דבלי ממילא שבידה ג"כ ליתן ולמכור אותו ונלענ"ד שגם הדין שכתב הרמ"א בתקנת שו"ת שמה שהוציא הבעל פטור כך היה התיקון מתחלה והיו כותבין מה דישתאר מנדוניא זו ועל תקנה זו סובב הולך המנהג של עכשיו ג"כ ואף

דלא נכתב ככתוב דמי וא"כ פשיטא דיכולה למכור וכדמשמע להדיא מדברי הרמב"ם דאם כתב מה דישתאר כו' הדבר פשוט שיכולה למכור אלא שהוא ז"ל הוסיף לומר דאף אם לא פירשו כן שפיר מוכרת ונותנת וקיים ועכ"פ מבואר דבכל גווני המכירה קיימת והדין דין אמת. עוד אבאר מה דמריש הוה אמינא דלפי לשון התקנה שהעתיק בשו"ת מהר"מ ב"ב משמע לכאורה דאף בשנה שניה אף ע"פ שהנדן יחזור החצי מ"מ בגדים מחזיר כולם ולשון רמ"א ואחרונים משמע דאין חילוק בין נדוניא לבגדים ובין הכל נוטל החצי ומצאתי בשו"ת להגאון החסיד מוהר"ר אלעזר ז"ל האב"ד דק"ק אמשטרדם נקרא טורי אבן שכתב בסימן ה' לדחות ראיית מהרי"ל לענין נ"מ כו' דעיקר כרא"ש דלא נתקן בנ"מ אף מה שנתן לה אביה כדמוכח בשו"ת בנימן זאב ודלא כח"מ ומה שסיים ופסקתי דכל בגדי הכלה כו' פשוט דהמעשה היה בשנה ראשונה כו' ושמעתי מפקפקים משו"ת מהר"ם ב"ב כו' ואני עומד על עמדי כו' מדלא הביא רמ"א האי סיומא כו' ואפשר קים ליה שאותה תקנה לא היתה אלא ברריינוס כו' וכל מה שנוהג בבירור ע"פ רמ"א שקבלנו עלינו נהוג ומה שלא נזכר בדבריו דהיינו חזרת הבגדים שהמה נ"מ יותר מסתבר שאין צריך להחזירם כלל ומכ"ש שלא נימא דעדיפי מנדן וכל דיין שלא דן הכי לאו דיינא הוא עכ"ל הגאון הנ"ל הרי לפניך שדעתו נוטה שלא יצטרך להחזיר בגדים כלל ועכ"פ לא עדיפי מנדוניא ואצ"ל שאין להוציא מלוקח ואין צ"ל זו שהאשה קיימת והנה פ"ק אירע עתה גט אשה שנפלו בו איזה ספיקות וישבתי במושב זקנים עם הגאון האב"ד דפה ק"ק יצ"ו ובדרך שיחה הצעתי לפניהם וספרתי להם המאורע ויפלא בעיניהם הנמצא כזה איש הרוח. קטוף מליח עלי שיח. והוראתו שלא בקדושה תעיד על עצם עצמיי שאין בו מוח. כי הדין פשוט וברור לכל מבין עם תלמוד והעושה כוונים לסלף דברי צדיקים. ויעוות משפט וחוקים. וכולי תנויי בנזיקים. אל יהי לו מושך חסד וחונן. והישר הולך ומ'קנים יתבונן. בצל שדי יתלונן. ואני על משמרתי אעמוד לחלות ולחנן. להסיר לב אבן הטועים. ולהנחותם הדרך הישרה לפקוח עינים. איפה הם רועים. ועינינו תראינה בבנין אריאל ושלום על דייני ישראל פי המדבר זעירא מן חברייי מדרש לפרושים:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות כתובות

שאלה סה

בדבר המשפט בילדה החולנית שנעשה בה מעשה יתומה בחיי האב ואין לה על מי להשען רק בזה הנערה באה בפרוזבטי על המחייב עצמו לזונה ולפרנסה ולהספיק לה כל צרכי' ונלענ"ד שבזה הכל מודים שהוא מחויב ברפואתה שאע"פ שאמרו במקבל עליו לזון את חבירו אינו חייב ברפואתו. הרי מבואר טעם הדברים באשר"י דכתובות

פרק הנושא דאע"ג דבמזון האשה רפואה שאין לה קצבה הרי הם כמזונות ה"מ באוכלת בתנאי ב"ד שהוא מחויב להספיק כל צרכי'. אבל המקבל עליו לפרנס אין הרפואה בכלל והביאו הש"ג סימן ס' ודבר ברור הוא שלא בא לחלק בין אוכלת בתנאי ב"ד או מחמת חייב סתם רק עיקר החילוק הוא דרפואה אינו בכלל פרנסה והלכך כיון שזה לא פרט בחיובו רק לפרנס אין רפואה בכלל משא"כ אם חיוב מזונות מחמת תנאי ב"ד שתנאי ב"ד היא שהבעל מספיק לה כל צרכי' גם רפואה הוא בכלל זה ונמצינו למדין מזה היכא שמתחייב חייב א"ע בכתב בהדיא להספיק כל צרכי' פשיטא שגם רפואה בכלל ולענ"ד אין זה צריך בשש. ועוד נראה ברור דבנידון זה פשיטא דהוי כתנאי ב"ד ועדיף מיניה שהרי כל עיקרא דמילתא דתנאי ב"ד בזה אינו רק מצד אומדן הדעת שכך אמדו חכמים דעתו של אדם שהנושא אשה דעתו לחייב עצמו בדברים אלו. ולכן אע"פ שלא נכתב כנכתב דמי אבל אם ידעינן שאין מרוצה בכך אינו מתחייב כלל ולכן אם התנה שלא יתחייב תנאו מועיל וכמבואר בש"ס ובאה"ע שבכל אלו התנאי מועיל לבד מג' דברים ולכן שפיר כתב הרא"ש דגם לענין רפואה הרי הוא כמזונות לפי שאומד הדעת של הב"ד הוא כך שזה מחויב להספיק לה כל צרכיה דמעיקרא אדעתא דהכי נשאה שיתחייב בכך משא"כ במחייב עצמו לזון שאין לנו אומד הדעת אלא מה שפירש ומה אומד הדעת יש כאן לחייבו ברפואה. ולפ"ז הדבר ברור בנ"ד שהמתחייב קיבל על עצמו ילדה זו לתת לה די צרכה וסיפוקה באופן שלא תצטרך לאביה כלל כי כן נתפשרו בשעת הפירוד אין לך אימוד הדעת גדול מזה שהכל היו בכלל החיוב ומכ"ש שמבואר בכלל שאין על אביה מהיום שום התחייבות אף על פ"א ואין לה שום זכות על אביה כלל מהיום הרי נראה בעליל שקיבל עליו כל מיני התחייבות שהיה האב חייב לבתו והוא קיבל הכל על עצמו וסילק כל התחייבות מעל אבי'. וזה היה כל תכלית כוונת אביו שנתפשר בכך וגם נתן מעות לידו בכדי שלא יצטרך לטפל בעסק הבת בשום דבר בעולם. והוסיף בתנאי שאף אם תועדר הבת ויצטרך להחזיר לו מסך המעות שנתן לידו אע"פ כן לא ינכה לו עבור הוצאות רפואות ודאקטורים. ודבר פשוט הוא שזה מורה ג"כ שהוא מחייב לדרוש ברופאים ולהוציא עליה כפי הצורך. שאל"כ היאך התנה שלא ינכה הוצאת רפואות שהרי הוא אינו מחויב בהם כלל ואם נאמר שהכוונה תסוב שאף אם האב ירחיק נדוד מכאן ועל י"ז בע"כ תהיה מוטלת עליו לרפאותה וע"ז בא להתנות שאף עפ"כ נכה לא ינכה ממעות החזרה הוצאות הרפואות. לענ"ד לא יאמר כן אף מתעקש גדול דבאמת למה לא ינכה מה שהוציא דברים שאינם מוטלים עליו וכדין מוציא הוצאות על חבירו ממה שהיו ת"י משלו שמנכה לו ואם יתעקש לומר דכך התנה עמו אע"פ שאינו מן הדין

ותנאי שבממון הוא מ"מ הדבר זר מאד שידוע שהכל נעשה לשקוד על תקנות הילדה ואם נאמר כך אין זה תקנה אלא תקלה גדולה שהרי כשתהיה חולה המתחייב זה יעצור לבלתי הוציא עליה רפואות כפי הצריך כיון שאינו מחויב בדבר וגם אינו יכול לנכות ממעות אביו והניח מעותיו על קרן הצבי ובודאי מילתא דפשיטא הוא שזה התחייב בכל אלא שהיה מקום לומר שלא התחייב אלא באופן שלא יוחזר ליד האב הסך מעות שנתן לידו אבל אם יהיה צריך להחזיר לידו מחמת העדר הבת שפיר ינכה לו הוצאות רפואות כיון דהאב משתרשו ליה במיתת הבת את הכסף המושב לידו לזה ביארו בכתב שאף שיוחזר ממון לידו מ"מ לא ינוכה לו עבור רפואות:

ובר מן דין אומר אני כי בנ"ד זה המתחייב שמונע עצמו מרפואת' לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה שאף ע"פ שבש"ע הביא דעת הריטב"א דהמקבל לזון אינו חייב ברפואו' הרי הש"ך שם הביא דעת התוס' דס"ל דחייב ברפואות ומ"ש הש"ך דמהירושלמי משמע כהריטב"א והרא"ש ז"א לענ"ד שהרי הרא"ש הביא דברי הירושלמי ולא הביא ממנו ראיה כלל רק כתב בפרק הנושא ובפ' מציאת אשה מסברא כן והדבר פשוט דהירושל' דקאמר חלתה כמו שנישאת לא מיירי לענין חולה הצריך רפואה כלל דבאמת אין דנין על הרפואה רק לענין מזונות שהיא חולה ואינה יכולה לאכול כמו הברי' שאוכל יותר וע"ז קאמר דחלתה הוי כמו שנישאת שאע"פ שאינה יכולה לאכול צריך לשלם לה דמי מזונות כמו אלו היתה בריאה וגם כוונת הריטב"א אינה להביא ראיה מהירושלמי לענין הוצאות רפואה רק לענין שצריך לתת דמי מזונות כמו לבריא. ובאמת הדבר תמוה דפשט' דמלתא משמע בש"ס דכל רפואה שאין לה קצבה דינה כמזונות ומאי דמחלק הרא"ש בין תנאי ב"ד צ"ע דהא גם בשותפין שחלה א' קאמר רשב"ג לחלק בין רפוא' שאין לה קצבה וע"ש בב"ב ברי"ף ורמב"ן דרשב"ג לטעמיה גבי כתובה ואם כן מבואר דלאו בתנאי תליא מילתא (ולפי מ"ש לעיל דתנאי בית דין מטעם אומדנ' יש ליישב דגם גבי שותפין הטעם משום אומדנא משא"כ היכא שהענין בא מצד מחייב עצמו בכתב אך כבר כתבתי דכאן עדיף טפי מאומדנ' דתנאי ב"ד) והסמ"ע סימן ס' הרגיש בזה וכתב ולא דמי לסימן קע"ו ולא ביאר החילוק ולפי שמצאתי שכבר עמדו בזה הגאון מהר"י באו"ת והגאון מוהר"ד בספר קרבן העדה לכן קצרתי ות"ל שכוונתי לכל דבריהם וע"ש באו"ת שכתב שדעת התוספות והרמב"ן והרשב"א ובעה"ת מבואר מדבריהם דחייב ברפואה וכן מבואר בר"ן בחידושי גיטין ועיין בש"ך ס"ק שכתב ליישב קושית הרשב"א ובעה"ת בשם הרמב"ן ע"פ שיטה זו א"צ לרפאות' והוא כדברי או"ת הסובר שלדעת פוסקים אלו חייב ברפואה ולכן כתב באו"ת דהוי ספיק' דדינ' ומדברי קרבן העדה נראה שנוטה

לומר דחייב ברפוא'. ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ונראה ברור בעיני דבס' כי הא אזלינן לחומרא אף ע"ג דבכל ס' ממון אזלינן לקולא לנתבע מ"מ נ"ד אינו ספק ממון אלא ספק נפשות וכל ספק נפשות להחמיר. וגדולה מזו מצינו דעת כמה פוסקים לענין ספק צדקה וספק ריבית אזלינן לחומרא דהו"ל ספק איסורא ואף הסוברים דהו"ל ספק ממון ואזלינן גם בזה לקולא כבר נאמרו בזה חילוקים. ולענ"ד דזה לא נאמר רק לענין לירד לנכסיו אבל מכל מקום ודאי דחיובא אקרקפת' דגברא מנח ליזהר בנפשו שלא ליכנס לבית הספק ואין זה ענין לספק ממון אע"פ שיש בו ג"כ לאו דגזל שכך אמרה תורה המוציא מחבירו ע"ה ואין כאן איסור גזל כלל. ומצאתי שכ"כ האו"ת בסוף קיצור ת"כ ע"ש. אך כ"ז באיסור מדברים הנוגעים בממון משא"כ בגוונא דנ"ד שע"י מניעת דרכי הרפואה היא מתנוונא והולכת ומסוכנת מאד פשיטא כי זה המתחייב ח"ו מתחייב בנפשה כי כל חטאת אשר יבא מדמה אפשר שמידו יבוקש כי עליו המשא הזה לדרוש ברופאים אולי ימצא מי שיהיה דן דינה למזור ותעלה ארוכה וספק סכנתא לחומרא:

ועוד שלענ"ד אין מקום בזה לומר ספק ממון כלל דהא אמרי' בסנהדרין דף ע"ג הרי שראה חבירו טובע בנהר כו' חייב להצילו שנאמר לא תעמוד על דם רעיך ופריך מוהשבותו לו נפקא לרבות אבידת גופו אי מהתם ה"א לאצולי אבל מיטרח ואגורי אימא לא קמ"ל וכן פירש הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת נפש ובש"ע ח"מ סימן תק"ה שמחויב לשכור אחרים להציל את זה אף בממונו אלא שהרא"ש כתב דאם יש ממון לניצול חוזר וגובה ממנו ועיין שם שהג"מ כתב שאפילו בספק סכנה מחויב להכניס א"ע ודבר פשוט הוא דאף בחולה של סכנה שייך דין זה כמ"ש הרמב"ן בתה"א הביאו הטור ביו"ד ריש הל' אבל ולפי זה מדינא מחויב אף מטרח ואגורי אלא דזה מצוה אכ"ע רמיא וכיון דכ"ע מימנעי מינה לפי שזה המתחייב קיבל עליו הכל ולדעתם גם הרפואה בכלל לו יהא דטעו בזה שבאמת לא קיבל עליו מ"מ המצוה המוטלת עליו שלא לעבור על לא תעמוד על דם ריעך לא פקע מיניה ובמה נפטר מרחם על זו העלובה ובפרט הכצעקתה של ריבה זו כי הוא גרם לה במה שקיבל על עצמו ומי ביקש זאת מידו ולולי זה היה אביה מטפל עמה או חזו אינשי אחריני מבני משפחתה או מעלמא ומרחמי עלה ועתה צעקה הנערה ואין מושיע לה. ועכ"פ אין כאן מקום פקפוק שעכ"פ זה המתחייב נכנס בספק חיוב רפוא' ואין דרך מצוא לפטור אותו לגמרי ואם מעלים עין עובר בלאו דלא תעמוד ועשה דוהשבותו לו וגם ה"ז כו' ואסור לו להתעצל בדבר כלל דלא גרע מעובדא דנחום איש גם זו שפגע בו עני וא"ל המתין עד שאפרוק מן החמור כו' וקיבל עליו מה שקיבל וכן ביו"ד סימן רנ"ב לענין פדיון שבוים איתא שם דעובר על לאו דלא תאמץ כו'

ועל לא תעמו' כו' כל רגע שמאח' לפדות השבוים היכא דאפשר להקדים הוי כאלו שופך דמים ע"ש וא"כ ק"ו בנ"ד שהוא חולי שיש בו סכנה שמחללין עליו את השבת ואפילו בספק סכנה קי"ל דהזריז ה"ז משובח והשואל הרי זה שופך דמים כדאיתא ביומא וא"ח סימן שכ"ח ואם אמרו לענין שבת החמורה ק"ו לספק ממון שיש מקום לחייבו על פי הכתב שלו מלבד מצוה שהוטלה עליו מה"ת פשיטא שביותר צריך לזרז ולענ"ד מ"ש הש"ך סימן ס' שכן המנהג שלא לחייבו ברפואה אפשר שלא נהגו אלא היכא שאין כאן מיחוש לסכנה או בגוונא שזה יש לו במה לרפאות עצמו רק שבא לתבוע את חבירו מצד החיוב שהתחייב נגדו וכיון שאין כאן ספק נפשות רק ספק ממון לבד בזה סמכו על מ"ש הרא"ש והריטב"א דהמקבל לזון איש נכרי אינו חייב ברפואתו כיון דהוא קולא לנתבע משא"כ היכא שיש סכנה וזה אין לו במה לרפאות עצמו מי גבר לא יחוש לדעת התוס' שהלכה כמותם בכל מקום וכדבריהם משמע ברמב"ן ורשב"א ור"ן ובעה"ת ויכניס עצמו באיסור חמור זה שאף השוגג והאונס חמור מאד והאריכות בזה אך למותר וק"ו בן בנו של ק"ו בנ"ד שביארתי שהכתב מוכיח בכל פרטיו ודקדוקיו שזה המתחייב קיבל עליו כל די צורכה לסיפוקה ופרק עולה מעל צווארי אביה ובשעה שנכתב היתה פחותה מבת שש שנים שהיתה מוטלת מדינא על אביו להספיק כל צרכי' וגם רפואה בכלל ממילא שזה שהריק חוב זה מעליו וקיבלו על עצמו א"צ לפנים שנתחייב ברפואתה ולא בן חורין הוא להפטר ממנה ואף אם לקח אח"כ כתב שובר מאביו על כתב זה אין זה כלום כמבואר בתוספתא ר"פ הנושא הביאה הרא"ש וז"ל כתב לזון את בת אשתו ושברה האשה לבעלה שכתבה לו שובר ופיצת אותו ממזונות בתה לא הועיל לו כלום שזכין לקטן ואין חבין לו עכ"ל וכן מבואר באה"ע סי' קי"ד. ועוד ראיתי לבאר בענין זה שמה שעושה המתחייב שדחף לילדה זו בשתי ידים ושלחה מביתו ומנע ממנה מאכל הצריך לה הדבר פשוט שעשה שלא כדין כי הדבר פשוט שמחוייב להחזיקה אצלו ואם רוצה לשכור לה דירה צריך לשכור לה שפחה לשמשה כמבואר בב"ש ר"ס קי"ד וגם לענין המזונות שאין בדעתו רק לתת מזונות כאילו היתה בריאה אע"פ שמחמת החולי צריכה מאכלים קלים וצריכה יותר על מזונות ויצא לו טעות זה ממ"ש בש"ע סי' ס' שאם חלה הניזון אינו חייב ברפואתה רק בדמי מזונות כמו שהיה בריא ובאמת ז"א דהתם הפירוש להיפוך דמיירי שחלה הניזון ואינו יכול לאכול כאיש בריא אעפ"כ הוא צריך לתת לו דמי מזונות כאילו היה איש בריא ויכול לאכול וזה מבואר במקור הדין שהביא הב"י ס"ס ר"ז בשם הריטב"א שלמד זה מהירושלמי דאיתא שם חלתה כמו שנישאת ור"ל דצריך לתת לה דמי מזונות אע"פ שחלתה ואינה יכולה לאכול וכן מבואר באה"ע סימן

קי"ד ע"ש בב"ש אבל אם הדבר בהיפוך שמחמת חולי הוא צריך לאכול מאכלים קלים הוא מחויב ליתן אע"פ שאינו חייב ברפואתו מ"מ כיון שחייב עצמו במזונות הרי הוא צריך לתת מזונות הראוים לפי העת והעונה ההיא והא דאיתא בח"מ סי' תקי"א דצריך ליתן ג"כ תוס' מזונות הצרוכין בחוליו ממה שהיה אוכל כשהוא בריא וכתב הרמ"א ע"ז ונ"ל דבכלל רפוי יחשב משא"כ הכא שהוא חייב במזונות בלא"ה צריך הוא לזון במזונות הראוים לו באותה שעה ומצאתי בשו"ת ב"ח סימן מ"ו שכתב בענין מי שנתחייב א"ע לזון חתנו ובתו על שלחנו אם חייב לזון במזונות קלים בימי לידתה והביא דברי הריטב"א שנותן דמי מזונות שהיה צריך כשהיא בריא וכתב דז"א אלא כשחייב עצמו לזון בסתם אבל אם התנה בפירוש לזון על שלחנו אם אינה רוצה לזונה צריך לתת כל דמי המזונות שצריכה ולפ"ז אם חלתה אינו נפטר בדמי המזונות כשהיתה בריאה אלא צריך לתת לה כל מזונותיה כל יום ויום בין בריאה בין חלתה שעל זה התחייב והא דכתב הרא"ש שאינו חייב ברפואה היינו דוקא רפואה ממש כגון שכר הרופא דמזונות קיבל ע"ע ובלשון ב"א אין שכר הרופא בכלל מזונות ולא דמי למזון האשה והבנות שהב"ד כך התנו לספק צרכיה אבל המזונות שהוא צריכה כל יום ויום אפילו היא חולה צריך לתת לה ותדע שהרי אם בתו או חתנו היה קצת חלשים כגון שחש בראשו או במעיו או בכל גופו היה חייב לתת להם מזונות הראוים לאותו שעה דאינו יכול לפטור עצמו מהם כו' ובסוף דבריו צידד לומר דאין דין יולדת כדין חלתה דעלמא דזאת הבעל גרם לה כו' ע"ש ועכ"פ מבואר להדיא דצריך לתת לה מזונות הראוים בחלייתה ושמחתי שכוונתי לדעתו ת"ל אלא הוספתי שלענ"ד אף במתחייב לזון סתם הדין כן והריטב"א לא קאמר אלא לענין חיוב דאם מחמת חולי אינו יכול לאכול אפ"ה מחויב לתת דמי המזונות הצריך לבריא כמבואר בירושלמי ועכ"פ בנ"ד שמבואר בכתב שקיבל עליה בקנין ובחיוב גמור להחזיקה על שלחנו אין ספק שצריך לתת מזונות כאשר היא צריכא לפי העת והזמן כמ"ש הב"ח:

דברי זעירא הק' אפרים

שאלה סו

כה הראני כבוד מחו' ידידי הרב הגדול החריף ובקי מו' יעקבקא סג"ל לנדא נ"י מה שהעלה בישוב דברי הרמב"ם פך"א מהל' אישות הי"א פסקו לה מזונות הראוים כו' והובא בש"ע סי' פ' וכל הראשונים עמדו על דבריו דהא קתני ולא תאכל עמו דברים הרעים לחלב והח"מ כתב דלא מסתבר דבמקום סכנת הוולד צער גופה קודם ולכן כתב הרב נ"י בישוב דבר זה דהש"ס מיירי היכא שאין חולי התאוה אז כופה אותה שתניק

קודם כיון דמשעבד' ליה ומזהירין אותה שלא תאכל דברים הרעים וכן אם הבעל רוצה לשכור מינקת מחמת שאוכלת דברים הרעים והיא אומרת שתניק בעצמה שומעין לו ולכן דייק הרמב"ם בהל' י"ג והוא אינו רוצה שתניק שלא תתנוול ר"ל דוקא בכה"ג שומעין לה אבל אם היא רוצה דוקא מאכלים הרעים שומעין לו והרשות בידו לשכור אחרת אך זה דוקא באין לה חולי אבל אם יש לה חולי התאוה אז אע"פ שאין שומעין לה אם היא רוצה דוקא להניק בעצמה מ"מ גם ביד הבעל אין לכופה שתניק דוקא ולעכב על ידה שלא תאכל אלא אוכלת כמו שהיא צריכה מפני צער גופה והבעל באמת ישכור מניקת משום סכנת הוולד ע"כ תוכן דבר ידידי הרב הגדול נ"י בקצרה והנה אף שהדברים עריבים ונכונים בישוב גוף הענין ובפרט לקו' הח"מ דלמה יהיה צער גופה קודם במקום סכנת הוולד ובזה יפה אמר הרב נ"י שאין כאן סכנה שהבעל יחוש לעצמו לשכור מינקת או ימסמס לי' כיון שאין בידו לעכב עליה שלא תאכל אבל מ"מ מה נעשה ביום שידובר בנו לשון הרמב"ם שנתן טעם שאין הבעל יכול לעכב כו' ימות הוולד מפני שצער גופה קודם לחשש סכנת הוולד והרי לפי מ"ש הרב נ"י ס"ס אין כאן חשש סכנה לוולד ולא איירינן אלא לענין הכפי' אם יכול לכופה שתניק ולא תאכל והכי הו"ל למימר ואין הבעל יכול לכופה להניק ולעכב כו' מפני שצער גופה הוא ואז היינו מפרשים הכוונה שר"ל שצער גוף שלה אלים טפי משעבוד שיש לו עליה להניקה דאדעתא דהכי שתצער גופה לא נשתעבדה לו אבל הלשון שצער גופה קודם מורה דאף בכה"ג שחששת הבעל חזקה שיש עמה טענה מחמת סכנת הוולד כגון שהוא מכירה או שאינו מוצא לשכור דבכה"ג אף בגרושה כופין אותה ומניקתו, מ"מ א"י לעכב שלא תאכל לפי שצער גופה קודם:.
והנה בדברי ה"ה והכ"מ ושאר מפרשי הרמב"ם לא מצאנו מונח קיים ומקור נפתח לדין הרמב"ם בזה ומצאתי כי דברי הרמב"ם מיוסדים על אדני פי' רב האי גאון ז"ל הביאם בשיטה מקובצת כתובות שם שכתב וז"ל שוב מצאתי בליקוטי הגאונים ז"ל שכתוב בשם רבינו רב ה"ג הא דת"ר הרי שנתנו לה בן להניק לא תניק עמו בנה אי אקטן קאי מאי עבדא ליה שבקה ליה ומאית ואי אבן ך"ד חודש קאי לא ידעינן ופסקה עמו קמעא אוכלת הרבה מאי פירושי דאשכחינן בה פירושי דלא מסתבר לן הכין נקט לה בהני תרי מילי דהכי קא מגמר לן שלא תשכיר אשה עצמה להניק עד שתגמול את בנה או שבנם נטלו אביו ונתנו למניקת אחרת וכיוצא בזה ולעולם אם נטלה בן להניק לא תניק את בנה עמו ואם היה בה חולי וקשה לה שתאכל קמעא כדי צרכה והיא בחלי' מצטערת אם לא תאכל הרבה בתאוותה אינה חייבת לעשות כמו שפסקו עמה אלא שאם פסקו לה מזונות כדי צרכה אין לה לתבוע אותם במה שהיא מתאוות אלא אוכלת משלה ואע"פ

שמוסיף חולי' עכ"ל שו"ת לרב ה"ג עכ"ל השי"מ (וע"ש שכתב אח"כ וז"ל הר"י הלוי כו' הא קמן דכולהו הני רבוותא אזלי בשיטת הרמב"ם ז"ל והוא פלאי שהרי דברי הר"י מיגא"ש מבוארים כרש"י ולא כרמב"ם ואפשר שיש ט"ס בדבריו) מבואר שזה מקור דברי הרמב"ם ומפרש מ"ש ר"ה גאון אע"פ שמוסיף חלי' ר"ל שעי"ז נעשית חולי ביותר ואפשר שיזיק לולד לולי דברי הרמב"ם היה אפשר לפ' דברי ר"ה מ"ש ואע"פ שמוסיף חוליה ר"ל שהנקה זו הוא מוסיף חולי' שעי"ז היא צריכה למזונות יותר מכדי צרכה ומתאוה ביותר וכדמשמע בסוף פ' אע"פ דקאמר ומוסיפין על מזונותיה כו' ודלמא משום דחולה היא הא קמ"ל דסתם מניקת חולות נינהו ע"ש הא קמן שההנקה גורמת תאות אכילה ביותר ולכן ס"ד שהיא יכולה לתבוע מה שהיא מתאוה יותר כיון שע"י ההנקה בא לה ולכן אמר דאין יכולה לתבוע מה שמתאוה אע"פ שההנקה מוסיף חולי' שהוא חולי תאוות האכילה לא איכפת לן בהכי כיון שפסקו קמעא דהיינו כדי צרכה ונראה דהרמב"ם ס"ל דודאי הברייתא לא אתי לאשמועינן דינא שהיא יכולה לאכול הרבה כיון דר"ש מפרש דאוכלת משלה פשיטא דמי יעכב על ידה לאכול משלה ואם הברייתא היה רוצה לאשמעינן הדין שאין יכולה לתבוע המותר הא הו"ל לאשמעינן דאוכלת משלה אלא ודאי דאתי לאשמעינן שהיא יכולה לאכול הרבה אע"פ שאפשר שיזיק לוולד וכמ"ש ר"ה גאון אינה חייבת לעשות כמו שפסקו עמה כו' והאי דקאמר אע"פ שמוסיף חולי' ארישא קאי דאע"פ שאם תאכל הרבה הוא מוסיף חולי' ואפשר שיזיק לו ולד יכולה לאכול מפני צער גופה ואף שמדברי ר"ה נראה דמפ' גם הך בבא דמירי במי שנתנו לה בן להניק ס"ל להרמב"ם דה"ה במניקה את בן בעלה וכ"ש הוא דאפילו בנתנו לה בן להניק שמדעתה דנפשה קבלה עלי' אמרינן דאדעתא הכי לא נשתעבדה להכניס עצמה בצער גופה ומכ"ש בשעבוד הנקה לבעל דאמרינן הכי וממוצא דבר אנו למדין דדברי הרמב"ם מתפרשין כפשטן כמו שהבינו ה"ה והכ"מ בדברי הרמב"ם שהרי ר"ה מירי בנתנו לה בן להניק דמותרת היא לאכול הרבה אע"פ שמוסיף חלי' ופשיטא שא"ל שפירושו שעי"ז באמת בטל השעבוד שנשתעבדה לזה להניק שהרי כתב שאין יכולה לתבוע במה שהיא מתאוה ואם נימא שהשכירות בטל פשיטא שאין מקום לתביעה זו אלא ודאי שר"ל שהיא מניקה ואעפ"כ אין אבי הבן מעכב על ידה לאכול הרבה כמו שצריכה מחמת החולי וכגון שמכירה או שאינו מוצא אחרת ואין חוששין לסכנת הוולד דאדעתא דהכי לא נשתעבדה להכניס עצמה בצער גופה וה"ה במניקה את בן בעלה מירי אפילו בכה"ג וכ"ש הוא וכמ"ש:

ובלא"ה נראה דממקומו הוא מוכרע שהרי הרמב"ם כתב הרי זו אוכלת משלה מה שתרצה והוא דברי הש"ס דקאמר אוכלת הרבה מהיכא אמר ר"ש משלה א"כ ע"כ שהכוונה דמיירי שהיא מניקה בעצמה ולכן ס"ד שהבעל צריך ליתן גם המותר כיון שדינא הוא במניקה דמוסיפין על מזונותי' קמ"ל כיון שכבר פסקו לה מה שהוא צורך להנקה כדי צרכה ומה שהיא מתאוה יותר לא די שאינו מועיל אלא שהוא מזיק א"צ ליתן לה אע"פ שאינו יכול לעכב על ידה לאכול משלה מה שתרצה שאם נפרש דכיון שאוכלת מה שמזיק לוולד האב שוכר מינקת אחרת א"כ מה בא להשמיענו בזה שאוכלת משלה וא"ל דאשמעינן דלא תימא כיון שהוא חייב ברפואתה הוא מחויב ליתן לה מזונות הצריכים קמ"ל שא"צ אלא אוכלת משלה שדין זה אין ענינו לכאן רק בדין רפואת אשתו אם מחויב ליתן מה שמתאוה מחמת חולי ולענ"ד שהבעל מחויב ליתן לה מזונות אילו שהיא צריכה מצד חיוב רפואת' וכן מבואר מדברי הנ"י פרק החובל והביאו רמ"א בהג"ה סימן ת"ך דצריך ליתן תוס' מזונות הצריכין בחלי' ממה שהיה כשהיה בריא ונ"ל דבכלל רפוי יחשב וגדולה מזו כתב בשו"ת ב"ח סימן מ"ו דאפילו אם אין חייב ברפואה רק במזונות הוא מחויב לתת מזונות הראיות לאותה שעה ע"ש וקצרתי ועיין בשי"מ ס"פ אע"פ בשם הר"י בן מיגאש מאי איריא מניקה ליתני חולה דמשמע כל חולה שבעולם שהוא צריך להוסיף על מזונותיה כדי שתאכל הרבה וישוב כחה לכמות שהיה ויברי' גופה כו' ע"ש ואין לחלק דהתם עי"ז שתאכל יותר רבה בריאת גופה משא"כ בזה שהחולי כך הוא לאכול הרבה דז"א דעכ"פ היא צריכה לכך מפני צער גופה כשלא תאכל וזהו רפואת'. ואמנם כן גם למאי דפרישית שבאמת היא מניקה ואוכלת הרבה ולא איכפת לן בחשש סכנת הוולד קשיא דכיון שהתירו לה לאכול מפני צער גופה למה באמת תצטרך לאכול משלה ואי משום שהוא דבר המזיק לוולד מה בכך כיון דדינא קעבדה ועל ר"ה לק"מ דמ"מ זה אינו מחויב ליתן רק מה שפסק לתת כדי צרכה אבל על הרמב"ם קשה כיון דהבעל חייב ברפואתה במה יפטר וצ"ל דס"ל דכמו דאמרינן שהיא לא נשתעבד' להניק ע"ד זה שלא לאכול מה שצריכה מפני צער גופה כמו כן אמרינן דהוא לא נשתעבד לתת לה מזונות ורפואה מה שיזיק לבנו ולגבי דידיה אמרינן מה חזית דדמא דידה סומק כו' ואין דוחין נפש מפני נפש אבל איהי לגבה דנפשה אם רוצה לאכול משלה אין לעכב על ידה דאבדת גופה קודם כדאמרינן חייך קודמין לחיי חבירך וזה א"ש לפי מ"ש דמיירי שע"כ היא מניקה שא"א בע"א אבל לפי דעת הרב נראה לפרש שבאמת מבטלינן שעבוד ההנקה ואינה מניקה כלל וא"כ למה תהיה אוכלת משלה והרי חל שעבודה על הבעל מדין רפואה וא"ל דכיון דמחמת חולי

זה אין יכולה להניק והוא צריך לשכור מינקת הוא פטור משעבוד זה ז"א דמה ענין רפואה להנקה דאטו אשה שחלת' ואינה יכולה להניק מחמת חולי הוא נפטר מרפואת' פשיטא דחייב ברפואת' וה"נ אנן אמרינן דחייב ברפואת' ולתת לה מזונות שהיא צריכה ומתאוה מחמת חולי הן מצד חיוב רפואה או מצד חיוב מזונות הראוים לה לאותה שעה וממילא שהיא פטורה מחיוב ההנקה כיון שאפשר לשכור אחרת לא נכנס הוולד לספק סכנה ואם נפשך לומר דה"ט דאוכלת משלה משום דחולי כזה אינו במקרה כ"א מצד טבעה הרע שהרגילה להיות גרגרנית לאכול יותר מכדי צרכה ואין זה בכלל רפואה ובכלל מזונות וכמו משרה אשתו ע"י שליש שא"צ ליתן רק כפי אומד הדעת שהוא כדי צרכה אף אנו נאמר שהיא מחויבת לשכור מינקת כמו בנדר' שלא להניק וכמ"ש התוספות דף נ"ט ע"ב ד"ה כגון שנדר' דלב"ה כופה שהיא תשכור לו מינקת ואף ב"ש לא פליגי אלא משום דכיון דקיים לה איהו הוא נתן אצבע כו' ע"ש ובאה"ע רסי' פ"ב בדברי הח"מ והב"ש שם ולא היה להרמב"ם לסתום אלא לפרש שמחוייבת לשכור לו מינקת אלא ודאי דליתא להאי פירושה וחזרנו לפי' הראשונים ז"ל דעכ"פ היא מניקה את הוולד משום דלא אפשר בע"א ומכל מקום אין לעכב על ידה משום צער גופה וצ"ע על המחבר בש"ע סימן פ' סעיף י"ב שכתב הך דינא דהרמב"ם ולא ביאר כמ"ש הרמב"ם דאוכלת משלה וכדברי הש"ס ואפשר דכיון שכתב שאין הבעל יכול לעכב כו' ממילא שמעית מיני' דעכבה אינו יכול לעשות אבל מכל מקום ליתן גם כן אין צריך וצ"ע. והנה הב"ש שם ס"ק ט"ו כתב די"ל דאף שיש ספק סכנה לוולד מ"מ מותר כדאמרינן דף פ' כביסתם קודם לחיי אחרים מיהו ר"י הוא דס"ל הכי ורבנן פליגי ומנ"ל לרמב"ם לפסוק כר"י עכ"ל ומשום הא לא אירי' שי"ל שהרמב"ם סמך בזה על ר"א גאון בשאלתות פ' ראה דפסק כר"י בהא ע"ש אבל צ"ע דהתם טעמא משום דכתיב בקר' ולכל חיתם והיינו כביסה אלמא דקרא קרי לכביס' חיות וחייהם קודם לחיי אחרים משא"כ בזה דצער וחולי בעלמא הוא אפשר דל"ד לכביסה גם צ"ע על הרמב"ם במה שהשמיט הך דינא דכביסתן וחיי אחרים ובשלמא מה שהשמיט הך דינא דאיתא התם חייהם וחיי אחרים חייהם קודמין אע"ג דודאי הכי קי"ל וכדאמרינן באיזהו נשך שנים שהיו מהלכין בדרך וביד אחד מהם קיתון של מים כו' עד שבא ר"ע ולימד וחי אחיך עמך חייך קודמין לחיי חבירך והביאו שם הרי"ף והרא"ש וגם דר"י ורבנן תרווייהו מודו בהא והרמב"ם לא הביא זה בחבורו י"ל שסמך על מ"ש בפ"א מהלכות רוצח גדולה מזו העוברה שהיתה מקשה לילד כו' יצא ראשו אין נוגעין בו מפני שאין דוחין נפש מפני נפש וכ"ש בזה שאין מחויב לדחות נפשו מפני נפש חבירו אבל הך דינא דכביסתן וחיי אחרים הו"ל למנקט לאשמעינן הלכת'

כמאן ואפשר שסמך בזה על מה דאיתא בירושלמי דנדרים פי"א דמייתי ברייתא כביסתן וחיי אחרים כביסתן קודמת לחיי אחרים אמר ר"י מאן תנא כביסתן חיי נפש ר' יוסי דתני אין נותנין מהם לא למשרה ולא לכביסה ר' יוסי מתיר בכביס כו' ע"ש ובפני משה פיר' הך דאין נותנין מהם כו' על ערי מקלט קאי משום דכתיב ולכל חייתם וליתא אלא אפירות שביעית קאי וכדאיתא פלוגתא דרבנן ור"י לענין פירות שביעית בב"ק דף ק"א ובסוכה דף מ"ם ע"ש וכן פי' בס' קרבן העדה וכן מבואר להדיא בירושל' דשביעית פ"ח הך ענינ' גופא דנדרים ע"ש והרמב"ם בפ"ה מהל' שמיטה ויובל פסק בהא כרבנן דאין נותנין פירות שביעית למשרה ולכביסה וא"כ ממילא ש"מ דכביסה לאו חיי נפש הוא ואף ע"ג דבש"ס דידן מוקמינן פלוגתא דרבנן ור"י בטעמא אחרינ' מ"מ עכ"פ ממילא ש"מ דכביסה לאו חיי נפש נינהו דר"י מרבה כביסה ששוה בכל אדם והיינו דחיי נפש הוא ומ"מ במידי דמיקרי חיי נפש דומיא דכביסה אליבא דר"י הוא קודם לחיי אחרים דגם רבנן לא פליגי בהא וא"ש נהי הך דהכא שפסק הרמב"ם דצער גופה קודם משום שהוא חולי שבגופה ולא גרע מכביסה אליבא דר"י ומכ"ש דא"ש לפמ"ש בערוך ערך בולמס שהוא חולי האוכל הרבה הרי שחולי מסוכן הוא וזהו תקנתו שיאכל הרבה (והרמב"ן פי' ביומא בולמס בענין אחר וכן רש"י פי' בע"א אך מלשון המדרש רבה מי שלהוט אחר בולמס של עריות כו' הביאו בערוך שם משמע כפי' הערוך וגם לפרש"י יש ליישב לשון זה) ומ"ש בח"מ שאם החולי של סכנה לא ידעתי מי שחולק דחיי' קודמין בודאי לענ"ד דגם אינהו לא פליגי אלא על מ"ש הרמב"ם במתאוה לאכול דברים רעים לחלב דזה אין בו סכנה וכדמשמע ביומא בעובדא דר' יהודא ור"י דקפחי' לרועה ואכל לרפתא ולא מצינו שיהא סכנה למתאוה לאכול איזה דבר בעוברה שהריחה או כשאוכלין לפני' דבר דאית ליה ריחא וקיוהא בעובד' דכתובו' דף ס"א ומ"מ נראה דס"ל להרמב"ם דאם מתאוה מחמת חולי לאכול דברים הרעים לחלב אע"פ שאין סכנה בכלל חיי נפש הוא אף לרבנן כמו כביסה לר"י דאע"ג דשמואל אמר ערבובית' דמאני מייתי לידי שעמום ס"ל לרבנן שאין זה בכלל חיי נפש שאין זה רק כמו סיבה קרובה ומיעוט המצוי אבל כשהחולי לפנינו וצער גופה למלאות תאותה לא גרע מכביסה לר"י וכל שהוא בכלל חיי נפש אף רבנן מודין שחייו קודמין:

וראיתי למחותני הגאון החסיד ז"ל בק"א למסכת כתובות שכתב על דברי הב"ש דהתם בנדרים לא מיירי ביש סכנה לעיר האחרת אלא שיכולין להביא מים ממקום אחר או שילכו משם תדע דא"כ נימא נמי בודאי סכנה דכביסה זו קודמין לחיי אחרים כו' ולעני' דעתי נראה דודאי מיירי אף בכה"ג דומיא דהא דחייהם וחיי אחרים דמיירי אפילו

בודאי סכנה כמבואר שם בנדרים כפירוש המפרש לנדרים ובדברי התוס' והרא"ש והר"ן שם דילפינן מוחי אחיך עמך ובירושלמי דנדרים ושבועות משמע דר"י אתי על ההוא דכביסה ג"כ משום הא דחייהם וחיי אחרים ומייתי לה מקרא דתהיינה הערים האלה ואח"כ ולמגרשיהם סביבותיה וע"ש בפירוש פני משה דלא מייתי מקרא דוחי אחיך עמך דאפשר דס"ל דהתם ארבית קאי אהדר ליה כו' וגם בשאר דבריו יש מקום עיון ופשוט דגם להח"מ והב"ש אין בזה ודאי סכנה לוולד כ"א ספק סכנה וקצרתי שלענ"ד ליושר האמת הא ודאי שבמה שהיא אוכלת הרבה או דברים הרעים לחלב לא נכנס אף בכלל ספק סכנה לוולד רק מיחוש בעלמא וזה מבואר מדאמרינן דברים הרעים מה ניהנו אמר ר"נ כגון כשות וחזיז ודגים קטנים כו' ואפי' כמכא והרסנא מינייהו פסקא חלבא מינייהו מיעכרי חלבא ופשיטא דלא מסתבר לומר שכשאוכלת דברים אלו דחשיב התם הוא ספק סכנה לוולד שעי"ז יפסוק או יעכר החלב ועוד דא"כ למה נקט התנא דין זה לענין מי שנתנו לה להניק דהא פשיטא דכולהו נשי בעי חיי התינוק וחלילה להם מעשות כדבר הזה להכניס נפש הילד בספק סכנה אלא ודאי שאין זה רק מיחוש בעלמא וכדאמרינן גבי זכרנו את הקשואין כו' שלא טעמו טעמים אלו במן לפי שקשין לתינוקת משל אומרים לאשה אל תאכלי שום ובצל מפני התינוק (ועיין בפירש"י פ' בהעלותך וביומא דף ע"ה ובס' כתוב המליץ עפי"ז זכרנו את הדגה כו' משום דבש"ס חשיב נמי דגים קטנים בהנך דברים דקשים למינקת ע"ש דפח"ח ונראה הא דהזמין דגים קטנים בכדיהן אע"ג דקשה למינקת ודוחק לומר שהאשה לא היתה אוכלת מהן רק שהיו מאכילין לבעליהן אך התם איתא שהיו יולדות בשדה ומזמין להם עגולים לינק דבש ושמן וא"כ לא היו הנשים מניקת כלל) ובעלמא אמרינן למה נקרא שמם קישואין שקשין לגוף כו' וכיוצא בדוכתי טובא ופשיטא שאין זה נכנס בכלל ספק סכנה ומ"ש הרמב"ם ואין הבעל יכול לעכב ולאמר אם תאכל יותר מדאי או מאכלין רעים ימות הוולד פשיטא שלא בדרך ודאי קאמר אלא בדרך אפשריות שיכול להיות שיסובב מזה חלישות הוולד ואפשר שיסתכן וימות אבל מ"מ אין זה ברי היזקא וכן בלשון רש"י פסקו קימעא מזונות מועטין אוכלת הרבה משלה שיהיה לה חלב הרבה ולא תמיתם ופשיטא דלאו סכנת ודאית קאמר אבל חשש' וכיון שקבלה עלי' צריכה היא לאכול כדי צורך להנקה וכיון שכן גם זה אינו רק צערה דגופא של התינוק שהוא צריך לחלב הרבה ואין לו כדי ספוקו ולמיחוש מבעיא שמא יזיק לו צערו זה שלא מלא ספק ויוכל להיות שיבא מזה לידי סכנה ולכן שפיר כתבו ר"ה גאון והרמב"ם שאם האשה יש לה חולי בבטנה שצריכה לאכול הרבה או מאכלים הרעים לחלב צער גופה קודם דמאי חזית דצער' דגופא דתינוק עדיף מפני חששא דשמא

מפני מיעוט או עיבור החלב שיבא מצד אכילתה יסתכן שמא גם היא אם תמעט באכילה או שלא תאכל דברים שמתאוה להם תצטער הרבה עד שתסתכן וצערה דגופא קודם אבל גם אינהו מודה אי בריא לן דהתינוק יבא עי"ז לסכנה והאשה לא יהיה לה רק צער בעלמא שיש לעכב על ידה כדי לקיים נפש הילד וכמ"ש הח"מ והשתא א"ש בפשיטות מה שהקשו על הרמב"ם דהא קתני ולא תאכל עמו מאכלים הרעים לחלב דהא באמת יש לדקד' על הברייתא דנקט האי דינא בנתנו לה בן להניק ולא נקטי' בכל מינקת דעלמא שאפי' אשה המניק' את בנה אנו צריכין להזהירה ע"ז שלא תביאנו לידי סכנה אלא ודאי שאין זה חשש סכנה ממש רק מיחוש בעלמא וכמש"ל שמאכלים הרעים קשים לתינוק וכה"ג אמרינן בנדה ג' חדשים הראשונים קשה לאשה וקשה לולד כו' וכה"ג טובי וכיון דאינו רק מיחוש וזהירות בעלמא לא הוה צריך למיתני הך דינא בכל מינקת דסתמא דמלתא אשה חסה על בנה ודרך נשים להיות מרחם בן בטנה ולשמור עצמה מדבר המזיקו ואם יקרה כה שהיא צריכה לדבר הרבה משום קולי שבה וצער גופה הרבה אין אנו אחראין לעכב על ידה מחמת שאפשר שיגיע מיחוש לתינק וכמ"ש רק הברייתא דינא אשמועינן היכא שנתנו לה בן להניק דבזה סלקא דעתיך אמינא שאבי הבן יכול לעכב על ידי שלא תאכל הרבה דאדעתא דהכי פסק לה שכר שלא תאכל רק כדי צרכה ואפילו על מיחוש לבד נמי קפיד קמ"ל כיון שיש לה חולי המרגיל אותה לאכול הרבה אינה מחויבת לעשות כמי שפסקה אלא שאינה יכולה לתבוע מה שהתאוה ואח"כ נקט הברייתא הדין באשה זו שקבלה עליה בן איש אחר אינה יכולה לאכול עמו דברים הרעים לחלב ולאו בחולי המתאוה מיירי דבזה כבר אשמעינן דכל מחמת חולי אינה חייבת ואין חילוק בין מתאוה אכילה הרבה או דברים הרעים וכמ"ש הכ"מ אלא בסתמא מיירי דבזה שפיר אבי הבן יכול לעכב על ידה ומזהירין מן הדין שלא תאכל דברים הרעים דסתמא אדעתא דהכ' קבלה עליה לעשות כדת הנשים המניקים ביניהם שזהירות לאכול דבר שיוכל לבא לידי מיחוש ונשמרים מכל דבר רע ולאו אהך בבא דפסקו קמעא קאי אלא בבא בפ"ע הוא וכך הם דברי ה"ה דההיא בשאין מתאוה להן מיירי ר"ל שאין להם חולי המתאוה למאכלים אלו והרמב"ם דקעסיק השתא בדין מניקה את בנה לא נקט הכא רק דבר הצריך לענינו שאם יש לה חולי אין הבעל יכול לעכבה וק"ו הוא מדין אשה שקבלה להניק בשכר ומה שלא כתב הרמב"ם דין הברייתא במניקה בשכר לפי שאין ענינו לכאן ומקומו בדין שכירות פועלים ומה שהשמיט דין זה שם באמת צ"ע דהא עכ"פ הו"ל למנקט הך דינא שלא תניק עמה בנה או בן חבירתה ובש"ס אמרינן דבן חברתה הוי רבותא טפי דסד"א אי לאו דהוה לה מותר לא הוי ממציא לי'

וא"ל שסמך על מ"ש שהבעל מעכב על ידה שלא תניק בן חבירתה וא"כ ה"ה בנתנו לה בן להניק ז"א דה"ל לאשמועינן דבנתנו להניק לא תניק בנה עמו דהא המקשן מסתבר ליה דבנה מסתבר טפי שתוכל להניק עמו ואף התרצן לא קאמר אלא דגם בן חבירתה צריך לאשמעינן אבל מ"מ מודה לסברת המקשה שי"ל דגם השוכר מסתמא לא עלה על דעתו שלא תניק בנה עמו ותשכור לו מינקת אחרת כי התשכח אשה עולה ועיין מש"ל בשם ר"ה גאון וכמו כן ה"ל לכתוב בהל' שכירות פועלים הך דינא שלא תאכל מאכלים הרעים לחלב וצ"ע גדול על הרמב"ם בזה הנלע"ד כתבתי:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סז

שאלה אלמנה באה לגבות כתובתה ונדוניתה והאפוטרופוס טוען שאין נזקקין לנכסי קטן על הנדוניא והנדוניא עדיין מונחת ביד שליש לטובת הזוג מה דינו:

תשובה הנה לענין הכתובה הדבר מבואר בש"ס ופוסקים דנזקקין לנכסי קטן משום חינא ויש סוברים דאפילו סבר נשאת נמי נזקקין בזה"ז ולא חיישינן לצררי וכמ"ש הב"י באה"ע סי' צ"ו ובב"ש שם ובד"מ סי' ק"א ולענין הנדוניא אין ספק שאם הנדוניא בעין דודאי נזקקין שע"כ לא אמרו אין נזקקין לנכסי קטן אלא היכא שהבא לגבות מיתומים גדולים צריך שבועה משא"כ כשהם בעין שא"צ שבועה כמ"ש הרמב"ם פי"ח מהלכות אישות וז"ל והנכסים עצמם שהם נדוניתה נוטלת אותם בלא שבועה ואין ליורשים בהם דין לעולם כו' ואם מתה האלמנה בלא שבועה יורשיה יורשים נדוניתה כו' וכתב ה"ה שם בבאור דברי רבינו הוא בשאותן נכסים שמכניסין לו הם בעין קיימין כו' אבל וודאי אם נאבדה הנדוניא כו' אין יורשין נוטלין כלום דלא עדיף מחוב דעלמא ובמשנה למלך שם כתב שדינו של ה"ה מוכיח מהתו' וכמה רבוותא גבי הא דנפל הבית כו' אבל מ"ש דלא עדיף מחוב דעלמא ראיתי גדולים אחרונים תפסו בזה דחוב דעלמא נמי בגו זמניה א"צ שבועה כו' וסתם הדברים ולא פירש לתקן דברי ה"ה אחרי שדבריו מוכרחים מדברי התו' ורבוותא. והב"ש ריש סי' פ"ח הביא דברי ה"ה וכתב דלפי מ"ש התוס' בריש ב"ב ובהשולח דטעמא דחיישינן בכתובה לתוך זמנו משום דאית לה מתקנת חכמים לפי"ז נ"מ ונצ"ב א"צ שבועה אפילו ליתא בעין ובריש סי' צ"ו כתב דלפי תירוץ התוס' דחיישינן שמא סמוך למיתה התפיס צררי לפי"ז יש לחוש אף בנ"מ ונצ"ב כו' ע"ש ומבואר מדבריו דאף אם אין הנדוניא בעין תליה בתירוצי התוס' דלפום הך תירוצא דמחמת תנאי ב"ד אתינן עלה א"צ שבועה בנצ"ב אף שאינו בעין וכן לפי מ"ש הרמב"ן בריש ב"ב דבכתובה חיישינן טפי לפי שרגילות להסמיך דעתם כדאמרינן הרי כתובתך כו' ע"ש. א"כ לא שייך

זה בנדוניא ועכ"פ יש ללמוד מזה היכא שהיתה הנדוניא בעין בשעת מיתת הבעל ונאבד אח"כ בזה כ"ע מודו דא"צ שבועה דהא אין חשש אלא שמא התפיס סמוך למיתה וכל שהוא בעין אין חוששין שמא התפיס כלל ואיהו גופיה נמי לא מצי למטען אפילו בברי שהתפיס ואם נאבד אחר מיתה או נפחת היורשים מחויבים לשלם ואין יכולים לטעון שמא התפיס אביהם צררי ומכ"ש אם הוא בעין גם עתה שאין בזה חשש צררי כלל וא"צ לישבע ופשיטא דנזקקין בזה לגבות אף מיתומים קטנים כיון דמסקינן בעירוכין שאין הטעם משום פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה אלא משום צררי וכיון דבהא לא חיישינן לצררי היא גובה וכדמשמע נמי לשון הרמב"ם ואין ליורשים בהם דין לעולם: ואמנם אם לא היה הנדוניא בעין כבר כתבתי שהמ"ל כתב שהאחרונים הקשו על ה"ה דהא הוא חוב דתוך זמנו אפשר ליישב דה"ה ס"ל דנצ"ב שפירושו שמקבל אחריותו על הנכסים האילו שיהיו קיימין לעד לעולם כברזל וא"כ מיד שנאבדו הוא מחויב להעמיד נכסים אחרים שתהא סמיכתה עליהם ואע"פ שלא מצינו שאם נאבד מנצ"ב יהא מחויב לקנות אחרים וגם יש סוברים דבדיעבד אם מכר ונתן קיים הרי מבואר בב"י ריש סי' צ"ג בשם בעה"ע דנדוניא ניתנה לגבות מחיים ואף שהרשב"א לא כ"כ ע"ש בד"מ מ"ש מהגמ"ר דכתובות דמשמע שיכולה לומר בחייו שיתן לה נצ"ב ולקנות בהם תכשיטין כו' אך אפי' למאי דקי"ל דנדוניא הוא ככתובה לענין זה כדמשמע בש"ע ר"ס צ"ג ועיין בשו"ת רמ"א סי' צ"ג מ"מ דרך הוא להסמיך דעתה על קרן קיימת והוא רגילות טפי מהתפסת צררי לכתובה משום סמיכות דעתה וכמ"ש הרמב"ן וא"כ אין כאן תוך זמנו כלל שמיד כשנאבד זמנו הוא להתפיסה צררי מצד חיוב אחריות שקיבל תחלה ואע"פ שלא הגיע זמן הגבייה מ"מ בנצ"ב לאו בזמן הגבייה תלי' מלתא דבעודם בעין נמי קיימי קמיה ודידיה נינהו לאשתמושי בגוייהו ומ"מ הוי כפקדון גבי' ולכן כשנאבדו י"ל דמתפיס צררי כי היכא דתסמוך דעתה כבראשונה משא"כ בחוב דבזמן הגבייה תליא מלתא ובתוך זמנו לא מתפיס צררי והלוואי שיפרע בזמנו כן נלענ"ד נכון בזה. ומה שיש לדון בזה הוא לפי מ"ש הב"ש ריש סי' צ"ו דבזה"ז שכוללים הכל בסכום אחד וכותבים כל הסך שהוא חייב לה סך כך וכך י"ל לכ"ע צריכה שבועה אפילו אם הכל בעין כגון שהחוב שלה היא על סך מעות ע"ש. אך איהו גופיה כתב דבתשובות רלב"ח ומהר"י הלוי לא משמע כן וכן נלע"ד ברור לפי המבואר לעיל סי' ק"ד דאפילו בזה"ז אם עדיין אותן מטלטלין שהכניסה בנדוניא הם בעין יכולה לומר את כלי אני נוטל א"כ מה שכותבים שלא בפרטות אינו רק לענין שמורידים אותם בעת הגבייה לשומם מחדש אבל מ"מ לא נסתלק זכותה מהנכסים כלל כמו אם היה נכתב בפרטות אך אפילו תימא דבכה"ג שכותב על מעות חזר לדין

חוב מ"מ הדבר ברור דהב"ש מיירי לענין שהיא הכניסה בגדים ותכשיטין ושמה אותם במעות כך וכך ולכן ס"ל דאע"פ שהנכסים הם בעין מ"מ הרי נתחייב במעות וה"ל מלוה משא"כ אם נתנה נדוניא במעות והמעות עדיין בעין נראה דאפי' אם כבר בא המעות ליד הבעל מ"מ הו"ל כהכניסה לו כלים וכתב אותם בפרטות שאין דין ליורשים עליהם ואף דמעות להוצאה ניתנה היינו שישא ויתן ויסתחר בהם משום רווח ביתה אבל מ"מ כיון שהם בעין לא פקע רשותה מינייהו ועיין בסי' צ' סעיף ט' לענין אשה שמכרה בנ"מ כו' אם הדמים שלקחה מהלקוחות קיימים בעצמם ושם בב"ש הבי' דברי הב"ח בח"מ סי' צ"ו לענין בע"ח וסחורות שלו בעין כו':

אך בנ"ד בלא"ה לא תלי מידי ברשות אלא אנן ה"ק דכל שנצ"ב שלה הם בעין אין דרך שיתפיס לה צררי אחרינא שהרי דעתה עלייהו דהני נצ"ב שהכניסה לו ולכן פשיטא דבהכניס' מעות והמעות עדיין בעין אין חשש דמתפיס לה צררי כנגד סך המעות ודווקא במכניס' כלים וקיבלם במעות ס"ד דהב"ש דבכה"ג הו"ל הכלים כמכירה והמעות שהם חוב עליו הרי אינם בעין ואף בזה נראה שלא עמד על דבריו וביטל אותם מפני משמעות מהרלב"ח ומהר"י לוי והכי מסתבר כמש"ל וכל זה היכא שעכ"פ כבר הגיעה הנדוני' ליד הבעל אבל אם בגונא דנ"ד שהנדוניא עדיין לא יצאה מתחת ידה שליש פשיטא שהיא גובה אותם מיד השליש בלא שבועה ופשיטא דאפילו איכא יתומים קטנים שהיא לוקחת את שלה מתחת יד השליש אף לפי מ"ש בסי' נ"ב בהשליש לטובת הזוג שירוויח לטובתה ומתה זכה הבעל היינו דמיקרי נפיק מרשות האב שלא יוכל לומר שנתן ע"מ שתהנה בתו אבל מ"מ לגבי האשה פשיטא שידה כידו כמבואר בתשו' מהר"מ שם שמדמי לה למ"ש התוס' שהנפקד תופס בחזקת שניהם ועכ"פ אין מקום להפקיע זכותה מחשש צררי דע"כ לא חיישינן הכי אלא כשהנושה בא לקחת ולהוציא לנכסי יתומים אבל במה יזכה נער זה בנדוניא שביד השליש בשביל שנטעון בשבילו שמא אביו התפיס צררי להאשה והוא זכה בנדוניא שזה דבר שאין לו שחר דלמה יעשה כזאת שיוציא שלו מתחת ידו ויתפיס להאשה ושלו לא הגיע והוא מונח ביד שליש ואבי האשה מחזיק בשטר שלישות וזימנין דאתי לידי פסידא ובלא"ה כתב הרא"ש ואחריו שארי פוסקים דבזה"ז לא שכיח צררי והדברים ק"ו דבכה"ג לא חיישינן כלל וזה מבואר בתה"ד סי' שלמ"ד לענין אין אדם מוריש שבועה כו' דאם אין היורשים משני צדדים מוחזקים אלא הממון מונח ביד ב"ד בחזקת שניהם היה נראה דזכו יורשי האשה הואיל וא"צ להוציא דבחזקתייהו נמי מונח ואע"ג דלא מוחזקין נמי אינון מ"מ בטעם כל דהוא דחינן א"א מוריש כו' ותו דכתבתי לעיל מתשו' אשיר"י דמהר"ם הקיל בכה"ג משום דהאידנא

בלא"ה התפס' צררי לא שכיח וכ"ש בנ"ד דלא הוי אמיד כו' ולכל הפחות נראה דחולקין אפס כמדומה לי דסוגיא בעלמא לא אזלא הכי כו' ע"ש. ודבר ברור הוא דמה דמספקא ליה בהא לפי שדין א"א מורישו כו' הוא מדינא דש"מ רק מחמת דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה מספקא ליה אם יש לחלק בזה או לא וכמבואר שם משא"כ הכא שהאשה לפנינו וטוענת ברי שלא קיבלה צררי והוא ת"ז ובנצ"ב דדמי לחוב כשהוא בעין מדינא נוטלת בלא שבועה רק שהב"ד יעקלו הנכסים דשמא לכשיגדלו יבררו שקיבלה צררי פשיטא דלא חיישינן כמו דלא חיישינן בנדוניא בעין להצריכה שבועה דכל כנגד הנדוניא לא מתפיס צררי ואפילו בגוונא דס"ד דהב"ש דבזה"ז שכוללין הכל והחוב במעות צריכה שבועה היינו אם היורשים מוחזקים והיא באה להוציא מהם ומכ"ש לענין זה דאין נזקקין לנכסי קטן דמבואר בישש"ש פרק הגוזל שלא נאמרו הדברים אלא שלא להוציא מידם אבל להחזיק פשיטא דנזקקין ועיין בח"מ סי' קיו"ד ומבואר שם דלאו להחזיק ממש קאמרינן אלא כל שאין אנו צריכין להוציא ממש מיד הקטן שפיר נזקקין וא"כ פשיטא דבנ"ד שאין אנו צריכין להוציא מידו וגם גוף הנדוניא הוא בעין ביד השליש פשיטא שנזקקין להגבות לה נדוניתה:

ומצאתי הדבר מבואר בשו"ת להרשד"ם חלק אבה"ע סי' קט"ז הביא שם דברי התה"ד וכתב דאף שמתוך דבריו נראה אין ולאו ורפי' בידי' אני הייתי עושה כן הלכה למעשה כיון דאפילו בזמנם התפסת צררי לא שכיח כולי האי ובזמן הזה לא שכיח כלל ועוד שהרי כתב הרא"ש דהאידנא נהגו להגבות כתובות כו' וכ"ז כשאין נאמנות בכתובה כו' ואפילו לא היה נאמנות יש חלוקה שלישית שהנכסים ביד שליש וע"ז ראיתי שכתב בתה"ד כו' ושם בסי' קל"ב בנדון שטען קרוב היתומים שאין נזקקין הביא דברי הרמב"ם הל' מלוה מ"ש הורו מקצת הגאונים שאם הנכסים כנגד הכתובה כו' שראוי לב"ד ליזקק כי כבר כתב המ"מ כו' ואין לחוש לסברא זו אחר שרי"ף והרמב"ם וכל האחרונים הסכימו שנזקקין אפילו לנכסי' מועטים ואפילו נשאת כו' והכא במה רחוק מן השכל חשש צררי דבזמנינו זה לא שכיח כלל ועיקר ועוד שאפילו שכיח גבי זה לא אמיד כלל כו' ועוד נלענ"ד דלהגבות נדוניא א"כ זה אפילו שכיח צררי ואמיד כו' שהרי הנדוניא כשאר חוב וקי"ל חזקה א"א פורע תוך זמנו כמ"ש התוס' בגיטין דדוקא בתנאי ב"ד ואע"ג דהתוס' בפרק מי שמת נראה כו' מ"מ נראה דתוס' דגיטין עיקר כו' ואפשר דתוס' דב"ב מיירי היכא דליכא שטר כתובה אבל היכא דאיכא שטר כתובה לכל הפחות בנדוניא אינה צריכה לישבע וכדמשמע כה"ג באשרי פרק הכותב כו' וז"ל משמע דנזקקין כו' א"כ זכינו לדין מטעמא דצררי לא שכיחא גם שהאיש לא היה אמיד והספיק למהר"מ אפילו

להוציא מנה ומאתים כו' דנ"ד לא הוי כהוציא לגמרי כו' ואינה אלא נדוניא שהוא חוב כמו שמוכיח לשון הטור בבירור שאפילו שבועה א"צ א"כ גם מטעמא שכתוב נאמנות ובפרט אם היא אמת ששלחה בעד ב"ד קודם שנישאת להראותה מה שהיה זה לישבע כו'. נראה בעיני דדבר ברור היא דנזקקין עכ"ל:

ומצאתי בשו"ת הרדב"ז ח"ב סי' צ"ב שאלת ממני אודיעך דעתי על מה סמכו האידנא להגבות כתובה ונדוניא מיתומים קטנים כו' והביא שם תשוב' הרמב"ם וכתב ליישב המנהג שהוא לתועלת היתומים כו' והוי יודע שאין הדברים אמורים אלא בנכסי נדוניתה שאכלן הבעל או שכלו אבל אותם שהם בעין נוטלתן בלא שבועה ולא הפסידה מזונותי' ואפילו מיתומים קטנים שהרי הם שלה בכל מקום שהם ואינה בהם כשאר בע"ח אלא באותן שאבדו או אכלן הבעל שחזרו אצלו מלוה כו' עכ"ל. וא"כ בנ"ד אין שום ספק פקפוק כלל כיון שהנדוניא בעין ואפילו אם לא היתה בעין ממש רק דאתי מחמתי' כבעין דייניגן ליה אלא שלענ"ד האידנא אין לחלק בין בעין או לא בכל גוונא נזקקין אם לפי אומד דעת הב"ד לא לא הי' שם התפסת צררי וכמ"ש בד"מ לענין נתנה קודם שנשבעה שאם נראה לדיין שלא התפיסה צררי ושמה שמכרה או נתנה ראוי להיות שלה בגבוי כתובתה שמכירתה קיימת ועיין בחלקת מחוקק סי' צ"ו ס"ק י"ח וקצרתי:

וראיתי בספר בית מאיר סי' צ"ו שכתב על דברי הב"ש במ"ש ובזה"ז כו' י"ל לכ"ע צריכה שבועה א"י מה זה לכ"ע שכתב ונתן טעם כיון שחוב על סך מעות דמה בכך מי גרע עבור זה מאינם בעין דנמי החוב תו על מעות אך צ"ע אם לא שייך לפלוגתא שבטור סי' ק"ב בשם רש"י (כי במטלטלין שאינם בעין נמי פליגי) דס"ל כיון שמצורף לעיקר כתובה דינה ככתובה וכן מצאתי במהרי"ק שורש צ"א ואפשר באופן זה שנכלל בסך אחד אף הרמב"ם מודה דדינו ככתובה עכ"ל:

והנה מה שתמה על הב"ש במ"ש לכ"ע הדין עמו לפי מה שמובן מלשון הב"ש שלפנינו אך באמת המעיין בלשון הב"ש במהדור' קמא יראה שהוא נכון (והרבה גמגומים נמצאים בלשון הב"ש שלפנינו שהוא המהדורא בתרא מחמת שבקצת דברים השמיט הלשון שבמ"ק וקיצרו ושוב חזר ללשון שכתב במ"ק ולכן אין סידור הלשון נאות כהלכתו וכן אירע כאן וז"ל במ"ק שם ועיין סי' צ' מ"ש בשם הג"א ב"ב שם דמשמע מדבריו דאפילו כשנצ"ב בעין צריכה שבועה ועיין בד"מ מ"ש בשם המרדכי והתה"ד והניח בצ"ע ובזה"ז שכוללין כו' ובתשובת רלב"ח והובא בתשוב' מהר"י הלוי משמע אף למנהג שלנו א"צ שבועה עכ"ל ולשון זה הוא מתוקן דמ"ש לכ"ע לא קאי אהנך דעות דס"ל אף שאינו בעין א"צ שבועה בנדוניא רק בכתובה משום תנאי ב"ד חיישינן לצררי אלא שלפי מ"ש דאיכא

דיעות אפילו בעין צריכה שבועה וע"ז כתב דבזה"ז לכ"ע ר"ל אף אותן הסוברים דבעין א"צ מודים בזה דצריך אבל מאותם הסוברים דבנצ"ב אע"פ שאינו בעין א"צ שבועה פשיטא דכ"ש כשהוא בעין רק מחמת בזה"ז שכוללין כו' דא"כ דלא גרע מאינו בעין וכמ"ש הבית מאיר ובב"ש במ"ב קיצר הלשון וכתב ועיין סי' צ' לרמוז דשם משמע דאיכא דיעות דאף בנצ"ב צריכה שבועה אף בבעין וע"ז כתב ובזה"ז וכמ"ש במ"ק ועיין בב"ש במ"ק בסי' צ' ס"ק כ"ב נפל הבית כו' עוד משמע מתו' והגמרא שתירצו כו' זו שמתה בלא שבועה משום הכתובה וחצי נצ"ב כו' ונראה אם הנ"מ ונצ"ב אינם בעין לא שייך לומר שהם בחזקתם כו' אלא ע"כ איירי כשהם בעין ומ"מ חייבת שבועה ולא כרמב"ם וטור סי' צ"ו כו' ע"ש. וע"ז כיון מ"ש בסימן צ"ו ובב"ש מהדורא בתרא סי' צ' השמיט גם לשון זה שם:

ומ"ש בספר בית מאיר דתליא בפלוגתא שבטור בשם רש"י וכ"כ מהרי"ק עיינתי במהרי"ק וז"ל ועוד מאחר שלא נשתעבד בשטר הכתובה עצמה שהוא מנה ומאתים אלא נשתעבד בשטר לבדו מן הנדוניא לא שייך תו דין דאין אלמנה נפרעת אלא בשבועה דהא לא שייך טעמא דאית לה בתנאי ב"ד דדוקא כשצרפתן עם הכתובה שהוא תנאי ב"ד כמ"ש רש"י ריש פרק נערה על ענין אחר וא"כ איכא חזקה א"א פורע ת"ז כו' עכ"ל: ולפ"ז א"ש בפשיטות מה שנוהגין לגבות הנדוני' מהיתומים קטנים אף שאינה בעין דכיון שנוהגין לגבות ע"פ שבועה א"כ ממ"נ אם נאמר דמה שנצטרף עם הכתובה דינו ככתובה הרי בכתובה נזקקין לנכסי יתומים קטנים ואם תאמר אף שנצטרף מ"מ דינו כחוב א"כ א"צ שבועה מחמת חזקה דא"א פורע ת"ז וכמ"ש מהרי"ק ובהא קי"ל דנזקקין להוציא מיתומים קטנים וכמ"ש הש"ך ח"מ סי' ע"ח ופשיט' דליכא לארכובי אתרי ריכשי למימר דבזה נצ"ב ככתובה לחוש לצררי ובזה שיהיו נזקקין לנכסי קטנים דינו כחוב אחר זמנו דאף שצרפתן עם הכתובה לא שייך חינא לענין הנדוניא דז"א דא"כ מה"ת להכניס כלל נדוניא לדין כתובה והכי משמע לענ"ד לפי דעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה דאף שתבעה כתובה ותוספות אוכלת מזונות בשביל הנדוניא כמבואר בסי' צ"ג ולפי"ז לפי מה דאמרינן בעירוכין מעיקרי דנזקקין לכתובת אשה משום מזוני ע"כ דגם לנדוניא נזקקין מהאי טעמא ולפ"ז אף למאי דקאמר בתר הכי דמשום חינא מתנינן לה אף לנדוניא נמי מזדקינן וגם י"ל דאף למסקנא דקאמר טעמא משום חינא לא הדר ביה מטעמא דמזוני לגמרי אלא אף משום חינא קאמר ונ"מ לגרושה דלא שייך טעמא דמזוני לחוד נמי מזדקקין כדאמר מעיקרא וכן נראה מדברי הרמב"ם פי"ב מהל' מלוה שכתב לפיכך אם קפצה ונשאת אין נזקקין עד שיגדלו היתומים שהרי אין לה מזונות

והרי נשאת עכ"ל משמע דאף למסקנא נמי לא הדר מטעמא דמשום מזוני ובזה היה אפשר ליישב דברי מקצת הגאונים שהביא הרמב"ם והשיג עליהם שלא חשו לחן האשה דאפשר דאינהו לענין נדוניא מיירי ואע"ג דנקטו בלישנייהו כתובה מ"מ לנדוניא כתובה קרו לה כדאמרינן כתובתה תחת קבורתה וקאי על הנדוניא כמ"ש רש"י ותוס' ע"ש בדף מ"ז ע"ב ולכן שפיר כתבו כיון דבהא ליכא טעמא רק משום זכות היתומים משום מזוני כדאמר הש"ס מעיקרא ולכן כשאין הנכסים רק כנגד כתובתה אין כאן זכות ליתומים ואפשר דגם הרמב"ם מפרש כן דברי הגאונים אלא דס"ל דגם בנדוניא שייך משום חינא ומכ"ש היכא שמצורף עם הכתובה שכן היה דרכם לצרף יחד כמ"ש רש"י דף פ"ו גבי הא דלבע"ח יהבינן כו' וכן בדף מ"ז כתב אם מתה ירית איהו נמי נדוניא שאף היא בתוך השטר נכתבת דהכי כתבינן דא נדוניא כו' וצבי והוסיף לה כו' ובהכי א"ש דברי התוס' בב"ב גבי נפל הבית דס"ל דאף נצ"ב צריך שבועה כמ"ש המ"ל והב"ש וכבר כתבתי לעיל דמהרשד"ם כתב דהתוס' מפרשים דמיירי באין לה שטר כתובה. וז"א כמבואר בתוס' שכתבו דלב"ש א"ש ועיין ביבמות דף מ"ז בתוס' שם ולפי מ"ש י"ל דודאי מיירי בנקטה שטר כתובה ומצורף עמה הנדוניא וכשאינו בעין לא שקלא בלא שבועה ומבואר דאם אינו בעין לא שקלא וכמש"ל דברי ה"ה ולא מטעמיה דמדמי ליה לחוב דעלמא אלא אדרבה כיון דמצורף לכתובה בכלל כתובה הוא ושפיר צריכה שבועה כשאין הנדוניא בעין ועיין בריטב"א שהביא הב"י סי' ק"ג לענין מוכרים שלא בב"ד משמע מדבריו דבנדוניא ליכא משום חינא לכן ס"ל דאינה מוכרת אלא בב"ד אך מבואר שם שהוא סובר שאין לה מזונות בשביל הנדוניא ולפי"ז להרמב"ן ודעימיה דאוכלת מזונות בשביל הנדוניא כמש"ל מהב"ש סי' צ"ג א"כ גם בשביל הנדוניא מוכרת שלא בב"ד וא"כ צ"ע על הרמ"א שם שכתב בפשיטות דנדוניא הוי כחוב ולא תמכור אלא בב"ד וגם דברי הב"ש שם צ"ע וקצרתי:

ועכ"פ לפי מה שכתבתי נראה דאף אם אין הנדוניא בעין כיון דלהרמב"ן ודעימיה שייך טעמא דמזוני א"כ אפי' תימא דגבי נדוניא ליכא טעמא דחינא מ"מ מזדקקין משום מזוני וא"ל דמ"מ היכא שאין נכסים רק כנגד כתובתה אין להזדקק שאין כאן טובת היתומים וכמש"ל ממקצת גאונים שהביא הרמב"ם ז"א דהגאונים מיירי שידוע בבירור שאין כאן שום נכסים לנפטר כגון שצוה קודם מותו או שנתברר לה בענין אחר אבל במי שלא נזדקקו הב"ד אחר מותו מיד לדעת מה שיש לו בבית והנכסים נשארו ת"י אביו שמא יתברר שיש לו נכסים הרבה במקום אחר והאשה תאכל ביני וביני מה שהוא בעין לפנינו בתורת מזונות וחוב כתובתה ישאר בתקפו אם מצא לו עוד נכסים תגבה אותם ועד

שאתה חושש שלא להזקק לנכסים עד שיגדלו שמא יתברר דאתפסה צררי יותר יש לך לחוש שאחרי אכלה הנכסים בתורת מזונות ימצא עוד נכסים ותגבה אותם לכתובתה ולכן אין לספק כלל דודאי נזקקין אף לנדוניא אפילו אינה בעין ומכ"ש אם הוא בעין ומכ"ש בכה"ג שעודה ביד השליש כמש"ל ופשיטא דאין מקום לחוש דשמא אבי הנפטר שהגיעו נכסי בנו לידו פרע הכתובה להאלמנה ולא לקח הכתובה מידה דודאי אפילו לפרוע ולוקח השטר כתובה מידה לא היה יכול לעשות בלא רשות ב"ד שישביעוהו מתחלה כדין ואע"ג דקי"ל בסי' קכ"ז בפורע חובו של חבירו אם היה בידו משל חבירו מה שעשה עשוי מבואר שם הטעם משום דמצי למימר אם לא הייתי פורע היו הב"ד שולחים שאפרע לו משא"כ בזה דודאי לא היו הב"ד מצווים לפרוע בלא שבועת האלמנה ולקרוע שטר כתובה וגם כיון דשטר כתובה בידה אם היה פורע ומניח השטר הוא פושע וחייב לשלם כדין אפוטרופוס שפשע ופרע מנכסי יתומים ולא לקח השטר ופשיט כל כה"ג לא טענינן ליתמי אך נראה דאפילו בלא שטר אין טוענין ליתמי כה"ג דאל"כ הא דקיי"ל מלוה נגבית מיתומים באחד מג' דרכים דהיינו שצוה בחליו או נדוהו או לא הגיע הזמן נימא שמא כשיגדלו יבררו שאחד שהיה בידו ממון אביהם פרע לזה ומ"מ כשיש ביד זה שטר ואח"כ בא אחד ואומר שהיה בידו ממון אביהם ופרעתי לזה ולא לקחתי השטר אין היתומים נפטרים בזה והוא מחויב לשלם ליתומים ע"פ הודאתו שהיה בידו ממון אביהם והדבר פשוט דביתומים אין חשש רק מפרעון בחיי אביהם ולא שמא נפרע אחר כך על ידי אחר וקצרתי:

ומה שטען האפוטרופוס ברי שתפסה בחיי בעלה כלים ומטלטלין שהיו שווים הרבה והיא השיבה שלא נשאר בידה מזה שהיה לה הוצאות בעת חוליו של הבעל ופרנסתה אם האפוטרופס טוען ברי ורוצה שתשבע שלא נפרעת מכתובתה נראה דיש להשביעה ע"ז אע"ג דקיי"ל דשבועה שלא תפסה בעצמה אינה אלא ע"י גלגול כמו שהכריע הב"ש בסי' וכ"כ כמה פוסקים ומכ"ש בזה שלא היתה שמה קודם מות בעלה דאף חשש שמא תפסה בעצמה אינו אלא על סמוך למיתה ובכה"ג שלא היתה שמה לא חיישינן וכמ"ש אא"ז הגאון בעל שארית יוסף בתשובותיו וכ"כ הגאון בשו"ת נודע ביהודא חלק ח"מ סימן ט"ז דאם מת מתוך חליו והיה בו דעת לצוות ולא הזכיר ליכא חשש צררי כלל דשמא תפסה בלא רצונו ליכא למיחש שא"כ היה מצוה בשעת מותו ולתפיסה בשעת מיתה ליכא למיחש שהרי לא היתה שם אך בזה שהאפטרופוס טוען אשתבע לי דלא פרעתיך וגם היא מודה שתפסה מרצונו אלא שטוענת שהוציאה לפרנסה ואע"ג דעל מזונות א"צ שבועה ומכ"ש כשתפסה שגם הרמב"ם מודה שעל מה שתפסה א"צ שבועה

עד שתבא לגבות יותר וכמ"ש הב"ש סי' צ"ג ס"ק מ"ב וס"ק מ"ה ע"ש ואפילו תפסה יותר מכדי כתובתה והיתומים קטנים כמבואר במ"ש ריב"א דכל נשים גבורים ויש להם בנים קטנים יאספו כל הממון כו' ולא קיי"ל כוותי' כמ"ש הטור והב"י בסי' צ"ג ע"ש מ"מ כאן באמת אין להשביעה מחמת התפיסה על המזונות רק מחמת שהאפוטרופוס טוען טענת פרעון על הכתובה וגם זה צ"ע כיון שאין האפוטרופוס יכול לטעון ברי רק שמא יש עדיין בידה מותר ויהיה לפרעון הכתובה או מקצתה וא"כ אע"פ שהיא מודה בתפיסה שיכולה לומר למזונות תפסתי ולא גרע מלוה שפרע למלוה וטוען המלוה שקיבלו על חוב אחר והלוה מודה בשני ההלוואות שהדין עם המלוה וכאן פשוט שהנדוניא דינה כחוב לענין זה ואין ספק שיכולה לומר למזונות תפסתי דבמה שתופסת למזונות אינה מפסדת הכתובה ואע"פ שבגביית הנדוניא לבד אינה מפסדת המזונות מ"מ הא עדיפא לה שבכתובתה יש טריפת לקוחות וכן מבואר בש"ס ובטור סי' ק"ג לענין דמוכרת סתם ואם תרצה תאמר למזונות מכרתי כו' ע"ש ומכ"ש כאן שיכולה לומר למזונות תפסתי משא"כ אם תקחם בפרעון הכתובה שתפסיד המזונות והדבר מבואר בסי' צ"ג בתפס' למזונות אפילו ככר זהב אין מוציאין מידה ופשיט דלא מיירי שביחנה דברים לפני עדים או לפני ב"ד שתופסת למזונות אלא תפסה סתם ואנן אמרינן דלמזונות תפסה וא"צ שבועה וכיון דמצד תפיסתה למזונות א"צ שבועה ומצד גביית כתובתה א"צ שבועה על הנדוניא שהיא בעין ושמא על האפוטרופוס אינה מעלה ומוריד דהא גם בלעדו היינו טוענין ליתומים שלא נשאר בידך מתפיסה זו שתפסת למזונות וצריכה לקבל חרם סתם ועיין בספר נחלת שבעה ס"ס י"ז שכתב דאם הנדוניא בעין ופיחתו צריכה לישבע על המותר אבל מה שהוא בעין נוטלת בלא שבועה ע"ש ופשיטא אף במעות נדוניא שייך לומר שהם בעין אף שהם ביד אחרים בעיסקא ועיין בשו"ת הריב"ש וא"כ בנ"ד אינה באה לגבות מנכסי יתומים רק להחזיק בנדוניא שהוא בעין ביד השליש אפילו שבועה א"צ אך מה שאין בעין מהנדוניא יש להצריכה שבועה כיון שעכ"פ באה להוציא מיתומים ויש חשש צררי מחמת התפיסה אבל בשבועה נוטלת אף מיתומים קטנים שהרי דעת כמה פוסקים שאף בזה נוטלת בלא שבועה משום דהוי כחוב ת"ז וכמש"ל ומה"ט הקילו בה לענין א"א מוריש ש"ל וכ"כ בשו"ת שבות יעקב ח"ג וז"ל גם בשו"ת מהר"ש הלוי דנדוניא דהווי' כבע"ח דעלמא יורשים נוטלין אף שלא נשבעה ולא חיישינן לצררי כיון שמת ת"ז וכן מסיק בספר חוסן ישועות לאה"ז וכן נ"ל עיקר כו' וקרוב לזה מצאתי בסוף ספר מסגרת השולחן בתקנת ד' ארצות בענין הבורחים שאשתו בנדוניתה קודם לכל בע"ח ע"ש וזה מלתא דמסתבר וכן הסכימו עמי ב"ד ועשינו כן להלכה ולמעשה עכ"ל ולענ"ד

ברור דהך דאין נזקקין לנכסי קיל טפי דהתם מפסדינן לבע"ח ונותנין ליורשי האשה ואמרינן דכה"ג א"צ שבועה משום חשש צררי ומכ"ש בזה דאף אם לא יזדקקו עכשיו יזדקקו כשיגדל אלא חששא בעלמא הוא דניחוש ליה שמא ימצאו עדים כשיגדל ויברר שכבר נפרעה לכתובתה פשיטא דב"ד אביהם של יתומים ובאבנתא דלבא תליא מלתא שאם לפי ראות עיני הב"ד לא יבא הדבר לידי בירור לעולם פשיטא דכמו שהם מחויבים לעמוד לימין צדקם של היתומים כמו כן הם ממונים לדיין אלמנות ואין להם לענות את דינה עד אשר יגדל הנער והרי אפילו במקום שיש חשש צררי אמרו דכשיש איזה תועלת ליתומים כגון שהבע"ח רוצה לוותר דבר מה מזדקקין ואין חוששין שמא יביא עדים ומכ"ש במקום שברור לב"ד שלא יברר כשיגדיל אין להם למצוא עלילה נגד האלמנה ומחויבים להוציא הדין לאמתו וא"ל דדוקא תועלת ליתום בעינן גם זה בכלל התועלת שלא תתעגן אמו בחנם וקרו ליה עולא משגש אורחתא דאמא וגם יש תועלת ליתום משום דא"כ תקח הכל למזונות וכבר כתבתי דאף בכה"ג שכתובתה מרובה מהנכסים שייך טעמא דמזוני דשמא ימצאו לו נכסים במקום אחר ואם לא תגבה כתובתה ותקח למזונות שוב תגבה כתובתה מהנכסים שימצאו ומכ"ש אם אינה לוקחת כל הנכסים ונשאר דבר מה לפני היורש דפשיטא דמהני כמו תועלת וויתור הבע"ח וא"ל דמחמת תועלת מזונות אין כאן כיון שתבעה כתובתה בב"ד שוב אין לה מזונות ז"א דהא בש"ס אמרינן הא לא קשיא בתובעת כתובתה כו' א"ה איזדקוקי לא מזדקקין ליה אלא כיון דאזדקינן מעיקרא מזדקקינן לבסוף ופירש"י כיון שמזדקקין מעיקרא בתחלת תביעת כתובתה להפסיד מזונותיה מזדקקין לה לבסוף להגבותה כתובתה והר"ן בכתובות כתב כלומר אם אין אנו נזקקין הרי היא נמנעת לבא ויש כאן הפסד מזונות וכבר כתבתי דלהרמב"ן ודעימיה דאוכלת מזונות בשביל הנדוניא אע"ג דיש חולקין כבר כתב הב"ש דקיי"ל בפלוגת' זו דאוכלת כיון דנכסי בחזקת אלמנה קיימי וא"כ פשיטא דנזקקין לנדוניא משום מזוני וגם כי דעת הפוסקים בתבעוה מדוחק שלא נתנו לה מזונות אינה מפסדת מזונות כלל ע"י התביעה בב"ד כמבואר בטור וש"ע ועוד נראה דאם תאמר דשמא יברר א"כ כשלא יברר יש לה למפרע מזונות דמה שמפסדת היינו כשנפרעת לבסוף הפסידה מיום התביעה אבל אם אין היורשים רוצים לשלם לא הפסידה וא"כ שוב יגיע לה הכל למזונות ויש הפסד ליתומים בהמתנה זו ויש לפרש עפ"ז דברי הש"ס כיון דמזדקקינן מעיקרא כו' ופשיט דלא מסתבר לומר כיון שמן הדין אין נזקקין לנכסי קטן אף שלא יתברר לבסוף אין לה מזונות משעת תביעה דז"א דמה לה לאשה בכך וכל שלא יהיה מהנכסים לסלק לה כל דמי כתובתה תקח הכל בעד מזונות והכתובה

תשאר חוב עליהם (ואפשר לדחוק דממ"נ אם ימצאו נכסים לתשלום כתובתה אז יצרפו הכל לתשלום כתובתה וממילא שאין לה מזונות מיום התביעה אך המעיין יראה דליתא וקצרתי) אך בלא"ה א"צ לזה שהדבר מבואר כמ"ש דאם נאמר שמפסדת מזונות מחמת תביעה זו יש לנו להזדקק להגבותה ג"כ ואם נאמר דלא הפסידה כ"ש דמזדקקין בשביל תועלת היתומים וכמ"ש והדבר ברור כמ"ש שאף בנדוניא נזקקין לנכסי קטן ובפרט בזה"ז דלא שכיח כלל חשש צררי:

אך בענין התפיסה שתפסה למזונות יש לי לדון קצת בדבר דדרך העולם שאבי הבת מתחייב לתת מזונות על שולחנו להזוג משך כמה שנים אחר הנשואין ואם בנדון הזה ג"כ התחייב אבי הבת כן א"כ י"ל שאין לה ליקח משל בעלה עבור מזונות לא בחייו ולא לאחר מותו ומכ"ש דברי האפוטרופוס שטוען שהיתה אוכלת על שולחן אביה בחנם ובזה יש מקום לומר דמאן יימר דלמא השכינה ביד אביה מה שהיה עמה מבית בעלה ומכ"ש אם תברר שכן הוא אבל אם היה מגיע ממנו מזונות להזוג אין לה ליטול מנכסי הבעל ואע"פ שהבעל חייב במזונותיה בחייו ואף כי אחרי מותו שנתחייב בשטר כתובה נראה שאין לנו לדון בזה דין בת אשתו שאחד זנה ואחד נותן דמי מזונות דהתם אין חיוב של זה בא מחמת המתחייב השני משא"כ בזה שחיוב האב אף לבתו הוא ע"י שמשיאה לזה ואומדן דעת הוא שמקבל עליו לסלק חיובו של הבעל אלא שאם לא סילק אז הבעל בחיובי' קאי ומעולם לא שמענו שהאשה אוכלת אצל אביה או חמי' בתורת התחייבות מזונות שתתבע את הבעל לשלם לה דמי מזונותו וא"כ לאחר מיתת הבעל נמי כיון דלא פקע ההתחייבות כמ"ש הט"ז בח"מ סי' ס' ואף למאי דפליג עליה בשו"ת שבות יעקב התם איכא אומדן דעת שלא נתחייב לכלתו משא"כ הבת אצל אביה ליכא אומדן דעת וא"כ י"ל דהאב הוא מחוייב לזון הזמן שקיבל עליו ואכתי לא פקע מיניה וא"כ בעת ההוא שהאב זן ומפרנס לא רמי חיובא אנכסי דבעל אף לאחר מיתה שהאב זנה בחריקאו ומסלק החיוב מנכסי הבעל ואפשר שיש חילוק בין בחיי הבעל ובין אחר מיתה וזה זמן רב שנתעוררתי בזה ולא היה סיפוק בידי לעיין וגם עתה לא נפניתי וגם כי הגיעו הימים יומי דחושבנא והדברים צריכים לפנים ולכשאפנה אתיישב בדבר בל"נ להעמיד הדברים על בוריין והנראה לענ"ד כתבתי:

דברי זעירא דמן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סח

שאלה איש ואשה שהקנו לחתנם קרקע מנכסי מלוג של האשה בקנין המועיל ושוב נתגלה שג' שנים קודם לזה הקנית' האשה לבנה הקרקע ההוא בק"ס לפני עדים בלא

דעת הבעל ונשאלתי מכבוד מחותני הרב המאה"ג מוהר"ר מרדכי זוסקינד אב"ד דק"ק לאשצוב לחוות דעי בזה אף כי האיש והאשה עודם חיים ורצונם שיתקיים הקנין השני שהקנו לחתנם אך הבן רוצה בקיומו של הקנין שהקניתה לו אמו אם ימות האב תחילה והני תרי גיסי בקשו ממנו להגיד להם דבר חוק ומשפט איך יפול הדבר כשימות האב תחלה אם זכה הבן ע"י קנינו מהאשה לבד או לא:

תשובה ראיתי את המעשה כי היא דבר הלמד מענינא דסוגי' דתק"א אשר היא ענין גדול ורחב ידים ומטרדותי בכמה ענינים שונים הנצרכים להלכה למעשה לשעתה היה מהראוי להניח ידי כעת עד כי אפנה אי"ה אך נעתרתי לבקשת הרב המאה"ג הנ"ל וראיתי להשיב מפני הכבוד בדרך קצרה והנה הרב הנ"ל הביא פלוגתות הפוסקים הרמ"א והב"ש סימן צ' וספוקי מספקא ליה מי קרוי מוחזק ואען ואומר הנה מדברי הב"ש ס"ק מ"ו משמע שדעתו לחלק בין מכרה בטובת הנאה בין מכרה מהיום לזה צ"ע כיון דהב"ש אתי עלה מכתובות דף נ"ט והתם אמרינן דאמרה לכי מגרשה ועלה פריך מי איכא מידי כו' ואף לפי מ"ש התוס' ד"ה לכשאקחנה מבואר דאין לחלק ועיין פירוש דברי התוס' במ"ש אא"ז מהרש"א שם דע"פ אומדן דעת הוי כאמרה עכ"פ חזינן דבכל גווני אמרינן מי איכא מידי ובפ"י בב"ק דף פ"ח הקשה ג"כ כקושית הב"ש גם על מוכרת בטובת הנאה ולפי תירוצו שם ג"כ לדידן זבינ' דידה לאו כלום היא אפילו בטוה"נ והתם לר"פ ור"ה בדר"י איתמר ומיישב בזה שיטות הרי"ף והרמב"ם ורש"י והג"א ע"ש ובאמת מ"ש כן על הרמב"ם צ"ע דהרמב"ם ס"ל דאינו מוציא הגוף וא"כ שפיר יכולה למכור הגוף מהשתא אם לא שנאמר כמ"ש הש"ך בח"מ ס"ס ק"ג שגם הרמב"ם סובר שמוציא הגוף בחייו ע"ש ובאמת בגוף הקושיא שהקשו הפ"י והב"ש לכאורה יש להפליא שלא הזכירו בדבריהם מדברי התוס' בכתובות שם בהך סוגיא גופא שכתבו דמ"ש מנ"מ שיכולה למכור לכשתאלמן כו' ולכך כתבו דבאמת יכולה להקדיש מ"י כמו שיכולה למכור רק שאינה יכולה לאסור בקונם משום מי איכא מידי ע"ש. וראיתי בס' כתובה בק"א שם ובס' בית מאיר שהשיגו בזה על הב"ש ע"ש וע"ש בספר כתובה שכתב דהתוס' שכ"כ בפשיטות היא מסוגיא דהחובל וס"ל דאין לחלק בין מוכרת בטוה"נ למוכרת מיד דעכ"פ לא הוי דשלב"ל דהא יכולה למכור בטוה"נ כו' והיינו ע"כ דיש לה זכות למכור הגוף מחיים כו' ע"ש ונלע"ד דודאי לא נעלם מהב"ש ופ"י דברי התוס' אלו אלא דמפרשי דברי התוס' שאין קושיתם ממה שיכולה למכור נ"מ לכשתאלמן אע"ג דהא איכא תק"א דהא מצינן למימר דבאמת גם לאחר תק"א יכולה למכור הגוף כשיטת הרמב"ם וגם די"ל כתי' הפ"י דבב"ק לר"ה ברי' דר"י ור"פ איתמר ולמסקנא דר"א דס"ל כקושית הש"ס דאי

לקמיה לא קדיש אהשתא נמי לא קדיש באמת לבתר תק"א א"י למכור נ"מ. אך עיקר קושית התוס' הוא אף קודם תקנת אושא איך יכולה למכור שיזכה הלוקח לכשתתאלמן או תתגרש דהא השתא אינה יכולה למכור הפירות דמשעבדי ליה לבעל ודמי ממש להקדש דמ"י דאף שהידים עצמם שלה הם מ"מ לפי שעתה היא נשואה לבעל ומשעבדי ליה מעשה ידיה א"י להקדיש מ"י אף על אחר גירושין וע"ז שפיר כתבו דלמה לא תוכל להקדיש מ"י כמו שיכולה למכור נ"מ שיחול לאחר שתתגרש לפי שהגוף גם עתה שלה רק הפירות משועבדים לבעל ולכשסילוק השיעבוד חל המכר וה"נ הידים שלה רק מ"י משועבדים עתה ולכשיגרשנה שפיר חל ולכן הוצרכו לחלק דבאמת בהקדש כללי שפיר חל כמו שיכול למכור רק לאסור בקונם פרטו אף כה"ג אינו חל וביאור חילוק התוס' בזה נלענ"ד דבשלמא במכר והקדש שפיר הוי חיי' מהשתא כיון שהיה מקדיש הגוף אלא שאין לו עתה על מה לחול כיון שהפירות משועבדים לבעל ומתל' תלוי וקאי ולכי משכח רווחא חייל ולא שייך בזה מי איכא מידי דהשתא לא קדיש דשפיר חלה הקדושה גם עתה על הגוף אלא שהופקע מן הפירות לע"ע מחמת שעבוד וה"ז כאלו לא עשת' השדה פירות כמה שנים שההקדש חל לכשתעשה פירות מה שא"כ בקונם שאין האיסור על הגוף רק על מעשה ידיה או הפירות עצמם אם כן שפיר שייך על הפירות מי איכא מידי כו' וזה מבואר להדיא במ"ש התוס' אח"כ ועוד יכול להיות דאפילו היה מקדש' ידיה לשמי' לגמרי לא היה ראוי לחול כמו על שדה דבשדה חל ההקדש על גוף השדה כו' ע"ש שמבואר כמ"ש רק דמתחלה ס"ל דגם במעשה ידיה שייך לומר שחל קדושת הגוף על הידים והוה כהקדיש או מכר שדה ולא דמי לקונם ושוב כתבו דגם הקדש ממש שייך במ"י והוה כמו קונם שאין חלות על גוף השדה ולכך שייך ביה מי איכא מידי וזה ברור בפשט דברי התוס':

וכל זה קודם דאתינן לתק"א או אפילו לאחר תק"א לשיטת הרמב"ם שאין התקנה בחיי' על הגוף כלל רק על הפירות משא"כ לשיטות הרא"ש דמחמת התקנה גם הגוף של הבעל בחייה שוב שייך גם לענין מכירת הגוף גם כן מי איכא מידי כמו דקשיא ליה בקונם לענין מ"י או לענין איסור בקונם למלוה שדה הממושכן אם לא היה בידו לפדותו דכיון שאין הקונם רק על הפירות שייך ביה מי איכא מידי וה"נ כיון שחל גם עתה השיעבוד על הגוף שייך מי איכא מידי וזה קושית הב"ש והפ"י דלבתר תק"א איך יכולה למכור לכשתתאלמן או תתגרש ואין זה ענין כלל לדברי התוס'. אך לענ"ד נראה ליישב קושית הב"ש והפ"י דבאמת הך דינא א"ש לפי המסקנא דמסיק רב אשי קונמות קאמרת כו' ונקדשו מהשתא אלמוה רבנן לשיעבודא דבעל כו' וכתב הר"ן בנדרים ואם תאמר ואי

אלמוה כו' הדרא קושיא לדוכתי' כיון דהשתא לא חייל כו' ויש לומר כיון דמדינא חייל אי לאו דאלמוהו כו' ה"מ כל היכא דקיימא קמיה לא ליחול אבל נתגרשה כאלו חייל מעיקרא דמי כיון דמדינא ראוי לחול כו' וכ"כ הרא"ש שם ושאר מפורשים הובאו בש"מ כתובות ע"ש והנה רש"י בב"ק דף פ"ח כתב אהא דתק"א אע"ג דבעלמא ק"פ לאו כקה"ג אלמוהו רבנן לשיעבודא דבעל משום איבה כו' ע"ש ואם כן ודאי הא דהבעל מוציא מיד הלקוחות בחיי' הגוף משום אלמוה לשיעבודא אתינן עלה ובכהאי גוונא אין זה מעכב רק היכא דקיימא קמיה אבל אין זה מעכב אם אינה מוכרת מהשתא רק על לאחר מיתה ול"ח בזה להך דמי איכא מידי כמו בהקדש דמ"י וזה ברור לענ"ד. וראיתי בספר כתובה שכתב די"ל דאם נתאלמנה הוה להו מכר למפרע שאם ימות הוא אין כאן תקנת אושא כלל ומתרץ בזה קושית הב"ש. ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הח"מ ס"ק כ"ט שכתב כן להדיא דלמפרע חל המכירה אף לדעת הרא"ש דכשנתאלמנה איגלאי מילתא למפרע שהמכירה היתה כדין עד כאן לשונו. אך שעדיין צריך עיון לתרץ בזה קושית הב"ש דהא בש"ס קאמר התם דדמי לשדה זו שמשכנתי לעשר שנים כו' וקאמר ר"א דהתם בעשר שנים מיהא בידו לפדותה הכא אין בידה לגרש עצמה לעולם מבואר מזה שאין קפידא הא דלא מצי מקדיש מהשתא דהא התם נמי אין ההקדש חל בתוך העשרה שנים רק עיקר הקפידא אם בידו שעל כל פנים יחול ההקדש וכיון שבידו לפדותה שפיר חייל מה שאין כן כשאפשר שלא יחול ההקדש לעולם ואם כן מה בכך שהמכירה חל למפרע מהשתא מכל מקום כיון דעל כל פנים לא היה ברור שתחול המכירה בשום פעם יש לומר דהמני אך אפשר לומר דתרווייהו בעינן לענין חלות ההקדש דבשדה משכנתא נהי שאין מקום שיחול מהשתא דהא התם לא הוי הקדש למפרע מכל מקום בידו שיחול על כל פנים או כשיפדנה וכן בנ"מ אף שאין בידה לגרש עצמה מכל מקום אם נתגרשה חל המכר למפרע והוי מכר מהשתא מה שאין כן בהקדישה מ"י דאיכא תרווייהו שאין מקום שיחול מהשתא וגם לקמיה אין בידה שיחול הלכך שפיר אמרינן מי איכא. אך מה שיש לעיין בזה לכאורה היא דאם נימא דאין מקום שיחול המכר לכשתתגרש דווקא משום דמי איכא רק דלכשמת היא תחלה אגלאי למפרע שחל המכר בשעת מיתה לכאורה זה תלוי בדין ברירה דדווקא אם מתנה על להבא ל"ש ברירה אבל כשמתנה שיחול למפרע תלוי בברירה כמבואר בפוסקים ואין לומר דכאן אין תלוי בברירה אלא דגלוי מילתא בעלמא הוא שיהיה המכר קיים בשעת מעשה כמו ההיא דעירובין וכבר בא חכם דזה אינו דהתם בשעת חלות הענין כבר היה מבורר באמת רק שזה היה מחוסר ידיעה ולא איכפת לן בהכי מה שאין כן כאן דבשעת מעשה לא היה כאן בירור שיהא כן

שימות תחלה ושמא אז לא היה עתיד להיות כן רק דאיזה סיבה גרמה שמת תחלה וכמו שכתב הנ"י ביבמות גבי החולץ למעוברת והפילה דתיגלי מילתא למפרע לא אמרינן דאפשר שלא היתה עתידה להפיל כו' עיין שם וכיון דבשעת מעשה לא היה מבורר לא אמרינן הוברר למפרע וכמו שכתב רש"י בגיטין בעל מנת שירצה אבא דכל שהתנאי אין בידו לקיים ובשעת התנאי הדבר ספק והתנאי מתקיים מאליו תלוי בברירה אמנם לפי מה שכתב התוספות דבדבר העומד להתברר שפיר אמרינן ברירה כגון בגט שכיב מרע שעומד להתברר אם יחיה או ימות והכא נמי הרי עומד להתברר בודאי מי ימות תחלה וגם יש לומר דכיון דמדינא אף מתה תחלה המכר קיים דהא נ"מ שלה הם רק משום תק"א א"כ הו"ל כמילתא דרבנן דקי"ל בדרבנן י"ב ויש להאריך בכ"ז ואין הפנאי מסכים עמדי:

ואמנם נלענ"ד דאף אם נימא שחל למפרע היינו אם מבררת דברי' שמוכרת מעכשיו לכשתתאלמן יחול למפרע משא"כ כשקבלה קנין בסתם או שדעתה היה שיחול מיד או שיחול בשעה שיש מקום לחול וכיון דהשתא ודאי לא חייל א"כ לא חל אלא מההוא שעתא ולא למפרע כלל ומ"מ א"ש דל"ת מי איכא משום דכיון שאם היתה מבררת דבריה שרצונה שתחול מהשתא היה מהני אף בכה"ג שמוכרת אלכשתאלמן כיון שאם היינו יודעין שיתברר הדבר שימות תחלה היה בידה להקנות מהשתא בשביל חסרון ידיעה שלנו א"ז עכבה שלא יחול כשתתאלמן או תתגרש וא"ש דברי הרמ"א דאם נתאלמנה מכרה קיים ודלא כמ"ש הח"מ דקיים למפרע שהרי לא בחנה דברי' שמוכרת מעכשיו לכשתתגר' ועכשיו לא חלה המכירה וע"כ דאמדינן דעתה שתחול כשימצא מקום לחול וכמש"ל מתוספות ואא"ז מהרש"א בהך דאמרה לכי מגרשה (ובאמת מ"ש מהרש"א דמוכח הכי דאל"כ מ"ט דת"ק צ"ע די"ל דת"ק סובר דאף בכה"ג לא מהני כמ"ש בש"מ בשם הרמב"ן והרשב"א וש"מ ע"ש ומדברי הר"ן בנדרים והריטב"א נראה דמפורשים דמיירי שאמרה כן בהדי') וכן לפי מ"ש בס' כתובה דגם להרא"ש יש להאשה גם עתה קצת זכות בנכסים נמי אמרינן דאין המכירה למפרע וגם לפי מ"ש לתרץ קו' הב"ש דתק"א היא מטעם אלמוהו אינו מעכב לענין שיהא מכר לכשתתגר' גם כן א"ש בפשוט שהמכר היא קיים משעת דנתאלמנ' וכדמשמע מפשיטות לשון הרמ"א. ונחזי אנן בנ"ד ל"מ לדעת הב"ש והפ"י מה שהקנית' לאו כלום הוא אלא אפילו למאי דכתבי' בישוב לשון הרמ"א מ"מ נראה שאין הקנין מועיל לפי מ"ש דאין המכר חל אלא כשתתגרש וא"כ זה מועיל כ"א כשקנה הלוקח בכסף או בשטר והשטר עדיין קיים בעת ההיא אבל בקנין ל"מ כמבואר בח"מ סימן קנ"ה במקנה בקנין אלאחר ל' יום ל"מ דההוא שעתא הדר'

סודר' למריה ואף שכתב הרמ"א שם דבמקבל קנין בסתם אמרינן דהוא מעכשיו מ"מ כאן שא"א להקנות מעכשיו וע"כ שדעתא שיקנה לאחר זמן והך קנין לא מהני ופשיטא דלא מסתבר לומר דכיון דא"א להקנות מעכשיו דעתה כשתתאלמן שקנה למפרע והוי כמעכשיו לאחר ל' יום דמהני אף בקנין ועיין בסמ"ע וש"ג. הך נלענ"ד פשוט דודאי נשי לאו דינא גמירי ויותר נראה שהיה דעתה שלא להקנות מעכשיו כלל ואף כשתתאלמן רק לאחר מיתתה דלא שבקה נפשה ויהבי לאחרינא וגוף הענין היאך היה הקנין נעלם מאתנו כעת שלא הראה זה לפני ב"ד שטר קנינו איך היה ועכ"פ אם היה באופן זה שיקנה לאחר מות אישה או לאחר מיתתה נראה ברור דלאו כלום הוא דההוא שעתא הדר סודר למריה:

ועוד נראה לפום מה דכתיבנא דגם הרמ"א ל"ק רק שהמקח קיים משעה שנתאלמנה אבל לא למפרע א"כ נראה דהיינו דווקא כל שלא חזרה בה בחיי בעלה ולכן כשמת חל הקנין ממילא כמקנה בכסף או בשטר לאחר ל' אבל נ"ד שחזרה בה בחיי בעלה פשיטא דמהני חזרתה כמבואר בקידושין ר"פ האומר ועיין בח"מ ס"ס קצ"א וא"כ אין לנו לדון שיזכה הבן בקנינו כ"א לשיטת הרמב"ם דס"ל דלוקח קונה הגוף מיד מ"מ הרי דעת הרא"ש והטור והרשב"א והר"ן דאינו זוכה בגוף והש"ך בח"מ סי' ק"ג כתב שבאהע"ז כ' די"ל שגם הרמב"ם סובר כן ודלא כאחרונים ונראה מדברי הש"ך שם שכן עיקר להלכה ופשיטא שאין לדון את הבן כמוחזק מחמת הקנין שעלי' אנו דנין בספיקו ואין ספיקא מוציא ודאי של הקנין השני שהיה מן הבעל והאשה כ"ז אמרתי בחפזי מאפס פנותי אף לעיין בדברי הרמב"ם ונושאי כליו בענין זה ולפיכך איני מחליט הדין למעשה ובפרט שאינו רק על דרך את"ל שימות הוא קודם וגם כי לא נתברר ענין הקנין שקנה הבן מאמו ועל איזה אופן היה ולכשיתוודע בבירור נחכם לו וכעת לא כתבתי רק להפקת רצון הרב הנ"ל ויורה ידין כפי הענין שיתברר לפניו ולענ"ד הדברים שכתבתי אף שעדיין לא באו בכור הבחינה יש בהם גופי תורה והמסלת בנפה שלו יבור להבין דבר מתוך דבר:

דברי זעירא דמן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה סט

אלף שלומי' לכבוד ש"ב הרב המאה"ג החריף ובקי המפורסם מו"ה מרדכי זיסקונד נ"י:

אחד"ש כל"ש אעז ואומר כי גי"ק הגיעני ע"י מוכ"ז וראיתי שכתב על מ"ש ליישב דברי הב"ש והפ"י כי לא נעלם מהם דברי התוס' בכתובות דף נ"ט רק שהתוס' תרצו שפיר לפי מאי דקיימי התם קודם תקנת אושא כו' וע"ז כתב שזה פלא שהרי נראה בעליל מדברי הרא"ש פרק נ"ש כי זה שמוציא בחייו הוא מחמת אכילות פירות כו' ולפ"ז נסתר

ד"ק דהא אף קודם תק"א ליכא לתרץ כמ"ש התוס' דהא הגוף מוציא מחמת הפירות מתקנת המשנה עכ"ד בקצרה ושגגה היא בידו דודאי קודם תק"א היא ביד האשה למכור הגוף אף שהקרקע משועבד לבעל לפירות מ"מ היא יכולה למכור הגוף שלה כיון דק"פ לאו כקה"ג דמי וכמו דכותב נכסיו לבנו דאף שהאב שייר לעצמו הגוף לפירותיו מכר הבן הם מכורים ולכי מיית האב קונה לוקח לפי שהאב אין לו זכות בגוף עצמו כ"א לפירותיו וה"נ בנ"מ כמבואר להדיא בב"ק בעובדא דרמי בר אבא והכי אמרינן בהדיא בפרק האשה שנפלו מתני' בחייו ולפירות דהבעל יכול להוציא הגוף לצורך הפירות לאכול אותם כל ימי חייו שזכו לו חכמים פירות תחת פרקונה ויש לו זכות בגוף השדה לפירות ומ"מ האשה יכולה למכור הגוף עצמו ואין הבעל יכול להוציא מלקוחות אדרבא אפילו כשמת' היה הם מוציאין מיד הבעל השדה ואוכלין פירותיו ולפיכך אין מקום להקשות מי איכא מידי דהשתא אינו מכור כו' משום דבאמת המכירה חייל מהשתא לענין הגוף רק שהתוס' מביאין ראיה מזה דאף דעיקר השדה לפירות קיימא ואין מקום שיחול על הפירות דמשעבדי לבעל מכל מקום חיילה המכירה על הגוף וה"נ לענין הקדש כו' וכמ"ש בביאור בתשובתי הראשונה משא"כ אחר תק"א לפי שיטות הרא"ש דמכירה בטילה מיד לענין הגוף שפיר קשיא להו להב"ש והפ"י דנימא מי איכא מידי לענין מכירת הגוף:

ועתה אהו' ירא וישפוט אם יש כאן מקום ללין מדברי הרא"ש פרק נ"ש שהרי דברי הרא"ש שם אמורים לאחר תק"א ע"ז כתב שהבעל מוציא מיד הלוקח הגוף שמכרה לו מעכשיו ומ"ש ומוציא לאו דוקא דכל ימי האשה הקרקע ביד הבעל ואוכל פירות לשון מוציא קשיא ליה דאיך שייך לומר שהיא מוציא לאחר מיתה מיד הלקוחות דמשמע שבחייו היו ביד הלקוחות ופשיטא שז"א שהרי ודאי בחייו היתה הקרקע ת"י לאכול פירות ומה איכפת לן במכירה ולא שייך מוציא בדרך שהוא ת"י לזה אמר דלאו דווקא דלענין הפירות באמת לא היו להם עדיין זכות כלל רק שהיו להם זכות הגוף מחמת המכירה וזכות זה מוציא מידם וכך הם דברי הרשב"א שהביא הר"ן ומה שהיא מוציא זכות זה שהיו להם בגוף מחמת המכר היא מחמת תקנת אושא כדאמרינן תק"א בגופה של קרקע ולאח"מ אבל קודם תק"א אין מי שיאמר שהמכירה לענין הגוף בטילה מחמת ק"פ של הבעל אדרבא המכירה חלה מעכשיו כמו מכירת הבן ואף שהאב יש לו קנין בגוף לפירות ואפילו מתה האשה הלקוחות מוציאין מיד הבעל ומ"ש כ"ת מדברי רש"י בר"פ האשה שנפלו מתני' בחייו קאמר הבעל מוציא כדי לאכול פירות כו' דמי להההוא עובדא דאייתי נורא לקניא שהרי אדרבא מבואר שם דלא בטלה המכירה מחמת הפירות

שיש לבעל וחיילה המכירה מהשתא רק שאין בכחה להפקיע שיעבוד הבעל על הפירות ואכיל להו בחיי האשה ולכי מייתי פקע שיעבודא אף של הפירות ואכיל להו בחיי האשה אבל הגוף הוא מכור מיד ומפקיע מידי ירושת הבעל ומ"ש מדברי הב"ש סימן פ"ה ס"ק ט"ו שכתב דלתוס' והרא"ש המכר בטל מיד והרשב"א כתב כו' הדבר פשוט ומבואר שאין ענין לכאן כלל דהתם טעמא רבא איכא לפי שלא ע"ד זה נתן לה שתמכור לאחרים כמבואר בדבריהם להדיא אבל פשיטא שאין הביטול משום פירות דבעל שהרי לכ"ע אין הבעל אוכל פירות מקרקע שנתן לה מתנה ומ"ש מדברי המרדכי ר"פ האשה שנפלו דאיתא שם אמור מעתה מה שהבעל מוציא מיד הלקוחות מה שמכרה זהו שהקרן משועבד לפירות כו' תמהני מה היא רוצה להביא מהם על קודם תקנות אושא הלא הני רבוותא שם דינא קבעי למפסק ולא נכחד מהם תק"א וישמעו אזניו מה שהוא מוציא מפיו שהוא רוצה להביא ראיה משם על קודם תק"א ולדבריו ע"כ לומר דס"ל להנך רבוותא כהרמב"ם דגם לאחר תק"א אינו מוציא בחיי הגוף רק הפירות כמבואר שם שזיכו לאפוטרופוס של האשה מחמת זה שאין הבעל מוציא רק מחמת שהקרן משועבד לפירות אבל הגוף לא ע"ש וא"כ תמה על עצמך שממקום שבא שם מבואר מן ההיפך אל ההיפוך שכ"ת רוצה להביא דאף קודם תק"א אין מוציא בחייו רק הפירות:

אך באמת מבואר למעיין שם דהתם לא מיירי שמכרה היא רק שזה בא להחזיק בשריון מכח הבעל שחייב לו ורצו לזכות אותו משום דהבעל יש לו זכי' בנכסי' כדרב ושמואל שאם מכרה מוציא וע"כ שזכה בהם וע"ז השיבו הנך רבוותא שגגתם קצת כו' דודאי אין לבעל זכי' ומה שמוציא בחייו היינו שהוא משועבד לפירות ומ"מ אין לו זכי' בגוף הקרן שיוכל הבא מכחו להחזיק בהם ע"ש אבל לא מיירי כלל מענין זה אם מכרה היא אם מתק"א דשווי' כלוקח ראשון לבטל המקח מיד לענין הגוף או שיועיל המכר עד לאחר מיתה משום דאפילו תימא שבטל מיד כשמכר' היא מ"מ פשיטא דהוא אינו יכול למכור כלל נ"מ שלה שאין לו רק הגוף לפירות אבל בגוף ממש שיהיה לו כח למוכרו פשיטא דלא די בזה דנימא שידו כידה לעכב שלא תועיל מכירתה. ומ"ש כ"ת ומצאתי גוף הסברא באו"ח סי' ק"ג ס"ק י"ז כתב בפירוש דזה הוי תקנה מתקנת המשנ' לטרוף אף הגוף מחיים ואתו באושה כו' וששתי כי כוונתי לדעת הגדול עכ"ד וראיתי כי שמח ללא דבר ובמחילה מכ"ת שקר ענה בשם או"ת שלא נמצא באו"ת מ"ש בשמו שתקנה קדומה לטרוף הגוף ואיך יאמר דבר כזה אשר אין לו שחר שהרי בפירוש אמרינן מתני' בחייו ולפירות ור"ל דאף אם ירדו הלקוחות לקרקע לאכול הפירות הבעל מוציא מהם לאכול הפירות כתקנ' חכמים אבל גוף הקרקע הוא מכור לצמיתות והם מוציאין מיד

הבעל כשמתה האשה ואתו באושה ותקנו כמ"ש רש"י שם אך דלפי פשטא דמלתא הא דאמרינן בחייו ולפירות אין זה משום דשווי' רבנן כלוקח רק תקנת חכמים לאכילת פירות בעלמא ובא האו"ת וחידש לומר דהא דבחייו ולפירות ג"כ הוא מצד תקנה דשויי' רבנן כלוקח שדה לפירות ולכן הוא מוציא הפירות מיד הלקוחות בחייו ונ"מ בזה דאם תקנת אכילת פירות בעלמא אז לענין שומא מהדר ומהדרינן משא"כ אם נימא דשווי' כלוקח לא מהדר ולא מהדרינן:

ובזה מתרץ האו"ת הא דנקט שמע מינה דאשה ומתה כו' משום דבחייו בלא תק"א יש תקנה שיהיה כלוקח גוף לפירות וכל שיש שם לוקח עליו לא מהדר ולא מהדרינן ואמנם דעת רש"י והרא"ש דדוקא ומתה דהוי כלוקח גמור על הגוף אבל בחייו אף דהוי כלוקח לפירות מ"מ מהדר ומהדרינן עיין בח"מ סימן צ"א ועכ"פ לא יעלה על הדעת שקודם תק"א יטרוף הגוף מחיים וזה לך האות שהרי האו"ת רוצה לתרץ דברי המחבר והרי המחבר באה"ע לא הביא כ"א דעת הרמב"ם שאף לאחר תקנת אושא אינו מוציא הגוף ומכ"ש קודם תק"א. ומ"ש דעל דברי הב"ש שכתב דלדברי הנ"י לא מהני רק במוכרת ע"ת קשה מב"ב פרק י"נ גבי מכר הבן דשם אף בסתם המקח קיים והאריך בזה כמדומה שמכ"ת שכח דהב"ש שכתב דלא מהני רק ע"ת היינו משום דמחמת תק"א הוי כלוקח ראשון גם בחייו אף לענין הגוף לדברי הנ"י והרא"ש ולכן אם מכרה סתם הוא בטל משא"כ במכר הבן דמועיל המכירה בסתם כיון דק"פ לאו כקה"ג הוא והרי הוא מוכר הגוף שלו מעכשיו וגם מ"ש על דברי הגאון בעל ס' כתובה מדברי הסמ"ע סי' רי"ב שאינה יכולה למחות לבנות ולהרוס לא ידעתי מה ענין זה לזה דמחמת תק"א הוי כלוקח והרי הסמ"ע שם קאי בשיטות הרמב"ם דבחייו אינו מוציא כלל ואפ"ה כתב לחלק בינה ללוקח (דאילו להרא"ש ס"ל להסמ"ע דאף הלוקח א"י למחות כמבואר שם בסמ"ע ובדרישה באה"ע) דהיא א"י למחות והלוקח יכול למחות ובספר כתובה קאי לשיטת הרא"ש היכא דנתאלמנה דאגלאי מילתא למפרע דאין כאן תק"א ובחייו ס"ל להסמ"ע אליבא דהרא"ש דגם הלוקח א"י למחות והח"מ והב"ש פליגי עליו וס"ל דאף אליבא דהלכתא דהרא"ש יכולה למחות בין היא ובין הלוקח משום שמא ימות הוא ויתקיים המקח ומכ"ש דהכי הוא אליבא דהרמב"ם ובאמת דברי הסמ"ע שכתב לחלק בינה ללוקח אינם מובנים לי דמי עדיף יד הלוקח מידה שאם נאמר שהיא עצמה א"י למחות ומה יהא הלוקח יכול למחות ואפשר לומר דה"ט דהלוקח יכול למחות כיון דמדינא קנה הגוף מיד לגמרי ופירות לאחר מיתתה בין ימות הוא ובין תמות היא וא"כ בודאי יכול למחות ר שחכמים תקנו שאם מתה ירשנה בעלה ויוציא מיד הלקוחות אבל מ"מ

אכתי לא פקע זכות הלקוחות לענין זה שיהא מוחה בידו לבנות דשמא ימות הוא והם נכנסין לנחלה משא"כ אם לא מכרה רק שהיא בעצמה רוצית למחות אז כיון דמדינא אם מתה ירשנה ואין מחאתה רק על הספק אף מדינה אמרינן דסברה וקבלה שכל שלא תמכור יהיו קנוי לבעל לעשות בו בימי חייו כרצונו וצ"ע ומ"מ מה שמבואר מדברי הח"מ והב"ש דאף לפי שיטת הרא"ש דמוציא הגוף אין הלוקח יכול למחות לא משמע כן מדברי הר"י בן מיגש בב"ב דף מ"ט ולקצר אני צריך:

והנה הארכתי בכל זה אף שהדברים פשוטים אחרי רואי כי מכ"ת קיצורי גרם לו שקרא ולא כיוון לבו או קרא כמתנמנם ויפה כתב התנצלותו כי היה נחפז ללכת ובקשתי על העתיד כי יבואו דברי לא יהיה נבהל להשיב כ"א אחר העיון והדיקדוק היטב ובחפזון לא ימצא חזון כי ת"ל אנכי תרגלתי אפרים להיות האמת אהובה אצלי מצד שהוא אמת וגם בשעת חפזון אני מסלת הסולת ומשליך השאר וטרידנא טובא בעניני' הנוגעים למעשה ואף עפ"כ לכבודו פניתי ולפי שראיתי כי צמרתו בין עבותי' נארג בסבך דברי הפוסקים הארכתי אף כי כל דברי אחד הם שדברי הב"ש הם אמורים אחר תק"א ואליבא דהרא"ש דבחייו מוציא הגוף אבל קודם תק"א או במכר הבן אף שהבעל זוכה בגוף לפירות וכן האב מ"מ ק"פ לאו כקה"ג הוא ומכירת הגוף מועלת מעכשיו מובטחני כי ישמע ויאמר אמת:

ולפי שאין בית המדרש בלא חידוש אמרתי לכתוב מה שעלה אז על רעיוני ולא כתבתי' לפי שלא נתחוור לי כל הצורך וכעת עיינתי ולענ"ד הדברים כנים. ובעיני יפלא על הטור ונמשכו אחריו הב"י וכל אחרונים דהרא"ש סובר דבחייו מוציא הגוף ולא ידעתי מקור הדברים והב"י הראה מקום לדברי הרא"ש בפרק נ"ש ונראה שכוונתו למ"ש הרא"ש שם והבעל מוציא הגוף שמכרה לו מעכשיו וישאר אצלו ומפרש מ"ש מעכשיו קאי על תיבת מוציא ור"ל שהוא מוציא מעכשיו הגוף וישאר אצלו ולענ"ד ז"א אלא דבריו הם כלפי מ"ש תחלה והאשה מוכרת הגוף מעכשיו וע"ז כתב דכשמתה האשה הבעל מוציא הגוף שמכר' האשה מעכשיו ומ"ש וישאר אצלו ר"ל כאשר היו אצלו בחייו והיינו כמ"ש שם דלשון מוציא הוא לאו דוקא ואדרבא משמע להיפך שהרי הך לשון מוציא הוא לשון ריב"ח דקאי היכא דמתה וע"ז כתב הרא"ש דלשון מוציא הוא שמוציא הגוף שמכר' כו' משמע מזה דעד עתה היה מכירתה קיימת כמו מכירת הבן רק שע"י מיתתה פקע זכות הלוקח ונשארת גוף הקרקע אצל הבעל בתק"א ואין לדקדק ממה שהוצרך הרא"ש לומר דמוציא לאו דוקא אלמא דס"ל דהגוף הוא שלו גם בחייו מחמת התקנה ולכך קשיא ליה מהו מוציא לאחר מיתה דא"כ לא הוי משני מידי כדמשמע שבא להעמיד לשון מוציא

ומי הכריחו לומר שמוציא הגוף בחייו שיקשה לו לשון מוציא והרי פשטא דש"ס אמרינן דתק"א בגופה של קרקע ולאח"מ משמע דמחיים כדקיימא קיימא ואין כאן תקנה חדש' על בחייו כלל ואדרבא משמע לי דהרא"ש סובר כהרמב"ם שבחייו אין לו בגוף הקרקע והצעת דברי הרא"ש כך הם דקשיא ליה לשון מוציא דלא שייך בדבר שהוא ת"י ואוכל פירות ולפרש דקרו היה מוציא מחמת הנפקותות שכתבו האחרונים אליבא דהרמב"ם אין זה במשמע ולכן כתב דלאו דווקא רק דזה גופא קרי ליה מוציא הוא לשון הפקעת זכות לפי שהאשה מכרה הגוף מעכשיו ועתה ומתה מוציא הבעל זכות זה שמכרה להם מידם וישאר אצלו וכך שם דברי הרשב"א שהביא הר"ן וכך מבואר למעיין בדברי הר"י מגאש בב"ב ובדברי הרא"ה בכתובות וכאשר כתבתי בפירוש דברי הרא"ש כך נלענ"ד מדברי רי"ו בס' מישרים נתיב כ"ג ח"ד ע"ש:

ומ"ש הרא"ש בכתובות דף מ"ז שהבעל זוכה בגוף לפירות כו' פשיטא דאין הכוונה רק שהוא כשאר ק"פ שזוכה בגוף קי"ל דלא כקה"ג ויכולה למכור הגוף רק דכשמת' מוציא מתק"א כמבואר בב"ק ומ"ש הרא"ש דאי איתנייהו להני דמי בעין מהדר ליה דגזל הוי כיון דהמכר לא הוה כו' היינו דכיון דמתה איגלאי מלתא למפרע דהמכר אינו כלום אבל מ"מ לא נשמע מדבריו דהמכר בטל מיד ובב"ב דף נו"ן כתב הרא"ש לענין אם מכר הוא הנ"מ כתב דמכרו בטל לאלתר כו' והאי נקט גמרא דידן דזבין איהו ומת כו' אע"ג דה"ה היכא דמתה היא ואפילו לאלתר מכרו בטל משום דעיקר חידוש דברי אמימר לאשמועינן דאשה שמכרה כו' והתם דווקא שמתה כו' ע"ש שמבואר מדבריו דבכה"ג שמכרה היא אין המכר בטל מיד רק לכשתמות וכן נראה מדבריו שם אח"כ בענין הנותן מתנה לאשתו כיון דאם מכרה ונתנה בטל והכי מסתבר דאף ע"ג שנתן בעין יפה כו' ועוד מטעם אחר דנ"מ הם ומשמע דמטעם זה אין המכר בטל לאלתר דא"כ הו"ל למימר בפשיטות דמטעם זה מחשב קנוי לבעל שאין יכולה למכור לאלתר כיון דנ"מ הם ולקצר אני צריך:

ויותר אני תמה מ"ש הב"י שדברי הר"ן בשם הרשב"א מבואר כהרא"ש ז"ל והביאו הב"ש ולענ"ד אדרבא דברי הרשב"א שכתב בלשון מוציא היינו שזכותו תלוי ועומד משמע שאין המכירה בטלה כ"א לאח"מ וכן מבואר להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י שם אח"כ לענין נצ"ב שכתב וז"ל ושאמרת שאם מכרה כו' והדברים מוכרעים ממקומו שגוף הנכסים להאשה הם ואין לבעלה בחייו אלא אכילת פירות בלבד וזה שהוצרכו לתק"א לגופה של קרקע ולאח"מ ועוד דבהדיא אמר בירושלמי כו' ע"ש וגם מדברי הנ"י פרק חזקת נראה כן ובאמת מ"ש הטור אם מכרה אחר שניסת כו' מכירה בטל

לאלתר כו' וא"א ז"ל כתב כסברא הראשונה כו' וכעת לא מצאתי בפוסקים מי שסובר כן רק ראה זה מצאתי בש"ג ריא"ז ר"פ האשה שנפלו שכתב לפיכך הוא מוציא מיד הלקוחות גוף הנכסים ופירותיהם בין בחיי אשתו ובין לאחר מיתת אשתו וע"ש דמבואר דמכל מקום בטובת הנאה דהיינו שמוכרת בהדיא על הספק מהני המכירה דאף שנתנה הדמים לבעלה אינו משלם דמים וכן הוא בס' המכריע סימן מ"ו אבל מה שכתב הרא"ש והרשב"א במוציא הגוף בחייו צ"ע כעת. והנה מוכ"ז נחוץ לדרכו ואני מוכרח לקצר. ואודות תשובתו בנידון בוקא דאטמא דבריו הגיעני ביומא דחושבנא והנחתים עד עבור המועד וצריך אני לחפש אחריו וכשיבא לידי אראה להשיב בל"נ אי"ה והיה זה שלום ותמו דברי אוהב לנצח שארו הד"ש:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד אחר זה הובא לידי שטר קנין בעדים שעשתה האשה לבנה ונראה לעינים כי זהו מכת פרושים נגעו בה שנתנו טופס זה להעדים לכתוב כן אחר שנעשה הקנין לחתום באשה והדר בעלה ובכדי לבטל קנין זה כתבו בתוכו הרבה שופרי דשטר' שיהיה בו מועיל לבטל הקנין שאח"כ אף שלאמיתות הדברים נראה שלא היו רק קבלת קנין סתם כדרך שאר קנין סודר אך אף לפי הטופס הזה שנכתב עתה נראה שהצול צלל במים אדירים והעלה חרס בידו שכתב בתוכו שהיא נותנת במתנ' בריא מעכשיו רק כל ימי חייו ויותר בנה נגד' להיות תחת יד האשה להשתמש רק לצרכה וזה אינו מועיל דהא לדעת הרא"ש והטור ודעימי' אף הגוף אינו יכול למכור מעכשיו והוי כמו נצ"ב דאם מכרה מהיום בטל לגמרי ואף אחר מיתתו אינו חוזר וניעור וכמ"ש הב"ש ס"ק מ"ו ואף לפי מ"ש הטור דנתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים ומשמע אף שמכר' סתם מהני המכירה לכשתאלמן היינו משום די"ל מסתמא היא מוכרת ע"ד כן שתחול המכירה כשיבא לידה וכמש"ל מדברי אא"ז מהרש"א בפירוש דברי התוס' בכתובות בהא דאמרינן דאמרה לכי מגרשה דהיינו מחמת אומדן דעת אמרינן הכי ואף בזה יש מחלוקת הפוסקים ואיכא דס"ל דבעינן אמירה ממש אבל במפרש מעכשיו כ"ע מודו דכיון דלא מצי חייל מעכשיו לא מהני כלל ומצאתי בשיטה מקובצת ב"מ דף ט"ו גבי ההיא דמה מכר ראשון לשני כו' דאפילו לרב דאמר אדם מקנה דשלב"ל וה"מ כשאמר כשיבואו לידי קנה מעכשיו אבל מכר לו סתם ואח"כ באו לידו יכול לחזור בו וכ"כ שם בשם הריטב"א בהא דפריך לוקח במאי קני השתא להההוא ארעא כלומר דהא לא זכה בה משעה ראשונה שאין אדם מוכר דשלבל"ע אליבא דרבנן ואפילו לר"מ דוקא כשפירש לשאקחנו קנוי לך כשמכר סתם וכדמוכח לקמן ובכל דוכתי וכ"כ בשם הריצב"א בהא דמתיב רב ששת כו' דע"כ לא אמר ר"א אלא באומר בפירוש לכשיבואו לעולם אבל זה

שנתכוין לקנות עכשיו ואינו קונה לא אמר ר"מ שיקנה כשיבא לעולם וע"ש מ"ש בהא דאמר ר"ה האומר לחבירו שדה שאני לוקח כו' ותמיהא מלתא מה מעכשיו שייך הכא דהכא א"א שיזכה בה הלוקח מעכשיו כו' וי"מ דאהני מעכשיו שלא יוכל לחזור בו כו' ואין זה כלום כו' אמאי לא יוכל לחזור בו אבל הנכון כדפירש ר"י דנקט מעכשיו לומר שהוא מוכרה בכסף ושטר של עכשיו שיקנה בו באותו שעה שתבא לידו כו' והיא שאמר בפירוש לכשאקחנה וכדתניא לקמן לר"מ לאחר שאתגייר כו' ע"ש:

שאלה ע

שאלה מאחי החריף ובקי מוהר"ר אליקום געציל נ"י בדבר התוס' בב"ב דף קנ"ט שדבריהם צריכים ביאור במ"ש ואע"ג דשטר מברחת נמי איכא פלוגתא כו' ובאמת שדבריהם תמוהים דהא אמרינן התם דוקא במקצתן אבל בכולן כ"ע מודו וכן כתב הרשב"ם להדיא ואדרבה הוה להו לאקשויי להיפך דהא דקאמר ר"נ מברחת צריכה שתכתוב כל נכסים אתי' בפלוגתא דלרשב"ג אף במקצתן יש לה דין מברחת ודוחק לומר דדוקא לענין גוף הדין לא מיירי בפלוגתא אבל בהא דמצריך כולו לא איכפת לן בפלוגתא דאדרבה טפי אית לן למימר דלא מיירי בפלוגתא בהך כללא דכייל ר"נ דבעי כולן דוקא וע"ז ליכא לתרוצי כתירוצם ז"ל גם מה שתירצו דהיכא דגליא דעתה כו' הוא תמוה לפי מ"ש התוס' בעצמן לקמן דבכה"ג אפילו במקצת נמי לא קני ועיינתי במהרש"ל ומהרש"א ז"ל וראיתי שעמדו בזה ודבריה' דחוקי' כאשר העיד אא"ז מהרש"א ז"ל בעצמו ולפום ריהטא רציתי לומר דכוונת התוס' דאתי' בפלוגתא דר"ש ורבנן בנכסים שאינם ידועין וע"ז כתבו דבגליא דעתה כ"ע מודו דדוקא היכא רק עפ"י אומד הדעת משום דחזינן דנשאת אח"כ בזה אמרינן כיון שעכ"פ היתה מתנתה בסתם אלא שיש לתלות דעשתה כדי להבריח אז י"ל כיון שלא הועילה הברחתה ודאי סברה וקבלה שתהיה המתנה מתנה גמורה משא"כ היכא שפירשה דבריה שאינה עושה כ"א בשביל לאנסובי ולהבריח הרי לפנינו שלא גמרה והקנה למקבל מתנה כלל הלכך אף ע"ג דטעתה בזה שסברה שיועיל להבריח מ"מ לענין המקבל מתנה לא מהני המתנה דבמה יקנה זה כיון דאיהי לא גמרה להקנות לו ומתנה בלב שלם בעינן דגמר ומקנה:

וזה מוכרח לפירוש הר"ש דהא ר"ה בריה דר"י אמר אפי' מ"ד מברחת קנה כו' ולכאורה מנין לו זה דהא איכא למימר מ"ד מברחת קני היינו משום דס"ל כחכמים דר"ש בנכסים שאינן ידועין אלא ודאי דאף לחכמים מ"מ בגליא דעתה לא קני ומצאתי באו"ת סימן צ"ט שכ"כ בכוונת התוס' ומ"מ לפענ"ד אין זה במשמע שהרי התוס' כתבו כדפי' רשב"ם שם וברשב"ם שם מבואר להיפך ואף דהרשב"ם שם הזכיר בדבריו עשאום כנכסים

שאינם ידועין אליבא דר"ש מ"מ לא כתב זה אלא לענין דלא קני בעל מהאי טעמא אבל מ"מ אין הכרח דלחכמים קונה המקבל מתנה וכפירוש הר"ש. ומפשוטי' הרשב"ם משמע דמפרש כהרא"ש דמקבל מתנה לא קני לכ"ע וגם דעדיין קשה כמ"ש דהא אתיא בפלוגתא דרשב"ג דאף במקצת מועיל מברחת וכן הקשה רש"ל ומכ"ש לתירוצם דגליא דעתה. שוב ראיתי בספר כתובה כתב ג"כ לפרש דהפלוגתא היינו דר"ש ורבנן ותירוצם דגליא דעתה היינו לפי שיטת רש"י בכתובות דמשמע מדבריו דגליא דעתה נמי דוקא בכולן ולא במקצתן ע"ש בדברי הרא"ש במה שהקשה על מה שפירש"י והודיעה לעדות כו' ומ"ש התוס' בגלי' דעתה אף במקצתן מהני אתי' כתירוץ הראשון דתוס' דמיירי אף בפלוגת' וגם דבריו דחוקים לפענ"ד בפי' התוס' אשר אני אחזה לי בפירוש דברי התוס' דלכאורה דברי התוס' במ"ש בעובדא דרב ביבי שצ"ל דמיירי במקצת נכסים אינם מוכרחים דאף ע"ג דהש"ס מוקי שם פלוגתא דרשב"ג ורבנן במקצתן היינו לשמואל ור"נ דפסקו מברחת לא קני אבל רב ענן שם דסובר מברחת קני מפרש הפלוגתא דבכולן מיירי וס"ל כחכמים וע"ז שפיר אמר ר"ה בריה דר"י אפי' למ"ד מברחת קני דס"ל דבכולן פליגי והלכתא כחכמים ה"מ היכא דלא גלי' דעתה. ומצאתי בתשובת מיימוני לספר קנין איתא שם תשובת הריצב"א בעל התוס' שכתב ג"כ להוכיח דהך עובדא במקצת מיירי דהא מ"ד מברחת קני היינו במקצת וכתב דלא משמע רב ענן דפליג אפילו בכולו דאיהו הדר ביה לכאורה כי אייתי ליה מר עוקבא הא דרב חנילאי כו' ע"ש אין זה הכרח ואדרבא משמע קצת בתוס' דכתובות דרב ענן ורבא פליגי וכן מבואר מדברי אא"ז מהרש"א ז"ל כאן ואפילו תימא דהדר ביה כי שמע הא דרב חנילאי מ"מ שפיר י"ל דר"ה בריה דר"י דקאמר אפילו למ"ד מברחת קני היינו לפום מה דס"ד דרב ענן ורבא. וכן נראה לפי דעת ר"ש דלרבנן דפליגי אר"ש בנכסים שאינם ידועין מברחת קני אף בכולן וא"כ למה נוציא הברייתא מפשטא דהא בפשיטות י"ל דבכולן מיירי וחכמים דפליגי ארשב"ג סברי כרבנן דפליגי אר"ש ולפירוש רש"י צ"ל דהא דמוקי ר"ז במקצתן דוקא היינו כי היכי דתיתי פלוגת' דרשב"ג ורבנן כר"ש דקי"ל כוותיה ואתו חכמים דרשב"ג כהלכת' או י"ל דבאמת למאי דמשני אביי דטעמא משום דעשאום כנכסים שאינם ידועים ואליבא דר"ש ממילא דלא צריך לאוקימתא דר"ז דשפיר מתוקמא אף בכולן וחכמים כחכמים דפליגי אר"ש ורשב"ג כר"ש דקי"ל כוותיה ולפי"ז אין הכרח למ"ש התוס' דהך עובדא דרב ביבי במקצת מיירי וצ"ל דהתוס' לא ניחא להו לפרש דמאי דקאמר ואפי' למ"ד מברחת קני היינו אליבא דרב ענן אלא קאי על גוף הפלוגתא דרשב"ג ורבנן וכמ"ש הרשב"ם שם ולהך אוקימתא דמוקי ר"ז במקצתן צ"ל דהך עובדא נמי במקצתן מיירי

ולפי פירש"י ז"ל י"ל דבאמת לפי מאי דמסיק אביי א"כ תלי' בפלוגתא דר"ש ורבנן א"כ י"ל דבכולן הוא דקאמר הכי ולכאורה מוכרח דגם ר"נ מפרש פלוגתא דברייתא בכולן למ"ש התוס' דמיירי בפלוגתא א"כ איך אמר ר"נ עד שתכתוב כל נכסים דהא לרשב"ג אף במקצת נמי יש לה דין מברחת וכמ"ש רש"ל אלא ע"כ דר"נ מפרש הפלוגתא בכולן ובמקצתן גם רשב"ג מודה דלא מהני ומה שפסק ר"נ כרשב"ג היינו משום דס"ל דהלכה כרשב"ג אף בברייתא וכמ"ש הש"ך בח"מ סימן קע"א ע"ש ומה שפסק בכתובות דף ע"ז הלכה כחכמים לגבי דרשב"ג משום דהך כללא ליתא אלא כי איכא טעמא וכמ"ש הש"ך שם בשם הרי"ף והכא איכא טעמא דלא שביק כו' ומכ"ש דאתי שפיר לשיטת הר"ש דלדידיה כיון דרשב"ג כר"ש דהלכתא כוותיה קי"ל כרשב"ג ורבנן דברייתא כרבנן דמתני' ור"ז דמוקי במקצתן לתרוצי דשמואל אף אליבא דחכמים דברייתא אבל ר"נ ע"כ סובר דברייתא בכולן פליגי רבנן ורשב"ג ובמקצתן אף רשב"ג מודה ולפי"ז שפיר קשיא להו להתוס' דכיון דנימא דלא מיירי בפלוגתא ע"כ דמפרש דהפלוגת' בכולן ופוסק כרשב"ג א"כ ס"ס איירי בפלוגתא ולזה שפיר תירצו דמיירי בגליא דעתה כו' דהא למאי דס"ל השתא דהפלוגתא בכולן גם עובדא דרב ביבי שפיר מיירי בכולן דוקא ואהא קאמר החילק בין גליא דעתה אבל במקצת אף דגליא דעתה דבשביל אנסובי קעבדה מ"מ י"ל דלמתנה גמורה מכוונת משא"כ בכולו כיון דגליא דעתה הוי כמתנה בהדיא לכשארצה והתוס' לקמן לאוקימתא דר"ז דמוקי במקצתן שפיר כתבו דע"כ לפי"ז הך עובדא נמי במקצת מיירי אבל אליבא דר"נ ולפום תירוצם דהשתא דלא מיירי בפלוגתא ע"כ דמפרש בכולן פליגי שפיר י"ל דגם הך עובדא בכולן מיירי ובמקצת אף גילוי דעת לא מהני וזה ברור לפענ"ד דברי אחיך:

הק' אפרים זלמן מרגליות:

וזאת שנית על ענין הנ"ל:

שאלה עא

אהובי אחי החריף נ"י אמש ראיתי הלילה מ"ש בפי' דברי התוס' דמיירי בגליא דעתה ולא נשאת ואינו נוח לי דאם נימא דגליא דעתה בלא ניסת מהני ע"כ משום דמה שגילת' דעתה הוי כהתנה דהא אין כאן אומדנא לפנינו כלל וכיון דהוי כהתנה בפירוש פשיטא דאין לחלק בין במקצת לבכולה וממ"נ אי בלא ניסת לא מהני כלל ואי מהני אף במקצת מהני דהא בבריא הנותן אין חילוק בין מקצת לכולו וע"כ משום גילוי דעתה הוא דהוי כהתנה וא"כ אף במקצת יועיל התנאי וגם כי אין זה במשמע מל' התוס' וגם האיך תלו

התוס' דבריהם בדלקמן שהם ענינים רחוקים דהתם מיירי בנשאת ובמקצת והכא מיירי בלא ניסת ובכולו:
דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות:

שאלה עב

מה שחזר להשיב אחי החריף נ"י על ענין הנ"ל עב במה שכתבת דר"נ פוסק כרשב"ג דהרי בכתובות דף ע"ז ובב"מ דף ל"ח פסק ר"נ כחכמים ומ"ש דטעמו משום דס"ל כמ"ש הש"ך בשם הרי"ף דהך כללא ליתא אלא היכא דמסתבר טעמא לכן פסק שם כחכמים ז"א דהש"ך סימן שפ"ו ס"ק י"ב כתב טעמא של הרי"ף דצריך דמסתבר טעמא היינו משום דאמרינן אמוראי נינהו אליבא דר"י והאמוראים המה רבב"ח וראב"א לכך ס"ל דאיצטריך טעמא דמסתבר והנה הכא בההיא דהמדיר ודהמפקיד פסק ראב"א כרשב"ג ע"כ דמסתבר טעמא ואפ"ה פוסק ר"נ דלא כחכמים ומ"ש ומכ"ש דא"ש לשיטת הר"ש דלדידיה כיון דרשב"ג אתי כר"ש דמתני' דהלכתא כוותי' תליא תניא בדלא תניא דהא דאמרינן דהלכתא כר"ש נגד חכמים היינו משום דפסקינן דמודו רבנן בכולה במברחת דלא קנה אבל אי נימא דבכולה נמי פליגי הלכתא כוותייהו ולית הלכתא כר"ש:
ומ"ש על דברי לפענ"ד אף דלא הוי כהתנה הוי אומדנא טובא דלא שביק לדידה ובשעת מתנה אמרה דדעתה לאנסובי והוי אומדנא כמו בש"מ אבל במקצת אין זה אומדנא כמו בש"מ ששייר מקצת:
דברי אחיך הק' אליקום געצ'ל:

שאלה עג

אהובי אחי החריף נ"י מ"ש דר"נ פסק כחכמים אע"ג דאיכא טעמא כיון דר' אבא פסק כרשב"ג נפלאתי שהרי הרי"ף ס"ל הך כללא דהלכה כרשב"ג היכא דאיכא טעמא ואפ"ה פסק בהך דהמדיר ובב"מ כר"נ דהלכה כחכמים וע"כ דס"ל דר"נ דפוסק כחכמים התם משום דלא מסתבר טעמא דרשב"ג ופליג בהא אר' אבא ולעולם גם ר"נ מודה היכא דמסתבר טעמא דרשב"ג הלכת' כוותי'. ומ"ש על מה שכתבתי דכ"ש דא"ש לשיטת הר"ש דתלינא תניא בדלא תניא נפלאתי שנהפוך הוא שאתה תולה תניא בדלא תניא שכתבת דלכך אמרינן הלכה כר"ש משום דמברחת בכולן לא קני דמודו בה רבנן והא ליתא דאטו תניא בברייתא דבמקצתן פליגי ובכולן מודו שיהיה מוכרח מזה דהלכה כר"ש והמעיין בש"ס שם ותוס' ורא"ש שם יראה שלפי שהיה מקובל בידם דהלכה כר"ש בהא ומסתבר להו הך סברא דלא שבקה נפשה כו' לכך פסקו דמברחת לא קני ולכן הוצרך ר"ז לאפוקי הברייתא מפשטא ודחיק ומוקי דבמקצתן פליגי ובכולן מודו

כי היכא דליתו רבנן דהתם כהלכתא דקי"ל כר"ש ולולי שהיה מקובל אצלם דהלכה כר"ש הוה מוקמו ברייתא כפשטא דבכולן פליגי וס"ל לרבנן דמברחת קני מטעמא דאי לא קני ליקנינהו בעל וכפירוש הר"ש והוה פסקינן לדינא אפומייהו דרבנן דמתני' ורבנן דברייתא אף כיון שמקובל בידם דהלכה כר"ש דחיק ר"ז לאוקמי במקצתן ור"נ מוקי ברייתא כפשטא דבכולן פליגי ואפ"ה פסק דלא כחכמים אלא כרשב"ג דרשב"ג כר"ש דהלכת' כוותיה וזה ברור:

ומ"ש דגם לפי אשר תרצתי צריך לחלק בגליא דעתה בין מקצתו לכולו אין הנדון דומה דלדידי י"ל דבכולו כיון דאיכא אומדנא דהא אינסבה מחמת זה אמרינן דהא דגליא דעתה הוי כתנאי אבל במקצת דליכא אומדנא לא חשבינן הגילוי דעת לתנאי משא"כ לפי מ"ש דמיירי בלא נשאת אין כאן אומדנא אף בכולן דדוקא בש"מ אבל בבריא הנותן נכסים לאחרים אפילו כולם ודאי קנה וא"כ אין לנו לבטל המתנה רק מחמת הגילוי דעת וע"כ דהגלוי דעת מצד עצמו חשוב כתנאי אם כן אין לחלק בין כולו למקצתן כנראה לענ"ד.

דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות

שאלה עד

אהובי אחי הגאון נ"י אל נא ירע בעיניך על אשר דברתי עד כה והנני חוזר לדברי דר"נ לא ס"ל האי כללא דכ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו כו' כיון דפסק בהמדיר ובהמפקיד דהלכה כחכמים. ונקדים לתרץ מה שהיה קשה לכאורה על זה ואח"כ אשיב על אשר הקשית. והוא אי א"ל לר"נ האי כללא מדוע הוצרך ר"נ לפסוק הלכה כחכמים וכמו שהקשה הרשב"ם בב"ב דף קל"ב על האי דפסק ר"נ הלכתא תקרע כתובתה כחכמים דפשיטא דיחיד ורבים כו' רק דלק"מ דלהכי הוצרך לפסוק כחכמים בכדי דלא נימא כר' אבא משמיה דר"י דהלכה כרשב"ג ולאפוקי נמי מרבב"ח דכללא כייל כרשב"ג והשתא מוכח דלא ס"ל לר"נ הכי מדאמרינן בב"מ דף ס"ח אמר ר"נ הלכה כרשב"ג ואי א"ל האי כללא היכא דמסתבר טעמא לא היה צריך לפסוק הלכה כיון דכללא היא ממילא הלכתא כוותיה וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב ע"ב ד"ה הלכה כרשב"ג הני אמוראי ל"ש כללא דכ"מ ששנה כו' מדאיצטריך למיפסק כוותיה אי לא אמר בהדיא דאין הלכה דאי משום להשמיענו דהכא מסתבר טעמא א"כ נפל האי כללא בבירא ואין לומר דהוצרך לומר הלכת' משום דרב ושמואל ס"ל ריש עגלה לפטומיה ז"א דרב ושמואל לא פליגי עליה דרשב"ג דרשב"ג דוקא בעגל עם אמו דליכא טרחא אמר הכי עד דמוקי דשיטה איתמר ואז ס"ל כר' יהודה בשיטה אחת:

ומ"ש שנפלאת לפי דברי שהרי הרי"ף ס"ל הך כללא כרשב"ג היכא דאיכא טעמא ואפ"ה פסק בהמדיר ובב"מ כר"נ דהלכה כחכמים. יותר מזה גם בעיני יפלא דהלא התוס' בב"מ דף ס"ט ד"ה אלא שיטה כתבו אומר ר"ת דמ"מ הלכה כרשב"ג דכ"מ כו' הרי דס"ל האי כללא והם לא חילקו בין איכא טעמא או לא ואפ"ה כתבו דאין נראה משום דרב ושמואל כו' ולדבריהם אין לתרץ כאשר כתבת אלא ע"כ דאין למידין מן הכללות דהיכא דהוא נגד כללא דקי"ל כשמואל בדיני אין למידין ממנו והיינו טעמא דהרי"ף פסק בהמדיר ובהמפקיד כר"נ דבתראי הוא וקי"ל כוותיה בדיני וכן בכתובות פרק נערה לענין אין פודין יותר מכתובתה פעם פסק כרשב"ג ופעם פסק כרבי:

ועוד דודאי האי כללא לאו ר"נ משמיה דנפשיה אית ליה אלא דשמיע ליה מר' יוחנן הכי דלא מצינו מי שאמר האי כללא כ"א ר"י ואם ר"נ פליג עליה דר' אבא דאמר משום ר"י הלכה כרשב"ג לא הו"ל למימר סתם הלכה כחכמים רק לא אמר ר' יוחנן הכי. ועוד מדמפליג הרא"ש על הרי"ף שם בהמדיר וסיים ונראה דהלכה כר"י וכשמואל ואי דר"נ ס"ל דגם ר"י לא אמר כ"א היכא דאיכא טעמא והכא ליכא טעמא א"כ אין מר"י שום ראיה כיון דר"נ פליג א"ר אבא דלא אמר ר' יוחנן הכי ודוחק לומר דר"נ פליג כך דמודה לר' אבא דאר"י הלכה כרשב"ג דס"ל לר"י דאיכא טעמא ור"נ ס"ל ליכא טעמא בהא דמנ"ל להרא"ש לומר כן ויפלוג על הרי"ף ועוד דבב"מ דף ס"ח דקאמר ר"נ הלכה כרשב"ג ה"ל להגמרא להקשות והא רבב"ח אמר ר"י הלכה כו' ולתרץ תרי תנאי אליבא דר"י דאף דר"נ נמי ס"ל האי כללא ס"ל דלא קאמר רבי יוחנן אלא היכא דאיכא טעמא:

ומ"ש שאני תולה תניא בדלא תניא אפרש שיחתי כי קצרתי מקודם דהנה התוס' ד"ה עשאום הוכיחו דהלכה כר"ש מדקאמר ואליבא דר"ש משמע דכל הני דס"ל לא קני ס"ל כר"ש וכ"כ הרא"ש כהאי לישנא והא דהוצריכו הגמרא לתרץ ואליב' דר"ש היינו מכח קושי' דליקנינהו בעל ורש"י פירוש דהקושי' היא לשמואל בכותבת כיון דעל הברייתא אליבא דרבנן ובכתבה לכשארצה ל"ק וליקנינהו דכשירצה בעל לקנות תאמר רוצה אני ואליבא דרשב"ג לא שקיל וטרי כיון דלית הלכתא כוותיה ועוד מדסתם הגמרא הך קושיא אחר תירוצא דר"ז ולא מקודם אברייתא לפרש הברייתא ואח"כ להקשות אשמואל סוף כל סוף חזינן דהאי דוקא דהלכה כר"ש הוא מטעם דפסקינן דמברחת לא קני ואם אפשר לתרץ כי אם דעשאום כו' מהא שמעינן דהלכה כר"ש:

ומ"ש איפכא דממה דהוי קי"ל כר"ש לכך מוכרח לומר דמברחת לא קני לא ידעתי שום הכרח דמי הכריח להם לעשות מברחת כנכסים שאינם ידועין. ומה שכתבת שלכך מפיק ר"ז הברייתא מפשטיה דבמקצתן פליגי כי היכא דליתו רבנן כר"ש גם אם היו

סבורים דבכולן קני היו יכולים לסבור כר"ש בנכסים שא"י ובמברח' שאני דלא עשאום כנכסי' שא"י אלא נ"ל דהוציא הברייתא מפשטא כי היכא שיהיה דברי שמואל ור"נ כרבנן דמברחת דהלכת' כוותייהו וע"כ לומר כן כי לפי הנראה ר' ענן הוא דמקשה האי מיתבי וכמ"ש אא"ז מהרש"א בב"ב ורב ענן מקשה על ר"נ דסמך אדשמואל ואז היה הא דר"נ ס"ל כללא דהלכה כרשב"ג אין זה קשיא אלא סייעתא וגם ר"ז לא היה צריך לתרץ ולהוציא הברייתא מפשטיה דמי הגיד זאת דלא מסתבר טעמא לר"נ ולשמואל ולכך פסקו כרשב"ג:

ומ"ש דהיכא דלא נשאת אין כאן אומדנא דמוכח אף בגלוי דעת ובכולה ודדוקא בש"מ במתנה בכולה הוי אומדן דעת והכי בבריא ע"כ אין הגלוי דעת מועיל כ"א דהוי כמו התנה הנה תפסת דברי הרשב"ם אבל הרא"ש בכתובות ס"ל דגלוי דעת הוי מטעם אומדנא כההוא דזבין נכסי' אדעתא כו' ובלא גלוי דעת רק היכא דעומדת לינשא מדמה לש"מ בכולו ומחלק אני דהיכא דלא ניסת אין בכח הגלוי דעת להיות כאומדנא דזבין נכסים כ"א בצירוף עם המתנה שהוא בכולו דאיכא אומדן דעת דלא שבק נפשה ויהיב אחרים כמו בש"מ אבל במקצת ליכא אומדנא ולא נשאר כ"א הגילוי דעת לבד והיא לא נשאת ואז קני כמו שחיישינן שמא יש לה נכסים במדינה אחרת אם לא הוכיח סופו על תחילתו וכמ"ש מקודם ראי' מדברי התוס'. בההיא דסנהדרין דף ל"א אמר רבה בר ר"ה אר"י הלכה כדברי חכמים יש להקשות למה להו להביא ואמר כו' מדוע לא מקשה סתם והא אמר רבב"ח כו' חוץ מערב כו' כמו שמקשה בהמדיר ובהמפקיד אר"א ב"ר יעקב. למה ליה למימר הלכה אך י"ל דה"מ לתרץ אמוראי נינהו לכך מקשה דידיה אדידיה. דברי אחיך הק' אליקום געציל

שאלה עה

אהובי אחי החריף נ"י ראיתי דבריך במ"ש להשיב על דבר בענין הלכה כרשב"ג במשנתינו והוא מקצוע גדול בראשונים ואחרונים וכעת טריח' לי מלתא לשום עין בכל הספרים המדברים בענין זה. ואולם בכדי להשתעשע עמך אמרתי לבאר קצת בענין הלז מתחלה אבאר כי דעת התוספות שהם ר"ת ור"י לפסוק בכ"מ בכלל דכ"מ ששנה רשב"ג כו' אם לא היכא דפסקו בש"ס להדיא דלא כוותיה כמבואר בב"מ דף ס"ט אומר ר"ת דמ"מ הלכה כרשב"ג והתוס' שם לא נחלקו עליו אלא משום דרב ושמואל פסקו איפכא ודעת ר"ח משום דאין הלכה כשיטה ובב"מ דף קי"ד כתבו ר"ת פסק בספר הישר דאין מסדרין לבע"ח דהא רשב"ג דמתני' כו' וקי"ל הלכה כרשב"ג במשנתינו היכא דלא פסק בגמרא כמאן דפליג עליו ולא מצינו בכל האמוראים דשמעת' שום אמוראי דאמר בהדיא

מסדרין כו' ובע"ז דף כ"א ד"ה תני אריש כו' ולפ"ז ניחא מה שהקשה רבינו אלחנן דאמאי לא קי"ל ברשב"ג בההוא דפ"ק דשבת דהא אמרינן כ"מ ששנה כו' ובכתובות דף יו"ד ד"ה אמר ר"נ כו' ואומר ר"ת דסמכינן ארשב"ג במתני' וקי"ל כרשב"ג במשנתינו כו' וכ"כ הרא"ש שם בשמו וגם בכתובות דף ס"א ד"ה הלכה כר"א כתבו והא דקי"ל בכ"מ ששנה רשב"ג כו' אין זה אותו שהיה בימי ר"א עכ"ל הנה נדחקו להעמיד הך כללא אף דאפשר דהכא מסתבר לר' אדא בר"א שלא לפסוק כוותיה וכדאשכחן בכמה דוכתי והרא"ש שם כתב דגם בהא הלכה כרשב"ג משום דבכ"מ ששנה כו' ולא אפסוק כר"א אלא במאי דפליג את"ק ע"ש וכן בכתובות דף ק"י גבי רשב"ג אומר אף לא מנוה היפה כו' כתב הרא"ש רב אלפס לא הביא מלתא דרשב"ג כו' אבל ר"ת ור"י ז"ל סברי כר"י דאמר כ"מ ששנה כו' וכן בברכות דף י"ז גבי הא דאמר רשב"ג לא כל הרוצה כו' כתבו בשם ר"י ור"ת דהלכה כרשב"ג במשנתינו ע"ש וכן בגיטין דף ע"ה ע"ב ד"ה כלל אמר רשב"ג כל עכבה כו' הקשה הר"ר אלחנן כו' והלכה כרשב"ג והרא"ש שם כתב שר"ת ור"י פוסקים בכ"מ כההיא פסק' דפסק ר"י הלכה כרשב"ג במשנתינו וצריך להבין דמנ"ל למפסק כההיא כללא כיון דאמרינן אמוראי נינהו אליבא דר"י מאין הרגלים להכריע כמ"ד דכללא הוא ומכ"ש כיון דאשכחן ר"נ דהוא בתרא לית ליה האי כללא ופסק בב"מ דף ל"ח ובהמדיר כחכמים וגם בכתובות דף כ"ט דפליגי רשב"ג וחכמים לענין שום הדיינים פסק ר"נ כחכמים וכ"כ הרשב"ם בב"ב דף קל"ג אהא דקאמר התם ת"ש דאמר שמואל לר"י לא תהוי כעבורי אחסנת' דשמואל לית ליה האי כללא וכן רבא בע"ז ע"ש וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב דאמרי' שם אמר רב יוסף אמר רב יהוד' אמר שמואל הלכה כרשב"ג אמר ליה אביי הלכה מכלל דפליגי כו' וכתבו התוספות שם הנך אמוראי לית להו כללא דכ"מ ששנה רשב"ג מדאיטצרך למפסק כוותיה ע"ש וכהאי לישנא איתא נמי בביצה ר"פ אין צדין אמר ר"י אמר ר' שמואל הלכה כרשב"ג א"ל אביי כו' ע"ש וכיון דאיכא אמוראי טובי דפליגי אהאי כללא וגם אליבא דר"י גופיה איכא אמוראי דס"ל דלא אר"י הכי מה"ת להכריע דהך כללא עיקר להלכה לכן נראה דהתוס' סוברים דהא דאמרינן אמוראי נינהו ואליבא דר"י לאו למימרא דחד מ"ד סבר דלא אמר ר"י כלל להך מלתא דודאי אמרה דהא אשכחן בסנהדרין דף ל"א דרבה בר ר"ה בשם ר"י ס"ל דאפילו בערב וצידן הלכתא כוותיה רק בראיה אחרונה אין הלכה כרשב"ג ואין לנו לעשות פלוגתא רחוקה כולי האי רק דחד מ"ד פליג אהא דארבב"ח משמיה חוץ מערב כו' ולא מפיק רק הנך תלת מכללא ואיהו ס"ל דאיכא כמה הלכות שיוצאים מן הכלל הזה והיכא דהוה מסתבר להו טעמא דחכמים טפי פסקו כוותייהו והיכא דלא מכרעה

מלתא כ"כ טעמא דמאן מסתבר טפי אי חזי הך אמוראי להכריע כטעמא דרשב"ג הוצרך לומר בהדיא הלכה כרשב"ג דלא ליתי למיטעי להכריע טעמייהו דחכמים לגבי רשב"ג והיינו דאמרינן אמוראי נינהו ואליבא דר"י דהך מ"ד ס"ל שאין זה הכלל כולל בכ"מ ששנה חוץ מהני תלת דאיכא טובי שנראין דברי חכמים לגבי רשב"ג ולכך הוצרך לומר בפירוש הלכה כרשב"ג לאפוקי ממאן דס"ל להכריע בזה כטעמא דחכמים והתם נמי הא קמן דר"נ מסתבר ליה טעמייהו דחכמים ופסק כוותייהו לכך הוצרך ר' אבא בשם ר"י לומר דהלכה כרשב"ג אף בהא ולפ"ז שפיר כתב ר"ת דהיכא דלא אשכחן בהדיא אמוראי שפוסק דלא כרשב"ג א"ל למפסק כוותיה ואין ראיה מר"נ שפוסק כחכמים משום דמסתבר ליה טעמייהו דחכמים וכן בכ"מ שפוסק בש"ס דלא כוותיה לא נסתר בזה הך כללא דכל מקום ששנה כו' כ"א מה שאמר רבב"ח בשם ר"י חוץ מערב כו' דמשמע הני תלתא ותו לא וכן מבואר מדברי הרשב"ם אחר שכתב דשמואל לא ס"ל האי כללא והלכתא כרבנן דקם שמואל כוותייהו וכן רבא לית ליה האי כללא כתב הלכך כל כללות שבגמר' כו' כרשב"ג במשנתינו כו' כולהו קי"ל הכי בר מהיכי דמפרש בגמרא דלית הלכתא הכי עכ"ל הרי מבואר דאף מאן דלית ליה האי כללא לא נייד מיניה לגמרי וקי"ל הכי רק היכא דמפרש שאין הלכה כמותו והיינו משום דמסתבר ליה עפ"י טעמא דמאן דפליג עליו וכן נלענ"ד ממ"ש בהג"א בסנהדרין דף ל"א אמר רבב"ח אמר ר"י ב"מ ששנה כו' מפסקי מהרי"ח אבל בא"ז כתב דלא קי"ל הכי דר"נ לית ליה האי כללא כו' ונראה שכוונתו להך דב"מ וכתובות פרק המדיר ופרק אלמנה שהבאתי ובב"ב דף קל"ג כתב בהג"א בשם א"ז כדברי הרשב"ם שהבאתי לעיל ואם כן דברי הא"ז סתרי אהדדי ולפי מ"ש אין כאן סתירה דבסנהדרין לא בא אלא לומר שאין לתפוס הכלל הזה לגמרי אף היכא דאיכא אמורא דפסק להיפך ולומר דהלכתא כר"י לגבי דהך אמורא זה לא אמרינן דזמנין דמסתבר טעמא דחכמים טפי ומהאי טעמא פוסק ההיא אמורא כוותייהו וכגון בההיא דב"מ דף ס"ח שהקשו התוס' דהא רב ושמואל פליגי וכן בההיא דמסדרין לבע"ח אי הוה משכיחינן אמורא דפוסק דלא כוותיה או כההיא דכתובות דף ס"א וכיוצא בו אבל היכא שלא מצאנו בש"ס מי שמכרי' טעמייהו דחכמים לעיקר שפיר סמכינן אהך כללא למפסק כרשב"ג וכן מוכח לענ"ד מדברי הרא"ש בכתובות דף יו"ד אחר שכתב דברי ר"ת דכתובה דאורייתא דקי"ל כרשב"ג כו' כתב ותימא מ"מ קשה הלכתא אהלכתא דקי"ל הלכתא כר"נ בדיני וי"ל דלית הלכתא כר"נ כו' ולכאורה קשה דכיון דעיקר טעמו דר"ת משום דהלכה כרשב"ג במשנתינו ואע"ג דר"נ פליג בכמה דוכתי ופוסק כחכמים מ"מ איהו ס"ל דנקט האי כללא לגבי דר"נ א"כ מאי קא קשיא ליה מהא דקאמר ר"נ

והם האמינוהו כו' והלכה כר"נ בדיני דהא איכא למימר דר"נ לטעמיה אזיל דלא ס"ל הך כללא דכ"מ ששנה כו' ולכך פוסק כרבנן אבל אנן דקיימינן בהך כללא ממילא דאית לן למפסק דלא כר"נ אלא ע"כ דמה שפוסק שם ר"נ כחכמים אינו סותר להך כללא כלל ולכך שפיר קשי' ליה להרא"ש דאיך נסמוך כאן על כלל זה כיון דר"נ דהלכתא כוותיה בדיני סובר להיפוך וכבר כתבתי דהכי מוכח מדפוסק ר"ת בפשיטות הך כללא ואם איתא דר"נ פליג עליו לא ה"ל למפסק הכי דר"נ בתראה הוא לגבי דר"י והלכתא כוותיה בדיני ומה"ט פסק הרי"ף בפרק המדיר ובב"מ כר"נ וכן הכא דר"נ סובר כתובה דרבנן ור"ת סובר דכתובה דאורייתא שום דהלכה כרשב"ג. וא"ל משום דרב אשי דהוא בתראה פליג ז"א דמדברי התוס' משמע דהא טעמא אחרינא הוא שכתבו ועוד אומר ר"י דלא קי"ל כר"נ ועוד שהרי ר"ת חולק על פי' ריב"ח כההוא דכל שלא מושמש וס"ל דרב אשי אינו חולק על ר"נ ע"ש בתוס' ישינים דף י"ב וע"כ לומר דהא דסובר ר"נ כתובה דרבנן אין בזה סתירת הכלל דהלכה כרשב"ג רק דר"נ סברא דנפשי' הוא דמסתבר ליה כחכמים דפליגי וס"ל כתובה דרבנן ואנן דנהגינן למכתב מדאורייתא יש לנו על מה שנסמוך דהלכה כרשב"ג ואף דר"נ לא סבר הכי מ"מ נהגו בזה כרשב"ג ואין זה אלא סמך למנהג לבד ועיין בשיטה מקובצת שם ושם הביא דברי הריטב"א שכתב על דברי ר"ת שאין נכון דסוגיא דתלמודא דכתובה דרבנן ור"נ דהלכתא כוותיה בדיני סבר הכי והך כללא דרשב"ג לאו דוקא ואמוראי פליגי בה בפרק המדיר ועוד שלא נאמרו הכללות במקום שחולקין סוגיית האמוראים כו' וכ"כ הריטב"א שם סוף כתובות כתב ואע"ג דאר"י כ"מ ששנה כו' לא סמכינן אהאי כללא דאמוראי נינהו ואליבא דר"י וכ"כ הרי"ף בפרק ג"פ דהדין כללא לאו דוקא דלא אמרינן הלכה כרשב"ג עד דאיכא טעמא כו' ע"ש:

ומצאתי בחידושי הר"ן לסנהדרין דף ל"א שכ' רבותינו הצרפתים סומכים ע"ז ופוסקים בכ"מ הלכה כרשב"ג במשנתינו ורוב הגאונים ז"ל אין סומכין על כלל זה וראייתם דר"נ פליג עלי' בפרק המפקיד ובפרק המדיר וכאן יצא המחלוקת בכתובת בתולה אם דאורייתא או דרבנן עכ"ל ובשיטה מקובצת ב"מ דף קי"ד הביא בשם הרמב"ן והרשב"א והר"ן שכתבו ר"ת פסק דאין מסדרין כרשב"ג כו' ואין ראיה דהאי כללא לאו דוקא הוא ואין הלכה כרשב"ג ואפילו במשנתינו כ"א היכא דמוכחא מלתא לפום גמרא וכ"כ רבינו הגדול תדע דהא בפרק המדיר כו' אמוראי נינהו ואליבא דר"י והתסו נמי קי"ל שאין הלכה כרשב"ג ובפרק ז"ב רבה בר ר"ה פליג עליה דכלל' והלכתא כבתראי ובפרק קמא דמגילה אמר ר' אבוהו אר"' הלכה כרשב"ג שאף בספרים כו' פליגי ר' אבוהו נמי אכלל' כר' אבא בר"י ואין דבריו של אחד במקום שנים ואשכחן טובי אמוראי דפסקו

כרשב"ג בחדא וכההיא דביצה פרק א"צ כו' ובפרק בתרא דע"ז אמר רבא הלכה כרשב"ג הואיל ותנן סתמ' כו', ובפרק י"נ בענין הכותב נכסיו לאחרים מוכחא סוגיא דלא כרשב"ג במשנתינו וש"מ מכולהו דכל מקום ששנה כו' אין הלכה פסוקה כמותו אלא עד דאיכא טעמא וכדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל ונפלאתי על מ"ש דבפ' ז"ב רב' בר ר"ה פליג עליו דכלל' דהא אדרבא מוסיף הוא דאיהו ס"ל דדוקא בראיה אחרונה אין הלכה כרשב"ג אף בערב כו' ע"ש וצ"ע:

סוף דבר אין זה במחלוקת הוא שנוי ולדעת רבותינו הצרפתים נקטינן האי כלל' לעיקר היכא דלא אשכחן בש"ס אמוראי שפוסק דלא כוותי' וס"ל דאף החולק דס"ל דר"י לא אמר הכי ולא פליג אלא אהא דאמר רבב"ח משמו חוץ מערב כו' דליתא דאיכא עוד כמה דוכתא דלא קי"ל הכי אבל מ"מ כל שאין הכרע בש"ס יש לנו לפסוק כרשב"ג ועיין במרדכי פ"ק דכתובות שנראה מדבריו דדוקא הכי מדאמרינן דף ע"ה והא בהא קי"ל דלא כרשב"ג משמע שהש"ס תופס לעיקר דבעלמא היכא דלא איתמר יש לפסוק כוותי' ולדעת הרי"ף ושאר גדולי הראשונים נהפוך הוא שאין אנו תופסים הכלל זה לעיקר ומכל מקום לא נדחה הכלל הזה לגמרי דהרבה פעמים נקטינן כוותי' אף לגבי חכמים היכא דמסתבר טעמיה וזה נראה דעת הרא"ש גם כן אליבא דהרי"ף עיין בתוי"ט פרק ז' דעירובין ועיין בכתובות דף ס"ו רשב"ג אומר הכל כמנהג המדינה וכתב בש"מ בשם הרשב"א דפסקו רבותינו ז"ל כוותי' דמסתבר טעמיה כו' וכן נראה לפע"ד בדברי רש"י בכתובות דף ק"ב ד"ה לימא בהא פליגי כו' והאי נמי דבר משנה הוא אף ע"פ שנחלקו חכמים על רשב"ג הרי נתן טעם לדבריו כו' ובש"מ שם כתב בשם רש"י במהדור' קמא משום דהלכה כרשב"ג במשנתינו ולפי מ"ש יש לומר דחדא קאמר כיון דהלכה כרשב"ג במשנתינו היכא דמסתבר טעמי' והכא הרי נתן טעם לדבריו וא"כ חשיב כטעה בדבר משנה:

ומכל זה מבואר דלדעת התוס' עכ"פ פשיטא שלא נסתר הכלל הזה משום דפסק כר"נ דפוסק כחכמים דודאי לפעמים מצינו דפוסק כחכמים היכא דמסתבר ליה טעמא דחכמים טפי ומכל מקום היכא דלא מכרעה מילתא טעמא דמאן עדיף כ"ע מודו דהלכה כרשב"ג ומכ"ש היכא דמסתבר ליה טעמא דרשב"ג כההיא דמברח' דאית ליה למימר לא שבק' כו' אפשר דגם לשיטת הרי"ף וסייעתו א"ל למפסק בהא כוותי' אי הוה מוקמינן לה דבכולן פליגי אלא דר"ז בעי לתרוצי מלתי' דשמואל אליבא דכ"ע ומוקי לה דבמקצתן פליגי ומכ"ש דא"ש טפי לפום מאי דכתיבנא לעיל שהרשב"ם כתב דשמואל לית ליה האי כללא וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב וה"נ מוכח בביצה ומהתם משמע דשמואל לגמרי

לית ליה האי כללא בהא א"ל אביי הלכה מכלל דפליגי כו' משמע שאין סברא שיחלקו על רשב"ג בהא כלל ומסתבר כוותיה עיין בפרש"י בביצה שם ואפ"ה הוצרך לפרש דהלכה כרשב"ג בהא ואלמא ס"ל דבכל גווני הלכה כרבנן לגבי רשב"ג ומטעם זה דחיק ר"ז לאוקמי אליבא הך ברייתא במקצתן וכמ"ש מה שא"כ אליבא דר"נ שפיר י"ל דפוסק כרשב"ג בהא מחמת הך כללא ומסתבר טעמי' ומצאתי סעד לדברי בש"מ כתובות בסוגיא זו דמברחת שכתב בשם מהרי"ט ז"ל וז"ל טעמא דכתבה לי כו' וקשיא לר"נ ואי קשיא אדמותבית מרבנן תסתייעי' מרשב"ג דכ"מ ששנה כו' הא אמרינן לעיל אמוראי נינהו ואפילו לרבה דוקא במשנתינו קאמר ולא בברייתא עכ"ל ולפי"ז לפי מ"ש הש"ך להוכיח מהתוס' דס"ל דכלל זה איתמר גם בברייתא שפיר מצינן למימר דלא תקשה לר"נ מהכא וכדכתיבנא והרי לפניך שהביא סוגיא דהמדיר ולא דחה משום דר"נ שם פוסק כחכמים משום דמה שמצאנו שפוסק כחכמים אינו סותר הכלל כלל אדרבא משמע איפכא מדאיצטריך למפסק כחכמים מכלל דבעלמא ס"ל כרשב"ג ומ"ש לדחות דאתי לאפוקי מדרבה בב"ח אמר ר"י ז"א דא"כ בכ"מ שמצאנו פלוגתת רשב"ג וחכמים היה ר"נ צ"ל הלכה כחכמים לאפוקי מדרבה בב"ח ומ"ש הני דנקט גם מ"ש דאתי לאפוקי מדר' אבא בר"י דפסק כרשב"ג יש לדחות לפ"ז מ"ש הריטב"א שם שיש גורסים איכא דאמרי אמר ר' אבא בר"י אר"י אין הלכה כרשב"ג ומי אר"י הכי כו' ולפ"ז להך א"ד למה הוצרך ר"נ לפסוק כחכמים כיון דכללא לית ליה ודוחק לומר דבאמת להך א"ד לא אמר רבא בשם ר"נ ולא מידי שאין זה במשמעות ולפום הך א"ד עכצ"ל דגם ר"נ א"ל דבעלמא הלכ' כרשב"ג במשנתינו אלא דלא ס"ל הך חוץ מהני תלת דאיכא נמי עוד דוכתי דלא מסתבר טעמא ולא קי"ל כוותי' אך אף לפי גרסת רש"י שם עכ"פ אין משם הכרע דר"נ לא ס"ל בעלמא הלכה כרשב"ג כ"א בהנך דפסק ב"ה בהדיא הלכה כחכמים וכדאשכחן בדוכתי טובא דפסק להיפך משום דמסתבר ליה כחכמים וכמ"ש ר"ת בב"מ דף קי"ד ושאר פוסקים שהבאתי לעיל:

ומ"ש מהא דאר"נ בב"מ דף ס"ח הלכה כרשב"ג פשיטא דלק"מ דהא באמת הא דר"נ שיטה קאמר ולא אתי למפסק כוותי' אדרבא בא לומר שאין הלכה כמותו ואף למאי דס"ד דבא לומר דהלכתא כוותי' א"ש כיון דעכ"פ ס"ל דאיכא דוכתי דלא קי"ל כוותי' הוצרך לומר דבהא שפיר הלכתא כוותי' וגם דא"ש בפשיטות דהתם י"ל דלית הלכתא כוותי' כיון דטעמא משום גללים ואנן קי"ל דגללים אפקורי מפקר להו ועיין בכ"מ הל' שותפין שכתב דמה"ט פסק הרמב"ם דלא כרשב"ג בהא והוצרך ר"נ להשמיענו דמ"מ הלכתא כוותי' וכמו שכתבו התוס' לחלק דהכא שרוצה לפטור עצמו ע"י הגללים שפיר

אמרינן הכי ע"ש ומ"ש שבעינך יפלא שמ"ש התוס' שם ואין נראה דהא רב ושמואל כו' והם אין מחלקים בין מסתבר או לא לק"מ דר"ת גופי' מודה היכא דאיכא אמוראי דפסקו בהדיא דלא כוותיה וכמש"ל מתוס' ב"מ דף קי"ד ושאר דוכתי איברא דקשיא לי לפי מ"ש דשמואל לית ליה האי כלל' כלל א"כ מאי ראיה מייתי מדשמואל וגם מדרב אין כאן ראיה לפי מה דמשמע בבכורות דף כ"ד דאמר ר"נ בשם ר"נ בכולהו פרקין כו' ע"ש. מיהו בהא י"ל דמ"מ מסתמא גם רב לא פליג אהך כללא לגמרי רק דלא ס"ל חוץ דר"י וכמש"ל לר"נ ואמוראי דפליגי ארבב"ח ומש"ה איצטריך למפסק שם כרשב"ג אבל מה שהביאו מדשמואל צ"ע לפי מ"ש לעיל דמוכח מהך דביצה וע"ז דשמואל פליג אהך כללא לגמרי וכיון דהתוס' סוברים לפסוק כהך כלל' אין ראיה ממה ששמואל אין סוב' כן דשמואל לטעמי' אזיל דפוסק בכ"מ הלכה כחכמים נגד רשב"ג משא"כ לדידן וצ"ע: אמנם במ"ש הש"ך סימן קע"א דהך כללא איתמר אף בברייתא כבר כתבתי שמהרי"ט לא ס"ל הכי וכן מבואר ברשב"ם דף קל"ח ודף קע"ד וכן נראה לענ"ד מדברי התוס' בשם ר"ת בע"ז דף י"ג גבי הא דארשב"ג לא ישכור אדם כו' שכתבו לפסוק כוותי' משום דסתם מתני' כוותי' משמע דאי לאו האי טעמא לא הוה פוסק כוותי' והיינו משום דבמשנתינו משמע במשנה דוקא ולא בברייתא וכן אמרינן בכתובות דף ק"ט לענין כ"מ שאמר ר"ג רואה אני כו' א"ל רבא לר"נ אפילו בברייתא א"ל מי קאמרינן במשנה בכל מקום קאמר אלמא היכא דקאמרינן במשנה אין ברייתא בכלל וראיתי בספר שאילת שלום שהעיר בזה מכמה מקומות בש"ס וגם הביא דברי מהרש"א בכתובות דף ע"ז ומ"ש הש"ך ראי' מדברי התוס' בב"מ דף ס"ט תמה עליו שהתוס' כוונתם להך דרשב"ג דאיתמר שם במשנה דף ס"ט ע"ש ובאמת הוא תמוה מאוד וזה מאוד וזה שנים רבות שראיתי תמי' זו ואמרתי הקשה אדם קשה כברזל וכעת ראיתי ליישב קצת דס"ל להש"ך דרשב"ג דמשנתינו י"ל דמיירי היכא שאין מנהג המדינה להעלות שכר כתף למעט בכה"ג דלא נפיש טירחא ובכה"ג גם ר"מ ור"ש מודו כיון שאינו משנה ממנהג המדינה ועיקר מילתי' דר"י דאמר אפי' טבל עמו כו' היינו לומר אע"פ שמנהג מקבלי עסק לקבל שכר עמלו כראוי וזה לא מוכח מדרשב"ג דמתני' רק מברייתא דקאמר רשב"ג בהדיא אפילו במקום שנהגו להעלות שכר כתף למעט ורש"י מפרש שם שנהגו כן כשהם לבדם נישומין אבל מתוס' לא משמע כן ומפרשים דמיירי אף כשבא לשנות ממנהג המדינה ולכך מוקי ליה בשיטה עם ר"י ור"י ב"י ע"ש. וא"כ עיקר מ"ש ר"ת דמ"מ הלכה כרשב"ג כו' היינו בברייתא ויש בזה אריכות דברים בפירוש דברי התוס' ועיין בפ"י ולקצר אני צריך ועיין

בנימוקי יוסף שכתב דלית הלכתא כרשב"ג כו' ועוד דעיקרא דרשב"ג ברייתא היא ע"ש ואפשר שכוונתו למ"ש:
דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עו

אהובי אחי החריף נ"י מה שהוקשה לך בב"ב דף ק"נ למה לא חשיב דר"ש בן מנסיא עיין בה"ה הובא בבאר הגולה סימן רמ"ו ובחידושי הרמב"ן לב"ב ותמצא שם הכל באר היטב. גם מה שהקשית על התוס' דהא ש"מ נמי פלוגתא הוא נ"ל דש"מ כיון דסתם לן תנא כר' שמעון בן מנסיא לא חייש לפלוגת' דברייתא משא"כ הך דתקרע כתובתה דליתא במתני' כלל ובברייתא פליגי בה. גם מה שהקשית על מה שכתב התוס' דלאו דוקא כל נכסים דא"כ מה פריך מהא דעשא' אפוטרופ' עיין בש"ע אה"ע סימן ק"ז ובתשובות הרא"ש כלל מ"א דהא דלא מוקי בדשייר משום דברייתא קתני כתב כל נכסי' לאשתו. ומ"ש דהא מברח' אף בגליא דעתה הוי פלוגתא לדעת רבינו שמשון ליתא לפענ"ד דכיון דגליא דעתה אף דנימא קנה בעל וכרבנן דפליגי אר' שמעון בנכסים שאינם ידועים מכל מקום עכ"פ מקבל מתנה לא קנה דהרי זה ככותבת מהיום ולכשארצה כמ"ש הרשב"ם דף קנ"א אך הא קשיא לי לפי מ"ש התוס' דף קנ"א ד"ה אפילו למ"ד דבגליא דעתה אף במקצת נכסים הדין כן וכן הוא באמת לפי מה שכתב הרשב"ם דהוי ככותבת מהיום ולכשארצה ואז אף במקצת הדין כן ואם כן האיך אפשר לומר דבהנך דחשיב ר"נ מברחת מיירי בכה"ג דגלי' דעתה וצ"ע ולא עיינתי במפרשים כלל מחמת שאני כותב כי קאימנא חד כרעא דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות

שאלה עז

אשה אחת שיש לה שטר חצי זכר מאביה כמשפט הבנות ומת האב והניח אחריו נכסים מועטים והבת לא תבעה אז ובמשך הזמן נתרבו מחמת שנתייקרו הבתים וגם מחמת שהשביחו היתומים ע"י הוצאה והשבח יתר על היציאה וכעת באת הבת לתבוע או ליתן לה החוב כפי המבואר בשטח"ז או ליתן לה חלקה בנכסים והיורשים טוענים כי אין לה בשבח כלל ועל ריב יעמדו למשפט ונשאלתי לחוות דעתי בזה:
תשובה יראה שהדין הזה נחלק לכמה דרכים ומתחלה אבאר אם היורשים רוצים לברר להם שלא ליתן לה חלק בנכסים מחמת כי כפי שיוי הנכסים עכשיו יעלה חצי חלק זכר סך הרבה שהוא עולה יותר מכפי שיוי כל הנכסים בשעת מיתת האב ולהם משפט הבחירה שלא לדין אותה כיורשת חלק בנכסים רק כבעלת חוב ובזה באנו למחלוקת אם בע"ח גובה מיתומים מן השבח והנה הרבה שיטות נאמרו בזה ודעת התוס' בכמה

דוכתי דבע"ח גובה אפילו משבח שהשביחו היתומים בהוצאתם ואפילו ההוצאה א"צ להחזיר ולזה מטין דברי הרי"ף בפ' המקבל שנראה מדבריו דמשוה יתומים ללקוחות וכן משמע מדברי הרא"ש שם שמתחלה כתב כדברי התוס' והביא ע"ז לשון הרי"ף ע"ש וכן הראב"ד מפרש לשון הרי"ף ג"כ דיתומים דמו ללקוחות כמבואר בשיטה מקובצת שם אך הרמב"ן כתב ולא דאית לן דיתומים דמו למקבל מתנה כו' ומשמע שם שמפרש כן גם דעת הרי"ף ע"ש ואחריו נמשך ה"ה פ' ד"א מהל' מלוה בדעת הרי"ף וכבר עמדו בזה הב"י ועיין בלח"מ שם ובסמ"ע וש"ך סס"י קט"ו ואמנם גוף סברת התוס' הוא תמוה דאף ביורשים כרעא דאבוהן נינהו מ"מ מה שהוציאו למה יפסידו שהרי אין עליהם לפרוע חובת אביהם משלהם וכבר עמדו בזה הפוסקים והפ"י בב"ק דף צ"ה וכדי לתת קצת תבלין בדבריהם היה נלענ"ד לפי מה דאמרינן בב"מ דשמואל ס"ל לחלק בין הלואה למכר דבמכר לא אמרינן אחריות ט"ס משום דזבין אינש ליומא ופירש"י לספק יום א' שמא לא יטרפוה ממנו ואם יטרפוה ממנו שמא לזמן מרובה ואוכל בתוך כך פירות הרבה ונראה דטעמא בתרא עיקר שקונה על הספק שאף אם יטרפוה יאכל הפירות בינתים ובשביל זה מוחל על הקרן כדמשמע בלישנא דזבין ארעא ליומא ומבואר שם דמה"ט אפילו מבני חרי לא גבי כמ"ש רש"י שם זיל לשלמא שמחלת על הכל וכן מבואר בתוס' שם ובאמת לכאורה קשה לפי שיטת ר"ת בכתובות דס"ל דפורע חובו של חבירו מחויב לשלם לו ודוקא גבי מזונות אשתו קי"ל הניח מעותיו כו' אם כן קשה לשמואל נהי דאחריות לאו ט"ס מ"מ דל אחריות מהכא הא פרע עבורו את חובו וראיתי בס' כתובה שעמד בזה אך לענ"ד י"ל דדוקא הכא פטרינן ליה לגמרי משום שמחל לו על הקרן בשביל אכילת פירות אבל בפורע בסתם חוב של חבירו ל"ש זה אך קשה לפי סברת שמואל דמחמת שסבור לאכול פירות בינתיים מוחל על הקרן א"כ ביורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות שנוטל היציאה למה לא נימא שמוחל מה שהוציא בשביל אכילת פירות שיאכל בינתים דלא עדיף הוצאותיו של זה שמוציא על שדה חבירו מלוקח שמוציא מעותיו על השדה בשביל שבדעתו לאכול הפירות אך באמת ז"א דהתם כשיבא בעל השדה הוא מחויב להחזיר לו כל הפירות שאכל וכיון שיודע שלא לו יהיה הזרע אשר יזרע לא מחל היציאה כלל משא"כ היכא דאכיל פירות וליתנייהו בחזרה אך עדיין צריך ליישב הא דאמרינן תדע שכך כותב לו כו' ובמתנה דלא כתיב ליה הכי ה"נ דלא טריף שבחא ולא אמרינן דמוחל על הפירות בשביל הקרן אך באמת ז"א כיון שמחמת המכירה או הנתינה יצאה קרקע זו מרשות נותן ועמדה ברשות לוקח א"כ מה דאשכח ברשות לוקח אשכח והבע"ח אין משועבד לו רק גוף הקרקע ואף שכתב לו

דאקני מ"מ כל שאין הלוקח או הנותן מקנה לו הרי לא קנה המוכר כלל ולכך הוצרך לומר תדע כמ"ש לקמן וא"כ בכה"ג מה"ת יאמר דמחיל דאדרבא זה הב"ח אין לו שום קנין בשבח כלל אפי' בשבח היתר על היציאה אי לאו משום שכך כותב לו ולפי"ז א"ש גבי יתומים כיון דכרעא דאבוהון נינהו וה"ז כאילו מעולם לא יצאה הקרקע מרשות הלוה דהא עלייהו רמי לפרוע חובת אביהם מקרקע זו וא"כ השבח היתר על היציאה ודאי שייך לבע"ח וממילא שי"ל דגם היציאה גופא מחלו דמעיקרא אדעתא דהכי נחית לאכול פירות השדה עד שיבא הבע"ח ואם יבא הבע"ח ויטרוף מחלו הקרן שהוציאו בשביל הפירות וכמו במכירה בלא אחריות ואע"ג דלא קי"ל כשמואל בהא דסבר אחריות לאו ט"ס במקח וממכר וגם לשמואל י"ל דוקא כשנזקק לשטר כו' כמ"ש הרא"ש בב"ב ועיין סימן רך"ה היינו דוקא לענין שיקנה גוף הקרקע ויעמול לרוח זה לא אמרינן אבל מ"מ למדנו דסברא גדולה היא לומר דבשביל שיאכל פירות זמן מה הוא מוחל מעותיו על הספק והכי אשכח בכתובות גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו דאמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ואע"ג דאינו דומה ממש דהא בעינן עכ"פ שיאכל כל שהוא משא"כ הכא דלאו באכילה תליא מלתא שפיר מצינו דמחל הוצאותיו בשביל אכילת הפירות וכמו כן י"ל דמחלו היתומים על הוצאות בשביל ספיקא דאכילת פירות זמן רב ובזה נתגלה לנו טעם החילוק דבאפותיקי צריך לשלם הוצאות וזה תמוה לכאורה דכלפי לאיי וכבר תמה בזה הפ"י ע"ש אך לפמ"ש א"ש דאפותיקי כיון דהוה כמכורה למפרע וצריך להחזיר הפירות שאכל וכמבואר בש"ך שכ"ד הרבה פוסקים א"כ מעיקר' ודאי לא נחתי ע"ד שיטרוף בע"ח שיש לו אפותיקי מהם בלא הוצאות דהא בזה ליכא ספיקא דאכילת פירות וכלום למדנו סברא זו דמחיל בשביל אכילת פירות אלא ממוכר שלא באחריות וקי"ל התם דדוקא בע"ח אבל אי אתי נגזל ושקיל צריך להחזיר אף בלא אחריות כיון שצריך להחזיר הפירות וה"נ דכוותי' ומכ"ש לפי מה דאמרינן דאפותקי קלא אית ליה וידעי לה למלתא שיש על אביהן בע"ח אפותקי ואף אם יבא אחר זמן מרובה יצטרכו להחזיר הפירות שאכלו ובודאי מעיקר' אדעת' דהכי נחתי להיות נידונין ככל יורד שלא ברשות ולכך צריך להחזיר ההוצאה ובאמת הב"י כתב לדעת הרי"ף דבאפותקי א"צ להחזיר ההוצאה והסמ"ע והש"ך דחו דבריו ולענ"ד אין זה מוכרח כ"כ שהרי לפי דברי התוס' צ"ל דכי מסיק הש"ס באפותקי שוב מיירי אף במסיק שיעור ארעא ושבחא וכבר כתב הרא"ש שזה דוחק וגם מה שיפה כח היתומים בשוי' אפותקי כו' ע"ש שכתבו דכמו שיפ' כח היתומים מכח לקוחות במקצת כמו כן כולו כו' ולפי שיטת הרי"ף י"ל דבאמת לא נתיפה כח היתומים מכח הלקוחו' כלל כדמשמע מדבריו והך דפ' המקבל

יתומים אומרים אנו השבחנו כבר כתב הראב"ד שם ליישב שיטת הרי"ף אמנם הב"י שם קאי לשיטת ה"ה דמפר' דעת הרי"ף דיתומי' כמקבלי מתנה היכא דלא שוי' אפותקי ולפי"ז צ"ל דאפותקי עדיף לענין זה ואפשר דא"ש לפי מ"ש בשי"מ שם בשם הראב"ד דמסתבר' דגבי יתומים אפילו מסיק שיעור ארעא ושבחא לא שקיל בע"ח האי שבחא בלא דמי ול"ד ללוקח דלוקח יורד שלא ברשות דלא איבעי למזבין לה (ר"ל דמה"ט אפילו הוצאה אינו נוטל והא דנקט יורד שלא ברשות לאו דוקא אלא דמה"ט אלמוה לשעבוד' דבע"ח משום שלא תנעול כו' כמ"ש הרא"ש) ואילו יתומים ירושה ממילא הוא וברשות נחתי לה הלכך שקלי לכולי שבחא כו' ע"ש ולפי"ז י"ל דבאפותקי כיון דדינה כמכורה אף היתומים דאתו מכח ירושה לאו ברשות נחתי לה וגרע ממכורה לאחר וירדו שלא ברשות דהרי מחמת מלוה היא והוי דינם כלוקח לגבי בע"ח כיון דלאו ברשות נחית אמרינן דאלמוה לשעבודי' ולא איכפת לן בזה שאין להם על מי לחזור כלל ואין להאריך כי לא באנו רק ליישב שיטת התוס' ועוד כמה מגדולי הראשונים הסוברים כן דבע"ח גבי שבח מיתומים בלא חזרת ההוצאה ואפותקי גרע שצריך להחזיר ההוצאה ולכאורה הוא כהלכתא בלא טעמא ולפמ"ש יש טעם לשבח ולפום ה"ט דכתיבנא נראה שגם התוס' ודעימייהו יודו דבכה"ג דנ"ד לא אמרינן דגובה השבח בלא הוצאה לפי שאם תבא לטרוף מחלי לה ההוצאה בשביל אכילת פירות דז"א שהרי עדיין אין החוב מבורר כלל ואינהו גופייהו לא הוו ידעו איך יהיה הדבר בשעה שירדו לנחלה שאולי יתנו לה חלק בנכסים וכיון דמספקי לן אי שותפי נינהו או בע"ח היא וזוזי היא דמסקא בהו לא גמרי ומקני ההוצאה כלל דמעיקרא אדעת' דנפשייהו קעבדי כנלענ"ד. אמנם בלא"ה רוב גדולי הראשונים חולקים בזה וסוברים דיתומים כמקבלי מתנה אלא דבמקבל מתנה גופיה נחלקו לענין השבח היותר על היציאה שלדעת הרמב"ן דינו כשבחא דממילא וגבי ליה ממקבל מתנה ומיתמי ומפרש כאן דעת הרי"ף ואא"ז הש"ך בס"ק ל' ג"כ כתב דדברי הרמב"ן עיקר בזה והביא ראיה ממה דקי"ל דאקני משתעבד ולפיכך גובה שבח וא"כ מה לי לוקח או מקבל מתנה הא ס"ס אשתעבד מעיקרא לבע"ח ומה לבע"ח בזה שנתן לו במתנה כו' ולכאורה יש לתמוה לפי דעת הפוסקים דטעמא דמתנה לפי שאין לו על מי לחזור לאו אדעתא דמוכר נחית אם כן מה בכך שזה שעבד לו דאקני מ"מ המקבל מתנה לא הקנה לנותן כלל ומה"ט גופא השיג בסק"ג על אא"ז מהרש"א ז"ל ע"ש וכן בפ"י והאו"ת השיגו על מהרש"א דאף שאין ללקוחות על מי לחזור כיון שמת המוכר מ"מ בשעתא דאשבח לאו אדעתא דשקיל מבע"ח כ"א ממוכר כיון דכתב ליה כו' ולפי"ז במתנה דלא כתב ליה הכי מעיקרא כי אשבח אדעתא דשקיל מבע"ח אשבח

ולאו אדעתא דנותן כלל וא"כ מה בכך שהנותן כתב לבע"ח דאקני שאין זה קנינו כלל ואמנם מה דחשי' להו על אא"ז מהרש"א ז"ל אומר אני שהדין עמו מתרי טעמא חדא י"ל שהוא מפרש החילוק דיש לו על מי לחזור כמ"ש הרא"ש דלכך תיקנו חז"ל שבע"ח יגבה השבח ולא חשו לפסיד' דלוקח כמבואר מסוף דברי מהרש"א שם ולפי"ז נראה היכא דעתה אין על מי לחזור ואיכא פסידא דלוקח היה לנו לומר דבכה"ג לא תיקנו רבנן דמאי חזית דחיישת לפסידא דכתובת אשה אדרבא ניחוש לפסידא דלוקח כיון שאין לו על מי לחזור אך לפי הטעם דאדעתא דמוכר נחית שפיר קא מותיב מהרש"א ז"ל דודאי אין סבר' שבדעתו על כל שבח שיהיה שייך למוכר דמה"ת נאמר כן ועוד דא"כ אף בע"ח אחר שהלוה למוכר קודם שהשביח זה יגבה ג"כ משבח זה וזה ודאי אינו ופשוט שהכוונה דבשעה שהוא משביח דאף אם יטרוף איזה בע"ח הקרקע גם את הכל יקח דהיינו השבח ג"כ ואני אחזור על המוכר שכך כתב לו כו' אבל במקום שאין לו על מי לחזור כגון במתנה אין רצונו להשביח על דעת הנותן כלל דלמה יעשה זאת שהוא יתן שלו לבע"ח של מוכר ושלו אבד ולפי"ז בההיא דבכורות דע"כ שאין לומר דבשביל בע"ח כיון להקנות למוכ' וממילא יגבו האשה והבנות דז"א וכמ"ש שאין הכוונה רק בשביל אותו בע"ח הטורף הקרקע ועוד דהא בשעה שקנה נכסים חקר ודרש שאין לזה בע"ח עליו ומלוה בשטר קלא אית ליה וע"כ אם באנו לומר דאדעת' דמוכר נחית פירושו שבשעה שהשביח עלה בדעתו אם תבא האשה ותטרוף בכתובתה שלא תמצא נכסים ב"ח לגבות מהם אז תגבה השבח ג"כ וא"כ פשיטא דלא אמרינן הכי שהרי אז לא יהיה לו על מי לחזור ופשיטא שלא יעשה כן להשביח על דעת שהם יאכלו וחדו ושלו נפסד ובודאי דלאו אדעתא דהכי אשבח וזבל ומה שנלענ"ד ליישב על מהרש"א אין כאן מקומו ועכ"פ על הש"ך שכתב לטרוף שבח היתר על היציאה בשביל דאקני אף במקבל מתנה צ"ע דבכה"ג דאין לו על מי לחזור לאו אדעתא דמוכר אשבח ואין כאן דאקני כלל:

ונראה דאזיל לשיטתו בס"ק ט"ז שהשיג על הנ"י דמחלק בין היכא שהמוכר מת שאז לא קנאו מעולם דז"א דעיקר הטעם כיון דשבח זה מארעא דיליה קאתי הו"ל כקנאו מוכר וא"כ מה לי שהמוכר חי מה לי שהמוכר מת כו' וכן מוכח ממ"ש לקמן דגבי מיתמי שבח היותר על היציאה ואמאי נימא הא שבח זה לא קנאו המוכר מעולם כו' אלא ודאי כיון דהאי שבח' מארעא דאבוהון קאתי קני ליה בע"ח לשעבודי' כו' ע"ש ולפי"ז שפיר כתב במתנה אע"ג דאין לו על מי לחזור ולאו להשביח ע"ד הנותן נחית מ"מ מהני הך דאקני דכיון דשבח זה מארעא דיליה קאתי הו"ל כאילו קנאו ואין הדבר תלוי בדעת הנותן כלל וכן מבואר מדברי הרמב"ן במלחמות שהביא הש"ך בס"ק ל' דאפי' הוציא

הוצאה ונטע נטיעות והשביחו יתר על ההוצאה כיון שהקרקע הזה קנויה לו לשיעבודו כו' ולכאורה לפי האי טעמא אפשר שאף בלא דאקני שפיר יש לו לגבות כיון דארעא המשעבדא לדידיה אשבחה ומדברי הש"ך מבואר דמ"מ מטעם שכתב לו דאקני אתינן עלה וכן מבואר להדיא בדבריו ס"ק ה' דבשבח היותר על הוצאה בעינן דאקני וגובה חצי שבח:

וראיתי בקצה"ח שכתב שהש"ך אחז החבל בשני ראשין ע"ש בס"ק ב' ובסק"ט אך אחר העיון הדין עם הש"ך בזה כאשר אבאר לקמן אך צריך ביאור מה שנדחק הש"ך לעיל סק"ג בהשיגו על מהרש"א וכתב דאפילו מת המוכר שפיר גובה דמ"מ חושש דלמא ימצאו לו נכסים אצל היתומים כו' ובס"ק ט"ז לא הזכיר מזה אלא כתב טעמא משום ששבח זה מארעא דיליה קאתי כו' ונראה דבהך טעמא לא סגי ליה דא"כ במתנה נמי ליגבי שבחא דהא שבח זה מארעא דיליה הוא ואפ"ה משום שאין לו על מי לחזור לא גבי ולכך הוצרך למימר דגם כשמת המוכר מיקרי יש לו על מי לחזור דחושש שמא ימצא נכסים כו' ומ"מ שפיר הקשה שם על הנ"י אף בלא הך טעמא דחושש כו' דהנ"י והרמ"א שהביאו מבואר מדבריהם דמשבח שלאחר מיתת המוכר לא גבי אף בשבח יותר על היציאה ואהא שפיר קא קשיא ליה דהא מצי אמר ארעא דמשעבד' לדידי אשבחא ואף במתנה גבי בכה"ג כמבואר בשיטתו ס"ק ל' וע"ז הביא נ"י ראיה מיתומים דגבו שבח היתר על היציאה לדידיה אבל לענין שבח שכנגד הוצאה פשיטא דאין זה טענה ארעא דמשעבד לדידי אשבחא דמ"מ אין לו ליטול מה שהוציא זה מעותיו וצריך להחזיר במתנה רק במכר דאדעתא דמוכר נחית דיש לו על מי לחזור גם ההוצאה אינו נוטל וכיון דמהרש"א ז"ל התם קאי על דברי התוס' דמיירי לענין שבח שכנגד הוצאה והתוספות רוצים להוכיח דגבי מיתמי כולי שבחא אף שכנגד הוצאה כמבואר שם וזה תלוי ביש על מי לחזור ובזה הוצרך הש"ך לבא לסברתו דגם לאחר מיתת המוכר מיקרי יש על מי לחזור שחושש שמא ימצא נכסים אצל יתומים כו' ומ"מ אמת נכון מ"ש לעיל ליישב דברי אא"ז מהרש"א ז"ל דגבי בנות במזונותיהם אין לומר אדעת' דמוכר נחית אף בהשביח בחיי המוכר כיון שכל עיקר שעבוד האשה והבנות הוא לאחר מיתה וגם א"ל דנחית אדעתא שיגבה כשימצא נכסים ליתומים דפשיטא דז"א דע"כ אם יסוב הדבר שיצטרכו לטרוף ממנו ע"כ שלא יהיה נכסים כלל דאל"כ אף גוף הקרקע לא מצי גבי אף אם היו יכולין לגבות ממשועבדים כיון דיש שם ב"ח וע"כ אם נימא דנחית ע"ד זה היינו ע"ד שלא יהיו שם נכסים כלל ובכה"ג לא אמרינן דעביד ע"ד מוכר ע"מ לאבד את שלו ולפי"ז מ"ש הש"ך דחושש שמא ימצא אצל יתומים ז"א כיון שהיתומים א"צ לשלם

משלהם א"כ ממ"נ אם יהיה נכסים לא יגבה ממנו כלל ואם לא ישאיר המוכר נכסים מה יסמוך על היתומים או ריווח והצלה שיעמוד לו ממקום אחר ולא שדי זוזי בכדי ובודאי דבכה"ג ע"ד לאשתלומי ממוכר נחית. סוף דבר דברי הש"ך נעוצים סופם בתחלתם ככדור הזה והעולה מדבריו דשבח היותר על היציאה נחשב כשבחא דממילא לענין דגבי לי' ממקבל מתנה ומיתומים ומלקוחות שהשביחו לאחר מיתת המוכר יש לגבות אף שבח שכנגד הוצאה ובשבח היתר תמך יתידותיו על טעם דארעא דמשעבד' ליה אשבחא וזה הוי כאילו קנאו המוכר ולכך השיג על הנ"י דמחלק בין מת המוכר אמנם דברי הנ"י כבר נפתח ברבוותא כמבואר בשי"מ שהן הן דברי הר"ן שכ' דכיון דאמרינן דאינו גובה שבח אלא מטעם דאקני טעמא דמלתא לפי שאנו רואין שבח זה כאלו קנאו המוכר לפי שהלוקח אדעתא למשקל מיניה השביח וכאילו מכרו ללוקח שהרי לוקח זה הוציא בו מעותיו והו"ל מוכר זה כלוה ולוה כו' ואח"כ הביא שם דברי הרמב"ן שהקשה דהיכא משתעבד לבע"ח ממונו של לוקח משום דאקני והא לא קנה מעולם ואפילו תימא כיון דלוקח אדעתא למשקל ממוכר עבד כמאן דקנה הוא דמי אשבח לבתר דמת מוכר מאי דאקני איכא וע"ז כ' לחלק בין נוטע ובונה לשבח שהוא בגופו של קרקע כגון שעידר וניכש כו' והנהו כעין גופן של קרקע נינהו וכאילו ארעא דידיה אשבח ע"י תנאו שהתנה עמו וכתב אנא איקום כו' אבל ההיא דאיבעיא לן התם דאקני מאי התם בשבח מחודש וההיא לא גבי בע"ח אלא בדכתב דאקני כו' מיהא אכתי תמי' לי הא דאקשינן לעיל היכא שייך דאקני הכא ואי לאו דמסתפינ' ה"א דל"ש הכא דאקני אלא בבבא בתרא הכי קאמר בשלמא אי דאקני משתעבד דין הוא שיגבה בעל חוב השבח דסתמא כמאן דאמר ליה לישתעבד לך האי ארעא וכל שבחא דאית בה לעולם דמי וכיון דלוקח אדעתא דמוכר עבד כדכתב ליה אנא איקום כו' אי פריש הכי משתעבד כדמשתעב' דאקני בעלמא ומסתמא נמי גבי דכמאן דפרי' דמי כו' ומיהו חזינא טובא מרבוותא דפירשו לה כפשוטו ואמרי דלא גבי שבחא אלא בדכתב ליה דאקני וצריך תלמוד דשמא נאמר השביח לוקח לאחר שמת מוכר אינו גובה השבח דה"ל כהשביחו היתומים כדלקמן פ' המקבל עכ"ל הרמב"ן והר"ן כתב על זה שלפי דרכו בשבח מחודש דוקא בחייו המוכר אבל לאחר מיתה לא גבי מידי כיון משום דאקני אתינן עלה לבתר דמית הרי לא קנה מעול' עכ"ל ולכאורה מה שסיים הרמב"ן וצריך תלמוד כו' לאו אשיטת רבוותא קאי דאפשר דאף לפי מה שר"ל דלא צריך כתיבת דאקני דמסתמא כמאן דפריש דמי מ"מ כיון דעיקר מה דאתו עלה כיון דלוקח אדעתא למשקל ממוכר עבד כו' והיכא דהשביח לאחר מיתת המוכר ל"ש זה והיינו דקאמר דה"ל כאילו השביחו היתומים דכיון שאין להם על מי

לחזור לאו אדעתא דמוכר אשבחו וה"נ בלוקח שהשביח אחר מיתת המוכר אבל אחר העיון נראה דז"א רק שבא לתרץ לפי שיטתו שהקשה איך שייך בזה דאקני הא לא קנאו מוכר על זה מתרץ דבאמת כך הוא שהמוכר לא קנה רק שהוא משעבד בשעת מעשה השבח העתיד לבא וכיון שזה משביח ע"ד שיטול מן המוכר או ממאן דאתי מחמתי' והיינו אף שמת המוכר מ"מ זה עושה ע"ד כן שמי שיגבה הקרקע יגבה השבח וכסברת הש"ך דעכ"פ לאו ע"ד לאשתלומי מבעל חוב עביד וכיון שזה היה דעתו בשעת מעשה להקנות לו השבח העתיד שפיר גביה מיניה ומזה מוכיח הש"ס דדאקני משתעב' משא"כ אם נימא דבעינן למיכתב דאקני בכדי לגבות השבח קשה דבמה קנה לממונו של לוקח ואף דשבח זה מארע' דמשתעבדא ללוקח הוא מכל מקום הרי כבר מכר השדה ללוקח זה והסיח דעתו מכל מה שעתיד להיות בתוכה ואיך נכלל זה בכלל דאקני שכתב ללוקח וע"כ לומר שאנו רואין כאילו קנאו המוכר כו' אם כן אין מקום לגבות שבח שאחר מיתת המוכר דהא ודאי שלא קנאו מעולם. אך לענ"ד צ"ע דלפי"ז משמע דהכל תלוי בכתיבת דאקני דאם צריך למכתב דאקני אז דוקא בהשביח בחיי מוכר וכן מבואר מדברי הר"ן שמבואר שמחלק בזה לפי דעת הרמב"ן בין שבח מחודש דאז בעי דאקני ובעינן בחיי המוכר משא"כ בשבח בגופן של קרקע דסובר הרמב"ן דלא בעי דאקני אין חילוק בין בחיי המוכר או לא ולכאורה לפי מ"ש הרמב"ן והנהו כעין גופו של קרקע וכאילו ארעא דיליה אשבח עם תנאו שהתנה עמו אנא איקום כו' ולפ"ז י"ל דבהשביח לאחר מיתת המוכר פשיטא דלאו ע"ד המוכר השביח דא"ל ע"ד לגבות מיתומים ז"א דכשיבא הבעל חוב לגבות השדה עם השבח ע"כ שלא ימצא אצל היתומים ב"ח כלל ולא יהיה לו על מי לחזור וכמש"ל על דברי אא"ז מהרש"א ז"ל ומזה משמע כדברי הש"ך דאם בשבח לאחר מיתת המוכר מיקרי יש על מי לחזור אלא דלאחר מיתת המוכר ל"ש דאקני אבל אי לא בעינן דאקני הך תנא' שפיר מתקיים:

והנה מה שמבואר בדברי הרמב"ן לחלק בין שבח מחודש או לא לכאורה נראה דמיירי הכל לענין שבח כנגד הוצאה דאילו השבח היותר על הוצאה אף בבנין מחודש ס"ל דגבי ליה ממקבל מתנה ומיתומים והיינו משום דהיא בכלל שבחא דממילא לדידיה כמבואר בש"מ ובמלחמות וא"כ מה שמחלק בשבח מחודש היינו כנגד ההוצאה וכן נראה מדברי הריטב"א שהובא בש"מ שם שכתב דשבחא דממילא כו' ואפילו השבח היותר על ההוצאה דההוא ארעא גופא אשבח ופשיטא דכל היכא דגבי לארעא גבי ליה נמי בחובי' ואפילו ממקבל מתנה ומיורשים כו' הלכך ע"כ לא אתי שמואל אלא לחדותי שבח שכנגד הוצאה וא"כ תמה על עצמך דהא דאקני הוא ומבעיא ליה לשמואל ורבינו

הגדול תירץ דההוא בשבח מחודש כו' ובסוף דבריו שם מסיק דבמתנה שאין בה אחריות גובה כל השבח חוץ מן ההוצאה ולפ"ז משמע נמי דאף בשבח מחודש צריך דאקני וממילא דגובה חציה דהוי כלוה ולוה מ"מ שפיר מיקרי שבח דממילא לענין דגבי ליה ממתנה ומיורשים וכ"כ בש"מ שם ד"ה אין יפה דהרמב"ן סובר לדעתו של הרי"ף דיותר על הוצאה אפילו בשבח מחודש טריף ממקבל מתנה שלא יפה כחה של מתנה אלא כנגד ההוצאה לבד אבל במה שיתר על הוצאה גרע כחה דבמכר אינו גובה בשבח היתר על הוצאה אלא חציו:

ולפי"ז צ"ע דודאי מ"מ מיקרי דשלב"ל כיון שהוא שבח מחודש ולכך צריך דאקני אבל ממקבל מתנה שפיר טריף הבע"ח אע"ג דלא כתב לי' אנא איקום דבזה השבח יותר על היציאה לא איכפת לן בכוונת המקבל מתנה אם עבד לה אדעתא דנותן או לא דמסתמא קנינהו בע"ח כיון דכתב לו דאקני וזה סברת הש"ך ממש דס"ל בשבח היותר על היציאה צריך דאקני ואפ"ה ממקבל מתנה גבי דהא ס"ס שעבד לו הנותן השבח הזה בדאקני אך באמת הר"ן ז"ל שם כתב דאין זה מחוור בעיניו כיון דמקבל מתנה שדה שלו השביח ול"ל דהוה כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות וכל מה שהשביח קרקע מחמתו יש לו ליטול ועוד דהיאך אפשר לומר דבע"ח גובה ממתנה היותר בשבח מחודש של בנין כיון שאת' אומר דבמכר חולקין מטעם דאקני אתה בא עליה ובמתנה א"א כיון שלא כתב לו נותן למקבל מתנה כמו שכותב מוכר ללוקח לא קנה נותן שבח זה מעולם ולפיכך נ"ל שהרי"ף לא נתכוון אלא לכגון דיקלא ואלים וכל שבחא דכוותי' דלא אתי מכח מקבל מתנה כלל אבל שבח היותר על היציאה אינו גובה וכך הם דברי הרמב"ם כו' ודברי רש"י כו' גובה כולו בשבחא דממילא בין במכר ובין במתנה היכא דמסיק שיעור ארעא ושבחא ע"ש הרי מבואר דסבירא ליה כמ"ש לעיל על דברי הש"ך דכיון דמטעם דאקני אתינן עלה שוב אינו גובה מן המתנה דכיון שלא כתב לו לאו אדעתא דידיה קעביד ולא קני ליה כלל:

אך נראה דאף לפי שיטת הרמב"ן ז"ל דוקא בשבח בגופה של קרקע גבי לשבח היותר ע"ה ממקבל מתנה ומיורשים כיון דלזה א"צ דאקני אבל בשבח מחודש כיון דבלא דאקני לא גבי כמש"ל א"כ נהי דגבי ליה ממקבל מתנה היכא דכתב ליה לבע"ח דאקני משום דאף ע"ג דלא כתב ליה אנא איקום כו' מ"מ אין אנו צריכין בזה להסכמת המקבל דארעא דמשעבדא אשבח מ"מ מיורשים לא גבי כיון דע"י דאקני הוא והרי לא קנה מעולם וכמש"ל מדברי הרמב"ן והר"ן בלקוחות שהשביחו אחר מיתת מוכ' והרמב"ן כתב דאינו גובה השבח דה"ל כהשביחו יתומים בפר' המקבל אלמא דלא גבי מיתומים שבח היתר

על הוצאה ואף דלפי מ"ש הרמב"ן די"ל שאין צריך דאקני לענין שבח א"כ גם בלאחר מיתת המוכר שפיר גבה מכל מקום הרי הרמב"ן גופי' כתב ומיהו חזינן טובא מרבוות' כו' משמע שביטל דעתו נגדם וכ"כ בש"מ בשם הרמב"ן בפ' המקבל דלא טריף בע"ח שבחא אלא בדכתב ליה דאקני כדברי רוב המפורשים כו' ולפ"ז צ"ל מ"ש הרמב"ן שם ולא דאיק משום דיתמי דמי למתנה דכיון דלא כתב כו' לא טריף מיניה שבח' דמחמת הוצאה ה"נ בדיתמי לא טריף ומיהו שבח' דממילא טריף בתרווייהו כדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל נראה דמיירי בשבח דבגופה של קרקע דבההוא שוו יתומים למתנה אבל בשבח מחודש שצריך דאקני אף ע"ג דלענין מקבל מתנה קרוי גם זה שבח דממילא מכל מקום לענין יתומים לא מהני כיון שלא קנאו מעולם. אמנם מדברי הריטב"א שכתב וע"כ בשבח' דממילא עסקינן דאילו אשבחו יורשי' דידהו הוא כל מה שהוא כנגד ההוצא' וכדאמרינן לקמן במכילתין יתומים אומרים אנו השבחנו כו' ורבינו הגדול תירץ דההיא דג"פ בשבח מחודש כו' והא דאותבינן לקמן ממתני' לשמואל ולא מוקמינן בשבח מחודש גמור ולא כתב ליה דאקני משום דא"כ איך פסיק ותני דלא שבח שקיל כנגד הוצאה כו' נראה מדבריו דעיקר חילוק הרמב"ן לענין שבח שכנגד הוצאה הוא וכמש"ל אבל היותר על היציאה לעולם בכלל שבח דממילא הוא אע"פ שהוא מחודש וא"צ דאקני לענין היותר על היציאה אך לענ"ד עיקר בזה כדברי הר"ן שמבואר בדבריו דגם ביותר על היציאה בשבח מחודש בעי דאקני ובמכר אינו גובה אלא חציו ומה"ט כתב דביתר על היציאה גרע כח מתנה מכח מכר דבמתנה גובה כולו והכי משמע לענ"ד דלענין שבח שכנגד הוצאה לא מסתבר לחלק בין שבח מחודש או לא דאפילו בשבח שבגופה של קרקע שמעמיד הקרקע בשבחו שלא יכסוף כגון חורש ומנכש כו' מ"מ כיון שע"י הוצאה יעשה ואין כאן שבח רק כנגד הוצאה האיך אפשר לומר בזה ארעא גופה אשבח ולענין היתר על היציאה שפיר מצינן לחלק בכה"ג וכן נראה מבואר מדברי הרמב"ן שם שכתב וה"ט דלא מפרקינן בשמעתין הא מתני' בדלא כתב דאקני כו' דאי בשבח דלא הוה לעולם לא משתעבד ליה לבע"ח כלל והיציאה ושבח שקיל מנגזל עד גמירא כו' ולשונו אח"כ שכתב ניחא ליה לאוקמי בכל שבח כו' צ"ע קצת ויש ליישב ואין להאריך:
והנה מ"ש הש"ך ראיה דיותר על היציאה גבי ממקבל מתנה דהא יתומים כמקבלי מתנה כמו שהסכימו הפוסקים וקי"ל דאי דאקני משתעבד גובה מן היורשים אע"ג דאין להם על מי לחזור כו' וראייתו נכונה לפי שיטתו דסובר דשבח הוה בכלל דאקני אף היכא שאין לו על מי לחזור וא"כ כיון דבכלל דאקני הוא מוכח מהתם דגובה מן היורשים אף ע"פ שאין להם על מי לחזור אך לפמ"ש דשבח לא הוה בכלל דאקני משום דאמרינן

משום דאדעתא דמוכר נחית הא לא"ה אע"ג דהשבח יתר על היציאה מ"מ הלוקח והיתומים בארעא דידהו אשבחו דהא השתא נפלי נכסי קמי יתמי והיוצא השדה לאו לרשות המוריש והמוכר הדר רק בלוקח שכתב לו אחריות אמרינן דע"ד המוכר נחית וממילא הוי בכלל דאקני הא לא"ה אינו בכלל דאקני כלל א"כ אין ראיה מהא דקנה והוריש כלל דהתם קנה הוא עצמו ושפיר נשתעבד ע"י דאקני וכן אם השביח הוא עצמו והורי' משא"כ אם השביחו יתומים ולאו אדעתא דאבוהון נחיתו ובאמ' שלכאורה יש להקשות לפמ"ש הרא"ש הא דבע"ח גובה שבח משום נ"ד וע"ז קאמר רבא תדע כו' ר"ל דלא חשו לפסידא דלוקח בזה כיון שיש לו על מי לחזור א"כ קשה לפי מ"ש הרשב"ם בדאקני הטעם גם כן משום דאלמוה לשעבוד שלא תנעול דלת כו' ולפ"ז נימא בדאקני וקנה ונתן בלא אחריות כיון דאין לו על מי לחזור יש לחוש לפסידא דמקבל מתנה וכמו שחששו לפסיד' דידיה לענין שבח וכן קשה בקנה והוריש לפמ"ש הרא"ש דחיישינן לפסידא דיתומים גם כן כמו לפסיד' דמקבל מתנה ולא ס"ל סברת התוס' משום דיתומים כרעא דאבוהון למה אמרינן דגבי מינייהו שהרי אין להם על מי לחזור ואפשר דדוקא בשבח שהשביחו הם עצמם חיישינן לפסידא ואף ע"פ שמחזיר להם ההוצאה מכל מקום על ידם נעשה השבח הזה ומיקרי פסידא דידהו מה שא"כ בקנה והוריש שקנה הלוה עצמו הקרקע ל"ש בזה פסידא דיורשים דאף ע"פ שאין להם על מי לחזור מ"מ אינהו לא קעבדי ולא מידי:

כלל העולה מזה שלדעת הרמב"ן שבח היותר ע"ה גבי ליה ממקבל מתנה אף בשבח מחודש כבנין וכיוצא בו וצריך דאקני אף בשבח שאינו מחודש רק הוא תיקון בגופו של קרקע אף דאקני א"צ וכבר כתבתי שלענ"ד אף דיתומים כמקבלי מתנה לדידיה מ"מ ה"ד לענין שבח שאינו מחודש שא"צ דאקני והרי כבר מת הלוה ולא קנסו מעולם ואע"ג דהש"ך סובר דאף היכא דצריך דאקני נמי גבי אפילו משבח שלאחר מיתת המוכר משום דהוי כאילו קנאו המוכר כיון שבקרקע שלו נעשה השבח מ"מ אין זה דעת הפוסקים הראשונים שנראה מדבריהם דמשום הא לא הוי דייניגן ליה בדאקני כיון שבשעה שנולד השבח כבר יצאה מרשותו ומה זכות יש לו למוכר בו שנאמר שיזכה בו הבע"ח מחמת דאקני ואף במתנה דעת הר"ן שאין לחלק בין שבח מחודש או לא ובכל גווני בעינן דאקני וכתב שזה דעת הראשונים וכדבריהם נראה דכיון דלוקח זה אי לאו משום תנאו של מוכר שכתב לו אנא איקום כו' הוה יכול למימר הב לי גריווא כו' שהרי לוקח זה שדה שלו הוא משביח וא"א שיגבה בע"ח את כולה אלא מטעם דאקני וגם במ"ש הרמב"ן דשבח היותר כו' טריף ממתנה ואפילו בשבח מחודש כו' נחלק עליו הר"ן וכתב שאין זה

מחוור כו' והרי"ף לא קאמר אלא כגון דקלא ואלים כו' וכ"כ הרמב"ם כו' וכן דבריו של רש"י וכן בסוף הענין כתב שם בש"מ בשם הר"ן נמצאו כללי השמועה כו' אבל במתנה לא גבי בע"ח שבח' כלל ואפילו מסיק כנגדו אלא בכגון דקלא ואלים אבל בשבח היתר ע"ה לא ואצ"ל כנגד ההוצאה אבל לפי דרך הרמב"ן ז"ל כל שבח שהוא יתר ע"ה הרי הוא כשבחא דממילא גמור וגבי ליה ואין דרכו מחוור כו' עכ"ל. ולפמ"ש גבי יתומים ובשבח מחודש גם הרמב"ן מודה כיון דבעינן דאקני והרי לא קנה אביהם מעולם ומכ"ש לפי דעת הפוסקים הסוברים דאין לחלק בכך ולעולם בעינן דאקני וכבר כתבתי שגם שבח היותר ע"ה גובה ממקבל מודה דעכ"פ דאקני בעינן (אלא דאיהו ס"ל דמיקרי דאקני לפי שקנאו המוכר מחמת שקרקע שלו היתה וארעא דמשעבדא לבע"ח היא וא"כ אף מיתומים שפיר גובה אך מדברי הראשונים לא משמע כן ולקמן יבואר עוד בזה) לענין שבח היותר ע"ה ואפילו בחפירה והוי שובלי רק בשבח' דממילא חולק על הרמ"א שם וכתב שהרמ"א כתב ע"פ ה"ה בשם הרשב"א שהגאונים חולקים וכן הרז"ה והרמב"ן כו' ובאמת חפשתי ולא מצאתי בשום מקום שהגאונים כו' ולבי אומר לי שלא כתבו דבריהם אדברי הרמב"ם בנתייקרה כו' אבל מדברי ה"ה לא משמע הכי אלא משמע דאכל שבח דממילא חולקים על הרמב"ם כו' עכ"ל ובאמת נפלאתי על ה"ה בזה שכתב כן בשם הרמב"ן דנהי שאין ראיה ממה שהרמב"ן סובר דמקבל מתנה גבי שבח היתר ע"ה דמ"מ שפיר צריך דאקני כמש"ל אבל מ"מ מ"ש שחולק על הרמב"ם הוא תמוה דאדרבא הרמב"ן סובר יותר מהרמב"ם דהרמב"ם לא סבר הכי כ"א בשבח דממילא בלא הוצאה והרמב"ן סובר דאפילו ע"י הוצאה כל שאינו מחודש גובה כולו וא"צ דאקני וכמש"ל כ"פ וכן מבואר מ"ש הר"ן נמצאו כללי השמועה כו' לפי תירוצו של הרמב"ן בשבח שאינו מחודש גובה את כולו ואע"ג דלא כתב ליה דאקני כו' וכ"כ הריטב"א בשמו וגם מבואר בש"מ שעל תירוץ הרמב"ן שכתב לחלק בין שבח מחודש ע"ז כתב הרשב"א שאין הגאונים מודים ע"ש והנה במ"ש שהרמב"ן סובר דבמקבל מתנה גובה השבח היתר ע"ה אפילו בשבח מחודש היכא דכתב ליה דאקני כך דעת הריב"א ג"כ וכתב שלזה הסכים הרא"ה וכן מבואר שם דעת הריב"ש ז"ל וכן דעת הש"ך וכתב דלפ"ז גרע כח מתנה בחד ענינא דמלוקח לא גבי אלא חצי השבח דמחמת הוצאה כו' ומקבל מתנה טורף כל השבח ולכאורה צ"ע ע"ז דנהי דמחמת אחריות של השדה עצמו אין יכול ליטול חלק בשבח כיון דלית ביה אחריות מ"מ הרי נתן לו השדה והיינו עם כל השבח שעתידה לעשות כמ"ש הש"ך בס"ק י"ב וא"כ הרי חזר בו ממ"ש לבע"ח דאקני ודמי ללוה ולוה מאחר וכתב ליה דאקני משתעבד לשניהם וה"נ קודם שקנה השבח חזר בו והקנה אותו למקבל

ולפי שיטת הרמב"ן בב"ב סוגי' דפרה וטלית דשעבודא דדאקני מהשתא חייל ושוב אינו יכול לחזור ולזה הסכים הש"ך בסי' קי"ב וכתב טעמא דלוה ולוה משום דמסתמא קנה ממעות אחרון כו' א"ש וכן נלענ"ד מוכח מהתוס' בב"מ ובב"ב שהקשו אהא דלוקח גובה הקרן ממשועבדים דא"כ היה לו לטעון הנחתי ור"ל דע"כ שכתב לו דאקני דאל"כ איך טורף השבח עיין ש"ך ס"ק י"א ולכאורה מה קושיא דלמא מיירי שחזר בו מדאקני לאחר שכבר נגמר השבח והנכסים קנה אח"כ ולכן לא היה יכול לגבות מנכסים אילו שקנה אחר חזרה משא"כ מהשבח גובה כיון שכבר הי' בעולם לא מהני חזרתו אלא ע"כ כשיטת הרמב"ן דאינו יכול לחזור בו מדאקני ובזה ארווח לן קושי' אא"ז מהרש"א ז"ל אמ"ש התוס' דאמאי דחיק בב"ב לאוקמי כר"מ יעמיד כשעשאו אפותקי דהא בע"כ צריך לאוקמי בהכי משום קו' הנחתי ולפי מ"ש א"ש דנראה מהתוס' דעל הפשטן לא הוה קשיא להו דע"כ צריך לאוקמי באפותיקי משום דאפשר דבאפותקי נמי אין גובה השבח כ"א באמר ליה מעכשיו דוקא וכמ"ש הש"ך לשיטת כמה פוסקים ודוחק ליה להש"ס לאוקמי בכה"ג רק אמאי דדחיק לאוקמי כר"מ שפיר קשיא להו יעמיד כו' וכיוצא בזה כתב מהרש"א דאפשר דלא ידע כו' רק על התרצן קשיא ליה יעמיד אך דבזה עדיין לא הועילנו דהא אף למאי דמוקי כר' מאיר ע"כ מוכרח לאוקמי באפותיקי משום האי קושי' דהנחתי אם כן אכתי קשה לישנא דיעמיד כו' דעדיפא הול"ל דהא למאי דדחקית נמי צריך לאוקמי באפותקי אם כן נימא דלאו ר"מ הוא רק דמיירי באפותקי מעכשיו (או הו"ל לאודעי דדינא הוא באפותקי דנוטל כל השבח לדברי מהרש"א ז"ל) ולשונם משמע דלא הוה צריך לאוקמי באפותקי ולפי מ"ש א"ש דלמאי דמוקי כר"מ לא הוה צריך לאוקמי באפותקי כלל דלא קשה הך קושי' דהנחתי די"ל דמיירי בחזרה כמ"ש משום דלר"מ שפיר מהני חזרה דדוקא אליבא דרבנן שהוצרכנו לאלם כח השעבוד מקנין משום נ"ד וכיון שחידשו תקנה שיועיל דאקני נכלל בה ג"כ שאין יכול לחזור משא"כ לר"מ דלא הוצרכנו בדאקני לתקנה כלל ממילא דשיעבוד וקנין דין אחד להם ובשניהם יכול לחזור מצד הדין וא"צ לאוקמי באפותקי כלל ולכך כתבו התוס' יעמיד כו' שוב מצאתי באו"ת שכתב לסייע להרמב"ן מקושית התוס' ונימא הנחתי כו' ושמחתי:

אך לשיטת הרשב"א שסובר דיכול לחזור מדאקני לכאורה קשה על הש"ך שכתב דבמתנ' גובה כל השבח היותר ע"ה ואף שי"ל דהש"ך לשיטתו בסימן קי"ב מ"מ לא הו"ל לסתום הדברים ולומר דבכה"ג שנתן השדה לאחר הוי כמו חזרה ומועיל לדעת הרשב"א וא"ל דא"כ בכל דאקני קנה ומכר נימא הכי דמה שמכר השדה ע"כ שהוא מוכר השבח הוי חזרה ז"א דהתם מיד שקנה חייל שעבודו של זה מחמת דאקני ומה שמכר אח"כ אפי'

תימא דמיקרי חזרה לא מהני כיון שכבר בא לעולם ונשתעבד משא"כ לענין השבח דבשעה שמכר לזה עדיין לא היה השבח בעולם והיה בידו לחזור מדאקני ונלענ"ד דא"ש אף להרשב"א דודאי אם חוזר בו ממ"ש דאקני מהני אבל אם מוכר או נותן לחבירו ואינו באופן המועיל אין זה חזרה כגון אם כתב לבע"ח דאקני ואח"כ כתב לאחד שדה זו לכשאקחנה קנויה לך כיון דקי"ל דהך לישנא לא מהני אין בזה תורת חזרה ודוקא בלוה ולוה שגם מה ששעבד לשני דאקני הוא לישנא דמהני ביה דיכול לשעבד אף בדשלב"ל משא"כ בלשון מכירה ולפ"ז אף שנתן לזה השדה אח"כ מ"מ אם באנו לדון מצד שנתן לו השבח שהשביח השדה זה לא מהני מצד עצמו דהוי דשלב"ל ואין בזה משום חזרה מה תאמר הרי נתן לו גוף השדה וממילא קנה גם השבח שהשביח השדה הרי על הקנין שיש לו בגוף השדה קדם שעבודו של הבע"ח ולגבי שעבוד של הבע"ח הוי קנינו של זה כמאן דליתא ושפיר טורף הבע"ח כל השבח ועוד נראה דודאי אין מכר או מתנה חזרה על שעבוד כלל דאין זה ענין לזה דלזה הקנה שיהיה שלו ולזה שעבד באם לא ישלם לו יטרוף מזה ואין כאן חזרה כלל וכיון שקדם שעבודו של הבע"ח למתנתו של זה אע"ג דחלות השעבוד והקנין בהדי הדדי קאתו בשעה שבא השבח לעולם מ"מ גוף התחייבות השעבוד קדם למתנה ודינו כמו בדקנה שטורף הכל וראיתי בקצה"ח שעמד בזה ותמה על הש"ך וכתב דלהרמב"ן דשבח היותר הוא כמו שבח' דממילא א"צ דאקני וגם בע"ח גובה כולו ולמאן דסובר דצריך דאקני שבע"ח גובה חצי השבח אם כן ממתנה לא גבי כלום והש"ך שכתב שבע"ח גובה מלוקח חצי שבח וממתנה כולו תמוה דלא עדיף בע"ח מכח מקבל מתנה שזוכה בגוף הקרקע ע"ש שרוצה לפרש החילוק בין מקבל מתנה ליתומים דמקבל מתנה הוי כמו חזרה כו' משא"כ יתומים וכבר כתבתי שז"א דאין כאן חזרה וגם מ"ש להרמב"ן ז"א כמ"ש דבשבח מחודש ס"ל להרמב"ן דבעי דאקני ואין גובה רק חצי השבח ואפ"ה כתב במלחמות דגובה אותו ממקבל מתנה ומשמע דאפילו כולו הוא גובה ובאמת שכדברי הש"ך מבואר בשי"מ בשם הר"ן שכתב והרמב"ן סובר לפי דעתו של הרי"ף כו' אבל במה שיתר על ההוצאה לא יפה כחה מכח מכר אדרבא גרע כחה דבמכר אינו גובה משבח היותר על ההוצאה אלא חציו משום דהו"ל כלוה ולוה ואילו במתנה גובה כולו משום דהו"ל לוה וקנה לחוד שהרי ממקבל מתנה לא לוה שלא קיבל עליו אחריות עכ"ל אלא שהר"ן השיג ע"ז במש"ל ע"ש וכ"כ שם בשם הריטב"א דאי כתב דאקני לבע"ח ולא כתב אנא איקום יפה כח מכר מכח מתנה דאלו מלוקח לא גבי אלא חצי שבח משום דהו"ל כלוה ולוה כו' אבל ממתנה שאין בה אחריות גובה כל השבח חוץ מן ההוצאה דמקבל מתנה שאין בה אחריות אינה כמלוה והו"ל בע"ח דאקני

קנה ומכר משתעבד עכ"ל הרי מבואר ממ"ש כדברי הש"ך ותמהני על בעל קצוה"ח שהעלים עינו מדברי ראשונים אלו:

ותבנא לדיננא דאף לדעת הרמב"ן שגובה שבח מחודש ממקבל מתנה משום דכיון שזה כתב לו דאקני לא איכפת לן בדעת המקבל מתנה דמ"מ גם השבח מחודש הזה בקרקע המשועבדת הוא וזה שעבד לו אותו בדאקני אבל בלא דאקני א"א שיגבה אותו כיון שעתה הוא שנתחדש ע"י בנין זה וכיוצא לא נכלל בכלל שעבוד הקרקע וכיון שעל ידי דאקני משתעבד לו ממילא שהשבח שנעשה אחר מיתת הלוה א"א לגבות ממנו דההוא שעתא דהשבח אתי לעולם הוא אינו בעולם וגם נראה דלא עדיף שיעבוד לרבנן מקנין לר"מ דקי"ל בנפלו לו נכסים כשהוא גוסס אינו יכול להקנותם ע"ש ואע"ג דקנה והוריש שפיר משתעבד שאני התם שהוא קנה בעודו חי ומיד נשתעבד לבע"ח ולכן כשמת תו לא פקע והלכך אף שלא כתב דאקני שפיר טריף משא"כ כאן שלא נתחדש השבח אלא לאחר מיתה ומכ"ש לדעת הפוסקים בסימן קי"א דאף בקנה והוריש לא גבי כ"א ע"י דאקני אם כן מכ"ש בקנין מחודש הבא לאחר מיתה כיון שא"א לגבותו כ"א מחמת דאקני ובזה שכבר אינו בעולם ל"ש לקנות משום דאקני ומ"ש הש"ך סימן ק"ד דשבח הו"ל ראוי יבואר לקמן וגם פשוט דהש"ך מיירי בשבחא דממילא דוקא כההיא דב"ב לענין בכור וגם הרבה פוסקים ס"ל דאין בע"ח גובה מראוי ואין להאריך ולדעת הר"ן ובשיטה המכונה להריטב"א וכ"כ הרא"ש שהוא שיטת רבינו יונה וכ"כ בשי"מ פרק המקבל בשם הרמ"ך ועוד כמה פוסקים דבכל שבח שע"י הוצאה אין גובה ממקבל מתנה ומיתומים והיא שיטת הרמב"ם ורש"י ג"כ וא"כ פשיטא שאין להוציא מיתומים:

אמנם דעת רבינו אפרים והרז"ה והרשב"א דאף שבח דממילא לא גבי ממקבל מתנה והש"ך כתב דאפשר דדוקא במתנה אמרו ולא ביתומים ולענ"ד ז"א ועיין בש"מ פרק המקבל בשם הרשב"א שכתב דרש"י כתב דשום שבח לא גבי מיתומים ויש מקשים עליו מדתנן בבכורות כו' ורש"י נשמר שם מקושי' זו ופירשה במזון בת אשתו כו' והרמב"ן הקשה עליו כו' ואפשר כיון דמחמת נשואין הוא מתנה לזון את בתה הרי היא כתנאי כתובה דכל מה שהבעל מוסיף ונותן לה הוי תנאי כתובה וכדאיתא בר"פ אע"פ וה"ה מה שמוסיף ונותן לבתה מחמתה בשעת נשואין עכ"ל הרשב"א ז"ל ומדדחיק לתרוצי סוגיא אליבא דרש"י משמע דכוותיה ס"ל וכן נראה ממ"ש הרא"ש ואני אומר כמקצתו כן כולו ואין בע"ח גובה שבחא דיתמי כיון דאין להם על מי לחזור כי היכא דלא גבי ממקבל מתנה כו' ולעיל מינה הסכים להרז"ה דלא טריף שבחא דממילא ממקבל מתנה וא"כ נראה דה"ה מיתמי וכן מבואר מדעת הטור ומ"ש הש"ך לדייק בדברי הטור שלא

כתב דין יתומים כמקבלי מתנה לכל דבר י"ל דלא מיירי אלא בשבח מחמת הוצאה כו' נפלאתי שדרכו דרך הקודש לעיין ברמזים ושם כתב בביאור היטב ומי שנתנה לו במתנה או יתומים שהשביחו כו' אינו גובה שבח כלל ל"ש שבח דאתי ממילא ל"ש שבח דאתי ע"י הוצאה ע"ש איברא שבפרק המקבל כתב כמ"ש הרא"ש שם והדברים סותרים כמ"ש במע"מ ובש"ך. ומ"ש הש"ך דבשבח דנתייקרה כ"ע מודו דב"ח גובה כדמוכח בבכורות גבי דקלא ואלים וטעמא משום דהוה דקנה הנה מדברי סמ"ע והב"ח סימן קט"ז מבואר דנתייקרה דמי לשאר שבח לדעת הרא"ש והטור וכ"כ במ"ל פכ"א מהל' מלוה ואמנם נלענ"ד דאפילו תימא דשבח דממילא כגון נתייקרה ודקלא ואלים גבי ממקבל מתנה מ"מ י"ל דמיתומים לא גבי דבשלמא מקבל מתנה ולוקח כיון שזה המוכר עודנו חי והוא הוא שלוה אלף זוז אצל זה שעבודא אקרקפתא דגברא מונח ונכסוהי אינון ערבין ביה ואף ע"פ שמכר או נתן לא פקע שעבודא מקרקע זו כיון שלא היה מקום בשום פעם לדון על החוב לומר שנפקע ונגרע מערך הסך אלף זוז וא"כ השתא דנתייקר שפיר גבי מקרקע זו שנכנסה ערבתה בעד בעליה הלוה משא"כ כשמת הלוה ולא הניח אחריו נכסים בכדי שיעור החוב אם כן אין לנו לתת ערך דמים לחוב ההוא רק כפי שיווי הקרקע שבעת ההוא ואם אינה שוה רק ק' זוז מצו יתמי למיהב ליה ק' זוזי ולסלקא ליה ואם כן ממילא אין כאן חלות חוב על היתומים רק בשיעור הזה לבד וא"ל דמ"מ אנו חושבין החוב כפי כל הסך שלוה אע"פ שאין כאן נכסים יותר דשמא יתייקרו ז"א דמשום הא אין לחשוב החוב ביותר דאין לנו אלא מקומו ושעתו שהרי אלו רצו היורשים מסלקים אותו כפי הדמים ששוה עכשיו אף שאפשר שיתייקר אח"כ אם לא שדרך להתייקר (ועיין בב"י סימן ק"ט פלוגתת הרשב"א והרשב"ץ ובט"ז שם) כמבואר בסימן ק"ט שאם המלוה אומר אני אקבל השדה בלא שומא בפרעון חובי והיורש אומר לא כי אלא ישומו בבית דין שומעין ליורש ועיין בסמ"ע שם ואף לפי מ"ש הש"ך דמצי למימר לדידי שוה לי דוקא אם אומר כן לדידי שוה לי אין היורש יכול לסלקו בעל כרחו אבל סתמא דמלתא הנכסים הם כמוחלטים ביד היורש בעד הסך שהיו שוים כשמת אביהם דהא ההיא שעתא אין שווים יותר ומכ"ש לדעת הפוסקים דלא מצי למימר לדידי שוה לי ומצי לסלקו בזוזי כפי השומא בע"כ של המלוה אם כן ממילא דלא חייל חיובא על היתומים רק כפי שיווי הקרקע בשעת מיתה והוי לדידהו כאלו לא מסיק רק שיעור ארעא דלא גבי רק כשיעור חובו ולא יותר אף שנתייקר אח"כ ומכ"ש בשבח שמחמת הוצאה דמסתברא כיון דנחתו לנכסים אלו להשביח גלו אדעתייהו דבעו לעכובי הני נכסייהו לנפשייהו ולסלוקי לבע"ח בזוזי דלא מסתבר שרצונם לעסוק בשביל הבע"ח וכיון דבדידהו תלי'

מלתא דמצו לסלוקי ליה בזוזי ממילא שאין כאן חוב עליהם יותר משיווי הנכסים ואף שעתה אין להם מעות וטורף הקרקעות מ"מ אין לו בשבח דאין כאן חוב יותר משא"כ בלוקח שהמוכר חי והחוב מוטל עליו ועל נכסיו כמאן כן עתה דאז י"ל דגם השבח הבא לאחר מכאן הוא משועבד לו וכמ"ש ובזה נתגלה לנו טעם סברת הרא"ש שכתב דאי לאו דמקולי כתובה שנו הוי גבי משבחא דיתמי אף ע"ג דשאר בע"ח לא גבי מנייהו משום דל"ד מזונות הבנות לשאר חוב שעיקר חיובו היה בחיי אביהן הלכך משבחא דיתמי לא שקיל אבל חוב דמזון הבנות עיקר חיובו על היתומים הלכך הוי שקיל משבחא אי לאו דתנאי כתובה ככתובה עכ"ל והש"ך כתב דמנ"ל להרא"ש האי סברא דחוקה כו' ולפי מ"ש סברא מרווחת הוא דבשלמא חוב דעיקר חיובו בחיי אביהן וכשמת פקע החוב אשר הוטל על האב והוטל על היתומים ואינו מוצא מקום לחול עליהם כ"א כפי שיווי הנכסים בעת ההיא משא"כ במזון הבנות שעיקרו של החוב הוא על היתומים שהם יקחו מן הנכסים שהניח אחריו לזון את אחיותיהם יום יום אם כן מאי דאשכח בנכסי דמשעבדי למזונות דידהו אשכח הלכך הוה שקיל משבחא אי לאו משום תנאי כתובה והוא נכון לענ"ד:

ולפי מ"ש י"ל בטעם הרמב"ם והש"ע שכתב בלא שויא אפותקי אם רצו היתומים לסלק בדמים מסלקין אותו ומשמע אף במסיק שיעור ארעא ושבחא והש"ך תמה בזה וכתב בשם ד"ז הגאון בעל ת"ח דבכה"ג מצי למימר לדידי שוי ל' ולפי מ"ש לעיל י"ל דאף דקודם דאשבחו יתומים מצי למימר לדידי שוה ולאו כל כמינייהו לסלקי ליה בזוזי פחות מהחוב מ"מ השתא דאייתי יתמי ראיה דאינהו אשבח אמרינן דמסתמא הבע"ח ידע מזה וגלי דעתיה דניחא ליה במה דעבדו שיהיו הנכסים שלהם והחוב כפי שוים יהא מוטל עליהם וממילא הוי כאלו מסיק שיעור ארעא ביתמי גופייהו דמצו יהבי ליה קרקע כשיעור החוב ומסלקי להבעל חוב ומותר הקרקע שלהם ולפ"ז י"ל גם בלקוחות שהשביחו אחר מיתת המוכר אין לטרוף השבח מהם מהאי טעמא דמאז חשבינן החוב כפי שיווי הקרקע ובהכי א"ש מה שהקשה הש"ך על הנ"י דמאי פריך מהא דאמר שמואל שלשה שמין השבח כו' דלמא מיירי במה שהשביחו לאחר מיתת המוכר ולפי מ"ש א"ש דזה הוי כאלו מסיק שיעור ארעא בלקוחות וא"כ אית ליה למיתן גריוו' דארעא ומ"ש הש"ך דלמה שביק יתומים ונקיט לקוחות דהו"ל לאקשויי איתומים יש ליישב גם כן ולפי שענין זה לא נתחוור לי עדיין כל הצורך וצריך להתיישב בדבר לעת הפנאי קצרתי:

ועוד יש לצדד בזה לדעת הרשב"א הסובר דיכול לחזור מדאקני והש"ך הקשה מהא דשט"ח מאוחרין כשרים דאתי למטרף לקוחות שלא כדין ולכאורה בפשיטות הו"ל

לאקשויי בכל לקוחות כי אתי למטרף מדאקני יטענו שמא קודם שקנה הלוה חזר בו ממה ששעבד לך דאקני וע"כ דל"ח לחזרה כיון שהלקוחות קנו סתם אע"פ שיש קול שזה יש לו שטר בדאקני אינהו דאפסידו אנפשייהו דאף שידעו שחזר מדאקני היה להם לבא בפני ב"ד וליקח ע"ז שטר חתום בעדים משא"כ שטרות מאוחרין פריך שפיר דשמא באמת היה ידוע בעדים ומ"מ כיון שהם איחרו השטר נעשה דקנה ולפ"ז אפשר דגבי יתומים שפיר מצי למטען על השבח דכיון דאינו משתעבד אלא מחמת דאקני שמא חזר אביהם מן הדאקני בפני עדים ואפשר דמלתא דלא שכיחא הוא ולא טענינן ליתמי ומ"מ נראה דלהרשב"א שיכול לחזור בו קודם שבא לעולם ה"ה אם מת קודם שבא הדבר ששעבד לעולם לא משתעבד וכמש"ל ומצאתי באו"ת סימן קט"ו ס"ק ט' שכתב כן בקצרה וע"ש:

ולענין אם היתומים נקראים מוחזקים נלענ"ד דנקראים מוחזקים לא מיבעיא לדעת התוס' ודעימייהו גבי יתומים אומרים אנו השבחנו כו' דעל היתומים להביא ראיה דוקא באפותקי אם כן פשיטא דה"נ דכוותה אלא אפילו לדעת שאר פוסקים שהסכים הש"ך לדעתם דאף בלא אפותקי על היתומים להביא ראיה דוקא התם שהבע"ח טוען אביכם השביח די"ל דמוקמינן השדה אחזקתו שהיה ביד אביהם כן כמ"ש הסמ"ע שם אף כי דבריו צ"ע לענ"ד אך נראה דאף לפי מ"ש הש"ך דסברא נכונה היא לפי מ"ש לקמן במסיק שיעור ארעא ושבחא דינא ליטול הקרקע ונותן דמים אף בלא אפותקי משום דמצי אמר לדידי שוי לי אם כן ס"ס השתא ארעא לגוביינא קאי כו' אין זה מוכרח כמש"ל דאפשר דהכא לא מצי למימר לדידי שוה לי ועוד נראה דגוף סברת הש"ך בזה צ"ע דנהי דנימא דמצי למימר לדידי שוה לי מ"מ אין זה מועיל לענין מוחזק דהא עכ"פ אם יסלקו אותו כפי כל החוב מסתלק הוא מן הקרקע מה לי שצריכין כל החוב או מקצתו ס"ס אין לבע"ח חלק ונחלה בקרקע אם ירצו היתומים ול"ד לבור ואילן דבע"כ של זה קוצץ ונותן דמים משא"כ כאן וראיתי בקצה"ח סימן ק"ד רוצה לדחות ראיית רבינו יונה דתפיסה לא מהני בלוה ולוה מדגובה חצי שבח די"ל כיון דמסיק שיעור ארעא ושבחא לא יכול לסלוקי בזוזי אם כן הלוקח מוחזק ע"ש ולא הזכיר שהיא סברת הש"ך כאן אך לפי מ"ש ז"א כיון שעכ"פ ביד הלוקח לסלקו כפי כל החוב אינו קרוי מוחזק לגבי הלוקח ולענין השבח אומר הלוקח כיון שיד שנינו שוים בו שפיר מועיל תפיסתי כיון שאני מוחזק בקרקע ואע"פ שעתה איני רוצה לסלקך בזוזי מ"מ כיון שהבחירה בידי לסלקך שפיר אני נקרא מוחזק ודוקא למ"ד דלא מצי לסלוקי בזוזי כלל או באפותקי הוה מוחזק וצ"ע. וראיה לדברי שהרי הראב"ד הוא ראש המדברים בזה דיכול לומר לדידי שוה לי כמ"ש

הש"ך מדברי בעה"ת והראב"ד גופיה סובר דדוקא באפותקי על היתומים להביא ראיה כמ"ש הרשב"א הובא בש"מ פרק המקבל אך לענ"ד בלא"ה י"ל לפי מה דמספקא לן מלתא דלמא מצי היתומים למטען קים לן כהרא"ש ודעימיה דכל שבח דממילא אין גובה אפילו שבח דנתייקרה אם כן ממילא דהוי מוחזקים גם כן שהרי אף אם יאמר לדידי שוה לי לא עדיף מאם באמת נתיקרה דאעפ"כ אינו גובה רק כשיעור חובו וממילא דמצי לסלוקי ליה בזוזי ואין צריכין ליתן לו קרקע כלל וסברא זו כתבה מחותני הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ ז"ל בחידושיו להלכות כתובות סימן ק' ס"ק ד' די"ל דהרא"ש בח"מ סימן ק"ט לשיטתו דאין בע"ח גובה משבח דיתומים אפילו משבח דנתייקרה כו' ע"ש שהקשה לפ"ז על הח"מ שהביא דברי הר"ן שיכולה להעלות בדמים דלפי מ"ש הוא גופיה שאין גובה כתובתה משבח דנתייקרה אם כן כ"ש דאינה יכולה להעלות בדמים כו' ע"ש ואפשר ליישב לפי מש"ל בטעמא דמלתא דאין לגבות שבח דנתייקרה מיתומים דכיון דמת הלוה לא מצי החוב חייל רק על היתומים כפי שיווי הנכסים דאי בעי מסלקו בזוזי ולפ"ז הא בהא תליא דאם נימא דמצי למטען לדידי שוה לי אם כן אין כח ביד היתומים לסלקו ושוב החוב חל על הקרקע בעצמה ושפיר גבי כולה וזה דוקא בטוען לדידי שוה לי מה שאין כן אם באמת נתייקרה י"ל כיון דבעל חוב דיניה בזוזי ודאי דבשעתא דמת הלוה דעתיה אזוזי כפי שיווי נכסי הלוה ואין לו על היתומים כ"א כשיעור שהיו שוים אז ומה שנתייקרה ברשות יתומים הוא וצ"ע בזה דאפשר דכה"ג כל כמה דלא סלקוהו בזוזי חייל שיעבודי' אההיא ארעא כפי חובו כיון דמצי אמר לדידי שוה לי גם צ"ע במ"ש הרא"ש ובש"ע סי' קי"ד גבי לוקח אם המלוה אמר אקבל הקרקע בכל חובי כו' אין שומעין ללוקח לפי שהוא תועלת הלוה ע"ש דלכאורה לשיטת הרא"ש בנתייקרה גובה חצי שבח א"כ יצטרך ליתן ללוקח החצי מה שמעלה בדמים יותר משומתו ואין זה במשמע:

ומצאתי בס' כתובה בדף צ"א שהקשה על מ"ש הרא"ש שאם ימצא אדם שיעלה יותר ממה ששמוה ב"ד צריך המלוה לקבל באותו עילוי כו' שהרי הלוקח גובה חצי שבח דנתייקרה להרא"ש וע"ש מה שתי' ואפשר לומר דלא מיקרי נתייקרה אלא אם בשעה שלוה זה לא היתה שוה יותר כ"א כפי הדמים שנתן הלוקח עבורה ועתה בשעת טריפא נתייקרה אבל אם בשעת הלואה היתה שוה כשער של עכשיו ובינתים הוזלה ומכרה ללוקח בפחות ועתה הוקרה וחזרה לקדמותה בזה שפיר טורף הבע"ח אף להרא"ש דהא מעיקרא סמיך על קרקע זאת בשיווי דמי' אלו ובזה יש לתרץ כמה קושיות אך מדברי הפוסקים רסי' קט"ז לא משמע כן ועיין בב"ח וח"מ וב"ש באה"ע סי' ק' דכתבו ג"כ דאין

גובה בנתייקרה ובס' כתובה הקשה עליו מבכור וחילק דשאני בכור דזכה משעת מיתה משא"כ בע"ח דגובה מכאן ולהבא וכ"כ באו"ת סי' קט"ו דבבכור אמרינן דברשותו גדל משא"כ בבע"ח דל"ש ברשותו אלא על הגוף ובקצה"ח שם סק"א האריך בסברא זו ולפי מש"ל בלא"ה יש לחלק בין יתומים לבכור דביתומים אין לחשוב כ"א כפי שיווי הנכסים בשעת מיתה משא"כ בבכור דלאו מחמת חוב קאתי ועיקר זכייתו בנכסי' וברשותו אשבחו ועיין בס"ב סי' צ"ה ס"ק יו"ד שכתב לענין שבח דממילא כגון נתייקרה נראה פשוט שהאשה גובה כתובתה כו' ולכן נלענ"ד שטוב לפשר בזה:

ועתה אבאר באם היורשים רצונם ליתן חלק בנכסים לפי שאם ידינו אותה כבע"ח עכ"פ יצטרכו ליתן לה כפי השיווי של הנכסים בעת מיתת אביהם ואף אם לא יתנו לה מן השבח שהיה אח"כ כלל מ"מ יעלה לסך רב ולכך הם מטים עצמם כלפי הצד שתקח חצי חלק זכר אלא שאעפ"כ אין רצונם ליתן לה חלק במה שהשביחו הנכסים אחר כך ומתחלה אבאר איך בנדון בכה"ג שהם נותני' לה חצי חלק זכר אלא שהם רוצים לסלקה במעות כפי שיווי הנכסים והיא רוצה חלקה בנכסים ממש ונראה דבכה"ג הדין עם היורשים הזכרים שיכולים לסלקה במעות כפי שיוי הנכסים אע"ג דקי"ל בסי' רפ"א דשטח"ז דינו כירושה מ"מ לענין זה שפיר מצו לסלקה בזוזי וזה נלמד מהא דאמרינן בגיטין גבי אצטלית דכל היכא דליכא למימר לצעורי קא מכוין רק להרווח אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן והכי קי"ל בח"מ סי' רמ"א דהמתנה עם חבירו לתת לו חפץ יכול ליתן דמי החפץ ומה שהקשו ע"ז בתשובת האחרונים מהא דאמרינן בש"ס דוקא היכא דליתי' בעיני' כתבתי ליישב בתשו' אחרת ולא רציתי להאריך ועיין מ"ש בזה בק"א לשו"ת ב"ח החדשות על סי' פ' ועיין בתה"ד סי' שי"א שאף שכתב שם דוקא היכא דאיתי' בעיניה כתב שם אח"כ דדוקא כשהוא מתנה על החפץ שאם היה רוצה בדמיו היה אומר תן לי שוה אבל במחליף עם חבירו שכל עצמו לא באו אלא לברר מי שיש לו נכסים מרובים ומי שיש לו מועטים כו' אפילו איתא בעיני' מצי לסלוקי בדמיו ואף דמשמע שם שלא הכריע מ"מ רמ"א פסק כן להלכה בח"מ ססי' ר"ג וה"נ כל עצמו לא בא אלא ליתן לה חצי חלק זכר ומ"מ לא היתה כוונה על הנכסים עצמם דוקא ועיין בתה"ד בכתבים סי' ר"ל דמשמע דפשיטא ליה דהיכא דל"ל לצעורי אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן:

ומעתה פשיטא שמחמת זכות זה שמחויבים ליתן לה חלק בנכסים אין לה זכות בשבח שהרי הם יכולין לסלקה בדמים וכיון שכן אין יכולה לומר ארעאי אשבח אך אנו צריכין לדון בדבר מטעם התנאי כמבואר בשו"ת אא"ז רמ"א ובשו"ת רש"ל שחלקו בזה על אא"ז הגאון בעל ש"י וכן האריך בשו"ת אא"ז מהר"מ לובלין לענין ראוי ולענ"ד בנ"ד

שזה תלוי בלשון השטר דכפי הנוסח הכתוב בספר נחלת שבעה וכן נוהגין עתה לכתוב וכשיגיע זמ"פ ויאותו בני הזכרים לירד לנחלה כו' נראה שהם צריכים ליתן חלק כפי שיווי הנכסים של עכשיו שהרי הוא התחייב חוב גמור אלא שהטיל תנאי בדבר באם יתנו לה חלק בנכסים הלכך אף שיכולין ליתן לה דמים מ"מ צריכין ליתן כפי שהם שוין עכשיו בעת קיום התנאי ואף דאם היו מסלקין אותה אחר מיתה מיד בעת שלא היה עדיין שבח והיה שעת הזול לא היו צריכין ליתן לה כ"א כפי שווין אז ולא היתה יכולה לומר שאינה רוצה לקבל עכשיו אלא תמתין עד שעת היוקר דהא אפי' בהקדש קי"ל בעירובין שאין ממתינין פרה לאטליז ומרגליות לשוק אלא אין להקדש אלא מקומה ושעתה ודווקא כשמכר הקרקע בזמן שידוע שיהיה שוה יותר לאח"ז כמבואר בסי' ק"ט בשם תשובת הרשב"ץ וגם בזה יש חולקין הלכך שפיר מצי מסלקי לה בעת הזול כי זולא דהשתא מ"מ אחרי שלא קיימו את תנאם בזמן ההוא ע"כ שצריכים ליתן לה כפי מה ששוה בעת קיום התנאי וכן נראה במתנה ע"מ להחזיר שיכול ליתן דמיו מ"מ צריך ליתן כפי הדמים ששוה עכשיו ולא מהני כשיתן הדמים שהיה החפץ שוה בזמן הקודם או בשעה שנתן לו המתנה דבתר שעת' דקיום התנאי אזלינן אבל אם כתוב בשטר אם ירצו לתת לה חלק מהנכסים שאניח אחרי וכיוצא מלשונות אלו נמצא שלא נתחייבו היורשים רק לתת חלק מהנכסים שנמצאו בעזבונו בשעת מיתה או הם או דמיהם וא"כ א"צ ליתן רק הדמים שהיה שוה אח"ז בשעת מיתה כשמקיימין התנאי עכשיו מתבטל החוב ואין זה דומה לירושה שנפלה לאחר מיתה שכתבו הגאונים הנ"ל דצריך ליתן לה מזה כיון שפי' בין בראוי כו' דהתם הרי נמצאו נכסים אלו בראוי והרי ירושה זו היתה ראוי ועתידה לבא שהרי זה מעותד למות ולשמא יעני אחר זמן וערום ישוב אל העפר לזה ל"ח וכיון שהתנו שיתנו לה גם מן הראוי יכול להתנות בדשלב"ל ובודאי אם התנה שיתנו מן השבח שיהא קודם חלוקה הן שבח דממילא או שבח מחמת הוצאה כל תנאי שבממון קיים ואפילו כתב סתם שאם בעת שירדו לחלוק יתנו לה כו' ובעת ההוא כבר היה השבח צריכין לקיים כפי התנאי שהרי לא נפטרו מהחוב כ"א באופן זה אבל פשיטא דלא נכלל בשבח דאתי ממילא או מחמת הוצאה בכלל ראוי לומר שעי"ז העמיד התנאי שהרי פשיטא אם היו מסלקין אותה תיכף אחר מיתה בעוד שאין שם שום שבח והיו נותנין לה הדמים ששוה אז היו יוצאין מידי התנאי ונפטרו ידי חובתה וכמש"ל ואין יכולה לטעון שתהיה מתון עד שיהי' שבח כיון שהתנה שתטול בראוי דא"כ אין לדבר סוף שהרי השבח הוא דבר שאינו קצוב ועד אימת ליצטערו וליזלו ואף דהש"ך ססי' ק"ד כתב להוכיח דבע"ח גובה מן הראוי כיון דבב"ב מוכח דשבח הוי ראוי וקי"ל בע"ח גובה

את השבח עכ"ל. ולפי"ז מכ"ש להפוסקים הסוברים דאין בע"ח גובה מהראוי ואפ"ה גובה שבח א"כ כאן נמי שהתנה שתטול בראוי כ"ש שתטול בשבח:

אך לענ"ד ז"א ודברי הש"ך תמוהין דמבואר ברמב"ן במלחמות ב"מ ובחידושי לב"ב והרא"ש בבב"מ ושאר מפרשים בש"מ דודאי שאני שבח מראוי והא דמשני מקולי כתובה אשבח אבל ראוי אפי' בע"ח לא גבי והחילוק בין שבח לראוי הוא דשבח הוא באותן נכסים שעכ"פ הנכסים גופייהו איתנייהו בעולם משא"כ ראוי דהנך נכסים אכתי לא אתו לידיה כלל וזה מבואר ברשב"ם דף קכ"ב ע"ב בהא דפריך אי דלא אתי לידי דאבוהון ראוי הוא דל"ד לשבח שהשביחו הנכסי' דכיון דהוי אבוהון מוחזק בנכסים והן עצמם הושבחו כמי שהוחזקו בשבח דמי אבל הני מתני' לא זכה אבוהון כלום מחיים והוי שבח עכ"ל ועיין דף קכ"ד בתוס' ד"ה אבל מוחכרת כו' וזה מבואר שהרי הש"ך גופיה סובר דבע"ח שקיל כל שבחיו ואפילו משבח שע"י הוצאה ואלו לענין בכור אפי' חפורה והוי שובלי מיקרי ראוי אלא ע"כ דל"ד ראוי דבע"ח לראוי דבכור דהא דאין בע"ח נוטל בראוי היינו היכא שלא זכה הלוה בדבר זה כלל לא מיניה ולא מקצתה משא"כ בזה שהשבח נעשה ע"י קרקע המשועבדת לו ואמנם אף שלענין זה עדיף טפי שבח מראוי מ"מ אם התנה על ראוי אין בכלל זה שבח דמ"ש ובשטר שיטול מהראוי היינו דבר הידוע שהוא ראוי לבא ועביד דאתי כגון ירושה ובכלל זה נמי חפורה והוי שובלי כו' משא"כ דבר שאין ראוי שיבא אע"ג דאפשר דאתי אין שם ראוי עליו ולפי"ז לענין זה גרע דקלא ואלים כו' או נתייקרה מחפורה והוי שובלי דזה שם ראוי עלי' ודקלא ואלים או נתייקרה לא עביד דאתי אין ליתן שם ראוי עליו ואין ללמוד בק"ו זה מזה דבאמת דייקינן בשמא דזה יש לו מעלה דאתי ממילא ולא אישתני אלא שאין ראוי לבא בודאי ולכן אין עליו שם ראוי רק שם שבח סתם משא"כ בחפורה כו' דהוו גריעותא כיון דאישתני ומ"מ יש לו מעלה שהוא ראוי ואמור רבנן גבי ירושה העתידה לבא אע"ג שהוא ראוי לבא מ"מ לא גבי כיון דהשתא מיהא אין בידו כלל משא"כ בראוי כגון חפורה כו' או שבח אחר הבא מחמת אותן נכסים עצמם כיון שעכ"פ הנכסים עצמם מוחזקים בידו שפיר גבי מנייהו אבל מ"מ לא יתחייב מזה שאם זיכה לו בראוי לבא שיתחייב מזה שזיכה לו בשבח אע"פ שאינו ראוי ועביד דאתי מחמת שהושבח בנכסים עצמם דאנו אין לנו אלא מה שהתנה עליו כגון ירושה שתבא לאחר מיתה או כגון חפורה כו' דזה עכ"פ ראוי הוא משא"כ שאר שבח דאתי ממילא כגון דקלא ואלים או נתייקרה אע"ג דלענין גובייני מעליותא הוא מ"מ לענין תנאי גרע דשמו יוכיח עליו שנקרא ראוי אבל מה שאינו ראוי

אע"פ שאפשר שיבא ויהיה מכלל הנכסים עצמם אין נכלל בכלל התנאי הזה כיון שאין עליו שם ראוי וזה ברור לענ"ד:

וזה נלענ"ד בכוונת אא"ז הגאון מהר"מ מפדווא ז"ל בסי' נ"א שכתב וע"ד אשר תבעה דינה מחלקה אין בידי לחייב ראובן לתת לה שבח דלא מצינו שבע"ח או מקבלי מתנות יכולין לתבוע ריווח מן היורשים במה שהשביחו היתומים במטלטלין ואפילו במקרקעי אמרינן בהמקבל אם אמרו יתומים אנו השבחנו מביאים ראיה כו' ויהיה מה בנדון זה שאינו אפותיקי ולא קרקע רק מטלטלין ואין שייך לומר שהחוב בשיעור קרן ושבח באשר החוב הוא כשיעור חצי ח"ז הנמצא בשעת מיתת יעקב אין שייך לומר שהשבח הוא שלהם וכן בשאר בע"ח אשר יהיה לו לקבל סך מה בעזבון המוריש ונתאחר מלתבוע פשיטא שלא יוכל אח"כ לתבוע שום שבח שהשביחו היתומים המטלטלים כו' ע"ש:

והנה אין מקום לפרש דבריו דעובדא דידיה הוה שהחוב הכתוב בשח"ז לא היה כ"א כפי חצי ח"ז הנמצא בשעת מיתה כדמשמע ממ"ש באשר החוב ההוא כשיעור כו' שהרי מבואר בשאלה שדינה תבעה המנה או כחצי ח"ז וגם תבעה חלקה בשבח והשיב ראובן שיבחר לתת לה כחצי חלק זכר אך ינכה תחלה נדוניא שנתן לאחותו כו' הרי מבואר דלפי בחירת ראובן לא יצטרך ליתן מנה כפי החוב רק פחות מזה ועל בחירת ראובן ליתן לה חלק בנכסים פסק שא"צ ליתן לה חלק בשבח וא"כ איך דימה זה לבע"ח אך לפי מ"ש א"ש שדרכם היה לכתוב הברירה ביד היורשים לתת לה חלק בנכסים שימצאו בשעת מיתה ומ"מ ח"ל שיש לה זכות בגוף המטלטלין דאף דהתנה לתת חלק בנכסים א"צ ליתן הנכסים עצמם רק כדי דמיהם כמש"ל וא"כ אין כאן רק חוב כפי חצי ח"ז בדמים בלבד ואין לה חלק בשבח שעלה אח"כ כמו שאר בע"ח שמתאחר כו':

אך צ"ע בלשונו שכתב שאינו אפותקי ולא קרקע רק במטלטלי כו' ג"כ מן היתומים לא יוכל לתבוע כשאין כאן לא אפותקי ולא קרקע המשועבד כו' משמע דאם היה כאן קרקע המשועבד היתה יכולה לתבוע השבח וז"א דאף בקרקע נמי אין לגבות השבח בכה"ג דלא מסיק רק שיעור ארעא אם לא באפותקי ונראה דלרווחא דמילתא קאמר דהא אפילו קרקע אין כאן רק מטלטלין לבד אבל לקושטא דמילתא אף בקרקע דינא הכי וכמ"ש בסוף דבריו וה"ה לבע"ח אע"פ דגובה השבח היינו כדי חובו כדמסיק שם דמסיק שיעור ארעא ושבחא ויהיה מה לא מצינו בשום מקום שבע"ח יקח מן השבח יותר מחובו אם לא בקרקע ואפותקי כו' וכוונתו כמ"ש דלא הוי רק כבע"ח על הסך העולה כפי שיווי הנכסים בשעת מיתה כיון שכן נכתב בשטר כשיתנו לה חלק מהנכסים שימצאו בשעת מיתה ובנתינת דמים סגי כיון שלא הקנה לה גוף הנכסים רק בדרך תנאי וא"כ מה

שהשביחו הנכסים ונתייקרו ברשותא דיתמי הוא דאשבח ואייקור וע"ש בשו"ת הנ"ל סי' מ"ה שכתב כי כל שטרי הבנות ככה הם ליטול חצי חלק בכל אשר ימצא לאביהן בעת ההיא כו' ור"ל אשר ימצא לאביהן בשעת מיתתו ונכסים אלו כבר ירש בחייו וה"נ בכה"ג מיירי שכתב הנכסים שימצאו בשעת מיתה אך כפי הנוסחא אשר בנחלת שבעה כשיגיע זמ"פ ויאותו בני הזכרים לירד לנחלה ולחלק עזבוני יהיה הברירה כו' חח"ז מכל נכסי שימצאו לי בעת ההוא בראוי ובמוחזק כו' אבל אם יעברו יורשי שלא יתנו לבתי הנ"ל כשירדו לנחלה לחלוק כו' מלשון זה משמע שהתנאי היה שיתנו לה מנכסים שימצא בעת ההיא שירדו לנחלה לחלוק עזבונו ואם בשעת ההוא כבר נשבחו הנכסים ונתייקרו לכאורה נראה שצריכים לקיים התנאי וכמ"ש אא"ז רמ"א ומהרש"ל ומהר"ם מלובלין והש"ך וכמש"ל דאף דבנתינת דמים סגי מ"מ גם במתנה ע"מ להחזיר נראה שאם בא לקיים התנאי בדמים צריך ליתן דמי שיווי החפץ בעת קיום התנאי ולאו בתר מעיקרא אזלינן ועדיין הדברים צריכים לי עיון ואיני מכניס עצמי בזה להלכה למעשה רק להפקת רצון השואל אף כי כמדומה באמת משל היה ואם הדברים נצרכים להלכה למעשה ואהיה נשאל ע"ז מהיושבים על מדין אשובה אראה לעיין בה כפי הראוי לשקול בפלס ענינים הנוגעים למעשה:

דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עח

רב שלום וברכה. ברבי' והמשכה. לכבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ושנון חכם וסופר כש"ת מוהר"ר דוד יוסף נ"י:

אחד"ש אקדמה פניו בתודה על דבר הכתב המושב ספר מעשה רוקח כת"י. ברוך אתה לשמים שחזרת לי אבדתי. הנה זה כביר אשר רצתה נפשי להשיבו בענין שבח אשר כתב שוב שנית ולא עלתה בידי ושמרתי הדברים עד אקח מועד לשפוט משרים ולהיות כי ארכו הימים יצא מלבי והעתיקו ממני מילין וקשה עלי למגמר בעתיקא אעפ"כ אנכי פניתי מעט לעיין בדבריו הנעימים ואמינ' אנקוט בידאי כל דהו שנים ושלשה גרגרים בראש אמיר אחרי רואי כי הוא מיחל למלקוש דברי אמרתי לרוות נפשו השוקקה וצמאה להגמיאו מים מכדי ויספיקו לו לעת הזאת כדי גמיאה ועוד ידי נטויה בעזה"י בעתים לטובה:

מתחלה אבאר במ"ש התוס' דאף שמואל דס"ל במו"מ אחריות לאו ט"ס מ"מ בנגזל מודה והפ"י שם כתב דל"ש דעביד אינש כו' משום דצריך להחזיר גם הפירות וזה סיוע לדברי דתפוס לשון אחרון שכתב רש"י דעיקר סמיכתו שאם יטרפוה ממנו עכ"פ יאכל

פירות בינתיים והלכך בנגזל שטורף גם הפירות ל"ש זה אך לכאורה צ"ע דנהי דהנגזל טורף ממנו הפירות מ"מ הוי פסיד' דהדר שהרי הוא יחזור על הגזלן המוכר ויגבה ממנו הפירות שטרף הנגזל ממנו וכ"כ הפ"י בתוס' ד"ה מאי גזלי מינך ע"ש והכא עדיף טפי שהרי אף אם נימא אחריות ט"ס היינו שדעתו שאם יטרפו ממנו יחזור על המוכר לגבות ממנו דמי גוף הקרקע וא"כ כיון דלשמואל אמרינן עביד אינש דזבין כו' ודעתו על הפירות שפיר י"ל גם אם יטרוף ממנו נגזל דעתו שיחזור לטרוף הפירות מהמוכר ודוחק לומר דכיון שע"כ יצטרך לטרוח בב"ד לתבוע המוכר מחל על הקרן דמנ"ל להתוס' חילוק זה דהא בפשיטות י"ל כיון דמוכחא מלתא שלא נכתב בשטר אחריות תלינן שעשה כן מחמת ספק אכילת פרס דאפשר שבזמן מרובה יעלו הפירות יותר מדמי הקרן ולא תלינן בט"ס וה"נ בנגזל י"ל כן וכדי ליישב זה צ"ל דמידי הוא טעמא אלא לשמואל ושמואל ס"ל דלוקח מגזלן נ"ל שבחא וה"ה פירות כדמוכח מהא דמקשה אדשמואל ממתני' דלאכילת פירות (וכ"כ הפ"י והש"ך בהא דמקשה מדאמר שמואל אמליך כו' ודברי ד"ז הגאון בת"ח שם תמוהים ע"ש) וא"כ א"א לו לחזור על הגזלן כלל ושפיר כתבו התוס' דבנגזל מודה שמואל:

ולפי"ז א"ש מ"ש דקשיא לך לשמואל נימא אף במו"מ אחריות ט"ס היכא שטרפה ב"ח אפותקי כיון שטורף גם הפירות ובאמת שבאו"ת כתב בזה כדבריך ורוצה להכריח מזה דלא כהש"ך אלא אפותקי אינו טורף פירות שכבר אכל אבל לפי מ"ש א"ש דדוקא בנגזל כתבו התוס' כן משא"כ בבע"ח אפותקי אף שהוא טורף הפירות מ"מ שפיר הוא חוזר על המוכר כדמוכח מהא דנוטל השבח מבעל הקרקע וכמ"ש התוס' שם דשמואל מודה בהא כיון שעכ"פ חל המקח ול"ח בהא למחזי כרבית ולכן בכל גוונא אמרינן בזה אחריות לאו ט"ס דעביד אינש דזבין כו' שהרי אף אם יטרפו ממנו יחזור על המוכר:

ונפלאתי על הש"ך בס"ק ששם בסוף דבריו הקשה דאי אפותקי הוה כמכירה א"כ למה נוטל השבח לשמואל הא מחזי כרבית ונפלאתי שהעלים עיניו הטהורים שכבר עמדו בזה התוס' בד"ה דשויה אפותקי ותירצו דמיירי שמכרה קודם שחל הזמן כו' ואם לא נתחוור לו תי' התוס' בזה עכ"פ היה לו להזכיר דבר' התוס' בזה:

איברא שצ"ע על התוס' במ"ש דניחא הא דקאמר שמואל אמליך כו' ולא קאמר שעבוד משום דמיירי בגזלן כו' וזה צ"ע שהר' התם מיירי בענין שהלוקח חוזר וטורף הפירות מהגזלן המוכר אף לשמואל כדמוקי התם שיש לו קרקע או שקנו מידו ולפי"ז אכתי קשיא דה"ל למכתב שעבוד דאם לא כתב איכא למימר דזבין ליומא וסמיך על טריפת הפירות לבד ולהך אוקימתא דיש לו קרקע י"ל דא"ש דל"ש בזה עביד כו' דזבין כו' שיחזור

על הגזלן דמי יודע אם לעת כזאת יהי' לגזלן קרקע שיגבה ממנו משא"כ לאוקימתא שקנו מידו קשה דהא בזה שפיר ידע שיוכל לגבות פירות מהמוכר כיון שבשעת מכירה קנו מידו ובזה נדחה ג"כ מה שהיה אפשר לומר דהתוס' לענין נגזל מיירי בלא כתב אחריות לא לקרן ולא לפירות ואם כן כיון שע"כ צ"ל אחריות ט"ס טפי יש לומר שהאחריות ט"ס על הקרן וכדאמרינן סתמא כי תבע אינש קרנא תבע ברישא ודוקא בטריפת בע"ח דבזה אמרינן שאין כאן ט"ס כלל דזבין ליומא בשביל אכילת פירות שהרי אין בע"ח טורף כלל אך דמההיא דאמליך כו' ולא קאמר שעבוד קשה דהתם דכתב פירות בהדיא ואצ"ל אחריות ט"ס לענין הפירות א"כ אם אינו כותב שעבוד שוב י"ל אחריות לאו ט"ס על גוף הקרקע דעביד דזבין כו' ואם יטרפו ממנו גם הפירות יחזור על המוכר וכמו אם נימא אחריות ט"ס דע"כ על המוכר סמיך וא"ל דבשלמא על אחריות גוף הקרקע שפיר סמיך על המוכר כיון שדינו לטרוף ממשועבדי' משא"כ בפירות שאף אם חוזר על המוכר אין דינו כ"א לגבות מבנ"ח ובכה"ג לא סמיך על המוכר ז"א שהרי בכל גווני כתבו התוס' דבנגזל לעולם חוזר עליו אף שלא כתב אחריות והיינו אף היכא שאין ביד המוכר קרקע אחרת כלל בשעה שקנה ממנו וא"כ ע"כ דאם נימא דסמיך על המוכר היינו שיגבה ממנו ממה שימצא בידו ב"ח ואפשר מטלטלין ואפי' מגלימא כו' וכמו כן י"ל שדעתו על הפירות אם יטרפו ממנו יחזור על המוכר לגבות מב"ח שלו וזבין ליומא:

לכן נראה כדעת התוס' דלא איכפת לן באכילת פירות בשדה גזולה דאף שבידו לחזור על הפירות מ"מ כיון שאין כאן חלות מקח כלל לאו שטר זביני הוא אלא שטר הלואה הוא דהא אף אותן הפירות שאוכל ליומא אינו מצד מכירה רק מצד קבלת האחריות ועל כ"פ בעינן שיהא שם זבינ' עליו ליומא וליכא וזהו שלא הזכירו התוס' בדבריהם הך טעמא שכתב הפ"י דל"ש עביד דזבין לפי שצריך להחזיר הפירות רק תלי טעמא לפי שאין שם שטר מקח עליו כיון שהוא בטל לגמרי וכן משמע מדברי כל המפורשים שהביא בזה בשי"מ ע"ש ולפי"ז דון מינה בטריפת בע"ח אפותקי כיון שעכ"פ המקח קיים עד שעת טירפא אין שם שטר מקח מסתלק ממנו וקורא לו שם חדש שטר הלואה כיון דבשעת כתיבת השטר היה מקום למקח לחול ומחמת לא שדי כו' אין לומר אחריות ט"ס דשפיר שייך זבין ליומא דהא איתי' בחזרה על המוכר וא"כ שפיר קאמר שמואל במו"מ בכל גווני אחריות לאו ט"ס דעביד אינש דזבין כו' אך באמת אפי' תימא דגם באפותקי אית לן למימר לשמואל דמודה בזה דאחריות ט"ס הא הך דשמואל מכללא איתמר מדקאמר דצריך לימלך והיינו משום בע"ח דלאו אפותקי צריך לימלך דמשום בע"ח דאפותקי א"צ לימלך כמו שאין צריך לימלך בשביל שדה גזולה דתרווייהו חד דינא הוא דהא נמצאת

שאינו שלו ועובדא דרבא בר איהי דא"ל זיל לשלמא התם בע"ח דלאו אפותיקי הוה אך מחוורת' כדכתיבנ' דווקא בגזולה קאמרי התוספות אבל לא בע"ח דאפותיקי ומטעמא דכתיבנא ומה שכתבת שפ"י והאו"ת חולקים על הש"ך במ"ש דבע"ח דאפותיקי טורף הפירות שאכל. ראיתי דבריהם והם צ"ע לענ"ד כמ"ש האו"ת לחלק בין פירות שאכל לפירות בעין הוא דחוק וכהלכתא בלא טעמא דכיון דהשבח והפירות שהם בעין בע"ח נוטלן מחמת אפותיקי דידיה וטוען ארעאי אשבח וכמבואר בדברי הרא"ש דהו"ל לגבי דמלוה כאחת משדותיו והאי דאשבח יורד שלא ברשות הוא וא"כ פירי שאכל זה מקרקע של המלוה מחויב להחזיר לו ומה בין זו לגזולה ומ"ש הפ"י בטעמא דמלתא דהוה כמו לוה ולוה כו' ובע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגב' גבה דזה הלוקח ג"כ כבע"ח על מעותיו ע"ש זה תמוה דא"כ נצטרך לתת דברינו לשיעורין שהפירות שאכל נגד הדמים שנתן בעד השדה א"צ להחזיר ומה שאכל יותר מזה צריך להחזיר וזה לא שמענו וגם שעדיין קו' הש"ך במקומו עומדת כיון דאכתי משכחת דטריף בע"ח אפותקי הפירות שאכל יתר מן הדמים שנתן בעד השדה אך בלא"ה צ"ע דודאי אין מקום לאפותיקי לקנות הפירות בתורת שעבוד דא"כ אין לו לגבות יותר מחובו רק בתורת קנין השדה ומ"ש הפ"י שם דאין קנינו של זה עד שיסולק ממנו השעבוד של האפותיקי לא ידעתי למה כיון שאין קנינו של בעל האפותיקי עד שעת הגוביינ' שפיר היה יכול להקנותו עד שעת גוביינא כמו כל בע"ח שהלוקח אוכל פירות עד שעת טריפא ואף דאפותיקי עדיפא מ"מ הא קי"ל כמ"ד דגם אפותיקי שפיר היא מכורה לשעה כמבואר בסי' קי"ז ומ"ש הפ"י דאף דלא אסיק רק כשיעור ארעא מכל מקום היה משועבד גם השבח שמא יוזלו הקרקעות ע"ש צ"ע דאף אם נימא כדבריו מ"מ אין שעבוד זה מבטל המכירה והשתא מיהא איגלאי מלתא שאין לו בשבח כלום וגם בלא"ה השבח שע"י יציאה לא משתעבד לבע"ח כלל אם לא מטעם שכך כותב לו מוכר כו' וא"כ מה מקום לחלק לענין שבח בין אפותיקי או לא וע"כ הא דעדיף אפותיקי לענין שבח היינו שאנו מעמידין הקרקע בידו למפרע ומצי א"ל ארעאי אשבח וכיון דארעא דידיה הוא פשיטא דגם לענין פירות כן הוא שצריך להחזיר פירות שאכל מארעא דחברי' כמו גזולה וכמ"ש הפ"י מדברי הרמב"ם וה"ה וה"ה הביא ראיה מן המקרא השב לה כו' ואף שמשם אין ראיה לענין הלוקח דאפשר דהתם לענין לגבות הפירות מן המחזיק בשדה עצמו בגזלנותא מיירי אך בלא"ה מוכח בכמה דוכתי דאף הלוקח מגזלן צריך להחזיר גם הפירות שאכל וכן מוכח להדיא בר"פ חזקת דקאמר הני נוגעין דאי לא אמרינן להו הבו אגר ביתא להאי ע"ש בדברי הרמב"ן בחידו' ובש"ע סימן שס"ג ועיין בשו"ת הרא"ש כלל צ"ה דקרקע כיון שאינו נגזל' ותמיד הוא עומד

בחזקת הבעלים וברשותם דאם שטפה נהר אומר לו הש"ל כו' וכי היכא דלטובת הגזלן מוקמינן ליה ברשות הבעלים ה"נ לחובתן והפירות שגדלו על הקרקע של הבעלים הם והגזלן נכנס לתוך רשות בעלים ואכל פירותיהם וחייב לשלם להם כו' ע"ש ואף דגם איהו שם לענין הגזלן גופיה מיירי מ"מ דוק מיניה גם לענין הלוקח ממנו כיון דקרקע זו עדיין בחזקת בעלים עומדת זה התולש פירות עתה הו"ל כגזלן וכמבואר בסוכה בסוגיא דאונכרי ולפי"ז נראה דה"ה באפותיקי מפורש כיון דקרקע ברשותי' דמלוה קאי ומה"ט קי"ל דשטפה נהר אינו גובה משאר נכסים דמצי א"ל נסתפחה שדך א"כ גם הפירות הם של המלוה:

אך שעדיין צ"ע דגזלן שאני שמעולם הקרקע הוא של הבעלים וזה המוכר שאינו שלו לאו כלום הוא אבל באפותיקי דמהני מכירתו עד שעת טרפא דהא קי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה אם כן הנך פירות דאכל עד שעת טרפא דידיה נינהו ואע"ג דשטפה נהר אינו גובה משאר נכסים לאו משום דהוי דידיה למפרע רק דמכי מטא שעת גוביינא שפיר אמרינן כיון שאין לו חוב על הלוה לגבות מקרקע זו וכיון ששטפה נהר נסתפחה שדהו אבל מ"מ עד שעת טרפא דלוה הוי ובמה נפקע זכותו למכרו עד שעת טרפא וכבר האריך הש"ך בצדדי קניית אפותיקי והביא דברי התוס' דכתובות והר"ש בב"מ שכתבו דמיירי באומר אם לא אפרעך כו' יהא שלך מעכשיו כו' ובכה"ג ודאי פשיטא שגם הפירות שלו הם למפרע כדאיתא בב"מ דף ס"ה דאי א"ל מעכשיו הוי כמכירה למפרע ע"ש ברש"י ד"ה הא דא"ל מעכשיו וכן מוכח בפסחים לענין חמץ אך הש"ך גמגם בזה שאין זה במשמעות בש"ס רק דמיירי הכא ככל אפותיקי מפורש דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו ולכן מפרש דזה הוי כאומר מעכשיו ע"ש ולענ"ד צ"ע דמאין הרגלים לומר כן דמסתברא דכל שאין מפורש מעכשיו לא מקני ליה מהשתא ולא מידי ומ"ש הש"ך מדברי הרא"ש בב"מ דף ס"ה צ"ע לענ"ד ע"ש והיה נלענ"ד לומר דודאי אין סברא לומר שיהיה קנוי למפרע כל שלא אמר מעכשיו ואנן הכי קאמרינן דכיון שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו נמצא דבשעת קבלת המעות הקנה לו מעכשיו שיהיה קנוי לו כשיגיע זמן פרעון ולא יסלקנו בזוזי אז יחול הקנין וכמו שמצינו האומר לחבירו שדה זו לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו דאע"ג דל"ש חלות הקנין למפרע מ"מ הכוונה שעכשיו בשעת מתן מעות הוא מקנה לו שיחול הקנין בעת שיקחנה וה"נ דכוותה אלא דהתם אינו מועיל רק למ"ד אדם מקנה דשב"ל כיון שאין בידו להקנות עכשיו משא"כ כאן שבידו להקנותו עכשיו שפיר מצי מקני ליה על לאחר זמן ובהכי א"ש מ"ש הש"ך דכבר קדמה קניית הלוקח דבאמת מה"ט נקטו התוס' והרא"ש מעכשיו דכל שהוא מקנה לו באופן שיחול הקנין באותו זמן

תו לא מהני חזרה דידיה מה שמוכר ללוקח ולהכי קי"ל דאינה מכורה ממכר עולם רק מכורה לשעה וגם הלוקח גופיה אדעתא דהכי קני לה כיון דאפותיקי קלא איתי ליה ועיין ברשב"א וריטב"א קידושין דף ס"ג ובפ"י שם שכתב שע"י הקנין דעכשיו הוא מתחייב לאחר זמן ומהני אף בדשלב"ל ומכ"ש כאן בדשב"ל ואף ע"ג דלא אמר מעכשיו מכל מקום כיון דבשע' מתן מעות אומר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו הו"ל כמקנה מעכשיו על לאחר זמן וכעין זה כתב הש"ך אלא שהוא ז"ל נראה מדבריו דהוי כמעכשיו שיקנה למפרע ובאמת אין זה במשמעות הלשון כלל רק דלענין שיהיה הקנין לאחר זמן שפיר הוא חל מעכשיו:

ולפי זה נראה דודאי תוך הזמן שפיר חל המקח כדקי"ל שהיא מכורה עד שעת טרפ' והפירות והשבח ברשותא דלוקח קיימא אבל משהגיע זמן פרעון אז בטל המקח של לוקח וחל המק' של הבע"ח והרי זה כמוכר קרקעו לזה עד זמן פלוני ואחריו לפלוני דמהני וכמ"ש הר"ן בנדרי' ר"פ השותפין דודאי יכול אדם להקנות חודש א' לראובן וחודש א' לשמעון ובזמן כ"א קנוי הוא לו לגמרי דהיינו נכסי לך ואחריך לפלוני כו' ע"ש ובזה נתבאר החילוק שאין יכול לטרוף פירות שאכל הלוה עצמו אף ע"פ שעשאו אפותיקי ומלוק' טריף משום דהלוה עצמו שפיר מצי לסלוקי בזוזי אף לא' שהגיע זמן פרעון ומה"ט מבואר בח"מ סימן ק"ג דאף ע"פ שהוא אפותיקי והגיע הזמן אם מכר המלוה לא מהני לפי שבידו לסלקו במעות ולפיכך אינו טורף גם הפירות ולדעת החולקים שם וס"ל דמהני מכירתו היינו משום דע"י מכירתו חשבינן ליה כאלו גבה השדה וברשותיה קיימא מהאי שעתא אבל כל כמה שלא החזיק בה המלוה ע"י מכירה וכיוצא אכתי ברשות' דלוה קיימא והפירות שאכל הם שלו לכ"ע מהאי טעמא שהיה יכול לסלקו בזוזי משא"כ מלוקח שפיר טריף הפירות שאכל אחר שהגיע הזמן פרעון כיון דקי"ל דלוקח לא מצי לסלוקי בזוזי באפותיקי אם כן מההיא שעתא שהגיע הזמן פרעון הו"ל כדידיה (ובהכי א"ש מה שהקשה הש"ך דא"כ כי אקדיש או זבין נימא דמהני כו' ולפי מ"ש א"ש דאחר שהגיע הזמן פרעון באמת דעת קצת פוסקים דמהני מכירה ואף לדעה קמיית' שם היינו משום דביד הלוה לסלקו משא"כ לגבי הלוקח שאין יכול לסלקו והלכך כשבא לטרוף ממנו הפירות מצי טעין ארעאי אשבח ולפ"ז מ"ש הפוסקים ז"ל דבאפותיקי השבח והפירות של הבעל חוב דארעי' אשבח היינו מה שגדלה הקרקע אחר שהגיע הזמן פרעון דההיא שעתא ברשותיה קיימא ולכאורה מדברי הרא"ש נראה דאף מן הלוה גופיה טורף מה שהשביח לאחר שעבר הזמן שכתב וז"ל וי"ל דמיירי שעשאה אפותיקי כו' והגיע הזמן לאחר מיתת אביהן ולכאורה הוא שפת יתר דהא כ"ש הוא

כשהגיע הזמן בחיי אביהן דחשיב של המלוה משעת הזמן וע"כ דמשום סיפא נקטי' שכתב אבל אם אביהם השביח כיון דלא הוחלט ומצי לסלוקי בזוזי שקיל ארעא והיינו דוקא כשעדיין לא עבר הזמן שלא הוחלט משא"כ אם עבר הזמן קודם שהשביח אף שהוא הלוה גופיה מ"מ הו"ל תו כיורד שלא ברשות ונוטל הוצאה ומינה דשבח ופירות של מלוה הם כמבואר ברא"ש דהא בהא תליא אבל אין זה מוכר' בדעת הרא"ש אלא נראה שר"ל ועבר הזמן כו' דהיינו כיון שעכ"פ אחר מיתת אביהן עבר הזמן והם השביחו אח"כ הוי להו כיורדים שלא ברשות ולאפוקי אם השביחו קודם שעבר הזמן אז גם מיתומים אינו יכול לטרוף כיון שעדיין לא הגיע שעת זכייתו עד הזמן שקבע לפרוע לו אבל לענין השביח האב אין חילוק דאפילו עבר הזמן לא מיקרי שדה המלוה כל זמן שלא חלטוהו הב"ד בידו ועדיין מצי לסלוקי בזוזי כמ"ש לעיל מש"ע סימן ק"ג ואם כן לא הוי כיורד שלא ברשות וגם לא מצי למטרף מיניה פירות שאכל וכמש"ל:

איברא שלא זכיתי להבין דברי הרא"ש במ"ש אבל אם אביהם השביח כיון דלא הוחלט ומצי לסלוקי בזוזי כו' וזה תימא שהרי הרא"ש שם כתב דע"כ הך דאביכם השביח מיירי במסיק שיעור ארעא ושבחא דאל"כ מה בכך שאביהם השביח מ"מ אינו גובה יותר מחובו ע"ש ופשוט דגם למאי דמוקי הרא"ש באפותיקי מ"מ לא מיירי כ"א בגוונא דמסיק שיעור ארעא ושבחא דאל"כ מאי קטעין הבע"ח אביכם השביח (ומ"ש הרא"ש וכי מסיק כו' לא נצטרך כו' דאפילו מסיק שיעור ארעא ושבחא כו' דמשמע מזה דמיירי גם במסיק שיעור ארעא לחוד זה לא קאי רק על גוף הדין דמסלק ליתמי שבחא דידהו היכא דהם השביחו בזה שפיר כתב דמיירי בתרווייהו דמ"מ מחזיר ההוצאה אבל האיבעיא שבע"ח אומר אביכם השביח ע"כ דמיירי דוקא במסיק שיעור ארעא ושבחא) וכן מבואר בדברי ה"ה בשם הרמב"ן ובש"מ בשם הרמב"ן והרשב"א דהיכא דלא מסיק רק שיעור ארעא אדרבא יפה כח היתומים יותר אם אביהם השביח ע"ש ובב"י סימן קט"ו ובלח"מ ולפ"ז מ"ש הרא"ש כיון דלא הוחלט ומצי לסלוקי כו' הוא אך למותר דאפילו אם הוחלט בחיי האב ולא מצי לסלוקי בזוזי והו"ל יורד שלא ברשות מ"מ כיון דזה שמגיע לאביהם בעד היציאה אינו יותר על החוב שהרי הבע"ח מסיק כשיעור כוליה ארעא ושבח' למה לא יגבה מזה דהא הני זוזי שביק אבוהון ואפשר לומר דהרא"ש סובר דאם היה לאביהן דין יורד שלא ברשות אם כן הנך זוזי מגיע לו מהבעל חוב נגד היציאה הו"ל כהלואה ביד המלוה ולא מצי מלוה למיגבי מינייהו דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי ואף ע"ג דהם ביד המלוה כמבואר בטור סימן ק"ז שאפילו מופקדים ביד המלוה וכן מוכח בכתובות דף צ"ב גבי ראובן שמכר כו' ופייסינן בזוזי דינא הוא דיתמי אמרי אנן מטלטלי

שביק אבון גבך כו' ואף ע"ג דאמרינן באם תפס מחיים מהני עיין בב"ח סימן ק"ז דמחלק דוקא בתפס מחיים לשם תפיסה משא"כ היכא שלא בא לידו בתורת תפיסה ע"ש אלא שעדיין יש פתחון פה לומר דאם אביהם השביח שפיר גבי הבע"ח אף מה שכנגד הוצאה דהיינו שיגבה להם קרקע עבור המגיע להם בעד הוצאה והדר גבי מינייהו כדאמרינן התם אי פקח הוא מגבי להו ארעא כו' משא"כ אם הם עצמן השביחו אף שאביהם חייב גם כנגד ההוצאה אין צריך לשלם משלהם באפותיקי ולא היה הרא"ש צ"ל הטעם דבע"ח טעין אביהם השביח כיון שלא הוחלט דת"ל דאפי' הוחלט שפיר גבי מנייהו אם אביהן השביח כיון שהוא חייב כנגד הכל וכמ"ש וצ"ע כעת:

ותבנא לדיננא דהא דאפותקי חשבינן ליה כשדה המלוה היינו משעה שהגיע הזמן ואילך ולפ"ז צ"ל מ"ש התוספות ד"ה דשויה אפותיקי דמיירי שמכרם קודם שחל הזמן היינו שהמכירה היה קודם דאל"כ יש מקום לומר שלא חל המקח כלל והוי כרבית אבל מ"מ השבח שהשביח הלוקח היה אחר הגעת הזמן ואף ע"ג דמההי' שעתא בטל מקחו של לוקח מ"מ כיון שעכ"פ חל עליו שם מכירה תו לא מחזי כרבית ואינו דומה לגזולה ושוב כתבו דאף במכר אחר שחל הזמן מ"מ י"ל שחל המקח לפי שסבור היה לפייס הלוקח בזוזי וחל המקח עד שעת טריפא ור"ל אף ע"ג דבשעת טריפא איגלאי מלתא שלא נתפייס בזוזי מ"מ כיון דעכ"פ קודם לזה היה תפיסת יד ללוקח בקרקע זו דשמא יפייסנו בזוזי ויועיל קנין שלו שוב צריך המוכר לשלם ללוקח השבח והפירות שטרף הבע"ח ולא מחזי כרבית ומ"מ הבע"ח שפיר טריף השבח והפירות משעת הגעת הזמן ואילך דבשביל שזה היה סבור שיפייס הבע"ח בזוזי לא נגרע כח הבע"ח בזה ומה איכפת לו בטעותו של זה כיון דהשתא איגלאי מלתא שלא נתפייס בזוזי הקרקע ברשותיה קיימא מהגעת הזמן ואילך ולפ"ז יש ליישב קושית אא"ז מהרש"א במ"ש התוספות יעמיד כשעשאו אפותיקי דהא ע"כ באפותיקי מיירי דאל"כ יטענו הלוקחים הנחתי ולפי מ"ש י"ל דלתרוצי הך קושי' דיטענו הנחתי מצינן למימר דמיירי באפותיקי שמכרה קודם שחל הזמן וגם השבח היה קודם שחל הזמן שבזה אין מקום לטורפו אי לא מסיק רק שיעור ארע' מטעם ארעאי אשבח רק אי מסיק שיעור ארעא ושבח' טורף לפי שכך כתב לו מוכר ללוקח ושפיר מוכח דדאקני משתעבד וע"ז קשיא להו דמכל מקום יעמיד כשעשאו אפותיקי וטורף השבח שהשביח אחר שעבר הזמן דזה מצי לטרוף משום דארעאי אשבח אך קושית אא"ז מהרש"א דלשון התוס' לא משמע הכי דאם כן עיקר חסר מן הספר אמנם כדי ליישב קושית התוס' דהנה התוס' בד"ה דשויה אפותיקי השוו מדותיהם בין מכרה קודם שחל הזמן ובין מכרה אחר שחל הזמן ולענ"ד יש מקום לחלק בדבר דבמכרה קודם

שחל הזמן אי לא מסיק ביה רק שיעור ארעא לא משכחת לה דטריף לוקח פירות דממ"נ אם השביח קודם הזמן אז הבע"ח לא טריף מלוקח כלל דעל מה שהשבי' קודם הזמן לא מצי טעין ארעאי אשב' כמש"ל ואם השבי' אחר הזמן דאז שפיר טריף מלוקח משום דאמר ארעאי אשב' אם כן אין הבע"ח יכול לחזור על המוכר דהא אין שבח זה פוטרו מחובו דהא לא אסיק ביה רק שיעור ארעא וזה הבע"ח שנוטל הבע"ח דידיה קשקיל מה שאכל הלוקח פירות משדה שלו שלא ברשות וגובה היציאה מהבע"ח ואע"ג דהמוכר כתב לו אחריות אין קבלת אחריותו רק על משך הזמן שהיתה מכורה לו עד שעת פרעון המלוה וכמש"ל דהא אפותיקי יש לו קול ולכך גובה ממנו אף ע"פ שיש שם עוד נכסים ומסתמא ידע הלוקח שהיה אפותיקי והוה כמוכר לו שדה לזמן ואחריו לפלוני דאם נמשך והיתה בידו אחר שהגיע הזמן השני מוציא ממנו הפירות שאכל ואין לו על המוכר כלום אע"פ שקיבל עליו אחריות שאין אחריותו אלא כל זמן שהמכירה קיימת בידו וה"ה בזה דדמי למוכר חודש לזה וחודש לזה כמש"ל ואף אם פירש לו אחריות גם על השבח מ"מ אין קבלת אחריות רק שאם יבא בע"ח דמסיק שיעור ארעא ושבחא שזה טורף אף מה שהשביח קודם שהגיע הזמן או משום נגזל ואפותיקי שכבר הגיע זמנו אך באפותיקי שמכרה אחר שחל הזמן שפיר חל חיוב האחריות על המוכר דהו"ל כמוכר שדה ונמצאת שאינו שלו ובכה"ג שפיר טריף הבע"ח אף בלא דאקני ולא מסיק אלא שיעור ארעא דארעא דידיה אשבח ומכל מקום שפיר חוזר הלוקח השבח מהמוכר כיון שהמוכר קיבל עליו אחריות והו"ל כמקבל אחריות שדה גזולה ולא מחזי כרבית כמ"ש התוס' דסבור היה לפייסו בזוזי ולפי"ז א"ש מ"ש התוס' דיעמוד בשעשאו אפותיקי משום דאף ע"ג דע"כ מיירי בעשאו אפותיקי מ"מ א"א לאוקמי במכר קודם שחל הזמן וע"כ דמיירי שמכר אחר הגעת הזמן וכמש"ל ואם כן ממ"נ אינו יכול לגבות מלקוחות שהם יכולין לטעון ללוקח זה שהשביח קרקע האפותיקי דממ"נ מה שהשבחת לאו עלייהו דאותן נכסים שקנית סמכת דאם היית סבור שנתפייס הבע"ח בזוזי א"כ ממילא שלא יבא לידי טריפת השבח כלל וא"ת שהשבחת ע"ד שהבע"ח לא יתפייס בזוזי ויטרוף השבח מחמת טענה דארעאי אשבח פשיטא שאינך יכול לטרוף בעד השבח דהא בכה"ג לא חל המקח ומחזי כרבית ולא היית יכול לגבות ממוכר כלום אם הוא ידוע שבוודאי לא יתפייס בזוזי והלכך אע"ג דמהמוכר גופי' שפיר גבי משום דאע"ג דחל המקח מחמת דסבור שיתפייס השתא דלא נתפייס אחריותו עליו וטוען הלוקח למוכר היה לך לפייס הבע"ח בזוזי שלא יטרוף הכל מכל מקום מלקוחות לא מצי טריף מטעמא דכתיבנא וא"כ א"א לאוקמי מתני' בכה"ג דא"כ ל"ל טעמא דמפני ת"ה דאף בלא תיקון העולם

לא מצי גבי מלקוחות אלא ע"כ דמיירי באפותיקי קודם שהגיע הזמן ומסיק ביה שיעור ארעא ושבחא והא דטורף משום דאקני ושפיר מוכיח מש"ס דאקני משתעבד ובזה י"ל גם קו' הש"ך דמקשה מהא דמוכיח מלאכילת פירות דמיירי בגוזל ונגזל דדלמא מיירי באפותיקי ולפי מה שכתב' א"ש ואין להאריך:

אך במ"ש לעיל דמ"ש התוס' והרא"ש שאמר מעכשיו היינו שמקנה לו מעכשיו כשיגיע הזמן אע"פ שיש מקום לפרש כן בדברי התוס' והרא"ש אבל בהגמיי' פך"א מהל' מלוה מבואר שהכוונה על מעכשיו ממש שכתב וז"ל וההיא דפ' המקבל איירי כשעשה אביהם אפותיקי כו' והו"ל מההוא יומא שהתנה עמו כאילו קנאה כו' ע"ש ולכאורה היה אפשר לומר דהתוספות בכתובות והרא"ש והגמיי' סבירא ליה דאף באפותיקי כיון דאיהו גופיה מצי לסלוקי בזוזא יורשים נמי מצי לסלוקי בזוזי דהא כרעא דאבוהון נינהו ואם כן אי אפשר לחשוב אותו שדה דאפותיקי כאחת משדותיו של מלוה אם לא שאמר מעכשיו ועבר הזמן דאז הקנין חל למפרע משא"כ כשלא אמר מעכשיו נהי דאפותיקי הוה למיגבי מיניה מ"מ מצי לסלוקי בזוזי כמ"ש הרא"ש פ' א"נ ואף שיש לדחות ולומר דהתם מיירי דוקא בשעת הגעת הזמן מ"מ מדברי הטור וש"ע בסי' ק"ג מבואר דאף לאחר זמן נמי יכול לסלקו במעות וכמ"ש בעה"ת שער ג' בשם הרמב"ן שהדקדוק מדברי רבא אינו כלום דטעמא דרבא כיון דאילו הו"ל זוזי כו' וה"ט איתא אפילו אחר זמן פרעון ואפי' לאחר הכרזה ושומא עד זמן שטר אחלטתא והשתא הוא דקא קני דקאמרינן השתא כשהב"ד מגבין לו בחובו הקרקע קאמר כו' ע"ש ומבואר בבעה"ת דהתם מיירי בדאיתי' למשכנתא בידיה שדומה לאפותיקי מפורש ע"ש ומ"ש הרא"ש בפסחים בהגיע הזמן ק"פ אע"פ שלא אמר מעכשיו קנה ואינו עובר עליו התם במשכונא מטלטלין מיירי אבל בקרקע לעולם יכול לסלוקי בזוזי אף אחר הזמן רק דלהכי אהני מה שהוא אפותיקי מפורש שא"י לסלקו בקרקע אחרת ועיין בח"מ סימן ר"ז (אמנם אין ראיה משם לענין אחר הגעת הזמן ולפי"ז י"ל דיתמי נמי כיון דבמקום אבוהון קיימי יכולין לסלק במעות אף אחר שהגיע הזמן וכ"מ בשי"מ ב"ק דצ"ה בשם המאירי וז"ל ואם היה אפותיקי מפורש כו' ע"ש ולפי זה נראה לפמ"ש דהלוה גופיה יכול לסלק במעות אחר הזמן וכיון שעבר הזמן לאחר מיתת אבוהן ולא סילקו ברשותיה דמלוה קיימא למפרע משא"כ אם אביהן השביח דעדיין היה תוך הזמן ולא הוחלט ומצי לסלוקי בזוזי לאו ברשותיה דבע"ח קיימא ול"ה כיורד שלא ברשות ומ"ש הטור סי' ק"ז דאם היורש רוצה לסלקו במעות יכול לסלקו אף ע"פ שלא ירש מעות מאביו אא"כ עשה אביו נכסים יכול לסלקו אף באפותיקי וכן יש לפרש בלשון בעה"ת שער ד' ע"ש והרא"ש לא ניחא ליה לפרש הסוגיא דפ' המקבל

בכה"ג שלא ירשו היתומים מעות דא"כ איך קאמר סתמא ארעא כיון דלגובייני' קיימא דהא אם היה להם מעות ירושה מאביהן לאו לגוביינא קיימא וז"ל דמיירי בידוע שלא ירשו מעות מאביהן ואמנם ה"ה פ' ך"א מהל' מלוה הביא בשם הראב"ד והרשב"א דהיורשים אין יכולים לסלק במעות והביאו הש"ך סי' קי"ז (ע"ש שט"ס מ"ש הש"ך בשם הרמב"ן וצ"ל הראב"ד) וכן מצאתי בשי"מ דף ק"י בשם הרשב"א שכתב ומהא שמעינן דכל דשויה אפותיקי מפורש אפי' יתומים לא מסלקי ליה בזוזי דכמכר הוא כיון דלא פריק ליה האב ולא פקיד ליה דלפרקים איאושי מייאש מיניה ושבקיה ניהלי' לפרעון ואפי' יורש דכרעא דאבוהן הוא לא מצי פריק וכ"כ הראב"ד עכ"ל ואיכא לדחויי דהתם נמי בכה"ג מיירי שהם רוצים לסלק במעות שלהם וס"ל להרשב"א והראב"ד דהסוגיא מיירי בידוע שלא ירשו מעות מאביהן אך לשונם משמע דבכל גוונא אין יכולין לסלק במעות לפי שלא ציוה האב לפדותה ומכל מקום נ"ל שאין הדברים אמורים אלא בהגיע הזמן בחיי האב דאז שייך למימר כיון שלא ציוה לפדותה איאושי איאש מינה משא"כ אם עדיין לא הגיע הזמן מה היה לו לצוות כיון שעדיין לא הגיע הזמן והרא"ש ניחא ליה לאוקמי בכל גווני אף שעבר הזמן אחר מיתת אביהן ולכך כתב דמיירי מעכשיו ואפשר שהרא"ש חולק בזה על סברת הראב"ד והרשב"א וס"ל דבמעות שירשו מאביהם שפיר יכולין לפדותו אף בכה"ג שעבר הזמן בחייו והכי מסתבר טפי דאל"כ ל"ל לדחוקי לאוקמי במעכשיו שלא נזכר בש"ס כלל מזה רק סתם שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזה וטפי הוה עדיף לאוקמי כפשטי' בלא מעכשיו והגיע הזמן בחיי האב אלא ע"כ דס"ל דדוקא במעכשיו דינא הכי ומ"מ מ"ש הרא"ש אבל אם השביח האב כיון דלא הוחלט כו' צ"ע כמש"ל דהא אף לפי מה דמוקי באפותיקי ע"כ במסיק שיעור ארעא ושבחא מיירי וא"כ מה שמגיע להאב בעד המציאה מצי מגבי להו בקרקע והדר גבי מינייהו ויש ליישב ומחמת אפס הפנאי הוכרחתי לקצר:

אך עדיין צ"ע במ"ש דלהרא"ש באפותיקי בלא מעכשיו היורשים יכולים לסלק על כל פנים במעות שירשו מאביהם דלא משמע הכי בב"ק גבי אחין שחלקו ובא בע"ח וטרף חלקו של אחד וכתבו התוס' שם דמיירי שעשאה אפותיקי רק דלא מיירי כאפותיקי דפ' המקבל דמשמע התם דיורשים לא מצו לסלוקי בזוזי והרא"ש שם כתב שם פירשו התוספות שעשאו אפותיקי ולא אפותיקי דמפורש בפרק המקבל דא"ל אם לא אפרע לך לא יהא לך פרעון אלא מזה אלא שעבד לו כל קרקעותיו וסיים לו קרקע זו להיות לו תחלה לפרעון דאל"ה לא היה יכול ליטול חלק א' מהם לפרעון כו' ע"ש ונראה ברור שר"ל דאי באפותיקי מפורש שאמר לא יהא לך כו' ל"ה קאמר רב אסי דנוטל רביע

במעות דהא יורשים לא מצו לסלוקי בזוזי בכה"ג וכמבואר בדברי התוספות דרב ורב אסי בהא פליגי ע"ש ובפרק בית כור ונפלאתי על הטור בסימן ק"ז שכתב באפותיקי יגבה מא' מהאחין הכל ול"מ בכתב לא יהא לך פרעון שנוטל מא' הכל ומכלל' דברי הרא"ש שמיע לן שמפרש הסוגיא בכה"ג ששעבד לו כל נכסיו כו' מ"מ מה שנראה מדבריו שכל עיקרו של הרא"ש בא להשמיענו דאף בכה"ג נוטל מא' הכל וז"א דזה מלתא דפשיטא לדידיה רק עיקר כוונתו לומר דמיירי באפותיקי כה"ג ששעבד לו כו' ובזה ס"ל לרב אסי שנוטל אותו הרביע במעות דכיון דבכה"ג ודאי מצי יורשים לסלוקי לבע"ח בזוזי מצי האח השני לסלק לזה שטרפו ממנו גם כן בזוזי דמצי אמר אנא לבע"ח נמי מסלקנ' בזוזי ורב אינו חושש לאותה סברא ובכה"ג ג"כ בטלה מחלוקת כמבואר להדיא בתוס' דב"ק וב"ב ועיקר רבותא זו היה לו להטור לכתוב בסימן קע"ה ששם כתב אם גבה חלקו של א' מהם כגון שעשאו אפותיקי בטלה החלוקה כו' ושם הו"ל לבאר דאף בכה"ג ששעבד לו כו' נמי בטלה מחלוקת ולא מצי אמר אנא לבע"ח נמי הוה מסליקנ' בזוזי וע"ש בב"י סימן קע"ה שכתב וז"ל וכתב הרא"ש דדוקא היכא שיכול לגבות שדה שלימה כו' ורבינו לא חש לכתוב כאן דברי הרא"ש לפי שאין אנו עסוקין לברר באיזה ענין בע"ח גובה כו' ובסימן ק"ז שהוא מקום לדברי הרא"ש שם כתבה עכ"ל ולענ"ד אין זה מעלה ארוכה דטפי הו"ל לאשמעינן הכא בסי' קע"ה הך מלתא דאפי' לא עשאו אפותיקי אלא שלא היה יכול לגבות שדה שלימה כו' ששעבד כל נכסיו ומצר לו שדה זו להיות תחלה לפרעון דאע"ג דבכה"ג יכולין לסלק בזוזי מ"מ בטלה מחלוקת וצ"ע:

ועכ"פ לפי דרכינו למדנו דבאפותיקי שאמר לא יהא כו' לא מצי יורש לסלוקי בזוזי ומשמע דאף בירשו מעות מאביהן דינא הכי דאל"כ ל"ה צ"ל דלא מיירי באפותיקי דמיירי בפרק המקבל כו' דהא שפיר מצי מיירי בכה"ג וכגון שירשו גם מעות מאביהן ואפשר דס"ל כיון דרב אסי סתמא קאמר נוטל רביע במעות משמע דכל גוונא קאמר אף אם לא ירשו מעות מאביהן דינא הכי והוא דוחק וצ"ע:

והנה מדברי התוס' ושאר פוסקים שכתבו סתם דמיירי באפותיקי נראה דאף בלא מעכשיו הוי כמאן דגבי' (רק התוס' בכתובות נקטו בדבריהם מעכשיו אבל בשאר דוכתי לא כ"כ) ומ"מ נראה כמ"ש דדוקא כשהגיע זמן ולא סילקו בזוזי וכ"כ התוס' בברכות דף נ"ב וי"ל כגון דאמר לא יהא כו' וכשהגיע הזמן הו"ל כמאן דגביה וכשאר שדות של בע"ח כו' ע"ש מבואר כמ"ש דמשעת הגעת הזמן ואילך הוא דחשבינן ליה כגבוי ואפשר דהתוס' ס"ל דאם הגיע הזמן ולא סילקו אפילו הלוה עצמו תו לא מצי לסלוקי בזוזי ומ"מ אם אביהם השביח שפיר שקל הבע"ח השבח ואין מחזיר אפי' היציאה כיון דבמסיק

שיעור ארעא ושבחא מיירי כמ"ש התוס' שם אבל מדברי הפוסקים משמע שיש חילוק באפותיקי בין הלוה גופיה בין יורשיו והך מלתא טעמא בעי דהא יורש הוה כרע' דאבוה וכבר כתבתי לעיל שהש"מ כ"כ בשם המאירי גם לענין לוקח שהסכימו כל הפוסקים וכן מוכח בש"ס דלוקח ל"מ לסלוקי בזוזי באפותיקי וצריך ליתן טעם בדבר דהא בכל דוכתא אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ומכ"ש דקשה אהא דאמרינן לחד מ"ד דלוקח ל"מ מסלק בזוזי אף בבע"ח דלאו אפותיקי ולמה יגרע כח הלוקח מכח הלוה גופיה דמה מכר ראשון לשני כו' ונראה דהך מ"ד ס"ל דע"כ לא אמרינן הך סברא דמה מכר כו' אלא שאנו רואין קרקע זו כאלו היתה ביד המוכר ולכן כל זכות שיש להמוכר גם הלוקח יש לו אותו הזכות עצמו שהלוקח טוען מאי אפסדתיך אלו היה ביד המוכר גם כן היה לו זכות זה ומה"ט קי"ל שאם בא המוכר לסלקו בזוזי שפיר מצי מסלק ליה כדאמר אביי דינא דאזיל מוכר ומפצי ליה כו' וכתב הרא"ש ונ"י דנ"מ בעשאה אפותיקי כו' ע"ש והיינו משום דאנו רואין כאלו הקרקע עודנה ביד המוכר והוא מסלק בזוזי ולא נגרע שעבודו בע"ח במה שקנה זה משא"כ אם המוכר לא משתעי דינה בהדי של לוקח רק הלוקח בא לסלקו בזוזי של עצמו אז מצי א"ל הבע"ח לאו בעד"ד את וה"ז כאלו הקרקע ביד המוכר ואיש אחר בא לסלקו בזוזי דל"מ לסלק ליה ועיין סימן קי"ד והבע"ח מצי טעין אנא אדעתא דהכי נחיתנא להלוות לזה ואם יפרע לי מוטב ואם לאו אגבה ממנו קרקע בחובי וכן מבואר בסימן קי"ד דאם אין מי שיעלה בשומא לוקח המלוה הקרקע באותו השומ' ואם כן הלוקח הפסידו במה שנכנס בשעבודו שאלו היה הקרקע תח"י המוכר היה גובה הקרקע בחובו ולכן השתא נמי לוקח לא מצי לסלקו בזוזי ומאן דפליג וסבר דשפיר מצי לוקח לסלוקי בזוזי סבירא ליה דכיון דלא עשאו אפותיקי א"כ הבע"ח מעיקרא אדעתא דזוזי דנחת ולא עלה בדעתו ליקח קרקע כלל אם כן גם בזוזי דלוקח הוא מסתלק ואף אם יבא לידי גובייגא בקרקע מכל מקום לא נתברר שעבודו על קרקע זו מה שא"כ בעשאו אפותיקי גם הך מ"ד מודה דל"מ לסלוקי בזוזי דהא חזינן דבשעת הלואה סילק נפשיה מכל מילי שלא יוכל לגבות חובו ממ"א רק מקרקע זו וזו היא שעבודו בבירור הלכך אף ע"פ שהמוכר היה יכול לסלקו בזוזי מכל מקום הני זוזי לאו דמוכר נינהו ויש לו לגבות שעבודו שהיה על קרקע זו באם שלא יסלקנו המוכר בזוזי דידיה ול"ש כאן מה מכר ראשון כו' דאם היתה הקרקע ביד המוכר ול"ל זוזי בודאי הוי גבה מקרקע זו כמו שהתנה עמו בשעת הלואה ועפ"ז יש מקום אתי ליישב מה שהקשה רש"י אהא דקאמרינן הא דמסיק שיעור ארעא דהו"ל למיתני נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע וגם קשה דהך הניחא הו"ל למפרך בלא הך דשמואל וגם קשה

מה שהקשה הרמב"ן ושאר מפורשים דדלמא באמת יהיב ליה גריוו' דארעא ולפי מ"ש יש לומר דלכאורה קשה הא דפריך הניחא למ"ד כו' וקשה דלהך מ"ד מי ניחא דלפי מ"ש עיקר טעמא שאלו היה ביד המוכר ל"מ מסלק בזוזי דלוקח וא"כ בקרקע זו אלו היתה ביד המוכר היה מסלק לו כשיעור חובו והמותר היה נשאר ביד המוכר כשיעור גריווא דארעא היותר על החוב ואם כן אף להך מ"ד צריך ליתן הלוקח גריווא דארעא שהרי הוא טוען מאי אפסדתיך שלקחתי הקרקע שהרי אף אם היתה ביד המוכר הייתי צריך להניח קרקע בעד הדמים שיתר על החוב אך י"ל דז"א דהתינח לענין השבח היותר על היציאה שזה יכול לטעון מאי אפסדתיך לא יהא שהקרקע ביד המוכר ואני ירדתי בה להשביחה שאז השבח היותר על היציאה הוא של המוכר והיית צריך להניח גריוו' דארעא וכמוהו כמוני דמה מכר כו' אבל השבח שכנגד היציאה שהוא חשוב קרקע של הלוקח אין המוכר יכול לסלקו בקרקע של הלוקח והלכך אם הלוה לו מאה זוז והקרקע שוה נו"ן זוז ובא א' והוציא עליה נו"ן זוז והשביחה ועמדה על ק"ן זוז דינא הכי שהקרקע והשבח היתר על הוצאה שהוא שייך למוכר הבע"ח טורף בחובו ואותן הנו"ן זוז המגיע לאותו שהשביח בעד הוצאותיו אין צריך הבעל חוב ליתן לו הנו"ן זוז בקרקע כ"א במעות שהבע"ח שגובה הקרקע במקום המוכר קאי ליתן לו השבח כנגד היציאה במעות וכיון דלהך מ"ד דל"מ לסלוקי בזוזי הלוקח נחשב כאיש אחר ל"צ למיתב ליה גריווא דארעא רק מעות כנגד היציאה ולפי"ז א"ש מה שהקשה רש"י דנימא נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע דז"א שאם היה החוב נגד מקצת השבח לבד אז נגד מקצת השבח הנשאר צריך ליתן לו גריוו' דארעא שהרי גם למוכר היה צריך ליתן ולפיכך צריך לאשכוחי בכה"ג שהחוב הוא כנגד הקרקע והשבח היותר על היציאה ואף שצריך להחזיר היציאה ללוקח מכל מקום מחזיר לו במעות והשתא א"ש הא דלא פריך בל"ז הניחא למ"ד כו' משום דה"א באמת כמ"ש הרמב"ן דיהיב ליה גריוו' דארעא אבל השתא דקאמר דמיירי דלא מסיק ביה רק שיעור ארעא ע"כ מוכח דהך נוטל היציאה מבע"ח דקאמר היינו במעות דאל"כ למה לא קאמר נוטל כנגד החוב כקו' רש"י אע"כ דבדמים קמיירי והלכך לא מצי למנקט נוטל כנגד החוב משום דבכה"ג שהשבח היתר על היציאה הוא יותר על החוב צריך ליתן לו גריוו' דארעא כמו שהיה צריך ליתן למוכר וצריך למנקט נוטל השבח מבעל הקרקע והוא נכון לענ"ד:

ועכ"פ מ"ש דהא דאמרינן דחשבינן לה כשדה המלוה היינו משעת הגעת הזמן פרעון ואילך כמבו' מדברי התוס' דבכורות ונפלאתי על הש"ך שהאריך בצדדי קניית האפותיקי ומשמע מדבריו דעכ"פ משעה שהגיע השדה ליד הלוקח הוי כמכורה לבע"ח ובאמת

ז"א דכל שלא הגיע הזמן ודאי דאכתי ברשותא דלוקח קיימא אם לא שאומר מעכשיו ומעתה מה שהקשית דא"כ היכא דטריף אפותיקי אמרינן אחריות ט"ס אף לשמואל וכבר כתבתי שכ"כ האו"ת גם כן ולפי מה שכתב' לק"מ דהא מ"מ י"ל דזבין ליומא שבין כך יאכל פירות טרם שיגיע הזמן ואף אם מכר אחר שהגיע הזמן מ"מ כבר כתבתי דבכה"ג שהוא מקח טעות והשטר בטל מתורת מכר שוב באמת דמי לגזולה ואם נתפוס דברי התוס' כפשוטן דאף בכה"ג חל המקח לפי שסבור היה לפייס הבע"ח בזוזי ולא נתבטל השטר א"כ מה"ט גופא י"ל דל"ה ט"ס שהוא קונה על הספק שאף אם יבא בע"ח שמא יתפייס בזוזי לא יבא לידי טריפא כלל ואף שיצטרך ליתן מעות מ"מ תשאר הקרקע בידו עם פירות הרבה שיאכל עד הזמן ההוא ודוקא בנגזל שבודאי אין להעלות על הדעת שיתפייס בזוזי ובודאי ירצה בקב שלו ויטרוף הקרקע עם הפירות ואף הפירות שאכל משא"כ באפותיקי שיש סברא שיתפייס בזוזי דזוזי יהיב וזוזי שקיל ומצאתי בשו"ת הרי"ף סימן ר"ד שכתב וז"ל ומה שאמרת היכא דכתב לא יהא כו' אין לו בה אלא שעבוד לאו הכי היא אלא גופה של קרקע יש לו. אבל אין לו פירותיו עד הזמן שהתנו ביניהם הלא תראה שאילו היה רוצה הלוה לסלק שעבודו משדה זו לאחרת דלא אפשר ליה למעבד ש"מ דשדה זו גופה קנויה לו וכן אמרינן הא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא כלו'. יהא גובה אותה בע"ח כולה ויתן המוכר ללוקח כו' הניחא למ"ד כו' הב"ע דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו נתברר לך מזו שהיא קנויה לו כו' עכ"ל וקצת נראה להגיה שצ"ל דמסיק ביה שיעור ארעא כלומר גובה הבע"ח כולה ויתן המוכר ללוקח השבח והיציאה מבע"ח כצ"ל דהא אהא קאי קו' הש"ס הניחא ותירוצה דמוקי באפותיקי ועכ"פ למדנו מדבריו שסובר דלענין השבח שהוא שייך לגוף הקרקע קני ליה הבע"ח כיון שגוף הקרקע קנוי לו שהוא דבוק ומחובר מה שא"כ הפירות הם שייכים ללוה עד הזמן שהתנו ביניהם ומ"מ משמע מדבריו דלאח"ז הפירות הם של הבע"ח ואפשר דר"ל כשמגיע הזמן שהתנו ביניהם הוא בא לידי גובייא בב"ד וצ"ע:

ומ"ש מהא דשומא הדרא ומחזיר לו יציאותיו אף ע"פ שאין מחזיר הפירות שאכל אין הנדון דומה דהתם הקרקע הוא שלו ממש שהחליטוה הב"ד ומארעא דידיה קאכל רק שחז"ל תקנו משום ועשית הישר שיחזיר כשיהיה לו מעות והשתא הוא שצריך לחזור ולקנות לו ופשיטא שאינו מוחל יציאותיו בשביל שאכל הפירות מקרקע שהיה שלו ואפילו בשבח הוא נוטל חלק כמ"ש הסמ"ע ולהש"ך נוטל כשאר שתלי העיר ונראה טעם הסמ"ע דהכי עדיף טפי שהיתה קרקע שלו ממש ולא אסיק אדעתא דהדרא ואדעתא דנפשה קעביד ואשבח ועדיף מיורד ברשות משא"כ ביתומים דאף אם נימא דעדיפי

משאר יורד שלא ברשות כיון דבתורת ירושה נחתי לה וכמ"ש השי"מ בשם הראב"ד מ"מ הפירות שאוכלים אינם מקרקע שלהם ממש דהא ארעא דמשעבדא לבע"ח היא הלכך שפיר אמרינן דמחל ההוצאה בשביל הפירות שאוכלים כמו לשמואל דאמרינן שמוחל על גוף הקרן מה"ט. ובשאר דבריך לא היה פנאי לעיין כעת כי טרידנא טובא בענינים אחרים ואף דברים הללו כתבתי בהפסקות משמשות ולא נסדרו כראוי וסמכתי על שכלו הזך שאעפ"כ ימצא בהם טעם ויערב ויבוסם לו כו':

דברי עבד לעבדי ה' זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה עט

ב"ה יום א' כ"ט סיון תקסמ"ך לפ"ק פה ק"ק בראד חריפא סכינא שעתא תרמיניה. ה"ה כבוד אהובי ידידי הרב הגאון החריף ובקי בחדרי תורה כש"ת מוה' נפתלי הירץ נ"י:

בפניא דמעלי שבתא הגיעני אמרותיו וקראתי לשבת עונג ומאוד נכספה וגם כלת' נפשי לטייל עמו קצרות ואריכות אפס כי עז המוני טרדותי אשר השיגוני כעת לא יכולתי לראות שרשי הדין בתלמוד ובפוסקים בהרר קודש וסודם כדרכי מעולם ת"ל להיות נוקב ויורד עד שתעמיק המחרישה מחרשת עיוני ואבינה לאחריתו לא כן עתה אין בידי אף לקצור ראשי שבלים ורק יונקתם לקטוף ולכן רציתי להיות מן הנמנעים ומושכים ידיהם עד אשר יניח ה' טרדותי מסביב אשובה אראה אך לכבודו דרומכ"ת ואהבתו אמינא כיון דלאו דינא קא בעינא ולא עלי קא סמיך ואמטויי שיבא מכשור' לא דלינא אנקוט בידאי כל דהו מה שעלה מתחלה במחשבה לפני:

מ"ש מכ"ת לתקוע יתד על דברי הרשב"א כשהקנין בא באחרונה מתקן הלשון הנה מבואר ברשב"א שלמד כן מהא דר"פ הכותב ושם כתב רבינו יונה חילוק זה הביאו הריטב"א ז"ל. והנה הרא"ש שם כתב שיש לקיים דברי רש"י דכיון שאומר לחבירו שהוא שיתוף עמו והקנה לו מוכח שהוא מקנה לו השדה ורב אלפס כתב כו' וקשה כיון דטעמא דלא נסתלק משום דיד בעל השטר על התחתונה כו' מאי מהני קנין לדבר שאינו במשמעות הלשון וכן בכ"מ שאנו אומרים יד בעהש"ט עה"ת אטו אי קני מיניה תהיה על עליונ' ופרש"י עיקר עכ"ל הרי מבואר להדיא כמו שנומיתי למכ"ת מסברא דנפשאי דכל שאינו במשמעות הלשון אף קנין אינו מועיל לזה ואף הרשב"א נראה דמודה בזה ודוקא בהא דהקנה לו לדור בו שפיר סבירא ליה להרשב"א בתשובות המכונות לרמב"ן דמהני וכדאשכחן בדף נ"ח לר"מ דאין מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר יקדשו ידיך כו' וכן בדוכתי טובי וע"כ לא אמרינן הכי אלא אם י"ל כן במשמעות הלשון שמקנה לדור בו אמרינן שמקנה הבית לדור בו דבקנין אמרינן דמסתמא בכדי לא הוה עביד

וכמ"ש בסימן קצ"ה בשם מהרא"י ואף שאין הדבר מוכרח במשמעות הלשון הקנין מתקן וכ"כ בתולדת אדם לרשב"א סימן ש"א וז"ל וכן בכל מקום הקנין מחזק ומתקן ומכניס בכלל המתנה או הסילוק מה שלא היו כן במשמעו לולי הקנין. ותדע שהרי שנינו בפרק י"נ בין אקני' וקנינא מיניה לא צריך אלמא דאף על גב אי לא קני מיניה לא הוי מתנה כלל אליבא דר"י דלא נתכוין לכתחלה אלא לאחר מיתה כי קנו מיניה לחזוקי להאי מתנה גלי דעתיה דמחיים מקני ליה עכ"ל והיינו דווקא כה"ג שאפשר לפרש כוונת הלשון דמקנה מחיים ואפשר לפרשו דמקנה לאחר מיתה ומחמת הקנין אנו מכניסין בלשון כאילו פרש"י דמקנה מחיים אף ע"פ שלולי הקנין לא היינו מוכרחים לפרש הכוונה כן והיינו אומרים שהכוונה חל על לאחר מיתה הקנין מחזק ומתקן הענין לפרש הכוונה על אופן המועיל מה שא"כ לומר דמחמת הקנין מסתמא קיבל על גופו זו מנין לנו ואמרינן יד בעהש"ט עה"ת ומסתמא היה הקנין בסתמא שלאחר מיתה יטול כא' מן הבנים וכמ"ש בסימן מ"ב דכל שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לישנא דלא מהני במתנה ודאי נתבטל השטר והוא מדברי מהרי"ק ומה שנרשם שם הרשב"א י"ל שהוא ט"ס ואף לפמ"ש הש"ך שם שצ"ע היכא דליכא למ"ד דמהני כו' מכל מקום בכאן יש לומר דעבידי דטעי וסבר דמהני בכה"ג וכמ"ש לקמן ועוד שהרי מבואר בסימן ל"ט מחו' כ"א בשם תשובת הרשב"א שהיה מסופק אם הכוונה שהוא מודה שכבר חייבה עצמה ונטלה בקנין או שנטלה בקנין עכשיו וכתב שאילו נתחייבה עכשיו וה"ל לומר וחייבה עצמה לפנינו וכיון שכן אף מ"ש ונטלה בקנין נגרר הוא אחר תחלת הלשון פלונית הודית שיש עליו חוב ושנטלה בקנין וכל כיוצא בזה יד בעהש"ט עה"ת עכ"ל וא"כ ק"ו הדברים בנ"ד שלא נזכר לשון חוב כלל שי"ל דהך ואף נעשה בק"ג המוזכר בשטר הוא נגרר אחר תחלת הלשון שהודית שעשתה לחתנה יורש וגם קיבלה בקנין ע"ז ומנין לנו להוסיף לשון חיוב ויש לומר שטעו בהך שכתב הב"י בסי' רנ"ג שרי"ו כתב בשם הרמב"ן ביוחסין ויורש שאם אינו ראוי ליורשו נוטלו משום מתנה ופשיטא דלא קי"ל הכי ופשיטא דבכה"ג ודאי אמרינן דאטו כולהו נשי דינא גמירי ואף ע"פ שהש"ך סימן ס"ח כתב דא"כ בטלת כל דיני מיגו מכל מקום בזה שהדבר ידוע דרובה דעמא דארעא הכי סברי שיכול להנחיל למי שירצה ובעהש"ט לא ידע בענין זה בין ימינו לשמאלו וע"פ האשה היה חי והיא טעתה וסברה דמהני בכה"ג וע"ד כן קיבלה בקנין וגם בלא"ה מצינו הרבה חולקים על הרשב"א בזה כמבואר בב"י ובתשובת מהר"מ אלשיך ובשאר תשובות נלאיתי לכותבן וע"ש במהר"מ אלשיך סימן פ"ז דאפילו הקנין בא באחרונה והביא ראיה מתשובת הרא"ש. וגם שנלענ"ד לחלק דהתם דסילק אף בלא קנין מהני רק

באמירה בעלמא אם כן אמרינן שהקנין בא לתקן לשון דין ודברים וקאי הקנין אגופה של קרקע משא"כ היכא שאין הדבר מועיל באמירה לחוד וצריך להקנות כגון במתנה אז אם הנתינה באה בלשון שאין מועיל גם הקנין שאחריו לא מהני ועיין בנ"י רק א"נ הביאו פד"מ וסמ"ע היכא שצריך להוסיף על השטר לא אמרינן ע"ש ועוד שהרי מבואר בהג"א דכתובות ובהג"א פרק חזקת דלפר"ח ור"י בר שמואל והרי"ף והריב"ם לא מהני עד שיקנו בפירוש מגופה של קרקע. ועוד נראה דאף לפרש"י ז"ל דדוקא היכא שי"ל שהוא מקנה גוף החפץ אלא שאמר לשון גרוע דדו"ד בזה אמרינן דהקנין מתקן הלשון משא"כ היכא שהקנין הוא ע"ד שאין נתפס כגון שקיבל קנין לבנות דס"ל להרא"ש דלא מהני ולא אמרינן דהקנין מיפה כחו שהרי אין לקנין על מה לחול וא"ל שחל על גופו דמנין לנו לומר כן דע"כ לא מצינו אלא שחל על גופה של קרקע כיון שהוא עסק בה וספק אם בא להקנותה או מדו"ד בלבד ולזה מועיל הקנין אבל שיחול על גופו לא מצינו וכן מצאתי בספר בני יעקב והכי משמע בסי' קנ"ז בקנין לבנות לא מהני אבל בקנין דמחייב נפשו מהני ומשמע דאין חילוק אף אם מתחלה נתרצו לבנות ואח"כ קנו מידם סתם ל"א דמסתמא הקנין הוא על חיוב ע"ש בתוס' והרא"ש ובטור ולכן אם באנו לומר דהקנין הנכתב אח"כ אינו נגרר אחר הלשון שלמעלה והיה ק"ס בפ"ע ע"כ אין לומר שהיה בלשון חיוב נראה דלא מהני ולא מידי כיון שלא חייבה עצמה ליתן בחייו רק לאחר מיתה ואז פקע לה רשותה וקיימי נכסי בחזקת יורשים וע"כ לא אמרינן בסי' ס' דמהני לשון חיוב אף בדשלב"ל אלא אם מחייב עצמו אבל לא אם מחיי' את יורשיו וכ"כ בשו"ת נ"ב בשם הגאון מהר"י נ"י אב"ד דק"ק פוזנא בנידון כזה וחותנו הגאון הסכים לזה ע"ש וא"צ לפנים ופשיטא שאינו נופל בזה לשון מהיום ולאחר מיתה כלל רק אם באנו ליפות כח הקנין שהוא כמעכשיו אנו צריכין לומר שהיה במתנת בריא בקנין ולזה יש סיוע מלשון השטר שכתב בו שנעשה ככל מתנת בריא וא"כ הדין מבואר בהדיא בההיא דתטול אשתי בין הבנים דדוקא בנכסים של עכשיו והוי ממש כנידון שכתב במרדכי פרק י"נ בשם תשובות מהר"מ דדוקא בנכסים של עכשיו הידועים בשעת המתנה וכ"כ הרמ"א באהע"ז סימן ק"ח מדברי הנ"י וכבר העלה הב"ח והש"ך סי' ס' דלעולם על המקבל להביא ראיה וכן מבואר בב"י שם בשם פוסקים הרבה ובשם תשובת הריטב"א וכתב שם דאם היה על מטבע אין מטבע נקנה בחליפין:

ולענ"ד דבכה"ג דנ"ד גם הרשב"א מודה דלא שייך כאן נמצאו כאן היו רק דווקא במטלטלין שם כלי ביתו ותשמישו אבל בסחורות שהדבר ידוע שעומדים למכור ובודאי כבר מכרה הסחורות שנמצאו אז בידה וזה מקרוב שקנתה אחרים פשיטא שלא חל

עליהם הקנין כלל וא"כ על המקבל להביא ראיה שהיה עולה אז לסך כזה שעולה עתה ומצאתי בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' קכ"ח שכתב ג"כ לחלק דדוקא בקרקע אמרינן כאן נמצא כו' לפי שאין עשוי למכור קרקעיתו כמ"ש באשר"י גבי ההוא גברא דזבין אדעתא למיסק כו' אבל המטלטלין אדם עשוי למוכרם ולהחליפם באחרים אלא שמצאתי להרשב"א אף במטלטלין כו':

ושוב כתב לחלק להיפוך דבמטלטלין אמרינן כאן נמצאו. ומ"מ דבר ברור הוא דלא נאמרו הדברים אלא במטלטלין שאדם לוקח לצורך תשמישו כדאמרינן בפרק הזהב לענין אונאה דמאני תשמישתי' דיקירי עליו לא מזבני אלא בדמי יתירי אבל בדברים העומדים לימכר ודאי דהא אזדו לעלמא והני אחריני ומכ"ש בנ"ד שכן הוא שיוכל להתברר שכבר מכרה האשה בחיי' הך הרבה מאז שכתבה השטר עד עת מיתתה ולא שייך בזה כאן נמצא ויש לי ראיות הרבה אלא שאין צורך שהדבר פשוט לענ"ד שוב ראיתי במהרי"ט אח"כ שכתב חילוק זה להדיא והביא ראיה מהך דב"מ ושמחתי שכיוונתי לדעת הגדול ושם כתב דאדרבא איכא חזקה אחריתי שאין אדם עושה מעות אנפרות וע"ש שכתב דבנ"ד שידוע שנשא ונתן והחליף כמה פעמים ודאי לא שייך חזקה דכאן נמצא וכתב שם דאפשר גם הרשב"א מודה במזכה לחתנו חלק בנכסים ועדיין נשאר זכות היורשים וחזקתם במקומו ע"ש ועכ"פ בנ"ד פשיטא שעל המקבל מתנה להביא ראיה שלא נתרבו הנכסים בשעת מיתה כמבואר במרדכי שם וכך מבואר בתשובת מהר"מ בב' הקטנים סי' למ"ד באם כתב מהיום ולאחר מיתה הוי פירוש גופא מהיום והריווח לאחר מיתה ועד אותה שעה כל הריווח ליורשים ואין לחלק בלשון מהיום ולאחר מיתה בין קרקע למטלטלי כמו שמוכח מדברי ר"י כו' אבל מועטים בשעת נתינת המתנה ונתרבו בשעת חלוקה לא יטול מקבל אלא כפי שהיו שוים בשעת כתיבה ונתינה כו' ואם פשעו בנכסים ונאבדו חייבים באחריותן דלא גריעי מש"ח. מיהו בגניבה ואבידה ואונסין פטור דאע"ג דהריווח שלהם לא הוו כמו לוה כו' דלכאורה איהו גופא כל זמן שהוא חי והריווח שלו אינו חייב באונסין שהרי אינו לוה אלא נתן מתנה ושייר לעצמו הפירות שלענין הפירות לא יצא מעולם מרשותו ע"ש:

ומ"ש מכ"ת דהוי כאילו הקנית הסחורות לפירותיהן כמו שכתבו בההוא דמחמר' כו' אינם בעיני אלא דברי תימא ומכ"ש לפי המבואר שם דעת הפוסקים דאי לדמי קאמר אין אדם מקנה והתם לר"ה מירי דס"ל אדם מקנה עיין במהרי"ק סי' צ"ד וא"כ לפמ"ש דאין מקום לקיים השטר רק אם נאמר דהקנין הוי כמעכשיו ולאחר העדרתה א"כ יש להסתפק אף על הנכסים שהיה בידה לפי דעת הפוסקים דכל שהקנה דבר שברשותו

ואינו ברשותו כ"א הוי קני את וחמור וא"ל דא"כ יתבטל השטר לגמרי ז"א דהא איכ' למיתלי שטעה וסבר כדעת הפוסקים דמתוך שקנה זה קנה זה ועיין בכה"ג סי' מ"ב שכתב דלהרשב"א אף אם מתבטל לגמרי היכא שיש ספק שהשטר לא נעשה כדינו כגון ההוא דהרשב"א דאפשר לא נטלו קנין אמרינן יד בעהש"ט עה"ת גם יש לעיין לפי דעת ה"ה בהל' מכירה אליבא דהרמב"ם דסתם קנין לא הוי כמעכשיו וכן נראה מתלמידי הרשב"א עיין בב"י סי' ר"ז א"כ מה מועיל מ"ש ואף אם היו בק"ג א"ס כיון שעיקר הזכיה הוא לאחר מיתה וה"ש מכ"ת ממ"ש המרדכי דכיון שכתוב בשטר כתיקון חז"ל הנה אם נאמר כמ"ש דהשטר מועיל לענין הנכסים שיבורר שהיה לה אז א"כ אין מזה הכרח כלל להעמיס בלשון השטר ענין אחר שלא נזכרו בו כלל ועוד דע"כ לא אמרינן הכי אלא כשהעדים מדברים בלשון עצמם ומעידים שהשטר נעשה כתיקון חז"ל ובהכי מיירי רבינו ברוך משא"כ היכא שכותבין הלשון בשם הנותן שאין בכלל עדותן שהנותן פרט דרכי הקנאות רק שאמר להם לשון זה בכלל וכיון שלא פרט אופני ההקנאות לא מהני מידי וכמ"ש בפי"א ח"ב בשם שו"ת פני משה ח"ב והביא ראיה מתשובת הרא"ש ע"ש וא"כ אף אנו נאמר בכאן שאין עדים כלל רק כתב ידה מעידה שהיא עושה כן וכיון שלא פרטה אופני ההקנאות אינו מועיל ואף שי"ל דהודאה עדיף טפי כמבואר בש"ע סי' ס' ועוד דוכתי באמת ז"א דע"כ לא אמרינן התם אלא היכא שהוא נותן הודאה לשעבר ואומר נתתי כו' משא"כ כאן שכתב ובכן מודה אני ח"מ אשר אנכי עושה את חתני כו' ומה יועיל מה שכתבה כי כל הנ"ל נעשה כתוקף כל מעב"ד ושטרי מתנות אשר תקנו חז"ל ועל דעתם דרבנן נעשה כל הנ"ל ועינינו הרואות כי מ"ש שנעשה כתוקף שטרי מתנות שתיקנו חז"ל היה ניהי מילי דכדיבי וגם לפי מה שכתוב בפמ"א שם לחלק דדוקא היכא דליכא פלוגתא דרבוותא מהני לשון כתיקון חז"ל משא"כ היכי דאיכא פלוגתא מי יימר שנזהרו לעשות וליחוש גם להני רבוותא דפליגי בהא ע"ש בפמ"א ח"ב סי' ט' אם כן אף בנ"ד כיון דאיכא דיעות הסוברים מתוך שקנה זה קנה זה וכך היתה סבורה שהוא תיקון חז"ל וגם שלענ"ד אין זה כ"א כשיש כן במשמעות השטר משא"כ כאן שלענין גוף ההקנאה לא נזכר בדבריו שום לשון מתנה או לשון הקנאה באופן המועיל רק כתבה אזי חתני הוה ליה יורש בעזבון ופשיטא דלאו כלום הוא ואטו אם אחד הודה שעשה לחתנו יורש ונתן לו שטר כתיקון חז"ל מי מהני כיון שידוע תיקון חז"ל להיפוך שבת בין הבנים לא תירש ולשון כתיקון חז"ל אינו מועיל רק אם אפשר לפרש דלישנא דמהני ביה קאמר ומה שכתוב בשטר נעשה כמו כל מתנות בריא מסתפק אני אם יש בלשון הזה גם כן מתנה ואפשר דרצה לומר שנעשה כמו מתנות בריא אבל לא מתנה ממש

וכמ"ש מהרי"ו סי' נ"ט בא' שאמר אתה מכחיש כמו ממזר שי"ל כהא דדרשינן היתה כאלמנה ולא אלמנה ממש או כדאמרינן ביבמות כמעשה דער ואונן דלא הוי כמעשה ער ואונן ע"ש ואם אמרתי אספרה כמו מחול ירביון ואפשר דהכא שכתבה לשון כמו כל יש במשמעותו שגם זה מתנת בריא הוא ומכל מקום קשה להעמיד יסוד ע"ז וגם על הלשון שכתב נעשה כתוקף כל מעב"ד ושטרי מתנות אין בכלל זה הקנאה וע"כ לא אמרינן בין שנזכר לשון מתנה בתחלה כו' היינו שנזכר בשטר גם כן הקנאה בתורת מתנה אז לא איכפת לן בלשון ירושה ואף לשני ב"א מ"מ אמרינן דהך ירושה נמי מתנה הוי כמו לאידך אבל אם לא נמצא בשטר קנין מתנה כלל מאין הרגלים לומר לפי שהוא נרמז בשטר שהוא ע"ד מתנה דמהני והיה אפשר לצדד ע"פ תחילת הלשון אשר אני עושה את חתני וב"כ וי"א להיות לו חלק אחרי העדרי כו' (ובפרמ"א הביא בשם המבי"ט ח"א סי' קצ"ג במי שאמר בית זה יהיה לפלוני בני דהוי לשון מתנה כמו יטול יזכה וכן כתב הש"ך בשמו בלשון יהיה ומכל מקום נראה דהך לישנא אשר אני עושה את חתני כו' לאו לישנא דמהני הוא וגם נראה דקאי אסיפא דלישנא אזי חתני יורש כו' וגם שהרי כללה גם יורשים אחריו והוה כלישנא דמהני הוא וגם נראה דקאי אסיפא דלישנא אזי חתני) כהקנה לנולדים גם כן גם מה שכתב מכ"ת לפי שכתוב בשטר ואם אנשא לבעל חוב עלי להתנות כו' לענ"ד אדרבא לשון זה מגרע דאם איתא שנתנה במתנה גמורה מהיום לאחר מיתה מה צורך להתנות עמו דהא בלא"ה מכר האב אינן מכורין וגם אם נאמר שקיבלה עליו לחוב הלא החוב הוא כשיעור שישאר נכסיו אחר מיתה ומה ענין תנאי הבעל בזה ואפשר לפי דקי"ל לוותה ונישאת כו' ומ"מ לא מחוור להעמיד בשביל זה לשון חיוב:

ומצאתי בתולדות אדם לרשב"א סי' ל"ו וז"ל ראובן הוציא שטר מתנה משמעון חמיו וז"ל תנו לחתני מחמת שרציתי והקניתי לו ד"א בחצירי במתנת בריא מעכשיו לאחר מותי שיטול בנכסי כא' מבני הפשוטים הן כלים כו' והקניתי לו כח וזכות וקנין מעכשיו לאחר מותי כו' וקנינא מפלוני הנ"ל אכל מה דכתוב ומפורש לעיל במנא דכשר למיקני ביה והשיב ערבובי דברים אני רואה שמעיקר לשון ראשון נראה שלא נתן מה שנתן אלא אגב כו' ואם כן לא זכה כלום דאין קרקע ניקנית אגב קרקע ועוד דשטרות לא קנה כו' וכן מ"ש לאחר מכאן זכותי הקניתי כו' אינו מועיל שאם הוא נגרר אחר קנין ד"א כבר כתבתי שאין בזה ממש ולכשתמצא לומר דקנין מחודש הוא שחזר ונתן לו בק"ס מעכשיו ולאחר מותו כל זה אינו שוה לגבי השטרות דהא בעינן כתיבה וקנין אף על גב דסתמו לכתיבה מכל מקום אנן כתיבת קנין בעינן וכן אם היה מטבע לא קנה כו' וכן כל הנכסים שעתיד לקנות והרווח שעתיד להרוויח אינו יכול להקנות דדשלב"ל הוא ולא קי"ל כר"מ כו' אבל

הנכסים שיש להם אחריות ואפילו שאין להם אחריות אם היו לו בשעת המתנה קנה מכל מקום אם מכרן אין לחתנו בהם כלום לפי שלא הקנה לו חלק אלא באותן נכסים שישארו אחריו וקיימא לן כרשב"ג דאין לשני אלא מה ששייר הראשון ואפילו מכר או נתן במתנת בריא מה שעשה עשוי ואפילו במכר במעות ומאותן מעות קנה אחרים אין לו בהם כלום לפי שאילו נכסים לא היו לו בעולם ולא קנה כמ"ש ומכל מקום מה שנמצא שם מקרקע ומטלטלין ונפל בהם הספק אם היה בשעת מתנה אם לאו באלו ודאי קנה אם הקנה לו נכסים בקנין כלשון אחרון שבשטר והטעם משום דכאן נמצא כאן היה ומי שטוען שלאחר מכאן חזר ולקח עליו הראיה וכן דעת הגאונים ז"ל עד כאן לשון הרשב"א ז"ל וצ"ע על מה שנסתפק הרשב"א אם הוא קנין מחודש שהרי בפירוש איתמר בסוף השטר וקנינא במנא כו' ועל כל פנים עינינו הרואות דהרשב"א גופא נשאל ענין כנ"ד ממש ועדיף מיניה שיש גם כן שני קנינים וכנדון דאיתא בתשובת הרמב"ן ופסק הלכה למעשה דדוקא אם הנכסים שהיו בשעת הקנין הם עכשיו בעין ממש קנה אבל הנכסים שבאו אחר כך אפילו קנה מאותן מעות עצמן לא מהני וע"כ כמ"ש לחלק דאין לנו לחדש ולהכניס בלשון מה שא"א לומר שנכלל בו ואין הקנין מועיל רק לפרש דבריו ולא להוסיף ולסמוך לו ענין מבחוץ ואנו אין לנו אלא דברים ככתבן וכבר כתבתי דלדידן אין להוציא בטענה דכאן נמצא כדעת האחרונים ומכל שכן בסחורה העומדת למכור וכמש"ל ולכן אף אם היו נמצא באיזה פוסק או תשובה מהאחרונים היפוך זה נראה שלא היה לפניהם דברי הרשב"א הנ"ל וגם לו יונח שיש ממש בשטר זה עדיין אנו צריכין למודעי אם קאי על כל נכסים לפי הלשון השטר הן מזומנים כו' דיש לומר דשאר דברים שאינם בכלל זה לא הקנה לו והכי קאמרה ליה מכל שימצאו לי אז הן מזומנים הן מתכשיטין ומלבושים אבל משאר דברים כגון סחורה ושטרות לא ואף על פי שמתחלה אמרה להיות יורש בעזבון ואפשר דלשון עזבון כולל הכל מכל מקום הרי לשון יורש לאו כלום הוא וגם הא קיימא לן דהלך אחר התחתון ואחר הפחות שבלשונות ועיין ס"ס רנ"ג בתשובת הרשב"א שכתב שם דלשון הן תוספת ביאור של עין יפה הוא היינו משום דשם יש לפרש דעליונות שבעליונות קאמר אבל בלא"ה אין בכלל אלא מה שבפרט ועיין בתשובת הרא"ש בטור ס"ס רכ"ה דאע"ג דאיכא למידק מדברי המוכר איפכא מכל מקום כיון שמהלוקח איכא למידק איפכא אוקי ממונא בחזקת מרי' דאחריות טעם לבד קיבל עליו וע"ש בענין פירוש מקצת אחריות וידעתי כי הוא בפיו תלמיד ערוך בכלל ופרט ובעל הדרך לנגדי ירט וקול המוני הטרדות עתקו גם גברו מושכין אותי אילך ואילך ממושך וממורט ולכבודו כתבתי זה המעט דברי ידידו לנצח:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תם ונשלם חלק שני מחלק אבן העזר

חלק ג

שאלה פ

באשה אחת עגונה מק"ק סטאשוב ושמה שפרה בת אהרן כו' ותורף השאלה ותשובת גאוני זמנינו כבר נדפס בשו"ת כתר כהונה סימן ע"ו באריכות והגאונים ההם שלחו דבריהם אלי לחוות דעתי ג"כ בזה מה שנלענ"ד:

תשובה הלא ידעו מתי אהלה של תורה. ויקשה מהם דבר ערוה החמורה. אף כי יפליא בין דם לדם. או לכל אשר יבטא האדם. בשבועה ונזירות. קלות וחמורות. יביע אומר ויחוה דעתו. והוא שב מידיעתו. יכתוב ידו על ספר ומילין יחוק אולם אם הנושא אליו דבר שבערוה ינוע ויעמוד מרחוק. וכל דבר הקשה. כגון זו וכיוצא בה שיש בהם ספק גירושין ונעלם מעיני אישה. מדעתו עביד פרישה. גזירה שמא יטה מדרך סלולה וכבושה ומזקנים אתבונן. כי יתחמץ לבבם וכליותם ישתונן. כי יהיה להם דבר שבערוה בא אליהם. הם נמנעים ומושכין את ידיהם אם לא מצאו הלכה ברורה. כאחותו שהיא אסורה. ומדקדקים בה כחוט השערה. ואם מדת חכמים כך הוא מה יענה. קצר רוח חכמה ובינה. ובפרט בענין עמוק מי ימצאנו. אף כי אנכי אעננו. אפרים הוא הצעיר. ומן חברייא זעיר. תמן מתלין מתלייא. אריוותא קדמיכון ואתון שאלון לתעליא. האם רועה אוילים ישית לבו לעדרים בין מעונות אריות הררי נמרים. שה רזה איך יבקר. בין זאבי ערב גר לבקר. חדודי המלתעות. ואנכי תולעת. איך אעלה על במתי החכמה. בין ארזי הלבנון רמי הקומה. ובין כוכבים אשים קיני ואליהם אשים דברתי השמאילי או הימיני. אפס כי עז הפצרת רבים וגדולים. קדישי עליונים אנשי השם מעולם. בקשו פני ובשפתם כבדוני. בכתבי מליצותם קדמוני. והם הרהיבוני לילך בגדולות ובנפלאות ממני. ואומר עם קיני. את אשר מן השמים יורוני:

עיקרא דהא מילתא בגיטין פ' מי שאחזו אמר רב כהנא חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כותבין ונותנין גט לאשתו שקלינן וטרינן עלה דמלתא ומסקינן דתנאי הוא דתניא אמר רשב"ג בד"א בחרש מעיקרו אבל פיקח ונתחרש הוא כותב והם חותמין ובדף ע"ב אמרינן ת"כ דרב אשי כתב סופר לשמה כו' הרי הגט בטל עד שישמעו קולו שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו ישמעו לאפוקי ממ"ד מודה ר"י באומר אמרו. קולו לאפוקי מדרב כהנא אמר רב ע"כ ולכן פסקו כל הפוסקים דלא כרב כהנא ומבואר מזה דאפי' מדאורייתא אינו גט שהרי קתני הגט בטל וכן מבואר בב"י סי' ק"ך שכתב דכיון דקתני הגט בטל

מדאורייתא הוא אך לענ"ד מדברי התוס' בעירובין דף י"ג מבואר דאינו רק פסול מדרבנן שהרי כתבו שם וז"ל ומיהו קשיא דלגבי גט אפי' בענין זה פסול ולא חשיב לשמה דהא אפי' כתבו סופר לשמה בלא ציווי הבעל פסול לגרש בו דתניא כתב סופר לשמה כו' הרי הוא פסול כו' והתם פסול משום דלא חשיב לשמה ולא משום דבעינן שליחות בכתיבה דהא מכשרינן כתיבת חש"ו כו' וי"ל דלעולם חשיב לשמה והתם פסול מדרבנן וגבי סוטה לא שייך לפסול מדאורייתא דכל שלא נכתב ע"פ ציווי הבעל לא חשיב לשמה ופסול מדאורייתא רק התוס' כתבו כן למאי דקאמר התם רב פפא אליבא דמ"ד מוחקין מן התורה פרשת סוטה אע"ג דאין מגילתה כשרה להשקות אחרת משום דתורה דסתמא מיכתבא שפיר מחקינן וא"כ מוכח דסתמא לשמה חשיב עכ"פ בכה"ג בכותב ע"ד כן שאם יצטרך ימחוק ממנה ולפי דבריו צ"ל דבגט כה"ג אין פסול רק מדרבנן משא"כ למאי דקי"ל דאין מוחקין לה מן התורה א"כ צ"ל דבסתמא אף בכה"ג פסול מדאורייתא דהא בסוטה ל"ש דרבנן ואפ"ה פסול וא"כ פשיטא דבגט נמי פסול מדאורייתא די"ל דטעמא דאין מוחקין כמ"ש שם ד"ה עשי' דהטעם משום דבעינן כתיבה לשם אלה דז"א שע"כ לא כתבו התוס' כן אלא לרנב"י אבל ר"פ דמשמע מדבריו דלמ"ד מגילתה כשרה להשקות אחרת פשיטא דמוחקין מה"ת אלמא דס"ל דלא בעינן כתיבה לשם אלה רק העיקר תלוי בכתיבה לשם אשה זו ואם כתב סתם אע"פ שכתב ע"ד שאם יצטרך כו' ל"ה לשמה וה"ה בגט. אך נראה דעכ"פ מוכח מדברי התוס' שלא הי' בגרסתם הגט בטל רק הגט פסול דאל"כ לא הוה מתרצא הך ברייתא אליבא דרב יוסף לפום הך תירוצא דהתוס' דס"ל דגט וסוטה דא ודא אחת היא וא"כ י"ל אע"ג דבסוטה אין מוחקין לה מה"ת וגם בגט כה"ג בטל הוא משום דסתמא כה"ג לא מיקרי לשמה וכמ"ש רב יוסף בגיטין מ"מ היינו דוקא בכה"ג שלא נכתב לשם אשה זו עכ"פ משא"כ בכתב סופר לשמה שבאמת נכתב לשם אשה זו אלא שלא נכתב בציווי הבעל כיון דלא בעינן שליחות בכתיבה אין כאן פסול מדאורייתא רק מדרבנן בלבד ולכך נקט בברייתא הגט פסול וכמ"ש שכך היא גרסת התוס':

ובזה יש ליישב מ"ש הב"ש בסי' ק"ך סק"ז דלשיטת התוס' דס"ל דא"צ שליחות רק משום דאם לא שמע הסופר מפיו הוי כאילו כתב סתם ולא לשמה א"כ אינו פסול אלא מדרבנן וברי"י סי' קכ"ג כתב דלפירושם קשה למה בברייתא זו הגט בטל הא ל"ה אלא חשש בעלמא ומדרבנן ע"ש ובס' בית מאיר ראיתי שכתב בסי' ק"ך על הב"ש שם דמנ"ל הא דאף מטעם לשמה פסול מדאורייתא ותדע דהא נובע מהברייתא דקתני הגט בטל כו' ובמחכ"ת לפי שעה אשתמיט לי' דברי הב"ש סי' קכ"ג שהרגיש בעצמו להקשות מן

הברייתא אף דמ"מ אם נאמר כמו דמסתבר ליה להב"ש דאי לא בעינן שליחות בכתיבה אין פסול רק מדרבנן לק"מ קושיית הב"ש דבאמת גירסת התוס' בברייתא זו פסול ולא בטל וכמ"ש ומה"ט גופא דלא בעינן שליחות בכתיבה וגם מ"ש לשיטת הרמב"ן דבעינן שליחות בכתיבה לענ"ד זה אינו וכמ"ש לקמן:

והנה התוס' בעירובין שם כתבו וז"ל א"נ בסוטה אין הכהן שעליו לכתוב מקפיד אם יכתוב שום אדם לשמה שלא ברשותו ומסתמא ניחא ליה אבל גבי גט מסתמא לא ניחא ליה לבעל עכ"ל ולפום הך תירוצא נראה דס"ל לפסול הגט מדאורייתא וסברא זו כתבו התוס' ג"כ בגיטין דף כ' ולכאורה צ"ע דהא אמרינן קולו לאפוקי מדר"כ אלמא דאפי' אם כתב בכ"י לסופר לא מהני וקולי דוקא בעינן ולפי דברי התוס' דטעמא משום קפידא דבעל וכל שכותב בכ"י הא קמן דלא קפיד ופשיטא דעדיף מסתמא דסוטה דאמרינן דכלשמה דמי ועל התוס' בגיטין לק"מ דהתוס' שם לא הביאו מברייתא דכתב סופר לשמה כלל וא"כ י"ל דע"כ ל"ק להו אלא ממתניתין דהכותב טופסי גיטין דלא משמע ליה דר"א ב"ר יאשיה ובר פלוגתי' פליג בהא כיון דהש"ס פריך ול"ל לר"א כתב לגרש כו' ומסתמא לא פליגי בכולהו מתני' דהאי פירקא אבל אברייתא שפיר י"ל דפליג משא"כ לפמ"ש התוס' בעירובין להקשות מהך ברייתא דכתב סופר לשמה א"כ משמע דס"ל דלא מסתבר דלפלוג אברייתא זו ג"כ א"כ מה הועילו בתירוצא דבגט הבעל מקפיד דאכתי איך מצינו לפרושי הא דקתני עד שישמע קולו לאפוקי מדר"כ דהא קמן דניחא ליה לבעל שיכתוב גט זה ואפ"ה לא חשיב לשמה כל שלא שמע קולו ומכ"ש בסתמא כההיא דסוטה דלא מהני ודוחק לומר דמההיא דכתב הסופר כו' שפיר מסתבר להו דגם ר"א ב"ר יאשיה ותנא קמא לא פליג עליה מה שאין כן בהך דעד שישמעו קולו דאתי לאפוקי מדר"כ והרי רשב"ג קאי כוותיה דר"כ וס"ל דכ"י מהני והיינו משום דבגילוי דעת דניחא ליה סגי ואם כן י"ל דגם ר"א בר' יאשי' ות"ק ס"ל בהא כרשב"ג ולכך במה שפיר מוחקין מה"ת לפי שאין הכהן מקפיד אך זה דחוק דהא משמע בש"ס דטעמא דרשב"ג דכתיבה כדבור דמי. אך האמת יורה דרכו שהתוס' לטעמייהו שם בגיטין דף ע"ב ד"ה קולו שמבואר מדבריהם דגם בגט ברצוי בעלמא סגי והא דקאמר קולו לאפוקי מדר"כ היינו בחרש דוקא דבכה"ג מסתבר ליה למעוטי ע"ש וא"כ בפקח באמת מהני ע"י כתב רק דוקא בכתב בלא ציווי כלל אז הגט בטל משום שיש לומר שהוא מקפיד ואתי שפיר בפשיטות דברי התוס' בעירובין גם לפום הך תירוצא דהנך תנאי דסוטה לא פליגי אהך ברייתא כלל:

ונפלאתי על הט"ז סוף סי' קכ"א והב"ש שם סק"ט ששניהם לדבר א' נתכוונו להשיג על הב"ח שכתב דמהני כ"י בחרש שכנס ברמיזה דכ"י עדיף מהרכנה כמ"ש התוס' וע"ז השיגו דהתוס' לא כתבו כן אלא לרב יוסף אבל למסקנא דאמרינן לאפוקי מדר"כ רמיזה עדיף מכ"י ע"ש וזה תמוה דהא להדיא מבואר מהתו' דף ע"ב ד"ה קולו דגם למסקנא לא ממעט אלא חרש דוקא ולא ס"ל להתוס' כלל הך סברא דהרכנה שהוא מראה בגופו עדיף ע"ש וזה כשיטת הרמב"ם דמחלק בין נשתתק לחרש אבל כת"י והרכנה שוים ומ"ש הט"ז מדברי הרשב"א והרא"ש ודאי דלדבריהם כן הוא דכ"י גרע מהרכנה אבל הב"ח שם קאי לשיטת הרמב"ם כמ"ש שם והיכא דכתב חרש כו' נראה דאפי' לשיטת הרמב"ם כו' אבל בחרש מעיקרו כו' ראה דכ"ש דכ"י דמהני ור"ל לשיטת הרמב"ם וכן מבוא' להדיא בדבריו סימן ק"ך ד"ה והרמב"ם כתב כו' אבל כשנשאה כשהוא חרש דינו שוה לנשתתק ואלם ומהני כת"י לדעתו דהרכנת הראש וכת"י שוין עכ"ל ואע"ג דבסימן קכ"א כתב שכן כתבו התוס' ד"ה אמר ר"י כו' הדין עמו בזה דלהך שיטה דהברייתא לא ממעט דר"כ כ"א בחרש דוקא ממילא שיש לנו לומר דבאלם או פקח כת"י עדיף טפי. וגם בלא"ה אם איתא דס"ל להתוספות דלהמסקנא יש מעלה יותר בהרכנה מכת"י אם כן איך הקשו בפשיטות דתיקשי לר"כ ממתניתין דל"ל יכול לדבר מתוך הכתב בהרכנה סגי דהא ודאי לא מצי לאקשויי הכי דשמא גם ר"כ ס"ל דהרכנה עדיף משום דמראה בגופו רק דגם בכת"י מהני ואדרבה הו"ל להתוספות להקשות על ר"י דפריך מאי קמ"ל תנינא כו' דדלמא אשמעינן דכתב נמי מהני וכמו שבאמת הקשה הרשב"א אלא ודאי דהתוס' לא נחתי להך סברא דהרכנה עדיפא כלל ובין לס"ד בין למסקנא כ"י עדיף מהרכנה אלא דמ"מ היכא דלא מהני הרכנה כגון בנשאת כשהוא פקח או ביבמתו גם כת"י לא מהני והיינו האי דאמרינן קולו לאפוקי מדר"כ אבל בנשאת כשהוא חרש דמהני הרכנה גם כת"י מהני דהא טעמא דהרכנה דמהני באלם משום דקים לן שנתרצה סגי בהכי וה"ה לענין כת"י נהי דל"ה כדיבור מ"מ רצוי מיהא הוי וכשם שכנס ברמיזה או בכת"י כך מוציא ברמיזה וכ"י דשוים הם וכן מבואר מדברי התו' דעירובין הנ"ל דכל שאין הבעל מקפיד סגי בהכי רק בחרש שנשא כשהוא פקח או ביבמתו ל"מ כת"י לחשבו בר דעת לסמוך על כתיבתו וכן מבואר בחידושי הרשב"א בשם התוספות ואין להאריך:

היוצא לנו מזה לענין דינא לשיטת התוספות בעירובין לשינוי קמא דהתוספות אפי' אם כתב הסופר וחתמו העדים לשמה מדעתם בלא ציווי הבעל ואח"כ נתנוהו לו וגירש מהני מדאורייתא ואין פסול אלא מדרבנן ולתירוץ הב' עכ"פ היכא דידעינן שאין הבעל מקפיד סגי בהכי וכ"כ הרשב"א והר"ן בשם התוספות דבפקח מהני כת"י ולא בעינן שישמעו

קולו דוקא אלא שהרשב"א כתב על זה דבתוספתא לא משמע הכי כו' וכדברי סה"ת בזה וכן הר"ן כתב שיש להחמיר ע"פ התוספתא אבל הרמב"ן הביא דברי התוס' בפשיטות דפיקח ששלח כ"ו כותבין ונותנין ע"ש בחידושיו ולא הזכיר מדברי התוספתא כלל ונ"ל מדבריו דס"ל כהתוס' בהא. וכך מטין לענ"ד דברי הרי"ף ורש"י ז"ל שכתבו לאפוקי מדר"כ דאמר לעיל חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כו' ואם באמת בא למעט גם בפקח דלא מהני הו"ל לפרושי מדר"כ דס"ל דמתוך הכתב הוי כדיבור מעליא ומדנקט לישנא דר"כ חרש שיכול לדבר כו' משמע דס"ל כשיטת התוספות דלא ממעט רק חרש דוקא. וקצת יש להביא ראיה דשיטת רש"י בזה דדוקא חרש ל"מ כת"י אבל בפקח מהני ממה דאיתא בירושלמי ריש קידושין והביאו הרי"ף שכתבו על קידושי שטר הדא דתימא שאין בו שוה פרוטה אבל אם יש בו שוה פרוטה כסף הוא וכתב על זה מחו' ושארי הגאון החסיד מו' פנחס הורוויץ בספרו ספר המקנה דלפי מה שנראה מדברי רש"י דהמקדש בשטר אין צריך אמירה אם כן אין כאן הוכחה דדלמא באמת צריך שיהיה בשטר שוה פרוטה אלא שנפקא מינה שאם בא בתורת קידושי שטר אין צריך אמירה ולזה כתב דזה אמר דכיון דכתב בשטר הוה אמינא מקודשת הוה ליה כאמירה לגבי קידושי כסף ג"כ וכדעת הפוסקים דדבור מתוך הכתב מהני ע"ש ובק"א שם. אלא דלפי זה צריך עיון שהרי הפוסקים הביאו מהירושלמי דסבירא ליה דבכת"י ל"מ אפי' בפקח ואם כן לשיטת הירושלמי גופי' תיקשי דהא נפקא מינה לענין אמירה אף באמת לא מכרעא מילתא מהירושלמי כמו שכתבו לקמן אלא שלעניות דעתי נראה דבלאו הכי לא קשה מידי דהא דבעינן בגיטין וקידושין אמירה לא בעינן אמירה ממש בשעת קידושין דאפילו עסוקין באותו ענין מהני ודוקא נתן הוא ואמרה היא מספקא לן דשמא הוי בכלל כי יקח ולא תקח אבל אם לא אמרה היא ועסוקין באותו ענין אף על פי שנתן אחר כך בשתיקה באופן שנרגש שנתינה זו לשם קידושין מהני ואם כן פשיטא דבכהאי גוונא שנתן לה שטר שוה פרוטה וכתב לה הרי את מקודשת לי אין לך עסוקין באותו ענין גדול מזה כמו אם נתן לה דינר כסף וחקק עליו תיבות אלו והיא מבינה בהם דנראה דשפיר מהני והו' קידושין בפשיטות. ואפשר דבאמת מהאי טעמא דעת הפוסקים בקידושין בשטר וגירושין אין צריך אמירה מדאורייתא ודעת הטור והר"ן שהביא בב"ש סי' קל"ו דסבירא ליה דבלא אמירה הגט בטל מדאורייתא יש לומר בטעמייהו כמו שכתב הפ"י דף ה' ע"ב דבור המתחיל אמר שמואל בקי' כו' משום דכתיב ונתן כו' ושלחה מביתו משמע שלאחר הנתינה צריך לשלחה מביתו והיינו שצ"ל הז"ג כו' עי"ש ולפי שאינו מענינינו קצרתי

ואמנם בשיטת רש"י נראה בלאו הכי כמו שכתבתי דכת"י מהני בפקח דלא ממעט רק חרש דוקא:

ולכאורה היה נראה להביא ראיה לשיטה זו דכת"י והרכנה חד מלתא היא מהא דאמרינן התם וחרש מעיקרו לא כשם שכונס ברמיזה והוצרך לשנויא באורחא רחיקא דמיירי ביבמתו ואם איתא לסברת הירושלמי דהרכנה עדיף מכת"י מאי דוחקיה לימא דמיירי שקידש בהרכנה דלא מהני לאפוקי על ידי כת"י דהרכנה עדיף מכת"י ואף לר"כ דסבירא ליה כת"י מהני מכל מקום היינו בפקח ונתחרש אבל בחרש מעיקרו שקידש על ידי הרכנה אינו מוציא על ידי כת"י אלא על כרחך דהרכנה וכת"י שוים אך יש לדחות דודאי הא דאמרינן דהרכנה עדיף מכת"י לאו לומר דמהרכנה מוכח טפי שהוא בן דעת דז"א שהרי עינינו הרואות שיותר יש להרגיש כח השכלי על ידי כ"י מעל ידי הרכנת ראשו רק דהנך פוסקים סבירא להו דצריך אמירה בפה וכל שמראה בגופו הרי הוא כאלו אמר בפה מה שאין כאן בכת"י ולכך אפי' בפקח לא מהני כיון שאין כאן שמיעת קול ולפי זה לר"כ דאמר דמהני כת"י בפקח ונתחרש על כל פנים אלמא דסבירא להו דאין צריך שמיעת קול והוראה בגופו ואם כן פריך שפיר גם בחרש מעיקרו כו' דמה בכך שכנס על ידי הרכנה פשוט דשפיר יכול להוציא ע"י כת"י:

ואמנם הרשב"א בלאו הכי הקשה אהא דפריך מאי קמשמע לן תנינא דדלמא הוה ס"ד דהרכנה עדיף ותירץ דהשתא לא סבירא ליה הכי למקשה ומאן דמתרץ למאי דס"ל מתרץ ליה עכ"ל ולפי זה גם בהא דפריך וחרש מעיקרו כו' יש לומר דלסברת המקשה קאמר אלא שזה דוחק שהוצרך להאריך ולתרץ בכמה אוקימתות דמיירי ביבמתו ונפלה מאחיו פקח כו' והיה יכול לרפאות על נקלה דמיירי שקידש בהרכנה דלא מהני כת"י וכמו שהוא באמת דעת הט"ז והב"ש החולקים על הב"ח אך מה שכתבתי הוא נכון בשיטת הפוסקים אלו ולפי מה שכתבתי יש ליישב גם כן קצת קושית הרשב"א דרב יוסף סבירא ליה דאי הוה אתי ר"כ לאשמעינן רבותא דלא בעינן שמיעת קול והוראה בגופו מאי שנא חרש דנקט דהא אי נימא דבעינן שמיעת קול כל אפיא שוין ובין חרש בין פקח לא מהני כת"י ואם כן הוה ליה למנקט סתם דעל ידי כתב הוי הגדה מעליא וממילא ידעינן דכולהו שוין בהא ועל כרחך דר"כ נקט חרש לרבותא לאשמעינן דכיון שיכול לדבר מתוך הכתב דעתא צילתא אית ליה ואהא פריך שפיר מאי קמשמע לן תנינא דאפי' הרכנה מהני לזה וכל שכן כת"י דעדיף טפי להבחין על ידו שזה המגרש יודע להבחין בין טוב לרע ואם כן מאי רבותא קמשמע לן בהא דנקט דינו כחרש דוקא כן נראה לענ"ד:

ואמנם כדי ליישב קושית התוספות וגם קושית הרשב"א הי' נלע"ד דהנה מה שכתבו התוס' דהוה ליה לאקשויי דהא אפי' הרכנה מהני בחרש הכוונה בזה דאף ע"ג דחרש שומע מה שאומרים לו מכל מקום שייך גבי' הרכנה שכותבין לו והוא מבין בכתב ומרכין ראשו ולפי מה שהיה דעת רב יוסף שאין חילוק בין אלם או חרש דבתרווייהו דעתא צילתא אית ליה ואם נימא כסברת הירושלמי מתפרשא מילתא דר"כ דאמר חרש שיכול לדבר מתוך הכתב ר"ל שכותבין לו והוא מרכין בראשו כו' דכיון דמרכין בראשו היינו דבור מתוך הכתב דמהני ולכן פריך ליה ר"י מאי קמשמע לן תנינא דמה לי הרכנה מתוך אמירה או מתוך כתיבה ועל זה אמר ר"ז אלם קאמרת כו' רצה לומר דבאלם שהוא כפקח מהני הרכנה דידי' מה שאין כן בחרש לא מהני הרכנה דידיה כיון שיש לחוש שדעתו משובשת ומה שהוא מדבר מתוך כת"י עצמו מהני לחשבו כפקח. ועוד נלע"ד ליישב קושיית התוס' וקושיית הרשב"א ויתיישב גם כן מה דקשה אהא דמייתי ר"ז בברייתא חרש המדבר ואינו שומע כו' דאינו ענין לכאן דהא הך דר"כ בחרש שאינו שומע ואינו מדבר איירי כמ"ש רש"י ואפשר דנקט הכא סיום לשון הברייתא זה וזה הרי הם כפקחין כו':

אך נלע"ד ליישב בפשיטות יותר דלכאורה קשה למה יועיל מה שמדבר מתוך הכתב דהא קי"ל חש"ו אינם בני שליחות כלל ואם כן איך הבעל שהוא חרש יכול לעשות שליח ואף את"ל דלכתיבה לא בעינן שליחות כדעת הפוסקים דסבירא להו הכי מ"מ לנתינה ודאי שליחות בעינן והרי קי"ל דאינו שומע ואינו מדבר כקטן דמי וצ"ל כמו שכתב רש"י דכיון דיכול לדבר מתוך הכתב הוא כפקח ובר שליחות הוא ולפי זה קשה דלמה נקט ר"כ הדין לענין גט דהוה ל"ל בסתם חרש שי"ל מתוך הכתב ה"ה כפקח לכל דבריו וממילא ידענו דיכול לגרש ג"כ וע"כ דאתי לאשמועינן נמי דין הגט דאע"ג דאינו שומע קולו ממש מהני:

ולפ"ז מתפרש מלתא דר"כ שאם יכול לדבר מתוך כ"י כו' דלאו במגרש ע"י כתב מיירי רק לענין נתינת הגט מיירי וה"ק שאם י"ל מתוך כתב זהו בדיקה גמורה שפקח הוא ואז כותבין ונותנין גט לאשתו ולא בא לאשמועינן דכתב בדיקה גמורה הוא דההיא לאו דוקא לענין גט אלא לכל הדברים כגון מקח וכיוצא בו הדין כן רק דאשמועינן דלא בעינן שמיעת קול ודלא כתנא דברייתא דלקמן וע"ז מקשה ר"י מאי קמ"ל תנינא דהרכנה מהני ומוכח מינה דלא בעינן שמיעת קול וכקושיית התוס' דף ע"ב אהא דקאמר קולו לאפוקי מדר"כ דהא לאפוקי ממתניתין נמי הוא ומשני ר"ז אלם קאמרת ור"ל כתירוץ התוס' שם דדוקא חרש מסתבר ליה למעוטי ואם כן קמשמע לן ר"כ דגם בחרש מהני מה שיכול

לדבר מתוך הכתב להוציא מחזקת חרשותו ויכול ליתן גם כן גט על ידי כת"י או הרכנה כמו אלם כן נראה לעניות דעתי על דעת שיטת התוס' דסבירא להו דהרכנה לא עדיף מכת"י רק עיקר החילוק הוא בין אלם או חרש:

ונלענ"ד לפרש כל הסוגיא ומתחלה אבאר מ"ש התוס' בזה אמר ר"ז כו' דפשיטא ליה דגבי גט א"צ הגדה בפה כו' אבל לר"כ דחשיב יכול לדבר מתוך הכתב אפי' בחרש אם כן דבור מעליא הוא כו' ולכאורה צ"ע דאף לר"כ מנא ליה דדבור מעליא הוא דלמא בחינה מעלייתא הוא כמו הרכנה באלם וכיון שידוע שנתרצה די בכך ונ"ל ביאור הדברים דבאמת כללא הוא בכל מקום דחרש שא"מ ואינו שומע דינו כשוטה וקטן והיא אחד מן ההלכות המקובלת בידינו ואם כן איך נתיר לו כשיכול לכתוב נגד ההלכה. אך באמת ר"כ סבירא ליה שע"כ לא קבלו אלא בא"ש ואינו מדבר וכיון שזה יכול לדבר מתוך הכתב חי מדבר קרינן ביה והיינו דנקט לה ר"כ בהאי לישנא חרש שיכול לדבר ולא קא' סתם חרש היודע לכתוב כו' והך דהוה כשוטה לא איתמר אלא כשאינו מדבר דוקא. וכן בירושלמי תירץ אהא דפריך ממתניתין דנתחרש לא יוציא עולמית קיימינן כשאינו יכול לכתוב ור"ל דאם יכול לכתוב לאו בכלל חרש הוא (אך ש"ס דידן לא ניחא להו לאוקמי בהכי משום דלישנא דעולמית אשמעינן אע"ג דיכול לכתוב) וזה כוונת התוס' גם כן דלר"כ דחשיב יכול לדבר מתוך הכתב אפי' בחרש אם כן דבור מעליא הוא ר"ל דאם לא כן לא יצאו מכלל חרש שא"ש וא"מ אלא ע"כ דע"י הכתב נחשב כמדבר ממש. וכן נראה לעניות דעתי מדברי הרשב"א שכתב אבל על רב מקשה כו' שע"י כך הוציאו מכלל חרש והוי כמדבר וא"ש א"כ דבור מתוך הכתב דבור הוא כו' ע"ש הרי מבואר כמ"ש. והשתא א"ש דר"י היה סובר דודאי כתב לא חשיב דבור רק שהוא בחינה מעליא כמו הרכנה ושמיעת קול לא בעינן ואהא פריך מאי קמשמע לן תנינא דהרכנה מהני ולא בעינן שמיעת קול וקאמר לו ר"ז אלם קאמרת ר"ל דממתניתין לא מוכח כ"א שיש רצוי על ידי הרכנה ומהני ליה מה שאין כן ר"כ דמיירי בחרש אשמועינן דדבור גמור הוא מה שהוא יכול לדבר על ידי הכתב דאם לא כן הרי הוא כשוטה ולכך מייתי עלה מברייתא דמדבר וא"ש זהו חרש כו' וזה וזה הם כפקחין כו' ר"ל דר"כ סבירא ליה דכיון דיכול לדבר מתוך הכתב דינו כחרש דברייתא שהוא מדבר וא"ש שדינו כפקח מה שאין כן הרכנה פשיטא דלא מהני בחרש לומר דהוי כמדבר ושומע כיון שיכול לדבר ולשמוע על ידי הרכנה דדוקא כתב י"ל דהוה כדבור אבל הרכנה אינו אלא רצוי לבד ועל זה פריך לרב כיון דלדידיה הגדה מעליא הוא דהא על ידי הגדה בכתב חשבינן ליה לחרש שאינו מדבר כמדבר אם כן איך אמרינן פרט לאלם ומשני דהתם כתיב מפיהם והלכך נהי דע"י

כתב חשיב כדבור מ"מ אינו ענין להגדה בפה והשתא א"ש הא דפריך מהא דקתני כשם שבודקין כו' לרב דוקא דבלא רב ל"ק דהא יכול להגיד על ידי הרכנה כדקתני כשם שבודקין כו' דהוה אמרינן דודאי בר עדות הוא רק דלא מיקרי הגדה לענין ק"ש כמ"ש התוס'. ואין להקשות דבאמת מנ"ל דאתי למעוטי אלם דלמא אתי למעוטי חרש גמור ז"א דחרש שפסול לעדות פשיטא שאין מקום לק"ש וגם דהרי הוא כשוטה שאינו מביא קרבן על מה שעשה בעת שטותו משא"כ לרב דסבירא ליה דחרש שפיר הוי בר עדות אם כן קשה מנ"ל למעוטי אלם כלל דלמא לא בא הכתוב רק למעט חרש בכה"ג שכשר לעדות כגון שיכול לדבר מתוך הכתב וא"ל דמסתבר ליה דבכה"ג אין למעוטי כלל א"כ מכ"ש שאין למעט אלם וע"כ דמשום דכתיב מפיהם כו' א"כ קשה דהתם קתני כשם שבודקין כו':

ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה אליבא דר"כ דלדידיה אם כותבין לחרש שא"ל מתוך הכתב נכתוב גט כו' והוא מרכין בראשו נמי כשר א"כ למה נקט במתניתין מלתיה בנשתתק הא מצי למנקט רבותא טפי דאפי' בחרש מהני הרכנה היכא דהוא כפקח מחמת שמדבר מתוך הכתב ומכ"ש באלם ולפמ"ש א"ש דדא ודא אחת היא דחרש המדבר מתוך הכתב היינו חרש המדבר וא"ש ואלם היינו שומע ואינו מדבר וס"ל לתנא דמתני' דשניהם שוין דהא אידי ואידי הם כפקחין ונקט נשתתק וה"ה לאידך אך מה דמשמע מדברי הפוסקים דחרש שא"מ וא"ש אינו מוציא ברמיזה ומשמע אע"ג דיכול לדבר מתוך הכתב וכתבו לו והרכין לא מהני וכן נראה לכאורה דהא אמר ר"י אמר רב חלוקין עליו חביריו על רשב"ג ואמרינן מהא דנתחרש לא יוציא עולמית מאי עולמית אע"ג דיכול לדבר מתוך הכתב ולפ"ז מבואר דלדידן דקי"ל דלא כר"כ והיינו דלא כרשב"ג רק כרבנן דפליגי עליה גם בהרכנה לא מהני וצ"ע דהתינח לשיטת התוספות דמאי דמסקינן דלא כר"כ היינו שאין זה מוציאו מחזקת חרשותו ואם כן פשיטא דאף הרכנה לא מהני אבל לשיטת סה"ת וש"פ דסבירא להו דממעט מדר"כ משום דקולו דוקא בעינן והא דהרכנה מהני היינו משום דהרכנה היינו שמיעת קול א"כ י"ל דאע"ג דבהא דס"ל לר"כ דמתוך הכתב הוי דיבור מעליא לא קי"ל כוותיה מ"מ בהא דסבירא ליה כיון דמדבר מתוך הכתב הוי כפקח לא אשכחן דפליג עליה משום דאע"ג דשמיעת קול לא מיקרי מ"מ מיחשב כדבור לענין זה שיהיה דינו כחרש המדבר ואינו שומע ואם כן למה לא יהיה יכול להוציא ע"י הרכנה הא הרכנה היינו שמיעת קול. וא"ל דרבנן דרשב"ג באמת סבירא להו דאף להוציא מחזקת חרשותו ל"מ ע"י כתב ז"א דנהי דרבנן פליגי בהא ארשב"ג דהא ר"כ קאי כוותיה. ואף על גב דלענין שמיעת קול לא קי"ל כר"כ היינו משום דסתם

גמרא אמר לאפוקי מדר"כ אבל משום דרבנן פליגי אין לפסוק משום זה דלא כר"כ ואם כן למה כתבו הפוסקים בפשיטות דחרש שכנס כשהוא פקח או ביבמתו אינו מוציא ברמיזה דהא בחרש כה"ג שיכול לדבר מתוך הכתב נראה דלשיטת הפוסקים דסבירא להו דהרכנה הוי כשמיעת קול שפיר הוא מוציא ברמיזה ולכאורה זה צ"ע גדול:

איברא שלולי דברי הרא"ש ז"ל שכתב הטעם בהרכנה משום שמראה בגופו הייתי אומר דה"ט דהרכנה הוי כשמיעת קול דכיון שהם אומרים לו בפה והוא מרכין ע"ז בראשו ה"ז כאילו אמר הוא בעצמו וכל כה"ג שפיר מהני הרכנה משא"כ הרכנה ע"י כת"י אע"ג דכת"י מועיל לחשבו מחמת זה כפקח מ"מ מה שזה מרכין על הכת"י לא הוה רק ככתיבה ואנן עכ"פ אמירה בעינן והרי אין כאן אמירה לא מצד המבקשים ממנו ליתן גט ולא מצד הבעל וכל כה"ג שאין כאן אמירה כלל לא מהני אבל היכא דאיכא אמירה הרכנה דידיה כאילו אמר דמי כדאמרינן בשבועות דהעונה אמן כמוציא שבועה מפיו דמי ואע"ג דהתם עונה אמן בפיו מ"מ לענין זה אין נפקא מינה אם עונה אמן בפיו או מרכין בראשו שנודע לנו עי"ז שהוא מסכים על אמירה דהני וה"ז כאומר בעצמו אבל בחרש שאינו שומע וכותבין לו ל"מ הרכנה דהא ליכא דבור כלל. ועפי"ז יש ליתן תבלין לדברי מחו' הגאון החסיד מהור"ר פנחס שכתב שאם הכותב חרש יכול הבעל לומר בפה וכותב לו מה שהוא אומר כדמוכח ממתניתין דהכל כשרין ולכאורה מה מועיל אמירתו בפה שהרי הסופר אינו שומע מה שאומר הבעל ולפמ"ש יש לומר כיון דחזינן דהרכנה על אמירה מהני והרכנה על כתיבת ידו לא מהני אלמא דעל כל פנים אמירה בפה בעינן וכיון שהבעל מוציא דבורו בפה שפיר דמי:

אלא שיש לעיין דאטו מי כתיב בקרא אומר הבעל דנימא אמירה בפה בעינן. בקרא וכתב כתיב ואפ"ה אמרינן דבעינן שישמעו קולו אלמא דבלא שמיעת קול הוי כאלו כותב בלא שליחות הבעל ואינו נותן לב לכתוב לשמה וכמ"ש התוס' בגיטין דף כ"ג אהא דאמרינן עד שיאמר לסופר כו' וא"כ מה יושיענו זה שהבעל מרחש בשפותיה והוא חרש לא ישמע ואיך יתן לב לכתוב לשמה כל ששומע אין לו מהבעל בעצמו רק מפי כתבו. אך באמת בלאו הכי יש לתמוה למאי דאמרינן דלא בעינן שליחות בכתיבה רק הטעם משום לשמה א"כ לא יועיל כת"י דבעל שעיני הסופר רואות שהבעל רוצה לגרשה וכבר כתבתי שהתוס' בעירובין נראה דגרסי פסול והיינו דאינו פסול רק מדרבנן. ומצאתי בהגהת סמ"ק מהלכות גירושין שכתב ראיה דבעינן שליחות בכתיבה מפ' מי שאחזו דבעינן שישמעו קול הבעל שיאמר לסופר כתוב ואע"ג דכתב סופר לשמה אינו מועיל בלא ציווי הבעל ואפי' עשה שליח לסופר וכתב אליו כתב אינו מוכח כדמוכח התם

ואע"ג דגם זה דחקו התוס' לתרץ כדי לקיים פירוש ראשון שינויא דחיקא הוא למבין כו' ובתוס' שלפנינו לא מצאתי זה ואפשר שכיון לדברי התוס' בעירובין ויותר נראה שכוונתו לתוס' שאנן:

ואמנם טפי יש להקשות על מ"ש הרא"ש דלמנות שליח לגרש יכול למנות בכתב אבל למנות שליח לכתוב ולחתום לא מהני וכן בסמ"ק ג"כ ולא ביארו החילוק ונלענ"ד ע"פ מ"ש התוס' והרא"ש בטעמא דמלתא דמהני שליח לקבלה באשה ובאיש לגרש משום כיון דאיכא גילוי דעת שנתרצה זכות הוא לו וממילא נעשה לו שליח כדין זכיה שהוא מתורת שליח ויכול זה להיות נעשה שליח מעצמו וכמ"ש האשר"י בקידושין בהא דדלמא ארצויי ארצי קמיה כו' שאם גילה דעתו לשדכו כו' ולפי"ז א"ש דודאי במינוי שליח לגירושין או שליח לקבלה בגילוי דעתא סגי וזה נעשה שליח מאליו משא"כ בכתיבה אין הענין תלוי בשליחות כלל אלא כל שזה עושה במצות הבעל הוא חשוב לשמה ואם לאו לא חשבינן ליה לשמה וא"כ כיון שימנו ע"י הכתב ואין עליו תורת שליחות רק שהוא נחשב לגילוי דעת שחפץ שיכתבו לו גט וזה עומד ונעשה שליח מעצמו בתורת זכיה וכל שהוא עושה מעצמו אין שם לשמה עליו דלא חשיב לשמה כ"א בעושה בתורת מצווה מפי הבעל ולא זולת. ולפי"ז א"ש בסופר חרש כיון שהוא מצווה ועומד מפי הבעל אלא שהוא קשה לשמוע ומודיע ע"י כתב שהוא מצווה עליו לכתוב גט אין זה דומה לכתב בעלמא שאינו רק גילוי מלתא שחפץ בו כיון שאינו שומע מפיו ממש כתיבתו אינו עושה רושם כ"כ בלב הסופר שיתן לב לכתוב לשמה משא"כ בחרש שיודע שהבעל אומר שיכתוב לו שהרי עומד ע"ג ומרחש בשפתיו אלא דאודניה הוא דכאיב ליה ומודיעו ע"י כתב בכה"ג שפיר כותב לשמה:

ואך לענ"ד הראיה שהביא מחו' הגאון נ"י אינו מכרעת דהא י"ל דלדידן דקי"ל דלא כר"כ באמת מיירי הא דחרש יכול לכתוב גט כגון שצוה לו בעודו פקח ונתחרש וטפי מסתבר לאוקמי בהכי ממאי דנוקמא דמיירי שהבעל אומר בפיו אע"ג דהאי לא ידע מאי קאמר מ"מ הוא עושה את שלו ואומר לכתוב גט וגם כותב לו בכתב ולדידי קשה איפכא דלמה כתבו הפוסקים בסתם כסוגיית הש"ס התם דבעינן גדול עע"ג דהא בחרש בכה"ג שיודע לכתוב גט אין לך יכול לדבר מתוך הכתב גדול מזה וא"כ אליבא דר"כ לא צריך מידי ואף דלא קי"ל כר"כ מ"מ כבר כתבתי דלפי שיטת הפוסקים דס"ל דאפי' פקח אינו יכול לכתוב בכת"י א"כ הא דאמרינן קולו לאפוקי מדר"כ לא ממעט כ"א דבעינן שמיעת קול מפי הבעל אבל לענין הא דדבור מתוך הכתב מהני לחרש למשויה כפקח לא אשכחן דמפיק לה מיניה וא"כ בסופר כה"ג ודאי דמהני ודינו כאלם שהוא פקח לכל דבר וכשר

לכתיבת הגט אף בלא עומד ע"ג ולכאורה היה אפשר לומר דהפוסקים ס"ל דבחרש בלא"ה לא קי"ל כר"כ כיון דרבנן פליגי עליה דרשב"ג ואין הלכה כרשב"ג בברייתא:
אך דלענ"ד אין הכרח כ"כ ממתניתין דקתני נתחרש לא יוציא עולמית דמשמע אע"פ שיכול לדבר מתוך הכתב די"ל דהתם נמי הוה טעמא משום דבעינן שישמע קולו וכיון דנתחרש קודם שאמר לסופר ולעדים תו לא יוציא עולמית אבל אם אמר לסופר ולעדים קודם שנתחרש כיון שעדיין יכול לדבר מתוך הכתב הרי הוא כפקח ושפיר יכול להוציא.
אך י"ל דז"א דא"א דהוה כפקח רק דפומיה הוא דכאיב ליה אכתי קשה אמאי קתני לא יוציאה עולמית דהא ה"ל כאלם ויכול להוציא ע"י הרכנה אלא לפמש"ל דדוקא על אמירה מהני הרכנה אבל על כת"י ל"מ הרכנה אין הכרח ממתניתין דבחרש כיון שאינו שומע אין הרכנה מועלת לו אבל מ"מ הרי הוא כפקח ונ"מ באם צוה לסופר ולעדים קודם שנתחרש או אם הבעל פקח וסופר חרש שא"צ גדול עע"ג וכמ"ש וצ"ע על הפוסקים דס"ל דאף בפקח ל"מ כת"י ואפ"ה פסקו דגם בחרש צריך גדול עע"ג וכמ"ש ואפשר לומר דאע"פ שכותב גט ע"י שכותבין לו שיכתוב גט לאשה פלונית מ"מ לא מיקרי פקח בשביל זה שיהיה הוא יכול להוציא את אשתו דאפשר דאע"ג דמסברי ליה וסבר מ"מ דיבור השייך לעצמו אינו בר דעת שיהיה יכול לצוות לאחרים מתוך הכתב ובכה"ג מיירי מתני' ור"כ לא קאמר אלא היכא שהוא בן דעת כ"כ שכותב ענינים שלו כגון שכותב לסופר ולעדים לכתוב גט כה"ג ס"ל דחשבינן לי' בן דעת דהא חזינן שיודע לסדר ענינים שלו בטוב רק פומא הוא דכאיב לי' וצ"ע:
ובאמת מ"ש מחותני הגאון נ"י ראיה ממתני' צ"ע דהא הרכנה ודאי דמהני לכ"ע כיון דמראה בגופו וא"כ מי גרע סופר חרש מבעל חרש שאם היה בר דעת שפיר יכול לגרש ע"י הרכנה כמבואר להדיא בנשתתק ואם כן מה בכך שהסופר חרש דהא מה שאינו בן דעת לא איכפת לן כיון שגדול עע"ג רק מחמת שמיעת קול והרי הרכנה דבעל כשמיעת קול הוא וכן לענין גדול עע"ג שמלמדו ומזהירו לעשות לשמה פשיטה דע"י הרכנה הוא וכן מבואר בסה"ת הל' גיטין אמר ר"ה והוא שגדול עע"ג ואומר להם ברמיזה שיעשו כך וכך לשם גירושי אשת פ' כו' ע"ש וצ"ל דס"ל דאע"ג דלענין עע"ג שייך לומר שמרמז לו לעשות לשמה היינו אחר שכבר הכין עצמו לכתוב גט לזה מועיל רמיזה משא"כ על תחלת הענין לומר שרמזו לו שיכתוב גט לאשתו זהו דבר קשה שיוכל להסבירו ע"י רמיזה ולכך ס"ל להגאון נ"י דמיירי ע"י כת"י. אלא שעדיין יש פתחון פה לומר דמיירי שהחרש כותב לבעל אכתוב גט לאשתך והוא מרכין לו בראשו דהוי כשמיעת קול שלא יהא אם הבעל אלם דמהני הרכנה דידיה אך לפמ"ש דלמ"ד דאין כת"י מועיל אף הרכנה

על כת"י אין מועיל דאמירה עכ"פ בעינן או שיאמר הבעל או שיאמרו לו וירכין ראשו ומזה הוציא מחותני הגאון הנ"ל דכל שהוא אומר בפיו ג"כ אלא שמודיע ע"י כתב שפיר דמי:

אך לענ"ד היה אפשר לומר דבאמת לכאורה קשה מאי טעמא לא יועיל בפקח כתב ידו וכמו שכתבתי לעיל דהא לנתינת הגט מועיל מה שממנה שליח בכתב ולמה לא יועיל על הכתיבה ג"כ. ומ"ש לעיל לתרץ דהתם נעשה שליח מעצמו מה שאין כן כאן דמשום לשמה נגעו בה ל"מ מה שנעשה מעצמו דלשמה ל"ה אלא בציווי הבעל זה צ"ע שהרי נראה מדברי הרשב"א בגיטין דף כ"ג בטעמא דכל שלא צוה הבעל לא חשבינן לכוונתן לשמה כוונה מעליא אע"פ שמתכוין לשם אשה זו דכיון שלא צוה הבעל והיא אינה עומדת להתגרש כשלא לשמה חשבינן ליה כו' וכן נראה מדברי שאר פוסקים א"כ מה בכך שזה עומד מעצמו ונעשה שליח ע"י גילוי דעת של בעל דניחא ליה דהא מכל מקום צוה הבעל בכתב ואטו משום שלא אמר בפיו לא יתנו לב לכתוב לשמה וכבר כתבתי שכן הקשה בהגהת סמ"ק לכן נראה דהך דינא דפקח שכתב אינו מועיל אינו מטעם פסולו של חרש דבחרש הוי פסול שעל ידי כת"י אין מוציאין אותו מחזקת חרש וגבי פקח הטעם כיון שהיה יכול לדבר בפיו והוא עצר כח הדבור ובא במכתב לאמר אין הסופר נותן לב לכתוב לשמה שאומר בלבו מסתמא אין לבו ככתבו דאם כן מימר הוי אמר. ומצאתי סעד לדברי בשו"ת כת"י רבינו הגאון מהר"י בעהמ"ח מג"ש שכותב לענין אם מהני בקידושין רמיזה וכתב דהרכנה מהני כמו אמירה ולא בעינן שמיעת קול דוקא והא דלא קי"ל כר"כ משום דלא ידעינן ע"י כתב אם מבין בטוב כמ"ש התוספ' כו' אך לפי הפוסקים דאפי' בפקח לא מהני כתב קשה כיון דלא בעינן בפה ולחד שינויא דהרא"ש שם פסול אפי' מדאורייתא וכמו שהאריך הב"י סימן ק"ך וצ"ל דכתיבה אפי' בפקח דלא ידעינן שנתרצה ממש דלמא כתב כך ולא נתרצה ממש דכיון שאינו מראה בגופו ממש אין זה ראיה שנתרצה ושמא כתב ולא מלבו דאין נקרא מוציא שקר אא"כ מדבר בפיו או מראה בגופו דאמרינן אי לאו דנתרצה ממש לא היה משקר אבל כתיבה אפי' כותב בלא לב לא מיקרי משקר עכ"ל הגאון ז"ל וכן מצאתי בספר בני יעקב דף קנ"ד ע"ב שכתב בשם חידושי תלמיד הרשב"א כת"י שכתב בשם הרמ"ה גם כן דבפקח ל"מ דכיון דהרי יכול לדבר איכא למימר דמשטה הוא אם כן איכא למיחש לטרופי דדעתא עכ"ד ולכאורה. צ"ע דהא משמע מהפוסקי' דאף בכותב שלא בפני הסופר ועדים ל"מ ובשלמא לפמ"ש מהר"י ז"ל א"ש דאע"ג שלא היה אפשר באופן אחר מכל מקום לא מהני כתיבה דבכתיבה אין הכרח שנתרצה בכל לבו אך לפי טעמא של רבינו הרמ"ה

ז"ל קשה דהתינח כשהוא עם הסופר ועדים במקום אחד משא"כ אם הוא בריחוק מקום מה"ת לתלות שמשטה הוא או טירוף הדעת ומדברי הפוסקים הסוברים דבפקח לא מהני כת"י ס"ל דאפי' בשלח כת"י ממדינת הים הדין כן כמבואר מדבריהם וצ"ל דרמ"ה לא ס"ל הכי וצ"ל דגם בכהאי גונא אמרינן דהו"ל למיתי ולמימר להו כתבו גט כו' והכתב אינו מוכיח שבלב שלם הוא והלכך ל"מ. ולפ"ז א"ש בפשיטות קושיית הגאון ממתניתין דהכל כשרים לכתוב כו' דהתם חרשותו של זה גרמה לו לבעל שהוצרך להודיעו ע"י כתב ופשיטא דבכהאי גונא לא תלינן כלל במשטה או טירוף הדעת דמאי איט ליה למעבד ויצא לנו מזה קולה גדולה לנ"ד דבנ"ד כסופר חרש דמי דמאי איט ליה למעבד כיון שסגור ביד אדונים קשים וגלוי וידוע לכל שבענין שהיה בעל אשה זו ל"ש לומר דהו"ל למיתי לקמן לצוות לכתוב גט ואין לנו לחוש לומר שמא משטה או שמא מתוך טירוף הדעת רק ככתבו כן לבו ומרוצה ברצון גמור וכ"ע מודו בכה"ג דשפיר דמי ליתן גט ע"י שכתב תנו גט כו':

העולה מזה שכתבנו דאיכא דעות הרבה דס"ל להתיר בפקח ע"י כת"י שכן נראה מדעת הרי"ף ורש"י והרמב"ם ובעה"ע וכן כתבו הפוסקים בשם התוס' וכן דעת הרמב"ן בחידושיו ומהרד"ך בתשובותיו ושאר פוסקים האחרונים סמכו עלה דמלתא במקום עיגון וכמו שכתב בס' ג"פ דבמקום עיגון יש לסמוך אמקילין חדא כי פשטא דגמרא דידן הכי משמע ותו דגדולי הפוסקים הרי"ף והרמב"ם והעיטור ורש"י והתוספות לא חשו להתוספתא ומכשרי בכת"י ותו שיש לצדד דאפי' מאן דחייש לתוספתא היינו שלא במקום עיגון כתירוץ ב' דהרא"ש וכן כתב רבינו ירוחם כו' וע"ש שהביא בשם המבי"ט גדולה מזו להקל במקום עיגון גם בעדים שכתבו לעדים וסופר שהבעל מינה אותם כו' מטעם שכתב הרמב"ם דכת"י מהני ומטעם מ"ש הר"ן שדעתו מסכמת לדעת הרא"ה כו' ע"ש והג"פ שם תמה עליו שלקח קולי שניהם (ולענ"ד היה אפשר לומר דע"כ לא סבירא להו להפוסקים דכת"י לא מהני אלא לענין דל"ה כאמירת הבעל גופיה אבל התם שהבעל אמר בפה אלא שעדים כתבו לעדים אין זה ענין לשמיעת קול כלל רק לפלוגתת הרא"ה והר"ן גם צריך עיון מטעם מפיהם ולא מפי כתבם ואין בידי שו"ת מבי"ט לעיין בו) אבל לענין פלוגתא דכתיבת יד הסכים בפשיטות להקל במקום עיגון:

ועוד נלענ"ד דבאמת לכאורה צ"ע בהא דפסקו הפוסקים דלא כר"כ משום דאמרינן קולו לאפוקי מדר"כ וכמ"ש הרי"ף ע"ז אלמא דלית הלכתא כוותייהו ולכאורה מאי אולמא הך ברייתא מברייתא דלעיל דבהדיא קתני בה חרש לא הלכו בו אחר כת"י לגיטין וגם ר"י אמר לעיל חולקין עליו חביריו על רשב"ג. ואפשר לומר דמשום הא לא אריא כיון

דאיכא מאן דאמר הלכה כרשב"ג אף בברייתא וגם שי"ל דר"כ פליג עם ר"י בהא דר"כ ס"ל דרשב"ג מפרש מלתיה דת"ק וממתניתין דנתחרש לא יוציא עולמית איכא לדחויי כדדחי הש"ס ולכך מייתי מדקאמר לאפוקי מדר"כ וסתמא דהש"ס ק"ל משמע דלית הלכתא הכי בהא דאכתי איכא לאקשוי' דמנא לן למידק מהאי לישנא דאין הל' כן דהא כי האי לישנא קאמר לאפוקי ממ"ד מודה ר"י באומר אמרו ואפ"ה פסקו הרב' פוסקי' דמודה ר"י באומר אמרו וכן כתב הרא"ש בגיטין דף פ"ו בשם הר"י שכתב ותימא על הגאון ר"ח שפסק הלכה כר"י ממה שתירץ רב אשי מתניתין כו' דאם העמיד המשנה כר"י בשביל זה לא פסק הלכה כמותו ושמא טעמו כו' הרי מבואר שאין הכרח כלל מלשון זה לענין פסק הלכה. וראיתי בפני יהושע שהקשה כן וכתב וז"ל אף שאין דרכי לכתוב מה שנוגע לפסק הלכה עכ"ז לא אוכל להתאפק ומלתא דתמוה מדכר דכירנא שכל הפוסקים פסקו דלא כר"כ משום ר"א דבתראה הוא מסיק לאפוקי מדר"כ וקשיא לי טובא כו' מ"ש מאומר אמרו כו' ע"ש וכדי ליישב זה היה נלענ"ד לפי המבואר באשר"י שם שהגאון לא פסק לגמרי כוותיה בין לקולא בין לחומרא לפסול באומר אמרו כו' אלא לחוש לדברי שניהם כו' ע"ש וכן כתב בסה"ת הלכך אומר רבינו יצחק ב"ש שיש להחמיר ולפסול אומר אמרו כדמשמע בפ' מ"ש ישמעו לאפוקי ממאן דמכשר אומר אמרו ושמא הלכה כן וגם לפסול חתם סופר ועוד דשמא הלכה כשמואל וכולהו אמוראי דמכשרי בהמקבל אומר אמרו א"כ חרש שוטה וקטן פסול עכ"ל ולפ"ז יש לומר דגם בהא דפליגי הפוסקים הלכתא דלא כר"כ גם כן לא פסקו כן לגמרי כיון דר"כ ס"ל כרשב"ג ומשמע דרב יוסף ור"ז ס"ל כוותיה ואע"ג דאמר ר"י חלוקים עליו חביריו על רשב"ג מכל מקום אין הכרח דפסק דלא כוותיה וכמ"ש בפ"י הלכך חזר הדין דספיקא הוי אם מועיל דבור מתוך הכתב או לא גם כן. וראיתי שהב"ש ס"ק ח' כתב כמו שכתבתי וז"ל גם י"ל להני פוסקים דלא פסקו כברייתא זו לענין אומר אמרו י"ל דלא קיימא לן כברייתא זו גם לענין כתיבת חרש לכן כתב בש"ג דהוי ספק מגורשת עכ"ל ורמז בקצרה למ"ש. ואמנם מה שכתב בשם ש"ג דהוי ספק מגורשת אני תמה דבש"ג לא הזכיר דין חרש גמור כלל רק לענין חרש המדבר ואינו שומע או האלם ששומע ואינו מדבר וכתב שם דבכהאי גונא כותבין ונותנין ע"פ כת"י. ומ"ש דאם שלח להם בכתבו ע"י אחרים הרי זה ספק מגורשת לאו מהאי טעמא אתי עלה רק דס"ל דכשנותן הכתב מיד ליד ממש הוי כאמירה מה שא"כ היכא ששולח ע"י אחרים ס"ל דהוי כאומר אמרו ובאומר אמרו ס"ל להש"ג שם בשם ריא"ז דהוי ספק מגורשת ועיין בבית יוסף מ"ש על דברי הקונטרסים בשם הרי"א ולענ"ד אין זה הכוונה ודברי הקונטרסים הם דברי הש"ג אלו והרי"א הוא ר"ת

רבינו ישעיה אחרון והכוונה בזה כמ"ש (ומצאתי בבני יעקב שהרגיש בזה וכתב שגם מהריט"צ כ"כ אבל אין שום פוסק שסובר כן ומ"מ יש לגמגם בדינו דהרד"ך כו' ע"ש) והנה דעת הרי"ף ור"ח דבאומר אמרו הגט בטל ולכן מכשירין בחתם סופר ועד אבל דעת הר"י וסה"ת והרשב"א והרא"ש והר"ן וסמ"ג וסמ"ק וטור והמרדכי והכל בו וכן דעת כל האחרונים דספיקא הוי ולכן פסלו חתם סופר ועד ולזה נוטה גם דעת הרמב"ם וגם בדעת ר"ח כתב סה"ת ושאר פוסקים דלא פסקו כן אלא לחומרא והמרדכי כ"כ גם בדעת הרי"ף ועיין בב"י סי' ק"ל והטור בסוף סימן ק"ך כן כתב בשם הרמ"ה דאומר אמרו הוי ספק וכתב על זה שרב אלפס כתב דאינו גט כלל וכן כתב א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל וכן כתב בב"י שם שדעת הרי"ף כר"י דהגט בטל אפי' באומר אמרו ולא חשו לדשמואל כו' ואני תמה שהרי הרא"ש פרק המגרש הביא דברי ר"י דל"ה רק ספק לבד ומבואר שם דסבירא ליה כוותיה וכן מבואר בב"י גופיה סימן ק"ל ומצאתי בישׁ"ש גיטין פרק האומר סימן י"ד שתמה על הטור בזה:

ועכ"פ נמצינו למדין דלשיטת רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים דפסקינן לדינא אפומייהו כולהו ס"ל דאומר אמרו ספיקא הוה ומינה נמי לענין חרש שכתב בכת"י אף על גב דקתני בברייתא הגט בטל עד שישמעו קולו ואמרינן עלה לאפוקי מדר"כ אין הכרח לפסוק כן להלכה כמש"ל רק דמספיקא מחמרינן בהא וכיון דלדעת התוספות בעירובין אף הברייתא גופא לא פסלה רק מדרבנן ולדעת הרא"ש בתירוץ הב' גם כן אין מקום פסול רק מדרבנן והרבה פוסקים מגדולי הראשונים דס"ל להכשיר בפקח ע"י כת"י ובפשיטות דברי הש"ס ואף לדברי המחמירים איכא למימר שטעמם כמ"ש הרמ"ה מדלא אמר בפיו יש לחוש למשטה או לטירוף הדעת ואף אם ירחק ממנו המקום אם אין ידוע לנו האמתלא והסיבה למה לא בא בעצמו לגרש או היה לו לכתוב גט שם ולשלוח אין הסופר נותן לב כל כך לכתוב לשמה דמימר אמר דלמא משטה הוא או לפי שעה נטרפה דעתו וכיון דסתם אשה לאו לגירושין קיימא סתמא לאו לשמה הוא כמו שכתבו הפוסקים משא"כ בזה שגלוי לכל העולם שא"א בשום אופן שיבא לביתו וגם לכתוב שם גט ולשלוח לא היה יכול אף שנראה מהעתק האגרת השניה שהיה אפשר שיכתוב שם גט מכל מקום לפי דעתי שהיה רחוק שיכתוב שם גט וישלח לכאן דמאן צייית ליה דעקר סיכי ומשכניה ורהיט רק שהיה אפשר שלפני היהודים דשם ימנה כדת סופר ועדים ואם כן ס"ס יעשה שליח לכתיבה וחתימה וגם עתה כדבר הזה כן עשה ואף שי"ל דאכתי היה יכול לכתוב שם גט כדת ולמנות שליח על הנתינה במדינה זו והיה שולח על ידי הב"ד מכל מקום קרוב הדבר כי איש מלחמה ידיו ורגליו אסורים מלעשות גדולה או

קטנה בלי ידיעת ראש הממונה עליו ומורא עלה על ראשו כי לא ירשה אותו לעשות כן ואף שהקפאטין כתב בפעם שניה שבודאי היה עושה כן כו' הוא אחרי אשר נעתר לבקשת היהודים דק"ק סטאשוב אשר מצאו חן בעיניו אבל במה יתרצה עבד אל אדוניו ובודאי הסופר לא יקשה בעיניו על זה כי ישכיל ויבין שמחמת אונס לא יוכל לבא וגם שם לא יוכל לעשות מאומה ושפיר יתן לב לכתוב לשמה. ועוד נלענ"ד לצדד לפי מה שמבואר בתוספות ושאר פוסקים הטעם משום שאין הסופר נותן לב לכתוב לשמה והוי ככותב סתמא וכיון דסתם אשה לאו לגירושין קיימא כשלא לשמה חשיב וזה שיטת רוב הפוסקים אם כן י"ל דבמומר שהרחיק נדוד והנה הוא הולך למות בכהאי גונא סתמא לגירושין קיימא ואע"ג דסתמא ממש לא מהני מ"מ בזה מהני ודאי מה שמגלה דעתו בכתב שרוצה בגירושין לאפוקי מכלל סתמא ופקח ישראל שאני דכיון דסתמא לאו לגירושין קיימא לא מהני גילוי דעתו בכתב עד שיאמר בפה משא"כ במומר כזה דהדעת נותנת שכתבו ולבו שוין וסתמא כי האי לגירושין הוא ושפיר מועיל כ"י לכתוב גט ע"י ולפי שעדיין לא נתחוור לי כל הצורך ולאפס הפנאי לא נתתי לבי ועיני לברר הדבר על בוריו (כי צריך עיון שבתשובת רד"ך שהיה עובדא דידיה גם כן במומר ולא העיר בזה ואין תשובת רד"ך בידי) אעפ"כ כתבתי לסניף בעלמא:

ומ"מ ע"פ הדברים אשר כתבתי יש למתק סברת מחותני הגאון החסיד נ"י שכתב דכיון דאיכא נמי אמירה מהני ולכאורה טעמא בעי ולפי מ"ש אתי שפיר כיון דעיקר טעמא משום דאשה לאו לגירושין קיימא וסבירא לן כהתוס' דאף שגילה דעתו בכתב לא מהני ותולה אותו באיזה דבר ואין הדברים נכנסים ללב הסופר לקבל הדברים שנתרצה הבעל ברצוי גמור כ"א כאשר יאמר בפה והלכך היכא שהבעל אומר בפה מה שכתב בספר והדברים מתאמתין לאמתו על ידי הכתב יצאה זו מכלל סתמא שהרי הבעל בפיו מלא אומר שרוצה לכתוב לה גט וכיון שהסופר יודע אמתת הדברים שהבעל אומר בפה אף על פי שנודע לו דבר זה ע"י כתב סגי בהכי. אלא דקשיא ליה למחותני הגאון הנ"ל מדברי הרמב"ן שכתב דממנה עדים שלא בפניהם לא מהני משום דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב לה כלומר שיכתבנו לה הבעל ואין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו עכ"ל ואם כן קשה דהכי נמי נימא כיון שעכ"פ הבעל אמר בפה מה בכך שנתוודעו לו על ידי עדים דלא יהא גדולה כ"י של הבעל מהעדאת עדים ולזה כתב דנראה דבכתב גם הרמב"ן מודה וס"ל דעדיף מעדים דכל שלא שמע מפי הבעל אינו מכוין לבו להיות במקומו של הבעל ולכתוב לשמה משא"כ בזה שרואה כ"י של הבעל אע"פ שאינו נחשב כהרכנה להיות כהודה בפה מ"מ מתברר לו הידיעה ומתאמת לו

יותר בראותו כתב הבעל יותר מע"י עדים כך הוא כוונת הגאון נ"י והדברים מוכרחים שהרי דעת הרמב"ן גופיה דמהני ע"י כתב וכתב בשם התוס' דברים ששלח כ"י ממדה"י כתבו כו' כותבין ונותנין ולא בעי שמיעה מפיו ממש אלמא דכת"י עדיף מהעדאת עדים דאף אם ממנה בכת"י שלא בפניו מהני אע"ג דלא מהני ע"י עדים משום שהסופר למראה עיניו אותו הכ"י עצמו של הבעל ועי"ז הוא מתעורר להחזיק לכתוב לשמה משא"כ באומר אמרו לסופר שהדבור של הבעל פורח באויר ואין לו על מה שיסמוך כי אם על הגדת העדים והלכך אינו עומד במקום הבעל ממש ואם כן י"ל דאף למאן דס"ל דכת"י לא חשיב כדבור ממש לומר דהוי כאמר כתבו מ"מ הרי באמת הוציא הבעל בפיו ומבט בשפתיו לכתב גט והסופר רואה כת"י הבעל עצמו שאמר כן ושפיר עומד במקום הבעל משא"כ באומר אמרו כיון דמילי לא ממסרן לשליח ואינם נעשים שלוחים להיות במקום הבעל רק שהם מגידים לו מה ששמעו מפי הבעל לאו עלייהו סמיך כ"כ ולא חשיב לשמה שע"פ דבור העדים אין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל ממש מה שאין כן כשמגיע לידם כ"י של הבעל ממש הם עומדים במקומו אחרי אשר נתוודע להם מפי כתבו שהוציא הדברים מן השפה ולחוץ והם כותבין וחותמין לשמה:

ועוד נראה לפענ"ד לפי מה שכתב הג"פ בשם המבי"ט דאפשר לומר בטעם הפוסקים דבפקח לא מהני כת"י משום דמסתמא פקח כותב כן שלא בפניהם ויש לחוש שנשתנה דעתו אבל בפקח שקבל עליו בשבועה שלא יחזור יודו הר"ת והרא"ש כו' ע"ש. ולפ"ז צ"ל דדוקא בכתב חוששין שמא ישתנה דעתו משא"כ אם אמר בפיו אמרינן כיון שכבר הוציא הדברים מפיו וגמר אומר ולא ינחם עוד ולפ"ז א"ש חילוק הגאון נ"י דהיכא שהבעל אומר בפיו כולי עלמא מודו דמהני דהא ליכא למיחש לאקרורי דעתא כיון דבאמת הוי אמירה אלא שהודע הדברים בכתב אך לפ"ז צריך עיון דהא במומר לעולם חיישינן שביטל ואין תקנה במה שעושה שליח לכתוב גט ולחתום אם לא כשיעשו שליח לקבלה תחלה. ומצאתי בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קי"ד שהעלה גם כן דבמקום עיגון יש להקל ע"י כתב אלא שחוכך להחמיר אף במקום עיגון מחשש ביטול כדמשמע מתשובת מהרי"ל אע"ג דבתשובת ב"ח מיקל במקום עיגון במומר שעשה שליח להולכה בלבד וכן משמע בשו"ת תמים דעים מכל מקום אינהו מיירי בגט כתוב כבר ומסרו ליד שלוחו ל"ח שבטלוהו משא"כ בנ"ד גרע טפי כיון שמצוה רק ע"פ שיכתבו ויתנו בקל יוכל לבטלו. וגם אין לצדד כיון דאין רגל יהודי כו' דהא מבואר מדברי הר"ן דמהני ביטול ע"י אגרת וכת"י כו' ע"ש באורך וגם בתשובה שאח"ז כתב בשם הגאון מוהר"ר נפתלי כ"ץ ז"ל שלא רצה להכריע למעשה אמר שלא ראה מרבותיו שסדרו גט ע"פ

צוואת הבעל שהרחיק נדוד כו' כו' ע"ש ותשובת הגאון בעל שבות יעקב נדפסה גם כן בשו"ת חינוך בית יהודה סימן קל"ח והביא שם תשובת מהרי"ל ומהרי"ו ותה"ד ומהר"מ מלובלין דבמומר חיישינן שיבטל כו' וצריך לעשות כמבואר בסד"ג כו' ע"ש גם איתא שם תשובה מהגאון החסיד מוהר"ר שמואל ז"ל האב"ד דק"ק פראנקפורט דמיין שצידד שם צדדים מחמת תשובת מהרד"ך ואח"כ כתב ומה אעשה שמהרד"ך עצמו בחי' הנ"ל כתב שכ"כ להלכה ולא למעשה כו' ולדידי נמי קשה על דברי מהרד"ך דלומד דין פקח דמהני בכ"י מדין נשתתק דלמא שאני נשתתק דיהודי כשר הוא ולא אתי לבטל השלוחים שלא להרבות ממזרים בישראל מה שאין כן במומר והרי מהרמ"ט מיקל ג"כ בשעת הדחק למנות סופר ועדים ושליח בכת"י אך משמע מדבריו חילוק בין נשתתק לפיקח דאיכא למיחש קודם שיכתבו נשתנה דעתו כו' וע"ש שהאריך ומסקנתו שצריך לילך למקום שהמומר שם לכתוב הגט כו' ובאם שלא יתרצה המומר ולא ירצה שיהיה הגט שם כו' אז מיקרי שעת הדחק ומשום תקנת עיגון הנני מסכים להכשיר ע"י שיבטל כל מודעות ויאמר לסופר כו' עכ"ל משמע שבל"ז לא הי' מתיר וא"כ מה נעשה בנ"ד שחסרו כל אלה הדבר צריך לפנים:

עוד אנו צריכין למודעי דלכאורה אם הבעל צוה לאחד שיכתוב לפלוני שיהיה סופר ולפ' ולפ' שיהיו עדים אי מהני דהא אפי' תימא דכתב אמירה ממש הוא מ"מ פשיטא דהוי כאומר אמרו לפ' דמה לי כתבו לפ' או אמרו לפ' וא"כ בנ"ד פשיטא דהוי כאומר אמרו ולדעת קצת פוסקים הגט בטל ולרוב הפוסקים עכ"פ ספק מגורשת היא. וראיתי שהרב המאה"ג החסיד המפורסם מוה' ישראל נ"י אשר פתח בהצלה תחלה הרגיש בזה וכתב דלא יהא חתימתו רק גילוי מלתא שרצון הבעל לגרש את אשתו כו' ואני תמה על פה קדוש יאמר דבר זה שהרי כמה כרכורים כרכרו הפוסקים אם כת"י מהני כדבור ורוב גדולי הפוסקים סוברים דל"מ ואע"פ שהעלינו להקל במקום עיגון בכת"י מ"מ לא בשביל זה נעשה מעשה להקל בגילוי מלתא שחפץ לגרש. ועוד דאפי' תימא דגילוי מלתא מהני בזה מ"מ הרי על גוף האגרת חתם עצמו האדון וכתב בתוכו שזה ביקש ממנו לכתוב להקהל שיתנו גט לאשתו וע"ז חתם את עצמו הבעל ולא יחפוץ כי אם בהגלות לבו שכדברי האדון כן הוא וכן נראה ממה שחתמו עוד שנים עמו ואינם רק כבאים להודיע שדברי האדון בזה הם אמיתים וא"כ פשיטא דהוה כאומר אמרו ונראה דאף מ"ד דאומר אמרו הוה ספיקא אין הדברים אמורים אלא בישראל אבל בעכו"ם כה"ג אפילו ספיקא לא הוי אפילו אם יש שני עדים שאמר לעכו"ם אמרו לפלוני כו' ל"מ שהרי הרמב"ן כתב טעמא דפסול באומר אמרו משום דאין הסופר והעדים עומדים במקום

הבעל כל שלא שמעו מפיו והקשה הרא"ה דמנ"ל דטעמא דר"י משום דמילי לא מימסרו לשליח דלמא טעמא דר"י משום דבעינן שישמעו מפיו ותירץ הר"ן דאם איתא דמילי ממסרן לשליח כיון דשליח של אדם כמותו כשהסופר והעדים שומעין מפי השליח הרי הוא כשומע מפי הבעל הלכך ע"כ מאי דפסול ר"י באומר אמרו משום דמילי ממסרן לשליח הוא עכ"ל ולפ"ז אם זה שהבעל אומר לו אמרו הוא עכו"ם ואין עכו"ם נעשה שליח להיות כמותו של הבעל אפילו תימא דמילי ממסרן לשליח מה שהם שומעין מפי השליח עכו"ם ל"ה כשומע מפי הבעל ואינם עומדים במקומו כלל אך לפי דברי הרא"ה והר"ן דס"ל דממנה שליח שלא בפניו מהני ודוקא באומר אמרו מדעתיכם פליגי ולפ"ז כאן שמינה לשלוחים קהל דק"ק סטאשוב כאומר אמרו לפ' דמי והוא ממנה שליח שלא בפניו דלהרא"ה והר"ן בכה"ג שפיר עומדים במקום הבעל ואם כן אנו צריכים לאחוז בזה קולי שניהם דכת"י מהני וממנה שליח שלא בפניו מהני. ובאמת בס' ג"פ הביא בשם המבי"ט שכתב להקל בעדים שכתבו לסופר ולעדים שהבעל מינה אותם והוא ז"ל כתב שדבריו תמוהים שלקח קולי שניהם כו' ומסיק דאפילו במקום עיגון אפילו לא נתגרשה לא תנשא רק אם נשאת ל"ת משום דהוה ס"ל ספק אם הלכה כר"י דפוסל באומר אמרו או כשמואל דמכשיר וכבר כתבתי דספק זה ל"ש הכא כיון דעכו"ם הוא ל"מ גבי' הא דמילי מימסרן לשליח דלאו בר שליחות הוא ולא נשאר לנו רק הספק דלמא כהרא"ה והר"ן וכבר כתבתי בשם מהרד"ך שאין לסמוך ע"ז אפילו בשעת הדחק ועיין בס' בני יעקב כתב ג"כ שדברי המבי"ט תמוהים בזה. גם צ"ע לענ"ד כפי משמעות לשון השאלה שהבעל לא כתב שום דבר רק חתימתו לבד ועוד שני יהודים חתמו עמו ועל גוף האגרת חתום האדון וכותב בו כמדבר בעדו שהלזה בא לבקש ממנו לכתוב שיתנו גט וחתימת הבעל וריעיו מלתא באנפי' נפשיה הוא שהרי אין להם קישור וסמיכות אל גוף האגרת שהוא דברים היוצאין מת"י האדון והוי כאילו חתם א"ע אטיוטא ואין זה ענין כלל למדבר מתוך הכתב שיתנו גט לאשתו דהתם הוא כותב וחותם משא"כ כאן דאפילו תימא דחתימתו זו בסתם מרמז רמוזי שעיניו נתן בגירושין מ"מ דיינו אם נכשיר הרכנה לבד וכתב לבד ולא שנכשיר בפקח רמיזה בכתב והרי הרבה פוסקים הסוברים שבעינן שליחות בכתיבה והרי אין כאן שליחות אלא אפילו לדעת הפוסקים דלא בעינן שליחות ציוו מיהו בעינן והרי אין ציוו כלל ומה שחתם עצמו אינו רק הוראה שמרוצה על אגרת האדון שכתב בשמו כן וכמ"ש. ומכ"ש שאין מקום לפ"ז שכתב מחו' הגאון נ"י דאמירה בפה וכתיבה מהני ושוב גמגם בדבר לשיטת הרמב"ן וכתב דאפשר דבכה"ג גם הרמב"ן מודה דמהני מה שמודיעו ע"י כתב וכבר כתבתי לעיל ביאור הדברים וזה היה נכון אם

היה כאן כתיבה ממש משא"כ בזה שאינו רק גילוי מלתא מה זה מועיל יותר מן הגילוי דעת שגילה דעתו לפני העדים שיאמרו לפלוני כו' ואפשר לצדד דלפי הסברא שכתבתי לעיל דדבור שעל ידי העדים פורח באויר וליתא קמן משא"כ גילוי דעת שע"י החתימה שעיני הסופר רואים אך דמ"מ אין על מה שנסמך וכמ"ש דאף אם נאמר שזה מיקרי גילוי דעת אין כאן גילוי דעת רק על הא מלתא גופא שהוא וחביריו מעידין שאמת הענין אשר כתב האדון וכמו נוסח הגט שהוא כותב בלשון אנא פלוני והעדים חתומים למטה ועיין סימן קמ"ד וזולת זה לא ידעתי מקום לחתימות אילו שאין כתוב לפניהם שום דבר רק באו עה"ח אחר שחתם האדון וגוף האגרת כפי הנראה מהשאלה ששאל ממנו אם היה ידועה כו' בכן שרייב איך ווידר אוב מען האט איר נאך קיין גט גיגעבין בעט איך זייער חז מן זאל איר גט געבין בלי עיכוב ולהשיב לי תשובה על ידי הב"ד המוקדם וע"ז חתם א"ע הקאפיטאן וכפי הנראה מלשון הזה הקאפיטאן הוא השואל והמבקש באגרת שיתנו לה גט אלא שהוא חתם א"ע ג"כ ועוד שנים עמו שביקש מהם ג"כ ולא ידענו אהייא קאי אין זה רק כמגלה דעתו שיודע מזה שהקאפיטאן מבקש שיתנו גט ואין זה כלום ואע"פ שבהאגרת הראשון מן הקאפיטאן היה מבואר שהוא ביקש ממנו שיכתוב להם שיתנו לה גט מלתא דפשיטא שאין בו ממש כלל כיון שלא היה עליו חתימתו רק האגרת מהאדון בלבד אין לנו לדון על דברי האגרת הראשון כלל רק על דברי האגרת השני היה חתימתו עליו ויש לדון ג"כ בלשון שכתב שם אז מען זאל איר גט געבין בלשון נסתר והרי זה כאומר השומע קולו יכתוב גט כו' וא"כ נראה דאף אם נפרש שחתימתו היה שהוא ביקש מהאדון לכתוב כנ"ל אין זה רק כאומר אמרו מדעתיכם שהרי לא פרט הסופר והעדים שיהיה אפשר לומר שהוא ממנה שליח שלא בפניו רק סתם ואמר מען זאל שרייבין איין גט:

גם צריך לעיין בנדון זה שכתב אז מען זאל איר גט געבין בלי עיכוב ולהשיב לי תשובה על הב"ד המוקדם דשמא הוה כמטיל תנאי בדבר שיתנו לה בלי עיכוב דוקא וכיון שנתעכב הדבר בערך שלשה שנים אינו רוצה בכך שהרי באגרת הראשון כתב טעמים לדבריו מחמת שהוא חולה ומומר מי יודע אם יהיה יכול לשוב לביתו להתראות עמה עוד ואולי תוכל להצליח אם עוד תהי' לאיש כו' וכיון שעבר זמן רב שמא הוא במקום קרוב שמצפה לשוב לביתו ונמלך שלא ליתן גט ופשיטא שאין לומר לפי שלא הזכיר בה לשון תנאי ולא עשה בכל דיני תנאי דמה שמצוה לשלוח אינו יכול לעבור אף על פי שלא התנה בדיני תנאי כמ"ש הרשב"א והר"ן והביאו הב"ש סימן קמ"ד ואין לדמות זה למה דאיתא שם בסעיף ה' בהג"ה דאם לא נתנו לה מיד אחר יב"ח אלא זמן רב אח"כ

אע"פ שהעיכוב היה מצד האשה אפ"ה הוי גט ובלבד שהבעל חי מ"מ הרי כתב הב"ש שם דל"ד לאם אמר לאחר שבוע ואחרו מן הזמן שאמר דהוי ספק מגורשת משום דשם הגביל זמן אימתי שיכתבו הגט אבל כאן לא היה כוונתו אלא שלא יכתבו קודם יב"ח ואחר יב"ח אין זמן לדבר עכ"ל ואם כן בנ"ד שאמר שיתנו בלי עיכוב ויכתבו לו תשובה על הב"ד המוקדם נראה דדמי להגביל זמן וגרע מיניה דהתם אף ע"ג דאיחר מ"מ גם השתא לאחר שבוע הוא כמבואר בכ"מ שהביא הב"ש סקי"א משא"כ כאן שהוא אמר לתת בלי עיכוב ויכתבו לו תשובה על הב"ד המוקדם ולא נעשה כדבר הזה כ"א עברו שלשה שנים בזה נראה שא אם היה כאן ורוצה לילך למרחקים ואמר תנו גט לאשתי בלי עיכוב וכתבו לי כו' שאם לא עשו כדבריו אינו כלום ועיין בב"י שנראה שגם על ההיא עובדה שכתב רמ"א נראה שהיה קצת פקפוק אלא שכתב שהרי בן בולאט עשה מעשה להתיר וגם הם ז"ל התירו בכנופי' וא"כ בנ"ד שאין דומה בטעמא להההיא דהתם ודמי להההיא דסעיף ה' נראה שאין מקום להקל ועיין בב"ח שביאר יותר דהתם לא הגביל זמן לכתיבה רק הגביל זמן לביאתו אם לא אבוא תוך יב"ח אבל על הכתיבה לא הקפיד אימת שתהיה. ובאמת קשה לפי"ז על מ"ש הרמב"ם והובא בסימן קמ"א דמשמע דגם אם אמר לה תנהו ביום פ' יכול לאחר והב"ש באמת מפרש שם דגם שם אם נתן אחר כך פסול אלא דאם נתן קודם אינו גט ודלא כב"ח ובאמת בטור מבואר שם להדי' דמפרש דברי הרמב"ם דיכול לאחר ועיין במל"מ בהלכות גירושין שכתב ג"כ כדברי הב"ש והט"ז בסימן קמ"א כתב כהטור דאם אמר תנהו היום יכול ליתנו למחר וצ"ע דהא בלאחר שבוע כתב הרמב"ם להדי' דאם איחר הזמן פסול וכמ"ש הב"ש והמל"מ:

אך לענ"ד נראה אחר שהתבוננתי בדברי הרא"ש ס"פ מ"ש נראה מדבריו דודאי כל האומר סתם אחר שבוע דהיינו תיכף אחר כלות השבוע ואין לנו לפרש דהך אחר השבוע הוא הזמן שאחר שבוע דהיינו שנה רק מפרשינן כפשוטו דהיינו תיכף בכלות השבוע נמצא דאין זמן קבוע שלא אמר כן רק שלא יקדים ליתן קודם שבוע אבל אחר השבוע יכול ליתן מיד רק דלשיטת רש"י דמפרש אם לא באתי א"כ קשה למה אמר אחר שבוע הול"ל אם באתי בתוך שבוע אלא ע"כ שכוונתו על הזמן שנקרא אחר שבוע משא"כ לפר"ח דמיירי בנתן גט שתתגרש לאחר שבוע שהוא לא היה יכול לומר בענין אחר שיהיה נאות למשפט הלשון כ"א באופן זה וא"כ מה"ת נאמר שהיה כוונתו לזמן הנקרא אחר השבוע רק מפרשינן כפשוטו ולכן שפט הרא"ש שגרסתו ברמב"ם הוא הנכון דלפמ"ש הטור וה"ה דלהרמב"ם ג"כ יכול ליתן מיד א"כ קשה מנ"ל שאם אחרו הזמן שפסול דהא אית לן למימר שכוונתו לכתוב אחר השבוע מיד וה"ה זמן רב אח"כ

שאין הכוונה להגבלת זמן אלא ע"כ דהרמב"ם ס"ל דהך לאחר שבוע היינו הגבלת זמן היינו על זמן הנקרא אחר שבוע ולכן כיון שמגביל זמן שוב אין לאחר יותר ויש הכרח לזה דע"כ כוונתו על הגבלת זמן דאל"כ הול"ל בכלות השבוע כתבו כו' ומדקאמר אחר השבוע מכלל שכוונתו על הגבלת זמן ולכך ס"ל דקודם זמן זה אין לכתוב משום דס"ל דכל שאומר על איזה זמן חוששין שמא אין כוונתו רק על סוף הזמן דלא מקדים כו'. וזה מבואר בסימן קמ"ה סעיף ב' ה"ז גיטך מהיום כו' יש להסתפק שמא אין דעתו אלא מסוף היום כו' והב"ש שם הקשה בסק"ה מאם אמר כתבו לאחר שבוע דכותבין מיד לאחר השבוע ולא אמרינן דכיון דכל השנה בכלל אחר השבוע כוונתו על סוף השנה עכ"ל. ולפמ"ש א"ש דלדעת הרא"ש אליבא דהרמב"ם באמת כן הוא דכל דמגביל איזה זמן חוששין שמא כוונתו על סוף הזמן ולכך ס"ל באומר אחר שבוע לא יכתבו אלא בכלות שנה אחר שבוע וזהו פי' דברי הרמב"ם אין כותבין ונותנין אלא עד שנה שלאחר השבוע והיינו בכלות השנה והרא"ש משיג ע"ז וכתב שיכתבו מיד אחר השבוע משום דהרא"ש ס"ל דכל כה"ג לא מפרשינן שר"ל אחר שבוע היינו זמן הנקרא אחר שבוע דהיינו שנה רק ר"ל כשיהיה אחר שבוע יכתבו וא"כ משם והלאה כל יומא זמנו הוא ולכן כתב הרא"ש על דברי הרמב"ם שגם זה לא יתכן שאם אמר אחר השבוע כותבין מיד אחר השבוע מפני שאין זה הגבלת זמן וא"כ ממילא שאף אם איחר הרבה אין בכך כלום כנלענ"ד פי' דברי הרא"ש. אך הטור וה"ה ס"ל דודאי גם להרמב"ם הך שאמר אחר שבוע הגבלת זמן הוא דאל"כ הוה ליה למימר בכלות השבוע אך מה שגורס ברמב"ם ומפרש דלא יכתוב עד אחר שנה אחר השבוע זה אינו דנהי דהך אחר שבוע כוונתו לזמן הנקרא אחר שבוע דהיינו שנה מ"מ כל אותו הזמן יכולין לכתוב דהיינו מראשית השנה עד אחרית השנה וא"צ להמתין שיכלה הזמן ההיא רק הכוונה על כל משך הזמן ההוא זהו ההפרש שיש בין פי' הרא"ש ברמב"ם ובין פי' הטור וה"ה והב"י בדבריו אבל מ"מ תרווייהו מודים דלהרמב"ם ס"ל דיש הכרח שהוא הגבלת זמן דאל"כ הול"ל בכלות השבוע. ולפ"ז א"ש מה שהקשה הב"ש ומל"מ דלפי מ"ש הטור ושאר מפורשים באומר תנוהו ביום פ' יכול לאחר אם כן למה באחר השבוע אם איחר אחר השנה ה"ז פסול ולפמ"ש א"ש דדוקא בלאחר שבוע שהרי ע"כ כוונתו להגבלת זמן דאל"כ הול"ל בכלות השבוע וא"כ אם איתא שאף אם מאחר הזמן נמי שפיר דמי א"כ הדק"ל למה אמר אחר שבוע דמאי הגבלת זמן יש כאן כיון שתיכף בכלות השבוע יכול ליתן כל אימת שירצה והל"ל בכלות השבוע אלא ע"כ שכוונתו להגביל הזמן דמכאן ואילך לא יתנו ואע"פ שי"ל דכוונתו סתם לאחר שבוע וא"כ לעולם לאחר שבוע היא וכמ"ש בכ"מ ובבד"ה מ"מ כיון

דאיכא למשמע מיניה שכוונתו להגביל זמן הוא פסול עכ"פ ולהר"ן הוי ספק מגורשת משא"כ תנהו לה ביום פ' אף על פי שמגביל זמן מ"מ י"ל שהגבלת זמן זה אינו רק שלא יקדים ומשום דלא מקדים אינש כו' וכמ"ש הב"ח והט"ז אבל לאחר הזמן שפיר יש בידו ולאחר השבוע שאני שכל עיקרו של הגבלת הזמן הוא שלא יאחר דאל"כ הול"ל בכלות השבוע כנלענ"ד נכון ליישב קושיות הב"ש והמל"מ:

ולפ"ז י"ל דגם בנ"ד שכתב שיתנו לה בלי עיכוב הוי כאומר תנהו לה ביום פ' דאמרינן שלא נתכוון לומר ביום פ' דוקא אלא שלא יקדים אבל מיום פ' ואילך שפיר דמי וה"נ כאן מה שאמר בלי עיכוב אין הכוונה שאם יתעכב לא יתנו רק כדרך לשון ב"א שלא יתעכבו ויתנו לה אשור הייא כי היכא דמישלם צערה ומשם ואילך הם יכולים ליתן באיזה זמן שיהיה אך כבר כתבתי שדעת הב"ש והמל"מ להרמב"ם באומר ביום פ' הגט פסול וכן מבואר בתשו' הרשב"א שהביא הב"י סימן קכ"ז מי שצוה לכתוב ולחתום גט לאשתו ביום פ' כו' ונתאחר הכתיבה ולא כתבו לה באותו יום אם הכוונה שצוה לכתוב הגט בר"ח ניסן הגט פסול וז"פ עכ"ל. ונראה מזה דס"ל דאומר ביום פ' הוה כאומר לאחר שבת דפסול להרמב"ם ויש סיוע להרמב"ם בזה דפוסל אחר שבת אם איחרוהו עוד מדברי הירושלמי בגיטין בפ' מ"ש ועיין בקרבן העדה שם ואין להאריך. ומ"מ אפשר לצדד כיון דאמירת בלי עיכוב בלשון ב"א הוא לזרוזיה בעלמא ולא על הזמן קאמר רק ר"ל שלא יהיה מוחה ומעכב בדבר א"כ שפיר דמי ליתן אף שנתאחר עד עתה אלא דהלשון שאמר אח"כ ולהשיב לו תשובה על הב"ד המוקדם נראה שהיה חפץ בזריזות הזמן גם כן אלא דמ"מ אפשר שהיה חפץ שיעשה בקדימה ובזריזות אבל מ"מ לא היה זה בדרך תנאי שיתנו תיכף אלא אף שיתאחר הדבר שלא נתן לא עכב וכעת לא מצאתי גילוי לענין זה וצ"ע:

ועוד יש לעיין במה שאומר שישובו לו תשובה על הב"ד המוקדם אם הוא ג"כ תנאי בשליחות הזה והרי א"א לקיימו עתה כי מי יודע איה איפא הוא או דלמא מלתא באנפיה נפשיה קאמר שהוא מבקש ג"כ שיכתבו לו תשובה אבל אין זה תולה בנתינת הגט כלל שאף אם לא יהיה רצונם להשיב לו ג"כ אין זה מעכב על נתינת הגט ולכאור' יש ללמוד דבר זה מהא דאמרינן בביצה דף כ' ההוא גברא דא"ל הבו ת' זוזי לפ' ולנסיב ברתי אמר ר"פ ת' זוזי שקיל וברתא אי בעי נסיב כו' והנה לפמ"ש שם בעהמ"א בטעמא דמלתא לפי שהוא תנאי שקדמו מעשה ואינו תנאי א"כ בנ"ד שפיר מהני דהא בשליח לא בעינן דיני תנאי כמש"ל מדברי הרשב"א והר"ן וכן מבואר במלחמות שם בשם רב אחאי משבחא ז"ל. אך באמת דעת הרי"ף בב"ב פ' מ"ש וכ"ד הרמב"ם והרמב"ן במלחמות והראב"ד

דעיקר הטעם לפי שאין זה תלוי בזה וכ"כ בסמ"ג וטור וש"ע שהרי זה כמי שנתן לו מתנות כל איזה מהם שירצה יקח וא"כ ה"נ ר"ל דשני ענינים קאמר ולא תלאן זה בזה. אך י"ל דשאני התם שכ"א הוא ענין בפ"ע שאין צוואה זו שישא הבת ענין לצוואה זו שצווה ליתן לו ת' זהו' ואמרינן שלא תלאן זה בזה כלל משא"כ כאן דמה שאמר ותכתבו ל' תשובה כו' הוא על אותו ענין של הגט עצמו וזולת זה אין לו ענין כלל וכיון דע"כ עליה קאי א"כ איכא למימר דקפידא הוי ודוקא באותו ענין צוה ליתן הגט ואשכחן כה"ג דקפיד עלה כדאמרינן בגיטין דף כ"ד והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופרש"י והתוס' דשליח לא מיקרי אלא הראוי לחזור ולומר עשיתי שליחותך כו' הא קמן דאיכא קפידא לאינשי בהכי שיהיה השליח ראוי שיחזור לו תשובה ואם כן בזה שכתב בהדיא מסתמא קפיד עלה ואין ראויה פוטר שאפשר שתלה ענין הנתינה בזה שיכתבו לו תשובה על הב"ד המוקדם ואם לא ירצו לעשות כן או לא יוכלו לא יכתבו ויתנו וגם דסברא הוא שאם יהיה לו תשובה שכבר ניתן הגט ונתפרדה החבילה ביום ההוא יאבדו עשתונותיו ומחשבתו אשר חשב לחזור אל ביתו זו אשתו ויבחר לנפשו דרך אחר ובאם לא ירצו בתשובה אזי אין רצונו כלל שיתנו גט בלעדו כיון דבלא"ה ישוב על עקב לדעת מה יעשה בה או יגרש בעצמו או ישלים עמה ופשיטה דבכה"ג איכא למימר דחד מלתא קאמר ותנאי הוי:

אך מדברי הרמ"א בהג"ה בח"מ סימן רנ"ג שכתב האומר תנו ק' זוזי לבתי ותקנה בהם חגורה ומתה נותנין ליורשיו דהוי כאילו אמר ב' צוואות ואע"פ שא"א לקיים לקנות בהם חגורה מ"מ מתנה ראשונה קיימת משמע דאף בכה"ג דחד ענינא הוא אפ"ה אמרינן שלא תלה זה בזה כלל. אמנם דברי רמ"א בזה תמוהים וכמ"ש בספר קצות החושן שם דהא אדרבא שתה"ד שם כתב וז"ל אמנם בסמ"ג מפרש טעמא כו' משום דהיכא כא דקאמר הבו ת' זוז ולנסוב ברתי ר"ל שתי צוואות כו' ולפ"ז נ"ד חד צוואה הוא ולא אזלינן בתר תפוס לשון ראשון עכ"ל הרי מבואר להיפך ממ"ש רמ"א בשמו דבכה"ג הוי כאילו אמר ב' צוואות. ומ"ש שם קצות החושן דמ"מ נוכל לקיים פסקא דהרמ"א ע"פ טעם הראשון דתה"ד משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כו' לא נהירא לענ"ד דע"כ לא כתב התה"ד שם הטעם דדעתו של אדם קרובה אלא כלפי מ"ש שם שי"ל אומדנא שלא נתן אלא ע"מ שתהנה היא וכמו דעובדא דא"ז שהקצה מעות ליתומה להשיאה ונפטרה כו' דהתם אומדנא גדולה היא שלא כוון לעשות במעות זה אלא חפצי שמים ולא ליתנם במתנה לאינשי בעלמא משא"כ בנ"ד דאמרינן דעתו של אדם קרובה כו' ונוכל לומר דודאי גמר להקנות הק' ליטרין בלי תנאי ומה שצוה שתקנה בהם חגורה כדי להראות לה חבה

שבשעת פטירתו זוכר על תכשיטין עכ"ל. ור"ל דהא אין כאן אומדנא שנתן ע"מ שתעשה לעצמה תכשיט דאל"כ למה פיזר מעותיו דז"א די"ל דדעתו קרובה ונתן סתם כדרך כל הנותנין ומחמת אמירתו שאמר שתקנה כו' איו זה רק דרך חיבה כו' אך דכ"ז אם נימא דלעולם פלגינן דיבורא אע"ג דחד צוואה הוא לא תלינן בתנאי משא"כ למאי דמייתי מהסמ"ג דכל כה"ג דחד צוואה הוא הוי כתנאי א"כ גם בזה אין לנו לומר שלשם חיבה קאמר אלא אמרינן דהוי תנאי וכמו התם דאי לאו דהיכא דקאמר הבו ת' זוזי ולנסוב ברתי י"ל דשני מתנות הם היינו אומרים שתנאי הוא וה"נ דכוותיה אמרינן דתנאי הוא אלא שצריך להבין למה באמת נותן לזה דין צוואה א' דלמה לא נאמר דגם כאן שני צוואות הם בחדא מה שמצוה שיתנו לה וגם מה שמצוה שתיקנה לעצמה חגורה ומאן לימא לן שתלאן זה בזה ונראה דס"ל דדוקא התם שהצוואה השניה אינו תלוי בראשונה כלל משא"כ כאן דודאי מה שאמר ותקנה כו' אין לדברים אלו קיום מבלעדי הצוואה שצוה ליתן לה ק' ליטרין ואי לא הא לא קיימא הא ואע"פ שהראשונה אפשר לה בלא השני' לא פלגינן להו ואמרינן דהוי כמו תנאי:

ולפי"ז יש ללמוד בנ"ד דכיון דמה שכתב שיכתבו לו שנגמר ענין הגט על הב"ד הקודם אין לו ענין מבלעדי מה שאמר שיתנו לה גט א"כ חד צוואה הוא וכל שא"א להתקיים ענין השני גם הראשון אין לו קיום ואין ליתן הגט כיון שא"א לכתוב תשובה ואע"ג דמ"ש על הב"ד הקודם א"ל דאין קפידא מחמת זה דודאי הקודם אחר קבלת הגט. מ"מ בזה שאנו יודעין שבודאי אינו שם ואנו מסופקים אולי עודנו חי באיזה מקום ואין בידינו לקיים הדבר הזה לכתוב לשם להשיב לו שנעשה רצונו וניתן הגט דלמא אדעתא דהכי שלא יבא לו ידיעה לא צווה ליתן ומכ"ש לפמ"ש שדעת התוס' ובעהמ"א דגם התם בביצה הטעם משום מעשה קודם לתנאי ובשליח לא שייך זה וכמש"ל וצע"ג:

והנה מ"ש לעיל דיש לחוש לפי שאמר בלי עיכוב דמשמע שיתנו תיכף וכיון שנשתהה אפשר שאין ליתן כמ"ש הרמב"ם לענין אחר שבוע לכאורה יש להביא ראיה מדברי הרשב"א בתשובה הביאה הב"י סי' קמ"ד שכתב בראובן שכתב גט לאשתו והפקידו ביד שליש ואמר אל תתנהו לה עד שנה והלך ראובן ואחר ג' חדשים כתב לשליש שיתן הגט לאשתו משיראה כתב זה מהו שיתננו לה כיון דליכא למיחש לשמא פייס שהרי ביטל כל מודעי כו' תשובה כזה גט ואין כאן חשש כו' ע"ש ולכאורה משמע שהשליח לא עשה כאשר כתב הבעל ליתן לה מיד אלא החמיצו הדין עד ששאלו את פי הרשב"א אם ליתן לה אם לאו והרשב"א השיב בפשיטות כזה גט והיינו שרשאי ליתן לה אלמא דלא קפיד הרשב"א אהא שלא קיים השליח ככתבו של הבעל ליתן מיד ולא חשש לומר

שמא הבעל מקפיד שיתנו מיד ואם לא יתקיים כפי כתבו שוב לא יתן אח"כ עד שנה כמו שציוה קודם אלא אמרינן שלא כתב זה רק לזריזות בעלמא ומ"ש אם יתאחר זמן מה אין קפידה ויכול ליתנו גם אח"כ. וד"ל דבאמת מיירי שהכתב לא הי' עדיין למראה עיני השליח כלל רק שהובא הכתב לפני המורה ושאל להרשב"א אם יתננו לה השליח ע"י שיראו לו את הכתב או לא דפשטא דלישנא משמע שהכתב הגיע ליד השליח וראה מ"ש לו הבעל רק שהוא שאל את פי המורה כדת מה לעשות אם ליתן ע"פ הכתב ההוא אם לא וע"ז הביא הרשב"א דשפיר דמי ליתנו לה ע"פ הכתב ההוא וא"כ ע"כ דמה שנתאחר הזמן לאו מלתא הוא:

אך דמ"מ צ"ע דהתם כתב הרשב"א שאין לחוש לשמא פייס וביטל הגט כיון שציוה ליתן לה מיד כו' ע"ש משא"כ כאן שציוה לכתוב וליתן לה מיד ולהשיב לו תשובה על הב"ד המוקדם ועתה שהוא רואה שלא השיבו לו תשובה נפשו יודעת כי לא נעשה מעשה ואדרבא הרי השיבו לשם שאינם רוצים לעשות פה מאומה רק שהוא יעמוד לפני הב"ד הסמוך שם והם יורוהו כדת מה לעשות א"כ יש לחוש שחזר בו וביטל השליחות הראשון לגמרי וכמבואר בגיטין דף י"ח בתוס' ורשב"א ושאר פוסקים שם דכל זמן שלא נחתם הגט טפי איכא למיחש שמא פייס ואצ"ל שיש מקום לחוש לזה כ"ז שלא נכתב הגט עדיין שקבל יכול לבטל השליחות בדבור בעלמא. וכיוצא בזה כתב בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן ס"ו באומר שיכתבו ויתנו לה הגט ולא תתגרש בו אלא לאחר שנה או שנתיים כו' ועוד דנפיק חורבא דזימנין שיבטל הגט בתוך דבריו במקום שילך עם בני אדם והוא לא ישים לב באותן המלות דלאו כולי עלמא בקיאי בדברי ביטול ובמלואות הימים תנשא לאחר ונמצאת א"א יוצאות לעלמא בגט בטל כו' ע"ש וא"כ כ"ש כאן שעדיין לא נכתוב כלל אלא שי"ל דמהרי"ט לא כ"כ כ"א לענין לכתחלה משא"כ במקום עיגון כנ"ד אין לחוש לזה:

אך ראיתי בשו"ת שב יעקב חלק אה"ע סי' ל"ה במי שנפסק דינו להוליכו על הגאלא שבמדה"י וצוה לסופר לכתוב גט כתב שם וז"ל וספק הד' שמא חזר וביטל השליחות הן מה שצוה להסופר או להעדים או לשליח אף דבש"ס אמרינן באומר כתבו כו' או ביוצא בקולר או במפרש במדה"י יכתבו ויתנו התם איירי שיכתבו ויתנו הגט בזמן קרוב דל"ח שיחזור מיד אבל כאן שכבר עברו וחלפו ד' שנים מיום שצוה מי יודע מה יולד יום שנוטה לדעת אחרת ומתחרט על הראשונות וביטל השליחות כו' אבל גם זה אין חששא הואיל דהעדים מעידים שקיבל עליו בשבועה חמורה עד"ר כו' בכן אם ידוע להב"ד שמה שהשבועה נעשה ג"כ ע"ז שלא יבטל השליחות שעשה ודאי ל"ח שחזר וביטל ע"כ. הרי

מבואר שהיה מקום עיגון גדול ואעפ"כ לא מצא לה תקנה מחשש ביטול רק ע"י השבועה וא"כ בנ"ד שאין כאן שבועה ועברו ג"ש וגם הוא מומר דודאי יש לחוש לזה וכמש"ל משו"ת שבות יעקב ושו"ת חינוך ב"י אלא שצ"ע על השב יעקב שכתב דהך דיוצא בקולר כו' היינו בזמן קרוב אבל בזמן רחוק חוששין שמא אח"כ רוח אחרת עמו שאין נראה כן מדברי הרמב"ם שכתב הרי שאמר לשנים לכתוב ולחתום גט לאשתו ונתאחר הדבר ימים שנים או שנמצא הגט בטל כו' אין כותבין זמן שאמר הבעל כו' והובא בטור וש"ע סי' קכ"ז הרי מבואר דאף כשאמר לכתוב ונתאחר כמה שנים כותבין אח"כ ואין חוששין שמא ביטל בינתיים ודינו כמו בשולח גט לאשתו שיכול השליח ליתנו בחזקת שלא ביטל כמבואר סי' קמ"א וצ"ל דהרמב"ם מיירי כגון שידוע שלא ביטל כגון שנשבע או שמודה שלא ביטל וכמ"ש הרשב"א בתשו' והתם לא קעסיק אלא לענין כתיבת הזמן והוא דחוק ועכ"פ כאן שלא נשבע כלל וגם הוא מומר ודאי יש לחוש כמ"ש:

ועוד יש לפקפק בזה שנראה שאין כאן שליחות כלל לפי שכל שליח שלא נתרצה בשעה ששמע השליחות השליחות בטל ואף אם אח"כ הוא חוזר ורוצה לעשות השליחות לא מהני וכן מבואר ממ"ש בסדר הגט של ר"מ ר' יוזפ' בסד"ג אות כ"ג גט שניתן מיד הבעל ליד השליח שבעת עשיית השליח יאמר השליח בלב שלם אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה וראיתי בשו"ת ש"י סי' הנ"ל שכתב שדין זה לא נמצא בטור וש"ע בדיני שליחות כו' ובודאי כתב רק לרווחא דמלתא ולדינא אינו מעכב כגון שמזמינים אותו בשביל זה להיות שם עם הבעל והעדים וכתב שטעות הוא שיצא לו לרב המסדר ממ"ש סי' קס"א סעיף כ"ו ושם קאי על המשלח שא"צ להקנות בקנין רק יאמר בלב שלם אמרתי כו' וגם א"א לתלות שט"ס נפל בסדר הגט וצ"ל יאמר הבעל שהרי גם באות ס"א כתב כן ושם מיירי שהבעל הלך לו אלא ודאי שהרב המסדר הי' סובר דקאי שם בסי' קס"א על השליח וז"א דעל המשלח קאי וכן מבואר גם בהל' מכירה ע"ש ודבריו נכונים אך עם כל זה אין הדברים אמורים אלא לענין שא"צ השליח להוציא בשפתיו שנתרצה לשליחות זה אלא בסתמא קיבל השליחות עליו וכמ"ש השב יעקב אבל אם בפירוש לא נתרצה בשליחות פשיטא דלא מהני מה שעמד אח"כ מעצמו ועשה השליחות ודבר זה מבואר בגיטין דף ס"ג הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי כו' אפי' הגיע גט לידה אינה מגורשת משום דעקרי' שליח לשליחות לגמרי דאמר שליח לקבלה הוינא שליח להולכה לא הוינא ופירש"י דכיון דעקר לשליחות לקבלה אי נמי אמליך ואמטיי' ניהלה לאו גיטא הוא דמעיקרא לא קיבל עליו להיות שליח להוליך כו' ע"ש וכן פסקו כל הפוסקים ועיין בחידושי הרשב"א שם שכתב ואע"ג דמטי גיטא לידה לא מיגרשה דהו"ל כטלי גיטך

מעג"ק דהא לא שקלה לי' לא מבעל ולא משליח הבעל עכ"ל. וא"כ פשיטא דבנ"ד דהוה עובדא שאחר שהגיע הכתב לראשי הקהל דק"ק סטאשוב שהם יתנו הגט דחו אותו באמת הבנין שבידם והשיבו לו תשובה שאם רוצה שיוגמר ענין הגט אזי יובא לפני הב"ד הסמוך וכתורה יעשו. הרי הדבר מפורש שעקרו שליחותם ושוב אינו מועיל מה שמתרצים עתה להיות שליח כיון שהשיבו לו שאין רצונם להיות שלוחו ע"ד זה וכיון שבטל מינוי השליחות הראשון סר כחם והיו כאחד האדם ואין רשאים לכתוב גט וליתן כלל ואני רואה הדברים ק"ו דהתם עכ"פ חזינן שהבעל רצונו לגרש ואיכא למימר כיון שנתן עיניו לגרשה מימר אמר תיגרוש כל היכא דמגרשה כמבואר שם ואפ"ה אמרינן דכיון דעקר לשליחות גם הבעל לא חידש השליחות כלל ומכ"ש כאן שאפשר שכאשר הגיע הדברים לאזנו שאין רצונם לכתוב גט וליתן רק הראו לו דרך אחר פג לבו ואינו רוצה לעשות כן כי לא תהיה תפארתו על דרך הזה או שבאמת נתרצה בזה והלך לב"ד הסמוך לכתוב גט שם וא"כ פשיטא שהשליחות שלהם נתבטל לגמרי וכיון דלא אסתייע מלתא שיגיע לה גט משם ושליחות קמא אזדא ליה לא מהני מה שירצו להיות שלוחים מעצמם הן לענין הכתיבה והן לענין הנתינה כמו שביארנו:

ועוד יש לעיין לפי ענין השאלה שהאגרת הי' בכתב ולשון טייטש והי' חתום עליו הקאפיטאן ואח"ז הי' כתוב חתימת האיש בלשון וכתב יהודי וכן ראיתי בעצמי האגרת ומכותלי כתבו ניכר שהוא א"י לקרות ולכתוב כתב טייטש רק שסמך עצמו על מה שכתב הקאפיטאן באגרת וחתם ע"ז ולכאורה אפשר דל"מ בכה"ג דמאן לימא לן שהקפיטאן לא כיחש לו ואולי אמר לפניו שכותב שתבא האשה לכאן או איזה ענין אחר שע"ז חתם עצמו ואע"ג דקי"ל בח"מ סי' מ"ה בהודאה בח"י והשטר בגופן של עכו"ם והדבר ברור שא"י לקרות מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו והוא מתשובת הרמב"ן מ"מ הרי מבואר שם טעמו בצידו לפי שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו כיון שעל נאמנות סמך וזה שייך לענין שטרי חיוב אבל פשיטא דלענין גירושין ל"ש לומר כן כלל ואע"ג דהתם בתשו' הרמב"ן מייתי ראי' מגיטין דאמרינן בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין שליש נאמן וטעמא כיון שיודע בשעה שהשליש הגט שיכול ליתנו להאשה אף הוא גומר בדעתו וכותבו לשמה ונותנו לגירושין אם יאמר הנפקד לגירושין הוא וכ"ש הכא שסומך על אחרים כו' ע"ש וא"כ חזינן דאף לענין גט כה"ג אמרינן דמהני מה שגומר בדעתו לסמוך על נאמנות אחרים אך אם אין הנדון דומה דהתם הרי נתן הגט אשר הכין לה ביד השליש ידע בשעת מעשה שיש ביד השליש ליתנו ליד האשה לכשירצה אמרינן דעליה סמיך משא"כ כאן דאפשר שזה לא העלה על לב

כלל ענין גירושין והרצה לפניו איזה ענין אחר וע"ז חתם אבל לא אסיק אדעתיה לגרש כלל. ודבר ברור הוא דאי ידעינן שזה א"י לקרות רק שחתם עצמו ע"פ מאמרו של האדון שאמר לו שכתב בתוכו כך וכך דל"מ דשמא הכחיד הענין שבכתב תחת לשונו וכתב בתוכו דברים אשר לא צוה ולא עלה על לבו דאפשר שביקש ממנו לכתוב שתבא אשתו לכאן או איזו ענין אחר או אף שהזכיר לו ענין גירושין שמא היה ע"פ איזה תנאי וכדומה ואף בישראל כשר כה"ג ל"מ כ"א כגון ר"ט וספרי דדיינו ואף דאמרינן שם דבגיטין משום תקע"ג הקילו בעדים שאין יודעין לקרות שקוראין לפניהם והם חותמין מ"מ דוקא שנים קורין בעינן אבל אחד קורא אין רשאין לחתום ע"פ כמבואר באה"ע סי' ק"ל. ולענ"ד זה גרע מעדים דהתם הם יודעין שהבעל רוצה ליתן גט וציוה לסופר לכתוב רק שהם מחוסרין קריאה וסומכין בזה על הסופר משא"כ כאן לענין ציוה הבעל מאן לימא לן דידע בהא מלתא כלל והי' נלענ"ד לצדד ולומר ע"פ מ"ש בתשו' הרמב"ן סי' ע"ז שם דאפי' את"ל דכשא"י לקרות לא מתחייב מ"מ מסתמא אני אומר כל שהוא חותם ודאי קרא ואח"כ חתם ומאן לימא לן שא"י ואעפ"י שאין רובן של ישראל יודעין לקרות בשטרי ארמאי כיון דאפשר דידע חזקה כיון דהתם ידע וקרא דומה למה שאמר גבי שטרא פרסאי דחתימי עליה סהדי ישראל והא לא ידעי למקרי ופריק בדידעי לאו למימר דכל שהם חתומים אנו חוששין מן הסתם כו' אלא מפני שאין סתמן של ישראל יודעין לקרות כו' ואהדר לי' בדידעי למקרי כלומר בחזקת שכל החתומים יודעים הם לקרות דכיון שאין להם לסמוך על קריאת אחרים אף אנו נאמר שלא חתמוהו עד שיקראוהו עכ"ל. ובאמת ראייתו אינו מובנת לי דהתם לענין עדים שפיר אמרינן דחזקה שלא חתמו עד שיקראוהו ולא סמכו על אחרים כיון שאין להם שיסמכו על אחרים משא"כ לענין לחייב הלוה שחתם בח"י והשטר הוא שטר הודאה בגופן של גוים למה לא יוכל לטעון שהטעו אותו ואמרו לפניו שכתב בתוכו איזהו ענין שאינו מעסק הודאה וחיוב כלל ולא אסיק אדעתיה שיהיה כתוב בתוכו דבר המחייבו ואין מקום לחייבו רק מטעם שכתב הרמב"ן אח"כ דבכל גווני מתחייב אף ע"פ שמתברר שלא קראוהו כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר כו' אך לפי טעם הראשון צ"ל דאף בשטר הודאה אמרינן שאינו יכול לטעון שהטעו אותו דכל שהוא חותם את שמו הו"ל לאסוקי אדעתיה שמא כתוב בכאן עליו איזהו חיוב ואין סברא לומר שיוכל לטעון סמכתי על אמתלא זו שאטעון שהטעוני בכזב אלא מסתמא דקדק בדבר ולא חתם א"ע עד שקרא וידע מה שכתוב בתוכו ואם כן ה"נ בנ"ד נמי אמרינן דודאי מסיק אדעתיה ואינו חותם עד שיודע מה שכתוב בתוכו. ואף לפי מ"ש שלפי מה שראיתי החתימה וחתימת השנים שעמו נראה מענינו שאינם בקיאין

לכתוב ולקרות מ"מ שמא היה שם שנים אחרים יהודים כשרים שקראו לפניו ועלייהו קא סמיך וחתם א"ע ועדיין צ"ע לפי שהדבר ידוע שרגילות הוא שכל אותן שאין יודעין לקרות הם סומכין על הכותב שמפיו יקרא אליו והוא כותב על הספר כל שכתיבתו הוא דרך אגרת בעלמא. ול"ד להיא דרמב"ן דהתם היה ניכר מענינו שהוא שטר או שהלוה מודה שעשה שט"ח לזה אלא שהוא טוען שהיה ע"ד אחר ממה שכתוב בשטר והוא לא הבין בזה שפיר ס"ל דמסתמא לא היה חותם אא"כ קרא וידע מה שכתוב בתוכו כיון שידע שהוא מתחייב נפשו מסיק אדעתיה לידע מה כתוב בו משא"כ אם הוא באופן שיכול לומר לא ידעתי כלל אם הוא שט"ח והייתי סובר שהוא אגרת מליצה או בקשה ונותן אמתלא בדברים של טעם נראה דשפיר מצא למטען הכי ואפשר דאפילו לטעמא בתרא דהרמב"ן נמי מצי למטען כה"ג כיון שרגילות הוא לעשות כן בעסק אגרת הרשות לסמוך על הכותב ולחתום והדבר מסור לב"ד אי עביד דטעי בהכי וצ"ע:

והנה במה שאין כאן קיום על החתימה כתב כבוד מחותני הגאון החסיד נ' לצדד היתר לפי שבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ואין לך שעת הסכנה יותר מזה שהוא מזומן לצאת נגד המורים והזיקים ועוד שבאגרת הב' מעיד על הראשון שאמר זה כשהיה חולה עכ"ל הנה אני תמיה על זה דמה יושיענו דברי האגרת הראשון שלא היה חתימתו עליו כלל. ומ"ש שהאגרת הב' מעיד על הראשון זה תימא שאף על פי שהקפיטאן כתב שכבר כתב להם בדרך בצאתו מקעלין מ"מ מי יודע אם היה אז חולה ואם זהו האגרת שרומז באגרת שהוא חתום עליו אך באמת אני תמה מה שנראה מתוך דבריו שמפרש שעת הסכנה היינו שהבעל מסוכן בענין סכנת מיתה ובאמת ז"א כמבואר ברש"י דשעת הסכנה היינו שאפשר שתתעגן האשה כל ימיה וא"ל דכוונת מחותני הגאון נ' ג"כ כן הוא לפי שהוא מזומן לצאת למלחמה וגם חולה חוששין שמא מת ולא ישוב עוד וראה ארץ מולדתו וקא מעגנא ויתבה אבל זולת זה לא היו כותבין כשאין מכירין דאמרינן כיון שהוא חי עודנו בא יבא ואם יתמהמה תחכה לו ולכך הוצרך לומר דגם כאן איכא חשש שמא מת במלחמה ירד ונספה (ומ"מ יש לתמוה מ"ש שבאגרת הראשון מבואר שהוא חולה שהרי כשאנו אומרים שהשני מזויף הראשון כמאן דלית דמי ואין כאן ידוע חולי כלל ועוד דמה נ"מ באמירתו שאמר כשהוא חולה דאטו אנן חיישינן שיאמר משטה הייתי וכיוצא בו עד שנאמר שכיון שאמר בחליו מהני אנן חיישינן דלמא הכתבים הם כזבים ושטרא זיוף הוא ומה יושיענו מ"ש בהם שאמר בעת חליו ועוד כמה עקולי ופשורי איכא הכא ולא רציתי להאריך סוף דבר לא זכיתי להבין דברי קדשו וצ"ע). אבל באמת מש"ס דיבמות דאיתא שם ולא מצאו אדם כו' ואמרינן עלה נמי דבי

ר"י תנא בשעת הסכנה כו' אלמא דהכוונה הוא לענין עיגון האשה וא"צ שיהיה במקום סכנה לבעל דוקא וכבר כתבתי בתשובה א' לתמוה על הלבוש והגהת פרישא שפירשו הטעם משום דאימת מות עליו ולא יכשיל ובאמת ז"א ולפום ה"ט פשיטא דל"ש כאן לצדד היתר מחמת זה שהרי אנו אומרים שמא לאו הבעל חתים עלה רק איש אחר שזייף החתימה של זה ומאן לימא לן שזה המזייף אימת מות נפלו עליו שנאמר שאינו חשוד להכשיל בשעת סכנת מיתה. ומ"ש לענין כת"י דאף על פי שצריך קיום מדאורייתא היינו כהשמערער טוען מזוייף כו' כבר הארכתי בתשובה בענין זה וכאן אין להאריך דלענ"ד בלא"ה י"ל שמה שאין חוששין לזוייף היינו משום דלא חשיד אינש לזיופי משא"כ בזה שעכ"פ הכותב הוא מומר ול"ש גביה הך חזקה כלל ומכ"ש מה שכתב מחותני הגאון נ"י דהכא איכא נמי עדים החתומים כו' שז"א דהא הני פסולי עדות נינהו ומידי מששא אית בהו וגם כי מ"ש דכיון דכותבין ונותנין אף ע"פ שאין מכירין ול"ח שיבא ויערער שלא היה הוא בבור כו' כבר כתבתי. בתשובה א' דהתם אף ע"ג דאיתחזק איסורא מ"מ כיון שנותן גט להפקיע האיסור הרי הוא נאמן כשאר ע"א דעלמא לברר האיסור משום דחזקה אין אדם חוטא ולא לו והארכתי בסוגי' דקידושין האב שאמר קדשתי כו' א"ר נאמן ליתן גט כו' ע"ש אם כן נראה דהכא שאין כאן לפנינו להפקיע חזקה דא"א רק ע"י החתימה שלפנינו פשיטא שיוכל לטעון מזויף וכל שהוא יכול לטעון כן אע"פ שלא טען אין הגט מועיל כמבואר בחידושי הרשב"א בגיטין ובפוסקים וגם נראה דבמומר ל"ש חזקה אין אדם חוטא ולא לו כלל ולפעמים מתכוין להכשיל גם כן ואם בא מומר לפנינו ואמר שהוא בעל אשה זו נראה שאין לכתוב אם אין מכירין ועיין בחידושי הרמב"ן והרשב"א והר"ן לגיטין שכולם כתבו בשם התוספות אם כתב ממדה"י בכ"י לסופר כו' ונתקיים שהוא כ"י כו' מבואר מדבריהם דבלא קיום לא מהני ומשמע מדבריהם אע"פ שהוא מקום עיגון ע"ש וצ"ע:

ומה שפלפלו בכוונת הב"ש סימן י"ז ס"ק ל"ח לענ"ד הוא דבר תמוה שנאמר שעכו"ם יהיה נאמן לומר שמת פ' אלא דמ"מ אין מועיל עדותו שהדבר פשוט שאם היה מתאמת לנו הענין שמת זה אע"פ שאין כאן עדים היינו מתירין את אשתו דלא קפדינן בהא אסהדי ממש כי אם על אמתת הענין וכדאמרי' מתוך חומר כו' אלא ודאי דז"א דלא עדיף עכו"ם מישראל כשר המעיד שאלמלא שהקילו חכמים בעגונה והאמינו ע"א לא היה נאמן כיון דאתחזק איסורא ואין דבר שבערוה כו' ואם כן פשיטא דבעכו"ם כיון דלא הכשירו חכמים רק מסל"ת ממילא כל שיצא מכלל מסל"ת לא עדיף מישראל כשר המעיד שא"נ מדינא רק משום קולת חכמים וכיון שבזה לא הקילו הוא נשאר על הדין דא"נ בפרט

בדבר שבערוה דמאין הרגלים להאמין לעכו"ם ולומר דקושטא קאמר ולהוציא מחזקת חי וחזקת א"א רק במסל"ת שהקילו חכמים דוקא. ומה שנתחבטו בכוונת הב"ש לענ"ד כוונת הב"ש בזה כמו שאבאר דבאמת יש ב' חששות חדא דשמא מתכוין להכשיל ועוד אפילו אין לו כוונה להכשיל מ"מ י"ל שאומר שקר בסתם כדרך כמה בני אדם שרגילים לשקר ולומר בפיהם מה שלא ראו בעיניהם ואפילו בע"א ישראל אע"ג דודאי אין מתכוין להכשיל מ"מ במקום שלא האמינו ע"א חשדינן ליה במשקר. או שמא שכרוהו לומר כן וכמ"ש הרמב"ם לענין ע"א בקטטה ומכ"ש בעכו"ם שאינו מסל"ת דקרינן בהו אשר פיהם כו' דחוששין שמא משקר וזה כוונת הב"ש שכתב דעכו"ם אף ע"פ שאין סברא שבא להכשיל לישראל במתכוין כל שאין לו טובת הנאה מזה מ"מ עדיין י"ל כיון שאינו אומר קישור דברים הרי הוא מתכוין להודיע לו הענין ויש לחוש שמשקר שהרי למד לשונו לדבר שקר אף ע"פ שאין יתרון לבעל הלשון ודוקא כשהוא מסל"ת בקישור דברים שאינו מספר הענין בכוונה כלל בזה הקילו חכמים שאין דרכם לשקר במסל"ת אבל בלא קישור דברים שיצא מכלל מסל"ת ונכנס לכלל מתכוין אע"פ שאין מתכוין להכשיל מ"מ דלמא שקרן הוא דעכו"ם לא איכפת ליה לשקר אף במלתא דעל"ג. ובזה מיושב שפיר מהך דגיטין דהתם שע"כ אנו צריכין לומר שהעכו"ם בא להטעות אותנו ולעשות עצמו לבעל אשה זו ולומר השומע קולי להא ל"ח אבל ביבמות קשה דלמא העכו"ם אומר פלוני מת דידע ליה ואמר ר"ל שהיה יודע ומכיר את האיש ואמר שמת ולא מהני לפי שאומר בלא קישור דברים אמרינן שהוא מוציא דבה ואע"פ שאין מתכוין להכשיל ואם כן למה לא פריך דלמא כותי הוא ולכך מוכיח הריב"ש דכותי באמת אף בלא קישור דברי' הוא מסל"ת (ואפשר שיש ט"ס בדברי הב"ש וצ"ל דלמא הכותי אומר פלוני מת דלא ידע ואמר אלא כשאומר כו' אך לשון אלא הוא מגומגם קצת לפי הג"ה זו ולפי מ"ש לפרש הגרסא שלפנינו א"ש) והוא נכון וברור בכוונת הב"ש בלי פקפוק וא"כ דבר ברור הוא דכל שאינו מסל"ת פשיטא שחוששין שמא דובר שקרים הוא. ומ"ש הרב החסיד מוהר"ר ישראל ני' לצדד דהוה מסל"ת לפי שכתב אחר שכתב שנהרג סיים בה מעתה יכולין אתם ליתן גט להאשה כו' נפלאתי הזה יחשב מסל"ת דסוף סוף היתה כוונתו להעיד ולהתיר אשה זו אע"פ שלא ידע שהאשה מותרת ע"י מיתה בלא גט ועוד נראה שרצונו היה שהם יפטרוה ויתנו לה רשות להנשא ואף אם הוא טועה וסובר שהחכמים צריכין ליתן לה גט לאחר מיתה בשביל זה לא נפיק מכלל מתכוין להעיד. ולהתיר בעדות זו ואין בו מועיל. ועוד דאפילו אם היה מסל"ת הרי כתב הח"מ וב"ש ס"ק קנ"ה דלמעשה אין לסמוך על המקילין בעכו"ם מסל"ת בלא קברתיו אך בלא"ה פשוט דאין כאן מסל"ת

כלל ואף הרב החסיד הנ"ל לא אמרה אלא דרך סנוף בעלמא כי עיקר היתרו הוא ע"פ הגט וכבר גליתי דעתי בזה שלענ"ד צ"ע:

שוב הגיע לידי מה שהשיב בזה כבוד מחותני ידידי הרב הגאון הגדול מופת הדור המפורסם מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפק"ק ולא היה פנאי לעיין בה כראוי רק הצצתי בו כמציץ מן החרכים ראשי פרקים. וראיתי שגם הוא נ"י אין דעתו נוחה להתיר על גט ובקצת דבריו כיוונה דעתי לדעתו הרמה אף בסוף דבריו מצדד אצדודי ומהפך בהתירו ע"פ מ"ש מהרי"ק בתשובה דערכאות לא מרעי נפשייהו ומהימני בעדות אשה ורצה לדמות הקאפיטאן הזה לערכאות ושוב חזר בו כיון שאינו ממונה על עסק זה ואחר שצידד בה לכאן ולכאן עלתה הסכמתו להתיר בצירוף נתינת הגט וכדעת מחותני הגאון החסיד נ"י וכדעת הרב החסיד מהר"י הנ"ל ומה אני כי אבא למלאות דבריהם או לשדד עמקים אחריהם. היעלה שועל ופרץ חומת אבניהם אך לבי מהסס הרבה בזה לפי אשר הרבתי חזון לישא וליתן בענין הגט שלענ"ד קשה מאד לסמוך עליו שאין בו שיעור לצרף ועל עדות מיתה פשיטא שאין מקום לבנות יסוד דודאי אין הנדון דומה לערכאות כלל וכבר כתבתי בעובדא שכתבו מק"ק לבוב שהשבתי לפום ריהטא שלענ"ד אין לסמוך ע"ז וכתבתי מלתא בטעמא וההיא עובדא עדיפא טפי בכמה מעלות דהתם ניתן לה העתקה מספר הזכרונות של ראשי הצבא העומדים על הפקודי החיל להזכירם לחיים ולמות ובכה"ג כיון שנתמנו על אותו ענין ממש שפיר י"ל דהוה כערכאות דלא מרעי נפשייהו ואפשר דעדיף עלייהו אימתא דמלכותא ואפ"ה כתבתי שם כמה חילוקים בדבר ולא מלאני לבי לקבוע בה מסמורת להיתר ומכ"ש בזה דודאי לא מסתבר שכל ראשי הצבא יהיו נאמנים לעדות אשה וניתן עליהם דין ערכאות ובפרט דבערכאות גופייהו יש להסתפק כמ"ש בתשובה וגם שהרי אין הכתב מקוים וע"כ לא נחלקו הפוסקים הסוברים דמצאו כתוב בשטר פלוני מת מהני וא"צ קיום אלא משום דהוי כנחקרו עדותן בב"ד ואף בזה דעת הרבה פוסקים שצריך קיום אלא שהח"מ סובר להתיר במקום עיגון וא"כ בזה דל"ש לומר כמי שנחקרה כו' אין מקום להקל בלא קיום כלל. ובר מן דין נלענ"ד ברור שלא נאמרו הדברים דערכאות לא מרע נפשייהו אלא כשנעשה שטר מקח או שטר חיוב וכיוצא בו והוא חותם עצמו לעד אמרינן שלא יעשה כזה אם לא שהיה הענין בפניו משום דלא מרעי נפשיה להיות נחשב כדייני דחציפה אבל אם אינו בא על החתום בדרך שטר רק בדרך אגרת ל"ש זה דאטו אם השופט ברוב דברים יספר זה מכר ביתו לפלוני וכיוצא בו או יכתוב לחבירו הכי נאמר שהוא נאמן בכל דבריו ועיין בדברי הרא"ש מבואר דדוקא לחתום לא מרע נפשייהו אבל בעדות בע"פ מרע נפשייהו והך

דהכא נראה דגרע מעדות בע"פ דאין כאן עדות כלל רק סיפור דברים בעלמא ולא נאמרו הדברים דלא מרע נפשיה אלא כאשר משפטו ממנו יצא האי גברא בעי דלהוי שקיל שמא דלא מקבל שוחדא אבל באגרת אשר כותב מדעת עצמו לחבירו מי מחייבו לירד לעומק הדברים ובין טוב לרע לא יבקר ולא יבדיל בין האמת ובין השקר ובפרט שהוא עד מיתה במלחמה ולא עדיף מעד ישראל כשר שלדעת כמה הפוסקים אינו מועיל ועוד יש כאן חשש אחר לפי שהיה מומר ולדעת הרמ"א סימן י"ז סעיף י"ח בשם הגהת אלפסי הו"ל ע"א בקטטה ואף שיש חולקים מ"מ בצירוף ע"א במלחמה נראה שקשה מאד לעשות מעשה אף במקום עיגון אף אם העד הוא ישראל כשר וכ"ש בזה ופשיטא דלא מסתבר לומר דכיון דמטעם דלא מרע נפשיה אתינן עלה עדיף שיהיה נאמן אף במלחמה ובמקום קטטה אף על גב דישראל כשר לא מהימן זה דבר שאין לו שקר ולפי שאני מיראי הוראה מאד איני תוקע עצמי לדבר הלכה והנחתי הדבר לגדולים ממני בחכמה ובמנין. ובידם אמת הבנין. ובקנה המדה מדדו תכנית הענין רק לישא וליתן בדבריהם שמתי פני לעיין בכל חלקי הסותר. ואהי' פעם הולם פעם כחולם פעם כפותר. ואף כי דברי הגאונים חביבים עלי ביותר ודבר שפתים אך למותר. שמתי אל לבי כי מלאכתי מלאכת שמים. והמלאכה היתה דים והותר:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות

שאלה פא

בדבר הגט שסידרו לאחד ששמו נקרא בשעת מילה אליעזר זאב וכינויו ליברמאן וואלף וכתבו בנוסחתם אליעזר המכונה ליברמאן דמתקרי זאב המכונה וואלף והב"ד שבמקום הנתינה פסלו הגט והחזירו השליח ושוב כתבו שם אליעזר זאב דמתקרי ליבר מאן וואלף ואעפ"כ לא רצו הב"ד שבמקום הנתינה ליתנו לפי שלא הי' להם לכתוב על שם לעז דמתקרי וחכמי דק"ק ברדיטשוב שלחו לכאן ובקשו פני לחוות דעי בזה:

תשובה מתחלה אעז ואומר שהגט הראשון לית דין צריך בשש שהוא פסול גמור וכמו שהסכים הגאב"ד נ"י ויפה עשו ב"ד שבמקום הנתינה שהחזירוהו ואע"פ שלפענ"ד הדבר פשוט וכבר כתבתי בזה במ"א בארוכה מ"מ א"א לבהמ"ד בלא חידוש מתחלה אבאר שדעת הב"ש לפענ"ד דאף בשינוי שם מחמת חולי ס"ל דכל שנקרא בשניהם יחד אין לכתוב דמתקרי שהרי בסי' קכ"ט סי"ג כתב מי שיש לו שמות כו' וכתב הרמ"א אבל אם נקרא בשני השמות ביחד או שעולה כך לס"ת כשר. ודבריו לקוחים ממ"ש בב"י דמהרי"ק ותה"ד מר אמר חדא כו' דתה"ד מיירי שנקרא בב' שמות במקום אחד כו' ובד"מ כתב ע"ז וז"ל ואין דבריו נראין דמהרא"י לא מיירי בענין זה כלל אלא באדם שנשתנה

שמו ע"י חולי שעולה בשתי השמות לס"ת ולכן יש להכשיר ג"כ בגט כדמשמע התם אבל בלא"ה אף מהרא"י מודה לדברי מהרי"ק ואין לחלק. עכ"ל. ולפי"ז קשה על אא"ז רמ"א האיך כתב בש"ע אם נקרא בשניהם או שעולה לס"ת כך כשר שמשמע מדבריו שמרכיב ב' התירוצים תירוץ הב"י ודידיה לומר ששניהם אמת לדינא שהרי בד"מ דחה דברי הב"י בזה וכתב דבלא"ה מודה מהרא"י למהרי"ק ואין לחלק וד"ל שחזר מדבריו שבד"מ אבל האמת יורה דרכו דהד"מ פי' דברי הב"י מ"ש דמהרא"י מיירי שנקרא בב' השמות במקום אחד אין פירושו דהיינו שקורין אותו יחד ראובן שמעון דפשיטא דבכה"ג לא הי' כותב דמודה מהרא"י למהרי"ק דהא לא גרע מה שנקרא בל' ב"א בשניהם יחד מבאם קורין לס"ת בשניהם ביחד ואדרבא לדעת הב"ש הקריאה שגבה מעלייתו לס"ת דבקריאה ס"ל דאף לכתחלה אין לכתוב דמתקרי משא"כ בעלייה לס"ת אבל פשוט דהד"מ פי' דברי הב"י דמפרש דברי התה"ד דמיירי בנקרא במקום א' בשני השמות דהיינו שמקצתן קורין כך ומקצתן כך רק שהחילוק הוא דמהרי"ק מיירי שיש לו שם א' בלבד במקום הנתינה ומהרא"י מיירי שנקרא בשניהם לפעמים בזה ולפעמים בזה וכן משמע מלשונו שכתב במקום א' כו' יעו"ש וע"ז משיג בד"מ וס"ל דבכה"ג גם מהרא"י מודה כיון דסוף סוף לא נקרא בשניהם יחד אף במקום הנתינה רק שמיירי שעולה לס"ת בשניהם יחד ורמ"א בהג"ה כתב דאם נקרא בשניהם יחד או שעולה לס"ת כשר והך שעולה לס"ת ע"פ תירוצו בד"מ והך שנקרא בשניהם יחד הוסיף משה מדעתו דכ"ש הוא מאם נקרא לס"ת בשניהם יחד והב"ש ס"ק כ"ד כתב וז"ל ואם נקרא בשניהם יחד אז הוא להיפך דצריך לכתוב דוקא שניהם בלא דמתקרי כו' ול' רמ"א אינו מדוקדק מ"ש כשר דמשמע לכתחלה אין כותבין כן וליתא אלא אם נקרא בשניהם צריך לכתוב שניהם בלא דמתקרי רק בעולה לס"ת כך אז אין להכשיר רק בדיעבד ובזה מודה הב"ש וכמ"ש אח"כ ואם עולה לס"ת בשניהם ונקרא בשם א' כגון דנשתנה שמו מחמת חולי אז כותבין לכתחלה שם השני ועל שהם א' דמתקרי:

והנה ראיתי בדברי הגאב"ד נ"י שכתב ג"כ שי"ל בכוונת הד"מ דמ"ש דמהרא"י מיירי שנקרא בב' שמות במקום א' היינו שמקצתן קורין כך כו' וכבר ביארתי לפענ"ד מוכרח כן מדברי הד"מ הנ"ל ונפלאתי שלא הזכיר מדבריו וביותר אני תמה על מ"ש דמשמע מהב"ש דגם על מ"ש הרמ"א או שעולה לס"ת כו' גם ע"ז השיג ודעתו דצריך דוקא שניהם בלא דמתקרי ובאמת בדין זה שעולה לס"ת ונקרא בא' מבואר בהדי' בתה"ד דלכתחלה צריך לכתוב דמתקרי עכ"ל בקצרה ותמהני שהעלים עיניו המאירים וראה בתחלת הב"ש ולא בא עד קיצו שהרי להדי' כתב הב"ש דבעולה לס"ת ונקרא בא' צריך

לכתוב דמתקרי ואם לא כתב כשר והוא ע"פ דברי התה"ד הנ"ל וכתב כמ"ש בסעיף י"ח ור"ל שכתב שם ג"כ רמ"א בהג"ה וכן מבואר להדי' ג"כ מדברי הב"ש ס"ק ל"ד במ"ש ואפילו אם ידוע למקום נתינה שנשתנה שמו מ"ח צריך להיות מנהגם לקרוא לס"ת בשם השמות כו' ולכאורה הם תמוהים דהא התם קאי שכותבין דמתקרי ע"ש מ"ח וצ"ל שיש איזה חיסר לשון או שקיצר בדבר ור"ל דמה שמבואר סעיף י"ד אם כותב בלא דמתקרי כשר כשעולה לס"ת בשניהם אז אם שולח הגט למקום אחר צריך שיהיה מנהג מקום הנתינה ג"כ לעלות לס"ת בשניהם דאל"כ אף שידעו במקום הנתינה שנשתנה שמו מ"ח מ"מ יאמרו שאין זה המגרש ולא יעלו על לב שהוא מחמת שעולה לס"ת בשניהם כיון ששם אין המנהג כן וכ"כ בגליון ש"ע שלו לפרש כן ועתה ראיתי במהדורא קמא דהב"ש כמ"ש ומבואר דלענין לעלות לס"ת ס"ל גם כן דבדיעבד כשר בלא דמתקרי רק לכתחלה בעינן כמ"ש בהג"ה שם ואין לפקפק ולומר מדכתב הב"ש כגון דנשתנה שמ"ח כו' אלמא דמעיקרא לאו בנשמ"ח איירי רק בשמות הלידה וע"ז כתב הב"ש דאינו מדוקדק וא"כ קאי נמי אאם עולה לס"ת בב' רק שנקרא באחד יש לכתוב בלא דמתקרי רק בנשמ"ח אז אם עולה בב' ונקרא בא' יש לכתוב דמתקרי ואם לא כתב כשר דז"א לענ"ד מכמה טעמים חדא דכבר כתבתי שדברי הג"ה זו היא ע"פ דבריו בד"מ שכתב להדי' דהתה"ד מיירי בנשמ"ח ועולה לס"ת בשניהם כו' וזה ברור לכל מעיין ואם כן ע"ז סובבים דברי הב"ש מ"ש דאינו מדוקדק כו'. ואין להתעקש בזה ולומר שהב"ש לא ראה דברי הד"מ בזה וגם דאי בשמות הלידה איירי ל"ל לאתויי ראיה מתשובת רמ"א דפעסילן אסתר דאיכא לדחויי וכמש"ל טפי הו"ל לאתויי מדברי הס"ג דמייתי בד"מ להדיא דבשמות הלידה יש לכתוב דמתקרי ושם משמע אף דנקרא בא' וא"כ כ"ש בנקרא בשניהם ועוד שהרי הב"ש כתב אח"כ ואם נקרא בב' שמות ואחד מהם לעז כגון דנקרא משה ליב כי בשני שמות משה יהודה א"י לכתוב דמתקרי דהא נקרא בשניהם ואע"ג דלא נקרא שם יהודה אלא ליב מ"מ עולה לס"ת בשניהם אם כן אינו כותב דמתקרי כשר כמ"ש בסמוך אבל אם כותב דמתקרי י"ל דפסול והרי בנשמ"ח כתב בעצמו דצריך לכתוב דמתקרי וע"כ שכוונתו שיש להסתפק דשמא כיון שנקרא משה ליב וליב הוא כינויי של יהודה הוה כנקרא בשניהם יחד דמתקרי פוסל בזה אם כן ע"כ מוכרח דבנשמ"ח גם כן אין לכתוב דמתקרי כל שנקרא בב' שמות ואם כתב פסול. ואם נאמר דהכא מיירי בשמות הלידה וכן משמע פשטא דמלתא אם כן איך כתב י"ל דפסול שהרי מתחלה הכריע לגמרי לפסול דהוי שינוי וע"כ לומר דמתחלה לא הכריע רק לענין נקרא בשניהם והכא לא ברירא ליה שדינו כנקרא בשניהם כיון דלא נקרא בשם יהודה ולכך כתב כיון דעכ"פ עולה בשניהם

לס"ת א' כ אין להסתפק דבלא מתקרי כשר כמ"ש בסמוך (ור"ל מ"ש מעיקרא ואם עולה לס"ת בשניהם ונקרא בא' כגון דנשתנה שמ"ח כו' ואם כתב בלא דמתקרי כשר ולפ"ז מבואר שמ"ש כגון שנשתנה שמ"ח לאו דוקא היא רק פירושו כמש"ל דהא הכא לאו במ"ח מיירי) אבל בלא דמתקרי אפשר שיהיה פסול ג"כ דשמא מה שנקרא ליב הוה כנקרא בשניהם דמתקרי פוסל בו. וכ"נ מדבריו במהדורא קמא ס"ק כ"ד שכתב וז"ל כי במשה ויהוד' ל"ש דמתקרי מאחר דנקרא בשניהם כמ"ש בסמוך ואף ע"ג דלא מקרי יהודה אלא ליב מ"מ שם הקודש ליב הוא יהוד' הוי כאלו מתקרי בשניהם גם מאחר דעולה לס"ת בשם משה ויהוד' א"כ בלא דמתקרי כשר בפשיטות ובמתקרי י"ל דפסול כו', עכ"ל הרי מבואר כוונתו כמ"ש דכיון דעולה לס' ת בשניהם אם כן עכ"פ בדיעבד כשר בפשיטות אף אם נאמר דהוה כנקרי בא' ואם כתב דמתקרי י"ל דפסול דהא יש סבר לומר כיון דשם הקודש של ליב הוא יהודה הוה כנקרא בשניהם וזה מצוין שם בט"ז מ"ש ואם האחד שם לעז כותבין המכונה ולא מיירי שם משם מ"ח כלל:

ולפ"ז צריך ביאר מ"ש ואם עולה לס"ת כו' כגון דנשתנה מ"ח כו' דהא אף בלא נשמ"ח הדין כן ולקמן אבאר כוונתו בזה ועכ"פ מבואר מדבריו דנשמ"ח נמי דוקא בעולה בשניהם ונקרא בא' כותבין דמתקרי אבל בנקרא בשניהם אין כותבין אף לכתחלה אף בנשמ"ח להב"ש דאל"כ למה נקט ואם עולה לס"ת כו' הו"ל למנקט רבותא דאף בנקרא בשניהם יש לכתוב דמתקרי לכתחלה כיון שכתב כגון שנשתנה מ"ח אע"כ דנקרא בשניהם ס"ל להב"ש דבכל גווני אין כותבין דמתקרי אף בנשמ"ח. ועוד ראי' ברורה דהב"ש ס"ל הכי ממ"ש באות ס' בשם סעדי' וז"ל ומי שנקרא ישעיה ועולה לס"ת בשם אהרן סעדי' כותבין אהרן דמתקרי ישעיה דמתקרי סעדי' תשובת רמ"א ואינו יודע למה כותבין בשני שמות אילו שעולה לס"ת דמתקרי דהא דומה למי שנקרא בשני שמות שכותבין בלא דמתקרי ה"נ אם נקרא בשם א' ועולה לס"ת בב' שמות אחרים מן הראוי לכתוב שם שניהם בלא דמתקרי עכ"ל והרי התם בתשו' רמ"א בנשמ"ח מיירי כמ"ש הב"ש גופי' בסס"ק צ"ז ואפ"ה כתב הב"ש דאם נקרא בב' שמות שיש לכתוב בלא דמתקרי דאל"כ היה ראי' לסתור ולכן הדבר ברור בדעת הב"ש דס"ל דכל היכא שנקרא בב' שמות הן שהוא מחמת חולי או מחמת ד"א כגון ההיא דיוסף וקורין יוחנן וכה"ג אין לכתוב דמתקרי רק היכא שנקרא בא' ועולה לס"ת בשניהם וזה מבואר להדי' מדבריו במ"ק במש"ש ס"ק ד"א ול' רמ"א אינו מדוקדק במ"ש כשר משמע לכתחלה אין כותבין כן וליתא אלא אם אינו נקרא בב' שמות אלא עולה כך לס"ת אז כותבין דמתקרי מאחר דאין נקרא בב' שמות אלא עולה כך לס"ת כמ"ש בסעיף י"ח וכן דין מ"ש בתה"ד ובפסקיו

איירי דעולה כך לס"ת ולא נקרא בשם שניהם עכ"ל הרי מבואר דקאי אנשמ"ח דאם נקרא בשניהם א"צ לכתוב דמתקרי שהרי מראה מקום לסעיף י"ח ולתה"ד דמיירי מ"ח ובזה כתב דמיירי שאין נקרא בשניהם. ומ"ש במהדורא בתרא ואם עולה לס"ת בשניהם ונקרא בשם א' כגון דנשתנה שמ"ח אז כותבין לכתחלה רק שם השני ר"ל דאם השני שמות באו מחמת ד"א כגון בההיא דיוסי וקרי יוחנן או שנשתרבב לקרותו בשני שמות לא שכיח שיהיה בפי כל שם אחד ולס"ת יקרא בשני השמות כיון דעיקר מה דאישתרבובי אשתרב או שהי' מחליפי' שמותיה' מפני בע"ח כמ"ש הרא"ש זה אינו רק בפי העולם ואין זה ענין לס"ת וכאן כלפי לאיי שעולה לס"ת בשניהם ונקרא באחד ולכך כתב כגון שנשתנה מ"ח. ועוד י"ל דאתי לאשמועינן דבכה"ג כותבין תחלה שם השני כו' לאפוקי אם השני שמות לא באו מ"ח אז שם הקריאה עיקר ובמהדורא קמא דלא נקט האי דינא באמת לא כתב הך כגון נשמ"ח וכתב סתם דבכה"ג שנקרא בא' ועולה בשניהם כותבין דמתקרי ומשני שמות הלידה יבואר לקמן אי"ה מה שנלענ"ד בדעת הב"ש בזה:

אמנם מה שהביא הב"ש ראי' מהא דאסתר פעסלן שכתב בתשובת רמ"א וע"ז כתב הגאב"ד שאין מזה ראיה שהרי רמ"א כתב שם ועוד נראה שאף הם מודים שעדיף טפי דמתקרי כו' הנה כבר עמדתי ע"ז בתשובה אחד וביארתי שם שלענ"ד כוונת הב"ש דרמ"א כתב שם מתחלה לחלק דשאני התם שלקחה לעצמה שם זה אבל כאן עיקר שמו סעדי' כמו ישעיה כו' ועוד דכאן לא נקרא בב' שמות יחד מעולם כו' משא"כ התם דאפשר כל העולם קראוה אסתר פעסלין ביחד כו' משא"כ כאן אין לכוללם יחד בשום פנים וע"ז כתב הרמ"א ועוד נראה דאף שכתבו אסתר פעסיל מודים כו' ור"ל דאפילו תימא דהך עובדא דפעסלין אסתר אתיא כפשטה דמלת' התם דאיתא שכולם קראוה פעסלין כו' משמע שקראוה פעסלין לחוד מ"מ י"ל דגם הם מודים דמתקרי עדיף טפי כו' אבל היכא שנקראת בשניהם יחד הדבר ברור שלא חזר בו רמ"א ממ"ש דבכה"ג יש לכתוב בלא דמתקרי ומ"ש הב"ש דאם לא כתב הוי שינוי אע"פ שאין הכרח לזה מ"מ כתב זה מסברא דנפשיה דכיון דדינא הוא בנקרא בשניהם אין לכתוב דמתקרי אם כתב הוי שינוי:

וכ"ז לדעת הב"ש דס"ל דאין חילוק בין נשמ"ח לד"א רק לענין שצריך לכתוב אותו שם תחלה אבל לענין שאר דברים הם שנים דבמקום שצריך לכתוב דמתקרי בנשמ"ח גם אם נקרא בב"ש מחמת ד"א הדין כן ובנקרא בשניהם גם בנשמ"ח א"צ לכתוב דמתקרי אבל לדעת הרמ"א נראה דס"ל דבשמ"ח לעולם כותבין דמתקרי על שם הראשון שהיה לו כמו בנקרא בשם הראשון ונשתנה שמו שכותבין דמתקרי אע"פ שנקרא בשם אחר ומכ"ש

בנקרא בשם זה ג"כ נעשה שם זה עיקר ועל השני כותבין דמתקרי ובהכי א"ש מ"ש הב"ש לתמוה למה כותבין אהרן דמתקרי סעדי' כו' ולפמ"ש א"ש דמה בכך שעולה בשניהם ונקרא בשם אחד לו יהא שנקרא בשניהם כיון דשם מחמת חולי הוא שפיר כותבין דמתקרי והב"ש בזה לשיטתו אזיל כמ"ש דס"ל דבנקרא בשניהם אף בנשמ"ח אין כותבין דמתקרי ולכך הקשה דאע"ג דבעולה לס"ת בשניהם כתבינן דמתקרי ה"ד כשנקרא בשם א' מאותן השמות משא"כ היכא שקריאתו בשם אחר א"כ עליה לס"ת מצרף אותן ומאן פליג להו והו"ל כנקרא בשני שמות יחד אבל רמ"א באמת סובר דלעולם שם השני עיקר ועל הב' כותבין דמתקרי ולפיכך שפיר כתב רמ"א אבל אם נקרא בב"ש יחד או שעולה לס"ת כשר והיינו בדיעבד דלכתחילה צריך לכתוב דמתקרי כיון שהוא שמ"ח ולשונו מדוקדק שפיר ואע"פ שהב"ש הביא ראי' מעובד' דפעסלן כו' וכתבתי שכן נראין הדברים שלא חזר בו ממ"ש בתירוץ האמצעי דבנקרא בשם שניהם יחד אין לכתוב. דמתקרי מ"מ דברי אא"ז רמ"א נכונים שהרי להדי' מתואר בההוא עובד' וז"ל וכתב בלא דמתקרי ובלא מכונה מאחר דלא נשתנה שמה מ"ח אלא לקחה לעצמה שם אחר אחר כו' והרי זה מבואר דבנשמ"ח שאז נעקר שם הראשון ונקבע שם הב' צריך לכתוב דמתקרי דאל"כ למה הוצרך לומר מאחר דלא נשתנה ת"ל דאפילו אם היה השינוי מ"ח צריך לכתוב בלא מתקרי לפמ"ש הרמ"א שמיירי שקראו' בשניהם אע"כ דבנשמ"ח א"צ לכתוב שניהם יחד אלא כותבין דמתקרי אעפ"י שנקראה בשניהם ולכך יהיב טעמא שלקחה לעצמה שם זה ואין לו חשיבות נגד שם אסתר אלא דמ"מ הוה ק"ל להרמ"א כיון דכולם קראוה פעסלן הו"ל לכתוב שם פעסלן לעיקר ועל שם אסתר דמתקרי וע"ז אמר דהתם הוה עובד' דשלא בפניו קראוה פעסלן אסתר יחד והב"ש שכתב ראיה מפעסלן וכתב שלשון רמ"א אינו מדוקדק צ"ל דס"ל דמהרי"ו הוצרך למימר הטעם הועיל ולקחה לעצמה כו' משום דאי הוי שמ"ח הי' צריך לכתוב דמתקרי אע"ג דבעלמא בנקרא בשניהם א"צ לכתוב אף בשמ"ח ה"ד אם זה שמה וזה זכרה לעולם אף בפניה משא"כ בזה שבפניה קראוה פעסלן לחוד שלא לביישה וא"כ פשיט שיש לנו לומר שעקרה שם השני ממנה וכמו שם גנאי ולכך כתב בס"ג בלשונו וכן קראו כולם אותה פעסלן כו' ולפי תירוץ הרמ"א פירושו שבפני' קראוה כך והנה ס"ד לכתוב שם זה לעיקר ועל השני דמתקרי דבנשמ"ח כה"ג אם בפניו אין קורין בשניהם יחד יש לכתוב דמתקרי ולכך הוצרך לומר דהתם שלא נשתנה מ"ח רק היא לקחה לעצמה כו' ומ"מ שפיר כתב הרמ"א דשלא בפניה קורין אותה בשניהם דאל"כ אין מקום לכוללם כלל ועדיין צ"ע על הב"ש במ"ש דלשון רמ"א אינו מדוקדק שאע"פ שכתבתי שדעת הב"ש דאף בנשמ"ח אין לכתוב דמתקרי אם נקרא

בשניהם מ"מ לפי מה שהוכחתי מדכתב הב"ש ראי' מעובד' דפעסלן והתם לכאורה מוכח להיפך מדיהיב טעמא לפי שאין השמ"ח וע"כ כמ"ש דה"ט הוא לפי שבפניה היא נקראת בא' ובכה"ג אף במ"ח כותבין א"כ י"ל דרמ"א דקדק שפיר שהרי כתב ואם היא נקרא בשניהם או שעולה לס"ת כך משמע דברישׁ' מיירי שאין עולה לס"ת רק בא' וא"כ בכה"ג כיון הוא שם מ"ח שפיר יש לכתוב דמתקרי לכתחלה דהא דמי לעובד' דפעסלן דאי לאו דלקחה לעצמה כו' הי' כותבין דמתקרי כיון דבפניה נקראת בא'. ואפשר לחלק דשאני התם דבפניה לא היה קורין אותה בשם ב' כלל שלא לביישה משא"כ בזה שאף בפניו נקרא בשניהם רק לס"ת קורין בא' אף לכתחלה אין לכתוב דמתקרי ועוד נלע"ד דהב"ש ס"ל דרמ"א לאו במ"ח מיירי רק לענין שמות המשתנים בין מקום כתיבה לנתינה בנידון דמהרי"ק דע"ז קאי בב"י ובד"מ כיון דאכתי לא הזכיר שמ"ח וכמ"ש הב"ש הפי' בש"ע מי שיש לו ב' שמות כו' היינו כאן יש לו שם א' ובמקום הכתיבה שם אחר כו' וע"ז קאי רמ"א וכתב אבל אם נקרא כו' וא"כ כוונת רמ"א דאם נקרא בב"ש ביחד ר"ל שבמקום הנתינה נקרא בב' שמות יחד ומעלייתו לס"ת שהוא במקום הכתיבה ששם הבעל לא אכפת לן אם עולה באחד או בשתיהן או שעולה לס"ת כך ר"ל במקום הכתיבה ששם המנהג כך כמו שהוא באוסטרייך כשר והיינו דכתב הב"ש במ"ק ס"ק ך"ד וז"ל וכן בענין לכתוב ב' שמות בלא דמתקרי אם עולה לס"ת בב' שמות מבואר בתה"ד שאין מנהג פשוט לקרות לס"ת בב' שמות יחד א"כ אף אם ידוע לבני מקומו שנשתנה שמו ע"י חולה צריך להיות מנהגם ג"כ לקרות כך לס"ת אז כשר אם כתבו ב' שמות בלא דמתקרי עכ"ל וזה כוונת הב"ש במ"ב ס"ק ל"ד ולכך שפיר כתב הב"ש דלשון רמ"א אינו מדוקדק דבכה"ג שנקרא בשניהם במקום הנתינה צריך לכתוב שניהם בלא דמתקרי כיון דכאן אין לו רק אותן השני שמות יחד צריך לכתוב כן אף לכתחלה ומעלייתו לס"ת לא אמרינן הכא כלל שהוא במקום הכתיבה ששם הבעל וזה נלפענ"ד נכון וברור בדעת הב"ש:

אבל מ"מ מה שנראה מהב"ש דבנקרא בשניהם יחד יותר כותבין בלא מתקרי אף בנשתנה שמו מחמת חולי כדמוכח מדבריו במ"ק ס"ק כ"א ובמ"ב גבי שם סעדי' וכמש"ל נראין הדברים דא"ז רמ"א ז"ל לא ס"ל הכי ומפרש עובד' דפעסלן כפשטא דמלתא שאם היה שמ"ח היו כותבין דמתקרי אף לפי מה שרוצה לפרש דההוא עובדא מיירי שקראוה בשניהם יחד ולכך הוצרך לומר לפי שלא נשתנה שמ"ח רק לקחה לעצמה שם זה ולא ס"ל לחלק כמש"ל כיון דבפניה קראוה פעסלן לחוד אלא בכל גווני אם היה מ"ח כותבין דמתקרי:

ואמנם לענ"ד יש ראיה ברורה להב"ש ממהרי"ק שורש צ"ח שכתב וז"ל לא מיבעיא אם האמת כו' אלא אפי' יהא האמת שנשתנה מ"ח מאחר שלא נקרא בב' השמות יחד בשום מקום פשוט שלא יכתוב אנא לוי יהודה כו' עכ"ל הרי מבואר להדי' דאף בשינוי מ"ח אם היה נקרא בשניהם יחד שפיר כותבין בלא דמתקרי וא""ל דמהרי"ק ס"ל כמנהג אוסטרייך היכא שעול' בשניהם ז"א דא"כ לא הוי צריך לדחוק בדברי הר"פ מ"ש כותבין קודם היינו ע"י דמתקרי ע"ש נימא דאיירי שעולה בשניהם אלא ודאי דס"ל דאף בכה"ג שעולה בשניהן כותבין וכן משמע מדבריו עוד שם ובשאר תשובות ודוק כי קצרתי ואפ"ה ס"ל דבנקרא בשניהם (א"כ) [אין] לכתוב מדלא נקט רבותא טפי דאף אם היה נקרא בשניהם אפ"ה (לא) היה לו לכתוב דמתקרי ומכ"ש לפי המבואר שם שלא חתם בשניהם ולא עלה כמבואר שם שלא היה חותמו רק בא' אלא ודאי דס"ל דבכל גווני אין כותבין אם נקרא בשניהם. ולדעת הרמ"א וסדר מהר"ם דס"ל דבכה"ג כותבין צריך לדחוק דלענין פסול בדיעבד מיירי מהרי""ק שאם היה נקרא בשניהם אז עכ"פ בדיעבד כשר ואין זה פשיטות כ"כ לפסול לכ"ע אם לא כתב דמתקרי אמנם פשט' דלישנא דמהרי"ק שכתב מאחר שלא נקרא כו' פשיט' שלא יכתוב אנא לוי יהודה משמע דאם היה נקרא בשניהם יחד יש לכתוב כן וכדברי הב"ש וצ"ע:

עוד יש לתמוה על הד"מ הנ"ל שכתב דמהרא"י מיירי שנשתנה שמ"ח ועולה בשניהם לס"ת ולכן יש להכשיר ג"כ בגט ולכאורה ז"א לפמ"ש בתה"ד סי' רל"ד וז"ל כמדומה לי שנוהגין באוסטרייך כו' ואפשר משום דמנהג במדינה ההוא שעולים כך לקרות בתורה יעקב משה כו' יכתבו ג"כ כדרך זה בגט כו' מ"מ נראה עיקר כדכתיבנא לעיל עכ"ל ולכאורה לשון זה סתום ואפשר לפרשו דאף בכה"ג צריך לכתבו ואפילו בדיעבד מעכב כמש"ל אך דעיקר כוונת הב"י מ' דמהרא"י מכשיר בדיעבד לפי שרמז לדבריו בכתבים סי' שכתב דמ"מ הכותב ראובן שמעון לא פסלינן ליה כו' וא"כ ע"כ גם בסי' רל"ד כוונתו לענין לכתחלה כ"ה כוונת הב"י:

ולפ"ז קשה דאיך כתב הרמ"א דמיירי שעולה בשניהם שהרי משמע מדבריו שאין מנהג זה רק באוסטרייך אבל במדינתו לא נהגו כך וא"כ בכתבים דמיירי בגיטין שלהם שבאשכנז שהרי כתב שם בסתם ואדם שנשתנה שמ"ח האיך כותבין כו' דע כי זה קרובים לב' שנים ומחצה סדרנו גט להוליכו ללנצהוט וחת' עמנו פה מהרי"ק הסכמנו כולנו לכתוב משה דמתקרי יהודה והכי משמע במרדכי כו' מ"מ הכותב ראובן שמעון לא פסלינן ליה עכ"ל הרי משמעות דבריו דבכ"מ מכשיר בדיעבד אף במקום שאין מנהג ועוד דא"כ מאי ראיה מייתי מדברי המרדכי דכותבין מרים דמתקרי שרה דש"ה שאינה

נקראת בשניהם יחד בשום פעם משא"כ בזה שעולה לס"ת בשניהם אע"כ דמיירי במקום שאין מנהג ואפ"ה כתב דבדיעבד לא פסלינן ליה מיהו זה אפשר לדחות דמהרא"י לגרמיה ס"ל דאין סברא לחלק בכך לענין לכתחלה וכמו דמסיים בפוסקים סימן רל"ד דמ"מ נראה עיקר כדפרישית לעיל אבל מ"מ מאי דמכשיר בדיעבד אינו רק מטעם זה שעולה בשניהם אבל מ"מ לשונו בכתבי' לא משמע הכי כלל שכתב סתם דלא פסלינן ליה ומשמע אף במקומם שלא היה מנהג אוסטרייך ועוד דכיון דס"ל דלענין לכתחלה אין חילוק מנ"ל לחלק בזה לענין דיעבד ואף שיש לדחוק דלענין דיעבד מסתבר ליה שאין לפסול כיון שעולה בשניהם כל כה"ג הו"ל לפרושי דמה"ט אתי עלה וזה דעת הב"י דס"ל דמהרא"י מיירי שנקרא בב' שמות במקום אחד ומהרי"ק מיירי שהוא בב' מקומות. ומ"מ גם תירוצו צ"ע שהרי מהרי"ק שם כתב דמ"ש הר"פ וכותבין קודם פירושו דוכותבין דמתקרי וע"כ דמיירי ששני השמות במקום אחד דאי בב' מקומות לעולם בתר שם שבמקום הנתינה אזלינן ולא איכפת לן בשם החולי כלל וכן מבואר להדיא במהרי"ק שם דהגהת סמ"ק דוקא שהכתיבה והנתינה במקום אחד ושם יודעין ומכירין שם השינוי כו' א"כ אף בכה"ג צריך לכתוב דמתקרי לפי מה שהוכיח מהרי"ק שם דכוונתו במ"ש וכותבין אותו קודם היינו ע"י דמתקרי. ונ"ל דס"ל להב"י דאף דמהרי"ק כתב ואפי יהבינן ליה כל טעותיה לכתוב שניהם יחד לכל הפחות היה להקדים יהודה ללוי כו' דאפילו יהיה אמת שנשתנה מ"ח ששם השני עיקר דבר פשוט שלא דיבר ר"פ אלא כשהכתיבה והנתינה במקום אחד כו' עכ"ל מ"מ אף שהחזיק זה לטעות בדברי הר"פ במה שפי' שיכתוב שניהם יחד מ"מ אין זה רק לענין לכתחלה אבל מ"מ אם היה הכתיבה והנתינה במקום אחד ושם יש לו ב' שמות מודה מהרי"ק דאין לפוסלו בדיעבד מחמת שלא כתב דמתקרי שלא יטעו לומר שאין זה המגרש כיון שידוע במקום שיש לו עוד שם שני והוא כדברי התה"ד הנ"ל:

אלא דלפ"ז קשה על מהרי"ק שכתב דאפילו יהבנה ליה טעותיה לכתוב שניה' יחד כו' לכל הפחות היה לו לכתוב [קודם] יהוד' מאחר דשם יהודה עיקר כו' ואפילו נשתנה מ"ח דבר פשוט שלא דבר הר"פ אלא כשהכתיבה והנתינה במקום אחד כו' יע"ש בלשונו כי קצרתי וקשה דהל"ל דאפילו לפי טעותו שהר"פ כוונתו דכותבין קודם בלא דמתקרי מ"מ ה"ד כשהכתיבה והנתינה במקום א' אבל כשאין הכתיבה במקום אחד בודאי גם הר"פ מודה שצריך לכתוב דמתקרי דוקא כך היה לו למהרי"ק למישדא גודא רבא על המסדר הנ"ל לפי דעת הב"י שיש חילוק בזה בין מקום אחד לב' מקומות לענין דמתקרי ול"ל למיתי עליה מטעם קדימה אע"כ שדעת מהרי"ק שאין מקום לחלק בזה בין מקום

אחד לב' מקומות דלעולם צריך לכתוב דמתקרי דוקא דאל"כ יהא משמע שכן נקרא בב' השמות יחד ואח"כ קבעי לאפוקי מדעת המסדר דלדידיה דאף בלא דמתקרי שפיר נוכל לפרש שהם שמות מחולקים מ"מ עכ"פ היה לו להקדים שם מקום הנתינה לשם מקום הכתיבה כיון שאין מכירין בשם השינוי מ"ח איכא למיחש ללעז מקום דנתינה. אבל מ"מ אין חילוק בזה בין לדעת מהרי"ק ובין לדעת המסדר דלמהרי"ק בכל גווני צריך לכתוב דמתקרי וכמבואר ג"כ מלשונו שכתב מאחר דלא נקרא בב' השמות יחד בשום מקום פשיטא שלא יכתוב אנא לוי יהודה כו' משמע שאין כותב כן אם לא שהיה נקרא בשניהם יחד במקום אחד עכ"פ ואם נקרא בשניהם במקום אחד אלא שאין קורין אותן ביחד ג"כ אין לכתוב כן. ואם נאמר שכוונת הב"י דמ"מ יש חילוק בין לכתחלה לדיעבד זה אינו במשמע מדברי מהרי"ק שכתב הגט פסול מתרי טעמא חדא דכשהוא כותב אנא לוי יהודה כו' משמע דגם מטעמא קמא ס"ל לפסול והתם אכתי לא אסיק למלתי' שיש חילוק בין מקום אחד לב' מקומות ועוד שהרי נראה שדעתו לפסול לפי שהפי' בהגהת סמ"ק הוא שצריך לכתוב דמתקרי דוקא ולא כמו שחשב המסדר וא"כ כיון דס"ל דלהגהת סמ"ק בכה"ג אף בדיעבד פסול והרי הגהת סמ"ק במקום אחד מיירי כמ"ש אח"כ דאל"כ ודאי שבמקום הנתינה עיקר ואפ"ה אין להכשיר בדיעבד סוף דבר שדברי הב"י והד"מ צ"ע בזה:

ומצאתי בתשו' שבידי כ"י הגאון מהור"ר יושיע ז"ל בעהמ"ח מג"ש שהאריך ג"כ לתמוה בזה על הב"י וד"מ ומפני האריכות לא העתקתי דבריו ואע"פ שהם קצת בסגנון אחר ממ"ש והוא נדחק קצת לפרש אליבא דהד"מ מ"ש התה"ד לפי המנהג במדינה ההוא אין כוונתו על מדינת אוסטרייך אלא רצה לומר גם במדינות דהיינו כל מדינות אשכנז ר"ל שהם מפרשים דברי הסמ"ק דמיירי דוקא במדינה שלא נהגו כך כו'. ומ"מ תימא אי טעמי' דמהרא"י כדכתב הרב א"כ מאי ראיה מייתי מסמ"ק דלמא מיירי היכא שלא נהגו כך דהא גבי דיעבד הוא מחלק בכך א"כ אימא דלכתחלה נמי הוי כך כו' ואלמלא שאיני כדאי הייתי אומר דאדרבא משמע בתה"ד שדחה סברא זו ואיך נאמר שחזר וחידש אח"כ. וראיתי בד"מ שהביא איך הב"י מצא תשובת אשכנזי די"א דפסלינן בלא דמתקרי וי"א דלא פסלינן עכ"ל א"כ אותן הפוסלין אפילו במקום שיש מנהג לפי מה שפרש"י דכוונת התה"ד מ"ש במדינה ההוא ר"ל מדינת אשכנזי ותשובת אשכנזי פשיטא דאמדינתו קאי אלמא איכא דפסלי אפילו היכא דנהגו וא"כ יש לתמוה למה היקל הרב שסמך על תירוצו להקל באיסור א"א וביחוד שאין הקושיא קושיא אם מהרי"ק פליג אמהרא"י וכי בשביל שיש לתרץ דלא פליגי נעשה מעשה להתיר א"א ואני אומר בטח

שלא הייתי עושה מעשה להכשיר בדיעבד אפילו אם עולה לתורה בשניהם וביחוד שהוכחתי למעשה מדברי הרא"ש דקריאת השם עיקר אם כן מה לנו לעלייתו לס"ת דהעולם יסברו שקורין אותו בב' שמות והוי שינוי השם כו' עכ"ל הגאון ז"ל:

ולענ"ד מ"ש שרמ"א סמך על תירוצו להקל צ"ע דאדרבא לפי דעת הרמ"א חומרא הוא דמחמרינן לפי שאנו צריכין לדחוק לדעתו שמ"ש בכתבים סי' רס"ו דהכותב ראובן שמעון לא פסלינן ליה היינו נמי בכה"ג דמנהג אוסטרייך שנהגו לקרות בשניהם לס"ת ובזה ודאי שפיר מיקל הרמ"א כיון דבתה"ד עכ"פ מיקל בכה"ג בדיעבד ומנהג אוסטרייך לכתוב כן לכתחלה וגם במהרי"ק אין הכרח שיחלוק בזה דאע"פ שכתב דכיון שאינו נקרא בשניהם יחד בשום מקום צריך לכתוב דמתקרי מ"מ י"ל דמודה שאם עולה לס"ת בשניהם הוי כנקרא בשניהם וא"כ מה"ת לפסול בדיעבד. אבל לפי האמת נלפענ"ד שלדעת התה"ד יש להקל בזה בדיעבד אף באין עולה לס"ת בשניהם וכמש"ל דהא משמע דהך דכתבים מיירי לפי מנהגם באשכנז שאין עולה בשניהם וכמש"ל ואפ"ה ס"ל לתה"ד דלא פסלינן ליה וסעד לדבר נלענ"ד ממ"ש בפסקים הטעם דבעדים די שיחתום עצמו יעקב משה בן פ' עד משו' דפירוש שמות העדים בגיטין אינו אלא מפני תיקון העולם והיינו משום דהעדים ניכרים ע"י כתב ידן בלא פי' שמותן משא"כ בהזכרת שם האיש בגט דכתב סופר הוא עכ"ל. והשתא אא"ב דשפיר יש לפרש שהם שמות מחולקין אף בלא דמתקרי שפיר יש לחלק בכך כיון שהם ניכרין ע"י כ"י סגי בהכי אף שאין מפרש בהדיא דמתקרי אנן ניקום ונפרש שהם שמות מחולקים שיש לעד זה ופרט שניהם משא"כ אם נאמר דכל שלא כתב דמתקרי סתמא כפירושו שכך הוא נקרא בשניהם ושם יקרא ככתיבתו יעקב משה ובדבור א' נאמרו איך נקיל בעדי' שיכתבו כן מה שהוא מורה היפך ממה שהם נקראים באמת והוי כמזויף מתוכו ופסול ואע"ג דבסי' רך"ח האריך לענין שחתם והי' חק תוכות וכתב הואיל, ושם העד עצמו נכתב כהוגן אלא שאירע פסול בתיבת בן או בשם אביו אין קפיד' הואיל וכשר גמור בפלוני עד לחודי' נמצא בן פלוני שלא לצורך נכתב ואין חסרון ושינוי פוסל בו יע"ש באורך נלע"ד שאין הנדון דומה כלל דהכא כיון שנאמר דמה שכותב יעקב משה אין מקום לנטות לפרשו שנקרא לפעמים בזה ופעמים בזה רק פירושו שלעולם הוא נקרא בשניהם א"כ הוי כשינוי בתיבת פ' עצמו דפסול ואפילו בההוא דבן פ' עצמו גמגם שם בדבר וכתב אפס נראה דודאי אי הוי חתימת עדי' דאורייתא כמו לר"מ היה ראוי לחלק בכה"ג אבל אנו דקי"ל כר"א כו' אין לדקדק כולי האי כו' עכ"ל וא"כ בכה"ג דהכא דהשינוי בשם העד גופיה ודאי יש לדקדק ולחלק בהכי ועיין בב"ש סי' ק' למ"ד ס"ק ק' בשם מהרש"ך דס"ל דדוק' בשם אבי העד

ס"ל לתה"ד כן אבל לא בעד גופו ע"ש ועוד שהרי בסי' קל"ד כתב וז"ל וטעמא דפירוש שמות העדים אינו אלא מפני תיק"ה אפילו לר"מ דאמרי ע"ח כרתי כו' וא"כ נראה דאתי לאשווי גומות אף לר"מ ולמישרי לעד לחתום בלא דמתקרי וע"כ דהיינו מטעמא שיש מקום לפרש ששני שמות אלו צמודים יחד רק שנקרא לפעמים בזה ולפעמים בזה ולפיכך בעדים שכ"י ניכר יכולים לחתום כן ואין זה מזויף מתוכו שהקורא יבין הדבר לאשורו שכ"א הוא שם בפ"ע. וכן נראה ג"כ מן הראיה שהביא מא' מן הגדולים והגאונים שחתמו את עצמם בתשובת ובדיסקי בשני שמות יחד חיים אלי' כו' וקשה דנהי דע"כ לומר שהיה ידוע לו שלא נקראו בשני שמות יחד מלידה או מחמת חולי ואיזה סיבה אלא היה נקרא בכ"א בפ"ע או כמ"ש בתשובת אחרת סי' להוכיח במישור שבימיהם לא היה רגילות כלל לקרות בשני שמות יחד ואע"פ שמהרי"ק כתב שיש הרבה ב"א ששמותיהם כפולי' מ"מ במדינתם לא נהגו כך ויהיה מאיזה טעם שיהיה מ"מ קשה מה ענין חתימתם בתשובה ובדיסקי אצל גיטין כיון דצריכין לחתום שמותיהם מפני ת"ה והיה צריך שיפרשו שמותיהם באר הטיב ומשמעות הלשון יעקב משה הוא שנקרא בשניהם יחד וא"כ לא כמו שהוא נכתב הוא נקרא ועוד דאהנך גאונים גופייהו יש תימא למה חתמו כן מה שהוא היפך מאשר להם בשמות יקראו ולגדולים כמותם ראוי לבחור ל' ערומים כבני יהודה דדיקא לישנא וכמ"ש רש"ל בתשובה רמ"א סי' ו' בשם תשובת קדמונים כשתסתפק בשם מן השמות איך לכתוב בגט מלא או חסר או באל"ף או בה"א תוכל לסמוך על כתבים ראשונים של החכמים אפילו באיגרת שלומים ואוקמינן אחזקתייהו שדקדקו אחר האמת עכ"ל ובאמת הא קמן שהתה"ד למד מדבריהם שיוכל העד לחתום כן ואע"פ שנ"ל טעמו ג"כ כמ"ש התה"ד לפי שהיה חתימתן ניכרת בכת"י מ"מ אם איתא שהלשון מורה שיקרא דוקא שניהם יחדיו לא היה להם לחתום כך דאטו משום שהיה ניכרת בכת"י ישנו חתימתן ממה שהוא באמת אע"כ דודאי יש מקום לפרש שנקרא פעמים בזה ופעמים בזה ולכן סמכו לחתום כן שהקורא יבין שכך הוא שהרי חתימתן ניכרת בכת"י וזה ראיית התה"ד מדחזינן שחתמו כן בתשובה ובדיסקי אלמא שיש משמעות לפרש כן הלשון ולכך שפיר יכולין העדים לחתום כן. ולפ"ז אע"ג דבשם המגרש שהוא בכתב הסופר ל"ש הך סברא מ"מ אין לפסול בדיעבד מחמת זה כיון דתה"ד ס"ל שמשמעות הלשון ג"כ שנקרא פעמים בזה אין כאן לעז שהקורא לא ידון לומר שאחר הוא כיון שיש לפר' הלשון באופן שזה המגר' ולמה יטעה על אחר ומ"מ לכתחלה ע"כ צריך לכתוב דמתקרי שהוא לשון ברור וא"א לטעות בו כלל משא"כ העדים א"צ לברר כ"כ אף לכתחלה כיון שהוא ניכר בכת"י:

איברא שלולי דברי הב"י והד"מ שמבואר בדבריהם דתה"ד ס"ל להכשיר בדיעבד היה נלענ"ד דרך אחרת בלשון התה"ד דודאי לפי מה דמייתי מסמ"ק ומרדכי שצריך לכתוב דמתקרי א"כ הוא פסול אף בדיעבד כיון שמשנה ממטבע שטבעו חכמים ומאן סליק לעילא ואמר דאף בלא דמתקרי יש לפר' כן. ומ"ש כמדומה לי שנהגו באוסטרייך כו' ואפשר משום דמנהג כו' מ"מ נראה עיקר כדכתיבנא לעיל עכ"ל נלענ"ד ממרוצת לשונו שמתחלה בא לגמגם על מ"ש שצריך לכתוב דמתקרי ממה שנהגו באוסטרייך ולזה בא ליישב דאפשר משום דמנהג במדינה ההוא כו' ולכך כתבו ג"כ כדרך זה בגט מ"מ נראה עיקר כדכתיבנא ר"ל דבמקום שאין מנהג זה אין לכתוב בלא דמתקרי שאין ראיה ממה שנהגו באוסטרייך כן נלענ"ד ברור ופשוט לפרש כן למי שהוא רגיל בלשון מהרא"י ז"ל ולפ"ז באוסטרייך שמנהג לעלות בשניהם י"ל דמהרא"י מודה דשפיר דמי לכתוב כן אף לכתחלה ומהרא"י מיירי במדינתו שאין שם מנהג זה ואף בדיעבד מהדרינן. וכן נראה ממה שהעתיק בספר שמות בשם שמריה תשובה למהר"י שכתב וז"ל על גט שנכתוב בת אלעזר שמריה המכונה שמערלין נ"ל דאי לא נכתוב דמתקרי שמריה לא יפה דקדק כדמשמע בהדיא בסמ"ק דצריך לכתוב דמתקרי כו' ואפילו אם כתבו שמריה מ"מ למה הוצרך לכתוב המכונה שמערלין עכ"ל (ואמנם אפשר דמ"ש תשובה בשם מהר"י הוא מהר"י ברונא וכמו שכתב לקמן וכן משמע מיש"ש שכתב בשם מהרי"ב שאין צריך לכתוב שמריה המכונה שמערלין) נראה לכאורה דיש פסול בזה מדכתב לא יפה דקדק כדמשמע להדיא בסמ"ק כו' ואפשר לדחוק שכוונתו שלכתחלה היה לו לדקדק בזה לעשות כמ"ש בסמ"ק וכמו שתפס עליו במ"ש הכינוים שמערלין ללא צורך ומ"מ נלענ"ד כמ"ש. ומ"ש בכתביו סי' רס"ו מ"מ הכותב ראובן שמעון לא פסלינן ליה כלל והב"י הביא זה בשם תשובת אשכנזיה וכתב וז"ל מצאתי בתשובה אשכנזיה איש אחד היה שמו יהודה ונשתנה שמו בחציו וקראוהו משה ושלח גט וכתב משה יהודה והחזירוהו הגדולים וכתבו משה דמתקרי יהודה ובתשובה אחרת מצאתי סדרנו גט והיה עמנו מהר"י ברונא והסכמנו כולנו לכתוב משה דמתקרי יהודה מ"מ הכותב ראובן שמעון לא פסלינן ליה עכ"ל:

והנה התשובה אחרת שמצא הם מדברי מהרא"י בכתבים סימן רס"ו ונראה מדברי הב"י והד"מ שהביא הגאון בעל מג"ש ז"ל דהנך תשובות פליגי וכ"כ בתשובה רמ"א סימן פ"ד שהב"י כתב בשם תשובה אשכנזית שי"א דפסלינן וי"א דלא פסלינן וזה תימא קצת דמשמע הך עובדא שהחזירוהו הגדולים היינו הך עובדא גופיה שכתב בכתבים סי' הנ"ל ושם איתא דע כי זה כמו ב' שנים ומחצה חזרנו גט להוליכו ללנצהוט והיה עמנו פה

מהרי"ב כו' והנה הב"י הביא הלשון מתשובת אשכנזית סדרנו גט כו' ואי לא מסתיפנא ה"א דהך תשובה דא ודא אחת היא והגירסא חזרנו היא נכונה אלא שט"ס וצ"ל החזרנו כו' והוא הך עובדא שהחזירוהו הגדולים ואף על פי שהלשון להוליכו ללנצהוט הוא מגומגם קצת אפשר שחיסר לשון וצ"ל שנשלח להוליכו ללנצהוט וגם בלא הג"ה יש לפרש כן דלא מסתבר כלל למימר דתרי עובדי נינהו ואתרמי מלתא בתרווייהו שהיה שמו משה ונשתנה יהודה ומה שסיים מ"מ הכותב ראובן שמעון כו' בלא"ה הלשון מגומגם דהול"ל מ"מ גט שנכתב בו ראובן שמעון לא פסלינן ליה ומה ענין הכותב לכאן והיה נלענ"ד שהכוונה הוא דלא פסלינן להמסדר הגט הזה כיון שי"ל שהיה מפרש לשון הגהת סמ"ק כותבין אותו קודם בלא דמתקרי והוא כלפי מ"ש בס' שמות בשם גרשון בשם תשובה א' ממהרא"י ז"ל על דבר הגט שסידר הר"ל להך גברא דמסופק בשמיה אם גרשון או גרשם כו' בין כך ובין כך זה הר"ל ראוי להעבירו מלהתעסק עוד בדיני גיטין וחליצות וחזינה ביה דרגיל הוא להקל ולהתיר א"א לעלמא בלי דקדוק יפה עכ"ל ולזה קאמר דאע"פ שדינו הוא לכתוב דמתקרי מ"מ הכותב ראובן שמעון לא פסלינן ליה דהא י"ל שנתלה בפשיטות לשון הסמ"ק וכמ"ש מהרי"ק גם כן שהמסדר טעה בזה ואפשר שנשאל ע"ז אם יש לפסול מי שכתב כן שלא יתעסק עוד וע"ז השיב כן כידוע שמהר"ל ומהרא"י קיצרו בתשובתם לשואל מאוד רק ברמז בעלמא ולפ"ז גם מהרא"י סובר כדעת מהרי"ק שאם לא כתב דמתקרי פסול ואע"פ שהלשון דחוק מ"מ נדחקתי כדי ליישב מה שצריך לדחוק יותר בלשונם הנ"ל וכמש"ל. וראיתי בד"מ אות י"ט כתב וז"ל ובס"ג משמע שהיו כותבין בלא דמתקרי כאשר עלה לס"ת וע"ש בסימן ל"ג ומהרי"ו סימן קפ"ב כתב דיש לכתוב דמתקרי אע"פ שעולה בשניהם לס"ת והנה מ"ש בד"מ בשם ס"ג הוא הכל על ס"ג של מהרר"י מרגליות והנה בידי יש הס"ג ממהרר"י מרגליות ז"ל בכת"י ותמהני ששם לא נזכר כלל מ"ש כאשר עולה לס"ת וז"ל שם מהר"ד הי"ד כתב ב' שמות היכא שנשתנה שמו כמו אהרן שמואל ב' פעמים ולא כתב דמתקרי וז"ל מהר"א שהשיב למהר"ד הי"ד הא דשאלתוני מי שנשתנה שמ"ח אם כותבין בלא דמתקרי לא ראיתי מעשה וגם מעשה לא בא לידי אבל תדעו שבדעתי אם קורין אותו בשם השני ורגילין עלמא למקרי בהא שמא אז כותבין דמתקרי אבל אי רגילין למיקרי בשם הראשון אז כותבין ב' השמות בלא דמתקרי הועתק מכת"י מהררי"ו ז"ל אח"כ שלח מהררי"ו גט והיה כתב בו יהונתן דמתקרי נתן כו' עכ"ל ס"ג של אא"ז מהרר"י מרגליות ז"ל ויש בידי עוד ס"ג כ"י הנ"ל ושם איתא הנוסחא מהררי"ו השיב למהר"ד כו' ודעת מהר"ד שלא לכתוב דמתקרי הובא גם כן בשו"ת מהר"מ מפדווה ושם בס"ג למהר"י מינץ איתא דעת

מהרר"ד שלא לכתוב דמתקרי לפי ששניהם עיקריים ע"ש בסדר הגט ונ"ל שהוא כמו דאיתא בתשובה הנ"ל שהשיב מהר"א או מהרי"ו דאם רגילין בשם הראשון כותבין בלא דמתקרי וס"ל טעמא לפי ששניהם עיקר ששם החולי הוא עיקר לפי שנשתנה דינו על ידו ושם הראשון גם כן הוא עיקר לפי שרגילין לקרותו בשם הראשון ולפי ששניהם עיקריים כותבין שניהם בלא דמתקרי. ועכ"פ מבואר שם חילוק אחר בשם מהר"ד לענין דמתקרי ולא נזכר שם כלל הך חילוקא שכתב הרמ"א בשם הס"ג לפי שעולה בשניהם ואפשר דרמ"א מפרש מדעתי' דנפשיה דהתם מיירי בעולה בשניהם לס"ת דאל"כ אין סברא שיחלוק על מהרי"ק דס"ל כיון שלא נקרא בשניהם יחד אם כתב בלא דמתקרי פסול ולכך פירש דמהר"ד מיירי למנהג אוסטרייך דוקא. ומ"מ קשה מ"ש הד"מ על דברי הס"ג שהביא וז"ל ומהר"י בתשובה סי' קפ"ב כתב דיש לכתוב דמתקרי אע"פ שעולה בשניהם ומשמעות דבריו דפליג אמ"ש בס"ג וזה צ"ע דהא משמע בס"ג שהוא דעת מהררי"ו גם כן ולפי מ"ש באמת לא פליגי כלל דהא כתב בס"ג דאי רגילין למקרי בהא שמא אין כותבין דמתקרי והרי שם בתשובת מהרי"ו איתא שנשתנה מ"ח לשם ישראל והכל קורין אותו כך לכך כתב ששם זה עיקר ואין כותבין ישראל יוסף בלא דמתקרי משא"כ היכא שרגילין לקרות בשם הראשון שאז חזר הדין להיות שניהם עיקרים וכותבין בלא דמתקרי. ואמנם מתה"ד משמע דבכל גווני יש לכתוב דמתקרי שאל"כ לא היה צריך לפרש דברי הר"פ כותבין אותו קודם היינו ע"י דמתקרי דשפיר מצינן למימר דמיירי שרגילין בשם הראשון ואפשר לומר דאי ס"ד דמיירי בכה"ג אף דין קדימה אין כאן לשמ"ח ומ"מ נראה דתה"ד בכל גווני מיירי שהרי סתם ולא חילק בדבר וגם דלפי זה צריך לדחוק במ"ש ראיה מאחד מהגדולים שחתם א"ע בב"ש וכן מ"ש המנהג אוסטרייך שכתבו שניהם בלא דמתקרי צ"ל שהיה ידוע לו שכתבו כן אף באם היו רגילין לקרותו בהא שמא לחוד אע"כ דהתה"ד לא מסתבר ליה לחלק. ולפמש"ל לדעת התה"ד פסול אפילו בדיעבד אם לא כתב דמתקרי דמ"ש הכותב ראובן שמעון לא פסלינן כוונתו בענין אחר ומכ"ש די"ל דמודה דהיכא דאפשר לתקוני ולהחזיר הגט לכתוב אחר דמתקנינן וכמ"ש הב"י בשם תשובה אשכנזית שהחזרוהו הגדולים אלא שאיני כדאי להכריע נגד דברי הב"י והד"מ שמבואר מדבריהם שהתה"ד מכשיר דיעבד וגם רש"ל ביש"ש גיטין סימן ך"ד דעתו כן להכשיר בדיעבד בנשמ"ח וכתב שיש לסמוך בזה על תה"ד ע"ש. וגם כי לכאורה הראיה שהבאתי ממה דמכשיר גבי עדים לחתום בלא דמתקרי הוא ראיה נכונה דאם איתא דבלא מתקרי מתפר' שנקרא בשניהם יחד דוקא אם כן איך יחתמו כן דמחזי כשיקרא ואין הטעם שכתב לפי שכ"י ניכר מספיק בזה כמש"ל ואמנם בכתבים שלו סימן קל"ח

כתב עוד חילוק בין שם האב של העד לשם האב של הבעל שבעד אין לחוש אף אם יטעו שסוחר הוא מה בכך הא רובא דעלמא כשרים לעדות מ"מ בסימן קצ"ז שם חזר וכתב דאף בשל אב יש להחמיר דטובא יש לחלק בין שם מקום הנהר ומקום הלידה לשם האב של העד שהצריכו חכמי המשנה כיון דהיכא דכתב שם האב לא בעינן עד כו' ואם כן הכל מטבע חכמים הוא ואין ברירה ואף על פי שאני כתבתי ראיה זו לק"ק אובן מפני שאנו מדמין לא נעשה מעשה לכתחלה כו' ע"ש וכן ססי' רכ"ח כתב ג"כ דיש לחלק מה"ט דמאי חזית דמשוית לפלוני עיקר טפי מבן פלוני וכיון דל"ל ברירה לתפוס אחד מהן הפסול והטעות פוסלין בתרווייהו דרמינן כח החתימה אהא כמו אהא ואע"פ שכתב אח"כ דכיון דקי"ל כר"א אין לדקדק ולחלק כולי האי מ"מ היינו לענין דיעבד דוקא כמבואר מדבריו בראש התשובה שכתב יראה דיש פנים הרבה להתיר בדיעבד כו' וכמ"ש שכ"כ להדיא בכתבים סי' קל"ז דלכתחלה אין להתיר ואם כן איך התיר לחתום בלא דמתקרי לכתחלה אם נאמר דכה"ג בשם הבעל שינוי גמור מקרי לפסול אף דיעבד ואיך יחתום עד בשינוי לכתחלה ומכ"ש לפי מ"ש בתה"ד דאפילו לר"מ דעח"כ כו' פשיטא שלא היה מקום להקל אף לכתחלה אע"כ דלאו שינוי גמור הוא ואף בלא דמתקרי יש לפרש שהם שמות מחולקים ואם כן גם בשם הבעל לאו שינוי גמור הוא לפסול בדיעבד:

והנה אף שקצת מדברים אלו אינם כ"כ מענינינו כתבתי להתלמד במ"א וגם כי יש ללמוד נ"ד בק"ו שהרי אף בנשמ"ח דעת הב"ש שאין לכתוב דמתקרי אם נקרא בשניהם וס"ל דפוסל אף בדיעבד וכבר כתבתי שלענ"ד לדעת התה"ד לפי מנהג אוסטרייך שעולה בשניהם אף שאין נקרא בשניהם יש לכתוב כן אף לכתחלה וכמבואר לעיל באריכות מכ"ש בזה שהם שמות הלידה ועולה בשניהם שאין מקום לכתוב דמתקרי ביניהם ובתשובה ביארתי באריכות והבאתי דברי מהראנ"ח בתשובה שמבואר מדבריו דכה"ג הוי ככותב חצי השם וכ"מ מהג"פ וכ"כ הד"מ סקי"ט בשם ס"ג דאם נתנו לו במילתו שם אחד וע"י חולי נשתנה שמו יש לכתוב דמתקרי אבל אם נתנו לו ב"ש במילתו יש לכתוב בלא מתקרי ויש לכתוב אותו שם שקורין בו תחלה כו' ואם כן מבואר דמיירי שלא נקרא בשניהם ואפ"ה כתב דיש לכתוב בלא דמתקרי וכ"מ להדיא בספר שמות בשם זכרון משה אות ך' בשם פקמי ע"ש שמבואר להדיא דמיירי שנקרא באחד ואפ"ה כותבין בלא דמתקרי ואף אם תדחק לומר מ"ש הד"מ ויש לכתוב שם שקורין כו' לא קאי אהא רק אדלעיל אע"ג דליתא לענ"ד כמ"ש במ"א מ"מ ע"כ הב"ש דס"ל דאף בנשמ"ח אם נקרא בשניהם אין לכתוב דמתקרי א"כ ע"כ הוא צריך לפרש הא דבה"ג שהביא

הד"מ דמחלק בין אם השמות מ"ח או שנותנים לו במילתו ע"כ בכה"ג מירי שנקרא באחד ואפ"ה ס"ל דכותבין בלא דמתקרי. וכדי לברר יותר אימא בה מלתא שבאמת צריך להבין טעמא דהב"ש דס"ל דהיכא דנקרא בשניהם אף שעולה באחד אין כותבין דמתקרי כי כן מוכרח לכאורה ממ"ש שלשון רמ"א אינו מדוקדק וכמש"ל וכן אם נקרא באחד ועולה בש"ש אחרים גם כן ס"ל דאין לכתוב דמתקרי וכמבואר בדבריו בשם סעדי' ואם עולה באחד ונקרא באחד כותבין דמתקרי על שם שנקרא בו וכן אם נקרא תדיר בשם הראשון ולפעמים בשני השני עיקר וכותבין על האחד דמתקרי ואם נקרא בשניהם ס"ל דאין כאן עיקר אע"פ שאחד מחמת חולי ואין כותבין והך מלתא טעמא בעי. ונראה דס"ל להב"ש דבאמת זימנין אמרינן דאזלינן בתר עלייתו וחתימתו ואמרינן דעיקר השם בגט הוא השם שעולה וחותם וזמנין אמרינן דאזלינן בתר מה שנקרא בפי העולם ונראה כסותרים זא"ז וס"ל להב"ש דבאמת הם ב' ענינים נפרדים וכל חד טעמא רבא אית ביה דטעמ' דאזלינן בתר עליה וחתימה היינו לפי שצריך להזכיר בגט שם המובהק וזהו שם המובהק דהא אחשביה המגרש שעולה וחותם בו וכן שמ"ח הוא מובהק אצלו ועיקר מפני שע"י אשתני דינא ממיתה לחיים וצריך להזכירו בגט ולכך אם עולה וחותם בראשון לבד אין אנו משגיחין בשמ"ח לעשותו עיקר דבתר דידיה אזלינן והרי עודנו מחזיק בשמו הראשון שעולה וחותם בו ולא שמ"ח אמנם מה דאזלינן בתר קריאת העולם הוא ענין אחר מטעם שחוששין ללעז שצריך שיכירו העולם שזהו המגרש לפי מה שמורגל בפיהם שלא יסברו שאחר הוא הלכך בשמ"ח אף שעולה בשניהם מ"מ שמ"ח עיקר ג"כ כמ"ש הב"ש דאף בכה"ג יש לכתוב דמתקרי וגם משום לעז אין לחוש אם נקרא באחד בפי העולם ולפעמים בשני כיון שהעולם יודעין שזה האיש לא באו לו אותן ב"ש ביחד מעריסתו שהרי לא נקרא בשניהם יחד וממילא ירגישו שמה שעולה וחותם בשניהם הוא לפי שנתוסף לו עוד שמ"ח ואותו הוא מבקש להחזיקו לעיקר שמו ולכך שפיר כתבינן על הראשון דמתקרי שאין מקום לטעות על אחר כלל משא"כ אם נקרא בפי כל בשניהם אז יש לכתוב שניהם בלא דמתקרי אף על פי שאחד מ"ח ואע"פ שעולה בא' ואף ע"ג דשם שעולה בו וגם שמ"ח הוא עיקר לגבי שם שנקרא מ"מ זה דוקא אם נקרא שמעון ועולה ראובן זה השם שהחזיק לעצמו לעלות בו מחשיבו לעיקר ומכ"ש בשמ"ח משא"כ הכא שנקרא ראובן שמעון ועולה לס"ת ראובן וגם הוא שמ"ח מ"מ כיון שאנו מזכירין אותו בגט לא איכפת לן אם נסמוך לו עוד שם אחר שנקרא בפי העולם שיכירו וידעו כי הוא המגרש וראוי לעשות כן שאם יכתוב דמתקרי אז ירננו העולם באמרם שאין זה המגרש כיון שנקרא בשניהם מסתמא כך שמו מלידה ויסברו גם כן שעולה בהם ולא

יעלה על לב לעולם שא' מהם שמ"ח דבנשמ"ח אין רגילות שיהיה נקרא בשניה' יחד וע"כ יסברו שמסתמא שניהם עיקרים מלידה. ואם כן אם יכתוב בגט דמתקרי יסברו שאין זה המגרש ולפיכך צריך לכתוב שניהם יחד בלא דמתקרי ואין קפיד' מה שאחד שמ"ח ועולה בו כיון שהוא מוזכר בגט ואין העיקר חסר מן ספר כריתות ומה בכך שעמו טפלה עוד שם שסמכו ענין לו ובפיה' ירצו סלה ומה"ט גופא ס"ל להב"ש אם עולה בב"ש ונקרא בשם אחר כגון אהרן סעדיה ומתקרי ישעיה גם בזה שייך הך חששא אם נכתוב דמתקרי כיון שעיקר כתיבת שמות הללו אהרן סעדיה הוא משום שכך עולה שהרי לא נקרא בהם כלל ואם כן בע"כ יצטרכו להסתכל על עלייתו והרי עולה בשניהם ויסברו שאהרן סעדי' שניהם שמות מובהקין שלו ושם החניכה ישעיה ואין כאן מקום לכתוב דמתקרי ואם כתב יש מקום ללעז משא"כ אם היה נקרא בפי העולם לפעמים אהרן ולפעמים סעדיה אף שעולה לס"ת בשניהם מ"מ הרי הכל יודעין שלא מלידה נתנו לו ב"ש הללו שהרי חזינן שלא נקרא בשניהם רק פעם בזה ופעם בזה וא"ש הכל והוא כפתור ופרח לפי עניו' דעתי בשיטת הב"ש:

ומעתה בנ"ד לא מבעיא לפי מה שנשלח אלי נוסח השאלה מק"ק בארדוטשיב שהיה נקרא במדינה בכנויו ליבר וואלף שאין מקום כלל לכתוב דמתקרי אלא אפילו נוסח השאלה הכתובה בקונטרס הגאב"ד שהיה נקרא בפי העולם בשם הכינוי ליברמאן לחוד מ"מ לא היה מקום לעשות פירוד בין הדבקים כיון דעיקר כתיבת שמות אלו אליעזר זאב הוא משום שעולה וחותם בהם ואם כן אין להפריד אותם שהרי לא נקרא בהם כלל וכמו דלשיטת הב"ש אע"פ ששם אהרן עיקר לפי שהוא מ"ח אפ"ה ס"ל להב"ש שאין לכתוב דמתקרי כיון שעולה בשניהם ה"נ כאן אפילו תימא דמה שנקרא ליבר הוי כנקרא אליעזר ונעשה עיקר מ"מ לא עדיף משמ"ח דס"ל להב"ש דאם נקרא בשם א' ועולה בשניהם הוה כנקרא בשניהם ואין לכתוב דמתקרי וזו ראיה שאין עליו תשובה דלדעת הב"ש אין מקום לכתוב דמתקרי ומכ"ש דשפיר עבדי בית דין של מקום הנתינה שהחזרהו הגט ראשון כיון דבמקום הנתינה נקרא בשני כנוים יחד ליבר וואלף ואנו אזלינן לעולם עיקר בתר מקום הנתינה ואין להאריך:

וראיתי בדברי הגאב"ד שכתב על דברי הד"מ דמשמע מדבריו דבב"ש הלידה ונקרא בא' כותבין בלא דמתקרי שלמעשה היה חוכך בזה שנראה אם כתב בלא דמתקרי הוי שינוי בגט כיון שהוא מורגל בפי כל בא' ודאי הוא העיקר ועל הב' כותבין דמתקרי או המכונה וראיה מאשה שהיתה נקראת שמחה ונשתנה שמה לאל קריאה או ווריידיל דאזלינן בתר רובא כו' ולענ"ד ראיה זו תימא מאוד בעיני דודאי אין סברא כלל לומר שמחמת

שהוא שם לידה יהא מכריע נגד שם שקורין לו עתה וכמבואר בש"ס גבי רובא שרה כו' וההוא ודאי מיירי אף בעת לידה נקראת בשם אחד ואח"כ נחלק העם שמקצתן קורין לו שם אחר וכ"מ בהאי דיוסי וקורין לו יוחנן והדבר פשוט שאינו מדין שקובע השם שניתן לו ביום מילתו ויכריע נגד השם שנקרא בפי כל אולם עיקר החילוק בין ב' שמות מ"ח דאז כיון שהאחד עיקר שפיר כותבין על הב' דמתקרי כיון שגם עתה נקרא בשם הראשון וגם בשכבר היה נקרא בשם זה ושפיר שייך למכתב עליו דמתקרי משא"כ בשני שמות המילה שקראוה אליעזר זאב ואח"כ נקרא בפי העולם אליעזר לבד א"כ. האיך יכתוב דמתקרי זאב כיון שמעולם לא נקרא בשם זאב לבד ואה"נ שאם היו מקצתן קורין אותו בשם זאב ורובן בשם אליעזר ודאי שהיה שייך לכתוב דמתקרי ולא איכפת לן מה שנתנו לו שניהם בשעת לידה משא"כ בזה שמעולם לא נקרא זאב לחוד ומכ"ש שאני תמה על הגאב"ד מ"ש דהוי שינוי אם לא כתב דמתקרי דהרי אותו שקורין הוא עיקר אני תמה דמה בכך שהרי באמת נכתב העיקר בגט וגם נתנו לו משפט הבכורה להקדים אותו וכי מפני שסמכו ענין לו נוציא זה מחזקת כשרותו ואם היינו רוצים לכתוב דמתקרי לדון כאן דין עיקר וטפל היה צריך אליעזר דמתקרי אליעזר זאב:

אבל לענ"ד אפשר שאין צורך אף בזה ושפיר דמי בכה"ג אם כותבין בלא דמתקרי אם עולה בשניהם או נקרא לפעמים בשניהם באופן שלא נשתקע צירוף הב' שמות לגמרי ומכ"ש אם תמיד עולה וחותם בשניהם דודאי מכריע שם הלידה לעשותו עיקר וראיה ממה שמצאתי בס"ג של אא"ז מהר"י מרגליות כ"י סימן כ' שכתב וז"ל וא"ת הואיל ושם הכינוי הוא עיקר שקוראין אותו בו א"כ אמאי כותבין לעולם שם הקודש קודם ואח"כ המכונה וי"ל אפילו היכא דשם הכינוי הוא רגיל יותר משם הקודש מאחר דשם הקודש הוא עיקר השם כותבין אותו קודם ונ"ל עוד טעם אחר משום דקוראין אותו בשם הקודש ביום המילה וגם קורין אותו באותו שם לס"ת מה"ט וגם נכתב בכתובה באותו שם לכן הוא עיקר וראיה מדכתב הר"פ אדם שהיה חולה ונתנו לו שם אחר כו' אע"ג שאינו רגיל בשם השני כמו בשם הראשון ה"נ בשם הקודש הוא עיקר שמו כדפ"ל אע"ג שאינו רגיל כמו בשם הכינוי עכ"ל אלמא דבכה"ג שפיר מכריע מה שהוא שם הלידה וכמו שמצאתי בס"ג הנ"ל סי' כ"ח שכתב וז"ל מהרז"ך כתב מנחם המכונה גם כתב זוסא בת יצחק כו' אע"פ דרובא דעלמא היו קורין לה זיסלין מאחר שאמה קראה לה זוסא אחר אם אמה ועוד זוסא וזוסלין חדא היא עכ"ל וא"כ ה"נ בכה"ג יש לילך אחר שם הלידה אע"ג דרובא קרי ליה בחד לחוד מ"מ הרי באמת כותבין השם הזה בגט ואינו עובר על בל תוסיף כשסמך לו השם השני ועיין בתשובה של הגאון בעל ח"מ בסימן קכ"ט שכתב להדיא

שאין מקום לפסול בלא דמתקרי אף אם הקדים עיקר לטפל כיון שכתב שניהם ובאמת דבריו צ"ע שלא הזכיר מתשובת מהרי"ק סימן נ"ח שנראה דס"ל לפסול אף בשמ"ח כל שלא נקרא בשניהם יחד וכמש"ל ודברי הס"ג הנ"ל העתיק ג"כ הד"מ בסדר השמות אות ז' ע"ש:

והנה הב"ש ס"ק ל"א הקשה על רמ"א דיכתוב שם הקדם תחלה מעובדא דפעסלן אסתר שכתבו שם לעז קודם וכתב דא"ל שאף המיעוט לא היו קורין אותה אסתר מש"ה מקדימין שם פעסלן ז"א דא"כ לא היה להם להזכיר שם אסתר כלל גם איתא שם להדיא שהיתה נקראת בשם אסתר עכ"ל ואני תמה דהא אדרבה שם איתא וכן קראו כולם אותה פעסלן ומ"ש דשם איתא דהיתה נקראת בשם אסתר אם כוונתו למ"ש הרמ"א שם דכל העולם קראוה שלא בפניה אסתר פעסלן רק בפניה קראוה פעסלן לחוד לכאורה היה נלפענ"ד דאין מזה ראיה כלל דהא ע"כ רמ"א קאי על הגט הראשון שכתב מהרי"ו אסתר פעסלין ואז באמת מהרי"ו הקדים שם אסתר משא"כ אח"כ שבאה להתגרש שני' לפני מהר"א שליצשטאט שאז כולם קראוה פעסלין לפיכך הקדים שם זה אמנם מדברי הרמ"א משמע שגם אח"כ קראוה שלא בפניה בשניהם יחד דאל"כ היה צריך לכתוב דמתקרי ומכ"ש שכולם קראוה פעסלין היינו בפני' דוקא וזה צ"ע דכיון שלא בפני' קראוה אסתר פעסלין א"כ האיך היפך מהר"א שליצשטאט סדרן של שמות לכתוב להיפך ומלשונו משמע שהיתה נקראת כפי מה שכתב הוא שהרי כתב אלא לקחה לעצמה שם אחר והורגלה בפי כל לכן הקדימו ג"כ אף כי הוא אשכנזי כו' ואם איתא שהיתה נקראת אסתר פעסלין איך נתן טעם להקדמתו לפי שהורגלה שהרי אדרבה בפי כל הורגלה לקרותה אסתר קודם וא"ל שט"ס ברמ"א שם וצ"ל פעסלן אסתר או שיטפא דלשנא נקט (וכמ"ש אח"כ ועי"ל דאף הם שכתבו אסתר פעסלין כו' והיא שיגרא דלישנא שהרי העיקר לכתוב פעסלן אסתר וכמ"ש בד"מ רק זה לבד ולא העתיק מ"ש בס"ג תחלה בשם מהרי"ו) וכוונתו שהיתה נקראת פעסלן אסתר וכן נראה מן הטעם שכתב שהעולם קראוה יחד להודיע שאותה פעסלין היא אסתר הראשונה כו' ולפי הך טעמא שייך יותר לקרותה פעסלן אסתר מ"מ קשה על מהרי"ו האיך כתב להיפך ממה שהיתה נקראת ובאיזהו סברא פליגי מהרי"ו ומהרא"ש בזה וצ"ל להך תירוצא דשלא בפניה היו קוראין אותה פעם פעסלן אסתר ופעם להיפך כיון שלא היה רק לסימן אסתר הנקראת עתה פעסלין ולפיכך כתב מהרי"ו אסתר פעסלין משא"כ בגט השני שאז קראוה הכל פעסלן בפניה לחוד עכ"פ וס"ל דמה שקורין אותה בפניה הוא עיקר והכריע וכתבו קודם אף שהוא שם חול ועדיף טפי מרובה אי נמי י"ל דמזמן מהר"א אף שלא בפניה היה קורין

אותה פעסלין אסתר כדמשמע מלשונו שכתב והורגלה בפי כל כו' ובאמת אני תמה על מ"ש מהר"א בגט היפך ממהרי"ו והש"ס אמרו נמצא אתה מוציא לעז על גיטין הראשונים מכ"ש בזה שמהרי"ו סידר גט לאותה אשה עצמה בהיפך אע"פ שאם נשתנה שמ"ח ונתן גט קודם החולי מ"מ אחר החולי שם השני עיקר כבר כתב מהרד"ך בתשובת מהרי"ל טעמא דשם יהיה ידוע השינוי ע"ש גבי עיר שניתוסף עליה נהר משא"כ בזה שאין כאן שינוי רק רגילות שאח"כ הורגלו יותר צ"ע ליתן שני גיטין סותרים לאשה א' ובד"מ לא כתב זה שיכתוב אסתר פעסלן רק העתיק ומהרי"ו נתן לה גט וכתב פעסלן אסתר כו' ונראה שיש דילוג וצ"ל כמ"ש בתשובה וכ"ה בס"ג שבידי כת"י וצ"ל דס"ל למהר"א דאף בכה"ג אין לחוש ללעז כיון דסוף סוף נכתבו שניהם אין לחוש וכמ"ש הח"מ בתשובה סי' קכ"ט הנ"ל ואיך שיהיה עכ"פ אין ראיה מהך עובדא לענין כתיבת שם הקודש תחלה ולשאר תירוצים ברמ"א שם י"ל שלא קראוה רק פעסלן ולכך אקדמיה ברישא. ומ"ש הב"ש דא"כ לא היה להם להזכיר שם אסתר כלל וכוונתו דשם דנשתקע אין לכתבו אף שהוא שם הראשון כמ"ש הב"ש ס"ק ל"ז ולענ"ד אין ראיה זו מכרעת לפי מ"ש בשו"ת מהר"מ מינץ סי' ס"ד והביאו בספר שמות בשם שמחה שכתב שם וז"ל ותשובה מהרי"ו על אשה ששמה טוקל והיתה שמה רחל וכתב למכ"ת אם לבך מהסס יש לכתוב שני גיטין בא' טיקול ובא' יכתוב רחל המכונה טוקל גם ז"א דומה לעובדא דנ"ד כי התם רחל היא עיקר השם ושם השני טוקלן לא נתן לעקור שם רחל רק לדרך חיבה ואע"ג דנשתכח שם רחל מ"מ הוא עיקר השם אבל הכא בעובדא דידן רחל היא עיקר ושני השמות נעקרים (ור"ל דהתם קאי שהיה לה מתחלה שני שמות צפרה ובריכא ועתה היא נקר' בפי כל רחל) דשינוי השם הוא שינוי מזל כו' ע"ש ולפי"ז א"ש הא דהוצרך לכתוב שם אסתר ג"כ לפי שלא נעקר מ"ח רק היא לקחה לעצמה שם זה וכיון דאסתר היא עיקר השם הוצרך לכתבו אף שאין נקראת בו עתה ומ"מ נתן דין קדימה לשם פעסלן לפי שהיא נקראת כן בפי כל. וא"ל על מהרי"ו שם כתב אם לבך מהסס יש לכתוב ב' גיטין בא' רחל המכונה כו' ולא כתב לכתוב בלא המכונה וכאן כתב אסתר פעסלן יחד נלענ"ד דלא מבעיא לפמ"ש רמ"א שרצו להראות כחן כו' א"כ לק"מ דהתם כתב לו שאם לבו מהסס כו' ועוד אפשר שיש חילוק בין ההיא דהכא שלקחה לעצמה השם לההיא דהתם שהעולם קורין אותה דרך חיבה ועוי"ל דבזמן מהרי"ו הי' מורגל כ"כ שם אסתר כמו שם פעסלן ומה"ט הקדים נמי שם אסתר ואח"כ בזמן מהר"א שנשתקע שם אסתר כו' מ"מ כתב שם אסתר ג"כ אלא דס"ל דל"צ דמתקרי בכה"ג כיון שלקחה אותו שם לעצמה ואין להאריך:

ולכאורה יש להכריח בהך תירוצא שכתב הרמ"א שהיתה נקראת אסתר פעסלן יחד דאל"כ קשה על מהרי"ו כיון דלדידיה שם הראשון עיקר שהרי הקדימו א"כ ע"כ ס"ל דדוקא בשמ"ח שם השני עיקר משא"כ בנתינה מחמת ד"א וכמ"ש הב"ש ס"ק ל"ג בשם מהרי"ק ומהר"מ מינץ א"כ למה לא כתב על שם השני דמתקרי ובשלמא למהרא"ש ניחא כיון שלענין קדימה עשה השני עיקר ס"ל דמ"מ ל"ה עיקר כ"כ עד שיכתוב על הראשון דמתקרי כיון שלא נעקר הא' מ"ח משא"כ למהרי"ו דהא' דוקא עיקר א"כ הו"ל לכתוב על השני דמתקרי. ובאמת מ"ש הב"ש בשם מהרי"ק ומהר"מ מינץ לענ"ד אין ראיה מדבריהם דמהרי"ק שורש צ"ח נראה דלאו מטעם ראשון עיקר אתי עלה רק מטעם דשם יודא שהוא שמו הראשון היא מקום הנתינה וצריך לעשותו עיקר ואדרבה מוכח מדברי מהרי"ק להיפך שהרי כתב וז"ל ולא מבעיא אם שינה שמו בכוונה מחמת בוריו ולא מחמת חולי שהיה לו להקדים שם דיודא לשם דלוי כדפרישית לעיל מתוך הפוסקים וגם תלמוד ערוך בפ' השולח אלא אפילו יהיה האמת שנשתנה מחמת חולי כו' ע"ש וא"א דבנשתנה מחמת ד"א ס"ל דהראשון עיקר א"כ ל"ל למנקט מדברי הפוסקים והתלמוד שהבאתי לעיל שכוונתו על מה שכתבתי לעיל בשמם שצריך לעשות מקום הנתינה עיקר ועל מקום הכתיבה דמתקרי תיפוק ליה דאפילו היה הכתיבה והנתינה במקום אחד ונשתנה שם מכל מקום כיון שהשנוי מחמת ד"א שם הראשון עיקר וה"ל למנקט רבותא דאף בכה"ג היה לכתוב שם דיודא תחלה שהוא הראשון אע"כ דבכהאי גוונא שם השני עיקר אף בשינוי מחמת דבר אחר ומכל מקום בסי' פ"ו גבי אלי' בלי' פשיטא דאין ראיה כלל דהא כתב שם להכשיר בדיעבד בשם אלי' לחוד לפי שידוע לבני מקום הנתינה שג"כ שמו אלי' והוי ככינוי דכשר כשהוחזק במקום הכתיבה והנתינה ומ"ש שלכתחלה יש לכתוב אלי' דמתקרי בלי' או המכונה היינו ששם הקודש עיקר אבל בלא"ה אין סברא כלל לומר ששם הראשון עיקר ע"ש באורך. ומ"מ מ"ש הרמ"א בסוף התשובה ותדע דהא מהרי"ק קרא תגר על מי שכתב לוי יהודא בלא דמתקרי אעפ"י שלא היה שינוי מחמת חולי רק שלא יכירו אותו כההיא מעשה דאסתר פעסלן כו' משום דכיון דמהרי"ק סבירא ליה שאין לכתוב שניהם יחד שלא יסברו ששמו כך בשני שמות כפולים אם כן אף בכהאי גוונא שנשתנה באותה העיר מחמת דבר אחר גם כן אין לכתוב בלא דמתקרי מהאי טעמא וזה מבואר ממה שהאריך להוכיח דהך דהגהת סמ"ק פי' שכותבין קודם ע"י דמתקרי והרי הגהת סמ"ק מיירי בנשתנה מחמת חולי במקום הנתינה וא"כ כיון דסבירא ליה דאין לחלק בין הגהת סמ"ק דמיירי בנשמ"ח לכאן כדמשמע מדבריו אלמא דאף בנשתנה מחמת דבר אחר אף במקום הנתינה יש לכתוב דמתקרי למהרי"ק. ומ"ש

הב"ש ראיה מתשובת רמ"א ומהר"מ מינץ וכוונתו למ"ש בסי' ל"ז וז"ל ול"ל דהאחרון עיקר כמו נשתנה מחמת חולי ז"א דדוקא התם השם האחרון ניתן לו לשינוי מזלו לטובה דשינוי שם שינוי מזל ודעתו לעקור הראשון ממנו משא"כ כיון מה שקורין אותה זעמיל ע"ש היופי אינו ברצונו ואדרבה לא ניחא ליה כדפרישי' לעיל ועוד דלא בא רק להוסיף ע"ש הראשון מחמת יופי ולא לעקור שם הראשון הלכך שם שקורין אבהתנא היא עיקר השם עכ"ל. הנה מתירוץ בתרא מבואר להיפך דכל היכא שהשם השני אינו נוסף רק עוקר שם הראשון וקובע השני לעצמו השני עיקר יהי' מאיזה טעם שיהי' עכ"פ הוא משליך שם הראשון וקובע לעצמו שם השני ואפילו לתי' קמא דמשמע דוקא מחמת חולי מכל מקום דוק מסיפא איפכא דדוקא כשנשתנה מפי העולם שלא ברצונו אבל אם משנה שם לעצמו מה לי מחמת חולי מה לי מחמת דבר אחר ולא הוצרך לומר דהתם ניתן לו לשנות מזלו אלא לברר דעכ"פ ניחא ליה ודאי בשני ולעקור הראשון מחמת טעם זה וה"ה היכא שמחמת טעם אחר ניחא ליה בהכי גם כן השני עיקר:

איברא באמת ק"ל איפכא על מ"ש הב"ש דרמ"א בתשובה כתב דבתרא עיקר וכן מוכח בש"ס גבי יוסי וקורין לי' יוחנן כו' לכן פסק רמ"א באסתר ונשתרבב שמה מלכה ע"י צחוק דכותבין מלכה דמתקרי אסתר כו' ולענ"ד אין ראיה משם כלל דרמ"א התם מייתי הך דאסתר מלכה לראיה לענין שכותבין דמתקרי' אף בשינוי מד"א דלא כיש מי שרצה לומר דבשינוי מחמת חולי וד"א ל"ש לשון דמתקרי אבל לענין דשם בתרא עיקר אין משם ראיה שהרי סיים שם בס"ג שלבסוף קראו אותה מלכה לבד וכן קראו אותה כמה שנים ע"ש וכן העתיק לשון זה בד"מ וכתב ע"ז וז"ל וכ"כ לעיל דהולכין בזה אחר עיקר השם ואפשר דהך וכ"כ הוא ר"ת וכבר כתבתי ור"ל דיש לילך אחר עיקר השם שנקראת אסתר וא"כ לא קי"ל הכי ואפילו תימא דר"ל וכן כתבתי לעיל כו' מ"מ היינו משום דלבסוף קראוה מלכה לחוד ומצאתי בב"ש מהדורא קמא ס"ק כ"ו שכתב וז"ל וצ"ל דשם מיירי דרוב העולם קראוה מלכה אז מקדימין שם מלכה וכ"כ בסוף התשובה פעסלן אסתר כו' עכ"ל ומ"ש דרוב העולם כו' אע"ג דשם משמע דכולם קראוה כן סבירא ליה דעכ"פ פורתא קראוה אסתר דאל"כ לא היה להזכיר שם אסתר וכמ"ש גם כן לענין ההיא דפעסלן אסתר אבל כבר כתבתי דז"א מוכרח לפמ"ש מהר"מ מינץ בשם מהרי"ו בעובדא דרחל טוקל ומ"מ בזה הדין עמו דודאי ברובא סגי ומ"מ רובא בעינן משא"כ מחמת חולי דשני עיקר אף בפורתא ולזה כיוון גם במהדורא בתרא ס"ק ל"ג במ"ש והיינו כמ"ש בסמוך ור"ל דבס"ק לא כתב בזה דאזלינן בתר רובא אמנם מ"ש הב"ש וראיה לזה מש"ס יוסי וקורין יוחנן ופי' הרא"ש שהיו מחליפין שמותיהן ומבואר דמקדימין שם האחרון ובמ"ק

סיים והיינו הואיל ורוב העולם קורין כך לענ"ד ז"א דהתם מיירי דבמקום הכתיבה קורין יוסי ובמקום הנתינה יוחנן או להיפך ובכהאי גוונא מקום הנתינה עיקר ומקום הכתיבה טפל ואין מונין בו ראשון ושני כלל רק דבמקום נתינה עיקר לגבי מקום הכתיבה ותמהני מ"ש דבש"ע איתא דמקדימין שם האחרון דאדרבה מבואר שם שבמקום הנתינה תליא מילתא כמ"ש באשר"י ושאר פוסקים סוף דבר שדברי הב"ש בס"ק זה צ"ע בעיני:

והדרינן למ"ש דקשה על מהרי"ו שכתב אסתר פעסלן והיינו משום דקמא עיקר וא"כ למה לא כתב על השני דמתקרי' ובאמת יש מקום לומר דמהרי"ו בשעה שכתב הגט הזה היה מחזיק בסברא דאף בנשמ"ח א"צ לכתוב דמתקרי אי רגילין לקרות בשם הראשון וכמש"ל בשם ס"ג כ"י שהשיב כן למהר"ד הי"ד ולכך לא כתב גם בזה דמתקרי ואולם אח"כ שלח גט וכתב יהונתן דמתקרי נתן כו' ומשמע דחזר בו וס"ל דבנשמ"ח כותבין על הב' דמתקרי והכי ס"ל למהר"א שליצשטאט ולכך הוצרך ליתן טעם משום שלקחה לעצמה שם זה:

אמנם אפילו תימא דמהרי"ו כתב הך גיטא אחר חזרה דבנשמ"ח כותבין דמתקרי וכדמשמע מדבריו בתשובה סי' קפ"ב מכל מקום לפמ"ש רמ"א דמיירי שלא בפניה קראוה בשנים יחד א"ש דאזלינן בתר הקריאה בפי העולם ולכך לא כתב דמתקרי בהא נחיתנא ובהא סליקנא דמלתא דפשיטא שאין כאן מקום לכתוב דמתקרי שהרי אפילו בנשמ"ח או בשינוי מחמת ד"א איכא כמה רבוותא דסבירא להו שאין לכתוב כל שנקרא בשניהם יחד אם כן פשיטא דבכהאי גוונא שנקרא בשניהם ועולה בשני שמות הקודש וזה שמו אשר נקראו לו ביום שנכנס לברית שהוא שם עצם ודאי פוגם אם כותבין דמתקרי ביניהם דאיכא למיחש טובי חששות מלבד מה שכתבתי שאין מקום לכתוב דמתקרי זאב כיון שמעולם לא נקרא בו לבד ומי שרוצה לפרש דמתקרי זאב פירוש שנקרא גם כן אין שומעין לו נגד משמעות הלשון שאינו יוצא מידי פשוטו שנקרא זאב לחוד. ויש מי שרצה להביא ראיה ממ"ש בתשובת מהרי"ו סי' קפ"ב שכתב במי שהיה שמו יוסף ונשתנה שמו ישראל על ידי חולי והכל קורין אותו ישראל רק כשחותם חותם יוסף ישראל וכן כשעולה לתורה וכתב מהרי"ו ונראה דישראל הוא עיקר השם וכותבין ישראל דמתקרי יוסף כו' ע"ש ואם כן מוכח דמתקרי יוסף פירושו שנקרא יוסף ג"כ בצירוף שם ישראל. ולענ"ד אין לתלות בוקי סריקי במהרי"ו ז"ל חדא דאם נאמר דהך דמתקרי יוסף קאי על עלייתו לתורה שבעלייתו נקרא יוסף גם כן אם כן על כל פנים הוא אחרון ונהפוך הוא שבאמת עולה וחותם בשם יוסף קודם ואין לפרש דמתקרי יוסף

קודם לשם ישראל לענ"ד זה אין הדעת סובלתו מלבד דהא מלתא גופא שיהא פירושו שנקרא יוסף גם כן אף שיתפרש שנקרא לא מצאנו בשום מקום כלל:
אמנם דברי מהרי"ו נכונים דבנשמ"ח שפיר כותבין כיון שהשני ניתן בפ"ע ונקרא בו לבד קודם החולי וגם אחר כך נקרא לפעמים בו לבד שפיר כתבינן עליו דמתקרי ואף דמשמע מלשון מהרי"ו דהכל קורין אותו ישראל מכל מקום שפיר שייך לכתוב דמתקרי בכהאי גוונא כיון שהיה נקרא בשם יוסף וכמ"ש בסימן ט"ז בהג"ה וז"ל וי"א דמי שיש לו ב"ש אם רגיל בשניהם ומכל מקום הא' הוא יותר עיקר כותבין פ' דמתקרי פ' ואם אינו רגיל בשני כותבין דמתקרי עכ"ל ומקורו מס"ג למהר"י מרגליות כ"י ולפי שרבים גדולים גמגמו בזה עד שתלו הדבר בט"ס ראיתי להעתיק פה לשון אא"ז בס"ג שלו סימן למ"ד וז"ל ראיתי גט מריינוס שכתב מהררז"ך ור' אליעזר בן מהר"ן מאיגרא מלכה דמתקריה אסתר ונמצא גם במגלה של תרגום ב"פ מרדכי ואסתר על מרדכי דמתקרי ועל אסתר דאתקרי' והיא תימה קצת מ"ט כותבין בגיטין דמתקרי ודמתקרי' במ"ם ובתרגום כתב דאתקרי' ואמר מהררז"ך וכן נ"ל דדוקא גבי אסתר דהוחזקה בב' שמות אסתר והדסה שייך לכתוב דאתקרי' בא' וכן דאתקרי אבל כשיש ב"ש וחד רגיל והוחזק וחד אינו רגיל שייך דמתקרי' במ"ם כלומר כך היה שמה מתחלה אבל לא עתה והאשה הזאת היה שמה אסתר וע"י צחוק קורין אותה תמיד אסתר המלכה עד לבסוף הוחזק שמה וקריאתה בפי כל מלכה לבד וכן רגילה כמה שנים עכ"ל והעתיק גם כן בס"ג של מהר"מ חריף זקינו של הגאון מהר"מ חריף אב"ד דק"ק לבוב וז"ל מ"ט כותבין בגט דמתקרי' ולא דאתקרי' כמו שהוא בתרגום ואמר מהררז"ך כו' אבל כשהא' מהשמות אינו רגיל שייך דמתקרי' ר"ל כבר כלומר כך היה שמה מתחלה עכ"ל והועתק אח"כ בס"ג של אא"ז הגאון מוהר"ר אברהם שרענצלס בלשון זה והנה מזה מבואר שאין כאן ט"ס כלל ברמ"א אולם יש שרצו לדחות דברים אלו מהלכה לפי שמצינו בתרגום נביאים להיפך וכך הוא משמעות הלשון דאתקרי' הוא עבר דומתקרי הוא לשון הוה ואמנם לפי ענ"ד אפילו לו יהא כן דלא קי"ל כסברא זו מכל מקום כיון דדעת הרמ"א כן הוא עכ"פ ומוצאו מס"ג של מהר"י מרגליות והוא דעת מהרז"ך ומהר"א בן מהר"ן מאיגרא שהיה בדורו של מהרי"ו אם כן מאן לימא לן דמהרי"ו לא ס"ל כוותייהו ולכך כתב דמתקרי יוסף דהיינו שנקרא כבר ולא עתה משא"כ בנ"ד שמעולם לא נקרא בשם זה לבד ועוד דע"כ אין הכרח מלשון התרגומין אלא דאתקרי הוא מורה על העבר וכך הוא באמת משמעות הלשון בזה ודמתקרי פירושו הוה ג"כ וזה ודאי גם רמ"א וסייעתו מודים דמתקרי פירושו דנקרא כך לפרקים כמבואר בכל הפוסקים לכתוב מרים דמתקרי שרה אבל מכל מקום לשון כזה שייך גם על העבר

וזה מוכרח לדעת קצת פוסקים לכתוב שם שנשתקע ועכ"פ היכא שידוע שהיה לו עוד שם אלא שנשתקע עיין בג"פ ובשו"ת מהר"מ מינץ סי' ס"ד שהובא בספר שמות שכתב רחל דמתקרי' צפורא דמתקרי ברריינה הרי להדיא דאף בכהאי גוונא שלא נקרא עתה כלל בשם זה כותבין דמתקרי והיינו שנקרא כבר ולא עתה וע"כ דמתקרי עיקר פירושו שאין נקרא בתדירות כן רק לפרקים הוא נקרא בשם זה עכשיו או מכבר היה נקרא כן ואם כן פשיטא שדברי מהרי"ו נכונים לכתוב דמתקרי בכהאי גוונא:

אמנם באמת לדחות הך סברא שכתב מהרי"מ בשם מהרז"ך וכתב שכן נ"ל וגם רמ"א הביאה ולא חלק עליו קשה בעיני מאוד שהרי דברי אא"ז רמ"א בכל יום אנו מחבבין דבריו להלכה ומהרז"ך וחבירו מימיהן אנו שותין ברוב דיני גיטין אשר הביאם מהר"א מרגליות בלקוטים אשר ממנו תוצאות טיב גיטין אשר סידר רמ"א ולא ניחא למרנן דנימא הכי ששגו בדבר זה שהוא פשוט כמעט אף לתינוק שיודע ספר יכול לדבר בלה"ק וכל הש"ס מלא מזה שאלף הוא משקל פועל עבר ומ"ם הוא משקל פועל בינוני ואיך נאמר שנעלם מעיניהם וסרסו ודרשוה בהיפך ממה שהוא. אולם לענ"ד ברור דהנך גאונים רוח ה' דיבר בם ומילתם על לשונם ואין נסתר מנגד עיניהם רק שפתם ברור מללו דדוקא אסתר כו' שייך דאתקרי אלא שקיצרו כדרכם של חכמי אשכנז הללו לכתוב כל דבר בקצור מופלג ולסמוך על המעיין הדק היטב וכוונתם בזה נלענ"ד דהנה ודאי אין מקום לומר שתיבת דאתקרי מורה על העבר לומר שכבר היה נקרא ועתה אין שמו עליו הא וודאי ליתא ומתרגום ישעיה סימן מ"ג דאיתא שם בפסוק כל הנקרא בשמי הא בדיל צדיקיא דאתקרי שמי עליהן שמשם מבואר דאתקרי הוא לשון עבר משם גופא יש ראיה שאין פירושו דעכשיו אין נקרא כן שהרי הוא דבר הוה גם עתה שאותן צדיקים נקרא שמו עליהן ועוד לא סר מעליהן וכ"מ לכל מעיין בזה"ק והתיקונים ימצא לאלפים ורבבות פעמים דאתקרי כמו ה' דאתקרי צבאות וכדומה ואין ספק שפירושו שנקרא כן מקדם ומן הוא והלאה כך נקבע שמו שיהא נקרא כן וכדאמרינן בברכות דף ל"ד מיום שברא הקב"ה את עולמו לא היה אדם שקראו להקב"ה אדון עד שבא אברהם וקראו אדון כו' הרי מבואר נגלה דפי' דאיתקרי היינו שנקרא כך פעם א' ונשאר בו בקביעות ולכך שפיר כתב דאסתר והדסה שהוחזקה בשניהם שייך דאיתקריא ר"ל שניתן לה שם הדסה ולא פסק ממנה גם עכשיו לקרותה בשם זה ואם כן כשבעל הלשון רוצה להשכיל את הקורא שיבין מלשונו שנקרא כך לפרקים לא יספיק לשון דאיתקרי שהרי ע"כ לא בא להודיענו מה שהיה בזמן העבר בלבד דמאי דהוה הוה אע"כ שר"ל שנתנו לו שם זה וגם עתה כן הוא ואין ביאורו בל"א דאתקרי ער איז ווארין גירופין שיהיה משמעו שעכשיו

אין קורין לו כך רק פירושו דאתקרי בל"א דער וואש מן האט אים אין נאמין ניגעבין ומנין ישכיל הקורא שאין נקרא בו קביעות מה שאין כן תיבת דמיתקרי' ושהוא משקל בינוני שהרי מתפרש וואש ווערט גרופין והיינו שהיה נק' כך לפני איזה זמן בקביעות ועתה אין קורין אותו בקביעות בשם זה רק שנקרא כן לפעמים לבד ועיקר הקריאה קאי על העבר זה נלענ"ד ברור בפי' דברי הגאונים ז"ל ומצאתי לדודי מ"ו הגאון פאר הדור המפורסם מהורר סענדיר נ"י אבד"ק סאטנוב שכתב בתשובה א' להסביר דברי הגאונים ע"ד שכתבתי ותיתי לי שכוונתי לדעתו אף שהוא בפנים אחרים קצת ואם כן דברי מהרי"ו ז"ל נכונים שכותבין דמתקרי יוסף ע"ש שהיה נקרא כבר וגם עכשיו הוא נקרא בשם זה גם כן על כל פנים משא"כ בנ"ד שמעולם לא נקרא בשם זה בלבד כגון בשמות הלידה:

ובר מן דין אין ראיה כלל ממהרי"ו דמאן לימא לן דהתם לא היה נקרא אף עכשיו לפרקים יוסף ואע"פ שכתב שם שהכל קורין אותו ישראל הרי גם בעובדא זה דס"ג דנשתרבב שמה מלכה והורגלה בפי כל כך דאהאי עובדא כתבו דמתקרי אסתר היינו שהיה שמה מתחלה ולא עתה כתב הב"ש שע"כ שם עתה היתה נקראת כן לפעמים וכן בעובדא דפעסלן אאסתר אית שם ג"כ שהכל קראו אותה פעסלן וכתב הב"ש שע"כ לפעמים קראו אותה אסתר ג"כ וא"כ בעובדא דמהרי"ו אע"פ שי"ל דכה"ג שעולה לס"ת בשם יוסף ל"ה נשתקע אף שלא נקרא בו לחוד מ"מ י"ל דבאמת היה נקרא לפעמים גם בו לבד ומ"ש והכל קורין ישראל לאו למימרא שלא נקרא שוב כן אף בשכלי הדיוטות ומכל שכן בגט שחששו הרבה לא לכתוב כלל בשם יוסף אף לפרקים דאין זה רגילות כלל בנשמ"ח שישתקע שם ראשון לגמרי רק דאתי למימר ששם ישראל מורגל הרבה בפי העולם ולכך יש לכתוב אותו תחלה וכמו שסיים שם כ"ש הכא שעיקר השם ישראל וגם קורין אותו כך וע"ש שלענ"ד פשוט כמ"ש אבל לפרש דמתקרי ישראל היינו שנקרא ישראל ג"כ הוא דבר תימה כמ"ש דאיך נאמר הכוונה כך וקאי על מה שעלה לתורה וחותם הרי הוא עולה וחותם ישראל יוסף ומצטרך לדחוק שיעור הלשון שנקרא ישראל ג"כ קודם ליוסף ולא מצינו לשון דחוק וסתום כזה שיהא ראוי לכתוב לשון ברור שירוץ כל הקורא בו ובלא"ה אין משפט הלשון סובל לפרש דמתקרי היינו שנקרא ג"כ בצירוף השם שלפניו אלא כוונת מהרי"ו דמתקרי יוסף והיינו שנקרא יוסף לחוד ולכך שפיר כתב מהרי"ו שם וגם אין כותבין יוסף ישראל בלא דמתקרי עכ"ל ואם איתא שעיקר כתיבת הב"ש הוא משום שכן עולה וחותם א"כ איך יהפך הסדר שהרי כתב שהיה עולה וחותם ישראל יוסף אע"כ האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי רק דהוי ס"ד לכתוב בלא דמתקרי ושם החולי

תחלה כמ"ש מהרי"ק שהמסדר טעה בזה בהגהת סמ"ק מ"ש וכותבין אותו קודם היינו ששם החולי תחלה וכמ"ש מהרא"י שי"ל כן לכאורה ולכך כתב מהרי"ז שאין לכתוב כן רק צריך לכתוב דמתקרי כמ"ש מהרי"ק ומהרא"י:

ואמנם אף אם היה הלשון סובל לפרש כן אין לכתוב בגט כל שפשיטות הלשון לא משמע הכי ודבר זה מתורתו של הר"ן למדנו שכתב בתשובה סימן מ"ב גבי ממתא מיורקא שאע"פ שנוכל לומר שהכיוון א' בין שיכתוב דממתא ובין שיכתוב פ' דמיורקא ושגם בשכתב דממתא הוא ע"ד היחוס לא ע"ד שם עירו כיון שהורגלו ההדיוטות לכתוב בלא דממתא ע"ד היחס וממתא ע"ד שם עירו בכגון זה צריך לדרוש שם ההדיוט וכיון שכן נמצא שזה שינוי שם עירו כו' וכ"כ לבסוף ועוד שזה שנכתב דממתא אין פירושו על מקום לידתו שכשהסופרים כותבין מלה זו מתכוונים בה על עיקר מקום דירתו והו"ל שינה ופסול כו' עכ"ל. ומעתה פשיטא דבנ"ד אין לכתוב דמתקרי בין ב"ש ויתפרשו ע"ד זה שהרי אין לשון הדיוטות סובל לפרש דמתקרי זאב היינו בצירוף שם אליעזר וגם לא מצינו כיוצא בזה בכתובים ולא בש"ס ודבר ברור שאין לכתוב כן ואמנם לכתוב אליעזר המכונה ליבר מאן זאב המכונה וואלף בלא דמתקרי ביניהם לכאורה נראה דאי כתבינן הכי אין חשש כ"כ כיון שידוע לכל שבשמות הקודש הללו הכתובים בגט הוא עולה לתורה ובשמות הכנוים שהוא נקרא וע"כ נדע דזאב קאי אמה שלפניו דהיינו שם אליעזר שאין לפרש דכוונתו המכונה ליבר זאב המכונה וואלף היינו שיש לו ב' כינוים האחד ליבר זאב והאחד וואלף דא"כ היה לו לכתוב והמכונה וואלף וכמ"ש מהר"מ מינץ סימן ל"ז המכונה זעמיל והמכונה זעמל וכ"כ בס' השמות בשם שמריה בשם תשובה מהר"י ז"ל וכנראה הוא מתה"ד ואפשר הוא מהר"י ברונא וראיתי בנ"פ אות ק"ב שכתב כתב בס"ש בשם מהרי"א ז"ל וא"כ הוא בעל תה"ד שכתב על גט שנכתב אליעזר שמריה המכונה שמערלין כו' ואפילו אם כתב דמתקרי למה הוצרך לכתוב המכונה שמערלין פשיטא דעדיף מיצחק חקין ואם נדחוק דהוצרך לכך מחמת שם אליעזר דלגביה ההיא שם כינוי גמור הוא אי יהיבנא ליה חילוק זה א"כ היה צריך ליכתוב אליעזר דמתקריה שמריה והמכונה שמערלין כי היכי דליקים הכינוי על אליעזר דצריך ביה לא על שמריה דלא צריך ביה עכ"ל. וא"כ ה"נ דכוותי' כיון דנימא שהך המכונה וואלף הוא ג"כ כינוי לשם הראשון דהיינו אליעזר א"כ היה צריך לכותבו בוי"ו הנוסף כי היכא דליקום הכינוי על אליעזר:

ואמנם בס"ש בשם משה כתב אהא דמשה דמתקרי יהודה והמכונה ורימן כתב בשם ס"ג שכתב בשם מהר"א על ההוא גט שסברת המסדר שכתב והמכונה בוי"ו דהא בנידון

זה נשתקע שם הכינוי אפילו מיעוטא דמיעוטא אין קורין אותו ורימן לכך סבור לכתוב והמכונה ר"ל בשכבר וקאי על דמתקרי כו' עכ"ל מ"מ פשוט לענ"ד דמודה בנ"ד שיש לכתוב והמכונה וכמ"ש מהר"מ מינץ מדכתבינן ועל נהר פ' ודוקא התם שעל שם הראשון כתב דמתקרי ועתה בא לכתוב המכונה לומר ששם זה כינויו כך הלכך אם איתא שגם עכשיו הוא ורימן שפיר כותבין המכונה על שם של עכשיו ששם של יהודה נעקר ממנו ואין נקרא בו רק לפרקים משא"כ בשם הכינוי ורימן נשאר במקומו ולכך ס"ל לכתוב והמכונה בוי"ו העיטוף דהשתא קאי אדמתקרי הסמוך לו לומר כמו ששם יהודה הנקרא בו נעקר ממנו ואין נקרא בו עכשיו כמו כן הכינוי ורימן אינו מכונה בו עכשיו רק היה מכונה בו משא"כ כאן שנכתב על הראשון שאין זה עקירת שם רק כינוי בלבד פשיטא שיש לכתוב על השני והמכונה להורות שיש לשם אליעזר שני כינוים:

וראיתי בדברי חותן גיסי הרבני החריף מו' משה וואלף נ"י שכתב דההוא עובדא דב"ש הוא מה שהובא בישו"ש גיטין דדעת מו' ישראלין לכתוב והמכונה ורימן משום דאף אחר חליו כשנקרא משה היה מכנין אותו ורימן כו' ולא כמ"ש בס"ש עכ"ל ובאמת אין זו סתירה לס"ש דודאי מהר"י ברונא שהביא הישו"ש הוא חולק על מהר"ח הנ"ל שהביא בס"ש וזה מבואר שדעת מהרי"ב כך הוא ממ"ש בס"ש גופיה בשם שמריה בשם מהר"י ז"ל והוא כדברי הישו"ש והס"ש באות מ"ם מציין עיין לקמן בשם שמריה וכן בשמריה כתב עיין בשם משה ורימז למ"ש דההיא דמהר"י פליג על מהר"ח הנ"ל דאיהו ס"ל שלא היו קורין אותו אחר חליו כך ומהרי"ב ס"ל להיפוך וטעמא דמהר"ח דס"ל דמתקרי משמע שכך היא נקרא מכבר והמכונה קאי ג"כ על דמתקרי דהיינו שהיה נקרא כבר ומכונה כבר והוא מורה על הסמיכות ומ"ש בג"פ ס"ק צ"ז וס"ק ק"ב לא ידעתי איך משמע כן לעבר הטעם פשוט כמ"ש ומבואר שם דקאי על דמתקרי דפירושו על לשעבר ומשמע מדבריו דגם על שם שאין קורין בו עכשיו כלל שייך דמתקרי דהיינו שנקרא כבר ולא עתה ולכאורה זה נכון לפי מה שכתב הס"ש שם שהמשיב היה מהרז"ך ז"ל וא"כ מהרז"ך לטעמיה אזיל כמ"ש לעיל שכתב בס"ג בשמו בעובדא דאסתר מלכה ע"ש ואין להאריך:

ואמנם מ"ש הוא אמת דאף למהר"ח ל"ש האי טעמא רק לענין דמתקרי אבל גבי המכונה פשיטא דבכה"ג שיש לו ב' כינוים יש לכתוב והמכונה אך במהר"ם מינץ כתב הטעם שיש לכתוב והמכונה כמו דכתבינן על נהר פ' ועל נהר פ' ע"ש שנראה מדבריו דאי לא הוי כתבינן ועל היינו יכולין לטעות שנהר א' יש לו ב"ש ונקרא לפעמים בזה ולפעמים בזה ולכך כתבינן ג"כ המכונה זלמן והמכונה זעמיל דאל"כ יש לטעות ששניהם שם

כינוי של שם לה"ק שלפעמים מכונה בזה ופעמים בזה וז"א דזעמיל אינו כינוי לשם הקודש רק כינוי בעלמא ע"ש היופי ע"ש וא"כ כ"ש בנ"ד אין לכתוב אליעזר המכנה ליבר זאב המכונה וואלף דנוכל למטעי ששניהם שם כינוי של אליעזר שלפעמים מכונה בזה ופעמים בזה והתם שכותבין והמכונה לפי שזעמל הוא כינוי אחר ע"ש היופי ואפ"ת שאין לתלות בטעות כזה כיון דלא אשכחן שוואלף יהא כינוי לאליעזר מ"מ י"ל שיטעו שיש לו ב"ש א' אליעזר בכינוי ליבר והב' בכינוי וואלף ואע"ג דבכה"ג יש לו לכתוב דמתקרי מ"מ עבידי דטעו בהכי שכן דעת ב"י באמת לכתוב בלא דמתקרי בכה"ג שהרי כ' דמהרא"י לא פליג אמהרי"ק דמהרא"י מיירי שיש לו ב' שמות במקום א' וכמש"ל בזה ואפשר דאף לדינא אם מקצתן קורין כך ומקצתן כך והוא פלגא ופלגא באופן שאין כאן עיקר וטפל שפיר דמי לכתוב בכה"ג אף לדעת רמ"א שאין לחוש שיאמרו שהוא מבני אדם שיש לו ב"ש כפולין שהכינוים המפסיקים בין השמות מורים שכ"א הוא שם בפ"ע דאם איתא ששמו כפול היה לו לכתוב שניהם יחד זא"ז וא"כ היכא שכותבין בהפסק הכינוים ודאי יש לחוש שיאמרו שהם שמות מחולקין וגם יש לחוש שיסברו שמא לקח לעצמו שם זאב וכינוי וואלף ולכך כתב הראשון אליעזר המכונה ליבר שהוא שם הלידה ואח"כ נכתב השם שלקח לעצמו דבכה"ג א"צ לכתוב דמתקרי וכעובדא דפעסלן אסתר ויש להם סעד לטעות בכך ממה שנכתב כל שם בפ"ע בכינויו הלכך אין מקום לכתוב כן:
וגם כי יש לחוש לטעם שכתב הלבוש באם כותב ראובן שמעון שיסברו ששניהם הם המגרשין ואע"ג דבאם שמו מלידה ראובן שמעון כותבין כן ש"ה דלמה יתלו לומר דשנים הם כיון שיש מי ששמו כפול משא"כ בזה שנכתב בשינוי קצת ממה שדרך לשון הדיוט לכתוב במי ששמו כפול כה"ג כבר כתבתי לעיל בשם תשובת הר"ן דבכה"ג דורשין לשון הדיוט ותלינן בטעות דאיכא למיטעי ואע"פ דמהרי"ק ז"ל לא כתב הך טעמא שכתב הלבוש אפשר לומר שבא ליתן טעם דפסול אף במקום שאין דרך שיהא ב"א בשמות כפולין שהרי עיקר טעמא דמהרי"ק מבואר שם לפי שנמצא הרבה ב"א ששמותיהן כפולין ע"ש ובזה היה אפשר ליישב ג"כ דלא פליג מהרא"י אמהרי"ק דמהרא"י מיירי לפי מנהג מדינתו שלא היו רגילין כלל לקרות שום ב"א בב"ש וכמ"ש בתוס' סי' מלשון מהרי"ל ונחלת שבעה שלא נשתרבב זה באשכנז אלא בדורות אחרונים ולפיכך לא חשש לשמא יאמרו שנקרא בשניהם וס"ל דלכך נהגו באוסטרייך לכתוב בלא דמתקרי לפי שעולה לתורה בשניהם ואין לחוש שמא יסברו שנקרא בשניהם כיון שלא היה מנהגם בזה כלל וכן מצאתי בישש"ש סי' כ"ד שכתב ואם היה בא מעשה לפני הייתי מצווה לכתוב שניהם בלא דמתקרי כי אז ירגישו שבא מ"ח דאל"כ איך דרך ב"א להיות לאדם

ב"ש כא' כו' ונראה מדבריו שזה דעת מהרא"י ע"ש ולא חששו לשמא יאמרו ששניהם הם המגרשין והלבוש כתב הך טעמא דנ"מ אף במקום שאין דרך לקרות בב"ש כפולין אפ"ה פסול מה"ט גם י"ל דמה"ט אף אם עולה בשניהם אין להכשיר רק בדיעבד דוקא דיש לחוש ללעז כה"ג וא"כ בנ"ד יש לחוש זה כמ"ש:

ובר מן דין נ"ל להמציא דבר חדש ואף שלא נזכר בפוסקים הנה אמת נכון הדבר בסברא וחיך אוכל יטעום שהרי לא עבידי אינשי דמגרשי בצנעא דהא דאמרינן בכתו' כ"ב קמ"ל דעבידי אינשי דמגרשי בצנעא היינו דזימנין דמתרמי הכי וגם כבר כתבתי בתשובה סי' דהתם טעמא משום דכיון דאיכא עדים שאומרים שגרשה א"כ תלינן שאלו האומרים לא ראינו שנתגרשה לפי שהוא גירשה בצנעא משא"כ בסתמא אמרינן בב"ב אם איתא דגרשה קלא איתא לה למלתא וקי"ל התם דף קל"ד דיש לה וכ"כ בסדר הגט סס"י קנ"ד שיש ליתן בעשרה לפרסומי מלתא ולפ"ז אם יכתוב אליעזר המכונה ליבר יש לחוש ששוב לא יתנו לבם לשמוע יותר ויסברו שכך שמו של המגרש זה עד כאן ותו לא ולפעמים באמצע הקריאה יצא לחוץ ויסבור שאין זה בעלה של האשה המתגרשת. ומצינו כיוצא בזה במגלה דכ"ב והכי קי"ל דאין מתחילין ואין משיירין בפרשה פחות מג"פ וטעמא משום הנכנסין והיוצאין ואע"ג דהתם איכא סברא דיוצאין ל"ש דמנחי ס"ת ויוצא אפ"ה אמרינן דאין משיירין משום דמיקרי ונפיק וא"כ כ"ש דבגט כה"ג יש לחוש מבני מחוזא דניידי ועיילי ונפקי ואיכא לעז ומכ"ש אם יכתוב דמתקרי דאיכא לעז כה"ג ול"ד לשמ"ח שכותבין שם החולי בגט ועל הב' כותבין דמתקרי אע"פ שאינו רגיל בו משום דהתם כיון דמ"מ נקרא בו לפרקים ליכא למיחש כיון שבני מקום הנתינה יודעין שזה שמו אשר יקראו לו לפרקים ומה"ט באמת אם כתב שם שנשתקע פסול כיון שאותו שם אינו ידוע כלל חוששין ללעז. ובאמת צ"ע לענ"ד מ"ש הב"ש ס"ק ל"ד בשם מהרש"ל דמכשיר אם המסדר כתב למקום נתינה שנשתנה שמ"ח וכ"ה באמת ביש"ש סי' ק"ד וז"ל אם לא שכתב המסדר גט זה לנותני הגט והודיע להם שנשתנה שמ"ח כו' ובאמת שזה תימא לענ"ד דאטו בנותני הגט תליא מלתא שהרי הם יודעין להמגרש והמתגרשת ועיקר חשש לעז משום בני מקום הנתינה שיסברו שהוא איש אחר וא"כ כתיבה זו לנותני הגט אין בה מועיל שלא יהא חשש לעז וגם ק"ל על הב"ש שם דהיש"ש לא כ"כ אלא לשיטתו שחולק שם על מהרי"ק וס"ל דאף בגמרא במ"א צריך להקדים השם שמ"ח ועל הראשון דמתקרי וע"ז כתב שאם אין בני מ"נ יודעין שנשתנה שמ"ח פסול שהרי הם אין מכירין השם הראשון הנכתב בגט אם לא שכתב המסדר כו' משא"כ הב"ש דקאי לשיטת מהרי"ק דבכה"ג מקדימין שם הראשון שהוא הידוע במ"נ ועל השם

שמ"ח כותבין דמתקרי בכה"ג משמע מדעת רש"ל שם דכתיבה לא בעי שאינו לעז כ"כ שבמקום שניתנו יאמרו אולי נקרא כן במקום אחר יעו"ש כמה חילוקי דינים:
ואמנם לפענ"ד כו' צ"ע דמ"מ יש לחוש לנכנסין פן ישמעו באזניהם השם השני בלבד ויסברו שאין זה המגרש ומכ"ש אם הקדימו שמ"ח וכתבו לעיקר השם דאיכא למיחש ומה מועיל כתיבה שאינו רק למתני הגט בלבד שהרי שאר בני המקום אין אתם יודע מזה כלל ושמא כוונתו דשפיר דמי למכתב הכי בגט שמ"א תחלה ולכתוב לנותני הגט שנשתנה שמ"ח ועליהם מוטל להכריז לכל באי שאר עירם לומר שהמגרש יש לו עוד שמ"ח וצ"ע:
ועכ"פ סברא גדולה הוא שאין לחלק השמות כיון ששם א' בלבד אין ידוע כלל לבני אותו מקום ואיכא לעז נכנסין ויוצאין כמ"ש וא"ל א"כ אף אם יכתוב ב"ש יחד אליעזר זאב יש לחוש שהשומע ישמע רק אליעזר לבד ויוציא לעז על הגט ז"א כיון שעכ"פ שמו אליעזר זאב וראש דבריו אמת ששמו אליעזר וכיון דידע אינש בנפשיה דלא סיימוה קמיה מידע ידעי שגם השני יכתוב אחריו רק שהוא לא הטה אוזן לשמוע מה שיהיה אחריו וכדומה אם בא באמצע ושמע קול סופר מקרא שם זאב ישער בנפשו שיפתח בשם אליעזר משא"כ אם יכתוב אליעזר המכונה ליבר זאב המכונה וואלף פשיטא שיש לחוש שהשומע ישמע ויטעה כיון ששמע שם הקודש ומה שנק' במדינה בכינויו ודאי לא יעלה על לב שיבא אחריו עוד שם שיצטרך לראשון אלא יסבור שזה שם המגר' וכינוין ואין עוד מלבדו כתיב ואיכא לעז שאין זה המגרש:
אלא שצ"ע לפמש"ל שיש מי שסובר שיש מקום קצת לכתוב שם שנשתקע היכא שלא נעקר רק השני בא מחמת חיבה אע"פ שנשתכח האחד לגמרי וכמ"ש משו"ת מהר"ם מינץ בעובדא דרחל טוקיל ואע"ג דכתב ליתן גט האחד טוקיל לבד והגט הב' שיכתוב רחל המכונה טוקיל משמע שהוא לרווח' דמלתא מ"מ קשה כיון דאיכא חשש מחמת הנכנסין כו' א"כ יש לחוש שמא יהא לעז הנכנסין לגט הב' לבד וכן ק' בכ"מ שנותנין ב' גיטין היכא דמספקינן בשמות ניחוש שמא יהא אצל א' לבד וכדאמרינן בעלמא איכא דשמע בהאי ולא שמע בהאי ואע"ג שי"ל דסתמא דמלתא כל שנותנין ב' גיטין קלא אית לה ולא אתי לידי לעז דמ"מ דוחק בעיני לסמוך על סברא ולכן נלענ"ד דודאי אין חשש לעז בפני השומע וטעה אין אנו אחראין לזה כלל מידי דהוי אנשים ועמי הארץ אשר לא יבינו ואף שזה גרע טפי שלפי דעתו אין זה המגרש בכך לא איכפת לן בהכי רק דעיקר החשש הוא כיון שהלשון הכתוב בגט יוכל להתפרש על מגרש אחר א"כ אינו מוכח מתוכו שזהו המגרש ופסול וכ"ז אם הלשון הכתוב משתמע לתרי אנפין משא"כ

אם הקורא בגט עצמו יוכל להרגיש שזה המגרש רק דאנן ניחוש להשומע ישמע ויטעה לומר דסיימתינהו לכולי או שמה דהמגרש בכה"ג ל"ח כלל להוצאת לעז בכדי ולכך אתי שפיר נמי הא דב' גיטין לעת הצורך ולא חיישינן ללעז בכהאי גוונא כיון דעל כל פנים הגט המוכשר באמת הוא מוכח מתוכו אין לחוש עוד:

ולפי זה לכאורה אף אם הלשון הכתוב בגט נמי אינו מוכח מתוכו מ"מ הא לדידן דקי"ל כר"א דע"מ כרתי לא בעינן רק לכתחלה עיין בב"ש ס"ק ך"ב ויש לי אריכות דברים בזה ולקצר אני צריך ובאמת מדברי הרשב"א ושאר פוסקים משמע בפשיטות דשפיר חוששין ללעז בני מקום הנתינה היכא שיש רגלים לטעות שזה המגרש שמו כך רק היכא שיש לפרש הכי והכי אין חשש לעז רק מטעם מוכח מתוכו וכמ"ש הריב"ש וא"כ בנ"ד יש מקום לחוש למ"ש מלבד כל הני חששות שכתבתי לעיל הלכך מחוורתא דליתא לכתוב אליעזר זאב המכונה ליבר וואלף:

ובדבר גט השני שכתבו אליעזר זאב דמתקרי ליבר מאן וואלף ולא כתבו המכונה ונתנו טעם לדבריהם שלא יבואו לטעות ששני הכינוים הם לזאב לחוד דהמכונה קאי אדסמיך ליה כמ"ש הב"ש גבי משה ליב וכיון דקאי לזאב לחוד ואליעזר אין לו שום כינוי א"כ נקרא בפי העולם אליעזר כדמשמע בב"ש שם וא"כ יאמרו דהאיש הכתוב בגט נקרא אליעזר ליבר וואלף ואין זה המגרש עכ"ד ולענ"ד לא נהירא כלל מכמה טעמים חדא דבאמת דברי הב"ש בזה צ"ע שכתב דקאי אדסמיך ליה כמ"ש בכינוי של האב ור"ל דכתב לעיל דאם כתב כינוי הבן אחר שהזכיר שם האב פסול דאז משמע דקאי על אביו ולענ"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם שפיר אמרינן דקאי אדסמיך ליה שהאב מכונה בכך משא"כ בזה דקאי על אותו האיש ואטו אמרינן שזה השם של הקודש הוא מכונה בשם לעז אנן אגברא קיימינן דהאי גברא מכונה בשם זה והכוונה שבלשון ב"א מהפכים דיבורם וקורין אותו בלשון אחר וכדאמרינן במגלה דף"ה המכונה בעריות כו' ופירש"י כינוי הוא לשון היפך שמהפך דיבורו לשבח או לגנאי והרבה יש בלשון חכמים כו' ע"ש וה"נ קאי על האדם שהוא מכונה כך בשם זה וכן מוכח בד"מ וז"ל ומצאתי בתיקון ישן שם כינוי של איש כותבין המכונה ושל אשה מכונה ונראה שאין כותבין בנקודות אלא הקריאה יהא כך וא"כ מבואר דהך המכונה לא קאי על השם רק על האיש ולכך על האשה קורין בקמץ ואם כתב מכונת כשר משא"כ אם קאי על השם אין מקום לחלק בין זכר לנקבה וכן מועתק בס"ג כ"י של אא"ז מו' אברהם שרענצלש ומהר"מ חריף שאצל אשה הוא נקוד בקמ"ץ וסי' רועה ישראל כי רועה היא וכן ישראל עושה חיל ומאמר מרדכי אסתר עושה כו' א"כ ודאי אגברא קאי וכן מוכח דהא היכא דיש למגרש ב"ש

הקודש וכינוי אחד כגון בגיטין זאב וואלף או ישכר דוב בער כתבינן בנימין זאב המכונה וואלף ול"ח לטעות שהכינוי הוא רק לזאב לבד וא"כ המגרש נקרא בנימין וואלף וזה מעשים בכל יום שכותבין כן ואין פוצה פה ומצפצף דלמא אתי למטעי בכה"ג ואף שי"ל דש"ה דלמה ניחוש לטעות כיון ששפיר מתפרש שזהו המגרש שפיר אמרינן דקאי אתרווייהו משא"כ בהאי דהב"ש נמי אמרינן שאין לחוש לטעות שיאמרו דקאי אדסמיך ליה ז"א דא"כ בנ"ד נמי אין כאן חשש כיון שנוכל לפרש דהמכונה קאי אתרווייהו כמו התם ועוד דע"כ מוכרח דהמכונה על האדם קאי ולא על השם א"כ צ"ל דהמכונה וואלף פירושו דבנימין זאב מכונים בשם וואלף א"כ המכונים מבעיא ליה דהא המכונה לשון יחיד הוא כמבואר בד"מ בשם ס"ג סימן ל' על גט שהיה כתוב כינוי המשפחה ואמר הרש"ל שהגט אינו כשר כי ע"ש המשפחה כותבין החינוך ולא המכונה כי מכונה משמע לשון יחיד וחינוך על כל המשפחה ע"ש והנה גם מלשון זה מבואר דהמכונה קאי על איש המגרש ואפשר לומר לדעת הב"ש דגם איהו מודה דקאי על האדם ואנן הכי קאמרי' כי זה האיש משה שמו ג"כ יהודה שלפעמים מהפכים אותו לכינוי ליב משא"כ בחד שם הקודש פשיטא דהמכונה קאי על האדם אך כ"ז לדרוש לשון הגט שלא יטעו בו להוציא לעז לזה כתב הב"ש דאיכא לפרושי הכי ק"ו הדברים שהרי לפמ"ש מסתבר טפי לומר דקאי על האדם ואפ"ה כתב הב"ש דכשר שי"ל דקאי אדסמיך ליה ומכ"ש שאין לפרש בנ"ד שיבוא לפרש דקאי אדסמיך ליה לפסול הגט אלא יפרשו בפשיטות דהמכונה על האדם קאי וכמ"ש ועיין במהרי"ק שורש קס"ב שכתב וז"ל וכן בע"ז ואבדתם כו' לכנות לה שם ומדאפקיה לכינוי בלשון ואבדתם אלמא דכינוי איבוד השם הוא כו' וגם כתב רד"ק שכנוי הוא כסות והעלם השם משמע לכאורה דהמכונה קאי על השם:

והנה הב"ש כ' ביעקב וואלף יש לכתוב יעקב בנימין המכונה וואלף דאז ליכא למטעי שהכינוי וואלף קאי על יעקב דא"כ היה כותב יעקב המכונה וואלף דמתקרי בנימין והנה דבריו מגומגמין שאם שיטעו דהכינוי וואלף קאי על יעקב גם כן והיינו כמ"ש דהמכונה קאי על האדם אם כן מה זה שכתב דא"כ היה כותב כו' דמה מקום לכתוב דמתקרי בנימין כיון דמשמע התם דבשמות תולדה מיירי מה מקום לכתוב דמתקרי ביניהם הרי אחד באחד יגשו ומדמתקרי לא יבא ביניהם ופשיטא דבכה"ג כותבין שמות הקודש ביחד וכותבין עליהן המכונה ועוד דמה"ת לעשות שם יעקב עיקר ובנימין לטפל לכתוב עליה דמתקרי' ואדרבה יש קצת סברא לעשות שם בנימין עיקר טפי כיון שוואלף הוא כינוי לבנימין יוציא משם העברי ע"ש בנימין זאב יטרף ודאי שהוא שייך טפי לבנימין מליעקב כי לא מצאנו בכל ס"ג כינוי זה ליעקב רק לבנימין וא"כ כשניתן לו בשעת מילתו כינוי

וואלף ודאי דקאי טפי על בנימין ואם כן למה יהא נגרע מערכו לכתוב עליו דמתקרי רק שיעקב יש לו דין קדימה לפי שכך נקרא על הסדר הזה הא חדא:

ועוד קא אמינא דא"כ לא פלטינן עדיין מחששה שהרי כתב נח"ש אח"כ במי ששמו משלם וייבוש אז אם יכתוב משלם אורי המכונה וייבוש יטעו לומר שהכינוי קאי על שניהם או על הראשון לבד על משלם והיינו שיטעו לומר ששמו וייבש אורי משום דמשמע ליה לנח"ש שלא ידעו דקאי על דסמיך ויסברו דקאי על הראשון וא"כ ה"נ כשכותב יעקב בנימין המכונה וואלף יסברו דהמכונה קאי איעקב והיינו שנקרא וואלף בנימין ואין זה המגרש ומה בין זה להההיא דמשלם אורי המוכנה וייבוש שיטעו דקאי אראשון ולכאורה היה אפשר לומר שט"ס נפל בדבריו וצ"ל דא"כ הו"ל לכתוב יעקב המכונה וואלף בנימין ולפ"ז הם אפשר לפרש כוונתו דליכא למיטעי דקאי על יעקב ר"ל על יעקב לחוד ואז נקרא שמו וואלף בנימין וע"ז כתב דא"כ הו"ל למכתב המכונה וואלף בנימין ואע"פ שאח"כ מפקפק אם יש לכתוב כן היכא שנקרא וואלף יעקב משום שיסברו שהכינוי כן י"ל דשגירת לישנא נקט ועכ"פ אין לטעות שנקרא וואלף בנימין שאל"כ לא היה כותב יעקב בנימין המכונה וואלף וגם זה דוחק וגם דאכתי תיקשי שיבאו לטעות שכינוי וואלף הוא לשניהם ולכן נכתב כן וכמו משלם אורי המכונה וייבוש:

ואמינא לפרש דברי הנח"ש באופן מרווח ומתחלה אציע ב' הקדמות לשיטת הנח"ש חדא שזה ידוע לכל שאינו מצוי כלל שיהיה נקרא מתולדה בשם יעקב עם שם לעז וואלף שאין להם שייכות כלל זולת על ידי חולי לפעמים נותנין לו שם קודש ושם לעז כמבואר בש"ע וס"ג ואז אפשר להיות כן כגון שאתה קורין לו שם חדש כי היכי דלהוי אשתני דינא ממיתה לחיים אז כל אשר ישים ה' בפי המצלאין זה שמו אשר יקראו לו דלמא מתרמי והוי בר מזליה וזימנין דמתרמי להו שם קודש ושם חול שאין להם שייכות ומסקינן ליה בשמיה. וזאת שנית ס"ל לנח"ש דודאי מי שקורין לו שם בשעה שנכנס לברית ודאי הוא אחד משני אלו או שנקרא בפי העולם בשם זה או בכינוי שלו אבל לא שכיח כלל שיותן לו מתחלת קריאתו שם קודש שלא יהיה ענינו רק לעלות לס"ת ובפי העולם לא יקרא רק בשם אחר ולא יהא נקרא בשם זה לא בו ולא בתולדותו זה ודאי מלתא דלא שכיחא כלל:

ואחר הצעות אלו דברי הנח"ש עולים יפה דודאי אין לטעות דכינוי וואלף קאי על יעקב דמה ענין ליתן כינוי וואלף ליעקב אחרי שאין שייכות זה לזה כלל וגם אין לטעות שהכינוי וואלף ניתן לבנימן ונקרא בו לבד דא"כ שם יעקב מה עבידתיה אחר שאין נקרא בו ולא בכינויו רק לעלות וזה אינו מצוי כלל בשמות הלידה כמ"ש ואם כן אין מקום

לנטות ימין ושמאל רק למיחש מבעי שמא יטעו ויסברו שכינוי וואלף קאי על יעקב וז"א כ"א שנאמר שמתחלה היה שמו בנימן בפי כל ושוב בחליו נשתנה לשם יעקב שזה יהיה קודש ושם וואלף יהיה לו להקרא בפי העולם על זה:

שפיר כתב דאם כן הוי ליה למכתב יעקב המכונה וואלף דמתקרי בנימן ששם החולי הקודש והלעז אותם יש לכתוב לעיקר ועל הראשון יש לכתוב דמתקרי כנלענ"ד נכון בפירוש הנח"ש:

ועכ"פ מבואר מדברי הנח"ש לענין כתיבת אורי כו' שי"ל דקא על שניהם או על הראשון לבד ואף הב"ש לא קאמר אלא שאין לתלות בטעות זה להביא הגט לידי פסול ואם כן פשיטא דבנ"ד אין כאן חשש לומר דקאי אדסמיך ליה ועיין בנח"ש שם מ"ש עוד באותו ענין וז"ל ועוד דאם יכתוב משלם ווייבוש דמתקרי אורי יטעו לומר דהמתקרי קאי על משלם דמתקרי ווייבוש דהא כשיש ב"ש בלה"ק והאחד רגיל והב' אינו רגיל כותבין הרגיל קודם ועל הב' דמתקרי עכ"ל והוא מגומגם גם כן ויש ט"ס וצ"ל דקאי על משלם דמתקרי אורי ווייבוש וכוונתו מבוארם דכל כה"ג אין לנו לומר שבא לעקור שם לעז שלפניו ושם קודם שלפני פניו נשאר במקומו אבל אמרינן דקאי אשם קודש שלפני פניו דשגרא דלישנא של תיבה דמתקרי אינו נופל רק על שם קודש זה עוקר וזה מניח כמבואר מראייתו שהביא לזה שכתב דהא כשיש ב"ש בלה"ק כו' ר"ל אם כן חזינן דסוג תיבה דמתקרי הוא למעוטי שם הקודש שלפניו והכי נמי דכוותיה יסברו דהך דמתקרי קאי על משלם ועוקר אותו ובא תחתיו שם קודש אורי דהיינו לפעמים נקרא אורי ווייבוש וזה ברור בכוונתו ובאמת טפי הוי מצי לאקשויי דאיך יכתוב דמתקרי אורי שהרי אין נקרא כלל בשום פעם אורי לבד שהרי לתורה עולה משלם אורי וזה ודאי פוסל וכמש"ל ועוד יש אתי פלפולים בדברי הב"ש ולאפס פנאי הוצרכתי לקצר:

ועכ"פ בנ"ד הדבר ברור כמ"ש שאין כאן חשש אליבא דכ"ע ועוד נלענ"ד ברור דאפ"ת דהמכונה קאי על השם ואם כן איכא למימר דקאי אדסמיך ליה מ"מ לא קאמר הב"ש אלא בנדון דידיה שנקרא משה ליב אז כתבינן משה יהודה המכונה ליב ואמרינן דקאי אדסמיך ליה כיון דשכיח גבן שיהא נקרא בב"ש משה ליב משא"כ אין לחוש שמא המכונה קאי על השני והוא נקרא אליעזר ליבר ליב כיון שמעולם לא שמענו מי שיהא נקרא שלשה שמות כפולים יחד מה"ת לומר שיטעו מדרך הפשוט להוציא לעז שזה המגרש שמו משונה מכל באי שער עירו שאין כיוצא בו במדינה להא ודאי ל"ח וכבר כתבתי לעיל לדעת התה"ד דס"ל דאם כתב ראובן שמעון לא פסלינן ליה ול"ח שיסברו ששמו כפול משום דע"כ ל"ק מהרי"ק אלא משום שיש הרבה ב"א ששמם כפול והיינו

לפי מנהג מדינתו משא"כ במדינת מהראי"י לא היה בנמצא מי ששמו כפול ולכך הורה דלא פסלינן ליה וק"ו הדברים שהרי שם פשיטא שמשמות הלשון נוטה לומר דחד שמח הוא ואפ"ה כשר בלא דמתקרי ואף מ"ח ומכ"ש בנ"ד שאין לחוש שדרך הישרה. יעקשו לתלות במלתא דלא שכיח כלל וכן מבואר במהרי"ק סימן פ"ו גבי אליהו כיון שאין רגילות בני אדם להיות נקרא בזה לעיקר השם רק לכינוי לבד אין לחוש ללעז ובדוקא נקט הש"ס יוסי וקורין אותו יוחנן שכן רגילות לכמה בני אדם בשם יוחנן ע"ש וכ"מ מהקונטרס דבכה"ג אין לחוש כלל ושפיר דמי לכתוב כן אף לכתחילה ואין שום חשש כלל:

ועתה אבוא לדון לפמ"ש המסדר בגט הב' דמתקרי ליבר מאן וואלף אם יש בו איזה חשש פסול ולכאורה אין מקום לפוסלו לפמ"ש הרמ"א שאם כתב דמתקרי במקום שהיה צריך לכתוב המכונה כשר ואע"ג דבתשובות גאוני בתראי סימן נ' איתא תשובת הגאון בעל מג"ש בענין הגט שסידר הגאון ב"ח ז"ל יצחק אייזיק דמתקרי לובא דחלקו עליו הגאונים שבימיו להצריכו גט אחר כמ"ש עובדא זו גם בט"ז שבכללם היה גם הגאון בעל מ"ע והגאון מג"ש סידר ע"ז תשובה בארוכה והיא אצלי בכ"י ובגאוני בתראי נדפסת בקצרה וזכורני שראיתי בתשובה של הגאב"ד שחשש לזה (כי לא ראיתי רק בהעברה בעלמא ולא ידעתי מה העלה שם). אמנם לענ"ד משום הא לא ארי' שהרי מבואר בתשובות הגאונים בתראי שטעמם לפסול משום שהרואה יסבור שלובא הוא שם הקודש מהעריסה ונשתנה שמו מ"ח ליצחק וכינוי אייזק ע"ש וכתב אח"כ וא"ל הא לא מצינו שיהא לובא שם הקודש ולא אתי למטעי כדאמרינן בלוקס ולוס שהם שמות מובהקין כו' ב' תשובות בדבר חדא מאן לימא לן דלאו שם הוא דאשכחן מדינת לוב כדכתיב פוט ולוב כו' את"ל מאחר שלא מצינו שם לובא בפירוש אין לנו לבדות שמות מלב מ"מ יש להביא ראיה מתשובת הר"ן כו' מק"ו בנ"ד בתרי לשונות דסתרי אהדדי המ' אייזיק דמתקרי לובא ומנהג חז"ל מעולם לכתוב המה בשם לעז ודמתקרי ע"ש הקודש גם שיהיה איזה ישוב שהיה אפשר ליישבו כמש"ל סברת הרב (ר"ל הב"ח) בנ"ד ודאי השינוי לשון דהמה ומתקרי א"א ליישבו אלא כנ"ל והוא שינוי השם כו' ע"ש באורך וא"כ בנ"ד פשיטא דל"ש הני טעמי שהרי לא מצינו בשום מקום שיהא ליבר מאן וואלף שם הקודש והוי כשמות מובהקין ולא אתי למטעי (ומזה סיוע למש"ל שאין לחוש לטעות שיאמרו שהוא בן ג' שמות) וטעם השני נמי ל"ש בנ"ד דהתם כיון שנכתב המה אתי למטעי משא"כ כאן שלא כתב רק דמתקרי לבד ולא אתי למטעי וכמבואר שם דמה"ט אתי עלה גם כי בימיהם עדיין לא יצא לאור עולם ת' רמ"א ז"ל כמ"ש בט"ז ואם כן י"ל

אי הוי חזי הנך גאוני בתראי לדברי רמ"א לא היו פוסלים הגט וגם י"ל שבימיהם שהיה מנהג קבוע לכתוב ע"ש לעז המה דוקא היה מקום לדבריהם משא"כ עתה שנתפשטה הוראה ע"פ תשובת רמ"א ז"ל דש"ד לכתוב דמתקרי ע"ש לעז אם כן אין חשש כלל שיבא לידי טעות מחמת זה כלל:

אמנם עדיין יש מקום לחוש לפי מ"ש הב"ח לחלק דאין לכתוב המכונה אלא דוקא אם אביו הטיל עליו ב"ש בעת לידה אבל אם אח"כ נתחדש לו שם חדש אף שהוא לעז יש לכתוב דמתקרי וכ"כ באריכות בתשובה שלו אם כן עדיין מידי ערעור לא יצאנו שהרואה שנכתב דמתקרי ע"ש לעז במקום שא"צ לכתוב דמתקרי יסבור שזה המגרש לא היה לו כינוים אלו משעת לידה רק אח"כ נתחדשו לו ולכך כתב דמתקרי ואין זה המגרש שידוע לכל שכך נקרא משעת לידה וכן לפי מ"ש בג"פ בשם מהרח"ש דאם שם העצם הוא לעז כגון שניתן לה בעת לידה שם לעז לחוד ואח"כ נשתנה שמו וקרו ליה בשה"ק כותבין ע"ש הלעז דמתקרי א"כ יש ג"כ יש חשש זה שיסברו מדנכתב דמתקרי אם כן שם זה ליבר וואלף הוא שם העצם דהיינו שלא ניתן לו בשעת לידה רק שמות לעז אלו ואח"כ שינוי שמו לשה"ק וחששות כאלו כתב המג"ש בעובדא הנ"ל וה"נ דכוותיה והב"ש כתב בפשיטות דמתשובת מהר"מ מינץ נראה דלא ס"ל כסברת הב"ח ור"ל כדכתב והמכונה זעמיל אע"פ ששם זה ניתן לו אח"כ כבר עמד ע"ז הב"ח בתשובה וכתב לישב דש"ה שהיה בוש בשם זעמל כמבואר שם והא ודאי הוי כינוי גמור כמו המכנה שם לחבירו אבל בעלמא לא. ועוד יש מקום לחוש לפי מ"ש הג"פ ס"ק ע"ז אם המגרש מבני ספרד והמסדר מרבני אשכנז הכל הולך אחרי המגרש והמתגרשת ויכתבו כמדינות עצמן אם כן יש לחוש ג"כ אף שהגט ניתן במדינה זו שנוהגין לכתוב המה על שם הלעז מ"מ הרואה שיש שינוי בגט מן המנהג יסבור שאולי מגרש זה מבני ספרד דנהיגי לכתוב דמתקרי ע"ש היוצא משם העברי כגון יהודה ליאון ואע"פ שליבר מאן אין יוצא משם אליעזר מ"מ כיון שוואלף יוצא משם זאב וגם ליברמאן יש לו קצת שייכות לשם העברי כמ"ש הב"ח בתשובות לפי שיטתו שאין לכתוב אלא בכה"ג הלכך שפיר לכתוב דמתקרי ואם כן יוציאו לעז שאין זה המגרש דידוע לכל שהוא מבני מדינה זו וזה יולד שם סלה ויגדל שעשועים ואע"פ שהכינוים ליבר מאן וואלף הוא לשון אשכנז מ"מ בזמן שהוא מבני ספרד יש לילך אחר מדינתו ודוקא היכא דאיכא תרתי שהוא אשכנז וגם כינויו הוא בלשון אשכנז וכמבואר בג"פ שם ושם אשכנזי אין מספיק להוכיח שהמגרש ממדינה זו שהרבה בני אדם העולין משם לכאן ונתישבו שם וקראו בשמותם עלי אדמת קודש ושאר מדינות ספרד כשמות אבותם במדינה זו ואם כן מכל הני חששות יש לפסול הגט:

איברא יש לצדד ולומר דחשש אחד ג"כ ליתא בנ"ד שאע"פ שדעת הב"ח בשם חדש יש לכתוב דמתקרי מ"מ בנ"ד דשמות הלעז הם כינוים לשם העברי ושם וואלף הוא פי' העברי ממש ורגילות שנותנים כינוים כאלה בשעת לידה ולא אח"כ אין לחוש שיטעו בזה לומר ששמות אלו נתחדשו אח"כ ובהכי אזדא ליה גם חשש השני שהרי הדבר ידוע שאין נותנין בשעת מילתו שמות לעז אלו לבד וכבר כתבתי כיוצא בזה בשם מהרי"ק סי' פ"ו גבי אליהו באלי דהיכא שידוע שאין דרך ב"א לקרות בשם זה רק לכינוי לבד והכל יודעין שרגילות הוא ליתן שם הקודם אחר אין לחוש לטעות וה"נ טפי יתלו שנכתב דמתקרי לפי שאף שנכתב דמתקרי כשר הוא כדעת רמ"א ומפורסם באחרונים ולא אזלו בתר אפכא לתלות שניתן לו בעת לידה שם זה לבד או שנתחדש אח"כ כדעת הב"ח ובלא"ה המג"ש חולק על הב"ח בחילוק זה וכ"מ מדברי הפוסקים וכ"מ בב"ש והחשש הב' גם כן אינו חשש כ"כ כיון דלאו כ"ע דינא גמירי לידע דבשמות כאלו יש מנהג בספרד לכתוב דמתקרי ומי שידע זה ישכיל ויבין גם כן דאם כתב דמתקרי במקום המכונה כשר ויתלה יותר שאגב שטפה רהיט להו למכתב דמתקרי שהוא כשר לפי שהוא כולל בין לשם בין לכינוי משיתלה לומר שזה המגרש ממקום שנהגו לכתוב דמתקרי בפרט ששם הלעז הוא לשון אשכנז ומ"מ אם עדיין לא ניתן הגט יפה עשו הדיינים שהחזירוהו וכמ"ש המג"ש בתשובה הנ"ל דאף בגט שהוא כשר אם אפשר לכתוב אחר כותבין כדאיתא במהרי"ק שורש קנ"ז כו' ואפילו אם כבר ניתן אם יוכל להשתדל בקל גט אחר יש לעשות כן וראוי להמסדר שלא לעמוד על דעתו במקום ערוה החמורה ובזה יגדל כבודם לחוש לכבוד המקום ולכתוב בו אליעזר זאב המכונה ליבר וואלף ולדקדק בשם חתימתו (כי אין ידוע אם שמו ליבר או ליבר מאן כי פעמים נזכר בתשובה ששלחו אלי כך ולפעמים כך) ובמקום עגונה יש להקל לענ"ד אם נכתב דמתקרי ליבר וואלף הנלענ"ד כתבתי כפי אשר הורוני מן השמים:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה פב

בדבר הגט הניתן בק"ק לעשנוב שהיו שם המגרש בפי כל יהודא ליב ולס"ת עולה בשם יהודה לבד וכתבו בגט שם יהודה לבד וגליתי דעת בקצרה שיש להקל מטעם כיון דעולה לס"ת השם יהודה הוי זה השם עיקר. אמנם כעת ראיתי בדברי הרב המאה"ג מוהר"ר יצחק אב"ד דק"ק וויטקוב שגם חתם א"ע יהודה ליב וא"כ יש לפקפק לפמ"ש בג"פ ס"ק כ"ז היכא דבשעת המילה קראו לו שני שמות חיים ובונבאנטי ועולה לס"ת בשם חיים וחותם בשם בונבאנטי או איפכא אז אם רוב קרו ליה חיים ופורתא בונבאנטי יכתוב

חיים דמיתקרי כו' אלמא דכל כה"ג שהקריאה לס"ת והחתימה סותרין זא"ז הקריאה בפי העולם מכריע וא"כ הא נמי להא דמיא דבאמת כיון דניתן לו ב' שמות ושם העצם כחד שמא נינהו והוי כאלו הקריאה לס"ת והחתימה סותרין ומה שנקרא בפי כל מכריע להיות שם החתימה עיקר והוה ראוי לכתוב יהודה ליב דמיתקרי יהודה כיון דעליה לס"ת היא פורתא לגבי החתימה והקריאה ואם כי שם הטפל לבד מבואר בריב"ש דעות הרבה פוסקים דפסול. איברא דבס"ג דמהר"מ מבואר דאם נקרא וחותם בשניהם ועולה באחד כותבין דמיתקרי ומשמע דגם בשם הלידה הדין כן א"כ לפ"ז פשיטא דשם יהודה נעשה עיקר לגבי שם ליב ולדידיה היה ראוי לכתוב יהודה המכונה ליב (וכבר כתבתי בתשובה דלס"ג מהר"מ ס"ל דכל כה"ג שיקרא בכינוי עם עיקר השם א"צ לכתוב הכינוי וביארתי דליתא לענ"ד דמקור הדין מת"ה דלא מיירי רק בכינוי שע"י צורת גופו וכ"מ מדברי הט"ז שכ' כן על רמ"א בהג"ה משא"כ בשמות הלידה ובארתי שהפרש גדול ביניהם) וא"כ עכ"פ שם יהודא עיקר ואעפ"י שלא כ' הכינוי כשר כמ"ש רמ"א בהג"ה ס"א שאין להקפיד על הכנוים:

אמנם לכאורה אין לסמוך ע"ז דס"ג דמהר"מ ס"ל דדוקא היכא שנקרא ועולה וחותם בשניהם אין לכתוב דמתקרי משא"כ ש"פ ס"ל דאף הנקרא באחד כיון שעולה וחותם בשניהם אין לכתוב דמתקרי כמו שהארכתי בתשובה א"כ ה"ה אם נקרא וחותם אע"פ שעולה באחד יש לכתוב שניהם בלא דמיתקרי. אמנם י"ל דאף הפוסקים החולקים עם מהר"מ בנקרא באחד מ"מ אם עולה באחד מודו שזה נעשה עיקר שהרי עליה לתורה מכריע אף נגד שם החול וטעמא דבגט אנו הולכין עיקר אחר עליה לס"ת וחתימה שהיא שם שהחזיק לעצמו הלכך כיון שבזה עולה לס"ת חזינן דשם זה משוה ליה עיקר הלכך אע"פ שנקרא בב' וחותם בהם מ"מ חזינן ששם זה עיקר גבי טפי כיון שעולה בו לס"ת משא"כ בעולה וחותם בשניהם א"כ חזינין דמחזיק שניהם בשוה ואע"פ שהוא נקרא בפי העולם באחד משום זה לא נעשה עיקר ומה דזימנין בגט הולכין גם אחר קריאת העולם היינו היכי דיש חשש לעז כגון יוסי וקוראין לו יוחנן משא"כ היכא שנקרא יוסי ועולה לתורה וחותם יוסי יוחנן שפיר כתבינן בגט כמו שעולה וחותם דאין כאן חשש לעז מה שנקרא בפיהם יוסי לחוד שידוע שדרך העולם לקצר וחדא מתרתי נקטי ובאמת ידעו שזה המגרש יש לו עוד שם מובהק יוחנן ועוד דבנ"ד ששם השני הוא שם לעז כ"ע מודו וגדולה מזו כ' הג"פ ס"ק פ"א לפרש דברי הרמ"א מי שיש לו שם עברי כו' דמיירי שעולה בשניהם בעברי ולעז העברי עיקר אף אי רוב אקרי ליה בשם לעז רק היכי שחותם בלעז אז החתימה מכריע א"כ מכ"ש בנ"ד שהקריאה וחתימה בב' ועולה בשם

עברי דפשיטא דעליות לס"ת מכריע ומוסיף אומץ לשם העברי. אך נראה דעכ"פ אין ראוי לכתוב לכתחלה יהודה המכונה ליב כיון שמעולם לא נקרא בשם ליב לחוד וכמ"ש שכתובה באורך והיה צריך לכתוב יהודה דמיתקרי יהודה ליב וא"כ בדיעבד כיון שכתב העיקר לבד כשר:

ועוד שהרי מבואר במהרי"ק שורש פ"ו אלי' שנכתב בגט ונקרא לכל אדם באלי' מ"מ אם רגילות לקרוא לתורה בשם אלי' כשר כשנכתב בגט אלי' ושם מיירי אע"ג שאין החתימה מסייע לשם אלי' שהרי כ' אם רגילין לקרות לס"ת או חותם כו' אלמא דבקריאה לס"ת לחוד סגי לדמותו לחניכה כמו שביאר שם דלא גרע לכינוי דכשר בדיעבד כדאיתא בגיטין כ' חניכתו כו' וא"ל דמהרי"ק מיירי שידוע שעולה לס"ת בשם אלי' אבל עכ"פ אינו חותם בשם באלי' כגון שאין ידוע חתימתו וכה"ג דאז אזלינן בתר עלייתו משא"כ אם היה חותם גם בשם באלי' אפשר דס"ל למהרי"ק דמה שעולה לא הוי כחניכא ז"א דהא בשו"ת לחם רב סימן ל' בההיא דשמואל מולי למד מכאן דאף היכי שחתימה ועלייה סותרין זא"ז ונקרא בשם החתימה מ"מ לא גרע עליי' מחניכה אמנם לענ"ד י"ל דמהרי"ק קאי בשיטת הפוסקים דעיקר או טפל לבד כשר הלכך כ' דלא גרע מכינוי דכשר בדיעבד משא"כ לדידן דקי"ל לטפל לבד פסול. ועוד שהב"ש כתב שיש לחשוש לדעת הרמב"ם לפי דעת איזה מפורשים אליביה דס"ל אף בכ' שם עיקר לבד פסול וכן דעת ריא"ז וכ' דיש לחוש אף שכבר נתגרשה רק בשעת הדחק דווקא כשר ע"ש סק"ח ועוד שלכאורה מהב"ש ס"ק ק"ד משמע דאם נקרא בשניהם אף שעולה לס"ת באחד אפ"ה אין לכתוב דמיתקרי ואם כ' הוי שינוי וכמ"ש בתשובה שכן מוכח ממ"ש שהלשון רמ"א אינו מדוקדק והרי רמ"א כ' או שעולה כך לס"ת כו' ע"ש וא"ל דהיכא דאחד מהם שם לעז ועולה לס"ת בשם עברי מודה הב"ש כיון דשם עברי עיקר לגבי שם לעז ז"א דהרי הב"ש התם אף בשם שינוי מיירי דהא קאי ארמ"א בהג"ה ע"ש באורך בתשובה הנ"ל והרי שם הכינוי הוא עיקר ואפ"ה ס"ל להב"ש דכיון דנקרא בשניהם אם כ' דמיתקרי דמשמע שנקרא בפ"א בש"ע לכך הוי שינוי ממה שנקרא בפי העולם וא"כ ה"ה אם כ' א' לחוד דהוי ככותב חצי השם דפסול שיסברו לומר שנקרא בשם זה לחודא:

אמנם באמת יש לחלק לפמ"ש בתשובה בטעם הב"ש משום דבכה"ג שנקרא בשניהם אז העולם סוברין ששניהם שמות העצם שלו מלידה שאין רגילות בשם מ"ח להיות נקרא בשניהם הלכך יסברו שהם מלידה ואין לכתוב דמיתקרי וזה שייך דווקא בב' שמות קודם רק שאחד עיקר מ"ח שפיר איכא למיטעי דילמא הם שמות הלידה כיון שנקרא בהם משא"כ היכא שנקרא בשם עברי ושם לעז ביחד יהודא ליב דליכא למיטעי כלל

שהכל יודעים דליב הוא כינוי לעז ושם המובהק יהודה לבד וחילוק זה מבואר בפ' הגט (הם הקונטריסים שהביא הב"י) וכן במהרי"ק שורש הנ"ל דדוקא ביוסי וקורין לו יוחנן שיש לחוש ללעז שיסברו ששמו המובהק הוא כן משא"כ אם כותב אנא שמואל המכונה כן שידוע לכל ששם זה לא ניתן לו בשעה שנכנס לברית ואף אם יכתוב אנא שמואל ונקרא בפי העולם בכינוי מ"מ יכולין לכתוב שם הקדש לעיקר וכ"כ מהרי"ק דכיון דשם באלי היא לעז הרי יודעין דמסתמא יש לו שם הקודש אחר ושפיר דמי לכתוב אלי' וא"כ ה"נ אין כאן חשש לעז שהרי ידוע ששם ליב היא חניכה וכינוי לבד וכשיראה בגט יהודה ידעו שנכתב שם הקודש של המגרש ומה"ט אם כתב העיקר לבד כשר ואין להקפיד על הכינויין אע"פ שהכינויים הם שגורין יותר בפי העולם מ"מ כיון שיודעין שעכ"פ יש לו שם עיקר אין לחוש ואין להם לחוש שמא יש לשם ליב שם קודש אחר כגון ארי' כיון שיכול להיות ג"כ כמו שהוא האמת וכן ראיתי ששם הרד"ק שכתב שיכולין לומר שזה המגרש אין לחוש ללעז אמנם כבר כתבתי שדעת הג"פ להחמיר בכתב שם העיקר לבד כדעת הרמב"ם וריא"ז ואם כי יש לחלק דדוקא בעיקר טפל כגון רובא מרים וכה"ג או מקום כתיבה לבד אבל בגוונא דנ"ד שכל העולם יודעין ששם הקודש היא עיקר לגבי שם הלעז מ"מ מי ירום להקל מחמת סברא דנפשיה. ולכן בכה"ג דנ"ד שנקרא בפי כל יהודה ליב וכך חותם א"ע אע"פ שלתורה אינו עולה רק בשם יהודה לבד יש לכתוב לכתחלה יהודה דמיתקרי יהודה ליב ובדיעבד אם כ' יהודה לבד או יהודה ליב דמיתקרי יהודה והוא שעת הדחק או שכבר ניתן הגט גם כן כשר כך נראה לפי עניות דעתי:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה פג

ע"ד הגט שנסדר לאיש ששמו שמעון יהודה וניתן לו שם זה בשעת לידה כאשר זה יולד שם וכך עלה לס"ת חתם תמיד וכתבו בגט שמעון דמיתקרי יהודה המכונה ליב ונתעוררו ע"ז חכמי לב שהגט מקולקל:

תשובה נלענ"ד שהגט פסול וכמבואר בדברי הג"פ והב"ש דאם כתב דמיתקרי במקום שלא ניתן לכתוב פסול ואפילו תימא שטעם הג"פ היא משום כיון ששניהם מלידה שניהם עקרים בנידון גט זה נמי שניהם עיקרים אמנם באמת ודאי אין טעם הג"פ מחמת זה דאל"כ למה כתב בפשיטות שפסול דמה בכך שעשה עיקר טפל הרי לדעת הריב"ש אם עשה עיקר טפל וטפל עיקר כשר וכן הוא דעת רוב האחרונים אלא ודאי דלכך מיפשט פשיטא ליה לג"פ דפסול משום דהוי ככותב חצי השם דפסול כיון ששניהם מחוברים יעלו יתלכדו ולא יתפרדו ודמיתקרי לא יבא ביניהם ובנידון זה גם הס"ג של

מהר"מ מודה כמבואר להדיא בדבריו ועוד הרי כתב הב"ש גבי ההיא דאהרן סעדיה ונקרא בפי כל ישעיה כיון דעולה לס"ת בשניהם ונקרא בפי כל בשם אחר אין לכתוב דמתקרי כמו אם נקרא בשניהם וא"ל דשאני הכא דנקרא בכינוי של יהודא ז"א דכלפיא לייא דאטו משום שנקרא בכינוי שלו יהא נעשה טפל דהא בכל דוכתי כתבינן ע"ש הטפל דמיתקרי ואפילו היכא שהם עיקריי' בשוה אין לכתוב דמיתקרי על אחד מהם כמבואר בס"ג להדיא למהר"י מינץ דס"ל דאף בשינוי מ"ח אין לכתוב דמיתקרי כיון ששניהם עיקריים. ואמנם אנן לא נהגינן כוותיה בשמ"ח דס"ל שם השני עיקר וכבר הארכתי בזה בכמה תשובות ובכאן שלענ"ד הדבר פשוט לפסול קצרתי דברי זעירא כו':

שאלה פד

שאלה איש אחד שלח גט לאשתו ע"י שליח להולכה ושם אבי המגורשת הוא אלחנן זאב בקריאה לס"ת וחתימה רק בפי העולם היה נקרא חנן רק מחמת שיגרא דלישנא לא היה ניכר אם חנה או חנן ולכך נתחכמו ולא כתבו שם אבי האשה כלל בגט ובהגיע למקום הנתינה פקפק חכם אחד בזה לפי שהמגרש הוא ג"כ מבני העיר והוא עומד כעת ג"כ שמה רק שנסע לעיר הסמוכה לשם כמו פרסה וכתב שם הגט ושלחו לכאן וכיון שבקל אפשר לתקן ולכתוב גט אחר לא רצה לסדרו כך והלכו לאחר והוא סידר הגט ונתן ליד האשה ועמד השואל ושאל אם מהדרינן עובדא מאחר שבקל יש לתקן או לא:

תשובה מתחלה אען ואומר כי מאוד נפלאתי על המסדר הגט הלז אם הוא אינו יודע בטיב גיטין איך הכניס ראשו בזה לעשות מעשה לסדר הגט לכתחלה מאחר שלדעת תה"ד הוא פסול אף בדיעבד והלבוש כתב ג"כ די"א דפסול וכמ"ש הב"ש ואע"ג דהב"ש כתב דליתא וטעמו משום דהרא"ש והרשב"א והטור מכשירין מ"מ נראה שאין לעשות בזה מעשה לכתחלה וכמ"ש הב"ש בס"ק ד' כשב' השמות כתובים בפירוש וכתב בלשון דמתקרי אע"ג דכשר אם כבר נכתב מ"מ כשאינו מקום עיגון אין ליתן הגט הואיל ובש"ס מבואר דצריך לכתוב דמתקרי ע"ש הטפל ע"ש וה"נ דכוותיה כיון שכל נוסח טופסי גיטין לכתוב שם אבי האשה כמו שכותבין אבי האיש כמבואר בש"ס וכמו שכתב בשאלות ותשובות מהרח' סימן ג' דאף על גב דלהרא"ש והרשב"א אינו מעכב מ"מ לכתחלה יש לכותבו והוא מטבע ונוסח אף בימי המשנה והתלמוד וכן בהרי"ף והרמב"ם כו' יע"ש ומהרח"ש קאי התם לענין שם אבי האשה וע"ש שהביא מתשובת הגאון מהר"א מזרחי שלכאורה מדברי הרא"ש גופיה יש לדקדק דדוקא בלא כתב שם אביה רק כינויו לבד יש להכשיר ומדקדק הרא"מ מזה דמשמע שאם לא היה כתוב לא שמו ולא חניכתו היה פסול הגט והרגיש בסתירה מתשובת הרא"ש שהביא הטור דאפילו לא הזכיר כלל כשר

כו' ומהרח"ש כתב שצ"ל דלרווחא דמלתא קאמר דאפילו הוה אמרינן דצריך להזכיר שם אבי האשה לעכובא מ"מ כל שכתב חניכתו כשר כו' ע"ש הא קמן דלהך פירושא בהרא"ש לא ברירה ליה כולי האי להתיר בלא הזכיר שם אבי האשה כלל וא"כ כיון שמהרא"ש נראה שדעתו נוטה לפסול והרא"ש לא ברירא ליה כ"כ מי גבר לא יחוש לכתחלה במקום שאין עיגון:

וראיתי בשו"ת מהר"א בן חיים סי' י"א שכתב דאפש' דגם מהרא"י לא קאמר אלא ע"ש אבי המגרש אבל באבי המגורשת מודה לשאר פוסקי' דאפשר לחלק בין אבי המגר' לאבי המתגרש' במעט חילוק עכ"ל ואין נראה כן מדברי מהרא"י דמשמע התם דמה דאתמר בש"ס שמו ושמה היינו כדינו עם שם אביו וא"כ למה יגרע שם אביו וגם נראה כי מ"ש מהראנ"ח שבקל יש לחלק בין שם אביו לשם אבי' כוונתו לפי מ"ש מהר"י שם בחילוק הב' בין אם העד לא הזכיר שם אביו בגט שכשר לשם אבי המגרש דבשם העד אם יטעו באחר ששמו כך מה בכך הא רובא דעלמא כשרים הם לעדות משא"כ אם יטעו בבעל שהוא אחר ששמו כשמו נמצא שהוא פסול לגמרי דכ"ע פסילו להההוא גיטא חוץ מבעל כו' ע"ש בסימן קל"ח. ולפ"ז החילוק בין אבי האיש לאבי האשה קל להבין דבשלמא באבי האיש יש לחוש שיטעו באחר כו' כמ"ש מהרא"י משא"כ באבי האשה כיון דהאשה הזאת היא המקבלת הגט הלז ומחזקת בו אזדא ליה חשש טעות באחרת ולכך יש להקל טפי באבי המגורשת ואם לזה כיון מהרנ"ח נראה שהחילוק נכון וברור אך כל זה אם האשה מקבלת הגט בעצמה מיד בעלה משא"כ בגט הנשלח ע"י שליח שהרי השליח התופס הגט שייך בו חשש טעות כמו בשם אבי האיש ואם השליח הלז בא למסור הגט ליד אשה זו הוא דומה לגט שלא נכתב בו אבי האשה אע"פ שנזכר בו שם האשה ואבי' אעפ"כ הוא פסול לדעת מהרא"י ודכוותה גבי שליח כה"ג בחסר שם אבי האשה והדבר ברור לפענ"ד שבזה מורה מהראנ"ח שאין לחלק כלל והשוו בזה אשה לאיש לפסול הגט לשיטת מהרא"י ז"ל:

ובהכי אשכחנא פתרי למה דכתיבנא לעיל שהרא"מ נדחיק בסתרי' תשובת הרא"ש אהדדי והביא שם בשם שארית יהודה שג"כ הרגיש בסתירה זו וגם מהראנ"ח נדחק שם וכן בכמה תשובות גדולי האחרונים ולפי מ"ש יש ליישב ברווחא דמבואר בשו"ת הרא"ש שם דעובדא הוי שהגט נשלח ע"י שליח ממקום רחוק ולא נזכר בו רק כינוי שם אביה וע"ז כתב דכיון שהוזכר הכינוי יש להכשיר אבל אם לא הוזכר שם הכינוי שפיר היה מקום לפסלו דכיון שהובא ע"י שליח לא מהני בלא שם אביה משא"כ באידך תשובה דהרא"ש דמייתי הטור דהתם מיירי דנמסר מיד הבעל ליד האשה שפיר ס"ל

להכשיר אף בלא הזכיר כלל לא השם ולא הכינוי דאך אחר העיון אין זה מעלה ארוכה לדברי הרא"ש דבשלמא לשיטת מהרא"י דפוסל בלא הזכיר שם אביו א"כ שפיר י"ל דה"ה אם לא הזכיר שם אביה כשהוא ע"י שליח משא"כ לפי המבואר באידך תשובת הרא"ש דמכשיר אף בלא הזכיר שם אבי האיש כלל א"כ גם בשלא הוזכר שם אביה כשהוא ע"י שליח אין מקום לפסול אך לדברי התה"ד ודאי שהדבר מבואר כמ"ש:

והנה התה"ד שם בטעמא קמא כתב לחלק בין העד לבעל דהעד ניכר בלא שמו ע"י כתב ידו כו' משא"כ בבעל ונראה דס"ל דודאי בשמו לחוד אין היכר דכמה יוסף איכא בשוקא וכל היכא דאיכא טובא מה לי שהזכיר השם ומה לי שלא הזכיר כלל מה שאין כן כשכותב שם אביו ג"כ דאף דאיכא נמי כה"ג כיון דפורתא דמתרמי הרי שמו ניכר ומחמת שאר חששות בהוחזקו תליא מלתא ואי בעינן מוכח מתוכו או לא אבל בשמו לבד לאו במוכח מתוכו תליא מלתא דאפילו אי לא בעינן מוכח מתוכו מ"מ עכ"פ צריך להזכיר שם האיש והאשה בגט (ושיטת רבינו יואל שבמרדכי כבר דחו כל הפוסקים וכדמוכח דף ך' והארכתי במקום אחר) דזולת זה לא קרינן ביה וכתב לה כיון שלא נזכר שמם בכתב הזה לא קרינן ביה וכתב לה אע"פ שמבואר בתוכו שהבעל כותב לאשתו טובא בעל ואשה איכא בעלמא ואין כתב זה מיוחד לאיש ואשתו זאת:

ולפ"ז שפיר י"ל דגם בכותב שמם ולא שם אביהם נמי הא איכא טובא בעל ואשה בשמות כאילו ומה יושיענו הזכרת שמם דאכתי לא יחודי מייחדי להו ע"י הזכרת השם וכה"ג אשכחן במגילה שהרשע ברשעתו אמר טובא מרדכי איכא ביהודאי א"ל היושב בשער כו' ולפיכך ס"ל לתה"ד דבמקום ששנינו שמם היינו בצירוף שם אביהם דעי"ז הוי הזכרת שם של בעל ואשה זו והרשב"א והרא"ש ודעימייהו הסוברים דשם האב אינו מעכב נראה דודאי אזלו ומודו שצריך שיוכר קצת מתוך הגט שזה המגרש והמתגרשת שהרי שמו ושמה עכ"פ בעינן לכ"ע וכמ"ש הר"ן בגיטין ובקידושין דספירת דברים שכורתין בינו ובינה לא הוי בלא הזכרת שמו ושמה וגם פשיטא שאין להכחיש המגרש דשמותיהם לבד טובא איכא כה"ג ואין סברא לחלק בין כותב איש יהודי סתם לכותב איש פלוני שבעיר גדולה ודאי אין שום היכר בהזכרת שמו לבד אם לא בשם פלא ביותר אלא נראה דס"ל דעיקר הכריתות תלוי בעת שהבעל מוסר הגט להאשה שהוא דבר הכורת בינו לבינה וכיון שעידי מסירה רואין שהבעל הנקרא בשם זה הוא מוסר הגט לאשה שבשם זה הכתוב בגט סגי ביחוד זה של הזכרת השם לבד אבל אם לא נזכר שם כלל ס"ל דלא מהני מה שעדים רואין המסירה דכתיבה זו שהוא מוסר אין נקראת על שמו ושמה ולא קרינן ביה וכתב לה כלל כנלע"ד ברור בטעם הפוסקים בזה:

ואחרי הודיע כל זאת נראה דכל שלא הוזכר רק השם לבד ולא נמסר מיד הבעל ליד האשה רק ע"י השליח להולכה וכיון שאין היכר בהזכרת השם לבד דטובא איכא בשם זה נמצא דבשעת מסירת הבעל לא היה השליחות מבוררת שנשלח לגרש אשה זו דבכה"ג אין עיקר הבירור רק מחמת שעת מסירה ואנן שליחות מבוררת בעינן ואע"ג דבקידושין יכול לעשות שליח לקדש לו אשה בסתם איזה שיהיה היינו בקידושי כסף אבל כשמוסר לו שטר קידושין אע"פ שמזכיר בו לקדש אשה רחל בסתם אינו מועיל כשאינו מברר שליחותו על איזה אשה כיוון וה"נ בגט וא"ל דבגט עדיף טפי כיון שכותב בו שמגרש אשתו רחל והרי אין לו אשה אחרת ששמה רחל רק זו והוי שליחות מבוררת נראה דז"א לפי מה דכתבינן טעמא דבעינן הזכרת שם האיש והאשה בגט משום דעכ"פ בעינן שיהא ניכר בעלי המעשה ואע"ג דטובא איכא מהני בצירוף מעשה המסירה ומה שהיה ניכר ע"י שכתוב אנתתי לא מהני בלא הזכרת השם עכ"פ וה"נ בשעת שליחות בעינן שיהי ניכר ואין כאן היכר מחמת המסירה כיון שלא נזכר בגט רק הזכרת שמם לבד ואף שכ' אנתתי וגם באמירתו שאומר לו שעושהו שליח למסור לאשתו רחל מ"מ כיון שאין לצרף המסירה לידה בשעת עשיית השליחות אין כאן בירור השליחות כדבעי ולהכי שפיר כתב הרא"ש בנידון שהיה ע"י שליח להכשיר דווקא מטעם שהוזכר חניכת אביה הא לא"ה היה פסול:

ולכאורה נראה לחלק בין אבי האיש לאבי האשה משום דאיכא למימר בטעמא דמלתא דבעינן שם אביו ושם אביה ע"פ מ"ש התוספות ר"פ כל הגט דבהוחזקו שני יוב"ש לא מהני לר"מ אף כשמגרשין שין זה בפני זה דמוכח מתוכו בעינן ובעי סי' ועיין ב"ש סימן קל"ו סק"ד דבעינן שיהיה הגט כשר לכ"ע בין לר"מ] ובין לר"א והנה אם לא כ' שמות אביהם ודאי דכהוחזקו דמי דהא טובא איכא בעלמא ששמם כך ולפי זה יש לפסול כיון דבעינן מוכח מתוכו לר' מאיר אך דזה דוקא בשם אבי האיש מה שאין כן בשם אבי האשה נראה דשפיר מיקרי מוכח מתוכו דהא מבואר בק"ע דאע"ג דבעינן שם אביו מ"מ שם אשתו עומד בשם אביו ולפ"ז לכאורה היכא דכותב יוסף מגרש את אשתו רחל בת יעקב י"ל דשפיר דהוי מוכח מתוכו כיון דהאשה ידועה בשמה ושם אביה ומתוך הגט אנו יודעין שבעלה של זו ששמו יוסף הוא המגרש ואע"ג שאין זכר לשם אביו הרי ניכר ומוכח הוא על שם אשתו והרי ידוע בעיר הזאת שאין כאן אשה אחרת שבעלה יוסף ומה לי שידוע ששם אביו שמעון או שידוע ששם אשתו רחל בת יעקב:

אך י"ל דבאמת כן הוא אם נכתב בגט מקום עמידת האשה אבל אם לא נכתב בגט מקום עמידתה א"כ אף שנכתב שמה ושם אביה אין מוכח מתוכו מי המגרש דשמא אחד

ששמו יעקב מכאן יש לו אשה אחרת באיזה מקום בעולם ששמה רחל בת יעקב דבזה לא שייך לא הוחזקו וכמ"ש הרשב"א בגיטין דף כ"ז לענין שיירות מצויות ע"ש. ולפ"ז י"ל דבאבי המגורשת יש להקל טפי דכיון דמוכח מתוכו שזו המתגרשת ששמה רחל היא אשת יוסף בן שמעון המגרש הנזכר בגט הוי כאילו כותב שם אביה ג"כ שהרי ידוע שיוסף בן שמעון זה המוזכר בגט אין לו אשה אחרת רק רחל זו וא"ל שמא יש לו אשה אחרת במקום אחר ששמה רחל ולא על זו כיון וא"כ לא הוי מוכח מתוכו ז"א דהא בזמן הזה שיש חר"ג אין לחוש לזה ואף למ"ש הרמ"א בסי' קל"ו באין שמות הנשים שוות מ"מ יכתבו סימן וטעמא משום דאע"ג דאיכא חר"ג חיישינן שמא עבר וקידש אשה במקום אחר מ"מ נראה דהתם החשש דשמא יגרש זה רחל בת יעקב שקיד' זה במקום אחר משא"כ לענין מוכח מתוכו שפיר הוי מוכח מתוכו שהרי כתבו התוספות שאין לחוש למוכח מתוכו אף לר' מאיר כ"א בהוחזקו אבל בלא הוחזקו לא ופשיטא דכה"ג שנאמר שעבר על חר"ג וקיד' במקום אחר חשש כי האי גרע מלא הוחזקו ושפיר מוכח מתוך הגט שכתוב בו אנת אנתתי רחל שזו היא המגורשת (ולפ"ז גם באבי המגרש כשכותב מקום עמידת האשה יש מקום להקל ודוקא כשאין מזכיר מקום עמידתה כגון בגט ע"י שליח יש חומר טפי באבי המגרש מטעמא דכתיבנא) ובב"ש שם בסימן קל"ו משמע דאף לענין מוכח מתוכו שייך הך חששא שמא עבר על חר"ג ודבריו תמוהים לענ"ד שוב ראיתי בבית מאיר שעמד ע"ד זה וגם הביא דברי המ"ל בהל' גירושין שהקשה על הך דינא דרמ"א וקצרתי:

והנה הב"ש בסימן קל"ו כתב דאם ניתן הגט מכשירין אע"ג דאין מוכח מתוכו וכ"כ בריש סימן נו"ן ובשם שו"ת אא"ז שארית יוסף הביא שדעתו דאם לא נשאת לא תנשא אלא שאם נשאת לא תצא וכתב הב"ש שכן משמע בהג"א ולפענ"ד גם בתה"ד בכתבים סימן ר"ן משמע דדוקא בנשאת שהרי כתב שם לענין קרוב ונתרחק אם חוששין לר"י לכתחלה לענין גיטין כו' מייתי שם הא דכתב טעמא למה טרחינן בתר ע"ח כיון דלא קי"ל כר"מ וכתב דבגט מפקינן נפשי' מפלוגתא היכא דהוה מן הסבר' והנכון כמאן דאסר כההיא דר"מ דסתמי משניות סברי הכי ומ"ש אי מקרי דיעבד אחר שנשאת קודם שתבעל פשיטא דדיעבד מיקרי כו' עכ' מבואר למעיין בהדיא דמאי דמתירין בדיעבד בענין כזה היינו דיעבד שנשאת אבל לא דיעבד שניתן דאל"כ הו"ל למירמי קלא כהשואל שם דמספקא ליה אף בנישאת קודם שתיבעל שאפילו לא נישאת חשוב דיעבד כיון שניתן הגט וכה"ג דייק ביבמות דף ל"ב בסוגיא דהילל ובחולין דף נ"ב בהא דגיסטרא קאמריתא כו' סברי א"כ מרתח קא רתח כו' יע"ש והדברים מורים להדיא דמה שאנו

עושים לקיים דברי חד תנא דמסתבר כוותיה כגון הא דר"מ דאיכא סתמא דמתניתין כוותיה לא מיקרי דיעבד אא"כ נשאת וא"כ פשיטא שיש לחוש לדברי תה"ד וש"י והג"א שלא להקל מחמת שכבר ניתן וכבר הבאתי לעיל דברי הב"ש ריש סימן קכ"ט לענין דמתקרי אך שיש מקום לומר בכה"ג שחסר שם אבי המגורשת שפיר הוי מוכח מתוכו כיון שנזכר שם הבעל ואף שחסר מקום העמידה של האשה כיון שהוא ע"י שליח מ"מ לא חיישינן לאשה שבמקום אחר וכמש"ל דכה"ג לא הוחזקו מיקרי:

ושוב פקחתי עיני וראיתי בשו"ת נ"ב מ"ת חלק אה"ע סימן קי"ג האריך בזה ופלפל הרבה בענין מוכח מתוכו והביא שם דברי הכנה"ג בשם הרדב"ז שהביא הג"פ וגם כתב שם חילוק בין גט ע"י שליח ובנ"ב שם מסיים בה דלפמ"ש הב"ש דלענין מוכח מתוכו אפילו בלא נשאת מתיר להנשא א"כ ק"ו במקום עיגון אפילו לא ניתן שינתן לה כיון שהוא שעת הדחק כו' וגם הלום ראיתי שארי בד"ז הגאון מוהר"ר יעקב נ"י האב"ד דק"ק ליסא בספר תורת גיטין שהדפיס מקרוב גם כן סברות בזה ואני סמכוני באשישות לא יכלתי לעמוד על דבריהם ולישא וליתן בהם כדרכי מעולם ת"ל אך להפקת רצון הרב השואל דחקתי וכתבתי המעט אשר לפני:

וסיומא דפסקא שאף שאנו נוהגין שבמקום שיש ספיקות בשם אבי האיש והאשה אין כותבין שם האב כלל וכן כתבתי הלכה למעשה כמה פעמים ומצאתי בשו"ת פנים מאירו' סי' בשם הגאון מוהר"ר גבריאל ז"ל שכ"כ מ"מ אין הדברים אמורים אלא כשיש ספק בכתיבת השם אבל כגוונא דנ"ד שהיה עולה לתורה וחותם אלחנן זאב פשיטא שהיה לו לכותבו בלא גמגום כלל ואף שיש ספק בקריאת העולם בכנויו באמת היה להם להשמיט הכנוי וכיון שבקל אפשר לכתוב גט אחר להזכיר שם האב אין ספק שלא יפה עשה המסדר שהכניס ראשו באלה ובכמה תשוב' הבאתי מש"כ הגאון בעל מג"ש ותשובת פ"י שמה שאמרו כל מי שא"י בטיב גיטין כו' ולא אמר בהלכו' גיטין משום דזה אפילו בהלכו' שחיטה כל טבח שא"י הל' כו'. אך לשון בטיב בא להורות שיודע לתקן שלא יהיה שום פקפוק לצאת ידי כ"ע כמ"ש רש"י בהאי דאתקין שמואל בגיטא מיומא דנן כו' וראיה זו הביאה ג"כ בתה"ד בתשובותיו אך עתה שכבר נעשה מעשה אם מהדרינן עובדא ליתן גט אחר אין דעתי נוחה להכניס ראשי בזה אחרי שהמתירין הם רבים וגדולים והוא מחלוקת ישינה מה מיני יהלוך להכריע בענין כזה והמתיר בדיעבד כי האי יש לו על מה שיסמוך ומי שירצה לחוש יחוש לעצמו ושלום על דייני ישראל דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה פה

שאלה אשה א' קראוה מעריסה בשני שמות שאסי' טויבא ועתה כמעט כל בני העיר קוראין אותה רק בשום טויבא לבד אך קצת מבני אדם ומבני ביתה ומשפחתה קוראין אותה עדיין בשני שמות יחד איך יש לכתוב בגט. ושאלה זו נשאלה לפני כבוד מחו' הרב וכו' מוהר"ר יושיע העשיל הכהן אבד"ק לאדמיר והוא נ"י האריך בזה והראה פנים לכל צד וכו' ושלח ידו בשלומי וחלה פני לחוות דעי בזה אף אני:

תשובה אני איני כדאי ששלח אלי אולם אמרתי איך אשוב פני פחת. חביב עלי עד לאחת. ואמרתי הכל מסייעין למלאכת שמים. יגיעי כח ורפויי ידים. יחליפו כח כאיש הביניים אף כי אנכי הצעיר ברבבות אפרים. אעשה חיל ללכוד מעברות המים. קרים ונוזלים ממקור מים חיים. רבותינו הקדושים נ"נ ומיניה ומיני שמעתתא תסתיים. ואתנהלה לעטי לרגל המלאכה בקסת דרוכה. ואשנס מתני לרוץ המערכה. ומה' אשאל עזר להאיר פני בהלכה. וראשון לציון נאמר שלכאורה דבר זה מתורת משה למדנו הוא אא"ז הגאון רמ"א ז"ל בד"מ סימן קכ"ט אות י"ט כתב וז"ל ומצאתי עוד שם דאם נתנו לו שם אחד ונשתנה מחמת חולי יש לכתוב דמיתקריה אבל לאם נתנו לו ב' שמות במילתו יש לכתוב בלא דמיתקרי ויש לכתוב אותו השם שקורין תחלה עכ"ל בו הא קמן דאע"פ שלא נקרא בפי העולם רק בשם א' לבד מ"מ כותבין שניהם בלא מיתקרי ודבר ברור הוא דבודאי מיירי ג"כ היכא שלפעמים נקרא בב' השמות יחד ג"כ דאם לא נקרא כלל רק בשם אחד לבד אם כן הוי ליה שם שנשתקע ואין כותבין אותו כלל וע"כ דמיירי לפעמים נקרא בב' השמות ומ"מ בשם אחד קורין לו רוב העולם והוא רגיל בו ביותר וס"ל דבכה"ג כותבין שניהם בלי דמיתקריה אלא שמקדימין השם שרגיל בו לפתוח ראשון ונראה טעמו דס"ל דאע"ג דרובא קרו ליה בשם אחד לבד מ"מ א"צ להיות נכתב בגט בפ"ע משום דרגילות היא שמי שיש לו ב' שמות לפעמים אין קורין אותו אלא בשם א' לבד כדי לקצר והוי כמו קיצור השם שכותבין שם המובהק שניתן לו מעריסה ואין כותבין הקיצור כלל ואע"ג דקי"ל דכל קיצור השם שהוא שם בפ"ע כגון אלחנן חנן וכיוצא בו כותבין אותו אין הנדון דומה דשאני התם שי"ל שזה השם חנן שנקרא בו לא נצמח שותא משם אלחנן הנכתב בגט אלא כך קבעו לו שם וא"כ לא נכלל בכלל אלחנן ויש לכותבו בפ"ע משא"כ בניתן לו ב' שמות ונקרא בשם א' אינו דין שיהא השם הזה שנקרא בו קובע מדרש לעצמו דהא היינו הך שמא גופא מהנהו תרי שמות שנכתבו בגט רק בלשונם יחליק השמות הללו ואשתמוטי הוא דקא משמטי השם השני כדי לקצר וכיון דלא נשתקע שם הב' לגמרי שפיר כתבינן תרווייהו והנך דקרו ליה בחד שמא נמי ידעי דיש לו עוד שם א' רק הם

המדברים בקוצר מילין ויש בכלל מאתים מנה. ואף אם הני דקרו ליה בחד שמא לא ידעי בהנך דקרו בתרווייהו לית לן בה:

ומ"ש מהרי"ק בתשובה על מי שכ' אנא לוי יהודה בלא דמיתקריה דפסול לפי שיסברו שנקרא בשניהם יחד כאשר יש הרבה בנ"א ששמותיהן כו' אין ענין לכאן דהתם מיירי בשם אחד מחמת חולי ומעולם לא נקרא בשניהם יחד משא"כ כאן כיון שהשם שהם קורין בו מוזכר בגט ומחמת שסמכו ענין לו לא יוציאו לעז שידוע שהוא כמו קיצור השם. ואף שי"ל דקיצור השם שאני שהוא מורגש בפיהם שאין זה שמו העיקר רק הם אחזו בקצרה משא"כ כאן די"ל דסברי שאין לו רק השם הזה שנקרא בו לבד. ז"א דל"ח ללעז בכה"ג כל שיכולין לתלות בקיצור השם כיון שרגילות הוא לקצר השם בכה"ג וכמו דכתבינן שרה דמיתקריה מרים וכיוצא בו ואין חוששין ללעז וההוא דמהרי"ק וכל כיוצא בו דחיישינן ללעז ולא אמרינן שיתלו שזה המגרש יש לו שם כזה היינו משום דכיון דמשמעות לשון הגט הוא שזה שמותיו כפולים לו מלידה יאמרו שאין זה המגרש דא"ל שיתלו לומר דשמותיו כפולין אלא שבפי רוב העולם נקרא בשם א' לבד אין זה מציל מן הלעז כיון שאם יעמדו על המחקר יתברר להם שזה לא נקרא מעולם בשמות כפולים יחד ויסברו לומר שאין זה המגרש ולמגרש זה שבא לו השם הב' מחמת חולי הוה צריך לכתוב דמיתקרי' וכן כל כיוצא בזה היכא שאם יעמדו על המחקר יתברר להם שאין הענין כפי משמעות לשון הכתוב בגט יש חשש לעז ולא תלי בטעותא או בשיקרא משא"כ בנ"ד שפיר הם תולין בדבר הרגיל שרגילות לקצר השם ולקרא באחד כדרך שרגילין בשאר קיצור השם. ואם יעמדו על המחקר הרי יתברר להם האמת שזה נקרא בשם כפול מלידה ומבטן ועדיין קרוי כך בפי המקצת ויבינו לאחריתם שזהו המגרש הכתוב בגט והן הן שלמדו לשונם דבר בקיצר והכחידו תחת לשונם השם השני וזה כלל גדול בענין חשש לעז בכתיבת השמות כמבואר להמעיין הדק בפוסקים:

אך שצ"ע דהך מילתא שכתב בד"מ בשם ס"ג שיש לכתוב שם שקורין בו תחלה במאי מיירי דאי מיירי שנקרא בפי העולם בשם הא' כגון שנקרא ראובן שמעון וקורין אותו בשם ראובן אם כן מאי קמ"ל דפשיטא שיש לכתוב בשם שקורין בו תחלה דמה"ת יהפך סדרן של השמות ואי מיירי שנקרא בשם שמעון והוא גוונא דנ"ד ממש שנקרא בשם השני לבד וקמ"ל דאף שנקרא בשעת מילתו ראובן שמעון אעפ"כ כיון שנקרא בשם שמעון נעשה שם זה עיקר וכותבין שמעון ראובן וזה צריך לפנים דאכתי מיד ערער לא יצאנו כיון שמעולם לא נקרא בסדר הזה הו"ל שינוי השם ופסול כמ"ש בס' ג"פ ס"ק צ"ט דמילתא דפשיטא הוי דמי שנקרא בעת הלידה ראובן שמעון וכן חותם ועולה לס"ת אם

יהפוך השמות ליכתוב בגט שמעון ראובן הגט פסול או בטל כו' וע"ש ולכאורה מסתבר טעמיו ולקמן אבאר הנלענ"ד בזה:

והנה בדבר מ"ש הוד כ"ת שאין לכתוב טויבה דמיתקריה שאסי' כיון דלגבי המועטין נקראת בשם שניהם וכיון שאינה נקראת בשם שאסי' לחוד א"א לכתוב דמיתקריה שאסי' ושוב כ' דמ"מ יש לפקפק ומקום לפרש דמתקריה לפעמים שם זה עם השם הראשון והוכיח דבר זה מדברי הב"ש גבי משה ליב. הנה כבר הדבר מבואר אצלי באורך בכמה תשובות שכתבתי בענינים כאלו וכאן אנקוט בידאי כל דהוצרך לענינינו. ומתחלה אבאר מה שנלענ"ד דעת הב"ש דאף בנשמ"ח אם נקרא בשניהם אין לכתוב דמיתקרי שהרי בש"ע סי"ד כ' מי שיש לו ב' שמות כו' וכתב הרמ"א אבל אם נקרא בב' השמות יחד או שעולה כך לס"ת כשר ודבריו בזה לקוחין ממ"ש הב"י דמהרי"ק והתה"ד מר אמר חדא כו' דהתה"ד מיירי שנקרא ב' שמות במקום אחד כו' ובד"מ כתב ע"ז וז"ל ואין דבריו נראין דמהרא"י לא מיירי בענין זה כלל אלא באדם שנשתנה שמו ע"י חולי שעולה בב' השמות לס"ת ולכן יש להכשיר גם בגט כדמשמע התם. אבל בלא"ה אף מהרא"י מודה לדברי מהרי"ק ואין לחלק עכ"ל:

ולפ"ז קשה על אא"ז הרמ"א האיך כתב בש"ע דאם נקרא בשניהם או שעולה כך לס"ת כשר דמשמע מדבריו שמרכיב התירוצים יחד תי' הב"י ודידיה לומר ששניהם אמת לדינא שהרי בד"מ דחה דברי הב"י בזה וכתב דבלא"ה מודה מהרא"י למהרי"ק ואין לחלק ודוחק לומר שחזר מדבריו שבד"מ (ועיין בתשובה סי' פ"א גבי אליעזר זאב המכונה ליבר מאן וואלף) והארכתי מזה בפי' דברי הד"מ והב"ש. והעולה ממ"ש שם דהרמ"א והב"ש מחולקים בזה דהב"ש לשיטתו שכתב דנקרא בשניהם אף בנשמ"ח אין כותבין דמתקריה לכן הקשה על רמ"א שכתב לכתוב אהרן דמתקרי' סעדי' כו' דאין זה נכון דאע"ג דכשעולה לס"ת בשניהם כותבין דמיתקרי היינו דווקא כשנקרא ב' מאותן השמות משא"כ היכא שקריאתו הוא בשם אחר אם כן עלייה לס"ת מצרף אותן ומאן פליג להו והוי ליה כנקרא בב' השמות יחד. אבל הרמ"א סובר דנשמ"ח לעולם כתבינן דמיתקריה ע"ש שהיו לו כמו הנקרא בשם ראשון ונשתנה שמו כותבין דמיתקרי אע"פ שנקרא בשם אחר ומכ"ש בנקרא בשם זה גם כן נעשה שם זה עיקר ועל הב' כותבין דמיתקרי ולכך שפיר כותבין אהרן דמיתקריה סעדיה דמה בכך שעולה בשניהם ונקרא בשם א' דלו יהיה שנקרא בשניהם מ"מ שם השינוי עיקר ועל הב' כותבין דמיתקריה ולכך שפיר כתב רמ"א בהג"ה אם נקרא בשניהם יחד או שעולה כך לס"ת כשר והיינו בדיעבד לכתחלה צריך לכתוב דמתקרי כיון שהוא שמ"ח ולשונו מדוקדק שפיר ובמקום

אחר הארכתי בזה שלדעת התה"ד לפי מנהג אוסטרייך שעולה לתורה בשניהם, אף שלא נקרא בשניהם יש לכתוב כן לכשחלה ולפ"ז ג' שטות בדבר ובנ"ד שאנו רוצין לכתוב שם שאסי' בכדי לצאת ידי קריאת המיעוט צריכין אנו לעשות אותם בתכיפה או חיבור כאשר היא נקראת בפיהם ודמיתקרי לא יהא ביניהם שהרי אף בנשמ"ח ס"ל להב"ש דבנקרא בשניהם אין כותבין דמתקרי' ולדעת התה"ד אף בנקרא בא' כל שעולה בשניהם ואף הרמ"א דס"ל דכותבין בכה"ג דמיתקרי היינו משום דעושין עיקר לשם דמ"ח משא"כ כאן דלפי קריאת המועטים אין כאן עיקר וטפל ושניהם שוין ואף שקריאת הרוב מכריע גם כן לעשות שם זה לעיקר מ"מ כיון דלא נקראת מעולם בשם זה שאסי' בפ"ע אין לכתוב דמיתקרי ולא דמי לנשמ"ח דהתם נקרא בשם זה בפ"ע קודם החולי וכמ"ש בתשובה הארכתי הנ"ל בטעם הב"ש דס"ל היכא שנקרא בשניהם אף שעולה בא' אין כותבין דמיתקרי ע"ש:

ולפי מה שהעליתי שם נראה דבנ"ד י"ל כיון דגם המועטים ידוע להם שהרוב קורין בשם אחד לבד שפיר מצינן למכתב דמיתקרי אע"פ שבפיהם נקראה בשניהם ולא דמי לנשמ"ח דהתם יש לחוש לפי שנקרא בפי כל בשניהם יסברו שכך שמו מלידה ודינו לכתוב בלא מתקרי כיון ששקולים הם ויבואו שניהם ודמיתקרי לא יבא ביניהם ובגט שכתב דמיתקרי אין זה המגרש כמש"ל משא"כ בזה דהאמת כן היא שזה שמה מלידה אלא שהקורין אותה כך עתה מועטים המה ושם שקורין הרוב עיקר ולכך נכתב דמתקרי ואין כאן לעז כלל וכ"ש הוא דרובא שרה ופורתא מרים שאע"פ שהמיעוט רואין בגט שם שרה לבדו ונכתב בגט לעיקר אין בזה משום לעז וה"ט הך פורתא ידעו ששם טויבא נכתב לעיקר לפי שנקראת כן בפי הרוב ויפרשו להם מ"ש בגט דמתקרי שאסי' היינו דמיתקריה גם שאסי' וגם כי לפי מ"ש לדעת רמ"א בשם מ"ח כתבינן דמיתקריה אף בנקרא בשניהן יחד וע"כ דמפרשינן דמיתקרי' היינו שנקרא בשם זה גם כן. אך לענ"ד נראה עיקר דדווקא בנשמ"ח שייך דמיתקריה כיון שעכ"פ היה נקרא בכל שם בפ"ע משא"כ בשם הלידה כיון שזה שמו אשר יקראו לו מעריסה ושניהם שמות העצם ודאי פוגם אם יכתוב דמיתקריה ביניהם שהרי מעולם לא נקראה בשם שאסי' לבד. ומ"ש מכ"ת ראיה מהב"ש לענ"ד אין משם ראיה כמ"ש לקמן אך אפילו תאמר דשפיר מפרשינן דמיתקריה היינו בצירוף הראשון היינו דווקא בנדון דהב"ש שהיה נקרא בשם משה ואחריו בשם יהודה משא"כ כאן דשם העריסה היה שאסי' טויבא וכן נקראת בפי המיעוט אם כן אם באנו לפרש דמיתקריה גם בשם שאסי' אין הקרי והכתיב שוין ויש היפוך בסדר השמות ופשיטא שאין לפרש דמתקריה שאסי' קודם לשם טויבא שאין

הלשון סובל כן כלל וראיתי שגם מכ"ת הרגיש בזה והדין עמו ולית דין צריך בשש. ובתשובה הנ"ל הארכתי ממה שיש לפקפק מתשובות מהרי"ו במי ששמו יוסף ונשתנה שמו ישראל ע"ש שכתבתי דא"ל דמ"ש ישראל דמתקרי יוסף קאי על מה שעולה לס"ת וחותם דלפ"ז נצטרך לדחוק שנקרא בשם יוסף קודם לישראל ולא מצינו לשון דחוק וסתום כזה אף בשטרי הדיוטות ומכ"ש בגט שחששו לו הרבה לכתוב לשון ברור שירוץ כל קורא בו ואף אם היה משפט הלשון סובל כן אין לכתוב בגט כל שפשטות הלשון לא משמע הכי והבאתי שם ראיה בתשובה סימן מ"ב גבי דממתא מיורקא שאע"פ שנוכל לומר דהמכוון א' בין שיכתוב דממתא ובין שיכתוב פ' דמיורקא ושגם בשכתב דממתא הוא ע"ד היחס לא ע"ד דרך שם עירו כיון שהורגלו ההדיוטות לכתוב בלא ממתא ע"ד היחס וממתא ע"ד שם עירו בכגון זה צריך לדרוש שם הדיוט וכיון שכן נמצא שזה שינה שם עירו וכו' וכ"כ שם לבסוף ועוד שזה שנכתב שם דממתא אין פירושו על מקום לידתו שכשהסופרין כותבין מלה זו מתכוונים בה על עיקר מקום דירתו והו"ל שינה ופסול עכ"ל. ומעתה פשיטא דבנ"ד אין לכתוב דמיתקרי בין ב' השמות ויתפרשו עד"ז שהרי אין לשון ההדיוטו' סובל לפרש דמיתקריה שאסי' היינו עם שם טויבא בצירוף וקודם לו. וגם לא מצינו לשון כזה לא בכתוב ולא בש"ס. ודבר ברור הוא שאין לכתוב כן אף אם היתה נקראת בשם טויבא שאסיה בפי המועטין דאז יהיה קצת מקום לפרש דמיתקריה שאסיה גם כן מ"מ אין לכתוב בזה דמיתקרי' שלשון זה אין במשמעות פשוטו כי אם לומר דמיתקריה בכה"ג:

ואע"ג דלכאורה מדברי הב"ש שכתב גבי משה ליב שאם יכתוב משה דמיתקרי יהודה י"ל דפסול וכתב בתשובה שפירושו שבזה יש קצת ספק אם מה שנקרא בשם ליב הוי כנקרא בשניהם דמיתקרי אם לא ואם שמא דהוי כנקרא בשניהם דמיתקרי פסול בו כיון שאין שום מעלה לשם משה נגד שם יהודה וכ"כ מעכ"ת לפרש כן. והוכיח מזה ג"כ דעכ"פ אין כאן פסול מחמת שמעולם לא נקרא שם משה לבד בלא שם אחר וכן לא נקרא יהודה לבד. אך לענ"ד ז"א כמ"ש דבשני שמות הלידה ודאי אין מקום לכתוב בכה"ג דמתקרי אך כבר כתבתי דהב"ש סובר בנשמ"ח גם כן אם נקרא בהם ביחד אם כתב דמתקרי פסול ועלה קאי גם הך דינא דמשה ליב דהיינו שהיה נקרא המכונה ליב ונמנו עליו וברכוהו מ"ח בשם משה והלכך אי לאו שיש מקום לומר דמה שנקרא משה ליב הוי כנקרא משה יהודה לא היה כאן מקום פסול מחמת כתיבת דמתקרי דהא היה נקרא בכל שם בפ"ע קודם החולי וכמו כל שם מ"ח. אך לפי שנצטרף שם ליב ונקרא בפי העולם משה ליב י"ל דהוי כנקרא משה יהודא ופסול בכתיבת דמיתקרי כמו כל

שמ"ח כשנקרא בשניהם. אבל אי הוי אמרינן דמה שנקרא בשם ליב לא הוי כנקרא בשם יהודא אין כאן פסול היכא דשם משה בא לו מ"ח או מחמת ד"א וכעובדא דפעסלן אסתר דמייתי הב"ש התם משום דכל שם ניתן בפ"ע אבל בב' שמות שנתנו יחד מלידה מזה לא מייתי הב"ש וכמש"ל. וזהו שכתב הב"ש אם כן בלא מיתקרי כשר בפשיטות כו' ר"ל דממ"נ אם נימא דמה שנקרא בשם ליב הוי כנקרא בשם יהודה פשיטא דצריך לכתוב בלא מיתקרי אף בנשמ"ח ואפ"ת דלא הוי כנקרא בשם יהודה מ"מ הרי עולה לס"ת בשם משה ויהודה וכתב שם בסמוך דאם עולה לס"ת בשניהם ונקרא בא' כגון שנשתנה שמו מ"ח כו' ואם כתב בלא דמיתקרי כשר. מה שא"כ אם יכתוב דמיתקרי י"ל דפסול משום דשמא הוי כנקרא בשני השמות. ועוד י"ל דאפילו אי קאי הב"ש בהך דמשה ליב גם אשמות הלידה מ"מ נקט י"ל דפסול כיון דבנשמ"ח או מחמת ד"א אין ברור לפסול. וגם אפשר דבהא נמי מספקא ליה להב"ש אם יש מקום לפרש דמיתקרי גם יהודה אם אחד מהשמות נעשה עיקר. ואמנם מפשיטות דברי הב"ש נראה דמיפשט פשיטא ליה דכל שנקרא בשניהם אף שהא' עיקר לא כתבינן דמיתקרי כמש"ל דהא גם בנשמ"ח ודאי דשם זה עיקר ואפ"ה סובר דאין לכתוב דמיתקרי על השני ולפירושו שנקרא בו בצירוף הראשון ואף על פי שכתבתי לעיל בטעמא דדין זה משום שיש בזה משום לעז שהעולם סוברין כיון שנקרא בשניהם יחד מסתמא כך שמו מלידה וכתבתי לחלק דבנ"ד לא שייך טעם לעז זה כיון שהאמת כן הוא שניתן לה ב' שמות מלידה מ"מ בשביל שאנו מדמין לא נעשה מעשה ופשטות הדברים דכל שנקרא בשניהם יחד לא כתבינן דמתקרי בכל גווני. ומכ"ש בנ"ד שצריכין לפרש דמיתקרי שם שאסיה קודם לשם טויבא דודאי אין לעשות כן לכתוב לשון כזה שנצטרך לדחוק בפירושו כמש"ל וע"כ לא כתב מהרי"ו כה"ג אלא בנשמ"ח וכמש"ל:

וראיתי בג"פ שתמה על מהרי"ו דכיון שהוא רגיל בחתימה ובעלייי' והקדים שם ב' איך יהפך סדר השמות ומילתא דפשיטא היא דכה"ג בשמות מלידה פסול או בטל. ואפשר דבשמות מלידה שפיר יש להקפיד שלא יהפך השמות אבל לא בנשמ"ח כיון דמן הדין השני עיקר אין משגיחין עליו אם הוא עולה וחותם להיפך כו' ומ"מ נכון יותר דאם מקדימין בעלייי' וכן בחתימה להקדים שם זה ומ"ש בחיבוריו דנבשמ"ח שני עיקר היינו היכא דאיכא דקרי ליה בראשון כו' עכ"ד בקצרה. והנה מ"ש בדעת מהרי"ו היה מקום לומר כך אם היה אפשר להעמיד זה בלשון הגט אבל כיון דלשון דמיתקרי אינו מורה על ההיפוך ובאמת זה נקרא בשם יוסף קודם לתורה ולחתימה ויטעו מחמת זה לומר דשמ"ח שלו היה יוסף והוא ראוי להיות עיקר ויש לו דין קדימה וע"ש ישראל

יש לכתוב דמיתקרי ובגט שנכתב ע"כ שאין זה המגרש ואף שאם יעמדו על המחקר ידעו שזה עיקר שמו שנמ"ח הוא ישראל כבר כתבתי שאין דרכן לעמוד על המחקר כל דלא חזו כי האי סימנא שיצטרכו ליתן לב להרגיש בענין אלא לוקחין הדברים כפשטן. וכיון שיראו חתימתו וישמעו קול קריאתו לתורה למראה עיניהם ישפטו ולמשמע אזנם יוכיחו שאין זה המגרש. ואפשר לומר בדעתו של הג"פ דגם הוא מודה למ"ש דבנשמ"ח שפיר מפרשינן דמתקרי יוסף היינו ע"ש יוסף דמתקרי קודם החולי אלא דמ"מ קשיא ליה כיון שבגט אין לנו אלא שם שמחזיק לעצמו ומחמת עלייה וחתימה חזינן שמחזיק שם יוסף עדיין לעיקר ואיך כתבינן בגט להיפוך. וע"ז תי' שפיר כיון דמן הדין השני עיקר כו'. אך לענ"ד נראה לפי מש"ל בטעמיה דהב"ש דס"ל דעיקר מה דאזלינן בתר קריאה וחתימה לא מעכבה בסדר השמות כלל דמה שעולה וחותם בסדר הזה אין זה קפידא לגביה ולא איכפת ליה בקדימה ואיחור כלל רק שזה מורה שאלו שמותיו אשר בחר לו וכיון דאלו השמות נכתבו בגט סגי בהכי דהא לא כתב בהם חוקה שיהא כסדרן מעכב אך מה שראוי לחוש להיפוך הסדר הוא מחמת קריאה של העולם שיהיה לעז אם יכתוב להיפוך שיאמרו שאין זה המגרש דאל"כ מי בקש זאת מיד הסופר והעדים להפוך הסדר ללא צורך וזה דווקא בשנקרא בפי העולם בשניהם יחד משא"כ בנדון דמהרי"ו שנקרא בפי העולם רק בשם ישראל והוא שם העיקר מן הדין שהוא שמ"ח שפיר כתבינן ליה לעיקר שהרי אין כאן מקום לעז כלל ומה שעולה וחותם אין זה מעכב בסדר השמות כלל כדכתיבנא:

ולפ"ז א"ש נמי מ"ש בס"ג שהביא בד"מ שיש לכתוב שם שקורין בו תחלה דע"כ פירושו שנקרא בשם הב' לבד ומקדימין אותו וכבר כתבתי שזה צ"ע דאיך נהפוך סדר השמות דהא בשמות הלידה מילתא דפשיטא שאין להפוך וכמ"ש הג"פ ולפי מ"ש י"ל דגם בשמות הלידה שאין מקום לכתוב דמיתקרי לפי שהם שמות העצם ולא נקרא בכל אחד בפ"ע לבד מ"מ אם רגיל בשם הב' לבד שפיר יש להקדימו דמחמת שמחזיק לעצמו בסדר הזה אין כאן עיכוב דאיהו לא קפיד בהכי ודרך הוא במי שנקרא בכל שמות דקרי לי' ועני בין שקורין אותו כסדר הזה או בהפך רק שאין להפך מחמת קריאת קריאת העולם דאיכא לעז כשיראו בגט שלא כמו שהוא נכתב הוא נקרא ולפיכך כשהוא רגיל להיות נקרא בשם א' אין כאן לעז דדוק' כשאין יתרון לשם א' על חבירו ושניהם מלידה אז כיון שאין טעם להיפוך זה יש חשש לעז כי יקשה בעיניהם למה שכל את ידיו ושינה הסדר ללא צורך משא"כ כשיש טעם להיפוך זה אין חשש לעז שיכירו וידעו כי זו היא שעמדה לו לפתור בו ראשון וכמו שרה דמתקרי מרים שהקוראין מרים אין מלעזין על

מה שרואין בגט שם שרה לעיקר לפי שלא נעלם מאתם שהרוב קורין לה מרים וה"נ דכוותיה וממילא תו ליכא קפידא בין להני בין להני דהנהו שקורין בשניהם יחד כמו שניתנו מלידה הרי לפניהם בגט שני השמות יחד ואין דמיתקרי ביניהם ובהיפוך לא איכפת להו דידעי מחמת דרובא קרי לה בהאי שמא לחוד וגם מצד הרוב מחמת שנסמך לו שם א' לאותו השם שהם קורין אותו בו בלבד אין קפידא דודאי שזה יש לו שם כפול אלא שהם מקצרים אותו ושמו הא' אחוז בפיהם בלבד וכמש"ל ובתשובה הנ"ל הארכתי להוכיח כן מדברי הרמ"א בתשובה סי' פ"ד ע"ש דמבואר בענין שם אסתר פעסלן דאף שקראוה אסתר פעסלין ביחד שלא בפניה מ"מ כ' להיפוך פעסלין אסתר שבפניה קראו אותה פעסלין לחוד ואע"פ ששם פעסלין הוא שם של לעז הקדומה לשם אסתר שהוא שם קודש לפי שהורגלה בפי כל בשם פעסלין משא"כ בשם אסתר שבפניה לא קראוה כן. וא"כ משם ק"ו לנ"ד ששניהם שמות לעז ושם טויבא הורגלה כן בפי כל יש לו דין קדימה לגבי שם שאסיא:

ועכ"פ מבואר משם דלאינך חולקין שכתב הרמ"א שם לא מיירי שנקראת גם אסתר רק פעסלין לחוד ואפ"ה כיון שאין השמ"ח לא כתבינן דמתקרי' וע"כ דגם בכה"ג מפרשינן שנקראת פעסלן בפ"ע אלא שהיה שמה אסתר מתחלה. ומזה יש ללמוד בנ"ד שאין קפיד' מה דכתבינן ב' שמות האשה יחד אע"ג דבפי הרוב לא נקראת רק טויבא לחוד מ"מ שפיר מצינן למיסמך לי' גם השני שנקרא' בו בפי המועטים ג"כ ואמנם מהב"ש נראה שתופס הך תירוצ' שהיתה נקראת בשניהם יחד וכן משמע מדבריו בס"ק ק"ז שכתב דאם נקרא בב' שמות אין כותבין דמתקרי וכן משמע בתשובות רמ"א בעובדא דפעסלן אסתר כו' עכ"ל. ולכאורה צ"ע שהרי הרמ"א כ' שם די"ל דגם אינהו מודו דמיתקרי עדיף אלא שרצו להראות כחן. וצ"ל דבאמת כ' רמ"א תחלה דמיירי דקראוה שלא בפניה בשניהם וע"ז קאמר דאפ"ת דהך עובדא כפשטי' ולא היתה נקראת רק פעסלין לבד מ"מ י"ל שגם הם מודים דמתקרי עדיף וכו' אבל היכא שנקראת בשניהם יחד לא חזר בו הרמ"א ממ"ש דבכה"ג יש לכתוב בלא מיתקרי. ומ"ש הב"ש שאם כתבו דמיתקרי הוי שינוי אע"פ שאין הכרח לזה בדברי הרמ"א מ"מ כ' זה מסברת דנפשי' כיון דדינא הוא בנקרא בשניהן אין לכתוב דמיתקרי אם כ' הוי שינוי ובמקום אחר הארכתי עוד בדברי הרמ"א בתשובה ובדברי הב"ש בזה:

וחוזרני למ"ש דמדברי ס"ג הנ"ל לפי מה שמפרש בו הרמ"א דקראוהו בשניהם יחד ושם אסתר תחלה ובפני' קראוהו פעסלין לחוד אעפ"כ הקדימו שם פעסלין לפי שרגילה בו ביותר ולא חיישינן בזה להיפוך השם כיון דמה דכתבינן אסתר הוא כדי לצאת ידי

הקוראים שלא בפניה ואיך הקדימו שם פעסלן כיון שהם קורין שם אסתר תחלה והקורא למפרע לא יצא אע"כ כמ"ש דאין קפידא בכך כיון שיש טעם לקדימה זו ולכאורה יש לדחות ולומר דהרמ"א קאי על הגט הראשון שכתב לה מהרי"ו והוא באמת כתב אסתר פעסלין והקדים לשם אסתר לפי שהיתה נקראת משא"כ אח"כ קראוה כולם פעסלין לחוד ולכך הקדים מהר"א שליצשטאט שם זה. אך באמת ז"א לפמ"ש שם בתשובה הו"ל לתמוה על רמ"א ע"ש. אך לפמ"ש שם דבאמת שכל שב' השמות נכתבו בגט אין קפידה איזהו יהי' ראשון רק משום לעז שלא נכתב כמו שנקרא בפי העולם וכיון שכל אחד יפה עשה בעתו לפי מה שהיו אז קריאת העולם שפיר עבדי מהרי"ו ומהר"א שליצשטאט ולא משגיחינן בסתירה זו:

וגדולה מזו מצינו לדעת ר"ת דהיכא דאיכא עיקר וטפל דבעינן למיכתב ע"ש הטפל דמיתקרי נמי כשר בדיעבד אם כ' על העיקר דמתקרי דכיון שב' השמות כתובין בפירוש אין חילוק בין שכותב זה ראשון או זה וכן פסק בש"ע ס"ב ונראה טעמא כמ"ש דהם לעצמן מה להם איזה שם יכתוב ראשון ולא איכפת להו בהכי מידי ומצד קריאת העולם אין כאן לעז כיון שעכ"פ ידוע לכל שזה יש לו ב' שמות אלו ושניהם כתובין בגט ואף שהב"ש שם ס"ל להחמיר גם בזה כל שאינו מקום עיגון ולא ניתן הגט היינו משום דכתב דמיתקרי ע"ש העיקר וכיון דהדרך לכתוב דמתקרי ע"ש הטפל ואם יעמדו על המחקר יראו שאינו כן ואיכא לעז אבל אם כ' דמתקרי רק הקדים הטפל לעיקר דעת הח"מ בתשובה ס"ס קכ"ט דלית לן בה ועדיף טפי כשלא כ' דמתקרי והיינו דמשום הקדימה לבד לא יוציאו לעז שאין הפרש בדבר איזה נכתב ראשון (אך דברי הח"מ צ"ע לענ"ד דממהרי"ק שורש צ"ח מבואר דבנשמ"ח אם לא כתב דמיתקרי פסול לפי שיסברו שזה יש לו שמות כפולים וכו' ואין כאן מקומו) וא"כ כ"ש בנ"ד אי לא כ' דמיתקרי שאין לפסול מחמת היפוך בשמות כיון ששניהם כתובין בפי' ואם יעמדו על המחקר אדרבה יתברר להם שכדין נכתב ראשון לפי שנקראים בפי הרוב ומצד המגרש והמגורשת עצמו אין קפידא הי מינייהו קדים ואין מונין בו ראשון ושני כלל רק כל שנכתבו ב' שמותיו שמחזיק לעצמו לעיקר סגי בהכי:

אך אע"פ שבררנו דאין קפידא באיחור וקדימה כשיש טעם בהיפך זה מ"מ עדיין צ"ע בנ"ד שנקרא בפי הרוב בשם א' לבד וא"כ כשבאנו לסמוך לו עוד שם אחר בלי הפסק דמיתקרי ביניהם דמשמע שנקרא בשניהם יחד לא יצאנו י"ח הרוב שקורין רק בא' ומש"ל דמשמע מתשובת רמ"א דש"ד אף בכה"ג לכתוב בלא דמיתקרי לפום הנך שינויי שסובר התם דעובדא דפעסלן אסתר לא נקראת בשניהם יחד מ"מ אין זה מוסכם כמ"ש

מהרי"ק שורש נ"ח שאם יכתוב אנא לוי יהודה פסול וכמ"ש בזה במ"א וא"כ אם באנו להכשיר בזה בלא דמיתקרי צריך ליתן טעם כאשר כתבתי בתחלת התשובה שגם ידי הרוב יצאנו שגם הם יודעין שעיקר שמה מלידה שניהם יחד אלא שהם קיצרו השם ותפסו שם האחרון וכיון שמדין קיצור השם אתאן עלה שוב אין לומר כלל שע"י קריאת שם הזה נעשה עיקר ואין זה אלא כמו יצחק חקין שהעולם מקצרין ותופסין מן השם האותיות האחרונים ואנן כתבינן עיקר השם כמות שהוא וסגי בהכי וה"נ כשנקרא בב"ש כגון שם טוב והעולם מקצרין וקוראין טוב לבד מ"מ בגט לא הפכינן בשביל זה וכותבין השם השלם אע"פ שטוב הוא שם בפ"ע וא"כ גם כאן כיון דעיקר שמה מלידתה היו ב' שמות הללו כמו שרגילין לקרות אחר ב' בתי אבות וזימנין דמינצו בהדדי זה אומר של אבותי וז"א של אבותי וקובעין לקרוא בשניהם ועדיין לא כיונו נוגרי ביתה ומשפחתה לקרותה בב' שמות יחד רק העולם ילפתו אורחות דרכם דרך קצרה ובכה"ג נראה שאינו דין שיהיה השם הזה קבוע לעיקר ולתת לה מקום בראש שמה. וא"ל שממילא נעשה עיקר כיון שהורגלה בו בפי כל וכההיא דפעסלין אסתר לפי פירוש הרמ"א דשאני התם דפעסלין נקבע בה לשם בפני עצמו וכיון שבפניה על כל פנים נקראת פעסלין לחוד שפיר עשה אותו עיקר כמש"ל משא"כ בזה דמעולם לא נקבע לעיקר בו בפ"ע ומשום קיצור שמקצרין העולם לא נעשה עיקר. ומ"מ אין לדמותו לאלחנן חנן כמש"ל. דשאני התם משום שי"ל שקריאתו בשם חנן לא נגזר שרשו משם אלחנן אלא הוא שם לעצמו וא"כ אם יכתוב שם אלחנן הרי דילג שם הקריאה לגמרי משא"כ בזה. והנה בס"ג של הט"ז כתב וז"ל שלום ונקרא לס"ת שר שלום צריך לכתוב המכונה שלום (המכונה לאו דווקא דהא ע"ש הקודש צריך לכתוב דמיתקרי וכן הוא גם בס' של הב"ש) והטעם דשלום הוא שם בפ"ע עכ"ל ונראה שר"ל ג"כ דנ"ל דשם שלום שזה נקרא בו לא נלקח משם שר שלום אלא הוא שם לעצמו ולכך צריך לכתבו ג"כ וכן הוא בס"ג של מהר"מ הנדפס בח"מ וגם בב"ש מהדורא קמא וז"ל שלום הוא הוא כינוי לשם שר שלום ויש לכתוב שר שלום דמתקרי שלום עכ"ל הרי שכתב שהוא כינוי ולכן שפיר נכתב בפ"ע משא"כ אם שמו ראובן ושמעון ונקרא שמעון דפשיטא דלא שייך לומר דשמעון הוא כינוי רק קיצור השם הוא ובב"ש שלפנינו איתא שר שלום ולפעמים נקרא שלום ועולה לס"ת שר שלום כותבין שר שלום דמיתק' שלום ונראה שר"ל ג"כ כנ"ל וכוונתו שר שלום הוא שם איש ולפעמים מזדמן שאיש הנקרא בפי העולם שלום עולה לס"ת שר שלום צריך לכתוב כו'. וכבר כתבתי בתשובה בשם מהר"מ בן חביב בעזרת נשים לענין שם בת שבע דאם בשעת לידה קראוה בת שבע וכ"ע קרו לה שבע צריך לכתוב בת שבע דמיתק' שבע

וטעמו משום דשם הלידה עיקר לגבי שם העריסה. ונראה דדוקא התם משום דשבע הוא שם בפ"ע כמ"ש הב"ש ומ"מ כיון שהוא מעין הלידה שפיר חשבינן לשם הלידה לעיקר לכותבו ראשון ועל שם שבע דמיתקרי דאל"כ הו"ל למיכתב שם שבע לעיקר כדקי"ל בעלמא דשם הקריאה עדיף משם הלידה. ומ"מ אם לא היה מקום לומר דשבע הוא שם לעצמו והוי כינוי לשם זה הוא קיצור השם וא"צ לכותבו כלל. ולכאורה היה מקום לומר להיפוך דדוקא בת שבע ושר שלום וכה"ג שהוא שם אחד לגמרי וצריך לכותבו בשיטה אחד ואף בחד תיבה בזה אין הקריאה מכריע לעשות עיקר. (וגבי שר שלום בלא"ה א"ש דעליי' לס"ת הוא שם המובהק לדידן ושם שבע שנקראת בו שאע"פ שנקראת בו לבד מ"מ כלו כלול בשם בת שבע שניתן לה מלידה. אלא דמ"מ כיון דנקראת בו בפ"ע והוא לפעמים שם בפ"ע יש לכתבו משא"כ בראובן ושמעון שהם ב' שמות חלוקים ויש לכתבם בב' תיבות ומסתבר דיכול לכתבם אף בב' שיטין אפשר דמה שנקרא בשם אחד לבד מחשיבו לעיקר להקדימו על כל פנים או לכתוב על השני דמיתקרי:

ואמנם נראה דגם בכה"ג יש לכתבן בחד שיטה שהרי מהריב"ל ת"ג סי' צ"ד כתב וז"ל מי שנקרא שם טוב יש לדבקם לפי ששם הוא שם בפ"ע וטוב הוא שם בפ"ע ואם יהיו מחולקין נראה שזה האיש היה לו ב' שמות או שנשמ"ח ואיכא מאן דס"ל שיש לכתוב הב"ש בלא דמיתקרי כנהוג ובס' עזרת נשים גבי שם סימן טוב תמה בזה וכתב דליכא למיחש שמא שם אחד מ"ח דא"כ הו"ל למיכתב שם דמתקרי טוב ואין לחוש שיאמרו ששמו כפול מלידה כגון ב"א ששמם ראובן שמעון מה בכך מאן לימא לן דמעיקרא לא נתיסד לקרותו בב' שמות שם טוב וכתב שכ"כ בג"פ ע"ש ולענ"ד ברור בכוונת מהריב"ל שכוונתו במ"ש שיאמרו שזה האיש היה לו ב' שמות היינו שלקח לעצמו עוד שם וכגונא דפעסלין אסתר או שיסברו שנשמ"ח ואפ"ה לא כתבו דמיתקרי לפי שכן דעת קצת הפוסקים הסוברים דכיון שעולה בשניהם א"צ לכתוב דמתקרי ומכ"ש בנקרא בשניהם וכמש"ל בדעת הב"ש וגם דעת מהר"ד פי"ד בכל שמ"ח לא כתבינן דמתקרי כמבואר בס"ג של אא"ז מהר"י מינץ ע"ש וכ"כ בס"ג של מהר"י מרגליות שכן השיב מהרי"ו מתחלה (אלא שאח"כ שלח גט וכתב בו דמתקרי וכמ"ש ג"כ בתשובה סי' קפ"ב) כך יסבור העולם מחמת שיראו שחלק אותם לב' תיבות וכיון שידוע להם שזה המגרש כך שמו מלידה יאמרו שאין זה המגרש הלכך יש לכתבו בחד תיבה וא"כ במי שנקרא שמו ראובן שמעון אע"פ שהם ב' תיבות ממש ויש לו לחלקם מ"מ אפשר שאין לכתבו אלא בחד שיטה דשייך בי' קצת חששא דמהריב"ל אך נראה דבדיעבד שאף אם חלקם בב' שיטין כיון שרגילין עתה בהרבה ב"א בשמות כפולים למה יפרשו בע"א. אך מ"מ

נראה דאע"ג דלענין הכתיבה יכול לחלקם מ"מ אין לדין ב"ש לשם בפ"ע אלא תרווייהו חד שמא נינהו. וכן מבואר ממ"ש מהראנ"ח בתשובה סימן י"א וז"ל ואעפ"י שהפוסל בחסרון כתיבת הכהן צ"ל לדעתו דגרע מהיו לו ב' שמות ולא כתב אלא האחד מהם דב"ש חלוקין הם זה מזה וכל אחד נדרש לעצמו כו' אבל אין קורא בב' השמות יחד אבל כינוי הכהן הוא כמו ששמו כפול מב"ש ואין נקרא כלל בשם אחד בלתי שם האחר שיש שנקרא כן כמ"ש מהרי"ק ז"ל ובכה"ג כתב השם האחד בלבד לא מהני דהו"ל ככותב חצי שמו לבד והכי י"ל בחסרון כתובת הכהן שאף על פי שבקריאתו בפי אנשים אינו נקרא בשם העצם ובשם הכהן יחדיו מ"מ כיון שהוא נכתב בחתימתו ובקריאתו לס"ת אינו נקרא אלא בצירוף שניהם ה"ל ג"כ כתיבת השם בלא הכהן ככותב חצי השם בלבד עכ"ל. ודעת לנבון נקל דאף המכשיר בחסרון כתיבת הכהן מודה במי ששמותיו כפולים שכל שם לבד חצי דבר הוא והעולם שקוראין במחציתו לבד הוא מחמת קיצורם כמו שלפעמים לוקחין מחצית משם שהוא תיבה אחד וקורין בו כמו אליעזר ליזר וכה"ג:

ולפ"ז בנ"ד נ' שיש די בכתיבת שם האשה שאסיא טויבא כמו שהיה שם הערוסה וגם עתה נקראת כן בפי מקצת ואף דרובא קרי בחד לבד אין זה מזיק כיון שעכ"פ נכתב שם זה בגט מה לנו ולקיצורם. אך לפי"ז צריך לבאר מ"ש הד"מ בשם ס"ג בשמות הלידה כותבין בלא דמתקרי ויש לכתוב שם שקורין בו תחלה דמשמע שאם נקרא בשם הב' יש להקדימו וז"א לפמ"ש דבכה"ג יש לכתוב כסדר שמות הלידה ואין משגיחין בקריאה כל עיקר ואפשר דמיירי כגון שאינו ידוע איזה שם שנקבע ראשון בשעת הלידה הלכך אזלינן בתר קריאתו בפי העולם וכותבין אותו שם תחלה. ובהכי א"ש דלא מהפכינן סדר השמות כלל וכן מבואר בסדר שמות גבי שם כרמו כתב בשם זכרון משה וז"ל אבל היכא שיש לו ב' שמות מובהקים כגון שמלקיחין לו במילתו משמות אבותיו שבאו לאיזה מאבותיו מחמת חולי (הוצרך לזה לפי שבזמנם לא היו רגילין ליתן ב"ש יחד אחר ב' אנשים וכמ"ש לקמן) לא כותבין דמתקרי אלא שם הרגיל קודם כגון יעקב מאיר שהעולם קורין לו יעקב רק לס"ת קורין לו ב"ש ולענין גט נמי יעקב מאיר עכ"ל. ונראה שר"ל דאע"ג דבעלייה לס"ת לא קפדי ולפעמים קורין אותו מאיר יעקב מ"מ כיון שבפי העולם קורין לו יעקב לכן יש לכתבו קודם שהוא שם הרגיל אבל אם היה נקרא תמיד מאיר יעקב לס"ת וכך שמו מלידה לא מסתבר להפך בשביל זה לכתוב יעקב מאיר ולהקדים שם יעקב לפי שנקרא בו כיון דקריאת שם יעקב אינו רק לקצר ומה"ט לא הוצרך לכתוב יעקב דמתקרי יעקב מאיר או יעקב מאיר דמתקרי יעקב אלא בכתיבת שם יעקב מאיר לבד סגי ומה שנקרא יעקב לבד קיצור השם הוא וה"ה אם נקרא מאיר לבד נמי כיון דהוא

קיצור השם בכתיבת יעקב מאיר סגי וה"ה בנדון דידן דסגי בשם שאסיא טויבא לחוד. אמנם יש לעיין דלכאורה יש לומר דאף על גב דבכל קיצור השם אין צריך לכתבו היינו כגון יצחק חקין שאף הקורא אותו חקין ברור לו שאינו רק לשם כינוי בלבד ושעיקר שמו הוא יצחק וכן אליעזר ליזר יצחק איצק והלכך בכתיבת שם העיקר לבד סגי ולכך אם יש לכינוי זה עוד שם קודש אחר צריך לכתוב הכינוי כמ"ש הב"ש בשם רש"ל גבי יעקב יעקיל וא"כ י"ל דמה"ט נמי גבי אלחנן חנן צריך לכותבו כיון דחנן הוא שם בפ"ע הקורא לו חנן לא ידע שהוא קיצור השם הוא מאלחנן ויסבור שעיקר שמו חנן ואין לו שם קדוש אחר כלל ולכך צריך לכותבו בפ"ע:

ולפ"ז בנ"ד שנקראת טויבא לבד והוא שם בפ"ע השומע יסבור שאין לה שם אחר רק זה וכיון שבגט נכתב גם שם שאסיא קודם לו ואמרי שאין זו המגורשת ואע"פ שי"ל דשאני אלחנן שהוא נכתב בתיבה בלי שום פירוד ואין בשם שמעו שם חנן כלל שאותיות א"ל נטפלין לו מלפניו משא"כ הכא שב"ש אלו נכתבין כ"א בפ"ע ונחלקין לב' תיבות ממש מ"מ אם נאמר שהרואה ידע שמה שנכתב בגט ב"ש והוא נקרא לו באחד הוא מחמת קיצור השם שרגילין הוא לקצר וגם באלחנן ירגיש בזה שמה שנקרא חנן הוא לקיצור השם שנכתב בגט ואפ"ה צריך לכתבו בפ"ע. איברא לפמש"ל טעם נכון לחלק ביניהם דגבי שם חנן אע"ג דודאי הרואה יוכל לפרש שהוא מחמת קיצור מכל מקום דילמא באמת אין שם חנן זה יוצא משם אלחנן אלא הוא נדרש לעצמו מה שא"כ כאן דודאי שם זה שנקראת בו הוא יוצא מב' שמות אלו הנכתבין בגט והקורא ירגיש שזה שנקרא באחד הוא רק לקיצור השם. מ"מ כיון שיש מקום לפקפק ולומר דלא דמי לקיצור השם שידוע לכל שאין זה עיקר שמו רק יש לו שם מובהק משא"כ כאן לכן שפיר כתב מכ"ת שיש לכפול שם טויבא ולכתבו פעם במחובר עם שם שאסיא ופעם בפירוד דאפ"ת דהוי כקיצור השם מ"מ הא קי"ל דקיצור השם אם כתבו אינו מזיק וכתב הב"ש ולכן בכ"מ שיש ספק אם הוא קיצור השם יש לכתבו בפ"ע:

אך עדיין צריכין אנו לברר היכי עבדינן אם יקדים שם טויבא ונכתוב ע"ש שאסיא טויבא דמיתקרי או נכתוב שם שאסיא טויבא לעיקר וע"ש טויבא דמתקרי דלפי מ"ש דשם טויבא הוא קיצור השם ואם כן בין נימא שא"צ לכותבו כלל אלא שאם כתבו אינו מזויף ובין אם נאמר שצריך לכותבו כמו באלחנן חנן כיון שהם שם בפ"ע עכ"פ אין מקום להקדימו בראש ולעשותו עיקר בשביל שהעולם קיצרו בו את דיבורם ואין זה נותן עוז ותעצומות לשם זה לחשבו עיקר כיון שלעיקר השם שנים באו אל התיבה ואיך נטפל אותן לשם טויבא להיות מאחריו ובשמות אנשים כה"ג אם נקרא באחד לבד ועולה לס"ת

באחד לבד שפיר י"ל שנעשה עיקר שהרי גם הוא מחזיקו לעיקר לשם זה בלבד שהרי עולה בו לס"ת ומסתמא הוא ע"פ הגדתו לש"צ אבל בשמות נשים לעולם שם העריסה עיקר אף ע"פ שהיא נקראת במדינה בכינויים בקיצור השם או באריכתו לקטנות וגעגוע ומכ"ש אם נכתב כן בכתוב ואע"פ שאין מזה ראיה כמש"ל מ"מ כיון דאיכא דמסייע לשם העריסה חשבינן לקריאת העולם לטפל כיון שמקצרין אותו השם עצמו ומצאתי בס"ג של אא"ז מהר"י מרגליות סימן ך' שכתב וז"ל וא"ת הואיל ושם הכינוי הוא עיקר שקוראין אותו בו א"כ אמאי כותבין לעולם שם הקודש קודם ואחר כך המכונה וי"ל אפילו היכא דשם הכינוי רגיל יותר משם הקדש מאחר דשם הקדש הוא עיקר השם כותבין אותו קודם ונ"ל עוד טעם אחר משום דקוראין אותו בשם הקודש ביום המילה וגם קורין אותו באותו שם לס"ת מה"ת וגם נכתב בכתובה באותו שם וכן הוא עיקר וראיה ממ"ש הר"פ אדם שהוא חולה ונתנו לו שם אחר כו' אע"פ שאינו רגיל בשם השני כמו בראשון ה"נ בשם הקודש הוא עיקר שמו אע"ג שאינו רגיל כמו שם הכינוי עכ"ל אלמא דיש הכרע ממה שנקרא בשעת לידה וממ"ש בכתובה לעשותו עיקר ואע"פ שכתב וגם קורין אותו בשם זה מ"מ בשמות הנשים סגי בהנך טעמי לחוד כיון שלא נשתקע שם הלידה לגמרי וכ"כ בס"ג הנ"ל סימן כ"ח וז"ל מהרז"ך כתב מנחם כו' ועוד כתב זוסא בת יצחק כו' אע"פ דרובא דעלמא היו קוראין זוסלין מאחר שאמה קראה זוסא אחר אם אמה ועוד זוסא וזוסלין חדא הוא עכ"ל. והביאו רמ"א בסדר שמות שלו וכתב ע"ז ונראה דאם קראוה בילדותה זוסלין כותבין זוסלין ולא זוסא כו' ובד"מ סימן קכ"ט אות כ"ג רמז לזה ג"כ שכתב ועיין לקמן בסימן זה ובאות זה (והוא ט"ס וצ"ל ובאות זיי"ן וכוונתו למ"ש בב"ש אות ז' גבי שם זוסא ובהגהת אשרי דפוס דיהרנופורט החדשים הגי' שם ובאות שאחר זה ור"ל על מ"ש אשה אחת היתה נקראת אסתר וכו' וליתא) לקמן מדין אשה שנשתנה שמה ממה שהיה בילדותה עכ"ל והביא זה ג"כ בב"ש בסדר השמות והאריך שם בענין זה ומבואר מדבריו בשם ס"מ גבי אלז גוטא וגיטלין שאם ידוע שם העריסה יש לכתוב אותו שם לבד אפילו אם כל העולם קוראין בשם אחר וע"ש באות ב' שכתב וז"ל ואלז גיטא שהיא כינוי לגיטלין י"ל דדומה לשרה שארקה דגיטא וגיטלין הנקודות שווין אע"ג דמוסיפין תי' אלז מ"מ עיקר השם הוא גוטא ונקודות שוין כו' ובאות ה' כתב ואפשר דבעינן תרתי לטיבותא דנקודות שוין וידוע שם העריסה או כותב רק שם העריסה כו' ובאלז גיטא ג"כ הנקודות שוין היינו גוטא וגיטלין הנקודות שוין כו' ומ"ש אם אין הנקודות שוין כותבין רק השם שנקראה בו איירי אפילו אם ידוע שם העריסה

מ"מ כיון דנשכח אותו שם אין כותבין אבל כשהנקודות שוין הו"ל כאילו לא נשכח שם העריסה שעדיין שם העריסה עליו מחמת הנקודות עכ"ל:
הנה למדנו מדבריו דאף באין הנקודות שוין שכותבין רק השם שנקראה בו היינו דווקא היכא שאין נקראה בשם העריסה כלל ונשתקע אבל אם לא נשתקע לגמרי אז כותבין שם העריסה ג"כ וכותבין אותו לעיקר דאל"כ יסתרו דבריו ומ"ש באות ב' דבשמות שאין הנקודות שוין אם ידוע שם העריסה יש לכתוב שניהם כגון אם שם העריסה שרה ועכשיו נקראת שערליין דאין ר"ל שנקראת כן בפני כל אלא דאכתי לא נשתקע שם שרה לגמרי אלא שעיקר קריאתה כן הוא ולכן כתב שם דאם כתב רק השם שנק' בו עכשיו כשר דהיינו בדיעבד אבל לכתחלה יש לכתוב שניהם ומ"מ שם העריסה לעיקר ודווקא אם אין השמות דומין זה לזה כלל אז אם הרוב קורין בשם אחד ומיעוט קוראין בשם אחר כותבין השם שקורין הרוב אע"פ ששם האחר הוא מעריסה וגם בזה יש חולקים כמש"ל משא"כ אם השמות דומין זה לזה רק שאין הנקודות שוין כגון שרה ושערליין מקדימין שם העריסה אע"פ שנקראת שערליין וכ"ז באין הנקודות דומין אבל בשם אלז גוטא וגיטלין כיון דבשם גוטא שוין אף ע"פ שם אלז כותבין שם העריסה אלז גוטא לבד אע"פ שהכל קורין גוטלין כמבואר להדיא בד"מ שכתב אבל אם ידוע ששמה מעריסה גיטלין לבד או אלז גוטא לבד יש לכתוב אותו השם לבד אפילו אם כל העולם קורין בשם אחר:
ולפ"ז צ"ל דלא דמי לאלחנן דהתם י"ל שהוא שם לעצמו ולא נזכר אלחנן כלל משא"כ בשם אלז גוטא שפירושו בלה"ק כל טוב גיטלין פי' טוב ושם גוטא וגיטלין אחד הוא לא איכפת לן בתיבה שנתוספה בתחלת השם וזה סיוע למ"ש דאם ניתן לו שמות כפולים ונקרא בא' סגי בשם העריסה לבד דהא השם שנקרא בו מבואר ג"כ בגט ואע"פ שסמך ענין לו כפי שיקרא מעריסה תוספות זה אינו מזיק כמו באלז גוטא ואם נימא כמש"ל דיש לפרש טעמא דאלחנן חנן שמי שקורא אותו חנן יסבור שזה עיקר שמו ואין לו שם אחר ויסבור שאין זה המגרש הכתוב בגט אלחנן ולא ירגיש שנתקצר מאלחנן גם באלז גוטא ניחוש להכי שהקורא אות' גיטלין יסבור שזה עיקר שמה ולא יעלה על דעתו שנתקצר מאלז גיטא דהא באמת לפעמים יש שנקראת אלז גיטא ויש שנקראת גיטלין וב' שמות הם וכדמשמע שם בב"ש דבידוע מעריסה אלז וכ' גיטלין פסול וכן להיפוך אע"כ דאין לחוש לזה כלל וטעמא דאלחנן כמ"ש שמא חנן זה הוא שם בפ"ע לכינוי משא"כ בזה שגיטלין זו הוא יוצא משם אלז גוטא שנגזר ממנו וה"ה בנ"ד בשם שאסיא טויבא כיון דשם טויבא שנקראת בו הוא עצמו השם שנקראת בו בצירוף שאשיה ואינו נדר' להיות כינוי לעצמו סגי בכתוב ב' השמות אך אם נרצה לחלק דשאני התם דתיבת

אלז אינו שם לעצמו רק מצטרף לתיבת גוטא ונכתב עמו כאחד כמ"ש בשם גוט קינד שכותבין בתיבה אחד משא"כ ב' שמות ממש שיש לכתבם בב' תיבות נר אך לענ"ד אין סברא לחלק בזה דמה לי שהתוספות שבראש התיבה הוא שם לעצמו או לא ואדרבה נראה שי"ל דבכה"ג עדיף טפי שיש לקורא לתלות שהוא קיצור טפי מאלז גוטא שצ"ל שחלקו שם אחד לחצאין ואין להאריך דכבר כתבתי דלצאת ידי כל פקפוק יש לכתוב השם האחד שנקראת בו בפ"ע. אלא שלפ"ז יש להקדים שם העריסה ולכתוב שאסיא טויבא דמתקרי טויבא כיון שעיקר הטעם דכותבין אותו הוא משום שאם כתב קיצור השם אינו מזיק וכיון שמטעם קיצור השם אתינן עלה יש לכתוב עליו דמתקרי וכמש"ל: שוב עיינתי בס' בית מאיר שכתב דעובדא הו' בק"ק פפד"א שהיה שם המגרש מיום לידתו יעקב ישראל ונקרא בפי כל אך ישראל ועלייתו לס"ת וחתימתו יעקב ישראל וסידר המורה יעקב ישראל דמתקרי ישראל וכשבא הגט לפני שארי הרבנים לא הוכשר בעיניהם ולא ניתן לה הגט כלל וכן נראה ולא דלכתחלה לא שפיר למיעבד הכי אלא דאף בדיעבד יש חשש פסול דלשון זה משמע דבשם ישראל עצמו יש שינוי בקריאתו וזה באמת אינו והוי דומיא דשינה השם. והנה בד"מ כתב אבל נתן לו ב' שמות במילתיו כו' אבל נראה דמיירי בשא"א לעמוד על העיקר היאך היו סדר השמות בשעת לידה וגם סדר קריאתו לס"ת וחתימתו אין ידוע אבל בנדון זה מג"פ שכתב ואם משעת לידה נקרא בב' שמות כו' ואיכא למשמע מינה אפילו נקרא בפי כל בא' דאין לכתוב לא דמתקרי ולא להפוך השמות דהא בזה משמע דמחלק בין נשתנה מחמת סיבה לבין ב"ש מלידה דאילו נקרא בב' יחד אפילו בנשמ"ח אין לכתוב דמתקרי ואף בס"ק צ"ט כ' כו' מכל דבריו אלו יש ללמוד שבנ"ד יש לכתוב יעקב ישראל בסדר בלא דמתקרי וכ"ש שלא להפוך השמות ושלא להשגיח בקריאת העולם אך בשם ישראל כי זה אך מאהבת הקיצור ואולם בסדר הרב ר' מיכל יוזפ"ש ס"ק י"ט משמע שם דיש לכתוב יעקב דמתקרי ישראל דכתב יש לחקור כו' וראה דבריו בזה כי נ"ל שנ"ד דומ' ממש להההוא דהתם ואע"ג דהתם גם העלייה לס"ת והחתימה היה בשם יעקב ישראל והוא העיקר לשם הקריאה מ"מ הרי כתב שאין להזכיר שם הקריאה כלל אף לכתחלה לפי שהוא מאהבת הקיצור וממילא בנ"ד דבנשים אמרינן שיש לעשות שם העריסה עם קריאת המיעוט לעיקר ושלא להשגיח על קריאת הרוב שהוא רק מאהבת הקיצור וכמש"ל. ואמנם מ"ש לחוש בדיעבד אם כ' דמתקרי ישראל דמשמע שיש שינוי בקריאתו לא נהיר' לענ"ד וכן מבוא' בנ"ש שאין קפידא בכפילת השם האחד בפ' וכן ממ"ש בשר שלום דמתקרי שלום ומ"ש בדברי הד"מ כבר כתבתי כן למעלה ובמקום אחר כתבתי במה שי"ל דמ"ש ויש לכתוב שם

שקורין בו תחלה קאי אדלעיל בנשתנה אח"כ וכדמשמע ממ"ש ע"ז ובמהרי"ל כתב כו' דמזה מבואר דלאו בשמות הלידה איירי והארכתי שם ומ"ש במשמעות הג"פ לענ"ד אינו מוכרח ולקצר אני צריך:

ועתה אשימה עיני על קונטריסו דמכ"ת והנה ראיתי דבריו טובים ונכוחים בנויים על אדני השכל והסברא הישרה למתקו לו רגבי נחל דבש וחלב אשר תחת לשונו ונפשי איותה לשאת ולתת בהם כדרכי מעולם. אפס כי סמכוני באשישות ואיני בחזקת הגוף כראוי לזאת אני מוכרח לקצר ולהיות מטפס ועולה בקצרה ואנקוט בודאי כל דהו לכבודו דרומע"ל ועוד חזון למועד אי"ה לפלפל בדבריו הנעימים כאשר תשיג ידי בעזה"י.

והנה הרבה דברים ימצא הדרת מכ"ת בתוך דברי אשר כבר העיר מכ"ת עליהם ואם לפעמים בניתי או סתרתי כך היא דרכה של תורה. והנה מ"ש באות ב' דאם יכתוב רק ב' השמות יחד לבד יהיה לעז מן הרוב שאינה נקראת בפיהם רק באחד והאריך בזה כבר כתבתי דבנ"ד לא נשתנה השם בפי המרובים רק קיצור הוא שקיצרו בו ובקיצור השם אין בו משום לעז כשכותבין השם הארוך וכמש"ל שכותבין אלז גוטא אף ע"פ שנקראת גיטלין בפי כל וא"ל דגם בקריאתם גיטלין מרגישין ששם העיקר שלה אלז גוטא דז"א דמנין ידעו זה דאטו ברוקא דבהדדי תפיתו והלא גוטלין הוא שם בפני עצמו וכדקיימא לן דאם לא נקראת מעריסה רק גיטלין וכתב אלז גוטא פסול וכן להיפוך אלא ודאי היכא דבאמת הוא קיצור השם לית בזה משום לעז ואין הפרש במה שנקרא בב"ש לשם אלז גוטא וכמש"ל מדברי הזכרון משה בשם יעקב מאיר אף שהעולם קורין יעקב לחוד שא"צ לכתוב דמיתקרי בשביל השם שנקרא בפי העולם ומה לי שאחזו בפיהם הראשון או האחרון סוף סוף דינו כקיצור השם שא"צ לכותבו וכבר כתבתי שאין דומה לאלחנן חנן וא"צ לכפול הדברים. ומ"ש מכ"ת מהא דרובא מרים כו' דבר פשוט דכיון דמאן דאיתחזק בתרי שמא תיקן ר"ג שיפרש אותן בגט ויזכיר שניהם ולכן אם אינו כותב בגט רק אחד איכא לעז כיון שידוע להם שזה יש לו עוד שם מלבד שם הכתוב בגט והיינו דווקא בלא כתבו כלל. אבל אם כתבו בגט וכ' עוד שם אחר שהיה עיקר שמו כך לא איכפת לן בהכי וכבר הבאתי ההיא דפעסלן אסתר שכתבו שניהם יחד בלא מיתקרי מאחר שלקחה לעצמה שם זה וכבר כתב הרמ"א באינך תי' דמעולם לא נקראת בשניהם יחד ואפילו להאי תירוצא שקראוה בשניהם מ"מ בפניה ודאי לא קראוה רק פעסלין ושם זה עיקר כיון שהיתה בושה בשם אסתר לכך הקדימו ואפ"ה כתב שניהם יחד אלמא דשפיר מתפרש דיש לו שם אחד לבד אלא שיש לו עוד שם מלבד השם הזה וכבר כתבתי שאין זה דומה למ"ש מהרי"ק שלא יכתוב אלא לוי יהודה כו' כיון שבאמת

כן הוא שנקראה בשמות כפולים והתם שאני שהיו השמות מחולקים בין מקום הכתיבה למקום הנתינה:

ומ"ש באות ג' ראיה מהתה"ד להא מלתא הוי בר מזליה דגברא רבא גדול הדור אחד שכתב דע"כ מוכח שתה"ד ראה חתימת גאון מפורסם כגון רב נחשון וכיוצא שחתם ב' שמות בלא דמיתקרי ובכה"ג הו"ל לכתוב דמתקרי כיון שנקרא בפי העולם בשם אחד נחשון בלבד א"כ י"ל שהשם הזה מכריע לעשות אותו עיקר כיון שנקרא כן בפי כל ולכן הוכיח דבחתימת העדים באמת א"צ דמתקרי אך באמת כבר מחינו ליה בעוכליה. ולדבריו קשה אכתי מנ"ל לחלק בין שם הבעל לחתימת העדים דילמא העיקר כמנהג אוסטרייך דבעולה בשניהם אין לכתוב דמתקרי ואם אם היה לו סברא פשוטה בשמ"ח דלא כמנהג אוסטרייך מ"מ מנ"ל בשמות הלידה ועולה בשניהם דלמא בכה"ג לא כתבינן דמיתקרי כיון שלא נקרא בו לחוד וכמש"ל. או י"ל שראה מתחלה חתימתו שם אחד ואח"כ בב' שמות ומזה הוכיח התה"ד שנשמ"ח וגם לפמ"ש דיש דיש לכתוב שם שקורין בו תחלה א"כ י"ל שראו חתימתו בב' שמות כגון יצחק נחשון ואם היה צריך לכתוב דמתקרי רק מחמת שם שמות הלידה עכ"פ היה צריך להקדים שם נחשון שהוא שם שקורין בו אע"כ דשם יצחק היה שמ"ח ולכן הקדימו תחלה ומ"מ בחתימה א"צ לכתוב דמתקרי. אך אין ראיה כלל והאמת יורה דרכו שבזמן הראשונים לא היו רגילין לתת ב' שמות לאיש אחד כמש"ל מלשון הזכרון משה וכן מבואר להדיא בישׁ"ש גיטין סימן ך' וסי' ך"ד ע"ש וכ"כ בנ"ש וז"ל ואם ניתן ב"ש בשעת המילה ונקרא כן כאשר שמעתי שבקצת מקומות נוהגין כן ואני הכרתי אחד מהם שהיה נקרא בין הבריות כו' מבואר שאף בזמנו לא היה מצוי עדיין שיהא נקרא בב"ש בשעת המילה וכן מבואר ממ"ש הפוסקים בשם מהרי"ל הטעם שיש לשם לעז כמה שמות קודש משום דלפעמים איש ואשה מחולקים בנתינת השם ועושין פשרה דהלעז יהיה ע"ש משפחתו ושם הקודש ע"ש משפחתה וכן להיפוך וע"ש בשם שניאור שנקרא כן ע"ש המאורע שהיה שם אביו מאיר ושם אבי' אורי ועשה הרב פשרה לקרותו שניאור והיא שני מלות מרכבות ועכ"פ מבואר שלא היה מצוי כלל לאיש אחד שיהיו לו ב' שמות הקדש מלידה. ולכן הוכיח התה"ד מחתימת הגדולים שחתמו בב"ש ולא דמתקרי דעד א"צ לחתום דמתקרי דמסתמא ב' שמות אלו לא באו לא מלידה כלל ומסתמא הא' מחמת חולי ואפ"ה לא כתב דמתקרי וזה ברור:

ותדע דאם היה מקום לומר שנקרא כן מלידה ודאי דאין מקום להוכחת התה"ד כלל דאע"פ שנקראו באחד ונאמר שנקראו כן בפי כל או בפי הרוב מ"מ אין מקום לכתוב

דמיתקרי בין ב"ש מלידה ועולה בהם לס"ת יחד מה תאמר דמ"מ הו"ל לכפול השם דהיינו שיכתוב שם שנקרא בו בלבד ואח"כ דמיתקרי על ב"ש הלידה משום דשם שנקרא הוא מוכרע מחמת קריאתו בפי רוב העולם ונעשה עיקר מחמת זה וד"מ שחתם עצמו יצחק נחשון ובפי רוב העולם הוא נקרא נחשון לבד הו"ל לחתום נחשון דמתקרי יצחק נחשון פשיטא שאין זה דקדוק כלל כיון שהגאונים שראה התה"ד לא נעשו עדים רק שחתמו בדיסקי ובתשובה ופשיטא דכל כה"ג א"צ לדקדק בדיסקי ובתשובות שיכתבו השם וחוזר וכופלו שיעשה עיקר שאף אם נאמר שבגט יש צורך בדבר מ"מ מה שחותם עצמו בתשובת שאלה פשיטא שא"צ לדקדק בזה כולי האי. ואין זה דומה למ"ש הרש"ל בתשובות רמ"א שת"ח צריך לדקדק באגרותיו שיש ללמוד ממנו לגיטין דהיינו ענין חסירות ויתירות וכה"ג אבל כגונא דנ"ד נראה ברור שאין ללמוד מחתימת דיסקי ותשובות דמה ענין תשובות אצל גיטין. אך באמת העיקר כמ"ש דלא עלה ע"ד מהרא"י שיהיה ב' השמות מלידה ובודאי האחד מ"ח. ואם איתא דכל שחותם עצמו בלא דמיתקרי פירושו דווקא שניהם יחד וצריך להפריד דווקא ביניהם בדמתקרי פשיטא שהיה להם להגאונים לדקדק בחתימתן בזה ששפתם ברור מללו ולא רגל על לשונם לדבר לשון עלגים והיה להם לבחור לשון ערומים ולכתוב דמיתקרי ביניהם כיון דבאמת האי לחודי' קאי והאי לחודיה קאי א"ו דגם בלא דמיתקרי מתפרש שפיר שיש לו ב' שמות אלו אבל מ"מ אין מצורפין יחד וזה ברור. ומ"ש מכ"ת כי לא כ' הב"ש דין הנקרא ליב משה. הנה בב"ש מהדורא קמא שם כתב הדין של ליב משה. ומתחלה כ' הדין של משה ליב דמסתמא קאי אדסמיך ליה וסיים בה וז"ל גם מי שיודע שזה נקרא משה ליב למה יטעה לפרש דכינוי קאי על משה ולומר שאחר גירש מאחר די"ל הכינוי קאי על יהודה וכן להיפך אם נקרא ליב כותבין יהודה המכונ' ליב משה אף את"ל דהמכונה במקום דמתקרי פסול כמ"ש בסמוך שם הטעם דהוי כשינוי השם כי כינוי לא שייך בשם גמור. משא"כ כאן דהמכונה קאי על לעז ליב אלא דאמרו דקאי על משה ג"כ משום זה אינו פוסל מאחר דיודעין מי הוא המגרש דקוראין אותו ליב משה והמכונה באמת קאי על מלת ליב ועיין בנ"ש מ"ש בזה עכ"ל. והנה במהדורא בתרא השמיט זה ונראה שנסתפק בזה ולכן קיצר בדבר ורמז לעיין בנ"ש בענינים אלו ואם דעתו מסכמת לדעת הנ"ש או לא אין הכרע אך פשטות הדברים דלא פליג על הנ"ש בדינא ואין להאריך:

והנה מ"ש בענין אי הוי רק קיצור השם וכ' דהוי כאין לו דמיון לשם העריסה והביא ראיה מאלחנן חנן וסברתו בזה היא נפלאת בעיני וראייתו מאלחנן חנן כבר כתבתי שאין הנדון דומה לדהתם והחילוק שכתבתי היא ברור מאד. ומ"ש כ"ת דהב"ש פליג על מהר"מ בדין

אלז גיטיל וגיטלין לא ידעתי מחלוקת בזה כלל ולעיקר הדין היה נ"ל שיש די בכתיבת שם סאשיא טויבא לבד דמה שנקראת טויבא לבד היא קיצור השם גמור כאשר הרגילות במדינות אילו שהעולם תופסין לקרות בשם אחד בלבד ומ"מ האיש והאשה הם מחזיקין בשמם הראשון הניתן להם מעריסה ועולה וחותם בו וקרו ליה בתרווייהו ועני וגם ללעז אין לחוש בכה"ג כאשר כתבתי לעיל וכן יש בידי תשובות מכמה גאוני זמנינו שנראה מדבריהם דבנדון כזה כותבין שניהם יחד ודי בכך וא"צ לכפול השם אף שעולה וחותם בשניהם נקרא בפי כל באחד וכאשר הבאתי לעיל מדברי הז"מ ולדברי מכ"ת דמדמי ליה לאלחנן חנן א"כ גם שם היה צריך לכתוב יעקב מאיר דמיתקרי יעקב. ואמנם אם נרצה לחוש למה שנקראת טויבא ונרצה לכפול השם ולכתוב שאשיא טויבא דמתקרי טויבא אין קפידא כאשר כ' כ"ת ג"כ:

אך מ"ש כ"ת לכתוב שם טויבא ועל שאשי' טויבא דמתקריא לענ"ד ז"א כמ"ש כיון דטויבא קיצור השם היא אפשר שיש חשש אפילו בדיעבד אם עשאו לעיקר וכתב על שמות העיקרים דמתקרי דקיצור השם גרע משם טפל משא"כ להיפך כשיכתוב שאשה טויבא דמתקרי טויבא אפ"ת דשם טויבא הוא עיקר דמה שיקרא בו בפי הרוב הוא נותן לו עילוי וחשיבות לעשותו לעיקר מ"מ אם השמות כתובי' בפי' אף בכתב הטפל לעיקר כשר בדיעבד כשניתן הגט לדעת הב"ש:

ואמנם לענ"ד בנ"ד דכ"ע מודים דכשר דהא טעם הב"ש הוא דלפי דעת ר"ת נמי י"ל דשרה וכל שום דפסול היינו דיעבד ולפר"ת פירושו דפורט שם מרים וצ"ל הטעם כמ"ש הרשב"א לפי שאין אדם כותב בעיקר השם הטפל שהוא שם שקורין המיעוט וכל שכותב שרה דמתקרי מרים אתו למימר דלא זו הוא דעיקר שמה מרים ע"ש וא"כ בנ"ד נהי נמי דנימא דמחמת הקריאה באחד אשתני למעליותא להיות עיקר מ"מ הרי עכ"פ גלוי להם שקריאתה בזה הוא לצד קיצור השם וא"כ אף אם היה נכון לדינא להקדים שם טויבא מ"מ אין הדין ברור כ"כ ומי איכא מידי דאנן לא ידעינן ואינהו ידעי ומימר אמרי קמו רבנן במילת' ששם העריסה שנקראת בו קצת ג"כ יש לתפסו לעיקר ואין להשגיח במה שתפסנו דרך קצר' לעשותו עיקר ולא דמי להא דרובא מרים ופורתא שרה דודאי זה ועיקר השם ואם יעשנו טפל יש לחוש ללעז משא"כ כאן ומכ"ש שלפי דעתי נוטה יותר שמדינא יש לעשות כן להקדים ב' השמות כיון שהיה די בזה לבד ושם טויבא הוא קיצור השם ואינו מזיק אם כתבינן ליה ומכ"ש לפמ"ש מכ"ת לבסוף שבכתוב' כתובים ב' השמות יחד ואף שבב"ש כתב גבי שם פירמוזא להקדים שם הקריאה שאני התם שיש שינוי גמור במבטא משא"כ כאן עיקר הראיה מכתיבת הכתובה שזה השם הוא

שם הארוך וזה שבפי רוב העולם הוא שם הקצר וכה"ג שפיר נלמד מספר כתובה. וכבר כתבתי מדברי אא"ז מהר"י מרגליות שכתב הטעם דמקדימין שם הקודש אע"פ שנקרא בכינויו מ"מ כיון שניתן ביום המילה ונכתב בכתובה כו' אם אמנם דהדין עם מכ"ת שאין לומר דמסתמא אלו היתה חותמת שטרות כו' ובמחוסר מעשה לא אמרינן הואיל וגם מכתיבת הסופר בכתובה מחמת זה אין לעשות עיקר מ"מ בנ"ד עכ"פ נלמוד מספר כתובה שבהגיע תור כתיבת השם תופסין הב' שמות יחד נתפרסם לכל ביום חופתה וממילא דברי העולם הוא קיצור השם ולא דמי לפירמוזא דליכא למיתלי בקיצור השם רק בשינוי שנשתנה שמה לשם הורמיזא וא"כ יהא שאח"כ הוחל לקרא בשם זה הוא נעשה עיקר:

ותמהני שכתב מעכ"ת דמסתפק אם מועיל חתימה באשה לילך אחר החתימה נגד הרוב כו' והעלים עיניו ממ"ש הב"ש שם בשם אלז גיטיל להדיא דאם היא רגילה לחתום יש לכתוב שם החתום אפילו אם ידוע דשם אחר הוא מעריסה וכל העולם קורין אותה בו ע"ש בשם ס"מ. ומה שהאריך מכ"ת בענין ב"ג עיין בשמות אנשים בשם מתתי' שכתב בשם מהרש"ל ליתן גט ב' אע"ג דמשמע דבמתתי' נמי כשר מיהו אינו כשר לכתחלה לכן יש ליתן ב' גיטין ומ"ש הב"ש ראי' מהר"ף היינו כלפי מה דמשמע מפשטות הש"ע שכתב שאין הפרש כו' דמשמע דאף לכתחלה כשר בכה"ג וכן הוא דעת הרמב"ן שהביא הרשב"א וכ"ה דעת הב"ח הביאו הב"ש לקמן סק"ז ע"ז הביא ראיה לדבריו דלעיל דלדעת ר"ת אף בפורט השמות אין לכתוב על העיקר טפל שהרי הר"פ נתן ב' גיטין משום שנסתפק איזה עיקר ואיזה טפל כמבואר בב"י במ"ש. ובהכי ניחא הא דהצריך ב"ג ולא סגי באחד שיכתוב פ' דמתקרי פ' כו' ע"ש וא"כ מוכח דאף בכותב בעיקר אעפ"כ צריך להקדים העיקר וכיון שכן ס"ל להב"ש דאע"ג דבדיעבד כשניתן הגט יש לסמוך על דעת המפורשים דמפרשי שאין פורטין השמות וא"כ כשפורטין כשר לכתחלה ולדעת ר"ת נמי יש לפרש דמ"ש ולא שרה וכל שום היינו לכתחלה מ"מ כל כמה דלא ניתן הגט לא נסמוך ע"ז דדילמא גם לר"ת מתפרש הך ולא שרה וכל שום כמו לשאר המפורשים דאין פורט השמות לפסול בדיעבד כמו כן לר"ת אף בפורט השמות ודלא כהריב"ש ולכן אף שכבר ניתן הגט אין ליתנו וכן במהדורא קמא כתב וז"ל מאחר דמבואר בש"ס דצריך לכתוב העיקר וע"ש הטפל דמתקרי' ולכמה פוסקים ולא שרה היינו אפילו בדיעבד פסול עכ"ל ויש לומר כמ"ש ולכן מ"ש בב"ש ראיה מהר"ף אעיקר מילתא קאי דמשום חשש עיקר וטפל הצריך ב' גיטין והיינו משום דמתפרש הך ולא שרה וכל שום אף שכותב בפי' ולאפוקי מהב"ח שדעתו להכשיר אף לכתחלה:

ועכ"פ למדנו מהר"ף לפמ"ש הב"י שלפי שנסתפק איזה עיקר ועל איזה יכתוב דמתקרי נתן ב"ג לכן גם בנ"ד אם נכנס לבית הס' איזה עיקר ופשיטא שאין להכניס ראשינו במילתא דאית ביה ספיקא ואם כי הב"ש כתב להכשיר בדיעבד כשכבר ניתן אין לנו לעשות מעשה לכתחלה ומכ"ש דמפשיטות דברי הרשב"א משמע דלר"ת יש פסול בדיעבד וכן הוא דעת הראנ"ח בתשובה הביאו הג"פ ע"ש וכבר כתבתי דאפשר דקיצור השם גרע טפי משום טפל אחר וכאן בנ"ד יש להסתפק שמא הוא קיצור ועיין בשו"ת כנסת יחזקאל סימן ס"ד שכתב די"ל הא דאמרינן רובא מרים כו' היינו שנקראת בב' השמות מתחלה משא"כ אם בשעת המילה נקרא בשם אחד אולי עם הפורתא להיות רוב ע"ש וכן ראיתי בשם שו"ת כרם שלמה שהעלה דשם לידה ופורתא קרי לה בה וכתוב בכתובה יש לכתוב ב"ג ובחד יכתבו שם לידה עיקר ועל האחר דמתקרי ובא' יכתבו שם הרוב עיקר וע"ש הלידה דמתקריה עכ"ד. וכיון דחזינא למכ"ת דנטיה דעתיה לתפוס לעיקר השם שיקרא בפי הרוב ואנא אזילנא בתר איפכא כאשר ביארתי טעמי ונימוקי וכן יש בידי כת"י מגדולים ואעתיק בקצרה המצטרך לענינינו וז"ל העולה מהאמור מי שנקרא בשעת המילה בב"ש יחד ועולה כך לס"ת אף דכל העולם קוראין לו באחד לכ"ע צריך לכתוב שניהם בלא מיתקרי ואם כתב דמיתקרי פסול ומה דאיכא לאסתפוקי לכאורה דהא קי"ל דכל קיצור השם דהוא שם בפ"ע כגון מאלחנן חנן וכיוצא כו':

אך אחר העיון נראה דא"צ לכותבו ולא דמי לאלחנן חנן דהתם כיון שלא נכתב ג"כ חנן כמו שקורין לו העולם אלא אלחנן ודאי איכא לעז כיון דאלחנן הוא שם אחר ומה"ת לומר שקיצרו וקראו במחצית השם מאלחנן גם ההוא דכתב מהר"ם בן חביב בשם בת שבע וכו' היינו נמי משום דבת שבע הוא שם אחד ואם לא יכתוב גם כן שבע איכא לעז דמאין הרגלים לומר שקיצרו השם לקרותה במחצית השם מבת שבע אבל הכא שהוא שם מורכב מב' שמות חלוקין שכ"א נדרש לעצמו ונכתבו שניהם בגט ביחד ומוכח שהם שם אחד דודאי תולה במה שהוא אמת ראובן או שמעון לבד ורואה בגט שנקרא בשם כפול לא יאמר שאין זה המגרש לפי שמכירו בשם ראובן לבד אלא תולה במה שהוא אמת ששמו כפול מב' שמות אלא שהעולם קיצרו לקרותו בשם אחד דומיא שיש לו ב' שמות חלוקין דכותבין ראובן דמיתקרי שמעון ואעפ"י שהנהו מכירין אותו בשם שמעון לא ידעו כלל משם ראובן ליכא לעז משום דתולין במה שהוא אמת והם לא ידעו אלא הא' כו' והביאו שם תשובת דבר משה וספר גט מקושר מגאונים ספרדיים שדעתם כן ולענ"ד דבריהם ברורים ובכלל דבריהם דברי אלא שביארתי יותר וגם החילוק שכתבתי בין הך דאלחנן הוא בביאור יותר:

ועכ"פ הנה דעת הגאונים האלו דסגי בב' שמות בלא דמיתקרי ואין לחלק דשאני התם שעולה לתורה דז"א דס"ס היינו צריכין דמיתקרי על השם שקורין בו העולם וע"כ דמטעם קיצור השם נגעו בה ואם כן ממילא דגם בנשים הדין כן כל שלא נשתקע הב' שמות דהא פורתא קרי לה הכי ובזה לא אזלינן רק בתר שם הלידה וכן מבואר מן התשובות שהביאו שם וגם ממה שחילקו בין הך דהכא לשם בת שבע מבואר דגם בנשים הדין כן. וא"כ היה מספיק ליה ב' השמות לבד. אך כבר כתבתי דמ"ש בס' בית מאיר להחמיר שיש מקום לפסול בדיעבד בכפילות השם אין לחוש כ"כ וכ"כ בשו"ת הגאון מפראג לכפול השם וכ"נ מתשובת הגאונים הנ"ל דאפילו שלא חשו להצריך לכופלו מ"מ לא חשו לפסול אם יכפול וכיון שקיצור השם אינו מזיק ממילא אין הפסד בדבר אי מחייבין ליה בכפילא ולכן מיני ומיניה תסתיים שמעתתא שיש לכתוב ב' גיטין ואע"פ שאין לכתוב ב"ג אלא מדוחק כבר כתב בשו"ת כנסת יחזקאל דבגווני דעבדינן אין להקפיד ועיין בתשובות נודע ביהודא סי' האיך היה נוהג בענין נתינת ב"ג וכך ראוי לנו לעשות משום חומר א"א כמ"ש רש"י ז"ל דאתקין שמואל בגיטא מן יומא דנן ולעלם לאפוקי מדר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו אע"ג דאנן קי"ל כר"י מ"מ בגט משום חומר א"א צריך לעשות באופן שכשר אליבא דכ"ע:

אך לדידי צריך לסדר קודם הגט שיכתוב בו שאשיה טויבא דמתקרי טויבא ואח"כ הגט שכתב בו טויבא דמתקרי שאשיה טויבא ואם באנו לחוש גם לחששא שכתב הבית מאיר ולצאת ממנה היו צריך גט שלישי שנכתב בו ב' שמות בלבד. אך כבר כתבתי דאמור רבנן בכפילא ולא חששו למה שחשש הבית מאיר שיסברו שיש שינוי בקריאת אותו שם עצמו ולענ"ד זכר לדבר ממה שאמרו ביומא דף נ"ב הוא איסי בן יהודא הוא איסי בן גור אריה הוא איסי בן גמליאל כו' וכן בנדה דף ל"ו אנא איסי בן יהודא דהוא איסי בן גור אריה וכו' אע"ג דאין שינוי בשם איסי עצמו רק בשם אביה כפל שם איסי כמה פעמים וכיוצא בזה במקרא. ואם כן כל כה"ג מה"ת ניחוש שיתלו שיש שינוי בשם הכפל יתלו בפשיטות שלכך כתבו עוד הפעם לפי שבתחלה כתב ב' שמות יחד ועתה הוא נכתבו בפ"ע כאשר הוא נקרא אבל מ"מ כל אדם קורא את השם כדרכו ככתבו בלי שום שינוי וכל זה אני אומר להלכה ולא למעשה כי הייתי כגבר אין איל וידי רפות וחזי מר דעליה קסמכינא ולו משפט הבחירה כדת מה לעשות:

ובענין שם שאשה לענ"ד הדין עם מכ"ת שאין לתלות בזמנינו לומר שנגזר משם שרה דמנין אנו יודעין לדורשו. אך דמ"מ אין קפידא לכתוב בשי"ן וקורא אותה בנקודת שמאל וכמ"ש הב"ש שהביא מכ"ת וכן הוא בב"ש בשם שלטאנא וז"ל שאפילו משפט הלשון

בסמ"ך אין קפידא בשי"ן שמאלית במקום סמך. אך בג"פ כתב ע"ז וז"ל ויראה לי דשמות נשים ועיירות דדשו ביה רבים ושכיחי ונהגו לכתבן בשי"ן שמאלית אין לשנות לכתבן בסמ"ך וכו' אבל שמות נשים דלא דשו בהו בשי"ן שמאלית טפי עדיף לכתבם בסמ"ך סתאלבנת ושם סאוור ושם סאלווה וכיוצא בהן אם שינה וכתב בהן שי"ן יש צדדים להחמיר ומ"מ דעתי נוטה להכשיר בדיעבד אם הוא שעת הדחק עכ"ל. ובהכי אתי שפיר מה שהקשה מכ"ת על הב"ש שכתב שם סאייו בסמ"ך כיון שדעתו לכותבו בהא שמא יוצא משם שרה אם כן הוה ליה למיכתב בשי"ן ולפי מה שכתבתי א"ש דשם סאיי' ידוע שהורגלו לכתוב בסמ"ך ויש מקום לומר שהוא שם בפ"ע אין לכתבו בשי"ן ומה שכתבו בה"א אינו מעכב דהא במקום א' כשר משא"כ בשם סירקא. עוד נראה דבשלמא בשם סירקא דודאי נגזר משם שרה ולדעת רש"ל אם ידוע שם העריסה שרה שפיר דמי למיכתב שרה לבד ואפילו להב"ש שם דתליא בנקודות שוין מ"מ כ' דאם כתב רק שם העריסה כשר. והיינו משום דאין מקום כלל לומר שהוא שם אחר ובכה"ג שפיר כתב הב"ש דעת מהרש"ל והט"ז שיש לכתוב בשי"ן כי קרוב הוא לשם שרה משא"כ שם סאיי' שאין ברור שנגזר משם שרה ואיכא למימר שהוא שם בפ"ע כמש"ש בשם הב"ש וכן באמת דעתו דאינו יוצא משם שרה ולכך כתב הב"ש דאם ידוע שהיה שמה שרה מעריסה כותבין שרה המ' סאיי' וכמש"ל ור"ל דכיון דאיכא למימר דשם סאיי' הוא שם בפ"ע ולכך צריך לכותבו דאל"כ לא היה צריך לכותבו כיון שאין הנקודות שוין וכיון שכן טפי לכתוב בסמך דאל"כ נראה כאילו בודאי יוצא משם שרה ולפעמים אינו כן ומ"מ בנ"ד כיון דאין מנהג ידוע לכתוב בסמך והפמ"א שהביא מכ"ת ש"ד לכתוב בשי"ן כמ"ש מכ"ת. ובפרט לפי מאי דמשמע מדברי מכ"ת שיש קצת שמדברין שם זה סמוך להברת שי"ן ימנית שיש לכתוב כן וכמ"ש בתה"ד סימן רל"א וז"ל ואין להקשות ממה שהיו כותבין קרימ"ש ולא היו כותבין קרימס מפני הטעות כי השי"ן לפעמים בימין י"ל שמא אותה מקודם היה שמה בשי"ן ימנית או קרוב להברת שי"ן בימין עכ"ל. וכ"כ רש"ל בישו"ש בשם זיסקינד וז"ל זישקינד מצאתי זכ"ל בסמך דומיא דזוסמאן ואולי באותו מקום היה דגשי"ן השי"ן ואפילו לא היה דגשין בשין אלא שהיו קוראין אותו קרוב לשין היו כותבין בשי"ן ודומה לזה כתב מהרא"י סימן רל"א אבל בארצות שאין דגשין השין יש לכתוב בסמך והוא מבורר וכו' עכ"ל והביאו הב"ש ועיין בב"ש אות ז'. ומ"מ היה נלענ"ד לכאורה דאם הברת שם זה הוא בפי כל בסמך סאסה אז אע"פ שבתחלת השם יש צד לומר לכתוב בשין דדלמא הוא יוצא משם שרה כאשר כתב הפמ"א מ"מ באמצע

יש לכתוב בסמך ויש לכתוב שאסה דבאות סמך שבאמצע אין נ"מ אם יוצא משם שרה או לא:

אלא שצ"ע דאפשר אם יכתוב כן אתי למיטעי ולקרות השין שבראש התיבה בימין כיון שיראו שינוי שבאמצע נכתב סמך יסברו דמסתמא השין שבראש התיבה הוא שין ימנית. ומכ"ש אם יש קצת שמדברים גם השין שבאמצע התיבה סמוך להברת שין ימנית שיש לכתוב בשני שינין. אלא שעדיין יש לדקדק בהברת שם זה אם בהברתו הוא בדרך שניכר כמו יו"ד בסוף התיבה היה צריך לכתוב יו"ד גם כן שאשיה כמו שם עטיא חסיא וכן בשמות אנשים חזקיה מתתיה אליה וכיוצא וכן בשמות אמוראים רב אויא וכיוצא בו הרבה והעיקר תלוי בזה בשפת מבטא ובעובדא דהפמ"א אפשר שהיו הברתם באופן שלא היה נרגש היו"ד כלל. אבל אם נרגש בסוף הקריאה בהברת אות יו"ד נראה לכאורה שכך יש לכתבו ועיין בב"ש ס"ק מ"ה גבי שם הילל דכיון שבמבטא הוא כאלו יש שם יו"ד כותבין יו"ד וכן כל כיוצא בו כגון צפורה וכ"כ בשמות נשים אות מ"ם בשם מילכה ע"ש ואם כן גם בנ"ד אם ניכר הדגשת היו"ד בסוף לכאורה נראה שצריך יו"ד גם כן ולפי שאין פנאי לנסך בכור המבחן ובפרט בענין זה שהוא מקרא מעט והלכות מרובים כהררים התלוים בשערה וגם מחמת תשות כחי לע"ע לא הארכתי עוד וסמכתי על הדרת מכ"ת ונשענתי על בינתו כאיש גבורתו לפוצץ הררי עד ובנפה שלו יבור ואשר יבחר ויקרב הוא הדבר:

דברי זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה פו

שאלה אשה ששמה מעריסתה מרים ביילא וכך הוא חתימתה ומיעוטא דקרי לה הכי ורוב העולם קורין אותה ביילא לבד איך יש לכתוב בגט. תשובה ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מכבוד מחו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם מוהר' יהושיע העשיל נ"י האב"ד דק"ק טרניפאל והגליל יע"א ותשובתו הרמתה לכתוב מרים ביילא דמיתקריה ביילא ודבריו א"צ חיזוק כי כן העליתי בעזה"י בכמה תשובות והלכה ברורה וכך נעשה מעשה כמה פעמים בלי פקפוק אפס לכבודו של הגאון נ"י אמרתי לישא וליתן קצת בדבריו הנעימים. והנה פתח דבריו יעיר אוזן לדחות דברי מי שערער על המסדר שסידר בגט מרים המכונה ביילא ויצא עליו עוררין מטעם שאין לכתוב המכונה אלא במקום שיש לו שייכות לשם הראשון משא"כ שם ביילא שאינו נגזר משם מרים והרב נ"י ביטל את המעוררין והביא ראיות דאף בכה"ג כותבין המכונה. ולפי ענ"ד פשוט דלא מיבעיא אם הדברים כפשטן שדעת המערערין דשם לעז שאינו יוצא

משם העברי אין לכתוב המכונה שערעורם בטל אלא אפילו אם נאמר שמצאו מקום לטענתם משום שי"ל דאין לכתוב המכונה אלא על שם שהוא נטפל עכ"פ לשם העברי והיינו שאינו קבוע לשם בפ"ע וכגון משלם ווייבוש שלעולם ווייבש נטפל לשם הקודש וכיוצא בזה כמה שמות לעז שאין יוצאין משם העברי ומ"מ אין קריאתם בשם זה לשם העצם כ"א נלוו לשם הקודש העיקרי אע"פ שאינו מענינו של שם זה ובכה"ג יש לכתוב המכונה משא"כ אם שם הלעז הוא ג"כ שם העצם יש לכתוב עליו דמתקרי. ובספר ג"פ כתב חילוק זה ליישב סתירת דברי הרמ"א ע"ש בס"ק ס"ד ובס"ק ע"ח ומחמת שראו כן בספר ג"פ מצאו מקום לערער אך באמת אין כאן מקום ערעור דאע"ג דהג"פ סובר כן מ"מ אנן לא נהיגין הכי ועל כל שם לעז כתבינן המכונה אף אם הוא שם לעצמו כמבואר בס"ג בשמות נשים דבמדינות אלו הוי הנלא שם אחר מחנה יש לכתוב חנה המכונה הנלא. ולכן מבואר מדברי הב"ש שם ס"ק כ"ה דמתקרי ע"ש כותי שהקשה דהא מסתמא הוא שם לעז ויש לכתוב המכונה כו' והרי שם הלעז שנקרא בפי הכותים ודאי דהוא שם העצם לעצמו ואפ"ה ס"ל לכתוב המכונה ואין להאריך בזה דעמא דבר שלא לחלק בין השמות אלא בכל גווני נוהגין לכתוב ע"ש לעז המכונה וכ"כ בג"פ שם שכן דעת הב"ש דמל' הרמ"א משמע דאם השני שם לעז כותבין המכונה אע"פ שהוא שם העצם וגם כתב שם שכן דעת מהרח"ש וכן מבואר ממ"ש הב"ש בשמות נשים אות ב' בענין תמר דמתקרי בוליסא שבס"ש הקשה על מהרח"ש דאם הוא לשון ארמי הו"ל לכתוב המכונה אע"ג דמבואר שם דבליסא הוא שם העצם ואפ"ה ס"ל דיש לכתוב המכונה וגם הב"ש שמיישב דברי מהרח"ש משום דס"ל דלשון ארמי חשיב כלה"ק ע"ש ופשיטא שי"ל דהב"ש לשיטת מהרח"ש קאמר והאמת יורה דרכו דהב"ש ס"ל דאם היה לעז בכל גווני יש לכתוב המכונה כמש"ל מדברי הב"ש ס"ק כ"ה וכן מוכח ממ"ש בתירוצו דמיירי באותו השם הנקרא בפי ישראל הוא גם כן לעז אז כותבין דמיתקרי כששניהם לעז כמ"ש בתשובת מהר"מ מלובלין וס"ל מה שהביא באות מ' לכתוב מירוש דמיתקרי מירל אלמא דדוקא מהאי טעמא דשניהם לעז אתינן עלה. ומדברי מהר"מ אין ראיה כ"כ די"ל דמירל אינו שם העצם אלא נגזר משם מרים או מירש ולכך הוצרך לכתוב טעמא לפי ששניהם. וכן י"ל בההיא דגיטלן גיסא שכתב הב"ש בס"ש דשם נמי מיירי שדרך לכנות לגיטלן גיסא ולכך הוצרך לבוא עליה משום דשניהם לעז אבל מדברי הב"ש שהוצרך לומר דשם הישראל היה לעז ולא כתב בפשיטות דשם שבפי עכו"ם שהיא שם העצם א"ו דאין לחלק:

וכן מבואר בדברי הב"ש שכתב על הט"ז שכתב אקסיל ראד המכונה בענדט וליתא אלא כותבין דמתקרי בענדט כיון דשני שמות של לעז ואין כותבין המכונה אלא אם שם שלו שם הקודש אז הוי שם הלעז ככינוי בעלמא כו' ושם באות ב' בונדט דמתקרי אקסיל ראד כיון דשניהם שמות הלעז כמש"ל ע"ש מבואר אע"ג דבונדט הוא שם לעצמו ואקסיל ראד הוא שם העצם לעצמו מ"מ היינו כותבין המכונה אם האחד שם הקודש דכל שיש כאן שם הקודש לאיש זה אנו תופסין אותו לעיקר השם ושם לעז שלו אע"פ שהוא שם העצם כותבין המכונה ומדויק לשון הב"ש שכתב אז הוי שם הלעז ככינוי בעלמא והו"ל למימר אז שם הלעז הוא כינוי אלא ר"ל אע"ג דהכא שם הלעז שם העצם הוא מ"מ בזה שיש לו שם הקודש לא איכפת לן מה שהוא שם העצם באיש אחר ואינו נחשב לזה אלא ככינוי בעלמא ופשיטא שא"ל דהתם נמי דרך הוא לכנות בונדט לאקסיל ראד כדמשמע ממ"ש שם בשם ס"מ דז"א דאע"ג דלפעמים זה כינוי לזה מ"מ כ"א הוא ג"כ שם העצם לעצמו כמבואר למעיין שם וקצרתי. וגם דכל כי הני חילוקים הו"ל להב"ש לפרושי וכן מוכח ממ"ש בסימן קכ"ח לענין שם העיר דכותבין שם ישראל תחלה וע"ש הכותי' דמיתקריה והב"ש שם כתב עיין בסימן קכ"ט בשמות לעז כותבין המכונה וכאן בשמות המקומות כותבין דמיתקרי כו' ואם איתא דשם העצם כותבין דמיתקרי אם כן לא רחוקה מאדם העיר דגם בשם המגרש והמתרגשת כן הוא דהא ודאי דשם העיר שבפי כותי' שם העצם הוא א"ו דליתא אלא כל שהוא לעז כותבין המכונה בכל גווני:

והנה הרב נ"י כתב דלדעת רמ"א דאם ב' שמות בלשון הקודש הן יכתוב דמיתקרי הא חנון ורחום הוא לה"ק אעפ"כ כינוין מקרי ואפשר לחלק דאין זה שם העצם עכ"ד ואני תמה דמה קשיא ליה על הרמ"א דהא בהא ליכא מאן דפליג דבשם הקודש כותבין דמיתקרי ואם כן תיקשי ליה לכ"ע וע"כ לומר דאף בשמות לה"ק שפיר מיקרי כינוי כשאינו שם העצם. אך מ"ש הרבנים דבזה נדחה דאין ראיה מהמכונה זעמיל שכותבין המכונה אף בשם שאין יוצא משם עברי די"ל דהתם טעמא משום שם העצם לענ"ד י"ל דהתם גבי רחום וחנון אינו רק שאנו מתארים אותו בכך ע"פ מדותיו ובכה"ג בגט אין כותבין שם כזה כלל כמו שאין כותבין בן הרב או בן הקדוש משום דאין זה שם האיש כלל ולא דמי להמכונה זעמיל שהכינוי ע"ש יופיו דהתם הנקבע לו מחמת זה לשם גמור שהרוב היו קורין אותו בשם זעמיל לבד וקבעוהו לעיקר השם שלא היה נקרא להם בשם אחר כלל משא"כ מי ששמו קבוע ונקרא כן בפי כל רק לפעמים קורין אותו ע"פ מדותיו אין הכוונה שיהא זה שמו וזה זכרו רק דרך רמיזה שאנו קורין לזה שיש לו מדה זו של רחום או שאר המדות ואין לכלול זה בין שמות הנקבעים בין בעצם או בדרך מקרה שאין

ע"ז תואר שם כלל ומ"מ שפיר קרי ליה בש"ס כנוין משום דקריאה זו הבאה לרמוז על השי"ת הוא כדי להעלים השם העצם וכן מבואר בשו"ת מהרי"ק סימן קס"ב שכתב וכן בשבועות קורא כינויין רחום וחנון כו' שאין שייכים כלל לשם וגם כתב רד"ק בשרש כנה שהכינוי הוא כסות והעלם השם כו' ע"ש ונראה שלא בא לדמות למאי דמייתי שם משולם המכונה דורנט כו' שבכל התלמוד לשון כינוי משמע שאינו השם כלל כי ההוא דהמכנה שם לחבירו כו' דהתם נקרא כינוי שמכסה ומעלים השם האחר אבל מ"מ הך שם שקורא בו הוא נקבע באיש הזה לשם וכן זה שרוצה לכנות ולכסות שם העיקר של חבירו ולקבוע בו שם זה של גנאי אבל הך כינוין דשם הקדוש רחום וחנון אינן באין לקבוע זה לשם כלל רק לרמז על מדתו של הקב"ה. וראיתי בנחלת שבעה שהקשה אהא דאין כותבין בן הרב כו' דהא לא גרע מחניכה הרגיל בו יותר ולענ"ד אין זה דומה לחניכה כלל שקריאה זו לא מן השם הוא רק סימנא בעלמא וכמו שם המשפחה משא"כ חניכא היינו דווקא מה שנקבע לשם אלא שאינו מובהק רק חניכא וכינוי לבד ומ"מ שפיר כתב שתקנו שלא לכותבו אע"פ שאינו מזיק משום כדי שלא לבייש ועכ"פ הך דרחום וחנון אינו ענין לחניכא כגון זעמיל וכיוצא דשם זעמיל כיון שרוב קורין אותו כך אף שהוא ע"ש תוארו ויופיו מ"מ הו"ל כשם העצם והו"ל לכתוב דמיתקרי אלא ע"כ דלגבי שם הקודש הוא כינוי דמסתמא הוא מחזיק לעצמו שם הקודש לעיקר וכ"כ הגאון מוהר"ר יושע ז"ל בתשובה הנדפסת בשו"ת גאוני בתראי אי סימן ג' וז"ל ול"נ ליתן טעם שתיקנו דמיתקרי ע"ש הקודש ועל לעז המכונה דשם לעז לא ניחא ליה כו' כותבין המכונה להורות ששם זה הוא כינוי כאלו שלא ברצונו קורין עצמן בשמות לעז ע"ש שחולק על תשובת הב"ח והאריכו שם בהך דתשובות מהר"ם מינץ וקצרתי:

והך חילוקא דכתיבנא נראה שהוא מבואר בתוס' דשבת דף יו"ד ע"ב דאמרינן התם שם גופיה לא איקרי הכי דמתרגמינן אלקא מהימנא והכא שם גופיה איקרי שלום ופירשו התוס' דהתם קראו שלום ע"ש שהוא עושה שלום כו' מבואר שם החילוק בין שם שלום להנאמן דשלום השם גופיה איקרי הכי אע"פ שהוא נקרא כן ע"ש שהוא עושה שלום מ"מ ס"ס קבוע הוא להיות לשם הו"ל כשם העצם משא"כ הנאמן שאינו רק מצד הפעולה נקרא כן אבל לא להיות לשם קבוע וכ"כ הרמב"ם פ"ג מהלכות ק"ש דנאמן רחום וכיוצא יכול להזכירו בבה"כ והראב"ד חולק שלא מצינו רחום אלא שמו של הקב"ה. והכ"מ שם כתב בשם ר"י דמצינו על איש חנון ורחום וצדיק וכן הוא בפי' תר"י על הרי"ף ברכות ע"ש. ונראה ג"כ דבהא פליגי דהראב"ד סבר כיון דלא אשכחן רחום רק על שמו של הקב"ה אם כן שם רחום הוא קבוע לשם דאם ע"ש הפעולה גם באנשים יש מקום לקרות

בשם זה והלכך אע"פ שנקרא כן ע"ש שהוא מרחם על הארץ ועל הבריות מ"מ מחמת פעולה זו קבעו השם הזה וא"כ דמי לשם שלום ור"י כתב דבאמת מצינו כן וכן גם בבני אדם וא"כ באמת אינו שם קבוע כלל ומה שהקשה בכ"מ ולח"מ שם דלמה השמיט הרמב"ם איסור שאילת שלום במרחץ נלענ"ד ע"פ מאי דאמרינן בסוף ברכות שהתקינו שיהא אדם שואל בשלום חבירו בשם כו' אם כן כיון דשאלת שלום הנזכר בברייתא הוא בשם ממילא נכלל במ"ש שם דכינוי שאין נמחקין אסור להזכיר אך בפירוש המשנה שם כתב שהתקינו שיהא שואל בשלום חבירו בשם מפני שמלת שלום הוא שמו של הקב"ה משמע דמפרש דמה שנותן לו שלום הוא גופיה השאלה בשם. וצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו הך דהתקינו שיהא שואל בשלום חבירו בשם ועיין ביו"ד סימן רפ"ה בנה"כ הביא דברי התוס' דסוטה דף י' דמבואר שם דס"ל דשלום משמות שאין נמחקין ולא דמי לרחום וחנון דלא אשכחן שקרא הקב"ה שמו חנון כו'. והיינו דקא דחי אלא מעין שמו כמו חנון ע"ש שהוא חונן ומרחם על בריותיו ע"ש מבואר כמ"ש לחלק ענין זה ובאמת שצ"ע על ר"י שכתב דאשכחן רחום וחנון באדם דהא בשבועות דף ל"ו אמרינן כיון דליכא מידי אחרינא דאיקרי רחום וחנון במי שהוא רחום וחנון קאמר כו' ואפשר לומר דכיון עכ"פ אין דבר ששם העצם הוא רחום וחנון רק ע"ש הפעולה לבד והלכך אף ששם זה נופל גם באדם מ"מ א"ל ששבועתו היתה באדם שהוא רחום או חנון שאין לנו לתלות שבועתו באדם שאין מדת הרחמנו' רק דרך השאלה ועראי לפי השעה ובודאי שכוונתו על השם שהרחמנות הוא עצמותו הוא ומדותיו אחד וכמ"ש הט"ז בא"ח סימן קי"ח בשם הר"ר מנוח שלכך אומרים המלך המשפט דלשון זה משמע שהוא עצמו הוא המשפט כמו שאנו אומרים הוא החכמה הוא המדע ע"ש. (ור"ל הוא הקב"ה בעצמו החכמה לכן אנו אומרים הוא המדע והכוונה שהוא הקב"ה בעצמו המדע לפי שהוא עצם המעלות והמדות וכה"ג המלך המשפט היינו שהוא בעצמו המשפט ובדבר זה שגם בס' אפיקי יהודה דף ק' ע"ב שכתב ע"ז כי טעות נפל בלשון זה כי לא להשוות אצלו ית' הורדפו שבלשון חכמה באנו כו' וצ"ל הוא היודע הוא המדע כו' והנה אחרי שהוא מרבה בחקירות ומקשה עצמו לדעת ענינים על בוריי' נכשל בדבר שפשוט לבר בי רב שאינו יודע בחקירות ולא יכול להתאפק מלמחוק ולהגיה על לא דבר לפי שהבין שבא לומר שחכמה ומדע אצלו ית' אחד הוא. אך פשוט הוא לכל המעיין שהדברים ככתבן ומתפרשין כמ"ש) וגם כאן כשתולה השבועה במי שהוא רחום הכוונה על הקב"ה שעצמותו ית' הוא רחום וחנון משא"כ בשמים וארץ כיון דאיכא שמים וארץ בשמים

וארץ קאמר. אבל מ"מ לענין דברי הראב"ד דס"ל דלא מצינו רחום כ"א על הבורא ור"ל דמחמת זה הוא שמו של הקב"ה כך ע"ז שפיר קאמר רבינו יונה דאשכחן רחום וצדיק כו': שוב מצאתי בפר"ח א"ח סימן פ"ה הביא הך דסוף ברכות וגם הקשה שם על ר"י מהך דשבועות והכריע וזה כדעת הראב"ד ע"ש ולענ"ד אין מזה הכרע דשפיר אפשר לומר כמ"ש בפירוש דברי הש"ס ולפי שהדברים מתפשטין חוץ לענינינו קצרתי ומצאתי בדברי אח"ז בספר בכור שור בסנהדרין דף ס"ה שפלפל ג"כ בדברי הט"ז והב"ח בענין מי ששמו שלום והביא שם דברי הש"ס בסוטה דף י' גבי שמשון ודברי הש"ס דשבועות ע"ש:

והנה הרב נ"י תמה על רמ"א בתשובה שהביא ראיה דלשון דמיתקרי נופל אף היכא דשייך המכונה דהא מתרגם ויקרא פרעה שם יוסף צפנת פענח וקרא פרעה שום יוסף גברא דמטמרין גליין ליה ואין מתרגם וכנה פרעה כו' משום דגם לשון דמיתקרי א"ש וע"ז הקשה הרב נ"י דהא צפנת פענח הוא לה"ק ושייך דמיתקרי ולענ"ד לפי"ז משמעות לשון רש"י דצפנת פענח הוא לה"ק ופירושו שמגלה צפונות א"כ ודאי שפרעה קרא אותו בלשונו לשון מצרים שם שמשמעותו כך אלא שהכתוב העתיק כמו שהוא פתרון השם בלשון מצרי ללה"ק וא"כ היה לו לתרגם וכנה פרעה וכו' ור"ל שכינה לו בלשון מצרי שפתרונו הוא דמטמרין גליין ליה דודאי השם שקרא לו פרעה הוא כינוי לשם המובהק שהוא יוסף שכן נקרא בלידתו וכן קראוהו אביו ואחיו וכן בכל התורה כולה והיא עצמו אמר אני יוסף אחיכם ולא נזכר משם צפנת פענח בשום מקום. אך באמת הרשב"ם כתב שצפנת פענח הוא לשון מצרית וכן הראב"ד כתב להסתפק אם הוא מלה מצרית לא ידענו פירושה ואם הוא מתורגמת לא ידענו שם יוסף ור"ל שלא ידענו השם שקרא לו פרעה בלשון עמו איך היה כי השם צפנת פענח הוא מתורגם על לשון המצרי שבו קוראו שם שפתרונו כן ומדברי התרגום נראה שהוא מתורגמת וכנראה מלשון רש"י אבל עכ"פ עיקר השם שקראו פרעה אינו רק בלשון מצרית והוא כינוי ועיין מ"ש הראב"ד גבי ותקרא שמו משה שבד"ה שלהם קראוהו מוניוס:

ומצאתי ברמב"ן שכתב דיתכן שפרעה קרא לו שם נכבד בשם ארצו כי שאל לו או שהיה יודע המלך שפת כנען קרובה אליו וכו' ובפרשת ויגש כתב שנראה לו דשפת כנען הוא לה"ק ע"ש ולפי"ז שפיר קאמר הרב נ"י דכיון שהוא לה"ק שפיר קאמר עליו וקרא ולא כתב וכינה ועיין בב"ש דגם על שמות שבלשון ארמי כותבין דמיתקרי ע"ש בשמות נשים אות ב' בשם ביליסע ובכלליו שלו. אך לענ"ד אף אם היה השם הזה לה"ק יש מקום לכתוב עליו המכונה בכה"ג דכיון דיוסף ודאי החזיק לעצמו השם שקראתו אמו כדכתיב

ותקרא שמו יוסף וכמש"ל שבשם זה קרא לעצמו גם כן אף שאפשר שאין מזה ראיה כל כך שהרי הוצרך לומר כן להתוודע לאחיו שהוא אחיהם אשר בשכבר נקרא שמו יוסף מ"מ מה"ת אמר שהיה רוצה בשם אחר רק שפרעה קרא לו השם הזה בע"כ שלא מדעתו ורצונו כי כן דרך המלכים וכמ"ש הרשב"ם מדינא שקראו נ"נ בלטשצר וכאן קראו פרעה ע"ש המאורע אבל מ"מ לא נעקר שם יוסף כלל ובכה"ג שהוא שם הקודש יש לכתוב המכונה ולא דמי לשם שנשתנה מחמת חולי או ד"א דניחא ליה בהאי שנוי השם משא"כ כה"ג דהכא שמטעם קריאת המלך קריאת שם זה הוא ע"ש ענין המאורע ובכה"ג אינו רק כינוי ומדכתב' התרגום וקרא פרעה מוכח דמיתקרי שייך בכל גווני ועיין מ"ש רמ"א בתשובה בהא פעסלין אסתר שכתב הך סברא דלא ניחא לה בהאי שמא לענין דין קדימה וקצרתי:

ולענין עיקר הדין כבר כתבתי שהדין בזה עם הגאון נ"י לכתוב מרים בילא דמתקרי' בילא כאשר הארכתי בתשובתי ואף על פי שי"ל שהוא קיצור השם ולא דמי לאלחנן חנן כאשר כתבתי באריכות מ"מ מאן דחייש לכתוב דמתקריא בילא לא הפסיד בקיצור השם שנכתוב ג"כ אינו מזיק ואין לחדש דבר רק את זה חזיתי בדברי הרב נ"י דב' שמות הלידה כחד חשיבי וכמו מלכי צדק וכדרלעומר ולכן אין לכתוב בב' שיטין ולענ"ד מי שנקרא בב' שמות הלידה אפשר דשפיר מצי פסק ליה בתרי שיטין דאף שכתב הר"ן שאין לפסוק השמות בגט בב' שיטות היינו בכה"ג שאינו שם מורכב מב' שמות ואף על פי שהוא ב' תיבות אינו ב' שמות אבל כגון אנו שדרכינו לתת בלידה לפעמים ב' שמות והוא מורכב משמות ב' ב"א אף על פי שמ"מ הוא שם אחד שאין להפסיק לכתוב דמיתקרי ביניהם כיון שלא נקרא בכ"א בפ"ע מ"מ לענין זה ודאי דב' שמות מורכבין הם וכ"א הוא שם לתיבה לעצמו ויכול לכותבו בב' שיטין ועיין לעיל סימן פ"ה שכתבתי קצת טעמא שאין לפסוק אותו בב' שיטין לכתחלה:

והנה זה מקרוב נדפס ספר תורת גיטין לשארי הגאון אבד"ק ליסא ופניתי לראות מ"ש בענין זה וראיתי שכתב על דברי הב"ש בס"ק ק"ד מ"ש כגון שנשתנה מחמת חולי שהוא תמוה כו' ונראה שנשמט מכאן על ידי ט"ס ובב"ש ישן מילא החסרון כו' וכן בדברי הב"ש בדין משה ליב יוצא לו חסרונות מס' בית שמואל ישן וכן כמה מקומות בספרו ונפלאתי על חכם גדול כמותו אחר שחיבר על כל הלכות גיטין לא הרגיש שהב"ש ישן הוא מהדורא קמא של הב"ש שהדפיס בעת שהיה אבד"ק פינטשיב וכשנתקבל לק"ק פיורדא חזר עליו והוא עצמו כתבו ומגיהו ודורשו וגרע והוסיף כמ"ש בהקדמת ספרו הב"ש שבידינו מהדורא בתרא ומה שיש בו תוספו' או חסרון אינו מחמת ט"ס רק בכוונה

מגרעת נתן או הוסיף עליו מחמת עומק עיונו וכבר הארכתי בתשובתי בדברי הב"ש והבאתי שם גם דבריו במהד"ק בזה. והמעיין בספר הנ"ל יראה שמחמת שגגה זו הגיה כמה דברים שהשמיט הב"ש במהדורא בתרא ממ"ש במ"ק בכוונה מחמת שחזר בו ולא נתחורו בעיניו כ"כ והוא סבר שיש חסרון וט"ס בב"ש שלפנינו ושלח ידו למלאות החסרונות ועי"ז נתקדשו לו כמה דינים אשר לא כדת ואין רצוני להאריך פה רק את זה חזיתי לכתוב פה כי מה שכתבתי שם דכללא דהנך דינים הוא כך דמי שעולה כו' אבל אם עולה לס"ת בב' השמות ונקרא רק באחד או להיפך הרי איכא גלוי מלתא דהנך ב' שמות לאו שם אחד הוא כותבין בין השמות דמתקרי וכמ"ש בסדר הגט וכן מוכח ממ"ש הב"ש בשמות אנשים גבי סעדיה כו' מוכח דאם נקרא בשם אחד מאותן הב' השמות שעולה לס"ת כותבין דמתקרי כו' וכן כתוב בחידושי דינים שלו ומבואר מדבריו דאף בשמות הלידה הדין כן:

והנה מ"ש ראיה ממ"ב הב"ש לענין שם אהרן סעדי' הוא תמוה דהא שם גבי שם מ"ח מיירי ובזה מבואר בש"ע סעיף י"ח ובדברי הב"ש כאן דכותבין דמתקרי אבל בשמות הלידה י"ל דנעשו שם אחד וכיון שעולה לס"ת בב' לא נשתקע שם הזה אשר מלידה להיות מצורפין בשניהם יחד ומה שנקרא בפי העולם באחד לבד בקיצור השם הוא ולא נעשה שם האחר טפל מחמת זה ומכ"ש אם נקרא ראובן שמעון וכך עולה לס"ת ובפי העולם נקרא שמעון שא"א לתפוס לעיקר שם שמעון כיון דחזינן דלענין עליה לתורה מקדים שם ראובן אין לנו לעשותו טפל מחמת הקריאה אלא אמרינן שכן דרך העולם לקצר וגם דבשמות הלידה א"א לכתוב שמעון דמיתקרי ראובן דמשמע שהיה נקרא פ"א ראובן לבד וזה אינו שמעולם לא נקרא ראובן לבד ודווקא בשמ"ח שייך לומר כן ובהכי מיירי מהרי"ו וכמ"ש בתשובה. ומדברי הרב נ"י נראה דבכה"ג כותבין ראובן דמתקרי שמעון כיון דבשם זה עולה ראשון לס"ת והוא ע"פ מה שהגיה בב"ש עפ"י הב"ש ישן. ואולם אף מ"ש והעתיק מב"ש ישן הוסיף בו דברים מדעתו כי מ"ש בשמו וכותבין לעיקר שם שעולה בו לס"ת ראשון ליתא כן בב"ש מ"ק. ועל הגהתו מב"ש מ"ק לב"ש מ"ב אנו מצטערין והוא בא להוסיף עליהם מחמת שרוצה להגיה בב"ש ואם נשתנה שמו כו' ולפרש כוונתו שזהו החילוק בין מ"ח לשלא מ"ח דשלא מ"ח כותבין לעיקר שם שעולה לס"ת ראשון ובמ"ח כותבין שם מ"ח לעיקר:

אך באמת ליתא בכוונת הב"ש רק דבא לומר דאע"ג דבנקרא בשניהם יש לכתוב לכתחלה בלא דמיתקרי מ"מ בנקרא באחד אף שעולה לס"ת בשניהם כגון בשמ"ח לכתחלה יש לכתוב דמיתקרי רק בדיעבד כשר בלא דמיתקרי ומ"ש כגון מ"ח כבר כתבתי בתשוב'

והעיקר נראה דרמ"א כתב שני בבות נקרא בשניהם או שעולה כך לס"ת ודברי הב"ש סובבים על דברי הרמ"א שהם לקוחים ממהרי"ק ומהרא"י כמ"ש בד"מ וכאשר הארכתי בתשובה ומתחלה כתב על בבא אחד דבזה תיבת כשר אינו מדוקדק דלכתחלה יש לכתוב בלא דמיתקרי ושוב כתב ואם עולה לס"ת ר"ל אבל הבבא הב' שכתב רמ"א שעולה לס"ת בזה שפיר מדויקין דברי רמ"א שכתב כשר דבאמת כן הוא שלכתחלה צריך לכתוב דמיתקרי רק בדיעבד כשר כמ"ש סי"ח ולכן נקט כגון שנשתנה מ"ח משום דבהכי מיירי בתה"ד שממנו תוצאות דין זה של הרמ"א וזה כוונת הב"ש מ"ק מ"ש ודברי רמ"א כו' וליתא אלא אם אינו נקרא כו' ר"ל דין זה של הרמ"א א"ש וכן דין מ"ש בתה"ד כו' ר"ל שהדין של תה"ד שממנו לקח הוא הרמ"א הוא בכה"ג. אך בשמות הלידה כמ"ש שאין מקום לכתוב דמיתקרי כלל אף דנקרא באחד לבד דאין לחלק שמות הלידה כלל ומ"ש הב"י בענין משה ליב דאם כתב דמיתקרי י"ל דפסול ולא החליט הפסול מחמת דהם שמות הלידה ומעולם לא נקרא בשם יהוד' לבד כבר ביררתי בכמה תשובות בכוונת הב"ש והבאתי שם דברי הב"ש מ"ק וכאן קצרתי וא"כ בשמות הלידה שפיר י"ל כדכתיבנ' דלא מבעיא דלכתחלה אין לכתוב דמיתקרי אלא אף בדיעבד יש לחוש כיון שמעולם לא נקרא בשם זה לבד ויותר תמוה מ"ש הרב בעולה באחד ונקרא בשניהם כותבין דמיתקרי וכמבואר ממ"ש או להיפוך כו' ולענ"ד הוא להיפוך דבנקרא בשניהם ודאי אין מקום לכתוב דמיתקרי מחמת שעולה לס"ת באחד וכמבואר מהב"ש שכתב שלשון רמ"א אינו מדוקדק כו' ולדבריו הרי מדוקדק שפיר דכיון שכתב או שעולה כך לס"ת אלמא דברישא מיירי בגוונא שעולה לס"ת בא' או בגוונא שעולה לס"ת פ' דמתקרי פ' כמ"ש הב"ש לקמן מדברי התה"ד דאין פשוט בכל מקום לקרות לס"ת בלא דמיתקרי וא"כ בכה"ג אע"פ שנקרא בשניהם מדוקדק תיבת כשר דהיינו בדיעבד אבל לכתחלה בעי דמיתקרי אע"כ דליתא דכל שנקרא בשניהן צריך לכתוב בלא דמיתקרי ולא משגחינן בעלייתו לתורה בא' שאם יכתוב דמיתקרי יהיה לעז שהרי הם קוראים אותו בשניהם ואף אם נתפוס השם שעולה לתורה עיקר מ"מ איך יכתוב על השני דמיתקרי כיון שלא נקרא מעולם בשם הב' לבד כ"א בצירוף הראשון. ודברי רמ"א שם מיירי במי שיש לו ב' שמות אחד של מקום כתיבה ואחד של מקום נתינה ומ"מ כתב דאם במקום הנתינה נקרא בשניהם יחד אף לכתחלה אין לכתוב דמתקרי ע"ש מקום כתיבה ואף שעולה בו לס"ת ונעשה גם הוא עיקר מ"מ א"א לחלקו מן השני ע"י דמיתקרי שאם נאמר שהקריאה בשניהם הוא טפל להשם שעולה בו שהוא עיקר מ"מ צריך לכפול ולכתוב שם העולה לס"ת לעיקר וב' השמות שנקרא בו לטפל דא"א להפריד שם אחד לבד ולעשותו טפל

והב"ש לא מיירי מזה אלא לענין לכתוב דמיתקרי בין ב' השמות ומ"מ נלענ"ד דאם המנהג לקרות לס"ת דמיתקרי וכמ"ש הב"ש לקמן מדברי התה"ד וכן היה נקרא המגרש לס"ת בב' השמות של הכתיבה והנתינה ודמיתקרי ביניהם אז אפשר דאפילו בפי העולם נקרא בשניהם יחד מ"מ אזלינן בזה בתר עלייתו לתורה שנקרא בשניהם עם דמתקרי ומ"מ ס"ל להב"ש דדוחק לפרש דברי הרמ"א דמיירי בכה"ג ולכך כתב כשר דוקא בדיעבד וצ"ע ובדברי סדר הגט והנ"ש הארכתי בכמה תשובות ולכן אני אומר דליתנייהו להנהו כללי דכייל מר שארי הגאון נ"י כי הדבר ברור דכללא הוא היכא שעולה לתורה וחותם בשתיהם והם שמות הלידה ונקרא בפי כל בשם אחד שיש מקום לומר שדי בכתיבת ב' השמות יחד כמו שעולה לתורה וחותם דמה שנקרא בפי העולם באחד הוא קיצור השם אך כיון שקיצור השם אינו מזיק שפיר יש מקום לכותבו ג"כ ולכתוב עליו דמיתקרי כגון ראובן שמעון דמיתקרי ראובן או דמיתקרי שמעון אבל אם כתב ראובן דמיתקרי שמעון יש חשש פסול דאם נקרא בפי העולם ראובן הרי מעולם לא נקרא שמעון לחוד ואם נקרא שמעון הרי לא נקרא ראובן לבד מעולם ומכ"ש בזה שכל השמו' ניתנו לו מלידה ועולה וחותם בהם דכחד חשיב ומאן פלג להו וכי בשביל שהם מקצרים קריאתו נכתוב כן זהו רק חצי השם ופסול ומ"מ י"ל אם כותב שם זה לבדו כשר דהוי כחניכא שהכל קוראין בו אבל מה שהוסיף עליו לכתוב דמיתקרי שמעון כל המוסיף גורע שיש חשש שיסברו שאין זה המגרש שמעולם לא נשמע שיהא נקרא שמעון לבד רק שנפרש דמיתקרי לפעמים שמעון ג"כ על צירוף שם ראובן אין דרכן של בני אדם להתבונן בלשונות כאילו לפרשם ולהוציאם מפשוטן וכבר הארכתי בענין זה במ"א ועיין בתשובה שהבאתי מדברי הזכרון משה דבשני שמות הלידה כגון יעקב מאיר והעולם קורין לו יעקב ולס"ת עולה יעקב מאיר גם בגט כותבין יעקב מאיר בלא דמיתקרי ע"ש ואין לנו לזוז מדברים המפורשים במקום זה לסמוך על איזה דקדוק בלשונות האחרונים:

והיכא שהוא נקרא בשניהם והם שמות הלידה ועולה לס"ת באחד מהן כגון יעקב מאיר ועולה לס"ת בשם יעקב לבד נראה ג"כ לכתוב יעקב מאיר דמיתקרי יעקב ואף על גב דבעלמא אמרינן דשם המובהק הוא מה שעולה בו לתורה היינו אם הוא שם אחר לגמרי מן השם שנקרא בו (וגם בזה דעת המכתב מאליהו ועוד אחרונים דהקריאה בפי העולם הוא עיקר) אבל בכה"ג שהוא עצמו השם שנקרא בפי העולם בשביל שהחזן מקצר בקריאת שמו אינו נעשה עיקר לכותבו תחלה ולכתוב דמיתקרי על הב"ש דהא הני ב"ש הם עיקרים שניתנו לו מעריסה והוחזק בהם בפי כל ולא אשכחן בש"ס להחשיב טפל השם שנולד בו ונקרא בו מחמת העלייה לס"ת ומכ"ש היכא שהעלייה אינה מתנגדת

הב"ש רק מקצרת ועיין בפוסקים ושו"ת לענין שם אליהו והארכתי בזה בביאורי לסדר שמות. ועכ"פ אין מקום לכתוב יעקב דמיתקרי מאיר כיון דמעולם לא נקרא בשם מאיר לבד. ודלא כדברי הרב נ"י שכתב בעולה לס"ת וחותם בב' ונקרא באחד או להיפוך כותבין פלוני דמיתקרי פלוני וז"א וגם מ"ש והשם שעולה בו ראשון לתורה הוא עיקר א"כ אם נקרא יעקב מאיר ועולה לס"ת בשם מאיר יש לכתוב מאיר דמיתקרי יעקב ויהפך סדר שנקרא בפי העולם ואיכא לעז כיון דלפי הקריאה יש קדימה לשם יעקב לגבי שם מאיר וכשרואין שנכתב באחרונה וגם בחילוק השני שמות ואם יעמדו על המחקר ידעו שכמו שהוא נקרא כן ניתן לו מלידה ושוב אח"כ לא נשתנה שמו כלל לא יתנו לב לחקור על עלייתו לתורה דמה"ת יחושו שבעלי' לתורה יהי' כאן איזה שינוי חדש לתפוס שם אחד לבד לעיקר בלי טעם ויסברו דאחר הוא המגרש וכבר כתבתי שכן מוכח מהב"ש במ"ש דל' רמ"א אינו מדוקדק כו':

ואם עולה לס"ת בשם משה יהודה ונקרא בפי כל בשם אחד ועוד כינוי לעז שאינו כינוי להשני שמות כגון שעולה לס"ת בשם משה יהודה ונקרא משה פילט או יהודה זלמן שכתב הרב דכותבין משה דמיתקרי יהודה המכונה פילט או המכונה זלמן ליתא שאין לחלק השמות כלל ואשר בא מחובר לא יצדק להיות נפרד וכותבין משה יהודה דמיתקרי משה פילט או משה יהודה דמיתקרי יהודה זלמן ולמה לנו לכנוס בפרצות דחוקות וכמה עקולי וכשורי' דאיכא באורחא שכתב שארי הרב המחבר נ"י כיון שיש דרך ישר לפנינו ועוד כמה ענינים אשר כתב שם שאין נלענ"ד ולא עת האסף פה. ובענין מ"ש שם ברוב קורין מרים ופורתא מרים שרה שיכתוב מרים דמיתקרי מרים שרה כבר כתבתי בתשובה בכה"ג דמדינא הוי סגי לכתוב מרים שרה לחוד דאע"ג דהרוב קורין בשם אחד לבד מ"מ אינו רק קיצור השם וכדמוכח מדברי הז"מ לענין יעקב מאיר דאף שנקרא בפי כל באחד א"צ לכפלו והיינו משום דאין זה רק קיצור ואין לחלק משום דהתם עולה לס"ת בשניהם נקטינן הקריאה לקיצור השם אע"ג דכולהו בחד קרי להו משא"כ כאן דרק פורתא קרי להוב ב'. ז"א כיון דשם העריסה הוא בשניהם והפורתא מחזיקים בו עדיין לא איכפת לן ברוב המקצרים כיון שעכ"פ לא נשתקע שם בב' לגמרי. ועיין בתשובה מ"ש מדברי הד"מ בשם ס"ג בשם זוסא זוסלן וגם ביארתי שם היטב לחלק בין זה לאלחנן חנן ומ"מ כיון שקיצור השם אינו מזיק יש לכפלו ג"כ ועכ"פ נראה לעשות עיקר ולהקדים השם האחד דקני ליה רובא וכן היה נוטה דעת השואל בתשובתו שם ופלפלתי בזה ולא מלאני לבי להכריע משום חומר א"א וכתבתי ליתן שני גיטין. אך שם לא היו הכרע מהחתימה כלל משא"כ בנ"ד שמבואר בהשאלה שגם חתימת האשה היה

כך ואם כן החתימה מכריע זה לעיקר וכמ"ש הב"ש בס"ש בשם אלז גוטא דאם היא רגילה לחתום יש לכתוב שם החתימה אפילו ידוע דשם האחר מהעריסה וכל העולם קורין אותה בו ואם כן מכ"ש כאן דשניהם שם העריסה וגם בפי העולם הפורתא קרי לה בשניהם אין ספק שיש לעשותו עיקר ולכתוב מרים ביילא דמיתקרי ביילא כאשר העלה ידידי הגאון אב"ד דק"ק טארניפאל נ"י ואשר כתב בענין כתיבה השני שמות בחד שיטה כתבתי מזה גם כן שתשובתי ושם הבאתי תשובת מהריב"ל בענין כתיבת שם המגרש בנקרא שם ע"ש הנלענ"ד כתבתי:

דברי זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה פז

שאלה איש אחד בא לגרש את אשתו והיה שמו מעריסה מתתיהו והמסדר רצה להמלט מליתן ב' גיטין כמבואר בפוסקים ונתחכם שלא לכתוב רק גט שלא להזכיר בו שם העריסה רק החניכא שהכל קורין בו שהיו קורין אותו בפי כל מאטיא ובהגיע הדבר לאוזן ידידי הרב הה"ג החריף ובקי המפורסים מוה' מרדכי נ"י האב"ד דק"ק הארחו' קרא עליו ערעור כי המסדר עשה שלא כהוגן ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה מתחלה נדון איך יש לכתוב לכתחלה בנדון כזה ואחר כך נתקע עצמינו לדבר הלכה כדת מה לעשות בדיעבד אם צריך גט אחר והנה לענין לכתחל' הדבר מבואר בב"ש בשם אסתר המכונה סתירה שצריך לכתוב בתי"ו וה"א לבסוף כיון שהוא נגזר משם אסתר וכ"כ שם בשם סאייה שלפי שנגזר משם שרה יש לכתו' בהא לבסוף וכ"כ הב"ש ס"ס יח ך"ט ס"ק נו"ן ע"ש ואם כן הדבר פשוט בנ"ד שאם היינו באים לכתוב קיצור השם לבד שצריך לכתוב מתיה ואע"ג דמבואר בהג"ה סעיף ל"א יותר יש לכתוב טי"ת כי התי"ו יכולין לקרותו רפוי' היינו דוקא בכינוי שם לעז שלא נגזר משם הקודש יש לכתוב כדי להגות השם באותיותיו של שם הקודש שלו כמו באסתר סתירה ונראה שגם אא"ז הגאון החסיד מוהר"ר שמשון חיות שהביאו בס"ש שדעתו לכתוב סטירה מודה בנ"ד דהתם ה"ט משום דס"ל דשם לעז היא ולא נגזר משם אסתר כלל ומ"ש בס"ש בשמו שכתב וז"ל ולו יהא שנגזר מן שם אסתר מ"מ נשתכח שם אסתר והוא כשם פריידא שנשתכח עיקר שם שמחה שכותבין פריידא לבד כו' נראה דלא כ' זה אלא כלפי מ"ש הז"מ שסתירה הוא קיצור השם וא"צ לכתבו כלל וע"ז כתב אא"ז כיון שנשתכח שם:

אסתר הוי כשם בפ"ע ואפשר דס"ל דכיון דנשתכח שם אסתר ממילא שיש לכתבו כשאר שמות סטירא דעלמא שהם שמות לעז ואף בזה דעת בעל ס"ש שם לכתוב סתירה וכן

דעת הב"ש ואם כן מכ"ש בנ"ד דשם מתתיהו לא נשתקע והוא שמו הקודש העולה בו לתורה וממנו נגזר שם מתיה שקורין בו עתה ואם כן כך יש לכותבו:

איברא שצ"ע מ"ש הב"ש בשם סאייה דבס"ש מפרש דברי הלבוש דכותבין רק סאייה דשמא אין עיקר השם שרה ומיחזי כשינוי השם וקשה למה כותבין ה"א לבסוף ואפשר לענין ה"א או אל"ף אין קפידא כ"כ אבל בגוף השם יש קפידא עכ"ל וקשה לפי זה כיון שעכ"פ יש לחוש שיוצא משם שרה אם כן היה לו לכתוב שני גיטין ויכתוב האחד בשי"ן וה"א כיון שנגזר משם שרה וכמ"ש בשערלן שרקא ע"ש ומכ"ש לפמ"ש שם בשם אא"ז הגאון דמש"א דס"ל דודאי יוצא משם שרה אלא שיש ב"א שא"י לדבר בריי"ש כו' אם כן איך כתב בסמ"ך והו"ל למכתב בשו"ן כמו שם שרה ולכאורה היה אפשר לחלק דהתם אע"ג דשם סאייה יוצא משורש שרה מ"מ כינוי הוא וכיון שהוא כינוי אמרינן שבני אדם כינוי השם בלעז ויש לכותבו בסמ"ך רק כיון שהכינוי הלז נגזר משם הקודש יש לכותבו בה"א לבסוף וכן מבואר בב"ש בכללים שבסוף השמות אות י"ד ואות ט"ו ע"ש ולפי פירוש אא"ז דמש"א דמפרש דברי הלבוש שא"צ לכתוב המכונה או דמיתקרי סאייה לפי שקיצור השם הוא מן שרה אפשר דס"ל דאה"נ אם היו כותבין שם זה היה צריך לכותבו בשי"ן אלא דבאמת א"צ לכותבו כלל משא"כ גבי סתירה הנגזר משם אסתר דהיינו כינוי רק הוא משורש שם זה ממש ולדעת הז"מ הוא קיצור השם ואף לדעת מהר"ש חיות דס"ל כיון שאין שם סתירה ניכר מתוך אסתר ואין מורגל בפומי' דאינשי דומה לכינוי לזן כיון שאין נו"ן באליעזר כותבין המכונה כו' ולזה נראה שהסכים הב"ש מ"מ הוא טפי בשם אסתר מן סאייה בשם שרה ולכן בשם סאייה כתב הב"ש לכתוב המכונה וגבי אסתר סתירה נראה דאם קראוה מעריסה אסתר ואחר כך קראוה סתירה יש לכתוב אסתר דמתקרי סתירה ואף על גב דמדברי אא"ז מהר"ש נראה דכותבין המכונה הוא ז"ל לטעמיה אזיל דס"ל דכינוי גמור הוא והוא שם לעז משא"כ למאי דס"ל להב"ש והס"ש דהוא נגזר משם זה והוא שם קודש פשיטא שיש לכתוב עליו דמתקריא והלכך יש לכתבו ג"כ בתי"ו כיון שהוא דומה יותר לעיקר השם ועכ"פ בנ"ד ששם מתיה הוא נגזר משם מתתיהו שניתן לו מעריסה ואם כותב מתתיהו א"צ לכתוב דמיתקרי מתיה כלל לפי שהוא קיצור השם המובלע בעיקר השם דבר פשוט הוא שאם היה רוצה לכתוב השם שהכל קורין בו היה צריך לכתוב מתיה למען דעת כי הוא נחצב ממקור שם זה האיש שניתן לו מעריסה מתתיהו וזה שמו אשר יקראו לו לס"ת וכן מבואר מדברי התה"ד סימן רל"א שכתב שם לענין שם לעז אם צריך לכתוב תי"ו או טי"ת יש לכתוב טי"ת כו' שאין להקשות ממה שהיו כותבין קרימש ולא קרימס מפני הטעות כי לפעמים השי"ן

בימין י"ל שמא שם אותה העיר מקדם היתה נקראת בשי"ן בימין או קרוב להברת שי"ן בימין ועתה נשתנה ואם כן פשיטא בנ"ד ששמו מעריסה היה מתתיהו ופשיטא שהיתה הקריאה בתי"ו ועתה לא נפל השינוי במבטא כלל למה ישנה מן תי"ו לטי"ת ודבר ברור הוא שאין מקום לכתוב בו טי"ת שלא נאמר בו כי טוב וגם צריך להטיל ה"א בסופו:

ועתה נבא לדון מה דינו שכבר נכתב וניתן ליד האשה ומתחלה אבאר שי"ל שאף אם היה כותב מתיה היה מקום לפסול אף על פי שהוא חניכה שהכל קורין בו מ"מ כיון שהוא קיצור השם וכתב הקצור ושבק העיקר גרע טפי ואע"פ שכתב הב"ש ס"ק ס"ח שאין קפידא אם רוצה לכתוב הקיצור רק דא"צ ע"ש היינו לומר דאם כותב העיקר והקיצור ג"כ אין קפידא אבל אם כותב הקיצור בלבד אפשר דגרע טפי מחניכא וכן נראה מדברי מהרלב"ח בתשובה סי' קל"א באשה אחת שנכתב בגט שמה גזול ועיקר שמה היה גאזלה והיה דעתו לפסול מטעם זה אף המבי"ט שם בתשובה שאח"ז בסי' קל"ב כתב וז"ל אמנם ראיתי את החכם הר"ר אברהם שלום שהיה בדעתו לפסול את הגט כי נכתוב שם האשה בגט גזול כו' וחקר ואמרו לו שאין שם גזול בעולם כ"א גאזלה וכך מצא בכתובתה ואני אומר גם שנודה לו שאין השם גזול בעולם אלא גאזלה מכיון שזאת היא נקראת בפי כל מכירין בזה השם של גזול יהיה לקיצור השם או לכוונה אחרת הרי הוא עקר שמה ואינו שינוי השם כי לא יפסל בשינוי השם כ"א כשמשנה משם אחד לשם אחר אבל מכיון שזה שם של גזול אינו שם אחר אלא קיצור או לאיזה סיבה א"כ לא יקרא שינוי שם ליפסל והראי' ממ"ש בתה"ד על איש שהיה שמו ירחמיאל כו' כמו כן בנידון שלפנינו כיון ששם גזול אינו שם בפ"ע אלא שם של גאזלה והיא היתה ידועה ונקראת בשם של גזול הגט כשר כו' ומהרלב"ח בתשובה שאח"ז כתב שאין הנדון דומה לראיה וגם בשו"ת מהראנ"ח גמגם בזה וכתב דבתה"ד משמע איפכא ע"ש ועכ"פ בנ"ד פשיט דלדעת מהרלב"ח אע"פ שזו היתה נקראת בפי כל גזול כיון דעיקר שמה היא גאזלה ס"ל דל"מ בכתיבת קיצור השם לחוד וכך היה דעת מהר"א שלום וכ"כ מהראנ"ח א"כ גם בנ"ד אין לכתוב מתיה אף על פי שהוא נקרא כן בפי כל אך בדיעבד אם כתב כן היה מקום עיון כיון דהמבי"ט נראה דמכשיר בכה"ג וכ"מ מסתימת האחרונים אך בנידון זה שהמסדר כתב מאטיא שאין זה שמו כלל נראה דהוי שינוי השם גמור ופסול דהא מעיקר הדין יש לכתוב מתיה אם היה רוצה לכתוב החניכא כמש"ל מדברי הב"ש בשם סתירה:

ולכאורה היה אפשר לומר דגם הב"ש לא קאמר אלא לענין כתיבה לכתחלה ואף על גב דנראה פשוט דבשם אסתר גופי' אם שינה וכתב אסטר שיש לפסול אפילו בדיעבד ש"ה

שידוע לכל ששם אסתר המורגל בפי כל הוא ע"ש אסתר המלכה וגם אשה זו שהגט בידה ידוע לכל ששמה כשם אסתר דעלמא וכשיראו שינוי בגט יאמרו שאין זו המתגרשת וכן בשרה שרא משא"כ בשם סתירא אף על פי שבאמת הוא נגזר משם אסתר מ"מ הקורא בגט סטירא אינו רואה שינוי בשם האשה ומה לו לחקור ולערות עד היסוד בה לידע מקור מחצבו שהוא משם אסתר ואין בזה משום לעז כלל וא"כ ה"ה בנ"ד אף על פי שלכתחלה ודאי היה צריך לכתוב מתתיה ומתתיהו ואם היה בא לכתוב החניכה לבד היה צריך לכתוב מתיה מ"מ השתא מיהו שכתב מאטיא אין לפסול בדיעבד כיון שאין הקורא מכיר בו שינוי מקריאת שם הבעל וא"ל כיון דרגילות הוא לכנות לשם מרדכי מאטיא אתי למטעי שיסברו שזה המגרש שמו מאטיא דז"א דכל שאין כאן שינוי בשם עד שיש מקום לומר שע"כ אינו זה רק אחר אינו לחוש כלל כיון שמשפט הקריאה כך הוא כמו שנקרא זה בפי כל מה"ת יטעה זה ויקרא בגט בנקודה אחרת להוציא לעז לומר שהברת התיבה בגט הוא מאטיא וזה האיש לאו שמיה מאטיא אדרבה יקבל האמת שהברת התיבה בפתח ולא ישעה בדברי שקר וכבר הוכחתי סברא זו בארוכה בתשובה סימן:

איברא חזינא דאפילו תימא דהב"ש לא קאמר רק לכתחלה מ"מ נ"ד גרע טפי כיון דכ"ע ידעי שהאיש הזה מאז יולד הוחל לקרוא בשם מתתיה וכך הוא עלייתו לתורה וא"כ פשיט' שיש חשש שיאמרו שאין זה המגרש שהרי המגרש הזה שמו מתיה ואף על פי שכך הוא הברת הטי"ת כמו הברת התי"ו מ"מ כיון שמעיקר הדין יש לכתוב בתיו אם כתב בטית יש קפידא בדבר וכמ"ש בשו"ת הר"ן סימן מ"ב גבי גט שכתב בו דממתא מיורקא ואף על פי שנוכל לומר שהמכוון אחד בין שיכתוב דממתא ובין שיכתוב פלוני דממיורקא ושגם בשכתב דממתא הוא ע"ד היחוס לא ע"ד שם עירו כיון שהורגלו ההדיוטות לכתוב בלא דממתא ע"ד היחס וממתא ע"ד שם עירו בכגון זה צריך לדרוש לשון הדיוט וכיון שכן נמצא ששינה שם עירו כו' ע"ש ואם ל' הדיוט כך לשון חכמים עאכ"ו שהרי דינא הוא לכתוב מתיה בתי"ו כמ"ש הב"ש ומתוך ששינה סדרי הגט וכתב בטי"ת יש חשש לעז ואין לחלק דהתם אזלינן בתר פירוש לשון שהורגלו ההדיוטות לפרש משא"כ בזה דס"ס הברה אחת היא דז"א דמ"מ יש לטועה לטעות כיון שלא כמו שהוא נכתב הוא נקרא שהרי קריאתו לתורה היא בשם מתתיה וע"ש זה ניתן לו חניכה זו וגם שיסבור הטועה שהברתו הוא מאטיא בקמץ ונגזר משם מרדכי ואנן בעינן שיהא מוכח מתוך הגט שזה המגרש דכל שאין מוכח מתוכו פסול רק אם כותב כתיקונו אף על פי שיש מקום לטעות לא איכפת לן בטעות דהאי כגון אם היה מן הדין לכתוב מאטיא אף על פי שיש מקום לטעות ולקרות המ"ם בקמ"ץ לא איכפת לן בהכי שהרי יש לו להרגש

שזה נקרא בפת"ח שהרי אין שם אחר בעיר שיהיה שמו ושם אביו כך (ואם יש בעיר אחד ששמו מאטיא ושם אביו גם כן כשמו של זה היה ראוי לחוש לשני יוב"ש.' גם כן) משא"כ אם אין הדין נותן לכתוב כן אז פשיטא שיש חשש לעז שיאמרו שאין זה המגרש שהרי המגרש הזה שמו מתיה ואף על פי שכך הוא הברת הטי"ת כמו הברת הת"ו מ"מ כיון שמעיקר הדין יש לכתוב בתי"ו אף בדיעבד איכא קפידא כמש"ל ועיין בשו"ת גאוני בתראי סימן ג' תשובת הגאון מוה' יושיע בעהמ"ח מג"ש בענין הגט שנכתב בו יצחק המכונה אייזק דמיתקרי לובא וכתב שם שיש לפסול לפי שהרואה יסבור שלובא הוא שם הקודש מעריסה ונשתנה מחמת חולי כו' ואם כן אין זה המגרש עיין שם:

ועיין בב"ש אות טי"ת בשם טאנא שאם היה לעז וכתב בלשון הקודש כשר כיון דעדיין יש לקרות כמו שם הלעז אבל אם הוא שם הקודש וכתב כשם הלעז פסול לכן יש לכתוב תאנה עכ"ל וכ"כ בס"ש בשם נוחה שכך יש לכתוב דשמא עיקר שמא בלה"ק ואם כתב בלעז נוכא יפסל משא"כ אם יכתוב נוחה אע"ג דהוא שם לעז לא יפסול וכמו בשם תאנא עכ"ל והביאו הב"ש בקצרה ומבואר בנ"ש בשם רש"ל שאף אם נקראת תאנה בקמ"ץ תחת התי"ו אף על פי כן יש לכתוב בתי"ו כיון דעיקרו של השם הוא ע"ש הפרי רק שנשבש הלשון ובתשובה סימן כתבתי בענין זה דטעמא דידיה משום דס"ל דשם זה אין לו מקום רק ע"ש הפרי וירגושו שהיא זאת האשה הנקראת את תאנה והקמ"ץ בא ע"י שיבוש הלשון ואם כן כ"ש כאן שקריאת שם החניכא מתיה הוא ג"כ בפת"ח כמו עיקר השם והכל מרגישין שהוא קיצור מעיקר השם שעולה בו לתורה וכך יש לכתוב מתיה אם רוצה לכתוב השם שהכל קורין בו לחוד וגם אם היה כותב בתי"ו ובאל"ף גם כן היה מקום להקפיד להצריך גט אחר כמבואר בשו"ת מהריב"ל בכתב מתתיא באלף באין ידוע חתימתו גם כן אין להכשיר כ"א במקום עיגון ושעת הדחק וא"א להשיג אחר ואף על גב דבשם סאייה כתב דלכך כותבין ה"א בסוף משוש דלענין ה"א או אל"ף אין קפידא התם שאני דאפילו תימה שלא נגזר משם שרה מ"מ אין קפידא אם יכתוב ה"א במקום אל"ף משא"כ כאן דודאי נגזר משם מתתיהו מה לי שכתב מתתיא באל"ף או שם הקצר הנגזר ממנו ושינוי השם גמור הוא ואפשר דבכה"ג אפילו במקום עיגון פסול שהרי שם אחר לגמרי הוא שאינו שייך לשמו כלל ולא מיבעי בכותב מטיא כמ"ש המסדר הזה דפסול אלא אפילו אם כתב מתיא כיון דמצינו בש"ס שם מתיא כגון ר' מתיא בן חרש ורבי אלעזר מן מתיא וכיוצא בזה אם כן יש לטעות בשם אחר ולא מהני בזה מה שאין שינוי במבטא כיון שהם שמות מחולקים:

העולה מזה שנלענ"ד לדינא למהדר עובדא ולתת ב' גיטין ועל המסדר קורא אני מה שאמר שהע"ה בחכמתו אל תתחכם הרבה למה תשומם כי נס מן הפח"ת ונפל אל הפח ועשה שלא כהוגן שלא נתייעץ בזה עם הרבנים הסמוכים לו הבקיאים בטוב גיטין ורגילי בהכי טובא ולשאול את פיהם אם יש מקום להמלט מנתינת ב' גיטין ע"י כתיבת שם מתיה לבד ואיך יש לכותבו והוא נשען על בינתו ועל שמועתו ששמע שאין לדרוש בשמות רק יש לכותבו ע"פ משמעות הברת קריאתם ושמע וטעה לסמוך ענין את נדון זה שהוא נגזר משם הקודש ואין הנדון דומה דהשם אשר קורין אותו ללעוזות בלעז שפיר כותבין לפי הברת השם וע"פ שימוש האותיות שכותבין במדינה שלנו בלשון אשכנז שהרי הקורא בגט שם יקרא ככתיבתו ויוודע לו שזהו המגרש משא"כ בשם הנגזר משם הקודש שניתן לו מעריסה ועולה בו לתורה פשיטא שידוע לכל כי שם זה שקורין מתיה הוא שם קטן משם גדול שנקרא בו לתורה וידוע לכל שמתתי' הוא בתי"ו ואם כותב בטי"ת הוא שינוי וכמה כרכורים כרכרו חכמי דורינו בענין כתיבת שם אשה שנקראת עטיא שאם היה נגזר משם אסתר היה ראויה לכתוב אתיה ואף ע"פ ששמעתי שהעלו לכתוב עטיא היינו משום שי"ל שלא נגזר משם אסתר כלל ואפ"ת שנגזר משם אסתר מ"מ הרי שם אסתר נשתקע לגמרי ואין ידוע לשום אדם וכמ"ש אא"ז מהר"ש חיות לענין אסתר סטירה וגם דהתם נשתנה הברת שם אסתר לגמרי (ובאמת היכא שידוע ששמה מעריסה היה אסתר ונשתרבב אח"כ לקרותה בשם עטיא צ"ע כעת ואין כאן מקומו) משא"כ כאן ששם מתתי' קיים וידוע לכל וממנו נגזר שם זה שקורין אותו עכשיו ולא נשתנה הברתו רק שהעולם קיצרו בשמו כדרכם פשיטא דבתר עיקר השם אזלינן ובפרט שאין כאן מקום עיגון הדבר פשוט שצריך לחזור ולגרש שנית כדת של תורה ולענין הלכה למעשה איך יש לעשות לכתחלה נלענ"ד ליתן שני גיטין אחד בשם מתתיה ואחד בשם מתתיהו וכ"ע מודים בזה אף הסוברים שיש לכתוב מתתיה מ"מ מודים בזה בנידון כזה שהיה נקרא בפי העולם מתיה וכן מבואר בשו"ת כת"י להגאון מהר"י בעהמ"ח מג"ש ז"ל שכתב בתשובה להגאון בעל צ"צ בענין שם מתתי' והעלה שם לכתוב מתתיהו וכתב שם שהוא מסופק אם העולם קורין אותו מתיה דכיון שקיצרו שמו מאן לימא לן שקיצרו שם מתתיה דלמא קצרו שם מתתיהו וא"כ ל"ד לחזקיה דהתם העולם שקורין אותו חזקיה כו' עכ"ל ואף שי"ל דהכא עדיף טפי כיון שקראוה מתיה הוי כאילו קצרו שם מתתיה ולא לשם מתתיהו מ"מ כיון דעל כל פנים לא נקרא בשם מתתיה ממש אין לכתוב מתתיה לחוד ובלא"ה מסיק הב"ש שהעיקר כדעת מהרש"ל לכתוב ב' גיטין ונלענ"ד שאין צריך לכתוב דמתקרי מתיה כלל כיון שהוא קיצור השם משם מתתיה

והוא מובלע בתוכו ממש ובמובלעת גמירי שאין צריך לכותבו כלל כמ"ש הב"ש וגם לפי דעת מהרש"ל כל שאין לקיצור השם זה שם קודש אחר אין צריך לכותבו ואע"פ שיש עוד שמות כגון מתייאל או מתניהו שאפשר ששם מתיה נגזר מהם מ"מ כיון דהני שמות לא שכיחי הכא ולא שמענו שיהא כינוי להם אין לחוש וכמ"ש הב"ש דאם לא נמצא באותו מקום אייזק ששמו הקודש שאלתיאל אין צריך לכתוב קיצור השם:

איברא דלפמ"ש שם בכללים דאם יש לשם הקודש זה כינוים אחרים צריך לכתוב גם קיצור השם א"כ צ"ע כיון דלשם מתתי' יש גם כן כינוי אחר שם מתית והוא שכיח טובא א"כ היה צריך לכתוב דמתקרי מתית גם כן אך כבר כתבתי דהכא שם מתיה מובלע בשם מתיתיה פשיטא שאין צריך לכותבו כלל כמ"ש הב"ש בס"ס בשם אייזק דלכך אין כותבין יצחק המכונה איצק או אליעזר המכונה ליזר אע"פ שיש להם כינוים אחרים משום דשאני כינוים אלו שהם נשמעים ונבלעים ממש בשם הקודש וכ"כ רש"ל גבי אליעזר ליזר אע"ג דיש לאליעזר כינוי אחר והוא ליפמאן מ"מ אין צריך לכתוב המכונה ליזר כיון דשם ליזר בא מאליעזר וכוונתו כמ"ש עכ"ל הב"ש וצ"ע לענ"ד על מ"ש הב"ש באות ב' בשם בנימין שא"צ לכתוב המכונה בונמי כו' כתב וקשה הא יש לבונמי שם הקודש אחר שמחה כו' אבל עדיין קשה מאייזק כו' וצריך לומר דמהרש"ל אירי במקום דלא נקרא לשום בונם שמחה כו' ע"ש וזה תימא לפמ"ש הוא גופיה בשם מהרש"ל דמובלעת לא צריך למיכתב א"כ פשיטא דשם בונם הוא מובלע בשם בנימין אמנם לענ"ד מה שהביא הב"ש מדברי רש"ל בשם אליעזר ליזר וכתב שכוונתו הוא כמ"ש לענ"ד הוא תימא שנראה שאין זה כוונת מהרש"ל ומ"ש מהרש"ל על המסדר שכתב המכונה ליזר מאחר שיש שכינוים ליפמאן וז"ל וטעות הוא בידו דמה בכך שקורין אותו ליזר לא יאמרו שהוא אחר שהרי כל ליזר בא מאליעזר בשלמא אם היה שאר שמות גם כן בשם ליזר אז היה צריך המכונה שלא יאמרו שהוא אחר אבל מאחר שאין זה בנמצא ליכא למיחש כו' עכ"ל וכוונת רש"ל מבוארת דסבירא ליה שאין אנו מקפידין על הכינויים אף שיש עוד כינוים אחרים לשם זה לא איכפת לן בהכי וחולק בזה על הד"מ שהביא הב"ש רק סבירא ליה דהעיקר מה שיש להקפיד אינו אלא אם יש עוד לכינוי זה שמות הקודש אחרים והוא בנמצא כמ"ש שם לעיל בשם זלמן וזהו שכתב דמה בכך שיש לאליעזר עוד כינוי ליפמאן כיון שזה קורין אותו ליזר והוא כינוי לאלעזר לא יטעו לומר שהוא אחר ומ"ש שהרי כל ליזר בא מאליעזר ר"ל כיון שליזר אין לו שם הקודש אחר רק אלעזר וא"כ כיון שזה נקרא ליזר הכל יודעין ששמו הקודש שלו אלעזר וזה השם נכתב בגט והיינו שכתב דבשלמא אם היה שאר שמות ג"כ בשם ליזר ר"ל שאם היה

שם ליזר כינוי גם לשמות הקודש אחרים מלבד אלעזר שפיר צריך המכונה שלא יאמרו שהוא אחר דשמא יסברו שליזר זה יש לו שם הקודש אחר ולא אליעזר הכתוב בגט ואין זה המגרש אבל כיון שזה אינו בנמצא דרובא דרובא אותן הנקראין בשם ליזר שם הקודש שלהם אליעזר כמו שנכתב בגט ליכא למיחש וכמ"ש גבי יצחק אייזיק וא"ש נמי ההיא דאין צריך לכתוב המכונה בונם דסבירא ליה לרש"ל דבתר רובא אזלינן ומ"ש הב"ש דווקא אם אין באותו מקום כלל מי שיקרא כן לענ"ד אין זה דעת רש"ל כמ"ש במקומו באורך באה"ע שם בס"ד והוכחתי כן מדברי רש"ל ואין כאן מקומו וגם כי לדינא אין נ"מ בנ"ד דהא בין למר בין למר תליא מלתא או במובלע בתוך השם או באם הרוב הנקראים כן שם הקודש כמו שנכתב בגט וא"כ בנ"ד כל הדרכים האלו בו ששם מתיה הוא מובלע בשם מתתיה וגם שם הקודש שלהם כך הוא שלא שמענו מי שקורין אותו מתיא בפתח שיהא לו שם הקודש אחר ואע"פ שמצינו בש"ס רבי מתיה בן חרש וכיוצא בזה ולפי הברת הספרדים הם קורין התיו דגושה וא"כ הויא מתיא ג"כ שם לעצמו ודמי לאלחנן חנן מ"מ כיון שבמדינתינו אין קורין בשמו כן ואין לך בגיטין אלא מקומו ושעתו וכיוצא בזה כתבתי באה"ע סי' קכ"ט במה שהביא הב"ש שם מדברי הפוסקים שאין צריך לכתוב נתן המכונה נטע או נטא שלענ"ד דין זה נמשך מגדולי הספרדים שהם קורין התיו דגושה והם קורין נתן ולפיכך שם נטע הוא אצלם קיצור השם מה שאין כן לפי מה שאנו האשכנזים קורין נתן בתיו רפוי ושם נטע הוא מודגש הרי זה שם לעצמו וצריך לכתוב דמתקרי נטע כמבואר בפוסקים וה"נ בשם מתיא שלפי קריאתינו שם מתיא בתיו רפוי א"כ זה שנקרא בדגש אין לטעות בו שהוא ע"ש מתיא הנזכר בש"ס וגם לא שכיח אצלינו כלל שיהא נקרא בשם זה לשם בפ"ע ואינו בא רק לכינוי וקיצור השם בלבד הלכך נראה שאין צריך לכתוב בזה דמיתקרי כלל רק יש לכתוב ב' גיטין באחד מתתיה ובאחד מתתיהו ובזה יצאנו ידי כל עורר וטוען כי נלך בעקבות הראשונים ולא נפרוץ גדרם דרך המלך נלך ונשתה מי בארם באר מים חיים דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה פח

אלף שלומים לכבוד אהו' שארי ידידי נד"ז הרב הגדול החריף ובקי המפורסם מהורר יצחק פרענקיל נ"י לנצח:

דבריו האירו על אודות הגט והנה מה שהבינו בב"ש כי יודת כינוי ליוכבד ז"א דאין כוונת הב"ש כן רק יודית הוא שם בפ"ע ומתחלה כתב יוכבד המ' יוטלין ואח"כ מזכיר שם יודית. ואח"כ כתב דיוכא הוא ג"כ ליוכבד וזה מבואר בס"ג של מהר"ם ר"י שהעתיק

בחלקת מחוקק הנדפס בפ"ע שם איתא יודא הוא כנוי ליהודה ואין לכתוב הכינוי יודית שם אשה יודל הוא כינוי ליהודה כו' יוטא אם קורין היו"ד בחולם כו' יוכא הוא כינוי ליוכבד ודינו כמ"ש גבי אלז גוטא כו' עכ"ל והעתיק הדברים ככתבן בב"ש מהדורא קמא ומ"ש במהדורא בתרא יוכבד המכונה יוטלין הוא ע"פ הספר שמות שכ"כ בשם רש"ל וסיים בה ונ"ל דשם העריסה היה יוכבד אחר שם המשפחה והכינוי הוא יוטל ומש"ה כותבין כדפרשתי בסימן כ"ו עכ"ל רש"ל וכ"ה לפנינו בישׁ"ש גיטין ע"ש אבל פשיטא דמ"ש הב"ש שם יודית אינו חיבור למ"ש תחלה יוכבד המ' יוטלין כלל אלא הוא שם לעצמו ואינו פקפוק בדבר למעיין בספרים הנ"ל ודאתאן עלה בענין כתיבה שם יודית נראה דאם הוא נקראת כן בפי כל פשיטא שאין לנו להדורי עובדא כיון שנקראת בפי כל בשם זה וכן משמע בשו"ת דבר שמואל סימן ק' שכתב וז"ל גט שכתב בו יהודית בת ישראל וכל שום אוחרן כו' יש מערערין ואומרים שהוא פסול שהיה צ"ל יודיטא ואחרים אומרים שאין לפוסלו בשביל זה כיון שעיקר השם הוא יהודית ומה שהמון עם קורין יודיטא הוא שם יוצא ממנו בשבשתא וכבר נכלל במה שאמר אח"כ וכל שום אוחרן כו' תשובה עמדנו ונתבונן בישיבתינו פה על מה שנדרשה בשאלה הנ"ל והסכמנו שאין לערער על נתינת הגט שנכתב בו שם האשה יהודית אע"פ שהמון עם קורין יודיטא דאזלינן בתר עיקר השם ומקורו כתוב בתורה אשר יצא ממנו ללועזות נשים והדיוטות עמקי שפה וכבדי לשון לבטא אותן בשפתים בקצת שינוי במבטא אותיות הן חסר הן יתיר הן חליף כדרכן ברוב שמות המקרא וכולם כוונתן לרמוז אל השם העיקרי המונח בראשונה כמובא בש"ע אה"ע סימן קכ"ט ובכן הגט הנזכר בשאלה כשר הוא כפי הדין והאשה מגורשת בו כדת משה וישראל עכ"ל:

והנה העתקתי דבריו בשלמות כי אולי אינה מצויה ביד מכ"ת ועכ"פ למדנו מדבריו שאע"פ שהסכימו שלא לערער על הגט הניתן בשם יהודית מ"מ לא עלה על לבם שמץ פסול על הגט אם היה נכתב בו כדעת המערער בשם יודיטא דאל"כ מרתח הוה קרתח על המערערין ותחת בהם געתו והו"ל להודיעם דאדרבה אם היו כותבין יודיטא לאו שפיר עבדי והדבר מבואר דהמערערין והאחרים לא פליגי אלא לענין שאין לפוסלו אם נכתב בשם יהודית אבל בשם יודיטא כ"ע מודים דכשר ובדקתי בס"ג כת"י אא"ז הגאון מהר"א שרענצילס וכתב שם וז"ל בכאן פה ק"ק לבוב נתננו גט לאשה אחת שהיתה נקראת יהודית ונכתב יהודית ביו"ד אחר הדלי"ת ואף שאין להביא ראיה מהפסוקים בד"ה סימן ד' ושם אשתו היהודית ודרשו במגילה על שכפרה בע"ז כו' הרי שכתב ביו"ד אחר הדלי"ת דאי משום הא אין להביא ראיה דאולי דוקא שם שהיתה נקראת יהודית

בחיר"ק תחת הדלית ויו"ד בקמץ משא"כ כשנקראת יהודית אולי יש לכתוב חסר יו"ד יהודית מ"מ כיון שמצינו בפירוש גבי עשו ויקח אשה את יהודית כו' וגם נזכר כן ב' פעמים יהודית ביוצר דחנוכה ביו"ד לכן כתבנו ג"כ יהודית ביו"ד אחר הדלי"ת עכ"ל ונכתב בגליון שם כת"י הגאון המפורסם מהו' משה חריף ז"ל האבד"ק לבוב וז"ל הנה בספר חלקת מחוקק בס"ג הנדפס מביא שם אשה יודית ואם יש לפקפק דמה נשתנה שם האשה משם האיש דהא אם קורין לאחד יודא אעפ"כ כותבין יהודה וכאן משמע דלא הוה קיצור השם מן יהודית אך שמעתי אומרים כי כמה פעמים נקראו הנשים ע"ש הזכרים שנקרא יודא והסבו את הנקיבות לשם יודית וכן העיד אחד לפני שכזאת נעשה בלובלין שאמרה האשה שנקראת ע"ש יודא כנ"ל ונכתב בגט יודית משה עכ"ל והוא כת"י הגאון ממש והנה בלשון זה יש לדייק קצת דדוקא כנדון דהתם שאמרה שנקראה ע"ש יודא ובכה"ג מיירי נמי הך דס"ג של מהר"מ שהובא בח"מ אבל בסתמא אמרינן שנגזר משם יהודית ודמי ליודא שיש לכתוב יהודה אך י"ל כיון שכתב שנמצא כ"פ שנקראו ע"ש הזכרים שנקראו יודא ממילא דמן הסתם יש לכתוב יודית כמ"ש בח"מ שם זה בפשיטות ומייתי מעובדא דלובלין דכדבריו כן הוא שיש נקראים ע"ש יודא ובכה"ג יש לכתוב כן וכן מבואר מדברי הדבר שמואל דאף אם נגזר משם יהודית מ"מ שפיר דמי לכתוב שם יודיטא ובנ"ד שאין שם העריסה ידוע כלל והיה מקום לומר ששמה העיקרי הוא ע"ש יודא אם כן יש לכתוב יודית ומ"ש מכ"ת משם הפוסקים בענין יהודה אין הנדון דומה דהתם קרי ליה יהודה רק שחותם יאודה כדי שלא לחבר האותיות השם ואין זה דומה לנ"ד ועיין בג"פ ס"ק כ"ו בענין שרה שערליין שאם נקראת מעריסה שערליין אין לכתוב רק שערליין ע"ש בשם ס"ש בשם מהרי"א ומהרי"ב וע"ש ס"ק ע' בעובדא דאשה שהיה שמה חנולה כו' וכתב בשם ס"ש דאם אין ידוע שם העריסה בני אשכנז וכתבו שרלין לחוד כו' ואין להאריך והנה דברי מכ"ת באו לידי קרוב לצום החמישי ומחמת כי הבנתי מכותלי מכתבו שנחלקו בזה חכמי העיר נתתי בברותי ראש להשיב אליו דבר אשר עם לבבי ואתבונן אליו בבוקר וכתבתי זה המעט ועצתי אמונה שמכ"ת יסוב אחור כמאמר החכם כבוד לאיש כו' ומחמת טרדת עש"ק קצרתי דברי שארו ידידו לנצח:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה פט

שאלה באחד שהיה מעולם חכם גדול שלם במעלות ואח"ז מחמת חולי נטרפה דעתו קצת והולך בטל ואינו עושה שום משא ומתן וכשמדברין עמו הוא משיב כהוגן וגם יכול לחשוב חשבונות ממש כמו מאז ומקדם רק שלפעמים ניכר מתוך דבריו שנקבע בלבו

שאין לו תקנה ובלבו שיש לו שונאים ורוצים בקלקלתו ויש לו עצבות גדול ומרה שחורה ר"ל גברה עליו ועמד השואל ושאל אם הוא יכול לגרש את אשתו מאחר שהוא מדבר בשאר דבריו כאחד מן החכמים ודבר זה נפתח בגדול הדור ה"ה מחותנו הרב הגאון המפורסם מרא דאתרא דפה ק"ק יצ"ו כש"ת מהוהר"ר מאיר נ"י פתח שער בתשובתו הרמתה וקמצדד אצדודי להראות פנים בהלכה ובכל כיוצא בזה לא נאמר נשתטה לא יוציא עולמית כאשר באו הדברים ברוב ענין בתשובתו. אולם משום חומר א"א נשען עלי וענוותו תרביני לשחר פני לתת עיני בגירושין הללו אם כזה גט ולחוות דעי אף אני: תשובה עיקרא דהא מילתא כבר עמדו עליו הגדולים חקרי לב ושאילתינו כשאלת הראשונים חכמי הדור אשר לפנינו אשר פתחו בהצלה תחלה ובירורו הדברים כשמלה וכמעט לא הניחו מקום להתגדר וכל מעשה תקפם וגבורתם הלא הם כתובים על ספר אור הישר שנדפס באמשטרדם ותאחז במשפט ידם לדבר קשות עם אדוני הארץ חכמי ודייני ק"ק פרנקפורט דמיין שערערו על הגט ואם אמנם אין הנדון דומה לשלפנינו שהיה להם כמה צדדים במלתא דליתא בגירושין שלפנינו אולם מכותלי כתבם ניכר שסניפים עשאום ואי הוי מקלע עובדא קמייהו כנדון שלנו דקא מעגנא ויתבא זה שנים רבות היו נמנים עליה להתירה ולולי כי כבר קדמוני רבנן הגאונים בספר הנ"ל הוחק לזכרון לדורות עולם כי חכמי כל ישראל יוצאין בפתח אחד כרחב פתחו של אולם וקמו ביה רבנן במלתא דגיטא מעליא הוא וגם חזינא לר' מאיר מקמאי אומר מותר ומראה פנים לא היה ערב לבי לגשת. ובהסתר פנים איתי כי יראתי מהביט אל נקבי השבכה מעשה רשת. וגם בני ענק ראינו בבואם אל בית הנשים עתים חשים ושמעתי שפורשים מדאגה בדבר פן יפלו בנופלים נפל אשת. אף כי אנכי היום רך סמכוני באשישות ואיך אחבירה במילים למשוך בקשת. לירות במו אופל ולהמציא מלבי סברות דקות שדופות וצנומות במקום משנה מפורשת. ואיך אבנה יסוד על אבני גיר מנופצות ולחיות אבנים מערמות העפר והמה שרופות כאשישי קיר חרשת. אבל כי אראה אור כי יהל זה היה מעשה ואמרו חכמים הרי זו מגורשת. נקיטנא בשפולי דגלימייהו ורהיטנא בתרייהו למשקול מעפרייהו ולמשוך בקסת. אם אמנם כי חנם מזורה ארשת. הנה ארשם ארש ברזל ויסודותם בהררי קודש יוצא כמו נחושת. וגם כי הכל בכתב מיד ה' עליהם השכילו ונתגלה להם מה שבחורין ולא השאירו עוללות ועשאוהו כבולשת. ואני אנה אני בא ללקט שבלים בעמק של הלכה אחרי כי הלכו בו הנמושות. אולם זאת אעשה לפתח ולשדד אדמתם ורעיוני על תלמי שדי חמדתם יחרשו חרשת. ותפלתי שגורה שלא יערע

דבר תקלה על ידי ולא תכסוני בשת וה' אמת אל תצל דבר אמת מפי מלה די לעלמין לא תתקבל. יהא רעוא דאימא מלתא דתתקבל:

גלוי לכל יודעי דת ודין הא דתנינן תמן בחגיגה דף ג' ע"ב ת"ר איזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלן כו' ומדברי הרמב"ם פ"ט מהלכות עדות מבואר דלאו דוקא הנך דתנינן בברייתא והכי דייק לה רבינו הב"י מדכתיב שם כל מי שנטרף ונמצאת דעתו משובשת בדבר מן הדברים כו' אמנם המרדכי בשם רבינו אביגדור ועוד פוסקים חולקים בזה כמבואר בב"י באה"ע סימן קכ"א ונלענ"ד שדברי התוס' בחגיגה שם מוכיחין כדברי הפוסקים החולקים על הרמב"ם שהרי התוספות שם דף ד' ד"ה או דלמא מכולהו הדר ביה מי אמרינן כיון דמקרע דדמי להאי דהדר ביה גם מאינך דחשיב בהדי מקרע הדר ביה או דלמא מהאי לחודיה עכ"ל ולכאורה קשה מי הכריחם לכך דהא בפשיטות מצינו לפרושי דלהך צד שבהאיבעי אכולהו הדר ביה היינו כמו דחזינן דמאבד מה שנותנין לו לחוד הוי שוטה אף ע"ג דלא אתחזק רק להא מלתא ה"ה לשאר סימנים אי חזינן חד סימנא דעביד דרך שטות הו"ל שוטה כיון דמהנך סימנים ילפינן לכל הסימנים ואין חילוק ביניהם אך אם נאמר דאין סימני שטות כ"א אותם המבוארים בברייתא א"ש דע"כ ר"פ דקאמר דהדר ביה ר"ה מחמת הך ברייתא תיקשי עליה דמנ"ל הא דלמא הך דמאבד הוי סימן גמור דאפילו איהו לחוד מהני כיון שע"כ שיש חילוק בין סימני שטות לומר דשאר דברים אף דעביד דרך שטות ל"מ רק הני דוקא א"כ אף אנו נאמר דמאבד עדיף טפי וע"כ לומר דמקרע היינו מאבד ואם כן קשה מאין הרגלים לומר דהדר ביה מאחריני ולכן הוצרכו התוספ' לומר דמספקא ליה דלמא כמו דהדר מהאי דדמי למאבד כך הדר מאחריני אבל אם נאמר כשיטת הרמב"ם דהנך ל"ד דה"ה לכל מה דעביד דרך שטות והנך דברייתא לדוגמא אם כן בפשיטות מצינו לפרושי דמספ"ל דלמא כמו דבמאבד בחד סגי ה"ה בכל סימני שטות שבעולם בחד סגי ומאבד לדוגמא נקטי' אע"כ שדעת התוס' כמ"ש דהנך דברייתא בדוקא נקטינהו:

והנה באמת צריך ישוב לדברי הרמב"ם למה נקיט בברייתא דוקא הני מיני שטות וראיתי בספר הנ"ל הביא תשובת הגאון בעל שאגת אריה ז"ל שכתב דלהרמב"ם צ"ל דנקט להו לרבותא אליבא דר"י דאף ע"ג דאיכא למיתלי בהני אימור כו' ולר"ה י"ל דבדוקא נקיט הני כיון דאיכא הני אימור בעלי תלתא אבל שאר מיני שטות ועביד ד"ש בחדא סגי ולפ"ז הקשה על הרמב"ם דהמקשה דלא אסיק אדעתיה הנך אימור קשה דהו"ל להקשות גם לר"י אי דע"ל ד"ש מאי ארי' הני אחריני נמי ע"ש שנדחק לומר דלהמקשה באמת היה צ"ל דהברייתא דוקא נקיט והרמב"ם קאי אליבא דמסקנא ע"ש ולענ"ד לק"מ דבס"ד

דהמקשה דלא דבהנך דברייתא יש מקום לתלות באימר כו' אם כן צ"ל דדוקא נקיט הני אליבא דר"י דבהא אפילו באחת מאילו שעושה ד"ש הוחזק לכל משא"כ במיני אחרינא גם ר"י מודה דג' מינים בעינן להיות מוחזק לכל דבמינים אחרים יוכל להיות שיש לתלות בד"א ולכך צריך ג' מינים משא"כ השתא דקאמר הש"ס דגם בהני שייך לתלות אימור כו' ואפ"ה ס"ל לר"י דאף באחד מאלו סגי אם כן שוב אין מקום לחלק בין הנך דברייתא למינים אחרים ואדרבא י"ל דרבותא נקט דבמינים אחרים של שטות אין לתלות כלל באימור ובחד סגי:

ומ"ש עוד הגאון הנ"ל על דברי הכ"מ שכתב להוכיח סברת הרמב"ם דאמאי לא מני מאבד בקמייתא ובבתרייתא הנך תלתא אע"כ דלדוגמא נקטינהו וע"ז כתב דמ"מ קשה דאי נקט קמייתא לדוגמא משום רבותא דלא תלינן בהני אימור אם כן אמאי לא נקיט בתרייתא כו' אלא בע"כ צ"ל דלא דייק התנא למיתני כולם ע"ש שהאריך. ולענ"ד ז"א דודאי אי אמרי' דקפיד איכא דוקא בהנך המפורשים בברייתא אם כן פשיטא שלא היה לו להתנא להשמיט אחד מן הסימנים שהרי איכא למטעי דדוקא בהנך תלתא ותו לא ומאי שייר דהאי שייר וגם באידך ברייתא דנקיט חד ושביק תלתא ודאי דלאו אורחא דהתנא למנקט הכי משא"כ אם לאו קפידא הוא רק לדוגמא לחוד לא קפיד למיתני כולהו דאטו כי רוכלא לחשוב וליזל אלא כיון דגלי לן בחד דלא תלינן ה"ה בכולהו ותנא דברייתא קמייתא נקיט תלתא עניני לדוגמא למילף מינייהו לכל עניני שטות הדומים להם ולאו למימרא דהנך דוקא:

והנה דעת הכ"מ לפרש מ"ש הרמב"ם ונמצא דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים היינו שהוא רגיל בכך והגאון בעל ש"א כתב להוכיח דאתחזק בעינן דאל"כ מאי קאמר ר"פ דאי שמיע לר"ה הוי הדר ביה דלמא שמיע ליה וס"ל דברייתא דמאבד מיירי דאתחזק ג"פ וקמייתא מיירי דעביד לכל חד פ"א ולכך בעינן הנך תלתא דליתחזק אע"כ דמדר"י נשמע לר"ה ע"ש ובספרו טורי אבן שהאריך בחריפותו ואנא נקיטנא בקיצור מופלג ולענ"ד י"ל דהש"ס דקמבעי ליה אי ממקרע לחוד הדר ביה או מכולהו היינו משום דמספ"ל דלמא הנך אימור דמקרע ומאבד גרוע הוא ולא תלינן ביה ולכך בעביד לחודיה סגי משא"כ באינך אחריני או דלמא דר"פ ס"ל דמכולהו הדר ביה דאדרבא הנך אימור דלן ויוצא יחידי גריעי טפי וכיון דחזינן דבמאבד לא תלינן באימור כ"ש בלן ויוצא יחידי והשתא א"ש דלהך צד דר"פ ס"ל דמכולהו הדר ביה והיינו דהך אימור דלן ויוצא גרע אם כן א"א לפרש דהך ברייתא מיירי דעביד לכל אחד פ"א דמ"מ קשה מאי דוחקיה דר"פ נוקמיה דאפי' באחד מאלו ועביד לכ"א ג"פ דל"ל דאף ג"פ ל"מ כיון דאיכא למיתלי

באימור ז"א דהא אף במאבד לא תלינן באימור וה"ה לשאר ואם כן ליכא לאקשויי כקו' הגאון רק אם נאמר דממקרע הדר ביה דאז ע"כ לומר דבפ"א מיירי דאל"כ לן ויוצא ל"ל דממ"נ וכמו שהאריך שם אך לענ"ד גם בהא לא מוכח מידי דשפיר מצינו למימר דכל שהוא עושה ד"ש אפילו פ"א סברא הוא דהוי סימן וכמ"ש אא"ז הגאון המובהק בת"ש והביא ראיה מסימני סריס (ואע"פ שלענ"ד אין ראיה כ"כ וכמ"ש לקמן) וזה נלמד ממשמעות הש"ס דנקט סתמא הלן כו' וא"א דאתחזק ג"פ לא היה לסתום אלא לפרש וסתמא דלישנא משמע אפילו בפ"א והשתא אם איתא דר"ה שמיע ליה הך ברייתא ומוקי לה בג"פ אם כן הדק"ל מאי דוחקיה לאוקמי בכולן בב"א דלמא פירושו באחת מאלו ובעושה כ"א ג"פ וכמו דמתפרש ברייתא דמאבד אע"כ דלא שמיע ליה ברייתא דמאבד כלל ואי הוי שמיע ליה הוי מוקי דבאחת מאילו תנן אלא דמ"מ בלן ויוצא ג"פ בעינן דליתחזק ואע"ג דאיכא למיתלי בהנך אימור לא תלינן בג' זימני רק במקרע לחוד דדמי למאבד אפילו פ"א סגי ואע"ג דלא שוו אהדדי בע"כ צ"ל כן לפום הך סברא דממקרע לחוד הדר ביה:

ואמנם בלא"ה נלענ"ד לתרץ מה שהקשה דאיך אפשר דממקרע לחוד הדר ביה דאם כן לא נשאר רק ב' סימני שטות ולר"ה לא מיקרי אתחזק בהכי והאריך דא"א לומר דאתי כרבי ע"ש ובטורי אבן ולענ"ד י"ל דלכאורה יש להסתפק אליבא דר"ה דס"ל שיהיו כולן בב"א ור"ל באדם א' בזא"ז וכ"כ בטורי אבן שם ומספקא ליה אם נקרא שוטה משעה שהתחיל לעשות א' מג' אלו או דלמא לא מיקרי שוטה שעשה ג' מעשים הללו ונ"מ לאם גירש או מכר וקנה בנתים אי מהני או לא ולכאורה נלענ"ד דמיקרי שוטה משעה שהתחיל לעשות א' מג' אילו ואפילו תימא דבעלמא לא אמרינן הוכיח סופו על תחלתו לומר שהיה שוטה למפרע מ"מ בזה שהתחיל בקלקלה שפיר מחזקינן ליה למפרע וזה מוכרח דהא בגמ' פרכינן אי דע"ל ד"ש אפילו באחת נמי ומשני דתלינן באימור רק כיון דעביד לכולהו נעשה כמי שנגח כו' הרי מוכח דמחמת שבאו לידו ג' דברים תלינן כולהו משום שטות ולא תלינן באימור כו' ואם כן שוב באחת לחוד סגי כקושית הגמרא מעיקרא דלא ידע מהך סברא דאימור כו' ה"נ למסקנא היכא דעביד לכולהו דל"ש אימור מחזקינן ליה בשוטה למפרע דד"ש אפילו באחת סגי ואע"ג דהש"ס מייתי עלה מהך דנגח שור חמור כו' והתם לא מיקרי מועד רק אחר ג' הנגיחות ז"א דודאי התם ל"ש לדונו מועד למפרע דעיקר חיובו בנזק שלם מחמת שהורגל ליגח משא"כ הכא ועיקר דמיון הש"ס הוא להתם דאם לענין שאם עשה ג' דברים נפרדים אמרינן דאתחזק לכל מילי ולפי"ז א"ש הא דאיבעיא להו אי ממקרע לחוד הדר כו' ור"ל דבמקרע לחוד סגי ואפ"ה קחשיב

ליה בהדדי עם לן ויוצא אע"ג דבבתרייתא דהיינו מקרע לחוד סגי מ"מ כל שעשה הנך ג' דברים בזא"ז הרי הוא נחשב שוטה למפרע משעה שלן וכל קידושין וגירושין וקנינים פסולין אף שעדיין לא קרע משא"כ אי לא עביד רק תרי מנייהו כגון יוצא ומקרע אע"ג דמשעה שקרע נעשה שוטה מ"מ לא מחשיב למפרע משעה שיצא דאמרינן אימור כו' כיון דלא אתחזק בתלתא מיני כגון נגח שור כו' משא"כ בדעבד לכלהו בכלל שוטים יחשב למפרע משעה שלן דהא אתחזק ולא תלינן באימור כלל אף בקמייתא:

והנה אא"ז הגאון בת"ש סימן א' ס"ק מ"ו כתב דמדברי התוס' דחגיגה שכתבו ומחד בתלתא זימני לא אתחזק משמע דעד השתא מיירי בחד זימני כו' וראיתי בדברי הגאב"ד נ"י שכתב דאין ראיה מדברי התוס' דכתבו כן אליבא דר"ה ולדידיה ודאי בפ"א סגי לכ"א משום דהוי כנגח כו' אבל לדידן דקיי"ל כר"י מסתברא כמ"ש הב"י דבעינן אתחזק ג"פ כו' ולא ירדתי לסוף דעתו שבמ"כ הרמה נראה שלא זו הדרך בכוונת אא"ז ז"ל שנראה שהגאב"ד הבין שמ"ש דעד השתא איירי בחד זימני ר"ל דדוקא עתה דמיירי דעביד חד נקטי התוס' בתלתא זימני ועד השתא דמיירי דעביד כולהו מיירי אפילו בחד זימנא ולכן דחה דזה דווקא אליבא דר"ה כו' אבל המעיין היטב יראה שלא היתה כוונת אא"ז להביא ראיה ע"ז כלל דלזו אינו צריך להביא מהתוס' שהרי מבואר בש"ס דהוי כמי שנגח כו' והרי התם נמי אינו צריך כ"א מהמינים ג"פ ובחד מכ"א סגי וגם דח"ו לתלות בוקי סריקי באא"ז לומר דבעי לאתויי ראיה מהיכא דעביד לכולהו כי אם פ"א להיכא דלא עביד רק חד מינייהו שהחילוק פשוט אף לבר בי רב דחד יומא ואולם הדבר פשוט ומבואר בכוונת אא"ז ז"ל להוכיח דאף אם נימא דהוי שוטה בא' מאילו ג"כ בחד זימנא סגי שהרי ר"י לא פליג עליה דר"ה וקאמר אפילו בא' מאילו ולפי דברי הב"י צריך לפרש שר"ל דבאחת מאילו ג"פ סגי ועלה פריך אי דעביד ד"ש אפילו בחד, נמי והיינו ע"כ בחד דעביד ליה ג"פ דהא לא עדיף לר"ה בחד מאליבא דר"י דבעינן ג"פ ועלה משני הש"ס דבחד תלינן באימור, וא"כ תימא מה הוצרכו התוס' לכתוב ומחד בתלתא זימנין כו' דהא פשיטא דבתלתא זימני איירינן דבהא קאמר ר"י דבאחד מאילו סגי ובהא הוא דפריך אפילו בחד נמי ולמה הוצרכו לאותו דבר לכתוב שפת יתר בתלתא זימני ועוד שכל דברי התוס' בזה הם אך למותר לפי"ז שהרי ע"כ כך היתה קו' הש"ס דלסגי בחד בתלתא זימני ועלה משני דבכה"ג תלינן באימור אע"כ דקו' הש"ס היתה דלסגי בחד כמו לר"י ואפילו בחד זימנא ואהא משני דבחד אמרינן אימור כו' אבל בכולהו הו"ל כמו שנגח כו' ואהא קא קשי' להו דמ"מ למה נקט תלתא גווני שטות דלתחזק נימא דבחד ג"פ סגי דהו"ל כמו שנגח ג"פ וא"ל דלא אתחזק רק לאותו שטות ז"א כמ"ש התוס' ד"ה דרך שטות דהכא

כיון שהוא שוטה בא' יש להחזיקו בחזקת שוטה לכל דבר וא"כ למה נקיט ג' גווני הו"ל למנקט חד גוונא ותלתא זימני לזה כתבו דבכה"ג לא אתחזק דתלינן בהנך אימור כו' וזה ברור לענ"ד אך דאעפ"כ לא כתב אא"ז רק בל' משמע דעד השתא כו' משום דראיה גמורה ליכא די"ל דהתוס' קושטא דמלתא נקטו ולפרושי טעמי' דהש"ס קאתי דאע"ג דבג' מינים אתחזק מ"מ בחד בתלתא זימני לא אתחזק דתלינן בהנך אימור וקצת משמע כן מל' התוס' שכתבו וכ"ת דלא היה מועד לשטות רק לאותו דבר כו' ול' מועד לשטות משמע דבעבד ג"פ מיירי:

ולכאורה יראה לענ"ד דודאי גם למאי דקשיא ליה דבחד סגי היינו ע"כ בג"פ וכן הוא לר"י שהרי כבר הבאתי דעת הפוסקים דס"ל דהנך דברייתא דוקא נינהו ולכאורה הדבר תימא דודאי מצינו בדוכתי טובי שנקרא שוטה אף מחמת דברי שטות אחרים וכל מי שאומר דבר שטות שוטה קרינן ליה בעירובין דף נ"ג גלילאה שוטה כו' וכן בכמה מקומות שטיא שפיל לסיפא וכן מצינו ביעקב אבינו שאמר בכור שוטה הוא זה כו' ובמקומות רבות עצמו מספר אמנם הדבר פשוט דלא אמרו כן רק כענין אותו הדיבור בעצמו שלפעמים הוא עושה מעשה שטות או מדבר דבר של שטות וקרי ליה שוטה על המעשה או הדבור שכבר אמר אבל לא שיהיה מוחזק לשוטה מכאן ולהבא משא"כ בהנך דהכא דמחמת מעשה זה מחזקינן ליה בשוטה אף מכאן ולהבא כ"ז שלא נבדק שנשתפה וחזר לבריאותו. ולפי"ז קשה דמאי פריך אי דעביד ד"ש אפי' בחדא נמי ומאי קו' דהא ע"כ בשאר מעשה שטות אע"ג דנקרא שוטה מ"מ לא מחזקינן ליה מכאן ולהבא רק הני דעדיפי להיות סימנא מלתא דכל מעשיו להבא הם ד"ש וא"כ מנ"ל להקשות דאף בחד נמי דלמא ר"ה סבירא ליה דבחד לא מחזקינן ליה שיהיה שוטה כל ימיו אע"ג דמעשה זו שעשה ודאי בשגעון ינהג מ"מ אינו מוחזק להבא כמו שאר מעשה שטות דאפשר דאף דעבד כמה מ"מ לא מיקרי שוטה כ"א על גוף מעשה זו ולהבא מחזקינין ליה בחזקת פקח כמו שהיה ועד דעבד כולהו הנך תלתא דברייתא ס"ל לר"ה דלא אתחזק להבא אע"כ דבאמת קו' הש"ס הוא דחד נמי היינו ע"י ג"פ דכיון דחזינן דכל חד מהנך סימנא מלתא להחזיקו בחזקת שוטה א"כ מה לי עבד ג' גווני או חד גוונא ג"פ וכמ"ש התוס' דהכא כיון שהוא שוטה בא' יש להחזיקו וכו' וא"כ היכא דיצא יחידי או לן או קרע ג"פ כיון שמעשה כזה הוא המביאו לידי חזקת שטות נימא דסגי בהכי וג' גווני ל"ל ואהא משני דחד גוונא אף בג"פ תלינן באימור כו' משא"כ בג' גווני וכמ"ש רש"י:

ולדעת אא"ז שהסכים לדעת הראש יוסף דבחד זימנא סגי צ"ל דודאי מסתבר ליה להש"ס דכל שהוא עושה מעשה שטות הרי הוא מוחזק לשוטה על ידו אף להבא וכמ"ש מסימני

סריס דבחד זימנא אתחזק ולכך פריך שפיר חד נמי ואע"ג דבשאר עניני שטות שלא נחשבו בברייתא קרוי שוטה לשעתו ואעפ"כ לא אתחזק להבא מחמת זה כנ"ל י"ל דהתם אף לשעתו ודאי לאו כשיטה דיינין ליה רק שהוא ע"ד מליצה וכמו שמצינו בכתובות אהני שטותיה לסבא וח"ו שיאמרו כן על קדוש ה' אשר נלוה עמו עמודא דנורא רק על המעשה שכדי לשמח חתן וכלה עשה מעשה שטות וכן בכל דוכתי פי' שזה עושה מעשה או דיבר דברים הראוים לשוטה שיש בו סימני שטות ומ"מ שיהיה נקרא באמת שוטה אינו אלא אם עושה מסימני שטות הנזכר בברייתא ואי עביד להו אתחזק אף להבא שהרי זה בא מחמת חסרון דעתיה ממש וכיון שיצא מחזקת פקח ונכנס לכלל חזקת שוטה תו לא מחזקינן ליה בחזקת פקח עד שיובדק ונמצא שנשתפה ולכך פריך שפיר ואפילו בחד נמי כיון שהוא סי' גמור מסימני שטות ראויה שיוחזק על ידו:

אמנם מה שנדחק אא"ז בדברי הרמב"ן במ"ש ונמצא דעתו משובשת תמיד דלא אתי רק לאפוקי אם הבריא אח"כ הוא דוחק ולענ"ד א"צ לזה שהרי הרמב"ם שם סיים בה אע"פ שבשאר הוא מדבר ושואל כענין כו' ובהא ודאי דבענין שיהא רגיל ומוחזק בשבוש בדבר מן הדברים שהרי ראיית אא"ז דבחד זמנא סגי מסימני סריס דסגי בחד זימנא ובחד סימנא והוא מש"ס דיבמות דף פ' דפליגי נמי התם ר"י ור"ה דר"ה אמר עד שיהיו כולם ור"י אמר אפילו בא' מהם וקי"ל כר"י ואמרינן עלה היכא דהביא ב' שערות בזקן כ"ע ל"פ עד שיהו כולם כו' אלמא כיון דיש קצת רגלים לדבר שאינו סריס שוב בעינן כל הסימנים וה"נ כיון שבשאר הדברים הוא מדבר ושואל כענין מסתבר דצריך שיתחזק בד"ש שעושה ואדרבא לכאורה יש להביא ראיה משום דבעינן שיהיו כמה סימנים מורים על שטותו כמו דהתם אם הביא ב"ש בזקן דוקא כולם בעינן ול"מ מה שהוחזק כ"פ בסי' א' ה"נ דכוותה כיון ששואל ומשיב כענין בשאר דברים נימא דגם ר"י מודה דבעינן דעביד לכולהו ונראה דמשמע ליה להרמב"ם מדקתני סתם הלן כו' וכן באידך ברייתא איזה שוטה כו' משמע אף ע"ג דידעינן שבשאר דברים הוא שואל ומשיב כענין מחשב שוטה אלמא דאף בכה"ג בחד סי' סגי דסימן מובהק הוא מיהו דוקא היכא דאיתחזק דומיא דסריס דכל שיש רגלים לדבר אין סימן אחד מועיל להחזיקו כסריס:

איברא דמה שהביא אא"ז ראיה מסימני סריס לענין דסגי בחד זימנא נלענ"ד שאין הנדון דומה דבשלמא בסימני סריס ודאי דכל דחזינן בחד זימנא סימני סריס בהכי סגי דהא א"א לתלות במקרה ולומר שאין זה רק לפי שעה לבד ושוב חזר להיות בריא כשאר כל אדם וגם להתרפאות מאליו אין רגילות רק אם עשו לו רפואה דוקא משא"כ כאן דהא איכא טובי שהם עתים חלים עתים שוטים וכדקי"ל כשהוא חלים ה"ה כחלים לכ"ד כו'

אלמא דלפעמים בא השטות מחמת מקרה לפי שעה בלבד וכמבואר ברמב"ם גבי נכפים וכדומה אם כן אף דעביד חד מינייהו בחד זימנא מה"ת נחזקינן ליה בתורת שוטה לעולם דאימור רוח שטות אחדתי' לפי שעה לבד ורוח עברה בו ואיננו עתה והרי הוא בחזקת בריאותו כבראשונה והוא כמו תם שנגח דעד נגיחה רביעית לא מחייב דאמרינן מקרה הוא ואכתי בחזקת שימור קאי עד דנגח ג"פ וכן בווסתות וכיוצא ולכך גם הכא להוציאו מחזק' פקחתו ג"פ בעינן:

והנה אא"ז הביא עוד ראיה מב"ב דף קנ"ה מעובדא דאכל תמרי ושדא קשייתא בבי רבא דאפילו בפ"א נקרא שוטה דהתם נמי החזיקו רבא לחסרון דעת אף בפ"א וא"ל דש"ה דתוך זמן הוי דכה"ג הביאו הפוסקים ראיה מעובדא דקמי האי כו' והנה נלענ"ד ע"פ זה ליישב דברי הרמב"ם שכתב אע"פ שבשאר דברי' הוא שואל ומשיב כענין ולכאור' דברי הרמב"ם אלו אין להם מקום מוצא בש"ס וכבר עמדו על זה גדולים חקרי לב בתשובה הנ"ל ולפי מ"ש י"ל שלמד כן מהך עובדא דב"ב דאיתא התם ההוא פחות מבן עשרים דזבין נכסי אתי לקמיה דרבא אמרו ליה קרובים זיל אכול תמרי כו' א"ל רבא זביני לאו זביני כי כתבו שטרא א"ל לקוחו' זיל אימא לרבא מגלת אסתר בזוזא שטרא דמר בזוזא אזל אמר לי' א"ל זביני זביניה א"ל קרובים לקוחות אגמרי' א"ל מסברי ליה וסבר וכיון דמסברי ליה וסבר מידע ידע והאי דעביד הכי חוצפי יתירה הוא דהוי ביה יע"ש. הא קמן דהוצרך רבא ליתן טעם למה עבד הכי דאכל תמרי כו' לתלותו בחוצפא יתירה ואם איתא דכל שבשאר דברים מדבר כהוגן אף שעושה דבר מהדברים ד"ש ל"מ א"כ למה הוצרך רבא להסביר טעם לשטות שעשה ת"ל דאפי' עשה זה ד"ש מ"מ כיון דמסברי ליה וסבר ומדבר בשאר ענינים כהוגן לא תלינן המכירה מחסרון דעתו אע"כ דאף בכה"ג כיון שא"א לתלות מה דשדא קושייתא רק ד"ש ה"ל שוטה אף אם מדבר בשאר דברים כענין ולכך הוצרך רבא ליתן טעם שלא היה ד"ש רק חוצפא יתירה הוא דהוה ביה ולכך פסק דזביני זביני ומזה למד הרמב"ם לדין שוטה דכל שעושה דברים שמוחזק לשוטה אע"פ שבשאר דברים שואל ומשיב כהוגן בכלל שוטה יחשב:

ואם כנים הדברים שמזה למד הרמב"ם שפיר כתב אא"ז דמ"ש הרמב"ם ודעתו משובשת תמיד לאפוקי אם הבריא אח"כ דא"א לומר כמ"ש דכיון דבשאר דברים שואל כהוגן צ"ל אתחזק דז"א דהא מעובדא דרבא הנ"ל מוכח דאף בכה"ג בחד זימנא שעושה ד"ש בכלל שוטים הוא ולענ"ד ראיה ברורה הוא מעובדא דרבא הנ"ל ומ"ש אא"ז דיש לדחות דש"ה דתוך זמן הוי אין דיחוי זה עולה יפה כ"א לפי' הרשב"ם דלא גרס הא דרבא לאו בפי' אתמר כו' ועיקר הענין מיירי רק לענין אם יודע בטיב מו"מ אבל התו' שם ד"ה איתמר

כתבו גירסת הס"י וגם ר"ת גרס כך רבא אמר בן י"ח כו' והא דרבא לאו בפי' ומתחלה היה סבר רבא שהיה שוטה ולכך לא היה מקחו מקח וממכרו ממכר ולבסוף כיון דראה דאסברוה ליה וסבר אם כן שוטה לגמרי כיון שהגיע זמנו למכור יכול למכור כו' וסיימו שם שגירסא זו נראה עיקר נמצא אנו למדים מסוגיא זו ג' דברים חדא דהנך דברייתא לאו דוקא אלא כל דברים שעושה ד"ש ואפילו בחד זימנא ואפילו אם בשאר ענינים מדבר כהוגן כל כמה דליכא למיתלי דלא עשה ד"ש מחזקינן ליה כשוטה ואין מקחו מקח כו': וראיתי בשו"ת מהרי"ט באה"ע סימן ט"ז שכתב על מ"ש הרמב"ם הפתאים ביותר כו' שלא אמר הרמב"ם אלא לענין עדות כו' אבל כשאנו באים לקיים דבר עמו במקח וממכר וגיטין וקידושין ומסברו ליה וסבר לאו שוטה הוא וראיה מפ' מי שמת שמכר נכסים ואלפוה דניכול תמרי כו' ומסיק דמסברו ליה וסבר זביני כו' ואני תמה דאדרבה משמע התם שאם לא היה מקום לתלות מעשה דקשייתא רק בד"ש אין זה מועיל מה דמסברו ליה וסבר ואם כן ה"ה בענין הפתאים אם ידוע לנו שאינו מבין דברים הסותרים אע"ג דפ"א מסברו ליה וסבר אינו מועיל ואם כן אין חילוק בין עדות למקח וממכר דאף במקח חיישינן אי אתחזק לשוטה ואף בחד זימנא וכדמשמע מדברי התוס' הנ"ל. וראיתי בספר אור הישר הנ"ל נדפס תשובת הגאון מוהר"ר יוסף אבד"ק פיורדא לדחות ראיית מהרי"ט דהתם שלא הגיע לבן כ' ולא הגיע לפלגות כו' וכשראה רבא דשדי קשייתא החזיקו שעדיין לא הגיע לתכלית הדעת שלימות אנושית ומקחו בטל וכדחזי אח"כ דמסברו ליה וסבר החזיקו כשאר בני י"ח הבקיאין ויודעין בטוב מו"מ עכ"ל. ובאמת שז"א רק לגירסת הרשב"ם משא"כ לפמ"ש התוס' הגירסא הנכונה והא דרבא לאו בפי' כו' אם כן אליבא דרבא כבר הגיע לזמן הזה שיכול למכור בנכסי אביו רק שרצה לבטל מקחו לדונו כשוטה לפי שראה בו מעשה של שטות אבל מ"ש הוא נכון לדחות ראיית מהרי"ט ואדרבה ראיה להיפוך דאיצטריך רבא למיהב טעמא שלא עשה רק משום חוצפה יתירה אין הטעם דאל"כ מחזקינן ליה בשוטה אלא הטעם הוא דאל"כ הוה מבטלינן המקח מספיקא כיון דחזינן דהוא עתים חלים ועתים שוטה ואם כן יש לחוש שמא כשהוא שוטה זבין ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא ולכך הוצרך לומר דהוכיח סופו על תחלתו דגם זה לא היה ד"ש רק חוצפה יתירה וא"ל דניזל בתר רובא דעלמא דפקחין נינהו ועדיף מחזקה וכ"כ בטורי אבן לענין הא דאמרינן אימור גנדריפש כו' ז"א דלענין ממון קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ועוד דל"ש בזה רובא דעלמא כיון דליכא למיתליה במידי וא"כ ע"כ עשה זה ד"ש תו ל"מ מה שאנו רואין אח"כ דמסברי ליה וסבר לאוקמי בחזקת פקח כרובא דעלמא דרובא דעלמא אין עושין ד"ש כלל ואין לומר דניזל בתר השתא שהרי התוס' בכתובות

בההיא דבר שטיה כתוב דלכך לא אזלינן בתר השתא דכיון שדרכו להיות עתים חלים ועתים שוטה ל"ש להעמידו אחזקה כמות שהוא עתה עכ"ל ואם כן כאן אין ידוע שדרכו בכך ניזל בתר השתא ז"א דע"כ לא אמרינן התם דאזלינן בתר השתא אלא לפי שלא היה ידוע כלל אם הוא ש"מ או בריא מה שאין כן בזה כיון שע"כ שוטה היה בתר מכירה פשיטא דל"ש למיזל בתר השתא דהא אדרבה בעת שטותו הוה מחזקינן ליה בחזקת דהשתא שהוא שוטה ואם כן מידי ספיקא לא נפיק ועיין בספר הנ"ל בתשובת הגאון בעהמ"ח שאגת אריה ואין הפנאי להאריך ולעיין:

והנה ראיתי בס' הנ"ל הביא תשובת הגאון מהר"י לנדא בעה"מ נ"ב שצידד לומר דאפשר דגירושי שוטה מהני ע"י אחרים עומדים ע"ג ואף שכתבו התוס' בגיטין דף כ"ב דשוטה פסול לחליצה או בעע"ג דלא מוכחא מלתא בכתיבת הגט כו' והביאו ראיה מהתוספתא ע"ז כתב דהוא שנוי במחלוקת בירושלמי בתרומות לענין קידושין אי מהני בעע"ג וי"ל דהתוספתא אתי כרבנן ור"ה ודעימיה דמוקי בגדול עע"ג ס"ל כרבי ישמעאל בנו של ריב"ב שם דס"ל דמהני בקידושין וכתב דבהכי א"ש מ"ש התוס' דבחרש הטעם משום דלאו בני קריאה דמשמע דהא אל"ה מהני עע"ג א"כ קשה אמאי קתני נתחרש לא יוציא כו' אלא ודאי בפלוגתא תליא כו' ע"ש באריכות ואני תמה דמה ענין חליצה לגיטין דאע"ג דבחליצה אי לאו דאינם באמר ואמרה היה מועיל מה שהב"ד מלמדין אותם כיון דבכה"ג הוי כוונה דידהו כוונה מעלייתא ולהכי מהני לענין לכתוב גט ולכך מהני לענין החליצה ואע"ג דחרש אין ממכרו ממכר וקנינו קנין אף בעע"ג משום דאע"ג דכוונה מעליא הוא מ"מ לענין דבר שצריך יד אין לו יד לקנות או ליתן ולאו בכוונה תליא מלתא מ"מ לענין חליצה דקי"ל דאפילו חליצה מוטעת כשרה אלמא כל שהוא מכוין להתירה מהני אף שהוא מוטעה בדבר והלכך כיון שגדול עע"ג מועיל כוונתו שמכוון להתירה וממילא שמותרת משא"כ לענין גט שקי"ל גט מוטעה פסול וא"כ מה בכך שאחרים מלמדים אותו לגרש ומהני כוונתו מ"מ אין זה אלא כגט מוטעה דפסול שהרי מעשה חש"ו למכור ולקנות אינו כלום וע"כ לא אמרינן דקטן יש לו מעשה אלא במקום שהמעשה מועיל בשוגג כמזיד ואף אם נעשה בטעות וכההוא דמכשירין רק דבעינן כוונה לזה אמרינן דיש לו מעשה אבל דבר שצריך רצון פשיטא שאין מעשיהו כלום וכמו חש"ו שזינו על בעליהן שאין נאסרין כלל ותדע דאל"כ תיקשי לשיטת רש"י בחולין גבי הא דקטן אין לו מחשבה כו' מבואר דס"ל דוקא מחשבתו נכרת מתוך מעשיו כו' מדאורייתא אין לו משא"כ היכא שאמר בשעת מעשה שעושה לשם כך מהני ועיין במ"ל פי"ד מהל' ט"א. ולפ"ז היכא אמרינן בעלמא סתמא דאין מקחן מקח כו' שהרי באומר בשעת מעשה

אמרינן דיש לו מעשה א"ו דז"א דאע"ג דמיקרי כוונה לא מיקרי רצון דא"כ גבי גט נמי הא אין האיש מוציא אלא לרצונו ובכה"ג לאו לרצונו מיקרי אע"ג דלענין כוונה מועיל ומצאתי בס' בית מאיר שהביא התשובה הנ"ל ותמה עליו כמ"ש דבגט כיון דגט מוטעה פסול אינו מועיל מה שאחרים מלמדין אותן כמו אם הפקח משיא אותה לקנות או למכור מידי מששא אית ביה וההיא דר"י בנו של ריב"ב ודאי לא קי"ל הכי ע"ש:

איברא דקשי' ליה דלפ"ז מה מקשה הירושלמי גבי תרומה שיוכיח מעשה שלהן על מחשבתן מהא דקי"ל לענין הכשר דמחשבה ניכרת מתוך מעשה מהני ואיצריך לשנויי דתרומה שכתוב בו מחשבה אינו מועיל ומאי קושיא דהא קי"ל הקד' טעות אינו הקדש וה"ה לתרומה דמה"ט אם יש לו פתח חרטה הוא יכול להיות נשאל עליה וא"כ מה בכך שמחשבה מועלת מ"מ כיון שאין לו דעת לקנות או למכור הו"ל כתרומת טעות דאינו תרומה ואפשר לומר דתרומה שאני דנהי דמצי למתשל עלה אי מעיקרא קרא עליה בטעות שם תרומה מ"מ אם נימא דמחשבת הקטן מועיל ע"י הוכחת המעשה א"כ בקריאת שם של חש"ו סגי דהא מחשבתו מועלת שיחול עליו שם תרומה כיון שא"צ להקנותה לאחר כלל משא"כ היכא שהוא צריך להקנות לאחרים בזה דעת שלימה בעינן שיועיל הקנאתו ולכך גבי מכירה וקנין וגט לא מהני אע"פ דמחשבתו מועלת כשגדול עע"ג להבין מה הוא עושה מ"מ עשייתו לא מהני להקנות לאחרים או לזכות לעצמו מרשות אחר משא"כ גבי תרומה שפיר מדמי לה למחשבת חש"ו לענין הכשר דאי הוי מהני מחשבתו היה תרומתו תרומה כיון שהתורם א"צ להקנות לשום אדם וכיון שנגמרה מחשבתו חייל עליה שם תרומה ומכ"ש אם נימא דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין דא"ש טפי וגם בחולין דף י"ב לענין שחיטה מדמי לה להיא דהכשר משום דאין אנו דנין על עסק הקנאה לאחר רק על הכוונה לחוד ודמי לכתיבת גיטין אבל לענין לגרש בעצמו או להקנות לא מצינו בשום מקום בש"ס שיאמר עליו דזה תלוי בדין קטן יש לו מחשבה וכבר הבאתי ראיה ברורה משיטת רש"י דסבירא ליה דמעשה עם הדבור חשיב מעשה גמור לענין טומאה וא"כ ע"כ הא דאמרינן בעלמא דחש"ו אין מעשיהם כלום היינו לענין דבר הצריך דעת בעלים כגון לקנות ולמכור ואם נעשה בשגגה או בטעות אינו כלום בכה"ג אין מעשיהם כלום אף אם בדבוריה קעביד מעשה לא מהני רק לענין טומאה וכיוצא בו ולפי שיטת רש"י א"ש מה שהקשו התו' דגבי חליצה ל"ש טעמא משום בני קריאה או משום דאיש כתיב בפרשה ת"ל דלאו בני כוונה נינהו כו' ולפי שיטת רש"י י"ל דאי הוו בני קריאה שפיר היה מועיל דכיון שאומרים בשעת מעשה שהוא חולץ ליבמתו ומעשה עם הדבור חשיב מעשה ואפי' תימא דמה שאומר לא חפצתי כו' מ"מ בזה לא

מוכחא מלתא שבשעת חליצה מתכוין להתיר יבמתו מ"מ שפיר היה מועיל אם היה אומר בפירוש בשעת חליצה שמתכוון לכך וא"ל דל"ל למימר שאינם באמר ואמרה ת"ל דכיון דאינם יכולין לפרש מחשבתן בשעת מעשה אין כוונתם כלום י"ל דמ"מ אפשר בכותב סגי וכמו דס"ל לרשב"ג בגיטין ולקמן יבואר אי"ה:

ומ"מ צ"ע על רש"י מהתוספתא דחליצת שוטה פסולה ומשמע דפסול בכל גווני אף במפרש מחשבתו ולרש"י במפרש מעשה גמור הוא ומשמע דאף בשוטה הדין כן לרש"י ע"ש בד"ה אבל היפך כו' דאי בשפירש מחשבתו לא אצטריך לר"י לאשמעינן כו' וכן בההיא דכתיבת גיטין ל"ל לאוקמי בעע"ג או בששייר כו' דפשיטות מצי לאוקמי במוצא בשפתיו בשעת כתיבה שכותב לשם בעל ואשה זו ומכ"ש דקשה לפמ"ש התו' בע"א דף כ"ז ד"ה וכי היכי דבגט צריך שיוציא בשפתיו בתחלת הכתיבה שכותב לשמו והכי קי"ל באה"ע סימן קל"א ועיין בב"ש שם ואם כן כל כתיבה דגט מיירי בפורש בשפתיו וא"כ אף חש"ו כשר אך זה היה אפשר ליישב דלכאורה קשה על מ"ש התוספ' שם דעכו"ם פסול משום דהו"ל כסתמא וקשה מה בכך כיון שצריך להוציא בפיו אם כן תו לית לן למיזל בתר מחשבתו דהא קי"ל דברים שבלב אינם דברים וצ"ל דהתוס' ס"ל דודאי אין סברא לומר שכל שעת הכתיבה התורף בפיו ידבר שכותב לשמה רק שצריך להוציא בפיו בתחלת הכתיבה כמבואר בתוספות ופוסקים והיינו דאף ע"פ דסתמא לאו לגירושין מ"מ כיון שהוא מוציא בפיו בתחלת הכתיבה שכותב לשמה שוב סתמא שכותב אח"כ הוי כסתמא לגירושין וכשר משא"כ בעכו"ם אף ע"פ שבתחלת הכתיבה אומר לשמה מ"מ אח"כ אדעתיה דנפשיה קעביד והך סתמא דאח"כ לאו לשם גירושין הוא ולכך ל"מ מה שעע"ג וגם מה שהוציא בתחלת הכתיבה בפיו (ולפ"ז גבי מילה י"ל שמוציא בשפתיו שמוהל לשמה אדעתא דישראל ושוב אין לחוש למחשבת הלב ועיין באשר"י ריש הל' ס"ת דמחלק בין מילה שעושה ברגע אחד לא אמרינן דאדעתיה דנפשיה משא"כ גבי גט ולמ"ש החילוק יותר מרווח) ולפ"ז בחש"ו אפ"ת שבתחלת הכתיבה מוציא בפיו מ"מ כיון שכותב אח"כ בסתמא ואע"ג דבגדול כה"ג סתמא לגירושין מ"מ בחש"ו כיון שאין מעשיהן כלום אם לא מחמת צירוף האמירה ואם כן הכתיבה שאח"כ אינו כלום ומכ"ש לפי מ"ש התוס' בחולין דסתמא דחש"ו גרע משאר סתמא ול"ה רק כמתעסק ע"ש ולכך הוצרך לאוקמי בגדול עע"ג ומלמדו בכל התורף לכתבו לשמה ולפי מ"ש הפ"י בק"א בריש גיטין דלפי מ"ש רש"י לפרש הך דנכרי אדעתיה דנפשיה כו' אין ראיה שצריך להוציא בשפתיו אם כן י"ל דלק"מ מה שהקשיתי על רש"י דל"ל עע"ג דת"ל דהו"ל מעשה

גמור לרש"י ולפי מ"ש י"ל דמיירי שלא הוציא בשפתיו אליבא דרש"י אלא דמ"מ קשיא מאי דוחקיה לאוקמי בגעע"ג לוקמי בכה"ג ולכן צריך ליישב כמ"ש:

ובאמת יש להקשות לדעת הפוסקים דכוונה לחוד ל"מ וצריך שיוציא בשפתיו לשמה אם כן מה מועיל גדול עע"ג גבי חרש שאינו שומע ואינו מדבר שאינו יכול להוציא בשפתיו ובסה"ת הל' ס"ת מייתי ראיה דבתרומה במחשבה לחוד סגי מפ"ג דשבועות ומהא דאיתא בתרומות שאלם לא יתרום משום שאינו יכול לברך משמע דאי לאו משום ברכה תורם שפיר אף על פי שאינו מדבר וכ"כ התוס' בבכורות דף נ"ה (וע"ש דמה דמייתי ראיה מהא דגבי מילה כשר בנכרי ובגט אמרינן דאדעתא דנפשיה קעביד משום דאשה סתמא לאו לגרש אינו רק לענין דלא נכשר בסתמא אבל מ"מ אין הכרח שיוציא בשפתיו דאפשר דאף במחשבה לשמה סגי ע"ש שכתב אבל גט סתמא לאו לגרש קיימא לכן צריך לפרש או לחשב לשמו כו' וספוקי מספקא ליה ע"ש באורך) גם קשה דאפילו תימא שא"צ להוציא בשפתיו מ"מ מנא ידעינן שיודע ומבין מה שהגדול מלמדו ומזהירו לעשות לשמה דארמיזה דידיה אין לסמוך כ"א בחרש שכנס ברמיזה כך מוציא ברמיזה משא"כ כשנשא כשהוא פקח ונתחרש דלא יוציא ולא סמכינן ארמיזה וא"כ איך סמכינן ארמיזה שמבין שצריך לכתוב לשמה ואפשר לומר ע"פ מ"ש התוס' דבכתיבה אפילו בשוטה מהני גדול עע"ג לפי שכותב שמו ושמה כו' ומחמת הך הוכחה שפיר סמכינן ארמיזה ולמאן דס"ל דחרש המדבר מתוך הכתב סומכין עליו א"ש קצת גם הכא ויבואר אי"ה:

ועכ"פ מה שהקשיתי לשיטת רש"י דס"ל דבחש"ו מהני מעשה בצירוף הדבור שעושה לשם זה אם כן למה לא יועיל חליצת שוטה בכה"ג שמפרש שמכוין חליצה זו להתירה לעלמא ואמנם לענ"ד מלבד מ"ש שיש לחלק בין גט לחליצה עוד מקום אתי לחלק ביניהם ומתחלה אבאר מה שראיתי בדברי הגאב"ד שכתב דלכאורה מדברי הירושלמי דמשני תמן זה חושב וזה מגרש משמע גבי מגרש גופיה מהני לכאורה אך הפוסקים לא כתבו כן (ובאמת שזה נגד המשנה מפורשת דנשתטה לא יוציאה עולמית) ושוב כתב דיש לחלק דבשוטה ל"מ מחשבתו ניכר אך דמלשון הירושלמי מבואר דאף בשוטה מהני דפריך ויוכיח מעשה שלהן כו' דתנינן תמן העלו חש"ו כו' מפני שיש בהם מעשה כו' הרי מבואר דנקט שיש בהם לשון רבים ואהא פריך הרי גיטין דאין מעשה שלו מוכיח ומשני תמן זה כותב כו' הרי מבואר דעכ"פ גבי מגרש גופיה מהני ועוד דעכ"פ בגעע"ג מהני אף בשוטה כמו דמוכח במתני' הכל כשרין לכתוב כו' ומוכח בתוספתא בהדיא דאף בחרש

מהני כו' ואף דאנן קי"ל דלא כשר אלא בשייר מקום התורף התם טעמא אחרינא איכא משום דבעינן שליחות כו' אבל לענין מגרש גופיה ל"ש טעם זה עכ"ל בקצרה:
ולענ"ד אין מדברי הירושלמי ראיה כלל שהרי התו' הוכיח דבשוטה ל"מ עע"ג רק דבגט עדיף לפי שכותב שמו ושמה כו' ולפי דבריהם צ"ל דהך מעשה דתפוש בהם בטל או במשפשף במים לענין הכשר נמי מוכחא מלתא טובא ולכתיבת הגט דמי ולכך מהני אף בשוטה ואהא הוצרך לחלק דזה חושב וזה מגרש משא"כ במגרש עצמו דאין כאן הוכחה דכותב לשמו כו' לחליצה דמי דל"מ בשוטה ומ"ש עוד דעכ"פ בעע"ג מהני הוא יותר תימא דהרי התוס' כתבו להדיא דבשוטה ל"מ בחליצה (ומ"ש דמה דקי"ל דבעינן שייר מקום התורף אינו רק מטעם דבעינן שליחות ז"א דאף הפוסקים דס"ל דא"צ שליחות איכא דס"ל דהלכה כשמואל ואין להאריך) והגאון בעל נ"ב בתשובה הנ"ל כתב נהי דהמגרש דומה לחליצה דלא מוכחא מלתא כ"כ מ"מ אינו פסול בודאי וגם ראיית התוס' מהתוספתא דחה וכתב דאפשר דתליא בפלוגתא וכמש"ל ולענ"ד דאף אם נתפוס סברת הירושלמי דזה חושב וזה מגרש מ"מ אף במגרש גופי' ל"מ ויבואר עפי"ז ג"כ מה שתמה הפ"י על התוס' שכתבו דלכך הוצרך למעט חרש מחליצה כו' וכתב דיש לדקדק לפמ"ש התוס' בשם הירושלמי לחלק בין זה חושב וזה מגרש כו' אבל היכא שגוף המעשה מתיחס להקטן הוי מעשה גמור וא"כ ה"נ בחליצה כו'. ולענ"ד י"ל דבאמת צריך להבין חילוקו של הירושלמי תמן זה חושב וזה מגרש כו' דמה איכפת לן במגר' הרי המגר' הוא פקח רק חש"ו הכותבי' הם צריכין לכוון לשם בעל ואשה זו וא"כ למה לא נימא כיון שהמעשה ניכר מתוך מחשבתן סגי והרי הוא חושב והוא כותב ומה איכפת לן שאחר הוא המגרש וצ"ל דהירושלמי נחית לחלק דע"כ לא אמרינן דמחשבת הקטן מחשבה הוא אלא כשמחשב על עצמו או על דבר שבידו בזה כח מחשבתו חזק ומהני כשהיא ניכרת מתוך מעשיו משא"כ אם מחשב על אחרים שע"י מעשה זו שעושה ישתנה הענין באדם אחר לאסור או להתיר וכדומה לא מהני והיינו דקאמר תמן זה חושב וזה מגרש ר"ל כיון שמחשבתו הוא על דעת אחרים לומר שבגט זה יגרש פ' את אשתו ויתירנה לעלמא וזה לא מהני ברם הכא הוא חושב הוא תורם וכיון דמחשבת עצמו הוא שפיר היה מועיל אי לאו דכתיב ביה מחשבה והשתא לפי"ז בחליצה אע"ג דמעשה החליצה מתייחס להקטן עצמו מ"מ הרי הכוונה שצריך לכוון במעשה חליצה זו שעל ידה נפקע הזיקה מן האשה וניתרת לעלמא וא"כ שוב הוי כמחשבה שמחשב על איש אחר ולא מהני בזה מחשבתו כמו זה חושב וזה מגרש ואע"פ שי"ל דדוקא בכה"ג שהוא מחשב שאחר יעשה מעשה בגט זה לא מהני משא"כ בחליצה שמעלה במחשבתו שהוא המתיר ע"י חליצה זו אין

נראה לחלק בזה דהא התם נמי בעי כוונה על האשה שאשה זו תהיה ניתרת ע"י המעשה וכל שאין המחשבה על עצמו רק סובב על אחר אינו מועיל וזה נכון לענ"ד:

אמנם ראיתי בירושלמי דקאמר תמן זה כותב כ' ר' יעקב בר אחאי אמר הא אילו כתב הוא וגירש הוא גט הוא ברם הכא הוא חושב והוא תורם כו' ולכאורה משמע שר"ל דגם גבי גט אם היה הוא מגרש בעצמו היה מועיל ולכך מועיל בתרומה והוא עצמו התירוץ שתי' ר' יוסי אלא שר' יעקב אומרו בלשון אחר ועכ"פ משמע שאם היה כותב לגט בעצמו היה מועיל ולפמ"ש ז"א כיון דמ"מ מחשבתו על האשה שהיא תתגרש ע"י גט זה ואמנם גוף הדברים תמוהים דהא פשיטא דחש"ו לא מצי לגרש וראיתי בפי' הגאון מוה' אלי' פולדא שכתב לפרש זה כותב וזה מגרש דה"ל מעשה באחד ומחשבה באחד שאין המעשה נגמר ע"י הקטן רק במגרש כו' ואהא דאמר רבי יעקב הא אלו כו' פי' שהוא מביא ראיה לדבריו שהרי אילו הקטן עצמו כתב וגירש אשתו גט מעליא הוי דכשם שכונס כך מגרש כשהוא קטן ה"נ אחרים דכוותי' בעינן כו' והנה מ"ש שאין המעשה נגמר ע"י הקטן כבר כתבתי שצריך תבלין שהרי עכ"פ מעשה זו דכתיבה הוא העושה ועליה הוא מחשב ואפשר שכוונתו כמ"ש אמנם מ"ש דכשם שהיא כונס כשהוא קטן כו' הוא תימא דודאי קטן לאו בר גיטא הוא כלל שאין קידושין קידושיו אף מדרבנן ועיין במ"ל פ"י מה"א ור"ל דקאי לשיטת ר' ישמעאל בנו של ריב"ב דמייתי בסמוך שבינם לבין אחרים קידושיהן קידושין:

אך לענ"ד נראה שדברי ר' יעקב מתפרשין בדרך תמיהא ואתי לתרוצי מלתא דר' יוחנן דקאמר אהא דהכל כשרין לכתוב כו' אר"ה והוא שיהא פקח כו' ר"י בעי והיינו וכתב לה לשמה אלמא דר"י ס"ל דלא מהני וצריך שישייר מקום התורף וקשיא ליה דהא ר"י ס"ל בכ"מ שאין כתוב מחשבה מחשבתו מוכיח ואהא מתרץ ר' יעקב דטעמא משום דלאו בני כריתות הוא לכך ל"מ והיינו דקאמר הא אילו כתב הוא וגירש הוא גט הוא בתמיה הא ודאי דאינו גט כגון במקום שתפסו קידושין בבן ט' שבא על יבמתו וכדומה וכיון דלאו בר כריתות הוא לכך לא מהני ומה שכתבו התוספת דשוטה וקטן חשיבי בני כריתות לכשיגדיל וישתפה צ"ע לענ"ד ואין כאן מקומו:

ועכ"פ לפמ"ש א"ש מה שהקשיתי על רש"י דלמה חליצת שוטה פסולה דהא משכחת לה במפרש שמכוון להתירה ולפמ"ש א"ש דמ"מ לא מהני מטעם המבואר בירושלמי דזה חושב וזה מגרש ל"מ וה"נ כיון שהכוונה על האשה שתהא ניתרת ולא על עצמו יצא לא מהני ולפי"ז גם במגרש הוא עצמו לא מהני:

ועוד נלענ"ד לישב מ"ש על רש"י וקו' הפ"י על התוספת דהוצרכו לומר דלכך בחרש ממעט משום דלאו בני קריאה דאל"כ מהני עע"ג ולא כתב מטעם כיון שהמעשה מתיחסת לקטן עצמו ולענ"ד י"ל ע"פ מה שיש לדקדק דבכל דוכתי איתא החולץ ליבמתו וגבי חרש איתא החרש שנחלץ וכן איתא גבי שוטה וראיתי בפה"מ לרמב"ם אמרו שנחלץ ולא אמר חלץ לפי שהוא חרש ואינו שלם בדעתו כדי שיתיחס לו המעשה כו' ולכאורה קשה מ"ש גבי חליצה שדקדק התנא בלשון זה ולא במ"א כגון בגט וכה"ג וצ"ל דודאי בכל דוכתי שהוא העושה המעשה ודאי ל"ש למנקט לשון אחר שאע"פ שאינו שלם בדעת מ"מ הוא העושה משא"כ גבי חליצה דהיבם לאו מידי קעביד שהרי קי"ל שאין ליבם לסייע כלל בחליצה ואע"ג דצריך למדחפי' לכרעיה מ"מ בגוף החליצה לאו מידי עביד ואין המעשה מתיחס אליו להיות נקרא חולץ רק מצד הכוונה שצריך שיתכוון וכיון דחרש לאו בר כוונה הוא ממילא שאין המעשה מתיחס אליו כלל ולכך נקט שנחלץ וכדברי אלה מצאתי בנ"י שכתב שבכולה מכילתין לא נאמר הלשון בדקדוק ונקט החולץ אף על פי שהוא נחלץ ונראה טעם הדבר מפני שהיבם מסייע בחליצה כיון שצריך שיתכוון לחלוץ וגבי חרש דלאו בר כוונה הוא נקט שנחלץ וכן מצאתי בפה"מ להרמב"ם עכ"ל:

ולפ"ז א"ש בפשיטות גבי חליצה דשוטה דלא מהני דהא אין כאן מעשה כלל מצד היבם דבגוף החליצה לאו מידי עביד וא"כ גם כוונה לחליצה אין כאן דשוטה לאו בר כוונה הוא ולכך א"ש קו' הפ"י שהוצרכו התוספת לומר דאי לאו משום הנך טעמי היה מועיל בחרש וקטן כיון שהב"ד עומדין עליהם ואז אף על גב דליכא רק מעשה זוטא שלובש המנעל ודוחק רגלו בקרקע מהני משא"כ אם נאמר מצד שהמעשה מתיחסת אליו גבי חליצה לאו מעשה הוא ול"ד לתרומה דאמר הוא חושב והוא תורם דקעביד מעשה ועיין בנ"ב חאה"ע סימן צ"ד שכתב טעם הא' דנקט החולץ דחולץ פירושו ג"כ נעילות הנעל כדאיתא ביבמות דף ח"ב והא דנקט החולץ ליבמתו היינו שנועל ברגליו בשביל יבמתו ע"ש ולדבריו צריך לומר הא דנקט דחרש שנחלץ היינו משום דלאו בר דעת לנעול הנעל בכוונה לכן תלה המעשה בזה:

והשתא שהכריחו התוספות דגם גבי חליצה הוי מהני עע"ג אי לאו הני טעמי הוצרכו לחלק גבי שוטה בין גט לחליצה דהתם מוכחא מלתא טפי ובהכי א"ש הא דהוצרכו התוספת לחלק בין הך דחולין לגט דאחרים רואין לא חשיב בעע"ג ולא חילקו משום דבגט מוכחא מלתא טפי כמ"ש לבסוף דז"א דמחליצה מוכח דאף במעשה זוטא מהני עע"ג והלכך נקטי קושטא דמלתא דאחרים רואין לא חשיב כולי האי ועי"ל דס"ל

להתוספת דלענין שחיטה נמי מוכחא מלתא כיון ששוחט ב' הסימנים כהלכתן מסתמא מבין מה שאחרים מלמדין אותו אלא דלפ"ז קשה מנ"ל להוכיח דלא בעינן כוונה לשחיטה דלמא לעולם בעינן כוונה ושאני הכא דמוכח' מלתא והיה אפשר לומר דע"כ לא מפלגינן בין היכא דמוכחא מלתא אלא כשאחרים עע"ג דאז אמרינן כיון שכותב שמו כו' ע"פ הגדול ובציוויו עשה כן וכתב לשמה משא"כ כשאין עע"ג רק מצד המעשה עצמו לא מחלקינן בין מוכחא מלתא ואמרינן דמתעסק בעלמא הוא אלא דלפי"ז קשה במ"ש התוס' בחולין וז"ל ובלא הירושלמי יש לנו לדקדק דכיון דקטן יש לו מעשה להוכיח על מחשבתו לענין גט נמי יועיל בלא גדול עע"ג כו' ולכאורה תימא דנראה דהירושלמי ס"ל דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דאורייתא משא"כ למאי דמסקינן מחשבתו ניכרת מדאורייתא אין לו א"כ פשיטא דבעינן עע"ג וע"כ לומר דהתוספת ס"ל דבגט כיון דמוכחא מלתא מעשה גמור הוא וכמ"ש התוספת שם מעיקרא דאף בלא אמירה מהני כל שהוא מעשה גמור כגון ההיא דאלון והרמון כו' ומצאתי בס' בני יעקב שכתב ג"כ כן לדעת התוס' ולפי"ז מוכח דאף באין עע"ג שייך לחלק בהך סברא דהיכא דמוכח' מלתא לא תלינן לומר דמתעסק בעלמא הוא וא"כ ע"כ לומר דשחיטה לא מוכחא מלתא ולאו מעשה גמור הוא ואדרבה משמע דאף מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ל"ה דהא ס"ד דהוי דאורייתא ואפ"ה קאמר דאתי כמ"ד דלא בעינן כוונה וד"ל דלמסקנא לא אמרינן הכי וכ"כ התוספת להדיא ביבמות דף נ"ג דאף מחשבתו ניכרת אין כאן כמו חליצה דאין מתכוון אלא לחיתוך בשר דבחולין מבעיא ליה מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו כו' ונראה שכוונתם כמ"ש ולפ"ז צ"ל הא דהוצרכו התוספת לומר דרואין אותו לא חשיב כעע"ג ולא חילקו משום דבגט מוכחא מלת' טפי משום דמחליצה מוכח דאף בכה"ג דלא מוכחא מלתא מהני עע"ג:

ולפי מ"ש ממילא ארווח לן דקושית הפ"י על התוס' שלא כתבו הטעם בחליצה שהוא חושב והוא חולץ מעיקרא לק"מ דהירושלמי דמקשה ויוכיח מעשה שלהם כו' ס"ל דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דאורייתא משא"כ למאי דמסקינן בש"ס דידן דאינו רק דרבנן אם כן אפ"ת דבקטן הוצרך לומר הטעם דאיש כתיב בפרשה לומר דפסולה ואינה פוסלת אף מדרבנן מ"מ בחרש דקאמר הטעם משום דבעינן ואמר ואמרה קשה דת"ל דבעינן כוונה דהא השתא נמי דנקט הטעם משום ואמר חליצה פסולה הוא ופוסלת כמו אלם ואלמת לדעת התוספת עיין בב"ש סימן קס"ט ס"ק מ"ד ולכך הוצרכו לומר הטעם משום דהב"ד עומדין ע"ג ולפ"ז אין מקום למ"ש הגאב"ד לצדד בשוטה המגרש כלל דבלא עע"ג פשיטא דל"מ דהא אפילו בקטן קי"ל דמחשבתו ניכרת כו' אינו רק מדרבנן

ומכ"ש בשוטה דנראה דאפילו מדרבנן אין לו דע"כ לא איבעי ליה בש"ס דידן כ"א בקטן דוקא ומה דאמר ר"י אבל היפך בהן אקטן קאי וכן נלענ"ד לדקדק מדברי הרמב"ם פי"ד מהט"א שכתב לפיכך אם העלום חש"ו אף ע"פ שחשבו כו' הפכו בהם קטנים על הגג הרי אלו מוכשרין שאם היתה מחשבתן של קטן ניכרת מתוך מעשיו מחשבתו מועלת מדבריהן עכ"ל הא דקמן דפתח בחש"ו וסיים בקטנים לחוד להורות דבחרש ושוטה ל"מ מחשבתו ניכרת כלל אף מדרבנן ואף בעע"ג נמי ל"מ בשוטה כמו בחליצה דהא לא מוכחא מלתא בגירושין כמו בכתיבת הגט ועיין בדברי הכ"מ פ"א מהלכות פסולי המוקדשין ובמ"ש הלח"מ שם ובדברי המ"ל שהקשו פי"ד שם על הכ"מ דלענין הפוגל אין מחשבתו ניכרת שפיגל ולענ"ד משום הא לא אריא דאפשר לענין פיגול אף קטן יכול לפגל הזבח ולא בעינן שיהיה מחשבתו ניכרת ובפרט אם הוא מופלא סמוך לאיש דקי"ל הקדשו הקדש ושפיר יכול לפגל ג"כ אלא דהא ק"ל דלכאורה אף אם מחשבתו ניכרת ל"מ לענין פיגול שהרי בירושלמי קאמר טעמא דתרומה לפי שכתב בהן מחשבה אין מעשה קטן מוכיח על מחשבתו ולפי"ז לענין פיגול דכתיב ביה מחשבה המקריב אותו לא יחשב אין מעשה מוכיח על מחשבתו ומכ"ש היכא שאינו ניכרת ממעשיו דלא פסלה בי' מחשבה וצ"ע:

והנה מדברי התוספות ביבמות דף קי"ד שכתבו וז"ל ומיהו לענין חליצה שוטה לא חליץ אע"ג דב"ד עע"ג כדאמר התוספת לפי שיש בחליצה ריבוי דברים ואין בו דעת כלל לעשות לדעת ב"ד אבל גט שנוח לעשות כי גדול עע"ג כשר ומחשבתו ניכרת מ"מ שכותב שם האיש כו' והא דאמר בחולין וכולן ששחטו כו' וגם אין מחשבתו ניכרת מ"מ כמו חליצה דאין מתכוין אלא לחיתוך בשר כו' עכ"ל נראה מדבריהם דעיקר החילוק הוא מחמת ריבוי דברים שבחליצה אבל לענין מחשבתו ניכרת גם חליצה הוי מחשבתו ניכרת כמ"ש לבסוף רק שרצה לומר דגם בגט מחשבתו ניכרת ואמנם מ"ש שכותב שם האיש כו' משמע שכוונתם דמה"ט מוכחא מלתא טפי וכדבריהם בגיטין ובחולין ומ"ש וגם אין מחשבתו כו' הוגה כן ע"פ רש"ל בח"ש ויותר נראה עיקר כמ"ש אא"ז מהר"מ מלובלין שיש להגיה ושם אין מחשבתו ניכרת כמו בחליצה ולפי"ז פירושו דגם בחליצה אין מחשבתו ניכרת רק גבי גט דמוכחא מלתא ותרי שינוי נינהו. וכן נראה מדברי הב"ש סימן קס"ט ס"ק מ"ד (ודברי הב"ש שם שכתב דהרמב"ם דפוסק דבטופס מהני עע"ג ע"כ דס"ל דבתורף מהני מדאורייתא עע"ג דאם לא כן נגזר טופס אטו תורף עיין שם ודבריו תמוהין דודאי לא מהך טעמא אתי עלה אלא משום דס"ל דלא גזרינן טופס אטו תורף ומה"ט מכשיר אם כתב הטופס במחובר וכן לכתוב טופסי גיטין ועיין בדברי ה"ה שם)

שנראה מדבריו דתרי שינויי נינהו ולפי"ז לפום הך שינויי שהחילוק בין גט לחליצה לפי שגט נוח לעשות מהני עע"ג א"כ נראה דגם לענין שיגרש הוא עצמו ג"כ נוח לו לעשות ולהבין מה שהגדול מלמדו ושפיר דמי כשגדול עע"ג אך דבאמת ז"א דהא מתניתין הוא נשתטה לא יוציא עולמית ומה שנדחק הגאון בעל נ"ב לומר דמיירי בנשתטא לגמרי דמסברי ליה ולא סבר הוא דוחק גם לא משמע הכי מהסוגיא ומדברי התוספת פשיטא דמוכח דלא ס"ל הכי דאל"כ אין ראי' מהתוספתא דעע"ג ל"מ בשוטה לחליצה דדלמא התוספתא בשוטה כי האי מיירי אלא ודאי דליתא:

וראיתי בדברי הרמב"ן בחי' ליבמות שכתב והא דתנן במס' גיטין כו' אלמא אפילו שוטה כותב לשמה י"ל קסבר ר"ה כתיבת גט לשמה כל דהוא סגי כלומר א"צ שיתכוין להוציאה אלא שיכתוב אותו ע"מ ליתן אותו לפ' ומיהו מסקנא התם והוא ששייר מקום התורף דבעינן כוונה גמורה ואפילו חרש לאו בר הכי הוא כו' עכ"ל מבואר מזה דאף לדברי ר"ה ל"מ עע"ג היכא שצריך שיתכוון להוציאה וא"כ א"ש בפשיטות טעמא דנשתטה לא יוציא אף לר"ה ואצ"ל למ"ד והוא ששייר כו' דאף בכתיבה ובחרש ל"מ עע"ג כיון דכוונה גמורה בעינן ומכ"ש שוטה לגירושין:

והרשב"א בחולין דף י"ב כתב בשם רבינו הרב ז"ל (נראה שהוא רבינו יונה ז"ל) לתרץ דבדבר שאפשר לעשותו על ידי שליח הוי עמידה ע"ג כוונת העושה כו' הלכך חליצה שא"א לעשותה ע"י שליח ל"מ עמידת ב"ד ע"ג וה"ט דשוטה שנחלץ פסול אבל גט שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט ולכוונת שמו ושמה אף זה שעע"ג כשליח הממונה לכתוב ולכווין בכתיבתו וטעמא דשחיטה דל"מ גדול עע"ג לרבנן דבעי כוונה לפי שהכל תלוי בדעת השוחט דאילו שחט בהמת חבירו שלא מדעתו כשרה אף על פי שלא נתכוין בעל הבהמה אלמא כל ההיתר שלה מדעת השוחט וכוונתו משא"כ בגט דאילו אחד שגירש אשת חבירו לא עשה כלום הלכך דעת שוחט דוקא בעינן עכ"ל ולכאורה קשה דלפי"ז אם בא לגרש כיון דשייך שליחות בגירושין מ"ט ל"מ גע"ג אבל כד מעיינת בה תשכח דלאו מלתא הוא דע"כ ל"ש למימר הכי אלא כשהענין נעשה ע"י שליח והמשלח הוא גדול וכיון שיש כאן ב' עניני שליחות אחד שליחות לגוף הכתיבה ושליחות לכוונת הכתיבה לשמו ולגוף הכתיבה לא בעינן שליחות ושפיר יכול הקטן לכתוב ואף על גב דלא מצי מכוון הגדול נעשה שליח מהבעל לכוון והוא מועיל מתורת שליחות כיון שאם בא לכוון לשמה בלא שליחות הבעל אינו כלום דאחד שגירש אשת חבירו אינו כלום משום דמילי דגט שליחות בעינן משא"כ כשהקטן הוא המגרש פשיטא שאין מועיל עע"ג שיכוון להוציא אשתו דאפי' גדול לא מצי משוי שליח בכה"ג שחבירו יכוון להתיר

אשתו לעלמא ומכ"ש קטן דלאו בר שליחות הוא ומי איכא מידי דאיהו גופי' לא מצי עביד ושליח מצי שוי ואף על פי שגדול יכול לעשות שליח לגרש אשתו היינו ששליח שא"כ והבעל גופיה הוא מכווין לפטור אשתו בגט זה ע"י שליח אבל כוונת השליח לחודי' ל"מ אף בגדול ומכ"ש בקטן ומ"ש הרשב"א הלכך חליצה שא"א לעשותה על ידי שליח כו' קושטא דמלתא נקט אבל אה"נ אף אם היה יכול לעשות חליצה ע"י שליח מ"מ ל"מ בכה"ג וכמ"ש כנלענ"ד ברור:

ועפ"י דברי רבינו יונה נלענ"ד ליישב מה שהקשו התוס' בחולין ובלא הירושלמי יש לדקדק בדברים הללו כוון דקטן יש לו מעשה להוכיח על מחשבתו לענין גט נמי יועיל בלא עע"ג ולפמ"ש י"ל כיון דיש ב' מיני שליחות לכתוב הגט ולכוין בו לשמה ולפי"ז קשה דבשלמא על שליחו' הכתיבה אפילו תימא דבעינן שליחות שפיר יש ללמוד משליחו' להולכה כיון שהשליחו' נעשה ע"י מעשה השליח משא"כ השליחו' לכוון לשמה מנ"ל דמהני בזה שליחות כלל וצ"ל דילפינן מתרומה שישנה במחשב' וגם השליח יכול לתרום במחשבה דומי' דידיה ולפי"ז שפי' בעינן בני דעה דאל"כ ל"מ כתיבת חש"ו אף שמחשבתן ניכרת מתוך מעשיהן שמתכוונים לשמה אפ"ה ל"מ דלענין המחשבה מתרומה ילפינן ובתרומה כתיב ונחשב כו' וכל שכתוב בו מחשבה אין מעשה מוכיח על מחשבתו ובעינן בני דעת גמורין ופריך שפיר והא לאו בני דעה נינהו ומשני כשגדול עע"ג ואז הגדול נעשה כשליח הממונה לכוון בכתיבתו וכדברי רבינו יונה הנ"ל:

וראיתי בשו"ת הגאון ח"צ סי' א' דברים אשר לא זכיתי להבינם וארשום בקצרה מ"ש וע"כ היכא דאדעתא דנפשיה קעביד בחליצה אינו מתירה מדק"ל להתוספת ביבמות ל"ל קרא למעוטי חש"ו ת"ל דלאו בני כוונה נינהו ואי ס"ד דסתמא כשר דלמא ש"ה דסתמא נמי כשר וקטן כסתם דמי ואף דיש לדחות ראיה זו נ"ל ראיה מכרעת ממ"ש התוספות פ' החולץ כו' עכ"ל ואני תמה על מ"ש דכיון דסתמא כשר קטן כסתמא דמי דז"א דהא בקדשים סתמא כלשמו דמי ואפ"ה קטן פסול וכתבו התוספת בחולין דף י"ב ד"ה קטן אין לו מחשבה דסתמא דקטן גרע דאין לו דעת להבין שהם קדשים וסבור שהם חולין והו"ל כמתעסק ופסול ואפילו אמר יודע אני שהם קדשים ולשמם אני מתכוין כו' ואף על פי שי"ל דדוקא גבי קדשים שייך חילוק זה משא"כ גבי חליצה אי סתמא כשר מתעסק נמי כשר ז"א דודאי מתעסק גרע טפי וכמ"ש לקמן במ"ש על מהרי"ט:

ומ"ש הח"צ שם דנימא גבי נכרי כיון שאומר בפירוש שכותב לשמה כו' מה לנו ולדעתו דהו"ל דברים שבלב אלא ודאי כיון דאנן סהדי דנכרי אדעתיה דנפשיה קעביד הו"ל כאילו פירוש דקעביד אדעתא דנפשיה כו' תמהני שלא הזכיר לדברי התוס' בע"ז דף כ"ז

דנכרי הו"ל סתמא ולכך במילה כשר וכבר הבאתי לעיל דברי הפ"י בק"א וכתבתי ליישב הא דלא אמרינן דהו"ל דברים שבלב ולקצר אני צריך. גם מ"ש לישב קו' התוס' שהקשו איך קטנה חולצת בפעוטות הא לאו בת דיעה היא לכוון וע"ז כתב דכוונת חליצה היינו כדרך כוונת ההקנאות והרי היא זוכה לעצמה מן התור' כשדעת אחרת מקנה כו' הוא תימא בעיני דהא קי"ל דאם נתכוון הוא ולא נתכוונה היא אינו כלום ואי מצד דרכי הקנאות הוא מ"ט ל"מ אף בלא כוונתה כמו דמהני בקטנה אף דלאו בת כוונה היא ואף דקי"ל העודר בנכסי הגר וקסבר שלו הם לא קנה משום דלא כיון לזכות היינו דוקא בזכי' מהפקר אבל לא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה וזה מבואר ברשב"א גיטין דף ך' גבי שאני זקן דידע לאקנויי ע"ש וכ"כ במחנה אפרים הלכו' שלוחין סימן ט"ז והביא ג"כ דברי הרשב"א הנ"ל ודברי הנ"י פ' חזקת בשם הראב"ד גבי הא דרב ענן שקל בדקא כו' ויש לי אריכות דברים בזה ואין כאן מקומו וגם מ"ש ובקטן נמי לא קשיא לי דסד"א כיון דהוא לא קעביד מעשה הדר הו"ל היבם כקטנה המקבלה גיטא דלאו דעתה בעינן וזכתה לעצמה ה"נ לא בעינן דעתו להקנות ולהכי איצטריך איש עכ"ל ודבריו אינם מובנים לי דא"כ באמת מנ"ל דבגדול בעינן כוונה לחליצה וע"כ שכך היתה קבלה בידם או מדקדוק הכתוב וא"כ גם קטן אינו חולץ מטעם הזה גם הדמיון לקטנה המקבלת גיטה אינו עולה יפה לענ"ד דהתם קונה עצמה ומתגרשת בע"כ משא"כ כאן שצריך דעת להקנות:

וראיתי בקצה"ח סימן ער"ה שהרגיש ג"כ על הח"צ דלדבריו ל"ל דעת האשה שתתכוון דהא דעת אחרת מקנה והביא ג"כ דברי הרשב"א והנ"י בשם הראב"ד הנ"ל ומ"ש שם על מה שהשיג הח"צ שם על מהרי"ט שכתב דבחליצה דאמרינן שיתכוונו שניהם היינו לאפוקי חלוץ לה ובכך אתה כונסה כו' אבל היכא דמסברו ליה וסבר שבחליצה זו נפטרת ממנו א"צ שיהיה בכוונת הלב באותה שעה כו' וע"ז כתב בקצה"ח שהרמב"ן ביבמות כתב כדברי מהרי"ט ולענ"ד שגגה הוא בידו שהרמב"ן כתב דהא דתני עד שיתכוונו שניהם היינו לאפוקי חלוץ לה אבל נתכוון להוציאה ממנו בחליצה זו היינו כוונה וחרש יכול הוא לכוון כוונה זו דדעתא קלישתא אית ליה ומש"ה לא מעכבה אלא קריאה כו' עכ"ל והדבר ברור דהאי דצריך כוונה בשעת מעשה שהוא מוציאה ממנו בחליצה זו משא"כ מהרי"ט כתב שא"צ שיהיה בכוונת לבו באותה שעה אלא אף על פי שבשעת חליצה הסיח דעתו והיה מהרהר בדברים אחרים שפיר דמי כל שיודע שחליצה זו מתרת כו' ועל כוונה קלה כזו השיג עליו הח"צ שאין ראיה מהסוגי' שהביא מהרי"ט אבל הרמב"ן ס"ל דודאי צריך שיתכוון בשעת חליצה שהיא נפטרת ממנו ע"י חליצה זו אלא שמחלק דאף על פי שלענין כל המצות הוא כמו שוטה לפי שאין לו כוונה

גמורה לכוון בעשייתו לשם מצוה אבל כוונה זו שהיא מוציאה בחליצה אף חרש יש לו ועדיף בזה משוטה וזה דעת הסמ"ג שהביא שם בח"צ שצריך שיתכוונו לשם התרת חליצה והיינו שיכוון בשעת חליצה והוא דעת כל הפוסקים ועכ"פ זכינו לדין שאין מקום כלל לשיטת כל הפוסקים לדון ששוטה יהא יכול לגרש מלבד מ"ש לעיל דכמו שאין יכול למכור ולקנות אף בפקח עע"ג כמו כן אינו יכול לגרש אף בעע"ג ובר מן כל דין נלענ"ד שאין לזה מקום כלל דנהי דנימא דלענין הגירושין גופיה הוי כמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו מ"מ הרי צריך להקנות הגט לאשה דונתן בעינן ושוטה אינו יכול להקנות ואפילו תימא דכיון דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שרוצה לגרשה מהני נמי לענין הגט גופיה ושפיר יכול להקנותו להאשה מ"מ כיון דשוטה אינו יכול לקנות א"כ הוא לא קנה את הגט מיד הסופר ואף בכותב על שלו מ"מ הרי אינו יכול לקנות הכתב שהוא של הסופר דהא אמרינן בגיטין דף ך' אמר ר"ח יכילנא למפסל כל גיטי דעלמא א"ל רבא מ"ט אילימא משום דכתיב וכתב לה והכא איהי קא כתבה ליה ודלמא אקנויי אקני ליה רבנן כו' ופירש"י דאיהי כתבה לי' שנותנת שכר הסופר דלמא אקנויי אקני לי' רבנן האי זוזא מדידה והוי כמאן דיהיב ליה איהו דהפקר ב"ד הפקר ולפ"ז אפילו תימא דגם בחש"ו שאינן יכולין לקנות שייך לומר דאקנו ליה רבנן האי זוזא דהאשה או דבאמת מיירי כשהוא נותן שכר הסופר ג"כ מ"מ איך הוא יכול לקנות הכתב ולהקנות הזוז להסופר דהא לענין הקנאה זו אין מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ודינו ככל מכר וקנין דל"מ בשוטה וראיתי בפ"י שהקשה אהא דאמרינן דחש"ו יכולין לכתוב הגט דהא אין יכולין להקנו' והי' אפשר לומר ע"פ מ"ש בפ"י שם דהא דהכתב הוא של הסופר הוי כשבח כלי וכמ"ד אומן קונה בשבח כלי יעו"ש:

ולפ"ז א"ש למאי דמוקי התם דבעי גדול עע"ג שיכוין לשמה אם כן ל"ש אומן קונה בשבח כלי כיון דהקטן גופיה לא השביח ועיקר השבח ע"י כוונת הגדול ואם כן הקטן אין לו מה לקנות ולפי"ז כשחש"ו המגרש והגדול כותב דאיכא שבחא ואינהו לא מצי לקנות לאו כלום הוא אלא דמ"מ קשה בס"ד דפריך והא לאו בני דעה נינהו הו"מ לאקשויי דהא לא מצו לאקנויי וד"ל. דאה"נ פריך מחמת דלאו בר דעה אין הקנין כלום דאין זה במשמע וגם רש"י פי' מטעם לשמה אך י"ל כיון דעיקר השבח הוא מה שיכול לגרש בו ואם נימא שהבעל לא קני ליה ואינו יכול לגרש בו אם כן מעיקרא אין כאן שבח כלל דהא אדרבה גרועי גרעי' ששוב אינו ראוי רק לצור ואין בו שבח רק לאחר שיקנה אותו הבעל והלכך הקטן לא קני ליה כלל ואם כן כשחש"ו מגרש ואחר כותב גם כן שייך הך סברא דהסופר לא קנה בשבח דכל כמה דלא מטא לידו דבעל אין כאן שבח כלל אלא דלא משמע הכי

באיבעיא דהיו מוחזקין בטבלא דמייתי ראיה מהזקן שהיה כותב בכתב ידו כו' אלמא דאף בכה"ג הסופר קונה בגט מחמת הכתיבה וכמבואר בדברי הפ"י הנ"ל ואם כן בנ"ד פשיטא דשוטה לא מצי לקנות ונראה דאף למ"ד אומן אינו קונה בשבח כלי מ"מ כאן ל"ש זה דהטעם דאין אומן קונה היינו משום דאדעתא דבעה"ב קעביד והבעלים קונים השבח ע"י הכלים שלהם דהוי כמשיכה (ובמ"א בארתי דזה שייך דוקא בבית בעה"ב אבל בבית האומן לכאורה הו"ל ככליו של לוקח ברשות מוכר דלא אפשיטא והארכתי שם) וא"כ היכא שהבעה"ב הוא חש"ו ואין לו יד לקנות אין זה מועיל מה שאין אומן קונ' דאף דאיהו אדעתא דבעה"ב עביד מ"מ הבעה"ב אין לו יד לקנות כלל:

וקושיית הפ"י בהא דהכל כשרין כו' נלענ"ד ליישב דהא הא דקי"ל בקטן מיקני קני כו' היינו דוקא היכא שדעת אחרת מקנה אבל אם אין דעת אחרת מקנה לא קנה רק מדרבנן וא"כ כאן אין לחש"ו זכיה בגוף הכתב כלל דהא אינו יכול לקנות ואף קניה מדרבנן אין כאן כיון דמעיקרא כי עביד אדעתא דבעה"ב קעביד ואע"פ שבסנהדרין ר"פ בן סורר כתבו התוספת דשכר מלאכה וטרחא אית ליה לקטן מה"ת מ"מ היינו לומר שמגיע לו שכר חלף עבודתו אשר עבד אבל שיהיה לו קנין בגוף המלאכה ודאי דלא קני כיון שאין בו דעת לקנות וגם מעיקרא לא כיון לקנות כלל וכן משמע מדברי התוספת גופייהו מדנקטו שכר מלאכה וטרחא ולא נקטו דמיירי שלקח עצים ועשה כלים וכדומה אלא ודאי דאף בכה"ג אין לו יד לקנות ואיך שיהיה עכ"פ בנ"ד שהגדול כותב ויש לו זכייה גמורה לא מצי שוטה למזכי בגט זה והיה אפשר לומר ע"פ מה דאיתא בח"מ סימן רמ"ג שהמוכר לשוטה ע"י בן דעת זכה ולפי"ז אפשר לומר כיון דכאן האשה נותנת שכר הסופר וקנאה היא רק דאקנויי אקני ליה רבנן ונמצא שהסופר מזכה לבעל ע"י האשה ומהני אף בשוטה דהו"ל כזכיה ע"י אחר אמנם ראיתי במחנה אפרים הל' סימן ל"ב דשדי ביה נרגא מדברי הרא"ש פ"ג גבי נכסי דבר שטיא שנראה מדבריו דדוקא עתים חלים הדין כן דהו"ל כקטן דאתי לכלל דעת וכן מוכח בב"מ דזכייה דקטן אינו אלא משום דאתי לכלל שליחות כו' אלא שי"ל דמה שזכין לו במתנה ע"י אחר כו' דגבי מתנה אין זה הזוכה שלוחו של המקבל אלא שלוחו של הנותן וא"ש עכ"ל ועכ"פ מדברי הרא"ש משמע דבשוטה גמור לא מהני זכיה ע"י אחר ובס' קצה"ח הנדפס מחדש ח"ב כתב גם כן דקשה מש"ס דב"מ וגם הביא דברי הרא"ש בזה וכבר קדמו המ"א אך מה שרצה לדחות ראיית ה"ה מהא דאיתא ר"פ חרש פקח שנשא חרשת או שוטה אפילו כתוב לה כתובה מאה מנה כתובתה קיימת מפני שרצה לזון בנכסיו ע"ז כתב דש"ה כיון דבמעשה שכתב לה כתובה זכתה אפילו ע"י עצמה דזה אינו מתנה אלא כמו שכר שפחה לשמשו

כדאמרינן ר"פ חרש אילו קנה שפחה לשמשו כו' דשכר מלאכה אפילו חש"ו אית ליה מה"ת כדאיתא ר"פ בן סורר כו' עכ"ל אין דבריו נכונים דע"כ לא אמרינן הכי דאילו קנה שפחה לשמשו כו' אלא לענין חרש כדאמרינן התם חרש וחרשת דמקיימא תקנתא דרבנן תקינו להו נשואין שוטה ושטיא דלא קיימא תקנתא דרבנן דאין אדם דר עם נחש בכפיפה לא תקינו נשואין ופרש"י דאפילו פקחת לשוטה או שוטה לפקח אין שלום ביניהם כו' והלכך דוקא גבי חרש שנושא פקחת אמרינן ה"ט דהפקחת הוא שפחה לשמשו אבל בשוטה לא ואפילו בחרשת נראה דל"ש האי טעמא דהא להדיא נסיב לה טעמא בברייתא מפני שרצה לזון בנכסיו וגרסת הרי"ף והרא"ש מפני שרוצה לזוק בנכסיו אלמא שאין מקום לומר משום שכר שימוש כלל וטעמא כמ"ש אלא שצ"ע דאי מהתם יליף אם כן נילף מיניה דשוטה זוכה לעצמו שהרי התם לאו במזכה לה הכתובה על ידי אחר מיירי אלא שהוא עצמו מתחייב לה כך וכך אם כן נימא דדין השוטה כדין הקטן כשדעת אחרת מקנה ועוד דאף בקטן כה"ג ל"מ כמבואר שם סעיף י"ט שהמחייב לקטן בין בשטר בין בקנין כיון שאין אותו הדבר ת"י אינו זוכה אא"כ זיכהו ע"י אחר ואפשר לומר כיון דהכתובה שנותן לה הוא ע"פ עדים שכותבין וקנינא כו' והם נותנין לו הסודר שיקנה הו"ל כמזכה ע"י אחר וכמ"ש במהרי"ט חלק ח"מ סימן כ"ג בדין מי שכתב שטר מתנה לקטנה ע"ש ואמנם לענ"ד היה נראה לחלק דבתורת חיוב הוא יכול להתחייב אף לחש"ו ואין בזה דין זכיה שהוא על דבר מסוים ובכה"ג מיירי הא דסימן רמ"ג סעיף י"ט במתחייב בשטר כו' עיין בסמ"ע שם שהוא מדברי הר"ן ומיירי בקנין אג"ק או חליפין ולא בא ליד הזוכה אבל במחייב עצמו ליתן לפ' כך וכך שאין אנו דנין מצד הזוכה אם יש לו יד לזכות כיון שאינו דבר מסוים רק מצד שזה מתחייב עצמו וחיובא אקרקפתא דגברא מנח וגברא בר חיובא הוא שהרי הוא בן דעת כך היה נלענ"ד לכאורה ומחמת שאין הדבר מענינינו ואין פנאי לברר וללבן כעת ראיתי לקצר בזה ועוד חזון למועד אי"ה:

ועכ"פ מדברי הרא"ש בשם הרמ"ה מבואר דדוקא עתים חלים יכול לזכות לשוטה ע"י אחר כיון דאתי לכלל דעת (ואמנם ראיתי בש"מ לכתובות שהביא לשון הרמ"ה בזה ושם לא נזכר דברי' אלו דהוי כקטן דאתי לכלל דעת לפי שהוא עתים חלים יע"ש ואפשר דהרא"ש סברא דנפשיה קאמר אליבא דהרמ"ה) אך מ"ש על הרמב"ם משמ"ס דב"מ י"ל דהרמב"ם ס"ל דגם בשוטה מיקרי אתי לכלל שליחות לכשישתפה ודוקא שליחות גופיה ל"ל וכמו דאין שליחות לקטן אבל זכיה דלא בעינן רק דאתי לכלל שליחות האי נמי אתי לכשישתפה וא"ל דאם כן נכרי נמי אתי לכלל שליחות לשיתגייר ז"א דכי מגייר

גופא אחרינא הוא וחילוק זה מבואר מדברי התוס' והרשב"א והר"ן בגיטין בסוגיא דהכל כשרין לכתוב שכתבו דלהכי לא פריך והא לאו בני כריתות נינהו דבני כריתות מיקרי כיון דלכשיגדיל הקטן וישתפה השוטה הוי בני כריתות ושוב הקשו דנימא דנכרי פסול מה"ט דלאו בן כריתות הוא אלמא אע"ג דחש"ו מיקרי בני כריתות הואיל ואתי לכלל כריתות לכשיגדיל וישתפה מ"מ בנכרי לא חשבינן ליה בר כריתות מחמת שראוי להיות בן כריתות כשיתגייר וא"כ ה"נ לענין זכיה דמהני הואיל ואתי לכלל שליחות גם בשוטה מהני מהאי טעמא:

ולפ"ז לפי דעת הרמב"ם דזכיה לשוטה ע"י בן דעת שפיר אפשר לומר דאם נאמר בשוטה מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו לענין הגירושין גופייהו ומהני שוב אין עיכוב בדבר מחמת שלא קנה הכתב דבאמת האשה קנתה מיד הסופר והרי הוא מזכה לבעל ע"י האשה ומהני וכ"כ הטור סימן ק"כ בשם הרמ"ה לענין אם אמר כתבו שאין צריכין לזכות לו הנייר קודם כתיבה שזכיית הבעל וגירושי האשה באים כאחד ע"ש ועיין בב"ש שם ודבריו צ"ע ואין כאן מקומו ואפשר דהכא הוא להיפך אם הסופר מוסר הגט לבעל אם כן י"ל דהאשה קנתה מחמת המעות והיא מזכה לבעל ע"י הסופר ואף ע"ג דמעות אינם קונים ומשיכה בעינן מ"מ מה שמושך הבעל הוי כאלו משכה היא דהא היא רוצה לזכות לו וזכיית הסופר עבורו באים כאחד בשעת נתינתו אבל זה צ"ע דהא כל כמה דלא משך עדיין לא יצא מרשות הסופר מדרבנן עכ"פ דבעי משיכה ואם כן איך הוא יכול לזכות עבור האשה לבעל ועוד שאפי' אם תקנה האשה מקודם קניה גמורה מ"מ הא דקונה הוא ע"י בן דעת אינו רק מדרבנן דהא אפילו בקטן גופיה דעת הרבה פוסקים דהא דזכין לו אינו רק מדרבנן ואם כן אין כאן גט מדאורייתא ואף ע"ג דבכל גיטין דאקנויי אקני ליה רבנן ואפ"ה מהני מדאורייתא התם טעמא משום הפקר ב"ד וזוכה מן הפקר משא"כ כאן שהשוטה אין לו יד לזכות מדאורייתא ואין כח ביד חכמים לעשות יד דאורייתא למי שאין לו יד רק שהתורה נתנה כח לחכמים להפקיר וכאן אין מועיל זה דמן ההפקר פשיטא שאין לו יד לזכות ובמ"א כתבתי בזה על דברי הב"י סימן כ"ח לענין קידושין במע"ש ובדין גזל אחר יאוש וכאן אין להאריך אחרי שכבר ביארתי דבלא"ה אין מקום לומר שיחולו שם גירושין בשוטה לדעת כל הפוסקים וכתבתי דברים אלו להתלמד במקום אחר:

ונחזור לראש במה שנחלקו הפוסקים אם הני דחגיגה דוקא נינהו ראיתי בס' הנ"ל בתשובת הגאון דמייתי ראיה מפ' מי שאחזו גבי נשתתק דבודקין אותו בפירי ולכאורה משמע מזה כדעת הרמב"ם דהני דחגיגה לאו דוקא ושוב כתב לדחות דהא אף להרמב"ם

תיקשי אליבא דרב הונא דאמר דוקא בכל אלו יחד הוא דהוי שוטה אע"כ דנשתתק שאני ובפרט נשתתק מחמת בוריו והגאב"ד נ"י כתב שכיון לראיה זו ודחה דחיית הנ"ב דלהרמב"ם לק"מ דהא אף לר"ה אי דקעביד ד"ש אפילו בחדא נמי היכא דליכא למיתלי בהנך אימור דאמרינן התם ואם כן כשבודקין אותו בפירות דליכא מידי למיתלי אף ר"ה מודה וגם מ"ש דנשתתק שאני על זה כתב דמאי בכך דמ"מ נבדוק אותו בגווני אחריני אף שהוא שוטה לענין פירות כו' והנה מ"ש לדחות קושית הגאון אליבא דהרמב"ם דברי הגאב"ד נכונים אבל על גוף הראיה אני תמה דלענ"ד אין משם ראיה כלל כיון דהתם מיירי בנשתתק ואין אנו יודעין בו אם רוצה ליתן גט רק מחמת שאמרו לו נכתוב גט לאשתו והרכין בראשו הן אם כן כשבודקין אותו ג' פ בפירות ואמר על פירות של הקיץ שילקטו לו בחורף או איפכא אם כן הא קמן שאין לסמוך על הרכנתו ואפילו תימא דלאו שוטה הוא מחמת זה מ"מ הא קמן שאין אתנו יודע ומבין ע"פ הרכנתו מה דעתו ואפשר שאינו מבין יפה מה שאנו מדברין וכדומה איזה סיבה ועכ"פ אין מקום לסמוך על הרכנה ליתן הגט אע"ג דלאו שוטה הוא ודוקא היכא שבדקו אותו בגלופקרא וסדיני פריך שפיר אימור קורא אחדיה כו' דהא עדיין אין הכרח מחמת הרכנה זו שמרכין לכסותו בגלופקרי שהוא משיב על הרכנתו על לאו הן דשמא קורא אחדיה ולא דרך שטות הוא מרכין בראשו הן ואם כן אכתי נוכל לבדקו בגווני אחריני שאז אם נראה שהוא משיב ע"י הרכנה על הן הן כו' אנו תולין שגם בראשונה היתה תשובתו הגונה מחמת חמה או קורא דאחדיה משא"כ כשבודקין אותו בפירות שאין מקום לתלות כלל והשיב שלא כהוגן מה נועיל כי נפגע בו עוד לבודקו בגווני אחריני דסוף סוף הא קמן שדברות הראשונות לא נאמר בהם כי טוב ואם כן איך נסמוך ליתן הגט וחוששין שמא כמקרה הראשונות גם בבדיקת הגט קרהו ואין בדעתו ליתן גט כלל ולא מבעיא לשיטת בעה"ע שהביא הב"י דבנשתתק לא מחזקינן ליה כשוטה רק דהבדיקה הוא לידע שיחה דידיה כי י"ל איזו חולי גרם לו השיחה דהן דאל"כ אף בדיקה ל"מ דשמא עתים חלים כו' א"כ פשיטא דמה שבודקין בפירי היינו דאם משיב כהוגן הרי חזינן דשיחה דידיה לא נשתנה בני אדם משא"כ אם בדקנוהו והשיב שלא כהוגן הא קמן שיש לו חולי שמכריחו לפעמים על השיחה שלא כדת ואם כן אף שנבדוק אותו אח"כ וישיב לו כסדר אע"ג דלאו שוטה הוא מ"מ לענין החולי הו"ל כעתים חלים עתי' חולה והו"ל כעתים שוטה וחוששין לו אלא אפילו לדעת רש"י והרמב"ם דמשמע דחוששין שמא נטרפה דעתו מ"מ אין ראיה דעיקר הבדיקה הוא כשמשיב על ג"פ הן הן הא קמן שאין בו טירוף דעת משא"כ כשאינו משיב כהוגן אע"פ שאינו מוכרח שיהיה נחשב לטירוף הדעת מחמת

זה כיון שאינו מהדברים המפורשים בחגיגה מ"מ כל שמרכין ראשו לפעמים על לאו הן פשיטא שאין לסמוך על הרכנתו אף בלא טירוף הדעת כלל וכמ"ש:

אמנם מלשון רש"י שכתב ודלמא קורא אחדיה בימות החמה ואע"פ שמשיב הן על הגלופקרא לאו שוטה הוא עכ"ל משמע הא לא"ה יש לדונו כשוטה מחמת זה ויש לדחות שאין כוונתו לשוטה ממש רק ר"ל לשוטה לאותו דבר שאין מוכרח שהשגעון מלמדו לומר לפעמים הן אך מל' הטור שכתב שואלין אותו אם רוצה בפירות של ימות החורף כו' אם ישיב הן ודאי שוטה הוא ואם ישוב לאו פקח הוא כו' מלשונו שכתב ודאי שוטה הוא כו' נראה לכאורה דמחמת זה מחזקינן ליה בשוטה גמור אבל באמת ז"א כיון דבאמת לדעת רש"י והרמב"ם אע"ג דלא חזינן ביה שום סי' שטות מספקינן ליה דלמא שוטה הוא דרגלים לדבר כיון שנשתתק והלכך אי בדקינן ליה ואינו משיב כהוגן מחזקינן ליה כשוטה גמור והא דלא חשיב בחגיגה משום דבנשתתק לא קמיירי התם ופשיטא דשוב אין מועיל בדיקות אחרות דאע"פ שיתכוון תשובתו אח"כ אינו מועיל דלא יהא אלא עתים חלים כו' אינו יכול לגרש ונראה שזה כוונת הגאון נ"ב ז"ל מ"ש נשתתק שאני ומה שהשיב עליו הגאב"ד דלכיון דלשיטת רבינו שמחה וסייעתו מהני בדיקה כשהוא חכם בשאר דברים אם כן נבדוק אותו בגווני אחריני אף שהוא מדבר דברי שטות בפירות כו' אני תמה שהרי ע"ז הוא שהשיב הגאון נ"ב נשתתק שאני ור"ל, אע"ג דמחמת דברי שטות בענין פירות לא איכפת לן כיון שאינו מדברים המפורשים בחגיגה מ"מ הכא כיון דנשתתק קרוב הדבר שנטרפה דעתו וכיון שמשיב שלא כדת גם כן מחזקינן ליה בשוטה ולא בדקינן ליה תו בגווני אחריני אף שלענ"ד בלא"ה נכון כמ"ש דעכ"פ שוב אין הרכנתו מועלת כיון דחזינן ליה שמרכין לפעמים גם על לאו הן הלכך לא הזכירו הפוסקים כלל הך דגיטין להביא משם ראיה לסימני שוטה מטעם שכתבתי:

ולכאורה היה נלענ"ד להביא ראיה מהא דאמרינן בגיטין דף ס"ד ע"ב ת"ר קטנה היודעת כו' אמר ר"י ה"ק כל שמשמרת ד"א מחמת גיטה מתקיף לה ר"ה בר מנוח הא שוטה בעלמא היא ופירש"י ואין לך משלחת וחוזרת יותר ממנה מדלא קתני שמשמרת שטר אחר מכלל דלאו שטר הוא אלא מידי דלא דמי ליה עכ"ל ונראה שכוונתו דודאי אי משמרת שטר אחר מחמת גיטה לאו שוטה היא דאיכא למיתלי דאימור שסברה שהיא גיטה ולא דרך שטות היא משא"כ כשמשמרת מידי דל"ד ליה ליכא למיתלי במידי רק שהיא ד"ש ואם כן בכה"ג ממעטינן מושלחה דהיינו שמשלחה וחוזרת כו' דמינה ממעטינן שוטה ועכ"פ מוכח מהא דאע"ג אין זה מדברים המפורשים מ"מ כיון שהוא ד"ש הו"ל שוטה ואפשר לדחות דש"ה כיון שמשמרת ד"א וסבורה שהיא גיטה אם כן

הגט אזיל לאיבוד והו"ל כשוטה המאבד מה שנותנין לו שהרי יכול להיות שתשמור ד"א ותסבור שהוא אותו הדבר שנתנו לה ומ"מ צ"ע דהמאבד מה שנותנין לו במאבד בידים מיירי דומיא דהמקרע כסותו דחשיב התם אבל הכא נהי דאינה שומרתה כהוגן מ"מ מאן לימא שתאבד בידים אע"כ דכל שעושה ד"ש וליכא מידי למיתלי הרי הוא שוטה וההוא דחגיגה לאו דוקא הנך אלא כל דדמי ליה וצ"ע:

והנה ראיתי עוד בס' הנ"ל בתשובת הגאון בעל נ"ב שכתבו לחלק בין עושה מעשה שטות ובין אם מדבר דברים של שטות בענין אחד ובשאר דברים שואל ומשיב דברי טעם ככל אדם אינו נחשב שוטה מהא דאמר פ' מי שאחזו שוטה בחדא מלתא לא סריך ופירש"י אינו נדבק לומר דבר א' של שטות כל הימים שזה אומר הייתי מלך ואינו אומר דבר של שטות אחרת עכ"ל וקשה דהא אנן קי"ל כר' יהודה דאפילו בא' מאלו כשעושה ד"ש מוחזק שוטה ובשלמא להפוסקים דדוקא בהנך ד' ניחא אבל להרמב"ם קשה כו' אלא ע"כ צריך לומר דהרמב"ם לא קאמר אלא בעושה מעשה בידים אבל במדבר בפיו דברי שטות בענין אחד תמיד ובשאר דברים הוא משיב כהוגן שפיר אמרינן בחדא מלתא לא סריך כו' ע"ש ולענ"ד אין משם ראיה דודאי לא על צד בירור אמרי' שהרי אנן רואין בחוש שיש מי שתופס במחשבתו דבר שטות אחד ומחזיק בו ימים רבים וכמו המגרש שבנידון שלנו שנקבע במחשבתו שיש לו שונאים שחפצים בקלקלתו ומחזיק בו כמה שנים וכיוצא בזה רבים רק ע"ד הרגילות אמרו כן כיון שראו שבשאר דבריו הוא פקח רק בדבר הזה הוא שוטה אמרו מאי האי דקמן דאם זה אומר כן מחמת בלבול מחשבתו היה לו לתפוס דברים אחרים גם כן ולכך ראו לבדוק אחר הדבר ושלחו לבניהו כו' ואה"נ אם אחר החקירה הי' מתברר להם ששלמה יושב על כסא מלכותו היו מחזיקין זה לשוטה שמחמת שטות דבר ואפי' אם היה מקום לתלות ע"ד רחוקה כמו ההיא דאימור גנדריפס כו' לא תלינן ביה ואמנם כבר כתבתי לעיל דמצינו בש"ס פעמים רבות שקורא שוטה מחמת שדיבר דבר א' של שטות ומ"מ לא הוי דינו כשוטה ורק ע"ד המליצה נקרא כן והוא שם מושאל לפי שעתו ואפילו בעושה מעשה של שטות עד דקרו ליה שוטה מ"מ בשביל זה אינו דינו כשוטה ממש כדאשכחן בחולין דף צ"ה דקאמר אמר רבי וכי בשביל שוטה זה שעשה שלא כהוגן אנו נאסר כל המקולין אלמא דבשביל מעשה שלא כהוגן קרי ליה שוטה ואפ"ה פשיטא ליה דודאי לא מחשב שוטה לומר שאין מעשיו כלום אלא לגבי הא מלתא קרי ליה שוטה ודוחק לומר לפי שעשה שלא כדין למכור טרפה לנכרי למכרה במקולין קרי שוטה וכדאמרינן אין אדם עובר עבירה אא"כ נכנס בו רוח שטות דז"א דהא אמרינן התם א"ד אמר רבי מפני שוטה זה דאכוון לצעורי לחבריה כו'

אלמא דאף בכה"ג דאכוון לצעורי לחבריה וסיפר לו שקר קרי ליה שוטה והיינו כמ"ש שאין ר"ל שוטה ממש אלא על צד השאלה אמרו כן והכי אשכחן בדוכתי טובא ובכה"ג הוי נמי האי דשטיא בחדא כו' ובודאי שענין זה לפי ראות עיני הדיין וכמ"ש הרמב"ם בהלכות עדות שא"א לכוון הדעת בכתב ואולם ראיתי בדברי בעה"ע והביאו הב"י שכתב דנשתתק לאו ספק שוטה הוא והא דאמרינן שיחי' דלאו לאו נקטיה לאו משום דשוטה הוא דהא שוטה בחדא מלתא לא סריך אלא מינא דחולי הוא כו' משמע דהתם בשוטה גמור הוי דיינינן ליה כל שמדבר ד"ש גם משמע דאף היכא שלא ראינו אותו פקח בשאר דברים אמרינן דבחדא מלתא לא סריך דהא הבעה"ע קאמר אהכי אההי' דנשתתק דפריך ודלמא שיחי' דלאו נקטיה אך דברי הבעה"ע צ"ע דההיא לענין הרכנה איתמר שאפשר שיש לו חולי שגעון המלמדו להרכין ראשו אבל הא דאמרינן בחדא מלתא לא סריך היינו אם מדבר ד"ש דאם איתא שיש לו איזו בלבול במוחו הוי מדבר גם דברי שטות אחרים וכמ"ש רש"י:

ואמנם מ"ש הגאון בעל נ"ב שם דאף אם ראינו שמפחד והפחד על מגן אינו נחשב שוטה אם בשאר דברים דעתו מיושבת והביא ראיה שהרי בתוכחה כתיב ורדף אתכם קול עלה נדף ונסתם ואין רודף הכי נאמר שבשעת הפורעניות הזה בכלל שוטים היו וגיטם וקידושיהם היו בטלין עכ"ל ולענ"ד אין משם ראיה כלל דהתם אף ע"פ שבאמת אין ראוי לפחד מ"מ מחמת פחד האויבים שהם מבחוץ כששומעין קול עלה נדף הם סבורים שאויבים בא עליהם ואין זה ד"ש כלל וכעין ההיא דאמרינן בשבת גבי סנדל המסומר שלופי הגזירה היו כו' וכסבורים אויבים באים עליהם כו' וכ"ה בת"כ אמר ריב"ק פעם אחד היינו יושבים בין האילנות ונשבה הרוח והטיחו העלים זה בזה ועמדנו ורצנו ואמרנו אוי לנו פן ידבקנו הפרשים לאחר זמן נפנינו אחרינו וראינו שאין בריה וישבנו במקומינו ובכינו ואמרנו אוי שעלינו נתקיים הפסוק ורדף אתכם קול עלה נדף עכ"ל והוא כוונת הפייטן בסליחה המתחלת אין כמדת בשר כו' רוח מנשבת בעלי יערים רדוף נשמטת נסים ונסערים כו' ויש שכתוב בעצי יערים ואינו נכון וצ"ל בעלי יערים וכוונתו לדברי הת"כ הנ"ל אמנם בגיטין דף נ"ה. ע"ב כתבו התוס' בד"ה א"א מפחד תמיד בפרק הרואה אמר ר"י חזיה להההיא גברא דקא מפחד א"ל חטאה את דכתיב פחדו בציון חטאים וכו' וה"נ מייתי ליה אהני עובדא כו' והיה להם לפחד ולדאוג מן הפורעניות ולא די לאדם המתפחד בחנם עכ"ל אלמא שאף היכא שהוא מפחד בחנם א"ל חטאה את ולא תלאו בד"ש כיון שראוהו בשאר דברים דעתו מיושבת אמנם לענ"ד אין ראיה גם משם דהתם נמי מיירי בכה"ג שהיה סיבה קצת לפחדו דהתם קאי אעובדא דהלל דאמר

מובטחני שאין צווחה זו בתוך ביתי ומייתי עלה דמשמועה רעה לא ייראּ משום דנכון לבו בטוח בה' ובכה"ג הוי נמי הך עובדא דגברא דאזיל בתר דר"י בר"י חזיא דקא מפחד והיה קצת סיבה לזה לכן א"ל חטאה את דהיינו שהוא חוטא שאל"כ לא היה לו לפחד רק לבטוח בה' ומ"ש התוס' ול"ד לאדם המתפחד בחנם אין כוונתם שאין שום סיבה לפחדו רק כוונתם לחלק בין הני עובדי שבטחו על שלוותם לבייש בר קמצא כו' שבזה היה להם ראוי לפחד שלא לעשות מעשה זר נגד המושכל משא"כ היכא שמפחד בסתם מחמת שמועה רעה וכדומה בהא קאמר ליה חטאה את וכן מ"ש רש"י בחומש וכשלו כו' כמפני חרב כאלו בורחים מלפני הורגים שיהא בלבם פחד וכל שעה סבורים שאדם רודפם עכ"ל היינו נמי בכה"ג שהאויבים מבחוץ רק שאע"פ שאין רודפים נכנס מורך בלבבם וסבורים שיפגעו בהם הרודפים וכדכתיב מבחוץ שכלה חרב ומחדרים אימה אבל כל שאין שום סבה לפחדו בעולם וליכא למיתלי רק שהוא ד"ש אפשר דגם כה"ג מחשב כשוטה למאן דס"ל דהני דחגיגה לאו דוקא:

והנה ראיתי בס' הנ"ל בתשובה שנדפס שם משארי הגאון מוה' יושיע העשיל דק"ק שוואבך שכתב דאם עשה איזה שטות ויכולין לתלות דמחמת פחד ומרה שחורה עשה כן אין לו דין שוטה וכן מוכח מפירש"י אמ"ש בש"ס והיוצא יחידי בלילה אימור גנדריפס אחדיה וז"ל אני שמעתי חולי האוחז מתוך דאגה כו' ואף שפירש"י פי' אחר תרווייהו אמת ובערוך מפרש גנדריפס חולי של שטות וכשעבר החולי הוי פקח להכי לא חשיב ליה שוטה כי עביד הך גרידא ואף לר"י דבחד סגי היינו מן הסתם אבל אי ידעינן דגנדריפס אחדיה לא מחזקינן ליה כשוטה וכבר מצאתי בס' מעשה טוביה מאלנקלואה הוא בפחד ורעד בלי סיבה גלויה כו' הרי שהוא חולי מצד הטבע וכו' ואין בזה המין שום שוטה רק הם עצבים מובדלים מבני אדם מחמת עצבות וכדומה לזה אבל יש בהן דעת בכל מילי עכ"ל וגם הגאב"ד כיוון לראיה זו מדברי רש"י הנ"ל דכל שנראה לעין שהוא חכם בשאר דברים רק שיש לו חולי בלבו איזה עצבות מחמת התגברות המדה לכך אינו רוצה להיות בין אנשים לא מיקרי שוטה לשאר דברים עכ"ל:

ואמנם לענ"ד היה אפשר לדחות ראיה זו דודאי נמצא לפעמים שיש לו חולי מחמת דאגה ואינו שוטה בכך אבל מ"מ לפעמים יוכל להיות שענין פחד זה סיבתו מחמת שטות ובגמרא שפיר קאמר אליבא דר"ה דאינו מוחזק לודאי שוטה דאימור גנדריפס אחדי' דהיינו מחמת חולי ובודאי אם היינו יודעים שסיבת הפחד מחמת חולי ע"פ הטבע לא היה לנו לחושבו כשוטה אך כיון דמספקא לן מלתא שמא סבת הפחד מחמת שטות א"כ הו"ל כמו יוצא בלילה לר"ה דאף על גב דלדידיה איכא למיתלי בגנדריפס מ"מ

מידי ספיקא לא נפקא וכדמשמע לישנא אימור גנדריפס כו' וראיתי בטורי אבן שהקשה דתינח להקל אבל להחמיר ניחוש כיון דד"ש עביד הו"ל שוטה כו' וי"ל דאזלינן בתר רובא דעלמא דפקחים נינהו ומש"ה אפילו איכא חזקה להחמיר ולדידיה ל"ל חזקת פקחת כגון בא ממדה"י הא קי"ל רובא וחזקה רובא עדיף עכ"ל ע"ש ולענ"ד צ"ע אם יש לילך בזה אחר הרוב דרוב פקחים אינם עושים מעשים כאלו ד"ש שנצטרך לתלותם בגנדריפס וכדומה אמנם לא ידעתי מי הכריחו לזה דהא איכא למימר דאף ר"ה דס"ל בכל אלו תנן היינו לענין שיהא מוחזק לודאי שוטה שיהיו קידושיו וגירושיו וכיוצא בטלים ודאי דהא ס"ל דוקא כל אלו אבל בחד אעג"ב דעביד ד"ש כיון דאיכא למיתלי באימור גנדריפס וכיוצא תלינן ואינו בחזקת שוטה ודאי אבל ספיקא מיה' הוי והכי מסתבר למימר טפי כי היכא דלא נשוי פלוגתא רחוקה בין ר"ה לר"י דלר"ה בחד יהא בחזקת פקח גמור ולר"י בחזקת שוטה גמור ולפמ"ש דגם לר"ה אינו בחזקת פקח גמור מחמת זה וכדמשמע לישנא דאימור גנדריפס כו' דבכל דוכתי ספיקא הוי ואף על גב דאשכחן אימור לקולא כגון ספק קניא כו' אימור קניא וכן מצינו כ"פ הזכירם הרז"ה ז"ל בס' הצבא מ"מ התם פירושו כיון דאיכא לספוקי בהכי תולין להקל מחמת חזקת היתר שלו וכן כ"א מתפרש לפי טעמא דשייך ביה משא"כ כאן כיון דאיכא לספוקי בהכי אין מוציאין אותו מידי ספק ואף שהיה בחזקת פקח מ"מ עכ"פ איתרע חזקתיה במאי דעביד ד"ש ומכ"ש אם היא מפחד ואינו רוצה להיות בין אנשים שאף שאפשר לתלות בחולי גנדריפס וכיוצא מ"מ ספיקא הוי:

אך שעדיין יש לצדד ולומר אם אנו רואין שהוא פקח בכל הדברים א"כ רגלים לדבר דהא מלתא מחמת חולי הוא ואף על פי שהרמב"ם כתב אם דעתו משתבשת בד"א אע"פ שבשאר דברים שואל ומשיב כהוגן הו"ל שוטה היינו דוקא לדידן דקי"ל כר"י דאם עושה אחד מאילו ד"ש לא תלינן בד"א וס"ל להרמב"ם דה"ה בכל דבר שעושה ד"ש כל שאין לו סיבה כ"א בדרך רחוקה כגון הנך אימור לא תלינן וכיון שהוא מוחזק לשוטה שוב אין מועיל מה שהוא פקח בעיניו דלפעמים גם השוטים משיבים כהוגן משא"כ כגוונא דנ"ד שיש לו פחד ויש כאן ספק שקול אם מחמת שטות או מחמת חולי אז כיון שרואין שהוא פקח בשאר ענינים תלינן ענין זה בחולי כיון שעדיין אין לנו הכרע שהוא שוטה מחמת מעשיו ובהכי א"ש גם בההיא דאימור גנדריפס דלר"ה תלינן ביה ולפי דעת הטורי אבן היינו אף לקולא י"ל דהיינו היכא שלא עשה רק מעשה זה ובשאר ענינים שואל ומשיב כענין וזה מכריע לתלות גם המעשה שאינו ד"ש רק מחמת אימור הנ"ל ואפשר שהרמב"ם פירש כן ומזה למד דלר"י דפליג אר"ה ס"ל דלא תלינן אף היכא שבשאר

דברים הוא פקח משום דכיון דמחמת זה הוכרע לשוטה שוב אינו מועיל ובזה י"ל גם מה דאי' בפסחים דף קי"א ע"ב דאכיל תחלי ולא משי ידיה מפחיד תלתין יומין דמסוכר ולא משי כו' ולא ידע מאי קמפחיד וכן איתא בש"ע א"ת סימן ד' והא ודאי שמחמת זה לא נכנס באותן הימים לכלל שוטה וע"כ כמ"ש דכיון שעדיין הוא פקח בשאר ענינים אין הפחד מוציאו מחזקתו ואף אם הוא על ידי פחד רוח רעה כדמשמע ברש"י ורשב"ם שם גבי ידא לאוסיא דרגא לפחדא וכן מצינו במגילה דף גימל פסוק והאנשים אשר היו לא ראו את המראה אבל חרדה גדולה נפלה עליהם ויברחו במחבא וכי מאחר דלא חזו מ"ט אבעית אף ע"ג דאינהו לא חזו מזלייהו חזי אמר רבינא ש"מ האי מאן דאיבעית אף על גב דאיהו לא חזי כו' והיינו לפי שאין שם סיבה אחרת וגם לתלותו ברוח שטות א"א כיון שהוא שלם וישר בשכלו ככל אדם והחרדה מצד ראיית מזלו בא לו אך נראה דכל זה יש לתלות אם לא התמיד הענין ימים רבים שיש לתלות בענינים אלו ואף אם יעבור חודש מצינו בש"ס גבי מאן דאכל תחלי כו' שיכול להיות שיפחד ולא ידע מה ועל כיוצא בזה נאמרו דברי הגאונים בס' אור הישר הנ"ל אבל היכא שהתמיד הענין שנים רבות והוא מחזיק בחדא מלתא וסריך בי' (וכבר כתבתי שאין להוכיח מאחת הא דאמרינן דשוטה בחדא מלתא לא סריך לומר דלאו שוטה הוא) וקשה הדבר לתלות זה בסיבות חיצונית רק שנתלה בחולי המרה שחורה הנ"ל ומידי ספיקא לא נפקא דהא אין ידוע חולי זה שמא בא עד הראש ובלבל את מוחו ולא בדעת ידבר ומה ששואל ומשיב כהוגן אין מזה ראיה להרמב"ם ואע"פ שכתבתי שיש לחלק דהתם כבר נתחזק שהוא שוטה משא"כ כאן דעל גוף מעשה זו אנו מסופקין מ"מ מאן מפוס דשמא אם היה חכם ובקי היה מבחין שאין זה מצד תגבורת המרה רק מצד בלבול המוח ושוב אין מועיל מה שהוא פקח בשאר ענינים וגם צריך בדיקה הרבה לפני הב"ד אם הוא מכוון כל דבריו כפקח גמור והכל לפי ראות עיני הדיין בזה כמ"ש הרמב"ם שא"א לכוון הדעות בכתב וגם אף זאת צריך חקירת חכם אולי עשה ד"ש מאותן הדברים שבחגיגה:

סיומא דפסקא אם האיש אשר נדון השאלה סובבת עליו הוא פקח בכל דבריו ולא נפקד ממנו מאומה רק כי נפל פחד עליו ומחמת זה דבר אין לו עם אדם אז נלענ"ד שאם יבדקוהו בב"ד כמה פעמים בימים אחדים ויבחנו דבריו שהמה כאיש מבין יודע ולא נפל דבר מדבריו להיות נוטים לצד שטות ומבין הכל היטב בעניני הגט ולא באו דבריו במקרה כ"א בכוונה בדעה נכונה אז אף על פי שעדיין לא סר מלהיות מפחד ואימתו עליו הרי זה יכול לגרש ואין לסמוך על מה שיודע לחשוב שהרי עינינו הרואות שלפעמים אף קטן שהגיע לעונת הפעוטות השתא חושבנא בעלמא ידע ומ"מ לאו בן דעה הוא

לגרש לכן צריך בדיקה היטב משום חומר אשת איש ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות ואם יראה לב"ד שדבריו בהשכל כשאר פקחים בעת כתיבת הגט ונתינתו יש לנו עמודי עולם לסמוך עליהם המה הגדולים אנשי השם הכתובים על ספר הישר כנלענ"ד אם יסכימו רבותי ואי דרו דורא דלינא ואם לאו דברי בטלים ובטל דינא. ולרבנן קשישי רווחא שביקנא ואפומייהו פסקינן לדינא:

דברי זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה צ

שאלה אחד בא לגרש את אשתו ושמו בן ציון והמגרש אומר שהוא חותם עצמו בנציון בנו"ן כפופה וכן הוא מקובל מאבותיו ונפל ספק אם יש לכתוב כחתימתו וקבלה שלו או כיון שידוע שם בן ציון של כל העולם הוא בנון פשוטה וכן הוא במשנה ובש"ס אין להשגיח בטעות חתימתו וקבלתו בזה:

תשובה מתחלה נדון בגט שכתב אות פשוטה במקום כפופה או להיפך מה דינו בדיעבד ואח"כ נבא לנ"ד ולכאורה יש להביא ראיה דכשר מדאמרינן בשבת דף קנ"ו אמר ר"י מצינו שם קטן משם גדול שם משמעון כו' דן מדניאל כו' מי דמי מם דשם סתום מם דשמעון פתוח אמר רב חסדא זאת אומרת פתוח ועשאו סתום כשר מיתיבי וכתבתם שתהא כתיבה תמה מימן סתומין פתוחין כו' הוא דאמר כי האי תנא דתני' ריב"ב אומר נאמר בשני ונסכיהם כו' יע"ש ולכאורה יש לתמוה דהא ר"ח לאו מסברא דנפשיה קאמר הכי רק שמדייק כן ממלתיה דרב יהודה דאמר שם משמעון וא"כ כי פריך ליה מברייתא מי דחקו להביא מדריב"ב דמאי עדיפות' דריב"ב דברייתא מדברי ר"י דמתניתין ובפשיטות הו"ל לשנויי אנא דאמרי אליבא דר"י:

ונלע"ד משום דבלא"ה קשה אהא דפריך מי דמי מם דשם סתום כו' דמשמע דקשיא ליה כיון דתפילין ומזוזות וס"ת פסול כה"ג אין לחייב עליו משום מלאכת שבת ולכאורה זה אינו דאטו מלאכת שבת בתפילין ומזוזות תלי' דהא שאני תפילין ומזוזות דכתיב וכתבתם ודרשינן מיניה כתיבה תמה וכן פי' רש"י וכתבתם דתפילין ומזוזות תם שלם כהלכה משא"כ לענין שיהא מיקרי כתב סתם י"ל דשפיר הוא קרוי כתב כשהוא מכיר לקרותו ולענין שבת לא בעינן כתיבה תמה אלא כל שכמו שהוא נכתב הוא נקרא שפיר מתחייב עליו משום מלאכה ואף שהוא נתכוין לתיבה גדולה מ"מ כיוצא בזה מתקיימת במקום אחר באגרות הרשות ומה איכפת לן שבתפילין ומזוזות הוא פסול בדיעבד משום דרבי קרא להצריך כתיבה תמה דוק' ואפילו בגט נמי אין מקום להצריך כתיבה תמה דהא בקרא לא כתיב רק וכתב לחוד וכן משמע מהרמב"ם בפי' המשנה שהטעם הוא לפי

שעכ"פ הוא נקרא בענין אחד אף על פי שהנחת המיסד כתיבת לשון זה לא היה כן וז"ל ואף על פי שמם של שם סתומה וזו פתוחה לא ניחוש על הלשון (ע"ש שכתב אל הלשון ונראה שהוא ט"ס מ"מ הכוונה כמ"ש שעיקר בידינו אם אין כאן שינוי הקריאה בענין אחר) עכ"ל ודוחק לומר שכוונתו שאין חוששין על הלשון כיון דבדיעבד כשר והיינו כדאמר ר"ח בשם דאף דלכתחלה אין כותבין כן מ"מ כיון דבדיעבד כשר מיקרי כ' מ"מ אך פשיטות לשונו משמע שכוונתו כמ"ש וצ"ל דודאי המקשה דפריך מי דמי כו' וס"ל דאף בדיעבד פסול לא אסיק אדעתיה לפסול משום כתיבה תמה כמו שהוא בברייתא דמייתי לקמן אלא מסברא דנפשיה כיון דהנחת הלשון לכתוב מם סתומה בסוף אם כותב שם פתוחה אין זה אלא ככותב אות אחר או חתימה בעלמא ואין שם כתב עליו ולכן פריך מי דמי כו' וע"ז קאמר רב חסדא דזאת אומרת דכשר בדיעבד דבאמת שפיר שם כתב עליו והנחת הל' אינה אלא לכתחלה והשתא פריך אדרב חסדא דס"ל להכשיר גם בס"ת ותפו"מ אף בדיעבד מברייתא דבעינן כתיב' תמה ונהי דאמתניתין לא קשיא מברייתא דלענין מלאכת שבת שפיר מיקרי כתב אע"פ שאינו תמה מ"מ לענין ס"ת תפו"מ צד תמות במקומם עומדת ואם לא כתב כן פסול וקשיא אדר"ח ומשני ליה דהוא דאמר כריב"ב וא"ש מה שהקשיתי דלישני ליה אנא דאמרי אליבא דר"י ז"א דהשתא דאיגלי לן טעמא דפסולא משום כתיבה תמה אין הכרח שר"י דמתני' יהי' חולק על הברייתא דלענין שבת שאני דלא בעינן כתיבה תמה ולכך הוצרך לשנויי דהוא דאמר כריב"ב וא"ש דברי הרמב"ם בפי' המשנה דלפי מאי דמייתי הש"ס הברייתא אין צורך לומר במתניתין טעמא דרב חסדא משום דבס"ת תו"מ כשר בדיעבד די"ל דגם המשנה מודה לפסול משום כתיבה תמה ומ"מ לענין מלאכת הרשות לא ניחוש אל הלשון ושפיר קרוי כתב לענין זה:

אך יותר נראה לומר דגם המקשה הוה ס"ל טעמא דברייתא משום כתיבה תמה ומ"מ קשיא ליה שפיר דנהי דלגבי מלאכת שבת לא בעינן תמה מ"מ כיון דקפדינן בין פתוחה לסתומה לפסול בדיעבד איך קאמר ר"י דמהני כשכותב שם קטן משם גדול שהרי ניכר לכל שעדיין לא גמר מלאכת' ועדיין לא יצא מן התיב' כלל ומה בכך שהושוה קריאתו מ"מ אין זה גמר מלאכה כיון דאיכא קפידא טובא במלתא לענין דבר שבקדושה לפסול אף בדיעבד ולכן קאמר ר"ח דזה אינו דכשר ולכן כיון שעשה בו אותיו' שנים אשר באו אל התיב' והם מתקיימי' במקום אחר אפילו בס"ת בדיעבד שפיר מיקרי גמר מלאכה ולפ"ז צריך לומר בכוונת הרמב"ם שלא ניחוש אל הלשון כיון דבדיעבד כשר לכן כשכתב שם אף על פי שהוא מ"ם פתוחה הוי גמר והיינו כדר"ח ולפ"ז א"ש נמי מה דקאמר

ומדפתוח ועשאו סתום כשר סתום נמי כו' ולכאורה משמע דבעי לתרוצי מתניתין ולפי מה שכתבתי לעיל לא קשה על מתניתין כלל ולפי מה דמייתי הברייתא דטעמא משום כתיבה תמה וצריך לומר דלתרוצי לישנא דר"ח קאתי דעדיפא משני דאפילו בספר תורה כשר סתום ועשאו פתוח ולכן קאמר הש"ס ומדפתוח וכו' אך לפי מה דכתבינן השתא א"ש בפשיטות דאף לטעמא דברייתא משום כתיבה תמה מ"מ צריך לתרץ המתניתין ולומר דס"ל דסתום ועשאו פתוח כשר דאל"כ אין זה גמר מלאכה שהרי עין רואה תשור כי לא מן השם הזה אלא צריך לחוק להשלים התיבה אלא ע"כ דס"ל דגם לענין ס"ת כשר בדיעבד וחשיב השלמה:

ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא דל"ל לאתויי דריב"ב הו"ל למימר אנא דאמרי אליבא דר"י דע"כ פליג אברייתא מחמת קושי' דמי דמי כו' ויש מקום ליישב זה דודאי גם המקשה היה לו לב לדעת די"ל דכשר בדיעבד כיון דאכתי לא ידע ברייתא רק דמסברא היה סובר דעכ"פ סתום ועשאו פתוח יש לפסול דגרועי גרעיה כדאמר לקמן אך אם נימא כסברת המקשן במגילה דס"ל דהא דר' ירמיה צופים אומרים בסתומים מיירי ודלא כר"ח דס"ל מם וסמך כו' א"כ א"ש מתניתין דאין כאן גריעות כלל אך המקשן שפיר הקשה לשיטת ר"ח דס"ל מם וסמך כו' א"כ ע"כ דר' ירמיה בפתוחים וא"כ כיון שמם של שם סתום ודשמעון פחות גרועי גרעיה ולכן ר"ח נכנס בעובי הקורא לתרץ קושיא זאת שהוא לשיטתו וקאמר דבאמת זאת אומרת דאפילו סתום ועשאו פתוח כשר וקס"ד דטעמא משום דס"ל דלא קפדינן ומש"ה מעיקר' מקשה לי' מברייתא דפסול בכל גווני ולא מצי לשנויי אנא דאמרי כר"י דמתני' דבאמת אין הכרח ממתניתין דהא מצינן למימר דר' ירמיה בסתומין וממילא דאין כאן גריעותא אך רב חסד' גופיה לא מצי לשנויי הכי לשיטת עצמו דס"ל מם וסמך כו' ולכך משני ליה דאמר כריב"ב כו' וע"ז פריך ליה דמריב"ב אין ראיה די"ל דלא מכשיר רק בפתוח ועשאו סתום דעלויה עלייה משא"כ בסתום ועשאו פתוח דגרועי גרעיה סבר' הוא לפסול וא"כ מסתבר טפי לאוקמי דר' ירמיה בסתומין כסברת המקשה במגילה והוה אתי מתניתין שפיר וע"ז קאמר ותיסברא כו' שכחום וחזרו ויסדום ולכן גם ר"ח מודה דבעינן כתיבה תמה לכתחלה ומ"מ בדיעבד כשר דאין כאן גריעות כיון דמעיקרא נמי הוה כו' ודעת לנבון ניקל ליישב בזה קושית רש"י והתוספות מסוגיא דמגילה די"ל דהמקשה במגילה לא הוה ניחא ליה לאוקמי דר' ירמי' בפתוחות דא"כ תקשי מתניתין דשבת דסתום ועשאו פתוח גרועי גרעי' ולכך הוה ניחא ליה טפי לאוקמי דר"י בסתומות וא"ש מתניתין דשבת דעלייה עלייה ולכן מקשה עליו שפיר מדר"ח דאמר מם וסמך כו' אלמא דסתומות מעיקרא הוי ואפשר קצת

להעמיס כן בכוונת רש"י והתוספות מ"ש דהמקשה מהפך הסברא כו' זיל הכי קמדחי כו' ור"ל דבש"ס דשבת נקט הקושיא באופן שאם הונח לנו מלת' דר"ח דמם וסמך וא"כ ע"כ מלתא דר"י בפתוחות א"כ קשה מתני' דשבת דמוכח מינה להכשיר סתום ועשאו פתוח דהא מסתבר לפסול משום דגרועי גרעי' ובמגילה ששם עיקר מלתא דר"י ניחא ליה למנקט מלתיה אם נפרש דבפתוחות מיירי כי היכי דתיתי שפיר מתניתין דשבת משום דעלויי' עליי' ולזה מצא מקום להקשות עליו מדר"ח דאמר מם וסמך כו' ומ"ש רש"י דהו"מ לשנוי' במגילה דר"ח אתמר בסתומי' ודר"י בפתוחים ר"ל דעכ"פ הך קושיא היה מקום לדחותה בכך אלא דהוה קושיא אחריתי דהיינו הא דמקשה בשבת דלמה יתחייב נימא גרועי גרעי' אבל מ"מ דר"ח אדר"י הוה מתרצי שפיר וגם י"ל דהו"מ למימר דלא קפדינן אגריעותא או כמ"ש לעיל דס"ל דלענין מלאכת שבת לא איכפת לן בכתיבה תמה אבל מ"מ קושייתו כמות שהוא דקשיא ליה דר"י אדר"ח הו"מ לתרוצי בפשיטות אלא תירוצה מעליה וכנ"ל:

ועוד נראה לענ"ד ליישב דברי רש"י מ"ש דהוה מצי לשנויי דר"ח בסתומים ודר"י בפתוחים אף על גב דלפי"ז היה צריך ליישב מתניתין דשבת משום דס"ל דהא דמקשה הש"ס גרועי' גרעי לר"ח הוא דקא קשיא ליה דקאמר זאת אומרת סתום ועשאו פתוח כשר אלמא דמפרש מתניתין שכתב שם משמעון דהיינו שכתב שם במם פתוחה דכיון דמם פתוחה חידוש הוא שחידשו הצופים לכתוב מם פתוחה באמצע התיבה אין לך בו אלא חידושו דהיינו דוקא באמצע התיבה ואם כתבו בסוף הרי שינה מתמונת אותיות שצריך להיות סתומה ופסול דגרועי גרעיה מהאותיות שניתנו בסיני וכתובים על הלוחות כיון שלא נתחדש על ידי צופים להכשיר פתוחה לבסוף משא"כ לר"י לא קשה מיירי דשפיר מצי לאוקמי דר"ח בסתומין ואיהו מיירי בפתוחין ואפ"ה א"ש מתניתין דשם משמעון דמיירי באמת שהיה בדעתו לכתוב שמעון במם סתומה באמצע דהא כשר בכה"ג כיון דעלוי' עליה ולכן כשכתב שם קטן דהיינו שני אותיות שם חייב דהא שפיר מתקיים במקום אחר שהרי יש כאן מם סתומה בסוף התיבה כדינו והמקשה דפריך מי דמי שם דשמעון פתוח וכו' היה סובר דבין סתום ועשאו פתוח או איפכא פסול וכדברי הברייתא שם משא"כ רצה, ר"י דס"ל כריב"ב דפתוח ועשאו סתום כשר א"כ יש לפרש מתניתין שהיה דעתו לכתוב שם שמעון במם סתומה דכשר ג"כ:

והנה דברי התוספ' במגילה הם תמוהים מאוד (ואא"ז מהרש"א האריך לפרש כוונתם והמה נפלאו מאוד בעיני כמבואר למעיין וגם תמוה מאוד מ"ש התוספות וכי מטי כו' במגילה פריך כו' שהרי ר"ת שם דבריו אמורים על ש"ס דמגילה כמבואר ממ"ש ועוד הא

אמר ר"ח מם כו' ועוד כמה גמגומים ולא רציתי להאריך ולבי אומר לי שיש כאן חסרון ודילוג דמ"ש התוס' דר"י מוקי לה וכו' עד קא מדחי ליה שייך לעיל אחר תיבת ולא תיקשי דרב חסדא והיה כתוב בגליון מה שנשמט בפנים וטעה הסופר והכניס הגליון לקמן אחר ולא קשיא מידי וכצ"ל ואומר ר"י דגמרא מסיק לי' התם דידע כו' (תיבת וקתני ט"ס וצ"ל התם דוק ותשכח שבמקום הא' נכתב קוף וחלקו המם לשנים ועשאום נו"ן יו"ד ושבשתא כיון דעל על הוסיפו וא"ו בראש התיבה ואיש מבין יחקרנו וידע כי כדברי כן הוא שרגיל ליפול ט"ס כזה) ולא תיקשי דר"ח דר"י מוקי לה בסתומים (רצה לומר דר"י מוקי להא דר"ח בסתומים ואע"ג דודאי הכי הוא דרב חסדא בסתומים מיירי נקט לשונו מוקי לה רצה לומר דעכ"פ לא מיירי ר"ח בגוונא דמיירי בה איהו ועיין בלשון רש"י בשבת שכתב לא אפשר לאוקמ' הא דר"ח כ"א בסתומים כו') וכי מטי במגילה פריך מהאי דר"ח דהכי אורחי' זיל הכא קא מדחי לי' והכי קאמר ותיסברא כו' ור"ל דבשבת דידע מתחלה לעשות חילוקים מפתוחים לסתומים היה פתח פתוח לפניו לחלק בזה בין דר"י לדר"ח שגלוי לכל שאין קושיא על דר"י דר"י מצי אמר אנא בפתוחים קאמינא ודר"ח בסתומים קאי ואין דרך המקשה להקשות בדרך את"ל כשענין גלוי משא"כ במגילה שפיר מקשה מדר"ח אדר"י בדרך את"ל דר"י בסתומים קאי ושוב כתבו וכן פי' ר"ת ר"ל שגורס ג"כ במגילה הך קושיא מדר"ח לפי שיש שאין גורסין קושיא זו מדר"ח כמבואר בספר הישר לר"ת בשם רבינו משולם) ומשני אין מהוה הוה ולא קשיא מידי ומאלה המצות נמי פריך ומשני שפיר רצה לומר דגם מה דפריך הש"ס ס"ס כו' משני שפיר ומתוך הסוגיא דמגילה ודשבת מוכחי תרווייהו דר"י קאמר כו' כצ"ל ואפשר דגם הנך תיבות ומאלה המצות נמי שייך לעיל וכצ"ל ולא תיקשי דר"ח דר"י מוקי לה כו' ומשני שפיר וכן פי' ר"ת כו' ולא קשיא מידי ומתוך הסוגיא כו' ואף כי לא מלאני לבי לומר שכך הוא בבירור כמו שהגהתי אך אומר דעתי לפי מה שמבואר עלה התוס' שיש בזה קרוב לשמוע שהט"ס הוא על דרך שכתבתי ועיין בספר הישר לר"ת שנדפס מחדש שבמסכת שבת לא כתב כלום רק במגילה אך שם באו הדברים בנוסח אחר ממ"ש התוספות בשמו וקצרתי:

וממוצא דבר אנו למדין שאין להביא ראיה ממה דפסול בס"ת כשעשה פתוחות סתומות או איפכא שיהא פסול גם בגט די"ל בס"ת שאני דכתיב וכתבתם דדרשינן מיניה דבעינן כתיבה תמה וכה"ג דרשינן בברכות ושננתם שיהא למודך תם וכן לענין ד' מינים דדרשינן ולקחתם דבעינן לקיחה תמה אבל גבי גט דכתיב וכתב לחוד כיון שכמו שהוא נכתב הוא נקרא שפיר מיקרי כתב ולפי הסברא שכתבתי כיון דפסול לענין ס"ת לא מחייב עלה

לענין שבת לפי שנראה שעדיין לא גמר התיבה בשלימותה י"ל דגם בגט פסול משום לעז שיאמרו שאין זה המגרש ששמו שם כיון שכתב במ"ם פתוחה הוא איש אחר ששמו שמעון או שמואל והסופר אף הוא מתכוין לגמור את השם אלא שטעה וקיצר במקום שהיה צריך להאריך ומ"מ בשם יום טוב או שם טוב או בן ציון וכיוצא ליכא חשש בזה אם כתב פתוחה במקום סתומה כיון דלא בעינן כתיבה תמה. וגם לענ"ד בס"ת גופיה צ"ע מנין לנו להכריע לפסול ודלא כר"ח כיון דמשמע מהש"ס לפי המסקנא דמהוה הוה כו' ושכחום וחזרו ויסדום שפיר מתרצה מלתא דר"ח כר"י ב"ב ולא אשכחן מאן דפליג עליו דאפילו הנך תנאי דס"ל דלא כר"י ב"ב והכי קי"ל דניסוך המים כל שבעה מ"מ בהא דס"ל לר"י ב"ב דפתוח ועשאו סתום כשר לא אשכחן דפליגי רק הטעם משום דניסוך המים כל שבעה הל"מ הוא ואם כן לכאורה נראה דהלכתא כוותיה. וגם לפי פשיטות דברי הש"ס ס"ל לר"י הכי וכן ס"ל לתנא קמא דברייתא דמייתי התם דקאמר גם כן מצינו שם קטן כו' ואם כן מה"ת לתפוס עיקר דברי הברייתא דפסלה כיון דאיכא הני תנאי דמכשרי ור"ח דהוא אמורא ס"ל הכי. ולכאורה היה אפשר לומר דסוגית הש"ס מוכחא דעיקר לפסול כתנא דברייתא דהא פריך ס"ס אלה המצות כו' ולכאורה מאי קושיא כיון דלר"ח ע"כ לפי המסקנא דחזרו ויסדום צ"ל דהיינו לכתחלה ולא לעכב אם כן גם מאי דאמרי' ואתו צופים תקנו הי באמצע תיבה כו' נמי י"ל דלמצות בלבד לענין לכתחלה תקנו ולא לעכב ומהאי טעמא גופיה שאין הנביא רשאי לחדש לא תקנו לפסול ואם כן מה צ"ל חזרו ויסדום דבלא"ה נמי לא שייך אלה המצות בדבר שתקנו לכתחלה לבד וצ"ל דודאי לר"ח א"ש רק דהש"ס מקשה ס"ס אלה המצות כו' על תנא דברייתא דפוסל בכה"ג משום דהוה כתיבה שאינה תמה דהא אין זה רק מתקנת צופים ואמרינן אלה המצות שאין להם לחדש דבר לפסול בדיעבד והלכך כיון דסתמא דתלמודא דמגילה פריך ס"ס אלה המצות משמע דס"ל כברייתא דפסלה ולא כר"ח ולכך הסכימו הפוסקים לפסול:

אך לענ"ד יש לומר דהש"ס שפיר קא קשיא ליה גם אליבא דר"ח דדוחק הוא לומר דקושית הש"ס לא אזלי לר"ח ומכ"ש במסכת שבת דכל עיקר פלפול הש"ס אליבא דר"ח קאי ומאי פריך ואכתי אלה המצות לכן נראה דהכי קשיא ליה כיון דמהוה הוה אלא דלא ידעי הי באמצע כו' והצופים שתקנו כך קבלו מפי הגבורה שצריך להיות פתוחה באמצע וסתומה בסוף אם כן פשיטא שיש עכוב בדיעבד ואם שינה פסול ולכך קאמר גם זה בכלל הותסברא כו' מהוי הוה ואכתי אלה המצות כו' אלא שכחום וחזרו ויסדום ולפי זה שפיר יש לומר דמעיקרא תרווייהו הוו בין בתחלה בין בסוף אלא שנשכח אחד מהם לגמרי ושוב חזרו ויסדום שיהיו שניהם כמו שהיו בראשונה ומ"מ לכל מר כדאית

ליה דלר"ח מעולם לא היה קפידא מי בראש לעכב רק לכתחלה לבד ולמ"ד דפסול שפיר היה קפידא בדבר מעיקרא ג"כ:

ובזה דכתיבנא א"ש בהא דאמר ולא ידעו הי מינייהו באמצע והי מנייהו בסוף ומדקדקים למה לא נאמר הי מינייהו בתחלה או באמצע והי מינייהו בסוף ולפמ"ש י"ל דלכאורה קשה לפמ"ש דכיון דצופים מפי הגבורה אמרו יש עכוב בדבר וא"כ תיקשי הא דר"י ב"ב דקאמר רמז לניסוך המים מן התורה דהא משמע דלא קשיא ליה כי אם לר"ח דמכשיר סתום ועשאו פתוח אבל על ר"י ב"ב לא קשיא ליה ואם איתא לדר"י אם כן לבתר שחידשו צופים אין כאן רמז כלל ופשיטא דאין סברא לומר דהרמז קודם שחידשו צופים הוא דפשיטא שהתורה בא לרמז לנו לדורות עולם לא ישתנה בשום פעם וע"כ צ"ל כן דאל"כ תיקשי מאי קאמר בשלמא פתוח ועשאו סתום עלויי' עלייה כו' וקשה דלמאי דס"ד דמעיקרא לא הוה פתוחה כלל אם כן אין הוכחה מדר"י ב"ב דהא אז לא היה רק סתומה וכן הקשה בפ"י ודוחק לומר דלא מסתבר ליה שחידשו צופים מה שהיה כשר מתחלה רק שחידשו שגם מ"ם כזו יכול לכתוב ואם כן ממילא אף בלא ר"י ב"ב יש להכשיר מצד הסברא דעלוייה עלייה. אך באמת אין צריך לזה דאתי שפיר בפשיטות דכיון שהרמז צריך שיהיה גם לדורות אם כן גם לאחר שחידשו צופים יש שם רמז וע"כ לומר דפתוח ועשאו סתום כשר דעלוייה עלייה:

ולפ"ז קשה מה שהקשיתי דלמאי דקאמר לא ידעו כו' וצופים תקנו פתוחה באמצע ואם שינה פסול אם כן אין כאן רמז ולכן נזהר התרצן בדבריו ואמר לא ידעו הי באמצע כו' וא"כ י"ל דעל תחלת התיבה לא תקינו כלל ויכול להיות בין סתומה ובין פתוחה וכיון דהרמז הוא באות מ"ם שבתחלת תיבת מים שפיר רמזה התורה ע"ז אף שהוא מ"ם סתומה דלענין תחילת התיבה אין קפידא שלא תקנו רק על אמצע התיבה בלבד ולמאי דמסיק שכחום וחזרו ויסדום פשיטא דא"ש דלר"י ב"ב לעולם לא היה מעכב וגם קודם ששכחו לא הוי לכתחלה כמו דס"ל לר"ח אליבא דר"י במתניתין דסתום ועשאו פתוח כשר ופליג אברייתא דפסלה בכל גווני:

וראיתי בפ"י שהקשה דהאיך אפשר שהס"ת והתפילין שלהם היו פסולים עד שבאו צופים וחזרו ויסדום ולר"ח ניחא יעו"ש ולענ"ד יש לומר דהך דר"י דאמר הכי אתי כמ"ד דס"ל בסנהדרין שהתורה ניתנה אשורית וכשחטאו נהפך ובימי עזרא חזר להם אשורית ולפ"ז א"ש דבעת שכחתם היה הכל בכתב עברי ולא היה שם אותיות אלו כלל ואח"כ כשקיבלו מאשור כתב אשורי ולא מצאו בהם אותיות מנצפ"ך חזרו הצופים ויסדום ובהכי א"ש מה שהקשו שהרי היו יכולים לידע מן הלוחות עיין בחידושי

הרשב"א ובטורי אבן ולפי מ"ש א"ש ע"פ מה שראיתי בספר נזר הקודש שכתב דבלוחות הראשונים היה אשורית ואח"כ כשחטאו בעגל חזר ונתן בכתב עברי ובימי עזרא חזרו ישראל לכתב אשורית ולפ"ז לא יכלו לדעת מן הלוחות כיון דלוחות שניות היו בכתב עברי ולא היו יכולין ללמוד משם כלל כן י"ל לפום ריהטא ועדיין צ"ע:

ואיך שיהיה עכ"פ אפס מקום להכריע הלכה שיהיה פסול בדיעבד אם עשה סתומה פתוחה או איפכא וקצת יש להביא ראיה מהירושלמי בשבת דקאמר מיתיבי לר"י והלא אלו כפופין ואלו פשוטין יע"ש ולשון זה מבואר שחכמים השיבו זה על ר"י דאינהו ס"ל דפסול בכה"ג וכדברי הברייתא דאין לומר דמלכתחלה קא קשיא להו ז"א כדמשמע בש"ס דילן דאם היה כשר בדיעבד אין להקשות על ר"י וכיון דבירושלמי משמע דחכמים פליגי על ר"י. וס"ל לפסול יש לפסוק כחכמים לגבי דר"י ומצאתי בספר התרומה שכתב בהלכות גיטין סימן קט"ו וז"ל מתוך שמעתא הדא אומר מורי הכותב גט פעמים שנופלת טיפת דיו כו' או פעמים שרוצה לעשות מ"ם פתוחה ודחק החרטום כו' ואמרינן פרק הבונה שלא יעשה פתוחה סתומה אע"ג דאיכא תנא התם דמכשיר כמו כן איכא דפסל ומוחק הדבוק בראש התער זהו חק תוכו' ופסול וכן כתב בהלכות תפילין סימן ר"ה יע"ש והמרדכי פ"ב דגיטין העתיק דברי סה"ת אלו יע"ש הרי מבואר כמ"ש דאין הכרע לפסוק הלכה כלל בבירור ואין רק ספק לבד ובאמת גם דברי סה"ת צ"ע דאפילו תימא בס"ת דספיקא הוה שמא הלכה כמ"ד פסול מ"מ מנ"ל ללמוד משם לענין גט די"ל דדוקא בס"ת פסול דבעינן כתיבה תמה משא"כ בגט י"ל דלא בעינן כתיבה תמה וליכא למ"ד דפסול וכ"כ התוספות והרא"ש גיטין דף כ' בשם הר"י לענין מוקף גויל דדוקא בס"ת ותפילין ומזוזת בעינן שיהיו האותיות מוקף גויל דכתיב בהו וכתבתם כתיבה תמה אבל בגט ליכא קפידא אפילו ספר ודיו לא בעינן בגט דספר אתי לספירת דברים ע"ש ואפשר דמהאי טעמא כתב הרא"ש אם נפל טיפת דיו לתוך האות כו' שהם תחלת דברי סה"ת והשמיט סוף דבריו שכתב או פעמים שרוצה לעשות מ"ם פתוחה ודבק כו' משום דס"ל דבזה אין לפסול משום חק תוכות דמדינא הוא כשר בדיעבד אף אם היתה נשארת כך סתומה כיון דלא בעינן כתיבה תמה ובש"ע סימן תכ"ה דנקט הך דינא אע"ג דמכשיר התם באין מוקף גויל בדיעבד י"ל דגם בהך דנדבק החרטום ס"ל דבדיעבד יש להכשיר ועכ"פ במקום עיגון אלא דחייש לדברי סה"ת דמדמי גט לס"ת לענין החילוף מפתוחה לסתומה ולדינא נלענ"ד שהכותב בן ציון בנו"ן פשוטה לא הפסיד רק שיש לקרב קצת ומכ"ש שלא לכתוב בשני שיטין ואהני קבלתו לענין זה שלא נתפוס אותו כשני תיבות אבל לענין הנו"ן קרוב הדבר שקבלה בטעות הוא מאחר שמימינו לא ראינו כך מסתבר

טפי שיש לכתוב כדרך העולם ואף מי שיראה חתימתו בנו"ן כפופה יתלה שזה חותם כן בטעות ועיין במבי"ט לענין שם גזול גזעלה. הנלענ"ד כתבתי דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה צא

שאלה איש אחד נקרא בשם העריסה יהושיע העשיל וכן הוא עולה לתורה וחותם רק בנערותו טעו קצת אנשים והחליפו את שמו בשיבוש הירשל וכן עד היום קורין אותו מקצתו ר' הירש והמסדר כתב יהושע המכונה העשיל ודמתקרי הירש ואחי הרב הגאון הגדול המפורסם מהור"ר חיים מרדכי נ"י אב"ד דק"ק דובנא יע"א כתב שלא יפה כיוון המסדר בזה והיה צריך לכתוב והמכונה הירש כיון שהוא שם לעז והאריך בזה בתשובתו ושלח אלי לחוות דעתי בזה:

תשובה לרוב פשיטות הדברים בעיני לא נפניתי להאריך כי מה שרצה המסדר לחתור היבשה לחלק בין אם הכינוי של מחמת שמכניס אותו בכוונה ובין אם הוא מחמת טעות שטעו בשמו דאז נופל יותר לשון דמתקרי וסברת הכרס הוא זו דאטו קריאת השם היא ממצות שצריכות כוונה כיון דסוף סוף הם מכנים אותו בשם זה יש לכתוב עליו המכונה כמו אם קורין אותו בקיצור השם במקום שיש לכתבו או על שם צורתו וכיוצא גם כן אין דעת הקוראים שיהיה זה לו שם העצם לא בקודש ולא בחול שהרי מעריסה לא ניתן לו שם זה כלל רק הם נפנו אל מדעתם והחלו לקרוא לו בשם זה אע"פ שיודעים בעצמם שאין זה שמו המובהק וה"ה אם הוחזקו לקרוא אותו בשם כינוי ע"פ טעות שסוברים שהוקבע לו שם זה שיהיה שמו החול בקביעות ומה איכפת לנו אם הוא בטעות או לא ואדרבה בזה שהם סבורים שזה הוקבע לו שם זה מעריסה ואם כן כיון שכל עיקר כתיבת שם זה הוא בשביל חשש לעז מהקוראים אותו בשם זה אם כן כשישמעו או יראו דנכתב עליו דמתקרי יסברו שאין זה המגרש שהרי המגרש הזה כך שמו של חול והיה צריך לכתוב המכונה ואע"ג שדעת אא"ז הרמ"א בתשובה דאם כתב דמתקרי במקום המכונה דכשר זה דוקא אם לא היה כותב מתחלה על שם אחר המכונה אבל בזה שיראו שכתב מתחלה המכונה ואח"כ דמתקרי ירגישו בשינוי זה ויטעו לומר שאין זה המגרש והדבר מבואר בתשובת הגאון מהור"ר יושע ז"ל בעה"מ מג"ש ופ"י כמ"ש לקמן ואע"ג דבכל דוכתא דאיכא רובא ופורתא או מקצת כך ומקצת כך כותבין דמתקרי או המכונה ולא חיישינן ללעז מחמת דהני לא ידעי בהא שמא ז"א דהתם כיון שעכ"פ שני השמות כתובים בגט אמרינן דאף שאלו קורין אותו ראובן ידוע להם שיש קורין אותו שמעון ואף את"ל שאין ידוע להם עכ"פ לא יוציאו לעז עד יחקרון מילין ויתוודע להם שיש שקורין

אותו בכך אבל בזה שקריאתם בטעות אם כן לא נודע להם משם אחר כלל ואם יעמדו על המחקר הרי יתוודע להם שאין זה שמו כלל ואם כן לא היה מקום לכותבו כלל ואם תאמר שזה לא יתוודע להם שקריאתם בטעות רק שיתודע להם שעיקר שמו העשיל ומ"מ יש לו גם שם הירש אם כן יקשה בעיניהם למה על העשיל נכתב המכונה ועל הירש נכתב דמתקרי ופשיטא דלא מסתבר שיתלו בזה שכתבו כן מחמת טעותם ולכך נכתב דמתקרי בשביל טעותם וכסברת המסדר ולכן יש לחוש בזה טפי ללעז שיסברו שלא זהו המגרש והנה בשו"ת גאונים בתראי סימן ג' הועתק תשובת הב"ח בענין דמתקרי לובא הנדפסת בתשובות הב"ח ושם נדפס גם כן תשובת הגאון בעל מג"ש בענין זה לחלוק עליו וכתב דמנהג זה לכתוב על שם הקודש דמתקרי ועל שם לעז המכונה הוא מנהג ומטבע שטבעו הגאונים דהיינו הרי"ף והר"ן כו' אם כן הוה שינוי שם אבי המגרש ממש שהרואה דמתקרי לובא יטעה לומר שלובא שם קודש הוא מעריסה וישתנה בחליו לשם יצחק וכינוי אייזק כו' וכ"ע ידעי ששם אבי המגרש לא נשתנה מעולם כו' ויטעו לומר איש אחר הוא כו' ואם יקשה לומר תינח אם נמצא בתנ"ך כו' עד ק"ו בנ"ד בתרי לשונות דסתרי בגט המכונה אייזיק דמתקרי לובא ומנהג חז"ל לעולם לכתוב המכונה בשם לעז ודמתקרי ע"ש הקודש גם שהיה איזו ישוב ליישבו כמ"ש לקמן סברת הרב בנ"ד ודאי השינוי לשון דמכונה ודמתקרי א"א ליישבו אלא כנ"ל ואם כן הוא שינוי השם כו' ועוד אם יש שום שינוי בגט שהוא בודאי כשר אם אפשר לכתוב אחר כותבין כדאיתא במהרי"ק שורש קנ"ב כו' מכ"ש בנ"ד שיש כמה פקפוקים בודאי פסול לגרש בו ואפשר דאפילו הולד ממזר אלא יש לכתוב יצחק המכונה אייזק והמכונה לובא דבזה אין פקפוק וע"ש שהביא דברי הב"ח והשיג עליהם וסיים בה שהגט פסול ואפילו אם ניסת תצא כו' וקצרתי לפי שהתשובה מצויה פוק עיין בה:

וכבר הביא אחי הגאון נ"י דברי הט"ז בזה שבעובדא זו דהב"ח ערערו עליו ונכנסו בעובי הקורה להצריך גט אחר ומ"ש הט"ז שם דאח"כ מצא בתשובת הרמ"א דאם כתב דמתקרי במקום המכונה כשר כתב זה לפי שלא סיימוה קמיה והיה סבור שכל הפקפוק שכתבו על המכונה דמתקרי אבל לפי המבואר בשו"ת הגאון מהר"י הנ"ל דכה"ג דנ"ד למיחוש מיבעי אף אם נאמר דבעלמא כתב דמתקרי על שם לעז כשר משא"כ בזה שיש שני שמות לעז וכותב על אחד המכונה ועל אחד דמתקרי כיון דהלשונות סותרים אהדדי שיש לחוש ללעז שאין זה המגרש וגם כתב שם דהוי כעשה טפל עיקר דלובא הוי טפל לשם אייזיק וא"כ גם כאן כיון דשם הירש עכ"פ טפל לשם העשיל ועכ"פ לא היה לו לכתוב לכתחלה על הירש דמתקרי ועל העשיל המכונה ואין להאריך שהדבר פשוט דאנן דנהגינן דלא

כהב"ח דמחלק בין שם לעז שבשעת לידה לשם שניתן לו על ידי איזה סיבה אלא בכולם כותבין המכונה א"כ פשיטא שאין לבדות מדעתינו חילוק בין שם במתכווין או עפ"י טעות והדבר ברור למעיין דמה שאנו הולכין אחר קריאת השם כפי העולם לאו בקריאה דידיהו תליא מילתא כמו שמבואר בסדר השמות דאותן השמות שהוא מתבייש בהם ואין קורין אותו בפניו בהם אין לכותבן ואף כי נקרא שלא בפניו בשם זה לא איכפת לן בהכי ועיקר הגט הוא לשון הבעל אנא פלוני ואין צריך לכתוב המכונה פלוני על שם שנתבייש בו ואינו מקבל עליו להיות נקרא בו רק אותן השמות שהוא מחזיק עצמו בהם וקרו ליה ועני בשם זה יש לכתבו בגט אף שהמועט קורין אותו בו שהרי קיבל עליו שם זה ועונה לקוראיו אשר יקראו בו ואף דרובא עיקר מ"מ בשביל לעז המועט יש לכותבן ג"כ ועכ"פ עיקר קביעות השם לא מחמת קריאת העולם ומפיהם אנו חיים אלא מחמת שהבעל הוא מחזיק לעצמו שם זה וא"כ מה איכפת לן בזה שהעולם מכנים אותו בכוונה או בטעות לאו אפומייהו כתבינן רק מחמת שהבעל עונה אותם בקריאתם אותו בשם זה וכל שהוא החזיק לעצמו שם זה והוא שם לעז ויש לו שם הקודש אחר שעולה בו לתורה פשיטא שיש לכתוב על שם זה המכונה ולא דמתקרי והדברים ברורים לענ"ד:

והנה בספר שמות אות שי"ן שם גם אשה שבת והביא דברי מהרח"ש באשה שנקראת גראסיוזא ואח"כ קראו הכל שבתולה והקשה בס"ש ע"ז מדברי אא"ז מהר"מ מלובלין לענין שם מירוש דאף שניהם לעז כותבין דמתקרי וכן ס"ל למהרח"ש ג"כ וכתב והדר ניחא לי בעיון תשובתו היטב הדק דשאני התם שלא היה שם שבתולה שם כלל אלא כינוי שמכנים אותם בשם זה ע"ש השבת כו' א"כ אחר שאינו שם העצם אלא כינוי בעלמא על שם היום שנולדה הגם דהוא לשון הקודש לכן הורה לכתוב המכונה אבל היכא דשני השמות המה שמות העצם ולא שם כינוי בעלמא והם שתיהם לעז כותבין דמתקרי כו' יע"ש הרי מבואר דגרע טפי מה שאינו שם העצם לכתוב המכונה אפילו שהוא לשון קודש וק"ו הדברים בנ"ד, וכן הביא אחי הגאון נ"י מספר ג"פ כמה לשונות שדעתו כן דעל שם העצם נופל טפי לשון דמתקרי מלשון המכונה ועיין בתשובות רמ"א סי' פ"ד שיש שרצו לומר דאם השם השני ניתן אח"כ אף אם הוא בלה"ק יש לכתוב המכונה וקצרתי וא"כ בנ"ד פשיטא שיש לכתוב והמכונה הירש ופלטינן מחששא דהגאון מהר"י ז"ל ואין לומר דעל כרחך לא חשש הגאון ז"ל אלא משום שצידד שם שיש מקום לטועה לטעות דלובא הוא שם הקודש וכיון דשם הירש ידוע שאינו שם הקודש א"כ אין לטועה לטעות שהוא שם שקודם החולי דמ"מ הוה לו לכתוב שם הקודש והמכונה הירש ולא דמתקרי אך באמת ז"א דודאי אם כותבין שם שקודם החולי

וידוע שמו הקודש כותבין אותו ואת חניכתו אבל לפעמים אין ידוע בבירור שם הקודש שלו וגם אפשר שנסתפק אם שמו הקודש נפתלי או צבי וכתבו השם שקודם החולי הירש שהוא החניכה שהכל היו קורין בו ושפיר כתבו עליו דמתקרי להורות שהוא השם שהי' נקרא בו קודם החולי כמבואר בהגהת הרמ"א וא"ל דמדכתבו ודמתקרי מוכח שאין הכוונה ע"ש שקודם החולי ז"א כמבואר בישׁ"ש סימן ך"ד דהיכא דגם לאחר חליו מכנין לו בשם זה כותבין משה המכונה לימא דמתקרי יצחק והמכונה לעבלין וכן משה דמתקרי יהודה והמכונה ורוחן משום דאף לאחר חליו כשקורין לו משה מכנים לו ורומן דאי לאו ואו שבראש התיבה היה משמע דוקא מתחלה כשהי' נקרא יהודא היו מכנים לו ורומן ע"ש והשם שהיה לו קודם החולי שם הקודש אחר וכתבו עליו דמתקרי כתבו על כינויו והמכונה ולהורות שגם עתה נקרא בכינוי זה והיכא שלא היה לו קודם החולי שם הקודש כלל או שאין ידוע מה היה שם הקודש שלו אם כותבין הכינוי שקודם החולי וכותבין עליו דמתקרי להורות שהיה נקרא בו קודם החולי ואם גם עתה נקרא בו וגם קודם החולי כותבין ודמתקרי להורות שכך היה נקרא קודם וגם עתה עדיין נקרא בו ג"כ וא"כ מחמת שני הלשונות הכתובים בגט המכונה ודמתקרי והשני הוא ג"כ שם לעז כמו הראשון דחיק ומוקי נפשיה שהיה שמו הירש בפי כל ושם הקודש לא נודע מה היה לו ונשתנה מחמת חולי ליהושע וכינוי העשיל ועדיין קורין לו הכינוי הירש ג"כ ולכך נכתב ודמתקרי הירש וכיון שידוע שבעל זה מעיקרו היה שמו יהושע בכינוי העשיל ולא נשתנה מעולם איכא לעז שיאמרו שאין זה המגרש וכחששא דהמג"ש ממש וגרע מיניה דהתם החשש באבי המגרש והכא החשש במגרש עצמו והנה תשובה זו של המג"ש הנדפס בגאונים בתראי הוא אצלי בכת"י באריכות קצת וכתב שם שנתכנסו כל החכמים אצל הגאון מהר"ן ז"ל ונמנו לפסול הגט והוא ז"ל עם עוד חכם נבררו לילך אל הגאון הב"ח ז"ל להתווכח עמו ואז נתחזק הרב ובנה יסודו על ו' עמודים ובסוף דבריו סיים מה שאמרו חז"ל מי שאינו יודע בטיב גיטין כו' ולא אמר בהלכו' גיטין אלא שזה אפילו בהלכות שחיטה כל טבח שא"י הלכות כו' עכ"ל ולכן אף על פי שאם היה כאן מקום עיגון גדול לא היינו ממהרים להחליט לפסול והיה צריך חיפוש צדדי היתר אבל כיון דבקל אפשר לתקן פשיטא שאין להכניס עצמינו בספיקות ולחדש סברות שאין להם שורש וענין בשום פוסק והדברים מראים להיפך אלה שלפי פשיטות הענין בעיני מנעתי לעצמי מלחזור על ראיות בהא נחיתנא ובהא סליקנא דיש לכתוב בכה"ג יהושע המכונה העשיל והמכונה הירש כאשר כתב אחי הגאון נ"י:

דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה צב

בדבר כתיבת שם ריבה שהוא השם שבפי כל ובתנאים ובכתובה כתוב רבקה והנה כ"ת לא כתב אם היה דרכה לחתום שאז נראה שיש לעשות עיקר מחתימתה ואף שחותמת עצמה באלף יש לכתוב כן שאין זה כמו טעות בחתימתה ובפרט לדעת הט"ז שהביא הב"ש שבכל ענין יש לילך אחר החתימה אך אם אין רגילה לחתום נראה דבמדינתינו שידוע שבעת העריסה קורין שם רבקה אלא שבפי העולם נשתרבב לקרות לגעגוע ריבה או ריבלה א"כ עיקר השם הוא רבקה ומכ"ש שכן כתוב בתנאים ובכתובה וכן נקראת בפי המעט ולכן יש לכתוב רבקה המכונה ריבה כמ"ש גבי מרים מירוש ושרה סאייה ומצאתי בכת"י הגאון מהר"מ חריף ז"ל שכתב וז"ל בספר שמות רביה והנה בשו"ת מהר"מ מלובלין כתוב ריבה בת עיברל שמש (ר"ל ששם זה מוזכר שם בעסק אחר אבל לא לענין כתיבת גט מיירי) והנה אפשר שם ריבה שקורין בארצינו הוא קיצור השם מן רבקה וא"כ היה צריך לכתוב ה"א לבסוף. אך בשם בנימין ואחד היה נקרא בונא כתב רש"ל אם יש ג' יוסף ב"ש יכתבו גם שם בונא באלף בסוף כי הוא חניכת שם בנימין בלשון לעז עכ"ל רש"ל ואפשר דמה שמביא בספר שמות היתה נקראת ריוה בצירי והוא ע"ש תואר שהתרגום ריוה וכן בפסוק וריוה די רביעאה כו' וצריך לחקור אם שם העריסה רק ריבה ולא רבקה דיש לכתוב ריבא וכמו בשם שרה שער"ל סאייה או רחל רעכיל כנ"ל משה עכ"ל הגאון מהר"מ חריף ז"ל ומ"ש בשם ס"ש ריוה לא מצאתי כעת בס"ש ולדינא נלענ"ד דוקא בידוע ששם העריסה רובה אבל בסתמא נותנין השם הנכתב בקדושה רבקה בעת העריסה ומכ"ש בזה שענינו רואות שזה עיקר שמה ויש לכתוב שם רבקה עיקר וע"ש ריבה המכונה כיון דמ"מ קרו לה הכי וכן דעת הג"פ לענין חקין דהיכא דכ"ע קרו ליה חקין יש לכתוב יצחק המכונה חקין אף על גב דודאי הוא קיצור השם והנה שלחתי לשאול פי הסופר דפ"ק איך נהגו גבן ואמר כי נהגו לכתוב ריבה לבד רק אם הוא חותמת בענין אחר הולכין אחר חתימתה אך לדעתי אף על פי שגם ריבה לבד כשר דהוי חניכא שהכל קורין בו מ"מ כיון דתיבת ריבה משתמש בלה"ק בפתחון נקיבה ילדה ג"כ טפי עדיף לכתוב עיקר השם ג"כ דהיינו רבקה המכונה ריבה אחרי שידוע בבירור מנהג מדינתינו לקבוע שם העריסה רבקה ובאתרא דנהיגי לקרוא מעריסה ריבה אין לכתוב רק ריבה לבד ומ"מ יש לכתוב ריבה בה"א ואף שבדברי מהר"מ חריף איתא באל"ף נראה דאגב שיטפא רהיט ליה וצריך להיות בה"א דאף שניתן בעריסה שם זה מ"מ נגזר משם רבקה ועיין בב"ש גבי שרה סאייה כך נלענ"ד:

הק' אפרים זלמן מרגלות מבראד

שאלה צג

בדבר האיש ששמו במקום הכתיבה בק"ק ראדוויל מקצתן קורין לו מיכל פינחס ומקצתן פינחס מיכל וחתימתו הוא מיכל פינחס אך במקום הנתינה היה נקרא לכל פינחס מיכל ולס"ת אין בירור איך היה נקרא ואם באנו לחוש לספיקות היה צריך לכתוב כמה גיטין וידוע שאין ליתן ב' גיטין אלא מדוחק ובפרט בגט ע"י שליח גלל כן דעתי נוטה שלא יכתוב רק החניכא שהכל קורין במקום הנתינה לעיקר ומה שמקצתן קורין לו וחותם לטפל כי במקום הנתינה אין חתימתו ידוע ומפורסמת ויש לכתוב פינחס מיכל דמתקרי מיכל פינחס ואף לפי מ"ש במקום אחר דבשביל החתימה לא שייך דמתקרי מ"מ כיון שמקצתן קורין לו ג"כ במקום הכתיבה שפיר יש לכתוב דמתקרי ובשם אבי הבעל שעולה לתורה וחותם ישראל מנחם ונקרא בפ"כ נחום פשוט שיש לכתוב ישראל מנחם דמתקרי נחום אך צריך לחקור דאולי ישראל אינו רק שם מחמת חולי ואז צריך לכתוב ישראל דמתקרי מנחם דמתקרי נחום והב"ד יש להם לחקור זאת וגם בשם הבעל אם הענין הוא כאשר כתבתי ושם האשה נחמקה בת ברוך ומחמת עש"ק קצרתי דברי הק' אפרים:

שוב שלחו הגט והשמיטו שם אבי האיש לפי שהמגרש לא ידע אם ישראל שם הלידה או מחמת חולי וע"ז חזרתי וכתבתי להב"ד דשם שאין דעתי נוטה בזה שהשמיטו בגט שם אבי המגרש לגמרי שאף שח"א הגאון מהר"מ מלובלין ז"ל בשו"ת סימן תי"ח עשה כן בגט מומר ששלח לק"ק קושטנטינא סיים בה כי הי' אצלם בצד הנמנע שיהא נודע להם שם אביו בשום חקירה בעולם וכיון שדעת מהרא"י משמע קצת לפסול אפילו בדיעבד בלא נכתב שם אביו וכ"כ בג"פ בשם שארית יהודא שיש לחוש לדברי מהרא"י היכא דאפשר ולא תנשא בגט זה אבל אם נשאת ל"ת ובמקום עיגון אפילו לכתחלה תנשא. וא"כ פשיטא דבנ"ד שאין כאן מקום עיגון ומכ"ש שהגט לא ניתן עדיין אף על פי שכבר נכתב לא חשיב דיעבד שהרי בקל יוכל לעמוד על המחקר וגם יש עוד טעמים אחרי' שאולי ימצאון במקום עמידת הבעל אנשים ששמו כשמו וגם לפי דעת ש"ב הגאון מליסא בספרו תורת גיטין כשלא נכתב שם אביו צריך ע"מ כשבאם להנשא ואין לנו להכניס עצמינו בספיקות כאילו בעסק גיטין במקום שאפשר לתקן והנה ק"ק יאמפלא דרך יום כה הלא יחקרון מילון היה כותב מכ"ת בגט עכ"פ החנוכא של שם אביו דהיינו נחום לבד היה מקום לסמוך ע"ז דהוא חניכא שהכל קורין בו ומ"ל דגם מהרא"י מודה בזה. ועיין בתשובת הרא"ש כלל מ"ה על גט שבא ממדה"י ולא כתבו שם אבי האשה רק כינוי שלו והשיב שאין נפסלו בשביל שלא כתב רק כינוי כההיא דתנן כתב חניכתו וכו'

ומזה רצו לדון דאף הרא"ש אין מכשיר רק בכתב הכינוי עכ"ד אף שכתבו לדחות מ"מ עכ"פ לפי פשיטות הדברים היה כשר בשם הכינוי עכ"פ אבל בזה שאינו לא בשם ולא בכינוי עכ"פ אבל בזה שאינו לא בשם ולא בכינוי בשביל שהיה והוצאה מועטת אין לנו לעשות מעשה לכתחלה וכמ"ש הגאון בעל מג"ש ז"ל מהא דאתקין שמואל בגיטן וכו' כתב רש"י דאף על גב דקי"ל כר"י דאמר זמנו של שטר וכו' מ"מ בגט משום חומר א"א בעינן למיפק אליבא דכ"ע ולפי דעתי בקל יתוודע משם הבירור ואם לאו עכ"פ יכתוב החניכא דהיינו שם נחום ונסמוך בזה דלא עדיף שם אביו משם עצמו דבמקום הצורך סומכין על החניכא ומחמת הנחיצה קצרתי דברי ידידו הד"ש באהבה:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה צד

לק"ק יאס לה"ה המופלג מהורר משה בהרב מוהר"ר יאסקי ז"ל האב"ד דשם:

אשר שאל בדבר כתיבת השם פעסיא חסיא וכיוצא אין ספק שתלוי בהברת המדינה אם הברת היו"ד נדגשת במבטא כאשר הרגילות במדינתינו וכן אשה זו נקראת בפי כל אז אם חיסר היו"ד הוה שינוי השם ופסול כיון שהיו"ד היא שרשות בתיבה ואצ"ל אם יש שמות כאילו שנקראין בלא הרגש הברת היו"ד דאיכא לעז וה"ה איפכא אם נקראת בלא יו"ד וכתב יו"ד וכן כותבין שם עטיא כשקורין בהרגשת הברת היו"ד במבטא ותמצא בש"ס רב אויא רוניא מחסיא וכאלה רבות ושוב עיינתי במכתבו וראיתי שכתב חנניה בה"א לבסוף וכגון דא צריך לאודועי שאף על פי שחנני נגזר מחנה שהוא שם הקודש דעתי נוטה לכתוב באל"ף בסוף וכאשר נהגו בשם עטיא אף על פי שי"ל שנגזר משם אסתר ואף על פי שי"ל שנשתרבב משם עטיא מ"מ הא כשכתב אלף במקום ה"א ג"כ כשר ולכן כתבתי בתשובה שנוהגין שלא לכתוב ה"א אצל יו"ד מחמת אותיות השם ובמקום שצריך להטיל ה"א בסופה כותבין אלף ואם יכתבו כאן ה"א בסוף אתי למטעי ולמסבר שהה"א יש לה הברה לעצמה בהרגשה על ידי איזה נקודה קמץ או פתח כגון תיבת כמוה או גיה וכיוצא שיש לה"א שלבסוף הברה לעצמה משא"כ כשכותבין אלף כדרכם לא אתי למיטעי ונקראת באלף נחה כתיקנה מ"מ אם כתב ה"א לבסוף פשיטא דכשר אך אם הברת המדינה שלא בהרגשת היו"ד אז אם האות שלפניה בהברת חיר"ק יש לכתוב יו"ד לבסוף לבד בלא אלף אחריה ואז אין היו"ד רק שמושית לתיבה שלפניה כגון אורי צורי דברי וכיוצא ואם אינה נדגשת בחירק כותבין אלף או ה"א לבסוף כמש"ל ואם נדגשת בחירק וגם יו"ד נרגש במבטא כותבין ב' יודין ואלף או ה"א בסוף וכגון שם חייא ובתשובת מהראנ"ח בשם גוייא וכמ"ש בתשובה אחרת וקצרתי כאן דברי:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה צה

שאלה באחד שגיר' את אשתו והיה מוחזק מכמה שנים בשם משה בן אברהם וכך היה חותם א"ע וחקק כן על טבעתו שיש עליה חותם של אבן וגירש ג"כ בשם זה ושוב הלך למקום אחר והוציא לעז על הגט ואמר ששם אביו אברהם יאצא ומקום דירת אביו הוא במקום רחוק ויש כאן מקום עיגון אם יצטרך לעמוד על המחקר במקום מולדתו של האיש הזה והרב המאה"ג מו' חיים נ"י האבד"ק פאקשאן כתב שאינו נאמן להשים עצמו רשע לומר שעבר על החרם שנותנים בשעת נתינת הגט וגם אפשר שיאצא לא היה לו רק כינוי בעלמא אברהם יאצא לגעגוע של קטנות ולס"ת עולה אברהם ולכן כתב להתירא להנשא ושאל ממנו לחוות דעי בזה:

תשובה הנה בש"ע סי' קכ"ט בשינוי שם האב הבי' ב' דעות בזה באם נישאת אם תצא או לא והוא ע"פ מ"ש בב"י תשובות הרא"ש ומ"ש א"ח בשם תשובות רש"י והנה בתשובת הרא"ש כתב טעמא דיכול אדם לשנות שמו כדאמרינן ג' דברים מבטלין הגזירה וי"א אף שינוי השם אבל שם אביו איך יכול לשנות כו' ולכאורה צ"ע לענין עיר שנשתנה שמה דאזלינן בתר בתרא כדאמרינן בב' בורסיף ואפשר דגם בעיר שייך זה לשינוי ע"י איזה סיבה כדכתיב ויקרא שם המקום בית אל ואולם לוז כו' וכן בזוהר כפר טרשא ששינוי השם מחסי' וכה"ג טובא ובשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן פ"ח פלפל לענין שם העיר אם דמי לשם עצמו שיכול לשנות וגם בני העיר יכולין להחזיק שם אחר לעיר שלהם או דומה לשם האב ע"ש ולענ"ד הדבר מבואר דגם בשם העיר מועיל החזקת שם אחר והנה הרא"ש סיים בה והרואים הגט שכתב בו יוסף בן שמואל יאמרו אינה מגורשת כי שם בעלה יוסף בן שמעון עכ"ל ולכאורה נראה דתרי טעמי קאמר חדא דאינו יכול לשנות שם האב ועוד משום הרואים וזה צ"ע דאם נאמר שיכול לשנות אין כאן חשש רואים כיון דמשמע דמיירי בהחזיק השם החדש א"כ אין לחוש כמו אם מחזיק שם של עצמו ולכן נראה דחד טעמא קאמר דודאי אם יכול לשנות שם אביו כמו שם של עצמו שפיר הוי מהני החזיק ואין חשש לרואים שאנו אין לנו אלא שם שהחזיק בו עצמו לפנינו וכמו שהוא מועיל לשם עצמו יועיל לשם אביו אבל באמת אינו יכול לשנות שם אביו ואף על פי שמקבלים ממנו שינוי השם של עצמו אין לנו לקבל ממנו כשהוא משנה שם אביו אף שהוא מחזיקו בשם זה בפני רבים ואפילו אם אביו עדיין חי אין בידו לשנותו ומאן צייית ליה דעקר שמיה דאבוה כמו שאין שומעין לו כשרוצה להחזיק ולשנות שם איש אחר בשביל תועלתו ומכ"ש אם אביו כבר מת ויודע שנפטר בשם הלידה שלו וזה בא

אחר מותו להסב שמו פשיטא שאין שומעין לו ויש לכל אדם שצריך להזכיר שם אביו של זה לקרוא בשם המיוחד לו מעריסתו ואם בא לגרש וידוע שם אביו האמיתי אין משגיחין במה שזה בלבל שם אביו בחתימתו ועלייתו לתורה כלל הגע עצמך אם אחד מאחיו בא לגרש שמה הכי נאמר לכתוב שם האב כפי שהחזיק זה פשיטא שז"א וקול אחיו צועקים למה יגרע שם אבינו בשביל זה ההופך ומבלבל וא"כ פשיטא כיון שאין מן הדין לשנותו בשעה שבא לגרש א"כ אי שינוי אותו הוא פסול שא"ל דלא איכפת לן בשינוי שם האב כיון ששמו כתוב כהוגן דז"א שהרואים בגט יאמרו שאין זה בעלה של אשה זו אף אותן שידעו מהחזקת שם האב שהחזיק זה מ"מ כיון שיודעים שאין זה שמו האמיתי בודאי לא כתבו הב"ד רק השם הראוי וא"כ אינו בעל האשה וכן משמע לענ"ד מפסקי מהרא"י סימן קפ"ד שכתב דהרא"ש שורש הפסול נקט משינוי הטעמים ואשמועינן דל"ד לשינוי מקום הלידה דהתם ליכא טעות משום דא"צ לכתוב אבל כאן שצריך לכתוב אתי למיטעי עכ"ל:

וראיתי בג"פ שהאריך בזה בס"ק מ"ג ומתחלה רצה להוכיח מזה דא"צ לכתוב שם האב להרא"ש ושוב דחה זה ואין פנאי לעמוד על דבריו ולכאורה יש מקום לומר לפמ"ש בפסקי מהרא"י סימן קל"ח דאין חשש דמסיק לאבוה שמא אחרים דהוא חליפותא טובא אלא אשם עצמו חשו דילמא אסיק כו' ולפי"ז י"ל דהיינו טעמא דהרא"ש דבשם עצמו אם יראו שינוי יעמדו על המחקר ויתוודע להם שזה שינה שמו מ"ח וכיוצא ולכך נכתב כן בגט משא"כ בשם אביו שבאמת אין יכול לשנות שם אביו והוא חציפותא טובא לא יעלו על לב כלל לחקור דבר שהב"ד כתבו כן מחמת שזה החזיק שם אביו כן דלא חציף כולי האי ולכן ידונו שאחר הוא המגרש ובזה יש לדחות מה שיש מקום לכאורה לומר דהרא"ש ס"ל שאין לכתוב שם אבי המגרש ע"פ המגרש עצמו וכמ"ש הב"י שכן משמע מהרמב"ם ועכ"פ צריך הוחזק למ"ד יום וא"כ כשרואין שינוי בגט לאו אדעתיא שזה החזיק שם אביו בשינוי שלא כדת משום דלמ"ד יום הוא זמן מרובה ומתייירא פן יודע הדבר וכמ"ש רשב"ם ב"ב בהא דכל שהוחזק שמו למ"ד יום אין חוששין לו ולפ"ז אנן לדידן דנהגינן לכתוב שם אביו ע"פ המגרש אף שלא הוחזק י"ל שגם הרא"ש מודה בזה דאף שיראו שינוי יתלו שהמגרש שינה שם אביו וכתבו על פיו ולכשיעמדו על המחקר יתוודע להם שכן הוא ומה"ט כשר בשינוי בשם המגרש כגון מ"ח וכה"ג כיון שאם יחקרו יתוודע להם שכן הוא וה"ה בשם אביו וכן מבואר ממ"ש בא"ח בשם תשובת רש"י ז"ל שלא הצריכו חכמים לחזור אחר עדים להחזיק שמו ושם אביו כו' ולפמ"ש לא פליגי בסברא זו על הרא"ש כ"א בדינא אם כותבין שם אביו ע"פ עצמו ומאחר שהא"ח בשם

תשובת רש"י ס"ל דא"צ לחזור אחר עדים רק כותבין מפי עצמו כמו דנוהגין האידנא וא"כ שפיר כתב דכיון שהחזיק מהני שאם יחקרו יתוודע להם שכן הוחזק פה. (אך צ"ע על תשובה זו מה דמשמע דגם שם עצמו יכול לכתוב ע"פ עצמו ועיין בבני דוד בדברי תשובה זו וקצרתי):

אך לפי מ"ש מדברי מהרא"י שפיר י"ל דאפילו אם יסבור הרא"ש דשם אביו כותבין ע"פ עצמו כמו שנוהגין עתה מ"מ ס"ל דבשינה יש חשש מפני הרואים לפי שלא יעלה על דעתם כלל שזה שינה שם אביו דחציפותא הוא ואפילו בלא הוחזק לא עביד הכי כדמוכח ממהרא"י דמחלק בין שם אביו לשם עצמו והיינו בלא החזיק וכקושית הש"ש ודלמא אסיק כו' ובהוחזק למ"ד מסקינן דאפי' בשם עצמו אין חוששין והנה לא רציתי להאריך בזה לפי שכבר עמדו בענין זה אבות העולם מהריב"ל ותשובת ב"י ותשובה מבי"ט ומדברי כולם נלמד שבשינה שם האב עכ"פ לא תנשא ויש סוברים דאפילו נשאת תצא ועיין בג"פ סימן קי"ט שכתב שי"ל דשינה שם האב הוי כמו שינה מקום דירה דאיכא לעז לפי שאדם נקרא ע"ש דירתו וה"ה בשם אביו שהוא עולה לס"ת וחותם בו ע"ש וכן נלענ"ד בכוונת הרא"ש שאפילו נאמר שא"צ לכותבו מ"מ מי שרוצה להכירו מי הוא האיש הלזה נותן עיניו לדעת שם אביו שעי"ז יודע מי הוא וא"כ השינוי פוסל בו וקצרתי:

ואמנם בנ"ד יפה כתב הרב המאה"ג מהר"ח אבד"ק פאקשאן שאינו נאמן להשים עצמו רשע ולומר שעבר על חרם שנותנים בשעת נתינת הגט ובלא"ה נראה שאין לערער בלי עדים וראיה דאל"כ לא היה כותבין ע"פ עצמו וכמ"ש התו' בגיטין דף פ' לענין מקום הלידה ואם אתה אומר שערעורו מועיל לא הנחת בת לא"א כו' שאחר הגט יערער לומר שכינה בשם אביו ולא היה ליה לכותבו ע"פ עצמו ודוחק לומר שסמכו על החרם שיתנו בשעת נתינת הגט והנה הב"י כ' שגם ע"א המעיד ע"ז פוסל ולמד מפסקי מהרא"י כן שכתב ואשר כתבת שאין עדות ברורה דאין שמו כך תמהתי וכי אין עדות במ"ש מו' טעביל דודך שידוע לו שלא היה שמו בן נתנאל וחניכתו דענזיל כו' ע"ש ובאמת לא ידעתי טעם לדבר דלמה יועיל כאן ערעור חד וא"ל דהתם בעובדא דמהרא"י כיון שגם הבעל מערער אמרינן פלגינן דבורא לענין זה שעכ"פ גם הבעל מעיד בפסול הגט וה"ל ערעור תרי ז"א דבנוגע כה"ג לכ"ע לא פלגינן דבורא דלכולי מלתא הו"ל בע"ד וכמו דקי"ל דמקדש בע"א אין חוששין לקידושין ולא אמרינן דבצירף המקדש גופא הו"ל תרי ועיין בפ"י שם ובתשובה אחד הארכתי בזה ועיין בכתובות דף כ"ד ובאה"ע ס"ג לענין מי שהוחזק כהן דקול גרע מע"א ואף למ"ש בסימן ס"ב דיש מחמירין במקדש בע"א הרי

מבואר שם דבמקום דוחק ועיגון יש לסמוך אמקילין וא"ל דשאני התם דאיכא חזקת פנויה דהכ' נמי כיון דאי לא אתי הך סהדא דהיינו מחזיקין בה היתר שוב אין העד נאמן להוציאה מחזקתה ומ"ש בתה"ד וכי אין עדות די במ"ש מהר"ט דודך שידוע לו כו' י"ל דהתם מהר"ט אב"ד הוה וכתב מה שידוע לו והיינו לומר שידוע לו ידיעה ברורה ע"פ עדים כשרים וזהו שכ' ואהאי דעדים בצד אסתן עיין פ"ב דכתובות במרדכי היאך מפרשים כו' ור"ל דשם כתב דכל שאנו יודעין שיש שם עדים שיודעין האיסור פשיטא דאסור רק אם אין יודעים רק שיש עדים שנוכל לעמוד על בוריו של דבר ואפשר שיהיה להתיר בזה אמרינן עדים בצד אסתן כו' וא"כ בזה שמהר"ט כתב שיודע והיינו מפי עדים בודאי אסור עד שיתברר וכן מבואר ממ"ש מהרא"י שם בסוף דבריו דשמא אותו רווק החזיק בשם אבי אביו וליכא למימר דנדרוש מהר"ט אי ידע לשמי' דאבי אביו בכה"ג הו"ל עדים בצד אסתן כדמפרש לעיל במרדכי עכ"ל וכוונתו מבוארת ובכה"ג שאין כאן ידיעה מידיעת העדים אם יעידו היתר או איסור שוב א"צ להמתין ומצאתי בספר מכ' מאליהו שעמד בזה ופי' דברי מהרא"י כמ"ש אלא שלא הביא סוף דברי מהרא"י שמורה להדי' כמ"ש גם מה שתמה על מ"ש מהרא"י בסימן קפ"ד שלבי אומר לו ולעולם דן היה שמו דהיאך כ"כ כיון דבסימן קל"ח כתב עדות מהר"ט שלא היה שמו דן רק נתנאל ע"ש לענ"ד מבואר למעיין במהרא"י דהך תשובה דסימן קפ"ד כ' קודם הך תשובה שבסימן קל"ח כמבואר בראש התשובה ואשר כתבת כו' דזה נמי הוחזק כו' דע כי הביאו ראיה זו מהר"י ומהר"א מארץ הגר והשבתי להם מנפשא' ה"מ בשמו אבל בשם אביו לא ואז לא ידעתי מה שכתב בטור א"ה אמנם בעובדא דידן וכפי מ"ש מהר"י טעביל רק האיך הוא שם האב וחניכתו יש לחלק מעט כו' ובסימן קפ"ד שם התשו' למהר"א וכתב שם לא אוכל להתאפק כו' כי הקפתני בתשובה כו' מסקנא דמלתא כבר כתבתי ג"כ למ"ש יודע ונראה שם תשובה שניה שהושב לו הר"א בענין זה ואז לא היה נודע לו ממ"ש מהר"ט שידוע לו ששמו נתנאל והוא פשוט למעיין וא"כ אין ראיה ממהרא"י אפילו באיכא ע"א ומכ"ש היכא דליכא עדים כלל רק שהבעל לבד מערער ולא מפיו אנו חיים ואף שאומר שיוכל לברר הדבר במקומו בכהאי גוונא אמרינן עדים בצד אסתן כמבואר להדיא בדברי מהרא"י הנ"ל וגם מה שכתוב הרב הנ"ל דכיון ששם יאצא היא שם החול בודאי לא עלה בו לתורה וגם נלענ"ד דאף לדעת הרא"ש דס"ל שאינו יכול לשנות שם אביו היינו כגון התם שהכל קראוהו שמעון ושינה אותו שמואל אבל היכא דרובא קרו ליה שמעון ומיעוטא שמואל שוב יכול הוא להחזיק שם אביו כמו שקורין המיעוט וכה"ג כתב מהרא"י לחלק בדברי הרא"ש באם מסופק בשם אביו ל להחזיק בשם שירצה והך

דידן מסתברא טפי שאין זה שינוי כיון שעכ"פ יש לו שם זה לפי המיעוט וא"כ י"ל דכיון שזה חתם א"ע רק אברהם וכתב כן בכתובה רגלים לדבר שעכ"פ פורתא לא הוו קרו ליה רק אברהם וא"כ שפיר היא יכול להחזיק שמו כן ולכן נלענ"ד דשפיר מותרת האשה להנשא בגט זה וקרוב בעיני לומר דאפילו אם אח"כ יתברר שהיה שינוי בשם הבעל שוב לא תצא כיון שנשאת בהיתר ולדעת כמה פוסקים אם נשאת ל"ת וכמ"ש בג"פ ועיין בג"פ שכתב דיש בזה מחלוקת ראשונים ואחרונים בדין זה דשינה בשם אביו והחזיק בשם השינוי ועמדה ונשאת אם תצא אם לא ולענין הלכה נראה לי דאין כח בידינו לכוף אותו שיוציא כיון די"א דלא תצא ויגלו לבעל דנחלקו הפוסקים כו' וקצרתי בזה כיון שלא נתברר וקרוב הדבר שלא יתברר לעולם וכבר כתבתי דאף אם יתברר דפורתא הוו קרו ליה בשם אחד לבד שוב אין מקום לפסול כלל:

סיומא דפסקא דבנ"ד שזה החזיק לפנינו את שם אביו כמה שנים בשם אברהם לבד שכן כתב בכתובה וכן חתם בשטרות ועלה לתורה וכן חקק בפתוחי חותם שלו אין ספק שאין משגיחין בו ובערעורו ואדרבא אם היה נכתב בגט השם החדש שהוא אומר עכשיו אף אם היה נתוודע לנו שכדבריו כן הוא היה כאן עיון גדול והיינו מצריכין גט אחר בשם שהוא מוחזק בו כאן ובשו"ת פ"י ומג"ש כת"י שבידי כתב בעובדא כה"ג לענין לכתחלה איך יש לכתוב ושקיל וטרי טובא ומסיק שלא לכתוב שם האב כלל וקצרתי כיון שאין ענין לנ"ד דודאי כל שהוחזיק אין חוששין לו וכבר כתבתי מדברי מהרא"י שכתב דאפילו בלא החזיק אמרינן דלא חציף לשנות בשם אביו ואפשר לחלק דזה לא הוי שינוי כולי האי רק קיצור השם ומ"מ פשיטא כיון שהוחזיק זמן רב ובכל הני מילי דכתיבנא פשיטא שאין חוששין לו כמבואר בסימן מ"ו וע"ש בב"ש שאפילו אמרו שיש עדים במקום קרוב אין מונעין אותה להנשא כו' ע"ש וגם שהרי קול זה שוברו עמו שזה אמר ששם אביו אברהם יאצא ושוברו עמו שבכל המדינה לא הוחזק רק בשם אברהם לחוד והוי כנתברר מיד שהקול שקר ועיין בשו"ת רמ"א סימן צ"א ובאמת שצ"ע גם שם ובשו"ת אא"ז שארית יוסף סי' ל"א בעובדא דר"ת אם הקול לא הוחזיק בב"ד מצאתי בספר נ"ב ובספר בית מאיר שעמד בזה וכתב וכי כל כמיניה דבעל להוציא לעז כזה אחר הגירושין כו' אך לענ"ד דברי ר"ת מתפרשין בענין אחר ממ"ש שם והארכתי במקום אחר אך הבעל הוא ראוי לנדותו וגם אסור לו לישא אשה אחרת דהא שוי נפשיה ח"ד ואם בעלה ירצה לתת לה גט שני בשמות שהוא אומר בכדי לאפקועי איסריה בלא שום טענת דמים טוב לעשות כן שזה רגלים לדבר דקושטא קאמר:

אבל אם עיניו נתן בממון אין לחוש לו כלל ועיין בספר נחלת שבעה סימן מ"ה באורך וכבר כתבתי דאם תנשא האשה אף אם יתברר אח"כ שאמר אמת יש לסמוך על המתירין ומכ"ש שקרוב הדבר כמ"ש שעכ"פ ימצא שם פורתא דקריה ליה הכי ואם כן אין כאן בית מיחוש כלל והב"ד שבמקום שהאיש שם יודיעו לו שהוא אסור באשה אחרת כ"ז שלא יחזור מדבריו הראשונים באמתלא או שיתן לה גט שני כדבריו וגם יזהירו אותו על נפשו שישמור פיו ולשונו מלהוציא דבר שאף אם היה מקום לדונו עד עתה כשוגג שהיה אומר מותר מכאן ואילך מזיד הוי ובר נדוי הוא שאף שצווח ואומר אמת אתו אחרי שאין נאמן מן הדין ואין מקום לזעקתו בכלל מוציא לעז הוא ותאכלנו אש לא נופח אשתא דגרמא גזרת ר"ת וסייעתו וחכם מבין מדעתו לתקן הענין לפי מקומו ושעתו ומחמת תשישות כחי לא אוכל להאריך יותר. דברי זעירא מן חבריא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה צו

מה ששאלת בדברי הגט הניתן לאשה והיא נקראת בפי כל במקום הנתינה קרינציא ביוד אחר הצדי ובגט נכתב קרינצא בלא יו"ד אין ספק שהוא שינוי השם כיון שהיוד נרגשת במבטא והיא שרשית בתיבה ואפילו בס"ת שאין פוסלין בחסירות ויתירות מ"מ פסול בחסרון כזה כשאין היוד באה לשימוש והיא צריכה להתנועע בשפת מבטא וכבר הארכתי בכמה תשובות בשם גינעסיא רוסיא חסיא וכן הארכתי בענין זה בשם טעמציא ולא נפל ספק בענין היו"ד רק אי לכתוב טעמציא או באל"ף אחר היו"ד או בה"א והסכמתי לכתוב באל"ף וע"ש בשם פוריאל וכך מקובלני מפי דודי מו"ר הגאון ז"ל ומה שנמצא בב"ש שמותם כאלו בלא יו"ד כל מבין יודע דלא כרוכלא חשיב ואזיל רק שהעתיק מסדר מהר"מ וספר שמות והם כ"כ לפי הברת מדינתם וכן תמצא שם סאיה סאשיה ופשיט שהרואה בגט קרינצא בלא יו"ד הוא קורא הצ' בנקודת קמ"ץ ויש בזה שני שינוים שלפי מה שהוא נקראת יש כאן הרגשת היו"ד להדיא והצ' היא יהוטא לאותיות שלפניו ומחוברת להם ולפי מה שנכתב בגט יש כאן חסרון מבפנים אות יו"ד שרשית וגם שינוי בקריאת הצדי"ק שנקראת לעצמה בתנועה גדולה של קמץ וכבר כ' הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ תנס במקום תונס פסול וכמה כרכורים כרכר בתשובת מהר"י בן לב לחלק בין חסר אות הנקודה של חולם ובין חסר אות המורה על נקודות פתח ובתשובה כתבתי דאף לפי' הב"ש להכשיר גבי הילל ודבורה יש לחלק בין שמות הקודש ללעז דבלעז שהוא המכריע את הקריאה יש לפסול טפי אך כ"ז כשאין רק שימוש לפעולת הנקודה אבל באות השורש אין ספק שפסול והארכתי עוד בתשובה ואין להאריך כאן

שנלענ"ד הדבר פשוט כמ"ש ועיין בשו"ת נ"ב מהד"ת חלק א"ע סימן קכ"ד כתב בגט שנכתב טאלצע והאשה חותמת עצמה טאלצי שהוא צריכה גט שני לכתוב בו טאלצי ביו"ד ואע"פ שמן הסתם כותבין טאלצא באל"ף לסוף דכיון שאין מרגישין היוד מסתם הוא באלף אבל בזה שקורא בגט יקרא בדקדוק הלשון באל"ף בסוף והוא חותמת ביו"ד והוא שינוי ממש והוא שינוי במבטא כי היו"ד מורגשת במבטא לכן היא צריכה גט שני עכ"ל הגאון ז"ל הצריך לענינינו ובאמת בנ"ד היה ראוי ונכון לכתחילה לחקור אחר שם העריסה שנראה ששם קרינציא נגזר משם קרינדיל וכבר נחלקו בעלי תריסין בק"ק לבוב על ענין יהודית שנכתב יודית אמנם אני הכרעתי שכשר כיון דעכ"פ עכשיו הכל קורין בשם זה לא גרע מחניכא וה"נ אע"פ ששם זה נשתרבב לגיעגוע וקטנות שפיר דמי כיון שניכרת לכל בשם זה ועיין בב"ש בשם שערלין וקצרתי אבל הגט הלז עכ"פ פסול הוא וצריך לכתוב אחר בשם קרינציא ביו"ד והבעל אסור לו לישא אשה אחרת כ"ז שלא יפטור את אשתו בגט אחר כשר וחל עליו חרם דגרמיה שלא לישא אחרת כל כמה דהיא אגידא ביה ועל הב"ד מוטל לראות שיתן גט אחר ולא יעגן האשה:

שאלה צז

אשה אחת שהיה שמה מעריסה מלכה ובחליה שינוי שמה לשם שרה וכשעמדה מחליה העולם קוראין אותה בשמה הראשון מלכה רק בית אמה ומשפחתה קורין אותה שרה מלכה איך יכול לכתוב בגט:

תשובה יראה לענ"ד שיש לכתוב שרה דמתקריא מלכה שאין לחשוב שם החולי כנשתקע לגמרי כיון שלא נשתקע מפי בית אמה וממשפחתה ודוקא אם נשתקע לגמרי כתבו הפוסקים שאין לכותבו כלל:

ויש מי שסובר להצריך שני גיטין מ"מ בזה שעודנו השם הזה קיים בפי המיעוט אין זה נשתקע ועיין בספר שמות דף ק"ד האריך שם בתשובה בענין נשתקע שם השני וכתב לפרש לשון הקונטרסים שהביא הב"י דכל שבני מקום הנתינה ידוע להן שניתן להם שם אחר מחמת חולי אע"פ שהכל קורין אותה בשם הראשון לא נשתקע מיקרי וגם כתב דלפי מה שנראה ממהרי"ק בנשתקע שם הראשון יכתבו הראשון קודם ועל הב' דמתקרי אם כן ה"נ י"ל בשם השינוי דעדיף משם הראשון הגם דשם הב' אינו ניכר כלל מ"מ יכתבו שם הב' בראשונה ועל שם הא' דניכר לכל וקורין לו כן יכתבו דמתקרי ע"ש שהאריך ומסיק דבדיעבד במקום עיגון אין לפסול אע"פ ששם החולי נשתקע לגמרי וכ"כ בגט פשוט ע"ש. ואמנם כ"ז בנשתקע לגמרי משא"כ בנ"ד שבני מקום הנתינה ידוע להם שניתן לה שם אחר מ"ח ובני ביתה ומשפחתה מחזיקים השם הזה פשיטא

שזהו הדין האמור בש"ע כשלפעמים קורין בשם השני מקדימין אותו כו' ואין מקום לומר כיון שהמיעוט שקורין בשם זה מצרפים עמהם גם השם הראשון אם כן עכ"פ צריך לכתוב שניהם יחד דהיינו שרה מלכה וכמו אם ניתנו לה שני שמות מלידה ונקראת בשניהם שצריך לכתוב שניהם יחד בלא דמתקרי הדבר פשוט שז"א דודאי שמות הלידה שמתחילה ע"ד זה ניתן לו שמות אילו לקרוא אותו בשניהם יחד מאן פלג להו ומעיקרא כשמא אריכתא דמיא ומי שמחלק אותם וכותב דמתקרי ביניהם כאילו לא כתב רק חצי השם של האיש הזה ופסול כמ"ש בג"פ ושאר אחרונים משא"כ בשם מחמת חולי שבשעה שהיה קובע לשם הלידה עד שיהיה נקרא בו לבדו היה ושוב אח"כ כזה חלה והגיע לכלל סכנה וע"ז נתנו לב כי שמא קא גרים ורצו לבטל הגזירה ולשנות מזלו היה דעתם לעקור את הראשון לגמרי והגורל קבע את השם השני ומתפלת המצלאין אתה למד שבקשו לעקור את השם הראשון לגמרי שאומרים שלא יקרא עוד שמו פ' כ"א פ' ואינו זה שנגזר עליו בשם הראשון רק אחר הוא ומבואר שבאו לעקור את השם הראשון לגמרי ואע"ג דגבי יעקב אמרינן דאע"ג דאמר קרא לא יקרא עוד שמך יעקב כי אם ישראל יהיה שמך לא שיעקר יעקב ממקומו אלא ישראל עיקר ויעקב טפל לו כבר ביארתי בתשובה דבענין שינוי השם דחולי משרה ילפינן דכתיב שרי אשתך לא תקרא כו' וגבי אברהם אמרינן דהקורא אברם עובר בעשה ולאו ואף דבשרה אמרינן התם קב"ה אמר לאברהם כו' מכל מקום על כל פנים כוונת שינוי השם דשרה הוא שיעקר שם שרי לגמרי ומצינו שאמרו חז"ל שיו"ד של שרי היתה צווחת כו' וכן לא מצינו שם שרי כלל רק ביעקב אמרינן דשאני דאהדריה קרא כמבואר כ"ז בברכות דף י"ג ובר"ה דף ט"ז ע"ש וגם ביעקב נמי דאמרינן שישראל עיקר ויעקב טפל היינו שיהא נקרא בשם ישראל לעיקר ושם יעקב לטפל אבל לא שיהא נקרא בשניהם יחד ובנ"ד כיון שכל שלא נשתקע שם החולי הוא עיקר אין להרכיב עמו את שם הלידה כלל והוא הרכבה שאינה קולטת ואף שאנו שמזכירין שם החולי סומכין עמו גם השם הראשון אין זה חיבור ואינו אלא לעשות סימן לאחר שידע מי הוא המדובר בו שהעולם מכירין אותו בשם הראשון והרי זה כחניכת שם המשפחה אף אם קורין אותו לפעמים עם עיקר השם מ"מ לא נקבע להתחבר אל השם רק האי לחודיה קאי והאי סימנא בעלמא הוא וא"צ להזכירו בגט כלל ואינו ענין לשמות הלידה שהוקבעו שניהם יחד בתחלה והיה עמו וקרא בו כל ימי חייו משא"כ בשם מ"ח שהקורא בשם זה ומתעורר להחזיק בו הוא ע"ד זה ששינוי השם גרם לו דחס רחמנא עליו ופרקי' ממרעין בישין ולכן על הרוב המחזיקין בשם הב' הם גרי ביתה ומשפחתה כי מי יחוש חוץ מהם וא"כ אין ספק שזה

להם עיקר השם והשם הנטפל לאחריו להכירו לאחרים שלא הרגילם עצמם בשם הב' צריכין להזכיר עמהם גם הראשון והעם כשהם שומעים את השם הראשון גם כן יודעים כי מה שהם מזכירים השם האחר ומקדימין אותו לפי שהוא עיקר להם שניתן מ"ח ולא יקשה בעיניהם התחברות השמות ולהם הוא נקרא בשם הראשון לבד כי זה ידוע להם שהעולם אין חוששין למה שעשה אילו משום פרוקי לסכנות וכן במי שנקרא בב' שמות הלידה לפעמים הם תופסין בקצרה רק האחד או הראשון או הב' ומ"מ מי שמזכירו בב' השמות הוא ניכר וידוע להם ועכ"פ בגט כיון שכל עיקרו שאנו צריכין לכתוב שם החולי ולהקדימו אף על פי שהוא שם המועט היינו לפי שהוא מחזיק אותו לעצמו לעיקר השם וכמ"ש הרא"ש וכל עין רואה תשור דמילי דסברא אינון דכל כה"ג אין לחבר אותם יחד כיון שלא הוקבעו ע"ד כן ומה שהמיעוט קוראים בחיבור גם כן אין להשגיח בזה לכתוב כן בגט וגרע קריאת המיעוט מעליה לס"ת שלדעתם היא השם המובהק לאיש הזה שעולה בשם זה לתורה ואפ"ה דעת התה"ד והסכימו עמו כל הפוסקים שיש לכתוב ראובן דמתקרי שמעון והעלה דבכה"ג שעולה לס"ת בשניהם יחד אם כתב ראובן שמעון לא פסלינן ליה ומדברי אא"ז הרמ"א מבואר להדיא דגם בנקרא בשניהם יחד הדין כן שהרי בסעיף י"ג כתב אבל אם נקרא בשני השמות ביחד או שעולה כך לספר תורה כשר ומבואר בדרכי משה שכ"כ על דברי הב"י שכתב דמהרי"ק ומהרא"י מר אמר חדא כו' וע"ז כתב בד"מ ואין דבריו נראין דמהרא"י מירי בנשתנה מ"ח ועולה בשני השמות לס"ת ולכן יש להכשיר גם בגט כו' והרמ"א ס"ל דאף בנקרא שניהם יחד לכתחלה צריך לכתוב דמתקרי דלא עדיף קריאה מעלי' לס"ת וכן מבוא בס' נחלת שבעה ובגט פשוט ובפר"ח (שושן) אע"פ שהב"ש כתב שלשון הרמ"א אינו מדוקדק כו' לטעמיה אזיל דגם בקריאה לס"ת סבירא ליה דכל שאין נקרא בשם אחד מהשמות רק בשם אחר יש לכתוב בלא דמתקרי עיין בסדר השמות אות סמ"ך לענין סעדי' ואמנם אף ששם הקשה על הרמ"א בס"ק הביא דברי הרמ"א בתשובה בסתם) וכבר הארכתי בתשובה בכל דברי הב"ש בזה ובראייתו מעובדא דאסתר כעסלי הנזכר בתשובת רמ"א שהוא תמוה לכאורה ולית בחילי להעתיק כל מ"ש בענין זה ושם העליתי כי הב"ש סבירא ליה גם בשמ"ח אם נקרא בשניהם אין לכתוב דמתקרי (ומ"ש שם אח"כ כיון שנשתנה מ"ח ישבתי על נכון) שהרי קאי על הרמ"א דמיירי גם לענין שמ"ח שהרי מקורו ממהרא"י וגם כי מראה מקום היא לסעיף י"ח דמיירי בשמ"ח וטעמו כתבתי דסבירא ליה דכיון שנקרא ראובן שמעון אע"ג שעולה לס"ת ראובן וגם הוא שם מ"ח מ"מ כיון שאנו מזכירין אותו בגט לא איכפת לן אם נסמוך לו עוד שם אחר שנקרא בפי העולם שיכירו וידעו כי הוא המגרש וראוי

לעשות כן שאם יכתוב דמתקרי אז ירננו העולם שאין זה המגרש שכיון שרגילים לקרותו בשניהם מסתמא כך שמו מלידה ויסברו שמסתמא עולה בשניהם גם כן ולא יעלה על לב לעולם שאחד מהם מ"ח דבשמ"ח אין רגילים לקרות בשניהם כו' ואם אין כותבין דמתקרי אין קפידה מה שאחד מ"ח ועולה בו כיון שהוא מוזכר בגט ואין העיקר חסר מספר כריתות ומה בכך שעמו טפלה עוד שם שסמכו ענין לו כו' והארכתי בכל חלקי הסותר ודבר ברור הוא שבנ"ד שאין הקריאה בפי כל בשני השמות יחד רק המועט לבד אע"פ שקריאה זו מועלת להוסיף שלא נשתקע השם לגמרי מ"מ אינו מועיל לעשות נפרד מחוסר ואדרבא בזה נראה שצריך לכתוב בלא דמתקרי שאל"כ יש לטעות שזו כך שמו בשמות כפולים מלידה וכמ"ש מהרי"ק חשש זה וכן כתב הגאון בעהמ"ח מג"ש בשו"ת גאונים בתראי בענין יצחק המכונה אייזיק דמתקרי לובא ועיין בט"ז שהמג"ש ובעל מג"ע ושאר חכמים הכניסו עצמם בעובי הקורה והצריכו גט אחר והגאון הנ"ל כתב חששא זו שיסברו ששמו מעריסה לובא ובחליו נשתנה לשם יצחק וכינויו אייזק ע"ש וגם כאן כיון שאין רגילים בשמ"ח לקרות בשניהם יחד וכל העולם קורין לזו גם כן בשם אחד לבד ויודעין שזה שמה מעריסה לא יעלו על לב שזו נשתנה שמ"ח ובני משפחת' קורין אותה בשניהם יחד שאין רגילים בכך אלא יסברו שהגט הלז נכתב לאשה ששמה מעריסה שרה מלכה ומיעוט קראוה מלכה לבד ולכך כתבו כן וכיון שאין מוכח מתוך הגט שזו הוא המגורשת והלשון נוטה לענין אחר הוא פסול ואמנם איני מחליט כעת אם לפסול בדיעבד בזה אבל לכתחלה נלענ"ד ברור בנדון זה שיש לכתוב שרה דמתקרי מלכה ועיין בשו"ת לחם רב סימ' למ"ד שכתב היכא שחותם בשני שמות כגון אני ששינוי שמו מ"ח ואני חותם חייא אברהם וכן לס"ת קוראי בשני שמות שיכתב שם השני דמתקרי הראשון והביאו בג"פ ובפרח שושן וכתב בגפ"ש שכן פסק מהר"ם גלאנטי בתשוב' כת"י, ומהר"א אכסנדרי וכן דעת הג"פ אפילו נקרא בשניהם אינו כשר בלא דמתקרי רק בדיעבד ומכ"ש בזה דאין הקריאה בשניהם רק בפי המועט דפשיטא שע"י הקריאה בפי העולם הם מתחלקים דהא ודאי דחתימה ועליה לס"ת עדיף מקריאה בפי המועט ואפ"ה כותבין דמתקרי וכן איתא בס כת"י מהגאון מהר"א שרענצליש ז"ל בשם הגאון מהר"ש תלמוד מהרש"ל כתב סדרתי גט פה ק"ק לבוב שמ"ח ושם הבעל בנימן ונשתנה מ"ח ישראל וקראו אותו בשם הראשון לגמרי בנימן ולא ישראל כלל ולס"ת עלה בנימין ישראל וחתם בנימן ישראל והסכימו לכתוב בנימן דמתקרי ישראל כו' מבואר שאף שהכריעו מהעלי' והחתימה לכתוב שם ישראל ושלא לחשבו כשנשתקע מ"מ לא כתבו שניהם יחד רק דמתקרי אלא שהקדימו שם הראשון לפי שהקריאה והעליה והחתימה הושוו בזה לתת

יתרון וקדימה להראשון ובזה יש חולקין וכנראה מדברי מהר"א שרענצליש גופיה שם בס"ג אות זיי"ן נשאלתי באיש אחד ששמו זוסמאן ושם הקודש יקותיאל ונשתנה מ"ח ליעקב והעולם קראוהו זוסמן ולס"ת יקותיאל כבתחלה והוא חתם א"ע יקותיאל יעקב כי לא ידע שיחתום שם החולי הראשונה והשבתם שעכ"ז יכתוב שם החולי ראשון דהיינו יעקב דמתקרי יקותיאל כו' והאריך וכתב וכך הסכימו עמדי להורות הלכה למעשה והוא ז"ל סובר דשם חולי שנשתקע די בגט בשם הראשון והביא תשובת הגאון בעל תוי"ט מ"מ בזה ס"ל דמחמת החתימה לא הוה נשתקע ועיניך הרואות שאע"פ שעיקר כתיבת שם החולי הוא מחמת החתימה והרי החתימה הוא שניהם יחד מ"מ פסקינן להו בדמתקרי ומכ"ש בקריאת הפורתא דדינא הכי והנה יש בידי תשובת הגאונים מקושטנדינא וגאוני אשכנז ופולין בענינים אלו מה שהרציתי עמהם פעמים רבות בענינים אלו ומדברי כולם נלמד שהדין דין אמת כמ"ש ונלאיתי להאריך ואחר אחרון אני בא מופת דורינו הגאון מוהר"ר יחזקאל ז"ל בשו"ת מהדורא תנינא סימן קי"ט כתב והאשה שמה הינדל ונשתנה שמה בחליה שרה ובפי העולם נקראת הינדל לחוד אבל היא חותמת שרה הינדל ולכן יכתוב שרה דמתקריא הינדל שאין לכתוב המכונה על שם שהוא עיקר ואף ששם השני שניתן לה בחולי הוא עיקר יותר מכל מקום עדיין השם הראשון הוא גם כן עיקר ולא שייך לכתוב עליו המכונה ובתשובת מהר"מ מינץ כו' אבל בנ"ד יכתוב שרה דמתקרית הינדל או דמתקרית הינדל ומינה לא יזיע הקטן יחזקאל סג"ל לנדא עכ"ד הגאון ז"ל הרי מבואר דע"י החתימה כתב השם השני והקדימו ועשאו לעיקר כתב על הראשון דמתקרי לפי שגם הוא ניתן לעיקר ואין ספק דבנ"ד שאנו עושים עיקר לשם החולי לפי שלא נשתקע אבל המיעוט שיש לכתוב דמתקרי שהרי בפי העולם לא נקראת בשניהם וגם הב"ש מודה ומי שירצה להתעקש ולומר חילוקים בין אם הכתיבה על ידי החתימה או על ידי קריאת המיעוט אין אחריות עקשם עלינו והאמת אגיד כי היה בדעתי לחשוך עצמי מן הדין אחרי שאני רואה קטרוג וקנטורים דרכי מעולם להתרחק מזה כי כ"א מגמת פניו לומר דידן נצח אבל בנדד שנת לילה רעיוני על משכבי סליקו פן ח"ו יקרינו עון בדבר הזה אם אעצור במילין שהרי יש כאן הוצאת לעז על הגט שלא כדין לפי דעתי גלל כן אף כי בעו"ה כשל כחי וידי כהה וא"א לי להעלות בארוכה כתבתי בקצרה חוות דעתי ואם דעתם לשם שמים מובטחני שיקבלו דברי אלה הנאמרים באמת וצדק בסבר פנים יפות דברי הכותב בידים רפות זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה צח

נוטה כדוק שמים. בחתומים יזכה להם לחיים. ה"ה כבוד אהובי וידידיי הרבנים המאה"ג המופלגים בתורה ובחסידות ובמדות חמודות כש"ת מו' זאב וואלף ומוהר"ר אברהם נ"י לנצח אחד"ש הגיעני מכתבם בדבר הגט ששם המגרש שואל וכך נקרא בפי כל וכן עולה לתורה וחותם וכפי הנראה גם שם העריסה היה כך ודעתכם לכתוב שואל יפה הסכמתם להלכה וכיוצא בזה כתב בשם אשה שכתבו שמה יודית אע"פ שידוע ששם זה נגזר משם יהודית והבאתי ראיה לזה מתשובת דבר שמואל שהוצרך לפסוק דאף שנכתוב יהודית כשר מכלל דיודית פשיטא ליה דכשר וביארתי בארוכה ואם לא היה שמו מעריסה רק שאול היה אפשר לומר שיכתוב שאול דמיתקרי שאול אבל כיון שכתבתם שנראה דגם שמו מעריסה שואל וכן הגיד לי מוכ"ז הלז הבא לגרש שאביו אמר לו שבשעת המילה קרא שמו שואל א"כ אין לשנות כלל וכמ"ש הב"ש לענין שרה שערלין שאם נקראת מעריסה שערלין אז יש לכתוב שערלין לבד ואף אם אין ידוע בבירור שם העריסה שפיר דמי למיכתב הכי שהוא חניכא שהכל קורין אותו וכן בשם האשה ששמה מעריסה וחותמת רבקה ונקראת ריבלה דכותבין רבקה וא"צ לכתוב המכונה ג"כ כיון דהנקודות שוים. והנה המגרש אמר ששמו נחום שואל בפי כל וחותם כן רק לס"ת נקרא מנחם שואל וא"כ צ"ע איך יש לכתוב בזה כיון דנחום הוא שם בפ"ע ג"כ וא"כ הקריאה והחתימה סותרים זא"ז ובכה"ג כתב הג"פ ששם דקרו ליה רובא דעלמא מכריע לעשות שם לעיקר א"כ לכאורה היה צריך לכתוב נחום שואל דמיתקרי מנחם שואל ומ"ש הב"ש בקיצור דינים סעיף כ' דאם אין שווין הקריאה לס"ת וחתימה וא"י בעצמו למה חותם כך יש לילך אחר השם שקורין אותו לתורה מקור הדברים ממש באות אחד גבי שם אליעזר ושם מיירי שהיה שמו לאזר ואין כאן ספק רק שהוא משתבש לחתום אליעזר לא אזלינן בתר טעותו בחתימה אלא בתר טעותו דקריאת ס"ת ובין הבריות הוא עיקר ע"ש בט"ז משא"כ כאן דאין כאן שיבוש בחתימה שהרי באמת הוא נקרא כך ובחתימה מחזיק שם זה לעצמו לעיקר א"כ יש לעשותו עיקר והשם שעולה בו לס"ת יש לכתוב דמיתקרי ולכאורה היה אפשר דבנ"ד שניתן לו ביום המילה ב' השמות מנחם נחום אז אע"פ שחתימתו הוא שלא בשיבוש לא קפדינן על החתימה שמה שהוא חותם בשם נחום לבד לא להחזיק שם זה לעיקר שהרי בשעת מילה ניתן לו שם מנחם להיות שמו המובהק ועולה בו לתורה אלא דבחתימה יצא מנחם להקל עליו וחותם בשם שמכירין בו ב"א ומ"מ אינו רק תפל לשם המובהק שהוא מנחם אך בס' ג"פ כתב בסקי"ז דאם חותם בשם חיים וקרי ליה לס"ת ביבאנטי או איפכא כו' אם שם המילה היה ביבאנטי

יכתבו ביבאנטי כו' ואם אין ידוע שם המילה א"נ הדבר ידוע דבשמות המילה קראו ב' השמות חיים ביאבנטי והוא עולה לס"ת בשם חיים לבד אך חותם ביבאנתי לבד או איפכא כו' אז נראה אם רוב ב"א קרו חיים ופורתא ביבאנטי יכתבו חיים דמיתקרי ביבאנטי ואם רוב' קרו ליה ביבאנטי כותבין ביבאנטי דמתקרי חיים אע"ג דשם הלידה חיים כיון דרובא קורין כו' ואי ליכא למיקם עלה דמלתא הי מינייהו רובא כו' יכתבו חיים דמיתקרי ביבאנטי דשם ל' הקודש הוא עיקר ואם שני השמות הם בלשון הקודש או לעז וליכא למיקם עלה דמילתא איזה רובא יכתבו ב' גיטין באחד יכתבו שם ראשון דמיתקרי שם שני ובגט הב' יכתבו שם ב' דמיתקרי שם ראשון כו' עכ"ל וא"כ בכאן דניתן לו שני שמות בשעת מילה וכ"ע קרו ליה בשם אחד דהיינו נחום א"כ יש לכתוב שם זה לעיקר שהרי התם ג"כ ביבאנטי הוא לעז של שם חיים ומסתמא ניתן לו להיות כינוי לשם חיים ואפ"ה אזיל בתר רובא וס"ל לג"פ להקדים שם זה ואע"פ שהוא שם של לעז וכ"ש בנ"ד דהוא גם כן שם הקודש וניתן ג"כ בעת מילה וכ"ע קרי ליה הכי שיש להקדימו:

אך אעפ"כ נלפענ"ד דאפשר דהג"פ שכתב שבשעת המילה קראו לו ב' השמות חיים וביבאנטי מיירי שגם שם חיים ניתן לו ע"ד כן שיהא נקרא בו בפי ב"א וכן שם ביבאנטי וגם כי שם ביבאנטי אע"פ שהוא לעז של חיים מ"מ אשכחן מקצת אנשים ששם העצם שלהם הוא ביבאנטי כמ"ש הג"פ ס"ק ס"ח וכיון שרובא השליכו אחרי גיוום שם חיים ורגל על לשונם שם ביבאנטי יש לחשבו לעיקר ושם העצם נגד שם חיים משא"כ בגוונא דנ"ד דמעיקרא ע"ד כן נתנו לו ב' השמות בשעת המילה שלא ע"ד שיהיה נקרא גם בשם מנחם רק שיהיה שמו המובהק ולעלות בו לתורה ובפי כל יהיה נקרא בכינוי השם נחום כמבואר בשמות אנשים אות מ"ם דמן הסתם הוא כינוי למנחם אם לא שידוע שהוא שם בפ"ע וכן אנו רואין שאין מצוי מי ששמו מנחם שיהא נקרא בשם זה רק קורין אותו בכינוי נחום ומסתמא גם מגרש זה שמו אשר יקראו לו ע"ש אחד מאבותיו שהיה נקרא נחום ושמו העיקרי לעלות לתורה מנחם וכיון שכן עכ"פ מנחם שמו העיקרי ויש להקדימו ועיין בג"פ סוף ס"ק ס"ח דאף אם עולה לס"ת וחותם בקיצור השם כיון דידוע ששמו יצחק יכול לכתוב לכתחלה יצחק דמיתקרי חקון כו' ע"ש ואף דלא דמי נ"ד לקיצור השם דנחום הוא שם בפ"ע מ"מ אנן קפדינן לדעת שם העיקרי ובכאן ידוע ששם העיקרי הוא מנחם וגם כי עולה בו לתורה יש להקדימו וגם יש לצרף דעת בעל מכתב מאליהו דס"ל דלעולם שם המובהק הוא שם שעולה לתורה וגם כי דעת הריב"ש דאם ב' השמות כתובים בפירוש אין הפר' בין שכותב זה ראשון כו' והכי פסק בש"ע

ואף דהב"ש כתב דבאין מקום לעיגון אפילו כבר נכתב אין ליתן הגט וכן בג"פ ס"ק י"ג הביא דעת הפוסקים מ"מ מסיק שם להכשיר משום ס"ס וכ' להקל בזה דאינו אלא משום לעז ופסול דרבנן ולכן אף שהיה מקום להחמיר להצריך ב' גיטין כיון שיש סברות לכאן ולכאן אך הואיל וגם בב' גיטין יש לפקפק דרכי מעולם לצדד ולהכריע לצד אחד ונלענ"ד דאם ידוע שזה המגרש בני משפחתו נקראין נחום ושמם הקודש מנחם ומכ"ש אם נודע שכך היה שם האיש המת שנקרא זה על שמו הא קמן שמנחם הוא לו שם המובהק אין להכריע לומר מחמת החתימה לעשות שם נחום לעיקר ואזלינן בתר עלייתו לתורה ודייניין ליה ככל מי שעולה לתורה מנחם ונקרא בפי כל נחום שאז שם מנחם עיקר ויש לכתוב מנחם שואל דמיתקרי נחום שואל ומחמת כי מוכ"ז אץ עלי וגם יומי דחושבנא עת לקצר דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה צט

גט שהובא לאשה אחת ששמה שינא יטא ונמצא האלף של שינא אין היוד שעל גבה נוגע בגג שתחתיה וההרחק הוא מעט ותינוק דלא חכים ולא טיפש יכול לקרותו כתיקנו והבעל הלך למרחקים ולא נודע מקומו איה מה דינו:

תשובה הנה לכאורה דין זה פשוט בש"ע אה"ע סי' קכ"ה סעיף ט"ז כתב הרמ"א שי"א להקל במקום עגון ואף שכתב בל' י"א מ"מ נראה דתופס עיקר כהך לישנא שהרי המחבר אומר כן בסי' קכ"ו סעיף מ"ז והרמ"א לא הגיה כלום מכלל דסבירא ליה דהכי הלכתא אך הב"ש בסי' קכ"ה ס"ק כ"ו וסי' קכ"ו ס"ק מ' כתב בדעת רמ"א דוקא בדיעבד שכבר ניתן הגט ומקום עיגון אך הב"ש גופי' בסי' קכ"ה סק"ח כתב בשם הב"י דכשיש עיגון מהני אף שלא ניתן עדיין וכ"כ מהר"מ כו' וסיים שכן עיקר ואף דהתם מיירי לענין אותיות דבוקים מ"מ הב"ש סבירא ליה שדינם שוה שהרי כתב בס"ק כ"ו כבר כתבתי לדעת רמ"א דוקא בדיעבד ומקום הדחק כו' ובאמת לא הזכיר בב"ש מזה כ"א לענין אותיות דבוקים אך כוונתם למ"ש בב"ש מהדורא קמא ס"ק ז' לדעת רמ"א צריך ג' אופנים כו' אלא מ"ש סמוך לזה ולכתחלה אסור להפריד כו' מכשיר ג"כ במקום הדחק ואיירי דעדיין לא ניתן וכן אם אין נוגע מה שראוי ליגע מכשיר ג"כ במקום עיגון מיהו שם י"ל דמיירי נמי בדיעבד ובמקום עיגון אלא מהאי בבא ולכתחלה כו' קשה ועיין ב"י כו' ע"ש ומהדורא בתרא השמיט זה ומ"מ בס"ק כ"ו העתיק כפי הלשון שבמ"ק וכן הוא בב"ש כמה פעמים ועכ"פ מבואר דעיקר טעמו שהצריך דיעבד ושעת הדחק גבי אם אין נוגעין הוא עפ"י פסק רמ"א גבי דבוקים וכיון שגבי דבוקים תופס עיקר כהפוסקים דאף אם לא ניתן שפיר דמי

במקום עיגון א"כ ה"ה גבי אין נוגעין אך לענ"ד בלא"ה דברי הב"ש ס"ק ח' צ"ע דלדידיה דמשוה הך דביקות רגל היהן וקופין ואין אותיות נוגעין עם הא דאותיות דבוקים וכתב דהא דרגל הא וקו"ף נוגעין מיירי שכבר ניתן הגט וזה תמוה דמה הועיל בזה דהא מ"מ מבואר שם דאף שלא ניתן יוכל לתקן במקום עיגון והך תיקון דהתם היינו אף לאחר חתימת העדים ובלא מצות הבעל שהרי מקורו משו"ת מהרי"ק סי' ע"א ומבואר שם למעיין שמתיר בכה"ג להפריד בסכין וליתנו ומביא ראיה מתשובת הרא"ש בענין הווין שלא היה ארוכים כו' הרי לך בהדיא שמותר לתקן הגט משום שהובא ממקום רחוק כ"ש וכ"ש הכא שהלך הבעל למה"י כו' עכ"ל מבואר דהתיקון הוא בגט שהובא ממקום רחוק כתוב וחתום ובלא מצות הבעל כלל ודברי מהרי"ק אילו כתבם הב"ש סי' קכ"ו ובד"מ מכשירין במקום עגון לאו דוקא כשכבר ניתן אלא ה"ה קודם נתינה ולפי שהדברים סתומים לא פירש אם, צריך תיקון או אם תיקון מועיל אף לכתחלה מפרש הרמ"א ואזיל דלכתחלה אסור להפריד בסכין כו' אבל במקום הדחק שיש לחוש לעיגון יתקן והך תיקון היינו אף אחר חתימת העדים ובלא מצות הבעל וזה מבואר למעיין בב"ש סי' קכ"ו וד"מ סי' קכ"ה ס"ק ט"ו ע"ש שמצוין בטעות הציון צ"ל על תשובת הב"ש מ"מ כתב בשורש צ"ח דלכתחילה אין לסמוך על הפרדת סכין שהלשון מועתק משם ושם לא מיירי מענין אחר הנתינה רק משום שהיה מקום עגון וכדמייתי מתשובות הרא"ש וטעמא דמלת' דבדביקות לא מהני כ"א בג' אופני' שכתב רמ"א ובהך דרגלי ההא וקוף נוגע סגי במקום עיגון לחוד לתקן אף אחר חתימת העדים בלא מצות הבעל הוא כמו שאבאר דמבואר למעיין דמהרי"ק שורש ע"א שהאריך לברר מל' הש"ס והפוסקים שתליית רגל הא וקוף אינו מעכב לכל הפחות בדיעבד וע"ש דמיירי שהגט לא ניתן ול' דיעבד דקאמר היינו משום שהיה מקום עיגון דכדיעבד דמי ומזה למדו הב"י והד"מ שכתבו בשם מהרי"ק שאם תינוק קורא כו' היכא דאיכא למיחש לעיגון כשר והגון הדבר להפריד בסכין כו' ובאמת דמהרי"ק שם קודם שכתב תקנת הפרדת סכין לא הזכיר בלשונו מקום עיגון כלל רק צידד בסתם דא"צ לתלות הרגל רק כיון שמהרי"ק כתב אבל לענין פסול בדיעבד נ"ל להשוותן כו' עד הא בשאר היהין אין קפידא לכל הפחות בדיעבד כו' ע"ש והתם מיירי שעדיין לא ניתן וקרי ליה דיעבד משום עיגון ושוב הוסיף מהרי"ק שהגון הוא להיות מפריד בסכין כו' ואין זה רק לרווחא דמלתא ובזה הסכימה דעת הרמ"א למ"ש מהרי"ק להיות מועיל במקום הדחק אף אחר חתימת העדים ובלא מצות הבעל אבל גבי אותיות דבוקים ס"ל להרמ"א דלולי ע"י התיקון יש להחמיר אף בדיעבד מטעם שכתבו הפוסקים לפי שאין האותיות ניכרים יפה וכמ"ש בסה"ת דכשנוגעים לחברתה אין לראות אות לפי

שאינו מכיר מה מין אות זה ומה מין חברתה או אם שתיהם אות אחת לפיכך הורגלו להפרידו כו' ע"ש וסבירא ליה להרמ"א דמהאי טעמא יש פסול אף בדיעבד בלא תיקון והלכך אע"ג דבתפילין מועיל תיקון דלא דמי לחק תוכות כמ"ש הפוסקים שם מ"מ בגט אין מועיל לכתחלה משום דדוקא תפילין שלא לגנוז דבר קדושה הקלו כמ"ש הח"מ והב"ש ולכן דוקא בשעת הדחק ואף גם זאת היינו דוקא קודם חתימת העדים ובמצות הבעל דנהי דהך תיקון לא נחשב תוכות כיון שבאמת האותיות מצד עצמם כתיקונם ואין נרשים מאליהם מ"מ כיון שבלא התיקון אין נקראים כדת והתיקון מכשירו צריך שיהיה קודם חתימה ובמצות הבעל ועיין בד"מ אות ד' שסיים שם ובתשובת מהרי"ו בסי' כ"ז משמע דאם הוא בדבר שמשתנה הלשון ממשמעותו והוא בתורף נפסל הגט בדיעבד בכה"ג עכ"ל ולכאורה נראה שכוונתו למ"ש מהרי"ו שם וז"ל ואם נפשך לומר כיון דהוי צורתה כמו אחר המחיקה אין לה תקנה לעשות בית מידי דהוי אהיכא שכתב וכדי פטרית שאסר הרא"ש בתשובה לתקנה ולעשות מן היו"ד וי"ו יש להשיב דהתם שאני כיון שנגמר כל הגט בפסול אין לחזור ולתקנו מידי דהוה אכתבו תנאי פסול ואע"פ קודם התורף לרבא כו' ע"ש ולענ"ד אין זה ענין לכאן דהתם התיקון הוא בכתב שעושה מן הנו"ן ב' או מן היו"ד וי"ו בזה אסור לאחר שנגמר בפסול משא"כ בזה שאין התיקון הוא בכתב שעושה על ידי כתיבה כ"א ע"י גרירה לבד אפשר דתיקון כזה מועיל אף אחר גמרו וגם דברי מהרי"ו גופי' מ"ש מידי דהוה אכתבו תנאי כו' צ"ע ואין להאריך ולענ"ד יותר נראה שט"ס נפל בדברי רמ"א בהג"ה וכצ"ל ויש מקילין בשעת הדחק ולכתחלה יש לתקן קודם שיחתמו העדים כו' ונוסח זה עולה יפה עפ"י דברי הב"י והד"מ ומצאתי בג"פ סק"ל שכתב וז"ל ובעל הלבוש חילק כאשר כתבתי משם מרן ז"ל משמע דהיה לו גרסא אחרת בדברי מור"מ ז"ל עכ"ל ונראה שהוא הדבר אשר דברתי וספר הלבוש אין בידי כעת אמנם מה דמייתי הב"ש מהא דאין היו"ד שע"פ האלף נוגע על הך דאותיות דבוקים לפי מ"ש אין זה ענין לזה דאפילו תימא דרמ"א בדבוקים מחמיר שיהיה ג' אופנים שכתב הב"ש מ"מ לק"מ דהתם בלא תיקון הי' פסול וכשבא להכשירו ע"י תיקון צריך ג' אופנים הנ"ל משא"כ באין היודי"ן נוגעין שנראה מדברי הב"י שדעתו להקל בזה אף אם לא עשה שום תיקון כלל וטעמא כיון שהם כתובים בדיבוק כ"כ שתינוק קורא אותם יפה הרי צורת האות ניכרת להדיא ואף שבתה"ד מפקפק בדבר דשמא יש לפסול אפילו בדיעבד דכל שאין צורת האות עליו כמו שנמסרה למשה הכריע הב"י דבמקום עיגון יש לסמוך על צד ההיתר שכתב בתה"ד דטעמא דתפילין משום דבעי כתיבה תמה ובגט יש לעשות כן וכמ"ש מהרי"ק לענין רגלי ההה"ן וראייתו מתשובת הרא"ש לענין

ווי"ן הקצרים ובזה יש ליישב מ"ש הב"י בסי' קכ"ו לענין, אין היודין נוגעין כשר בדיעבד במקום עיגון ומלשון זה למד הב"ש לומר דתרווייהו בעינן שכבר ניתן הגט וגם הוא מקום עיגון ולפי"ז תימא דלמה השמיט בש"ע תיבת בדיעבד כיון שיש קפידא בדבר וגם רמ"א סי' קכ"ה כתב סתם במקום עיגון ומ"מ דיעבד נמי בעינן אבל בדברי הש"ע קשה אך לפי מ"ש א"ש דבב"י בא לומר היכא שניתן בלא תיקון כלל כשר בדיעבד במקום עיגון אבל בש"ע נקט דלעיקר הדין אין קפידא בזה במקום עיגון וממילא אם כבר ניתן כשר ואם לא ניתן הרי עדיין יש תקנה לתקן קודם חתימה או אחר חתימה עכ"פ ולפ"ז יש קולא יותר כשלא ניתן דאם ניתן בלא תיקון טפי יש לחוש מאם לא ניתן עדיין דאז הנתינה הוא אחר שמחלקין אותו ואף שהוא אחר חתימה דעת הרא"ש לסמוך בשעת הדחק דמסתמא צוה לעשות כתיקון חכמים מה שכתוב הב"ש סימן כ"ו דלאחר החתומה אין תקנה אלא בדיעבד ומקום עיגון ר"ל אחר שניתן לפי מ"ש זאת דאחר החתימות קודם שניתן עדיף דעדיין אפשר בתיקון והוא מועיל לדעת הרא"ש בשעת הדחק ויש לסמוך ע"ז טפי מאם כבר ניתן בלא תיקון כלל וכן מבואר בב"ש סימן קכ"ז ס"ק ל"ג שאין נ"ל פירוש הב"י והב"ח בתשובת הרא"ש ומפרש דמיירי שהווין היו נראים פטורין ומ"מ הכשיר בכה"ג כו' ולמ"ש בסמוך בשם הרא"ש נשמע אם הגט בא ממקום אחר וא"י מי כתבו לכתחלה לא ינתן לה אא"כ במקום עיגון או אם כבר ניתן לה כו' ואם עדיין לא ניתן הגט ורוצה לתקן נראה דהוי כדבקות ההי"ן וכ"כ בפרישה וב"ח במקום עיגון יכול הסופר לתקן אפילו אחר חתימות העדים כיון דליכא תיקון ממש עכ"ל ואם כן ה"ה לענין אם לא נגעו היודי"ן דע"כ אין זה תיקון ממש כיון דאם כבר ניתן מכשירין במקום עיגון וכן בתפילין מכשירין לתקן ולא חשבינן ליה שלא כסדרן אלמא דלאו תיקון גמור הוא וגם בב"ש ס"ק י"ט כתב דבכל הדינים שבסימן קכ"ה במקום עיגון ועדיין לא ניתן כשר:

ראיתי בספר גט פשוט שכתב שלדעת הריב"ש בסימן נ"ו וסימן שט"ו במקום שהוא כשר בדיעבד עדיף טפי ליתנו בלא תיקון משיתקן אחר שלא צוה הבעל ולכך כתב שיש ליתנן מתחלה בלא תיקון ויחזור ויקחנו מיד האשה ויתננו לה לצאת י"ח הרא"ש והריב"ש ע"ש ואני לא מצאתי במשמעות בריב"ש שיהיה עדיף ליתנו בלא תיקון דמ"ש הריב"ש על דברי הרא"ש וז"ל וזה רחוק בעיני כי אם צריך תיקון איך יתקן אחר זולתי הסופר כו', פשוט שת"ל שאם היה צריך תיקון אין תיקון האחר מועיל אבל מ"מ פשיטא שאם לא יועיל עכ"פ לא יזיק הגע בעצמך באות שהוא כתובה כתיקונה ובא אחד והוסיף להדר האות וליפותו מה איכפת לן בהכי אף שזה אינו שליח הבעל ואם כן פשיטא היכא דשפיר דמי ליתנו בלא תיקון אחר אין תיקון מפסיד וזה דעת מהרי"ק סימן ע"א דלרווחא

דמלתא ודאי מתקינן וכ"פ הב"ש בס"ק ח' ומדברי הריב"ש סימן שט"ו שכתב וכדאי הם הדברים לסמוך עליהם ומה גם בשעת הדחק שא"א לתקן ויש לחוש לעגונא נמי משמע דאם אפשר לתקן מתקנינן אלא שאפשר שר"ל שא"א לתקן לכתוב אחר וכן משמע התם שהשאלה היה קודם נתינת הגט ואם כן היה אפשר בתיקון דהארכת הווי"ן אבל עכ"פ אין הכרח מדברי הריב"ש שיסבור שעדיף טפי שלא לתקן:

וראיתי לידידי הרב הגדול החריף ובקי מוהר"ר הירץ נ"י ראש ב"ד ומו"ץ דק"ק ראדויל דאיקלע עובדא דא לקמיה ואתא ואייתי דברי הג"פ בס"ק ע"ב שכתב ראיה מדאמרינן בא"ח סימן ל"ב דיכול לתקן היכא שאין נוגע ואין בזה משום שלא כסדרן אלמא דמה שאין היודי"ן נוגעין אין זה פוסל ולפיכך לא חשיב שלא כסדרן עכ"ל וע"ז השיגו הרב נ"י מדברי מהרי"ק שורש ס"ט והגם דודאי אין נוגעין פוסל רק דמ"מ מחשב כסדרן כיון שעיקר צורת האותיות כסדרן ע"ש במהרי"ק ויפה תמה שהדבר מבואר להדיא בש"ע א"ח סימן ל"ו שאין נוגע פסול אך לענ"ד להליץ בעד הג"פ שדברים סובבים כלפי מ"ש בתה"ד שהוא דעה הראשונה המחמיר לפסול אף בדיעבד והביא שם דברי הג"מ וכתב וא"ל אדרבה מדלא פסל מהר"מ שם אלא משום כתיבה תמה כו' וגבי גט לא בעינן כו' י"ל שמהר"מ תרי טעמי קאמר וכך ר"ל חדא דלא גרע מקוצי של יו"ד ובעינן לכתוב האותיות כמו שניתנו מסיני כל האותיות מחוברים גוף אחד חוץ מן הה"א והקו"ף דלדרשא אתי ועוד אפילו אי קוצי של יו"ד אינו מעכב הכא מעכב בתפילין משום דבעינן כתיבה תמה ואם כן נמי יש קפידא כו' ע"כ ע"ש באורך סימן ר"ל ורל"ו ובפוסקים סימן מ"ה והב"י מכריע להקל במקום עיגון כהך צד שכתב שיש להוכיח מא"ח כו' ואם איתא שפסול משום דאות שאין צורתה כמו שניתנה מסיני לא מחשב אות אם כן היה לנו לפסול לתקן בתפילין דהוה שלא כסדרן אלא ע"כ דאין הפסול רק משום כתיבה תמה ולכך שפיר מועיל התיקון כיון שעיקר צורת האותיות כסדרן ואם כן בגט דלא קפדינן אכתיבה תמה אין כאן פסול ומ"ש הג"פ אלמא דאפילו נוגעין אין זה פסול ר"ל שאינו פוסל בגט דלא בעינן ביה כתיבה תמה אלא שקיצר בלשונו וכיוצא בזה צריכין אנו לפרש בדברי הב"י סימן קכ"ה לענין אותיות דבוקים ע"ש שכתב וז"ל ואף ע"ג דגבי תפילין שרי לגרור הדבוק אלמא לא חשיב ככותב דאם כן הוי ליה כתב למפרע ופסולין האי טעמא סגי לאכשורי בדיעבד כו' ע"ש ולכאורה אין זה מובן דהא מבואר שם בא"ח סימן ל"ב סעיף י"ח דנדבק בין קודם שנגמר בין אחר שנגמר פסול ואם גרר והפרידה כשר כו' ובסעיף כ"ד כתב אבל הפריד האותיות הדבוקות אחר שכתב לפניה שפיר דמי דכיון שהאות צורתה עליה כשמפריד מחברתה לא הוי ככותב וה"ה שאם לא היו מקצת יודי"ן כו' כיון דצורת האות

היתה ניכרת ליכא משום כתבן שלא כסדרן ע"ש אם כן אין ראיה מהא דלא מחשב שלא כסדרן לענין גט דמ"מ כיון שאם היה דבוק היה פסול השתא ע"י שגורר מתכשר האות והוה כנכתב שלא ע"י שליח הבעל אך לפי מ"ש א"ש דכוונת הב"י דע"כ מוכח מהתם שע"י הדבוק לא נתבטל ממנה צורת אות דנימא דהוי כעושה עתה צורת האות דאל"כ הו"ל כתב למפרע אלא ע"כ דהאות מיקרי אות אף בעת דביקותו אלא דפסולו משום כתיבה תמה ולכן אין שלא כסדרן פוסל בו ואם כן גבי גט נמי מהני אף בלא שליחות הבעל ולכן כתב הב"י דהאי טעמא לא מהני כי אם בדיעבד וה"ה דהוה מצי לאתויי מהך גופא המבואר באה"ע דשרי לגרור ולא פסלינן ליה משום חק תוכות ואם איתא דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטליה ע"י הדבוק אם כן בגרירתו משוי ליה אות וה"ז ככותב אלא שזה יש לדחות קצת ואין להאריך ועיין בתה"ד סימן מ"ח שמסתפק שם בדעת הרא"ש דאפשר דהרא"ש פוסל לתקן בתפילין כשאין היודי"ן נוגעין משום שלא כסדרן ע"ש ולפ"ז מה דמייתי בתה"ד סימן ר' למ"ד ראיה מהרא"ש הל' ס"ת אין ראיה דהרא"ש לשיטתיה דאין מועיל תיקון בתפילין דהוה שלא כסדרן ס"ל דמחשב כה"ג ככתיבה ואם לא נגע הוה שינוי בצורת האות משא"כ אנן לדידן דקי"ל כדעת מהר"ם דאע"ג דפסול כשאין נוגע מ"מ מועיל תיקון ולא חשיב שלא כסדרן משום דחשבינן שהאות כתיקונו כיון שנקראת יפה לתינוק אלא דכל כמה דלא נגע פסול משום כתיבה שאינו תמה ולפ"ז אין לפסול בגט דלא בעינן ביה כתיבה תמה וכיון דבתפילין עבדינן הכי לכתחלה לתקן באין נוגעין יש להכשיר בגט עכ"פ במקום עיגון אך אם נאמר דגם הרא"ש מודה בהא דלא מחשב שלא כסדרן רק לענין נדבק רגל הקו"ף וה"א הוא דפוסל משום שצריך לגרר הרבה כמ"ש בתה"ד שם ואפילו הכי כתב הרא"ש דפסול משום שינוי צורת האות כשאין נוגע אם כן שפיר יש ראיה מהרא"ש דזה מיקרי שינוי באות ואם כן אין לתקן אחר חתימה ומכ"ש שאין ליתן בלא תיקון כלל ומ"מ י"ל דבמקום עיגון גדול כזה גם התה"ד מודה שיש לסמוך להקל וכמ"ש הב"י ורמ"א וכמש"ל וגם נלענ"ד כיון דמפשיטות דברי מהר"מ שהביא בהגמ"יי משמע דמשום כתיבה תמה אתינן עלה רק שאנו צריכין לחוש כמ"ש התה"ד לדקדק מדברי הרא"ש גבי הא דלמהך דמוכח דאם הדביק מה שצריך להיות נפרד פסול וה"ה איפכא וכן מדקדק מלשון הרא"ש בהלכות ס"ת ולפ"ז י"ל דמידי הוא טעמא אלא לחוש לשיטת הרא"ש ולדידיה דוקא בלא תיקון כלל יש לפסול אבל אם תיקן אף שהיה אחר חתימת העדים מהני במקום עיגון כמ"ש גבי ווי"ן קצרין שמותר להאריכן במקום עיגון אף שהיה נראין כיודי"ן ופסולין מהני התיקון אף אחר חתימת הגט ואף הריב"ש החולק על הרא"ש וכתב שרחוק בעיניו שאחר יתקן

י"ל דמתיר בהא וכדמשמע מדברי מהר"מ וכיון דבין למר ובין למר שרי ואין לפנינו מי שמחמיר בהדיא בשניהם פשיטא שיש לסמוך בשעת הדחק להתיר ואע"פ שהש"ך בי"ד סימן רמ"ג הביא דברי האגור שכתב בחלב שנתערב בשומן כו' כיון דלכ"ע חנ"נ מדרבנן ונ"ד בין למר ובין למר שרי כו' ומזה הוכיח הש"ך שם דבדאורייתא לא מהני היכא שאין הרבים מסכימים מטעם אחד מ"מ נראה דבשעת הדחק ועיגון כה"ג שפיר סמכינן אף בדאורייתא ובתשובה אחת בענין פ"ד הארכתי בדברי הש"ך שם ובחשן משפט סימן כ"ה ושם כתבתי שמ"ש הש"ך שדברי הרמ"א שם ממהרי"ק שורש מ"א ולכן תמה עליו ליתא דבאמת כוונת רמ"א על שורש נ"ב וכ"כ בסימן נ"ד וסימן ק"ב ע"ש דמייתי ראיה משוחט וניתז על הדלעת ומחימצא ובר חמצא חד סתים כו' ע"ש וגם הבאתי שם דברי מהרי"ט בתשובה ולקצר אני צריך:

ועוד נלענ"ד דמה שהקפידו הפוסקים לתקן חתימת העדים הוא מטעם שכתב הח"מ דאם חתמו העדים על גט פסול מה מועיל התיקון אחר שנחתם בפסול וכ"כ הב"ש סוף ס"ק י"א אין קפידא בדבר כי אם לכתחלה אבל במקום עיגון ודאי אין להקפיד בזה דהא אנן קי"ל כר"א דע"מ כרתי ובדיעבד אפילו בלא עידי חתימה כלל כשר כמבואר בסימן ק"ל ובסימן קל"ג וא"ל כיון שנחתם קודם התיקון אם מתקנין אח"כ ה"ל כמזויף מתוכו דפסל דפשיטא דלא שייך בזה ענין מזויף מתוכו כלל שהרי ידוע לכל שזה האות הוא אלף ואף תינוק דלא חכים קורהו כן רק שיש פסול מצד שלא נכתב כצורתו שניתן מסיני וכיון שקודם המסירה כבר נתקן וע"מ כרתי בשעה שהגט כהלכתו אין חשש מזויף מתוכו כלל ועיין בתשובת הרא"ש כלל מ"ה סימן כ"ה שכתב ואין לפוסלו משום שנכתב טעות בגט ואמרינן מודה ר"א במזויף מתוכו כו' דהיינו דוקא כי ההיא דפ"ק דגיטין דתנן כל השטרות העולים בערכאות כו' וכן ההיא בסנהדרין ההיא מתנתא כו' אבל אם יש ט"ס בגט שאין ריעותא וקלקול יכול לבא ממנו לא מפסיל בהכי עכ"ל ואי משום שהמתקן הוא איש אחר שאינו מצוה ועושה ע"פ הבעל הנה דעת הרבה פוסקים דלא בעינן שליחות בכתיבה רק הטעם דכל שאינו עושה בציווי הבעל הוי ככותב סתם ואינו לשמה וזה שייך בגוף כתב הגט אבל כגוונא דנ"ד דעיקר כתב הגט כהלכתו וגם אות זה שצריך תיקון כמו שהוא נכתב הוא נקרא אלף לכל העולם פשיטא דאין סברא לומר בתיקון קל כזה ליגע היוד בפני האלף שאין נותן לב לעשות לשמה:

ונראה דגם הרא"ש בגיטין דף כ"ג שכתב שיטת הר"י השני' דצריך שליחות בכתיבה היינו שיש לחוש לחומרא אבל מ"מ במקום עיגון שפיר יש לסמוך אהנך פוסקים דלא בעינן שליחות בכתיבה ולכן הקיל הרא"ש לענין הארכת הווין וצירף גם כן הך סברא כי

הבעל צוה לכתוב כתיקון חז"ל ואם לא כתבו הסופר כראוי ניחא ליה לבעל שיתקנוהו ב"ד ושליחותיה קעבדי ואפילו תימא בגט בתיקון קל כזה איכא חששא שאין נותן לב לעשות לשמה מ"מ משמע בב"ש סימן קכ"ה דאין זה רק חששא בעלמא ומדרבנן והדרינן למ"ש דכיון דבין למר ובין למר שרי שפיר סמכינן עלה דמלתא במידי דרבנן וכמ"ש האגור לענין קנ"נ וכמש"ל מדברי הש"ך יו"ד סימן רמ"ב ומ"ש הב"ש שם דלפירושם קשה למה תניא בברייתא הגט בטל כבר כתבתי במקום אחר מדברי התוס' בעירובין דף י"ג שמבואר שם דס"ל שאין פסול רק מדרבנן וגרסי בברייתא הגט פסול והארכתי בזה: והנה לעיל הבאתי דברי מהרי"ו בתשובה סימן כ"ה שכתב וז"ל מידי דהוה אהיכא שכתב וכדי פטרית שאסר הרא"ש בתשובה לתקנה ולעשות מן היו"ד וי"ו כו' ע"ש ולא מצאתי כן בשו"ת הרא"ש שלפנינו ולכאורה נראה שכוונתו למ"ש הרא"ש בענין הווין נראה שלא היו ארוכין שכ' הרא"ש להאריך הווין אין יכולין כו' (ומזה נראה שפירוש דברי הרא"ש כמ"ש הב"ש ס"ק שהווין היו נראין כמו יודין) ולפ"ז צ"ע שהרי הרא"ש סיים שם דאם יש בו תקנת עיגון יאריכו הב"ד הווין וא"כ י"ל דאם ניתן הגט אחר התיקון נמי כמקום עיגון דמי ומ"ש הרא"ש שם שאם נתן הגט לאשה ואין הווין ארוכין אם הבעל רחוק מכאן לא הייתי פוסלו בשביל זה כו' היינו כשניתן הגט בלא תיקון כלל דאז דוקא כשהבעל רחוק מכאן לא היה פוסלו ומיירי בענין שעתה שוב א"א לתקנו וליתנו שניה ולכך הצריך שיהא הבעל רחוק מכאן ויש קצת עיגון אבל על ידי תיקון אפשר דבדיעבד שניתן הגט אין לפסול דאמרינן ניחא לבעל שיתקנוהו וכמו מקום עיגון שהכשיר לתקן בשביל זה ולכן נראה שדברי מהרי"ו סובבים כלפי מ"ש שם קודם זה דטעמי' דידיה מספוקי' אף לכתחלה ולזה כ' שמדברי הרא"ש מבואר שאסור לתקנה לכתחלה אם לא במקום עיגון ולפ"ז צ"ע על הרמ"א בד"מ שהבאתי לעיל שלמד מדברי מהרי"ו לענין פסול בדיעבד משמע דקאי התם לענין אם ניתן אחר התיקון כיון שנתקן מקרי שכבר חתמו העדים ואפשר שהרמ"א למד כן ממ"ש מהרי"ו כיון שנגמר בפסול אין לחזור ולתקן מידי דהוה אכתבו תנאי דפסול כו' ובכתבו תנאי יש פסול אף בדיעבד אך לענ"ד אין זה דיוק דהא בכתבו התנאי הפסול אף במקום עיגון ובווין שאין ארוכים כתב הרא"ש להדיא דכשר במקום עיגון וע"כ שאין כוונת מהרי"ו לדמות לכתבו תנאי ממש וא"כ י"ל דמהרי"ו יהיב טעמא לענין פסול לכתחלה אבל אם תיקנוהו וניתן הגט שפיר דמי דכל דיעבד כמקום עיגון דמי וצ"ע:

עוד היה נלענ"ד לצדד בנ"ד דאף על גב דודאי שם האשה הוא מן התורף מ"מ דוקא אם יש חסרון נגיעה באות שהם מהאותיות הנרגשים במבטא שפיר יש קפידא משא"כ

בנ"ד שהיוד שאין נוגע באלף הוא באלף שבסוף תיבת שינא שאינה נרגשת במבטא כלל ולא הונחה אם רק להורות על הקריאה ולהיות במקום נקודת קמץ והא קיימא אות אלף קטן ונקראת אלף בפי כל ואף שאינה כצורתה שנמסרה למשה מסיני לפי שאינה גוף וגולם אחד רק יש פירוד קצת מ"מ בשביל זה לא הפסידה קריצותיה ורמיזותיה שהוא מורה על תנועת הקמץ שהרי סימני התנועות אילו אינם לא דברי תורה ולא דברי קבלה רק האחרונים הציבו להם ציונים בדברים שבין אדם לחבירו להורות להם הדרך אשר ילכו בה בקריאה הנכונה וכיון שגם אלף הזו עושה תנועתה לא קפדינן אצורתה וגדולה מזו כתב מהריב"ל לענין מתתיה בהא שנכתב באלף דכשר בשעת הדחק והביא ראיה מגרשון גרשום דלולי שהם שני שמות בתורה היינו אומרים שזה כינוי לזה אף על פי שהאותיות הם מהנגרשים במבטא וכ"ש בזה שהאלף וההא ה"ם מאותיות הנח והנעלם שאין היכר במבטא בין מתתיא באלף או בהא כו' ע"ש והביא דבריו בג"פ ס"ק קי"ט ובב"ש באות מ' בקצרה ואף על גב דהתם משמע דמטעם כינוי אתי עלה מ"מ מבואר בדבריו דעדיף טפי אותיות הנח והנעלם מאותיות הנרגשים והתם טעמא שהוצרך ללמוד ק"ו מהך דגרשון דהוה אמרינן שהוא כינוי משום דהוה איכא למימר שיש לחוש ללעז כיון שיודע שזה שמו בהא ובגט כתוב באלף ומכ"ש אם מהריב"ל מיירי שהיה חותם עצמו בהא וכמ"ש הב"ש בדעת מהריב"ל וכיון שהקורא בגט יש לפניו מקום לטעות הוצרך מהריב"ל לומר דאין חשש בזה דהא איכא למיתלי שהוא כינוי משא"כ בנ"ד בשם שינא אין לפניו מקום לטעות כלל שאף על פי שאין היוד נוגעות בפני האלף מ"מ היוד עומדת וצווחת ראו עתה כי אני אני הוא ראויה לידבק באלף ונקראת כך בפי הכל ומרגישין עי"ז תנועת הנון של שינא לקרותה בקמץ דודאי עדיף מההיא דמהריב"ל דהכא ליכא למיטעי כלל וא"ל כיון שאינה דבוקה בפני האלף לא מצטרפין לה ז"א דהא בלא הצירוף אין על מה שתחתי' תמונת אות כלל שהרי אין מי שיקרא בצדיק או בעיין וכיוצא שהיא עומדה הפוכה והא קמן דאפילו תינוק דלא חכים מרגיש שהיא דבוקה לאלף שתחתיה ודעת הרלב"ח הביא בג"פ סי' קכ"ה ס"ק ע"ב דאפילו אם תהיה האות שני גופים אם אינה דומה לאות אחרת ולא נפסדה צורתה לתינוק דלא חכים אינו פוסל וכן הוכחתי בתשובה מדברי המאירי שהביא הב"י בא"ח סימן ל"ב והארכתי שם וא"כ אף שמפוסקים אחרים לא משמע הכי אין זה כ"א באותיות שאין להם שורש במבטא ואפשר שיש להקפיד בזה בשם של לשון הקודש אף באותיות שאין מורגשים אבל בשם של לעז ולולי שהיינו צריכים לאות זה להורות הנקודה לא היתה באה שם כלל והרי ככחה אז כחה עתה להורות הנקודה אין קפידה כלל בחסרון הנגיעה ומכ"ש דשפיר דמי

לתקן קודם הנתינה ויש למצוא סמך לזה בג"פ בסימן קך"ח במ"ש בתשובה הריצב"א ומהר"מ מפאדווא על נהר פיאה כו' ועוד כמה מקומות ואין הפנאי מסכי' עמדי לעיין:
אך לענ"ד כנים הדברים מצד הסברא דהיכא שהאות אינה באה רק לסימן נקודה ובפרט בשם לעז אין להקפיד כ"כ מה שאינה גולם א' כשהיא נקראת יפה ובפרט כגוונא דנ"ד שבלא הצירוף של היוד אין על מה שתחתיה צורת אות כלל ועיין בב"י א"ח סימן ל"ב בשם הר"י אסכנדרי לחלק בין אם הפירוד מדמה לשני אותיות אינן יכול לתקן דהוי שלא כסדרן אבל אם אין הפירוד מדמה לאות אחרת כו' יכול לחברן כיון שקודם שנתקנו היה לשם שם אותה האות ולא שם אחר אלא שלא נדבקו כדינם חשיב שלא כסדרן כו' ע"ש ולכן צ"ע לענ"ד על התה"ד דמייתי ראיה מדברי הרא"ש גבי הא דלמהך דגם בשאר היהין יש קפידא שלא להדביק וא"כ ה"ה אם הפריד אותן שדינם להדביק ע"ש ולענ"ד אין מזה ראיה מהתם דע"י דבוק רגל ההא יש עליה צורת חית משא"כ כאן ואפשר דגם התה"ד לא מייתי רק לענין כה"ג שע"י חסרון הנגיעה הוא נדמה לאות אחר אבל משמעות לשונו דקאי אכל מילי דחשיב בשאלה דהתם חשיב יוד שעל האלף שאינו נוגע ג"כ ומשמע דכולהו דמי להדדי ולענ"ד בכה"ג שאין כאן דמיון לאות אחר אין כאן מהראוי לפסול בדיעבד ולכן נלענ"ד מכל הלין דכתיבני יש לסמוך להקל בנ"ד שהוא מקום עיגון ודוחק גדול כאשר ראיתי דעת תורה ודעת נוטה של הרב הגדול מהר"ר הנ"ל ובהסכמת עוד חכם מובהק ומפורסם בהוראה נטפל להתיר ליתן גט זה ואם בנקל למצוא הסופר שהיה שליח הבעל בלעדו לא ירים איש את ידו לתקן ואם הסופר ברחוק מיל שפיר דמי לתקן אף על ידי אחר בצווי ב"ד מסדרי הגט וכמ"ש הרא"ש ז"ל לענין הארכת הווין ואני תפלתי לצור מלכי ירום מכשול מדרכי ולהיות מנוקה מאון ואם שנותי יורינו ויאיר עיני על האמת להעמידנו:
אחר כותבי מצאתי בפרישה ס"ס קך"ו על מ"ש שם בטור תשובת הרא"ש בענין הארכת הווין וז"ל ותימא מה מועיל תיקון לאחר שחתמוהו העדים ס"ס העדים אגט פסול חתמו וי"ל דס"ל ע"מ כרתי וסלק ע"ח מכאן ונמצא שניתן כהלכתו בע"מ וגם אינו פסול ממש אלא צריך תיקון כה"ג אמרינן מסתמא הבעל צוה לתקן עכיל מ"ו עכ"ל הפרישה ומ"ו שזכר הוא הרש"ל ושמחתי שכוונתי לדעתו כמ"ש שלמ"ד ע"מ כרתי לא איכפת לן בתיקון אחר החתימה אך נראה מדבריו שאינו מפרש כהב"ש דמיירי שהווין היה נקראים כיודין ולכך כתב שאינו פסול ממש ובאמת נפלאתי על הב"ש שלא כתב ליישב לפי פירושו תמיהת הב"י דלמא הרא"ש מכשיר בדיעבד שכבר ניתן לה ומשמעות דבריו אף שלא נתקן מקודם כלל ועיין בב"ח:

ומצאתי בישׁ"ש גיטין פרק המגרש סימן י"א שהביא דברי הב"י וכתב עליו וז"ל ואני אומר דבוודאי הווין לא היו ארוכים כשיעור ולא היה נקראים לתינוק דלא חכים ולא טיפש ומש"ה היה צריך לתקנה משום מראית העין אבל לא היה בו פסול אף אם ניתן כך כי איירי בווין שלא היה מעיקר הלשון כ"א בענין חסירות ומליאות שאין כאן שינוי מה שנכתב בוי"ו או ביו"ד והוי כמו שדילג המילה לגמרי שהכשיר כו' עכ"ל ועכ"פ מבואר דמפרש דברי הרא"ש דמיירי באופן שלא היה בו פסול לענין דיעבד עכ"פ וא"כ אפשר בכה"ג הקיל הרא"ש לתקן אחר חתימת העדים בלא ציווי הבעל וגם מהרי"ק דמייתי מהרא"ש היינו לפי מה שכ' מתחלה דבדיעבד גם בדבוק רגל הה"א וקו"ף שרי אך ממהרי"ו משמע קצת דהרא"ש מיירי בענין שהוה פסולה בלא"ה וכמש"ל וזה צ"ע דהא הרא"ש כתב להתיר אם ניתן הגט ולא האריך הווי"ן והבעל במקום רחוק משמע כמ"ש הב"י והב"ח וצ"ע וגם בענין התיקון בלא ציווי הבעל ראיתי במשנה למלך שכתב ג"כ דמיירי שהווי"ן הי' בענין דתינוק דלא חכים קורא וי"ו דאל"ה מה תועלת לתקנם אחר שנחתם בפסול חספ' בעלמא הוא ותיקון של עכשיו במה נחשב הוא כו' וכבר חלקו על הרב בזה דאין ב"ד יכולין לתקנו ואני מוסיף בזה דברים שאם הבעל צוה לסופר לכתוב וכתבו ומסרו ביד הבעל ונתנו לשליח הולכה כבר עשה הסופר שליחותו ואף הסופר עצמו אין יכול לתקנו עכ"ל והמגיה שם רמז למ"ש המ"ל פ"ב מה' גירושין ושם בפ"ב כתב המגיה שטעמו דהמ"ל דס"ל דע"כ לא מספק' בש"ס אם עשה הסופר שליחותו אלא באומר תנו לשליחי אבל באומר כתבו ותנו בידי ונמצא פסול אין יכולין לכתוב אחר אבל הרמ"ז סי' קכ"ב נסתפק בדין זה כו' ע"ש ובאמת אין הכרח לדבריו שהמ"ל יחלק בכך ומ"ש בפ"ד כבר עשה הסופ' שליחותו אינו רק מחמ' שהספק שבש"ס דלמא גם בגט פסול אמרינן דעשה שליחותו והוי ספק מגורשת ומ"מ לענ"ד צ"ע מה שהחליט לומר כן דבכה"ג עשה השליח שליחותו אחרי אשר פי' דברי הרא"ש דמיירי בתינוק יכול לקרותו ובדיעבד כשר וכבר כתבו הפוסקים בשם רב האי ז"ל היכא דיהב בעל רשותא לספרא כו' אי איתי' לספר' מתקן להו כו' עיין בטור סימן קכ"ז ולדבריו צ"ל דמיירי שעדיין לא הוציא הסופר הגט מתחת ידו ואין זה במשמע ופשוט לענ"ד היכא דבדיעבד כשר אף הריב"ש מודה שמותר לתקן ומכ"ש הסופר עצמו אך אפילו לפי פי' הב"ש דהרא"ש מיירי בגוונא שהגט פסול בלא התיקון מ"מ אין קושיא על הרא"ש דהרא"ש סובר בהא דמיבעיא ליה תנו לשליח כפרש"י שם וכ"כ הטור דלא מיירי רק לענין נאבד אבל אם נמצ' פסול שפיר יכולין לכתוב אחר ודלא כדעת הרמב"ם שם ואפילו בדעת הרמב"ם כתב הב"ש סימן קכ"ב סק"ז דמיירי בפסול שנעשה בגט אחר הנתינה אבל בפסול שנעשה בגט קודם

שנמסר ליד השליח גם הרמב"ם מודה דלא אמר כתובו חספ' והבו ליה וכל זה לענין לכתוב גט אבל לתקן אותו הגט עצמו נראה דלא שייך עשה שליחותו שהרי על כתיבת הגט הוא שנתמנה לשליח לכותבו ולא כלתה שליחותו כל זמן שלא נגמר כהוגן הגע בעצמך אם כתב חצי הגט ומסרו ליד הבעל שנראה דודאי יכול לקחת אותו ולגומרו בלא ציווי הבעל מחדש ומה לי מקצת הגט מה לי תיבה אחת או אות אחת דודאי היה דעת הבעל שיגמור את כולו כתיקון חכמים ומכ"ש לפי מה שנוהגין שהבעל מרשה אותו לכתוב אפילו מאה גיטין עד שיהיה אחד כשר לדעת הרב דפשיטא דאותו הסופר יכול לתקן אותו הגט עצמו שיהיה כשר וע"כ לא נחלק הריב"ש על הרא"ש אלא במ"ש שיוכל אחר לתקן בציווי ב"ד דמסתמא היה כוונת הבעל שיהיה נכתב כתיקון חכמים ושלוחותיה קעבדי וכבר כתבתי להליץ בעד הרא"ש דס"ל דבמקום עיגון יש לסמוך על דעת הפוסקים דלא בעינן שליחות בכתיבה ומה שהוצרך הרא"ש לומר דבשליחותיה קעבדי נראה משום דלכאורה י"ל דאף למ"ד לא בעינן שליחות בכתיבה היינו דוקא כשלא הזמין הבעל שליח אחר לכתיבה אבל כשהזמין סופר קפידא הוי אם יכתוב אחר ולזה הוצרך הרא"ש לומר דודאי לא קפיד על התיקון ושליחותיה קעבדי ובתיקון לבד לא שייך שאין נותן לב לכתוב לשמה:

אך לדידי צ"ע היכא שהיה פסול בגט בשעה שנמסר לבעל והבעל מסרו לשליח אם יכול לתקן אח"כ מטעמא אחרינא כיון דהבעל עשה שליח לנתינה בשעה שהיה פסול וחספ' הוא וכיון שהבעל אמר שעושהו שליח לגירושין וגט זה לא ניתן לגירושין א"כ אפשר שמחמת זה מתבטל מינוי השליחות של הנתינה וצריך למנות אותו שליח על הנתינה מחדש אחר התיקון ולפי סברת הרא"ש דאם לא כתב הסופר כראוי ניחא ליה לבעל שיתקנוהו ושליחותו קעבדי א"כ י"ל דגם על דעת זה מסרו מעיקרא לשליח ג"כ ואין מינוי השליחות מתבטל שהרי עיקר מינוי השליחות על ההיא שעתה שימסרנו ליד האשה וכשהגט כשר בההיא שעתה שפיר דמי שהרי הבעל גילה דעתו שרצונו שתתגר' האשה בגט זה ואינו מקפיד על התיקון:

והדברים צ"ע לענ"ד כי כעת לא מצאתי גילוי דעת לדין זה בפוסקים וכיוצא בזה יש להסתפק לענין קידושין במסר חפץ לשלוחו לקדש בו ולא היה החפץ ש"פ ובטרם קידש השליח נתיקר ויש בו ש"פ בשעת קידושין אם מועילין קידושין אילו כיון שבעת מינוי השליחות לא היה ראוי חפץ ההוא לקידושין ואף על גב דנתיקר ממילא ומכ"ש בגט פסול והוכשר ע"י מעשה שנתקן ביד השליח דלא תועיל מינוי השליחות וצריך להתיישב בדבר וכל זה אם היה הגט פסול ממש אבל בנ"ד שכבר כתבתי שיש כמה

צדדים להכשיר הגט אף בלא תיקון כלל והוא מקום עיגון גדול כדאי הם הני טעמי דכתיבנא לסמוך עליהם בשעת הדחק ואעפ"כ יש לתקן הגט קודם הנתינה שעכ"פ אינו מזיק ומה שהחמיר הג"פ ליתן תחלה בלא תיקון ולתקן אח"כ וליתנו שנית לענ"ד אין צורך בדבר וגם כיון שהנתינה ע"י שליח וי"ל דמגרע גרע אם יתן תחלה בלא תיקון והדברים עתיקין:

שוב מצאתי בשו"ת פני יהושע חלק אה"ע סימן י"ח שכ' להגאון מו' זנוויל שכתב שאף אם היה פסול אפשר לתקן וכתב ע"ז שלא אמר הרא"ש אלא לענין הארכת ווי"ן דבדיעבד אין לפסול כו' אבל בפסול גמור לא דאל"כ אף בשינה שמו ושמה כגון ההוא דמפאתה כו' הרי אפשר בתיקון כו' ועוד שהרי הבעל נתן הגט לשליח להוליכו וכתב בתשובת הרשב"א שהביא ב"י סימן קכ"ב דאין לכתוב אחר אפילו הסופר דלזה עשאו שליח דוקא וא"כ מה לי למכתב אחר מה לי לתקנו כו' וכל זה פסול גמור הוא כדבריך אבל לשיטתו שבדיעבד כשר היה אפשר בתיקון לכאורה כמ"ש הרא"ש ומהרי"ק אלא שצע"ג על הרב רמ"א וכו' ולענ"ד לענין מעשה אין לתקן בשעת הדחק אם לא קודם חתימה לפחות כיון דריב"ש חולק עם הרא"ש דבדיעבד כשר בלא תיקון אפשר דבתיקון גרע טפי וכ"ש בנדון כזה דהבעל נתן להוליכו כו' ע"ש באורך:

והנה מ"ש ראיה משינה שמו כגון ההיא דמפאתה לענ"ד אין משם ראיה כלל דכיון דכתב בגט שם אחר ולשם זה כיוונו הסופר והעדים הוי כנכתב שלא לשם אשה זו וא"ל דלא אזלינן בתר שמא בכה"ג דעיקר מה דבעינן לשמה היינו שיכתבו הגט לשם אשתו של פלוני וכיון שהיתה כוונתם על אשה זו אלא דלא דייקי בשמא וכן צ"ל לדעת המפורשים בדברי התו' בגיטין דף ך' דשינה שמו ושמה אין פסול רק מדרבנן עיין בב"ש סימן קך"ט סק"ה וא"כ יש להועיל תיקון בזה אך ז"א דאפילו תימא דכה"ג אין כל הגט פסול רק בשביל הטעות שנפל בשם מ"מ אין מועיל תיקון שהרי העדים חתמו בפסול וה"ל מזויף מתוכו ושאני תיקון אות אחת שניכר שהוא אות הזה לא שייך מזויף מתוכו וכמש"ל:

אך עדיין צ"ע דאם נימא דמועיל תיקון אחר חתימת העדים אף בפסול גמור א"כ גם אם הוא פסול משום מזויף מתוכו יועיל תיקון דמה לי שנפסל מטעם דבר אחר שלא נכתב כהוגן בגט או משום שינוי השם שהוא מזויף מתוכו כיון דהשתא מיהא מתקינן ליה קודם הנתינה ואין כאן מזויף מתוכו ודוחק לומר דההיא דמפאתה מיירי כגון שא"א בתיקון לפי שיצטרך לגרור ולמחוק ולכתוב על המחק ובכה"ג פסול מיהא מדרבנן ולכך הוצרך שם לכתוב אחר אך לענ"ד יש לחלק בדבר דהתם שנכתב שמה בטעות ודאי שנפסול חתימת העדים שחתמו על שם האשה אחרת שאינה אשתו של זה ובטעות כזה

ודאי לא מהני תיקון דאחר שנפסל חתימת העדים איך יחזור ויוכשר למפרע משא"כ אם הפסול הוא מחמת שיש לפרש הל' באופן אחר אף על פי שהיא פסול גמור מ"מ מועיל התיקון שלא נפסלה מעיקרא חתימת העדים לגמרי ואין להאריך דבגוונא דנ"ד שי"ל שאינו פסול גמור והוא תיקון קל גם הפ"י מודה שמועיל תיקון ומ"ש מתשובת הרשב"א דאם כבר ניתן לשליח אין לכתוב אחר וא"כ ה"ה שאין לתקנו לענ"ד לאו בדוקא דבהדדי תפיתו שהרי הרשב"א ביאר טעמו דבזה נתרצה לעשותו שליח ולא באחר ואם כן כאן שהוא שליח על אותו הגט עצמו שפיר דמי ואפשר דהפני יהושע ס"ל דכיון שהיה פסול בעת מינוי השליחות והוכשר עתה מחמת התיקון פנים חדשות באו לכאן והרי זה כאלו הוא אחר אבל אין זה מוכרח די"ל דדוקא לכתוב גט אחר דאוושא מילתא חיישינן דלמא קפיד בעל אבל לתקנו כיון דחזינן שרצה לגרשה וצוה לעשות כתיקון חכמי' ודאי דלא קפיד וכמו אם אמר לו הרי היא במקום פלוני אף שנתנו במקום אחר כיון שאינו קפידא רק מראה מקום הוא לו כשר וה"נ כיון דאמדינן דעתיה דלא קפיד לא איכפת לן בתקון ואפשר דלענין גט אחר אף אי לא קפיד נמי לא מהני שהרי לא נעשה שליח רק ע"ז לבד ועל גט אחר צריך למנותו שליח מחדש אבל אם רוצה לגרש באותו הגט עצמו שנעשה שליח עליו רק שהוא צריך תיקון כיון שעל התיקון אמרינן שהוא מרשות הבעל ומדעתו א"צ שליחות מחדש דאל"כ היכא שנמסר הגט ליד השליח ונמצא בו פסול שצריך תיקון והבעל כאן ומצוה לסופר לתקנו נימא דלא מהני וצריך לחדש גם שליחות השליח ולא משמע כן בפוסקים דמשמע דלא קפדי רק מחמת שהוא אחר חתימות העדי' וקצת יש להביא ראיה דגם בגט מהני אם כותבין אחר מחמת שנמצא פסול בראשון ממ"ש בש"ג ר"פ האיש מקדש בשם ריא"ז אם היה מקדש בכסף אין השליח יכול למנות שליח כו' אבל השטר נמסר משליח לשליח שהרי אינו יכול לקדשה אלא בשטר זה שנכתב מדעת המקדש ובשם המתקדשת כמו שביאר מז"ה עכ"ל משמע שאם נכתב שטר אחר מדעת המקדש והמקודשת כגון שנתנו רשות לסופר לכתוב כמה שטרות שפיר יכול לקדש בו ועיין בד"מ סימן ל"ה דלאו דוקא שטר אלא ה"ה טבעת א"כ משמע דגם בכה"ג לא מהני ובאמת צ"ע שבש"ג שם כתב כמ"ש מז"ה והוא רבינו ישעיה ראשון בעל תוספות רי"ד ובתוספו' רי"ד שם מפורש החילוק קצת באופן אחר ובמקומו בקידושין הארכתי בזה וכאן קצרתי דבלא"ה יש לדחות מ"ש מהש"ג דלא קאמר אלא דעכ"פ אין כח ביד השליח לקדש בשטר אחר שלא נכתב מדעת המקדש ולכן לא הוי מילי ע"ש ואין להאריך:

ודאתאן עלה נלענ"ד לפי מ"ש הד"מ סימן קך"ב דדין השליח כדין הסופר ויכול הבעל לומר לו מתחלה להוליך כ"כ גיטין עד שיהא אחד כשר לדעת הרב וכמ"ש גבי סופר

עכ"ל והביאוהו הח"מ והב"ש ומבואר דבכה"ג אף אם מסר גט זה ליד השליח ונמצא פסול יכולין לכתוב אחר ולמסור ליד השליח להוליכו אך עיינתי בסדר גט שני מיד הבעל ליד השליח ולא הזכיר שם שהבעל יאמר לו שיוליך כמה גיטין ולפי זה צ"ע מה הועילו חכמים בתקנתם שיאמר לסופר ולעדים שיכולין לכתוב ולחתום כמה גיטין שהרי אם הבעל כאן ורוצה למסור הגט בעצמו אין סומכין ע"ז ויש לבעל לחזור ולצוות ועיקר התקנה בזה כשהבעל הולך מהעיר והגט נמסר לשליח שמינה הבעל טרם צאתו ואם כן אף אם ימצא בו פסול מה יושיענו זה שנתן רשות לסופר שהרי לא יועיל לכתוב גט אחר מחמת השליח שלא נתמנה רק על גט זה ודוחק לומר דתקנה זו היא כשהבעל הולך מהעיר ומנה סופר ועדים ושליח ויועיל שאם ימצא פסול מחמת חומרא טרם שיותן ליד השליח יוכלו הסופר והעדים לכתוב ולחתום גט אחר למסור ליד השליח שהרי בסדר הגט של ר"מ ר"י משמע שאף כשמוסר הבעל מידו ליד השליח אעפ"כ יסדר ככתוב בסדר גט ראשון והיינו שיאמר הבעל לסופר לכתוב עד מאה גיטין ולכאורה הוא אך למותר בזה דהתקנה מועלת לענין דיעבד שאם כתב הסופר גט אחר טרם נתן לבעל ליתנו לשליח מהני אף שלא נצטוה שנית מפי הבעל וכמו שמסדרין כן כשהבעל עצמו מוסר ליד האשה דהוא גם כן ללא צורך רק שאם יארע שיכתוב הסופר שנית בלא ציווי הבעל מחדש ויתן ליד הבעל ולמסור לה יהיה כשר ה"נ כשנותן שליח ומ"מ אני תמה דכיון דחששו לתקן בגט כל מה דאפשר משום תקנת עגון היה להם לסדר בסדר נתינה לשליח שיאמר לו הבעל שיהא יכול להוליך עד מאה גיטין ויועיל אם ימצא בו פסול אחר שנמסר לשליח יכתבו הסופר והעדים גט אחר וימסרו לשליח וגם יועיל בדיעבד אם יצטרכו לכתוב גט אחר וימסרנו הבעל לשליח וישכח למנותו מחדש וכמו דמהאי טעמא נוהגין שיאמר כן לסופר אף שהוא מוסר הגט בעצמו לאשתו ולא ע"י שליח דשמא מצא פסול אחר שנכתב וישכח למנות הסופר מחדש כמו כן יש לעשות בשליח. ולענ"ד שנכון לעשות כן אם הבעל דעתו ללכת מהעיר אז ימנה הסופר שאם יצטרך לכתוב גט אחר ימסור הוא לשליח בחריקאו וגם לשליח יאמר שיוכל להוליך אף מאה גיטין וכבר כתבתי שמדברי הרא"ש בענין הארכת הווין לפי פירוש הב"ש וכן הריב"ש מבואר דלא קפדינן אשליחות רק מחמת התיקון בלא ציווי הבעל ועלה על רעיוני לומר כיון דמנהגינו שהבעל ממנה שליח קודם כתיבת הגט והשליח שם בשעה שהבעל נותן רשות לסופר לכתוב עד מאה גיטין וזה הכל על דעת שימסור לשליח הלז ממילא דשליח זה ממונה אכולהו גיטי על איזה מהם שיוכשר אלא דמספקא לי מלתא דלמא אין דעתו כי אם שהסופר יכתוב כמה גיטין עד שיהיה אחד כשר הכל קודם מסירתו לשליח והגט

הכשר יומסר מידו ליד השליח אבל שהסופר והעדים יהיה יכולין למסור לשליח כשלא יהיה הבעל כאן אפשר שלא עלה זה על לבו כיון שבשעה שמוסר לו הגט אומר לו הולך גט זה לאשתי כו' כדאיתא בסדר הגט ומצאתי את שאהבה נפשי בשו"ת כת"י מהגאון בעל פ"י ומג"ש ז"ל עצמו וכתב שם בנדון כזה שא' שלח גט לאשתו ע"י שליח ואחר שליחות הגט הרחיק נדוד ונמצא פסול בשם אבי האשה והאריך הגאון ז"ל לצדד שיש בזה תיקון לכתוב גט אחר וכתב וז"ל ובזה נסתלק נמי מה שיש לחוש בנ"ד מתשובת הרשב"א דאם הבעל נותן מידו כו' דבזה נתרצה להיות שליח ולא באחר נ"ל דלא שייך האי טעמא שהרי לא עשאו שליח כי אם להוליך גט כשר ואם נתנו לו בטעות גט פסול אינו שלוחו ע"ז כלל שהרי התנה כמה פעמים לכתוב גט כשר אם כן בטעות נתן הבעל לידו גט פסול זה וכוונתו לגט כשר ועוד פשיטא שכוונתו לגט כשר שהרי אמר ובו תהיה מגורשת ממנו כו' וכן אמר אח"כ כשמסרו לידו וכשיגיע הגט לידה תהא מגורשת ממנו ברור הדבר שכוונתו על גט כשר ואם כן מה לי עדים מה לי שליח דכי היכא דגבי עדים אמרינן מידי חספא אמר כו' ה"נ גבי שליח וכיון שהוכחנו לעיל מתשובת הרשב"א זו עצמה דלא אכפת לבעל שיתן הוא דוקא לשליח א"כ כיון שנתן הבעל הגט לידה בטעות ולא עשאו שליח לזה הגט כלל אם כן רשאים לכתוב גט כשר וליתן ליד השליח ואפילו את"ל דלא דמי שליח לעדים דבעדים לא אמר חתמו גט זה שנתן לידם שהרי הוא מצוה לכתוב כו' אבל בשליח שנותן גט זה לידו אע"ג דכוונתו לגט כשר מ"מ לא עשאו שליח אלא לזה כו' מ"מ לפי מנהגינו שמייחדים השליח קודם לכל ואומר לו שיהיה שליח להוליך גט סתם ואינו אומר זה כמש"ל וכבר כתב בתשוב' הרמב"ן סימן קמ"ה כשאומר להוליך גט סתם וניתן לו גט שהוא פסול יכול להחזירו לסופר לכתוב לו אחר ק"ו בגט פסול ממש ואע"ג דאח"כ כשמסר הגט לידו וגם המסירה מבעל עצמו הוי כגט זה כדמשמע מדברי הרשב"א מ"מ פשיטא שאין כוונתו לבטל השליחות הראשון דאיך יתכן שיתקנו האחרונים אשר החמירו כל החומרות ופשפשו וחקרו כל הדקדוקים לתקן על צד היותר טוב בלי פקפוק ונקבעו מנהג תמיד שיבטל הבעל בכל פעם שליחות הראשון ובמקום שאינו מצטערים שהיה לנו לתקן תמיד לעשות בשליח כמו בסופר ועדים לומר לו שאם ימצא פסול שלא כדעת הרב תחזור ותהיה שליח על גט אחר וכמ"ש מהרמא"י ז"ל בד"מ דזה מהני כמו בעדים יעמדו ויתקנו לחזור משליחותו רחמנא ליצלן מהאי דעתא אלא ודאי כיון שנותן גט זה לידו א"ל זה שהוא סובר שהוא כדינו כיון שהוא כשר לדעת הרב ושליחות הראשון במקומו עומד כו' ואצ"ל בהצטרף אליו טעם הראשון דכיון דהעמידו אצל הסופר והעדים וצוום בפניו על גט כשר הנה לא עשאו גם כן שליח

אלא על גט שייטב בעיני הרב ועוד כיון שהוכחנו כו' ואם כן איך ס"ד שנחלק שליחותו לשנים דכשיקח הוא יקח כשר דוקא וכשיתן לו יהיה שליח רק לזה לבדו דברים אלו לא ניתנו לכתוב ובמ"ש יתיישב ממ"ש הרא"ש בתשובה בשליח שהביא גט ולא היה הווי"ן ארוכות כו' וקשה איך ס"ד שיתקנם הב"ד ואפילו הסופר והא בגמרא סלקא בתיקו אם אמר כתבו ותנו לשליח כו' וכ"ש דקשה אם לא היו הווי"ן פסולין מדינא כו' דפשיטא דעשו שליחות כו' ועוד לענ"ד לא משמע בתשובת הרא"ש כדברי הב"י כו' ולשון הרא"ש צריך להגיה דאם הוא חשוב תיקון הגט כו' ור"ל דאם הארכת הווי"ן חשוב תקון הגט שהוא מכשיר א"א לעשותו בלא צווי הבעל משמע דבתקון הגט והכשירו כו' ואפי' נאמר דהרא"ש ס"ל כרש"י דאיבעיא אנאבד קאי כ"ש מ"מ קשה מעשה שהיה איך היה אם השליח קיבל הגט כפשוטו מיד הבעל האיך אפשר לתקן אפילו בשעת הדחק הא לא עשאו שליח אלא על גט זה וכמ"ש הרשב"א וביחוד הריב"ש שדרכו להביא תמיד דברי הרשב"א ואיך הכשירו בתיקון סופר בלא ידיעת הבעל שיחזור ויצוה לו כו' ולפירושו של הב"י היה אפשר ליישב קצת כיון שאינו אלא קפידא לכתחלה כו' אבל כבר הוכחתי דא"א כפירושו ולפי דרכינו א"ש דהרא"ש מיירי לשיטתו שכתב בפוסקים דראוי להנהיג לצוות לכתוב כמה גיטין שייטב בעיני הרב ואז מהני אפילו מסר הגט בעצמו כמ"ש ומ"מ לכתחלה אין נכון לעשות כן ולכן לא הכשיר אלא בשעת הדחק כו' עכ"ל:

ועוד האריך בתשובה זו וגם בתשובה אחרת כתב הגאון ז"ל וז"ל וכבר הארכתי בתשובה דלפי מנהגינו לצוות להעדים לכתוב גט אחר גט עד שיצא אחד כשר אין כאן בית מיחוש כיון דמצוה בפני השליח והביא השליח שיוליך הגט אפילו אם היה בדעתו למסור מידו ליד השליח כ"ש היכא דאמר בפירוש תנו לשלוח וצוים על גט כשר כו' עכ"ל ושמחתי שתל"י כוונתי לדעת הגדול בכמה דברים ודברי הקצרים בכלל דבריו הארוכים וגם אשר העירותי בצדק שנכון למסדרי הגט על ידי שליח שיאמר הבעל שעושהו שליח להוליך עד מאה גיטין ובנ"ד כבר כתבתי דעתי להקל במקום עיגון ושעת הדחק גדול כה"ג דברי זעירא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה ק

בגט שנכתב וניתן לאשה ואח"כ הציצו וראו שלא נכתב בגט העומדת היום במתא פלונית לפי שהסופר כתב נוסח הגט מגט א' שהיה לפניו שנשלח למקום אחר שאין כותבין בו העומדת היום והעתיק כן גם בגט זה שניתן מיד הבעל ליד האשה ויש מפקפקין בדבר להצריך גט אחר ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה עיקרא דהא מילתא דף פ' שינה שמו ושמה שם עירו ושם עירה כו' וכתבו התוס' דהיינו דווקא עיר שדרין בה אבל עיר שנולד בה אפילו שינה כשר כיון שאין צריך לכתבו כלל כו' ומקום עמידה נמי א"צ לכתוב דהא כל גיטין הבאין ממה"י אין כותבין מקום עמידת האשה כו' ע"ש והנה אם לא כתב מקום דירה גם כן לא נזכר בדברי התוס' אלו ונ"ל דוקא אם שינה פסול אבל אם לא כתב כלל כשר דאל"כ מאי אירי' שינה דנקט הא אפי' לא נכתב כלל נמי פסול אך ממ"ש התוס' ד"ה שינה דשם עירו ושם עירה לא ששינה ממש אלא שיש לאותה העיר שני שמות בשני מקומות משמע דאם לא כתב כלל פסול ולכך הוצרכו התוס' לפרש דמיירי בכה"ג משום דקשיא להו מאי איריא שינה אפילו לא כתב כלל נמי ולכך פירשו שיש להעיר ב' שמות בשני מקומות ולא כתב רק שם אחד בלבד דס"ד דבכה"ג עדיף מלא נכתב כלל קמ"ל דאף בכה"ג פסול וכ"כ התוס' לעיל דף כ' דשינה שמו היינו שכתב שם דגליל ביהודה דאל"כ ה"ל למנקט לא כתבו כלל דפסול לר"מ מן התורה לפי שאין מוכח מתוכו ומתניתין ר"מ היא:

איברא דלפי מ"ש התוס' לקמן דף ק"ז וז"ל וא"ת למאן דחייש בפירקן לשני שווירי ולשני יוסף ב"ש אע"ג דלא הוחזקו אם כן לר"מ יפסלו כל הגיטין דלא משכחת תו שום גט שיהא מוכח מתוכו ואומר ר"י דדוקא בגט הנמצא חיישינן שמא מאחר נפל אבל חשיב שפיר מוכח מתוכו כיון דלא הוחזק אלא שווירי א' ויב"ש א' עכ"ל ולפי"ז י"ל דהיכא שלא נכתב שם עיר כלל בתוך הגט פשיטא שיש לחוש שיש יב"ש בעיר אחרת דודאי איכא יב"ש טובא בעלמא ואם כן שפיר כתבו התו' דצריך לאוקמי הך דשינה שם עירו בכה"ג שיש לעיר ב' שמות דאל"כ אפילו לא נכתב כלל פסול כיון שאין מוכח מתוכו כיון דמתני' ר"מ היא משא"כ לדידן דקי"ל עידי מסירה כרתי ולא בעינן מוכח מתוכו א"כ שפיר יש לפרש שינה שם עירו כפשטא דאם לא נכתב כלל באמת שפיר יש להכשיר ע"י ע"מ אלא דלפ"ז צ"ע הא דקאמר רב יוסף לעיל דף כ' למאי ניחוש לה כו' הא בעינן שמו ושמה כו' ולכאורה מה בכך למה דקי"ל כר"א דע"מ כרתי ואף למאי דמשמע קצת מדברי התוס' שם דלא גרסי התם רק הא בעינן שמו ושמה ותו לא וכן מוכח מדברי מרדכי והג"א פ' השולח כמ"ש לקמן או כמ"ש בעל העיטור דלאו דוקא נקט שם עירו ושם עירה דליכא עכובא מש"ה מ"מ גם בשמו ושמה גופיה י"ל דבלא כתב כלל כשר לר"א דהא לדידיה כשר ביש לו שתי נשים ששמותיהם שוות ע"י ע"מ ובאמת דעת רבינו יואל הלוי להכשיר אף בלא כתב שמו ושמה בדיעבד ע"י ע"מ מהאי טעמא וראייתו מהא דריש פרק כל הגט כתב לגרש הגדולה כו' ע"ש במרדכי והג"א ואם כן איך קאמר רב יוסף בפשיטת למאי ניחוש לה כו' וא"ל דר"י באמת ס"ל כר"מ דאם כן מאי פריך ור"י

מאי קמ"ל כו' דהא טובא קמ"ל דהלכה כר"מ דבעינן מוכח מתוכו גם בלא"ה ז"א דר"י ודאי ס"ל כר"א כמ"ש התוס' בגיטין דף ג' מהא דסנהדרין דף כ"ח האי מתנתא ע"ש וכדי ליישב זה צ"ל דודאי הך מתני' דשינה שמו כו' כר"מ נמי אתא אלא דגם רבנן מודו בזה ולהכי לא עירבינהו ותנינהו כמבואר שם והשתא כיון דלר"מ ע"כ מתפרשא מתניתין בב' שמות דאל"כ בלא"ה פסול משום דאין מוכח מתוכו אם כן ע"כ דרבנן נמי ס"ל בהא דהולד ממזר ולפי"ז ממילא נלמד דאף בלא כתב כלל פסול בין לר"מ בין לרבנן דלא גרע מ"ש שם דגליל ביהודה מאם לא כתב כלל דאם נימא באם לא כתב כלל כשר משום ע"מ אם כן בכותב שם דגליל ביהודה נמי נימא כיון דע"מ יודעין שזהו המגרש ויש לו שם בגליל כך יהא כשר אלא ע"כ דבכה"ג אין ע"מ מועלין ודוקא היכא שמבואר בגט שם המגרש וכמו שהוא נכתב הוא נקרא במדינה זו אע"ג שיש עוד חשש ששמותיהן שוין מ"מ לזה מועיל ע"מ משא"כ היכא שלא נזכר השם כלל או שהוא שם שאינו נקרא במדינה זו אין הע"מ מועלין לזה כלל. אלא שצ"ע דהא מבואר בתוס' דגיטין שם ל"ד הא דפסול שם דגליל ביהודה היינו משום דאותן שביהודה אין מכירין שם הגליל ויוציאו לעז על בניו מן השני ולפי"ז כיון דמתני' שמו כו' מיירי בהכי ע"כ דמהאי טעמא אמרינן תצא מזה ומזה כו' משום דיש חשש לעז וא"כ אין הכרע מזה לענין לא כתב כלל י"ל דוקא בכה"ג דעכ"פ לאותן שביהודה איכא לעז כיון שאין מכירין שם דגליל כלל יסברו שאחר גירש ובזה פשיטא דלא מהני ע"מ להוציא מחשש זה והוי כמו מזויף מתוכו דפסול אפילו לר"א אבל בלא נכתב כלל שפיר י"ל דמהני ע"מ לר"א וכמו בכתב לגרש את הגדולה:

לכך נלענ"ד דודאי מהא דפסלינן בב' שמות אין להביא ראיה לאם לא כתב כלל וכדכתיבנא די"ל דהתם מחשש לעז אתינין עלה אלא הך דינא דלא כתב כלל שמו ושמה דפסול לר"י סברא הוא כיון שאין נזכר בתוך הגט כלל מי המגרש אף ע"מ אין מועילין וכמו שכתב בהג"א בשם א"ז דהבנים ממזרים ואף שאפשר שאין לפסול בכה"ג רק מדרבנן כיון דמ"מ ע"מ לפנינו ודאי נכתב לגרש הגדולה כו' (ואפשר דהחם גופא נמי פסול מדרבנן ואע"ג דדייקינן הא גדולה מצי מגרש הא ראשון מצי מגרש כו' ומשמע דמהני היינו למ"ד דכולן פוסלין בכהונה א"כ ע"כ דהא דדייקינן מצי מגרש היינו אף שתהיה מותרת ע"י משא"כ למאי דקי"ל כולן אין פוסלין א"כ י"ל דאף ראשון לא מצי מגרש להתיר רק דשני לא מהני כלל אף להיות ריח הגט אך באמת אפילו תימא דהתם מהני אף להתיר מ"מ י"ל דלא כתב כלל גרע ולא מהני ע"מ בזה) מ"מ שפיר קאמר ר"י דכיון שעכ"פ אי אפשר שיהא גט זה כשר ממילא לא חיישינן דאקדים ויהיב זוזא לספרא

דלאיזה ענין יעשה זה כיון דאכתי אגידו ביה דהא כ"מ שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה וא"כ בודאי לא שדי זוזא בכדי וגם לקלקלה לא חיישינן כמ"ש התוס' בירושלמי ומכ"ש דבאמת אין בזה מקום קולקול שהרי לא תנשא ע"י וע"כ כאן לא חיישינן דאקדים כו' אלא אם היה מקום לומר שתהיה מותרת ע"י זה לגמרי שפיר חיישינן לכהונה עכ"פ שמא עשה כן בפני עדים ויהיב זוזא לספרא כו' והי' יכול לברר בזה שגירש את אשתו בגירושין גמורין ועכשיו שמת היא פסולה לכהונה משא"כ כיון דבאמת אי אפשר שיהיה גט זה כשר לגמרי תו לא חיישינן שרצה לשחק בה ולהטילה בספק גירושין והתוס' רצו להוכיח לכאורה מדנקט שינה ולא נקט לא כתבו כלל משמע דלא כתבו כלל כשר אף מדרבנן ולכן קשי' להו אדר"י ולזה כתבו דמוכח דהך שינה מיירי בשם גליל ביהודה ולפי"ז ליכא לדייק מזה בדין דלא כתבו כלל וממילא י"ל דבלא כתבו כלל ג"כ פסול ומ"מ לא קשה דלינקט לא כתבו כלל דאין זה רבותא כלל לגבי כתב שם דגליל ביהודה ומה שהוגה בתוס' שלפנינו וכ"ש דבלא כתבו כו' לענ"ד שזה אינו אלא כצ"ל דלא כתבו כלל הוא פסול:

שוב ראיתי בחדושי הרמב"ן שכתב שיש לפרש דכיון דאם לא כתב שמו ושמה עירו ועירה אינה מגורשת לגמרי אין חוששין שמא הקדים דינר לסופר שאין מעשיו מועלין לאו דוקא (רצ"ל שאינו נכון) משום דבלא"ה ליכא למיחש אלא משום דאמר ה"ז גיטך אמרינן שמא לקלקלה בב"ד לצעורה קא מיכוון עכ"ל. כבר כתבתי שלענ"ד שפיר י"ל כן דלקלקול לא חיישינן דמה קילקול יש כאן שהרי באמת לא נתיר לה להנשא ואם הוא סובר שנתיר לה לפי שאמר הרי זה גיטך ונאמר כיון דמהימן לומר גרשתי מסתמא אקדים זוזא לספרא א"כ במה יקלקל אותה שהרי לא יבוא הדבר לידי בירור וכשיברר שנתן באמת יועיל ודוחק לומר שסובר דאזלא ומנסבא מעצמה בלי שאלת הב"ד מ"מ לאיזה ענין יעשה זה שיתן מעות לסופר שאדרבא יקלקל יותר כשלא יתן כלל והיא תסמוך על דבורו שאמר ה"ז גיטך:

וראיתי ברמב"ן שם שכתב בשם התוס' דמוקי להא דר"י כר"מ דאמר ע"ח כרתי וא"א אא"כ מוכח מתוכו מי מגרש ומי מתגרשת ואינו נכון עכ"ל. וכבר כתבתי שא"א לומר כן דר"י אליבא דר"מ קאמר ועוד תימא דא"כ ה"ל לר"י למימר הא בעינן ע"ח וליכא דהא לר"מ ודאי פסול בלא ע"ח ובתוס' שלפנינו ליתא דמ"ש התוס' דלר"מ פסול מה"ת היינו כדי להוכיח דמתני' דשינה שמו מיירי בשם דגליל ביהודה ובחדושי הר"ן כתב ואפשר דלמ"ד ע"ח כרתי אי לא כתב שם עיר אינה מגורשת דבעינן שיהיה מוכח מתוכו ואפילו למ"ד ע"מ כרתי כל היכא דאיכא ע"ח צריך דלמא אתא למסמך עלי' ומודה ר"א

כו' ומיהא הכא ליכא למימר דמש"ה קאמרינן דהא הכא ליכא ע"ח דס"ת הוא דיהיב לה עכ"ל משמע דסותר בזה מ"ש אפילו למ"ד ע"מ כרתי כו' דודאי בס"ת סגי בע"מ כיון דליכא ע"ח וטפי הו"ל ליסתור דלמ"ד עח"כ הו"ל למימר הא בעינן ע"ח וליכא ודברי התוס' שלפנינו י"ל דא"ש אף לר"א דגם לר"א פסול בדלא כתב שמו ושמה אף מדאורייתא וכמ"ש רק שהתוס' כתבו דכיון דע"כ מתני' דשינה אתיא כר"מ א"כ מוכח דלא מיירי בשינה ממש ומצאתי בפ"י שכתב בביאור דברי התוס' בדרך שכתבתי ע"ש בסוף דבריו מ"ש בזה ובב"ש הסכים לדברי אא"ז מהרש"א בזה בפירוש דברי התוספות ולענ"ד צ"ע ואין פנאי להאריך ומ"מ אין הכרע מדברי התוס' רק לענין שמו ושמה אבל בשם עירו ושם עירה י"ל דאגב גררא נסבא כמ"ש שאר מפרשים וגם נראה דלא גרסי כלל בש"ס רק שמו ושמה לבד שהרי בהמרדכי והג"א כתב בשם ר"י שאין שם עירו ועירה מעכב כדמוכח מהכותב טופסי גיטין כו' וכן גבי ההיא דיהיב ס"ת כו' ומסקינן הא בענין שמו ושמה ע"ש בפ' השולח הרי להדיא דמייתי מינה ראייה דשם עירו לא מעכב וראיתי במכתב אלי' שכתב כ"כ בשם הרא"מ ע"ש ומ"ש התוס' לפרש הך דשינה שם עירו היינו בב' מקומות אינו משום דבלא כתב כלל מעכב אלא כדכתבינא דלר"מ י"ל דגם שם עירו ועירה מעכב דהא אינו מוכח מתוכו וגם י"ל דכיון דשמו ושמה מיירי בכה"ג ניחא להו לפ' בכה"ג גם הא דשם עירו ועירה כיון דבחדא בבא מתנייא וראיתי לאא"ז מהרש"א בגיטין דף פ"ד שדעתו דלהתו' שם עירו ועירה מעכבין וראייתו מדלעיל דף כ' וממ"ש התו' לפרש שינה עירו היינו בב' מקומות ולפענ"ד אין הכרע מזה כמ"ש ומה שהצריכו לזה הוא קו' מהרש"ל דלמה לא נימא גם במקום דירה כיון שאם לא נכתב כשר גם שינה כשר ואין נוח לו בתירוץ רש"ל דבמקום דירה ידוע יותר וכמ"ש הרא"ש לענ"ד א"צ לזה כלל שהדבר מבואר בתוס' שהביאו ראייה מהך דאם כתב בשטר כהן דלאו אכולה מלתא קמסהדי והיינו משום דכיון דא"צ לכתוב בשטר אם הלוה כהן אם לאו אין העדים נותנין לב לדקדק בדבר זה כלל דמה להם לידע אם הוא כהן אם לאו משא"כ אם יש צורך בדבר לכתבו עכ"פ לכתחלה ע"כ יש טעם בדבר שמצריכין לבאר זה בגט א"כ על העדים רמי' מלתא לדעת דבר זה וא"כ אע"ג דבדיעבד אין פוסלין מטעם זה מ"מ הרי הוא מוטל על העדים לדעת וכל ששינו וכתבו בהיפך האמת הוא נפסל בכך וזה החילוק בין מקום לידה שאין צריך לכתבו כלל אף לכתחלה ולא איכפת לה ולסהדי לידע מקום מולדתו כלל הילכך השינוי אינו פוסל דמצד דעדים חתמי אשיקרא ליכא פסולא כיון דדרכן של העדים שלא לדקדק לעיין בשטר על מה שנכתב בו שלא לצורך וממילא דגם לעז אין כאן דמאן דחזי שנכתב מקום הלידה מעיר אחרת לא יתפוס

שנכתוב בדקדוק גמור וא"כ אינו בעל אשה זאת שדבר ידוע לכל הוא שאין מדקדקין בזה כ"כ ולא יוציא לעז כלל משא"כ במקום דירה אף שי"ל שאין מעכב בדיעבד מ"מ לכתחלה עכ"פ כתיבה בעי ועלייהו דעדים רמו דבר זה לידע לכתבו כפי מה שנתברר להם אז שפיר השינוי פוסל דנהי שאין לפסלו מצד דחתמי שיקרא דהא הענין האמת רק שנפל טעות ושינוי במקום מ"מ הרי הוא נפסל מצד הלעז שהרואה יתפוס לומר שודאי נכתב בדקדוק שהמגרש מקום דירתו שם וא"כ אינו בעל האשה זאת:

ובמאי דכתיבנא א"ש גם מה שהקשה הגאון מהר"א ברודא ז"ל הביאו בפ"י למה יפסל בשינוי מקום עמידת הסופר והעדים כיון דאם לא נכתב כלל כשר ע"ש שהאריך וגם בב"ש הרגיש בזה והדבר פשוט כמ"ש דמקום עמידת הסופר והעדים שאני כיון דצריך לכתבו לכתחלה עכ"פ ממילא דאם נכתב בשינוי הוא נפסל ומ"ש בפ"י שלא מצא בגאונים קדמאי ובתראי טעם הדבר שצריך לכתוב מקום עמידת הסופר והעדים ונדחק בזה הנה הטעם מבואר במרדכי פרק ג"פ כדי שאם יצטרך לקיים חתימת העדים נדע לחקור אצל אנשי מקומם שהרי רגילין להכיר חתימתן עיין שם:

אך עדיין צ"ע לפי מה שכתבתי דמה שהשינוי פוסל בכה"ג היינו משום לעז וזה שייך דוקא לענין הבעל והאשה אבל לענין הסופר והעדים מה לעז שייך בזה דמה אכפת לנו אם הם ממקום זה או ממקום אחר וא"כ הוי דינו כלא נכתב כלל וא"כ למה יפסול בדיעבד וכה"ג מבואר בהפוסקים לענין אם העד צריך לחתום דמתקרי כמו שצריך בשם הבעל דז"א דבחתימה אם לא הזכיר שמו כלל אלא שחתם בן פלוני עד כשר כו' והנ"ל דפי' שמות העדים בגט אינו אלא מפני תיקון העולם אף לר"מ דאמר ע"ח כרתי כדאיתא בפ' השולח והיינו משום דהעדים ניכרים ע"י כ"י בלא פירוש שמותם כו' ע"ש בתה"ד וא"כ ה"ה לענין שם המקום מה לי אם הם ממקום זה או ממקום אחר ולכן נראה עיקר הטעם בזה כדמשמע בש"ס מהא דאמר רב לספרי כי כתביתו בהיני כו' והיינו משום דמחזי כשיקרא ואע"ג דבעלמא לא מיחזי כשיקרא ש"ה דשקר גמור הוא וכמ"ש במרדכי וכ"כ שאר פוסקים בזה ולא ה"ל לעדים לחתום על שקר גמור כזה וא"ל שלא נתנו לב לדקדק ז"א כיון דצריך לכתבו מן הדין עלייהו רמו לדקדק בזה משא"כ במקום לידה שא"צ לכתבו כלל מן הדין וכ"כ בתה"ד לענין אם נמצא פסול בחתימת העד בשם אביו כיון שא"צ לכתוב שם אביו בחתימת העד אין שינוי פוסל בו וראיה משינה מקום לידה ולא דמי לעדים שחתמו שלא לשמה דפסול אפילו לר"א אע"ג דלדידיה לא צריכנא לחתימת העדים כלל ש"ה דנהי דלא צריכנת להו מדאורייתא מ"מ חכמי התלמוד הזקיקו

להם מפני תה"ע אבל מקום הלידה וכן שם הנהר דלא אשכחן דאצרכו רבנן כלל אלא שאחרונים הרגלו משום חשש ב' יוב"ש אין חסרון וטעות פוסל כו' ע"ש:

והנה לדעת הפוסקים דס"ל דגיטין המאוחרין פסולין יש ליתן טעם בפשיטות הא דשינה מקום עמידת העדים דפוסל משום שיתלו לומר שאחרוהו וכתבוהו או הקדימוהו ויסברו שמוקדם או מאוחר כשר ובאמת מאוחרין גם כן פסולין אך התוס' לטעמייהו דמאוחרין כשרין ואדרבא קשיא להו איפכא דלמה שינה פסול דנתלי שבאמת מאוחר הוא ותירצו דגם אם איחר בעינן שיהיו העדים והסופר באותו יום במקום זה ועוד י"ל דגט מאוחר כשר טפי שכתוב בו מקום שעומד בשעת כתיבה כו' ע"ש. ולענ"ד תלוי בשיטת התוס' והראב"ד דלדעת התוס' בדף י"ז דבמאוחר אינה מתגרשת אלא בזמן הכתוב בו מסתבר שצריך שיהיה הסופר והעדים באותו יום שם דכיון דאז הוא שעת הגירושין אם כן זהו עיקר הזמן וה"ל כאילו נכתב אז דכיון דתיקנו חכמים שיהיה הסופר והעדים במקום ההוא לא חלקו בתקנתן וגם במאוחר צריך שיהיה בזמן ההוא שם משא"כ לדעת הראב"ד דבמאוחר הזמן של הגירושין מתחיל משעת נתינה שוב אין נ"מ אם יהיה העדים בזמן הכתוב במקום ההוא אם לאו כיון שכבר נתגרשה מה לנו להשגיח על יום שאחר הגירושין אבל בגט שאינו מאוחר וכתב במזרח והיה במערב שהוא עדיין קודם הגירושין שפיר קפדינן שלא יהיה שינוי במקום עמידתן כמ"ש התוס'. ולשיטת הראב"ד יש ליתן טעם אהא דפסלינן בשינה מקום עמידת הסופר והעדים לפי מה שהקשו המפרשים על שיטת הראב"ד דבמאוחר מתגרשת משעת נתינה דאם כן מה הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו זמן דנהי דס"ל דבעל אוכל פירות עד זמן הכתוב בגט מ"מ אכתי איכא למיחש שמא יחפה שתוכל לומר שבא לידה קודם שהרי עינינו רואות שמאוחר הוא והב"י סימן קכ"ז כתב לתרץ להראב"ד דמ"מ מהני לשבוע דבתרי' והב"ש ופ"י תמהו ע"ז דהא אי זינתא אחר הזמן ודאי דליכא למיקטלא ולענ"ד נראה דפירושו דאם יבאו עדים אחר הזמן הכתוב בגט דאז אין מוכח מתוכו כלל שהוא מאוחר ואמרינן דמסתמא בזמנו נכתב וקטלינן לה ומצאתי בלח"מ שפי' דברי הב"י כמ"ש. ולפי"ז י"ל דה"ט דפסלינן שינוי דהיה במזרח וכתב במערב אע"ג דאם לא כתב המקום כלל אינו מעכב מ"מ כשכתב המקום ושינה בו פסול דאם נכשיר כה"ג שפיר יחפה על בת אחותו שישנה מקום העמידה של הסופר והעדים ובע"כ אנו תולין שמאוחר הוא ובשלמא בשינה מקום עמידת הבעל והאשה אין לפסול מה"ט די"ל דהעדים לא דקדקו אחר זה כלל ואין תולין במאוחר משא"כ בעמידת העדים גופייהו אין סברא שלא דקדקו ויש לנו לתלות שמאוחר הוא וכמ"ש התוס' ומה"ט גופא א"ש מה שהקשו התוס' דלמה נפסל בהיה במזרח דהא

יתלו במאוחר ז"א דהא מה"ט גופא יש לפסול דע"י שיתלו אותו במאוחר יוכל לחפות על ב"א:

אך לכאורה ז"א דהא בגט שאין בו זמן גופיה לא פסלינן ליה לגמרי רק דאהני דלכתחלה לא תנשא ולכך לא כתב ליה סופר ולא חתמי עדים עלויה כמ"ש רש"י שם ואם כן מכ"ש דליכא למיחש דלמא כתב סופר וחתמו עדים לשנות מקום עמידתן אך י"ל דלר"מ פסול משום כל מטבע כו' ולרבנן באמת הולד כשר רק לכתחלה לא תנשא לפי שיטת ר"ת בתוס' שם וי"ל שהוא מטעמא דכתיבנא אך דמ"מ קשה דאכתי מה הועילו שיש לחוש שיאחר הגט ויכתוב בתוכו ואחרונהו דאז גם אחר הזמן הכתוב ידעו שהוא מאוחר ולא קטלינן לה ודברי הראב"ד כתבתי ליישב על נכון במקום אחר:

ולכן הדבר ברור כמ"ש לחלק בין היכא שאין צורך כלל לכתוב בגט אף לכתחלה כגון מקום הלידה אז לא חיישינן לשינוי כלל דלא מדקדקי בה סהדי משא"כ היכא שעכ"פ צריך לכתבו לכתחלה השינוי פוסל בו והשתא דאתאן להכי אם כן מוכח מדברי ר"ת ז"ל דס"ל דלא מעכב בגט כלל כתיבת שם עירו ועירה וכמ"ש הרא"ש להדיא שהרי הרא"ש הביא בשם ר"ת שהכשיר בשינוי מקום הלידה דדוקא במקום דירה שהוא ידוע לכל שכל אדם נקרא ע"ש מקום דירתו כו' ואם איתא דר"ת סובר דעכ"פ לכתחלה מעכב שם עירו ושם עירה שאם לא נכתוב לא תנשא בו אם כן בפשיטות הו"ל לפלוגי כדכתיבנא דמקום דירה שאני שתקנת חכמים היא לכתבו לכתחלה אלא ע"כ דס"ל דגם מקום דירה אין חיוב גמור לכתבו לענין שאם לא נכתב לא תנשא אלא שרגילין לכתבו כדי שיהא מוכיח מתוכו ואע"ג דמדינא לדידן דקי"ל כר"א דע"מ כרתי לא בעינן מוכח מתוכו מ"מ נהגו לכתבו אף בזמן הש"ס כדי לצאת אליבא דכ"ע וכדאמרינן בגיטין דף פ"ה אתקין רבא בגיטא איך פלוני כו' מיומא דנן לאפוקי מדר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח כו' ופרש"י דאע"ג דקי"ל כר"י בעינן לאפוקיה נפשיה מפלוגתא שיצא הדבר בהיתר כו' אבל מדינא א"צ לכתוב שם עירו ועירה אליבא דר"א כמ"ש באה"ע גם כן והלכך הוצרך ר"ת למיהב בה טעמא דשינוי פוסל במקום דירה לפי שמקום דירה ידוע כו' ולפ"ז יש לתמוה מ"ש במרדכי והג"א בפרק השולח וז"ל ואע"ג דאמר לעיל אם דילג שם העיר לגמרי שהוא כשר וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה ור"ת פסלו ואם מת חולצת ולא מתיבמת עכ"ל והוא סותר לדברי ר"ת שהביא הרא"ש דאם איתא דבלא כתב מקום הדירה פסול לר"ת מה צורך לחלק לפי שמקום דירה ידוע ת"ל דמקום דירה שאני שאם לא כתבו הוא פסול ופשיטא דשינוי לא עדיף מלא כתב כלל וכמ"ש התוספת בפירושא דמתני' אם כן שינוי זה עדיף מלא כתבו כלל ואם כן הפסול הוא משום ששינה מקומו שאין אנשי מקום

הנתינה מכירין באותו השם ולכך הוצרך לחלק משום דמקום דירה ידוע לכל אבל אם לא כתב שום שם העיר ס"ל לר"ת דפסול משום דלעולם שם מקום דירה בעינן:
אך לפענ"ד אין זה במשמע כלל וגם לא נמצא בפוסקים כן בשם ר"ת כלל ואולי איזה טעות יש במרדכי כי הדברים הללו בלא"ה אינם מובחרים למ"ש שם לפני זה ע"ש ועוד נלענ"ד דאף לפי דעת הפוסקים שצריך לכתוב שם עירו ושם עירה מדינא היינו דוקא אם הגט נכתב במקום אחר וצריך להזכיר שם מקום שדר הבעל שם כיון שנכתב בגט מקום עמידת הסופר והעדים יסברו שגם הבעל דר שם ולכן צריך להזכיר שם מקום שדר הבעל שם בפירוש והיינו הא דאמרינן בצד קלוניא מתא אנא אנדרלנאי כו' דמנהר פקיד כו' וכ"כ הרא"ש בפרק השולח וז"ל שצריך לכתוב שם המקום שהוא והיא ממנה כו' בגליל מתא אנא פ' דמיהודה וכן משמע ביבמות בקלוניא מתא כו' וכן בסורא מתא אנא תנין כו' וכ"כ הרמב"ן בחידושי גיטין שם שיכתבו בגליל מתא כו' והכי משמע בפרק הזורק גבי היה במזרח כו' אלא שמזכירין בגט פלוני שמעיר פ' בלבד שמזכירין מקום הכתיבה וה"נ אתמר ביבמות בסורא מתא כו' וכ"כ הרשב"א והר"ן בחידושיו שם אלמא דהוה ס"ד דסגי כשנכתב מקום הכתיבה לזה כתבו שצריך לכתוב גם מקום הבעל וה"ה בכה"ג שהבעל דר במ"א שאינו מקום הכתיבה ככל הני דלעיל משא"כ היכא שמקום דירה של הבעל הוא עצמו מקום הכתיבה כיון שכתב מקום הכתיבה תו לא צריך לחזור שנית אותו מקום עצמו בשם הבעל ועכ"פ בדיעבד לא מעכב ובהא א"ש דלא פליג ר"י שהביא המרדכי שכתב דאם לא כתב שם העיר הוא טוב גם כן כו' אר"ת שהביא שם דפסול משום דר"י מיירי היכא שהזכיר מקום הכתיבה והוא עצמו מקום הדירה של הבעל ולכן א"ש ראייתו מהא דכותב טופסי גיטין דהתם כותב בשביל בני עירו שצריכין לגרש ולכן אין שם העיר מעכב כיון שהוא מזכיר בתוכו שם מקום הכתיבה (אך מראיה שניה משמע אף אם לא נזכר שם כלל כשר דהא מייתי מהא דשקל ס"ת וכמש"ל דל"ג רק בעינן שמו ושמה) ור"ת מיירי היכי שמקום הכתיבה הוא במקום אחר מדירת הבעל ודילג מקום הבעל לגמרי בזה י"ל לפסול כיון דמשמע שדירת הבעל הוא מקום הכתיבה ואפשר דאף בדילג מקום הכתיבה ומקום הבעל בזה ס"ל לר"ת לפסול כיון שאין כאן שם מקום כלל ובזה א"ש אף למאי דגרסי בגיטין דף כ' שם עירו ושם עירה דהתם בס"ת אין כאן שם עיר כלל משא"כ היכא שנזכר מקום הכתיבה וגם מקום דירה הוא שם אע"פ שלא הזכירו בפירוש סתמא דמלתא הכי הוא וכשר:
וכן משמע לענ"ד בגיטין דף פ"ה דאתקין רבא בגיטין איך פ' בר פ' פטר ותרך ית פ' אנתתי כו' ולא הזכיר בדבריו דממתא פ' ואע"ג דאמרינן שם ולטעמיך כולהו מי קאמר

כו' מ"מ לא הוה ליה לדלג באמצע הסדר דבר שאם לא הזכיר פסול אלא ע"כ כדכתיבנא דהתם מיירי בשדירת הבעל היא מקום הכתיבה וכיון שכבר נזכר בו מקום הכתיבה תו לא צריך לחזור ולהזכיר גבי בעל שם המקום דמסתמא הכי הוא וראיתי בב"ש סימן קכ"ח ס"ק ה' דק"ל דברי הרא"ש אהדדי לפי הבנת הב"י בדבריו בפ' השולח וכתב דאפשר אם לא כתב שום שם מקום כלל עדיף טפי אלא כשכותב שם מקום העמידה ס"ל דאז צריך לכתוב שם מקומו שלא יאמרו איש אחר גירש דסברי שהוא מאותו מקום העמידה וכתב דלפ"ז סותר מנהג שלנו דאין כותבין אלא מקום העמידה גם בתשובת ריב"ש סימן שי"ד לא משמע כן עכ"ל:

ולענ"ד לק"מ דדוקא לפי עיקר הדין בזמן הש"ס שהיה דירתם קבועים ושם עירו שהיו כותבין בגט הוא מקום דירה ממילא דאם לא כתב רק מקום עמידה יסברו שהוא עצמו מקום הדירה דאל"כ האיך הניחו העיקר וכתבו הטפל וכיון שבאמת אין מקום דירת הבעל שם הו"ל שינה מקום דירה ופסול ולפיכך כשכותב מקום עמידה ודירת הבעל אינו שם צריך להזכיר בפירוש גם מקום הדירה משא"כ אנן השתא דנהגינן שלא לכתוב מקום דירה כלל לפי שאנו גולין ומטולטלין ומקום דירתינו מרופה בידינו אם כן הדבר ידוע לכל העולם שאין הכוונה בגט על מקום הדירה שהרי אין דירה קבוע ואין כותבין אותו בגט כלל ואם כן אין כאן לעז כלל שלא יסברו כלל דמקום עמידה קאי על מקום הדירה וגם מדברי הריב"ש לק"מ דהריב"ש שם סובר דאין קפידא אם כותב מקום לידה או עמידה עולה במקום דירה ואם כן אין חשש שיסברו שדירתו הוא שם דמה"ת ילמדו ממקום עמידה למקום דירה משא"כ אם נימא דמקום דירה דוקא בעינן לכתחלה עכ"פ אם כן י"ל דאם כתב מקום עמידה והוא דר במקום אחר מעכב אף בדיעבד לפי שיסברו ששם הוא מקום דירה גם כן כיון שדינא הוא לפרושי בגט מקום דירה אמנם באמת מה דנקט הב"ש בכותב שם מקום עמידה הוא שלא בדקדוק דאף למה שרוצה הב"י לפרש בדברי הרא"ש בפ' השולח דמקום דירה פוסל בדיעבד לא מיירי בכותב מקום עמידה רק שכתב מקום כתיבת הסופר והעדים דבהכי מיירי ההיא דיבמות וכן מבואר מדברי הר"ן ושאר מפורשים שהבאתי לעיל והיינו משום דבכה"ג ס"ד דמסתמא כל אדם כשצריך לכתוב גט כתבו בעירו שדר שם ולזה צריך לפרש מקום דירתו בפירוש אבל מה שכתב בגט מקום עמידתו אפשר דאין הכרח על מקום דירתו ואדרבה משמע מדכתב העומד היום מכלל שאין דירתו קבועה לשם אך בלא"ה עיקר כמ"ש הב"ש דלתירץ בתרא דב"י א"ש בלא"ה ובאמת כן העיקר כדברי הב"י בתירוץ בתרא דודאי הרא"ש ושאר מפרשים לא מיירי לענין כתיבת השמות בגליל אנא פ' דמיהודה ולומר דאם לא כתב רק חד

מינייהו פסול דפשיטא דז"א דהא מקום כתיבת העדים נראה ודאי דלא מעכב כמ"ש הב"ש גופיה בריש הסי' וכן מוכח דאל"כ למה נקט היה במזרח כו' הא לא כתבו כלל נמי פסול וכמש"ל אלא ע"כ דעיקר הכוונה לענין אם מקום הדירה יש לה ב' שמות וכתב שם א' דבכה"ג הוי שינוי ובראשונה היו עושין כן ופוסקין ר"ג כו' ע"ש:

ועכ"פ נראה ברור דאף לדעת הראשונים שהצריכו שיכתוב שם הדירה מ"מ אם דירתו במקום הכתיבה סגי בהכי ומצאתי כדברי להדיא בש"ג בשם ריא"ז שכתב דאם לא כתב שם עירו ושם עירה הוא בטל מן התורה ואם היה האיש והאשה מאותה העיר שנכתב בו הגט א"צ לכתבו אנא פ' דמתא פ' שכבר כתבו שם העיר שנכתב בה הגט וסתם הדבר מאותה העיר הן ואם היו מעיר אחרת צריך לכתוב שם עירם ומה שנהגו לכתוב שם עירם אע"פ שהיו מאותה העיר שנכתב בו הגט כדי לעשות ההיתר מרווח עושין כן שהרי אין המנהג כן בשאר שטרות עכ"ל הרי מבואר להדיא כמ"ש ואם כך הוא לענין מקום הדירה מכ"ש אנן לדידן לא כתבינן רק מקום עמידה שיש די במה שנזכר מקום שנכתוב בו הגט דמסתמא הוא מקום שעומד בו ואע"פ שאפשר דשם נמסר ובשעת כתיבה לא היה עומד במקום זה מ"מ כיון שאין הכרח מתוך הגט מה"ת נאמר כן אדרבה אמרינן שמסתמא היה שם בשעת כתיבה וזה מבואר מיבמות דף קט"ז דאתי סהיד דענן בר חייא מחגרא גבן הוה וקאמר אביי דהא קאמרי סהדי דבנהרדעא הוה מה בעי בסור' ורבא דסבר דל"ח משום דלמא בגמלא פרחא כו' א"נ מילי מסר כו' ובודאי דגם אביי מודה דמשכחת לה במילי מסר ומ"מ ס"ל דל"ח להכי אלא אמרינן דמסתמא היה שם ביום כתיבת הגט באותו מקום שכתבוהו וגם רבא לא פליג אלא משום כיון דהוחזק איש אחר בעירו כשמו אמרינן דלמא לפי שרצה לקלקל אשת חבירו אע"פ שראה עדים הולכים לסורא מסר להו מילי שיכתבו שם דמה"ט נמי חיישינן דלמא בגמלא פרחא אע"ג דבנ"ד ל"ח אף להציל וכמ"ש התוס' בשם ר"ת משא"כ בסתמא אמרינן שהיה שם במקום כתיבתו ונראה דאף למ"ש הרמב"ן והרשב"א דהך סברא דמילי מסר עיקר והנך דגמלא פרחא או בקפיצה סניפין הם משמע גם כן דהך סברא דמילי מסר לא הוה מכרעא ליה לרבא דבסתמא אין לחוש למילי ולכך הוצרך לעשות עוד סניפין לחששא שלו ועכ"פ בנ"ד נראה ברור דשפיר מהני מקום הכתיבה דבסתמא גם שם היו רגלי הבעל והאשה עומדת ומה שכותבין אף בכה"ג העומד כו' הוא לרווחא בעלמא כמ"ש ריא"ז:

אמנם יש לדקדק דאף שלענין עמידת הבעל שפיר י"ל כן דמסתמא נכתב הגט בפני הבעל ולא ע"י מסירת מילי כדמשמע מסוגיא דיבמות מ"מ לענין עמידת האשה מאן לימא לן שהיתה שם בשעת כתיבת הגט ואדרבא יש לעז קצת מדלא כתב בגט העומדת

יאמרו דמסתמא האשה המתגרשת אינה זאת האשה אשר ישנו פה עומדת היום דאל"כ הו"ל לכתוב בגט העומדת כו' אך באמת ז"א דע"כ ל"ח ללעז אלא היכא שאם אחר החקירה יראה להם שאין זה הכתוב בגט כגון שהיה לו ב' שמות ולא הזכיר רק שם א' דלבני מקום השני איכא לעז שהרי זה לא נודע להם בשם זה כלל ויאמרו כי אין זה המגרש וכן כל כיוצא בזה משא"כ כאן ממ"נ אם לא יחקרו כלל מה"ת יאמרו שאין זאת המתגרשת שהגט בידה ואי משום שאין כתוב בתוכו העומדת יתלו דבאמת לא היתה אז בעיר בשעת כתיבת הגט ואם ניחוש שמא יתנו לבבם לחקור זאת כי באותו יום היתה בעיר הרי אם יעמדו על המחקר יתוודע להם שאשה זו קבלה הגט מיד הבעל לידה ומה שלא נכתב העומדת אין קפידא כיון שכבר הוזכר הדבר שהוא מקום שנכתוב וגם בעמידת הבעל אגב שיטפא רהוט להו ולא כתבוהו בעמידת האשה ולא מסתבר לומר שיחקרו לחצאין שיתוודע להם שאשה זאת. היתה ביום הכתוב בגט בעיר ומ"מ לא ידעו שקיבלה בעצמה הגט פשיטא דקודם החקירה אין שייך לעז אע"פ שאמתת הדבר שהיתה בעיר מ"מ כיון שיכולין לתלות שלא היתה בעיר אין כאן לעז וכמ"ש התוספת לענין היה במזרח וכתב במערב שהקשו כיון דמאוחר כשר הרי יתלו לומר שאחרוהו וכתבוהו ע"ש אלא שצ"ע לפמ"ש בתירוץ בתרא שיש לחוש שפעמים נודע שלא אחרוהו ויסברו שהקדימוהו משמע דחיישינן ללעז בכה"ג וה"נ ניחוש לה הכי שיתוודע להם ששם היתה וממילא ידעו אם קבלה בעצמה ולפי ענ"ד שזה תלוי במחלוקת הפוסקים לענין אם שינה מקום הלידה שלדעת המכשירין בשינה מקום הלידה דאין בזה חשש לעז לפי שמקום הלידה אינו ידוע ואינו נקרא ע"ש מקום לידתו אם כן גבי כתב במזרח נהי דל"ל דהעדים לא דיקדקו כיון שהוא דבר שצריך לכתבו לכתחלה וכמ"ש לעיל מ"מ י"ל שיתלו שהוא מאוחר דא"ל כתירוץ התוספ' דחיישינן שידעו שהוא מאוחר ז"א דכמו דל"ח שלא ידעו מקום הלידה ויראו ששינה כמו כן נראה דאין חשש דלמא ידעו שלא היה מאוחר וצ"ל כשאר תירוצים שכתבו התוספות הא דלא אמרינן שיתלו שאחרוהו כו' ע"ש ולפי דעת הפוסקים הפוסלין בשינה מקום הלידה ע"כ דאף בכה"ג שאין ידוע לכל מ"מ חוששין ללעז אם כן גם בזה איכא למיחש שידעו שלא אחרוהו ולפי זה גם במקום עמידת האשה אם לא נכתב יש לחוש שידעו שהאשה זו היתה היום בעיר ואם כן שלא נכתב העומדת אינה זו המתגרשת אך נראה כיון דקי"ל אף בשינה מקום הלידה להקל כיון שהוא דבר שאינו צריך לכתבו אם כן נראה דכ"ש בחסרון מקום עמידה בכה"ג שמן הדין אין צריך לכותבו וכמ"ש בתה"ד דחסרון ודאי קיל טפי משינוי וכיון דבש"ע פסק בפשיטות להקל בשינוי מקום הלידה אם כן מכ"ש דאין להחמיר בזה כלל ומ"ש הב"ש

שראבי"ה ורשב"א פוסלין בשינוי מקום הלידה הב"י כתב דאע"ג דהמרדכי הביא דעת ראבי"ה מ"מ דעת המרדכי משמע דמסכמת להכשיר שכתב אח"כ מצאתי שהתוספות הכשירו כו' אלא שהרשב"א כתב על אשה שנולדה כו' ע"ש ולפי ענ"ד אין כאן פלוגתא דהרשב"א מיירי להדיא שלא נכתב בגט שום שם מקום כלל רק מקום הלידה ומקום זה כתבו בשינוי ובזה אף התוספות מודים דפסול דע"כ לא כתבו התוספות אלא היכא שהזכיר מקום דירה כראוי ואם כן בזה שהוסיף לכתוב מקום לידה שלא לצורך אף ששינה בו אינו נפסל אבל אם לא כתב מקום דירה אע"ג דהרשב"א סובר דמקום לידה עולה במקום דירה כמבואר בתשובה הביאה הב"י שם מ"מ אם כתבו ושינה בו פסול כמו בשינה מקום דירה שהרי היה צריך לכתוב בו מקום זה עכ"פ וכל שצריך לכתוב ששינה בו ודאי פסול ואפשר דבהכי מיירי ראבי"ה שפוסל בשינוי מקום לידה דהיינו שלא הזכיר בו מקום דירה כלל ועוד י"ל דאפילו תימא דמיירי בהזכיר מקום דירה מ"מ א"ש הא דפסלי בשינוי מקום לידה די"ל דראבי' סובר בהא כהרמ"ה שהביא בטור וכן דעת הרשב"א דמקום לידה עולה במקום דירה ולפ"ז שפיר השינוי פוסל וכמ"ש בתה"ד סימן רכ"ח לחלק בין שם מקום הלידה לענין אם נפל טעות בחתימת העד בתיבת בן פ' דבמקום לידה או שם הנהר לא אתי כלל לידי צריכות לשום תיקון חכמי התלמוד ואינו כלל מטבע חכמים שהזקיקו בגיטין אבל בן פ' החתימה מטבע חכמים היא כו' ומה חזית דמשוית לפ' עיקר טפי מבן פ' וכיון דל"ל ברירה לתפוס אחת מהן הפסול והטעות פוסלין בהן תרווייהו כו' ע"ש אם כן ה"ל לענין שינוי מקום הלידה למאן דסובר דשם עירו דאמרינן היינו נמי שם לידה שפיר הטעות פוסל בו אף אם נזכר שם דירה אבל לפי דעת הר"ן בתשובה וכן משמע דעת התוספות דשם מקום הלידה אינו בכלל עירו דמקום דירה דוקא בעינן א"כ שם לידה מעולם לא נכנס לכלל תיקון חכמים ואין השינוי פוסל בו ואין לפקפק ולומר דכיון דכתב הרא"ש בשם ר"ת הטעם דאין שינה פוסל במקום לידה לפי שלא נקרא ע"ש מקום זה כו' א"כ גם אם מקום לידה עולה במקום דירה אין לפסול מטעם זה דז"א דע"כ לא הכשירו במקום לידה מטעם זה אלא משום דא"צ לכתבו כלל ולא דייקו עדים על כך וגם לעז נמי ליכא כיון שאינו נקרא ע"ש כך משא"כ אם נימא שיש צורך לכתבו שוב דייקי עדים וכמש"ל והדברים ברורים לפענ"ד שאין כאן מחלוקת בין הפוסקים לענין אם שינה במקום שא"צ לכתבו ובהכי א"ש מ"ש הב"י בסי' קכ"ח על דברי מהרי"ק שכתב שבשנוי יש פוסלין אפילו בדבר שאם חסרו אינו נפסל בכך וכתב הב"י שעל בעל ס' התרומה נתכוון דמשמע מדבריו למסופק לפסול בשינה מקום עמידה והד"מ השיג עליו שא"כ כדבריו דכבר נתבאר דהראבי"ה והרשב"א

פוסלין בשינוי מקום לידה ועליהם נתכוון עכ"ל (ובהג"ה שהדפיסו בדפוס ד"פ החדשים הגיהו בד"מ דהראב"ד והרשב"א והוא טעות מבואר למעיין) ולפענ"ד בדעת הב"י כמ"ש דמהראבי"ה והרשב"א אין ראיה די"ל דס"ל דבאמת יש צורך לכתוב מקום הלידה ומ"ש הב"י לעיל מיני' מחלוקת הראבי"ה והרשב"א עם התו' היינו דמ"מ לא השוו בגוף הדין ן דשינה במקום הלידה דלדידהו אף אם היה נזכר שם דירה ג"כ פסול וכמש"ל אבל מ"מ אזלו ומודו דאם שינה בדבר בא"צ לפסל ומ"ש הרשב"א דאע"ג דאת"ל דאין שם עירו ועירה מעכבין כו' מ"מ אם שינה פסול היינו כיון דעכ"פ צריך לכתוב מדינו שם עירו ועירה ולהרשב"א שם הלידה נמי היינו שם עירו ולכך פסול בו השינוי וכיון דמהרי"ק לענין שם הנהר מיירי שא"צ לכתוב מדינא כלל (ומ"ש שאם חסרו אינו נפסל לאו דוקא נקט ור"ל דמדינא א"צ כתיבה) א"כ א"א לומר דמתכוון לדעת ראבי"ה והרשב"א ולכך כתב הב"י שפיר דנתכוון על סה"ת דאיהו ס"ל דמקום עמידה פסול בשינה אע"פ שא"צ לכתוב כלל כמ"ש שם בשם סה"ת דמה"ט לא מוקי מתני' בהא דכתב במזרח בשינה מקום עמידת הבעל משום דאפ"ת דפסול לא ניחא ליה לאוקמי בהכי שאין עיכוב כלל אם לא כתבו וא"כ מוכח דפסול אף בכה"ג אך צ"ע לפי מ"ש הב"י בטעמי גופיה דגרע מקום עמידה ממקום הלידה לפי שמקום עמידתה ניכר טפי א"כ התם דבשם נהר מיירי למקום לידה דמי' כמ"ש בתה"ד ואפשר דמהרי"ק סבירא ליה דכיון דמזכיר שם העיר ממילא דאם כותב שם הנהר בשינה הו"ל כמקום עמידה שהרי הנהר ניכר וידוע בעיר ולכך שפיר כתב הב"י דעל סה"ת נתכוון:

עלה בידינו ממה דכתיבנא דליכא מאן דפליג בנ"ד ולענ"ד הגט כשר בלי פקפוק שהרי א"צ לכתוב שם מקום עמידה רק לרווחא דמלתא אחרי שכבר נזכר מקום הכתיבה וכדברי הריא"ז שהבאתי ועוד שלענ"ד ברור דאע"ג דהראב"ד והרשב"א סבירא ליה דשם עירו ועירה מעכבין בגט מ"מ אנן השתא לא נהגינן הכי כמבואר בפוסקים דלדבריהם פשיטא דלא מהני מקום עמידה שהרי עיקר טעמיה משום חשש דשני יב"ש דלמא ממטי לה למתא אחריתי ולזה לא מהני מקום עמידה ומטעם זה השיג הר"ן על הרשב"א דמכשיר במקום לידה דבזה עדיין לא יצאנו מחשש זה ע"ש בתשובה הביאה ב"י וכ"כ הב"ש דלפמ"ש הר"ן אף מקום עמידה לא מהני ולדידהו אם לא כתב מקום דירה פסול מדרבנן וכיון דאנן לא כתבינן מקום דירה כלל לפי שמקום דירתינו מרופה בידינו וסמכינן להכשיר הגט בלא מקום דירה ובטעמא כל דהו דחינן למקום דירה ע"כ לומר דהעיקר כדעת התוס' והרא"ש דבדיעבד כשר אף שלא נזכר שום מקום כלל ולכן כדי שלא לכנוס לספק עבדינן הכי אף לכתחלה ומה שכותבין מקום עמידה הוא לרווחא

דמלתא בלבד ולכן אם אין הבעל והאשה מצוים שם אף מקום עמידה אין כותבין א"כ הדבר פשוט דבכל גוונא אם השמיט מקום עמידה ג"כ כשר דלא עדיף מקום עמידה ממקום לידה שכתב הרי שהורגלו הקדמונים לסי' דב' יב"ש ואפ"ה לא מעכב אם לא כתבו כלל רק בשינה פליגי וא"כ מקום עמידה דאפילו סי' נמי ליכא רק כדי להיות מבורר יותר ופשיטא דאם לא כתב לא עיכב:

ונלענ"ד בטעמא דמלתא דכשר בלא כתב מקום דירה דודאי לכתחלה בעינן דהא בלא מקום דירה אין מוכח מתוכו ואע"ג דאליבא דר"א לא בעינן מוכח מתוכו מ"מ לכתחלה בעינן שיהיה כשר אף אליבא דר"מ וכמ"ש בסי' קל"א סק"ג ובסי' קל"ו סק"ד ובדיעבד אם ניתן הגט סמכינן על ע"מ אפילו כשידוע שיש ב' יב"ש כמ"ש הב"ש שם ובריש ס"ק למ"ד ע"ש ואפילו לדעת אא"ז בעל שארית יוסף שהביא הב"ש היינו דווקא באתחזק ב' יב"ש לפנינו משא"כ היכא שאין ידוע לנו הב' יב"ש רק דלפי שלא נכתב שם העיר אמרינן שמא איכא עוד יב"ש בעולם בכה"ג שיש ע"מ גם הוא מודה דשפיר דמי ועיין בבעה"ע הובא בטור:

ולפי"ז מ"ש הראב"ד בטעמא דשם עירו מעכבין בגט משום דלא אזיל ממתא אחריתי כו' ולזה לא הועיל מקום עמידה וע"כ דאם סמכינן אעידי מסירה בהא וכמ"ש התוספות בהא דב' יב"ש אין מגרשין נשותיהן אע"ג דלר"א ע"מ בעינן מ"מ י"ל דאין עידי מסירה מכירין שזו אשת יב"ש זה כלל לא רצו לתקן שיהיה ע"מ מכירין שזו אשתו דבטורח ימצאו ע"מ ע"ש וא"כ לדידן באמת צריך שידעו ע"מ או השליח יודע ע"פ עדים המכירין שזו אשת יב"ש השולח הגט וכשבאה להנשא לא על הגט סמכינן רק על הטופס מעשה ב"ד שנותנין בידה לראיה שנתגרשה והגט קורעין מיד וא"כ אף בלא מקום הדירה אין כאן בית מיחוש לדידן וכיון שבמקום הדירה מרופה אין אנו נכנסין לבית הספק לכתוב מקום דירה כלל ועכ"פ דבר ברור הוא דלדידן דקי"ל כר"א דע"מ כרתי ודאי דמה"ט א"צ שם עירו ועירה כלל ואפילו שמו ושמה דעת רבינו יואל דכשר ע"י ע"מ ואע"ג דלא קי"ל הכי מ"מ בשם עירו ועירה נראה דכ"ע מודו ואע"ג דריא"ז כתב גם בזה דבטל מה"ט כבר תמהו עליו ולענ"ד דריא"ז מיירי כשנזכר בגט מקום הכתיבה שהוא במקום אחר מדירת הבעל והאשה וכשכותבין אח"כ בסתם שם הבעל והאשה ואין מפרשין בגט שהוא ממקום אחר מראין הדברים דאדלעיל קאי כיון שתיקנו שיש לכתוב שם העיר וכאן לא נכתב מזה נלמד שמסתמא גם הם ממקום זה שנכתב בו הגט וכיון שאינם משם הו"ל כשינוי ופסול אבל זולת זה אין חשש דאוריי' כלל ואפילו להרמב"ן והרבינו ניסים שכתבו בזה דפסול מדרבנן בלא נזכר שם העיר כלל וכן דעת הראב"ד והרשב"א כבר

ביארתי דאנן השתא לא כתבינן מקום דירה כלל ע"כ דס"ל דבדיעבד כשר ואפשר שהוא מטעמא דסמכינן על ע"מ וכ"ש בזה דהם ממקום שנכתב בו הגט דכבר נתבאר לעיל דבהא כ"ע מודו דהוה כאילו נכתב בו שהם ממקום זה ואם לחוש שמא מתוך זה יסברו שאין זו המתגרשת לפי שדרך שאין כותבין העמידה כשאינה באותה העיר כלל ושמא יתוודע להם שהיתה אז באותה העיר כבר ביארתי שאין חשש בזה וגם הא דאין כותבין שעת כתיבת הגט ולא היתה בעיר ואם לחוש שמא ראו אותה בשעת כתיבת הגט הרי אם היתה בב"ד א"כ אדרבה ידעו שהיא האשה שנתגרשה וגם י"ל דלא יתלו לומר שבשעת כתיבת הגט לא היתה בעיר דא"כ קלא אית לה למלתא שהיה ע"מ מוציאין קול שגט זה לא נמסר ביום שנכתב וכדאמרינן בגיטין דף י"ד גיטין הבאין ממדה"י כו' ומסתמא גם במקום הכתיבה יצא הקול שגט זה שולחין אותו ע"י שליח למקום אחר וכיון דליכא קלא ידעו שבודאי זה הגט נמסר כאן לאשה זו ומה שלא נכתב בגט העומד בשביל זה לא יכרחו לומר שנשלח למקום אחר ויותר יתלו לומר שהב"ד סברי שאינה שם או באמת לא היתה בשעת כתיבה ואח"כ באה לשם ובפרט בדבר שא"צ כ"א לרווחא דמלתא שכבר נזכר בדברי העדים למנין שאנו מונין כאן וכי בדברי הבעל כתב העומד היום שוב לא ידקדקו כ"כ ומצאתי בשו"ת תומת ישרים להכשיר בכה"ג והביאו בס' ג"פ גם כתב בשם שו"ת מהרלב"ח להכשיר וכפי הנראה גם הג"פ דעתו להכשיר:

בהא סליקנא ונחיתנא שגם זה אחרי שכבר ניתן ויצאה האשה בהיתר א"צ לחזור וליתן גט אחר ומ"ש כ"ת בשם רב א' שפסל הגט אותו הרב לא ידעתי אחקרהו מאיזה טעם דן כן והורה בפשיטות לפסול ולא מיבעיא אם יש כאן שעת הדחק שכתב רמ"א להקל אף בשינה מקום עמידה וכ"כ הגאון בפ"י דעבד עובדא בנפשי' בשינה מקום עמידת האשה ע"ש אלא אף שלא בשעת הדחק דיש לפסול בשינוי וכמ"ש הב"י משום דמקום עמידה ניכר ביותר מ"מ דוקא בשינוי ממש משא"כ בחסר מקום העמידה ונמסר במקום שנכתב שכבר נזכר זה בדברי העדים ובדברי הבעל נלענ"ד ברור דכל שניתן הגט כשר וכדאי הם הפוסקים שהבאתי לעיל לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק ומכ"ש לפמ"ש הב"ש בכמה דוכתי דכל שניתן הגט כבר כשעת הדחק דמי אמנם אם אותו הרב הוא רב מפורסם והוחלט הדבר לפסול אף שלענ"ד אין זה מן הדין מ"מ אם יצא מחמת זה קול פסול על הגט יש לחוש קצת לקלא דקמי נשואין כמ"ש בתוס' דף צ' והרא"ש שם ובמרדכי סוף גיטין בבחור א' שהוציא קול שכדת היה כתוב בריי"ש וכפיה ר"ת את הבחור לתת לה גט אחר דכל קלא דקמי נשואין יש לחוש אפילו שלא ימצא אמת כו' ע"ש ועיין בתשובת אא"ז רמ"א שכתב הטעם מאחר שבעיני הבריות היה בו חשש פסול יש

להחמיר היכא שאפשר בקל להשתדל גט אחר והרבה יש לישא וליתן בזה אך שלענ"ד קרוב הדבר שרב זה עשה כשירת. הדין ולא החליט שם פסול עליו כמבואר בסדר הגט של ר"מ ר"י אות רמ"ג שאפילו נראה לו ודאי פסול לא יוציא קול שהוא פסול ודאי אלא יודיע סברתו כו' ומסתמא גם זה הרב עשה כן ויפה עשה כי מפני חומר א"א כל ערום יעשה בדעתו להחמיץ הדין ולא יקול ראש במהירות ובחיפזון ומה שהראוני מן השמים גליתי אוזן מכ"ת והוא גלה אוזן אשר בקש לדעת דעתי בזה דברי זעירא מן חברייא מדרס לפרושין. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד יצו:

שאלה קא

בערב ילין בכי טוב. יהי כגן רטוב. ה"ה כבוד אהו' ידידי הרב המאה"ג החריף ובקי המפורסם מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י:

בנידון שאילתא דשאילנא קדמיכון בשם האשה חי' רוזא וחותמת את עצמה חייה בב' יודי"ן וגם בשם רוזא אם יש לכתוב יו"ד אחר הוא"ו רויזא כי אפשר מ"ש בשם רוזא היינו במלאפום כך דעתי מטה לכתוב חיה בחד יו"ד כמבואר בב"ש בשמות האנשים אות חית חייא בב' יודי"ן כו' לכן בשם חי' כותבין בחד יו"ד ואף שהיא חותמת בב' יודי"ן ואין משגיחין בזה כיון דליכא שינוי במבטא ולא נמצא שם חי' במקרא בב' יודי"ן וכמ"ש שם בשם יהושע שחותם יאושע ובשם פינחס אם חותם בלא יו"ד ע"ש ואם נפשך לומר דהא מצינו שם חייא בשני יודי"ן ולחד טעמא שם היינו כשלא נמצא שם כזה כמו שזה חותם מ"מ הרי לא הושווה אשה לאיש דבאיש קריאתו החית בחיר"ק ולזה באה היו"ד היתירה לנקודת חיר"ק ושם חיה באשה נקראת בפת"ח וגברא בעי חייא נשי לא בעי חייא ולא נמצא מי שנקראת כן הלכך אין להשגיח בחתימה ועדיף טפי מההיא דיהושע דודאי יש קצת שינוי במבטא בין א' לה"א וכן בשם פינחס שהיו"ד מדגיש לקרות הפ"א בחיר"ק מורגש ואפ"ה קאמר שכותבין כאשר נמצא במקרא ואין משגיחין בחתימה:

ומצאתי בס' עזרת נשים בשם חייא שכתב דשם חייא הוא בכל התלמוד בב' יודי"ן וא' לבסוף ויש לכתוב כן איברא שיש נשים שנקראים חיא ביו"ד וה"א לבסוף תיבה מל' כעת חיה ואינו דומה לשם חייא כי שם חיה החית בפת"ח ושם חייא החי"ת בחיר"ק וכ"כ בס"ש דשם חייא הוא בב' יודי"ן ואלף לבסוף תיבה ואפילו הוא חותם ביו"ד א' כיון דחותם באל"ף לבסוף וקרו ליה חייא החי"ת בחיר"ק כותבין בגט חייא בב' יודי"ן ואין משגיחין על חתימתו שטועה הוא בענין אותיות שמו עכ"ל ספר עזרת נשים ומשמע מדבריו אלו דגם בשם חי' אין משגיחין בחתימה כלל וס' שמות הנדפס של מו' שמחה כהן ז"ל אין בידי כעת ולפי השעה הנחוצה לא הספיקה לשלוח אחריו ומדברי התשובה

שהביא בג"פ בענין שם באלי ושם יאושע משמע שעיקר הטעם דלא אזלינן בתר חתימה כיון שכן כתוב בספרים מסתמא טועה הוא באותיות שמו ופשיטא דגם כאן הוא וכ"ש הוא דנשים שאין רגילות לחתום כ"כ אין להשגיח בטעות שלהם ולענ"ד פשוט שמה שהוצרך הב"ש לומר שלא נמצא שם כזה היינו דאל"כ חיישינן דלמא לא משום טעות הוא חותם כך רק כך מקובל בידו ששמו נגזר משם זה שקריאתו כך כגון יאושע באל"ף וכיוצא לזה קאמר דכיון שלא מצינו שם כיוצא בזה ממילא שאין לחוש שעיקר שמו כך וע"כ מה שחותם כך משום טעות ובהך גוונא דנ"ד שאין שום ספק בדבר שיהיה עיקר שמה חיי' כלל רק חי' ודרך נשים לה לכתוב בשיבוש פשיט' שיש לכתוב כראוי ואין מדקדקין בטעותיה ובנידון שם רוזא נלענ"ד פשוט שכן יש לכתוב בלא יו"ד כלל שבמקום נקודת חול"ם די בוא"ו לבד כמו שמצינו בשם גולד' מירוש מרוש יוטא ודומיהן ומה שנמצא לפעמים בקצת שמות יו"ד אחר הוי"ו היינו במקום שמרגישין ומרגישין היו"ד במבטא על משקל אוי גוי הוי עיין בשמות עיירות אויערבך כו' וכן בקצת שמות ואין זה אלא במקום שהיו"ד מדגשת וניכרת במבטא ומצאתי בס' עזרת נשים בשם גויא שיש צד לכתוב בחד יו"ד לפי שבמבטא אין אנו מרגישין רק יו"ד א' בפתח ואם יכתוב ב' יודי"ן אפשר שיקרא שניהם דהיינו האלף בצירוף הג' וא"ו במשקל הוי גוי והיו"ד ב' יקרא בפתח כו' וזה שינוי השם דשם גוייא אין מדגישין הגימל רק בחול"ם בלי צירוף יו"ד כו' ע"ש ולכן נלענ"ד פשוט שיש לכתוב רוזא בלא יו"ד כלל ואף שחתמה פעם א' או יותר ביו"ד אחר הוא"ו לא משגחינן בזה כך נלענ"ד ומכ"ת לו משפט הבחירה דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קב

אלף שלומים. שנות חיים ואורך ימים. יחדיו יהיו תמים. לכבוד אהו' וידידי הרב הגדול המופלא ומופלג בתורה וביראה חסידא ופרישא כש"ת מוה' זאב וואלף נ"י מ"מ בקהלה קדישא ק"ק ראדוויל יע"א:

אחד"ש ג"ק הגיעני ע"ד האשה שהובא לה גט ע"י שליח ונכתב בתוכו שם האשה דאווסי והיא נקראת בכאן ק"ק ראדויול דואוסי וכ"ת שאל את השליח מה ראו הב"ד המסדרים על ככה והשיב שהוא אמר להם שזוכר שאמה קראתה כך הנה אין ספק שהגט פסול דהא אין לך שינוי במבטא יותר מזה וגרע מכתב תנס במקום שצריך לכתוב תונס דפסול עיין סימן קד"ח וכאלה רבות ועיין בתשובות רלב"ח סימן קל"ב וקל"ג בענין האשה ששמה גזאלה ובגט נכתב גזול שפסלוהו והמבי"ט שהכשירו כתב טעמו לפי

שהיתה נקראת בפי כל מכיר' בשם גזול ואף בזה חלקו עליו ודחו ראייתו מהך דירחמיאל שרצה המבי"ט לומר דכיון שלא נמצא שם זה של גזול רק שם של גזאלה א"כ שם גזול אינו רק קיצור או איזה סיבה ולא הוי שינוי השם ובאמת מהר"א בן חיים בתשובה סימן ל"ו כתב דלא מהני הא מה שאין שם כזה בעולם ולא חיישינן שיחליפו אותו הקוראים בשם אחר דודאי ז"א דאף כה"ג שינוי השם הוא ופסול ומדברי התה"ד משמע איפכא והביאו בג"פ סי' קך"ח ומבואר דאף בכה"ג שהיתה נקראת גזול בפי כל מכירי' דעתם לפסול כיון שאין שם גזול בעולם גזאלה וקול הדברים בנ"ד שהיא נקראת בפי כל דוואסי ושם דאווסי דהיינו שיקראו הדלי"ת בנקודת קמץ או פתח אינו בעולם ועיקר שם זה נגזר משם דבורה כמבואר בב"ש ויש סבורין שא"צ לכתוב דבורה המכונה דוואסא כמ"ש לקמן א"כ שם דוואסי אין לו מקום כלל ושינוי השם ופסול:

ומ"ש כ"ת דאפשר שבעיר אחר שאין שמה מוחזק יכולה להתגרש בגט זה וכבר כתבתי בתשובה דאף אם האיש והאשה שניהם יחד באו למקום אחר ורוצין לגרש שם צריכין לכתוב השם הקבוע לאשה שבמקום קביעות דירתה כיון שבמקום נתינת הגט לא ירדו להשתקע אלא לפי שעה לבד ודעתה לחזור למקום קביעתה מקרי מקום הנתינה מקום קביעות דירתה שהרי עיקר טעם כתיבת שמות מקום הנתינה כתב האשרי פרק השולח לפי שאם יכתוב שם אחר אם תבא לגבות מנכסי' או לינשא שם יאמרו שאינה מגורשת לפי שאינם מכירין בשם הכתוב בגט לכך התקין ר"ג כו' ודבר זה שעיקר מקום כתיבה ונתינה הוא ע"ש קביעות הדירה קיימתי מסברא ובקשתי לי חבר ומצאתי רב גאון מובהק בעהמח"ס מג"ש בשו"ת פ"י חלק אה"ע סי' י' שהאריך בזה וגם כתב וז"ל ובזה נסתלק מה ששמעתי מפי למדן אחד שאמר שיש תקנה שתלך למקום אחר ותקבל הגט ולא יהיה מקום הנתינה וזה שיבוש גדול והבל הבלים כי אין הנתינה גורמת אלא לעז דמקום דירתה וכשתבא לינשא במקום דירתה יוציאו לעז כו' ע"ש שהאריך וגם הגאון בעל הט"ז שם בתשובה הסכים עמו בזה דהעיקר הוא במקום שהוא עומד או האשה עומדת בשעת כתיבת הגט וזה פשוט בעיני כו' עכ"ל ונראה שרומז בדבריו עוד טעם לפסול דכיון שבעת כתיבת הגט האשה היא במקום שאין שמה כך כמו שכותבין בגט רק שם אחר א"כ גט זה לא נכתב לשם אשה זו שהרי נכתב לשם אשה רחל והנה היא לאה ומה יושיענו זה שתלך עתה לקבל הגט במקום אחר שהיא מוחזקת שם בשם זה הנכתב בגט או תחזיק עצמה שם בשם זה דאטו כתבינן בגיטא על שם העתיד שעתיד לקרות בשם זה הרי כתיבת השם בגט מורה שכבר שמו נקרא כך וזה שקר ולכן אף שאין כותבין בגט העומדת היום כו' כשהאשה היא במקום אחר וגם במינוי השליחות הוא

אומר לו בכל מקום שתמצאנה מ"מ צריך שיהא השם כתוב בגט כקריאות אנשי מקומה אשר היא שם בעת הכתיבה ואין מועיל מה שתלך למקום שאין מכירין שמה וקורא לה שם חדש דהיינו שם הכתוב בגט כיון שהכתיבה היה בשקר ומצאנו אפילו בשטרות קפדינן בכה"ג שלא יהא שקר בשעת כתיבה כמבואר בח"מ סי' מ"ו ומכ"ש בגט דודאי פסול אפילו בדיעבד דהא בעינן כתיבה וחתימה לשמה של אשה זו וליכא והרי הוא מזויף מתוכו ופסול אך לפי טעם זה אם הי' לאשה שם אחר במקום הכתיבה והלכה לשם לקבל הגט מיד בעלה היה מקום לומר שמקדימין שם מקום הכתיבה והנתינה לשם שיש לה במקום קביעות דירתה ועכ"פ בכתיבת השם של מקום הכתיבה אין קפידה:

אך הגאון בעל פ"י בתשובה הנ"ל אליבא דטעמא דידיה דמקום קביעות הדירה עיקר שגם בזה יש להקדים שם מקום קביעות הדירה כיון שתחזור לקבעה קמא יש לעז גדול ע"ש וקצת צ"ע בזה וקצרתי כי דברים אלו אינם אלא להתלמד במקום אחר היכא שעכ"פ יש לה שם זה במקום הכתיבה. אבל בגוונא דנ"ד ששם הזה הנכתב בגט דוואסי אינו לא שם מקום שעומד שם הבעל בשעת הכתיבה ולא שם מקום עמידת האשה ואין נקרא כן בשום מקום אין תקנה לדבר שתלך למקום אחר כלל ואף אם תרצה להחזיק שמה שם במקום קבלת הגט שלשים יום בשם דאווסי לא מהני כיון שהיה בטעות בעת כתיבת הגט וכההיא דאמרינן ההיא אתתא דקרו לה נפאתה וכתבו תפאתה דפסול ובודאי אינו מועיל שתחזיק עצמה מעכשיו בשם תפאתה והוא פשוט דהחזקת שם לא מהני אלא קודם כתיבת הגט ופשוט לענ"ד שצריכה לחזור אחר גט אחר:

אך צריך אני לבאר כדת מה לעשות בגט האחר בכתיבת שם דוואסי הנה בב"ש כתב דוואסא באלף לבסוף והיא כינוי לשם דבורה והוא לקוח מדברי הספר שמות בשם אא"ז הגאון בעל דמשק אליעזר וז"ל ואין כותבין דבורה המכונה דוואסה שהוא ג"כ קיצור לשון וכמדומה שברוסיא כותבין כינוי זה עכ"ל. ולכאורה צ"ע לענ"ד מ"ש דוואסא באל"ף לבסוף כיון שהוא נגזר משם דבורה ומסתברא ליה דאפילו כתיבה לא בעי אך דבורה לבד שדוואסא הוא קיצור השם וא"כ אף שברוסיא כותבין כינוי זה עכ"פ ראוי לכתוב דוואסה בה"א לבסוף ככל כינוי לעז הנגזרים משם הקודש וכמ"ש הב"ש כמה פעמים ואפשר דס"ל דכיון דברוסיא כותבין כינוי זה מכלל דס"ל שאינו נגזר משם דבורה והרי הוא כשאר כינויי לעז שכותבין באל"ף וכיוצא בזה כתב הב"ש בשמות נשים אות סמ"ך ליישב דברי הט"ז שכתב סאייא באל"ף אע"ג בשם רוסיא ס"ל דכותבין בה"א צ"ל דס"ל שם סאייא אינו יוצא משם שרה ולפ"ז למאי דמסיק הב"ש שם שיש לכתוב בהו"א ומ"מ שפיר כותבין המכונה דמ"מ נקרא כינוי היה לו להב"ש לכתב כן גם בשם דוואסה

שנגזר מדבורה לכתוב בה"א דאף שיש כותבין כינוי זה מ"מ בשביל זה לא נגרע מלהיות נכתב בה"א:

אך לענ"ד מ"ש הב"ש שהט"ז סובר דשם סאיי' אינו יוצא משרה צ"ע שהרי להדי' כתב הט"ז סאייא כינוי לשרה ונראה דצריך לכתוב המכונה בזה ולא הוה קיצור השם כמו מירוש מן מרים כדלעיל בשם רש"ל כו' עכ"ל וס"ל דשם כתב בשם רש"ל דמירוש לא הוה קיצור השם שאינו כ"כ הברה אחת עם מרים ונקוט מהא דהט"ז מודה דסאייא משם שרה וא"כ איך כתב לכתוב באל"ף דהא לשון לעז הוא ונתבאר בשם בילא דצריך אל"ף לבסוף עכ"ל והוא סותר למ"ש גבי ריבה שנגזר מרבקה יש לכתוב בה"א וגם בשם בנימין בינא כתב שא"צ לכתוב בינא ושם בינה יהא באל"ף (ר"ל היכי שנכתב לסימן כמבואר בישו"ש גיטין) דהא אינו אלא כינוי ואין שם עצמו לשון קודש עכ"ל הט"ז והוא מדברי הישו"ש והא קמן דאף שנגזר מלה"ק ולולי שצריך לכותבו לסימן היה די בכתיבת בנימן לבד ואפ"ה כשכותב בינא ס"ל דכותב באל"ף ולכאורה אפשר לומר דשאני שם בנימן שאין סיומו באות ה"א משא"כ בשם הנגזר מרבקה שמסיים באות ה"א גם בכינוי שלו יש לכתוב כן גם י"ל דהתם אף אם יכתוב בינה יהיה בו משמעות בינה לדעת שאין ענינו לשם בנימן וכמ"ש רש"ל שם לכן טפי יש לכתוב באלף. אך המעיין יראה דלאו מהאי טעמא אתי עלה ויותר נראה דרש"ל לא ס"ל הך כללא וס"ל דאפילו יוצא משם הקודש כותבין באל"ף ואחריו נמשך הט"ז גם בשם בינא ושם סאייא (ומ"ש גבי ריבה מרבקה צ"ע ואפשר שאינו מדברי הט"ז רק גליון מאיזה חכם והכניסוהו לפנים אך בדברי הט"ז הנדפס בשו"ת שאגת אריה וקול שחל איתא ג"כ להא מילתא וצ"ע) ולכן מ"ש הב"ש בשם חנולה יש לכתוב בה"א אף על גב דמהרש"ל וט"ז כתבו שארקא באל"ף י"ל שלא בדקדוק כתבו כן ולענ"ד בדקדוק כתבו כן וכ"כ הט"ז שמעון המכונה שמעלקא באל"ף (וקרוב שט"ס בט"ז וצ"ל שמואל המכונה שמעלקא כאשר נמצאים הרבה בזמן הזה וכן נראה ממ"ש שם דלולי הק"א אין משמעות לכינוי שמעל לחוד ע"ש) וכ"כ רש"ל והט"ז בש"ע ס"ק י"ט שלמה המכונה שלומקא או שלומצא והביאו הב"ש אות שי"ן אלמא דלאו כללא היא לכתוב באל"ף שם הנגזר מלה"ק ונראה נמי דאא"ז דמש"א ג"כ ס"ל בהא כרש"ל ולכן שפיר כתב לכותב דוואסא באלף אך לפמ"ש הב"ש בסי' קך"ט ס"ק נ' וכ"כ באות א' גבי שם אדא וגבי שם אסתר סתירה וגבי שם סאיי' דכל שהוא יוצא משם קודש יש לכתוב ה"א נראה דגם דוואסה יש לכתוב ה' דאף ברוסיא שכותבין הכינוי מ"מ מודים שנגזר משם דבורה אלא לפי שאין הברה שוה צריך לכותבו המכונה וא"כ

בנ"ד היה צריך לחקור אם עיקר שמה דבורה ונשתרבב לקראותה דוואסה יש לכתוב דבורה המכונה דוואסה ואם לא כותבין דוואסא לבד:

אך לענ"ד בנידון שלנו אין לכתוב כמ"ש דמש"א והב"ש שהם כתבו כן ע"פ הברתם בעת ההיא בשם הזה שהיו קורין שם דוואסה הסמך בקמץ ובלי שום הרגשת תנועות יו"ד כלל אבל במדינתינו שבהברת השם נרגש תנועות היו"ד לבסוף וכ"נ ממ"ש המסדר בגט זה דוואסי ולא כתב כמ"ש בב"ש באל"ף זה מורה לו שהוגד לו שמרגישין תנועות היו"ד ולכך כתב ביו"ד ומ"מ לא דק דהיו"ד לבד בסופה אין היו"ד נקראת לתנועה בפ"ע רק מצרפין אותה לאות שלפניו לנקודת חיר"ק או ציר"י לבד ובאמת בלשון בני אדם היו"ד נרגשת במבטא ויש לה תנועה בפ"ע ובכל השמות שיש בהם תנועות יוד בסופה ולכן צריך לכתוב אחר היו"ד ה' או אל"ף וכן כתבתי בתשובה אחת לענין שם גנעסיא או פעסיא דאף דבב"ש אית' פעסיא מ"מ לפי הברתינו היו"ד ניכר במבטא וגם אינה באה לשימו' רק הוא שרשית בתיבה פשיטא שיש לכתוב היו"ד וגם א' אחרון לשימוש וכן פשוט המנהג לכתוב שם עטיא וכל השמות כיוצא בהם שהיו"ד שרשית והברתה ניכרת וא"כ בנ"ד נמי יש לכתוב דוואסיא או דוואסיה ולכאורה יש לעיין דהא חזינן גבי שם סאיי' שלפי שהברת היו"ד נכרת כתבו שני יודין וא"כ בכל דוכתא שהברת היו"ד ניכרת יש לכתוב שני יודין ואמנם נראה שגם זה תלוי במנהג כתיבת המדינה וכמבואר בשו"ת מהראנ"ח סי' ל"ו בגט שנכתב בו אריניי בשני יודי"ן אחר הנו"ן וכתב דמנהג ספרדים כשרוצים להדגיש האות כותבין שני יודי"ן משא"כ מנהג בני רומניא ע"ש וה"נ י"ל דבימים קדמונים דנהיגי לכתוב הרגשת היו"ד כשמניחין אחריה אות א' או ה' די בכך וגם אפשר דהברת שם סאיי' היו"ד ניכרת ונרגשת יותר משם חסיא עטיא ודומיהם וכן נוהגין לכתוב שם המדינה מדינות רוסיא והכי אשכחן מתא מחסיא וכדומה הכל ביו"ד אחת לחוד:

והשתא נחזי אנן דלכאורה לפי מאי דכתבינן מהראוי לכתוב דוואסיה בה' לבסוף אך זכורני שראיתי פלפול מבעלי תריסים בענין כתיבת שם עטיא וזכורני שהעלו שיש לכתוב עטיא ולא אתיה אף שנגזר מאסתר וכן עמא דבר. אמנם לפי מ"ש לעיל לענין בנימן בינא שיש לחלק בין הך דשרה סאייה או רבקה ריבה דשם שם הקודש גופא בה"א לבסוף לכן יש לכתוב כן גם שם הכינוי שנגזר ממנו משא"כ בשם הקודש שאין ה"א בסופו ואם כן גם לענין אסתר עטיא י"ל כן וגם אפשר דאין עטיא יוצא מאסתר אלא משם עטיא שהוא עצה בלשון חכמים ותרגום ונשתרבב ממנו שם עטיא וכן משפטו באל"ף ולכך כותבין אותו גם כן בעי"ן וטי"ת משא"כ בשם דוואסי' שהוא נגזר מדבורה כמש"ל

ובכה"ג ששם הקודש סופו ה"א גם הנגזר ממנו יש לכותבו כן וראיתי בשו"ת גינת וורדים חלק אהע"ז סימן וא"ו בגט אשה אשכנזית ששמה סאסייה ומצאנו בספר שמות שכתב שם זה בחסרון סמ"ך שנית שכתב סאייה ושהוא לקוח משם שרה ואמרו האשכנזים שיש שכופלין בו את הסמ"ך כו' עיין שם באורך שיש שרצו לפסול מחמת שנכתב באלף בסוף והמחבר השיב שם שאין זה מעכב ע"ש וכ"כ הב"ש דאף אם כתב אלף במקום ה' כשר ומ"מ משמע מתשובה הנ"ל דעכ"פ לכתחלה יש לכתוב ה"א בסוף ועדיין יש מקום לומר דהא דאמרינן בנגזר משם הקודש יש לכתוב ה"א היכא שמעריסה היה לה שם הקודש ונשתרבב אח"כ ע"י געגוע וקטנות אבל היכא שאין שם העריסה בשם הקודש אף ע"ג דהאי שמא תחלתו נשתרבב משם הקודש מ"מ י"ל דבשנים קדמוניות אשתרבובי אשתרביב ונחית שם דבורה ונשתנה לשם דוואסי' מ"מ השתא מיהא לאו משם הקודש נצמח רק הוא שם העצם ע"ש משפחתה שהיתה נקראת בשם דוואסיש וכיון שזו שלפנינו לא יצא שמה משם הקודש כלל דינו כשם לעז ממש ומשפטו באלף לפי שמעולם לא היה כאן מקום לשם הקודש כלל ולכן נראה דשפיר דמי לכתוב דוואסיא באלף לבסוף ואף דמשמע דטפי יש לכתוב בה"א ואם כתב ה"א במקום אל"ף כשר מ"מ אני מצדד לכתוב יותר באל"ף כמו שם עטיא וכיוצא בו לפי שרגילות במדינתינו שלא לכתוב ה"א אחר יו"ד באר היטב לפי שהם אותיות השם וכמ"ש גבי שם אלי' גדליה וכיוצא ודרך העולם במקום שצריך להטילה בסופה כותבין רשימה על אות יו"ד ולכן גם בגט עדיף למכתב באל"ף שאין לה תנועה מעצמה בסופה מה שא"כ אם נכתוב בה"א לא יעלו על לב מחמת שנגזר משם קודש ויסברו דמסתמא כך נקראת בהרגשה של תנועות הה"א בסופה והה"א נדגשת כאלו נקראת בקמ"ץ הה"א שבסופה לכן עדיף טפי לכתוב אל"ף שהיא נחה בסוף תיבה והקריאה כתיקנה דוואסיה:

והנה כ"ת כתב שהיה חתום על הגט ארבעה עדים ושנים מהם בכתב משיטא ולא היה ביד השליח הרשאה ולכן חוששנו אולי ב"ד של הדיוטות שאין בקיאין בטיב גיטין וכמ"ש הר"ן בתשובת הריב"ש. ואולי צוה לחתום גם עדי הרשאה על הגט ולכן יכתוב כ"ת לשם נוסח כתיבת שם האשה ולכתוב לשם שלא יחתמו רק שני עדים כשרים ולכתוב נוסח הרשאה כראוי כך נראה לענ"ד:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קג

נדרשתי ללי שאלוני איך יש לכתוב בגט שם אשה שקורין אותה גנעסי' דבר פשוט הוא שלפי הברת מדינה זו צריך לכתוב גנעסיא ביו"ד ובאל"ף לבסוף ואין הנדון דומה לשם

פעסא המוזכר בב"ש דהכל תלוי בלשון ב"א דהיכא שקורין הסמ"ך בקמ"ץ ואין הברה כלל בשם ההוא עם אות יו"ד אז יש לכתוב כמ"ש בב"ש אבל לפי הברת אנשי מדינתינו שמדברים השמות הללו באות יו"ד והיא נכרת מאד במבטא כי אין היו"ד באה לשמוש רק היא שרשית בתיבה פשיטא שיש לכותבה וגם אל"ף אחריה לשמוש וכן יש לכתוב גם כן שם פעסיא לפי הברת מדינה זו וכן כל כיוצא בזה וכן פשט המנהג לכתוב שם עטיא וכל השמות כיוצא בהם שהיו"ד שרשית והברתה ניכרת ולכן אין לשנות בשם זה וצריך לכתוב גנעסיא ואם שינה אין לך שינוי גדול מזה והכי אשכחן במסכת ע"א דף יום גנוסיא של מלכים וכן הוא בפירש"י בחומש פסוק יום הולדת פרעה. וקרוב הדבר ששם גנעסי' נתהוה שנקראת כן ע"ש המאורע שנולדה ביום לידת אביה או אמה ולכן קראוה בשם זה בתחלתו ומאז נשתרבב השם הזה וכיוצא בזה נמצא בפוסקים אחרונים גבי שם שניאור ושם אקסיל ראד ובתרגום יונתן איתא יום גנוסא. אך בערוך העתיק בשם התרגום ג"כ גנוסיא אך לדינא אין נ"מ בכל זה ובכתיבת שמות גיטין אנו אין לנו אלא כפי שפת ולשון המדינה וכל שהברת השם ביו"ד יש לכותבו כן וכן איתא בס"ש ובב"ש שם גראסיא וכן נכתב בכל הספרים שם באל"ף לבסוף אם לא במקום שדוחקין קריאת הסמ"ך בחיר"ק וכמבואר בס"ש בשמות אנשים אות יו"ד יקותיאל המכונה קוסקי אם דוחקין הקו"ף בחיר"ק ואם לא דוחקין בחיר"ק כותבין באל"ף קוסקא וכ"כ באות ק' קוטא או קוסא אל"ף בסוף אם לא שדוחקים החיר"ק וכ"כ בשמות נשים גבי שם קרשא באל"ף מסתמא ואם דוחקין החיר"ק כותבין ביו"ד וכן ראיתי בספר שמות גבי שם קושי כתב בשם אא"ז הגאון בעל דמש"א שם קושא הוא באל"ף לבסוף (אם לא במקום שדוחקין קריאת הסמ"ך בחיר"ק וכמבואר בב"ש) אע"פ שכתב בלבוש ביו"ד לא דק ולא הביאה רק להודיע שכותבין בקו"ף ברא"ש ולא בכ"ף כמו שרצו קצת בני ישיבה אבל בענין היו"ד או אל"ף בסוף לא מיירי מסתמא הוא כדרך כל שמות של לעז והם באל"ף בסוף אם לא שדחק בקריאת שמה לקרות השי"ן בחיר"ק כדלעיל עכ"ל ונראה דדברי הלבוש נוטים כו' ויש לדחות דווקא אם הוא כושי הוא ביו"ד אבל אם הוא בקו"ף בראשונה הוא באל"ף באחרונה כדרך כל שמות של אשכנזים עכ"ל ס"ש. גם בס"ש שם באות קו"ף גבי שם קולא כתב וז"ל ובשלמא כו' אם כן למה לא נכתוב כלי הגם דדרך כל שמות של אשכנזים כל שאין נדחקין בחיר"ק לכתוב אל"ף לבסוף מ"מ דילמא אשה זו נקראת כלי ע"ש דהאשה היא כלי של בעלה כו' הגם דאין דוחקין הלמ"ד בחיר"ק אחר דיש לו משמעות עכ"ל הרי מבואר דכל סתם שמות כנ"ד אם אין האות האחרונה נדחק בחיר"ק יש לכותבו באל"ף וכ"כ בסדר מהר"מ ר"י שהעתיק הב"ש משם והוא

נדפס בח"מ דפוס ישן גבי שם חינכה וז"ל ודווקא מסתמא יש לכתוב ה"א לבסוף אבל אם דוחקין הכ"ף או הקו"ף לקרותה בחיר"ק או בציר"י יש לכתוב יו"ד בסוף:
ושורש הדין בקצרה אם הברת שם האשה ביו"ד שרשית ונרגשת במבטא צריך לכתוב גנעסיא ואם שינה פסול אף בדיעבד ואם אין הברת שם באות יו"ד אז יש לכתוב באל"ף לבסוף ואם כתב ביו"ד צריך למהדר עובדא ליתן גט אחר ולכתוב באל"ף לבסוף כל שאין הסמ"ך נדגשת בחיר"ק ומלשון השאלה שנשאלתי נראה שאין דוחקין ומדגישין הסמ"ך בחיר"ק כלל ואע"פ שלא ביארו הפוסקים הנ"ל שהבאתי איך הדין בדיעבד מ"מ מסתימת לשון אא"ז דמש"א וס"ש הנ"ל משמע דכל שמות אשכנזים כה"ג שאין נדחקים בחיר"ק יש לכתוב באל"ף לבסוף ויש קפידא בדבר אפילו בדיעבד ונראה שיש להקפיד בזה טפי מאם כתב ה"א במקום אל"ף ששם אין משתנה בשביל זה משא"כ כאן כיון שהדרך לכתוב יו"ד כשמדגישין בחיר"ק וכיון שלא כמו שהוא נכתב הוא נקרא יש לחוש ללעז שיאמרו כי המגורשת לא מן השם הזה ופסול ומכ"ש היכא שאין כאן מקום עיגון ואפשר להשתדל גט אחר חלילה להגיס לב בהוראה להכשיר אף דיעבד עוד נשאלתי בגט שנכתב שם מגורשת דינא באל"ף לית דין צריך בשש שהגט פסול ואף שבב"ש נדפס דינא באל"ף הוא מטעות המדפיס ואין ספק בזה כלל. ודברי הב"ש בזה הם מועתקים מספר שמות בשם דמש"א ז"ל שם. דינה ביו"ד בכ"מ. שדנה דין בעצמה והמכונה דינקא אין צריך לכתוב דמשא"כ עכ"ל ונדפס שם דינה כדינו ועיין ב"ש גבי שם מתתיה ובספר ג"פ דכה"ג אין להכשיר כ"א בשעת הדחק ומקום עיגון ואין להאריך בדבר פשוט כזה:
עוד נשאלתי בבשר ששהה ג' ימים בלא מליחה כו' ואחרי הודיע כל זאת אחלה פני הצדדים שלא יתנו מקום לצדוקין לרדות וגערו בים המריבה ויחרב ואש המחלוקת לא יותך ארצה. והמורה אם הוא דיין אמת ותלמודי מובטחני בזה כי לא יבוש מלומר דברים שאמרתי טעות הם בידי כמדת לכל רוח חכמים נוחה ממנו ואם כי עתה פניו יחוורו מוטב דלכסוף בעלמא הדין ולא לכסוף בעלמא דאתי. והצד שכנגדו המלינים על גבהות המורה אליהם אשים דברתי וספיר גזרתי שיעתיקו הדברים הניתנין למעלה אות באות למוסרם יפה ליד המורה ואם יקבל האמת ממי שאמרו חלילה להם לצאת לריב וחרחורין ולדבר דברי קנטורים כי דברי חכמים בנחת נשמעים לתמים דעים כי האף אמנם בזה שגג ונעלם. יקרה כה אף לגדולים אשר לבם פתוח כפתחו של אולם וכל העם על מקומו יבא בשלום ושלום על דייני ישראל. דברי זעירא מן חברייא חותם על דבר אמת.
יום ו' עש"ק ארבעים למב"י ודן דין אמת לפ"ק פה ק"ק בראד:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קד

לכבוד ב"ד ה"ה הרב הגאון מוה' שמואל מרגליות האבד"ק קרעמניץ מק"ק מקולניץ וכעת האבד"ק סטרי והקרייז יע"א:

הנה המכתב אשר הכינותי לשלוח לידך נתעכב עוד פה ולקחתי מעט פנאי לעיין במ"ש בענין הגט ונתתי פני במה שהשגתי על הרבנים שרצו להקל בגט שנפל על הכסת וכ"ת השיג עליהם דהא התוס' כתבו בר"פ הזורק דר"י ס"ל דקשור ותלוי בעינן גם הביא כ"ת מדבר ראש משפחתינו סדר גיטין למהר"י מרגליות כת"י בענין הסרת הטבעת והטבת לראות אך נפלאתי על מה נתחבתי בזה דבכה"ג שנפל על הכסת שהוא כלי שאין לו תוך אין לו דין כלי שיקנה כלל כמבואר בגיטין דף ס' לענין מצודות חיות ועופות באוהרי ואוזלי כ"ע לא פליגי כו' ע"ש ברש"י וברמב"ם ובטור וש"ע סי' רע"ג וסי' ש"ע ואם כן פשוט דוקא לתוך קלתה שיש לו תוך וכן לתוך חיקה היינו כשנפל במקום שהוא בית קבול דאל"כ לא הוי בכלל כליו של לוקח כלל ואם כן בזה שאין כאן בית קיבול הגט פסול ולא תנשא בו לכ"ע דהריב"ש ודאי נמי דלא מיירי כי אם היכא שנפל על בגדיו במקום בית קבול וראיתי בספר מחנה אפרים הל' מכירה סי' י"א שכתב ג"כ והא דכליו של אדם קונה לו היה נראה דוקא בכלי שיש לו תוך אבל כלי שאין לו תוך לא קנה ולכאורה היה נראה כן מהא דהנזקין מצודות כו' אבל בב"מ גבי משכנתא דקאמר מסלקינן ליה ואפילו מתמרי דעל בודיה כו' מוכח דאפילו כלי שאין לו תוך כגון מחצלאות קונות לו וההוא דהנזקין שאני דהוי כדי לקנות בו בע"ח עכ"ל והחילוק הזה אינו מובן כלל דמה הפרש יש בין לקנות בו בע"ח או לא דהא מבואר שם בדבר שאין לו בית קיבול אע"פ שהבע"ח נצוד בו אינו מועיל שיתפוס בו קנין כלל ומ"ש מההוא דמשכנתא דבב"מ במחכ"ת אישתמיטתיה דברי התוס' בסוכה דף כ' מסככין בבודיא עשויה היא לקבל תמרים כדאשכחן בכתובות וי"ל דההיא דאית ליה גדנפא הוא עשויה לקבל תמרים כו' ע"ש וגם נראה דאפילו תימא דאין לה בית קבול כלל מ"מ כיון דעיקר עשייתה לכך לקבל תמרים הנושרין מהאילן שפיר מיקרי כליו של לוקח לענין זה אבל כסת שאין עשוי לקבלת שום דבר פשוט לענ"ד דלא מיקרי כלי כלל:

ואמנם גם מ"ש כ"ת הוא נכון דהא בעינן שיהא קשורה ותלויה או עכ"פ קשורה ומ"ש בקרבן העדה על התו' ומהרש"א תמהני דודאי אם נגרר בארץ אף הבגד שעל חיקה ה"ל ככלי לוקח ברשות מוכר עיין בב"מ גבי טלית מקצתו על העמוד כו' משא"כ אם הוא תלויה ואינו נגרר בארץ נמצא שאין כאן רשות מוכר כלל והרשב"ם בב"ב דף פ"ה כתב דתלוין שאינו נגררת דמי להגבהה שקונה בכל מקום וזה צ"ע דהא הגבהה מוגבה מכח

המקבל בעינן ונראה דלאו דוקא קאמר אלא ר"ל דהוי כמו הגבהה שהגביהו מרשות בעלים והכניסו לרשותו אבל מ"מ עיקר הקנין מחמת כליו של הלוקח ונראה שטעם קנין הכלים הוא מטעם חצר עיין בב"מ דף ט' אלא מעתה היתה מהלכת בר"ה וזרק לה גט לתוך קלתה ועיין בש"מ בשם הרמב"ן ולכן שפיר כתב הרמ"א דאפילו לתוך בגדיו לא מהני לכתחלה דהוה כחצירה דאית בה משום חומרא דשמואל ומכ"ת כתב דרמ"א מיירי באין קשורים ולשונו לא משמע כן וגם דזיל בתר טעמא שכתבו הפוס' הביאם כ"ת דחיישינן שמא יהיו שאולים ואם כן אין לחלק בין קשור או לא אך באמת אפילו בקשור לא עדיף מחצר ואיכא למימר דחומרא דשמואל גופי' בחצר הוא מה"ט גופא דשמואל וכמ"ש כ"ת בשם הגהת סמ"ק (ובקרבן העדה גיטין דף כ"ה גבי ההוא דמצודות כו' גמגם בטעמא דכליו קונים דלא מרבינן רק רשותו ולא כליו כו' ע"ש ולענ"ד דכליו נמי מטעם חצר אתינן עלה ובזה ק"ל על מ"ש בתשו' אמונת שמואל דאין חצר לנכרי דהא בע"ז אמרינן דכליו קונים ובמקום אחר כתבתי בזה ועתה ראיתי בס' מק"ח לשארי הגאון מליסא סי' תמ"ח עמד גם כן בזה וגם בקצה"ח סימן קצ"ד עמד בזה באורך) ואיך שיהיה כיון דעכ"פ כליו מטעם חצר ולפי מה שהסכים הריב"ש סי' ר"ה ראוי לחוש לפר"ח שלא להתירה אף בחצירה ובתשובה שאח"ז סי' ר"ו כתב כ"ש שבשטר כתוב שנפל על בגדיו וזו הרי היא כמטא גיטא לידה ולכאורה מאי עדיפותא דבגדיו מחצירה ושמא סובר הריב"ש טעמא דמחמרינן בחצר דזימנין שלא יהיה חצר המשתמרת משא"כ בבגדים דמסתמא משתמר שם לדעתה אך הרמ"א נמשך בזה אחר הפוס' דטעמא דחומרא משום שאולין הוא ואם כן אין לחלק בין חצר ובגדים אדרבא בבגדים שייך הך חששא טפי (ובריב"ש גופיה צ"ע דמ"ש שם ותהי עוונותם על עצמות הדיינים כו' משמע דאף לפי דברי השטר לא היה ראוי להתירה להנשא לכתחלה וי"ל בדוחק וקצרתי) דשמא היו שאולין ועכ"פ נלענ"ד כיון דכלים מטעם חצר אתינן עלה צריך שיהא דווקא בית קבול ואם לאו אין לו דין כלי ולא קנה כלל ודין ד"א ג"כ אין כאן כיון דבחצר דאחרינא לא תיקון ד"א אפילו תימא דבגט תקנו אף בר"ה משום עגונא:

אך בשו"ת ב"ח סי' צ"ז נראה מדבריו דס"ל דבגט מהני ד"א אף בשדה אחר ע"ש ובשו"ת ב"ח החדשות סי' צ"ד ולכאורה מטעם חומרא דחצר משמע בשו"ת שבות יעקב סי' ק"כ שהביא כ"ת שאף שהאשה צריכה גט אחר מ"מ אם אינה רוצה והדין נותן לכפותה יכול לזרוק לרשותה אך לא עיינתי בענין זה רק ראיתי שמכ"ת מצדד שהדין נותן לכופה אך עדיין יש פ"פ מצד מה שכתבתי דכסת שאין לו בית קיבול ואינו כלי כלל ומטעם יכולה לשומרו לבד אתינן עלה ובכה"ג אפשר שיש להחמיר גם עליו משום חרגמ"ה וע"כ לא

כתב הש"ס אלא בזורק לתוך חצירה ממש דאין בזה רק שיש לחוש לדעת ר"ח משא"כ בנ"ד יש להחמיר טפי ולהיות כי בעה"ד ירט לנגדי לא יכולתי לעיין יותר דברי ב"ד:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קה

שלום וברכה ברביה והמשכה לכבוד אהו' הרב נחמיה נ"י:
הגיעני דבריו הנעימים בדבר האשה ששם העריסה אסתר ריזה וכך קורין אותה קצת בני אדם ומקצתן קורין אותה עטיא ריזל ומכ"ת צידד וכתב הנ' לו לכאן ולכאן איך יש לכתוב שמה בגט והנה בשם עטיא מקובלני שיש לכתוב עטיא ואין לחוש במה שאפשר שנגזר משם אסתר ובסדר השמות יש לכתוב אסתר ריזא דמתקרי עטיא ריזל שיותר טוב לכתוב דמתקרי שאף שמשם הראשון עושה קודש חול ושייך המכונה מ"מ השם הב' שניהם חול וכותבין דמתקרי כמ"ש בב"ש ס"ק כ"ד ומה שנסתפק מכ"ת אם יש לכתוב המכונה עטיא ריזא דאפשר ריזל הוא קיצור השם מריזא לענ"ד אף אם היה כן שנשתרבב שמה של אשה זו ריזל מחמת שם ריזא שהוא שם העריסה מ"מ טוב יותר לכתוב ריזל כיון שמי שקורא אותה עטיא אין קורא בשמה ריזא רק ריזיל וגם כיון דלפעמים ריזיל הוא שם בפ"ע יש לכותבו אף שי"ל שהוא קיצור השם כנראה מדברי הרמ"א סעיף ט"ו גבי אלחנן חנן ע"ש ולכן נלענ"ד לכתוב אסתר ריזא דמתקריה עטיא ריזל אך בכתיבת שם ריזא צריך לעיין כי הרגילות הוא שאותן שנקראים כן ריש בצירי ריזא במדינתינו דרך להרגיש במבטא הברת יו"ד אחר הזיין כמו שנרגש בשם עטיא רק אותן הנקראים רוזא הריש בחול"ם אין מדגישין הברת יו"ד אחר הזי"ן ואם כן זו שנקראת בצירי אם אותן המקצת שקורין אותה ריזא מדגישין היו"ד במוצא שפתם יש לכתוב אותה ריזיא כי כלל גדול בגיטין להיות השם נכתב כמו שהוא נקרא ולחכם כי"ב יספיק הקיצור דברי הד"ש באהבה רבה ואהבת עולם:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קו

שאלה אנשים שנתחייבו למלכות לשלחם ארץ גזירה ובקשו מהעומדים בעת שילוח שיכתבו גט לנשותיהן ותוכן הענין יבואר מתוך התשובה:
תשובה טרם יצמח שיח. ואהיה מתהלך לרוח. לבקש מנוח אשר ייטב להילדות עגונות כבולות וכבונות כיוני הגאיות הומיות בירכתי ביתן. מעוררים לויתן. זאת אעשה להתנצל לפני חכמי לב. אשר יתמהו על החפץ ליכנס בלב ימים ים התלמוד והפוסקים קדמונים ושלמים וגם רבים נגוזו כי אף אני כמוהם כמוני נפשי שויתי. לא רעיתי ולא צביתי. ואל

הנוגשים בי ואצים עלי לחוות דעי והמה אוהבי ורעי אנשי עצתי. את פניהם חליתי. מה ענין פתחי אצל גיטין. הכי יסמכו עלי כקונה מן הפלטר או מן הסיטון. וברוב סרעפי. חדלתי את מתקי ואת תירושי והסירותי את כפי. אפס כי עז הפצרתי ריעים אהובים המה לקחוני בדברים ערבים וטובים הלא טוב עוללות אפרים. וצדקה תחשב כי תפתח שערי אורה. ויגולגל זכות מן התורה. לפתח מוסרות כבלי עגונות וצרורות. שלא יצאו חנם אלו ימי נערות והיתה הפצירה ע"י הקרובים פורשי כנפים. ויקש דבריהם מדברי אפרים. פתוני ואפת ואנכי אחזה אשיתי לבי ורוחי מרחפת על אפיקי ים התלמוד והפוסקים ולדלות מים מבארות עמוקים כולו בקיום הגט וכולו בתקנת חכמים יחדיו יהיו תמים. ויגעתי ומצאתי להם תקנה מן התורה. להתיר צרורה ואנא זעירא מן חברייא. לא מן חוכמתא דאית בי מן כל חיי. אמינא מילתא דא ושאילנא לסבייא. אולם אנהירנהו לעיינין מן שמיא. בכמה הלכתא גבורתא. ודא תהא למיקם ולמפתח פומי קדם אריוותא ותרעא דלא פתיח יפתח בפתחא זעירא ויסתיים ברבוותא. הלא כה דברי בעזה"י:

תחלה נדון בדבר ציוי הראשון שאמר אמרו לסופר כו' ואח"כ נדון בדבר ציווי הב' שיכתבו הם בעצמם ואח"כ נתקע עצמינו לדבר הלכה לראות איזה יוכשר או זה או זה או אם שניהם כאחד טובים הנה דעת הרי"ף דאומר אמרו הגט בטל וראייתו מדאמרינן ת"כ דרב אשי כו' עד שישמעו קולם שיאמר לסופר כתוב ואמרינן עלה שישמעו קולו לאפוקי ממ"ד מודה ר"י באומר אמרו והב"ש כתב סי' ק"כ דלפי שיטת התוס' דס"ל דא"צ שליחות וכתב לא קאי על הבעל אלא כשלא שמע הסופר מפיו הוי כאילו כתב סתם ולא לשמה אם כן אינו פוסל אלא מדרבנן ולא בטל מדאוריי' וכ"כ ברסי' קכ"ג וכתב דלפי פירושם קשה למה תנא בברייתא הרי הגט בטל עד שישמעו קולו כו' ולמה קתני בטל הא ל"ה אלא חשש בעלמא מדרבנן והניח בצ"ע. ולכאורה תימא על הב"ש דמנ"ל הא מלתא דאמר דלפמ"ש התוס' שהטעם משום דהוי כאילו אינו כותב לשמה הוא דרבנן דמדברי כל הפוסקים נראה דס"ל דהך טעמא דלא מחשיב לשמה אלים למפסליה מדאורייתא. אמנם לדידי חזי לי שדברי הב"ש הם אמיתים בדעת התוס' דס"ל דפסול מדרבנן והוא מבואר להדיא בתוס' דעירובין דף ס"ג וז"ל ומיהו קשיא דלגבי גט אפילו בענין זה פסול ולא חשיב לשמה דהא אפילו כתבו הסופר לשמה בלא ציווי הבעל פסול לגרש בו דתניא כתב סופר לשמה כו' הרי הוא פסול והתם פסול משום דלא חשיב לשמה ולא משום דבעינן שליחות בכתיבה דהא מכשירינן כתיבת חש"ו כו' וי"ל דלעולם חשיב לשמה והתם פסול מדרבנן וגבי סוטה ל"ש לפסול מדרבנן כו' עכ"ל הרי מבואר שדעת התוס' דאין פסול רק מדרבנן לבד וכמ"ש הב"ש וא"ל התוס' מודים לדינא דכה"ג מיקרי שלא

לשמה ופסול מדאורייתא רק התו' כתבו כן למאי דקאמר ר"פ התם אליבא דמ"ד מוחקין לה מן התורה פרשת סוטה אע"ג דאין מגילתה כשרה להשקות בה סוטה אחרת משום דתורה דכתיבא סתמא שפיר מחקינן ואם כן מוכח דסתמא חשיב לשמה בכה"ג עכ"פ אם כותב ע"ד כן שאם יצטרך ימחקו ממנה ולפי דברי ר"פ צ"ל דבגט כה"ג נמי אינו פסול רק מדרבנן משא"כ למאי דקי"ל דאין מוחקין לה מה"ת אם כן צ"ל דבסתמא כה"ג פסול מדאורייתא דהא בסוטה ל"ש דרבנן ואפ"ה פסול ואם כן פשיטא דבגט נמי פסול מדאורייתא דא"ל דטעמא דאין מוחקין מן התורה כמ"ש התו' שם ד"ה עשיה דהטעם משום דבעינן כתיבה לשם אלה דז"א שע"כ לא כתבו התו' כן אלא לרנב"י אבל לר"פ דמשמע מדבריו דלמ"ד מגילתה כשירה להשקות אחרת פשיטא דמוחקין מן התורה אלמא דס"ל דלא בעינן כתיבה לשם אלה רק העיקר תלוי בכתיבה לשם אשה זו ואם כתב סתם אע"פ שכתב ע"ד שאם יצטרך כו' לא הוי לשמה וה"ה בגט אך עכ"פ מבואר מדברי התוס' הללו שהיה גרסתם בברייתא זו הגט פסול דאל"כ לא הוה מתרצא הך ברייתא אליבא דרב יוסף לפום הך תירוצא דהתו' דס"ל דגט דסוטה דא ודא אחת הוא ואם כן י"ל אע"ג דבסוטה אין מוחקין לה מה"ת וגם בגט כה"ג בטל משום דסתמא כה"ג לא מיקרי לשמה וכמ"ש רב יוסף בגיטין מ"ם היינו דוקא בכה"ג שלא נכתב לשם אשה זו עכ"פ משא"כ בכתב הסופר לשמה שבאמת נכתב לשם אשה זו אלא שלא נכתב בציווי הבעל כיון דלא בעינן השליחות בכתיבה אין כאן פסול דאורייתא רק מדרבנן ולכך נקט הברייתא הגט פסול וכמ"ש שכך היא גרסת התו' וכ"ה הגרס' בתוספת' הביאוהו הפוסקים לענין בעל פקח שכתב בכתב ידו לסופר כתוב וכמ"ש לקמן בזה ואם כן מה שהקשה הב"ש בסי' קכ"ג דלמה נקט בטל כו' לק"מ דהתוס' באמת היה בגרסתם הגט פסול ואיכא למימר דהיינו מדרבנן אמנם בלא"ה י"ל דל"ק על התוס' מברייתא לפמ"ש בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' בשם רבינו אברהם דמונפשלור וז"ל אבל הרמב"ם ז"ל כתב דאומר אמרו הוי גט פסול כלומר מדברי סופרים כו' נראה פי' הברייתא דקתני הרי הגט בטל היכא דלא אמר אמרו עד שישמעו קולו כלו' ולא הוי כשר עד שישמעו קולו עכ"ל הרי דגם לפי הגרסא דגרסינן בטל יש לפרש כן:

ולפי דרכינו למדנו מדברי התוס' שבעירובין שמה שכתבו בגיטין דף כ"ג הטעם דבעינן שיאמר לסופר כתוב כו' משום דבלא ציווי הבעל לא חשיב לשמה אינו רק חשש בעלמא ומדרבנן כמ"ש הב"ש והיינו אפילו אם כתב בלא ציווי הבעל כלל רק הסופר כתב מעצמו לשמה ומכ"ש אם הבעל אמר בהדיא אמרו לסופר כתוב דפשיטא שאין מקום לפסול לפי שיטה זו דלא בעינן שליחות בכתיבה רק מדרבנן אפילו לתירוץ הב' שכתבו התוס' שם

בעירובין וז"ל א"נ בסוטה אין הכהן שעליו לכתוב מקפיד אם יכתוב שום אדם לשמה בלא רשותו ומסתמא ניחא ליה אבל גבי גט מסתמא לא ניחא ליה לבעל עכ"ל וסברא זו כתבו התוס' ג"כ בגיטין דף ך' ולפום הך סברא לפסול בגט גם מדאורייתא היכא שנכתב שלא בציווי הבעל כלל אבל באומר אמרו לסופר אין מקום לפסול מדאורייתא כלל כיון דעיקר טעמא משום קפידא דבעל וכל שאומר אמרו הא קמן דלא קפיד ופשיטא דעדיף מסתמא דסוטה אמרינן דכלשמה דמי ולפ"ז קשה איך קתני בברייתא כתב הסופר לשמ' כו' עד שישמעו קולו עד שישמעו לאפוקי ממ"ד מודה ר"י באומר אמרו כו' ולכאורה היאך מדמה להו להדדי דהא בכתב סופר לשמה בלא ציווי הבעל פסולו מדאורייתא משום קפידא דבעל לפום הך תירוצא דהתוס' משא"כ באומר אמרו דאין קפידא דבעל ועכ"פ אין כאן פסול דאורייתא וכיוצא בזה הקשיתי בתשובה א' דלפום הך תירוצא האיך אמרינן קולו לאפוקי מדר"כ אם כתב הבעל בכת"י כו' וכתבתי שם דעל התוס' בגיטין לק"מ דהתוס' שם לא הביאו ברייתא דכתב הסופר רק מתני' דכותבי טופסי גיטין כיון דש"ס פריך ול"ל לר"א בר יאשי' כו' משמע דלא פליגי אכולהו מתני' דהאי פירקא משא"כ בברייתא י"ל דפליג אבל התוס' בעירובין דמקשין מבריי' זו אלמא דס"ל דלא מסתבר דנפלוג ברייתא זו ג"כ א"כ מה הועילו בתירוצם דהא קתני עד שישמעו קולו כו' אלמא אף דגלי דעתיה דניחא ליה ועדיף מסתמא דסוטה לא מהני והעליתי שם דהתוס' לטעמי' דגיטין דף ע"ב דבפקח באמת מהני ע"י כתב משום דגם בגט ברצוי בעלמ' סגי והא דקאמר קולו לאפוקי מדר"כ היינו בחר' דוקא דבכה"ג מסתברא ליה למעוטי ע"ש והארכתי בזה אך מ"מ באומר אמרו קשה דהא חזינן דאין הבעל מקפיד וכיון דבגילוי דעת דניחא ליה סגי למה יופסל אלא ודאי דבאמת אין כאן פסול רק מדרבנן אפי' לפום הך שינוי' והיינו משום דגזרינן אטו היכא דלא אמר אמרו וכמ"ש הכ"מ או מטעמא אחרינא וכמ"ש לקמן ואפילו אי גרסינן בברייתא הגט בטל (דלכאורה צ"ל כן לפום הך שינוי' כיון דמעיקר' דברייתא באם כתב הסופ' בלא ציווי הבעל מיירי שאז אמרינן שהבעל מקפיד) מ"מ מתפרש' מילתא דעד שישמעו קולו כמ"ש בשם הר"א דמונפלשייר דל"ה כשר עד שישמעו קולו ולאו בחדא מחתא מחתינהו והא כדאיתא והא כדאיתא:

ויצא לנו מזה דלמאן דס"ל דלא בעינן שליחות בכתיבה אין מקום לפסול באומר אמרו כ"א מדרבנן בלבד וכמ"ש הב"ש והנה שיטה זו דלא בעינן שליחות בכתיבה היא שיטת הרבה פוסקים מגדולי הראשונים כמבואר בב"י סימן קכ"ג אך הרא"ש כתב בשם הר"י דבעינן שליחו' בכתיבה ובתוס' שם נראה דהר"י ספוקי מספק' לי' בהא אי בעינן שליחות בכתיבה או לא ולמ"ד דבעינן שליחות בכתיבה אפשר לומר דלמאן דסבר דמילי לא

ממסרי לשליח אף באומר אמרו א"כ יש כאן פסול מדאורייתא דהא בעינן שליחות וליכא אלא שלדעת הרמב"ם לפי מה שפי' בדבריו מהר"ם אלשקר והכ"מ וכן כתב בשם הר"א דמונפלשייר ס"ל דאין כאן פסול רק מדרבנן והרמב"ם הוא מהסוברים דבעינן שליחות בכתיבה כמ"ש בג"פ ואפ"ה אינו פוסל באומר אמרו אלא מדרבנן משום דס"ל דמדאורייתא שליחות גמורה היא והנה הרבה יש לפלפל בסוגיא דגיטין ובמ"א כתובים אצלינו באורך אך כאן אין להאריך דלדינא לא מסקינן מיני' כ"א כמו דמסיק תעלא מבי כרבא שאומר אמרו במחלוקת הפוסקים היא שנוי' וכמ"ש הב"ש שי"א דבטל ודאי וי"א דהוה ספק וי"א דפסול מדרבנן אבל לא הזכיר בדברי מי שסובר להכשיר לגמרי אך בפסקי הרא"ש כתב בשם הר"י שסובר להכשיר לגמרי באומר אמרו וכ"כ רבינו ירוחם בשמו וכן מבואר בדברי ה"ה פ"ד מהל' זכיה שיש סוברים דאף בגט כשר באומר אמרו ע"ש אך מדברי שאר פוסקים נראה שגם אינו מכשיר לגמרי רק ס"ל דספיקא הוי כמבואר בסה"ת וכבר עמד בזה בתשובת מהר"ם אלשקר והובא בפר"ח הל' גיטין:

אך לענ"ד נראה דבאמת ר"י לנפשיה סובר שיש להכשיר באומר אמרו כיון דהנך אמוראי דפסלו בחתם סופר ועד ס"ל כשמואל דפליג עליה דר"י באומר אמרו רק שלא רצה להקל בזה כיון דנפיק מפומיה דר"ח להחמיר באומר אמרו לא רצה להקל בזה ומ"מ ס"ד להחמיר גם בחתם סופר ועד כיון דמדינא יש להקל באומר אמרו וכ"כ הריב"ש בסי' ד"ש שדעת התוס' וקצת פוסקים ז"ל לפסוק כשמואל דאומר אמרו כשר ובחתם סופר ועד פסול כו' ע"ש וכן בחי' הרמב"ן לגיטין שכתב וז"ל ותמהני על דברי ר"ה ז"ל (נראה שצ"ל ר"א ור"ל רבינו אלפסי ז"ל) שאמר הלכה כר"י אפילו באומר אמרו כו' ואילו הייתי ראוי לחלוק הייתי מכשיר בו דשמואל עדיפא כו' מ"מ אני אומר שהוא ספיקא כו' ושוב מצאתי דעת בעל התו' שמכריע באומר אמרו דכשר ולא תעשה אף באתם חתמו ופוסל חתם סופר ועד כו' וזה דעת ראוי לסמוך עליה בחוור השמועה עכ"ל וכ"כ בשו"ת הרשב"ץ סימן ט"ו שדעת הרמב"ן להכשיר באומר אמרו ע"ש:

ועכ"פ מבואר שיש פוסקים הסוברים להכשיר באומר אמרו ואף על גב דאמרינן א"א כשר ולא תעשה כן בישראל כבר כתבו התוס' בדף ס"ז ד"ה מתני' דזימנין דתעשה אף לכתחל' כגון בשעת הדחק עכ"ל ומה דמשמע מדברי הפ"י שלב' תירוצים הראשונים בתוס' שם אין הדין כן לענ"ד ז"א דודאי לא פליגי לענין דינא רק שהתוס' בתירוץ הראשונים לא ניחא להו לאוקמי מתני' דמיירי בשעת הדחק כיון דסתמא קתני אמר לשנים כו' אך לכאורה היה אפשר לומר דע"כ לא כתבו התוס' התם דבשעת הדחק שרי לכתחלה אלא משום דמיירי לענין אמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו כיון דל"ש שמא

תשכור עדים ואין כאן בית מיחוש רק שנגזר הא אטו אמרו כו' ולפו"פ ויחתמו בזה מהני שעת הדחק שתעשה לכתחלה שהרי באמת פליגי אמוראי ואיכא דס"ל דכשר ותעשה משא"כ באמרו לפו"פ דלא מצינו חולק לומר דכשר ותעשה א"כ י"ל דאף בשעת הדחק כשר ול"ת הוא:

אך לענ"ד ז"א כיון דבתרווייהו נקט חד לישנא כשר ול"ת משמע חד דינא אית להו ואע"ג דל"ש בה טעמא דשמא תשכור מ"מ גם באתם חתמו חדא גזירה היא עם אמרו כו' ופו"פ ויחתמו וכיון דבאומר ואתם חתמו ס"ל להתוס' דכשר לעשות כן בשעת הדחק לכתחלה גם באמרו לפו"פ הדין כן וראיתי להפ"י שכתב בתוספות ד"ה מתני' על מה שכתבו שם והרי אלו יכתבו היינו יחתמו אף על גב דלרב חסדא גם בכתיבה כשר ול"ת מ"מ לפי שיטת ה"ה דל"ת הוי פסול דרבנן זה שייך דוקא לענין החתימה דשייך חששא שמא תשכור ממש משא"כ לענין הכתיבה דאין הטעם רק משום דגזרינן אטו חתימה אין להחמיר כ"כ לפסול בדיעבד מ"ה כתבו התוספות דיכתבו היינו ויחתמו ויכתוב אחר ע"ש:

אך מדברי ה"ה מבואר דלא ס"ל לחלק בכך שהרי נתן בזה טעם על דברי הרמב"ם דמשוה אומר ואתם חתמו לאומר אמרו ופו"פ ויחתמו משום דס"ל כמ"ד דכשר ול"ת ס"ל דגם בזה הגט פסול ומדברי הרמב"ם נלמוד לדברי התוס' דמפרשים הך ולא תעשה אינו פסול גמור רק לכתחלה לא יעשה ובשעת הדחק דכדיעבד דמי שפיר דמי למעבד הכי לכתחלה אין הפרש בין אומר ואתם חתמו לאומר ופו"פ ויחתמו דבתרווייהו הדין כן וא"כ בנ"ד לדעת התוס' שרי למכתב ע"י אומר אמרו דהא אין לך שעת הדחק גדול מזה ומכ"ש לפי מה שאבאר לקמן דנ"ד דמי לאומר ואתם חתמו א"כ פשיט' דלדעת התוס' הדין כן וגם לדעת הרמב"ם כתב הכ"מ שם דהרמב"ם שסובר דפסול מדרבנן היינו משום דלמא אתי לאכשורי אף בלא אמר אמרו וראיתי מי שהקשה עליו דהא בש"ס אמרינן דלכך ל"ת משום שמא תשכור עדים ונדחקו לומר שזהו הכוונה דלמא אתי לאכשורי בלא אמר אמרו רק שהאש' תשכור עדים שיאמרו שאמר אמרו ולענ"ד לא מחוו' כלל רק דהכ"מ ס"ל דודאי בפירוש דל"ת א"א להעמיד פסול דרבנן ואין חשש שמא תשכור עדים מועיל רק לענין שלא יעשה כן לכתחלה רק דזה באמת איתמר למאן דס"ל להכשיר באומר אמרו ומ"מ ל"ת דלמיחש מבעי שמא תשכור עדים אבל פשיטא דלא ס"ל לגזור אטו לא אמר אמרו דא"כ היה לנו לפסול מדרבנן עכ"פ אך הרמב"ם סובר כמאן דפוסל אומר אמרו וכדמוכח מבריי' דמי שאחזו אלא דמספקא ליה אי לישנא דבטל הוא דוקא ובטל ממש או שמא אינו רק פסול לבד ומשום גזרה ולישנא דבטל לאו דוקא וזה מבואר

למעיין בכ"מ שם ולמדנו מזה דלפי פירוש הכ"מ מתפרש להרמב"ם ג"כ הך דכשר ול"ת רק לענין לכתחלה לבד ואין בו משום פסול דרבנן כלל:
ובאמת צ"ע על פי' ה"ה להרמב"ם משום דאמרינן כשר ול"ת פסלינן ליה מדרבנן דא"כ מאי פריך וליחוש דלמא אמר אמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו ומשום כסופא אזלי ומחתמי ליה לסופר בהדי חד מינייהו כו' והשתא אם נימא דהך כשר ול"ת היינו דפסול מדרבנן א"כ כיון דכבר תירץ לו התרצן דבאומר אמרו לפו"פ ויחתמו הוא כשר ול"ת ופסול מדרבנן א"כ כשאמר ואתם חתמו והם משום כסופא יאמרו לסופר שהבעל ציוה לו לחתום והוא לא שמע מהבעל ודאי לא יחתום כלל כיון שלא שמע מפיו ויעשה הגט גט פסול מדרבנן ולא נפיק חורבא כלל ואם נאמר דהסופר לא ישגיח ע"ז שיהיה נפסל מדרבנן משום כסופא דידיה אם כן מה תקון יש בזה שפסלו חתם סופר ועד דמ"מ יחתום משום כסופא וא"ל דלא יחתום משום שאם יתוודע שהוא חתם יפסלו הגט דמאין יתוודע זה ואם יחוש שמא יתוודע הנה כמו כן יוכל להתוודע ולהגלות שחתם ע"י אמירתם של אלו ולא שמע מפי הבעל ואדרבה טפי הו"ל לאסוקי אדעתיה דמסתמא הבעל לא אמר להם שיחתום הוא על הגט שיהיה פסול מדרבנן דלדידיה הוה א"ל כדי שיהיה נעשה בהכשר וכיון דהבעל לא אמר כלל שיחתום הוא שוב הו"ל פסול דאורייתא אלא ודאי דהך חששא דשמא תשכור עדים אינו רק חשש בעלמא לכתחיל' ולהכי פריך נהי דלא שכיח שיאמר הבעל אמרו כו' כיון דבכה"ג אין לעשות כן לכתחלה מ"מ יש לחוש שיאמר ואתם חתמו ואינהו משום כסופא יאמרו לסופר והסופר יחתום ג"כ כיון דאין זה רק לכתחלה לבד ועל הרוב כשהבעל אומר אמרו כו' אינו שם והולך לדרכו ולכן יאזין הסופר לדבריהם ויחתום עצמו דאם הבעל הולך לדרכו הוי שעת הדחק כמ"ש רש"י בגיטין דף י"ח גבי כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו כו' אך צ"ע על התוס' ד"ה מתניתין שכתבו גבי ג' יכתבו לכתחלה ול"ח שמא תשכור עדים כי אמר לג' תנו דכיון דכשר ול"ת לא יחתום הסופר אא"כ ידע שעשאן ב"ד ע"ש והנה מ"ש זה לנתינת טעם על ג' שיכתבו לכתחלה הדברים הללו הם קשי הבנה ואכתוב ביאור דבריהם לקמן ומ"מ מה שמבואר מדבריהם דמחמת דכשר ול"ת לא יחתום הסופר זה צ"ע כמ"ש דע"כ הסופר אינו חושש לחששא דל"ת דאל"כ לא פריך מידי וליחוש דלמא אמר אתם חתמו כו' וראיתי בפ"י שעמד בזה וכתב שזה ט"ס דודאי הסופר חותם עצמו משום כסופא כדמוכח מדפריך וליחוש כו' ולענ"ד מה שנתן טעם שהסופר יחתום משום כסופא לא מחוור כיון דדינא הוא שלא יחתום אא"כ שמע מפי הבעל מה כסופא יש כאן כשאינו עובר על מצות חכמים אדרבה שבח הוא לו ובאמת משמע שהסופר אינו יודע מאומה ואינו עושה

רק ע"פ דבריהם של אלו רק דאינהו חיישי לכסופא דידיה ומחתמו ליה והוא שומע לדבריהם לפי שהוא חושב זה כשעת הדחק אלא שעדיין צ"ע דמאי מכספי מהסופר שיסבור שאין מקבלין אותו לעד דמה כסופא הוא כיון שתיקנו חכמים של"ת כן בישראל לחתום מי שלא שמע מפי הבעל ולכך לא היה אפשר לעשותו עד כיון שלא היה שם בשעת ציווי הבעל ולכך הוצרך לומר להם אתם חתמו כתיקון חז"ל ולכן נלענ"ד כיון דטעמא דחיישינן שמא תשכור עדים הוא משום דדבורא קאמרי מעשה לא קעבדי ומה"ט הוה ס"ל דבאומר אתם חתומו כשר ותעשה א"כ מה"ט גופ' הוה כשר ותעשה אם אחד מן עדים אלו חותם עצמו עם הסופר או עם אחר בציוי הבעל אף על פי שלא שמע זה מפי הבעל מ"מ כיון דא' מן השומעים חותם עצמו ואין חשש בו בשכרו כיון דקעביד מעשה אז שפיר יחתום הסופר או ע"א דעלמא על פיו ועוד ע"א ול"ח ששכרתו וא"כ שפיר פריך וליחוש כו' דמחתמי ליה סופר בהדי חד מהנך כו' והשתא שפיר חותם הסופר על פיהם לכתחלה כיון שחותם עמו גם אחד מהעדים המעידים ששמעו מפי הבעל משא"כ התוס' שפיר כתבו כיון דכשר ול"ת לא יחתום הסופר דהתם מיירי למאי דס"ל דגם באתם חתמו כשר ול"ת א"כ לעולם לא יחתום הסופר אף שיחתום חד מהנך תלתא גופייהו עמו אם לא שידע שעשאן ב"ד ובזה י"ל גם מה שהקשה הפ"י לפמ"ש שם לחלק דל"ת דחתימה יש פסול מדרבנן משום שמא תשכור משא"כ לענין הכתיבה שאינו רק משום גזירה אטו חתימה וע"ז הקשה דא"כ מאי מספק' ליה לשמואל אי כתב ידן הוא דפשיטא דכ"י הוא דאז אף על פי שאמרו לסופר כשר בדיעבד עבד משא"כ אי כתב הגט הוא וצריך לצרף אחר פסול מדרבנן בדיעבד ע"ש ולפמ"ש ז"א דדוקא באומר לשנים אחרים לחתום חיישינן שמא תשכור משא"כ בזה שעכ"פ א' יחתום רק שיצרפו עמהם א' מן השוק שפיר מותר זה לחתום שהרי גם הם עושים מעשה שהרי הא' חותם וכאן עדיף טפי ממה דכתיבנא שגם השני עביד מעשה שהוא כותב גט ומעיד שהוא כותבו בציווי הבעל דאל"כ לא חשיב לשמה ולפי"ז אין הכרח גם למ"ש דהך דל"ת אינו פסול מדרבנן מהא דפריך וליחוש כו' משום דאפשר לומר דהתם אין שם פסול מדרבנן כיון שאחד מהעדים חותם ג"כ עמו אך בלא"ה נראה מדברי המפורשים דלא ס"ל הך דל"ת הוי פסול מדרבנן וכן מוכח לדעת התוס' בפירוש הנ"ל דמפרשים דפסול היינו מדרבנן והאי למאן דס"ל לפסול באומר אמרו וא"כ פשיטא דלמ"ד כשר ול"ת אינו רק לכתחלה לבד וכן הוא לפמ"ש הכ"מ אליבא דהרמב"ם כמש"ל וא"כ בשעת הדחק ל"ח לה כמ"ש התוס' ושפיר דמי אף לכתחלה:

ועוד נלענ"ד דבנ"ד למאן דמכשיר באומר אמרו וס"ל כשמואל דפליג עליה דר"י באומר אמרו הוי כשר ותעשה כיון שנעשה הדבר בב"ד ונכתב בספר בחת"י הב"ד שבפניהם נעשה מוה' יונה שליח להעמיד סופר ועדים לכתוב גט ולחתום ובי תלתא לא חשידי ואף דבור לא קאמרי ולא חשו להם חכמים לדבר זה ודבר זה מצאתי בשו"ת רב יוסף שחיבר גאון ספרדי שמו ר' יוסף קצבי ושם בסימן יו"ד נשא ונתן בענין כזה עם גדולי הדור אשר היה בזמנו על ענין ששלחו מעיר אחת כתוב וחתום בשני עדים ומקוים בב"ד איך בפניהם מינה בפיו את פ' תושב קושטנטינא להיות שליח ליתן גט כשר לאשתו וגם הרשה לפ' הסופר שיכתוב ולפו"פ כו' וכתב שם דבכגון נ"ד שנעשה הדבר בשטר ובקיום ב"ד תו ליכא למיחש כלל כו' ואם כן כיון שמינה אותם בפני ב"ד של ג' אף שלא היה הדבר בכתב כבר כתבו התוס' דל"ח שמא תשכור ב"ד דדוקא בעדים גזרו שמא תשכור עדים אבל כל שמינה אותם בפני ב"ד אפי' בע"פ לא גזרו וכ"ש כשנעשה הדבר בכתב ובפני ב"ד כו' עכ"ל והנה שם היה עוד כמה חששות שהיה מומר והיה מקום לחוש שיבטל הגט וגם שאר חששות ומ"מ סיים בה וז"ל אמנם היכא דא"א לעשות באופן אחר כגון בנדון שלפנינו כי כפי הנראה מכתב ההתנצלות ששלחו משם ב"ד של עיר בוקריש שלא נמצא שם יודע לכתוב גט ולכך בחרו בסדר הנזכר בשאלה נלענ"ד דבמקום עיגון כזה אין להחמיר בדבר אלא כותבין ונותנין בחזקת שלא ביטל וכל הלין מילי אני מסכים להיתר כאשר הסכימו אחי וריעי החכמים המובהקין כו' עכ"ל והנה מ"ש בשם התוספות דל"ח שמא תשכור ב"ד אם הכוונה בזה למ"ש התוספות ד"ה דיבורא שכתבו אהא דמיאנה או שחלצה בפניו ישיאנה מפני שהוא בית דין טעמא שהוא ב"ד הא תרי לא והתניא עדים החתומים כו' לא חשו חכמים ומאי קושיא לישני דיבורא אמרי כו' דהתם אינו רק דיבורא שאומר שמיאנה או שחלצה כו' ומזה מוכח דבב"ד אף בדיבורא ל"ח וזה יש לדחות דאף על גב דהתוס' מקשין דה"מ לשנוי' הכי מ"מ לפי תירוצם דהתם חשיב מעשה כיון שעי"ז נגמר שתנשא לשוק כו' אם כן י"ל דהיכא דאינו רק דיבור לבד כגון הכא שאומר אמרו כתבו כו' אף בשלשה חוששין שמא תשכור עדים כמו בשנים ולענ"ד ממקומו הוא מוכרע דאל"כ מאי משני כיון דאמר מר כשר ול"ת כו' דמאי הועיל בזה דאכתי ניחוש לחורבא גם לר' יוסי דזמנין דאמר לג' אמרו כו' דהוה כשר ותעשה ומשום כסופא מחתמי ליה לסופר ונראה שכוונתו בזה לדברי התוספות שהבאתי לעיל שכתבו ול"ח שמא תשכור עדים כי אמר לג' תנו כיון דכשר ול"ת לא יחתום הסופר אא"כ ידע בודאי שעשאו ב"ד וכבר כתבתי שדברי התוספות בזה צריכין ביאור וראיתי בפ"י שם שכתב דהתוס' ס"ל דדוקא היכא שעשאן ב"ד ל"ח להא שמא תשכור משא"כ באומר

אמרו והוא ז"ל תמה בזה דא"כ בג' שלא עשאן ב"ד נמי הול"ל דלר"מ באומר אמרו לפו"פ דכשר ותעשה כיון דבב' כשר ול"ת לעולם לא יחתמו עד שידעו שאמר להם הבעל כשהיו ג' אמרו לפלוני ואפילו בב' כשידע שנתמנו מפי הבעל הול"ל כשר ותעשה אלא ע"כ דלא פליגי רבנן וצ"ע עכ"ל וטפי הו"ל לאקשוי' כמ"ש דהא לפ"ז איכא חורב' גם לר"י היכא דאיכא ג' וא"ל דכמו דאמרינן בתלתא דלא חשידי שיעשו ע"י שתשכור אותם האשה כמו כן תלתא דהוו ב"ד דייקו טפי ולא מחתמי לסופר ולא חיישו לכסופא דידיה דז"א דהא מ"מ איכא למיחש לתרי דנפקי מגו תלתא וכעין החורבא שכתבו התוס' אליבא דר"מ. ונלענ"ד לבאר כוונת התוספות בזה דבאמת צריך להבין מה שכתב התוספות שלא יחתום אלא אם כן ידע בודאי שעשאן הבעל בית דין דידיעה זו מה טיבה כיון דקי"ל כשר ולא תעשה דחוששין שמא תשכור עדים ואם כן אם לא ירצה לחתום על פיהם מחשש זה גם אם יבואו כהנה ויגידו לו שגם הם שמעו מפי הבעל שעשה לפו"פ שלוחים שיאמרו לסופר כו' לא יועיל דהא תרי כמאה ומאה כתרי וכיון דגבי דיבורא חששו חכמים לדבר זה אין לחלק בין מעט להרבה וצ"ל דבאמת לא יחתום ע"פ שמיעתו מאחרים כלל רק שידע בוודאי שעשאן הבעל ב"ד היינו ע"פ ששמע מפי הבעל בעצמו שאמר לאלו תנו גט לאשתי ונעשו ב"ד שרשות בידם לומר לכל מי שירצו ולכן עתה חוששין דלמא הסופר יכתוב לכתחלה ע"י ששמע מהבעל בשעת אמירתו לאלו או אח"כ שעשה ב"ד לב' אלו ונפיק חורבא לר"מ שהוא יאמין לשמועת השנים שאומרים לו שהשלישי הסכים עמהם שהוא יהיה עד חתימה ולכן ראוי לפסול חתם סופר ועד לר"מ כמ"ש התוס' משא"כ אליבא דר' יוסי שסובר דכל שאומר בסתם תנו אף לג' לא מהני רק באומר אמרו וא"כ אין מקום ליכנס לחורבא זו דהא כיון דקי"ל כשר ול"ת א"כ לא יחתום הסופר כשלא שמע מפי הבעל אף שהאומרים הם ג' ול"ש בזה שיחתום א"ע עפ"י שידע שאלו נצטוו מפי הבעל אמרו לפענ"ד דז"א דידיעה מפי השמועה לא מהני רק אם גבייהו הוה יתיב ואזנו שמעה כשאמר הבעל לאלו אמרו לפלוני ויכתוב ולפו"פ כו' א"כ פשיטא דליכא למיחש לחורבא דלמא הבעל צוה שיאמר לאחרים ומחמת כסופא אמר לסופר כיון שאין הסופר חותם אא"כ שומע שהבעל מצוה לו שיחתום ע"י ששמע מפי הבעל שעשה ב"ד לאלו והדברים ברורים לענ"ד בכוונת התוס':

ולפ"ז נראה מדברי התוס' דגם בג' איכא חששא דשמא תשכור אך נלענ"ד דהתוס' סברי כמש"ל דבאמת בג' אין חשש שמא תשכור אלא דג' נמי לא חשידי לשנות משום כסופא דסופר רק בתרי דנפק מגו תלתא יש לחוש לשינוי שיצוו לסופר לחתום בלא ידיעת השלישי וזה כוונת התוס' במ"ש ול"ח שמא תשכור עדים כי אמר לג' תנו ר"ל שתשכור

ב' עדים שיאמרו שהיו שם שאמר להם תנו שז"א שהסופר לא יחתום כו' וכל שיודע שהבעל עשאן ב"ד עפ"י ששמע מהבעל עצמו אז יכתוב לכתחלה דהא הוא יודע עצמו הרי ידע בנפשו אם נצטוה מפי הבעל לחתום או לא ואין בזה שייכות לאומר אמרו כלל שהרי שמעו הציוי מפי הבעל עצמו ואין להאריך:

ומצאתי בחידושי הרמב"ן שהביא דברי התוס' דבג' נפיק מיני' חורבא אחריתי לר"מ והקשה ע"ז דהאיך אפשר שלא יפרשו הגמרא חורבא זו כו' ועוד דהא קי"ל דהא נמי כשר ול"ת דכיון דחששו שמא תשכור עדים אך בג' שאמר להם תנו יש לחוש שמא תשכור ג' עדים שיכולים אחרים לכתוב ולחתום ע"פ וכ"ת כיון שהם ב"ד כשר (ותעשה כצ"ל) א"כ נפיק מינה חורבה דזימנין דאמר לג' אמרו כו' דלא עדיפי ג' לר"מ מר"י כו' עכ"ל וכבר כתבתי מה שנראה מל' התוס' שלפנינו בישוב קו' זו וגם בסה"ת כתב ליישב מה שהקשה שם אהא דמתרץ כשר ול"ת לא שכיח דא"כ איך קתני במתני' אמר לג' כו' יכתבו ויתנו אם נימא דכ"י דוקא קאמר אבל כתב הגט מותרין לומר לאחר א"כ אתי לידי חורבה שיחחמו הסופר משום כסופא כו' ואם נאמר דבג' ל"ח שמא יחתימו הסופר בלי רשות הבעל דשלשה דייקי טפי משנים א"ש כו' נראה מדבריו דג' ודאי עדיף דשרי אף לכתחלה ול"ח שמא תשכור דהא קתני יכתבו ויתנו היינו לכתחלה אלא דקשיא ליה דא"כ נפיק חורבה היכא דאמר לג' כתבו ותנו ואהא קאמר דבג' גם חורבא ליכא משום דדייקי וכמש"ל וכן מבואר שם להדי' במ"ש בהא דתנן אמר לג' תנו יאמרו לאחרים ויכתבו דברי ר"מ והיינו לכתחלה בין כתב ידו בין כתב הגט כו' ולפי המסקנא לר' יהודה אומר אמרו פסול וכשר ול"ת היינו לר"מ וכן פירש"י ויש חילוק בין שנים לג' דל"ח שמא תשכור ואילו חורבה לא שייכי כלל כ"א כשבירר לחתום כו' ע"ש מבואר מדבריו דסבירא ליה דבג' אין חשש שמא תשכור כלל וכדברי הגאון מו' יוסף קצבי הנ"ל וא"כ בנ"ד שנעשה הכל בפני ב"ד ובכתב מעשה ב"ד אין חוששין שמא תשכור ואע"פ שהי' אפשר לומר דע"כ לא כתבו הפוסקים דלעיל דג' עדיף אלא דוקא אם הבעל ציוה לג' אבל אם הבעל ציוה על א' אלא שהציווי נעשה עפ"י ג' שפיר דמי לאומר אמרו לב' או לג' ז"א דמה"ת לפלוגי בהכי דס"ס הרי יש כאן ג' דלא חשידי שיאמרו אף דיבור בשביל קבלת שוחד מהאשה וכן מבואר מהעובד' דהגאון הנ"ל שלא מינה שליח רק לאחד אלא שנעשה בפני ג' ואפ"ה כתב דלא חיישינן בהא שמא תשכור כלל:

והנה בטופס המעשה ב"ד יש גמגום קצת שכתוב שם ומינו אותנו בית דין עליהם כו' ואמרו אמרו לסופר לכתוב ולעדים לחתום בו ועשינו אנחנו ב"ד בפניו ומסכימים בפירוש על מו' יונה להיות מורשה כו' ולכאורה כיון שהם אמרו להב"ד שיאמרו להסופר

אין כח ביד ב"ד למנות במקומם אחר שיאמר לסופר אך באמת ז"א דיוק לענ"ד כיון שכתוב שעשו הב"ד בפניהם והסכימו בפירוש על מוהר"ר יונה אם כן גם ידם היתה בדבר הזה שמוהר"ר יונה הוא יהיה הממונה לומר לסופר כו' ולשון ומסכימים בפירוש הוא לישנא קיטא דהו"ל למכתב והסכימו בפירוש אבל אין לנו לדון רק ע"פ המובן מתוך הענין שהם בעצמם מינו את מוהר"ר יונה להיות מורשה בדבר הזה אלא שנעשה בצירוף הב"ד לאלומי מלתא כי היו נבוכים בארץ איזה דרך ישכון אור ההיתר ואם כן לדעת המתירין באומר אמרו היה נראה להתיר בנ"ד לכתוב גט ע"י ברירת מוהר"ר יונה הנ"ל ואע"ג דאמרינן כשר ול"ת מ"מ בנ"ד ל"ש זה כדכתיבנא וכשר ותעשה הוא ואין לפקפק ולומר דע"כ לא הכשירו קצת פוסקים באומר אמרו אלא באומר אמרו לסופר פ' ויכתוב ולפו"פ ויחתמו אבל באומר סתם אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו גרע מאומר אמרו וקי"ל בהא כר"י דמילי לא מימסרן לשליח אך באמת ז"א דאע"ג דהרמב"ן והרא"ה והר"ן נחלקו באומר אמרו לפלוני סופר כו' דלדעת הרא"ה והר"ן מהני ולא פסלינן אומר אמרו אלא באמרו מדעתיכם ולהרמב"ן בכל גווני לא מהני דלא חשיב לשמה מ"מ כולהו מודו דלמאן דס"ל להכשיר באמרו אין הפרש בין אמרו סתם לאמרו מדעתיכם כמבואר להמעיין בר"ן ובשו"ת מהר"מ אלשקר ובק"א להב"ח אה"ע ובדברי הפר"ח בהלכות גיטין וראייתו מהש"ס דאמרינן אי כתבו כתב ידו הוא כתב הגט נעשה כאומר אמרו אלמא דלשמואל דפליג על ר"י ומכשיר באומר אמרו אף בכה"ג מכשיר שאומר בסתם אמרו ואינו פורט הסופר והעדים כלום והוא ברור:

והנה יש כאן מקום עיון לפי מ"ש מהר"מ אלשקר לפרש דברי הרמב"ן דאמרו לסופר פ' הידוע הוי ממנה שליח שלא בפניו אלא דאפ"ה לא מהני משום דזה לא מחשב לשמה אבל באומר אמרו מדעתיכם דהיינו לאיזה סופר שתרצו בזה ל"ש ממנה שליח שלא בפניו כיון שלא פרט את שם הסופר ולהרמב"ן בתרווייהו ס"ל לר"י דמילי נינהו ולא מיחשבו לשמה כמ"ש הר"ן ז"ל בישוב דבריו והרא"ה סובר דר"י לא פליג אלא באומר אמרו מדעתיכם דהיינו שלא פרט מי יהיה הסופר אבל באומר אמרו לפלוני הוי כממנה שליח וגם ר"י מודה ול"ש חורבא כיון דאינהו לא עבדי אלא בעל הוא דעבד ע"ש והרד"ך חולק וס"ל דהחילוק הוא בין אמרו לפלוני כו' היינו לומר שאני מניתי שליח אבל אמרו מדעתיכם היינו שאתם תמנו אותו לשליח ע"ש והנה לפי שיטת מהר"מ אלשקר נראה דס"ל דכל שהוא אומר אמרו לסופר פ' כו' הכוונה שהוא יהיה שליח לכתיבת הגט ואני ממנה אותו ע"ז וזהו ממנה שליח שלא בפניו שנחלקו בו הרמב"ן והרא"ה והר"ן אבל אמרו לסופר שתרצו ממילא שאין מינוי השליחות ממנו רק שהם ממנים מעצמם וזה הוי

מילי אליבא דכ"ע ולענ"ד צ"ע כיון דבאומר לסופר פ' ס"ל דאע"ג שאינו מפרש שאינו ממנה אותו לשליח סתמא כפירושו שהמינוי הוא ממנו אם כן גם באומר אמרו לאיזה סופר שתרצו נמי למה לא נאמר שכוונתו שאותו סופר שירצו הם יאמרו לו שיכתוב בשליחותו שהוא ממנה אותו להיות שליח וכאותה שאמרו כל השומע קולי יכתוב גט ובאמת לא הוציא מינוי השליחות מת"י במה שאמר לאלו אמרו כו' אלא שנתרצה לבחור לסופר אותו סופר שיבחרו הם אבל מ"מ מינוי השליחות מאתו תצא ואפשר לומר דבכה"ג שלא פרט את הסופר ומסר הבחירה ברצונם לא מהני דקי"ל דבדאורייתא אין ברירה וכההיא דלאיזה שארצה אגרש בו דאמרינן אין ברירה וכן צ"ל לענ"ד גם לדעת הרד"ך דסבירא ליה דמשמעות אמרו סתם היינו מדעתיכם ר"ל שתמנו בשמי ולא בשמכם ולשמואל גם בכה"ג הוי מינוי ולא הוי מילי אבל באומר בפירוש אמרו לסופר שאני מניתי אותו מהני לכ"ע וקשה דהא אמרינן אי כת"י הוא כתב הגט נעשה כאומר אמרו ופריך ומי מודה ר"י באומר אמרו כו' ולכאורה מאי קושיא דנהי באומר בפירוש אמרו יש במשמעות הלשון שהם ימנו הסופר בשם עצמם מ"מ בזה שלא אמר כלום מכתב הגט רק דכיון שאמר תנו אמרינן דהוה כאומר אמרו כדי שלא נוציא דבריו לבטלה אם כן למה לא נאמר דהוה כאומר אמרו לסופר שתרצו שאני ממנה אותו שליח וזה מהני דהוה כממנה שליח וא"ל דבכה"ג שוב שייך נפיק מיניה חורבא כו' כיון דאינהו הוא עבדי לברור את מי שירצו לסופר ואם כן זמנין דאמר אמרו לסופר שתרצו ויכתוב ולפלוני ופלוני ויחתמו ומשום כסופא כו' ואף על פי שהרא"ה סובר דבאומר שמעתי אני ל"ח לכסופא וכולו האי אין לחוש שיאמר על הסופר מדעתי ועל העדים מדעתיכם מ"מ י"ל דשפיר שייך חורבא כיון שאין מזכיר הסופר וכמ"ש הר"ן בהא דפריך דלמא אמר ואתם חתמו אבל ז"א דא"כ באמת תיקשי מאי קאמר ואי ס"ד מודה ר"י בא"א נפיק חורבא כו' הא אפילו אי לא מודה מטעם מילי מ"מ נפיק חורבא בכה"ג וכקו' הרמב"ן ומה הועיל הרא"ה בתירוצו שתירץ משום דאינהו לא עבדי מידי דהא אכתי למיחש מבעי היכא דאומר אמרו לסופר שתרצו שאני מניתי אותו או היכא דנעשה כאומר אמרו דמצינו למידן בכוונתו כך אמרו לסופר שתבחרו שיהיה ממונה ממני לכתיבת הגט וכמ"ש אלא הוא הדבר אשר דברתי דכל שאינו פורט שם הסופר רק תולה הדבר ברצונם אין מקום לשליחות זה להתקיים אם לא באופן שהם יעשו אותו שליח בשם עצמם אבל שיחול עליו שליחות של הממנה שתולה ברצונם זה ל"מ דאין ברירה בדאורייתא:

ולפ"ז צריך ליישב דעת הרמב"ן שמבואר מדבריו דס"ל דאפילו באומר אמרו מדעתיכם נמי הוי מינוי שליחות אלא דבגט לא מהני משום דלא מחשב לשמה וכן מבואר בטח"מ

סי' רמ"ד לענין מתנה וקשה דלמה יועיל מינוי השליחות כיון שלא נתברר מי הוא אית לן למימר דאין ברירה וכ"כ הרשב"א בתשובה הביאה הב"י סי' קמ"א אם עשתה כמה שלוחים זא"ז או בב"א לקבל הגט מיד בעלה כל שהגיע הגט ליד א' מהם מגורשת דל"ש בכי הא ברירה אבל אפשר שאם אמרה כל מי מכם שירצה הבעל ליתנו לו יהא שלוחי לקבלה שנאמר בזה אין ברירה כענין לאיזה שארצה אגרש בו דא"ב עכ"ל ובדברי הרשב"א אילו מתיישב הא דמהני כל השומע קולי ולא אמרינן ברירה משום דהתם הוי כממנה כמה שלוחים דל"ש ברירה משא"כ היכא שהדבר תלוי ברצון אחרים דגם בתולה בד"א קי"ל דאין ברירה וכ"כ בס' דברי אמת דף ע"ש:

ואפשר לומר בדעת הרמב"ן שסובר דל"ש ברירה אלא היכא שאנו צריכין לומר הוברר הדבר למפרע משא"כ היכא שאין אנו צריכין לומר הוברר הדבר למפרע אלא תנאי היה דכשיתברר הדבר יהיה כך אין זה דומה לברירה כלל וכבר עמד על סברא זו במהרי"ט ח"א סי' ובחלק ח"מ סי' כ"ג ובשו"ת שאגת ארי' סי' אההי' דמלמדין אותו לומר כל שיבא לולבי לידו יהא לו במתנה דל"ש בזה ברירה כיון שאין רצונו שיזכה למפרע אלא מכאן ולהבא ואז הוא מבורר וסברא זו כתבה ג"כ בשו"ת נ"ב סי' צ"א באשה שאמרה כל מי שיבחר פלוני שיהיה שליח בחריקאי לקבל גיטי וכתב דדוקא לענין כתיבת הגט שאנו צריכין לומר הוברר הדבר למפרע שהרי הכתיבה צריך לשמה כו' אבל מינוי השליחות א"צ השליח להיות שליח' אלא בשעת קבלת הגט ואז כבר הוברר ואצ"ל הוברר הדבר למפרע כו' אלא ששם הקשה ע"ז מההיא דכל המתלקט דמה ענין ברירה לשם הרי א"צ שיחול החילול מעכשיו כלל והאריך ע"ש ובאמת תלמוד ערוך הוא בפיו של הר"ש במסכ' מעשר שני פ"ה שכתב מניח מעות קודם לקיטה ואומר כרם רבעי זה לכשיהיה נלקט יהיה מחולל ול"ש ברירה בענין זה הואיל ואינו חל החילול עד שיתלקט דדוקא כל המתלקט חשיב התם ברירה דקאמר מעכשיו יהיה מחולל מה שילקטו אח"כ עכ"ל וצ"ע על הגאון בעל נ"ב שלא הזכיר דבר מתשובת הרשב"א שכתב גם בזה שייך ברירה אולם מצאתי בשו"ת הריב"ש סימן רכ"ח שכתב דבר הדומה ממש לנ"ד בענין שהמלך נתן חותמו שהנאמנים והב"ד יעשו ברירת שלשים אנשים והנאמנים והב"ד בחרו בשנים מהם שיעשו הברירה וכתב וז"ל ואיברא שאם השנים עשו הברירה ואח"כ הסכימו עליה אע"פ שעדיין לא ידעו מי הם הבריר' קיימת כו' והן נמי אם לא נבררו עדיין אם אמרו הנאמנים והב"ד שהם מסכימים באותה ברירה שיבררו השנים לאחר שיבחרו אותה אז לא היינו צריכין לטעם יש ברירה כיון שאין הסכמת הנאמנים והב"ד חלה למפרע אלא אחר כן כמ"ש התוס' פ' מרובה בההיא דצנועין כו' וה"נ בנדון זה אם אמרו כן בפירוש

שהם מסכימים בברירת השלשים שיעשו השנים לאחר שיעשוה אז לא היינו צריכין לטעם ברירה אבל כיון שבשעה שהסכימו עליהם לא נתבררו עדיין וגם לא אמרו בפי' שתחול הסכמתם לאחר שיעשוה השנים א"כ א"ל כו' אא"כ נאמר יש ברירה וכשבררום השנים הובירר הדבר למפרע שאלו הם שבררום הנאמנים והב"ד ואנן קי"ל דבכה"ג אין ברירה עכ"ל הנה מבואר בלשון הריב"ש דדייק וכתב שיאמרו בפירוש שהם מסכימים בברירה שיעשו אלו לאחר שיעשוה ובהכי א"ש דברי הרשב"א גם כן דאם אמרה בסתם כל מי מכם שיתרצה הבעל ליתנו יהא שלוחי ולא ביחנה דבריה שהשליחות יתחיל משעה שיתרצה הבעל ליתנו לו הוי הכוונה שהיא עושה שליח מיד שאם יתרצה הבעל יהיה שלוחה למפרע ותלוי בדין ברירה ואה"נ אם אמרה בפירוש שיהיה שלוחה לאחר שיתרצה בעלה ליתנו לו דמהני וכן בהיא דנ"ב אם אמרה שזה אשר יבחר פ' יעשה שלוח' אחר שיבחרוהו אותו פ' באמת מהני אבל בסתם אנו דנין שהשליחות מתחיל מיד והוא תלוי ועומד בדין ברירה והנה אין בזה מקום להרחיב בדיני ברירה שהוא מקצוע גדול וכבר ביארתי בתשובה סי' הרבה ענין בעזה"י וכאן אקצר ואעלה:

והעולה בקצרה ממ"ש כי הרמב"ן והרא"ה והר"ן מחולקים בזה דלדעת הרמב"ן אף באומר אמרו מדעתיכם דהיינו שתבחרו סופר מי שתרצו דין מינוי שליחות יש לו וע"כ שסובר דל"ש בזה ברירה כיון שאין צריך לברר הדבר למפרע רק מכאן ולהבא ובהגיע תור הכתיבה כבר נתברר הדבר מי נבחר להיות סופר ושפיר מהני מינוי השליחות שלו להרמב"ן רק דמ"מ פסול דמילי לא מימסרן לשליח להיות זה העומד במקום הבעל רק שהוא ממונה מהבעל עצמו שלא בפניו לא מהני דבעינן וכתב כו' וסבירא ליה להרמב"ן דאף דלא אמר בפירוש שיחול השליחות אח"כ מ"מ כיון שאין צריך לשליחות זה שיחול למפרע ממילא אמרי' דלא חל רק מכאן ולהבא ול"ש ביה ברירה ולפי דעת הר"ן והרא"ה באומר אמרו סתם ואינו פורט א"א לפרש בו שר"ל אמרו בשמי לסופר שתרצו דזה לא מהני דאין ברירה וע"כ שר"ל שהוא עושה אותם שלוחים שיבחרו ויעשו אותם שלוחים בשם עצמם וזה הוי מילי אבל כשאמר אמרו לפלוני שפיר הוי מינוי השליחות כשאומר אני מניתי אותו אליבא דהרד"ך ולמהר"מ אלשקר סתמא הכי הוא לכל מר כדאית ליה וטעמא דבסתם תלוי בדין ברירה אע"פ שא"צ הובירר למפרע הוא כמ"ש ודייקתי מדברי הריב"ש דדוקא באומר בפירוש שיחול אחר זמן אין תולין אותו בדין ברירה משא"כ בסתם הדבור הזה עושה רושם מעכשיו ולכשיתברר וזה לא מהני ולכן אף דאמרי' נעשה כאומר אמרו א"א לומר דדמי כאומר אמרו לסופר שאני ממנה אותו כיון שדבור זה שאמר לאלו כתבו ותנו דהיינו כתב ידן הוא הגורם לדון שיהיה נעשה כאומר אמרו א"כ

ג"כ מעכשיו חייל לכשיתברר למי רצו ואנן ס"ל אין ברירה ועפ"ז יש לישא וליתן הרבה בסוגיא ע"פ המבואר בפ' כל הגט ושאר דוכתי בשיטת שמואל ור' יוסי בדיני ברירה שם ואין להאריך בזה שאין נ"מ לדינא:

ויצא לנו מזה דלשיטת הרא"ה והר"ן אף באומר סתם אמרו לסופר ולא פרט שמו רק אמר אמרו לסופר שתרצו שאני ממנה אותו שליח לכתיבה לא מהני משום דאין ברירה ואם היה אומר בהדיא שיחול מינוי השליחות לאחר שיתברר מי הוא הסופר באמת מהני דהא לא אמרינן הוברר למפרע ומעתה בנ"ד שכבר ביארנו שאע"פ שבלשון של הטופס מעשה ב"ד איתא שאמרו לב"ד לסופר כו' מ"מ אין לנו לדין ע"ז כ"א על המובן מתוך הענין כמבואר בטור ס"ס קמ"א מלשון תשובת הרא"ש וז"ל ושאלת לשון מינוי שליחות קנינא מר' יונה כו' יראה לי שאין לתלות בזה שחזר בו משליחות להולכה אלא ודאי תלינן הענין בט"ס כו' ואפילו את"ל שהיו ע"ה כו' למה יש לנו לתלות בחזרה יש לנו לומר דליפות כחו כו' והלשון שכתב ויותר ע"ז מינה ר' יונה כו' משמע שלתוספית נתכוון מימר אמר תיגרש כל היכא דמגרשה כו' ע"ש ועכ"פ מבואר שיש לדרוש לשון השטר כפי הבנת הענין ועינינו הרואות כי נכתב בזה כמה דברים ליתר שאת ויתר עז ועיקר הענין נסמוך על שליחות שעשו למו' יונה שהוא יהיה בחרקיאה לכל עניני הגט להעמיד א' מסופרי סתם דק"ק בארדיטשוב ויכתוב גיטין לשמם כו':

והנה מלשון זה של להעמיד יש לדייק שבאמת מינוי השליחות של הסופר הוא מן הבעלים בעצמם אלא שמו' יונה הוא יהיה המתעסק בזה שיאמר לסופר בשמם שיכתוב גט לנשותיהם לשמם כו' וגם משמעות לשון זה להעמיד סופר ולכתוב כו' ששליחות הכתיבה היה אחר שיעמיד מו' יונה הסופר וא"כ בכה"ג להרא"ה והר"ן מועיל מינוי השליחות הזה דהא א"צ לברר למפרע וכמ"ש ואע"פ שכתוב שם שעשו אותו מורשה ואנטלר להיות ידו כידם כו' ולשון זה משמע שמו' יונה הוא נעשה שליח בדבר לא על העמדת סופר ועדים דלשון מורשה לא משמע הכי אלא משמע שהרשוהו על הענין שהוא יעשה מדעתו מ"מ כבר כתבתי שבזה אנו אומרים שנכתוב ליפות כוחו כמ"ש הרא"ש שם שתולין דליפות כחו נתכוון אם תועיל שליחות לקבלה שתתגרש בו מיד ואם לאו ישאר שליחות ההולכה במקומו עכ"ל שהובא בטור סי' הנ"ל וא"כ בנ"ד נמי הכי הוא ותי' לשון אחרון שאמרו להעמיד אחד כו' והלשונות האחרים הנאמרים ליפות כחו אין מבטלין השליחות וכן ביארו בטופס הב"ד שאמרו בפירוש שלא עיכב מחמת הלשונות הנאמרים כי אין קפידא רק שחפצם שיוגמר ענין הגירושין על צד ההכשר וא"כ

להרא"ה והר"ן יש לצדד כמ"ש ולהרמב"ן בלא"ה נראה מדבריו שדעתו נוטה להכשיר באומר אמרו וכמש"ל:

המורם מזה שלדעת התוס' בעירו' אין פסול באומר אמרו אלא מדרבנן וכ"נ לדעת הפוסקים שא"צ שליחות בכתיבה וכן דעת קצת פוסקים אליבא דהרמב"ם אע"פ שהוא מהסוברים דבעינן שליחות בכתיבה ודעת הר"י והרמב"ן נוטה להכשיר באומר אמרו לגמרי כשמואל דפליג עליה דר"י ואף שבסה"ת ושאר פוסקים כתבו בשם ר"י שיש להחמיר בשניהם באומר אמרו ובחתם סופר ועד מ"מ מבואר שעיקר טעמו בזה כדי שלא לחלוק על הר"ח ולכך כתב שיש להחמיר בשניהם ע"ש וכן מבואר בדברי גדול האחרונים, מהרש"ל בס' ישׁ"ש גיטין פ"ו סי' י"ד שאחר שהביא דברי סה"ת והרא"ש בשם הר"י כתב וא"כ אף לדבריו אין פסול אומר אמרו אלא להחמיר וכן דעת הרא"ש נוטה שכתב בתשובת דחש"ו פסול כדברי ר"י א"כ ממילא לכל היותר אין פסול אומר אמרו אלא משום חומרא ותימא על הטור שכתב שדעת הרא"ש כרב אלפס ואינו נכון ובעיני נראה דאפילו ספק מגורשת לא הוי אלא שהחמירו שלא תנשא בגט זה ואם נשאת ל"ת דהלכה כשמואל דאומר אמרו כשר וסיוע גדולה לדברי מדמסיק בסוגיא מה ראה לפסוק כר"י כו' מ"מ שמעינן דלדעת ר"י פשיטא שאינו אלא להחמיר ואם נשאת ל"ת ואף בדיעבד אם לא נשאת אלא דאיכא למיחש לעגונה הגט כשר עכ"ל וכ"כ שם סי' ט"ו ואני אומר דמאחר מן הדין אפי' באומר אמרו כשר כמו שכתבתי אלא שהחמירו בדבר ע"פ ר"ח הבו דלא לוסיף עלה כו' וכ"כ בסוף דבריו אבל לפמ"ש דאומר אמרו כשר בשעת הדחק יש לסמוך אדברי הרא"ה והר"ן ולהכשיר הגט וליתן לה לכתחלה עכ"ל ור"ל כיון דכל אומר אמרו כשר בשעת הדחק עכ"פ לכן היכא שאמר שמינוי השליחות יהיה ממנו יש להכשיר לכתחלה אף שלא בשעת הדחק כדעת הרא"ה והר"ן וא"כ בנ"ד שאין לך שעת הדחק ומקום עיגון גדול מזה דשפיר דמי ליתן הגט ע"י אומר אמרו וכמ"ש רש"ל ומכ"ש שיש לצדד בדבר ולומר דנ"ד דמי להא דהרא"ה והר"ן ז"ל שלא בא הכותב אלא לומר שהבעלים ציוו אותו שהוא יעמיד סופר שיכתוב אבל מ"מ מינוי השליחות של הסופר הוא מפי הבעלים עצמם דפשיטא שאין להחמיר בזה לעגן אותן עולמים ומצאתי גם כן בשו"ת הגאון המפו' מו' יושע ז"ל בעהמ"ח מג"ש ושו"ת פ"י שכתב בתשובת כת"י אשר הם ת"י שכתב וז"ל מיהו להרמב"ם אומר אמרו אינו פסול אלא מדרבנן כו' אבל להרי"ף והרא"ש ז"ל אפילו באומר אמרו בטל הגט לגמרי מה"ת כמבואר בדבריהם ומיהו בנ"ד אע"ג דלכאור' אין נפקותא כיון דלא נשאת פשיטא דל"ת לד"ה מכל מקום נ"מ כיון דהוא שעת הדחק גדול דא"א להשתדל אחר גט אחר הוה דינו

כדיעבד כמו שיש להביא ראיה מכמה דוכתי כו' עכ"ל הרי מבואר דבכה"ג סמכינן אהך גיטא שנכתב ע"י אומר אמרו וכבר כתבתי דבמקום דחק ועיגון כזה פשיטא שאין לחלק בין אם עדיין לא נכתב כלל או אם נכתב ולא ניתן דהכתיבה אינה מעלה ומוריד בזה:
ועוד נלענ"ד דאפשר דאפילו הר"ח והרי"ף ז"ל דנקטו להלכתא כהאי ברייתא דהגט בטל עד שישמעו קולו מ"מ גם הם סוברים דאינו בטל לגמרי ובשעת הדחק גדול שפיר מצינן למסמך אמאן דמיקל וכמש"ל בשם הר"א דמונפלשיר דמפר' גט בטל דבריית' גופא היינו פסול ואם כן מכ"ש אנן לדידן דשמואל ואמוראי טובא מכשרי רק דלכתחלה לא תעשה שמא תשכור עדים וכבר כתבתי דבנ"ד ל"ש זה ואע"פ שמדברי הפוסקים משמע דלדעת הר"ח והרי"ף בטל לגמרי משמע מ"מ מצאתי סעד לדברי בשו"ת הגאונים מכונים בשם שערי צדק שנשלחו לידי מעה"ק טבריא תוב"ב וכתב שם בשער ב' סי' א' וז"ל וגברא דאמר לחבריה הוי אנת אפטרופא ושליח דילי וכתוב גט כו' ואי ס"ל להאי אפוטרופס דכיון דשוי' שליח ומניה אפטרופס ואמר איהו לסופר וכתב ולעדים וחתמין גט בטל היא דמילי לא מימסרן לשליח דתנן אמרו לו נכתוב גט כו' רב אשי אמר ל"מ קאמר כו' והאי אפטרופא כל גיטא דכתיב (ונראה שזה קאי היכא שאמר אמרו כו' וכתבו הם עצמם) או דאמר לאחרים כתבו גט בטל הוא דאחמיר רחמנא בגט דבעינן עד דכתב איהו וחתמין עדים דאמר לסופר ולעדים דלמא די הוי חולה מסוכן א"נ המפרש בים והיוצא בשיירא והמושלך בבור דכדאמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הקילו רבנן משום דעת סכנה הוא והוי גט דלא תעגן אשה עכ"ל נראה שר"ל דבמושלך בבור הקילו אף ע"ג דלא פרט את הסופר ואמר כל השומע קולי וכן במסוכן ויוצא בשיירא שאמרו כתבו נותנין אע"ג דלא אמר בפירוש תנו משום דאקילו רבנן משום עגונה ומשמע דמדמי הא להך דמילי לא מימסרן לשליח ולמימרא דגם בכה"ג יש להקל ואע"ג דכתב דאחמיר רחמנא בגט כו' לאו מדאורייתא קאמר ואפשר נמי דמ"ש דלמא (הוא כמו לשון איבעיא וספק עיין בשאלתות) די הוי חולה נמי ר"ל בכה"ג שא"א שיאמר לסופר עצמו רק ע"י אחרים וע"ז קאמר דאקילו רבנן ואם הדבר כן אם כן דעת הגאונים מבואר להדיא להקל באומר אמרו במקום הדחק ועיגון ומה שאמרו בטל הוא לאו דוקא רק שיש להחמיר בזה יותר מפסול דעלמא וכמ"ש הכ"מ בדעת הרמב"ם ואם אמנם קצת מהאחרונים נחלקו על הכסף משנה בפי' דברי הרמב"ם. אך לפי עניות דעתי יש להביא ראיה דהרמב"ם ס"ל דאומר אמרו כשר ממה שכתב בפרק ג' מהלכות אישות גבי שטר קידושין שיכול לכותבו מדעת השליח וכתב ה"ה שהרמב"ן נחלק עליו דאינו כותבו אלא מדעתה כדקי"ל דאפילו אומר אמרו פסול או בטל וה"נ מהתם גמרו בה התם דעת מקנה בעינן ולא שלוחו

אף כאן דעת מקנה בעינן ולא שלוחה ואפילו באומרת אמרו עכ"ל וכ"כ בחי' הרשב"א והר"ן בשמו ולשיטת הרמב"ם צ"ל דכיון דעשתה אותו שליח לקבל שטר קידושין מיד ארוס שלה ממילא הוי כאומרת אמרו לסופר ואומר אמרו כשר ואע"ג דבגט הוי כשר ול"ת משום שמא תשכור עדים בקידושין ל"ש זה שישכור עדים שאמרה האשה אמרו לסופר כו' דז"א דדוקא דבורא קאמרי אבל מעשה לא עבדי וא"כ אין לחוש שישכור שנים שיאמרו שהאשה אמרה אמרו לסופר כו' ותקבלו אותו לידכם בתורת שליח לקבלה דזה הוי מעשה ומעשה לא עבדי ואם כה יאמרו לסופר כתוב ולעדים חתומו ותנו ליד האשה הרי ע"כ שתדע האשה שהשטר נכתב בלא דעתה ול"ש בזה חשש שמא ישכור כלל רק בגט חוששין שמא תשכור עדים שאמר הבעל אמרו לסופר כו' ותנו ליד האשה וכמ"ש לקמן בשם הרמב"ן אבל בקידושין ל"ש זה ולכן אפילו לכתחלה שפיר דמי בכה"ג:

וראיתי בחי' הריטב"א לקידושין שכתב ג"כ דלא מהני דעת השליח בשטר קידושין דלקבלה עשאתו שליח ולא לזה ודעת' בעינן (וצריך) שימנה לסופר ולעדים לחתום בפניהם ולא ע"י עדים דהא קי"ל בגט אומר אמרו כשר ול"ת שמא תשכור עדים ה"נ כשר ול"ת שמא ישכור עדים ויכתבו לו שלא מדעתה שהוא פסול הלכך כי היכא דהתם בגט חס"ו פסול משום חורבא דאומר אמרו כדאיתא התם ה"נ בשטר קידושין וזה דעת מורי רבינו נר"ו עכ"ל ואני תמה על מ"ש גם בקידושין חשש שמא ישכור עדים דמה יושיענו זה כיון דמ"מ צריכה היא לקבלו וצ"ל דחיישינן שמא ישכור עדים שיאמרו שאמרה אמרו לסופר כו' ופלוני יהיה שליח לקבלה עבורה ואותו פ' בתם לבבו יסבור שמינתו שליח שלא בפניו אלא שמ"מ צ"ע דהא שליח לקבלה צריך עדים וא"ל דהן הן עדיו אם כן הוי נמי מעשה שהרי האשה אין שטר קידושין יוצא מת"י ואם נרצה לאסרה מחמת שטר קידושין זה הלא כחשו בפניו תענה שלא עשאתו שליח לקבלה ויצטרך להחזיק שקרו על ידי עדים אלו אם כן פשיטא דזה הוי כמעידין על גמר מעשה כמו בעלמא וצ"ע עכ"פ למדנו מדברי הריטב"א אלו דס"ל דאף אומר אמרו מדעתיכם כשר אלא שלא תעשה כו' וע"ז כתב שהוא דעת מורו הרב נ"י ונראה שהוא הרא"ה ז"ל כידוע שברוב המקומות כשכותב סתם כוונתו על הרא"ה שהיה רבו מובהק יותר מן הרשב"א ואם כן מבואר שהרא"ה והריטב"א דעתם להכשיר גבי גט אומר אמרו רק דלא תעשה ומצאתי בספר עצי ארזים סי' ל"ו שכתב גם כן דהרמב"ם שסובר דשטר קידושין מדעת השליח מהני אזיל לשיטתו דס"ל דאינו פסול רק מדרבנן וכפי הנראה דס"ל כמ"ש התוס' דא"צ שליחות בכתיבה כו' (התה"ד סי' רכ"ח דעתו דהרמב"ם סובר דבעינן שליחות בכתיבה אך דעת קצת מפרשים להרמב"ם דלא בעינן עיין בספר ג"פ)

אבל הרמב"ן ס"ל דפסול מדאורייתא כמ"ש הר"ן בשמו כיון דבעינן לשמה וגם וכתב שיכתוב הבעל לכן אין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אא"כ שמעו מפיו ומש"ה פוסל אפילו בממנה שליח בפירוש ע"י שליח דלא כהרא"ה אלמא שחולק על התוס' וס"ל דוכתב קאי אבעל וצריך שליחות באמת גם הב"ש כתב דהרמב"ן סובר דבעינן שליחות בכתיבה והקשה ע"ז ממה דמכשיר כתיבת עבד ע"ש ובאמת שדעת הרמב"ן דלא בעינן שליחות כמבואר בחידושי' ע"ש שיש חסרון בדפוס וכ"כ המפרשים בשמו ומ"ש דבעינן שישמעו מפיו אין זה בתורת שליחות רק דבעינן שיהיה מצווה מפי הבעל ולכך אי מילי מימסרן לשליח כל ששמע מפי השליח הוי כשמע מפי הבעל עצמו משא"כ אי מילי לא מימסרן לשליח אע"ג דבכתיבה לא בעינן שליחות מ"מ הרי לא שמע הציווי מפי הבעל ולא מהני) ומה שהקשה שם על הריטב"א שכתב לפסול חתם סופר בקידושין כמו בגיטין דז"א דהא אי אמרו פסול חתם סופר ועד כשר ואע"ג דלכמה פוסקים מחמרינן בתרווייהו היינו משום דמספקא להו בדין אומר אמרו ואזלי בתרווייהו לחומרא אבל לדעת הרמב"ן דמשמע דס"ל אומר אמרו פסול בודאי אין מקום להחמיר בחסו"ע עכ"ל ודברים תמוהים לענ"ד שהרי הריטב"א כתב להדיא דאומר אמרו כשר רק דל"ת משום שמא תשכור עדים ומבואר בפוסקים דאע"ג דהש"ס תירץ כיון דאמר מר כשר ול"ת לא שכיח היינו דוקא בס"ד אבל למה לא ס"ל דהאי שינויא דחויא הוא וס"ל דאע"ג דלא תעשה מ"מ יש לחוש לחורבא דחתם סופר ויש לפסול חס"ו וכמ"ש לקמן דברי סה"ת ושאר פוסקים רק מאן דס"ל דאומר אמרו בטל מדינא הוא מכשיר בחס"ו והריטב"א לא ס"ל הכי ומ"ש שהרמב"ן סובר דפסול באמת הריטב"א לא הזכיר בדבריו את הרמב"ן אך באמת מ"ש בשם הרמב"ן דס"ל לפסול באומר אמרו נהפוך הוא שאדרבה הרמב"ן כתב ואילו הייתי ראוי לחלוק הייתי מכשיר כו' ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ע"ש גם מ"ש בעצי ארזים שם די"ל דבקידושין כיון שהבעל הוא הכותב והוא הממנה סופר ועדים ל"ש שינוי שליחות באומרת אמרו ע"ש לענ"ד לא נהירא דהא מקיש קידושין לגירושין לענין זה דבעינן דעתה ואם כן כמו דבגט פסול כשחותם מי שלא חפץ בו הבעל כמו כן בקידושין בלא דעת האשה שהוא דעת מקנה ומה שלא הזכירו הפוסקים דין זה בקידושין נלענ"ד דס"ל דדוקא בגיטין חיישינן לחורבא משום דלמא תנשא האשה בגט זה שחתם הסופר שלא במצות הבעל משא"כ בקידושין דמה שהשטר קידושין אינו בהכשר אין זה חורבא כ"כ שנפסול בשבילו חס"ו ולחוש שמא יקדש אח"כ אחותה ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה גם כן חשש רחוק הוא וכל דלא שכיח לא גזרו ואע"ג דגם גבי גט אי כשר ול"ת אמרינן דלא שכיח ואפ"ה אמרי' דלמסקנא חיישינן הכא כיון דאין חשש לגבי

אשה זו גופה רק לענין קרובותיה לא גזרינן ולפיכך לא הזכירו הפוסקים מזה ולפי שאינו מענינינו אין להאריך:

ונקוט מיהא בידך מכל הני מילי מעליותא שכתבנו שיש הרבה פוסקים מהראשונים המכשירים באומר אמרו שהרי הטור ברמזים אומר כן בשם הר"י וכ"כ רבינו ירוחם שיש פוסקים דאומר אמרו כשר וכ"כ ה"ה פ"ד מהלכות זכיה וכ"כ הריב"ש סימן ד"ש שהתוס' וקצת פוסקים ז"ל פסקו כשמואל דבאומר אמרו כשר וכ"נ מדברי הרמב"ן שכתב שמצא דעת בעל התוס' שמכריע באומר אמרו דכשר כו' וזהו דעת שראוי לסמוך עליו וכ"פ הר"ש בן הרשב"ץ בשם הרמב"ן וכ"ד הריטב"א וכתב שכן דעת רבינו ז"ל והוא רבו הרא"ה (ואע"ג שהרמב"ן והרא"ה נחלקו בדין אומר אמרו לפלוני כו' היינו אליבא דמאן דס"ל להלכה לפסול אבל אינהו ס"ל להכשיר אף באומר אמרו מדעתיכם כמבואר בדברי הריטב"א בקידושין שהבאתי לעיל) וכ"ד גדולי האחרונים ומהרש"ל ביש"ש דאומר אמרו כשר מן הדין והיכא דאיכא למיחש לעגונה נמי הגט כשר וכ"ד הגאון מוהר"ר יושיע בשו"ת כת"י וכ"נ ממ"ש בשו"ת הגאונים דבמקום עיגון אין להחמיר והוי הגט כשר וגם כתבתי לצדד דהך דנ"ד הוי כממנה השליחות מדעת עצמו שמכשירין הרא"ה והר"ן לגמרי ואם כן פשיטא שכדאי הם כל הגדולים אלו לסמוך עליהם ולהתיר במקום עיגון ושעת הדחק כזה אך לא מלאני לבי לסמוך ע"ז לבד כיון שהב"י בתשו' והרבה מגדולי ראשונים ואחרונים המחמירים בדבר יש פוסלים מדרבנן ויש שסוברין שיש כאן פסול דאורייתא מ"מ הרי לפנינו צד היתר גדול ע"י גט א' שהוא ע"י אומר אמרו:

ועתה אחזה אשית לבי לברר ענין גט השני שצוו למוה' יונה שיכתוב בעצמו ויחתום ועוד עד אחר עמו שציוו לו מפיהם לחתום ואיכא בהאי מלתא תרתי לריעותא חדא דהוי חתם סופר ועד שפסול לדעת כמה פוסקים ועוד שזה ר' יונה שציוו לו שיכתוב אינו יכול לאמן ידיו לכתוב כתב אשורית כדין הגט. ואשית עיני על החשש הראשון מטעם חתם סופר ועד הנה דעת הרי"ף ובה"ג והרמב"ם ובעה"ע והרמ"ה הביאו הטור סי' ק"ל להכשיר וכ"ד רבינו שמחה הביאו בהג"מ וכן דעת רבינו יואל שבמרדכי כמ"ש הב"י ע"ש והרמב"ם הוא סובר דאף לכתחלה מותר בחס"ו כמ"ש הט"ז בח"מ סימן רמ"ד ועוד כמה אחרונים וכ"כ המ"ל לדעת הרמב"ם ואף לפי מ"ש הב"י והסמ"ע דהרמב"ם גם כן אינו מתיר רק בדיעבד פשיטא דבשעת הדחק כדיעבד דמי אך אפילו לדעת הפוסלים בחס"ו והוא בעל סה"ת בשם הר"י והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן והמרדכי ושאר פוסקים מ"מ נראה דבשעת הדחק כה"ג ודאי אזלו ומודו שאין להחמיר בזה כיון דעכ"פ אפילו אם נאמר דפסול אינו רק גזירה מדרבנן בלבד דלמא נפיק מינה חורבא והיינו

משום דס"ל דספיקא הוי אי אומר אמרו כשר ואז חס"ו פסול ואם כן אין כאן רק ספק במלתא דרבנן וגם דאפילו אם נחליט להכשיר באומר אמרו עדיין י"ל דהלכה כמ"ד כשר ול"ת וכיון דכשר ול"ת לא שכיחא ולא גזרינן לפסול חתם סופר ועד ואם כן הוה כתרי ספיקא במלתא דרבנן ואם כן צ"ל דמה שהחמירו הנך פוסקים ז"ל הוא משום חומר א"א אבל במקום עיגון גדול פשיטא שאין להחמיר כולי האי וכן מבואר מדברי ראש המדברים בזה הר"י ז"ל וכתב במרדכי בשם רבינו אביגדור שכתב על חתם סופר ועד שכתב הר"י בתשובתו כדאי הוא ר"ח לסמוך עליו בשעת הדחק על מעשה שהיה שנשאת וילדה והכשיר הולד מיהו לא נתברר אצלי אם גם בלא נשאת או נשאת בלא ילדה מה יאמר רבינו הזקן בהם כו' ע"ש והמ"ל פ"ט מה"ג תמה דהא אפילו מאן דפסל חס"ו מן הדין מ"מ בפסול דרבנן אם נשאת ל"ת וכמ"ש הריב"ש וכ"ש דלהר"י לא פסול חס"ו מדינא אלא משום דאזיל הכא והכא לחומרא אם כן מה לו לסמוך על ר"ח דמכשיר חס"ו לגמרי דסובר אמרו פסול כו' ונפלאתי מ"ש וכ"ש דלר"י לא פסול מדינא כו' ובאמת ר"י לנפשיה ס"ל דאפילו מדינא מיפסל דאיהו סובר דאמרו כשר מדינא רק שחשש לדעת ר"ח לחומרא לענין אמרו והלכך לענין חס"ו שאנו צריכין להקל מהצורך לסמוך על ר"ח בזה אך מה שהקשה דהא כל פסולי דרבנן אם נשאת ל"ת מצאתי בשו"ת מהרא"ש בקונטרס עגונא דאתתא שגדולי עולם מהרי"ט ומהרח"ש ז"ל נשאו ונתנו הרבה בדברי המרדכי אלו וראיתי בס' בני יעקב שעמד על דבריהם והוא ז"ל ביארו ביאור רחב ותוכן דבריו דהתם היה חשש לפי שיש פוסלין סופר ועד והיינו אף אם היה במצות הבעל ובזה פשיטא דאין כאן רק פסול דרבנן וגם היה עוד חשש כיון שבא ממקום אחר ואם כן חששא דש"ס גופיה כיון שלא נודע לנו גופא דעובדא היכא הוה אם כן חוששין שמא לא חתם הסופר במצות הבעל רק הבעל אמר אמרו כו' ומשום כסופא חתמי ליה לסופר ובזה ודאי שהגט בטל לגמרי ועל זה הוצרך לומר כדאי הוא ר"ח כו' ע"ש ולפ"ז בנ"ד כיון שמבורר לפנינו בטופס מעשה ב"ד שהוא ע"פ ציוי הבעל אזדא ליה חשש השני לגמרי ואין כאן רק פסול גזרה דרבנן לבד אפילו לדעת המחמירין ממילא י"ל דע"כ לא החמירו לחוש למ"ד אומר אמרו כשר ואע"ג דל"ת לא שכיח מ"מ חוששין לו בחס"ו אלא בלא נודע לנו היכא הוה עובדא ולמיחש מבעי דלמא באמת חתם על ידי כסופא שלא במצות הבעל או אפשר אפילו בנודע שחתם במצות הבעל אלא שאפשר להשיג גט אחר מה שא"כ היכא דלא אפשר והוא שעת הדחק גדול שפיר דמי לסמוך על הגאונים המתירין וכמו שכ' במרדכי בשם רבינו אביגדור שדעתו נוטה בשעת הדחק לסמוך על ר"ח ורבינו שמחה המכשירין חס"ו ע"ש ומהרי"ט בתשו' שם העמיד האי דינא כגון

שהיה הבעל מוכן ליתן לה גט כו' אבל היכא דליתא למגרש אין שעת הדחק גדול מזה ותנשא לכתחלה גם יש ראיה מדברי התוס' ד"ה התני' שכתבו בחד תירוצא א"נ ה"ק אם באו לקיים שלוחתן כו' ומפרש מהרי"ט שר"ל כיון דא"א לומר לאחרים שלא ציוה הבעל מוטב להחתים הסופר לכתחלה לקיים שליחותן בשעת הדחק כו' ולישנא קמא ול"ב דהתוס' שם אין חולקין בדין חס"ו דמכשירינן בשעת הדחק אלא דר"ת משמע ליה לישנא דיכתבו ויתנו אף שלא בשעת הדחק כו' והשתא ודאי בנ"ד אפילו אם עדיין לא ניתן אין לך שעת הדחק גדול מזה שהבעל עומד בארץ מרחקים ובשעת חירום ומלחמות ותתעגן עניה זו כל ימיה הלכך כשר לכתחלה לתתו לה עכ"ל ומהרח"ש שם דחה ראיה זו ופי' דברי התוס' כפשטן שר"ל שאם ירצו עכ"פ לקיים שליחותן צריך שיחתמו הם עצמם שאז יש קיום לרצונם ולשליחות כו' ע"ש ואחר שהאריך הרחיב מהרח"ש בזה מ"מ בסוף דבריו כתב דכיון דכתב הרשב"א בסי' רנ"ב דבשעת הדחק והפ"מ סומכין במחלוקת להקל אף ביחיד נגד רבים כדאמרי' בנדה לאחר שנזכר אמר כדאי הוא ר"א לסמוך עליו בשעת הדחק כו' והכא גם כן בנ"ד אם הוא דוחק גדול שיש עגון בדבר יש לסמוך על גאוני עולם הרי"ף והרמב"ם הגם שרבים חולקין עליהם עכ"ל. הרי שעלה בהסכמה מפי מהרי"ט דבשעת הדחק כה"ג חס"ו כשר וסמך על ידו הגאון מו' י"ט בן יעיש וכתב כי חכמים שלמים וכן רבים הסכימו לזה ואף שהיה שם עוד גמגומים הרבה מלבד זה צדדו בהם להקל משום שחשו לעגונה וגם מהרח"ש מצד חשש זה דחס"ו הסכים להקל בשעת הדחק וכמ"ש ואע"ג דמו' אביגדור מספקא ליה בדברי הר"י אם דוקא בנשאת כו' כבר כתבתי מה שפירשו בו ז"ל וגם נלענ"ד דהר"י גופיה כיון דלדינא מפשט פשיטא ליה דאומר אמרו כשר א"כ דינא הוא שנפסול בחס"ו (דס"ל דהך תירוצא כיון דכשר ול"ת לא שכיח למסקנא דחויה הוא) ולכך י"ל דוקא בנשאת היא שהיקל בה דכדאי הוא ר"ח לסמוך עליו כו' משא"כ אנן לדידן שיש לנו רבים וגדולים הסוברים להכשיר אף לכתחלה וגם המחמירין היה קשה בעיניהם לחלוק לגמרי ולכן כתבו דספיקא הוי וגם איכא ספיקא במלתא הך שנוי' דכשר ול"ת לאו דחוייה הוא כמבואר בדברי המפורשים ז"ל וגם כי הר"ן כתב אליבא דהרמב"ם דכיון דמספקא לי' באומר אמרו כשר בחס"ו דלא נפיק מיניה חורבא כיון דגט שע"י אומר אמרו פסול מספק ואע"ג דהר"ן כתב שאין נראה בעיניו דחיישי' דלמא איכא מאן דמכשיר אומר אמרו ונפיק חורבא כו' נראה דאנן השתא דפשטה הוראה בכל העולם שלא להכשיר ע"י אומר אמרו אם כן ודאי ליכא חורבא ואף שכתבתי לעיל דאיכא מאן דס"ל להכשיר בשעת הדחק ועיגון גדול מ"מ דבר זה לא שכיח כלל ואין לגזור בו אלא דלכאורה היה אפשר לומר דכיון דמדינא דש"ס אפשר

דאומר אמרו כשר ולכך גזרו חז"ל על חס"ו שיהיה פסול מדרבנן משום חורבא הלכך אע"ג דהשתא פסלינן באומר אמרו משום ספיקא אכתי גזירת חז"ל לא זזה ממקומה כדמצינו בכמה דוכתי עיין בפר"ח סימן קי"ז גבי הא דאמרינן שאין אנו נזהרין בגילוי לפי שאין עתה נחשים מצוים בינינו והביא שם דברי התוס' לענין עשיית מלאכה בע"פ אף שעיקר התקנה מפני הקרבן אסור אף בזה"ז ועוד כמה מימרות ומסקנתו דגבי גילוי מעיקרא נתפשטה תקנת חז"ל במקום דליכא נחשים ע"ש ואם כן נ"ד נראה כיון דממנו חז"ל ופסלו לחס"ו אע"פ שבטל הטעם לא בטלה התקנה וע"ש במהרח"ש שמהרי"ט כתב צד היתר לפי שמקום הכתיבה נוהגים כהרמב"ם דאומר אמרו פסול ליכא למיחש לחורבא ואע"ג דאמרינן דתירוץ דכשר ול"ת לא שכיח דחויה הוא מ"מ היינו דוקא לענין ל"ת דכשר בשעת הדחק משא"כ אם פסקינן דפסול וקרוב להיות בטל תו ליכא למיחש והביא ראיה מב"מ דאמרינן כיון דליתיה למלוה בהדיה לא כתבינן ליכא למיחש למיקרי וכתב וכיון שאותן מקומות קיבלו עליהם דברי הרמב"ם בכל דיני התורה כמשה מפי הגבורה ופוסקים דאומר אמרו פסול אין לחוש כלל על חס"ו ועבדי הכי לכתחלה כו' עכ"ל ומהרח"ש שם השיג ע"ז דבתר מקום הנתינה אזלינן שהוא מקום שפוסלים בו חס"ו וכתב שראה דברי מהרי"ט שהרגיש בזה בקו' אחר וכתב דהכא במקום הנתינה לא מנכר כלל ולא נודע שהסופר חתום ולא נפיק חורבא אלא במקום שהעולם רואים שסופר ועד יבואו לחתום אבל משום גט זה הבא מארץ מרחק לא ירגילו לעשות ולא נפיק חורבא עכ"ל ומהרח"ש כתב שהדבר קשה בעיניו ליתן גט ליד האשה שהוא פסול אצלינו כו' ולענ"ד להליץ בעד מהרי"ט דאפשר לומר דבכל חס"ו הבא לפנינו ולא ידעינן תוכן הענין איכא חששא דש"ס דלמא חתם הסופר משום כסופא ולזה הועיל לנו מה שמקום הכתיבה מנהגן לפסול אומר אמרו ומזה נדע שחתימת הסופר היתה ע"י מצות הבעל וגט כזה שבא ממקום שא"א לומר שהסופר חתם מחמת כסופא שפיר אנו יכולין לתתו ליד האשה רק שיש חשש שירגילו עצמם גם כאן לחתום הסופר לעד לזה אמר שבשביל גט כזה הבא ממרחק כו' וא"כ גם בנ"ד נראה דבשביל ניטין כאילו הבאין בשעת הדחק ומקום עיגון גדול כזה ל"ח שיבואו להרגיל עצמם בחתם סופר וע"ש שמהרח"ש כתב גם כן כיון דפסלו חס"ו לא נתנו דבריהם לשיעורין וכמ"ש ה"ה גבי הא דאין גוזרין תענית על הציבור בתחלה בה' כו' ע"ש אבל מדברי הר"ן לא משמע הכי ועיין במ"ל (צ"ל שהם דברי המגיה) שהביא בשם הפרישה דבמקום עיגון אין לפסול חס"ו ומ"ש דא"כ כל פסולי דרבנן ליתכשרו במקום עיגון כו' לק"מ דדוקא הכא כיון דאיכא אמוראי ופוסקים טובי דמכשרי לגמרי סמכינן עלייהו בשעת הדחק ובהכי א"ש מה דמייתי מהריב"ש

וע"ש דמייתי ראיה מהא דמי שהיה מושלך בבור וחזר ודחה זה ולענ"ד בלא"ה איכא לדחויי דהא ודאי איכא מ"ד דס"ל חתם סופר שנינו ואף למאן דס"ל כתב סופר מ"מ לא מצי לאקשויי מהא דמי שהיה מושלך דאיכא למימר דאתי כר"י דאמרו פסול ממילא חס"ו כשר אך הדין דין אמת דבמקום עיגון ושעת הדחק כדאי הם הפוסקים המתירים לסמוך עליהם כמ"ש מהרי"ט בזה דאף ליתן לכתחלה שפיר דמי בשעת הדחק אמנם מן הרח"ש נראה שלא הסכים רק לענין אם כבר נעשה מעשה אבל לא ליתן לכתחלה והביא שם דברי מהרי"ק סי' כ"ז שמהר"ם לא הסכים למוה' אביגדור בזה והנה אף שרבים וגדולים המתירים מ"מ משום חומר א"א לבי מהסס בזה ובעינא מלתא דלא ליצווחו עלה בי מדרשא:

ומצאתי להם תקנה מן התורה ליתן השני גיטין דהיינו א' ע"י אמרו וא' ע"י חס"ו דהשתא אין כאן בית מיחוש כלל דנהי דנימא דאמרו ספיקא הוי לדידן ואזלינן בתרווייהו לחומרא מ"מ בהצמדם יחד כשר ממ"נ ואמינא לה מסברא דנפשאי ודייקנא ואשכחנא דהגאון ב"ש נקיט האי מרגניתא בידי' אלא דשדי בי' נרגא דבש"ס איתא דאמרו לסופר ויכתוב ולפו"פ ויחתמו איכא חשש אחר שמא תשכור עדים וחס"ו פסול משום אמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו ול"ש ממ"נ הנ"ל אא"כ גירש ע"י חס"ו וא' ע"י אמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו והיכא שאמר לג' שיכתבו ויחתמו ומת א' מהם י"ל במקום עיגון ודחק כשר שלא יחתמו כלל ויתנו לה לפני עדים כו' עכ"ל. והנה מ"ש שלא יחתמו כלל ויתן לה בפני ע"מ הוא תימא לפי ענ"ד דאף על פי שכתב שבמקום דחק ועיגון די בע"מ זהו כשלא אמר הבעל לחתום אבל במקום שאמר לחתום פשיטא דקפידא הוי ופסול לגמרי בלא עידי חתימה וגדולה מזו כתבו התוס' דאפילו לר"מ דאמר מצאו באשפה כשר מ"מ כשצוה לכתוב מודה ר"מ שצריך לעשות ציוויו כו' ולכן נלענ"ד שיש כאן ט"ס וצ"ל והיכא שאמר לג' שיתנו גט ומת אחד מהם כו' ובזה א"ש דכיון שלא ביאר בדבריו שכוונתו על כתיבה וחתימה אף על גב דהו"ל כאומר כתבו מ"מ האי דאמר תנו סתם אין הכרח מדבריו שיקפיד על החתימה ולכך שפיר הם יכולים למסור בלא ע"ח ע"י ע"מ ומצאתי בב"ש מהדור' קמא דאיתא שם והיכא דאמר לג' תנו גט כשר ומת אחד כו' ונתתי שמחה בלבי כי הגדתי הרשום בכתב אמת ת"ל:

ועכ"פ מבואר מדברי הב"ש דבכה"ג שיתן ב' גיטין אין חשש רק דלמא זה שנותן ע"י אמרו פסול משום שמא תשכור עדים דהוה כשר ול"ת וא"כ אין דבריו אמורים אלא לענין שלא בשעת הדחק ועיגון משא"כ במקום דחק ועיגון אם נפסוק דאמרו כשר הוי כשר ותעשה כמש"ל מדברי התוספות שכתבו דזמנין דתעשה אף לכתחלה כגון בשעת

הדחק וכבר הארכתי בזה לעיל בענין גט הראשון דכל כשר ול"ת בשעת הדחק הוי כשר ותעדה לכתחלה אף באומר אמרו כו' ולפלוני ופלוני ויחתמו ומכ"ש בנ"ד שהיה מעשה בית דין של שלשה שבררתי לעיל דל"ח בהא שמא תשכור עדים כלל ועוד נראה לענ"ד דבנ"ד הוי כאומר אמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו דבכה"ג תו ליכא למיחש כלל כמ"ש הב"ש ואף על גב שצוו לומר לעדים שיחתמו מכל מקום כיון שנתינת הגט יהיה מידם ליד האשה תו ליכא למיחש דמעשה לא עבדי דמה"ט אין חוששין לשמא תשכור עדים היכא דאמר ואתם חתמו וזה מבואר מדברי הרמב"ן בחידושיו שהקשה אהא דאמרינן כשר ול"ת שמא תשכור עדים דאי מירי באומר אמרו לסופר ויכתוב ולפו"פ ויחתמו ויתנו הגט ליד הבעל איך תשכור עדים ואי שאמר להם אתם תנו הגט ליד האשה הא אמרת מעשה לא עבדי עד שיאמר אמרו לסופר ויכתוב ולפו"פ ויחתומו (ר"ל דבכה"ג דוקא שייך שמא תשכור עדים כיון דגם הנתינה תהיה ע"י דבור לבד) א"כ היכא מתרצינן לעיל חורבא דאמר ואתם תנו כשר ותעשה (ר"ל דמאי משני אהא דאתם חתמו נמי כשר ול"ת הוא דהא אכתי משכחת לה חורב' כגון דאמר ואתם תנו דכשר ותעשה הוא) וי"ל פירכא דאתם חתומו היינו חתמו ותנו עכ"ל ויש בדבריו גמגום וט"ס ור"ל דהש"ס לאו דוקא נקיט ואתם חתומו וה"ה דהו"מ לאקשויי מואתם תנו או אתם חתמו ותנו והש"ס משני עלה דהא נמי כשר ול"ת משום גזירה אטו אומר אמרו כו' ולפו"פ שיחתמו ויתנו ועכ"פ למדנו מדבריו דאם אמר ואתם תנו כאומר אתם חתמו דמי ולפי"ז גם להב"ש בנ"ד אין כאן בית מיחוש כיון דבהך שאמר אמרו יהיה הוא הנותן הגט וה"ל כאתם חתמו וא"כ אם נימא דחס"ו פסול ע"כ דגט זה שע"י אמרו כו' ואתם תנו הוי כשר ותעשה וא"כ ממ"נ שרי כמ"ש הב"ש:

אלא דלכאורה יש לעיין במ"ש הב"ש דאתם חתמו ע"כ הוה כשר ותעשה אם נימא חס"ו פסול ובאמת לפמ"ש סה"ת ושאר פוסקים שנמשכו אחריו דאיכא למימר דהאי שינוי' דכשר ול"ת לא שכיח דחוי' הוא ואפילו אי הוי כשר ול"ת מ"מ חס"ו פסול וא"כ באתם חתמו אין כאן ממ"נ כלל דהא מ"מ י"ל דגם אתם חתמו כשר ואפ"ה חס"ו פסול ואפשר שדעת הב"ש דבשלמא הך כשר ול"ת דופלו"פ ויחתמו יש בו שמץ פסול משום גזירה שמא תשכור עדים ולכן שפיר יש מקום לומר דשניהם פסולין זה פסול משום שמא תשכור וזה פסול משום דנפיק חורבא כו' אבל ואתם חתמו אף אם נימא דכשר ול"ת מ"מ אין בזה שמץ פסול דהא ל"ש שמא תשכור רק משום הא אטו אומר ולפו"פ ויחתמו וזה דוקא היכא דבעינן למסמך אהאי גיטא לבד משא"כ אנן לדידן בגוונא דיהיב ב' גיטין הא' ע"י חס"ו אף על גב דס"ל דפסול מדרבנן מ"מ קליש ליה איסור דא"א ושפיר דמי למיהב

האי גיטא דואתם חתמו אף לכתחלה אלא דמל' הב"ש משמע דס"ל דאי אמרינן כשר ול"ת הוי פסול דרבנן כמ"ש ה"ה לדעת הרמב"ם והביאו הב"ש סי' ק"ך וכיון דס"ל דהוי פסול גמור מדרבנן א"כ פשיט דליכא למפסל אומר אמרו כלל והך שינוי' לאו דחויא הוא רק דהמקשן לא ידע דאמרינן עלה כשר ול"ת והמתרץ השיב לו כיון דאמר מר כו' ולכן שפיר כתב הב"ש דיש לפסול שניהם זה מחמת כשר ול"ת וזה מחמת חס"ו דאיכא למימר דואתם חתמו הלכה כמ"ד כשר ותעשה (והרמב"ם דס"ל גם בואתם חתמו פסול משום דכשר ול"ת באמת מכשיר חס"ו) וא"כ נפיק חורבא אם נכשיר חס"ו דזמנין דאמר ואתם חתמו אבל היכא דיהיב ב' גיטין א' חס"ו ואחד ואתם חתמו כשר ממ"נ דא"ל דגם אתם חתומו הוי כשר ול"ת דז"א דאם הוי כשר ול"ת לא מסתבר כלל לומר דנפיק חורבא כיון שהוא פסול מחמת זה מדרבנן עכ"פ וא"ל דאכתי הו"ל להב"ש למיחש לשיטת סה"ת ודעימי' דס"ל דאף על גב דכשר ול"ת מ"מ חס"ו פסול דז"א דלדידהו ע"כ ול"ת היינו לכתחלה לבד שאם היה פסול פשיטא שאין כאן חורבא כמש"ל וכ"כ מהרי"ט בתשובה הנ"ל וא"כ בכה"ג דיהבינן לה ב' גיטין מספיקא ולאו אהך גיטא לחוד סמכינן ל"ח לה למלתא כלל:

ועכ"פ הדבר ברור בנ"ד דשפיר דמי לכתחלה להתיר על ידי ב' גיטין אפילו אם לא היה עיגון כלל ודוחק גדול כזה דהך דהכא לאומר חתמו אתם דמי. ועוד שלענ"ד שפיר דמי על ידי ב' גיטין אפילו בלא אמר אתם חתמו כיון דעל הגט הב' חותמים עליו סופר ועד והן הן עדיו של גט הראשון שנכתב ע"י אומר אמרו וא"כ הא קמן דקעביד מעשה לגרש אשה זו וא"כ אין לחוש שמא באים בשכרם דאף על גב דדיבורא קאמרי מעשה לא קעבדי והרי יש כאן מעשה שחותמים על הגט הב' וב' גיטין אלו א' הם שזה בלא זה אינו מועיל וא"כ ליכא חשש בזה וכבר כתבתי דאף אם ע"א משנים אלו עביד מעשה נמי ל"ח שמא תשכור וא"כ בנ"ד אין כאן בית מיחוש אך באמת אין אנו צריכין לכך לפמ"ש דהך דידן לאתם חתמו דמי וגם דנעשה בב"ד של ג' שהבאתי לעיל משו"ת רב יוסף להגאון מהר"י קצבי דבכה"ג אין חשש שמא תשכור ומטו בי' משם התוספות וכמ"ש שם מדברי סה"ת והרמב"ן. וכ"ז אף שלא בשעת הדחק גדול אבל בשעת הדחק הרי כתבו התוספות להדיא דכשר ותעשה לכתחלה ואפילו אם נאמר דהתוספות לא כתבו אלא באתם חתמו הרי ביארתי דהכא לאתם חתמו דמי אך כבר כתבתי דכיון דהך דכשר ול"ת בחד לישנא אתמר לתרוייהו בתרווייהו יש להכשיר בשעת הדחק וכן מבואר בדברי מהרי"ט בתשובה הנ"ל ואחרי הודיע כל זאת הנה נתפשטו הקמטים ונסתלקו

כל יתידות הדרכים ואורח צדקת ההיתר כאור נוגה כאשר מן המסילה הוגה כל עילא ושחית מלתא דבגירושין ליתא. והדברים ברורים ומחוורים בס"ד:

ועתה נבא לעיין כדת מה לעשות באיש הזה כי לא אימן את ידו מעולם לכתוב כתב אשורית והדבר ידוע כי ירחק מאוד שיתרצה לעשות זאת להיות לבבו פונה ללמד על מעשה הכתב אחרי אשר טרוד בפועליו וגם כי קרוב הוא שאף אם ילמוד עידן עידנין כיון שלא הורגל בזה בנערותו איידי דקשיא ליה ידא אף כי יכין לבו למען שיתו אותיותיו אלה בקרבו לא יהיו מאושרים כתב יושר כפי הצריך לגט ויהיו מלופפות עקושות וכדי לשקוד על תקנת עגונות שמתי אל לבי כי רשאים אנחנו במקום עיגון גדול כזה להתיר שיכתוב בכתב משיטא שלנו ואף כי מימינו לא ראינו כך מ"מ נלענ"ד כי לא נפלאת ולא רחוקה היא לעשות כן שהרי הרב אומר כן בש"ע סי' קכ"ו דגט כשר בכל כתב ובכל לשון:

ולענ"ד יש להביא ראיה מהא דאמרינן בגיטין שם אא"ב כתב הגט הוא שפיר אא"א כתב ידן הוא מי איכא ב"ד דלא ידעו למיחתם ידייהו כו' ואם איתא דבעינן כתב אשורית דוקא מאי קושיא דאטו אשכחן בשום מקום שהב"ד יהיו יכולים לכתוב אשורית דלמא מיירי בב"ד שאין יכולין לאמן ידיהם לכתוב אשורית אבל ודאי שיכולים לחתום בשאר כתבים שאינם אשורית דהא ודאי גם בימיהם היו נוהגים בכמה מיני כתבים עברית ויונית וכיוצא בו אלא ודאי דבאמת כשר אף בלא כתב אשורית ובאמת לכאורה צ"ע בהא דקאמר אא"ב כתב הגט הוא שפיר דמיירי שלא היו יכולים לכתוב וזה צ"ע דל"ש לומר כן בב"ד הגדול דהא קי"ל בחולין ח' ת ח צריך ג' כתב כו' אך רש"י שם פי' כדי שידע לחתום שמו כשישב בדין או לעדות והיינו דפריך דא"א כת"י הוא מי איכא ב"ד שלא ידעו מיחתם כו' אלא דאכתי קשה אהא דקאמר איכא ב"ד חדתא דהא כיון שאין מעמידין ב"ד כ"א כשיהיו חכמים וממילא צריך שיהיו יכולים לכתוב:

וראיתי בפה"מ להרמב"ם שכתב וז"ל אינו מן הנמנע שב"ד הגדול לא יהיו בקיאין בכתיבה לפי שהתנאי בב"ד שיהיו חכמים לא שיהיו סופרים עכ"ל ובאמת בחולין אמרינן שכל ת"ח צריך שידע כתב כו' ואפילו דהרמב"ם קאי לפי המסקנא דכתב הגט ושפיר י"ל שאפשר לפעמים שאין בקיאין בכתיבה והא דאמרי' צריך שידע כתב כו' היינו כדפרש"י שידע לחתום שמו אך פשיטות לשון הרמב"ם משמע שא"צ שיהיו בקיאים בכתיבה כלל ואפשר ס"ל דאף על גב דאמרינן צריך שידע כו' מ"מ אין זה מעכב כ"כ וכל שהוא גדול בחכמה מוקמינן ליה בב"ד הגדול וצ"ע:

אך לולי דברי הרמב"ם הייתי אומר דלא מסתבר שיהי' שייך יותר בקיאות בכתיבת הגט מבחתימתו דכיון דיכולים לחתום עכ"פ ויודעים לכתוב תמונת אותיות ולאמן בהם את ידיהם כמו כן הם יכולים לכתוב את כל הגט לאט לאט ומה למוד שייך בזה אך כוונת הש"ס הוא על ענין סידור הגט דגם ב"ד הגדול אף על פי שבקיאים באו"ה וכל חוקת התורה מ"מ אפשר שאין יודעין נוסח סדר הגט ולשונו (וכמ"ש בהקדמת ספר העיטור בשם ר"ת דמפרש הא דאמרי' דת"ח צריך שילמוד כתב היינו שטרות ר"ל תיקוני נוסח השטרות איך הוא ע"ש) רק אותן סופרי הדיינים שרגילים לכתוב גיטין כמ"ש רש"י ריש גיטין ולכן קאמר דאי כתב הגט הוא שפיר שאם באים לכתוב גט הן צריכים ללמוד איך לכתוב לשון הגט ולסדרו כהלכתו ומכ"ש אם נימא דמיירי דאין בקיאין כלל בכתיבה לכתוב תמונת האותיות כפי הצורך ובאמת אין יכולים לכתוב ולא לחתום דא"ש אבל אם נימא כת"י הוא מי איכא ב"ד דלא ידע למיחתם ידייהו דאפילו תימא שאין להם יד לכתוב אפילו החתימה מ"מ הלא ב"ד צריך לחתום פסקי דינים ושטרות ומסתמא יש להם איזה צורת החותם שיהיה ניכר בה שהוא חותמם באמת וכענין שאמרו רב צייר כוור' כו' וע"ז משני אין איכא ב"ד חדתא ור"ל ע"ד המבואר בדף ל"ו דאמרינן התקינו שיהיו מפרשין שמותיהן ופריך וסימנא לא והא רב צייר כוור' כו' ומשני שאני רבנן דפקיעי סימנייהו מעיקרא במאי אפקעינהו בדיסקי וא"ש דקאמר איכא ב"ד חדתא שלא ידעו לחתום שמותם עדיין ואם יעשו איזה ציור כגון כוור' כה"ג לא יהיה ניכר כיון דאכתי לא פקע שמייהו בדיסקי ואפשר שגם הרמב"ם סובר כמ"ש אלא שקיצר:

ודאתאן עלה אם מותר לכתוב הגט בכתב שאינו של אשורי' מראש צורים אראנו הנה ש"ס ערוך דף פ"ז גט שכתבו עברית ועדיו יוונית ורש"י שם פי' שכתבו כתב שלו וכ"כ רש"י בדף י"ט ואף על פי שי"ל שר"ל כתב שלו היינו הגט ואתיבת שכתבו קאי לפרושי שכתיבת הגט היה בלשון אחר וחתימת העדים היה בלשון אחר אבל מ"מ היו נכתבין בכתב אשורי דהמעיין בלשון רש"י יראה דאכתב קאי התם וכ"כ הרמב"ם להדי' שכותבין הגט בכל כתב ובכל לשון וכ"מ מדברי הראב"ד בספר ת"ד והביאו בפ"י וכ"מ בבעה"ע דף ט"ו שכתב שכתיבת עידי יוונית אינה כתיבה שלנו וכתיבתן כתיבה יונית ממש הוא כו' ע"ש וכ"כ הרמב"ן בחי' דף ך' להדיא וז"ל ומסתברא כיון שהותר לכתוב בכל לשון בין בגופן שלהם בין בגופן שלנו ועל עלה של זית ועל יד של עבד לא בעינן מוקף גויל וכ"כ הר"ן שם וז"ל וכ"ד הרמב"ן ז"ל דכיון דבכל כתב ובכל לשון כשר א"צ לדקדק שיהיו אותיותיו מוקף גויל (ומש"ש הרמב"ם הוא ט"ס וצ"ל הרמב"ן וכ"ה בחידושיו) וכ"נ דעת כל גדולי הראשונים הביאם בב"י שהרשב"א בתשובה כתב לענין כתיבת משאק כל כתב

וכל לשון כשר ואפילו לכתחלה וכ"כ שם בשם רבינו יהוסף הלוי וכ"ה דעת הטור ורי"ו וכ"ד הב"י שם והביא שם שמהר"י שושן הורה דלכתחלה כותבין בכתב פרובינצאל ועשה מעשה כן אמנם הב"י כתב שהפריז על מדותיו לכתוב כן לכתחלה דלמיחש מבעי לדעת הרא"ש בתשובה שלא היה מכשיר כ"א במקו' עיגון וכן הא"ז והכל בו כתבו לכתוב כתיבה גסה כו' ולעיל מיניה כתב שהכל בו כתב שצריך שיהיה מכתיבה גסה דבעינן כתיבה תמה ומשמע דלכתב אשורית קרי כתיבה גסה כו' ולענ"ד צריך עיון דבכל בו איתא הא לך טופס הגט מלשון הרב ר' יצחק ז"ל וכוונתו לס' סמ"ק ושם איתא וצריך לכתוב מכתיבה גסה שקורין גרוש בלעז כו' ואם איתא שכוונתו בזה על כתב אשורית למה היה צריך לכנות לו שם כתיבה גסה והוצרך לעשות פי' לדבריו בל' לעז והל"ל כתב אשורית כלשון חכמים וגם משמעות הלשון הלעז לפי לשונינו הוא שיהיה הכתב גדול וניכר לא יהיה הכתב דק כענין כתיבה תלוי' שהביא הב"י משום ר"י הלוי דבעינן שיהיו האותיות גסים שיהיה ניכר כ"א לעצמו לבלתי היות שם ערוב וכן בפי' הגט (והן הקונטרס שהביא הב"י בהלשון גיטין) איתא ז"ל וצריך לכתוב מכתיבה תמה שקורין גרוש ולא יגיע אות לאות ואם נתן הגט אין לפוסלו בכך סמ"ק עכ"ל הרי מבואר שאין כוונתו לדקדק במעשה הכ' כלל אם יכתוב באשורית או בכתב אחר רק בענין האותיות של הכתב בזה שפיר צריך לדקדק שיהיה נכתב כמו שהוא נקרא בקל אף לתינוק דלא חכים ולא טפש המכיר בכתב ההוא וכן איתא בשו"ת הר"ן סימן כ"ט שהספרים כתיבתן גסה ויש ריווח הרבה בין שיטה לשיטה תולין אבל תפילין ומזוזות מתוך שכתיבתן דקה אין תולין כו' ע"ש הרי דבכתב אשורית גופי' יש הפרש בין כתב גס לכתב דק ואפשר שלזה כיון הסמ"ק וכל בו ג"כ דאינהו מיירי מסתם כתיבת הגט שהוא אשורית וע"ז כתבו שיש לכותבו בכתיבה גסה ר"ל כתיבת הספרים שהריווח ניכר הרבה ובאמת שזה רק לחומרא ולא לעכב וכמ"ש בשם הקונטרסים בזה ואדרבה דעת הרמב"ם ורבו ר"י הלוי ז"ל שאסור לכתוב הגט בכתיבה אשורית אבל יכתוב בכמות זה הכתב שאנו קורין אלמדבדב וע' בספר מכתב מאליהו שכתב שנראה שהוא כתב משיטא שלנו:

והנה תשובת הרמב"ם הלזו שהביא הב"י הוא כתובה ג"כ בתשב"ץ ח"א סימן ה' וכתב ג"כ בכתיבת מאשק כשרה לגיטין ומ"ש בשם הרמב"ם שאין לכתוב בכתב אשורית תמהני דמה קדושה יש בכתיבה אין קדושה אלא בדברים הנכתבים כו' אבל מ"ש הרב ז"ל שיש ליזהר מאותו כתב ששינו הספרדים יפה כתב וכ"כ בחבורו שצריך שיהיה אותו כתב מבואר היטב באותו כתב שיכתוב בו עד שידעו לקרותו הקטנים המכירים באותו כתב שאינו לא נבונים ולא סכלים כו' וכ"כ הרא"ש בתשובה כו' ונ"ל שמטעם

זה לא נהגו לכתוב הגט בכתב שקורין מאשק לפי שהתינוקת אין יודעין לקרותה עד שיגדלו וזהו סיוע למנהגן של ישראל שכותבין גט בכתב אשורי לבד כו' עכ"ל ולענ"ד אין בזה בנ"ט שלא אמרו הרמב"ן והרא"ש ז"ל אלא כשהכתיבה מצד עצמה היא מקולקלת לענינה שאף הקטני' המכירים באותו כתב מ"מ בכתיבה מקולקלת זו לא ידעו ולא יבינו מה הוא וזה לא מיקרי כתב אבל אם המכירין באותו הכתב הם קורין כתיקנה אלא לפי שאינה כתיבה אשורית שמחנכין אותם בה תיכף ככלי סתם לבית הספר לכן אין מבינים עתה בכתיבה אחרת בשביל זה אין כאן בית מיחוש ומידי דהוי אנשים וע"ה שאין כתב אשורית ניכר להם ותהי להם כס' החתום ואין אתם יודע בכתב או בל' אפילו דבור א' או אות א' ואין אנו משגיחין בזה כי העיקר בזה שצ"ל כתב מצד עצמו ואע"פ שאינה כתיבה תמה דהא בגט לא כתיב וכתבתם למדרש מיניה כתיבה תמה וכמו דלא בעינן מוקף גויל ודיו וכבר האריכו בזה התוס' דף כ"א ושאר מפרשים:

והנה מ"ש הב"י שהתה"ד בשם א"ז כתב וצריך לכתוב כתיבה גסה ולא משייט ואפילו קיצו של יו"ד מעכב לכאורה נראה דלענין לכתחלה קאמר אלא דמה שכתב ואפילו קיצו של יו"ד מעכב לכאורה משמע דבדיעבד נמי לא וכן מצאתי שדברי הא"ז הללו הובאו בש"ג שבמרדכי פ' המגרש שכתב וז"ל כתב בא"ז מעשה בגט א' שנכתב בכתיבה דקה שקורין מקייש ופסלוהו רבותינו דילפינן לה מאשה (נראה שהוא ט"ס מה ענין זה לכאן וצ"ל מדכתיב וכתב לה) ואין זה כתיבה וע"ז אנו סומכין שנוהגין לכתוב פסוקי' בשטרי הדיוטות בלא שרטוט משום דכתב דקה שאנו קורין מקייש שאנו כותבין בה שטרי הדיוטות אינה כתיבה שהרי אינה מתוקנת כהוגן ונ"ל דע"כ נהגו לכתוב בחה"מ בלא שינוי בכתיבה מקייש עכ"ל ולשון זה משמע שדעתו ליפסול אף בדיעבד שהרי ס"ל דאינה כתיבה אף להקל כגון לענין שרטוט או חה"מ וכן בהגמי"י הלכות ס"ת כתב דבשבת פטור בכתיבה דקה דאפילו אם האות בעי זיון לא חשיב כתב לענין שבת והמג"א סי' ש"ם הביא דברי הגמי"י אלו וכתב ע"ז דז"א דהא דבעי זיוני והייינו בכתב אשורית דכ"ז שלא זיינן עדיין לא נגמרה מלאכתן ואפשר דבכתיבה דקה נמי פטור שהוא נלקח מכתב אשוריות וכ"כ הב"י באה"ע כו' ע"ש:

ולענ"ד לפי"ז צ"ע על הרמ"א בא"ח סימן ש"ם דבד"מ שם הבי' בשם א"ז הא דכותבין עליו אונו לא שרי אלא בכתובה של כרים שאינה אסורה אלא מדרבנן אבל בכתיבה שלנו שהיא מדאורייתא אסור עכ"ל וע"כ דהא"ז קאי על כתיבה אשורית שלנו דהא כתב דק משיט' ס"ל להא"ז דלא חשיב כתב לענין גט ושאר דברים וא"כ פשיטא דה"ה לענין שבת דבעי זיוני וא"כ קשי' על הרמ"א שם שכתב ומעלה בערכאות שלהם דאינה

אסור אלא מדרבנן כו' דמאי אירי' בכתב שלהם בכתב שלנו נמי דהא משיטא אינו אסור וגרע מכתב עכו"ם וכמ"ש המג"א ובשלמא הא"ז גופיה י"ל דקאי לפרושי דברי הש"ס דקאמר כותבין עליו אונו אפילו בשבת ובזמן הש"ס היה כתיבה שלהם אשורית ולכן קאמר דבדת עכו"ם הוא דמתיר משא"כ הרמ"א דקאי בזה"ז שכל כתיבתינו בשטרות הוא משיטא א"ש מ"ש בכתב שלהם דנקט אדרבה כתב משיט' שלנו קיל טפי (ועיין באליה זוטא מה שרצה לפרש דברי המג"א ובא"ח חזר בו ע"ש ובאמת התוס' בגיטין ובק' חלוקין על הא"ז וכן שאר פוסקי' וס"ל דהך דכותבין עליו אונו מלאכה דאורייתא הוא והתירו בה השבות משום ישוב א"י ע"ש) ומזה נראה דכתב משיט' עדיף טפי מכתב עכו"ם אליבא דהרמ"א ואף על גב דלהא"ז כתב משיטא נמי לא חשיב כתב מ"מ לא ס"ל כוותיה בהא רק לענין כתב עכו"ם ס"ל דלא מיקרי כתב אבל כתב משיטא שפיר מיקרי כתב אף לענין שבת ומה שהביא בהגמי"י בשם רבינו שמחה ראיה משבת דף ק"ד דפריך והא בעי זיוני כבר עמד בזה בסה"ת וכתב שהריצב"א רצה להביא ראיה לזיין בגט מהא דאמרינן והא בעי זיוני וע"ז כתב בסה"ת דז"א דהתם מיירי שכותב לשם ס"ת או כמשפט ס"ת ובדעתו לזיין א"כ עדיין לא נגמר האות כו' ע"ש:

ונראה דגם רבינו שמחה לא פליג אסה"ת בהא רק ר"ל כיון דעכ"פ חזינן דאם דעתו לזיין הו"ל כלא נשלם צורת האות וא"כ ה"ה לענין שרטוט שאין לאסור בכתב הדיוטות שלנו שאין זה כתיבה גמורה להצריך שרטוט וכן מבואר שם בהגמ"יי אח"כ שכתב וז"ל ורבינו שמחה כתב כרבינו המחבר וכתב עוד דכתיבה דקה שלנו דהיינו משיטא אין חוששין בו כיון שאינה כתיבה גמורה עכ"ל אלמא דגם הוא מודה דמחשב כתיבה אלא שאינה כתיבה גמורה להצריך שרטוט וכיון דבגט לא בעי זיוני ממילא דגם משיטא מחשב כתיבה ואפשר דגם דהא"ז בשם רבותיו שכתב שפסלו בכתב משיטא אינהו ס"ל כהריצב"א דמצריך לזיין האותיות בגט מההיא דפריך והא בעי זיוני אבל דעת כל הפוסקים אינו כן וכתבו שלא לעשות זיונין בגט כלל שלא להוציא לעז על הראשונים וגם שלא יבא לידי קלקול כו' ע"ש ואם כן תפסנו בידינו לנהוג דכל שהוא כתב מצד עצמו אע"פ שלא נעשה בה משפט כתב אשורית בזיונין וכיוצא בה כתב מיקרי ופשיטא שיש בזה כדי להקל במקום הדחק ועיגון גדול וכמ"ש בשו"ת הרא"ש אלא שעדיין צ"ע לפי מ"ש הב"י שאם באנו לחלק בין כתב הדומה לאשורי לשאינו דומה לו איפכא הוא דאיכא לפלוגי שאין לכתוב בכתב שדומה לאשורית שאנו קורין משקייט דכיון שהוא כתב אשורי צריך לכתבו בכתב אשורי ממש כו' ואם אמנם כי הב"י לא החליט זה כלל רק כתב לנגד הרוצים לחלק בדבר איפכא הוא דאיכא לפלוגי אבל הב"י גופיה נראה דס"ל

דאין לחלק בהא כלל מ"מ הרי המג"א כתב ג"כ סברא זו בכתיבה דקה כיון שהוא נלקח מאשורית אבל בכתב עכו"ם שפיר חשיב כתב וא"כ אין ראי' לכאורה מדברי הגאונים הנ"ל לכתב משיטא שלנו ונראה ראיה לזה שהרי הרמב"ן מתיר בכתיבה שיהיה אף בגופן שלהם ואפ"ה כתב בחידושי גיטין דף ו' וז"ל אבל נ"ל שכתיבה זו שאינה אשורית מותר ליכתוב בלא שרטוט שלא אמרו אלא כגון ס"ת נביאים וכתובים שכתיבתם אשורית אבל כתיבה זו ודאי מותרת שאינה כתיבה כלל ולא הוכשרה בכל כתבי הקודש על דא אנא סמיך למכתב כתיבה זו בלא שרטוט וכן עמא דבר עכ"ל והר"ן בגיטין הביא דברי הרמב"ן אלו בקצרה וכן שאר פוסקים וע"כ לומר דדוקא לענין שרטוט לא מיחשב כתב כיון שאין כשר לכתוב בו ס"ת כו' אבל לענין גיטין דלא בעינן כתיבה תמה כמו בס"ת שפיר מיקרי כתב וכ"נ דהא הכותב בפסוקים בכתב עכו"ם נראה פשוט דלא בעינן שרטוט אע"ג דמיקרי כתב כמש"ל וע"כ משום דלאו בכתב תליא מלתא דאפילו מיחשב כתב מ"מ שרטוט לא בעי כ"א באשורית דוקא אלא שעדיין לשונו צ"ע שכתב שאינה כתיבה כלל וא"כ קשה האיך יהיה מותר לכתוב בו גיטין דהא ודאי דכתב בעינן ומה"ט פסלינן חק תוכות משום דכתיב וכתב ולא כתיב וחקק אלמא דכתב בעינן וכיון דמשייט לאו כתיבה היא כלל גם גבי גט פסולה ולפי"ז צ"ל דמ"ש הרמב"ן דמותר לכתוב בכל כתב היינו אם הוא כתב בפ"ע אע"פ שכתבו בגופן שלהם שרי משא"כ בזה שאינו כתב בפ"ע וכחילוק הב"י ובטור א"ח סי' תקמ"ה כתב הב"י בשם רי"ו שר"ת התיר לכתוב בחה"מ בכתב משיטא בלא שינוי שהרי לא ניתנה בסיני רק כתיבה גסה עכ"ל וכתב הב"י שכ"ה בא"ח ואין זה ברור בעיני והד"מ כתב ע"ז וכ"נ דהרי בימים האחרונים היה נוהג כתיבה משיטא ואפ"ה הצריכו בו שינוי והמג"א שם הביא בשם הב"ח דמשיטא לא מיקרי כתב כלל וכ"כ האגודה כו' ע"ש אך לענ"ד אין משם ראיה כלל וגם הב"ח לא קאמר דמשיטא אינו כתב כלל רק דמשיטא ל"ה מעשה אומן ואיכא למימר דאפילו מאן דס"ל התם דשרי משום דבמעשה אומן תליא מלתא משא"כ כאן דכל מה שאנו יכולין לקרותו ומבינים ממנו כתב מיקרי לענין גט ועיין במג"א סי' של"ד ס"ק י"ז שכתב דצ"ע על מה סמכו לכתוב בכתב שאינה אשורית וצ"ל דכתיבת המשיטא דמי לאשורית ומותר דהא אינו כתיקונו ע"ש ואמנם לענ"ד נראה דאין כאן בית מיחוש בכתב משיטא שלנו ובתחלה אבאר מ"ש בתה"ד סי' ר"ל בשם א"ז שיכתוב כתיבה גסה ולא משיטא ואפילו קוצו של יו"ד מעכב בגט ומפרש תה"ד שר"ל קוצו של יו"ד לפירש"י ואע"ג דכתב סתם סמך אמ"ש שלא יכתוב משיטא ובמשיטא אין האותיות לגמרי בצורתן והלכתן אלא כעין נקודות ומקלות כתב עלה דאפילו קוצו של יו"ד לפירש"י דהיינו קוצו מעכב

אע"ג דעדיף ממשיטא מעכב משום דאינו אות אלא נקודה בעלמא כו' ע"ש ולענ"ד אין זה ענין לזה דכתב משיטא כיון שכבר נהגו העם בתמונת אלו ותינוק דלא חכים שהוא מבין בכתב ההוא יכול לקרותו אפשר דשפיר דמי ואין זה דומה דקוצו של יו"ד מעכב דהתם כיון שכתב זה שהוא כותב עתה הוא אשורית ותמונת היו"ד הוא שיהיה לה קוץ וכל שזו אין לה יצאה מכלל יו"ד ונכנסה לכלל נקודה והא"ז כוונתו מעיקר שלא יכתוב משיטא משום דסבירא ליה שאינו כתב גמור אלא צריך אשורית וע"ז קאי מ"ש ואפילו קוצו כו' ר"ל בכתיבתם אשורית ואין כוונתו להביא ראיה למשיטא רק דינא באנפי נפשי' קאמר ועכ"פ נלמד מדברי התה"ד שמשיטא שלהם היה דומה לכתב אשורית אלא שלא היה נכתב בדקדוק האותיות רק כעין נקודות ומקלות דרך משל היו"ד נקודה הוי"ו זקופה ביושר כמקל וכן בשאר האותיות מקום שבאשורית יש בו תואר והדר ובמשוט נעשה על תבנית ההוא בקו דק יסוב אותו וכן ראיתי בספרים ישינים מכתב ידי סופרים בכתב משיטא שכמעט כל אות דומה לאשורית אלא שהוא נמשך בקוים דקים ומשתנה התואר קצת מן אשורית בזה סבירא ליה להב"י שיש לחלק בין כתב פרובינצאל לכתב משיטא שהיא דומה לאשורית והיינו הכתב משיטא שבימים קדמונים לפני כמה מאות שנים שהיה כעין מה שאנו קורין כתב רש"י והיה דומה כמעט לאשורית וכמ"ש במכתב מאלי' וז"ל דכתב משיט שכתב הא"ז היינו כתיבה שלנו שאנו כותבין בה אגרות ושטרות וקדושין וכיוצא והדבר ניכר לעין כל דכתיבה זו אינה כתיבה לעצמה אלא היא לקוחה מאשורית אלא שהיא שבורה ופסוקה וכל אות ואות מכתיבה זו יש לה הדמות לאות אשורית וכ"כ בהדיא בתה"ד דבמשיטא אין האותיות לגמרי כהלכתן וצורתן אלא כעין נקודות ומקלות ע"ש וא"כ לזה שייך שפיר מ"ש אפילו קוצה של יו"ד מעכב דכולה חדא גזרה היא כו' עכ"ל משא"כ במשיטא שלנו שאנו כותבין עכשיו שנשתנו האותיות מזמן לזמן עד שנשתרבב להיות כתב אחר לגמרי ואף שימצאו כתב אותיות שהם דומים במקצת לאשורית מ"מ בכל אותיות של כל כתב יש דמיון מכתב זה לכתב אחר וכיון שרוב האותיות אינם דומים הרי הוא כאלו הוא כתב אחר לגמרי:

אמנם אפילו תימא דאין לחלק בין משיטא שלהם למשיטא שלנו מכל מקום נראה עיקר כמ"ש דהב"י לדברי המגמגמים קאמר לפי שעלה בדעתם לחלק מסתברא לחלק איפכא אבל הב"י גופיה סבירא ליה דאין לחלק כלל בכך וכ"נ מדברי הרשב"א שהביא הב"י והיא בשו"ת המכונות להרמב"ן סימן קכ"ב שהאריך בראיות נכוחות להכשיר בכתב שלנו שקורין מושט וכתב לבסוף ז"ל ועוד דבהדיא תנן גט שכתב עברית כו' ועברית נמי דקתני אפשר דעברית ממש קאמר כלומר כתב לבונאה ואע"ג דלגבי ספר לא מתכשר

לרשב"ג וכדתניא מקרא שכתבו תרגום כו' וכתב עברי אין מטמא הידים ואפ"ה תנן לגבי גיטין שהוא כשר עכ"ל ומבואר מזה דאין לחלק ולומר דדוקא בכתב מיוחד לאומה והיא עיקר כתב שלהם משא"כ משיטא שאינו רק תשמיש של שטרי הדיוטות ועיקר הכתב המיוחד לנו הוא כתב אשורית דז"א דהא כתב עברי נמי אין מיוחד לשום אומה כלל רק תשמיש של חול להדיוטות בתחלה ניתנה תורה בכתב עברי כו' בררו להם ישראל כתב אשורית ולשון קודש והניחו להדיוטות כתב עברי כו' וגם א"ל כיון דעכ"פ היה כתב עברי ביחוד כשניתנה בו תורה דז"א דבאמת קי"ל כר"א המודעי דאמר כתב אשורית לא נשתנה כל עיקר כמבואר בשו"ת מהר"מ אלשקר בשם רבינו שרירא ורב האי גאון ז"ל א"כ כל תשמיש כתב העברי הוא להדיוטות אך י"ל לפי מה דאמרינן שם דהדיוטות היינו כותאי ורש"י פי' שם עברי של עבר הנהר וכן תוס' בשם ר"ח פי' לבונאה היינו שם מקום אם כן עכ"פ כתב עברי הוא כתב מיוחד אבל לענ"ד אין שום סברא לחלק בכך ועין בתוספת בסנהדרין שם שכתבו שיש מפרשים לבונאה היינו שממלאים דיו ונשאר מקום האותיות לבן והתוספות הקשו ע"ז דהו"ל חק תוכות ופסול בס"ת כמו בגט וצ"ע דהו"ל לאקשויי מגט גופיה דתנן גט שכתבו עברית כו' ואפשר דהתוספת מקשו מס"ת גופיה דקיימו ביה או דסבירא ליה דאיכא לפרושי דעברית דקאמר היינו אשורית אבל הרשב"א סבירא ליה דאפשר דעברית ממש קאמר ר"ל שקרוב הדבר שכן הוא וזה סיוע לדברי ר"י הלוי שהיה מונע אשורית בגט ולכך היה מנהגן לכתוב בכתב עברית שהוא כתב הדיוטות ומזה למד הרשב"א להכשיר בכתב משט שלנו ומסתמא גם הם היו כותבין בכתב הקרוב לעברית וכמ"ש רש"י שם דהיינו אותיות גדולות שכותבין בקמיעות ומזוזות הרי שהם קרובים לאשורית רק שאינם אשורית ממש כדאמרינן התם דכתיב ולא בהילן למקרי (אך בחידושי הר"ן לסנהדרין שם כתב שאותן אותיות גדולות היינו שמשמשין בו בעלי קמיעין ואינם בצורות אותיות שלנו ע"ש) ואפ"ה מכשיר וכן מבואר בדברי מהרי"ק בתשובה סימן וכן כתב בספר מכתב מאליהו וכתב שם שכן משמע גם כן משו"ת תומת ישרים שחיבר ה"ר תם בן יחייא סימן ק"ה ובאמת לא מסתבר לחלק כלל דכיון דכתב עכו"ם של כל אומה ולשון מכשרינן ואטו אותו הכתב יש לו איזה יסוד וענין הלא כל כתב שנוהגין לכתוב בו הוא אשר בדו מלבם חכמי האומות מלבד כתב אשורית שירד להם ע"י המלאך כדפירש"י גבי כתב אשורית עלה עמהם מבבל ואנן קי"ל כמ"ד אשורית לא נשתנה כל עיקר אבל שאר כתבים פשיטא שאינו רק ענין הסכמת בני המדינה לקרות להם שמות כל אשר בחרו ולמה יגרע כתב זה של משיטא שבדו חכמי ישראל מלבם כדי לכתוב בו שטרי הדיוטות ודברי חול כמבואר

בתשובת הרמב"ם שהביא הב"י בשם א"ח בי"ד סימן ע"ר כיון שהסכימו כל בני המדינה ומה הפסד יש בדבר מה שלקחו הדמיון לאותות אלו מכתב אשורית ולא תהא כהנת כפונדקית ודוקא אם צריך לכתוב אשורית וכתב בענין זה של כתב משיטא ודאי דלא מיקרי כתיבה כלל וגם כוונת הרמב"ן לענין שרטוט דכיון שהוא כותב פסוקים ודין פסוקים הוא אשורית וכל שכותב אשורית באמת צריך שרטוט אבל אם כותבם בכתב שלנו כיון שאינה אשורית לא מיקרי כתיבה כלל לענין פסוקים להצריכם שרטוט אבל לענין גט שפיר כתב הרמב"ן דבכל כתב מותר ובכלל זה כתב משיטא גם כן דלא גרע משאר כתיבה ונלענ"ד ראיה ברורה דאם איתא דבלא אשורית לא מיקרי כתב כלל אם כן שטר קידושין או שטר מכירת שדה היכא שהוא שטר קנין שקונה בו השדה ונפקא לן מדכתיב וכתוב בספר וחתום כמ"ש הרמב"ם שם וכ"ה בש"ס דגיטין לא משתמיט שום פוסק בעולם לומר דבעינן שיהיה כתוב בכתב אשורית דוקא ואפילו למאי דקאמר בקידושין מדכתיב ואקח את ספר המקנה מ"מ אם נימא דשאר כתבים לא מיקרי כתב פשוט דלא מיקרי ספר כלל ומנהג פשוט הוא להקנות קרקע או שכירות קרקעות דשכיח טובא לקנות ע"י שטר כדקי"ל כשם שקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה כך שכירות קרקע והשטרות כתובים בכתב משיטא שלנו ואין פוצה פה ומצפצף לומר דמשיטא לאו כתב הוא שיהיה נקרא שטר שקונין על ידו וכ"נ מלשון הרמב"ם בפה"מ בגיטין דף פ"ה שכתב ומותר לכתוב הגט בכל לשון שיהיה ובאיזה כתיבה שיהיה כו' ואמנם התנאי בכתיבה שלא יפול בו ספק כו' או מהפסד צורת האותיות המוסכמת עליה אצל זאת האומה עכ"ל ואם כן אף בכתב משיטה כיון שצורת האותיות הם כפי המוסכם אצלינו בכתיבת שטרות וכל עניני של דברי חול מה"ת להחמיר והא"ז אזיל לטעמיה דסבירא ליה דגם כתב עכו"ם אינו כתב מדאורייתא מש"ה סובר גם כלשיטא דל"ה כתב אבל באמת הפוסקים חולקים עליו גם בההוא דכותבין עליו אונו ומדברי כולם מבואר דכתב עכו"ם ודאי הוי כתב וראיית הרשב"א הם נכוחות ובפרט הראיה ברורה שהביא מדאמרינן כל השטרות העולים בערכאות כו' רש"א אף גיטי נשים כו' ע"ש:

וראיתי בישש"ש גיטין פי"ט שכתב בסי' כ"ג שם וז"ל והעיקר נראה בעיני שכל כתב וכתב של כל אומה ואומה נקרא כתב בפ"ע וכשר חוץ ממשייט שלנו שהוא כתב שאינו מתוקן אלא חצי כתב שבור ומקולקל וא"ד לשאר כתבים שכך תולדותם מעיקרו ואל תשגיח במ"ש הרא"ש בתשו' שאם היה כתוב וישראל באלף למד ביחד דכשר דשאני התם שאינו מעיקר תורף הגט כו' ע"ש ואנכי לא ידעתי מה זה שכתב שכך תולדותם מעיקרו דמאין נדע שכך הוא מעיקרו דלמא כתב אחר הוא אב שלו וכתב זה היינו תולדה

דידיה כאשר באמת נתפשט עתה כתבים הרבה לכל המדינה ביחוד ואב לכולם כתב לטין שממנה נלקחו והוא קדם להם כידוע מדברי סופרי העתים וגם מה טיבותא באם נולד כן בתבנית זה ע"י איש א' אשר בדה מלבו לכנות שם לסימנות אילו ע"ש אלפא ביתא או אם למדו מעשה הכתב מכתב אחר דא ודא בדיתא נינהו זולת כתב אשורית אשר המכתב מכתב אלקים הוא ואם כן מה"ת לגרוע הכתב אשר בדו החכמים ולקחו אותו מכתב אשורית רק שצריך ליזהר באמת לכתוב האותיות בהיר וצהיר שלא ידמו זו לזו וכמ"ש הרמב"ם והש"ע סי' קכ"ו סעיף ט"ז וז"ל על הדרך הזה צריך ליזהר בכל לשון ובכל כתב שיכתוב שלא יהיה בו משמעות שני ענינים עכ"ל. וראיתי בספר ג"פ שם ס"ק יו"ד שכתב יש לחקור אם לא נמצא מי שיודע לכתוב אשורית כתקנתו אלא כתב אשורי משובש כגון כתב משקייט שהוא הנקרא אצל הספרדים משקי שהוא דומה לאשורי ויש מי שיודע לכתוב כתב פרובינצא יפה מאוד והוא שעת הדחק ומקום עיגון בהי מנייהו עדיף לכתוב גיטא זהו פלוגתא דרבוותא דלפי סברת היש מגמגמים עדיף טפי כתב משקייט שדומה לאשורי כו' ולסברת מרן עדיף כתב פרובינצאל כו' והכי מסתברא כדברי מרן משום דאם יכתבנו בכתב משקייט כיון שאין האותיות כתיקונם שמא יקרא הקורא בי"ת במקום כ"ף או איפכא וכן בשאר אותיות תדמה אות לאות ונמצא הענין משתנה משא"כ בכתב פרובינצאל כו' עכ"ל מבואר מדבריו שלפי שאפשר לעשות ע"י כתיבת פרובינצאל יפה כתב דעדיף טפי מכתב משקייט שדומה לאשורי אבל אם א"א בע"א מבואר מדבריו דשפיר דמי ע"י כתב משקייט ואף גם זאת מבואר דמיירי התם היכא שהאותיות קרובים מאד לאשורי כמ"ש שיש לטעות על בי"ת כ"ף כו' אלא שהוא משובש והיינו כעין כתיבה תלויה שכתב הב"י מדברי הרמב"ם בשם הר"י הלוי שמנע לכתוב בו שלא לשתמע תרי לישנא אבל כתב משקייט שלנו שכל אות יש לו תבנית ותואר בפ"ע ואין מקום לטעות כלל היינו כתב פרובינצאל שהתירו בו הפוסקים בהדיא ובפרט במקום עיגון וכ"מ להדיא מדברי הרמ"א בד"מ להכשיר במשיטא במקום עיגון שכתב על דברי הב"י וז"ל ונ"ל שיש להחמיר אפילו בדיעבד אם לא כדרך שכתב הרא"ש בתשו' (ור"ל שהרא"ש כתב דבמקום עיגון גדול אין שיירות מצויות לשם לא היה פוסל) וכ"מ בסי' ל"ב בסדר גיטין שלנו עכ"ל וכוונתו למ"ש בס"ג של מהר"י מרגליות (והוא ת"י בכתב) בסי' ל"ב וז"ל ראיתי גט שנכתב על נייר שקורין פאפיר שבא מקושטאנטינא לק"ק קראקא לפני מהרי"ף ושאר לומדים גם לא היה נכתב בכתיבה תמה כאשר אנו מצריכין לכתוב עכ"ל והובא בד"מ רסי' קכ"ד וסיים בה וכ"ז פשוט וכן מבואר ממ"ש הב"י בש"ע בסתם דמותר לכתוב בכל כתב כו' ואי הוה ס"ל

לפסול במשיטא שלנו לא הוה שתיק מיניה וגם הרמ"א שם כתב בסתם ואין להכשיר בכתב אחר רק במקום עיגון ושעת הדחק וע"ש בב"ש שמבואר מדבריו דבמקום עיגון שפיר דמי אף ליתנו לכתחילה וא"ל דאע"ג דשרי ליתנו לכתחלה היינו דוקא כשכבר נכתב אבל אם לא נכתב עדיין לא דפשיטא שאין לחלק בזה בין כבר נכתב או צוה לכתוב כיון שא"א לעשות באופן אחר ומסתימת דברי הב"ש משמע ג"כ שאין לחלק בין כתב משיטא או כתב אחר חד דינא אית להו להכשיר במקום עיגון וגם הרש"ל שנראה מדבריו להחמיר י"ל דמיירי שלא במקום עיגון (ולמהרש"ל בלא"ה איתתא שריא ע"י הגט של אומר אמרו בנ"ד דס"ל לישש"ש להקל במקום עיגון כמש"ל וכ"נ מדברי הרא"ש בתשו' כתב גט שלא נכתב בכתיבה אשורית מרובעת פוסלים בארצינו אבל במקום עיגון שבא מארץ רחוקה ואין שיירות מצוית לא הייתי פוסלו ומדנקט שלא נכתב בכתיבה אשורית מרובעת נראה דמיירי בכתב משיטא קרוב לאשורי וכ"כ להדיא בב"י שם לדייק מזה דמיירי בכתב משיטא (אלא שכתב דמסתמא הפוסלים גם בפרובינצאל פסלו אבל רק לחומרא לבד דאל"כ אף במקום עיגון אסור ע"ש) ואם כן מבואר להדיא בדברי הרא"ש דבמשיט שלנו יש להקל במקום עיגון וכן מבואר בד"מ לעשות כדברי הרא"ש בתשובה וכן בד"מ ריש סימן קכ"ה ועיין בב"ח ומ"ש ע"ז בג"פ ואני שמעתי מחד צורבא מרבנן כו' עד ואפשר שטעמם שבאם אולי תצטרך האשה לקיים הגט כו' ע"ש והנה ערכתי דברי הראשונים והאחרונים בזה ובמקום עיגון ודוחק גדול סומכין על צדדי היתר שאפשר להקל ואב לכולם מה שאמרו בשעת הסכנה כותבין ונותנין אף ע"פ שאין מכירין ומזה הביא מהרי"ט דאפילו התם דיש קצת חשש דאורייתא הקילו משום עגונא ואעפ"כ חלילה וחלילה לפרוץ הדבר להקל בזה אף במקום עיגון לסמוך על גט זה לבד שאפילו אם יש מקום לצדד להתיר משורת הדין מ"מ אין לעשות מעשה משום חומר א"א אך בנדון שלנו דלאו אהאי גיטא לחוד סמכינן דהא איכא נמי הך גיטא הנעשה ע"י אומר אמרו והוא יהיה נכתב בכתב ידי סופר כתוב הדר הוא בכתב אשורית רק שאנו מחזירין לעשות בהכשר על צד היותר טוב אפשר לכתוב מי ששמע מפי הבעל בעצמו לכתוב ואם כן אין להחמיר בזה אך אם אפשר שילמד לאמן ידו דאע"ג דלפמ"ש בש"ע סי' קכ"ט דכשנותנין ב' גיטין יש ליתן תחלה אותו שהוא מוכשר יותר בעיני הרב מ"מ בנדון שלנו אע"פ שנלענ"ד שהגט שניתן ע"י כתיבת וחתימת עצמם עדיף טפי שאין שם רק חשש חתם סופר ועד שעכ"פ אין בזה רק גזירה דרבנן לבד ובקצת מקומות מנהגן להחתים סופר ועד כמ"ש בשו"ת הרשב"א סי' אל"ף ק"צ ע"ש משא"כ באומר אמרו אע"פ שהראנו פנים לומר עדיף וכ"ע מודו בהא מ"מ וכי בשביל שאנו מדמין כו' וכיון

דהאי גיטא שע"י חס"ו עדיף הוה לן לאקדומי ליה ברישא אך לפי שבנדון שלנו סדרן של דברים כך היה שאמרו אמרו לסופר כו' ובאם שאינו ראוי אף בשעת הדחק עד שישמעו הסופר והעדים בפנינו ב"ד כו' אמר אברהם מנשה למו' יונה כתוב כו' יש לנו לעשות כסדר הזה ואע"פ שאמרו שבכל עשיית אלו שעשו לא עשו בהם שום הקפדה מ"מ כיון שאינו צורך כ"כ ראוי שלא לשנות הסדר והיה נלע"ד שמו' יונה יכתוב מתחלה הגט ויחתום עם חבירו מו' שמואל ויהיה הגט מונח אצלו ואח"כ יסדרו הגט ע"ד הראשון לומר לסופר ויותן הגט הזה תחלה ואח"כ יסדרו נתינת הגט שנכתב תחלה ע"י כתיבת וחתימת עצמם ובהכי נפקינן נמי טפי מחשש דכשר ול"ת שמא תשכור עדים כיון דהא קמן שהם עצמן חתמו על הגט לצורך האשה ומעשה לא עבדי ואף ע"פ שבנ"ד אין צורך בדבר כיון שנעשה בב"ד של ג' וגם הם בעצמן יהיו הנותנים דה"ל כאתם חתמו כמש"ל בשם הרמב"ן וגם דהיא שעת הדחק וכמש"ל בשם התוס' מ"מ לרווחא דמלתא יש לעשות כמ"ש אך חוששני בזה שאולי שוב לא יועיל אמירתו לסופר כו' כיון שכבר נכתב ונחתם בגט א' ואע"פ שאמר הבעל שיכתוב מחד עד ק' שיהיה כשר הרי לא אמר רק שהוא יחזור ויכתוב כו' אבל לא שיחזור לעשות שליח לכתיבה מחמת שאמר תחלה אמרו ולכן אין להפך כלל והגט שע"י אומר אמרו יצא ראשונה ואין כאן בית מיחוש ועיין בב"ש מהדורא קמא מי שנתן ב' גיטין א' ע"י אומר אמרו וא' ע"י חס"ו כשר כגון אם אמר לג' שיעשו כרצונם או שיכתבו ויחתמו בעצמם או שיאמרו לאחרים ואח"כ מת א' מאלו הג' יש תקנה כנ"ל ואז ממ"נ כשר גט א' (ומה דנקט כגון אם אמר לג' היינו משום דלא שכיח שיאמר לב' כה"ג שיהיה הציוי לכתחלה על חתם סופר ועד לכך נקט באמר לג' ומת א' ולענ"ד קצת צ"ע בכה"ג דאמר לג' דדילמא לא היה דעת הבעל כי אם שא' יכתוב ושנים יחתמו כיון שהיה כאן ב' והשתא דמת א' שא"א להתקיים כי אם ע"י חס"ו אין רצון הבעל בכך ולפי שאינו מענינינו קצרתי) ודומה למ"ש בסי' קכ"ב דמגרשין בב' גיטין וא' מהן כשר ממ"נ אם הראשון פסול לא עשו שליחותן והב' כשר ואם עשאו שליחותן אז הב' אינו כלום והראשון כשר עכ"ל בב"ש מ"ק והכא בנ"ד עדיף טפי כיון שאמר בפי' ובאם שאינו ראוי כו' ואין להאריך גם אין לפקפק בנ"ד מצד שלא נזכר בענין הגט הב' רק שציוו לכתוב ולחתום בעצמם ולא הזכירו מענין הנתינה כלום דהא משנה מפורשת הוא ביוצא בקולר שאמר כתבו דכותבין ונותנין והכי קי"ל בסימן קמ"א וכ"ש כאן שכבר הזכירו הנתינה בענין הגט הראשון וע"ז סמכו ענין לו ואפילו בבריא נראה דמהני וגם נראה שהיה השמטת הסופר בטופס המעשה ב"ד שלא נכתב תיכף רק כ' יום אחר המעשה וכיוצא בזה איתא בשו"ת הרא"ש הביאה הטור ססי' קמ"א ע"ש:

סיומא דפסקא דע"י ב' גיטין משתריין לעלמא בלי שום גמגום ופקפוק אחרי אשר ביררנו כי כל גט בפ"ע יש לו עמודי עולם לסמוך עליהם להתיר על ידו ואצ"ל בהצמדם יחד שיש כאן ס"ס בדרבנן שהרי ע"י הגט של חס"ו בודאי יצאנו מחשש איסור תורה ומכ"ש שא"צ לס"ס כלל דבתורת ממ"נ אתינן עלה. ולכן המורשה מפי הבעלים מפיו יקרא אל הסופר ויכתוב גט בכתיבה אשורית צד תמה במקומה כתיבה וחתימה. על פיו של המורשה תהיה שומה. ויד העדים תהיה בו באחרונה ויהי ידיו אמונה לכתוב ולחתום הוא בה אחד מהעדים ומצוה וחובה על הנגיד המורשה להיות לבבו פונה לדבר מצוה רבה זו ולא יהיה עליו לטורח ולמשא ובעיניו לא יקשה אם עשה יעשה כפי אשר ישית עליו בעל האשה במר נפש. כאשר ידע כי לא יקווה עוד צאת חופש. והיה כי יבצע את מעשהו. וחשב עם קונהו ומצא כדי גאולתו. הנה שכרו אתו ופעולתו. דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד והנה טרם הגיעו דברי אלה ליד הב"ד מקום תחנותו של השליח הנ"ל הקדימו נעשה לנשמע ודברו על לב הנגיד אשר נעשה מורשה מהבעל עד שפנה עצמו מעסקו ונתן לב לאמן ידיו לכתוב גט בכתב אשורית כמנהג וכתב כמה גיטין עד שעלה בידו גט א' כשר כדינו ושלחו לכאן ב' גיטין א' ע"י כתיבת מו' יונה וחתימתו עם חתימת מו' שמואל והב' ע"י אומר אמרו לסופר דהיינו שמו' יונה אמר לסופר שיכתוב וחתמו עליו מו' יונה ומו' שמואל הנ"ל ושלחו הגט ע"י שליח וההרשאה היתה ע"י הגב"ע הנעשה בעיר פ"ב והנה נפלו כמה פקפוקים בגיטין אלו חדא דאע"ג שאמרו לו שרשות בידו לעשות שליח ובכה"ג בודאי שליח עושה שליח מ"מ י"ל דע"כ לא מהני מה ששליח ע"ש אלא באם הבעל נותן גט מוכן ליד השליח אבל בכה"ג שבשעה שציוה על השליחות עדיין לא היה כתוב וחתום הגט כלל אלא שציוה לכתוב ולחתום י"ל דגם הציווי של השליחות הו"ל מילי ולא מימסרן לשליח וכבר עלה ונסתפק בזה בספר ג"פ סי' ק"כ ס"ק ר"ג ע"ש באורך שהביא בשם הגאון מהר"ם גלאנטי שלמד מדברי התוס' דגיטין דף כ"ט דיתנו לאו דוקא וכתב דאף לפי תירוץ הב' בתוס' י"ל דדוקא לטעמא דבזיון אבל לטעמא דמילי ל"ת בנתינה ובג"פ שם הביא ע"ז דברי הרשב"א שכתב כן להדיא דאליבא דרבא יתנו לאו דוקא אלא שתמה שם על הרשב"א מ"ש לחלק בין ב' לג' ובאמת דברי הרשב"א תמוהים בזה:

וראיתי בס' בית מאיר שכוונת הרשב"א הוא לפי מה דקי"ל דבלא חלה אין שליח ע"ש וסבירא ליה להרשב"א דע"כ לא פליג עליה דר"מ אלא דסבירא ליה דבכתיבה גם בג' הו"ל מילי אבל בגוף הסברא דג' חילוק מב' דסתמא היה דעתו שיצוו לאחרים כ"ע מודו

להכי לענין הנתינה דלית בה משום מילי בג' הוי כאילו פירש שיתנו לאחר ליתן ויתנו לאו דוקא עכ"ל ולענ"ד ז"א דאפי' תימא דהיכא דאמר לג' תנו גם ר"י מודה דנעשו ב"ד והוי כאילו פי' שיתנו לאחר ליתן מ"מ היכא דאמר כתבו ותנו דע"כ אכתיבה קפיד אפילו אליבא דר"מ וצריכין לכתוב בעצמם דוקא וא"כ דעל אמירתו כתבו לא עשאן ב"ד אין לנו לומר שעשאן ב"ד על הנתינה אלא לכל מילי נעשו שלוחים ולא מצו למשוי שליח כ"א ע"י חלה או אונס ועוד שמדברי הרשב"א בתחלת דבריו מבואר דאכתי לא מיירי אליבא דר"י רק אליבא דר"מ קאי וכן מבואר דמיירי גם הכא אליבא דר"מ שהרי כתב אף על גב דאמר כתבו ותנו כו' והך חילוקא אליבא דר"מ הוא ועיין בחי' הרמב"ן והר"ן דף כ"ט שכתבו אליבא דרבא כ"ע ס"ל דמילי לא מימסרן לשליח אלא דר"מ ס"ל דמסתמא ב"ד הן ואינם שלוחים אא"כ רצו וכתבו הם בעצמם ואלימא מלתא דב"ד למימר להו אפילו מילי ור"י סבר כיון דאם רצו הם עצמם כותבין נעשו שלוחין ומילי לא מימסרן לשליח עכ"ל:

ולפ"ז נראה דה"ה לענין נתינה אליבא דר"י כיון דעכ"פ אם רצו נותנים הם בעצמם נעשו שלוחים ואין עושה שליח אא"כ חלה או נאנס אבל אליבא דר"מ אף על גב דאם רצו נותנים בעצמם מ"מ לא נעשו שלוחים אלא נעשו ב"ד שימנו גם לאחרים ושפיר יכולין ליתן ע"י אחרים ודוקא סתמא דמלתא הכי הוא שנעשו ב"ד אבל באומר בהדיא כתבו דגלי דעתיה שרוצה שיכתבו בעצמם הרי עשאם שלוחים ושוב אין נעשים ב"ד לענין הנתינה אליבא דר"מ אלא כשאר שלוחים דעלמא ומכ"ש דאליבא דר"י דאפילו באין אומר להדי' כתבו אמרינן שנעשו שלוחים וא"ל דדוקא לענין מילי אמרינן כיון דאם רצו כותבין בעצמם שוב יש להם דין שלוחים לענין דאין יכולים למסור מילי לשליח אבל עכ"פ להא מהני הא דהם ג' דהו"ל כנותן להם רשות שיוכלו לעשות ע"י אחר והלכך אף על גב דלענין כתיבה לא מהני משום דהוי מילי מ"מ לענין הנתינה מהני דהו"ל כנותן רשות להיות שליח ע"ש דמהני אבל באמת ז"א דהא משמע מדבריהם דאי הוי ב"ד גם לר"י מהני לענין כתיבה אלא כיון דאם רצו עושים בעצמם לא נעשו ב"ד כלל אלא אין דינם רק כשלוחים לבד בין לענין הכתיבה ובין לענין הנתינה וגם לפמ"ש הר"ן באלפסי דר"י ס"ל דלא אלימא מלתא דב"ד למימר להו א"כ משמע דשפיר הוי ב"ד דג' אלא דלא מהני בי' לענין מילי. ולפ"ז שפיר י"ל דלענין נתינה מהני אבל באמת גם זה אינו כיון דהקפיד על הכתיבה שיכתבו בעצמם לא עשאן ב"ד וכן לר"י היכא דאמר תנו לחודי' נמי הוי דינם שצריכין לכתוב בעצמם דהא אף אם היו נעשים ב"ד לא מהני גבי מילי וא"כ כיון שצריכין לכתוב בעצמם ממילא אמרינן דלא נעשו ב"ד כלל אף לענין הנתינה ויותר

נלענ"ד שמ"ש הרשב"א כיון דג' נינהו עשאן ב"ד אינו מדברי הרשב"א והוא הגהת איזה תלמיד שראה שהרשב"א כתב אח"כ ומיהו בב' דלאו ב"ד נינהו כו' ולכן הבי' ברישא כיון דג' נינהו עשאן ב"ד אך באמת כוונת הרשב"א מ"ש ומיהו בב' כו' לומר דאף בתנו לחוד צריכין שיכתבו הם בעצמם דוקא ולפי שכבר נעשה מעשה קצרתי:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קז

שאלה בגט שנכתב ך"ג לירח טבת וכתב בו ברביעי בשבת בשלשה בעשרים יום לירח טבת ואחר שניתן הגט הציצו וראו כי נפל טעות בתיבת ועשרים שנכתב ב' במקום ו' מה דינו:
תשובה דבר זה יש ללמוד מדברי הרא"ש כלל מ"ה הובאה בטור אה"ע סי' קך"ו בגט שכתב ברביעי בך' יום לירח שבט ודילג בשבת וגם ביום רביעי היה אחד ועשרים לירח שבט וכתב הרא"ש שם דבשביל שדלג תיבת בשבת אין לפוסלו כי ברביעי אין לו פירוש אחר כ"א ברביעי בשבת כיון דכתיב בתרי' ך' יום לחודש והכי אמרינן בפ"ק דע"ז כו' וכ"ש בנידון זה שאין לפרש ברביעי אלא רביעי בשבת שהוא כשר עכ"ל ומכלל דבריו אתה למד שאם היה לתיבת ברביעי פי' אחר היה מקום לפוסלו בשביל הדלוג וא"כ מבואר דכל כה"ג שכתב ברביעי בעשרים יום אין לפרש בארבעה ועשרים בואו ולפרש שדילג מנין השבוע לגמרי ונקט מנינא דירחא אלא כיון דכתיב בתריה בך' כו' אתא ב' ופסקיה בסכינא חריפא והך ברביעי לחודיה קאי וע"כ מתפרש ברביעי בשבת שאין לו פירוש אחר וממילא שמעינן בנ"ד דכתיב בשלשה בעשרים אין לפרשו דהוי ככתוב ועשרים בואו העטוף וא"ל דשאני הך דהרא"ש דכתיב ביה ברביעי בעשרים וא"כ א"א לומר דהבית מתפרש כמו וא"ו דא"כ בארבעה ועשרים הוי כתוב ביה כמשפט הלשון שנראה מדברי הרא"ש שאין דקדוקו לפי שלשון רביעי נופל על מנין ימי השבוע דוקא רק בשביל דכתיב בתרי' בך' יום לחודש ואף על גב דבלשון הרא"ש שם איתא כיון דכתיב בתריה עשרים יום בלא בית מ"מ בלשון השאלה שם איתא בעשרים וכן הוא בנוסח הגט של הרא"ש ולאו דוקא נקט אח"כ עשרים אמנם הטוש"ע העתיקו גם בגוף הדין אם כתב ברביעי עשרים כו' וגם זה לאו דוקא ועיין בהגהת רמ"א סעיף ד' ובג"פ ס"ק י"ו ועיין בב"ש שכתב ומ"ש בעשרים אין חשש מוקדם כו' ואמנם אף אם נאמר דבגט שבא לפני הרא"ש היה כתוב עשרים נראה דכ"ש הוא אם כתב בעשרים ועיין לקמן מ"ש בשם הג"פ דאפילו אם כתב בארבעה עשרים כו' אמרינן דלחודיה קאי וראיתי בפרישה שכתב וז"ל ואני אומר עוד הוכחה דאי אחודש קאי הו"ל לכתוב בארבעה ולא ברביעי מ"ו עכ"ל

הרי מבואר דהרא"ש לאו מה"ט אתי עלה אלא דא"א לפרשו דאחודש קאי כיון דכתיב בתריה בעשרים כו' וראיתי בס' ג"פ ס"ק ס"ג שכתב על דברי הפרישה שהם תמוהים דאם כתב בגט לירח פ' ודילג תיבת בשבת וגם תיבת בעשרים יום הגט פסול משום מוקדם כו' ע"ש ולענ"ד פשוט בכוונת הפרישה שר"ל דאף אם היה מקום לפרש דהך ברביעי אמספר ימי החודש ומצורף לאחריו ברביעי בעשרים ור"ל ועשרים והיינו לומר שנכתב בך"ד אעפ"כ אין לפרש כן שלא היה לו לכתוב ברביעי רק בארבעה ומדכתב ברביעי ש"מ שאינו מצורף לאחריו אלא בלחודיה קאי ופירושו רביעי בשבת וזה ברור: איברא שעדיין צ"ע דלכאורה הוכחה זו אך למותר דמה בית מיחוש יש כאן אם נפרש שנכתב בך"ד לירח ואי משום שלא נכתב בגט מנין ימי השבוע אין זה פוסל דהא קי"ל כ' חודש שנה כו' כשר ואמנם גם דברי הרא"ש גופיה צריכין ביאור דמה חששא איכא אם היינו מפרשים דגם ברביעי אימי חודש קאי וא"ל דכיון דמעיקרא כתב ברביעי והיינו בחודש ושוב כתב בעשרים לחודש א"כ יש כאן סתירה בגט וע"ז כתב דכיון דכתוב בתריה בך' לירח אין לנו לפרש ברביעי דקאי גם אחודש לומר שיש סתירה תכ"ד אלא אין לו פי' אחר רק דקחי אשבת דז"א דאפילו אם היה כתוב בפי' ברביעי לירח בעשרים לירח לא היה כאן בית מיחוש דתפוס לשון אחרון ואמרינן שהתחיל לכותבו ברביעי והפסיק בינתיים עד יום עשרים לחודש וכדקי"ל בח"מ דהלך אחר התחתון אמנם אפשר לומר דבכה"ג ודאי יש לפסול דחיישינן כיון שהיה הפסק בינתיים כ"כ דלמא ביטל בינתיים או התחיל לכתוב לשם אחר וסיימו לשם זה כדאמרינן בגיטין דף פ"ח ודלמא אמלוכי אמליך כו' ע"ש ברש"י ותוספות דכיון דאיכא ריעותא יש לחוש לזה ולכך הוצרך הרא"ש לומר דברביעי אין לו פירוש אחר רק דקאי אשבת כיון דכתיב בתריה בעשרים לירח טפי יש לנו לתלות שדלג תיבת בשבת מלומר שמ"ש ברביעי קאי על החודש ומנין השבוע השמיט לגמרי ויותר נראה דהרא"ש ס"ל דכה"ג שנכתב ברביעי לירח בעשרים לירח הוא פסול דאכתי שייך שמא יחפה כמו באין בו זמן כלל ואף על גב שאם כתב בו שבוע שנה כו' כשר דאהני לשבוע דקמא כו' מ"מ זה גרע כיון שכתוב בו ב' זמנים ואין מבורר איזה העיקר גרע טפי ואף על גב דלענין ממון הלך אחר התחתון מ"מ לענין חיפוי ודאי לא קטלינן לה שתטעון דפרטא בחדא נכתב בט"ס ועיין מ"ש הב"ש סימן קכ"ז לענין גט מאוחר ואף לפמ"ש שם בשיטת הראב"ד דכיון שאין הזמן מבורר להדיא עליה להביא ראיה י"ל דהכא גרע כיון שבאמת גם זמן זה נכתב בגט להדיא אלא שיש בו סתירה בספיקא כי האי לא קטלינן לה ושייך חיפוי וגם י"ל שר"ל דאם היינו מסופקין אם ברביעי אשבת קאי ואם כן נכתב בך' לירח או אחודש קאי דהיינו שהוא בכ"ד לחודש

היה פסול כיון שאין הזמן מבורר ולכן כתב דברביעי אין לו פי' אחר רק דאשבת קאי נמצא שזמן מבורר הוא כן יש ליישב דברי הרא"ש שהוצרך לומר דברביעי אין לו פי' אחר רק דאשבת קאי וא"ל בפשיטות שהוצרך לומר כן כלפי מ"ש אח"כ דמ"ש בו ך' והיה ך"א אין זה מוקדם כיון שידוע שרביעי בשבת היה ך"א כו' ולכך הוצרך מעיקרא להכריח דרביעי אשבת קאי זה טעות דע"כ לא הוצרך הרא"ש לזה אלא לפי שאנו מפרשין דרביעי אשבת קאי ולפי החשבון היה רביעי בשבת ך"א אבל אם היינו מפרשים שרביעי לאו אשבת קאי מנין לנו לומר שנכתב בך"א שהרי הובא ממרחקים ואין אתנו יודע אימתי נכתב רק מה שאנו מכירין מתוך זמן הכתוב בגט ולכך נראה שדברי הרא"ש מתפרשים ע"ד שכתבתי:

ועיין בג"פ שכתב דאפילו כתב בארבעה במקום ברביעי וכתב בתריה ך' יום לחודש כשר אף על גב דלכתחלה יש לו לכתוב ברביעי מ"מ אין לפרש בארבעה דר"ל ארבעה לחודש והגט מוקדם כיון דכתיב בתריה עשרים יום וגם אין לפרש דהגט מאוחר ויבואו לומר דהגט נכתב בך"ד לחודש דא"כ הול"ל בד' ועשרים בוי"ו מדכתיב עשרים בלא וי"ו משמע דד' הוא זמן השבוע ועשרים הוא זמן החודש עכ"ל הרי מבואר דאפילו אם לא כתב בעשרים בב' רק עשרים לבד וגם נכתב תיבת ארבעה שהוא לשון נופל על ימי החודש מ"מ מחמת חסרון הוא"ו במלת ועשרים דעתו להכשיר מכ"ש אם כתב בעשרים שלא היה מסתפק כלל לומר שנפרש דר"ל בארבעה ועשרים כיון שלא מצינו בשום מקום שבי"ת השמוש בדבר שדרכו למנות יתפרש זה עם זה ומצינו כיוצא בזה בח"מ סימן מ"ב אם כתב בו כסף בדינרי נותן לו כסף ששוה ב' דינרין זהב וע"ש בסמ"ע שהבי"ת עושה הבדל כו' ולא מפרשינן הב' כמו וא"ו לומר שפירושו כסף ודינרי ופשיטא שאין הטעם בזה משום יד בעה"ש עה"ת רק מצד משמעות הלשון כמבואר שם בש"ס ופוסקים ואף שיש לדחות דהתם מסתבר טפי לפרש שכוונתו ששוה ב' דינרי זהב מלפרש דהבית כמו וא"ו משא"כ כאן טפי יש לפרש הבי"ת כמו וא"ו כדי שלא יהיה סתירה וחזרה בשטר כדאיתא שם סעיף ה' כשאפשר לקיים שניהם מקיימין שניהם וכתב הסמ"ע דאפילו הקיום הוא בדוחק כו' אך באמת הש"ך חולק שם דהיכא דא"א ליישב אלא מדוחק זו לא שמענו וגם הסמ"ע מודה בגיטין שיש להחמיר כיון שיש כאן סתירה הוי כאלו אין בו זמן כלל ועוד דהא טעמיה משום דאין דרך הבריות לחזור תכ"ד והיינו לענין גוף עסק השטר אבל בענין הזמן טפי יש לתלות שאחד משני זמנים אלו נכתב בט"ס והרי באמת כן הוא שנכתב הבית בט"ס במקום וא"ו וכמו כן אפשר שיהיה טעות תיבה אחת בשלימותה או תיבת בשלשה או תיבת בך' וכיון דאפשר למיתלי בטעות אין לדחוק

בקיום שניהם כלל אך לענ"ד אף מדוחק אין לפרש הבי"ת במקום וא"ו ועיין בקידושין לענין אם אמר בזו בזו ובזבחי' לענין כזית כזית וכן בגיטין שאלו בשלומה לא חתם אלא על שאילת שלום ושאלו בשלומה חתם על הכל ע"ש בירושלמי דאיתא שזה תלוי בפלוגתא דר"מ ור"י לענין חטין שעורין וכוסמין ועיין בשבועות דף ל"ח ובתוספות שם ומבואר שאף בלא בי"ת פשטא דלישנא הוי דאם אין וא"ו המצטרפת הוי כל חד לחודיה ומכ"ש כשיש כאן אות בית המבדיל ביניהם וע"ש בקידושין דף מ"ו דאמר שם התקדשי לי ברמון באלון באגוז כו' ולקצר אני צריך:

ונפלאתי על מה ששמעתי בשם חכם אחד כי הבי"ת המשמשת בראש התיבה פירושה עם כמו הרק אך במשה דבר ה' פירושו עם משה ולכן כמו בשלשה ועשרים הוא"ו מצרפת שלשה עם עשרים כן שמוש אות הבית מן בעשרים יתפרש עם עשרים והכוונה שלשה עם עשרים עכ"ד ותמה אני אם אמרה שהרי דבר פשוט ומבואר שגם שם מה שמפרשים עם משה אין הכוונה שהקב"ה דבר עם משה ביחד רק שדבר אליו והך עם הוא כמו אל וכאילו אמר הרק אך אל משה דבר ה' ועד"ז שמעתי בשם הרב המובהק המנו' מוה' נפתלי ר לוי ז"ל מפ"ק לפרש דברי רש"י בפ' וישב ויתנכלו אותו כמו אתו עמו כלומר אליו שפירושו שמצינו במקרא עד בואו לדבר אתו וכן מצינו לא נעשה עמו דבר שפירושו עד בואו לדבר אליו וכן לא נעשה עמו פירושו אליו כמו כן הך אותו פירושו אליו ודפח"ח ושם באותה פרשה ומדוע לא יראתם לדבר בעבדי במשה פירושו על עבדי על משה ועיין פירש"י שם בעבדי אע"פ שאינו משה כו' והאריכות אך למותר דודאי בי"ת של במשה אינו בי"ת המצטרפת ומה שפירש"י עם משה היינו אל משה וכן גם בנו דבר שאינו בי"ת השמוש שפי' התרגום אף עמנא מליל פירושו אלינו דבר והגם שעל דרך דרש י"ל הרק אך במשה כו' לפי שאמרו חז"ל שכינה מדברת מתוך גרונו של משה והם אמרו שגם בנו דבר לפי שהיה להם מדרגת אספקלריא שאינה מאירה ובמדרגה זו אפשר ההתלבשות גם לנביאים אחרים כמ"ש דוד הע"ה רוח ה' דבר בי וכמ"ש בזה הדרשן אפיקי יהודה ועד"ז פרשתי בכתוב בעבור ישמע העם בדברי עמך וגם בך לפי שמרע"ה היה מתנבא לפעמים גם במדרגת שמיעת הנבואה מפי הגבורה ולא בדרך התלבשות רק כשאר נביאים וכמו שאמרו חז"ל כל הנביאים נתנבאו בכה מוסיף עליהם משה שנתנבא בזה הדבר ולכן אמר שבא בעב הענן הוא מדרגה שמיעת הנבואה שיראו שיש לו מדרגה זו בדברי עמך דהיינו אליך וגם בך שהוא התלבשות יאמינו לעולם בנביאים הבאים אחריך שיש ג"כ מדרגת נבואה תתאה כזו והוא אצלי בכתובים באריכות אך גם עד"ז אינה בי"ת המצטרפת רק ר"ל שמתלבש בתוכו אבל בלא"ה אין

עסקינו עתה בדרוש ומה יתרון לבעל הלשון הפשוט אם לא דרשנוהו כמשפט פשוטו והנה בענין א' גט א' שנמצא בתיבת בשנת נמצא תחתיה נקודה שחורה ונראה כמו ג' דכתב משיטה ופלפלו בדבר הגאונים מו' יושיע בעהמ"ח מג"ש והגאון מהר"מ אביו של הש"ך והגאון מו' זנוויל זכר כולם לברכה ונמצא אצלי תשובה בכת"י שכתב הגאון מהר"י למהר"מ ז"ל וז"ל ומ"מ הסברא זרה שדרשת במלת בשנת שמע בקולי איעצך לא תפרסמנה לאחרים כי לא ניחא למרי תורה לדרוש כן בגט ואמרתי מלתא דבדיחותא כי שכחת משנה שלימה אין דורשין בעריות בג' עכ"ל:

סוף דבר כי כל לשון תקום למשפט בדבר שבמנין אפילו על צד הדוחק אין לפרשו כי בא לחבר ולצרף למנין שלפניו אף אם נמצא והכה את רעהו באבן או באגרוף וכיוצא בזה אינו בי"ת המצרף אלא הוא בית הכלי שעושין בו הפעולה ואין לך במשמשים אות המצרף כ"א הוא"ו עיין בשיח יצחק ובאיכה ד' בלא יכלו יגעו בלבושיהם פירש"י עד אשר לא יכלו כו' וכן באבן יחייא כי תיבת בלא במקום עד אשר לא כו' וכן בתרגום ועל דלא יכלין למהוי כו' והוא מחובר לפסוק שאחריו סורו טמא כו' ע"ש ולא פירשוהו שהבי"ת במקום וא"ו ומתפרש כפשוטו ומכ"ש במנין הראוי להיו' וא"ו החבור אין הבית פוטר בו לומר שהוא במקום וא"ו ואמנם מה שיש לצדד בזה הוא שי"ל כיון דעכ"פ א"א לפרש שהכוונה דהך בשלשה הוא למנין אחר רק למנין החודש דכתיב בתריה כיון שכבר כתב ברביעי בשבת ואם כן יש לנו לפרש שהכוונה בשלשה לחודש וגם בעשרים לחודש ושניהם בצירוף הם שלשה ועשרים ואף שהוא גמגום הלשון מ"מ הכוונה אחת כשאנו כוללים שניהם יחד ונראה דהך מלתא תליא במה דאיתמר בשבועות דף ל"ח שבועה לא לך לא לך כו' ושאר סוגיות שהבאתי לעיל ועיין ברמב"ם ספ"ד מה' נדרים ובכ"מ שם שהרמב"ם סובר כגרסא שבספר ישן שהביאו התוספות בשבועות ופוסק כר"י דלא לך לא לך פרטא הוי וכדמוכח בזבחים גבי כזית כזית וכ"נ מדברי הרמב"ם וטוש"ע באה"ע גבי התקדשי לי בתמרא דדוקא בזו בזו ובזו הוי כללא וכן נראה מהך דשאלו בשלומה באה"ע סי' קמ"ד וא"כ פשיטא דגם בנ"ד אין לעשות כלל אחד משני זמנים הכתובים בשטר וכל חד פרטא הוי בפני עצמו וא"כ אין מקום לצדד להכשיר מחמת זה:

ועתה נבא לעיקר הדין שלכאורה לפי מה שכתב הרא"ש בתשובה הנ"ל שהיה כתוב ברביעי בך' לחודש וברביעי בשבת היה בך"א ונמצא שהקדים זמן הגט יום א' וכתב דליכא למיחש להכי כיון שידוע שר"ח היה ביום ה' וד' בשבת א"א להיות בך' כ"א בך"א תלינן בט"ס שלא היה זכור קביעות החודש ולא הוי מוקדם והכי חזינן בד"נ כו' וה"נ עכצ"ל שטעו בעבורו של חודש ואם זינתה בשלישי תיהרג שהרי העידו שברביעי נתגרשה

הלכך ליכא למיחש בגט זה משום הקדמה כלל ואף על גב דאמרינן דאחר רובו של חודש לא עבידי דטעו הכא אין חילוק דע"כ טעה או בקביעות החודש או בין שלישי לרביעי ובימי השבוע לא עבידי דטעו הלכך ע"כ תלינן טעותו בקביעות החודש עכ"ל ומזה נקח ראיה גם לנ"ד כיון דכתיב ברביעי בשבת וע"פ קביעות ר"ח לא היה לא יום ג' ולא יום הך' ברביעי בשבת וע"כ לתלות בט"ס שכתב בי"ת במקום וא"ו אבל באמת ז"א דנראה דגם הרא"ש לא קאמר אלא שתולין בט"ס דהיינו שהסופר טעה ודילג תיבת בשבת דכיון שאנו מכירין סגנון הדבר בשביל דילוג תיבה אין לפוסלו וכן במ"ש בעשרים אנו תולין שהסופר טעה בעיבורא דירחא כיון שמוכח מתוכו שכ' הגט ברביעי בשבת והרביעי היה בך"א והיינו טעות מבחוץ דעביד סופר דטעי בהכי אבל לא שנתלה שכתב בשבוש בי"ת במקום וא"ו וזה מבואר מדברי הרא"ש שכתב שהרי ע"כ טעה או בקביעות החודש או בין שלישי לרביעי ובימי השבוע לא עבידי דטעו כו' ואם נאמר שאפשר לתלות שכתב הסופר בשבוש אם כן שפיר נוכל לומר שהיה צריך לכתוב בשלישי וכתב ברביעי ובזה ל"ש בימי השבוע לא עבידי דטעו דזה שייך לומר אם היינו אומרים שהסופר היה סובר שיום שעומד בו הוא רביעי ובאמת הוא שלישי ובזה אמרינן בימי שבוע לא עבידי דטעו אבל כשנאמר שהסופר ידע באיזה יום הוא רק שנזדקר טעות לפניו במכתב בזה אין לחלק בין שבוע לחודש ואם כן עדיין היה נשאר חשש שמא לא טעה בעבורו של חודש וכוון יפה מה שכ' בעשרים כיון שאחר רובו של חודש לא עביד אינש דטעי רק דטעי בכתיבתו שרצה לכתוב בשלישי ויצאה שגגה מתחת קולמסו וכתב ברביעי אלא ודאי דלהא ל"ח שיהא הסופר כותב בשבוש מה שצריך לכתוב בסגנון אחר וטפי יש לתלות שטעה בעבורו של חודש אף שהוא אחר רובו של חודש משנאמר שכתב בשבוש ברביעי במקום בשלישי רק שניחוש דטעי במנינא וסבור שהיום רביעי ואינו אלא שלישי ע"ז שפיר כתב דבימי השבוע החודש לא עבידי דטעו וכיון שבררנו מדברי הרא"ש שאין לתלות שכתב בשבוש אף שרחוק הוא גם כן לתלות שטעה בקביעות החודש לאחר שיצא רובו תלינן בהא מבשבוש סופר אף אנו נאמר בנ"ד שאין לתלות בשבוש רק בחזרה ואם היה בא גט כזה לפנינו היינו דנין שהתחיל לכתוב ברביעי בשבת בשלשה ושוב אמלוכי אמליך ונמשך הדבר עד יום עשרים שגמר בו כתיבת הגט ובכה"ג פסול כמש"ל מש"ס דגיטין דף פ"ח דפריך ודלמא אמלוכי אמליך דכל דחזינן ריעותא איכא למיחש להכי ואם כן כיון שאנו יודעין שבאמת הגט נכתב בך"ג ולפי משמעות הגט יש מקום לדון שלא נכתב רק בעשרים הוי מוקדם ופסול ודבר ברור הוא דבכה"ג אם זינתה באחד ועשרים או בשנים ועשרים לא קטלינן לה שהרי יש לה פתחון פה שתטעון כך דפרטא

בתרא עיקר וא"ל דא"א לפרש בכה"ג שהתחיל לכתוב ברביעי בשבת בשלשה ושוב חזר והשלימו בב' דהא קביעות החודש היה ביום ב' וג' וא"כ הרביעי אינו רק ב' בחודש דז"א דהא בתחלת חודש שפיר אמרינן דטעי בעיבורא דירחא והיא סבור שמנין ימי החודש מתחילין מיום ב' ואפי' תימא שאין לתלות בשניהם טעות וחזרה מ"מ בזה אין זה תלויה בטעות כלל כיון שיום א' דר"ח היה בב' בפשיטות י"ל שמנה למנין מיום הראשון של ר"ח וכמו שהוא באמת דעת הרשב"א והמ"ל כתוב המנין ליום א' דר"ח כמבואר בב"י סי' קכ"ו וא"כ רביעי בשבת הי' ג' בחודש למנין יום א' דר"ח ושוב חזר בו ונמשך הדבר עד כ' וגם אפשר לומר שהתחיל לכותבו באיזו חודש שלפניו שהי' קביעתו כך כגון חודש אב שהיה קביעות ר"ח שלו ביום ב' וא"כ הד' בשבוע הוא ג' בחודש ונמשך הדבר ואחר עד עתה ואף שי"ל דלזמן רב כי האי ל"ח דהא הש"ס פריך בפשיטות ודלמא אמלוכי אמליך ופרש"י שמא בטלו בינתים וחזר ונתרצה וכלום חילוק בין זמן רב למעט ואפשר דגם לזמן רב חיישינן בכה"ג אך בלא"ה נכון כמ"ש דיש לחוש שמא כוונתו בג' לאותו חודש עצמו ונטר עד ך' בחוד' כך היינו דנין בגט זה וא"כ כפי האמת שאנו יודעין שלא כן הוא אלא נכתב בכ"ג א"כ יש לו דין מוקדם ועכ"פ דין אין בו זמן דהא אם זינתה בכ"א או כ"ב לא קטלינן לה וכבר כתב הרא"ש שם בתשובה זו וז"ל ואין לפוסלו משום שנכתב טעות בגט ואמרינן מודה ר"א במזוייף מתוכו שפסול היינו דווקא כי ההיא דשטרות העולים בערכאות כו' אבל אם יש שם ט"ס בגט שאין ריעותא וקלקול יכול לבוא ממנו לא מפסיל בהכי עכ"ל וא"כ בטעות כזה שריעותא וקלקול יכול לבוא ממנו בין לענין בת אחותו ובין לענין פירות אם תתפוס הפירות ותטעון שכבר נתגרשה כמשמעות הגט פשיטא דהוה עכ"פ כמזוייף מתוכו שפסול:

ואמנם כן נראה דאפילו תימא דתלינן שהסופר כתב בשיבוש היכא שיש הכרח מתוך הגט מ"מ אין זה מועיל בנ"ד להוכיח מדכתב רביעי בשבת שהבי"ת מתיבת בעשרים נכתב בשיבו' דכיון שאנו תולין שכתב שיבוש כמו כן י"ל שכתב כל תיבת בעשרים בשיבוש ופרטא קמא עיקר ברביעי בשבת בג' לירח ומנה ליום ראשון של חוד' שהיה בב' בשבת וא"כ יש כאן חשש מוקדם וצריכין אנו לומר דאע"ג דאות אחת דהיינו הבי"ת של בעשרים נכתב בשיבוש מ"מ אין לחוש שכתב תיבה שלימה בשיבוש מ"מ עדיין יש לחוש שמא לא כתבו בשיבוש רק רצה לעשות אותו מאוחר על יום כ' וגדולה מזו מצינו בב"ח אה"ע סי' קכ"ו שכתב לפרש דברי הרא"ש בתשובה ובימי השבוע לא שכיח דטעו דלכאורה מה בכך דטעה וכתב על יום ג' שהוא יום ד' דא"כ נכתב כדינו בכ' ואין כאן מוקדם ולכן כתב שר"ל דאין לחוש שהיה עומד בכתיבת הגט ביום ד' כ"א לחודש וטעה

כסבור שהוא עומד ביום ה' ורצה להקדים יום א' וכתב יום אתמול שהוא לפי טעותו יום ד' וכ' לחודש וא"כ מוקדם הוא יום אחד וקאמר דלזה ל"ח דבימי השבוע לא טעי אינשי עכ"ל:

וראיתי בג"פ שכתב שהוא תמוה דאפילו תימא דהוה בכה"ג שחשב לעשותו מוקדם כו' והלא לפי האמת קושטא כ' יו' ד' ואין כאן חשש זנות ופירו' ואי משום שכתב כ' לחודש והי' יום כ"א אכתי אין כאן פסול כיון דכתוב בגט בד' בשבת וד' הוא כ"א מוכיח הדבר דמ"ש כ' לחודש טעה בעבורא דירחא כמ"ש הרא"ש עכ"ל ולענ"ד כוונת הב"ח בזה דכיון שהעדים חתמו ע"ז א"כ גם הם היו על כוונה זו לעשותו מוקדם והעדים פסולים כמ"ש התוס' אם לא כשאומרים טעינו כו' אמנם צ"ע אם יש לפסול העדים בכה"ג שלא נתקיימה מחשבתם ויותר נראה בכוונת הב"ח דודאי הגט הזה כשיבא לפנינו ונראה שיש סתירה בין יום השבוע לימי החודש ואחר רובו של חודש לא עבידי דטעי נדון שהטעות בימי השבוע והיה ביום ג' כ' לחודש ואם יבואו עדים שזינתה בג' לא קטלינן לה מחמת זה אבל מ"מ אם באנו לדון בהכשר הגט יש לחוש שמא באמת לא כן הוא רק שהיה בכ"א והסופר רצה להקדימו על כ' וא"ל דמה פעל בהקדמה זו כיון שכתב ברביעי בשבת זה היה לפי שטעה וסבור שהיום יום ה' וא"כ הוה מוקדם גמור שלפי מה שאנו דנין מתוך השטר נאמר שהיה ביום ג' כ' לחודש ובאמת היה בד' כ"א ואף על גב דבעלמא ל"ח שמא הקדים מ"מ הכא כיון דאתיליד ריעותא שיש סתירה מיניה ובי' חיישינן וחיישינן שמא סבור שהוא יום ה' ורצה להקדים ומ"ש הב"ח על דברי רש"ל שאין דבריו נראין אף על גב דרש"ל כתב לפרש דר"ל שלא תאמר שמא יהיה מוקדם שנכתב בד' ויטעו העולם שנכתב בג' וטעה בימי השבוע ויהיה מוקדם בטעות ע"כ אמר שלא יטעו בזה עכ"ל וגם להב"ח צ"ל כן שאם נבא לדון עליה כשזינתה בג' נפרש כן בגט שבגט נתגרשה אך לדברי רש"ל צ"ל דמ"ש הרא"ש דבימי השבוע לא טעו אינשי לא קאי על הסופר דהא אין החשש שהסופר טעה בימי שבוע דאדרבה צריכין אנו לומר דהסופר לא טעה רק בימי החודש והאמת הוא שנכתב בד' שהוא ך"א רק שהעולם יתלו בטעות של ימי השבוע וע"ז כתב דכיון דבימי השבוע לא טעו לא יטעו האנשים למתלי בהכי ובאמת שהוא דחוק לפרש דקאי על אנשים הטועים וגם דבהך ס"ד דהרא"ש דבימי השבוע שפיר מצי לטעות א"כ מאין הרגלים לחוש שהמעשה היה בך"א וטעה בעיבורא דירחא כיון שהוא בתר רובא של חודש וא"כ כמו שתולין האנשים שהטעות הי' בימי השבוע כמו כן י"ל שהיא האמת ולמה ניחוש חששא שאינו מצוי וממ"נ בין אם נאמר דבימי השבוע עבידי דטעו בין אם לא עבידי דטעו הגט כשר ואפשר לומר דבאמת השליח שהביא הגט

לאשה הוא בירור הדברים שהגט נכתב ברביעי בשבת ך"א רק שהרא"ש הוצרך לברר הענין מתוך משמעות לשון הגט (ובהכי א"ש נמי מה שהקשיתי לעיל בדף ה' איברא שעדיין צ"ע בסופו שהרי הגט הובא ממרחקים כו' ולפמ"ש י"ל דאעפ"כ הוברר הדבר על ידי השליח) שכן הוא אמתת הדברים כאשר אמר השליח בע"פ ועיין פרישה שפי' אליבא דרש"ל דבימי שבוע לא טעו אינשי היינו שהב"ד לא ישמעו לטענתם להוציא מהלקוחות באמרה שלא היה טעות בימי החודש אחר רובו כ"א בימי שבוע כיון דגם בימי שבוע לא שכיח שטעו לא ישמעו לה הב"ד ולדבריו גם למסקנת הרא"ש לא מכרעא הך סבר' שבוע לא טעו הך סברא דאחר רובו של חודש לא טעו אלא דשקולים הם ומ"מ אין יכולין להוציא מלקוחות והט"ז מפרש דקאי אחשש זנות ולדבריו צ"ל דלמסקנת הרא"ש הך סברא דבימי השבוע לא טעו מכרעא סברא דאחר רובו של חודש ואם זינתה בג' תהרג ע"ש וכ"כ בג"פ בשם מהראנ"ח כדברי רש"ל ומהר"א ששון מוסיף והם כדברי הט"ז ונדחק במה שסיים הרא"ש ואין כאן הקדמה כלל ע"ש ולכן הב"ח כדי לצאת מידי דוחקים אלו פירש שהחשש בט"ס בימי השבוע ורצה להקדים וגם עלתה בידו שאף על פי שלפי מה שרצה להקדים טעה במ"ש בד' והיה צריך לכתוב בג' מ"מ מחשבתן מתקיי' שהרי אנו מפרשין שהיה ט"ס בימי השבוע והיה צריך לכתוב בג' וטעה וכתב בד' וא"כ הרי יש כאן הקדמה גמורה מחמת הסופר שודאי לא טעה אחר רוב החודש וידע שעומד בך"א והקדים ליום ך' ואנן ניזל בתר מנין ימי החודש שכתב והוא מוקדם גמור ע"ז כתב דבימי שבוע לא עביד דטעו ואם היה הסופר רוצה להקדים היה כותב יום ג' דלא תלינן שהיה עומד בד' בשבוע וסבור שהוא ב' בשבוע וא"ש בפשיטות מ"ש הרא"ש ואין כאן הקדמה כלל וכשר כנלענ"ד בדברי הב"ח:

ועכ"פ למדנו מדברי הב"ח שלולי שהמציא הרא"ש הך סברא דבימי שבוע לא טעו אינשי היינו חוששין שמא רצה הסופר להקדים וגם טעה בימי השבוע ואף על גב שי"ל בפשיטות שהסופר דילג תיבת ואחד או שטעה בקביע' דירחא אף אחר רובו מ"מ כיון שיש סתירה בגט חיישי' למלתא ובאמת זה מוכרח בש"ס בשטר שזמנו בשבת כו' שתולין במאוחר אבל היכא שכתב בזמנו כתבנוהו השטר פסול ועדים פסולין ומזה מדייק הריב"ש סימן שפ"ה דלא תלינן בדילוג כה"ג דא"כ נימא מוקדם הוא והיה ראוי לכתוב בי"א או כתב ושכחו וחסרו כו' ע"ש בריב"ש שיש שם ט"ז בדבריו ומזה נקח ראיה לנ"ד דאף על פי שי"ל שהבי"ת נכתב בשבוש במקום וא"ו מ"מ כיון שיש סתירה לפנינו למיחש מבעי שמא הסופר כתב ברביעי בשבת בג' שמנה ליום ראשון של ר"ח ורצה לאחרו על יום כתב וק"ו הדברים דהא במוקדם שהוא פסול והעדים פסולין חיישינן

מחמת הריעותא הנמצא בגט ומכ"ש במאוחר שדעת רוב הפוסקים להכשיר שיש מקום לפרש כן בגט ממילא אין כאן הוכחה מתוך הגט שהבי"ת נכתב בשיבוש ואם זינתה בכ"ב לא קטלינן לה לפי שנפרש בגט שהיה כתיבתו ביום ג' לירח ועשאוה מאוחר עד כ' ועכ"פ מיום כ' ואילך מגורשת גמורה היא ולא קטלינן לה וכיון דהאמת הוא שנכתב בכ"ג הו"ל מוקדם ואפילו תימא שנתפוס הדבר בספק עכ"פ אין הזמן מבורר ולא קטלינן ובכה"ג ג"כ פסול כמ"ש מדברי הט"ז ומהר"א ששון בפירוש דברי הרא"ש:

והנה במ"ש שי"ל שמנה ליום הראשון של חודש יש פ"פ לבע"ד לחלוק דנהי שכן דעת הרשב"א והר"ן ועוד כמה פוסקים מ"מ כיון שפשוט המנהג למנות מיום ב' לחודש שמא נטעה לומר שסופר הכותב טופסי גיטין עשה שלא כמנהג והרי זה כעין שכתב מהרש"ל בפי' דברי הרא"ש שאין לחוש שהעולם יטעו לפרש שהסופר טעה בימי החודש כיון דבימי החודש לא טעו אבל באמת ז"א דהתם הכי קאמרינן כיון דע"כ טעה או בימי החודש או בימי השבוע יש לתלות טפי שטעה בעיבור חודש או אם שקולים הם לדברי הפרישה כמש"ל משא"כ בזה דע"כ אם לא נתלה שמנה ליום ראשון נצטרך לומר שכתב בשבוש וגם זה לא שכיח שהסופר והעדים המדקדקים אחריו יכתבו בשבוש ויתלו לומר דסופר דווקני' כתבה ומנה ליום ראשון או כסבור שלא היה ר"ח רק יום א' דהיינו יום ב' בלבד ושוב רצה לאחרו והרי זה כעין חשש הרא"ש לפי' הב"ח ועדיף מיניה כמש"ל וא"ל דגם זה רחוק שיהיה סבור שר"ח היה יום א' לבד דז"א שהרי כתב המרדכי בריש ר"ה על שטר שכתב בו בד' בשבת כ"ב לתשרי כו' ואם מפני שיש כאן ב' ימים איכא למימר כי בב' עבורים טעה ובג"פ כתב דגם דעת הרא"ש כן הוא כיון דס' דכה"ג דודאי טעה תלינן אף בתר רובו של חודש וה"ה אם הטעות בב' ימים אמרינן דטעה בב' עבורים ע"ש וא"כ גם בנ"ד פשיטא שי"ל שטעה וסבור שרביעי בשבת הוא ג' לחודש אלא שמ"מ נמלך לאחרו שיהיה התחלתו מיום כ' לחודש שבט וא"ל דודאי אין לתלות שרצה לאחרו כיון דלדעת הרמב"ם בגיטין מאוחרין נמי פסולין שהרי הב"ח פירש בדעת הרא"ש דאפילו שרצה להקדים חיישינן אף על גב שפסול לכ"ע:

ומצאתי בנחלת שבעה דף ז' ע"ב שכתב דבימי החודש לא יכתוב בבי"ת כי פתיחת הב' מורה על הידוע ואין נופל בלשון בי"ת ידועה בזה אח"ז כו' דלשון בו' ימים משמע שהוא תוך ששה ימים לחודש ואת"ל דליכא למיטעי שכבר אמר בששי בשבת וכמ"ש הרא"ש כו' דע"כ טעה א' וא"כ כ"ש הכא דליכא למיטעי שכבר אמר בד' בשבת מ"מ הייתי אומר שהתחיל הענין שלא נגמר עד בששה ימים לחודש כו' עכ"ל א"כ בנ"ד נוכל לפרש

בפשיטות בג' ימים שבתוך העשרים באיזה ג' שיהיה ומכ"ש שי"ל כמ"ש שהתחיל הענין בג' ונמשך הענין ולא נגמר עד העשרים והוא כמש"ל ושמחתי:

וכ"ז לדעת הרא"ש דס"ל דכל שהטעות מוכח מתוך הגט יש להכשיר הוצרכנו לברר דאף לדידיה אפס מקום להכשיר אבל באמת כמה פוסקים חולקים על הרא"ש בזה ולכן הבי' רמ"א בסימן קכ"ו דעת הפוסלין והנה דעת הפוסלין הוא הריב"ש סימן קי"ז שכתב בגט שנכתב בו ג' בשבת י"ז אב והיה יום ג' י"ט אב וכתב הריב"ש דודאי מוקדם הוא ופסול כו' שעקר הזמן שכותבין בגט ושתקנו חכמים הוא ימי החודש שהוא מונה אם לזמן המלך או לבריאות העולם כמנהג שאנו מונין אבל באיזה יום מן השבת לא מעלה ולא מוריד ואפילו לא היה כתוב כלל לא היינו חוששין לו ואין זמן כתוב בתורה שיהיה לימי השבת כדאמרינן במסכת ר"ה חדא דשני בשבת לא אשכחן כו' עכ"ל:

ונלע"ד בכוונת דבריו בזה שבא לומר דלא תימא כיון דיום השבוע הוא מכוון אנו הולכין אחריו לזה אמר שז"א דעיקר הזמן ותקנת חכמים הוא על ימי החודש ואחריו אנו הולכין לענין זנות ופירות ואף שאנו מוצאין סתירה לזמן החודש מזמן השבוע אין זה מועיל כיון שזמן זה של השבת לא מעלה ולא מוריד אין לבנות עליו בנין לומר שנפל שגיאה בימי החודש ומכ"ש לפי מ"ש הפוסקים דכל דבר שא"צ לכותבו אם שינה בו לא עיכב פשיטא שאין ללמוד ממנו לשבש זמן הכתוב בשטר על ימי החודש שהוא העיקר ומדקדקין בו ביותר ולפי"ז פשוט דגם בנ"ד כיון שאין לנו ללמוד מן הכתוב ברביעי בשבת ודל הך מהכא רק שבאנו לדקדק בשני פרטים הכתובים על ימי החודש בין שתתפוס פרטא קמא לחוד בין פרטא בתרא לחוד הגט מוקדם ופסול והנה בג"פ רצה מתחלה להשוות דעת הרא"ש והריב"ש משום דבהך דהריב"ש הטעות בשני ימים ולא אמרינן דטעי בעבורא דירחא ושוב חזר בו וכתב דהרא"ש אף בשני ימים מכשיר וכמו דמכשיר בטעות אחר רוב החודש ולענ"ד מדברי הריב"ש מבואר דס"ל שאין להוכיח מזמן ימי השבת כלום וכמ"ש והרא"ש לא ס"ל הכי ולהריב"ש אף בהקדמת יום אחד פסול כיון שהוא אחר רובו של חודש ומזמן ימי השבת ליכא להוכיח מידי ועיין בריב"ש סימן שפ"ה שכתב ועוד דאפילו בחד שפורא דוקא עד רובא של חודש כו' וסוף דבר שעדות זו שהיבמה נחלצה פסול ואין להוציאה מחזקתה לעשות מעשה להתיר' לפי שאנו מדמין שזה נעשה בטעות ובשכחה וע"ש מה שחילק בין ההיא שכתב הר"י דאי שבק לכללא ונקט פרטא כו' וקצרתי:

והנה במרדכי ריש ר"ה כתב מעשה בשטר שהיה כתוב בו בד' בשבת ך"ב לתשרי והכשירו ר"א בר שמשון דאיכא למימר שטעה בשני עבורים ור"ת פסל אותו שטר

ובתה"ד בכתבים סימן י"ב כתב בשם א"ז שר"ת ועוד שני גאונים עמו פסלו שטר שנכתב בו בך"ב והיה בך"ד כההיא דתשובת אשר"י כו' ע"ש והנה הב"י בח"מ הביא דעת המכשיר ורמ"א לא הגיה עליו כלום והש"ך שם כתב דאולי דוקא בגיטין נראה לו לרב להחמיר או שאני הכא בחודש תשרי ך"ב בו דהוא שמיני עצרת דע"כ השטר מאוחר ונראה טעמם דבתרי יומי לא אמרינן דטעו או בתר רובא דירחא לא אמרינן דטעו עכ"ל והנה דעת הרמ"א שכתב באה"ע דעת היש פוסלין מבואר דלאו מטעמא דבתרי יומי לא אמרינן דטעו שהרי כתב כן על עובדא דהרא"ש שאין הטעות רק ביום אחד וגם כי דבריו הם עפ"י הריב"ש כמבואר בד"מ שם והריב"ש לאו מהני טעמי אתי עלה אלא מטעמא דכתיבנא ואפילו אם היה קודם רובו של חודש היה פוסל כיון שאין הוכחה רק מימי השבוע שאינם עיקר הזמן ומ"מ מבואר שאף המכשיר בעובדא דהמרדכי לא הכשיר אלא משום שתולין שטעה בשני עיבורין דירחא וגם אחר רובו של חודש וניחא ליה הנך טעמי טפי מלומר שטעה במכתב ורצה לכתוב ך"ד וכתב ך"ב שהוא טעות קל ומוכחא מלתא טובא ואפילו תימא שהיה כתוב מפורש בשטר בארבעה ועשרים מ"מ מה"ת לא נאמר שטעו' נזדקר בקולמסו וכתב בשיבוש וכוונתו היה לכתוב בשנים אלא ודאי שאין תולין בזה כלל להכשיר אף בשטרות ואין לנו אלא לדרוש משמעות לשון השטר כמו שהוא לפנינו ולא לתלות בטעות הכתיבה:

ומצאתי עובדא זו של המרדכי דר"ה הובאה בראב"ן סי' מ"ח וז"ל שאילה זו נשאלה אלי מקלוניא מאת קרובי ר"א בר שמשון כו' וטעם המכשיר שם דאמרינן דטעה וסבר שיום ד' שאחר י"ט הוא כ"ב והראב"ן שם חולק דכיון שדבר גלוי שיום ד' כ"ד וחול ויום כ"ב הוא יו"ט ובדבר גלוי לא אמרינן דטעי וחכמי ריגנשבורג השיבו שנוכל לקיים המתנה בלא טעות שקר דאמרינן אילו הוו סהדי קמן דלמא הוי אמרי בד' בשבת שהוא ד' באלול הוה מעשה ותנאי היה שלא תחול המתנה עד כ"ב תשרי ולהכי כתבו כ"ב תשרי והראב"ן השיב ע"ז דדלמא אי הוו סהדי קמן הוו אמרי טעינן כו' והטועה שקרן הוא כו' ומה שאמרת שדבר התלוי בראות עינינו אין לתלות בטעות אלא בשקר (ר"ל שר"א השיב לו על מ"ש ראיה מא' אומר בה' כו' שבה' חמה במזרח דבדבר גלוי לא תלינן בטעות) אבל דבר התלוי בחשבון תלינן בטעות ולא בשקר אדרבא איפכא מסתברא דזימנין דאדם טועה בראיית עינים כו' ואפ"ה קתני שהטועה שקרן כו' ומקצת רבותינו שבצרפת דמכשרי מטעם דאיכ' למימר תנאה הוי ואיכ' למימר טעו' הוה ואוקי ממונא בחזק' מרי' כו' ר"ל ששם היה ש"מ על חוב והמכשירין השטר מתנה היו מחייבין את הלוה אע"פ שהיה לו שער מחילה לפי ששטר המתנה היה קודם ע"ש הרי מבואר שבין

המכשירין ובין הפוסלין לא אחד הם שעלה על לבו לתלות בטעות ושבוש הסופר אף בשטרות שאין מדקדקין בכתיבתם כ"כ ומכ"ש בשטר מתנה שלכאורה לא היה לסופר לתת לב כ"כ לחוש לדקדוק הזמן ואפ"ה חפשו טעמים אחרים להכשיר אף שהם דחוקים הרבה ולא נתנו מקום לטעם זה שנכתב שלא בכוונה ונשתבש (עיין ראב"ן דגם שם איתא בד' בשבת כ"ב לחודש שנת תתצ"ג ומשמע שכן היה נוסח השטר לא בכתיבה תמה רק בגימטריאות ור"ת ואפ"ה לא שתו לב לתלות בט"ס) וגם מבואר כי טעם המכשירין שם בנ"ד נהפך לרועץ ולפסול בשטר דלפי דברי המכשירין שם שתולין לומר שנכתב בד' בשבת בחוד' הקודם ותנאי היה עד כ"ב תשרי א"כ הגע עצמך אם היה בא גט כזה שבנ"ד ממרחקים היינו דנין בו להכשיר שנכתב בד' בשבת בשלשה לחוד' ומנה ליום ראשון של ר"ח או שנכתב בחוד' אב שלפניו שהיה הקביעות דר"ח ביום ב' וד' בשבת הוא ג' בחוד' (וא"ל דלא תלינן על שנה שלפניו ז"א דהא בעובדא דהראב"ן נמי כתבו חכמי ריגנשבורג לתלות על אלול שנה שלפניו ובאמת מ"ש דהוי אמרי סהדי בד' בשבת שהוא ד' אלול כו' ומי סני להו למימר בד' בשבת שהוא ג' תשרי או י"ז תשרי שהוא גם כן ד' בשבת ותנאי היה שלא תחול עד כ"ב תשרי ונראה דסבירא ליה דאי הוי מפרשינן הכי א"כ אין כאן רמז למספר ימי החודש כלל משא"כ אי מפרשינן ליה אד' אלול הך בארבעה בשבת קאי גם על החודש שעומד בו בשעת כתיבה שהוא ד' בו ולפ"ז בנ"ד שכתוב בד' בשבת בשלשה יש לפרש בפשיטות טפי דהך בשלשה היינו בחוד' שעומד בו ותנאי היה שלא יחול עד עשרים בחוד' טבת כמבואר למעיין וא"כ אין לך מוקדם יותר מזה) ותנאי היה שלא יחול עד עשרים בחודש טבת וכיון שאנחנו יודעין שגט זה נכתב בכ"ג טבת והמכוון מהלשון הוא שנכתב קודם ה"ז מוקדם ופסול וגם לפמ"ש הראב"ן מקצת רבותינו שבצרפת דמכשרי מטעם דאיכא למימר תנאה הוי ואיכא למימר טעות ומספיקא כו' מבואר ג"כ דבגט לא הוי מכשרי כה"ג:

וראיתי באו"ת סי' מ"ג שהאריך קצת ובסוף דבריו כתב שלולי דברי הרמ"א שהריב"ש חולק על הרא"ש י"ל דל"פ דלהרא"ש י"ל דאף דליכא למיתלי בטעות חזרה הוא ואיזה דנכתב באחרונה הוא האמת ומה פסול יש בזה כו' ובעובד' דהריב"ש שהיה ידוע שנכתב בי"ט וכיון שנכתב ימי החודש בי"ז אב אחר ימי השבוע נדון אותו בחזרה וזה שקר ופסול וסיים וצ"ע כי נראה בגט הבא ולא נודע באמת באיזה יום נעשה אמרינן חזרה הוא עכ"ל ולפי דבריו בעובדא דנ"ד ודאי יש לפסול שהרי יש לדון אותו לחזרה אך מדברי הרא"ש נראה דלא ס"ל למיתלי בחזרה לפי שאין דרך הבריות לחזור תכ"ד כמש"ל מדברי הסמ"ע ואף שכתבתי לעיל דהש"ך פליג עליה וכן הסכים האו"ת היינו שאין לנו לקיים שניהם

בפירו' דוחק אלא תלינן דחד מינייהו טעות ושקר ולכך הוצרך הרא"ש לומר דתלינן בעיבורא דירחא ומ"מ היכא דא"א לפרש ולתלות בטעות דרגילי למטעי כגון בעיבורא דירחא וכיוצא יש לפסול כיון שאין כאן זמן מבורר ואין ידוע איזה מהם שנפל בו הטעות והשקר ולכך כתב הרא"ש כיון דבימי שבוע לא שכיח דטעו מסתבר טפי שהטעות בימי החודש אף שהוא לאחר רובו של חודש ולהריב"ש בכל גוונא פסול כמ"ש שאין לנו להוכיח כלל מימי השבוע ועיין באו"ת שם שכתב טעם הריב"ש דלא מהני מוכח מתוכו להכשיר מוקדם בימי החודש דאולי ברוב ימים ושנים לא ירגישו הדיינים בהבדל שיש בין ימי החודש לימי השבוע וישכחו הקביעות ע"ש ובאמת הריב"ש לא מה"ט אתי עלה אלא מטעם שאין זמן השבוע עיקר וס"ל דטפי יש לתלות הטעות בזה ואנו תופסין הזמן של חודש ואין משגיחין בזמן השבוע כל עיקר ואם כן ממילא שכפי זמן החודש הוא מוקדם ומ"ש באו"ת שם דאין קושי' על המרדכי דהא אחר רובו של חודש וכן בתרי ירחא לא אמרינן דטעו דז"א דהא אמרינן שהוא מאוחר וכמה חדשים קודם לכן כתבו השטר וחשבו וטעו ובזה שפיר יכולין לטעות אף על אחר רובו של חודש וגם בתרי ירחי ע"ש שכ"כ גם כן הגאון בעל שבות יעקב ולענ"ד צ"ע דאם מטעם מאוחר אתי עלה לא היו צריכין לדחוק ליישב סתירת זמן השבוע והחודש דמה בכך שהם סותרים כיון דודאי השטר נכתב זמן רב קודם רק שיש ספק על איזה זמן אחרוהו אם על זמן השבוע שהוא בכ"ד או על זמן החודש שהוא כ"ב נפסל השטר ואפילו אם ת"ל דאף בכה"ג יש לחוש כיון דכוונת האחור היה על כ"ד ובשטר כתוב כ"ב לחודש וחוששין שמא ברוב הזמן ישכחו הקביעות ויגבה מכ"ב שלא כדין א"כ מה יושיענו זה שאנו תולין הטעות בעבירא דירחא ס"ס יש לחוש שאחרי שישכחו הקביעות לא ידעו שיש סתירה בשטר ויגבה מכ"ב שלא כדין א"כ מה קפידא דא יש בסתירת הזמנים הכתובים בשטר וגם כי סברת האו"ת בזה דכיון שכתבוהו קודם ואחרוהו על תשרי אין כאן גביה שלא כדין צ"ע דמה בכך דה"א מ"מ הלוה צוה לאחר הזמן עד ד' בשבת והוא כ"ד ובמה שטעו יגבה קודם ומה בכך שהכתיבה היתה קודם כיון שבאמת לא נשתעבד הלוה אלא משם ואילך אך לענ"ד מה שהקשה דמה בכך שטעו וכי בשביל שטעו אינו מוקדם הא לא פסלינן משום שעשו רשעות רק משום דאתי למגבי מזמן ראשון כו' לענ"ד לק"מ דהא אנן קי"ל דאם לא הקדימוהו בכונה השטר כשר עכ"פ לענין ב"ח ולענין זה מיירי הך עובדא שבמרדכי שעכ"פ אין השטר חספא לומר שהעדים חתמו שקר וכבר כתבתי שמבואר בראב"ן דהך עובדא הוה במתנה על חוב שהיה לו אצל איש אחר והלוה הוציא שטר מחילה שנכתבה בכ"ז חשוון וע"ז דנו שאין השטר כלום א"כ המחילה קיימת אבל אם יש מקום לשטר

מתנה לחול המחילה שהיתה אחריו בטלה ע"ש באורך ועכ"פ מבואר מדברי האו"ת דהמכשיר במרדכי בעובדא זו ס"ל כריב"ש דלא מהני מה שמוכח מתוך השטר שטעו שיש לחוש שמא במשך הזמן ישכחו הקביעות ומה דמכשיר היא משום שתולין שנכתב קודם אלא שאיחרוהו ואין גבי' שלא כדין או כמ"ש דעכ"פ כשר לגבות מבנ"ח עכ"פ בנ"ד פשיט' שיש פסול אף לדעת המכשיר שם כיון דכאן אם ישכח הקביעות של ימי השבת ואין לנו הוכחה מימי השבת א"כ בזמנים שבימי החודש לבד איזה מהם שנתפוס הוא מוקדם לענין ב"ח ולענין פירות ואף שעתה אנו רואין שנכתב בטעות או בשיבוש וא"כ אין פסול לעדות מ"מ הגט פסול ול"ד לשטר דעכ"פ כשר לגבות מב"ח כיון שהעדים לא נפסלו דתלינן בטעות או כמ"ש באו"ת דכיון שאיחרוהו אין כאן גבי' שלא כדין וסברא זו מבוארת בשו"ת הר"ן בסופו סי' ע"ז על ענין שטר חליצה המבואר בריב"ש סי' שפ"ב שהיה צריך לכתוב קל"ד וכתב ק"ד וכתב הר"ן דכיון שהעדים טעו בדבר המצוי לטעות אנו מאמינים שמה שכתוב בשטר הוא אמת וגבי מבנ"ח וכשר השטר חליצה אע"ג דבגט פסול כה"ג היינו משום דאע"ג דמאמין בכל הכתוב בו מ"מ כיון שאין עושין בו מעשה שטר וכיון שאינה מתגרשת אלא בו וזה אין עליו תורת שטר וגט נמצא שלא נתגרשה כלל אבל כאן החליצה היא המתרת וכיון שאנו מאמינים בה כדמוכחא ההיא דשטר' מוקדמין כשר לגבות מבנ"ח נמצאת אשה זו מותרת וע"ש שהקשה ע"ז מפרוזבל המאוחר דפסול ותירץ ע"ז דגם בפרוזבל הפרוזבל עצמו הוא שמפקיע ולא ישיבת ב"ד כו' ולפיכך פסול לפי שהשטר הוא שעושה מעשה ואין בו דין שטר אבל כאן החליצה היא המתרת וסיים בה ומ"מ אם הדבר יזדמן שיתוקן המעשה ב"ד קודם שתנשא הנה מה טוב ואם לאו אין ראוי לעגנה בשביל זה ע"כ דברי הר"ן הנעימים והנכוחים ומדבריו למדנו דבגט כה"ג פסול אף במקום עגון כיון שהגט הוא המתיר לא מהני אע"ג דודאי תלינן בטעות ומאמינין בכל הכתוב ומוכחא מלתא כי ההיא דהתם כמ"ש שם בענין השאלה דודאי מוכחא מלתא דשכחת סופר היה שדלג מנין הלמ"ד שהרי בודאי כל בני העיר יודעים שבעלה היה בחיים היום ז' שנה ואם כן איך נחלצה בשנת ק"ד אלא ודאי שכחת סופר היה וכ"ז לא מהני לענין גט ואע"פ שמהרא"י בכתבים סי' י"א כתב שיש לחלק בין נידון דידיה שדלג המאתים לנדון דהרא"ש משום דבנדון דהרא"ש הטעות מוכח מיניה וביה מוקמינן הטעות שטעה בעבור החודש אבל כל היכא שאין הוכחה מתוך הגט עצמו לא תלינן בט"ס ואי משום דידוע לנו מבחוץ דע"כ דילוג יש כאן נראה דל"ד למוכח מיניה וביה עכ"ד:

והנה מדברי הר"ן לא נראה כן דודאי בכל גוונא תלינן בט"ס אף בהוכחה מבחוץ ומ"מ לא מהני כיון שבמשך הזמן לא ידעו מזה שבעלה היה חי ויוכל לבא לידי קלקול וממילא נראה דאף היכא דאיכא הוכחה מיניה וביה בשביל זמן השבת לא מהני דודאי דבר ברור הוא שברבות הזמן לא יהיו זכורים הקביעות כלל ואין להקשות מהא דאמרינן שטר שזמנו בשבת כו' דאמרינן שהוא מאוחר וכשר אף לטריפת לקוחות אף לר"י שם דסבירא ליה מאוחר פסול כדאמרינן התם הכל מודים שאם הזקקנו לעדותן של עדים ונמצא מכוונת כו' והתם מיירי שלא נכתב בפירוש בשבת או ביו"ד בתשרי רק ע"פ קביעות השנים כן הוא כמבואר שם ברשב"ם ותוס' ולפ"ז אכתי ניחוש לה שמא במשך הזמן ישכחו הקביעות ולא ירגישו שהוא מאוחר ופסול לר' יוסי אם לא כתב איחרנוהו ולכאורה מוכח מזה דכיון שמוכח האיחור מתוך השטר עצמו ע"י הקביעות כשר ול"ח שמא ישכחו הקביעות וקשה על הריב"ש לפי מה שפי' באו"ת דטעמ' דהריב"ש משום שמא ישכחו הקביעות אבל באמת ז"א דהתם מבואר הטעם דלר"י בכל שטר מאוחר דפסול משום דסבירא ליה כותבין שובר ונפיק מיניה חורבא דזמנין דאמר אירכס שטרא כו' ע"ש וזה דוקא בשטר מאוחר דעלמא משא"כ בשטר שזמנו בשבת לא נפיק מיניה חורבא כלל שהרי הלוה יטעון שהוא מאוחר ויוכל לברר טענתו מתוך השטר שזמנו בשבת בכה"ג הב"ד רמי אנפשייהו ומדכרי שע"פ הקביעות הזמן בשבת ואין כאן חורבא כלל וא"ל דאכתי ניחוש ללקוחות דז"א דהא מלקוחות אינו יכול לטרוף רק מן הלקוחות שקנו אחר זמן השטר ואי משום שמא פרע הלוה ונתן לו שובר הא בלא"ה שובר אצל לקוחות ליכא וע"כ לומר דהא דכותבין שובר כדאמרינן בב"ב דף קס"ט דבשטר הלואה כיון דזוזי מסיק ביה מימר אמר פייסי' בע"ח בזוזי ולא שבקו ליה למטרף עד שילכו אצל הלוה לדעת אם פרעו והוא יש לו שובר וא"כ יתברר על ידי זה שהשטר מאוחר וידקדקו כן מתוך השטר שזמנו בשבת אבל בשטר מאוחר דעלמא שאין יכול להתברר מתוך השטר סבירא ליה לר"י דפסול וכ"ז בחשש מאוחר אליבא דר' יהודה ומשום שובר אבל באם הזמן שבחודש מוקדם לזמן השבוע אין מקום להכשיר על ידי הוכחה מזמן השבוע כיון דבמשך הזמן ישכחו הקביעות יסברו שבודאי נכתב כהלכתו ולא יעלו על לב לחשוב חשבונות מימים רבים ויש בזה חשש חיפוי ופירות ככל מוקדם דעלמא:

ולכאורה היה אפשר לומר דבנ"ד עדיף טפי מההיא דהריב"ש דכיון שיש כאן סתירה בזמן החודש שכתב בשלשה ועשרים ולפי שלא יוכלו לדעת איזה מהם עיקר יחשבו הקביעות לדעת איזה עיקר ועי"ז ירגישו שזמן אחד הוא והבית נכתב בשיבוש אבל באמת ז"א דכיון שלא ידעו מה נעשה בשטר למה להם לחשוב חשבונות רבים דמ"מ

סתירה יש כאן לפי הכתוב לפנינו והן אם הזמן של השבוע יהיה מסייע לפרטא קמא או לבתרא יש לתפוס האחרון עיקר ובי דינא בכדי לא טרחי ועוד שהרי אנו חוששין על לקוחות או זנות מן כ' ואילך ואם כן חשבונם בזה אך למותר שבין שזמן השבוע מכוון עם הג' או עם העשרים ס"ס מכ' ואילך מגורשת היא וזה לא יעלו על לב שזמן אחד הוא ונשבש ע"י הסופר שיעשו חשבון אחר ימי השבת מחמת זה ויפרשוהו לתנאי או חזרה ואם כן כיון שלא נתגרשה אלא בו וזה אין עליו תורת גט ושטר נמצא שלא נתגרשה כלל וכמ"ש הר"ן ומכ"ש לפי מ"ש בטעם הריב"ש שאין עושין הוכחה מימי השבוע כלל:

והנה מדברי הפוסקים מבואר דטעמא דעובדא דהמרדכי בריש ר"ה שהכשיר ר"א בר שמשון דמה שכתב בכ"ב והוא שמיני עצרת דן ביה שהוא מאוחר כדתניא שטר שזמנו כתוב בשבת כו' אמת שכן נראה מלשון המרדכי ולפ"ז צריך ישוב במה שטרח להעמיד זמן זה עם זמן ד' בשבת ואף שכתבתי לעיל ליישב דחייש שמא זמן ד' בשבת עיקר והלוה כיון לאחרו עד כ"ד ובשטר כתוב כ"ב וע"ז כתב דמ"מ אין העדים פסולים בשביל זה דהא י"ל דטעו וגם י"ל להיפך דר"א ב"ש בא לומר דבאמת תלינן שרצו לאחרו על כ"ב ומחמת שטעו סליק להו חושבנא על ד' בשבת וכן מצאתי בספר בני יעקב מ"מ למעיין בראב"ן ששם מבואר הענין באורך נראה שר"א ב"ש המכשיר לא בא לומר ששטר מאוחר הוא כמו הך דזמנו בשבת רק שמביא ראיה משם דכמו דהתם תלינן להכשיר כדאמרינן איחרוהו וכתבוהו ה"נ אמרינן דטעו והיו סבורין שהוא יום כ"ב בחודש וכן משמע שם אחר כך כל הפלפול שפלפל הראב"ן וכתב שלא היה להם לטעות בין חול ליום טוב משמע שלא תלו אותו במאוחר רק בטעות שהיה סבור שד' בשבת שהוא יום החול שכתבו כי הוא כ"ב לחודש ולפי זה באמת לא צריך לבא עליו מטעם מאוחר כלל ואף שיש לדחוק ולפרש בראב"ן גם כן שמה שנכתב בכ"ב והוא יו"ט הכשיר מטעם מאוחר ומה שיש סתירה בזמן השבוע והחודש תלה בטעות וע"ד שתלה בטעות פלפלו שמה אבל הוא דחוק מאוד למעיין שם ומה שבאמת לא תלו במאוחר י"ל כיון שהוצרך לתלות בטעות ממילא א"צ לתלות במאוחר ויותר נראה לפי המבואר היה הנדון ההוא בשטר מתנה ובשטר מתנה המאוחרין פסולין כמו בשטר מכר כמ"ש הש"ך סי' מ"ג ס"ק כ"ח והאו"ת הסכים עמו ע"ש וכן מבואר מדברי הרשב"א חלק ג' סי' ח' בעובדא דשטר מתנה שכתוב בו שנת נ"ז שכתב שם דבמתנה המאוחר פסול כמו בשטר מכר ע"כ ואם כן א"ש בפשיטות שאין מקום לתלות במאוחר רק בטעות אך מדברי המרדכי משמע דהר"א בר שמשון שתלה במאוחר וגם קצת דברים שהביא הראב"ן בשמו אינם בסגנון א' עם מ"ש המרדכי בשמו ולפי דלא נ"מ מזה לדינא קצרתי ועיין באו"ת שם ס"ק

ח' ודילג בשבת כו' ולא ידעתי צורך לכל הדין כו' והרא"ש דכתב זה בתשו' שם כתוב היה בכ"א ונכתב ברביעי ופלפל הרא"ש אם נימא דהוה מוקדם כו' ובמחכ"ת מבואר למעיין בדברי הרא"ש דמעיקרא לא מיירי משום דין מוקדם לומר דאם לא קאי ברביעי על ימי השבת כשר כמ"ש האו"ת רק אדרבה מחמת הדילוג היה מקום לפסול וכתב שאין לפסול מחמת זה והביא מדברי ר"י בענין דילוג לבריאות עולם ואח"ז כתב בדין מוקדם שנסתפק מחמת דילוג תיבת בשבת לאו משום קפידא דלא הזכיר ימי שבת רק דלא נימא דקאי על ימי חודש וע"ז כתב כיון דכתב בתריה כ' ימים לחודש בלא צירוף וא"ו מכלל דברביעי לאו אחודש קאי וכבר בארתי בזה באריכות בתחלת קונטרס זה והנה בדברי הר"ן בתשוב' שהקשה מפרוזבל המאוחר לכאורה צ"ע דכיון דפרוזבל המאוחר פסול אם העדים פסולים ושוב אין מאמינים לו גוף הענין שעשה פרוזבול וצ"ל דודאי אם היה מתברר לנו שיום שחתמו העדים בכוונה איחרוהו על הזמן הכתוב בפרוזבל או שהמלוה מודה שפיר יש לפסול מה"ט אבל מדקתני סתמא פרוזבל המאוחר פסול משמע דפסול אף בכה"ג שיש לתלות שאחרוהו בטעות ולא נפסלו העדים דומיא דרישא דשט"ח המוקדמין וכמ"ש הר"ן שם קודם לזה ושפיר קשיא ליה דלמה מאוחר פסול כיון שנאמין מ"ש בו ולכן תירץ דהעיקר שמפקיע הממון הוא שטר הפרוזבל כו' ועיין בתוי"ט פרק יו"ד דשביעית ובאו"ת סי' ס"ז שם בדברי הירושלמי בזה באו בארוכה בדברי הרשב"א בתשו' ח"ג בתשו' רבינו שמשון בר' יצחק ע"ש סי' ומ"ש לבסוף אמנם יש לעיין כו' גוף הדבר אמת אם כן בשלמא להרמב"ם דבעינן פרוזבל בכתב כו' וכתב כן מדעתיה דנפשיה והם הם דברי הר"ן בתשובה זו והר"ן שם באמת על המשנה קאי ומשמע מדבריו להדיא דאי הוי סגי באמירה הוי מהני אך זה דוקא היכא שיש לתלות האיחור שבא ע"י טעות וכמ"ש ולכן סתם רמ"א כדברי המחבר דמאוחר פסול כיון שיש לפרש דמיירי כשאין לתלות בטעות ובכה"ג פסול אף אם נאמר דבאמירה סגי וקצרתי:
וחוזרני למ"ש לעיל שכל הפוסקים מודים בגט לפסול ואף המכשירין בעובדא דהמרדכי ומטעמא דכתיבנא לעיל דהתם שפיר דעתם להכשיר דאע"ג דאף שנתלה בטעות מ"מ הוי מוקדם וכמ"ש הריב"ש מ"מ הרי השטר כשר מצד עצמו דהא כשר לגבות מב"ח ולא מיירי התם לענין להכשירו לטרוף בו משועבדים אלא דינו ככל שטר מוקדם שהקדימוהו בטעות ולא אתי אלא לאפוקי מדעת הראב"ן דס"ל דגווני דהתם לא תלינן בטעות כלל אלא אמרינן שחתמו שקר והמכשירין ס"ל דשפיר תלינן שהיה ע"י טעות ואם כן בגט שאף שנאמין שנכתב בטעות מ"מ כיון שיכול לבא לידי מוקדם הוא פסול ואין לו דין גט שתתגרש בו וכמש"ל בשם הר"ן רק הרא"ש סובר דכל שהטעות מוכח

מיניה וביה אף שההוכחה מזמן השבוע כשר דהא אין כאן חשש מוקדם כלל כיון ששוברו בצידו ולא ס"ל כהריב"ש שאין ללמוד מימי השבוע או דשמא במשך הזמן ישכח הקביעות ומעתה אין אנו צריכין למה שנדחקו הש"ך והב"ש בדברי הרמ"א שבאה"ע הביא דעת החולקים ופוסלין ובח"מ לא הזכיר שיש חולקין על עובדא דהמרדכי וכתבו דמשום חומרא דעריות נ"ל להרב להחמיר בגיטין (ומ"ש הש"ך דשאני הכא שנכתב כ"ב שהוא יו"ט וע"כ מאוחר הוא המעיין בראב"ן יראה דס"ל דבכה"ג יש להחמיר טפי דליכא למתלי בטעות ומ"ש שהוא מאוחר כבר כתבתי דבמתנה מיירי דמאוחר פסול ולפי מ"ש א"צ לזה דבשטרות כה"ג כשר כיון דאמתת הענין הוא וסגי בהכי כיון שע"כ טעות היה משא"כ בגט שפיר כתב דעת החולקים על הרא"ש דאף שהטעות מוכח לא מהני וכמ"ש כן נלענ"ד בכוונת רמ"א:

ואמנם מ"ש בדעת המכשירין שטעמם דמ"מ הוי שטר כמו שטר מוקדם בטעות דגבי מבנ"ח לכאורה צ"ע אחרי שזכינו לשיחתו של רבינו הראב"ן דמבואר שם באורך דמעשה כי הוה בשטר מתנה שנתן אחד לבתו על חוב שיש לו אצל פלוני ואם כן גם שם אם נאמר שהשטר בטל ואין כאן רק אמת הדברים בע"פ במה קנתה החוב דהא בדברים לא קנתה אך באמת בלא"ה שם היה חוב בע"פ וצריך קנין אגב קרקע וכן מצאתי שם בטופס השטר שהועתק שם כתוב ונתתי לבתי פ' ארבע אמות קרקע בחצרי במתנה ואגבן נתתי לה כל החוב כו' ואם כן אין הקנין בשטר רק דרך הודאה שהקנה לה החוב אג"ק ובכה"ג שהקנין חוץ לשטר רק מאמת הדבר שפיר מהני השטר שהוקדם ע"י טעות:

אך צ"ע שהראב"ן ססי' ע"ט כתב וז"ל והא דנהגו לכתוב ונתתי לו ד"א קרקע בחצירי כו' ומ"ש היכא מצו עדים למחתם הא לא חזו בנתינת הקרקע ואף לא יהיב קרקע קדמיהון כל דמקני אדעתא דרבנן מקני לכתוב ולחתום ככל דתקינו רבנן וכיון דתקינו רבנן ונתתי לו ד"א קרקע כמ"ד הריני נותן בפניכם דמי הלכך לא מחזי כשיקרא עכ"ל ואם כן משמע דאם כתוב בהאי לישנא גם קנין ד"א קרקע הוא ע"י שטר זה ולפני עדים אלו ואינו לשון הודאה ועיין בח"מ סי' רמ"ה ואם כן עדיפא ה"ל להראב"ן למיפרך לפי שיטתו שעיקר הקנין ע"י שטר זה אפילו תימא שהוא מוקדם מ"מ השטר פסול מדין שטר ואמתת הדבר לא מהני כיון שע"י שטר זה נגמר הקנין והוי כמו גט שבו נגמרו הגירושין ולא מהני הקדמה בטעות ולכאורה צ"ל דס"ל דאי משום האי טעמא י"ל שהשטר בעצמו כשר שהרי מוכח מיניה וביה כסברת הרא"ש אלא דלפי"ז קשה מ"ש באו"ת מה לו למרדכי להכניס עצמו בטעות איך ומה באיזה אופן טעו כיון דליכא חשש שיגבה מזמן ראשון דהא מוכח מתוך השטר הטעות ואיך יגבה מהלקוחות כו' ומכ"ש דקשה על הראב"ן

דמצווח עלה בי מדרשא דכה"ג שהוא גלוי לכל אין זה טעות כי אם שקר וזיוף ולמה נפסול בשביל זה דמה"ת נאמר שרצו לשקר ולהקדים כיון שכתבו בעצמם שוברו בצידו ומה להם לשקר בזה ואף לא פעלו עולה שיהיה ניכר לעין כל שהזמן העיקרי הוא בכ"ד שהוא הרביעי בשבת ועכ"פ נאמר שהממע"ה ולמה נפסול העדים והשטר וע"כ כמ"ש האו"ת דס"ל כהריב"ש דחיישינן שמא במשך הזמן ישכח הקביעות ומ"מ אין כאן גבייה שלא כדין כיון דתלינן שהוא מאוחר אין כאן גבי' שלא כדין והראב"ן ס"ל דלא תלינן בטעות ואיחור רק בשקר וזיוף ואם כן ממילא יש לחוש דבמשך הזמן יהיה גבייה שלא כדין אך כבר כתבתי דאין לתלות במאוחר במתנה וגם כי אם נתלה במאוחר גם כן שייך חשש גבייה שלא כדין וכמש"ל ולכן צ"ל כמ"ש דכיון שהוא מוקדם בטעות אע"פ שנפסל מתורת שטר מאמינין מ"ש בו ואע"ג דהתם הקנין ע"י השטר אפשר לומר שהיה כתוב בשטר דרך הודאה ואפשר דגם הראב"ן שכתב כמ"ד הריני נותן בפניכם דמי ר"ל כמ"ד אני מודה בפניכם שנתתי וכדעת רוב הפוסקים דס"ל דנתתי הוא לשון הודאה ואמרינן שהקנה באופן המועיל כמבואר בח"מ סי' סמ"ך סעיף וא"ו וע"ש בש"ך ס"ק כ"ט:

אך ממ"ש ראב"ן בסוף דבריו דלא הוציא השטר מתנה מתחת ידו בתת לבתו כו' וכל זמן שלא הגיע לידה לא נכתב במתנתו ואם איתא שהקנין של המתנה בדרך הודאה אם כן אף שלא הגיע שטר זה לידה מהני כיון שהודה שנתן באופן המועיל וי"ל וקצרתי לפי שלענ"ד מל' הראב"ן נראה שסובר דאע"ג דלא מצי למיתי לידו פסידא מחמת השטר כיון שמוכח מתוכו מ"מ פסול הוא משום שלא כיוונו העדים עדותן וחתמו בשטר שא"א לתלות בטעות כיון שהוא גלוי רק שקר הוא וכדמייתי שם אמר ר' אבא הכל מודים שאם הזקקנו לעדותן של עדים ונמצאת מזוייפת שהוא פסול ואין לך זיוף גדול מזה שהם אומרים (ר"ל דאי הוו סהדי קמן מצו אמרו כך ע"ש) שמנו ב' ימים של ר"ה כו' ע"ש ומבואר דסבירא ליה דכל כה"ג אע"פ שאין יכול לבוא מזיוף ושקר זה קלקול וטעות פסול ודלא כמ"ש הרא"ש דהא דאמר ר"א מודה ר"א במזויף מתוכו היינו דוקא כשיכול לבוא לידי קלקול וטעות ע"ש ולכן מה שכתב המרדכי בשם ר"ת והתה"ד כתב בשם הא"ז כי ר"ת ושני גאונים עמו פסלו וא"ל דמה"ט הוא דסבירא ליה דאע"ג דטעות מוכח מתוכו פסול או דסבירא ליה כמ"ש והיא שיטת הריב"ש דיש לחוש שבמשך זמן ישכחו הקביעות ואף שמ"מ ע"י טעות העדים הוא ולא נפסלו מ"מ השטר אין לו דין שטר ובמתנה זו שהקנין נגמר ע"י השטר הקנין בטל כמו בגט וכמ"ש ואיך שיהיה בנ"ד רבים המה הפוסלים בכה"ג ואף המכשירין בשטר כבר ביררתי שהם מודים בגט וכסברת הר"ן שפתים יושק ונראה שאף הריב"ש מודה בזה ומה שדעתו בסי' שפ"ב

לפסול השטר החליצה שכתב בו ק"ד היינו משום דמשמע ליה דלא תלינן בט"ס ודלוג העדים וכדמייתי מההיא דשטר שזמנו כתוב בשבת כו' ובסי' רס"ד נראה דלא ברירה ליה כולי האי ואין ולאו ורפי' בידיה שכתב שם וז"ל ונראה מבואר שהוא מוקדם שהרי לפי הזמן כו' ואף אם נאמר דט"ס הי' שהיה לו לכתוב קמ"ז וחסר מלת ארבעים עדיין שטר זה פסול לגבות בו ממשעבדי אלא שאין העדים פסולין וגובין בו מבנ"ח ונראה שתשובה זו כתב אחרי שראה דברי הר"ן רבו שהשיב לחכם א' בענין החליצה שתולין בטעות העדים אלא דמחלק בין גט לחליצה וא"כ בשטר הלואה שפיר יש לתלות בט"ס כמו בחליצה ולכן יפה תמה האו"ת על הד"מ וסמ"ע שהביאו דברי הריב"ש סי' שפ"ב דאין נאמנים שטעו שהרי רבו הר"ן הכשירו (ומ"ש שם שהשיב לריב"ש אינו כן ותשו' הר"ן היה לחכם אחר ששאל מהר"ן על נידון זה כמבואר בריב"ש סי' שפ"ה ע"ש שכתב שהר"ן התנצל על התירה בסתם אל השואל ולא הצריך בדיקה כו':

ובאמת גם הריב"ש עצמו סי' רס"ד נראה שלא החליט שיש לפסול העדים ואפשר שיש לתלות דטעו וכמ"ש ומ"מ לענין גט שוה דעת הר"ן רבו לדעתו דאף אם הוא ט"ס דמוכח מ"מ יש לפסול בגט משום מוקדם כיון שהגט הוא העושה מעשה המתיר ומשמע מדברי הר"ן שדעתו מסכמת לדברי החכם השואל דכה"ג מוכחא מלתא טובא דשכחת הסופר היה כו' ומשמע דלא ס"ל חילוק הרא"ש בין הוכחה מן הגט עצמו ובין הוכחה מבחוץ וכמבואר מהריב"ש סי' שפ"ב שכתב ראיה משטר שזמנו בשבת דמשמע אם לתלות במאוחר שכתוב בו שלא אחרוהו שטר פסול ועדיו פסולין ואמאי נימא שנכתב קודם אלא שטעו ושכחו וחסרו כו' אלמא דאף בכה"ג שמוכח מתוכו שלא נכתב ביום זה לא תלינן בטעות ודלוג וה"ה לשיטת הר"ן דס"ל דשפיר תלינן בט"ס ודלוג מכל מקום מוכח מהאי ראיה דמ"מ השטר פסול לענין משעבדי אע"פ שהעדים כשרים ומהני לענין בנ"ח וא"כ לענין גט פסול לגמרי:

והנה בש"ע סי' מ"ג סעיף ט' כתב שטר מתנה שהיה לו לכתוב בשנת נ"ח כו' אין כ"ז מציל מלפסול השטר וכתב הסמ"ע ול"ד למ"ש בסעיף ה' דאם כתוב בד' בשבת כו' דשאני התם שהטעות ניכר מתוכו כו' ע"ש וזה החילוק שכתב בתה"ד לחלק בין היכא דאיכא הוכחה מיניה וביה להוכחה מבחוץ אבל באמת בימי הסמ"ע עדיין לא נתגלה האור תשובת הרשב"א ח"ג רק מה שהעתיק הב"י בקיצור התשובה של הרשב"א ואנחנו שזכינו שנתגלה לנו אור בהיר תשו' הרשב"א ח"ג ושם התשובה של הרשב"א באורך ושם נראה בעליל דלא ס"ל לחלק בהכי גם נתתי שמחה בלבי כי מצאתי ראיתי שם בתשובת הרב ר' שמעון בר' יצחק שהוא היה השואל ובעל מעשה שכתב ראיה זו שכתבתי למעלה

מהא דשטר שזמנו כתוב בשבת דמכשיר ר"י אע"פ שר"י פוסל מאוחר ואפ"ה קאמר בזה הכשרתי כיון שניכר מתוך השטר ומזה ראיה דהיכא דניכר מתוך השטר דמוקדם הוא דכשר דכך לר"י מאוחר כמו מוקדם לדידן כו' ושמחתי שכוונתי לדעתו ואמנם אני כתבתי לדחות ראיה זו כדי ליישב דברי הריב"ש באורך:

ואמנם הרשב"א ז"ל השיב לו וז"ל ומאי דכתב מר דהיכא דמוכחא מלתא מתוך השטר דמוקדם הוא כשר והבאתה ראיה משטר שזמנו כתוב בשבת כו' דאלמא כל היכא דמוכח מיניה וביה בין מאוחר בין מוקדם כשר חס ליה למר למימר הכין ובהדיא אמר ר' פדת הכל מודים שאם הזקקנו כו' ששטר מאוחר הוא ותו ליכא למיחש אפילו לר"י כו' אבל במוקדם ממש לא נאמרו הדברים מעולם עוד נראה לי דמאי דכתב הוכחה דמוקדם והוא משום דכתיב ביה חתנו כו' אין הוכחה דלמא ארס בשנה השביעית כו' ועוד שכבר כתבתי דאין מכשירין את המוקדם אע"פ שהקדמתו ניכרת כו' עכ"ל בסימן ח' וגם כתב שם דאף בשט"ח המוקדמין דמגבינן בהו מדינא ומזמן השני לאו למימרא שיהא השטר כשר וראוי לקיימו דהא פסולין קתני אלא משום דניתן לכתוב מזמן הב' ואין מקיימין אותו ונקרע כו' וכ"כ שם בסי' ט' דאפילו לגבות מבנ"ח לא משהינן ליה בידיה דמלוה דלמא לא דכירי ליה אינשי ואתי למטרף לקוחות שלא כדין אלא דכי מפיק ליה מגבינן וקרעינן ליה ואי לא מטא זימניה אפשר דב"ד קורעין השטר וכותבין לו שטר אחר כו' עכ' והנה במ"ש לחלק בין הך דזמנו בשבת לר"י במאוחר דשאני בין מוקדם לדידן אינו מבואר וכבר הארכתי לעיל מה שנלענ"ד ומ"מ מבואר מדבריו להדיא דשטר שיש בו חשש מוקדם אף שמוכח זה מתוך השטר עצמו אין זה מציל מלפסול השטר ודלא כחילוק הסמ"ע ומ"מ אין הדינים דסעיף ה' וסעיף ט' סותרים זא"ז דהתם יש לתלות הטעות בעיבורא דירחא וכמבואר שם משא"כ בזה שאין במה לתלות הטעות וכמ"ש הרשב"א שם ואם כן השטר שלפנינו פסול לגמרי שלא היו אנוסין כו' גם מה שהבאת ראיה מדרב עילית דגברא רבא כו' אין נ"ל ראיה לתלות בטעות מה שהוא מפורש שאינו האמת ואי אפשר לאוקמי כמו שכתוב בשטר כו' וכ"כ בסימן ט' ולענין הנדון שלפנינו דליכא חד מהנך אנפי דכשרותא דסהדי דכתיבנא (ר"ל דלעיל מפורש דגבי מבנ"ח כגון ההוא דכותבין שטר ללוה כו' או שאומרים אנוסים מ"נ ואין כ"י יוצא ממ"א כו') השטר פסול ואין עושין ע"פ עדותן של אלו כלום כו' אבל אם העדים כשרים מחמת אחת מן הטעמים שכתבתי יכולין הם לחזור ולכתוב שטר אחר כו' ואע"פ שטעו בתחלה לא בטלה שליחותם כו' ע"ש ולכן בההיא דסעיף ה' ס"ל דאין העדים פסולין והשטר כשר ואפשר דבאמת ס"ל להמחבר דאינו כשר רק לגבות מבנ"ח ואם נאמר דהמחבר ס"ל

כהרא"ש דאפילו בגט כשר כה"ג כדמשמע מדבריו באה"ע מ"מ שפיר פסק בסעיף ט' ההיא דרשב"א אפילו תימא דהך הוכחה שאז לא היה חתנו הוכחה גמורה היא כמו הוכחה מתוך השטר עצמו משום דאיכא למימר שאינו הוכחה גמורה דשמא בשנת נ"ז אירס כו' כמ"ש הרשב"א שם ועכ"פ מבואר מהרשב"א דלא מהני הוכחה למוקדם אף הוכחה מתוך השטר עצמו וכל שהשטר כמו שהוא לפנינו הוא מוקדם וא"א לאוקמי כמו שכתוב בשטר ומבואר גם כן מתוך דבריו דאין לתלות שהסופר כתב בשיבוש אף שהרב ר"ש שם כתב אמתלא גדולה שטעה בזה מפני שכל שאר שטרות שהיה כותב מזמן אלול כתוב חמשים ושבע ובחודש תשרי כמו כן כתב חמשים ושבע וגם היה חתום בשטר גדול הדור מורינו הרב ר' יוסף נודע בחסידות ויושב בחדרי תורה ובכל זאת לא תלה בט"ס שכתב בשיבוש ואף כשתלה בט"ס כגון שאין כת"י יוצא ממ"א מ"מ פסול השטר הלז וא"כ הדבר פשוט ומבואר דלהרשב"א הגט הזה פסול גמור הוא:

שוב ראיתי בשו"ת מהר"א בן חיים ח"א סימן קיו"ד הובא ג"כ בשו"ת מהר"א ששון סי' ל"ו (אלא שנשמט שם בדפוס חת"י מהראנ"ח ז"ל) בענין שטר שכתוב שכ"ז והיה צ"ל שמ"ז והובא תשו' הרא"ש והר"א שבמרדכי והרגיש שיש לחלק בין טעות ענין לטעות כתיבה שבמקום שהיה לו לכתוב שמ"ז טעה וכתב שכ"ז וזה לא שמענו מההיא דהרא"ש והמרדכי שאפילו כשהסתפק לומר שטעה בימי שבוע כתב בין ג' וד' לא טעו אינשי ולא הסתפק שמא טעה בכתיבה וכתב ד' במקום ג' (ות"ל עמדתי על ראיה זו לעיל והוא הוכחה ברורה לענ"ד) כו' מ"מ יש לנו ללמוד דתלינן בטעות וה"נ מהרא"י למד מהרא"ש לענין דילוג ואע"פ שאין נדון שלנו דומה לדילוג מ"מ טעות הוא ע"ש הנה הרגיש בחילוק זה ודחה אותו בדברים בעלמא ולענ"ד מדברי הרא"ש מבואר שהחילוק הוא חילוק גמור שהרי אם נתלה בטעות הכתיבה כמו כן נוכל לתלות ימי השבוע כמו בטעות ימי החודש וע"ש שאחר שכרכר כמה כרכורים כתב דר"ת והריב"ש ודאי פליגי על הרא"ש אלא שאני אומר דנ"ד עדיף טפי דלאו מכח סתירה לבד אתינן עלה ע"ש באריכות וגם הביא דברי הרשב"א בההיא דשנת נ"ז אלא שדחה מפני שנאמר מכת"י הרשב"א דאיתא שם והא דקרו ליה חתנו מפני שהיה ארוס ולפ"ז אין כתיבת חתני הוכחה ברורה כו' ואלו היה לפניו גוף התשו' היה רואה ששפתי הרשב"א ברור מללו דאף הוכחה גמורה מיניה וביה אין מועיל וע"ש במהר"א ששון שהעתיק קצת דברי הרשב"א שהעתיקם בגליון הטור שלו ואף שיש לי כמה עיונים בדברי מהראנ"ח ומהרא"ש אמרתי לקצר אחרי שכבר הרחבתי הדבור בדברי הראשונים ז"ל אשר מהם די באר שרוב מנין ורוב בנין לפסול הגט ואף הרא"ש ז"ל המצדד צדדים בנדון שלו לתלות הטעות בעיבורו של

חודש גם הוא מודה בנ"ד כיון שלפי פשוטו של מקרא הגט נכתב בג' או בכ' ובין כך ובין כך מוקדם הוא ופסול שאין לתלות בטעות הכתיבה כמו שהוכחתי מדברי הרא"ש גופיה ואם נתלה בטעות הכתיבה אפשר שנתלה בטעות שהיה צריך לכתוב בה' בשבת בג' או דשפיר כתב ברביעי רק שטעה בעיבורא דירחא כמ"ש הרא"ש ועדיף טפי די"ל שמנה ליום ראשון כדעת כמה פוסקים והך דעשרים תנאי הוא כמ"ש חכמי ריגנשבורג שהביא הראב"ן או חזרה כמ"ש באו"ת או כמש"ל בשם הב"ח שהיה עומד בה' ורצה להקדים וכמש"ל וא"צ לכפול הדברים וה"נ בנדון הרא"ש היה גם כן מעליותא שהיה הגט על ידי שליח והב"ש סי' קכ"ז ס"ק ו' כתב דלתירוץ בתרא דהרא"ש יש מקום לומר דגם מוקדם גמור כשר ע"י שליח ואם כן צ"ל דלכך הוצרך הרא"ש לבקש צדדים בגט זה משום דלתירוץ קמא דידיה במוקדם שנכתב בפסול שאני דלא מהני אף ע"י שליח או משום דגם לתירוץ בתרא י"ל כן ע"ש בב"ש ולהרשב"א באמת גם מוקדם כשר ע"י שליח ואפ"ה מבואר מדברי הרא"ש שלולי מה שצידד להתיר היה מחמיר אף במקום עיגון ומבואר למעיין בעובדא דהרא"ש שכתב וז"ל עניה א' ישבה עגונה יותר מי"ז שנה כי בעלה הרחיק נדוד ושכר' שליח לבקשו ומצאו בארץ רחוקה והביא לה גט שיש בו גמגום כו' תרתי בלבי אולי אוכל למצוא היתר לעגונה זו ואומר אני שאין לפסלו כו' מבואר למעיין דבשביל שהיה עיגון גדול כזה חפש צדדין להתיר וא"כ בנ"ד שהבעל נתן גט בעצמו ואין כאן מקום עיגון שהבעל לפנינו ואפשר לכתוב גט אחר אף שהב"ש כתב כמה פעמים לדמות אם כבר ניתן הגט למקום עיגון נראה שאין לדמות הענינים ובמקום שאפשר להשיג גט אחר אין לדמות לנידון הרא"ש אשר היה עיגון גדול ממש ולא חשש עיגון ומה דמדמינן ניתן הגט לעיגון היינו לחשש עיגון בעלמא ובפסקי מהרא"י בנידון שדילג מבואר שם בסי' י"א שכבר ניתן הגט ויצא שם גרושה על האשה ושוב אח"כ בסי' י"ט ס"ק כ"א מבואר שהאשה נשאת וכמה גדולים דעתם שתצא מזה ומזה (וכן מבואר בתשו' מהר"מ מינץ סי' ט' שהאשה נשאת ומ"ש שם ומדברי המרדכי פ"ק דב"מ אני תמה דהא שם כתב דכל טעות בזמן כשר משום דעדיו בחתומים זכין לו ופשיטא דלא קי"ל כוותיה והדברים תמוהים דאפילו מ"ד הכי בשטרות מ"מ בגט דחוב הוא לו לא אמרינן הכי ומכ"ש דלא קי"ל הכי אף בשטרות וצ"ע מ"ש מהראנ"ח דהשואל שבתשו' מהרא"י הוא מהר"מ מינץ ליתא אלא הוא מהר"ם מהר"א כמבואר שם סי' י"ט וכן מבואר למעיין בתשו' מהר"מ שגם הוא נשאל מגדולים אחרים על נדון זה) ואף דמהרא"י שם מחלק בין הא דהרא"ש משום דמוכח מתוכו מ"מ הרי סיים בסוף דבא"ז דסנהדרין מייתי דר"ת וב' גאונים עמו פסלו שטר שנכתב כ"ד והיה כ"ב כההיא דתשו' אשר"י כו' משמע

שדעתו באמת נוטה להחמיר בכל גווני ומתחלה בא לומר שגם הרא"ש אפשר דמודה בהא ועיין בלבוש שפקפק בחילוק מהרא"י ועיין במהר"י מינץ:
ובאמת מדברי המרדכי פרק מי שהיה נשוי שהביא מהר"מ מינץ יש ראיה ברורה לפסול שכתב דר"י מווינא פוסל שטר שכתב זמנו באחד במרחשון ביום ו' והיה ר"ח ביום ו' ז' ודברי המרדכי אילו הם ג"כ בהג"א מבואר דאפילו בשטר כה"ג פסול אע"פ שכתוב להדיא ביום ו' וליכא למיטעי במידי ובאמת שצ"ע דמה ריעותא נפיק מזה כיון דבאמת יום ו' היה א' דר"ח מאי אמרת שיטעו לומר שזמנו מיום ב' שהוא עיקר ר"ח מה בכך הוי מאוחר וכשר ואף אם ת"ל דמיירי בשטרי מכירה שהמאוחר פסול מ"מ הא א"א למטעי כיון דיום ב' דר"ח שנאמר דעליו קאי הך באחד במרחשון הוא בשבת וא"כ ממילא נדון אותו במאוחר ומכ"ש אחרי שמבואר בשטר שנכתב ביום וא"ו ואפשר שטעמו שחשש דכיון שכתוב בו באחד בחשוון הא קמן שהלוה רצה שיאחר השטר עד הזמן ההוא שהוא יום ב' דר"ח וכיון שכתב יום הוא"ו ממילא שנפרש שבזמנו נכתב וחשב אחד מרחשוון יום א' דר"ח א"כ הרי מוקדם ופסול וצ"ע ועכ"פ חזינן דאף בשטרות פסול כה"ג ומכ"ש בגט ועיין בסמ' קכ"ו באותיות יתירים והענין נשתנה כגון לבריאת עלמא שי"א פסול ויש מכשירין בשעת הדחק אע"ג דודאי הוא טעות דמוכח מיניה וביה וכמ"ש מהרא"י לענין דילוג לבריאות עולם דהוי טעות דמוכח מיניה וביה וע"כ לומר דהפוסל ס"ל דאין לחלק רק היכא שיש לתלות בדילוג אבל מה שהוא כתוב לפנינו אין לתלות בשיבוש הכתיבה וכן מוכח ממ"ש הש"ך סי' מ"ג על דברי מהרא"י שהביא ממרדכי דע"ז בלא כתב ארבע כו' דאלפיים בב' יודי"ן ה"ל למימר כו' דאם היה כתוב בב' יודי"ן לא היה אפשר לפרשו בענין אחר כלל כי אין לתלות בשום דילוג או טעות שהרי כתוב להדיא אלפיים בב' יודי"ן ובע"כ היה מוקדם כו' ואם איתא דתלינן בטעות בכתיבה מאי אולמיה דאלפיים ומי לא אפשר דאיתרמי וכתב חד יו"ד בטעות וממילא שנוכל לפרשו אלפים יותר משנים וטפי מסתבר שלא יהיה מוקדם אלא ע"כ דבטעות הכתיבה לא תלינן כלל וכן נראה לכאורה דהא עובדא דמייתי בב"ב דף קכ"ז דהוה כתוב תלאו בפרדיסא כפתיה ואודי משמע דאל"ה הי' מזכה הפרדס ללוקח ולא הוה חיישׁ לט"ס דהוה צריך לכתוב בפרדיסא וטעה וכתב ופרדיסא אף שהמוכר היה טוען בו שלא מכר לו רק שליש הפרדס וכפי הלשון הכתוב תלתא ופרדיסא הל' דוחק ואמנם רשב"א תיקן הלשון דכתב דמיירי שכתב לו בגנתא דאית ליה כו' ועיקר חסר מן הספר ולולי דברי הרשב"ם הייתי אומר דלפום הך זיופא דעביד הלוקח היה מפרש דמ"ש תלתא היינו דקלים כדאמר בב"ק דף ס' לדידי חזי לי ותלתא אתאלתא בקינא הוו קיימו וע"ש בתוס' שהביאו מב"ק דף צ"ב

חזו תאלין ביני גופני ולפי מה שזייף היה מפרשו שמכר לו דקלים ופדדס ואף שחסר א' אחר התי"ו אין בזה דקדוק כ"כ באל"ף השמוש ומ"מ אי לאו דכפתיה ואודי לא היה תולה בט"ס שכתב וא"ו במקום ב' אף שהמוכר עומד וצווח או שטענינן ליורש ולוקח כמבואר סי' מ"ב) וטפי מתיישב אם נאמר שצ"ל בית במקום הוא"ו ואף אם נאמר דמ"מ בשביל שהלשון דחוק והמוכר צווח לא היה יכול לפסול השטר בטענת שהיה ט"ס מ"מ אף בלא אמתלא דחזי דרווח עלמא להאי וא"ו ה"ל לכפותו שיודה או עכ"פ לקרות העדים שמא יאמרו טעינו בט"ס אלא ודאי שהעדים לא היו נאמנים אף אם היו אומרים טעינו שאין זה דרך סופרים ועדים לטעות ולשבש הכתב שנראה הטעות ונגלה לעין רק שיש לתלות בטעות שנות המלך או עיבורא דירחא דחושבנא בעלמא הוא אבל לא בשיבוש הכתב הכתוב וכמש"ל ראיה ברורה מהרשב"א גבי שהיה ט"ס שהיה לו לכתוב נ"ח וכתב נ"ז ואמתלא טובא שהיה רגיל כן מאלול וכתב כן גם בתשרי וגם היה חתום גברא רבא כו' ואפילו הכי פסל השטר ומכ"ש בגט שחזקה שמדקדקין בו הרבה והבא לדון בו קשה מאד לתלות בט"ס ועיין בר"ן פ"ק דכתובות גבי מקדש עמו ישראל ע"י חופה וקדושין שהעיטור כתב שעיקר הנוסחא בקידושין בבי"ת אלא שהדייקנין קראו בבית רפה לפי שאותיות הוא מרפות בג"ד כפ"ת טעו הסופרים וכתבו בוא"ו עכ"ל הרי שהוצרך ליתן אמתלא לטעות זה לפי שהבית רפה טעו לכתוב בוא"ו אבל להיפך לכתוב בי"ת במקום וא"ו אין שום אמתלא והכי קי"ל לענין שמות האיש והאשה אף במקום שיש לכתוב בי"ת רפה יש לכתוב בוא"ו כמ"ש בשמות נשים אות א' גבי שם אור ויליידו וגבי שם ברונ' שיותר טוב לכתוב וורונא ע"ש בשם הט"ז שיש לכתוב פייווש מחשש שיקרא הבי"ת בדג"ש ועיין בב"ש סימן קכ"ט בסוף הכללים וא"כ פשיטא בזה שהיה צריך לדקדק הרבה לכתוב בוא"ו ולא ב' ואין לתלות בטעות כה"ג:

והנה בסס"י קכ"ו בענין לבריאת עלמא שנכתב עלמה בה"א הביא רמ"א שיש פוסלין דעלמה הוא לשון נערה ויש מכשירין בשעת הדחק ומה שנרשם שהרד"ך פוסל והבנימין זאב מכשיר היא ט"ס ונהפוך הוא שהב"ז רצה לפסול ולבסוף הסכימו להכשיר בשעת הדחק שהבעל הלך למדה"י עיין בג"פ ומבואר בתשו' מהרד"ך שטעם הפוסל לפי שאפשר לפרשו ע"ד הרה העלמה והרד"ך האריך הרבה בזה לפי שאין דרך לכתוב דברים זרים בגיטין וסוף דבריו הכשיר מטעם דהוה שינוי בדבר שא"צ לכתבו דהא אם לא כתב לב"ע כשר הרי דאף בדקדוק קל כזה בין ה"א לאלף וניכר לכל שט"ס הוא הה"א וצ"ל אלף וגם כמו שכתוב לפנינו מתפרש שכוונתו לב"ע אלא שיש ג"כ לפרשו בדרך זר ורחוק ראה כמה כרכורים כרכרו להכשירו בשעת הדחק גדול כמבואר שם שהבעל

הלך למרחקים ולא שכיחי ארחי ופרחי להביא לנו גט אחר ולא עלה על לבם להכשירו בפשיטות מחמת הט"ס שנתחלף לו בין אל"ף לה"א ומכ"ש כאן דאף אם לא היה צריך לכותבו השינוי פוסל בו וכמ"ש הב"ש סימן קכ"ו ס"ק כ' על תשו' מהר"מ מינץ דלא דמי לשינה מקום הלידה דכאן מחמת השינוי נעשה מוקדם ומכ"ש בזה שהרי דעת הריב"ש אם דילג העשירי' פסול ופסקו רמ"א וגם הר"ן מודה בזה דדוקא התם דאיכא הוכחה שהכל יודעין שבעלה היה בחיים כו' הא לא"ה פשיטא דדילוג העשירית מוקדם גמור הוא וא"כ שינוי בדבר שצריך לכתבו הוא וגם חשש מוקדם ופסול:

והנה בסוף ס' גבורת אנשים נדפס תשו' מהגאון מהר"מ כ"ץ אביו של הש"ך בענין מלת בשנת שהיה תחת הנו"ן נקודה שחורה וכשמעיינין בו היטב נראה כמו ג' דכתב משיטה ותינוק דלא חכים ביה כולם קורין אותו נון (ע"ש בדף למד ד"ה ועוד אחת הוא כו' ונדפס שלא במקומו שהרי הוא הענין אשר התשובה שלפני זה סובב עליו והך ועוד אחת הוא שייכא לסוף תשו' הנדפסת שם מהגאון מוה' יושע בסי' ב' ע"ש) והנה הגאון מו' יושע הכשיר בנדון ההוא והגאון מהר"מ כתב לפסול וסיים לבסוף שאם גדולי הדור יסכימו להכשיר בשעת הדחק יבטל דעתו מפני דעתם וכן הגאון מו' זנוויל ז"ל פסל את הגט כמבואר בשו"ת פ"י סי' י"ח ע"ש וע"ש באורך טעמם ומשם תלמוד ק"ו בן בנו של ק"ו לנ"ד דשם כמה טעמים מספיקים כאשר האריך הגאון מהר"י ז"ל ופשוט בעיני שבנ"ד גם מהר"י ז"ל היה מחמיר שאותן טעמי היתר שכתב שם רובם וכמעט כולם לא שייכים בנ"ד וקצרתי רק את זה חזיתי בדברי מהר"מ כ"ץ שם שכתב להוכיח דהנוסח הוא כך וכך ימים לירח פ' שאם לא יכתוב ימים הא כיון דכתוב בגט בזה הלשון ברביעי בשבת בשלשה לירח פ' הא איכא למימר שלשה שבתות בט"ז לחודש שהוא יום רביעי שבשבת שלישית ושוב חזר בו שיתחיל לחודש כו' ע"ש דף ל"א ע"ב ולפי דבריו בנ"ד ג"כ יש לפרש ברביעי בשבת בשלשה היינו בשלשה שבתות והוא בט"ז לחודש שהוא יום רביעי שבשבת שלישית ושוב חזר בו שיתחיל הגט מעשרים או להיפך שהתחיל ברביעי בשבת ושוב חזר וכתב בשלשה היינו בשלשה היינו בשלשה שבועות ליום ר"ח הראשון שהוא בעשרים ליום ר"ח השני ועכ"פ מוקדם הוא ופסול וע"ש שכתב די"ל דקאי אשלשה לשמיטה:

וגם בנ"ד י"ל דבשלשה היינו בשלשה שעות ואף שהדוחה יוכל לפצות פה מימינו לא ראינו לחוש לזה שנפרש על השעות דלאו בירושלים יתבינן דכתבינן שעות לא תחייכו עלה דגברא רבה אמר מלתא כדנא הוא אא"ז הגאון מהר"י מרגליות בס"ג שלו אשר בידי כת"י וז"ל אין להקשות למה אין כותבין ביום רביעי בשבת כו' משום דברביעי אין

לטעות אבל בשלשה לירח תאמר דאיירי בג' שבועות לחודש וא"ל דרביעי בשבת איירי בשעה רביעית דשעה ד' לא איקרי רביעי אלא רביעית כדאמרינן רביעית מאכל כל אדם כו' וגם בתשו' ב"ח חדשות סי' פ"ז כתב הגאון מהר"פ לענין טעות בהרשאה שכתב בכ"ג לירח ולא כתב תיבת יום דליכא למטעי דע"כ פירושו ימים כו' וגם אין לתלות בשעות לומר שהוא כ"ג שעות לירח טבת דא"כ הו"ל לכתוב בלשון נקבה בעשרים ושלש לירח דשעות לשון נקבה כמו שמצינו חילוק זה לאחרונים שכתבו הטעם למה לא כותבין ימים כו' ע"ש הרי דלולי משום דהו"ל למנקט שלש לשון נקבה היה מקום לפסול הרשאה זו כיון שיש לפרש בכ"ג שעות לירח ואע"ג דחשש רחוק הוא שהרי אמרינן במגלה דף ה' דאין מחשבין שעות לחדשים וא"כ בנ"ד שאם נפרש על השעות אתי לשון הגט מכוון כתקונו ברביעי בשבת בשלשה ופירושו בשלשה שעות ליום זה בעשרים לירח כו' ועיין לקמן שמבואר מדברי הגאון ז"ל דאף כה"ג דנידון דידיה יש להחמיר בגט ומכ"ש בנ"ד שאדרבה הבי"ת של בעשרים מורה שהוא מופרד מתיבת בשלשה והך בשלשה קאי אשלפניו וקאי על היום וכדאמרינן לימים אתה מחשב שעות כו' ואע"ג דנהגינן שלא לכתוב שעות זמנין דמיקרי וכתב וכמבואר מדברי הגאון מהר"פ ז"ל וכן הגאון מוה' מאיר כ"ץ חשש היכא דלא כתב בשנת דלמא אשמיטה קאי אע"ג דלא נהגינן כלל לכתוב שמיטה. ובתשובה כת"י שבידי מהגאון מהר"י ז"ל שדחה דבריו בזה דהא הרא"ש כתב דברביעי אין לו פירוש אחר וגם מדלוג לב"ע ויש לדחות ראייתו וקצרתי ובנ"ד נראה דכ"ע מודים דאין להכשיר כלל:

ומצאתי בס"ג כת"י הגאון מו' אברהם שרענצליס אשר כתב לאא"ז הגאון מו' שלמה סג"ל חריף זצלה"ה האבד"ק לבוב וז"ל ושש אנכי על אמרותיו כו' על אותו הגט הניתן פה כו' והנה מי יבא אחרי המלך מלכי רבנן אשר כבר הורה ומורה עלה על ראשו להחמיר לכתחלה לכתוב גט אחר אף שכבר ניתן לשליח להולכה כו' וזה החלי מה שמכת"ר פתח וענה לפסול הגט מטעם הוא"ו העומד מן הצד ושמנים אשר יצא חוץ לשיטה שלא כדת ומהר"א ז"ל מפלפל בענין יוצא חוץ לשיטה בטופס או בתורף ובפי' לשון הרשב"ץ וסוף התשובה חסירה ועכ"פ מבואר שדעתו של אא"ז הגאון ז"ל שהוא נפסל ביוצא חוץ לשיטה שבאמת אין חשש קלקול כלל ויש לישא ק"ו בכתב תמורת וא"ו בי"ת שמחריבין ממנו ויש לפסלו וגם בשו"ת ב"ח החדשות תשו' מהגאון מהר"פ ז"ל האב"ד דק"ק קראקא שהבאתי לעיל בדבר הרשאת הגט דכתוב בו בשלשה ועשרים לירח ודילג תיבת יום וכתב דאין חשש לפוסלו דליכא כאן למיטעי כו' ונמצא שבהרשאה זו מוכח מיניה וביה שהוא ט"ס ועוד דבשטרות הלך אחר התחתון ובהרשאה זו הלא חזר וכתב

למטה כו' וכיון שאף בגט לא היה בו פסול גמור כ"ש בהרשאה כו' ע"ש סי' פ"ז מבואר דבגט חשש פסול יש בו וכן בשו"ת דבר שמואל סימן שע"א על גט שכתוב בו ברביעי בשבת בי"ח יום לירח אדר וכפי הקביעות ר"ח אדר ו' ז' ד' בשבת י"ט אדר ועם כ"ז לענין ממון רוב הפוסקים מכשירין וגם בגט הכשיר הרא"ש ויש פוסלין הלא הם ר"ת והריב"ש כו' ע"ש:

סיומא דפסקא נראה דלא מבעיא כגוונא דנ"ד כיון דעכ"פ אפשר להשתדל גט אחר חלילה להקל בזה כאשר בררתי בס"ד שכל הגדולים ראשונים ואחרונים מחמירים בזה וכמעט אין אחד בהם שנוכל לומר שהוא מיקל בבירור בנדון זה ומכ"ש במקום שאין עיגון כאשר כתבתי לעיל שאף הרא"ש לא היקל אלא במקום עיגון מאד שהיתה עגונה יותר מי"ז שנה ועכשיו הלך למרחקים באופן שא"א גדול להמציא גט אחר כלל ופשיטא שאין לסמוך בזה לומר דגם הכתוב לפנינו בשלשה בעשרים פירושו כן שלא נמצא כן בשום מקום כ"א בוא"ו העטוף ואף אם היינו מוציאין כן בשום מקום אין לסמוך ע"ז לפר' כן בגט שדקדקו חז"ל הרבה כענין למהך ואגרת ושארי לשונות שיהיה מובנים באר היטב ולא בלישנא דמשתמע לתרי אפי ואם נאמר שזמנו של שבוע מוכיח עליו שע"כ הבי"ת יפה נדרשת כמו וא"ו כבר כתבתי דלהריב"ש אין להוכיח מזמן השבוע כל עיקר כמו כן יש לדרו' גם בפנים אחרים כמ"ש והמקבל שכר על הדרישה לא יקבל שכר על הפרישה ואין לך הכרח גדול מאגרת שבוקין שרחוק מאד לפר' דלא קאי על גט רק איגרת פירושו כן ואע"פ כן חששו לזה וכן כל כיוצא בזה וכבר כתבתי דהש"ך כתב דאף כשהלשונות מקורבין אין מקיימין אותם מדוחק אלא דנין בהם דין חזרה והסכים עמו באו"ת ואמנם אף אם היה מקום עגון גדול כההיא דהרא"ש אין בידי להתירה בבירור ולא הייתי נמנה עם המתירין במקום חומר א"א כיון דאפשר וקרוב הדבר שהרא"ש אוסר בנ"ד כאשר בררתי בעזה"י ובגיטין דף כ"ז לענין שכיחי שיירות ולא הוחזקו פסק הרי"ף להחמיר בגט ולהקל בעדות מיתה וכתב הרז"ה והרא"ש שם טעמא משום דבמיתה אם ניחוש צריכה שתתעגן כל ימים משא"כ בגט לא מהדרינן כיון דאפשר בגט אחר ומשמע דאף אי עביד עובדא ויהיב הגט לא מהני וא"כ פשיטא בנ"ד שאין ללמוד משטרות אף לדברי המכשיר כה"ג בשטר אף בלא טעמא דחומר א"א דהא אפי' במקום שמקילין במיתה מחמירינן בגט כיון דאפשר בגט אחר וק"ו בן בנו של ק"ו היכא שבהשתדלות קצת יש להשיג גט אחר:

ואין לומר בזה דכיון שיצא שם מגורשת האשה שלא נודע הטעות בו ביום יש בזה משום לעז ב"ד שאין הדברים אמורים אלא לענין אם כתב איר בחד יוד דאין כאן פסול ממש

וכמ"ש הב"ש וכ"כ בנ"ש דף ע"ט דדוקא בטעות כה"ג דאיר בחד יו"ד דליכא נפקותא כולי האי אבל בטעות אחר לא חיישינן לזילותא דבי דינא ואפילו אחר כמה ימים נותנין גט אחר כו' והוא פשוט לענ"ד דמוטב לכסוף בעלמא הדין כו' בפרט באיסור כזה שיבא לידי איסור א"א וירבה ממזרים בישראל אף ספיקו כודאי איסור וצריך ליזהר משמצא דשמצא וכדאמרינן אתקין שמואל בגיטא כו' מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדר"י דאמר זמנו של שטר כו' ופירש"י דאף על גב דהלכה כר"י מ"מ בעינן למיפק נפשיה אליב' דכ"ע משום חומר א"א עכ"ל ועד"ז פירש הגאון מוה' יושיע ז"ל מה שאמרו כל מי שאינו יודע בטיב גיטין כו' ולא אמר הלכו' גיטין אלא זה אפילו שחיטה כל טבח שא"י ה"ל שחיטה כו' ולמד מזה למהדר עובדא שנעשה עפ"י גדול הדור וצוה ליתן גט אחר והבאתי דבריו בתשובה א' ומהרא"י שם סימן י"א כתב לגברא רבא מוה' משה בדבר הגט שסדרת במעמד חבירך כו' וכתבת כמה ראיות להתיר לכל הפחות אחרי שכבר ניתן הגט ויצא שם גרושה על האשה כו' ואהו' אל תכבד לבך ואל תחוש אם תהיה לשנינה בפה המון עם כי כל אשר בו מעט דעת ותבונה לא יחשוב לך לשום פחיתות דלאו מלתא דתליא בטעות הדעת אלא שנזדקר שום שטן לפניכם שסתם עיניכם גם עיני ההוא אדם חשוב שסידר נתינת הגט וקרא אותו פעם כו' שהרי אפילו אם היינו מתירין לך מ"מ לא תוכל להמלט מרננה דעלמא שלא דקדקתם כראוי העתקתי דבריו כי נעשו ושם בסי' ך"א לענין אם נשאת אם תצא מזה ומזה כתב דאיכא כמה דקדוקים להקל כמ"ש מהר"מ ואם דחיתי אותו היינו להחמיר ולתת גט אבל להחמיר כולי האי דנימא תצא לא ברירא לן דחייתו כל כך עכ"ל הרי מבואר דאף שלא היה הדבר חמור כ"כ בעיניו מ"מ החמיר לתת גט אף ע"פ שכבר ניתן ויצא שם מגורשת ועיין במהר"מ מינץ שדעתו שאם צריך לתת גט אחר תצא מזה ומזה כו' ולכן בנדון זה דאיירינן בי' הגט פסול והאשה אסורה לעלמא עד יפטרנה בעלה בגט כשר ויש להשתדל שיתן לה גט ובעובדא דהמרדכי שהיה דלי"ת דכדת קטנה וכפה ר"ת ליתן גט אחר ושלום על דייני ישראל דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קח

שאלה איש אחד בא לב"ד לכתוב גט לשלוח לאשתו ושאל אותו המסדר על שם האשה והשיב צזיא ושאלו המסדר כמה פעמים צזא או צזיא והשיב לו צזיא ולפי הברת הבעל לא היתה מורגשת היו"ד אחר הצדי' ומתיז הזיין אחר הצדי' בשב"א נח ולכן סידר בגט צזא בלא יו"ד אחר הצדי' וכאשר הגיע הגט למקום האיש פסלו הב"ד את הגט וכתבו שהיא פסול גמור וזיל קרי בי רב הוא עכ"ל ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה הנה בב"י סימן קך"ח הביא בשם תשובת הר"ש בן הרשב"ץ אם כתב שם עירו ועירה בבלבול כגון שבמקו' תונס כתב תנס פסול ולכאורה יש ללמוד מזה דכל שכ' חסר במקום שצריך להיות מלא אף שאינו חסר רק אות המורה על הנקודה יש לפוסלו וגם מהריב"ל בתשובה ח"ג סימן ט' כתב בשם פאלומה שנכתב בלא אלף אחר הפ"א כ' שאין ספק שבין הספרדים צריך לזהר לכתוב הג' אותיות שהם יו"ד וא"ו אל"ף שהם אמות לכל האותיות והם במקום הנקודות לפי שבלשון הלועז אנו מדקדקין בזה כו' אך מ"מ מסיק שם שאין להחמיר בדיעבד אם נתן וא"א להנתן מחדש כו' ושוב אחר שכתבתי ראיתי תשובה אחת לר"ש בן הרשב"ץ כו' וחשבתי דרך נכון והיא בחסרון וא"ו היא חסרון דהכל קפדי ביה אבל חסרון האל"ף שהיא במקום תנועות הפתח איכא דקפדי ואיכא דלא קפדי וזימנין הסופרים משמיטין כו' עכ"ל מהריב"ל ולפ"ז י"ל דאף דהב"ש בשם הלבוש גבי הילל או דבורה כתב דאם חסר כשר וכ"כ הב"ש בשמות אנשים גבי שם גרשון שכ' חסר י"ל דהיינו דווקא בשמות הקודש דאף שאות הניקוד חסר קורין השם במבטא כאלו היה מלא כיון שידוע ששמות אילו הם על שמות שנכתבו בתורה וקורין אותם כתיקנן אף בלא אות הניקוד וגם בהך דהילל ודבורה יש סוברים שיש לכתחלה לכתוב חסר משא"כ בשמות לעז כיון שאין הכרע בקריאה יש להקפיד אם כתב החסר מלא ובשו"ת מ"ב סימן קי"א בשם מלכה ומילכה כתב שיש לכתוב מלא כדי שיהא ניכר מתוך הגט שם המתגרשת מאחר שהעולם נוהגין לכתוב מלא ביו"ד ע"ש הרי דאף בשם הקודש ובתורה נכתב חסר דהא שם מלכה גבי אשת נחור וגבי בנות צלפחד נקוד בחירק וכתוב בלא יו"ד אפ"ה דעתו לכתוב ביו"ד כדי להבדיל בין שם מילכה בחירק לשם מלכה בפתח וא"כ ה"ה בשמות הלעז כיון שאין הכרע בקריאתן יש להקפיד כשחסר את הנקוד:

איברא שאפשר לומר איפכא דע"כ לא קאמר המ"ב דהתם אלא משום ששגור אצלינו שם מלכה בפתח ולכך יש לכתוב יו"ד יתירה להורות על שם זה שהמ"ם נקראת בחירק אבל בנ"ד ששם ציזא אין רגיל אצלינו ולא שמענו מי שיהיה שמה נקרא הצדי בצרי או פתח רק בחירק לבד אף שהיה ראוי לכותבו מלא אם כתבו חסר אין להקפיד וכיוצא בזה כתב מהרשד"ם סי' רמ"ד בעיר אישקופיי' כיון שלא נשמע עיר אחרת לבד מזו ובין מלא ובין חסר נודע לכל על מה נאמר כו' ע"ש והך דתנס צ"ל דיש חשש עיר אחרת ששמה כן ובשו"ת מהר"י ובית לוי כלל א' סימן ח' הובא שם תשובת מהר"א חסון בענין העיר ליפנטו שנכתב חסר יו"ד הביא שם דברי מהריב"ל דלעיל וכתב א"כ בנ"ד כיון דחסר יו"ד הקורא יקרא לאפנטו וגם הובא שם תשובת מהר"א בן חיים (הוא בעהמ"ח

קרבן אהרן) שכתב דאין לחוש מפני שאם שמה לפנטו בחירק כמה פעמים נכתב בלשון הקודש חסר יו"ד כו' ע"ש:
ואמנם בספר ג"פ בסי' קך"ח ס"ק ג' כתב על דברי מהראנ"ח דאין ללמוד מלה"ק ללשון לעז כדמשמע מהריב"ל כו' ובחסרון יו"ד כשהיא באה במקום נקודת חירק יש להקפיד טפי אבל כשהיא באה במקום נקודת צירי כו' ע"ש מ"מ נראה דבכאן דכל אשה שנקראת בשם ציזא היא בחירק נראה דמודה בזה ואף שבג"פ שם לענין אישקופייא לפי שלא נראה ונשמע עיר אחרת כו' כתב שטעם של מהרשד"ם הוא חלוש והרשד"ם עצמו הרגיש בחולשת טעם זה שמצאנו בתלמיד חשש זה דילמא איכא עיר אחרת ששמה כך מ"מ בנ"ד כיון ששם העיר שנכתב הגט הוא מבורר וידוע לכל שבמקומות אילו לא נמצא מי שיהיה שמה ציזא שתהיה נקראת בקמ"ץ או בפת"ח וכיוצא רק בחיר"ק א"כ אין להקפיד בהשמטת היו"ד ובפרט כי כפי הברת אנשי מדינתנו קורים השם הזה בחיר"ק תנועה קטנה דהיינו שאין דוחקין החיר"ק כלל ועיקר כתיבת אות יו"ד במקום חיר"ק הוא להורות על תנועה גדולה ודחיקת החיר"ק כאשר מבואר בב"ש בסדר השמות כמה פעמים והוא מדברי סדר מהר"מ וא"כ אם במקום עמידת האשה נקראת ציזא בלא דחיקת היו"ד נראה פשוט שאין קפידא בזה בהשמטת היו"ד שהקורא ודאי יקרא השם כתקנו בחיר"ק תנועה קטנה בשפת מבטא המדינה בשם זה. אך מה שיש לעיין בזה שהמסדר כתב צזיא ביו"ד אחר הזי"ן והנה בסדר השמות איתא צישא ואף שלפי סברתינו הוא בזיין מ"מ לפעמים אין קריאת השם באופן שתהא ניכרת הברת היו"ד אחר הזי"ן ובכה"ג אין לכתוב יו"ד כלל וכבר כתבתי בתשובה לענין כיוצא באילו דהיכא שהברת היו"ד נרגשת במבטא ויש לה תנועה לעצמה ואינה באה לשימוש רק היא שרשית בתיבה יש לכתוב יו"ד ואף אחריו לשימוש כמו שמצינו בשם רב אויא וכיוצא רבות וכן כותבין מדינות רוסיא והכי אשכחן מתא מחסיא וכן כותבין שם עטיא וכן שם צבי' בלשון הקודש וכאלה רבות אבל הברת שם ציזא אין היו"ד נרגשת במבטא נראה שאם כתב ציזיא היו"ד יתירה פוסלת כיון שלא כמו שהוא נכתב היא נקרא וכן מצינו כמה שמות כגון דוואסא גנעסא פעסא המבואר בסדר השמות בלא יו"ד לפי מקומות אילו שהיו"ד היא תנועה לעצמה צריך לכתוב יו"ד וכן מצינו במקרא תהומות יכסימו שהיו"ד אחר הסמך היא תנועה לעצמה ונקראת בשור"ק וכן מבין עפאים יתנו קול האלף נחה והיו"ד בחיר"ק עיין בהקדמת פרי מגדים לא"ח ח"ב בשם הרד"ק אבל כשאין היו"ד נקראת תנועה בפ"ע היו"ד הנוספת מקלקלת הקריאה ופסול ולכן צריך לידע איך אשה זו נקראת במקומה והמסדר נראה שכתב כן עפ"י מה שהיה מורגש ליה

מהברת הבעל אבל לפעמים אפשר שהוא מעמקי שפה ונראה מלשונו כי היו"ד נעה ואנשי מקומה בשפה ברורה לא כן ידברו גלל כן יש לחקור אחר זה:
וגם יש לעיין בזה עפ"י מ"ש בשו"ת איתן האזרחי בענין גט א' הניתן מק"ק בריסק שיש שקורין ציזא ויש שהיו קורין אותה טשיזא והאריך בזה הגאון המחבר בפלפול עם הגאון מוהר"ר יושיע בעל המחבר מג"ש ודעת הגאון המחבר לכתוב שני גיטין ולדעת המג"ש אם רובא כך ומיעוטא כך יש לכתוב גט א' ולכתוב דמתקרי ע"ש שקורין המיעוט ואם קצתן קורין כך וקצתן כך איזה שירצה יקדים וקצרתי כיון שלא נזכר בדברי השואל מענין ספק זה ומ"מ יש לחקור אחר זה דשכיח טובא בקצת מקומות שקורין טשיזא בט' שי"ן שהעולם קורין צדי' שבורה כאשר מצינו בסדר השמות שם טשארנה ובסדר מהר"מ איתא ג"כ שם טשיטול ולכשיתוודע הדבר על בוריו איך נקראת במקומה שהיא מקום הנתינה נחכם לה כדת מה לעשות אי"ה:
דברי אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קט

איש אחד היה שמו ר' נפתלי ובחליו נשתנה שמו נח נפתלי אם לא היה נקרא בשום פעם נח נפתלי רק נפתלי וכשהיה עולה לס"ת היה עולה בשם נח נפתלי וכן היה חותם אך העולם קראוהו ר' נפתלי לבד ורובם לא היו זוכרים ששמו נח נפתלי לבד וכן נקרא בנו ר' ליב ר' נפתליש ועתה קם בנו לגרש אשתו וסידר לו גט נח נפתלי דמיתקרי נפתלי ונשלח הגט למקום האשה ולא קבלוהו הדיינים דשם וכתבו שישלחו לשם גט אחר בלא דמתקרי ונשאלתי לחוות דעי בזה:
תשובה כפי המבואר בלשון השאלה שבחליו נשתנה שמו נח נפתלי ל' זה מורה שאף בעת שהמצלאין שינו את שמו לא שינו אותו לעקור שם נפתלי ממנו רק שהוסיפו לו שם נח ואחר שעמד מחליו החזיקו לעצמו השם שניתן לו בחליו לעיקר אין ספק בדבר שיפה עשה הרב המסדר לכתוב נח נפתלי לעיקר כיון שהוא שם שניתן לו בחליו ועולה לתורה וחותם בו ושם נפתלי שנקרא בפי העולם הוא טפל לו וכותבין עליו דמתיקריא והכפלת השם אינו מזיק בזה וכמ"ש ה"ה הרב המסדר מדברי הנ"ש גבי וואלף בנימן וכ"כ הגאון מהר"י לנדא ז"ל מפראג בתשובה אזלינן בכת"י וכ"כ הגאון מהר"מ בן חביב בספר עזרת נשים גבי אשה שמלידה קראוה בת שבע וכ"ע קרי לה שבע צריך לכתוב בת שבע דמתקרי' שבע וכן בב"ש בשמות אנשים אות שי"ן שלום ועולה לס"ת בשם שר שלום כותבין שר שלום דמיתקרי שלום והוא מדברי הט"ז מכל זה מבואר דאין קפידא בהכפלת השם וכותבין השם שעולה לס"ת לעיקר והשם שנקרא בפי העולם וכותבין

עליו דמתקרי וזה דומה לנ"ד ובזה ודאי אין לכתוב נח דמתקרי נפתלי כיון שאף בעת חליו שנשתנה שמו נח לא קבע הגורל את השם הראוי לנח לבד רק בצירוף שם נפתלי ואין מקום לשם נח לבד. אך שהוא דבר חדש אצלי להיות המברכין מוסיפין שם בלי עקירת שם הראשון ובפי מנהג המצלאין על הרוב עוקרין שם הראשון לגמרי ואף על גב דגבי יעקב אמרינן דאף על גב דאמר קרא לא יקרא עוד שמך יעקב כ"א ישראל יהיה שמך לא שיעקר יעקב ממקומו אלא ישראל עיקר ויעקב טפל לו מ"מ בענין שינוי השם דחולה משרה ילפינן דכתיב שרי אשתך לא תקרא וכו' וגבי אברהם אמרינן דהקורא אברם עובר בעשה ולאו ואף דבשרה אמרינן התם קב"ה אמר לאברהם כו' מ"מ עכ"פ כוונת שינוי השם דשרה הוא שיעקר שם שרי לגמרי רק ביעקב אמרינן דשאני דאהדריה קרא כמבואר כ"ז בברכות דף י"ג ובר"ה דף ט"ז ע"ש ואף ביעקב נמי אמרינן שישראל עיקר ויעקב טפל (ועיין בח"מ סימן קך"ט שהועתק תשובה מהגאון בעל תוי"ט מ"ש ושם יעקב יוכיח כו' ודבריו צ"ע ע"ש) והיינו שיהא נקרא בשם ישראל לעיקר ובשם יעקב לטפל אבל לא שיהיה נקרא בשניהם יחד ואם גם בנידון זה היה דשינוי בחליו לשם נח בלבד ובעקירת שם נפתלי היה ראוי לכתוב לכתחלה נח דמתקרי נפתלי כמבואר בפוסקים שעושין שם החולי עיקר ומבואר מדבריהם דאף אם עולה לס"ת בשניהם יחד מ"מ עושין שם החולי עיקר ועל השני כותבין דמתקרי עיין בשו"ת מהרי"ו סימן קפ"ב ושו"ת לחם רב סימן ל' הביאו בג"פ ס"ק צ"ט ועיין בב"ש ס"ק ק"ד ואם עולה לס"ת בשניהן כו' ובשמות אנשים אות ס' מ"ש על תשובת רמ"א בענין אהרן סעדיה כו' שנראה מדבריו דס"ל לחלק בין אם נקרא בשם אחד מאותן שמות שעולה לס"ת ובין אם נקרא בשם אחר ולס"ת עולה בשני שמות אחרים שלא מן השם הזה שנקרא בו ובתשובה הארכתי בענינים אלו ובזה שפיר שיש לכתוב נח דמתקרי נפתלי כיון דבעת חליו עכ"פ נקבע שמו נח לבד ואף כשקוראין לס"ת נח נפתלי כיון דבשעת חליו עכ"פ נקבע שמו נח לבד ואף כשקוראין לס"ת נח נפתלי הכוונה שנח עיקר ונפתלי טפל לו אלא שבקריאה לס"ת מקצרין הענין וקוראין אותו שניהם יחד העיקר והטפל ומ"מ בגט מבארין יותר וכותבין האמת שזה שמו העיקר וזה שמו הנטפל לו ומ"מ עיקר בזה אם לא כתב שני השמות יחד בלא דמתקרי כשר ואיכא דיעות דאפילו לכתחלה יש לעשות כן היכא שעולה לס"ת וחותם בשניהם יחד וקצרתי אבל אם הענין כמבואר בשאלה שגם בשעת חליו לא נעקר שם נפתלי רק הוסיפו עליו שם נח נראה דודאי אין לכתוב רק נח נפתלי יחד ודמתקרי לא יבא ביניהם שהרי לא נעקר שם נפתלי וישאר אך נח רק שם נח שימש יחד עם שם נפתלי שמכבר ושקולים הם ויבואו שניהם יחד ששניהם עיקרין וכיון שהעולם מחלקים

השם העיקר ותופסין שם נפתלי לבד נעשה טפל וכותבין עליו דמתקרי וכמו שלום מן שר שלום שתופסין שלום שנקרא בו בפי העולם לטפל וכותבין עליו דמתקרי וטעם הדיינין שדעתם לכתוב גט אחר בלא דמתקרי לא נתגלה טעמם בבית מדרשינו דנהי דנימא שאם לא היו כותבין דמתקרי נפתלי ג"כ היה כשר והיינו סומכין על כתיבת שם העיקר לבד כיון ששם נח נפתלי ניתן לו בחליו ועולה לס"ת וחותם בו מ"מ לכתחלה יש לכתוב על שם הטפל דהיינו שם שנקרא בו בפי העולם בלשון דמתקרי וכמש"ל מההוא דשר שלום ואע"ג דהתם שם שלום הוא מלידה וכאן שם נח נפתלי הוא ע"י חולי מ"מ אין לחלק דבין כך ובין כך יש לכתוב שני השמות שעולה בו לס"ת לעיקר והשם שנקרא בו בפי העולם אף שהוא אחד מאותן השמות שעולה בהם יש לכותבו בלא דמתקרי ואפשר שטעם הדיינים לפי שבמקומם ניכר האיש הזה ואין יודעין אותו בשם נפתלי לבד ולכך הקפידו על מ"ש דמתקרי ע"ש נפתלי אבל גם ז"א דמ"מ שפיר כותבין דמתקרי ע"ש מקום הכתיבה וגם רחוק בעיני לומר שיודעין בני מקום נתינה שם השינוי לבד ואיפכא מסתברא שבמקומם אין ידוע רק שם העריסה והוא השם שקורין בו נפתלי לבד ואם הדבר כן היה צריך להקדים שם מקום הנתינה ולכתוב נפתלי דמתקרי נח נפתלי וכמ"ש הב"ש בס"ק ל"ד בשם מהרי"ק אך שם כ' דמהרש"ל מכשיר אם החכם המסדר כתב למ"נ שנשתנה שמו ע"י חולי (ועיין שם בב"ש שכתב ואפילו אם ידוע למ"נ שנשתנה שמו כו' ואין להם קישור דברים כלל ולענ"ד יש כאן חסרון והשמטה ור"ל כלפי מ"ש לעיל סי"ד בהג"ה דאם עולה לס"ת בשניהם יחד וכתב כך בלא דמתקרי כשר אז אם שולח למקום אחר צריך שיהיה מנהג מקום הנתינה לקרות לס"ת שני השמות בלא דמתקרי דאל"כ אף שיודעין מקום הנתינה שנשתנה מ"ח יסברו שאין זה המגרש כיון שנכתב שני השמות בלא דמתקרי ולא עלה על לב שהוא מחמת שעולה לס"ת בשניהם כיון ששם אין המנהג כן כתבתי כוונת הב"ש בגליון הב"ש שלי) וצ"ע אם יש לסמוך ע"ז כיון דהב"ש כתב דממהרי"ק משמע שאין לסמוך על הכתב להודיע למקום נתינה שנשתנה שמו וגם לצוות שתלך האשה למקום אחר שאינו מקום הידוע שם אבי המגרש מ"מ לא מהני דמקום קביעות דירתה של האשה היא קרוי מקום הנתינה ואיכא לעז מאנשי המקום ההוא כשתחזור לשם בגט זה ותרצה להנשא שם וכמ"ש בשו"ת פ"י סי' והארכתי בזה בתשובה ג"כ ובזה צריך להקדים שם מקום קביעת דירתה דהיינו שם נפתלי ע"ש נח נפתלי דמתקרי דשם של מקום הנתינה הוא עיקר ואף דהב"ש כתב אם כתב על מקום נתינה דמתקרי כשר בדיעבד ומ"מ צ"ע להקל אף בדיעבד נגד דעת הב"י והרמ"א במשמעות הטור ועיין בב"ש ס"ק ז' ועכ"פ לכתחלה יש להקדים שם המפורסם במקום

הנתינה ואם במקום הנתינה ידוע שם שם נח נפתלי שהיו מכירין אותו שעולה לתורה וחותם בו בין אם היו מכירין שם נפתלי לחוד בין לא ידעו שם נפתלי לחוד מ"מ יש לכתוב כאשר כתב המסדר נח נפתלי דמתקרי נפתלי דמ"מ שפיר דמי לכתוב דמתקרי נפתלי כיון שכך הוא נקרא במקום כתיבה ואין לפקפק בדבר הנלע"ד כתבתי:
דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קי

לכבוד אהובי מחותני ידידי הרב הגאון הגדול המפורסם החריף ובקי פאר הדור כש"ת מוה"ר מאיר נ"י האב"ד דפה ק"ק יצ"ו:
אני איני כדאי ששלח אלי וענותו תרבני וחזי לאצטרופי אותי בצירוף דרבנן. והנה מ"ש מכ"ת מדברי רמ"א שכתב שאין נוהגין למנות שליח בכתב לפי ענ"ד י"ל דאפילו תימא דבכל שליחות מיירי מ"מ נראה דהיינו דוקא בממנה השליח על ידי כתב דבזה אפשר דלהפוסקים בסימן ק"ך דאפילו בפקח לא מהני כתב ידו לסופר שיכתוב כו' אף על גב דהרכנה מהני משום דמראה בגופו כמ"ש הרא"ש אם כן י"ל דגם לעשות שליח לגרש על ידי כתב לא מהני ואף הפוסקים שכתבו דמהני מה שממנה הבעל או האשה שליח שלא בפניו וכדמשמע בפרק כל הגט לפי גרסת הרי"ף היינו בממנה אותו בפה אף על פי שאין השליח שומע בקולו אף על גב דבממנה סופר ועדים שלא בפניהם לא מהני הטעם כמ"ש הרמב"ן משום דבעינן לשמה כו' אבל בדברים אחרים אדם עושה שליח שלא בפניו ע"ש משא"כ באם אין ממנה השליח בפה כלל כי אם בכתב דלהנך פוסקים דלא מהני אם כתב לסופר דבכתב לא מיקרי הגדה ה"ה לענין שליח לגרש ואף על גב דהרא"ש כתב לחלק בין ציוי הבעל על הכתיבה ועל החתימה ובין ציוי הבעל לשליח לגרש מכל מקום מדברי התוספות שם מבואר דלא סבירא ליה לחלק בכך שהרי הביאו ראיה מהא דאשה עושה שליח בלא שמיעת קולה לקבל גיטה לציווי הבעל לסופר ועדים עיין שם אלמא ס"ל דתרווייהו שוים הם אך התוס' ס"ל דאין חילוק בין הרכנה לכתב ולכן ס"ל דבכל גוונא מהני שליחות בלא שמיעת קול רק קולו דנקיט בברייתא ממעט חרש דוקא וממילא דלהפוסקים דנקטי לחומרא כהתוספתא דאף בפקח לא מהני כתב ומחלקין בין הרכנה דמרא' בגופו עדיף יש ללמוד מזה גם לשליחות הבעל והאשה לגרש ע"י כתב דלא מהני כיון דהתוס' ס"ל דשליחות לגרש עם שליחות לכתוב הם שוים והד"מ שכתב וע"ל סימן זה כתבתי דיש סוברין דאין למנות שליח על ידי כתב הוא ט"ס וצ"ל וע"ל סימן ק"ך כו' ור"ל דשם בד"מ האריך הביא הדעות שהביא הב"י שם דמינוי שליחות בכתב לא מהני ואם כן י"ל דה"ה לענין שליחות לגרש וע"ש בד"מ סימן ק"ך שכתב וז"ל

כתב המרדכי ולפי זה אין אדם יכול לשלוח כתב ידו לב"ד במקום פלוני שיגרשו אשתו וכתבו התוספ' דאשה יכולה למנות שליח במקום אחר ע"י כתיבת וחתימת עדים אף על גב דאין השליח שומע קולה וע"ל סימן ק"מ וקמ"א עכ"ל וזה צ"ע דלדעת התוס' אף האיש יכול לשלוח כת"י לב"ד שיגרשו אשתו וכמ"ש ובאמת במרדכי כתב וז"ל והתוס' פסקו כו' וצ"ל דכוונת הרמ"א דלענין דינא שניהם אמת דאיכא לפלוגי ביניהם כמ"ש הרא"ש דציוי הבעל על כתיבה וחתימה שמיעת קולו בעינן או י"ל דמינוי על ידי כתב גרע מהיכא דממנה בפיו שלא בפניו והיינו דנקט בלישניה ע"י כתיבת וחתימת עדים ואף על גב שלדעת התוס' בכל גווני שרי מ"מ איהו לא נקט מינייהו רק מה דא"ש לדינא אף לדעת סה"ת ודעימיה דפסלו בפקח ע"י כתב ידו:

ועכ"פ בנ"ד דהוא ממנה את השליח בפה רק שאנו מודיעין הדבר לשליח על ידי כתב בכה"ג נראה דאין חולק בדבר ורמ"א התם קאי על הש"ע שהוא מדברי הרא"ש שמתיר למנות בכתבו על ידי עכו"ם את פלוני שיהיה שליח וע"ז שפיר כתב רמ"א דיש סוברין שאין למנות שליח על ידי כתב אבל בכה"ג דממנה בפה לא מיירי התם והיינו טעמא דלא הגיה הך יש אומרים בסעיף דהתם עיקרא דהך דינא שיכול לעשות שליח שלא בפניו אלא ודאי דגם הוא אזיל ומודה דשפיר יכול לעשות שליח שלא בפניו כמ"ש כל הפוסקים מדברי הש"ס רק שרמז הרמ"א שם לסעיף ל"ה לומר דשם מבואר דע"כ ע"י כתב יש סוברין דאין למנות שליח אבל למנות בפה שלא בפניו אין מי שחולק בדבר דמהני והרי דעת הרא"ה והר"ן דמהני ממנה שלא בפניו אף לענין סופר ועדים ודוקא באומר אמרו מדעתיכם ואף הרמב"ן דס"ל בסופר ועדים ל"מ הטעם משום שצריכין להיות במקום הבעל ולכתוב לשמה משא"כ בשליח לגרש כמבואר בדברי הרמב"ן והר"ן פרק כל הגט ופרק התקבל ומה דנקטי מלתייהו בשליח לקבלה לרבותא נקטי דאף בשליח לקבלה דסד"א דהו"ל מילי מ"מ מהני שלא בפניו ומכ"ש בשליח להולכה דמהני וזה דעת ה"ה שכתב ואף בשליח לקבלה כו' והוא מלשון הרמב"ן ס"פ התקבל והרא"ש נקט רבותא להיפך לפי מ"ש שם בתחלה דבפקח נמי לא מהני אם כותב לסופר אם כן היה אפשר לומר דשמיעת קול האיש דוקא בעינן לזה אמר דדוקא לענין כתיבה וחתימה בעינן שמיעת קולו וטעם החילוק בזה סתם הרא"ש ונראה דס"ל כסברת הרמב"ן דהתם משום דבעינן לשמה כו' ובמ"א ביארתי בדברי הרא"ש בזה:

ועכ"פ כגוונא דנ"ד שהאשה ממנה את השליח בפה לפני ב"ד אלא שהיא שלא בפני השליח אין לפקפק בדבר כלל דשפיר דמי למעבד כה"ג ואף ע"פ שהרי"ף החמיר שלא לעשות שליח לקבלה מ"מ ברור שלא עלה על דעתו להחמיר אף במקום עגון שהרי

איכפל ואתי לאשמעינן כל דיני שליח לקבלה עם נוסחת השטרות ככל משפטם וע"כ שבא ללמדנו כדת מה לעשות במקום עגון שיש צורך לעשות שליח לקבלה דאל"כ לא היה מאריך כולי האי וכן מבואר למעיין בלשונו ז"ל:

אלא שעדיין אני צריך למודעי דנהי שמידי חומרת הר"ף יצאנו מ"מ מידי ערעור לא יצאנו שהרי עכ"פ צריך לתקן חששא דמהר"ף שחוש' שמא לא יתקיימו החתימות כראוי וחש' זה הוא חזק מאד בנ"ד כי איך יקיימו שם בלונדן חתימת עידי ההרשאה או דייני הקיום וכן להיפך כאשר ישלחו לכאן כתב מעשה ב"ד שקיבל הגט כראוי מי משלנו יודע ומכיר החתימות דלשם והב"ש בשם הט"ז כתב להדיא להתיר במקום דלא אפשר לעשות שליח לקבלה ולקיים החתימות דוקא אמנם לפי ענ"ד מצד החשש לפי שבמקום הנתינה אין מכיר חתימת עידי ההרשאה שעשאתו שליח לקבלה דבר פשוט הוא שאם הבית דין של מקום עמידת הבעל עשו מעשה ונמסר הגט לפניהם ליד השליח אין לחוש עוד בדבר כיון שהב"ד שבמקום האשה לא ישיאו אותה עד שתברר בפניהם שהיא עשאתו שליח לקבלה ואם כן על סמך זה יוכלו הב"ד שבמקום הנתינה למסור הגט ליד השליח כיון שבמקום עמידת האשה יתברר הדבר שעשאתו שליח ואם ירצו לחוש לעצמה שמא תלך האשה למקום אחר ותנשא שם או אף באותו מקום לא יהיה מי שימחה בידה שיסברו דמסתמא הכירו שם חתימת העדים מ"מ עדיין יוכלו לעשות תקנה לדבר לבאר באותו כתב שכותבין להודיע שהשליח קיבל הגט בפניהם ויפרשו דבריהם שלא תהיה ניתרת עד שתברר עשיית השליח בעדים וגדולה מזו כתב המרדכי בשם מהר"מ שהבעל יכול ליתן הגט ליד שליח האשה אע"ג דלא ידע אי הוה שלוחה ול"ח לב"ד טועין שישיאוה בלא עדים שעשאתו שליח לקבלה רק משום לעז יש להחמיר לברר השליחות מקודם כו' והביאו בד"מ ס"ק ה' ועיין בב"ש ס"ק יו"ד וכיון דא"צ בירור רק לכתחלה אם כן נראה דדוקא באין כאן עדים וראיה כלל אבל אם יש כתב חתום בפנינו בעדים אלא שלא נתקיימו החתימות נראה דסגי בהכי וא"צ לברר יותר ומכ"ש בעגון ושעת הדחק דכדיעבד דמי:

ובאמת צ"ע על הרי"ף שמחמיר מה"ט שמא לא יוכלו להתקיים החתימות כראוי שלא לעשות ש"ק כלל והרי יש תקנה לדבר כמ"ש שהב"ד שבמקום הנתינה המודיעים שנתקבל הגט ע"י שליח פלוני המה יפרשו בכתבם זה שלא תנשא האשה עד שתברר שם שעשאתו לזה שליח לקבלה. אך חשש השני בשביל כתב שנכתבו הב"ד שבפניהם קיבל השליח שמא לא יתקיימו אותן חתימות כראוי זה ודאי חשש גמור הוא ועיין בפרישׁ' שמחלק דברי הטור לשני בבות ומפרש בבא ראשונה כמ"ש דהיינו שהג' דיינים

שבמקום מסירת הבעל צריך שתהיה חתימתן ניכרת במקום האשה וע"ש שנתחבטו כל הפוסקים בלשון מהר"ף שכתב וצריך לקיים כל שלשה בגט ולענ"ד הדבר ברור שט"ס נפל בזה וצ"ל וצריך לקיים כל שלשה בג' דקיום שטרות בג' ור"ל דכל שלשה שבעיר זאת צריכים קיום מב"ד של ג' שבעיר אחרת והיה כתוב בג' עם ציון עליו וטעה הסופר והעתיק המלה בגט וסבירא ליה להר"ף דבכל דוכתא דמקיימה לדייני צריך לקיים כל השלשה ואע"ג שדעת הרשב"א ועוד פוסקים בח"מ סימן מ"ו דבתרי מגו תלתא סגי הר"ף לא סבירא ליה הכי אלא סבירא ליה דבעינן לקיים כל תלתא ומחמת חשש שמא לא יתקיימו כל הג' החמיר שלא לעשות שליח לקבלה כלל ועכ"פ בנ"ד לא יצאנו מחשש זה דאיך נתיר האשה ע"י הכתב מלונדן שאין עדים מצוין לקיימו בכאן:

והנה בזה צריכין אנו לסמוך על מ"ש הב"ש בשם הרשב"ץ דבמקום עיגון מקילין אפילו בשליח קבלה אם הביא שטר חתום מכ"ש אם יש עליו מעשה ב"ד אע"ג דא"י לקיים החתימות דקיום שטרות דרבנן וזה צ"ע לפי ענ"ד דהנה מ"ש הב"ש בשם הרשב"ץ הוא ט"ס וצ"ל הר"ש בן הרשב"ץ ועיקר טעמו משום דסבירא ליה דהרי"ף והרמב"ם סוברים דמעשה ב"ד אין צריך קיום כלל וכן כתב הב"ש בסימן קמ"ב ע"ש שנראה שכוונתו לתרץ קושית הט"ז שם שתמה על הך דינא ובאמת הט"ז שפיר קשיא ליה על תשובת הרשב"ץ שהביא הב"י שם דסבירא ליה בהחלט דקיום ב"ד צריך קיום רק דמיקל משום דקיום שטרות דרבנן ואהא שפיר קא ק"ל להט"ז ומ"מ הב"ש שפיר מתרץ דברי הרמ"א שמביא זה לפסק הלכה דסבירא ליה להקל מטעמא דכמה פוסקים סבירא להו דקיום ב"ד אין צריך קיום וכן מבואר מדברי הר"ש בן הרשב"ץ שהביא הב"י סי' קמ"א שכתב וז"ל ובזה אפשר לקיים דברי א"א ז"ל (ורומז בזה על תשובת הרשב"ץ אביו דמייתי הב"י סי' קמ"ב) אלא שלפי זה שכתבתי דוקא במעשה ב"ד ולפי מה שכתב א"א אף בשטר שאין בו מעשה ב"ד ולמעשה הייתי סומך כו' ע"ש ואם כן שפיר מתרץ הב"ש דעת הרמ"א שלכך מיקל משום דמיירי דאיכא מעשה ב"ד ואיכא דסבירא מעשה ב"ד א"צ קיום:

אך לענ"ד יש לדון בזה על דברי הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל במה שהוציא מהרי"ף והרמב"ם דסבירא ליה דמעשה ב"ד אין צריך קיום ממה שפירשו הך דעד ודיין מצטרפין לענין אם הדיין מעיד שבפניו בצירוף דיינים אחרים הועד שזה לוה מזה מנה וכן כתב בכ"מ בפ"ד מהלכות עדות שם באורך בשם הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל ע"ש ולענ"ד אין מזה הכרח כלל לומר דאין מעשה ב"ד צריך קיום דאפשר דגם אינהו אזלי ומודו דצריך קיום ואפ"ה לא ניחא להו לפרש הסוגיא בדרך זה משום דקשיא להו קושית הריטב"א שהביא הש"ך בסי' מ"ו דמה ס"ד דמצטרפין הא ליכא קיום על עדים השני אלא הדיין לחוד וכן הקשו

הראשונים ז"ל כמ"ש בשיטה מקובצת בשמם ולא סבירא ליה הך סברא שכתב הריטב"א דלא שכיח שיזייף העדים וגם הדיינים דסברא דחוקה היא ולכך פירשו הסוגיא לענין עדות הלואה ובאמת הטור והש"ע כתבו גם כן הך דינא בסימן למ"ד וסבירא ליה דאע"ג דהך סברא דאמאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא לענין קיום אתמר מכל מקום ילפינן מיניה גם לענין אם מעידין על ההלואה וא"כ גם דברי הרי"ף בפרק ג"פ באופן זה אך הרשב"א ז"ל הביאו בש"ע כתב גם כן שהרי"ף מפרש לה לענין עידי הלואה וכן נראה מדברי הרמב"ם כו' ומכל מקום עדיין י"ל משום דקשיא להו להרי"ף והרמב"ם קושית הריטב"א ושאר ראשונים לכך מפרשי לה דמיירי בעדות הלואה וכ"כ בשו"ת תשב"ץ ח"א סימן קע"ג וז"ל והרי"ף והרמב"ם פירשו עד ודיין מצטרפין פי' רחוק בפרק ג"פ ומ"מ הדין אמת הוא דקיום ב"ד צריך קיום עכ"ל ומ"ש הר"ש בן הרשב"ץ דהירושלמי אומר דלא צריך קיום באמת שכ"כ גם הרשב"א בתשובה שהביא הב"י סי' מ"ז אבל זה תימא שהרי אדרבא בירושלמי שהביאו הר"ן ושאר גדולים בש"מ מבואר דאיסור ב"ד צריך קיום ובקרבן העדה עמד בזה ולענ"ד דהרשב"א והר"ש כוונתם בזה לדברי התוספתא דשביעית שהביא הר"ן ושאר מפרשים דאיתא שם דאין צריך קיום והוי גרסי לתוספתא זו בירושלמי דשביעית ואף שלפנינו ליתא שם בירושלמי אפשר שהיה כן בגרסתם או שהם מכנים התוספתא בשם הירושלמי והדבר מבואר בתשובת תשב"ץ שם אחר שהביא דברי הירושלמי בר"ה וסנהדרין כתב וכבר הוקשה להם לרבותינו בעלי התוס' ז"ל על הירושלמי מירושלמי אחר דבמסכת שביעית פרק בתרא תניא אין מעשה ב"ד צריך קיום אני אומר אפילו יהיה פירוש זה הירושלמי בפשיטות ויהיה חולק על הירושלמי האחר יש לנו לדחותן מהכרע דגמרא דידן כו' אבל הקושיא זאת כבר תירצה הרמב"ן וכתב שהירושלמי הוא כך ר"י אומר פרוזבול המקושר כו' עכ"ל וכל' הזה כתב ג"כ בח"ג סימן ט"ז וסי' כ"ב הרי להדיא כמ"ש:

ועכ"פ לדינא צ"ע כיון שמבואר מדעת כל הפוסקים דאף קיום ב"ד צריך קיום ומדברי הרי"ף והרמב"ם אין הכרע כלל לומר שיסברו שא"צ קיום אם כן קשה להקל בזה אף במקום עגון שאין לנו עמוד לסמוך עליו כלל:

שוב מצאתי בספר בני שמואל סימן מ"ו כתב גם כן על דברי הר"ש בן הרשב"ץ שהביא הכ"מ בהל' עדות שאין ראיה מדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל וגם הוא תמה על הרשב"א דלעיל שכתב בשם הירושלמי להיפך ע"ש ואם אמרנו לסמוך על מה שנראה מתשובת התשב"ץ שמצדד להיתר משום דבעדות אשה הקילו שאפילו נשתתקו הב"ד ורמזו שהגט מקוים כשר ואע"ג דקי"ל מפיהם ולא מפי כתבם כו' לפי ענ"ד הדברים תמוהים וגם

מה דמייתי ממ"ש הרמב"ן והרשב"א בהא דמצאו כתוב איש פלוני מת כו' הוא תמוה וע"ש בהגהת בנו הר"ש ז"ל שתמה עליו גם כן וכתב וי"ל כיון שע"פ דרכו של הרי"ף אין הירושלמי חולק עם גמרותינו וסובר שמעשה ב"ד אין צריך קיום כדאי הוא לסמוך עליו בשעת הדחק כיון דקיום דרבנן הוא כו' ע"ש וזה כדבריו דלעיל בתשו' וז"א כמ"ש ועיין ברשב"ש בסימן רס"ו ששם האריך קצת לפקפק בדברי אביו במה דמייתי מדברי הרשב"א בהא דמצאו כתוב איש פלוני מת כו' ע"ש וגם מהרשב"ץ גופיה נראה אף ע"פ שסמך בזה במקום עגון היינו אחרי שכבר נעשה מעשה להתיר האשה ולא היה אפשר בע"א כלל וכמ"ש בסימן כ"ב דאע"ג דרבנן אצריך לשליח הגט לומר בפ"נ שאני התם שיש תקנה בדבר כיון שהשליח מביאו יעמוד עליו אבל בשטר שליחות הנשלח אל השליח יש לסמוך על העדים החתומים על השטר כו' אבל לעשות מעשה בדבר לכתחילה גם הרשב"ץ מודה שהרי בח"א סימן קע"ג כתב וז"ל כי האשה שיש בידה מעשה ב"ד לא תוכל להנשא עד שיוכרו חתימת ידי הב"ד כו' והאריך להכריע בדבר דקיום ב"ד צריך קיום:

אמנם פקחתי עיני וראיתי בספר התרומה שכתב וז"ל ואע"פ שכתבתי שאין צריך הכרת חתימות ב"ד שניתן הגט בפניהם ליד שליח לקבלה כ"ז שלא יבא הבעל ויערער טוב להחתים אנשים טובים וחתומים ידועים שתהא חתימתם ניכרת יותר לרבים כי היכא דאי אתי בעל ומערער יהא נקל לקיים חתימתם וגם אם הבעל יודע לכתוב עוד טוב שיכתוב תחת חתימתן כך אני פלוני החתום כו' ע"ש והנה מ"ש ואע"פ שכתבתי כו' חפשתי ולא מצאתי שם ונראה שיש איזה איסור לשון וגם חילוף יש שם ע"ש וגם במרדכי סוף הלכות גיטין כתב בשם מכתב הר"י הזקן כדברי סה"ת ונלענ"ד שזה מקור דברי הר"ף כדרכו וכמבואר למעיין ולכן לא ביאר בדבריו בענין העדות שמוסרין ליד השליח שצריך שיהיו אנשים ידועים ודוקא לענין העדים החתומים על כתב השליחות הוצרך שיהיו אנשים ידועים כו' ע"ש בדברי הטור בשמו וכן מבואר ממ"ש הר"ף בהגהת סמ"ק וכ"כ הב"י בשם הא"ח בשם הגהת הר"ף שרבינו כתב כו' וטוב שיהיו אנשים ידועים כי הם יעידו בכת"י על נתינת הגט כו' והיינו כדברי סה"ת שלכתחלה יש לעשות כן והיינו היכא דאפשר אבל מ"מ ליכא עיכובא בשביל זה והיינו דכל זמן דליכא ערעור א"צ קיום כלל וזהו דלא כפי' הפרישה שפירש מ"ש הר"ף שאין אדם יכול לצאת ידי חובת נקי כו' הוא חלוק לשני בבות ובבא ראשונה היא שצריך שיהיו הדיינים שבמקום הנתינה ידועים בכל העולם וז"א דבשביל זה אין להחמיר כיון דליכא קפידא בדבר כ"א לרווחא דמילתא לבד ולפ"ז בנ"ד אין כאן בית מיחוש דמצד הדיינים שבמקום הנתינה

אין להקפיד היכא דלא אפשר ומצד הדיינים שבמקום האשה שהיא עושה את זה לשליח שלה גם כן אין לחוש אף שלא יתברר להם השליחות בשעת נתינה כיון שכאן במקום האשה מתברר השליחו' היטב וכמש"ל:

וכן מצאתי בשו"ת התשב"ץ ח"ג סימן כ"ב בסופו שכתב וז"ל וכ"ש בנדון שלפניכם שהאשה הניתרת לינשא היא במקום שנעשה השליחות והוי קודם שתנשא מילתא דעל"ג שם אם שטר שליחות מזוייף הוא טפי מפלוני מת דלא הוי מלתא דעל"ג אלא אם יבא חי ואף אם הלה קיבל בלא שטר שלחות והעידו עדים שהיא מינתה אותו שליח היא מגורשת עכ"ל. וכבר כתבתי לעיל שצ"ע לפע"ד דילמא החמיר הר"ף מחמת זה בענין שליחות לקבלה שהרי יש תקנה שיפרשו בכתב עדותן שיכתבו בו שנמסר הגט לשליח פלוני שלא יתירו האשה עד שתברר בעדים שנעשה פלוני זה שליח לקבלה ואפשר שחשש שמא זה לא נעשה שליח כלל ויקח גוף הגט וישלח ליד האשה ותנשא בו בלא כתב התרה ובאמת הבעל לא נתרצה רק באופן שיהיה זה שליח לקבלה דוקא אלא שגם בזה יש תקנה שיחזרו הב"ד ויקחו הגט מיד השליח ויקרעו אותו רק יתנו לו כתוב כנ"ל ואז אין מיחוש בדבר וצ"ע ועכ"פ בנ"ד שמבורר לפנינו שהיא עושה שליח את רבי מאיר שבלונדן לקבל הגט אז אם הב"ד דשם יצוו למסור הגט לידו בתורת שליחות לקבלה ויכתבו לכאן שקיבל הגט כמשפטו וחוקתו אע"פ שלא נוכל לקיים חתימת ב"ד אין בכך כלום ושפיר היא מותרת לינשא כיון שאין כאן ערעור הבעל:

אלא שעדיין אני חוכך בדבר זה שלענ"ד הסה"ת אזיל בזה בשיטת הרמב"ם פ"ז ופי"ב מהלכות גירושין שסובר דאשה שגיטה יוצא מתחת ידה מתירין אותה להנשא אע"פ שאין מכירין החתימות והביאו הטור בסי' קמ"ב וכתב שכ"כ הרמ"ה והב"י כתב שכן דעת הר"ן גם כן אבל חולק ע"ז וסובר אע"פ שלא קרא עליו ערעור יתקיים בחותמיו וכ"ד הרשב"א וכ"כ הריב"ש סי' שפ"ה שמעולם לא שמענו מי שנהג קולא זו למעשה להתיר אשה שהיתה בחזקת א"א בגט שבידה בלא קיום במקום שאין מצוין לקיימו ולא ראיתי לרמב"ן שיחלק בין אשה לשליח כי מ"ש בחידושיו גבי מתני' דהמביא גט בא"י דאשה א"צ קיום בלא ערעור בא"י היא אבל בח"ל דאין עדים מצויין לקיימו דקתני מתני' בשליח אם יש עליו עדים יתקיים בחותמיו דמשמע אף בלא ערעור באשה נמי חיישינן וצריכה קיום קודם שתנשא כו' ונדון זה אין עדים מצוין לקיימו ואל תשיבנו ממה שאמרו השתא איהו לא מערער אנן ניקום ונערער דהתם בשנשאת הוא דאנן לא ניקום ונערער להוציאה מתחת בעלה אבל לחוש לא אמרו כו' עכ"ל וכן נראה גם כן מדברי רבינו ירוחם נתיב ו' ע"ש ומדברי הריב"ש מבואר דדוקא בשנשאת אבל בשלא נשאת אף בשעת הדחק

אין להתיר ופשוט לענ"ד דלא עדיף יד שליח לקבלה מיד האשה עצמה ולא עדיף כתב התרה מב"ד מגט חתום בעדים ולהנך פוסקים דמצרכי קיום בכל גווני צריך ובש"ע סי' קמ"ב הביא ב' הדעות ולא הכריע וקצת משמע שנוטה להחמיר מדנקיט בלישניה ל' הריב"ש שלא שמענו מי שנהג קולא כזו וא"כ אין ראיה מסה"ת ומרדכי כלל שדבר ברור הוא שהם תופסין בזה כשיטת הרמב"ם ודעימיה ואנן מספקא לן להחמיר:

שוב מצאתי בשו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' א' שכתב באשה שהוחזקה א"א ויש בידה מעשה ב"ד איך נתגרשה מבעלה ואין עדים מצויין לקיים חתימת הדיינים וכתב דאיכא פלוגתא דרבוותא שהרמב"ם מתיר וה"ה הביא ראיות לדבריו והראב"ד והרשב"א והרמב"ן ביבמות ורבינו ירוחם מחמירין וכיון דרוב הפוסקי' הסכימו להראב"ד לא שבקינן הראב"ד ועבדינן כהרמב"ם ואשה הבאה וגיטה בידה צריך קיום וה"ה נמי באשה הבאה ומעשה ב"ד בידה צריך קיום דלא עדיף מעשה ב"ד מהגט ואע"ג דאיכא דס"ל דחתימת הדיינים לא צריך קיום כבר דחו זאת הסברא כו' ומאי דכתב בהגהת מרדכי וז"ל וה"ה אם שלחו ב"ד חתימתן שבאותו מקום שניתן שם הגט שבפניהם נתגרשה שמותרת לינשא אפילו אין מכירין החתימה כיון דליכא מערער עכ"ל אע"ג שכתב דבריו בסתמא ודאי דאזיל כפי שיטת הרמב"ם אבל לפי מה דמסקינן דסברת הראב"ד עיקר אית לן למימר דה"ה באשה הבאה ומעשה ב"ד בידה שאין מתירין להנשא עד שתקיים מעשה ב"ד בחותמיו ומי שירצה להקל יוכל לסמוך על סברת המקילים כי ראוים הם מקילין אלו לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק עכ"ל מהריב"ל:

אמנם גם מהריב"ל שהרשה למי שרוצה לסמוך על סברת המקילין אפשר שלא אמר רק בגוונא דהתם שכבר נעשה מעשה ב"ד בידה שנתגרשה אבל לעשות מעשה לכתחלה להקל צ"ע ואם אמנם שי"ל דכל שעת הדחק כגוונא דנ"ד כדיעבד דמי עדיין צ"ע דשמא עד כאן לא התיר הרמב"ם אלא באשה עצמה דאיכא נמי טעמא שאינה חשודה לקלקל עצמה ולכן בצירוף אידך טעמא דעדים החתומים כו' שרינן לה מה שאין כן בשליח המביא גט והיא לא ידעה דל"ש שאינה חשודה כו' והשליח לחוד לא מהני דאין דבר שבערוה פחות משנים ודוקא בשליח להולכה דהמנוהו רבנן והרמב"ם טעמא יהיב שאינה חשודה לקלקל את עצמה וזה ל"ש כי אם באומרת שנתגרשה בעצמה אבל על ידי שליח דאיהי גופא לא ידעה צ"ע אם יש לסמוך על טעם השני לחוד להתיר לפי שעדים החתומים כו' בלא ערעור שהרי לענין דיני ממונות לא קי"ל הכי דהא להוציא ממון מיתומים ולקוחות חיישינן לזיופא אע"ג דליכא ערעור וכע"ש התוס' בריש גיטין:

אמנם התוס' והמרדכי שם כתבו טעם החילוק בין מביא גט בא"י לנפרע מיתומים דבגט משום עגונא אקילו רבנן והרא"ש שם כתב דבלא ערעור ל"ח לזיופא לפי שהבעל אינו חשוד לקלקלה בי"ש והיא נמי לא תזייף לקלקל עצמה עכ"ל מבואר מזה דאף שהגט הובא על ידי שליח אפילו הכי ל"ח לזיופא אמנם הר"ן ז"ל כתב החילוק דמתני' ליכא למיגמר לפי שאין האשה ממונו של בעל אלא ברשות עצמה היא להנשא ואנן לא מנעינן לה ועוד שמתוך חומר שהחמרת כו' ונאמנת כענין מה שהאמינוה לומר מת בעלי עכ"ל (ומדברי הריב"ש סי' שפ"ה מבואר שלשון זה הוא לשון הרמב"ן בחידוש' גיטין ובחידו' הרמב"ן שלפנינו לא מצאתי לשון זה) ומ"ש לפי שאין האשה ממונו של בעל כו' כבר שדא ביה נרגא הריב"ש בתשובה הנ"ל שכתב שהרי גם כאן יש חזקה דאיסורא ובספ"ק דב"מ משמע דחמיר איסורא מממונא כו' ועוד תינח לאשה עצמה שטוענת בברי שלא נמחה בידה אבל הבא לימלך אשה זו אסורה או מותרת והיא אצלינו בחזקת איסור וגם היא א"י בהיתרא איך נוציאנה מחזקת' ונתיר לו לישאנה עכ"ל והנה לפמ"ש אח"כ שהאשה טוענת בברי היה אפשר ליישב מ"ש דכאן איכא חזקה דאיסורא דלגבי חזקה דאיסורא מהני ברי כמ"ש בפ"י בסוגיא דשנים אומרי' מת משא"כ בחזקה דממונא דקי"ל דלא אמרי' ברי עדיף היכא דהשמא טוב דלא הו"ל למידע ולכך שפיר טענינן ליתומים ולקוחות מזויף אלא שיש לתמוה על מ"ש דהאשה טוענת ברי דהא באמת לאו בהכי מיירי שהרי השליח מביא גט ואין האשה יודעת כלל וגם מה שהקשה דמה מועיל טענת ברי של האשה כיון שהאיש הבא לישא אותה א"י היא קו' גדולה כמבואר בסוגי' דכתובו' דשניהם דוקא צריכין לומר ברי לי דאל"כ הבא עליה בחטאת קאי וה"ה כאן ושפיר הכריע הריב"ש שטעם השני שכתב שמתוך חומר היא עיקר ואם כן מוכח מזה דגם היכא שהגט על ידי שליח והאשה אינה יודעת שייכא הך סברא דמתוך חומר כו' והיינו דאמרינן דמסתמא אשה דייקא ומינסבא וכההיא דמת בעלי אך כ"ז בא"י שיש מצוים לקיימו אבל בח"ל שאין מצוים לקיימו דעת הריב"ש דלהרמב"ן צריך קיום אף באשה עצמה וכ"ש בשליח דל"ש טעם הראשון של הרמב""ם שאין חשודה לקלקל עצמה וכן נראה דעת הטור אע"פ שהביא דעת הרמב"ם והרמ"ה באשה המביאה גיטה מ"מ כתב ברסי' קמ"א הא דבעינן ב' עדים שנמסר בפניהם מיירי כשאין מכירין חתימת העדים החתומים על הגט כו' ובב"ה שם תמה על הטור שהרי הטור גופי' בסי' קמ"ב סתם כהרמב"ם דלא בעי קיום והב"ח שם כתב דכשאין מכירין חתימת העדים החתומים בו אפילו היה ביד האשה לא הוי גט בלא עדי מסירה וכמ"ש הרשב"א ולפי"ז הא דקאמר הרמב"ם דכשהגט שלם ביד השליח א"צ עדים על הקבלה היינו דוקא כשמכירין

חתימת העדים החתומים בו כו' עכ"ל ותמהני דלהרמב"ם א"צ הכרת חתימת העדים כלל והרשב"א באמת חולק על הרמב"ם וסובר דגם ביד האשה אין מועיל בלא קיום משא"כ להרמב"ם יש להאמין גם בזה לשליש מטעם מגו שהיה יכול למוסרו לאשה ועכ"פ דברי הטור צ"ע ולפי מ"ש י"ל דהטור ס"ל דדווקא באשה גופה דשייך לומר שאינה מקלקלת עצמה אז סגי בלא קיום משא"כ בגט שע"י שליח קבלה שהאשה עצמה אינה יודעת כלל אין מקום להקל בלא קיום דהא מה"ט הצריכו חז"ל דמביא גט בח"ל שיאמר בפ"נ כיון שאין עדים מצוין לקיימו אע"ג דליכא ערעור ולא ס"ל סברת הר"ן דמחלק בין שליח הולכה לשליח קבלה דשליח קבלה כיון שהוא גומר לגרש תו לא אתי ומערער אלא אדרבא בשליח לקבלה אין מועיל בפ"נ אלא או שיהא הגט מקוים יוצא מתחת ידו או שיביא עידי קבלה:

והנה הרמ"א סי' קמ"א סעיף י"ג כתב מיהו אם הגט מקוים בחותמיו מתח"י א"צ שתביא עדי מסירה בפנינו רק שאומרת שקיבלה בפני שנים כראוי וה"ה בשליח קבלה מן הבעל עכ"ל והוא ע"פ דברי הטור מבואר מזה דפוסק כן לדינא דגט מקוים בעינן אפילו בשליח קבלה ודלא כהר"ן ועיין בב"ש ס"ק ס"ז שכתב וכאן משמע דשליח המביא גט מותרת לישא אפילו אין מכירין החתימות אפילו מאן דמחמיר לקמן בסימן קמ"ב כשהיא עצמה מביאה גט שאינו מקוים מ"מ כשהשליח מביא מודה דמותרת לישא עכ"ל מבואר מזה דס"ל דשליח עדיף מאשה עצמה וצ"ל דהיינו משום דאין אדם חוטא כו' ובאמת ז"א דמאן דמצריך קיום אף אם הגט יוצא מת"י שליח לקבלה מצריך קיום ואדרבא אשה עצמה עדיף שאינה חשודה לקלקל עצמה וכמ"ש אלא עיקר החילוק הוא דבסי' קמ"א גבי שליח המביא גט בא"י מיירי ואז מותרת אפילו אין מכירין החתימות כיון דבאמת עדים מצוין לקיימו והשתא ליכא ערעור ל"ח לזיופא משום עגון אקילו או מתוך חומר אבל בסי' קמ"ב דמיירי בח"ל שאין מצוין לקיימו בזה ס"ל להראב"ד דאף באשה עצמה שגיטה בידה לא מהני בלא קיום אע"ג דשייך לומר שאין חשודה כו' ומכ"ש אם הוא ביד שליח וזה מבואר מדברי הריב"ש דלעיל סי' שפ"ה וזה ברור:

שוב מצאתי בספר בית מאיר שכתב ג"כ בישוב דברי הטור דס"ל לחלק בין אשה עצמה דל"ח לפי שאינה מקלקלת עצמה משא"כ בש"ק וע"כ לדעתו בזה גרע ש"ק שאינו נאמן עם אמירת בפ"נ כו' ע"ש ולענ"ד הטעם דבשליח להולכה הקילו חז"ל משום תקנת עגונות כיון שהבעל במדה"י ואינו רוצה לחזור אליה ואם לא נתיר ע"י נאמנות השליח ונסמוך על אמירתו בפ"נ מעגנא ויתבא משא"כ בשליח לקבלה שהגירושין מדעתה ומרצונה והיא התחילה לעשות שליח לקבלה אע"ג דלפעמים גם בזה יש חשש עיגון לא

פליג רבנן וצריך עידי קבלה או עידי קיום הגט ועיין בבית מאיר רסי' קמ"ב מה שהקשה שם על הד"מ שכתב דמכל הפוסקים משמע דשליח לקבלה א"צ לומר בפ"נ שהרי דעת הטור או שיתקיים הגט או שתביא עידי מסירה ע"ש ולענ"ד י"ל דכוונת הד"מ דעכ"פ כ"ע מודו שאצ"ל בפ"נ אע"ג דל"ה מחד טעמא דלפי דעת הר"ן אצ"ל לפי שגמר לגרש ולפי דעת הטור ג"כ אצ"ל בפ"נ דממ"נ אם תקיים הגט א"צ לומר בפ"נ כדאי' רסי' קמ"ב ואם לא נתקיים א"כ צריך להביא עידי קבלה אע"פ שהגט יוצא מת"י וכיון שיש כאן עידי קבלה שקיבלו מן הבעל שוב אצ"ל בפ"נ דהבעל אינו חשוד לקלקלה וכמבואר בש"ע סי' קמ"ב סעיף י"ב ע"ש אך דל' הד"מ משמע דכל הפוסקי' דמשמע מדבריהם ששליח קבלה אצ"ל בפ"נ כולהו מטעמא דהר' אתו עלה וזה באמת צ"ע לפי משמעות דברי הטור דלעיל:

ואחרי הודיע כל זאת צ"ע לדינא בנ"ד כיון שדעת הראב"ד וכן משמע דעת הרמב"ן והרשב"א ורבינו ירוחם והריב"ש כולם כאחד עונים ואומרים דאף באשה שגיטה יוצא מתחת ידה לא תנשא בלא קיום וקצת משמע מהש"ע שנוטה להחמיר כדעתם ז"ל וכמ"ש הריב"ש שלא שמענו מי שנהג קולא זו וכיון שזה באשה עצמה כ"ש בשלוחה לקבלה שאין להתיר בלא קיום שי"ל שגם הרמב"ם מודה בזה וכן משמע להדיא מדברי הטור וא"כ אף ע"י מעשה ב"ד אין להקל וכמ"ש מתשו' מהריב"ל ואע"פ שמהריב"ל סיים בה שמי שירצה יוכל לסמוך להקל כבר כתבתי שצ"ע אם יאמר הרב כן לעשות מעשה לכתחלה וגם כי מהריב"ל מיירי באשה עצמה וע"י שליח אפשר דגרע טפי כמש"ל וכן מבואר מדברי הרשב"א בתשו' סי' אלף רכ"ח הביאה הב"י שכתב באשה שליח קבלה והגיע לידה ע"י אחר שהעיד שבפ"נ והגיע ליד שליח קבלה והביא שטר חתום בעדים שבא ליד ש"ק והוא מסרו להגיע לידו ואין אנו מכירין עידי השטר אבל הגט נתקיים בפנינו תשובה מסתברא שהגט כשר כו' לקיום לא ניחוש דהא איכא תרי דמקיימו ליה בחותמיו כו' מבואר מזה דלולי קיום הגט לא היה סומך על העדות שבשטר כלל כיון שאינו מקוים ואף שי"ל דהרשב"א לשיטתו דסובר אף באשה עצמה צריך קיום מ"מ נראה מדבריו דאף שהיה ברחוק מקום שהאשה היתה באושקה והבעל הלך לטולטילה אעפ"כ לולי הקיום לא היה מתיר ועוד יש לעיין בזה שאף לפי דעת הפוסקים דלא בעי קיום י"ל דדוקא באשה או שליח קבלה שגיטו בידו דבזה אמרינן ד"ת עדים החתומי' כו' כיון שזה המביא לנו הגט או השטר הוא טוען בברי שנמסר לידו מיד הבעל אמרינן לא חשיד אינש לזייף משא"כ בנ"ד שהמעשה ב"ד שנתקבל הגט לא יבא בידי אדם רק ע"י הב"ד דקביע במתא וזה הו"ל כמצאו כתוב בשטר פ' גירש את אשתו וחתומים עליו

עדים או ב"ד שאין להקל בדבר בלא קיום ואפילו בעדות מיתה כתבו בסי' י"ז דעת הרבה פוסקים דבעי קיום ועיין בש"ך ח"מ סי' מ"ו גבי שטר קידושין בשוק דלא מהני בלא קיום משום דמה שאינו בידי שום אדם ל"ש לא חשיד לזיופי ע"ש ומצאתי בבעל העיטור דף ל"ט שכתב על הירושלמי דמצאו כתוב בשטר מת פלוני אין משיאין את אשתו דל"ד לעדות שבכתב דההיא לאו הגדה היא ולא ידוע בעל הגדה דלא מצי למימר זה כתב ידי אבל היכא דידוע דמצינן למחקר כיון דראוי להגדה הא מקיימא לכתב ידן וכשר כו' עכ"ל ונראה שט"ס וצ"ל דלהוי מצי למימר זה כ"י ור"ל דהירושלמי מיירי באין ידוע לנו מי הוא החתום על השטר מאיזה מקום הוא בכדי שנוכל לומר שאפשר לקיים כת"י משא"כ היכא שידוע מי הוא אלא שכתוב עדותו בכתב סגי בקיום ומ"מ מבואר מדבריו שסובר ג"כ כדעת הפוסקים דאף בעדות מיתה אין להתיר בלא קיום ומכ"ש בגט דודאי קיום בעינן וכ"כ בבעה"ע דף ל"ה וז"ל ורבנן הוא דאצריך אפילו במקום דליכא ערעור כגון הנפרע שלא בפניו וזולתו דהא המביא גט ממד"ה וליכא ערעור ובעינן בפ"נ ובפ"נ במקום קיום ש"מ כדאמרינן כו' ע"ש וא"כ גם בכתב שליח לקבלה נראה להצריך קיום אע"ג דליכא ערעור ול"ל דשליח לקבלה שאני כמ"ש הר"ן כיון שהוא גומר לגרש שוב לא יבא ויערער דבאמת אף דליכא ערעור כלל נמי צריך קיום וכמו הנפרע שלא בפניו אף אם לא יבא לעולם לידי ערעור כגון שמת וכה"ג ומצאתי בפ"י ריש גיטין שהביא דברי הר"ן וכתב שזה לא יצדק אלא לשיטת התוס' שסוברים דעיקר החששא דהבעל יערער שלא כדין אבל לשיטת רש"י דחששא גמורה הוא קשה מ"ש שליח קבלה משליח הולכה וכתב הוא ז"ל הטעם כיון שנגמר הגירושין במדה"י תו ל"ח וכמו דל"ח בגיטין שניתנו במדה"י מיד הבעל ליד האשה ובאתה אח"כ לא"י דמותרת להנשא בדליכא ערעור וה"נ דכוותה עכ"ל ותמהני מ"ש ובאתה האשה אח"כ לא"י אליבא דמאן קאי דלשיטת הרמב"ם ודעימיה אף בח"ל גופא מותרת להנשא בליכא ערעור ולשיטת החולקים לא ידעתי מנ"ל דאם באת אח"כ לא"י דשריא ואם נפשך לומר לחלק דבאת לא"י מודים דשריא בלא קיום אם כן פשיטא דלא עדיף שליח קבלה מאשה עצמה דבח"ל עכ"פ קיום בעי ובק"א שם איהו גופיה שדי ביה נרגא וכתב טעמא אחרינא דעיקר החשש שמא השליח נתכוין לקלקלה וזה דוקא בשליח הולכה אבל בשליח לקבלה שעשאתו שליח ומהימן לה חזקה שליח עושה שליחתו ולא יתכוון לקלקלה כו' ע"ש ולפי"ז זה שייך דוקא בשליח לקבלה שלה אבל בכתב המובא לידה על ידי אחרים למיחש מבעי כמו בשליח הולכה דשמא מכוון לקלקלה ואין להקל בלא קיום:

וכבר כתבתי דלפום טעמא קמא דהרמב"ם דאינה חשודה לקלקל עצמה בשליח קבלה ל"ש זה ולפי מה שהוסיף הפ"י נופך דגם בשליח קבלה שייך נמי דאינו חשוד לקלקל מ"מ אם גם שליח זה אינו כאן רק יד עכו"ם באמצע המוליכין ומביאין על ידי הב"ד ואנחנו לא נדע אם מיד שלוחה לקבלה היתה זאת אין טעם לדבר להקל בלא קיום וע"ש בלח"מ פ"ז מה"ג שכתב שם דעיקר הטעם הוא משום דאין אשה מקלקלת עצמה דטעם השני שכתב הרמב"ם ועוד שהעדים החתומים כמי שנחקרה כו' כמו שנעמוד הגט בחזק' כשר כשיביא אותו השליח עד שיערער הבעל כו' פשיטא דלא סגי בהך טעמא כלל דאף אי הוי כשליח מ"מ הא שליח נמי בח"ל צ"ל בפ"נ משום קיום ע"ש והדין עמו ומדברי הרמב"ם אלו מוכח דלא ס"ל כהר"ן שבאשה או ש"ק א"צ קיום לפי שגומר ומגרש דהא להדיא לאו מה"ט אתי עלה גבי אשה גופה וא"כ שפיר כתב הטור גבי שליח קבלה שצריך קיום אע"ג דבאשה גופה העתיק דברי הרמב"ם שא"צ קיום דדוקא גבי אשה שאינה חשודה לקלקל עצמה משא"כ גבי שליח שלה ולא ס"ל כסברת הפ"י בק"א אך לענ"ד י"ל בדעת הטור שכתב שאם לא נתקיים צריכה שתביא עדים שנמסר ליד השליח כראוי טעמא דידיה דאחרי שהעלה לדינא כדעת הרא"ש שהסכים להגאונים שהביא הרמב"ם דאם נמסר בינו לבינה פסול רק דהיכא שאין ידוע אם נמסר בע"מ סמכינן אעידי חתימ' ואמרינן דמסתמא נמסר מיד הבעל לידו כראוי כיון שהגט יוצא מת"י בע"ח אמרינן דמסתמא עביד כדין מסירת הגט שצריך למוסרו בעדים ולכן אפילו הבעל מערער ואומר שנתנו בינו לבינו אינו מועיל ערעורו כדמשמע מל' הרא"ש והטור שכ' רק שיאמר השליח הבעל נתן לי בפני ע"מ כו' משמע דאף שהבעל אינו אומר כן לא משגיחינן ביה וכן מבואר מדברי הטור סי' קל"ג שמא ימותו ע"מ ויבא הבעל ויערער לקלקלה לכך תקנו ע"ח וכשרואין חתם בו אמרינן שבודאי נמסר כראוי בע"מ עכ"ל וכן מבואר להדיא בדברי רבינו אפרים שהביא בעל המאור בפ' המגרש דאפילו הבעל מערער לאו כלום הוא אך זה דוקא בגט שנתקיים בחותמיו דאז אמרינן מסתמא לא היה הבעל מוציא הגט מת"י לידי השליח כיון שנתקיים או אפשר ומצוי להתקיים משא"כ בגט שאין מצוי להתקיים אע"ג דמחמת טענת מזויף גופיה ל"ח ליה בלא ערעור הבעל או מטעמיה דהרמב"ם או מטעמיה דהר"ן מ"מ שוב חיישינן שמא נתנו לשליח זה בלא ע"מ ובאמת לא נתנו לו לשם גירושין דעל גט כזה שאינו מצוי לקיימו לא קפיד עליה בעל להוציאו מתח"י דמימר אמר אי בעינא טעיננא מזויף והרי אין עדים המצוין לקיימו ולכך בעינן שיבואו עידי מסירה שמסרו לשליח בפניהם אבל באשה עצמה פשיטא שאין מוסר הגט לידה אף בגט שאינו מצוי לקיימו והלכך אף בגט שאינו מקוים נמי כשר

דאמרינן מסתמא לאו זיוף הוא וממילא דמסתמא נתן לידה בהכשר כראוי לפני ע"מ כן נראה לכאורה בפי' דברי הטור ועיין בב"י סימן קל"ג וז"ל ומה שמזכירים התוספות והרא"ש עדים חתומים כו' היינו לומר שמכירים חתימת ידי העדים דאל"כ לא מחזקינן ליה שנמסר בהכשר כיון דאכתי לא נתקיי' בחותמיו וכ"כ רבינו בהדיא בסי' קמ"א גבי שליח לקבל' כו' עכ"ל מבואר מדבריו דס"ל דגם באשה עצמה דינא הכי שהרי בסימן קל"ג באשה עצמה מיירי ורוצה להעמיד זה בדברי התוספת והרא"ש גם כן אך בבד"ה סימן קמ"א חזר בו ואדרבא קשיא ליה על הטור שכ"כ גבי שליח שהרי אין הדין כן באשה עצמה לדעת הטור שהעתיק דברי הרמב"ם ולפמ"ש א"ש דיש חילוק בין אשה עצמה לשליח שלה:

שוב התבוננתי בדברי הטור וראיתי שקשה לפרש דבריו דמחלק בין אשה עצמה לשליח דבשליח בעינן קיום שהרי הטור העתיק דברי הרמב"ם שכתב וז"ל שליח קבלה שקיבל גט לאשה ושלחו לה בפני עדים והגיע הגט לידה ואינה יודעת אם בעל שלחה כו' ה"ז מגורשת בא הבעל וערער שלא נתנו יתקיים בחותמיו שהרי עדים מעידים שהגט שניתן לה יצא מתחת יד שלוחה כו' וכן הועתק בב"י לעיל בלשון זה וכתב בפרישה שם דטענת הבעל שלא נתנו היינו שהשליח בעצמו מצאו ולכך יתקיים בחותמיו דאל"כ נאמן במגו דמזויף ובספרי הרמב"ם איתא וערער שלא כתבו וגרסת הטור דגרס שלא נתנו הוא יותר נכון שלפי זאת הגירסא מתפרש מ"ש שהרי עדים מעידים כו' כפשוטו עכ"ל וזה תימא לענ"ד שהרי הרמב"ם בפי"ב מה"ג והביאו הטור ססימן קנ"ב ס"ל דאין הבעל יכול לומר ממני נפל אף דאית ליה מגו דמזויף ואף דהתם באשה עצמה מיירי מ"מ כבר כתב דדין שליח קבלה כדין האשה עצמה ובין האשה עצמה ובין שליח לקבלה שלה הכל נפילה דיחיד הוא ול"ח לטענה זו אף במקום מיגו ועיין בדברי ה"ה והלח"מ שם ואין להאריך שלענ"ד עיקר כגירסא זו שלפנינו בהרמב"ם וכן העתיק בש"ע וכן צריך להגיה בטור וכן מבואר מדברי הב"ש ס"ק פ"ה שכתב שאם מערער ואומר ממני נפל כתבתי לעיל דפליגי בזה הפוסקים עכ"ל איברא שלענ"ד מ"ש הב"ש דפליגי הפוסקים בזה וכוונתו למ"ש שם לעיל בס"ק י"ד דהרא"ש סובר דחיישינן לטענת ממני נפל וז"א שהרי הב"ש שם הביא דברי הטור בסי' קנ"ב שכתב בפשיטות שאינו יכול לומר ממני נפל וכתב די"ל כשהגט ביד האשה שאני וחילוק זה נכון לחלק בין ביד האשה ובין ביד שליח שאומר שהוא שלוחו להולכה משא"כ הוא ביד זה שנתברר לנו שהוא שלוחה לקבלה מה לי ידה מה לי יד שלוחה וכמ"ש בשם הרי"ף שהקבלן ידו כיד האשה עצמה לכל מילי:

ועכ"פ מבואר מדברי הרמב"ם והטור דברישא שלא ערער הבעל הגט כשר אף שלא נתקיים בחותמיו ואם כן מבואר דאף בגט היוצא מתח"י שליח לקבלה א"צ קיום היכא שלא קרא עליו ערעור וא"ל דשאני הכא שהגט ביד האשה דז"א דודאי אין מקום לחלק בין אשה לשליח אלא היכא שהאשה אומרת שקבלתו בעצמה מיד הבעל משא"כ הכא שלא בא לידה אלא מיד השליח פשיטא דלא עדיף מאם הוא עדיין ביד השליח ואם היה אומרים דגט שקיבלו שליח צריך קיום גם בזה אין מקום כלל להכשיר בלא קיום אלא ודאי שז"א ואין חילוק להרמב"ם והטור בין האשה ובין שלוחה דבכל גוונא בלא ערעור א"צ קיום בחותמיו ואם כן דברי הטור שכתב מיהו הא דבעינן שתביא ע"מ היינו שלא נתקיים כו' הדברים צריכין ביאור ומחוורתא לענ"ד שדברי הטור אמורים במקום דאיכא ערעור שכבר ביררתי שכל שהגט חתום בעדים לפנינו אך דאתי בעל ומערער שלא מסר הגט רק בינו לבינה לא משגיחינן ביה ואמרינן דמסתמא נמסר כהלכתו וכמש"ל מדברי הטור סימן קל"ג ושאר פוסקים:

אך כל זה היכא שהשטר מקוים בחותמיו אבל אם אינו מקוים בחותמיו ודאי דמהימן הבעל לומר שלא מסרו לו רק בינו לבינו במגו דהוה אמר מזויף וכמו טענת לפקדון או על תנאי וכה"ג ואע"ג דהרא"ש כתב דבע"ח תלינן דמסתמא נעשה בהכשר גם בעידי מסירה דהכל יודעין שאין דבר שבערוה פחות משנים וא"א להתיר כי אם כשנמסר בפני שנים כו' מ"מ דבר פשוט הוא דבמגו מהימן ול"ה זה כמגו במקום עדים וכן מבואר ממ"ש הרמב"ן בספר הזכות סוף גיטין להקשות על סברת רבינו אפרים באם יש ע"ח אמרינן שבודאי נמסר בע"מ וז"ל ועוד אם בא וערער לומר סבור הייתי שהוא כשר ובינו לבינה מסרתי היכא לא משגחינן השתא משום חשש לשמה דסתם ספרי כו' ע"ש וכ"כ בספר המלחמות אלא שיש שם חסרון איזה תיבות ע"ש ולדעת הרא"ש צ"ל דהא עדיף דסברא היא שלא מסר בינו לבינה אך במקום דאיכא מגו פשיטא דמסתבר כסברת הרמב"ן דמהימן לומר טעיתי וסבור הייתי שהוא כשר ולכך שפיר יכול לערער בזה אם לא נתקיים בחותמיו ובזה א"ש דברי הטור שכתב במסר בינו לבינה פסול וע"ז כתב ומיהו הא דבעינן שתביא ע"מ כו' ר"ל אע"ג דפסול בלא ע"מ לא תימא דצריכה ע"מ בפנינו אם הבעל מערער שנתן בינו לבינו אלא דוקא היכא שלא נתקיים הגט דאז שפיר מועיל ערעור שלו במגו דמזויף אבל אם נתקיים הגט א"צ שתביא ע"מ בפנינו רק שיאמר השליח שקיבלו בפני שנים ר"ל ואז אפילו אם הבעל מכחיש השליח ואומר שנתנו לו בינו לבינו לא משגחינן ביה שאנו תולין שנמסר בעדים דהא ל"ל מיגו להבעל כיון שהגט מקוים וכדברי הטור בזה כן מבואר מדברי רבינו אפרים שהביא בעל המאור

והרמב"ן בספר הזכות שכתב וז"ל אלא מיהו היכא דהוציא' גט ונתקיים בחותמיו סבר ר"א כיון דמעיקרא צריך ע"מ מימר אמרי דמידע ידעי להא מלתא ובע"מ מטא לידה וכ"ת א"ה אפילו ליכא ע"ח נמי כו' היינו דקאמר מרן ז"ל דאי מייתי ע"מ אתי בעל ומערער ומאי מערער דאמר איהי זייפתיה אבל בדאית בה ע"ח ומקוים בחותמיו אפילו אתי בעל ומערער לא משגחינן ביה דהא עדים החתומים על השטר כו' עכ"ל (ומה דמסיים דהא עדים החתומים כו' אע"ג דבמקוים מיירי מ"מ נקט הכא למימרי דעדות גמורה היא ולא מיקרי מפי כתבם וכמ"ש הרמב"ם) הנך רואה שדברי הטור בזה הן הן דברי רבינו אפרים ז"ל דמיירי לענין אי אתי בעל ומערער דלא משגחינן ביה והיינו במקוים דוקא וא"ש טפי לפמ"ש הב"ש בס"ק י"ב דמ"ש דאם הגט יוצא מתחת יד ש"ק א"צ עדים מיירי אף כשהבעל מכחישו דמיירי שמביא ממקום למקום דאז השליח נאמן ואם כן ע"ז קאי הטור ג"כ במ"ש דאף על גב דבינו לבינו פסול וא"כ אין ראיה מיציאת הגט מתח"י השליח דעדיין יש לבעל פתחון פה לערער שמסרו לו בינו לבינו ודוקא לענין טענת פקדון השליח מהימן דהא הימניה אבל מ"מ שפיר מצי למימר שלא היו עדים בשעת מסירה שהרי אף אם ימסרנו לאשה יכול לטעון כן לזה אמר דבאמת באינו מקוים צריכה שתביא ע"מ אם הבעל מערער אבל במקוים השליח נאמן לומר שנמסר לו בפני עדים ולא משגחינן בערעור הבעל:

ויותר נראה לפרש כפשוטו שהרי לכ"ע אם אין הגט מקוים אי אתי בעל ומערער דמזויף הוא צריך לקיימו בין שהוא ביד האשה או ביד שליח לקבלה אלא דבאמת אף שאין כאן עדים על קיום חתימת העדים רק שיש עדים שהבעל מסרו לידו של השליח או האשה סגי בהכי כיון דאין חשוד לקלקלו וכ"כ הטור בהדיא לקמן עשתה שליח לקבלה בעדים והגט יוצא מתח"י והבעל אומר מזויף הוא יתקיים בחותמיו או בעידי מסירה וכ"כ לקמן סי' קנ"ב בגט היוצא מתחת ידי האשה שאם ערער הבעל לומר שנתנו ע"ת או פקדון או מזויף יתקיים בחותמיו או בעידי מסירה כו' והוא הכל מדברי הרמב"ם ולפ"ז דברי הטור מבוארים דמתחלה כתב בגט יוצא מתח"י ש"ק א"צ עדים ואח"כ כתב דלפמ"ש בסי' קל"ג דבינו לבינה פסול וע"ז כתב ומיהו הא דבעינן כו' ר"ל דלא תימא דהא דזמנין מצרכינן ע"מ הוא מה"ט דשמא לא מסר לו בעדים אלא בינו לבינו או היכא דאתי ומערער שלא מסר לו בע"מ לזה אמר הטור דז"א דאף על גב דבינו לבינו פסול מ"מ הא דבעינן שתבי' ע"מ לאו מה"ט הוא דבאמת לא בעינן ע"מ רק היכא שלא נתקיים ויש הכרח לקיימו מחמת ערעור הבעל מזויף או פקדון וכדומה בזה אנו מצריכין להביא ע"מ דזהו קיומו כיון שנמסר מיד הבעל אינו חשוד לקלקלה אבל אם הגט מקוים רק

שניחוש שמא מסר בינו לבינו או שהבעל מערער כן בשביל זה א"צ לע"מ כלל שאנו תולין שנמסר כראוי ועיין בחידושי הרשב"א דף ד' שכתב וז"ל אלמא אפילו ר"ח מודה דעדים החתומים כו' כלומר שאם הלכו להם ע"מ ויצאו עליו עוררין יתקיים בחותמיו וכשר דכיון שנתקיים בחותמיו ויצא מידי מזויף אמרינן ודאי כדינו הגיע לידה בע"מ כו' עיין שם:

ולכאורה לשיטת הרשב"א גם בלא ערעור צריך קיום ואפשר דמיירי בגט המובא בח"ל שבלא עוררין הוא מתקיים על ידי בפ"נ וכשיש עוררין צריך קיום בחותמיו ועדיין צ"ע דלאיזה ענין נקט הרשב"א מלתיה דר"א ביש עוררין ונתקיים בחותמיו דהא עיקר מלתיה אינו רק לומר דמחמת ע"ח סמכינן אע"מ וגם בגט המתקיים על ידי בפ"נ כן הדין כמו בגט של עוררין ומתקיים בחותמיו וצ"ע ועיין בחידושי הרשב"א דף ס"ד מ"ש בהא דקבל ליה בעדים קודם שיקראנה די לו ובלבד שיקיים א"נ אף על פי שאינו מקוים אלא שאין הבעל טוען טענת מזויף אבל בטענת מזויף דלא עדיף שלוחה מינה כו' ולכאורה מתחלה כתב מקוים לסברת עצמו דלעיל שחולק על הרמב"ם וס"ל להצריך ואח"כ כתב לסברת הרמב"ם אמנם אח"כ כתב ר"א הוא כו' אבל אם היה שם עדים חתומים אפילו לר"א לא היו צריכין לעידי קבלה אלא אפילו ראוהו מקוים בידו נאמן וכדתנן אין העדים חותמין כו' אלמא אף לר"א בקיום חותמיו סגי דמסתמא כיון דלאו מזויף הוא כדין נמסר בידה בע"מ וכ"כ אח"כ לאו למימרא דכשיצא עכשיו מקוים כו' ואפשר שכ"כ הכל לשיטתו דמצריך קיום אף בלא ערעור אך דברי הטור נלענ"ד נכון כמ"ש:

והנה דברי הרמב"ם שהבאתי שכתב שליח קבלה ששלח הגט לאשה בפני ב' עדים ואינה יודעת אם בעלה שלחוה ע"י שליח קבלה שלה או שלוחו של בעל ה"ז מגורשת בא בעל וערער כו' ואין הדברים מובנים דמה הפרש בדבר מי שלחו ועיין בפרישה ובט"ז ובית מאיר מ"ש בזה ולא נתבררו דבריהם אצלי וגם מפרשי הרמב"ם לא אחד בהם שיהיה מורה מקור דברי הרמב"ם מאין מוצאם והאיר ה' את עיני ומצאתי שדברי הרמב"ם מקורם נובע ממקום קדוש הוא רבו הרי"ף ז"ל בתשובותיו סימן ך"ח דשם איתא הך עובדא שהבעל טוען מזויף ותלמוד א' הורה שהגט בטל מכמה פנים כו' ועוד שהרי הגט לא נתקיים בחותמיו וכיון שאין מתברר לה ולא לעדים ממי קבלו השליח אם מיד בעלה או שלוחו של בעלה אף על פי שיצא מתח"י בטל הוא וכ"ש שהשליח מודה שלא נעקר משליחות האשה ולא נתן לו הבעל גט אלא ע"ד שהוא שליח האשה והבעל טוען בכל זה שגט מזויף הוא וחלק עליו תלמיד אחר ואמר שכל גט שנמסר לאשה בע"מ והוא יוצא מתח"י הרי הוא כשר ל"ש נתקיים בחותמיו ול"ש הגיע לידה מיד שליחה או

מיד שליח בעלה כו' השיב התלמיד הפוסל כו' שאין ע"מ מעלין אלא אם נתנו בפניהם לאשה או ליד שלוחה בפני ע"מ או מיד שליח בעלה אבל מיד שלוחה לא אם אין עדים שיאמרו בפנינו קיבל אע"פ שיתקיים בחותמיו אינו גט וכיון ששליח מודה שלא נעקר משליחות האשה ועדים מעידין שמסרוהו לאשה מיד שלוחה איתרע גיטא שאילו יצא מתחת ידה סתם היה קרוב לכשרות והיינו מעמידין הגט בחזקת שהגיע אליה מיד שליח בעלה אבל כיון שלא נעקר משליחותה והעדים מעידין הכין ולהאשה לא נתברר והאיש אומר מזויף ה"ז בטל מכמה פנים כו' ומה שאמרת ל"ש מיד שלוחה או שליח בעלה אינו נכון כו' דיד השליח כיד הבעל דשלוחו כמותו אבל שליח האשה שידו כידה אם אין שם עדים שיאמרו בפנינו קיבל מה תועלת יש בע"מ אף על פי שהגט יוצא מתחת ידה כיון שלא נתברר להם שהגיע לידה מיד בעלה או שלוחו של בעלה והרי"ף השיב שהגט בטל משום שהבעל טוען מזויף כו' (ועיין במ"מ שהעתיק קצת מתשובה זו אלא שיש קיצור בלשון השאלה והתשובה) וזו האשה שהגט יוצא מתח"י והעדים שהגיעו אותו לידה העידו ששליחה לקבלה נתנו להם שימסרו אותו אליה אילו אותו גט היה מתקיים בחותמיו לא היינו חוששין לדברי הבעל שאמר מזויף אלא השליח היה נאמן אלא שהבעל כוזב בכתיבת הגט לגמרי ולא היה מקוים בחותמיו ה"ז גט בטל ויפה הורה הפוסל והלכתא כוותיה ולא מטעמיה עכ"ל:

ועתה תחזה שמ"ש הרמב"ם והיא אינה יודעת אם בעלה שלחו לה כו' היינו לפי שאין כאן ע"מ שנמסרה מיד הבעל ליד השליח לקבלה אלא שהיה מקום לומר כיון שכבר הגט תח"י האשה הרי אפשר שהבעל שלחו לה בתורת הולכה או שלוחו להולכה שלחו לה ובזה שפיר מועילין ע"מ אלו שהיה שם בשעה שמסר השליח השני ליד האשה ולא מפיו של זה אנו חיין שאומר שקיבלו בתורת קבלה אך כיון שעכ"פ לא נתברר זה להאשה ולא להעדים ואדרבא זה שמסר הגט ליד העדים אומר שבתורת קבלה בא לידו ומשנתינו היא זו שצריך שיאמר בפנינו קיבל לכך היה דעת אותו תלמיד שהגט פסול ואפילו בחותמיו אין מועיל דשמא נפל מהבעל ומצאו זה או שבא לידו בתורת פקדון וגם כי האשה עצמה אינה יודעת אם בא לידה מהבעל על ידי שליח לקבלה שלה דאפשר שאיש אחר מצאו ונתן לה לקלקלה ואף על פי שהעדים ראו הגט ביד שליח קבלה שלה מ"מ האשה גופא אינה יודעת באיזה אופן בא ליד זה שמסר לידה ולכן כתב הרמב"ם דאעפ"כ מגורשת כשאין שם ערעור אף בלא קיום וכשיש ערעור מהבעל מועיל הקיום דכל שהגט היה תחת יד שליח האשה שלם א"צ לעדים שיאמרו בפנינו קיבל כמ"ש הרי"ף שם ואף שלא נתברר זה להאשה שהיה הגט תח"י השליח שלה מ"מ כיון דאיכא עדים שידעו שהיה

תח"י שלוחה לא איכפת לן בידיעתה כלל אך אם לא נתקיים שפיר מועיל טענת הבעל מזויף וכמ"ש הרי"ף שם ואין להאריך:

ויש ללמוד ממ"ש שדעת הרי"ף והרמב"ם והטור דכל שאין ערעור אף בגט שיוצא מתח"י שליח לקבלה האשה מגורשת אף שלא נתקיים בחותמיו ואין שם ע"מ מיד הבעל ליד השליח והרמב"ן בספר הזכות כתב ג"כ וז"ל שהרי הוא רואה מפורש בגמרא ובהלכו' שכל גט היוצא מתחת ידה של אשה בע"ח נשאת לכתחלה וכשיבא הבעל ויערער מקיימת אותו בחותמיו ודיו כו' ע"ש וזה דלא כמ"ש הריב"ש ומהריב"ל בדעת הרמב"ן ודוחק לפרש דמיירי היכא שמצויין לקיימו כגון בא"י אלא משמע דאפילו בח"ל נמי סגי בלא קיום בגט היוצא מתחת יד האשה ודין השליח כדין האשה עצמה וא"כ רבו הפוסקים הסוברים בגט האשה שא"צ קיום וכדאי הם לסמוך עליהם כמ"ש מהריב"ל אך עדיין לבי מהסס אם נכון הדבר לעשות מעשה לכתחלה כיון שדעת כמה גדולי הפוסקים הסוברים דלא תנש' בלא קיום וגם שאין זה דומה להההיא דהתם כמש"ל דכאן דמי לנמצא שטר בשוק וחתומים בו עדים שהאשה פלונית נתגרשה דאיכא למיחש טפי לזיופא כמ"ש הש"ך ואף על פי שיש עליו קיום ב"ד כבר כתבתי שקשה לסמוך ע"ז שדעת רוב הפוסקים דקיום ב"ד צריך קיום וכ"כ הב"י בסי' קנ"ב בשם התשב"ץ דאשה שיש בידה מעשה ב"ד שנתגרשה צריך קיום והבאתי לעיל וגם דעת הט"ז ס"ס קמ"ב להחמיר בהך מלתא שכתב הרמ"א שם ואע"פ שהיה מקוים בב"ד דכיון דקי"ל דקיום ב"ד צריך קיום מדרבנן א"כ מה בכך דד"ת עדים החתומין על השטר כו' דהא מה"ת גם בפ"נ א"צ לומר ואפ"ה אם לא אמר בפ"נ הגט פסול א"כ מה לי קיום עידי הגט עצמו מה לי חתימת דייני הקיום כיון שגם הם צריכין קיום כו' עיין שם:

ומצאתי בתשובת הר"ש בן הרשב"ץ שהרגיש בזה וז"ל ועוד יש לפרש דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל ביבמות שכתבו דבגט לא מקילין יותר ממה שאמרו חכמים להצריך בפ"נ לא אמרו אלא בגט עצמו דסהדי אינהו משוי ליה גיטא אבל בשאר עדות שהשליח קיבל הגט כיון שהעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה כו' ורבנן הוא דאחמור וא"א בדרך אחרת הקילו בה שהגט שאפשר שיאמר בפ"נ ואפשר לתקן הדבר לא הקילו יותר אבל בנדון כזה יש בידו לתקן יותר למה נעגן האשה והיא מותרת מן התורה כו' עכ"ל והב"י קיצר לשון התשובה זו הבאה בארוכה ומ"מ לענ"ד קשה מאוד לסמוך על סברא זו בלא ראיה מבוררת ודברי רמ"א שפסק כן להלכה צריך ליישב כמ"ש הב"ש שיש לסמוך על הסובר דקיום ב"ד א"צ קיום וכבר כתבתי שזה צ"ע לדינא ואפשר שיש לסמוך קצת בזה על מ"ש הרשב"ץ בשם הרשב"א בתשובה שיש לחלק בין ב"ד קבוע דחתימת ב"ד

קבוע א"צ קיום כיון שחתימתו ניכרת וידוע לא יבא לזייף ולפ"ז י"ל דב"ד שבק"ק לונדן קביעי וקיימי ואין חתימתן צריך קיום אך הרשב"ץ כתב שאינו מתוק וערב לו זה החילוק כלל שאם חששנו לזיוף בכל ענין יש לחוש כו' והחזיק במעוז תי' הרמב"ן שמתרץ הא דפרוזבול בענין אחר וסובר דקיום ב"ד צריך קיום עיין שם:

והנה מעת באו דברי הדרת כ"ת אנכי סמכוני באשישות לא אוכל לצאת ולבא ולהיות כי המלאכה מלאכת שמים משום תקנת עגונות שמתי פני לעיין בדבר וזאת תורת העולה על רוחי ולו משפט הבחירה אם ירא האדון וישפוט בעין שכלו כי במקום עגון כזה יש לעשות מעשה אף לכתחלה ולסמוך על דעת קצת פוסקים המקילין או אולי יש דרך מצוא שיתקיים חתימת הב"ד דשם מאנשי ק"ק לונדן הנוסעים ללייפסוג ושם יעידו על הקיום בפני אנשי קהלתינו והטוב בעיניו יעשה ואהיה נטפל למצות הדרת מכ"ת נ"י דברי מחו' ידידו לנצח:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קיא

איש אחד בגד באשתו כמה שנים ואח"כ נודע לה שהוא במקום רחוק משם בערך ששים פרסאות ונסעה לשם בהוצאה רבה וכאשר באתה לשם נודע לה שהוא ר"ל עתים חלים עתים שוטה וזה דרכו מכמה שנים שהוא עתים חלים זמן מה ואח"כ הדר חלים מעצמו בלי רפואות והוא בריא זמן מה ואין זמן קבוע לא לשטותו ולא לחלימתו וכבר חלשו עליו כזאת וכזאת כמה פעמים ובעת ביאת האשה היה בשטותו וישבה שם איזה שבועות אולי יבריא ולא עלה בידה והוצרכה לחזור לבית אביה רק אנשי העיר הבטיחו לה שכאשר יבריא ישתדלו לה ג"פ על ידי שליח וכך עשו שכאשר הבריא השתדלו מאתו ונתן ג"פ ליד השליח והביאו למקום האשה ובא הענין לפני כבוד מחו' ידיד נפשי המה"ג הרב אבד"ק סארקא ונסתפק בזה אם יש ליתן הגט ליד האשה כי אולי בעת הנתינה כבר חזר לשטותו והרב הנ"ל האריך בתשובתו ושדרה לקמאי לחוות דעי בזה ולהוציא הדין לאמתו:

תשובה בגיטין דף ך"ח המביא גט והניחו זקן או חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים. והנה הט"ז בי"ד סימן שצ"ז הביא כמה ראיות דהיכא שהוא מת השתא לפנינו אמרינן שכבר מת מזמן קודם אף על גב דבשאר חזקות לא אמרינן הכי כגון גבי טריפות אמרינן השתא הוא דנטרפה מ"מ שאני חזקה זו דחזקת חי שעשוי' להשתנות הואיל וסוף האדם למות והוא מעותד לכך בלי ספק ע"ש באורך מבואר מזה דאם אין ידוע לנו עתה שמת

מוקמינן ליה בחזקת חי כפשטא דמתניתין ואף על גב דודאי עשוי להשתנות במשך זמן כי מי גבר יחי' ולא יראה מות מ"מ לא מפקינן ליה מחזקתו כל זמן שלא נודע לנו שמת: ולפ"ז לכאורה יש לצדד בנ"ד דעתה אין ידוע לנו מה הוא באותן הימים אם חלים או שוטה ובעת ששלח הגט בודאי היה חלים לית לן לאפוקי גברא מחזקתי' ואמרינן דגם עתה בעת הנתינה הוא חלים ואף על פי שהדבר ידוע שחזר לשטותו כמה פעמים אחר שהבריא וא"כ איתחזק בהכי שגם עתה יחזור לשטותו מה בכך שבודאי יחזור לשטותו לא גרע הך ודאי מודאי דמיתה שאין ספק בדבר ואעפ"כ לא נגרע כח החזקה בזה דחי הוא אף על פי שסופו למות מאחרינן המיתה כל מה דאפשר ואף על פי שהוא זקן או חולה ובירושלמי דגיטין איתא אפילו שהה כמה מאות שנים הרי הוא בחזקת קיים וע"כ דחזקה אין לה גבול וזמן ואף על פי שבודאי היא עתידה לפסוק פעם אחד לא חיישינן למלתא שמא עתה הגיע העת שתפסק כל כמה דלא חזינן וה"נ אף על פי שברור לנו שיחזור לשטותו אית לן לאוקמי אחזקה שהיה בריא והשתא מיהא אכתי לא מטא זמני' שהרי אין גבול וזמן לזה אימתי ישתטה אחר החזרה לבריאתו ומאחרינן העת ההוא כל כמה דלא חזינן. וראיתי בפני יהושע שם בגיטין שכ' לתרץ הא דלא מקשה בפשיטות אמתני' דהרי זה גיטך שעה א' אמאי אסורה בתרומה ניזול בתר חזקה משום דלאו חזקה גמורה הוא שעשוין להשתנות שסוף כל אדם למות כו' אבל מגיטין אתרומה מקשה שפיר דהא בשולח גט ממדה"י לא שייך כלל חזקת היתר אדרבא האשה הזאת בחזקת היתר לשוק עומדת כו' והיינו מטעם שכתבתי שחזקת איסור לשוק איתרע ע"י הגט וחזקת שהוא קיים לא איתרע כלל ועוד דחזקת שהוא חי אתיא מכח רוב דרובא דעלמא בחזקת בריאים קיימו וקי"ל רובא וחזקה רובא עדיף כו' ודבריו צ"ע לפי ענ"ד דמ"ש דחזקת איסור לשוק איתרע ע"י הגט מה ריעותא היא זו לחזקת איסור של האשה מה שמסר זה גט ליד השליח ואנן אפילו לכתחלה מתירין לשליח שימסור הגט ליד אשה ותהיה מותרת בו מחמת חזקה זו ואפילו אחר שבא ליד האשה גם כן נראה דלא מהני לאורעי חזקת איסור של האשה שהרי בשעה שנמסר הגט לידה מתחלתו בספק בא לידה דשמא כבר מת כיון דחזקת חיים לאו חזקה אלימתא הוא ובההיא שעתה שנמסר הגט לידה הוה לה חזקת איסור ברור ואיך יבא ספק של חזקת חי ויוציא מידי ודאי חזקת איסור:

וגם מ"ש דהוי חזקה מכח רובא הוא תימא דמה ענין רוב בחזקת בריאים לכאן דרוב זה אמרינן בקידושין דף ע"ט לענין הוא אומר ש"מ הייתי והלקוחות אומרים בריא היה ע"ש ואם היה אפשר לומר שרוב החיים אינם מתים עתה שפיר הוי אמרינן חזקה מכח

רובא והיינו אף אם עתה אחר שנמסר הגט להאשה ראינוהו שמת מ"מ אמרינן בעת הגט ודאי היה בכלל הרוב ולא נפיק מיניה משא"כ כאן דלזה שהיה חי בעת שליחות הגט לא צריך רובא דהא קמן שהוא חי ועל עתה שאינו לפנינו אנו דנין אם חי אם מת ובזה אין מועיל רוב בריאים כלל דכל הרוב בריאים כן הוא שהרי כ"א מהרוב עתיד למות בזמנו הקצוב לו ורגע יגועון ומה יושיענו רוב בריאים שהרי הכל למיתה הם עומדים ושמא בעת מסירת הגט להאשה כבר מת א"ו דהא ליתא דאף שעשוין להשתנות לא איכפת לן בהכי ושפיר מוקמינן לה אחזקה ולכך נותנו לה בחזקת שהוא קיים:

וכן נראה לענ"ד מהא דקי"ל בכל ריעותא דאיתיליד בחזקה אמרינן השת' הוא דאיתרע והתוס' כתבו דמנגע יליף לה דאע"ג דאישתכח השתא חסר לפנינו מ"מ אמרינן השתא הוא דחסר ולפ"ז נראה דלא עדיף מה דהחזקה עשויה להשתנות ולא חזינן דאשתני כלל מהיכא דנשתנה ממש לפנינו דאמרינן דעד עתה לא אשתני כלל ובשלמא אם לא הוה אמרינן הך סברא דהשתא היא דאישתני רק היכי שיש איזה סיבה ומקרה לתלות בו שנעשה עכשיו ולא קודם א"ש:

אבל באמת קי"ל דבכל גווני אמרי' השתא היא דאיתרע אף שאין שום מקרה שנוכל לתלות שעתה נשתנה ולא קודם והוא דבר המסתפק עלינו בספק השקול אימת נעשה השינוי הזה שלפנינו מאחרינן ליה ואמרינן דעד השתא בחזקתו הוי קאי שכך גזרה חכמת התורה גבי נגע דאוקי מילתא אחזקה וא"כ כ"ש בדבר שאין כאן שינוי לפנינו שאין לומר שנשתנה כלל ואין סיבה ומקרה שנתלה שנשתנה השתא שיש לנו לומר שעדיין לא נשתנה אף שודאי עתיד להשתנות שלא תהיה ידיעה שעתיד להשתנות גדולה מראי' דהא קמן שנשתנה לפנינו וכל העתים שוים להיות נופל בהם השינוי הזה ואפ"ה מאחרינן ליה מחמת חזקה וא"ל דאף אם באנו לדמות חזקה העשויה להשתנות והיכא דנשתנה לפנינו מ"מ הא בנשתנה לפנינו היכא דאיכא תרתי לריעותא דהיינו שיש עוד חזקת טמא וכיוצא לא אזלינן בתר חזקה דקמייתא כדאמרינן במקוה שנמדד וא"כ ה"נ היכי דאיכא חזקה העשויה להשתנות עם חזקת איסור לשוק לא אזלינן בתר חזקה קמייתא דז"א לענין לצרף עוד חזקה אין לדמות חזקה העשויה להשתנות להיכי דנשתנה לפנינו דכשנשתנה לפנינו הוי חזקה דהשתא דמחשב חזקה בצירוף חזקה אחרת עכ"פ משא"כ בחזקה העשויה להשתנות ועדיין לא נשתנה לא שייך צירוף חזקה אחרת דהא אין כאן חזקה דהשתא כלל ולכן אף על פי שהיא עשוי' להשתנות יש די בזה לבד לעמוד נגד החזקה האחרת וה"ט דשולח גט נותנו בחזקת שהוא קיים ואינך דמייתי התם ועוד נראה דגם היכא דאיכא חזקה דהשתא לא מצרפינן חזקה אחרת אלא היכי

דאיכא למימר חסר ואתאי כמ"ש התוס' בריש נדה דמוכח הכי מנגע דאף על גב דעתה נמצא חסר והאיש הנכנס לבית יש לו חזקת טהרה לא מצרפינן להו כיון שרגילות היא שיתחסר בב"א לפחות מכגריס לכן אמרינן השתא היא דחסר ודווקא במקוה דאיכא למימר חסר ואתאי ע"ש ולפי"ז בחזקה העשוין להשתנות ולא נשתנה עדיין כלל לא גרע מהיכא דנשתנה ולית ביה משום חסר ואתאי כגון ההוא דנגע דמועיל חזקה קמייתא אף דאיכא חזקה אחרת נגדה ולכך א"ש הא דגיטין דנותנו לה בחזקת שהוא קיים אף על גב דאיכא חזקת איסור א"א וחזקת חיים עשוי להשתנות ומ"מ היכי דמת לפנינו ס"ל להט"ז דזה סותר לחזקה קמייתא ואף על גב דמיתה לנגע דמי שהמיתה בב"א היא ול"ל מת ואתי מ"מ כיון דהחזקה קמייתא גופא עשוי' להשתנות הוי כמו גבי מקוה שאין עשוי להשתנות אלא דאית ביה משום חסר ואתי ובכה"ג היכא דאיכא חזקה אחרת כודאי משוינן לה כיון דיש לצרף עמה חזקה דהשתא ושפיר חשיבא חזקה דהשתא היכי דחזקה דמעיקרא עשוי' להשתנות והיכא דליכא חזקה אחריתי כה"ג דעשוי' להשתנות ונשתנות לפנינו ספיקא הוי וכללא דמילתא דחזקה דהשתא לא מהני נגד חזקה דמעיקרא שאינה עשוי' להשתנות אם לא היכי דאיכא עוד חזקה ואיכא למימר חסר ואתי כגון הך דמקוה אבל אי ל"ל חסר ואתי כגון הך דנגע לא איכפת לן אף על גב דאיכא חזקה אחריני והיכי דהחזקה עשוי' להשתנות שפיר חשבינן לחזקה דהשתא אף דליכא למימר חסר ואתי והיינו הך דט"ז לענין חזקת חי והוא מת לפנינו והיכא דליכא חזקה דהשתא שאין כאן שינוי לפנינו רק שהחזקה עשויה להשתנות שפיר אזלינן בתרה אף היכי דאיכא חזקה אחריני כגון הא דהשולח גט דמה שעשוי להשתנות לא עדיף מנגע שנתחסר לפנינו ואפ"ה לא משגיחינן בחזקת טהרה דגברא כיון דלית למימר ביה חסר ואתי אמרינן השתא הוא דחסר ומכ"ש בלא נשתנה אלא שעשוי להשתנות דאמרינן השתא מיהא לא נשתנה כלל דמאחרינן ההשתנות כל מה דאפשר:

ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה לפי מ"ש הט"ז דחזקת חי אינה חזקה לפי שמעותד למות אם כן אף בלא מת לפנינו נמי נימא דלאו חזקה הוא דהא לא דמי לשאר חזקות דילפינן מנגע שאינה עשוי' להשתנות וכן הקשה בנ"ב חלק אה"ע סימן ל"א ולפי מ"ש א"ש דאף על גב דנגע אינו עשוי להשתנות מ"מ כיון דבנגע מטמאין אף על פי שנתחסר לפנינו וכמ"ש התוספות הך דלא נשתנה רק שעשוי להשתנות לא גרע מיניה וכמש"ל דכל שאין מקום לתלות שינוי בסיבת מה שראוי לו להיות בזמן מאוחר מבזמן קדום ממילא יש מקום ספק לפנינו שמא היה בזמן קדום רק משום שכך גזרה חכמת התורה להעמיד דבר על חזקתו אמרינן שהשינוי נעשה בזמן מאוחר ודכוותיה גבי עשוי להשתנות כיון שאין

לו זמן מוגבל להשתנות אמרינן שעדיין לא נשתנה כלל כעת ועיין בפ"י בק"א לקידושין סי' צ"ד שכתב דחזקת קטנות לא חשיבא חזקה אף על גב דכל חזקה אף על פי שעשוי להשתנות אפ"ה מקרי חזקה נראה דהיינו דווקא בדבר העשוי להשתנות בספק משא"כ הכא שהשינוי היא בודאי שבכל עת ורגע הקטן הולך וגדל איכא למימר דלא הוי חזקה גמורה ע"ש וכבר כתבתי שנראה מדבריו בגיטין דחזקת חי לאו חזקה גמורה היא והיינו משום שעתידה להשתנות בודאי וכחזקת קטנות דמי ולכן כתב שם שבזה השיב על דברי התוספות ביבמות שהקשו דנוקמי אחזקת קטנות ע"ש. אך לפי ענ"ד אף אם נודה לדבריו לענין חזקת קטנות דלאו חזקה היא מ"מ אין זה ענין לחזקת חי דהתם גבי חזקת קטנות הזמן גורם סיבות השינוי שעל ידי הזמן הוא הולך וגדל וממילא אין להעמידו אחזקה כלל משא"כ היכא שאין שינוי החזקה תלויה בזמן כלל כגון גבי חזקת חי אין משגיחין במה שעתיד להשתנות באיזה זמן ומוקמינן אחזקה דהשתא מיהא לא נשתנה: ובאמת אף לפי מש"ל להט"ז דעתיד להשתנות ונשתנה לפנינו מגרע חזקה דמעיקרא תיקשי מהא דאמרי' בריש נדה התם מי איכא למימר חזאי ואתי ופריך ואימא הגס חזיתיא ומשני התם תרתי לריעות' וכו' וקשה דלמאי דלא אסיק אדעתיה חילוק דתרתי לריעותא תיקשי בפשיטות נהי דלא שייך בזה חזאי ואתי מ"מ כיון דאשה עלולה לראות הוי חזקה העשויה להשתנות ונשתנה לפנינו דאזדא לה חזקת טהרה וכמו גבי חזקת חי ומת לפנינו והתם אליבא דהלל קאי דקאמר כיון דמגופה קא חזיא והיינו שעלול' ועומדת לכך וכן אמר לקמן אשה כיון דשכיחי דמיה כאינה בדוקא דמיא והיינו אליבא דהלל כמ"ש התוס' ריש נדה וצ"ל דודאי ידע המקשן דהכא ליכא חזקה אחרינא לגריעותא אדרבה איכא חזקת טהרות הלכך אף שעלולה לראות ועתה ראתה וטמאה ודאי מ"מ אינו רק מגרע חזקה קמייתא והלכך לב"ה תולין אבל משום דאיכא למימר הגס חזותי' וחזאי ואתאי הוה ס"ד דבכה"ג חזקה דהשת' עדיפא מחזקה קמייתא אף לטמא ודאי או י"ל דלשמאי קשיא ליה דבכה"ג לא הו"ל לטהר ודאי ואהא משני התם תרתי לריעותא כו' ור"ל בכה"ג שאין כאן ריעותא אחריני רק מה שראתה עכשיו שפיר אמרינן השתא חזאי אף על גב דאיכא נמי למימר חזאי ואתי ובאמת הרבה אחרונים חולקים על הט"ז ועיין בנה"כ ובשו"ת ח"צ ובדברי אא"ז בחידושי בכור שור במועד קטן ובשו"ת נ"ב ואין כאן מקומו ולפי דבריהם אפילו בחזקה כי האי שעשויה להשתנות ונשתנית לפנינו אמרינן השתא הוא דנשתנית וא"כ ק"ו בנ"ד דאין ידוע לנו שנשתנה רק שאנו אומרים שעתיד להשתנות לפי שהוחזק ג"פ שיחזור לשטותו וכיון דאין גבול וזמן לדבר אין לחוש בכך:

איברא א שיש לעיין לפ"ז בסוגיא דקדושין דף פ' דאמרי' התם דהיכא דקיד' ביומא דמשלם שית אזדא ליה חזקה דנערות ולרב אמרינן הרי היא בוגרת לפנינו ולפמ"ש דאף דעשויה להשתנות לא אזדא ליה חזקה קמייתא ומאחרינן השינוי מה דאפשר א"כ מה בכך דיומא דמשלים שית עשויה להשתנות מ"מ אית לן לאחר זמן הבאת סימני בוגרת כל מה דאפשר ונראה דמהאי טעמא כתבו התוס' שר"י פי' דרגילות היא להביא מצפרא וכ"כ התוס' להדיא בריש נדה אהא דאמרינן השתא הוא דחזאי דהא דבקדושין אמרינן הרי היא בוגרת כו' ולא קאמר השתא הוא דבגרה משום דרגילות לבא מצפר' ולכאורה מדברי רש"י נראה דאף דלא ס"ל הך סברא דלעיל דרגיל לבוא מצפר' מ"מ ס"ל דאין כאן חזקה דנערות דהיום עשוי להשתנות ולפ"ז קשה מהך דנותנו בחזקת שהוא קיים דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא אף שעשוי להשתנות:

ונלע"ד דודאי גם רש"י מודה דחזקה העשויה להשתנות הוי חזקה מעליא ושאני הך דיומא דמשלים שית שהדבר ידוע שבאותו יום מסתלק חזקת נערות לגמרי לפי שאנו חושבין כל יום בפ"ע כיון שבטבע תולדות האדם הוקבע ו' חדשים לנערות וביומ' דמשלי' טבעה להשתנו' מנערו' לבוגרת והאי יומא לחודי' קאי ומה איכפת לן בחזקת נערות שהיא בימים שלפניו ואתחלת' דההיא ענינא מהאי יומא דחשבינן ואין כאן לא חזקת נערות ולא חזקת בוגרות והימים הראשונים יפלו ואין חזקתם מועלת דהך מילתא תליא בשינוי הימים והרי זה כמש"ל לענין חזקת קטנות כיון שסיבת ההשתנות הימים גורמים שהוא הולך וגדל ממילא דאין להחזיק בזה שעבר עליו עוד זמן חזקת קטנות והכא עדיפא מההוא שידוע בטבע שזה היום חלוק לעצמו מימים משא"כ בשאר חזקה כגון חזקת חי שטבע האדם שהוא חי וטבעו להשתנות ולצאת מגדר חי בלי זמן מוגבל לכך מוקמינן ליה אחזקה שעדיין לא נשתנה ואם היה יום קבוע שימות בו בודאי אז פשיטא דעד אותו היום אין לומר בו חזקת חי והוא בכלל ספק כל היום כולו ואף על פי שבזמן הקודם לו העמדנוהו בחזקת חי זה היום חלוק לעצמו ולא חזי לאצטרופי לימים שלפניו משא"כ במת שאין זמן מוגבל ואין אדם יודע באיזה יום ימות ואין יום שיהיה סיבה הגורמת למיתה אף שהוא זקן או חולה אפשר שאלף שנים יחיה ומוקמינן ליה אחזקתיה ול"ח בזה שיהיה עכ"פ סופו למות כיון שאין שינוי הזמן גורם וה"נ דכוותיה בנשתטה ג"פ כיון שטבעו שיהיה בריא אף על פי שיצא מחזקת בריאים על ידי שהוחזק ג"פ בשטות וא"כ עתיד להשתנות ולחזור לשטות מ"מ כיון דבשעת שליחות הגט היה פקח ל"ח שמא נשתטה בינתיים ושפיר דמי ליתן הגט ליד האשה בחזקת שהוא פקח:

ולכאורה י"ל שגם התוס' מודים למ"ש בשיטת רש"י וכדמשמע דבריהם בקדושין בד"ה אלא הכא רק דקשי' להו אהך דרב דאמר הרי בוגרת לפנינו דכיון דהיום עשוי' להשתנות כמו דלית לן למיזל בתר חזקה דמעיקר' כמו כן לית לן למיזל בתר איפכא דהיינו חזקה דהשתא כיון שיום זה הוא חלוק לעצמו וידוע שהיתה נערה עד עתה אלא שהיום משתנה והרבה שהם נעשים בוגרת בתחלת היום והרבה אח"כ ומה האות שהיא בוגרת לפנינו לומר שבודאי בבוקר באו דהא קמן הרבה שהם בוגרת בערב ולא בבוקר לכך הוצרכו לומר שהרגילות לבא מצפרא ובנדה שהקשו התוס' אהא דאמרי' השתא הוא דחזאי דה"נ השתא דבגרה נראה דאין קושיתם דנוקי אחזקה קמייתא דנערות דא"כ למה נקטי הקושיא על רב דלשמואל נמי תיקשי למה אמר חוששין לקדושי שניהם אלא ודאי דחזקה דנערות ודאי ליתא לכ"ע כיון שהיום עשויה להשתנות ועיקר קושיא דמדקאמר השתא הוא דחזאי אלמא דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא כלל אף על גב דעכשיו ודאי ראתה וכמו כן אין לנו לומר הרי היא בוגרת לפנינו ומחזיקינן לה בבוגרת ודאי מצפרא דהא איכא למימר השתא הוא דבגרה וע"ז כתבו דרגילות לבא מצפרא וכן בההיא דהוא אומר ש"מ הייתי דאם הוא בריא עכשיו אמרינן דודאי בריא היה ומוציאין ממון משום דרוב בריאים הם הא לא"ה לא אזלינן בתר השתא כלל. ואיך שיהיה בדברי התוס' עכ"פ אין להוכיח מהתם דהחזקה העשויה להשתנות בלי זמן מוגבל לאו חזקה הוא דהתם שאני דהחזקה בימים תליא וביום זה עשויה להשתנות ואין לחשוב הזמן הקדום כלל והימים הראשונים יפלו וכאילו התחלת הענין שאנו דנין עליו הוא מיום זה לבד ומכ"ש לפמ"ש התוספות דהתם רגילות לבא מצפרא אבל בעלמא מה שעשוי להשתנות אין נסתר מחמת חזקה דמעיקרא כלל כדמוכח מההוא דנותנו לה בחזקת שהוא קיים וה"ה בנ"ד אף על גב דאתחזק תלתא זימני שחוזר לשטותו מ"מ אם בפעם אחת חזר לפנינו לחלימותו מחזיקין ליה בחזקת חלים כ"ז שלא נודע לנו שחזר לשטותו:

ונלע"ד ראיה מהא דאמרינן בנדה באשה שאין לה ווסת קבוע כל לבעלה לא בעי בדיקה ומותר לבא עליה בין ערה ובין ישינה ואפילו כבר ראתה כמה פעמים מ"מ כל שהניחה טהורה בא עליה ואינו חושש והוא דעת רוב הפוסקים הראשונים ז"ל. ואף הרי"ף דמצריך בדיקת ג"פ הראשונים בשעת תשמיש טעמא אחרינא הוא דס"ל דמסתמא היא רואה בשביל איזה מקרה וכמו כן יש לחוש לתשמיש וכמ"ש הר"ן פ"ב דשבועות והביאו הב"י בי"ד סימן קפ"ו ואף על גב דהרא"ש שם כתב שלא מלאו לבו להקל נגד ר"ח וכן דעת הרמב"ם ז"ל דמודה כאן דהתם שאני שהיא ענולה לראות בכל פעם ומכ"ש שיש לחוש שמחמת מקרה התשמיש תראה וכמ"ש הרא"ש דלהתיר אינו מועיל מה שלא

ראתה ג"פ משא"כ כאן וגם כי דעת הפוסקים שם רובם ככולם דא"צ בדיקה כלל ע"ש בב"י ובש"ך באורך:

איברא שעדיין צ"ע ממ"ש הר"ן בתשובה ופסקינן כוותיה בי"ד סי' ר"א באשה שטבלה במקוה שהוחזקו מימיו להיות פעמים עולים פעמים מתמעטים ממ' סאה דאף על גב שנמדד עכשיו ונמצא מ' סאה לא עלתה לה טבילה וא"כ כ"ש כאן שעתה לא נודע לנו כלל מה הוא אם חלים אם שוטה דליכא חזקה דהשתא ואית לן למיחש שבעת נתינת הגט הוא שוטה והך דהר"ן דמי ממש להך דהכא ולפי דברי הר"ן צריך לחלק בין הך דאשה שאין לה ווסת דמוקמינן לה בחזקת טהרה משום דהתם אין שם חזקה לאיסורא משא"כ בעובדא דהר"ן שהאשה בחזקת טמאה עומדת ואתה בא להתירה על ידי טבילה זו אל תתירנה מספק וכן מבואר להדיא טעמא דמילתא בתשובת הר"ן והובא בב"י סי' ר"א דמייתי ראיה מהש"ס דקדושין דקידשה אביה כו' דאמרינן אמר לך רב ע"כ לא אמר ר' יעקב התם אלא משום דאמרינן העמיד ממון על חזקתו כו' וה"נ אמרינן העמיד טמא על חזקתו כו' ע"ש ומ"מ צריך ליישב לפי דברי הר"ן ההיא דגיטין דנותנו בחזקת שהוא קיים אף על פי שהיה עשוי להשתנות בודאי וה"נ אף על פי שהוחזק להיות מימיו מתמעטין ועשוי להשתנות מ"מ נימא דבההוא שעתא שטבלה האשה עדיין לא נתמעטו המים ואי משום דהעמיד טמאה על חזקתה ה"נ התם הרי האשה בחזקת איסור לשוק עומדת ואפ"ה משום חזקת חי שרינן לה ואפשר לומר דעובדא דהר"ן ודאי לא שייכי חזקה קמייתא כלל כיון שהדבר ידוע לנו שבמשך הזמן ההיא היתה המקוה פעמים שלימה פעמים חסירה וא"כ פשיטא שאין לנו להתיר ולומר שטבלה בזמן שהיתה שלימה שהרי עכ"פ לפרקים היתה חסירה ושמא בעת שהיתה חסירה טבלה וכאילו היה כאן ב' מקוואות אחת שלימה ואחת חסירה ואינו ידוע באיזה מהן טבל דאמרינן העמיד טמא על חזקתו ובחסיר' טבל ומה לי הספק באיזה מקוה טבל או הספק אם בזמן שהיתה שלימה או בזמן שהיתה חסירה משא"כ אם נודע לנו פעם אחת בבירור שהמקוה שלימה ואחר הזמן ההוא לא נודע לנו מחסרונ' כלל אף על פי שקודם לזה הוחזקה להיות פעמים שלימה פעמים חסירה מ"מ כיון שטבלה אחר שנודע לנו בבירור שהיא שלימה ושוב מאז אינו ידוע לנו שנתמעטה בשום פעם שפיר אמרינן העמידנה על חזקתה שלא היתה חסירה גם בעת הטבילה ואף על פי שכבר הוחזקה קודם לזה שיתמעטו המים לפרקים ומחמת זה י"ל שגם עתה שהיתה שלימה לפניך עתידה היא שיתמעטו מימיו מ"מ הרי אין זמן וגבול לדבר אימת יהיה המיעוט ומאחרינן ליה כל מה דאפשר ואמרינן דבשעת הטבילה היתה שלימה כדמעיקרא דמה שהיה עשויה להשתנות בודאי בלא גבול וזמן

לדבר לא מרע לה לחזקה כלל וכההוא דגיטין אבל מל' הר"ן שם שכתב ולפיכך אם הוחזקו להיות מימיו מתמעטים לפחות ממ' סאה צריכה לחזור ולטבול כ"ז שלא ידעה בודאי שבשעה שטבלה מ' סאה היה בה משמע באם שבשעה שטבלה היה מ' סאה אף על פי שזמן מה. קודם זה ידוע שהיה שם מ' סאה ואין אתנו יודע אם נתמעט אחר זה אין הטבילה מועלת דלא אמרינן אוקמי אחזקתה כיון שדרכה בכך להתחסר לפרקים אמרינן העמיד טמא על חזקתו:

ובהכי א"ש מה שהוצרך הר"ן להביא ראיה מהך דקדושין דאמרינן העמיד ממון על חזקתו וכתב וז"ל וטעמא דמלתא דמשום חזקת ממון ל"א העמיד האדם בחזקתו דבריא היה כמו מתחלה ואף על פי שעכשיו ג"כ בריא לפי שאותו חזקה עשוי להשתנות שהרי החולי מצוי ולפיכך אף על פי שעכשיו ג"כ נמצא בריא אין אותה חזקה מבטלת חזקת ממון וה"נ אם הוחזק להיות מתמעט בפחות ממ' סאה אין חזקתו שהוחזק שיהא מ' סאה מוציאה הטמא מחזקתו דאיכא למימר העמיד טמא על חזקתו ואימור לא טבל וא"ל דלא ילפינן להא מלתא איסורא מממונא דהא תלמוד קמדמי להו כו' עכ"ל:

ולכאורה האריכות בזה אך למותר דדבר פשוט הוא דבכה"ג שהדבר ידוע כמה פעמים שחסר' במשך הזמן ההוא שאין מקום בזה לא לחזקה ראשונה ולא לחזקה דהשתא כיון דמספק' לן אם הטבילה היתה בעת שהיתה יושבת על מלאת או בעת חסרונה ואטו סכין שנבדק ונפגם ונתקן ושוב חזר ונפגם ונתקן ומספק' לן אם בעת שהי' בדוק שחט או בעת שהיה פגום נימא דאוקמי אחזקה שלא היה פגום בשעת שחיטה כיון שהיה בדוק בתחלתו הא ודאי ליתא ואף אם עכשיו נבדק ונמצא כהוגן אין זה מועיל כיון שאנו מסופקים על הזמן דשמא השחיטה היתה בזמן שהיה פגום וה"נ דכוותיה ואף כי א"צ לזה חזקת טמא כלל דאף אם לא היה כאן חזקת טומאה מ"מ הוי ספק השקול וספיקא דאורייתא לחומרא. ודבר זה מבואר לענ"ד בתוס' בכתובות דף ך' ד"ה ואוקי ממונ' בחזקת בר שטיא וז"ל ואומר ר"י דהכא לא שייך למימר כדאמר בסוף קידושין אם ש"מ הוא עליהם להביא ראי' כו' דבר שטיא דהכא כיון שהוא עתים חלים עתים שוטה אין ראי' ממה שהוא עכשיו עכ"ל וכ"כ התוס' ביבמות דף ל' ע"ש ולכאורה היה אפשר לומר שכוונתם ע"פ מ"ש בנדה דרב דס"ל הרי בוגרת לפנינו משום דרגילות להביא מצפרא והא דאם ש"מ היה כו' היינו משום דכ"ע בחזקת בריאים ואית לן למימר שהוא בריא כמו שהוא עכשיו ע"ש וא"כ כאן שהוא עתים חלים עתים שוטה א"כ אזדא ליה הך דכ"ע בחזקת בריאים וממילא דלית לן למיזל בתר השתא אבל האמת יורה דרכו שכוונת התו' כיון שעכ"פ בודאי היה עתים שוטה ואנו מסופקים על שעת המכירה שמא היתה

בעת שטותו מה יושיענו זה שהוא עכשיו חלים לומר שגם בשעת המכירה היה חלים כיון שעכ"פ ברור שהיה שוטה באיזה זמן לא יצאנו מידי ספק שמא היה המכירה בעת ההיא. ולכן הדבר פשוט במקוה שמימיו מתמעטין ופעמים עולים וטבלה ולא נודע אם בעת העלי' או בעת הירידה דספק שקול היא וספיק' דאורייתא לחומרא אף אם אין כאן חזקה לטמא ולא לטהר אך לפמ"ש א"ש דהר"ן בא לומר דאף אם פעם אחת נתברר לנו שהיה מ' סאה ושוב אחר הזמן ההוא לא נודע לנו אם ירדו המים לפחות מכשיעור וטבלה בו ועתה נבדק ונמצא מ' סאה דבכה"ג שפיר היה אפשר לומר דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא ודהשתא ואף שהוחזקה להיות מתמעט לפרקים מ"מ מחזקינן דהשתא מיהת לא נתמעטה לזה אמר הר"ן דז"א דמחמת העמד טמא על חזקתו לא אזלינן בתר חזקה דהשתא וחזקה דמעיקרא נמי ליתא כיון דעשויה להשתנות ולזה הביא ראיה מההיא דקידושין דהתם ג"כ ודאי דלא מיירי שידוע שהיה פעם אחד ש"מ והוא אומר שבעת ההיא היתה הנתינה ולכך אין שם חזקה דמעיקרא דלפי"ז פשיטא שגם חזקה דהשתא לא שייך כיון שאנו מסופקים על הזמן וכדכתיבנא אלא ודאי שאין ידוע לנו כלל אם היה ש"מ בשום פעם ואפ"ה אין כאן חזקה דמעיקרא שהיה בריא לפי שעשויה להשתנות שהחולי מצוי וחזקה דהשתא שהיא בריא אין כחה יפה לבטל חזקת ממון. אך צ"ע דלפי מה דאסבר לן הר"ן טעמ' דלא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא משום שהחולי מצוי מהאי טעמא גופא לית לן למיזל בתר חזקה דהשתא ג"כ דמה בכך שהוא בריא עכשיו מ"מ י"ל שאפשר שהיה חולה קודם לכן וכל דחשיש סופו מבריא ובש"ס מבואר דס"ד דרב בר"נ משום דבתר השתא אזלינן ודחי לה דאתי כר' יעקב והתם משום חזקת ממון ויותר יש לתמוה דלפמ"ש הר"ן דכיון שהחולי מצוי הוי עשוי להשתנות דמנ"ל הך מילתא דחולי מצוי דהא אשכחן בנדרים דף ך"ז דחלה הוי נדרי אונסין משום דאונסא דלא שכיח היא ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה:

ואף לפי מה דקי"ל בריש כתובות לענין אונס בניטין דחלה הוי אונס דשכיח ולא שכיח ע"ש ובש"ך יו"ד סימן רל"ב מ"מ עכ"פ לא מיקרי מצוי שיהא נקרא עשוי להשתנות ולבטל החזקה בשבילו דאם כן לא הוי אונס לענין ממון ונדרים ועוד דאם נימא דחלה דהוי אונס דשכיח ולא שכיח מגרע החזקה דחשבינן לה עשויה להשתנות אם כן מיתה נמי הא הוי אונס דשכיח ול"ש כמבואר בריש כתובות בהא דאמרינן דילמא מת דווקא דניחא ליה וכן מבואר בדברי ה"ה פ"ט מהלכות גירושין וז"ל א"נ כגון שכיח ולא שכיח כגון חולי או מיתה כדרך כל הארץ כו' וכ"כ בפ"י שם להדיא וע"כ לומר הא דאמרינן מיתה ל"ש היינו דלא אמרינן דשכיח לגמרי אבל מ"מ הוא שכיח ול"ש ואם כן פשיטא

דעדיף מחלה דבמיתה ודאי עשוי להשתנות דכל אדם מעותד למות משא"כ חולי אף דשכיח קצת מ"מ אינו ודאי עתיד להיות ואם כן טפי הוי לנו לומר דחזקת חי לאו חזקה הוא במקום דאיכא חזקה אחריתי ולהדיא תנן נותנו בחזקת שהוא קיים אף על גב דאיכא חזקת איסור לשוק:

וא"ל דהא דאמרינן דמת הוי אונס דשכיח ול"ש היינו לענין דשייך ביה קצת דהוה ליה לאסוקי אדעתיה שמא ימות ולשמא יחיו חיישינן משא"כ בהך דנותנו בחזקת שהוא קיים שהוא שמא מת ולשמא מת לא חיישינן דמיתה לא שכיח' דאם כן גם גבי חלה נימא איפכא כיון דחשיב אונס לענין ממון ונדרים ואמרינן דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה אלמא דאפילו לשמא יחלה לא הו"ל לאסוקי אדעתיה דהא ל"ש ומכ"ש דאין לנו לחוש שמא חלה ואם כן בההוא דש"מ הייתי שהוא אומר שחלה נגד החזקה שהיה בריא לית לן למימר דמהימן לאפוקי נפשיה מחזקה ויותר קשה דהא דין ש"מ שיכול לחזור בו אינו אלא בתשש כחו מחמת חולי ואינו יכול להלך כדרך כל הארץ כמבואר בח"מ סימן ר"ן וההוא ודאי ל"ש כלל וכן שיקפוץ עליו החולי והוא מסוכן לא שכיח כלל כמ"ש התוס' בפסחים דף מ"ו שהקשו אם כן בטלת כל מלאכת שבת דנימא הואיל וחזי לחולה שיש בו סכנה ותרצו דחולה שיש בו סכנה לא שכיח ע"ש:

ונראה דאף הר"ן לא קאמר אלא בגווני דהתם שהוא טוען ברי ש"מ הייתי ולכן כיון שהחולי מצוי קצת עכ"פ ועשוי להשתנות מהני ברי דידיה והש"ס מדמי ההיא דהתם שהחולי מצוי בצירוף ברי שלו להההוא דהרי היא בוגרת שהיא משתנה בודאי וכן בההוא דהר"ן שהמקוה מוחזק שיהיו מימיו מתמעטים:

אמנם מה שהכריחו להר"ן לפרש דבטלה חזקה קמייתא לפי שהחולי מצוי משום דקשיא ליה מה דהש"ס מדמה ההיא דהתם לפלוגתא דרב ושמואל דהא התם ודאי דאיכא חזקת הגוף דבחזקת בריא הוי קאי ובלא חזקה דהשתא נמי אם חששנו לחזקה שתועיל נגד חזקת ממון טפי הו"ל למיחש לחזקת הגוף דהיינו חזקה דמעיקרא וכבר עמד בזה הגאון בפני יהושע ע"ש מ"ש ליישב בזה ועיין בחידושי מחו' הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ בספר המקנה שם ואין פנאי להאריך אך מ"ש לדמות עובדא דנ"ד להך דגיטין לכאורה יש לחלק ביניהם לפמ"ש הפ"י שם הא דמוקמינן בחזקת שהוא קיים אף על פי שיש נגדה חזקת איסור לשוק משום דהך חזקת איסור איתרע ליה ע"י הגט שהיא מקבלת עתה משא"כ חזקה שהוא קיים דלא איתרע כלל ע"ש ואני מוסיף ביאור די"ל דלכך לא משגיחינן התם בחזקת איסור לשוק משום דכל חזקה שאנו רואים מתעסקים לסלק החזקה ההיא ויש חזקה שהמתעסקים סלקוה קמן לית לן לאוקמי

חזקה נגד חזקה דהא קמן שנעשה עסק לסלק החזקה ההיא וכן מבואר בדברי הרשב"א במשמרת הבית גבי ההיא דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם דלכך לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כיון שנתעסקו לסלקה והרוב מסלקה כהוגן ע"ש וה"נ כשיש חזקה על המסלקים שמסלקים כהוגן ולפ"ז היכא שיש מתעסקי' לסלק החזקה ואין להמתעסקים חזקה גמורה דלא איתרע אלא חזקה דאתרע א"כ חזרנו לחוש לחזקה שבאו אילו לסלקה דשמא לא סילקוה כהוגן דהא אדרבא ההיא חזקה לא איתרע כלל והני ריעי חזקתייהו ולפ"ז בנ"ד דאיתרע לה חזקת חלימתו כיון שהוחזק להיות עתים שוטה שוב לא נסתלקה חזקת א"א. דאימור היה שוטה בעת הנתינה ולא נסתלקה כהוגן ולא דמי להך דגיטין דחזקה שהוא קיים לא איתרע כלל:

ובאמת צ"ע על הר"ן שהוצרך להביא מההיא דקידושין דלפי שהחולי מצוי אזדא ליה חזקה דמעיקרא דהא הך דהר"ן עדיפא דהא איתרע לה חזקה ושמא אה"נ קאמר דהא התם מבטלינן חזקה דקמייתא משום שהחולי מצוי אף על גב דלא איתרע לה החזקה ומכ"ש כאן בדין המקוה דאיתרע החזקה. וגם י"ל דעיקר הא דמייתי מהתם לומר דלא מהני חזקה דהשתא ועכ"פ בנ"ד אין ראיה מהך דגיטין דאף על גב דודאי עשוי להשתנות מ"מ השתא מיהא לא איתרע כלל משא"כ הכא דאיתרע לה חזקתה בתלתא זימני דהוי חזקה בכל דוכתי. וצ"ע על מ"ש המג"א בא"ח סימן ק' טעם בציצית דלא מוקמינן אחזקה דעשוי לפסוק בכל שעה וכמ"ש ביו"ד סימן ר"א בשם תשובת הר"ן כו' וכוונתו לדברי הר"ן דלעיל גבי מקוה ובאמת שדבריו צ"ע דהתם ה"ט משום דהעמיד טמא על חזקתו גם י"ל דשאני התם דאיתרע לה החזקה משא"כ בזה דלא איתרע כלל וצ"ל דעיקר ראיית המג"א היינו ממ"ש הר"ן לפרש הך דהוא אומר ש"מ הייתי דלא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא משום דעשויה להשתנות שהחולי מצוי וההוא דמי ממש לציצית והא דאיצטריך התם לומר העמיד ממון על חזקתו אינו אלא כדי לבטל חזקה דהשתא ובציצית דליכא חזקה דהשתא מבטלינן חזקה דמעיקר' משום דעשוי להשתנות ונראה דאף המג"א לא קאמר אלא להצריך בדיקה לכתחלה מהאי טעמא אבל מודה דמה שעשוי להשתנות אינו לבטל החזקה כדהוכחנו מדין אשה שאין לה ווסת קבוע שמותרת לבעלה הרי דאפילו באיסור כרת מוקמינן לה בחזקת היתר והא דשרי התם לכתחלה היינו משום דמגני' באפיה כמבואר בש"ס שם ועכ"פ מ"ש לחלק בין ההיא דנותנו בחזקה שהוא קיים דלא אתיליד ריעותא בחזקה ובין ההיא דהר"ן ונ"ד לכאורה נראה נכון:

ואמנם מהר"ן גופא נראה דלא אתי עלה מטעם דאיתרע החזקה רק משום עשוי להשתנות שהרי למדה מהך דש"מ הייתי משום שהחולי מצוי והתם לא אשתני לפנינו לריעות' ובכה"ג כבר כתבתי שיש ראיות מוכיחות דאזלינן בתר חזקה כה"ג משום צירוף חזקה דהו"ל תרתי לריעותא י"ל דע"כ לא אמרי' הכי אלא כשהריעות' לפנינו ממש משא"כ כשאינה לפנינו רק שעשוי להשתנות לית לן בה ואף היכי דנשתנה לפנינו דווקא היכי דחסר ואתא וכמש"ל באורך בזה ואין לחלק בין היכא שאינה רק עשויה להשתנות מהיכא דנשתנה כבר תלתא זימני לפנינו דז"א דכיון דעכ"פ עתה הוא בריא לפנינו ואין לנו ללמוד מזה שנשתנה ג' פעמים כ"א שהוא מוחזק שישתנה בעידן עדנין ומה עדיפתא בזה שאין השינוי העתיד להיות מתברר ליה רק מחמת חזקה לבד מאם השינוי ידוע לנו בבירור שיבא כמו חזקת חי שידוע שימות ומכ"ש לפי דעת הפוסקים החולקים על הט"ז ונראה מדבריהם דמוקמינן אחזקת חי בכל גווני אף שעכשיו מת לפנינו ועיין בשו"ת נ"ב שכתב דלפי סברת הט"ז אם כן הא דאמרינן נותנו בחזקת שהוא קיים ולזה יש לו אח והיא נשאת לשוק ע"פ גט זה ואחר כמה שנים ישמעו בו שמת הכי נאמר שמת למפרע וה"ז זקוקה ובניה ממזרים למ"ד יש ממזר מיבמה והרי דרכיו דרכי נועם כו' וקצת יש לדחוק דודאי באם בשעת נתינת הגט לא נודע לנו ממיתתו כלל והחזקנו אותו בחזקת חי ועי"ז ניתן הגט כבר איתרע לה חזקת א"א לגמרי בההוא שעתא ויצא הדבר בהיתר ותו לא איכפת לן במה שנודע ממיתתו זה אין מוציא ממה שכבר החזקנו מחזקת היתר ואמרינן השתא מת וכה"ג כתבו התוספות בכתובות דף ך"ו בההיא דאנן אחתינן ליה כו' בשם הר"י בר ברוך ועיין במה שכתב אדוני אבי זקני בתשובה סי' י"ח בסכין שנאבד ואחר כך נמצא פגום דמייתי ראיה מהא דאמרי' בכתובות הרי אתם בחזקתכם כו' ואין להאריך אבל היכא שנודע לנו ממיתתו בעת שנולד הספק כגון הני עניני דמייתי הט"ז ראיה משם דבעת שאנו באים לדון כבר מת וי"ל שמא כבר מת כיון שהוא מעותד למות וכמ"ש הט"ז שם:

אך מדברי הר"ן נראה דאף בכה"ג נמי ספיקא הוי שהרי בגיטין דף ע"ו אמרינן אם אין ידוע אם גט קדם למיתה או מיתה לגט מגורשת ואינה מגורשת וכתב הר"ן שם דאף על גב דבשעה שנתן הגט היה לו חזקת חיים מ"מ כיון דהשתא מת מספקינן דילמא באותו שעה מת הוא ע"ש וכתבתי בקונטרס כללי החזקה אשר לי דאף על גב דהיכא שהספק בגוף המעשה כגון ספק קרוב לו אמרינן כיון דהרי מת וקברו מוכיח עליו עליך הראיה שנעשה מעשה הגירושין כמ"ש הרשב"א ביבמות מ"מ בזה שהגירושין ג"כ הם וודאי שהרי נעשו כתקנם רק שהספק בזמן איזה קדים הוי ספק גמור כיון שנתחדשו כאן

ב' ענינים מעשה הגט ומעשה מיתת הבעל ומספקא לן הי מינייהו קדים שאם מעשה הגט קדם אין המיתה מועלת להתיר ליבם ואם מעשה המיתה קדם אין מעשה הגט מועיל להתיר לשוק הלכך חולצת ולא מתייבמת והבאתי ראיה לזה מהא דאמרינן גבי שמוטה ושחוטה וכ"כ אא"ז בתשובה סימן כ"ט לענין שחוטה ושבורה והארכתי בזה. ועכ"פ למדנו דאף בכה"ג שבשעה שניתן הגט לא היה לנו לחוש למיתה והוי מוקמינן ליה בחזקת שהוא קיים אפ"ה כיון דעתה מת לפנינו חזרנו לספק שמא כבר מת בשעת נתינת הגט (וצ"ל דחזקת היתר שהיה בשעת נתינת הגט לאו מלתא הוא ובאמת שהר"י חולק על הר"י בר ברוך בכתובו' שם וכן נראה דעת הפוסקים דאין לחלק בזה) ולולי דברי הר"ן היה מקום לומר כמ"ש כיון דיצאה פעם אחת בהיתר תו לא חיישינן מה דהשתא מת לספוקי למפרע והא דבמקוה חיישינן לה למלתא היכא שנמצא חסר לפנינו אף על גב שבשעה שטבל היינו מחזיקים המקוה בחזקת שלם וטהור גברא וע"כ לומר משום דאגלאי מלתא שחזקה קמייתא בטעות היתה כמ"ש הפ"י בקדושין דף פ' ע"ש י"ל דווקא היכי דשייך לומר חסר ואתי ואז שפיר חיישינן למפרע וה"ל תרתי לריעותא אבל במיתה דליכא למימר מת ואתי אף על גב דהשתא מת לפנינו אמרינן השתא הוא דמת וחזקת א"א אזדא לה בשעה שעדיין לא ידעינן שמת והיה לו חזקת חי גמור והך דגיטין דאם ספק אם גט קדם למיתה י"ל דמיירי כגון שבשעת נתינת הגט כבר איתרע ליה חזקת חיותו כגון עיר שכבשוה כרכום דנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים ומהתם לא שמעינן כ"א היכא שעדיין הוא בספק אם הוא חי אבל היכא שעתה נודע לנו שמת ודאי נימא כיון דהשתא ודאי מת וחזקת חיותו איתרע לי' אזלינן בתר שעת מציאתו וכמ"ש התוס' פסחים דף צ"א גבי מפקח הגל וקמ"ל הכא דכיון שספק אם גט קדם למיתה הו"ל מגורשת ואינה מגורשת וכ"נ מדברי הרמב"ם פ"ו מהלכות גירושין שכתב גבי הנך דנותנין עליו חומרי חיים שאם נודע שמת הבעל קודם שהגי' הגט לידה אינו גט ונראה מזה שאף שנודע שמת הבעל הוי ספק מגורשת אם לא בנודע שהגיע הגט לידה קודם שמת אבל אם עדיין בספק אם מת קודם או אח"כ מידי ספיקא לא נפקא אף בכה"ג דאיתרע ליה חזקת חיות וכבר עמדתי ע"ז בתשובה אחד שהרמב"ם הוציא את דינו מסוגיית הש"ס דב"ב דף קנ"ג דקאמר אביי השתא ומה ספינה שרובן לאיבוד נותנין עליו חומרי חיים כו' והתוס' שם והרמב"ן נדחקו בזה דספינה הוי כמו שסופו לאבד ולכן מפרש הרמב"ם מילתא דאביי דמפרש למתני' דמיירי אף בגוונא שאנו מוציאין עכשיו לפנינו שמתו אפ"ה אמרינן השתא הוא שמת ואתי' ראיית אביי כפשטא והארכתי בזה.

וגם כתבתי שם לתרץ דלא תיקשי ממפקח את הגל דלשיטת הרמב"ם פ"ו מהלכות ק"פ ודאי א"ש וכמ"ש בנ"ב לסתור ראיות הט"ז:

אך גם לשיטות התוס' כתבתי דא"ש ואין כאן מקומו ועדיין היה צ"ע על אביי גופא מנ"ל לפרושי מתניתין הכי ולפמ"ש א"ש שהרמב"ם הוכיח כן ממתני' דאם גט קדם למיתה דע"כ בהכי מיירי כמש"ל. אך לכאורה פשטה דמתניתין משמע דמיירי אף היכי שלא נפל ס' כלל בשעת נתינת הגט אפ"ה הוי ספק מגורשת והיינו מטעמא שכתב הר"ן דכיון דהשתא מת מספקינן למפרע וכן הרמב"ם כתב בפ"ט מהל' גירושין מתני' כפשטא. ולפ"ז צ"ל דאף במית' דלא שייך מת ואתאי אפ"ה הוי ספיקא ואף שבעת שניתן הגט החזקנוהו בחזקת חי והותר' ע"י גט זה עכשיו דחזינן לפנינו שמת איגלאי מילתא דהחזקה בטעות ואף שהתוס' בריש נדה כתבו גבי נגע דאף שחסר לפנינו ואיכא לגברא חזקת טהרה אפ"ה כיון דלא שייך חס' ואתי לא הו"ל תרתי לטיבותא לטהרו ואמרינן אוקי הנגע אחזקתו והשתא הוא דחסר צריך לחלק דהתם כיון שעכ"פ בשעת ההסגר לא היה שום חזקה המנגדת לחזקת הנגע שהיא שלם כמו שהיה וא"כ הבית מוחזקת לנו בטומאה וכיון שזה נכנס לשם בעת שכבר היה בחזקת טומאה תו לא מהני חזקת טהרה דגברא ולא מידי וחל עליו ג"כ חזקת טומאה ותו לא מהני אף אם נמצא עתה חסר לפנינו ואמרינן השתא דחסר וזה כוונת אא"ז מהר"ם מלובלין ז"ל שם בנדה לפרש כוונת התוס' במ"ש וכשטימא הכהן הבית גזירת הכתוב משום דאף כי בשעה שנכנס זה לבית חזקת טהרתו עליו מ"מ אם נחסר אז גזה"כ הוא דטמא שעיקר תלוי בשעת ההסגר ואז לא היה חזקה המנגדת ע"ש:

(אך בתשובה אחרת כתבתי מה שנלע"ד לפרש כוונת התו' באופן אחר ותירצתי קו' החכם צבי בסי' ב' ואין כאן מקומו) משא"כ כאן דאף על גב דבשעת שניתן הגט החזקנוהו בחזקת חי מ"מ באותו שעה היה מתנגד לו חזקת א"א אלא שלפי שנעשה עסק לסלק החזקה של א"א ויש כאן חזקת שסילקוה כהוגן לא איכפת לן בחזקת א"א וכמש"ל ומ"מ אינו מועיל כ"א היכא דלא איתיליד ריעותא בחזקה זו דחזקת חי אבל כל שהוא מת לפנינו חזרנו לספק שמא לא נסתלק' חזקת א"א כהוגן שכבר היה מת בשעת נתינת הגט והוי ספק מגורשת וכמבואר מדברי אא"ז מהר"ם ז"ל דאם היינו אומרים דאם היה חסר אחר ההסגר ג"כ טהור אז הוי אמרינן אוקמי חזקת טהרה דגברא לגבי חזקת הנגע כגון שחסר לפניך והוי תרתי לריעותא אף דלית ביה משום חסר ואתי:

ומ"מ נראה דכל זה דווקא היכא שהוא מת לפנינו דאיכא חזקה דהשתא ואף לשמואל דלא אזיל בתר חזקה דהשתא חזי לאצטרופי למיהוי תרתי לריעות' כמבואר בקדושין

משא"כ היכא דליכא חזקה דהשתא אף דאיתילד ריעותא בחזקה דמעיקרא שפיר אזלינן בתרה וכמו שהאריך אא"ז בזה בתשובה סי' ק"ט לשיטת התוס' ואף לדעת הפוסקים דחזקה דאיתלד בה ריעותא לא אזלינן בתרה היינו היכא שהספק מחמת אותה הריעותא עצמה כגון נשבר הגף ואינו ידוע אם מחיים או לאחר שחיטה וליכא מידי למיתלי ביה משא"כ היכא שאין הס' בריעותא עצמה רק שאנו מחזיקים שהיה כן נראה דגם אינהו מודו דאין לסתור החזקה בשביל זה וזה מוכרח מההוא דאשה שאין לה ווסת קבוע שכתבנו דאין לך ריעותא בחזקת טהרה יותר מזה שכבר ראתה כמה פעמים ועלולה לראות ואפ"ה מוקמינן לה אחזקת טהרה וע"כ דהיינו טעמא משום דמה שראתה דם מעיקר' אין זה מגרע חזקת טהרה דעכשיו וכיון דהוא חזקה גמורה ממילא בנ"ד נמי י"ל דמועיל לגבי חזקת א"א כמו הך דנותנו בחזקת שהוא קיים ואף היכא שמת לפנינו והוא מעותד למות אי לאו דחזקה דהשתא מילתא הוא וחזיא לאצטרופי לחזקת א"א הוי מוקמינן אחזקת חי אבל אי הוה אמרינן דחזקה דהשתא לאו מילתא הוא י"ל דמשום הריעותא דאיתילד בחזקת חיי' לא איכפת לן כלל ואף על גב דנ"ד ודאי איכא לספוקי שמא יחזור לשטותו מ"מ כיון שעכשיו הוא חלים העמידנו על חזקתו כל זמן שלא ידענו שהרי אין לו וסת קבוע אימתי יחזור לשטותו וכיון שעכ"פ אין כאן חזקה דהשתא לאצטרופי לחזקת א"א שפיר דמי ליתן הגט וא"ל דניחוש שמא יתוודע לנו שחזר לשטותו ויהיה חזקה וה"ל תרתי לריעותא דז"א דא"כ גם בההיא דנותנו בחזקת שהוא קיים נמי ניחוש ליה הכי שמא יתוודע שמת ולא יתברר אימת וכמש"ל בשם הנ"ב ולפי שיטת הר"ן דס"ל כפשטא דמתניתין דגיטין דכל שהוא מת לפנינו חיישינן וה"ל ספק מגורשת והוי לן למיחש להכי שהרי באמת הוא מעותד למות אלא ע"כ דלא איכפת לן בהכי דהשתא מיהא מוקמינן ליה בחזקת חי וכשיתוודע שימות מסתמא יתוודע שמת אחר הזמן שניתן הגט וה"נ דכוותיה ומכ"ש לפמ"ש לעיל דעת האחרונים החולקים על הט"ז ונראה מדבריהם דאף היכי שמת לפנינו לא חיישינן וכמש"ל בשם הנ"ב שאין זה דרכי נועם ולפ"ז צ"ל במתניתין דגיטין דמיירי שבשעת נתינת הגט כגון ששמעו בו שמת והיו רגלים לספק ואיתרע חזקת חיים או בעיר שכבשוהו כרכום או בתרי ותרי למ"ד ספיקא דאורייתא אבל בלא"ה אף שנודע שמת ואינו ידוע אימת מ"מ אמרינן דבשעת נתינת הגט הי' בחזקה חיים והשתא הוא דמת וא"כ אין לך ריעות' גדולה מזו שהרי מת לפניך. ואפ"ה מוקמינן אחזקה אף דודאי היה עתיד למות ומת באמת ומכ"ש בזה אף אם היה וודאי גמור שעתיד שיחזור לשטותו השתא מיהא י"ל שלא חזר ונותנו בחזקת שהוא בריא וכמו שאינו חושש למיתה ואין לערער ע"ז ממ"ש הב"י סי' קי"ט בשם תשובת

רבינו שמשון בר' אברהם דאשה שעתים חלים ועתים שוטה כל שהוחזקה בכך ג' פעמים אין ליתן גט אף בעת חלימתה משום חששא דתחזור לשטותה ואיכא למיחו' לגרירה ע"ש וההוא דהתם קיל טפי דהוי גזירה דרבנן משום גרירה י"ל דא"ש לפי מה דמסקינן בגיטין דלשמא מת לא חיישינן לשמא ימות חיישינן ועיין ברשב"א יבמות דף קי"ט דאף דלא חיישינן שמא הפילה שמא תפיל חיישינן ועיין בקדושין דף מ"ה בפלוגתא ר"ת ור"י מיוני לענין קטנה שהלך אבי' דלשמא יקדש חיישינן ועיין בשו"ת נ"ב חלק י"ד סי' לענין ווסתות דאורייתא:

ולפ"ז א"ש דהכא לא חיישינן שמא בעת נתינת הגט חזר לשטותו דזה הוי כשמא מת דלא חיישינן משא"כ באשה אף על פי שעכשיו בשעת נתינת הגט חלימה מ"מ שפיר איכא למיחוש שמא תחזור לשטותה ואית בה משום גרירה וכמו שמא ימות דחיישינן. עוד י"ל בפשוט דהתם ה"ט דכיון דעכ"פ מחמת דמוחזקת בכך חוששין שתחזור לשטותה יהיה באיזה זמן שיהיה וחיישינן לגרירה משא"כ כאן דכל שאנו מעמידים אותו על חזקת חלים בשעת נתינות הגט אף על פי שעתיד הוא להשתנות אחר זמן לית לן בה כך היה נלענ"ד לצדד להיתר בנ"ד ולולי דברי הר"ן בהך דמקוה שמימיו מתמעטין וכן פסק בש"ע שנראה מדבריו דבגוונו דנ"ד איתרע לה חזקה קמייתא כיון דהוחזק בהכי:

אך נלענ"ד לצדד דאף לפי דברי הר"ן יש מקום ולהתיר בנ"ד דע"כ לא קאמר הר"ן התם אלא במקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין פעמים עולים שאין הענין במקרה רק כן הוא גדרו של עולם וטבעו לפי לחות האויר ורטיבתו וכאשר ירד הגשם מן השמים וסהדא רבה פרת וכיון שהוחזק בכך להתמעט בכך בפחות מארבעים סאה ע"י סיבה ההוא חוששין לה שמא אירע עת טבילתה בעת כי יוזרבו נצמתו המים ולא עלתה לה טבילתה ואין בזה שייכות חזקה ג' פעמים שטבע הענין מחייב ודרך יום כה ויום כה וכן בההוא דש"מ הייתי לפי שהחולי מצוי והיינו שכל אדם מוחזק בטבעו ומזגו להיות חלש לפעמים לפי התחלפות האוירים והשתנותם ולא סבירא ליה כדאמר שמואל אליבא דר"נ בחזקת בריאי' קיימי (וזה דלא כמ"ש התוס' בריש נדה שנראה מדבריהם דאף אליבא דר' יעקב אמרינן הך סברא שהרי כתבו דהא דקאמר לימא רב דאמר כר"ט היינו משום דבחזקת בריאים קיימו ואם איתא דר"י לא סבירא ליה הכי לא היו צריך לומר אמר לך רב ע"כ לא קאמר ר"י אלא משום דהעמד ממון כו' תיפוק ליה דבלא"ה לא שייך התם למיזל בתר השתא משום דלא ס"ל חזקת בריאים ואפשר ליישב דה"נ קאמר דטעמיה משום דלא סבירא ליה חזקת בריאים ואע"ג דאכתי ספיקא הוי מ"מ העמיד ממון כו' אבל הכא מי איכא למימר העמיד הגוף כו' וכיון שהיום עשוי להשתנות ורגילות לבא מצפרא

אמרינן הרי בוגרת לפנינו וצ"ע) וכיון שכך הוא קביעות הענין בטבעו שיחלה לפעמים בסיבת מה שפיר מצי למימר כי בעת המתנה היה ש"מ משא"כ בנ"ד דזה שישתטה ויצא מדעתו אינו קבוע בטבע האדם אדרבא כ"ע בחזקת שהם בריאים ופקחים קיימו וזה שהיה שוטה ויצא מטבע הרי חזר ונתרפא והרי הוא ככל אדם ואף שהיה כן שוטה פעמים מ"מ אין חוששין לו מכאן ולהבא כיון שהוא דבר שחוץ לטבע רק שנפל כן במקרה ובמקרה לא שייך חזקה ואטו אדם שנופל בדרך מקרה ג' פעמים נימא שזה הוחזק לנפילות והא דאשה שנשאת ג"פ לא תנשא נמי לא תלינן במקרה רק במעיין או במזל הגורם ולכך ליכא איסורא לאיש שמתו לו ג' נשים וכ"כ המג"א סימן תס"ז לענין אם נמצא ג' חטין דבמידי דאתי מעלמא לא שייך חזקה דתלתא זימני והביא ראיה ממ"ש הט"ז בי"ד סימן פ"ד בשם רש"ל בפירות שאין הכנימה מצוי בהם ומעלמא אתי לא מתחזק בתלתא ע"ש והיינו מטעמ' דכתיבנא לפי שא"ל חזקה כ"א היכא שיש לתלות שטבע הענין כן הוא וזה לא שייך במה דאתי מעלמא ומצאתי בספר מקור חיים שחיבר שארי בד"ז הגאון בעל חוות דעת שכתב שם בא"ח סי' תס"ז גם כן כדברי דאין חזקה למקריים והביא ראיה מהא דאין דין קטלן בגברא או בארוסה למ"ד מעיין גורם וכתב ליישב קושית החק יעקב משכונות קברים דשם מסתבר הוא שנתייחד זה לשכונות קברים אבל דבר הנופל במקרה וליכא דבר הגורם המסתבר והיקש השכל שיחייבוהו כן לא שייכא חזקה דג"פ ע"ש ובנ"ד א"ל דג"כ אינו במקרה רק מחמת שנתמזמז מוחו דדין דא"כ אף בחד זימנא או בתרי זימני ניחוש ליה הכי כמו דפסול לעדות בעובר עבירה אפי' בפעם אחת וע"כ דשאני הכא כיון דרוב בחזקת בריאים כל שזה חזר ונתרפא הרי חזר לטבעו ותלינן שמה שהיה שוטה אקראי בעלמא היא וא"כ גם בג"פ נמי אמרינן הכי כיון שאין כאן סיבה לדבר זה וגורם המסתבר אפילו כמה פעמים אמרינן שהיא דרך מקרה:

אך לכאורה נראה ז"א דהא מבואר בירושלמי דיבמות שהביאו התוס' והפוסקים דעתים חלומה עתים שוטה אסור לגרשה לכתחלה עכ"פ בעת חלומה ויש אוסרין אפילו בדיעבד משום גרירה והיינו שחוששין שתחזור לשטותה ותהי' מופקרת לזנות אלמא דאף בזה חוששין שתחזור לשטות משום דאתחזקה בהכי אך משום הא לא איריא דמצינן לפרושי דמיירי בחולי ידוע שטבע חולי זה הוא כך להיות עתים חלים ועתים שוטה או שדרכה מעולם להיות כך ויותר נראה דמיירי כעין מ"ש מהרא"י היכא שגירש ונראה להם שתשאר כך לא מהדרינן ע"ש וברמ"א סימן קי"ט וה"נ מיירי בכה"ג שנראה שתחזור לשטותה שאינה שפויה בדעתה כשאר פקחין והיינו דנקיט לישני עתים חלים

דזה מורה שחזרה לדעתה אבל לא כ"כ וכמ"ש בש"ע סימן קכ"א והוא מדברי הרשב"א בתשובה הביאה ב"י שכתב כל שהוא חלים ומדבר בעניניו אע"ג שהוא חלש ועדיין סימני חולים ניכרים בגופו שלא נתרפא לגמרי אלא כאדם המתחזק מחוליו אפ"ה בשעת חלימתו הוא כפקח וזה מבואר ממ"ש בירושלמי ר"פ מי שאחזו עתים חלים עתים שוטה כשהוא חלים הרי הוא כפקח כו' אתי עובדא קומי דשמואל אמר כשהוא חלים יתן גט מה שמואל כדר"ל דאמר לכשישתפה יתן גט רובא דשמואל מדר"ל דו אמר חלים יתן גט ותחלימני ותחייני ופירש בפני משה שם דר"ל דשמואל עדיפא מדר"ל דאמר בשעה שהוא חלים אע"פ שעדיין לא נשתפה לגמרי ומביא סמך מן המקרא דחלים משמע שעדיין לא נשתפה לגמרי דקאמר ותחלימני חזקתני קצת מן החולי והדר ותחייני ע"ש.
אך במ"ש לפרש דהוי ס"ד דשמואל כר"ל דאמר לכשישתפה שמואל נמי ה"ק כד הוא חלים היינו שישתפה לגמרי הוא דחוק ולענ"ד לפרש דהוי ס"ד דשמואל נמי מיירי בגווני שאמר קודם שנשתטה ויתן גט לאשתו וקאמר שמואל שאין ליתן הגט בעת שטותו רק כשהוא חלים יתן גט והיינו כדר"ל דאמר אין כותבין אלא כשישתפה וע"ז אמר רובא דשמואל מדר"ל ר"ל שאין ענין זה דאמר שמואל לדר"ל רק שמואל מילתא אחריתא אתי לאשמועינן דאפילו אינו שפוי לגמרי רק חלים לבד ש"ד ליתן גט (ומצאתי בפירוש מהרא"פ על הירושלמי במס' תרומות שכתב כמ"ש אך בסוף דבריו כתב בע"א ומ"ש הוא נכון וכן נראה מתשובת הרשב"א דלעיל ועיין לקמן מה שאכתוב בזה) ועכ"פ למדנו מזה דמה דאמר עתים חלומה היינו שאינה שפוי לגמרי ולכך שפיר חיישינן לגרירה שמא תחזור לשטותה מה שאין כן היכי שדרך מקרה נשתטה וחזר לבריאתו לגמרי אע"פ שהיה כן כמה פעמים אין חוששין שמא יחזור לשטות וכן נראה ממה דאמרינן ביבמות השתא דאמרת אחיות מחזקות לא ישא אדם ממשפחת נכפין וממשפחת מצורעין והשתא לפי"ז נימא מי שנשתטו ג' אחיו לא יהיה יכול לגרש ע"י שליח כ"א ע"י בדיקה וגם לא יהיה יכול לגרש ע"י שליח דניחוש שמא גם הוא שוטה או אף שעכשיו הוא שפוי יהיה שוטה בעת הנתינה ולא אשתמטו הפוסקים דלימרו הכי ואף שיש לדחות דאה"נ והפוסקים לא הזכירו זה משום דמלתא דל"ש הוא מ"מ לפמ"ש א"ש בפשיטות דבכה"ג שאין כאן סיבה הגורמת לתלות בה לא מחזקא אף בתלתא זימני ואמרינן שאינו רק מקרה שקרה כן וזה שלא ראינו בו סימני שטות הרי הוא פקח ככל אדם:
אך עדיין צריך ליישב תשובת ר"ש ב"ר אברהם שהביא הב"י סימן קי"ט שמבואר בדבריו להדיא בעתים חלומה דבג' זימני הוי חזקה ואינה מגורשת משום חשש גרירה ע"ש ודוחק לומר דמיירי דוקא כשנראה שתחזור לשטותה ועיין בתשובת רש"ל סימן

ס"ה וצ"ל דאע"ג דבתרי זימני תלינן דאקראי בעלמא הוא כמבואר שם מ"מ בג' זימני מחזקין שזה אחזתו החולי ההוא שטבעה בכך להתרפאות ולהיות חוזר וניעור כפעם בפעם ומ"מ י"ל דמודה בנ"ד דאפשר לומר דודאי אין טבע החולי להיות מתעורר מעצמו בלי ווסת קבוע ובלי שום סיבה המחייבת כלל אלא עכ"פ ההתעוררת הוא ע"י איזה דבר שעושה וזה גורם שיתעורר החולי ההוא לקפוץ עליו ותולין במאכל ומשתה או מיעוט שינה והרבה שחוק וכיוצא בדברים הללו שרגילין לעורר החולי למי שהוא עלול לו והלכך שפיר קאמר רבינו שמשון דבתלתא זימני דע"כ לאו אקראי הוא מחזיקינן שתחזור לשטותה ואף שצריך איזה סיבה לזה מ"מ חיישינן שמא במשך הזמן תעשה הענין הגורם לעורר החולי ההוא שהיא ענילה לו ותחזור לשטותה משא"כ בנ"ד אין לנו לחוש שמא עשה הדבר ההוא כבר ונתעורר עליו החולי והוא שוטה בעת הנתינה אלא מוקמינן ליה אחזקתיה ואמרינן דלא עבד מידי והוא בריא אולם כאשר היה בעת ששלח הגט וכבר כתבתי לעיל דמחלקינן בין שמא מת לשמא ימות וההוא דהר"ש שמא ימות הוא משא"כ נ"ד שמא מת הוא ול"ח שמא עשה מעשה ההוא וחזר לשטותו. וזה מבואר מהא דאמרינן בנדה דף ט"ו באם יש לה וסת התלוי במעשה בא עליה ואינו חושש וא"צ שישאלנה כלל דאימור לא קפצה ולא ראתה והכי קי"ל בש"ע סימן קפ"ד ע"ש ופשיטא שאין לחלק בזה דשאני התם דאיכא חזקת טהרה ואין חזקה נגדה משא"כ כאן דאיכא חזקת א"א וכמו שחילקתי לעיל דאין לחלק בזה אם נימא שהענין תלוי במעשה בשביל שיש להאשה חזקת א"א אין לנו להחזיק שהוא עשה המעשה ונשאר האיש בחזקתו וממילא דמהני גיטא לאפוקי מחזקת א"א כמו שולח גט דינתנו לה בחזקת שהוא קיים אע"פ שהאשה יש לה חזקת א"א ומכ"ש לפי מ"ש הפ"י שם דע"י ששלח לה גט הורעה חזקת א"א ע"ש:

ומצאתי בט"ז אה"ע סימן קי"ט שהביא תשו' הר' שמשון שהביא הב"י שכתב אבל אם באקראי בעלמא נשטית ונתרפאת ונשטית ושוב נתרפאת הואיל ואין לה ווסת אין לחוש שתחזור לשטות מחמת תרי זימני כו' וכתב דמל' ווסת דנקט משמע דתרווייהו בעינן שיהיה השטות ג"פ ויהי' בזמני' שוים כו' אבל אם לא הוחזק תחלה הזמנים בשוה אלא היתה איזה זמן בשטות ונתרפאת ואח"כ נזדמן שנשטית ונתרפאת אפילו כמה פעמים כיון שאין הזמנים שוים לא הוחזקה והיא בת גירושין כו' ע"ש שמדקדק כן גם מל' פסקי מהרא"י ולפמ"ש יש ליתן טעם ותבלין לדבריו דכל שהוא לזמנים ידועים שפיר יש מקום לומר להחזיקה מחמת ג"פ שעינינו רואות שכך הוא מטבע החולי שאינו משנה תפקידו וכמו חולי הקדחת ר"ל שקובע לו וסת לסירוגין אבל בלא זמן קבוע אף שהוא כן הרבה

פעמים אקראי בעלמא הוא ואין בו שייכות חזקה וכמש"ל ואע"ג דהט"ז אפשר שלא היה סומך ע"ז כ"א לענין חשש גרירה שהוא מילתא דרבנן כדמשמע מסוף דבריו שם מ"מ גם בזה להרמב"ם י"ל דאינו רק מדרבנן כששלח לה גט בעודו פקח ובשעת הנתינה הוא שוטה כמ"ש לקמן בזה ואף לשיטות שאר פוסקים מכל מקום עכ"פ יש לנו על מה לסמוך בצירוף כל הני צדדים שכתבנו לעיל ושריותא דהך איתתא:

ועתה נבא לבאר צדדי ההיתר שיש בזה אף אם הדבר ידוע לנו שבשעת נתינת הגט לא היה שפוי לכאורה יש לצדד להתיר עפ"י מה דגרסינן בירושלמי והביאו הרשב"א ז"ל אתפלגין ר"י ור"ל ר"י עודהו קורדייקוס עליו כותבין ונותנין גט לאשתו ר"ל אמר לכשישתפה כו' נתן לה את גיטה ואמר לה לא יהיה גט אלא למחר תפלוגתא ר"י ור"ל ובש"ס דילן הגירסא להיפוך דר"י אמר לכשישתפה וקי"ל כר"י ולפ"ז גם בהך דינא שאמר לא יהא גט אלא למחר ונעשה קורדייקוס נמי לא חל הגט וצ"ל דאע"ג דבשעת כתיבה ונתינה הוי שפוי מ"מ אנן בתר שעת חלות הגט אזלינן ואז הוא קורדייקוס ואנו דנין כאלו מסר לה הגט באותה שעה ממש וצ"ע דלפ"ז אם נתן לה גט ואמר לשתצא חמה מנרתקה והי' ישן באותו שעה לא יהא גט עד שיחזור ויאמר לה ה"ז גיטך כמו אם נתן לה גט בשעה שהיא ישינה וה"נ כאן ואם הגט נקרע או שאבד קודם שניעור לא יהא גט כלל דאע"ג דישן לא מחוסר מעשה הוא מ"מ הרי באותה שעה שהוא חלות הגט לאו בר מיהב גיטא הוא וצ"ל דודאי אין אנו דנין כאלו נותן לה באותו שעה ממש אלא אנן הכי קאמרינן דעכ"פ בשעת חלות הגט צריך שיהא האיש בתורת גיטין וכיון דבאותו שעה הוא קורדייקוס וליתיה בתורת גיטין לא מהני משא"כ ישן אע"פ שאינו ראוי ליתן גט באותו שעה ממש מ"מ מועיל מה שנתן גט בעודו ניעור שיחול אותו דמחמת שהוא ישן באותו שעה לא מקרי ליתא בתורת גיטין כיון דלאו מחוסר מעשה הוא ומה"ט מהני לר"ל אף באחזו קורדייקוס דאיהו מדמי לישן דמיקרי בר כריתות לפי דסמי' בידן ועכ"פ בנ"ד שפיר יש לחוש דאע"ג דמסר הגט לשליח בעודו שפוי מ"מ אם בשעת נתינת הגט מיד השליח ליד האשה כבר נשתטה לא מהני דההיא שעתא שחל הגט לאו בר כריתות הוא ואף ע"ג שדרכו לחזור לבריאתו בלא רפואה ואיכא לדמויה לישן מ"מ לא דמי דהכא לאו סמיך בידו וכן האריך בזה הרב נ"י ולקמן אבאר בזה:

איברא שהרשב"א ז"ל כתב בשם התוספות שדעתם דאם היו קורדייקוס בשעת נתינת הגט כשר ודלא כהירושלמי ונראה שדעתם דסבירא להו דע"כ לא קאמר ר"י דאין כותבין אלא לכשישתפה משום דגבי כתיבה בעינן וכתב לה לשמה ואע"פ שהסופר והעדים במקום הבעל קיימו מ"מ עיקר הכוונה דלשמה בבעל תליא מילתא וכמבואר בדברי

הרמב"ן והרשב"א בסוגי' דאומר אמרו דכל אמרו כו' ולא שמעו מפיו אע"פ שהם מכוונים לשמה אין זה מועיל עד שישמעו מפיו והכא אע"פ ששמעו מפיו קודם שנשתטה מ"מ כיון דבשעת כתיבת הגט ממש חסרה לה כוונת הבעל לא קרינן ביה וכתב לה לשמה דעל שעת הכתיבה ממש אנו אומרים דבמקום הבעל קיימו וההוא שעתא לאו בר כוונה היא וזה מוכרח לענ"ד לדעת הנך פוסקים הסוברים דלא בעינן שליחות בכתיבה רק דטעמא דצריך ציווי הבעל דכל שכותבין בלא צוואתו לא הוי לשמה ולפ"ז קשה דא"כ למה אין כותבין עד שישתפה דהא בשעה שצוה הבעל היה פקח ומקרי לשמה ומאי איכפת לן דבשעת כתיבה היה קורדייקוס וצ"ל כמ"ש דכיון שהקפידה התורה שיהיה בכתיבה כוונה לגירושין לשמו ולשמה וכוונה זו בבעל תלי' ואע"פ שכותבין גט על ידי שליחתו שלא בפניו מ"מ כיון שהוא שפוי בדעתו ומתחלה אמר להם לכתוב לשמה והרי הוא עומד בדעתו כמאז וכן אם הוא ישן בשעת כתיבה אע"ג דלא מכוין מ"מ כיון דלא מחוסר מעשה ומקרי בר כוונה ובהיותו ניעור כיוון דעתו ואמר להם לכתוב לשמה מועלת כוונה זו כאילו כיוון בשעת כתיבה כיון דעכ"פ בר כוונה הוא משא"כ הכי שנטרפה דעתו ובאותו פרק שכותבין הגט אינו בר כוונה כלל כיון דמחוסר מעשה לא מהני מה שצוה מתחלה וכ"ז בכתיבה אבל בנתינה לאו בכוונה לשמה תליא מילתא וכדאמרינן בגיטין דף פ"ו דקאמר נהי דכתיבה לשמה בעי נתינה לשמה מי בעי (ועיין לקמן מ"ש בזה) רק דבעינן שיהא לרצונו וכיון שצוה מתחלה ליתן אמדינן דעתו דאם היה שפוי כבתחלה ג"כ לא היה משתנה דעתו והיה מרוצה שיתנו גט וכמו אם היה ישן או שלא בפניו שנותנין ואין חוששין שמא נמלך בינתים ואע"פ שעתה בעת הנתינה חסרה דעתו מ"מ עכ"פ שינוי רצון אין כאן ודווקא בנותן בעת שטותו ממש דמעיקרא לא היה רצון כלל משא"כ היכא דאגלאי מלתא שרצונו בזה אמרינן דשוב לא נשתנה דעתו. ולכאורה אפשר לומר דגם לענין הנתינה אע"ג דלא בעינן דעתו שיהא מרוצה באותו שעה ממש אבל מ"מ עכ"פ בעינן שיהא בר דעת דשייך ביה רצון וכיון דהאי בשעת נתינה לאו בר רצון הוא שפיר לכתיבה דמיא אך לענ"ד ז"א דבנתינה אין ענין השליחות ורצון המשלח חל על שעת הנתינה להאשה ממש אלא אחר שעה שנתן הבעל הגט ליד השליח אנו הולכין וכיון דההיא שעתא היה מרוצה ובר רצון הוא תו לא איכפת לן על שעת נתינה להאשה כלל משא"כ בכתיבה דבעינן כוונה לשמה ועיקר הכוונה בשעת כתיבה תליא ועל שעה זו אמרינן דהעדים במקום בעל קיימו ולכן בעינן שיהא גברא בר כוונה בההוא שעתא גופא וכן מוכרח לענ"ד מהא דאמרינן בגיטין באומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי דר"מ סבירא ליה בשניהם לא יחזור ורבנן מחלקין בין

ג"נ לשחרורי עבדים ואמרינן עלה ש"מ התופס לב"ח כו' ושיטות רש"י והרי"ף שם דאף היכא דלא מצי הדר ביה מ"מ גיטא לא הוי עד דמטו לידיה ואם נימא דבשעת נתינה להאשה מתחיל שליחות הבעל ובעינן שיהיה אז לרצונו א"כ מה בכך דזכות הוא לו ותופס לב"ח קנה או דתן כזכי דמי דס"ס עיקר חלות השחרור אינו אלא בשעה שמקבלו מיד השליח והרי באותו שעה כבר הוא עומד וצווח שאינו רוצה וגם בגט אי לאו דאין חבין ומעיקרא אדעתא דהכי יהיב שיהא יכול לחזור בו טרם שיגיע לידה לא היה יכול לחזור בו ואף התוספות ושאר פוסקים דלא סבירא להו כרש"י והרי"ף בזה טעמייהו משום שכל שזכות הוא לו הוא נגמר מיד ומשתחרר בקבלת השליח ע"ש ברא"ש שכתב דהחירות והחזרה ענין א' הוא כו' אבל מ"מ אם היה אפשר לחלק ביניהם שפיר הוה מחלקינן בהכי וכך הוא להך מ"ד דטעמא דמתני' משום תופס לבע"ח קנה והיינו משום דעבד לית ליה נייח נפשיה רוצה הוא שיהא בע"ח בכך שיהא יכול לעכבו מלחזור כמ"ש התוס' שם ולכאורה מה בכך שהרי בשעת חלות השחרור אין דעתו ורצונו בשחרור זה ואנן דעתו ורצונו בעינן כמו בגט וע"כ דכיון דדינא הוא שלא יכול לחזור בו לא איכפת לן ברצון דשעת חלות הגט ועיקר קפידא על רצון דשעת נתינת הגט ליד השליח משא"כ לענין כתיבה דפשוט היא אף דשחרור זכות לעבד ואמר כתבו ותנו וחזר בו קודם כתיבה דלא מהני הכתיבה בע"כ ואמנם שם בלא"ה י"ל דלא שייך תופס לב"ח דהא אכתי לא תפוס מידי וגם לא שייך בזה תן כזכי וכמבואר בדברי התוס' דף י"ג אך נראה דבלאו הני טעמא לא מהני הכתיבה דכיון דבשעת כתיבה כבר חזר בו ואין זה לשמה:

אך לפ"ז צ"ע בגיטין שם דף י"ג דקאמר אי בש"מ מאי אריא דתני תנו אפילו כתבו נמי ולכאורה לפמ"ש אין מקום לזה דעיקר הרבותא בנתינה דאם עדיין לא נכתב פשיטא שאין מקום לכתוב לאחר מיתה דאין כאן לשמה:

אך בלא"ה קשה שם לשיטות רש"י והרי"ף ועיין בפ"י שם (ולקמן יבואר החילוק בין הא דלא יתנו לאחר מיתה אע"פ שמינה בחייו ובין היכי שמינה שליח קודם שנשתטה ונשתטה בשעת נתינה) ועכ"פ מוכח מזה דבשעת נתינה לא נתחדש ענין השליחות לומר דבעינן שיהא המשלח בר רצון אלא כל שאינו חוזר בו שפיר נותנין ע"ד השליחות דמעיקרא שנעשה ברצון ודווקא אם חוזר בו דאז אמרינן דמעיקרא אדעתא דהכי יהיב שיהא יכול לחזור בו כשירצה כיון דחוב הוא לה תן לאו כזכי היא ואפשר לומר שגם התוספות שלפנינו שכתבו בשכיב מרע צריך ליזהר שלא יהיה קלקול בין כתיבה לנתינה מודים בזה ודווקא התם שפיר מעכב אם היא מבולבל בשעת נתינה דהתם מיירי שמצוה לכתוב וליתן גט וכל שהוא קודם כתיבה אין שם שליחות חל עדיין על הנתינה כלל

והשליחות מתחיל משעה שנמסר הגט מן הסופר ועדים ליד השליח וכיון שאז אין דעתו צלולה אשתכח דהך שליחות דנתינה לאו כלום הוא משא"כ אם הגט כבר כתוב ונמסר ליד השליח בעודו פקח אף ע"פ שבשעת נתינה להאשה נתבלבל לא איכפת לן בה דמסתמא דמילתא גם אם היה פקח לא היה חוזר בו ומ"ש התוספות להקפיד על שעת נתינה היינו משום דכיון דלא נבדק אחר הכתיבה אם הוא שפוי ואז מתחיל שליחות הנתינה ואם בההוא שעתא נתקלקל שוב אין כאן שליחות על הנתינה כלל:

ואם כנים דברינו אלה יש מקום אתנו ליישב הראיה שהביאו הרשב"א והר"ן מהירושלמי שהבאתי לעיל לפי מה שמבואר ברמב"ם פ"ט מהלכות גירושין החילוק בין המגרש ע"ת לתולה בזמן או במעשה שאמר ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר למ"ד יום שהתולה בזמן לא הגיע לידה בתורת גירושין אלא בתורת פקדון עד הזמן שקבע כו' לפיכך כשהגיע הזמן צריך שיהיה ברשותה כו' ע"ש ובש"ע סימן קמ"ו וע"ש דמיירי אף באומר בפירוש ה"ז גיטיך ולא תתגרשי כו' ומכ"ש בנותן גט לידה ולא אמר הרי זה גיטך רק אמר סתם לא תתגרשי בו אלא למחר דהוי פקדון בידה עד ההוא שעתא ולפ"ז דבר ברור הוא דלמ"ד קורדייקוס לאו בר גירושין הוא כמו שוטה אין בזה תועלת כלל במה שנותנו בעודו פקח כיון דאין בנתינה זו עדיין שום גירושין רק היה פקדון בידה עד ההיא שעתא ובהגיע העת ההיא כבר הוא שוטה ולאו בר גירושין הוא ופשיטא שאם נתן גט ליד איש אחד בתורת פקדון עד יום פלוני ואמר לו שביום פלוני יהיה נעשה שליח לגרש האשה ונשתטה קודם דלא מהני נתינת השליח כלל כיון דעד אותו היום לא היה לו מינוי השליחות כלל לגירושין אבל אם מינהו שליח מיד תו לא איכפת לן מה שנשתטה אח"כ שזה סומך בנתינתו על מה שנתמנה שליח בהיותו פקח ולא נתבטל וכן אם נתן הוא בעצמו גט לאשה ואמר לה אם תעשה דבר פלוני ה"ז גט כיון שתנאי הוא יש שם גירושין ואין גומרין עד שיתקיים התנאי ובזה י"ל דאף שנשתטה בינתים מהני אם היא קיימה התנאי כיון שכבר התחילו הגירושין והולכים ונגמרים בקיום התנאי ומה שפסק כחו באמצע מלגרש מחמת חסרון דעתו אין זה מבטל הגירושין שהתחילו בעודו בדעתו ומאותו כח הם הולכים וגומרים שעד קיום התנאי היו תלוים ועומדים ולפ"ז היה מקום ליישב קושית הרשב"א מש"ס דידן באומר מעת שאני בעולם דמשמע שאינו רוצה שיחול הגט אלא ברגע האחרון סמוך למיתתו וההוא שעתא א"א לבודקו ולפמ"ש יש לומר דודאי לפי שיטת רש"י מקשה שפיר דרש"י מפרש דלאו בתנאי דאם מתי קאי אלא באומר בפירוש מעת שאני בעולם וא"כ הוי כתולה בזמן ועד ההיא שעתא הוי פקדון בידה ודמי להההוא דהירושלמי משא"כ לגרסת ר"ח שהביאו התוספות והרשב"א שם

א"כ קאי אתנאי דמהיום אם מתי וכאומר מעת שאני בעולם קאמר ובתנאי גם הירושלמי מודה דמהני:

אבל אחר העיון ז"א דגם להך גירסא אין זה דומה לתנאי דהרי את מגורשת אם תעשה כך שי"ל שהגירושין מתחילין מיד משא"כ התם דס"ס תלה הדבר בזמן וה"ז כאומר הרי את מגורשת לאחר למ"ד יום אם תעשה כך דמה בכך שהתנה מ"מ עד ההיא שעתא פקדון הוי אלא דמההוא שעתא ואילך תלה הדבר בתנאי. אך בלא"ה יש לפקפק בראיה זו לפי שיטת הרשב"א עצמו בגרסת ר"ח דהוי כאומר כו' ומבואר בתוס' טעמא דמלתא לפי שמסתמא דעתו לאחר הגט כל מה שיוכל רק שיחול מחיים א"כ כך כוונתו שיחול עכ"פ ברגע שיוכל לחול והיינו בעוד שדעתו עליו ומצאתי בג"פ ובקרבן העדה שעמדו בזה על דברי הרשב"א ואפשר דהרשב"א סובר דע"כ א"א לומר כן דא"כ אמאי סבירא ליה לר"י דהרי היא כא"א לכל דברים והבא עליה בחנק קאי לפי שאין הגט חל אלא ברגע אחרון סמוך למיתה ואמאי ניחוש ליה דילמא סמוך למיתה נתבלבלה דעתו ותלוי הגירושין קודם לזה ומ"מ עדיין יש מקום לומר דמיירי בבדקנוהו קרוב למיתתו ונמצא שפוי ולכן עד ההיא שעתא הרי היא כא"א לכל דבריו:

ועפ"ז היה נראה ליישב דברי התוס' בגיטין דף כ"ה ד"ה ר"י ור"מ ור"ש כו' דהתם בגיטין עומד הדבר להתברר בודאי אם יחי' או ימות וכו' וכתב אא"ז מהרש"א ז"ל הא דלא מתרץ הש"ע כן על ר"י משום דלר"י דמיירי באומר מעת שאני בעולם ואותה שעה שגט חל אינה מבוררת וידועה וצריך ברירה וזה אינו עומד להתברר בודאי כו' ע"ש ולכאורה צ"ע דודאי גם השעה הסמוכה למיתה עומדת להתברר בודאי כשתברר המיתה ממילא יתברר לנו גם השעה שהיתה סמוכה למיתה והגע עצמך נתן לה גט בתשרי ואמר ביום הסמוך לר"ח ניסן תהיה מגורשת ה"נ נאמר שזה תלוי בברירה כיון שא"א לע"ע לידע באיזה יום יחול הגט ובעיבור החדשים והשנה תליא מילתא ומשנה מפורשת אם לא באתי מכאן עד יב"ח כו' והרי אין היום מבורר שאם יתעברו איזה חדשים יחול באיחור כמה ימים מאם יהיו החדשים חסירים וע"כ כיון שאח"כ מתברר לנו קביעות השנה הרי היום מבורר וגילוי מילתא בעלמא היא וה"נ לכי מיית איגלאי מלתא ששעה הקודמת היא השעה שהיה ראוי לגט לחול ועיין בפ"י דף כ"ה ודף ע"ג מ"ש על מהרש"א בזה ולקמן אבאר בזה אך לפי מ"ש נראה דא"ש על פי מ"ש התוספות בגיטין דף כ"ה באומר מהיום שאני בעולם דכיון שתולה הדבר במיתתו אינו חושש רק שיחול מחיים ובדף ע"ה כתבו שדעתו לאחר הגט כל מה שיכול כו' ונראה ביאור הדברים דלר"י אמרינן כיון שתולה במיתתו ממילא אין דעתו עתה על גירושין כלל ואין לפרש דבריו שר"ל

מהיום ממש ומה שהוא נותנו עתה היינו להיות בידה לפקדון עד אותו הזמן כמש"ל בשם הרמב"ם ור' יוסי סבירא ליה דאע"פ שתולה במיתתו מ"מ מה שהוא מוסרו עתה לידה נראה דהך נתינה לגירושין היא ואם כן יש לחוש גם כן שמא מהיום ממש קאמר או י"ל דאע"פ שהוא נותן עתה בתורת גירושין מ"מ אין דעתו שיגמרו עכשיו אלא יהיו הולכים ונגמרים עד שעה הסמוכה למיתה לפי שדעתו לאחר גמר הגירושין כל מה שיוכל והיינו דמספקא ליה לר"י וקאמר מגורשת וא"מ וכמ"ש התוס' שם דמספקא ליה אי כר"מ או כר"י. ולפ"ז א"ש דהש"ס מדייק מדר"י דסבירא ליה הרי היא כא"א כו' ולא מספקא ליה כלל שמא כוונתו מהיום ממש וע"כ דסבירא ליה דכיון שתלה הדבר במיתתו לא יהבי' ניהלה עכשיו לגירושין כ"א בתורת פקדון ומש"ה לא חשש כלל שיהא כוונתו מהיום ממש אם כן ע"כ דס"ל ברירה דהא אין השעה מבוררת וידועה ואע"ג דע"י המיתה הסמוכה לה מתבררת מ"מ הא סמוך למיתה איכא חשש שנתבלבלה דעתו ולא מצי למיחול אז וע"כ כמ"ש דכוונתו שיחול בשעה שראוי לחול והיינו קודם שנתבלבלה דעתו ואם כן אף דבאמת בדקנוהו סמוך למיתה ונמצא שפוי מ"מ אין עכ"פ השעה מבוררת וידועה לנו שתתברר בודאי דשמא תתבלבל דעתו קודם או אחר כך רק כיון שבדקנו וראינו שעתה היא שפוי ומת אחר כך הוברר הדבר שמה שהיה כוונתו שיחול בשעה שראוי לחול היא השעה שראוי לחול וזה תלוי בברירה מה שאין כן לר' יוסי אף על גב דגם הוא מסופק שמא כוונתו מעת שאני בעולם מ"מ כיון דמספקא ליה נמי שמא כוונתו מהיום ממש וא"כ ס"ל דעכ"פ בתורת גירושין הוא נותן לה עתה והו"ל כמו תנאי שהגירושין מתחילין מהשתא ובזה אפילו אם נתבלבלה דעתו סמוך למיתה שפיר חל הגט כיון שנתן לה בעת שהיה שפוי בדעתו ובתורת גירושין יהבינן ניהלה שיהיו מתחילים מיד והולכים ונגמרים עד סמוך למיתתו ובכה"ג אף שנתבלבלה דעתו אז לית לן בה דמאליהן הם נגמרין וכמ"ש:

אך בעיקר ראיות הרשב"א צ"ע לפי ענ"ד דהא בפשיטות י"ל דהתם בש"מ שלא ראינו בו טירוף הדעת כלל ואמרינן דסתמא דעתא צילתא אית ליה עד רגע האחרון שהנפש יוצאה בו וכמ"ש התוס' לענין הא דשחט בו שנים או רוב שנים וכן הוא ג"כ לפירש"י ז"ל דמיירי באומר מעת שאני בעולם מוקמינן ליה אחזקתיה שהוא שפוי בדעתו עד רגע האחרון כיון דאיכא שהם שפויים בדעתם עד יציאת נשמה ולכן אף ע"פ שברגע האחרון א"א לבודקו שפיר הוי גט וכן הוא ג"כ בש"מ היכא שאין ידוע לנו שנתקלקל מוקמינן ליה אחזקתיה רק היכא שידוע שנתקלקל בשעת נתינה בזה י"ל דשפיר קפדינן כמו אשעת כתיבה ולשון התוס' שהביא הרשב"א שכתב שנראה מדבריהם שאין מקפידין אלא על

שעת הכתיבה כבר כתבו הפוסקים דאין זה מלשון התוס' שלפנינו דמשמע להיפוך ונראה דהרשב"א לקח זה מדברי בעל ספר התרומה שכתב בשם רבו הר"י בעל התוס' וז"ל שהכותב גט לש"מ יזהר שלא יתקלקל בחליו בשעת כתיבה דפעמים שאין בדעתו והוי כמו מטורף ואינו יודע מה מדבר ובין למר ובין למר לא דמי לישן וגם לא סמיא בידן והוי פעמים שוטה פעמים חלים עכ"ל ולשון זה משמע ליה להרשב"א הקפידא על שעת הכתיבה:

אך לפי ענ"ד אין זה הכרח דהתם מיירי שאין הגט ע"י שליח רק הש"מ נותן הגט אם כן לא חיישינן על שעת נתינה דחזינן ליה שהוא שפוי בדעתו ונותן הגט ואומר לה ה"ז גיטיך רק עיקר הזהירות הוא על שעת הכתיבה שאז אין לנו עסק עמו צריך ליזהר להשגיח עליו אם לא נתבלבלה דעתו אז וזה נ"ל כוונת התוס' במ"ש דצריך ליזהר שלא יתקלקל בין כתיבה לנתינה דאם נתקלקל בנתיים אפילו נתפקח אחר כך אין מועיל אף לר"ל כו' וס"ל דהנתינה היא ע"י הש"מ עצמו ואין חשש על שעת הנתינה רק החשש שיתקלקל בנתיים ר"ל בעת כתיבה ולשון בין כתיבה לנתינה דקאמר לאו אחר גמר כתיבה קאמר אלא ר"ל בשעת כתיבה טרם הנתינה והיינו שכתבו אפילו נתפקח לבסוף כו' ר"ל אף ע"ג דהא קמן שנתפקח לבסוף שהרי ע"כ דבשעת נתינה הוא שפוי לפנינו מ"מ אין מועיל כל שהיה מבולבל בשעת כתיבה ומוכיח כן מדמפרש ר"י מדמדמי ליה לישן אלא דר"י מחלק משום דישן לאו מחוסר מעשה וע"כ דגם הכא מיירי דומיא דישן שמתעורר אח"כ ואפ"ה לא מהני וכן מוכח מהא דאמר ר"י דלכי מתציל כו' אלמא דמה שכתבו לעיל בעודו קורדייקוס אינו כלום אע"פ שנתרפא אח"כ וזה עיקר דינו של הר"י שהביא בסה"ת אחר שכתב לשון הש"ס כתב מכאן אומר רבינו יצחק בר שמואל כו' ועכ"פ מ"ש התוספות שאם נתקלקל בנתיים ר"ל בשעת כתיבה וכלשון סה"ת:

אך בלשון הרא"ש איתא וצריך ליזהר בש"מ שצוה ליתן גט שתהא דעתו מיושבת עליו ואף בשעת כתיבה כו' ולכאורה לשון אף בשעת כתיבה משמע שר"ל דכ"ש בשעת נתינה. אך לפי ענ"ד כוונתו דאע"פ שבשעה שמצוה ליתן גט בדקנו אותו ונמצא שפוי לא סגי לן בשעת הצווי לחוד אלא צריך שיהיה שפוי גם בשעת כתיבה ממש ולא מיירי משעת נתינה כלל והרא"ש שם משמע דמיירי אף שאין הש"מ נותן הגט בעצמו שהרי כתב בש"מ שצוה ליתן גט ומ"מ י"ל דשעת נתינה פשיט' לי' שצריך שיהי' שפוי כיון שהם עיקר הגירושין:

אמנם צריך ביאור מ"ש סה"ת והתוספות והרא"ש דאפילו ר"ל מודה בהא דלא סמיא בידן ובאמת הוא אך למותר כיון דקושטא דמילתא דקי"ל כר"י בהא למאי נ"מ לן מדעת

ר"ל בזה בין יודה ובין לא יודה הא אין הלכה כמותו לגבי דר"י ולאו אורחייהו דהפוסקים בהכי אפילו לענין מנקיט לקולא מכ"ש בזה דנקטינן כר"י לחומרא. ואפשר לומר לפי מה דאיתא בירושלמי דר"י ס"ל כותבין ונותנין לאלתר ולכאורה נראה דהכי הוא דהא מאי דמחלקינן בש"ס דידן משום דמחוסר מעשה צ"ע דהא בקידושין דף ס"ב אמרינן בעא מיניה רב אסי מר"י אמר פירות ערוגה זו כו' א"ל כל שבידו לאו מחוסר מעשה כו' ולפ"ז היכי דסמיא בידן לאו כמחוסר מעשה הוא ואם כן אליביה דר"י היכא דסמיא בידן לישן דמי ולש"ס דידן דר"י ס"ל דקורדייקוס הוי מחוסר מעשה דאע"ג שרפואתו ידוע לנו מ"מ לא מקרי בידן דדילמא לא מתרמי ליה בשרא אגומרי וחמרא וכדאמרי' התם בקידושין מי יימר דמזדקקי ליה תלתא ואפשר דאף שמוכן לפנינו בשרא אגומרי מ"מ לא מיקרי סמיא בידן לרי דשמא לא יחפוץ האיש שאחזו קורדייקוס לאכול ממנו ובהך סברא פליגי ר"י ור"ל (וגם י"ל לפי מאי דאמרינן בקידושין שם גבי הנותן פרוטה לשפחתו כו' התם מעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת ולפ"ז י"ל דבשוטה כגון קורדייקוס אע"ג דסמיא בידן לא אמרינן בהא דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה משום דבשעה שהוא שוטה נמשל כבהמות נדמה ועל ידי שנאכלנו ותתיישב דעתו הוי כדעת אחרת ואפשר שיש לחלק ביניהם ואין להאריך) ולכן כיון דגם ר"י ע"כ ס"ל דסמיא בידן מילתא הוא דלא להוי מחוסר מעשה לכך כתבו הפוסקים דגבי ש"מ אף ר"ל מודה אף דמחלק בין סמיא בידן מ"מ בש"מ דודאי לאו סמיא בידן כ"ע מודו:

ולפי זה הדבר ברור דהא דאמרינן דבעינן סמיא בידן היינו היכא דלאו ממילא קאתי וצריך מעשה בזה אנו צריכין לחלק בין סמיא בידן או לא אבל היכא דלא מחוסר מעשה כלל וממילא קאתי אע"ג דעתה אין בידינו כלל להוציאו משטותו לית לן בה דכל עיקר מעלת סמיא בידן הוא לומר דמחמת זה לא מקרי מחוסר מעשה דכל שבידו לאו מחוסר מעשה הוא ור"י ור"ל פליגי בהא דלר"י לא הוי כסמיא בידן וכמ"ש אבל היכא שמצד עצמו אינו מחוסר מעשה ודרכו להתרפאות ממילא אין לחלק בין בידו או לא וזה מוכרח לענ"ד ממ"ש הב"ש ר"ס קכ"א דאם צוה לכתוב גט ונשתכר אחר כך מותר לכתוב בעת שכרותו משום דדמי לישן דלאו מחוסר מעשה ע"ש ואע"ג דשכור אין בידינו להוציאו משכרותו ואע"פ שדרך מיל מפיגתו צ"ע אם זה קרוי סמיא בידן וגם דהא סוף סוף השתא מיהא אין בידינו להוציאו משכרותו בשעת הכתיבה ולא דמי לישן שאנו יכולין לעוררו תיכף וכן באחזו קורדייקוס לר"ל שאנו יכולין להאכילו תיכף על אתר משא"כ בדבר שצריך שהיה שיעור מיל אף שנאמר שבידינו הוא להוליכו בע"כ דרך מיל מ"מ עכ"פ צריך שיהיה זמן מה ומה לי זמן מועט מה לי זמן מרובה וע"כ לומר כיון דלאו מחוסר

מעשה הוא דממילא יסור יינו מעליו ויצלל דעתו שפיר דמי לכתוב הגט בעת שכרותו גם כן:

וראיתי בדברי הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל שהביא מדברי הרשב"א פרק הזורק הביאו ב"י סימן קל"ח דישינה לא דמי לשוטה דישינה ראויה להיות לה יד דלאו מחוסרה מעשה וסמיא בידן כו' ופשוט לע"ד דודאי לרווחא דמילתא קאמר דסמיא בידן אבל באמת אף בל"ז כיון דלאו מחוסר מעשה הוא די בכך וכמ"ש גם כן הרב הנ"ל ואם באנו לדייק בזה בדברי הרשב"א אדרבא דייק מרישא דדברי הרשב"א איפכא דלשוטה לא דמיא דהתם כיון שאין לה יד כלל דמחוסר מעשה ולאו סמיא בידן כדאמרינן במי שאחזו הלכך אין לה חצר ולכאורה ל"ל להזכיר כלל דמחוסר מעשה דבהא דלאו סמיא בידן לחוד סגי דר"י ור"ל תרווייהו ס"ל דסמיא בידן בעינן ושוטה לאו סמיא בידן ודוחק לומר דהרשב"א נקט הכי משום דס"ל דגם קורדייקוס אין לו חצר וקורדייקוס סמיא בידן הוא רק הטעם משום דמחוסר מעשה דלא מהני לר"ל אבל באמת ז"א דאטו אשכחן בשום דוכתי דקורדייקוס אין לו חצר שיהיה הרשב"א צריך לאותו דבר לחלק משום מחוסר מעשה רק לענין שוטה דאין לה חצר בחילוק דאין סמיא בידן סגי ליה אבל פשוט דהרשב"א נקט החילוק לכל מר כדאית ליה דלר"ל דתלוי בסמיא בידן הא אין סמיא בידן ולר"י דתלוי במחוסר מעשה גם זה ודאי דמחוסר מעשה ואם לא היה מחוסר מעשה אפשר דאפילו אין סמיא בידן הוי מהני לר"י רק כיון דהוא מחוסר מעשה לא מהני לר"י וע"ז קאמר בסיפא דבישינה דלאו מחוסר מעשה וסמיא בידן ר"ל שהוא חלוק משוטה לגמרי שפיר יש לה חצר אבל מ"מ אין קפידה בסמיא בידן כלל דלא שייך כ"א בדבר שמחוס' מעשה כמ"ש. וגם י"ל דאפי' תימא דהרשב"א בדווקא נקט וסמיא בידן דמשמע לכאורה דאי לאו סמיא בידן אף על גב שאין מחוסר מעשה לא מהני לא קאמר הכי אלא לענין אם יש חצר לישינה דהוי ס"ד דמעיקרא לדמות לשוטה ולזה בא לחלק ביניהם דשוטה הוי מחוסר מעשה ולאו סמיא בידן משא"כ בישינה דלאו מחוסר מעשה וסמיא בידן הוסיף לומר סמיא בידן דלא תימא דלענין חצר מה בכך דלא מחוסר מעשה ויתעורר משנתו ממילא מ"מ זה שייך דווקא לענין אם שרי לכתוב על ידי שליחות דמקודם אמרינן כיון דלאו מחוסר מעשה לא נפיק מכלל בר גירושין וכיון דהוי בכלל בר גירושין בההוא שעתה שפיר דמי על ידי שליחות דמקודם משא"כ לענין חצר שאנו רוצים שיהיה לה חצר באותו שעה עצמה שהיא ישינה לקבל גיטה לכאורה אפשר לומר מה בכך דעתידה להתעורר משנתה מ"מ השתא מיהא ישינה היא ולית לה יד כלל לזה אמר וסמיא בידן דכיון שבידינו היא לעוררה ולהקיצה משנתה הרי היא כאלו היא ניעורה עתה ויש לה חצר אבל פשיטא

דלענין בר גירושין לא שייך לפלוגי היכי דלא מחוסר מעשה בין סמיא בידן או לא דהא בסמיא בידן דקורדייקוס לכאורה מה בכך שבידינו לרפאותו השתא מיהא עדיין לא האכלנוהו בשרא אגומרי ושוטה הוא. ואף שבידינו להאכילו מ"מ הרי אינו חוזר לדעתו עד שיאכל וישתה וייטיב לבו ועל רגע של כתיבת הגט אנו דנין והרי מעיקר' לא אכיל ומה שנאכיל אותו בשעת הכתיבה ממש לא יועיל כ"א על הזמן שאחריו שתתיישב דעתו וא"כ השתא מיהא בשעת כתיבת הגט לאו סמיא בידן שיהא שפוי עכשיו ממש אע"כ דהך דסמיא בידן נמי לא בעינן שיהא לשעתו ממש אלא כל דסמיא בידן שיועיל עכ"פ אח"כ מעתה בר גירושין הוא חשוב וא"כ ק"ו הדברים היכא דלא מחוסר מעשה כלל ועתיד שתתיישב דעתו ממילא שבודאי מועיל:

ומ"ש הרא"ש שצריך ליזהר בש"מ שציוה ליתן גט כו' משום דחולה פעמים שדעתו מטורפת עליו ועתים חלים עתים שוט' ואפי' ר"ל דמדמי קורדייקוס לישן היינו משום דסמיא בידן או שמא אפי' לר"י כישן דמי משום דלא מחוסר מעשה דרגיל שתתיישב דעתו ממילא וטוב ליזהר אין לפרש דמספקא ליה דשמא גם לר"י בעינן סמיא בידן וכ"כ הרב הנ"ל ולענ"ד ז"א שהרי הרא"ש כתב או שמא אפילו לר"י כישן דמי כו' ואם צד הספק הוא דלמא ר"י ס"ל דאינו תלוי רק במחוסר מעשה וכאן אין מחוסר מעשה ושפיר דמי אף דלאו סמיא בידן א"כ מאי אפילו דקאמר דמשמע דכ"ש הוא אליבא דר"ל וז"א דהא ר"ל ודאי ס"ל החילוק דסמיא בידן והא דש"מ אין סמיא בידן וע"כ ס"ל דודאי לא מסתבר דר"ל לחומרא קאמר דבעינן סמיא בידן רק לקולא קאמר דאף שמחוסר מעשה כיון דסמי' בידן וא"ל דאף על גב דבהך צד הספק דנקט לקולא צ"ל דבין ר"י ובין ר"ל לא משגח בהא דאין סמיא בידן היכא דאין מחוסר מעשה מ"מ בהך צד דאף לחומר' סבר דצריך סמיא בידן אף היכי דלא מחוסר מעשה בין לר"י ובין לר"ל מ"מ לא ה"ל למימר ואפילו ר"ל דמדמי כו' ונקט מלתי' אליבא דר"ל שהוא דלא כהלכתא והשמיט העיקר והכי ה"ל למימר ואף על גב דלא מחוסר מעשה שרגיל שתתיישב דעתו ממילא מ"מ אין סמיא בידן דאפי' ר"ל מודה בהא והדבר ברור בעיני דבצד הספ' להחמיר ס"ל להרא"ש דלא אזלינן בתר הרגילות שתתיישב דעתו שאפשר שלא תתיישב דעתו עד דבדקו ליה סמא והרי אין סמיא בידן ואפילו לר"ל לא מהני ומכ"ש לר"י דאפי' אי הוי סמיא בידן לא מהני וע"ז כתב שי"ל להיפוך דאפי' לר"י כישן דמי משום דלאו מחוסר מעשה מחמס שרגיל וזה ברור. ומבואר מדברי התוס' שם שכתבו ופעמים שש"מ אינו בדעת ומספקא אי חשבינן ליה כשוטה או שמא תונבא בעלמא הוא דנקטי' וכישן דמי עכ"ל מבואר להדיא דעיקר הספק הוא דשמא מה שאינו בדעתו חשבינן ליה כשטו' גמור ואף על פי

שאח"כ דעתו מתיישבת מי יודע לעת כזאת שיגיע ליישוב או שמא תונבא בעלמא הוא וכאילו ידוע לנו שתתיישב דעתו וכישן דמי והן הן דברי הרא"ש אלא שביאר יותר וכן מבואר לע"ד מדברי סה"ת שהבאתי לעיל שכתב ובין למר ובין למר לא דמי לישן וגם לא סמיא בידן והוי פעמים שוטה פעמים חלים עכ"ל מבואר דמ"ש בין למר כו' לאו משום דלא סמיא בידן הוא קאמר שהרי כתב אח"כ וגם לא סמיא בידן רק ר"ל דלא דמי לישן מטעם שאין הדבר ידוע שתתיישב דעתו ועכ"פ אפשר שיצטרך מעשה משא"כ ישן דלא מחוסר מעשה. (וכן מבואר מל' הר"ן שכ' גבי גט ש"מ צריך ליזהר שלא תטרוף דעתו כו' וכל שהוא מטורף קצת איכא לספוקי אי חשבינן ליה כשוטה או שמא תונבא בעלמא הוא דנקט ליה וכישן דמי ע"ש) וכן נראה מדברי שאר פוסקים ולפמ"ש מבואר מדברי הרא"ש דאי הוי אזלינן בתר הרגילו' שתתיישב דעתו ממילא בין לר"י ובין לר"ל שרי א"כ בנ"ד דודאי עתיד הוא שתתיישב דעתו ממילא דממ"נ אי לא איתחזק רק תרי זימני א"כ אין לנו לחוש כלל שיחזור לשטות כמ"ש הב"י בשם תשובת הר' שמשון ואי איתחזק תלתא זימני וזה שנתיישבה דעתו עליו בעת שליחות הגט היו פעם ג' או יותר א"כ כמו דמחמת החזקה אמרינן שיחזור לשטות כמו כן אמרינן מחמת החזקה שעל פניו יחלוף גם זמן שיהא חלים וכישן דמי ומה דלאו סמיא בידן לא איכפת לן כלל כיון דלאו מחוסר מעשה הוא דזמן ממילא קאתי וכבר הבאתי לעיל ראיה ברורה ממ"ש הב"ש גבי שכור דאף אם נשתכר בעת הכתיבה ונתינה לית לן בה כיון דלא מחוסר מעשה וכן נראה דהא מעולם לא שמענו למנוע ולכתוב גט למי שהוחזק בשכרות ולשלוח למרחקים ואין חוששין בדבר כיון שזה מוחזק בכך שהוא שותה שכור דשמא יהיה שכור בעת הנתינה ולאו סמיא בידן וקצת יש לדחות דלכך לא חיישינן להכי לפי הפוסקים דבעינן שהגיע לשכרותו של לוט וזה לא שכיח שיהיה מוחזק בשיכור כזה:

אך בגט פשוט כ' שיש להחמיר דאף אם לא הגיע לשכרותו של לוט דהוי ס' כל שנשתכר הרבה ואין יכול לדבר בפני המלך ועושה מעשה מכוערים שאם לא היה שכור לא היה עושה אע"פ שיודע מה עושה כו' ע"ש שכן דעת מהר"א ששון והפני משה וזה שכיח טובא ולא שמענו לחוש לדבר שלא לגרש על ידי שליח וגם לא משתמיט חד מהפוסקים דלימא הכי וגם יש ראיה מהא דמצינו גבי נכפה ר"ל שכופין אותו לגרש והיינו באיתחזק בהכי ולא ביארו הפוסקים שצריך ליתן הגט לפנינו אבל לא ע"י שליח שהרי מבואר בש"ס וברמב"ם הל' עדות וש"ע סימן ל"ד שהנכפה בעת כפייתו הרי הוא כשוטה לכל דבריו והוי עתים חלים ועתים שוטה וא"כ הי' צריך שיהא בפנינו בכדי שנדע שבשעת נתינת הגט הוא בריא ואם שלחו על ידי שליח צריך שיתברר שבשעה שמסר השליח

היה בריא ולהפוסקים דאף בנשתנה בין כתיבה למסירה חיישינן צריך שיתברר שלא היה נכפה כלל בימים שביניהם ומדלא ביארו הפוסקים כ"ו מבואר דנכפה לישן דמי כיון דלא מחוסר מעשה שבעבור זמן כפייתו הוא חוזר לבריאתו ולדעתו ממילא ואף על גב דלאו סמיא בידן:

ובזה יש ליישב מה שהקשה ב"י סימן קכ"א דאלם מעיקרו בעי בדיקה וע"כ משום דמספקינן דלמא הוא עתים חלים עתים שוטה ולכך קדושיו קדושין ומ"מ לא מצי מגרש אלא על ידי בדיקה א"כ ניחוש שמא אחר שבדקנוהו חזר לשטותו ובשעת כתיבת הגט שוטה היה כו' ע"ש ולפמ"ש א"ש דהא דמספקינן ליה בעתים חלים עתים שוטה שאנו מחזיקים אלם מעיקרו בכך שלפעמים שוטה ושוב חוזר מעצמו להיות חלים ושוב לפעמים חוזר ונשתטה וכיון שכן כל שבשעה שציוה לכתוב וליתן הי' חלים אין חשש שמא יהיה שוטה בשעת כתיבה כיון דחוזר מעצמו להיות חלים כישן דמי ואף שהוא עצמו שנותן גט בשעת שטותו לא מהני מכל מקום אם עושין לו על ידי שליח שצוה בעודו חלים שפיר דמי וכמו ישן שאם היה נותן גט בשעה שהוא ישן ודאי דלא מהני ומ"מ כותבין ונותנים בשעה שהוא ישן על ידי השליחות שצוה בהיותו ניעור כיון דלאו מחוסר מעשה:

ואפשר דקו' הב"י הוא היכא דהחלם רוצה ליתן הגט בעצמו דבזה לא היה ראוי להיות מועיל דשמא הוא שוטה באותו שעה ויש לדחות דהיכא שהוא נותן בעצמו באמת צריך בדיקה לנתינה ומה שהביא ראיה מפרק חרש דבעי למימר דאם הוא עתים חלים עתים שוטה לא מצי מגר' ואם איתא הא מצי מגר' ע"י בדיקה לענ"ד אין זה קו' די"ל דאה"נ דבבדיקה מצי מגר' אי אמרינן דהוא עתים חלים עתים שוטה אבל בלא בדיקה לא מצי מגרש משא"כ אם נימא דעתה קלישתא כשם שכונס כך מוציא וע"ש בב"י דכתבו בשם רי"ו שגם החרש צריך בדיקה כדין נשתתק ולמ"ש דהרשב"א באלם בעי בדיקה אפשר דגם חרש בעי בדיקה וצ"ע ועיין בח"מ סי' רל"ה ובסמ"ע שם ומ"ש ע"ז בספר בני יעקב דף קס"ב ואין כאן מקומו. ואין להביא ראיה איפכא ממ"ש הב"י בשם בעה"ע דאיכא מ"ד דנשתתק ספק שוטה ולא דייק לן דנהי דבשעת בדיקה הוא חלים דלמא נשתטה אח"כ ולעולם צריך בדיקה עד שיגיע גט לידה דהא אין כותבין עד שישתפה כו' והב"י פי' קו' דנהוי כעתים חלים עתים שוטה ותירץ ע"ז דאם איתא דמחמת שטות נשתתק לא הוי מיושב בשום שעה ע"ש ואם איתא דעתים חלים מהני כיון שחוזר מעצמו וכישן דמי א"כ מאי קא קשיא ליה לבעה"ע:

אך באמת ז"א דע"כ לא קאמרינן דעתים חלים לאו מחוסר מעשה אלא כגוונא דנ"ד שהוא מוחזק בכך שיחזור מעצמו וכמ"ש הרא"ש דרגיל שתתיישב דעתו ממילא אבל היכא דאפשר שישאר בשטותו אף שעתה אנו רואין שחזר מעצמו מ"מ אין זה מועיל דאף על גב דאיתרמי הכי שחזר מ"מ מעיקרא לא היה עומד לכך ואפשר שישאר בשטותו ולא דמי לישן דודאי הוא עתיד להתעורר מעצמו וליכא לדמוי' לישן אלא כגוונא דנ"ד שהוא מוחזק לנו שחוזר לדעתו בעצמו דכמו ישן שאינו בדעתו בעת ההוא ועשייתו לאו כלום הוא בעת ההוא מ"מ כותבין ונותנין בשבילו מה שצוה מקודם כיון דלאו מחוסר מעשה ה"נ בעתים חלים כשידוע שיחזור לדעתו מעצמו אע"פ שאפשר שישהה זמן רב בשטותו מ"מ כלום חלקנו בין ישן הרבה לישן מעט דכל שסופו לחזור לשכלות ולהיות בר גירושין השתא נמי בר גירושין הוא:

והנה הב"י הביא דברי התוס' מ"ש ופעמים ש"מ אינו בדעתו כו' כוונתם לומר שאם אחר הכתיבה נתקלקל דעתו ונתנו לה בעודו מקולקל אף על פי שנשתפה אח"כ לא אמרינן אגלאי מלתא דשפוי היה כשנתנו לה הגט ותונבא בעלמא הוא דנקטיה והגט כשר אלא מספקינן שמא שוטה היה באותו שעה וה"ל ספק מגורשת עכ"ל ואני תמה במה דמשמע מדבריו דמ"ש התוס' או שמא תונבא בעלמא כו' ר"ל דבאמת הוא שפוי ומועיל הכתיבה והנתינה ולענ"ד ז"א שהרי הא קמן דחזינן שאינו בדעתו ואיך נתלה לומר שהוא שפוי רק כוונתם דשמא תונבא בעלמא הוא שדרך להיות חוזר דעתו עליו ויתיישב ממילא וכמ"ש הרא"ש והיינו דכתבו וכישן דמי (ותונבא בעלמא הוא ל' הש"ס פרק בתרא דיומא ובנדה דף ל"ח וע"ש מה שפרש"י שהוא שעמומית מחמת חולי ורגילות הוא ששעמומית כזה מחמת כובד החולי מתיישבת דעתו ממילא) ואפשר שגם הב"י ר"ל דשפוי היה היינו שלא נכנס לכלל שוטה להסתפק בו שמא לא תחזור דעתו עליו אלא תונבא בעלמא הוא ויחזור דעתו עליו בודאי ומספקינן דילמא שוטה היה באותו שעה דאפשר שלא תחזור דעתו עליו כלל אך לשונו לא משמע כן וצ"ע:

ומצאתי בשו"ת הרא"ש כלל מ"ה סימן י"ח שכתב וז"ל וששאלתי ש"מ שצוה לסופר כו' אפילו חזר דעתו ונשתפה בשעת נתינת הגט אלא שבשעת כתיבה וחתימה היה דעתו מטורפ' אינו גט כדתנן מי שאחזו כו' וכתב ר"י בעל התו' ז"ל וצריך ליזהר בש"מ שציוה לכתוב כו' משום דחולה פעמים דעתו מטורפת כו' או שמא אפילו לר"י כו' וטוב ליזהר (עיין ל' זה בפסקי הרא"ש) זה ל' התוס' וזה הש"מ יראה שתקף עליו החולי הרבה והיה נטוי למות הלכך אפילו שפוי בשעת נתינה כיון שבשעת כתיבה וחתימה היה מטורף אינו גט וזקוקה ליבם כו' עכ"ל משמע דה"ק דבנידון זה אפילו ספיקא לא הוי ואינו גט

כלל אף על גב דהתוס' מספקא להו במלתא היינו משום שרגיל שתתיישב דעתו ממילא לא הוה מחוסר מעשה וכישן דמי משא"כ בזה שתקף עליו החולי הרבה והיה נטוי למות אין כאן רגילות שתתיישב דעתו ממילא ואף דהא קמן שחזר לדעתו בעת הנתינה מ"מ בעת הכתיבה לא היה עומד לכך ולא דמי לישן כלל ומבואר שכ"כ בשם הר"י בעל התוס' ואין ספק שגם דברי התוס' שלפנינו בשם ר"י מתפרשים כך אלא שבתוס' שלפנינו קיצרו בדבר ועכ"פ לפי דרכינו למדנו דאם היינו מוחזקים שתתיישב דעתו ממילא לא איכפת לן מה שאינו שפוי בעת כתיבה ונתינה וכישן דמי:

והנה לעיל הבאתי ל' הירושלמי דקאמר שמואל כדר"ל דאמר לכשישתפה יתן גט ופירשתי דהוי ס"ד דשמואל מיירי במי שעתים חלים שאמר בעת שהוא חלים ליתן גט שאעפ"כ לא יתנו הגט רק בעת חלימו ולא בעת שטותו ולפ"ז לכאורה משמע מזה דגם כה"ג שחוזר לחלימותו ממילא אין ליתן הגט בעודו בשטותו ואפשר לומר דהתם מיירי שאין מוחזק לנו בג"פ שיחזור לחלימותו או דמיירי בעתים חלים בגווני דקורדייקוס שהוא ע"י מעשה ועיין בב"י שהביא בשם תשובת הרשב"א שנשאל בהא דאמר רבא עתים חלים כו' אי קי"ל כוותיה משום דמשמע בירושלמי דר"י דאמר גבי קורדייקוס לכשישתפה פליג עליו תשובה איברא מסתברא דעתים חלים בשעה שהוחלים הוא כפקח לכל דבריו ודר"י לא פליג כדבעינן למכתב ואפילו למאי דסבירא לך דפליגא הא קי"ל כרבא ע"ש ולא זכינו לפירושו של הרשב"א בדברי הירושלמי הללו ובשו"ת הרשב"א ח"א סי' ש"ס תשובה זו בקיצור יותר ממה שהביאה הב"י ונראה לענ"ד שהשואל רוצה לפרש מה דקאמר הירושלמי מה שמואל כדר"ל ר"ל דמבעיא ליה אם אפשר שיסבור שמואל כר"ל שאמר בלשונו לכשישתפה וע"ז אמר רובא שמואל מדר"ל ר"ל ששמואל חולק בזה על ר"ל וס"ל דאפילו אינו שפוי לגמרי רק חלים לבד יתן גט (ולכך כתב השואל דשמואל פליג על ר"י משום דבש"ס דילן הנוסחא ר"י אמר לכשישתפה) והרשב"א סובר דלא פליג והא דקאמר רובא שמואל מדר"ל לאו למימרא דפליגי אלא ר"ל דכל אחד מיירי בענין אחר דמה דאמר ר"ל לכשישתפה לאו למעוטי חלים אתי דחלים נמי אף שאינו שפוי לגמרי הרי הוא כפקח לכל דבריו רק דאתי לאפוקי שלא יתן גט בעודו קורדייקוס ושמואל דין חלים אתי לאשמועינן דלא תימא שפוי לגמרי בעינן ועיין בפירוש קרבן העדה שם שהביא ג"כ דברי הרשב"א ומ"ש הוא ז"ל בזה ולקצר אני צריך:

והנה הרמב"ם כתב דאם כתבוהו ונתנוהו קודם שיבריא הגט פסול והיינו דאם נישאת לא תצא וכבר עמד בזה בכ"מ ובב"י ודעת שאר פוסקים נראה דהגט בטל והב"י בש"ע

כתב לחלק בזה בין היכא דסמיא בידן אז הגט פסול לבד ואם אין סמיא בידן הוא בטל. ונראה דק"ו הדברים היכא דאין סמיא בידן אלא שאינה מחוסר מעשה שאינו רק פסול לבד אפילו תימא דתרווייהו בעינן לאו מחוסר מעשה וגם סמיא בידן וא"כ בנ"ד לדעת הרמב"ם עכ"פ אין כאן חשש פסול לבד ועיין בב"ח שכתב ליישב דברי הרמב"ם וגם הפר"ח כתב שדעת הרמב"ם כיון שבשעה שצוה לכתוב היה בדעתו אף שנשתטה בשעת כתיבה ונתינה אין בכך כלום וכשר מן התורה:

וראיתי בספר בית מאיר שהקשה עליו ממתניתין דהאומר תן גט לאשתי לא יתנו לאחר מיתה וכתבו התוס' אע"פ שמינה המגרש בחייו שליח לא חשיב להיות כמותו אחר מיתה כאילו הוא עצמו קיים לבטל מן התורה וה"נ לענין נשתטה וא"ל דשאני מיתה דקודם שהגיע הגט לידה יצאה מזיקתו במיתה ואיך יחולו הגירושין דהא הנ"מ שלא יתנינו לאח"מ כדי לפוטרה מן היבום א"כ עדיין זיקת בעלה מכח קידושין עליו והכי מוכח דף ך"ט דאמר בר רב אשי אילו מת הבעל מידי מששא אית בי' כולהו מכח בעל קאתו כו' ואשה היכא מוכח דמכח בעל קאתו דילמא הטעם כיון דמת יצאה מזיקתו במיתה א"ו דמזיקת יבום מוכח דמכח בעל קאתו וכיון שמת ופסק כחו אף נפסק כח שלוחו וממילא ה"ה נשתטה או נעשה גוסס למ"ד דלא מצי מגרש כדברי הרא"ש כו' ע"ש ונלענ"ד דההחילוק בין מיתה לנשתטה מבואר דבאמת טעמא דמילתא דלא יתנו לאחר מיתה כמ"ש רש"י בגיטין דכיון דמית' קודם פקעה רשותי' וחייל רשות יורשים ושא שמה שלמדין שבכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו אינו רק לעשות שליח על דבר שהוא שלו. (וגדולה מזו מבואר בירושלמי דגיטין פרק התקבל לחלק בין שליח לקבלה דגט ובין שליח לקבלה דמתנה תמן התורה זיכתה אותה לקבל גיטה ברם הכא אין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו והארכתי בזה במקום אחר) וכיון דמת פקעה רשותיה ואיסור א"א שהיה עליו ונכנסה לאיסור זיקת היבם ובמה כחו גדול להפקיע האיסור מעליה במינוי השליחות על שעה שיצא הדבר מת"י ואף על גב דזיקת היבם מכחו קאתו השתא מיהא פקעה רשותיה ואין בזה דין שליחות כלל משא"כ כשצוה בעודו בריא ונשתטה שפיר נמשך עליו תורת שליחות דהא בשעה שמצוה היה בר שליחות ואכתי לא פקע רשותיה ומ"ש לפרש בההיא דגיטין דף כ"ט דמזיקת יבום מוכח דמכח בעל קאתו לא מחוור ויותר נראה שלא בא להכריח מכח זה דכולהו מכח בעל קאתו רק בא לומר דמילתא דמסתבר הוא שהם נתלין בבעל ולא בשליח ראשון דכיון דאלו מת הבעל מידי ממשא אית בהו ולא מהני מה שלא נשתנה כח השליח ראשון משום שנשתנה כח

המשלח ויצא הדבר מרשותו וכיון שכן יש לנו לעשות עיקר מן המשלח הראשון וכל שלא מת ופקעה רשות כולהו מכחו קאתו וצ"ע:

ומצאתי בקצות החשן ח"ב סימן קפ"ח שהביא ג"כ דברי הרמב"ם והפר"ח והקשה מהך דגיטין דלא יתנו לאחר מיתה וכתב לחלק קצת על הדרך שכתבתי דכיון דאיהו גופא אין לו רשות באשה ובעבד לאחר שמת לכך בטל השליחות אבל נשתטה אכתי זה עבדו וזו אשתו אלא שמחוסר דעת ויד לגרש לכן השליח שכבר נעשה במקומו והוא בר דעת גם עתה הוי שליח כמותו והביא רש"י בגיטין דף ט' ודף י"ג ומה שהקשה שם דלמ"ד עדים בחתומים זכין לו ואף אם נתן לאחר בין כתיבה לנתינה ומטא ליד הראשון א"כ בשטר שחרור ומתנה אפילו לאחר מיתה יתנו דמה שהשליח נותן הוי כיד הבעלים ואף על גב דהשתא מת ופקעה רשותו וחייל רשות יורשין הא אפילו מכרו לאחר באמצע נמי מהני דאמרינן כיון דמטא לידיה עבחז"ל למפרע ע"ש ולענ"ד לק"מ דלפי מה שתלה הענין במכירה לאחר שפיר קשיא ליה אבל לפום מאי דכתיבנא א"ש דמעיקרא לא חל מינוי השליחות כלל רק על שעה שהוא שלו וברשותו ולא על שעה שיצא מרשותו וכיון שמת וחייל רשות יורשים ממילא דעל האי שעתא שוב ליתא לשליחותי' דשליח ואף על פי שהוא מוסר לו עתה לא מהני דהא דמהני מטו לידיה היינו דוקא דמטא לידיה מיד הבעלים אבל אם מצא בשוק וכיוצא בו פשיטא דלא מהני ולא מידי וכיון דבההיא שעתא כבר פקעה ליה שליחותיה דשליח ולא מהני מסירה דידיה ואין זה אלא כאלו מצאו באשפה דלא אמרינן בי' עבחז"ל למפרע וכולהו דאמרינן בי' עבחז"ל היינו לפי שע"פ ציווי הבעלים הוא מגיע לידו והא דמהני עבחז"ל כי מטא לידיה אף על פי שבין כתיבה לנתינה פקעה רשותי' אין זה ענין לשליחות דבשעת חתימת העדים זוכין לו על תנאי שכשיגיע לידו יזכה בו למפרע מההיא שעתא ועיין בתוס' דב"מ דף י"ט שתקנת חכמים היא כדי שלא יצטרכו העדים לראות המסירה ולדעת הרי"ף שם באמת במכר בינתיים לא אמרי' עבחז"ל רק גבי שובר דמחילה הוא או בהלוואה שאינו רק שיעבוד ע"ש באשר"י בשם הרי"ף והש"ך האריך בזה והדברים עתיקין:

ומ"ש שם בקצה"ח ראיה לסברת הרמב"ם מהא דקי"ל דמת שליח ראשון לא בטל שליח שני אע"ג דשליח ראשון יכול לבטל שליח שני דמכח ראשון הוא בא ושלוחו דראשון הוא ועכ"ל דשליחות לא בטל אפילו מת הראשון וטעמא דמתני' לא יתנו לאחר מיתה משום דפקע רשותו וכאחר דמי עכ"ד ודבריו תמוהים ואשתמיטתי' דברי הש"ס דגיטין וכמו שהביא בס' בית מאיר דמבואר דה"ט דמת ראשון לא בטל שני משום דכולהו מכח בעל קאתו ואדרבא מהתם משמע להיפוך כמש"ל ואף לפי מ"ש ליישב עדיין צ"ע דהא

רב אשי קאמר אם מת ראשון בטלו כולם ועלה קאמר מר בר רב אשי הא דאבא דקטנותא אילו מת הבעל מידי ממשא אית ביה כולהו מכח בעל קאתו כו' הרי מבואר דרב אשי דס"ל דשליח שני מכח ראשון קאתו באמת ס"ל דבטל שני במיתת הראשון אע"ג דלא שייך בזה דפקע רשותיה ונכנס לרשות אחר ואף מר בר רב אשי לא קאמר אלא משום דס"ל דכולהו מכח בעל קאתו. (וצ"ל הא דשליח ראשון מצי מבטל לשליח שני אע"ג דכולהו מכח בעל קאתו מ"מ השני טפל לראשון וע"ד כן עשאו שליח מתחלה שאם ירצה יחזור ויבטל שליחותו וגם דעת הבעל מעיקרא הכי הוא שרשאי ליתנו להשליח השני ולחזור וליטלו ממנו אם ירצה ועיין במשנה למלך פ"ו מהל' גירושין שכתב דאף דכולהו מכח בעל קאתו מ"מ יש לחלק בין מת הראשון לאם הוא מבטלו בפירוש וכוונתו כמ"ש) הא לא"ה בטל השליחות ע"י מיתת הראשון לפי שפסק כח המשלח ואע"פ דלא שייך גבי' הך סברא שיצא הדבר מרשותו מכל מקום לא מהני מה שעשה מינוי השליחות בשעה הראוי'. ומ"מ נלענ"ד בדעת הרמב"ם שאין לדמות נשתטה למת דמת שאני דבשעה שזה רצה לקיים שליחותו של זה כבר ליתי' למשלח בעולם ולא שייך קיום המעשה דכיון שמת נעשה חפשי מן המצות ובטלו ממנו כל קניני העוה"ז לגמרי משא"כ בנשתטה דמ"מ איתא בעולם אלא דלאו בר גירושין הוא בההוא שעתא לפי שחסרה דעתו מ"מ שפיר שייך גבי' קיום מעשה השליחות מה שמינה בעודו בן דעת ומכ"ש היכא שהוא עתיד לחזור לדעתו ועיין בגט פשוט שכתב ראיה להרמב"ם דאם איתא דפסול מדאורייתא אע"ג דחזר ונשתפה אמאי לא צריך למיהדר ואמלוכי ביה נימא דפסק שליחותו וצריך שליחות מחדש ונכדו החכם המגי' במ"ל פ"ב הקשה עליו מה בין זה להיא דפרק המביא כל שתחילתו וסופו בדעת כשר והתם נמי כשנשתטה השליח נתבטל שליחתו ופסק כחו של בעל ואפ"ה לכשישתפה נותנו לה וא"צ לחדש השליחות והניח בצ"ע ולפום מאי דכתיבנא א"ש דאדרבא מההוא נמי איכא למשמע מיניה דמה שנשתטה אין זה מבטל הענין לגמרי רק דההוא שעתא לאו בר דעה הוא ואינו ראוי לשליחות ואף דזה גרע מחלה או נאנס שהרי אינו ראוי לשליחות כלל והתורה מיעטו מדכתיב אתם גם אתם מה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת מ"מ אין זה כ"א בהתחלת מינוי השליחות אבל מ"מ אינו מתבטל בשביל שנחסרה דעתו באמצע ולכן כשחזר ונשתפה כשר אפילו מדרבנן וא"צ לחדש השליחות וכן באמר כתבו ואחזו קורדייקוס לכשיבריא א"צ להמלך בו לפי שלא נתבטל ונפסק השליחות לגמרי וכיון שכן דאין כאן ביטול השליחות בעת שהוא שוטה ממילא י"ל דמועיל מדאורייתא אף אם נתקיים השליחות בעת ההוא ולא דמי למת דבמת בטל ונפסק שליחתו לגמרי ואין

כאן פסול רק מדרבנן. ועיין בספר בני יעקב שהביא ראיה להרמב"ם מהא דאמרי' בפ' נגמר הדין ובזבחים אכל חלב והפריש קרבן והמיר וחזר ונתגייר כו' ואי אשמועינן מומר ה"א משום דמחוסר מעשה אבל שוטה דלאו מחוסר מעשה אימא שפיר דמי כו' והא דאמרינן הכא דשוטה חשיב מחוסר מעשה היינו לגבי ישן ע"ש באורך:

ובאמת שצ"ע לענ"ד לפי מה שפירשו דהרמב"ם ס"ל דאינו פסול רק מדרבנן שהרי בירושלמי איתא נמי הך פלוגתא בחילוף דר"י לדר"ל וקאמר עלה מחלפה שיטתיה דר"ל דאיתפלגינן נתחרש או נשתטה כו' ר"י אמר נדחית חטאתו ר"ל אמר לא נידחית חטאתו ואם איתא דהכא רק מדרבנן א"כ מאי קושיא מקרבן דלענין דאורייתא איתמר ודוחק לומר דקשיא ליה כמו דבגרושין עכ"פ מדרבנן פסול שלא יאמרו שוטה מגרש ה"נ אית לן למיגזר לענין קרבן שלא יאמרו שוטה מקריב קרבן אך לענ"ד אפשר לומר דהרמב"ם סובר כיון דבש"ס ירושלמי מחלפא שיטתיה דר"י ור"ל וס"ל דר"י אמר עודהו קורדייקוס כותבין ונותנין גט לאשתו ומה דאמר שם מחלפא שיטתיה דר"י לענין קרבן קאמר שם דע"כ צריך להחליף שיטתו של ר"י גם גבי קרבן מדקאמר במקום אחר גבי גוסס זורקין עליו מדם חטאתו ע"ש והלכך אף דאנן בכל דוכתי בתר ש"ס דילן אזלינן שהוא עיקר מ"מ לענין פלוגתא דר"י ור"ל הדעת נוטה למנקט בהא כהירושלמי כיון דר"י מרא דתלמוד ירושלמי הוא ובני א"י בקיאי טפי בפלוגתא ר"י ור"ל מ"ד הכי ומ"ד הכי וזכורני שראיתי כן בדברי הראשונים ז"ל דלענין מימרא דר"י מסתבר לסמוך על הירושלמי אף שהוא נגד ש"ס דידן וכעת נשכח ממני מקומו איו הוא וא"כ סמכינן אירושלמי ודאי דהלכתא כר"י דכותבין ונותנין בעודו קורדייקוס וגם דבירושלמי שם אמר דמתני' פליגא אדר"ל ולית ליה קיום הרי שהיה צלוב או מגויד כו' ע"ש ואף דבש"ס דידן מתרץ מההיא מתני' דהתם דעתא צילתא היא וכחישותא היא דאתחל ביה הוא דוחק וכמ"ש התוס' לא ידע ר"י עד מתי יחשב דעתא צילתא ואשינוי' דחיקא לא סמכינן וכיון דהך מימרא דירושלמי נאמרה ונשנית בשני מקומות במס' תרומות ובמס' גיטין וגם משמע הכי בירושלמי דהוריות לכך פסק הרמב"ם כוותי' דר"י בירושלמי וה"ט דלא מחלק הרמב"ם בין קורדייקוס לשאר שוטה משום דמשמע בש"ס דירושלמי דגם שוטה גמור דינא הכי כדמייתי עלה מהא דאתפלגין גבי נתחרש או נשתטה ומ"ש בקרבן העדה שם דלכך נאמר מחלפא שיטתיה דר"ל ולא קאמר שיטתיה דר"י משום דלר"י י"ל דקורדייקוס עדיף מסמיא בידן ולא משמע התם הכי ע"ש ומכל מקום כיון דבש"ס דידן קאמר בשם ר"י דאין כותבין אלא לכשישתפה ומחלק בין ההוא דשחט בו רוב שנים לכן כתב הרמב"ם שהגט פסול ומ"מ אם נשאת לא תצא דבדיעבד סמכינן אירושלמי דמקיל

בהא אליבא דר"י דהלכתא כוותיה והנה במ"ש לעיל לחלק בין מת לנשתטה דאע"ג דאם נשתטה עושין שליחותו מ"מ במת דליתי' בעולם אין עושין שליחותו יש ליתן תבלין לדבר זה דהא הא דפסלינן שליחות חש"ו דכתיב כן תרימו גם אתם מה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת וה"ה דבעינן שיהא המשלח בן דעת (וכמ"ש הראב"ד בהשגות פ"ו מהל' גירושין גבי הא דאין קטנה עושה שליח לקבלה אך רש"י בגיטין דף כ"ג ובב"מ דף ע"ב כתב הטעם גבי קטן משום דאיש כתיב בפרשה ומשמע מדבריו דמהאי טעמא נמי איכא למעוטי חרש ושוטה מכלל שליחות וצ"ע דהא משמע ביבמות דדווקא קטן ממעטינן משום דאיש כתיב בפרשה אבל לא חרש ושוטה וכן מבואר בתוספות שם ובגיטין דאפילו חליצת שוטה הוי מהני בגדול עע"ג אי לאו משום דלא מוכח מילתא ואפ"ה בקטן ודאי לא מהני משום דאיש כתיב בפרשה וגם מבואר מדבריהם דלמאי דבעינן שליחות לא מהני עע"ג ולפי מ"ש רש"י דמאיש ממעטינן שליחות ע"כ דבכה"ג בגדול עע"ג נמי לא מקרי איש ואם כן איך נכשיר שוטה לחליצה אי לאו משום דלא מוכח מילתא וכן חרש משום שאינו באמר ואמרה ות"ל דאיש בעינן וע"כ דהתוס' ס"ל דמאיש לא ממעטינן חרש ושוטה כלל ונ"ל הטעם כמ"ש הראב"ד הנ"ל. אך הרמב"ם בהלכות יבום מדמי חליצת חרש לקטן ועיין בה"ה שם הטעם שהשוו אותם בכל מקום שצריך דעת) ומ"מ א"צ שיהא בן דעת רק בשעת מינוי השליחות אבל אחר כך לא איכפת לן אם נשתטה כיון שמינוי השליחות היה בהכשר ונכון וקיים ואע"ג דאם השליח נשתטה לא מהני אף שבשעה שנתמנה היה בריא אולם התם שאני דמרבינן אף שלוחכם בני דעת היינו בשעה שבא לתרום צריך שיהא בן דעת כמו הבעלים ומה"ט לא איכפת לן בשפוי ונשתטה וחזר ונשתפה כיון שתחילתו וסופו בדעת משא"כ לענין המשלח סגי כשהוא בן דעת בשעת מינוי השליחות וזה כשמקיים שליחתו הוא עושה ומקיים אותו על פי כח המינוי שנתמנה בעת שהיה המשלח בריא ושפוי אבל בעושה שליח לתרום וקודם שתרם מת המשלח פסק כח השליחות כשמת שהרי פקע רשותי' מן הכרי הזה ונכנס לרשות יורשים וזה שתורם עכשיו ע"פ שליחות המת כתורם שלא מדעת בעלים הוא וכן הוא בשליחות לשחוט קרבן פסח כיון שמת פקע ליה קרבנו וכן בגירושין פקע שליחתו במיתה דנפקא מרשותיה דידיה ואין עושה שליח על דבר שאינו שלו וכיון דכל עניני שליחות מהנך דלעיל ילפינן ובכל הנך דלעיל אין שליחות מועיל על לאחר מיתה ממילא דה"ה כשהשליח עושה שליח לא מהני שליחות לאחר מיתה אם נימא דמכח הראשון בא ולכך הוי סבר רב אשי דאם מת ראשון בטלו כולם דבכל שליחות דינא הכי ומר בר רב אשי דחי לה דכולהו מכח בעל קאתו וכל זה במיתה אבל בנשתטה לא פסק

כח השליחות וא"ש פסק הרמב"ם דאין בזה פסול רק מדרבנן ומכ"ש בנ"ד שעתיד הוא לחזור לדעתו ואינו רק מחוסר זמן וזמן ממילא קאתי:

ויש להביא ראיה מהא דאמרינן בפסחים דף ע"ח הרי שהיה חולה בשעת שחיטה וחלים בזמן זריקה כו' אין שוחטין וזורקין עליו משום דבעינן גברא דחזי לאכילה ואפ"ה קי"ל דשוחטין וזורקין על טבול יום אע"ג דמחוסר הערב שמש משום דשמשה ממילא ערבה ופירש"י דלהכי לא הוי כמחוסר מעשה ע"ש בדף צ' אלמא אף על גב דבעינן בשעת שחיטה גברא דחזי לאכילה מכל מקום כה"ג דשמשא ממילא ערבה מקרי בשעת שחיטה גברא דחזי לאכילה לאפוקי בחולה בשעת שחיטה שלא היה ידוע אם יהיה גברא דחזי לאכילה אף על גב דהשתא חזינן שהוא גברא דחזי לאכילה לא מהני ואם כן הוא הדין בנדון דידן אף על פי דשעת נתינה לא חזי מ"מ שפיר מקרי גברא בר גירושין הוא כיון דלקמיה חזי ואף שיש לדחות דהתם כיון דבאכילה תליא מילתא וזמן אכילה לאורתא והדבר ידוע שיהא חזי לאכילה בזמנו דשמשה ממילא ערבה מה שא"כ כאן דס"ס בעידן נתינה גברא לא חזי מ"מ נראה שאין לחלק בכך דהא מותר לכתוב הגט בשעה שהוא ישן ולא איכפת לן מה דבההוא שעתא לא חזי והיינו משום דלאו מחוסר מעשה שפיר מיקרי בר גירושין ה"נ בנ"ד כיון דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה שפיר מקרי בר גירושין ואף על גב דלאו סמיא בידן התם גבי טבול יום נמי לאו סמיא בידן רק כיון דזמן ממילא קאתי מקרי גברא דחזי לאכילה ואף על גב דהתם מצי למשוי שליח לשחוט עליו אף בעוד דלא חזי לאכילה כיון דממילא יהיה חזי לאכילה והכא בשעה שהוא שוטה לא מצי משוי שליח אף שישתפה ממילא שאני הכא דבעינן שיעשה בדעת וההיא שעתא לאו בר דעה הוא ומכל מקום אם עושה שליח בעודנו בן דעת נמשך כח השליחות אף בשעה שהוא שוטה משום דלא נפיק מכלל בר גירושין כיון דממילא יהיה חזי להיות בר גירושין וכמו ישן) ועיין במשנה למלך פרק ד' מהלכות אישות גבי קטן שקידש שיחולו לאחר שיגדיל דלא הוי דבר שלא בא לעולם משום דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה ומ"ש שהתוספות ורש"י פליגי בזה הארכתי במקום אחר וע"ש שכתב דעבד ושפחה שקבלו שחרור לזמן יכולין לקבל קידושין אף תוך זמן ודמי להא דכתובות שדה זו שמשכנתי ליו"ד שנים כו' משום דבידו לפדותה וק"ו הדברים מה התם דמחוסר מעשה הפדיון מ"מ כיון שבידו מהני אף שעכשיו אין בידו לפדותה כיון שהמניעה משום הזמן וממילא קאתי כ"ש הכא דאינו מחוסר שום מעשה אלא זמן דחלו הקידושין ע"ש. ומזה ראיה למ"ש לעיל דהיכא דלא מחוסר מעשה אלא זמן לא איכפת לן בסמיא בידן דעיקר פעולת סמיא בידן לומר דלא מחשב מחוסר מעשה דכל שבידו לאו כמחוסר

מעשה וכיון דלא מחוסר מעשה מה דלאו סמיא בידן מחמת חסרון הזמן לית לן בה ונראה לענ"ד ברור דאף לפי מ"ש המשנה למלך שם דשיטות התוס' והרז"ה דאינו יכול לקדש לאחר שיגדיל היינו משום דגוף המעשה שהוא עושה היא בקטנות ואין מעשה הקטן כלום כמבואר בדברי התוספות להדיא אבל גם אינהו מודו דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה הוא וכן הביא שם בשם הר"ן בהא דאין מתירין הנדר עד שיחול דאם הוא מחוסר זמן חל הנדר מקרי:

והנה הרב הנ"ל כתב בשם ספר בית אברהם שהאריכו המפורשים ליישב סוגיא דגיטין מהא דסנהדרין וזבחים דאמרינן שוטה לאו מחוסר מעשה משום דממילא משתפה ואין ספר בית אברהם בידי והרב נ"י כתב ליישב דאף דנשתפה ממילא מ"מ ודאי לאו כל שוטה עתיד שיתרפא ממילא לכן הגט פסול משום דמדאורייתא אין ברירה ושמא בשעת הגט לא היה עתיד שיתרפא ממילא וקי"ל בדאורייתא אין ברירה והאריך בזה ולענ"ד ז"א דאין זה ענין לברירה דברירה הוא היכא דהענין בעצמו אין בו ספק רק שהוא בהעלם דבר מאתנו לא שייך ברירה דאין זה רק גילוי מילתא בעלמא שמתברר לנו איכה נהייתה הדבר ההוא וכמו טומטום שקידש ונקרע ונמצא זכר וכיוצא בו שאין תלוי בברירה וכן הוא גם כאן דכל שאנו רואין עכשיו שנתרפא ממילא אגלאי מילתא למפרע שחולי ומכה זה שיצא מדעתו היה באופן שבמשך זמן מה יחזור וישיב לבריאתו וכיוצא בזה כתב הר"ן לענין סירכא כסדרן אע"ג דאין טריפה חוזרת להכשרה מ"מ בזה אמרינן דאגלאי מילתא שנקב זה מהנקבים שעתידין להעלות ארוכה ומעיקרא לא היתה בכלל טריפה כלל ע"ש וה"נ בזה דאגלאי מילתא למפרע שחולי זה של שטות היה עתיד להעלות ארוכה ולהיות חוזר לדעתו הלכך אף בההיא שעתא שהיה בשטותו כישן דמי מה שא"כ היכא שהענין מסתפק בעצמו ובשעת מעשה אפס מקום לומר שהוא כך או כך רק הכל תלוי במה שעתיד להיות ויתברר אחר כך איך יפול הדבר בכה"ג תלינן ליה בפלוגתא דברירה. וכן מבואר בעירובין בההוא דכבר בא חכם ופירש"י דגילוי מילתא בעלמא הוא אע"פ שזה לא היה יודע לאיזה רוח בא ויותר מזה משמע שם דאפי' לא בא ממש לרוח זה רק שעכ"פ לא היה אפשר לחכם לבא רק לרוח זה לבד הוי גילוי מילתא רק דווקא היכא שאפשר לחכם לבא מבע"י לרוח זה או לרוח זה עיין ברש"י ותוס' ביצה דף ל"ח ובתשובה הארכתי במ"ש התוספות בגט ש"מ בעינן שעה מבוררת וידועה דלכאורה גילוי מילתא הוא שע"י המיתה אגלאי מילתא שהשעה הקודמת היא שעה הסמוכה למיתה ובארתי שם דברי אא"ז מהרש"א ממ"ש הפ"י עליו שם ואפשר לומר דהתם אע"פ שעכשיו כן הוא ששעה זו סמוכה למיתה היתה מ"מ בעת ההוא לא היה מבורר לעצמו

דאפשר דעבדי ליה סמתרי וחיי או עכ"פ יחיה עוד איזה שעות ואפשר שאיזה דבר קירב מיתתו לכן כל עוד נשמתו באפו אין מקום לחול רק מצד ברירה משא"כ בזה:

אך מ"ש הרב דגם להיפוך אם לא נשתפה י"ל דבשעת הגט היה עתיד להשתפות מעצמו זה א"ש דבזה לא שייך גילוי מילתא כמ"ש דבשעת נתינה הדבר מסופק בעצמו אם יתרפא ממילא דשמא יארע איזה דבר וסיבה שלא יוכל להתרפא וכמ"ש בדברי התוס' וכסברא זו כתב הנ"י פרק החולץ בההוא דאמרינן שם איגלאי מילתא למפרע ל"א ואין להאריך כי בנ"ד ודאי דמחזיקין ליה שישתפה מעצמו כיון שכבר הוחזק כמה פעמים וכמו שאתה חושש שמא חזר לשטותו מחמת החזקה שהוחזק בה כמו כן יש לנו להחזיק שאף אם נשתטה עתיד הוא לחזור לדעתו:

ונפלאתי על מ"ש הרב נ"י דאם לא הוחזק ג"פ ממילא אין אנו יודעין שישתפה מעצמו ודמי לכל שוטה דעלמא דמחוסר מעשה כו' ובאמת ז"א שאם לא הוחזק רק ב' פעמים וודאי איתתא שריא דלא מספקינן שמא יחזור וישתטה כיון דלא הוחזק בכך ואמרינן דמה שנשתטה ב"פ אקראי בעלמא היא וכמ"ש הב"י בשם תשובת רבינו שמשון וה"נ דכוותיה ובכה"ג ודאי אמרינן כיון דבשעת נתינה ודאי היה שפוי נותנו לה בחזקת שהוא קיים ושפוי ואינו חושש:

אך כפי הנראה דבנ"ד הוחזק ג"פ וכנראה מדברי הרב הנ"ל ואז יש חשש שמא חזר לשטותו בעת הנתינה ובזה חזרנו למ"ש דכמו כן הוחזק להיות חלים מעצמו וכבר כתבתי שלא שמענו למנוע מליתן גט ע"י שליח אף למי שהוחזק להיות שכור גדול ואין חוששין שמא בעת נתינת הגט יהיה שכור וע"כ משום דלא איכפת לן בהכי משום דלאו מחוסר מעשה וכמ"ש הב"ש:

וראיתי בפר"ח שכתב וז"ל ומיהו אם בעת שצוה לכתוב לא היה שכור לכ"ע שפיר דמי לכתוב הגט בעת שכרות דהא לר"ל סמיא בידן ואף לר"י נמי דמי לישן דלאו מחוסר מעשה הוי דממילא יפוג יינו מעליו ומתציל דעתיה וכ"כ הב"ש עכ"ל והנה במה שהוסיף על דברי הב"ש דלר"ל סמיא בידן לא ידעתי מה סמיא בידן איכא גבי שכור דהא שתה יותר מרביעית אף שינה ודרך אינו מפיגו אדרבא יותר טורדו ומשכרו כמבואר בש"ס ויורה דעה סימן רמ"ב:

ולכאורה היה אפשר לומר דמיקרי סמיא בידן לפי מאי דאיתא בשבת דף ס"ו מותר לסוך שמן ומלח בשבת כי הא דר"ח כו' כד הוו מבסמי הוי אייתי משחא ומילחא ושייפי לגווייתא דידייהו כו' ואמרי כי היכי דצייל כו' ופירש"י לפי שחשובים היו היו עושין להם דבר זה להפיג יינם וכן איתא בטור וש"ע א"ח סימן שכ"ח מי שנשתכר שרפואתו

כו' אך נראה דודאי עתה אין רפואה זו בידינו וכן כמה רפואות וסגולות האמורים בש"ס שעתה אין מועילין לפי שהוא תלוי במזג וטבע הארצות והאקלימין ועיין במהרי"ל שכתב דבזה"ז אין לעשות מרפואות האמורים בש"ס כ"א הרפואה מי שבלע עצם מביא מאותו המין כו' ע"ש וגם נראה דודאי אין תרופה זו מועלת שיפוג יינו תיכף כשעושין לו כזאת דא"כ תקשי הא דאמרינן בתענית דף י"ז דרבנן אסרי לכהנים לשתות יין משום מהרה יבנה המקדש ובעינן כהן הראוי לעבודה וליכא ופריך אפשר דגני פורתא ועיין כו' ומשני דבשתה יותר מרביעית כ"ש שדרך טורדתו ושינה משכרתו ואם איתא הא אכתי אפשר דשייפי ליה משחא ומלחא וכן בהא דאמרינן בש"ס דביצה ועוד דרב לא מוקי אמורא מיומא טבא לחבירו משום השכרות ואמאי היה לו להסיר יינו ע"י מלח ושמן כדאמרינן התם בשבת דהוי עבדי ליה הכי לרב כי אתי מביה ר"ח וכן בעירובין פרק הדר גבי הא דאמר ר"ג כלום שתינו רביעית יין כו' א"ו כמו דכתיבנא דודאי אינו מועיל להפיג יינו על אתר רק שיפיג בזמן קצר ואם לא היו עושין רפואה זו צריך משך זמן רב שיפיג יינו מעצמו וע"ש בש"ע סימן שכ"ח בט"ז ומג"א בטעמא דמלתא שרשאי לעשות כן בשבת ולענ"ד נראה דודאי אין זה בכלל רפואה כיון שאף אם אין עושין לו שום דבר מפיגו היין מעצמו במשך זמן מה א"כ אין זה בכלל רפואה ומכ"ש דא"ש לפמ"ש דגם אחר שעושין לו כך אין מפיגו על אתר ומה שמקצר הזמן אין זה בכלל רפואה והכי משמע נמי מהלחש שאומרים כי היכא דצייל משחא כו' דמשמע שצריך שהות זמן מה ובכה"ג לא מקרי סמיא בידן דהא עכ"פ לא תהיה דעתו צלולה מיד רק הוא בכלל לאו מחוסר מעשה שבמשך זמן ממילא יפוג יינו מעליו וא"כ ה"נ בנ"ד כיון דאיתחזק שבמשך זמן אחר שיחזור לשטותו שוב יהיה הדר חלים מעצמו לאו מחוסר מעשה הוא ונלענ"ד שגם הפר"ח שכתב גבי שכור דסמיא בידן ר"ל דהיינו סמיא בידן מה שנמתין לו עד שיפיג יינו ואף שצריך איזה זמן לא איכפת לן בהכי דבידינו להמתין לו איזה זמן וכמו דקרי סמיא בידן מחמת שיכולין להאכילו בשרא אגומרי וחמרא מרקא אע"פ שגם זה צריך קצת שהות מ"מ לא דמי לשוטה כיון דאפשר בהכי ועכ"פ מבואר מדבריו דלא אמר דהוי סמיא בידן אלא כי היכא שיהא הדין דין אמת אליבא דכ"ע אף לר"ל אבל לר"י אין אנו צריכין לומר דסמיא בידן דהא אינו מחוסר מעשה:

אך לענ"ד כוונת הפר"ח כמ"ש דחד טעמא הוא משום שממילא יפיג יינו ולכך מיקרי סמיא בידן ואינו מחוסר מעשה והיינו כמ"ש דכל שאינו מחוסר מעשה לא שייך הך חילוקא דסמיא בידן כלל דעיקר הטעם דסמיא בידן היינו היכא דמחוסר מעשה דווקא והיכא דאינו מחוסר מעשה אע"ג דצריך שהות זמן מה לאו כמחוסר מעשה דמי

ועוד יש לצדד בזה עפ"י מ"ש הגאון מופת הדור בעה"מ נ"ב ז"ל בתשובה אחת הלא היא כתובה על ספר הישר שנדפס באמשטרדם על ריב גט אחד מק"ק בון שערערו עליו דייני דק"ק פ"פ דמיין והגאון ז"ל היה מן המתירים וצידד לומר דאפשר דגירושי שוטה מהני ע"י אחרים שעומדים על גבו והאריך בדברי התוס' דגיטין דף ק"ב ובדברי הירושלמי דתרומות ולפ"ז צ"ל הא דמדמי ר"י קורדייקוס לשוטה וס"ל דאין כותבין אלא לכשישתפה משום דלא הוי בר גירושין ולכאורה הא שפיר הוי בר גירושין אף בשוטה גמור באחרים עע"ג אך דבאמת ז"א דנהי דיכול לגרש כשאחרים עע"ג מ"מ כיון שצריך ללמדו לכוין הכל כראוי אין לך מעשה גדול מזה:

ועוד י"ל לפי מ"ש הטעם משום דמאי דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח אף ע"ג שעשאו שליח בעוד היה בידו לעשות שליח מכל מקום בשעת קיום השליחות אמרינן דידו כיד הבעלים והבעלים לא מצי עבדי ולפ"ז אין זה מועיל הא דמצי עביד על ידי שהב"ד מלמדין אותו שיכוין דסוף סוף השתא השליח עבד בשעה שהוא עגל לא למד וכיון דדיינינן יד השליח כיד הבעלים ויד הבעלים לאו כלום הוא:

אלא דבאמת ז"א דהא היכא דלאו מחוסר מעשה שפיר מהני קיום השליחות אף דהשתא לאו בר מיהב גיטא הוא ואיך נימא ידו כיד הבעלים כאלו היה נותן באותו שעה ממש א"ו דמועיל קיום השליחות כיון דממילא מתער ויהיה לו אז יד לגרש וה"ה כאן אם נימא דמה שגדול עע"ג לא מיקרי מחוסר מעשה שפיר היה מועיל קיום השליחות. וע"כ כמ"ש דגדול עע"ג נמי הוא מחוסר מעשה ללמדו לכוין להתיר אשתו ולפ"ז יש לצדד בנ"ד אפילו תימא דלר"י תרווייהו בעינן שיהא לאו מחוסר מעשה וגם סמיא בידן וכמו בישן דממילא מתער וגם עתה הוא בידינו להקיצו משנתו מ"מ בנ"ד נמי להא דמיא דהא לאו מחוסר מעשה דממילא הדר חלים וגם סמיא בידו שיגרש עכשיו דנהי דגדול עע"ג מקרי מחוסר מעשה מ"מ סמיא בידן הוא שיגרש עכשיו ע"י גדול עע"ג (ולפי מ"ש לעיל הא דאין מועיל לר"י סמיא בידן משום דמעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת א"כ י"ל דזה שגדול עע"ג ומלמדו להועיל בעסק הגט בשביל זה לא מקרי דעת אחרת שהרי הוא נשאר בשטות וכדמעיקרא אם כן אפילו תימא דמה דאורחיה בהכי לחזור לדעתו אין מועיל שלא להיות מחוסר מעשה דמחוסר זמן כמעשה דמי מ"מ מהני להנך פוסקים מדאורייתא עכ"פ כיון שבידו לגרש ע"י גדול עומד ע"ג). אלא דלפ"ז צ"ע דמאי קאמר לר"ל דלא דמי לשוטה דלאו סמיא בידן ולפי מ"ש א"ש הא סמיא בידן הוא לגרש על ידי גדול עע"ג דלר"ל אע"ג דמחוסר מעשה כל דסמיא בידן מהני ואפשר לומר דר"ל סובר כמ"ד והוא ששייר מקום התורף דלדידיה לא מהני גדול עע"ג וכן אפשר לומר גם אליבא

דר"י דהא מסקינן בגיטין דף כ"ג דאמוראי נינהו אליבא דר"י ע"ש ואם כן לפי דעת הרבה פוסקים מהראשונים דפסקו כר"ה שפיר מהני גדול עע"ג וע"ש בדברי הגאון מהר"י ז"ל בתשובה הנ"ל דכתב דאף לפי מ"ש התוס' לחלק בין כתיבת הגט דמוכחא מילתא דעבד לשמה לפי שכותב שמו ושמה ואם כן בשוטה שגירש לא מוכחא מילתא מ"מ ספיקא הוי דילמא עושה לשמה דבשלמא בלא גדול עע"ג רוב מעשה השוטה מקולקלין אבל בגדול עע"ג נהפוך הוא כו' ע"ש שהביא מהירושלמי דר"י בנו של ריב"ב בירושלמי בתרומות סובר דאף בקידושין מועיל אחרים עע"ג אף דלא מוכחא מילתא ודמי לחליצה וכתב שזה תלוי בפלוגתא דאמוראי בגיטין אי בעינן שייר מקום התורף להרשב"א ובה"ג וסמ"ג והתרומות והרי"ף אליבא דבעה"ע פסקו כר"ה אפילו שוטה שגירש והב"ד עע"ג כשר לגמרי ואפילו הפוסקים כשמואל מ"מ אינו רק ספק שמא לא סמכינן על הוכח' מעשיו שכותב לשמה ע"ש ולכאורה אפשר לומר דאף על גב דשוטה שגירש לא מהני היינו משום דצריך לכוונין לשמה ולא מוכחא מילתא אבל אם הגט כבר כתב בעודו פקח אז שפיר יכול ליתן הגט בגדול עע"ג שמלמדו לכוונין להתיר אשתו דהא נתינה לשמה לא בעינן כדאיתא בגיטין דף פ"ו לענין שני גיטין שנתערבו ע"ש ולענין זה נראה דמוכח מילתא שפיר ע"י הנתינה שהוא נותן לה הגט שהוא מכוון לפוטרה ממנו בגט זה ובחליצה שאני כמ"ש התוס' ביבמות דף ק"ד לפי שיש בחליצה רבוי דברים ובתשובה אחרת הארכתי בזה ובדברי הגאון הח"צ ז"ל בתשובה סי' א' וא"כ בנ"ד ודאי דהוו סמיא בידן כיון שהגט נכתב בהיותו פקח ואף השתא בעת שנשתטה מצי יהיב ע"י גדול עע"ג אלא דעדיין יש לפקפק בדבר דאפשר לומר דאפילו תימא דגדול עע"ג מהני על נתינת הגט מ"מ אין זה סמיא בידן דמאן לימא לן דמסברי ליה וסבר דילמא בשגעון ינהג עד שא"א להסבירו שום דבר כלל דבכה"ג מיירי מתניתין דנשתטה לא יוציא עולמית וכמ"ש הגאון מהר"י ז"ל בתשובה הנ"ל. אך דעכ"פ מידי ספיקא לא נפקא דשמא אינו שוטה כ"כ ואי מסברי ליה סבר:

ואמנם בתשובה תמהתי על הגאון הנ"ל במ"ש דשוטה יכול לגרש ע"י גדול עע"ג דע"כ לא אמרינן קטן יש לו מעשה וכשר ע"י גדול עע"ג אלא במקום שהכל הולך אחר המעשה ואף שנעשה המעשה הוא בשוגג או מוטעה ג"כ המעשה קיים בדיעבד אבל גט כיון דקי"ל גט מוטעה פסול וא"כ מה בכך שאחרים מלמדין אותו לגרש ומועיל כוונתו עי"ז אין זה אלא כגט מוטעה ופסול וזה מבואר דהא קי"ל דמעשה חש"ו אינו כלום למכור ולקנות ובודאי דלא מהני אף שפתוהו אחרים והטה אוזן לדבריהם שאין בו דעת עצמו וכמו שאינו יכול למכור ולקנות כמו כן אינו יכול לגרש והארכתי בזה ומצאתי בספר

בית מאיר שעמד ג"כ בזה והוא ז"ל הביא ראיה מהך דקורדייקוס דאם איתא שיש מציאות לגירושי שוטה ע"י גדול עע"ג א"כ אמאי אין כותבין אלא לכשישתפה דהא שפיר הוי בר גירושין ע"ש וכבר עמדתי על ראיה זו לעיל ודחיתי אותה ומ"מ לדינא נראה שקשה לסמוך ע"ז ומ"מ יש בו כדי לצרף לשאר צדדי ההיתר דלעיל ויש בזה סיוע למ"ש הרשב"א בשם התוס' שלא הקפידו בש"מ שיהא שפוי רק על שעת הכתיבה ולא על שעת נתינה וכבר הארכתי לעיל בזה ולפמ"ש כאן י"ל דה"ט דלא הוי מחוסר מעשה לפי שרגיל שתתיישב דעתו ממילא ומ"מ בשעת כתיבה פסול דהא לאו סמיא בידן דאף אם אחרים עע"ג לא מהני דבעינן שיתכוון לשמה ולא מוכחא מילתא במה שמצוה לכתוב גט לאשתו שמכווין לכתוב לשמה משא"כ בנתינה דלא בעינן לשמה (ובזה יש ליישב הראיה מהירושלמי נתן לה ואמר לה לא יהיה גט אלא למחר כו' משום דהתם חלות הגט הוי מחוסר מעשה משא"כ בש"מ אך ממ"ש הרשב"א ראיה לשיטה זו מהך דאומר מעת שאני בעולם מבואר דאף בלא הך סברא דרגיל שתתיישב דעתו נמי אין מקפידין על שעת נתינה) ובתשובה הארכתי לפי דעת רש"י בחולין דדווקא מחשבתו ניכרת כו' אין לו מדאורייתא אבל באומר בשעת מעשה לשם כך מהני ועיין במ"ל פרק י"ד מה' ט"א א"כ למה לא מהני למכור ולקנות וצ"ל אע"ג דמיקרי כוונה לא מיקרי רצון וה"נ גבי גט שאין האיש מוציא אלא לרצונו והאי לאו רצון קרינן ביה וכתבתי ליישב גבי חליצה למה לא יועיל בצירוף הדיבור ואפשר דכה"ג שכ' הגט בעודו פקח ושלחו על ידי שליח שפיר הוי מהני כה"ג כשהיה מגרש בעצמו עם גדול עע"ג דמסבר ליה וסבר ואף לרצונו קרינן ביה בכה"ג כיון שבעודו בן דעת סדרו הגט וגם עתה בשעת נתינה הוא מפרש דבריו שנותן הגט לאשתו פלונית לשמה ולשם גירושין מהני מעשה עם דבורו שמפרש בהדיא וקצת יש לעיין אם הוא שוטה בעת נתינת הגט לכאורה אין הנתינה מועלת כיון דשוטה לא מהני הקנאה דידיה ואנן ונתן בעינן שיהא הגט קנוי להאשה מן הבעל ואם לא קנתה הגט אינה מגורשת כמבואר בגיטין ובדוכתי טובי:

סיומא דפסקא נלענ"ד כיון שהרמב"ם ז"ל נראה מדבריו שאין הגט פסול רק מדרבנן ומה שהקשה עליו הב"י כבר כתב הב"ח ליישב דבריו וכתב שנראה לו עיקר כהרמב"ם והח"מ כתב שיפה כתב הב"ח כו' אבל אם היה בדעתו בשעת אמירה אף על פי שאח"כ נשתטה שוטה גמור אפשר שאין פסול מה"ת רק מדרבנן וכן משמע מהירושלמי שהביא הר"ן כו' דלכאורה נראה דברי הרמב"ם כיונים וגם הב"ש כתב בישוב דברי הרמב"ם וכתב דבזה ניחא הא דא"צ בדיקה כשנשתח' רוב סימנים כו' ובס"ק ה' כתב ואם לא היה שפוי בעת הכתיבה תליא בפלוגתא דלהרמב"ם אינו רק מדרבנן ולהטור וש"ג הוי מדאורייתא

ואם לא היה שפוי בעת הנתינה י"ל גם הטור מודה עכ"ל וכן בג"פ כתב מהריק"ש דבין סמיא בידן בין לאו בידן פסול הוא ולא בטל כיון שצוה בעודו בריא ולכן כתב הרמב"ם ז"ל וכל הפוסקים סתם ולא חילקו וכתב בג"פ דמשמע מדבריו דס"ל דגם לדעת הטור פסול הוא ולא בטל בכל גווני וכבר כתבתי דבירושלמי הנוסחא דר"י ס"ל דכותבין לאלתר וס"ל להרמב"ם כיון דר"י מארי דתלמוד ירושלמי יש לתפוס עיקר בזה כנוסחת הירושלמי וגם בבני יעקב כתב בישוב דברי הרמב"ם ע"פ הש"ס דזבחים וסנהדרין הרי לפנינו כמה פוסקים הסוברים דאין כאן רק פסול מדרבנן וגם הש"ג שכתב להדיא דבטל מדאוריי' י"ל דמודה כאן באם לא היה שפוי בשעת נתינה אבל אם היה שפוי בעת כתיבה דאינו רק דרבנן וכמ"ש הטור והרשב"א בשם התוספות כתב דלא קפדינן אשעת נתינה כלל וכשר וכ"ז בשוטה גמור שהוא מחוסר מעשה אבל כגווני דנ"ד שהדר חלים מעצמו בלא רפואות י"ל דכישן דמי וכמו שכור דמדמי הב"ח לישן וכן הוכחתי מל' התוספות והרא"ש ושאר פוסקים דהיכא שרגיל שתתיישב דעתו ממילא לא הוי מחוסר מעשה וכשר וכבר כתבתי די"ל דהוי סמיא בידן ג"כ ע"י גדול עע"ג וספיקא הוי דשמא מסברי ליה וסבר ואולם בכל זאת היה קשה להקל מתוך חומר איסור א"א אם היה הדבר ידוע שהיה שוטה בשעת נתינה אפס בנ"ד שאין ידוע לנו אם חזר ונשתטה ובשעת כתיבה היה שפוי בודאי והראיתי פנים דאף דאתחזק תלתא זמני ויש לנו לומר שבזמן מהזמנים יחזור לשטותו מ"מ יש לאחר הזמן ההוא כל מה שנוכל וכמו ההיא דנותנה בחזקת שהוא קיים ועכ"פ ספיקא הוי (ומכ"ש לפמ"ש הט"ז דלא מיקרי אתחזק בתלתא זימני אא"כ הוחזק ג"פ בזמנים שוים אבל אם לא היה בזמנים שוים לא הוחזקה אף שהיה כן ג"פ ובנ"ד הרי לא הוחזק בזמנים שוים) וא"כ לא מבעיא לשיטות הרמב"ם ודעימי' שאין כאן רק פסול דרבנן יש להקל בספק זה אלא אפילו למאן דסבר שיש בזה פסול דאורייתא מ"מ הא איכא כאן כמה צדדי היתר בגווני דנ"ד כדכתיבנא וא"כ עכ"פ איתרע לה חזקת א"א טובא וממילא דאית לן למיסמך אחזק' כמבואר בדברי הר"ן דאי לאו משום דאית לן למימר העמד טמא על חזקתו שפיר הוי אזלינן בתר חזקה דבמקוה אע"פ שהיא עשוי להשתנות מ"מ מחזיקינן דהשתא אכתי לא אישתני וה"נ דכוותיה וכבר כתב הש"ך דאפילו היכא דאיכא חזקת איסור ואיכא מ"ד דאין מועיל ס"ס מ"מ ג' ספיקות ודאי מהני ומכ"ש אם נימא דהוא רק מילתא דרבנן דאית לן למיזל בספיקא לקולא:

ועצתי אמונה לקחת ערבון מיד האשה או אביה שלא תנשא לאחר קבלת הגט משך חצי שנה ובזמן ההוא ישתדלו הב"ד להגיע מכתב אל מקום אשר הבעל שמה להודיעם יום נתינת הגט ולבקש מאתם יחקרון מילין אם חזר בעת ההיא לשטותו או לא ואם בעת

ההוא הוי שפוי בדעתו יש להקל אף אם בין כתיבה לנתינה היה שוטה ועיין ב"ש ופ"י ובשו"ת משאת משה סימן י"ט ובמקום עיגון ודאי אין להחמיר ואם היה בעת ההוא שוטה גמור קשה בעיני כעת להקל אף שכתבתי כמה צדדים בזה ואם כה יהיה אז נחכם לה כדת מה לעשות ולפי ענין העיגון ואם לא נוכל לעמוד על בורי' של דבר בזמן ההוא משום עגונה יש להקל מחמת הני טעמי דכתיבנא ואף על פי שבשו"ת ב"ח סימן ק"א משמע דחוששין פן יחזור לשטותו בין כתיבה לנתינה ור"ל ושמא יהא שוטה בעת הנתינה והביאו הרב הנ"ל י"ל דהתם חלימותו היה על המעט והדרך רחוק ודאי יש לחוש כיון שרגילות הוא שבמשך זמן מועט יחזור לשטותו משא"כ בנ"ד וגם דשם ענין השאלה איך לעשות לכתחלה וכן צידד בדבר לעשות על ידי שליח לקבלה דהכי עדיף טפי משא"כ כאן דכבר נעשה הענין ונכתב הגט ונשלח לכאן בהוצאה רבה אף על פי שעדיין לא ניתן הגט כדיעבד דמי ועיין בט"ז וב"ש סימן קמ"א שהביאו עובדא דהב"ח בתשובה והעתיקו ג"כ שחלימותו היו מעט ונראה ג"כ שבאו לומר שמטעם זה היה לנו לחוש בשליח להולכה שמא בינתים יחזור לשטותו דאילו לענין שליח לקבלה לא נ"מ מידי בזה ובנ"ד אם כשחוזר לדעתו והוא מבין ויודע כן יאריך הזמן אפשר דגם הב"ח מודה ואף שנתעכב הגט זמן ארוך ביד השליח י"ל דמ"מ עדיין לא חזר לשטותו ואם חזר כמו כן י"ל ששוב חזר לדעתו וכיון דאיכא הנך צדדים נלעפ"ד להקל במקום עיגון גדול כזה וכן נלע"ד אם יסכימו עוד שני חכמים מובהקים ומומחים בהוראה:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

אחר כותבי בא לידי תשובה מכת"י דודי מ"ו הגאון מו' סענדר ז"ל בענין אשה שנשתטית וראיתי שתמה על הפ"י שכתב הטעם דאין כותבין אלא לכשישתפה משום דבעינן שליחות בכתיבה ומידי דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח והקשה מזה על דעת הסוברים דלא בעינן שליחות בכתיבה וע"ז תמה דודי הגאון ז"ל דאף להסוברים דצריך שליחות בכתיבה הרי הרבה פוסקים דגדול עע"ג מהני אפילו בשוטה ואף להפוסלים היינו משום שליחות אבל אם הבעל בעצמו כותב וגדול עע"ג אע"פ שהוא שוטה נראה דכשר ומכ"ש לפמ"ש הפ"י גופי' בגיטין דף כ"ג לחלק בין עושה לצורך עצמו דכשר כו' ע"ש א"כ הוי מילתא דמצי עביד ולמה לא מצי משוי שליח ולע"ד צ"ע דא"כ בפשיטות אית לן למימר דלמה מצי משוי שליח הא מצי למכתב ע"י שיאכל בשרא אגומרי וכמו דבאמת קאמר ר"ל (ולפ"ז לא מהני נמי הך טעמא שכתב דודי ז"ל משום כיון דלא מצי מגרש בההוא שעתה הוי כנכתב שלא לשם גירושין וכמ"ש הרמב"ם גבי לכשאכנס' אגרשנה דאם נימא דכיון דמצ"ל שנאכילו ע"י בשרא אגומרי מצי משוי שליח א"כ הרי

איהו גופי' הוי מצי לכותבו וליתנו ג"כ ונימא דמצי עביד שליח א"ו דר"י ס"ל כיון דהך מילתא שיאכל בשרא אגומרי הוא מחוסר מעשה והשתא מיהא אכתי לא אכל לא מצי עביד שליח א"כ בהא דגדול עע"ג נמי י"ל דלא מהני ולא מידי דהא מחוסר מעשה שילמדנו הגדול ויעמדנו על הדעת שידע לכוון והשתא מיהא לא למד כלל ואין לך מחוסר מעשה גדול מזה וכמ"ש בקונטרסים ומאי דסמיא בידן למיעבד הכי אינו מועיל לר"י וגם י"ל דזה לא הוי סמיא בידן דמאן יימר דמזדקק ליה גדול וגם מאן יימר שזה השוטה תצליל דעתו עליו ע"י הגדול העע"ג ואם נפשך לומר דזה לא מיקרי מחוסר מעשה מה שיהיה גדול עע"ג טפי מסתבר לומר דלא פליג ר"י בהא כלל ומודה דבכה"ג שפיר כותבין כיון שעיקר השליחות נעשה בעודו בן דעת ואין לנו לבטל השליחות לפי שבשעת קיומו אינו בן דעת כיון דלא חסרה דעתו לגמרי ויוכל לבא לכלל דעת על ידי גדול עע"ג דזה אינו בכלל מחוסר מעשה וכישן דמי אך באמת לע"ד דודאי הוי מחוסר מעשה):

ומ"ש דודי הגאון ז"ל דהטעם כמ"ש הרמב"ם גבי לכשאכנסנה אגרשנה דפסול משום דלא הוי כתיבה לגירושין שאינו יכול לגרש עכשיו וה"נ בשוטה כיון שא"י לגרש עכשיו הו"ל כתיבה שלא לשם גירושין. הנה הפ"י שם כתב משום דכתיב וכתב ונתן דבעינן שיהא ראוי לנתינה בשעת כתיבה והיינו הך טעמא גופא ואפשר דמהך יליף הרמב"ם פ"ג מה' גירושין ומ"ש להקשות על הרמב"ם במ"ש בכתוב ליבמתו דקשה הא בידו לבא עליה ובידו לאו כמחוסר מעשה והרי מבואר בגיטין דכל דלא הוי מחוסר מעשה הוי לשם גירושין דר"י מחלק בין קורדייקוס לישן משום דמחוסר מעשה משמע דאי לא הוה מחוסר מעשה הוי הכתיבה לשם גירושין כו' ותי' בשם מחנה אפרים דהרמב"ם ס"ל דאין בידו לבא עליה משום דאי בעיא הוי ערקא ואזלא כו' ולא זכיתי להבין ראייתו מגיטין דהתם אם נימא דלא הוי מחוסר מעשה ממילא דלא נתבטל שליחות קמייתא שצוה בעודו בריא לכתוב וליתן ומה חשש יש בזה משום שלא יכתוב לגירושין דשפיר נכתב לגירושין שהרי הם כותבין ונותנין ואין לומר דקשיא ליה על הכתיבה דהא איהו לא מצי עביד ולא משוי שליח ועכ"ל דשפיר כותבין לפי שהוא יכול לכתוב בעצמו ע"י גדול עע"ג וקשה הא לא ניתן לגירושין שהרי א"י לגרש בעצמו אך באמת ז"א דאי לאו מחוסר מעשה שפיר כותבין בשליחותו אף בלא טעמא שיכול לכתוב בעצמו דלישן מדמינן ליה ואדרבא מההוא דגיטין משמע כיון דמחוסר מעשה אע"ג דסמיא בידן ס"ל לר"י דאין כותבין ואם נימא דהטעם לפי שנכתב שלא לשם גירושין א"כ מבואר דאף על גב שהוא בידן לבא לידי מעשה הגירושין על ידי שנאכילו בשרא אגומרי אין זה מועיל לומר דבשביל זה הוי כנכתב לשם גירושין וכמו דהתם לפי שבידו לבא עליה ולגרש אמרינן

דהוה נכתב עתה לשם גירושין כמו כן יש לנו לומר כאן לפי שבידינו להאכילו ויהא יכול לגרש לכך כותב הסופר עתה לשם גירושין ודוחק לומר דדוקא התם לפי שביד הבעל גופא לבוא לידי גירושין אבל הכא אע"פ שבידינו להאכילו שיהא בר גירושין מ"מ אפשר שאין זה מועיל דהבעל בעצמו לא יעשה כן כיון שהוא שוטה ואם היה כותב בעצמו הוי ככותב שלא לשם גירושין וממילא דלא מצי עביד שליח ובהא פליגי ר"י ור"ל דר"ל סובר דסמיא בידן סגי ור"י ס"ל דדוקא סמיא ביד הבעל בעינן דאל"כ לא מצי משוי שליח דלפ"ז הדרא קו' הפ"י לדוכתיה למאן דלא מצריך שליחות בכתיבה ופשיטא דאין סבר לומר דאף בלא שליחות מ"מ הסופר כותב שלא לשם גירושין לפי שאין ביד הבעל עצמו דנראה דעיקר סברא זו לפי שהסופר יודע שא"א לגרש בגט זה אינו כותבו לשם גירושין (ובזה יש לחלק בין אם כ' בעת שפוי' של האשה שנשתטית אע"פ שהיתה שוטה בעת הציווי ודלא כהמגי' במ"ל פ"ו מה"ג שכ' דהכל הולך אל מקום אחד דהוי ככתב בלי ציווי ולענ"ד יש לחלק ביניהם) וכל שביד הבעל לבא עליו לגרשה הסופר כותב לשם גירושין שאם ירצה הבעל יהיה גט זה ראוי לגירושין וא"כ היכי דסמיא בידן נמי הכי הוא שכותבין לשם גירושין שאם ירצו יאכילו אותו ויהא גט זה ראוי לגירושין ודוחק לומר דר"י ס"ל דלאו סמיא בידן דילמא לא מתרמי בשרא אגומרי כמ"ש בקונטרסי דבאמת מכל הפוסקים משמע דגם לר' יונתן הוי סמיא בידן אלא שאינו מועיל כיון דמחוסר מעשה עיין בב"י ובב"ח:

ומ"ש דאם נימא ביבמה נמי לאו בידו משום דילמא ערקא א"כ תיפשוט מדר"י דהא גבי שוטה נשואה אגידא ביה מיבמה ואפ"ה סבר ר"י דאין כותבין נפלאתי ע"ז דע"כ לא מבעיא לן התם אלא משום דכיון דעיקר המניעה שהוא לאו בת גירושין לפי שאינה אשתו וכיון דאגידה ביה אפשר דהוי כאשתו וכותב לשם גירושין משא"כ בזה שעיקר המניעה לפי שאין לו יד לגרש ומחוסר מעשה מה יושיענו זה דהיא אגידא ביה והות אשתו ממש סוף סוף איהו לאו בר גירושין הוא והרי גט זה ככתב שלא לשם גירושין כן נלענ"ד:

שאלה קיב

שלום לכבוד אהובי ב"ד ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים נ"י ע"ה פ"ה כש"ת מוהר"ר שמואל מרגליות נ"י אחד"ש תמול הגיעני מכתב כ"ת ע"ד הגט מאי' אחד ששמו בער בפי כל ועולה לתורה בשם ישכר וכן חותם תמיד אעתיק לכבוד תפארתו מה שכתבתי בנידון כזה ממש בשם אבי האשה להרב המאה"ג מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י שהיה מ"ץ בק"ק ראדוויל ועתה ראב"ד ומ"ץ בק"ק לבוב וז"ל הנה ז"ל הב"ש בשם אא"ז

בעל דמשק אליעזר יששכר מלא בב' שינין ואף על גב דקרינן בחד שי"ן מ"מ בתורה כתוב בכל מקום בב' שינין וכן באיפוד וכן מצאתי בתיקון הגט כו' עכ"ל. מל' זה משמע אע"פ שנקרא ישכר אינו אלא קיצור השם כמו יצחק חקון אך נראה דהתם מיירי שבפי כל קורין אותו ישכר אבל מ"מ לס"ת קורין אותו יששכר הוי קיצור השם ואפי' אם אין ידוע איך עולה לתורה וחותם י"ל כן משא"כ בנ"ד שמעולם לא נקרא כן בשם יששכר הן בפי העולם הן בעליה לס"ת וחתימה הלכך י"ל דיש לכותבו כמו שהוא עולה וחותם ולא איכפת לן בעיקר השם כלל דכיון שעולה לס"ת וחותם בשם זה נעשה עיקר השם ועדיין יש ספק דשמא מ"מ יש לכתוב עיקר השם וכדמשמע מדברי מהרש"ל בגיטין גבי מי שנקרא שעי' כו' דמיתקרי ישעיה וכן איתא בסדר מהר"ם. אך בב"ש איתא דמתקרי שעי' בלא יו"ד וכן הוא בס"ג כת"י שבידי בשם רש"ל. וצ"ע הי מינייהו עיקר וכבר כתבתי בתשובה בענין אשה ששמא יודית שנחלקו בזה חכמי ק"ק לבוב וקצרתי כאן ועיין באות אלף בשם אברהם וגם נראה דכאן יש להסתפק דשמא ישכר הוא שם בפ"ע כיון דכתיב יששכר וקרינן ישכר ויש לדמות זה למה שכתוב בים של שלמה כלוהי בד"ה וקרינן כלוהו וכן כותבין כלוהי דמיתקרי כלוהו כיון דאיכא קרי וכתיב כותבין הכתיב תחלה ועל הקרי דמיתקרי עכ"ל והביאו הב"ש סוף אות כ' רק שיש שם ט"ס לפי שהעתיק זה מהנ"ש שהיה בידו העתיק מס"ג של הי"ש שהיה אז בכת"י והיה העתק משובש כמבואר להמעיין בכמה מקומות וגם מ"ש הב"ש מתחלה כלוהי שם בד"ה כו' ז"א כלל והעתיק זה מס"ש וז"א כלל רק הדין שכ' גבי כלוהי הוא אמת ושם זה של כלוהי נזכר בסוף עזרא בכתיב והקרי הוא כלוהו וס"ל לרש"ל דבכה"ג יש לכתוב דמיתקרי וא"כ אנן בדידן דשין של יששכר הוא מהנך דכתיבין ולא קרין א"כ י"ל דכותבין יששכר דמתקרי ישכר:

אך ראיתי מ"ש המדקדק הגדול ר' זלמן הענא בסידור שלו שערי תפלה בשם בעל נחלת יעקב שמה שיש קוראין בתורה עד פ' פנחס בב' שינין ומשם והלאה בשין א' לפי שבפ' פנחס כתיב לישוב משפח' הישובי והוא יוב שנתוסף לו שין א' מב' שינין שבשם אביו לפי שיוב בא לפני אביו בקבלנא כו' ע"ש שהביא מהחזקוני ג"כ א"כ י"ל שבני אדם ששמם ישכר עיקר שמם כך הוא כאותו שם ישכר שאחר נטילת השין ומה בכך שבתורה כתיב גם אח"כ יששכר ע"פ שמו מעריסה מ"מ אותן שנקראין כן עתה הוטל עליהם שם זה מלידה וכיון שכן אין לנו לשנותו כלל אע"פ שנא' שעיקר מחצבו הוא משם יששכר דלא עדיף ממ"ש בס"ש והב"ש היכא ששם העריסה הוא שערלין או רגילין וכ' שרה או חנה פסול וא"כ ג"כ נרא' דשם העריס' הוא ישכר ומה איכפת לן מה שנחצ' מש' יששכר

כיון שבשם זה לא חל עליו מעול' לא בפי העול' ולא בקריאה ולא בחתימ' ומכ"ש שי"ל שאינו נוגע כלל בשם יששכר וכמו אלחנן חנן דצריך לכתוב דמיתקרי חנן כיון דחנן הוא שם בפ"ע והתם מיירי בעולה לס"ת וחותם בשם אלחנן ואפ"ה אמרינן צריך לכותבו בפ"ע וממילא אם שמו חנן אפילו לס"ת אם כ' אלחנן פשיטא דפסול וכן גבי שם ישכר אם נאמר דהוא שם בפ"ע אז כשכותב יששכר הוי שינוי ופסול והנה במדינתינו הרבה ב"א נקראים בפי כל ישכר וכן עולים לתורה וחותמין כמפורסם וכן ראיתי בספר שחיבר הגאון החסיד אבד"ק זלאטשוב ז"ל ישכר דוב כו' וזה שמו אשר יקראו לו בהסכמות הגאונים שם ולא דייקי בשמא לכתבו יששכר וא"כ פשיטא שיש לכתוב ישכר שאז אין פקפוק בגט כיון דכמות שהוא נכתב הוא נקרא לס"ת וחותם אבל אם כותב יששכר יש לעיין דמ"ש מכ"ת שיש שינוי במבטא י"ל לפמ"ש בשערי תפלה שם דאין קורין לעולם שין האחד של יששכר והוכיח כן גם מצד דקדוק הל' א"כ אף כשקורין בגט לא נקרא רק ישכר לבד שאין קורין השין השני' כלל וא"כ לדידן י"ל דקריאת הגט שוה עם העלי' לס"ת והחתימה במבטא ומ"מ נראה דאף למאי דסבר המדקדק הנ"ל שאין לקרות השין כלל וכדעת בן אשר והוי מהנך דכתיבן ולא קריין מ"מ לא דמי למ"ש רש"ל גבי כלוהי דהתם השינוי שבין קרי והכתיב הוא בחילוף אותיות משא"כ כאן שאין כאן בין הקרי והכתיב חילוף אותיות רק מצד דקדוק קריאת ל' עברית אבל כ"ז אם היה מקום לשם יששכר מחמת הקריאה או החתימה ואפילו באין ידוע הקריאה והחתימה יש לכתוב בין מצד שכתוב כן בכ"מ בתורה ובכה"ג נראה דמיירי גם רש"ל באין ידוע עלייתו לתורה וחתימתו ולכן סבירא ליה דאזלינן בתר הכתיב והקרי אבל בזה שעלייתו לתורה וחתימתו הוא ישכר ובפי העולם בער לבד מה איכפת לן במ"ש בתורה רק שם יששכר כיון שידוע לנו שהרבה אנשים כך שמם מעריסה ונקראין כן בפי העולם ובודאי שהם נקראין כן ע"ש אחד מאבותיהם שהי' שמם כך קובע השם להיות עיקר שמו ואין לתלותו בשם יששכר שכתוב בתורה מה ענין תורה אצל גיטין דבתורה כתיב הכל ע"ש שקראתו לאה אמו בשעת לידה אבל זה שבלידה נקרא ישכר מאין הרגלים לכתוב יששכר דילמא שמו ישכר וכמ"ש מאלחנן חנן. ולפי מה שראיתי ברשב"ם בפי' החומש כתב דלכך קראתו יששכר ע"ש ב' שכרים שכר דודאים ושכר כי נתתי שפחתי. ולפ"ז יש ליתן טעם שקוראין רק בחד שין כיון שהיא היתה מתביישת בשכירות הדודאים ולא אמרה רק טעם כי נתתי שפחתי וכמ"ש המפורשים ולכך אנן לא קרינן רק בחד שין וא"כ לדידן נמי עיקר השם הוא ישכר:

אך איך שיהיה נראה דישכר אינו קיצור השם מישששכר רק קונה שם לעצמו וכיון שעולה בתורה יש לכתוב כן ואם שינה י"ל דהוי שינוי השם דאפילו למ"ש המדקדק הנ"ל ע"פ דקדוק והשמיט שין א' נראה דלא מהני דכמו שאין לחוש ללעז מחמת מה שהורגלו ההדיוטות לקרות או לחתום בשביל כן אין להכשיר גט שנכתב בשינוי המבטא מחמת דקדוק לה"ק שלא הורגלו בו העולם ואינו ידוע רק למיעוטא דמיעוטא ומכ"ש לפי מה שנוהגין הרבה קוראין בס"ת כדעת הסוברים שעד פנחס יש לקרות בב' שינין ומשם ואילך בחד שין א"כ לדידהו ודאי דחלוקין במבטא ג"כ וכיון שכתבתי שלפ"ז ה"ל יששכר וישכר ב' שמות שפיר מר מדמי לה לאלי' ואלי' שכ' הב"ש דאזלינן בתר חתימתו ואפ"ת דשם ישכר נגזר מישששכר מ"מ בשם יששכר לחוד עכ"פ לא יצא ובשם ישכר לחוד ודאי דיצא וכיון שהלכה זו נהרא נהרא ופשטא וגם מר מסופק אולי במקום הנתינה שהיא בריחוק מקום מנהג לעלות לתורה בשם יששכר וא"כ יהא הקריאה והחתימה סותרין יפה כתב מר שטוב יותר לכתוב שם החול לבד שבשם אבי האשה אין להקפיד כ"כ ויודיע במכתב לדייני הצדק דק"ק הנ"ל מאיזה טעם כתב כך ונכנס לבית הספק והשמיט שם הקודש של אבי האשה שלא יקשה בעיניהם בשלחו אותו כך ויסברו שנעשה בטעות וכיוצא בו ובפרט כי היא אורחא רחיקא כו' דברי זעירא כו' ע"כ התשובה שכתבתי להרב הנ"ל ונעשה כן מעשה והאי גיטא עיילוהו קמי' ב"ד המובהק בק"ק ווילנא וקבלוהו ואח"כ יצא לאור עולם ס' נ"ב מה"ת וראיתי שם שכתב ג"כ שאם כתבו יששכר במדינות פולין היה חושש לפסלו ולא ביחן דבריו אם דעתו לפוסלו אף אם כבר ניתן:

ולענ"ד ודאי כשאין כאן מקום עיגון יש ליתן גט ב' לכתוב בו ישכר או בער לבד ובמקום עיגון יש להתיישב בדבר והדיינין שפסלו הגט הניתן בב"ד של כ"ת בשם ישכר וכתב יששכר עולבנא דדייני הוא כי איך יעשו כדבר הזה טרם יחקרו מילין למה נעשה כן אחרי שדבר זה זיל קרי ביה רב בב"ש והיה להם לתת לב להבין כי לא לחנם כתבו הב"ד כן אם לא שטעמם ונימוקם עמם והחפזון גרם להם שהמה רצו לכבד בקלון חבריהם והמה כשלו ונפלו וקולר תלוי בצווארם שהרי עכ"פ היה להם לסדר הגט הזה ולהוסיף מדעתם עוד גט אחר ולא להגיס לבם בהוראה ואם יש כאן מקום עיגון יודיעני כ"ת וראה לעיין עוד בזה ומחמת נחיצת מוכ"ז קצרתי דברי ב"ד:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קיג

אלף שלומים. ועוז ותעצומים לראשי שמים. ה"ה מחו' הרב הה"ג החריף ובקי המפורסם נ"י ע"ה פ"ה כש"ת מוהר"ר יצחק הלוי נ"י האב"ד דק"ק אליק ונלוו עמו הרבנים המופלאים ומופלגים הדיינים המצויינים יושבי על מדין בק"ק הנ"ל ד' עליהם יחיו:

מכתבם הבהיר האיר אל עבר פני האותיות שאלוני בדבר הגט שהוא בא ע"י שליח ונתקלקל בדרך ונקרע בשני מקומות דהיינו בשם האשה רחל נפסק ונקב שם ברגל הרי"ש וכמעט שאין הרגל ניכר ובאות למ"ד של תיבת לכל אדם נפסק צוואר הלמ"ד הראשונה ואינו נוגע בתחתיתה דהיינו לכ"ף כפופה של הלמ"ד. ואני איני כדאי ששלחתם אלי ומה ענין פתחי אצל גיטין הכי יסמכו עלי כלוקח מן הפלטר או מן הסיטון אפס אחרי רואי במכתבם כי העיגון רב לא אוכל להתעלם כדרכי מעולם ת"ל לחפש זכות לפתח כבלי מוסרות עגונות וצרורות שלא יצאו חנם אלו ימי נערות ובפרט אחרי רואי כי נפתח ברבוותא כבוד מחו' הרב הגאון הגדול מופת הדור. המפורסם מוהר"ר מאיר נ"י מרא דאתרא הדין פתח בהצלה תחלה יורה יתיר וברור ענותנותו וכי היכא דלימטי שיבא מכשורא נתן עיניו בי לחוות דעי אף אני אשווע ואומר ואבא אחריו ומלאתי את דבריו ועם כי לחומר הנושא והנוגע בדבר שבערוה צריך גוף נקי ואני היום סמכוני באשישות ומוכ"ז אץ עלי ובא כיום תמים וזה וזה גורם להיות מקצר ועולה ואמינא אנקיט בידאי כל דהו הנוגע ושורש הדין הלא כה דברי בעזה"י:

מתחלה אבאר בענין חסר הרגל שבשם האשה ראיתי במכתב מחו' הגאבד"ק נ"י כי בדק ע"י תינוק דלא חכים וקרא האותיות כתקונם וא"כ לכאורה הדבר פשוט דודאי מהני בזה כמבואר בש"ע ומקורו מהתוספות בגיטין דף פ"ה וז"ל ומעשה היה בגט שלא היה ניכר היטב בין וא"ו ליו"ד שבא לפני רבינו אליהו והביא תינוק דלא חכים כו' וכן הוא במרדכי שם והביא ראיה ממנחות גבי תפילין. אך יש לעיין קצת לפמ"ש מהרי"ק והריב"ש הביאם בט"ז א"ח סי' ל"ב דהיכא דנשתנה צורת האות לגמרי לא מהני תינוק ואף דאינהו שם מיירי לענין אם אין היו"ד שבאל"ף נוגעת אל גוף הא' וכיוצא בזה מ"מ מבואר למעיין במהרי"ק דאין הפרש בזה דאף באותיות הפשוטות לא סמכינן אלא כגון וא"ו קטיעא שאנו מסופקים אם הגיעה לאורך וא"ו או אם היא כשיעור יו"ד ולכך מועיל תינוק דגילוי מילתא בעלמא הוא דאורך וא"ו יש לה מדלא קראה יו"ד אבל היכא דפשיטא לן שאין האות כצורתה מה מועיל ראיות תינוק כו' וכן הריב"ש סי' ק"כ כתב דכל שאין פסולתה משום שדומה לאות אחרת אלא לפי שאין כתובה כהלכתה אין מועיל תינוק ולא אמרו קריאת תינוק כי אם על הספק לבד:

ולפ"ז צ"ע בנ"ד שלא נשאר רק כמין עוקץ קטן במקום רגל הרי"ש כעין קיצו של יו"ד אם מועיל תינוק בזה כיון שבלא קריאת התינוק למראה עינינו נשפוט שאין להאות הזה תמונת רי"ש הנהוגה אצלינו. אך יש לצדד בדבר ע"פ מ"ש התוס' במנחות דף כ"ט מעשה זו שהובא לפני רבינו אליהו ושם נאמר שהיתה הדל"ת של כדת קטנה כמעט כמו יו"ד והביא זה ג"כ בסמ"ג סוף הל' גירושין ושם איתא שהיתה הדל"ת קצת דומה ליו"ד והורה להביא תינוק כו' והביאו בהגמיי'. נראה מזה שענינו היה דומה לנידון דידן ואפ"ה הכשירו ע"י תינוק ונראה טעמא משום דבתמונת האותיות שהביא הב"י בא"ח סימן ל"ו איתא שם תמונת דל"ת ורי"ש גגה ארוך ויריכה קצר וכיון שהוא קצר אין שיעור לדבר ואפילו עוקץ קטן תמונת רי"ש יש לו וכן משמע ממ"ש הב"י באה"ע סי' קכ"ו מצאתי כתוב בס"ג אשכנזים כו' ומכאן מביא רבינו אליהו ראיה לגט שהיתה דל"ת של כדת קטנה ודומה ליו"ד כו' ועדיין צ"ע דאע"פ שתפס הלשון דרך קצרה שדומה ליו"ד מ"מ צ"ל שלא היה דומה ליו"ד ממש אלא שהיה מקום להסתפק בזה ולפמ"ש בב"י בא"ח שם הטעם שצריך שיהיה יריכה קצר שלא יהיה דומה לכ"ף פשיטא משמע הכוונה שלא יהיה ארוך קצת שידמה לכ"ף פשוטה ובכ"ף פשוטה תמונתה שהרגל כפלים מגגה אבל מ"מ קצר הרבה אפשר שאינו כמו תמונת רי"ש וכן משמע ממ"ש בתמונת אות יו"ד שיהיה לה רגל קטן ולא יהיה גדול פן ידמה לרי"ש וכן מבואר מזה שרגל הרי"ש צריך להיות גדול מרגל היו"ד וא"כ היכא שאנו רואין שעוקץ הנשאר בריש הלזו איננו גדול מעוקץ היודי"ן הרגילין אע"פ שא"א לטעות בו בתמונת יו"ד מפני גגו הרחב מ"מ עכ"פ קלקול האות הוא שהרי עכ"פ אין כאן תמונת רי"ש ואין תינוק מועיל בזה וצריך הבחנה טובה בזה אם עכ"פ יש מקום לספק בעוקץ הלז שידמה בגדלו לרגל הרי"ש ולכאורה היה אפשר לומר דעובדא דרבינו אליהו מיירי שלפי מראית עינינו היה דומה ליו"ד ואפ"ה כיון שהתינוק קראו ד' הכשירו וכמ"ש בתה"ד סברות להכשיר היכא שאין היודי"ן של האלפי"ן ושיני"ן נוגעין באות והב"י והד"מ כתבו דבמקום עיגון יש להכשיר אף בתורף וכ"כ רמ"א בהג"ה סימן קכ"ה ומזה הביא הגאב"ד נ"י ראיה לנ"ד:

אבל לפע"ד א"א לומר כן דודאי כ"ע מודים היכי דנשתנה לצורה אחרת שאינה צורת האות כלל או שנדמה לאות אחר לא מהני קריאת תינוק והתה"ד לא קאמר אלא התם דהאות שלם לפנינו אלא שאינו מדובק כראוי אבל הוא סמוך מאד עד דלא שלטא ביה עינא דתינוק בהפסק שבין היודי"ן לגוף האותיות ובכה"ג סבירא ליה לתה"ד די"ל דשפיר מיקרי צורת אות עליה שהרי לא חסר מתמונתו כלל רק שאינו נוגע וכיון שתינוק דלא חכים אינו מרגיש בו כלבוד דמי וצורת האות מקרי רק דלא הוי כתיבה תמה לענין ס"ת

ותפילין אבל בגט לא בעינן כתיבה תמה ע"ש בתה"ד סימן רל"ד ורל"ו ובפסקים סימן מ"ה ולכך הכריע הב"י להקל בזה במקום עיגון אבל כשיש חסרון ושינוי בגוף צורת האות אין זה מועיל מה שהתינוק קורא דהא ע"כ שהי' לו איזה הבחנה מחמת האותיות שלפניו אבל זולת זה מה יתבונן על תמונת האות יותר ממנו מי איכא מידי דאנן לא ידעינן ואיהו ידע ועיין בתה"ד שנראה דעתו להחמיר בזה אף ביודי"ן שאין נוגעין רק שהב"י הכריע להקל במקום עיגון וכתה"ד הסכים הב"י:

אך לענ"ד נראה דאף אם נימא שאין קריאת תינוק מועיל בזה שנתקלקל צורת האות ונחסר משיעורו מ"מ שפיר חזי לאכשורי להאי גיטא ע"י שיור כמלא אות קטנה כדקי"ל בניקב רגל הימני של הא' וכמ"ש המרדכי דהאי שיעורא לאות הא' ודכוותיה דוקא אבל אותיות פשוטות שאין להם אלא ירך אחד כגון ו' ז' כו' אין שיעורם כמלא אות קטנה דאדרבא כו' ע"ש הביאו הב"י בא"ח סי' ל"ב ודבריו מבוארים דבשלמא באות ה"א וכה"ג כל שנכתב מתחלה בתמונת ה"א ועדיין ירכיו קיימת שיש בו כמלא אות קטנה לא נסתלק צורתו מעליו ואין עליו תמונה של אות אחר שהרי הגג רחב כאשר היה בתחלה הלכך השיעור בשיור אות קטן משא"כ בפשיטות אם נשאר צורת יו"ד נסתלק מעליו צורת וא"ו ונכנס יו"ד במקומו הלכך לא סגי בלא תינוק וא"כ בנ"ד אף בלא קריאת תינוק אם נשתייר מן הרגל כמלא אות קטנה דהיינו כמין יו"ד לא נסתלקה צורת רי"ש מעליו. ועיין במרדכי שכתב וז"ל ומ"מ בפ' הבונה כו' ומה"ט י"ל דלא מצי למנקט לעיל בכל זה אותיות דניקב יריכו כו' אם נשתייר מלא אות קטנה דלא שייך בכל האותיות עכ"ל וס"ל דדוקא באות ה' שלא בשיור קטן בירך הה"א ניכר תורת ה"א עליו משא"כ באותיות אחרות. ומ"מ מבואר בדבריו שלא בא רק לומר דבפשיטות אינו מועיל שיור אבל מ"מ אזיל ומודה דהך תיקון דתינוק מועיל אף בכפיפות כיון שהתינוק קורא האות כמות שהוא אין קפידא אלא ששם לא הוצרכנו לזה דאף אם אין התינוק קורא מ"מ במלא האות קטנה מקרי האות ניכר ואם אין שם שיור כמלא אות אף על פי כן התינוק קורא הא יש לומר דשפיר דמי ואפשר דבכה"ג כיון דהיא מהאותיות כפופות והגג רחב כל שניטל הרגל ולא נשתייר אף כמלא אות פשיטא שאין האות כצורתה ולא מהני תיקון וכמש"ל מדברי מהרי"ק והריב"ש וכ"כ הב"י בפירוש דברי המרדכי במ"ש וכל הפשוטות יכול להיות דפסולות אפילו קרי ליה תינוק ופירש הב"י דר"ל דבכל הניכר ונראה לעין בפשוטות שלא נשתייר בו שיעור אות אפילו קרי ליה תינוק כו' לא משגיחין ביה וכן נראה מדברי הרמ"א בהגה"ה סט"ז נפסק א' מהאותיות הגי' הפשוטות משמע דבכפיפות לא מהני תיקון על ידי תינוק. (ועיין בשו"ת הרמ"א סימן דמפרש דברי המרדכי במ"ש

וכל הפשוט כו' בע"א ממ"ש הב"י והוא דחוק קצת) וכ"כ הט"ז להדיא בשם המרדכי וכן מבואר מהד"מ שכתב דהמאירי חולק על המרדכי והטור סובר כהמאירי דאל"כ הו"ל לפרושי נפסק מהאותיות הפשוטות ולענ"ד שפיר י"ל בדעת המרדכי דקריאת תינוק ודאי מהני בכל האותיות דגם בכפופות אפשר שלא יסתלק מעלי' צורת האות לגמרי ויש לספק בו שמא צורתו עליה וקריאת התינוק מכריע בזה והמרדכי לא קאמר רק דשיור לא מהני בפשוטות ולקמן יתבאר מה שמחולק המרדכי עם המאירי לענין שיור כמלא אות אבל לענין אם מועיל תינוק בכפיפות לא פליגי וכן מבואר מדברי התוס' דמנחות וסמ"ג דלעיל שגם באות דל"ת מהני תיקון אבל כמלא אות לא מהני התם כיון דגם גג הדל"ת היה קטן ודומה ליו"ד ואין רשומו של הד' ניכר אם לא מחמת קריאת התינוק וגם דהתם מיירי שמתחלת הכתיבה היה כך וע"כ לא מהני כמלא אות אלא אם נכתב מתחלתו בכשרות ועתה נשתייר כמלא אות אמרינן שעדיין בתמונתו עמד משא"כ אם בתחלת הכתיבה נכתב כן אם אין התינוק קורא אותו כהוגן הרי לא היה עליה צורת אות מעולם ובנ"ד אם באנו להכשירו מחמת קריאת תינוק היה צריך שיש די בזה בהעוקץ הזה לספק מחמתו שיש בו תמונת רי"ש כראוי. ואף שהגט הובא לפני לכאן חדל אני לשפוט למראה עיני לומר כזה ראיתי ודרכי תמיד לסמוך בענין כזה על אחרים כגון סופרים מומחים ובקיאים שלבם שלם מפיהם בדבר יקרא אלי מהות הענין מה הוא ואני כותב על הספר שורת הדין הנלענ"ד וחזקתו בדק הגאבד"ק נ"י ודקדק בדבר שיש בו שיעור הראוי ולפמ"ש אם נשתייר מלא אות קטנה סגי אך לקמן אבאר שיש הרבה חולקים בזה ומכל מקום כיון שגם התינוק קראו כהלכתו ודאי דסגי בהכי ואני חושש בדבר שעד נתינת הגט שמא יהא הלוך וחסר יותר מכדי חסרונו שהוא בעת הראתו ועל הדיינים שיסדרו נתינת הגט מיד השליח להאשה עליהם מוטל לדקדק בזה ועכ"פ צריך שישתייר כמלא אות קטנה דבמקום עיגון כה"ג יש לסמוך על המרדכי והאחרונים הנמשכין אחריו:

ועוד יש בזה כדי לצרף דעת רבינו יואל שכתב במרדכי והג"א בשמו דיש להכשיר בדיעבד אף אם לא כתב שם איש ואשה כלל ע"י ע"מ וגם דדעת הפוסקים החולקים י"ל דאינו רק מדרבנן וכמ"ש הב"ש סי' קכ"ט ס"ק כ"א וא"כ כיון דס"ל שהוא מדרבנן שפיר דמי לסמוך להתיר בשיור מלא אות במקום עיגון כה"ג ובמקום אחר הארכתי בביאור דברי התוס' בגיטין דף כ' ועיין בפ"י שם וכאן קצרתי שלענ"ד אפילו מאן דסבר דאף לדידן בעי ע"מ מדאורייתא מ"מ שפיר דמי לסמוך בכה"ג שהוא עיגון גדול על דעת המרדכי ודעימיה דסוגיא דעלמא כוותייהו:

ועתה נבא לדין על קלקול הלמ"ד של תיבת לכל אדם וכתב הגאב"ד נ"י דאע"פ שהתינוק קורא יפה לפי שהוא מצרף ראש הלמ"ד לתחלת האות ואם באנו לכסות חלק התחתון בודאי לא יוכל לקרות יפה וצידד להקל בזה דנראה דאף אם לא כתב תיבת לכל אדם הגט כשר דהוי ידים מוכיחות ועכ"פ בלא למ"ד יש להכשיר והרחיב הדברים ברוחב בינתו ולקמן אבאר בזה. ונלענ"ד להוסיף צד היתר שיש מקום לומר בנ"ד דשפיר חזי לאצטרופי חלק התחתון להעליון ומ"ש הט"ז בזה לאו דכ"ע הוא וכבר הארכתי בזה בהל' תפילין בתשובה שכתבתי להרב מוה' העשיל נ"י מן והנה הב"י כתב עד ולכך אין לפסול משום הקפת גויל:

ולפי דרכינו למדנו שדעת הרבה פוסקים מגדולי הראשונים דמהני קריאת התינוק לצרף האותיות כיון שההפסק הדק אינו מונע הקריאה לתינוק ואף בנכתב מתחלה במקום נקב ומכ"ש אם נכתב בכשרות ונפסק אח"כ ואע"פ שהמרדכי והב"י והבאים אחריהם לא נראה מדבריהם כן כדאי גדולי הראשונים שהזכרנו לסמוך עליהם במקום דחק ועיגון כה"ג אף אם הוא במקום תורף הגט ממש ומכ"ש במקום הרי את מותרת לכל אדם שדעת רוב גדולי הראשונים שאינו רק לשופרא דלישנא ומדינא לא צריך כלל וכמ"ש בעה"ע והרשב"א בשם הרי"ף שבנוסחתו ליתא ואף דבנוסחא שלפנינו כתוב כתב בעה"ע דהג"ה הוא ברי"ף וגם רש"י לא כתבו בנוסח שלו וכן מבואר בתוס' גיטין דף ק"ו וברשב"א שם שאף שר"ת הנהיג לכותבו משום דמשמע בש"ס דהוי רגילי בהכי מ"מ אין להוציא לעז כו' וכתב הב"י דמשמע מזה שאין כותבין אותו רק לרווחא דמילתא (ועיין בהגה"ת הטורים בד"פ שטעה בהבנת דברי התוס' שהביא הב"י) ונראה שזה דעת הרשב"א אע"פ שבדף פ"ה הביא דברי הרמב"ן כתב אח"כ ובודאי כך היה רגילות בגיטין וכדאמרינן כו' ר"ל אבל מ"מ בדיעבד אינו מעכב ולכך העתיק אח"כ נוסחת רש"י שלא נזכר שם הרי את מותרת כו' ולהדיא מבואר ברשב"א שם דף כ"ו שדעתו כהתוס' ובעה"ע וכן מבואר להדיא בדבריו בתשובה סימן אלף רמ"ה וכן ראיתי בראב"ן שלא הזכיר בנוסחא שלו והרי את כו' ומ"ש הב"י שמדברי הרמב"ם והרא"ש נראה דצריך לכותבו דחה אא"ז רמ"א בד"מ ובתשוב' סימן קכ"ו וקכ"ז וקכ"ח ע"ש בויכוח שעבר בינו לבין אא"ז מהר"י מפאדוויא ז"ל באורך וסוף דבר כתב אא"ז רמ"א שם. ולולי שמצאתי להרמב"ן שפוסלו הייתי אומר שיש איסור לחשוב על הקדמונים טועה ולהוציא לעז על גיטין הראשונים ודי בזה עכ"ל. (ועיין בשו"ת תה"ד סימן רל"ב מ"ש ליישב זה שנוהגין קצת חומרות בגיטין ואין חוששין להוצאת לעז משום דאפילו הסוברים להחמיר בגיטין שלא היו כותבין כך לא היו פסולין בפשיטות אלא שהיה לדקדק בהם כו' ע"ש ובפסקים סי' קמ"ג

לענין אם צריך לכתוב והרי את כו' בשיטה א' שמבואר בדבריו דס"ל שאין להחמיר בזה כולי האי) ובסימן קכ"ז שם כתב הרמ"א שרק הענין מעכב ולא הל' רק הרמב"ן החמיר ואף הוא לא החליט הענין רק כתב וקרוב אני לומר כו' וכדברי התוס' דף כ"ו כתבו סה"ת וסמ"ג והגמיי' ובדעת הרא"ש לכאורה מוכח כהרמ"א שהרי הר"ן פרק כל הגט כתב שלכך השמיט הרי"ף הא דשמואל שצריך שיניח מקום הרי את כו' משום דפוסק כרמ"א דגזר טופס אטו תורף:

ולפ"ז קשה על הרא"ש דס"ל דבדיעבד לא גזרינן א"כ הו"ל למינקט הא דשמואל לאשמועינן דבזה יש קפידא אף בדיעבד אע"כ דסובר שאינו רק לשופרא דשטרא לבד. אך לכאורה ז"א דא"כ תיקשי על הר"ן מי הכריחו לטעם זה אליבא דהרי"ף כיון דהרי"ף ס"ל שא"צ לכתוב והרי את כו' אלא ודאי דז"א דהא טעמא שא"צ לכותבו משום דאיכא שאר לשונות בגט שעמידתם במקום והרי את כו' ועיקר מה שצריך לכתוב הוא הענין ואין קפידא בל' וא"כ גם מה שאמר שמואל צריך שיניח כו' הכוונה על הענין שיכווין לל' זה ולכך שפיר הוצרך הר"ן לומר טעם להשמטת הרי"ף משום דפוסק דנגזר טופס כו' ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתי' על הרא"ש למה השמיטו וצ"ל כיון דלכתחלה אפילו טופס גזרינן לא שייך האי לישנא כלל צריך שיניח כו' ולענין דיעבד פשיטא ליה שדינו כשאר תורף וא"כ מיהא ליכא למשמע מיניה. והנה לא מצינו בפי' בשום פוסק להחמיר בזה כ"א הרמב"ן ז"ל ואף הוא לא החליט לגמרי להחמיר באם נישאת וטעמו שמחמיר אע"פ שכבר כתב בגט למהך להתנסבא י"ל שלא התירה כ"א להנשא וה"ל כאומר חוץ מזנותך גופא הוא איבעיא דלא איפשטא בש"ס ולכך קי"ל דהוי ספק מגורשת וא"כ אפילו להרמב"ם שמספק עלינו הענין דשמא צריך לכותבו בגט לעכובא דל' להתנסבא אינו כולל כלל זנות א"כ הו"ל ס"ס בל' להתנסבא נכלל גם זנות וכמ"ש בעה"ע והרשב"א ואת"ל שלא נכלל בו זנות נמי מספיקא הוי דילמא האומר חוץ מזנותך הוי גיטא מעליא. ואע"ג דהיכא דאתחזק איסורא אפי' ס"ס אסור מ"מ הרי כתב הש"ך בסימן קיו"ד דהרשב"א מתיר אפילו באתחזק איסורא ממש ואף למאן דאוסר מ"מ בג' ספיקות שרי והפר"ח מתיר אפילו בב' ספיקות וכבר כתב הפ"י בק"א למסכת כתובות שגדולי האחרונים מספרדים בתשובותיהם מתירין בס"ס אפי' בחזקת איסור א"א ואף שהפ"י האריך להשיג על דבריהם מ"מ חזר והודה דלענין גירושין דליכא אלא חדא חזקה לאיסורא להרשב"א ליכא איסור דאורייתא רק דאסור מיהא מדרבנן וא"כ בכה"ג יש לסמוך על דעת הגדולים דלעיל להתיר ע"י קריאת התינוק שמצרף האות וגם לפי המבואר בשו"ת שב יעקב שם האריך הגאון פ"י בענין זה להשיג על חכמי הספרדים

שמשתמשים בס"ס במקום חזקת איסור א"א והעלה טעמו לאיסורא אע"ג דס"ס עדיף מרובא או כי רובא ורובא עדיף מחזקה מכל מקום י"ל סמוך מיעוטא לחזקה דאף בס"ס שייך מיעוטא:

ונראה דבגווני דנ"ד שאין הס"ס במעשה כ"א בפלוגתא ובס' איבעיא נראה דבכה"ג לא שייך מיעוטא כלל ואף הפ"י מודה בזה וגם כי הגאון מוה' יהונתן בכרתי ופלתי הסכים לדעת חכמי ספרדים וכ' ברוך שבחר בהם ובמשנתם ובקונטריס כללי חזקה אשר לי בארתי בפרט הזה באורך וכאן אני מקצר ועולה דבנ"ד שהפוסקים רובם ככולם סוברים דהרי את אינו מעכב בגט רק הרמב"ן ז"ל מסתפק בדבר וכתב שקרוב בעיני שאף אם נישאת תצא וחלילה לנו להקל נגד מורא מקדשו וכבודו כי הוא יותר גדול ממה שכח הקולמוס יכול לסבול מ"מ בהא דאיכא למימר נמי דאין כאן חסרון אפילו באות הלמ"ד לפי שהוא מצטרף ע"י קריאת התינוק נראה שגם הרמב"ן מודה שאין להחמיר במקום עיגון. ולדידי צ"ע על מ"ש הרמב"ן בחידושיו טעמא למה הוצרכו לכתוב למהך משום דל' מותרת לכל אדם משמע שתהיה פנויה ומותרת לכל ולא שתנשא לאחד ותאסר לכולם ולהוציא מערעור זה כותבין שניהם אבל אם נאמר דלר"י אין כותבין אלא למהך להתנסבא למה לא אמרו לאשתרויי לכל גבר די תצייבין א"ו צריך למכתב והרי את מותרת כו' ועיין ברשב"א ולדידי צ"ע דאי משום הא לא אריא דלפום הך סברא שכתב הרמב"ן דלכך איצטריך להתנסבא לומר שתהיה מותרת גם להנשא לאיש אחד ותאסר לכולם וכ"כ הר"ן א"כ מאי קשיא ליה דהו"ל למינקט לאישתרויי הא אי הוי נקט הכי ה"א שתהיה פנויה מותרת לכל ולכך נקט להתנסבא לומר שתהיה מותרת להנשא לאיש אחד ותאסר לכולם ומ"מ אין להכריח מזה דלהתנסבא ממעט זנות וצ"ע:

והנה בעה"ע והרשב"א כתבו עוד ראיה שאין צריך והרי את מותרת דהא כתיב ביה ודין די יהווי ליכי מנאי גט פטורין כו' וה"ל כמאן דאמר הרי את מגורשת וגרסינן בקדושין הרי את מגורשת הרי את מותרת לכל אדם ה"ז מגורשת ע"ש וא"כ אפשר דגם הרמב"ן מודה בזה היכי דכתב ביה הכי אלא שלשונו משמע דבכל גווני קאמר. שוב מצאתי בפר"ח הל' גיטין סימן קכ"ה ס"ק ל"ט שכתב שיש לחוש לדברי הרמב"ן להחמיר וה"ל ספק מגורשת ומיהו אי כתב בתר הכי ספר תרוכין כו' ה"ל כוהרי את מותרת לכל אדם דמהני לכ"ע ואפילו תימא דהרמב"ן פליג בהא וכמו שנראה מל' הרשב"א בחידושיו ומל' ה"ה אין טעם כלל לסברא זו כו' באופן שבזה אין לחו' לסברת הרמב"ן כי הוא סברא זרה והעיקר כדכתיבנא עכ"ל:

ומצאתי בספר ג"פ שכתב ג"כ שהעיטור והרשב"א כתבו ראיה זו משום דכתב ביה ספר תרוכין כו' ולא מצאתי מי שקרא ערעור על ראיה זו ולדינא מסיק שם דאם כבר נתגרשה והוא מקום עיגון שא"א להשיג גט אחר יכולין לסמוך על רוב הפוסקים ועוד דיש כאן ס"ס דהא אפילו באמר חוץ מזנותך הוא איבעיא דלא איפשטא כו' ושמחתי שכוונתי ת"ל לדעתו ז"ל ואף שהוא לא כתב להתיר כ"א בשכבר נתגרשה לענ"ד אין לחלק בכך דשעת הדחק גדול כנ"ד כדיעבד דמי וכמ"ש ב"ש בדוכתי טובי. וגם דהוא ז"ל מיירי היכא שלא כתב כלל הרי את מותרת כו' משא"כ כאן שהרי נכתב לפנינו אלא שיש הפסק בלמ"ד וכבר כתבתי דאיכא רבוותא טובי דמכשרי בהא וגם י"ל דמידי הוא טעמא אלא משום ערעור דבעל שיוכל לערער ולומר שהיתה הכוונה חוץ מזנות וכאן כיון שבאמת נכתב והרי את מותרת ע"פ ציווי הבעל אלא שיש הפסק בלמד למאי ניחו' לה ועוד י"ל דאף אם לא כתב תיבת לכל אדם אפשר דשרי אף להרמב"ן דלא גרע מאומר הרי את מקודשת ולא אמר לי דאם עסוקין באותו ענין מקודשת וכאן אין לך עסוקין בא"ע גדול מזה והגאון אב"ד בהיתרא קא מהפך מטעם דאף אם לא כתב לכל אדם הו"ל ידים מוכיחות דהא ע"כ אין הכוונה שהיא מותרת לו לבדו שא"כ למה נותן לה הגט כלל כו' והאריך בזה אבל צ"ל כיון דמטעם דחיישינן שמא כיון לשייר זנות ולא התיר רק להתנסבא א"כ אף אם לא כתב לכל אדם מה יושיענו ידים מוכיחות אי עסוקין בא"ע דהא אין כאן מוכיח ישית יד על התרתו לזנות ועוד יש לפקפק בענין ידים מוכיחות לפמ"ש מהרי"ט ז"ל בתשובה סימן קל"ח דכל שאין הל' מוכיח מצד עצמו אע"פ שהוא מוכרח שפירושו כן מחמת ענין אחר אין זה ידים מוכיחות והביא ראיה מהא דאמרינן כנדרי רשעים כו' כגון דאמר הריני עלי והמינו ופריך דילמא ממנו דאכילנא קאמר ומאי פריך הא ליכא לספוקי בהכי דמדאמר הריני נזיר ועלי קרבן מוכח דלא בעי למיכלי' שהרי אסרו עליו אלא דכיון דזה הלשון דהמינו עצמו לא מוכח דהוי יד לא מהני אע"פ שדבר אחר מוכיח עליו כו' ע"כ וכ"כ מהרי"ט שם בחידושיו לקידושין ונ"ל נמי להא דמיא ע"ש שהביא ראיה ג"כ ממ"ש הר"ן בריש נדרים גבי גט דאין זה ידים מוכיחות דאיהו היא דמגרשה רק שענין מוכיח כן בעצמו:

אך לענ"ד יש לדחות ראייתו לפי פי' הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והרא"ש שם ואף לפרש"י אינו מוכרח ואין כאן מקומו להאריך וקצת יש ראיה להיפוך ממ"ש בריש נזיר הרי עלי צפרין כו' ודלמא צפורי מצורע קאמר ופירשו התוס' דיותר יש לנו לומר שכוונתו על צפורי מצורע משום דנזירות טריחא ליה וחמיר עליו לקבל ומשני כשנזיר עובר

לפניו משום דאהא לשון קצר שדרך ב"א לקצר ולשון הרי את מותרת משמע שבא לומר שעכשיו היא מותרת ממה שהיה אסור עליה עד עתה וא"כ שפיר הוי ידים מוכיחות:
אך לענ"ד צ"ע בדין זה אם לא כתב תיבת לכל אדם מהא דאמרינן בקידושין דף ה' אמר שמואל בקידושין כו' וכן בגירושין נתן לה ואמר הרי את משולחת הרי את מגורשת הרי את מותרת לכ"א ה"ז מגורשת ובעי ר"פ התם למימר דשמואל ס"ל ידים שא"מ הויין ידים ואפ"ה קאמר דוקא לכ"א וה"ל לאשמועינן דאף באמר הרי את מותרת לחוד נמי מהני אע"כ בדלא אמר לכל אדם אפילו ידים שאינם מוכיחות לא הוי ולפי זה צריך לומר דגרועי גרעיה כשאמר הרי את מותרת לחוד דהא קי"ל דבשעת נתינת הגט אף באומר ה"ז גיטך סגי ואפשר דאה"נ דאם אומר הרי את מותרת בלחוד יש בלשון הזה במשמע שהיא מותרת לאחר ואין חל עליה איסור אבל מ"מ האחר אינו מותר בה שלא הפקיע האיסור שחל על האחר מחמת שהיתה אשתו רק ממנה הפקיע האיסור וא"כ בכה"ג לא הוי גירושין דאין זה כריתות ואפשר לומר דלפי מאי דמסיק דאמר ליה א"כ ה"ה בגירושין מיירי דאמר ממנו וס"ל דידים שא"מ לא הוי ידים ובעינן מוכיחות דווקא נקט בלישניה הרי את מותרת לכל אדם דאע"ג בלא תיבת לכ"א נמי מהני דהוא י"מ נקט הכי לשופרא דלישנא אך לפי מאי דס"ד דבידים שא"מ מיירי שמואל א"כ הרי את מותרת לחוד סגי דלא שייך שופרא דלישנא כיון שבא להשמיענו דין לשונות הסתומים שצריך לפרשם ע"פ ידים שא"מ וצ"ע:
ולכאורה יש לפקפק בנ"ד אחרי אשר נהרס ונדש מגדל הפורח באויר והוא צואר הלמ"ד וכמות שהוא נכתב הוא נקרא הרי את מותרת בכ"א וטעות שהוא משנה משמעות הענין לגריעותא יש בו חומרא יתירה כמש"ל מהריב"ל ח"ג סימן ס"ט ע"ש. אך י"ל דזה לא מקרי שינוי הענין לגריעותא דכיון דאהיתרא קמהדר יש לפרשו שהיא מותרת בכל אדם שהם מותרים דהיינו נשים פנויות וזכר לדבר בבכורות דף ל"א בראשונה היה אומרים חבר ונעשה גבאי כו' חזרו לומר פירוש הרי הוא ככל אדם והיינו כל אדם הכשרים אף ע"ג דאיכא נמי פסולים על הרוב הוא מדבר וה"נ רוב נשים בחזקת פנויות עומדות וגם י"ל דהתם מיירי מהריב"ל היכא שנכתב בטעות משא"כ כאן שהכל יודעים שנכתב בכשרות והכוונה שתהיה מותרת לכ"א אלא שמחמת סיבה נתקלקל שהרי צוואר הלמד תלוי ועומד אין לחוש בזה לשינוי לגריעותא והוי כאלו יש ט"ס הניכר כגון שלא כתב שי"ן של תיבת בששי וכיוצא בזה שכתב המרדכי שא"צ קיום כיון שהוא ט"ס הניכר ומצאתי בשו"ת עבודת הגרשוני סימן מ"ם בענין שהיו"ד של אות אל"ף בתיבת אדם לא נגעה בגוף הא' ומדבריו מבואר להכשיר במקום עיגון בכה"ג אך רצה לצדד דאף שלא

במקום עיגון הוה כשר דתיבת אדם הוי טופס כיון שא"צ לכתוב רק כדי לומר שמתירה גם לזנות אם כן אף אם לא נכתב תיבת אדם רק מותרת לכל הוה נמי משמע שמתירה לזנות עכ"ל:

ומדבריו משמע דעכ"פ דתיבת לכל הוי מן התורף אליבא דהרמב"ן וכ"נ לכאורה ממ"ש לעיל שהרמב"ן והר"ן כתבו דלכך איצטריך למהך להתנסבא דסד"א מ"ש הרי את היינו שרוצה שתהיה פנויה ומותרת לכל ואם נימא שא"צ תיבת לכ"א הו"ל לתקוני לכתוב הרי את מותרת לחוד דעכ"פ נלמוד מזה שמתירה אף לזנות וממילא שלא היה צריך לכתוב למהך להתנסבא אע"כ דבלא תיבת לכ"א אין כאן ידים מוכיחות ויש לדחות דתקנו לכתוב לכ"א משום שופרא דלישנא וכמ"ש הגאון אב"ד נ"י וממילא שהוצרכו לתקן לכתוב למהך להתנסבא:

שוב מצאתי בשו"ת נודע ביהודה חלק אה"ע סימן פ"ה בעובדא שנתקלקל הרי"ש ממילת מותרת ונעשה ממנו תי"ו וכתב כמעט בכל החזיון הזה שיש להקל אף להרמב"ן משום ס"ס ספק שמא לא כיון לשייר בזנות ואת"ל כיון הא הוי איבעיא דלא איפשטא ואפילו נימא דס"ס לא מהני בחזקת איסור מ"מ בגט שנכתב מעקר' כהוגן ונתקלקל אח"כ הרי אנו רואין שלא שייר הבעל או הסופר וממילא הוא נכלל בכלל להתנסבא ואם כן שוב לא נחשב והרי את מותרת מן התורף וק"ו בנ"ד שאכתי ניכר לרוב ותינוק ג"כ קורא מותרת שיש לסמוך להקל עכ"ל:

ושמחתי כמוצא שלל רב שעכשיו יש לנו גאון מובהק עמוד גדול לסמוך עליו. אך מ"ש להוכיח דהרמב"ן מיירי דווקא היכי דאתי בעל ומערער דאל"כ איך כתב שקרוב לומר דאף אם נישאת תצא הא הוי ס"ס. אין נראה לענ"ד מלשון הרמב"ן בחידושיו וכן מבואר ממה שמסיים שם וקרוב אני לומר שאף אם נשאת תצא שזהו גופא של גט כו' אלמא דבהאי טעמא אתי עלה. ומה שהקשה דהוי ס"ס נראה לענ"ד דהרמב"ן סובר כיון שתיקנו חכמים שיכתוב הרי את כו' וזהו גופו של גט אם לא כתבו הו"ל משנה מטבע שטבעו חכמים בניטין ונהי דלא קי"ל כר"מ מ"מ אף לרבנן דס"ל אין הוולד ממזר מ"מ תצא כמ"ש הרמב"ן שם דף פ"ו אהא דפריך והאיכא גט קרח התם תצא כו' ש"מ דכל גט דאמרינן ביה פסול אף שהוא פסול מדבריהם אם נישאת תצא כו' ע"ש באורך אלא שאחר כך הביא דעת ר"ה גאון דס"ל דבכה"ג לא תצא וכתב שבטלה דעתו אצל דעתו ז"ל ואפשר שלכך כתב וקרוב אני לומר כו' וגם אפשר דס"ל דלא מהני ס"ס היכא דאיתחזק איסורא אך לענ"ד בכה"ג שכל הגדולים חולקים על הרמב"ן והרמב"ן גופא לא החליט הדבר שפיר הוי ס"ס ומכ"ש במקום עיגון כגוונא דנ"ד ומכ"ש לפי מ"ש שיש בזה כדי

לצרף דעת הגדולים דס"ל דגם בזה מהני קריאת תינוק ע"י צירוף החלק שלמעלה ולכן אף שיש בזה צד חומר איסור א"א צדדי ההיתר רבה עליו ומבטלו מכל הלין טעמא נלענ"ד שיש להכשיר גט זה וינתן בהסכמת חכמי העיר ואף כי השעה נחוצה עלי לחפש ולחקור בדוק היטב הדק אני סומך ידי על דברת כבוד מחותני הגאון האב"ד נ"י. חזינא לך מאיר מקמאי אומר מותר ומראה פנים. ולא עשיתי זאת אלא לפנים לענות על רב כי דבריו חביבים ונאמנים. ואמיץ כח ורב אונים יצילנו משגיונים:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד אחרי הדברים והאמת הביא לפני הציר הלז גופו של גט והצצתי וראיתי כי צוואר הלמד חלק ממנו נחלק בארכו לשנים ובמקום שנחלק אין שם רושם דיו כלל רק מקצת מן הצוואר בראשו שהוא שלם ופורח באויר ולפ"ז אין מקום לצדד כאשר כתבתי דהמאירי ודעימיא ס"ל דקריאות התינוק מצרף דאיהו מיירי שההפסק הוא כמין קו דק ולא שלטא ביה עינא של תינוק משא"כ בזה שההפסק הוא גדול כל רואיו יכירו כי הוא מובדל ומופרש לעצמו ואין קריאת תינוק מועיל בזה לכ"ע ועיין בשו"ת פ"י סימן א' אך אע"פ כן מזכה אני במקומי מחמת כל הלין טעמא דאמרן כדאי הם לסמוך עליהם בשעת הדחק ועיגון כזה. גם הלום ראיתי עוד ראיה אחת אשר ממנו נקח דהאידנא נהוג עלמא דלא כהרמב"ן בזה שהרי הרמב"ן שם אחר שכתב וסוגיין דעלמא שכותבין הרי את כו' כתב וז"ל ומ"מ אני דן אם יש במשמעות להתנסבא ולא בזנות מה הועיל לר"י ודן אמרי בגט זה התירוהו בנשואין ובדבורא לכל אדם (ר"ל לזנות שהיא מותרת לכל אדם) ואם נאמר שהרי את בגיטא משמע דכתבינן ליה בתר ודן מ"מ למה כותבין למהך וס"ל דלישנא דגיטא היא אגרת שבוקין כו' ועוד דלשון מותרת לכ"א משמע שהיא פנויה כו' ע"ש ועכ"פ למדנו מדבריו דלפי שטתו דלהתנסבא אין זנות בכלל צריך למכתב הרי את מותרת בתר ודן כמ"ש הרמב"ן להדיא דכתבינן ליה בתר ודן וכיון שאנו נוהגין כן וכל טופסי גיטין שלנו כותבין והרי את כו' קודם ודין וגם למהך להתנסבא קודם ואין חוששין דילמא בדבור גרשה בין מזנות בין מנשואין ודקאמר ודן כו' היינו על נשואין לבד אע"כ כיון שכתבו אגרת שבוקין כו' סגי בהכי וכמ"ש בעה"ע והרשב"א והכי משמע גם מתשובה הא' של הרמב"ן אלא שתירוצו אינו מובן לי לפום ריהטא וצ"ע:

שאלה קיד

משיב דברים נכוחים. ערבים כעולות מחים. כריח השדה מריחים. ה"ה כבוד אהו' מחו' ידיד עליון הרב הגאון הגדול החריף הבקי המפורסם כש"ת מוה' מנחם מענדיל נ"י לנצח:

אחד"ש כל"ש נמצאו דבריו אשר ערך בנידון הגט בע"כ (ואוכלי') והנה הדבר אשר כבר עבר דבר שפתים עצה וגבורה אך למותר מה דהוה הוה ואין לנו לראות אלא את המעשה הצריכה לשעתה אי אהנו מעשיו או לא ובמה דסיים מכ"ת אפתח והנה מכ"ת הביא ראיה מגיטין בהא דלא תלקט לעני ולפ"ז אדרבה מדברי התוספת שהוצרכו לתרץ משום דכתיב תעזוב אותם מוכח איפכא אך לע"ד ההוא דהתם אינו ענין לשלד"ע כלל דע"כ לא אמרינן הכא דאין שלד"ע אלא אם גוף המעשה היא העבירה משא"כ היכא שהמעשה אשר יעשה אין בו איסור רק שהעבירה הוא שאסור לו לאיש הזה להיות שליח על מעשה זו אם נימא דכל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני גם בזה מהני השליחות כיון דעל גוף הלקיטה אין כאן איסור רק האיסור שלא להיות נעשה שליח לחבירו דוגמא למ"ש חז"ל אשר לא טוב עשה זה הבא בהרשאה והלכך כיון דאי עביד מהני שפיר הוה זכי לחבריה בלקיטה זו אי לאו דכתיב תעזוב אותם וכמ"ש התוספות וזה מבואר דהא בכהן שאמר לישראל צא וקדש כו' או באמר לאשה אקפי לי קטן דאמרינן כיון דשליח לאו בר חיובא מחייב שלוחו אע"ג דהשליח הוא מוזהר שלא לעשות השליחות מחמת לפני עור כמ"ש התוס' שם ואפ"ה אין השליחות מתבטל בשביל כן כיון דמצד העבירה שפיר חל השליחות רק מצד שאסור לו לעשות השליחות ובזה לא אמרינן אין שלד"ע וכן בכל הני דאמרי' יש שלד"ע כגון מעילה ושחוטי חוץ וטביחה אע"ג דרבי רחמנא מ"מ בעינן שלא יתערב איסור אחר וא"כ נימא דדוקא היכא שאין על השליח משום לפני עור כגון שיכול לעשות בעצמו או ע"י אחר שסיפק בידו לעשות משא"כ בקאי בתרי עברי נהרא שיש בו משום לפני עור מתבטל השליחות ובאמת מוכח בש"ע ופוסקים שאין לחלק בכך וע"כ כמ"ש דלא איכפת לן בעבירה של גוף השליחות כלל רק אם העבירה בגוף המעשה:

וראיתי בפ"י כתובות דף פ"ד כתב הטעם דתופס לבע"ח לא מהני שליח דהוי ד"ע שאם לא יתפוס זה נפסוק הדין שינתנו לכושל שבהם ואין שלד"ע ולענ"ד ז"א מטעם שכתבתי דאין מעשה התפיסה בעצמה עבירה כלל שהרי אם הבע"ח בעצמו היה תופס אין כאן דררא דאיסורא כלל רק העבירה הוא על שליחותו של זה ובכה"ג לא אמרינן אין שלד"ע כלל ומצאתי בקצה"ח סימן ק"ה שהביא ג"כ דברי הפ"י והשיג עליו דהיכא דאין העבירה על המשלח רק על שליח לא אמרינן אין שלד"ע ודוקא כגון כהן שאמר צא וקדש כו' דעבירת המשלח הוא ומביא ראיה מהך דגיטין גבי לא תלקט שמדברי התוס' מוכח דעל עבירת שליח לא אמרינן אין שלד"ע ע"ש ובאמת מצינו גבי צא והרוג הנפש והשולח בעירה וכל הני דקידושין שהוא עבירת השליח ואמרינן אין שלד"ע ואפשר כוונתו כמ"ש דהיכא שהוא עבירת השליח דהיינו שאין המעשה אסור רק השליחות אסור לא אמרינן

אין שלד"ע שיתבטל השליחות בשביל זה אלא דלפי זה לכאורה דברי הפ"י נכונים לדינא ולאו מטעמיה אלא דכיון שיש בזה דבר עבירה אית לן למימר דאי עביד לא מהני ובגיטין א"ש דשם קיימו התוס' למ"ד אי עביד מהני משא"כ אנן לדידן דקי"ל כמ"ד לא מהני א"כ י"ל דמה"ט לא מהני תופס לבע"ח אלא דלפ"ז הדק"ל דבכל הני דאמרינן בהו יש שלד"ע יש איסור על השליח לעשות השליחות זה משום דעבר אלפני עור וא"כ נימא דאי עביד לא מהני ולכן נלענ"ד דודאי כל היכא דאמרינן יש שליחות הרי יד השליח כיד המשלח ואנו דנין כאלו יד המשלח עשתה זאת ולפ"ז ל"ש לומר על עבירת השליח אי עביד לא מהני דבאמת אין מעשה זו של השליח רק של המשלח ואע"ג דהשליח עבר מחמת זה על לפני עור א"א למהדר עובדא מחמת זה והרי זה כאומר צא והרוג הנפש וכיוצא דא"א לומר דאי עביד לא מהני דהאיסור ליתא בחזרה וה"נ דכוותה דהך עובדא דעביד שליח היא כאילו עשאה המשלח בגרמתו של שליח. וליתא בחזרה משא"כ בהא דלא תלקט שהוזהר על הדבר בעצמו שלא ילקט לעני פשיטא דשפיר תלוי בפלוגתא דאי עביד לא מהני אך בהא דתופס לבע"ח ולעני שאינו ענין כלל לא לשלד"ע ולא להא דאי עביד לא מהני דע"כ לא שייך למימר הכי אלא אם עכ"פ יש כאן דבר עבירה בקיום השליחות ואף אם נאמר שהשליחות מועיל מידי עבירה לא יצאנו משא"כ בזה שאם נאמר שיש שליחות וידו כיד הבעלים דהוי כאילו הבעלים בעצמם הם התופסים והרי הם רשאים לתפוס ואין כאן דבר עבירה כלל וא"כ אדרבה אמרינן שלוחו של אדם כמותו כמו בכל התורה ויש שליחות ואין עבירה כלל והדברים ברורים לענ"ד ובעיקר טעמא דתופס לבע"ח לא מהני שליח אבאר לקמן בזה:

אך בלא"ה נלענ"ד שאין ראיה מהתוספות דגיטין שלא תירצו משום דאין שלד"ע דא"כ אכתי קשה למ"ד מעני לעני מחלוקת ליזכי לנפשיה ולמה יתנו לעני הנמצא ראשון וכן הקשו באמת המפורשים אך דא"ש לפי מה דאמרינן ביומא דף ל"ו דפליגי ר"ע וריה"ג אי תעזוב השתא משמע והוי ליה לאו הניתק לעשה שהזהירה התורה לא תלקט ואם עבר וליקט מחויב לעזוב אותם לעני ולגר וכן פסק הרמב"ם וכתב דאם אבד או נשרף לוקה וא"כ כיון דדרשינן לא תלקט בשביל העני ועבר בלאו ותיקון הלאו הוא תעזוב אותם והך תעזוב אותם פירושא שיניח לעניים אחרים כמו שמתפרש פשיטו של קרא לפי מה דאמרינן תעזוב השתא משמע שאם לקט הוא מחויב להניח לעניים א"א לחצאין ומתפרש ג"כ ע"ז הדרך כשלקט בשביל העני צריך לתקן הלאו לעזבו לעני ולגר א"כ אין חילוק בין הוא עצמו עני או לאו וא"ש טפי תירוץ התוס' שכתבו משום דכתיב תעזוב אותם דקושית התוספות אליבא דאביי דס"ל אי עביד מהני ואביי מתרץ התם ביומא

תעזוב השתא משמע ולפיכך צריך ליתן לעני אחר משא"כ אם נימא משום אין שלד"ע היה יכול לזכות בעצמו אם הוא עני:

ועפ"ז יש לישב עוד בסוגי' שם ואין להאריך הלום ראיתי להגאון בעל נ"ב ז"ל בחאה"ע סי' ב' שכתב דלפי סברת הרא"ש בתופס לבע"ח אפילו עשאו שליח לא מהני משום דלאו כל כמיניה למשויה שליח לחוב לאחריני ובזה אמרתי דין חדש דאף קודם חרגמ"ה א"א לגרש בע"כ על ידי שליח דא"א לשוי' שליח לחוב האשה כו' ע"ש והדברים מתמיהים מאד מכמה מקומות ולהדיא אמרינן בגיטין דף יו"ד בשליח בע"כ דבגירושין איתא ועיין דף כ"ב ועל גוף הסברא יש לתמוה דלפי"ז גט על ידי שליח היכא משכחת לה שהרי סתמא דמלתא חוב הוא לה ואפילו היתה צווחת להתגרש וא"כ איך זה נעשה שליח לחוב לה ואף שעתה קיבלה הגט ברצונה מ"מ נימא דעתה הוא דיהבא דעתה להתגרש וכמ"ש הנ"ב שם ג"כ ועיין בתוס' בשם הירושלמי וא"כ בשעת שליחות היה חוב לה ולאו כל כמיניה לשוי' שליח וא"כ לא משכחת לה רק בעמדה שם בשעה שעשה זה לשליח ונתרצית והדבר ברור שז"א ומתניתין היא המביא גט ממדה"י וכל הש"ס מלא מזה שיכול לעשות שליח גט בלא ידיעתה ומעשים בכל יום אלא ודאי שז"א דודאי שפיר מצי משוי שליח אף לחובתה וכדי לבאר מה בין זה לתופס לבע"ח צריך אני לבאר מ"ש בש"ע ח"מ סימן קכ"ה דבמתנה אפילו עשאו שליח לקבל המתנה לא אמרי' תן כזכי והוא מדברי הטור והב"י לא כתב מקום ומוצא לדין זה ובבאר הגולה כתב שהוא ממתניתין אם אמר אי אפשי כו' ובאמת אין זה ראיה כלל דהא להדיא אמר אי אפשי וטפי הו"ל לאתויי מהש"ס התם דאי הולך לאו כזכי הוה עקירה לשליחות דידה וכמ"ש הסמ"ע וגם זה צ"ע והפ"י הביא דברי הש"ע וכתב ולא ידעתי מאין הוציא זה דלכל הטעמים שכתבו הקדמונים דבמתנה תן לאו כזכי משמע דבעשאו שליח לא שייכי הנך טעמי עכ"ל ע"ש בגיטין דף י"א:

אך לענ"ד ברור שמקור הדין נובע מהירושלמי פ' האומר התקבל דקאמר ר"ז בעי קומו ר' מנא אף אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ע"ש וביאר הדברים הוא דס"ל להירושלמי דע"כ לא ילפינן בכל התורה שלוחו שא"כ אלא שזה נעשה כיד הבעלים בדבר שהוא שלו כגון לתרום ולשחוט פסח ולקדש ולגרש משא"כ לעשות שליח לקבל איזה דבר מחבירו מה שעדיין אינו שלו אין ע"ז שם שליחות כלל ואף על גב דבגט היא עושה שליח לקבלה תמן התורה זיכתה לה כו' לפי"ז צ"ל בהא דאשכחן במתנה שמהני זיכוי על ידי אחר וזכיה מתורת שליחות אלמא דמהני שיהיה נעשה שליח על דבר שאינו שלו היינו היכא שאין שליחות זה לחוב לשום אדם הוי כנעשה שליח על דבר שלו כיון

שזה רוצה לזכותו במתנה משא"כ בהולך כיון שבלשון הולך לא נכלל זכיה רק מצד שזה עשאו שליח לזכות והדבר חוב לנותן שלא יוכל לחזור בו אז לא מהני שליחות דידיה וא"צ למ"ש הסמ"ע דהולך הוי עקירה אלא אף רבי דס"ל בגט לא יחזור מ"מ במתנה מודה דחוזר דלאו כל כמיניה של המקבל לעשות זה לשליח על דבר שאינו שלו לחוב לנותן שלא יוכל לחזור בו ולפ"ז א"ש גם גבי תופס לבע"ח שאין מועיל שליחות דכל כמה דלא תפיס לאו דידיה הוא ואין אדם עושה שליח לקבל מה שאינו שלו לחוב באחרים ובתורת זכיה נמי לא מצי אתי לחוב לאחריני והן הן דברי הרא"ש דבתופס לבע"ח לאו כל כמיניה למשוי שליח לחוב לאחריני ומה שהקשה הפ"י הא אשכחן שליחות לחוב לאחריני בגירושין וקידושין כו' לק"מ דבאמת גם הרא"ש מודה בזה דיש בזה תורת שליחות דלא גרע מאומר לחבירו צא והרוג את הנפש או השולח את הבעירה וכה"ג דאי לאו דאין שלד"ע הוה אמרינן שלוחו של אדם כמותו וכן הוא באמת לשמאי וכן בטביחה ושליחות יד ע"י שליח אף ע"ג שהוא חוב לאחרים מ"מ אמרינן שלוחו של אדם כמותו ואין נראה לחלק בזה רק הרא"ש רוצה לומר במקום שזה בא לזכות בדבר שאינו שלו והוא חוב לאחרים לא מצי האי למשויה שליח שיזכה בשבילו בדבר זה ושאני גט לקבלה שיכול השליח לקבל ואין יכול להחזיר דכיון שזכתה לה תורה הו"ל כשליח לקבל דבר שלה ואינו כחוב לאחרים כלל משא"כ כששולח לקבל דבר שאינו שלו הוי חוב אם בא לזכות בתורת שליחות של זה ואינו כלום ולפ"ז כיון דגלי לן קרא בגט שיכול לגרשה בע"כ אין בזה דין חוב כלל שזה זכתה לו תורה לגרשה בע"כ והרי הוא בזה כאדם העושה בשלו ושפיר הוא יכול לעשו' שליח ועוד דהא דעוש' שליח ילפינן מושלח' והא דמגרש' ע"כ נמי מושלחה נ"ל דמשמע אף בע"כ וכמ"ש בהגהת פרישה ובב"ח שם כ' דכיון דגבי גט גלי קרא והיה אם לא תמצא חן בעיניו כו' שאין מוציא אלא לרצונו מכלל דבדיד' אף בע"כ נראה דלא ניחא ליה להב"ח למימר דושלחה היינו בע"כ ולענ"ד פשוט דמוכח מדגלי קרא גבי אונס לא יוכל לשלחה כו' והתם נמי מדעתה יכול לגרשה אלא ודאי דבע"כ קאמר מכלל דבעלמא אפילו בע"כ ואין להאריך ולפי מ"ש בטעמא דהרא"ש דלא מהני שליח גבי תופס לבע"ח יש מקום ליישב מה שהקשו התוס' על רש"י בב"מ דס"ל דמהני עשאו שליח מעובדא דיימר בר חשו והרא"ש הקשה גם כן ממתניתין דקתני ואמר תנה לי כו' ע"ש ולפי מ"ש י"ל בהא דיימר בר חשו דהתם אמרינן דאי לא תפיס ינתנו ליורשים או לכושל רק אם תפס הבע"ח לא מפקינן מיניה ולפי זה כל כמה דלא תפס לאו דידיה הוא ואין חל ע"ז תורת שליחות כלל דהוה כעושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ואין כאן לדון רק מתורת זכייה דהיינו בשעה שהוא תופס יועיל תפיסתו בשביל

חבירו וזה לא מהני שהרי הוא חב לאחרים ולפי זה א"ש גם במתניתין דקתני תנה לי וקס"ד דהטעם משום דהמגבי' מ"ל לק"ח ואף על גב דעשאו שליח מ"מ לא מהני שליחות בדבר שאינו שלו משא"כ בהאי דתופס לבע"ח שפירש"י שיש לו נושים הרבה ואחד מבקשו לתפוס קודם ע"ז שפיר כת' רש"י שלא עשאו הנושה שליח דאם עשאו שליח מהני וטעמא דמלתא שהרי כבר כתבתי בשם הירושלמי דבגט מהני כיון שמקבלת דבר שלה ור"ל דאי הוי יד השליח כיד האשה ממש ואע"פ שזה אמר הולך והיינו שיגיע ליד האשה מ"מ כיון דשפיר חל שליחות שלה לקבלה הוי כאלו קיבלה האשה בעצמה ולפי זה גבי נושים הרבה כל כמה דלא תפיס חד מינייהו ברשותא דכולהו קאי וגם לזה המשלח יש לו חלק בו לפ"ע החוב המגיע לו וע"ז בודאי שפיר מועיל השליחות שהרי הוא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלו ולענין זה הוי יד השליח כיד הבעלים ואנו דנין כאלו הבעלים בעצמם הם התופסים ואם כן אף לענין שאר הממון שתפס אע"ג שלענין זה לא חל השליחות מ"מ שפיר מועיל תפיסתו דאמרינן ביה מיגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה דלענין זה החלק הו"ל כאלו הוא הבעלים וזוכה בו לעצמו ולענין השאר זכה בו ג"כ לבעלים מטעם מיגו ושפיר כתב רש"י בזה דמהני אם עשאו שליח:

וראיתי בקצה"ח סימן קפ"ב הביא גם כן דברי הנ"ב בזה וכ' דדמי למ"ש בש"ע סימן ק"ה אם אמר הלוה זכה כו' לענ"ד יש לדחות דמיונו רק הסברא אמת כיון שהתורה נתנה לו רשות לגרש בע"כ יכול לעשות שליח וכמש"ל ותופס לבע"ח שאני שעושה שליחו על דבר שאינו שלו וכמש"ל מדברי הירושלמי ובהכי א"ש גם מ"ש קודם לזה לדחות דברי הנ"ב במה שדחה ראיות הגאון מהמבורג משחרור ומפירות שביעית משום דהו"ל שלוחו של העבד ושל המתקדשת וע"ז כתב שז"א לפי מ"ש התוספ' בב"מ דף ע"ב דנהי שאם היה העכו"ם מפקיר מעותיו היה יכול לזכות לחבירו השתא מיהת שאינו מפקירין אלא בא לזכות ללוה ע"י זה אין לו כח לזכות כו' ולפי מ"ש א"ש דדברי התוס' הם דברי הירושלמי שאין מועיל שליחותו של זה בממון שאינו שלו אלא הוא נעשה שלוחו של המזכה לזכות לזה ומ"מ א"ש גבי שחרור דהתורה זיכתה לעבד שיעשה שליח לקבל גיטו כמבואר בקידושין דף כ"ג דאף לרשב"א דאיהו גופיה לא מצי לקבל גיטיה שליח משוי דילפינן לה לה מאשה אם כן פשיטא דשליח העבד הוא כמו שליח הגט דאשה ובהכי א"ש גם מעשה דהי' נשים שקידש בפירות שביעית משום דבשליחות קידושין שהתורה זיכתה אותה לעשות שליח לקבל קידושין הוי כעושה שליח על דבר שהוא שלה ומ"ש בקצה"ח שם ליישב הא דפירות שביעית ע"פ דברי רש"י בב"מ דף י"ח בשנים שגנבו דאף אם הוא שלד"ע אמרינן מיגו דזכי כו' הוא תמוה דהתם בב' שגנבו שגם

השליח בעצמו עושה איסור אמרינן מיגו דזכי לנפשיה מה שא"כ בזה דאיהו לא עבדה איסור' כמ"ש בנ"ב דהא אין איסור לקוח מפירות שביעית. לצורך אכילה ועיקר ביטול השליחות הוא מצד שעבירה הוא ביד המשלח ובזה אין השליחות מועיל אע"פ שזיכה לעצמו דאיהו בהיתרא זכי משא"כ לגבי אחרים הוי שלד"ע:

ועוד י"ל דהתם הכי קאמרינן מיגו דמועיל הגבהה זו לגבי דנפשיה שהרי אם נאמר שהגבהתו לדעת חבירו אינו מועיל אם כן הו"ל כחציו מונח ע"ג קרקע ולא קנה כלל וכיון דמהני לענין שיועיל הגבהתו לענין קניות עצמו הוא מועיל ג"כ לענין שיקנה חבירו משא"כ בזה שהפירות שבכלכלה המגיעים לחלקה לא אגידו בפירות המגיעים לחלק האחרות ול"ש מיגו דזכי לנפשיה ועיין באו"ת סימן ק"ה במ"ש על הש"ך בענין אם חייב גם לתופס ע"ש ועיין בשיטה מקובצת ב"מ בסוגיא דראה אותן רצין שכתב בשם הר"ן לענין חצר דא"א לומר מטעם שליחות שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון וגם למ"ד המגביה מציאה לחבירו ק"ח אינו מתורת שליחות רק משום מגו דזכי כו' ודברים אילו הובאו בנ"י שם בשם הר"ן בקצרה ע"ש וצ"ל דמ"ש התוספות דבמציאה והפקר יכול לזכות היינו משום מיגו דזכי כו' ולקצר אני צריך:

והנה לכאורה בלא"ה יש פקפוק על מ"ש הנ"ב לתרץ משחרור ששם אינו שליח האדון רק שליח העבד ומטעם זכיה דזה ניחא לשיטת התוספות משא"כ לשיטת הרי"ף והרמב"ם דאינו רק שליח להולכה רק דהשליח זכה בגט זה לענין דלא מצי למהדר ביה כיון דהוא עצמו אמר תן גלי דעתיה שאין זה חובתו ואין זה בכלל תופס לבע"ח וכמ"ש הפ"י גבי כל האומר תן כו'. וא"ל שלעולם הוא נעשה שליח לקבלה רק דהוה כמטיל תנאי שלא יהא גט עד דלימטיה לידיה כיון דאמר תנו וכן משמע מדברי הפ"י במ"ש בשיטת הרי"ף אך לענ"ד צ"ע שהרי התוס' לקמן דף מ"ה ע"ב כתבו דכל כה"ג הו"ל כטלי גיטך מע"ג קרקע ואף לפי מ"ש שם בתשובה הב' דהוי כקבלה אריכת' היינו דוקא היכא שמתגרשת עכ"פ בעודו ביד השליח כגון התם דקאמר עד דמטית למתא מחסיא מה שא"כ היכא שהתנה שיגיע לידה דוקא נפיק לי' מכלל שליחות לקבלה ועוד י"ל דאם איתא שזה נעשה שליח לקבל אף תנאו אינו כלום דכיון דאין שלד"ע ולא מצי לקיומי ע"י שליח לא מהני ביה תנאה דל"ד לתנאי דבני גד כו' וכדאי' בכתו' דף ע"ד ומכ"ש לפמ"ש במ"א דלשיטת הרי"ף זכיה לאו מטעם שליחות א"כ ע"כ שהוא שלוחו של אדון להולכה אך לכאורה י"ל כמ"ש הרשב"א פ' השולח דאחזוקי אינשי בעוברי עשה לא מחזקינן ומסתמא עביד ליה נייח נפשיה שהוא חייב לו על גמולו לשחררו והרי הוא

כמוכרו לו ואינו עובר ע"ש בדף ל"ח וכ"כ בקצה"ח אך דבאמת ז"א דהתינח לרבנן דס"ל זכות הוא לעבד שפיר איכא למימר שחייב לו על גמולו לשחררו משא"כ לר"מ דס"ל חוב הוא לעבד הגמול הוא גומל אליו לרדפו עד חובה ולשלם לו רעה תחת טובה וא"כ האיך קתני דלא יחזיר משמע בהגיע לידו מהני נימא דנתבטל השליחות וכן מקשה הנ"ב לנפשיה דמתרץ שנעשה שליח העבד שהרי לר"מ ל"ש זה והנ"ב כתב דר"מ ס"ל דלעולם בהם תעבודו רשות ומתרצא נמי קושיא זו לשיטת הרי"ף והרמב"ם:

אך דלפ"ז יש להקשות טפי שהרי התוס' הקשו כיון דתן במתנה לאו כזכי ולמה בשחרור אמרינן דהוה כזכי ותירצו דאי לא דעביד ליה נייח נפשיה לא הוה משחררו ודומה לחוב דאמרי' בי' תן כזכי והפ"י הקשה ע"ז דהא במתנה נמי אמרינן אי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה והניח בצ"ע ובאמת כבר הרגיש הרא"ש בזה בסוף פירקין ותירץ דמתנה דרך ליתן לאוהבו אע"ג דלא עביד ליה נייח נפשיה משא"כ בעבד דאי לאו דעביד נייח נפשיה טובא לא הוה משחרר ליה ועדיין צריך ביאור כי הדברים סתומים ואני אפרש דבשלמא במתנה אע"ג דמסתמא עביד ליה קצת נייח נפשו עד שנעשה אוהבו מ"מ אין זה חוב עליו עד שיתן לו מהון ביתו באהבה משא"כ בשחרור דלא מחזקינן ליה בעובר בעשה וע"כ לומר דעביד ליה נפשיה טובא עד שהוא חייב לו על כך לשלם גמולו ולעשות עמו בטובה ולשחררו וא"כ פשיטא דדמי לחוב ואמרי' ביה תן כזכי והשתא תיקשי ל"ל לר"מ למימר דלכך יכול לחזור משום דחוב הוא לעבד דאפילו תימא זכות הוא לעבד מכל מקום לא אמרינן תן כזכי דהא דמי למתנה שהרי לר"מ דס"ל דאין עובר בעשה וא"כ אצ"ל דעביד ליה נייח נפשיה שיהא כחוב והנה לשיטת הרמב"ן שתירץ לקמן דלא אמרה תורה לעולם בהם תעבודו אלא משום לא תחנם ולפי"ז לר"מ דס"ל חוב הוא לעבד ע"כ דלא אסרה תורה רק לסלק השעבוד מעל העבד ואעפ"כ עדיין מותר בשפחה כמ"ש התוס' לקמן דף מ"ב ועיין בפ"י לקמן דף ל"ח ד"ה מיתיבי שכתב ג"כ דאיכא למימר דאין איסור רק לסלק השעבוד וא"כ שפיר הוצרך ר"מ למימר טעמיה דחוב הוא לעבד דאי הוה כזכות היה עובר בעשה כיון דשייך לא תחנם והיינו מוכרחים לומר דעביד ליה נייח נפשיה ודומה לפרעון חוב וא"כ דינא הוא דלא יחזור ולכך הוצרך לטעם חוב אבל לשיטת הרשב"א קשיא כנ"ל וגם צריך ישוב מה שהקשה הפ"י לעיל דף י"ב דלמה צ"ל בגיטין טעמיא דחוב הוא לה תיפוק ליה דאפילו אי הוה זכות מכל מקום תן שלו לאו כזכי כיון דל"ש לומר דעבדה ליה נייח נפשיה בשביל כך מגרשה:

ונלענ"ד ליישב דלכאורה צריך להבין לשיטת הרי"ף והרמב"ם דמטא לידיה דוקא בעינן ולפי"ז קשה אמאי לא יחזור הא אמרינן בפ' השולח בגט שביטל חוזר ומגרש בו דנהי

דביטל לשליחותיה דשליח גט גופא מי קא מבטל וכתבו התוס' שם דהיינו שאין כוונתו רק לבטל השליחות אבל מ"מ יכול לבטל הגט מעצמו וכן הוא שיטת הרמב"ם וכתבו המפרשים טעמא משום דכיון דסגי ליה בביטול השליחות אמרינן שלא היתה כוונתו רק על השליחות לבד ולא על הגט עצמו ולפי"ז קשה אמאי לא יחזור וא"ל דמחמת תן כזכי לא מצי למהדר או תופס לבע"ח כס"ד דש"ס ולפי"ז חזירתו על השליחות לא מהני מידי א"כ אדרבה נימא שהגט עצמו בטל שהרי הוא יכול לבטל הגט עצמו כיון דמטו לידה בעינן וכ"כ הרמב"ם דכל היכא דליכא ביטל השליחות הגט עצמו בטל וצ"ל דדוקא התם דמיירי שאמר גט זה בטל הוא יש לדון כוונתו על שניהם או על הגט או על השליחות ולכן היכא דבביטל השליחות לא סגי ליה אמרי' שמבטל הגט עצמו משא"כ כאן דמיירי בל' חזרה שאומר בפירוש שהוא חוזר בו מן השליחות ולא כלל בלשונו ביטול הגט עצמו אבל באומר לשון הכולל ביטל הגט עצמו ודאי דמהני ואחרי הודיע כל זאת נראה ברור דלר"מ דסבר לעולם בהם תעבודו רשות בלא"ה הוה אמרינן תן כזכי בשחרור אי לאו משום דחוב הוא לעבד דלכאורה יש לתרץ קו' התוס' דהא שחרור כמתנה ומ"ט אמרינן בי' תן כזכי ולפמ"ש לק"מ דהרי הרמב"ן והרשב"א וכל המפורשים כתבו טעמא דבמתנה תן לאו כזכי משום דכיון דמדעתיה יהיב רוצה הוא ליתן באופן שיהא בידו לימלך ולחזור בו כשירצה וכ"ז במתנה משא"כ בשחרור שפיר אמרינן שנותן לשליח ואומר לו תן וכוונתו זכי דכיון דבלשון תן נכלל ל' זכות ג"כ וזה הוציא מת"י היה לו לפרושי וא"ל דאמדינן דעתי' שאין נותן באופן זה שא"י לחזור בו ז"א דבשחרור אם ירצה לחזור הרי בידו לבטל הגט שחרור עצמו כיון דגיטא לא הוה עד דמטי לידיה דעכ"פ עתה שרוצה לחזור בו מהשליחות לא מהני דתן כוונתו זכי אך י"ל דשפיר מקשו התוספות דכיון דקי"ל דעובר בעשה א"כ ע"כ שאינו שלוחו של האדון רק שלוחו של העבד וכיון שאמר לו תן כזכי הוא משוחרר תיכף ואף גופו של גט אינו יכול לבטל ושוב היה לנו לומר דמסתמא אין כוונתו זכי ואינו גט כלל או להיפך כיון דעכ"פ דעתו לשחררו וא"א כ"א באופן זה שיהיה שליח לקבלה וישתחרר מיד מסתמא ע"ד כן נתן לו וא"כ אפילו לאחר מיתה יתנו. וע"כ צ"ל כתי' התוספות דאמרינן אי לאו דעביד ליה נייח נפשה כו' ואינו עובר בעשה ושפיר י"ל שנעשה שלוחו של האדון להולכה ולכן לא הוה גיטא עד דמטי לידיה וכשיטת הרי"ף ז"ל:

ולפ"ז לא תיקשי כנ"ל דלר"מ דס"ל רשות ע"כ הוצרך לומר טעמא דחוב הוא לעבד דבלאו האי טעמא דעביד ליה נייח נפשי' ל"ד למתנה דאמרינן שנתן לו באופן שלא יוכל לבטל השליחות דאין כאן אומדן דעתא שנותן לו באופן שיוכל לחזור בו דכיון דלדידיה רשות

הוא ול"ש אין שלד"ע ושפיר נעשה שלוחו של האדון להולכה ובידו לבטל גוף הגט כשירצה ול"ד למתנה ושפיר אמרינן ביה תן כזכי וגם קו' הפ"י לק"מ דשפיר אצטריך בגט טעמא דחוב דאי הוה אמרינן תן כזכי לענין שלא יוכל לחזור מהשליחות כיון שבידו לבטל גוף הגט כשירצה לא דמי למתנה והדברים ברורים לפי עניות דעתי כפתור ופרח:
והנה בקצה"ח שם כתב ראיה מהאי דקי"ל דבקידושין אינו יכול למנות שליח אחר תחתיו והוא מדברי המרדכי בשם הקדוש מרדו"ש שכתב טעמא משום דמילי נינהו ואף על גב דבגירושין ל"ה מילי שאני קידושין שאין המעשה נגמר במסירת הקידושין דאולי לא תאבה האשה משא"כ בגירושין שיכול לגרש בע"כ ע"ש ולפי"ז כיון שאנו נוהגין בגט שיהיה השליח עושה שליח מוכח דהשליח המגרש בע"כ הגירושין קיימין אף בזה"ז שיש חרגמ"ה דאל"כ אף בגיטין הו"ל מילי עכ"ד והנה זכורני שזה ימים כביר כתב לי דודי מ"ו הגאון המפו' ז"ל באגרת שכתב ראיה זו בתשובה א' שכתב על ענין כזה ולפום רהיטא ה"א שראיה זו חזקה וקשה כברזל אבל אחר העיון ראיתי שאין מזה ראיה כלל ומתחלה אבאר דלכאורה לפי סברת הקדוש בזה א"כ בנותן גט לשליח ואמר לו שיגרשנה ברצונה נימא דבזה אין השליח עושה שליח דמילי' נינהו שמא לא תאבה האשה וא"ל דאה"נ ז"א דמשנה שלימה שנינו ואם אמר טול ממנה חפץ פ' לא ישלחנה בידה אחר שאין רצוני כו' אלמא דאי לאו האי טעמא וכגון היכא דנפקא לאפיי ויהבה ליה כו' הוי מצי למשוי שליח ולא אמרינן דמילי נינהו שמא לא תקן לו האשה החפץ וע"כ צ"ל דע"כ לא אמרינן דכל שלא נגמר המעשה מילי נינהו אלא דוקא בעכבה שאינה מן האיש כגון בקידושין שאין הדבור תלוי בו כלל שפיר הוי מילי משא"כ היכא דבדידיה תליא מלתא דאי בעי הוה מגרש לה בלא תנאה אף ע"פ שעתה הטיל תנאי בדבר ואם כן לא נגמר המעשה מ"מ כיון שבאמת יכול הוא לגרש בע"כ בלא תנאי לאו מילי נינהו:
והנה בטעמי' דמלתי' דאם נעשה שלד"ע השליחות בטל צ"ל משום דכיון דאין שלד"ע ולא מתחייב שולחו משום דדברי הרב כו' וכסבור היה שלא ישמע לו וכמ"ש הסמ"ע אם כן אמרינן שבאמת אם היה יודע שישמע לו לא היה עושהו שליח כלל והוי שליחות בטעות ואף דהוא אמר נתכוונתי אף אם ישמע לי להוי שליחות לא מהימנינן ליה דאומדנא הוא שאין אדם רוצה לעבור על איסור ולא מהימן למשוי נפשיה רשיעא ולקמן אבאר יותר מזה ומעתה אין מקום קושיא מהא דפסקינן בגירושין שליח עושה שליח אע"פ שאין השליח יכול לגרש בע"כ לית לן בה שהרי באמת אם היינו יורדים לסוף דעתו של המגרש שהוא עושהו שליח בשאט נפש אף לעבור על חרגמ"ה שפיר היה הגט גט אלא דאנן לא מהימנינן ליה ואמרינן דאף אם אומר שרצונו בכך בפיו ידבר ולבו

לא כן עמו כדי שלא יעבור על חרגמ"ה ואם כן מה שאין המעשה נגמר שאין השליח יכול לגרש בע"כ אין זה רק כמטיל תנאי בדבר שלא יגרשה רק מרצונה וכל כה"ג אף ע"פ שאפשר שלא יגמר המעשה על ידי שליח דאולי לא תאבה האשה לית לן בה וכמו שהוכחתי מהך דטול ממנה חפץ כו' ואמנם אפילו תימא דאם אין שלד"ע אין המעשה קיים מצד שהשליחות מתבטל והוי כשולח על ידי חש"ו דלאו בני שליחות נינהו שאינו כלום וכן הדעת נוטה ואם כן אף אם היה דעת המגרש לגרש אף בע"כ אין השליח יכול לעשות דאין שלד"ע מכל מקום אמינא בה טעמא לחלק בין ההיא דטול ממנה חפץ ובין הך דקידושין דאין שליח עושה שליח דע"כ לא אמרינן דכל שיוכל להיות שלא יהיה נגמר הוי מילי אלא היכא שהשליחות מצד עצמו נכון לקיים וידו כיד הבעלים בזה אלא שגם הבעלים בעצמם לאו סמיא בידי' לגמור הענין שהוא תלוי בדעת אחרים כגון בקידוש דבאמת יד השליח כיד הבעלים אלא שגם האיש בעצמו אין בידו לקדש בע"כ של האשה הלכך הו"ל מילי משא"כ בההיא דטול ממנה חפץ פ' שעל אופן זה דוקא שולחו כיון שהוא מצווה ועומד מפי הבעל שלא יגרש רק אם תתן לו החפץ ואם לאו אין כאן שליחות כלל מחמת זה ל"ה מילי דאנן לא דיינין על אופן הביטול השליחות כלל כ"א על אופן קיום השליחות כל שהוא יכול לגמור המעשה שנשלח עליו אף שיש ספק שמא לא יגמר המעשה מצד שאם יעשנה יתבטל השליחות לית לן בה כיון שאין כאן ביטול מצד המעשה עצמה לאו מילי נינהו וכמו דלא אמרינן בגירושין דאכתי מילי נינהו שהרי ביד הבעל לבטל ולחזור משליחותו ואמרינן בריש האומר דכל כמה דלא מטא ליד האשה לאו מעשה הוא אלא ודאי דז"א דכיון דכל כמה שאין כאן ביטול שליחות בידו לגמור שליחותו לאו מילי נינהו ה"נ דכוותי' לענין אם יש ענין שיתבטל השליחות בצד מה מ"מ משום הא לא הוי מילי ומעתה א"ש גם הא דקי"ל בגירושין דשליח עושה שליח אע"ג שאין ביד השליח לגרש בע"כ משום דמה שאין השליח יכול לגרש בע"כ אינו סיבת המעשה עצמו רק שאם יגרשנה בע"כ יהי' כאן ביטול השליחות ואנו אין צריכין לדון כ"א כשיעשה על אופן שלא יתבטל שליחותו יוגמר המעשה כראוי וכנכון ול"ה מילי ודוקא בקידושין שיש ספק שמא מצד המעשה לא יוכל לגמר שליחותו אף שיהיה ידו כיד בעלים ודעת לנבון נקל כי הדברים עמוקים ונכונים וקלורין לעינים בס"ד.
ובענין אם שליח עושה שליח בקידושין הארכתי במקום אחר והבאתי שם דברי בעה"ט במאמר שלישות ודברי הירושלמי ר"פ השולח ואין כאן מקומו:
ומה שנלענ"ד לצדד בזה לדינא שאף אם נאמר לתפוס עיקר כמ"ש הגאון בנ"ב שהשליחות בטל כמ"ש התוס' לענין קידושין מ"מ י"ל דבנ"ד לא בטל שהרי כתבו התוס'

דבשוגג אין שלד"ע וכאן שעשה השליח על פי הוראת הבית דין שהתירו לזה המגרש שיגרש בעל כרחה ומחמת זה לא עלה על לב השליח שיהיה איסור בדבר ואין לך שוגג גדול מזה וכמ"ש התוס' בסנהדרין בסוגי' דשקול הדעת וכ"כ בתשובת הרשב"א סי' קפ"ט דאם הורו לה ב"ד בטעות ונשאת על פיהם הוי כאנוסה והוכיח זה ממיכל בת שאול ופסקה בש"ע סי' ב' סי"ז ומ"ש הב"ש דמ"ש מנשאת ע"פ ב' עדים י"ל דהרשב"א לשיטתו ביבמות דף צ"ה שכתב הטעם בב' עדים ג"כ משום דלא דייקא וכו' ולא משום שמא יאמרו ואע"ג דרמ"א סובר טעמא דתצא מזה ומזה שמא יאמרו כו' ועיין בב"ש סי' קנ"ט וסי' ט"ז שפוסק כהרא"ש אך דז"א דאף לשיטת הרא"ש הטעם משום קנס חיישינן שמא יאמרו גירש כו' וכמבואר בפוסקים משא"כ היכא דליכא קנס ל"ש זה ואע"ג דדעת מהרי"ק אינו כן מ"מ העיקר כהרשב"א ומהרי"ק לא היה לפניו דברי הרשב"א הללו ואע"ג דבסי' י' תירץ הרשב"א הך דפלטי דדוד נביא היה כו' מ"מ בסי' קי"ט ואלף קפ"ט לא מסתברא ליה הכי ובמ"א כתבתי עוד מזה ועיין במ"ל פי"א מה"ג מ"ש על ראיית הרא"ש בשם הר"י מאורליינ"ש הביא ראיה מעובדא דאירוסין דאביי דלשיטת א"ז דבשוגג לא קנסו א"כ אין ראיה דהתם שוגג היה שעשה עפ"י הוראת אביי ובתשובת סי' הארכתי וכתבתי ליישב קו' הנ"ל דשם גרע טפי אם עשה ע"פ הוראה בטעות מן שוגג שלא ידע כלל שיש איסור אך בנ"ד נראה ודאי דעשה עפ"י ב"ד בהוראה שלהם שוגג גמור הוא ואמרינן גבי אין שלד"ע וראיתי בספר קצה"ח סי' שמ"ב שכתב וז"ל וראיה ברורה דאפילו בלא ידע שליח אין שלד"ע מב"ק דף מ"ב הוסיף לו רצועה א' כו' דטעה דיינא גופיה וא"א דבלא ידע יש שלד"ע אמאי שליח ב"ד גולה כיון שהב"ד הם המשלחים ואע"ג דהמשלח נמי לא ידע כו' ע"ש ולענ"ד אין כאן ראיה כלל דאע"ג דודאי אם עושה ע"פ ב"ד מיקרי שוגג כמש"ל ומכ"ש בזה שהכל בטעות מ"מ אין זה ענין לשליח שוגג בדבר עבירה דענין שליחות הוא שזה מצוה לשליח לעשות כך וכך והמשלח הוא המצוה וזה מקיים את פקודתו ועשה עפ"י ציווי וזר לא עבר בתוכם משא"כ אם ראובן אומר לשמעון כי יהודה ציוה שתלך ותכה את לוי והלך והכה אותו ובאמת שקר ענה בו ראובן כי מעולם לא יצאו הדברים מפי יהודה לעשות כן הדבר פשוט שאין מקום לומר על ראובן שהוא המשלח שהרי באמת הוא לא שלחו רק שהוא דבר סרה על יודא ושמעון שוגג הוא שהיה סבור שהוא עושה בשליחותו של יודא ובאמת אין הדבר כן ועכ"פ שלוחו של ראובן לא מיקרי כיון שראובן אמר ציווי זה בשם יודא ולא עשה יד השליח כידו כלל וגם השליח לא עשה ע"ד ראובן כלל כ"א על דעת יודא. ואם כן מכ"ש בזה שהב"ד אין כוונתם שזה השליח יעשה ע"פ פקודתם כי הם המדברים להשליח זה שיכה

לזה שכן צוה לו המלך הקב"ה וזה המכה הוא שוגג שהוא סובר שהוא מכה בהיתר לפי שהוא שלוחו דרחמנא ובאמת אין הדבר כן רק שהדיין הממונה הטעה אותו אבל מעולם לא היה דעת המכה לעשות בשליחות הדיין רק בשליחות השם ולכן הוא שוגג בדבר וחייב גלות וז"ב:

ובזה היה אפשר ליישב גם מה שהקשה הנ"י על התוספות מפלוגתא דשמאי הזקן דהא יואב שוגג הוה ולפי מה שכתב י"ל שהתוס' סוברים דע"כ הך סוגיא דקידושין לא סבירא ליה דיואב שוגג הוה דאל"כ אין משם ראיה לשלד"ע כלל דכיון דגם יואב ידע שיש איסור להרוג הנפש רק שהיה סבור שאעפ"כ יש לו לעשות ע"פ מימר דרחמנא איש לא ימרה את פיך ואכין ורקין לא דרש א"כ אין זה כעושה בשליחות דוד כלל רק כאלו עושה בצויו ובכה"ג אין בזה דין שלד"ע:

וקצת יש ראיה לזה מיבמות דקאמר התם איש אמו ואביו תיראו כו' מאי לאו דאמר ליה שחוט ליה בשל לי ולכאורה קשה כיון דבכה"ג ל"ש אין שלד"ע שהרי הוא מחויב לשמוע לו ול"ש דברי הרב ודברי התלמיד כו' ואם כן בכה"ג האב חייב על חילול שבת ואם כן שוב הוי אין עושה מעשה עמך ואינו מחויב לשמוע לו כלל אע"כ דבכה"ג שתחלת עשייתו הוא לקיים ציווי דרחמנ' וה"ז כאלו אינו עושה ע"פ שליחות האב כלל אלא שיש לדחות דהתם ודאי דהוה ס"ד דרשאי לעשות כן משום דאתי עשה דכיבוד אב ודחי ל"ת דחילול שבת ממילא אין כאן איסור כלל לא על הבן ולא על האב שזה כלל גדול בתורה דעשה דחי ל"ת וכה"ג כתבו התוס' בשם הירושלמי שיבא עשה דמצה וידחה ל"ת דחדש וכ"כ לענין מצה של טבל ולא אמרינן דהוי מצוה הבא בעבירה דכיון שהעשה דוחה ל"ת אין כאן עבירה כלל וה"ה לענין זה אמרי' דנדחה האיסור לגמרי ואע"ג דאלו עביד האב גופיה חילול שבת חייב מ"מ כל שבנו עושה ע"פ ציוויו ואתי עשה דכבוד ודחי ליה אין כאן עבירה כלל ואם כן גם בההיא דיואב א"ש שאף אם נאמר שלפי דעת יואב שהיה צריך לעשות מצות המלך אין זה כאלו עושה בציווי הש"י רק בשליחות דוד כיון דסוף סוף ע"פ שליחותו של דוד ובציויו עושה מה שעושה שפיר שייך בזה דין שלד"ע ולפי דעת יואב דלא דריש אכין ורקין גם דוד לא הוה מתחייב כלל כיון שזה ציוי התורה לשמוע למלך אף בדבר עבירה ממילא העבירה נדחית לגמרי מ"מ כיון שבאמת אין הדבר כן ויואב טעה בזה שהיה סובר שמות' לו לעשות שליחותו של דוד ובאמת יש איסור בזה שוב הדבר תלוי בדין שלד"ע בשוגג ושפיר הוכיח הנ"י מכאן דאף בשוגג ס"ל לחכמים דפליגי על שמאי דאין שלד"ע:

שוב ראיתי במקראות גדולות פ' קדושים בפי' החזקוני שם שכ' ועדיין תיקשי דכתיב ונשיא בעמך כו' ואם אביו ואמו אומרים לו לחלל שבת אינו מחויב לכבדם וי"ל דמיירי בשבות דרבנן דאתיא כבוד אב כו' והוא תמוה מאד דודאי קרא לאו למיעוטי שבות שגזרו חכמים אתי ואם ר"ל דקרא אסמכתא מ"מ הוא נגד הש"ס דמוקי לה באיסור דאורייתא ובעל אמרי נועם שם והוא חידושים מלוקטים מרבותינו בעלי התוספות כתב וז"ל ואכתי קשה אמאי אצטריך לסמוך ת"ל מונשיא בעמך כו' וי"ל דאין שלד"ע ולא עביד מידי וישמע לו קמ"ל מהר"י נ"י וגם זה צ"ע והעיקר לפי ענ"ד כדכתיבנא שוב מצאתי בסמ"ג עשין קי"ב כתב תניא יכול אומר לו אביו היטמא כו' ולמדנו מכאן שבדיבור לעבור לא מחשב רשע דדברי הרב כו' שאם היה נחשב בדיבור פשיטא שלא ישמע לו ולא היה צריך פסוק לזה ולא מצינו עונש בדיבור אלא למסית בלבד שדיבר לאחד לעבוד עכ"ל:

ובעיקר קושיא הנ"י כבר כתב מהר"י בתשובה דמ"ש הנ"י דיואב סובר שכדין הורגו ז"א דלא היה לו להאמין על זה שהרי אמרה תורה ע"פ שנים עדים וכו' אך לפי ענ"ד נראה דתרי גווני ביטול שליחות איכא חדא מצד המשלך שאפשר שהיה סובר שלא ישמע לו כיון דדברי הרב כו' ואידך מצד השליח כיון דמן הדין אין לו לעשות כן דדברי הרב כו' ועתה שעושה הוה כעושה על דעת עצמו ולא ע"ד משלחו ולכן ס"ל התוס' דכשהשליח שוגג אין כאן ביטול שליחות לא מצד המשלח שהרי יודע שיעשה כיון שהוא סבור שאין כאן עבירה וגם מצד השליח כיון שא"י שיש איסור הרי בתום לבבו ונקיון כפו עושה כן ע"ד המשלחו ולכן שפיר יש שלד"ע ולכן שפיר הקשה הנ"י מהא דיואב שאע"פ שמן הדין לא היה לו להאמינו שחייב מיתה מ"מ כיון דבאמת היה נאמן לו דוד ליואב שזה עשה מרד וחייב מיתה שפיר עשה ע"ד המלך וציוויו וגם מצד המשלח אין כאן התנצלות שהיה סובר שלא ישמע לו כיון שבאמת לא דנו לדוד בידי אדם רק בידי שמים והרי קמי שמיא גליא שרצונו של דוד היה שישמע לו יואב להרוג אורי' ועלתה בידו ועיין בטורי אבן במגילה גבי הא דקאמר מורד במלכות הוא ולא צריך למדייניה דמבואר שם דמורד אין צריך עדים והתראה והא דאמרינן היה לו לדונו בסנהדרין היינו לברר אם זה נקרא מרד אם לא וא"כ יואב שהאמין למכתבו היה סבור שבאמת דנו בסנהדרין וחייבו אותו כמורד ואף שלא היה בפני בע"ד מ"מ גבי מורד לא צריך למדייניה בפניו כלל כדמשמע מהא דויחגרו איש חרבו דגבי נבל עיין שם ולפי זה הוי יואב שוגג גמור ומכ"ש למאי דאמרינן בסנהדרין דלא דריש אכין ורקין דהוה שוגג:

אך לפי ענ"ד לתרץ קושית הנ"י דדוקא היכא שהמשלח מזיד והשליח שוגג שפיר אמרי' כיון שהשליח לא ידע אם כן בודאי ישמע לו והו"ל כאלו עשה המשלח בידים והמשלח

מזיד הוא וחייב מה שא"כ אם גם המשלח שוגג אם כן אפילו נאמר דהוה כאלו המשלח עשה מ"מ הרי המשלח גופיא הוא שוגג בדבר אלא דמ"מ הוא מתחייב על שגגתו שעולה זדון שטעה בהוראה או שהיה לו לדקדק היטב בכדי להבדיל בין האסור ובין המותר אם כן דבר זה רמי על השליח גם כן שהיה לו לדקדק ומאי אולמיה דשליח ממשלח ושוב הדרינן לכללא דאף בשוגג יש שלד"ע ואע"ג דגם גבי מעילה כתבו התוס' כן והתם גם בעה"ב שוגג הוא ועל השוגג אנו מחייבין אותו י"ל דהתם מסתבר טפי לחייב למשלח משום ששגגתו עולה זדון כיון דידע דאיכא גביה מידי דהקדש הו"ל ליזהר ולא נזהר אבל השליח שלא ידע אותו מאומה בבית מה"ת לחייבו ובהכי א"ש מה שהקשה אא"ז מהרש"א דסד"א דבדבר עבירה קנסינן למשלח ובנ"ב דתינח בטביחה אבל במעילה לאו מטעם שליחות כו' ומאי טעמא קנסיה רחמנא למשלח ולא לשליח עכ"ל ולפמ"ש א"ש דגבי מעילה יש לקנוס טפי למשלח שהוא גזבר ההקד' וכן אמרינן להדי' בחגיגה דף יו"ד שליח עניא מאי קעביד כו' ע"ש ולפ"ז בהא דדוד י"ל שגם דוד שגג בדין וסבור שהוא מורד ונידון בדין שמים כמזיד לפי שהיה לו לדקדק בדבר וא"כ אם נימא דבמזיד אין שלד"ע אז אע"פ שיואב ג"כ שוגג היה מ"מ לענין דין שמים לשוגג אין לעשות המעשה שעושה השליח כהמשלח שהיה לו לדקדק בדבר אם לעשות או לא ושוב ל"ש ואותו הרגת שאין לנו לדון מה שהרג השליח כאלו הרגו הוא ומזה מוכיח שמאי דבכל גווני יש שליח לדבר עבירה:

והנה בנ"ב כתב דאם השליח שוגג לכ"ע בטל השליחות דהוה שליחות בטעות ע"ש ונלענ"ד דז"א דא"כ בכהן שמקדש גרושה ולא ידע שהיא גרושה וכן שאר חייבי לאוין נימא דהוה קידושי טעות כמו גבי מומין ונדרים ולהדי' אמרינן דבחייבי לאוין ולא הכיר בה אף כתובה יש להן והר"ן כתב החילוק דבנדרים ומומין ודאי אינו מתפייס משא"כ באיסור סברא שמתפייס וערב עליו המקח ע"ש וצ"ל דמה"ט נמי לא אמרינן שהקידושין הם קידושי טעות אלא אמרינן דמסתמא כיון שלא נתן לבבו לחקור זאת לידע אם יש כאן איסור מסתמא באמת ערב עליו המקח באיזה אופן שיהיה בין באיסור בין בהיתר ועיין בר"ן שם וא"כ נראה דה"ה לענין השליח כיון שעשה השליחות בסתם ולא נתן לב לחקור מסתמא נתרצה להיות שליח בכל אופן שיהיה אלא שעדיין צ"ע בהא דיואב שעשה כן בטעות שלא היה דורש אכין ורקין ובכה"ג ודאי אונס כדאמרינן בהוריות שאם הורו ב"ד וחזרו בהם אם הלך למדה"י או אפילו היה בדעתו ללילך למדה"י הו"ל עשה ע"פ שגגתו בהוראה וכיון שיואב היה אז במלחמה לא היה לו לחזור על בתי דינין לידע שמא טעה בסברתו ואפשר לחלק דשאני היכא שעכ"פ שאל פי הב"ד והורו לו לעשות מעשה ואע"ג

שחזרו בהם לזה לא היה צריך לחוש כיון שהיה בהול לילך למדה"י משא"כ היכא שטעה מסברת עצמו שגגת תלמוד עולה זדון והכא יואב טעה מסברת עצמו והיה לו לישאל פי הסנהדרין ולכן אע"פ שעשה בטעות מ"מ אין מקום לבטל השליחות בשביל זה:

ולפ"ז לכאורה בנ"ד אם עשה השליחות מפי ב"ד ויש טעות בהורא' שפיר הוי שליחות בטעות אם יעשה כן ע"פ חכם מפורסם בהוראה ובתר בי דינא לא דיינן ואין לך אלא שופט שבעיר וכמ"ש הרשב"א גבי הא דפלטי כיון שעשתה ע"פ הוראת ב"ד של שאול כו' אך י"ל דבכה"ג שעושה ע"פ הורא' ב"ד ויש לו דין אנוס בדבר זה לא מיקרי שליחות בטעות כיון שאין עליו שום עון אשר חטא כלל דאונס רחמנא פטריה והרי הוא השליחות בכוונה רצויה שהרי אף אם הב"ד טעו אין הקולר תלוי בצווארו משא"כ אם הוא שוגג בענין דעכ"פ חל עליו עונשו של שוגג אע"פ שלא ידע ואשם מ"מ כיון שאינו אנוס הוא חייב בד"ש ובד"מ אדם מועד לעולם בין שוגג כו' שפיר י"ל דהוי שליחות בטעות שאין רצונו בשליחות זה משא"כ באנוס דלא איכפת ליה כלל בקיום השליחות דס"ס אין עליו אשם כלל וא"כ בנ"ד אין כאן ביטול בשליחות כלל וצ"ע:

ועל דרך הפלפול נלענ"ד להביא ראיה דבכה"ג שטועה בדין לא בטל השליחות מהא דאמרינן בריש ב"מ ל"צ דנקיט זוזי מתרווייהו כו' ופרש"י דגבי מקח וממכר נמי החלוקה יכולה להיות אמת דאימור לשניהם נתרצה המוכר ולכאורה קשה דאיך שייך לומר דהחלוקה אמת מחמת זה דבשלמא במציאה שפיר אמרינן שאף על פי שכ"א אומר אני מצאתיה היינו לפי שכ"א מדמה בנפשו שהגביה כמעט רגע קודם לחבירו ובאמת בהדדי אגבוה משא"כ לענין רצוי המוכר שלפי טענותם ודאי א' כפה המוכר לקבל המעות וגם המוכר בעצמו אומר כן ואיך נבדה מלבינו שלשניהם נתרצה מה שלא עלה על דעת המוכר והלוקחים אין בהם מגיד זאת וגם קשה דלמה נקטי הש"ס טעמא דמציאה דאימור תרווייהו כו' ומקח וממכר שבקי וטפי הו"ל לפרושי טעמא דמקח וממכר שאינו פשוט כ"כ ולכן נלענ"ד ע"פ מ"ש הב"י סי' ר"ה דכל שאנסוהו למכור ושתק וקיבל הדמים רוצה אני קרינן ביה ועיין בלח"מ הלכות מכירה ולפי"ז נראה דאם שתק בשעת משיכה נמי כן הוא והוה כאומר רוצה אני ולפ"ז י"ל דאע"ג דמעיקרא קיבל הדמים מאחד מהם באונס מ"מ אח"כ בשעת משיכה שבאו לקנות הטלית במשיכה תרווייהו בהדדי אגבוה והמוכר שתק והוי כאומר רוצה אני ולכך שפיר קאמר הש"ס אימור תרווייהו כו' שהוא כולל מציאה ומקח וממכר ולפ"ז קשה לפי שיטת הרמב"ם שכתב כל המפציר בחבירו למכור לו חפץ כו' עובר בלא תחמוד ומבואר בה"ה שם דהיינו אף באומר רוצה אני שאז המקח קיים מ"מ עובר בלא תחמוד והאיסור נגמר בשעת גמר הקנין ולפי"ז קשה

דהא לקמן בהא דהמגביה מציאה כו' אמרינן דלמא במקח וממכר כתב בש"מ בשם המפרשים דהא במקח נמי הגבהה כולה בעינן ותירצו דבמקח שפיר אמרינן דקנה חבירו שכ"א נעשה שליח לחבירו בהגבהה זו ודוקא במציאה מספקא לן דהוי חב לאחרים ע"ש ולפ"ז אכתי תיקשי היכי משכחת לה שהחלוקה תהיה אמת במקח וא"ל דלשניהם נתרצה המוכר כיון שע"כ לומר שקנו בהגבהת שניהם וזה נעשה שליח לזה והרי אינו יכול להעשות שליח שאע"פ דהוה כאומר רוצה אני מ"מ נגמר אז האיסור דלא תחמוד ע"ז שנתן הדמים בע"כ ואין שלד"ע והמעשה בטל וצ"ל כיון דקי"ל דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע והשליח שוגג ובכה"ג שפיר מהני השליחות וא"כ מוכח אף דבכה"ג ששוגג בדין ולא אסיק אדעתיה שיש איסור בדבר לא אמרינן דהוי שליח בטעות כלל:

אך מ"ש בקצה"ח סימן קפ"ב בעושה שליח סתם לגרש ושליח מדעתיה דנפשיה נתן בע"כ דבזה עיקר השליחות לא בטל כיון דכבר נעשה שלוחו לגירושין וחרם ר"ג גבי גירושין אינו אלא כמו איסור אחר וכמו עשאו שליח בסתם לטביחה והלך ושחט בשבת שכתב המ"ל דהשליחות לא בטל ע"ש ודבריו תמוהים מאד דבכה"ג שעשאו שליח בסתם לגרש והשליח מדעת עצמו גירש בע"כ אין ספק שהוא משנה מדעת המשלח דאנן סהדי דאדעתא שתקבל הגט ברצון עשאו שליח ומעולם לא עלה על לבו שתתגרש בע"כ ויעבור על חרגמ"ה ואפשר דאפילו בלא חרגמ"ה נמי בטל השליחות בכה"ג דסתמא דמלתא לא היה דעתו לגרש בע"כ ומכ"ש בזיווג ראשון וגם אפשר דאיכא בזה משום בזיון דבעל כשמגרש בע"כ ולא היה דעתו בשליחות זה כי אם לגרשה מרצונה ולפי שנ"ד נראה שבפירוש עשאו שליח לגרש בע"כ לא הארכתי בזה:

והנה בחידושי' כתבתי שיש סברא לומר דדוקא במזיד המעשה בטל לפי דאמרינן כסבור היה שלא ישמע לו משא"כ בשוגג אפילו תימא דגם בשוגג אין שלד"ע מגזירת הכתוב דהוי ליה שני כתובים כו' מ"מ הא דהשליחות בטל במזיד סברא בעלמא הוא ובשוגג דל"ש הך סברא לא בטל השליחות כלל ובזה כתבתי ליישב כמה ענינים שפלפלו בהם הגאון מהר"י הלוי ז"ל והגאון נ"ב והארכתי בזה וא"כ בנ"ד אין מקום לבטל השליחות כלל:

ועוד יש לצדד לפי מה דמשמע מהחלקת מחוקק סימן ס"ו ס"ק י"ח ומדברי הב"ש שם ס"ק י"א דחרגמ"ה אין בו איסור דאורייתא וא"כ לדעת כמה פוסקים באיסור דרבנן יש שלד"ע והנ"ב מחליט שם לומר דאיסור דאורייתא הוא ובאמת ז"א מוכרח ולא רציתי להאריך בזה כיון דבלא"ה משמע דאף בדרבנן יש שלד"ע וכמ"ש המ"ל בה' רוצח ואין להביא ראיה מהא דקי"ל בש"ע ח"מ סי' קצ"ה בקנו קנין בשבת דאף ע"פ שעשו עבירה

קנו ומשמע דאף אם קנו העדים בסודר שלהם שכך הורגלו כמ"ש בסעיף ג' מדברי הרא"ש אפ"ה מהני אף ע"ג דקנין העדים מטעם שליחות הוא וע"כ דבדרבנן יש שלד"ע יש לדחות דהתם הם שלוחי הקונה והם זוכים בשבילו ואיסור קנין בשבת הוא מצד המקנה שאסור להקנות בשבת וכמו אין מקדישין כו' דהאיסור מצד המקדיש אלא דבאמת ז"א דגם מצד הקונה איכא איסור כדמשמע בירושלמי הדין דכנסין ארמלין כו' שלא יהא נראה כקונה קנין משמע שהאיסור מצידו שהוא קונה וגם דהא גם מעכו"ם אסור לקנות בשבת ועיין בעירובין פ' הדר כל מיקני ביתא אסור בשבתא:

אך באמת מ"מ אין משם ראיה כלל דאפילו תימא דגם בעדים דינא הכי מ"מ הקונה לא אמר להם שיעשו הקנין בשבת וזה שעשו הקנין בשבת הוא מדעת עצמן ובכה"ג לא אמרינן אין שלד"ע כמבואר בטור הל' גניבה הביאו המ"ל ע"ש ובקצה"ח הכריח מזה דקנין העדים לאו מטעם שליחות הוא אלא מדין עבד ואין צורך לזה. ולענין דינא אם גירש ע"י שליח בע"כ במקום שעובר על חרגמ"ה קשה להכניס ראש בין הרים גדולים וגם ק' לאסור איסור על המגרש שלא ישא אשה ולמשדי עליה גודא רבא רק מחמת חומר אשת איש נראה שאין לה להנשא עד שתקבל גט אחר ברצון ועל זה יש לכוף כאגמון ראשו שיתן לה גט אחר כמבואר בפוסקים:

ומ"ש כ"ת בפי' דברי התוס' בתמורה צ"ע דא"כ אכתי תיקשי אף לתי' התוס' דהא עדיין יש נ"מ בנשבע שלא למכור וגם בלא"ה מ"ש התוס' דאיתקש גירושין כו' צ"ע דהא אשכחן נשטטית לא יוציא עולמית וכהנה רבות ולמה לא נימא דאיתקש גירושין למיתה אלא ודאי דז"א דאין לנו להקיש אלא בענין הגירושין דהיינו אם נחליט שהם גירושין גמורים אלא שיש ספק אם הם גומרים וכיוצא בזה יש ללמוד מהיקש משא"כ אם ע"ז אנו דנין אם יש כאן גירושין אם לא אין ללמוד מהיקש זה כלל דלא איתקש אלא גירושין וזה לא מיקרי גירושין כלל וא"כ באונס דאמר רחמנא לא יגרש ואי עביד לא מהני אין לנו ללמוד מהיקש כלל דהרי אין כאן גירושין וכמו נשתטית וכיוצא בזה דאע"ג דמיתה מועיל גירושין אין מועילין ואשר אני אחזה לך בפי' דברי התוס' דבאמת צריך להבין בדברי הש"ס דקאמר דלאבי' ניחא דאינו לוקה משום דלא מהני שהרי צריך להחזירה. ולכאורה נראה דמה שצריך להחזירה אחר הגירושין אין זה בכלל לא מהני דזה שהוא מחזירה אין בזה ביטול העבירה שעבר בשעת גירושין ופנים חדשות בא לכאן שחזר ונשאה וכי שייך למימר דלא לקי דהא דלא אהני מעשיו היינו אם יש כאן ביטול בענין הגירושין גופייהו משא"כ אם הגירושין הם גומרים בפ"ע אלא דאקרקפתא דגברא רמי לקיים ולו תהיה לאשה למה יפטור בזה ממלקות על איסורא דעבד בגירושין ונ"ל דבאמת זה מיקרי ביטול בענין

הגירושין גופייהו כיון דענין גירושין איתקש למיתה שהבעל מוציאה מרשותו לגמרי ותו לא אגיד' ביה כלל להחזירה לרשותו ולפ"ז כיון דכאן גזרה תורה שצריך להחזירה ממילא דזה מיקרי ביטול בענין הגירושין ממש דכל גירושין הוא שלוח לכל ימיו וזה אינו כן ולכן א"ש לאביי דלא לקי דהא לא אהנו מעשיו היינו הגירושין להיות ככל גירושין דעלמא דליתא בחזרה דאיתקש למיתה ובזה מבוארים דברי התוס' שכתבו בשלמא לאביי ניחא דמש"ה לא לקי דלא מהני מעשיו ולפ"ז צ"ל דגם לאביי גבי אונס משמע ליה פשטא דקרא דלו תהיה לאשה לא יוכל שלחה דלא מהני הגירושין אע"ג דבעלמא אי עביד מהני הכא ל"מ ומה"ט לא לקי וע"ז קשי' להו א"כ לחייב הבא עליה כו' וע"ז כתבו דבאמת איתקש גירושין למיתה לענין זה שמוציאה מרשות הבעל ומיהו להכי לא מהני שאין שילוח זה לכל ימיו כו' ור"ל דודאי הגירושין עצמם מועילים להוציא מרשות הבעל כמו מיתה אלא שלענין זה אין מועילים כאן גבי אונס שיהא השלוח לכל ימיו כמו גירושין דעלמא ולכן לא לקי כיון דלא אהני גירושין דידיה ומה לי דלא אהני כלל או לא אהני למקצתו כיון דאשתני דיניה משאר גירושין דעלמא. ואח"ז כתבו דלא אסיק אדעתיה כו' ומש"ה פריך לרב' נהי דלא מהני לילקי כצ"ל וא"ל דא"כ אכתי לרבא ה"ל לאקשויי דאם בא עליה קודם גירושין לא יתחייב עליה וכהן למה מחזירה ז"א דהא למאי דמסיק רבא כל ימיו בעמוד והחזר קאי באמת א"ש ועיקר קושיית התוס' הוא. בס"ד דהש"ס וטפי ניחא ליה לא תקשויי מרישא דאם ישראל מחזיר ואינו לוקה והא דאם בא אחר עליה קודם גירושין כו' אינו מפורש במשנה ולכך פריך אמאי לא לקי. ועוד נלענ"ד דאף אם נאמר שקו' התוס' בזה אליבא דרבא נמי אתי שפיר ומתחלה אבאר מה שהקשיתי מנשתטית וכיוצא בו דאין הגירושין מועילין אע"ג דאיתקש למיתה דבאמת החילוק מבואר דכל שהגירושין אינם כלום אין כאן היקש שלא הקישה התורה אלא במקום שיש גירושין וכיון שנשתטית היא משלחה וחוזרת מעיקרא לא חלו הגירושין כלל משא"כ בהא דאמר רבא אי עביד לא מהני סברא בעלמא היא כיון שזה האיש מלאו לבו לעשות כן לעבור על דברי תורה לא הועילו מעשיו ולא אמר רבא בטלו מעשיו אי עביד אלא דלא מהני ר"ל דודאי ל"ש ביטול על המעשה שעשה רק שמה שכיון בזה בעל המעשה להועיל בזה אין בו מועיל כיון שרוצה לעבור על מימרא דרחמנא ולפ"ז בגירושין דאונס אע"ג דעבר על לאו פשיטא שאין לבטל גוף הגירושין בשביל זה ולומר שלא חלו כלל רק שאנו אומרים שלא עשו פעולת הגירושין שבכ"מ מועילין להוציאה מרשות הבעל ובזה שהוא באיסור אין פועלים פעולתם וכן בהא דאלמנה לכהן גדול פריך דהוי ליה למימר שלא יפעלו פעולת הקידושין כיון שבקידושין אלו עבר אמימרא דרחמנא:

והשתא א"ש תירוץ התוס' בזה דאיתקוש גירושין למיתה כיון שבאמת אין כאן ביטול בעצמותן של גירושין אלו רק שנאמר שלא יפעלו מאומה בהא אית לן להקיש למיתה דמה מיתה מוציאה מרשות הבעל כו' אך דמ"מ אין לנו לבטל בשביל היקש זה סברא דאי עביד לא מהני ובאמת נימא דבטלו הגירושין אך דבאמת קרא כתיב לא יוכל שלחה כל ימיו ומצינן לפרושי הקפידה שהקפידה התורה שלא יהא שילוח לכל ימיו ואי עביד לא מהני ואין השילוח מועיל לכל ימיו וצריך להחזירה ודאי שיש לנו לפרש כן משנאמר שבטלו גוף הגירושין ומ"מ כיון דרבא ס"ל דאע"ג דלא מהני מ"מ לקי גם בזה לקי כיון דעכ"פ המעשה השילוח שמשלחה היא שילוח לכל ימיו והוה ס"ד דאין זה ניתק לעשה ועיקר הלאו הוא על השילוח וכל שמשלחה ממילא שהוא מוציאה מרשותו לגמרי ומיקרי שילוח לכל ימיו ולקי עליה וממילא לא שילוחו לכל ימיו וצריך להחזירה וכל זה לענין אונס דכיון שיש לומר דלא מהני במה ששילחה לכל ימיו די בזה שלא הועילו מעשיו וצריך להחזירה משא"כ בנשבע שלא לגרש שאין קפידא על הגירושין של כל ימיו רק הקפידא על הגירושין עצמה בשעה שנותן הגט בזה באמת אמרינן דלא מהני ובטלו הגירושין גופייהו ול"ש בזה היקש גט למיתה כנ"ל:

אך צ"ע במה דקאמר התם ורבא אמר לך אי לאו דכ' רחמנא כל ימיו כו' ולפמ"ש בלא"ה צריך למכתב כל ימיו דאל"כ הוה לן למימר דאי עביד לא מהני ובטלו הגירושין לגמרי וצריך לומר דבאמת גם אי כתב כל ימיו קודם לא יוכל שלחה נמי הוה מפרשינן דהך לא יוכל שלחה שאח"כ אינו מבטל הגירושין לגמרי אלא קאי אשלפניו ולו תהיה לאשה כל ימיו לא יוכל שלחה דהיינו שבעמוד והחזיר ומ"מ שפיר לקי כיון שאין כאן עשה אחר הלאו ומדכתב כל ימיו אחר לא יוכל שלחה מוכח דהוה לאו ניתק לעשה וכמ"ש התוס' בד"ה אמר לך רבא ע"ש וקצת צ"ע לענ"ד דלמה הוצרכו התוס' לדחוק מכח הקישא דגירושין למיתה ת"ל כיון דאין כאן רק איסור לאו דלא יוכל שלחה וכיון דקידושין תופסין בחייבי לאוין כדילפינן לקמן מלא יקח ולא יחלל א"כ יש לנו לומר דאיתקש יציאה להויה כמו דקידושין תופסין בחייבי לאוין אף שיש איסור לאו כמו כן בגירושין ואע"ג דאכתי לא אייתי הש"ס הא דלא יקח כו' מ"מ ודאי ידע דקידושין תופסין בחייבי לאוין ואפשר שהתוס' כתבו כן משום דאיתקש למיתה דבהכי א"ש אף למ"ד אין קידושין תופסין בחייבי לאוין כ"ז כתבתי לפום ריהטא ועוד חזון למועד שמור ב"נ לעיין בסוגיא דברי ידידו ד"ש ושלום תורתו:

זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קטו

בדבר האיש שגירש את אשתו בגט כשר לפני עדים ואח"כ נפלו ספק בגירושין אלו לפי שהגט נכתב איזה פרסאות רחוק ממקום הנתינה וקיבלו הבעל לידו ונתאחר בדרך יום או יומים עד בוא אל מקום הנתינה וא"כ יש כאן חשש מוקדם כיון שהגט נמסר מיד הבעל ליד האשה ולא ע"י שליח:

תשובה הרמב"ם בפ"ב מהל' גירושין כתב וז"ל וכן אם אמר לסופר כתוב לי גט לאשתי ואמר לעדים לחתום כותבים וחותמים ונותנים לו והוא מגרש בו בכל עת שירצה עכ"ל מבואר מדבריו דאף שלא נמסר ביום הכתיבה כשר וכן למד הב"ש בסי' קכ"ז מדברי הרמב"ם הללו וכתב שטעמו דס"ל כמ"ש הרא"ש בתירוץ דגם שלא נמסר ביום הכתיבה רשאי ליתנו מידו לידה משום דהעדים יהבי דעתייהו לידע יום המסירה ומוציאים קול שלא נמסר ביום שנכתב. ואע"ג דהרמב"ם סובר דע"ח כרתי מ"מ לכתחלה בעינן ע"מ כו' וכ"כ בספר ג"פ שם ס"ק י"ג ועוד כתב בג"פ די"ל דהרמב"ם ס"ל כמ"ש הנ"י פ"ב דב"מ דהא דתנן כותבין גט לאיש כו' ולא חיישינן שמא כתב בניסן כו' משום דלא מקדים כו' ואפי' אי איקרי הכי דכתבי' בניסן ואנחו בכיסתיה ולא נתנו עד תשרי כשר וכ"כ הרמב"ם והסכים עמו הרמב"ן ז"ל משום דמלתא דל"ש הוא דלא מקדים כו' וכ"כ בספר תומת ישרים בשם הרמב"ן ובעל העיטור ובעל ההשלמה והכל בו כו' עכ"ל וכן מבואר בחידושי גיטין להרמב"ן דהא דאמרינן לא מקדים כו' לומר דלא חשו כלל ואפילו ידוע כשר דאל"כ ליתני נכתב ונחתם ביום וניתן בלילה כו' ובספר בית מאיר כתב שגם דעת הר"ן כן הוא אלא דקשי' ליה על תחלת הקפדת המוקדם כו' ע"ש וכ"כ הב"י בשם האורחו' חיים דנכתב ונחתם ביום אפילו לא ניתן עד אחר ימים רבים כשר דאף שנתאחר בין כתיבה לנתינה כשר וכן מבואר בסימן קמ"ח לענין אם גירש בגט ישן דתנשא בו לכתחלה דא"ש דהרמב"ם לשיטתיה דאף שנתאחר בין כתיבה לנתינה כשר ולש"פ צ"ל דמיירי ע"י שליח וע"ש בב"ש סק"ה שהקש' על דעת רמ"ה שהביא בטור וש"ע שכ' דדוקא כשהבעל מוסר הגט דא"כ הו"ל מוקדם ועל הרמ"ה י"ל דס"ל כהרמב"ם ועל הרא"ש וטור קשה וצ"ל דהם כתבו אם כבר נתן תנשא אף אם נתאחר בין כתיבה לנתינה דלא גרע מאם נתעכב קודם חתימה דכשר להרא"ש בשעת הדחק ונתאחר אחר הכתיבה והחתימה עדיף דהא הרמב"ם דס"ל דכשר בעת הדחק בנתעכב היינו אם כבר ניתן הגט כמ"ש כמה פעמים אם ניתן הגט דומה לעת הדחק ולא ניתן כו' עכ"ל ובספר בית מאיר כתב דליתא דשעת הדחק פירש"י דניסת או שהלך לדרכו כו'. ולענ"ד כוונת הב"ש דודאי גבי מוקדם גמור שנכתב ביום ונחתם בלילה בעינן שעת הדחק כה"ג שכתב רש"י והב"י גופי' סימן קכ"ז

הביא דברי רש"י אך כאן כוונתו כיון דעכ"פ בנתעכב קודם חתימה כשר בשעת הדחק כה"ג ממילא בנתעכב אחר חתימה קודם נתינה דעדיף מיניה שפיר מדמינן לשעת הדחק היכא שכבר ניתן ולכן דייק הב"ש וכתב ועת הדחק בנתעכב כו' ול' לא גרע מנתעכב כו' לאו דוקא נקט אלא ר"ל כיון דעכ"פ לא גרע לענין שעת הדחק ואפילו עדיף מיניה לכן יש בו כדי להקל אף בשעת הדחק כה"ג דהיינו שכבר ניתן אך בב"ש מ"ק ראיתי שכוונתו דניתן הגט הוי דיעבד ומהני טפי משעת הדחק דהיינו שהלך הבעל לדרכו. ולפי זה צריך עיון מלשון רש"י דנקט בלישניה דשעת הדחק הוא כגון שנשאת או שהלך הבעל לדרכו דתפוק ליה אפילו לא נשאת רק ניתן לבד הוי כשעת הדחק וצריך עיון:

ולכאורה יש ליישב קו' הב"ש דהרא"ש לשיטתו דמאוחר כשר אע"פ שיש לה קול אין ראויה לגרש בו ואין הגט חל עד הזמן ע"ש וא"כ גבי גט ישן שפיר משכחת לה שאחרו מתחלה ואפילו איכא חששא דגיטה קודם לבנה כיון שיש לה קול וכתי' הרא"ש. ושוב מצאתי בפני יהושע שכתב גם ליישב קושית זו ע"ד זה אלא שעדיין צ"ע דבמאוחר נמי מפקי קלא שאין הנתינה ביום שנכתב וא"כ ליכא חששא דגיטה קודם לבנה ואפשר כיון דאין חשש במאוחר לענין פירות לא רמי נפשייהו לאפוקי קלא שהוא מאוחר וצ"ע וע"פ מ"ש אפשר ליישב שיטת הראב"ד מקושית הב"י וקצרתי ועכ"פ מבואר שדעת רבים וגדולים להקל בנתאחר בין כתיב' וחתימה לנתינה הרמב"ם והרמב"ן והרא"ש בתירץ הא' והנ"י ובעה"ע והרמ"ה והכל בו. ובעל ההשלמה ובתשובת תומת ישרים והרדב"ז ח"ב סי' תקל"ח כמ"ש לקמן. וגם הרא"ש בתי' הב' והטור הסוברים דפסול בנתאחר קודם נתינה רק ליתן ע"י שליח מ"מ כיון דהא דגט ישן הביאו דברי הרמ"ה מוכח מדבריהם לכאורה דאם כבר ניתן הגט שפיר דמי דהוי כשעת הדחק וכמ"ש הב"ש ואם אמנם שהר"י והרשב"א וסייעתו מחמירים בזה ובש"ע סתם כדעתו דאין תקנה רק ע"י שליח והרמ"א הוסיף והביא חומרת הרי"ף אף בנותן ע"י שליח מ"מ בנ"ד כ"ע מודים שהגט כשר וע"כ ל"פ אלא אם הגט ניתן במקום שנכתב משא"כ היכא שנכתב במקום אחד וניתן במקום אחר כ"ע מודים דאף שנתאחר בנתיים אין חשש מוקדם שהרי זה כגיטין הבאים ממדה"י דאמרינן קלא איתי להו ואע"ג דיש לומר דדוקא ע"י שליח אמרינן קלא איתי להו. אך לענ"ד ז"א דלא בהבאת שליח תליא מילתא דאף הוא עצמו שהביא גיטו נמי איכא קלא שלא נכתב במקום זה שניתן וממילא מסקי אדעתייהו שקרוב להיות יום הכתיב' קודם לנתינה ואף ע"פ שהרא"ש כתב שיש קול להליכת שליח וביאתו נראה דלאו דוקא נקט של הליכת שליח אלא ר"ל על שמוליכין הגט ממקום למקום וכ"כ להדיא בישש"ש גיטין פי"ב סימן ה' בשם מהרא"י שנהג הלכה למעשה להכשיר דמ"ש הרא"ש ע"י שליח

אין דעתו כלל לאפוקי בעל המוליך גיטו כו' ומה שהביא שם בשם מהר"י ברונא שכתב שהיה מתמיה על הקבלה שכתב הגאון שקיבל להיתר וסיים בה מיהו איני חולק על הגאון וחלילה וחס לי להוציא לעז על הגיטין ועל הקבלה דבהתירא יצא אפילו לכתחלה ומהרש"ל כתב ע"ז ישר כחו שלא חלק על הגאון מהרא"י דבוודאי אם לא שהיה מקובל וברור לו לא היה מתיר לכתחלה כי אותו הגאון היה מאד רגיל להחמיר היכא דאיכא צד איסור דאורייתא וק"ו בא"א אם לא שפשוט לו להתיר כו' וכן נ"ל היתר פשוט דלא גרע משליח כו' ע"ש שהאריך להסביר פנים להיתר וכ"כ בג"פ ס"ק י"ב בשם הרדב"ז בתשובה סי' רע"ד והיינו אפילו למאן דסבר לפסול נתאחר בין כתיבה לנתינה דהרדב"ז גופיה בשו"ת סימן תקל"ח הסכים לרמב"ם וסייעתו וכתב שכן הסכימו רוב אחרונים משום דכיון דלא מקדים כו' אי מיקרי ועביד לא מיפסל כו' וזה טעם נכון לסמוך עליו אף לכתחלה וכן מעשים בכל יום שכותבין את הגט היום ונותנין אותו אחר כמה ימים כו' עכ"ל. ואף שהג"פ כתב על דברי הרדב"ז ואין דבריו מוכרחים בעיני מ"מ בס"ק י"ד כתב בישוב דברי הטור סימן קמ"ח כתב דמתיישב דליכא איסורא דמוקדם כגון שהבעל עצמו הביא גיטו דלא מיפסל משום מוקדם וכמ"ש הרדב"ז הבאתיו לעיל כו' עכ"ל ובספר בית מאיר כתב שהג"פ פקפק בדין של הרדב"ז ואם היה רואה דברי מהרש"ל בשם מהרא"י לא היה מפקפק וכ"כ בספר תורת גיטין שנדפס מחדש דאף לדברי הר"ן דמחלק דבגיטין הבאים ממדה"י א"א בענין אחר מ"מ בתר שעת כתיבה אזלינן דמסתמא עושה ע"י סיבה שא"א לכתוב במקום הנתינה או שדעתו לשלחו ע"י אחר וכיון דבשעת כתיבה א"א בע"א אע"פ שבשעת נתינה בא הבעל שם לית לן בה ע"ש. וזה אין נלענ"ד כיון דעיקר טעמא דאפשר בגט אחר מה"ת למיזל אחר שעת כתיבה והעיקר נראה דכיון דבגיטין הבאים ממד"ה לא תיקנו מחמת דא"א בע"א ממילא דלא פלוג לתקן שיהיה פסול אם הבעל שם בשעת נתינה ואפשר ליתן אחר כמו שלא חילקנו בין מקום קרוב למקום רחוק ומכשרינן כל שנכתב הגט במקום אחר כיון דעכ"פ א"א למיתי ביה לידי תקלה דהא קלא איתליה ועיין בישו"ש שם שכ' דבהבאת הבעל איכא קלא טפי שהיה לו לכתוב הגט במקום הנתינה אם לא שאין שם בקיאים או טעמים אחרים והו"ל מילתא דל"ש ובפרט האידנא שמסדרין גט ע"י רוב העיר ורוב קבוצת עם ק"ו דאיכא קלא. ולכן כ"ש היכא דאיכא למיחש לעגונא כשר חדא דכדאי הוא הרמב"ם כו' ע"ש. ומדברי מהרא"י שהביא שם וכן בשם מהר"מ מהלא בשם רבותיו מבואר דאף לכתחלה שפיר דמי למעבד הכי וכל זה לענין להתיר האשה לעלמא אבל לענין להתיר להאיש לישא אחרת נראה פשוט דכל שיש צורך קצת בדבר אין להחמיר כלל וכמ"ש הב"ש בסימן א' ס"ק כ"א דהיכא דאיכא

פלוגתא או ספיקא יש להקל להעמיד על ד"ת וכיון דאיכא כל הנך רבוותא דמחמירין לכתחילה להאשה להנשא פשיטא שאין להחמיר באיש כלל אם הוא רוצה ליתן גט אחר והיא אינה רוצה לקבל ואף אם היא רוצה לקבל אלא שנתנה עיניה בממון וריצוי כסף נראה דכה"ג לא מיקרי אפשר בע"א וכדאמרי' אטו תרקבי דדינרי כו' ואין לנו לעגן האיש על חנם. ולכן אף שלענין האשה לא מלאני לבי להקל בפשיטות אף שלענ"ד היא היתר גמור כיון שרש"ל נקט במלתא היכא דאיכא למיחש לעגונא. ומ"מ נראה גם באשה להקל בעגון קצת וכן משמע מדבריו שם ובסימנים שכתב בסתם כשר ולא הזכיר מקום עגון אבל לענין האיש אני אומר בטח שהוא מותר לישא אחרת כיון שכבר פטר האשה בגט והוא גט כשר מדינא וגם עתה הוא מוכן ליתן גט אחר וזוהו עכבה שאינו מן האיש ואין לנו לעגן:

ומריש הוי אמינא שלא להזדקק בזה להתירו אחרי שנתינת הגט היה לפני עדים לבד בערמה בלא ידיעתה ועבר אחרגמ"ה לענין גט בע"כ אבל אחר שהעידו אנשים יריאים ושלימים שיודעין בטיב הענין כי האיש הוא צנוע ומעלי והיה ראוי לאותה מעשה מחמת רשעתה ונתברר שהיא קונה בשר טריפה במר דכשרה ולא צניעא באיסורא וקרוב הדבר שכבר האכילתו או תאכיל אותו דבר איסור ולכן הוצרך להפרד ממנה והוא נע ונד בארץ כמו שש או שבע שנים א"כ אין לנו להוסיף עיגון על עיגונו אחרי שלפי דברי אנשי אמת כתורה עשה שהוציא רשעה זו מביתו ובכה"ג לא תיקן רגמ"ה כלל כמבואר בסימן א' וסימן קט"ו. ואם אחר ההתראה מב"ד שרוצה הבעל ליתן לה גט אחר וכתובה תהיה משרכא דרכיה ותתן כתף סוררת יתירו לו הבית דין לישא אשה בלי שום ספק ופקפוק כלל:

כל זה אמרתי בחפזי ופה לא עשיתי מאומה לישא וליתן בדברי הש"ס ופוסקים רק לקט אמרים המורם לדינא אחרי שהשואל אץ עלי להשיב על אתר ובתשובה אחרת הארכתי קצת ושם כתבתי ליישב קושית הב"ש על הטור שסובר דלהרמב"ם בנתעכב קודם הנתינה פסול וכתבתי חילוק נכון בין נתעכב ביד הבעל או ביד העדים ועוד ענינים אחרים נאותין לענינינו אך לפי שלענ"ד לענין התרת האיש האריכות אך למותר ולא כתבתי רק הנוגע לשורש הדין בקצרה. דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קטז

שאלה מעשה שהיה כך היה אשה א' פה"ק היה בעלה חולה ולפי שלא היה לו בנים ותצטרך לחלוץ והאח רחוק מכאן כמה פרסאות והיא עניה שאין לה במה להתפרנס

ומכ"ש להוצאה מרובה כזה אין סיפק בידה וגם אולי ימאן לחלוץ בחנם ושלחתי לסדר גט וכן נעשה כי היה החולה בדעה מיושבת כראוי אך המסדר אמר שהיה מסופק אם בעת שחתמו העדים היה עדיין יום כי לפי ראות עינים היה ספק שמא כבר הוא לילה ואעפ"כ הניח לעדים לחתום והבעל נתן הגט לפי שאפשר שיש להכשיר גט כזה בשעת הדחק ולמחרתו בהשכמה מת הבעל ויש להסתפק שאף לפמ"ש הב"ש בשם רש"י דשעת הדחק הוא כשהבעל הלך לדרכו וא"א בגט אחר וא"כ זה דנ"ד לכאורה אינו שעת הדחק מכל מקום כיון שיש ג"כ ספק שמא בשעת חתימה היה עדיין יום אפשר שיש מקום להקל בנידון זה אף שאינו שעת הדחק גמור ע"כ תוכן דברי המאה"ג המופלג מוהר"ר זאב וואלף מ"מ ומ"ץ דק"ק ראדוויל וביקש ממני לחוות דעי בזה:

תשובה הנה בגוף הדין אם יש להכשיר נכתב ביום ונחתם בלילה בשעת הדחק במחלוקת הוא שנויה בין הפוסקים כמבואר בב"י סי' קכ"ז ודעת הרי"ף והרמב"ם והרמ"ה שהביא הטור בסי' קכ"ז לפסול אף בשעת הדחק וכן דעת קצת מרבוותא כמ"ש הרא"ש בשם רבינו האי ואף שהרא"ש ודעימיה דעתם להקל בשעת הדחק הרי בש"ע הביא דעת הפוסקים להחמיר בסתם ודברי המקילין בשם י"א ומבואר בשו"ת מהרמ"ז שהביא בחלקת מחוקק בסי' א' דכל כה"ג המחבר תופס דעה א' לעיקר וכן נקטו הפוסקים האי כללא בכמה דוכתי וא"כ אין מקום להקל אף אם היה כאן שעת הדחק ואין להקל מצד דספיקא הוי אי הוי החתימה ביום או בלילה ומוקדם אין פסולו רק מדרבנן והוי ספיקא דרבנן לקולא דז"א דהא איתחזק איסור' דא"א ובחזקת איסור קי"ל דאפילו ספיקא דרבנן להחמיר וכמ"ש הש"ך ביו"ד סימן ק"י. ובר מן דין נראה דאין מקום לספק זה כלל שהרי מבואר בב"י שם דאף אם נכתב ונחתם ביום רק שניתן בלילה הוא פסול אם לא שניתן ע"י שליח והוא דעת הר"י והרשב"א והרא"ש בתי' הב' והר"ן והטור שם והרי"ף דעתו להחמיר אף בניתן ע"י שליח יש לכתוב אחר וכמ"ש הרמ"א בהג"ה ואף שיש פוסקים המכשירין בזה וכמ"ש הב"ש ס"ק ז' שדעת הרמב"ם להכשיר וכתירוץ קמא דהרא"ש ובשו"ת תומת ישרים סימן ל"ד כתב שכן דעת העיטור והרמב"ן והכל בו ובעל השלמה מכל מקום הרי בש"ע סעיף ה' כתב כדעת הר"י שאין תקנה כ"א על ידי שליח ולא הזכיר דעת המקילין כלל והרמ"א הוסיף והביא חומרת הרי"ף אף ע"י שליח ועכ"פ כשניתן מיד הבעל ליד האשה מי ירים ראש להקל וא"כ בנ"ד כיון דבעת החתימה הוי ספק לילה וידוע דאיכא שהות בין חתימה לנתינה בקריאת הגט ושאלת המסודרים לבעל ואשה ואין ספק דבעת הנתינה היה לילה ודאי ופסול אף אם נימא שהספק דחתימה לקולא ותלינן שהוא ביום:

איברא דבשעת הדחק נראה לכאורה דפשיטא שיש להקל אף בזה למאן דמכשיר בנכתב ביום ונחתם בלילה בשעת הדחק וכמ"ש בב"ש ס"ק ד' דכ"ש כשנתאחר אחר הכתיבה והחתימה דהא הטעם הוא בשעת הדחק עבדינן כר"ש דאמר כיון שנתן עיניו לגרשה כו' ולא ס"ל הטעם משום זנות א"כ כשנכתב ביום ונחתם אח"כ או שנתאחר אחר החתימה חד טעמא הוא וכשר ע"י הדחק עכ"ל ולכאורה הוא דבר פשוט ולא הוו צריך לאומרו שהרי כל שנכתב ביום ונחתם בלילה הנתינה מאוחרת הוא מיום הכתיבה או משום שאחר שאיחר החתימה ג"כ יהא עדיף טפי וכיון שבאיחור החתימה והנתינה מיום הכתיבה ס"ל להכשיר בשעת הדחק ק"ו באיסר רק הנתינה לבד (ואם לזה כיון הב"ש במ"ש דכ"ש כשנתאחר דהוי כ"ש מטעמא דכתיבנא לא היה צריך להאריך לבאר דחד טעמא הוא אלא נראה דכוונת הב"ש דנתאחר אחר החתימה הוה כ"ש כיון שדעת הרמב"ם ועוד פוסקים להכשיר בזה) דבכלל מאתים מנה:

ואמנם באמת נלענ"ד שי"ל דלהפסל בנתאחר אחר החתימה אפשר שיסבור לפסול אפילו בשעת הדחק אף יסבור דבנכתב ביום ואיחר החתימה כשר בשעת הדחק ומ"ש הב"ש דחד טעמא הוא להכשיר משום דכיון שנתן עיניו כו' אינו מוכרח דלכאורה אינו מובן דאיך שייך לומר דבשעת הדחק סמכינן אדר"ש דאמר כיון שנתן עיניו כו' דהא כיון דאי לקוחות קמן הרוצים ליקח פירות מהבעל קודם הנתינה הוי אמרינן להו דשפיר דמי ליקח והוי פסקינן דינא אפומייהו דרבנן דיש לבעל פירות עד שעת נתינה וא"כ פשיטא דע"י שנכתב הזמן קודם יש כאן פסידא דלקוחות בודאי ומה יושיענו זה דאיכא מ"ד דכיון שנתן עיניו לגרשה כו' דלדידיה אין פסידא דלקוחות ור"ש גופיה מודה דאי איכא פסידא דלקוחות גט פסול וצ"ל דודאי לענין פירות לא שייך להכשיר משום דאיכא ר"ש דס"ל כיון שנתן עיניו לגרשה כו' אלא משום דבלא"ה אין כאן פסידא דלקוחות אף לרבנן וכמ"ש רש"י דאמרינן לה אייתי ראיה או כמ"ש התוס' דע"מ מוציאין הקול שלא נמסר ביום שנכתב רק דמוקדם פסול לרבנן משום חיפוי דבת אחותו ובזה קי"ל בשעת הדחק כר"ש דלא חייש לזנות והא דצריך רבא למימר מ"ט דר"ש דס"ל זנות ל"ש י"ל דה"ק רבא דודאי לר"ש זנות לא שכיח רק דלפ"ז תיקשי למה תיקנו זמן לר"ש וא"ל משום פירות כדקאמר ר"ל דא"כ נכתב ביום ונחתם בלילה נמי יהא פסול כיון דלר"ל יש להבעל פירות עד שעת חתימה ואיכא טריפת לקוחות שלא כדין ונהי דע"מ מפקי לקלא שלא ניתן ביום שנכתב מ"מ לא מסקי אדעתייהו שלא נחתם באותו יום ויסברו שבאותו יום שנכתב נחתם ויניחו לה לטרוף מזמן הכתיבה ולכך קאמר דטעמא דר"ש דכיון שנתן עיניו כו' והלכך שפיר תיקנו זמן לידע שפירות שלה משעת כתיבה ומ"מ

אין חשש טריפה שלא כדין דשפיר טרפה משעת כתיבה. שוב מצאתי בפ"י שכתב גם כן כמ"ש ע"ש ושמחתי שכוונתי לדעתו בזה ואף שיש לפ"ז מקום עיון בסוגית הש"ס כעת אין פנאי להאריך:

ולפום מאי דכתיבנא י"ל דאע"ג דנימא דבנכתב ביום ונחתם בלילה כשר בשעת הדחק מ"מ היינו משום דבשעת הדחק סמכינן אדר"ש דלא חייש לחיפוי דב"א ומשום פירות ליכא למיחוש דעידי חתימה כשחותמין רואין שאינו ביום שנכתב ומפקי לקלא שלא נחתם ביום שנכתב ולענין פירי בהך קלא סגי ואע"פ שהקול יוצא באיזה יום ממש ודוקא לענין חשש חיפוי הוא דבעינן הכי עיין בדברי אא"ז מהרש"א ז"ל משא"כ היכא שנכתב ביום ונחתם ביום וניתן בלילה אע"ג דנסמוך על ר"ש לענין חשש דחיפוי מ"מ אכתי איכא חששא דפירות כיון דאנן פסקינן דינא כרבנן לענין פירות שרשאין הלקוחות לקנות עד שעת נתינה וכשתוציא הגט יסברו הב"ד שנמסר בו ביום ותטרוף לקוחות שלא כדין וגם ר"ש מודה לפסול היכא דאיכא טריפת לקוחות שלא כדין וא"ל שהעידי מסירה יוציאו קול שנמסר אחר יום שנכתב ז"א דהתוס' כתבו כן למ"ד דצריך עידי מסירה דווקא. אבל לדידן דקי"ל דסומכין על ע"ח א"כ יש לחו' שיתן לה בצנעה כמ"ש התוס' שם ותטרוף לקוחות ואף אם עכשיו ניתן בעידי מסירה י"ל דלא דייקי כיון שאין הכריתות על פיהם ואין מוציאין הקול אך זה דעת הרמב"ם ולשאר פוסקים עיקר הגט על ידי עידי מסירה וגם להרמב"ם לכתחלה צריך ע"מ וגם לפמ"ש התוס' משמע דאף אם נימא בע"ח לחוד סגי מ"מ דרך ליתן בע"מ כדי לפרסם שהיא פנויה ויש לעיין בענין זה וקצרתי:

וגם במ"ש הב"ש ס"ק ז' לדייק מדברי הרמב"ם פ"ב שכתב כותבין וחותמים לו הגט והוא מגרש בכל עת שירצה שזה היפך ממה שמדייק הטור מהרמב"ם לפום ריהטא היה אפשר לומר דהרמב"ם ס"ל שחלק בין אם העדים כותבין וחותמין ומוסרים ליד הבעל הגט באותו יום עצמו רק שהבעל מאחרו בידו וכההיא דכתביה ואנחיה בכיסתיה או כהך דכותבין גט לאיש כו' ובין אם נכתב ונחתם ביום אחד והעדים מאחרים הגט בידם כמה ימים דאם ניתן באותו יום לבעל אין חשש פירות דמיד הם מוציאין קול כיון שאפשר שהבעל יתן אותו מיד ולא אמרינן שהם סומכים על עידי מסירה שיוציאו קול דהא אפשר שלא יתן אותו בע"מ כלל והרמב"ם לשיטתו דסבירא ליה דבדיעבד מהני בלא ע"מ וא"כ על ע"ח מוטל להוציא קול וא"כ אף שנתאחר ביד הבעל אין כאן טריפת לקוחות שלא כדין שהיה להם למנוע מליקח משעה שיוצא הקול שיש ת"י גט כתוב וחתו' בעדים ויוכל ליתנו בכל עת שירצה ודמי למ"ש הרא"ש בתשובה הביא בטוש"ע ח"מ סימן כ"א ס"ז שמעון שכתב לראובן כו' ע"ש שכתב דמאז היה להם ללקוחות למנוע

מליקח כיון שיצא הקול והיה להם לחו' שמא נתן לו כ"י מיד ע"ש ובאמת שהרמב"ם השמיט הדין דאין לבעל פירות עד שעת נתינה וא"כ י"ל דשפיר טרפה קודם נתינת הבעל לאשה כיון שהוא מוכן לגרש מיד ועיין בתוס' שם רק דמ"מ לא טרפה משעת חתימה ממש כל שהגט מתאחר ביד העדים דכ"ז שלא מסרוהו לבעל אין מוציאין קול ובכה"ג שנתאחר ביד העדים שפיר י"ל דס"ל להרמב"ם דאין לו תקנה וכמ"ש הטור והיינו משום דבזה יש חששא דפירות ובהכי מיירי שם הרמב"ם שהביא הטור ראיה מדבריו שכתב הרי שאמר לב' כו' ונתאחר הדבר כו' וע"ש מ"ש האחרונים ליישב דברי הטור מהשגת הב"י ולפמ"ש יש לומר דהרמב"ם אזיל בשיטת בעה"ע דאיפוך קמייתא ויש בזה אריכות דברים ולקצר אני צריך:

ותבנא לדינא דבכה"ג דנ"ד אפילו אם היה כאן שעת הדחק יש להחמיר ומכ"ש שלא בשעת הדחק ומכ"ש לפמ"ש אא"ז רמ"א בתשובה סימן קי"ב דבזה"ז דאיכא חרגמ"ה לא שייך הך מילת' כיון שנתן עינו לגרשה כו' ע"ש שכ"כ על דברי הרשב"ם לענין ירושת אשתו וא"כ ה"ה לענין שעת הדחק דהכא נפל הך היתרא בבירא דהא ליכא למימר דסמכינן אר"ש דכיון שנתן עיניו וכבר נתעורר בזה חכם אחד בספר עמק המלך שנדפס מקרוב ע"ש ולפ"ז אין מקום לצדד היתר ג"כ מחמת שהיו עסוקין באותו ענין דס"ל להרא"ש והרשב"א להכשיר וע"ש באשר"י שכתב טעמא משום דכיון דהגט ראוי לגרש משעת כתיבה ע"י ע"מ וגם יצא הקול כיון שהיו עסוקין באותו ענין והיו העדים מזומנים לחתום ובכה"ג מפסיד הבעל הפירות משעת כתיבה לרבנן והוא מדברי התוספות שם אך הרמב"ם כתב להדיא לפסול אף בעסוקין באותו ענין והעתיקו בש"ע וע"ש בב"י טעמו דאיהו סובר דאף דיש לו קול מכל מקום אינו מפסיד משום שראוי לגרש בו רק משעת נתינה וא"כ יש חשש טריפת פירות ע"ש ולפום מאי דכתיבנא לדידן דאיכא חרגמ"ה בכל גווני יש לבעל פירות עד שעת נתינה וא"כ איכא חשש פירות ובט"ז ח"מ סימן מ"ג כתב ותו ק"ל מ"ש מגט דמהני עסוקין כו' ולהרמב"ם לא מהני מטעם אחר שכתב הב"י שם כו' ולענ"ד צ"ע והן הן הדברים בטעמם דאף ע"ג דאית ליה קלא מכל מקום כיון דהפירות אינו מפסיד רק משעת נתינה שוב ה"ל כשטרי חיוב שאין השיעבוד מתחיל ביום:

אך מ"ש הט"ז ראיה מהרא"ש והרשב"א דמכשרי הוא נכון לכאורה ושארי הגאון אב"ד דק"ק ליסא בספרו על ח"מ תמה על דברי הט"ז בזה מדברי התוס' שכתבו כיון דראוי לגרש בו מיד כו' ובאמת דברי התוס' הם אמורים אליבא דר"ל דס"ל דמשעת חתימה אין לבעל פירות וא"כ כיון שעסוקין באותו ענין והעדים מזומנים לחתום כאילו נחתם ביום דמי משא"כ לר"י דאפילו אם נחתם גם כן אפ"ה יש לבעל פירות עד שעת נתינה אין

סברא שבעסוקין באותו ענין תפסיד הפירות משעת הכתיבה ובאמת בלא"ה קשה דהא הוי מוקדם מחמת טריפת הפירות והב"ח באה"ע סימן קכ"ז כתב הטעם להרא"ש דמהני עסוקין באותו ענין משום דראוי לגרש ויש קול ובג"פ וספר בית מאיר השיגו עליו מטעם זה דדברי התוס' אינם רק לר"ל אבל לר"י אין חילוק בזה ולכאורה היה אפשר לומר דכמו שכתבו התוספת דכיון שהעדים מזומנים לחתום הו"ל כחתמו ה"נ אם עסוקין בא"ע והעדים מזומנים למסור בפניהם הו"ל כנחתם ונמסר ביום דקול יוצא ביום שנתגרשה אשה זו והא דקי"ל לר"י אפילו בגט שנכתב ביום ונחתם ביום יש לבעל פירות אף ע"ג דראוי לגרש בו מכל מקום כיון דאין ע"מ מזומנים שם באותו ענין לא הו"ל כשעת נתינה וע"ח המזומנים שם לא מהני דאפילו אם חתמו מ"מ ע"ח לא מפקי לקלא לר"י ולפ"ז לר"י אם נימא דכשר נכתב ביום ונחתם בלילה ועסוקין באותו ענין היינו בכה"ג שגם הע"מ שנמסר לפניהם היו מזומנים שם דאז שפיר מפסדת פירות משעת כתיבה אף לר"י וצ"ע ועיין ברשב"א שנראה מדבריו דנייד מהך סברא דמחמת קול וראוי לגרש תפסיד מזמן הכתיבה מחמת קושית התוס' מאמר לעשרה כו' ואעפ"כ דעתו להכשיר בעסוקין בא"ע אלמא דלאו מהאי טעמא הוא ע"ש:

ולענין דינא הנה בש"ע סתם כדעת הרמב"ם שאין להקל משום עסוקין בא"ע וכך הוא דעת רש"י ועיין בג"פ הביא תשובת מהר"מ גלאנטי בגט שנכתב ביום ונחתם בין השמשות וניתן בלילה ובעלה בעיר והשיב שאין להכשיר משום עסוקין בא"ע גם מטעם שעת הדחק שאין זיווגם עולה יפה לא מיקרי שעת הדחק כיון דבעלה בעיר עכ"ל הרי שזה ממש כנ"ד ולא רצה להכשיר ואף ע"ג דשם היה בעלה בעיר לאו דוקא כמ"ש בד"מ ובג"פ בשם מהרד"ך דדוקא אם א"א להשיג גט אחר שהלך למרחקים ולא שכיחי שיירות אבל אם שכיחי שיירות אף שהלך למרחקים לא הוי שעת הדחק ע"ש וגם בספר נדפס מקרוב מהגאון מו' זלמן כהן אבד"ק פירדא ושמו שו"ת בגדי כהונה מצאתי שכתב שם עובדא כנ"ד שלא הספיקו לחותמו עד שכמעט חשיכה ולכל הפחות ספק לילה ושם היה מקום עיגון קצת וע"י שליח והאריך בדבר בפלפול ולדינא כתב להקל בעסוקין בא"ע ובמקום עיגון שא"א להשיג בשום צד גט אחר כיון שנשתלח על ידי שליח רק בהא מסתפקא אי נידון דידן מקרי א"א בגט אחר דז"ל הישש"ש ודווקא בכה"ג שהלך לדרכו וא"א בגט אחר אבל היכא דאפשר אלא דאיכא למיחוש לעגונה כולי האי לא מקלינן ביה עכ"ל דמשמע דעיגון ברור דא"א בגט אחר הוא דמקרי שעת הדחק כו' והכא בנ"ד אם יכתבו אלופי ק"ק מינ לתקיפי ארץ במדינות מעכ"ת בודאי יתנו רשות ליתן גט אחר או ילכו חוץ למדינה כו' ע"ש שברור מדבריו דכה"ג דנ"ד אינו בכלל היתר דשעת הדחק

ואף ע"י שליח לא התיר אף שעי"ז יש צד גדול להתיר כמבואר בפוסקים ומכ"ש בנ"ד שהבעל נתן בעצמו:

אפס מה שהיה מקום לצדד קולא בנ"ד דהני עובדי דמהר"מ גלאנטי למהרז"ך הוא בחיי הבעל ויש חומר א"א בדבר משא"כ בנ"ד דאיסור א"א פקע ולענין איסור יבמה לשוק קיימינן דאינו רק איסור לאו ומדאורייתא הותרה לגמרי שהרי גט מוקדם כשר מדאורייתא ואין כאן רק זיקה מדרבנן לבד ובזה אפשר דכ"ע מודים שיועיל הני טעמים דספק לילה ועסוקין באותו ענין להתיר אף שלא בשעת הדחק:

אך לא מלאני לבי להקל בזה כיון שהחמירו באיסור א"א אף בע"י שליח ואף שהיה קרוב למקום עיגון איך נקיל בזה שגירש בעצמו ואין כאן מקום עיגון כלל. ועיין בתה"ד סימן ר"ן שכתב והביא מיבמות פרק הערל דאין לחלק בין לאו לכרת ובחבורי בית אפרים סימן ל"ח ס"ק י"ד הבאתי דברי מהרי"ק שכתב דלענין ספיקא אין לחלק כיון דהוי ספק דאורייתא לחומרא מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת וע"ש ובק"ה שהארכתי בענין זה ובנ"ד אף ע"ג דאינו רק ס' דרבנן וכמ"ש מ"מ כיון דבאיתחזק איסורא ס' דרבנן לחומרא ומה לי ס' דרבנן דאיסור כרת או ספ' דרבנן דאיסור לאו כיון דאשה זו בחזקת זקוקה ליבם היתה עומדת ומספק אתה בא להתירה אל תתירנה מספק ומכ"ש בזה שבעת נתינת הגט היה הבעל קיים ונפל הספק לענין איסור א"א שאנו דנין להחמיר אע"פ שעתה נתגלגל הדבר לאיסור לאו אין להקל וכעין שכתב הש"ך לענין ס' איסור תורה ונתגלגל להיות ס' דרבנן שיש להחמיר ומכ"ש בזה דבנתינה אין ס' שהיה ביום כלל דודאי היה לילה והש"ע סתם כדעת הפוסקים המחמירים ולכן אין להקל בזה:

ומה שיש לעיין בזה אם יש כאן ב' וג' יבמין אם צריכה לחזור על כל האחין וכמ"ש מהרשד"ם חלק אה"ע סימן קנ"ח בדין יבמה שהפילה ואף דהב"ש סימן קנ"ו ס"ק ג' ובשו"ת ח"צ סי' ק"ח השיגו עליו דממ"נ אי היה יום א"צ חליצה כלל כו' וא"כ ה"נ בנ"ד דאף דהוי ספיקא אם בשעת חתימה היה יום או לילה מ"מ ממ"נ אם היה יום א"צ חליצה כלל וגם מצד הנתינה שהיה וודאי לילה ג"כ שייך ממ"נ שאם הלכה כמתירין בנכתב ביום ונחתם בלילה א"צ חליצה כלל כו' וכן להך צד שצדדנו משום שעסוקין בא"ע י"ל ממ"נ אם הלכה כהרא"ש דמתיר בעסוקין בא"ע א"צ חליצה כלל ואם כהרמב"ם דפוסל בעסוקין בא"ע חליצה מעליא הוא. אך לפמ"ש בבני יעקב בשם הנ"י כת"י דטעמא דהרמב"ם משום דגזרינן עסוקין אטו אינו עסוקין לא שייך ממ"נ הנ"ל. וגם בלא"ה בכל הספיקות שבכאן לא שייך ממ"נ דלהך צד שהוא פסול פסולו משום מוקדם שהוא כשר מדאורייתא לפסולו מדרבנן ובכה"ג חליצה פסולה מקרי לחזור על כל האחין וכן הביא

שם מהרשד"ם פסק ממורו ר' יוסף טאטיצק ז"ל על יבמה שנתגרשה בגט ש"מ ונמצא פסול בגט והיה לה ג' יבמין במה"י וכתב בסוף שבזה שכמעט נמנע שתחלוץ לכל האחין כדאי הם כו' ומזה הוכיח מהרשד"ם שלא התיר אלא כההוא דנדון דידיה שהיה קרוב לנמנע שיחלצו כולם וע"ש שכתב דאף דחיזור אינו רק מדרבנן אין הולכין בו לקולא ע"ש ותשובה זו של הגאון מהרי"ט טייצק נמצא שם בשו"ת מהרשד"ם סימן צ"ב ע"ש באורך. ומ"מ נראה לפי ענ"ד שכיון שיש צדדי היתר להכשיר וגוף הפסול אינו רק מדרבנן יש להקל בתקנת החיזור דאפילו למאן דס"ל ח"פ צריכה לחזור דעת התוס' וא"ז דווקא היכא דהיתה זקוקה לגמרי ואקלישא כמ"ש באה"ע סימן ק"ע סעיף ז' בהג"ה ואף לפי מ"ש הרמב"ם שהביא שם בסעיף י"ח שאם חלץ לאסורה לא הותרה צרתה. (ואף דהרמב"ם גופיה ס"ל דח"פ למיפטר נפשיה פטר' מ"מ מוכח מדבריו דאף בח"פ מעיקרא אית בה דין חיזור וממילא דלמ"ד דאף למיפטר נפשה צריכה לחזור אף בח"פ מעיקרא דינא הכי) מ"מ בכה"ג דהכא שפטורה מן החליצה מדאוריית' רק שלפי שרבנן פסלו מוקדם צריכה חליצה שפיר מהני חליצה אף מאח אחד למישתרי כמו דמהני חליצה דאורייתא באח אחד למישתרי זיקה דאורייתא וכן מצאתי בס' בית מאיר ס"ח דכיון דע"י הביאה הופקע הזיקה דאורייתא אף שמדרבנן צריך לחלוץ לפי שעשה מאמר בזו מ"מ סגי בחליצה אחד מן האחין לבד והא דח"פ צריכה חיזור היינו כשאנו באים להפקיע זיקה דאורייתא ע"ש וכיון דהך פסולה דמוקדם אינו רק דרבנן ותקנת חיזור גם כן אינו רק דרבנן ואיכא ספיקא וצדדי היתר נוכל לסמוך להתיר בחליצה אחד מן היבמין לבד אבל בלא חליצה כלל לא מלאני לבדי להקל בזה כאשר כתבתי כן נראה לפענ"ד:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קיז

אור המאיר. חכמתו תאיר:

אור חדש יונק מגדולי הקדש. ילכו יונקותיו עד מלאות מקום אבותיו. ה"ה כבוד אהו' שארי ידיד נפשי ולבי ה"ה החריף ושנון בקי בחדרי התורה כש"ת מוה' מאיר נ"י הלוי הורוויץ:

אחד"ש מאז נמצאו דבריך הייתי משתוקק לשים עיני על פניני אמריך כאשר על התשובה מראש הבטחתיך ואחר עבור המועד חפצתי להשיבך ולא עלתה בידי מחמת טרדא דמצוה לשקוד על תקנות עגונה אחת אשר ארכו שנותיו ומיד שגמרתי חשתי ולא התמהמהתי לעיין בקונטרסיך ואם אמנם כי אין הזמן מסכים לירד לעומק הדין אמרתי אשיבך על מה שיצאת לדון בדבר חדש בענין הקנאת הקולמוס וכלי כתיבה לבעל ונתת

טעם לדבר משום דעי"ז קונה הבעל מלאכת הכתיבה שהוא של הסופר למ"ד אומן קונה בשבח כלי כמ"ש הפ"י ועוד מחברים וע"י קניית הקולמוס וכלי כתיבה הבעל קונה כמ"ש התוס' בב"מ דף מ"ח והארכתי בזה:

אהו' בני את קולך שמעתי מתהלך בקן קולמסך יישיר חילך כי אמרת דבר חכמה. אבל אמרתי אשר אאהב אוכיח ואגלה אזנך כי קרבת המרוחקים בזרוע עוזך ובין חזרה לקנין נתחלף לך שר"ת לא אמר אלא שאינו יכול לחזור בו אבל גוף מלאכת הכתיבה שאינו בעולם אדם איך יזכה במשיכת כלי הכתיבה. ואפילו במושך גוף הדבר שלבל"ע כגון משוך פרה זו לקנות אחר למ"ד לא קנה ועוד שאפילו מושך כלי לקנותה לעשותה מלאכה בעצמה מסתפק הריטב"א אם קונה במשיכה ואם אין שם קנין הגוף רק לפירות פשיטא ליה דלא מהני רק מצד תקנת חכמים יעיין בריטב"א קידושין דף מ"ז גבי השואל קורדם כו' ומכ"ש שאין מועיל משיכה בכה"ג שיחזירם לאומן לעשות המלאכה והוא יקנה אותה ואם כן בב"מ דף מ"ח דמיירי לענין דאורייתא אין משיכת תספורת מועיל לקנות כיון שאין חפץ בקנין הגוף אין משיכה מועיל לקנין וגם דקנין לא שייך במלאכת תספורת ואין ללמוד משם רק דבמשיכת כלי המלאכה נגמר הקנין השכירות שלא יוכל לחזור בו אבל שיקנה על ידי משיכה זו המלאכה אשר יעשה בכלים אלו זו לא שמענו: ולפום ריהטא חפצתי צדקך כיון דעל ידי משיכה נגמר הקנין השכירות שאין יוכל לחזור בו הוי ידו כיד הבעלים ולא אמרינן ביה שקונה בשבח כלי. אך ז"א דא"כ אף אם יכול לחזור בו נימא דהוי ידו כיד בעה"ב וכדאמרינן בב"מ דף יו"ד כל כמה דלא הדר ביה ידו כיד בעה"ב:

ועוד דא"כ גם בדבר האבוד או בקנין לדעת הריטב"א שגם קבלן אינו יכול לחזור בו נימא דבכה"ג אין אומן קונה וכ"ת ה"נ ז"א דא"כ לוקמי מתני' דהנותן טליתו בהכי כגון שמשך כלי אומנתו או בקנין ול"ל לדחוקי דאגרי לביטשה ומכ"ש לפמ"ש הריטב"א הביאו בש"מ פרק האומנים דכשמשך האומן חפץ של בעה"ב נשתעבד ואינו יכול לחזור וא"כ מתני' דהנותן טליתו אין האומן יכול לחזור בו ולא קני ורב ששת י"ל דמיירי בעושה בבית בעה"ב וגם תיקשי בהא דרב אסי בב"ק ע"ש א"ו דדווקא בפועל שכיר יום אמרינן ידו כיד בעה"ב ומה"ט גופא יכול לחזור בו שזה עבודת עבד משא"כ קבלן אם משך כלי אומנות ס"ל לר"ת דאינו יכול לחזור משום דאין ידו כיד בעה"ב ולית ביה משום עבודת עבד ולכן שפיר נ"ל ג"כ שקונה בשבח כלי אע"פ שאינו יכול לחזור ועיין בב"מ דף ע"ז בהא דקאמר וכ"ת שאני בין שכירות לקבלנות כו' ובפירש"י שם דקבלן אינו עבד אלא לעצמו והכי מסקינן לחלק בין שכירות לקבלנות ובשכירות לא מספקא לן אם שכיר

קונה דהא ידו כיד בעה"ב רק לענין קבלן מיבעיא לי' ועיין ברמב"ם פי"ג מה' מכירה דמחלק בין שכירות לקבלנות לענין אונאה ושם במ"ל נראה שהבין בדברי ה"ה דקשיא ליה כיון דאין אומן קונה דמי לשכירות שכ' הרמב"ם טעמא דהוי כקונה עבדים לזמן ולכן כ' שמהר"א נתן טעם לדבר כו' ונכון הוא ע"ש וז"א שכוונת ה"ה דכיון שאין אומן קונה אין בקבלנות דין מכר כלל ולא דמי לשכירות דמכר ליומא הוא וכ"כ הריטב"א בב"מ הובא בש"מ דף נ"ה ע"ש אבל דין עבד מודה ה"ה דליתא בקבלנות אף אם אין אומן קונה ומכ"ש אם נימא אומן קונה ועיין בסמ"ע סימן רכ"ז ואפשר דהמ"ל משמע ליה מלשון ה"ה שסיים וקבלנות הוא כשכירות לענין ב"ת ומשמע ליה שר"ל כמו דהתם דמי קבלנות לשכירות ה"נ וז"א שכוונתו דהתם לענין ב"ת מדמינן ליה לשכירות משום דאין אומן קונה ואם כן אין כאן מכר אפילו ליומא ועיין במרדכי פרק הזהב וקצרתי:

ונפלאתי על מ"ש בקצה"ח סימן ש"ו בהא דקונם מעשה ידי דתליא בהא דאומן קונה בשבח כלי ולענ"ד ז"א דמעשה ידיו אינו קבלנות רק כמו שכירות שמשועבדת לבעלה ולא שייך בזה אומן קונה וגם מה דמייתי מרש"י שצריכה לטחון כו' קשה דהא כ"ע מודים בצמר וסימנים דחד והתם נמי הקמח והעצים וכל העשוי למלאכה הכל של הבעל וקושיא לענ"ד לק"מ דמכל מקום אסור ליהנות ממה שעשתה בחנם כיון שמלאכה זו נוטלין עליו שכר וכיון שאחר עשיה הוי דבר שיש בו ממש שפיר חל הקונם:

וראיתי לשארי הגאון בעל חוות דעת בספרו תורת גיטין שהדפיס מחדש שכ' על הג"פ דאישתמיטתיה דברי הש"מ ב"ק בשם הרשב"א שהביא בשם הראב"ד לחלק בין הא דצמר וסימנים דחד להא דרב אסי נתן שידה כו' דגבי צמר סימנים עבדי לשבחא וה"נ הדין עבדא לשבחה. ונפלאתי דודאי כוונת הראב"ד דבצמר אין פעולת האומן ניכרת דמעשה הדיוט הוא וצובע שכיר בעלמא הוא רק השבח סימני' ניכרין בו משא"כ בעצים דמעשה ידי אומן ניכרת בו ואומנתו זהו סימני' וכיוצא בזה כתבו הרמב"ן והרשב"א ביבמות דף ק"י גבי טול דינר כו' דאיכא למימר דשייך ביה שחכמתו מכר לו ומ"ש הראב"ד אבל עצים דלא צריכי לסימנים לישנא קיטא הוא דאפי' צריכי מ"מ אומנתו של אומן כאילו הוסיף סימנים משלו והוי כנשתתף עם הבעה"ב ולכך היכא דיהבי לרכוכי דהיינו שבחא שייך אומן קונה שחכמתו עמדה לו לדעת מה יעשה בו לתקנו ולרככו עד שהשביח וא"כ גבי סופר פשיטא דהדיו אינו משביח רק מצד אומנתו של הסופר ומה בכך שהבעל נתן קלף ודיו גם הסופר נתן חלקו שאימן ידיו בכתיבה שהוא סימנים שלו וכיון שגזל חלקו של הסופר לא קרינן בי' וכתב ומצאתי בס' המקנה דף מ"ח שכ'

די"ל דאף בסימנים דבעה"ב מ"מ איכא שבח מחמת מעשה ידיו של האומן כו' ע"ש וצ"ע בדברי רש"י שם גם מ"ש לשיטת הב"ש הם דברים צ"ע לענ"ד וקצרתי:

שוב ראיתי בג"פ שכ' בצמר וסימנים דחד הוי כמו נעיצת מסמר לר"א דאינו מעשה גדול ולא קני בשבח כלי כו' וראייתו מנעיצת מסמר צ"ע לענ"ד דהתם לא מיירי מתשלומי השבח רק מתשלומי דמי הכלי שמסר לו בעה"ב וגם לענין השבח יש לחלק בין נשבר בשעת נעיצה כמו בהקדיחו בשעת נפילה אבל לא מיירי כלל לענין השבח ואין משם הכרח לחלק בין מעשה רבה לזוטא ואפשר גם הג"פ כוונתו כמ"ש דמעשה זוטא שהוא מלאכת הדיוט אין פעולתו ניכרת שנאמר שיקנה בשבח. אך ראייתו צ"ע ובג"פ רמז לדברי התה"ד סימן ש"ט ושם נראה שהחילוק הוא בין אם עשה שינוי הקונה כו' וצ"ל דבצמר אף שנשתנה מ"מ השינוי אינו מחמת מלאכתו של אומן רק מחמת סימנים דבעה"ב משא"כ בעצים ועשאן כלי שהחרש יעשהו במקוצעות ובמחוגה שהשינוי צורה עיקרא מחמת מלאכתו של אומן וצ"ע לענ"ד מ"ש בתה"ד שם תחלה דאין אומן קונה רק בשבח ולא בגוף ולפי האי טעמא נ"ל שהקנין הוא בגוף וכן משמע בש"מ ב"ק בשם רבינו יהונתן דאם נתן עצים שלא היו חקוקין והאומן חקקם אשתכח דקנאם בשינוי מעשה אם שבחן כו' ע"ש:

ואמנם צריך להבין דמה ס"ד לומר שנקנה הגוף דבשלמא השבח שפיר י"ל דקני ליה אע"ג דאדעתא דבעה"ב קעביד מ"מ כיון דאכתי בעה"ב לא קני קני איהו בשינוי מעשה ולא דמי לעודר בנכסי הגר כמ"ש בש"מ ב"מ דף יו"ד בשם הרא"ש גבי המגביה מציאה לחבירו דל"ד לעודר דאין מתכוין לזכות כלל משא"כ בזה שעכ"פ הוא מתכוין לזכות וזהו לענין השבח שהוא דבר מחודש משא"כ העצים והצמר שלא היה ברשות האומן מעולם ולא נחית אדעתא לקנותו במה יצאו מרשות בעה"ב שיזכה בהם האומן. והיה נלענ"ד לחלק בדבר לפמ"ש בב"ש סימן ל"ה במקדש במעות המשלח היינו כשיש קפידא אם יחליף ואז הוי גזל בידו אבל בדבר שאין קפידא ויש להשליח להחליף לא הוי גזל ע"ש ונראה דמשמע ליה הכי מהא דח"מ סימן שנ"ט דבדבר שאינו מקפיד עליו יכול לקחת לעצמו כשיש תמורת הדבר בעין בידו ואע"ג דהתם מיירי שרוצה לתת יפה ממנו ס"ל דאין לחלק בין יפה או לא דמ"מ בכלל זה נהנה וזה לא חסר ואף לפי דעת הגאון בספר המקנה דלא כהב"ש בזה וכתב דלא משמע כן בח"מ סי' קפ"ג י"ל דהתם כיון דשלח בשביל עצמו ודאי קפיד אם יחליף אבל סתמא כשאין קפידא שפיר דמי ועיין בב"מ דאמרינן זוזי כמאן דפלגי דמי ולאו דווקא זוזי ה"ה כל דבר שמינו מצוי והוא שוה כמותו כדאמרינן דף נ"ב גבי ההיא אריסא כו' דא"ל אנא שקלי כישא את שקיל כישא.

כישא כי כישא ואף דיש לדחות ולחלק בין שותפין דעכ"פ אית ליה חולקא בגוויה משא"כ אם אין לו חלק כלל מסתברא שאין חילוק בדבר דהא מ"מ זה נהנה וזה לא חסר וע"ש בב"ק גבי דר בחצר:

אך י"ל דמ"מ לא קני רק השבח לבד דבשלמא השבח שהוא דבר מחודש אע"ג שי"ל דאדעתא דבעה"ב קעביד מכל מקום כיון דבעה"ב לא קני קני איהו בשינוי מעשה ולא דמי לעודר בנכסי הגר כמ"ש בש"מ ב"מ דף יו"ד בשם הרא"ש גבי המגביה מציאה לחבירו דל"ד לעודר בנכסי הגר דאינו מתכוין לזכות כלל משא"כ בזה שעכ"פ הוא מתכוין לזכות אבל העצים או הצמר שלא היה ברשות האומן מעולם ולא נחית אדעתא לקנותו לא יצאו מרשות בעה"ב ואע"ג דאיתעביד בהו שינוי מעשה הרי זה שינוי נעשה על פיו של בעה"ב ולא קני:

וראיתי בספר קצה"ח סימן ש"ו הביא דברי הר"ש הלוי שחקר בזה אי אמרינן אומן קונה אם קונה בגוף הכלי ע"ש שהאריך והעלה בפשיטות דהשבח והכלי מתהפכים איברא דנעלם ממנו דברי התה"ד סימן ש"ט כו' ושוב הביא דברי הריטב"א פרק האומנין ודברי הרמב"ן וכ' וז"ל איברא דאיכא למידק על דבריהם דהא לפמ"ש אינו זוכה בגוף כמבואר מתה"ד כו' א"כ מאי מייתי מהא דכל האומנין כו' ע"ש בקצה"ח. ובאמת שקושיא זו על הרמב"ן נתקשיתי עליו זה כביר מידי עברי בש"ך ח"מ סימן ע"ב ותמהתי ג"כ על מ"ש הש"ך לאוקמי בשליחא דאגרתא די"ל דאפילו פשע פטור כדין שטרות וגם דא"א לומר כן שהרי שנינו וכולן שאמרו טול את שלך כו' ובש"ס מדייק הא אמר גמרתיו כו' ובפשיטות הול"ל דמיירי כגוונא דרב אסי שנתן שידה כו' לנעוץ בהם מסמר כו' דבהכי מיירי מתני' דב"ק כשקלקל במזיד והזיקו והכא מיירי לענין גניבה ואבידה ואונסין וגם מ"ש הש"ך שם ואדרבא מכאן ראיה דאל"כ מאי פליגי אי אומן קונה בשבח כלי כו' הא מ"מ הוי ש"ש כו' תמהני דודאי אין עולה על הדעת דלפי שהוא ש"ש הוא יכול לקדש בו אשה אנן הכי קאמרינן כיון דמחמת שקונה משכון מגזרת הכתוב דולך תהיה כו' ומחמת זה יכול לקדש בו אשה ולקנות כו' מהאי טעמא נעשה עליה ש"ש ומ"מ מחמת זה אין הכרח שיתתייב עליו באונסין שהרי אפילו כשחייב באונסין מ"מ אינו שלו לענין להקדישו ולקדש בו וכמ"ש התוס' בחולין דף מ' וכן מבואר בכמה דוכתי ועל כרחך דבמשכון שיכול לקדש בו הוא משום גזה"כ דרחמנא אמר ולך כו' וא"כ כמו כן נוכל לומר דאע"פ שאין עליו חיוב מצד שמירתו כלל מכל מקום יכול לקדש מחמת גזה"כ ועיין בש"ך בתחלת הס"ק שם ששם כבר כתב ראיה זו שאם אינו קונה קנין גמור למה יהא יכול לקדש כו' ע"ש ואפשר לומר דרש"י לטעמיה בחולין דף מ' שכתב לא מבעיא

הגביהה והרביצה דהוי כשלו כו' וסבירא ליה דמחמת חיוב אונסין אנו דנין אותו כשלו א"כ טפי מסתבר לומר דחייב באונסין ולכך קריא רחמנא ולך תהיה כו' דכל שאפשר לקרב הסברא שלא נצטרך לומר גזה"כ מקרבינן וגם בשאר דברי הש"ך שם קשיא טובא וקצרתי:

אך הלום ראיתי בגוף התשובה של מהר"ש הלוי ועמדתי משתומם על המראה מה ראה הגאון בעל קצות החשן ז"ל על ככה שהעתיק קצת מהתשובה ולא הביט לפניו ולאחריו והפסיק הקריאה באמצע התשובה ולא שהה כדי לגמור את כולה וכ' שנעלם ממהר"ש הלוי דברי התה"ד סימן ש"ט וכו' שהרי מהר"ש הלוי כתב שם דעות הפוסקים דאומן קונה וכ' עלה ואע"ג דבתה"ד סימן ש"ט כ' וז"ל ואשר"י כ' פ"ב דקידושין בשם ר"ת כו' ולמה שנסתפק החבר החשוב למ"ד אומן קונה אם רוצה לומר שקונה הכלי ונחשב שלו כו' עד ובאומרו שהשבח שלו ר"ל הכלי שלו דהשבח והכלי הם מתהפכין ומה שהביא מהרמב"ן במלחמותיו גבי מלוה על המשכון כו' וגם מה שהביא מחדושי הריטב"א ב"מ כו' ומה שהביא הרב בתה"ד סימן ש"ט צריך לדקדק אם השביח הצורף החגורה דבמרדכי פ"ב דף כ' שהשיב ר"ש לר"ב כו' הנה אני בדקתי בכל המרדכי ולא מצאתיו ומה שהביא ראיה מל' רש"י כו' וע"ש שהאריך וכ' דרבינו שמחה שהביא התה"ד ס"ל שקונה רק השבח ולדעתו רש"י והרא"ש אזלי בשיטה זו אבל הריטב"א והרמב"ן שהביאו מהך דאומן קונה לראיה לענין מלוה על המשכון דג"כ אינו ש"ש ע"כ דס"ל דקונה גוף הכלי ומייתי ראיה דכמו באומן שקונה גוף הכלי אעפ"כ אין קנינו קנין גמור דהרי חייב להחזירו לבעליו אינו חייב ה"נ במשכון ע"ש ונפלאתי על בעל קצה"ח ז"ל שדילג בתשובה זו ראשה וסופה ונקט מציעתא ונראה שלא היה לפניו תשובת מהר"ש הלוי ז"ל רק מה שהובא בלשונו באיזה ספר ולכן כ' מה שכתב:

ומ"ש בקצה"ח שם ליישב דברי הרמב"ן והריטב"א דמשמע להו הך דהאומנין ש"ש היינו גם לענין השבח שיפסיד השכירות כדין ש"ש אבל לא באונסין ע"ש הנה מלבד שהוא דוחק גם אין מקום לומר כן דהא קתני סיפא אם אמר טול שלך והבא מעות ש"ח ואם נפרש דמיירי לענין השכירות למה הוא ש"ח ומחויב לשלם שכרו בגניבה ואבידה דהא נהי דלא הוי ש"ש מטעם תפיס ליה אאגריה מ"מ מטעם שהשכר הוא בעד השבח הקנוי לאומן ושלו נגנב או נאבד ומאי אית ליה גביה בעה"ב ועיין בתשובת מהר"ש הלוי שם שהאריך הרבה בדין זה אם נאנס מיד האומן אם מפסיד שכרו ודעתו דלמ"ד אומן קונה מפסיד שכרו אף למאי דמדמי לה למלוה על המשכון משום דבמשכון מציאות ההלוואה היתה בעולם משא"כ גבי אומן מה שראוי להיות מלוה על בעל הכלי האומן

זוכה בו והוא שלו אם כן כשהפסיד הכלי הפסיד הלוואתו שהוא שכירתו הנתון בכלי כו' ע"ש וכן נראה מדאמרינן דאינו עובר בבל תלין דההוא שעתא שמחזירו הוא כמוכרו לו והלוואה היא ולא שכירות ואם נאמר שעל אונסין מתחייב בשכירות א"כ אם נאנס יש לו לעבור על בל תלין גם כן וכשמחזירו לבעלים אינו עובר אתמהה וא"ל דגם על אונסין אינו עובר בב"ת דמה שנאנס חשוב כאילו החזיר לבעליו פשיטא דליתא כיון דחיוב שכירות הבעלים כשמחזיר לו הלוואה חשוב שזה מכר לו שבחו ואיך נאמר כן באונסין כיון דאינו נותן לו דבר וע"כ דבתורת שכירות אתינן עלה וא"כ גם כשמחזיר לו נימא דל מכירה מהכא ומחויב לו בתורת שכירות ועובר בב"ת אלא ודאי דליתא ואי אומן קונה אז אם נאנס פטור משכירות וא"כ ע"כ שדעת הרמב"ן והריטב"א שע"י השבח שלו יש לו זכיה בגוף הכלי:

ולכאורה נראה שגם דברי הרמב"ם מטין לומר שאם אומן קונה הוא קונה בגוף הכלי שהרי כתב בפרק י' מהל' שכירות וז"ל אמר בעל הכלי איני רוצה בתקנה זו כו' וכן אם אמר האומן הילך דמי צמרך כו' שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה עכ"ל והעתיקו דבריו בטור וש"ע סימן ש"ו. וגם הלום ראיתי מילתא דתמיהה בקצה"ח שם להשיג על הש"ך שכתב דמיירי דאיכא שבחא רק שבעה"ב אינו רוצה להטריח למכור וחפץ דמי צמרו במזומנין כו' וע"ז הקשה דהא גם במזיק ממש א"צ ליתן במזומנים דהשתא אי אית ליה כמה נבלות כו' וא"כ מאי ס"ד דשומעין לו ע"ש ונפלאתי שלא נתן לב לסוף דברי הש"ך שכתב שם וא"כ אם היינו שומעין לו עושין כר"מ דשינוי קונה גבי אומן כו' ע"ש וא"כ לא דמי למזיק שלא קנה בשינוי כמ"ש התוס' בב"ק דף י"א ובב"מ דף צ"ז ע"ש ומ"ש בקצה"ח שם דהרמב"ם וש"ע מיירי שהבעה"ב אינו רוצה ליתן מעות משלו בעד היציאות או השבח ולכן טוען אדרבא תן לי בעד הצמר מה ששוה תחלה ומשמע מדבריו לפ"ז א"צ לתירוץ הש"ך וליתא דס"ס מאי נ"מ ימכרו הצמר ויקח זה דמי הצמר וזה המותר ועל כרחך שהבעה"ב רוצה להטיל הטרחא על הצובע שהוא אינו רוצה להטריח למכור וא"כ שמא כוונת הש"ך כן. אך באמת ז"א רק הש"ך כוונתו כמ"ש דסד"א דשומעין לו משום דקני האומן בשינוי רק שעשו תקנה שלא נקנה בשינוי לטובת בעל הכלי ולכן אם בעל הכלי אומר איני רוצה בתקנה זו סד"א דשומעין לו קמ"ל דהאומן לא קני בשינוי דהא אינו מתכוין לקנותו וטענה זו שכתב בעל קצה"ח שיטעון איני רוצה להוציא מעות שלי לשלם לך בעד היציאה לא ס"ל להש"ך דמ"מ אין מוטל על הצובע יותר רק לפ"ע חלקו דהיינו דבמה דאזקיה דין מזיק יש לו ומסלקו בצמר כפי מה שהיה שוה תחלה ומה שישאר הוא שלו בעד היציאה דבשביל שזה נשתתף עמו בע"כ אין יכול לגלגל

עליו גם חלקו ולחייבו שיסלקנו בדמים וכן מוכח מהא דשדה שאינ' עשויה ליטע דמצי א"ל עקור אילנך וזיל אבל לא מצי למימר בעקירת אילנך איני רוצה דמכחשי בארעא כמבואר שם ואם תרצה היציאה אני אומר תן לי דמי שדה שלי כיון שבאת להשתתף עמי בע"כ ודוחק לומר דגם התם משום תקנתא היא וגם מ"ש בקצה"ח בדעת הראב"ד צ"ע וקצרתי:

אך מה שצ"ע בדברי הרמב"ם וטור וש"ע דבסיפא גבי אומן אמר כו' סיים בה לפי שאין אומן קונה בשבח כלי שעשה משמע דמ"ד אומן קונה שפיר הוי מצי אומן למימר הילך דמי צמרך ובאמת ז"א דודאי א"ל שהאומן רוצה לזכות בשבח היתר על היציאה פשיטא דליתא שהרי מעיקרא הכי אתקין דאף ע"ג דשינה מ"מ השבח של בעה"ב ואין נותן לו רק יציאה שיעור שבח ואפילו כשנאמר דאומן קונה דהא ר"י דמתני' הוא ומ"ד אומן קונה לא פליג עליו וזה מבואר דהא מרישא דהקדיחתו יורה בעי הש"ס לסייע למ"ד אומן קונה ואפ"ה פליגי בסיפא דר"י ס"ל דהשבח של בעה"ב ולא איכפת לן בהא דאומן קונה משום קנסא או תקנה וא"כ אטו בשביל שזה טוען שרוצה להחזיק הצמר ולתת לו דמים וטענתו שלא כדין שהרי לא קנה גוף הצמר בשינוי בשביל זה נאמר שיזכה בשבח ודאי דליתא ועוד דא"כ מנ"ל להש"ס בדף צ"ה להוכיח דר"מ ס"ל שינוי קונה דדילמא לא קני רק דס"ל אומן קונה וכדמוקי לדר"מ גבי קידושין ויש לדחות דמשמע ליה דנותן לו דמי צמרו בין בע"כ דבעה"ב ובין בע"כ דאומן וא"כ ע"כ מטעם שינוי קונה אתינן עלה ומצאתי בש"מ ב"ק שכ"כ בשם הרשב"א דהו"ל לאוקמא דר"מ משום דס"ל אומן קונה דכל ששינה מדעת בעלים לא ע"ד להשביח לבעה"ב צבען אלא להשביח לעצמו (ומ"ש דכל ששינה כו' נראה שכ"כ משום דבדף צ"ט כ' דהא דאומן קונה הוא כשקלקלו לאחר שהשביחן שאין דעתו להשביח לבעה"ב לחייב עצמו וכן ג"כ דעתו להשביח לעצמו כנגד שכרו בלא קלקול אבל לכ"ע כשלא קלקלו אינה קונה כל שבחו שלדעת שיהא של בעל הכלי הוא מתקנו ומשביחו עכ"ל והלכך הוצרך לכתוב כאן דכל ששינה כו') ותירץ דלא בעי לאוקמי הכי משום דרבא אסיק בפלוגתא דעשה לי שירים דכ"ע אין אומן קונה:

ועוד י"ל מדקתני נותן דמי צמרו מיבעי ליה והצבע נוטל בו כדי שבחו או שמא שמין לו ובעל הצמר מסלקו בדמים כו' עכ"ל אך בלא זה מוכח בש"ס דהא לא תליא בפלוגתא דאומן קונה כלל וא"כ מ"ש הרמב"ם טעמא משום שאין אומן קונה לכאורה הוא אך למותר. ולכאורה אפשר לומר לפי מאי דאמרינן בב"מ דף י"ז בשלשה מקומות שנה ר"י אסור לאדם שיהנה ממון חבירו שלא מדעתו וחשיב חד הא דלצבוע אדום ופירש"י שאם נאמר שיתן דמי צמרו ויקח השבח לעצמו א"כ זה נהנה בממון חבירו שהביא מן השוק

וטרח בו ע"ש ובתוס' ונראה דהא אזלא כמ"ד אין אומן קונה דאי אומן קונה אין זה נהנה משל חבירו אלא משלו הוא נהנה ואע"פ שבא על ידי חבירו לא איכפת לן. אך לפ"ז מה דדחי התם דטעמא משום דקא משנה וידו על התחתונה ופירשו משום קנסא א"כ צ"ל דאין חילוק בין אם אומן קונה או לא וא"כ י"ל דבס"ד דש"ס דבעי לאוקמי הקדיחתו יורה כמ"ד אומן קונה הוי ס"ל טעמא דסיפא משום דקא משני כו' וקנסא הוא משא"כ הרמב"ם דנקט בלישניה איני רוצה בתקנה כו' וכן בפירוש המשניות שכ' שתקנה הוא לשניהם נראה דס"ל דהך דחויה הוא ועיקר כרבי יוחנן דווקא טעמא דר"י משום דאסור לאדם כו' וזהו מן התקנה שהתקינו בו כמ"ש התוס' שם א"כ שפיר תלי טעמא משום דאין אומן קונה דאל"כ לא שייך תקנה זו דהא אינו נהנה משל חבירו רק משלו מה שקנה בשבח כלי כך נ"ל לכאורה בשיטת הרמב"ם אך בב"ק דף ק"ב מבואר דהא דקי"ל כר"י מטעם כל המשנה אתינן עלה וכן מבואר מדברי התוס' דב"מ דהך דר"י לא קאי במסקנא ע"ש:

ולכן נלפענ"ד דהרמב"ם סובר דאי אומן קונה אז הוא קונה בגוף הכלי וא"כ הא דאמרינן דכל המשנה ידו על התחתונה ודאי שאינו לענין להוציא את שלו מתחת ידו רק שאם שינה וצריך להוציא ידו עה"ת וא"כ הא דקנסינן בלצבוע אדום היינו כשאומן רוצה שהבעה"ב יחזיק הצמר לעצמו ואם כן בא להוציא שכרו או שבחו מבעה"ב אמרינן ידו על התחתונה משא"כ אם האומן רוצה להחזיק הצמר לעצמו עד שיתן לו שכרו ואם לאו רוצה ליתן דמי הצמר אז כיון דבדין קני האומן לצמר ע"י השבח אם כן אי קנסינן ליה הרי אנו מוציאין מת"י מה שזכה בדין וזה לא אמרינן ולכך הוצרך הרמב"ם לטעמא דאין אומן קונה והלכך אף בכה"ג שהאומן רוצה ליתן דמי הצמר אין שומעין לו:

אך זהו א"ש אם נימא שקונה בגוף הכלי משא"כ אם נאמר שאין זה קנין הגוף רק בשבח לבד. אם כן טענתו שהוא רוצה ליקח הצמר לעצמו לאו כלום הוא דמה"ת נכריח לבעה"ב למכור את שלו וא"כ ממילא דקם דינא לקנסו דידו עה"ת אף למ"ד אומן קונה אע"כ דס"ל דהוי קנין בגוף וכמש"ל בדעת הרמב"ן והריטב"א ז"ל. וגם מוכח מזה כהש"ך דשפיר נ"מ בטענתייהו על מי מוטל טורח המכירה דאל"כ קשה היאך אפשר לומר דאי אומן קונה שפיר יכול לומר טול דמי צמרך כו' דאם כן להך מ"ד לא משכחת האי דינא דאם השבח יתר כו' דהא לעולם יאמר האומן כן ליקח הצמר וימכרנו ויתן לזה דמי הצמר ומותיר יחזיק לעצמו ואיך קאמר ר"י אם היציאה כו' וכן בההוא דצבען כעור לכ"ע אלא ע"כ דהך דינא שפיר כשהאומן אין רוצה לטרוח במכירת הצמר אז דינא הוא דידו על

התחתונה אף למ"ד אומן קונה ולמ"ד אין אומן קונה אף אי בעי אומן למיתב דמי הצמר אין שומעין לו כנלענ"ד:

והשתא דאיכא רבוותא טובי דסבירא להו דהא דאומן קונה היינו קנין בגוף חובה עלינו לתת תבלין לדברים אלו דלכאורה במאי קני לצמר ועצים דבעה"ב כמש"ל. וכבר כתב התה"ד דבמרדכי הכריח דאין קונה בגוף דהא אם רוצה לעכבו לעצמו אינו רשאי (ומ"ש בשו"ת מהר"ש הלוי שלא מצא זה במרדכי הנה הישׁ"ש בב"ק העתיק זה ממרדכי דבני ריינוס וגם באו"ה כלל נ"ח שם איתא תשובה זו שהביא המרדכי ומ"ש בישׁ"ש בשם תשובת הר"ש ראיה משום דאין בו אונאה אפילו שוה דינר והוא נותן שכרו פשוט לא הבנתי ראיה זו דאם כן גם על קניית השבח גופיה נימא הכי א"ו ז"א דעל תנאי השכירות אין כאן אונאה שכל האומנין נשכרין במקח זה ומה שהכלי שוה יותר הנה מגוף הצמר או העצים הוא של בעה"ב וצריך להחזיר עכ"פ מה שקיבל או הם או תמורתם ואין כאן אונאה כלל) וכבר כתבתי לעיל בשם הרשב"א דמה"ט סובר דאע"ג דאומן קונה בשבח כלי לא קני רק נגד שכרו אבל לא נגד שבחו אם לא קלקל דאדעתא דבעה"ב עביד ובקלקל אף נגד שבחו א"צ לשלם דלא זיכה לבעה"ב מתחלה ע"ד שיתחייב ומדברי שאר פוסקים לא משמע כן אלא דעכ"פ קני נגד השבח. וגם צ"ע על שיטת הרשב"א מאי פריך מברייתא דעבר על בל תלין ומדרב ששת דילמא דווקא לחייב עצמו אין דעתו להשביח לצורך בעל הכלי אבל בלא קלקל כולי שבחא ע"ד בעל הכלי קעביד ושפיר עובר בב"ת ומאן פליג ליה בין כנגד שכרו או כנגד שבחו א"ו דאי אמרינן אומן קונה היינו שקונה בכלי כנגד השבח עד שיתן לו שכרו כמ"ש הרא"ש שם ומ"ש בקצה"ח דאם כן יהא רשאי לעכבו לעצמו ואי משום פסיקת השכירות הא קי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל לק"מ כמש"ל בשם הריטב"א דמיד שמשך נתחייב לו הבעה"ב שכירתו והוא מחויב ומשועבד לעשות לו כלי ולמסור אותה לידו בעד שכירות זה ויכול לחייב עצמו אף בדשלב"ל:

אך לפי ענ"ד יש לי לחדש בזה דבר על דרך אחרת ומתחלה אבאר ליישב מה שהקשה הלח"מ על הרמב"ם פ"י מהלכות שכירות והטור שכתבו בהקדיחתו יורה משלם דמי צמרו דהוי ליה למימר שהקדיחתו בשעת נפילה דאל"כ צריך לשלם גם השבח ועיין ש"ך שכן הקשה גם התוי"ט. ומ"ש הש"ך ליישב שלשון הפוסקים כלשון המשנה הוא דהפוסקים צריכין לפרש ולא לסתום. ולכן נראה לענ"ד ע"פ מ"ש בשו"ת מהר"ש הלוי שם ליישב דעת הרא"ש בתשובה שהקשו עליו מש"ס הלזו (הביאו בקצה"ח ס"ק ומהר"ש הלוי תירץ דהש"ס לא בעי למיפשט בעיין מהכא. ובאמת אם נימא חזותא לאו מילתא א"צ לשלם השבח ושפיר תני דמי צמרו לבד ע"ש. ואם כן שפיר כתב הרמב"ם

שאין נותן לו רק דמי צמרו שאפילו הקדיחתו לאחר נפילה א"צ ליתן יותר דדילמא חזותא לאו מילתא היא והוא קולא לנתבע. אך לענ"ד נראה דאף אי אמרינן חזותא לאו מילתא הוא מ"מ אם מזיק לחבירו צמר צבוע והעביר הצבע שהוא מחויב לשלם לו מה שהוזל מחמת זה ואין אומרים בכיוצא בזה הרי שלך לפניך דהיזק ניכר הוא ולכן אם אין אומן קונה משום דאדעתא דבעה"ב עביד וקני ליה בעה"ב אגב צמרו ושוב הקדיחתו אחר נפילה מחויב האומן לשלם ושפיר פריך הש"ס אף למ"ד חזותא לאו מילתא הוא אבל אם אומן קונה א"צ לשלם לו דאע"ג דחזותא לאו מילתא הוא ואין קנין האומן נתפס בו כיון שאין לו בצמר כלום רק בסימנים לבד ולכך בצבע קוף מצי למימר לית לך גבאי לפי שקנין חזותא לבד אינו תופס שהוא דבר שאין בו ממש והצמר אינו שלו ואם כן לא שייך קנין לאומן מחמת הצבע ואם הזיקו בעה"ב או אחר וקלקל הצבע היה פטור מ"מ עכ"פ בעה"ב לא קני בשבח מידי ולכך א"צ לשלם רק דמי צמרו לחוד ולכן בהך דינא דהרא"ש שנתן טבלא להאומן לצייר ואסרה עליו שפיר כתב הרא"ש דאף אי אומן קונה מ"מ אין לצייר בצבע כלום (ונ"ל שחסר תיבה אחת וצ"ל אין לצייר בצבע כלום בכלי או שצ"ל אין לצייר בכלי כלום אך אף אם עיקר הנוסחא כמות שהוא נמי א"ש דכיון דחזותא לאו מילתא היא הוי כאין לו כלום) כנלענ"ד ברור בדעת הרא"ש:

אמנם צ"ע במ"ש הרא"ש וז"ל ואפילו היה האומן קונה בשבח כלי היינו היכא שיש ממשות בשבח כגון שנותן עצים ותיקן כלי אבל הכא לא עשה אומן אלא ציירה בסימנים ואין בזה ממש דאיבעי' לן אם יש שבח סימנים כו' וחילוק זה צ"ע לענ"ד דהא גם בנתן עצים ותיקן כלי נמי נראה שאין ממשות בשבח כיון שהחומר הוא הדבר שהיה תחלה אלא שהאומן חברו יחד במסמרים או כסף והתיכו ועשאו דמות כלי ואין כאן ממש בשבח רק שינוי צורה בלבד ואיך יזכה עי"ז בגוף הכלי דהיינו העצים או הכסף של בעה"ב ע"י מלאכתו מלאכת אומן שאע"פ שהוא שוה יותר עתה מ"מ אין כאן ממש שנתן האומן בתוך הכלי להשתתף עמו רק מה שנעשה תבנית כלי וג"כ נימא שאין קנין לאומן בשבח הזה לומר מחמת זה שהוא שותף ואית ליה חולקה בגויה דגוף הכלי וכיון שדבר שאין בו ממש הוא לבד אין קנין נתפס בו אין מקום לומר אומן קונה רק שנוטל שכרו או מה שההנהו. ולכן נלענ"ד דמ"ד אומן קונה ס"ל דודאי אמרינן דעתו של אומן שהוא רוצה שיזכה בשבח שיעשה ולא יצא מת"י עד שעה שיחזירנה לבעלים ויקבל שכרו וכה"ג כתבו הרמב"ן ושאר פוסקים לענין אם אמר הילך במתנה יכול לחזור דאמרינן דעתיה שמה שהוא שלו לא יצא מת"י ורשותו עד שעה שיבא ליד המקבל וכמו כן כאן שהוא עסוק להשביח ולהתגדר במלאכתו רוצה שיומשך זכותו בדבר ההוא עד

שעה שיגיע ליד המקבל והלכך כיון דא"א שיזכה בשבח לבד שהוא צורה בלא חומר לכן אמרינן דבמשיכה שמושך חפצו של בעה"ב דעתו שיהא קנוי לו לזמן עד שיגמור מלאכתו ויחזירו לבעלים וגם בעה"ב על דעת כן נותן לו והלכך שפיר הוא קונה בשבח במעשה ידיו אף שאין ממש בשבח ההוא כיון שגם הגולם הוא קנוי לו לזמן ההוא וכמבואר בסימן רי"ב בקונה קרקע לזמן שעושה כל חפצו כאדם העושה בשלו (ואע"ג דשם איתא שיוכל להרוס כו' וכאן אם הזיק החפץ שנתן לו בעה"ב הוא חייב לשלם לק"מ דהתם כבר נתן הדמים עבור המקח שקנה לזמן וא"צ לשלם מחמת שהזיק לחבירו כיון שע"ד זה נתן המעות שיהא כשלו ואם מפני שאחר כלות הזמן מחויב להחזיר אז בקרקע שהארץ לעולם עומדת ואפילו בגזלן אומר הש"ל אלא שמחויב לשלם ההיזק וכאן אין צריך לשלם דמעשה שהזיק קנינו הוא שהזיק ובהגיע זמן השבה שפיר מקרי חזרה בקרקע משא"כ כאן דאף שהוא קנוי לו לזמן שהוא בידו ועושה בו מלאכתו מ"מ מתחייב הוא להחזיר לו אשר מסר לידו או כיוצא בו או דמי שוי' רק שחפץ הזה שעושה בו המלאכה הוא קנוי לו לעת הזאת ולכן אם קלקל גוף החפץ שלקח מיד הבעה"ב חייב בדמים שהרי ניתן לו ע"מ להחזיר ולא למתנה גמורה) ולקמן אבאר יותר:

והא דאמרינן דאומנין ש"ש משום דתפיס ליה אאגרי' א"ש אפילו למ"ד אומן קונה וגוף החפץ קנוי לו לזמן אנו צריכין לטעמא דתפיס אאגרי' או י"ל כיון דלמ"ד אומן קונה הוי ש"ש משום שיכול לקדש בו אשה הא לא"ה לא הוי ש"ש דהא קי"ל לוקח פרה לשלשים יום אינו רק ש"ח כמבואר בסימן שמ"ו ואם כן ה"ה כאן שאינו רק קנין לזמן וממילא דא"ש הא דקנו ליה בעלים ולא הוי דשלב"ל כיון שקנה גוף החפץ ובכלות הזמן הוא צריך להחזיר לבעליו וממילא דאגבו קני נמי מה שהשביח ע"י שנעשה כלי ואזד' ליה ראיית המרדכי בשם ר"ש שאם בא לעכבו' לעצמו אינו רשאי דודאי הכין הוא דאחר גמר מלאכה כלתה קנינו ורשות ביד בעלים לתובעו שיחזור לו ואם לא ירצה האומן למסור לו כמות שהוא כלי שלם ומקלקלו ומחזיר לבעלי' העצים שמסר לו באמת הוא פטור אבל כל כמה שלא הגיע זמן חזרתו לבעלים יש לו קנין בגוף גם כן. ולפי זה י"ל דזהו דעת הרמב"ן והריטב"א דמדמי קניית משכון להא דאומן קונה דבאומן כיון דאין קנייתו רק לזמן אינו רק ש"ש א"כ גם במלוה על המשכון אין כאן קנין גמור רק לזמן לבד עד שיגיע עת פדיון והלכך מה שקונה משכון אינו רק שיוכל לקדש בו והוי ש"ש אבל מ"מ אין כאן חיוב אונסין. ועפ"ז יש ליישב דברי הר"ן בשבועות שכתב על הרמב"ן במלחמות לתרץ דברי הגאונים בטוען על המשכון צריך שבועה ממה שהקשו עליהם מהך דהנותן טליתו לאומן כו' דל"מ אם אומן קונה כו' ועל זה כתב הר"ן דהא משכון גם כן אמרינן

דב"ח קונה וטפי קני במלוה על המשכון לדעת רש"י דחייב באונסין מה שא"כ אומן דאינו אלא ש"ש ע"ש והביאו הש"ך סי' פ"ט והוא כמש"ל על דברי הרמב"ן והריטב"א דמתניתין דהאומנין ש"ש ע"כ דלהך מ"ד אומן קונה לא מיירי משבח ולענין השבח גופיה כיון דאומן קונה רק שהוא כחוזר ומוכרו מה"ת נאמר דלא מיקרי טוען אגופיה:

והנה בקצה"ח פירש דברי הר"ן שר"ל דהא דאומן קונה אינו קנין גמור כמ"ש לענין בע"ח קונה משכון ע"ש ולענ"ד לא עלה זה ע"ד הר"ן דאם אמרו כן גבי משכון שאין קנינו רק מגזה"כ שפיר אפשר לחלק בקנינו אבל איך נאמר זה לענין קניית אומן שהוא מצד הסברא שאינו קנין רק לקדושי אשה ולפוטרו לבעה"ב מב"ת ולהיזקו ומ"מ לענין חיוב אונסין שיצטרך לשלם שכרו אינו קנוי לו ואם איתא דלענין זה אין קנינו קנין גמור מי מכריחנו לעשותו קנין גמור לענין קידושין וב"ת דחמירי טובא ועוד דמאי פריך מהנותן טליתו על רב אסי ודחוק לאוקמי דר"ש בשליחא דאגר' דבפשיטות הו"מ למימר דרב אסי דווקא לענין תשלומין קאמר ולא לענין ב"ת כיון שנתת דבריך לשיעורין וכבר כתבתי דברי הר"ן מתפרשים היטב דמתחלה כתב שאם תאמר כיון דאומן קונה הוי כטוען אגופיה א"כ גם אם משכון קונה נימא דהוי טען אגופיה ושוב כתב דאדרבא טפי קני במלוה על המשכון לחייבו באונסין אלמא דחשיב ליה קנין גמור ולא כמו קנין וזמן ואם כן פשיטא דלא הוי כטעין אגופיה אפילו בשכרו שנגד השבח דהא קנין השבח בפ"ע אינו קנין כלל בכלי דאין ממש בשבח לחוד ואם נרצה לומר דהוי טעין אגופיה על כרחך אנו צריכין לומר לפי שיש לו קנין בכלי ואם כן קנין הכלי שאינו רק לזמן לבד לא הוי טעין אגופיה ומכל שכן קנין דאומן ואתי שפיר נמי קושית הפני יהושע בההוא דהכל כשרים לכתוב את הגט אפילו חש"ו דלמ"ד אומן קונה א"כ הא קטן אקנויי לא מקנה ולפמ"ש י"ל כיון דמחזירו לבעליו כלתה לו זמן קנינו ממילא ואין אנו צריכין להקנאתו כלל וא"ש ומ"ש רש"י לענין ב"ת דהוי כחוזר ומוכרו לו לא שצריך מסירה גמורה דא"כ היה צ"ל משוך וקני וכל דיני קנין א"ו דליתא רק דכיון שקנה הוא ואח"כ חוזר הקנין למרא קמא הוי כחוזר ומוכרו לו:

ואמנם במשכון כה"ג מבואר מדברי הריטב"א בקידושין דף י"ט דכשמחזיר המשכון צריך הקנאה ע"ש שכ' שאם יש ביד ראובן משכון של שמעון ומת שמעון אינו יכול למוחלו לבנים כשהם קטנים ואע"פ שהחזירו להם לא זכו דכיון דקני ליה כשותף הוא בו וצריך בר זכיה לזכות בהקנאתו וכיון דחזינן דאמה עבריה קטנה זוכה במשכון שמחזירין לה שמעינן דקטן אית ליה זכיה כו'. ע"ש ומחילה דנקט לאו דוקא דהא שם באמה עברי' הוא מקדשה בפרוטה זו וחשיב כאלו נותנת לו הפרוטה ומ"מ כתב דאין לה יד לזכות

במשכון ומזה איפכא בקטן שקנה משכון אם לא הגיע לעונת הפעוטות או אם הגיע לדינא דאורייתא דאקנויי לא מקני אין מועיל למה שנותן לו דמי המשכון והוא מחזירו לידו דהקנאה בעינן וקטן לאו בר הקנאה הוא וצדקו דברי הר"ן דהך דקניית משכון הוי קנין טפי שצריך לחזור ולהקנותו ללוה ולכך שפיר י"ל דכל כמה שלא חזר והקנה אותו אם נאנס שלו נאנס ואין הלוה צריך לשלם לו משא"כ הא דאין קונה שדינו בקנין לזמן וחוזר מאליו בלא הקנאה ואין חל עליו חיוב אונסין לומר כיון שקנה אותו הרי שלו נאנס ומחויב לשלם תמורתן לבעלים אלא לא חשבינן ליה כדידיה לדונו כשאר לוקח לזמן שאין עליו רק חיוב פשיעה לבד וכאן הוי ש"ש משום דתפיס ליה אאגריה (ולפמ"ש הרמב"ן הובא בש"מ ב"מ דלוקח לזמן הוי ש"ש כדין שוכר ע"ש ר"פ השואל צ"ל דטעמא דתפיס אאגרי' הוא למ"ד אין אומן קונה או בגוונא דליכא שבחא) וא"כ כיון דבמשכון לא חשיב ליה טעין אגופי' מכ"ש בזה שקנינו חוזר מאליו וקנין השבח בפ"ע אין קנינו נתפס כלל רק ע"י זכותו שבכלי והכלי לא מחשב דידיה דהא חזינן דפטור מאונסין. והדברים ברורים לפענ"ד:

איברא שצ"ע לענ"ד דהוא גופא קשיא כיון שהרמב"ם פוסק בקונה קרקע לזמן בונה והורס ועושה כל חפצו כאדם העושה בשלו א"כ אפילו בידים יכול לעשות דחשיב דידיה וא"כ למה באמת לא יתחייב באונסין אך לפי"ז קשה הא שכתבו הטור וש"ע דלוקח בהמה לשלשים יום הוי ש"ח דהתם שכבר נתן דמי מכירתה אפילו בפרה לא יתחייב דהאי רשאי הוא אפילו לקלקל בידים וכבר עמד בזה בקצה"ח סימן שמ"ו ונלענ"ד דא"ש לפי מה דקי"ל קרקע אינה נגזלת ולעולם אומר לו הש"ל ואפילו חפר בה בורות כו' מ"מ אינו משלם דמי קרקע רק דמי ההיזק כמבואר בסימן משא"כ במטלטלין אם הזיקן היזק ניכר שוב אינו יכול לומר הש"ל דהא והשיב את הגזילה כעין שגזל בעינן וליכא ומכ"ש היכא דליתנייהו כלל שאין כאן השבה ומשם נלמד לכל מקום שהוא מחויב בהשבה והנה במוכר לזמן קצוב ודאי שזה מתחייב בשעה שמושך שאחר זמן ישיבנו לבעליו וכמו שואל לזמן וכן בקרקע ע"ד כן הוא מחזיק בה ומתחייב בהשבתה אחר הזמן ובתוך הזמן הרי ע"ד קנה שיהא שלו בזמן ההוא ויכול לעשות כחפצו ולכן בקרקע שפיר יכול לבנות ולהרוס ואחר זמן כשמחזיר הוי השבה מעליא כמו בגזל אלא דבגזל צריך לשלם מה שקלקל ובזה א"צ דבקנין בא לידו משא"כ במטלטלין אף שקנה בעת ההוא וכדידיה דמי מ"מ הרי נתחייב בהשבה ואם קלקל עד שנשתנה אין כאן השבה ומכ"ש אם נאבד לגמרי בפשיעה דאע"ג דלא התנה ע"מ שתחזיר מ"מ נתחייב הוא בהשבה שאין המעשה תלוי בזה שבתנאי ע"מ להחזיר מתבטל המעשה ולכן אפילו אם אירעו אונס המעשה

בטל משא"כ במוכר לזמן קצוב שלא תלאו בתנאי ולכן באונס אין המעשה מתבטל (וע"ש בקצה"ח שכ"כ על דברי הב"ח והדין עמו בזה) ומ"מ לא נפטר מחיוב השבה וכל שנאבד בפשיעות לא קיים מה שהוטל עליו ונתחייב בו ומחויב לשלם אבל באנוס פטור שזה לא קיבל על עצמו להשיב אם יאנס והאונס היינו השבה דידיה כמבואר בפוסקים ותנאי שאני והוא נכון. אלא דלפ"ז אין הכרח למ"ש בפירוש דברי הר"ן דקנין אומן גרע שהרי אין עליו חיוב אונסין ולפמ"ש י"ל דבאומן יש לחייבו באונסין אע"ג דבכל קונה לזמן פטור משום דהתם ששילם דמי קנייתו והוא שלו בזמן ההוא אלא שאתה מחייבו משום חיוב חזרה בזה האונס נחשב חזרה משא"כ באומן שאם נאמר שקנוי לו ע"כ שהוא מתחייב בדמי תמורתו וכמש"ל וא"כ אם אירעו אונס אע"פ שפטור מחזרה מ"מ מה שנתחייב התמורה מחויב לשלם דשלו נאנס. ואפשר לומר דגם בזה דאמרינן דבמשיכתן קני האומן למה שמסר לו בעה"ב ג"כ לא עלתה דעתו לשם דבר אחר תמורתו אלא הכוונה כולה כמות שהוא האמת שהוא מושך לקנות ימי היותה אצלו ומתחייב להחזירו כלי מתוקן וא"כ הו"ל כקונה לזמן ממש שאין לחייבו רק האונס כחזרה ואמרי' שלו נאנס כיון שאם בא לחזור צריך להקנות כמש"ל משא"כ היכא שא"צ להקנות רק שהקנין הוא חוזר מעצמו שפיר יש לומר דכל שנאנס הוי ליה כחזרה ועיין במ"ל הל' זכיה מ"ש על דברי הרא"ש דסוכה וקצרתי:

והארכתי בזה לפי שראיתי לבעל קצה"ח שכ' לתרץ קושית הפ"י בגיטין דחש"ו שקונה בשבח הכתיבה לאו בר אקנויי הוא ע"פ דברי הר"ן שאין האומן קונה ק"ג כמו במשכון וכבר הארכתי לעיל שאין זה ענין למשכון וגם במשכון גופא לא נמצא שיסבור הר"ן סברא זו ומדבריו נראה דס"ל דבמשכון אפילו בשעת הלוואה ק"ג הוא ומכ"ש לרש"י דס"ל דחייב באונסין מה"ת לבדות מלבינו לומר לענין אומן שאינו קנין גמור ולומר דלענין זה מקרי קנין ולענין זה לא הוי קנין בלא סברת הלב וגם מ"ש כיון דע"כ צריך להחזיר לו כשיתן לו השכירות לפי שאינו ק"ג לא איכפת לן בהקנאת האחר כלל לענ"ד צ"ע חדא דמה שמתחייב להחזיר ע"י שיתן לו מה שפסק אין זה תלויה בק"ג או אינו גמור ויותר נראה כמש"ל דמשתעבד ומתחייב לבעה"ב אף בדשלב"ל שיתן כשיבא לעולם ומ"מ בעינן שיהא בר הקנאה דוקא בההוא שעתה וגם מה דפשיטא ליה התם דבמשכון א"צ בר הקנאה כבר הבאתי דברי הריטב"א בקידושין שכתב להדיא דצריך בר הקנאה ובענין קושית הפ"י כתבתי זה כביר דלא שייך בזה אומן קונה בשבח שהרי לאו בר אקנויי הוא וא"כ שבתו זה קלקולו ובכה"ג לא קני והארכתי בזה בחדושי ועתה ראיתי שדבר מזה בג"פ ע"ש וגם י"ל לפי דעת רש"י בפרק הפועלים ועוד פוסקים דשכירות קטן

הוי דאבוהו עיין במחנה אפרים סימן וא"כ לק"מ ועוד יש ליישב בכמה גווני. וגם במ"ש דקנין לזמן א"צ לחזור ולהקנות ולכאורה מהרא"ש בסוכה נראה שאין קנין הגוף חוזר אם לא שיחזור ויקנה וכמו דמוכח מהא דלא ליתיב אינש לינוקא כו' (ויש מקום לומר דקנין דאומן נמי אינו קנין הגוף רק קנין פירות שקונה כדי לעשות מלאכתו להשביחו ולקנות השבח שעליו ועפי"ז י"ל בכמה דברים דכתיבנא לעיל) ויש לי אריכות בזה וכבר עמדו בזה בספר מחנה אפרים ובקצה"ח ועיין במחנה אפרים נראה שדעתו דלוקח לשלשים יום אינו רק קנין פירות ועיין ברמב"ם פרק מהל' מכירה והראב"ד וה"ה שם ומ"ל ומה שרוצים לדמות לאחריך לפלוני לכאורה זה שמוכר לזמן קצוב דמי לאחריך לעצמי דלא מהני מכירתו אך הרמב"ם י"ל דלטעמו אזיל דמפרש הא דאמרינן בב"ב אבל לעצמו לא בענין אחר וכמבואר בפרק ועיין בש"ע סימן רמ"ח אבל הטור והרמ"א מפרשים כפשוטו דלעצמו לא מהני מכירת המקבל מתנה גם הטור ורמ"א שם סימן רמ"ח כתבו במוכר לעשרה שנים לא' אין לשני כו' ולפמ"ש רשב"ם דווקא באחרים די"ל שר"ל מה שישאר אחריך משא"כ בזמן קצוב ומחוורתא כמ"ש ה"ה שם דמוכר לזמן קצוב מיובל ילפינן לה ולפי זה אפשר דבקרקע שפיר חוזר מעצמו אף בלא קנין כמו ביובל שחוזר מעצמו ומ"מ מכירה היא לשעתו משא"כ במטלטלין אפשר דכל שיצאו מרשות בעליו פעם אחת שוב אין חוזרין לרשותו כ"א ע"י קנין ועיין בר"ן דנדרים דף ק"ט ולקצר אני צריך:

ועתה אני בא בדבריך דמלבד מה שכתבתי דא"א לומר דלכך מקנין הכלי כתיבה משום קנין מלאכת הכתיבה משום דאין חזרה לקנין אך בלא"ה אין מקום לומר כן דא"כ הקנאה זו שמקנין הכלי כתיבה לבעל למה דהא במשיכה בעלמא בלא כוונה לקנות סגי ועיין בסמ"ע סימן של"ג דמשך כלי אומנות אפילו החזיר אח"כ מהני לענין שלא יוכל לחזור ואדרבא נראה דגריע גרעי' אפי' לענין דין חזרה דדווקא במשך הקולמוס שלא לקנותו רק לגמור קנין השכירות שישתעבד לו הפועל ס"ל לר"ת דמהני משא"כ במושך ע"ד לקנות הקולמוס עצמו ויצא מרשות הפועל במשיכה זו ונכנס לרשות המושך אין זה מחייב הפועל כלל לעשות המלאכה רק שזה קנה כלי המלאכה מחמת משיכתו אבל לא שישתעבד הפועל וזה פשוט ומכ"ש שאין תועלת במה שקנה הקולמוס שנקנה מלאכת הכתב דאפילו אם נתן לו הבעל הנייר ודיו והקולמוס משלו ממש בשביל זה לא קנה הבעל מלאכת הכתיבה למ"ד אומן קונה כו' וכמו נתן עצים לחרש כו' ונתן לו כלי המלאכה משום הא לא נפיק מכללא דאומן קונה בשבח כלי ולא דמי לצמר וסממנים דחד וכמש"ל באורך ולפום ריהטא נראה לענ"ד דהך הקנאה דכלי כתיבה אינו אלא טיב גיטין משום חומר א"א כיון דהרבה פוסקים ס"ל דוכתב אבעל קאי ובעינן

שליחות בכתיבה אף על פי ששליחות נגמר בדברי הענין מתחזק כשהבעל בעצמו מוסר לו הקולמוס וכלי כתיבה שלו שזה מורה שכותב בשליחותו וכענין שנהגו במי שא"י לחתום שמוסר הקולמוס ויותר ניכר ענין השליחות כשהקולמוס וכלי כתיבה הם שלו אבל בדיעבד אין קפידא ועל דרך זה כתבו הפוסקים בעושה שליח להקנות לו בקנין להודיע שגמר בלבו וכמבואר בסימן קמ"א סעיף כ"ו ובסדר הגט אע"ג דמדינא אין צריך כלל ויש לי ראיות וקצרתי כעת דברי שארו הד"ש באהבה זעירא דמן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קיח

שאלה טל אורות מאור חדש. לביש מדא מדות בד קודש ה"ה אהובי שארי ידיד נפשי ולבי החריף ובקי בחדרי תורה ועל דרכיו נוגה אורה כש"ת מוה' מאיר הלוי איש הורוויץ יחיה לנצח ישב בצלצח:

אחד"ש הגיעני דבריך הנעימים ללמוד סניגוריא על דבריך הראשונים ואבוא בקצרה כי מ"ש בראשונה וחזרת ושנית דכיון שהסופר מקנה הקולמוס לבעל אין לו מה למשוך וקונה בכסף כההוא דנתנה לבלן והארכת בזה והנה אגב חורפך ושיטפך רהיט לך כי נראה בעליל מכל הפוסקים שגם בגט השכירות משתלם לבסוף וכן המנהג ואין פוצה פה ומצפצף ולדבריך היה צריך להקדים נתינת השכר להסופר לקנות ממנו מלאכת הכתיבה בכסף לפי שאין כאן מה למשוך ויהיה קנוי לבעל מיד שלא יוכל לחזור בו דבכה"ג מיירי הך דנתנה לבלן שמקדים לו שכרו וקונה בכסף כיון דלא מחסר משיכה אבל כיון שאין הכסף נתון אלא אחר הכתיבה ולפעמים גם אחר הנתינה שלוקח בהקפה לשלם אח"כ וכמ"ש בג"פ א"כ פרשת הכסף אשר אמרת באזני שהוא קונה אין לו מקום בזה כלל דלא מיבעיא אם נותן אחר הנתינה שאינו כלום אלא אפילו אם יתן אחר כתיבה אין בו תועלת לקנות מלאכת הכתיבה אם נימא אומן קונה בשבח כלי דודאי אין הכוונה שהסופר קונה אותיות הפורחות באויר וע"י הכסף הוא מקנה אותם לבעל רק הכוונה שהוא קונה בגוף הגט נגד שבחו וכבר ביארתי באריכות דאיכא דסבר שקונה גוף הכלי ואיכא דסבר שקונה בכלי נגד השבח. והוא כאית ליה שותפות בגויה דכלי ע"י השבח אבל עכ"פ אין השבח נקנה בפ"ע ואין קנין נתפס בו כלל וא"כ לא שייך שאין מה למשוך דמשיכת גוף הכלי הוא הקנין ואין קנין כסף מועיל בזה וגם כי למה הוא לו אחרי שהסופר מוסרו לידו נקנה במשיכה ואף אם תאמר שאין לסופר בגט כלום רק מלאכת הכתיבה שהוא דבר שאין חל עליו משיכה וצריך קנין כסף א"כ הקנאת הקולמוס קודם הכתיבה הוא אך למותר ואטרוחי בכדי שאף שהקולמוס של הסופר

אחר הכתיבה כשמוסר הגט לבעל והוא נותן שכרו נקנה לו מלאכת הכתיבה ע"י כסף שכרו כיון דלא שייכא ביה משיכה ואע"פ שהוא יכול למשוך הקולמוס קודם כתיבה אין זה מעכב בקנינו כיון דהשתא מיהו אין למשוך והקונה ספר מיד הסופר הוא קונה הכל אף שנכתב בקסת וקולמוס הסופר ולא עשה בו דבר קודם כתיבה ומכ"ש לפי מ"ש דבאמת עיקר משיכת הקולמוס אף לר"ת אין בו תועלת לקנות המלאכה כלל רק שלא יוכל לחזור בו וכיון שכבר מלאכתו עשויה מה איכפת לן בכלים אם נמשכו או לא וכו' אם נימא שקנין הסופר באותיות פורחות אף באמת ז"א דודאי הסופר קונה בגוף הגט נגד מלאכת הכתיבה וא"כ שפיר שייכא ביה משיכה כשאר מטלטלין והרי הוא כמו שותף בכלי ואם נפשך לומר שיש להקנות הקולמוס שלא יהיה כאן מה למשוך ולתת השכר מיד קודם הכתיבה כדי שבשעת כתיבה יהיה מלאכת הכתיבה של הבעל אתמיה כי זה לא שמענו להקדים השכר קודם הכתיבה כלל:

ועוד אם באנו לידי מדה זו פשיטא שא"צ להקנות קולמוס כלל שהרי בלא"ה לא אמרינן בזה אומן קונה בשבח כלי כמ"ש הש"ג הביאו הש"ך ח"מ סימן ש"ו וכ"כ זקינך מחו' הגאון החסיד ז"ל בספר המקנה דף מ"ח וטעמא קטעים דלא הוי דשב"ל כיון שקיבל שכרו ואין דעתו שום לקנות השבח כלל ע"ש (ומ"ש שהיה לי להשיגך מדברי הראשונים דקולמוס של הבעל כשר אבל כבר כתבתי דבקולמוס של אחרים לא שייכא משיכה כו' אודיעך דרכי כשאין הענין נוגע כ"כ למעשה ואין הזמן מוכשר לשים עין יפה ולעמוד על פרק השואל בכל פרט ופרט אני מעולל פרט ואחת או שתים אני נוטל לסלסל ולפלפל בהם ואיני שם על לב על הפרט הנושר ולבא במשפט על כל נעלם שאם באנו לכתוב אין אנו מספיקין ולא מפסיקין הארכתי בזה למען הראותך כי בהיותך נחפז להשי' לא ירדת לעומק של דברים וכתבת מה שכתבת ומובטחני בשכלך הזך כי תשמע ותאמר אמת:

אך בעיקר הדבר אשר תפשת בפשיטות להנחה קיימת דכשאין לו למשוך קונה במעות והראית מקום לעיין בשטה מקובצת ב"מ וממקום שבאת שם מבואר להיפך שמ"ש שם בשם הריטב"א לפרש דברי רש"י מבואר שהיה לו גרסא אחרת ברש"י. ובאמת הדברים תמוהים מה שמפרש שנותן לו השכירות אחר הרחיצה והוא תמוה דא"כ אף בספר כה"ג ודאי דזוכה בשכרו. ואמנם בלא"ה מבואר במשנה דמעילה אע"פ שלא רחץ מעל וכן הוא להדיא ברש"י שלפנינו והריטב"א לנפשיה כתב דהנכון דשכירות מרחץ הו"ל שכירות קרקע דנקנה בכסף אבל מידי אחריתי דשכירות מטלטלין דחסר משיכה לא מעל עד דמשך ע"ש וכך הם דברי התוספות שהקשו דהיא חזקה ותירצו דשכירות קרקע נקנה בכסף ולפי דבריהם לא תלי מידי בהא שאין לו מה למשוך ומה דקאמר לא מחסרה

משיכה ר"ל שאין חסר לבעה"ב הנותן הפרוטה לבלן קנין של משיכה דשפיר קונה לו בכסף כיון דשכירות קרקע הוא וכהאי לישנא הביאו התוספות שם אח"ז מש"ס דע"ז בזונה כותית דלא מחסרה משיכה ובאמת שם בגמרא איתא דלא קניא במשיכה אך לפי שהכוונה שא"צ משיכה שקונה בכסף לכך לא דייקי לישנא ונקטי דלא מחסרה משיכה אך מל' רש"י שלפנינו לכאורה משמע הכי שכתב משום דשכירות גמורה היא בנתינת הפרוטה ואין יכול לחזור בו שאין כאן מה למשוך ויש אתי מקום לפרש דגם כוונת רש"י כן הוא דשכירות גמורה היא בנתינת הפרוטה כדין כל שכירות קרקע ואינו יכול לחזור בו:

ומ"ש שאין מה למשוך היא ביאור דברי הש"ס דנקט דלא מחסרה משיכה דהיינו שאין כאן דבר שיצטרך לקנות ע"י קנין משיכה דכל קנינו הוא לרחוץ במרחץ והוא נקנה בכסף לאפוקי סופר או שאר אומנות שיש כאן דבר לדון בו קנין משיכה וכ"ז שלא משך הדבר ההוא לא נגמר קנינו ולא מעל אך בתשו' מיימונית הל' קנין סימן ה' והמרדכי והג"א דב"מ לענין הפקעת קדושת בכור ביחנו דבריהם דטעמא דבלן משום דלא שייכא ביה משיכה ונראה שהבינו דברי רש"י כפשטן ובתה"ד בפסקים סימן ע"ר ובכתבים סימן קס"ז הביא דברי הא"ז וכתב שם בטעמא דמהר"מ שלא סמך על קנין כסף משום דס"ל עובר לאו ירך אמו הוא ובר משיכה הוא ע"ש ולענ"ד מהר"מ לאו מהאי טעמא אתי עלה אלא ס"ל דכיון דקנין עכו"ם במשיכה דוקא אפילו א"א במשיכה אינו קונה בכסף ובלן שאני דשכירות קרקע הוא וכמ"ש התוספות והריטב"א ז"ל:

וראיתי בקצה"ח סימן קצ"ד שכתב שם על דברי הט"ז שחולק על הסמ"ע דס"ל דשכירות קרקע מעכו"ם נקנה בכסף לחוד שיש ראיה להסמ"ע מדברי התוספות שכתבו טעמא דשכירות קרקע נקנה בכסף ושם כתבו דלר"י בבלן עכו"ם מיירי ע"ש. ואני תמה עליו דהך דינא שכתבו הפוסקים להצריך שטר ג"כ הוא מטעם דסתם עכו"ם אנס הוא ולא סמכה דעתיה עד שיכתוב שטר ולא נאמרו הדברים אלא כשידם תקיפה אבל מתני' דבלן בזמן שהשנים כתיקונן וישראל שרוין על אדמתם פשיטא שהכסף לבד היה קונה כדת של תורה. וגם י"ל דשכירות מרחץ שאני שאינו אלא לשעה קלה לבד ודקאמר התם הרי מרחץ פתוחה לפניך כו' ודמי למה שמבואר שם לענין קנין מטלטלין בעכו"ם דלא חיישינן לאנס כיון שמיד נקח אותם לבורח כמ"ש בסמ"ע ס"ק:

ודברי ההג"א בב"מ הם תמוהים בעיני שכתב כיון דגוף העובר אינו יכול למשוך כו' דהא גבי בלן נמי יכול לקיים בחליפין דשכירות קרקע נקנה בחליפין כו' ע"ש ונפלאתי דתלי תניא בדלא תניא דהא דעת התוספות גבי עובדא דר"ג וזקנים שהיו באים בספינה

כו' דאין שכירות קרקע נקנה בחליפין וכן דעת קצת פוסקים כמבואר בח"מ סימן קצ"ה אך כסף מהני לכ"ע ותלמוד ערוך הוא בב"ק ובב"מ דשכירות קרקע נקנה בכסף ובשטר ובחזקה כמו שהקרקע נקנית בקנינים אלו ולאו משום אין למשוך אתינן עלה ואפי' בעצ"ק נקוב אינו מועיל משיכה לזרעים שבתוכה רק בדרכים שקרקע נקנית בהם ואפילו היכא דלא שייכא משיכה כלל אין ללמוד מבלן דשכירות קרקע ומכ"ש כי הבו דלא לוסיף עלה ללמוד מזה כשיש שייכות משיכה ע"י דבר אחר כגון העובר ע"י בהמה כפותה דאין מקום ללמוד מבלן דמה בכך דנימא דיכול לקיים בחליפין כיון שמתקיים נמי שפיר ע"י כסף דודאי שכירות קרקע נקנה בו וגם הלום ראיתי דבר תמוה בקצוה"ח סימן ר"ט סעיף ז' הביא דברי התה"ד וכתב וז"ל ומ"ש תה"ד דא"ז סבר עובר לאו ירך אמו ואין לו מה למשוך קשה דהא בב"מ בעי לה משוך פרה זו לקנות כלים כו' ויותר נראה דס"ל לא"ז כו' אע"ג דיוכל למושכו ע"י הפרה אזלינן בתר עיקר המכירה ובמח"כ אישתמיטתיה מקור דברי התה"ד בשם א"ז שהוא מהמרדכי והג"א ובהג"א מבואר כן להדיא שכתב ומשיכת האם אינו מועלת לעובר אלא בכפותה ומטעם חצר ואע"ג דאי כפתה ומשכה הוי קנה לעובר אפ"ה הואיל וגוף העובר אינו יכול למשוך אלא ע"י משיכה דבהמה המעות קונות דהא גבי בלן כו' ע"ש ומכ"ש שיש להפליא יותר במה דסיים בקצוה"ח שם דלפי זה אפילו למ"ד עובר ירך אמו דודאי מהני משיכת הפרה לעוברה אזלינן בתר עיקר המכירה והוא העובר וליתא במשיכה עכ"ל והוא תמוה דודאי אי עובר ירך אמו הוא אף אי אזלינן בתר עיקר המכירה יש כאן משיכת העובר הנמכר שהרי הוא חלק מהבהמה וכמוכר לו מקצת בהמה דכשמושך קונה מחמת שמושך אותו חלק עצמו הנמכר לו משא"כ אם עובר לאו ירך אמו דאז הוו ככלים שע"ג בהמה שע"י משיכת הבהמה רוצים לקנות הכלים וכ"כ להדיא במרדכי שם בשם הא"ז שכתב שמשיכת האם אינו מועיל לעובר דהא ר"ת ז"ל גופיה פסק דעובר לאו ירך אמו הוא וכמאן דמנחא בדקולא דמיא עכ"ל, ומדברי בעל קצוה"ח נראה שהבין דמ"ש התה"ד משום דעובר לאו ירך אמו טעמיה דנפשיה קאמר וליתא אלא הם דברי האור זרוע בעצמו והם נכונים:

ודאתאן עלה מבואר משיטת התוס' והריטב"א דלא ס"ל הך דא"ז. וכן נלענ"ד מפורש יוצא מדברי הטור ח"מ סי' של"ג שאחר שהביא דברי ר"ת באם משך כלי אומנות כו' בד"א שיכולין לחזור בהם כ"ז שלא משך כלי אומנות וכן בדבר דלא שייכא ביה משיכה כו' ונראה שר"ל ע"ד המבואר בש"ס שם פשתנו להעלו' מן המשרה דאפשר במלאכה כזו א"צ לכלים כלל ולא שייך ביה משיכה וקאמר דבכה"ג יכול לחזור בו ונראה מדברי

הטור דבלא משך כלי אומנות או לא שייכה משיכה שוה קבלן לשכיר יום בזה שיכול לחזור בו ואין הפרש ביניהם כ"א במה דשייכה ביה משיכה ומשך ודון מיניה דגם בנותן מעות בשעת שכירות נמי שוה קבלן לשכיר דאי לא שייכא משיכה יכול קבלן לחזור כמו שכיר דקי"ל דחוזר אף שנתן מקודם. (ומ"ש בש"מ בשם הריטב"א בנתן שכר א"י לחזור ועיין בקצה"ח דס"ל דחד מלתא הוא עם קנין וצ"ע) וכמ"ש מהרי"ק והביאו בש"ע דאם אית' דגם בזה יש חילוק ביניהם לא ה"ל להטור לסתום אלא לפרש אלא דבכל גווני קאמר כיון דעכ"פ אין כאן משיכה אין תועלת מה דלא שייכא ביה משיכה ואפילו הקדים השכר יכול לחזור בו כמו שכיר והיינו כשיטת התוס' והריטב"א:

ולכאורה נראה דממקומו הוא מוכרע דהא בש"ס פריך והא בעי לממשך תספורת ובפשיטות ה"ל לשנויי דמיירי ששכרו לספר שיגלחנו בתער של בעה"ב ומי לחצו לומר דמיירי שהשכירות באופן שיגלחנו בתער השכירה עד שהוצרך לשנויי בדוחק דמיירי בספר נכרי אלא ע"כ דבכל גווני לא קנה במעות אך באמת אין מזה הוכחה רק לדבריך שכתבת שהדבר תלוי בכלי האומנות ואם כל הכלים שהמלאכה נעשית בהם הם של בעה"ב לא שייך ביה משיכה אבל אנכי לא כן עמדי שלענ"ד אפי' לשיטת הא"ז אין זה כ"א בכה"ג שאין כאן שייכות משיכה כלל בענין זה כגון רחיצת המרחץ או כגון ההוא דבכו' שהעובר שאנו דנין עליו אינו בעולם ולא שייכה משיכה בגופה ממש קנין מעט משא"כ בספר וכיוצא אף שעושה מלאכה בכליו של בעה"ב מ"מ אין בכלל אין לו מה למשוך כיון שטכסיס מלאכה זו היא צריכה להעשות ע"י כלי ואין הכרח שתעשה בכליו של בעה"ב אדרבא רגילות הוא שתעשה המלאכ' ע"י כליו של אומן ושייכא ביה משיכה אין חיוב קנין המשיכה מתבטל בשביל שעתה הכלים של בעה"ב (וגם י"ל דגם אם הבעלים נותנין לו הכלים שיעשה בהם המלאכה הוי כהשאיל לו וקנוי לאומן על ההוא שעתא של עשיית המלאכה ושפיר מיקרי שייכא בי' משיכה ויש לדחות קצת) ומש"ה לא הוי מצי לאוקמי הך דתספורת בכה"ג דגם בכליו של בעה"ב שייכה משיכה קרינן ביה ולפ"ז מוכח דגם הא"ז אזיל ומודה דבכה"ג שדרך לעשות בכלי אע"פ שהוא של בעה"ב נמי שייכא ביה משיכה קרינן ביה ואין נקנה בכסף:

וראיתי בדבריך הראשונים שכתבת שהעירו בזה הפ"י והבית מאיר לענין האשה ועיינתי בדבריהם וראיתי כי הטיבו אשר דברו דהפ"י כתב שם אהא דאמרי' והכא איהו כתבה ליה במה קנאתו דהא מעות אינו קונות וע"ז כתב דהכתיבה שאין בו ממש ולא שייך משיכה כ"ע מודו דמעות קונות והיינו משום דהתם שגוף הקלף של הבעל ולפי מה דס"ד הסופר עושה מלאכת הכתיבה ע"ד האשה א"כ פשיטא שאין לו קנין בגוף של הבעל

עצמן רק המלאכה כמות שהיא הוא מקנה לאשה וא"כ פשיטא דלית ביה קנין משיכה דאפילו תימא דמצי קני מלאכת הכתיבה במשיכת הקלף מ"מ הרי החלף אינו של סופר אלא של הבעל ומשני דאקנו ליה רבנן המעות והסופר אדעת' דבעל קא עביד והבעל קני ליה אגב הקלף ואי משום אומן קונה בשבח כלי כבר הארכתי בזה בתשובתי ויותר נראה דמיירי שהאשה נותנת שכר הסופר מיד דאל"כ הרי בשעת כתיבה אין כאן קנין מעות כלל (אך שם בתירוץ קמא דהפ"י משמע שמתנת אח"כ ע"ש בתי' שיכולה לחזור בה ולומר שאינה רוצה לשלם שכר הכתיבה ע"ש וקצרתי) ובבית מאיר כתב מ"מ האשה שהיא רוצה בכתיבת הגט היא קונה מן הסופר במעות בלא משיכה כו' ע"ש דמיירי למ"ד אין אומן קונה א"כ אף כשנותנת לו האשה המעות לבסוף היא קונה מלאכת הכתיבה שהרי אין מה למשוך ומעיקר' נמי אדעת' למשקל אגריה מן האשה עביד אך מ"ש דאין לו מה למשוך קונה במעות דומיא דשכירות מרחץ דפרק הזהב וע"ש בתוס' עכ"ל הוא תמוה שבתוס' מבואר להיפך כמ"ש ואפשר שגם כוונתו לומר דבתוס' לא משמע כן:

והנה דברי הר"ת ז"ל דבמשיכת כלי אומנות א"י לחזור עמדו בו הראשונים ז"ל ובש"מ כתב בשם הריטב"א שהוא כהלכתא בלא טעמא דהאיך זכה זה באומן שלא יחזור בו במשיכת כלי אומנתו כו' ולדידי קשי' לי מהא דאמרינן פרק השואל עמה ממש מי משכחת לה פרה במשיכה ובעלים באמירה ועיין בדברי התוס' והרא"ש שם בשם הראב"ד הקשה דנוקמא שלא התחילו עדיין ותירץ דא"כ קדמה שאלת פרה לשאלת בעלים כו' ולפי שיטת ר"ת ה"ל לאוקמי בפשיטות שהשאיל עצמו עם פרתו לעשות הוא בעצמו מלאכה ובמשיכת הפרה ה"ל כמושך כלי אומנתו שאז נקנה גם גופו של המשאיל וגופו ושאלת פרתו באים כאחד ממש וא"צ לאוקמא בקיימא בחצירו כו' או דא"ל את גופך כו' ואפשר לומר דלדברי רב המנונא שם דף צ"ח דאמר עד שתהא פרה וחורש בה לק"מ דלדידיה ע"כ מתוקמא מתני' בכה"ג ששאל אותו לחרוש פרתו עם השאולה וה"ל שאל עמה ממש אבל למאי דדחי דר"ה מברייתא ושם בברייתא קתני ג"כ שאל עמה ומיירי שהוא נשאל למלאכה אחרת ובכה"ג שאינו כלי אומנתו פשיטא שאין שאלת הבעלים למלאכה אחרת תלוי' במשיכת הפרה וע"כ לאוקמי בהנך גווני דמוקי בש"ס ולכך מוקי נמי מתניתין בכה"ג:

והנה בהג"א שם כתב בשם הא"ז דמשמע מהכא דאומר הריני שאול לך א"י לחזור בו עד שיעשה לו אותה מלאכה וכגון לדבר האבד דאל"כ לא גרע מפועל ובהג"א דב"מ דף ע"ט כתב בשמו דאם אמר הריני מקבל עלי לעשות כך וכך א"י לחזור ורפיה בידי עד כאן לשונו ומדברי הרמב"ן והרשב"א בריש השוכר את האומנים הביאם בשיטה מקובצת

שכתבו שכשם שקרקע נקנית בחזקה ומטלטלין במשיכה וכן שכירת קרקע או מטלטלין כך שכירות פועלים בתחלת מלאכה ע"ש וכ"כ בנ"י נראה מדבריהם דעכ"פ התחלת המלאכה קנין גמור הוא אך מדברי הנ"י ריש השואל דלענין שיהיה נקרא בעליו עמו באמירא בעלמא יחשוב כשואל דבתשו' שארית ישראל כתב שאין כאן ענין לקנין אחר (ומשמע מזה דלא ס"ל כהריטב"א דבקנין א"י לחזור דאל"כ בפרה נמי נימא דמתחיל משעת אמיר' דכתיב שארית ישראל ואי משום דשייך קנין משיכה משאיל גופי' נמי שייך קנין משיכה אלא ע"כ דגם בקנין יכול לחזור ולכן כיון שאין קנין אחר שא"י לחזור שפיר קרוי נישאל באמירה לבד) וטעמא שתיקנו הקנין בתחילת המלאכה נלענ"ד לפי מ"ש בש"מ בב"מ דף צ"ט בשם הריטב"א אהא דבקע בו קנאו דתקנתא דרבנן הוא מפני ת"ה שלא יהא אדם משאיל או משכיר כלים לחבירו ואחר שיתחיל במלאכתו יחזור בו ויניח מלאכתו מותחלת וכ"כ הריטב"א בקידושין ונראה דמה"ט התקין גם בפועליו תחלת מלאכה לקנין קצת אבל מדינא דאורייתא לא משתעבד באמירה וכדאמרינן גבי מתנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים בעלמא ואפילו קבלן לא משתעבד והתחיל במלאכה שידן עה"ת משום תקנת דרבנן נגעו בה:

אמנם נראה דאם שוכר לעצמו ומקבל כסף שפיר מהני מדין ע"ע שנקנה בכסף ובשטר ואע"ג דע"ע גופו קנוי מ"מ שכירות ליומא נמי ממכר הוא וכמו שהשוו שכירות קרקע למכירתה כך יש להשוות שכירות אדם למכירתו וכן מבואר מדברי הרמב"ם פי"ג מהל' מכירה דפועל אין לו אונאה לפי שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה וכבר כתבתי מזה בתשובתי הראשונה והנה במשנה למלך פ"ה מהל' טוען כתב על דברי הראב"ד שם דמייתי מהא דשתים חבלת בי אף על גב דאדם איתקוש לקרקע וה"ה שם כתב דדוקא עבד כנעני כו' וע"ז הקשה המ"ל מדברי הרמב"ם דהל' מכירה כו' ושמא יאמר דהתם דוקא איתמר כו' ע"ש שר"ל דדוקא היכא שהוא משכיר עצמו דחשיב כמכירה לזמן בזה יש לדונו דין עבד והביאו באו"ת ס"ס צ"ה אך שם הביא ראיה מהא דקידושין דקאמר השבע לי שלא נמכרת לי בע"ע ופריך ממון בעלמא הוא ומשני גופו קנוי וקשה דאף אם אין גופו קנוי הא תבעו שעבוד על אדם דהוי כקרקע וא"כ הוא ש"ק אלא ע"כ דדוקא ע"ע דגופו קא קנוי איתקוש לעבד כנעני אבל אי אין גופו קנוי לא איתקש לעבד כנעני ע"ש. ונפלאתי דלפ"ז איך נתיישבו לו דברי הרמב"ם בפועל לענין אונאה שנותן עליו דין עבד דהא פועל ודאי אין גופו קנוי דאי גופו קנוי לא מצי למימר באפי תרי זיל ואין גרעונו מחיל כמבואר בקידושין דף ט"ז ולענין פועל אינו כן. ועיין

בר"ן דקדושין גבי השבע לי שלא נמכרת בע"ע שכ' דהא דאמרי' גופו קנוי הוא לפי שרבו מוסר לו שפחה וא"כ פשיטא דפועל אין גופו קנוי וע"ש בדף י"ז בד"ה חלה:
אך באמת מה שהקשה דאף אם אין גופו קנוי הוי שעבוד אדם שהוא כקרקע לענ"ד לק"מ דגם בקרקע אם אין התביעה על גוף הקרקע ששניהם מודים שהקרקע הוא של ראובן ושמעון אוכל פירות בנכיית' או באריסות ומחולקים כמה שנים יש לו לאכול פירות השדה נראה דאין זה תביעת קרקע רק תביעת פירות שזה לא איכפת ליה בקרקע רק שיזכה בהם לאחר קצירתם מן הקרקע ולכן אם הוא מודה במקצת חייב שבועה וה"נ אם ע"ע אין גופו קנוי אין תביעתו רק על מעשה ידי אדם ולא שעבוד הגוף על האדם רק כשיעשה פעולתו הרי הוא שלו וזהו מטלטלין הוא ומשני דגופו קנוי והוי כקרקע לפירותיה. וגם מ"ש דע"ע איתקש לעבד כנעני לא ידעתי מנ"ל דהא דנקנה בכסף ילפינן מכסף מקנתו רק לענין שטר אמרינן לא תצא כצאת העבדים אבל נקנה בקנין עבדים ואדרבא אין ע"ע נקנה בחזקה דממעטינן והתנחלתם אותם אותם בחזקה ולא אחר בחזקה וא"כ ע"ע לא הוקש לעבד כנעני כלל ולכאורה מסתב' בזה כהש"ך כיון דגלי קרא בעבד כנעני דהוקש לקרקע ילפינן מיניה דאדם הוי כקרקע ולכן שפיר כתב הרמב"ם דפועל אין בו אונאה כדין עבדים דאף על פי שאין גופו קנוי מ"מ ילפינן מיניה כל שיש בו ענין שעבוד הוי דינו כקרקע ומ"מ לענין חבלה שאין ענינו לשעבוד לית לן למילף מעבד כנעני ואין לו דין קרקע והראב"ד ס"ל דלכל מילי הוי כקרקע ובזה אתי שפיר דברי הרמב"ם דמחלק בין פועל לקבלן וכבר כתבתי בזה בתשובתי על דברי ה"ה והמ"ל ולפי מ"ש י"ל דהרמב"ם ס"ל דלענין גוף הקנין אין חילוק בין שכיר יום לקבלן דגם בקבלן שייכה ביה מכירה דמה לי שמוכר עצמו לזמן או לעשות מלאכה זו ואף שיכול לדחות לזמן שירצה מ"מ חיובא רמי עליה לפי שמכר עצמו למלאכתו של זה ומ"מ לענין דין אונאה הם חלוקין זה מזה אף על גב דהרמב"ם סובר דקונה ע"ע אין בו אונאה ולכך כתב בפועל דהוי כקונה לזמן ועבדים אין להם אונאה מ"מ מכירה של קבלן לא דמי למכירה של ע"ע ופועל דבשלמא ע"ע עיקר דינם על מכירת עצמם ושעבוד גופו כמה נתאנה במכירה זו וכן בשכיר לזמן שאין כאן מלאכה מסויימת והאנאה חלה על מה שהשכיר גופו לזמן שהוא שוה יותר או פחות ובכה"ג ילפינן מדין עבדים משא"כ בקבלן שהם דנין על המלאכה ידועה ששכרו לארוג בגד בב' זוזים ואינו שוה כ"כ ועל שווי המלאכה אנו דנין הרי דינו כמטלטלין שיש בשכירתם ומכירתם דין אונאה ולענ"ד ברור בכוונת הרמב"ם למעיין שם וא"צ לחילוק התה"ד ומיושב קושיות ה"ה שם:

והנה בהא דאמרינן דקבלן אין לו דין עבד כתב הסמ"ע בסימן רכ"ז בטעמא לפי שיכול לעשות אימת שירצה וכן מבואר בהגהות מיי' ולענ"ד אין זה מעלה ארוכה וכמ"ש דהא ס"ס מכר עצמו וחייב את גופו לעשות מלאכה זו וגם בשוכר לזמן אף על פי שלא סיים הזמן רק שחייב עצמו לעשות עמו כ"כ ימים בסתם ורשות בידו לבחור לו איזה זמן שירצה מ"מ נראה דלא נפיק בזה מדין פועל:

ולענ"ד י"ל בקבלן כיון שהשכירות הוא על מלאכה זו אין כאן קפידא רק שתהיה מלאכתו של בעה"ב עשויה בין ע"י זה או ע"י אחר וא"כ לא שייך לתת עליו תורת עבד שהרי בידו שלא לעשות בעצמו כיון שהעיקר מה שנשתעבד הוא על המלאכה משא"כ בפועל לזמן שהעיקר השעבוד הוא על גופו דין עבד יש לו ועדיין צ"ע בקבלן שהתנה עמו שיעשה בעצמו המלאכה וכן בפועל שהתנה שיוכל להעמיד אחר במקומו כשירצה ויותר נראה כיון דהא דיכול לחזור היינו מגזה"כ כי לי בני ישראל עבדים דכוותיה ממעטינן ולא עבדים לעבדים דענין עבדי ה' לקבל כל אשר יצוה ולא על ענינים פרטים וכה"ג קרוי עבדות משא"כ כשאין צריך לקבל עליו כל אשר יצוה רק ענין פרטי שהתנה עמו אינו בכלל עבדות וזהו כוונת רש"י שכתב שאין זה עבד אלא לעצמו ר"ל דענין פרטי ההוא אין שייך עליו תורת עבדות למה שעושה לגרמיה הוא דעביד:

וראיתי בספר כתובה בר"פ נערה שנתפתתה שכתב על קושיות התוס' שם הפלת את שיני כו' דת"ל דאין נשבעים על העבדים וכתב הוא ז"ל דלהתוס' דדווקא עבדים אתקשו לקרקעות אם כן כשיאמר שיצא בשן ועיין הו"ל כפירת ב"ח דלא איתקש לקרקע ואין מקום לקושייתם ע"ש וכ"כ בספר קצוה"ח בסימן צ"ה ומ"ש בספר כתובה שם דלהרמב"ם תביעה הבאה מכח קרקע הו"ל כקרקע ה"נ אפילו שעתה הוא תביעת ב"ח מ"מ תחלת התביעה מכח עבדות לענ"ד צ"ע שאין הנדון דומה דהתם התביעה הוא כי הזיקו בקרקע ומחמת זה תובע דמי הזיקו ואזלינן בתר עיקר התביעה שמחמת זה נצמח תביעת הממון אבל בכאן מה בכך שהיה עבד מ"מ כעת אין תביעתו רק שזה מעכב ב"ח תחת ידו ומשתעבד בו ומה מקום לחלוק בין ב"ח לעבד שיצא לחירות ע"י גט שחרור או שן ועין ובא אחד ומשתעבד בו וזה כופר ואומר שהוא עבדו מכבר דפשיטא דכפירת ב"ח הוא ולא דמי להא דאמרי' בקידושין דף כ"ח דמבואר שם באומר השבע לי שאין עבדי אתה דאי לאו משום גלגול שבועה לא היה צריך לישבע ע"ז דאין נשבעים על העבדים דהתם מיירי שאין לו ראייה שהיה עבדו רק הוא תובע שהוא עבדו ואז אין הנתבע צריך לישבע על תביעה שהוא עבד משא"כ בזה שהוא להפוך שהתביעה הוא שמחזיק בב"ח שפיר יש בזה חיוב שבועה איבר' דקשיא לי טובא שהרי לפי שיטה

זו שהיא שיטת התוס' בקידושין דדווקא עבד כנעני איתקש לקרקעות אם כן צריכים אנו ליישב סוגיא דקידושין השבע לי שלא נמכרת בע"ע דפריך כיון דגופו קנוי היינו קרקע והביאו הש"ך וצ"ל כמ"ש הר"ן בקידושין ובשבועות דלא מטעם דאיתקש לקרקע אלא דאין חיוב שבועה כ"א על תביעת ממון אבל לא על תביעת גוף והא דפריך היינו קרקע ר"ל דמאי רבותא כמו שעל קרקע חייב על ידי גלגול כמו כן על תביעות גוף ע"ש וא"כ מ"ש הגאון ז"ל דלשיטת התוס' דב"ח לא איתקש אין מקום לקושייתם קשה טובא דאדרבא לפי שיטה זו צ"ל דעכ"פ על תביעות גוף אין חיוב שבועה בין שהוא עבד בין שהוא ב"ח וכיון שזה תובעו שמחזיק בגופו להיות לו עבד עולם, וכמ"ש התוספות דלכך א"צ יחוד כלי שהרי העבד תובע את גופו ע"ז אין חיוב שבועה ואדרבא יגדל התימה דלא מיתרצה בתירוץ התוס' דס"ל נשבעים על העבדים דמה בכך דהתם שאינו תובע גופו רק שאחד תובע לחבירו על עבד משא"כ בתובע גופו וכמ"ש הר"ן וא"ל דאף על גב דאין נשבעים על תביעת גוף מ"מ קרבן שבועה שפיר מייתי ודווקא לענין עבדים הוקשו התוס' דאפילו מאן דדריש רבויא ומרבה קרקעות לשבועה פוטר מקרבן שבועה דדריש מכל כו' משא"כ לענין תביעת גוף י"ל דקרבן שבועה חייב אף על גב דאין נשבעין. אך ז"א דהא טעמא דאין נשבעים על תביעת גוף משום דחיוב שבועה גבי תביעת ממון כתיב' וא"כ פשיטא דגם קרבן שבועה אין לחייב דלא כתיב רק על תביעת ממון וכן מבואר בשבועות שם דבעינן מעין הפרט דהיינו גזל ותשומת יד שהוא ממון ולפי מ"ש לעיל דלאו דווקא עבד כנעני איתקוש לקרקעות דכל שהוא בענין עבדות ילפינן מעבד כנעני דאיתקו' לקרקעות א"ש סוגיא דקידושין בפשיטות וא"צ לסברת הר"ן דעל תביעת גוף לא מחייב אבל לפי מה דמשמע מדברי התוס' בקידושין ובמגילה דעבד כנעני דווקא איתקש וכן דעת הריטב"א אם כן ע"כ צ"ל בסוגיא דקידושין כמ"ש הר"ן א"כ תיקשי דברי הש"ס בכתובות וכן מבואר במשנה בשבועות דבטענו הפלת את שיני מחמת קנס אתאין עלה ותיפוק ליה דעל תביעות גוף אין לחייב שבועה:

איברא דבגוף הקושיא שהקשה הגאון ז"ל וכ"כ בספר קצוה"ח דאם ב"ח אינו כקרקע גם מעוכב ג"ש אינו כקרקע והו"ל כפירת ב"ח לענ"ד דברי התוס' נכונים ע"פ המבואר בתוס' דב"ק דף ל"ג דבכל קנסי' לא זכי עד שעת העמדה בדין והא דבעבד זוכה בשחרורו לאלתר היינו משום דגלי קרא תחת עינו ולא תחת עינו ושינו והיינו למאן דס"ל אין צריך גט שחרור משא"כ למ"ד צריך ג"ש קסבר שיוצא בעינו ושינו ולא גלי קרא והו"ל כשאר קנסות ואינו זוכה עד שעת העמדה בדין כן מתבאר מדברי התוספות שם ולפי זה שפיר הקשו התוספות דכיון דלר"ש קיימינן דס"ל צריך גט ולדידיה אין העבד זוכה בעצמו

מיד עד אחר העמדה בדין ואם כן תביעת העבד הוא להפקיע מעליו דין עבדות ממש ולהוציאו לחירות וכמ"ש וזה כופר הו"ל כפירת עבד ולא כפירת ב"ח וכמו אם תובעו הפקדתי בידך עבד שסמיתי עינו ולא עמדתי בדין עדיין וזה כופר דהו"ל כפירת עבד כיון שלא נסתלק שם עבדות מעליו עד אחר העמדה בדין ואתי שפיר במה דסמכו קושייתם בזה למה שכתבו לעיל מיניה דר"ש סבר דצריך גט שחרור. אך הנני מוסיף להפליא שהתוס' לכאורה הם סותרים דברי עצמם תכ"ד שבתחלת דבריהם כתבו וא"ת מה יחוד כלי שייך גבי עבד דהא מיד שהפיל שינו קנה העבד בעצמו דגבי עבד גלי רחמנא שזוכה בעצמו מיד כשהפיל שינו כדאמרינן במרובה דף ע"ד כו' וכוונת דבריהם בזה למ"ש תחת שינו ולא תחת שינו ועינו וכמו שביארו הדברים בב"מ דף ל"ג שהבאתי לעיל ואם כן האיך חזרו וכתבו דא"ל שיוצא בשינו כו' (ומ"ש דמוכח בב"ק דמאן דאית ליה כו' הוא ט"ס וצ"ל דמוכח בגיטין) דר"ש ס"ל דצריך גט והרי מבואר מדברי התוספות דלעיל דאי אמרינן צריך גט לדידיה לא דרשינן כלל תחת שינו ולא תחת שינו ועינו אלא באמת יוצא בשניהם ולא זכה בעצמו כלל עד אחר העמדה בדין וא"כ שוב שפיר משכחת לה יחוד כלי ולכאורה י"ל דבאמת בגיטין מיבעי' ליה במעוכב גט אם יש לו קנס כו' ולהך צד איבעי' דאין לו שפיר דרשינן גם לדידיה ולא תחת שינו ועינו וא"כ שפיר גלי קרא דזוכה בעצמו ומ"ש התוס' דמוכח כמאן דסבר נותן דמי עינו סבר דאין צריך ג"ש היינו להך צד האיבעיא דיש לו קנס וקנסו לרבו דז"א דעכ"פ ממ"נ לא קשה קושיית התוספות לפי מה שנראה מדבריהם דאי אמרינן שלא זכה בעצמו שייך יחוד כלי לקנס וא"כ בהך צד דאם צריך ג"ש לא דרשינן תחת שינו ועינו דלא גלי קרא ואם כן מתוקמא בפשיטות ע"י יחוד כלי. ולהך צד אף שצריך ג"ש שפיר דרשינן הכי וגלי קרא משמשתחרר מיד אם כן דין הוא שנותן לו דמי עינו אף שנאמר צריך ג"ש וא"כ י"ל כמ"ש התוספות שהפיל שינו גם סימא עינו ומייחד הכלי על דמי עינו דאע"פ שצריך ג"ש מ"מ צריך לשלם דמי עינו ולא מצינו למפשט האיבעיא דבכל צד אתי שפיר פירוש' דמתניתין ודברי התוספות בזה תמוהים לענ"ד וצ"ע:

שוב ראיתי ליישב דברי התוספות דכוונתם דבתחלה כתבו וא"ת מה יחוד כלי כו' דגבי עבד גלי רחמנא שזוכה בעצמו מיד כו' היינו משום דאי לא הוי אמרינן שזוכה בעצמו שפיר מצינן למימר דשייך יחוד כלי ע"ז שיהיה מחויב לשחררו ולהוציא גוף העבד מתחת ידו ואפשר דאף יחוד כלי אין צריך בזה כיון שעדיין גופו של עבד הוא כבוש תחת ידו עד שישחררנו אלא דהתוספות עכשיו לא נחתי להכי כיון דהשתא ס"ל דזוכה בעצמו א"כ לא מיבעיא בלא יחוד כלי שאין כאן דבר שיחול התביעה עליו כיון שזכה

בעצמו אלא אפילו יחוד כלי לא שייך שאין לו על מה שיחול אחרי שזכה בעצמו וע"ז כתבו וא"ל כגון שהפיל שינו כו' דר"ש אית ליה דצריך ג"ש ולזה תירצו וי"ל דסימא עינו א"צ יחוד כו' ע"ש ר"ל דהשתא דאתינן להכי דמאן דאית ליה נותן דמי עינו ס"ל דא"צ ג"ש ור"ש דס"ל צריך יוצא בעינו ושינו והיינו דלא זכה בעצמו ממילא דאפילו יחוד א"צ שאין לך יחוד גדול מזה שהרי העבד תובע את גופו מרבו שישחררנו ומדויק היטב לשון זה דלכאורה אינו מובן אחרי שכתבו בתחלת דבריהם שהעבד זוכה לעצמו איך כתבו שתובע גופו דמה תביעת גופו יש כאן אלא הוא הדבר אשר דברתי דמעיקרא לא אסקי אדעתייהו דזה שזוכה בעצמו מתלי תלי וקאי בהך פלוגתא אם צריך ג"ש ולכן הקשו דאפילו יחוד כלי לא שייך והשתא כתבו למאי דקיימינן דאי צריך ג"ש אינו נותן לו דמי עינו תו אפילו יחוד כלי לא צריך שהרי יש כאן תביעת גוף העבד ג"כ ועיין בב"מ דף מ"ח בד"ה תשומת יד ששם כתבו התוספות גם כן כדבריהם בכתובות אלא שבקושייתם נקטו בקצרה ובתירוצם שם שכתבו וי"ל דשפיר צריך יחוד ששואל גופו בשעובדו שכובש ואינו משחררו והוא מבואר ע"פ מ"ש דכיון דס"ל צריך ג"ש ממילא שעדיין יש לו תביעה על גוף העבד וא"כ מה דקשיא לן על דברי התוספות זה בעצמו כוונת תירוצו אלא שקיצר במובן:

ואמנם במה שכתבו התוספות דאי א"צ ג"ש מצינן לאוקמי שהפיל כו' ויחוד כלי על דמי עינו צ"ע לענ"ד דא"כ אמאי פטר ליה משום קנס דאי מודה מיפטר דהא בב"ק דף ק"ה אמרי' דאם אמר ש"ח אני עליו חייב שכבר פטר עצמו מגניבה ואבידה כו' אע"ג דהא קאים כיון דאי מיגנב ממון כפר ליה ולפי זה ה"נ יתחייב על כפירת דמי עינו שייחד לו כלי דהא דמי עינו או מעשה ידיו שוב לא קנס הוא אלא ממון גמור אחר שכבר יצא לחירות ע"י שינוי ואין לך אלא לומר משום דאי הוי מודה על הפלת שן הוה מיפטר משום מודה בקנס ושוב ממילא פטור על דמי עינו ע"ז ר"ל כיון דאילו אתו עדים על נפילת שן היה מתחייב דמי עין אם לא כפרו והשתא דכפר ליה אפילו אם יבאו עדים על הפלת שן יהיה פטור א"כ נימא דממונא דכפר ליה בהא דכפר דמי עינו או מעשה ידיו וגם קשה דמנ"ל למעוטי כה"ג מוכחש דילמא דוקא באם עיקר הדבר שאנו רוצים לחייבו עליו הוא קנס ואי הוה מודה ביה הוה פטור ממעטינן ליה מוכחש משא"כ בזה שעל מה שאנו מחייבין אותו קרבן אינו קנס אלא שהיה בידו להודות על ד"א והיה פטור גם מזה שהוא ממון ואם היו עדים על הפלת שן לא הוה מצי פטר עצמו בהודאת סימת עין מנ"ל לפטור כה"ג וצריך לומר כיון דעכ"פ מצי פטר נפשיה ע"י הודאת של הפלת שן אינו בכלל וכחש וצ"ע:

ועכ"פ מבואר דקושי' התוספות דהוי תביעת עבד הוא נכון לפי מה שהקדימו שר"ש ס"ל צריך ג"ש וארווח לן בזה קושיות מחו' זקינך הגאון שי' בספר מחנה לוי במסכת שבועות שהקשה למאי דמדייק ר"פ מדלא קתני גנבת את עבדי דאין נשבעין על עבדים וא"כ תיקשי שם קושיות התוספות דל"ל למימר טעמא משום קנס ולפי מ"ש א"ש דקושית התוספות לר"ש אבל במתניתין לק"מ דמצינן למימר דאתיא כמ"ד א"צ ג"ש וא"כ גלי קרא דזכה בעצמו מיד והו"ל תביעת ב"ח ובמאי דכתיבנא נראה דא"ש מ"ש התוספות בב"ק דף מ"ב ע"ב בד"ה אלא אמר רב אשי כו' וא"ת מה דוחקו לתרץ כו' אבל אטעם דהמית ע"פ ע"א וגבי טעמא דמתכוין לא שייך למימר דילמא אית ליה טעמא אחריתי דטעמי' חשובין הם כו' וזה צ"ע דנהי דטעם מתכוין טעם חשוב הוא אבל טעמא דהמית קרי לעיל זוטרי וקאמר שדי וטרי כו' ממונא ע"ש ונראה דהתוספות שם כתבו דגם על ע"א מצי למיפרך מודה בקנס הוא דאין סברא לומר שלא יחשוב מרשיע עצמו כשמודה ואינו רוצה לישבע כו' ועיין במהר"ם שיף ובחידושי הרשב"א שיש מי שדעתו לפר' כן דבכהאי גוונא לא מיקרי מרשיע עצמו והרשב"א האריך בזה:

ולכאורה לפי שיטת הרמב"ם דתבעו דמי קרקע אין כאן חיוב שבועה א"כ כיון דאדם איתק' לקרקע אין כאן חיוב שבועה וא"כ אפילו תימא דבכה"ג לא נחשב מרשיע את עצמו מ"מ א"א לפרש כן כיון שאין בזה חיוב שבועה אך י"ל דממ"נ להרמב"ם ב"ח לא איתק' לקרקע ולהראב"ד תבעו דמי קרקע אינו כקרקע אך זה א"ש בדרשא דר"א נקי מח"כ דמיירי בב"ח משא"כ בדרשא דר"ע נקי מדמי עבד אין מקום לאוקימתא זו אליבא דהרמב"ם דס"ל דמי קרקע הם כקרקע ועבד ודאי כקרקע הוא ואין מקום לשבועה וא"א לאוקמא בע"א כלל ודו"ק אך לפי מה דאיתא בגיטין דר"ע ס"ל יוצא בשן ועין צריך ג"ש ובעי למימר התם דאפ"ה קנסו לרבו א"כ אכתי א"כ לאוקמי נקי מדמי עבד בכה"ג דהוא ע"פ ע"א ושפיר הוי בעי שבועה דמעוכב ג"ש לא הוי כקרקע וכה"ג כתב בספר כתובה בהא דהמית שורך את עבדי דאיכא לאוקמי במעוכב ג"ש ע"ש וזה א"ש אף למה דכתיבנא דלמ"ד צריך ג"ש אינו זוכה בעצמו עד אחר העמדה בדין ועד שעת העמדה בדין הוי כקרקע דמשום הא לא איריא דשפיר מצינא לאוקמ' דמיירי בעבד כה"ג באמת שכבר עמד בדין וזכה לעצמו ומ"מ הוא מחוסר ג"ש וקנסו לרבו וכיון דזכה לעצמו בשביל שמחוסר ג"ש לא חשיב כקרקע אך באמת מ"ש הגאון ז"ל לאוקמא מתניתין בהמית עבדי במעוכב ג"ש צ"ע לענ"ד דהא התם מיירי דליכא עדים כלל דקטלי' שהרי קתני זה אומר לא המית ובכה"ג ס"ל לר"י בב"ק דף מ"ג שאין השור בסקילה ואין הבעלים משלמין שלשים שקלים וע"כ מיירי שתבעו דמי' וקמ"ל דאפ"ה פטור דאין משתלם ע"פ עצמו

כדאמרינן התם גבי עבד דאי אתו סהדי ואסהידו דקטל כו' היכא דליכא עדים לא משלם דמי' וא"כ א"א לאוקמי במעוכב ג"ש אפילו להך צד איבעיא דקנסו לרבו משום דמסתבר דדוקא במקום דאיכא קנס דכל כמה דלא קיבל ג"ש אדון קרינן ביה ומ"מ לענין תביעת דמי' לבד במקום דליכא קנס כגון בזה שכבר עמד בדין וזכה בעצמו נראה שהדמים הם שלו כמו מעשה ידיו ודוקא בעבד גמור הדמים לרבו אבל לא בזה שעמד בדין וזכה שצריך רבו לתת לו ג"ש מה"ת יזכה רבו בדמי שויו וצ"ע ובזה יש לדחות גם מ"ש מחו' הגאון נ"י בספר מחנה לוי לתרץ הקושיא מהמית שורך את עבדי על שיטת הרמב"ם משום דקנס אינו דומה לדמי קרקע כיון שאינו נגד השווי של עבד רק מחמת קנס ע"ש ודפח"ח אך לפמ"ש ז"א דמעיקרא אין שם רק תביעת דמים לבד שהרי אין השור בסקילה ואין כאן קנס כלל והירושלמי דמוקי במוכה שחין לא ס"ל דר"ל דהכי באמת ס"ל לר' יוחנן בש"ס דילן דלא כריש לקיש לענין שלא בכוונה ואפשר דילפינן מיניה נמי לענין היכא דליכא עדים:

ולעיקר הקושיא על שיטת הרמב"ם בדמי קרקע כקרקע מהך מתניתין דהמית שורך עבדי היה נלענ"ד לפמ"ש התוס' נקי מדמי עבד היינו שלשים של עבד אבל דמים משלם וכן דעת הרמב"ם פרק יו"ד מה' נזקי ממון דתם שהמית את עבד שלא בכוונה אע"פ שפטור מכופר משלם חצי דמים מגופו ע"ש. ונראה דבכה"ג למ"ד פ"נ ממונא דינא הוא דאם כפר זה שיתחייב שבועה אף להרמב"ם דסבר דדמים הבאים מחמת קרקע הרי הם כקרקע אין זה כ"א בתובע לו ממון שחייב לו בשביל היזק קרקע משא"כ היכא שתובע ממנו חפץ שהחליף עמו על קרקע פשיטא דגם הרמב"ם מודה דאין זה כתובע קרקע אע"פ שבא מחמת קרקע כיון שהתביעה הוא על דבר המטלטל המסוים שזכה בו לא איכפת לן אם נצמח מכח קרקע דהשתא מיהא דבר מסוים הוא תובעו ואם כן בתם דקיימא לן כר' עקיבא דזכה בו מיד בשעת הנזק וכשהוא תובע אותו הוא תובע השור תם הזה להשתלם מגופו תו לא איכפת לן מה שגרם התביעה הוא ע"י עבד ולפי זה י"ל דשפיר מתוקמי מתני' בכה"ג דהשור תם והוא תובע את גוף השור ושפיר היה חייב עליו שבועה וקרבן שבועה רק משום דאין משלם ע"פ עצמו וא"ל דא"כ ל"ל שהוא קנס מחמת למ"ד של עבד ת"ל שהוא קנס מחמת שהשור תם ופ"נ קנסא אך ז"א דודאי מהמנת לחוד לא קשיא דמצינא לאוקמא כר"א אליבא דמאן דמחייב משביע עדי קרקע רק דממתניתין דלא קתני גנבת את עבדי מוכח דפטור והך הוכחה ר"פ קאמר ליה והש"ס דחי דמהא ליכא למשמע מיני' ולפ"ז לדידן דקיי"ל קנסא נקטינן כמסקנא דמהא ליכא למשמע מיני' ושפיר י"ל דמתניתין חייב בקרקע ואין קושיא רק אליבא דר"פ דמוכיח ממתני' דפטור

(וכן מבואר הקושיא בספר מחנה לוי) ור"פ הא ס"ל פ"נ ממונא ולדידיה שפיר מתוקמא מתניתין בתם דמגופו משתלם ולא שייך בזה דמי קרקע:
ולפ"ז נדחה מ"ש לעיל דלא מצי לאוקמא נקי מדמי עבד מהמית ע"פ ע"א משום דליכא חיוב שבועה דהוי דמי עבד ולפום מה דכתיבנא השתא ליתא כיון דבתם מיירי דזוכה בגופו לא מיקרי דמי עבד שיהיה פטור משבועה שהרי הוא תובעו גוף השור והרי זה כחליפיו וכמש"ל:
ולכאורה יש ראיה להרמב"ם דדמי קרקע כקרקע מהא דקאמר ר"פ מתניתין נמי דיקא דלא קתני גנבת את עבדי וקשה הא מתני' כרבנן דר"ש דס"ל סתם גניבה ייאוש בעלים וא"כ למ"ד ייאוש כדי קני אין כאן תביעה רק על הדמים ומה בכך דאין נשבעים על כפירת ש"ק דהא אין כאן תביעה על העבד דקני ליה בייאוש וצ"ל כשיטת הרמב"ם דאף דמי קרקע כקרקע הוא וא"ש ואפשר לומר כיון דר"פ משמיה דרבא אמרה ורבא ס"ל ייאוש כדי לא קני כמו שכתבו התוס' בב"ק דף ס"ז ע"ב ולפי זה א"ש הא דשבועות דר"פ משמיה דרבא אמר מתניתין נמי דיקא ור' פפא משמיה דרבא אמר אימא סיפא כו' משום דבב"ק אמרינן דרבא מוכיח דיאוש לא קני ופריך והא רבא הוא דאמר דגזל קרבן דחברי' איבעית אימא הדר ביה כו'. ולפי"ז ר"ל דר"פ אליבא דרבא קאי בהך סברא דרבא דיאוש קני וא"כ רק דמים הוא חייב לו ואינם כקרקע והיינו דמרבה ליה בזה הכלל ובאמת שאין מזה קושיא לר"י דס"ל דאין נשבעים על שעבוד קרקעות משום דהכא לא בעבד ממש כ"א בדמי עבד מרבה ליה אך דמ"מ אין כאן סיוע לר"י והיינו דקאמר אלא מהא ליכא למשמע מינה ומיושב היטב קושיית מהריב"ל שהביא אא"ז מהרש"א ז"ל אהא דקאמר דליכא למשמע מיני' דהא אורחא הוא דזה הכלל לרבויי אתי וכאן לא זו אף זו עיין שם ולפי מ"ש נכון מאוד דר"פ דהוי ס"ל דלא מרבינן ליה בזה הכלל שפיר מייתי סייעת' לר"י דע"כ לומר דיאוש כדי לא קני וא"כ הו"ל ש"ק משא"כ לר"פ דקאמר דזה הכלל לרבויי אתי אף דליכא סייעתא מכל מקום אין סיוע גם להיפך דמצינו למימר דמרבי ליה משום דיאוש קני ואין כאן רק דמי עבד לבד וליכא למשמע מיניה:
וראיתי בספר כתובה שכתב לענין המית שורך את עבדי דאף על גב שיחד לו כלי מ"מ כיון שבא מתביעת קרקע הרי הוא כקרקע ומה שהביא ראיה מיחד כלי לקנס לא הבנתי דהתם אי מודה מיפטר ופקע ליה היחוד כלי שיחד לקנסו וקנס אין כאן כלי אין כאן משא"כ בקרקע לאו מהאי טעמא אתינן עלה ושפיר מצינו למימר דכל שיש לו תביעה על דמים הבאים מחמת קרקע וייחד לו כלי מטלטלין הוי אמנם לענ"ד יש להביא ראיה דהנה מ"ש דאי יאוש כדי קני יש כאן תביעה על הדמים לכאורה צ"ע דזה א"ש לפי מ"ש

רש"י בגיטין דשבאי גופא קני ליה אחר יאוש בחזקה של עבדות הלבישו הנעילו כו' אבל לפי מ"ש התוס' שם דאינו קונה בחזקה רק של כיבוש מלחמה א"כ זה הגונב לא קני ליה כלל ומ"מ הועיל בו היאוש שהעבד יוצא לחירות וזה אפילו למ"ד יאוש כדי לא קני משום דהו"ל כיאוש וש"ר שהעבד מוחזק בעצמו כמ"ש בפ"י שם וא"כ כיון שהגונב לא קנאו רק דמ"מ חייב לשלם על שעת גניבה וא"כ מה שאינו יכול להחזירו משום שיצא לחירות הו"ל היזק שאינו ניכר ויכול לומר הרי שלך לפניך וא"כ לא מצי למיתני גנבת את עבדי דבכה"ג אין כאן חיוב תשלומין ובכה"ג לא ממונא כפר ליה. ודוחק לומר דקשי' דהו"ל למיתני בגוונא שבעלים מרדפי' דליכא יאוש וא"ל דמיירי שאין העבד בעין בידו דלא מצי אמר לו הש"ל דז"א דא"כ אין כאן קרבן שבועה בלא יחוד כלי כלל וא"כ מאי קאמר אין נשבעין על קרקעות דהא דגנבת את עבדי אין כאן תביעה רק על דמי עבד וע"ז מייחד לו כלי והוה כמטלטלין אלא ע"כ לומר דכה"ג נמי תביעת קרקע מיקרי וכסברת הגאון ז"ל:

איברא דיש לדחות לפי מה דאמרינן בב"ק דף ק"ה בגזל חמץ ועעה"פ ונשבע עליו אף על גב דהשתא הא מנח קמי' ועפרא הוא מ"מ כיון דאי מיגנב בעי לשלומי ליה ממונא כפר ליה ע"ש ולפי זה שפיר מתוקמא הכי שהעבד בעין ביד הגנב ואף על גב דהשתא מצי א"ל הש"ל מ"מ כיון דאי ליתא מתחייב לשלומי ממונא כפר ליה וחייב קרבן שבועה אך באמת זהו לרבה דמפשט פשיטא ליה משא"כ לרבא קאמר התם דמיבעיא ליה וא"כ איך דייק רבא מהא דלא קתני גנבת את עבדי דאין נשבעין כו' דהא מצינו למימר דמטעם דמצי אמר הש"ל אתינן עלה ולא ממונא כפר ליה ועפי"ז יש לתרץ ג"כ קושיית מהריב"ל בהא דקאמר אלא מהא ליכא למשמע מיניה ודעת לנבון נקל ובלא"ה בפשיטות י"ל דעבדא כמטלטלי דמי וא"כ שפיר מרבה ליה וקצרתי:

ומקום אתי לומר דבלא"ה לא קשי' מ"ש דהו"ל היזק שאינו ניכר ומצי אמר ליה הש"ל לפי מה דאמרינן בקידושין דף ס"ב הנותן פרוטה לשפחתו כו' מעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת ע"ש א"כ י"ל דבכה"ג שינוי גמור הוא דהיזק גמור ולא שייך בכה"ג לומר הש"ל כיון דמעיקר' בהמה והשתא דעת אחרת והו"ל כגונב טלה ונעשה איל ואפילו למאן דפליג התם י"ל דמודה הכא דהרי זה כגוזל בהמה ומראה לו על אדם שיש בו דעת אלא שצ"ע אף דקונה ביאוש שזוכה בעצמו מ"מ למ"ד מפקיר צריך ג"ש א"כ חשוב דעת אחרת קודם שיגיע הג"ש לידו וגם צ"ע אם יש בזה חיוב תשלומין מחמת שע"י גניבתו נתייאש זה ויצא לחירות. ולכאורה י"ל דלא מתחייב בכה"ג רק משום דינא דגרמי אך ז"א שהוא באמת נתחייב על שעת גניבה ואף שזה גרם במה שנתייאש שא"א בהשבה ולא

מצי א"ל הש"ל מ"מ סוף סוף הוא מתחייב בהשבה כעין שגזל ומכ"ש שהגזלן בעצמו הוא המסבב זה שע"י נתייאש ויצא לחירות וקצרתי:

והנה יש לי מקום עיון במה שכתב הגאון ז"ל בספר הפלאה ליישב הא דלא הוקשו התוס' מהמית את עבדי משום דס"ל דמיירי במעוכב גט וקנסו לרבו ומעוכב גט לא הוי כקרקע ואין התביעה מכח קרקע כו' ע"ש ולדידי קשי' לי לפי"ז דא"כ איך דייק ר"פ התם הא דלא קתני גנבת את עבדי משום דאין נשבעין על קרקעות דהא ודאי דאין הקושי' ליתני גנבת עבדי רק מחמת דברישא בהמית מחלק בין המית שורך שורי בין המית עבדי ולכן קשי' לי' דליתני סיפא דאפילו בעבדי הדין כן דבלא"ה אין קושי' דמנ"ל דס"ל דנשבעין על הקרקעות וממילא מה לי שורי ומה לי עבדי אלא ע"כ מכח רישא קפריך דמפליג בינייהו. וא"כ אכתי קשי' דליתני גנבתי את עבדי כיון דבמעוכב ג"ש מיירי ומעוכב ג"ש לא איתקש לקרקע ואפשר לומר דלענין המית שפיר מפרשינן במעוכב גט ותובע קנס משא"כ בגניבה כיון דמעוכב ג"ש הוא אין זה תביעת ממון כיון דלא שוי לדידיה מידי רק שזוכה בקנסו וחבלתו אין זה רק גורם לממון והתם קיימינן לר"ש דגל"מ לאו כממון דמי וקצת יש לחלק ביניהם וקצרתי:

והנה יצאתי מגדר הענין לחיבת הקודש המכשיר ונחזור למ"ש דעת הראב"ד והסכים עמו הש"ך דאפילו ב"ח איתקש לקרקע ובפשיטות דברי הש"ס מוכח דעכ"פ ע"פ הוי כקרקע ולכן כתב הרמב"ם הטעם בפועל שאין לו אונאה לפי שעבדים אין להם דין אונאה וכבר כתבתי לעיל דברי התה"ד שכתב טעמא דהרמב"ם דמחלק בזה בין פועל לקבלן משום דפועל יש לו דין עבד לענין חזרה אבל לא קבלן ועיינתי בתה"ד סימן שי"ח וראיתי שהקשה דהא לא אשכחן רק בעבדים כנענים דהוקשו לקרקעות ושוב מייתי מש"ס דקידושין דגם בע"ע אמרינן הכי ולפי זה נראה דשכירות פועלים הוא נגמר בכסף ובשטר כמו קרקע או מדין עבדים דהא גם ע"ע נקנה בכסף ובשטר רק חזקה ממעט בקידושין משום דכתיב והתנחלתם אותם. וכסף ושטר ילפינן מדכתיב לא תצא כו' אבל נקנה בקנין עבדים. ולפ"ז א"ש דברי הרמב"ם דאין אונאה בקנין ע"ע ג"כ כיון שהקנין שלהם הוא כקנין של עבד כנעני א"כ אין דין אונאה בקנינו כמו בעבד כנעני:

ולפ"ז י"ל דהרמב"ם ג"כ מודה להתוס' והר"ן דע"ע לא איתקש רק לענין דין אונאה לבד אבל בקבלן לכאורה לדעת הרמב"ם לא דמי לעבדים וכן מבואר לענין חזרה דשאני בין שכירות לקבלנים וא"כ י"ל דדינו חלוק גם לענין קנין הקבלן שאינו נקנה בכסף וכבר כתבתי בתשובתי ביישוב דברי ה"ה הלכות מכירה במה שהקשה על הרמב"ם בדין קבלן אך לענ"ד בשיטת הרמב"ם דקשיא ליה להה"ה דהא פוסק אין אומן קונה בש"כ ולענ"ד

א"ש דאי אמרינן אין אומן כו' אם כן אמרינן דשכירות הוא ושוב שייכא מכירה בגופיה וכמ"ש הרמב"ם לענין שכיר דהוי כמוכר עצמו לזמן גם בקבלן שייך מכירה דכיון שקיבל על עצמו מלאכה זו הרי מכר עצמו מה לי למלאכה מה לי לזמן ואף שיוכל לדחות המלאכה לזמן שירצה מ"מ ס"ס חיובא דרמי עליה לעשותה עכ"פ הוא לפי שמוכר עצמו למלאכתו של זה ואף לפי מש"ל בטעמא דיכול לעשותה ע"י אחר מ"מ השתא מיהא חייב א"ע שיעשה הוא המלאכה והך חיובא יכול הוא לחייב א"ע בכסף או בשטר כדין מוכר עצמו וילפינן ליה מע"ע דשכיר קריא רחמנא וחילוק הרמב"ם בין פועל לקבלן נלענ"ד דס"ל דאף ע"ג דפועל דמי לע"ע שאין בו אונאה קבלן לא דמי דבשלמא בע"ע עיקר הדין שביניהם על מכירת עצמו ושעבוד גופו כמה נתאנה עליו ובזה אין בו דין אונאה אבל בקבלן שחל דיני אונאה על שיווי מלאכת הכלי ששכרו לארוג בב' זהו' ואינו שוה כ"כ הרי דינו כמטלטלין שיש בשכירותם ומכירתם דין אונאה:

והשתא לפי זה דברי ר"ת ברורים ונכונים מטעמם דר"ת קאי אהא דנתן פרוטה לספר מעל אם משך תספורת ושפיר כתב דאינו יכול לחזור דבאמת שכירות של גוף הספר נקנה לו בכסף רק התספורת שהוא מטלטלין בעי לממשך ומזה למד ר"ת גם לענין סופר וכיוצא בו היכא שנותן לו פרוטה על שכרו דאז נקנה הגוף רק שלא נגמר שכירות הכלי ע"י כסף מהני ביה משיכה. ולפי הצעה זו תזכה בדבריך תזכה בשפטיך דכל שעושה המלאכה בכלי של בעה"ב מהני כסף דאינו יכול לחזור בו ולאו מטעמך דליכא מידי לממשך אלא מטעם דע"כ לא צריך משיכה בכלי אומנות אלא משום שהשכירות הוא על שניהם על האדם ועל הכלים והכלים צריכים קנין משיכה אבל אם השכירות הוא ע"ד לעשות מלאכה בכליו של בעה"ב או שהוא מלאכה שא"צ כלים כלל שפיר סגי על שכירות האדם לבד קנין כסף שהוא גומר בקבלן שא"י לחזור בו רק הפועל חוזר בו משום גזה"כ אך מפשיטות ל' הפוסקים נראה דדברי ר"ת אמורים אף היכא דליכא נתינת כסף כלל אפ"ה אינו יכול לחזור אם משך הכלי אומנות וכן נראה מדברי הטור והרמ"א בסימן של"ג ולענ"ד צריך עיון בזה דאפשר דגם ר"ת לא קאמר אלא דומיא דהך דנתנה לספר וכדכתיבנא:

ולפי מ"ש בפירוש דברי ר"ת נראה לעמוד על כוונת הסמ"ג הביאו הגמי"י והמרדכי בשם שכתב על ר"ת דאינו דומה דלא גרע מע"ע שמגרע בפדיונו ויוצא כו' וכ"כ הרא"ש בפ' הזהב על דברי ר"ת דאם הוא שכיר יום אע"פ שנגמר קנין השכירות יכול לחזור כמו ע"ע שמגרע פדיונו ויוצא. ולכאורה הדברים אינם מובנים דהא הפועל יכול לחזור לאו מטעם גרעון כסף אתינן עלה רק משום דכתיב כי לי בני ישראל כו'. ובתשובת מיימוני

בשם מהר"מ כתב וז"ל דמה"ט אמרינן דפועל יכול לחזור כו' דילפינן ליה מע"ע שיוצא בגירעון כסף דכל קולי ע"ע יהבינן עליה מק"ו דהשתא ע"ע דעבד איסורא על כי לי ב"י עבדים ע"ש ובאמת בש"ס ב"ק וב"מ לא כלל הך טעמא דגרעון כסף אלא משום כי לי ב"י עבדים ולכן כיון שדין הפועל שיכול לחזור בו תו לא הוי עבד שהרי לדעת עצמו הוא עושה שבידו לחזור:

ולפמ"ש נראה דא"ש ויובן ג"כ ע"פ זה הא דקשה לכאורה הא דאמרינן ע"ע עבד איסורא כי לי ב"י עבדים ולפ"ז ע"כ הא דיוצא בגרעון כסף לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה אע"פ שבידו לגרע ולצאת ודוקא בשיכול לחזור בו בטל ממנו שם עבד אבל אם צריך ליתן כסף כשחוזר בו עבד הוי ועובר משום כי לי ב"י כו' ולפ"ז צ"ל אע"ג דבעלמא אמרינן כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד ל"מ שא"ה דגלי קרא. והשתא א"ש לפמ"ש בפ"י דברי ר"ת דבאמת שכירות אדם נקנה בכסף דהיינו הפרוטה שנתן לספר מדין עבדים ואין המשיכה בזה רק להקנות הכלי אומנות ואז אין יכול לחזור בו והשתא לא תיקשי מהאי דפועל יכול לחזור משום כי לי ב"י עבדים דהתם אין שם קנין עבד רק התחלת מלאכה בלבד משא"כ היכא שנעשה קנין גמור שקונה בעבדים מה בכך שנאמר דכיון דא"י לחזור איכא איסורא דהא גבי עבד נמי עביד איסורא ומ"מ אינו יכול לחזור וכאן שקיבל כסף מדין קנין עבדים נגעו בה וע"ז השיב ר"י דהא ליתא דאע"ג שקיבל הפרוטה שפיר יכול לחזור וכסף ישיב לבעליו דלא גרע מע"ע שמגרע פדיונו ולכן שפיר יכול לחזור בו וגם מ"ש מהר"ם דילפינן ליה מע"ע ר"ל דאפילו בכה"ג שנגמר השכירו' ע"י כסף ילפינן מע"ע שיוצא בגירעון אבל אם לא נגמר השכירות ע"י כסף באמת לא צריך לגירעון כלל אלא שפיר חוזר בו משום כי לי ב"י:

ולפ"ז צ"ע מ"ש בש"ע בשם מהרי"ק דאפילו הקדים שכרו יכול לחזור והמעות חוב עליו דנימא בכה"ג שקונה בכסף ואינו קונה עצמו בלא כסף אך נראה דודאי א"א לומר שיש לו כל דין ע"ע שהרי ע"ע אינו נוהג אלא בזמן היובל ומ"מ שפיר ילפינן מיניה לענין קנין הפועל שיהיה קנוי בכסף אבל מ"מ אין לנו לתפוס הקנין באיסור אלא אמרינן שיכול לחזור בו ואז אין לו דין עבד דאם נימא שאינו יכול לחזור איכא איסורא ולענין זה ל"ל למילף מע"ע דאע"ג דעבד איסורא מהני כיון דע"ע אינו נוהג בזה"ז:

שוב ראיתי בקצה"ח סימן של"ג שכתב ג"כ בזה על דברי מהרי"ק ע"ש ולענ"ד כמ"ש גם מ"ש שם על דברי התוספות ב"מ דף יו"ד דהא ע"ע נמי יוצא קודם זמנו בגרעון ז"א כמ"ש דהא קמן דמה שיוצא בגירעון לא מפיק ליה מאיסורא דלי ב"י כו' (ואף שאין ע"ע

נוהג בזה"ז מכל מקום כיון שאם היה נוהג עבדות הוא זה קפיד רחמנא עלה) רק היכא דמצי למיהדר ביה כהאי גוונא לא דמי לעבד וכמ"ש:

ולפי הצעה זו דלר"ת גוף שכירות אדם מטעם קנין כסף נגעו בו תצדק בדבריך כו' דכל שעושה המלאכה בכליו של בעה"ב מהני כסף דאינו יכול לחזור בו ולאו מטעמך דליכא מידי לממשך אלא מטעמא דע"כ לא צריך משיכה בכלי אומנות אלא משום שהשכירות הוא על שניהם על האדם ועל הכלים והכלים צריכין קנין משיכה אבל אם השכירות הוא ע"ד לעשות המלאכה בכליו של בעה"ב או. שהוא מלאכה שאין צריך כלים כלל שפיר סגי על שכירות האדם לבד קנין כסף שהוא גומר בקבלן שאינו יכול לחזור בו רק הפועל חוזר משום גזה"כ אך מפשיטות לשון הפוסקים נראה דדברי ר"ת אמורים אף היכא דליכא נתינת כסף כלל אפ"ה אינו יכול לחזור אם משך כלי אומנות וכן נראה מדברי הטור והרמ"א בסימן של"ג ולענ"ד צ"ע בזה דאפשר דגם ר"ת לא קאמר אלא דומיא דהך דנתנה לספר וכדכתיבנא:

והנה על מ"ש דפשיטא דאין משיכת כלי אומנות מועיל שיקנה שכר כתיבה ע"ז כתבתי שנראה לך דמהני דע"י משיכת כלי אומנות הוא מקנה ומשכיר גופו לבעה"ב לעבודת מלאכה זו וכמ"ש במחנה אפרים ליישב דברי הריטב"א לענין קנין דלא הוי קנין דברים שמקנה גופו כדין עבדים וכתבת והארכת בזה ונפלאתי עליך שבאת לדמות הנושאין דקנין חליפין הוא המועיל בכ"מ לשעבוד הגוף לחייב עצמו באיזה קנין למשיכת כלי אומנות שאין בו שייכות קנין הגוף כלל וגם בזה אין כן הסכמת הפוסקים ועיין במ"ל הל' עבדים דע"ע אין נקנה בחליפין מדברי התוס' ע"ש ועל הראשונים שכתב ר"ת שאינו יכול לחזור תמהו עליו והריטב"א כתב שהוא כהלכתא בלא טעמא ואתה בא להוסיף עליהם לא הלכתא ולא טעמא איכא וכבר הארכתי בתשובתי לברר דלא אמרינן לענין זה ידו כיד בעה"ב גבי קבלן ומהאי טעמא מספקא לי אי אומן קונה בש"כ הלוואה היא וטעמא משום דהבעה"ב אין לו קנין בשבח המחודש עד שיבא לידו והוא כמוכרו לו ומה יושיענו זה שמשך כליו הלא לא משך ידו לומר שתהיה קנויה לו ואינו מועיל רק לענין יכול לחזור בו דזה שמושך הכלים הוא גמר של השכירות וכמ"ש הרא"ש שם אבל מ"מ לא נתחדש קנין הגוף מחמת זה ואדרבא מדברי ר"ח מוכח איפכא שאם איתא דע"ע גופו קנוי אדרבא הוא יכול לחזור בו מטעמא כי לי ב"י כו' כמו פועל וראיתי שהרגשת בזה ורצית לחתור היבשה דאף שגופו קנה מ"מ לא שייך עבדי הם כיון שיכול לעשות באיזה זמן שירצה ותלית תני' בדלא תניא בודאי אם הקנה גופו פשיטא דעבד לעבדים הוא על אותו זמן או אותו העת שהקנה עצמו למלאכה רק שלפי שיכול לעשות בכל זמן

שירצה זה האות שאינו קנין הגוף ואינו רק עבד לעצמו ובדידיה קא טרח וכדאשכחן לענין שבת דכל שרשות בידו לעשות המלאכה אימת שירצה לאו שליחות דישראל קא עביד אלא בדידי' קטרח שהרי אין הכרח שיעשהו היום דוקא אבל אם היה עליו שם קנין הגוף בשעת עשיית מלאכה פשיטא שאין מקום לומר בדידי' קא טרח שהרי אנו אומרין שגופו קנוי לבעה"ב בעת עשיית המלאכה וא"כ מה שאינו יכול לחזור הוא הוראה שאין גופו קנוי רק אדעתא דנפשיה קא עביד וא"כ מאין יקנה בעה"ב את השבח כלי ואמנם באמת מ"ש שגופו קנוי ליתא כמש"ל דבפועל ודאי דלא שייך גופו קנוי דא"כ לא הוי מצי מחיל בע"פ וכדאיתא בקדושין וכ"כ התוס' בב"מ דמותר להשכיר עצמו דדוקא ע"ע כו' וכן מבואר בב"מ דף צ"ט אמר שמואל בע"ע דלא קנוי ליה גופו וכ"כ כל הפוסקים והתוס' שם כתבו דהא דבפ"ק דקדושין אמרינן גופו קנוי היינו לענין שאין גרעון מחול אם מחיל בע"פ ע"ש הרי מבואר דגם ע"ע גופיה אין ידו כיד רבו רק לענין דלא מיקרי תופס לבע"ח אמרינן דידו כיד בעה"ב וכן מצאתי בספר תמים דעים להראב"ד בסימן ל"ט במסכת גיטין ע"ש שמבואר כן להדיא:

ומ"ש בשם המחנה אפרים נראה שאין ר"ל גוף הקנין רק שעבוד הגוף לעשות הדבר ההוא ולא הוי קנין דברים (ואין פנאי לעיין בספר הנ"ל) ומ"מ בשביל זה אין קנין לבעה"ב שנאמר שגופו קנוי בעת עשיית מלאכה זו דהא אפילו ע"ע אין גופו ממש קנוי וא"כ בשכיר יום דאדעתא דבעה"ב קא עביד פשיטא ליה דאין זוכה בשבח כלי רק בקבלנתו מספקא ליה דאע"פ שהוא מחויב לעשות מלאכה זו לצורך הבעה"ב מ"מ לא שעבד נפשיה רק לכשיגמור המלאכה יקנה אותה לבעה"ב בעד סכום כך וכך (ובאמת שצ"ע דהא באמת שאין האומן יכול לעכב השבח לעצמו כשירצה כמבואר במרדכי ובתה"ד סי' שי"ט ועיין ביש"ש ב"ק ולכאורה נימא דאף דמעיקרא אדעתא דהכי עביד שכשיתנו לו שכרו יתן השבח לבעה"ב מכל מקום ה"ל דשלב"ל ואפשר דקים להו לחז"ל דבהא סמכו דעתייהו וגמרו ומקנו וקצרתי:

והנה התוספות בקידושין דף י"ז ד"ה חלה כתבו דמלמד תינוקת שחלה אין לדמותו לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו כו' ע"ש נראה ברור שאין ר"ל קנין הגוף ממש כמש"ל דמבואר להדיא דלא שייך קנין הגוף בע"ע ואין קנינו אלא שצריך ג"ש ואין גרעונו מחול ובר"ן בקידושין ושבועות גבי ההוא דהשבע לי כו' כתב גופו קנוי שרבו מוסר לו שפחה כנענית ע"ש אך שכוונתו שגופו קנוי לו למעשה ידיו כדאמרינן בגיטין לענין שבאי קני ליה למעשה ידיו ע"ש וכ"כ בתשו' מיימנות הל' קנין סימן כ"ט וכוונת החילוק הוא דבע"ע שקונה הגוף למעשה ידיו הרי זה כקונה דקל לפירות מהיום עד אחר ו' שנים ואם

לא עשה הדקל פירות בתוך הזמן אעפ"כ הדקל חוזר לבעל הדקל אחר ו' שנים משא"כ אם עושה עמו קנין שישלים לו מה שיעלה פירות של ו' שנים פשיטא שא"צ לשלם הפירות שלא עשה וכמו כן במלמד ששוכר אותו ללמוד משך שנה אין קנינו על גופו של המלמד כי אם על הלימוד הוא משלם לו ואין לו ליטול מה שלא למד וזה ג"כ כוונת הריטב"א בקידושין והוצרכתי לזה לפי שראיתי בש"ך סימן של"ג האריך בזה ונראה מדבריו דמחלק בין ע"ע שיקנה גופו בכסף ושטר וחזקה (מ"ש חזקה אגב שיטפיה נקט שאין ע"ע נקנה בחזקה) ולכן כתב דבפועל שהשכיר עצמו לכל מלאכה מ"מ כיון דגופו אין קנוי כו' ע"ש:

ולענ"ד ז"א דגם פועל שמשכיר עצמו לבעה"ב לזמן שיהיה כל מעשה ידיו שלו זהו דין ע"ע ממש ומה לי קנאו בכסף ובשטר ומה לי לא קנאו אם הוא בענין שאין הבעה"ב יכול לחזור בו ונלע"ד שגם התשב"ץ שהביא הש"ך שם כיון לזה אע"ג שכתב ה"מ גבי ע"ע שפרעו כל שכרו מתחלה כו' נ"ל דאינו בא לחלק מצד הקדמת השכר רק ר"ל שיש חילוק בין קנין לשכירות דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והיינו בשוכר הנאת הדבר ההוא דאע"ג דאמרינן שכירות ליומא ממכר הוא כתב הנ"י פרק הזהב בשם הר"ן דהיינו לענין להשתמש בו כל ימי שכירתו אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל כו' וכ"כ הריב"ש ועיין ש"ך סימן שי"ג סימן מ"א וכיון שההנאה בא בהמשך הזמן אין לו עליו כי אם לפי חשבון משא"כ בקנין שאינו קונה ההנאה רק קונה גוף הדבר להנאה שתצמח ממנו ובזה לא שייך שישתלם לבסוף שהרי הגוף הוא בעין עתה ומה לי שקונה לעולם או על זמן ולכן הוא משתלם מיד וזה כוונת דבריו מ"ש דה"מ גבי ע"ע שפרעו כל שכרו מתחלה בשעה שקנה אותו ר"ל ואין זה שכירות של הפעולה שזה משתלם לבסוף רק הוא כסף מקנתו ואין שום חוב ממון עליו ר"ל שעל העבד אין שום חוב ממון מחמת הכסף שקיבל שהרי הוא היה תמורת מה שהקנה עצמו למעשה ידיו דבשכירות דעלמא אם יקדים לו שכרו הרי השכר חוב עליו עד שיעשה המלאכה ההוא ששכרו לכך מה שא"כ בזה שאין כאן שום חוב ממון שהוא תמורת הגוף שהקנה לו למעשה ידיו והיינו דכתב עלה התשב"ץ כדאמרינן ע"ע גופו קנוי כו' אבל מלמד שהוא כשכיר יום כו' ע"ש וזהו ג"כ כוונת הגמ"ר שהביא הש"ך וגם דברי מהר"ם דמחלק בין הקדים שכרו יש ליישב שכוונתו ע"ד שכתבתי בפירוש דברי התשב"ץ ונראה שדברי התשב"ץ בזה הם דברי מהר"ם רבו והן הן הדברים אשר כתבתי אך בלשון הרא"ש בב"מ בשם מהר"ם צ"ע קצת וגם דמבואר בתירוץ מיימוני לפסוק חילוק זה במלמד שחלה ואפשר לומר בדברי מהר"ם דא"ש על פי מ"ש הפוסקים בענין שכירות בית דאם הקדים השכר מסתמא נתרצה אף שיארע

אונס עיין בש"ך סימן של"ד סק"ב ועיין בש"ך סימן של"ג ס"ק מ"ז בשם מהר"מ דס"ל דגם בפועל גופיה קנוי כמו ע"ע:

ועל מ"ש בתשובתי ראיה מהא דבעי למפשט דאין אומן קונה בש"כ מהנותן טליתו לאומן דעובר בב"ת ואם איתא לוקמא במשיכת כלי אומנות דאז אינו קונה וכתבת דמשיכה הוא קנין דרבנן והתם מיירי לענין דאורייתא עיין בב"ק דף ע"ט בתוספות ד"ה נתנו כו' דאי מדרבנן ומעל משום דמדרבנן אינו יכול לחזור בו כמו נתנו לבלן כו' ע"ש ובאמת מ"ש כמו נתנה לבלן הוא תמוה בעיני דהא אליבא דר"י מיירי בבלן נכרי אבל בספר לא מעל עד דמשיך משום דלדידיה בנכרי הוי משיכה קנין דאורייתא כמ"ש התוספות בב"מ באורך ועיין בתוספות דע"ז דף ס"ג ומ"ש מדברי הב"י באה"ע כבר מבואר באחרונים פלפולים הרבה וגם אנכי חזון הרביתי בעניני' אלו אך בהא כ"ע מודו דכיון דנימא דע"י משיכה דכלי אומנות קני גופו מדרבנן א"כ מעיקרא לא אדעתיה דנפשיה קא עביד אלא אדעתא דבעה"ב ואף מדאורייתא לא זכי האומן בש"כ:

ובאמת שלענ"ד צ"ע על הרמ"א שהביא הך דינא דר"ת דמשיכה בכלי אומנות מהני שלא יוכל לחזור בו דבש"ס התם דמבואר דבמשיכת תספורת אינו יכול לחזור קאי התם אליבא דר"ל דס"ל דמשיכה הוי קנין ד"ת אבל לר"י דס"ל מעות קונים משיכה לא מהני מדאורייתא אלא שא"צ ג"כ דהא דתספורת קנוי במעות אע"פ שלא משך ואף ע"פ שתקנו חכמים משיכה מ"מ מעל דלענין שכירות מטלטלין לא תקנו דהא לא שייך שלא יאמר לו נשרפו כו' כיון שהגוף שלו ודאי טרח ומציל כמבואר בח"מ סימן קצ"ח סעיף וא"ו ע"ש ואם כן לדידן דקיימא לן כר"י דמעות קונה משיכת כלי אומנות מה טיבה דאם יש עמה כסף א"צ למשיכה דשפיר קונה התספורת בכסף ואם אין עמה כסף מנ"ל שיועיל קנין משיכה כיון שלא תיקנו בשכירות מטלטלין קנין משיכה כלל ואם כן קשה על הר"י והטור והרא"ש שפסקו כר"י ואיך כתבו להך דינא וצ"ל דאינהו ס"ל כדעת הסוברים דגם בשכירות מטלטלין תיקנו משיכה ועיין בנ"י פרק השואל ובש"ג שם והא דמהני לענין מעילה משום דכיון דמדאורייתא מהני מעות הרשות ביד המוכר להשתמש בהם כמ"ש בב"מ דף מ"ג והרא"ש דף מ"ט שיש לחלק בכך וגם י"ל כמ"ש בש"מ בשם הרשב"א דלענין מעילה דאורייתא לא תיקנו אבל לענין הדיוט שפיר תיקנו משיכה בשכירות מטלטלין הלכך פסקו דבמשיכת כלי אומנות דמהני ולפי זה קשה על הרמ"א סימן קצ"ח כתב הב"י דעת האומר דלשכירות מטלטלין לא תקנו משיכה ורמ"א לא הזכיר שום חולק משמע שמסכים לדעה זו להלכה וכן הסמ"ע והש"ך שם סתמו הדברים ובסימן של"ג כתב הרמ"א דעת ר"ת דמהני משיכת כלי אומנות והש"ך שם כתב שכן עיקר

ולפי זה הו"ל לכתוב לענין שכירות מטלטלין דלא תיקנו בכסף אלא במשיכה דהא בהא תליא וכדכתיבנא אך י"ל דמ"ש הב"י סי' קצ"ח דשכירות מטלטלין נקנה בכסף היינו בכסף גם כן שהרי בסי' ש"ז כתב להדיא דמהני משיכה וכן מבואר בתוס' ורא"ש ושאר פוסקים ובב"י סימן ש"ז הביא דברי הנ"י שכתב בשם הרשב"א דלא מהני רק משיכה וכתב שהסכימו האחרונים ואעפ"כ הביא בש"ע סימן קצ"ח דעת הרמב"ן והר"ן ורי"ו וצ"ל דגם לדידהו מהני משיכה אלא דס"ל דגם כסף מהני ובאמת שצ"ע כיון שמועיל בו קנין כסף וצ"ל כיון שהוצרכו לתקן משיכה שיהיה קנין לענין מכירה ממילא תיקנוהו גם לענין שכירות דקיל ממכירה ואם כן שפיר כתב רמ"א סימן ר"ח דמשך כלי אומנות מהני כיון דמשיכה בשכירות מטלטלין מהני לכ"ע אלא דגם כסף מהני ביה וצ"ע:

ומ"ש עוד על ראיה הנ"ל דהא בלא"ה הוי מצי לאוקמי בצמר וסמנין דחד דאז אין אומן קונה בש"כ אלא בחדא מכולהו אוקימתא נקט עכ"ד ולענ"ד דטעמא דצמר וסממנין דבע"ה הוא משום דצבע אגר ידיה הוא דשקיל וכבר כתבתי בתשובתי החילוק בין זה לנותן עצים לחרש כו' ועתה ראיתי שהחילוק הוא מבואר לפי מה דאמרינן לקמן דאגרא לביטשא וע"ש בתוספות שהביאו דברי רש"י בב"מ שכתב מיהו לא בקבלנות עסקינן אלא בשכירות בין ישביח בין לא ישביח שכרו לפי מנין בטישות כו' ומזה נראה בענין קבלנות הוא שמקבל שום דבר לתקנו ולהשביחו וזה מקבל שכרו בזה שייך אומן קונה בש"כ משא"כ כשאין ענין השכירות שיתקן וישביח רק שזה נעשה מלאכה זו בחפץ זה ולא איכפת ליה לפועל אם יהיה כאן שבח מחמת מלאכה זו או לא אין לו קנין בשבח כלל אם השביח דמעיקרא לא נחית אדעתא להשביח דוקא רק אדעתא דאגרא נחית בין ישביח או לא ולפי זה החילוק מבואר בנותן עצים לחרש הוא קבליה לתקן ממנו כלי ולעשות בו שבח ושפיר אמרינן ביה אומן קונה וכן בצמר דבעה"ב וסממנים דאומן שזה נותן לו הצמר להשביחו ולצבעו בסממנים האומן קונה השבח משא"כ בצמר וסממנים של בעה"ב שאין לצבע רק לעשות בו בישול היורה ולא איכפת ליה אם ישביח ע"י סממנים אלו או לא ישביח שאינו מוטל עליו רק לעשות כדרך בישולו וסממנים דבעה"ב הן הגורמים השבח שיש עתה אבל איהו לא איכפת ליה בהכי רק שכיר בעלמא הוא על גוף המלאכה וזה שכירות מיקרי ובזה א"ש נמי דקאמר סוף סוף למאי יהביה ניהליה לרכוכי כיון דרככיה היינו שנוי ולכאורה היינו נמי צמר וסממנים דבעה"ב ולפי מ"ש א"ש דמעיקרא ניתן ע"ד שישביחו על ידי הריכוך ואם לא היה הריכוך שלו מועיל להשביחו לא היה שכרו וכיון דנחית ע"ד שישביחנו שפיר שייך לומר אומן קונה וכמו נתן עצים לחרש ומדוייק לישנא דס"ס למאי יהביה ניהליה ועיין בב"מ דף קי"ב ברש"י

שם בגרדא דסרבלא שאם היה מניחה היתה מתקיימת ביותר ואם כן מעיקרא לא ע"ד להשביח נחית ואהא קאמר דס"ס למאי יהביה ניהליה כו' ומעיקרא ע"ד להשביח נחית וזה ברור לענ"ד והשתא א"ש מה שהקשית דנוקמא בצמר וסממנים דבעה"ב דלפי מ"ש הך אוקימתא דאגרא לביטשא חד ענינא הוא עם צמר וסממנים דבעה"ב וניחא ליה טפי לאוקמי בהכי מלאוקמי בצבע לפי שהלשון הנותן טליתו לאומן וגומרה כו' לא משמע בצבע שדרך התנא למיתני הנותן צמר לצבע כו' ומסתבר ליה טפי באגרא לביטשא ומ"מ דא ודא אחת היא ובזאת תדע כי צדקו דברי במה שכתבתי על קצוה"ח בהך דקונם מ"י שכתב שם דאוסרת משום דאומן קונה וע"ז כתבתי דליתא דהא הו"ל צמר וסממנים דבעה"ב וע"ז כתבת דדמי לנותן עצים לחרש דאפילו מעשה רבה היא וכי ייטב גרדא דסרבלא לרכוכיא מאופה כו' ובאמת שז"א דמ"ל פת מ"ל בישול צמר וסממנים ונתת דבריך לשיעורין כי טוב בעיניך גרדא דסרבלא לרכוכי' מבישול צמר וסממנים אבל לא ממעשה אופה ואופה למדין לענין מלאכת שבת מבישול סממנין שיש בו גם כן בישול פת ופשיטא דמלאכת פת הוא מעשה הדיוט ולא כן צביעת צמר בסממנים לענין מלאכת חה"מ כמבואר שם במו"ק דף י"ג ולא צמר מבית הצבע כו' ועיין במ"א סימן שהב"י כתב הטעם שיאמרו שהאומן תקנו במועד ועיין בשבת דף ק"מ לכסכוסי כתניתא לרכוכיה קא מכוין ושפיר דמי וכן לענין חה"מ חשיב מלאכת הדיוט כמבואר בהלכות חה"מ וצ"ל דלרכוכי' בגרדא דסרבלא מעשה אומן הוא ואמנם לפי מ"ש עיקר החילוק הוא אם שכירות האומן הוא רק לעשות המלאכה ולא איכפת ליה אם ישביח או לאו אין לו קנין בשבח כלל וכמו בטישת הסרבל או נתינת הצמר ליורה וכמו כן בזה נתינת הפת לתנור הוא מלאכת האשה ולא איכפת לה בשבח כלל ולא שייך גבה קנין כלל דשבחא ממילא קאתא ולא נחתה לאפות אדעתא לקנות בשבח כי כל מעשיה לא עשתה אלא על פי חכמים שתיקנו שבע מלאכות אלו לבעלה ואם כן לא שייך בזה קנין שבח כלי וגם נראה כיון דע"פ תקנות חכמים היא שתיקנו שהיא חייבת בד' מלאכות אלו הו"ל כהקדים שכרו והיינו נמי מטעמא שלא ע"ד השבח נחית וכמש"ל וקצרתי:

ומ"ש על מה שכתבתי דקושית קצוה"ח לק"מ דמ"מ אסור לו ליהנות בחנם כו' וע"ז כתבת דהא לא אסרה רק החפץ הנעשה ואינה שלה ונפלאתי עליך דהא כשאומרת קונם מ"י היינו הנאת מ"י כדאיתא בנדרים דף נ"ז שאסור בחליפיהן דהיינו מה שניתן לה בשכר מ"י אע"פ שאינה נהנה ממ"י עצמם וכ"ש דאסור ליהנות ממ"י עצמם אף ע"פ שהקנית לו הדבר שעשתה מכל מקום השכר המגיע בעד זה הוא נהנה ממנו לאסור וע"ש בר"ן בשם ר"י ז"ל שאסור במעות שכנגד טחינה ואפיה שלה ועיין בחידושי הרשב"א שם:

ומ"ש ליישב קושיית התוס' בכתובות דף נ"ט דלימא יפר שמא תאמר איני ניזונת ואיני עושה וע"ז תירצת ע"פ דברי הר"ן דאין מפר עד שיחול הנדר אלא דגירושין לאו בדידה תליא דשמא יגרשנה בעלה וא"כ משום שמא תאמר א"נ הו"ל לא חל הנדר עכ"ד בקצרה ודברים ערבו עלי מאד אך נפלאתי שלא הזכרת מחידושי הרשב"א שכתב שרבינו יונה ז"ל גופיה הקשה מהא דשמא יגרשנה ותירץ דכיון דלא תלתה נדרה בתנאי ונדרה מהשתא אלא שהנדר נדחה מכח השעבוד עד שיגרשנה אלא שהרשב"א מקשה עלה דהא בס"ד הוי בעי למימר באומרת יקדשו ידי לאחר שאתגרש ועל זה יש לומר כדברי הר"ן דלאו בדידה תליא ולפ"ז שוב מקשין התוס' שפיר למסקנא שנדרה מהשתא ונדחה מכח השעבוד דל"ל שמא יגרשנה לימא שמא תאמר א"נ ואיני עושה אך מ"ש בשם הר"ן דתולה בגירושין חל הנדר מיקרי לא דקדקת היטב בכוונת הר"ן שלא בא אלא לומר לסברא דרבינו יונה דכיון שא"א להנצל מענוי נפש מצי מפר ולכן גבי הריני נזירה לאחר שאתגרש שאינה יכולה להנצל מזה שהרי אפשר שיגרשנה שפיר מיקרי נדרי ענוי נפש משא"כ לענין קונם מ"י שאין כאן נדרי ענוי נפש כלל וגם דברים שבינו לבינה אינה כיון דבעודה תחתיו לא חייל אלא אחר שיגרשנה ואז פשיטא שאין זה דברים שבינו לבינה. ואמנם הר"ן בכתובות כתב דאפשר כמו דלענין ענוי נפש דמצי מיפר כיון דהשתא מיהו א"א היא כה"ג נמי אמרינן בדברים שבינו לבינה ע"ש שלא החליט הדברים שיש לחלק כמ"ש אבל עכ"פ מ"ש בשם הר"ן אין זה כוונתו כלל וגם מצד הסברא כיון שהיא הנודרת ואין בידה שיחול לא חל הנדר מיקרי מחמת שבידו ואם נפשך לומר כיון שהוא המיפר בתר דידיה אזלינן בפשיטות יש לנו לומר כיון דכל עיקר שאין הנדר חל עתה הוא מחמת קושי השעבוד של הבעל וכיון שהוא רוצה להפר עתה אנו רואין כאלו מוחל השעבוד שיחול הנדר ומצי להפר דלזכותו השעבוד מעכב אבל לא לחובתו שמחמת זה לא יהיה בידו להפר ומצאתי שהרא"ה והריטב"א כתבו ע"ד זה ושמחתי:

ואשר כתבת על מ"ש על דברי הש"ך ס"ק ע"ב דמתני' דאומנין ש"ש בשליחא דאגרתא דז"א דהא בשטרות ש"ש פטור וע"ז תמהת שרוצה דמי הנייר וגם דאגרתא לאו דוקא דאף בשולח חפיצים יקרים לא שייך אומן קונה יפה כוונת ודבריך כינים לפי קיצור דברי הש"ך שכתב בסתם או בשליחא דאגרתא כדמוקי בהש"ס ואם הדברים ככתבן מרפסין איגרי דהש"ס דב"ק מוקי הכי הך דבעו מר"ש קבלנות עובר וכו' אבל מתני' דקתני כל האומנין כו' איך יאמר הש"ך דמיירי בשליחות שהוא דבר שאין לו שחר כי שליח אומן יקרא ומי סני ליה למימר כל השלוחין בשכר וגם כי אין מקום למ"ש שם טלי את שלך ודייק מינה הא גמרתיו כו' וכל הסוגיא שם וגם הא דקאמר דתליה בפלוגתא דר"מ ור"י

גבי שוכר ע"ש ברש"י ותוס' דמדמי אומן לשוכר ולענין שליח נראה דכ"ע מודים דמתני' הוא בב"ב נשברה החביות נשברה לסרסור וקיי"ל הכי בש"ע סימן קפ"ה ודוקא גבי אומן י"ל דלא הוי ש"ש שאינו נוטל רק שכר פעולה משא"כ בשליח שאם יאבד קודם שיעשה השליחות יפסיד שכר שליחות בהאי הנאה שיטול שכירותו הו"ל ש"ש וכמו בסרסור דהוי ש"ש מהאי טעמא בהליכתה כמבואר בסימן קפ"ה והא דמשמע בב"מ דף נ"ח גבי בני העיר ששלחו שקליהן דנשבעין ונוטלין שכרם וכן מבואר שם באשר"י ובש"ע סימן ס"א מבואר דאם שמר כראוי אינו מפסיד שכר שליחות אך ז"א דהיינו דוקא בשמר כראוי ונאנס וזה מבואר מדפריך התם נהי דבגניבה ואבידה לא מחייבין דהקדשות הוא אגרייהו מיהו לפסידו ופירשו שם שהרי נשתעבדו לשומרם מגניבה ואבידה וע"מ כן היו נוטלין שכרן והרי לא השלימו מלאכתן ולכאורה צ"ע כיון דהקדשות הוא מעיקרא לא נשתעבד אדעתא דגניבה ואבידה וצ"ל דכל נוטל שכר לשמור מקבל להיות שומר מגניבה ואבידה אלא שגזה"כ לפוטרו גבי הקדש ומכל מקום שכרו הפסיד אך אכתי קשה מנ"ל לשוויה ש"ש דהא י"ל דהשכר אינו רק שכר שליחות לבד ולא שכר שמירה וא"ל דלמאי דקי"ל כר"י דשוכר כש"ש בכל גווני הוי ש"ש אף שעיקר שכרו על השליחות דבש"ס מדמי אומן לשוכר ובאומן נמי שכר פעולה הוא נוטל ז"א דאכתי תיקשי דדחיק לאוקמי נגנבו בליסטים כו' ור"י אמר ר"ש היא ונימא דאתיא כר"מ דס"ל שוכר כש"ח וא"כ ה"ה שליח דלא שייך בזה בהאי הנאה דתפסיה אאגריה דהא השקלים הם צריכין ליתן ללשכה ואח"כ נוטלין השכר מבני העיר ולא תפס אאגרייהו כלל וא"כ הו"ל לאוקמי כר"מ דהא התם קאמר ואבע"א כדמחליף רבה ב"א כו' ופירש"י דמהדר לאוקמי כר"מ משום דסתם מתני' ר"מ ע"ש ולכן נראה כמש"ל גבי שליח אפילו ר"מ מודה דהוי כש"ש ומשתעבד הוא לשמור מגניבה ואבידה ושפיר פריך דליפסוד אגרייהו וכתבתי זה להתלמד במקום אחר דבלא"ה אין מקום למעיין בסוגיא לפרש אומן שליח וברור לענ"ד דהש"ך שיגרא דלישנא דהש"ס נקט ור"ל כדמוקי התם בשליחא דאגרתא ה"נ מיירי שהיה צריך לתקן באגרת שהוא סופר אומן ונתן לו האגרת ונאבד הוא עליו ש"ש ולא שייך בזה שבח כלי באגרת. אך מ"ש דדלמא דמי ניירא בעלמא משלם ליה מימר שפיר קאמרת דאפשר שלזה כיון הש"ך אך מ"מ דחוק הוא וטפי הו"ל למימר בנאבד קודם שתיקנו ועשה בו שבח ואפשר דמסיפא דקתני טול את שלך משמע ליה דבנאבד אחר שתיקנו מיירי:

והנה חפשתי אחר ספר מחנה אפרים וראיתי שהאריך בענינים אלו וקצתם יש להשיב עליהם ממ"ש אך אין הפנאי כעת לעמוד על דבריו והנה הארכתי להשתעשע עמך מענין

לענין ישמע חכם ויוסיף לקח. ויערב עליו המקח. וה' יתן מפיו חכמה ותבונה לישא וליתן באמונה. דברי שארך הק' אפרים:

שאלה קיט

שאלה איש אחד נקרא בפי כל מיכל אברהם ולתורה נקרא יחיאל אברהם וגירש את אשתו ונכתב בגט יחיאל המכונה מיכל אברהם. וקרא עליו ערעור לפי שבנחלת שבעה שכתב גבי וואלף יעקב שיש לכתוב בנימין יעקב המכונה וואלף יעקב ע"ש:

תשובה הנה ז"ל הנ"ש אבל אם נקרא וואלף יעקב כו' היה נראה שהכינוי וואלף יעקב ור"ל שיסברו שכן הכינוי הוא כך אבל שמו המובהק אינו רק בנימין לבד וכיון שבאמת שמו המובהק הוא בנימין יעקב משעת מילתו אז שם בנימין לחוד הוא ככותב חצי השם דפסול ואע"ג דבעלמא קי"ל דשם חניכא לבד כשר היינו כשלא כתב רק אותו לבד ולא הזכיר שם המובהק כלל כיון שהכל יודעין שאיש זה יש לו חניכא זו ונקרא בו משא"כ כשמזכיר שם המובהק ואינו כותבו בתיקונו שאינו כותב רק חציו או משנה בו ממה שהוא נקרא לס"ת או חותם יאמרו דאין זה המגרש וכ"כ הב"ש חילוק כזה לענין למי שידוע ששמו חזקיהו וכתב חזקיה ומכ"ש כאן ונראה פשוט דלפי מ"ש הב"ש שם דאף להרמ"א ודעימיה להכשיר שם בדיעבד משום דמובלע בשם חזקיהו מ"מ אין ענין לכאן דדוקא מובלעות גמירי שע"י שכותבין חזקיה שהוא מובלע בתוך שם חזקיהו הוא ניכר ומוכח מתוכו שהוא המגרש ששמו חזקיהו אלא שקצרוהו משא"כ בזה פשיטא דאין מוכח מתוכו שיש לו שם המובהק יעקב ג"כ ואין במשמעות הלשון שבנימין כינויו הוא וואלף וגם יש לו שם המצטרף יעקב וא"כ כיון דאין במשמעות הלשון שזה שם המובהק שלו יעקב ג"כ הרי אין מוכח מתוך הגט שזהו המגרש והוא פסול וגרע מלא כתב שמו כלל וכמבואר שם בב"ש ס"ק כ"א דבעינן שיהא ניכר ומבורר מתוך הגט מי שמגרש והרבה דעות דסבירא להו לפסול מדאורייתא ומכ"ש בזה שע"י השינוי של הכתיבה מתפרש לשון הגט על איש אחר ששם המובהק שלו אינו רק בנימין לבד אף אם ע"פ דוחק נוכל לפרש שמ"ש המכונה קאי רק ע"ש בנימין שע"י הכינוי וואלף מתעלם השם בנימין ומ"מ שם יעקב לא נעקר ממקומו והוא שם המצטרף לבנימין מ"מ כיון שאין הקורא יוצא מידי פשוטו ומפרש אותו ששמו המובהק בנימין לבד שבקיה להוא דהוא דחיק ונקט למילתא כפשטא וא"כ יש כאן שינוי השם גמור שפסול וענין זה מבואר בשו"ת הריב"ש סי' נ"ז בגט שכתב בו הדרה בתלמסאן והיא אינה דרה שם בשעת כתיבת הגט אף ע"פ שיש לפרש שהוא בל' העבר שהיתה דרה מקדם ומלת הדרה הוא מלעיל מ"מ כתב וידעתי כי רובא דעלמא יבינו לשון הדרה הכתוב בגט שר"ל עכשיו וזה מפני

הרגילות להזכיר בגיטין מקום דירת האשה ויחשבו לכאורה שהוא שינה שם עירה כו' ור' דוראן נוטה להקל ור' בונשתרוק חוכך להחמיר מפני ההמון שרובם יבארו הל' מלרע ומפני החומר שיש בשינוי שמה כו' אינה רוצה לסמוך כו' ואע"פ שכל שיש בגט לשונות מסופקים הגט פסול כבר כתבתי שזהו כשהבעל מערער כו' ובמשנה למלך פ"ג מהלכות גירושין תמה ע"ז וכתב דבכה"ג שא"א להתברר אף כשלא בא וערער פסול ע"ש וקצרתי כיון דבענין שאנו עוסקים בו גם הנוטה שם להקל יודה בזה דשם גוף הלשון אינו דחוק לפרש כן וכמ"ש הריב"ש שיש לפרשו שהוא מלעיל כמו השבה עם נעמי שהרי לא כתב הדרה עכשיו ולא דדיירה כו' רק כיון דרובא דעלמא יפרשו שהדרה ר"ל עכשיו מפני הרגילות כו' ולכן יש צד קצת להקל שאחרי שיראו שזו האשה שהגט בידה וידעו שהיתה דרה מכבר בתלמסאן ירגישו שמלת הדרה הוא נכתב על משקל זה ולא יטעו מחמת הרגילות להזכיר מקום דירת האשה ויבינו שכתב כן לפי שלא ידע איה מקומה כעת וכמ"ש הריב"ש שם אבל כאן לא מיבעיא מצד העולם דמה"ת נימא דדחיק ליה עלמא לפרושי מה שאינו בטבע הלשון להיות מפסיק באמצע שם המובהק אלא אף אם היה איזה מוכיח קיים שיהיה בני הרגשה לפרש כן מ"מ כיון דמצד טבע הלשון והנחתו אפס מקום לפרש כן שינוי השם הוא כיון דלא כמו שהוא נקרא הוא נכתב בגט ואפילו לפמ"ש לעיל דעת הב"ש אליבא דהרמ"א גבי שם חזקיה ע"כ דלאו מטעם הרגשת העולם בלחוד אלא דקיצור השם ומובלע בתוכו הוי כאילו כתב השם כמו שהוא נקרא וקיצור כי האי אינו פוסל אבל בזה שבמקום שכתב לשם המובהק אין לו בו רק חצי השם ואף שכשכתב איך הוא נקרא במדינה בכינויו הזכירו הרי הוא צריך למקומו שהרי באמת הוא מכונה כן ובכה"ג לא חזי לאיצטרופי ולחבר השמות יחד אחרי שעשה פירוד בין הדבקים והפסיק בכינוי הלעז באמצע וא"כ הו"ל שינוי השם ומכ"ש אחרי שכבר הורה זקן הגאון בעל נ"ש לכפול את השמות ולכתוב בנימין יעקב דמתקרי וואלף יעקב ומסתמא הכי נהוג עלמא כיון שלא נמצא חולק עליו ממילא דכל המשנה ממטבע זו וגורע תיבת יעקב בראשונה האי גרוע ועומד הוא שהרי אתי למיטעי דאם איתא שזוהו המגרש ששם המובהק שלו הוא בנימין יעקב למה יגרע שמו בתחלה והו"ל לכתוב בנימין יעקב המכונה או דמתקרי וואלף יעקב ולכן יהיה סבורים שאין זה המגרש וכה"ג כתב הב"ש גבי יעקב וואלף ע"ש:

ואמנם מ"ש הנ"ש שם גבי יעקב וואלף דליכא למיטעי שהכינוי וואלף קאי על יעקב דא"כ היה כותב יעקב המכונה וואלף דמתקרי בנימין ודברים אלו הם תמוהים מאוד וכבר עמדתי עליהם בתשובה אחת וכתבתי ביאור הדברים בארוכה אך עתה מדי עברי

דרך העברה נפל מלתא בדעתאי כי אולי נפל טעות בדפוס וכצ"ל דא"כ היה כותב יעקב דמתקרי בנימין המכונה וואלף וביאר הדברים לפי שלא היה אז רגילים כלל לקרות שני שמות כאחד בעת המילה כמבואר בנ"ש שם שכתב ואני הכרתי אחד שהיה נקרא כו': ועל הרוב כשהיה שני שמות לא היה רק מחמת שניתן לו עוד שם מחמת חולי או סיבה אחרת וגם כי הדבר ידוע שאין כינוי וואלף שייכות לשם יעקב כלל:

ולכן כשכותב יעקב בנימין המכונה וואלף לכאורה יש בנקל מקום לומר שזה היה שמו מלידה בנימין המכונה וואלף וע"י החולי ניתן לו ג"כ שם יעקב ולכך הקדימו שם יעקב לשם בנימין וכיון ששם יעקב אינו רק שם החולי לכן לא תפסו רק להיות לו לשם לעלות לתורה אבל העולם קראוהו בכינוי וואלף כבתחילה ולכן הך המכונה וואלף קאי גם על יעקב ואתי למיטעי ולמימר דאין זה המגרש אלא אחרינא הוא שנקרא בפי העולם וואלף לבד ושם הקודש שלו בנימין וע"י חולי ניתוסף לו שם יעקב וע"ז כתב הנ"ש דליכא למיטעי בהכי דאם איתא דשם יעקב הוא שם החולי לא היה לכותבו עם שם בנימין יחד בלא דמתקרי אלא היה לו לכתוב יעקב דמתקרי בנימין המכונה וואלף וליטעמיה אזיל שכתב שם באות י"א דאף בעולה לס"ת בשניהם כותבין לכתחלה דמתקרי ע"ש ובזה מתיישב היטב דברי הב"ש ס"ק כ"ד שכתב אם נקרא משה ליב יש לכותבו משה יהודה המכונה ליב כו' ואין לחוש שמא יאמרו ליב הוא הכינוי של שני שמות משה ויהודה ולא נקרא כלל משה כי מסתמא קאי על דסמיך ליה כו' ועיין בנ"ש עכ"ל ולא רצה לסמוך על הוכחות הנ"ש גבי יעקב וואלף משום דלכאורה אין הכרח להוכחות הנ"ש דעדיין יש פתחון פה לומר דשם יעקב הוא שם הניתוסף על חולי ואין ראיה ממ"ש בלא דמתקרי כיון דעכ"פ בדיעבד כשר ובתה"ד כתב שבאוסטרייך נהגו כן לכתוב בלא דמתקרי כיון שעולה כך לס"ת א"כ אין מזה הוכחה לכן כתב טעמא אחרינא דמסתמא קאי על דסמיך ליה:

ואמנם אף שע"י הג"ה זו א"ש דברי הנ"ש ברווחא מ"מ מסתפינא להגיה אחרי כי בעל נ"ש בעצמו הדפיס בשנת תמ"א מהדורא בתרא לספרו והגיה כל ספרו והוסיף כמה ענינים ובענין זה לא הגיה כלל ש"מ דהך מלתא כדקיימא קיימא ואמנם החשש שכתב הנ"ש גבי וואלף יעקב שהיה נראה שהכינוי הוא וואלף יעקב ע"כ שאינו על הדרך שכתבתי דהיינו שיסברו שהיה שמו יעקב וע"י חולי ניתן לו שם בנימין עם כינוי וואלף כדאיתא בהג"א סעיף י"ח דכשניתן לו מ"ח שם וכינוי מקדימין אותו לשם הראשון דז"א דא"כ בזה נמי ליכא למיטעי מטעמי' שכתב תחלה דא"כ הו"ל למכתב בנימין המ' וואלף דמתקרי יעקב וא"ל דיסברו שהיה נקרא בפי כל אחר החולי וואלף יעקב ומשום הכי לא

כתבו דמתקרי כמ"ש הב"ש דבנקרא בשניהם אין לכתוב דמתקרי אף לכתחלה ולשון רמ"א אינו מדוקדק כו' (ואפשר דגם הנ"ש יסבור כן אלא דמדבריו במהדורא בתרא לא משמע הכי וקצרתי):

אך דבאמת ז"א כיון דעכ"פ ידעו מתוך הגט שזה שמו עתה בנימין יעקב לתורה שהרי שם יעקב היה לו מתחלה לפי טעותם ואין דרך לעקור שם הראשון לגמרי בקריאתו לתורה ומפי העולם וואלף יעקב וכן הוא באמת שמותיו של המגרש וא"כ מה להם לדקדק אם השמות הללו הם מחמת חולי או מלידה כיון שס"ס נכתבו שמות המגרש הזה כהוגן אין כאן לעז וע"כ דהחשש של הנ"ש הוא שיאמרו ששם המובהק שלו לתורה אינו רק בנימין ולא יעקב כיון שכן נכתב בגט בתחלתו שם בנימין לבד ושם יעקב לבד הנטפל לוואלף אינו ג"כ רק כינוי לשם בנימין ולא מעיקר השם הוא ואף שאין רגילות כלל לעשות שם יעקב טפל וחניכא לשם בנימין שבקי' דהוא דחוק ומוקי נפשיה כיון דכן משמעות הל' דאל"כ אין לו להפסיק באמצע השם המובהק אף בכינוי של השם:

והארכתי בזה לפי שלכאורה מסתבר לפרש דברי הנ"ש דחששא דידיה הוא לאו משום דמלידה נעשה כן שאין רגילות בזה לתת לבנימין כינוי וואלף יעקב רק וואלף לחודי' ויעקב מה עבידתיה וא"כ מוכח מתוכו דיעקב שם המצורף לבנימין רק חשש' דידיה שיתלו לומר שבנימין וכינויו באים ע"י חולי ויסברו שבעלי' לתורה תפסו השם מחמת חולי דהיינו בנימין ושם יעקב נעקר לגמרי משם העליה לתורה רק שבפי העולם מחזיקין בכינוי וואלף שנתחדש לו עתה וגם שם יעקב לא נשכח מפיהם וקורין בשניהם יחד וא"כ יטעו לומר שאין זה המגרש שעולה לתורה גם בשם יעקב ואם היינו מפרשין כן דברי הנ"ש הי' מקום לומר דגם הנ"ש מודה דיש מקום לפרש דהמכונה לא קאי על האדם כי אם על השם דהיינו שם בנימין ויעקב לא נשתנה כל עיקר ומצטרף לשם המובהק אלא לפי שלא היה רגילות כלל לקרות ב' שמות בשעת מילתו מחמת זה ימצא מקום לטעות שיש כאן תוספת מחמת חולי משא"כ בזמנינו שרגילים הרבה לקרות ב' השמות בשעת המילה שפיר יכולין לפרש דיעקב אינו בכלל הכינוי ומצטרף לשם בנימין דטפי מסתבר לומר כן מלומר שיעקב נעשה כינוי מתולדה לשם בנימין שזה אין רגילות כלל אך לפי מ"ש גם דברי הנ"ש א"א לפרש שיתלו בטעות דמחמת חולי היה דמ"מ אין רגילות לעקור שם הראשון לגמרי לגבי עליה לתורה וע"כ שכוונתו שיתלו בטעות שמלידה ניתן או שם בנימין לעקור משם וואלף יעקב לטפל וכמש"ל וא"כ אין מקום לחלק בין זמן הנ"ש לזמנינו כלל:

ולא אוכל להתעלם ממה שנמצא כתוב בדברי הב"ש מהדורא קמא שהדפיס המחבר ז"ל בהיותו במדינות פולין אבד"ק שידלוב בשנת תמ"ט לפ"ק בק"ק דיהרן פורט ושם כתב וז"ל ואם נקרא בב' שמות ואחד מהם שם לעז כו' כגון משה ליב ני' דמסתמא קאי על דסמיך ליה כו' גם מי שיודע שזה נקרא משה ליב יטעה לפרש דכינוי קאי על משה ולומר שאחר גירש מאחר שי"ל הכינוי קאי רק על יהודה וכן להיפוך אם נקרא ליב משה כותבין יהודה המכונה ליב משה אף את"ל אם כתב המכונה במקום דצריך לכתוב דמיתקרי פסול כמ"ש בסמוך שם הטעם משום דהוי שינוי השם כי כינוי לא שייך בשם גמור משא"כ כאן דמכונה קאי על לע"ז ליב אלא דיאמרו דקאי על משה ג"כ משום זה אינו פוסל מאחר דיודעין מי הוא המגרש דקורין אותו ליב משה והמכונה באמת קאי על מלת ליב כנ"ל ועיין בנ"ש מ"ש בזה עכ"ל:

אמנם עיניך הרואות כי בב"ש מהדורא בתרא שהדפיס בבואו לק"ק פיורדא בשנת תנ"ד לפ"ק שם חזר על כל דבריו בעיון גמור עם תלמידים מקשיבים והשמיט הרבה דברים ממ"ש בראשונה וגם הוסיף כמה דברים כמבואר בסוף הקדמתו לב"ש מ"ב ומבואר שהשמיט מ"ש במ"ק גבי משה ליב דמי שיודע שזה נקרא משה ליב למה יטעה לפרש כו' ולא כתב רק טעמא קמא לחוד דמסתמא קאי על דסמיך ליה אלמא שחזר בו ממ"ש במ"ק ור"ל דאע"ג שידע שזה נקרא משה ליב מ"מ יש מקום לטועה לטעות דהך המכונה ליב קאי גם על שם משה ואחרינא הוא אי לאו משום דדריש סמוכין ולכן השמיט הך דינא דליב משה לגמרי שרצה במ"ק לומר דשפיר דמי לכתוב יהודה המכונה ליב משה מאחר דיודעין מי הוא המגרש יפרשו דהמכונה קאי על ליב לבד וחזר והודה לדברי הנ"ש דשפיר יש לחוש שיאמרו דהמכונה קאי על משה ג"כ דבזה לא די שאין לדרוש סמוכין אלא אדרבא יש ללמוד ממה שהתחיל בשם יהודא והפסיק בינו לבין שם משה בכתיבת הכינוי כיון שהוא מפורד לא יצדק מחובר לשם משה והנכתב אחר המכונה ומאהבת הקיצור הורה מקום לעיין בנחלת שבעה שמבואר שאין לסמוך על מה שידענו שם המגרש ליב משה דהוראת ל' הכתוב בגט מורה דהמכונה קאי על משה ולכן יש לכתוב יהודה משה וכמ"ש בנ"ש לענין וואלף יעקב:

ובספר בית מאיר כתב במי ששמו יעקב ישראל ונקרא בפי כל ישראל לבד וכתבו יעקב ישראל דמיתקרי ישראל וכתב שיש לחוש אפילו בדיעבד דל' זה משמע דבשם ישראל עצמו יש שינוי בקריאתו וזה באמת אינו והוי דומיא דשינוי השם כו'. והנה לא היה לפניו ספר נ"ש שכתב להדיא דאין חשש בשמות כפולים ונראה מדברי הב"ש שגם הוא מודה לזה ואף במ"ק לא כתב לחלוק על הנ"ש בזה ורצה לומר דשפיר דמי לכתוב יהודה

המכונה ליב משה דגם בזה לא יבאו לטעות כיון שיודעין שם המגרש ובמהדורא בתרא תברא לגזוזיה ומודה להנ"ש אבל בזה דמצריך הנ"ש שיכתוב בשמות כפולים לא פליג כלל וכן בימי חורפי הוה לן פתחון פה קמי גדולי הדור הגאון מפראג והגאון מברלין ודודי מו' הגאון מוהר"ר סענדר ז"ל ועוד גדולים ומדברי כולם נלמד דבכה"ג כופלים את השם ואין כאן בית מיחוש וזה מקרוב נדפס ספר תורת גיטין לשארי נד"ז הגאב"ד דק"ק ליסא בעל המחבר ספר חוות דעת וכתב ג"כ שצריך לכתוב יהודה משה המכונה ליב משה וכתב גם גבי משה ליב יותר טוב לכתוב הב' שמות בפירו' כגון משה יהודה דמיתקרי משה ליב אך מ"מ כיון שיצא מפי הב"ש ונהגו כן העולם לכתוב כן גבי משה ליב אין לשנות עכ"ל וע"ש שכתב איזה חילוקים בענינים אילו שלענ"ד אינם עולים יפה לדינא:

אך בזה היטב אשר דיבר ומסתימת הב"ש במהדורא בתרא נראה שאפילו בדיעבד יש לחוש בזה דאל"כ לא ה"ל לסתום אלא לפרש דעכ"פ בדיעבד כשר כפי הנוסח שבמ"ק ומדהשמיט הדברים לגמרי מכלל דסבירא ליה דאף בדיעבד יש לחוש בזה ועכ"פ אין על המסדר אשמ' מה שסידר יחיאל דמתקרי מיכל אברהם אחרי שלא היה לפניו ספר נ"ש וסבר מסברא לכתוב כן כאשר עלה מתחלה על דעת הב"ש במ"ק והרב המערער ג"כ שפיר עביד שלא נשא פנים להוראה זו אחרי רואו בספר נ"ש ואין בזה משום פגמו של ראשון והעדר כבוד ח"ו וקורא אני עליהם צדקו יחדיו ומובטחני בהרב המסדר כי לא יהיה מעמיד על דבריו במקום חשש ערוה החמורה ולא יהא אלא ספיקא אזלינן לחומרא דהא איתחזק איסורא דא"א ומכ"ש בזה שהדבר ברור שצריך לכתוב גט אחר ויכתוב יחיאל אברהם דמתקרי מיכל אברהם וגם הרב המערער פורתא לא דק במכתבו שכתב לכתוב המכונה מיכל אברהם דבאמת יש לכתוב דמתקרי כיון דאברהם הוא שם הקודש ומכ"ש בזה שכותב תחלה שם המובהק לא שייך המכונה דהמכונה היא עקירת השם הראשון והתעלמו כמ"ש בשו"ת מהרי"ק שור' קס"ב וז"ל וכן בע"ז ואבדתם כו' לכנות לה שם כו' ומדאפקינן לכינוי בל' ואבדתם אלמא שהכינוי איבוד השם הוא כו' וגם כתב רד"ק בשור' כנה שכינוי הוא כסות והעלם השם ע"ש וכיון דבזה אין הכוונה להעלים השם הראשון לגמרי דהא שם אברהם לא נעקר ממקומו ולא זז ממנו לא בשמו המובהק ולא בחניכתו לכן אין לכתוב המכונה רק דמתקרי ואם כותב המכונה הוא נותן אצבע לחשש שחשש בעל בית מאיר שנקרא השם הזה ובניקוד אחר שבזה נתכסה ונעלם השם הראשון משא"כ בשכותב דמתקרי נראה דאין מקום לחששא זו כמש"ל ואע"פ שבספר נ"ש איתא המכונה וואלף יעקב נראה דאגב שיטפיה נקט המכונה דהא

ודאי שפיר טפי לכתוב דמתקרי כמ"ש ואפשר דט"ס נפל בנ"ש וצ"ל דמתקרי וכמ"ש שם לענין משולם פייבש וכ"כ בספר תורת גיטין יהודה משה דמתקרי ליב משה ע"ש וכן משמע ג"כ מל' הב"ש מ"ק שהבאתי לעיל שכתב אף את"ל אם כתב המכונה במקום דצריך לכתוב דמתקרי פסול כמ"ש בסמוך שם הטעם משום דהוי שינוי השם כי כינוי לא שייך בשם גמור משא"כ כאן דמכונה קאי על לע"ז ליב כו' והיינו לפי מה דס"ד שיכתוב יהודה המכונה ליב משה דאז לא קאי על ליב לחודי' משא"כ למאי דכתבינן יהודה משה המכונה ליב משה א"כ המכונה קאי על שם משה ג"כ וז"א דכינוי לא שייך בשם גמור ולכן אין לכתוב המכונה רק דמתקרי:

סיומא דפסקא שצריך לכתוב יחיאל אברהם דמתקרי מיכל אברהם וכבוד הרב המסדר ששגג בשם כבוד הרב המערער ששגג בכינוי במקומם מונח שזה לא היה לפניו ספר הנ"ש וזה היה לפניו וסמך עליו ונרצה לו ע"פ מרוצת ל' ולא דקדקו אחריו ואל ירע לבבם על זה כי כזאת יארע לכל אשר עיני בשר לו וכמאמר המלך החסיד ז"ל שגיאות מי יבין ומי לנו גדול משמואל בעל המחבר ב"ש דמעיקרא אע"ג שראה דברי הנ"ש עלה על דעתו שיש מקום לכתוב יהודה המכונה ליב משה ושוב במהדורא בתרא לא נכון לו לעשות כן ואע"פ שלא סתם את דינו בפי' ידוע שדרכו זאת שממה שהשמיט במה"ב אנו למדין שחזר בו מדבריו הראשונים אף שבענין משה ליב העתיק הדברים שבמ"ק מכל מקום השמיט הסברא השני' שכתב שם ולענין ליב משה השמיט לגמרי וסמך על מ"ש ועיין בנ"ש אלמא שחזר והודה להנ"ש ובאמת לענ"ד אף במשה ליב יותר נכון לכתוב משה יהודה דמתקרי משה ליב משום דממהרי"ק סי' צ"ח משמע דאם כותב לוי יהודה המכונה ליאן אין לפרשו שנקרא בפי כל לוי ליאין רק ליאון לחוד ע"ש ולפי שאין עסקינן בזה קצרתי אבל בליב משה שפיר עביד הב"ש שחזר בו לפי שטעם זה שכתב מאחר דיודעין מי הוא המגרש אינו מספיק כלל ועוד נראה שאין מקום כלל לכתוב כן דהא אם תאמר דהמכונה לא קאי רק על לע"ז ליב לחוד ושם משה במקומו עמד ומצטרף אל שם יהודה שפתח בו תחלה א"כ אנחנו לא נדע אם נקרא בפי העולם רק ליב וא"כ אין זה המגרש דהאיך נתפוש החבל בשני ראשים לומר ששם משה מחובר לשם הראשון והמכונה לא קאי עלי' ושוב תאמר דקאי שמכונה כן בפי העולם אם לא שתאמר שהכוונה שהוא נקרא כן זה בפי העולם וקאי אתרווייהו בין על גוף השם בין על הכינוי דהיינו הקריאה בפי העולם וזכרון אחד עולה לכאן ולכאן זה דבר שאין לו שחר ובגט אין סומכין על ל' עליה רק לדבר צחות באר היטב ואין דורשין בעריות ולכן צריך למהדר עובדא ולכתוב כמשפט הלשון באופן שיהיה מוכח מתוכו ונראה בעליל שזהו

שם המגרש ויכתבו יחיאל אברהם דמתקרי מיכל אברהם ויש לדקדק לכתחלה שיהיה שני השמות תכופים בשיטה אחת ובזה יגדל כבודם כי יגדילו כבוד המקום ברוך הוא ותפארתו כראוי ליראי ה' וחושבי שמו וכבוד חכמים ינחלו ולבי הומה לי על הקטגוריא בין ת"ח וקנאת איש מרעהו וזה וזה גורם דלא חזו לאצטרופי בבא ענין הצריך לפני' כי טובים השנים מן האחד. ברזל בברזל יחד. וכל חד עביד דינא לנפשיה ע"ד ידברו את אויבים בשער ואף כי יודע אני שאיני ראוי להוכיח אולם לא אוכל להתאפק ואשר עם לבבי אשיחה וחלותי היא לעבדו רבנן שלמא בהדדי ותשועה ברוב יועץ וכי היכא דנמטי שיבא מכשורא. ולא יתן אצבע בין שיני ההמון לאמר הני רבנן חד אסר וחד שרי וש"ש מתחלל אפס כאשר באחת יתקעו ונועדו יחדיו יהיו תמים אז יכירו וידעו כי תורה אחת היא שאין בה דין חלוקה. ולא תהי' להם זאת לפוקה. ודין הניין לי כי יגולגל זכות על ידי ותחשב לי לצדקה:

ובדבר מי ששמו יהודה זאב ובפי כל ליב וואלף אין ספק שכותבין יהודה זאב המכונה ליב וואלף ואין מחלקין השמות כלל וכבר הארכתי בתשובה בענין זה לב"ד דק"ק בארדיטשוב ועוד בכמה תשובות שהארכתי בכל הנך מילי ואם באנו להעתיק מילין אין אנו מספיקין כמה ניירות וגם כי אין הזמן מוכשר לכך ולא כתבתי כאן רק ראשי פרקים אשר הצצתי כמציץ מן החרכים ונתחדשו מידי עברי לעיין בעסק הלז ושלום על דייני ישראל דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שלום לכבוד אהו' מחו' ידידי הרב הגדול החריף ובקי המפורסם נ"י ע"ה פ"ה כש"ת מהו' שמחה נ"י לנצח:

אחד"ש זה כמה שקבלתי מכתב ק' עם מה שהשיב למורה דק"ק ביטשאן ואני הייתי מושלל העיון כי קלני מראשי ל"ע וגלל כן צויתי להעתיק מכ"ת מה שהשבתי בזה לק"ק הנ"ל וגם זה נשאר ואיחר עד עתה ואף כי גם עתה אני מצוה ועומד שלא לעיין אפי' עיונא בעלמא וגם כי הקונטר' של כ"ת אינו לפני כי נשמט בשמיטת כתבים אפס אמינא לאו אורח ארעא לעכובי כולי האי והנני שולח ע"י מוכ"ז ההעתקה מקונטרס תשובתי שם ימצא קצת מה שדעתי בזה כי בגוף הענינים האילו הרחבתי זה כמה וכמה תשובה ואתהלכה ברחבה בלשונות הפוסקים בזה וקשה להעתיק כל הדברים וכדי דלא להוי הך ספר לספירת דברים בעלמא אכתוב העולה בזכרוני שראיתי בקונטריסו דרך העברה שאף מי ששמו ראובן שמעון מלידה כותבין דמתקרי ביניהם כשיש לאחד עילוי ומעלה על חבירו והייתי תמה על זה דמעלה אינו אלא לענין קדימה אם היה כל שם נקרא לעצמו לפרקים כגון שם מ"ח דעכ"פ קודם שנשתנה היה נקרא בזה לבד וגם בשם השני נקרא

בו לבד או בשינוי מחמת ד"א שהיה כ"א שם לעצמו משא"כ לתת ריוח בין הדביקים ולא היה מעולם פירוד ביניהם איך נפרד אותם בתיבת דמתקרי ובשו"ת מהראנ"ח כתב דאם כתב אברהם ולא כתב הכהן הרי זה ככותב חצי השם דפסול ומכ"ש בזה שנכתב ראובן דמתקרי שמעון איך יתקיימו שני מקראות הללו שהרי לעולם לא נקרא ראובן לבד ולא שמעון לבד ואף שיש עילוי לאחד כגון ע"י חתימה אין לכתוב דמתקרי ואף אם ע"י קריאה בפי העולם או לס"ת נקרא ראובן לבד ונאמר שנתעלה בזה (מה שבאמת אינו רק דרך לקצר ובשביל זה לא יגרע השם השני וכמ"ש בתשובתי) מ"מ איך יכתוב דמתקרי שמעון שהקורא בגט לא יעלה על לב שזה בעל האשה שהרי לא שמע מעולם מי שקורא אותו שמעון לבד ואם נאמר שידחוק עצמו לפרש דמתקרי שמעון דהיינו שלפעמים קורין אותו שמעון לצירוף ראובן פשיטא שז"א שאין הלשון סובל זה כלל ואף אם היה מקום כן בדוחק אין הקורא יוצא מידי פשוטו ומי מזקיקו להיות עוקב את המקרא שקוראין לפניו ולילך בדרך עקש וזר וגם לא יתלה לומר שמא באמת שם בעל האשה זו לפרקים שמעון לבד שהרי גם כשיעמוד על המחקר יתוודע לו שלא היה שמו שמעון לבד מעולם ובכה"ג יש לעז דאל"כ בטלת כל פסול שינוי שנאמר שיתלה שבאמת כן הוא השם באשה המתגרשת הלזו אלא ודאי שז"א ועיין בריב"ש בענין הדרה בתלמסאן שאין להוציא הדבר מפשוטו ולענ"ד כן מבואר מכל הפוסקים ובדברי הד"מ וסדר מהר"מ והב"ש הארכתי בתשובה וברורתי כל הדברים כסולת נקיה בעזה"י:

גם ראיתי בקונטריסו אזי שכתב שבימי הב"ש לא היה רגילות שיהיה ליב שם הקודש ארי' אתמהה ששם חותנו של הב"ש הגאון בוצינא קדישא מו' ליב ז"ל הי' שמו ארי' ואחריו נקרא נכדו מחו' הגאון מ"ו ליב האב"ד אמשטרדם ושאר גאוני ארץ וגם בנו של הצ"צ וטובא איכא אך שהב"ש לא חשיב כרוכלא רק מה שהעתיק מסדר מהר"מ וספר שמות וגם הם לא מלאו את ידם רק מה שבא זכרונם לברכה לפניהם ולהיות כי הגיע זמן ק"ש של שחרית אמרתי להפסיק בזה באהבה רבה ושים שלום דברי ידידו לנצח:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קכ

שלום לכבוד אהו' הרב וכו' מהור"ר חיים אריה נ"י:

אדמהו אכנהו ולא ידעתיו והנה מכתבו בדבר הגט בא אלי כפול ומשולש ואף שדרכי מעולם החשתי אחריש אתאפק להתעבר על ריב לנטות לצדדים הבאים להתווכח ולנצח וכ"א מזכה את בני עירו אבל מה אעשה אחרי כי מרבה בחבילות מכתבים ושוקד על דלתותי יום יום אין לך כל פקודה ופקודה של הבי דואר שאין בה מענינו של גט זה מפה

וגט זה מפה גלל כן לא אוכל להתעלם ועל ארבעה אשיבנו אשר תמה מדוע לא ישא אחרת כיון שנתן לה גט פטורין כו' אנן על ב"ד דק"ק פלוני קא סמכינן שמוחזקים לב"ד יפה שלא יצא מכשלה זאת מתחת ידם וכפי דבריהם לא היה בנתינת הגט ממש ואפילו ריח הגט אין בו ומכ"ש לפי מכתב כתב שהיה ע"י שליח שרוב גאוני הזמן הסכימו לדברי הגאון נ"ב ז"ל ואף הגאון מהר"י הלוי ז"ל שצידד להתיר כיפי תלי לה מחמת שהשליח היה שוגג ולדעת רוב הפוסקים בשליח שוגג אמרינן יש שליח לדבר עבירה אבל זולת זה לא היה פוצה פה ומצפצף נגד דברי רבותינו בעלי התוספת דלענין שליח לדבר עבירה השליחות בטל:

והנה הארכתי בכמה תשובות בענינים אלו אך בזה אין אנו צריכין להא למחלוקות הגאונים ז"ל אחרי שכתב כתב שיכול להיות שלא צוהו לד"ע והגט נתן בידו וצוהו ליתן לה מעות כפי דתה"ק דסבר דתשתעי דינא ותקבל גט פטורין כאשר כתב לו הרב מפאקשאן ואח"כ ששינתה טעמא הוצרך השליט ליתן הגט בע"כ כאשר יש כתבים כו' ובזה כ"ת מהדר אהיתירא בקיום הגט (וע"ז אני אומר כאשר ימשול המושל הגדול הגאון בעל נ"ב ז"ל על חכם א') דדמי כהאי עורבא דאייתי נורא לקיני' דבזה כ"ע מודו שהשליחות בטל כיון דהשליח לגרמיה הוא דעביד לתת הגט בע"כ אין לך משנה מדעת המשלח גדול מזה ועיין בגיטין דף כ"ט גבי טול ממנה חפץ כו' וכאן אין ספק כיון שלא אמר לו שיגרש בע"כ לא עלה על לבו לעשות כן ויעבור על חרגמ"ה ואף אם כה יאמרו שהיה מרוצה בכך שאם לא תאבה האשה לקבל ברצונה יתן לה בע"כ לאו כל כמיני' דאין אדם משים עצמו רשע ואמרינן השתא הוא דאיתרע וכ"כ הט"ז בח"מ סימן קע"ו אפילו כתב בפירוש שאפילו מציאה יהיה בשותפות לא נכלל בזה אפילו גניבת עכו"ם דהא יש איסור בזה ואמרינן איסורא לא ניחא ליה דליקני כדאיתא בב"מ דף צ"ו ואפילו אם הוא מרוצה עכשיו מוקמינן ליה אחזקתו והשתא הוא דאיתרע עכ"ד הט"ז:

וגדולה מזו נלפענ"ד דאף בזמן הש"ס שלא היה חרם רגמ"ה קרוב בעיני לומר דאם שלח גט לאשתו בסתם ולא פירש מה יעשה לו כשלא תרצה קבל והיא לא רצתה והשליח נתנו לה בע"כ שהשליחות בטל דאמדינן דעתו שלא נתן לו ע"מ לגרשה בע"כ ובפרט בזיווג ראשון וגם דודאי איכא בזה משום בזיון דבעל שיאמרו כך ווסתו של פלוני לגרש את אשתו בע"כ ואין זה דרך ישר לפני איש וכיון שלא היה בדעתו על שליחות בע"כ שינוי בשליחות הוא ובטל מדינא דש"ס ומכ"ש לדידן דאיכא חרגמ"ה דרביע עלי' אומדנא דמוכח הוא שלא היה דעתו כ"א לפייסה שתקבל מדעתה ולאו כל כמיני' לומר שנתן לשליח ע"מ לגרש בע"כ ולמשווי נפשי' רשיעא אצ"ל לפמ"ש מכ"ת גופיה גופא דעובדא

הכי הוי שנתן הגט לשליח ונתן לו מעות לרצותה ולאשתעי דינא א"כ כתורה עשה וע"ד שיבא במשפט עמה עשה זה לשליח ואין עליו אשמת חרגמ"ה כלל ושליחא הוא דעווית לעבור על דעת משלחו שלא צוה לתת הגט אם לא יעשה משפט עמה ואף אם אמור יאמר שנרצה לו להיות נספה בלא משפט אם לא תרצה לקבל מדעתה מי יאמין לשמועתו כי ישים אשם נפשו ואף שיש רגלים לדבר שעינו נתן בגירושין מוקמינן ליה אחזקתו חזקת כשרות דנקט מלתא בדעתו לפייסה במה דמתפייס לקבל הגט ברצון ולא יעשה כרשע הזה להיות רע לשמים ולבריות וכאשר עינינו הרואות מעשים בכל יום באנשים שאינם שרוים בשלום עם נשותיהם לפעמים שעוזבים את ביתם וילכו לנוע ומתארך ימים ושנים עד שבאים לידי פשר דבר שתקבל האשה גט ברצון ושוטים שקלקלו ומתהפכים בתחבולת לעבור על חרגמ"ה ויעשו בערמה לתת גט בע"כ לעזה עליהם המדינה והמה שפלים ונבזים בעיני כל אחרי שאינם רוצים בפושרין וקופצין לאמבטי רותחת ונכווים בחמי חמין תא חזי מ"ש רבינו הגאון בנודע ביהודא בסוף סי' ע"ז וז"ל וא"כ הדבר פשוט שהשליחות בטל ואין כאן גט וממילא עובר בכל יום על חרם ד"ב נשים ומעתה הנה יצא פלוני זה חרגמ"ה חומרו על ראשו אונן מימינו ומחוסר כיפורים משמאלו לא יאבה ה' סלוח עד שיגרש את אשתו השנייה שנשא בעבירה וישוב לאשתו הראשונה או ירצה אשתו הראשונה שתקבל ברצון גט ואז יוכל לשאול מחילה וסליחה על העבר גם כתב שם וז"ל ודי בזה להיות המנודה והעבריין נשאר בנדויו ואם אשתו תשמע אליו לדור עמו היא אשתו השניי' גם היא תלבש קללה כמוהו ארורים וערירים יהיו וערירים ימותו ושומע לדברינו ישכון בטח עכ"ל הזהב של הגאון ז"ל והגאון בעל המחבר ספר בית מאיר כתב בסי' קי"ט דמדברי מהרש"ל משמע דאף אם נשאת האשה ששוב אין האיש נקרא עבריין מ"מ לא מהני ליה הגירושין לענין שיהא מותר באחרת למנהגינו שלא לישא ב' נשים ובסוף הספר בתשובה סי' ד' האריך בזה שאף בגירש בעצמו אין הגט מועיל בע"כ לדידן דקי"ל כרבא דאי עביד לא מהני וכתב וז"ל והוא איסור תורה חרגמ"ה ועל בתי דיני ישראל להורות לו שעדיין בכל יום ויום עובר על החרם עד דליהדר או שתנשא היא לאיש אחר וזה נמי משמעות הרמ"א דשוב לא נקרא עבריין משמע הא קודם שתנשא הוא עבריין בחרם הנ"ל וממילא נמי כיון דאגידא ביה שעדיין בעמוד והחזר קאי עדיין נמי באיסור נשיאות שתי נשים ואסור לכל אדם ליתן לו אשה כדי לחוש עכ"פ לספק חרם שעדיין רובץ עליו לשיטת רוב הפוסקים הראשונים כרבא וכ"ז בגירש מעצמו בע"כ ושילם הכתובה אבל במגרש ע"י שליח בע"כ עיין ר"ס ל"ה עכ"ל ספר בית מאיר ושם בסי' ל"ה הזכיר מדברי הנ"ב:

והנה העתקתי לשונות הגדולים הללו אחרי רואי כי כ"ת מקלו יגיד לו וקל בעיניו להוציא ענין זה מכלל איסור נושא אשה על אשתו אחרי שנתן גט ורצונו ליתן גט וע"ז אני אומר אהבה מקלקלת השורה להקל מתוך חומר בלי צורה וע"פ עצמו מתברר הדין שהאשה עצורה ובו קשורה ואסור באחרת עד כי יוציאנה בגט כשר ותהיה מגורשת גמורה והכי דייניין להו ולכל אלמי דכוותייהו המתחכמים על תקנות חז"ל ובאין תחבולות לחבל כרמים ומשטח חרמים כמתלהלה יורה זיקים באמתלאות שדופות באויר פורחות אפס אשר כתב כ"ת שאין כאן עבירה כלל כידוע לכל באי שער העיר שא"א לשום אדם לסבול רעות כאלה אשר עשתה הנ"ל כבר הודעתי מראשית דאנן אדייני דק"ק פלניא קא סמכינן וב"ד לא חשידי לחפאות דברים אשר לא כן ועם כי כ"ת למשמע אזניו יוכיח דאתתא דא סני שומעני' הנה הדבר ידוע כי רגמ"ה לא בא לתקן שלא יגרש בע"כ אשה חכמת לב ואשת חיל שאין לה צורך בתקנות כאלה אבל שקד על תקנות בנות ישראל שיש מהם קצרי יד השכל ואין מעצור לרוחם ואעפ"כ קשין גירושין וכן מצינו במהרי"ל שהיה שם תקנות לתת ג' מטבעות מג' מדינות כדי שיקשה בשלחו אותה ע"ש וכמה תקנות עשו חז"ל שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולכן אחר התקנה אין מקום להתיר לגרש בע"כ או לישא אחרת מחמת אומד הדעת שאין יכול לסבול וכיוצא שא"כ מה הועילו בתקנתם וכ"א יוכל לומר איני כשאר כל אדם איסטניס אני או כי ישים עלילות דברים ויתן הדברים לשיעורים ואין לך אלא מה שהתירו חכמים בש"ע להתיר לגרש בע"כ אף אחרי התקנה אבל מ"מ בלא גירושין אסור לישא אחרת אם לא ע"פ התרה מק"א רבנים וכפי התנאים המבוארים שם דלא גריעה מנשתטית ולכן הדין נותן שיבררו להם שני הצדדים ב"ד שאינם נוגעים מורי שוה והמה יחתכו את הדין ע"פ דין או ע"פ פשר ברצון הצדדים וכן אני כותב לק"ק יאס שלא יעגנו את האישה רק ימצאו להם סביב גבעתם ב"ד יפה ויציעו טענותיהם לפניהם וישפטו הם ומובטחני שבודאי יתנו מקום לדברי אלה הנאמרים באמת ולמען השלום טרם אכלה לדבר אבקש ממכ"ת שלא יטרחוני עוד בנושא זה כי לא אתן יד עוד בדבר הזה ואף גם עתה אני משיב מפני הכבוד ומפני היראה מדאגה מדבר דלא לימרו הדור בהו רבנן משמעתייהו ומעיקרא מימר אמרי ולאו אדעתייהו ואמינא מה דקאמינא ולאפרושי מאיסורא קאתינא ומכ"ת במטו בעינא למיהב דעתי' למעבד שלמא לקרובה או לרחוקה ולא תהי' זאת לפוקה ואז יהיה הבעל מנוקה כי יצא דבר המורה לצדקה אחרי שמוע מפי בעלי הריב ויקוב הדין את ההר כמשפט וחוקה בטעמא ונימוקא ישא ברכה מאת ד' וצדקה. דברי זעירא דמן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קכא

קנקן כו' ה"ה אהו' ש"ב ומחו' כו' מוהר"ר משה זאב וואלף נ"י לנצח:

אותיותיך ראיתי וחדאי נפשי בפלפולך ליישר חילך והנה במה שחזרת על דבריך הראשונים תשובתך כבר חרוטה על לוח לבי אולם מנעתי פרי עטי כי טרידנא טוב' מכמה עסקים דלא מצינו לאשתמוטי והדברים ארוכים וגם אמינא לא אפגרוך מלימודך למיהדר למיגמר בעתיקא ואולם לכבודך אמרתי להשיבך במה שיצאת לדון בדבר החדש בענין גט בע"כ על ידי שליח ורצית להבי' ראיה מדברי הרמב"ם במ"ש שאין מרבים על המכר וכ' הלח"מ דכיון שהתנה שיתן לו לזמן וכך כך והמכר חוזר וק' דהא הוי תנאי שאי אפשר לקיימו על ידי שליח דהא אין שליח לדבר עבירה א"ו דהמעשה קיים:

ושגית בזה שגיאה גדולה דתנאי שא"א לקיימו על ידי שליח היינו שאין המעשה יכול להעשות ע"י השליח כגון חליצה או קידושי ביאה וכה"ג משא"כ במכר כיון שענין המכר יכול הוא לעשות על ידי שליח שפיר מועיל בו תנאי. והוא פשוט ואין להאריך וע"ש בתוספות בכתובות שכ' הסברא בזה דכיון שאין המעשה בידו לעשותה ע"י שליח לאו כל כמיניה למירמי בי' תנאה משא"כ מעשה שבידו לעשות ע"י שליח וכ"כ התוס' להדיא בגיטין דף פ"ד ד"ה ע"מ שתעלו לרקיע (וע"ש שכתב כי היכי דילפינן בפ' מצות חליצה כו' וכוונתיה להההיא דכתובות) כו' דבתנאי אין לחוש אם לא יוכל לעשות ע"י שליח או אינו יוכל לעשות כלל ואין לטעות ולחלק דשאני התם שיכול לשלוח גט ע"י שליח בתנאי זה משא"כ הכא שאינו יכול לעשות שליח למכור בתנאי דאם מעכשיו בכך ואם לזמן בכך כיון שהוא דבר עבירה הדבר פשוט דז"א כיון שעל כל פנים יכול הוא למכור ע"י שליח שפיר יכול להטיל בו תנאי וכמו שהסבירו התוספות וגם כיון דבשעה שמתנה עדיין אין כאן איסור כלל רק לכשיגיע הזמן ליתן לו כך וכך יהא איסור שפיר יכול לעשות שליח וגם דהא אין כאן רק רבית דרבנן ובכה"ג אפשר דיש שליח לדבר עבירה ועכ"פ המעשה קיים כמ"ש לקמן ומבלעדי זאת נראה דבנידון דהרמב"ם אף שאר משפט התנאים לא בעינן וכההיא דאמרינן בב"מ גבי מתנה ש"ח דאע"פ שמתנה עמ"ש בתורה לא איכפת ליה דמעיקרא לא שיעבד נפשיה וע"ש בפרש"י וה"ה כאן ואף לפמ"ש התוס' בר"פ אע"פ וחלקו על רש"י בזה וס"ל טעמא דמקודשת אף על פי שלא קידשה כ"א באופן זה משום דכל תנאי לא היה בו כדי לבטל המעשה אי לאו דילפינן מב"ג כו' וא"כ דומיא בעיא מ"מ מודים דאין זה דומה לתנאי דעלמא ואין זה צריך משפטי התנאים דהרי עיקר המכירה בנתינת הדמים תלוי וכל שלא נתן לו כמו שהסכימה דעת

המוכר לא התחיל המכר כלל ואכתי ברשותו קיימא ואם אמר לכשתתן לזמן פ' יהא מכור מעכשיו לא בעינן משפטי התנאים להרמב"ם:

ומ"ש ראיה מח"מ סי' קצ"ה בקנין בשבת דמה שעשוי עשוי והבאתי דברי קצה"ח שהקשה דאין שליח לד"ע וכ' שהוא מטעם זכיה ומדין עבד וכתבת דבה"ע כ' בהדיא שהוא מדין שליחות וע"כ דהמעשה קיים אודיעך שסברא זו לאו דידיה ורבינו הגדול מהרי"ט חתו' עליו בחלק חו"מ סימן כ"א שכתב דכל ק"ס שהעדים קונין בו מדין זכיה הוא שנותנין הסודר למקנה בעד הקונה דזכות הוא לו דומי' דעבד כנעני דתנן בכסף ע"י אחרים כו' ואמנם מ"ש בקצה"ח דמהני אפילו בעכו"ם כיון דא"צ שליחות וממילא קונה ע"י הסודר של העדים כו' אלא שיכתבו וקנה הכותי והוא קונה על ידי הסודר של העדים כו' ושגגה הוא בידו דקי"ל אין זכיה לעכו"ם ואף על פי שמזכה לו ע"י ישראל אחר לא מהני כמבואר בש"ס דב"מ דף ע"א וכ"פ הרמב"ם והש"ע סי' רמ"ג להדיא דאין ישראל זוכה לעכו"ם כו' וע"ש במהרי"ט דמייתי ראיה מדברי התוס' שכ' דאין לכתוב וקנינא דאין שליחות וזכיה לנכרי כו' אלמא דקנין העדים כטעם זכיה הוא וגם הביא שם דברי בעה"ע ולפ"ז פשוט דאף שכ' בעה"ע דעבדי שליחותי' דקונה כו' הוא היכא שישנו בתורת שליחות אבל באמת הקנין מועיל אף שאינו בתורת שליחות דהיינו בקטן וכה"ג מ"מ מהני בתורת זכיה שהעדים הם זוכים לעצמם מהמקנה בשביל הקונה ואם כן פשיטא דאין ראיה מהך דאם קנו בשבת קנו:

ואמנם באמת א"צ לזה כלל והקצ"ח שכתב משם ראי' דאין בזה שליחות לא עיין יפה דע"כ לא אמרינן אשלד"ע אלא באומר לעשות בשבת אבל בזה אף שהקונה אמר להם בפירוש שיהי' הן שלוחיו הן עדיו לעשות מ"מ אם לא אמר להם בפי' שיעשו בשבת אין בזה משום שלד"ע וכמבואר במ"ל בפ"ג מהל' גניבה וכ"כ בנ"ב סי' פ' אות ק"כ וע"ש בסי' ע"ח וגם דהא דנימא באיסור דרבנן אשלד"ע ספוקי מספקא ליה למהרי"ט הביאו המ"ל בפ"ב מהל' רוצח ואיכא למימר דאפ"ת דאין שלד"ע גם בדרבנן ולא מחייב שולחו דאיסור קל הוא מ"מ המעשה קיים:

ומ"ש כי אירע כו' אלין פטטייא לאו דאורייתא והי ניהו מילי דכדיב' וח"ו להאמין כזאת על ישראל קדושי' המה יביטו ויראו מעשים אשר לא יעשה כאלה ליתנו יד לפה אנכי היודע אם יקרה כה כמשפט הזה איש אחד יחטא כל העדה תקצוף חמת למו כדמות חמת נחש וגם יתנוהו אל המהפכת ואל הצנוק וכי יקח אשה בשאט נפש מפרישין אותו מביתו וכופין אותו בשוטים עד שיגרש וגם אש עצורה לנו לחוש לדברי התוס' ז"ל אשר דבריהם מאירים וכן מורה שיטות הש"ס וסברא נמי איכא דכיון דקי"ל אשלד"ע א"כ

פשיטא שהמעשה בטל כיון שלא בא ליד האשה ע"י שליח וכמ"ש לקמן ואטו מפני שאנו מדמין נעשה מעשה בא"א להקל ובפרט אחרי ראינו דברי הגאון מופת דורינו מוהר"י לנדא שהלכה כמותו בכל מקום מי לא יחוש לדבריו ואילו הקושיות והדמיונות כולם כקש ישא רוח. ונפלאתי על מ"ש שאירע כו' אתמהה איך שלחו איש חרמי ולא עשו בו שפטי' וגם לא תאמין כי הותרה האשה בהוראת ב"ד וברשות אב"ד דק"ק הגאון נ"י בודאי העלימו הענין ממנו ומעליו הדבר יגונב על בלי הוגד לו כי נעשה בע"כ באופן שעבר על חרגמ"ה ובודאי הוי מחי ליה בסילוא דלא מבעי דמא והיה כופה אותו ליתן גט אחר ברצון. ומ"ש ראיה ברורה ממ"ש בש"ע דשליח דקדושין אינו יכול למנות שליח כו' דע כי אתי היתה ראיה זו זה ימי' כבירי' וראיתי שכתבי הגאון מהומברג שכתב ראיה זו בשם בנו וגם דודי הגאון נ"י זכורני שכתב באיגרת שכ' תשובה על ענין זה והביא ראיה מדברי הקדוש מרדוש וגוף תשובתו לא ראיתי אבל ידעתי שהעלה שח"ו להקל בזה ובתשובה אחרת הארכתי בזה (עיין בתשובה להגאב"ד דק"ק ראוני בסי'):

והנה לכאורה יש לתמוה על הפוסקים דשליח אינו עושה שליח בקידושין לפמ"ש הרא"ש בפ' הא"מ והכי פסקינן בש"ע דגילה דעתו לשדכן לשדך לו אשה פ' והלך וקידשה לו מקודשת בלי מינוי השליחות כלל דכיון שגילה דעתו שזכות הוא לו יכול הוא להיות שליח מעצמו דזכין לאדם שלא מדעתו ולפ"ז למה לא יהא השליח יכול לעשות שליח אחר לקדש אותה אשה נהי דנימא דמתורת שליחות לא מהני דמילי לא מימסרן לשליח מכל מקום זה השני יכול להיות שליח מעצמו כיון דגלי דעתיה דניחא ליה וצ"ל דדווקא שזה שגילה דעתו לפנינו הוא יכול להעשות שליח אף שלא מינה אותו לשליח משא"כ אחר לא מצי למשוי נפשיה שליח ואמנם בתה"ד סי' תל"ז ובפסקים סימן (מ"ג כ' דגם אינש דעלמא מהני ע"ש בשם א"ז ואף בש"ע סי' ק"מ החולקין חולקין מטעם אחר) דשמא לא בזה ברר כי אינו לכבודו שיקדש ע"י זה וכה"ג ודוקא גבי גירושין אמרינן דמסתמא לא קפיד כיון שרוצה לגרשה אינו מקפיד על ידי מי שיהיה משא"כ בקידושין וזה נראה פי' דברי הירושלמי בגיטין דקאמר בגיטין ביד כל אדם מצוי לגרש' קידושין אין ביד כל אדם מצוי לקדש ור"ל דבגיטין אינו מקפיד ומצוי הוא שמגרש ע"י כל אדם ואינו מקפיד יהיה מי שיהיה משא"כ בקידושין כיון דלקרובה ליה קאתי אינו רצונו שיהא כ"א ע"י זה דווקא ולכך קאמר דאין ביד אדם מצוי לקדש רק ע"י זה שעשאו שליח והלכך אינו עושה שליח:

וראיתי בפני משה שכתב לפרש דבקדושין אין ביד כל אדם מצוי לקדש שצריך לפייסה ולדבר על לבה אם תתרצה והלכך אפשר שלא היה דעתו לעשות שליח כ"א לראשון

כו' ולפי דבריו פשיטא דקשי' אהא דפסקינן דשליח עושה שליח בגיטין אף לדידן והכי נהגינן ואמאי כיון דאיכא השתא חרגמ"ה שלא לגרש בע"כ אפילו תימא דאם עבר השליח וגירש בע"כ מה שעשה עשוי מ"מ אית לן למימר דהבעל קפיד שלא לעשות שליח כ"א לראשון שהראשון נוח לו לרצותה ולדבר על לבה שתקבל ברצון. וראיתי בקרבן העדה שכתב ג"כ לפרש דקדושין צריך מדעתה דווקא וז"א כמ"ש דא"כ בגירושין לדידן נמי גם מ"ש לפרש מטעמא דמילי נינהו וכמ"ש המרדכי אני תמה דא"כ הא דקאמר ברי' השולח בירושלמי שם לענין שליח עושה שליח לביטול הגט אין תדמונין לגירושין כו' פשיטא דלענין זה דאין ביד כל אדם מצוי לקדש ל"ד לקידושין דהא יכול לבטל בע"כ ולקושטא דמלתא ודאי לגירושין דמי דע"כ לא הוצרך הקדוש לומר דבקדושין הוי מילי דאולי לא תאבה האשה אלא משום דאיכא מסירת טבעת ודמי למסירת הגט דלאו מילי נינהו משא"כ בביטול הגט שאין כאן רק מילי לבד ולכן העיקר כמ"ש דבקדושין כיון דלקרובה קאתי קפיד הבעל (וגם מאן דלא ס"ל משום בזיון דבעל אפשר דמודה בקידושין וכמ"ש בקרבן העדה סברא זו ג"כ ע"ש) וא"כ ה"ה לענין ביטול הגט ג"כ אפשר דקפיד לבל יודע לאיש ששלח גט ומבטלו הלכך מספקא ליה אי דמי לגירושין או לקדושין:

ואמנם באמת צל"ע על הירושלמי דלמה לא יעשה השליח שליח לענין ביטול הגט אף על גב דמילי נינהו כיון דבאמת מועיל ביטול הגט אף שלא בפני השליח ואף דאתי' כרשב"ג דס"ל בטלו אינו מבוטל וכמ"ש בקרבן העדה שם מ"מ כיון דטעמא דרשב"ג משום מה כח ב"ד יפה והיינו משום דאיכא תקנת ר"ג הזקן דתיקן שלא יבטל כ"א בפני השליח משום תקנת ממזרות או עגונות והיינו דדילמא לא ידעה בביטול הגט וכיון דעכ"פ נודע לשליח ביטול הגט מה לי ע"י שליח או ע"י אחר אין טעם לדבר לתקן שיפקעו הקידושין ולמשוי בעילתו בעילת זנות בכה"ג דלא שייך תקנת ממזרים או עגונות. ולפמ"ש יש ליישב קצת דכיון דקפיד הבעל שהשליח הזה יבטל ולא אחר משום שחושש משום בזיונו או שמא השני יתעצל עד שיגיע לידה אמרינן שלא היה בדעתו לבטל כ"א ע"י זה דווקא ואם לאו לא ניחא ליה בביטול הגט כלל וצ"ע ולפי שאין כאן מקומו לא ראיתי להאריך בזה ובחבורינו לקידושין בדין שליח עושה שליח בקידושין הארכתי בדברי המרדכי והירושלמי ובדברי הד"מ בזה וגם בדברי השבות יעקב חלק ב' עיין שם שדבריו מהופכין וגם תמהתי על קצת דבריו וידי רפות להעתיקן מ"ש בזה כי עת לקצר:

ועתה באתי על מ"ש על ראיות הנ"ב מהרמב"ם דס"ל כתי' הב' דהתוס' שהרי הרמב"ם פוסק דבעל לוקה א' וע"ז כתבת דיוכל להיות דהרמב"ם ס"ל דהגמרא אליבא דאביי דהא גם לתירוץ הראשון לא אתי אליבא דהלכתא דהא הוי התראת ספק והתוס' ס"ל לאו

שמיה התראה כמ"ש היבין שמועה והבאת בשם ספר לשון למודי' שתמה עליו דהא התוס' קיימו אדרבא ורבא פסק כר"י בר מתלת ע"ז כתבת דהתוס' בשבת כתבו שזה הכלל אינו רק בדינים הנוהגים בזמן הזה ומלקות ומיתה לא נהוג ואם כן שפיר מצי למיפסק כר"ל וזה טעות דודאי היה דין מלקות נוהג בזמניהם בא"י שהיו שם סמוכין אף בזמן אביי ורבא כמבואר בריש סנהדרין דאף בזמן האמוראים היו סמוכים ועיין בגיטין דף פ"ח אביי אשכחהו לר' יוסף כו' שלוחתייהו קא עבדינן אלמא שהיו אז סמוכים בא"י דאלו עכשיו שאין סמוכין אף בא"י צ"ל שלוחתייהו דקמאי קא עבדינן כמ"ש התוס' שם ועיין בב"ק ר"פ החובל רבא לטעמיה כו' והרמב"ם פט"ז מהלכות סנהדרין כתב מלקין בזה"ז בכל מקום מן התורה בפני ג' סמוכים כו' ע"ש רק ד"נ בטלו מ' שנה קודם החורבן כדאיתא בש"ס וברמב"ם שם פי"ד ואין לפני שו"ת הרלב"ח אשר האריכו למעניתם בקונטריס הסמיכה וכן לענין קידוש החדש סמוכים בעינן וכמ"ש הרמב"ם ספ"ה מהלכות קידוש החדש וגם בימי רבא היו מקדשין ע"פ הראיה וכדאיתא בר"ה רבא הוי רגיל דיתיב בתעניתא תרי יומי זימנא חדא אישתכח כוותיה ואז בימי רבא היה הלל הנשיא האחרון שתיקן החשבון:

וגם במה שהבאת דברי התוס' בשבת הנה במקום אחר הארכתי בדין הזמנה מילתא ושם כתבתי דלכאורה משמע מדברי התוספות דסנהדרין דהך כללא נוהג בכל מקום שהרי כתב שם בדף מ"ז ע"ב מ"ט כו' האמר ר"י עריפה אוסרתה ורבא הא פסק כר"י בר מתלת הרי דאף במה שאינו נוהג עכשיו איתמר הך כללא וא"ל לפי שיש ללמוד משום לענין הזמנה מילתא הוי כנוהג בזה"ז אין סברא כלל דאם כן גם בהא דשבת איכא לאשכוחי נ"מ לענין בזה"ז גם כן. ועוד דהא התוס' מתרצים דה"נ פריך הש"ס דרבא מ"ט לא גמר מעגלה ערופה דהזמנה לאו מילתא היא לטעמא דס"ל עריפה אוסרה ולפי התוס' בשבת מנ"ל להקשות דילמא בע"ע גופא ספוקי מספקא ליה ולכך גמר מע"א דלאו מילתא הוא וממילא דס"ל הכי גם בע"ע כו' והארכתי שם וגם תמהתי על התוספות דהא ש"ס ערוך הוא בכריתות דף כ"ה דרבא ס"ל דלאחר עריפה מיתסרא ולמה הוצרכו להביא ראיה מהא דפסק כר"י בר מתלת דאיכא לדחויה כנ"ל וגם איכא לדחויה כיון דר' ינאי רביה דר"י וחברייא ס"ל כר"ל הכי ס"ל לרבא גם כן וכמו שבאמת פסק הרמב"ם וטפי הוי"ל לאתויי ש"ס ערוך וגם בפשיטות מצי לאקשויי דמאי פריך הש"ס על רבא דילמא בהא כר"י ס"ל כו' וגם תמהתי על הרשב"א בחידושי קידושין ואין כאן מקומו. ועכ"פ מבואר דלא ברירא להתוס' הך מילתא אי פסק כן בכל דוכתי אף בדברים הנוהגין בזה"ז או לאו ואמנם מ"מ איכא לדחויי דהתוס' בכתובות בהא כהתוספ' בשבת ס"ל דלא איתמר אלא

בדברים הנוהגים וס"ל דרבא פוסק דל"ש התראה כהלכתא ולפיכך מקשין התוס' דהו"ל לאוכיח' מהא דעדים זוממין לא בעי התראה:

ואמנם באמת דברי היבין שמועה בזה שמעתי ולא אבין דאפי' תימא דהתוספות ס"ל להלכה דל"ש התראה ואף לפי מה שהוספת תבלין דאף רבא ס"ל הכי מ"מ אין מקום קושיא על רבא דאמר תדע כו' ולא קאמר תדע דהא הוי התראת ספק משום דאיהו בעי לאוכוחי דליכא מאן דפליג וכ"ע מודו בהא דע"ז ל"צ התראה ולכך הוצרך לדיוקי מחמת הך סברא נתרי בהו אימת דאף מאן דסובר שמיה התראה מודו בהא ועיינתי ביבין שמועה שם וראיתי בכלל קע"ט בגמר דבריו והרגיש בזה. ואמנם אני תמה יותר דאף דנימא הלכתא ל"ש התראה וגם רבא גופיה הכי ס"ל מ"מ כיון דרבא קאי התם אדר"א דקאמר ע"ז א"צ התראה דבא לתרץ אליבא דר"י דמתרץ כאן בהתרו בו והוי קשיא לדידיה בע"ז נימא כל הלוקה אינו משלם ולדידיה הוא דמשני ר"א דלאו בני התראה נינהו ועלה קאמר רבא תדע כו' וא"כ כיון דלר"י קיימינן לא הוי מצי למימר מטעם התראת ספק דהא ר"י ס"ל דשמיה התראה וכל עיקרא דהך מילתא לר"י איתמר. ואפשר לומר בכוונת התוספות דהא ודאי אע"ג דע"ז לאו בני התראה נינהו מ"מ איכא בהו מלקות משום דקרא כתיב והיה אם בן הכות כו' אלא דרבנן מוקי להאי קרא לב"ג וב"ח ור"מ ס"ל דאכל זוממין קאי דהא ח"מ דלוקין ומשלמין וטעמא דמוקי רבנן המלקות אב"ג וב"ח משום דהיכא דאיכא ממון טפי מסתבר שלא להלקותו כיון שהמלקות שבעדים זוממין אינם מן הדין כ"כ שהרי הם בלא התראה והלכך אמרינן מה שאמרה תורה גבי והיה אם בן הכות כו' כדי רשעתו למימרא דאין אתה מחייבו משום רשעות רק אחת לבד היינו דבב"ג חייב מלקות אבל בזוממין דממון מחייב אף על גב דבע"ז חדשה תורה דלילקי אף בלא התראה מ"מ חיוב המלקות אינו בדין כ"כ כמו דין הממון והילכך קשיא להו להתוס' דל"ל למימר דלא משכחת התראה כלל תיפוק ליה דאפילו אי אשכחן התראה מ"מ אינו רק התראת ספק ואף ע"ג דלר"י קיימינן דס"ל שמה התראה מ"מ אינו דין גמור כ"כ כמו הממון ואית לן לאוקמי הך דסמיך ליה ארבעים יכנו למימרא דלקי ולא משלם היכא דהמלקות הם באים מחמת התראת ודאי ולא מחמת התראת ספק ואף על גב דבעלמא קי"ל דשמה התראה היינו ללקות עליו היכא דליכא חיוב אחר שבא עליו בדין גמור וכמו לפי מאי דקאמר השתא דא"צ התראה מטעם אחר אע"ג דס"ד מלקות דכתיבי בע"ז היינו ללקות אף בלא התראה מ"מ טפי מסתבר דהיכא דאיכא חיוב ממון לא לילקי ואם כן ה"ה לענין התראת ספק ואהא תירצו דאין כאן התראת ספק כלל ואף על פי שזה דחוק וי"ל דלמאן דס"ל שמיה התראה אין חילוק בין התראות ספק לודאי כלל בשום מקום

משא"כ לענין מלקו' דע"ז בלא התראה ודאי חידוש הוא שפיר מסתבר דלא לקי כ"א היכא דליכא לענשו בד"א מ"מ כתבתי זה ליישב דברי התוספות שהם תמוהים הרבה ודחקו ומוקמי נפשייהו. ולפי זה היה יוצא לנו דין חדש דאף לר"י דס"ל דלקי ולא משלם היינו דווקא היכא דלקי מחמת התראת ודאי אבל היכא דהוי התראת ספק אע"ג דשמיה התראה מ"מ משלם ואינו לוקה ועפ"ז אפשר לומר כמה פרפראות בש"ס. ואמנם אין לבנות יסוד ע"ז שלא נמצא כן בשום מקום ובתוס' צ"ל דקושטא דמילתא נקטי דאין זה התראת ספק כל שהמותרה בעצמו יודע ואה"נ דמצי למימר דקאמר למ"ד שמיה התראה דבלא"ה הוו מצי לדחויי דשפיר משכחת התראה ודאי כשעדים המזימין בעצמם מתרים בהם אלא דקושטא נקטי דכה"ג התראת ודאי הוא. וגם במה שהבאת מהך דחולין דרבא ס"ל ל"ש התראה ראיתי שערורי' שמה שכתבת דגם לרש"י שמחק הגירסא מ"מ בתר הכי במילתא דרבא כתב רש"י עצמו דהיינו משום דלאו התראה הוא ע"כ לשונך בזה ולא עיינת יפה בסוגיא דלפי דעת רש"י שמחק הגירסא וס"ל דמחמת שהוא מח"ז הנ"ל ששא"ר ולא שייך שחיטה אם כן אף במילתא דרבא א"א לפרש דטעמא משום התראת ספק דאפילו אי הוי ודאי מ"מ אין כאן חיוב כלל בלא זריקת הדם ופשוט דמאי דנקט רש"י טעמא משום התראה הוא נמשך אחר הפירוש שכתב רש"י מתחלה משום התראת ספק אבל לרש"י גופיה דס"ל שהוא משובש ודאי דס"ל דטעמיה דרבא משום מח"ז ואם כן אין הכרע בדברי רבא לענין התראת ספק:

אמנם תמהני עד שאתה מפקפק בדברי היבין שמועה והלשון למודים תמה על עצמך שהרי התוספות והמפורשים פירשו דבעל לוקה שתים אף על הקידושין ואם כן קשה שהרי לגירסא זו דקאמר רבא בחולין טעמא משום התראת ספק דל"ש התראה ואיך משכחת לה דלילקי על הקידושין ודוחק לאוקמי הך דרבא במקדש בביאה דווקא. ולכן נלפענ"ד דאף להך גירסא צ"ל היכא שהספק בעצמו של המותרה כגון בטלו ולא בטלו ואנן הכי מתרין ביה שאם יבטל ילקה בהא פליגי אי שמיה התראה אבל היכא שספק תלוי באחרים כ"ע מודים דל"ש התראה שקרוב לודאי שהאחרים לא ירצו לעשות איסור שיושלם עי"ז עבירת הלאו של זה והוי כאלו אין כאן התראה כלל וגדולה מזו כתבו התוס' בב"ק דף מ"ד ובכתובות ובסנהדרין גבי זורק אבן לגו דכיון דהמותרה בעצמו א"י למי יכה לא הוי התראה אף למ"ד שמיה התראה ואע"פ שהתוספות בחולין דף יו"ד בהא דקאמר וכ"ת דבדקינן ליה כו' כתבו דאף דהוי התראת ספק שמא קסבר שמיה התראה וקשה דהא מ"מ כיון דהוי ספק למותרה עצמו ל"ש התראה (ולקמן אכתוב זה שהשיב לנו הגאון שאגת אריה ז"ל בזה) ונראה דהתוס' ס"ל דודאי איכא מ"ד דשמה התראה

אף בכה"ג מ"מ נראה דהיכא שיש ספק למותרה והוא ספק השקול בכה"ג שפיר מצינו למימר דשמה התראה משא"כ היכא שהוא תלוי באחרים שיעשו איסור התראת ספק כי האי לכ"ע ל"ש התראה שקרוב הדבר שלא יגמור האיסור כלל. ומעתה בההוא דחולין שפיר קאמר רבא כיון דכל כמה דלא זרק הדם לא משתרי הבשר שפיר הוי התראת ספק ולא מבעיא אם השוחט ישראל דשחיטה בזר כשירה והזריקה אינו אלא בכהן וא"כ פשיטא דבכה"ג ל"ש התראה דקרוב לודאי שכהן לא ירצה לזרוק הדם מח"ז אלא אפילו בשוחט כהן נמי לא בדידיה תליה מילתא ומסתמא לא יניחוהו אחיו הכהנים לזרוק דם מח"ז ע"ג המזבח דמה"ט כתבו התוספות שם דל"א לר"ש דכזרוק דמי כיון שאסור לזרוק משא"כ בהך דבעל לוקה שתים אע"ג דגם בזה בדעת האשה תלי' מילתא מ"מ כיון שנתקדשה לו קרוב הדבר שנפתה לבה להזדקק לו (ואף ע"ג דאמרינן ביבמות דף פ"ה אלמנה לכ"ג הוא מרגילה לפי שזרעה פסול כו' ע"ש מ"מ כאן שנתקדשה לו קרוב הדבר יותר שנפתה לבה ותבעל לו) והלכך אין זה בכלל התרא' ספק לומר שמא לא יבא לידי ביאה ושפיר הוי התראה. ומצאתי שאא"ז בתשובה סימן ט"ז ס"ק ב' שנים שוחטים או ב' דהוי גרע מהתראת ספק די"ל סבור הייתי ואומדן דעתי היה שחבירו לא יגמור שחיטתו כדי שלא נעבור שנינו כו' ע"ש ולפ"ז ה"ה גבי קדשים כיון דכל כמה דלא מזדריק דם לא מישתרי בשר אפילו אם בא אחד וזרק לא נתחייב השוחט משום או"ב וכמ"ש:

ולפי הך סברא שכתבתי דדוקא היכי שתלוי באחרים ויש איסור בדבר ליכא למ"ד דל"ש התראה י"ל דא"ש נמי הך דכהן שאמר צא וקדש לי אשה גרושה דלכאורה לפי סברת התוס' גבי זרק אבן לגו כל שהמותרה בעצמו אינו יודע לאו התראה היא לכ"ע וא"כ היכא קאמר הכא דמחייב שולחו דהא התראה כי האי כ"ע מודים דלאו שמיה התראה דהא המותרה בעצמו א"י לאו התראה דאולי לא ישמע לו השליח. אך לפי הסברא שכתבתי דאף דנימא דמ"ד שמיה התראה אף בס' למותרה סובר כן וכמו דמוכח מדברי התוס' דחולין א"כ א"ש גם הכא דהא הכא שליח לאו בר חיובא הוא וגם לפני עור אינו עובר בקידושין כיון דאינו לוקה עד שיבעול ולא עבר השליח מידי וכמ"ש הריטב"א שם וא"כ אין כאן אומדנא שלא יעשה השליח והתראתו ס' כי האי שמה התראה וא"ל דהא ע"כ יש איסור בקידושין דהא אמרינן שיש בקידושין אלו עבירה א"כ שוב השליח עובר לפ"ע י"ל דכשבועל אגלאי מילתא למפרע שנעשה איסור בקידושין ונתחייב עליהם מלקות הילכך שייך לומר אשלד"ע משא"כ לגבי השליח שיעבור לפ"ע להך תירוצא דכשבעל הוא שלוקה ודאי אינו עובר דבשעה שקידש אין איסור אימתי ניעור האיסור כשבעל השליח לא נתן מכשול לפניו והתוס' שם שכ' דעובר על לפ"ע היינו בס"ד שהיו סבורים

שיש איסור בקידושין לחוד אליבא דאביי דקידש לוקה ע"ז כ' דמ"מ השליח לאו בר חיובא הוא מה שאין כן לפמ"ש דאתי כרבא אין כאן לפ"ע כלל:

ולכאורה יש לעיין בדברי התוס' לפי מאי דס"ד דלרבא אם בעל אינו לוקה רק א' ועל הקידושין לא לקי מידי א"כ למה הקשו וא"ת מאי נ"מ בין למ"ד כו' לא לקי בפשיטות הוי ליה לאקשוי דהא אין כאן דבר עבירה כלל לרבא ומכ"ש דקשה לתירוץ הב' דמשמע לכאורה דכוונתם דאף דנימא דלעולם לא לקי על הקידושין מ"מ נ"מ אם חלין כו' מה"ת לא יחולו הא אין כאן עבירה כלל וצ"ל דהתוס' ס"ל דאע"ג דרבא קאמר קידש אינו לוקה היינו דווקא דאינו לוקה אבל איסורא מיהא איכא והלכך אמרינן אשלד"ע. אך א"א לומר שיש איסור דאורייתא בקידושין כיון דמ"מ אמרה תורה לא יקח אלא דהמלקות תלינהו בחילול דע"כ ז"א דהא בסוטה דף מ"ד אמרינן ולא לקחה פרט לאלמנה לכ"ג כו' לימא דלא כריה"ג אפ"ת כריה"ג כדרבא דאמר אינו חייב עד שיבעול כו' אלמא דאפילו איסורא דאורייתא נמי ליכא דהא לריה"ג אפילו שח בין תפלה כו' חוזר מעורכי מלחמה רק איסורא דרבנן איכא וכמ"ש התוס' סברא זו בשאר חייבי לאוין ביבמות דף י' ד"ה לר"י כו' דאפילו אביי כו' ל"ל דשמא אסור לקדש מדרבנן דשמא יבעול כו':

ומצאתי בשער המלך הל' שהביא דברי התוס' דיבמות ותמה ע"ז וגם על מ"ש בש"מ בשם מ"ה דאיכא איסורא דא"כ קשה מש"ס דסוטה דהא מוקי כריה"ג דאיהו ס"ל אפילו באיסור דרבנן חוזר מעורכי מלחמה ולענ"ד לק"מ דהא ברייתא דלא לקחה פרט לאלמנה כו' אקרא קאי ושפיר בעי קרא למעוטי דזה אינו חוזר מחמת לקיחת אשה וגם מחמת עבירות שבידו אינו חוזר מדאורייתא דלאו עבירה היא ולדידן דגזרו רבנן איסור בדבר בודאי דחוזר מחמת עבירות שבידו והוא פשוט וכעין זה כ' המ"ל ליישב דברי הרמב"ם מהשגת הראב"ד גבי בא על ארוסתו בבית חמיו אין המים בודקים ובמ"א כתבתי בזה. ולפ"ז צ"ל דאף באיסור דרבנן אמרינן אשלד"ע ומהרי"ט נסתפק בזה הביאו המ"ל בהל' רוצח וכמש"ל ולפיכך לא מצי התוס' לאקשויי רק דאין נ"מ כיון דאינו לוקה וא"ל דלמה הוצרכו התוס' לומר דנ"מ לענין חלות הקידושין כיון דע"כ הך דקאמר מחייב שולחו הוא לאו דוקא דהא לא לקי א"כ נימא דנ"מ לענין איסורא ז"א דקמי שמייא גליה ודוחק דנ"מ לענין דמיקרי לי' עבריינא וגם י"ל דסברא דאף למ"ד דאי בעי עביד כו' מ"מ איסור' איכא על המשלח ולכך הקשו דמאי נ"מ כיון דאינו לוקה ותי' דנ"מ לענין אם בעל אחר כך לוקה על הקידושין אמנם מ"ש כדמוכח בתמורה הוא תימה לפי זה דהתם פריך אדרבא דאמר אי עביד לא מהני מדחזינן דאלמנה לכ"ג תפסי קידושין וקשה דממ"נ אם אין בקידושין רק איסור דרבנן אם כן מה"ת יפקיעו הקידושין דהתם בדאורייתא מיירי

רבא דאי עביד לא מהני ואם נימא כיון דכתב לא יקח איכא איסור דאורייתא בקידושין א"כ מאין הוכיחו דכשבעל לוקה על הקידושין:
ואמנם י"ל דהתוס' ס"ל דבשלמא אם נאמר דכשבעל לוקה אף על הקידושין א"כ לא יקח היא לאו בפ"ע אלא שחיוב המלקות שבו בביאה תלי רחמנא ובהא קאמר לא יקח משום לא יחלל אבל באמת הוא לאו על הקידושין הלכך יש איסור דאורייתא אף בקידושין משא"כ אם נאמר בעל לוקה א' ולא יקח אינו לאו כלל לעצמו על קידושין אלא חד לאו היא על ביאת כ"ג באלמנה א"כ אין בקידושין לבד איסור דאורייתא כלל ולא פריך מידי מכ"ג באלמנה אע"כ דלרבא כשבעל לוקה על הקידושין והתי' הב' דהתוס' ס"ל דשפיר מצינו למימר דאינו לוקה על הקידושין ואפ"ה א"ש הך דתמורה דאע"ג דלא לקי מ"מ כיון דרבא קאמר לא יקח מ"ט משום לא יחלל הרי שבהדיא אסרה תורה קיחה דהיינו קידושין כיון שיכול לבא לידי חילול א"כ הוי בכלל מילתא דא"ר ל"ת כן היה נראה לכאורה בפי' דברי התוס'. אבל כבר כתבתי דהך דסוטה היא ראיה מכרעת שאין בקידושין איסור דאורייתא כלל. וצ"ל דאע"ג דהשתא בקידושין לחוד ליכא איסורא מ"מ כשבועל אח"כ אגלאי מילתא למפרע שהיו בקידושין איסור לאו והלכך נקרא זה שלד"ע וגם בתמורה פריך שפיר דלפקעו קידושין למפרע דהא אגלאי מילתא שנעשה באיסור ובהכי ניחא דדייק הא דיש קידושין בכ"ג באלמנה ממתני' דכל מקום שיש קידושין ויש עבירה הוולד הולך אחר הפגום ולא דייק מהרבה משניות הקודמין שמבואר דקידושין תופסין בכ"ג באלמנה ואנקוט חדא ביבמות איסור מצוה ואיסור קדושה אלמנה לכ"ג וכאלה רבות אלא דהוי מצי לדחויי דהא מיירי בקידושין לחוד ואין בהם משום מילתא דא"ר לא תעביד וכמו דלא פריך משאר חייבי לאוין משא"כ בהך דקתני הולד הולך אחר הפגום שפיר קשיא ליה דאגלאי מילתא למפרע שהיו הקידושין באיסור שהרי כשבעל לוקה אף על הקידושין ואף דאיכא מתני' דמוכח מינייהו דבבעל נמי הקידושין קיימין מ"מ נקט הך דמפרשי טפי:
ועתה נחזור למ"ש דתי' הא' דהתוס' ג"כ אינו רק אם נאמר התראת ס' שמה התראה. ואומר אני דהכא אזיל שפיר אף למ"ד ל"ש התראה דהא בעי למימר נ"מ דלהך מ"ד אי השליח לאו בר חיובא מחייב שולחו ואם כן שפיר יש נ"מ בזה שאף על פי שהרמב"ן והריטב"א כתבו דכה"ג התראת ספק הוא שמא לא יבעול מ"מ שפיר משכחת לה כשמתרין בו בשעת ביאה אם תבעול תעבור ותלקה שתים דאז התראת ודאי היא ואע"ג דגבי ביטלו ולא ביטלו אמרינן דהוי התראת ס' הא פירש"י שם דהיינו משום דבעינן התראה בשעת מעשה שעובר על אזהרתו ומדמי לה לשבועה שלא אוכל זו אם אוכל

זו ע"ש משא"כ כאן כך אמרה התורה שכשיבעול יתחייב שתים על הקידושין שקדמו להם ועל הביאה א"כ הו"ל אזהרה בשעה שעובר על הלאו ואעפ"כ למ"ד אי בעי עביד כו' לא מתחייב שולחו כיון דעל העשה שאתה מחייבו היה אפשר לשליח שלא לעשותו אע"פ שהחיוב נתגלגל אח"כ ע"י עצמו שבעל ונתחייב שתים מ"מ אמרינן אשלד"ע על הקידושין ולא מחייב שולחו ואמנם אפ"ת דלשיטת רש"י שם אף בגווני דהכא חשיב התראת ס' מ"מ א"ש דברי התוס' בב"מ עפמ"ש הריטב"א בחידושיו למכות בשם התוס' והרמב"ן ושאר מפורשים דעיקר כגירסת הספרים דלמאן דתני ביטלו ולא ביטלו הוי התראת ודאי וע"ש דמחלק בין ההוא דסכרות דשאני הכא דבביטול עשה שניתק בו ל"ת ונתל' בו מלקות של ל"ת מגופו של ל"ת הוא חשיב לענין ההתראה כי עיקרו של לאו זה תלאו הכתוב בעשה זו למלקות ועוד כ' שם בשם ר"מ ז"ל שהסביר הענין דהוי כמתרין בו בשעת התחלת עקירת הלאו כו' יעו"ש ולפ"ז פשוט דכשמתרין בו בשעת בעילה דהוי התראת ודאי כמו גבי ביטלו ולא ביטלו וכמ"ש לפי מה שהסביר הרמ"א שם דהלאו הוא כהתחלת עבירה והעשה כגמר העבירה ושפיר מתרין בו בשעת התחלת עבירה אע"פ שלא נגמר אלא לבסוף א"כ בהא נמי מצינן לאתרויי ביה בשעת קידושין שהוא ההתחלה אע"פ שלא נגמר עד שעת ביאה וזה דומה למעביר ד"א בר"ה או למוציא חפץ מרה"י לר"ה שמתחיל בו בשעת עבירה שאם יעשה הנחה יתחייב וה"נ דכוותיה:

ואמנם לפ"ז גם בההוא בשוחט או"ב בקדשים נמי נימא דמתרין בו בשעת שחיטה שאם יזרוק הדם יתחייב משום או"ב דה"נ אפשר כיון דזריקה היא המכשרת את השחיטה כגמר עבירה דמיא ויש לחלק קצת. אמנם בלא"ה הריטב"א הסכים דהנכון כפי' הראשון דכל שמתרין בו בשעת ביטול העשה התראת ודאי הוא ומהני ביה התראה וכ"כ הרמב"ן בס' הזכות שאע"פ שמהירושלמי משמע דההתראה בשעה שעובר הלאו בעינן מ"מ הכריע מהא דאמרינן אי קטליה קים ליה בדרבה מיניה דלמאי דתני ביטלו חיוביה דלאו בשעה שעובר העשה הוא וכ"כ הריטב"א שם גבי הא דאי קטליה קלב"מ כו' שזו ראיה לגירסת הספרים דלא כפירש"י ז"ל אלא חיוב המלקות בשעת ביטול העשה הוא נגמר ובא עליו שהיא נדון למפרע על שעת עבירת הלאו כו' ע"ש ולפ"ז א"ש בהא דחולין דקאמר רבא התראת ס' ל"ש התראה דשם כשמתרין בו בשעת שחיטה ודאי דהתראת ס' הוא שמא לא יזרוק וה"ל שחיטה שא"ר ואף כשמתרין בו בשעת זריקה נלע"ד דל"ד ללאו הניתק לעשה לפמ"ש הריטב"א בטעמא דמילתא כיון שנתלה בו מלקותו של ל"ת מגופו של לאו הוא חשיב הלכך הוי כמתרין בו בשעת עבירת הלאו משא"כ בזה דלאו

דאו"ב לא תלאו הכ' בזריקה כלל וכשמתרה אותו בשעת זריקה לא מיקרי התראה בשעת עבירות הלאו. והוא פשוט לענ"ד:

והשתא א"ש הא דלוקה באלמנה לכ"ג אם בעל גם על הקידושין משום דמתרין בו בשעת ביאה דאז התראה ודאי הוא וכיון דמלקות דקידושין בביאה תלינהו רחמנא ודאי דמיקרי התראה בשעת עבירת הלאו לפי שיטת התוס' שכ' הריטב"א בשמם שהסכימו לגירסת הספרים דלא כרש"י בזה (ואע"פ שבתוספות במכות מבואר שהסכימו לפירש"י דלמ"ד קיימו לא הוי התראת ספק דדייניגן ליה כמו שהוא עכשיו והביאו ראיה מנזיר ועיין בגיטין דף ל"ג ד"ה ואפקיעונהו מ"מ ודאי הריטב"א עדותו נאמנה מאד שהתוס' ס"ל כגירסת הספרים והתוספת שלפנינו לא באו אלא ליישב שיטת רש"י או שמא תוס' אחרים הם) ואע"ג דגם רש"י פי' שם בקידושין דבעל לוקה שתים אע"ג דרש"י ס"ל דכה"ג שאין מתרין בשעת עבירת הלאו התראת ס' הוא מ"מ רש"י לשיטתו דס"ל בחולין בהא דקאמר רבא טעמיה משום התראת ס' הוא גירסא משובשת וא"כ ממילא קם דינא דאף רבא ס"ל דשמיה התראה דאיהו פסק כר"י בר מתלת ע"ש ובאמת תימה על הריטב"א בב"מ ובקידושין שכ' דאע"ג דהוי התראת ס' אתי' כמ"ד שמיה התראה והרי איהו גופיה הסכים במכות לגירסת הספרים שם ויותר קשה על הרמב"ן הביאו בש"מ דהוי התראת ס' למ"ד ביטלו כו' והרי בחידושיו למכות הסכים להיפוך ושמא באו ליישב אף לפי שיטת רש"י ואין להאריך:

והנה לכאורה בלא"ה אין הכרע מהך דחולין שיסבור רבא דל"ש התראה אף לפי גירסת הספרים שם דהא ודאי אף על גב דקאמר ואזדא רבא לטעמיה מכל מקום רבא לנפשיה לא ס"ל הכי להלכתא דהא אנן קי"ל ששא"ר שמה שחיטה אלא אליבא דר"ש הוא דקאמר רבא הכי וכמ"ש רש"י ולפ"ז גם הא דהתראת ס' ל"ש התראה הכי קים ליה לרבא דר"ש הכי ס"ל אבל רבא גופיה ודאי ס"ל להלכה דשמיה התראה. אך יש להוכיח לכאורה דר"ש ס"ל שמיה התראה מהא דאמרינן בע"א דף ס"ח ר"ש לטעמיה דאמר אפילו איסור ואיסור לא מצטרפי וכ' התוס' דהיינו דאמרינן במעילה דר"ש דקאמר אין מצטרפין היינו שא"צ צירוף היינו דווקא בעינייהו בלא תערובות משא"כ בע"ז מיירי ששניהם נתערבו בהיתר דבכה"ג לא קאמר ר"ש כ"ש למכות כו' ע"ש ולפ"ז ק' דא"כ דלר"ש מועיל ג"כ ביטול א"כ אכתי קשה הך דמעילה ומה ילקה עליהם דהא אמר ר"ל בזבחים דף ע"ח הפיגול והנותר והטמא שבללן כו' פטור א"א שלא ירבה מין על חבירו ויבטלנו וא"כ מה בכך דכ"ש למכות הא מ"מ בטל חד בחבריה ולא ידעינן משום הי מינייהו מתרים ביה וכדאמרינן התם ש"מ ל"ש התראה אע"כ שסובר שמיה התראה מיהו יש לדחות

דהתם מיירי שלא בללן רק אכלן בזא"ז בתוך כא"פ וגם יש ליישב עפמ"ש רבינו ברוך שם דכל שמתרין בו אע"ג דלא ידוע משום הי מינייהו לא הוי התראת ס' ועיין בשבת דף פ"ט ואין להאריך:

והנה בשבת דף ד' ד"ה קודם כו' הקשו התוס' היכי אתי לידי חיוב סקילה הא התראת ס' הוא ולכאורה קשה ג"כ מאי קושיא דילמא רב ביבי ס"ל דשמיה התראה וגם תימה לי מ"ש התוס' דשמא היה בדעתו לרדותה קודם ומה שלא רדה שמא שכח ההתראה דאטו התראת ס' מטעם דשמא אינו רצונו לעבור איסור אתינן עלה שדנין אותו לכף זכות ששכח ההתראה דהא אפילו בהכה את זה כו' אמרינן דהתראת ס' הוא ועוד דלפי דברי התוס' א"כ גם בשוחט או מעביר ד"א וכה"ג נימא שלא היה בדעתו לגמור המעשה ואח"כ שכח ההתראה וגמר המעשה:

וראיתי שאא"ז מהרש"א כ' דהו"ל להקשות במתני' דכלל גדול דחשיב אופה ותירוץ דשם מצינן לפרושי דמיירי באופה להדיא כו' ואכתי קשה דגם בשאר מלאכות שיש שהות במעשה נימא הכי והא ודאי ליתא דכל שהתרו בו והתיר עצמו למיתה בשעה שמתחיל לעבור ל"א דהוי התראת ס' ויהיה כמשיב ידו אלא כיון שהתחיל יגמור אותה וע"כ ל"א דהוי התראת ס' אלא כשצריך לעשות מעשה אחר ומדברי רבא בתירוצו משמע לכאורה דיש חילוק בין היכא דמחוסר מעשה דהוי התראת ס' משא"כ בזה שאין מחוסר מעשה אפילו. ולענ"ד אפילו אם הוא תלוי במעשה כל שהתחיל בה אע"פ שהוא צריך לעשות גמר המעשה שפיר הוי התראה ודאי ובדברי אא"ז מהר"מ מלובלין ראיתי אהא שכ' התוספת דמה שלא רדה שמא שכח ר"ל דאם היתה התראה שירדה שמא שכח שאל"כ דברים אילו למותר ור"ל דודאי כיון דהתראות ס' הוא אצ"ל שמא שכח אלא ל"ש התראה כמש"ל. ואני תמה דאם הו"מ למימר שהתרה שירדה אם כן משכחת לה שהתרו בו קרוב לשעת גמר אפייתו דאין סברא לומר שכח:

אמנם באמת אין זה סברא כלל שהתרו בו שירדה כיון דעיקר ריבויה על מעשה אופה הוא ואין התראה על עבירת הלאו בעינן וכמש"ל בשם רש"י במכות דמה שאינו רודה עבירה שאין בה מעשה הוא ועל כן שנתרה בו שאם ירדה יתחייב על המעשה שהדביק הפת בתנור וזה אינו מועיל:

ואמנם כבר כתבתי דבנדון כזה ודאי יש לחייבו אם התרה בו בשעת התחלת המעשה וכמ"ש הריטב"א בשם הר"מ ז"ל דכל עבירה מתרין בשעת התחלת עבירת הלאו ומ"מ ל"א דשמא לא היה בדעתו לגמור רק ששכח ההתראה וגדולה מזו כתב התוספת במכות

דף כ' ע"ב ד"ה לא צריכא כו' דכיון דהתחיל לעבור תכ"ד להתראה ל"ש אישתלי וכדמוכח פי' יוחסין גבי ה' אלמנות בזא"ז דחייב אכל חדא וחדא כו':
והנה בהך סברא דשמא שכח ההתראה יש לפלפל הרבה והנה מצינו בשבועות דף ל"ו דקאמר רב אחא בר הונא כו' פגע בהו רב כהנא א"ל הזיד בשבועות הפקדון והתרו בו מאי לפירש"י דבשבועות העדות ליכא למיבעי הך איבעיא משום דאין התראות ודאי דמי יודע אם יודעין לו עדות והתוספת הקשו ע"ז דאין נראה דלא חשיב ס' כיון דלמותרה אין ס' דהא בעדים זוממין כו' והא דלא בעי הזיד בשבועות העדות דא"א לידע אם הם מזידין שיכולין לומר שכחנו עכ"ל ולכאורה בלא"ה ק' על רש"י ז"ל לפי מה שנראה מדברי התוס' דהא משום התראת ס' נגעו בה וא"כ עדיין קשה דהא מרא דאיבעיא זו הוא ר"כ ור"כ הוא דאמר בחולין אתיה מהורג את הנפש כו' וכ"ת דבדקינן ליה כו' וכ' התו' דאע"ג דהו"ל התראת ס' שמא קסבר דשמיה התראה כו' ולפ"ז שוב הו"ל למיבעי גם בשבועות העדות ודוחק לומר דאף ע"ג דאיהו ס"ל דשמיה התראה מ"מ נקט בעייתו לכ"ע דז"א דהו"ל למינקט הא בעיא בתרווייהו (ואע"ג דתרי רב כהנא הוי חדא שהיה תלמיד חבר לרב וכדאמרינן א"ל ר"כ ור"א לרב וכמ"ש התוספת בר"פ המוכר את הבית וחדא בתרא שהיה בזמן רב אשי מ"מ משמע לי דההיא דשבועות הוא ר"כ בתרא שפלפל עם תלמידי רבה וגם ההוא דחולין הוא נזכר בסוף אמוראים הנזכרים שם אחרונים):
ואמנם כבר כתבתי דבלא"ה בההוא דחולין לפמ"ש התוספת כשהס' למותרה לכ"ע ל"ש התראה. והנה הגאון בעל שאגת אריה ז"ל בתשובתו שהשיב לנו כמו י"ג שנים הרגיש בזה וכ' דהתוס' ה"ק דהש"ס ר"ל דשמא לא אזלינן בתר רובא רק דהתראת ס' הוי התראה אף בכה"ג. והנה נשתייר עוד דברים רבים בקולמס ובכל ענין וענין שכתבתי יש לי לפלפל הרבה כשערות ראשי כו' ומחיה חיים יחלימך ויחייך. ולטובה יכתבך ויחתמך כנפשך ונפש ש"ב המתעלס באהבתך ודורש"ת וטובתך:
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קכב

שאלה איש פלוני וכהן הוא היה שכיב מרע והוה תקיף ליה עלמא טובא ונכנסו דייני העיר אצלו לחלות פניו שיתן גט לאשתו ע"ת דאם לא מתי כו' והשיב בזה"ל יוא אובו. איך וויל אז איך וועל גיזונד ווערין זאל איך דיא ברירה האבין וויא איך וועל וועלין והשיבו לו יהא כדבריך אבל אין לנו לשנות נוסח הגט ונתינתו ונכתב הגט כדינו ובהגיע המסדר לתנאי דאם מתי ואם לא מתי אמר הש"מ בזה"ל איך האב דאך אייך גיזאגט אז איך וועל גיזונד ווערין זאל איך דיא ברירה האבין וויא איך וועל וועלין והשיבו הדיינים

יוא אבר דער נוסח הגט מיז אזו גיין וסידר הדברים כסדר הכתוב בהל' גיטין וניתן הגט ושוב חזר לבריאתו וכמה ימים משחזר לבריאתו לא גילה דעתו אם לרחק או לקרב ועתה רוצה לדור עמה ואומר כי מעולם לא היה דעתו לגרש רק שכוונתו היה לאיים על חותנו שלא סילק הנדן שפסק לבתו בשלימות ועתה עמד השואל ושאל אם יש כאן בית מיחוש לפוסלה עליו מחמת הגט או לא:

תשובה נלענ"ד למצוא עזר ותרופה. לכהן שדעתו. יפה ואזני שמעה שנפתח ברבוותא אבל אותיותיהם לא ראיתי ויודע אין אתי מה שנמנו וגמרו וענו ואמרו והערוני רעיוני. לומר עם קני את אשר מן השמים יורוני ואתנהל לעטי. לרגל המלאכה אשר לפני ואף כי צעיר אנכי לימים ראיתי עצמי מחויב בדבר לקיים כדבר האמור ומבשרך אל תתעלם שארי הנה. למען השיבה אל בעל נעורים ולא יכרת מעונה למפסלה מכהונה והגם כי הענין עמוק ומי ימצאנו. כי חזק הוא ממנו אף כן אנכי אעננו. ויש אשר נמנעין ומושכין את ידיהם ילדות היתה בי ואמרתי לדין לפניהם אם דברי ייטבו בעיניהם יסמכו את ידיהם אם כה יאמרו שמועה זו נאה מפיהם לו תצא הוראה ואם יחזו במראה ולא בחידות. כי תמר תמרורים בתמרוריתה עומדת. מי יאמר נואש לדבריהם ולא יענה אמן אחריהם. ובה' בטחתי שיאיר עיני. ועל הדין ועל האמת יעמידני. ואשר דעי כי המחמיר ותולה בוא"ו דכתיב אאופתה קסבר ריחה מילתא וריחו כטעמו ונימוקו עמו. דדריש חספא בוא"ו דואשה לא יקבל שכר על הפרישה כי לא הותרה הוצאה שלא לצורך ואף כי אנכי היום רק אכן רוח הוא באנוש ונשמת שדי תבינם ומדאגה מדבר גזרה שמא ישבור הזוג ויצאה חנם. אציע צדדי ההיתר אשר ממקור הש"ס והפוסקים נובע מעיינם. וראשון לציון הנה הנם:

מתחלה אבאר מה שיש לצדד בנ"ד שאחר שהשיבו לו הדיינים הן אבל נוסח הגט צריך להיות באופן זה דווקא והקשיב לקולם ואמר סתם אם לא מתי לא יהא גט לא משגחינן בדיבורא קמא כלל ותפוס לשון אחרון ואע"פ שי"ל שעל סמך תשובת הדיינים שהבטיחוהו שיהא גמר ונתן ואמר שלא יהא גט ולבו לא נכון עמו לא איכפת לן בהא כלל כיון שפיו סותר הדברים שבלב פשיטא דלא הוי דברים והא דאמרינן ברישׁ זבחים כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה היינו דווקא בסתם כגון שוחט לשם פסח וסתמא או כההוא דאיתא בח"מ סימן רכ"א בשם הנ"י דאם היה קציצה ביניהם וחזר א' ושוב משכו סתם אמרינן ודאי על דעת קציצה ראשונה קנו וכ"כ הב"ש בסימן כ"ט משא"כ אם פי' וסותר מה שאמר תחלה מבואר בדוכתי טובי דדבורו האחרון שאמר בשעת מעשה עיקר ואף ע"ג דאומדנא הוא שבלבו למה שאמר תחלה אפ"ה אמרינן דדברים שבלב

נינהו וכדמוכח בקידושין דף נו"ן דמייתי רבא ראיה דדברים שבלב אינם דברים מהא דתני' יקריב אותו כופין אותו עד שיאמר אמר רוצה אני ודחי דילמא אנן סהדי דניחא ליה בכפרה והרשב"א שם הקשה ג"כ דילמא שאני התם דאגב אונסא גמר ומקני ותי' דחדא מתרי טעמא נקט אלמא דהא דאמרינן דברים שבלב אינם דברים היינו אף בלביה לא ניחא ליה לגמרי ולא גמר ומקני אפ"ה אמרינן דברים שבלב אינם דברים וה"ה בנ"ד אף אם היה אומר שמה שאמר לא יהא גט היה כוונתו ע"ד ראשונה שאם ירצה יהיה גט אפ"ה אינו כלום:

איברא שבשו"ת פנים מאירות ח"א סימן נ"ג כתב דדוקא כגון ההוא דזבין אדעתא למיסק כו' דבעיקר זביני הם פיו ולבו שווין אלא שבלבו היה להטיל תנאי המבטלו בזה אמרינן שאינם דברים וכן בהא דסבור הייתי שהוא כהנת כו' אבל הכא שבגוף הקידושין אמר שלשחוק והיתול נתכוין ומעולם לא נתכוין לקדושין שפיר הוי דברים ע"ש שהאריך מ"מ נראה דמודה בנ"ד שהרי לא היתה כוונתו היפוך הדבור לגמרי רק שאם ירצה כשיבריא יהא גט והוי כתנאי דהתם ועוד שגוף דברי הפמ"א תמוהים שהרי מההוא דיקריב אותו דמייתי הש"ס מוכח דאף בכה"ג נמי ס"ל לרבא דלא הוי דברים ומצאתי בשו"ת שב יעקב חלק אה"ע סימן כ' בתשובת הגאון מוהר"ר הילמן ז"ל שהשיג על הפמ"א בזה. ואחר העיון היה נלפע"ד שיש פתחון פה לקיים דברי הפמ"א ואדרבה לכאורה דבריו מוכרחים דאלת"ה תיקשי קושית הרשב"א שהבאתי לעיל דמנ"ל לרבא להוכיח מיקריב דילמא טעמא משום דאגב אונסא גמר ומקני ותי' הרשב"א דחוק וגם הגאון מוהר"ם בתשובה הנ"ל הקשה כן משמיה דנפשיה וגם קשה מה שהקשה הלח"מ פ"ד מהל' אישות דלמה לא דחי הש"ס בב"ב דמייתי מיניה סייעתא לר"ה נימא שאני התם שאמר רוצה אני וכך נראה דלכאורה באמת כופין עד שיאמר רוצה אני אמירה דידיה ל"ל כיון שכופין אותו שימסור לידם הקרבן שפיר גמר ומקני אגב אונסא וצ"ל דהא ודאי אגב אונסא מקני אלא דמ"מ לאו ברצון הוא מקנה רק מחמת אונס אלא דבזביני מהני כיון דעכ"פ גמר ומקני משא"כ גבי קרבן דכתיב ביה לרצון מה מועיל מה שגמר ומקני סוף סוף לאו לרצונו קרינן ביה שהרי מה שמוסר לידם הקרבן מחמת אונס הוא ועוד דלרצונו ל"ל כלל כיון דכתיב יקריב שכופין אותו ממילא גמר ומקני מחמת אונס לא מהני והיינו דקאמר יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני וא"כ שוב אע"ג שבלבו שמחמת אונס הוא מקנה הוי דברים שבלב אינם דברים וניחא טפי הא דמוכיח ר"ה דאגב אונסה גמר ומקני דלפ"ז בגוף המעשה פיו ולבו שוין ואף שבלבו שמקנה מחמת אונס הרי אומר בפיו רוצה אני והוי דברים שבלב ואינם

דברים משא"כ אם נימא דלא גמר ומקנה אע"ג דדברים שבלב נינהו מ"מ לא מהני אף ע"ג דאמר רוצה אני כיון שלבו חלוק מפיו בעיקר הדבר כסברת הפמ"א וממילא דלק"מ קו' הלח"מ דנימא שאני התם דאמר רוצה אני דז"א דעיקר הדבר מאמירה לא שייך גבי קרבן דכתיב לרצונו משא"כ בזביני כיון דאגב אנסיה גמר ומקני מה לי אמר רוצה אני או לא. ובזה מיושב דברי הרמב"ם שבפ' י"ד מהל' מעשה הקרבנות הצריך רוצה אני ובפ"י מהל' מכירה לא הצריך רוצה אני וכן בה' אישות ותמה הלח"מ דבש"ס מדמי להו להדדי ולפמ"ש א"ש בס"ד:

אך קשה אהא דדחי ודילמא שאני התם דאנן סהדי דניחא ליה בכפרה דא"כ רוצה אני ל"ל וצ"ל דה"ק דאמרינן דאף על גב דמתחלה לא היה רוצה אמרינן מה שאומר רוצה אני אינו מחמת אונס אלא מחמת דניחא ליה בכפרה וכן מבואר בפ"י והשתא בנ"ד נמי להא דמי שבעיקר הדבר פיו ולבו שוין ואף שמרצונו לא היה אומר כן רק לפי שלא רצה להמרות פי הדיינים שאמרו לו שנוסח הגט צריך להיות כן מ"מ לא עדיף מאונס שאף שבלבו שמחמת אונס הוא מקנה ואנן לרצונו בעינן אפ"ה כיון שאמר רוצה לרצונו קרינן ביה וכ"ש שלא היה כאן אונס בדבור וגם לא היה לגמרי חלוק מפיו רק כעין תנאי וכמ"ש. ומצאתי ענין כזה בשו"ת מהרי"ט חלק אהע"ז סי' י"ג שכתב בש"מ שאמר לו ליתן גט ואמר שכך יעשה אמנם קצת מטלטלין ינתנו לאמו ואמרו שלא יתלה נתינת הגט בנתינת המטלטלין אלא יתן גט בלא תנאי והבטיחהו לעשות כן ונתן גט סתם וע"ז השיב דאע"ג דנראה דקפיד בהכי מ"מ לא כפליה לתנאי כו' ומכ"ש שכבר הוציאו מלבו ואמרו לו שלא יתלה כו' וסמך על הבטחתם וה"ל לאתנויי בשעת נתינה כו' והא נמי להא דמיה:

ועוד נראה דבנ"ד ממ"נ אם אזלינן בתר מחשבתו ומה שבלבו וכנראה מדברי התוס' בשבועות דף כ"ו שחילקו בין ת"ח לע"ה דבע"ה שדינין ליה במשקר והחמירו שלא יקל ראש בנדרים ואמנם התוס' בפסקים והר"ן בקידושין והרשב"א בנדרים ובשבועות חולקים ע"ז וכן דעת הריטב"א וכן מוכרח לע"ד מסוגיא דקדושין ואין להאריך שאף לפי דעת התוספות לא שייך לומר שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא שהרי אומר שמעולם לא היה בלבו לגרש לכשיבריא רק שאמר כן לאיים על חותנו ואם לא אזלינן הרי אמר שלא יהא גט אבל מכל מקום יש לעיין בנ"ד ומתחלה אבאר מה שנלע"ד לתמוה לכאורה לפמ"ש התוס' בכריתות ר"פ אמרו לו שהקשו בההוא דאמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מחייב דהיאך מחייב ר"מ הא חייבי חטאות אין ממשכנין אותם והוא מרצונו לא יביא ותירצו דהתם שאני דלא ניחא ליה בכפרה משא"כ כאן דניחא ליה

אלא שסבור שאינו חייב כפרה ממשכנים וכוונתם מבוארת דבכל חייבי חטאת אפשר דאע"ג דהשתא אינו רוצה וישהה איזה זמן מ"מ לא יפשע שלא להביא לגמרי וכשישים על לבו יביא משא"כ כאן שלפי דבריו אינו מחויב כלל ולעולם לא יביא והשתא תימא דהא בב"ב דף מ"ח הקשו התוס' אהא דמייתי מיקריב הא ר"ה תלוהו וזבין קאמר תלוהו ויהיב לא קאמר והך תלוה ויהיב הוא ורוצה ר"י לתרץ דכיון שהוא מחויב כפרה תלוהו וזבין חשבינן ליה:

והשתא בהך דאמרו לו תיקשי ממ"נ למה ממשכנין אם יודע שמחויב כפרה רק שמשקר במזיד א"כ הוי כשאר חייבי חטאת דאין ממשכנין דכשישים על לבו יביא וע"כ כמ"ש התוספות דלכך אין ממשכנין לפי שהוא סבור שאין מחויב כפרה אם כן שוב הו"ל כתלוהו ויהיב ומאי מהני כפיה. ולכן נלענ"ד ליישב שהמפורשים הקשו דמ"ט בתלוהו ויהיב או בגט מעושה אינו כלום הא קי"ל דברים שבלב אינם דברים ותי' הריטב"א בקידושין דדוקא דברים שבלב בלבד אינם דברים. משא"כ היכי שהם דברים שבלבו ולב כל אדם שכל העולם יודעין שהדבר כן משום אומדנא דמוכח שפיר הוי דברים ולפ"ז א"ש בההוא דר"מ דשפיר ממשכנין דהרי אנן מספקינן אם שקורי משקר במזיד או שמא הוא שוגג וסובר שא"צ כפרה הלכך שפיר כייפינן ליה אולי יתעצל מלהביא דשמא ליביה אנסיה וסובר שלא אכל ואפ"ה שפיר מהני כפיה אע"ג דשמא בליביה לא ניחא ליה והוי כתלוהו ויהיב ז"א דהוי דברים שבלב וא"ל דהוי דברים שבלבו ולב כל אדם ז"א דאדרבא בלב כל אדם הוא להיפוך שמאמינים להעדים שאומרים בבירור שאכל רק אשתמוטי משתמיט מלהביא קרבן ולכך הוא משקר וכיון שאומר רוצה אני אז בלב כל אדם דודאי גמר למיקני גם בלב וא"כ אף אם האמת אינו כן רק ששוגג הוא וא"כ לא גמר למיקני מחמת אונס מ"מ רק בלבו הוא כן אבל כל אדם כסבורים הם שניחא ליה ודברים שבלבו אינם דברים וא"ל דאכתי תיקשי למאי דבעי הש"ס למימר דדברים שבלב הוי דברים והתם טעמא משום דאנן סהדי דניחא ליה דתהוי כפרה א"כ אכתי תיקשי מ"ט מחייב ר"מ הא התם לא שייך אנן סהדי כו' כיון דסבר דא"צ כפרה כלל וגם א"ל משום דברים שבלב דהא השתא קיימינן דהוי דברים וא"כ דילמא בלביה לא ניחא ליה וכן קשה בהך דמייתי התם הבא לי מן החלון כו' ודחי דילמא שאני התם דלפטרא נפשיה מקרבן קאתי והלכך חשדינן ליה במשקר:

וקשה מה בכך דמשקר הא חייבי חטאת אין ממשכנין אותם כקושית התוספת בכריתות וא"כ קשה ממ"נ אם האמת אתו הרי פטור מקרבן למאי דס"ל דהוי דברים ואי משקר א"כ למה ממשכנין. ולענ"ד נראה ליישב דבאמת איכא ב' קראי דכופין חד' אמר ולא אפריש

וחד' אפריש ולא אקריב והא שכופין אותו להפריש לא נפקא מיקריב רק מועשית והתם לא כתיב לרצונו כלל ואם כן שפיר מחייבין ליה להפריש עכ"פ ולא הוי כתלוהו ויהיב משום שהוא מדינא כמ"ש התוס' שם בב"ב ועכ"פ מבואר ממ"ש שיש חילוק בין דברים שבלבו בלבד ובין מה שבלבו ובלב כ"א וכן מבואר בח"מ סי' ר"ז ובדוכתי טובא דבאומדנא דמוכח דברים שבלב נמי הוי דברים וא"ל דהיכא דמשמעות הלשון הוא בהיפך מכוונת לבו לעולם לא הוי דברים אף באומדנא דמוכח ז"א דהא בתלוהו ויהיב קי"ל דאינו כלום וכבר כתבתי דטעמא משום דאומדנא דמוכח הוא ואע"ג שאמר רוצה אני בהדיה לא מהני:

איברא שיש לחלק שאני התם דאנן סהדי דלא גמר והקנה כיון דאנוס הוא משא"כ היכא שהדבר ברצון כדת אין אונס ולא שייך הקנאה בכ"ד מהיכי תיתי ניזיל בתר איפכא ולתפוס עיקר מה שבלבו ולא מה שבפיו וכן מבואר בשו"ת הרשב"א סימן תל"ז דלעולם אזלינן בתר משמעות לשונו ולא בתר מחשבתו כלל איברא שצ"ע לפמ"ש הר"ן בקידושין בשם ר"ת דההוא דמס' כלה בעובדא דר"ע שהיה נשבע ומבטל בלבו היינו לפי שאמרו לו היאך אתה מגיס דעתך לחלוק על רבותיך וכן הנצרך לברר ולהוכיח שהוא כדבריו הוי כעין אונס ודמי להיא דנודרין להרגין וכיוצא בזה כתבו התוס' בנדרים דף כ"ח א"כ י"ל דנ"ד נמי להא דמיא שלפי שאמרו לו שא"א לשנות נוסח נתינת הגט לא היה יכול לעבור על דעתם ולומר סתם והוי כפירש:

ואמנם הרמב"ן שם חולק ע"ז וס"ל דגם התם הוציא בשפתים בלחש אבל בתר מחשבתו לא אזלינן ואף להר"ן יש לחלק ולומר דלא דמי לדהכא כיון שכאן הגילוי דעת היה קודם הנתינה ובשעת הנתינה אמר להדיא לא יהא גט ואפ"ה אם הוי דייניו ליה כגילוי דעתה נמי לאו כלום הוא דאפילו למ"ד מילתא הוא הא אינו רק לבטל הגט ולא לקיימו ומכ"ש דקי"ל כמ"ד לאו מילתא הוא ועיין בשו"ת זקיני הגאון מהר"מ מלובלין סימן קכ"ב ובשו"ת ב"ח החדשות שנדפסו ע"י ע"ש סימן צ' וצ"א ובמקום אחר הארכתי בזה ופה אקצר ומ"ש הטור בסימן קל"ה בשם הרמ"ה דדווקא באמר לעדים מעיקרא שלא בפני האשה ראו גט שאני נותן לאשתי אז אע"פ שאמר לה כנסי שט"ח זה לא אמרינן שביטלו אח"כ משא"כ באמר לעדים מתחלה בפניו דלא שייך משום כסיפא אמרינן דודאי בטולה בטליה כו' ע"ש זה מורה ג"כ כמ"ש ובנ"ד בגמר דבריו נתפס והגט אינו כלום ועיין בשו"ת פנים מאירות סימן הנ"ל ובשו"ת שב יעקב הנ"ל מה שהשיב המחבר שם באופן שנראה שבנ"ד אין לחוש וכתבתי כ"ז ע"פ הנוסח שסדרתי ע"פ אופן המעשה בשאלה כפי הרשום בזכרוני מהג"ע שהובא לי אשתקד ונאבד ממני ואולי היה המעשה

בשינוי ממ"ש ותשובתי סובבת על אופן המעשה המסודר בשאלה לבד ומעתה אבא לבאר שאר צדדי ההיתר:

גלוי וידוע הסכמת הפוסקים רובם ככולם דבדאורייתא קי"ל אין ברירה ובדרבנן יש ברירה וטעמא דמלתא משום דמספקא לן אי יש ברירה או לא הלכך בדאורייתא מחמירינן למימר אין ברירה ובדרבנן מקילינן ואמרינן יש ברירה ומה"ט פסק הרמב"ם בפ' מה' גירושין דאם אמר לאיזה שארצה אגרש הוי ספק גירושין וכן ביאר הר"ן ריש פרק כל הגט ואי הוי אמרינן אפילו בדאורייתא אין ברירה אפילו ריח הגט אין בו כמבואר שם דרב אסי אמר כולם פסולין חוץ מן האחרון ופרש"י דלחומרא אמרינן יש ברירה ור"י אמר אף אחרון אינו פוסל ומותרת לכהונה משום דס"ל אין ברירה ולפ"ז אם נאמר אין ברירה אף לקולא אין כאן מקום לחוש אבל אם נימא דיש ברירה א"כ הוי כשאר תנאי שאם נתקיים התנאי ה"ז גט ואם לאו מותרת לבעלה כהן כדין שאר גט על תנאי ולא נתקיים ולפ"ז אם היינו צריכין לדון בענין שתיכף שעמד מחליו פירש שיחתו שאינו רוצה בגט לא היה מקום לספק דבין אם יש ברירה או אין ברירה אתתא שריא לבעלה וזה פשוט אך הדבר קשה כאן לפי שכשעמד מחליו ולא גילה דעתו ואיכא לספוקי אי מהני מאי דקאמר השתא לא ניחא לי והנה גבי ע"מ שירצה אבא שלש מחלוקת בדבר אם היינו ע"מ שיאמר או ע"מ שישתוק או ע"מ שלא ימחה וכ' הב"ש באה"ע סימן ל"ח שיש לחוש לכל הפירושים לחומרא ע"ש בשם רי"ו וא"כ גם כאן אם היינו אומרים יש ברירה א"כ כיון ששתק ולא גילה דעתו שאין רצונו בגט חל הגט אם נימא דע"מ שירצה היינו ע"מ שישתוק אבל אין ברירה אף לקולא אין הגט כלום:

ואולם לכאורה אין כאן צד להקל אף אם היינו אומרים אין ברירה דא"כ גט ש"מ היכי משכחת לה הא מבואר בש"ס דבברירה תליה מלתא וכבר נתחבטו הגאונים קמאי ובתראי בזה בשלמא לשיטות הפוסקים דס"ל דדווקא במהיום דמה היא באותן הימים מוכח ברירה ה"ט דאין כאן שעה מבוררת שיחול הגט וא"כ למאי דנהיגינן לומר מעכשיו אין כאן ברירה אבל באמת דעת הפוסקים שאבאר לקמן דבמעכשיו הוי נמי כאומר מעת שאני בעולם ועוד דלרש"י תלוי בברירה מטעם אחר דכיון שאין התנאי תלוי רק במי שחייו ומותו תלויין בידו וכן הסכימו התוס' מההוא דע"מ שירצה אבא דתלוי ליה הש"ס בברירה וא"כ גט ש"מ מ"ט מהני כלל והפני יהושיע יהיב בה טעמא בפרק מי שאחזו ודבריו צ"ע:

והנה הרמב"ן כתב דדווקא במתנה על שני דברים שייך ברירה אבל במתנה על דבר אחד לא ובהכי א"ש ההוא דאתקון שמואל בגיטא דש"מ וההוא דע"מ שירצה אבא כיון

שהרצון עשוי להשתנות שפיר אנו צריכין לברירה ולכאורה צ"ע על דבריו מהא דב"ק דף ס"ט גבי כל שילקטו העניים היום יהא הפקר אמרינן דתלוי בברירה אע"ג דאינו מתנה אלא על דבר אחד ואינו תלוי ברצון רק במעשה דבכה"ג א"צ לברירה וצ"ל דה"ט משום דכיון דלא הוברר איזה פירות ילקטו יותר מדינם שעל אלו כוונתו שיהא הפקר וכשלקטו אנו צריכין לומר הוברר הדבר שעל פירות האלו חל ההפקר מתחלה וכמו בב' לוגין שאני עתיד להפריש ולפ"ז לא היה צריך הרמב"ן לומר דהא דאמרינן בעירובין הריני מערב לכל שבתות השנה רציתי אלך דתלוי ברירה משום שתלוי ברצון ובפשיטות הו"ל למימר כיון שאנו צריכין לומר הוברר על איזה שבת דעכשיו שרוצה הוברר הדבר שעל שבת זה קנה לו עירובו בין השמשות ורש"י בב"ק שם כ' דכי לקטן אמרינן הוברר כו' ואע"פ שאין בעה"ב יודע בשחרית שמא לא ילקטו יתר על דינם נראה שכ"כ כדי שלא תיקשי דהא דמי לתנאי וכן כ' שאין בעה"ב יודע כו' וכיון שאין דעתו סומכת שיתקיים אדרבא טפי הוי ניחא לן שלא ילקטו יותר לא דמי לתנאי ולפמ"ש א"צ לזה דשפיר תלוי בברירה לענין הפירות איזהו פירות היו עומדין להיות הפקר:

והנה להרמב"ן הא דבר"פ כל הגט אמרינן מהא דלכי מייתי הוי גיטא מוכח דיש ברירה ה"ט דכיון דמיירי באומר מעת שאני בעולם אין השעה מבוררת לידיעה וצריך ברירה ולפ"ז בנ"ד לשיטת הרמב"ן נמי הוי אמרינן יש ברירה כיון שהוא על דבר אחד ואע"פ שתלה הדבר ברצון כ' הרמב"ן שם דלמ"ד ע"מ שירצה היינו שלא ימחה לא שייך ברירה ויבואר לקמן אי"ה טעמא דמילתא איברא שהרמב"ן לא כתב זה דמתנה על דבר אחד לא שייך ברירה לדבר ברור והעלה בצ"ע טעמא דמלתא דנהגין בגט ש"מ ואע"ג דהרמב"ן במי שאחזו גרס כגירסת הרי"ף וחכמים אומרים מגורשת לכל דבר ובכל הגט כ' דלמ"ד מגורשת לכל דבר א"כ הא דאומר מהיום אינו כאומר מעת שאני בעולם והוי שעה מבוררת שחל מיד ואע"ג שתלה התנאי במיתה לא תלי בברירה כיון שמתנה על דבר אחד אפ"ה סיים הרמב"ן שצ"ע ובדיקה בדברי הגאונים ז"ל והנה התוס' כתבו דבדבר העומד להתברר כגון בגט ש"מ שבודאי יתברר אם יחיה או ימות יש ברירה וכ"כ המרדכי בפ' מי שאחזו בשם ספר התרומה דמה"ט נהוג גבן גט ש"מ ולא חיישינן לברירה וכ"כ הר"ן שדברי התוס' מחוורין יותר וגם ביש"ש ב"ק הסכים לזה ומבואר מדבריה' דלאיזה שארצה אגרש לא חשיב עומד להתברר דשמא לא ירצה לגרש שום א' מהם ובב' לוגין דחיישינן שמא לא יבא לידי הפרש' לעולם וכן גבי מעשר מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס דאמרינן שמא לא יעלה לעולם וא"כ אינו עומד להתברר ולפ"ז בנ"ד נראה דלא חשוב עומד להתברר כיון דעכ"פ איכא תנאי דאם ימות יהא גט ואם לא ימות יהא

כמו שירצה וא"כ התנאי דאם לא ימות אינו עומד להתברר בודאי דשמא ימות ויהא גט בלא"ה ואנחנו לא נדע אם לא היה מת אם היה מתרצה או לא וכיון שאינו עומד להתברר בודאי תלוי בדין ברירה ודווקא לענין גט ש"מ שעומד להתברר אין תלוי בברירה:

ונלענ"ד ראיה לדברי ממ"ש אא"ז מהרש"א בגיטין דף ק"ה ע"ב ד"ה ר"י שכתב דהתוס' אזלי לשיטתם שפירשו לקמן לר"י דמוקי לה במי שאחזו באומר מעת שאני בעולם ולא בדרך תנאי אם ימות או אם לא ימות אלא שעה א' קודם מיתתו יהא הגט חל ואותה שעה אינה מבוררת והשתא אין כאן דבר עומד להתברר בודאי אם יחיה או ימות כמו לר' יוסי כו' והפני יהושיע תמה בזה ומסיק דגם זה עומד להתברר וכ"כ בפ' מי שאחזו דגם השעה עומד להתברר דכשמת אנו יודעין שהרגע הסמוכה למיתה היא השעה שראוי הגט לחול וכמו שהמיתה מתבררת כן השעה מתבררת ולענ"ד שהדין עם אא"ז בזה ושפתיו ברור מללו שאין זה עומד להתברר בודאי דאנן בעינן שאותו הספק שמתברר לנו עתה היה מתחלה ראוי להתברר בודאי וכאן. אין השעה ראוי להתברר בודאי דשמא לא ימות כלל וכיון שאפשר שיהיה נולד ענין שלא יהא הספק שראוי להסתפק עתיד להתברר תלוי בברירה וכן מורים לענ"ד דברי מהרש"א במי שאחזו שכ' בדף ע"ג ע"ב ד"ה תנא כתב שלא רצו להקשות על רש"י מלא מת כלל דזה יתברר בודאי אם יחיה או ימות אבל אם מת או לא מת מאותו חולי אפשר דלא יתברר לעולם אם ימות מחולי זה או לא והיינו כמ"ש דשמא לא ימות כלל אלא שמ"ש דמדברי ר' יוסי דס"ל ג"כ דשמא חל מעת שהוא בעולם כמ"ש התוס' שם בזה הדין עם הפ"י ואין להאריך עוד שלענ"ד דברי התוס' תמוהים דלמה נאמר כיון שאין השעה מבוררת וידיעה צריך ברירה דל"ד לב' לוגין דהתם אנו צריכין לומר שעתה בשעת שתיה עומד לכך שאלו הב' לוגין שנפרשו היו עומדים לכך מתחלה משא"כ הכ' דאין אנו צריכין לומר דבשעת הנתינה הוברר שהיה ראוי למות משעה זו דשעת נתינה אינה מעלה ומורדת כיון שעיקר חלות הגט אינו עתה וא"כ אין זה ברירה כלל רק גילוי מילתא בעלמא דכשמת אמרינן דאגלאי מילתא למפרע שרגע זו היתה סמוכה למיתה שבה היה ראוי לחול הגט וכיוצא בזו היה נראה מהתוס' בביצה דכל שבודאי עתיד החכם לבוא לרוח זה הוי כאילו כבר בא חכם דהוי גילוי מילתא אם לא היכא שיכול לבא מתוך התחום לשני הרוחות שכיוצא בזה כתב הפ"י במי שאחזו אלא שכתב דזה הוי דבר העומד להתברר ולענ"ד כמ"ש דל"ש בזה ברירה כלל דגילוי מילתא בעלמא הוי. וגם מ"ש שם לתרץ דברי רש"י דלכך בימים שבינתיים מגורשת ואינה מגורשת משום דאין ברירה הוי הטעם משום שאין זה עומד להתברר. לא ידעתי הא אחר רגע זו הדבר מתברר שלא חל הגט עדיין שלא היתה רגע

הסמוכה למיתה וגם הוא גילוי מילתא וכמ"ש וצ"ע לפום ריהטא ואין הפנאי מסכים כראוי לעיין:

ועכ"פ אני לומד מדברי אא"ז הנ"ל דכל כה"ג מיקרי דבר שאינו עומד להתברר וה"נ בנ"ד. איברא דלכאורה יש לחלק דהתם שפיר י"ל שמא לא ימות ולא יבוא הספק לידי בירור משא"כ כאן אין לומר שמא ימות ויהא גט בלא"ה ולא יתברר אם לא ימות היאך היה רוצה משום דלא חיישינן לזה כדאיתא בגיטין דף כ"ח דאפילו זקן או חולה נותנו לו בחזקת שהוא קיים. אבל ז"א דמבואר שם דלשמא ימות חיישינן א"כ בשעת מעשה אינו עומד להתברר ושפיר תלוי בברירה:

והנה לפי דעת מהרש"א דזה אינו עומד להתברר א"כ לפי דעת הפוסקים דסבירא להו דמעכשיו הוי נמי כאומר מעת שאני בעולם א"כ אין תי' התוס' מספיק לומר דמשום כך מהני גיטא דש"מ ונ"ל דס"ל כמ"ש דזהו גילוי מילתא לבד ולא נשאר לנו רק לומר דתלוי בברירה משום טעמא דרש"י שאין התנאי בידו זהו עומד להתברר אמנם לולי דברי רבותינו הייתי אומר לתרץ דלא תיקשי מהך דמה הוא באותן הימים אהא דאתקין שמואל בגיטא דש"מ ממילא א"ש מנהגא. ומתחלה אבאר שנלפע"ד דל"ש ברירה אלא אם מתחדש בדבר ענין שלא היה עד עתה שצריכין אנו לומר הוברר שכן היה מתחלה כגון הרי זו גיטך אם מתי מחולי זה שכיון שתלה הגירושין במיתה והוא ענין שלא היה כן עד עתה בזה צריכין אנו לומר הוברר הדבר שמתחלה הי' עומד להיות כן משא"כ כשהתנאי הוא על אופן שלא יתחדש דבר אין אנו צריכין לברירה כלל וכן מבואר בשאגת אריה שאביא דבריו לקמן דכל שהתנאי בשב ואל תעשה כגון באם לא תמות וכה"ג ל"ש ברירה אלא שהביא ראיה מדברי הרמב"ן שכתב אמרינן ע"מ שירצה אבא היינו שלא ימחה אינו תלוי בדין ברירה לזה יש לדחות ולומר דכוונת הרמב"ן הוא לשיטתו שם דבמתנה על ד"א ל"ש ברירה רק ברצון שהוא מסור ללב וזהו דוקא אם בעינן שיאמר אין שזהו תלוי ברצון אבל בע"מ שלא ימחה אין תלוי ברצון וכל שלא מיחה נתקיים התנאי מ"מ מצד הסברא נראה כמ"ש ולפ"ז י"ל דהא דמתנה אם לא מתי לא יהא גט ר"ל שיתבטל הגט כמבואר ר"פ השולח דכל לשון להביא שפיר הוי ביטול הגט:

ולפ"ז גבי הא דמה הוא באותן הימים שתלה גוף הגירושין במיתה שאומר ה"ז גיטך אם מתי מחולי זה כיון שאין הגירושין חלים כלל אם לא שיתחדש ענין המיתה וזה אין בידו שפיר תלי' בברירה משא"כ הא דאתקין שמואל דהכא קאמר לה אם מתי יהא גט ר"ל ישאר גט זה בתוקפו כבראשונה ואם לאו לא יהא גט ר"ל שיהא הגט בטל נמצא שאין התנאי בגירושין רק בביטול הגט וה"ז כמבטל גט ע"ת אם מתי לא יהא בטל ואם

לא מתי יהא בטל ובזה ל"ש לומר אין ברירה ולא נתבטל הגט כלל ז"א כיון שתלה התנאי מהביטול באם לא ימות אלא יעמוד חי וכל כה"ג שהוא שב וא"ת ל"ש ברירה כלל וא"ש נמי מה שהקשו התוס' דשמואל אדשמואל דהא שמואל לית ליה ברירה בס' ביצה ולפמ"ש ניחא:

ואמנם זה נכון לדעת הרמב"ם וסייעתו שיכול לבטל גופו של גט אבל לדעת התוס' וסייעתו צ"ע כיון שגופו של גט אינו יכול לבטל אם שייך לומר שמבטל הנתינה מתורת גירושין ולפי"ז לכאורה בנ"ד אם נפרש הרצון שלא ימחה וישתוק א"כ אין ברירה כיון דשב וא"ת הוא אלא שמהתוס' מוכח דאף בע"מ שלא ימחה שייך ברירה שהרי בגיטין ובעירובין הקשו אהא דמסיק ר' יוסף דלר"ש אין ברירה הא בההוא דע"מ שירצה אבא ס"ל לר"ש ברירה והוצרכו לומר דרב יוסף סבירא ליה לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים ואם איתא נימא דר"י לשיטתו בקידושין דף ס"ג דסבירא ליה דע"מ שירצה היינו שלא ימחה א"ו סבירא ליה דאף בשלא ימחה שייך ברירה ואפילו תימא דלא שייך ברירה י"ל טעמא כמ"ש הפ"י בקידושין דבלאו ברירה נמי אמרינן דמסתמא אם היה יודע לא היה מוחה וא"כ אפשר שזהו טעמא של הרמב"ן ג"כ אבל בנ"ד שתלה הדבר ברצון לא שייך זה ושפיר תלוי אי יש ברירה או אין ברירה אף אם נימא דהוי ע"מ שלא ימחה ומכ"ש אם נימא דהוי ע"מ שיאמר אין דאז אפילו אם יש ברירה אין לחוש כיון דלא אמר אין בשום פעם:

אמנם לכאורה צ"ע דמ"מ יש מקום לאסור שמא בשום פעם יאמר אין וכמ"ש בפוסקים במקדש ע"מ שיאמר אין או ע"מ שירצה אליבא דהרמב"ם וסייעתו אף שלא אמר אין מקודשת מספק דכיון שהתנאי בקום ועשה לא נתבטל לעולם ויש לחוש שלא יאמר אין אבל באמת הא ליתא דדוקא התם שתולה בדעת אחרים ואין בידו לקיימו חששו לזה משא"כ בנ"ד שתלה בדעת עצמו דבודאי לא יקלקל עצמו כמבואר באה"ע סי' קמ"ג בתנאי שבידה לקיימו בשב וא"ת מותרת להנשא ואין חוששין שמא תבטלנו שבודאי לא תקלקל עצמה ואפי' למאי שהביא שם בסט"ז דעת הרשב"א וסבירא ליה דאף בכה"ג לכתחלה לא תנשא לא קאמר אלא משום חומרא דא"א כמבואר בדברי ה"ה פ"ח מהל' גירושין דשהא תעבור על התנאי ונמצא גט בטל ובניה ממזרים (אמנם ברשב"א פ' המגרש מבואר דאיכא סברא להיפוך דמתוך חומרא א"א מזדהרין טפי ע"ש) ועוד דאפילו התם היינו דלכתחלה לא תנשא אבל בדיעבד עכ"פ לא תצא והכא כדיעבד דמי ועוד שדעת הרבה פוסקים בסוף סימן קמ"ד דאף באומר מעכשיו או ע"מ כ"ז שלא נתקיים התנאי והוא בידם שיתקיים או לא יתקיים אם נתרצו שניהם יכולין לבטל הגט

ולדעת הבעל העיטור הבעל לבדו יכול לבטלו ואפילו להמחמירין שם יש להתיר כאן מטעמי' הנ"ל ולשיטת הרמב"ן דס"ל דהיינו ע"מ שלא ימחה לכאורה גם כן כל אימת שמוחה נתבטל הגט ואע"ג דגבי ע"מ שישתוק מיד ששתק נתקיים התנאי ולא הוי כתנאי דשב וא"ת כיון שהוציאו בלשון מעשה כמ"ש הר"ן מ"מ אם נימא דע"מ שירצה היינו שלא ימחה דינו כשב וא"ת ממש אף ע"ג שהוציאו בלשון ריצוי וכיון שמוחה פעם אחת נתבטל הגט:

איברא דהא ליתא דלהרמב"ן ודאי אי אינו יכול לבטל הגט במחאה דהשתא בנ"ד שאמר אז איך וועל גזונד ווערין כו' דהוי כקובע זמן לתנאי וכוונתו לתחלת הזמן שיעמוד מחליו וכל תנאי דאם לא מתי מיד שעומד מתבטל הגט כמבואר בסימן קמ"ה וכן בכל דוכתי אמרי' דכוונתו לתחלת הזמן שמתנה עליו וא"כ כיון שבתחלת הזמן לא מיחה אף שאומר אח"כ איני רוצה אין בו מועיל כמו באומר ע"מ שלא ימחה אבא בתוך שלשים יום הוי מקודשת וה"ה הכא הוי גט וכן לשיטת הרא"ש והטור מיד ששתק נתקיים התנאי אבל להרמב"ם והרשב"א פשיטא דאין מקום לגט לחול אם יאמר אח"כ אין דכיון דבתחלת הזמן לא אמר אין אף שאמר אח"כ אין לא מהני כלל כיון שלא נתקיים התנאי כמו שהתנה וא"כ אף בלא הטעמים שכתבתי לעיל שריא לנו לשיטות הרמב"ם והרשב"א:

ועוד דבלא"ה כתב הכ"מ והב"י דלהרמב"ם אחר שעת שמיעה אנו הולכין ואם שתק אז אף אם אמר אחר כך אין לא מהני והפני יהושיע נתן תבלין לדבריו דכיון דמוכח מגיטין דטעמא דמלתא משום ברירה אם כן ע"כ דבשעת שמיעה תליא מילתא דאההוא שעתא שייך למימר הוברר הדבר שכן היה דעתו אלו שמע בשעת קידושין ע"ש שמחמת סברא זו האריך לתמוה על הפוסקים דס"ל אף במיחה בשעת קידושין מהני מאי דאמר אח"כ אין. ובאמת נלפע"ד ליישב דהא דאמרינן דע"מ שירצה אבא תלוי בברירה אין הטעם דאמרינן הוברר אלו ידע האב בשעת בעילה היה מתרצה דכיון דאז לא ידע האב כלל ס"ל דלא שייך ברירה וקצת משמע כן מעירובין דף פ"ב הודיעוהו ולא הודיעוהו קתני וכבר הבאתי ראיה זו בקונטרס אחרים שלנו לשו"ת ב"ח החדשות ע"ש ואף ע"פ שיש לדחות ולחלק דהתם אע"ג שנימא שהוברר אלו ידע היה מתרצה מ"מ השתא מיהת לא כיון לקנות שביתה רק במקומו משא"כ כאן שהבן יודע שהאב אינו יודע רק שמתנה שיהיו הקדושין באופן שיהא לאב לרצון וכמ"ש לקמן הלכך כיון שהוברר שאלו ידע היה מתרצה סגי מ"מ נראה בדעת הפוסקים הנ"ל דסבירא להו דבאמת אין אנו צריכין לדין ע"י כלל אם היה יודע בשעת בעולה או היה מוחה דלא איכפת לן בהא כמו באם אמר לאיזה שארצה אגרש שהרי לפנינו שעתה הוא מסופק ופוסח על

שתי הסעיפים אלא כך אנו דנין על המעשה אם הוא לעמוד ולהתקיים ע"י שיתקיים התנאי או לא והיינו דאמרינן ברירה שמעתה הוברר הדבר שמתחלה לכך היה עומד שתתקיים המעשה והלכך בע"מ שירצה שהוא תנאי בלבד כיון שנתרצה עכשיו אמרינן שהוברר הדבר שמתחלה היה ראוי שתתקיים התנאי ע"י שיאמר אין. והשתא שפיר כתבו דאעפ"י שמתחלה מוחה מ"מ הוא הטיל התנאי בקום ועשה שיאמר אין וכיון שאמר אין אח"כ ג"כ מתקיים התנאי ושפיר הוברר הדבר שמתחילתו היה התנאי עומד להתקיים והמעשה קיים. אמנם רש"י בגיטין כתב דאמרינן הוברר הדבר שמשעת בעילה רצה האב ולדידי' באמת צ"ל דכל שמוחה פעם אחת תו לא מהני אין וכדעת קצת פוסקים אבל לשאר פוסקים י"ל דס"ל כמ"ש וגם מה שתמה הפ"י עוד שם דלהרמב"ם וסייעתו דבעינן שיאמר אין איך פסקו להך מתני' כיון דקי"ל בדאורייתא אין ברירה ולהפוסקים דע"מ שישתוק ניחא דאף בלא טעמא דברירה אמרינן כן דאלו ידע היה שותק וכמ"ש התוס' דשאני מחוסר שתיקה ממחוסר אמירה ע"ש:

נראה לפענ"ד דס"ל להרמב"ם דבתנאי ע"מ שיאמר הן אינו תלוי בברירה כלל דאפילו אי אמרינן יש ברירה הוברר הדבר שאלו ידע היה אומר הן מ"מ השתא מיהא הא לא ידע ולא אמר הן בשעת מעשה א"ו דהא ליתא שהרי לא התנה שיאמר הן בשעת מעשה רק התנה שיאמר הן כשישמע ואם כן מה לנו לדין אלו היה יודע בשעת מעשה אם אומר הן כיון שנתקיים תנאה שהתנה סגי. ומה בכך שאין התנאי בידו. והא דקאמרינן דע"מ שירצה אבא תלוי בדין ברירה היינו אם נימא דהיא ע"מ שישתוק ולהך מ"ד מפרשינן ע"מ שירצה אבא הוי כאומר שמקדש באופן אם הם לרצון לאביו וע"מ שירצה אינו לשון עתיד אלא לשון הוה הלכך בעינן שיתברר הדבר למפרע בשתיקתו דעכשיו אנו דנין שמסתמא הם לו לרצון ואלו ידע בשעת מעשה גם כן היה מתרצה בהם משא"כ אם נאמר דהיינו ע"מ שיאמר הן אם כן ע"כ תנאי דלהבא הוא כאומר כתנאי שאם ישמע יאמר הן והוי כתנאי דע"מ שתתן לי מאתים זוז ואע"פ שאין בידו. ולקמן אכתוב אי"ה ישוב אחר בשיטת הרמב"ם, ומעתה כיון דהך מילתא אי ע"מ שירצה היינו שיאמר אין או שישתוק או שלא ימחה תליא באשלי רברבי אם כן יש כאן מקום להתיר אשה זו לבעלה משום ספק ספיקא חדא דדילמא אין ברירה ואת"ל יש ברירה דילמא בעינן דווקא שיאמר אין וכיון שלא אמר אין הרי לא נתקיים התנאי ואין כאן גירושין כלל ושפיר הוא מתהפך דילמא בעינן דוקא שיאמר אין ואפילו תימא דבשתיקה סגי דלמא אין ברירה דבעל מנת שישתוק נמי אמרינן אין ברירה:

אולם אני אדרוש לפי מ"ש מהרש"ל ביש"ש בב"ק בדיני ברירה בשיטות הרמב"ם דאין ברירה בדאורייתא אפילו לקול' ולא משום ספק וראייתו מהא שפסק הרמב"ם גבי אחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל ולא אמרינן המע"ה ומהא דפסק הרמב"ם גבי מעשר שאם חלקו אפילו גדיים נגד גדיים אמרינן אין ברירה ופטור ממעשר בהמה והלכך מ"ש הרמב"ם גבי לאיזה שארצה אגרש הוי ספק גירושין הוא ט"ס דהא אין ברירה דאפילו נימא לקולא אלא דריח הגט מיהא הוי ע"כ דבריו בקצרה ולפי זה לשיטות מהרש"ל אין כאן ס"ס דאפילו נימא דאין ברירה ריח הגט מיהא הוי:

ודאתאין עלה צריך אני לבאר דברי מהרש"ל שהב"ש והפ"י השיגו על מהרש"ל דטעמא דמחזירין ביובל משום מצות ויובל הוא וכן בג"פ כתב דאישתמיט ממהרש"ל הא דקאמר ואי אשמעינן שדה ה"א לחומרא אלמא דלא אמרינן המע"ה וז"א לענ"ד דודאי מהרש"ל לא העלים עיניו מניה בעידנא דעסיק ביה ומפרש לפירש"י דהא דמקיים מצות יובל והדר שקלי כדמעיקרא. ומ"ש הפ"י לפרש גם הרמב"ם כוונתו כן דמחזירין לקיים מצות יובל לבד ובזה כתב הפ"י סוף פ' השולח לפרש דברי הרמב"ם שכתב האחים מחזירים זה לזה חלקו ביובל לא תבטל חלוקתן מכמות שהיתה דהיינו שכ"א מחזיק משא"כ בבכור ובמיבם אשת אחיו שפיר כתב הרמב"ם דמחזירין לגמרי דמתנה קרי' רחמנה ומתנה חוזרת ביובל ומשיג על ברכת הזבח דמפרש חלקו ביובל הוא מלתא באנפי נפשיה דליתא וכן ראיתי בספר מים חיים להפר"ח שמשיג על בה"ז בזה ואין נלענ"ד מ"ש הפ"י שיש חילוק בין אחין ובין בכור דבזה מחזירין לגמרי ובזה הדר שקלי' כדמעיקרא דהא הרמב"ם כתב וכן בכור משמע דחד דינא אית ליה ועוד שהרי בסוף פ' יש בכור אליבא דר"מ ור"א הוא דקאמר מתנה קריא רחמנא אבל רבנן ס"ל דירושה נינהו דמקיש חלק בכור לחלק פשוט וכן מבואר בפי' המשנה להרמב"ם ופסק כחכמים דהנך אין חוזרין ביובל ולפ"ז קשה איך פסק בחבורו דחוזרין ביובל לכן נלענ"ד ברור בכוונת הרמב"ם משום דבש"ס פריך התם אדרבי יוחנן דאמרי מחזירין ממתני' דקתני ואלו שאין חוזרין הבכור כו' ומשני מאי אין חוזרין אין חוזרין לבטלה ומפרש הרמב"ם דהיינו שאין מבטלין החלוקה לגמרי ויחזרו ויחלוקו שנית אלא החלוקה קיימת רק שמחליפין החלקים של זה לזה וכ"כ הכ"מ ובאמת אין חילוק בזה בין חלק בכור לחלק פשוט דגם בחלק פשוט אין מבטלין החלוקה רק שמחליפין וזהו כוונת הרמב"ם גם כן במ"ש לא תבטל חלוקתן מכמות שהיה ר"ל שאין חוזרין וחולקין מחדש ואולי יגיע לכ"א מחצה מחלק זה ומחצה מחלק זה דבאמת חלוקה ראשונה לא בטלה רק שצריכין להחזיר משום דלקוחות נינהו ושייך מצות יובל דאי הוה אמרינן ירושה הוא ויורש כי

האי נמי מהדר משום דמתנה קריא רחמנא א"כ היתה החלוקה בטילה לגמרי וצריך לחלוק מחדש וה"ט דר"א דס"ל כולם חוזרים ביובל וקאמר בש"ס דחוזרין לבטלה משום דמתנה ונקט הרמב"ם לישני דהש"ס לא תבטל כו' וזה ברור לענ"ד בדעת הרמב"ם. גם מ"ש הפ"י שם דמיושב עפ"י דבריו קושית התוס' שהקשו דילמא להכי קריא רחמנא בכור להחזיר ביובל דבריו תמוהים דקושית התוס' הוא להיפוך אם נימא דאין חוזרין מטעם זה דמתנה קריא דאליבא דר"מ מתנה אינה כמכר ואינה חוזרת ומבואר למעיין שם שאין דברי הפ"י מובנים בזה כלל:

ולפ"ז מוכח דדעת מהרש"ל דכיון דמחליפין לגמרי אמאי לא נימא המע"ה ומ"ש הפ"י ריש כל הגט לדחות עוד דל"ש המע"ה בקרקע שהיא בחזקת בעלים ואף על גב דלר"י ק"פ כקה"ג מ"מ לא הוי מוחזק כמו גבי משכיר ושוכר דבתר חזקת מרא קמא אזלינן. דבריו תמוהים דהתם ודאי אין לשוכר בגוף הקרקע כלום משא"כ כאן המוחזק יכול לטעון איני לוקח רק יורש שזהו חלק המגיע לי משעה ראשונה וגוף הקרקע שלי ואיני צריך להחזיר ואידך הוי המע"ה וגם בספר ג"פ כתב דלכך לא אמרינן כאן המע"ה משום דיורשי' אין נקראי' מוחזקים זה ע"ז כמ"ש ולכאורה פשט הדברי' נראין כמהרש"ל וגם מה שדחו הב"ש והפ"י והג"פ ראיית מהרש"ל ממעשר משום דאף אי ספיקא הוי ספיקא לאו בר עשורי הוא לענ"ד דבריהם תמוהין דודאי היכי שהספק בגוף הבהמה אם חייבת במעשר שפיר פטרינן ליה דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק משא"כ כשאין הספק בגוף הבהמה דאם יש ברירה בודאי חייבת במעשר אלא דאנן מספקא לן ספק דחסרון ידיעה הלכתא כמאן דכה"ג אית לן למיזל לחומרא כשאר כל ספק דאורייתא וראיה ברורה לזה מהא דאמרינן בבכורות דף נ"ז לגבי מעשר דס"ל לר' יוחנן אין ברירה ופטור ממעשר ואזדא ר"י לטעמיה דאמר מחזירין זה לזה ביובל וצריכא כו' ואי אשמועינן שדה לחומרא כו' אלמא דאי אמרינן דספיקא הוי לר"י היה לנו לחייבו במעשר דל"ש בזה ספיקא לאו בר עשורי הוא כמ"ש:

ותימה על הפ"י דבביצה דף ל"ט פריך וסבר ר"נ יש ברירה והתנן האחין והשותפין ע"כ וכתב הפ"י שם הא דלא משני דדוקא בתחומין דרבנן ס"ל לר"נ יש ברירה ז"א דלענין מעשר קול' הוא ואין סברא להקל בדאורייתא משום ברירה וסותר דברי עצמו שכתב בגיטין דבמעשר שפיר מקלינן מספיקא גם מ"ש שם דהא קלבון מדרבנן הוא ג"כ צ"ע דר"נ שם לא קאי רק אמעשר בהמה כדאמר אפילו חלקו גדיים כו' ולענין קלבון דווקא בחלקו בכספים תלי' מלתא וא"כ מנ"ל דלר"נ חייבין בקלבון ואע"ג דקאמר כשחייבין בקלבון כו' משמע דלא משכחת לה שיהי' פטור משניהם הא ליתא דבהדיא אמרינן

בבכורות פעמים שחייבין בזה ובזה פעמים שפטורין כגון חלקו בבהמות כו'. ועוד קשה דבעירובין קאמר רבא לר"נ מאן האי תנא דלית ליה ברירה בדרבנן כו' אשתיק ולימא ליה תנא דבי איו הוא לא שמיע ליה משמע דר"נ ס"ל יש ברירה בדרבנן גם אני תמה מ"ש הפ"י דמרש"י משמע דקלבון דרבנן ואמת שמשמע כן ממ"ש רש"י והטילו חכמים ב' קלבונות אבל צ"ע דבירושלמי דשקלים מבואר דר"מ דס"ל ב' קלבונות ס"ל דקלבון דבר תורה גם ק' דלמה נקט רש"י כר"מ ולא כחכמים דסגי בקלבון אחד וגם דלענ"ד אע"ג דלענין מעשר בחלקו גדיים אם נימא דיש ברירה הוי כתפיסת הבית לחייב במעשר מ"מ לענין קלבון דווקא כשעדיין לא חלקו כלל. אבל כיון שחלקו אפילו כספים נגד כספים אם חזרו ונשתתפו לא חזרה תפיסת הבית למקומם כן משמע לענ"ד בש"ס:

אבל ראיתי שאא"ז מהרש"א שם כ' ג"כ אהא דכ' רש"י במתני' דקסבר תנא יש ברירה להחמיר הקשה דא"כ תיקשי אדר"נ דס"ל אין ברירה להקל לפטור ממעשר בהמה וכתב די"ל דהו"ל חומרא דאתי לידי קול' לפוטרו מקלבון מבואר דס"ל דגם לענין קלבון תלוי בזה מ"מ במח"כ תירוצו לא נהירא לענ"ד דמ"מ איך נקל בספק דאוריי' דמעשר בהמה משום דילמא אתי לאקולי בקלבון ועוד דאטו ברוקי דאהדדי תפיתו ולגבי מעשר אית למיזל להחמיר דיש ברירה ולגבי קלבון איפכא וכולהו לחיובא. ואמנם קושיתו צריכה רבה וגם הפ"י הקשה בכיוצא בזה על ר"י דס"ל אין ברירה ממתני' דהכא והמפורשים כרגלי כל אדם היינו כרגלי הממלא דאם נימא כפרש"י ניח' לר"י דאיהו נמי מספקא ליה ולחומרא אמר אין ברירה ל"ש בדרבנן ול"ש בדאורייתא ולא להקל. ודבריו תמוהים דהא ר"י ס"ל בפרק כל הגט דאף אחרון אינו פוסל משום דס"ל אין ברירה אף להקל. ואולי י"ל לפמ"ש התוס' שם דשאני התם דכתיב וכתב לה א"כ י"ל דבעלמא מחמיר אבל אין נראה כך מהש"ס אלא דלר"י אין ברירה אף להקל וכן מוכח מהתוס' דב"ק שהקשו בדף ס"ט דמאי אולמא סתמא דשמעתין מסתמא דהלוקח יין ואם איתא הא באמת לר"י ספיקא הוי והתוס' שם בתרוצם הביאו ג"כ הך סברא דהא דאחרון אינו פוסל היינו משום וכתב לה ואפ"ה הוצרכו לחלק בין היכא דמברר דבריו ולא ניחא להו למימר דבאמת מספקי ליה בסתמי הי' מינייהו עדיף:

אבל באמת י"ל על קושית התוס' לפי מה דאיתא שם דר"י כסתם יחידאה לא אמר דאי איכא סתמא דאתי כרבנן עדיפא ליה א"כ טפי ניחא ליה למיסמך אסתמא דאתיא כרבים ר' ור' יוסי ור"ש דרבים נינהו לגבי ר"מ (ועוד דהלכתא כוותיה דר"י ור' יוסי לגבי ר"מ והך כלל' נמי אמרה בעירובין דף מ"ו) ולא ס"ל דטעמייהו משום שמא יבקע הנוד ובהכי מתרצא נמי קושי' פ"י מסת' מתניתין בביצה דהך מתניתין ודאי כר"מ אתיא מדס"ל

להחמיר ברירה בדרבנן ואף על גב דאיכא תרי סתמא אין הפרש כדאמרינן קדושין דף נ"ו מה לי חד סתמא מה לי תרי סתמא אמנם קו' מהרש"א אדר"נ צ"ע וא"ל דר"נ סבר כמ"ד אין ברירה ומתניתין כמ"ד יש ברירה דא"כ מאי פריך וסבר ר"נ יש ברירה ומהיכן הוכיח דר"נ ס"ל כמתני' דנדרים דהמודר מותר למלאות מבור של עולי בבל דילמא פירושי קא מפרש למתני' דלא תפלוג עליה בהא דקאמר בירא דשותפי נינהו אבל מ"מ אתי כמ"ד יש ברירה ואיהו דידיה אמר כמ"ד אין ברירה (והפ"י מפרש דהוכחת הש"ס דס"ל כרגלי מי שנתמלאו לו מוכח דס"ל יש ברירה ולכן הקשה דלמא ר"נ דווקא בתחומין דרבנן ס"ל הכי ותימה עליו דמבואר למעיין דאמודר קאי הש"ס וכן פרש"י להדיא בסוף דהקושי' ממודר דהיא דאורייתא ואין מקום לקושייתינו:

ואולם נלע"ד לומר כפי אשר כתב מהרש"ל דבדאורייתא אין ברירה אף לקולא ובדרבנן יש ברירה אף לחומרא כמ"ש הפ"י בביצה דף ל"ח (וביש"ש אין שם משמעות דיש ברירה להחמיר אלא דבאמת י"ל כן לשטתו דודאי השוו מדותיהם ויבואר לקמן אי"ה) ולפ"ז י"ל דזהו שיטת ר"נ ג"כ ולק"מ. ועיין בתוי"ט פסחים בכמה משניות שפלפל בדיני ברירה ואין להאריך:

ומה שתמה הפ"י עוד בגיטין שם על מהרש"ל דלמה פסק דהוי ריח הגט ופסולה לכהונה הא איסור כהונה נמי דאורייתא הוא ואית לן למיזל לקול' ולמימר דאין ברירה להכשיר לכהונה אני תמה על תמיהתו שהעלים העין מתחלת דברי מהרש"ל שם בדף ע"ד שכתב וז"ל ועוד מסקינן אמר רב כל הנך פסולים כו' וטעמא דידיה משום דהוי כריח הגט דפ' המגרש כו' ואסמכוהו אקרא וגרושה כו' והיינו כשיטת הרמב"ם פ"י מהל' גירושין דאינו רק מדרבנן וכ"כ להדיא ביש"ש שם דף מ"ב ע"ב שכתב דלר"י דמפרש טעמיה דרב בפ' בית כור משום דיש ברירה א"כ קשה דרב אדרב דהכא מודה דהגט פסול וטעמא הוי משום דאין ברירה כדקאמר הש"ס ומה שפוסל לכהונה משום חומר בעלמא דהוי כריח הגט כו' ע"ש אלמא דמדאורייתא מחזי חזי' ורבנן הוא דפסלוהו לכהונה ומכ"ש לפמ"ש הפ"י דלרש"ל יש ברירה מדרבנן להחמיר ומשמע ליה להפ"י הכי דכיון דס"ל דאין ברירה בדאורייתא לקול' אלמא דמלתא ברירא ולית בה ספיקא כלל במלתא דאין ברירה וא"כ מדוע מקילינן בדרבנן למימר דיש ברירה ע"כ דמדת חכמים כן הוא למימר יש ברירה ולכך פסולה לכהונה מדרבנן ור"י ס"ל דאפילו מדרבנן ל"א ברירה להחמיר עכ"פ וכן מוכח לענ"ד דהא שמואל ס"ל אין ברירה בההוא דביצה דאפילו חביות אסורה ואמאי קאמר שמואל דפסול לכהונה גבי לאיזה שארצה אגרש ולפמ"ש התוס' לחלק אליבא דשמואל בין היכי שמדבר דברים הוי ניחא דבלאיזה שארצה אגרש מברר דבריו

משא"כ לפמ"ש התוס' דהחילוק הוא בין דאתקין שמואל בגיטא דש"מ ובין ההוא דאם מתי משום דהתם עומד להתברר א"כ בההוא דלאיזה שארצה אגרש דג"כ אינו עומד להתברר דשמא לא ירצה לגרש א' מהם. וכן לפמ"ש התוס' דס"ל לשמואל לחלק בין תולה בדעת אחרים א"כ לאיזה שארצה הא הוי תולה בדעת עצמו ואפ"ה קאמר שמואל דפסולה לכהונה דהוה ריח הגט עכ"פ א"ו אף על גב דאין ברירה מ"מ הוה ריח הגט וכמו אינך בבי דרישא דאף על גב דלית בהו נדנוד ספק גירושין דאוריי' ואם בא אחר וקידשה אפילו גט א"צ ואפ"ה ס"ל לרב ושמואל דהוי ריח הגט ואף דרב ס"ל יש ברירה וכן רב אסי מספקא ליה בברירה וא"כ מ"ש הרי"ף דקי"ל לפסול כיון דרב ושמואל ורב אסי בחדא שיטה קיימי ופליגי אדר"י ולשיטת מהרש"ל הא י"ל דרב ור"א מטעם יש ברירה פסול לה וכיון דלשיטת מהרש"ל קי"ל דאין ברירה אף לקולא א"כ יש לנו לפסוק כר"י ואע"ג דלשמואל ס"ל דאע"ג דאין ברירה פסול מ"מ ר"י ושמואל הלכה כר"י ומ"מ נ"ל אע"ג דרב ודאי ס"ל יש ברירה מ"מ הכא לאו מה"ט אתי עלה דהא אפילו באינך בבי קמאי ס"ל דהוי ריח הגט הלכך אף אי הוי אתי מתני' כמ"ד אין ברירה ודאי ג"כ ס"ל דהוי ריח הגט וכן בדרב אסי אין הכרח לומר דטעמא דידיה משום ספיקא הוי וכמ"ש הרשב"א דהא כתבו התוס' דבגט שאני דכתיב וכתב כו' וכן כתבו התוספות לר' מאיר דס"ל כר"א בהא דמחצה יורשין אלא טעמא דידיה נמי משום דאית ביה ריח הגט טפי מאינך קמאי הלכך פסקינן כוותייהו לגבי ר' יוחנן:

הנה בררתי דעת מהרש"ל דלא תיקשי עליה מה שהשיגו עליו הנך רבוותא ולפ"ז בנ"ד אית לן למימר דהוי ריח הגט עכ"פ אף אם נימא אין ברירה וא"כ אין כאן ס"ס להקל אבל אחר העיון הא ליתא דבכה"ג הוי שפיר ס"ס כמבואר בש"ך י"ד סימן ק"י בדיני ס"ס דכל היכא דאיכא ס"ס שמותר מן התורה אלא שחד ספק אסור מדרבנן ולחד ספק מדרבנן נמי שרי כגון דגים מלוחים דאיכא ס"ס שמא לא נמלחו עם טמאים ואת"ל נמלחו שמא לא היה בהם שומן אע"ג דכה"ג אסור מדרבנן מ"מ איכא נמי חדא ספיקא בדרבנן שמא לא נמלחו וא"כ כיון דלשיטת הרמב"ם דבעינן שיאמר אין אין מקום לאסור אף מדרבנן ואף אם נימא דלא כשיטתיה מכל מקום אי אין ברירה אין איסור רק מדרבנן שפיר שרי משום ספק ספיקא:

איברא שעדיין צ"ע דבהך ספיקא דבעינן שיאמר אין נמי יש חשש מדרבנן דדילמא אמר אין ואע"ג דטוען ברי לי שלא אמרת הן וכיון דלא איתחזק איסור בע"ד מהימן ז"א שהרי בכתובות דף כ"ז קי"ל דבשבוי' אין אדם נאמן ע"י עצמו ואין לחלק דשאני התם דאיתליד ריעותא דשבויה וכ"כ הרא"ה לחלק בין הא דאיהי ובעלה אפילו במסל"ת לא מהימנין

בשבוי' ולכהונה מעלין ע"פ עצמו דשאני התם דליכא חזקה לפסלות אבל הכא דאיכא חזקה לפסלות איהי ובעלה לא מהימנין ז"א שהרי התוס' שם תירצו משום דמעלה עשו ביוחסין משמע אף היכא דליכא ריעותא לא מהימן משום מעלה ביוחסין והר"ן כ' ב' התירוצים ע"ש וגם קשה לי לפמ"ש הפ"י בההוא שאין אדם מעיד ע"י עצמו ע"ז כ' דאף על גב דבכל איסורין שבתורה בע"ד מהימן שאני הכא דרוב נכרים פרוצי' בעריות ולפי"ז מאי הקשו התוס' מההוא דיוחנן אוכל חלות דדילמא שבויה שאני. לכן נראה דהתוס' ס"ל כמ"ש הפ"י דלאחזוקי נפשיה בכהני אין להאמינו כ"כ דרובא דעלמא לאו כהני נינהו וכל דפריש מרובא פריש ורובא עדיף מחזקה ואפ"ה מסל"ת מהימן בתרומה ומש"ה קשי' להו אההוא דשבויה ואהא כתבו דטעמא משום מעלה כו' משא"כ היכא דליכא ריעותא ולא רובא רק ספק השקול בע"ד מהימן אף ביוחסין וע"כ צ"ל כן לפמ"ש הפ"י שם בההוא שאין אדם מעיד על עצמו אע"ג דבכל איסורין שבתורה בע"ד מהימן שאני הכא דרוב נכרים פרוצים בעריות ולפי"ז מה הקשו התוספות מהך דיוחנן אוכל חלות וע"כ כמ"ש דבתרומה נמי איכא רוב ומ"ש הפ"י דהתוס' לא ס"ל הך סברא ע"ש בדף ק"ד בקל יש לדחות ועיין בר"ן שכ' תי' התוס' ותי' הרא"ה:

ועוד נראה דבנ"ד אין לנו לחוש שמא יאמר הן דבכל מילתא דתנאי קי"ל דמילתא דקום ועשה צריך לברר שקיים התנאי אף אם אמר שקיים התנאי אינו נאמן אף להקל וא"ל משום דמעלה דיוחסין חיישינן אף על גב דסמכינן ע"ז באיסור א"א אין נראה והתם ה"ט דבעלה לא מהימן לומר ששמר אותה כראוי ולא זזה ידו מתוך ידה דזהו קום ועשה הוא ולא סמכינן עלה והוא עצמה אינה נאמנת לומר לא נטמאת דהוי שב ואל תעשה משום דאין הדבר בידה חיישינן שמא אתנוסי היא דאיתנסה ואסורה לבעלה כהן ואף על גב דבכל התורה כולה בע"ד מהימן באיסורין ולא מחלקינן בהכי שאני הכא דאיכא הנך טעמא דלעיל או משום מעל' או משום ריעותא דאיתיליד אבל היכא שהתנאי בקום ועשה והוא בידו שלא לקיימו אך משום מעלה דיוחסין לא גזרו בה דלא עדיף מתנאי דקידושין דאפילו עומד וצווח שקיים תנאו לא חיישינן ליה ושריא:

ועוד נ"ל שיש כאן מקום לצדד להתיר ע"פ מ"ש הריטב"א בעירובין דף ל"ז דדווקא כשצריכין לדון למפרע שייך ברירה ולא להבא ע"ש וכ"כ בר"ש פ"ט ממעשר שני וכן מבואר בשו"ת הריב"ש סימן רכ"ח:

ומעתה בנ"ד כיון שאמר סתם אז איך ועל כו' ולא ביחן דבריו אם כוונתו לכשירצה יחול הגט למפרע או שיחול מאותה שעה שירצה ואילך ועכ"פ כוונתו שיחול הגט באופן המועיל א"כ אין לפרש שיחתו על למפרע שאין ברירה ואם אנו דנין להבא אפי' ריח

הגט אין כאן כיון שקרעו הגט תיכף אחר הנתינה אין כאן מקום לחוש כמו במגרש שיחול לאחר ל' יום ובתוך ל' נקרע הגט דאינו כלום רק כשהמגרש סבור היה שלא נקרע הגט שבאמת נלפע"ד שהדיינים לא יפה עשו במה שקרעו הגט כמבואר בפוסקים שדעת מהר"מ והרא"ש והטור דאף באומר מעכשיו מגורשת ואינה מגורשת בימים שבנתים דשמא אינו חל רק מעת שהוא בעולם דהיינו שעה הסמוכה למיתה והב"ח והב"ש כתבו דאף הרמב"ם מודה היכא שתלאו במיתה ולפי"ז אין ראוי לקרוע גט שכ"מ רק אחר מיתה אם לא כשאומר בהדיא שיחול מיד משעה זו וכמבואר כ"ז בפוסקים וא"כ כיון שמהדין שלא לקרוע הגט וגם מסתמא לא אסיק המגרש אדעתי' שיקרע הגט וכוונתו היה שאם ירצה יהא גט אף דבנ"ד אי לא אסיק אדעתי' הך מילתא דלמפרע אין ברירה למימר כיון דידע דפסקינן אין ברירה למפרע מסתמא היה כוונתו להבא דבכל כי האי מילתא ל"ש לומר אדם יודע רק כך אנו אומרים שהרי ודאי כוונתו היה שיהא גט באופן המועיל וכאן דלא משכחת ליה רק באופן זה דלהבא הכי מפרשינן ליה וכיון שנקרע הגט אחר הנתינה שוב אין מקום לחוש:

ומצאתי בשו"ת שאגת אריה סימן שכ' לפרש בזה דברי הרמב"ם דפסק כמתניתין בע"מ שירצה אבא אע"ג דקי"ל אין ברירה משום דמתניתין בקידושי כסף מיירי והתנאי אינו אלא שיחולו הקידושין להבא משא"כ הריני בועלך דמייתי בגיטין התם ע"כ צ"ל שירצה שיחולו למפרע דלהבא א"א שיחולו דההוא שעתא הביאה ליתא בעולם וכיון דעל למפרע קאי שפיר תלוי בדין ברירה ע"ש באורך והדברים ק"ו דהא בע"מ שירצה אבא אף על גב דע"מ כמעכשיו הוא בסתמא מחמת דלמפרע אין ברירה אנו דנין דבריו על להבא כמו שהוכחתי מהרמב"ם כ"ש בנ"ד דלא קאמר ע"מ דאמרינן להבא קאמר. וע"ש בשאגת אריה שדבריו מגומגמים מ"ש וא"ת כיון דלא קי"ל כמ"ד האומר ע"מ כו' ואפילו בלהבא ש"ד ואין לדבריו מובן ומצאתי בלוח הטעות שט"ס הוא ותיקן שם הדברים. אלא שצ"ע ממ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י באה"ע סימן קמ"א שאפשר אם אמרה לעשרה כל מי מהם שירצה הבעל ליתן לו הגט יהא שלוחי לקבלה שנאמר בזה אין ברירה בענין לאיזה שארצה אגרש קשה הא לא בעינן שיחול למפרע רק שיחול השליחות משעה שירצה ואז הרי הוברר וכההיא דמלמדין אותו כל מי שיגיע לולב לידו יהא לו במתנה דמינה מייתי השאגת אריה ראיה דלהבא אין ברירה וכ"כ במהרי"ט חלק ח"מ סימן ך"ג ותימה על מהרי"ט שפלפל בדברי רשב"א אלו ולא שת לבו גם לזאת דהא לא דמי לאיזה שארצה אגרש דהתם בעינן הוברר למפרע בשעת כתיבה:

איברא שיש לחלק דאם אמרה לא' אם ירצה ליתן לך תהא שלוחי מודה דמהני אבל היכא שאמרה לעשרה כיון שרצה הבעל לא' בעינן למימר הוברר שמתחלה הי' זה ראוי להתמנות ונתמנה ע"פ דבורו והרי לא היה מבורר אז ע"י דכשהגיע לידו הוברר שזכה עפ"י דבורו של זה וא"ל דהוי כמתנה לאחר ל' יום הנ"ל מי לא מצי למנות שליח שיחולו לאחר זמן וע"כ לומר דמ"מ בעינן שיהא מבורר בשעת מינוי השליחות וההיא דמלמדין כו' י"ל דבמתנה לאו דווקא ור"ל שהיא מפקירו וכן משמע בירושלמי דסוכה שם אלא שצ"ע בהא דמייתי מהרי"ט מדאמרינן דדוד היה מלוה גבי שאול כו' ועוד דבאמר לעשרה כתבו גט לאשתי א' כותב וב' חותמין דהוי כאילו אמר כל בי' חלתא מינייכו דבעי למיכתבי וליתבי ול"א דשמא אין ברירה ומתחלה לא היה אלו ראוין לשליחות זה (וכ"כ הרשב"א בעשתה י' שלוחים בב"א כל שהגיע ליד אחד מהם מגורשת דהוי כאמרה כל מי מכם שירצה להיות שליח לילך אצל הבעל לקבל הגט ולא שייך בזה ברירה ומה לי כל מי מכם שירצה או כל מי שירצה הבעל) וצריך לחלק דשאני התם דבאמת נתמנו לשלוחים מיד וכל הקודם בשליחות זה זכה משא"כ כשלא מינה לשליח אלא מי שירצה הבעל והשאר מעולם לא נעשו שלוחים שייך ברירה אבל מכל מקום נראה דדמי לכל השומע קולי יכתוב גט וכה"ג דאמרי' יכתבו ויחתמו ויתנו ואע"ג דלא הוברר מי הוא זה שמתמנה להיות שליח וצ"ע. ואיך שיהיה לא שבקינן פשיטתיה דכל הפוסקים ומפרשים משום מאי דקשי' לן בדברי הרשב"א וכפי מה שעולה בזכרוני הרשב"א גופי' בתשובות מכונות תולדות אדם כו' דעל להבא לא שייך ברירה ומייתי התם בהא דבית בביתי מכור לך וכו' ואין הספר בידי כעת (ושוב בא לידי הספר וראיתי שם בסי' פ"ב שכ' לחלק דכיון שא"צ ברירה לקיומו של המכר שפיר מתקיים ע"ש, ובמקום אחר לענין למפרע גובה כתבתי בזה) ונ"ל ראיה ג"כ מנזיר דף ל"א שור שחור שיצא מבית ראשון יהא הקדש ויצא לבן בש"א הקדש ובה"א אינו הקדש דינר זהב שיעלה בידי ראשון כו' ולא פליגי אלא בהקדש טעות הא לא"ה מהני ול"א אין ברירה כמו גבי מעשר דקאמר מעשר זה יהא מחולל על סלע שיעלה בידי מן הכיס דאמרינן דתלי בדין ברירה (ואף לאביי בנזיר דמשני תני שעלתה מ"מ לאו בהאי טעמא אתי עלה ע"ש) א"ו דשאני הך דמעשר דבעינן שיחול החילול למפרע שמותר לאכול מיד משא"כ לענין הקדש דאמרינן לכשיעלה יחול ההקדש איברא שצ"ע על השאגת אריה לפמ"ש שם דהרמב"ם מספקא ליה בדיני ברירה א"כ איך כ' דלכך כתב הרמב"ם מקודשת משום דהוי קידושין להבא דמוכח' מילתא דלא למפרע קאמר כיון דאין ברירה הא מספקא ליה אי יש ברירה ג"כ למפרע וא"כ הו"ל למימר דלענין למפרע הוי ספק קידושין ומשעה שירצה ולהבא הוי ודאי קידושין

ובשלמא לדידי לק"מ שכתבתי הדברים לפי דעת מהרש"ל דס"ל להרמב"ם אין ברירה אף לקול' אבל לפמ"ש הוא להרמב"ם כדעת הר"ן דהוי ספק קשה הדבר לאומרו:
איברא שנלפע"ד שדבריו נכונים לפי מאי דקי"ל גבי מי שיש לו שתי כתות בנות וכה"ג דלא מחית אינש נפשיה לספיקא ואמרינן דלדבר ברור נתכוין ולא לדבר שיש בו ספיקא ולפי"ז כיון דאנן קי"ל דספיקא הוי אמרינן דלא נחית נפשיה בהכי ולדבר ברור כיון שיחולו מכאן ולהבא ומכ"ש בנ"ד שלא ביחן דבריו לומר לישנא דלמפרע שיש לנו לומר שנתכוין לדבר ברור שיחול הגט ודאי וזה א"א אם לא שיחול משעה שירצה ואילך:
איברא דלפי"ז קשה על המ"ל שמסופק במי ששלח שליח לקדש לו אשה והלך השליח וקידשה קדושי ספק אם נימא דהוי שינוי מדעת המשלח או לא ואמאי לא פשיט לה מהא דקי"ל כר' יוסי דלא מחית אינש נפשיה לספיק' ואפ"ה איהו גופי' אמרינן שלא נתכוין אלא לקידושי ודאי וא"כ כשאמר לשליח לקדש על קידושי ודאי נתכוין ואחר העיון נ"ל שהדין עמו דלכאורה אני תמה דהכא פסקינן כר' יוסי ובנדרים דף י"ט איתא סתם נדרים להחמיר ומייתי ברייתא הריני נזיר אם יש בכרי הזה מאה כור כו' דפליגי ר"י ור"ש אי מעייל נפשיה לספיקא ומסיק דדווקא בנזיר דספיקא חמיר ודאי אמרינן דלא מעייל נפשיה לספיקא וכן מבואר ממ"ש הרמב"ם כמ"ש הלח"מ בהלכות נזירות ואם כן איך פסק הרמב"ם כר"י ולכאורה היה אפשר לומר דשאני הך דב' כתות בנות דבהך דיבורא דמקדש לה לא מעייל נפשיה לספיקא משא"כ בההוא דהריני נזיר אם יש בכרי כו' דבגוף הדיבור אין בו ספק אלא שאח"כ נולד ספק מחמת שנגנב בזה אנו צריכין לומר טעמא משום דספיקא חמיר לא היה בדעתו רק לודאי שאם יוולד איזה ספק לא יחול הנדר אלא דמש"ס התם מוכח דאין לחלק שהרי התם מקשה מהא דקתני התם אנשי גליל מותרים שאין מכירים בתרומת הלשכה הא מכירין אסור ואהא משני דשאני נזיר דספיקא חמור מודאי ואם כן מבואר דאפילו בספק בדבור עצמו מעייל נפשיה לספיקא אם אינו חמור מודאי ויש לדחות דהתם הספק בדבור זה אם כוונתו לתרומת הגורן או לתרומת הלשכה שפיר אמרינן דאסור שהרי מתחלה הכניס עצמו לספק הזה שבין אם נאמר דלתרומת הלשכה או לתרומת הגורן עכ"פ הוא אמר לשון מסופק משא"כ בב' כתות בנות כיון שי"ל שכיון לגדולה שבכולן ואין בלשונו ספק רק שפתיו ברור מללו אין לנו לתלות בו ספק לומר דלהשנית כיון שגם היא גדולה מצעירה שאחריה כיון שלפי זה אין לשונו ברור ומחית לספיקא ובכל זה לא הונח לי עד שמצאתי בהרשב"א לנדרים שהקשה כן ותי' דגבי ב' כתות בנות נמי ספיקא חמור מודאי ובספיקא כולן אסורות לו

עיין שם. ולפי זה א"ש האי דמ"ל דהתם נמי אין ספיקא חמור הלכך אי לאו משום דאיכא למימר דהוי שינוי מדעת המשלח היו תופסין הקידושין:

ולפ"ז בנ"ד נמי ספיקא חמור מודאי דהא אכתי אגידה ביה וא"א למינסב אחריתי שגם חייב במזונות כדין כל מגורשת ואינה מגורשת וגם זו נאסרת עליו ונמצא שמחמת גט זה הוא קרח מכאן ומכאן ובכה"ג ודאי דלא מחית לספיקא ולא היה הכוונה משיחול למפרע רק להבא. ומצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק ח"מ סימן כ"ג שכתב באחד שזיכה לחותניו דאי אמרינן אין ברירה לא זכו חותניו הבאים לאחר מכאן והלכך אם קדמו אלו שהיו בשעת מעשה ותפסו אין אותן חותניו הבאים לאחר מכאן יכולין להוציא מידם וכתב דאי לאו ספיק' דברירה ספק אחר אין כאן ול"ש לומר לא מחית אינש נפשיה לספיקא דלא דמי לב' כתי בנות ולא לעד שיגיע דכאן אם נאמר שלכולם קאמר אין ספק שכולם קרואין חותניו הלכך דווקא מספיקא דאין ברירה זכו אלו שתפסו וצ"ע דאפילו לא תפסו נמי אית לן למימר דאלו זכו דלא מחית לספיקא דכיון שאח"כ אינם יכולין לזכות בודאי רק בספק לבד דשמא אין ברירה ואין יכולין לזכות אית לן לומר דלדבר הברור נתכוין דהיינו אותן שישנו פה עמנו היום שזוכים בודאי וליכא למימר כיון דאין ספיקו חמור מודאי לא שייך לא מחית כו' דא"כ לא הוי צריך לחלק משום דאם נאמר שלכול' קאמר כו' ולהדיא מבואר שם דאין חילוק בין ממוניה לגופיה דאי גופיה לא מעייל ממוניה נמי לא מעייל לספיקא ואפשר לומר דשאני הת' כגון מקדיש חייתו ובהמתו או אם כותב בהמתו אם הכוי בכלל שפיר אמרינן דלא מעייל ממוניה לספיקא משא"כ הכא שאין הספק על הממון רק שהספק מי הוא הזוכה לא שייך לא מעייל כו' ועוד נראה דה"ק דחותניו ודאי כולם בכלל ואם כן א"א להוציאם מהכלל מחמת דנימא לא מחית כו' שהרי מכל מקום המה נכללים בכלל הלשון ואין כאן ספק רק שמא אינם זוכים משום דאין ברירה:

והנה כל מה שכתבנו סובב הכל כפי היסוד המונח בדברי דאי אמרינן אין ברירה בטלה המעשה לגמרי ולרש"ל הוי ריח הגט אולם התו' בעירובין ד' ל"ז ד"ה מבואר בדבריהם בתירוץ הראשון כמ"ש דאי אמרינן אין ברירה אין התרומה חלה כלל גבי אומר ב' לוגין שאני עתיד להפריש ואף כהן אינו יכול לשתותו כולו דהוי טבל וכן גבי ב' רמונים אם אמר אם ירבו גשמים יהא זה תרומה כו' דלמ"ד אין ברירה לא חלה התרומה כלל וכ"כ הר"ש במסכת דמאי וכ"כ התוספ' בסוכה ובדוכתי טובי דהך אם ירדו גשמים למאן דאית ליה ברירה קאמר אלא דבתירוצא בתרא בעירובין מבואר דס"ל דאי אין ברירה הוי ספיקא איזהו ב' לוגין חלה עליהם שם תרומה והלכך בהך דב' רמונים או בתרומות כרי

בתוכו משום טעמא דאין ברירה לחוד היה כהן יכול לאכול הכל אע"ג דלא הוברר איזה הוא תרומה מ"מ חל שם תרומה ולכאורה נראה כן ממ"ש רש"י בכמה דוכתי בההוא ד' לוגין שאני עתיד להפריש שמפרשים דלמ"ד אין ברירה חיישינן שמא שותה התרומה ויניח החולין משמע דשם תרומה מיהא חל עליו אלא דמ"מ אינו יכול לשתות דשמא אותן ב' לוגין שמפריש לח עליהם היתה הכוונה מתחלה רק על ב' לוגין אחרים שכבר שתה וכיון דאינו מפריש אותם שאמר הרי שתה טבל למפרע (ומ"ש רש"י ששותה תרומה אין ר"ל תרומה ממש דכיון שאני עתיד להפריש קאמר לא הוקבע לשם תרומה כ"א אותן שמפריש לבד) ולפי זה כהן יכול לשתות הכל אף אי אין ברירה ולפי זה הא מילתא דאין ברירה ספיקא בלחוד הוא דשמא נתברר האמת למפרע או שמא לא נתברר ול"א דהמעשה בטל מתחילתו מחמת זה א"כ י"ל דה"ט דבדאורייתא אמרינן אין ברירה ובדרבנן יש ברירה דלאו משום דמספקינן בדינא דשמא קי"ל יש ברירה י"ל דבאמת ס"ל אין ברירה לגמרי אלא דבדאורייתא מחמירין ואמרי' דשמא מתחלה לא היה ראוי להיות כך אבל בדרבנן מקילין ואמרינן דשמא מתחלה כך היה ראוי להיות ולכך פסק הרמב"ם בלאיזה שארצה אגרש דהוי ספק גירושין ויש להסתפק דשמא מתחלה היה ראוי לשם זה והכי ס"ל לרב ושמואל דאף אחרון אינו פוסל אע"ג דס"ל אין ברירה ור"י ס"ל דכיון דאין ברירי' פסול לגמרי דכל המעשה בטל וכתי' קמא דהתוספות בעירובין ושאר דוכתי דס"ל דאי אין ברירה אין התרומה חל כלל (ולכך ס"ל לר"י גבי עירוב כדתני איו דאין ברירה אע"ג דעירוב דרבנן מ"מ כיון שמתחלתו הונח על הספק אינו כלום) והא דס"ל בביצה אף חביות אסורה אע"ג דספק הוא דשמא זהו חלקו המגיע משעה ראשונה כבר כתב השאגת אריה סימן צ' דחביות ה"ט דהוי דשיל"מ ע"ש שהאריך וע"ש בפ"י והא דקאמר דאזדא לטעמיה מהאחין שחלקו ר"ל דמשם ראיה עכ"פ דאין ברירה אבל מ"מ ה"א לחומרא דווקא כדקאמר שם דאי אשמעינן שדה ה"א לחומרא דווקא ולכן פוסק באמת הרמב"ם כן גבי האחים שחלקו דאף ע"ג שיש ספק שמא זהו חלקו המגיעו או לא מ"מ לחומרא צריך להחזיר משום מצות יובל וקושית רש"ל דאית לן למימר הממע"ה יש לדחות דאע"ג דבממון אמרי' הכי מ"מ כיון דפתיך ביה איסורא לא אמרינן הכי וכההוא דספק לקט לקט (ולא ס"ל להרמב"ם תקנתא דרש"י למימר דהדר שקליה כדמעיקרא) ועיין בשו"ת מהרי"ט ובכנה"ג ואו"ת סימן כ"ה בקונטריס התפיסות שהאריכו בזה ואין כאן מקומו והאריך בזה ובמעשר שפיר פטרינן ליה אף ע"ג שיש ספק שמא זהו חלקו המגיע מ"מ ספק מעשר פטור ויש לחלק בין זה לספיקא דדינא שכתבתי לעיל שיש לחייבו וכן מבואר להדיא דעת התוספות דגיטין דף מ"ח שכתבו דכיון דאין ברירה

איכא לספוקי שמא נתחלף לגמרי חלקו של זה לזה או המקצת והוכיחו כן מבכורות ועוד דוכתי ואיכא למימר נמי שמא הגיע לו חלקו המגיע וצ"ע על רש"י בגיטין ובב"ק שכתב הטעם דאמרינן שמא חלק שנטל זה היה ראוי לאחים והחליפו ובדף מ"ח פירש דבכל חטה חצי טבל וחצי חולין משום דאין ברירה ולכך יכול להפריש מיניה ובי' ע"ש ומפשט' דמילתא דמעשר בהמה משמע כרש"י ועיין בר"ש פ"ו דדמאי בשם הירושלמי בחלקו בעמרים מודה רשב"ג דכל קלח של שותפות משמע כפירש"י וכיון שכן דהא דאין ברירה היינו דלא אמרינן שודאי הוברר אבל מ"מ יש ספק שמא הוברר הדבר לאמיתו אם כן בנ"ד נמי ספק גירושין מיהא הוי אף אם נימא אין ברירה ואין כאן ס"ס אבל באמת הא ליתא דמ"מ יש לספק שמא בעי שיאמר אין ושמא לא נתברר הדבר וא"ל דאי נימא דבשתיקה לחוד סגי הוי ס"ס להחמיר שמא יש ברירה ואת"ל אין ברירה שמא מ"מ נתברר ז"א דשם ספק חד הוא שמא נתברר או לא וכן מבואר ממ"ש הרמב"ם על איזה שארצה אגרש דהוי ספק אלמא דלעולם חד ספיקא הוא:

ולכאורה צ"ע ממ"ש הרמב"ם פ"ב מהלכות שכינים לפי מה שהביא בכ"מ שם דהריב"ש גרס שיכול לכופו לסתום חלונו א"כ מוכח דלגמרי לקוחות הן אף לקולא וכדעת מהרש"ל אבל יש לדחות כמ"ש הפוסקים דהא לא תלי בברירה רק אי אמרי' שע"מ כן חלקו ע"ש וכ"כ הישש"ש גופיה סוף דבר בין כפי מ"ש בטעמא דאין ברירה משום ספיקא ובין לפי מ"ש מהרש"ל אין כאן מקום להחמיר. ובאמת שלענ"ד תימה לפי דברי מהרש"ל א"כ מאי צריך הש"ס לומר דאי אשמועינן שדה האחד לחומרא כו' ותיפוק ליה דהא שמואל נמי אין ברירה ס"ל וס"ל דאחין שחלקו לקוחות הן ואפ"ה ס"ל דהוי ריח הגט וא"כ שפיר צריך ר' יוחנן למימר דאף אחרון אינו פוסל לאפוקי משמואל והיש"ש שם כתב דאף רב אין ברירה ס"ל מדפוסל הגט ואפ"ה ס"ל שפסול לכהונה לחומרא מדרבנן דהוי ריח הגט וא"כ פשיטא שהוצרך ר"י להשמיענו דאינו פוסל ולפמ"ש א"ש די"ל דאע"ג דשמואל נמי ס"ל לקוחות הם היינו מספ' דשמא החליפו ובאמת דמ"מ א"צ להחזיר ביובל כיון דספקא הוא הממע"ה לכך קאמר דאזדא לטעמיה דאיהו ס"ל דמחזירין ביובל אלמא דלאו ספיקא הוא אלא דמ"מ אפשר לדחות דהוי אמינא לחומר' משום מצות יובל איצטרך למימר נמי גבי גט אבל שיטת רש"ל צ"ע:

ויצא לנו מזה דבנ"ד יש ס"ס דילמא בעינן שיאמר הן ואת"ל דבשתיקה סגי מ"מ דילמא אין ברירה אלא שמ"מ לבי נוקפי לפמ"ש דלהרמב"ן אין בע"מ שלא ימחה משום ברירה משום דבשב וא"ת יש ברירה לכ"ע או משום דהוי מתנה על ד"א ואין תלוי ברצון וא"כ אין כאן רק ס' אחד לבד דלהרמב"ן יש להחמיר ולהרמב"ם וסייעתו יש להקל ואע"פ שכבר

כתבתי שגם הרמב"ן לא העלה לדבר ברור והניח בצ"ע וגם רבו החולקין על הרמב"ן בזה דס"ל דבמתנה על ד"א לא שייך ברירה וגם כי י"ל דהרמב"ן נמי ס"ל דע"מ שלא ימחה הוי תלוי ברצון אלא בההוא דע"מ שירצה אבא אם נימא דהוי ע"מ שלא ימחה בלאו טעמא דברירה אמרינן מסתמא אילו שמע בשעת מעשה לא היה מוחה וכמש"ל בשם הפ"י וא"כ בנ"ד שפיר איכא ס"ס מ"מ אני מגמגם לומר דל"ש בנ"ד כלל לתלות בברירה שהרי רש"י כתב טעמא דמילתא דלא דמי תנאי דגט שכ"מ לשאר תנאים דלא אמרינן ברירה ר"ל דלמה לן למימר שהוברר הדבר שעומד משעה ראשונה לכך דאפילו תימא שאינו עומד משעה ראשונה לכך מ"מ כיון שעתה נתקיים כמו שהתנה תיסגי בכך כמו ע"מ שתתני לו ר' זוז וה"ה הכא לכי מיית מהני שהרי נתקיים כמו שהתנה ול"ד לאיזה שארצה אגרש או שתצא בפתח תחילה דהתם שאני דבעינן שיהא הדבר מבורר בשעת מעשה דהיינו כתובה לאיזה אשה דאל"כ לא הוי לשמה משא"כ בתנאי דנתנה לכן פירוש דדווקא בתנאי שבידו לקיים ודעתו סומכות עליהם שיתקיים והיינו נמי טעמא דע"מ שירצה אבא כמ"ש התוספות והרמב"ן לשיטת רש"י שם וכ"ז בתנאי שתלה באחרים אבל התולה ברצון עצמו בזה אין אנו צריכין לומר שהוברר הדבר למפרע אלא הוי כשאר תנאים שהתנה אם ירצה לקיים נתינה זו יהא גט ואם ירצה לא יהא גט וכיון שרצה ונתקיים התנאי חל הגט ואף על גב דלענין ברירה גרע תולה בדעת עצמו מתולה בדעת אחרים היינו דווקא היכי דלא דמי לתנאי שצריך שיתברר למפרע כגון לא זה שארצה אגרש בזה שפיר י"ל דטפי אית ביה למימר אין ברירה דאיך נאמר שהוברר למפרע הא גילה דעתו שעתה פוסח על ב' סעיפים משא"כ היכא דלא צריך למימר הוברר הדבר למפרע כגון תנאי דשעת נתינה רק משום דבתנאי שביד אחרים אין דעתו סומכות שיתקיים התנאי א"כ כיון שתלה ברצון עצמו בקיום התנאי סגי ואע"פ שכיון שעתה פוסח על ב' סעיפים א"כ לא שייך למימר סומכות שיתקיים התנאי בודאי שהרי הוא מסופק מ"מ נ"ל דכל כה"ג לאו ברירה הוא והא דאמרינן בעירובין הריני מערב לכל שבתות השנה רציתי אלך כו' דתולה ברצון עצמו הוא שאני התם דבשבת עצמו לא קנה עירוב וצריכין אנו לומר שהוברר למפרע שגם ביה"ש רצה בזה וקנה שביתה ועוד דאין השבת מבורר והוי כמ"ש התוספות גבי מעת שאני בעולם דכיון שאין השעה מבוררת וידועה צריך ברירה משא"כ הכא וראי' לזה נלענ"ד מהא דאמרינן בקידושין דף י"ט גבי יעוד דלרבנן דס"ל מעות ראשונות לקידושין ניתנו אז הוי כאילו נתן המעות ע"מ לכשירצה אח"כ ויאמר בסוף שש הרי את מקודשת לי יחולו הקידושין למפרע ולפיכך אם קידשה אבי' בתוך הזמן לאחר אינם קידושין והש"ס מדמי לה להתם למקדש מעכשיו

ולאחר ל' יום ובא אחר וקידשה תוך ל' דמקודשת לראשון דהכי קאמר לה מעתה נתחלו אי בעינא בהו לאחר ל' יום אע"ג דהתם תלה הדבר בזמן דממילא אתי וא"צ לגלות דעתו וגבי יעוד צריך שיאמר בסוף שש הרי את מקודשת לי והוי כאומר הרי את מקודשת לי מעכשיו וכשאומר אין לאחר ל' אפ"ה כשאמר אין לבסוף שפיר מקודשת מעכשיו הרי מבואר דאף בע"מ שארצה ואומר הן ל"ש ברירה דהא אנן קי"ל התם כרבנן ואף ר' יוסי בר' יהודה לא קאמר אלא משום דס"ל מעות הראשונות לאו לקידושין וא"כ מכ"ש אם נימא דמה שאמר לכשארצה היינו לכשאשתוק ולא אחזיר בי למחות דלא אמרינן ברירה ודמי למקדש מעכשיו לאחר ל' יום והיינו נמי טעמא דהרמב"ן דאם אמרינן דהוי ע"מ שלא ימחה לא שייך ברירה כיון שא"צ שיתחדש דבר ובהגיע הזמן ששמע האב ולא מיחה ממילא חלים כמו מעכשיו ולאחר למ"ד והיינו כמ"ש דבשב וא"ת לא תלוי מידי בברירה (אבל מ"מ יש לחלק דאף על גב דבמעכשיו ולאחר ל' יכול לחזור בו סתמא דמילתא סמכה דעתי' שלא יחזור בו וכמו שרוצה עתה כן ירצה לאחר זמן משא"כ בע"מ שלא ימחה אבא שאין דעתו סומכת דשמא ימחה לכשישמע) ועכ"פ כשתלה הדבר בברירה אף בהתנה הרי את מקודשת לי לכשאומר אין לאחר ל' תתקדש מעכשיו אף אי אין ברירה הוי קידושין כדמוכח מקדושי יעוד וכן יש להוכיח לענ"ד מהא דאיתא בכתובות דף ע"ט גבי שטר מברחת דכותבין לו מהיום ולכשארצה ומבואר ברמב"ם פ"ב מה' אישות דמפרש דלא חלה המתנה עד שתאמר אין וכ' ה"ה דאזיל לשטתו דע"מ שירצה אבא היינו שיאמר אין וכ"כ הר"ן דזה ע"ד המפרשים עד שיאמר אין ואז חלה המתנה למפרע וא"כ התם נמי נימא כיון דאין ברירה לא חלה המתנה כלל א"ו כמ"ש:

איברא שצ"ע מהא דאיתא בב"מ פרק המפקיד נעשה כאומר לו לכשתרצה תשלימני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו ולפ"ז ק' דאכתי היכא קא קני כיון שתלה הקנין ברצון חבירו כשירצה לשלם לו ול"ד לאומר לאשה ע"מ שתתן לי ר' זוז דהרי באמת הקשה הרמב"ן בגיטין ג"כ בזה על רש"י שכתב דכל תנאי שאין בידו לברירה דמי א"כ ע"מ שתתן לו ר' זוז נמי ותי' דתנאי שביד האשה לקיים כתנאי שבידו דמי וסמיך עלה וזה לא שייך הכא דמאין הרגלים לומר שסומך דעתו שודאי ישלם ולא ירצה לישבע וכן יש להקשות לפמ"ש התוס' דכל שאין השעה מבוררת צריך ברירה א"כ קשה הא דקאמר שם בלישנא בתרא נעשה כאומר לו לכשתרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך סמוך לגניבתה והיכי קני הא אין השעה מבוררת וידועה:

ואמנם זה היה אפשר לתרץ דעד כאן לא כתבו התוספות דבעינן שעה מבוררת אלא התם דבאמת הגט מתחיל מעכשיו ואינו נגמר עד שעה א' קודם למיתה כמ"ש הרא"ש והטור

שם דהא דאמרינן מהיום אם מתי הוי כאומר מעת שאני בעולם היינו דמתחיל מהיום ואינו נגמר עד שעה קודם למיתה ואף להתוס' שכ' שם דמהיום פירושו מחיים ע"כ צ"ל כן שהרי הריטב"א והמפורשים כ' בשמם דבנותן גט לאשה ואומר לא תתגרשי בו אלא לאחר ל' הוי כטלי גיטך מע"ג קרקע ואינה מגורשת כלל (ולפי מאי דאיתא בתוספות שלפנינו בכתובות דף פ"ו מוכח דברשותה בעינן אבל מ"מ מגורשת) ולפ"ז צ"ל דאע"ג דעיקר חלות הגט אינו אלא אח"כ מ"מ כיון דמתחיל מעכשיו שפיר שייך ביה ברירה וכיון דאין השעה מבוררת לא מהני משא"כ התם בסמוך לגניבתה קנויה לך דלא מיירי במעכשיו וכיון שאינו חל עד אותו שעה אע"ג דאינה מבוררת שפיר אמרי' דקני כשיגיע אותו הזמן שקצב לו:

ובזה נלענ"ד ליישב קושית התוס' שם שהקשו דאמאי לא נאמר דהוי כאומר מעכשיו סמוך לגניבתה דאז קני אפילו עומדת באגם כדאמר ר"י במשוך פרה זו ותקנה מעכשיו ולאחר ל' ולפמ"ש ניחא דא"א לומר דהוי כמעכשיו וסמוך לגניבה דאז לא קני כלל כיון דאין השעה מבוררת וכמ"ש אלא שקשה לענ"ד דהיאך אפשר לומר דמעת שאני בעולם היינו דמתחיל מעכשיו ואינו נגמר אלא לאחר ל' דאל"ה הוי כטלי גיטך מע"ג קרקע הא בקידושין דף ס' מבואר דאף לר"י דס"ל מעכשיו ולאחר ל' שיורא הוי מ"מ גבי גיטא שיורא דמשייר בה לאו כלום. אמנם י"ל דהתוס' לשיטתייהו דס"ל שם דפירושא דמילתא הוא כיון דמשייר ואין השיור נגמר אלא לאחר מיתה לאו כלום אבל כשהשיור נגמר קודם מהני וכן מבואר יותר ברשב"א וריטב"א שם בשם הירושלמי דהקידושין מתחילין מעכשיו והולכין ונגמרין כל ל' יום וכ"ז לשיטת התוס' דהא דגט שכ"מ היינו שהשעה אינה מבוררת אבל לפי שיטת רש"י וכ"כ התוס' דמוכח מע"מ שירצה אבא דכל שהוא תלוי ביד אחרים אין ברירה קשה מההוא דלכשתרצה תשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו ואפשר דשאני התם דבאמת איהו לא אמר הכי רק שאנו דיינינן כן מחמת אומדנא דדעתא והוי כלב ב"ד מתנה כמ"ש בש"מ בשם הרשב"א הלכך אע"ג דאין ברירה מ"מ שפיר נקנה לו הכפל וכמו דלא חיישינן בזה משום אסמכתא דאמרינן ודאי גמר ומקני ה"ה לברירה נמי ל"ח וצ"ע ותבנא לדינא שנראה דכל היכא שאומר לכשארצה לאח"ז ל"ש ברירה וא"כ בנ"ד אם נימא דבשתיקה סגי אפילו אם אין ברירה נמי מהני משום דתלה ברצונו ועוד שיש לחוש למ"ש דבשב וא"ת כל שאין שם ענין מתחדש ל"א ברירה אמנם בנ"י בב"ק פ' המניח כ' אהא דקאמר במתכוין לזכות בחרסים דבסתמא לא חיישינן למימר דלא אפקרינהו עד דזכו בהו דאז אגלאי מילתא דלא אפקרינהו כלל ולא אמרינן במאי דלא זכה מיהא הוברר הדבר דאפקרינהו דבדאורייתא ל"א ברירה

והא דאוריית' הוא כו' מבואר דס"ל דאף בשב וא"ת נמי שייך ברירה שכ' דאע"ג דלא זכו בהו וחזינן דמפקיר להו ל"א דמסתמא מעיקרא נמי אפקיר להו אלא ל"א הוברר הלכך אי מזקי מכאן ואילך חייב דהוי כמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונסו. ואמנם אני תמה במ"ש דבדאורייתא אין ברירה והא דאורייתא הוא הא לפי מה שמבואר לעיל הא דבדאורייתא אין ברירה משום ספיקא ואית לן למיזל לקולא לנתבע ולמפטרי למימר יש ברירה. ולכאורה זה נוטה לדעת מהרש"ל דס"ל אף לקולא אין ברירה ולענ"ד היה אפשר דהתם איכא למימר הוכיח סופו על תחילתו כמו ביאוש שלא מדעת ועדיף מיניה דהתם אע"ג דאי ידע הוי מייאש מ"מ השתא מיהא לא ידע ולא מייאש ולכך ס"ל לאביי דלא הוי יאוש וע"ש בש"מ פ' אלו מציאות בשם הראב"ד שכ' וק' דאטו אביי ורבא בדיני ברירה פליגי ויש למבין להפליגו מדיני ברירה עכ"ל וביאור הדברים נ"ל דאפילו אביי דס"ל לא הוי ייאוש היינו משום דלא ידע וא"כ השתא מיהא הא לא אייאש וכמש"ל מהא דעירובין דפ"ב דפריך שם ש"מ אין ברירה ומשני הודיעוהו ולא הודיעוהו קתני וכן לרבא דס"ל הוי יאוש לאו מטעם הוברר אתינן עלה רק מטעם הוכיח סופו על תחלתו ואף בלא ברירה יש לנו לומר דמסתמא אם ידע ג"כ היה מפקיר כיון שהוא דבר שאין בו סימן ואין להאריך עוד בזה:

וגם הלום ראיתי שמש"ל דלהבא לא שייך ברירה מהא דבית בביתי מכור לך כו' איכא למישדי ביה נרגא כיון דיד בעהש"ט על התחתונה נותן לו הקטן ומראהו כחוש וגרוע א"כ הוי כדבר ברור אבל עדיין יש לפקפק שהרי אם נפל א' מהם מראהו נפל א"כ ע"כ דמשום ספיקא אתינן עלה ול"א דלעולם אזלינן בתר הגרוע אבל באמת נראה דבלא"ה אין ראיה ע"פ מה שביארו התוס' בעירובין דף נ"ט דקאמר הכל מודים היכא דאמר יקדשו ארבעים מתוך פ' דקדשי כו' מ"ס לקרבן גדול קא מכווין הקשו הא ר"י בלא"ה ס"ל אין ברירה ואומר ר"י דל"ש ברירה דקדשים היכא דאיתניהו בתערובתן וכ"כ התוס' במנחות ובתוס' רי"ד דף נ"א ביארו יותר וכ' הכל מודים כו' כיון שלא סימן איזה מהם קידש כולם בס' מקודשת ולומר זו אני רוצה והוברר הדבר שזו קידש שכיון שבעת הקידושין היה ספק מה ברירה י"ל שלא ידע איזה קידש בודאי אם היה אומר איזה שארצה היום או מחר היה יכול לסמוך אברירה אבל זה שקידש מתחלה מס' שלא בירר איזהו קידש אין לומר שם ברירה עכ"ל. וא"כ ממילא רווחא לן שמעתתא דבית בבית כו' כיון שלא תלה הדבר בבירור שאח"כ ל"ש ברירה. ואולם בדברי הריטב"א כתוב לאסור וז"ל וצע"ג דאי אמרינן ברירה קידושין שאינם מסורים לביאה מתחלתן נינהו (ונראה שאין זה מדברי הריטב"א רק איזה הג"ה ובדפוס ברלין נרשם בעיגול ע"ש) והפ"י שם עירב דברי התוס'

רי"ד עם הריטב"א והיו לאחדים בידו וכתב שהריטב"א מתחלה העלה בצ"ע ואח"כ כ' היכא דלא תלה בבירור ל"ש ברירה ולכן כתב דהריטב"א נחית לחלק בין א' מבנותיך ובין א' מכם ע"ש ובאמת ליתא אלא כמ"ש גם מה שהקשה שם דמאי פריך ממתני' דקדשתי את בתי הגדולה דילמא מיירי באומר א' מבנותיך שתרצה שתלוי בברירה ור"מ לטעמא דיש ברירה ור"י לטעמיה דאין ברירה וה"ל קידושין שאין מסורין לביאה נמי לא הוי קדושין כלל כיון דאין ברירה (ובזה נדחה מ"ש שם ליישב שיטת ר' סעדיה ע"ש) בההוא דלאיזה שארצה אגרש איברא דלפמ"ש לעיל בשם התוס' דעירובין בתירוצא בתרא דמ"מ חלה מיהא שם תרומה אלא בספיקא בלחוד הוי וע"כ ההוא דלאיזה שארצה אגרש שאני דלא הוי לשמה יש ליישב דבריו ועיין בלח"מ פ"ח מהלכות תמידין ומוספין:

ודרך אגב ראיתי במ"ש אא"ז מהרש"א בעירובין דף נ' דהא דהקשו התוס' מהיכא דקאמר יקדשו סתמא ולא הקשו אהא דקאמר יקדשו מם מתוך פ' משום דיש לחלק דהיכא דמברר דבריו י"ל ברירה כמ"ש התוס' לעיל דף ל"ז ד"ה ר"מ עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהא אדרבה התוס' גופייהו שם בשינויא בתרא מסקי דלהא לאיזה שארצה אגרש מוכח דס"ל לר"י אין ברירה אף היכא דמברר דבריו ועוד דבמנחות דף ע"ט כ' באמת להקשות גם אהיכא דאמר יקדשו מם מתוך פ' לכך נראה דהתוספות בעירובין קיימי לשנויא קמא דהתו' שכתבו דהוי מצי לחלק בהכי אף לר"י ולפ"ז היה צריך לומר דדוקא התם דכתיב וכתב לה דבעינן שיהא מבורר בשעת כתיבה הלכך אף שמתנה ומדבר דבריו לא מהני כמ"ש התוספות והשתא א"ש דבמנחות קיימו התוס' לשנויא בתרא דע"כ מוכח דר"י לא ס"ל ברירה אף במברר דבריו ולכך מקשי נמי אהאי דיקדשו מם כו' והיינו דהתוס' במנחות מייתי ראיה מהך דגיטין דלא אזלי התם לשיטת ר"י דס"ל דבגט הטעם משום לשמה וא"כ מוכח דל"ל ברירה אף במברר וקשה אההוא דיקדשו ארבעים משא"כ בעירובין שהם דברי ר"י שם כמ"ש שם ואומר ר"י דלא שייך כו' ולכך מייתי מהך דהאחים שחלקו דמגט אין ראיה משום דכתיב וכתב ולכך לא קשיא להו כ"א אהיכא דאמר יקדשו סתמא:

וראיתי בצאן קדשים שהשיג על המהרש"א דהא מגיטין מוכח דר"י לא ס"ל ברירה אף במברר דבריו ולפענ"ד ברור כמ"ש שהרי מהרש"א בעצמו מייתי דברי התו' בדף ל"ז ד"ה ר"מ וגם מה שהגיה בתוס' במנחות תיבת כשאינו לא נהירא וצ"ל כוונת התו' כך דדוקא כשיתברר לבסוף דלאו כלום ר"ל שלפעמים הדבר מתברר שלא היה עשייתו כלום כגון בתנאי דאם לא מתי שאם לא מת מתברר שלא היה הגט כלום וכן לאיזה שארצה אגרש כשרצה אחר כך לרחל הוברר הדבר שלא נכתב מעולם לשם לאה הלכך כיון שבשעת

מעשה לא הוברר ואכל חדא איכא למימר שיתברר לבסוף שלא היה עומדת להתגרש אמרינן אין ברירה משא"כ בלחמי תודה שאין אנו צריכין לבירורן וגם יש לפרש כוונתן כך דהיינו כשמתברר לבסוף ר"ל דדוקא היכא שצריך שיתברר בסוף דלאו כלום עביד ר"ל דהשתא לאו מידי עביד שאין המעשה שעשה עכשיו ראוי להתקיים אם לא על ידי בירור שלבסוף כגון בלאיזה שארצה אגרש וכה"ג משא"כ כאן דקדושין כל היכא דאיתניהו שהמעשה מתקיים אף בלא ברירה דלבסוף:

ונחזור לענינינו שנלע"ד דלא שייך כאן ברירה ומצאתי בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן ס"ו שכתב שכל התנאים שאין פוסלין בנתינה אין פוסלין בכתיבה והגע עצמך באומר כתוב גט לאשתי ע"מ שארצה או ע"מ שתצא בפתח תחלה מי אמרינן בהך מילתא ברירה הא תנאה הוי והרי היא מגורשת מעתה ע"מ שתצא בפתח תחלה ע"ש וצריך ליישב לפי דבריו ההוא דרציתי אלך כמ"ש והנה ראייתו מהך דכתוב גט לאשתי ע"מ שארצה נלענ"ד שהדין דין אמת כדמוכח בדוכתי טובי בש"ס גבי כותבין גט לאיש ברשב"ם ותוספות שם וכן בגיטין גבי כתביה ואנחיה בכיסתיה ולפי דעת קצת פוסקים דבגט סתמא כשר היה אפשר לומר דה"ט משום דאע"ג דאין ברירה לא גרע מסתמא דכשר וכמ"ש הרמב"ן והר"ן בריש כל הגט דאע"ג דאין ברירה מ"מ סתמא מיהא הוי וההוא דלאיזה שארצה אגרש ה"ט משום דאמרינן שמא לא נכתב רק לשם האחרת אבל באמת מסקי שם הרמב"ן והר"ן דסתמא פסול מהא דכותב טופסי גיטין ועיין בגיטין דף כ"ג ובתוס' והרא"ש וצ"ע בגיטין דף כ"ז וביבמות דף נ"ב גבי כתוב גט לארוסתי לשאכנסה אגרשנה כו' לשיטת רש"י דכל שאינו בידו אף גבי תנאי תלוי בברירה וכן בשדה זו לכשאקחנה קנוי' לך מעכשיו דקנה למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע וכן בפרק המגרש ע"מ שתנשאי לפלוני וע"מ שתבעלי כו' ועוד תנאים הרבה שאינם בידם לקיימא ולפמ"ש הרמב"ן לרש"י בתנאי ע"מ שתתנו לי ר' זוזי דווקא כיון שביד האשה הוא כתנאי שבידו דמי וא"כ כל תנאי שאינו בידו תלוי בברירה ונראה מזה דכל שהתנאי בידי אדם לא תלי בברירה דמסתמא עביד כל טצדקי כדי שיתקיים התנאי והוי כאילו הוא בידו אלא דהא ליתא שהרי כתבו התו' דה"ט דע"מ שירצה אבא דתלוי בברירה כגון שאינו בידו וכ"כ הרמב"ן ודברים אלו צריך עיון הרבה ואין להאריך:

אמנם בנ"ד אומר אני שאפילו אם נתפוס בדיבור דהכא ודאי יש ברירה אם אמר אין או אי הוה אמרינן דכיון ששתק ולא מיחה הוי כאומר אין מ"מ בנ"ד שלא אמר אין נראה שאין לחוש אף לשיטות הרמב"ן והרא"ש דס"ל דע"מ שירצה אבא היינו ע"מ שישתוק או שלא ימחה דזה שייך דוקא בתולה בדעת אחרים דאמרינן היינו ריצוי דידיה כיון שהוא

שמע ושתק הוי כגילה דעתו שרוצה בכך משא"כ היכא שתלה בדעת עצמו אם ירצה אח"כ יהא קידושין או יהא גט ודאי שצריך שיגלה דעתו ורצונו אח"כ דשתיקתו אינו מוכח שרוצה בקיומו דווקא שמא הוא פוסח עדיין על ב' סעיפים ולא גמר בדעתו שיהא כך בודאי הלכך דווקא היכא שגילה דעתו עתה שרוצה בגט ואמר אין אבל בשתיקה לא וכן מוכח לענ"ד דעת הריטב"א גבי שטר מברחת בכתובות כתב שעיקר הלכה דבעינן שתאמר רוצה אני הא שתקה אין לה מתנה (וכן נראה מרש"י וכ"כ הריטב"א והר"ן משמו דלא כב"ש שכ' בשם רש"י להיפוך) והרי בקידושין מבואר דעת הריטב"א דס"ל דע"מ שירצה אבא היינו ע"מ שישתוק א"ו דס"ל לחלק כמ"ש ואף הרא"ש והטור שם שפירשו דהמתנה חל מעכשיו רק שהתנאי הוא שתהא קיימת כל שלא תחזור בה והיינו דאזלי לשיטתם בע"מ שירצה היינו שישתוק נלענ"ד דשאני התם שעושה המעשה מיד שכותבת לו הרי נכסים נתונין לך מהיום ולכשארצה שפיר אמרינן דבשתיקה לבד הוי כגילוי דעת שרוצה שיתקיים המעשה וכן הדין אם היה אומר הריני מגרשך מהיום ולכשארצה אבל בנ"ד שאמר אז איך וועל כו' וויא איך וועל וועלין שאינו אומר שיהא גט מהיום ולכשארצה אלא כאומר שיהא תלוי ועומד וכמו שארצה לאחר ל' כן יהא ודאי שצריך לפרט כוונתו שהרי בשתיקה אין הכרע לצד א' יותר מצד השני כיון שלא אמר אין גם הרמב"ם והרא"ש מודים דכל כה"ג אינה מגורשת. וזה נ"ל ברור:

ועיין בשו"ת הרשב"א סימן תתקי"ט בראובן שנתן אלף זוז ללוי להתעסק בהם וליתן פירותיהן לשמעון כ"ז שיתרצה ראובן וכל שירצה ראובן ליטול כו' כ' שם דאף אם לישנא דע"מ היינו שלא ימחה כיון דמוכחה מילתא דע"מ שיאמר אין קאמר מדמתנה עוד ואמר כ"ז שירצה ראובן ליטול האלף זוז מחויב להחזירם שאלו היה כוונתו ע"מ שישתוק הא ימחה מתנתו בטילה למה ליה לחזור ולהתנות הרי כבר נכנס תנאי זה בכלל שאמר למעלה שכ"ז שימחה לא תהא מתנתו מתנה ולכאורה נראה דהתם נמי אמר ראובן ליתן הפירות לשמעון כ"ז שארצה ואפ"ה מסתפק שמא כ"ז שלא אמחה קאמר ונראה דהתם נמי כיון שאמר לו ליתן הפירות דמי לכותב שדי נתונה לך מהיום ולכשארצה ואפ"ה כ' כיון דמוכחא מילתא אמרינן דע"מ שיאמר אין קאמר שהרי ל"א אז איך וועל וועלן דמשמע לכשארצה אזויא וויא איך וועל וועלין דהיינו שתהא הברירה בידי כמו שארצה וכן הוא בלשון ב"א שיגלה דעתו ויאמר רוצה אני וכל כה"ג בודאי אחר לשון ב"א אזלינן: ובאמת שדברי הרשב"א צ"ע בעיני דאם נאמר שכוונתו שיאמר אין פשיטא שאין הענין מכוון דקאמר כ"ז שירצה ראובן ואטו כל שעה יאמר אין ובפרט לפי מאי דמשמע שם שכבר עבר זמן שקיבל שמעון הפירות וצ"ל דלהרשב"א באמת בכל פעם שנותן לו

הפירות לשמעון צריך לימלך בראובן ולשאול את פיו אם יאמר אין וצ"ע וע"ש דמסיק הרשב"א דכל שאומר ע"מ שארצה או ע"מ שירצה פלוני בין בקידושין ובין בדמים עד שיאמר אין קאמר וכ"נ מדברי הרמב"ן ז"ל עכ"ל ונראה שט"ס הוא וצ"ל הרמב"ם ז"ל. ובד"מ באה"ע סימן ל"ח הביאו ללמוד ממנו לקידושין ונראה שכוונתו לדברי הרשב"א דהיכא דמוכח מילתא אמרינן עד שיאמר אין אע"פ שקיצר בדבריו דאל"כ הא בש"ע שם מבואר בדעת הרא"ש והטור דע"מ שישתוק קאמר:

אמנם כ"ז אנו צריכין לידון אי הוי נ"ד במעכשיו דסתמא דמילת' מעכשיו קאמר או במהיום ולכשארצה או אם לא היה נקרע הגט מיד אחר נתינה. אבל בנ"ד שאמר לכשאחזיר לבריאות יהא הברירה בידי כמו שארצה מאין הרגלים לומר שכוונתו היה לכשירצה יחולו מעכשיו אף אם נימא דכשאומר מעכשיו ל"ש ברירה וא"כ א"ל כמ"ש דמסתמא היה כוונתו באופן המועיל בודאי ולהבא קאמר ויש לפרש גם אלמפריע מ"מ סתמא דמילתא כל שלא פירש ואמר שיחול מעכשיו אמרינן שכוונתו היה שיחול אז כשירצה וכמבואר בכל דוכתי דכל שלא אמר מעכשיו אמרינן דלהבא קאמר ומכ"ש גבי גט שיש לנו לומר שדעתו לאחר הגט כ"ז שיכול כמ"ש התוס' והרא"ש בגיטין דף ע"ג דאף דאומר מהיום אמרינן דלא רק שעה א' קודם המיתה שדעתו לאחר הגט כל מה שיוכל רק שיחול מחיים. ואע"ג דהתם אפילו באומר מהיום ולקצת פוסקים אף באומר מעכשיו אמרינן כן וא"כ לא משכחת שיחול כלל מעכשיו כלל וע"כ לחלק דדווקא בשכ"מ כיון שאינו נותן גט ברצון רק כדי שלא תפול קמי יבם אמרינן מסתמא דדעתיה לאחר כל מה שיכול משא"כ בבריא וכן מחלק הב"ש ריש סימן קמ"ה וא"כ בנ"ד שמסופק שמא ירצה שיהא גט לגמרי אף שיחזיר לבריאתו א"כ אין אומדנא דמוכח שדעתו לאחר הגט מ"מ זה דווקא אילו היה אומר מעכשיו הא סתמא לאו כמעכשיו כמבואר בגיטין ובמב"ם פ"ט מגירושין ובב"ש סימן קמ"ה וכן נראה מהא דאמרינן לא מקדים אינש פורענותא לנפשיה בגיטין דף י"ז ופירשו הרמב"ן שהיינו פורענותא דמפסיד פירות משעת כתיבה עד שעת נתינה וכ"כ הר"ן בחידושים א"כ אף לדידן דקי"ל אין לבעל פירות עד שעת נתינה מ"מ אם נימא שכיוון שיחול למפרע מ"מ הרי מפסיד פירות מיד והוי פרענותא לגביה ואף באשה שאין לה נכסי מלוג לא מצינו חילוק בזה דמ"מ נ"מ למעשה ידיה ומציאתה וירושתה. ואף לפמש"ל שיש לדון כוונתו על אופן המועיל בודאי והרי דעת קצת פוסקים באומר שתתגרש לאחר ל' אינה מגורשת כלל בלא מעכשיו משום הא אין אנו מוציאין משמעות הלשון מפשטיה ולהוסיף בדבריו לומר שכוונתו מעכשיו:

ועוד שי"ל שכוונתו שמעכשיו יתחיל הגט ולא יגמור אלא לכשיחזור לבריאותו וירצה וכ"כ לעיל דבכה"ג מגורשת שפיר אף להתו' אם הגט קיים ובנ"ד שנקרע הגט אין לחוש וכן מבואר ברשב"א בתשובה סימן תש"ז דבכל גווני לא דיינינן ליה כמעכשיו שכ' וז"ל ועוד שאפילו את"ל שאם אמר לה בפירוש התקדשי לי מעכשיו ולאחר שאגרשנו מהני כל שלא אמר כן בפי' לא משמע מעכשיו ואפילו אמר כך נתכוונתי והיה כן בדעתי אין משגיחין בדבריו כלל דהוי דברים שבלב ועוד שהקידושין אינם אלא מחמת שקידשה בפני עדים הלכך כל שלא שמעו העדים ולא נתכוונו לכך אינה מקודשת ועוד דאדעתא דרבנן מקדש ואין הולכין אחר דעתו אלא מה שיש במשמעות הלשון ודעת רבנן ואין במשמעות מעכשיו עכ"ל והני גווני שייכי נמי הכא וכ"ש שאומר שלא כיוון לגרש כלל. אבל מ"מ צ"ע די"ל זמנו של שטר מוכיח עליו ולפמ"ש ה"ה פ"ח מהל' גירושין דהא דאמרינן זמנו ש' היינו היכא דבל"ז אין הגט כלל והוא גט לאחר מיתה אמרינן שזמנו מוכיח ולפ"ז בנ"ד נמי ל"א זמנו ש"ש מוכיח כיון שתנאי זה אינו תלוי במיתה וכ"ה דעת הרמ"ה כמבואר בח"מ סימן רנ"ח ומה שהשיגו עליו הש"ך שם והב"ש כאן נלענ"ד ליישב דס"ל כדעת הפוסקים דגבי גט לאחר ל' בלא מעכשיו אינו גט כלל וא"כ גבי גט לאחר ל' הוי כלאחר מיתה דאמרינן ביה זמנו ש"ש מוכיח משא"כ הרמ"ה שם לענין מתנה מיירי שפיר מחלק בין לאחר מיתה בין לאחר ל' אלא שקשה ע"ד הפוסקים הנ"ל דהא מההיא אם לא באתי מוכח דאף לרבנן דס"ל דל"א זמנו ש"ש מוכיח מ"מ דוקא כשמת תוך יב"ח הא לא"ה מתגרשת אז ולא הוי כטלי גיטך מע"ג קרקע וכן ראיתי בפ"י שהקשה מהך דלכתצא חמה מנרתקה ומהא דאמרינן דלר"י מגורשת כשתתן וכן יש להקשות עוד מדוכתי טובי וכדי שלא יהיו בדבריהם מתנגדים לכמה סוגיות הש"ס צ"ל דס"ל דלענין זה עכ"פ מהני זמנו ש"ש לכ"ע לענין דנימא דמתחיל מעכשיו אלא שאין נגמר אלא לבסוף ולכך לא הוי כטלי גיטך כו' והתוס' לא כ' שם רק בההו' דלא תתגרשי בו אלא לאחר ל' כיון דלהדיא קאמר הכי אפי' אתחולי לא מתחלי מהשתא וא"כ לאחר זמן הוי כטלי גיטך כו' וכן מבואר מדברי הרא"ה והריטב"א בכתובות דכיון דאמר לשון אלא גרע טפי ודלא כהב"ח והב"ש בסימן מ' סק"ב שהביאו דברי המרדכי דפרק האומר דאלא הוי תנאי דליתא דכל הפוסקים חולקים ע"ז כמבואר בתוס' בכתובות בדוכתי טובא ושאר פוסקים ובמקום אחר הארכתי בזה מיהו מדברי הראב"ד שהביא הר"ן פ' הכותב לא משמע כן י"ל עוד כדעת הרמ"ה שדבריו מוכרחין מהא דגיטין דף ע"ג ומי מספקא לן אי אמר ר"י בע"פ והתנן ה"ז גיטיך אם לא אבא כו' ולכאורה קשה דילמא התם נמי בכ' התנאי תוך הגט מיירי לכך נראה דבכתב תוך הגט ל"ש זמנו ש"ש מוכיח שהרי

י"ל דלכך כ' זמן כדי לידע אימתי יכלה הזמן שקצב משא"כ היכא שהתנה ע"פ שפיר אמרינן זמנו ש"ש מוכיח שא"ל שלכך כ' לידע מתי יכלה הזמן ז"א כיון שאין הזמן קצוב בגט וע"כ שסמך על העדים שהתנה בפניהם שאם יבא תוך יב"ח הוי גיטא א"כ ל"ל זמן כיון דהעדים ידעו ג"כ מתי יכלה אע"ג שכוונתו היה שתתגרש מעכשיו אם לא יבא תוך יב"ח. ואמנם זה דוקא בקצב זמן משא"כ כשתלאו במיתה אם הדבר להיפוך וסברא טבי בתנאי שבתוך הגט מתנאי שבע"פ לכך כיון דמוכח דר"י אף בתנאי שבע"פ אמר א"כ גבי תנאי שבמיתה נמי משא"כ בההיא דס"ל רנ"ח מיירי בתנאי הכ' בשטר וכיון דבקצב מיירי א"כ י"ל דלכך כ' זמן לידע אימת יכלה ולא הוי מוכיח שיחול מעכשיו ואין כאן מקומו להאריך:

אמנם בנ"ד נראה כיון דהך מלתא אי קאי כר"י או לא ספיקא הוא ולפי דעת ה"ה מפשיטות דבריו דכל היכא שאינו תנאי שבמיתה אין זמנו ש"ש מוכיח דלא קי"ל כרבותינו דאף בתנאי דזמן הדין כן א"כ בנ"ד שאין התנאי במיתה לא שייך זמנו ש"ש מוכיח ואין להקשות למה בכל גט ש"מ אמרינן דחל מעת שהיא בעולם ואף ר"י מספקא ליה בהא ול"א זמנו ש"ש מוכיח כבר כתב הרשב"א דמהיום אם מתי גרע טפי דהוי כאומר שאינו רוצה שיחול מעכשיו רק מעת שהוא בעולם דכך הוא משמעות הלשון (וכיוצא בזה כ' הב"ח בא"ה סי' קמ"ח דזמנו ש"ש לא עדיף מאומר בפירוש מעכשיו או מהיום) אך דזה נכון לדעת התוס' שמהיום פי' מחיים אבל לפמ"ש הרמב"ן והרא"ש והר"ן דהיינו דמהיום יתחיל כו' קשה דמ"מ נימא זמנו ש"ש מוכיח דא"ל שכתב הזמן לידע ההתחלה דמשום זה א"צ לכתוב זמן דאין נ"מ בהתחלה וצ"ל כיון שחזינן דאומר שיתחיל מהיום ניחא ליה נמי שיהא כתוב בו הזמן ג"כ. ואחי החריף מוהר"ר חיים מרדכי נ"י (שהוא עתה הגאון אב"ד דק"ק דובנא יע"א) אמר שלפי סברת ה"ה דלכך אמרינן זמנו ש"ש מוכיח שהוא רוצה שיתקיים הגט וזה דווקא באם מתי משא"כ הכא בגט ש"מ דמהיום אם מתי דמספקא ליה לר"י אם הגט חל מיד או שמא רק שעה א' קודם המיתה א"כ בין כך ובין כך הגט קיים רק במספקא לן אם חל הגט קודם או אח"כ שוב ל"א זמנו ש"ש מוכיח וזה ראי' לה"ה ויפה כיוון. וא"כ בנ"ד שפיר י"ל שכיון שאם ירצה יהא גט אז ומ"ש בו זמן היינו שאם ימות יהא גט חל מעכשיו מיום הזמן וככל גט ש"מ. וא"ל דאיך יחול אז הא הוי מוקדם ז"א כמ"ש הפ"י דבכל גט ש"מ אין לחוש למוקדם דקלא אית להו וכ"כ דכל גט ע"ת קלא אית ליה ע"ש שהאריך וא"כ בנ"ד שאין לדמותו לגט שכ"מ דדווקא בתנאי דאם ימות לבד שייך לומר קלא אית ליה משא"כ כאן בתנאי דאם ירצה כשיבריא מ"מ ע"כ א"א לדין בזה מוקדם דא"כ כל תנאי דעלמא שהם באם

ניחוש להו הכי אע"כ שדי לנו כשנכתב יום הנתינה משום דקלא אית ליה או מטעם אחר ועיין בפני יהושע בגיטין דף כ"ב ואין כאן מקום להאריך. בהא סלקינא שלפנינו כמה צדדים להתיר:

חדא כיון שאומר סתם אם לא מתי לא יהא גט א"כ כשהברי' נתבטל הגט לגמרי ולא משגיחינן במה שאמר תחלה ואפילו תימא שבלבו היה שאם ירצה יהא גט מ"מ הוי דברים שבלב ואפ"ת דהוא אומדנ' דמוכח שעושה ע"ד ראשונה מ"מ לא מהני כיון שבלא שום אונס אומר שלא יהא גט ובמאי קא מגרשה ואפ"ת דאף בכה"ג מהני אומדנא דמוכח מ"מ אף אם בפיו אמר כן מ"מ הא איכא ס"ס דשמא בעינן שיאמר אין ואת"ל בשתיקה סגי שמא אין ברירה ואת"ל דבנ"ד כ"ע סבירא להו יש ברירה מ"מ נראה דבכה"ג כ"ע מודים דשתיקה לחוד לא מהני וקצת ראיה יש מהא דאמר ביומא דף י"ג דבכה"ג שייך ברירה דדחק התם לאוקמי הך דאשה אחרת מתקנין לו היכי קעביד דלא להוי ב' בתים ואמאי לא קאמר באומר ה"ז גיטך ע"מ שארצה אע"כ דבכה"ג אין ברירה והתם אליבא דר"י קיימינו אלא דקשה דמ"מ לימא ע"מ שאשתוק וא"ל דבכה"ג דהוי שב וא"ת נמי שייך ברירה דא"כ איך קאמר ע"מ שלא תמות חברתך הא התנאי אינו בידו ובכה"ג לרש"י אין ברירה וע"כ דטעמא כמ"ש בשאגת ארי' דבשב וא"ת לית בה משום ברירה וא"כ בתנאי שלא אמחה נמי ועוד קשה דהו"ל לקדשה ע"ת זה ועיין בשאגת ארי' שהקשה דע"מ שתמות חברתה יקדש והאריך ואכתי לא מתרצי מ"ש כיון שאומר כמו שארצה וכן בלשון ב"א עד שיאמר אין משמע ועוד כיון דלא אמר בהדיא שיחול מעכשיו אמרינן שכוונתו להבא וטפי אית לן למימר הכי דהכי פלטינן מספיקא דברירה ובנידון זה י"ל לא מחית נפשיה לספיקא דספיקא חמור מודאי דהא אכתי אגידא ביה וכיון דקאי אלהבא והרי נקרע הגט תיכף אחר הנתינה ואין מקום לגירושין:

ועתה אבא לבאר מה שיש עוד לצדד בנ"ד מטעם דכהנים שבזה"ז לאו כהנים ודאי נינהו וכמו שנראה מדברי הריב"ש בסי' צ"ד ומטעם זה התיר הרשד"ם שבו' שנישאת לכהן דלא תצא מטעם דאיכא ס"ס שמא אינו כהן ואת"ל כהן שמא לא נבעלה לפסול לה אלא שבשו"ת מהרי"ט ח"א סימן קמ"ט מחא ליה אמוח' והאריך להוכיח דכהני ודאי נינהו וכן בשבות יעקב ח"א סי' כ' להתיר מטעם זה חליצה לכהן דבדיעבד לא תצא ובשו"ת כנסת יחזקאל כ' בקצרה שאין לסמוך ע"ז כלל ולכן אמרתי לבאר ולהציע סוגית הש"ס דכתובות דף ק"ה ע"ב דגר' איבעי' להו מהו להעלות מנ"כ ליוחסין תיבעי למ"ד מעלין מתרומה ליוחסין ה"מ תרומה דאיסור מיתה אבל נ"כ דאיסור עשה לא. תיבעי למ"ד אין מעלין דילמא נ"כ דבפרהסיא לא מחציף אינש נפשי' א"ל אנא מתניתא ידענא דתני דבי

ר"י אומר גדולה חזקה כו' אמר להם הרי אתם בחזקתכם במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול אף עתה בקדשי הגבול ואי ס"ד מעלין מנ"כ הני כיון דפרסי ידייהו אתו לאסקינהו ודחי שאני התם דריע חזקתייהו כו' עד ואבע"א השתא נמי בתרומה דרבנן אכול בדאורייתא לא אכול וכי מעלין מתרומה ליוחסין מדאורייתא מתרומה דרבנן לא מסקינן וא"כ לפי תירוצא בתרא דלא אכול אלא בדרבנן משום דלא מפקינן להו מחזקתייהו אבל מ"מ בתרומה דאורייתא לא שבקינן להו למיכל דספיקא הוי כיון שלא מצאו כתבם המתייחסים ולפ"ז איכא לאקשויי א"כ איך מניחים אותם לפרוס ידיהם דהא בנ"כ איסור עשה וכיון דלאיסור דאורייתא חששו שלא לאכול תרומה דאורייתא אע"ג דתרומה איסור מיתה מ"מ איך מניחים אותם לעבור מס' על עשה וא"ל דבאמת אסר אותם ג"כ לנ"כ הא ליתא דבפשיטות קאמר כיון דפרסו ידייהו כו' ומשמע ליה הכי מדקאמר הרי אתם בחזקתכם וכיון דבגבולין הוי פרסו ידייהו לא הוציאם מזה לכן נראה דה"ט דכל מה שהחזיקו אע"ג דאיסור דאורייתא איכא לא רצה להורידם מזה ושאני תרומה דמעיקרא נמי לא אתחזקו בגבולים רק בתרומה דרבנן ולא בתרומה דאורייתא ומנ"כ שהוא עשה אין מעלין לתרומה דאורייתא שהוא עון מיתה וה"נ בתי' קמא דאכלי בתרומה דאורייתא היינו משום דאחזיקו לנ"כ ולתרומה אע"פ שבגולה לא היה להם כ"א תרומה דרבנן מ"מ לא הוציאם מחזקתן כיון דהוי אכלי בתרומה משום חזקת כהונתם אבל קדשים דלא אתחזקו באכילתם כלל השתא נמי לא אכיל וכן מצאתי שכ' אא"ז הגאון בתבואות שור סי' י"ח ס"ק כ"ט דחזקה זו אינה כשאר חזקה כגון סכין שנבדק ומקוה שנמדד שברור כשרותן בשעה שנתחזקו דהא הכא לא נברר כשרותן מעולם ולא נתיחסו וגדולה חזקה שא"א לשנות דבר שנוהגין בו היתר לנהוג בו איסור כ"א בראיה ברורה ומהני להם חזקה לפלגא לתרומה מפני שכבר נהגו בו היתר ואסרום לקודש שלא נהגו בו היתר עדיין אע"ג דתרומה חמורה לזר כקודש עכ"ל וא"כ בין לטעמא קמא ובין לשנויא בתרא אינם כהנים ודאים רק כהני חזקה ומניחים אותם במה שהוחזקו ואין מעלין אותם יותר מזה במה שלא נהגו בו עד עכשיו לפ"ז נראה דגם במה שנהגו והוחזקו לפרוש מפסולות לכהונה נמי אין מוציאין אותם מחזקתה וכ"נ מדברי הרמב"ם שכתב בפ' כ' מה' א"ב וז"ל הכהנים בזה"ז בחזקה הם כהנים ואין אוכלים אלא בקדשי הגבול והוא שתהי' תרומה של דבריהם ולפ"ז ק' דאיך נושאים את כפיהם אע"כ כמ"ש דמה דהוחזקו אף בדאורייתא אין מזחיחים אותם:

איברא שי"ל דה"ט דנ"כ משום דסבירא ליה דליכא איסור בנ"כ כמ"ש התוס' בשבת פרק כל כתבי אבל ז"א שהרי הד"מ בא"ח סימן קכ"ח כתב לתרץ דברי התוס' דלא תיקשי הא

בכתובות מסקינן דאיכא איסור עשה ולכך כתב הד"מ דעם כהנים אחרים ליכא איסור וא"כ בזה"ז שכל הכהנים אינם רק כהני חזקה ולא ודאים ל"ש זה ואף התוס' מודים דאיכא איסורא ואמנם המג"א שם כתב לתרץ דהתוס' שם קיימו אליבא דר"י דס"ל נשים סומכות רשות אע"ג דכתיב דבר אל בני ישראל וה"נ אע"ג דכתיב כה תברכו רשות לזר לישא את כפיו ול"א בכתובות דאיכא עשה דאתם ולא זרים אלא לר' יהודה דס"ל נשים אסורים לסמוך. אבל לפע"ד תימה דהא התם אמרינן אנא מתניתא ידענא דתניא ר"י אומר כו' הני כיון דפרסו ידייהו אתו לאסקינהו ולפי דברי התוס' מאי ראי' מייתי מדר' יוסי דלדידיה רשות לזר לישא את כפיו פשיטא דאין מעלין מנ"כ כלל כיון דאפילו זר יכול לישא כפיו וליכא עשה ול"ל דמדיוקא דקרא מייתי וכמו דקאמר דאלת"ה למ"ד מעלין מתרומה כו' ז"א דא"כ לא הו"ל למימר אנא מתניתא ידענא דמינה ליכא למשמע מידי כיון דר' יוסי היא דקאמר לה והנה לפי דברי המג"א למאי דפ' הרמב"ם דנשים אין סומכות א"כ גם בנ"כ איכא איסור עשה לזר אבל הא ליתא שהרי כתב הר"ן בפ"ב דסוכה דע"כ לא פליגי בנשים סומכות רשות אלא במצות עשה שיש בעשייתה צד איסור כשהוא שלא במקום מצוה כגון סמיכה בקדשים שהוא סומך בכל כחו ומשתמש בקדשים כו' אבל סוכה וכיוצא בה דליכא צד איסור היכא ס"ד שיהא ר"ג מוחה כו' ע"ש א"כ בנ"כ אין כאן איסור אפילו מאן דאית ליה התם ולא בנות ישראל סומכות דהתם שאני דמשתמש בקדשים ועיין בחגיגה דט"ז וכ"כ הריטב"א שם ודעת כל הפוסקים נראה דהלכה כר' יוסי וכן הוא דעת הרמב"ם בפ"ב מה' ציצית ומ"ש מה' קרבנות דפוסק דסמיכה באנשים דווקא היינו דחובה הוא או אפשר טעמא משום דמשתמש בקדשים ועיין בהג"מ שם ושיטות הללו ארוכים אכ"מ להאריך:

והנה מהרי"ט כתב דלשיטת התוס' איסור עשה הוא משום דבמקדש היה צריך לפרש השם ואזהרתיה מאת ה' אלהיך תירא. ולענ"ד ליתא דלשיטת הרמב"ם אף ברכה שא"צ דאורייתא כמבואר פ"א מה' ברכות וה"ל שבועות ולשיטות התוס' סוף ר"ה ובאשר"י דקידושין ודוכתי טובי דכל דרך ברכה והודאה אין איסור משום לא תשא א"כ נ"ל דפרושי השם נמי אין איסור רק היכא שמוציא לבטלה לגמרי ועיין בריש תמורה ועיין בפ"י שכתב ג"כ כמהרי"ט ולענ"ד תימה דא"כ מאי קאמר הני כיון דפרסי ידיהו אתי לאסקינהו כו' שהרי באמת לא החזיקו בנ"כ רק בגבולין לבד וא"כ כשאמר להם שיהיו בחזקתן ולא התיר להם רק נ"כ בגבולין לבד ומנ"כ בגבולין לא אתי לאסקינהו כיון דליכא אפילו עשה וא"ל דהתיר להם אף נ"כ במקדש דהמקשן ס"ל כתי' קמא שכשהניחם בחזקתם לא חלק להם בין גבולין למקדש כמו לשנוי' קמא דהשתא אכיל בתרומה

דאורייתא אלא דלפ"ז מאי פריך ואלא מאי גדולה חזקה הא שפיר גדולה לענין נ"כ גופיה ואפשר דמשמע ליה דלענין אכילת קודש דקרא ומתניתא בהכי מיירי:

והנה יש לתמוה על ה"ה פ"כ מה' א"ב ה"ד שכתב אהא דפסק הרמב"ם דאין מעלין מנ"כ ליוחסין היינו משום דלא איפשט' ועוד דלענין נ"כ מעלין ע"פ ע"א וכל שמעלין ע"פ ע"א אין מעלין ליוחסין ובש"ס מבעיא ליה דשמא תרי בעינן לנ"כ ולכאורה הדבר תימה דלמה באמת סגי בע"א דהא איבעיא לא איפשטין והנך ב' טעמי דה"ה לכאורה סתרי אהדדי. אמנם לפ"ד מהרי"ט ופ"י הנ"ל כיון דבזה"ז מיירי לא בעינן ב' עדים רק ע"א משום חשש ברכה לבטלה ואיך שיהיה עכ"פ מנ"כ לא מוכח מידי שיהיו כהנים וודאים כיון דבגבולין אין איסור רק משום ברכה לבטלה לבד:

איברא שצ"ע במ"ש הרמב"ם וש"ע סימן ג' שכ' וז"ל מי שבא בזה"ז ואמר כהן אני א"נ אין מעלין אותו לכהונה כו' אבל אוסר עצמו בגרושה כו' ואם נשא או נטמא לוקה והנבעלת לו אם היא פסולה לכהונה ס' חללה מבואר שם כל שמחזיק עצמו לוקה אם נשא גרושה אלמא דכהנים וודאים הם והנה המ"ל שם כ' דלמה לא ביאר הרמב"ם דבהוחזק ל' יום מיירי דאל"כ אינו לוקה עפ"ע ולכאורה היה אפשר לומר דהא דבעינן שיתחזק ל' יום היינו דוקא שילקו אחרים ע"י כמבואר ברמב"ם פ"א מה' א"ב הכ"א איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זהו אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזק בעיר ל' יום הורגין עלי' משום א"א ע"ש משא"כ לגבי דנפשיה לא בעינן שיתחזק ל' יום דשויה נפשיה חד"א ונקבע האיסור מיד לגביה באמירתו שאמר שהוא כהן וכיון שאח"כ נשא גרושה ה"ז לוקה ע"פ מה שהוקבע מתחלה וכ"כ הרמב"ם פט"ז מה' סנהדרין א"צ ב' עדים רק למלקות אבל האיסור עצמו בע"א הוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל אחר שהתרו בו לוקה אע"פ שעיקר האיסור בע"א וע"ש בהל' ז' דאע"פ שעתה מכחיש העד כיון ששתק בשעה שהעיד ע"א בקביעות האיסור לוקה והכ"מ הראה מקומו מהא דע"א נאמן באיסורין וליתא אלא נלמד מירושלמי דסוטה הביאו מהרי"ט וכ"ה בנזיר וראיתי במ"ל פ"ג דשגגות שהרגיש בזה ומבואר מדברי הרמב"ם הללו דאע"פ שלא הוחזקו דבר זה למ"ד יום מ"מ נקבע האיסור עפ"י ע"א וא"כ ה"ה ע"פ עצמו דשוין הם ומצאתי חילוק זה בב"ח אהע"ז סי' י"ט ועיין בב"ש שם ובשו"ת פ"י סי' א' השיג עליו:

ומ"ש הרמב"ם בפ"א מהל' א"ב הכ"ג דאשה שאמר' מקודשת אני אינה נהרגת ע"פ ע"א עד שיהא שם עדים או תוחזק נמי לאו בחזקה ל' יום מיירי ולא בעינן ל' יום רק לגבי אחרים שיהא נהרגין ע"פ והוא מדברי הירושלמי פרק י' יוחסין ותימה על ה"ה שכתב

שהוא מימרא דרב בב"ב ואין ענין לשם כלל כמבואר למעיין רק מפורש בירושלמי (וה"ה עצמו בה"ך הזכיר הירושלמי לענין מ"ש ראיה ברורה כו' וכאן הראה למקום אחר) וצ"ע. ועוד י"ל דלכך בעינן שהוחזק דאל"כ אינה נהרגת שהרי יכולה ליתן אמתלא כדאי' בכתובות דף כ"ב וכן כתב הרמב"ם פ"ט מהל' אישות משא"כ כשהוחזקה ל' יום ל"מ אמתלא כמ"ש מהרי"ט בתשובה בזה עדיף טפי ממעשה וכתב שתלמוד ארוך הוא שהרי באשה שהגדילה ומורכב על כתפה ובא עליה וסקלוה אע"ג דאיכא אמתלא שהגדילתו והי' לה כבן משום חוטרא לידה כו' ע"ש ואמנם לענ"ד בהא דכתובות דף כ"ב וברמב"ם משמע דלעולם מהני אמתלא וטעמא דהורגין נלפע"ד דשאני התם שמתרין בו ומקבל התראה ואינו אומר אמתלא תו לא מהני אמתלא אח"כ וכיוצא בזה כתב פ"י בכתובות דף כ"ב דברי לנגד החזקה מהני רק כיון שהתרו בו שפיר סוקלין על החזקה ע"ש ואיך שיהיה הרמב"ם כאן בלא הוחזק מיירי ומה שכתב המ"ל כיון דבהוחזק מיירי אם כן נהי דאין לוקה ע"פ מכל מקום זרעיה ליהווי חלל דברא כרעיה דאבוה הוי כ"כ דכשלא הוחזק ל' יום מיירי וע"כ מוכרח לומר כן דאם כן אמאי אין האשה לוקה הא מבואר בפ"א דכיון שהוחזק ל' יום אחרים נהרגין עלי' וזה תימה על המ"ל א"ו דלא הוחזק הלכך אינה לוקה וזרעה ספק חללים:

אבל לענ"ד ק' דאף בלא הוחזק כיון דאמר על עצמו שהוא כהן למה לא יהא נאמן לעשות זרעו חלל כמבואר בפט"ו מהל' אישות שנאמן לומר זה בני ממזר או ב"ג וב"ח ואפילו על עצמו נאמן לומר שהוא ממזר לפסול בנו וכ"כ הב"ש סי' ו' ס"ק כ"ז שנאמן לומר על בניו שהם חללים. וגם ק' לי התוס' דיבמות דף מ"ז שכ' בהא דנאמן אתה לפסול עצמך כו' דאם בא על בת כהן לא פסלה ומה שנא מאומר כהן אני ונשא גרושה ואפשר לחלק דהתם שאומר נתגיירתי ביני לב"ע ל"ל אין אדם משים עצמו רשע אלא דמכל מקום אמרינן דיכול לשוי' נפשיה ח"ד כמ"ש בדף כ"ה הלכך בשעת דבורו לא נקבע איסורו רק לגבי דנפשיה ולא לגבי דאשה כלל מה שאין כן כאן בשעה שאמר כהן אני כבר נקבע שהוא כהן ואם כן אחר כך כשבא על אשה הוי ס' חללה ובב"ש סי' ד' ס"ק נ"ג כתב כן גבי האומר ע"ע שהוא ממזר כיון דלאו מתורת עדות הוא דאדם קרוב א"ע אלא משום שויה אנפשיה ח"ד הלכך בא על בת כהן לא פסלה ועיין ר"פ החולץ עכ"ל. ולענ"ד שהתוס' לא כ' כן אלא גבי נתגיירתי ומטעם דאין אדם כו' וכן מבואר להדי' באשר"י פ' החולץ שכתב הטעם דאין אדם כו' והוי כההוא דאומר ע"ע שהוא כהן שהנבעלת לו ספק חללה כמו שכתב הב"ש גופיה ס"ג ס"ק ד' ע"ש ועכ"פ מבואר מרמב"ם וש"ע דבזה"ז כהנים ודאי נינהו:

איברא דיש לדחות דלכאורה בזמן הזה ל"ש מלקות כלל וע"כ בזמן דאיכא סמוכים קאמר ושוב אשכחן שהיה מיוחסים כגון ראב"ע ואף בימי אמוראים ר' עזרא בר ברי' דר' אבוטולס במנחות דף י"ג וא"כ י"ל דמיירי באומר כהן אני היינו שמודה בעצמו שהוא כהן מיוחסין שבכהונה ואביו היה אוכל בתרומה דאורייתא אבל אם אינו אומר כן רק שאביו היה מוחזק בכהונה ככל כהני חזקה מה"ת נימא שיהא לוקה דל"ש בכה"ג מלקין ושורפין על החזקות כיון שאנחנו אין יודעין באיזה אופן הוחזק זה שמעולם לא הוחזק להיות ודאי לאכול בתרומה דאורייתא ויפה הביא בשבות יעקב ראיה מהא דאמרינן בכתובות דף ט' האומר פ"פ מצאתי כו' מקים הוא דלא קים ליה אלמא כל דאיהו גופא אומר כן רק דאיכא למימר לא ק"ל ל"א שויה נפשיה ח"ד ואם כן כיון דאנן מספקא לן מילתא ולא שבקינן להו רק בתרומה דרבנן דאחזיקו בה וכה"ג ואיהו גופיה נמי אינו מעיד עפ"י עצמו שהוא כהן ודאי לכאורה נראה שהרמב"ם מודה בכהן מכהני חזקה דאינו לוקה אפילו למ"ש דבש"ס דקאמר הרי אתם בחזקתכם שאפילו למלתא דאורייתא אין מסלקין אותם כיון שהוחזקו בה אפשר דדוקא בהני דהם היו אומרים בבירור שהם כהנים אלא שלא מצאו כתבם המתיחסים וה"ל בירור הדבר בעדים ולכך לא האמינם להעלותן יותר מכמות שהי' מוחזקים אבל בזה"ז ממש שהם עצמם לא ידעו כלל רק שמוחזקים במילתא דרבנן אין כאן מלקות כלל ובזה ניחא מ"ש לעיל דאיך מניחין לפרוס ידיהם הא במקדש הוי דאורייתא ולפמ"ש י"ל דכיון דהם טוענין ברי במילתא דאיסורא אדם נאמן ע"ע רק דאי חיישינן דילמא אתי למסקינהו לא שבקינן להו:

והנה במהרי"ט שם כתב דלישנא בתרא דלא אכיל רק בתרומה דרבנן היינו משום דלא ליתי לאסקינהו מתרומה של תורה ליוחסין אבל משום תרומה של תורה עצמה לא חשו אעפ"י שיש בה עון מיתה לענ"ד תימה חדא שהרי התו' שם כתבו דל"ג וכי מסקינן כנ"ל ואף לרש"י דגריס ליה אינו רק לתרץ דלא תיקשי למ"ד מעלין מתרומה ליוחסין אבל עיקר דפסלינהו למיכל בתרומה הוא כיון שלא מצאו כתבם ומספיקא דילמא לאו כהני נינהו וחזקה דידהו לא מהני רק בדרבנן לבד והך דגדולה חזקה היינו דלא נגזר אטו דאורייתא דאי תימא דהותרו אף בדאורייתא כגון נ"כ במקדש טפי הו"ל לומר דגדולה חזקתם דאף בדאורייתא לא מחינן להו א"ו דבנ"כ במקדש באמת נאסרו להך תירוצא ולא הותרה רק בתרומה דרבנן (ואפשר דמ"מ בנ"כ שרי כמש"ל כיון דאומרים ברי לגבי נפשיה מהימן) ואפילו בתרומה דרבנן הוי גזרינן אי לאו משום דגדולה חזקה ומ"ש מהרי"ט ראיה מהא דמפרשינן הברייתות דמעלין מתרומה דרבנן לחלה דאורייתא או להיפוך אלא שהרמב"ם פוסק דשניהם דרבנן מיהו מהתם מוכח דאפילו למ"ד תרומה

דאורייתא שרי למיכל נלענ"ד דאין זה ראיה ורש"י נשמר מזה שכ' ד"ה מסקינן כו' דאי לאו כהן הוא לא הוי ספי ליה חלה גזירה משום תרומה ר"ל דהנך ברייתות ס"ל דשפיר גזרינן דרבנן אטו דאורייתא וא"כ מעלין מדרבנן לדאורייתא דאל"כ אפילו דרבנן לא הוי ספינן ליה ומ"מ אין מעלין מינה ליוחסין וגם מנ"כ פשיטא דאין מעלין ליוחסין דאין בין בצנעה לפרהסי' ועיין בדף כ"ו ע"ב בתוס' ד"ה נאמן ובמ"ש אא"ז מהרש"א ז"ל שם ואין להאריך:

והנה הרמב"ם כתב דאף ע"א א"נ להאכיל בתרומה דאורייתא ותמה ה"ה בשם המפורשים וכן הר"ן דהא ע"א נאמן באיסורין וכתב פ"י טעמא דהרמב"ם כיון דרובא דעלמא לאו כהני נינהו וע"א א"נ נגד חזקה ומכ"ש נגד רובא. ולפ"ז כיון דאין ברור כתב יחוס דכהנים נינהו אית לן למיזל בתר רובא. אבל אני תמה על פ"י אם נאמר דהוי כה"ג ע"א נגד רובא והגע עצמך בט' חניות בשר נבילה או ט' צבורין חמץ וא' מצה ואתי עכבר ושקיל וע"א מעיד דמן ההיתר שקיל האם נאמר דבכה"ג אין ע"א נאמן דהוי ע"א במקום רובא והפ"י עצמו בקדושין דס"ג כ' טעמא דמילתא דע"א נאמן במקום רוב משום דיש כאן מיעוט עכ"פ נגד הרוב ואין זה רק כמברר המיעוט מתוך הרוב ע"ש. אמנם נלענ"ד שמה שהוכיח מאחד שבא ואמר אני קדשתי אמאי נאמן דניזיל בתר רובא דעלמא יש לומר דשאני התם דגם זה האומר מרובה דעלמא ב הא משם שו ונכנס בכלל הספק ועוד יש לי להאריך בזה. ועיין במ"ל פ"ה מהל' עבדים ה"ח מ"ש שם:

סוף דבר שאין לנו ראיה מכרחת דכהני ודאי נינהו ועיין בשו"ת מהרי"ט סי' קמ"ח דלא חלקו בבירור על מהרשד"ם רק בענין גרושה וודאית כתבו שם שכופין להוציא דגם מהרשד"ם מודה ואפשר לו' כהן דכהני חזקה נינהו לא אחזיק אלא לודאי ולא לספק עד' והרי דעת מהרשד"ם להתיר במילתא דאיכא עוד ספיקא וכן השבות יעקב בחליצה דרבנן וא"כ אף אם לא נסמוך על ספק זה היכא דבלא"ה אין דברים להתיר בנידון דידן שיש כאן צדדי היתר בלא"ה שפיר מצרפינן ליה:

וכדאי מהרשד"ם ושבות יעקב לצרף דבריהם ולעשותם סניף להתיר וגם חכמי לועזים במהרי"ט סי' י"ח נראה שמסכימי' עם מהרשד"ם כמ"ש הש"ש וכ"כ שראיות מהרי"ט אין מוכרחים ובלא"ה יש צדדין וספיקות להתיר גם מהרי"ט מודה וכן נלע"ד שבמ"ש יש די להתיר לכהן זה לדור עם אשתו ועל המחמיר קורא אני נשי עמי תגרשון וכו' וכשם שאסור לטהר כו' כמבואר בירושלמי כך אני אומר להלכה. וגאוני הדור עליהם מוטל להורות המעשה אשר יעשון כי אשה עצורה הוא לנו עד נשמע מה בפיהם גם הם וחלקי אמרה נפשי מה שהורוני מן השמים וחתמתי שמי:

הק' אפרים זלמן בה"ה מוהר"ר מאניש מרגליות מבראד

שאלה קכג

שאלה שליח הביא גט לאשה אחת עם הרשאה מקויימת וקודם נתינת הגט קראו הב"ד ההרשאה וימצא כתוב בזה"ל והגט שנעשה עליו כו' שליח כו' נכתב ונחתם שנת חמשת אלפים חמש מאות לבריאות עולם ונחסר תיבות ושבעים ושלש והבעל הלך לדרכו ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה לכאורה דבר זה יש ללמוד מפשיטות דברי הרמ"א בסי' קמ"א סעיף כ"ד שכתב שאם נמצאו עידי ההרשאה פסולין נתבטל כל השליחות כו' ולא דמי לשאר פסולי הרשאה כו' מבואר דבשאר פסולי הרשאה לא איכפת לן ולא נתבטל השליחות מחמת פסול שטר ההרשאה וכ"כ להדיא בד"מ וז"ל אבל אם אירע פסול אחר בהרשאה אין השליחות בטל משום זה אלא הוי כמי שאין לו הרשאה וכבר נתבאר דינו למעלה ומבואר שם דבשעת הדחק נותנין הגט בלא הרשאה והב"ש שם ס"ק ל"ג כתב אהא דאם עדים פסולין נתבטל כו' אע"ג דכשאין בידו הרשאה נאמן לומר שהוא ש"ה בכה"ג שנעשה לפני פסולין גרע טפי כו' ולכאורה נראה דלא נתבטל אלא השליחות ואם חזר והביא הרשאה אחרת כשר הגט אלא שבד"מ בשם ס"ג כתב דהגט פסול ואפשר משום דמוכח דמסדר הגט היה ע"ה כו' עכ"ל ודבריו תמוהים לענ"ד שהרי הד"מ כתב על דברי ס"ג וז"ל ונראה דדווקא כשאירע פסול בעדים אז כל השליחות בטל משום דעידי הרשאה הם עידי השליחות ר"ל שהבעל ממנה שליח בפניהם ולכן כל השליחות בטל כו' ע"ש וכן דייק רמ"א בהג"ה וכתב ושבפניהם עשה הבעל לשליח כו' ואם כן פשיטא דבכה"ג בטל השליחות שהרי צריך שיהיה עדים בעת מינוי השליחות לפי דעת הרא"ש וכיון דהשליחות בטל מעיקרא מחמת פסול העדים ממילא דגם הגט פסול אף אם ימנה הבעל אותו עתה מחדש לפני עדים שהרי הוא מוקדם כמבואר בב"ש לעיל בשם הר"ן דאם לא נמסר ביום הכתיבה אין תקנה לשלוח ע"י שליח וכ"כ הרמ"א שנהגו להחמיר ולכתוב אחר וזה דעת בעל ס"ג שפסלו הגט גם כן ורמ"א סתם וכתב דנתבטל השליחות וממילא הכי הוא שצריך לכתוב גט אחר משום מוקדם ומשום דנ"מ אם היה מקום קרוב שיכול לחזור השליח אל הבעל וימנה אותו שליח מחדש באותו יום עצמו דליכא חשש מוקדם לכך נקט רק ביטול השליחות לחוד ועכ"פ מ"ש הב"ש דנעשה לפני פסולין גרע טפי דהוי כמכחישין אותו כו' לא מסתבר כלל והדבר מבואר כמ"ש דמטעם דאין כאן עדים בשעת מינוי השליחות אתי עלה. ומה שיש לעיין בזה דלכאורה י"ל דדווקא בנמצא פסול בהרשאה שלא בסימני הגט אבל בזה שנמצא הפסול בסימני הגט הכתוב בהרשאה אם

כן הרי עידי הרשאה מכחישין אותו ודמי למ"ש בב"י ובש"ע סעיף למ"ד בשם מהר"א מזרחי בכתוב בהרשאה שהוא שליח קבלה והוא אומר שהוא שליח להולכה ע"ש שכתב שהגט פסול לפי שנראה שהב"ד היה ע"ה כו' והד"מ שם הקשה דאמאי נחזיק הב"ד לטועין כשהשליח מכחישן נימא דהשליח משקר והבעל עשאו שליח לקבלה והולכה כיון דאם היה השליח אומר כן היתה ההרשאה כשרה והב"ש ג"כ כתב די"ל שהב"ד לא היה ע"ה רק שכתבו ליפוי כח ומ"מ כשאין השליח אומר כן לא טענינן אנחנו ע"ש (וראיתי בספר בית מאיר שכתב על דברי הד"מ שכתב דכיון שמוכחש ע"י העדים במה שאומר שאינו ש"ק הוי פסול לעדות ובמה נאמן לומר בפ"נ ע"ש ובמחכ"ת לא עיין יפה שקו' הד"מ הוא על מה שפסל הגט לפי שדן אותם לב"ד הדיוטות דז"א דמצינן למימר שנעשה ליפוי כח ואף שהשליח אומר כן הוא משקר ואם כן אם הבעל רוצה לגרש בגט זה בעצמו או מוסרו לשליח אחר שהיה בשעת כתיבה וחתימה שפיר דמי שאין לפסול הגט משום ב"ד הדיוטות וכן מבואר למעיין בד"מ) אך אני תמה דלפי דברי הד"מ והב"ש דברי המ"ב בשם הרא"מ הם סותרים זא"ז מרישא לסיפא שהרי התחיל וכתב וכך נראה לומר בנדון זה שהב"ד ע"ה היה וחשבו שיש ביד הבעל למנות ש"ק וליפוי כח נתכוונו ע"ש הרי מבואר דגם אם אמרינן דליפוי כח נתכוונו אין זה אלא מפני שהם ע"ה וחסרון ידיעתם שסברו שאפשר שהבעל עושה ש"ק ולכך עשו יפוי כח ופשיטא דלא מסתבר לומר דדוקא היכא שהשליח מכחיש דאז אנו תולין שרצו לעשותו לש"ק ודאי אז חשבינן להו כהדיוטות משא"כ אם לא החליטו זה לודאי רק לספק ועשו ליפוי כח לא חשבי' להו כהדיוטות פשיטא שז"א דודאי שגגתם בזה עולה זדון ואין לך חסירי מדע יותר מזה ויש לחוש לכמה פסולים שעשו בו מחסרון ידיעתם ופשיטא שאין לדמות זה לדין השוחט שאומר על דבר זה הייתי מסתפק ושואל כו' כמבואר למעיין (וכך מבואר להדיא מדברי הרא"ש בתשובה שהביא הטור שם שממנה רצה הרא"מ ללמוד היתר לנ"ד וכתב ואפילו את"ל שהיה ע"ה ולא ידע זה שאין הבעל עושה ש"ק למה לנו לתלות בחזרה י"ל דליפות כחו נתכווין כו' ע"ש) ועוד שהרי שפתי הרא"מ ברור מללו שכשבא לדון להכשיר הגט מטעם יפוי כח כתב שאותו ב"ד ע"ה היו וא"כ איך סיים בה שלפי שמכחי' השליח פסל השליחות גם פסל הגט לפי שהב"ד הם ע"ה ולכן נלענ"ד דמ"ש שם בסוף דברי המ"ב גם פסל הגט עצמו מכיון שהיו ע"ה כוונתו בזה לומר שהרא"מ הוסיף עוד טעם מחודש לפסול הגט עצמו לפי שהב"ד היו ע"ה כו' ולפי טעם זה באמת אין לחלק באמירת השליח דאפילו אם יאמר השליח שנעשה שליח לקבלה גם כן פסול מטעם זה כיון דמ"מ הבית דין היו ע"ה שנסתפקו שמא הבעל יכול למנות ש"ק וכן

מבואר להדיא מלשונו שכתב מכיון שהיו ע"ה שלא ידעו אם יכול הבעל למנות ש"ק אם לאו דכל כה"ג אין לסמוך עליהם כו' ע"ש ונפלאתי על אא"ז רמ"א ונמשך אחריו הב"ש שהבינו דלפי מסקנת הרא"מ נמי אם היה השליח אומר שנעשה לקבלה ג"כ הי' מכשיר הגט והשליחות כמו שכתב שם תחלה אחר כך אמר שאם השליח הזה כו' וליתא דמ"ש גם פסל הגט כו' הוא לשון קצר. ור"ל שעוד הוסיף לפסול הגט מטעם ע"ה ולטעם זה באמת נפסל בכל ענין ולפי שאינו לשון הרא"מ עצמו רק לשון איזה תלמיד וקיצר בלשונו ודחיק ומוקי נפשיה ובאמת נראה דהיכא שהשליח אומר שלא נעשה רק שליח להולכה היה מקום להקל יותר ולומר שהב"ד לא דייקי לישנא ונקטי קבלה בלשון הולכה או שנפל ט"ס ולא דקדקו ומ"מ אין זה ב"ד טועין שהבעל עושה ש"ק משא"כ אם השליח אומר שכן הוא שהיה גם ש"ק שוב אין ללמוד זכות עליהם רק מחסרון ידיעה אך מדברי הרא"מ מבואר דכל שהשליח אומר שהוא שליח להולכה לבד הוי הכחשת עדים ואין תולין בגמגום או בט"ס ואף ע"ג דבתשובת הרא"ש שם כתב גם כן שיש לתלות בט"ס אין לתלות בחזרה דאדם יודע שאין בידו לעשות ש"ק ואם כן ה"נ נימא דודאי ב"ד יודעין שאין הבעל עושה ש"ק ויש לתלות בט"ס ואע"ג דלפי מ"ש הרא"ש ואת"ל שהיו ע"ה כו' אם כן י"ל דלמסקנת הרא"ש אין לתלות בט"ס כל היכא דאיכא למימר שטעה בדבר משנה והלכך הוצרך לצדד עפ"י מסקנת דברי הרא"ש דאזלינן בתר יפוי כח אך עדיין יש פ"פ לומר דע"כ לא קאמר הרא"ש ואת"ל שהיו ע"ה משום דלענין הבעל לחוד י"ל כן דשמא הי' ע"ה ומה"ת לתלות בט"ס משא"כ ב"ד כיון דבעלמ' אין לנו לחוש לב"ד טועין גם כאן נימא דמלתא דמספקא להרא"ש בבעל פשיטא ליה לענין הב"ד שתולין בט"ס וא"צ לומר יפוי כח שאז ע"כ חשבינן להו ב"ד טועין ואפשר ס"ל להרא"מ דדוקא התם שביאר בשטר שעשאו שליח להולכה ושוב י"ל דמ"ש אח"כ שהוא ש"ק הוא ט"ס דמצרפינן ליה סברא דאדם יודע אבל כשאין זכר לשליחות להולכ' כלל אין לתלות בט"ס אך מדברי הרא"מ נראה דמעיקרא לא אסיק אדעתיה לחלק בהכי דאל"כ אין ללמוד משם גם לענין הך מלתא דיפוי כח כמ"ש שם אחר כך ועוד שאותו שטר עצמו כו' משמע דאף אם לא נחלק בהכי מכל מקום לא רצה הרא"מ ללמוד מהרא"ש רק לענין סוף דבריו דליפוי כח אבל לא מראש דבריו דתולין בט"ס ונלענ"ד דסבירא ליה דדוקא כה"ג דהרא"ש י"ל דשכיח קצת שמחמת שהיה נחפז ללכת השמיט הבעל או אמר והסופר השמיט זה אבל כפי לשון השטר שליחות דבעובדא דהרא"מ דאיתא שם ובא פלוני וגירש לאשתו פ' ואמר לו התקבל גט זה לאשתי פלונית והרי היא מותרת לכל אדם אין מקום כלל לתלות

בט"ס כולי האי וגם כי השטר הוא לשון הב"ד עצמו דודאי דייקי שאמר בלשון הזה ממש ואין מקום לתלות בט"ס כלל ולכך פסלו הרא"מ:

ולפ"ז נראה בנ"ד לא דמי להיא דתשובת הרא"מ רק להההיא דתשו' הרא"ש דודאי לא יעלה על דעת שום אדם שהבעל נותן הרשאה לגרש אשתו בגט שנכתב לפני ע"ג שנה ובודאי תלינן בט"ס אפילו אם כבר נעשה נתינת הגט מיד השליח והגט נאבד ואינו לפנינו ואנו מוצאין בהרשאה שכתוב בה שנותן הרשאה לגרש בגט שנכתב בתוכו חמשת אלפים ת"ק לבד ומכ"ש בזה שהשליח מביא הגט לפנינו שניתן עליו ההרשאה וכתוב בו כתיקנו שיש לתלות בט"ס שבהרשאה וגדולה מזו מבואר בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן פ"ב בהרשאה שנכתב בה ששם המגרש פלוני בן שמעון והמגרש שמו פ' בן שמעון וכן נכתב בגט וכתב דלהא ליכא למיחוש דודאי לא מכחיש שטר השליחות לעד הזה דאפשר שהכל אמת כו' ולא עוד אלא שראוי לדון אותו בט"ס וקרוב לזה מצינו בפ"ב דמציעא אבוה דר"פ איתאביד ליה חמרא כו' מסתברא דלא מייתי אינש חובתיה לנפשיה שמעינן מהא אע"ג דקי"ל כיון שהגיד ואלו כבר אמרו שהוא רמאי עם כל זה מכח הסברא אנו אומרים שטעו ולא שייך בזה כיון שהגיד כו' וכמ"ש הרי"ף והרמב"ן ובנ"ד נמי אין לך סברא גדולה מזו שהיו שולחין הגט וכתבו בן ראובן ושטר השליחות בן שמעון אלא שנכרים דברי אמת שט"ס היה ואין כאן אלא גילוי מלתא בעלמא ובודאי דנאמן ותלינן בט"ס וכיוצא בזה נמצא בתשובה להרא"ש על הרשאה שהיה כתוב וקנינה מן מוהר"ר ר' יונה כו' ע"ש אע"ג שצירף טעמים מ"מ למדנו מדבריו דהיכא דאיכא למימר ולתלות בט"ס ואגב הסופר טעו העדים ג"כ לחתום ולא דקדקו היטב במה שחתמו וא"כ בנ"ד נמי כו' ע"ש ועל מ"ש מתחלה דאפשר שהכל אמת שפלוני בן שמעון עשה גם כן שליח לעד הזה לגט אחר וגט של זה נאבד כו' ז"א לפי מש"ל בשם הרא"מ כיון דהשליח עצמו אומר כן ונראה דעיקר סמיכת הרכד"מ בזה על הטעם דתלינן בט"ס וכן מבואר בסוף דבריו שם ע"ש ומזה נקח לנ"ד שנראה שקל וחומר הדברים שיש לתלות בכה"ג בט"ס:

וראיתי בספר דברי אמת להגאון מהור"ר יצחק בכ"ר דוד ז"ל שכתב בשו"ת סימן ד' לדחות ראיית מהרשד"ם דס"ל דשאני התם שהיו תכ"ד וכמ"ש בספר אסיפת זקנים בשם הרשב"א ובתכ"ד יכולין לומר מבודין היינו אלא דהכא סד"א דלא להני אף בתכ"ד די"ל מפני אימתו של זה חזר קמ"ל דע"י האומדנא דלא מייתי חובתה לנפשיה נאמן להגיד ולא מפני אימתו של זה אמר ונמצא בנ"ד שכבר עברו ימים שעידי הרשאה חתמו ואח"כ אומרים שטעו בדבר דלא עבידי למיטעי כיון שהגיד כו' עיין שם. ונפלאתי שכ"כ

בפשיטות דהתם תכ"ד הוה ולפי זה אין כאן שייכות להא דכיון שהגיד כלל והרי רש"י והרי"ף והרא"ש כתבו להדיא והני ודאי מטעי קטעו ולית ביה משום חוזר ומגיד אלמא דאפילו לאחר כ"ד מהני באומדנא כי האי דלית ביה משום כיון שהגיד כו' והטעם מבואר ברש"י דאמרי' שכך היה דעתם לומר מתחלה ואם כן היינו הגדה קמייתא גופה ולא שייך בזה שחוזר ומגיד וכן מבואר להדיא בטור וש"ע ח"מ סימן כ"ט מבואר שם דאפילו אחר כ"ד ואפילו אינו טעות שמצוי לטעות לית ביה משום חוזר ומגיד ומ"ש בשם א"ז בשם הרשב"א עיינתי שם וראיתי שכתב בשם הריטב"א שהקשה דאפילו חוזרים ומגידים מאי הוי כיון דתכ"ד הדרי בהו ויש לומר דהתם שחזרו מעצמם אבל הכא שחזרו מחמת אימתו כו' ע"ש וגם בבדק הבית סימן כ"ט העתיק זה בשם הריטב"א ונראה דלא פליג לדינא על הפוסקים שלמדו מכאן לענין חוזר ומגיד וגם הוא ז"ל מודה דכיון דחזינן דמהני הך אומדנא דמחמת זה אמרינן שאין כאן חזרה רק כן היה דעתו מתחלה ממילא דגם אחר כ"ד יכול לחזור דאין זה חזרה רק גילוי מלתא מה היה דעתו מתחלה וטעותא הוא דהדרא ועיין בתשובת מיימוני להלכות אישות סימן ג' בענין השליח לקדש וטעה ואמר לי ע"ש שכתב חד טעמא ורגלים לדבר יש שהוא כדבריו שהרי מתחלה בירר עדים לקדש לראובן כו' ועוד דחזקה שליח עושה שליחותו כו' ואין לך רגלים לדבר וחזקה שליח כו' יותר מנ"ד דידוע לכל שהוברר להיות עדים על הרשאה על גט הנכתב עתה שנת תקע"ג ומהימנו לומר שטעו וכיון דמהימנו פשיטא דלית ביה משום חוזר ומגיד וכמ"ש דבטעות לא מיקרי חוזר ומגיד:

והנה אם ט"ס כזה מיקרי מצוי לטעות או אינו מצוי יש ללמוד דבר זה מדברי הריב"ש סימן שפ"ב בשטר חליצה שכתוב בו ק"ד לפרט והיה שנת קל"ד וכתב שם וכ"ת ט"ס היה ששכחו אם כן לעולם לא נמצא עדים פסולין מפני הקדמת זמן שלעולם נתלה בטעותם כו' ואע"פ שאם ידענו בודאי שטעו לא נפסלו אפילו במידי דאורחייהו למידק כו' אפילו אין לתלות שנעשה בטעות בני אדם במידי דלאו אורחיה למידק כו' והד"מ והסמ"ע בסימן מ"ג הביאו בקצרה דברי הריב"ש אלו. ומבואר בריב"ש שם דאפילו העדים אומרים טעינו אין נאמנים להכשיר השטר וכ"כ הש"ך (וראיתי באו"ת שכתב דאין ראיה מהריב"ש דמיירי שאין העדים לפנינו וליתא דאע"ג דנדון שלו מיירי שאין העדים לפנינו מ"מ ביאר בדבריו דאף אם הם לפנינו ואומרים שטעו אין נאמנים ע"ש שכתב וז"ל אבל לומר טעינו במאי דאורחייהו למידק כדי להכשיר השטר פסול נראה שאינם נאמנים וכ"ש כשאינם לפנינו כו' ע"ש) ומ"מ נראה דהריב"ש מודה בנ"ד שהטעות ברור וידוע לכל שהרשאה זו נכתבה על גט זה וגם שהרי עידי הגט מוזכרים בהרשאה והם לא היו

בזמן ההוא בעולם וכה"ג אמרי' בגיטין דף כ"ז כגון דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוב"ש כו' ואמרינן שם דלא חיישינן דלמא אתרמי שמיא כשמא ועדים כעדים וגם דהא דנ"ד י"ל טעמא דהרשד"ם דלא מייתי אינש חובה לנפשיה וכבר כתבתי שמדברי הרא"ש מבואר שתולין בט"ס ומ"ש אח"כ ואת"ל שהבעל ע"ה כו' היינו משום שרצה להמציא היתר אם תאמר דטפי יש לתלות בד"א משנתלה בט"ס אבל לדינא גם טעם הראשון אמת ואפילו תימא דלא סמיך על טעם הראשון היינו משום שיש מקום לומר שהבעל ע"ה היה ואם כן אזדא ליה טעמא דאדם יודע כו' אבל בנ"ד דלא שייך לתלות לפי שהיו ע"ה דזו תינוקת של בית רבן יודעין שגט הנכתב בשנת ת"ק פסול לגרש בו בשנת תקע"ג ובלא"ה לא יעלה על דעת בן אדם לחוש שהי' גט מעת ההיא מונח בקופס' ואתרמי שמא כשמא ועדים כעדים וכיון שכן הדבר ברור לדעת הרא"ש דתולין בכה"ג בט"ס וכשר וגם הריב"ש נראה שלא החליט סברתו וחזר וכתב ועוד שאפילו אם היינו אומרים כן בעדים אין לומר כן בדיינים דבי דינא מידק דייקי כו':

וראיתי בשו"ת הר"ן סימן ע"ז שנשאלה מלפניו שאלה זו של הריב"ש מחכם אחר איש ריבו של הריב"ש בדין זה ודעת החכם היה להכשיר דודאי מוכחא מלתא ששכחת הסופר היה שדלג מנין הלמ"ד כו' והר"ן הסכים עמו להכשיר מטעם דשטר מוקדם גבי מב"ח שאין העדים פסולין כשטעו בדבר שהם עשוים לטעות ומעתה כיון שאנו מאמינים במ"ש בשטר כל שטעו בדבר שעשוים לטעות הרי נתברר לנו שהחליצה נעשית כהוגן וראוי שנשיא אותה ואף דאיכא למיחוש שמא יחפה במלקות דיבמה לשוק ולפירות נמי איכא למיחש כו' ואעפ"כ אינו דומה לגט כו' דכיון שאינה מתגרשת אלא בו וזה אין עליו תורת גט ושטר נמצא שלא נתגרשה כלל אבל כאן החליצה התירתה וכיון שאנו מאמינים בה כדמוכח ההיא דשט"ח המוקדמין שגובה מב"ח נמצאת אשה זו מותרת כו' ומ"מ אם הדבר יזדמן שיתוקן המעשה ב"ד קודם שתנשא הנה מה טוב ואם לאו אין ראוי לעגנה בשביל זה עכ"ל הרי מבואר מדברי הר"ן דכה"ג הוי שפיר טעות דעבידי למיטעי ודלא כהריב"ש ז"ל וע"ש בשו"ת הריב"ש סימן שפ"ה שהחכם ר' חסדאי סבור שאין שייך ביבמה זנות ופירות ולכן תמה על הריב"ש שכתב שהעדים פסולים שחתמו שקר דמה להם לשקר והלא הקדמה זו אינה מעלה ומורידה והריב"ש השיב לו באריכות דודאי איכא חשש פירי ביבמה ע"ש. ולפי זה י"ל בנ"ד כיון שאין הקדמה זו מעלה ומורידה מודה להחכם ר"ח דאמרינן מה להם לשקר וכיון שאין מקום לתת שם פסול עליהם שפיר תלינן בטעות אף לסברתו דכה"ג לא מיקרי עביד למיטעי ועיין בדברי החכם ר"ח שם שכתב דאדרבא היא הנותנת שטעו ולא חתמו שקר דודאי האשה שואלת הגט לראות כו'

ודברים אלו מטין לדברי הרשד"ם שכתבתי דאומדנא הוא דלא מייתי חובתה לנפשיה (ולכאורה מדברי הרא"ש בתשובה לענין אם כתב ברביעי בך' לחודש שהביא הטור סימן ת"ך נראה דדוקא בקביעות החודש תלינן דטעה אף על גב דאחר רובו של חודש לא עביד דטעה מ"מ בזה שע"כ טעה כו' כמבואר שם ומדלא תלי טעמא משום דאמרינן שהשמיט הסופר תיבת אחד ויש לדחות דחדא מתרי טעמי נקט ועוד י"ל דהתם כיון שמנין המועט כותבין תחלה א"כ כך היה צריך לכתוב אחד ועשרי' כמבואר בטור ואם כן צ"ל שהשמיט גם וא"ו מן תיבת ועשרים ולהשמיט מקצת תיבה לא עביד דטעי ולכך מסתבר ליה טפי למתלי טעמא שטעה בקביעות אבל להשמיט תיבות שלימים שפיר תלינן כמש"ל מתשובת הרא"ש שבסימן קמ"א כמש"ל) ועפ"י דברי הר"ן אלו שהבאתי יתבאר דמ"ש בתה"ד בכתבי' סימן וא"ו להחמיר בגט שדילג בו ומאתים וכתב לחלק בין מ"ש הרא"ש בתשובה להכשיר בכתב ברביעי בעשרים משום דמוכח ט"ס מיניה ובי' משא"כ בזה שאין הוכחה מגוף הגט אף על גב דמוכח מבחוץ לפי רוב השנים דע"כ דילוג יש כאן לא דמי למוכח מיניה ובי' והובא חילוק זה באחרונים סימן מ"ג לענין שטרות ג"כ ולכאורה אין החילוק מובן אך לפי דברי הר"ן א"ש דודאי היכא דהוא טעות דמוכח אין כאן חשש על גוף המעשה דמ"מ גוף המעשה אמת אלא שהשטר מתבטל מחמת שטר אם הוא מוקדם כיון שיש בו חשש טריפת לקוחות פסלוהו חכמים והלכך היכא שהטעות מוכח מתוכו הרי זה כאלו נכתב כהוגן ואין לקרוא עליו שם מוקדם כיון שהזמן העיקרי הוא מוכח מתוכו (וע"ש בתשובת הרא"ש באורך דאין חשש שיסברו על הזמן המוקדם שהוא העיקר דע"כ לומר דברביעי הוא הוא העיקר ע"ש) משא"כ היכא שאין מוכח מתוך הגט עצמו נמצא שמפאת כתיבתו יש בו הקדמת זמן ופסול אלא שאתה בא להכשירו מחמת הוכחה מבחוץ מ"מ בגט אין בו זמן כהוגן רק זמן מוקדם ואף שעל שנים רבות אין חשש טריפת לקוחות שלא היו האנשים האלה בעולם לא פלוג רבנן וכמ"ש בתה"ד שם סימן י"ט וז"ל מ"ש דלמוקדם זה ליכא למיחוש לחיפוי ולא לפירי לפי רוב השנים כו' הגע עצמך א"כ מוקדם בשט"ח כה"ג אמאי יפסל כו' אלא ע"כ לא פלוג רבנן במוקדמין דהוי כי חוכא ואטלול' שאם הקדים יו"ד שנים פסול והקדים אלף שנים כשר עכ"ל ומזה מבואר דגם תה"ד דמחמיר בזה אינו אלא במקום שיש לתת שם מוקדם עליו מחשש טריפת לקוחות משא"כ היכא דליכא האי חששא אין מקום לחלק בין מוכח מתוכו או מוכח מבחוץ כיון דסוף כל סוף ט"ס דמוכח הוא דודאי הרשאה זו לא נכתבה על גט שלפני ע"ג שנה וכיון שיש כאן ט"ס וחשש חיפוי או טריפת לקוחות אין כאן אף אם נתפוס הענין ככתבו פשיטא דליכא למיחש למידי וגדולה מזו מצאנו

דעת רבותינו בעלי התוס' דאף בגט עצמו אם שינה בדבר שא"צ לכותבו אינו מזיק ובכאן פשיטא דמה שכותבין בהרשאה שהוא על גט שנכתב בשנה פ' הוא אך למותר ולרווחא בעלמא וכיון שהוא דבר שא"צ לכותבו וכמו שהוא נכתב לפנינו גם כן אין כאן ריעותא פשיטא דכשר:

ומצאתי בשו"ת מהר"מ מינץ שהאריך גם כן בענין זה של התה"ד וכתב ג"כ החילוק היכא דמוכח מתוך השטר אם לא שנאמר דהכא גם כן מוכח מתוכו מאחר דדילג הרבה שנים למה יעשה כן לדעת דליכא חשש חיפוי ופירי דהאי גברא לא היה קודם מאתים לכך יש לדונו כשוכח כו' מה תאמר שמא האי גברא לא כתב גיטא רק נכתב לפני מאתים שנה כו' לא חיישינן כדאמר בב"מ ובגיטין מ"ד דלמא אתרמי שמא כשמא וא"ת דהכא יש קצת רגלים לדבר דהאי גיטא של איש אחר וניתן לפני מאתים שנה ז"א הא איתא שם בתוספות שאין מכירין מי הוא היוסף ב"ש אבל הכא בעובדא דידן מכירין האי גברא ואומרים לזה האיש חתמנו אז ודאי לא חיישינן דלמא אחרמי וא"ת הא פסול משום שנראה כמזוייף מתוכו כו' ז"א דזה לא מיקרי מזוייף דליכא חשש פסול כדאיתא בתוס' כו' ואם הוא דכשר לכתוב הפרט קטן לא פסול משום דילוג מאתים ם דהא איתא בתוספות דאין פסול כשמשנה מה שא"צ לכתוב כו' ע"ש (ובש"ך ריש סימן מ"ג הביא קצת מזה וכתב שכן עיקר כו' ע"ש) ויש ללמוד ממנו כמה דברים שעולים למה שכתבתי בעזה"י וע"ש שקצת דעתו נוטה להתיר בדיעבד בלא גט שני וגם בתה"ד אעפ"י שהוא מחמיר בענין זה כתב שם בסימן כ"א דאיכא כמה דקדוקים להקל ואם דחיתי אותו היינו להחמיר ולתת גט אבל כולי האי דנימא תצא לא ברירה לי דחיותי כ"כ ע"ש ועוד נלענ"ד דכה"ג דנ"ד נמי אין הוכחה מבחוץ רק מתוך ההרשאה עצמה דבשלמא ההיא דתה"ד מצד הגט עצמו אין כאן הוכחה שהרי הוא דבר שאפשר ואינו רחוק שימצא עכשיו שטר שנכתב לפני שנים רבות ומאן מפיס מתוך השטר עצמו אם נכתב עתה או זה זמן רב אבל בהרשאה זו הכתובה לפני שכתוב בה זמן כתיבתה בשנה זו וימצא כתוב שעושה אותו עתה שליח לגרש אשתו בגט שנכתב לפני ע"ג שנה אין מי שיעלה על לב שהדברים כפשטן שהשליח והעדים והב"ד המקיימין השטר יעשו דברים של בטלה ומוכח מתוכו שהוא ט"ס ועדיפא מהא דכתב הרא"ש בתשובה דאדם יודע שאין הבעל עושה שליח לקבלה כמש"ל יש לומר דשמא הבעל ע"ה מה שאין כן כאן בלאו הכי העיקר כמ"ש דבזה אין חילוק בין מוכח מתוכו או מבחוץ כלל:

והנה הך חששא שכתב מהר"מ מינץ שמא הגט נכתב לפני מאתים נזכר גם כן בריב"ש סי' שפ"ה שכתב לחכם ר' חסדאי ז"ל וז"ל ומ"ש שיש לחוש ששטר זה נעשה בזמנו

לאשה אחרת ששמה כשמה ושם היבם ובעלה כשם אלו זה ודאי אמת כו' וספק זה עוררוהו בברצלונה לרבינו הרב ר' נסים ז"ל והודה בו להצריך בדיקה אם ימצא שם מי ששמה כשמה ושמו כשמו מן הזמן ההוא והלאה כו' והובא בבית יוסף אבן העזר סימן קס"ט והריב"ש שם הוסיף בזה וכתב דזה עדיף מהוחזקו דעלמא ששטר מוכיח שלא נכתב על זו כ"א על אחרת אף על גב דלא הוחזקו ויוצא מתחת ידה של זו הוה כודאי העידו על האחרת ולא נתלה הטעות בעדים עכ"ל ולפי"ז נראה דדווקא התם שחסר פרט הלמ"ד ואינו זמן רחוק ואפשר בבדיקה מזמן ההוא משא"כ בזמן רחוק חוששין שמא של אחרת הוא וס"ל כמ"ש מהר"מ מינץ דהכא רגלים לדבר דהאי גיט' נכתב לפני מאתים כו' והוא סברת הריב"ש אך נראה דבנ"ד לא שייך הך חששא כלל שהרי השליח גיטו בידו לפנינו ולולי ההרשאה היה נאמן ליתנו ליד האשה וגם מביא לפנינו הרשאה שכתוב בה שנעשה שליח לגרש בגט אלא שנזכר בתוכו סימני הגט שנכתב ה' אלפים ת"ק וגט הזה לא נמסר ליד השליח הזה כלל א"כ איך נאמר רגלים לדבר דקאי על גט הנכתב זמן רב שהרי יש לנו להאמין לשליח שלא נמסר לו גט כזה וגם שטר מוכיח אין כאן דאדרבא השטר מוכיח להיפך שהרי זמן ההרשאה נכתב כתיקנו ואין לחוש שיעשו דברים של בטלה שיעשו הרשאה לגרש אשה בגט שלא היה בעולמו של בעל ואשה זו כלל ופשוט דגם הריב"ש מודה שאין בזה חשש וגם כי השליח עומד וצווח שלא נמסר לידו גט אחר רק זה שלפנינו וכיון דדינא הוא שהוא נאמן על השליחות שנמסר בו לגרש בו ממילא דודאי נאמן ע"ז שלא נמסר לידו רק גט זה ועליו נמסר לו ההרשאה וכל שאנו מאמינין לשליח שכדבריו כן הוא שנמסר לו גט זה והרשאה זו ותו לא אין כאן בית מיחוש לומר שהרשאה הוא על גט אחר וע"כ ט"ס הוא בהרשאה ולא דמי לעובדא דהרא"מ שהביא הב"י דהתם ליכא למיתלי בט"ס רק שהב"ד טעו בדין כמש"ל וא"כ המעשה כנ"ל שביד השליח שנכתב בו שהוא ש"ק הוא מכחיש דברי השליח שהוא שליח הולכה משא"כ בנ"ד דאין כאן הכחשה שנמסר לו גט אחר והשליח נאמן ע"ז ואף על גב שלפ"ז אנו צריכין לתלות בט"ס טפי יש לנו לתלות בט"ס מלהוציא השליח מחזקת נאמנותו דהא הימנוהו רבנן בערך שליחות הגט והוא נאמן גם ע"ז שנתנו לו הרשאה זאת וט"ס יש בה כיון שהוא נאמן בלעדה ובגט גופי' שינוי בדבר שא"צ לכותבו אינו פוסל וכמ"ש וכל זה לרווחא דמלתא אבל באמת בנ"ד א"צ לכל זה שהרי דבר זה יכול להתברר ע"פ הב"ד ושאר העומדים שם שזה נעשה שליח מבעל זה לאשה זו לגרשה בגט זה והרשאה ג"כ נכתבה על גט זה ולא על גט אחר ומלתא דפשיט' הוא שאנו תולין בט"ס וכמ"ש בסי' מ"ט מדברי תשובת הרא"ש דכל שמתברר שהוא ט"ס כשר השטר ומכ"ש בזה שלגוף

השליחות אין אנו צריכין להשטר כלל רק שלא נאמר שגרע כחו ע"י השטר ולזה פשיט' דמהני הבירור שהוא ט"ס וכל שמתברר מפי הב"ד או שאר אנשים שהיו במעמד אין כאן בית מיחוש אפי' לפי מ"ש הריב"ש שהעדים אין נאמנים לומר טעינו ומכ"ש לפי מש"ל העדים בעצמם נאמנים כמ"ש הר"ן (ועיין באו"ת סימן מ"ג נראה שמכניס ג"כ לדברי הר"ן וקצת משמע כן מדברי הב"י באע"ה סי' קס"ט שהעיקר כהר"ן וכן נראה מהריב"ש שחלקו עליו כמה חכמים) וגם מטעמא דהרשד"ם דבכה"ג דאיכא אומדנא שטעות הי' דלא מייתי חובתיה לית ביה משום חוזר ומגיד ומכ"ש היכא שידוע לכל שעל גט זה נמסר דאיכא תרתי אין לחוש כלל:

ומצאתי בשו"ת מהרי"ל סי' צ"ח במעשה שהיה זמן ההרשאה שמונים וזמן הגט היה שמונים ואחת ומהרז"ך שם דן לומר שאין פסול בזה משום מזוייף מתוכו דדמי לשינה מקום הלידה שאין נפסל בדיעבד כשמשנה מה שא"צ לכתוב וה"נ כיון שא"צ ההרשאה כו' ומהרי"ל השיב לו וכתב שאין ספק שההרשאה פסולה ודנתי אם ישלחנו בלא הרשאה הואיל וכולהו רבוותא כתבו שא"צ מדינא אלא דבסמ"ג כתב וצריך להתיישב בדבר כו' ואפשר בכה"ג מודו הסמ"ג והאגודה מפני העיגון א"נ היה אפשר לעשות שליחות שמה אל דייני' וישלחו הרשאה אחרת כו' ע"ש ולכאורה צ"ע שלא צידד להתיר בזה מתשו' הרא"ש שהביא הטור סי' קכ"ו היכא דע"כ טעה שהדברים מכחישין זא"ז הגט כשר וא"כ כ"ש בהרשאה דזמן הרשאה הוא שנת פ' ונכתב בתוכה שנמסר לו גט שנכתב ונחתם בשנת פ"א ואין לך סתירה גדולה מזו ומדבריהם משמע דמחמת הסתירה מועיל ואין מיקרי מזוייף מתוכו ובאמת הרא"ש שם בתשו' כלל מ"ה כתב דלא דמי למזוייף מתוכו דדוקא היכא שיוכל לבא לידי קלקול לסמוך על עדים עכו"ם או קרובים אבל אם יש ט"ס בגט שאין ריעותא וקלקול יכול לבא ממנו לא מיפסיל בהכי עכ"ל וא"כ מכ"ש בהרשאה שנמצא ט"ס בדברים סותרים שאין חשש ריעותא וקילקול כלל ואפשר לומר דס"ל דלא דמי להא דהרא"ש דהתם כיון דע"כ טעה שהרי דבריו סותרי' שכתוב ברביעי בשבת והוא היה כ"א ואח"כ כתוב ך' ובימי השבוע לא עבידי דטעו וע"כ דטעה בקביעות ימי החודש משא"כ בנדון דמהרי"ל אע"ג דדברי ההרשאה סותרין שזמנה בשנת פ' וכתוב בה שנמסר לו גט שנכתב ונחתם בשנת פ"א וע"כ דאיכא טעות בחד מינייהו מ"מ הא י"ל שהטעות הוא בזמן של הגט ותיבת ואחת הוא מיותר והגט שניתן עליו ההרשאה ג"כ ניתן בשנת שמונים וא"כ ההרשאה זו אינה על גט זה שהוא עתה ביד השליח (וגם זה צ"ע דנראה דטפי יש לתלות שהשמיט הסופר תיבה אחת בזמן ההרשאה מלתלות שכתב תיבה אחת יותר בזמן הגט דטפי שכיח שישמיט תיבה

מלכתוב תיבה יתירה) ולפי"ז קשה במ"ש א"נ היה אפשר שהדיינים ישלחו הרשאה אחרת דמשמע דאותן הדיינים שחתומים על הרשאה הראשונה ישלחו אחרת דכיון דחיישינן שבראשונה הי' עיקר הזמן שמונים א"כ אין חוזרין ומגידין שהרשהו בשנת פ"א וא"ל די"ל דחזר והרשהו גם בשנת קפ"א ז"א דזה הכחשה לדברי השליח שאומר שהורשה רק פעם א' ויש לדחות לפי המבואר שם ששליח זה היה שליח ג"כ בשנה דאשתקד על גט מאיש זה אלא שנפסל מחמת חסרון כינוי האב בערא וגם בזה יש לפקפק אך בפשיטות י"ל דודאי כה"ג לא מיקרי חוזרין ומגידין דבשלמא אם כתוב בראשונה גם זמן הגט ק"פ אז ר"ל כששולחין הרשאה על קפ"א הוה חוזרין ומגידין או סתירה לדברי השליח אבל כיון שנכתב הזמן של הגט קפ"א רק מחמת סתירת זמן הרשאה חוששין שמא נפל טעות בזמן הגט עכ"פ חוזרין ומגידין אין כאן וא"כ נראה דק"ו הדברים בנ"ד דהתם אף שיש ספק אם יש טעות בזמן הגט או בזמן ההרשאה לא הוי חוזרין ומגידין ומכ"ש בנ"ד דודאי אין טעות בזמן ההרשאה ובזמן הגט ספק קרוב לו דאי שנפל בו טעות שהרי אינו עולה על הדעת שימסור לו גט כתוב זה ע"ג שנה וירשה עליו שליח זה שיתנו לאשתו וגם נראה דזה הוי כנפילה דיחיד דלא חיישינן ליה דהא ע"כ אנו צריכין לומר שהגט המונח זה זמן רב שנכתב לשם יוסף כו' נתגלגל הדבר ובא ליד יוסף כו' זה ומסרו לשליח שימסרנו לאשתו ובכה"ג דהוי כמו חשש נפילה דיחיד ל"ח לי' ודעת הח"צ ללמוד שאלה דיחיד מנפילה דיחיד וה"ה כאן אם באנו לתפוס הדברי' ככתבם צ"ל דאתרמויי אתרמוי הכי ואין לך אומדנ' דמוכח יותר בזה דטעותא הוא ועכ"פ ספיקא הוי וכ"ע מודים בכי הא דחוזרין ומגידין:

העולה ממה שכתבנו שאין לפסול השלוחים בזה ועיין בשו"ת מהרי"ט צהלין סי' ושו"ת צ"צ סי' ק"י ושו"ת עבודת הגרשוני סי' ל"ח וכן בספר דברי אמת כתב בשם שו"ת כרם שלמה להכשיר והך דנ"ד עדיף מענינ' דידהו שהיה טעות בסימנים עידי הגט וכה"ג וכן נדון דמהרשד"ם שהיה הטעות בהרשאה בשם אבי המגרש ובהאי ליכא שום רגלים לדבר מתוך השטר עצמו שהוא טעות שהרי יכול להיות בפשיטות שבאמת כן הוא משא"כ נ"ד שי"ל דהוי מוכח מתוך ההרשאה עצמה שטעות הוא שמוקצה מן הדעת לומר שהענין הוא כמות שהוא נכתב וכיון שע"כ טעות יש כאן שפיר דמי שיכתבו הרשאה אחרת ונלענ"ד שטוב הדבר שהעדים יכתבו הרשאה אחרת אך יזהרו בלשון ההרשאה לפי שצריכה שינוי מנוסח הרשאה אחרת לפי שיהיה נכתבת שלא ביומו של הגט והב"ד שיהיו בשעת נתינת הגט יתנו עידיהן ויצדיקו ההרשאה דמעיקרא ויכתבו בלשון במותב תלתא כו' ולפנינו עשה הבעל שליח את פ' על הגט שנכתב ביום פ' כו' בפני עדים פ'

ופ' וידעו בבירור כי ההרשאה החתומה בעדים פ' ופ' בקיום שלנו ח"מ נכתבה על הגט שמסר פב"פ ביום פ' כו' והסופר השמיט בשורה פ' שני תיבות היינו תיבות שבעים ושלש ולרווחא דמלתא צווינו לעדים שיתנו מחדש כח הרשאה לשליח כתובה כתיקנה והבעל שבמקום האשה יסדרו נתינת הגט מיד השליח להאשה ע"פ ההרשאה וכתב זה בלי שום פקפוק וגמגום והנה רשמתי ראשי דברים שבכתב הב"ד והב"ד יבינו לאשורו לכלכל הדברים במשפט הלשון וכל טצדקי דאפשר למעבד עבדינן בגיטין משום חומר א"א וכדאשכחן בהא דאתקין שמואל בגיטא כו' מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדר' יוחנן ופירש"י אף על גב דקיימי לן כר' יהודה משום חומר אשת איש בעינן למיפק אליבא דכולי עלמא ע"ש:

שאלה קכד

שלום רב וברכה בריכה והמשכה מאלקי המערכה. לכבוד אהו' הרב המאה"ג החריף ובקי החכם השלם כש"ת מוהר"ר שלמה זלמן נ"י:

מכתבו הגיעני בעובדא דאתי לידיה ותשובתו בצידו ופלפל בחכמה ויקבל כ"ת מה שהעליתי במצודת עיוני ואחרי גמרי שמתי פני למכתב כ"ת אף שאין הזמן מוכשר מפאת טרדת ענינים שונים לכבודו פניתי מעט לסלסל ולפלפל בדבריו והנה מ"ש כ"ת דמאי דמוכח דטעות היה מה שנשמט תיבות שלשה ושבעים מחמת דהבעל והאשה והעדים לא קשישי כולי האי אין כ"ז מציל דדוקא מוכח מיניה וביו בעינן כמ"ש מהרא"י שם כו' כבר עמדתי ע"ז בתשובתי ואבאר יותר שלא נאמרו הדברים אלא היכא שהענין בעצמו יש בו חשש פסול מוקדם כגון חיפוי וטריפת לקוחות ובזה, מחלקינן בין היכא דמוכח הטעות מיניה וביה לא חל עליו שם מוקדם משא"כ אם מצד השטר עצמו היה מקום לחוש לחשש מוקדם דעלמא דהיינו חיפוי וטריפת לקוחות אלא שיש הוכחה מבחוץ שטעות היה לא מהני שאנו דנין על השטר והרי הוא מוקדם ופסול וגדולה מזו אמרינן דאף על גב דבענין זה אין חשש חיפוי ופירי כלל מחמת רוב השנים וא"כ החשש גופא בטל מ"מ לא פליג רבנן במוקדמין משא"כ היכא שאין בענין הזה חשש מוקדם כלל כגון אנן בדידן בהרשאה זו שאין החשש רק מחמת טעות שבהרשאה אין כאן כתב שליחות לשליח על גט זה הרי באמת אף אם נאבד ההרשאה כשר רק שנאמר שדברי ההרשאה סותרין למה שאומר בפיו שנעשה שליח על גט שנכתב שנת תקע"ג לזה פשיטא דמהני הוכחה שנפל טעות בהרשאה אף שהוא הוכחה מבחוץ מ"מ ס"ס אין בידינו לתפוס דברי ההרשאה לעיקר ולהזניח דברי השליח דהא קמן שמה שנכתב בהרשאה הוא ט"ס וא"כ דברי השליח שרירין וקיימין וע"ש בתשובתי שהבאתי בזה

דברי הר"ן שמחלק בין גט לשטר חליצה והלום ראיתי שגם הריב"ש מודה בזה לדעת רבו הר"ן דאם שטר מוקדם כשר לגבות מב"ח כיון שאנו מאמינין למ"ש בשטר הרי החליצה התירתה כמ"ש בסי' שפ"ב וביאר כוונתו באורך בסי' שפ"ה דאם מוקדם כשר לגבות מב"ח א"כ גם זה דין שטר יש לו להיות ראיה בהיתר האשה אלא שיהיה פסול כיון שהוא מוקדם שלא יהיה בו ראיה לענין טריפת לקוחות כו' ומ"מ ס"ל דפסול אף לענין חליצה דס"ל שאין העדים נאמנין בזה שטעו דהוי מלתא דלא עבידי למטעי וא"כ העדים פסולין דלא מכשרינן מוקדם לגבות מב"ח אלא כגון בשנת המלך או בעבורא דירחא דעבידי למיטעי ע"ש סימן שפ"ב ובזה חולק הר"ן וס"ל דהוי טעו דעבידי למיטעי וא"כ הדבר ברור דבנ"ד גם הריב"ש מודה דנ"ד לא דמי לשטר חליצה דהא עכ"פ בעינן עדים כשרים שחלצה ואין כאן עדים וכמ"ש שם וז"ל כיון שהזמן שכתוב בו הוא קודם ללידת היבמה וראוי ליפסל שלא יהי' לו דין שטר א"כ אין לנו עדות כלל שאשה זו נחלצה ואיך נוציאנה מחזקתה ונעשה מעשה להתירה מפני שאנו מדמין שזה נעשה בטעות ובשכחה כו' משא"כ כאן דהשליח בעצמו נאמן על השליחות ושטר הרשאה הוא תוספת ראיה וזהירות ואם נאבד או נפסל אין חוששין לו כלל וגם נראה דכאן לא שייך דברי הריב"ש דהעדים פסולין אפילו לסברתו דכה"ג הוי לא עבידי למיטעי דהתם כיון שאין תולין בטעות וא"כ ע"כ שהקדימוהו בכוונה וא"כ העדים פסולין אבל בנ"ד פשיטא דאין חשש שבכוונה השמיטו תיבות שבעים ושלש והדבר ברור שט"ס הוא ואין כאן שום פסול לעדים ופשיטא דגם הריב"ש מודה דנאמנין על עיקר הענין הכתוב בשטר וגם בחליצה היה כשר בכה"ג וכן מבואר להדיא שם סימן שפ"ה שהחכם ר' חסדאי כתב דגט חליצה לא דמי לגט אשה דיבם אין לו פירות וגם חיפוי לית ביה וכתב הריב"ש אלא שמזאת ההקדמה נולד לך פלא ותימה איך שהעדים פסולים שחתמו שקר ומה להם לשקר והלא הקדמה זו לא מעלה ולא מורידה ועוד הוספת להפליא על מה שסיימתי לחזק דברי שהדבר ידוע שבזמן הכתוב בשטר לא נולדה זו דאדרבה היא הנותנת שטעו בודאי ולא חתמו שקר דודאי זה הגט האשה שואלת אותו לראיה שיכתבו לה הדיינים איך נחלצה בפניהם והקדמה זו אין תועלת לה בשום פנים כו' ע"ש וכל זה הוא ג"כ בנ"ד שמה להם לשקר ולהקדים זמן הגט וגם כי השליח שואל אותו לראיה שנעשה שליח על גט זה וגם הריב"ש מודה לו בזה כמבואר שם באורך שהשיב לו דהיבם יש לו פירות וגם שייך חיפוי כו'. ומ"ש שהדבר ידוע שבזמן הכתוב לא נולדה זו לא לחזק דברי שלא טעו העדים אלא שאמרתי אמתת הדבר לטענת מיחזי כשיקרא שכתבתי אח"כ והתנצלות זה של הריב"ש צ"ע קצת לענ"ד וקצרתי אבל עכ"פ הדבר מבואר דכ"ע מודים בזה דכל

שיש הוכחת טעות בין מתוך השטר בין מבחוץ השטר כשר במקום שאין השטר עצמו הוא המתיר כגון בגט אשה אבל בחליצה שאין השטר רק לראיה לא איכפת לן בזה שיש ט"ס יהי' ההוכחה מאיזה צד שיהיה כיון דס"ס הענין אמת וא"כ בנ"ד פשיטא דאין מקום לחוש כלל ובאמת הריב"ש בסימן קי"ז דעתו דאף הוכחה מיניה וביה לא מהני עיין שם בגט שכתוב בו יום ג' י"ז אב והיה י"ט וחולק על הרא"ש דמכשיר בכה"ג וכבר עמדו בזה האחרונים והארכתי בזה בתשובה אך כ"ז בגט שפסול מטעם מוקדם דאיכא חששא דחיפוי ופירות כמ"ש הריב"ש שם באורך אבל בגוונא דנ"ד דליכא חשש מוקדם רק מחמת שנכתב בטעות אין הטעות פוסל בו לבטל גוף הענין הכתוב בשטר ומכ"ש בזה שא"צ שטר כלל והדברים ברורים לענ"ד:

ומ"ש דמה"ט ג"כ לא תלה הרא"מ בטעות אף דכ"ע יודעין דאין הבעל עושה ש"ק משום דאין סתירה בשטר עצמו מיניה וביה כו' הנה כבר עמדתי ע"ז בתשובתי וכתבתי דז"א דא"כ אין מקום ללמוד מדברי הרא"מ גם לענין הסברא דיפוי כח וכמו שדחה הרא"מ באמת אח"כ אלא ע"כ דבס"ד לא ס"ל לחלק בהכי וא"כ הי' מקום לתלות ג"כ בט"ס והעיקר כמ"ש שם דבעובדא דהרא"מ אפס מקום לתלות בט"ס אך לענ"ד בלא"ה נראה דודאי במעשה ב"ד אין לתלות בט"ס מחמת אומד הדעת שמסתמא יודעין שאין הבעל עושה ש"ק דהא קמן שנכתב במעשה ב"ד שלהם שנעשה ש"ק וחתמו אטיוטא ואם הסופר טעה הם לא היה להם לטעות דבי דינא מידק דייקי כמ"ש הריב"ש שאפילו נאמר בעדים שלא הרגישו בזמן הכתוב בו א"ל כן בדיינים דכל מידי דייקי כדאמרינן ביש נוחלין ב"ד בתר ב"ד כו' וכיון שכן טפי י"ל שלא ידעו שאין הבעל עושה ש"ק ממה שנאמר שחתמו על מעשה ב"ד זה ולא נתנו לב לדעת מה כתוב בו והר הגדול היה לפניהם למישור (ועיין בתשובתי שכתבתי דבב"ד י"ל טפי דתלינן בט"ס מלגבי בעל ולפי מ"ש כאן ז"א דבב"ד אין מקום לתלות בט"ס כלל) רק שם כתבתי דמחמת האת"ל שכתב הרא"ש אין לדחות לענין דיינים דלגבי בעל יותר י"ל שהיה ע"ה מלומר כן על הב"ד ואף אם נאמר דלענין דקדוק והרגשה בזמן דיינים ועדים שוים מ"מ בין קבלה והולכה לא טעי אינשי ומכ"ש בלשון מפורש כזה בעובדא דהרא"מ אין לתלות בט"ס כלל:

ועוד נראה לענ"ד דאף שיתפוס החילוק בין היכא דאיכא סתירה בשטר מיניה וביה ולא מהני הוכחה מבחוץ מ"מ י"ל דהיינו דווקא כשאין העדים לפנינו שמתרצים דבריהם שבשטר ואומרים שטעו אז אין מקום על הוכחה מבחוץ לבד להכשיר השטר ומכ"ש בעובדא דהרא"ש והרא"מ דאינה הוכחה ברורה רק אומדן הדעת לבד משא"כ כשהעדים לפנינו ואומרים שטעו אע"ג דהוא מלתא דלא עביד דטעו מ"מ מסייע להו הא דמוכח

מלתא קמן דט"ס הוא וכן מבואר חילוק זה בש"ך אך בשם הריב"ש כתב דאפילו העדים בפנינו ואומרים שטעו לא מהימנו) וכדבריו כן הוא בריב"ש כמ"ש בתשובתי וכן נראה לענ"ד מדברי מהרא"י שהמסדר הוא היה השואל וצידד הרבה להתיר מחמת הטעות ומהרא"י השיב לו דפסול ומסתמא היה יכול לברר מפי העדים שחתמו בטעות אך דמהרא"י ס"ל כהריב"ש דכיון דלא עבידי דטעו בהכי לא מהני אמירת העדים אף בכה"ג אבל דבריהם אמורים במקום דאיכא חשש מוקדם דחיפוי ופירות אבל היכא דליכא האי חששא וגם העדים לפנינו ואומרים שטעו והדבר קרוב דמוכח ורוב הנראה לעינים שנכתב בטעות אין לחוש כלל וא"כ אפילו תימא דהרא"מ שלא צידד מטעם ט"ס משום דאין סתירה מיניה וביה מ"מ י"ל דהתם אין הב"ד לפנינו שיאמרו שלא דקדקו במה שחתמו וגם ההוכחה אינה ברורה כ"כ ולא דמי לנ"ד שהעדים אומרים שטעו ויש כאן הוכחה ברורה שודאי לא נכתב לפני ע"ג שנה דבזה אין חשש לכ"ע:

שוב ראיתי בדברי מהרא"י סימן י"ט שכתב וז"ל ואשר כתבתי דאין להאמין לעדים שחתמו הגט כו' ואי משום דנימא הואיל וחתמו על גט זה אין נאמנים שוב לפוסלו דלא משוי נפשייהו פסולים ורשעים שחתמו על גט מוקדם א"ל הכי כלל דלאו פסולים ורשעים הם שמוטעים היו בודאי שהרי הרב והסופר ע"כ טעו ג"כ וכל היכא דאיכא למימר טועים הם לאו פסולים הם כדאיתא באשר"י פרק א"נ אשט"ח המוקדמין דאימר טעו בשנת המלך כו' ע"ש הרי מבואר שדעתו כדעת הר"ן דלא אמרינן בזה דלא עבידי למטעי והעדים פסולים אלא ודאי טעות הוא ואין העדים פסולין אלא דמ"מ הגט פסול דאע"ג שקדימת הזמן בא ע"י טעות מ"מ כיון שהוא מוקדם הוא פסול ככל שאר מוקדם כיון שאין הטעות מוכח מתוכו ואם כן פשיטא דלדידיה בשטר חליצה יש להכשיר כדעת הר"ן וצ"ע על הד"מ וסמ"ע שכתבו דברי הריב"ש בסתם כיון דמהרא"י פליג עליה ועיין באו"ת שתמה שיותר יש לסמוך על הר"ן רבו של הריב"ש ואפשר לומר דהד"מ והסמ"ע ס"ל דודאי כה"ג הוי טעות דלא עבידי למיטעי אלא דלענין לפסול העדים אין לחלק בזה בין טעות דעבידי למטעי או לא דאף דלא עבידי למטעי מ"מ בהקדמה כזו שדילג מאתי' ודאי אין לחשוב העדים שהקדימו בכוונה שהרי אין תועלת בהקדמה זו כלום וכמ"ש החכם ר"ח בתשו' הריב"ש אלא בטעות חתמוהו ורגלים לדבר שגם הרב והסופר טעו וא"כ אין כאן פסול לעדים ולכן קיצרו הד"מ והסמ"ע בהעתקת דברי הריב"ש ולא ביחנו בדבריהם רק מה שיש ללמוד מדבריו דכה"ג הוי לא עבידי למיטעי אבל לענין פסול העדים זה תלוי בגוף הענין שאם יש הוכחה שטעו שאין לחשוד העדים שהקדימו בכוונה אע"פ שהשטר פסול מ"מ לא נפסלו העדים כמ"ש מהרא"י ובזה יש להצדיק

דברי הש"ך שם ונדחה מ"ש באו"ת שם ע"ש וקצרתי ואיך שיהיה עכ"פ מבואר שאף מהרא"י המחמיר שם לענין גט מודה בנ"ד דכיון שאין לחשוד שהקדימו בכוונה וע"כ טעות היה אלא שהוא טעות מבחוץ מכל מקום העדים לא נפסלו וחשש מוקדם לא שייך כאן אם אין מקום לבטל השליחות כלל אליבא דכ"ע:

ומ"ש כ"ת לענין שיכתבו העדים הרשאה אחרת ר"ל דאין חוזרין ומגידין דשמא אין כאן טעות ולא נעשה השליח רק גט כזה לדעת הרשב"א דמוקדם על ידי שליח כשר כו' וע"כ לא מכשיר הרשב"א אלא כשחתמו א"ע ע"מ לשלחו דאז לא נחתם בפסול כלל כו' הא ליתא דמ"מ העדים פסולין שלא היה להם להוציא הגט מתחת ידם דשמא תבא האשה לכאן ותקבל הגט ובכה"ג אף הרשב"א דסובר להכשיר אף מוקדם גמור ע"י שליח מודה דטעמא דיש קול להליכת השליח לא שייך בזה תדע מדאמרינן בגיטין דף ס"ד בעל אומר לפקדון כו' אם איתא דלגירושין לדידה הוה יהיב ניהלה ולפי דברי הרשב"א תיקשי דאין זה הוכחה דשמא היה הקדמת הזמן ולכך ניתן ע"י שליח להכשירו (וכן קשה ג"כ לפי שיטת הפוסקים דאם נכתב בזמנו אלא שלא נמסר אז יש תקנה ע"י שליח כמ"ש התוס' והרא"ש לחד תירוץ ועיין בב"ש ואפשר דמשום זה פי' רש"י דמיירי בש"ק אך גם בשליח הולכה י"ל דשייך האי טעמא כגון שנתברר ונודע שעדיין לא עבר יומו:

אך לפ"ז לא הקשו התוס' מידי שם בדף ס"ד למ"ד דמצריך לומר מערסא לערסא בפ"נ ובפ"נ דמאי הועילו בתקנתן הא מצי למימר לפקדון כיון שהוא בעיר אחת ע"ש ואם איתא ע"כ לק"מ די"ל דשפיר הועילו היכא שי"ל שכבר עבר יומו וא"כ ליכא הוכחה דלדידה יהיב ניהלה דהא הוצרך לתתו ע"י שליח וצ"ל כיון דבלא"ה לא אמרינן הך אם איתא כו' אלא כששלחן בעיר אחת א"כ א"א לומר שהוא מוקדם דא"כ אף ע"י שליח לא מהני דמה שהשליח מוסר במקומו דוקא כשהשליח מוליך הגט ממקום למקום דהליכתו וביאתו משוי ליה קלא כמ"ש הרא"ש והרשב"א משא"כ כשהשליח מוסרו לאשה במקום הכתיבה לית ליה קלא אע"פ שנמסר לידה ע"י שליח ואם כן פשיטא שאין מקום להכשיר להרשב"א בגוונא דנ"ד ע"י שליח והרשב' מיירי בדליכא ע"ח או בטעו בשנת המלך וכיוצא אבל אם הקדימו בכוונה וחתמו עליו פשיטא דהגט פסול שהרי הע"ח פסולין וכ"כ בספר ג"פ:

אך נראה דאפילו תימה דהרשב"א מכשיר בכל גווני מ"מ אין לחוש בכאן כלל כיון דכל הפוסקים חולקין עליו וסוגיין דעלמא כוותייהו אזלא אף לפסול בדיעבד ואנן ניקום ונימא שאילו הקדימו זמנו של גט בכוונה וכדי להכשירו ישלחהו ע"י שליח דפשיטא דלא הוו מזדקקו לזה הב"ד והסופר ועידי מסירה ולדבריו הוי מצינן למימר דדלמא נכתב

ונחתם גט כזה בטעות וסמכו ליתנו מחמת דע"מ מפקי לקלא אלא ודאי דאין לחוש לזה כלל ועיין במהרא"י סימן י"ט שכתב ואשר כתבתי משום דאיכא עידי מסירה ליכא למיחוש למידי דאינהו מפקי לקלא כו' ע"כ לא קי"ל כהני שינויי כו' ותו דהך מוקדם לא מצי למימר דע"מ מפקי לקלא דע"כ טעו ולא ידעו יום הכתיבה דאילו ידעו לא היה עדים על מסירת גט זה שנכתב בטעות כו' ע"ש ושם מבואר דמ"מ לא עלה על לב לעולם שידעו מטעות שבגט ואעפ"כ יתעסקו בו ליתנו להאשה וע"ש סימן י"א דעובדא דהתם נמי ע"י שליח הוי וגם כי מ"ש דלהרשב"א אפילו מוקדם כה"ג שנכתב בו שקר בשעת מעשה יוכשר ע"י שליח אינו מוכרח למעיין ברשב"א ועיין בב"י ובג"פ וגם פשיטא דבנ"ד שהב"ד והסופר והע"ח יודעין שלא חתמו על גט אחר כלל והרשאה זו ניתנה על גט זה שביד השליח ולא נכתב וניתן באותו יום גט אחר במקום זה כלל וכן הדבר גלוי וידוע לכל תושבי העיר ובכה"ג לא אמרינן תרי כמאה וכמ"ש הש"ך סימן מ"ו ס"ק ס"ו וכיון שמתברר מפי כל ששליח זה נעשה על גט זה ולא היה שם גט אחר כלל א"כ ע"כ שט"ס הוא בהרשאה. ועוד נראה דהא ודאי כשיש לתלות בטעות לא שייך אין חוזר ומגיד דאין זה חזרה דאכתי לא הוה הגדה כלל כיון שיש כאן טעות אלא דאם הוא דבר דלא רגילי למיטעי א"כ אין תולין בטעות ויש כאן הגדה אבל היכא שאם לא נתלה בטעות ונתפוס הדברים ככתבן ע"כ שיש כאן דבר שאינו רגיל ביותר טפי ממה שנתלה בטעות עדיף טפי לתלות בטעות דודאי זימנין שנופל טעות אף בדבר שאין רגילות לטעות וכן הוא בנ"ד שאם לא נתלה בטעות מחמת שאין רגילות לטעות בזה אלא כמו שהוא נכתב הוא נקרא דבר שאין רגיל יותר שהרי נצטרך לומר שהב"ד עשו שלא כהוגן לשלוח גט שהקדימו זמנו בכוונה וגם הע"ח מכחישין שלא חתמו על גט כזה מעולם ואם נרצה לתרץ הב"ד והעדים שלא יהיו מוכחשין מעידי הרשאה נצטרך לומר שהבעל מסר לשליח בפני עידי הרשאה גט מזויף שחתם עליו עדים אלו ואנן קי"ל דלא חיישינן להכי שאינו חשוד לקלקלה וגם שהרי ב"ד מקיימים החתימות ודבר רחוק הוא שלא ידעו מנתינת הגט רק על כתב ידם הם מעידין וגם יש כאן הכחשה לשליח שאומר שלא קיבל גט כזה מעולם ופשיטא דכל כה"ג תולין במצוי ומסתבר טפי שט"ס יש כאן מלמתלי בדבר שאינו מצוי כלל אך בלא"ה כבר כתבתי שי"ל דגם זה הוי טעות דעביד לאיטעי:

ומ"ש כ"ת די"ל דבזה אין הכחשה לשליח דדלמא דברי שניהם אמת וקשיא ליה בנדון דהרא"מ שיהיה נאמן השליח שנעשה שליח להולכה שאין מכחישים אותו בזה לק"מ דכיון דעל גט זה אנו דנין אם נעשה עליו ש"ה או ש"ק או שניהם יחד כל שאין השליח אומר שנעשה ש"ה וש"ק יש במשמע מדבריהם שנעשה ש"ק לבד ואין אנו טוענין לתרץ

דבריהם כמ"ש הב"ש וא"כ הוי זה כאילו הם מעידין שנעשה ש"ק והוא אומר שנעשה ש"ה ומתבטל השליחות (ועיין בב"ש שם שדבריו מגומגמין במ"ש אבל אם לא כתבו דהוא ש"ה כו' ונראה שיש ט"ס וכצ"ל אבל אם לא אמר השליח שנעשה ש"ק ג"כ רק ש"ה והם לא כתבו דהוא ש"ה כו' ור"ל דע"י אמירת השליח אנו מתרצים דבריהם שמה שכתבו שנעשה ש"ק לאו דוקא והוא יפוי כח לב"ד משא"כ אם השליח מכחישם בזה שאומרים שנעשה ש"ק וע"ז הקשה קו' הד"מ דאף בלא אמירת השליח יש לנו לתרץ דבריהם ואי משום הכחשת השליח בשביל זה לא נאמר שהם ע"ה ויש לנו לומר שהם נאמנים וע"ז תירץ הב"ש דבלא אמירת השליח לא טענינן להו לתרץ דבריהם כלל ועיין בתשובה מ"ש מה שנלענ"ד בכוונת הרא"מ משא"כ כאן אף שנאמר שהעדים אומרים שנעשה מורשה על גט מוקדם אין במשמעות דבריהם שנעשה שליח על גט מוקדם ולא על אחר וכיון שהוא אומר שנעשה שליח על גט זה הכשר אף שהוא אומר ג"כ שלא נעשה שליח על גט מוקדם כלל ובזה הם נאמנים מ"מ במה שאומר שלא נמסר לו גט מוקדם דאתכחיש אתכחיש מה דלא אתכחיש לא אתכחיש ולא בטלה נאמנותו ושליחותו על הגט הכשר הזה ומצאתי במחנה אפרים הל' גירושין שהשיב בענין הרשאה שנמצא כתוב בסימני הגט בראש השיטה ולאהבתי ואילו בגט כתב ולאבהתי ושם הביא מהא דאמרינן בסנהדרין הבא לידון בשטר כו' ואף למאן דפסק א"צ לברר מ"מ אם הביא עדים שאמרו להד"ם אף רשב"ג מודה דבטלה חזקתו דאמרינן בשבועות העדות ההוא דא"ל פרעתיך בפני פ' ופ' ואתו ואמרו להד"ם אמר רבא כל מלתא דלא רמיה כו' משמע הא לא"ה כגון שהזמינם לעדות הוחזק כפרן כמ"ש הנ"י פרק ג"פ אע"ג דפריעת החוב אינו תלוי בעדים אך הדבר מוכיח שהוא ט"ס כו' ע"ש והחילוק מהך דא"ל פרעתיך לנ"ד הוא מבואר על הדרך שחלקתי בין נ"ד להרא"מ דהתם שהוכחש באותו דבר עצמו מפי עדים הוחזק כפרן ולכן אף שפריעת החוב אינו תלוי בעדים לא מהני כיון שהוכחש באותו דבר עצמו (וע"ש במחנה אפרים בשם מהרי"ט דס"ל אפילו הזמינם לא הוחזק כפרן) משא"כ כאן שאין מוכחש מאותו דבר עצמו אז לגבי מלתא אחריתא שלא הוכחש שפיר מהימן וכ"ז לפי דברי כ"ת אבל אני לא באתי לידי מדה זו אלא ודאי אין כאן הכחשה כלל כיון שהכל יודעין והדבר ברור כשמש שהרשאה זו על גט זה ונפל בו ט"ס וכי בשביל שטעה זה נוציא הענין מכמות שהוא האמת ולחפאות דברים אשר לא כן ועיין בח"מ סימן מ"ט בענין שטר שכתוב בו ראובן במקום שמעון או רחל במקום לאה אם יתברר הדבר שהוא ט"ס כשר ואם נימא דבכל גווני אין חוזרין ומגידין א"כ איזה בירור שייך בזה וכיון דאכתוב שם רחל לא הדרא ומנתקה לשם לאה אף אם יתברר בעדים אלא

ע"כ דגם בזה שייך בירור כשנראה בעליל וידוע לכל שט"ס היה א"כ מעיקרא אין כאן הגדה כלל ומ"ש אם יש לחוש כאן לחשש דהרא"מ דמסדרים ע"ה היו ליתא לענ"ד דאף אם היו ע"ה מ"מ לא היו טועין בדבר גלוי כזה כמה מספר השנה לפרט ואם בשביל שלא דקדקו בטעות שבהרשאה פשיטא שאין לפסול המסדר דשגיאות מי יבין וכבר אמרו שגדר האנושי לא ימלט מהטעות והרי הך עובדא דמהרא"י כפי הנראה היה ת"ח ושגה במה שהעלים עיניו מהשמטה שנעשה בגט ובכל זאת לא השיאו עליו עון אשמה לומר שהגט פסול מחמת המסדר שאינו ראוי לכך כיון שהוא ידוע כי לא מחסרון ידיעה כ"א העלם עין וכן הדבר בנ"ד כיון שהמסדר ידוע שיודע בטיב גיטין בשביל תקלה זו שאירע בהרשאה לא פסלינן לגיטא ולא דמי לעובדא דהרא"מ דהתם דברים הניכרים חזא ביה שאפשר לטעות בזה וגם כי הדיינים לא היה הרא"מ מכירם ויודעם אם ראוים והגונים לדעת משפטי הגט ודקדוקיו וכן בעובדא דהריב"ש משא"כ אם ידוע שהוא חכם ורגיל לסדר גיטין בשביל שבא מעשה לידו שלא דקדק כראוי לא נתבטל חזקתו ולהיות כי מוכ"ז נחוץ לדרכו הוצרכתי להפסיק בזה ולדינא נלענ"ד כאשר העליתי בתשובתי לרווחא דמלתא ומשום חומר א"א חזינא לאצטרופי בצירוף דרבנן את כבוד ב"ד הגאון המפורסם מוהר"ר מרדכי נ"י האבד"ק סטנאב וימחול כ"ת לכתוב אליו העתק מכל הנ"ל ואז ינתן הגט כדת וכשורה:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קכה

ע"ד השאלה באחד שגירש את אשתו ובשעה שקיפל המסדר הגט ביטל בפני עדים דהיינו ע"א שמע איך בין מבטל ושוב קפץ ממנו ולא רצה לשמוע יותר והעד השני שמע שאמר איך בין מבטל דעם גט ביז שפעטיר:

תשובה לולי שאיני כדאי להכניס ראשי בדבר ערוה החמורה וכמוני היום לא חזי לאצטרופי בצירוף דרבנן כי היכי דלימטייהו שיבא מכשור'. ולא מלאני לבי להקל עליה מתוך חומר שהחמירו האי קולא דאתי לידי חומרא. ולולי זאת הייתי אומר שיש כמה טעמים להתירה לעלמא והיה אפשר לסמוך עליהם במקום עיגון גדול. והוא דכבר ידוע שדעת רוב הפוסקים הוא שגופו של גט אין מועיל בו ביטול כלל וכיון דכאן ע"כ קאי אביטול גוף הגט דכיון דהגט כבר נגמר והוא בעצמו היה הנותן ע"כ דכוונתו היה לבטל גוף הגט וזה לא מהני. אכן הרמב"ם כתב בפ"ו מה' גירושין הל' ק"א וז"ל השולח גט ביד שליח וביטל הגט ה"ז חוזר ומגרש בו כשירצה שלא ביטלו מתורת גט אלא מתורת שליחות ולפיכך אם היה הגט ביד הבעל וביטלו כגון שאמר גט זה בטל הוא אינו מגרש

בו לעולם וכן אם פירש בשעה שביטלו והוא ביד השליח ואמר גט ששלחתי הרי הוא בטל מלהיות גט אין מגרש בו לעולם עכ"ל. וזה תלוי בחילוף הגרסאות וה"ה הביא שדעת התוס' והרמב"ן והרשב"א הוא לגרוס בש"ס גיטא גופיה מי קא מבטיל לומר שאפילו ביטל הגט ממש לאו כל כמיניה וכתב שכולם כתבו לחוש בדבר וסיים ושומר נפשו ירחק ממנה:

ונלפע"ד שגירסת התוס' יש לפרש להרמב"ם דהש"ס ה"ק נהי דבטליה לשליחותא דשליח גיטא גופא מי קא מיבטל ר"ל שבאמת לא ביטל רק השליחות לבד וע"י ביטול השליחות אין הגט מתבטל משום זה אבל אם ביטל גוף הגט בטל הוא. ומדברי הר"י בעל התוספות שכתב הרשב"א לעיל דף י"ח נראה שדעתו מסכמת ג"כ להרמב"ם דאיתא שם אמר ר"ל לא הכשיר ר"ש אלא לאלתר אבל מכאן ועד עשרה ימים לא חיישינן שמא פייס ופירש ר"ת דפירושו הוא שמא פייס וביטל את הגט דמ"מ הרי חזר ונתנה לו אחר עשרה ימים וכיון שכן יכול הוא לגרש בו דהא קי"ל כר"נ דאמר חוזר ומגרש בו ותי' ר"י ז"ל דהתם לא ביטל הגט אלא השליחות וכדמשמע מתוך גירסת הספרים כו' ואמנם לפ"ז הדבר תמוה דהא אפילו אם אמר בפירוש גט שנתתי לך בטל הוא וכה"ג אמרינן שאין כוונתו על גוף הגט רק על השליחות ואנן ניקום ונימא דאפילו ששמענו שום גילוי דעת שרוצה לבטלו נחוש שמא ביטלו גופו של גט ממש ודי בזה שהיינו אומרים שיש לחוש שמא ביטל השליחות ועוד דהוא גופא טעמא בעי' שנפרש דבריו שביטל רק השליחות ולא הגט עצמו ואדרבא אמרינן לעיל דלא מקדים אינש פורענותא לנפשיה אף כי יש לדחות דדווקא להזמין לו גט ולהניחו בכיסו אין עושה כן אבל כיון שכבר הגט מוכן בידו אינו מבטלו ואפשר שגם עתה דעתו לגרשה אלא שאינו חפץ בשליחתו של זה מ"מ מאן לימא לן שלא ביטל הגט עצמו אמנם מתוך דברי הרשב"א שם דף י"ח יש ליישב זה שהרי הקשה דבעובדא דגידל דאמר ברוך הטוב והמטיב ניחוש שמא נתפייס וביטל הגט ותירץ דהתם כיון דגידל גופי' מודה דלא בטליה בפירוש וגלוי דעתא בלחוד הוא דאיכא וכי אמרינן ליחוש שמא פייס היינו שמא יבא הבעל ויערער לומר שפייס אבל אם לא משום ערעורו של בעל אנן לא חיישינן ע"ש ולפ"ז ניחא דהכא כיון שהבעל עצמו חוזר ומגרש בו א"כ שוב אין לחוש לערעורו שיאמר שהיתה כוונתו על ביטול הגט עצמו שכיון שהוא אומר שלא היתה כוונתו רק על השליחות שהרי הוא מגרש אנן לא חיישינן למילתא:

איברא שיש להקשות דאכתי איך ס"ד לפרש דחיישינן דפייס וביטל גופו של גט אליבא דר"ל והא מדקאמר אהא דחוזר ומגרש בו ואינו יכול לבטל גופו של גט אבל יש לדחות

דהא בפרק האומר פריך אדר"ל ממתני' דהשולח ומשני שאני התם דכל כמה דלא מטו גיטא לידיה דבור ודבור הוא וכמ"ש הריטב"א שם דשאני נתינת דמים ליד האשה שכל מעשה הקידושין עשוי ולא מחוסר מעשה הוא דלא הדרי ממילא חיילי משא"כ בשולח גט ע"י שליח שהוא מחוסר מעשה הנתינה של הגט ליד האשה ולפ"ז י"ל דאפילו לר"ל דס"ל התם דאינה חוזרת משום דאינו מחוסר מעשה כלל משא"כ ביטול גופו של גט לא מיקרי מעשה כיון שלא הגיע ליד האשה וזה פשוט ומבואר בתוס' בד"ה רב ששת אמר אין חוזר ומגרש בו:

והנה לפ"ז דברי התוס' צריכין ביאור במאי דקשה להו דהאיך ניחוש שמא פייס וביטל הגט הא קי"ל דחוזר ומגרש בו ולכאורה אין זו קושי' כ"כ אם נאמר דר"ל בהא כר"ש ס"ל ואם קושייתם אהא דפריך בפרק כל הגט בההוא דאמר לשליח לא תיתבי' ניהלה עד תלתין יומין כו' וניחוש שמא פייס דמפרש ר"ת שמא ביטל הגט התם אין אנו צריכין לומר שביטל גופו של גט כיון דע"י שליח מיירי ושפיר יש להקשות דשמא פייס וביטל השליחות עכ"פ כיון דלא מיירי התם שהוא עצמו חוזר ונותנו לה וצ"ל דעיקר קושית התוס' הוא דלמה ליה לר"י למימר אי איתא דפייס כו' ותיפוק ליה דקי"ל חוזר ומגרש בו ואהא תי' ר"י דר' יוחנן הוצרך לזה משום חששא דשמא ביטל גופו של גט. ועפ"ז ניחא לפע"ד מה שיש לדקדק לכאורה הא דנקט שמא פייס ולא נקט בפשיטות שמא ביטל לכן נראה דר' יוחנן ס"ל דהא ודאי כל שמקבל השליחות בודאי לא פייס דע"י פייס ודאי הוא מבטל הגט עצמו משום דלא מקדים אינש פורענות לנפשיה ואפילו בס"ד שם אמר דאותיביה בכיסתי' דאי מפייסה תפייס אבל שלא ע"י פיוס ודעתו עליו לגרשה אלא שאין חפץ עוד בשליח זה אינו מבטל גופו של גט ואין לחוש שמא פייס וביטל גופו של גט דאם איתא דפייס קלא אית ליה למילתא והיינו נמי טעמא דר"נ דסבירא ליה דלא ביטל הגט עצמו דכל שמבטל הגט עצמו ע"י פיוס הוא וכל שפייס ושקטה המריבה ביניהם קלא אית לה למילתא. וא"כ זכינו לדין דאפילו להרמב"ם דסבירא ליה ביטול גופו של גט מהני מ"מ כל שיש לנו לפרש בדבריו שלא היה כוונתו על גט עצמו אנו מפרשים כן דהא אפילו באומר בהדיא ביטול הגט אנו מפרשים כוונתו על השליחות והיינו מטעם שכתבנו דבאמת אינו מבטל גוף הגט אם לא ע"י פיוס ואם איתא דפייס קלא אית לה למילתא. או כפי פשטא דמילתא דכיון דדי לו בביטול השליחות למה לעשות יתר על כן ולבטל גופו של גט:

ועוד יש ליתן בדבר לפי מ"ש הפני יהושיע בד"ה מאי דתימא דמוקמינן הגט על חזקתו דמעיקרא בחזקת שלא נתבטל ולפי זה יותר יש לנו לומר דכוונתו היה על השליחות

וא"ל דאית לן לאוקמי גם השליח אחזקה שלא נתבטל הא ליתא דבשלמא גבי גט אם נאמר שבטלו אם כן הרי הוא כחרס ופסול מלגרש בו לעולם ואין להוציאו מחזקתו מה שא"כ בזה שעתה אין זה חפץ בשליחתו אין הדבר יוצא מחזקתו ולפי מ"ש לקמן יבואר הדבר יותר (ועוד דע"י ביטול גופו של גט ממילא נתבטל גם השליחות מה שא"כ בביטול השליחות) והשתא בנ"ד כל הנך טעמי שייך לומר כאן שלא שמע רק איך בין מבטל הגט שא"א לפרש השליחות מ"מ אין זה ידים מוכיחות דאגט קאי ואדרבא יש כאן ידים מוכיחות להיפוך דכיון שקודם הנתינה היה והוא בעצמו היה נותן הגט לאיזה ענין נפרש שביטל גופו של גט כיון שבידו הוא שלא ליתנו כלל ואיזהו אונס יש לו שמחמתו מוכרח ליתן הגט עד שנאמר שבעבור זה ביטלו הרי אם היה רוצה לא היה נותנו כלל וגם כיון שלא פייס אין לנו לומר שביטל גופו של גט וכמש"ל וגם דאין לנו להוציא הגט מחזקתו שכבר היה וע"כ לא קאמר הרמב"ם אלא היכא דאמר להדיא גט זה בטל והוא עדיין ביד הבעל שא"א לפרשו בשום אופן רק על הגט עצמו משא"כ כאן שיש לפרש דבריו שכוונתו הוא איך בין מבטל רצוני מפני רצון אחרים ונותן הגט וכה"ג כדרך שב"א רגילין לספר זע"ז וגם הוא מאותו ענין של נתינת הגט משא"כ ביטול הגט אפשר דלא מיקרי עסוקין באותו ענין דאדרבא הם עסוקין בנתינת הגט ולא בביטולו ומדברי הרא"ש פ"ק דקידושין מבואר להדיא דאם היו מדברים בעסקי קדושין שתתקדש לו ואח"כ אמר הרי את מקודשת אף על פי שלא אמר לי מהני והיינו משום דכל כה"ג אפי' בנתן לה בשתיקה מהני ובזה אני תמה על הפ"י שם שהקשה דאמאי הוצרך לאוקמי דשמואל באמר לי לימא דמיירי בעסוקין באותו ענין ותימא דבהא אין אנו צריכין למילתא דשמואל דמשנה מפורשת הוא היה מדבר עמה וכו' ובשלמא למאי דמוקמינן מילתא דשמואל באמר לי איכא למימר דאדרבא שמואל משמיענו דידים שא"מ אינן ידים משא"כ בא"ע אבל בנידון דהכא שהיה עסוק בנתינת הגט אדרבא יש לנו לומר שגם הדבור הזה לא היה לסתור המעשה והנה לפי מה שאבאר לקמן אי"ה דבטול גופו של גט הוא מטעמא שעוקר למפרע דבורו שצוה לכתוב הגט וא"כ כיון שעתה אין עסוקין בענין כתיבת הגט רק בענין נתינתו ויש לדמותו קצת למ"ש הריטב"א בפ"ק דקידושין דאם היה מדבר קודם לכן בענין נזירות ולא בענין תענית ואחר כ"ד שפסקו מדבורם אמר אהא דהשתא מוכחא מילתא לנזירות טפי מתענית והוי ידים שא"מ ובנידון דידן אפילו בידים מוכיחות יש להסתפק אם יועיל שהרי בפ"ק דנדרים בעי ר"פ יש יד לקידושין או אין יד לקידושין ואע"פ שהרשב"א והר"ן שם כתבו דלכך מספקא ליה משום דשמא ליכא למילף מנדרים דשאני נדרים דחמירי דבדבור גרידא חיילי משא"כ קידושין דבעי מעשה

ואם כן בביטול הגט נמי כיון דבדיבורא מיבטל לנדרים דמי הא ליתא דהא דבביטול סגי בדבור לאו משום חומרא דידיה הוא אלא משום דאתי דבור ומבטל דבור משא"כ בנדרים ונזירות שיכול לחייב עצמו בדבר שאינו חייב אבל באמת יש לתמוה על הרשב"א והר"ן דא"כ מאי קבעי הש"ס אח"כ אם יש יד לפיאה או לצדקה מי אמרינן דאיתקש כו' ומאי מספקא ליה הא אף את"ל אין יד לקידושין היינו משום דקידושין בעי מעשה משא"כ פיאה וצדקה דבדבור גרידא סגי ויש לנו ללמוד במה מצינו מנדרים ולפירוש התוספות והרא"ש ניחא שפירשו דבאמת אין ללמוד במה מצינו מנדרים דחידוש הוא רק בקידושין מספקא ליה דאסר לה אכ"ע כהקדש ולפיכך אפשר שיש יד ואין לומר דגם הרשב"א והר"ן סבירא להו גם כסברת התוס' והרא"ש דה"ט דקידושין משום דהוה כהקדש אלא דמספקא ליה שמא יש לחלק בין נדרים לקידושין דאפילו תימא יש יד לקידושין אפ"ה שפיר שייך למיבעי גבי פיאה דשמא בקידושין היא דיש יד משום דהוי כהקדש. ואמנם גם על התוס' קשה שכתבו דהך בעיא דפיאה הוא באת"ל אין יד לקידושין והרי לשיטתם בקידושין טעמא אחריני איכא דהוי כהקדש וצריך לדחוק ולומר דאם יש יד לקידושין אע"ג דלא איתקיש מכ"ש פיאה דדמי יותר להקדש דבדבורא בעלמא חייל וא"כ לפי זה כ"ע מודים דה"ט דמספקא ליה בקידושין משום דאמר לה כהקדש וא"כ בביטול הגט אין לנו ללמוד מנדרים כלל:

איברא דהפני יהושיע בקידושין הקשה על דברי התוספות הללו דא"כ מאי קאמר רב פפא מכלל דס"ל לשמואל ידים שא"מ כו' הא ע"כ מוכרח דשמואל באמר לי מירי דאם כן בהרי את מאורסת כו' אפילו ידים מוכיחות לא מהני ע"ש שהאריך בזה ולענ"ד דהתוס' לא כתבו שם כן אלא לרבא אבל לאביי דס"ל דאפילו ידים שא"מ הוויין ידים עכ"ל דטעמא דידים כמבואר בנדרים דסבירא ליה דרבנן ור"י בגיטין פליגי בהא וסבירא ליה כרבנן בגיטין ולפ"ז ע"כ מוכרח דסבירא ליה דבכל דוכתא ילפינן מנדרים אפילו בגיטין וכדומה וא"כ שפיר ר"פ דסבירא ליה כשמואל דידים שא"מ הווין ידים. אבל עדיין צ"ע לפמ"ש התוס' דבגיטין ה"ט דמהני יד לכ"ע משום הלשונות הכתובים בגט והוי דבור מוכיח אלא דיליף דכי היכי דפליגי ר"י ורבנן אי בעי שיהא מוכח מתוך הגט הלכך בנדרים דגלי בהו ידות הוי פליגי ר"י ורבנן בידים שא"מ וא"כ מבואר דסבירא ליה דאפילו למ"ד ידים שא"מ מהני מ"מ לא ילפינן בכל דוכתי במה מצינו מנדרים והרשב"א והר"ן כו' דגט שאני דאיכא נתינת הגט ליד האשה אבל בקידושין הא לחברתה לא יהיב מידי וכוונתה בזה מבואר דאף לפי מה שהביאו לעיל מיניה דפלוגתא דרבנן ור"י בגיטין הוא משום דאיכא למימר דבדבורא מגרש לה ולא בגיטין ולענין זה לא שייך הך טעמא

דאיתא לעיל דאין אדם מגרש אשת חבירו ע"ז כתבו דכיון דאיכא מעשה דנתינת הגט הוי טפי מיד והוי עיקר מוכיח דלא בדבורא מגרש לה רק בגט הזה שנותן לה:
ולולי דבריהם היה נלענ"ד לחלק דהרי בנזיר אמרינן דאע"ג דנזיר עובר לפניו ופריך ודילמא לפוטרו מקרבנותיו ומשני דאמר בלבו ופירשו רש"י ותוס' דכיון שאמר בפיו אהא ובלבו חשב להיות נזיר מחשבת הלב מגלה אדבורו דאהא נזיר קאמר. והשתא י"ל דבנודר או בנזירות דבדעתו לחוד הוא תליא וכיון שמחשבתו ניכרת מתוך דבורו שפיר מהני יד. והוא הדין בגט כיון דלא בעינן דעתה אבל בקידושין דעתה דידה מה בכך שמחשבתו ניכרת מתוך דבורו:
ואמנם י"ל דהמפורשים לשיטתייהו אזלי דפירשו דהך בעיא דואת מיירי שזו שקבלה נעשית שליח לחברתה וא"כ לא בעינן דעתה כיון שכבר גילתה דעתה ועשתה לחברתה שליח ולא תלי רק בדעתיה אבל לשיטת הרמב"ם דמפרש דמיירי שאותה שאמר לה ואת זו היא שקיבלה הקידושין אלא מ"מ אין כאן מעשה כלל דעיקר קבלתה היא בשביל חברתה וכמבואר בלח"מ שם שפיר כנ"ל אלא דעדיין קשה מפיאה כנ"ל ועוד דגם בגיטין י"ל דבעינן דבר ברור לעדים וכמ"ש לקמן אי"ה:
והנה יש בזה מקום תימא על הטור והש"ע באה"ע סימן ל"ו ס"ט שכתבו בהך בעיא דר"פ כפירוש הרמב"ם ולא הזכירו כלל מדעת התוס' והרא"ש והרשב"א והר"ן דאף כשלא קיבלה היא כלל רק חברתה ואמר לה ואת הוי ספק קידושין. וביותר תימה על הטור שלא יזכור כלל דעת אביו. ולכאורה היה אפשר ליישב עפ"י מ"ש המשנה למלך פ"ז מהל' אישות הלכה כ' להסתפק באומר לחבירו צא וקדש לי אשה פ' והלך וקידשה בספק קידושין וצידד שם לומר דזהו הוי שינוי בשליחות ואינה מקודשת כלל ולפ"ז כיון דבעיא איש יד בקידושין עלתה בתיקו וא"א לאשכוחי רק בדשויתה לחברתה שליח והוי שינוי בשליחות שלא היה רצונה רק שתקבל ממנו קידושין גמורים אבל עדיין אין זה מספיק שעדיין היה לבאר כיון דנ"מ טובא לענין דינא. ולפמ"ש עכ"פ מדברי הר"ן שכתב דבקידושין אזלינן לחומרא נפשט ספיקו של המשנה למלך ואפשר לחלק לפמ"ש דאפשר דאיכא קפידא דמשלח שהוא היה רוצה בקידושי תורה שאם יבא אחר ויקדשנה שלא יהא קידושין תופסין בה א"כ באשה העושה שליח לא שייך זה וצ"ע ואין כאן מקומו:
ונחזור לנדון שלפנינו דכאן אע"פ שעסוקין באותו ענין מ"מ לא עדיף מיד מוכיח כמש"ל ובביטול הגט אין ללמוד מידות הנדרים כיון דלא איתקוש וקידושין שאני דהוי כהקדש. ואמנם נראה דאפילו לפי שיטת הרשב"א והר"ן דלעיל נראה דכי אמרינן למילף מנדרים

היינו היכא שהוא אומר דבר חדש שאינו סותר שום דבור משא"כ במבטל הגט דאמרינן אתי דבור ומבטל דבור היינו דווקא דבור גמור אבל כשאין הדיבור נגמר רק שהוא ע"י ידים מוכיחים ל"א אתי דבור גרוע ומבטל דבור טוב וה"ט דאביי דס"ל דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא אע"ג דבעלמא סבירא ליה דאפי' ידים שא"מ הוויין ידים ולכאורה משמע דגילוי דעתא הוי טפי מידים שא"מ דגילוי דעתא הוא שאנו מבינים כוונתו באר היטב שלא עלתה ע"ד לשם דבר אחר רק לבטל הגט משא"כ בידים שא"מ שיש לפרש כוונתו על ד"א אלא שהלשון מוכיח קצת יותר על ענין זה וכמבואר בדברי המפורשים וזהו טעמא של רבא דסובר דגילוי דעתא מילתא הוא ובידים שא"מ סבירא ליה דאינן ידים ואביי סבירא ליה דגילוי דעתא בגיטא לאו מלתא הוא משום דלא אתי גילוי דעתא ומבטל דבור:

ומצאתי און לי בשו"ת ב"ח כ"י שכתב ג"כ דאין כח באומדנא דלבא וגילוי דעתא לבטל מעשה הגט שכבר נעשה בסתם דר"י ור"ל פליגי בקידושין מודו דאפילו דבור לא אתי ומבטל מעשה כ"ש דלא אתי גילוי דעתא ומבטל מעשה הגט ואע"ג דכל כמה דלא מטא הגט לידה לאו גמר מעשה הוא מ"מ לגבי גילוי דעת חשיב מעשה והכי איתא לגבי טומאה דמחשבה אינה מוציאה מידי מעשה כו' ולפ"ז י"ל דאפילו לגבי ידים מוכיחות חשיב הגט כמעשה ואפי' הרמב"ם דסבירא ליה שיכול לבטל גופו של גט בידים מוכיחות מודה ודווקא בדבור גמור יכול לבטל וראיה לזה ממ"ש הרמב"ן דביטול הגט בעינן בפני שנים דווקא משום דלא אתי דבור גרוע דשלא בפניו ומבטל דבור בפניו ולכך בעי שנים וא"כ ה"ה כאן דהדבור גרוע הוא לגמרי ויש לפרשו בפנים אחרים דלא מבטל דבור ומעשה הגט:

ועוד נראה לצדד ולומר דהכא לא הוי ידים מוכיחות כלל שהרי יש לפרש דבריו שהיה רוצה לומר שמבטל כל המודעות שמסר והוא מאתו ענין ממש שעסוקין בו עתה ואין לומר דהרי כבר ביטל כל המודעות בפני הב"ד ז"א חדא דאם העדים לא היו שם או לא שמעו שביטל המודעות אם כן אין כאן ידים מוכיחות כלל להעדים והעדים צריכין שיעידו דבר ברור וכמ"ש הפ"י בפ"ק דקידושין ד"ה א"ל ר"פ לאביי והכא בביטול הגט נמי בעינן שנים מטעם דאין דבר שבערוה פחות משנים וכמ"ש המגי' במ"ל פ"ו מהל' גירושין הל' י"ח דאליבא דר"ט הוי טעמא משום דבר שבערוה אמנם בזה יש לפקפק הרבה. אך דנלע"ד דאפילו אם היו העדים שם בשעה שביטל המודעות מ"מ אפשר לצדד דאין זה ידים מוכיחות דכל שאין הלשון מוכיח מצד עצמו אע"פ שהוא מוכרח מצד עצמו שפירושו כן מחמת ענין אחר אין זה ידים מוכיחות וכמ"ש מהר"י מטראני ז"ל בתשובה

סימן קל"ח והביא ראיה מהא דאיתא בנדרים כנדרי רשעים נדר בנזיר ובקרבן ובשבועה ופירש"י דאמר על הככר הרי עלי והמינו ופריך ודילמא המינו דאכילנא קאמר ומאי פריך הא ליכא לספוקי בהכי דמדאמר הריני נזיר ועלי קרבן מוכח דלא בעי למיכליה שהרי אסרו עליו אלא כיון דזה הלשון דהיינו בעצמו לא מוכח דהוי יד לא מהני אע"פ שדבר אחר מוכיח עליו ולא דמי לנזיר עובר דאהא לשון קצר וכו' וכ"כ הר"ן ברישׁ הפרק גבי ע"כ לא קאמרי רבנן אלא גבי גט כו' עכ"ל וכלשון הזה ג"כ כ' מהרי"ט ז"ל בחידושיו להרי"ף בקידושין אלא שבאמת יש לי לפקפק על ראייתו דאפילו לפי פירש"י דקאמר כנדרי רשעים הריני עלי והמינו בהדי הדדי מ"מ במה שאסר עליו הככר בנזירות ובקרבן אין זה אוסר על נפשו דהרי יכול לאוכלו ובאמת יתחייב נזירות וקרבן ובאמת הוא נשבע דאכילנא ויתחייב נזירות וקרבן וע"כ מוכרח לומר כן דאם איתא שכבר הככר עליו באיסור לא היתה יכולה לחול וכמ"ש הר"ן דף י"ח בשם הירושלמי דאין שבועה חל על נדר אלא דבאמת בלא"ה יש להקשות לשיטת רש"י דהיאך ס"ד דהמינו דאכילנא קאמר כיון שהוא עסוק באותו ענין שלא יאכלנו וכל שעסוקין באותו ענין ודאי יש לנו לומר דלא אכילנא קאמר ואפשר שדעתו שגם בהריני ועלי נמי דאכילנא קאמר אבל מדברי הרא"ש משמע דבהני לא שייך למימר דאכילנא שהרי הוא מפרש שאמר כ"א בפ"ע וכגון שהיה ככר מונח לפניו ואמר ועלי וא"כ למה לא פריך רק אהמינו הו"ל להקשות על שלפניו:

ומשום זה היה נלע"ד דכוונת רש"י הוא דפריך דילמא דאכילנא משמע טפי דיותר יש לפרש כוונתו שבועה שאוכל הימנו וכן נראה מדברי הרשב"א שכ' אהא דפריך ודילמא דאכילנא ואיכא למידק אה"נ י"ל דמשמע דכולה מתני' דומיא דנזיר קתני דאסר חפצא וכ"כ הרא"ש ז"ל ואע"פ שהם מפרשים דלאו בהדי אהדדי אמרינהו מ"מ מבואר מדבריהם שהקושיא הוא דיותר י"ל דאכילנא ודלא כפי' הר"ן שכ' דקושית הש"ס דכיון דאיכא למימר דאכילנא א"כ הו"ל ידים שא"מ וא"כ אף לשיטת רש"י אין דינו של מהרי"ט ז"ל מוכרח ומכ"ש לפי שיטות הרמב"ם והר"ן והרא"ש והרשב"א ובאמת פלוגתא הוא בירושלמי דשמואל אמר מתני' לצדדין הוא זעירי אמר כו' והביאו הרשב"א ז"ל וא"כ הש"ס פריך שפיר אליבא דשמואל ואין להאריך בזה ומ"ש ראיה מהר"ן שכ' בראש הפרק דאין זה י"מ דאיהו הוא דמגרשה רק שהענין מוכיח כן בעצמו יש לדחות קצת. אבל מ"מ יש לנו רב מובהק שסובר דכה"ג לאו ידים מוכיחות נינהו וכדאי הוא לסמוך עליו בשעת הדחק עכ"פ:

ואמנם לכאורה יש להקשות על סברתו מהא דקאמר בריש נזיר הרי עלי ציפרין כו' ודילמא ציפורי מצורע קאמר ופירשו התוס' דיותר יש לנו לומר דכוונתו על צפורי מצורע משום דנזירות טריחא להו מילתא וחמור עליו לקבל ומשני כשנזיר עובר לפניו אלמא כשיש הוכחה אחרת אע"פ שהלשון אינו מוכיח כן אפ"ה הוי ידים והתם לא שייך מ"ש מהרי"ט דאהא לשון קצר שדרך ב"א לקצר כנודע דלשון אהא מורה על שינוי גופא כו' וכן יש להקשות עוד מן הסוגיא דהתם ואין להאריך:

ועוד היה נלע"ד דהכא אפילו ידים שא"מ אין כאן והעד הזה אינו בתורת עדות כלל דע"כ לא קאמרינן דיד מהני אלא כגון הרי את מקודשת ולא אמר לי או דאמר ואת כדבעי בנדרים ושאר ידות האמורים שם שבכולם העדים שמעו סוף דבורו אלא שהוא שתק ולא אמר יותר ואז הוי יד מהני משא"כ כאן שהעד לא שמע רק אהריני מבטל אלא שהעד הלך ממנו באמצע הדבור כל כי האי גוונא אינו בתורת עדות כלל והא ראיה שבאמת אמר בדבור הזה ביז שפעטיר והוא דבור הסותר הביטול כמו שיתבאר אי"ה וכה"ג יוכל להיות שיאמר עוד כמה דברים סותרים למה שהוא סובר בכוונתו ואין זה מעיד על דבר ברור כך נלענ"ד לכאורה. אבל לכאורה אין כל זה מספיק אפילו נימא דזה הוי ידים שא"מ ואין בעדותו כלום מ"מ עדיין מידי ערעור לא יצאנו שהרי הרמב"ם בפ"ו מהלכות גירושין כתב וז"ל שלח הגט ביד שנים הרי זה יכול לבטל זה שלא בפני זה ואפילו היו עשרה משביטלו בפני א' מהם בטל הגט ופירש הב"ח סי' קמ"א דגם הרמב"ם ס"ל דאף בשליחות ל"א שליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה רק דהרמב"ם בביטול גוף הגט מיירי ולכך אפילו משביטל בפני א' מהם הגט בטל וא"כ בנ"ד שביטל גופו של גט אפילו בע"א סגי ואין לחלק ולומר דשאני התם שביטלו בפני א' מהשלוחים הא ליתא דמה יתן ומה יוסיף שגם זה שליח כיון דאמרינן דלא בטלה השליחות כולה דס"ל דבביטול גופו של גט בחד סגי. אבל לכאורה הדבר מתמיה דהא הרמב"ם לעיל מיניה פסק דביטול בפני שנים בעינן וע"כ לומר דס"ל דלבטל השליחות שנים בעינן ולבטל גוף הגט בחד סגי והוא לכאורה מילתא בלא טעמא דאם נימא דס"ל דלכך לא מהני ע"א משום דאיכא למימר מה כח ב"ד יפה אפילו לרבי וכמ"ש התוס' בהשולח אם כן בביטל גוף הגט לפני א' מהשלוחים הרי שאר השלוחים יכולין ליתן הגט ושייך מה כח ב"ד יפה ואי ס"ל דטעמא דר"נ דבעינן ב' משום דאין דבר שבערוה פחות משנים וכמ"ש החכם המגיה במ"ל שכן הוא אליבא דר"נ גם בביטול הגט שייך לומר כן ואפשר ליתן טעם לחלק בדבר עפ"י מ"ש הפ"י בהשולח דלכאורה הכא אע"פ שהוא דבר שבערוה מ"מ אשה זו בחזקת איסור א"א קיימא והביטול הוא בא לקיים חזקה זו ולכך אפילו ע"א ראוי להיות

נאמן ע"ש ואם כן י"ל דהך סברא לא שייך אלא במבטל גופו של גט שאז עוקר דבורו הראשון למפרע וכמ"ש לעיל והרי הוא מסייע לחזקת א"א דאכתי איתרע לה חזקת א"א ע"י גט זה שכתב לה וכמ"ש הפ"י בדף ק"ח גבי השולח גט ממדינת הים. ואיך שיהא טעמא דהך מילתא יש לפרש היטב דברי הרמב"ם שכתב משבטלו בפני א' מהם בטל הגט. ולפי שיטת הב"ח הו"ל לפרש שביטל בפירוש ואמר שיהא בטל מלהיות גט. לכך נראה דכבר כתבתי דטעמא דמילתא דלא אמרינן שמבטל הגט עצמו הוא משום דאע"ג דאנן לישנא דמהני ביה קאמרינן משום שדעתו לבטלו וכיון דדי לו בביטול השליחות למה יבטל הגט גופו משא"כ היכא שביטל רק בפני ע"א א"כ אין מועיל לבטל השליחות דלביטול השליחות שנים בעינן א"כ ע"כ לישנא דמהני ביה הוא לבטל הגט עצמו. וזהו שדקדק הרמב"ם משביטלו בפני אחד מהם ע"כ דאין כוונתו על השליחות ולכך בטל הגט. אמנם דעת הראב"ד והר"ן לפרש דהרמב"ם סובר דשליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה והיינו משום דקשיא להו דאפילו נימא דבביטול גופו של גט מיירי מ"מ עכ"פ שנים בעינן אלא ע"כ הטעם משום דהשלוחים כגוף אחד הם וכשביטל בפני אחד הוה כאלו ביטל בפני כולם. ולפי דברי הב"ח הו"ל להרמב"ם להשמיענו הך רבותא שאם ביטל גופו של גט בפני א' יהיה מי שיהיה מהני וכן נראה שהוא שיטת רוב הפוסקים בדעת הרמב"ם:

אמנם לרווחא דמילתא אומר אני שלענ"ד שגם לשיטת הב"ח כפי מש"ל מ"מ בנ"ד אפילו ע"א אין כאן דאע"פ שביטל גוף הגט עד לאחר זמן מ"מ יכול ליתנו אחר כך כשמתרצה שהרי רש"י כתב אהא דקאמרינן ולא אמרינן לצעורה קא מכווין ופירש"י שאין בדעתו לבטלו רק לצעורה חודש או חדשים. והקשה הרשב"א דסוף סוף צריך להמתין עד שיצוה הבעל ליתנו ובשלמא לר"ש ניחא דאי לאו לצעורה אינו חוזר ומגרש בו כלל משא"כ אי לצעורה מכווין יכול לחזור ולגרש בו משא"כ לר"נ קשה דהא בלא"ה אם הבעל רוצה חוזר ומגרש בו כו' אלמא דאפילו לר"ש דס"ל דמבטל גופו של גט מ"מ היכא דאינו מבטלו לגמרי רק על חודש או ב' יכול לחזור ולגרש בו ואמנם ראיה זו יש לדחות דהרשב"א ה"ק דאפילו לר"ש דמבטל גופו של גט היינו דווקא היכא דלא שייך לצעורה משא"כ היכא דשייך לצעורה אז אמרינן דבאמת לא ביטל גופו של גט כלל רק השליחות כדי לצערה. אבל בנ"ד דע"כ כוונתו על גופו של גט כיון שביטלו אינו יכול לגרש בו דאחר שנפסל איך יחזור ויוכשר:

אבל אחר העיון נראה ברור שאין כאן חשש דלכאורה הא דפסק הרמב"ם דגופו של גט יכול להתבטל הוא קצת כהלכתא בלא טעמא דהא ע"כ לא פליגי ר"י ור"ל אלא אי

דבור מבטל דבור אבל מעשה הגט איך יתבטל על ידי דבור וכמו שהאריכו בזה הרמב"ן והרשב"א והר"ן. ואמנם התוספות כתבו דר"ש ס"ל דכל כמה דלא אתי הגט ליד האשה לאו גמר מעשה הוא. והנה הא ודאי דגוף כתיבת הגט אין בידו לבטלו לכ"ע וביאור הדברים הוא כמ"ש הריטב"א פרק האומר וז"ל וקשיא ליה לרבינו היכי קס"ד מעיקרא לדמויי הא דר"נ שהגט נכתב ונחתם כראוי וא"א לבטלו לחזרת האשה שעדיין לא תפסו בה קידושין והא דר"נ הוי כאשה שחזרה ואח"כ נתרצתה שיכול לחזור ולקדשה באותו כסף עצמו תירץ דהוי ס"ד דכיון שאומר לעדים כתבו וחתמו גט ותנו ובשליחותו עשאוהו והוי לשמה דכל כמה דלא מטא גיטא ליד האשה יכול הוא לבטל הגט לומר שתבטל שליחתו למפרע והוי כאלו עשאוהו מדעתם ולא הוי לשמה ואנן אמרינן כיון שנכתב ונחתם על פיו והוי לשמה תו לא אפשר לבטלו שלא יהא לשמה עכ"ל. ונראה דלדבריו הש"ס משני מי סברת שכשחוזר בו עתה עוקר דבור הראשון למפרע אלא כשחוזר בו מהשתא הוא דבטיל ואם כן א"א שיתבטל רק שליחות השליח אבל גוף הגט דמי לס"ת שכתבו לשמה שא"א שלא יהא לשמה ועיין ברשב"א דקידושין דוק ותשכח וכן מבואר בר"ן בגיטין וכן כוונת התוס' אליבא דר"ש וכ"ז לפי גרסתם ולפי גרסת הרמב"ם למסקנא נמי כן הוא כמ"ש הריטב"א בס"ד דהש"ס דעתה שאומר שיהא בטל עוקר שליחתו למפרע מה שאמר שיכתוב לשמה ולפ"ז בנ"ד שהוא אומר שיהא בטל עד לאחר זמן ובדעתו ליתנו אח"כ אם כן חזינן שאין בדעתו לעקור השליחות למפרע דהא בדעתו ליתנו עדיין אלא שרוצה לבטלו מעתה ועד איזה זמן וביטול כזה אינו מועיל לכ"ע. ודבריו אלו הם ברורים וקילורים לעינים בס"ד:

ולפום ריהטא יש להביא ראיה להרמב"ם לפי מ"ש בכוונת דבריו מהא דהשולח דקאמר אביי מנא אמינא לה מההוא דאמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליהוי גיטא כו' ורבא אמר לך אטו התם לבטולי גיטא קבעי כו' וכן קאמר התם בההוא דאמר אי לא נסיבנא כו' ומעתה קשה לדעת הפוסקים דעל גופו של גט אינו מועיל ביטול דהא התם כבר הגט בידה ומה הוא יכול לבטל עכשיו ומכ"ש בגילוי דעת וצ"ל לדבריהם כמ"ש הריטב"א בקידושין דהא דאמרינן אמר לעדים ראו גט זה כו' לאו למימרא דמצי מבטל לגיטא גופו אלא דסד"א כיון דאמר כנסי שט"ח זה בטולי בטליה שלא תהיה נתינה זו לשם גירושין כו' וכ"כ הר"ן בגיטין וכ"כ הרשב"א בההוא דאמר לעדים כו' וכעין זה יתפרש גם כאן דכל שהוא מבטל הוא מבטל הנתינה לשם גירושין ועוקר הדבור שאמר אז ליהוי גיטא ואף ע"ג דהגירושין אין תלוין באמירה כלל דהא אף בנתן בשתיקה מהני במדבר על עסקי גיטה דעיקר האמירה הוא שלא נאמר שלא נתנו לשם כריתות אלא לשם שטר

וכה"ג וכמבואר ברמב"ם פ"א מהלכות גירושין וכ"כ הרשב"א בגיטין והפוסקים ומבואר מדבריהם דבאמירה דגט א"צ ידים מוכיחות כלל צריך לדחוק ולומר שבביטולו של עתה הוא עוקר הדבור לגמרי וחשיב כאלו לא היה שם אמירה כלל ולא דבר על עסקי גיטה אלא היה נתינה סתם ודמי ממש למקדש אשה לאחר שלשים יום וחזרה בתוך למ"ד יום דאמר ר"י דחוזרת. אך קשה דאכתי מאי מייתי מהא דאמר שמואל לא שמיה מתיא דדילמא שמואל כר"ל ס"ל דאינה חוזרת והכא נתינת הגט ליד האשה כמו התם שהיה נתינת המעות ליד האשה ובשלמא לשיטת הרמב"ם דס"ל דיכול לבטל גופו של גט ניחא די"ל דאפילו ר"ל מודה בזה דדווקא בנתינת המעות ליד האשה דאיהו גופי' יהיב המעות ליד האשה לא אתי דבור ומבטל מעשה זו משא"כ בביטול הגט שעוקר הדבור למפרע מה שצוה לכתוב לשמה האי דיבורא דלית ביה מעשה הוא שאע"פ שנעשה מעשה ע"פ מ"מ איהו לא עביד מידי רק דבורא בעלמא משא"כ לדידהו שעוקר הדבור שאמר בשעת נתינה הוא דומה ממש למקדש לאחר שלשים יום ואין מקום לחלק ביניהם:

ועוד יש ראיה להרמב"ם מהא דקאמר בגיטין דף פ"ח דפריך ודילמא אמלוכי אמליך ופירש"י דשמא ביטל הגט וחזר בו ורוצה ליתנו והקשו התוספות דלר"נ דאמר חוזר ומגרש בו מאי איכא למימר ולשיטת הרמב"ם ניחא דאיכא למיחוש לביטול גופו של גט אמנם דברי התוספות תמוהים בעיני דנהי דלר"נ א"ש מ"מ לר"ש תיקשי מתני'. שוב ראיתי שהפ"י הקשה כן וכתב משום דרב אשי משני עלה משמע דאליבא דהלכתא הוא. אך התוספות כתבו דכל שלא נכתב כולו מודה ר"נ וטעמא כמ"ש התוספות בדף ל"ח דשמא התם לא נחתם ולא חשיב גמר מעשה וכך הם דברי הרשב"א בדף י"ח. ואמנם לענ"ד י"ל בטעמא דמלתא עפ"י מה דקי"ל דבחד גופא לא פלגינן דיבורא וכיון שזה אמר כתבו גט לאשתי ובאמצע הכתיבה חזר בו וא"כ על מה שמכאן ולהבא ודאי מועיל ביטולו כיון שלא נעשה מעשה עדיין ואם כן כשחצי הדבור מתבטל לא שייך לומר שיועיל הדבור למה שכבר נכתב. ובהכי ניחא מאי דקשיא לכאורה בהא דקאמר רבי שמעון בן גמליאל סובר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולכאורה אין ענין עדות שבטלה מקצתה לכאן כמבואר בחידושי הרמב"ן והר"ן אלא נראה דה"פ כיון דבדבור אחד אמר לכל העשרה כתבו גט לאשתי וכיון שביטל למקצתם א"כ נתבטל כל הדבר לגמרי שהרי הוא עוקר עתה דבורו הראשון למפרע מה שאמר להם כתבו והשתא לפ"ז אין אנו צריכין למה שנדחק רש"י לפרש ההוא דקאמר ה"נ מסתברא אמר לזה בפ"ע כו' אא"ב בעידי הולכה שפיר כו' ופרש"י שאמר לאחד מהם וחזר ואמר לחבירו הנה מסרתי גט לפלוני כו' דבפשיטות י"ל שבאמת היו שניהם ביחד רק שאמר לזה בפ"ע הולך גט

לאשתי ולזה בפ"ע הולך גט לאשתי דאז לא שייך האי טעמא שכתבתי שנתבטל הדבור כיון שלא בדבור אחד נאמר להם והכי משמע פשטא דלישנא דברייתא משא"כ אי מיירי בעידי כתיבה והוי טעמא משום דצריכא ביה עשרה למשלפה א"כ דהך ברייתא לאו כשהיו ביחד מיירי ולכן מקשה מי מצטרפי:

אבל לכאורה יש להקשות שהרי התוס' בגיטין דף כ"ג כתבו דכתיבה בגט לאו משום שליחות הוא דוכתב קאי אסופר רק שצריך לצוות משום דבעינן לשמה והרשב"א שם ביאר יותר שאם יכתבו בלא צוואת הבעל לא יתנו כ"כ לב לכתוב לשמה ויכתבו סתם וקי"ל דסתמו כשלא לשמה דמי כו' ע"ש וא"כ לפ"ז נהי שמתבטל הדבור ע"י שאמר לשנים אל תכתבו ואין הדבור מועיל לחצאין מ"מ סוף סוף אי אזלי הנך וכתבי ויהבי ע"י צוואת הבעל הם כותבין ומכוונים לכתוב לשמה והיה אפשר לדחות דעכ"פ בנתינה שליחות בעינן וכיון שהדבור מתבטל א"כ אי אזלי ויהבי לאו שפיר יהבי אלא דהלח"מ כ' להרמב"ם דמיירי שלא ביטל השליחות אלא העדים לבד ועפי"ז היה אפשר ליישב דברי הרמב"ם שם ואין להאריך:

והנה לעיל הבאתי קושית הרשב"א על רש"י שפירש דלצעורא היינו חודש או ב' ועל זה הקשה דהא לר"נ חוזר ומגרש אין נ"מ בזה ובאמת נלע"ד לפמ"ש הרשב"א לעיל דף י"ח דחששא דשמא פייס היינו דביטל הגט ואיכא למיחש משום פירות דאף שחוזר ומגרש בו פירות אינו מפסיד מחמת גט זה ודמי כאילו קרע גט זה ונתן לה אח"כ גט אחר שלא הפסיד פירות משעת כתיבת הגט הראשון ודר"נ דאמר חוזר ומגרש בו דווקא בו ביום דליכא פירות וא"כ לפ"ז היכא דלא מכוין רק לצעורה ודעתו לגרשה אלא שמעכב ומצערה איזה זמן בכה"ג אין לו לבעל פירות משעת חתימה וכמ"ש התוס' בד"ה אנחיה בכיסתיה דדוקא היכא דאי מפייסה תפייס מודה ר"ל הא לא"ה יש לבעל פירות עד שעת החתימה ותו לא וא"כ אין לגרש בו אפילו אחר כמה ימים משא"כ כשנאמר שמבטלו לגמרי א"כ יש לו פירות והוי מוקדם ואין להקשות לפמ"ש הרשב"א דאפשר דמוקדם שנתנו לשליח כשר א"כ אפילו שהה איזה ימים אחר הביטול לא איכפת לן כיון דעל ידי שליח מיירי י"ל דס"ל להרשב"א דלישנא דחוזר ומגרש בו היינו אם הבעל בעצמו לקחו מן השליח אפ"ה יכול לגרש בו דאז ליכא קלא ולכך הוצרך לומר דבו ביום מיירי אלא דאי קשיא הא קשיא דלמה לי לדחוקי בדר"נ הא אנן קיימא לן יש לבעל פירות עד שעת נתינה וכן תמה עליה בפני יהושע:

ואמנם י"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו שכ' דלר"י אמרינן דמסתמא ביום שנכתב נמסר אלא דבגט ע"י שליח יש לו קול וכ' דלפ"ז אי איתרמי שלא נמסר בזמן כתיבתו יש ליתנו

ע"י שליח ולכך הוצרך הרשב"א לומר שמגרש בו ביום דאל"כ עדיין יש לחוש לפירות שיסברו שביום שנכתב נמסר ותגבה האשה שלא כדין והכא במגרש הוא עצמו מיירי כמש"ל. אך דעדיין אין זה מעלה ארוכה לפרש בזה דברי רש"י שהרי רש"י ס"ל התם דכיון דיש לבעל פירות עד שעת נתינה אמרינן אייתי ראיה כו' וא"כ לר"י אין חשש פירות כלל. ואמנם אינו מוכרח שרש"י יסבור דקי"ל כר"י שהרי הר"ן והרשב"א הביאו דעת העיטור שפוסק דטעמא משום פירות ואמנם לתרץ דברי הרשב"א שלא תיקשי קושית הפ"י אין אני צריך לזה דנראה דהרשב"א לא כ' חששא דפירות אלא משום דקאי התם אליבא דר"ל ואליבא דר"ש דס"ל דאין חשש רק משום פירות אבל משום שמא יחפה אין חשש דזנות לא שכיחא משא"כ לר' יהודה בלא"ה יש לחוש שמא פייס וביטל הגט ושוב פסול לגרש בו אף על גב דליכא חששא דפירות מ"מ כיון דמוקדם הוא פסול מלגרש בו משום שמא יחפה וכמו כל מוקדם דעלמא דפסול ולכך הוצרך לומר דר"נ בו ביום מיירי ודלא כהפ"י שכתב שהרשב"א אגב חורפיה ושיטפיה נדחק בזה וכבר כתבתי ב' דרכים נכונים ליישב דברי הרשב"א בזה:

ומעתה נשוב לעיקר הדין דלכאורה נראה מוכרח דאף במבטל גופו של גט לזמן יכול הוא לחזור וליתנו וכמש"ל שנראה כן ממ"ש הרשב"א דדברי רש"י נכונים אליבא דרב ששת דס"ל דאין חוזר ומגרש בו ואם נאמר שלא ביטלו רק לחדש בלבד חוזר ומגרש בו ומה שכתבתי לדחות משום דאי לצעורה אף ר"ש מודה דאין מבטל גופו של גט רק השליחות הא ליתא שהרי הרשב"א כ' להביא ראיה דע"כ ביטול גופו של גט לא מהני דהא שמעתי' כולה בביטול של גט מיירי כדתניא בטל הוא אי אפשי כו' וההוא ודאי גופו של גט מבטל דהא לא קאמר שליחות זה בטל אי אפשי בו ועלה קאמר ר"נ דחוזר ומגרש בו עכ"ל. והנה באמת יש ב' דרכים בזה חדא דאין כוונתו רק על השליחות ואידך דבאמת כוונתו על גוף הגט אלא דממילא מתבטל גם השליחות אלא שלגוף הגט אין מועיל ביטול ולא חל הביטול רק על השליחות והרשב"א בירר דרך זה לעצמו כמבואר דס"ל אפי' אמר להדיא על הגט השליחות מתבטל ובהא פליגי ר"ש ור"נ וא"כ לפי מה שסובר הרשב"א לעולם אין לנו להוציא דבריו מפשטן שאגט קאי והרי לר"ש מהני ביטול גופו של גט ואפ"ה אמרינן דלצעורה מכוון ואין דעתו רק לבטלו חדש או שתים ויש לדחות ולומר דבאמת מתני' דקתני גט שנתתי לך בטל הוא שפיר שייך לפרושי אשליחות וכדמשמע מלשון הרשב"א הנ"ל ועוד שרש"י כתב להדיא שלא היה כוונתו לבטלו רק לצערה בעלמא חדש או חדשים ונראה שבא לתרץ בזה קושית התוס' היאך נאמר שאינו בטל והלא הוא עומד וצווח ולקמן מבואר דבאמת בטל שתי לשונות במשמע לישנא

דמעיקרא ולישנא דלהבא רק דבגט כיון דחזינן שחפץ לבטלו אמרינן דלישנא דמהני קאמר ולכן כ' רש"י דבאמת י"ל שאין כוונתו לבטלו רק לצערה חדש או חדשים וכוונתו ללישנא דמעיקרא שהוא שבטל מכבר וא"כ ממילא קושית הרשב"א לק"מ ולזה כיון גם אחי החריף מוה' געציל נ"י וא"כ בנ"ד שאמר אני מבטל שהוא להדיא לישנא דלהבא אין כאן מקום לדון כוונתו לצעורה רק לביטול גמור אלא דבאמת נראה דלא מהני ומטעם שכתבתי דכיון שאינו רוצה לעקור דבורו למפרע אין הביטול מועיל ועוד נראה שאין זה רק במטיל תנאי בדבר שהגט יהא בטל עד לאחר זמן מה ר"ל שלא יועיל להתירה איזה זמן וכיון שכבר חלפו עברו זמנים טוב' שוב בחזקת היתר עומדת וא"כ יש כאן הרבה צדדים וספיקות בכל עד ועד:

איברא שהדבר צריך עיון אם נעשה מזה ספק ספיקא לומר דנשאר רק ע"א אף על פי שכתבתי דהעיקר כסברת הפוסקים דאף בביטול גוף הגט שנים בעינן מ"מ עדיין יש להסתפק דאיכא למימר טעמא דמלתא משום דחד לא מהימן ועיין בפ"י מ"ש בזה ודמי לאשתך זנתה בע"א דקאמר רבא בקידושין דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפ"ה נאמר התם דאי מהימן ליה צריך לאפוקי וכ"כ כל הפוסקים אלא שבאמת יש בזה חילוקים רבים. והדברים ארוכים לא ראיתי לפלפל בזה. ובאמת יש מקום לומר דאף אי מהימן לאשה לעצמה או למי שרוצה לישא אותה ודעתו סומכת בבירור שהיה שם ביטול מ"מ כיון דמדינא א"צ להאמינו כלל א"כ בשעה שאמר הביטול לפני העד מיד אפקעינהו רבנן לקידושין מינה וכמ"ש התוס' דגם אליבא דרבי כשמבטל לפני א' שייך מה כח ב"ד יפה וכ"כ הרשב"א ואפילו לר"נ כן הוא ודברי החכם המגי' במ"ל הם שלא בדקדוק וא"כ אדרבא יש כאן ספק דשמא אינה בחזקת א"א כלל:

ועוד י"ל שאילו לא היה כאן רק ע"א לבד אין לנו להאמינו דמשויה נפשיה רשיעא שהרי יש חרם ר"ת אל העומדים שם ויודעים איזה פסול שיגידו קודם נתינת הגט וכמו שמודיע המסדר קודם הנתינה ואמנם אין לצדד ולומר דאפי' אם היו כאן שני עדים גמורי' מ"מ הרי עברו על חרם ר"ת ופסולים להעיד ז"א חדא דהא קי"ל דאין נפסל מדאורייתא אלא בעובר עבירה שיש בה מלקות וההוא דהכא עבירה שאין בו מלקות הוא שהרי הוא לאו שאין בו מעשה ולא נפסלו מדאורייתא. ועוד שהרי דעת מהרש"ך דלא נפסלו לאותו עדות עצמה וכמ"ש מהרי"ט ואע"פ דמותיב תיובת' אנפשי' ממ"ש התוס' בחולין דהשוחט בשבת שחיטתו פסולה מטעם מומר לחלל שבת הוא מפרק לה משום דבשעה שהתחיל כדי נטילת נשמה כבר נעשה מומר וגמר שחיטה בפסול הוא:

ואמנם מהרי"ט כ' דאין פרוקו נכון דבתחלת השחיטה אף על פי שהוא עושה חבורה הרי הוא מקלקל ודווקא בשחיטה חשיב תיקון שמוציא מיד אמ"ה ומכשירו לאכילה וכמ"ש התוס' דף ק"ו. ולענ"ד דברי מהרש"ך נכונים בזה דכיון דנטילת נשמה הוא אתחלתה דשחיטה אע"פ שהתיקון בא ע"י גמר שחיטה מ"מ הכשר שחיטה מקרי והרי הוא מחלל שבת בנטילת נשמה דהוי מקלקל ע"מ לתקן וכמו דחשיב למילה תיקון גברא אע"פ דמל ולא פרע כאילו לא מל. ואין כאן מקומו להאריך בזה. ועוד דהא ר"ש אית ליה מקלקל בחבורה חייב ובש"ס קאמר ונסבין חברייא למימר ר"י הוא ושפיר מקשין התוס' דהא ע"כ ר"י הוא דאי ר"ש שחיטה אסורה הוא. אמנם באמת דעת הרבה פוסקים דבאותה שחיטה לא נעשה מומר. ומה שהביא מהרי"ט שם ראיה דהא אפי' בתוך כ"ד שקודם לעדות שהוזם פסול נראה לכאורה דל"ש זה בנ"ד דהרי באמת בשעה ששמעו העדות לא היו פסולים כלל ואינם עוברים על החרם אלא אחרי שומע את דברי האלה ורואין את נתינת הגט ומכחידין תחת לשונם. ואמנם יפה כ' מהרי"ט דהא דבעינן תחלתן וסופן בכשרות ובשעת הגדת העדות כבר הם פסולים. ואפילו לפמ"ש הש"ך סימן ל"ד דפסול מחמת עבירה שחזר בתשובה כשר מכל מקום כשהוא פסול בשעה שמעיד אף דבשעת ראיה כשר היה ליכא למ"ד דכשר להעיד. ואמנם כבר כתבתי שאין כאן פסול רק מדבריהם ועוד דהרי אפשר להם להתנצל שלא ידעו ולא הבינו ענין החרם מה הוא ואפילו הם אומרים שהבינו היטב מ"מ בכה"ג אמרינן פלגינן דבורי' וכבר כתב בזה מהרי"ט וגם אני הארכתי בזה ואין כאן מקומו:

ונראה שדבר זה דומה למ"ש המרדכי פרק שבועות העדות במעשה שהקהל נתנו חרם בב"ה שכל היודע עדות יעיד קודם שיצאו מחצר בה"כ ולאחר זמן באו עדים שהיו בבה"כ ואמרו לא שמנו על לבינו אז להעיד ועתה נזכרנו להשיב דמקבלין עדותן וכ"כ בש"ע סימן ך"ט. איברא דצ"ע על ראיות המרדכי שהביא מההוא דכתובות דרב אשי אסהיד לר"כ אע"ג דאמר מתחלה לא ידענ' ובאמת יש להשיב דהתם כיון שלא עפ"י החרם היה שפיר הוא יכול לחזור ולהגיד דמתחלה לא שם על לבו היטב ולא נזכר משא"כ כששמעו החרם ולא הגידו דבשבועה אינו יכול לטעון שכחתי וכמבואר בסימן ל"ד. ובהג"א פרק שבועות העדות כתב בשם א"ז עפ"י פירש"י שם דיש ספק דשמא שתיקתו כפירה היא והרבה יש לי להאריך בענין זה רק שלפי שבנ"ד כתבתי שיכולין להתנצל שלא שמו לב לדברי המסדר ואפשר שכבר הלכו משם באותו שעה ואפי' היו שם לא הטו אוזן לדברי המסדר וספרו בדברים אחרים כי כן ארחות ב"א שבאים לראות הענין משא"כ בההוא

דהתם דכרוז' קרי בחיל בבה"כ שאין לנו לומר כי כמו פתן חרש יאטם אזנו ואם כן אין כאן מקום להתיר זה ואף על פי שיש לי לפלפל הרבה בזה לא ראיתי להאריך:

ומעתה נשי' לב לענין גוף הביטול שדעת רוב הפוסקים שאינו יכול לבטל גופו של גט וס' תרומה וסמ"ג אף על פי שנראה מדעתם להחמיר בביטול גופו של גט מ"מ ס"ל דאינו יכול לבטל כ"א בפני הסופר ועדים כמבואר בהמרדכי בהשולח. ואמנם באמת יש תימה כיון שהגט כבר נכתב ונחתם וכבר עשו העדים שליחותן ושוב כזרים נחשבו לו לכל דבר ומאי טיבות' כשמבטל בפניהם מאם ביטל שלא בפניהם וצ"ל דס"ל כמש"ל בשם הריטב"א דבאמת ע"י ביטולו הוא עוקר דבורו הראשון למפרע שאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו ולכך צריך להיות בפני הסופר והעדים דווקא כמו קודם הכתיבה. ובהכי ניחא מ"ש המרדכי בשם סה"ת שכתב ואפילו רבי מודה שאין מבטל כ"א אותו שדבר אליו ואי אזלי וכתבו שפיר הוי גט אלמא לאחר שאמר להם לעשות אין יכול לבטל שלא בפניהם דכבר כתבתי טעמא דרשב"ג משום דכיון דבדבור אחד אמר לכל העשרה כתבו גט וכיון שזה עיקר דבורו הראשון למפרע א"א שיתחלק הדבור לחצאין ובטל כולו ואהא פליג רבי וס"ל דאף על פי שהדבור נעקר מ"מ לא עדיף מאלו בטלו בפירוש שלא בפניהם שאינו יכול כיון שכבר אמר להם לעשות מעשה ולא מהני רק לאותם שמבטל בפניהם ששליחות מתבטל מעתה וכמ"ש התוס' בהאומר דאפי' ר"ל דס"ל לא אתי דבור ומבטל דבור מ"מ אם ביטל בפניו אין יכול להיות שליח בע"כ:

ולכאורה יש להביא ראיה לדבריהם מהא דקאמר ר"ש אותיבו קרי באודנייהו וכתבו ליה והקשה הרשב"א דאכתי יבטלנו שלא בפניהם דהא קי"ל בטל מבוטל ולפי שיטתם לא ק"מ דכיון שצוה לכתוב ולחתום לא מהני ביטול שלא בפניהם ואף על פי שעדיין אפשר לו לבטל הנתינה מ"מ לזה מועיל הביטול מודעה בשעת נתינה. אמנם דודי הגאון נ"י הקשה לדעת סה"ת מהא דקאמר חדא כרשב"ג דאי כרבי כי מטמרי מאי הוי ומאי קושיא הא אף לרבי אין הביטול מועיל שלא בפניהם אלא שהוא הקשה כן אם נאמר כיון שעשאן שלוחים על הכתיבה (ובאמת שכן מבואר בשו"ת רמ"א סימן ק"ה שאביא בסמוך) ג"כ אף הנתינה אינו יכול לבטל אלא בפניהם והוכיח מזה דגם סה"ת מודה שיכול לבטל הנתינה עכ"פ ולענ"ד כדבריו כן הוא אלא שאעפ"כ אין זה מספיק דדילמא כפוהו לבטל מודעה בשעת הנתינה וכמ"ש במרדכי שם אח"כ להקשות אההוא דאותיבו קרי כו' דלמה לא כפאו לבטל מודעי בשעת הנתינה ע"ש ולפי מ"ש י"ל כן היה שם באמת ואם כן מנ"ל להש"ס להוכיח דס"ל כרשב"ג. ולכאורה היה אפשר לומר דע"כ לא קאמר סה"ת אלא בגט שניתן מרצונו משא"כ בגט מעושה אף על גב דצוה לסופר ולעדים

ע"י כפי' ואמרינן דמשום מצוה לשמוע דברי חכמים גמר ומגרש ול"א דמחמת אונס' הוא דעבד אלא תלינן דמסתמא בחזקת כשרות הוא משא"כ כשמבטלו אע"פ שהוא שלא בפניהם חזינן דאינו רוצה לשמוע דברי חכמים וסופו מוכיח על תחילתו שלא היה ברצון רק מחמת אונס קאמר ואינו גט משא"כ לרשב"ג דאפקינהו לקידושין מיניה משום דמה כח ב"ד יפה אלא דמדברי סה"ת לא משמע כן שכתב דההוא דרב יהודה ורב ששת בבטלו בפניהם מיירי ותיפוק ליה דהתם נמי בגט מעושה מיירי ואפילו שלא בפניהם הוי ביטול ועכ"ל דס"ל דלא מהני כלל אף בגט מעושה דלא אמרי' הוכיח סופו על תחילתו אלא השתא הוא דאיתרע שאין רוצה לשמוע דברי חכמים וצ"ל דהש"ס ס"ל דהך עובדא דרבה בב"ח עשאו שלוחי' גם על הנתינה ושוב לא היה שם ביטול מודעי. אך קשה על סה"ת דלדבריו מאי הקשה הש"ס על ר"נ והא קי"ל כר"י דאמר חוזרת ומאי קושיא דילמא טעמא דר"נ משום דשלא בפני הסופר והעדים אינו יכול לבטל גוף הגט והש"ס לא משני אלא דגופו של גט לא בטלו ותיפוק ליה דאפילו ביטל גוף הגט לא מהני וצ"ל דר"ש מודה נמי בכהאי גוונא דחוזר ומגרש וכדמשמע מדבריו שכתב דהך עובדא דר' שמעון בפניהם הוי מבואר דשלא בפניהם אפילו לר' שמעון חוזר ומגרש:

ועדיין חל עלינו לבאר שיטת סה"ת והסמ"ג דס"ל דכל שאמר לסופר ולעדים לעשות מעשה אפילו שלא כתבו ולא חתמו והמעשה לא נעשה עדיין מ"מ אינו יכול לבטל ולכאורה יפלא דמי עדיף מאם נתן לשליח הגט דעשה קצת מעשה וצוה לו לגרש את אשתו שהוא עיקר המעשה כדאיתא בקידושין ואפ"ה אמרינן שיכול לחזור בו וכן אם שלח שלוחו לקדש או לתרום שיכול לחזור בו מטעם דאתי דבור האחרון ומבטל דבור קמא וה"נ יש לנו לומר כן ונלפע"ד ברור בזה כמש"ל דכיון דלא בעינן שליחות בכתיבה וחתימה אלא עיקר הטעם משום דאם יכתבו בלי צוואת הבעל לא יתנו לב לכתוב לשמה ואם כן כיון שסוף סוף הם ע"פ ציווי הבעל כותבין וכוונתם לשמה מה בכך שהוא ביטל שלא בפניהם כיון דלאו מטעם שליחות קאתינן עלה:

איברא דלפ"ז צ"ע מ"ש לעיל דאמאי לאחר שנגמר יש חילוק בין בפניהם לשלא בפניהם דאם נאמר דיכול לבטל בפניהם ואע"פ שכבר נגמר הגט ומה בכך שהוא מבטלו עתה כיון שכבר כתבו וחתמו ע"פ ציוויו והוי לשמה ע"כ דביטל גופו של גט מטעמא אחרינא הוא דכיון שהוא אומר שיובטל הרי הוא כחרס לגמרי וא"כ שלא בפניהם נמי ומה יתן ומה יוסיף שהסופר והעדים שם כיון שכבר עשו שליחותן והרי הם כשאר אנשים דעלמא וכדי לבאר כ"ז על נכון אמרתי להעתיק כאן מקצת לשון המרדכי בשם סה"ת ואז בין תבין אשר לפניך להיכן דעתו נוטה. וז"ל המרדכי גרסינן בעירובין כו' והשתא לפי גירסא

אחרת שיכול לבטל הגט מה מועיל ביטול מודעה בשעת נתינה דהא ר"י ור"ש עשו גט אחר לאחר ביטול הגט דסבורים דאין חוזר ומגרש בו ולא עשו ביטול מודעי ונ"ל דמצי למימר דלאחר שאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום אינו יכול לבטל שלא בפניהם כו' ואם קודם שנגמר הגט ביטל בפניהם אין מועיל ביטול מודעי ולכך ר"י ור"ש אצרכוה גיטא אחרינא שהבעל ביטל להעדים עצמו קודם שנגמר אבל אחר שנגמר שנכתב ונחתם אינו יכול לבטל הגט בפ"ע שלא בפניהם (ובאמת תיבת אינו לענ"ד הוא משגגת המדפיס שבאמת בספרים ראשונים כתוב יכול לבטל וכמו שיבואר לקמן אלא שהמדפיס רצה להגיה ע"פ גדולת מרדכי והתחיל בהגה"ה ולא סיים כמ"ש לקמן) ולגירסא דגט גופא מי קא בטיל דמשמע דגט גופא יכול לבטל ובזה מועיל מודעי כו' עד עכ"ל סה"ת והנה בגדולת מרדכי כ' וז"ל שנכתב ונחתם יכול לבטל ט"ס וצ"ל אינו יכול לבטל הגט עצמו כ"א הנתינה אפילו שלא בפניהם אפילו לגירסא דגט גופיה מי קא בטלין משמע כו' וכן מצאתי ג"כ מוגה בשם הגאון מוהרמ"א ז"ל וכדי שלא יהא כהלכתא בלא טעמא צריך אני לבאר ג"כ טעמו של הגאון שהוכרח להגי' וזה כי ג' חלוקים בענין ביטול מודעי כו' והאריך בזה וכסבור הייתי לומר שאילו הדברים לא יצאו מפי הגאון רמ"א ז"ל ומי יודע מבטן מי יצאו הדברים ותלה באילן גדול ובעל ג"מ הביא דברי הג"ה זו בשם רמ"א דחקו לומר כך וכתב מה שכתב:

אבל אחר רואי בשו"ת רמ"א ס' ק"ה שנשאל ליתן טעם להגהתו והשיב לשואלו דבר כלשון הג"מ ממש ונראה בעין שמתשובה זו העתיק בג"מ אות באות ומי יבא אחרי המלך הגאון מוהרמ"א ז"ל ואעפ"כ לא אוכל לעצור במילין וכי כי הא מילתא נימא אינש קמי' רבינו ולא נשתוק ולא אמנע מלחוות דעתי הקלושה בזה כי הי' נלפע"ד שגירסת הספרים הראשונים שהביא רמ"א שכתב שם אבל לאחר שנגמר יכול לבטל הגט בפ"ע שלא בפניהם וגירסת דגט גופיה מי קא בטיל הוא עיקר ומ"ש רמ"א ע"ז דאם יכול לבטל הגט א"כ מאי מהני אח"כ הביטול כי זה הוא עיקר הקושי' של סה"ת לולי דברי הגאון הייתי אומר דלק"מ שבאמת דעת סה"ת הוא דאע"ג שביטל גוף הגט מ"מ כיון שאח"כ ביטל מודעה אתי דבור האחרון שביטל המודעה ומבטל דבור של ביטול הגט ועיקר הוכחתו הי' דאם נאמר דביטול מודעי מועיל אחר ביטול הגט א"כ ר"י ור"ש למה עשו גט אחר היה להם לעשות ביטול מודעי וע"ז כבר תירץ כיון שביטל בפני אותן העדים עצמן קודם שנגמר הגט שוב אין מועיל ביטול מודעי אבל אם ביטל הגט אפילו שלא בפניהם הוא מבוטל רק דבזה סגי בביטול מודעי ולפ"ז אין אנו צריכין לדחוק למ"ש לעיל דפלוגתא דר"י ור"ש לענין חוזר ומגרש בו בביטול בפני הסופר והעדים מיירי אלא

מיירי בפשטא דמילתא שביטל בפני השליח לבד ואם ביטל גופו של גט לאחר שנכתב לפני הסופר והעדים לכאורה אפילו ביטול מודעה אינו מועיל וכן מבואר ממ"ש המרדכי אח"כ דאי בטלו אחר שנגמר הגט או קודם שאמר להעדים לחתום ולסופר לכתוב אמר כל שאצוה לעשות גט לא יועיל ואני מבטל הכל בזה לא יועיל ביטול מודעה. ואמנם דבר זה תמיה דאם אמר כל שאצוה לעשות גט לא יועיל זהו מסירת מודעה גמורה האמורה בכל מקום וע"ז אמרו שיבטל מודעות וכמבואר בדברי הרמב"ם פ"ו מהלכ' גירושין הל' י"ט וכ' וכ"נ שהוא דעת הסה"ת דא"כ אכתי לא סגי בביטול מודעה בשעת נתינה א"ו תיבת לא הוא ט"ס וכן מצאתי בגד"מ שכתב שביש ספרים מילת לא נמחק וכ"נ שהיה גרסת הגאון רמ"א שכ' שקודם כתיבת הגט לא יוכל לבטל גוף הגט מאחר שאינו בעולם רק הנתינה וא"כ ע"כ דל"ג מלת לא וכיון שכן י"ל דאפי' אם ביטלו בפניהם אחר כתיבת וחתימת הגט אפ"ה מועיל ביטול מודעי דלענין ביטול הגט אחר שנגמר אין חילוק בין בפניהם לשלא בפניהם וכן מוכח לכאורה דאל"כ תיקשי למה סגי בביטול מודעה בשעת נתינה דהא יש לחוש לביטול גוף הגט בפניהם שהרי סה"ת כתב דלכך סגי בב"מ בשעת נתינה משום דאם אמר להם עצמם קודם שיתחילו לכתוב או קודם שיגמרוהו בזה לא חציפי סהדי לעשותו אחר ששמע בקולו הרי מבואר דלא קאמר רק משום דלא חציפי סהדי לעשותו והיינו משום שהגט עדיין בידם אבל אם כבר נגמר והוא ביד הבעל שפיר יש מקום לזה אע"כ דבב"מ סגי כנלענ"ד שיטת סה"ת לולי דברת קודש של הגאון רמ"א דסבירא ליה דאף לאחר שנגמר אינו יכול לבטל גוף הגט כ"א בפניהם ואז אפילו ביטול מודעי לא מהני. ולפמ"ש יש חומרא מצד אחד דאף בביטול גוף הגט שלא בפניהם בעי ב"מ וקולא מצד אחד דאפילו בביטול בפניהם לאחר שנגמר מהני ב"מ:

ואמנם בגוף הדין אין כאן חומרא שגם לרמ"א צריך ביטול מודעה באם ביטל שלא בפניהם אחר שנגמר אלא דטעמא דידיה משום דהנתינה בטילה ולפמ"ש גוף הגט בטל אלא דעכ"פ מהני ב"מ (שוב בא לידי סה"ת וראיתי ששם הגירסא ג"כ אינו יכול לבטל הגט עצמו שלא בפניהם לגרסא דגט גופא מי איבטל כו' ונלע"ד שאין כאן רק חסרון וא"ו וכצ"ל ולגירסא דגט גופא כו' משמע שיכול לבטל גט גופא ובזה מועיל ביטול מודעה קצרו של דבר שדעת סה"ת היא ששלש חלוקים בדבר אם ביטל בפניהם בין קודם שנכתב או אחר שנכתב מועיל הביטול ואף ביטול מודעה ל"מ וה"ט דר"י ור"ש שהצריכו גט אחר דוקא לפי שהיה הביטול בפניהם ואם ביטל שלא בפניהם אז יש חילוק דאחר שצוה להם לחתום ועדיין לא נכתב אין הביטול מודעה כלל אפילו לרבי דסבירא ליה בטלו מבוטל היינו דווקא אחר שנכתב אבל קודם שנכתב אין הביטול

מועיל כלל שלא בפניהם ולאחר שנכתב הגט אז לגירסא דגט גופא עי קא בטיל שפיר יכול לבטל הגט אלא שמ"מ מועיל בו ביטול מודעה כיון שהיה הביטול שלא בפניהם והיינו מה שאנו נוהגין לבטל מודעה בשעת נתינה תו ליכא למיחוש רק לשמא ביטל בפניהם ולהאי לא חיישינן דאז לא חציפי לעשותו לאחר ששמע ביטולו ע"ש היטב. וגם מ"ש במרדכי או קודם שאמר לעדים דיש במרדכי תוס' דברם אינם בסה"ת שלפנינו ושם הגירסא או קודם שאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום ומבטל אין מועיל ביטולו רק לעדים עצמם ולסופר עד כאן לשונו):

אמנם בש"ג הביא לשון שכתב אחר שהביא דעת סה"ת שלאחר שאמר לסופר ולהעדים שוב אינו יכול לבטל שלא בפניהם סיים בה לפיכך אם קודם שנגמר הגט או אחר שנגמר בטלו הבעל לפניהם אז אין מועיל ב"מ וא"כ מבואר להדיא דלא כמ"ש וגם בב"י הביא דברי הסמ"ג אלו וכן מבואר בהגמיי' פ"ו וע"ש. שוב בא לידי ספר סמ"ג וראיתי בהל' גירושין שמשם העתיקו הג"מ והש"ג שאחר שכתב דברי סהת"כ (ור"ל היינו סה"ת) שאינו יכול לבטל גופו של גט אלא אחר שנכתב וע"כ דשלא בפניהם מיירי דאי בפניהם אפילו קודם שנגמר יכול לבטל א"ו שלא בפניהם מיירי ואפ"ה אחר שנכתב יכול לבטל וכ"כ בביאור מהר"א שטיין להדיא שאפילו שלא בפניהם יכול לבטל אחר שנגמר לדברי סה"ת ע"ש. ועכ"פ באם לאחר שנגמר ביטל גופו של גט לא מצאתי גילוי דעת לומר דסבירא ליה לבעה"ת דשלא בפניהם לא הוי ביטול כלל רק שמועיל ב"מ וא"כ בנ"ד ששוב לא הי' ביטול מודעה אח"כ אפילו סה"ת מודה דבטל הגט ומה שנתנו אח"כ לא מהני שהרי לפמ"ש פלוגתא דר"י ור"ש באם ביטל שלא בפניהם ואהא קאמרינן דאם בטליה לגוף הגט אין חוזר ומגרש בו לפום גרסא זו אפילו לר"נ:

וגם מ"ש רמ"א דכל שמבטל קודם שנגמר שלא בפני הסופר והעדים אף לבטל הנתינה אין ביכולתו לכאורה לא משמע הכי מסה"ת ומצאתי בשו"ת הרשב"ץ סי' א' שכתב אמי שרצה לומר דסה"ת אפילו ביטול מודעי לא הוצרך כשמבטל גוף הגט שלא בפניהם ובאמת שזה הפריז על המדה שהיה סובר דאפילו בביטול אחר שנגמר א"צ ב"מ ובזה מודה רמ"א) וכ' דמאן דאמר הכי לא ח"ש לקמחי' שלא נאמר דברים אלו אלא אם ביטל שלא בפניהם קודם שנגמר חתימת הגט לא הוי ביטול והגט כשר בב"מ כו' אבל שלא יצטרך בב"מ למודעה שנמסרה שלא בפני עידי הגט ישתקע הדבר כו' מבואר להדיא דאפילו קודם שנגמר יכול לבטל הנתינה ובעי ב"מ:

והנה כבוד דודי הגאון נ"י העמיק הרחיב שיש לצדד ולומר שלא היתה כוונתו של הבעל רק על הנתינה לבד ואע"ג שלא היה שם ב"מ אח"כ מבואר בריב"ש דבנתינה שנותנו

אח"כ בתורת גירושין סגי ע"ש סי' רל"ב ואע"ג דהרמב"ם סבירא ליה דיכול למסור מודעה על הכתיבה העתידה לבא היינו שמבטל מעכשיו ולאחר שיוכתב ע"ש ודברים ברור' הם בזה כי כן כוונת הריב"ש וכן מבואר להדיא בדבריו בסי' תפ"ב שכתב הטעם לפסק הרמב"ם במסירת מודעה על הגט שאינו גט לגמרי וגבי חליצה חליצה פסולה מיקרי דהחילוק הוא דגבי גט שאם ביטל לגוף הגט אחר כתיבה פסול לעולם א"כ הרי הוא כאילו אמר הריני מבטלו מעכשיו ולאחר שיוכתב אלא דעכ"פ ביטול מודעי מהני אע"פ שאם יבטלו אחר שנכתב לא מהני ב"מ כיון שכבר נתבטל אבל בחליצה אם אומר כל חליצה שאחלוץ תהיה בטילה אין בדבריו כלום דאתי מעשה החליצה ומבטל דבריו הראשונים כו' ע"ש והביאו הב"י סי' קס"ט ובכ"מ פ"ד מהל' חליצה בקצרה ולפ"ז בנתינה זו של הגט דמי ממש לחליצה דאתי מעשה הנתינה ומבטל למודעא שמסר על הנתינה אמנם לפמ"ש הוא ראיה לסתור שהרי גבי חליצה אעפ"כ חליצה פסולה היא והיינו מטעם שכתב הריב"ש שם דאף שהוא מבטלו סתם אמרינן שהוא אנוס על החליצה דאל"כ מה לחלוץ ומשיצטרך לבטל קודם לא יחליץ ולא יבטל ודינה כדין חליצה מעושית דפסולה וא"כ גם כאן למה ליה ליתן הגט ולבטל אע"כ שאיזה אונס יש לו ואע"פ שאנחנו אין יודעין מאונס שיש לו איברא שאני תמה על הריב"ש שכ"כ לדעת הרמב"ם והרי הרמב"ם פ"י מהלכ' מכירה כתב וז"ל בד"א במוסר כו' אבל במתנה אם מסר מודעא קודם מתנה אע"פ שאינו אנוס המתנה בטילה שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה:

ועוד שלפענ"ד שדברי הריב"ש אינם מוסכמים לדעת הרבה פוסקים וכמ"ש בשו"ת הרשב"ץ סי' א' ד"ה וראיתי בקונטריסי התשובות כו' דאם נמסרה בין כתיבה לנתינה סגי בעשיוהו וארצי וכיון שנתן הגט מידו לידה הא ארצי ודחה דבריו איברא שיש לחלק ולומר דהתם שאמר גט זה שאתן אני אתן אותו שלא ברצון וא"כ אין מעשה הנתינה מוכיח שנותן ברצון שהרי להדיא אמר שיתן אותו רק שלא ברצון משא"כ כשאומר לבטל נתינת הגט או החליצה שכוונתו שלא יהא בתורת גירושין או שהחליצה זו לא תועיל להתיר. וחילוק זה מוכרח ג"כ מדברי הריב"ש שבסי' קכ"ז צלל במים אדירים לחתור היתר לפי שהעדים אמרו שלא היה שם ביטול מודעה אח"כ ולא כתב דבנתינה לחוד סגי אלא שמדברי הרשב"ץ משמע דבכל גוני בעינן ב"מ וכן משמע מדברי הרשב"א בתשובה שהביא הב"י סוף סי' קמ"א שכתב אבל זה שמסר מודעה לבטל הגט כל שימסרנו ליד שליח לקבלה כל שמבטל כל מודעות שמס' הכל בטל כו' משמע דמה שנתן לבד בלתי

ב"מ לא הי' מועיל ואע"פ ששם אמר כל גט שאתן ליד שליח לקבלה אני מבטל ויש לפרשו ג"כ שלא יהא בתורת גירושין:

והנה דודי הגאון נ"י בעצמו פקפק בדבר בנ"ד דשמא כיון שאמר אני מבטל ממילא נשמע שנתינתו אינו ברצון ובהא לא מהני מה שנותן אח"כ אם לא שיאמר רוצה אני אלא שצידד לומר כיון שנתנו לו מעות כ"ע מודים שצריך שיכירו באונסו אף בגט וכמ"ש הריב"ש ואף שהמ"ל כתב דלמאן דס"ל דאף אם האונס שקר המודעה קיימת לא מהני מה שקיבל מעות הא ליתא דטעמם הוא כמ"ש הרשב"א בגיטין דסתמא יש לו אונס בסתר וכיון שקיבל מעות ממילא אמרינן שאין לו אונס כלל אף בסתר וכסברת הריב"ש ודפח"ח אלא שבא להעמיד כן ע"פ שיטות הרא"ש והטור דכיון דבזביני כתב הטעם משום דמקבל זוזי גמר ומקני ומה שמסר מודעה שיכול לבטל המקח כשיהיה לו מעות וא"כ כמו לשיטת הריב"ש כן הוא לשיטת הרא"ש דאמרינן שנותן ברצון כדי לקבל מעות ומה שמוסר מודעה הוא כדי להוציא לעז אחר כך ולצערה ולענ"ד אין הדמיון עולה יפה דהרא"ש ה"ק דגילוי מלתא בעלמא היא דהיינו שאף בלא אונס כלל כיון שמגלה דעתו שאינו רוצה להקנות או לגרש בכל לבו סגי וכמש"ל לשון הרמב"ם משא"כ בזביני שמקבל מעות דאמרינן גמר ומקני ולעולם אין אנו מאמינים שיש לו אונס בסתר אלא מן הסתם אמרינן שאין לו שום אונס ואפ"ה לא מהני במתנה דלא שייך גמר ומקנה ואינו נותן בלב שלם אלא בשביל שאינו יכול להשיב פניו ריקם וכיון שמגלה דעתו שאין לבו ופיו שוין די בזה וכן נלענ"ד מבואר ממ"ש הרא"ש ז"ל בתוספותיו לב"ב הובא לשונו בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי סי' י"ו שכתב וז"ל הקשה ר"מ ז"ל על שפירש רשב"ם ור"ת גילוי מלתא דאי לא הוי אנוס מי דחקו ליתן גט ומתנה כו' וקשה לפירושם דילמא אנסוהו זוזי שנותנין לו קרובי האשה לגרשה וגם על המתנה אינו אנוס אונס גמור אלא אדם גדול ביקש ממנו שיתן לו מתנה ואינו רשאי להשיב פניו או שאומר לו המקבל מתנה תן לי חפץ זה עתה שאני צריך לו עתה ואני אתן לך כפלים פעם אחרת ע"כ ונראה שמזה למד הרא"ש ז"ל לומר דאפ"ה הוי אכתי אין הגט זה ומתנה זו כלום כיון שהוא עכ"פ גילה דעתו שאין לבו להקנות וכן משמע מדברי הרא"ש בהשולח שכתב ואפילו אם האונס שאמר היה שקר מ"מ הרי אומר שאינו חפץ בגט וכ"כ רי"ו בשם רבינו יונה. ובדוחק יש לפרש דמ"ש והרי אומר שאינו חפץ בגט היינו מטעם שיש לו איזה אונס בסתר וכסברת הרשב"א ז"ל אבל לא מיחוור ופשטא דמילתא משמע דאינה וס"ל דגילוי מילתא בעלמא הוא היינו כיון שמגלה דעתו הוי כאילו ביטלו בפירוש כל גט שיכתוב ולא מטעם אונס כלל וכמבואר בהגהות מרדכי פרק חזקת הבתים שכתב בשם ריב"ם דגילוי מלתא הוי

ולכך אפילו בלא אונס יש לנו לכתוב שהרי יכול לבטל גט ומתנה בלא אונס כדאשכחן בפרק השולח ע"ש והבי' ראיה ממתנת' טמירתא וכן הוא בדברי הרא"ש ורי"ו וכן מורים בפשיטות דברי הרמב"ם בפ"ו דגירושין ופ"י מה' מכירה דעיקר טעמא משום שיכול לבטל הכתיבה העתידה או הנתינה של מתנה העתידה ואע"פ שהריב"ש כתב בטעם הרמב"ם שמבטל כתיבת הגט העתיד לבא הוא משום דמבטלו מעכשיו ולאחר שיוכתב כבר כתבתי והוכחתי לעיל שא"א לומר כן דאם כן איך כתב הרמב"ם בפשיטות שאם מסר מודעא קודם מתנה אף על פי שאינו אנוס המתנה בטילה ולומר דטעמא דהרמב"ם הוא במתנה כמו שכתב הריב"ש במודעות החליצה שכיון שהוא מבטלה ע"כ שיש לו איזה אונס דאל"כ לא יבטל ולא יחלוץ ז"א במשמע בדברי הרמב"ם שכ' שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת כו' וע"ש וכבר כתב הריב"ש שם לחלק בין גט לחליצה בחילוק אחר נכון והביאו בכ"מ וכ"נ מדברי הריב"ש עצמו ס"ס רל"ב שכ' אצ"ל שהרבה מן המחברים כתבו שאפי' נמצא שהאונס שתלה בו מודעתו שקר אפ"ה מודעתו קיימת דגילוי מילתא בעלמא הוא כיון שיכול לבטלו אפילו בלא אונס כדעת הרמב"ם כו' וכ"מ מדברי ה"ה פ"ו מהלכות גירושין הלכה כ"ו ועיין בלח"מ שם. ועוד נ"ל להוכיח כן מדברי הר"ן שגם הוא מהסוברים דאם האונס שאמר שקר אפ"ה מהני הביטול וע"כ אין טעמו כמ"ש הרשב"א ז"ל שאם אינו אנוס למה הוא מגרש א"ו אנוס הוא אלא שמתירא לגלות אונסו ותולה בדבר אחר שלפי טעם זה אם אומר בפירוש שאין לו שום אונס כלל רק שהוא רוצה ליתן גט והוא מבטלו מעתה היה אפשר לומר דכיון שחזר וצוה לכתוב עשאן שלוחים וכמ"ש הרמב"ן בפרק חזקת והביאו ב"י סימן קל"ה וכת' הר"ן ע"ז וכן נמי אם תלה מודעתו בדבר שאין בו אונס אפ"ה מבטל גיטי' ומתנתיה ואע"פ שנראה מדברי הרמב"ן ז"ל דכל שתלה מודעתו בדבר שאין בו אונס אינו כלום וכמ"ש עיקר. וכן מכוונים דברי הרמב"ם ז"ל:

ובאמת המעיין בדברי הרמב"ן יראה שלא כתב אלא שאין פסול של גט אלא בשביל שהוא נאמן באונסו וכתב על דברי הרמב"ם שכתב ואם אמר כל גט שאכתוב מכאן עד ק' שנה בטל וזה וודאי אפשר דמסתמא נימא דאנוס הוא אבל אם פירש שאינו אנוס ומבטל לפי דעתו כשר כדברי הרא"ש ז"ל וכן הרשב"א כתב על דברי הרמב"ם וזה דבר ברור דאע"ג כו' ונלענ"ד שלא בא לפרש דברי הרמב"ם ז"ל אלא שכתבו דבכה"ג דאפשר שהוא אנוס והדין דין אמת וכנראה מדברי הר"ן ז"ל אלא שצל"ע על דברי ה"ה שכתב על דברי הרמב"ם ז"ל וכתב הרמב"ן ז"ל וזה אמת ואין בו בית מיחוש (שוב ראיתי שדברים אלו כתב הרמב"ן במסכת גיטין ומבואר בדברי הריב"ש סימן רל"ב שכ' וכן חזר

והודה הרמב"ן בפרק השולח להרמב"ם שכל המבטל בעתיד ואפילו בלא אונס מודעה היא) דמשמע מדבריו שהרמב"ן עם הרמב"ם השוו בדינים הללו וזהו נראה שהוא כדרך הריב"ש סימן תפ"ב לדעת הרמב"ם בחילוק הא' אבל דברי הר"ן אינם מורים כן. ועוד שנלע"ד שיש עוד חידוש בדברי הר"ן שכתב אע"פ שתלה מודעתו בדבר שאינו אונס המודעא קיימת ר"ל שבאמת לא כיחש להעדים כלל אלא שאמר להם האמת שאני אנוס מחמת דבר פלוני ובאמת שאותו דבר לא מיקרי אונס אפ"ה המודעה קיימת אע"פ שאמר לו שיש לו אונס בסתר אלא שהוא סובר שגם זה הוא אונס מכל מקום הרי גילה דעתו שחפץ בביטולו ואינו נותן בלב שלם:

והשתא ניחא מ"ש הר"ן דמדברי הרמב"ן משמע דבכה"ג לא הוי מודעה כמ"ש הב"י בשמו והנ"י פרק חזקת ונראה שכוון בזה למ"ש אהא דלא כתבינן מודעה אלא אמאן דלא צאת דינא וכתב דבגיטא ומתנתא דלא ידעינן באונסיה פליגי ואף ע"ג דאנו מאמינים לו על האונס דגילוי מלתא הוא אפ"ה הא בי דינא קאי ואמרינן זיל קים עליה בדינא וכיון שיכול לשמוט מן האונס אין זה מודעה ואביי ורבא ס"ל דכיון דאי בעי לא צאית אונס הוא וכ"כ הרמב"ן במלחמות שם עכ"פ מבואר דכל שתלה בדבר ואותו דבר אינו אונס אין המודעה כלום והר"ן חולק ע"ז וס"ל דאכתי גילוי מלתא הוא שאינו נותן בלב שלם ודעת הרשב"א נלפענ"ד דבכיוצא בזה שכתבתי ס"ל כדעת הרמב"ן דדווקא באומר שקר וכחש להעדים אז אמרינן מסתמא יש לו איזה אונס דאל"כ למה מגרש אבל באם שהוא טועה וסובר שזה אונס אין כאן גילוי דעת שיש לו איזה אונס אחר ואפשר דאף בכה"ג ס"ל שאנו אומרים שיודע שאין זה אונס רק שמכחש להעדים ומכסה אונס גמור שיש לו ותולה אותו בדבר אחר והראשון נראה יותר. לכן אני תמה על הרשב"ץ שכתב שם בדין שמסר מודעה שהוא אונס מחמת אביו והוכיח שם דגם זה לא מיקרי אונס ואעפ"כ בעי ביטול מודעא כדעת האחרונים והביא ג"כ דברי הרשב"א בהשולח ולפמ"ש אפשר דהרשב"א בנדון זה כהרמב"ן ס"ל. אכן מדברי הרשב"ץ מבואר שם שהוא מסכים עם האומרים דאפילו אין שם אונס כלל כיון שגילה דעתו שאינו חפץ בגירושין סגי ולפי שיטות הללו הדין עם המ"ל בזה דאף שקיבל מעות מ"מ כיון דלא הוי כזביני ממש שהרי אין דמים לאשה וכמ"ש הריב"ש שם א"כ לא הוי גמר ומקני ובגילוי דעת לחוד בטל הגט:

אמנם ראיתי בשו"ת מהרי"ט ז"ל סי' ל"א במי שנאנס למכור בפחות משוויה בעינן שיכירו באונסו והבי' ראיה מדברי הריב"ש הללו וכתב וכ"ז אפילו לא כאן ב"מ כו' ולא הזכיר שום חילוק ע"ז אמנם מ"ש שם וכן הסכים הר"ר דראן במעשה הגט ההוא בסימן א' לכאורה מזה היה ראיה דאפילו לדעת האומרים דלא כהרמב"ן וגם הרשב"ץ כ"א מהם

אפילו בקיבל דמים מודה. אבל אחר העיון נלפע"ד דמהרי"ט אגב חורפיה ושיטפיה כ"כ כי נראה שהרשב"ץ שם סובר דכל שקיבל מעות הוי כזביני ממש כאילו לקח כל דמי שווייה של המכר ואפילו כשידוע באונסו רק שלא מסר מודעא אמרינן דגמר ומקני וזה מבואר למעיין שם וכן הוא להדיא בשאלות תשובות בנו הרשב"ש ז"ל:

שוב ראיתי הרי"ו חלק חוה נתיב כ"ד שכתב' וז"ל וכתב הרא"ש בתשובה אע"פ שמדין התלמוד נראה כך דאין צריכין העדים לידע אונסו חלילה כי לא נעשה כפשע הזה מיד השופטים אשר שפטו את ישראל דא"כ לא שבקית חיי לכל בריה שכל אדם שאומר לאשתו ה"ז גיטיך ע"מ שתתן לי מאתים זוז וכשתתן יביא עדים שקודם לכן ביטל הגט בפניהם וחלילה מעשות זאת אם לא יתן אמתלא לדבריו מאחר שלא ידעו האונס וכ"כ לגבי מתנה כי דינם שוה וכתבתיה במשרים עכ"ל הרי להדיא דמדין התלמוד אף בכה"ג שאין לו אונס ומקבל מעות אפ"ה אמרינן דמדין התלמוד מהני המודעה רק שלא נעשה כן מעשה דא"כ לא שבקית כו' ובאמת הדברים מתמיהים דכיון דמדין התלמוד הוא כן וכי משום לא שבקית חיי שרינן א"א לעלמא ונראה שמ"ש חלילה מעשות זאת כו' היינו שלכתחלה אין העדים רשאין לעשות כן לכתוב מודעה אם לא שיתן אמתלא לדבריו וכ"נ קצת מלשונו במשרים שכתב וכן אם מחל לחבירו אלף זוז וקודם לכן מסר מודעה היא בטילה לכן אין לבטלה מאחר שלא ידעו העדים באונס נותן או מוחל זולתי מה יתן אמתלא לדבריו עכ"ל והיה לו לומר לכן אינה בטילה ולשון אין לבטלה משמע שאין לעשות דבר שתהיה בטילה עי"ז. ועדיין הדברים צע"ג וחפשתי בתשובות הרא"ש ולא מצאתי דברים אלו וגם מ"ש בכלל בדין ה' בענין פשרה אין לכוין לזה וצ"ע:

ובאמת לכאורה יש להוכיח דאפילו בשקיל זוזי שייך לומר גילוי מלתא דאלת"ה אלא כיון דשקיל זוזי אמרינן שמחמת זה גירשה ואין כאן גילוי מלתא א"כ תיקשי שהרי התוס' כתבו דהא דנפטר משאר כסות ועונה אין זה כקיבל דמים משום שברצון היה נותן זה אם לא היה מגרשה וא"כ לפ"ז תיקשי מאי פריך גילוי מילתא בעלמא דשמא אין לו אונס כלל רק שאין לו עתה ליתן שאר וכו' ומטעם זה הוא מגרשה ורוצה לבטל הגירושין כשיהא לו. אמנם דבר זה צ"ע לכאורה על פירוש הרשב"ם ז"ל והוא כעין קושית הרא"ש שהבאתי לעיל דדילמא אנסוהו זוזי שנותנין לו קרובי האשה לגרשה:

שוב בא לידי שו"ת מהרח"ש וראיתי שבקונטרס מודעא ואונס העמיק הרחיב הדברים וראיתי שהניח ג"כ דברי ריו"ו בצ"ע כמש"ל וגם נראה מדבריו שהרמב"ן רוצה להשוות הרמב"ם עם הרשב"ם והבי' ג"כ דברי הריב"ש בסימן תפ"ב והקשה ע"ז כמש"ל מהרמב"ם דפ"י מהל' מכירה וכתב דאפשר דהם מפרשים מ"ש אע"פ שאינו אנוס היינו

דלא ידעינן באונסיה ומ"ש שאין הולכין אלא אחר גילוי דעת כו' פירושו דכיון דאינו רוצה להקנות בכל לבו אנוס הוא ע"כ דכ"ז אינו במשמע. ולענ"ד דאפילו בדוחק א"א להעמיד פירוש זה בלשון הרמב"ם פ"ה מהל' זכיה ומתנה שכ' כבר ביארנו שהמוסר מודעא ואח"כ נותן המתנה בטילה אע"פ שאין זה אונס שאין הולכין במתנה אלא אחר דעת הנותן הואיל וגילה דעתו שאינו רוצה בה מתנתו בטילה לפיכך מי שהיה הדברים מוכיחין כו' ע"ש. עוד כתב מהרח"ש שדעת הרשב"א בהשולח הוא כהרשב"ם והניח בצ"ע מה שהשוה הנ"י בב"ב דעת הרשב"א בשם רבינו יונה לדעת הרמב"ם והביא דברי הגמיי' פ"י מהל' מכירה בשם ר"י והאריך בזה סוף דבר כתב בדף ל"ה ע"ג ובדף ל"ז ע"ב שדברי הריב"ש אינם אלא לפי מה שתופס עיקר דפירוש גילוי מילתא הוא לו שהוא אנוס אבל להמפורשים דכיון דלא גמר בלבו אף בלא אונס כלל הוי מודעה אף שקיבל דמים לא מהני להפוסקים דאף בקרקע בעי שיתן לו כל שוויה והוא כדברי המ"ל אלא שהמ"ל סתם וכתב דלהפוסקים אף במודעה שקר הוי מודעה לא מהני מה דשקיל זוזי ובאמת לא תלי רק בפירוש הסוגיא כנ"ל:

ומעתה נבוא לבאר דברי הריב"ש בסימן קכ"ז וקושית המ"ל עליו אחרי שנציע דמה שאמר אני נותנו בכח יש בלשון הזה שני מיני מודעה חדא שאין מאמינים אותו על האונס משום דגילוי מילתא הוא ועוד שי"ל דלעולם אין אנו מאמינים לו שיש לו אונס כל שאין אונסו ידוע והא דפריך גילוי מלתא הוא היינו דבלשון שהוא אונס יש בלשון הזה ביטול על הגט גם כן וכמו שצ"ל כן לשיטת הרא"ש וסייעתו עיין מהרח"ש במ"ש ליישב קושית מהרש"ך ז"ל ומתחלה פלפל בדברי הריב"ש באם נאמר שאין להאמינו על האונס (ועוד י"ל שהיה סובר שאין במשמעות לשון הזה אונס וכמ"ש מתחלה רק כוונתו שאין נותנו בלב שלם וגילוי מלתא הוא וזה נראה יותר ממ"ש אח"כ ועוד י"ל שאף אם היינו כו') רק שהוא ביטול על הגט ולזה כתב הריב"ש דעכ"פ אין זה ביטול על הכתיבה רק על הנתינה לבד וא"כ חוזר ומגרש בו. ושוב כתב ועוד י"ל שאף אם היינו אומרים שהלשון שאמר שנותנו בכח יהיה כוונתו שהוא אנוס ומוסר מודעה ע"ז עדיין אינו כלום כיון שקיבל מעות צריך לידע באונסו כו' וא"כ אין כאן מודעה ולא היה צריך לבטל מודעה בזה אמנם כבר אמר הן על הביטול מודעות כו' ומזה הוציא המ"ל דמתחלה הוא מצדד לומר דאף בלא ב"מ כלל סגי ולכן הקשה דאף לאחר כתיבה כיון דאמר אנוס הוא הוי כאילו ביטל ר"ל הנתינה וא"כ עכ"פ בעינן ב"מ. ובדוחק י"ל שמתחלה שכתב לצדד שלא ביטל רק הנתינה ובאמת ע"י ב"מ מיירי כמ"ש אח"כ שהיה שם ב"מ וכן משמע מסוף דבריו בענין העדים שאמרו שלא היה מסירת מודעה כתב וגם שאמר לדודו קודם

הנתינה אני נותנו בכח גם מפני לשון זה לא היה צריך ב"מ שכבר ביאר דבריו הוא עצמו מה היתה כוונתו:

אמנם י"ל דהריב"ש אזיל לשיטתו בסי' תפ"ב שכתב דלהרמב"ם דמהני ביטול לעתיד היינו שמבטל מעכשיו ולאחר שיוכתב אבל בלא"ה אמרינן שהמעשה שאח"כ מבטל דבריו הראשונים וא"כ בכאן אף שביטל אתי מעשה הנתינה אח"כ ומבטל וא"צ בזה לביטול מודעה וצ"ע בדברי הריב"ש שם במ"ש וגם מה שאמר לדודו כו' שהרי אף אם היתה מודעה גמורה יכול הוא לבטלה כ"ש שיכול לבאר כוונתו. ובאמת לפמ"ש הרמב"ם אם ביטל גופו של גט תו לא מהני ב"מ וצ"ל דקאי השתא לפמ"ש למעלה שלא היה כוונתו רק על הנתינה ועפ"ז היה אפשר לומר דלק"מ קושיית המ"ל דה"ק הריב"ש מתחלה כתב שיכול לבאר כוונתו שלא היתה כוונתו לבטל והביא ראיה מנדרים וע"ז כתב ועוד שנראה ברור דלא קאי רק על הנתינה וא"כ פשוט דצריך לבאר כוונתו שהרי אפילו מסר מודעה בפירוש יכול לבטלה כמ"ש אחר כך אבל אין זה במשמעות הלשון שלא היה לו לסתום רק לפרש:

ואמנם המ"ל הקשה על הראיה מנדרים שהם דברים שבינו לבין קונו משא"כ הכא כיון שביטל הכתיבה שוב אין לו תקנה לדעת הרמב"ם ובאמת שהתשב"ץ בסימן א' האריך בדבר זה וכתב דא"ת דשאני נדר משום שהוא איסור התלוי בגופו כו' הא ליתא דהא בירושלמי איתא דאין חשוד לקלקלה בידי שמים אלא שגם הוא כתב שם דבנדרים י"ל דאיכא מיגו דמתשל עליה ה"נ איתא להאי מגו דאי בעי מבטל למודעה ונראה שלפמ"ש אח"כ שאין חשוד לקלקלה ל"צ לה"ט וכן י"ל דאיכא מגו הואיל ובידו לגרשה ובאמת יכתבו גט אחר ולפי שאין זה צריך לענין לא אאריך בזה:

ולענין עיקר הדין לכאורה יש כאן ס"ס לקולא חדא דדילמא קי"ל כהרשב"א שדעתו בתשובה דאפילו בגיטין אי שקיל זוזי הוי כזביני ממש אפילו היה שם אונס דכל שלא מסר מודעה אמרינן דגמר ומגרש כמו במכירה ממש וא"כ מכ"ש היכא דאין אונס ידוע רק מסירת מודעה בלבד ודברי הרשב"א בתשובה הבי' מהר"ם אשכנזי סימן י"ו ומהרח"ש בקונטרס הנ"ל וכן מבואר בדבריו בתשובה שהבי' ב"י סימן קל"ד ומהרח"ש כתב שלדעת רבינו יונה דבקרקע אע"פ שלא נתן כל שוויה משום דאין אונאה לקרקעות ג"כ ס"ל דגם בגט מהני מעות וכ"כ שגם דעת הרשב"ץ הוא כן וכן דעת בנו הרשב"ש אמנם דעת הרבה פוסקים להיפוך כמ"ש בתשובה מהר"ם אשכנזי ע"ש והריב"ש מכללם דאין דמים לאשה מ"מ עדיין יש לספק דילמא העיקר כהמפורשים דגילוי דעת מילתא היינו שאנו מאמינים באונסו ואם כן כל דשקיל זוזי לאו גילוי מלתא הוא וכמ"ש הריב"ש

ואמנם בנ"ד שאמר בפי' אני מבטל אף אם נדון אותו על הנתינה ואף אם נאמר דהוי כזביני ממש מ"מ לדעת הפוסקים דמהני ביטול בדבר העתיד א"כ אין הנתינה שאח"כ מבטלת המודעה ואע"פ שהריב"ש סי' תפ"ב מפרש גם דעת הרמב"ם כן כ"כ דמדברי הרמב"ם פ"י מהל' מכירה ופ"ה מהל' זכיה מבואר שביטול מועיל בדבר העתיד וכ"כ הריב"ש סימן רל"ב שהרמב"ן הודה לדברי הרמב"ם שמועיל ביטול בדבר העתיד ונראה שמוכרח כן שהרי הרמב"ן שם כתב שזה אמת ואין בו בית מיחוש על דברי הרמב"ם ולדידיה א"א לומר שמבטלו מעכשיו ולאחר שיוכתב וכמ"ש הריב"ש בדעת הרמב"ם שהרי הרמב"ן שם סובר דאין יכול לבטל גופו של גט כלל:

ובדברי הריב"ש בסימן רל"ב צ"ע שכתב ואע"פ שאין אונס זה לבדו מספיק לעשותו גט מעושה מ"מ כשמסר מודעה תחלה אף אם נאמר שאין מודעה מועלת אלא ע"י אונס אפ"ה קצת אונס מועיל להחשיבו מודעה וראיה לדבר ממתנתא טמירתה ואצ"ל שהרבה מן המחברים כתבו דאף אם תלה מודעתו בדבר שאינו אמת המודעא קיימת כו' עיין בב"י סימן קמ"א ולפמש"ל אין זו קושיא דאפילו הנך דס"ל הכי י"ל דטעמם כמ"ש הרשב"א ז"ל דמסתמא יש לו איזה אונס ומכסהו לפני עדים משא"כ כשתולה בדבר שאינו אונס אלא שהוא טועה וסובר שגם זה הוא אונס וכמש"ל ובאמת צריך ליישב דברי הרמב"ן שכתבתי בההוא דלא כתבינן מודעה אלא אמאן דלא צייית כו' מהאי דמתנתא טמירתא דמשמע דבכה"ג הוי מודעה וצ"ל דס"ל כמ"ש בהג"מ פרק חזקת דמה שהוא רוצה לקדש אשה הוא אונס גדול ודלא כהריב"ש דס"ל דאין זה אונס:

והנה דודי הגאון נ"י האריך בתשובתו ליישב דברי הרמב"ם מ"ש בקידושין במי שאנסוהו לקדש קידושיו קידושין ולא הזכיר דבעינן רוצה אני וע"ז כתב דבעירכין מבואר דהא דבעינן רוצה אני היינו היכא דאיכא חשש מודע' הן וראיתי שכן הקשה הלח"מ על הרמב"ם אבל אחר העיון אין זה מעלה ארוכה שהרי בעירכין מיירי באותו שכופין אותו להוציא כדאיתא במשנה שם וכן בג"נ כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואמרינן בב"ב דשאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים וכ"כ הרמב"ם פ"ב מהל' גירושין הלכך שפיר הוי סגי אם כופין אותו עד שיתן דאז משום דמצוה לשמוע כו' לא היה צריך שיאמר רוצה אני אלא בנתינה לחוד הוי סגי ומדקתני עד שיאמר רוצה אני ש"מ דמחשש מודעה אמרו כן אבל באנסוהו לקדש לעולם אימא לך דבעינן רוצה אני דאף על גב שדינו כתלוהו וזבין מ"מ בתלוהו וזבין גופיה נמי בעינן רוצה אני וכמ"ש הלח"מ מש"ס דב"ק ע"ש וצ"ע ולפי שבגוף הנושא והנוגע לדינא כבר הארכתי בכל הצורך וכעת הקיפו עלי יחד ענינים אחרים שאיני בן חורין להפטר מהם אמרתי עת לקצר דברי זעירא:

הק' אפרים

שאלה קכו

אשה הטוענת לבעלה בפני ב"ד ישען על ביתו ולא יעמוד והוא מכחישה והנדוניא עדיין ביד שליש מה דינו אם יש ליתנו לבעל או לא:

תשובה מתחילה אבאר הא דאיתא באה"ע סי' קי"ד שאינה נאמנת בטענה זו רק לכופו להוציא אבל לא לענין הכתוב' והב"ש הקשה דבסי' י"ז לענין אומר' גרשתני כ' די"א דנאמנת פלוגתא אף לענין הכתובה ודינים אלו שוים ולמה סתם כאן והרב המשיב ראשונה רוצה לתרץ דשאני התם שמה שנוטלת מחמת מדרש כתובה דלכשתנשאי לאחר תטלי מ"ש ליכי ולא מצד שנאמנת לענין הכתובה משא"כ כאן דאפשר לענין הגט נאמנת ולא לענין הכתובה דמה שנשאת לאחר אינו בהכרח ליטול כתובה דשמא משקרת במה שאומרת שאין לו גבורות אנשים ואפ"ה שפיר קא מינסבא ושוב כ' דאפשר אי משקרת ה"ל גט מעושה שלא כדין. ולענ"ד לא כיון יפה דאטו מחמת זה שנשאת לאחר היא נוטלת כתובה דאמרי' מסתמא קושטא קאמרה דז"א שהרי נותנין לה הכתובה מיד אף שאפשר שלא תנשא כל ימיה רק דאנן הכי קאמרינן דכל שראוי לינשא לאחר מחויב ליתן לה כתובה יהיה מאיזה טעם שיהיה תנאי שבממון קיים הלכך כיון שכופין אותו להוציאה והיא רשאה לינשא לאחר מחוייב ליתן לה כתובתה כמו בגרשתני ואם נאמר דאף על פי שסומכין על החזקה דאינה מעיזה לענין איסור מ"מ אין סומכין לענין ממון ואדעתה דהכי לא כתב לה שתפקיע עצמה ממנו בשאט נפש בחנם והיינו טעמא דבסימן קנ"ד אינה נאמנת לענין הכתובה א"כ גם בגרשתני ראוי להיות כן וכן הוא להדיא בשו"ת הרא"ש כלל מ"ג סי' י"ד מקום מוצא דין זה שבטוענת אינו יכול אינה נאמנת כ' שם כההיא דאומרת גרשתני דנהי דמהימנא להפקיע איסור א"א משום חזקה דאין מעיזה מ"מ אין כח לב"ד להוציא ממון כיון שעומד וצווח שלא גרשה ולא דמי לאומרת מת בעלי דהתם אין אדם מכחישה ומספר כתובה נלמד לכשתנשאי כו' ע"ש באורך הרי מבואר להדיא דאדרבא בהך דטוענת אינו יכול מייתי ראיה מגרשתני א"כ מאן דסבירא ליה בגרשתני דנוטלת כתובה ה"ה בטענה זו וכן ביאר הרמ"א עצמו בדרכי משה בסימן קנ"ב דלמאי דמבואר בסי' קנ"ד באינו יכול דאין לה כתובה הוא הדין בגרשתני דשוין הם:

אלא שבאמת תימא על הרא"ש שסותר דברי עצמו בכלל הנ"ל סי' בטענת אינו יכול דעיקר כתובה יהבינן לה ממדרש כתובה לכשתנשאי כו' וכן נדוני' שהכניסה לו אבל תוספות לא. ומצאתי במשנה למלך פ' מהל' אישות שהקשה כן וכן בס' גבורת אנשים לבעל ש"ך ז"ל הקשה כן וגם הקשה קושית הב"ש על הרמ"א ע"ש באורך. אמנם באמת

יותר תימה לי על הטור סי' קנ"ד שמתחלה כ' שאין לה כתובה ותיכף אח"ז הביא תשובת הרא"ש דמבואר דעיקר כתובה מגבינן לה וגם גוף הטעם שאינה נוטלת כתובה נעלם ממני ואף שהבעל עומד וצווח ג"כ זאת אשתי ואיה ספר כריתות שנתתי לה ואפ"ה אין משגיחין בדבריו כלל משום דאית לה חזקה וא"ל דאית ליה חזקת ממון דאפילו רוב לא מהני להוציא ממון כ"ש חזקה ז"א דהא נאמנת לגבי איסור ואף דאיכא חזקת א"א נגדה ואפ"ה נאמנת ולא אמרינן חזקה נגד חזקה וספיקא מיהא הוי וע"כ דטעמא משום דכל החזקות שאמרו חכמים מחמת סברא היא סותרת לחזקה אחרת ודוקא לגבי חזקה שמעמידין הדבר שלא יצא מחזקתו הראשונה כהא דילפינן מויצא הכהן מן הבית וכגון חזקת הגוף וחזקת ממון שייך לומר חזקה נגד חזקה שכשם שאתה אומר שנעמיד הגוף בחזקתו שמסתמא לא יצא מחזקה הראשונה אדרבה נעמיד הממון שלא יצא מחזקתו הראשונה משא"כ החזקות ששיערו חכמים שמסתמא לא פרע ולא שייך לומר דנימא שהממון לא יצא מחזקתו דכיון שאמת הוא שלא פרע ממילא מחוייב לפרעו וה"ה בחזקה דאין אשה מעיזה לא משגיחינן בחזקת אשת איש והיא הדין בחזקת ממון שאין להשגיח בזה כיון ששיערו חכמים דאין מעיזה והאמת אתה וסברא זו מבוארת להדיא במהרי"ק:

גם מ"ש הרב המשיב דכיון דאין נוטלת כתובה אף על גב דאיכ' תנאי כתובה כ"ש נדוני' דל"ש תנאי כתובה בנדוני' וכ"כ רוב האחרונים בתשובותיהם ודלא כרבותינו בעלי התוס' עכ"ל לא כיוון יפה דבכל דוכתי מבואר להדיא דנדוני' עדיף מתנאי כתובה בכל מקום שמחויב ליתן לה כתובה כ"ש שצריך ליתן הנדוני' וכן מבואר בשו"ת הרא"ש שהבאתי ולדעת האומרים שאינה ככתובה דינה כחוב בעלמא ועדיף מכתובה עיין בה"ה פ' ט"ז דאישות ואין מן הצורך להאריך בזה ומ"ש דלפי מ"ש רמ"א די"א בדורות הללו שרבו הפריצות אינה נאמנת לכופו להוציא וא"כ אם לא רצתה לישב עמו כדין מורדת דייניין לה ליתא כלל וכמבואר להדיא במקור הדין שהוא מתשובת מהר"מ שבמרדכי והוא מתשובת מיימוני השייכים לס' נשים ושם מסיים בה אלא יעשו דרך בקשה וכן מבואר ג"כ במהר"מ ב"ב הקטענים דפוס קרימונה סי' רע"א ומשם נראה דאע"פ שיש קצת סברא ואמתל' דמשקרת אפ"ה לא יעשו רק דרך בקשה ולא בכפייה להיות תחתיו וכ"כ בד"מ סימן קנ"ד בשם תשובות מיי' דבדורות הללו אין נאמנת אלא עושין דרך בקשה ועיין ביש"ש יבמות פרק הבע"י סי' ל"ח דאפשר אף דרך בקשה לא יעשו כ"א היכא שיש אמתל' במקצת ע"ש נראה שר"ל שאפילו אין מבקשין ממנה שתחזור לדור עמו כ"א אם יתפייס מעצמו ומ"ש שמהתוס' דף ס"ג ד"ה אבל כו' דקושית התוס' קאי

אף להמפרשים דבאומרת מאיס עלי לא כייפינן להיות תחתיו וכן מבואר במפורשים הקדמונים דכל היכא דשייך לומר עיני' נתנה כו' כופין אותה להיות תחתיו וא"כ לא הוי מורדת ומ"ש הרמ"א דכל מקום שאין כופין להוציא מ"מ אין כופין שתחזור לו עד שיעשו פשרה מוצא הדין הוא מהרמב"ם וכ' הלח"מ דבלא קים ליה מיירי והילכך כיון שאין טוען ברי לא כייפינן לה משא"כ בקים ליה אין להוציא ממון מחזקתו כיון שטוען ברי ודוקא בלא קים ליה אין כח בידינו להפסיד ממונה כמורדת זהו כלל דבריו:

והרבה עיקם עלינו את הדרך להוציא דברי הרמ"א מפשטן וכבר הוכחתי ממקום מוצא הדין דעושין דרך בקשה דווקא וכן מבואר ממ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י דלהירושלמי דמפרש מתני' דאינו יכול א"כ למשנה אחרונה דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר אינה נאמנת ואין כופין להוציא כו' ע"ש ואפ"ה קתני דיעשו דרך בקשה דהיינו יעשה סעודה ויפייס כמ"ש בירושלמי וביאר הרמב"ם פי"ד דאישות דהיינו שמבקשין ועושין פשרה כפי כח הדין ע"ש בה"ה וא"כ מוכח דאף היכא דחוששין לעיניה נתנה באחר אפ"ה אין כופין אותה להיות עמה ומ"ש דהרמב"ם והרמ"א מיירי דווקא דלא קים ליה כלפי לייא דבקים ליה דמן הדין ראוי להאמינה כאומרת גרשתני אלא שחוששין לפרוצות בדורות הללו די לנו בזה שאין כופין אותו אבל מאין הרגלים לכוף אותה ולהפסידה כתובתה בחנם דשמא אינה פרוצה וקושטא קאמרה. ומ"ש הלח"מ דמיירי דלא קים ליה היינו משום דבטענה דקים ליה היא נאמנת כמו בגרשתני ואדרבא מדבריו מבואר להדיא דלעולם אין כופין אותה ע"ש שכתב ובהכי סליק שפיר התירוצים שכתבתי למעלה בעד רבינו ור"ל שבפ' י"ד הל' ט"ז כ' הרמב"ם איש ואשתו שבאו לב"ד הוא אומר מורדת עלי והיא אומרת לא כי או להיפך כו' מבקשין ועושין פשרה וקשי' ליה מההיא דגרשתני דמדמה ש"ס לטענת א"י ולכן כ' דבשלמא טענת א"י לפי מאי דס"ד דיורה הקץ קים ליה דמי לגרשתני דתרווייהו מעוות לא יוכל לתקן הלכך אי לאו דקושטא קאמרה לא הוה מעיזה אבל טענה דמרוחק ממנה הרי אפשר לו לחזור ולהתפייס ולא שייך אינה מעיזה הלכך עושין פשרה הרי מבואר דאף בכה"ג עושין דרך בקשה אף דקים ליה אלא שאין כופין אותו אבל לדידה וודאי דלא כייפינן אף בטענה דקים ליה ולא שייך מעיזה ואמנם תי' הלח"מ לא נהירא שהרי הטור והש"ע כתבו ג"כ דברי הרמב"ם בסי' ע"ז וע"ש מ"ש הב"ש והפרישה והש"ך. ולענ"ד י"ל דהרמב"ם סבירא ליה דטענת אלו דאינו יכול ויורה כחץ כולהו דווקא מהני אחר עשר שנים ובאה מחמת טענה והלכך קודם י' שנים עושין פשרה והיינו שכ' בפ' ט"ו הל' ט"ו שאומרים לה ראוי שתשהי עם בעלך י' שנים ובכה"ג נמי מיירי בפ' י"ד וזה אין לדמות לגרשתני דאף דנאמין

לו מ"מ לא עדיפ' מיניה כמ"ש ה"ה פט"ו הלכה י' ואף שי"ל דווקא ביורה כחץ צריכה לבא מחמת טענה משא"כ כשטוענת שאינו יכול לבעול ועיין במשנה למלך הלכה ט"ז ובספר גבורות אנשים דהרבה פוסקים ס"ל דבעינן באה מחמת טענה דווקא אף בטוענת שאינו יכול לבעול ואמנם לפ"ז צ"ע דמתני' דסוף נדרים ממ"נ במאי מיירי ויש ליישב:
ומאי דמייתי הרב המשיב בתשובה מהרי"ו סי' כ"ב שכ' דמותר המעות שביד הנאמן ינתנו לו הרי כ' מהרי"ו שם שמ"מ ימצו הדין כדי שלא יעקים הדין עליו ויקח המעות ויוציאה מביתו והמשיב השמיט דבריו אלו וגם השמיט מ"ש במהרי"ו שם קודם דמוכח' מלתא שאביה הסית לה כה"ג כתב מהר"מ שיש לה דין מורדת לכן כ' דמסקנא דמילתא מותר המעות שביד הנאמן ינתנו לו כו' אלמא דווקא בכה"ג מפקינן מינה אף מה שהכניסה משא"כ בנ"ד דאפשר האמת אתה ומשום חששא דאיכא נמי פרוצות אין לנו לדונה כמורדת שיקח אף נדוניא שלה. וגם מ"ש הרב המשיב דנדוניא שביד שליש בחזקת הבעל קאי כמבואר בסימן נ"ג שגג בזה שגגה גדולה דאפילו תימא דכדין מורדת דיינינן לה מ"מ לא גריע ממורדת האומרת מאיס עלי באמתל' שאינה מבוררת (ומכ"ש לפמ"ש לקמן דכה"ג מיקרי מבוררת) דמבואר בח"מ וב"ש סי' ע"ז דמעות נדן שלה אם תפסה מהני תפיסתה וכאן שהוא ביד שליש שהונח מתחלה בחזקת הזוג השליש תופס בחזקת שניהם וחשוב כאלו שניהם מוחזקין בו ואין לו להוציא השלישות מת"י עד שיתברר הדין עם מי כדאיתא בריש ב"מ ובדף ל"ז גבי שנים שהפקידו אצל א' ואע"ג דגבי מורדת תפיסת עצמה בעינן אבל תפיסת שליח אפי' תפס אביה בשבילה לא מהני כדאיתא בח"מ וב"ש סימן ע"ז נ"ל דזה אינו דהתם טעמא משום דהוי כתופס לב"ח במקום שחב לאחרים וזה דווקא בתפס אחר שנולד הספק משא"כ כאן דבשעה שתפס בשביל שניהם לא היה חוב לשום אחד מהם ובשעה שנולד הס' דיינינן ליה כשניהם אדוקי' בו לפנינו וכיון דודאי איכא רמאי יהא מונח ומכ"ש כאן דמעולם לא בא ליד הבעל דאז אף אם היה הדין דאף דתפסה מוציאין מידה מ"מ כאן אין להוציא מיד השליש ואף על גב דמבואר בסימן נ"ג ס"ק י"א בשם מהרי"ל דבהשליש לטובת הזוג שירוויח לטובת הזוג ומתה הבת בתוך הזמן זכה הבעל וב"ש סימן ע"ז מדמה דיני מורדת להתם נראה ברור ופשוט דהתם לאו משום דבחזקת הבעל וברשותו ממש קאי להיות קרוי מוחזק לגבי האשה דהא ודאי ליתא דהרי הונח לשמה כמו לשמו ולטובת שניהם הוא מוחזק אלא דהתם בסימן נ"ג אנו דנין אם עכ"פ כבר יצא מרשות האב לענין שיהא יכול לטעון שכיון שלא נהנית בתו א"צ ליתן לו כלל שעדיין לא יצא מרשותו אהא קאמר מהרי"ל כיון שהניח אדעתא להרוויח לטובת הזוג כבר אסח אב דעתיה מיניה ויצא מרשותו וחזקת

האשה לא שייך כאן כיון שמתה ואין אנו דנין רק לענין חזרת המעות לאב ובזה מיירי גם הב"ש סימן ע"ז במקום דתפיסה לא מהני לה רק אם היינו דנין שהוא בחזקת האב לא היה צריך ליתן ע"ז כתב דאם הוא ביד שליש דמי לסימן נ"ג אבל היכא שאנו באים לדון שיהא המעות ג"כ בחזקת האשה במקום דמהני תפיסתה פשיטא שהשליש הוא התופס בשביל שניהם (וחב לאחרים לא שייך כאן כמ"ש) וכדברי אלה מצאתי להדיא בשו"ת מהרי"ל עצמו סימן ס"א דכה"ג הוי הנדוניא בחזקת שניהם וחשובי כאוחזין ומוחזקין בה ומבואר שם דאף אם לא היה כתוב שהשליש יחזיק בחזקת שניהם מ"מ הוא בחזקת שניהם כיון שכתבו ע"ש שניהם:

ודרך אגב ראיתי שמ"ש הב"ש בשם מהרי"ל שיש שלשה חלוקים כו' דמהר"מ בתשובות מיימוני בהשליש לזמן ובמרדכי שכ' יחלוקו מיירי שהשליש סתם אין נלענ"ד דהמעיין במהרי"ל שכתב ולא דמי נמי למ"ש רבינו ברוך במרדכי דיחלוקו דנלענ"ד דמיירי בכה"ג דהוי שליש סתמא ולא נתברר לחזקת הזוג ולטובתו אבל האי שליש דידן כו' ואין כוונתו כלל לחלק בין נידון דהמרדכי למהר"מ לנידון דידיה דהתם שלא הונח המעות שיעשה בהם השליש לטובת הזוג עסקא הוי כאלו לא יצא מרשות האב משא"כ היכא שהונח ליד השליש לעסוק לטובת הזוג כבר יצאו מרשות האב ואסח דעתיה מינייהו והב"ש הבין בכוונת מהרי"ל שיש חילוק בין הושלש לזמן קצוב להושלש סתמא והמעיין במהרי"ל יראה שלא כיון לזה ובאמת שמהר"מ ומרדכי פליגי בזה וכן מבואר בתה"ד סי' שכ"א וכתב דטעמא דהמרדכי הוא משום דלא ברירא ליה אי חשיב כגבה הבעל במה שהוציא מת"י ליד שליש או לא אלא שהניח בצ"ע כיון דנתן במתנה ודאי לחתנו אף על גב דאיכא אומדנ' ספק לא תבטל מתנה וודאית ע"ש. לפי ענ"ד י"ל דבזה מודה המרדכי למהר"מ דביד שליש לא חשיב כגבוי רק דלכך יחלוקו משום דכיון דרש"י פליג על ר"ת הוי ספיקא דדינא כמבואר במרדכי שם וכיון שאין שם מוחזק יחלוקו ומהר"מ אף על גב שכתב דהוי פלוגתא דרבוותא ואין להוציא ממון כתב דהאב קרוי מוחזק כיון שנמסר להנאמן ליתן לו אחר שנה ובתוך הזמן אין שום תפיסת יד בהם וכל שלא הגיע הזמן הוא בחזקת מרא קמא דהיינו האב ומצי למימר קים לי כר"ת והחתן מקרי מוציא ועליו הראיה ובאמת שסברא זו לומר דבכה"ג מקרי מוחזק מחודשת היא ובח"מ כתב בס"ק י"ד דהחצי ודאי מהדרינן להאב אף לדעת המרדכי והחצי השניה נחלקו תשובות ר"י והמרדכי ומאחר דשניהם אונס מוחזקין יחלוקו ויטול הבעל רביע והאב ג' רביעית (ומ"ש בשם תשובות ר"י וכן בתה"ד איתא תשובות ר' יהודה והוא ט"ס וצ"ל ר"מ) ולענ"ד דבריו תמוהים ויבואר אי"ה בסוף קונטרס זה:

ונחזור לענין דבנ"ד אין להוציא מיד השליש שהוא תופס בשביל האשה כמו בשביל הבעל והלכך אף אם היה נ"ד כטוענת מאיס עלי באמתל' שאין מבוררת אין ליתן המעות לו לבד. ואמנם לפי ענ"ד דבנ"ד אף אם היה הבעל תופס ועומד במעות הנדוניא היה מחויב להחזיר מה שהכניסה שהרי מהר"מ היה דן דינא דמתיבת' ואנו נוהגין אחריו כמבואר בסימן ע"ז ואף ע"ג דבטענת מאיס עלי אמתל' מבוררת בעינן נראה דדווקא היכא שיכולה לברר משא"כ כאן שאינה יכולה לברר טענתה מה תעש' עוד הרי העיזה פניה ואמרה לו בב"ד ומה לה לעשות עוד ומדינא מהימנ' רק משום חששא דפרוצות כל כה"ג מבוררת מקרי. ועוד נראה דמ"ש הח"מ והב"ש דבעינן שתהיה מבוררת ע"י עדים אין נראה כלל ועיקר כהב"ח בזה ומה שדקדק הח"מ מלשון הגמרא בשם מהר"מ שכתב אמתל' מבוררת וניכרת לטובי העיר וחכמיה למה הוא מאיס עליה אין נ"ל דקדוק כלל שכוונתו שחכמי העיר יכירו וידעו שמחמת מעשים אלו ראוי הוא למאוס בו שלפעמים אף עפ"י שנותנת אמתלא שמחמת זה מואסת בו מ"מ אינם רק מילי דכדי לבטלה דעתה אצל כל אדם וכמ"ש במהרי"ו סימן. במה שטענה שמבזבז ממונו בשחוק כ' שאם כדבריה כאלו יכולה לטעון מאיס עלי לא הנחת כו' ואין נ"ל שזהו אמתלא (ועיין בד"מ שכתב שזו אמתלא גמורה היא משמע אע"פ שאינה מבוררת בעדים ואפשר דמ"מ צריכה לברר בעדים ובמהרי"ו מיירי שאף אם תברר בעדים לא מהני צ"ע) ובכה"ג מיירי מהר"מ וכן נראה ממ"ש בהג"מ הלכות אישות פי"ד אות ה' וז"ל כתבו התוספות דלא מציא אמרה מאיס עלי אלא בטענה כל דהו שאינו מתקבל כשאר כל אדם (ר"ל שצריכה שתאמר עכ"פ טעם כל דהו מה דבר מגונה מצאה שאינו מתקבל עליה ומאסה בו) וגם תקנת הקהלות כך היא הטוענת עלי מאיס בלא טענה אינו חייב כו' וכ"פ מורי רבינו שיחי' בתשובה שאין בטענתה ממש אא"כ נותנת אמתלא לדברי' וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה כו' מלשון זה משמע דלא בעינן רק שתהא טענה הגונה שראוי למאוס בו מחמת זה שאם אינה אומרת אמתל' כלל אם כן זדון לבה השיאה לבגוד בבעלה או אחרים הסיתו אותה בכה"ג אין לתקן דינא דמתיבתה. שוב ראיתי בהג"מ אות למ"ד שכתב ותשובה זו מצאתי כ"י הר"ר פרץ הכהן בספר העיטור שלו על ראובן כו' עד סוף התשובה ושלום מאיר ב"ב זלה"ה ע"ש באורך דנראה מבואר דמאיס בלא אמתלא היינו הך דינא דהסתת קרוביה דחד מילתא הוא כיון שאמתל' שלה אינה הגונה מסתמא מחמת הסתה וע"ש שכתב תקנת הקהלות גבי הסתה. ונראה שהן הן הדברים שכתב בהגהות אות ה' בשם תקנת הקהלות אלא שקיצר ולפי מ"ש הב"ש צ"ל דתרי מילי נינהו תקנת הקהלות היתה בלא טענה מבוררת בעדים מהני תפיס' ובהכי מיירי הא דאות ה'

ומ"ש שם דמה שתפסה למזונותיה לא מפקינן מינה היינו אם תפסה ממה שהכניסה ובאות למ"ד הוא תקנה אחרת דהיכא דמוכחא מילתא דמסיתים לה אף תפיסה לא מהני וכ"ז אינו במשמע והמעיין ירא וישפוט דחד דינא איתי להו וחד מילתא הוא ובאות למ"ד לכאורה משמע שם אחר כך דאף במורדת מחמת הסתה מהני תפיסתה שהרי כתב חצי הקרקע שלא התנה לה לא יחזיר לה אחרי שאין מורדת רק מחמת הסתה בהא לא איתא דינא דמתיבת' לאהדורי מאי דעיילי' משמע דתפיסתה מהני אף בכה"ג וכ"נ ממ"ש שם שראוי שלא לעשות תקנה שיחזירו לה הנכסים כו' ע"ש ומשמע דמיירי שמוחזק בכל אלא שאם הקנה לה חצי הממון ובגדים בב"ד חשוב צריך ליתן לה ע"פ הקנין שאם יבגוד בה יתן לזה (וצ"ע בתחלת התשובה שכתב שתובע אשתו וממונו ע"ש):

ואמנם רמ"א בסימן ע"ז כתב דבטוענת מאיס עלי בלא אמתלא מבוררת מוציאין ממנה אף אם תפסה ממה שהכניסה וכן תפסו בפשיטות הח"מ והב"ש ולענ"ד זה צ"ע שאף על פי שבתשובת מהרי"ו סימן כ"ב כתב וז"ל וכ"ש הכא שיש לו קטטה עם חמיו ומוכחא מילתא קצת שהוא מסית אותה וכתב מהר"מ היכא שאביו כו' ומפקינן מינה אפילו מנצ"ב שהכניסה לו עיין במרדכי ובהגמי"י מבואר שאפילו תפסה מפקינן כו' נראה שמזה למד להך דינא ולענ"ד צ"ע על מהרי"ו דבמרדכי והג"מ לא נמצא כן אדרבא משמע להיפוך כמ"ש וכ"נ מדברי הרא"ש והטור בשם מהר"מ שכתבו דכשהיה רואה ערמה בדבר לא היה מצוה להחזיר אף מה שהכניסה משמע דמ"מ אין מוציאין ממנה אם תפסה כיון דלדינא דמתיבתא לעולם הדין שמוציאין ממנה ונותנין לו א"כ אף שאין לדון דינ' דמתיבתא כשרואין ערמה מ"מ מאי דתפסה לא מפקינן מינה שהרי אף במורדת דבעינ' ליה דעת פוסקים דלא מפקינן מינה אם תפסה א"כ ה"ה בטוענת מאיס עלי ותפסה שאין להוציא ממון וכ"ש היכא שאינו מבורר כ"כ שיש ערמה בדבר וכן משמע מדברי מהרי"ו גופיה שכתב שם לבסוף וז"ל מסקנא דמלתא מותר המעות שביד הנאמן ינתנו לו משמע דמה שבידה לא מפקינן מינה ודוחק ליישב לשונו באופן אחר וע"כ לומר דאף על גב דכתב מתחלה דאף מאי דתפסה מפקינן מינה היינו היכא שהדבר ברור שע"י הסתה הוא משא"כ בנ"ד שאינו ברור רק דמוכחא מילתא קצת בזה מודה מהרי"ו שאין להוציא ממון וע"ש דמבואר שהיה בנידון שאמתלאות שלה אינם ברורים ומהרי"ו שם כתב שאינם כלום וגם מוכחא מלתא קצת שהוא מחמת הסתה אפ"ה לא כתב רק דמותר המעות שביד הנאמן ינתנו לו משמע דמה שתפסה לא מפקינן מינה ודוחק לומר דבתפסה לא מיירי התם כלל ועיין סי' קל"ז שכתב וז"ל אפ"ה אם טוענת שאינה יכולה לקבל כו' ונותנת טעם ואמתלא שניכר שיש ממש בדברי' כו' דאפילו אשה שישבה

תחת בעלה ואמרה מאיס עלי כו' ע"ש וגם מב"י סי' ע"ז מוכח דס"ל דמה שתפסה לא מפקינן והך דנראה שהוא ערמה וטענה בלא אמתלא חד דינא נינהו שהרי אחר שכתב דברי הגה"מ דדווקא בטוענת ונותנת אמתלא כו' אבל מה שתפסה למזונותיה כו' כתב וכ"כ המרדכי והרא"ש בשם הר"מ ז"ל וכתבו רבינו בסימן זה לקמן עכ"ל מבואר מדבריו דס"ל שמ"ש לקמן וכשהיה רואה ערמה כו' היינו הך דינא שכתב בהגמי"י אלמא דמהני תפיסה אף בערמה וכן מהר"מ מטיקטין ס"פ אף על פי במרדכי שכתב מהר"מ יהבינן כוליה לדידיה מה שהכניסה כו' כתב דלקמן בהגה' מרדכי כתב דאי תפסה לא מפקינן מינה אלמא דחד דינא איתי להו אמנם לכאורה לפי מ"ש ס"פ אף על פי וז"ל סוף דבר נדוניא דהנעלה ליה אי תפסה לא מפקינן מינה לרשות הבעל ועיין בב"ח ובח"מ בסוף הסימן (ובאמת שתיבות לרשות הבעל הוא ט"ס וצ"ל לדברי הכל וכ"כ בשו"ת שבות יעקב סימן ק"ז שכן הוא בהגהות אשר"י וכן הוא להדיא בשו"ת מהר"מ ב"ב הקטנים סימן צ"ד ומ"ש בשבות יעקב שע"כ שהמרדכי קיצר בדברי מהר"מ ובשו"ת מהר"מ עצמו סימן הנ"ל וכוונת מהר"מ שכתבו שדעתו כהרי"ף והגאונים לדון דינא דמתיבת' אמנם לענין מה שתפסה מפקינן לד"ה ר"ל אף להחולקים על דינא דמתיבת' וכן פירש רש"י שם. וגם הגאון מהרי"ל מקראקא כתב דהוא הדין לא תפסה עיין שם בשם רש"ל:

איברא שצ"ע דהא במרדכי פרק החולץ מייתי תשובות ראבי"ה לענין יבמה זקנה וכתב שם בשם תשובות גאון דנדוניא אית לה כיון דאתקינו רבנן בתראי במורדת למשקל כל מאי דתפסה מיניה דבעל ומייתי גיטא לאלתר כו' ולעיל מיניה נמי מייתי תשובות מהר"מ שדנה כדין מורדת למשקל מאי דתפסה ועיין בהגמי"י פ"א מהלכות יבום שהביא ג"כ דברי ראבי"ה בשם גאון וז"ל סוף דבריו דאי ממרדה לית לה כתובתה אלא נדוניא דתפסה ככל תקנת נשואה המורדת על בעלה כתקנת רבנן סבוראי הרי מבואר דס"ל דתקנתא דמתיבת' בתפסה דווקא אם כן מ"ש מהר"מ במורדת מחמת הסתה אין ראוי לדון דינא דמתיבת' ע"כ דמוציאין אף בלא תפסה. ואחר העיון נראה דמהר"מ ודאי ס"ל דתקנתה דמתיבתא אף בלא תפסה וכן מבואר להדיא בהרי"ף וכן הוא בהגמי"י פרק י"ד מהלכות אישות אלא שיש גאונים דס"ל דתפסה דווקא בעינן ואפשר דלכך כתב מהר"מ דמאי דתפסה לא מפקינן מינה לד"ה כיון דקצת גאונים ס"ל דתפסה בעינן ומ"ש בפרק החולץ בשם מהר"מ דנדוניית' שקלה מאי דתפסה י"ל דהתם לא קאמר רק דאף על גב דתפסה מוציאין ממנה מה שיש בידה משל בעלה אבל נדוניתה שקלה אף על גב דלא תפסה אבל בתשובות ראבי"ה א"א לומר כן ועיין בתה"ד סימן ר"כ שאם אינה חפיצה בחליצה מפני שהיא בושה בדבר או מפני דסני' לה וקשה עליה להיות שפלה ונכנעת

דכה"ג מפורש שם במרדכי בשם מהר"מ דאית לה נדוניתה מה שהכניסה לו הכל אבל אי ידעינן בהאי איתת' לפי אומדנא דעתינו שאינה רוצה לחלוץ אינה אלא בשביל הממון דבכה"ג כתב מהר"מ במורדת דמאיס עלי יהבינן כולה לבעל ומשמע שם דאף בתפסה מוציאין ממנה. וראיתי בישׁ"ש פרק החולץ סי' י"ט שכתב בשם מהרי"ל שהשיב דבלא טענה ואמתלא יש להעמיד הדין על דינא דמתיבת' ודווקא היכא דתפסה אבל היכא דיש ערמה מוציאין מידה הכל ע"ש וזה נראה כדעת האחרונים שמחלקים בין טענת מאיס עלי בלא אמתלא ובין היכא שנראה שיש ערמה דאז אפילו תפסה לא מהני:

ואמנם לענין לברר בעדי' כבר כתבתי שא"צ לברר רק שלפי אומדן דעתינו אומרת הדברים מקירות לבה ולא מחכמה ומערמה וכן מוכח לפי ענ"ד ממ"ש הרבה פוסקים דאין לדון דינ' דמתיבתא לענין לכופו להוצי' שאל"כ כל הנשים תצאן אם יתנו עיניהם באחר ואם איתא דבעינן שתברר האמתל' אף לענין ממון א"כ יש לכוף גם להוצי' דל"ש ה"ט כיון שמבררת בעדים וע"כ כמ"ש הלכך אף דלענין ממון יהבינן לה מ"מ אין לכופו לגרש מחמת זה דאם נכוף אותו יש לחוש לכל הנשים דלפעמים ציד בפיה לרמות שלא נרגיש בערמתה וא"כ בנ"ד כיון שא"א לברר הדבר ויש רגלים לדבר מחמת חזקה דאין מעיזה ובשביל חשש' דפריצות אין להוציא הממון מיד השליש ליתנו לבעל ולכאורה נראה להכריח כן מתשוב' הרא"ש כלל מ"ג סימן א' שכתב באשה שטוענת שאין לו גבורת אנשים ורוצה גט וכתובתה וגם באה מחמת טענה מורדת ורוצה נדוני' וכתב דאינה נאמנת דאין לה חזקה דאינה מעיזה כיון שתובעת הכתובה אבל מ"מ טענת מורדת דייני לה דינ' דמתיבת' להחזיר לה מה שהכניסה ואף אי ליתנייהו חייב הבעל והרי הרא"ש גופא כתב בסימן ה' בשם מהר"מ שצריכה ליתן אמתל' למה אינו מקובל עליה ואם כן איזה אמתלא יש לה שבשביל זה נדון לה דינא דמתיבת' ומה שטוענת שאין לו גבורת אנשים הא אין מאמינים לה כיון שתובעת כתובה אע"כ כיון שהיא אומרת אמתל' הגונה אע"פ שאינה יכולה לברר ע"פ עדים. ועיין בב"י בשם תשובת הרשב"א שכתב שצריך שיכיר מתוך דבריה שהוא מאיס בעיניה כמו שאמרה נראה שא"צ הבירור בעדים רק כשאנו מכירין שבתום לבבה אומרת שנפשה בחלה סגי בו והב"י כתב ע"ז שזה כדעת ר"מ ומ"ש הב"י בסימן קנ"ד בשם האגודה בענין האשה שטוענת על בעלה שהוא רועה זונות שצריכה לברר בעדים והוא באגודה פ' הבע"י התם לענין לכופו להוציא מיירי ועוד יש לחלק ואין להאריך. (וצ"ע מ"ש הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ שכתב דבנותנ' אמתלא כפה לגרש והרא"ש כתב שלא היה מהר"מ כופה לגרש ע"ש בסימן ע"ז). והנה הרא"ש כתב שמהר"מ נהג שקודם שצוה להחזיר לה מה שהכניסה היה מצוה להחרים

אם השיאה שום אדם עצה כו' ובתשובות מהר"מ גופיה שהביא בהג"מ אות למ"ד כתב שראוי לנדות המסיתין משמע שהנידוי הוא עונש על המסיתין. ומדברי הרא"ש נראה שצוה להחרים משמע שמטילין חרם עליה דשמא מחמת הסתה אומרת כן ומסתמא הרא"ש בקי בדברי מהר"מ רבו טפי מינן ואולי במקום אחר כתב מהר"מ כן ועיין בב"ח שהקשה דהא מהרי"ו השביע את האשה וכתב לחלק ולענ"ד המעיין במהרי"ו שלמראה עיניו שפט בנידון שהיה לפניו כמבואר שם שנתחבט הרבה בענין זה ולכך הטיל עליו שבועה כמבואר בח"מ סימן פ"ז שהדיין יכול להשביע אף על פי שאין חיוב שבועה מן הדין אם לפי ראות עיניו חושש לערמת הבע"ד ע"ש גם מ"ש הב"ח דאף שאמתל' אמת מ"מ צוה מהר"מ להחרים אין נראה לענ"ד דכיון שהאמת אתה שמדותיו מגונות כמו שאמרה ולפי ראות עינינו איש כזה ראוי למאוס בו מה"ת לא נאמין לה שמאוס עליו ואף דאיכא כמה רקים ופוחזים שנשותיהם שרוין עמהם בשלוה וכמ"ש הב"ח מ"מ אף אם נחשוד אותה שהשיאוהו ויכלו לה אנשי שלומה להפרד מחברתו כי נבל הוא ונבלה עמו ומחמת זה נבזה בעיניו נמאס אין בכך כלום ודוקא היכא שיש לחוש שמא אע"פ שלפי ראות עינינו לא מחכמה וערמה שואלת גט ממנו מ"מ שמא ציד בפה לרמות אותנו דמה"ט אין כופין לגרש כמש"ל הלכך אף לענין ממון מ"מ סומכין על אומדן דעתינו מ"מ ליתר שאת אנו מצוין להחרים ע"ז אבל היכא שיודעין שדבריו אמת מהיכי תיתי לא נעמוד אותה בחזקות כשרות שרצונה להתפרד ממנו שהוא מוקצה מן הדעת מחמת איסור ומחמת מיאוס. שוב ראיתי שהב"ח מסיק כן לדעת מהרש"ל רק בקיצור הדינים אינו פוסק כן:

ועכ"פ בנ"ד נראה גם כן שיש לפסוק להטיל עליה חרם אם אינה מערמת וטוענת שקר ואז אין להוציא הנדוני' מתחת יד השליש עד שיעשו פשרה כיון דמדינא בלא"ה מחמת חזקה רק משום חששא דפריצות ולכך בהטלת חרם די שלא להוציא הממון מיד השליש לבעל ובפרט לצירוף הטעמים שכתבתי ומכ"ש דהגאון הש"ך שדא נרגא בהך דאין להאמין בזה"ז שיש פרוצות וכתבו שכל האחרונים בתשובותיהם לא חשו להך סברא ע"ש. ומחדש נדפס ספר ונקרא שמו ספר כתובה להגאון אב"ד דק"ק פפד"מ וראיתי בקונטרס אה"ע ס"ס ע"ז שתמה על הב"ש מה שנראה מדבריו דכל שאינה יכולה לברר הדברים שטוענת עליו והוא מכחיש אפ"ה מהני תפיסה בנדוני' וע"ז כתב דליתא דכה"ג למה יועיל תפיסה בעדים ואפי' היתה תפיסה בנדוני' קודם הקטטה ודווקא היכא שהדברים שטוענת עליו ידועים או שמודה בהם אלא שאינה מבורר אם ראוי שתשנא אותו מחמת זה בזה מהני תפיסה דהו"ל כטוען הבעל שמא משום דיכול להיות שבאמת

מאיס בעיני' ומדמי לטוען על שטר א"י אם נפרעתי פטור הלו' שטוען ברי שפרע כמבואר בסי' נ"ט ופ"ב בק"מ אף דמעות השטר הוי כתפיסה בעדים והלכך דווקא בתפסה ברשות הבעל או קודם שנולד הקטט ביניהם ולא אח"כ עכ"ד בקצר' ולענ"ד לא נהירא וכדמוכח מתשובות הרא"ש שכתבתי לעיל בטענה שאין לו גבורת אנשים שבאה ג"כ מחמת טענת מורדת וכתב שיש לדון לה דינא דמתיבתא אף דלא שייך חזקה דאינה מעיזה כיון שתובעת כתובה גם כן מכל מקום לא גריעא ממורדת וכן נראה מדברי מהר"מ שכתב דווקא במורדת מחמת הסתת אביה ואמה וכה"ג ואם איתא תיפו' ליה כיון שאין שמץ דבר גנאי נשמע בו נמי מפקינן מינה הכל וכן מוכח מתשובות מהרי"ו סימן כ"ב שהבאתי שנראה שמשם מקור דינו של הרמ"א דאפילו בתפסה מפקינן מינה מבואר משם דאף על גב דשם הבעל מכחישה מה שאומרת דבא עליה בנדתה אפ"ה לא כתב דמוציאין ממנה רק משום שיש לו קצת קטט' עם חמיה ומוכחא מילתא שמסית אותה ואף בזה כתבתי דמשמעות מסקנת דבריו דמותר המעות שביד הנאמן ינתנו לו משמע דמה דתפסה אין להוציא כיון שאין ידוע בבירור שע"י הסתה הוא רק דמוכחא מלתא קצת ומחמת זה אין כח להוציא מה שתפסה אלמא דאף על גב שלא נתברר טענתה מ"מ לא מפקינן מינה מה דתפסה א"ו דלא מיירי מהר"מ בגוונא שטענתה מתבררת על ידי עדים או שמודה רק שמסתפקים אם מאיס בעיני' מחמת זה דאדרבא א"צ הדבר להתברר כלל ועיקר הדבר תלוי באומדן דעתינו אם מואסת בו באמת או לא שהרי אף לשיטת הגאון אם יש עדים על הטענה מ"מ צריך לאומדן דעת לענין אם מואסת בו מחמת זה אם כן י"ל דאף דאין עדים הולכין אחר אומדנא ואם אמתלא שלה מבוררת דנין בזה דינא דמתיבתא להוציא ממנו אף אם תפס הוא אבל אם תפסה היא אף שהיה תפיסה בעדים מ"מ כל כה"ג כיון שאין אנו צריכין ליזקק להוציא מיד הבעל אנו מעמידין הדבר על דינא דמתיבתא וכמש"ל בשם מהרי"ל משא"כ בלא תפיסה אין אנו נזקקין לדון דינא דמתיבתא להוציא מיד הבעל וכבר כתבתי לעיל שנראה מראבי"ה דתקנת הגאונים אינה רק בתפס. עוד כתב הגאון הנ"ל שם לתרץ הא דבמורדת בעינה ליה לא כתב רמ"א דלא מהני תפיסה ובמורדת מחמת הסתה כתב דלא מהני תפיסה ולזה כתב דבאמת מאיס עלי היינו שאומרת אינה חפיצה אף בכתובה ומוחלת הכל אלא דמ"מ צריך לה נצ"ב שלה מדינא דמתיבתא דאגב צערה קאמרה ובאמת לא מחלה הלכך כשהיא מורדת מחמת הסתה הרי מחלה ולא מהני התפיסה וע"ש שהאריך דדוקא במוחלת הכתובה יכולה לטעון מאיס עלי אבל בשואלת גט לבד כו' ולפענ"ד הא ליתא דרש"י לא כ"כ לפי מאי דמיירי בלא אמתלא מבוררת לדבריו משא"כ לפמ"ש מהר"ם וכן הוא דעת רמ"א שצריך

שתתן אמתלא לדבריו א"כ א"צ כלל לומר איני חפיצה לא בו ולא בכתובתו וזה מבואר למעיין בפוסקים עיין בס"ס ע"ז בקיצור דינים מהב"ח אות ה':
וכבר כתבתי מה שנלענ"ד לענין דינא ושלום על דייני ישראל דברי זעירא מן חברייא.
הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:
ועיין בח"מ סי' נ"ג ס"ק י"ד כתב דהחצי ודאי אהדרינן לאב אף לדעת המרדכי והחצי השניה נחלקו ר"י והמרדכי ומאחר דאין מוחזקין שניהם יחלוקו ויטול הבעל רביע והאב ג' רביעית ולענ"ד דבריו תמוהים בזה דבשלמא אי המרדכי מדינא קאמר יחלוקו שפיר אבל המרדכי באמת מספיקא הוא דקאמר יחלוקו דס"ל דשמא לא אסח האב דעתיה (דאין זה מוציא ממון מחזקתו וכמ"ש ולכך יחלוקו דאיכא פלוגתא דרבוותא ואין מוחזק) ועכ"פ מודה הוא למהר"ם דבחזקת הבעל קאי דאל"כ איכא ס"ס דלמא אסח דעתיה ואפי' לא אסח שמא הלכה כרש"י א"ו דס"ל דבחזקת הבעל קאי ולכך אית לן למיפסק כר"ת אלא משום דאיכא ספיקא יחלוקו ולפ"ז צ"ל דס"ל דאין מוציאין ממון מחזקתו בס"ס ודייניו יחלוקו וא"ל דהמרדכי פשיטא ליה מלתא כר"ת אכתי קשה א"כ לדידן דמספקא לן ולפי דעת רש"י הכל לבעל וא"כ נימא איפכא דהחצי מהדרינן לבעל אף להמרדכי ובחצי השניה מחולק רש"י ויטול הבעל ג' חלקים וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי נשאר הדין כדעת המרדכי דיחלוקו. אמנם נ"ל כמ"ש דהמרדכי ס"ל דל"ש כאן חזמ"ק וגם עתה אין א' מהם מוחזק הלכך יחלוקו ומהר"ם ס"ל דשייך כאן חזמ"ק ולא שייך לומר על החצי השני ס"ס דשמא הלכה דאיכא חזמ"ק ושמא כר"ת דז"א דתרווייהו צריכי אהדדי ואין זה ס"ס כלל:

שאלה קכז

על דברי האשה שהתודית דרך תשובה לפני א' מהדיינים שהיתה מנאפת עם גבר תחת אישה תקח את זרים ונסתפק הדיין אם מחויב להודיע לבעלה נראה פשוט דמחויב להודיע כדאיתא בש"ע ח"מ סי' כ"ח דבמלתא דאית בה משום אפרושי איסורא אף ע"א מחויב להעיד וא"ל דהיינו דוקא כשיש בודאי אפרושי מאיסור משא"כ כאן שמא לא יאמנו דבריו ואף אם עכ"פ אם ישאלו פי האשה שמא גם לה שתאמר טמאה אני לא יאמין דשמא עיניה נתנה באחר ונמצא אין כאן אפרושי מאיסורא ז"א דהרי הר"ן באמת הקשה דכיון דמדינא האומרת טמאה אסורה לו איך חזרו והתירו משום שמא עיניה נתנה באחר ותי' דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה ואין כאן איסור סוטה כלל ולפ"ז ממ"נ אם יאמין הרי יפריש מאיסור ואם לא יאמין א"כ אפקעינהו לקידושין וג"כ אין כאן איסור דאורייתא ואמנם יש חשש שמא תכחיש האשה אותו אח"כ ותאמר לא פעלתי און ואף דבכה"ג

האשה מותרת כדאיתא באה"ע סי' קט"ו בשם מהרא"י וא"כ ישאר הוא לבדו ובכלל מש"ר. אמנם י"ל דדוקא בכה"ג דזינגד אסהיד כו' דשם לא הוה אפרושי מאיסורא כלל רק להענישו על העבר שפי' הוא משא"כ מש"ר היכי שיש כאן אפרושי מאיסורא להב' וכיון שעכ"פ שמא יפריש מאיסור מחויב להודיע כדאיתא בביצה ר"פ המביא בפוסקים דאם רואה חבירו שוגג אע"פ שמסופק אם יקבל תוכחה אעפ"כ הוא דידיה עביד וכהאי דשבת אמרה מד"ה אם לפניך גלוי כו' ובמק"א הארכתי בזה לברר דברי הפוסקים ודברי המג"א בא"ח הל' יה"כ ואין פנאי להאריך. גם יש להביא ראיה מש"ס דגיטין המטמא והמדמע כו' ומ"ט אמרו בשוגג פטור כדי שיודיעו והקשה הראב"ד דהא בדבר שאין בידו אינו נאמן ותירץ הרשב"א ועוד פוסקים דמ"מ תיקנו כדי שיודיעו אולי יהא נאמן בעינו כבי תרי אלמא במלתא דספיקא מחויב להודיעו אולם יש לדחות דש"ה דאין כאן חשש על המגיד הלז משום מש"ר ואם לא יאמין לשמועתו מה איכפת לו משא"כ כאן דשמא תעיז פניה ותאמר לא נטמאתי ועוד יש לחלק דוקא היכי שדבר ברור שיש כאן איסור רק שמסופק אם יהא נאמן או אם יקבל תוכחה אז שפיר אמרי' שהוא מחויב לעשות את שלו להודיע משא"כ כאן שיש לומר דמה שהודית בפני הדיין משום שעיניה נותנה באחר ויש כאן ספק אם יש כאן חשש איסור כלל ונראה דבזה הכל לפי ראות עיני הדיין אם הדבר ברור לו אם מהימנת ליה שהודאתה הוא בדרך הודאה גמורה א"כ הוא יודע ודאי מאיסור ומחויב להודיע רק אי מספקא ליה מלתא יש לעיין ולכאורה נראה שדבר זה תלוי בשיטות רש"י ותוס' בריש כתובות והנה רש"י פי' טעמא שתיקנו כך שמתוך כך יצא הקול ויתברר הדבר ויבאו עדים וכוונת רש"י ליישב אף באשת ישראל ולא קיבל בה אביה קידושין דאף אם ימצא טענה מותרת מחמת ס"ס אפ"ה תיקנו הנשואין באופן שיבא לב"ד ויצא הקול ושמא יבואו עדים שזינתה ברצון וא"ל דשאני התם שאם ימצא פ"פ הרי יש כאן זנות ודאי לפ"ז שפיר יצא הקול עכ"פ שזינתה רק דאכתי מספקא ליה שמא באונס ואינו תחתיו משא"כ כאן שי"ל שמא לא זינתה כלל רק עיניה נתנה באחר ואין לנו לחפש כלל שאף אם ידעו שהודית שזינתה לא יצא הקול שיאמרו עיניה נתנה באחר אך דז"א שהרי התוס' הקשו דמה מייתי הש"ס לקמן אף אנן נמי תנינא כו' דשמא אע"פ שאינו בקי בפ"פ תיקנו דשמא יתברר הדבר ע"י עדים אלמא דאף בכה"ג שיש ספק בדבר יש לתקן כדי שיצא הקול אמנם כן הרי באמת תירצו התו' שם שיטת רש"י דאף אינו בקי לא יצא הקול כלל אבל מ"מ אין נראה לדמותו לכאן דשם האשה מכחשת אותו בבירור וא"כ כיון שהוא אינו בקי והאשה טוענת ברי א"כ לא יצא הקול משא"כ אף שהוא אומר שאינו מאמין וגם באמירתה יש לתלות שמא עיניה נתנה באחר מ"מ

אין זה הכחשה בבירור רק שהוא אינו מאמין וא"כ מ"מ יצא הקול ויתברר הדבר אמנם בסנהדרין קאמר רבא דכ"ע אין חוששין ללעז מבואר שם דלא חיישינן לכך שיצא הקול ויבואו עדים ואפ"ל דדוקא עדים והתראה לא חיישינן אבל עדים לחוד שפיר חיישינן ולענין אם עד נאמן כבי תרי לבעלה והאשה תכחישנו יש לעיין הרבה ולפמ"ש הב"ח בתשובותיו ובתשובת מהר"י הלוי וכשיאמין לו והיא תכחישנו נחכם לה אמנם אם יש כאן כבוד משפחה או בנים חשובים אם י"ל כיוצא בזה:

מצאתי להגאון מפראג חלק א"ח סי' ל"ה שהאריך בזה ע"ש ומה שרוצה לדמות איסור דהכא לאיסור נזיר שישנו בשאלה וה"נ יכול לעקור האיסור ע"י שישלח גט ויבטל כו' ואף דאנן קי"ל בטלו מבוטל מ"מ בפני א' אמרי' מה כח ב"ד יפה והלכך לדעת הרמב"ם דס"ל אם הלובש שוגג יפשיטנו חבירו מ"מ זה הוי כמו איסור נזיר שכבוד הבריות דוחה אותו כמ"ש התוס' לפענ"ד ליתא דהתם לא מדמה לי' רק לענין התראת ספק משא"כ לומר דדמי לנזיר שישנו בשאלה לענין כבוד הבריות ליתא כלל דהרי לכתחלה אסור לו לבטל ואף בדיעבד אם יבטל ואפקעינהו לקידושין הרי מעשה כל בעילותיו זנות וזה לא אמרי' ודוקא שנזיר שיכול לעשות בהיתר לעקור האיסור מעיקרו משא"כ כאן ע"ש בגיטין ברשב"א גם מ"ש דאם מבטל בפני א' ג"כ אפקעינהו ז"א רק לפי' מהרש"א משא"כ להחכם המגיה במש"ל פ"ג מה"ג חולק בזה אמנם הגאון הנ"ל מסיק ג"כ דמחויב להודיע אך שאפשר שלא יאמין הבעל מ"מ איהו דידיה עביד ושם מייתי דברי הסמ"ג בל"ת רי"ג מייתי מההוא סמיא כו' ע"ש והנה הסמ"ג מייתי ג"כ מגיטין בהא דס"ת אזכרות שבו לא כתבתי לשמן כו' וראיה זו איני יודע מה טיבה דהתם אין שם הוצאת שם רע ולעז ומה היה לו לגעור בו כשבא להודיע בעצמו שלא כתב האזכרות לשמן וגם הראיה מההוא סמיא ועובדא דבת ר"ח דאמרה על האי איתתא ידענא בה דחשודא על השבועה יש לדחות דשמא לא גערו בהם דשמא ע"י חקירת ב"ד יתברר הדברים ע"י עדים ואפשר שהם עצמם היו סבורים שיהיו יכולים לברר אלא שאח"כ לא עלתה בידם וגם י"ל שלא גערו בהם לפי ששמא ידוע להם שיהיו נאמנים כב"ת וע"ש בפסחים בהא דאמרי' מהו למימר לרבים למסני' כו' וקצרתי ואמנם לאשה נראה דודאי הוי מחויב להודיע לה שנאסרת בזה על בעלה שהרי היא מזידה במעשה ואע"ג דאפשר שהיא סוברת שמותרת היא לבעלה רק דעבד איסור' וע"ז היא מתודית וא"כ י"ל כדאמרי' בביצה ר"פ המבי' הני נשי דאכלו ושתו עיה"כ עד חשיכה כו' מוטב שיהיו שוגגין כו' הרי מבואר דעת הרא"ש בשם בעה"ע דכל כשהאיסור מפורש בתורה מחינין בהו עד דפרשי וכ"פ בש"ע א"ח סי' תר"ח ואע"פ שדודי מ"ו הגאון נ"י בחיבורו למסכת ביצה כ' שמדברי התו' שכתבו

בשבת דהיכ' דידעינן דלא מקבלי אמרי' מוטב כו' ואינהו מיירי לענין מפורש בתורה דאל"כ מאי מייתי משעת חורבן דהתם עברו אמפורש בתורה ולענ"ד אין ראיה כ"כ די"ל דהתוס' ובעה"ע לא פליגי דבה"ע מיירי היכא שידינו תקיפה לענוש אם לא ישמעו כמבואר בלשונו שכתב דענשינן להו עד דפרשי וכיון שאפשר להפרישו אין להעלים עין מעובר על איסו' תורה כדכתי' ובערת הרע מקרבך ופן כל העם ישמעו וייראו כו' משא"כ בההיא דשבת שאם היה ידוע שלא יקבלו אין ביד ר' סימון לענוש דבי ר"ג וכן בשעת חורבן שלא היו כח לזקנים לענוש לשרים אין חילוק בין דבר המפורש בתורה או לא דס"ס שייך מוטב שיהיו שוגגין כו' והארכתי בענין זה במ"א ואמנם כן לפ"ז בנ"ד לכאורה אין להודיע להאשה כיון שאין בידה להפקיע עצמה מבעלה ואף אי מקבלה מיניה מ"מ שמא הבעל לא יאמין כי יאזין קולה וישמש עמה בע"כ ובכה"ג פשיטא דאין נ"מ בהודעה זו כיון דלאו בדידה לפרוש מהאיסור אך לפמ"ש לעיל סברת הר"ן בנדרים שפיר יש נ"מ דשמא תקבל ממנו ותאמר טמאה אני לך ואע"פ שהוא לא יקבל ממנה ולא יאמין זה מ"מ יהיה בזה אפרושי מאיסורא דבכה"ג אמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין וכיון דאפשר נמי שהבעל יאמין לה ויוציאנה או היא תעשה טצדקי שתצא מתח"י מחמת שתדע שאסורה לו א"כ פשיטא שיש להודיע לה שהיא אסורה לו ולהזהירה שתעשה באופן שתצא מתח"י ועכ"פ למעט התפלות מה דאפשר אם יודעת בנפשה שלא יאמין לו ולא תוכל לצאת מתח"י והדיין יאמר לה שאם האמת אתה שזינתה והיא רוצה בתשובה אין תשובה מקובלת מזו ואם יש בידה לפטור עצמה ובצבו נפשה היא קיימא קמיה לא יועילו לה דברי הצומות וזעקתה אחרי כי היא תוספת טומאה על טומאת' ולא יאבה ה' סלוח לה והשמים יגלו עונה והחכם עיניו בראשו לכלכל הדברים במשפט שלא תהיה לה זאת לפוקה ותחשב לה לצדקה:

ואשר נדרשתי מכבוד מחו' הרב כו' מו' דוד צבי נ"י האב"ד דק"ק קרעמניץ על דברת האשה זאת הרשעה הקדישה בעינים על הדרך כאשר באו הדברים באורך בג"ע אשר העידו אנשים כשרים אשר ראו בברורים כי תחת אישה תקח את זרים והעדות אתי לידי גובייגא בב"ד הצדק של הרב הנ"ל וגזור רבנן טומאה על אשת הזימה ושדו גודא רבא על הבעל להוציא רשעה זו מתוך ביתו ואם ימאן ויהי' מכת הסוררי' יצאו עליו אוררים וינזרו בני ישראל מעמו סורו טמא קראו למו ונלוה עם הרב הנ"ל ג"כ כבוד חד"ז הרב הגאון המפורסם מוהר"ר ליבוש אוירבאך האבד"ק ווישנאוויץ יצ"ו ויחזקו במסמורים ובענוות צדקו הקדושה עשה דרך בקשה למחוי חתימות ידי אכתבי' ולא יכולתי להשיב פני מפחת חביב עלי עד לאחת ואין ואומר כי ע"פ דת התורה הדבר ברור כאחותו שהיא

אסורה וחובה על הבעל להביא הארורה לב"ד ולהוציאה בגט כשר ואז יהי' הבעל מעון מנוקה ומכלל הן כו' ואיש זרוע אשר הריחו ביראת ה' ובידו לסייע לדבר מצוה זו לדון בכפי' חובה עליו לעמוד בפרץ להעבי' רוח הטומאה מן הארץ וכל ישראל יהיו נקיים וה' יגן עליהם כצפרים עפות דברי זעירא מן חבריא מדרס לפירושים ועבד כפות סמוך באשישות וידיו רפות ותשושות. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קכח

תשו' לאחי הרב ' מו' חיים מרדכי נ"י אשר השבתי לו בימי עלומינו:

אהובי אחי מכתבך הגיעני מה שהקשית על מ"ש בש"מ בשם תוס' הרא"ש ריש כתובות דבארוסה שפיר שכיח זנות דדוקא בא"א לא שכיח שבעלה משמרה וע"ז הקשית מגיטין דף כ"ו דקאמר קא פסיק ותני ל"ש מן האירוסין כו' אלא למ"ד משום פירות ארוסה ל"ל פירי ולפי דברי הרא"ש מה קושי' דהא בארוסה שפיר י"ל דמודה ר"ל דצריך זמן משום בת אחותו דבארוס' שפיר שייך חשש' דזנות ומוד' ר"ל לר"י דתיקנו בה זמן משו' ב"א עכ"ד והנ' תיכף בבוא דבריך עלה במחשב' לפני לתרץ זה ואכתוב לך בקיצור מופלג דהנה לכאור' ק' מאי קאמר בשלמא למ"ד שמא יחפה איכא הא לקמן דף ל"ג הקשו התוספות מה הועילו בתקנתן שישלח גט ויבטל והרשב"א שם הביא בשם רשב"ם דלא חיישי' לזה דאין אדם עושה בעילתו ב"ז וזה דוקא בנשואה אבל לא בארוסה כמבואר שם וא"כ בארוסה זמן לא מהני מידי דבלא"ה מצי לחפות כקו' התוס' אך י"ל דזה דוק' לרשב"ג דס"ל מה כח ב"ד יפה וצ"ל אפקעינהו לקידושין משא"כ לדידן דקי"ל כרבי דאמר בטלו מבוטל שפיר צריך זמן לארוס' אך דאכתי ק' דהרי התוס' גבי פלוגתא דר"נ אמר דמבטלו בפני ב' הקשו מאי נ"מ ותירצו דנ"מ לרבי דס"ל דבטלו מבוטל דאפ"ה אם בטלו בפני ב' לר"ש ובפני א' לר"נ אינו מבוטל דמה כח ב"ד יפה ולפ"ז אף לרבי אמרינן אפקעינהו וא"כ ל"ל זמן בארוסה אך י"ל דא"ש לפמ"ש החכם המגיה במשנה למלך ה"ג דבפני א' בלאו מה כח ב"ד יפה נמי אינו בטל מחמת דאין דבר שבערוה כו' וא"כ למ"ד דבפני שנים לא אמרי' אפקעינהו כלל דבפני ב' באמת מבוטל ובפני א' מדינ' אינו בטל ובש"ס שם אמרי' דר"י ס"ל כר"נ דבפני ב' ושפיר שייך לומר דבארוסה צריך זמן משום חיפוי משא"כ לר"ל אמרי' התם דסבר כמ"ד בפני ג' א"כ לדידי' ל"ש בארוסה טעמא דחיפוי כיון דבלא"ה יכול לחפות ובזה אמר אחי החריף מו' געציל דמוכח כהאומרי' דאיפוך בתרייתא דאי איפוך קמייתא לא הוה הש"ס לקמן מקשה מידי ודו"ק. ועוד י"ל דהנה הפ"י ומהר"ם שי"ף מקשים דבלא"ה מצי לחפות ע"י שיכתוב לה בכת"י ונ"ל דהתוס' לעיל דף ג' תירצו שמא תתפוס הפירות ולכך חיישי' בכת"י משום

פירי והנה הרא"ש ז"ל ס"ל דמוקדם פסול בדיעבד וכתבו הפוסקים טעמא משום שכיון שהקדימו בכוונה הרי נכתב בפסול והוי כמזויף מתוכו דפסול והנה התוס' כתבו דלכך לא מוקמינן אחזקת א"א דהרי גרושה לפנינו ולפ"ז זה דוקא באין בו זמן משא"כ בכת"י אמרי' דאוקמא אחזקת א"א שנתן לה עתה רק שבכוונה הקדים הזמן וא"כ יש לפסול אף בדיעבד ואף עכשיו אינה גרושה אך י"ל כיון שהבעל רוצה לחפות ואומ' שגרשה בזמן הכתוב בגט א"כ עכ"פ נאמן מכאן ולהבא כמו כל בעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן מכאן ולהבא עכ"פ וכיון שכן א"כ מכאן ולהבא ודאי גרושה היא ושפיר י"ל הרי גרושה לפנינו ושייך חיפוי וא"כ קשה מה הועילו בתקנתן אך י"ל דר"י לשיטתו דס"ל דלא פלגינן דבורא בחד גופא כמבואר בדברי התוס' שם דאל"כ מאי קמ"ל בהא דלמפרע אינו נאמן וכן מבואר ברשב"א בגיטין דף ח' דר"י ור"ל בירושלמי מחולקי' דר"י ס"ל לא פלגינן דבורא ור"ל ס"ל פלגינן ע"ש בשם בעה"ע דההוא דירושלמי חד גופא הוא ואפ"ה ס"ל לר"ל דפלגינן ולפ"ז קשה מאי פריך ר"ל מ"ט לא אמר כר"י דלר"ל דס"ל דפלגינן א"כ שוב שפיר יכול לחפות בכת"י ולא הועילו חכמים בתקנתן אך י"ל דשפיר מקשה מ"ט לא אמר כר"י שהרי התוס' הקשו דאמאי נכתב ביום פסול הא לא שייך שמא יחפה כיון דקלא איתליה שע"מ מוציאין קול ותירצו דשמא יחפה ויתן לה בצנעה וזה שייך דוקא היכא דאיכא עידי חתימה אמרי' מסתמא הי' שם ע"מ משא"כ כשירצה לחפות בכת"י תצטרך להביא ע"מ לפנינו אך דאכתי קשה כיון דבעידי זנות לחוד לא קטלינן לה א"כ אף שתביא ע"מ שוב הוי חצי דבר אך י"ל דע"מ לחוד נמי יוצא תועלת מעדותן לענין פירות וא"כ לא מצי לחפות כיון שתצטרך להביא ע"מ והם ידעו הזמן שנמסר כיון שבהגט כתוב זמן ויראו שלא נמסר ביום הכתיבה ולא הוי חצי דבר כיון דנ"מ מעדותן של הע"מ לענין פירות אך כ"ז לענין נשואה משא"כ בארוסה דלית לה פירי שפיר מצי לחפות בכת"י ולא הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו זמן ושפיר פריך ל"ל זמן בארוסה משא"כ לר"י דס"ל לא פלגינן דבורא בלא"ה אינו יכול לחפות בכת"י דמוקמינן לה בחזקת א"א כנ"ל שפיר תיקנו זמן בארוסה משום שמא יחפה ולכאורה יש להקשות לפי פי' הר"ן דהא דקאמר לא מקדים כו' היינו משום שאינו רוצה להקדים ולהפסיד פירות מיום הכתיבה ולפ"ז ק' דבארוסה דלית לה פירי אכתי תקשי מה הועילו בתקנתן דהא אכתי איכא היכא דכתבי' ואנחי' כו' וא"ל דכיון שלא נמסר ביום שנכתב קול יוצא דהא אכתי מצי לחפות שיתננו בצנעה ועוד דאפי' אם יבואו ע"מ חצי דבר הוא כיון דליכא תועלת לענין פירות ועוד קשה דסברת השטמ"ק דא"כ ר"ל מ"ט לא אמר כר"י כיון דזנות שכיחא עכ"פ בארוס' א"כ יש לחוש שמא יחפה דיסברו העדים שהי'

נשואה ויכתבו לה בלא זמן ואע"ג דנימא דבארוסה באמת ליבעי זמן מ"מ הא ג' גיטין פסולין ואם נשאת הולד כשר ובשלמא השתא דתיקנו זמן בנשואה א"כ אהני דלכתחלה לא תנשא ולא חתמו סהדי עלה כמ"ש רש"י משא"כ אם לא נתקן כלל בנשואה א"כ אם יסברו העדים שהי' נשואה שפיר יכתבו בלא זמן ויחפה על ב"א שזינתה ארוסה אך י"ל דהנה הא ודאי דע"מ מוציאין קול רק שאפשר שע"מ לא ידעו יום שנמסר רק שע"כ צריכין לדעת יום המסירה דאל"כ הוי עדות שא"א יכול להזימה אך י"ל דעיקר עדות שאאי"ל אינו רק משום כתובה ופירות דלענין איסור והיתר לא שייך כלל וכיון דארוסה לית לה כתובה ופירי לא יצטרכו הע"מ לדעת באיזה יום נמסר ולפ"ז בשלמא לענין חיפוי דארוסה שפיר שייך חיפוי דאף שיהיו ע"מ א"צ לדעת באיזה יום דלא נ"מ מידי משא"כ כשיאמר לעדים שיכתבו לה גט בל"ז שיסברו שהי' נשואה ועכ"ל שגם הע"מ יסברו כן דאל"כ לא יתרצו להיות עדים בזה וכמ"ש הפ"י לענין גזיה לזמן וא"כ כיון שהעדי' יסברו שהיא נשואה שוב יתנו אל לבם יום שנמסר דבנשואה צריכין לידע דאל"כ הוי עדות שא"א יכול כו' לענין כתובה ופירות וא"כ לא מצי לחפות כלל ועוד י"ל דאם נותן לה הגט והיא כבר נשואה אמרי' דלאחר נשואין הוא דאתיהב לה דאמרי' כאן נמצא כאן הי' אחר שנכנסה לרשות הבעל וא"ל דבאמת תהיה ארוסה עדיין רק שהעדים יסברו שהי' נשואה ז"א דמ"מ אהני לענין שאם תנשא אינו יכול לחפות וכענין שאמרו אהני לשבוע דבתריה כו' וצ"ע אם שייך בזה כאן נמצא וכו' כיון שאדרבה בגט זה היא מוציאה עצמה מרשות הבעל:

ובכללי חזקה שלי כתבתי ליישב מ"ש התוס' דלא מוקמינן בחזקת א"א דהרי גרושה לפנינו והקשה הפ"י דהא חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו כלום היא ולפמ"ש י"ל כיון דהשתא היא גרושה וקנתה רשות לעצמה אין מחזיקין הזנות מרשות לרשות אבל לענ"ד דהא דאין מחזיקין מרשו' לרשות לא נאמר אלא בכגון הך דמומין שהי' טוענת ברשות הבעל היה ונסתפחה שדהו לפי שהאשה היא קנינו של האיש ולכן אין מחזיקין מרשו' לרשות ואם נולדו ברשות האב כיון דע"כ היא ברשו' האב גם לאחר האירוסין לכמה דברים כמ"ש הרא"ש וכ"כ הרמב"ן והרשב"א הביאם בש"מ לכן כיון דע"כ רשות האב איתרע חיישינן שאיתרע לגמרי והיה קודם אירוסין ואין לנו לתלות ברשות הבעל היה ונסתפחה שדהו דהא לא חזינן דרשות הבעל איתרע כלל ואין לנו לתלות במזלו כלל וכן במשארסתני נאנסתי כיון דנאמין אותה דאנוסה הוי והקלקול שבא ע"י יש לתלותו במזל מי שנמצא הקלקול ברשותו וכן בההו' דטבח יש לתלות במזל הטבח

ואמרי' דשמא ברשותו ומזלו נטרפה שדחקה המחט ועברה וכ"ז לענין זנות דאונס אבל זנות דרצון אינו תלוי במזל כ"א בבחירת האדם אין בו חילוק רשויות כלל:

שאלה קכט - א

שנית על ענין הנ"ל שלום כו' הגיעני דבריך אשר כתבת להשיב על דברי אך לפ"ד עברת עליהם לפום ריהטא אבל אם תשית לבך לדעתם עיניך תחזינה משרים כי הדברים טובים ונכוחים ותחלה אבאר שמ"ש דאליבא דר"ל יקשה קושית התוס' למסקנא דהא יכול לחפות על ב"א דארוסה וזה ודאי אינו לא ידעתי מי לחשך לומר שזה ודאי אינו שהרי לדעת התוס' בחד תירוצא יכול הוא לחפות אף בנשואה רק שאין לחוש אם מחפה כדין ואולם הנך מפרשים במקובצת שכתבו דבארוסה זנות שכיח לא ס"ל הך תירוצא אלא ס"ל כיון שמ"מ יכול הוא לחפות א"כ לא הועילו בתקנתן שהרי שפיר יחפה בהיתר אלא דבנשואה אין לחוש לכך רק בארוסה דליכא ב"ז והא דצריך להניח הזמן למסקנא משום גזירה שמא יאמרו גיטה כו' ומ"ש בשם המקובצת דאף בארוסה שייך אין אדם כו' דברים אלו מרפסן איגרא דאטו משום הא נימ' דאנן סהדי דלא בטלו בלב ואם ירצה לבעול אח"כ יקדשנה מחדש וא"כ י"ל דשפיר בטלו ואי משום דחכמים הפקיעו הקידושין מאי איכפת ליה בהכי כיון דלא מפסיד מידי ואם ירצה לבעול אח"כ ג"כ יקדשנה וכ"כ להדי' הרשב"א בשם ר"ת שכתב תינח נשואה ארוסה מא"ל יע"ש ואמנם לכאורה יש לדחות מ"ש משום דלר"ל נמי שייך שמא יחפה עכ"פ היכא דקידש בביאה דאז שייך לומר אין אדם כו' ב"ז וא"כ כיון דאהני עכ"פ להיכא דקידש בביאה שפיר תיקנו זמן בארוסה אך י"ל כיון דאיבעי' בקידושין אי אירוסין עושה או נשואין עושה וא"כ אכתי תיקשי אי אמרי' נשואין עושה א"כ להיכא דקידש בביאה שוב הוה נשואה ולא שכיח זנות ובלא"ה ליכא למיחש לחיפוי ומ"ש שבחנם טרחתי להביא דברי המגיה שכן הוא בר"ן לפום ריהטא כתבת כן שאע"פ שהר"ן כתב מחמת דאין דבר שבערוה כו' הנה התוס' בעצמם דף ל"ג ד"ה רבי כתבו טעמא דאין יכול לבטל בפני אחד משום דבר שבערוה ועיין במהרש"א שנסתפק בדבריהם ולכך הבאתי דברי המגיה שמפרש אף דברי התוספות בדף ל"ב ג"כ ע"ש:

ומ"ש להשיב על דברי מדברי התוס' בכתובות שכתבו דחזקת פנויה איתרע וה"ה כאן איתרע חזקת א"א אין הדמיון עולה יפה דהא ודאי שפיר כתבו התוס' שם דאיתרע חזקת פנויה לענין מכאן ולהבא אין להתירה להנש' לכתחלה אבל אם היינו מסופקים על מעשה זריקת הקידושין אימת היה אם בניסן או באייר ודאי שגם התוס' מודי' דאמרי' אוקמ' אחזקת פנויה עד עתה והשתא הוא דאיתרע ואם נתקדשה קידושי ודאי אלא

שספק אם בניסן או באייר אז שפיר י"ל דאיכא ספיקא שמא בניסן ואין להעמידה על חזקת פנויה דמעיקרא זיל בתר חזקה דהשתא דהיא מקודשת לפנינו ונימא כמו דהיא מקודשת השתא כך היתה מקודשת מעיקרא וזו סברת התוס' כאן לענין חזקת א"א דאמרי' הרי גרושה לפנינו ומאי חזית למיזל בתר חזקת א"א דמעיקרא זיל בתר השתא וכן בההוא דבוגרת לפנינו והרי חסר לפניך וזה דוקא היכא דמכאן ולהבא אין כאן ריעות' לבד הא ודאי דלענין למפרע מוקמינן לה אחזקתה קמייתא ואמרי' השתא הוא דאיתרע דוק ותשכח בסוגיות השייכים לחזקה שדברים אלו ברורים כ"ז כתבתי לדבריך דמותבת מדברי התוס' לדברי המפרשים אלו אבל באמת דברי התוס' הללו אינן מוסכמים כמבואר אצלי באורך וגם דברי התוספות גופייהו מבואר במפרשים שכוונתם רק לענין להתירה להנשא לכתחלה לבד ואין להאריך ועיין בפ"י מ"ש גבי מחקה דחיישי' דלמא היה מאוחר ולא שייך הרי גרושה דהוא חזקה דהשתא דשמא גם עכשיו אינה ודאי מגורשת יע"ש:

ואמנם לפי מ"ש הפ"י בכוונת התוס' דהרי גרושה לפנינו דדמי להך דכתמים דמטמא למפרע עד שעת כיבוס דהא ע"כ שהיינו מחזיקים אותה בטעות בא"א שהרי ע"כ לאו עכשיו ברגע זו נתגרשה דא"כ הרי עדים מצויין לפנינו כו' א"כ לאו עכשיו נתגרשה אלא מתמול שלשום וא"כ הרי היינו מחזיקים אותה בטעות כו' ולפ"ז בלא"ה לק"מ דיחפה בכת"י דלענין כת"י שפיר אמרי' דהיא בחזקת א"א ומעולם לא היינו מחזיקים אותה בטעות דעכשיו הוא דאיגרשה ונתן לה גט בכת"י וביתר דבריך לא ראיתי לכתוב כי בקל תוכל לישבם בעצמך אחר העיון:

ועיין במ"ש אא"ז הגאון בת"ש דדוקא לענין אם זרק קידושין ספק קרוב לו כתבו התוס' כן דלא שייך לאוקמא אחזקת פנויה כיון שהדבר נפל במקרה ואטו משום חזקה נימא דמסתמא נפל קרוב לו וכעת איני זוכר באיזה מקום ראיתי כן בדבריו ובקונט' החזקות כתבתי הרבה בענין זה וכעת לא נפניתי להאריך דברי אחיך:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קכט - ב

תשובה לכבוד מחו' הרב הגאון אב"ד סטאניסלאב נ"י ותוכן הענין בחשש גט מעושה ומובן מתוך התשובה:

ארי עלה ונתעלה. ריש מתיבתא וריש כלה. מאוד נתעלה רחמנא נינטריה שמירה מעולה. ה"ה כבוד אהובי הרב כו' מהורר ארי' ליב סג"ל הורוויץ נ"י:

אחד"ש אם אמנם דרך קן קולמסי איידי דטרידא למפלט לא אוכל מלט כו' ובמה דסיים כ"ת אפתח:

כתב מר לתרץ מה שהקשה המ"ל אהדדי גט אחליצה ואיהו מפרק לה דגט שאני דאיתא בשאלה הנה אף כי הדברים נכונים מצד עצמם שכן מבואר מדברי הריטב"א שהביא הב"י ס"ס קנ"ד שכתב דאם איתא דאינו מגרש לה אלא מחמתה הו"ל לבקש צד להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו למסור מודעה מבואר דדוקא היכא שהלך וגירש מעצמו אז אמרינן דמאן לימא לן דמינס אנוס מחמת השבועה דלמא ברצון הוא נותנו ומה בכך שקפץ ונשבע לזרוזי נפשיה משא"כ היכא שכפו אותו לגרש שנראה בעליל שמחמת אונס הוא שגירש מבואר בדבריו דבכה"ג שכפו אותו לקיים שבועתו אין הגט כלום ואני תמה בזה על בדק הבית שכתב על דברי ריטב"א הללו שכ"כ בתשו' ר"י בן הרא"ש ולענ"ד הם גופם מחולקים שלדעת הר"י כיון שהדבר מוטל עליו מחמת השבועה כופין אותו והמעשה קיים משא"כ להריטב"א וא"כ גבי חליצה בסי' קס"ה לשיטתו אזיל דס"ל כל שכופין אותו מחמת השבועה הוי מעושה שלא כדין ומבואר שם להדיא ממ"ש ומ"מ זה שלא קיים שבועתו מעצמו כו' מבואר מזה שאם עמד וחלץ מעצמו שפיר הוי חליצ' וכמ"ש סי' קנ"ד גבי גט ומ"ש מכ"ת דהת' היה הספק או מח"ק או מי"ק ואי מח"ק הוי כנדר של שחוק:

ולענ"ד צ"ע שלא נזכר שם שהיה ספק בזה אלא שהריטב"א כתב שבין האומר כך ובין האומר כך יש לנו להענישו או מדין שבועות בטוי או מדין שבועת שוא גם צ"ע שהרי אנן באמת מנהגינו להתיר ליבם אם נשבע כמבואר בסדר חליצה ובשלמא מש"ע סי' קס"ט שכתב שיש להתיר שבועתו אין ראיה די"ל דאזיל לשיטתו שפוסק מצות יבום קודם משא"כ לדידן דמספק' לן ועכ"פ כשיש לו אשה ובנים שכתב רמ"א שי"א שמח"ק א"כ איך מתירין אלא ודאי דכה"ג פשיטא דזה לא מקרי קיום המצוה לדמותו לנדר של שחוק כיון דבדידיה תלא רחמנא אף דמ"מ מקרי נשבע לבטל קצת כיון דאיכא מצוה טפי ביבום וגם בזה כתב הריטב"א שאין זה נשבע לבטל אבל פשיטא שיכולים להתיר לו השבועה וכמו שמתירין לו אם נדר ללכת לא"י וכן נדרי תענית וצדקה ועוד דהוא גופא קשי' מ"ש הריטב"א דאי מח"ק מ"מ הא קי"ל נשבעין לקיים המצוה ושבועה חלה כדאיתא פ"ק דנדרים ולכאורה אדרבה שם איתא להיפך דפריך אהא דמנין שנשבעין לקיים המצוה הא מושבע ועומד מהר סיני הוא ומשני דשרי לזרוזי נפשיה אלמא דבאמת אין השבועה חלה רק שאין בזה משום הזכרת ש"ש אמנם הרשב"א שם פירש וכ"נ מדברי הר"ן דעכ"פ בל יחל דברו עובר היכא שנשבע לקיים המצוה וגם לשיטת התוס' דווק'

היכא דא"א למפטר נפשיה מן מצוה זו לגמרי כגון תפילין ועיין שם. ואמנם אף לדברי מכ"ת שלא היה באפשרי להתיר מטעם מח"ק מ"מ הוי ליה לגלות דעתו למסור מודע' כמ"ש הריטב"א לגבי גט אלא ודאי דזה ל"ש הכא כיון שבאמת כפו אותו אמנם דעת הר"י בן הרא"ש הוא דכיון שהוא מחויב בדבר מחמת השבועה כופין אותו והמעשה קיים:

ואמנם לענ"ד י"ל החילוק באופן אחר בין גט לחליצה ע"פ דברי התוס' בב"ב שכתבו בחד תירוצ' דכיון שיפטר ע"י הגט משאר כסות וכו' חשיב כתלויה וזבין ושוב הקשו דא"כ שלא כדין נמי ותירצו דדבר שהו' מדינ' הוי תלויה וזבין. ולפ"ז י"ל דתרווייהו בעינן שיהיה מדינ' ושיהיה נפטר ע"י כך משאר וכו' וטעמ' יבואר אי"ה ולפ"ז י"ל דגם הריטב"א יודה לר"י בן הרא"ש בגט דשפיר כופין אותו והמעשה קיים דהתם הוי כתלויה וזבין משא"כ לגבי חליצה שלא נפטר בכך כלום דדוקא בגילה דעתו שחפץ לייבם ועמד בדין וברח ניזונות משל יבם כמ"ש התוס' שם א"כ תלויה ויהיב לאו כלום הוא אלא דלפ"ז אף באותן שמן הדין כופין אותו להוציא נימא דחליצה מעושית אינה כלום והריטב"א כתב להדיא דבכה"ג מהני ובאמת הדבר תמוה למאי שהיה ר"י רוצה לתרץ דבגט הוי תלויה וזבין לפי שיפטר בו לפ"ז פריך אהא דקאמר חליצה מעושית פסולה גט מעושה כשר ה"ד אי דאמר רוצה אני ומאי קושיא דלמא בדאמר רוצה אני ואפ"ה פסול בחליצה דהוי תלויה ויהיב וצ"ל דהש"ס התם קאי אליבא דהך תירוצא דטעמא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ולפ"ז אין לחלק בין גט לחליצה משא"כ לדידן ס"ל כרב הונא שפיר יש לחלק ביניהם וא"כ אפשר דאף מעושה כדין פסול:

והנה מ"ש דהא בחליצה לא מרויח מידי וא"כ מאי פריך אי דאמר רוצה אני חליצה נמי דלמא טעמ' דחליצה משום דלא מרויח מידי אך י"ל לפמ"ש בתשובה אחת לתרץ דברי הפמ"א דהא דבעינן רוצה אני בקרבן היינו משום דכתיב לרצונו אבל בלא"ה כיון שנותן הקרבן סגי אע"ג דבלביה לא ניחא ליה דהא הוי דברים שבלב ולפ"ז מה דבגיטין בעינן רוצה אני ולא סגי בנתינת הגט לחוד היינו משום דאע"ג דנתינת הגט מבטל לדבורא קמא ואגב אונסא גמר ומגרש מ"מ בכתיבת הגט אין כאן מעושה והוי כתיבה שלא לשמה הלכך בעינן שיאמר רוצה אני קודם כתיבה וכן מצאתי במהרי"ט ריש קדושין וכן משמע לכאורה לשון הרמב"ם ולפ"ז בחליצה שוב לא בעינן רוצה אני ואפשר דהיינו טעמא דהרמב"ם שלא הזכיר רוצה אני בחליצה אמנם לכאורה זה נגד הש"ס דקאמר גט מעושה וחליצה כו' הא דאמר רוצה אני וצ"ע:

והנה מ"ש מכ"ת מיקריב אותו אלמא שכופין לקיים נדרו נראה דודאי הא קי"ל תלויה ויהיב לאו כלום הוא וצ"ל כיון דדינא הכי כזבין חשבינן ליה וזה דוקא אי דינא הכי

בהא מלתא גופא דאיתא בקרא שכופין אותו ומחויב הוא להביא או בגט מעושה שהדין שכופין אותו להוציא משא"כ בשבועה אף שהדין נותן לכופו לקיים שבועתו מ"מ הרי הוא אונס מצד השבועה עצמה ואינו דומה לתלויה וזבין אם לא היכא שמחויב לעשות אותו דבר עצמו מדינא א"צ שיאמר רוצה אני כיון דאגב אונסא גמר ומקני והא דבעינן שיאמר רוצה אני היינו היכא דמתחלה מסר מודעי משא"כ בגט דלעולם צריך שיאמר רוצה אני משום הכתיבה הלכך שפיר ס"ל דאף אם גירש מחמת כפי' על השבועה קיים כיון דאמר רוצה אני הוי דברים שבלב וא"ל כיון שאינו מחויב מדינא הוי דברים שבלבו ולב כל אדם ז"א דשמא מרוצה הוא בשבועתו שנשבע משא"כ גבי חליצה דלא בעינן רוצה אני והא דקאמר הש"ס לא אמר רוצה אני פסול ר"ל היכא דמסר מודעה ולפ"ז כיון שאין מחויב לחלוץ רק מחמת השבועה פסול אמנם היה אפ"ל טעמו של ר"י בן הרא"ש בזה משום דכיון שכבר אסר הנאת תשמישו א"כ שוב מדינא מחויב להוציא כמבואר בסי' ע"ג וכמה דוכתי משא"כ מחמת השבועה לגרש לחוד אפשר דבאמת הוי כפי' שלא כדין:

ואמנם מ"ש דכאן חיובא איכא במאיס עלי ומייתי הך דמרדכי אם נתפס בידי עכו"ם כו' והנה מהתם יכילנא לדחויי דלאו דינא קאמר אלא שאם עושין כן אין זה אונס אמנם טפי הו"ל לאתויי מ"ש הב"י סי' קל"ד בשם מהרי"ק אך כל רבותינו כו' וכ"כ מהרי"ק בשם ר"ת סי' קל"ה אך אי לא מסתפינא אמינא דר"ת שם השיב כן לאותן מקומות שנהגו בכפי' כמבואר ענין כזה בשו"ת הרא"ש כ"פ וע"ז כתב להם בדרך תוכחת מוסר שלא יעשו כפי' רק אם רוצים להחזיק במנהגם יכולים לעשות לו כפי' זו ועיין בש"ע סימן קנ"ד שכתבו הרחקה זו אהיכא דאיתמר יוציא ויתן כתובה והנה בת' הרשב"א סי' אלף קצ"ב מבואר ג"כ דאף בטוענת אין לו גבורות אנשים אין כופין רק בבאה מחמת טענה ואז יכולים לומר לו שחייבוהו חכמים להוציא משא"כ במאיס עלי וכן מבואר מדברי הרא"ש ויתר הפוסקים במאיס עלי אם רצה מגרש יע"ש ומצאתי און לי בש"מ הביא בשם ר"י. דבמאיס עלי אומרים לו חכמים חייבוך להוציא כו' ור"ת אומר שאף זה אין אומרים לו אלא שאם בא לימלך בב"ד משיאים לו עצה שיגרשנה לאלתר ויפטור מכתובה:

ומ"ש לתרץ קושית התוס' דמ"ט פסול בכותיים נימא דגמר ומגרש כו' לתרץ באופן מרווח יותר ע"פ מ"ש התוס' על הך תירוצא דהוי תלויה וזבין כיון שנפטר כו' וע"ז הקשו דא"כ שלא כדין נמי הנה ודאי שאין קו' שיהא כשר לגמרי דפשיטא די"ל דפסול מדרבנן דהא במכר אף ביהיב דמי חמסן הוה אלא דקו' למה יהיה פסול מדאורייתא ולפ"ז י"ל לפי מה דאיתא בב"ב דף מ"ט כל מקום שא"ח מגורשת ואינה מגורשת בעלה

חייב במזונותיה ופי' רשב"ם טעמא משום דאכתי אגידא ביה ולפ"ז אף בפסול דרבנן נמי הדין כן שחייב במזונותיה משום דאגידא ביה ולפ"ז ל"ק קו' התוס' דכיון דעכ"פ פסול מדרבנן א"כ עדיין חייב במזונותיה ולא מרווח מידי בנתינת הגט א"כ שוב הוי פסול מדאורייתא דהוה תלויה ויהיב ולפ"ז א"ש דהוצרך לאתויי דרב משרשיא, דאל"כ אין לפוסלו כקושית התוס' דגמר ומגרש אגב אונסיה ולכך מייתי דרב משרשיא דעכ"פ מדרבנן פסול וממילא דנפסל מדאורייתא דהא לא יפטר מכלום ע"י גט זה ומאי דקאמר התם דרב משרשיא בדותא הוא היינו דמשמע מדבריו דלדינא אינו פסול רק מדרבנן והא לית' שיש בו פסול מן התורה אבל מ"מ אי לאו דפסלוה רבנן היה כשר גמור והשתא דפסלוה הוי פסול מדאורייתא:

והנה תימא על מהרשד"ם סי' ע"א שכתב דהריטב"א דוקא בדיעבד ור"י בן הרא"ש אף לכתחלה מתיר לכופו וכתב דלפ"ז בחליצה יש להקל ולא הזכיר ת' הריטב"א שהביא הב"י סי' קס"ה דפוסל בחליצה מעושית כה"ג ולהיות כי המוביל נחפז ללכת קצרתי דברי מחו' הדו"ש באהבה רבה:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תפ ונשלם שאלות ותשובות מאבן העזר חלק שלישי

חלק ד

שאלה קל

ב"ה יום ב' כ"א סיוון ועבר לכם כל חלוץ לפ"ק בראד בדבר השאלה בנידון שומרת יבם שהיא ממתנת כמה שנים על היבם שיהא ראוי לחלוץ וכהיום בדקו הב"ד ונמצא שיש לו במקום בית הערוה י"ב שערות שהם ארוכים כדי לכוף ראשן לעיקרן ועל הכף יש לו ב' או ג' שערות ארוכים שהמה כדי לכסות צפורן של אמה בצמצום עכ"ל השאלה שנשאלה לפני כבוד הרב הגאון המפורסם מהר"ר מאיר נ"י האב"ד פק"ק יצ"ו והרחיב בזה בתשובתו ושלח גם אלי לחוות דעי הקלושה בנדון זה:

תשובה גלוי וידוע לפני כל יודעי דת ודין דברי רבינו הב"ח באה"ע שיש להחמיר שלא לחלוץ בשערות שיש בהם כדי לכוף מטעם שאין אנו בקיאים בגומות ואולם הט"ז והב"ש השיגו עליו דלא אתאמרה אלא גבי מיאון שאין בקיאין בגומות בלא שערות אבל לבדוק אם יש גומות תחת השערות שפיר אנו בקיאים והגאב"ד דפה כ' ג"כ שאין זה ענין למיאון דדווקא לענין זה אמרינן דאין בקיאין דאע"פ שאין אנו רואין הגומות אפשר שיש גומות אבל להיפך כשאנו רואין הגומות מנין לנו להחמיר ולומר דאין אנו בקיאים וזה הגומא שאנו רואין דילמא לא מיקרי גומ' וכי יש שיעור לגומא ומנין לנו לבדות ולומר דאין

אנו בקיאין כו' ובאמת שכבר עמד בזה הגאון מהר"י לנדא נ"י בספרו נ"ב סי' צ"ג ותמה על הב"ח בזה וכ' מה ענין שמיטה כו' ע"ש. ובאמת שהחילוק הזה בין חליצה למיאון הוא פשוט לכאורה דלא דמי אלא כעוכלא לדני ואדרבה כיון דחזינן גבי מיאון דאף כי עין רואה תשור שאין גומות מחמרינן דשמא מחמת שהם קטנים מאד אין מכירין בהם א"כ חזינן דאף גומות קטנות מאד נקראים שפיר גומות אם כן פשיט' אם עינינו הרואות גומות לפנינו שאין מקום לומר שמא כל כי האי גווני לאו גומא הוא ובין גומא לגומ' נתחלף לנו ודוחק לומר שהיה ידוע להם איזה סימן בגומות הנמצאי' תחת השערות המועילי' ועכשיו אין אנו יודעים ובקיאים בזה דא"כ לא הוו שתקי בש"ס ובראשונים ז"ל לבאר סימן הגומות הללו וגם כיון שראיות הב"ח ממיאון הם דחוין מאין הרגלים לבדות חומרא מלבנו מה שלא נזכר בראשונים ז"ל:

ועוד אני אומר שמהך דמיאון אין ראיה כלל בלא"ה דדווקא התם כיון שהגיעה לכלל שנים ואיכ' חזקה דרבא שהביאה סימנין שפיר אנו אומרי' שאשה זו לא יצאה מכלל החזק' ובודאי הביא' שערות ונשרו ואע"פ דהא קמן שאין כאן גומא אנו תולין זה בחסרון בקיאות שלנו כדי שלא לסתור חזקה זו משא"כ לגבי חליצה שאדרבה מצד החזקה אית לן למימר שיש כאן שערות ובעיקרן גומות וגם ראוהו ב"ד שכן הוא לפנינו כמו שהוא מצד החזקה מה"ת ניחוש לה לומר שהגומות שאנו רואים אינם כלום ואשה זו היוצאת מכלל החזקה כולי האי ל"ח כיון שחזקה מסייע לחוש הראות שלנו ודי בזה שנחמיר לומר שאין בקיאין לראות ולבדוק היטב במקום שהוא סותר החזקה:

ולולי דברי קדשו דהב"ח הייתי אומר עוד דהא דאמרינן שערות צריך שיהא בעיקרן גומות אינו בא רק למעט היכא שבדקנו ולא מצאנו גומות אמרינן דשומא נינהו אבל סתמא דמלתא כל שאנו רואין שערות סתמ' דמילתא עם גומות הם ולית לן למיזל בתר איפכ' לומר שאין שם גומות ואע"פ שכתבו הפוסקים בשם סה"ת דעל רבוי שערות סומכים שלא לבדוק אחר גומות דמשמע מזה דלולי רבוי שערות צריך בדיקה אחר גומות י"ל דהיינו מטעמ' דכל היכא דאיכ' לברורי מבררינן כדאמרינן בעלמא אין סומכין על החזקה במקום שיכולין לבררו וה"נ אע"ג דסתמ' דמילת' שערות יש בעיקרן גומות לא סמכינן עלה כיון דאיכ' לברורי וא"כ הדבר פשוט דאי בדק ואשכח שערות עם גומות שאין מקום לחוש שמא אין בקיאין כיון שא"א לברר יותר מזה:

ולכאורה נלפע"ד להביא ראיה לזה ממ"ש התוס' בב"ב דף קנ"ד בד"ה ועוד סימנין כו' ואומר ר"י דשמא בחייו לא היו גומות ומחמת מיתה יש שם גומות כדאמרינן בנדה גומות אע"פ שאין שערות עכ"ל ולכאורה קשה דל"ל למינקט בכה"ג שלא נמצא שערות

רק גומות דאכתי תיקשי דמאי קאמר ועוד סימנין עשוין להשתנות כו' שהרי עדיין יש ללקוחות פתחון פה לומר שרוצים לבדקו שמא ימצאו שערות ובשערות לא שייך שינוי כמ"ש התוס' שם ונצטרך לדחוק ולומר דמיירי בידוע שודאי לא היה לו שערות ולא באו לבדקו רק בשביל גומות ודלא כס"ד דתוס' מעיקר' שהיה שם שערות לוקמי שרצו לבודקו בשביל שערו' ואפ"ה שפיר השיב להם ר"ע דסימנים עשוין להשתנות וחיישינן שמ' בחייו השערות הללו לא היו בעיקרן גומות ועכשיו ע"י המיתה יש גומות ואין זה כלום אע"כ כמ"ש דסתם שערות הם עם גומות והלכך לא מצי ר"י למינקט כה"ג דא"כ מאי קאמר סימנים עשוין להשתנות כו' דמה בכך כיון שנמצא לפנינו שערות עם גומות אף דלא מצינן למיקם עלה דמילתא דשמ' מחמת מיתה יש שם גומות אין לנו לתלות בזה כלל דכל היכ' דליכ' לברורי טפי אזלינן בתר סתמ' דהשערות באו עם הגומות וסי' גדלו הם בעודנו חי ואפי' להוציא ממון מחזקת היורשים וא"כ הדבר פשוט דודאי סמכינן עלה לחליצה לומר ששערות עם הגומות שאנו רואין הם סימן מובהק ולא ניחוש להא שאין בקיאין כיון דרובא הכי אית להו שערות ובעיקרן גומות ואין הבדיקה רק לכתחלה לחומרא:

וראיתי להגאון אב"ד דק' נ"י בתשובתו שכ' להתיר מטעם דהא איכא חזקה דרבא ואע"ג דאמרינן לחליצה בעי' בדיקה היינו מטעם דאין סומכין על החזקה במקום שיכולין לברר וא"כ ל"ש אין בקיאי'. ועפ"ז ביאר דברי התו' בב"ב דף הנ"ל במ"ש וא"ת למה יש לנו לומ' שהי' קטן כיון דאיכא חזקה דרבא כו' הנה גם הגאון הנ"ל בנ"ב העיר בזה בפשט דברי התוס' וכ' כדברי הרב נ"י ובאמת שכ"כ הט"ז באה"ע סי' קנ"ו דהא דאמרינן לא תחלוץ עד שתבדק היינו משום שאפשר לברר לא סמכינן על החזקה. אולם מ"ש בפשט דברי התוס' שקושייתם הוא כיון דא"א לברר שוב יש לנו לסמוך על חזקה זו להוציא מחזקת היורשים. וזו מן התימה דהא אף רובא אינו מועיל להוציא ממון וע"כ דהך חזקה כודאי משוינן לה ועדיף מרובא וא"כ אף לברר לכתחלה לא יהא צריך כיון דאלים כ"כ אף להוציא ממון דהא ודאי הא דאמרינן גבי רוב' וחזקה שאין סומכין עליהם במקום דאיכא לברורי היינו משום דלכתחלה חיישינן למיעוט הרגיל אבל כל שאינו מיעוט הרגיל ל"ח לבדוק אף לכתחלה כמו שאין בודקין אחר כל י"ח טריפות. שוב ראיתי שהגאון בנ"ב הרגיש בזה וכ' לחלק ועיין ברשב"א חולין וצ"ע:

אמנם נראה לענ"ד די"ל עפ"י מ"ש הרמב"ם בהל' סנהדרין פט"ז הל' ו' וז"ל א"צ ב' עדים אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א הוחזק כיצד אמר לו ע"א חלב כליות הוא זה כו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה אע"פ

שעיקר האיסור בע"א ומקור הדין מירושלמי דנזיר ותימ' על הכ"מ שם ומצאתי להמ"ל פ"ג מהל' שגגות שעמד בזה וכן בהל' נזירות פ"ט הראה כ"מ מקומו להירושלמי וכיוצא בזה כ' הרמב"ם סוף פ"א מהל' א"ב הלכה כ"ב המקנא לאשה ונסתרה כו' אע"פ שעיקר העדות בע"א כבר הוחזקה בו זונה ומקורו ג"כ מהירושלמי דסוטה פ"ו הלכה ב' ומה שצ"ע על הרמב"ם שם בהלכה כ"ג ובדברי הפ"י בק"א ביארתי בעז"ה במקום אחר:

ועכ"פ למדנו מזה דאע"ג דלעולם אין אדם לוקה עד שיהא שני עדי' בדבר מ"מ כל שכבר הוחזק ענין האיסור ע"פ ע"א זמן מה ואז הי' נאמן מטעם ע"א נאמן באיסורין דכיון שקודם מעשה אמרה שומעין לו והלכך כודאי משוינן ליה ואם אח"כ אכל או בעל שפיר לוקה דהחזקה שהוחזק ע"פ ע"א בעוד שלא היינו דנין על הענין ללקות אדם ע"פ כשני עדים דמי. ולפ"ז יש לכאור' לדון מזה היכא שבא ע"א והעיד שזה בן י"ג שנה ויום א' והביא ב' שערות והוחזק ע"פ ואח"כ באיזה זמן עבר עבירה שחייב מלקות שפיר לוקה אע"פ שהגדלות לא הוחזק אלא ע"פ ע"א וצריך להבין שהרי הרמב"ם פ"ב מהל' אישות הלכה כ"ב כ' אין סומכין על הנשים במנין השנים כו' אלא ע"פ שני אנשים כשרים להעיד וכ"כ לה הא הם שא א ש אאלאשה אאאר אששש שאם א שששם ששהעם השה ק שא ב אחר כך בהלכה כ"ג שהאב אינו נאמן למכות ולעונשים וצ"ל דהתם מיירי לענין אם באה לפנינו לחלוץ או להתגרש ע"פ הנשים המעידין על הנשים שכיון שאנו באים לדון להוציא זו מחזקתה אל תתירנה כ"א בעדות כשרים דוקא וכן ההוא דהאב א"נ למכות ולעונשין י"ל דמיירי בכה"ג שעבר עבירה שחייב מלקות ורוצים להלקותו ע"פ האב שאומר שהוא בן י"ג שנה בהא אמרינן דלא מהימן ובמקום אחר הארכתי בהא דאמר ר"ח אחד זה ואחד זה אין סוקלין ואזדא ר"ח לטעמיה כו' ובדברי הפ"י שם ובק"א שכ' דדוקא היכא דאיתרע החזקה הוקבע האיסור ע"פ ע"א ע"ש ולפי דבריו י"ל דלכך ע"א א"נ במנין השנים דאיכא חזקת קטנות אמנם זה צ"ע דחזקה זו עשויה להשתנות וכמבואר שם ואין להאריך ועכ"פ נראה דהגיע לכלל שנים והעיד ע"א שהביא ב' שערות שפיר הוקבע ע"פ ע"א ואם אח"כ עבר עבירה שיש בה מלקות לוקה כיון שכבר הוחזק בשנים וסימנים ע"פ ע"א: והשתא נחזי אנן בדידן למאי דקי"ל דחזקה דרבא הוי חזקה גמורה נראה דהך חזקה לא גריעא מע"א וכל שהגיע לכלל שנים ולא באנו אז לדון על עניניו להוציאו מאיזה חזקה המנגדתו בסתמא היינו מחזיקין אותו בחזקת גדול שוב שפיר הוא יכול למכור בנכסים ולוקה ונענש והרי הוא כגדול לכל דבריו משא"כ בההיא דנדה דמיירי שמאז שהגיעה לכלל שנותיה היתה בחזקת איסור לשוק דל"ש לקבוע חזקת גדלות שמחמת שהגיעה לכלל שנים ולהתירה ע"י חליצה כיון שבעת חלות חזקה

זו דרבא היה חזקה המנגדתו וגם בע"א אית' ברמב"ם דאם הכחיש העד בשעת מעשה אינו לוקה וכבר כתבתי בשם הפ"י ג"כ דמיירי בענין שאין העד בא להוציא מאיזה חזקה וה"נ בנ"ד לענין חזקה דרבא שכל שבשעת חלות החזקה אין שם חזקה המנגדת הרי הוקבע חזקת גדלות משא"כ אם אז בטרם תבא חזקה זו כבר הוחזקה באיסור לשוק וכה"ג אין חזקה זו מועלת לומר שהוחזקה והוקבעה בגדולה וכה"ג:

ולפ"ז בהך עובדא דב"ב במעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו כו' דמעשה כי הוי בשנת י"ח או בשנת כ' כדאיתא שם אח"כ ובשעה שהגיע לכלל גדלות לא היה ענין שצריכין לדון עליו כלל שהרי עדיין לא מכר וגם כי לא היה יכול למכור בלא"ה א"כ שפיר היינו מחזיקין אותו כגדול לכל ענינים שיהיה מכאן ולהבא כיון שהוקבע והוחזק איזה זמן בגדול בלא שום חזקה המנגדת וא"כ שפיר הקשו התוס' למה יש לנו לומר שהוא קטן כיון דאיכא חזקה דרבא וההוא דנדה שאני דהתם מיירי בהגיע תור חזקה דרבא כאן נמצא כאן היה חזקת איסור לשוק ואף דגם גבי חליצה משכחת לה דקדמא ואתי' חזקה דרבא קודם שהוחזקה באיסור לשוק לא בעי הש"ס לאוקמ' מילתא דרבא הכי וטפי ניחא ליה למימר כי קאמר רבא למיאון. ואם כן יצאנו לדון בדבר החדש היכא שהיבם הגיע לכלל שנותיו והוחזק זמן מה בחזקת גדול בעוד שהיה אחיו בעל יבמה זו בחייו אם כן שפיר איתחזק בתורת גדול מחמת חזקה זו בעוד שלא היינו צריכין לדון אם הוא ראוי להתיר יבמתו ע"י חליצה ושפיר מועיל חליצתו אח"כ אמנם בנ"ד משמעות השאלה שזה נעשה י"ג לאחר שנפלה זו לפניו וגם בזה יש לדון כיון דבדידיה אין כאן חזקה המנגדת לחזקה דרבא רק אם באנו לדון אם יכול להתיר יבמתו ע"י חליצה וכיון דלע"ע אין אנו דנין רק עלי' דידי' שפיר יש להחזיקו בתורת גדול ואע"פ שאח"כ ע"י שהחזקנו אותו בתורת גדול הוא מתיר יבמתו לשוק בחליצה לית לן בה. וראיה לזה ממ"ש התוספות בחולין דף צ"ו גבי פלניא דהאי סימני' כו' וא"ת איך מחזירין השטר בסימנים כו' ע"ש בתירוצם ובמקום אחר כתבתי מזה ואין פנאי להאריך כי הך סברא גופא שכתבתי דדוקא לענין חליצה דקטנה שהגיעה כו' בעיא בדיקה משום דחזקת איסור לשוק מנגדת עדיין לא נתחוור כל הצורך וגם כי התוס' לשיטתיהו אזלו שכתבו בדף קנ"ו דכל שמצאנו סימנים אחר הזמן מחזיקינן ליה למפרע כגדול משעה שהגיע לכלל שנותיו וקידושי קמאי הוי קידושין בתראי לא הוי קידושין וכ"כ הב"י באה"ע סימן מ"ג שכ"כ הרא"ש בתשובה וכ"כ התוספות אבל כתב שם הב"י שמורו הר"י בי רב כתב שהרשב"א וה"ר דוראן חולקין ע"ז כו' ע"ש הרי דאפי' כשנמצא עתה סימנים לא מחזיקין בודאי למפרע משעה שהגיע לכלל שנים:

ודרך אגב אבאר ג"כ מה דתמיה לי על הגאונים הח"מ והב"ש בסימן ל"ז שכתבו מדברי הרשב"ץ בתשובה שהביא ב"י מבואר כשנראה בה סימני נערות ג' או ד' חדשים אחר י"ב שנה אמרינן מסתמא היה בה אותן הסימנים כשהיתה י"ב שנים וכן הוא בח"מ סי' ל"ה לענין עדות והב"י סימן מ"ג כתב דהרשב"א חולק ע"ז עכ"ד., ונפלאתי ע"ז שנראה שנגררו אחר ל' הכתוב בב"י סי' ל"ז בשם הרשב"ץ שכתב ויש נשים שמעידות שראו לה קודם הקידושין ביותר משני חדשים סימני נערות ודאי אין חוששין לקידושין והדבר ברור שהוא ט"ס וצ"ל ביותר מששה חדשים כו' שהרי ה"ר דוראן הוא הרשב"ץ ז"ל המכונה כן כמבואר לרגיל בתשובת הריב"ש ז"ל וכן תמצא בכמה מקומות בב"י להר"י בסימן מ"ג כתב הב"י שה"ר דוראן הוא החולק וכתב שצריך שיעידו עדים (אמנם הך עדים הוא ל"ד אלא ה"ה נשים סגי לדעתו כמבואר בתשובות הרשב"ץ שהביא ב"י סימן ל"ז) שו' חדשים קודם היה לה שתי שערות כו' וכוונתו לתשובה זו דהרשב"ץ בסימן ל"ז ועכשיו שזכינו להנות מאור הגנוז תשובת תשב"ץ ומצאתי שם תשובה זו שהביא הב"י בסימן ל"ז ושם כתב הגירסא הנכונה ויש עדות נשים שראו לה קודם הקידושין ביותר מששה חדשים סימני נערות כו' וכך הובא לשון תשובת הרשב"ץ בתשובת רב אשכנזי סימן ז' וכן מצאתי במהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ב שהגירסא הנכונה יותר מששה חדשים ע"ש שהאריך בזה להוציא מלבו של חכם אחד שגם כן היה לפניו הנוסחא בטעות כמות שהוא לפנינו. ועכ"פ מדבריו מבואר דאין חזקה זו מועלת כי אם להקל לסמוך אבדיקת נשים מחמת זה אבל בלא בדיקה כלל לא. ובאמת מ"ש הב"י שהרשב"א ג"כ חולק בזה לכאורה צ"ע דלפ"ז יהא סותר דברי עצמו דבחולין דף ג' כתב בחידושיו שם וז"ל ויש דברים הרבה שסומכין על הרוב בדיעבד וצריכין בדיקה היכא דאיתא קמן כו' וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן ז"ל דהא איכא חזקה דאיסורא כו' ודי אם נסמוך בכך היכא דליתא קמן וכי הא איכא במסכת נדה דאמר רבא קטנה שהגיעה כו' ואמרינן עלה כי קאמר רבא למיאון אבל לחליצה בעיא בדיקה עכ"ל. ודברים אלו הם גם כן בספר המלחמות להרמב"ן ז"ל שם מזה מבואר דס"ל דהך דבעיא בדיקה לחליצה היינו לכתחילה כיון דאיתא קמן ומצינן למיבדקה אבל בדיעבד סומכין על חזקה זו אף לחליצה:

גם צ"ע שהטור והש"ע פסקו דאם לא נבדקה משיש לה י"ב שנה אינה יכולה למאן דחזקה הביאה ב' שערות כו' ולא הזכירו שום חולק בדבר אלמא דהך חזקה אלימתא הוא דאי ס"ד ספיקא הוי אף בלא נבדקה הוי לן למיזל לקולא כיון דספיקא דרבנן הוא שהרי בלא בעל מיירי התם והרשב"א גופי' הוא גם כן מהסוברים כן דאף בלא בעל אינה יכולה למאן משהגיעה לכלל גדלות שהרי כתב בת"ה א' בהלכות נדה גבי כתם וז"ל

אע"פ שקטנה שהגיעה כו' ואפילו בדקן ולא אשכחן חיישינן שמא נשרו להחמיר לענין מיאון הא אמר רב דימי כו' אבל בעל בת"ז לא כלומר הואיל וליכא ספיקא דאורייתא וכתמים נמי דספיקא דרבנן הוא א"ח שמא נשרו אלא מיהו היכא דלא בדקן חזקה הביאה סימנים ואפילו למיאוני' וכדרבה כו' וכ"כ בת"ה הקצר שם דאפי' לא בדקוהו ולא נודע אם הביאה ב' שערות חוששין לכתמים דחזקה כל שהגיעה כו' וכ"כ הב"י בשם רי"ו וכן פירש בטור וש"ע שם סימן ק"צ וכן בש"ע סימן קפ"ט לענין ווסתות אלמא דאף בכתמים ובווסתות דספיקא דרבנן הוא מ"מ מטעם חזקה דרבא מחזקינן לה כגדולה אלמא דהך חזקה כודאי הוי:

ומידי עברי בזה לא אוכל מלט מלכתוב מה דתמיה לי טובא על פסק הטור והש"ע בזה שאפי' היא יתירה מי"ב אם בדקוה ולא מצאו לה ב' שערות א"ח לכתם וכ"כ בב"י וש"ע סי' קע"ט לענין ווסתות דכקטנ' משוינן לה ונגררו בזה אחר דברי הרשב"א שהבאתי לעיל ודבריהם סותרים למ"ש באה"ע סי' קנ"ה שם הביאו דברי סה"ת לענין מיאון דאינה ממאנת אחר י"ב שנה אעפ"י שלא בעל משום דבזה"ז אין בקיאין בגומות ועוד שמא הביאה אפי' א' בגבה כו' והוא מדברי ר"ת בספר הישר שהביאו התוס' להסמ"ג וש"פ והרי הרשב"א גופיה לא למדה גבי כתמים אלא ממיאון וכיון דפסקו במיאון להחמיר גם גבי כתם ובווסתות הו"ל לפסוק כן דחד טעמא הוא דהבדיקה שלנו אינו מועלת דשמא יש גומות ואין בקיאין כו' ואע"ג דספיקא דרבנן הוא מ"מ הוי ספק חסרון ידיעה וכמ"ש הב"ש בסי' קנ"ה ואם כן ה"ה לענין כתמים וצריך לחלק דדוקא גבי כתמים כיון דאשה זו בחזקת טהורה ושלא ראתה עומדת ואתה בא להחמיר עלי' להוציא' מחזקת טהרתה דשמא יש גומות כו' ואין בקיאין אל תחמיר עליה מספק משא"כ לענין מיאון. כיון שזו כבר חלו עלי' קידושין דרבנן ואתה בא להוציא' ולהתירה ע"י מיאון זה אל תתירנה בספק חסרון ידיעה דשמא גדולה היא ולא תמאן ואע"ג דגם לענין כתמים פסק בטור וש"ע לענין חלוק שנתכבסה דמה שאינה בקיאה אין ספק דאם אין זה בקי ומכיר אחר יכיר צ"ל דשאני חסרון בקיאות שלנו שהוא לכל הדור שפיר מקילינן לענין כתמים עכ"פ שבחזקת טהרה עומדת כך צריך ליישב לכאורה ותימא על האחרונים שלא העירו בכל זה. ולפי זה צ"ע דאיך למד הרשב"א ממיאון לענין אם לא בדק דאמרינן חזקה הביאה סימנים דדילמא בכתמים יש להקל טפי משום חזקת טהרה אע"כ דס"ל דהך חזקה דרבא הוי חזקה גמורה והלכך אף בדרבנן כה"ג דאיכא חזקת טהרה יש להחמיר אם לא היכא דבדק ולא אשכח א"ל מחמת חזקה דרבא ודאי הביאה ונשרו דרוב המביאין אין נושרין ואם נושרין יש שם גומות ומדהא ליתא אין מקילין בדרבנן לומר שלא הביאה

כלל רק דבדאורייתא חיישינן שמא נשרו ואם כן לפי זה דבריו סותרין למ"ש הב"י בשמו באה"ע סימן מ"ג ואם אמנם מההוא דמיאון וכתמים הוי מצינן לדחויי ולמימר דאע"ג דהך חזקה דרבא לאו אלימתא הוא למשוויה כודאי לענין קידושין וכה"ג מ"מ בספיקא דרבנן מחמירינן ע"י חזקה זו דתו לא הוי ספק השקול דטפי מצוי לאיסור מלהיתר אבל מההוא דהרשב"א בחולין קשיא. ועיין בשו"ת נ"ב שכתב שטעות נזדקר בקולמס הב"י במ"ש בשם הרשב"א כו' וז"א כאשר הארכתי בתשובות אחרות (ועיין בתשובה נידון העגונה מאוסטרהא ובתשובה להגאון מהו' חיים האב"ד דק"ק וולאזין בענין קידושי קטן) ובענין חזקה דרבא נשאתי ונתתי עם גדולי הדור ויש שדעתם דחזקה דרבא כספיקא הוה ולפי שהדברים ארוכים משכתי ידי מזה ועכ"פ אין לדחות בזה דעת הב"ח שחשש לומר שאין בקיאין בגומות משום דאע"ג דאיכא חזקה דרבא מ"מ דעת הרבה פוסקים שלא זו הדרך מוציא אותנו מידי ספק והרי יש כאן ספק תורה:

איברא כי גם מ"ש שסתם שערות עם גומות הם באים והוכחתי כן מדברי התוס'. הנה מדברי הרמב"ן והרא"ש מוכח להיפוך שהרי בההוא דסימנים עשויין להשתנות כתב וז"ל יש מפרשים דבעינן גומות בעיקרן ואם לאו שומא נינהו ואם נמצא שם גומות אומרים לאחר מיתה נעשו וגם הרא"ש בתשובה הנ"ל כתב וז"ל אולי טעמא משום דאמרינן שערות שאמרו והוא שיש בהם גומות ושמא בחייו לא היה לו גומות ואחרי מותו נתייבש הבשר ונראה בגומות עכ"ל ולפי זה ע"כ לומר שאין בדיקה זו רק לברר לכתחלה לבד דהא חזינן שר"ע השיב ללקוחות דמחמת סימנים עשויין להשתנות וא"כ לא מצינו למיקם עלה דמילתא אם היה בעיקרן גומות מחיים או לא אין זו בדיקה המועלת וכן משמע ג"כ מדברי הנ"י כהרמב"ן והרא"ש שכתבו או שמתמסמס הבשר ונראה שיהא בהם גומות יעו"ש וכן יש להוכיח לכאורה ממ"ש הפוסקים לבדוק אחר גומות ואם אמרינן שאין הבדיקה רק לכתחילה לברר לבד קשה דהא כל היכא דאיכא טרחא לא אמרי' כל היכא דאיכא לברורי כו' והרי להדיא מבואר במרדכי פרק מ"ח ואביא דבריו לקמן אי"ה שכתב להדיא כי טורח גדול לבדוק אחר גומות וכיוצא בזה הביא הגאון מברלין נ"י בתשובתו לראיה דהא דבעינן בדיקה אחר שערות אינו לברר לבד אלא משום דחזקה דרבא לא אלימא כ"כ דאי ס"ד שאינה רק לברר ובדיעבד סמכינן אחזקה דרבא אף לכתחלה לא היינו צריכין להצטער ולבדוק דודאי טרחא יתירה היא ועיין בנזיר דף כ"ט דאמרינן שהיה מצטער לבודקו כו' וכ"ש למאי דמסקינן התם דנזירות אב דרבנן ע"כ ודפח"ח. וראייתו יש לדחות דאנן בדידן ודאי י"ל דבעינן בדיקה לכתחלה דשמא בלא טורח כלל יראה לעין שאין שם סימני גדלות כראוי שאין שם לא שערות ולא גומות כלל משא"כ

בההוא דנזיר י"ל שהיה מצער במדידות השערות או לעיין בעיקרן אם יש גומות וכה"ג. אבל לפי מ"ש קשיא דבדיקה אחר גומות ל"ל דהא ודאי טרחא יתירא היא ונימא דודאי גדול הוא והשערות הללו יש בעיקרן גומות אע"כ דלעולם צריך לבדוק אחר גומות ואף בדיעבד מעכבת והלכך שפיר כתב הב"ח דכיון דאין בקיאין בגומות צריך רבוי שערות. אך שעדיין צ"ע דמנין לבדות חומרא כיון שאין ללמוד ממיאון לחליצה דהא איכא כמה גווני לחלק בינייהו ואדרבה תימא על הב"ח איך השוה מדות חליצה ומיאון והם גופים ושמות מחולקים וזה פשוט לכל משכיל:

ופקחתי עיני וראיתי שדברי הב"ח הקצרים בסי' קס"ט באו בארוכה בסי' קנ"ה ושם ביאר הב"ח יסודתו בהררי קודש מל' סה"ת סימן קל"ג וכ"כ הסמ"ג ע"ש סה"ת וכ"כ רבינו בסימן קס"ט וכ"כ האגודה בפרק מ"ח והוא מיסוד הר"ר פרץ בסמ"ק הלכות חליצה כו' וכ"כ במרדכי פ' מ"ח בשני מקומות ומקור דבריהם מדברי ר"י בתוס' פ' האומר כו' ע"ש. ואם אמנם כי מ"ש וכ"כ בסמ"ג וכ"כ רבינו וכו' ובדבריהם לא נזכר שאין בקיאין בגומות וגם מ"ש ומקור דבריהם מדברי ר"י כו' ג"כ צ"ע דהתם לענין מספר השנים מיירי ולא לענין גומות כלל אבל מ"מ בלשון סה"ת עצמו כ"כ בשם מורי רבינו הקדוש והוא הר"י בעל התוס' הידוע וכן בסימני הספר שחיבר בעל התרומה עצמו והובא ג"כ במרדכי פ' מ"ח והועתק ג"כ בתשובות מיימוני' להל' אישות סימן ל"ו וכ"כ ג"כ הר"פ בהגהות סמ"ק וכן האגודה כל הנך רבוות' ביחנו דבריהם ופירשו להדי' לגבי חליצה שאין אנו בקיאין בגומות וצריך רבוי שערות וכן יש בידי ס' הקונטריסים שמוב' לרוב בב"י ואית' ג"כ לשון זה שאין בקיאין בגומות וצריך רבוי שערות והכל הוא מיסודו של רבינו ברוך בעל התרומה ז"ל וכן מצאתי בס' תיקון סופרים שחיבר רבינו שלמה בן הרשב"ץ ז"ל בשער י"ד כתב וז"ל וגרסינן נמי התם אמר ר"ה ב' שערות צריך שיהא בעיקרן גומות כו' ומיהו כ' המפרשים ז"ל שהאידנא לא בקיאין בגומות אפילו במקום שערות ולא סמכינן אשערות להקל עד שנמצא שם רבוי שערות שא"א שלא יבואו כ"כ אלא בגדלות וכ"כ א"א מורי הרב נ"י וצ"ע עכ"ל. והנה מ"ש מדברי הטור שנראה שאינו חושש שמעתי ולא אבין דאטו מפני שהטור העתיק דין התלמוד ולשון הרמב"ם נאמר שאינו חושש לאחרונים הרי דברים אלו העתיק לענין מיאון דאם יש שערות עם גומא או גומא בלא שערות לא תמאן אח"כ ואייתי ס' התרומה שהחמיר אף בלא ראות גומות לא תמאן ומינה י"ל דה"ה לחליצה ואף שיש לחלק ביניה' כמש"ל מ"מ אין להוכיח מדבריו בהיפוך וזה פשוט לענ"ד שאין שמץ ראי' ממה שהעתיק הטור דברי הש"ס והרמב"ם ז"ל וכמש"ל בשם הב"ח ג"כ:

ומעתה כיון שכל הגדולים הללו אשר מימיהם אנו שותים כתבו שאין בקיאים בגומות אף לענין חליצה מי יפאר אחריהם לומר דאנן בקיאין לגבי חליצה לבדוק אם יש שערות ותחתם גומות וגם הב"ש כ' שקשה להקל נגד סה"ת והטור אלא שכ' שי"ל דגם אינהו מודו לגבי חליצה וא"כ לפי מה שנתבאר שגם גבי חליצה כתב הסה"ת ורבים מגדולי הפוסקים כן מי משלנו יקל ראש נגדם:

והנה בנ"ב שם סי' צ"ג הוכיח דאם אית' דגבי חליצה נמי אין בקיאין וצריך רבוי שערות דווקא א"כ היכ' משכחת להאי דינא שכתב התרומה והסמ"ג דלא סמכינן על האב במספר השנים דממ"נ אם יש רבוי שערות כו' הנה כבר הרגיש בזה הב"ח בסי' קנ"ה ובסי' קס"ט וכתב דמ"ש הטור והש"ע לסמוך ע"פ השכינים או קול עם ב' שערות לא היה צריך לכותבו כו' אלא דכן דרכו של רבינו לכתוב מה שעולה להלכה לפי דין התלמוד כו' אע"פ שאין סומכין ע"ז בזה"ז ואח"ז נמשך גם בש"ע כו' וכן מוכרח ע"פ דרכו לומר בדברי ש"פ שכתבו דדווקא הוחזקה בשכנים שלא ע"פ האב בענין שאין נ"מ בזה רק לדין התלמיד. וכיוצא בזה כ' הב"ש ג"כ סי' קע"ב סק"ח דמ"ש בס"א דצריך לחלוץ היכ' דלא בדקו אם עושה כיפה היינו אפילו לבקיאים (ובאמת שלענ"ד אין דברי הב"ש שם מוכרחים דאע"פ שכ' הריב"ש דאם הבי' שערות קודם ך' לא איכפת לן בסימני סריס שהבי' קודם היינו דווקא אי איכא שערות לפנינו משא"כ לומר שהיה לו שערות קודם כ' ונשרו הא ל"א דא"כ אף בזמן הש"ס איך משכחת ודאי סריס למ"ד חוששין שמא נשרו. א"ו כיון שהוא לקוי ממעי אמו שאינו עושה כיפה וכשהגיע לכ' יש לו שאר סימני סריס לא תלינן שהבי' שערות בינתיים וכמו שאין חוששין שמא הבריא בינתים משום שתחילתו וסופו לקוי ועיין בב"ש שם סק"ו וצ"ע) ואולם מ"ש הנ"ב דלא נ"מ מידי לפ"ז במה שאין האב נאמן. לענ"ד י"ל לפי מה שמבואר בדברי הר"פ בהגהות סמ"ק ובמהר"י ווייל בסדר חליצה שלו סי' קפ"ח וכ"כ בקונטריסים דהא דרבוי שערות מהני היכא שלא הוחזקו בשנים היינו דווקא בדאיכ' עדים גמורים ולא סמכי' בזה אבדיקת נשים ולפ"ז שפיר נ"מ בנאמנות האב דאם האב נאמן על השנים אז די בבדיקות נשים שיעידו על רבוי שערות כיון שהוחזקה בשנים ולכך כתבו שאין האב נאמן על השנים וא"כ כיון שלא הוחזקה בשנים בעינן עדים גמורים שיש רבוי שערות ולכך הוצרכו לכתוב דחזקת השכינים כאלו איכא עידי שנים דמי ושפיר מועיל בדיקת נשים ואי"ה בסוף קונטרס הלז אבאר דברי הר"מ וב"ש ס"ק ז' שלכאורה דבריהם תמוהים:

איברא שצ"ע דלמה השמיטו הסמ"ג והטור והש"ע מלשונם הך דאין בקיאים בגומות כיון דסדור' דלישנא דסה"ת נקטו ואתי מה ראו על ככה להשמיט זה שהוא הלכת'

רבתי ואדרבה מתוך הל' שכתבו הטור וש"ע וע"ז סומכין שלא לבדוק משמע לכאורה דהבדיקה מהני וכמו דדייק הב"ש ואף אם נדחוק ליישב הלשון מ"מ כל כה"ג ה"ל לפרושי דלא ליתי למיטעי ולדברי הב"ח צ"ל שכ"כ לדין התלמיד וכבר כתבתי שכיוצא בזה תי' הב"ש בסי' קע"ב מ"מ הוא דוחק גדול בלשון הש"ע וגם אני תמה מה יענה אחינו הר"ח ביום שידובר בו מ"ש הטוש"ע בסימן קמ"א סק"ח וז"ל צריך ליזהר ולדקדק שתהיה האשה שעושה שליח לקבלה גדולה בשנים ובסימנים ואם אין השנים ידועים (בספרי הש"ע שלפנינו איתי' הנשים יודעת והוא ט"ס) כ"א ע"פ האב צריך רבוי שערות גדולות ושחורות כדי לכוף ראשן לעיקרן עכ"ל ובטור סיים בה כמו לענין חציצה עכ"ל הרי מבואר דאם היה השנים ידועות שלא ע"פ האב אלא בעדים סגי בלא רבוי שערות ול"ח להא דאין בקיאין בגומות:

וראיתי בט"ז סי' קנ"ה שכתב על הב"ח שאדרבה ראי' מדברי המרדכי שכ' ע"כ טוב לבדוק בדדין כו' ודבר זה יוכל לבדוק בלא גנות וטוב הדבר כי טורח הוא לבדוק אם הביא ב' שערות כו'. מדכ' וטוב הדבר משמע דשפיר יש בדיקה אם יש גומות אלא דיותר טוב לבדוק בדדין דאל"כ היה לו לומר דעכשיו אסור לבדוק בגומות כו'. ולענ"ד משום הא לא איריא דבאמת מ"ש וטוב הדבר פירושו שבדיקה טובה היא זו כי באמת גם לשון הזה של המרדכי לקוח הוא מסה"ת והועתק ג"כ בתשובת מיימוני' ושם אית' בזה"ל וטוב הדבר כי א"א לעליון שיבא עד שיבא תחתון יע"ש שפירוש הדבר כמ"ש. אבל לשון המרדכי שכ' כי טורח לבדוק כו' צ"ע טורח זה למה ליה למינקט דמשמע מיני' דאם טרח ובדק ש"ד ואח"כ סיים שאין אנו בקיאין להכיר בזה. ונתתי את לבי לדקדק בלשון סה"ת שהעתיקו ממנו מילין כל הבאים אחריו ושם אית' בזה"ל וצריך שיהא גומות קטנות יניקת שערות מן הבשר כו' אמנם אומר מורי רבינו הקדוש לפי שאין בקיאין להכיר גומות אם יש ריבוי שערות וגם גדולות באיש ובאשה סגי. וצריך להבין אמרי קדוש שאח"כ כ' וז"ל וחשבון השנים אומר מורי ר"י ב"ר שמואל דאין האב והאם נאמנים כו' הלכך אם יש להם רבוי שערו' ארוכו' הרבה (כן הועתק ג"כ בב"י אבל במרדכי וש"פ השמיטו תיבת רבוי ונראה שהוא ט"ס) או רבוי שערות כמו שרגילות לאיש גדול ולאשה גדולה אז מותרת לחלוץ דמסתמ' הגיעו לכלל שנות גדלות ואם אין להם כ"כ שערות ויש ס' אם יש להם שנים של גדלות אז אם יש קול בדבר והוחזקו בשכיני' ובגבורות שלא ע"פ האב סגי בהכי להחזיקם בגדולים עם השערות שאנו רואים ואין השערות שומא כו' ולשון זה הובא ג"כ במרדכי בקיצור קצת ועכ"פ מבואר דאף שאין שם רבוי שערות מ"מ אם נתברר לנו מנין השנים די בכך עם השערות שאנו רואין

וזה סותר מ"ש תחלה דבעי רבוי שערות מחמת שאין בקיאין בגומות. ודוחק לומר מ"ש ואם אין להם כ"כ שערות היינו שאינם כמו שרגילות לאיש ולאשה גדולה אבל מ"מ יש שם רבוי שערות שמוציא אותנו מחשש שמא אין שם גומות ז"א דמנ"ל לחלק ולומר דאהני להא ולא להא וגם כי בסימני הספר והועתק במרדכי ותשובות מיימוני' לא הזכיר שם כמו שרגילות כו' וכתב בסתמא שע"י רבוי השערות א"צ לבדוק אחר גומות וגם על שנותיהם יש לסמוך כו' והיינו משום דרבוי שערות שכ' סתמא כפירושו כמו שרגילות כו' וכן מבואר בטוש"ע דתרווייהו בחדא מחתא מחתינהו וכן בסה"ת לעיל מיניה כ' וחשבון השנים כו' או יש להם שערות הרבה בבית הערוה או בזקן א"ח ושפיר חולצין כו' ולא הזכיר כמו שרגילות כו' ואי איתא שהוא חלוק בזה מדין בדיקות הגומות כל כה"ג לא הוה שתיק מלפרושי. וגם כי צ"ע בלשונו מ"ש לפי שאין בקיאין להכיר גומות אם יש רבוי שערות וגם גדולות באיש ובאשה סגי דלשון סגי אין לו מובן דהו"ל למימר צריך ריבוי כו' ולכן יראה ביאור לשון זה עם לשון המרדכי שהבאתי לעיל שכ' כי טורח לבדוק אם הביא ב' שערות כדאמרינן דבעינן שיהא בעיקרן גומות ואין אנו בקיאין להכיר בזה כו' נראה בזה שהכוונה הוא שקשה לעמוד על אמתת הדבר שהוא גדול ע"י השערות מחמת שצריך גומות ואין אנו בקיאין להכיר גומות דהיינו אע"פ שיהיה שם אין מכירין בהם ועכ"פ הדבר מסופק בעינינו ורוב פעמים ידמה לנו שאין שם גומות מצד חסרון בקיאות שלנו והלכך כ' לבדוק בדדין וזהו ג"כ כוונת סה"ת דאם יש ריבוי שערות אין משגיחין בגומות אע"פ שאין בקיאין להכיר אותן הגומות והשתא א"ש מ"ש אם יש שם רבוי שערות כו' סגי ר"ל שאז אע"פ שאין אנו מכירין בגומות כיון שיש שם רבוי שערות שזהו סימן מובהק של גדלות אמרינן שזה מחמת חסרון בקיאות כמו גבי מיאון דחיישינן שמא יש גומות אע"פ שאין רואה ה"ט בזה תולין להקל ואמרינן דודאי יש כאן גומות כיון שיש רבוי שערות ובהכי ניחא מה דנקט בלישניה שאין בקיאין להכיר גומות ותיבת להכיר צ"ע והו"ל למימר שאין בקיאין לידע מה נקרא גומות ולישנא דלהכיר משמע דמחמת חסרון בקיאות אין אנו מכירין אותן הגומות אשר שם וגם מ"ש בסימני הספר והועתק במרדכי ותשובת מיימוני שכתב ואף ע"ג דאמר ר"ה כו' ואין בקיאין בגומות וכן אם יש רבוי כו' א"צ לבדוק יותר נמי ה"פ דאע"ג דאין בקיאין בגומות ובקושי גדול שנכיר אותם ע"י שנבדוק ונשים עין עליהם אמנם אם יש רבוי כו' א"צ לבדוק יותר אבל מ"מ אם אין שם רבוי שערות וטרח ויגע למצוא הגומות ש"ד ובזה נ"מ אם אין רבוי שערות ויש עדים השכנים שלא ע"פ האב אף לדידן היכא שמצאנו ראינו גומות [ש"ד] ולכך השמיטו הטור וסמ"ג וש"ע הך דאין בקיאין בגומות משום דאין בזה נ"מ

לדינא וא"ש נמי הא דמיסתם סתמו בהל' גיטין דאם השנים אין ידועים אז בעינן רבוי שערות דאם השנים ידועים זימנין דסגי בלא רבוי כגון אי טרח ובדק בגומות אבל אי יש רבוי שערות א"צ לבדוק אחר גומות דאף אם למראה עינים ישפוט שאין כאן גומות ש"ד משום דהך מילתא דרבוי שערות בודאי גדולה משוי' לה ואמרינן דודאי יש שם גומות אלא שאין בקיאין להכיר אותם ואף לקול דינא הכי כיון שיש כאן רבוי שערות. ובהכי א"ש מ"ש הב"ח כשיש רבוי שערות א"צ לבדוק אם יש בעיקרן גומות וגם א"צ לבדוק אם יש ביניהם לכל הפחות ב' שערות שיהא בהם שיעור כפיפה דאפי' אין שם גומות ולא שיעור כפיפה ודאי גדול הוא כיון שיש שם רבוי שערות והרב אב"ד דפה תמה עליו דאע"ג דהיכא שיש רבוי שערות א"צ לבדוק אחר גומות מ"מ אם יש שערות בלא גומות לא מהני. ולענ"ד דגם הב"ח מודה שאם היינו יודעין בבירור שאין שם גומות אפשר שומא נינהו רק דכיון דאנן לא בקיאין להבחין אם יש שם גומות או לא תלינן מה שאין רואין גומות במיעוט הכרה שלנו ואין ספיקות שלנו מוציאות מידי ודאי גדלות שהוא מוכרח ע"י רבוי שערות:

אמנם מ"ש הב"ח דאף שיעור כפיפה א"צ ועיין בנ"ב סי' צ"ג מ"ש ג"כ בזה וזה תימה שהרי מבואר מדברי הטור והש"ע סימן קמ"א שהבאתי לעיל דבעינן רבוי שערות וגדולות כדי לכוף ראשן לעיקרן ומקור הדברים מהר"פ בהגהות סמ"ק וכ"נ ג"כ מסה"ת שכ' רבוי שערות וגם גדולות באיש ובאשה סגי והם גדולות ר"ל כדי לכוף ראשן כו' כי דוחק לפרש הך וגם ר"ל גדולות והיינו ארוכות שוכבים שכ' אח"כ (אמנם האמת אגיד דלולי דמסתפינא מלהגי' ה"א שט"ס הוא הך וגם גדולות באיש ובאשה כו' וצ"ל כמו שרגילות באיש ובאשה או שחסר לגמרי תיבות כמו שרגילות כו' וכן משמע במרדכי) הרי מבואר דשיעור כפיפה ודאי בעינן:

ובמה שהקשה האב"ד. נ"י בתשובתו דכיון דאף אם יש ריבוי שערות מכל מקום צריך שיהא בעיקרן גומות אלא שא"צ לבדוק אחריהם א"כ קשה הא דאמרינן בנדה דף מ"ו א"ה תמאן נמי ומשני חוששין שמא נשרו. וקשה ממ"נ אם יש גומות למה לא תחליץ דהאגומות אע"פ שאין שערות [די] ואם אין גומות א"כ למה לא תמאן דמה בכך שנשרו הא אפילו בנמצא שערות בלא גומות לא מהני (ובשלמא אם נימא דאם יש רבוי שערות אפי' אין שם גומות כלל מהני א"כ י"ל שחוששין שהיה רבוי שערות ונשרו וגם זה דחוק) וכ' לתרץ דמיירי דלא אשכחן רק גומא א' ולענין מיאון חיישינן שהיה ב' שערות בגומא זו ונשרו משא"כ לענין חליצה ב' גומות בעינן עכ"ד בקצרה:

ולענ"ד זה תימה שהרי הרי"ף והרא"ש וכן התוס' בב"ב והג"א וכל הפוסקים שאחריהם כולם כתבו אהא דאמרינן בודקין למיאונין אע"ג דאיפסקא הלכתא חוששין שמא נשרו היינו דוקא בבעל אבל בלא בעל כיון דלא אשכח ל"ח שמא נשרו ואי איתא בפשיטות הוי מצי לאוקמי אף בבעל דהא ע"כ ל"א דבבעל חוששין אלא היכא דאשכח עכ"פ גומא א' משא"כ אי לא אשכח כלל ליכא למיחש למידי וכ"ע מודו דתמאן אף בבעל וגם הוא נגד משמעות הש"ס בדוכתי טובא דקא פסיק ותני חוששין שמא נשרו וגם כל הפוסקים סתמו דבריהם דבבעל אינה ממאנת מחשש שמא נשרו ולא א' מהם שיכתוב דהיינו דוקא היכא דאיכא גומא והאמת יורה דרכו דהא דחיישינן לנשרו אף היכא דליכא גומא כלל איתמר משום דהא דאמרינן צריך שיהא בעיקרן גומות היינו משום דכל שהשערות לפנינו אם לא מצאנו בעיקרן גומות ע"כ שומא נינהו משא"כ אם השערות נושרין זימנין שהגומות מתמלאין מחמת נפיחות הבשר ולא יכירנו עוד מקומן איו והלכך אף שלא נמצא עתה גומות חיישינן שמא נשרו השערות והגומות נתמלאו עד שאין ניכרין ולזה חששו בבעל דאיכא ספיקא דאורייתא אף בזמן הש"ס. אמנם היכא דאיכא גומות לפנינו ע"כ שהיו שם שערות דחזקה אין גומא בלא שער אלא שנשרו והיכא דלא בעל ולא אשכחן גומות מדינא יכולה למאן דכיון דאין כאן ספיקא דאורייתא ל"ח שמא השערות נשרו והגומות נתמלאו וס' זה הוי ס' גמור שאף בזמן הש"ס לא היה אפשר להבחין כלל ובדרבנן להקל:

אך דסה"ת והתוס' וש"פ כתבו דבזה"ז אף בלא בעל אנו חוששין לומר דשמא יש גומות לפנינו ואין אנו בקיאים ואם הי' חכם ובקי היה יכול להבחין וכיון שהוא ס' חסרון ידיעה אף בדרבנן לחומרא ואף שהחסרון לכל הדור וכמ"ש הב"ש וכן מבואר בסימן קע"ב ס"ו בהג"ה שכ' וי"א דאין לדון עכשיו דין סריס ודאי דחיישינן שמא היה לו שערות ונשרו או שהיה לו גומות ואין אנו בקיאין כו' אלמא דחששא דנשרו לחוד וחששא דגומות לחוד דהא משמע דחששא דנשרו אפי' לא חזינן גומא כלל חיישינן והכי מוכח ג"כ מדברי כל המפרשים והפוסקים גבי נאמנת אשה לומר כו' ואין להאריך. ונחזור לענינינו דמשמע מלשון סה"ת דהך דרבוי שערות היינו לפי שהדבר קשה בזה"ז להכיר גומות ולפעמים בשביל שאנו מדמין שאין גומא לא נעשה מעשה לחלוץ להכי קאמר דברבוי שערות סגי: ומצאתי בישש"ש יבמות סי' כ"ה שכ' וז"ל ומש"ה כ' התוס' וסה"ת וקשה זה הדבר עכשיו לבדוק דאין בקיאין בגומות ומש"ה אנו סומכין ברבוי שערות (מן תיבות צריכין להיות עד גבי חליצה הוא ט"ס) או בשוכבת שהוא חזקה מספקת אפי' לכלל שנים כו' והנה מ"ש בשם התוס' לא ידעתי אנה מצא כן בתוס' לענין חליצה שהתו' לא כתבו כן אלא

לגבי מיאון בנדה דף () וגם בב"ב דף קנ"ו. ולכן נלענ"ד שהכוונה ג"כ כמ"ש והשתא א"ש מה דמייתי התוס' והיינו שסיים בסוף הסימן הלכך היכא שהגיע לכלל שנותיו כו' אם יש להם שערות ארוכות במקום הערוה או גומא אפי' כדי לכוף ראשן לעיקרן אבל צריך עיון היטב בגומות כו' וכ"כ שם בקיצור הדינין אם יש להם שערות ארוכות או גומות וצריך דרישה ועיון היטב בגומות כו' הרי דלא חשש לומר שאין בקיאין ואף שמוצאין גומות אינו מועיל אלא שפיר מועיל כשמוצאין גומות אלא שטורח גדול הוא (אמנם לשון וצריך דרישה ועיון היטב בגומות משמע קצת דאיכא למיחש דילמא אתי למיטעי למסבר שהנך גומות נינהו ואינו כן ולכך צריך לעיין היטב לידע דהנך גומות גמורות נינהו ולזה צריך ב"ד יפה להבחין בזה ואנן עלובייא אפשר שאין לסמוך על עיון שלנו שכשם שבין קדשי קדשים כו') לכן ברבוי שערות א"צ לטרוח בזה אמנם צ"ע בישש סי' כ"ו שכ' בשם סה"ת לענין חשבון השנים אם יש להם רבוי שערות או ארוכות חזקה שבא לכלל גדול עכ"ל. ומ"מ אין לסמוך על שערות שוכבות כי אין כדאי להוציא מספיקא דגומות אלא בעי רבוי השערות הרבה בערוה דומיא דגבי איש דנתמלא זקנו או במטי' דדין ע"כ עכ"ל הישש שם וזה סותר למה שכתב בסימן שלפניו. ולפי עניות דעתי מן ומ"מ אין לסמוך כו' עד תיבת ע"כ אינו מס' ישש רק הג"ה היה מבחוץ מאיזה תלמיד והכניסוהו בדפוס בפנים דמשמע מלשון זה לכאורה דאף שערות שוכבות דהיינו ארוכות אין מועיל לענין גומות רק רבוי שערות דוקא ולענ"ד אין מקום לחלק בכך וכמבואר מדברי הישש שם להדיא דאף שערות ארוכות מוציא מחשש גומות:

אך דכ"ז נוח לי בלשון סה"ת והמרדכי אבל צ"ע בל' הר"פ בהגהת סמ"ק שכ' וז"ל וצריך גומות עם השערות לפי שאין בקיאין בגומות צריך רבוי שערות גדולות שוכבות או דדין שוכבין וכן באגודה כ' ואין אנו בקיאין בגומות ע"כ צריך רבוי שערות ולשון צריך משמע דדינא קאמרי ולא עצה טובה בלבד וצריך לדחוק ולפרש שהכוונה ג"כ כמ"ש שלפי שהדבר קרוב שלא נוכל להבחין שיש גומות מחמת חסרון בקיאות ולכך צריך רבוי שערות ואף שהוא דוחק מ"מ הר"פ בהגהות סמ"ק בע"כ דחוק ומוקי אנפשיה כדי שלא יהא דבריו סותרין מ"ש בהל' גירושין שהרי דברי הטוש"ע באה"ע סימן קמ"א שהבאתי לעיל שכ' דוקא כשאין השנים ידועות כ"א ע"פ האב צריך רבוי שערות הא לא"ה א"צ מקורם הוא מדברי ר"פ בהגהות סמ"ק בהל' גירושין וכדי שלא יסתרו דבריו בע"כ צ"ל כמ"ש. וצ"ע לדברי הר"ש בן הרשב"ץ בס' תיקון ספרים שהבאתי לעיל שכ' בשם אביו בשם מקצת אחרונים שהאידנא לא בקיאין בגומות ואפי' במקום שערות ולא סמכינן אשערות להקל עד שנמצא שם רבוי שערות כו' א"א ליישבם כי לא יצא להקל אלא

להחמיר להצריך רבוי שערות דוקא. ועכ"פ אני תמה על גדולי הדור שדחאו דברי הב"ח בקנה ולא שמו על לבם כי דבר גדול דבר רבינו הב"ח ז"ל בזה ועכ"פ הוי להו לעיוני בדברי הפוסקים שרמז אליהם הב"ח ז"ל ולייישבם:

ואמנם אם מ"ש בל' השאלה שבנ"ד כדי לכסות צפורן של אמה בצמצום הוא מגומגם ל' השואל וכוונתו שיש בהם רוחב אצבע אמה לכאורה יש מקום להתיר שהרי הב"ח גופי' כ' להתיר בכה"ג כשיושבת עגונה כמה שנים ובאמת טעם הב"ח שלא התיר אלא בכה"ג משום דמספקא ליה דשמא הקונטריסים שמביא ב"י לא ראה גוף סה"ת שכ' או ארוכות הרבה כמו שרגילות לאיש גדול כו' יע"ש בב"ח. והט"ז כ' בפשיטות דהך שיעורא הוא כדי להוציא מחשש השנים דאפי' אם אין השנים ידועות וגם לא בדק אחר גומות כיון שארוכות כרוחב אצבע אמה גדולים כמו לאשה גדולה מיקרי ותמהני על מ"ש הט"ז שם למו"ח פירוש ב' דרכים כו' דהא גם הב"ח מפרש כן אלא דמספקא ליה אם הקונטריסים בעצמם רק מה שהביא הב"י. והנה אינה ד' לידי קונטריסים אלו (ומדבריו מבואר שכל יקר ראתה עינו דברי הסמ"ג וסמ"ק וגם סה"ת כפי הנראה ממה שמעתיק לשונו אע"פ שלא הזכיר שמו) ושם איתא בזה"ל ואם הוחזקו בשכניו כו' א"נ לא הוחזקו ואיכא רבוי שערות שאין בקטן כיוצא בהם שפיר מהני כו' צריך שיבדוק אם יש שתי שערות באשה בבית הערוה שיהא שם רבוי שערות שחורות שוכבות ובזקן לאיש אורך השערות כרוחב אצבע שקורין אמה לכל הפחות עכ"ל ואח"כ כ' הל' שכ' בסה"ת ובש"פ והבדיקה של יבמה די בנשים כו' ואע"ג דאמר ר"ה שערות צריכין שיהיו בהן גומות ואין בקיאין כו' ע"ש שיש שם דילוג בדפוס וערבוב הענינים וממרוצות לשונו משמע בזה לכאורה דאע"ג דאיכא רבוי שער מ"מ בעינן שיהא ארוכות כרוחב אצבע אמה (ואע"ג שפתח בב' שערות וסיים ברבוי נראה דגריר מתחילה בתר לישנא דסה"ת דכ' ג"כ ליבדקו אם יש ב' שערות כו' ואח"כ כ' אם יש רבוי כו' ואפשר שחסר איזה תיבות כי נשתבש מאד בדפוס) ולפ"ז צ"ל דלפי שאנן לא בקיאין כולי האי בשיעורא דלכוף ראשן לכן נקט האי שיעורא ואולי קבלה היתה בידו דכל כי האי שיעורא ודאי יש בו כדי לכוף ראשן לעיקרן אמנם מ"ש רבוי שערות שחורות שוכבות צ"ע דהא שוכבות הוי ארוכות יותר מכשיעור כדי לכוף וכדאמרי' בנדה דזהו שיעורא דר' יהודה ושתי שערות שוכבות ונראה כמי שירבה. ומדברי הישו"ש שהבאתי לעיל מבואר שבשוכבת לחודא סגי להוציא מספיקא דגומות ועכ"פ תיקשי תרתי ל"ל דהא בסה"ת וש"פ מבואר אם יש רבוי שערות או שערות ארוכות הרבה א"צ לבדוק יותר (וכבר כתבתי לעיל שמ"ש בסה"ת בגוף הס' רבוי שערות ארוכות כו' והעתיקו בב"י צ"ע) ובאמת בקונטריסים שם אח"כ איתא לכן אם יש רבוי

שערו' ארוכות הרבה א"צ לבדוק יותר וגם על שנותיהן יש לסמוך שהגיעו אם יש רבוי שערות בלא הוחזקה כו'. ולענ"ד צריך להגי' או ארוכות כל' סה"ת וש"פ. ועכ"פ מ"ש כאן שוכבות צ"ע לכאורה ואמנם נראה שלשון זה לקוח הוא מהר"פ בהגהות סמ"ק שהבאתי לעיל ששם כ' ג"כ צריך רבוי שערות גדולות שוכבות וצ"ע דל"ל כולי האי דהא בכדי לכוף ראשן סגי וכמש"ל בהל' גירושין ואמנם בקונטריסים בסדר הגט העתיק ל' הר"פ ואם אין השנים ידיעות כו' צריך רבוי שערות שחורות גדולות ושוכבות כדי לכוף ראשן לעיקרן ולכן נראה דאיהו ס"ל דהך דשוכבות אין ענין לארוכות השערות רק דכיון דשחורות בעינן לכך בעי שוכבות וכמ"ש המ"ל פ"ב מהל' אישות בשם מוהר"ר בצלאל בחידושו לכתובות וז"ל ומיהו בעינן שיהיה השתי שערות שוכבות דכל עוד שאינם שוכבות הלובן נראה יותר כו' ע"ש ולפ"ז אנן לא קי"ל כר"י וכמו שהאריך במ"ל שם ויש ליישב ואין להאריך כיון שאינו נוגע לענינינו. אולם את זה אגיד מה שיש לתמוה על המ"ל שם שכתב שחפש בדברי הראשונים והאחרונים ולא ראה לאחד מהמורים שיזכיר סברת ר"ת דשחורות בעינן וזה תימה שהרי מבואר מדברי הטור שלחן ערוך סימן קמ"א מיסודו של הר"פ וכן הקונטריסים וכתב להדיא רבוי שערות שחורות הרי שחששו לסברת ר"ת בזה וצ"ע שבהלכות חליצה לא הזכירו מזה:

ועכ"פ לענין הך שיעורא דרוחב אצבע אמה משמע מהקונטריסים דמשום הא לחוד אין בזה להוציא מספיקא דשנים וגומות כ"א ברבוי שערות דוקא. אמנם לשון הש"ע בפירוש סדר חליצה סעיף כ"ז שכתב ולענין שיעור אורך השערות שכתבו הטור והתרומה שסומכין עליהם כתב בקונטריסים שהוא כרוחב כו' משמע דס"ל דכל כה"ג ארוכות מקרי לסמוך עליהם לענין גומות ושנים שהרי משמעותו דקאי על מ"ש הטור וע"ז סומכין כו' וגם כי הקונטריסים בעצמו העתיק בסדר הגט דברי הר"פ בשיעור דלכוף ראשן כו' אם כן מדנקט הכא האי סימנא ש"מ דמיירי לענין לסמוך להוציא מחשש שנים ושלא לבדוק אחר גומות ואפשר יש איזה חיסור לשון בדפוס כי הוא מוחזק בטעות הדפוס וצ"ע. ואם היה מקום לומר דבשערות ארוכות אפי' אין שם גומות מהני היה אפשר לעשות מזה ס"ס חדא שמא יש כאן גומות ואת"ל שאין גומות שלפנינו נקראין גומות דילמא שערות הללו נחשבים ארוכות כיון שהם כרוחב אצבע אמה וא"צ גומות ואע"ג דהספק הא' הוא חסרון ידיעה מ"מ יש לצרפו לספק כמ"ש לעיל. אבל כבר כתבתי שגם הב"ח שכתב גבי רבוי שערות שאפילו אין שם גומות ר"ל שאין ניכרים לעין אבל אם היינו יודעין בבירור שאין שם גומות אף רבוי אין מועיל ומכ"ש ארוכות וא"כ אין לעשות מזה ס"ס:

אך בנידון השאלה שיש כאן כמו ט"ו שערות שיש בהן כדי לכוף ראשן יש לצדד ולומר דכה"ג רבוי שערות מקרי ואע"ג דבלשון הפוסקים איתא כמו שרגילות לאיש גדול כו' מ"מ הא הט"ז כתב דכרוחב אצבע מקרי גדולות כמו באשה גדולה ולא בעינן גדולים מאד דכשיעור זה שפיר מקרי גדולים א"כ י"ל לענין רבוי ג"כ שא"צ הרבה מאד אלא כיון שאין כיוצא בזה בקטן סגי בהכי ואם לפעמים אפשר שאף בלא הגיע לכלל השנים יארע שימצא לו כזה מ"מ לית לן למיזל אלא בתר רובא דלית להו הכי כ"א אחר שהגדילו וגם בלא"ה כבר כתבתי דלענין חששא דגומות לא כתב בסה"ת כמו שרגילות רק לענין שנים וגם בש"ע כתב לענין השנים כמו שרגילות וע"ז סומכין שלא לבדוק אחר גומות בשערות מאחר שיש רבוי שערות או שהם ארוכות כו' ולא כתב כמו שרגילות ואף שי"ל דסמך על מ"ש לעיל גבי שנים ומכאן אתה דן גם לענין ספק דגומות מ"מ י"ל דהיינו דוקא לענין שלא להצריך לבדוק אם יש גומות אז אפשר דבעינן שיהיה כמו שרגילות כו' אבל אם אנו בודקין ומוצאין גומות לפנינו רק שיש לחוש לחסרון בקיאות כל שאנו מוצאין שערות שלפי אומד הדעת אין בקטן כיוצא בהם שפיר מסייע ליה לבדיקה שלנו וסומכין עליה:

עוד יש לחקור בנ"ד אם היה בעל אשה זו לא נתמלא זקנו ולא נבדק אם הביא שערות יש לצדד להתיר ממ"נ אם חזקה דרב' חזקה גמורה הוא ואין הבדיקה רק לברר לבד אם כן פשיטא דבדיקה שלנו מועלת ואין כאן בית מיחוש מה תאמר דחזקה דרב' הוא רק לחומרא דספיקא הוי א"כ יש לנו להסתפק דשמא אין זו זקוקה לחליצה דשמא לא הביא הבעל שערות וא"כ אין קידושיו כלום וכ"כ הריב"ש סימן תע"ד וז"ל ואם לא נבדק בהבאת שערות אם לא היה בו סימני סריס היה אשתו חולצת כו' ומספק צריכה חליצה שמא הביא שתי שערות דכיון שהגיע לכלל שנותיו חזקה הביא סימנים ולהצריכה חליצה לחומרא אזלינן בתר הך חזקה דהא אמרי לה במיאון לחומרא שלא תוכל למאן וכן נמי אמרינן בפרק בא סימן שסומכין בבדיקת סימנים עפ"י נשים אם אמרו שהביאה סימנים בין לקולא בין לחומרא משום חזקה ה"נ להצריכה חליצה לחומרא נלך אחר חזקה זו עכ"ל וא"כ יש כאן ס"ס גמור חדא דשמא אינה זקוקה לחליצה כלל ואת"ל זקוקה שמא זה היבם גדול הוא ויש לו שערות עם גומות ואע"ג דהש"ך סימן ק"י בי"ד כתב דספק חסרון ידיעה לא הוי ספק לא לענין ספק אחר ולא לענין ס"ס מ"מ נראה שגם הוא מודה להקל בהפ"מ ע"ש בסימן נ"ג ובכאן שהיא יושבת וממתנת כמה שנים ג"כ יש להקל אף בס"ס כזה וגם שהרי באמת דעת הרבה פוסקים דהיכא דהספק לכל הדור שאין בקיאין בזה שפיר מקרי ספק ואמנם הב"ש כתב דמהך דמחמירינן גבי מיאון

משום שאין בקיאין אחר גומות מוכח דאף בחסרון ידיעה לכל העולם לא מקרי ספק דרבנן ואמנם צ"ע דהא בסה"ת כתב גבי גבינות דאם נמצאת טריפה ע"י סרכא יש לסמוך על דעת המתירין ולהתיר ומשמע דהיינו מטעם ס"ס וכמ"ש המרדכי שם (וע"ש שדברי סה"ת והמרדכי והרוקח תמוהים במ"ש וגם האב יש לו יותר משנה כיון שיש לו בן דהא ממכה אביו ואמו דילפינן דאזלינן בתר רובא לאו משום טריפה אתינן עלה רק דילמא לאו אביו הוא ובמקום אחר כתבתי בזה). והתוס' והרא"ש וא"כ חזינן דשפיר עושין ס"ס וע"כ צ"ל דס"ל דאף דבספק דרבנן אין זה ספק מ"מ לענין ס"ס שפיר מצטרף כיון דאף לברר א"צ וכמ"ש הש"ך סברא זו שכ"כ המ"ב דשפיר מצטרף לס"ס ואפי' תימא דסה"ת גבי גבינות לאו מה"ט אתי עלה אלא משום שבזה נוכל לסמוך על הוראת רבינו שמואל והיתר רב יהודאי גאון גם בנ"ד כן הוא דהא איכא למיסמך על הנך דס"ל שאנו בקיאים בזה ושאר היתרים שכתבנו לעיל:

וגם י"ל ע"פ מ"ש במקום אחר לתמוה על סברת הט"ז דמכיון שהספק מחמת חסרון בקיאות שלנו שפיר מחשב ספק וכ"כ בס' פ"א דהרא"ש ס"ל דשאני הכא שאין בזה"ז איש שיוכל לסמוך עצמו להתיר סרכא. ואני תמה דאטו מאן דסבר דלא מיקרי ספק בכה"ג מה"ט אתי עלה דשמא יש חכם שיכול לסמוך להתיר ויברר ההיתר דהא אדרבה מה"ט פשיטא שיש להתיר ע"י ספק זה. אך דבאמת אנן הכי קאמרינן גבי ספק דחסרון חכמה שאין זה ספק דאם היה חכם ובקי היה יכול לבדוק ולהכיר שיש כאן איסור ודאי ולכך א"א לעשות זה לספק וא"כ מה בכך דגבי סרכא יש חסרון ידיעה לכל הדור שאין מי שיכול לסמוך להתיר סרכא משום דאף אם יבדוק בפושרין ולא תבצבץ אנו אומרים שמחמת מיעוט בקיאין אין הפושרין כראוי או הנפיחה אבל הא ודאי דאפשר שיבא איזה חכם ובקי לבדוק ויברר לפנינו שסרכ' זו מריא' ולא מדופן ותבצבץ ואז יש לאוסר' בודאי ולא מספק דמה שאמרו אין בקיאין בבדיק' היינו להחמיר ולא להקל והלכך לא מבעיא היכא שמצאנו סרכא והטרפנו בהמה מספק ולא בדקנו אותה שאין לחשוב זה לספק דשמא אם היינו בודקין הריאה היה מתברר לנו האיסור בודאי וכה"ג לאו ספק הוא כיון שאפשר לברר בבדיקה אלא אפילו בדקנו וראינו שלא בצבצה אלא דמ"מ אנו מטריפין הבהמה מצד שאין בקיאין מ"מ יש לגמגם אי מחשב ספק בכה"ג דמה שאמרו אין בקיאין בבדיקה היינו לענין לברר ההיתר ולא לענין לברר האיסור דאף בזה"ז יוכל להיות שחכם אחד יברר האיסור שהרי מה"ט אנו אומרין שאין בקיאין כו' דשמא לא בדקנו היטב אלא שהשוינו את המדות שלא להתיר אף ע"פ חכם גדול שבדור אבל מ"מ יוכל להיות שמי שהוא בקי יותר יברר האיסור וטריפה ודאי ואם כן אין לחשוב זה לספק

ואפי' דלזה א"ח שיבא הבקי ביותר ויברר האיסור מ"מ עכ"פ היה לו לבאר שאין להתיר הגבינות אם לא ע"י שבדקנו הריאה ומדינא כשרה רק מצד שאין בקיאין כו' הבהמה טרפה וצ"ע שסתמו הדברים ולא ביארו שצריך לבדוק ובמקום אחר הארכתי עוד בזה:
ועכ"פ בנ"ד נראה כיון שבדק ומצא גומות לפנינו מה תאמר שזה ספק חסרון ידיעה דשמא אין גומות הללו גמורין ליחשב השערות סימנים ע"י. מה בכך ס"ס אין שום חכם שידיעתו מכרחת לברר שאין גומות שהרי קי"ל לענין מיאון להיפך דאע"פ שאין גומות אמרינן דאין מי שיודע להבחין בזה וחיישינן שיש גומות מכ"ש בזה שהגומות הם ניכרים לפנינו א"כ אין שום חכם שיכול לברר האיסור לומר דהנך לאו גומות נינהו. ואף דאנן לגבי מיאון אמרינן הכי ולחומרא מ"מ הא חזינן שניטלו מאתנו הבקיאים לגמרי ואין אתנו יודע לברר גומות הללו מה ענינם וכיון שכן שפיר מצטרף לס"ס להקל. ואין להקשות שלפי זה מ"ש התוספות וסה"ת דלא ממאנה בזה"ז משום דאין בקיאים בגומות והיינו ע"כ דספק חסרון ידיעה הוא וקשה לספק הב"ח דס"ל דאין בקיאין בגומות אף שיש גומות לפנינו אף דלא אמר הכי רק לענין חליצה להחמיר מ"מ אף לענין מיאון נימא דשוב אין חכם שיכול לברר הספק ולומר שיש גומות דהא אפי' אי יש גומות איכא למימר שאין בקיאין וא"כ היה לנו להקל דספיקא דרבנן הוא:
ואמנם בלא"ה יש להקשות לכאורה על דבריהם שכתב וז"ל עוד דשמא ב' שערות מהני אפי' אחת בגבה כו' או על קשרי אצבעותיו כו' וקשה דלמה ניחוש להא לענין מיאון ולא בעל להך דעה דמהני אחת בגבה כו' דהא בדרבנן אזלינן להקל ובסה"ת עצמו שם פסק מתחלה כרבנן דבעינן שיהיה שניהם במקום אחד אלא שכאן כתב דשמא ב' שערות מהני כו' ור"ל לחוש להך דעה דס"ל כן ואמאי ניחוש לה בדרבנן וע"כ לומר דחדא ועוד קאמר שמא יש גומות ואת"ל אין שם גומות שמא יש בגבה כו' דקשה לבדוק כל הגוף והוי ס"ס להחמיר אף בדרבנן וא"כ ממילא דלק"מ גם מה שהקשיתי לשיטת הב"ח. או י"ל דשאני התם שהגיעה לכלל שנותי' ומחמת חזקה זו יש לנו לומר שהביאה ואע"פ שאין מוצאין לפנינו י"ל דאיכא גומות כו' והלכך לא אזלינן בספיקא לקולא. ועכ"פ בנ"ד נראה שאם בעל אשה זו שמת היה רך בשנים ולא חזינא ליה שהביא סימנים וגם לא נתמלא זקנו שאז יש מקום ספק אם זו זקוקה לחליצה כלל אם נאמר דחזקה דרבא כספק בלבד הוא א"כ ממ"נ הוא ניתרת בחליצת יבם זה ואין כאן מיחוש כלל מהנך טעמי שכתבתי:
ועתה אבאר מה שייעדתי לבאר בסוף הקונטרס הלז שדברי הד"מ והב"ש סימן קס"ט תמוהים. הנה הד"מ הביא דברי המרדכי שכתב בשם סה"ת שכתב גבי בדיקות דדין אנשים כו' וכתב דלמה יועיל בדיקת נשים כיון שאין ידוע שהגיע לכלל שנים ותי' משום

דמלתא דעל"ג הוא והב"ש האריך בזה ומסיק דהד"מ כ"כ להמרדכי דס"ל גם בדדין מועיל בדיקות נשים ע"ש ולענ"ד תמוה דהמעיין בסה"ת יראה דכשכתב בדיקות נשים מועיל אכתי לא איירי בלא הוחזקו בשנים ולהדיא כתב וז"ל ובדיקות נשים אם יש לה שערות יכול להיות ע"פ נשים כדאמרי' פרק בא סימן לאחר הפרק דאיכא חזקה דרב' דאמר כי הגיעה לכלל שנותי' חזקה כו' לכך גבי חליצה סמכינן עפ"י נשים לבדוק השערות כו' ואם בודקין בדדין זה הדבר יכול האיש לבדוק בלא גנות וטוב הדבר דא"א לבא עליון כו' (ועיין בספר תיקון סופרים להר"ש בן הרשב"ץ ז"ל שכתב ולענ"ד זה אינו אמת דהא שמואל בדיק באמתו ויהיב לה ד' זוזי דמי בושתה כו' ואע"ג דאמוראי אחרינא דלא חיישי לבושתייהו ה"מ באמתי' אבל בת ישראל איך נבדוק אותה כו' ע"ש. ולענ"ד אין ראיה כלל מהתם דבדיק באמתיה שלא לצרכה רק לידע הדין ומפני שבדק בה על לא דבר יש בו משום בושת משא"כ היכא שהבדיקה היא בשביל האשה עצמה הבאה לחלוץ אז בשערות א"א לאנשים לבדוק משום גנות האיש הבודק משא"כ בדדין ס"ל לסה"ת דאין בזה משום גנות) ובזה כתב המרדכי שמסופק בדעת סה"ת אם דק במלתיה בבדיקות דדין אנשים דוקא כי שמעתי מהר"מ בודק על פי נשים אבל מכל מקום כל זה מיירי בהגיעה לכלל שנים רק שיש חשש משום גומות על זה כתב דאי איכא רבוי שערות מסתמא הגיעה לכלל גדלות ולא קאמר שנות גדלות כמו דנקט אח"כ משום דהשתא מיירי בהוחזקה בשנים והיינו דמסתפק בדעת סה"ת דשמא בדווקא נקט בדיקות אנשים בדדין משום דהא דסמכינן אחזקה דרבא לבדוק ע"י נשים הוא משום דגנות גדול הוא לבדוק ע"י אנשים בשערות הלכך כדיעבד דמי למסמך אנשים אבל בדדין דאפשר באנשים בלא גנות לא סמכינן עלייהו. וגם מ"ש הב"ש בדעת הסמ"ק דבדדין בעי דוקא בדיקת אנשים למד זה מדברי הב"ח שכ' על מ"ש הטור ואם רואין שגדלו דדין כו' כ"כ הסמ"ק וכ' עוד דהבדיקה ע"פ נשים כיון דהוחזקה גדולה בשנים ומשמע דאם אין עדים כשרים ולא הוחזקה בשנים אין לה היתר בעדות נשים אלא בודקין בהטיית דדין עפ"י אנשים וטוב הדבר בלא גנות וכ"כ בסה"ת ובתוס' קידושין דף ס"ג כ' דסמכין אקומה וחשיב כאילו היו עדים על השנים עכ"ל ומזה למד הב"ש דדוקא בדדין ס"ל בדיקת אנשים ולא בשערות. ולענ"ד ז"א דז"ל הסמ"ק ויחקרו אם יש להם סימנין כגון שערות שבערוה או הסימנים שלמעלה באיש ששערות בכל מקום חוץ מן הזקן באשה הדדין שוכבין או מוטין והבדיקה של נערה יכולה להיות בנשים כיון שהוחזקה גדולה עכ"ל מבואר להמעיין דמ"ש והבדיקה של נערה כו' אבדיקה שכתב לעיל קאי אשערות או דדין ולאו אדדין בלחוד קאי ואדרבא לדברי הב"ש דאדדין בלחוד קאי א"כ לא הזכיר כלל

דבדיקת שערות די בנשים והדבר פשוט דאכולה מילתא קאי הסמ"ק אלא שהב"ש לא היה לפניו בזה ס' הסמ"ק עצמו כנראה מדבריו שלמד לומר כן מדברי הב"ח וגם בדברי הב"ח צ"ע שכ' שאם לא הוחזקה בשנים בעי בדיקת נשים ולענ"ד דאפשר דהסמ"ק ס"ל דאין סי' דדין מועילין כ"א היכא שהוחזקה בשנים (וכמ"ש הב"ש באמת להסתפק בזה) דוקא משא"כ בלא הוחזקה ודוקא שערות מרובין וארוכין הוא דהוי סימן לכולה מילתא אף אשנים אבל דדין גדולים לא וכמו קומה שאינה מספיק כ"א לחזקת שנים אבל מ"מ שערות בעינן כמו כן בדדין י"ל להיפך וכן משמע קצת מל' סה"ת והתוס' שהביא הב"י אם אמנם כי בסימני הס' שהועתק בפוסקים וגם בסמ"ג שהעתיקו הך ואם יש לה דדין כו' אחר מ"ש דברבוי שערות אף על שנותיהן יש לסמוך אף בלא הוחזקו מ"מ נלענ"ד כי אין ראיה ממה דנקטו בקצרה ואפשר שכוונתם דוודאי גדולה היא לענין סימנים ולא לענין שנים. ואיך שיהיה עכ"פ בדיקות נשים בלא הוחזקה בשנים אינו מועיל בין בדיקות רבוי שערות או דדין דין א' להם וכמש"ל שכן מבואר להדיא בהגהות סמ"ק ובמהר"י ווייל ובקונטריסים וכן משמעות הרבה פוסקים:

ומ"ש בד"מ טעמא משום מלתא דעל"ג הנה כיוצא בזה כ' הרמב"ן בנדה דאיכא למיקם עלה דמילתא ועיין בהריב"ש סימן קפ"ב שכ' בשם הר"ר דוראן (הוא הרשב"ץ ז"ל) שהקשה על הרי"ף דלמה אמר הך טעמא משום חזקה דרבא דלא איתאמרה אלא לחומר כו' ר"ל דגילוי מילתא היא וע"ש מ"ש הריב"ש בזה. ועל קושיתו של הרי"ף בלא"ה אפשר לומר דהרי"ף לשטתו דמשמע דס"ל דחליצת קטנה דרבנן ואמנם דברי הריב"ש נכונים וכן מוכח בש"ס ואין להאריך ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' מ"א שכ' דהא דסמכינן גבי עגונה אמילתא דעל"ג היינו משום עיגון שלא תתעגן ותשב לעולם ע"ש והרבה יש לי לישא וליתן בזה ואין כאן מקומו:

סוף דבר הכל נשמע בנ"ד אם בעל האשה שמת לא נודעו לו סימנים ולא ראינו שנתמלא זקנו אף אם היה מבן ך' ולמעלה כיון שאין כאן מי שיעיד שבודאי הביא סימנין. נלענ"ד בפשיטות להתיר בנ"ד מטעמא דכתיבנא לעיל ואם היה ידוע בסימנין שכבר הגיע לגדלות מ"מ כבר כתבתי דבנ"ד יש לחוש לזה כרבוי שערות אם אין בקטן כיוצא בהם וגם כיון שיושבת וממתנת כמה שנים הב"ח בעצמו מקיל אם יש ב' שערות כרוחב אצבע אמה אע"פ שכתבתי שלכאורה מהקונטריסים לא משמע דזה מקרי אריכות מ"מ בנ"ד דאיכא כמה צרופים יש לסמוך ע"ז והוא שיהיה רוחב אצבע אמה בדוקא כמ"ש הרב אב"ד נ"י כי מ"ש בל' השאלה לכסות צפורן כו' כסות זה איני יודע וצפורן זה איני מכיר ואין לך אלא מה שחידשו הפוסקים ז"ל וגם צריך שיהא עדים כשרים על השנים

כיון דלא ברירא לן הך מלתא אי כה"ג חשיב ריבוי שערות וארוכות או לא ובאיש לא מהני הוחזק דשמא ע"פ האב עשו כן וכמבואר בפוסקים ראשונים ז"ל ואם אמנם הגאון בנ"ב סימן צ"ג שדא ביה נרגא לומר שמדברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש נראה דאב נאמן והאריך בזה לולי כי כבר העתרתי דברי דומים למרובים והגם למשא הרימותי ידי ע"ז אמנם בקצרה אען ואומר שהדין דין אמת כמ"ש הראשונים ז"ל ודבריו תמוהים בעיני ואנקיט חדא בידי מה שרוצה להשען על ג' עמודי עולם וקחשיב הרא"ש בהדייהו ז"א כמבואר בדברי הרא"ש במקומו בקידושין דף ס"ג גבי זה בני בן י"ג כו' וע"ש ואין להאריך והילכך צריך עדים גמורין או חזקת השכנים שלא עפ"י האב דוקא וגם צריך דרישה ועיון היטב בגומות וכמ"ש היש"ש ז"ל ומשום עגונא. למחזי אתינא. למגרס ולעיונא ואמינא מאי דאמינא:

זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קלא

ב"ה יום עש"ק י"ז אלול. תקנ"ב לפ"ק פה ק"ק פ"פ דמיין יע"א:

הנה ברך לקחתי ולו אשיבנה. לאבן בוחן ואבן פינה. חכמתו בחוץ תרונה. ה"ה כבוד אהובי ש"ב ומחותני הרב המופלג ומורה החריף ובקי בחדרי התורה. דרכיו נוגה אורה. ידיו רב לו והיכלו כבוד אומר כולו. כק"ש מוהר"ר אפרים זלמן מרגליות נ"י. על ראשו בהלו:

הנה ערבו לנפשי דברי דודים. חכו ממתקים. כולו מחמדים על אדני פז מיוסדים. ויען כי אפפוני כתרוני טרדות רבות וביותר מהמה בדיני רבא דיתמי דאתי לקמאי. מבלתי אפשרי היה לעיין מיד ולהשיב על נכון אף לזאת הפסקתי בין הפרקים מעט מעט להשיב על שאלתו כפי הנלענ"ד. בנידון השאלה בקטן שהגיע לכלל שנים ונמצא בו שתי שערות כדי לכוף ראשן לעיקרן אם ניחוש למ"ש הב"ח דאין אנו בקיאין בבדיקות הגומות די"ל דמסתמא כיון דאיכא שערות מסתמא איכא נמי גומות ולא אמרו דצריך שיהא נמי בעיקרן וכו' אלא לאפוקי אם רואין שאין בהם גומות ועוד דמספיקא יש לנו להחזיקו בחזקת גדול משום חזקה דרבא. ועוד דאין שום טעם לחומרא זו כיון שאנו רואין שיש בו גומות וכי יש שיעור לגומות. הנה מ"ש רומע"כ דמוכח מדברי התוס' בב"ב דף קנ"ד בד"ה ועוד סימנים וכו' ואומר ר"י דשמא בחייו לא היה גומות וכו' מדלא תרצו דאף שימצא בו שערות אין להחזיקו בגדול משום דגומות עשוין להשתנות לאחר מיתה אע"כ דמסתמא כיון שיש לו שערות ואין הדבר יכול להתברר אמרינן דמסתמא אית ביה גומות וה"ה שאין אומרים בו שאין אנו בקיאין אף דיש לדחות דספק שאין אנו בקיאים גרע טפי

ולא דמי לספק דלאחר מיתה די"ל שאם היה בקי לפנינו היה מכיר שאין הגומות כראוי. אך שינוי' דחיק' לא משנינן. ונראה לפרש דברי התוס' דהא קשה עוד דלמה לא יבדקוהו שמא ימצא בו שערות ותו הא דקשיא להו בתר הכי וא"ת למה יש לנו לומר שהוא קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו וכו' קשה מנ"ל דמהני חזקה דרבא לאפוקי מחזקת ממון כמו שכתב רומעכ"ת. ונראה דפסיקא להו דחזקה דרבא מהני לאפוקי ממונא משום דס"ל לדוחק לאוקמי שמת תיכף מיד לאחר המכירה וא"כ מוכח מהסוגיא עצמה מדלא חיישינן אפי' אם ימצאו בו שערות שמא היה קטן בשעת מכירה ואח"כ נתגדל ע"כ היינו משום דכיון שנמצא גדול מחזקינן ליה בגדול למפרע משעה שהגיע לכלל שנים והיינו מחזקה דרבא ועל זה הקשו דא"כ אפי' א"א לבודקו נחזיק אותו בגדול משום חזקה דרבא. אך לפ"ז צריך להבין לפי תירוצם שאחר שהגיע לכלל שנים לא היה בו סימני גדלות א"כ הדק"ל מה הועיל הבדיקה שמא באו הסימנים לאחר המכירה ונראה דס"ל להתוס' דודאי אנו רואין לאחר שהגיע לכלל שנים שאין בו שערות אף שלא בדקו אותו אם יש בו גומות או לא אמרינן מסתמא דאין בו גומות כיון שדרך רוב בני אדם להיות בהם שערות בזמן שהגיע לכלל שנים וראינו שאין בו שערות יצא מחזקה זו וכ"ש לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל דטעם הגומות משום דאמרינן דמסתמא היה בהן שערות ונשרו א"כ כי היכי דל"ח שמא נשרו לענין חליצה ולאפוקי ממונא. ה"נ ל"ח לגומות שהיו בהן שערות ונשרו אכן אם בדקנוהו לאחר זמן ומצאנו בו גומות כיון שאנו רואין שהיה בהם שערות ונשרו מחזיקינן ליה בגדול משהגיע לכלל שנים ומה שראו לאחר גדלות שלא היה בו שערות היינו משום שכבר באותו זמן נשרו אף דל"ח לנשרו שאני הכא כיון שנמצא בו גומות וע"כ בודאי היה בהם שערות ונשרו ממילא קיימינן בחזקה דרב' ואמרינן שנשרו קודם שראו שהיה בהן שערות וממילא מובן שהוצרך התוס' לאוקמי שלא היה בו אלא גומות לבד דאם היה בו שערות כיון שראו בתחלה שלא היה בו שערות אחר שהגיע לכלל שנים איכא למימר אף לאחר הבדיקה שמא באו הסימנים לאחר המכירה וממילא מתורץ שלא טענו הלקוחות שיבדקו אותו אם יש בו שערות דאם יש בו שערות גרע טפי ועיקר טענות' היה שמא ימצאו גומות בלא שערות. כן נלענ"ד נכון לפרש התוס' ודו"ק. אמנם לפי זה היה מוכח מן הסוגיא דחזקה דרבא אלימתא הוי ולא משום דאפשר לברר דהא אי לאו משום דסימנים עשוין להשתנות היה ר"ע מחזיקו בחזקה דרב' בגדול למפרע משעת מכירה אך נלענ"ד דיש לדחות דאיכא למימר שהלקוחות טענו ברי שהיה גדול בשעת מכירה ובני משפחה אינם יודעים בשעת מכירה ואפי' אם טענו ברי שהיה קטן בשעת מיתה כדמשמע בלשון הברייתי' מ"מ אם ימצא שהוא גדול הרי הוכחשו על

שעת מיתה דאי אפשר לומר שנעשה גדול לאחר מיתה א"כ ממילא טענתם על טענת מכירה הוא שמא וקי"ל בכתובות דף י"ב ע"ב כר"ג במתני' דמשארסתני נאנסתי דברי ושמא ברי עדיף ואמר שם אמר לך ר"נ אנא דאמרי וכו' ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא משום דאמרינן אוקמי אחזקה וכו' א"כ שפיר מהני הכא חזקה דרבא לאפוקי ממונא כיון דאיכא נמי ברי ושמא אע"ג דהוי שמא טוב דלא ה"ל למידע הא בהך דר"ג נמי לא הו"ל למידע כמ"ש התוס' בכתובות שם. ולפי זה מתורץ קושית התוס' וא"ת למה יש לנו לומר שהוא קטן וכו' דנהי שאם יבדקוהו וימצא גדול מחזיקינן ליה בגדול למפרע משום חזקה דרב' היינו משום דאיכא נמי ברי ושמא שהרי בני משפחה יהיה מוכחשין בברי שלהם דהיה קטן בשעת מיתה אבל כ"ז שלא הוכחשו הו"ל ברי וברי ולא מהני חזקה דרבא לאפוקי ממונא ודו"ק. אך י"ל דס"ל להתוס' דברי דבני משפחה לאו ברי גמור הוא דהא איכא למימר דנשרו דהא מה"ט אינה ממאנת משום דחיישינן שמא נשרו וא"כ שפיר הקשו כיון דבאמת א"א לבודקו ואיכא נמי ברי ושמא מהני אפי' לאפוקי ממונא ועוד נראה דא"צ לכל זה כיון דאיכא חזקה דאין העדים חותמין על השטר אח"כ נעשה בגדול כדפירש"י בד"ה ליקיימו שטרייהו וכו' אף דלפי הס"ד אין מועיל חזקה זו לאפקועי ממונא מ"מ מהני חזקה לאצטרופי בהדי חזקה דרב' ולאפוקי ממונא דהא חזקה דרב' הוי חזקה דאתי מכח רובא דרוב בני אדם שהגיעו לכלל שנים באים לכלל גדלות וקי"ל בריש פרק המוכר פירות דברובא וחזקה מוציאין ממונא לכ"ע. כן נראה לפי ענ"ד ודו"ק:

אמנם עיקר פלוגתא זו אי חזקה דרבא אלימתא הוא מבואר בלשון התוס' בקידושין דף ס"ד בד"ה בני זה וכו' דלתי' ראשון משמע דלא מהני חזקה דרב' לענין מכות ועונשין ולפי שיטה האחרת שכתב שם דמהני שנים או סימנים ע"כ צ"ל דחזקה דרבא אלימת' היא. אמנם אני תמה איך אפשר לומר דכשאומר בני זה בן י"ג שנה דהיינו דמחזקינן ליה בגדול למפרע בגדלות הא פליגי ביה תנאי בשיעור הגדלות דר"ע ס"ל כדי שיהא ניתלת כו' ור' ישמעאל ס"ל כדי לכוף ראשן לעיקרן וקי"ל דהלכה כדברי כולן להחמיר ובודאי אין סברא לומר דבשעה אחת שהגיע לשנת י"ד באו כל הסימנים אלו משניטל הזוג עד כדי שיהא לכוף ראשן לעיקרן דהא א"ל בקודם שהגיע לכלל י"ג שנה כך גדלו השערות שיעורא דר"ע דא"כ איך מחזיק עליו ר"ע בשיעור הזה בגדלות הרי דחזינן דבאין לפני י"ג שנה דא"א לומר שיחלקו התנאים במציאות אימתי הסימנים גדולים ברוב בני אדם והא נמי א"ל דמודה ר"ע דלא הוי בנטילת הזוג סימן גדלות אלא כשידוע שכבר הגיע לכלל שנים שמלבד שזה דוחק גדול לומר דאף שדרך לבא שיעור זה בקטנות אפ"ה מהני

כשידוע שכבר הגיע לכלל שנים. ותו כיון דלר"ע ודאי לא מהני סימנים בשיעורין דידיה אלא כשידוע שהגיע לכלל שנים מנ"ל לר"י שיטה אחרת דלר' ישמעאל מהני סימנים בלא שנים כיון דע"כ פלוגתייהו מיירי בידוע שכבר הגיע לכלל שנים אע"כ צ"ל דאפי' שיעורא דר"ע אינו בא אלא לאחר י"ג שנה ויום א' וא"כ איך שייך לומר למאי דקי"ל כר' ישמעאל להחמיר דבעינן כדי לכוף ראשן לעיקרן שנחזיק אותו כגדול משעה ראשונה משהגיע לכלל י"ג ויום א'. ואף לפי מ"ש לעיל דמשמע מעובדא דבני ברק דמחזיקינן ליה בגדול למפרע משעת מכירה י"ל דר"ע לשיטתי' דס"ל משניטל כו' והוא השיעור הקטן שבכולם לדעת הרמב"ם שפיר י"ל דמחזיקינן ליה למפרע משנת י"ג ויום א' אבל למאי דקי"ל כדברי כולן להחמיר האיך אפשר לומר דמשנת י"ג ויום א' מחזקינן ליה בגדול למפרע ודוחק לומר דברייתא זו אתיא כר"ע דאכתי קשיא לר"ח דאמר זה בני בן י"ג וכו' דהא ר"ח ס"ל הלכה כדברי כולן להחמיר ואדרבה היה נראה דה"ט דרבא דס"ל דמשהגיע לכלל שנותיו הוי חזקה למיאון אבל לחליצה בעי בדיקה היינו משום דלמיאון קי"ל להחמיר בשיעור קטן מכולם דזה בא מתחלת גדלות השנים אבל לחליצה לא סמכינן כיון דבעינן שיעור גדול. ונראה פשוט דס"ל להתוס' בשיטה אחרת דאף לחליצה שייך חזקה דרבא דהיינו כיון שהתחיל לבא שיעור הקטן בתחלת גדלות השנים ממילא משערינן שיעור ערך גידול השערות ברוב בני אדם והא דקאמר בן י"ג שנים ויום אחד היינו להאמינו בשיבוא בערך הזמן שיגדלו השערות כדי לכוף כו' ואז מחשבינן ליה בגדול בחזקה דרב' שהתחילו לגדל מתחילת גדלות השנים. ובזה נראה לי להבין מ"ש התוס' בשיטה אחרת דמיירי שכבר עבר שנה או שנתיים ולמה הפליגו זמן רב כזה ולא כתבו סתם שכבר עבר הזמן שאכל אלא נראה כיון דע"כ ס"ל דמשערינן ערך גידול שערות א"כ בזמן קצר אחר אכילתו יוכל לשער שהיה כבר בשעת אכילה כדי לכוף לפי ערך גידול השערות ברוב בני אדם וא"צ לנאמנות האב אבל כיון שכבר הפליג זמן רב שנה או שנתיים א"א לשער לפי ערך גידול השערות דהשתא וצריך לנאמנות האב לשער מתחילת גדולו ובזה נראה לפי ענ"ד בפשיטות בעובדא דבני ברק דאי לאו דסימנים עשויין להשתנות הוי מחזיקין ליה בגדול משעת מכירה היינו אם ימצאו בו רבוי שערות גדולים כדרך ב"א ממילא דאף דהיה זמן מה בין המכירה למיתה מחזיקינן ליה בדרך גידול השערות שכבר בשעת מכירה היה בהן כדי לכוף וא"צ לחזקה דרבא ואף לפי מ"ש לעיל דהתוס' הכריחו מן הסוגיא דמחזיקינן ליה בגדול למפרע משום חזקה דרב' היינו לשיטתיה שכתב בתחלה שהגומות עשוין להשתנות לאחר מיתה א"א לומר אם ימצא בהן רבוי שערות דבזה א"צ לגומות כמ"ש הפוסקים וכ"ש דל"ח לספק שינוי

לאחר מיתה וכן נראה לפענ"ד פשוט דאם בדקו והוא כמה שנים לאחר גדלות והוא כדי לכוף דאזלא ליה חזקה דרבא דא"א לומר שהתחילו לגדל בתחלת שנת י"ד ולשער כפי גידול השערות ברוב בני אדם ולעשותו גדול מאותו שעה דלפי דרך גידול השערות א"א שיעמדו כמה שנים ולא יגדלו יותר מכדי לכוף ע"כ אין להחזיקו בגדלות מחמת חזקה דרבא. ומעתה אני אומר בנדון שאלה זו דלא מבעיא אם יודעין דלאחר שנעשה בן י"ג שנה ויום אחד לא היה בו שערות דפשיטא דאזלא ליה חזקה דרבא כמ"ש התוס' בהאי עובדא דבני ברק וכן אם הוא עצמו אמר בתחלה דאין לו שערות נאמן בכה"ג דאפשר לברר כיון דאיכא למימר שצוף ואחוי כדאיתא בקידושין דף ס"ב ע"ב ובי"ד סימן קכ"ז ע"ז בש"ך אלא אפי' אין יודעין בתחלה משנעשה בן י"ג שנה אלא דלפי השיעור הזמן גידול השערות עתה יש לשער שלא התחילו לגדל בן י"ג שנה ויום אחד אזלא ליה חזקה דרבא כנ"ל לענ"ד:

גם מ"ש במה שהחמירו בנמצאו גומות דשמא אין אנו בקיאים ותמהו עליהם וכי יש שיעור לגומות. לפי ענ"ד הדבר נכון דיש שיעור לגומות דאל"כ קשה בהך פלוגתא דתנאי בשיעור השערות דודאי צ"ל דגם בשיעור הקטן אית ביה גומות דלא יחלוק רב מלכיו בפלוגתא דתנאי וכן מר זוטרי דמקשה שם לא לישתמיט תנא וכו' ולא הקשה מפלוגתא דתנאי ואם נימא דאף דאית ביה גומות כיון דאית שערות גרע טפי דל"ש שנשרו אכתי קשה האיך מחזיקינן ליה בגומות לבד בגדול משום דאמרינן שנשרו השערות אכתי מנא ידעינן שהיו השערות כשיעור כדי לכוף וכו' כיון דבשיעור קטן נמי יש בו גומות ואיך נחזיק אותו בודאי לגדול אע"כ נראה פשוט דהגומות הם לפי ערך גידול השערות והיו בקיאין בגומות לבד שהיא שיעור שהיה בהן שערות כדי לכוף ונשרו. ומעתה פשיטא די"ל בהא דאמר דבעינן שיהא בעיקרן גומות היינו לפי ערך השערות שהיה בהם כדי לכוף וכיון דאין אנו בקיאים בשיעור הגומות יש לחוש שאין הגומות כשיעור ע"כ נראה פשוט דאין להקל משיטת הפוסקים שהביא הב"ח אם לא בענין שהקיל הב"ח במקום עיגון. כיון דרבנן קשישאי בקיאי טפי מינן ואם גדולים חקרי לב לא מצאו ידיהם לברר ולכונן. מי יאמר זכיתי לבי וכליותי אשתונן ויקיץ כגבור מתרונן. וחכמתי עמדה ומזקנים התבונן. ומה שתמה על מה שהחמיר הש"ע לענין מיאון דאנן אין בקיאין בגומות ולא החמיר בענין כתמים. הנה מלבד דאיכא התם חזקת היתר כמ"ש רומ"ע. יש לחלק דבכתמים לא גזרו חכמים בתחלה אלא על גדולה ודאי משא"כ לענין מיאון דלא תיקנו אלא בקטנה. ותו דאפי' בספק איכא למיגזר במיאון בלא בעל אטו בעל דאיכא ספק א"א דאורייתא דבאשם תלוי קאי משא"כ בכתמים אפי' היא מגופה ליכא אלא איסורא דרבנן

כיון שלא הרגישה ואין לדמות במה שהחמירו דאין אנו בקיאים במקדיר או במגליד דהתם הספק אינו בגוף האיסור אלא דאם היה יכול להבחין בין מקדיר או מגליד היה אפשר לברר וכיון דאין אנו בקיאין נשאר הספק איסור במקומו כן נראה פשוט:

ומאפס הפנאי מחבילות טירדין אשר הקיפוני סבוני כמים עת לקצר ואחתום בברכה ואסיים. יוזכר לטובה ויכתב בספר החיים. מאת ה' מן השמים הכ"ד נפשי א"נ ש"ב ומחותני דרש"ת:

הק' פינחס הלוי איש הורוויץ כבוד בני חד"ז הרב הה"ג המפורסים נ"י ד"ש הטוב:

שאלה קלב

איש אחד היה מתגורר במקום אחד עם אשתו זמן רב ובנים לא היה להם ובעת חליו היתה האשה מהדרת אחר מי שיודע לסדר גט כי יראה אולי יש לו אחים ולא איסתייע מלתא ונפטר האיש ההוא ואח"כ עמדה האשה ונשאת ואחר הנישואין נתעוררו איזה אנשים והעידו שדרך סיפור שמעו מפיו שיש לו אח אך בחיי הבעל וגם אחרי מותו קודם הנישואין לא נשמע מזה ולא היה מוחזק באחי' ועוד באו הדברים מפורשים בהגבה"ע ברוב ענין. ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה עיקרא דהא מלתא בקידושין דף ס"ד ומבואר מדברי הש"ס שם לפי פרש"י דכל דלא מוחזק באחי הוא בחזקת שאינה זקוקה ליבם. ואין הבעל נאמן לאוסרה ומ"ש רש"י באמר יש לי בנים כי אתא חד ואמר שהוא אחיו לאו כל כמיני' דאהני דבור לחזקה וקשה ל"ל אמירתו דלמה יהא עדיף מן הבעל ואפי' ע"א דעלמא א"נ כמ"ש הטור והש"ע סי' קנ"ז כבר עמד בזה אא"ז מהרש"א ז"ל ומבואר לקמן הנלענ"ד בזה וכן נראה לכאורה דעת רוב פוסקים דכל שאינו מוחזק לנו שיש לו אחים שרי' לעלמ'. ובאמת שצריך להבין איזה חזקה יש כאן לומר שהיא מותרת לפי שאין האחים ידועים לנו. וכי בשביל זה בא בגפו ואין אחיו עמו נאמר שחזקה שאין לו אח והוא נגד החוש ועינינו רואות שבאים אנשים ממקומות אחרים שיש להם אחים במקומות מושבותיהם בתחלה והמקר' אומר יש אחד ואין שני גם בן ואח אין לו ואומרו יש א' כו' מכלל דרוב' לאו הכי וספק השקול הוא הגע עצמך מי שקידש אשה ע"מ שאין לו אחים הכי נאמר דהוו קידושין ודאין לפי שהוא בחזקת שאין לו אחים פשיטא דליתא וספק קידושין הוי וא"כ גם לענין זיקת יבמין נמי ניחוש להכי מספיק' דשמא יש לו אחים וא"כ בשעה שמקדש את זו חלו קידושין לאוסרה לכל העולם עד שיגרשנה או ימות ויתברר שיש לו בנים או אין לו אחים ומשעת חלות הקידושין לא עמדה האשה בחזקת שאינה זקוקה ליבם שהרי מיד נכנסה לבית

הספק שתהא אסורה אף לאחר מיתה אם ימות בלא בנים מחמת ספק אחים. וכיון שעד היום לא נתברר ספק זה עדיין בספק איסור עומדת:

ולכאורה היה אפשר לומר דלכך לא חיישינן שמא יש לו אח משום דהוי ס"ס ספק שמא לא היה לו אחים בשעת קידושין כלל ואת"ל שהיה לו בשעת קידושין שמא מתו אח"כ ואע"ג דבכל דוכתא מוקמינן אחזקת חי היינו באיש פרטי שאנו דנין עליו אם הוא חי מוקמינן ליה אחזקת שהוא חי עדיין שאין לנו לבדות הנולד להשתנות בדבר שאנו דנין עליו והוא גזירת הכתוב ללמוד מנגע או הל"מ לראב"י אבל בזה שאנו דנין בדרך את"ל שמא היה כאן אחים שפיר י"ל שמא מתו שמה יפה כוחם מכל אדם נוצצים ונובלין מקרה א' לכולם ומה"ת לא נאמר שמתו גם הם ועיין בשו"ת נ"ב שבתחלה ר"ל דבכה"ג הוי כחזקה שלא נתבררה ודחה זה והדין עמו. אבל מ"מ נראה כיון דחזקה גזירת הכתוב הוא אין לנו לומר כ"א על דבר פרטי דומיא דנגע ומהאי טעמא הוציאו מכלל חזקה כשלא נתבררה משעתה כיון שאינו דומה לנגע ומכ"ש לפי דעת הט"ז דחזקת חיים לאו חזקה אלימתא הוא דעשויין להשתנות א"כ אף דבעלמא אזלינן בתרה מ"מ בזה דאיכא עוד ספיקא שמא מעולם לא הו"ל אחים כלל חזו לאצטרופי הך ספיקא דשמא מתו ג"כ אך באמת ז"א דודאי משמע דמשעת קידושין אמרינן שהיא בחזקת שאינה זקוקה וא"כ שם ספק חד הוא שמא אין לו אחים דמה לי לא באו לעולם או הוי ליה ומתו ואפי' תימא דהשתא בשעת מיתה היא בחזקת שאינה זקוקה ג"כ שם ספק חד הוא דהא אין נ"מ אם היה בשעת קידושין או לא. ואף לפי מ"ש במקום אחר שאין העיקר תלוי בזה שספק אחד מתיר יותר מחבירו שאין זה רק סימנ' מילתא שאין באים עליו מצד אחד רק משני צדדים ולאפוקי הך דפיתוי קטנה שהכל צד אונס הוא כמו שאין להרבות ספיקות שמא נאנסה בשדה או בשינה או נתעלפה וכיוצא כיון שהכל תחת סוג אונס וא"כ י"ל דכאן באין עליו משני צדדין שמא לא היה לו כלל מצד השני שהיה לו ומתו ובצד שכנגדו אנו צריכין לומר שהיה לו ועודם חיים אך מ"מ אינו נוח לי דמסתברא דצד זה שמא היה לו ועודם חיים לא הוי מיעוטא לגבי הנך שני צדדים אלא ספק השקול הוא שמא יש לו אחים כעת שמא אין לו מאיזה צד שיהיה או שלא באו לעולם וכיון דספק השקול הוא א"כ מנין לנו חזקה דהיתר' שאינ' זקוקה ליבם:

והנה גדולי האחרונים האריכו בענין זה בתשובותיהם וראש המדברים בזה מהר"ם גלאנטי ומהרי"ט ח"א סי' פ"ב ומהר"ם גלאנטי התיר אף שהיה ע"א ששמע מפי הבעל שיש לו אח ומהרי"ט עם הרבה מגדולי הדור חלקו עליו כאשר בא בארוכה בתשו' הנ"ל וגם בתשו' מוה' יו"ט צהלין ז"ל סי' כ"ז ותורף דברי מהרי"ט ומהריט"ץ דאף שהרא"ש

בתשובה כתב להתיר בלא הוחזק באחים אף שאחד העיד שיש לו אח משום דלאו כל כמיניה לאפוקי מחזקה היינו אם ידעינן דלית ליה אחים אלא דמספקא לן אם נולד לו אח"כ אבל מי שבא מארץ רחוקה ואנו מסופקים מעיקרא אם יש לבעלה אחים לא מיקרי זה חזקה לשוק. כו' וכן בתשובת מהריט"ץ כתב דהתם מיירי שנתגדל בעיר ההוא ולא נודע מעולם שיש לו אחים כו' אבל בנ"ד זה האיש בא מקרוב מארץ מרחקים ולא שייך לומר שהאשה היה לה חזקה שאין אחים לבעלה שהרי לא היה לה חזקה לפי שעתה מקרוב בא כו' ע"ש והמעיין בתשובות הרא"ש שם יראה שחילוק זה הוא דחוק מאוד דודאי משמע בתלמודא דידן דכל שאינו מוחזק לנו באחים הוי חזקה לגבי דידה. ומינה מייתי הרא"ש לנ"ד לענין ע"א. ומ"ש הרא"ש כיון שהאשה עומדת בחזקת שאין אחים לבעלה כו' משום דהרא"ש ס"ל דכל דלא ידעינן שיש אחים הוי כאיתחזק שאין אחים וכמ"ש שם אח"כ הרי אנו רואין שהבעל אינו נאמן לומר יש לי אחים היכא דאינו מוחזק לן באחי ואם כן צריכין אנו לשית לבנו לדעת רש"י והרא"ש והטור וכן מבואר מדברי הרמב"ם והרשב"א דכל שאינו מוחזק באחין הוי חזקת היתר שאינו זקוקה ליבם וצריך טעם למה חשיב ליה חזקת היתר כה"ג:

והנה מהרי"ט כתב שא"ל העמד האשה בחזקת היתר שהיה לה עד שלא תנשא ואף שהוחזקה א"א כשמת בעלה פקע איסור א"א ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה אין לך לומר כן כו' והאריך להוכיח דמחזיקין מאיסור לאיסור וכבר הארכתי במקום אחר בכלל הזה דמחזיקין מאיסור לאיסור וראיתי בספר שב שמעתא להגאון בעל קצוה"ח ז"ל שהאריך בזה על דברי מהרי"ט ובסוף דבריו כתב וז"ל ובעיקר הדין כו' נראה דכה"ג לא הוי חזקת היתר אפילו נימא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור וראיה ברורה מגירש ואח"כ כנס שכתבו התוס' שם דלא הוי חזקת היתר וטעמא דמשום דכל שנולד הספק בעידן איסור' תו לא מיקרי חזקת היתר דתיכף בנישואי הבעל ספיקו עמו וחזקת היתר דקודם שנישאת פקע ע"י נישואין באיסור א"א ואנן בעינן חזקת היתר ממש. וארווחנא מזה ספיקא דה"ל כמו גירש ואח"כ כנס כו' ע"ש באורך. והמעיין יראה שאין הנדון דומה כלל. דאנן הכי קאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק היתה עומדת טרם שקידשה הבעל ועתה בעת הקידושין נתחדש בה ענין להוציאה מחזקתה האחד בודאי והאחד בספק והיינו שנעשית א"א וגם ע"י מעשה זו אפשר שלא יהיה מיתה מתיר בה ואמרינן דהודאי מוציאה מחזקתה והספק אינו כדאי להוציאה מחזקה. ולכן כשיש כאן ספק שמא אין כאן אחים כלל מעיקרא לא יצאה מחזקתה לשוק שלא יהיה לה היתר במיתה שהרי יש כאן ספק שמא אין נופל עליה מחמת קידושין אלו זיקת יבמין כלל משא"כ היכא שגירש

הערוה בספק גירושין ולבסוף כנס פשיטא דלא שייך בזה חזקת היתר שהרי יש כאן יבם לפנינו. ומיד שמקדש אותה הרי נסתלק חזקתה לשוק בבירור אלא שאתה אומר שמא היה קרוב לו ותהיה פטורה בשעת מיתה מחמת צרת ערוה אני אומר אל תתירנה מספק. ובשלמא בכנס ולבסוף גירש שפיר איכא חזקת היתר מיד שמוחזקין אנו כשימות בעלה תהיה ודאי מותרת לשוק משא"כ בגירש ולבסוף כנס ואפשר לומר לפי מ"ש התוס' דלר' ירמיה ע"כ בגירש ולבסוף כנס מיירי ואליבא דידיה ס"ל נישואין הראשונים מפילין א"כ לענין אפוקי זיקה מחמת צרת ערוה ג"כ מחמת נשואים הראשונים אנו דנין ואיכא למימר דסלק איסור א"א כמו שאינה שהמיתה התירתה ואין זיקת יבם אוקי אחזקה הראשונה לשוק ואמרינן שהערוה לא נתגרשה וממילא דמהאי שעתא אין עליו חשש זיקת יבם שאפי' תמות הערוה אח"כ או תתגרש תפטר צרתה כיון דנשואין ראשונים מפילין והיתה צרת ערוה שעה אחת וא"כ נראה דאף בכה"ג לא אמרינן דאית לן למיזל בתר חזקה ראשונה לשוק כיון דבשעת נישואין היה מקום לספק שמא כבר נתגרשה הערוה ונולד הספק בעידן איסור'. וממנו נקח גם לענין ספק אם יש לו אחים אך עדיין יש לחלק דבשלמא התם אמרינן כיון שהיתה בחזקת היתר לשוק וע"י קידושין אלו אתה בא לאוסרה א"א לאוסרה ולהוציאה מחזקתה כ"א בדבר ברור דהיינו איסור א"א אבל לאיסור יבום אנו צריכין לחדש דבר ולאוסרה על הספק שמא יש לו אחים והרי אין אחים לפנינו אין לנו לבדות ספק ולהוציאה מחזקה וכיון דפקע איסור א"א שהרי מת וקברו מוכיח עליו לענין ספק זיקת יבום בהיתרא קיימא משעה ראשונה משא"כ לענין גירש ואח"כ כנס שיש אחים לפנינו ולולי שהיה מקום לפוטרה מחמת הערוה היה כאן זיקת יבום ודאי א"א לפוטרה כ"א בודאי אבל לא בספק וכיון דבשעת כניסה כבר גירש ואף שנפל ספק בגירושין אלו א"א לפטור צרתה בשביל הספק הזה במקום חיוב ודאי והדברים ברורים. אך כ"ז לפי דברי בעל קצוה"ח ז"ל דמפרש דברי התוס' דבגירש ולבסוף כנס הוי העיקר משום חזקה דערוה גופיה דמוקמינן לה בחזקת שלא נתגרשה:

ואמנם המעיין בלשון התוס' שכתבו וי"ל דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה ולפי מה שהבין הוא ז"ל שפת יתר הוא בתוס' מ"ש מ"מ היא בחזקת היתר לשוק כו' שהרי יתד שהכל תלוי הוא לפי שהערוה גופה בחזקת שלא נתגרשה וממילא דאכתי היא צרת ערוה וגם שאינו מדוקדק לשונם בזה דאההיא קאי אחזקת היתר לשוק של הצרה שהרי אין אנו משתמשין בהיתרא מצד חזקת עצמה רק מצד חזקת הערוה וגם על הש"ס גופא קשה דמי הכריח לרבה לומר אשה זו בחזקת היתר כו' ולהאריך לשון ובפשיטות ה"ל לומר דאכתי צרת ערוה היא דהערוה לא נפקי

מחזקתה ולשון זה היה כולל בין כנס ולבסוף גירש או להיפך. ועיין ברמב"ם שכתב דמיירי בכנס וגירש דאל"כ אין כאן חזקת השוק דמתחילתה בספיקה עומדת ובתוס' אומרים כיון דערוה שנתקדשה ודאי ונתגרשה בספק בחזקת א"א עומדת אף לזו חזקת היתר לשוק יש לה ואין זה כלום עכ"ל. ולא ביאר טעמו דלכאורה הדברים פשוטין כיון דערוה גופה בחזקת א"א עומדת ממילא שזו צרת ערוה היא ואדרבא הא דקאמר אף לזו חזקת היתר יש לה הוא אך למותר דמה לנו לדון על חזקתה מכבר הרי בשעת נפילה היא צרת ערוה כיון דהערוה לא נפקא מכלל א"א. וכן בחידושי הרשב"א כתב כיון דהערוה נתקדשה ודאי כו' בחזקת נשואה קיימא דמספק אל תוציאוה א"כ נכרית בחזקת היתר לשוק וכן באו לידי מקרוב חידושי הריטב"א ז"ל על יבמות וכתב ג"כ כיון דהערוה גופה קיימא בחזקת נשואה ולא חיישינן לספק גירושין דידה דאמרינן אוקמי אחזקתה אף צרתה דתלייא בה קיימא בחזקת צרת ערוה נמי עכ"ל וכן בחדושי הרא"ש יבמות שנדפסו מקרוב המכונה לשון חכמים כתב כלשון התוס' הרי שהתוס' והרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרא"ש כולם כתבו עיקר היתר של הצרה מחמת חזקת עצמה:

ובאמת שהכרח לומר כן מחמת לשון הש"ס דרבה נקט אשה זו בחזקת היתר לשוק כו' הרי מטעם חזקת הצרה עצמה אתינן עלה אך על רבה גופיה קשיא כמש"ל. ואמנם נראה דודאי אין להתיר הצרה מחמת חזקת הערוה שאין דנין חזקה מגבר לגבר ועיין ביבמות דף קי"ז גבי שני צרות זו אומרת מת בעלי כו' ובתוספות שם וכמ"ש בזה במקום אחר. ולפיכך הוצרך רבה לומר אשה זו בחזקת היתר עומדת שאין זו מטהרת ע"י חברותי' אלא בשביל חזקת עצמה ולפיכך דעת רמב"ן דבגירש ולבסוף כנס דמעיקרא בספיקא קיימא אין כאן חזקת היתר והתוס' ס"ל דגם בגירש ולבסוף כנס נמי דהא בשעת כניסה היה לה חזקת היתר של קודם הכניסה ואנו דנין שמעולם לא נכנסה לכלל חזקת יבום אלא צרת ערוה היתה דהוי מוקמינן הערוה שלא נתגרשה והוצרכו התוס' והמפרשים לומר דהערוה בחזקת א"א דודאי אי ערוה בספק קיימא מדינא וכגון בב' כיתי עדים או בח' אמות מצומצמות כמ"ש רש"י ז"ל ועיין בב"ש סי' קע"ב א"א לומר דבשעת כניסת הצרה עדיין הוא בחזקת היתר לשוק הקודם שהרי כניסה זו מכניסה לזיקת יבום רק שתתלה לומר דמ"מ פטורה מחמת הערוה והרי הערוה גופה ספיקא הוא משא"כ אם גבי ערוה גופא אמרינן חזקה דא"א אע"ג שאין לדון להתיר מחמת חזקתה את הצרה מ"מ הצרה מותרת מחמת חזקת עצמה שהיה לה שעת היתר לשוק בשעת כניסה וזה כוונת התוס' מה שכתבו דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק ר"ל ההיתר שהיה לה בשעת הכניסה שאין הכניסה מגרע היתירה דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה ולא שחזקה זו של

הערוה תועיל להחזירה רק שמועיל שאין ספק הגירושין של הערוה מגרע חזקת הצרה ומותרת מטעם חזקה קמייתא דקודם נישואין וא"כ אדרבה מבואר משיטת התוס' דחזקה קמייתא דקודם נישואין הוי חזקה לומר שלא נאסרה בנשואין אלו ומטיל הספק לצד ההיתר וא"כ ה"ה לענין ספק אם יש לו אחים רק שהרמב"ן שחולק על התוס' נראה דלא ס"ל למיזל בתר חזקה קמייתא ולכך כתב שאין זה כלום:

אך לפמ"ש אפשר דבספק אחים גם הרמב"ן מודה ודוקא בס' גירושין כיון דע"כ הכניסה מזקיקה ליבום אלא שבאת לפוטר' מחמת הערוה אל תפטרנה מספק כיון שאין כאן ערוה ודאית וחזקת א"א של הערוה אינו מועיל לסייע חזקת היתר לשוק של הצר' ועיין בשב שמעתא שם בפרקים שאח"כ שע"פ מה שהבין בדברי התוס' דמחמת חזקת הערוה אתינן עלה נדחק במה שהיקשו התוס' אח"כ מהא דחולין להשיא כוונתו לד"א דמדייקו דאין מחזיקין מאיסור לאיסור מה דמקשה אביי לרבה מנפל הבית כו' והמעיין בתוס' ורשב"א וריטב"א יראה דליתנייהו להני מילי והדברים ברורים כמ"ש דמחמת חזקת הצרה שהיה לשוק אנו מטין לומר דעדיין בחזקת היתר היא שהערוה לא נתגרשה כלל ועל זה הקשו דנימא מחזיקין מאיסור לאיסור ר"ל כמו דהתם בחולין מחמת שהיא אסור' בחייה משום אמ"ה ודאי אין אנו דנין איזה איסור שיהיה וצריך שיתברר היתירה מכל מיני איסור שבעולם. וה"נ עכ"פ ע"י הכניסה נעשית א"א צריך שיתברר היתירה מכל מיני איסור שבעולם וה"נ בין בכנס ולבסוף גירש דאיכא חזקת היתר לשוק מחמת שהיתה עכ"פ צרת ערוה ודאית וגם עתה יש להערוה חזקת א"א וזו היתה לה חזקת היתר לשוק שקודם נישואין ואף אחר נשואין עד שעת גירושין ובין בגירש ולבסוף כנס דאיכא חזקת היתר שקודם כניסה מ"מ כיון שעכ"פ נתבטלה חזקתה לשוק ע"י שנעשית א"א לא יועיל לה חזקה זו אף אחר שנפטרה מחזקת א"א דהא כבר היתה אסורה לשוק וע"ז תירצו כ"א לפי דרכו וזהו דעת מהרי"ט שכתב שא"ל דאזלינן בתר חזקה לשוק דקודם נישואין דהא מחזיקין מאיסור לאיסור כיון שע"י איסור א"א נתבטלה חזקה לשוק. ובפ"י כתובות בסוגיא דהיה בה מומין כתב על דברי רש"י שם דחזקת הבת לא מהני לאב דיש לתמוה מהך סוגיא דיבמות דמהני חזקת פנויה של האשה לגרוע חזקת הצרה לענין יבום כמ"ש התוס' שם כו' ולפי מ"ש ז"א דודאי מחמת חזקת הצרה עצמה אתו עלה וחזקת פנויה של ערוה לחוד לא מהני לצרה וכמבואר בכתובות שם שגם הר"י חזר בו ותפש כפרש"י. והנה במה שדחה בשב שמעתא ראיית מהרי"ט מהך דנזיר דמחזיקין לאיסור ושאר הראיות שם כבר קדמו בזה הגאון מהר"י בכר דוד בספר דברי אמת. ולפי שהענין רחב מאוד ואין קונטרס זה מכילתו קצרתי פה:

וממוצא הדברים אתה למד שהעיקר בזה כדברי מהרי"ט ז"ל דודאי יש מקום לומר דאזלינן בתר שעת היתר דקודם נישואין אף דבשעת לידת הספק לענין יבום נולד עמו ודאי איסור לענין א"א לא איכפת לן בהכי דמ"מ לענין הענין שאנו מסופקים עליו בחזקתי' קאי וכשנסתלק האיסור שהוא ודאי אין לנו לאוסרה מחמת הספק דאוקמה אחזקה קמייתא שהיתה בו קודם לידת ספק זה ואף הרמב"ן שלא הסכים לדברי התוס' בהך דגירש ולבסוף כנס מודה בהא וכמש"ל. ונראה לבאר יותר דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל דמוקמינן על חזקה אף היכא דאתיליד ריעותא משא"כ הרמב"ן ס"ל כשיטת רבינו יונה ודעימיה דכל דאתיליד ריעותא לא מוקמינן אחזקה וא"כ בזה שבשעת כניסת הצרה ויש לו אחים לפנינו אין לך ריעותא גדולה מזו לאורעי חזקת' לשוק לאחר מות בעלה אלא שאנו מסלקין הריעות' מחמת הערוה והרי יש ספק אם עדיין נשואה או לא ואין הריעותא מסתלקת מחמת הספק זה משא"כ בספק אם בשעת כניסה יש לו אחים או אין לו א"כ על הריעותא גופא אנו דנין דשמא כניסה זו אינו סותר כלל חזקתה לשוק אחר מות בעלה אם אין לו אחים ומעיקר' לא איתרע חזקתה כלל לענין זה ובכה"ג שפיר אזלינן בתר חזקה לכ"ע וכן מבואר מדברי אא"ז בתשו' סי' כ"ט במ"ש שם על הפר"ח וביאר שם דכל כה"ג שי"ל שאין כאן ריעותא כלל וכגון בסרכא כסדרן שי"ל שאינו מחמת נקב כלל לאו ריעותא הוא לבטל החזקה ע"ש. ולכן מהרי"ט לא בא לסתור החזקה בזה שאין מוחזק באחין כ"א משום שי"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור:

ואמנם לפי זה תיקשי לן לשיטת רש"י דס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור האיך יפרנס הא דלא מוחזק לן באחי דחשבינן ליה לחזקה לענין דלאו כל כמיניה לאפוקה מחזקתה וקשה אמאי נימא דמחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ אין כאן חזקה דקודם נשואין דהא נולד בה ספק עם ודאי ואף שמסתלק הודאי יש להחזיק מן הודאי אל הספק ומ"ש מהרי"ט דלא מוחזק באחי היינו שידוע שאין לו אחים רק חששא כעין הך דיצאתה חמותה למדה"י דשמא נתעברה כו' אין זה במשמע לא מדברי הש"ס ומכ"ש מדברי רש"י ז"ל:

ונראה דלכך כתב הרשב"ם בב"ב הא דלא מוחזק לא באחי ולא בבנים הוה חזקה משום דאיכא ס"ס ספק אין לו אחים ואת"ל יש לו אחים דלמא יש לו ג"כ בנים ע"ש. ולכן כתב שם דאם מוחזק שאין לו בנים לא מהני אין מוחזק שיש לו אחים אלא צריך שיהיה מוחזק שאין לו אחים ע"ש דהיינו משום דהרשב"ם אזיל ג"כ בשיטת רש"י דמחזיקינן מאיסור לאיסור וא"כ לא מהני חזקה דקודם נישואין לחודי' רק מחמת ס"ס אנו דנין ההיתר ומ"מ מבואר למעיין בקידושין שאין זה שיטת רש"י ז"ל רק מטעם חזקה אתי עלה ולא משום ס"ס. ונראה דרש"י ז"ל סובר דע"כ לא שייך לומר מחזיקין מאיסור לאיסור אלא

בשנפל ספק לפנינו ע"י מקרה וסבה מחודשת כגון בנמצא פגום וספק אם היה בשעת שחיטה או ספק שהה או דרס שהריעותא במעשה השחיטה היא ריעותא מבוררת ואין לך להעמיד על החזקה כיון שגם קודם לזה היתה בחזקת איסור אמ"ה משא"כ בספק אחים שלא נתחדש לנו לענין חזקת היתר לשוק לגבי איסור יבום שום ריעותא ברורה ומוקמינן אחזקה לומר שמעולם לא היה כאן ריעותא כלל בזה אין מחזיקין מאיסור אחר ואיסור זה שיש לו חזקה ולא נעשה בו מעשה ריעותא ברורה. וגם י"ל דדוקא אם נתחדשה הסיבה וכבר היה האיסור ודאי קבוע בו כגון הא דאיסור אמ"ה דבבוא הריעותא דשחיטה היתה אסורה מכבר משא"כ אם האיסור ודאי והספק באים כאחד אין להחזיק מזה על זה לסתור החזקה כיון דבשעה שנכנס הספק היה שם חזקת היתר ואע"פ שע"י אותו מעשה עצמו נעשה הודאי איסור מ"מ אין זה מבטל החזקה המועיל לספק ואיסורא דודאי איתחזק וספיק' שריא משום חזקה. והכי משמע לענ"ד מדברי הרשב"א ביבמות שכתב ליישב קושיות התוס' מחולין דבבהמה אסורה עד שיתחדש ענין המכשיר ועליך הראיה אבל הכא שמתחלה צרה לערו' הוות וממילא מותרת כו' ועליך הראיה דנעשה מעשה האוסרה דהיינו גירושי הערוה ע"ש וכ"כ הריטב"א ז"ל:

ולכאורה תירוץ זה אינו מספיק למ"ש תחילה לענין גירש ולבסוף כנס. אך לפמ"ש א"ש דמגרש ולבסוף כנס דמוקמינן אהיתר שקודם הנשואין ובשעת נשואין האיסור הודאי והספק תרווייהו בהדדי קאתי ובזה י"ל דהספק מותר מחמת החזקה ולא שייך בזה להחזיק מאיסור הודאי להספק כיון דהאיסור ודאי לא היה עד עתה שבאה הסיבה של איסור זה אינה מפקעת חזקת הספק כיון שלא הוחזק באיסור עד עתה משא"כ בכנס ואח"כ גירש בזה שפיר י"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור כיון דבשעה שנתחדש ספק האיסור ליבום כבר היתה אסורה בודאי משום א"א ואין לנו לתפוש חזקת היתר שקדם ולענין זה עדיף גירש ולבסוף כנס מכנס ולבסוף גירש דגירש תחלה אז בעת לידת הספק היה שם חזקה לשוק ואח"כ הוא שנתחדש האיסור לא איכפת לן לבטל החזקה לענין הספק ואמרינן מחמת חזקת היתירה שלא נתגרשה הערוה כלל ואכתי צרת ערוה היא משא"כ בגירש אח"כ שכבר היתה מוחזקת באיסור א"א ובחזקת היתר ליבום ואתיליד ריעותא בחזקתה לשוק בעת שהיתה ודאי אסורה מכבר מחמת א"א אין חזקת היתר ליבום מועיל וע"ז כתב הרשב"א דבזה שוב שייך לומר כיון שההיתר בא ממילא במיתת בעלה ואתה אומר שנעשה מעשה חדש שנתגרשה הערוה עליך הראיה. ואם כן הא דספק שאין לו אחים כגירש ולבסוף כנס דמי דעד שנולד הספק לא היה שם איסור ודאי ובתרווייהו בהדדי קאתו ובזה אין מחזיקין מאל"א כנלפענ"ד לשיטת רש"י ז"ל:

שוב עיינתי במהרי"ט וראיתי שמ"ש שם בתחלה ולא קרינן חזקה לשוק אלא כי ידעינן דלית לי' אחי אלא דמספקא לן אם נולד אח"כ כו' לאו לפרושי סוגיא דקידושין קאמר הכי אלא לגלויי מלתא אימת הוה חזקה לקידושין אבל הך דקידושין דלא מוחזק באחי ודאי דמתפרשת כפשטא שעכ"פ אין מי שיודע שאין לו אחים ומפרש אותה כפירשב"ם דמחמת ס"ס הוא ולא מטעם חזקה כו' ותמיהני איך בא להשוות לזה דעת הרא"ש בתשובה עפ"י חילוקו דמי שבא ממקום אחד כו' שנראה מדברי הרא"ש שם דמייתי הך סוגיא דודאי בכל גווני מיירי וגם מ"ש בסוף דבריו בדקדוק לשון הרא"ש בתחלת דבריו שכתב מלתא דפשיטא כיון שאשה זו בחזקת שאין אחים לבעלה עומדת ולא אמר בחזקת היתר לשוק עומדת ע"כ דנידון דידיה חזקה אלימתא איכא כמ"ש שישב שם כמה שנים ולא נשמע לא מפיו ולא מפי זולתו שהיה לו אחים זהו חזקה ברורה דקי"ל סוקלין על החזקה כו' ע"ש גם ז"א במשמע לעשות מזה חזקה ברורה לפי שישב כמה שנים ולא נשמע מפיו כי מי הוא הנביא שידע זה שלא נשמע מפיו ומה שאמרה האשה כי רחוק הוא שלא היה הבעל מודיע לה כו' פשיטא שאין בזה ממש ועיקר סמיכתו של הרא"ש בזה הוא על דברי הש"ס דקידושין דכל דלא מוחזק באחי חשוב להו בחזקת שאין לו אחים וכן מבואר מדברי הרשב"א בחידושיו לקידושין דף מ"ב ע"ב בהא דאמרינן הא איכא סהדי באידית שכתב וז"ל וההיא דיש נוחלין גבי ההוא דהוה מוחזק לן כו' דכוותה הוא בדנפיק קלא דאית ליה אחי דאי מספק לא חיישינן כלל דאם כן בכל אדם ניחוש שמא יש לו אחים כו' ע"ש. ולדברי מהרי"ט הרי באמת כן הוא דבאדם הבא ממדה"י חיישינן ליה שמא יש לו אחים והתם נראה דמיירי בכה"ג שהיה מקום לחוש שיש לו אחים במדה"י ואפ"ה לא חיישינן והא דנקט התם דהוה מוחזק דלית ליה ס"ל ג"כ דלא לדיוקא אתי כמ"ש הרשב"ם שם אלא כל שאינו מוחזק באחים הו"ל כמוחזק שאין לו וכן נראה מהרשב"א בחידושיו דף ס"ד שכתב וכן אם היה מוחזק דאין לו בנים ואינו מוחזק באחים אם יש לו אם לא כו' יש לו בנים נאמן במוחזק לן באחי כו' דאי לא מוחזק באחי לשקול הימנותי' ולישדי אחיזרא דמסתמא לא חיישינן ליה ואף ע"ג דבפרק י"נ כו' ופרקינן התם דלא מחזיק לן בגויה דאית ליה אחי לאו למימרא דהא מתני' בדמחזיק דלית ליה אחי מיירי דאם כן נאמנותו בבנים למאי איצטריך הא קא שרייא וקיימא כו' וע"ש שכתב ולצדדין קתני יש לו אחים אינו נאמן במוחזק דלית ליה אחים ולא בנים כו' משמע דלא מוחזק באחי ומוחזק דלית ליה אחי חד מלתא הוא דכל שאין מוחזק באחים אם יש לו אם לא הו"ל כחזקה שאין לו וכן בריטב"א שם כ' אלא אמר אביי מתני' דלא מוחזק באחי ולא בבני פי' ואשתו בחזקת היתר כו' ע"ש. ונראה מדבריהם דס"ל דכל

שאינו מוחזק באחים אין לנו לעשות ספק מדבר זה שמא יש לו אחים במקום אחר שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות ואמירתו שאומר אח"כ יש לי אחים הוה כמחדש ענין נגד החזקה שהחזקנו שאין לו אחים והיא בחזקת היתר ובאמת הך מלתא טעמא בעי דמה"ת לא ניחוש לספק הרגיל כזה שמא יש לו אחים ובדברי הריטב"א כו' כמש"ל לדברי רש"י דהחזקה היא חזקת היתר דידה מקודם שנשאת ומחמת זה מחזיקינן שהריעותא שנולד בחזקתה לשוק ע"י הקידושין לא הועה חזקתה של שוק אחרי מיתת בעלה ואמרינן שאין לו אחים והו"ל לענין זה כס' בטומאה אם שרץ או צפרדע דאם צפרדע מעיקר' אין כאן ריעותא בנגיעה זו כלל וה"נ בכה"ג דספק אין לו אחים שלא הורע כוחה לענין זיקת יבום כלל שפיר מוקמינן אחזקה. וכן נראה ממ"ש הריטב"א שם מתניתא דמוחזק לן באחי כו' רבי סבר מה לי לשקר כעדים דמי כו' ואע"ג דבעלמא לא אמרי' מיגו במקום חזקה כו' ותו דמסתמא כל אתתא בחזקת היתר קיימא לשוק במיתת בעלה עד שתאסר בזיקת יבם לפנינו הלכך חשיב מיגו דיליה כעדים כו' וכוונת דבריו נראה אע"ג דמיירי במוחזק דאית ליה אחי וא"כ מה חזקת היתר לשוק יש כאן אך דהך מוחזק באחי ודאי דאינו חזקה גמורה רק מפי השמועה כמ"ש הרשב"ם וא"כ ניהו דתימא דאף לגבי חזקה כי האי לא אמרינן מגו מ"מ הא כנגד חזקה דמוחזק באחי יש לאשה חזקת היתר לשוק במיתת בעלה ור"ל דכיון שקודם שנשאת היתה מותרת לשוק לא יצאת מחזקה זו מחמת הנשואין דעדיין מוחזק היתירה בידה על אחר מיתת בעלה ומספק אין להחזיק באיסור זיקת יבום כיון שאין אחים לפנינו עד שתאסר בזיקת יבום שלפנינו והלכך שפיר חשבינן למיגו דידיה והו"ל בעדים כו' וכן מבואר ממ"ש הריטב"א שם ור"נ סבר מה לי לשקר כחזקה דמי ולא אתי חזקה ומרע לחזקה וכ"ת ל"ל דמרע לה נימא דכי הדדי נינהו ואוקי תרי לבהדי תרי ואוקי איתתא בחזקתה דהתירה איכא למימר כשאמר יש לי בנים בשעת קידושין נאמן היה להתירה אפי' לר"נ דאוקי חזקה להדי חזקה והוה כמאן דלא מוחזק לן לא באחי ולא בבנים דשרי כו' ע"ש מבואר דאפי' מוחזק באחי שייך לאוקמא איתתא אחזקה דהיתרא וע"כ דהיינו חזקה דהיתרא שקודם נישואין ותנא דמסייע למאי דכתיבנא בשיטת רש"י ז"ל:

והנה מה שכתב מהרי"ט מהך דקאמר בב"ב אם הקלו בשבויה נקל בא"א פי' רשב"ם דאיכא איסור תורה והרי היא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק כו' והנה הוא ז"ל בעצמו בסוף דבריו שם הביא הגרסא משום דמנוולה עצמה לגביה שבאי והיא גירסת התוס' שם וכן הביא דברי התוס' בתשובה סימן נ"א וא"כ אין ראיה מדברי הש"ס בזה ונראה שהוא לא בא רק להסתייע מפירוש רשב"ם שנראה דאזיל בשיטה שמחזיקין

מאיסור לאיסור ומצאתי לרש"ל בחכמת שלמה בב"ב שם שכתב בד"ה ניקל בא"א נ"ב פירש קודם שמת והוה באיסור חמור א"כ אף אחר שמת עדיין בחזקת אותו איסור עד שיוודע לך שנפטרה מזיקת א"א אף ע"פ שאין עתה חנק אלא לאו דלא תהיה אשת המת החוצה כו' עכ"ל. מבואר ג"כ דמפרש דברי רשב"ם משום דמחזקינן מאיסור לאיסור. ואמנם בשיטה מקובצת לב"ב כתב בשם עליות דרבינו יונה שכתב וז"ל עוד יש לפרש ניקל בא"א כיון דהוחזק' באיסור א"א ובעודה בחזקת איסור א"א יצא הקול דאית ליה אחי לא מפקינן לה מחזקת איסור כשמת הבעל דמחזיקינן לה מאיסור לאיסור ולא נהירא האי פירושא מהא דאמרינן בפרק ד"א אשה זו בחזקת היתר עומדת מספק אתה בא לאוסרה כו' ע"ש. הרי דדחי האי פירושא מהאי טעמא גופא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כדמוכח ביבמות וגם מבואר דאפי' מאן דמפרש הכי היינו לפי שיצא הקול בעודה באיסור א"א אבל בקול שיצא לאחר מיתה אין משגיחין בו אע"פ שהקול בא להחזיקה למפרע על שעת הנשואין שאז נעשית אסורה משום א"א לא אמרינן בכי הא מחזיקינן מאיסור לאיסור ורבינו יונה מיירי מהא דיבמות דאע"ג דשם נולד הספק בעידן איסורא דא"א אפ"ה אמרינן דבחזקת היתר עומדת:

והנה מ"ש מהרי"ט מדברי הר"ן פ"ק דקידושין גבי האי דקידש באבנא דכוחלא שהביא ההיא די"נ דלא מוחזק באחי דחיישי' לקלא אע"ג דהאי קלא דלא איתחזק משום דבחשש איסור היתה כו'. ולכאורה משמע שר"ל שלפי שהיתה בחזקת א"א חיישינן נמי לאיסור יבום מחמת הקול ובאמת ז"א דא"כ מה בחשש איסור דקאמר דהא א"א ודאי היתה וגם הר"ן שם מפרש אח"כ החילוק בין שבויה לא"א משום דמנוולה נפשה כו' כדברי התוס' והמפרשים ז"ל אך הר"ן בא לומר כלפי מ"ש תחלה דלכך בשאר קלא דלא איתחזק כגון קול קידושין לא איכפת לן משום דהתם בחזקת פנויה לגמרי היתה ולאחזוקי כולה מלתא דקידושין מחמת קול דלא איתחזק בב"ד לא אמרינן משא"כ בספק ש"פ כו' ובכה"ג הך דב"ב דבחשש איסור היתה ר"ל כיון שעכ"פ נתקדשה ויש מקום לומר שזקוקה ליבום אלא שאנו באים להתירה מחמת החזקה בזה יש לחוש לקול כיון שעכ"פ היה כאן מקום לחוש בזה לאיסור ועיין בריטב"א שם ובש"מ לב"ב בשם רבינו יונה החילוק מבואר יותר שכתב הא דבקידושין לא מהני קול בעלמא משום דבחזקת פנויה עומדת ואין מוציאין בקול בעלמא אבל הכא הקול יוצא להכחיש עיקר החזקה הראשונה דהא אמרי דאיכא סהדי רש"י וכיון דאפשר לברר הדבר נמתין כו' אם הקלנו בשבויה דאיכא למימר אוקי אחזקה ראשונה ולא נטמאת ניקל בזו דאיכא לאחזוקה באיסור יבמה לשוק דעיקר חזקה דמוחזק לן דלית לי' אחי לאו ודאי הוא וכיון דנפק קלא

דאיכא עדים דאית ליה אחי אתרעי החזקה כו' ובספרי ספרד גרסינן משום דמנוולא כו' אבל האיך יקל בכאן שהרי מעולם לא נתברר שלא היה לו אחים אלא בחזקה בעלמא וכיון דאיכא קלא דיש לו אחים ראוי לחוש וכ"ש אם היה אביו קיים דאיכא למימר שמא הוליד בנים אח"כ כו' עכ"ל. ומבואר מדבריו דאע"ג דהאי חזקה לאו ודאי הוא ובקלא בעלמא חיישינן ליה מ"מ חזקה מיקרי לענין דאיהו גופיה לא מהימן לסתור החזקה ולאוסרה אכ"ע וגם מדבריו שם שכתב אאו ימתא דש"ס מתני' דלא מוחזק לן דאית ליה אחים והא קתני זה אחי א"נ וי"ל מתני' דקיימא בחזקת איסור כגון דמוחזק כו' והיכא דקיימא בחזקת היתר כגון דמוחזק לן דאית ליה אחים והוא אומר זה לאוסרה א"נ כו' עכ"ל נראה מדבריו דהיכא דלא מוחזק באחי' היינו מוחזק שאין לו אחים וכבר כתבתי שכן משמע מהרשב"א והריטב"א ג"כ דכיון שאין אח לפנינו יש לנו להחזיקו בחזקת שאין לו:

ולכאורה נראה ראיה לדבר דהגע עצמך אם בא לכאן איש א' עם אחיו ואחיו מת ויותר הוא לבדו והרי זה יורד לנחלה בחזקת שאין גואל קרוב ממנו ותלינן זה המת אין לו אב גם בן ואח אין לו. ואם גם האח הזה מת גם הוא כאחיו היבמה אסורה לשוק מחמת חשש שמא יש לזה אחים אחרים וכיון שלנחלה אין חוששין גם לענין זיקת יבום אין לחוש ואשכחן לענין היתר אשה דחמיר טפי לירד לנחלה מהיתר אשה. וא"ל דבאמת היכא דאיכא למיחש חיישינן ז"א כדמשמע בב"ב במשנה האומר זה אחי כו' דבמסתמא לא חיישינן וכן מבואר בכתובות בעובדא דמרי בר איסק וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל פ"ו בראובן שהיה קורא לשמעון ב"ד ולא נודע קרוב אחר ששמעון יורשו ולא חיישינן שמא יש לו יורש במדה"י ע"ש והשואלי' שם הביאו ראיה מהא' דפ' י"נ דאמר אביי והאיכא קלא דאיכ' סהדי במדה"י דידעי דאית ליה אחי א"ל השתא מיהת ליתנייהו קמן אלמא לא חיישינן ליורש אחר כיון דלית' קמן ואע"ג דחשו לענין נישואין לענין ירושה לא חשו עכ"ל. ומזה נראה דג"כ ס"ל להשוות מוחזק דלית ליה אחי ללא מוחזק לן באחי דהא עובדא דהתם היה שאין ידוע אם יש לו קרוב אחר אם לא וא"כ גם הרא"ש סובר כן מדלא דחה ראיה זו ואפשר דלא חש לדחותה כיון שלדינא הסכים לדבריהם דאין חוששין שמא יש לו יורש במדה"י וגם בלא"ה דברי השואלים שם צ"ע שהוצרכו לומר ע"כ לא חשו אלא לענין נשואין אבל לענין ירושה לא דהא אפילו תימא דחשו גם לענין ירושה היינו משום קלא דאיכא סהדי אבל בעובדא דנ"ד שאין שם קול מה"ת לחוש. וגם מה שחילק בין נישואין לירושה ז"א כמש"ל דאדרב' משמע דלענין הורדת נחלה חמיר טפי דהא משיאין אשה ע"פ ע"א ואלו לנחלה דהיינו לירד ולמכור לא מהני זה ששמעו בו שמת עפ"י ע"א

כמבואר בב"מ דף ל"ח וא"ל דהא דמתירין אשה ע"פ ע"א משום דאיכא חזקה דדייקא משא"כ לענין לירד לנחלה ועיין בסמ"ע סימן רפ"ד ה"נ שייך דוקא במלתא דעל"ג ואפ"ה חיישינן לקלא ואעפ"י דהרא"ש ס"ל להחמיר בע"א ביבמה וס"ל דלא איפשט האיבעיא שם מ"מ נראה שאין לתלות זה באיבעיא דהתם ואין להקל לענין נחלה טפי מלענין נשואין. ועיין בב"מ בתוספות שם גבי דילמא שכיבא סבתא כו'. דלגבי גט אמרינן בחזקת שהוא קיים משום עגונא כו' ולגבי יתומה החמירו כו' עיין בתה"ד סימן שמ"ט ואם כן דברי השואלים שם צ"ע והנה הריב"ש בתשובה סימן מ"ו וסימן מ"ז כתב להיפוך מדברי הרא"ש וכתב דאין ספק שצריך שיהיה מוחזק בעירו שזה הקרוב הקודם בירושתו שהרי אפשר שיהיה לו קרוב אחר לירש קודם זה כו' וכתב דלא דמי הא לדמרי בר איסק שלא הצריכוהו להביא ראיה שאין לו אחר דהתם מארי ודאי הוא יורש אביו ואם אין לו אח או יש לו הוי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל בנידון זה שהקורבה הוא רחוקה אין זה ודאי יורש עד שיביא ראיה שהוא הקרוב מכל אדם וגם בתה"ד סימן שמ"ט שכתב ג"כ אחששא דילמא אשת ראובן הולידה עוד וכתב דטענה ראויה הוא דהא רוב נשים מתעברות ואין כאן חזקת ממון דהירושה ביד ב"ד וע"ז כתב דהרא"ש פרק החולץ כתב בההיא דספק ויבם דמיירי דהסבה קיים דאל"כ היבם יכול לומר לספק אני יורש ודאי ואת ספק ואע"ג דאם היה הספק בנו של מיתנא הוא קרוב טפי מיבם מ"מ חשבינן להו לנכסי בחזקת יבם מפני שהוא ודאי כו' ע"ש וא"כ אין ראיה מדין נחלה שמורידין בן או אח לנחלה ולא מצריכינן לאתויי ראיה שאין כאן יורשים אחרים דהתם הטעם אין ספק מוציא מידי ודאי אתינן עלה. ודוקא בקורבה רחוקה הצריך הריב"ש ראיה דאין זה ודאי יורש איברא דלפי הראיה שהביא התה"ד מהרא"ש משמע דאף באח שג"כ אינו ודאי יורש שהרי הבן קודם לאח אפ"ה כיון דהא אח ודאי ראוי לירש לא חיישינן לספיקא דבן ואם כן ה"ה בהאי דהריב"ש י"ל כן כיון שזה עכ"פ ודאי קרוב ואם אין שם אחר קרוב ממנו הוא הראוי לירש לא ניחוש לספק ודוחק לומר דמחמת שהקורבה רחוקה קאמר הריב"ש דהתם שכיח שיהיה קרוב ממנו דאדרבה דוק מרישא דדברי הריב"ש דדוקא כהאי דמארי שהוא יורש אביו ודאי בזה לא חיישינן לאחר. ואפשר דס"ל להריב"ש דהתם שאין לנו ספק בבן אחר כלל רק ע"ז שלפנינו אנו מסופקים בו אם הוא בן או לא. ואין כח בספיקו של זה לדחות ודאי של זה שהרי אין הספק עומד להתברר לעולם משא"כ בזה שאנו מסופקים מעצמינו שמא אין זה היורש שיש בעולם יורש אחר קרוב ממנו ויוכל להתברר שכן הוא לא משגיחינן בודאי של זה שהרי ודאי של זה הוא ספק לנו שמא אין בו ממש ויתברר היורש האמיתי ובשביל שאינו ידוע לנו לא נתברר זה

לודאי ראוי לירש משא"כ בההוא דהרא"ש עיקר טענות הודאי והספק אינם על נכסי המת רק אנו אומרים שזה ודאי אח וזה ספק בן ולעולם לא יתבררו הדברים ולכן אין אנו חוששין לספקו של בן. ולפי זה אין ראיית התה"ד לנידון דידיה ראיה כלל דהא התה"ד מיירי בענין שיש ספק שמא יתברר שילדה אשתו של ראובן יורשים אחרים הקודמים לזה הבא לירש. וע"כ דס"ל דאין לחלק בכך ואפשר דגם הריב"ש לא ס"ל האי חילוקא ה אישי "חאסחהתשאאש הים ה א ם כ ופליג אמ"ש הרא"ש דמיירי דסבא קיים אלא ס"ל דבכה"ג שאנו מסופקים שמא האח אין לו חלק ונחלה כלל לפי שהספק הו' בן המת והוא היורש האמיתי לא שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי וכמ"ש באמת שני דעות בזה באה"ע סימן קפ"ג ומה שהביא הרא"ש ראיה מהא דתנן לא יורש אותם אלא הקרוב קרוב יורש כו' צ"ל דהתם מיירי שיש להם בנים ודאין וכבר האריך בזה אא"ז מהרש"א ז"ל להקשות על הרא"ש מהא דספק וסבא בנכסי יבם דחולקים ע"ש וכ"כ הריטב"א דמיירי במקום בנים ובחידושי הרמב"ן כתב בע"א ועיין בפרישה וב"ש ובית מאיר וקצרתי. ולפי מ"ש אין ראיה מדברי הרא"ש בתשובה מדלא חש שמא יש יורש אחר לענין נחלה ה"ה דאין לחוש לענין יבום משום דהו"ל דהרא"ש לשיטתו דס"ל דגם היכא שיש ספק במקום יבם דאיכא למימר שהיבם אינו יורש כלל דהספק בן מיתנא הוא מ"מ חשבינן להיבם ודאי וה"ה בכה"ג שאין יורש אחר לפנינו ולא ס"ל לחלק במ"ש דטפי חשיב ודאי בספק ויבם שאין הספק עומד להתברר מספק שמא יתברר יורש שהוא יורש גמור וזה אינו יורש כלל אלא ס"ל כיון דמ"מ ספיקא הוי שמא אין כאן יורש אחר וא"כ זה הוי ודאי ראוי לירש אי לא מספקא לן באחר הו"ל כספק מוציא מידי ודאי אך מ"מ נלמוד מזה דאעפ"י שזה ספק המצוי הוא שמא יש לו אחים במקום אחר ואם כן אין ב"ד יורשו לא חיישינן ליה ואין לך אלא מקומו ושעתו אם כן מהאי טעמא גופיה יש לומר גם לענין יבום כיון שאנו אין לנו איסור על האשה רק מחמת הבעל וכשמת פקע ליה איסורא דא"א והענין כמות שהוא לפנינו הוא היתר ודאי ולכן אף שספק המצוי הוא שמא יש לו אחים אין ספק זה מוציא מחזקת ודאי היתרא ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ב סימן מ"ט שנשאל גם כן בנידון נחלה שאחד בא ממרחקים וקרובו רוצה לירד לנכסים והביא מדברי הרשב"ם בב"ב שכתב דאי לא דמוחזק דלית ליה אחי היה לנו לאוסרה מספק וכתב דלפי זה נראה לכאורה דגם לענין ממון יש לחוש ושם הביא ג"כ דברי הריב"ש וע"ש דמדייק מדברי הר"ן גבי אבנא דכוחלא ומפרש דבריו אליבא דהרשב"ם וגם רוצה להשוות דברי הטור עם דברי הרשב"ם וכבר כתבתי הנלענ"ד בדברי הר"ן והטור בזה ושם במהריב"ל כתב ג"כ דהרא"ש פליג אריב"ש ועיין בב"י ח"מ רפ"ד שכתב שהתשב"ץ

בתשובה חולק ג"כ על הריב"ש וגם הביא דברי האגודה פרק חזקת כדברי הרא"ש וכתב בתשובה דאפשר דלא כתב הריב"ש כן רק בהאי עובדא אבל בשאר גווני איכא למימר דמודה לרא"ש ז"ל והכי נקטינן וראיתי בשו"ת מוהר"א ששון סימן צ"ג שכתב ואני לא ידעתי ליישב דבריהם כו' ולענ"ד דהב"י ס"ל דדוקא בכה"ג דהריב"ש שהיה הקורבה רחוקה שאף לדברי העד אמר שהיה בנים לשני בני אחים וספק המצוי מאוד שימצא באחת המקומות גואל קרוב ממנו וכדמשמע מדבריו שכתב ולא דמי להההיא דמרי בר איסק כו' אבל בנידון זה שהקורבה היא רחוקה כו' ומ"ש דהתם מארי ודאי יורש אביו לאו דוקא אלא כל שהוא שאר בשר כגון דודו או בן דודו כההוא דהרא"ש שאם היה לו אח או בן היה נשמע מפיו וסתמא דמלתא שאין לו קרוב יותר מזה ולא חיישינן ליה וגם כי בעובדא דהריב"ש לא איתחזק הקורבה רק מפי השמועה מפי ע"א ששמע ממנו כן וגם עוד חששא דאפשר דלא שייכא בנידון דהרא"ש ע"ש ועיין עוד בשו"ת מהר"א ששון סי' י"ג שהסכים למעשה להב"י וכתב שנראה ודאי שאם היה רואה מהריב"ל דברי הגדולים שהביא הב"י שהיה פוסק כמותם ע"ש. וכן בשו"ת מהרש"ך ח"ב סי' כתב לסמוך על החולקים על הריב"ש בזה וא"כ חזרנו למה שכתבנו דכיון דחזינן שיורדין לנחלה את הקרוב אשר ישנו פה וא"ח לדבר שמא נמצא קרוב ממנו במקום אחר אע"ג דקרוב כה"ג שהוא בן דודו איכא טובא דמקרבי טפי או קרובים דכוותיה א או אחים או דודו או בן דודו לא חיישינן להו ומחתינן להאי לנכסי המת אף שלא היה לו מעולם שום חזקה בנכסים הוא יכול להוציא אותם מיד הנפקד ע"פ ב"ד ק"ו הדברים לענין יבום שאין לנו לחוש לשום מין קורבה רק אחים מן האב דוקא ואשה בחזקת היתר עומדת שאין לאוסרה בספק וכיון שמצד הספק הלז היתה מותרת אז אף שאמר הבעל פעם אחת שיש לו אח לאו כל כמיניה דאסר לה אכ"ע:

וראיתי בספר קצות החושן סי' רפ"ד הביא שם דברי התשב"ץ ח"א סימן נ"ח דברי מחלקותו על הריב"ש. וכתב דמה שהביא התשב"ץ ראיה מבבא בתרא בהא דקריביה דרב אידי כו' ונראה מדבריו דלהראב"ד דגריס לבסוף אודי דאיהו קרוב עדיין החזיק בטענתו דהוא קרוב טפי כו' וזה תמיה דא"כ היה נאמן במיגו דלא אודי לרב אידי בקורבתו כו' אלא דלשיטת הראב"ד לסוף אודי ליה אבל האי גברא א"י אם קרוב טפי מרב אידי אינו נאמן במיגו כיון דאיהו גופיה לא ידע אם קרוב טפי אם לא וכן מבואר להדיא בספר המלחמות להרמב"ן עכ"ל ובאמת לא נמצא מזה בספר המלחמות רק בחידושיו לב"ב דמיירי שזה טוען ספק וכ"כ הנ"י. ולפי דבריו יותר ה"ל לאתויי מדברי הריב"ש גופיה סי' של"ו דקאי בשיטת הרמב"ן ונ"י וכמ"ש בש"ך סי' קל"ט סעיף ה'

ע"ש אך באמת מבואר למעיין ברמב"ן ונ"י דלפי פירושם לא גרסי' לסוף אודי ליה דהוא קריביה כלל אלא גירסתו לסוף אייתי סהדי דאיהו קריבי' ומה דאמר כיון דאודי אודי היינו על אכילת פירות ור"ח הוה סבר כיון דאית ליה מיגו דלא אכל נאמן הוא לומר כי קרוב הוא ואכל בתורת קורבה וא"כ אין מוציאין ממנו דשמא הוא קרוב כרב אידי וחלקו אכל ואבייי ורבא ס"ל כיון דרב אידי ודאי ע"י עדים והאי גברא ספק לולי המיגו לכן מוציאין מידו דלא מהימן במיגו של ספק להוציא ממון מן הודאי ע"ש אבל אין זה ענין לגירסת הראב"ד דגרס לסוף אודי ליה דאיהו קרוביה (ע"ש בדברי הרשב"ץ דמתחילה הביא גרסת לסוף אייתי סהדי דאיהו קריבי' ולבסוף הביא גרסת הראב"ד לסוף אודי ליה כו') נראה דאפי' אי מירי שזה אינו טוען ודאי שהוא קרוב טפי אכתי תיקשי כיון שא"א לנו להחזיק לרב אידי בודאי יורש כ"א על פיו של זה והרי זה אומר שעכ"פ גם הוא קרוב וא"כ כמו שרב אידי הוא ודאי קרוב על פיו של זה כמו כן ג"כ הוא קרוב ודאי ע"י המיגו שלו ומאי אולמיה דרב אידי מהאי גברא ובשלמא אי איכא סהדי על קורבתו של רב אידי א"כ כל טענתייהו מהכא ה"ל רב אידי ודאי והאי גברא ספק וה"ל כמו רחוק לגבי קרוב ואם אוכל פירות קרקע בטענת ספק לגבי ודאי מוציאין מידו משא"כ בזה שמפיו אנו חיין ולדבריו עכ"פ קרוב הוא ונאמן במיגו שלא היה מודה בקורבת ר"א כלל וה"ל כאית סהדי לתרווייהו שהם קרובים ואין ידוע מי קרוב יותר, ע"כ י"ל דס"ל דכיון דעכ"פ איהו אודי לרב אידי ה"ל הודאות בע"ד כמאה עדים וכאלו אתו סהדי דר"א קרוב ממילא שהקרקע בחזקתו ולכן אע"פ שיש לזה מיגו שיש להאמינו שהוא קרוב לא מהימנין ליה דה"ל כאלו סהדי להאי שהקרקע שלו וזה בא להוציא ממנו במיגו דה"ל מיגו להוציא ואף לפי מ"ש בסימן פ"ג דאמרינן מיגו להחזיק בקרקע כיון שעפ"י טענתו ירד והחזיק בו נראה דהכא שאני כיון דמעיקרא אתי רב אידי להחזיק בה ולבסוף אתי גם האי גברא ודייניגן בה דין כל דאלים גבר וגברה ידו של זה להחזיק בה ואי הוה מודי מעיקרא דר"א קריבי' לא היינו דנין דין כל דאלים גבר כלל אם כן השתא נמי כאלו אינו מוחזק בקרקע כלל הוא וכיון דאיהו אודי לרב אידי ורב אידי לא אודי לדידיה רק שהוא בא עליו מכח מיגו וה"ל מיגו להוציא:

והשתא לפי זה אתי שפיר אף לפי הבנת הרשב"ץ אליבא דהראב"ד דהאי גברא עודנו מחזיק בטענותו שהוא קרוב יותר מ"מ לא מהני כיון דעכ"פ הוא אודי לרב אידי וה"ל מיגו להוציא ואף היה בכאן מקום להאמינו במיגו אף באינו טוען שקרוב יותר תהני לי מיגו להאמינו כי קרוב הוא וא"כ הוא במשקל א' עם ר"א ולכאורה יש מקום לומר דבשלמא אם הוא חוזר ממה שאמר מתחלה אנא מקריבנא טפי א"כ שפיר ה"ל מיגו

להוציא דהא לפי הודאתו השתא מעיקרא שלא כדין ירד בה וחזקתו אינו כלום משא"כ אם אינו מודה שהוא מסופק אם קרוב טפי ועדיין טוען שרב אידי קרוב והוא קרוב יותר א"כ לפי טענתו בדין ירד להחזיק בה אך ז"א דא"כ אף בשחוזר בו ואומר שהוא מסופק עכ"פ מ"מ לפי טענתו כדין ירד להחזיק בתורת כל דאלים. וגם דעכ"פ לא ירד שלא כדין להחזיק במחצה כיון שעכ"פ אינו מודה דר"א קרוב טפי (ואפשר נמי שע"ז טוען ברי שעכ"פ ר"א אינו קרוב יותר מיהו י"ל דדילמא מיירי שגם זה א"י ולכן לפי הודאתו ירד תחילה שלא כדין) וע"כ לומר כמ"ש דכיון דבאמת בתחלת טענתם לא היו מוחזקים כלל רק שהחזיק בה באלמות ע"פ שאמר שקר לפנינו שאינו יודע מקורבתו של ר"א א"כ כדמעיקרא דייניו להו וכאלו זה תחלת טענתם בעוד שלא החזיק זה כלל משא"כ בההיא דשטרא זייפא דשם לפי דבריו החזיק מתחלה ברשות ואלו רצה היה עומד בשטרו שפיר מהני ליה המיגו להחזיק הקרקע בידו:

שוב מצאתי בש"מ לבב"ב שכתב בשם הרשב"א וז"ל ור"ש ז"ל גרס לסוף אודי ליה דאיהו קריבי' כלומר שגם הוא קרובו ואפ"ה אוקמא ר"ח כולא בידיה כיון דאודי דאיהו קריביה דיקלא בחזקת יורש קאי ואידך ה"ל המע"ה ולא אמרינן בכי הא הפה שאסר ואפי' לגבי פירי כו' ולא ירדתי לסוף הדין הזה דדיקא נמי כיון דמפיו של זה אנו חיין בו נימא הפה שאסר כו' ומ"ש מהא דפסק אשה שנתארמלה ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך כו' ואינו דומה לספק ובני יבם דאותו ספק (נ"ל שצ"ל ודאי) ניכר לכל ולא מפיו של ספק אנו חיין אבל הכא גבי דיקלא מפיו של זה אנו חיין כו' עכ"ל ושם קודם לזה ראה והתקין לפי גרסת לסוף אייתי סהדי דלא תיקשי משנים אוחזין משום דהכא ידיע מלתא בסהדי כו' ואר"י מאי קאמרו אבייי ורבא כו' אבל הכא כיון דאי הוי לן סהדי דאכל כמה דאמר איהו מפקינן לכולא פירי מיניה השתא נמי כיון דאודי אודי' כו' ע"ש כי קצרתי והדברים מבוארים כמ"ש. אלא שלענ"ד ליישב קושיא על הגירסא ההיא דס"ל דה"ל מיגו להוציא ולא דמי להאי דשדה של אביך דאין שור שחוט וגם ברי ושמא ועיין בש"ך בכללי מיגו. משא"כ כאן י"ל שרב אידי היה טוען ברי ואין להאריך כי בלא"ה אין מקום לפרש גירסת הראב"ד בענין אחר כיון דבש"ס לא קאמר רק לבסוף אודי ליה דאיהי קריביה משמע להדיא דהא מלתא בלחוד הוא דאודי שגם ר"א קרוב אבל מ"מ במה שאמר תחלה אנא קריבנא טפי דהיינו שאף לפי דברי ר"א היה טוען שהוא קרוב יותר ועכשיו הודה בקרבת ר"א. אבל מ"מ לא חזר בו ממה שאמר תחלה שהוא קרוב יותר (והיינו דכ' הרשב"ץ ואע"פ שהיה אפשר שיהיה יותר קרוב ממנו כמו שהוא טוען מסתמא ר"ל דמן הסתם הוא טוען כן ואינו חוזר מטענתו הראשונה) אך הרמב"ן דמפ'

דהאי גברא מסופק כתב וז"ל ולי נראה דלא גרסי אנא מקריבנא טפי אלא אנא קריבנא לסוף אייתי סהדי כו' ובסוף דבריו כתב ועוד דאפי' כגירסת הספרים שכתוב בהם אנא מקריבנא טפי זה היה מתחלה שהיה טוען על ר"א בקורבה רחוקה כו' ומכיון שבאו בסוף עדים שר"א ראוי לירושה ועשה הוה ספק כו' ע"ש מבואר שא"א לפרש שחזר לבסוף ממה שאמר מתחלה אנא מקריבנא טפי רק הרמב"ן מפרש לפי גרסתו לבסוף אייתי סהדי כו' משא"כ לפי גירסת הראב"ד לסוף אודי כו' וגרס תחלה דהאי גברא טען אנא מקריבנא טפי כדמשמע מהרשב"ץ שהראב"ד לא חידש בגירסא זו רק לבסוף כו' לא גרס טפי אבל בטענה שפיר גרס אנא מקריבנא טפי א"כ פשיטא שאין מקום לפרש דהשתא הדר ביה. וגם ממה דקאמר אנא מקריבנא טפי ונסתפק בזה ופשיטא דכל כי האי ה"ל לש"ס לפרושי כיון שהעיקר הדין תלוי בזה אלא ודאי דבאמת לא אודי רק על קרבת ר"א ותו לא ועיין מ"ש אא"ז מהרש"א על הגה"ה אשר בפרשב"ם ולפי דבריו הויא שיטת ואין לפרש דגרסי' כו' הכתוב בתוס' שם ואי לאו דמסתפינא ה"א דמ"ש בהגה"ה שר"א היה קרוב יותר תיבת יותר הוגה מאיזה תלמיד והוא ט"ס והך הגה"ה הוא כגירסת הראב"ד ובלא"ה הלשון אינו מתוקן כראוי ומגומגם ותיקון הלשון לענ"ד כצ"ל ושרא ליה מארי' למי שאמר זה שהודה על אכילת פירות אלא לא הודה אלא על הקרקע (ור"ל דעל אכילת פירות לא היינו צריכין להודאתו כי היו עדים בדבר) ומ"מ מאי דאכל עד השתא לא מפקינן מיניה כיון דליכא עדים בדבר שר"א הוא קרוב אלא על פיו של זה ואביי ורבא סברי כיון דאודי אודי שהרי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ופיו מחייבו ממון ואי הוי גרסינן אודי' ליה דאיהי קרוב טפי ה"ל לפרושי הא אמאי לית ליה לר"ח הך סברא כצ"ל ואפשר שזהו מהגהות הראב"ד על פירוש רשב"ם והיינו הגירסא שמביא הרשב"ץ בשמו וכמ"ש הלשון והענין מתוקן כראוי ועיין בבעל המאור ובמלחמות וקצרתי:

ומ"ש בקצוה"ח שם דבעיקר השגת הרשב"ץ דאין לחוש דקרוב קודם ודאי לא נעלם מהריב"ש דאין ספק מוציא מידי ודאי אלא דכבר מחלק הריב"ש דדוקא היכא דידוע בסהדי כו' אבל במה שהקורבה דחזקה א"ל בזה אין ספק כו' והיינו כיון דליכא סהדי אלא במה שאמר נפתלי כו' א"כ הו"ל ספק בגוף הקורבה וזה ודאי אין לך קורבה דחזקה יותר מזה ולכן צריך עכ"פ ראיה שאין לו יורשים קודמים עכ"ל. והנה במחכ"ת הביא דעת הריב"ש למה שלא עלה על לבו מעולם וגרם לו זה לפי שלא הרגיש בט"ס שבדפוס שכתב ולא דמי להיא דמארי בר איסק כו' אבל בנדון זה שהקורבה היא דחוקה אין זה ודאי יורש כו' והי' הוא ז"ל סבר שצ"ל שהקורבה הוא דחזקה וליתא אלא יתיב זבוב גו עיגול' דריש ומשיך לי' ואשוי לי' ד' וכצ"ל אבל בנדון זה שהקורבה היא רחוקה (וכמ"ש

ג"כ לשון זה לעיל מיניה גבי מרי בר איסק שהוא בנו ודאי הוא יורש שלו משא"כ בקורבה רחוקה. וכבר הארכתי בענין זה לעיל ונפלאתי מחכמת הרב ז"ל אשר לא שת לבו לזאת וכאשר כתבתי כן העתיק מהר"א בן ששון ז"ל בתשובה סי' נ"ב וסי' צ"ג ע"ש:

הנה הארכתי בזה לברר שדעת הפוסקים נוטה דלענין נחלה מורידין את הקרוב הקרוב לפנינו ואין חוששין שמא יש אחר קרוב ממנו במקום שגדל האיש שמה. וא"כ ע"כ לאו מטעם שזה ודאי ראוי לירש אתינן עלה וכעובדא דמארי בר איסק שהוא בנו ודאי שהוא יורש בלי ספק כדמוכח בההיא דקריבי' דרב אידי וכמ"ש הב"י בח"מ בשם האגודה שהביא ג"כ ראיה מדברי הש"ס אלו וכדברי הרשב"ץ אלו דכל שזה קרוב ודאי אפי' בא אחר ואמר שהוא קרוב יותר חשבינן ליה כרחוק לגבי דהאי ואפי' אם כבר אכל פירות מוציאין ממנו ולכאורה היה אפשר לומר דהתם טעמא משום דהאי גברא דלא ידעינן ביה שהוא קרוב שדינן ליה בתר רובא דעלמא ואף שהוא טוען ברי כי קרוב הוא ואין האחר יכול להכחישו בבירור וכה"ג כתב בכתובות דף י"ב למ"ד ברי ושמא ברי עדיף הא דאיצטרך קרא לאהדורי אבידה בסימני'. וגם זה אין להמוצא חזקת ממון משום דהמוצא מצי אמר לא ממך נפל אלא מרובא דעלמא ועיין בפ"י בקידושין דף ס"ג גבי הא דאמרינן נאמן ליתן גט כו' אלא דאכתי קשי' ליה ניזל בתר רובא דעלמא שלא נתקדשה לזה שאומר אני קדשתי אלא לחד מרובא דעלמא וע"ש שכתב כיון דגם בלא דברי העד יש ספק אין זה אלא כמברר המיעוט מתוך הרוב והארכתי בזה במקום אחר וכתבתי דהיינו טעמא דמהני הא דאשתמודענא דאחוה דמיתנא הוא אף שלא ע"פ עדים כשרים ורמזתי בזה בק"ה לספרי בית אפרים ע"ש. אך כאן שזה בא לירש והוא נוגע ובע"ד אמרינן דמרובא דעלמא הוא ולא קרוב דמיתנא הוא וזה שידוע לנו שהוא קרוב מורידין אותו לנחלה. אך כ"ז כשאנו דנין על איש פרטי אבל בדרך כלל ודאי יש לחוש שמא יש אחים לזה בתוך רוב העולם שבזה לא יצא מכלל רובא דעלמא בשביל שנאמר שיש אחים של זה בעולם ולכן לענין יבום יש לחוש אך דלפי זה יקשה עלינו איך מורה דין קרוב לנחלה ניחוש ליה הכי דשמא יש לו אחים שיש להם ישיבה בעולם ולהם משפט הירושה אלא ודאי דכל שלא נודע לנו אין חוששין כלל והוי כחזקה שאין לו וא"כ ה"ה לענין יבום אין לנו לחוש לדעת פוסקים אלו והרשב"ם שכ' מטעם ס"ס שמא יש לו בנים אפשר דאזיל בשיטות הריב"ש כמש"ל מתשובת מהריב"ל שמדייק מהרשב"ם כהריב"ש וא"כ כיון דסוגיא דעלמא לענין נחלה נקטינן כהפוסקים דלא חיישינן לשמא יש גואל קרוב ממנו וכמבואר בסי' רפ"ד ממנו נקח גם לענין יבמה דלא חיישינן דאע"ג דבעלמא איסורא מממונא לא ילפינן כבר כתבתי דלענין עגונה אשכחן דמקלינן טפי לענין ממון

מלענין נחלה ואף דבעגונ' טעמא משום דייק' וביבמה איהי גופא ודאי לא מהימנא דסנייי' ליה ולא דייקא נראה דמ"מ דיוקא זוטא איכא כמ"ש התוס' שם. וגם נראה דכה"ג שאין ידוע אם יש יבם בעולם לא שייך רחמ' ליה ולא סניא ליה ואף לפי מ"ש הרמב"ם שלפי שאינו רק איסור לאו הוא קל בעיני' וא"כ אין לסמוך על דיוקא דידה כלל. מ"מ נראה דמהאי טעמא גופא שאינו רק איסור לבד אין להחמיר בספיקו כ"כ ואע"פ שהמפרשים בההיא דאם נקיל בשבויה דחו החילוק מחמת איסור חמור משום דאמרי' ביבמות מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת וכבר כתבתי מזה בק"ה לספרי בית אפרים מ"מ הדבר ברור שלענין ספיקא לחומרא יש לחלק ביניהם ובפרט לשיטת הרמב"ן דס"ל כל ספיקא דאורייתא מדאורייתא לקולא רק בספק כרת מדאורייתא לחומרא א"כ בספק זקוקה ליבם יש להקל טפי. וגם נראה דהך חזקה דלא מוחזק לן באחי הוה עכ"פ כע"א ובע"א כל הפוסקי' פסקו דנאמן ביבמה וכן פסק הרמב"ם דע"א ביבמה אפי' עבד או שפחה נאמן וא"כ מכ"ש דהך חזקה מהני בה דעכ"פ דיוקא זוטא איכא. ואף דהרא"ש סבירא ליה להחמיר בע"א ביבמה מ"מ להרא"ש נראה דהך דלא מוחזק לן באחי חזקה גמורה היא ולכן פסק שהקרוב לפנינו מוציא ממון עפ"י ב"ד ולא חיישינן לאחים במדה"י וגם דסוגיא דעלמא להקל בע"א ביבמה במקום עיגון. עיין בב"ש סימן קנ"ח ושו"ת ב"ח סימן מ"ו שכתב דודאי רמ"א לא בא להורות איסור חלילה כו' ע"ש:

ומצאתי בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן רל"ט שכתב בנדון השאלה רפאל לוי הוחזק שהיה לו אח בארץ רחוקה ומת ונשארה אשתו זקוקה כו' וכתב שצריך לחקור על חזקה זאת מה הוא אם קלא בעלמא או איתחזק בב"ד והרמב"ן והרשב"א כ' דצריך אתחזק בב"ד דוקא ושני עמודי עולם אלו אין ספק שראוים לסמוך עליהם אפילו שלא בשעת הדחק כ"ש בשעת הדחק אם כן אם היינו יודעין שלא הוחזק בב"ד שהיה אח לזה בפה מלא הייתי אומר שהאשה זו מותרת והייתי סומך לומר שזהו שאמרו עליו שנפטר והיה מן האב ואף את"ל שהיה מן האם האשה מותרת מטעם שאין מוחזק בשני אחים כ"א באחד כו' וסוף דבריו כתב ואם זה לא היה כ"א מאם בין חי בין מת אשה זו מותרת דא"ל שמא יש לו אח אחר מאב כיון דלא איתחזק איתתא דא אלא שיש לבעלה אח אחד ואין להחמיר שמא יש עוד שני כו' ע"ש ומקשינן מהא דאף ע"פ שהיה מקום לחוש לאח במקום רחוק ולא נתגדל במקום זה לא חיישינן ואע"ג דשם הוה נמי לטיבותא מה שהיה ע"א שהעיד שהאח ההוא נפטר במגפה ר"ל היינו משום שהיה מוחזק באח אבל בלא מוחזק מבואר מדבריו דאתתא שריא וגם מצאתי בשו"ת זקן אהרן להגאון מוהר"ר אלי' הלוי בסימן י"ז שמבואר שם דאם לא הוחזק באחים לא כל כמיניה דבעל לומר שיש

לו אח לאוסרה על כל העולם ושם היה העובדא שאחד בא מפורטגאל אחר האונס כו' ונשא אשה כו' והאיש ההוא אמר שהניח אח קטן כשיצא ממקומו כו' ואף שהיה שם עוד צד להתיר מחמת שילדה ולד נגמר בסימניו ומת תוך למ"ד מ"מ מבואר שם דמהאי טעמא דלא מוחזק באחים לבד יש להתירה אעפ"י שזה בא מארץ מרחק ולפי ענ"ד אף מהרי"ט אין דעתו להחמיר רק בנידון דידיה שהיה שם ע"א שהעיד שיש אח לזה ולא בא אלא לחלק בין נידון דידיה לזה הרא"ש שמתיר אפילו בע"א משום דאיתחזק היתרא וע"ז כתב דאין זה אתחזק היתרא וכמבואר שם שכל דבריו שם סובבים להוכיח דע"א מהימן ומ"ש מדברי הרשב"ם שכתב לא נקיל בא"א כו' היינו משום דבקלא דאיכא סהדי מיירי וקלא הוה כע"א ועדיף מיניה כמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ד וגם מ"ש מדברי הרשב"ם בתחלת דבריו שכתב שיודעים היה בודאי שאין לו בנים ואי לאו דאתחזק לן שאין לו אחים היה ראוי לאוסרה מספק וכתב נהי דאי לא אתחזק באחי ובבני שרי משום ס"ס משום האי טעמא הוא דשרינן לה ולא מטעם חזקה כלל הלכך כי אתי ע"א אמאי לא מהימנינן ליה עכ"ל. ולכאורה מה דפתח בשם הרשב"ם הוא מספק מעצמו ומסיים דיש להאמין לע"א וע"א ל"ל ת"ל דבנידון דידיה ליכא ס"ס שהיה ידוע שאין לו בנים וכמ"ש ג"כ בשו"ת מהרריט"ץ וגם אם היה ס"ס נראה דלא הוה אסרינן לה משום ע"א. ונראה דס"ל דמ"ש הרשב"ם בתחלת הסוגיא משום ס"ס היינו משום דמפרש דכל הסוגיא מיירי בדאתא חד ואמר אחוה דמיתנא אנא וכמ"ש שם לענין יש לו בנים דמיירי בכה"ג דאתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא ובכה"ג מיירי נמי סיפא דיש לו אחים. ועיין בדברי אא"ז מהרש"א ז"ל שם וא"כ בכה"ג דהוי כאיכא ע"א ולכן דוקא היכא דאיכא ס"ס לא משגחינן ביה ולכך בההוא עובדא צ"ל שהיה מוחזק דלית ליה אחי דאל"כ כיון שידוע שאין לו בנים היה אוסרים אותה מספק עפ"י עד זה האומר אחוה דמיתנא אנא ובזה א"ש דהרשב"ם כתב משום ס"ס ובש"ס דקידושין אמרינן משום חזקה ותרי מילי נינהו כמ"ש מהרי"ט. ולפי מ"ש א"ש דודאי אי ליכא כלל דאמר שיש לו אח בהך דלא מוחזק באחי חזקה הוי שאין הבעל נאמן להוציאה מחזקתה אך אהני נמי הא דלא מוחזק בבני לענין אי אתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא דבכה"ג י"ל דמרע לחזקה כי האי דהא מ"מ אע"ג דלא מוחזק אפשר דאית ליה אך כיון דלא מוחזק גם בבנים שרי אפילו בכה"ג דהא איכא ס"ס ואף שהרשב"ם כתב בסתם היה ראוי לאוסרה מספק סמך אמ"ש בתחלת הסוגיא דמיירי דאתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא. וגם אפשר לומר דגם בתחלת הסוגיא ידע דבאיכא קלא מיירי דמקשה ליה בפשיטות והא איכא קלא כו' ולכן קאמר דבזה אסור מספק דקול הו"ל כע"א אלא משום דבמוחזק איירי ואפ"ה פריך דניחוש ליה.

וא"כ שפיר מסיים מהרי"ט על דברי הרשב"ם הלכך כי אתא ע"א אמאי לא מהימנינן ליה משום דהרשב"ם בכה"ג מיירי ומצאתי בפ"י שכתב ג"כ דמ"ש רש"י והרשב"ם דאי אתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא כו' משום דבלא נאמנות הבעל היה נאמן משום דהך חזקה דלא אתחזק באחי לא חזקה גמורה הוא שהוא כודאי בחזקה שאין לו אלא ספק יש לו ספק אין לו ובספק כי האי ע"א מהימן משא"כ הבעל גופיה כו' ועוד דבבעל שייך טפי לצעורי כו' ע"ש מבואר כמ"ש לדעת מהרי"ט דאף דבעל לא מהימן בחזקה כזו מ"מ ע"א נאמן. ולענ"ד יש מקום לומר בשיטת רש"י ז"ל והרשב"ם שכתבו כי אתא אח לאחר מכאן כו' דס"ל דאף על גב דבעל גופיה אינו נאמן להוציאה מחזקתה מכל מקום בשיש אחר עמו מהני ואפשר דשייך בזה פלגינן דיבורא וכמ"ש לקמן ובזה אתי שפיר מ"ש רש"י דאהני דבור לאחזוקי לחזקה משום דלכאורה יש לומר דהאומר יש לי בנים ונראה ממשמעות דבריו שבא לפוטרה מיבום והרי זה כאומר יש לי אחין ויש לי בנים ג"כ. ועיין בתוספות רי"ד שכתב כן לענין אוקימתא דמתני' דמדאצטריך למימר יש לי בנים מכלל דאית ליה אחים ע"ש וא"כ פשיטא שיש לדון כן ממשמעות לשונו דלהכי קאמר יש לי בנים משום שיש לו אחים ולפ"ז כי אתי חד בתר הכי ואמר שהוא אחיו הרי לענין זה שיש לו אחים הרי כאן שנים ואע"פ שאין זה עדות גמורה מ"מ גילוי מלתא הוא שזה יש לו אחים וכל היכא דידעינן שיש לו אחים דינא הוא דלא מהני מה שאמר יש לי בנים לפוטרה וכמ"ש הב"י בשם רבינו ירוחם וכ"כ הפ"י ולזה קאמר רש"י דמהני אמירתו בזה משום דלא אזלינן בתר משמעות אמירתו בזה רק במה דנפיק מיניה משערינן דבאמירתו יש לי בנים עכ"פ נקטינן מיניה שאשה זו אינה זקוקה ליבום והוא מחזיק אותה בחזקתה ולכן מה שבא עד ואומר דאיהו אחיו לאו כל כמיניה שאע"פ שמסייע לזה במה שיוציא ממשמעות לשונו שיש לו אחים מ"מ בעיקר הענין אינו לעזר רק כנגדו שבא להוציא מחזקתה לשוק ולא כל כמיניה וזהו שכתב רש"י דאהני דבור לאחזוקי לחזק' (עיין במהרש"א בב"ב) ר"ל דלענין זה אנו למידין מן הדבור לחזק החזקה אבל אין לנו ללמוד ממנו מה שיש בו סתירה לחזקה וא"כ זה האומר אחיו אני ורוצה לסתור החזקה לאו כל כמיניה והוא ענין נכון בדקדוק לשון רש"י ז"ל:

ועוד נלענ"ד בכוונת רש"י ז"ל דמיירי אותו שבא עתה ואומר אחיו אני הוא רוצה לחלוץ לה מיד וסד"א דבה"ג שעכ"פ אין לנו בירור שאין לו אחים רק שאין חזקה שיש לו וא"כ ניחוש ליה דלמא האי קושטא קאמר שהוא אחיו ותחלוץ ומה בכך ולא דמי לע"א דעלמא שאומר שיש לו אח דזה בא לאוסרה ולאו כל כמיניה משא"כ בזה שבא ורוצה לחלוץ אין זה לאוסרה כ"א להתירה. ולכן שפיר כתב רש"י דכיון שהבעל אמר יש לי בנים הועיל

להחזיק חזקתה לשוק שאין אנו משגיחין בזה כלל שרוצה לחלוץ ופוטרין אותה בלא חליצה דאחזקה ואדבור סמכינן משא"כ אם לא אמר יש לי בנים י"ל דאע"ג שאין נאמן לומר שהוא אחיו לחלוץ ובעינן לאשתמודענא כו' מ"מ כיון שלולי אמירתו לא היתה צריכה כלל שפיר חלצה מיניה וכעין דבר שיש לו מתירין הוא ולכן סהדא אחרינא אינו מועיל נגד החזקה שהרי א"א לתקן הדבר בנקל משא"כ בזה דאפשר לתקוני שלא יהיה עדים מתנגד לחזקה דהיתר ולהיות ההיתר ברור אית לן למעבד ואין לחוש בזה שמא עתה צריכה כרוז לכהונה כשיתברר שאין זה אחיו משום דבכה"ג ס"ל אין אדם חוטא ולא לו ונראין הדברים דקושטא קאמר ולא חיישינן שיבוא לידי בירור דמשקר הלכך אי לאו דאמר יש לי בנים שפיר הוי אמרינן דחלצה מהאי שאומר אחיו אני שהרי הוא אינו רוצה לאוסרה שהרי רוצה לחלוץ כנלענ"ד שיש מקום לומר כן בשיטת רש"י ז"ל אמנם דברי הרשב"ם אע"פ שכתבתי דמאי דאתי עלה משום ס"ס היינו בכה"ג דאיכא חד דאמר אחוה דמיתנ' אנא וכדמשמע מדברי מהרי"ט מ"מ מ"ש אח"כ בההוא דהוה מוחזק לן כו' דאי לא דמוחזק לן הי' לנו לאוסרה לשוק מספק כיון דודאי אין לו בנים קשה להוציא הדברים מפשטן ולהעמידם דאתי אחוה דמיתנ' וכמבואר למעיין שם ונראה מדבריו דכל דלא אתחזק באחים וידוע שאין לו בנים ספיקא הוה אבל אין כן שיטת כל הפוסקים שהרי אף מהרי"ט שהיפך הרבה באיסורא דהך איתתא של ר' דוד מארביל כל עיקרו לא היה אלא על פיו של העד שאמר שיש לו אחים ושוב כתב שיש כאן עוד עד מפי עד אבל לולי העדים נראה מדבריו שאף בלא אמירת הבעל בשעת קידושין אין לו אחים היתה מותרת אף שהיה ידוע שאין לו בנים כדמוכח במהרי"ם וכמ"ש מהרריט"ץ בביאור ע"ש. והדבר מבואר במהרי"ט דמחלק בין נדון דהרא"ש לפי שבנ"ד בא האיש מארץ רחוקה וזולת זה היתה מותרת אם לא היה עד אף שידוע שאין לו בנים וזה דלא כהרשב"ם וראיתי במהריט"ץ שהביא מדברי הרשב"ם ראיה לדבריו (ונפלאתי דמייתי לה בשם רש"ל לב"ב וכתב שסותר לדבריו בקידושין ושוב כתב ליישב דרש"י בקידושין מיירי באין ידוע שאין לו בנים דבכה"ג הוי ס"ס וזה מן הפלא שגלוי לכל דהך דב"ב מפי' רשב"ם הוא ויותר הו"ל להביא פירוש רשב"ם גופי' בריש הסוגיא שם שכתב כדברי רש"י וביאר דבריו משום ס"ס) ומ"מ נראה שעיקר דבריו לפי שע"א מסייע לאיסור וכמבואר מדבריו בב"ש י"ג בשאלה ראובן בא מפורטגאל (ונ"ל שהוא הנדון שהבאתי לעיל משו"ת זקן אהרן אע"פ שהוא בשינוי קצת) וכתב שם דאם לא נודע שיש אח בפורטגאל אלא מפיו אנו חיין היא מותרת בפשיטות ע"ש וכן מבואר בפשיטות בשו"ת מהר"י בן לב ח"א כלל ב' באחד שאמר שיש לו אח והיה נשבע בחיי אביו וכתב שהדבר פשוט להיתר וכן מהריט"ץ סי'

כ"ז הביא תשובה זו דמהריב"ל וכתב שאין הנדון דומה דהבעל אינו נאמן אמנם בנ"ד שיש עד כשר כו' וצ"ע על מהריב"ל שכתב סימן י"ט בענין להוריד לנחלה שהבאתי לעיל הביא דברי רשב"ם ראיה להריב"ש וכתב דלכאורה דהטור חולק ונדחק לומר שהטור מיירי באין ידוע אם יש לו בנים ובידוע ודאי גם הוא מודה וגם מהריט"ץ כ"כ וכתב שאע"פ שהטור לא פירש ולא בנים. הניח הדבר שיובן מעצמו ע"ש. ולענ"ד מובן מעצמו שאינו רק שהדבר ברור שדברי הטור שאין עד אחד נאמן הם נובעים מתשובת הרא"ש אביו ואיהו ודאי מיירי בידוע שאין לו בנים כמבואר למעיין שם וכדמוכח גם מדברי מהרי"ט ומהריט"ץ גופייהו ונלאיתי להאריך בזה שהדבר ברור שהרמב"ם יחידאה הוא בזה ואף המחמירין אין דעתם להחמיר בכה"ג שאין שם עד לאיסור:

ומעתה נחזי אנן אחרי שהסכמות הפוסקים להתיר באין מוחזק באחים אף אם אמר הבעל שיש לו אחים מעתה כשמת הותרה זו לשוק ואף אם יבואו אלף עדים ויעידו ששמעו מפי הבעל מידי חששא אית בהו שאף אם היה הבעל אומר כן לפני הב"ד בעודו בחיים לא משגחינן ביה ומה יועילו אלו האומרים דבר שמועה מפיו וספירת דברים בעלמא שי"ל שהיה לו בזה איזה עילה וטעם לדבר שאמר זה אי לצעורה מכוין כדי לעגנה ומי מכריח אותנו לדחוק פשוטי השמועות בש"ס ופוסקים לכנוס בפרצות דחוקים להחמיר במקום עיגון ואם בשביל הקול שיצא הלא אינו רק מה ששמעו מפי הבעל בחייו ואם היה עומד וצווח לפנינו יש לי אח ומת אח"כ לא משגחינן ביה ק"ו הדברים שאין משגיחין בבת קול שיצא אחרי מותו וזהו שאמרו כשהוא חי קולו אחד וכשהוא מת קולו שבעה אתמהה ובמה שמבואר בגב"ע שהאשה א' אמרה שהיא יודעת שיש לו אח אדבר לקמן בזה:

ומצאתי בשו"ת אא"ז הגאון מהר"י מינץ ז"ל בסימן י"ד שכתב וז"ל ואמנם בשריות' דהאי איתתא נ"ל היתר גמור ואין להוציאה מבעלה כלל דמתוך הדברים מוכח דלא היה לכם חזקה שהיה לאותו ר' כשריאל ז"ל אח או אחים מדלא היה שום אדם מערער ופוצה פה לומר זו יושבת תחת בעלה הלא יש לה יבם אלא ודאי לא היתה מוחזקת ביבם וכל ישראל בחזקת כשרות ולא רצו אלו שהוציאו הלעז להוציא לעז שלא כדין אלא אח"כ מתוך שנאה שמוציאין האדם מן העולם הביאם הכעס לידי טעות ואמרו מה שאמרו וכן כל הלומדים שברומ' יצ"ו לא היה מסכימים שתחזיר לבעלה אם היה שום חזקה שהיה לבעלה אח או אחים שאין שום דיעה המתרת יבמה ודאי ע"י ולד שלא יגמרו חדשים בודאי ואף אם מרת בילה חששה ושאלה אם זה הולד פוטרה מיבום איכא למימר דמיחש חששה ולא על הודאי שאלה כו' ע"ש שהאריך בתשובתו ומבואר ממ"ש שם דכל שלא

הוחזק באח או אחים שרי' להנשא לעלמא ע"ש שחזר ע"ז כמה ולא משגחינן בקול הלעז שיצא אח"כ וע"ש דמהך טעמא לחוד הוי שרי לה בפשיטות ומה שהאריך בזה מחמת הולד שלא נגמרו חדשיו משום דס"ל דמהאי טעמא יש להתיר אפי' נודע בודאי שהיה לה יבם רק שאינו ידוע אם עדיין חי ע"ש בסוף התשובה וא"כ מלתא דאתיא ממילא דכיון שהיא בחזקת היתר עומדת לא משגחינן במה שהעידו ששמעו מפי הבעל בדרך שיחה ומכ"ש להוציאה מבעלה וגם יש ללמוד מדבריו שאין לחוש במה שהעידו דהוה מהדרא למשקל מיניה גט שכ"מ משום דמיחש חששה שמא יתברר שיש לו אח או יבא אחד ויאמר אחיו אני שלא תצטרך לחלוץ ממנו ולא על הודאי וכמ"ש מהר"י מינץ ז"ל: וגם הלום ראיתי בספר ארבעה טורי אבן להגאון החסיד מוהר"ר אלעזר ז"ל האבד"ק אמשטרדם בתשו' שם סי' י"ח וז"ל אחד שבא לגור פה ק"ק בראד ונשא אשה ילדה ובשעת קטטה עם אשתו אמר שיש לו אח ובשעת שלום עמה אמר שאין לו וכן אמר בשעת גסיסה כו' וכתב שם ואף על גב דבשעת גסיסה אין לו מגו דאי בעי פטרה בגיטה היינו במוחזק באחים אבל באינו מוחזק באחים נמצא בלא אמירתו נמי היתה מותרת א"כ אף באומר בשעה שהוא גוסס נמי נאמן להתירה והכי מוכח מכל הפוסקים דבאינו מוחזק באחים ואפילו אם אינו אומר בשעת מיתה שאין לו אחים אשתו מותרת להנשא ע"ש. (ושוב נמצא כמה תשובות מבנו הגדול מוהר"ר משה ז"ל ועל תשובה זו לא חזינן כי האי סימנא ומשמע שהם מתורת הגאון מוהר"א ז"ל עצמו בעת שהיה משכן כבודו עם ק"ק בראד ואמנם אף אם הם דברי הבן ידוע כי יפה כח הבן והיה א' מגדולי הדור) ולמדנו מתשו' הנ"ל דאף אם אחד בא לגור אף שלא ידענו אי מזה הוא אם אינו מוחזק באחים אין חוששין לו ואף אם אמר לפעמים שיש לו אח לא משגחינן ביה ואף ששם היה ג"כ מקום לומר שיש לו בנים כדמשמע שם בתר הכי דכתב דאית ליה מגו שהיה אומר יש לי בנים ע"ש. מ"מ נראה דהא דכתב בפשיטות להתיר בלא מוחזק באחי לא מהאי טעמא דה"ל ס"ס שמא יש לו בנים כמ"ש הרשב"ם אתי עלה שלא הזכיר שם מדברי הרשב"ם כלל רק דכל שאינו מוחזק באחים האשה בחזקת היתר היא ע"ש:

והנה הב"ש סי' קנ"ז סק"ז כתב על מ"ש בש"ע בלא היה מוחזק באחים אפי' ע"א אינו נאמן משום דהוה כאיתחזק התיר' ולפי מש"ל הנ"י דס"ל דאם אין מוחזק בבנים לא הוי כחזקה שאין לו בנים. א"כ ה"ה לענין לא הוחזק באחים לא הוי כאיתחזק היתרא כו' ונפלאתי ע"ז שנראה שכוונתו למ"ש בנ"י בב"ב דאין לו אחים א"נ היכא שמוחזק באחים לפי שסותר החזקה משא"כ אמירתו יש לו בנים אינו סותר החזקה וכ"כ שם

אח"כ בעובדא דההוא דהוה מוחזק כו' דלא דמי למתני' דזה בני נאמן במגו דמגרש לה דהתם אפילו בקול לא ידעינן אם אית ליה בנים או לא ע"ש:

ובאמת שכדברי הנ"י הללו כתבו כל המפרשים וכ"כ הרא"ש גופיה בקדושין והעתיק שם דברי הרמב"ן במלחמות דמוכח בב"ב דזה בני נאמן אע"ג דמוחזק באחים לפי שאינו סותר החזקה לגמרי אבל לסתור החזקה לגמרי ולומר אין לו אחים א"נ ועוד דאמרינן התם ההוא דהוה מוחזק כו' והשתא לקלא בעלמא חיישינן כו' אע"פ שנאמן להוציאה מחזקת יבום ולומר זה בני מ"מ אינו נאמן לעקור חזקת אח דמיגו לסתור החזקה לגמרי לא אמרינן עכ"ל וכן מבואר מדברי הרשב"א והריטב"א וא"כ מבואר דגם הרא"ש סובר דאומר זה בני אינו סותר החזקה לגמרי ואע"ג דלא מוחזק בבני ואפ"ה כתב בתשובה דע"א א"נ לומר שיש לו אח כל שאינו מוחזק באחים דהו"ל להוציאה מחזקת היתר וא"כ יהיה דברי הרא"ש סותרים זא"ז וכן הטור והש"ע נמשכו אחר דברי הרא"ש בזה:

אך באמת לק"מ דודאי מה לי לשקר עדיף מעד אחד דהא לרבי כעדים דמי ולר"נ עכ"פ כחזקה דמיא והיכא דהוא מוחזק באחים ולא בבנים אז באמירתו אין לו אחים יש כאן סתירה לחזקת איסור דהוה קיימא ביה וסתירה גמורה לחזקה דיש לו אחים הלכך א"נ משא"כ יש לי בנים נהי דהוי סתירה לחזקת איסור שהרי לולי אמירתו הוה אסרינן לה מ"מ אינו סותר לגמרי החזקה דהא עכ"פ אינו מוחזק שאין לו בנים אלא שלא ידענו להם וכיון דאין כאן סתירה גמורה אתי מה לי לשקר ומפיק לה מחזקת איסור דמה לי לשקר אלים מחזקת איסור לחוד משא"כ אם לא היה מוחזק באחים כיון דלולי העד היינו מתירין אותה והיתה בחזקת היתר ושוב אין ע"א נאמן להוציאה מחזקת היתרא והדברים ברורים:

ומ"ש מדברי רש"י והר"ן שכתבו אי אתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא משמע דע"א נאמן בלא מוחזק באחי ובני. כבר הארכתי בזה לעיל והבאתי דברי מהרש"א ופ"י וכתבתי מה שיש בו די וקצרתי שלענ"ד מדברי הרמב"ם והטור והש"ע שכתבו לא היה מוחזק באחים ויצא קול שיש עדים ולא כתבו כלשון הש"ס היה מוחזק שאין לו אחים דהוי רבותא טפי דאפ"ה חיישינן לקלא אלמא דגם בלא הוחזק באחים נמי הוי חזקת היתר גמור וכיון דחיישינן לקלא בכה"ג ה"ה במוחזק שאין לו אחים ואין רבותא בזה רק לענין מה לי לשקר שאנו צריכין לסתירת החזקה עצמה שהיינו מוחזקים בה אז היכא דליכא סתירת החזקה עצמה רק חזקת איסור לבד שלא היה מוחזק בבנים אתי מה לי לשקר דאלים טובא ודחי ליה וכדכתיבנא:

ועתה נחקורה ונשובה בעיקר הדין אם לא אתחזיק לא באחי ולא בבני והוא אומר יש לי אחים נראה שאין ספק דלא מהימן לאפוקי מחזקתה כאשר נראה מפשטא דשמעתין בקידושין וב"ב דלא מפלגינן בין לא מוחזק בבני או מוחזק שאין לו בנים ובכל גווני אמרינן דלא מהימן משום דלאו משום ס"ס אתינן עלה. וכן נראה דעת הרי"ף שהביא מתני' דקידושין כפשטא דיש לו אחים א"נ משמע דבכל גווני א"נ ומכ"ש דמוכח הכי לפי מ"ש הרמב"ן דמ"ש הרי"ף יש לי בנים נאמן היינו אפי' מוחזק באחי כדמוכח בב"ב וממילא גם סיפא דיש לו אחים א"נ מיירי במוחזק שאין לו בנים דמ"מ בחזקת היתר קיימא וכן מבואר ברשב"א וריטב"א ותוס' רי"ד דמתני' דיש לו בנים אע"ג דמוחזק באחים הוא. וא"כ ממילא הא דיש לו אחים מיירי אף במוחזק שאין לו בנים וכן נראה מדברי רש"י ומדברי בעל המאור דכל דלא מוחזק באחי ה"ל חזקת היתר וכן מבואר מדברי הרמב"ם והרא"ש והטור והש"ע דכל שלא הוחזק באחים ה"ל חזקת היתר בכל גווני וז"ל הרמב"ם אמר זה אחי או שאמר יש לי אחים אינו נאמן לאסור את אשתו ולהניחה זקוקה ליבם שהרי זה מתכוין לאוסרה אחר מותו עכ"ל ולשון זה מבואר לכל מבין עם תלמיד דמיירי אף בידוע שאין לו בנים רק שאינו ידוע מאחים ואמר יש לי אחים א"נ לאוסרה ולא משום ס"ס כלל רק כיון דלא הוחזק שיש לו אחים בחזקת היתר קיימא ולאו כל כמיניה לאוסרה וכן מבואר לפי מ"ש ה"ה שם דהאומר יש לי בנים דנאמן מיירי אף בידוע שאין לו בנים וא"כ מדנקט הרמב"ם ברישא האומר זה בני כו' גם סיפא עלי' קאי ומיירי בכה"ג ואע"ג דהרמב"ם ברישא אף בהוחזק מיירי כתב סתם אח"כ אמר זה אחי כו' אע"ג דזה מיירי באין מוחזק באחים וסמך אמ"ש אח"כ בהדי' היה מוחזק באחי' אפילו אמר אין לי א"נ וא"כ מכ"ש כשאומר יש לי אבל לענין בנים אם איתא דבסיפא מיירי באין ידוע אם יש לו בנים היה לו לפרש אח"כ היה מוחזק שאין לו בנים אסורה מספק ואפילו לא אמר יש לי אחין ומכ"ש באמר אלא ודאי דליתא ובכל גווני שרי בלא הוחזק באחי וכבר כתבתי שמלשון הרמב"ם שכתב לא היה מוחזק באחים ויצא קול כו' נראה מזה דלא הוחזק כמוחזק דלית ליה דמי וכן משמע לענ"ד מדברי הש"ס בב"ב בשם עליות רבינו יונה ובטעמא דמלתא דאזלינן בזה בתר חזקה כה"ג כבר הארכתי והבאתי מדברי הרא"ש והרשב"ץ והאגודה והב"י ורמ"א ומהרש"ך ומהר"א ששון ס"ל דלענין נחלה נמי לא חיישינן שמא יש קרוב יותר וברתי שראיית הרשב"ץ והאגודה מהך דב"ב בקרובי' דר"א היא ראיה ברורה ועיין בדברי הרא"ש בתשובה זו בכלל נ"ד לענין אם ע"א נאמן לומר שיש לו אח הביא גם כן ראיה ממתני' מזה אחי ומהך דמארי בר איסק דאפי' עומד וצווח אני אחיו לא מהימן ולכאורה י"ל דשאני לענין ממון שהוא נוגע ורוצה להוציא

לעצמו ונראה דעיקר כוונתו דעכ"פ היה לנו לחוש שמא יש אחד בעולם כיון שעכ"פ לא נתברר שאין אח להם וע"כ דלא חיישינן א"כ גם האמירה לא מהני וכן נלענ"ד מדברי מהרש"ל בקידושין וביבמות וכן נראה מדברי המהרש"א ופ"י כמש"ל וכבר בררתי דאף מהרי"ט ודעימי' שרצו לחלק בין נדון שלהם לדהרא"ש לא אמרו אלא לענין דמהני ע"א לאסור בכה"ג שבא ממרחקים ואף בזה הוצרך לשיטת הפוסקים דמחזיקין מאיסור לאיסור ובאמת רבו החולקים וכמ"ש דראייתם אינם מכריחין. ומ"מ נראה שעיקר טעמו וטעם הרבנים שעמו דמקהו בה אקהייתא היינו משום שהיו שם שני עדים ששמעו משנים וגם מפי הבעל וגם היה אפשר להתברר וכמ"ש במהרי"ט שם ואף בזה המוסמך מוהר"מ גלאנטי וקצת חכמים היו דעתם להקל כנזכר מתשובת מהריט"ץ וגם הב"ש גדול האחרונים לא העיר בזה כ"א לענין ע"א ודבריו צ"ע כמש"ל אבל מפי הבעל לבד לא פרכס בה אדם מעולם (וכבר כתבתי שגם מהרשב"ם אין ראיה ובלא"ה סוגיא דעלמא דלא כוותיה וכל הפוסקים דלעיל לא ס"ל הכי דלדבריו אף בלא אמירת הבעל ג"כ יש מקום להסתפק בידוע שאין לו בנים) וכבר הבאתי תשובות מהריב"ל ומהרשד"ם (ועפ"י דברי מהרשד"ם שהבאתי יש גם כן מקום לצדד בזה דמה ששמעו מפיו שיש לו אח אפשר אח מן האם קאמר ויש לעשות סמוכות לדבר זה אך אין זה דרכי לבוא במשעול במקום צר ואחרי שפתחי ההיתר הם ברוחב כפתחו של אולם אף שיש בזה צד ואופן המועיל קצת לקרב פתח ההיתר שאם היה בדרך שיחה בעלמא אין הכרח שכוונתו על אח מאב ואם באו דבריו בכוונה לזקוק אשתו ליבום שע"כ כיוון על אח מאב בואו ונסמוך על הרמב"ם שכתב א"נ לאסור כו' שהרי זה מתכוון לאוסרה אחרי מותו אך לפי שאין אנו צריכין לכל זה קצרתי) וזקן אהרן ומהר"י מינץ כו' וכן מבואר מדברי מהריט"ץ ההולך בשיטת מהרי"ט ובסימן י"ג כתב להתיר בנ"ד והגאון מוהר"ר הר"א אב"ד ק"ק אמשטרדם בתשובה להתיר בכה"ג והנה הרבה פלפלו בענינים אלו בתשובת האחרונים ולא ראיתי לפלפל בדבריהם שאם באנו לכתוב אין אנו מספיקים ולא מפסיקין רק את זה חזיתי שמדבריהם נלמד שכה"ג דנ"ד קרוב המתיר כמצות חז"ל להקל במקום שיש לחוש לעיגון עכ"פ ואחר אחרון אני בא הלא היא מופת דורנו הגאון בשו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא בחלק אה"ע סימן קמ"ה כתב להגאון מוהר"ר מרדכי בנעט אב"ד דק"ק ניקלשבורג דגם הב"ש בשם הנ"י לא החמיר אלא בע"א מעיד שיש לו אחים אבל באין שם עד כלל לא החמיר הב"ש וכן דברי הש"ע סימן קנ"ז לא היה מוחזק באחי משמע שסגי בזה שלא היה מוחזק באחים וכל דברי מהרי"ט לא נהירין בפרט שהוא רוצה שהרא"ש יהיה מן האוסרים ולדעתי בודאי הוא מן המתירין כו' וכן מה שאמרו בב"ב

נקיל בא"א מירי שיצא הקול בעודו חי כו' וכן אפילו לא יצא הקול עד לאחר מותו ג"כ הדין שוה שחוששת לקלא שעכ"פ אינו דומה לשבויה אלא שהגמרא שם קאי על מעשה שהיה שהקול יצא בחייו עכ"ל (וכבר כתבתי לעיל שבש"מ לב"ב בשם רבינו יונה כתב שיש לפרש נקיל בא"א דכיון דהוחזק באיסור א"א ובעודה בחזקת איסור א"א יצא הקול כו' דמחזיקין מאיסור לאיסור ולא נהירא ההוא פירושא מהא דיבמות אשה זו בחזקת היתר כו' עכ"ל וכן בפלפלא חריפתא להגאון בעל תוי"ט ז"ל בפירושו להרא"ש ב"ב כתב דאיסור א"א לאו דוקא ותמה על הרשב"ם ע"ש) ושם בתשובה קמ"ד כתב דעכ"פ עשרים החתומים לאיסור במהרי"ט אין ראיה שרוצים לאסור אפילו בע"א להרא"ש והש"ע הם אמרו ששם היה שני עדים לאיסור ששמעו מפי שני עדים כו' וע"ש בשני תשובות הנ"ל שכתב גם כן ליישב שהנ"י אינו חולק על דין דהרא"ש ובתשובה סימן ג' הביא גם כן דברי הב"ש אליבא דהנ"י וכתב דלכאורה אם זה לא מיקרי חזקה כלל לא לאיסור ולא להיתר א"כ ל"ל אמירת הבעל או ע"א שיש לו אחים בלי שום אמירה כלל תהיה אסורה בספק שמא יש לו אחים וספיקא דאורייתא הוא כו' ע"ש וע"ז יש לתמוה דזה לא עלה ולא יעלה על הדעת דלפי שכתב הנ"י דאם לא מוחזק בבני מהימן לומר שיש לו בנים במיגו דבידו לגרשה שאין בזה סתירת החזקה וסבור שאם אין מוחזק באחים לא מיקרי חזקה להתירא שהרי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרא"ש והר"ן כולם כתבו דבר זה דבאמירתו יש לי בנים מהני מיגו דאינו סותר החזקה לגמרי דאף שהוא מוחזק באחים אין זה בא לעקור החזקה רק שבא להתירה מצד אחר שאומר שיש לי בנים והרי מבואר בדבריהם דאם אין מוחזק באחים הוי חזקה לענין שאין הבעל נאמן לאסור והרא"ש והטור והש"ע מתירין אפילו בע"א וא"ל דס"ל דלענין בנים מהימן טפי כמ"ש ה"ה משום דבדידיה תלי' מילתא הלכך אע"ג דאין מוחזק בבנים מחשב כחזקה מ"מ מהני דבורו לסתור החזקה דתליא מלתא בדידיה אבל באחים לא מהני אבל באמת ז"א שמבואר להמעיין שהנ"י לא בא דרך האתרים ולברור לעצמו שיטה אחרת בזה ודבריו בזה הם דברי רבותיו לחלק בין אחים לבנים מצד שאין סותר החזקה לגמרי ורק הוא הדין הוא שהוסיף מדעתו דחזקת אין לו בנים יכול לסתור ובאמת לא משמע כן בדברי הרא"ש ונ"י ומ"ש הב"ש שה"ה כ"כ בשם הרשב"א ליתא ואדרבא בדברי הרשב"א מבואר להיפוך שכתב דאינו עוקר שום חזקה לגמרי שאע"פ שהיה מוחזק באחים הרי אינו אומר שאין לו אחים אלא שיש לו בנים ומוחזק שאין לו בנים הרי אינו עוקר לומר שיש לו אלא מתירה מצד אחר ואומר שאין לו אחים ולא שאנו צריכין לדבריו בכך כיון דאינו מוחזק באחים אלא משום חזרתו דחזר ואמר יש לי אחים אצטרך כו' ע"ש הרי מפורש יוצא מדבריו דאם מוחזק שאין לו

בנים אינו נאמן לעקור החזקה לומר שיש לו אלא שאין אנו צריכין לדבריו כלל כיון שאין מוחזק שיש לו אחים ממילא היא מותרת וכן בדברי הרא"ש בקידושין בשם הרמב"ן כתב דבב"ב משמע דוקא זה בני שאינו סותר לגמרי החזקה כו' כמש"ל ולא כתב משום דבדידיה תליא מלתא שפיר מהני אפילו במקום שסותר החזקה אלא ודאי שאין מועיל אלא משום דאינו סותר לגמרי החזקה אע"פ שהוא סותר את חזקת היבם כיון דמוחזק באחים ולא מוחזק בבנים מ"מ מהני אמירתו מטעם מיגו אבל סתירת החזקה לגמרי כיון שאין אנו מוחזקים שאין לו בנים אלא דלא מוחזק לן בבנים וכן נראה מלשון הרמב"ן גופיה במלחמות שם ובב"ב פרק חזקת בענין קריביה דרב אידי שכתב וז"ל ועוד שנינו זה בני נאמן וכן יש לי בנים נאמן ואע"ג דמוחזק לן באחי פוטר מן היבם משום מיגו דפטר בגיט' ולא אמרינן זה בחזקתו הוא עומד ואלו היה בנו או יש לו בנים קל הוא להביא עדים על הדבר והאי אינו מוחזק בבנים ולפי דברי בעל המחבר הזה (ר"ל בעל המאור) אף המוחזק באחים ושאין לו בנים נאמן משום דמה לי לשקר בעדים והרי זה מכחיש חזקתו בדבר העשוי להתפרסם אם יש לו אחים אם לא כו' ע"ש ומבואר דנקט והאי אין מוחזק בבנים ואם היה סובר דאף במוחזק נאמן הו"ל למנקט מוחזק שאין לו בנים והוא אומר יש לו דנאמן אע"פ שמכחש חזקתו וכמו שמחזק קושייתו לשיטת בעל המאור כמו כן הוי מצי לאלומי קושייתו טפי ממוחזק שאין לו בנים אלא ודאי דלשיטתו דמוחזק באחים אינו נאמן לומר אין לי אחים כמו כן מוחזק דלית ליה בנים א"נ לומר דאית ליה וכן כתב הר"ן דבאומר יש לו בנים אינו עוקר חזקתו אלא שבא להתירה מצד אחד כו' וכ"כ הריטב"א בקידושין לחלק בין בעל שאמר גרשתי דחולצת אע"ג דבידה לגרשה שאני מוחזק באחי ולא בבנים ואומר יש לי בנים דאע"ג דלא מוחזק לן בבנים לא מרע חזקה דידן לגמרי ואפשר דאית ליה בנים ולא ידעינן במלתא הלכך לא אתרע הואיל דידיה ומהימן עכ"ל הרי דנקט במלתיה לא מוחזק לן בבני דבכה"ג מיקרי לא מרע חזקה דידן וכיון שמדברי כולם נלמד דמוחזק שאין לו בנים הוי חזקה דלא מהני מיגו לעקור החזקה רק באין מוחזק בבנים ס"ל דמהני מה שאומר זה בני א"כ איך כתבו דהיכא שאין מוחזק באחים הוי חזקה שאין הבעל נאמן לומר יש לי אלא ודאי דלא תליא מידי בהא וכמש"ל דע"כ לא מפלגינן בין מוחזק שאין לו בנים ללא איתחזק בבנים אלא לענין שיועיל המיגו לסתור שכל שאינו סותר גוף הענין שאנו מוחזקין בו שפיר מועיל המיגו אע"פ שהוא סותר חזקת היבום שהיתה בה כמ"ש הרא"ש בשם הרמב"ן להדיא משא"כ היכא שבא לסתור גוף הענין שאנו מוחזקים בו כגון שאנו מחזיקים שיש לו אחים שהוא סותר חזקת היבם וגם החזקה שאנו מוחזקין בה וכן אם מוחזקין בו שיש לו אחים ואין

לו בנים דג"כ יש חזקת יבום וחזקה שאנו מוחזקים שאין לו בנים וכשאומר יש לו בנים לא מהימן שהרי הוא סותר גוף הענין שאנו מוחזקים בו ודוחה אותו ואת חזקת יבום ובכה"ג לא מהני המיגו וכל זה לענין מיגו אמרינן דמהני לסתור החזקת איסור לחוד משא"כ ע"א לא מהימן באיתחזק איסורא או היתרא וא"כ בלא אתחזק באחים שלולי העד היתה מותרת הרי הוא מעיד לאסור דבר דאיתחזק היתרא וזה אינו נאמן אע"ג שאינו בא לסתור גוף החזקה שאנו מוחזקים כיון שאין חזקה דל"ל אחי רק דלא מוחזק באחי מ"מ אף לסתור החזקת היתר לבד לא מהני ע"א וכן מוכח מדברי הראב"ד שכתב דאין עד אחד נאמן לומר ניתן לה בן במדה"י והיינו משום דאתחזק באחי והוא בחזקת איסור אע"ג דבמה שאומר ניתן לה בן אין בזה סתירת החזקה דהא דבר זה הוא דבר שיש עליו ספק מעיקרא שמא יש לו בן במדה"י ואף הרשב"א לא קאמר אלא משום דס"ל דבע"א אמרינן דווקא. וכן הב"ש כתב משום דמסייע ליה רוב נשים מתעברות כו' אבל לולי זאת אינו נאמן לסתור החזקה של איסור אע"פ שלא בא לסתור גוף החזקה שאנו מוחזקים שאין לו אחים אלא בא להתירה ממקום אחר ובזה אין בו סתירת חזקה כלל וא"כ גם בלא מוחזק לן באחי שעכ"פ איתתא שרי' דאמרינן דמסתמא אין לו אחים ויהיה מאיזה טעם שיהיה כיון דהוי שרינן לה זולת העד א"כ העד בא לאסור במקום חזקת היתר שפיר כתב הרא"ש דלא מהימן ואחריו נמשכו הטור והש"ע וכדאי הם לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק ובפרט שאין חולק עליהם לפי ענ"ד כמ"ש דהנ"י שכתב הב"ש לא בא לחלוק אלא לפרש כדברי שאר הראשונים ז"ל:

והנה הראב"ד בהשגות כתב על הרמב"ם דמתיר בע"א שמעיד בניתן לה בן כתב דליתא שאפילו בעל עצמו שאמר יש לי בנים והוא מוחזק באחים ובלא בנים אינו נאמן להתירה בלא חליצה ודקדק בדבריו מ"ש באחים ובלא בנים דהיינו שמוחזק בלא בנים שאז א"נ דאלו לא מוחזק בבני שפיר נאמן כמ"ש ה"ה חילוק זה אמנם הרשב"א בחידושיו העתיק בשם הראב"ד ואין מוחזק בבנים וכן הוא בנ"י (אך בתשובה סימן א' רנ"ב העתיק כמו שהוא בהשגות) ולכאורה בהא גם הראב"ד מודה אך באמת נראה שע"כ הראב"ד באין מוחזק בבנים קאמר דמוחזק דל"ל אין ראיה לניתן לה בן דהא לא דמי דבמוחזק בא לסתור החזקה שאנו מוחזקין דל"ל משא"כ ניתן לה בן אין סתירה רק לחזקת האיסור אבל לא לגוף החזקה שאנו מוחזקין ויש לתמוה על ה"ה שמתחלה כתב ואני אומר שאף בבעל כו' ואפשר כיון דמסקינן כו' ה"נ במוחזק דל"ל כו' ולכן הוצרך לדחוק דאף במוחזק דל"ל נאמן ולענ"ד במ"ש דניתן לה בן לא דמי למוחזק דל"ל אלא ללא מוחזק בבנים ואמנם כן דברי הראב"ד תמוהים כמ"ש דבלא מוחזק ודאי בעל נאמן. ונראה דודאי גם

הראב"ד מודה בזה דבהא מהימן אך טעם נאמנותו הוא רק משום מיגו דבידו לגרשה אבל זאת לא מהימן ונפקא מינה היכא דלית לן מיגו וכגוונא שכתבו התוספות דבשעת מיתה אינו יכול לכתוב גט וכיוצא לא מהימן וא"כ שפיר יש ללמוד מזה לע"א ולכן שפיר כתב הראב"ד דאפילו בעל עצמו כו' ר"ל היכא דליכא מיגו א"נ להתירה וע"א נמי להא דמי ומ"ש דאפילו בעל עצמו ואי בלא מיגו מיירי מאי עדיפות' דבעל מע"א י"ל דלענין הכרת הבן התורה האמינתו וא"כ עדיף לענין זה מעד דעלמא. ומעתה מ"ש ה"ה על הרשב"א ואני אומר דאף בבעל עצמו כו' אין בזה כדי לדחות השגת הראב"ד דאפילו תימא דמהימן אף במוחזק בלא בנים מ"מ היינו מטעם מיגו אבל בלא מיגו ל"א ומינה לע"א דעלמא ולכך הוצרך הרשב"א לחלק משום דייקא והוא נכון לענ"ד:

ונשוב למ"ש הגאון ז"ל בנ"ד דאם זה לא מיקרי חזקה כלל א"כ ל"ל אמירת הבעל או ע"א הא ספיקא דאורייתא הוא כו' והנה הדבר פשוט דגם הב"ש לא קאמר אלא להנ"י דס"ל דכה"ג דלא מוחזק בבנים לאו חזק' מעלי' הוא ומהני מיגו אע"ג דבמוחזק דל"ל בנים לא מהני המיגו לסתור א"כ גם לענין ע"א נהי דלא מהימן במקום שיש חזקת היתר גמור מ"מ האי לא (דלא) חשיב חזקת היתר גמור דהא ע"א מועיל לאסור שאין זה סתירת חזקת היתר גמור וכמש"ל בשם הפ"י ג"כ במ"ש לפרש דברי רש"ל ואי אתא אחוה דמיתנא והגאון ז"ל כתב בעצמו ג"כ שהב"ש לא אמר כן לשיטת הנ"י אלא לענין ע"א אבל מ"מ שפיר חשיב ליה חזקה היכא דליכא ע"א והוא עד אחזוקי איסורא לא מחזקינן וכבר הארכתי לעיל בטעמא דמלתא ושם כתבתי משום דס"ל דמוקמינן אחזקת היתר דקודם נשואין וכמ"ש מהרי"ט וכתבתי שכן הוא לדברי התוס' שם בהא דתירצו בגירש ולבסוף כנס דמ"מ מוקמינן בחזקת היתר לשוק דאוקי הערוה כו' והיינו דהיה להצרה חזקת היתר לשוק קודם הנישואין והגאון ז"ל בתשובה סי' קמ"ד וקמ"ה כתב ג"כ כדברי האלה והראה מקום למ"ש בנ"ד חלק הראשון בחלק יו"ד סי' נ"ז וראיתי שכתב שם לחלק בין ספק דרוסה שמעולם לא היה חזקת היתר לבהמה משא"כ באשה זו שהיה לה חזקת היתר דקודם נישואין וכתב ליישב בזה קושית התוס' דמקשו מדרוס' ושוב כתב דשפיר הקשו התוס' דא"א לאוקמי אחזקה קמייתא דאז היתה מותרת גם ליבום כו' ע"ש ולפי זה בנדון הספק שלנו שהספק הוא שמא אין לו אחים כלל פשיטא שיש לנו לאוקמה אחזקה קמייתא בלי פקפוק:

אך באמת מ"ש לתרץ קושית התוס' לחלק דבדרוסה אין חזקת היתר מעיקרא לענ"ד דברי התוס' א"ש בפשיטות דאטו דוקא חזקת היתר והלא בדרוסה יש חזקה שקודם לזה לא היתה דרוסה וא"כ נימא כשנסתלק איסור שאינו זבוחה ואתה בא לאוסרה מחמת

ספק דרוסה העמידנה על חזקתה שלא היתה דרוסה כשנולדה ומצאתי בפ"י סוף פרק המדיר שכתב דמעיקרא לא קשיא להו להתוס' אלא משום דספק דרוסה אית לה חזקה מבוררת דודאי לא נדרסה קודם שנולדה כו' וכך הם דברי אא"ז בתשובה סי' כ"ט וקצרתי ועכ"פ בנ"ד שפיר שייך חזקת היתר לשוק דקודם שנישאת אף לדברי הגאון ז"ל וכבר כתבתי שכן מפורש יוצא מתוך דברי הריטב"א בקדושין שכתב טעמא דמהני מה לי לשקר במקום חזקה דאסורה דהיינו דמוחזק לן באחי משום דמסתמא כל אתתא בחזקת היתר לשוק קיימא במיתת בעל עד שתאסר בזיקת יבום לפנינו וכ"כ אח"כ אליבא דר"נ דנימא כי הדדי נינהו ואוקי אתתא אחזקת דהיתרא כו' ע"ש מבואר להדיא דאף במוחזק באחי' ג"כ לא נסתלק חזקת היתרה שהית' מוחזקת בה קודם הנשואין ואף שנשאת לא יצא' מחזקת היתר זה לגמרי אלא מה שנאסרה בבירור משום א"א ולא מה שיש לנו ספק מחמת שמוחזק באחי' כיון דאינו מבורר בעדים רק חזקה בעלמא ואין זה חזקת איסור ליבום גמור שיסתור לגמרי חזקת היתר של קודם נישואין ועדיין י"ל שהי' בחזקת היתר כשימות בעלה אם לא שתאסר בזיקת יבם לפנינו ולכן כיון דמה לי לשקר מרע הך חזקה דמוחזק באחי' ממילא דמוקמינן לה בחזקת היתר דקודם נשואין וכל זה במוחזק באחי אנו צריכין לחפש זכות האשה מחמת אמירתו שהוא נאמן מחמת מה לו לשקר ושוב קיימא בחזקת היתר משא"כ היכא דלא מוחזק באחי' מלתא דפשיטא הוא דמוקמינן לה אחזקת היתר דקודם נשואין ונראה ברור דאף המפרשים שכתבו תירוצים אחרים על קושיא זו דה"ל מה לי לשקר במקום חזקה לא פליגי אריטב"א בהא דה"ל חזקת היתר דקודם נשואין רק דס"ל כיון דמוחזק באחי נסתלק חזקת היתר לשוק לגמרי וקיימא בחזקת איסור אבל בלא מוחזק באחי כ"ע מודים דאכתי בחזקת היתר קיימא ולכן בלא מוחזק באחי ואמר יש לי אחים אינו נאמן להוציא' מחזקתה וממילא מה שרצה הב"ש להוציא מדברי הנ"י באין מוחזק בבנים דלא הוי כמוחזק בבנים ללמוד מזה לענין מוחזק שאין לו אחים אין זה ענין לזה כלל דכאן אחזקה קמייתא קיימא. ומ"ש מהרי"ט דמחזיקין מאיסור לאיסור כבר בררתי דאף לשיטת רש"י דמשמע מיניה דמחזיקין לאיסור לא שייך בכה"ג שלא קדם האיסור ודאי להספק וגם לא נתחדש מעשה ריעותא ברורה והוא נכון ואמנם רוב הפוסקים קיימי בשיט' דאין מחזיקין בזה במקום אחר וראיית מהרי"ט כבר דחו לה בדברי הבאים אחריו כמש"ל מעתה ראיתי שגם בנ"ב במהדורא תנינא כתב שאין ראיותי' מוכרחים וקצרתי בזה אחרי שאין צורך בזה דגם מהרי"ט מודה היכא דליכא ע"א או עדים וכמש"ל:

ועוד נלענ"ד לחדש בה דבר ע"פ מ"ש התוס' בדף ל"ז בד"ה וזהו הואיל ולא הוכר כו' תימא אמאי לא מוקמינן לה בחזקת היתר ליבום כו' וסמוך מיעוט דילדות לשבעה ואיתרע לה חזקה כו' דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהם כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן דרוב מעוברת ולקמן דף קי"ט הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י עכ"ל וכוונת דבריהם דאע"ג דאמרינן רוב מתעברות ויולדות אותו הרוב אין דרכו לשהות כמה שנים וכיון שזו שהתה כמה שנים איתרע לה הרוב הזה ולפי זה נראה באשה שלא נבדקה אם יצאה מכלל איילונית ושהתה כמה שנים עם בעלה ולא ילדה דאיתרע לה רובא דרוב נשים שאינם איילונית דהרוב שאינם איילונית עכ"פ רובא דרובא מתעברות ויולדות ואינם שוהים הרבה עם בעליהן ואין מולידות לא איילונית נינהו רק סיבה אחרת גורמת להם מ"מ עכ"פ ודאי הוי מיעוט חשוב וחזי לאיצטרופי לחזקה ולא מיבעיא לשיטת רב האי גאון ודעימיה דאף לרבנן אמרינן סמוך כמבואר ברמב"ן ושאר פוסקים דודאי מצטרפין הך מיעוטא דאיילונית אלא אפי' להסוברים דדוקא לר"מ אמרינן סמוך מיעוטא אבל לרבנן לא היינו בלא איתרע רובא כלל דאז מיעוטא לגבי רובא כמאן דליתא אבל בגוונא דכתיבנא שע"י ששהתה ולא ילדה איתרע לה רובא ודאי דהמיעוט הוא מיעוט חשוב ומצטרף לחזקה אליבא דכ"ע. ולפ"ז נראה אפי' תימא דבעלמא איתרע לה חזקת היתר לשוק דקודם הנישואין מחמת הנישואין שנכנסה לודאי איסור א"א וספק זיקת יבם מ"מ בזה לא איתרע כלל דסמוך מיעוטא דאיילונית שאינו זקוקה ליבום לחזקה דהיתר לשוק וא"ל דממ"נ כיון דרובא לא איילונית ה"ל פלגא ופלגא ז"א דדוקא אם היינו הולכין אחר הרוב היה האיסור ברור ה"ל פלגא ופלגא משא"כ בזה שאף להרוב אין כאן רק ספיקא לאיסורא ומצד החזקה והמיעוט המצטרף לו ההיתר ברור לא שבקינן היתרא ודאי דחזקה ומיעוטא לחוש לספק הרוב ושרי' איתתא אליבא דכ"ע:

וגדולה מזו נראה לי דאפילו נתברר השתא דלא איילונית היא כגון שנבדקה ונמצאה כשאר נשים או שילדה וא"כ היה אפשר לומר שלמפרע היתה בחזקת ספק איסור לא חיישינן לה כיון דעכ"פ עד ההיא שעתא בחזקת היתר הוה קיימא לא מחזקינן בה ספק איסור למפרע וכן נראה ממ"ש הטור דאם יש עדים שיש לו אחים אינו נאמן לומר יש לי בנים משום דהוה כאילו מעידים שזקוקה ליבם וכמ"ש הב"ש סי' קנ"ו ס"ק י"א ומ"ש אם באו העדים אח"כ שיש לו אחים הוא פטורה בלא חליצה כמ"ש הב"ש והב"ח וכמ"ש ס"ק יו"ד וס"ק י"ב והטעם בזה כיון דבהאי שעתא לא היה עליו ודאי חיוב זיקת יבום אע"ג דאיתחזק באחים אין זה חיוב ודאי ומהני בהאי שעתא אמירתו יש לי בנים לסתור

החזקת איסור וקיימא בחזקת היתר בהאי שעתא שוב לא איכפת לן בביאת העדים לומר תיגלי מלתא למפרע שהיו עדים על הדבר שיש לו אחים והיתה בחיוב ודאי ליבום ונתבטל אמירתו אלא בתר האי שעתא אזלינן ומכ"ש אם לא היה מוחזק באחים כתב בעל המאור והרא"ש והריטב"א להדיא דאפילו אתו העדים בתר הכי לא איכפת לן בהא ולא אמרינן דמחזקינן לה בחזקת יבום למפרע וכאילו היה שם בשעת מעשה ואין אמירתו מועלת וממנו נקח לנ"ד דכיון דבהאי שעתא שנישאת לא היה מוחזק באחים והרי לה בחזקת היתר לשוק ומסייע לה מיעוטא דאיילונית הרי עמדה באותה שעה בחזקת היתר ואף דהשתא איגלי מלתא שאינה איילונית ונסתלק צירוף המיעוט מ"מ לא תצא מחזקת היתרה הראשון וגם יש להביא ראיה מה דאמרינן ביבמה שאמרה ניתן לי בן מת בני ואח"כ בעלי כו' וכתבו התוס' בר"פ האשה שהלכה דמיירי שיש עדים שמתו שניהם ואין ידוע מי מת תחלה ע"ש והשתא תיקשי דא"כ למה מת בני ואח"כ מת בעלי נאמנת כיון דעל כל פנים איכא עדים שניתן לה בן אזלת חזקת היתר ליבום דידה ולמה נאמנת וע"כ לומר כיון דבהאי שעתא היתה בחזקת היתר ליבום ואף דהשתא אתי עדים הרי השתא כבר נולדה ספק של מיתה לא מחזקינן איסור ליבום למפרע מחמת הבן הנולד (וע"ש בדברי אא"ז מהרש"א ובט"ז שנתחבטו בדברי התוס' האלו הגאון בעל ט"ז והגאון מוהר"ר העשיל ז"ל והביאם הב"ש בקצרה ובדברי בעהמ"א והמלחמות שם ובמלחמות שם מבואר כדברי הגאון מהר"ה ז"ל והנפתי ידי בע"ה בתשובה אחת בדבריהם ז"ל והדברים עתיקין) וה"נ דכוותה ועיין בתוס' דכתובות דף כ"ו ע"ש שיטת הר"י בר ברוך ואף להר"י החולק י"ל דוקא לענין תרי ותרי וקצרתי ועיין ביו"ד סי' י"ח בענין סכין שיצא בחזקת בדוק ונמצא פגום וכמ"ש אא"ז בתשובה שם מדברי הש"ס בכתובות. הרי אתם בחזקתכם וקצרתי:

ולכאורה נראה בטעמא דמלתא שאין מחזיקין למפרע משום שאם נרצה לומר שיש עפ"י מה שיתברר עכשיו חזקת איסור למפרע ה"ל כחזקה שלא נתבררה בשעתה דלא אזלינן בתרה אלא דבאמת ז"א דאף שלא היינו יודעין אז אין העלם דבר של צבור עושה דחוי לחזקה זו להיות עליה שם חזקה שלא נתבררה וכמש"ל בשם הגאון בנ"ב חלק אע"ה וגם כי בזה אין אנו צריכין שיהיה חזקת איסור אז אלא שע"י הידיעה בסוף מסתלק המיעוט שגרם החזקת היתר שבתחלה אבל אי דייקת תשכח דהכא עדיף טפי כיון דבאמת יש לנו חזקה ברורה לשוק רק שנפל לנו ספק מחמת הקידושין ואעפ"כ לענין ספק יבם היינו מחזיקין אותה בהיתרא שאין לו אחים רק מחמת איסור א"א ודאי אנו רוצים לבטל החזקת היתר והרי בהאי שעתא לא נולד לנו ספק בחזקת ההיתר כלל שהוא מקום לצרף

המיעוט אימת נולד הספק עכשיו שנתגלה שאינה איי וני' השתא כבר נסתלק חזקת איסור א"א ע"י מיתת הבעל והספק ליבם ניתר ע"י החזקה שבתחלתה שלא נסתלק מחמת האיסור ודאי של א"א כלל:

ועפ"י מ"ש יש מקום ליישב דברי הרשב"ם בב"ב שכ' בלא אתחזק לא באחי ולא בבנים קיימא הך איתתא בחזקת שאינה זקוקה ליבום דס"ס הוא כו' ולכאורה צ"ע שפתח בחזקה וסיים בס"ס וכן בסוף דבריו כתב לא כל כמיניה דמפיק לה מחזקתה וכלשון רש"י בקידושין ומי סני ליה למינקט היתרא משום ס"ס ובאמת שלשון הש"ס מורה דמטעם חזקה הוא דאמרינן לאו כל כמיניה דאסר לה אכ"ע לשון זה מורה דכיון דבחזקת היתר קיימא לדידהו לאו כל כמיניה לאוסרה עלייהו וגם צ"ע דאם מטעם ס"ס אתינן עלה מאי רבותא דהא קיי"ל דאפי' במקום חזקה אין ע"א נאמן ומכ"ש במקום רוב' כמ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ג ומכ"ש במקום ס"ס דחשיב כרובא ואפשר דעדיף מיניה כמ"ש הרשב"א וידוע בזה שיטת הפוסקים ודברי הפ"י בענין ס"ס במקום דאיתחזק איסור' (ולפי שיטת הפוסקים דלא מהני ס"ס באיתחזק איסורא יש מקום ליישב קצת דסד"א כיון דמחזיקין מאיסור לאיסור כאיתחזק איסורא דמי ועכ"פ אמירת הבעל מהני קמ"ל דלא מהני במקום ס"ס וקצרתי) אך לפי מ"ש י"ל בכוונת הרשב"ם דודאי מיירי שעכשיו ידוע לנו עפ"י עדים דלית ליה בנים ודומי' דרישא דאומר שיש לי בנים דמיירי אף אי אתי עכשיו עדים שיש לו אחים נאמן לומר יש לי בנים (ואף שהרשב"ם כתב אי אתו אחוה דמיתנ' כו'. כבר כתבתי לעיל בשיטות רש"י דבצירוף אמירת הבעל כאתו עדים דמי ע"ש) וקמ"ל דאפי' בכה"ג לא מהני אמירתו כיון שטרם שנודע לנו בבירור שיש לו בנים דהיינו בשעת מיתה אכתי לא הוה מוחזק לן לא באחי ולא בבנים והי' לך היתר משום ס"ס אף עכשיו שאנו יודעין שבנים לא היו לו אכתי בחזקתה קיימא כדמעיקרא וחשבינן אמירתו כמאן דליתא וממילא דלא איכפת במה שנודע שלא היה לו בנים בבירור משא"כ בעובדא דהוה מחזיקין דלית ליה אחי כתב ויודעין היו בודאי שאין לו בנים ור"ל שמאז שהיו מוחזק דל"ל אחי היה ידוע שאין לו בנים ומעיקרא ליכא ס"ס כלל הלכך אי לאו דמוחזק דלית ליה אחי היתה אסורה מספק משא"כ היכא דבחיי הבעל לא הוה ידעינן אי אית ליה בנים או לא אף דמתברר לן השתא אין משגיחין במה שאמר יש לי אחי כיון דבהאי שעתא בחזקת היתר הוה קיימא מחמת ס"ס השתא נמי אע"ג דפקע ליה ספיקא דבנים שוב לא תצא מחזקת היתר' הראשון דקמי נשואין שהרי לא נתסרה מחמת חזקת היתר דידה לעלמא כשימות הבעל מחמת הס"ס ולא היה סיפוק בידינו להחזיק מאיסור א"א על איסור יבום כיון שהיה ס"ס בעודו בחיים ואף כי אחרי

מותו הוסר ספק א' ונתברר שאינו מ"מ ס' חזקת ההיתר עוד לא סר ומועיל לספק זה של אחים ככוחו אז כוחו עתה שתהא מותרת לשוק ולכן אם בעובדא דנ"ד האיש הזה נתגדל במקום אחר ובא למקום שנשא האשה והיה מקום להסתפק שמא כבר היה לו אשה והוליד בנים אף שעתה מתברר שלעולם לא היה לו בנים אף לדברי הרשב"ם איתתא שרי' אפס כי חובה עלי להודיע להמעיין כי איני בונה יסוד על זה להיתר האשה שאנו דנין כי אולי עובד' הוה שבא האיש בימי נערות באופן שלא היה ספק מעיקרא על בנים כלל וגם כי סברות שכתבנו עדיין צריכין לפנים ואין פנאי לנסך בכור המובחן בכמה סוגיות היעמדו דברינו לסמוך להלכה למעשה אך הואיל ואיני אומר לסמוך על זה כי עיקר ההיתר כבר הוא סמוך ונראה בעליל מזוקק שבעתים חזינן למכתב נמי הני מילי משום דמלאכת שמים הוא ואולי יועילו להתלמד מהם במקום אחר:

אך הואיל ובאנו לידי מדה זו לישא וליתן ע"פ דרכו של הרשב"ם ז"ל ראיתי עצמי מחויב בדבר להציע לרבי' מה שלענ"ד לברר ההיתר בנ"ד אף לשיטת הרשב"ם ז"ל ומתחלה אבאר כי לפי מה שהמחברים הביאו דברי הרשב"ם ז"ל בזה ותופסים הדברים ככתבן יש לתמוה מאוד שנראה שע"פ פירושו דאתי עלה מטעם ס"ס הא מלתא דלא מוחזק באחי אין בו משקל חזקה כלל רק ספק כשאר ספק דעלמא ובהצטרף אליו ספק בנים הוי ס"ס וזולת הספק השני ה"ל ספק השקול אם יש לו אחים אם לא א"כ נחזיק אנן במוחזק דל"ל אחי שכתב הרשב"ם שמוחזק בחזקה בעלמא בלא עדים וצריך להבין חזקה זו מה טיבה שאם היא כענין החזקות המבואר בקידושין דף פ' דאמרינן שם מלקין ושורפין על החזקות א"כ מה גריעותא דהך חזקה מעדים ול"ל לר' יוסף למימר ועוד הא אמר דל"ל אחי דפשיטא דחזקה דמהני אפי' לשקול על ידה דמהני להתיר באיסור זיקת יבום ועוד דא"כ האיך קאמר אביי והאיכא קלא כו' ורבא חייש לה דוקא במקום חזקה מאי מהני והא דאמרינן בב"ב דף ל"ב כגון דמחזיקינן באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קלא דב"ג הוא ואחתיני' כו' כבר פי' רשב"ם שם ואחתיני' מן הכהונה עד שיבדקו הדבר שמעלה הוא בכהונה כו' וכן פירש"י בכתובות משמע דאי לאו משום מעלה א"צ לבדוק אחר הקול כלל ומכ"ש בזה דהוא אמר ג"כ דל"ל אחי ואית ליה מיגו ואפשר לומר דמה"ט נדחק הרשב"ם לפרש מאי דקאמר נקיל בא"א והרי הוא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק כיון דאמרי דאיכא עדים במד"ה שזקוקה ליבום והיינו משום דבעלמא היכא דליכא מעלת כהונה אין חוששין לקול במקום חזקה משא"כ בזה שהיתה בחזקת איסור שפיר מחזיקינן מחזקת איסור להקל אע"פ שיש חזקה דל"ל אחי ומיגו אך בלא"ה נראה דחזקה דל"ל אחי הוא קשה במציאות דהתם בקידושין שייך שפיר

שמוחזקין בו שהוא בנו של זה מחמת שכרוך אחריו וכן שאר דברים דאמרינן התם וכן בההוא דחזקה לכהונה אמרינן מה ראית שקרא ראשון כו' וכן מוחזק באחי שייך לומר שראו אנשים שהיה נוהג עם אחד או שנים כדרך שנוהגין באחוה וכמבואר בדברי ה"ה פ"ה מהל' נחלות בשם התוספתא והביאו הריב"ש ג"כ אבל לומר שיש חזקה שאין לו אחים הוא קשה לפרש על דבר זה ואפשר דהיינו טעמא דהרמב"ם וטור וש"ע שכתבו לא היה מוחזק באחים ויצא קול שיש עדים כו' ושינו לשון הש"ס דאמר דמוחזק דל"ל אחים וכמש"ל ונראה דס"ל דמציאות זה שמוחזק דל"ל אחים אין לו מקום רק מה שאינו מוחזק באחים דהיינו מחמת מה שלא נשמע משום אדם שהוא אחיו או שיש לו אחים ע"י זה אנו מחזיקין אותו באין לו אחים אך מדברי הרשב"א דמשמע דמוחזק שאין לו אחים הוא ענין אחר ע"כ לומר שכוונתו שמחזיקין בו מפי השמועה מאנשים שידעו אותו מתולדתו ואת בית אביו שהוא גרגור יחידי ואין לו אחוה בעולם וכמ"ש רש"י גבי דמוחזק לן באחי לא שיש עדים בב"ד אלא חזקה בעלמא שכך שמענו עליו קודם קידושין וכ"כ הר"ן שם וא"כ אין חזקה זו רק קול לבד שלקול השמועה שיש לו אחים החזיקו אותו בכך וכן מבואר שם ג"כ מדברי הר"ן שהקשה אם נימא דמוחזק באחים נאמן לומר א"ל אחים מחמת מיגו קשה מב"ב דמחמת הקול לא מהימן במיגו ותירץ דשאני התם שהקול אומר שיש עדים כו' אבל בחזקה בעלמא שאין אנו יודעין שיש עדים בדבר שיהיה אפשר להתברר על פיהם נאמן משום מה לי לשקר ע"ש מבואר דחזקה בעלמא היינו ענין קול שמחמת קלא דלא פסק החזקנו בו כך אע"פ שאין אנו יודעין אם יש עדים בדבר וכן משמע מהרמב"ן שם וכה"ג הוי נמי הך דמוחזק לן דל"ל אחי דהיינו ע"פ הקול החזקנו כך ועל פי זה תמה על עצמך בהא דקאמר ר' יוסף למאי ניחוש לה חדא דמוחזק דל"ל אחי משמע דעל דא לחוד נמי הוי סמוך להתירה והרי לפי המבואר מהרשב"ם הך ספקא אי אית ליה אחים או לא הוא ספק השקול וס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור דמהאי טעמא חיישינן לקלא דמחזיקין מחזקת איסור א"א אל הקול שזקוקה ליבום וא"כ בלא הקול נמי איך נתיר ספק כזה שמוחזק באיסור דאיכא נמי איסור א"א מחמת דאתחזק דל"ל אחי מחמת שכך שמענו עליו והא בכה"ג דאתחזק איסורא אפילו ע"א לא מהימן להתיר מכ"ש חזקה שע"י קול בעלמא ואע"פ שהתוס' בכתובות וב"ב כתבו שהעד גרוע מהקול היינו שצריך לחוש לו עד שיבדוק הדבר ע"פ עדים אבל ודאי במלתא דספיקא טפי אית לן למיסמך על ע"א מעל קול ודוחק לומר דקול כי האי שהחזקנו אותו על ידו עדיף מע"א ולכאורה י"ל כיון דבשעת נישואין כבר היינו מוחזקין בו מפי השמועה דל"ל אחי א"כ בשעה שנכנסה לכלל איסור א"א לא היה ספק השקול אלא היינו מטין לומר

שלענין יבום לא תהיה זקוקה לכן אין לנו להחזיק מאיסור דודאי א"א אל האיסור ספק כיון דאיתרע ליה הספק ע"י הקול דז"א דהא מ"מ אין כאן חזקת היתר גמור והשתא מיהו כשאנו באים להתירה מכלל ספק דאורייתא הוא מחמת החזקה שהיינו מחזיקין בו ע"פ ששמענו עליו שאין לו אחים ומסתברא שאין בשמיעת קול כדי להוציא מידי ספק דאורייתא ופשיטא שא"ל שמועיל מטעם חזקה דפשיטא דכשאנו יודעין מחמת מה נצמחה חזקה זו שאין אנו דנין על החזקה אלא על הסיבה שהחזקה נצמחה ממנה ואפי' להקל נגד החזקה אמרינן הכי ועיין בשו"ת פ"י להגאון מג"ש בחלק אה"ע סימן א' באורך:

ולכן נראה לענ"ד דאע"ג דס"ל להרשב"ם דהך דאין מוחזק באחים ספק שקול הוא מ"מ אית לן למיזל גבי' להיתרא דהא קודם נישואין היתה בחזקת היתר ולא אמרינן בזה מחזיקין מאיסור לאיסור כיון דמתחלת לידת הספק עדיין לא היה שם איסור רק השתא הוא שנולד האיסור בזה אין להחזיק מן הודאי להספק דהספק מעיקרא כמאן דליתא מחמת החזקת היתר וכמש"ל בזה אך הרשב"ם סובר דאף במקום דאיכא חזקת היתר החמירו מדרבנן שלא יועיל חזקה ועיין בפ"ת ובפ"י בק"א לקידושין ובמלחמות בכתובות אהא דאמר ר"ה אמר רב שלשה שישבו לקיים את השטר וא"כ כו' ע"ש וא"ש דברי הרשב"ם דאם אינו מוחזק באחי דה"ל ספק השקול אע"ג דיש חזקת היתר יש לאסור מספק מדרבנן דאף בחזקת היתר מחמרינן מדרבנן משא"כ כשמוחזק לן דל"ל אחי דחזק' זו מסייעת לחזקת ההיתר שפיר שריא אף מדרבנן ובזה נתיישב לי דברי הרשב"ם שכתב אם הקילו בשבוי' דהרבה הקילו בה חכמים כו' וטעמא דבשביל שנתייחדה בין השבאים אין לנו לאוסרה שהרי סתם אשה משמרת עצמה מזנות ואוקמה אחזקה ואיסור קל הוא אם נשאת לכהן נקיל בא"א דחמיר דאיכא חנק והרי הוא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק כו' הנה פתח בטעם קלות השבוי' משום דסתם אשה משמרת עצמה מזנות והיינו בענין דגרסי משום דמנוולא עצמה כו' ואע"פ שהרשב"א לא גרס ליה וכתב שפירוש היה בספרים מ"מ בטעמא דמלתא דמקילין בשבוי' משום הכי הוא וא"כ מי הכריחו לפרש מה שאמרו נקיל בא"א משום מחזיקין מאיסור לאיסור הוא דהא בלא"ה יש לחלק משום דבשבוי' יש טעם להקל ואם לשון הש"ס דקאמר נקיל בא"א דוחקם ולא נהירא ליה כפי' המפרשים דלא דוקא קאמר רק דנסיב הך לישנא דקאמר בקדושין אלא דס"ל דדוקא קאמר ומשום דמחזקין מאל"א א"כ לא היה צריך לפרש קולת שבויה משום דסתם אשה משמרת עצמה כו' כיון דלא גרס הש"ס הך מלתא משום דמנוולא כו' והחילוק מבואר דבשבויה בחזקת היתר עומדת שאין מקום להחזיק

מאל"א והדבר תמוה מאוד שהחילוק הזה בין שבוי' להך דיבום בא עלי' משני צדדים ללא צורך ולפי מ"ש א"ש דרב יוסף דהוי מדמי ליה לשבוי' היה סובר דגם הכא איכא חזקת היתר ואע"ג דבחזקת היתר לחוד עדיין יש להחמיר מדרבנן מ"מ חזו לאיצטרופי הך חזקה דל"ל אחי לסייע לחזקת היתר ודכוותה נמי גבי שבוי' דאיכא חזקת היתר ומסייע ליה סבר' דסתם אשה משמרת עצמה וכיון דגבי שבוי' לא איכפת לן בקלא ה"נ דכוותה ולזה השיב לו אביי דהתם בשבויה דאיכא סבר' דמשמרת עצמה שפיר מוקמינן אחזקת היתר אף מדרבנן ואין משגיחין בקול דהחזקת היתר הוא ברור שם ואין שם מקום להחזיק מאל"א אף בעת יציאת הקול משא"כ בזה דבעת לידת הספק מחמת הקול שיצא שיש עדים שיש לו אחים היתה בחזקת איסור א"א ממילא מתבטל חזקת ההיתר ולא סמכינן על מה שמוחזק מפי השמועה שאין לו אחים וספיקא הוי ואל תתירנה מספק והדברים נכונים מאוד בביאור לשון הרשב"ם ז"ל:

וקם דינ' ואתברר דינא דאף לשיטת הרשב"ם אין בזה רק משום חומרא דרבנן שלא להעמיד על חזקת היתר אך בלא"ה נלענ"ד ראיה ברורה דגם להרשב"ם הך דלא מוחזק לן באחי לא נפק מכלל חזקה לגמרי שהרי הרשב"ם גופיה בהאי דקריביה דר"א כתב דיש ספרים דגרסי' אייתי ר"א בר אבין סהדי דהוה קרוב אוקמי ר"ת בידיה וגם ר"ת פירש כן וגם הר"י שם בתוספות הסכים לגרסת הר"ת בזה ומבואר מזה דכיון שר"א היה קרובו בודאי והאי ספק הוציא מת"י הקרקע ולאביי ורבא אף הפירות אף שזה היה עומד וצווח קריבנ' טפי והרשב"א שם שכתב על גרסת ר"ת ולא נהיר' משום דסוגיא משמע שהיה עדים על אכילת פירות כו' אבל בגוף הדין היוצא מתוך גירסת ר"ת והספרים דבהא דאייתי סהדי דאיהו קרוב מחתינן ליה לנכסי' לא פליג כלל דאם איתא דפליג בהא לא הוי שתיק מיניה לדחויי' הך גירס' מה"ט שהדין אינו דין אמת ומבואר להמעיין דהרשב"ם נמי אודי מודי להו בהא אלא שאין נוח לו לפרש הסוגיא עפ"י גירס' זו והשתא תיקשי בהא דכתב הרשב"ם דאי לאו דמוחזק לן דל"ל אחי היה לנו לאוסר' לשוק מספק הגע עצמך אי האי גברא שביק נכסי' מאן לירת בר קשא דמתא לירות הא ודאי דמאן דמייתי סהדי דאיהו קרוב הוא יורש הנכסים והב"ד מוציאין אותו מיד המחזיק בהם ואומר שהוא קרוב הראוי לירש ונותנין לזה שמברר קריבתו בעדים ואין איש שם על לב שמא יש לזה אחי' באיזה מקום שהם קודמין לירושה זו ואנו מוסרין ליה נכסי' לזה בחזקת שאין אחים להמת והאשה אנו אוסרין עליו ואכ"ע שמא יש להמת אחים אתמהא דמהאי חששא גופ' שמא יש לו אחים איך נמסור לו הנכסי' והוא יאכל וחדי ושמא אחר זמן יבא אחים ולא ימצא מה לירש שהלה יכלה אותם או ילך עמהם למדה"י. וא"ל

דלענין נכסי' אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כיון שהנכסים הם בחזקת השבט וכמ"ש הרא"ש ביבמות גבי ספק ויבם משא"כ לגבי האשה דאין כאן ודאי כלל ז"א בזה שייך התם שהספק הוא עומד בספיקו לעולם וזה ודאי ראוי לירש מחמת שהוחזקה נחלה לאותו שבט ואין ספק מוציא מידו וכן בהא דקריבי' דר"א דודאי אם אין אנו חוששין כלל שמא יש קרוב במקום אחר רק שאנו דנין על אותן הבאים לפנינו כיון שזה נתברר קורבתו בעדים הוא ודאי שהרי הוחזקה נחלה בשבטו וזה האומר כי קרוב הוא לא מפיו אנו חיין אבל אם באנו לחוש לקרוב אשר יבא ממקום אחר שאפשר שהיום או מחר יבא ויברר קורבתו שהוא ראוי לירש עפ"י עדים וראיה פשיטא דלא שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי דאטו בשביל שאנן לא ידעינן ליה ספק מוציא מידי ודאי קרית ליה שלא לחוש לו כלל וכל אופיין של הספיקים כך הם שעל דבר שאנו חוששין לו שאין אנו יודעין אם הוא כך או כך והוא ספק הרגיל אנו חוששין לו וכיון שכן אם אנו חוששין הך מלתא דאין מוחזק באחים בספק שמא יש לו במקום אחר איך נתפס זה לודאי מחמת עידי קורבה שיש לו והא יש לחוש שמא אח רחוק מכאן ויבא ועדיו עמו וכעובד' דמארי בר איסק וכמו שמצינו שנים שחלקו ובא להם אח ממדה"י ולא ימצא מה לירש וילך לו בפחי נפש והמדקדק בסוגיא דספק ויבם ימצא כי החילוק שחלקנו הוא ברור וקצרתי:
ועפ"י מה שכתבנו תלה לנו טעם של הריב"ש ז"ל שהצריך להקרוב ההוא להביא עדים שהוא הקרוב בירושה ואין אחר קודם לו והרשב"ץ השיג עליו מהך דקריביה דר"א והייתי יושב ומתמה על גדולת רבינו הריב"ש ז"ל שחליל' לומר שנעלם ממנו סוגיא או הגיר' דגרס ר"ת שהרי הוא ז"ל עצמו הזכיר גרסא זו בתשובה סי' של"ו שכתב והא ר"א שהביאו מקרובי דר"א כו' אי משום דאין אומרין מיגו להוציא ספק מידי ודאי לפי הגרסא דלא גרס טפי כו' הרי שלא היה הגרסא זו נעלם מעיני הריב"ש ז"ל ומ"ש לחלק בין האי דמארי בר איסק שהוא יורש אביו ודאי אבל בנדון זה שהקורבה רחוקה כו' אין זה מעלה ארוכה להא דקריביה דר"א שג"כ בקורבה רחוקה מיירי ולכן הרשב"ץ אע"פ שראה מה שחילק הריב"ש בין האי דמארי בר איסק לא השיב ידו מלהשיג עליו מסוגיא זו. ומ"ש בקצוה"ח לחלק בין אם נתברר הקורבה ע"י עדים בין אם הוא ע"פ המת לא נהירא ליה להרשב"ץ כיון דעכ"פ מבורר שהוא קרוב על פיו שהוא נאמן להחזיקו בכך (ועיין בשיטה מקובצת לב"ב בשם הרשב"א שכתב לחלק בין זה להא דשנים אוחזין כו' זה אומר חצי' שלי כו' משום דהתם לא ידוע מלתא כ"א על פיו לא מסלקינן מיניה לגמרי אבל הכא כיון דידוע מלתא בסהדי כו' ואין זה ענין לכאן דהתם היינו על פיו של האומר חציה שלי ואית ליה מיגו אלא שהוא מיגו להוציא או שאר תירוצים האמורים שם אבל

הכא דקורבה של זה ידוע בעדים מפיו של המת הרי ידוע מלתא בסהדי) וכבר כתבתי שמה שרצה בקצוה"ח להעמיד חילוק זה בכוונת הריב"ש וליתא וט"ס שבדפוס גרס לו שכתב מה שכתב:

אמנם לפי מ"ש א"ש דברי הריב"ש דודאי גם הריב"ש מודה להך דינא דקאתי חד ומברר בסהדי שהוא קרוב אין חוששין שמא יבא ממקום אחר ויאמר שהוא ג"כ קרוב ולא יברר בעדים את קורבתו דפשיטא דאין זה חשש כלל דאפי' אם עומד לפנינו וצווח כי קרוב הוא אין משגיחין בו שאין ספק מוציא מידי ודאי והיינו הך דקריביה דר"א שזה הוה טוען שהוא קרוב או אמר קריבנא טפי ואפ"ה אוקמה ר"ח בידי' דר"א בר"א כי לא מפיו אנו חיין אך חששא דהריב"ש הוא שמא יש קרוב במקום אחר שיבא ועדיו עמו או שיש לו עדים פה שיהיו יודעין שהוא קרוב ובכה"ג לא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי שע"ז גופא אנו דנין שמא יבא אחר ויברר שהוא הודאי וזה שמברר עתה שהוא קרוב יהיה נעשה רחוק לירושה זו ובעובדא דקריביה דר"א א"ש דשם מיירי בענין שהיה ידוע לנו או מוחזק לנו שאין למת זה קרובים במקום אחר כלל או עכ"פ שאין שם קרוב יותר ממה שבירר ר"א וכתב הרמב"ן שהעידו שלא היה בנים למת וזה היה בן אחיו או מזרע אחיו וידוע היה שאחיו לא היה לו בנים במקום אחר שניחוש שמא יבא אחד ויברר בעדים שהוא קרוב יותר ולא היינו צריכים לדון רק על ר"א וההוא גברא ואין ספק שאם ההוא גברא היה טוען שמבקש זמן לברר קורבתו בעדים שהיו חוששין לו אבל הוא הודה שאין לו עדים על טענתו או שבאמת לקח זמן לחפש זכות ועדים ופשפש ולא מצא ובכה"ג גם הריב"ש מודה דאין ספק מוציא מידי ודאי ולכך לא קשיא ליה להריב"ש כלל מהך עובדא דקריביה דר"א רק מעובדא דמארי בר איסק קא קשיא ליה שלמה לא הצריכוהו להביא עדים שאין לו אח אחר. דליכא למימר שהיה ידוע להם שאין לו אח אחר ז"א דהא חזינן דקושטא דמלתא הכי הוי שהיה לו אח אחר אלמא שלא הצריכוהו מעיקרא לברר דבר זה כלל אף שהיה מקום לחוש שמא עוד לו אח ויבוא היום או מחר ויברר בעדים שהוא אחיו כאשר נתגלה באמת לבסוף וע"ז כתב כיון שהוא בודאי היה בן יורש אביו ואי יש לו אח הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי אף בכה"ג שהחשש הוא שמא יתברר בעדים שגם זה בן מ"מ הוא לא נדחה מפניו ואין יוצא מידי ירושה לעולם וה"ל ודאי בירושה זו משא"כ כשהקורבה רחוקה אז ודאי יש לחוש שמא יבוא אחד ויביא ראיה שהוא קרוב יותר וידחה זה לגמרי אין זה ודאי יורש עד שיביא ראיה שהוא הקרוב מכל אדם והוא כפתור ופרח בדברי הריב"ש ז"ל והאחרונים אשר השיגו על דבריו מהך דקריביה דר"א כמבואר בכמה תשובות מקום הניחו לי להתגדר בו וזכותיה דהריב"ש

ז"ל גרמה לי כי אורו עיני לעמוד על אמתת כוונתו ז"ל בס"ד ולא אוכל להתעלם מלבאר מה דלכאורה יש לתמוה לפי פשוטן של דבריו בהא דקריביה דר"א שנראה שלא היה לשום א' מהם חזקה וראיה על קורבתם רק על פי טענותן לבד דנו אותן בדין כל דאלים גבר כמ"ש הרשב"ם וכן מבואר בטור וש"ע ח"מ סי' קל"ט שכתבו וז"ל כגון שמת בעל השדה ובאו שנים ליורשו כ"א אומר אני קרוב וראוי ליורשו ואין לשום אחד עדים כל דאלים גבר וא"כ ק"ו הדברים שאם א' בלבד בא ואמר קרוב אני ואין קורא מתעורר להחזיק בנחלה זו כ"א זה לבדו פשיטא שמורידין אותו לנחלה ע"פ דבריו והרי הרמב"ם והטור וש"ע ס"ס רפ"ד כתבו כל היורשים יורשים בחזקה אע"פ שאין עדות גמורה שהוא יורש אלא שהעידו העדים שהוחזק להם שהוא בן פלוני כו' ומבואר שלולי שעכ"פ הוא מביא עידי חזקה שהוא קרוב אין מורידין אותו לנחלה ויהיה תחת ב"ד עד שיבוא מי שיברר שהוא קרוב וכן מבואר בהתוספתא שהביא ה"ה והריב"ש והב"י בשנים שבאו ממדה"י אע"פ שמשאן ומתנן כו' אין חבירו יורשו ואם היה נוהג בו משום אחוה הוא יורשו עכ"ל וא"כ אטו בשביל ששנים אלו מכחישין זא"ז דייניגן להו כל דא"ג כיון שאין לשום א' מהם עדים וראיה אין לנו להניחם לירד לירש כלל (ובההוא דזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי פירש הרשב"ם שאין עדות וחזקה לזה יותר מזה וא"כ איכא למימר שהיה עדות וחזקה לכל חד אך לא משמע כן בסוף הסוגיא דקאמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה כו' וצ"ע):

ולכאורה אפשר לומר דע"כ לא בעינן עדי חזקה שנהג עמו באחוה ובלא"ה אינו יורשו אלא אם הוא טוען שהוא קרוב ואינו יודע אולי יש קרוב יותר ממנו וא"כ אף לפי טענתם אינו ודאי יורש והלכך אין זה בא בטענת ברי לירש ואין מורידין אותו לנחלה משא"כ אם הביא עדים על חזקת קורבתו שאז הוא קרוב ודאי אין חוששין לקרוב אחר וכן אם זה טוען ברי שהוא הקרוב הראוי ליורשו וטוען ברי שאין קרוב יותר ממנו אנו מחזיקין אותו בעולם כיון שטענתו הוא ברי ואין חזקה דממונ' כנגדו שפיר מהני ברי דידיה ולכך היכא שבאו שנים וכל אחד טוען שהוא הקרוב יותר מכל אדם דייניגן להו כדא"ג אלא שצ"ע לפי גרסת הרמב"ן דגרס אנא קריבי' ולא היה יודע אם הוא קרוב יותר א"כ במאי נחית להאי דקלא ואכלינהו לפירי אם לא שנאמר שהחזיק בו דרך גבר באלמות שלא עפ"י ב"ד ואין זה במשמע וכבר כתבתי שלפי המבואר ברשב"ם וטור וש"ע עפ"י ב"ד היה שומה שיהיה כל דאלים גבר:

ונראין הדברים שגם מתחלת ביאתו לב"ד אע"פ שלא היו עדים ברורים על הקורבה מ"מ היו שם עדי חזקה של קורבה לכ"א אלא שלא הכריעו ביניהם מי קרוב יותר ולכן פסק

כדא"ג ולבסוף אייתי סהדי דהוא קרוב וממילא נעשה האי גברא ספק אם ראוי לירושה במקום ר"א וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו ע"ש ולפי גרסת הראב"ד לסוף אודי דאיהו קרוב צריך ג"כ לומר ע"ד שכתב הרמב"ן וצ"ע ולפי דרכי' י"ל דהך עובד' דר"א שלא חששו שמא יבוא אחד שהוא קרוב יותר מהם משום דמיירי דר"א טוען שהוא קרוב הראוי לירש וטוען ברי שאין קרוב יותר ממנו וכן טען האי גברא ואהני ברי דידהו שלא ניחוש לאחריני דליתנייהו קמן וא"כ מתרצי בפשיטות דברי הריב"ש דבעובדא דידיה לא טען זה והביא ראיה אלא על ששמע מפיו של המת הקורבה שהם בנים לבני אחיו אבל גם זה הקרוב לא טען ברי שאין קרוב יותר ממנו ובזה שפיר חיישינן דלמא עוד לו אב או אח ויבוא ויערער ויברר שכן הוא והוא קודם ליורשו משא"כ בעובדא דר"א שהם טוענים ברי שאין קרוב יותר ור"א לגבי האי גברא היה זוכה בטענת ודאי לגבי ספק אפילו אי טען אנא קריבנא טפי משום שהוא לפנינו ואינו מברר דבריו בעדים וא"ל דא"כ לא היה הריב"ש צריך להעמיד הך דמארי בר איסק משום שבן יורש אביו ודאי דהמ"ל דמארי היה טוען שאביו לא היה מניח בן כמותו בחוץ לארץ הזאת ואין עוד מלבדו ז"א דהא למארי טען לא ידענא לך אלמא לא הוי אתי בטענת ברי ואין לדחוק השמועה לפרש שבעת שהחזיק בנכסים היה טוען ברי רק עכשיו שבא למד לשונו לומר אינו יודע אלא משמע דלפי שלא היה מוחזק באח אחר הורידוהו לנחלה ולכן הוצרך הריב"ש לחלק משום דהתם בן ודאי יורש אביו וגם זה נכון:

ונתנה ראש ונשובה לדברי הרשב"ם שהקשינו לפי משמעות דמסכים לגרסת הר"ח בדינ' דאין חוששין לקרוב יותר א"כ איך ניחוש לאחיו לאסור האשה ולהוריד זה לנחלה ואם כנים דברנו בשיטת הריב"ש לתרוצי סוגיא דקריבי' דר"א י"ל דגם להרשב"ם קאי בשיטת דההוא דקריבי' דר"א דוקא אי ידעינן דליכא קרוב במקום אחר או שטוען ברי ומה שהיה נאמן לגבי האי גברא לפי שהוא לפנינו ואינו מברר קורבתו בעדים הו"ל ספק לגבי ודאי משא"כ האשה אסורה מספק שאינה אומרת ברי לי שאין לו אחים וגם אין כאן ודאי להוציא מידי ספק ובזה א"ש דברי מהריב"ל בתשובה ח"ב סי' י"ט שנסתייע מדברי הרשב"ם בההוא עובדא די"ל לדברי הריב"ש ולכאורה ז"א דכיון דהרשב"ם הסכים לדין היוצא מגירסת ר"ת בקריביה דר"א ולפי מ"ש א"ש אך מה שנדחק שם לפרש דברי הטור וכ"כ מהריט"ץ לפרש דברי הטור אליבא דהרשב"ם ליתא דהטור ודאי קאי בשיטת אביו הרא"ש שחולק על הריב"ש כמ"ש הוא עצמו שם:

אמנם אני מסתפק במה דכתיבנ' בעובד' דקריבי' דר"א היה לכ"א עידי חזקת קורבה דא"כ מה הוסיפו עדים דאייתי ראיה לומר שהוא קרוב ואם בשביל שאלו היו עדים

ברורים על הקורבה ואלו אינם רק עידי חזקה נראה שמותר העדים בזה אין אחרי כי עידי חזקה מועילין לענין ירושה הם נדמים כעדים ברורים של קורבה ושיטת הרמב"ן א"א להעמיד לפירש רשב"ם וגם מראש דבריו ניכר שכתב אתא ההוא גברא כו' אמר אנא קריבי' משמע דבאמירה בעלמא הוי סגי ליה ולפי זה צ"ל מה שהצריכו לעידי חזקה היינו דבהכי סגי אף אם אינו טוען ברי ומורידין אותו לנחלה וכמש"ל בזה ולא חיישינן שמא יש לו אחים כיון שאין מוחזק בהם וא"כ קשיא על הרשב"ם כמ"ש ומחוורת' לענ"ד בשיטת הרשב"ם דגם הוא ז"ל סבר דלענין ממון כל שלא הוחזק באחי' אין חוששין לו דמסתמא כיון שאין נשמע שיש לו אחים וקרובים הוי כמוחזק שאין לו אלא דמ"מ לענין איסור אין לנו להקל אם לא דמוחזק דלית ליה אחי ודייק לה מדנקט העובד' דמוחזק לן דל"ל אחי אלמא דבלא מוחזק באחי הוי אסור לה מספק דאיסור מממונא לא ילפינן ואע"ג שכתבתי לעיל דחזינן דלהוריד לנחלה חמיר לן טפי מהתרת האשה י"ל דהתם טעמא משום דלענין האשה איכא חזקה דדייק' וביבמה לא דייק' וס"ל כשיטת הרא"ש דפסק להחמיר בע"א דאינו נאמן ביבמ' מהאי טעמא דלא שייך דייק' משום דסני' ליה ואפילו לשאר פוסקים דע"א נאמן ביבמה היינו משום דס"ל דעיקר טעמא משום מלתא דעל"ג וסמכינן אדיוקא זוטא דידה כמבואר שם וא"כ לענין התרת יבמה לעלמא שפיר מחמרינן טפי מלהוריד לנחלה וכ"כ הפוסקים לענין טבע במשאל"ס ושאר דברים שרובן למיתה שמורידין לנחלה אע"פ שהאשה אסורה וה"נ דכוותה אע"ג דלענין לירד לנחלה שפיר מורידין על ידי דלא מוחזק לן באחי אחרינא מ"מ מחמרינן לאסור היבמה. דאע"ג דכה"ג הוי כחזקה שאין לו אחים מ"מ חוששין לו דהו"ל כמו מיעוט המצוי שחוששין לענין משאל"ס וכן אם מת הולד בתוך למ"ד כמבואר בתוספות ובהרא"ש וה"נ דכוותה ולכן כתב הרשב"ם דבעינן דוק' דמוחזק דל"ל אחי. ואמנם י"ל איפכא דלא שייך בזה משום דסני' ליה לא דייקא דזה דוקא לענין מת היבם שהיתה מכרת אותו ואיכא למימר דסני' ליה משא"כ בספק אם יש לו אחים לא שייך סני' ליה כיון שאינה יודעת מי הוא ואם נפשך לומר שתחקור ויתוודע לה מי הוא פשיטא דאינו חשודה לקלקל דדוקא לענין מיתה י"ל דסני' ליה ואינה מדקדקת אחריו אם חי אם מת משא"כ כאן לא שייך זה ושפיר שייך דייקא ומ"מ סובר הרשב"ם דאע"ג דלענין התרת האשה מקלינן מלענין הורדת נחלה התם משום דכיון דההיתר הוא ע"י אמירתה או אמירת ע"א והו"ל נמי מלתא דעבידא לגלויי משא"כ כאן אע"ג דשפיר הוי מלתא דעל"ג כדמשמע מהרמב"ן והריטב"א מ"מ כיון דאיהו לא קאמר' ולא מידי לא שייך מלת' דעל"ג לא משקרי אינשי ולכן יש להחמי' כאן טפי מלענין הורדת נחלה ומ"מ ב"כ וב"כ אף להרשב"ם אין בזה

חשש איסור יבמה לשוק דאורייתא רק חומר מדרבנן ובלא"ה כבר הוכחנו לעיל דע"כ לא הוי ספק דאורייתא להרשב"ם דאל"כ אף מוחזק דל"ל אחי לא הוי מהני בה כאשר הארכנו בה לעיל:

ומעתה מסוף דברינו מתברר שאף לשיטת הרמב"ם אין מקום להחמיר בנ"ד דלא מיבעיא אם נאמר דטעמא דמחמרינן הוא טפי משום דסניא לי' לא דייקא א"כ י"ל דהרשב"ם כ"כ לדינא דהש"ס משא"כ בזמן הזה דאין מיבמין אזיל חשש דסני' ליה וכמ"ש אא"ז מהר"ם מינץ להקל מטעם זה בע"א ביבמה ומ"ש הב"ש בסימן קנ"ח על זה שאינו מוכרח הוא מטעם שכתב הצ"צ משום כיון דמעיקרא לא הקילו בה חכמים משום חשש דסניא ליה אין בידינו כח להקל וזה שייך באיסור יבמה דאורייתא דכיון שלא הקילו בה מעיקרא אבל בזה דמעיקר הדין שריא רק שנבוא להחמיר טפי משום דליכא דיוקא א"כ בזה"ז דאיכא דיוקא אין להחמיר אך אף אם נאמר דהכא לא שייך סניא ליה כיון שאינה יודעת מי הוא ושפיר שייך דיוקא וא"כ ע"כ דמה שמחמיר בזה טפי מהורדת נחלה היינו משום דלא שייך בה מלתא דעל"ג והאי טעמא שייך אף בזה"ז עכ"פ אין בזה רק חומרא דרבנן דמדאורייתא משרי שרי כיון דחזינן דכל הפוסקים ס"ל דמורידין לנחלה ואין חוששין שמא יש קורבה דמוכח טפי מהאי וכבר כתבתי שכן דעת כל הגדולים בתשובתי שהבאתי לעיל וכן מצאתי בשו"ת מקור ברוך סימן נ"ז (וע"ש שהרגיש ג"כ ע"ד השואל בתשובת הרא"ש וגם הביא ראיה מהא דאמר נכסי לטוביה וע"ש מ"ש בזה) וכן בשו"ת צ"צ בענין עגונה אחת הביא שם שהיו מדיינים על הירושה והב"ד דק"ק אוסטרהא עשו פשרה ואעפ"י שלא היו יודעין אם אין קרוב אחר יותר מהם עפ"י תשובת הרא"ש וכן פסק רמ"א סימן רפ"ד הן אמת שיכולין הב"ד להוריד קרוב לירושה אעפ"י שאינם יודעין אם אין אחר קרוב יותר ממנו כו' הרי מבואר דכל הפוסקים ותשובות וסוגיין דעלמא להקל בנחלה ואף הרשב"ם גופיה הכי ס"ל ואפילו תאמר ששם הטעם משום אין ספק מוציא מידי ודאי מ"מ בזה י"ל שאין ספק מוציא ודאי היתרה לשוק שקודם נישואין וגם שייך דיוקא וא"כ ע"כ לענין התרת האשה אנו מחמרינן טפי ואפשר דטעמיה כמ"ש בתשובת מהר"י דבעדות אשה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש בסימן ע"ט (אך כבר כתבתי דגם לנחלה לא שייך אין ספק כו' כי אם לגבי מי שהוא לפנינו ואינו מברר בעדים) וא"כ אפשר דהיינו טעמא דהרשב"ם ומ"מ כיון דלכל מילי אמרינן אין ספק כו' ע"כ דחומרא הוא בעדות אשה וע"כ אף לדידיה אין כאן רק חומרא דרבנן לבד וע"ד שכתב הרמב"ם ושאר פוסקים בטבע במשאל"ס וכיוצא בו שאין משיאין את האשה מ"מ יורדין לנחלה שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת ולא לענין ממון כו'

ע"ש וכמ"ש מהרי"ק שם מדברי רמב"ם אלו מוכח דמחלקינן בין איסור לממון והיינו משום חומרא לבד וה"נ דכוותה ועדיף מינה דהכא שייך נמי דייקא רק משום דלא שייך מלתא דעל"ג וא"כ נראה ברור דבמלתא כי האי והוא מקום עיגון אין ספק דסמכינן על כל הראשונים והאחרונים שמתירין בפשיטות כיון דיש לומר דגם הרשב"ם מודה להתיר ועכ"פ אינו מחמיר רק מדרבנן ומכ"ש אם עמדה ונשאת דפשיטא דאף הרשב"ם גופי' מודה דלא גרע מטבע במשאל"ס בא"א דאם נשאת ל"ת ומכ"ש ביבמה דקיי"ל במת הולד בתוך למ"ד ועמדה ונשאת אם אשת כהן היא אינה חולצת ויושבת תחת בעלה אע"ג דהיכא דאפשר עבדינן כרשב"ג היכא דלא אפשר עבדינן כרבנן וטעמא משום היכא דאפשר חששו לדברי רשב"ג משום דהוי מיעוט המצוי ובלא אפשר התירו בלא חליצה וה"נ להא דמי' וכמש"ל וכ"ש הוא דהתם בחזקת יבם קיימ' מעיקרא ודאי ואנו באין להתירה מחמת הולד שילדה ואפילו תימא דהוי רובא מ"מ האיכא למימר סמוך מיעוט' לחזקה כמ"ש התוספות והרא"ש שם ובבכורות באורך ואפ"ה שרינן בדיעבד ואף כי מדברי הרי"ף בשבת נראה דס"ל דהך דוולד תוך למ"ד יום הו"ל ספיקא דאורייתא וכמ"ש בספרי בית אפרים בק"ה שם. ובזה יש ליישב דברי הרמ"ה שהביא הטור בסימן קס"ד דאם נתייבמה אין מוציאין ממנו מספק ותמה הטור והב"י על זה ולפי מ"ש י"ל דס"ל כהרי"ף דספיקא הוא ולכן אם נתייבמה כיון דמעיקרא בחזקת יבום קיימא אל תוציאנה מספק משא"כ לעלמא אע"ג דאיכא חזקת יבום כיון דאיכא רבנן דס"ל וולד מעלי' הוא וגם איתרע קצת חזקת יבום כיון שהיתה מעוברת ולכן גם היכא דלא אפשר לא תצא. ובשיטת הרי"ף אפשר לומר דס"ל דספיק' דאורייתא מדאורייתא לקול' רק מדרבנן לחומר' אך דווקא בחייבי לאוין החמירו אף בדיעבד אף היכא דלא אפשר וכדאמרינן מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת ע"ש ביבמות דף קי"ט ולפי שיטת רש"י ודעימיה שאכתוב לקמן צ"ל דלאו דווקא נקט לאו וגם דהא לשמואל מספקא ליה שמא איכא לאו ומ"מ מוכח דהש"ס אינו מחלק בין חזקה ליבום לחזקה לשוק אך מ"מ י"ל דדווקא לענין להשיאה לכתחלה פריך הכי אבל מ"מ לענין הוצאה מבעלה י"ל דעשה קיל מל"ת וכדאמרינן ביבמות דף ח' דלאו חמיר מעשה ומכ"ש מלאו הבא מכלל עשה וכמ"ש הרשב"א הביאו בש"מ כתובות דף מ"ב ועיין ברמב"ם פרק כ"ד מהלכות אישות שכתב להדי' דחייבי עשה איסורן קל מח"ל ועיין בטור וש"ע סימן קט"ו ולכן אע"ג דבח"ל יש להחמיר בספיקא אפילו היכא דלא אפשר מ"מ בחייבי עשה ומכ"ש בעשה הבא מכלל לאו אעפ"י שגם הוא של תורה וראוי להחמיר בספיקן היכא דאפשר למעבד תקנתא והיכא דלא אפשר אין מוציאין מספיק' ולפי זה י"ל דהיינו טעמא דהרי"ף דס"ל כמ"ש

רש"י ביבמות דף נ"ה דלמאן דמפיק לא תהיה דאין קידושין תופסין ביבמה אין ביבמה לשוק איסור לאו רק איסור עשה דכתיב יבמה יבא עליה ולא אחר ואף שהתוספות דף מ"ט הקשו על פירש"י ע"ש בסוף פרק החולץ מ"מ הרמב"ן ביבמות כתב ליישב פירש"י והרשב"א והריטב"א בקידושין תפסו עיקר כפירש"י (וצ"ע על הריטב"א שביבמות דף צ"ב כתב דהעיקר כפירש ר"ת ז"ל ע"ש) וא"כ י"ל דגם הרי"ף ס"ל הכי ולכן אף דקיימא לן כשמואל דמספקא ליה אי אתי ללאו או אין קידושין תופסין עכ"פ ליכא איסור לאו בודאי רק מספק (ובאמת שצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו ביבמה לשוק איסור עשה ועיין ברמב"ם פ"ב מהלכות יבום הלכה י"ח ובלח"מ פ"ד מהל' אישות שכתב שהרמב"ם סובר כהתוספות ומ"מ הו"ל להזכיר שיש ג"כ לאו הבא מכלל עשה ואפשר לומר עפ"י מ"ש הרמב"ן שם ביבמות דף נ"ה שיש לעיין בהאי עשה דלמא יבמה יבא עליה מצוה ואחר רשות כדאתמר לעיל ר"ל לעיל דף מ' בפלוגתא דרבנן ואבא שאול וי"ל אורעה כל הפרשה להוציא אחר הלכך יבמה ודאי מצוה ואחר אסור עכ"ל ולמאן דסבר דלא תהיה לאין קידושין תופסין כו' ס"ל דהאי עשה הוא דהא בע"כ למימר הכי דהא בכל דוכתא אמרינן דיבמה לשוק מיתסרא מדאורייתא ולמאן דס"ל דללאו אתי ס"ל דיבמה יבא עליה מצוה ולא אתי למעוטי אחר כלל דבלא"ה קאי בלאו וצ"ע) ואיכא למימר דאינו רק איסור עשה דמקילינן בספק עשה ומכ"ש בספק לאו הבא מכלל עשה דקיל טפי שיש להקל בדיעבד היכי דלא אפשר:

ולפי זה היה נראה לכאורה דלהרי"ף בכל יבמה לשוק יש להקל בספיקא אם נשאת ולא אפשר בחליצה ומטעמא דכתיבנא וא"ל דאדרבה כיון דמספקינן שמא אין קידושין ביבמה לשוק כשמואל והכי קיימא לן ומכל שכן אם נימא דאין כאן רק עשה דודאי הכי הוא דאין קידושין תופסין ואם כן הנך נישואין אפשר דלאו כלום הוא וכיון דמספקא לן בנישואין גופייהו ויש לומר דלא שייך בכהאי גוונא דאם נישאת לא תצא אך באמת דז"א דכיון דבהך צד ספק שאין כאן איסור יבמה הוי נישואין גמורים אמרינן אם נישאת ל"ת וכדאשכחן היכא דאיכא חששא דא"א כגון שנים אומרים נתקדשה כו' אם נישאת ל"ת אע"ג די"ל דאין מקום לנשואין אלו דאין קידושין תופסים וכן לענין קלא דקדושין בתר נישואין וקצרתי כך היה נראה לכאורה לשיטת הרי"ף אבל כעת לא מצאתי גילוי לדין זה להקל בספק איסור עשה טפי מבספק לאו:

ומצאתי בשו"ת מהרי"ט ח"ב סי')(בענין הספק מחמת שהיבם היה מוסר שבתחלה כתב וכ"ת שאני איסור יבמה שהוא בלאו כו' ואח"כ הביא הך דמת בתוך ל' וכתב שדברי הרי"ף מטין להקל בס' היכא דנשאת כו' ושוב כתב דליתא ורוצה להעמיס בדברי הרי"ף

דס"ל כהרמב"ם דאין בזה ספק דאורייתא ע"ש ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הרי"ף בשבת שנראה בעליל דס"ל דהוה ספיקא דאורייתא ע"ש. ומצאתי בקונטרס עגונות למהרח"ש דף נ"ו שהחליט לומר דספיקא הוי להרי"ף מדאורייתא וכמ"ש וכ"ז לרווחא דמלתא ולומר שאף אם היינו דנין זה לספק דאורייתא היה מקום להקל בנשאת והאי דידן עדיפא מהתם דהתם חזקה ליבום והכא עכ"פ מעיקרא אין כאן חזקה כלל ליבום. אפס אם היה ספק דאורייתא קשה לעשות מעשה בזה נגד משמעות שאר פוסקים אבל כבר ביררנו דאפילו להרשב"ם אין כאן רק דרבנן וכבר כתב הרמב"ם וטור וש"ע שכל יבמה שהיא מדבריהם ונפל ספק אם נשאת ל"ת וכן מבואר בשו"ת מהר"י מינץ סי' י"ב סי' יו"ד ע"ש ובתשובת מהרי"ו וכן הסכימו חכמי וינעציאה ומהרי"ט עמהם ואין פוצה פה ומצפצף בדין זה דספק דבעי חליצה מחמת חומר מדבריהם אם נשאת ל"ת וע"ש בשו"ת מהרי"ו סי' נ"ד שכתב ול"ל דשאני התם דלא הוי רק ספיקא אבל הכא אליבא דרש"י אסורה ודאי ומפקינן ע"כ ל"ל דאמרינן גבי מעוברת כו' אלמא אי אשכחן שום תנא דסבר דמותר עבדינן כוותיה כיון דא"א אע"ג דאיכא ודאי איסורא לאידך תנא מ"מ כיון דליכא אלא איסורא דרבנן מקילינן היכא דא"א ה"נ בעובדא דידן עכ"ל ואני עונה אחריו ה"נ בעובד' דידן ומחמת אמירת האשה שהיא יודעת שיש לו אח מי יאמין לשמועתם להוציא אשה מבעלה וא"כ לא הנחת בת לאברהם כו' ופשיטא שאין להוציא אשה מבעלה כ"א ע"פ שני עדים כשרי' ולא באומד כו' וכמה כרכורי' כרכרו בענין עידי כיעור וקלא דל"פ אלא שגם זה אינו רק לרווחא דמלתא כי מדינא איתתא הוי שריא לאינסובי לכתחלה ובפרט במקום עיגון גדול כזה שהרי הראיתי דעת כל הפוסקים כולם כאחד עונים ואומרים שאם לא מוחזק באחים אין הבעל נאמן ודבריהם מורים אף בידוע שאין לו בנים כאשר כתבתי לעיל בארוכה וכבר הראתי דע"כ כל הפוסקים וסוגין דעלמא דמחזקינן לחזקה מעליא שאין לו אחים במקום אחר ואף להרשב"ם כתבתי דס"ל דמודה בזה"ז וגם בתחלת קונטרס זה כתבתי שי"ל דהרשב"ם מיירי באתי חד או דמיירי לפי עובדא דהתם שהי' קלא ועתה ראיתי שכ"כ הגאון ז"ל בנ"ב מ"ת שאין ראיה מהרשב"ם דס"ל דמחמת דאיכא קלא ואמר הכי ע"ש סי' קמ"ה:

ולענ"ד נמי משמע הכי מדברי הנ"ש שכתב הך מלתא והכא מיירי בידעינן שאין לו בנים בסוף העובדא שם וקאי אהך מלתא דאיכא קלא והרשב"ם שכתב זה בתחלתו נמי אהא קאי ואמנם אף לו יונח שהרשב"ם אין דעתו כן לא שבקינן דעת כל הפוסקים בשביל פירוש הרשב"ם וידוע מ"ש בכה"ג ושארי מחברי הכללים דבענין הוראה יש לסמוך טפי על הפוסקים הבאים להורות הלכה מהמפרשים וכן מהרשד"ם בתשובותיו כתב הרבה

פעמים שרבו מוהר"ר יוסף טיטציאק במקום שהוא מוצא דעת הרשב"א היה שוקל דעתו נגד כל שארי הפוסקים ומכ"ש שהרשב"א וכל קדושים עמו שאנו אין לנו אלא לשית לבנו לדעתם והנה יש לי עוד רב לחזק מוסדות הס"ס אשר כתבנו בפתח דברינו שמא לא היה לו אחים ושמא מתו ע"פ דברי הרמב"ן והר"ן שאם אומר יש לי אחים ומתו אינו נגד החזקה וע"פ דברי מהררי"ו סי' פ"ח ע"ש שכתב ראיה דלא אמרינן שמא מת מפרק האשה שהלכה דקאמר הלך אחר רוב נשים כו' ולבסוף התשובה שם כתב ומ"ש הר"ז וז"ל ואף בלא קלא נמי לבי מהסס אההוא חזקה קיימת כו' ע"ש וא"כ כאן י"ל דכאן הוי כאיכא חזקה לשוק מעיקרא בצירוף הס"ס ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' ק"ג וגם במ"ש הגאון בנ"ב ז"ל ס"ס ספק שמא לא הוליד אביו עוד כלל ואת"ל הוליד שמא הוליד נקיבות יש לי לישא וליתן בדבריו וקצרתי וגם בענין ההיתר כיון שלא ביחן דבריו שאומר על אח מאב יש לעשות סמוכים משו"ת מהרש"ך ח"ב סי' ועיין בשו"ת בגדי כהונה סי' ל"ג וקצרתי אחרי שלפי דעתי ההיתר ברור מתוך דברינו וגם כו חששתי פן יאמר האומר כי על משא ומתן של הלכה ועל דרך הפלפול העמדנו יסוד ההיתר ולא כן אנכי עמדי כי שרשי הדין יתחקו על אבני שיש טהור וכאשר הרשינו אבות ורבותינו נ"ע לרדות דבש מגווית האריות רבותינו הראשונים ז"ל ולמוץ מיץ חלב משדי תבונות רבותינו האחרונים ז"ל ואף גם זאת אעשה להם לישא וליתן בדבריהם להוביל מנא אבתרייהו ולמנקט בשפולי גלימיהם ואמינא מטיבותייהו ליישב דבריהם עד מקום שיד שכלי מגעת בעזר החונן לאדם דעת דברי המדבר על אוזן שומעת זעירא מן חברייא: הק' אפרים

שאלה קלג

שלום לכבוד אהובי ידידי החריף ובקי החכם השלום ידיו רב לו בפלפול ובסברא. קולע אל השערה כש"ת מוהר"ר מרדכי נ"י:

גי"ק קבלתי והרחתי ריח תרעומות מבין כותלי מכתבו כי איני משיבו כפעם בפעם בשביל לוחשי לחישות ולא כן אנכי עמדי אפס כי דרכי מעולם שלא לכתוב העולה על רוחי בהשקפה ראשונה או להמשיך פרפראות הבאים שלא מן הדין רק לאחויי חורפי' וזמני' דהוה חרפי ואפלי אך אחרי אשר ארד לעומק הדין מיגרר גריר מענין לענין והדברים המתחדשים לבקרים א"א לי להזניחם והענין הולך ומתרחק מאליו ואני סמכוני באשישות וידי רפות. ומעמיסים עלי מכל צד גלל כן הדבר אשר אני רואה שאינו מופנה משני צדדים ולא ייטיבו דברי למי אשר אהיה עזר לנגדי ולחנם מזורה ארשת שפתי.

חדלתי את מתקי ואת דבשי אם לא כי יחדיו יטו אוזן אזי חלקי אמרה נפשי עתה באתי על דברי תורה:

אשר כתב כ"ת קושית השואל בשב יעקב על הרשב"ם בב"ב דף קל"ד דאף אי אין מוחזק באחים וידוע שאין לו בנים איכא רובא דרוב נשים מתעברות ויולדות ומחצה נקבות ומיעוט מפילות ה"ל זכרים מיעוט' ואין חוששין לו והשב יעקב הסכים עמו בטעם החולקים על הרשב"ם ואני מתפלא ע"ז דהך מלתא דרוב מתעברות כו' זה לא נאמר אלא באיש או אשה פרטית כגון בהא דיצאת חמות' שאם אנו באים להחמיר על אשת המת ולומר שחמות' ילדה והרי אתה צריך לדון בפרטות על אשה זו אם ילדה זכר או לא אני אומר דרוב' שאין לה זכר דהא אף הרוב שמתעברות המיעוט מהם מפילות ואין יולדים ואותן שיולדות מחצה נקבות וה"ל זכרים מיעוטא אבל אם באנו לדון דרך כלל שאיש א' יבא לפנינו מאיזה מקום ואין ידוע אם יש לו אח או לא מה לנו לדון בפרטות על אמו או אשת אביו אם הולידה עוד זכר או לא רק אנו דנין דרך כלל אם רובא דעלמא אין להם אחים אזי הי' מקום לדון שגם זה שאנו דנין עליו הוא אחד מרוב העולם אבל באמת הוא נגד החוש שרוב העולם אינם כן רק הענין תלוי במקרה וסיבה שאינה ידועין ויש שיש לו ויש שאין לו והדבר הוא בספק השקול ככל ספיקות דעלמא וכדי להסביר הענין יותר אבאר דלכאורה מה שאמרו סמוך מיעוטא דמפילות לפלג' נקבות וה"ל זכרים מיעוט' צ"ע שהרי אם היינו צריכין לדון אם הולידה נקבה היינו אומרים סמוך מיעוט מפילות וה"ל נקיבות מיעוטא:

אך באמת ז"א דאנן לענין יבום אמרינן ואמרינן דמצד המיעוט אין כאן יבום דמיעוט מפילו' ומצד הרוב גם המחצה אין כאן יבום דשמא הולידה נקבה ומצטרף המיעוט אל פלגא והוי כעין ס"ס ע"ד זה שאתה דן מצד הלידה ספק לא הוליד כלום לא אח ולא אחות ואת"ל דיש כאן שמא אחות ולא אח ואין בזה שם ספק חד משום כיון דמחמת שני צדדים אנו באין למעט חיוב זיקת היבום שאנו רוצים לסבב עליו בשביל הליכת חמותה משא"כ בזה שהעולם כמנהגו נוהג ופרים ורבים כבני אדם יש שמולידין כמה זכרים ויש שמולידין נקבות ויש שמקצתן זכרים ומקצתן נקבות ומי שבא לפנינו ממקום אחר ודאי שספק השקול הוא אם יש לו אחין או לא ואין לך לומר שמא אין לו לא אח ולא אחות ואת"ל יש לו שמא אחות יש לו ולא אח פשיטא דאין בזה שני צדדין שהרי אין אנו דנין על ענין הלידה הידועה להטיל בזה הספק שמא לא הי' כאן לידה כלל לפי שהפילה רק על האיש אם יש לו אח הזקוק ליבום או לא ומה איכפת לן בספק זה שאין כאן גם אחות עיקר הספק שמא אין לו אח דהיינו שלא הוליד אביו עוד זכר או שמא

הוליד עוד זכר ואם הוליד אביו נקבות או לא זה אינו נכנס בגדר ספק שלנו כלל וספק זה שמא לא הוליד אביו זכר מחמת שהפילה אמו או מחמת שילדה נקבה או שעמד' מלדת פשיט' דכל כה"ג שם ספק חד הוא והיינו ממש כמש"ל בתה"ד בכתבים סס"י קלמ"ד בענין בכור שנולד ספק ונקבה כאחד דספק א' שלא ילדה כבר וספק השני שמא הנקיבה יצאה תחלה הוא שם ספק חד דבנקבה גופ' אין נפקות' וכך הם דברי התוספות בכתובות לענין קטנה דמה לי שהאונס מחמת שבא עלי' בע"כ או שפיתה אותה בקטנות' שהרי בלא"ה ודאי יש כמה צדדי אונס או בשדה מצאה או שהיתה ישינה או נתעלפת וכיוצא אך כולם בשם יקראו אונס והם צד אחד והצד השני שקול כנגדו שמא זינתה ברצון וכמו כן תמצא כמה סיבות לזה שלא הוליד אביו זכר וכולם נכללים בצד אחד שלא הוליד זכר ואין אח לזה או שמא הוליד ויש אח לזה והדברים ברורים לענ"ד:

אך אני תמה בהא דפריך הש"ס ביבמות דף קי"ט אי ר"מ אימא סיפא היה לה חמות אינה חוששת אמאי הלך כו' כו' סמוך מיעוטא דמפלת כו' וליחוש ופרש"י כיון דרוב מתעברות ל"ל בזכרים מיעוט' דמיעוט' אלא חד מיעוט' דרוב נשים כו' ויש לתמוה כיון דקי"ל שאם היבם סריס אינו זקוק ליבום והכא אליבא דר"מ קיימינן דחייש לשמא ימצא סריס א"כ ה"ל מיעוט' דמיעוטא דהך מהך פלג' דזכרים מסתלק ממנו מיעוט' דסריסים: ולכאורה י"ל דכה"ג לא חשיב ליה מיעוטא דמיעוטא כיון דבהך מיעוט דזכרים דחיישינן לי' רובא לאו סריסים נינהו וע"כ לא חשבינן ליה מיעוטא דמיעוטא אלא כגונא דמסיק דאיכא חזקה לשוק דמרע ג"כ להך מיעוט שפיר ה"ל מיעוטא דמיעוטא וכן בע"ז לענין גבינות בית אנייקי שרוב בהמות אינם נשחטים לע"ז רק עגלים ואי לאו דרוב עגלים נשחטין לע"ז רק מיעוטא הו"ל מיעוטא דמיעוטא כמבואר לשם והיינו לפי שבאותו המיעוט עצמו על הרוב אין בו איסור אבל היכא דחושש למיעוט אע"פ שיש מיעוט ממנו לגריעותא מ"מ אין זה מיעוטא דמיעוטא ואכתי חייש ליה ר"מ ולכאורה מדברי הרשב"א והריטב"א והנ"י שהקשו דהא איכא תרי מיעוטא מיעוט שאינם מתעברות ומיעוט מפילות כו' משמע שמועילין המיעוטי' להצטרף לגרוע כח הרוב:

אך באמת ז"א דאינהו קיימי התם לפירושם ז"ל דתירוץ הש"ס הוא דאתיא כרבנן דבתר רובא אזלינן ואהא קשיא להו שפיר דאלו תרי מיעוטא הו"ל לגבי רובא כפלגא ופלגא וא"כ אכתי קשי' ברישא דניזל בתר חזקה ותתייבם ואהא תירצו דמיעוטא שאינם מתעברות לא חשיב ושם ליכא לאקשויי אכתי אסמכא מיעוטא דסריסים להצטרף למיעוט מפילות ז"א דברישא מיעוטא דסריסים לאו גריעותא הוא שאפילו אם ימצא סריס הוא פוטר מהיבום דאל"כ לר"מ אין ולד פוטר מן היבום עד שיביא שתי שערות

וזה לא אשכחן בשום דוכתא דלימא הכי אליבא דר"מ וכן מוכח מהא דאמרינן אלימא דרשב"ג דכל ששהה ל' יום אינו נפל ופוטר מן החליצה ואע"ג דמשמע דרשב"ג חייש למיעוטא ואף למ"ש התוס' די"ל דלא חייש רק לנפל דהוא מיעוט המצוי מ"מ אדרב' תיקשי לרבנן בלא שהה נמי דמיעוט נפל ומיעוט סריסים וה"ל פלגא ופלגא ואוקמה אחזקה ליבום אלא ודאי ז"א דנהי דהוא סריס מ"מ הוא פוטר וכעת לא מצאתי בפוסקים שהזכירו זה וצ"ע לפי מ"ש התוס' בדף כ"ב ע"ב דהא דפשיטא ליה דבן ובת לענין יבום כי הדדי נינהו נפקא ליה מולא ימחה פרט לזה שאין שמו מחוי וכ"כ התוס' בריש החולץ דבר קיימא נפקא לי' מלהקים שם ולא ימחה פרט לזה כו' וא"כ נימא נמי דאם הבן סריס אינו פוטר כדממעטינן התם דף כ"ב ע"ב מהאי קרא אח סריס לפי ששמו מחוי ונראה דטעמא משום דכיון דלענין נחלה כי הדדי נינהו ואף סריס יורש אביו שהוא בכלל בן ה"נ לענין יבום ולענין בת ילפינן להיפך כיון דלענין יבום פוטרים מולא ימחה ה"נ יורשת בעלה וצ"ע על הפוסקים אף שמסתימת דבריהם מבואר דבן סריס פוטר מן היבום מ"מ לא ה"ל לסתום אלא לפרש כיון דלענין מצות קיום פ"ו קיי"ל שאם היה הבן סריס לא קיים פ"ו וה"ל לאשמועינן דמ"מ פוטר לענין יבום. וגם לענין נחלה אין מפורש בפוסקים רק דמטומטום מוכח כן עיין בבכורות דף מ"ב וצ"ע גם גבי הא דמי שיש לו בן מ"מ דאמרינן לאתויי ממזר דה"מ למימר לאתויי סריס ואפשר דמשום ריש' דמי שיש לו אח דא"א לפרש כן ולכן גם בסיפא קאמר לאתויי ממזר וגם מדקאמר וחייב על מכתו ובסריס פשיטא וקצרתי:

ומ"מ דבר ברור הוא דבן סריס פוטר וא"ש דברי הרשב"א ודעימיה דארישא ל"ח מחמת מיעוטא דסריס כלל אך קשה בהא דיצאה מלאה שכתבו טעמא דליכא מיעוט מפילים דלשמא הפילה לא חיישינן. וקשה הא אכתי איכא מיעוטא דסריס דמצרף לפלגא לנקבות וה"ל זכרים מיעוטא והתם קיימי אליבא דרבנן דאזלי בתר רובא וא"ל דכיון שהיא מעוברת ה"ל חזקה ליבום ז"א דמעיקרא אין כאן חזקה ליבום דשמא נקבה ושמא סריס וכמ"ש הם ז"ל אם היינו אומרים חששא דמפלת ע"ש. וא"ל דדוקא חשש מפלת סמכינן לפלג לפי שהוא מיעוט מצוי כמ"ש התוספות משא"כ סריסים שאינו מיעוט מצוי ז"א דהא קשיא להו ממיעוט שאין מתעברות והוצרכו לומר שהוא מיעוטא דמיעוטא ולא כתבו לפי שאינו מיעוט המצוי וע"כ דלא מפליג בהכי וא"כ ה"ה לענין מיעוט סריסים שיש לעשותו סעד לסמכו לפלגא דנקבות. ולהך תירוצא שכ' הרשב"א דמיעוט העומד כנגד הרוב אינו מצטרף י"ל דמיעוט סריסים נמי הוא עומד נגד רוב שלו שאינם סריסים ולא מצטרף:

וראיתי בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סי' קמ"ג כתב שדברי הנ"י דחוקים דלפי זה אם עבר זמן רב מהליכות חמותה שאם נתעברה ודאי ילדה תהיה אסור' כו' ועוד דהרי מפילות היינו שכבר הפילה דל"ל שמא תפול דא"כ בלא"ה אינו זקוק ליבום דהו"ל א"א שלא היה בעולמו ע"ש ובמחילת מעכ"ת כי רב הוא בחנם תמה על הנ"י שנראה מדבריו שהנ"י דעתו לחלק בין הא דיצאה מליאה דהוי שמא הפילה ובין הא דיצאה ריקני' או שהלכה צרתה למדה"י דהוי שמא תפיל ולכן תמה עליו ופשיטא שאם הי' הכוונ' כנ"ל לכן הוא תמוה דודאי אפי' שהתה כמה שנים במדה"י אמרינן מיעוט מפילי' אבל באמת הנ"י קיצר ל' הרשב"א והמעיין ברשב"א יראה שכתב וא"ת לאו בחזקת יבום הוא דלמא לא תפיל היא דכיון שעיברה אין אומרים שמא תפיל דה"ל כמיתה ולמיתה לא חיישינן:

ושוב הקשה ע"ז מפרק אלמנה לכ"ג דהתם בהניחה מעוברת מיירי ואפ"ה אמרינן מיעוט' דמפילי' וע"ז תירץ דר"י ור"ש חיישי למיתה. ושוב הקשה מב"ב פ' המוכר פירות בשור שנגח ונמצא עוברה כו' כיון דהוחזקה עוברה לפנינו אין לחוש שמא תפיל וע"ז תירץ לשמא תפיל חיישינן לשמא הפילה לא חיישינן וכדאסקינ' בגיטין שמא מת ל"ח כו' וגבי חמותה לשמא מת הוא דומה כיון שהוחזקה עוברה בפנינו ועבר עליה זמן לידתה ל"ח וההיא דשור שנגח שאני שהרי נפל לפניך והורע חזקתו עכ"ד הרשב"א בקצרה וממוצ' הדברים אתה למד דסברת הרשב"א ז"ל הוא ודאי אם לא הוחזקה עוברה בפנינו כלל שפיר יש לחוש שמא אף שנתעברה חזרה והפילה דאין זה דומה לשמא מת כיון דלא הוחזקה עוברה לפנינו והוי זה כאלו לא ראהו חי מבערב (ומבערב לאו דוקא רק ר"ל שלא ראוהו פ"א בחיים וכמש"ל) שאין לתת לו חזקת חיים שמא מת משא"כ בהוחזקה עוברה בפנינו ואתה אומר שמא הפילה הרי זה כאתה אומר על מי שרואהו חי מבערב שמא מת דלא אמרינן הכי ומוקמינן ליה אחזקת חי ומ"ש הרשב"א לחלק בין שמא הפילה לשמא תפיל הוא כדי לחלק בין הא דאלמנה לכ"ג דאף בהוחזקה עוברה אמרינן מיעוט מפילים.

וע"ז בא לחלק לשמא תפיל חיישינן להתם שהעבדים לא יאכלו בתרומה בחשש שמא תפיל הוא וחיישינן לה ואע"פ שכבר תירץ קושי' מ"מ לא נתחוור לו תירוץ זה משום דקשיא אחריתי מהא דשור שנגח ולא הוי נראה ליה לאפלוגי בין התם שריעותא לפנינו ובין הכא שאין ריעותא לפנינו משום דלפי מה דהוה ס"ד דמעוברת אין חשש כלל שמא תפיל א"כ אף שעתה נפל לפנינו באמת נימא דמחמת נגיחה הוא רק אי אמרינן דלשמא תפיל חיישינן א"כ לא אלימא הך חזקה כולי האי דהא עדיין לא עבר זמן לידתה והיינו חוששין לה שמא תפיל א"כ עכשיו שיש נפל לפניך אין הכרח לתלות בנגיחה דאימ'

באמת כאשר חוששין לה שתפיל כך היה והפילה נפל זה אשר לפניך והלכך לא משוי ליה כודאי נגיחה:

זאת תורת העולה מדברי הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל תלמידו כתב בקצרה וז"ל ול"ל דלא תיקום בחזקת יבום כלל דדילמא תפיל דכיון שהיא מעוברת אין אומרים שמא הפילה דה"ל כמיתה ולמיתה לא חיישינן וה"נ כיון שיצאה מלאה ועבר זמן לידתה אין חוששין שמא הפילה וכל שאין אומרים שהפילה הולד קיימא כו' עכ"ל וכך הם דברי הנ"י ג"כ וכוונת הדברים דאע"ג דבההיא דפרק אלמנה חיישינן שמא תפיל אע"פ שהיא מעוברת מ"מ הכא כיון שהוחזקה מעוברת ועבר זמן לדתה שוב לא הוי חשש שמא תפיל רק לשמא הפילה וזה לא חיישינן וא"כ מיד שעבר זמן לידתה איתרע לה חזקת' לשוק וקמה לה קצת בחזקת יבום מחמת ספיקא דמחצה זכרים ולכך חוששת וזה ברור למעיין בדבריהם ז"ל ונפלאתי על הגאון ז"ל שכתב וז"ל ואף שראיתי שגם הרשב"א כ"כ הוא תמוה בעיני כו' שאחרי שראה דברי הרשב"א בזה איך עמד בדבריו שכתב מתחלה דלפי מ"ש הנ"י גבי מיעוט מפילות החשש שמא תפיל והרי מבואר ברשב"א דלאו מטעם זה אתי עלה אלא דבההחזיקה מעוברת דמי למיתה דלא חיישינן ובזה מחלק בין שמא הפילה לשמא תפיל משא"כ ביוצאה ריקנית לא דמי למיתה כלל ואפי' שמא הפילה חיישינן:

ונראה דהגאון הנ"ל לטעמיה אזיל בנ"ב חלק א' חלק אה"ע סי' ל"א שהאריך בענין הך דראוהו חי מבערב שכתב מתחלה לפרש דבראוהו חי פ"א הו"ל חזקה מבוררת משא"כ בלא דאותו מעולם אלא עכשיו מוצאין מת דהו"ל חזקה שאינה מבוררת ושוב דחה זה דמ"מ ה"ל מבוררת ולא איכפת לן מה שאין הדבר לפנינו כיון שהאמת כן ואולי הי' לפניו היה מבוררת כו' ע"ש ולפיכך לא חשיב הגאון ז"ל שדברי הרשב"א מתפרשין עד"ז. אבל המעיין יראה כמ"ש בדברי הרשב"א ובקונטריסי פלפלתי בענין זה די"ל ס"ס שמא לא הי' לו אחים ואת"ל היה לו שמא עכשיו אינם בעולם ובסוף התשובה רמזתי מדברי הרמב"ן והר"ן שכתבו דאם אומר שהיה לו אחים ומתו אין זה סותר החזקה אלמא דבכה"ג לא חשבינן לחזקת חיים חזקה כיון שאין אנו דנין על אותן שראינו חיים וה"ה בזה י"ל ס"ס ולפי מ"ש מסתייע נמי הדין סברא מד' הרשב"א ודעימיה שכתבו דדוקא בהוחזקה מעוברת לפנינו אין חוששין למפילות אלמא בדלא הוחזקה אף על גב דאמרינן רוב מתעברות חוששין למיעוט מפילות ולא דמי לשמא מת דלא חיישינן כיון שלא הוחזקה מעוברת וא"כ ה"ה לענין חשש דמיתה דוקא אם מתחילה הוחזק חי בפנינו משא"כ בזה שמעולם לא היה אח לפנינו רק דאנן ניקום וניחוש ליה בזה שפיר

י"ל שמא מת ושם בתשובה רמזתי בקצרה ג"כ למ"ש מהרי"ו בתשובה סי' פ"ח שהביא ראיה דלא חיישינן שמתה הבת מהא דפריך הלך אחר רוב נשים כו' דאפי' ילדה ודאי איכא לספוקי שמא מת הוולד ותו דהוי ס"ס שמא לא ילדה כו' והנה מ"ש ס"ס הוא תמוה דכיון דאיכא רובא דמתעברות ויולדו' אין זה נכנס בגדר הספק לעשות ממנו ס"ס ואפשר דס"ל דמחמת שיש כאן עוד ספק מצטרפין שניהם להעמיד נגד הרוב וכמ"ש בכתובות ולקמן אדבר מזה ואמנם מ"ש מתחלה דאפי' ילדה בודאי איכא לספוקי שמא מת כו' נראה בכוונתו שר"ל וא"ל הא איכא מחצה נקבות ואת"ל זכר שמא מת אלא ע"כ דלמיתה ל"ח ולכאורה מזה הוכחה גמורה אף בכה"ג שאין כאן לפנינו שום ולד יש לו חזקת חיים דאל"כ ל"ל מיעוט מפילים נימא מיעוט מתים אלא ע"כ דלמיתה לא חיישינן כלל אף בכה"ג וא"ל משום דהוה ס"ס ספק לא מת כלל ואת"ל מת שמא לא מת עד אחר מיתת הבעל וכבר נפטרה מן היבום ז"א דזה בכלל שם ספק חד שמא מת קודם מיתת הבעל או שמא לא מת אז ומה שמת אח"כ אין לנו נ"מ לענין אשה זו וא"כ שפיר איכא שני צדדים שתנשא שאף שהרוב מתעברות ויולדות שמא ילדה נקבה ואת"ל זכר שמא מת וגם כי בסיפא ל"ל הך ס"ס שמא לא מת ואת"ל שמא לאחר מיתת הבעל דהא שם אין נ"מ בזה דכיון שמת אין כאן יבם וא"כ מאי קשיא ליה וליחוש דלמא משום דהוי ס"ס וגם מצטרף לו מיעוט מפילות וה"ל זכרים קיימים מיעוטא דמיעוטא וע"כ דלא חיישינן למיתה רק למיעוט מפילות דשכיח קצת כמ"ש התוס' וגם דהעובר אין לו חזקת חיים כ"כ וכדאמרינן בעירובין דף ז' גבי האשה שישבה על המשבר כו' מה דנימא התם כו' אבל הכא דלא ה"ל חזקה דחיותא מעיקרא אימא לא קמ"ל ולכן לענין מיעוט מפילות שפיר מחלק הרשב"א בין הוחזקה עוברה דעכ"פ יש עובר לפנינו חשבינן ליה חזקה דחיותא לענין זה דלא חיישינן שמא הפילה כמו דלא חיישינן שמא מת משא"כ בלא הוחזקה עוברה רק מצד רוב נשים מתעברות ויולדות אמרינן דילדה בזה שפיר חיישינן למפילות כיון דליכא עובר לפנינו וגם אם היה לפנינו אין לו חזקה דחיותא כולי האי עד שנאמר שודאי לא הפילה ולכן חיישינן משא"כ לומר שמא ילדה ומת אח"כ כיון דמיתה לא שכיחא וכשאתה אומר שילדה יש לו חזקת חיים גמורים אין לנו לעשות ספק שמא מת ולפ"ז אף לפמ"ש בנ"ב דיהבינן חזקת חיים אף למי שלא ראינו אותו מ"מ אתי שפיר דברי הרשב"א דלענין מיעוט מפילים שפיר מחלקינן בהכי ואע"ג דהרשב"א מדמי לה לחששא דשמא מת היינו אם ראינוהו חי וה"ה אם הוחזקה עוברה משא"כ אם לא היתה מעוברת אע"ג דגבי מיתה אף שלא ראינוהו בחזקת חי עומד שלא לחוש למיתה דלא שכיחא לענין מפילות דשכיחא וגם ליכא חזקה דחיותא, שפיר חיישינן ועיין בדברי

אא"ז בבכור שור בערכין שכתב דמאי דמחלק הש"ס לענין חזקה דחיותא היינו לומר דהוה ס"ד דבזה לא אמרה תורה וחי בהם לענין פ"נ כיון דאכתי לא הוי חי מעולם ע"ש: ואמנם מ"ש מהרי"ו בסוף התשובה וז"ל ומ"ש ההר"ז דלבו מהסס אההיא חזקה שהבת קיימת כיון דהאי איתתא לא איתברר לה חזקה לשוק לא מחוור דפריך נימא רוב נשים כו' והתם נמי הוי כמו ליכא חזקה דאיכא למימר הך איתתא בחזקת זקוקה ליבם או נימא העמד הצרה על חזקת הגוף ונימא שלא ילדה כו' והוא תמוה לענ"ד מ"ש והתם נמי העמד כו' דהא קושטא דמלתא הכי הוא כדמסיק רישא חזקה ליבום ואם ר"ל דל"ל מיעוט מפילים ת"ל דמחמת חזקה ליבום נימא ספק מת א"כ מה זה שכתב ואם נפשך לומר כו' אבל בתר דמסיק דמתני' אתי' כר"מ דחייש למיעוטא אזלא נמי האי סברא דל"ח למיתה הא נמי ל"ק דקי"ל כרבנן כו' ע"ש ואכתי תיקשי למאי דמוקי כר"מ ל"ל מיעוט מפילים ת"ל משום מיתה ולא ידעתי דבפשיטות ה"ל לדחות דברי מהר"ז דזה לא מיקרי חזקה ליבום אלא לשוק כיון שהיתה בת בודאי אלא שאתה בא לספק שמא מתה וכמ"ש לבסוף דבנ"ד ליכא חזקה ליבום כו' וגם מ"ש העמד הצרה על חזקת הגוף צ"ע דהאיך אפשר לומר חזקה זו נגד הרוב בטבע שמתעברות ויולדות ולקמן אדבר מזה:

וחזרנו למ"ש דיש מקום לומר דמיעוט שהם סריסים ואין כאן זיקת יבום מצטרף לפלגא דנקבות וא"כ בלא הוחזק באחי' אין כאן ספק השקול די"ל שאין לו אחים ואת"ל יש לו אח שמא הוא ממיעוט סריסים וה"ל זכרים שזקוקין ליבום מיעוטא ואמנם יש מקום לדחות זה לפי מ"ש הריב"ש סימן שע"ב הא דלא אמרינן סמוך מיעוטא דאונס למחצה דאין תחתיו משום דדוקא במחצה זכרים כו' אמרינן הכי שהוא ודאי ובהכרח שכן יסד המלך מלכו של עולם לקיום המין כו' משא"כ בהא דתחתיו מנין שיהיה מחצה על מחצה אבל אנו אומרים שהדבר בספק שזה אפשר כמו זה ובזה אף אם נאמר סמוך אין זה מיעוט ודאי אבל עדיין נאמר שזה אפשר כמו זה עכ"ד בקצרה ולפי זה בהך ספיקא שמא האיש הזה יש לו אחים או אין לו ג"כ כדבריו כן היא שאין זה מחצה ע"מ רק שזה אפשר כמו זה ובכה"ג לא אמרי' סמוך מיעוטא לפלגא וא"כ אף דאיכא לסמוך מיעוט סריסים לצד ספק אין לו אחים עדיין אין כאן מיעוט ודאי ליבום וזה אפשר כמו זה. אך זה לפי מ"ש שהספק הוא בדרך כלל אם יש אחים לזה או לא ולפי מ"ש השב יעקב והנ"ב שתולין הספק באביו ואמו של זה אם זכרים או נקבות א"כ בלא מיעוט מפילות נמי איכא מיעוט סריסים דבזה חזרנו למ"ש הריב"ש דכה"ג ה"ל כמחצה ע"מ ואמרינן סמוך מיעוטא אך באמת אין דברי הריב"ש מוכרחים בזה ועיין בש"מ כתובות שכתב בתירוץ קושיא זו שנצרף מיעוטא דאונס לאין תחתיו דאין שניהם מטעם אחד וכ"א עומד

הצד הב' כנגדו ובכה"ג לא שייך צירוף וסברתו נכונה ולפ"ז בכגון הא דידן שפיר שייך צירוף ועיין בפ"י שם שנראה מדעתו שי"ל דבכה"ג נמי חשיב ס"ס להרשב"א דאתי עלה מטעם רוב ומכ"ש להרמב"ם ולענ"ד נראה שלפי מ"ש הרשב"א לחלק בין אם המיעוט עומד כנגד הרוב לגמרי כמאן דליתא דמי לגבי רובא ובכה"ג אין לחשבו לס"ס והתם נמי מיעוטא דאונס עומד כנגד הרוב לגמרי משא"כ במיעוט המסתלק מן הרוב כגון מיעוט מפילות שפיר חשיב מיעוט להצטרף לפלגא ואפשר שזה דעת הר"ן שכתב הריב"ש בשמו דלרבנן לא אמרי' סמוך בכה"ג. שוב ראיתי בפ"י בק"א שכתב ג"כ די"ל דלרבנן מיעוט כמאן דליתא אך לר"ת דפסק חלב אינו פוטר משום דמיעוט מסייע לחזקה א"כ ר"ל דמיעוט מסייע לספק השני ע"ש ולפי מ"ש יש לחלק ולקמן נדבר מזה אי"ה:

וראיתי בתה"ד סימן שמ"ט בעובדא שאחד בא לירש מחמת קורבה וזה טוען שמא הוליד המוריש עוד ע"ש הדברים ברוב ענין וכתב דלכאורה י"ל משום דרוב נשים מתעברות ויולדות ואף בממון אזלינן בתריה היכא דליכא חזקה נגדו ושוב כתב כיון דזה מברר הקורבה הנכסים בחזקתו ואין כח ברוב להוציא כו' ע"ש וכן פסק בהג"ה סי' רפ"ד ובקצוה"ח שם תמה על זה וכתב בסוף דבריו ובנידון דהתה"ד כיון דהך מיעוט דמפילות מן הרוב אתה מסלקו חשיב לעמוד כנגד הרוב ומשמע דכל שהמיעוט מן הרוב ממש אינו רוב אפי' מה"ת וא"כ אין חוששין להך רוב דמתעברות כיון דמיעוט מתוך הרוב הוא שיש נשים שמפילות עכ"ד ולא ידענא מאי קאמר דמ"ש דלהרשב"א אינו רוב אפי' מה"ת הא ליתא שהרי בהדיא פרכינן שתנשא לשוק מחמת רוב מתעברות ולא חיישינן למיעוט מפילות אפי' מדרבנן והש"ע מסיק דמטעם חזקה ליבום ואע"ג דחזקה לא עדיף כרוב סמוך מיעוט מפילים וע"ז כתב הרשב"א במיעוט המסתלק מהרוב אמרינן סמוך לחזקה ולפ"ז לפי מ"ש בקצוה"ח שם דמה שהוחזקה נחלה לשבט לא מהני הך חזקה לגבי רובא א"כ ה"ה לגבי רוב כה"ג לא מהני ואפשר שכוונתו לפי מ"ש שם בקצוה"ח בתחלה להקשות על התה"ד דמה שהוחזקה נחלה אינו רק כחזקה דעלמא דאמרי' רובא עדיף ולא דמי לחזקה דממונא וא"כ היכא דאיכא מיעוט כה"ג דמהני אף בחזקה דעלמא לא נימא רובא עדיף א"כ גם כאן נמי מיעוט כה"ג מהני לגרע כח הרוב אף נגד החזקה זו אבל באמת גם ז"א דהא התם ביבמות אף אי סמכינן מיעוטא דמפילים לחזקה אינו מועיל נגד הרוב רק למהוי פלגא ופלגא וא"כ אם נימא דהכא משום דהוי מיעוט המסתלק מן הרוב מועיל להצטרף שם לחזקה דחזקת השבט אכתי ספיקא הוא דהוי וא"כ אכתי לא קם דינא דהתה"ד להחזיק הקרוב בנחלה אך באמת התה"ד ס"ל דמדברי הרא"ש מוכח דמה שזה מוחזק בחזקת השבט ה"ל כאלו הוא מוחזק בנכסיו ממש דאל"כ אין חל עליו

שום מוציא מידי ודאי שהרי אם אנו דנין על ספיקו של הספק תחלה ונאמר שמא בן הוא שוב אי אתה יכול לתת על זה תורת ודאי ולומר שהוא מוחזק בנכסים וזה להוציא ממנו שהרי נופל בספק זה שמא אין לו בה כלום שאין לאח במקום בן כלום וע"כ דז"א דכך הוא דרכה של תורה שאין לנו לתפוס הספק לדון עליו ולהניח הודאי אלא מתחלה דנין על הודאי ואנו רואין אם לא נפל שם ספק זה הרי זה ודאי מוחזק בנכסים אלו וא"כ כשאתה דן אח"כ בספק של זה אין כח בספיקו של זה להוציא ממנו וגם לענין רוב היכא דאיכא חזקה דממונא כך הוא שאם היינו דנין מתחלה על הרוב ונאמר שהוא כודאי שכן הוא א"כ החפץ ההוא שדנין עליו הוי הוא כאלו הוא שלו בכל מקום שהוא ומה יועיל תפיסתו של זה לחזקתו אך באמת הרוב אינו כודאי גמור דהא איכא מיעוטא דלא"ה הוא רק שכך גזרה חכמת התורה לילך אחר הרוב על כן מתחלה יש לנו לדון תחלה בזה שהממון שלו הוא ודאי בבירור לולי שהיה זה בא עליו מצד הרוב וא"כ זה רוצה להוציא דבר מודאי ע"י הרוב ואין כח ברוב להוציא מדבר שהוא ודאי רק בדבר שהוא ספק ואף דבר שיש בו חזקה דמעיקרא שכך הוא מ"מ ג"כ אינו מצד שכך הוא בודאי רק מחמת שכך אמרה תורה שלא להוציא דבר מחזקתו ולזה אמרה תורה רובא וחזקה רובא עדיף אבל בחזקה דממונא שאינו מצד שאין לבדות הנולד והשתנית רק הוא ודאי הברור אין הרוב מוציא ממנו ולכן שפיר אין הולכין בממון אחר הרוב במקום חזקה דממונא ולכן שפיר מדמי לה בתה"ד להההוא דאין ספק מוציא מידי ודאי ולפי שהענינים אלו עמוקים מני ים ורחבים ומפוזרים בהרבה מקומות בתלמוד ואין הזמן מספיק לעמוד על כל שיטה ושיטה ולברר הכל לכן ראיתי להספיק כעת בזה שכתבתי ונ"מ טובא לדינא ודעת לנבון נקל:

והנה במה דכתיבנא בשיטת הרשב"א דיצאה מלאה לא חיישינן למפלת משום דהי' מעוברת לפנינו והו"ל כחזקת חיים משא"כ אם הוא מחמת הרוב מתעברות כו' ולכאורה אין אנו צריכים לזה שהחילוק מבואר לפי מ"ש הרשב"א דבאמת לא היינו מצטרפין אותו לחזקה לפי שעומד נגד הרוב רק לפי שמסתלק מחלק המרובה ובמשמרת הבית כתב בביאור יותר שאותו חלק המרובה שמתעברות יש מקצתן שמפילים שא"ל שכל הרוב מתעברות ויולדות שא"כ הכל מתעברים והרוב יולדות ומיעוט מפילות והא ודאי ליתא דאיכא עקרה ואיילונית ומקבלת מקרה למניעת העיבור אלא שהרוב מתעברים ומיעוט אין מתעברות כו' ע"ש וא"כ ביצאה מלאה שאין אנו דנין על העיבור כלל שהרי מעוברת לפנינו והרוב אין מפילים ומיעוט מפילים וא"כ מיעוט מפילים אינו מסתלק מחלק המרובה אלא הוא עומד כנגדו ממש ובכה"ג לא חזי לאיצטרופי לחזקה משא"כ באם

באים לדון מחמת ר"נ מתעברות כו' וכן נמי א"ש לפי מ"ש הנ"י בשם הריטב"א דמיעוט שאין מתעברות גרוע הוא ובכלל מיעוטא דמפילים חשבינן לי' למיהוי מיעוט שלם אם כן משמע דגם מיעוט מפילות לבדו גרוע הוא רק בצירוף מיעוט שאין מתעברות א"כ היכא שהיא מעוברת לא חיישינן למיעוט דמפילות לחוד (ולכאורה היה אפשר לפרש שהכוונת הריטב"א כהרשב"א שאין מתעברות גרוע היא ר"ל שאינו כדאי להצטרף לבד לפי שעומד כנגד הרוב אך הנ"י פלגינן בתרתי וכן מצאתי בלשון הריטב"א בחידושיו וז"ל ור"ל דאותן שאין מתעברות מיעוטא דמיעוטא גרוע הוא אך הלשון מגומגם ואפשר שהוא ט"ס וצ"ל כמ"ש בנ"י ואמנם הרשב"א כ' ושמא נאמר דשאינן מתעברות מיעוטא דמיעוטא הוא ולא חשיב וצ"ע עכ"ל ולא הזכיר בדבריו דבצירוף מפילות הוא) והלכך ביצאה מלאה אין מקום לומר שעדיין הוא בחזקת לשוק שמא נקבה ושמא תפיל דהאי מיעוטא דתפיל כמאן דליתא חשיב לפי שעומד נגד הרוב או לפי שהוא מיעוט גרוע אך באמת מ"ש הרשב"א והריטב"א בזה דכיון שעוברה אין אומרי' שמא תפיל דהו"ל כמיתה דל"ח לא מסבר' דנפשייהו כ"כ אלא מדברי הרמב"ן והרמב"ן לא ס"ל הך סברא דהרשב"א לחלק בין מועט המסתלק מהרוב שהרי הרשב"א מחלק בזה בין האי דיבמות ובין ההיא דעיסה שבבית ושרצי וצפרדעי כו' ע"ש ואין זה שיטת הרמב"ן כמבוא' שם וגם סברת הריטב"א נראה דלא ס"ל אלא ס"ל כמ"ש הרשב"א דאין מתעברות הוי מיעוט' דמיעוט' אבל מיעוט מפילות מיעוט גמור הוא שהרי התוספות ושאר מפרשים כתבו דאפילו מיעוט המצוי הוא ומדברי הרשב"א נראה שגם הוא לא החליט חילוק זה שכתב במיעוט שכנגד הרוב או מסתלק מן הרוב ע"ש וא"כ צ"ל החילוק דיצאה מלאה משום דאז טפי הוי כמוציא מחזק' חיים למיתה דלא חיישינן וכמש"ל. ולפי מ"ש לסברת הרמב"ן דלא מפליג בהכי ובכל גוונ' מצטרפי' מיעוט' לחזק' א"כ י"ל דה"ה לפלג' וא"כ שפיר יש לצרף מיעוט סריסים לפלגא דשמא אין לו אחים כלל ואם יש לצרף ג"כ חששא דשמא מתו צ"ע קצת לפי מ"ש לעיל דלכאורה מוכח דאף אם בכה"ג שלא הוחזק' מעובר' אמרינן שמא הפילה מ"מ שמא מת לא אמרינן אף שלא ראינוהו חי ומדברי הרמב"ן והר"ן משמע דאם אמר יש לי אחי' ומתו אינו סותר החזק' משמע דבכה"ג שפיר י"ל דשמא מתו:

ואמנם בדברי הרמב"ן במלחמות שם כתב שאם אומר אין לי אחים אינו סותר החזקה דאפשר שמתו דאפילו ע"א נאמן ביבמה משום דמלתא דעל"ג הוא כו' וא"כ י"ל דאע"ג דלא אמרינן בכה"ג שמא מת משום דמהני אמירת הבעל כמו ע"א דהו"ל מלתא דעל"ג וכמו שא"א מותרת ע"י עצמה או ע"א מהאי טעמא ומקילינן בה נגד חזקת א"א וחזקת

חי משום הך חזק' דמלתא דעל"ג. אלא דלפי זה קשה דא"כ אף באומר שלא הי' לו אחים כלל שכתב הרמב"ן דלא מהימן משום דמוחזק באחים וסותר החזקה תיקשי נמי דנימא דמהימן משום מלתא דעל"ג והרמב"ן גופי' לב"ב נסתפק בזה אם בעל הוי כע"א דבבעל י"ל דלא הוי מלתא דעל"ג ע"ש ועכ"פ צריכין אנו לומר ולחלוק בין חזק' זו למוחזק באחי' להך חזקה שיהיה נאמן לומר שהי' לו אחים ומתו ובפרט אם נאמר דבבעל לא מהני מלתא דעל"ג:

ונראה לענ"ד דרמב"ן ס"ל דודאי חזקת חי גרע משאר חזקות שהרי הוא חזקה העשוי' להשתנות שכל אדם מעותד למות וכמ"ש הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז (אלא שמחלק בין היכי שמת לפנינו דאיתרע החזקה ויש לסייע סברתו ממ"ש לעיל בשם הרשב"א ביבמות שכתב בהא דב"ב בשור שנגח חיישינן לשמא הפילה שהרי נפל לפניך כו') ובנה"כ ושאר אחרונים האריכו הרבה בזה ונקוט חדא בידך מ"ש הפ"י בגיטין דף כ"ח וז"ל הא דלא מקשה בפשיטות אתרומה משום דאפשר לומר דחזקת חי לאו חזקה גמורה הוא שעשוי' להשתנות ותרומה טעמא משום דהוי חזקה דלא איתרע כו' ע"ש משא"כ בהרי זה גיטך דאיתרע ע"י הגט משא"כ משולח גט ממדה"י מקשה שפיר דהא האשה בחזקת איסור לשוק כו' ע"ש ובמ"ש בק"א בקידושין:

ולפ"ז א"ש דדוקא באומר לא הי' לי אחים כלל מיקרי סתירת החזקה לגמרי משא"כ באומר שהי' לו אחים ומתו הרי אם אין בזה סתירת החזק' הוא נאמן לגבי הא דמוחזק באחים מצד מגו רק שאנו באים עליו מצד אחר שהוא סותר חזק' חי ובזה אמרינן כיון דחזקה עשוי' להשתנות הוא שפיר יכול לסותרה כיון שאין בזה סתירת שום חזק' אחרת משא"כ בהך דהאשה שהלכה דהתם בלא הך חששא שמא מת יש כאן רוב לשוק רק שתאמר שנשתנה אח"כ חזקה זו דחזקת חי ואיתרע ליה הרוב שהיינו מחזיקין ע"י לשוק זה לא אמרינן כיון דבעלמא בלא איתרע אזלינן בתר חזק' זו דחזקת חי וכן בסיפא דחמותה ע"י הרוב מתעברות היינו מחזיקים ליבום בספק משום מחצה זכרים ואין לך להוציא מזה ע"י שתאמר שנשתנה חזקת חי כיון שיש לפנינו סיבה שמכניס אותנו לבית הספק והיינו הולכין בספיקו לחומרא ואף שי"ל דע"י צירוף הך חששא דשמא מת עקרינן הך ספיקה ליבום ונשארת בחזקתה לשוק ז"א דאליבא דר"מ קיימינן דחייש למיעוטא ולהכי נקט במלתא מיעוטא דמפילות לומר שאף ע"י צירוף מפילות אכתי מיעוטא איכא ויש לחוש אליבא דר"מ ולכך לא נשתמשו שם בהך חששא דשמא מת וכן משמע מדברי מהרי"ו שהבאתי לעיל:

ולפ"ז עדיין יש פתחון פה לומר היכא דלא מוחזק באחים חזי לאצטרופי הך חששא דשמא מתו משום דאינה חזקה גמורה שהי' עשויה להשתנות ואין אנו מוציאין בזה משום חזקה אחרת ליבום דהא באמת לא איתחזק באחי' וא"ל דמ"מ ספיקא הוי ז"א דכשאנו מצרפין הך ספיקא שמא מתו משום דאף שתאמר שהי' לו אחים אין מוכרח שעודם חיים שהרי עשוי להשתנות ממילא שנעקר הספק זקוק' לגמרי ובחזקת היתר קיימא וכל שע"י שתאמר שמא מת לא יהי' בו סתירת איזה חזקה אחרת חזי לאיצטרופי לעוד ספק ומכ"ש בזה שע"י הס"ס יש בו כדי להחזיק חזקה ראשונה דקודם נישואין ובכה"ג אין אומרים שהספק הב' אינו שקול מחמת חזק' חי דלענין זה מועיל הך סברי דעשוי להשתנות והרי הפ"י בלא"ה דעתו דבס"ס מהני אף שספק א' אינו שקול ואף שמדברי הפוסקים לא משמע כן מ"מ י"ל דמודו בכה"ג דמחזיקין אותו לספק לענין ס"ס ועיין בפ"י לק"א לכתובות ועיין ביבמות ר"פ ד"א שכתבו התוס' לחלק בין מיתה דלאלתר לזמן מרובה וכ"כ התוס' בגיטין אך הפ"י שם תמה ע"ז ועיין בשו"ת חכם צבי שהתוספות מודו להמסקנא וצ"ע ויש בזה ליישב כמה ענינים:

והנה ראיתי מ"ש ר"ת ליישב קושי' הישׁ"ש על הטור דפסק כמתני' דהא להרא"ש מתני' כר"מ ולא קיי"ל כוותיה וע"ז כתב דלפי מ"ש דחיישינן למיעוט נפלי' דהוי מיעוט המצוי ה"ה מיעוט זכרים הו"ל מיעוט המצוי כו' אלא ע"כ טעמא דמתני' משום דמיעוט זכרים הו"ל מיעוט המצוי מש"ה ברישא דאתחזקה ליבום חששו למיעוט המצוי כו' משא"כ בסיפא כיון דאיכא חזקה ורובא ל"ח אפי' למיעוט המצוי כו' עכ"ד בקצרה ושגה שגיאה גדולה שנתחלף לו בין פטור לחיוב דלענין חיוב ליבום איכא לאפלוגי בין זכרים לנקבות אבל לענין פטור בן ובת כי הדדי נינהו להתיר לשוק ודבריו אין להם מקום לא ברישא ולא בסיפא דברישא כל שהוא ולד מעלי' פוטר אם זכר אם נקבה תלד ובסיפא אם נימא דמיעוטא דזכרים הוי כשאר מיעוט' דהיתרא שכיח טפי דהו"ל רוב' וחזקה לגבי מיעוט דעלמא ובפשיטות מצינן למימר דמיעוט מפילות הוי מיעוט המצוי וחיישינן ליה אף לרבנן כיון דאפילו ילדה לפנינו כל שלא שהה שלשים יום חיישינן ליה דנפל הוא מחמת מיעוט המצוי אלא דלפ"ז הו"ל לאוקמי מתני' אפי' כרבנן ומטעם מיעוט המצוי ואפשר לומר דלא הוי מצי לאוקמי בהכי משום דאכתי תיקשי סיפא דיצאה מלאה למה חוששת דהא איכא רוב' וחזקה לשוק וא"ל כמ"ש התוס' דאיתרע לה חזקה כיון שיצאה מלאה ז"א דאם נימא שמא תפיל לא איתרע החזק' וא"ל כמ"ש הרשב"א ודעימי' דהו"ל כשמא מת ז"א כיון דאפילו אם הוולד חי לפנינו אחר שיצא לאויר העולם חוששין לו מטעם

מיעוט המצוי מכ"ש דאיכא למיחש ליה בעודו במעי אמו שמא יהי' נפל טמון אלא ע"כ דלא ס"ל להאי תנא דהוי מיעוט המצוי:

ובאמת לכאורה איכא לאקשויי למה דפסקינן כרשב"ג לענין למ"ד יום אלמא דס"ל דמיעוט המצוי הוא ואיך פסקו כהך מתני' דיצאה מליאה חוששת ולכאורה י"ל דהא דחיישינן בלא שהה למ"ד יום היינו מדרבנן ולהחמיר משא"כ בהך דיצאה מליאה אדרבא מחמרינן להיפוך לומר שאינו מיעוט המצוי אבל ז"א דע"כ לא שייך לומר דזה דל' יום חומר' מדרבנן אלא לומר דמדאורייתא אין לחוש נגד הרוב אפילו אם המיעוט מצוי אבל בגוף הענין אם נפלים הוא מיעוט מצוי או לא הוא דבר התלוי' במציאות ואין אנו אומרים שטבע העולם שנפלים הוא מיעוט מצוי וחוששין לו אף שכבר יצא לאויר העולם אין ספק שיותר יש לחוש לו בעודו מעוברת ולומר שמיעוט המצוי שיתעופף הולד מלידה ומבטן ואף אם יצא לאויר העולם לפעמים לא מלו ליה תלתין יומין וא"כ אף דיצאה מלאה אכתי איכא רובא וחזקה לשוק וצ"ע לכאורה:

ואמנם הך מלתא שכתב מכ"ת דמיעוט' דזכרים הוא מיעוט מצוי כתב כן בשער המלך לתרץ אליבא דהרמב"ם הך דיצאה מלאה חוששת דומי' דחיישינן לנפלים לפי שהוא מיעוט מצוי ע"ש באורך ובאמת שאני תמה שאחז החבל בשני ראשין דאם נימא מיעוט מפלת הוא מיעוט דשכיח' א"א לומר כלל דמיעוט דזכרים שכיח שהרי מחצה ע"מ דזכרים ונקבות הוא בבירור וכיון שכן מה בכך שזו מעוברת הא מיעוט המצוי שתפיל ואם תלך אחר הרוב ג"כ מחצה זכרים ומחצה נקבות וא"כ אדרב' מיעוט זכרים הוא מיעוט דלא שכיח ואפשר לדחוק בכוונתו שלא הביא מהתוספות רק לדוגמ' דבמיעוט המצוי חוששין אבל באמת הרמב"ם לא ס"ל בטעמ' דרשב"ג משום מיעוט המצוי אלא מטעמ' שלא יאמרו פיהק ומת או דס"ל לרשב"ג גזה"כ הוא וכמ"ש בזה בספרי בק"ה ע"ש:

ומה שהקשה בשער המלך על התוספות דס"ל דנפלים הוי מיעוט המצוי דא"כ נימא דחכמים מודו בחשש נפל וכדס"ל לרשב"ג כבר כתבתי בזה אבל בלא"ה לק"מ דטעמא דרשב"ג דבמיעוט המצוי אמרינן סמוך לחזקה וכמ"ש התוספות והא דמשאל"ס אשתו אסורה דאם לא היה מצוי אף באיכא חזקה רוב' עדיף ובס"ד דלא אסיק אדעתיה דמתני' מטעם חזקה הוא ע"כ כר"מ מוקי לה ובמסקנ' נמי לא בעי לאוקמי כרשב"ג כיון דבאמת עיקר להלכה כרבנן אלא דאנן מחמרינן כרשב"ג היכא דאפשר וניחא ליה טפי לאוקמי כר"מ דסתם מתני' ר"מ ולפ"ז בלא"ה לא א"ש מ"ש בשער המלך בטעמ' דיצאה מלאה משום דמיעוט' דזכרים הוא מצוי דז"א דהא עכ"פ חזקה לית' התם דהא חזקה ורובא

לשוק הוא וא"כ המיעוט המצוי אין לו על מה שיסמוך ועוד דהא פסקו בסתם חוששין משמע אף בדלא אפשר ואם מטעם מיעוט המצוי אתי עלה אין להחמיר בזה יותר מבלא שהה למ"ד אלא ודאי דלאו מהאי טעמא הוא ומכ"ש שלפי מ"ש התוספות טעמא שלא יאמרו פיהק ומת דלא שייך הך חומרא הכא ומ"ש בשער המלך שם דאיילוני' אין להכחיש המוחש דלאו מצוי הוא ואפי' אחד מעיר כו' אמת שכדבריו משמע בהגהות מרדכי סוף חולין ע"ש אך בנדה דף ל"ב אמרי' אימר דשמעית ליה לר"מ במיעוט דשכיח כו' ואמנם ודאי אין ר"ל דשכיח טובא רק דעכ"פ שכיח קצת והתם משמע כיון דחזינן שאירע כן ג' פעמים מיעוט דשכיח קרי לי' ע"ש שוב ראיתי שמכ"ת הזכיר ג"כ מזה:

והנה השער המלך בסוף דבריו כתב ליישב דברי הרמב"ם ע"פ דברי הרשב"א דכיון שעיברה א"ח שמא הפילה דדמי למיתה כו' האמנם דבר הקשה הוא שהתוס' שם כתבו הקשה הר"ש כו' ואומר ר"י ה"נ יש להסתפק שמא כבר מת והוא נפל הרי דחיישינן לשמא מת ולשמא תפיל ליכא למיחש אם לא שרבינו ס"ל ליישב קושיות הר"ש באופן אחר ואנחנו לא נדע עכ"ל. ותמיהני אחרי שידוע גודל בקיאותו בספרי הראשונים נתעלם ממנו דברי הרמב"ן בב"מ דף קמ"א דהא דעובר זוכה דווקא כשילדה לבסוף ובב"ב ל"ג והפילה דלאו נפל ממש אלא שכלו לו חדשיו ולא הוציא הפדחת חי כו' ובמקום אחר כתבתי בזה על דברי קצוה"ח בסי' רע"ו וכאן קצרתי:

ובאמת בישוב דברי הרמב"ם ז"ל עפ"י דברי הרשב"א דמיעוט מפילות הוא חזקה המסתלקת מן הרוב ולכן ביצאה מלאה ל"ח למפילות וכמש"ל והא דבש"ס לא מוקי כרבנן ומודו רבנן במיעוט המסתלק מן הרוב א"ש ג"כ ע"פ הדרך אשר כתבתי לעיל דודאי רוב מועיל בכל גוונ' דלא ניחוש למיעוט רק לענין שנצטרף לחזקה איכא לפלוגי בכה"ג ובס"ד דלא ידע מחזקה איצטריך לאוקמי כר"מ ובמסקנ' באמת מפרש הרשב"א דאפי' כרבנן אתי' ומה"ט דמיעוט המסתלק מן הרוב מצטרף לחזקה ומ"ש הרמב"ם בהל' תרומות היינו משום דלשמא תפיל חיישינן שזה מצטרף לחזקה אף שעומד נגד הרוב וכמש"ל ועיין בפ"י קידושין דף פ' שכתב די"ל בהא דיבמות דאמרינן סמוך דחזקת זקוק' לא נתבררה בשום פעם מה אמרת שהיתה בחזקת זקוקה ליבום לבסוף אדרב' כיון דרוב נשים כו' א"כ היתה בחזקת שלא תהי' זקוקה כו' מש"ה ס"ל לר"מ דהוי פלג' ופלג' כו' ע"ש ולכאורה גם אליבא דרבנן מצינן למימר הכי אמנם גוף סברתו צ"ע דה"ל לשנוי בפשיטות אהא דפריך רישא שהוחזקה ליבום תתיבם נימא דלאו חזקה גמורה הוא כיון שסוף שתתעבר או היא או צרתה וא"ל דאה"נ משני הש"ס ז"א דא"כ ל"ל למימר ורוב' עדיף מחזקה כו' אך בלא"ה כתבו התוס' דלר"מ לא צריך וקושט' דמלתא נקט וצ"ע:

ומ"ש מכ"ת מדברי הד"מ סי' קנ"ט ביצא קול שיש לה יבם ל"ח וכתב שדברי מהר"י מינץ בסי' קנ"ז הביא לענין יבם מומר שסברה שמת אבל בלא ידעה אם יש לו אח כלל ל"ח והוא פשוט דכל קלא דבתר נשואין כו' והנה מכ"ת בהעתקתו בדברי הד"מ דילן ראשית דבריו וז"ל הד"מ ובתשו' ריב"ש סי' תפ"ב דהרבה גאונים מתירין אפי' נשאת אם חלץ לה היבם אח"כ אפי' למאן דמחמיר אם אין היבם ברור אלא שיצא קול שיש לה יבם ל"ח וכ"כ מהר"י מינץ בסדר חליצה שלו עכ"ל ואם הדברים מתפרשים כמ"ש מכ"ת שהי' קלא דבתר נשואין מה זה ענין למחלוקת בענין יבמה שנשאת וחולצין לה אחר נשואין אי שרי' לבעלה לענין זה דאין כאן לפנינו מי שיחלוץ לה ופשיט' דאם נימא דקלא דבתר נשואין מלתא היא אפי' למאן דמיקל התם בחלצו לה אחר נשואין מצי סבר דבקול שיצא שיש יבם ואין כאן מי שיחלוץ חיישינן ליה ולכאורה נראה שכוונתו בזה שיש מקילין בנשאת בשוגג כשחלץ אח"כ ואפי' למאן דמחמיר לגבי נשאת אף בשוגג מ"מ היינו כשהיבם ברור ושגגה שכסבורה שמת היבם ועתה בא היבם אע"פ שחלץ לה תצא מבעלה דשוגג כה"ג כמזיד דמי דכיון שידעה בבירור שיש יבם ולא דייק' אם מת כמו ששמעו עליו אם לא החמירו עליו בסופה משא"כ כשאין היבם ברור רק שיצא קול שיש יבם דכה"ג קי"ל בסי' קנ"ד דחוששין לקול לכתחלה להמתין עד שיבאו עדים והיא עמדה ונשאת ועתה בא היבם וחלץ לה בכה"ג אית לן למימר דל"ת דבקלא לא הוה למידק כולי האי ולכן א"ש מ"ש אפי' מאן דמחמיר כו' אלא שצ"ע לדינ' וכיון דמדינ' אית לן למיחש לקלא שלא תנש' מסתברא דאם נשאת חשובה כמזידה לענין שאם בא היבם וחלץ לה תצא דהא דק"ל בקלא דקמי נישואין אם עמדה ונשאת תצא כמבואר בסי' ו' ביצא הקול שכתב גט כו' ואפשר דהכא מיירי שיצא קול שיש לה יבם ושוברו עמו שיצא הקול ג"כ שמת ועתה בא היבם וחלץ לה אעפ"כ ל"ת מבעלה כיון שלא היה יבם ברור רק קול סמכה על הקול האומר שמת ולא דייקא טוב' משא"כ אם היבם ברור דאז פשיט' דהוה לה למידק אם מת או לא דע"ז סמכו חכמים בתחלה להתירה ע"פ עצמה או ע"א משום דדייקא מתוך חומר כו' אך צ"ע בלשון הד"מ שכתב אם אין היבם ברור דמשמע שדבר בהוה שגם עתה אין היבם ברו' דאלו כוונתו על שלא היה ברור מתחלה ועתה נתברר הי' לו לומר אבל אם לא היבם ברור ואמנם בלא"ה תמוה מאוד מ"ש בד"מ בשם הריב"ש סי' תפ"ב שהרבה גאונים מתירין אפי' בנשאת אם חלץ לה אח"כ ולא נמצא מזה דבר בריב"ש שם לענין נשאת רק לענין נתקדשה כתב דאף הסוברים שלמקדש לעולם אסורה אפי' חלץ לה הם לא אמרו אלא בנתקדשה במזיד וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והרא"ש וכל האחרונים ז"ל כו' אבל לענין נשאת לא מיירו כלל ומכ"ש מ"ש בד"מ לענין

אם יצא קול אין קול נזכר שמה אף ברמז בעלמא ותימה על הב"ש שנמשך אחר מ"ש בד"מ וכתב ג"כ בשם הריב"ש שאם אינו ידוע שיש יבם אלא בקול ל"ת וליתא ובדברי הד"מ אפשר דמ"ש אפי' למאן דמחמיר כו' לא קאי אמש"כ לעיל ובריב"ש רק הוא מלתא באפי נפשיה שהוסיף משה מדעתו או שחסר בדפוס תיבת ונ"ל אך מ"ש בראש דבריו בשם הריב"ש הוא ג"כ תמוה ולבי אומר לי כי יש חסרון מבפנים בהעתקות דברי הד"מ וכצ"ל והריב"ש סי' תפ"ב כתב ביבמה שחלצה ונתקדשה ונודע שהיבם מסר מודעא והשיב שכופין ליבם שיחלוץ ותנשא לשני (והן הן הדברים שהעתיק הב"י בב"ה) וכתב בשו"ת מהר"י מינץ סי' י"ד דהרבה גאונים מתירין אפי' נשאת אם חלץ לה היבם אח"כ ואפי' למאן דמחמיר אם אין היבם ברור אלא שיצא הקול שיש לה יבם ל"ת וכ"כ מהר"י מינץ בסדר חליצה שלו כצ"ל והדברים מבוארים למעיין בתשובות מהר"י מינץ שם בענין אחד שלא הי' מוחזק באחין ואחר הנישואין יצא קול שיש אח להמת וכתב שם מתחלה דגרע טפי מקלא דבתר נישואין ושוב כתב וההי' איתתא לא מיבעי' לה"ג שכתבו על יבמה שלא ילדה וזקוקה ודאי לייבום אם נשאת והיה לה בנים אם הי' בעלה ישראל חולץ לה כו' פשיט' דהאי איתתא שרי' לבעלה ואין להוציאה כלל דא"כ אתה מוציא לעז על בני' ואע"ג שכתב רב אלפס על ה"ג כו' מ"מ מצינו גאונים אחרים ז"ל שמתירין ומסכימים עם ה"ג כדאיתא בתשובות מיימיינות כו' א"כ אין הדבר פשוט אפי' ביבמה דעלמא להוציאה מבעלה א"כ בנ"ד דאינו ברור שיש לה יבם איכא למימר לכ"ע שרי' לבעלה כל זמן שלא בא היבם ולא שייך למיקנס' משום דמחלפ' ובר מן דין יש להתיר כיון שילדה אחר מיתת בעלה אלא שמת הולד תוך ל' כו' ע"ש שהאריך והן הן הדברים שהעתיק הד"מ בקצרה דהרבה גאונים מתירין אף אם נשאת והיינו מ"ש מהר"י מינץ ומ"מ מצינו גאונים אחרים כו' ושוב כתב ואפי' למאן דמחמיר אם אין היבם ברור כו' היינו מ"ש מהר"י מינץ א"כ אין הדבר פשוט כו' בנ"ד דאינו ברור שיש לה יבם איכא למימר דלכ"ע שרי' לבעלה כ"ז שלא בא היבם כו' וא"ל כיון דהנך גאונים אינם מתירין אלא ביש לה בני' ה"ל לרמ"א לפרושי הכי י"ל כיון דבאמת ביבמה דעלמא לא קיימ"ל הכי לדינא ואפי' ביש לה בנים רק שמהם נלמד כיון דמשום לעז בנים יש גאונים המקילין א"כ י"ל דאף להחולקים ולא מפלגי בין יש בנים לאין בנים ביבמה דעלמא מ"מ במקום שאין ברור שיש שם יבם מודו דשרי' וממיל' דאף בהוצאת אשה מבעלה לחוד יש להקל בכה"ג אף באין בנים ולכך לא הזכיר הד"מ בדבריו שהגאונים המתירין בנשאת הוא ביש לה בנים דלא נ"מ מזה לדינ' ועיקרן של דברים אינו רק לומר שאין להחמיר באין היבם

ברור ובזה יש להקל אף באין בנים ולכך סתם הרמ"א הדברים לענין בנים והדבר ברור לענ"ד כמ"ש:

שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס"ו כתב וז"ל אף שראיתי מועתק מד"מ שכתב בשם הריב"ש סי' תפ"ב דהרבה גאונים מתירין בנשאת אם חלץ לה היבם אח"כ ועיין בתשובת בנימין זאב סי' ע"ב בסופו כתב בפשיטות אם נישאת בשוגג חולץ לה היבם ותשב תחת בעלה כדאיתא בפ' החולץ ובשבת פרק ר"א דמילה עכ"ל ואני בינותי בסי' תפ"ב בריב"ש שלא נאמרו הדברים רק במקדש כו' וחפשתי בכל הריב"ש ולא מצאתי אולי משגה הוא וצ"ל מתירין בנתקדשה במזיד וכן איתא שם עכ"ל הרי שהרגיש ג"כ שאין הדברים האלו בריב"ש ומ"ש שצ"ל בנתקדשה במזיד כתב כן לפי שלא ראה רק העתקה מד"מ אבל אם הי' לפניו הד"מ לא היה כותב כן דמקום הוי סימן שדברי הד"מ מקומם אחר מ"ש בב"י בדין נשאת וגם כי מ"ש דברי ב"י איתא דהרבה גאונים מתירין בנתקדשה במזיד לא חזינן התם כי האי רק מייתי שם דברי ר"א וכתב עליו ואף לדעת הגאונים שסוברים דלמקדש לעולם אסורה כו' לא אמרי אלא בנתקדשה במזיד כו' ע"ש ואם כן לא נזכר בדבריו שהרבה מתירין רק ר"ת לחוד ודברי ב"ח הביאם הב"י ואם כן פשיטא שאי אפשר לכוון הגהה זו (ומ"ש בשם ההעתק ועיין בתשו' בנימין זאב בסי' ע"ד ובסימן ס"ט וראיתי שמדמה זה להא דמת תוך למ"ד שכתב הרי"ף דנשאת ק"ו מנתקדשה ע"ש שהאריך ושארי ליה מארי שמקרב המרוחקים דהתם מטעם דעבדינן כרבנן רק לכתחילה מחמרינן כרשב"ג ולא מטעם שוגג אתינן עלה ולא ידעתי האיך העלים ממנו דברי הש"ס והתוספות והרא"ש וכל הפוסקים שמבואר להדי' בניסת נשואי טעו' תצא מזה ומזה וכן מבואר בהרי"ף שחולק על בה"ג שמקיל באין לו בנים ולא מפליג בין שוגג למזיד וקצרתי ועיין בישׁ"ש בב"ק ס"פ החובל מ"ש שם דרכו של בעל הספר) ואין ספק כי כל מעיין בצדק ישפוט שצריך להגיה בד"מ כמ"ש ומ"ש בשם הריב"ש צריך לציין למעלה אחר דין נתקדשה וכאן בדין נשאת צ"ל וכתב מהר"י מינץ בתשובה כו' (ומה שמסיים שכ"כ בסדר חליצה שלו אף שלא נמצא כן בס"ח של מהר"ם מינץ הנדפס בספרי שו"ת שלנו בדפוס פיורד' הנה כמה דברים מביא הרמ"א בהלכות חליצה בשם סדר חליצה של מהר"י מינץ שלא נמצא בס"ח שלפנינו ואפשר דבדפוס ישן איתא או שהיה בידו ס"ח מהר"י מינץ באורך מכתבים או בדפוס בפ"ע כאשר יראה הרואה בד"מ) ואפשר דהך מלתא וכתב הריב"ש כו' מוסב למעלה כאשר כתבתי וכאן בדין נשאת צ"ל בלשון זה והרבה גאונים כו' כ"כ מהר"י מינץ בס"ח שלו כצ"ל וכוונתו על מ"ש בתשובה

זו אך המעיין יראה בס"ק שאח"ז שכתב בד"מ שבס"ח סותר למ"ש בתשובה ולא הו"ל לכתוב שם לתשובה זו ס"ח ולכן מחוורת' כדכתיבנ':
והנה הארכתי בזה כי נתתי שמחה בלבי כי זכיתי בעז"ה לעמוד על אמתת דברי אא"ז הרמ"א ז"ל ואני פה לא עשיתי מאומה רק כמ"ש חז"ל שזכות אבותם מסייעתם ואתם כו' ולמדנו מזה שדברי רמ"א לקוחים מדברי אא"ז מהר"י מינץ ז"ל וכבר הבאתי דבריו בזה בתשובתי לסיוע ההיתר בנ"ד ואמנם בעיני יפלא על מהר"י מינץ ז"ל האיך השוה את הנושאים זה לזה דהא דמתיר בה"ג וכתב בתשובת מיימוני שהסכימו עמו הראב"ן ונכדו הרא"ה (הוא ר"ת הרב רבינו אליעזר הלוי והוא הראבי"ה או שהוא ר"ת רבינו אבי העזרי שכן כינוהו הפוסקים להראבי"ה) היינו כיון שהיבם חלץ לה אלא דקנסוהו משום דמחלף באשה שהלך בעלה למדה"י וס"ל להנך גאונים דהיכי דאיכא לעז בנים לית לן למיקנסה משא"כ בזה שיצא הקול שיש לו יבם אם אנו חוששין לקול הרי הם עוברים לפי דברי הקול על איסור תורה וממ"נ אי לא חיישינן לקלא בתר נישואין א"כ פשיטא דשרי ולא תליא מידי בפלוגתא דהתם ואם חוששין לקול ואם כן י"ל דאף המקיל שם מודה כאן להחמיר ואפי' יש לה בנים ומכ"ש לפי משמעות הד"מ להתיר בכה"ג אף באין לה בנים וכמש"ל דפשיטא שאין ללמוד ממה שאמרו להקל בנשאת אחר חליצה ויש בנים ולא קרב זה אל זה כלל וכדי ליישב נלענ"ד דמהר"י מינץ ז"ל ס"ל דודאי לעיקר הדין כשאין היבם ברור זולתי קול והוא בתר דנשואין א"ח ליה וכמ"ש שם לעיל מינה בנידון דידיה מדלא אמרו אלא שנתים אחר נישואין ש"מ דמתוך שנאה כו' וגרע טפי מקלא דבתר נשואין ואמנם הוא ז"ל בא לברר היתר האשה ולהוציא מלב מתנגדי האשה שהיו סוברים שיש בקול הזה ממש אע"ג דהוי קלא דבתר נשואין וכמ"ש הר"ן בקידושין דף י"ב בשם הרא"ה לענין קלא דלא אתחזק בב"ד דל"ח בעלמא משום דבעינן אחזוקי כולה מלתא משום קלא כגון יצא שמה מקודשת כיון דאיהו בחזקת פנויה קיימא ל"ח אבל הכא דפשטה ידה כו' ועיין במהריב"ל הביאו המ"ל פ"ד מהלכות אישות דכי הך חלוקה נמי מצינן למימר לענין קלא דבתר קידושין והמ"ל הסכים עמו ע"ש. ולפי זה בנ"ד שלא היה מוחזק שאין לו אחים רק שלא היה מוחזק שיש לו אחים ובלא קול לא מחזקינן איסורא לומר שיש לו אחים אבל כיון שיצא הקול שיש לו אחים אעפ"י שהוא בתר נשואין מ"מ כיון שאינו נגד חזקה שפיר י"ל דחיישינן ליה דדוקא בקול קידושין שהוא בא להוציא מחזקת פנויה משא"כ כאן וע"ז בא לעשות סמוכים לדבר מדברי המקילין שלא להוציא אחר שחלץ דאם היינו אומרים דאפילו אחר שחלץ הוא מחויב להוציא הא קמן דקפדינן טובא באיסור יבמה לשוק שמחמת אותן מצעות שהציע לו

באיסור קודם שחלצה אסרינן לה איסורא דלעולם ולכן אף באין היבם ברור יש לחוש לקול וכמו דחיישינן בקידושין היכא שפשטה ידה וספק אם ש"פ והקול יוצא שש"פ כיון דלאו לאחזוקי כולה מלתא משום קלא קא אתינן אבל כיון דחזינן דדעת בה"ג, ודעימיה להקל ביבמה משום לעז בנים אם כן הא קמן דלא מחמרינן בזה כמו בא"א דקנסינן לה משום דעברה על ביאת איסור ולא משגיחינן על לעז בנים מ"מ ביבמה מקילינן טפי א"כ י"ל דה"ה לענין קלא אפילו תימא בקידושין כה"ג שאין הקול בא להוציא מחזקה חיישינן ליה אף בתר נשואין ולא משגחינן בלעז בנים כאן ביבמה יש להקל בכה"ג שלא לחוש לקול כיון דאיכא לעז בנים ואמנם אף להחולקים כיון דחזינן שעכ"פ אין הדבר פשוט להוציא יבמה מבעלה ולהחמיר גבה חומרא דא"א לכן אף דס"ל התם להוציא ולא משגחינן על לעז בנים משום דעבדה איסורא ודאי קנסינן לה משא"כ בזה שאין היבם ברור כל זמן שלא בא אין לנו להחזיק הקול כלל להוציאה מבעלה אפילו בלא לעז בנים כשאר קלא דבתר נשואין דלא חיישינן ליה אף במקום שאפשר לקבל גט ולעשות בהיתר לא חיישינן ליה שלא תתגנה על בעלה ומכ"ש בזה שאין לחוש לקול להוציאה מבעלה לגמרי וכלל הדברים להוציא מלב מי שירצה לומר כיון דאשכחן דמחמרינן ביבמה כמו בא"א לומר שאם נישאת בלא חליצה תצא מזה ומזה אף לאחר שחלצה כמו בא"א שנשאת לאחר שתצא מזה ומזה וא"כ בקול שיש יבם נמי יש להחמיר כמו לענין א"א כיון שאם יבא היבם נחמיר עליו כמו בא"א לומר תצא מזה ומזה לזה אמר דלא מיבעיא לבה"ג ודעימיה דס"ל להקל ביבמה משום לעז הבנים אע"ג דמחמרינן בא"א אך אפילו למאן דמחמיר לא משום דחמיר איסורא כא"א רק משום דמחלפא באשה שהלכה בעלה למדה"י וזה שייך בבא בעל אבל כל זמן שלא בא מחמת הקול אין להפרישה מבעלה דלא שייך בזה מחלפת באשה שהלך בעלה למדה"י וזהו שכתב וא"כ בנ"ד שאין ברור שיש לה יבם כו' ולא שייך למקנס משום מחלפת כו' וכן אחר כשחידש ההיתר מחמת זה שילדה אף שמת תוך ל' כתב דלא קאמר התם דאף שיש לה בנים תצא אלא היכא דנשאת במזיד שידעה שיש לה יבם כו' דשייך קצת לומר דקנסינן לה אבל בנ"ד שלא הוחזקה ועדיין לא נודע שיש לה יבם רק ע"פ האנשים שאמרו מה שאמרו מתוך קטטה כו' ע"ש שמבואר דהחילוק דכיון דבזה לא שייך קנסא שוב אין לדמותו לא"א וחזרינן לדין קול שאחר נישואין שאין לחוש לו כלל כנלענ"ד ליישב דברי אא"ז מהר"י מינץ ז"ל ומבואר שאף שהגאון ז"ל הוסיף ידו לצדד היתר מצד הולד מ"מ תפס לשון ראשון ג"כ דאף בלא וולד יש להתיר היכא שעדיין אין היבם ברור (ולפי ההיתר מצד הוולד כתב שם דאפי' נודע שיש יבם בעולם כ"ז שלא בא למקומה מותרת לבעלה כו'

וצ"ע על הד"מ והרמ"א ובהגה"ה סוף סימן קס"ד שכתב דברי מהר"י מינץ אלו ולא הזכיר דאם יש לה בנים דוקא כדמשמע שם דדוקא לפי שיש לה בנים התיר כשנודע שיש לה יבם אלא שאינו כאן משום דבכה"ג סמכינן אא"ז ע"ש ובסוף התשובה) וכמ"ש בד"מ שכ"כ בסדר חליצה שלו ושם בעובדא דידיה מבואר להדיא שהאשה לא היתה מוחזקת ביבם אבל לא היתה מוחזקת שאין לה יבם ולא היה שום פוצה פה ומצפצף על נשואי האשה עד שנתים אחר הנישואין שיצא הקול ע"ש שכתב מדלא היה שום אדם מערער ופוצה פה כו' ולכן כל הלומדים שברומ' לא היו מסכימים שמרת בילא תחזור לבעלה אם היה שום חזקה כו' וכבר הארכתי בתשובתי וביררתי שכן דעת כל הפוסקים ועוד מצאתי שבלבוש אה"ע שכתב בסימן קנ"ח סעיף וא"ו מי שלא היה מוחזק באחים ואין לו בנים ואמר יש לי אחים לחייבה בחליצה ויבום אינו נאמן וכן אם בא אחד כו' דכיון שהאשה הזאת כבר היא מוחזקת וקיימא בחזקת היתר לעלמא שאינה זקוקה ליבום שהרי לא היה בעלה מוחזק באחים לאו כל כמיניהו להוציאה מחזקתה לאוסרה ע"פ ע"א עד שיהיה כאן שני עדים כשרים שיש לו אחים עכ"ל ומדבריו המפורשים באר היטב נלמד שכן הוא דעת ראשונים אשר לפנינו שלא בא לחלוק אלא לפרש ומדבריהם מבואר שאף לכתחלה משיאין אותה ואפילו אם הבעל או ע"א אומר שיש לו אחים אין משגיחין בו ומכ"ש בכה"ג שלא אמר זה רק דרך ספור דברים ויש לתלות באמתלאות ומכ"ש אחר שכבר נשאת שאין ספק בעולם שאין בדברי העדים ששמעו מפי הבעל שום ממש להפריש האשה מבעלה ומכ"ש להוציאה וכאשר הארכתי בענין זה בראיות ודברים נכוחים בתשובתי ואם אעפ"כ ימצא מי שכנגד האמת יתעקש ותואנה יבקש קורא אני עליו נשי עמי תגרשון כו' אך לפי דעתי גם המחייב פרישה לא הפריש מן החיוב ולא בפירוש איתמר כ"א מכללא דבעי דרישא. וע"ד שכתב רש"י בריש כתובות שמתוך שיבא לב"ד יצא הקול ויתברר הדבר ויבואו עדים ואחר כי עברו מספר ירחים ואין קול ואין קשב הוא הפה שיתיר ויאמר השב ואין כאן בית מיחוש מחמת שהאשה היתה מחזרת בעת חוליו אחר גט דודאי אין בזה צד הודאה ושוי' ח"ד כלל ומכ"ש מדברי תשובת מהר"י מינץ דלעיל ומדברי הרא"ש בתשובה כלל ל"ה ס"ס ג' שכתב וז"ל ואי משום דשכרו קרובי האשה עדי חמס לכתוב גט כו' די"ל דלא הוי הודאה כו' דאפי' היתה מודה בפירוש שקיבלה קידושין ממנו לאו כל כמיניה לאסור עצמה על אותן שקידשה כבר כו' ומצינו שהקילו חכמים בדבר זה אע"ג דשויה ח"ד כו' וכן כאן בנידון זה יש לדון לפי הענין ולומר דלא הוי הודאה לאסור בעלה עליו כיון דאיכא למיתלי במידי דלא הוי הודאה כו' וגם מה שאמר לו ר' משה שיתן גט אין בזה כלום דלרווחא דמלתא עשה

שלא יהיה שום תרעומות בנישואין עכ"ל ועיין באה"ע סס"י מ"ו בדברי הח"מ והב"ש שם וקצרתי:

ומדי עברי בדברי הלבוש ראיתי דבר תמוה בסימן קנ"ז סעיף ט' שכתב בהך דינא דהיתה לה חמות מותרת משום ס"ס שמא לא נתעברה ושמא ילדה בת משא"כ ביצאה מלאה שאין כאן אלא ספק אחד ע"ש והדברים תמוהים מאוד בעיני שכל דבריו בזה הם נגד הש"ס דרוב מתעברות ומה שאין מתעברות לא חשיב אפילו למיעוט רק מיעוט מפילות שמצטרף לפלגא דבת ולא נזכר ס"ס כלל כ"א רובא וחזקה וא"צ להאריך בזה שמבואר לכל מעיין שהטעמים שנתן בזה לא נזכר בדברי הש"ס ופוסקים וכעת לא ידעתי ליישב דבריו ז"ל וצ"ע:

והנה במ"ש כ"ת עוד ימצא בזה בתשובתי הארוכה ולא עצרתי כח לעיין ביתר דבריו כי הפסיקוני בענינים הנוגעים למעשה הצריכים לשעתה ובענין זה לפי דעתי הדברים אשר כתבתי יספיקו עדי כלו לכל מחזיק בכנף מעיל האמת וזה דבר השמיטה שהשמטתי צד היתר מחמת גבה"ע שלא בפניו אשר הערכתי שלא יהיה פתחון פה לבע"ד לחלוק ולומר שדעתו לחזור ולגבות עדים בפניו ועיין מ"ש בק"א לשו"ת ב"ח החדשות על דברי ר"מ הארוך ובמ"ש בספרי בית אפרים בק"ה בתשובה בענין פסול השוחט וגם בענין קלא דבתר נשואין לא רציתי להאריך אחרי שאין אנו צריכין לבוא לידי מדה זו כ"א לרווחא ולפנחי' בעלמא. דברי אהובו זעירא מן חברייי':

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קלד

שאלה ממדינות וואלחיי וזה תופסה איש אחד נפטר וחיים לן שבק ובנים לא היו לו כו' אבל זאת ידוע ע"פ נשים בקיאים שאשתו נתעברה מבעלה הנ"ל והוכר הולד עודנו בחיי בעלה ולערך שבעה חדשים אחר מיתת הבעל ילדה ולד ויהי בהקשותה בלדתה אזי שמו מגמתם על היולדת ושכחו מני הילד והיו מונח במקום הצינה ואחר כך כאשר שבה רוחה של היולדת חזרו פניהם אל הילד והנה מת והמילדת אמרה שהי' חי במעי אמה ואפשר משום הצינה מת אבל יצא חי לאויר העולם וכעת נשאר לבעלה אח קטן וצריכה לעגן כמה שנים עד יגדל הנער ויהיה ראוי לחלוץ ועוד יש בההוא עובדא שבעת הנשואין היו רכים בשנים ולא נודע אם היה הגיע החתן לי"ג שנים ויום אחד בשעת הקידושין רק עפ"י אבי החתן שאמר שהגיע ולא הודע בלתי אביו וכו' והנה נפלו בזה כמה ספיקות האחת אי סמכינן בהכרת נשים לסמוך עליהם להעמיד הוולד בחזקת כלו חדשיו הב' אי נאמנת המילדות באמרה שהרגישה במעי אמה שהיה חי בעת שיצא

לאויר העולם. הג' אם האב נאמן שהגיע בנו ביום חתונתו לי"ג שנים ויום אחד גם אם יש לספק אם עדיין לא היו לו שערות אז ואף בעת פטירתו לא נודע אם היו לו שערות ויש כאן מקום עיגון גדול ושאל השואל להורות אם יש לה תקנה מן התורה להתירה לעלמא בלא חליצה ושכמ"ה:

תשובה ראיתי את פתגם המעשה. ואשר נגזר עליו מאב בחכמה אבן הראשה. חוטר מגזע החכמה. ונצר משרשי הענוה והקדושה ה"ה כבוד מחותני ידיד ד' וידידי הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר מענדיל נ"י האב"ד דק"ק ראוונע ולפי רוב הענוה שלח ידו בשלומי ותשובתו הרמתה. אשר הראה את גדלו וידו החזקה ורעם גבורותיו לפוצץ הררי עד וכל דבר הקשה ועשה דרך בקשה כי נפשו חשקה למהוי אנא זעירא במנינא ולדידי חזי לאצטרופי מתוך חומר הנושא ונפשי יודעת מיעוט ערכי הן אנכי איש צעיר באלפי מנשה ורבבות אפרים ומעט מהיות משה איכה ארעה איכה ארביץ עם האיל המנגח נגבה וצפונה תיש בעל קרנים ברוחו פי שנים אבל מה אעשה כי יפקוד עלי איש על העדה גבר בכולא לתורה ולתעודה מייחל למלקוש אמרי פי. אי לזאת אף כי הדבר אין בי. אמרתי אקיימה מאמר ר"י ויודע אני בעצמי שאיני כהן מורה בפרט לפצות פה בעסק יבמה ששקולה כדבר ערוה החמורה. אשוע ואומר הנני ומשמי קדשו יענני. להנחותי הדרך הסלולה והכבוש' ויאיר עיני במאור תורתו הקדושה:

הנה בדבר הספק האחד בב"י בשם תשובת הרא"ש כתב דא"נ אשה לחברתה שכלו חדשי הולד והב"י והד"מ כתבו שזה תלוי בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד אם נאמן ע"א לומר ניתן לו בן במה"י והב"ש הקשה דהא בלא"ה הרא"ש סובר דע"א ביבמה אינו נאמן וגם רמי דברי הטור אההדי וכבר עמד ע"ז בפרישה וכתב דניתן לו בן במה"י שאני דהוי מילתא דעל"ג והב"ש הקשה מדברי הראב"ד ולע"ד כוונת הדרישה דבאמת הטור חלק בזה על הראב"ד וס"ל דגם זה מיקרי על"ג וכן מבואר מחידושי הרמב"ן בב"ב דף קל"ד ע"ש אך תימא על הדרישה שהרי בסימן קנ"ח אף במת יבמך דודאי הוי על"ג פסק דא"נ ועוד דגם בבעלך ואח"כ בנך שכתב בדרישה דלא הוי על"ג מי מת תחלה מדברי רש"י בש"ס דמפרש האיבעיא גם בכה"ג מבואר דלטעמא דעל"ג שפיר מהימן בכה"ג ואם כן הרא"ש דס"ל התם דא"נ גם בניתן לו בן לא מהימן וכ"כ בד"מ סימן קנ"ח להדיא וא"כ דברי הטור קשיין אהדדי. ומ"ש הב"ש דמירי בהלך הוא ואשתו למדה"י ורוב מתעברות מסייע צ"ע דלשון הרמב"ם משמע דלא מיירי בכה"ג וגם תימא שהרי הרא"ש שם ובבכורות ס"ל דלא אמרינן חזקה מסייע למיעוט (ואע"פ שבחולין הביא הרא"ש דברי ר"ח בסתם מ"מ משמע דס"ל לדינא כמ"ש ביבמות ובבכורות) וא"כ מ"ש הטור

לדינא מתני' דהלכה צרתה למדה"י לא תנשא היינו מטעם דהוי רובא דתלי במעשה וכתירוץ האחד בתוספות דף קי"ט דסוגיא דהכא אליבא דרבה ע"ש וא"כ אין כאן רוב מסייע דהא הוי רובא דתלי במעשה. וא"ל דאע"ג דלא מיקרי רובא להתיר על ידו מ"מ מהני לסייע לע"א ז"א דהא הב"ש כתב דאף חזקה מסייע לא מהני אע"ג דחזקה מהני בעלמא וא"כ מכ"ש רובא דתלי במעשה ואם נאמר דס"ל כתירוץ הב' בתוספות דע"כ לא מיקרי תלי במעשה כי אם בבהמה אבל לא באדם א"כ לא הו"ל לפסוק מתני' דהלכה צרתה דהא ס"ל דאין חזקה מסייע למיעוט אליבא דרבנן וכ"כ בשו"ת הריב"ש סימן תק"ט להדיא דלפירוש התוספות שפירשו דאפילו לרבא מתני' ר"מ הוא כו' אבל לרבנן דקי"ל כוותייהו מותרת לשוק בלא חליצה כו' עכ"ל וכן בחידושי הרמב"ן כתב מתחלה הטעם שפסקו הרי"ף ושאר גדולים הא מתני' משום דהוי רובא דתלי במעשה ואח"כ מצא לר"ה גאון דמפרש דרבא מתרץ גם אליבא דרבנן משום חזקה מסייע למיעוט וא"כ דברי הטור ממ"נ קשיין ודוחק לומר דהטור פליג בהא על הרא"ש וס"ל דחזקה מסייע למיעוט אף לדידן וכן נראה מדברי הטור בי"ד סימן שט"ז שפסק דחלב פוטר ע"ש. (ומצאתי בישש"ש שתמה על הטור שפסק למתני' והוא נגד הרא"ש ובהרא"ש משמע דלא פסק למתני' ואעפ"י שהביא הסוגיא דפריך ותחלוץ בתוך ט' כו' היינו משום דיש בזה נ"מ אף לדידן ודוחק לומר דמשום רובא דתלי במעשה אתי עלה דהא הרא"ש שם לא הזכיר מזה כלל ע"ש). ועוד קשה דאפילו לסברא דחזקה מסייע למיעוט מ"מ הו"ל כפלגא ופלגא וא"כ אין כאן רוב מסייע לעד וא"ל דפלגא ופלגא נמי עד אחד מהימן ז"א דהא אפילו חזקה מסייע להעד ס"ל להב"ש דלא מהני ומכ"ש פלגא ופלגא וטעמא משום דכיון דדבר שבערוה הוא לא מהני ע"א בלא דיוק שלה למ"ד אין ע"א נאמן ביבמה ונראה דה"ט דהרא"ש דס"ל דא"נ לומר שכלו לו חדשיו אע"ג דרוב בני קיימ' משום דסמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא ולא מהני ע"א וכן משמע מדברי הב"ש גופא ס"ס קנ"ו שכתב דהתוספות שכתבו דהאשה נאמנת לומר ניתן לי בן משום דרוב מתעברות היינו לס"ד אבל למסקנא דחוששין למיעוט א"נ וא"כ להרא"ש דס"ל דכל שהאשה א"נ ע"א נמי לא מהימן א"כ גם סיוע הרוב לא מהני לדידיה דחוששין למיעוט המצטרף לחזקה כמו דחיישינן באשה גופה האומרת ניתן לי בן וא"כ דברי הטור צ"ע. גם מ"ש הב"ש דלהרא"ש אינו מועיל עד מסייע לחזקה בשו"ת מהרי"ו סי' פ"ח כתב דמהני ומ"ש התוס' והרא"ש דחיישינן דמכוון לקלקלה היינו משום דאסהיד מלתא יתירתא דאל"כ למה נאמן בעדות אשה להתירה לעלמא או ביבמה להתירה לשוק אמאי לא חיישינן דמכוון לקלקלה כו' ע"ש. ודבריו תמוהים בעיני דעדות אשה לעלמא היינו משום דאיכא

נמי דיוקא דידה וכן ביבמה להתירה לשוק למאן דס"ל דסמכינן אטעמא דמלתא דעל"ג לא משקר וממילא לא חיישינן לקלקלה משא"כ התוספות והרא"ש קיימי התם למ"ד דסובר התם דאין ע"א נאמן ביבמה משום דבעינן דיוקא דידה וכיון דסניא ליה לא דייקא וסומכת על העד והוא מכוון לקלקלה ולכן מעיד לה שמת הבן קודם ולא מהימן וזה מיירי אפילו באין ידוע לנו כלל ממיתת הבן משום דבעד ליכא מגו וכ"ש היכא שבלא העד ידוע לנו ממיתת שניהם שאין ע"א נאמן לומר שמת קודם ל' אין ע"א נאמן ביבמה משום דלא דייקא ואע"ג דבזה ליכא ריעותא דמסהיד מלתא יתירתא כלל שהרי אין כאן שפת יתר כלל אפ"ה לא מהימן דאין סומכין על עדות ע"א בלא דיוק דאשה וזה מוכרח דאל"כ הוי להו לתוס' והרא"ש לחלק בפשיטות בין אשה עצמה לעד דבאשה אין כאן מלתא יתירתא וסמכינן על החזקה כיון דמה שאומרת בעלי שפיר דייק' משא"כ בעד דמחמת דאמר מלתא יתירתא חיישינן לקלקולא ולא מהני עדות דמת בעלה כלל ואף שי"ל דגם בזה שפיר דייקא אמיתת הבעל עכ"פ משמע מדבריהם דאי לאו משום מגו אין להאמין לאשה שקדם מיתת בנה משום סברא דסניא ליה ולא מהני חזקת היתר לשוק לחוד ואם כן ה"ה בע"א כל דליכא מיגו לא מהני ליה סיוע חזקת היתר כיון דליכא דיוק דידה תדע דאל"כ למה ליה לדחוקי בעידי הזמה הוה ליה למימר דהתם מיירי בידוע שמתו שניהם אלא שעד אחד אמר מת בעלך ואח"כ בנך דבכה"ג שפיר מהימן דליכא שפת יתר משא"כ האיבעי' מיירי באין ידוע שמתו וחיישינן למילתא יתירת' דאמר דילמ' מכווין לקלקלה ולא מיבעי' למה דמשמע מהתוספות דגם האיבעי' דמת בעלך ואח"כ בנך אלא אפילו להרא"ש דעיקר האיבעי' במת יבמך מ"מ ר"ש דפשוט ממתני' דבעלך ואח"כ בנך נאמן וע"כ דלא ס"ל הך חששא דמשום מלתא יתירת' חיישינן דמשקר וא"כ מאי ראיה מייתי להאיבעי' דמת יבמך דהתם חזקת זקוקה איכא משא"כ כאן איכא חזקה להיפוך ודוחק לומר דלר"ש הוי פשיט' ליה הך סבר' דמחמת מילתא יתירת' חיישינן לקלקול' וא"כ ממילא דלא מהני חזקה וע"כ טעמא דשריות' דבעלך ואח"כ בנך משום דהוי על"ג או דגם בזה אשה דייקא וא"כ ה"ה למת יבמך דנאמן דהמעיין יראה מפשיטות דבריהם דלא נחתי כלל להך סברא דמילתא יתירת' ועיקר טעמם משום דליכא מגו וליכא דיוק' דידה תו ע"א לא מהימן ביבמה אף היכא שיש חזקת היתר. ואמנם דברי הרא"ש שכתב דבבעלך ואח"כ בנך לא קמבעי' ליה כלל זה צ"ע ואבאר לקמן בזה:

והנה הרב הגאון אב"ד דק"ק ראווני אשר השיב ידו ראשונה בזה כתב ראיה דחזקה מסייע לעד מהני מדברי התוס' ביבמות דף קי"ט שכתבו דמיירי ביש עדים שמתו שניהם ואפ"ה ברישׁ' איהי מהימנ' ומכ"ש ע"א. ונפלאתי ע"ז דלדבריו סותרים התוספות עצמם

זא"ז דהא בדף צ"ד כתבו התוס' דהאשה נאמנת משום מגו ואם יש עדים אין כאן מגו כלל. אך הדבר ברור דדברי התוספות הם אמורים בס"ד דאין חוששין למיעוט וכמ"ש הב"ש ס"ס קנ"ו ואז בע"כ צ"ל דמיירי באיכא עדים דאל"כ תיקשי ליה למקשן אמתני' הקודמת דניתן לי בן ולכן תרצו דהיה סובר דמיירי באיכא עדים ולדידיה באמת צ"ל דטעמא משום דעל"ג או לא ס"ל הך סבר' דסני' ליה לא דייקא והלכך בהלכה היא ובנה דאיכא חזקה לשוק שפיר מהימנ' משא"כ בניתן לי בן דליכא חזקה לשוק לא מהימנ' דלא המנוהו חכמים לענין יבום כמו שאינה נאמנת לומר מת יבמי וכמ"ש הרמב"ם בטעמא דמילתא ולפום סברת המקשן שם באמת אין מקום להאיבעי' דע"א ביבמה להתירה לעלמא דמוכח מהך מתני' דאם אמרה בעלי ואח"כ הוא נאמנת דמכ"ש דע"א נאמן וכקושית התוס' דהא ליכא למימר כמ"ש שם הטעם משום מגו כיון דע"כ דמיירי ביש עדים משא"כ לפי המסקנא דחוששין למיעוט המסייע לחזקה א"כ אתיא מתני' דניתן לי בן במה"י כפשט' דהא אם אומרת ניתן לי בן במה"י ועדיין קיים אינה נאמנות וא"כ לית לה מגו בלא"ה אעפ"י שאין שם עדים כלל וא"כ רישא נמי בליכא עדים מיירי ומהימנ' מטעם מגו אבל בע"א דליכא מגו מיבעי' לן דילמ' אין ע"א נאמן כיון דליכא דיוקא דידה אעד לחוד לא סמכינן אף במקום חזקת היתר:

איברא שדברי התוס' בזה שכתבו דמיירי שיש עדים שמתו שניהם הוא תמוה מאד דכיון שיש עדים שמתו הרי הם מעידין לפנינו שאשה זו ניתן לה בן במה"י אלא שהם מעידין שמת אח"כ ואין ידוע להם אם מת קוד' הבעל או אח"כ וא"כ היינו ריש' דהלך בנה למה"י דאטו בהלכה היא ובנה למה"י מיירי שהב"ד ראו זאת הבן טרם יצא שם הדבר ידוע ופשוט שהי' ידוע בעדים שיצאה משם עם בן והיתה בחזקת היתר לשוק וא"כ אף שלא יצאה משם עם בן כיון שעדים לפנינו שילדה בן מה הפרש יש בין אם זה יולד שם או במקום אחר עכ"פ ידוע עפ"י עדים אלו ששם במקו' עמידתה היתה בחזקת היתר לשוק פעם אחת אלא שנולד לנו ספק מחמת המיתה ואם נימא דאזלינן בספק זה לחומר' גם בהלכה עם בנה למה נאמנת הא עלתה ידוע לנו בעדים שמתו ואית לן למיזל לחומר'. ובדוחק י"ל דבהלכה היא ובנה שעת יציאתה עשה רושם בחזקה דלשוק שפיר אנו מעמידין אותה בחזקה זו שהיה ידוע לנו מקדם משא"כ בניתן לה בן במה"י אם היו העדים מעידים לנו לידת הבן בפ"ע ודאי דדמי להלכה היא ובנה. אבל כיון שבשעה שמעידין על לידת הבן באותו דבור עצמו הם מעידים על מיתתו ונולד הספק אם מת קודם אין לנו על מה להשען כיון שהיציאה כביאה ששבה ריקנית לכאן ואנו מחזיקין

אותה כשעת יציאתה והנך עדים שמעידין שבאמצע הפרק הולידה וקברה אין מעלים ומורידין כלל:

ובהכי א"ש מה שהקשה הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל על התוספות הנ"ל מיבמות דף ל"א בנפל הבית כו' ולפי מ"ש א"ש דהתם שידוע לנו כאן מלידת הבן והיתה לפנינו בחזקת היתר לשוק ועתה איתילד ריעות' בהמתיר דהיינו הבן שהיינו מחזיקין על ידו האשה בחזקת היתר נודע לנו שמת ואיתרעי חזקה דידה דשמא מת קודם הבעל בזה קי"ל התם דאין סומכין על החזקה וחולצת לחומר' משא"כ כאן דהלכה בלא בן וניתן לה בן במה"י ומת כיון שאנו הולכין בתר חזקה על שעת יציאתה ולא דיינינן בתר סהדותייהו דסהדי כיון שמעידין תיכף על מיתתו ואמרי' דל עדים מהכא ומחזיקינן אותה כמות שהיתה מוחזקת לפנינו בשעת יציאתה מכאן שהיתה מותרת ליבם הרי באותו החזקה לא איתילד ריעותא לפנינו ושפיר אזלינן בתרה להקל אף בלי חליצה כלל ומ"ש הרב הנ"ל בשם הט"ז והגאון מוהר"ר העשיל ז"ל דקשיא להו במת בעלך ואח"כ מת בנך בלא הע"א נמי תהיה מותרת מטעם חזקה כו'. תמהתי כי לא נמצא כן בדבריהם רק הגאון מוהר"ר העשיל הקשה דלמה לא יועיל ע"א כיון שיש כאן חזקת היתר ג"כ ע"ש והיינו משום דבלא העד אין קושי' שתהיה מותרת מטעם החזקה דודאי יש לנו לומר שתחלוץ לחומרא וכההוא דנפל עליו הבית כו' אבל הא קא קשיא ליה נהי דנימא סניא ליה ואין לסמוך על דיוק דידה מ"מ העד יהא נאמן מצד עצמו כיון דמסייע ליה חזקת היתר וע"ז כתב דאין כאן חזקת היתר כיון שהוא מעיד שמת כו' ע"ש בט"ז. ובאמת תימא על הגדולים הללו שהדברים מבוארים בבעל המאור והרמב"ן במלחמות דבעל המאור ס"ל דכל שיש עדים שמתו שניהם הו"ל כאלו בא העד לאפוקי מחזקת איסור כו' (ונראה דחזקת איסור דנקט לאו דווקא אלא ר"ל דכל שעכ"פ ידוע לנו שזה שאנו מחזיקין ההיתר ע"י מת אזדא ליה חזקת היתר לשוק וקרוב להיות חזקת איסור דשמא מת קודם) והרמב"ן סובר דאכתי יש כאן חזקת היתר כמבואר בדף ל"א דאמרינן אשה זו בחזקת היתר רק דחולצת לחומר' ומ"מ מבואר מהרמב"ן שם דאף עפ"י שאין עדים שמתו שניהם רק שנודע לנו עפ"י אותו העד עצמו נמי מבטלינן חזקת היתר לענין זה שתהיה צריכה חליצה לחומר' וכן מבואר מדברי הרשב"א והנ"י והוא כדברי הגאון מוהר"ר העשיל ז"ל בט"ז שם ע"ש. ועיין בחידושי הרמב"ן והרשב"א ביבמות דף קי"ט שכתבו לתרץ קושית התוספות בענין אחר דכיון שבאה היא ולא בא בנה עמה ולא שמענו שיש לה בן עדיין חזקתה עמה כו' ע"ש. והדברים צ"ע רב לע"ד:

שוב ראיתי שאא"ז מהרש"א הניח בצ"ע על התוספות דלמה במת בני ואח"כ בעלי נאמנת דהא אין כאן מגו ולפי ענ"ד כמ"ש דהתוספות ס"ל דלהך ס"ד דבתוספות באמת אין הטעם רק משום חזקה דשעת יציאה ואע"ג דנודע אח"כ ע"י העדים ששוב ניתן לה בן מ"מ הרי שוברם עמם שהם עצמם מעידין באותו דבור שמת ובכה"ג מעמידין אותה על חזקה הראשונה בין לענין לשוק ובין ליבם ואף עפ"י שזה דוחק מ"מ לפום סברת המקשן בע"כ צריך לדחוק ולומר סברא זו ולמסקנ' באמת אין אנו צריכין לסברי' זו אלא מיירי באין כאן עדים ומ"מ אינה נאמנת לומר ניתן לי בן במה"י אע"ג דאיכא רוב נשים כו' כיון דאיכא מיעוט המפילות והו"ל פלג' ופלג' לא מהימנ' אלא שעדיין צריך ביאור דלמה ברישא באומרת ניתן לי בן במה"י ומת בני ואח"כ בעלי נאמנת דלמה תהיה נאמנת דהא אין לה מגו לומר לא ניתן לי בן דהא הרוב מתנגד לזה וכן הקשו הרמב"ן והרשב"א ולזה כיון ג"כ הב"ש סימן קנ"ז אלא שלשונו שם הוא מגומגם קצת ע"ש וא"ל דהיינו טעמא דמהימנא כיון שהיא אומרת ברי וכמ"ש הרא"ש בכתובות סוגיא דפ"פ בשם רבינו יונה לענין אם אומרת נאנסתי והביא ראיה מרוב פסולים ע"ש דא"כ תיקשי סיפא דלמה אינה נאמנת נהי דהוי פלגא ופלגא מ"מ היה לנו להאמינה מחמת ברי שלה א"ו דעדות ביבמה שאני דחשיב דבר שבערוה ואי לאו דייק' לא מהימנא וכיון דרחמ' ליה או סניא ליה לא דייק' וכמבואר בש"ס שם וא"כ קשה מברישא למה נאמנת. וראיתי להרב הנ"ל שכתב ליישב דברישא מחמת חזקה דייקי הוי פלגא ופלגא ומש"ה נאמנת דמסייע לה חזקת יבום משא"כ בסיפא משום סניא ליה לא דייק' והלכך אע"ג דהוי פלגא ופלגא לא מהימני ולענ"ד צ"ע דאכתי קשה ללישנא קמא דהוי מיבעי' ליה דילמא משום דרחמ' ליה לא דייקא ומה שנאמנת לומר מת בעלי להתיבם היינו משום דבשביל דרחמ' ליה לא משקר' במזיד אבל מ"מ לא דייקא והו"ל לפשוט ממתני' דמת בני ואח"כ בעלי נאמנת אלמא דשפיר איכא חזקה בכה"ג דדייק' ואדפשיט ממתני' דאמרו לה מת בנך כו' דאיכא לדחוי' בעידי הזמה כמבואר ברא"ש שם דה"ה דמצי לדחוי' הפשיטות דל"ק בכה"ג הו"ל לפשוט מהך מתניתין דליכא לדחויי ולא מידי גם מ"ש דחזקה דדייק' מסייע למיעוט מפילות לע"ד ז"א דלא שייך סמוך מיעוט' לחזקה אלא כששניהם בסוג אחד כגון התם דמחמת החזקה אמרינן דאשה זו מן המיעוט כיון דהחזקה היא ג"כ מסוג זה שהוחזקה זו באין לה בנים אמרינן שעדיין לא יצאה מחזקתה והיא ממיעוט המפילות משא"כ בזה שאם אומרת לא ניתן לי בן הרי דברים אלו נגד הרוב ממש ואע"ג דחזקה דייקא מ"מ הרי חזקה זו עומדת נגד הרוב ממש ובכה"ג רובא עדיף ועיין בחידושי הרשב"א דף קי"ט ובמקום אחר הארכתי בזה בדברי רש"י בחולין דף פ"ה ואין פנאי להאריך אלא שהיה

אפשר לומר להיפוך דחזקה דיבום מסייע למיעוט דמפילות ושפיר הוי מהימנ' אם היתה אומרת לא ניתן לי בן משום חזקת דייקא ואע"ג דבסיפא אם אמרה בני ואח"כ בעלי אינה נאמנת היינו משום דהוא שכיון שהוא נגד החזקה שהיתה מוחזקת באיסור ליבם לא רצו חכמים להאמינה אעפ"י שהאמינה להוציא מחזקת א"א משום עגונה וכמ"ש התוס' משא"כ ברישא שאין שם רק פלגא ופלגא שפיר נאמנת משום דייקא אלא דמ"מ תיקשי כמ"ש דהא הש"ס מיבעי' ליה דילמא משום דרחמא ליה לא דייקא וא"כ קשה כנ"ל:

ולכן נלענ"ד עפ"י מ"ש בבכורות דרובא דתלי במעשה לא הוה רובא רק דבאדם לא הוי תלוי במעשה דממילא נזקק לאשתו וכמ"ש התוספות בתירוץ ב' וטעמ' משום דמה בכך שיש כאן רוב מ"מ הא הרוב אינו מבורר שהרי אנו מסופקים אם נעשה המעשה ההוא שרוב בא על ידו והלכך באדם דסתם ב"א הם נזקקין לנשותיהם הוי כרוב מבורר אך דזה שייך בסתם איש ואשתו הדרים יחד אמרינן דסתמא דמלתא הוא נזקק לה והרוב מתעברות ויולדות והלכך שפיר פריך בהלכה צרתה למה"י דנימא הלך אחר רוב נשים כו' דאין לנו לבדות מלבנו שפירשו זה מזה כלל משא"כ אם היה ידוע לנו שאחר שבאו שניהם למה"י נפרדו זה מזה זה לצפון וזה לדרום פשיטא דבכה"ג ל"ש לומר רוב נשים מתעברות והאשה נאמנת ע"ז לומר שלא היה בעלה אצלה דאטו ברוקה דבהדי הדדי תפיסו והלא דבר הרגיל שלפעמים הבעל מדעתו עביד פרישה וילך לנוע ולשוט אחר פרנסתו או להרווחה ולא שייך רוב בזה כיון שלפי דבריו אין כאן מקום לרוב כלל ובכה"ג שפיר מהימנא ועיין במרדכי דקידושין בענין שליח שקידש וטעה ואמר לי כיון שלפי דבריו אין חזקת איסור כלל ע"ש ולפי זה י"ל דאף אם אמרה שהיו דרים ביחד ואומרת לא ניתן לי בן שפיר מהימנא דהא יש לה מגו דאי בעי אמרה שלא היה כאן רוב מעולם רק בעלה הלך בדרך למרחוק והלכך כי אמרה שהיה עמה ואפ"ה לא נתעברה שפיר מהימנ' וא"ל שאינה נאמנת במגו לפי שטענת' נגד הרוב ז"א דהא איכא נמי חזקה והו"ל פלגא ופלגא והלכך שפיר נאמנת במגו וכן נראה מפשיטות דברי הפוסקים דאע"ג דבהלכה צרתה חוששין שמא ניתן לה בן מ"מ אם באה היא ואמרה מת בעלי ולא ניתן לי בן שם במה"י אין חוששין לה כלל ומתיבמת וכדמשמע מפשיטות הסוגיא והמשנה מת בעלי תתיבם ולא חילקו בין אם היה עמה במה"י או לא. ונראה לענ"ד שהוא מטעם שכתבתי והלכך כיון דבלא ניתן לה בן מהימנא ה"ה אם אומרת ניתן לי ומת בני ואח"כ בעלי ג"כ נאמנת:

ונחזור על הראשונות כדי ליישב דברי הטור. נראה לפי ענ"ד עפ"י מ"ש התוס' והרא"ש אהא דאמרינן הא לא תיבעי לך דאפי' איהי מהימנא והקשו דהא בבני ואח"כ בעלי אינה

נאמנת ותירצו בתירוץ הב' כיון דעכ"פ מהימנ' לומר מת בעלי ותתייבם ול"ח שתשקר בשביל דרחמ' ליה כ"ש שיהא ע"א נאמן אפילו במת בנך ואח"כ בעלך דאיהי לא מהימנ' וע"א נאמן דעדיף מינה לענין זה ע"ש. ותירוץ זה הביאו הרמב"ן והרשב"א בשם הראב"ד ז"ל והקשו עליו דלרחומי יותר מבעל ל"ח ועוד דחיישי' לקלקול' די"ג דבר שבה ומש"ה תנן תתיבם אבל לא דייק' אלא במיתת הבעל ומכי ידעה דמת לא איכפת לה אם מת בנה ראשון משום דרחמ' ליה כו' לפיכך הסכימו לתירוץ האחד של התוספות דאיבעי' באומר העד מת בעלך לחוד ורבותא קאמרי כו' ע"ש, ולמדנו מזה דלפי תירוץ התוס' והרא"ש בתירוץ הב' וכן דעת הראב"ד צ"ל דאי לא אמרינן הך סברא משום דרחמ' ליה לא דייקא אין להאמינה גם על אמירתה שמת הבעל דאהבת היבם מקלקלת השורה ומשקרת לומר מת בעלי אע"פ שאין ידוע לה בבירור שמת ומזה הוכיח הש"ס בלישנא בתרא דל"א הך סבר' דרחמ' ליה דאל"כ למה נאמנת לומר מת בעלי ואתיבם ולפי זה צ"ל הא דלא פשיט הש"ס דלעלמא שריא ע"י ע"א ול"א משום דסניא ליה לא דייקא מדחזינן דמהימנ' לומר מת בעלי שתנשא לשוק היכי שיש לה בנים דבאמת ז"א כיון שיש לה בנים פשיט' דלא מסק' אדעתה שנאת היבם כלל כיון שיש לה בנים מה"ת תחוש שמא ימות הבן ותפול לפני יבם רק היכא דמת בנה ג"כ שפיר שייכא הך סברא דסניא ליה ואפ"ה נאמנת לומר מת בעלי ואח"כ בני וכבר הקשו כן התוספות והרא"ש ותרצו דהתם נאמנת מטעם מגו ולכן בע"א דליכא מגו דלא מהימן משום דסני' ליה לא דייקא ולפי זה מ"ש הב"ש להכריח דלא מהני חזקה מסייע לעד מדלא מהימן לומר מת בעלך ואח"כ בנך ולפי מ"ש אי"כ הכרח כלל די"ל דשפיר מהני חזקה מסייע והתם ה"ט שא"נ כלל להוציא אשה מחזקת א"א דמחמת דסני' ליה ליבם תו לא דייקא לענין מיתת הבעל גופיה כלל וע"א א"נ לומר מת בעלך כ"א היכי דשייך לומר דייקא וזה ברור:

והנה בישש"ש כתב בשיטות הרמב"ם דניתן לו בן מהני דדווקא ניתן לו בן דלא בא לעקור החזקה בהכי והוי כאלו אמר מת יבמך דמהימן אעפ"י שמוחזק באח לפי שלא עקר החזקה משא"כ היכי שמוחזק בלא בנים והעד אומר שיש לו בנים אין ע"א נאמן להכחיש החזקה ע"ש. ולדעת הרא"ש דס"ל שא"נ לומר מת יבמך צ"ל דגם זה מיקרי בא לעקור החזקה כיון שהיה לו להיבם חזקת חי הרי העד בא להוציאו מחזקת חי וכיון דאיהי לא דייקא משום דסני' ליבם אין ע"א נאמן ולפי זה צדקו דברי הטור דבסימן קנ"ח פסק כהרא"ש דא"נ לומר מת יבמך לפי שבא לעקור החזקה וכן א"נ לומר מת בעלך ואח"כ בנך אע"ג דלא בא לעקור החזקה דלשוק אדרבה מסייע ליה מ"מ התם טעמא אחרינא איכא דכיון דלא דייקי על מיתת הבעל שוב ע"א א"נ במה שבא לעקור חזקת

א"א משא"כ בניתן לה בן שפיר ע"א מהימן דאין כאן עקירת חזקה כלל ואע"ג דחליצה הוי דבר שבערוה מ"מ כיון דאיכא ע"א מהני עכ"פ דיוקא זוטא דהאשה אלא במת יבמך או בעלך ואח"כ בנך כיון דאיתחזק איסורא דא"א או חזקת חיות דיבם בעינן דיוקא רבה כל היכי דליתי חזקה דייקא ומרע לחזקת א"א משא"כ היכי שאינו בא לעקור החזקה שפיר מהני דיוקא זוטא דידה להתיר ואין פסקי הטור סותרים זה את זה כלל:

אלא שגוף סברת הישׁ"ש צ"ע דמה בכך שאינו עוקר חזקה שהיינו מחזיקים עד עכשיו אלא אומר שנתחדש דבר להיתר מ"מ בכלל איתחזק איסורא הוא ולא מהימן וכמו טבל שמעיד עליו שהופרש ממנו תרומה או על אשה שמת בעלה במדה"י. ולכאורה היה אפשר לחלק בדבר דאשה שמעיד לה שמת בעלה במדה"י גם בהיותו במדה"י עדיין הוא מוחזק אצלינו בחזקת חי וממילא דאיכא איסורא דא"א משא"כ בזה שמיד שהלך למדה"י לא הוי שייכ' חזקה גבי מה שהיינו מוחזקים בו שאין לו בנים שהרי הדבר ידוע לנו שאפשר שישא שם אשה ויוליד בנים ואדרבא אית לן לאוקמי האי גברא בחזקת ישראל הכשרים דמסתמא לא היה יושב בטל ממצות פריה ורביה כיון שבנים לא היו לו ומסתמא נשא שם אשה ורוב נשים מתעברות ויולדות. אלא שצ"ע דהא בהא דהלכה צרתה למדה"י כו' משמע דאם לא הלכה צרתה עמה ל"ח שמא נשא אשה במדה"י. ולכאורה קשה דלמה לא מוקמינן ליה בחזקת כשרות שנשא אשה והוליד ומצאתי בישׁ"ש שכתב שיש מדקדקין מלשון רש"י דאם הלך בלא אשה חוששין מאחר שאסור להיות בלא אשה ואפילו חכמים הראשונים היו מזמינים להם נשים כדאיתא פרק החולץ וא"כ י"ל בודאי נשא ואיכא למיחש שהוליד עמה ולא נהירא דדוקא האי צרתה קאמר הא לצרה אחריתי בשום ענין אין חוששין כו' וכ"כ בש"ג בשם ריא"ז ובאמת הא מילתא טעמא בעי דלמה לא ניחוש לה למלתא ואפשר לומר דבלא הלכה צרתה עמה אע"ג דמוקמינן לה בחזקת כשרות אין זה רק חזקה דאתיא מכח רובא שרוב ב"א המה כשרים ואיכא מיעוטא דלא חיישי להכי או שיודעים בנפשם שאינם ראויים להוליד ולהא דאסור לעמוד בלא אשה לא חיישי כולי האי שאינו רק מדרבנן והלכך כיון דאיכא נמי מיעוטא דמפילות הנך שני מיעוטים עומדים נגד הרוב והו"ל כפלגא ופלגא שהרי י"ל דהוא מן המיעוט שלא נשא שם אשה כלל ואת"ל נשא שמא לא ילדה או הפילה וכל שיש כאן שני מיעוטים המסתלקים מן הרוב כפלגא ופלגא חשבינן ליה וכדאמרינן בברכות דף נ"ג מיעוטא לכשפים כו' ובמקום אחר הארכתי בזה ולפי זה אתי שפיר דברי הטור שפסק דנאמן לומר ניתן לי בן במדינת הים שהתם מסייע ליה חזקת כשרות דהאיש שבודאי

נשא שם אשה והוליד וכסברת הישׁ"ש בזה משא"כ במת בעלך ואח"כ בנך דלא מהימן על עדות מיתת הבעל כיון דאיהו לא דייקא וכמ"ש כנלענ"ד:

ועפ"ז זכיתי להבין דברי הרא"ש במ"ש דלא מבעיא ליה אלא במת יבמך אבל במת בעלך ואח"כ בנך פשיטא ליה דע"א לא מהימן אע"ג דאיהו מהימנא משום דלית לה מגו כו'. וזה תימא דלהך צד האיבעיא דמת יבמך נאמן ולא משגחינן בדיוק דידה מה"ת לא יהא נאמן במת בעלך ואח"כ בנך נהי דלית ליה מגו לא גרע ממת יבמך דליכא מגו ואפ"ה נאמן משום מלתא דעל"ג וכבר עמד בזה מהרש"ל בישׁ"ש והרבה גדולים ומה שכתבו לתרץ בזה משום דמה שאמר העד מת בנך הוא מילתא יתירתא והוי ריעותא וכ"כ בשו"ת מהרי"ו הביאו הט"ז ג"כ תמוה דמנ"ל להרא"ש להמציא סברא זו שאין הכרח לזה כלל בש"ס וכן מדברי הרמב"ן והרשב"א נראה דלא ס"ל כלל הך סברׄ גם התי' הב' שכתב מהרש"ל צ"ע וכתב שם בעצמו דכל זה איננו שוה לו דכמו כן איכא למבעיא במת בעלך ואח"כ בנך כמו במת יבמך וכן נראה מדברי התוס'. וכדי ליישב דברי הרא"ש על נכון צריך אני לבאר תחלה פירוש הסוגיא לשיטת רש"י דמפרש דמבעיא ליה במת בעלך ואח"כ בנך ומבעיא ליה דילמא כיון דלא דייק' לא מהימן ולכאורה קשה דמה אנו צריכין לדיוק שלה דבזה יש לסמוך על אמירת העד לחוד דהא בלא אמירתו שמת בנה היתה בחזקת היתר ועיקר עדותו שמת בעלה ומה שהוסיף במיתת בנה אינו מעלה ומוריד וא"כ מה בכך דסניא ליבם ולא דייקא מי מת ראשון:

ואמנם כבר נתחבטו בדבר זה הגאונים הט"ז והגאון מהר"ם אם חזקת ההיתר נגרע ע"י העד שהודיע ממיתת הבן וכבר עמדו בזה אבות העולם בעל המאור והרמב"ן במלחמות שם ובחדושיו ובחדושי הרשב"א ובנ"י וע"ש בדבריהם בזה ולכאורה משיטת רש"י מוכרח ג"כ דבכה"ג הוי כאתחזק חזקת יבום ע"פ העד גופיה שאומר שמת הבן. אך לענ"ד נהפוך הוא לפי דקשיא לי על רש"י שפירש דמיבעיא לי' בבעלך ואח"כ בנך דמהימן משום מלתא דעל"ג וכן הוא באמת דר"ש פשיט מבעלך ואח"כ בנך דמהימן ולכאורה לא מסתבר כלל לומר שזה הוי מילתא דעל"ג דמאן מפיס לידע איזה מת ראשון וכ"כ להדיא בחדושי הרמב"ן שם דזה אינו מלתא דעל"ג כ"כ ע"ש. ולכן נלע"ד דרש"י סובר דהכי קמבעיא ליה דאי הוי טעמא משום דייקא א"כ אמרינן כיון דעד זה בא להתירה לעלמא והוא סניא ליבם לא דייקא כלל בגוף העדות שאמר מת בעלה דבאמת כאשר שמעה ממיתת בנה היא מתיראת מיבם לכן ניחא לה בעדות זה שאומר מת בעלה ואח"כ בנה והלכך לא מהימן העד על גוף מיתת הבעל כלל משא"כ לטעם על"ג א"כ שפיר העד נאמן על מה שמעיד שמת בעלה והלכך אע"ג דמה שמעיד שאח"כ מת בנה לא הוי על"ג לא

איכפת לן בהכי וכמ"ש דמה שהוסיף במיתת בנה אינו מעלה ומוריד ובלא אמירתו מת בנה נמי היינו מתירין אותה כך הוא שיטת רש"י ז"ל. ומבואר לפ"ז דמיבעיא ליה היכא שבא להתירה לעלמא דילמא הטעם משום דייקא ואז אינו נאמן בעיקר העדות דמיתת בעלה דבמה שהוסיף להודיע ממיתת בנה גרע מאילו לא העיד ממיתת הבן כלל שאז היתה מדייקת אחריו שלא היה עולה על דעתה משנאת היבם כיון שיש לו בן משא"כ עתה שהודיע לה ממיתת הבן עוררה איבת היבם ותו לא דייקא כלל בעדות זה ועיין בדברי הרמב"ן במלחמות בזה ואהא קשיא ליה להרא"ש כיון דאיהי מהימנא באמירתה בעלי ואח"כ בני אלמא דלא משקרא משום שנאה ול"א דילמא נודע לה ממיתת הבן והלכך משקרא במיתת הבעל וא"כ יהא העד ג"כ נאמן כמש"ל לענין דרחמ' ליה וחזר והקשה עוד דאף במת יבמך ראוי להתיר כיון דע"כ לא סניא ליה וגם מטעם חזקת זקוקה ליבם לא איכפת לן גבי עד דעדיף מאשה עצמה לענין זה ולכן ס"ל להרא"ש הסברא להיפוך דודאי ל"א כלל דמחמת סברא דמסני סני ליבם לא דייקא בעיקר מיתת בעלה דז"א דודאי דייקא לידע שמת בעלה (וכמ"ש הרמב"ן וכ"כ הגאון מוה' העשיל ז"ל דבשביל דסניא ליבם לא תקלקל עצמה מן הבעל) אלא שאינה משימה על לב לדייק מי מת תחלה וסומכת בזה על העד דכיון שע"י העד נודע לנו ממיתת הבן צריך בירור איזה מת תחלה וכל שלא נתברר ע"י דיוק דידה לא מהני עדות העד אך האשה עצמה אע"פ שא"נ בזה מטעם דיוק דידה מ"מ נאמנת בזה מטעם מגו אבל העד דלית ליה מגו א"נ מצד עדותו לא שייך בזה דייקא והלכך שפיר כתב הרא"ש דבמת בעלך ואח"כ בנך פשיטא ליה לבעל האיבעיא דא"נ כיון שאנו צריכין לומר דמחמת סני' ליה אכתי בעיקר העדות דייקא שפיר אלא דמ"מ צריך בירור מי מת ראשון א"כ אין מקום למבעי בבעלך ואח"כ בנך דהא לא עביד לאיגלויי וגם מגו אין כאן גבי עד וכיון שצריך בירור מי מת ראשון וזה לא על"ג כלל ע"כ דבעל האיבעיא פשיטא ליה דלא מהימן רק במת יבמך מיבעיא ליה דהוי מילתא דעל"ג ממש ופשיט ר"ש דשפיר דייקא אף בכה"ג וא"כ כ"ש במת יבמך דהוי נמי על"ג והרא"ש פוסק לדינא דאדחי לה הא דר"ש וממילא דבבעלך ואח"כ בנך פשיטא דלא מהימן ומה שהכריחו להרא"ש לומר דלהעד ליכא מגו ולא קאמר דגם בעד שייך מגו רק האיבעיא במת יבמך י"ל דמפשיטות דר"ש מוכח דבמת בעלך ואח"כ בנך ליכא מגו לעד כלל וכ"כ המגי' בט"ז שם וגם א"ל דגם בעד שייך מגו רק אי אמרינן טעמא דדייק' לא מהני מגו כמ"ש הרמב"ן ונ"י דכיון דליכא דיוק דידה והרי נתגלה לנו שמת בנה ע"ש משום דס"ל להרא"ש דז"א דא"כ אף היא אינה נאמנת שהרי י"ל דאינה מדייקת ומה מועיל המגו דהא עכ"פ נתגלה לנו מיתת בנה אע"כ כיון שלא נתגלה לנו

כ"א על פיו אמרינן הפה שאסר א"כ בעד נמי נימא הכי דבזה א"צ לדיוק דידה ונאמן בלא דיוק אלא ע"כ דלית ליה מגו ואנו צריכין לדיוק דידה גבי העד והלכך אין מקום להאמין לע"א בבעלך ואח"כ בנך כיון שנתגלה שמתו שניהם שוב צריך בירור מי מת ראשון ואין ע"א נאמן לברר זה דלאו מילתא דעל"ג הוא וגם איהי לא דייקא ופשיט ר"ש דשפיר מהני עדות ע"א אפי' בכה"ג והדברים נכונים וברורים בכוונת הרא"ש בס"ד:

וראיתי בד' הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל שהק' על רש"י ביבמות דף קי"ח שכ' דאי ודאי סני' לי' מותרת ליבם דהא אף בלא דיבור' דידה נמי לא תתיבם משום דרוב נשים כו' וכדאמרי' בהלכה צרתה כו' ולענ"ד א"ש כמ"ש דאיהי עצמה שבאה ממה"י ואומר' לא ניתן לי בן אין חוששין לרוב מתעברות כיון שטוענת ברי שלא נתעברה והרוב אינו מבורר שהרי יוכל להיות שבעלה לא הי' עמה במדינה וכמש"ל וכן נראה מדברי כל הפוסקים דלעולם א"ח לאשה שבאה ממה"י ואמרה מת בעלי ומתירין אותה ליבם וכבר כתבתי שנתקשו בזה הרמב"ן והרשב"א ותירצו דכיון שיצאה בלא בנים וחזרה בלא בנים לא יצאת זו מחזקתה הראשונה עכ"ל והיינו כיון שבאה לפנינו בלא בנים והיא אומרת שלא היו לה ג"כ במה"י או שהיו לה ומתו הרי נאמנת נגד הרוב מתעברות ואפשר שהיא מטעמא דכתיבנ' משא"כ בהלכה צרתה שאינה לפנינו שפיר למיחש מבעי' שמא ילדה שם כיון דרוב נשים מתעברות ויולדות:

וראיתי בתוס' ביבמות דף ל"ז דאין סבר' כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן דהרוב מעוברות ולקמן הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למה"י עכ"ל נראה כוונת דבריהם דהתם מיירי בכל גווני אפי' לא שהתה צרתה כאן עם בעלה כלל והלכה עמו למדה"י ובכה"ג שפיר אמרינן רוב נשים מתעברות ויולדות ולפ"ז צ"ל בהא דקאמר התם דלכך לא תתיבם משום דאיכא רובא לשוק וחזקה לא עדיף מרוב' ולכאורה כיון דמתני' בכל גווני מיירי א"כ מיירי נמי אף היכא ששהת' עם בעלה כאן כמה שנים ואח"כ הלכה עמו למה"י ושהתה שם קצת עד שנודע שמת הבעל ובכה"ג ליכא רובא ולפמ"ש התוס' שם דלאו דווקא קאמר חזקה לא עדיף כי רוב' דאפי' עדיף הא ר"מ חייש למיעוטא א"כ א"ש אף בכה"ג ששהתה כאן:

אך לפמ"ש הפוסקים דלהך תירוצא הסוגיא אליבא דרבנן ומשום סמוך כו' לכאורה צ"ע ואפשר דגם להך תירוצא מ"מ אף ששהתה לא מיקרי מיעוט רק פלגא ופלגא ובשביל חזקה ליבום לא שרינן לה דהא איכא לאסתפוקי שמא ילדה צרתה אח"כ וכאיתיליד ריעות' בחזקה זו דמי וצ"ע. ולפ"ז מ"ש התוס' ושאר מפרשים אהא דניתן לי בן במה"י דנימא רוב נשים כו' היינו נמי משום דבכל גווני מיירי מתני' אבל בשהתה כמה שנים

ולא ילדה אזדא לה הך רובא דרוב מתעברות ויולדת וצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו מזה כלל:

וראיתי בדברי אא"ז הגאון מהר"מ מלובלין ז"ל בחדושיו שכתב בפירוש דברי התוס' דגבי הלך בעלה וצרתה אין שום אדם רואה שום ריעותא דאע"ג דהלכה מכאן ולא היתה מעוברת שמא אח"כ נפקדה ונתעברה ממנו אבל הכ' דאנו רואין דלא הוכר שום עוברה אין סברי כלל לומר כו' עכ"ל. ואני תמה שהרי לפי מה שרצו התוס' לומר דיש להחזיקה כמעוברת מן הראשון לפי שרוב נשים מתעברות ויולדות א"כ איכא תרי רובא שהיא מן הראשון רוב מתעברות ורוב לט' ילדן רק מחמת חזקת יבום ורוב שעוברה ניכר לשליש ימים חשבינן ליה כספיק' וע"ז כתבו התוס' דאין סברי כלל כו' וא"כ א"ל שהוא מטעם שלא הוכר עוברה דמסתיי' שנסתור בו הרוב דלט' ילדן ואכתי נשאר הרוב מתעברות ואם נאמר דרוב זה שעוברה ניכר לשליש ימים הוא סותר הני תרי רובא דבכל רוב אמרינן שאינו רק אם הי' העובר ניכר לשליש ימיו א"כ א"צ כלל להך סברא שכתבו דמחמת ששהו עם בעליהן כו' ונראה כוונתו דכאן שאנו דנין על שעת מיתת הבעל וכיון דאז לא הוכר העובר יש לנו לומר שהיא ריקנית בשעת מיתה כאשר היתה זו זה כמה שנים ששהתה עם בעלה משא"כ התם אע"ג דאם אנו דנין על שעת ההליכה א"א להחזיקה במעוברת כיון שלא הוכר עוברה מ"מ ממה שלא הי' היכר עובר בשעת הליכה אין זה מגרע רק על ההוא שעת' גופא ואמרינן דאח"כ נפקדה ונתעברה במדה"י ואפשר לענ"ד לומר בכוונת התוס' דודאי אך רובא דמתעברות ויולדת אינו מכריח שהיא מן הראשון דווקא רק מצד הזמן שיש לנו לומר דמסתמא לא יצאה זו מרוב שנתעברות ויולדת וממילא כל מה שאתה יכול להקדים לאוקמי ארוב' יש להקדים וממילא י"ל דבשעת מיתת הבעל היתה זו מהרוב ומסתמא היתה מעוברת ואין כאן חזקה ליבום שהרי הרוב סתר אותה והרי זו כחזקה שלא נתברה בשעתה דהא בכל פעם שאנו רוצין להעמידה בחזקת יבם י"ל שמא עכשיו היא מעוברת מחמת הרוב ואע"ג דאח"כ איגלאי מילתא שלא היתה מעוברת באותו פעם מ"מ כיון שלא נתברה בשעתה לאו חזקה היא וכיון דאין כאן חזקת יבום שוב שפיר אמרינן רוב לט' ילדן כו' דהא לא שייך סמוך מיעוט' כו' וע"ז כתבו התוס' דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהן כו' ולכן בשעת מיתת בעלה שפיר אנו מחזיקין אותה בחזקה ליבם שהרי מת בעלה ולא חזינן סימנא שהיא מעוברת משא"כ בהלך בעלה וצרתה למה"י אע"ג דבשעת הילוך היתה ריקנית והיא בחזקה ליבום מ"מ הך רובא דמתעברות היא רוב מתמיד בכל יום ואינו מתקלקל מחמת הזמן שעבר והלכך אמרינן ביה רוב' וחזקה רובא עדיף אי לאו משום סמוך כו' כדאמר

התם אבל כאן שאנו באין לסתור החזקה ורוצים לומר דאין כאן חזקה כלל מחמת רוב זה. זה לא אמרינן כיון דהא קמן ששהתה הרבה ולא נתעברה ולא היתה בכלל הרוב אין תולין לומר שבזמן מועט קודם מיתה נכנסה אל הרוב ולכן לא ניכר העובר ונאמר עי"ז שאין כאן חזקת יבום כנלע"ד:

ודאתינן עלה בנ"ד אין נ"מ בזה דודאי איכא רובא כיון שהיתה מעוברת לפנינו וילדה אית לן למימר מדאורייתא שהוא מן הרוב שהם בני קיימא וכיון דאין כאן רק חשש דרבנן ע"א נאמן. אלא שלע"ד יש לעיין בדבר זה הרבה דאע"פ שהתוס' והרא"ש כתבו בכמה דוכתי דהוי רובא שיולדת ולד קיימא אלא שחששו למיעוט המצוי מ"מ מדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות מאכלות אסורות ופרק י"ט מהל' אה"ט וכבר הארכתי בזה בתשו' אחת (עיין בחבורי בית אפרים בקונטרס התשובות סי' ב' וסי' ג' תמצא דברים אלו מבוארי' באריכות משם תדרשנו) ע"ש שבארתי באורך שיטת הרמב"ם ז"ל. ואמנם צ"ע שיטת הרא"ש ז"ל שמבואר בדבריו בכמה דוכתי דס"ל דרוב וולדות בני קיימא וא"כ איך כתב בתשובה שאינה נאמנת לומר שכלו חדשיו משמע שזה היה דבר מבורר בהיתה מעוברת רק שנסתפק לנו אם כלו חדשים ובזה פשיטא דאיכא רובא שרוב הם יולדות בני קיימא וא"כ נהי דבעדות זה דכלו חדשים אין כאן מילתא דעל"ג ולדעת הרמב"ם ודעימי' עיקר טעמא משום מילתא דעל"ג הוא ולדעת הרא"ש גם דייקא לא שייך ביבמה משום דסני לי' מ"מ מ"ט אינה נאמנת משום רובא דהא אפי' חזקת יבום ליכא נגדו דכיון שהיתה מעוברת איתרע לה רובא כמ"ש התוס' שם:

וראיתי בדברי הרב הנ"ל שכתב דהרא"ש מיירי בלא גמרו סימניו ובאמת אין זה במשמע בדברי הרא"ש כלל. ומה שנלע"ד בדברי הרא"ש דס"ל כיון דפסקינן כרשב"ג רק היכא דלא אפשר עבדינן כרבנן א"כ כל כמה דאפשר דהיינו שלא נישאת לכהן לא אזלינן בתר הך רובא כלל וכרשב"ג והיינו משום דמיעוט מצוי הוא כי האי הוי ספק גמור ואפי' מדאורייתא דהא רשב"ג מקראי יליף לה וכיון שבזה גזרה חכמת התורה שלא לילך אחר הרוב וולדות של קיימא ממילא הוי כאלו אין כאן רוב כלל ולכן ע"א לא מהימן. אך יש לעיין לפי מאי דמשמע מהתוס' והרא"ש בכמה דוכתי דגם לרשב"ג גופי' מדאורייתא אזלינן בתר רוב רק מדרבנן חשש למיעוט המצוי כמו משאל"ס וגוסס וא"כ י"ל דכיון דאין בזה כ"א איסור' דרבנן שחששו למיעוט המצוי שוב ע"א נאמן אלא שצ"ע על התוס' והראש דלפי דבריהם דמהאי טעמא אם אשת כהן אינה חולצת משום דאזלינן בתר רובא רק לכתחלה אסרינן מדרבנן משום מיעוט המצוי כמו משאל"ס א"כ מ"ט אסרינן בוולדות הנשחטין בתוך ח' ימים אפי' בדיעבד דהא לענין אשת כהן וכן במשאל"ס אנו

מקילים בדיעבד וסומכין על הרוב ולמה יצא העגל הזה מכלל רוב וולדות שנאסור אותו אף בדיעבד. והנה בתי' קושיא זו הרחבתי הדבור בתשובה הנ"ל ע"ש ואא"ז הגאון בספר ת"ש סי' ט"ו כתב שזה טעם הגאונים שכתב הב"י דס"ל להתיר גם בבהמה והא דאמרי ר"פ ור"ה ברי' דר"י השתא לא אכלינן מיניה חומרא שהחמירו על עצמם ולדעת כל הפוסקים החולקים ואוסרים אף בדיעבד צריך לחלק דשאני דיעבד דהוצאה מבעלה מדיעבד דממון וזה דוחק לענ"ד לפרש כן אליבא דהפוסקים המחמירים:

והנה בתשובה הנ"ל הבאתי דברי הרמב"ם בהלכות נחלות דאפי' תינוק בן יום א' ולא כלו חדשיו הואיל וחי אחר אמו שעה אחת ה"ז נוחל ומנחיל והארכתי שם לפרש שיטות הרמב"ם וכאן לא באתי אלא בשביל דבר שנתחדש דרך עיוני כעת בענין זה הלום ראיתי בספר קצות החשן ח"ב סי' רע"ו שכתב ראיה להרמב"ם מב"ב דף קמ"ב דאמרינן המחזיק בראשונה לא קנה אע"ג דשמעה בו שהפילה ע"ש ודבריו תמוהים דהתם קיימינן דמזכה לעובר קנה או בדירושה הבאה ממילא קני שפיר אמרינן דאע"ג דהפילה אח"כ מ"מ המחזיק קודם שהפילה לא קני כיון דאז היה העובר חי שפיר זוכה בנכסים אע"פ שאח"כ הפילה אותו ומת כל איש חי מעותד למות ובשביל זה לא נגרע זכותו כל עוד נשמתו באפו ועובר כילוד דמי משא"כ לפי מאי דקי"ל דעובר לא קני אף בירושה מאליו כדעת רבא וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם ביבמות פרק אלמנה ואע"פ שדעת הראב"ד והרא"ש שם דירושה הבאה מאליו קני אין זה דעת הרמב"ם בהל' תרומות עיין בב"י סי' של"א א"כ אין כאן תורת ירושה כ"א כשיצא לאויר העולם וא"כ שפיר י"ל דאין לו דין זכיה בנכסי' כ"א כשיכול לחיות. אבל אם לא כלו לו חדשיו הרי הוא כנפל טמון וחייו אינם חיים וכדאמרינן בעובר היכא דמיית ברישא אע"ג דהוי עובד' ופרכס מידי דהוי אזנב הלטאה כו' וה"נ בבן חי דאמרינן הרי הוא כאבן כו' לאו בר ירושה הוא:

ואמנם אפי' להרא"ש והראב"ד דס"ל דעובר בר ירושה הוא מ"מ י"ל דעדיף טפי מנולד לח' דהתם בשעת זכי' חי היה ואפשר שלא היתה מעותדת כלל שתפיל ואע"ג שהפילה אח"כ מ"מ בשעה שבאה לו הירושה היה עליו שם בר קיימא ואיגלי מילתא למפרע לא אמרינן וכמ"ש שם אח"כ בשם הנימוקי יוסף לענין חליצה משא"כ אם כבר נולד לח' ובשעה שמתה אמו לא היה עליו שם בר קיימא אינו בר ירושה וגרע מגוסס שהוא כחי לכל דבר ומיעוטן לחיים משא"כ בבן ח' ושלא כדת השיג על הסמ"ע וכתב שהתוס' סוברים כהרמב"ם. וז"א שדברי התוס' הם אמורים לענין עובר דבר ירושה הוא וירש בשעת עבורה בזה לא איכפת לן מה שהפילה ומה שהקשה בקצה"ח שם על הרמב"ם והתוס' מהא דבעי יש בגר בקבר כו' ומי קילדה והאמר שמואל אין בין נערות כו' ומאי

קושיא דילמא מיירי שנולד לה' חדשים ויותר וחי אחר אמו איזה ימים ומנחיל לאחים מן האב ע"ש והנה על התוס' פשיטא דלק"מ כמ"ש דבירושה הבאה בשעה שהוא חשוב כמת ליכא למ"ד דבר ירושה הוא ומכ"ש דהך האיבעי' התם בעי לה רבא ולדידי' איכא למימר דאפי' עובר לאו בר ירושה הוא. אך בלא"ה שם לא שייך זכי' כלל בשעה שהיה עובר שהרי ההעמדה בדין היה אחר הלידה וא"כ הדבר פשוט דלאו בר ירושה הוא וחייו אינם חיים. אך דאפי' להרמב"ם ולפי מ"ש דכל שיצא חי לאויר העולם שפיר הוי בר ירושה ג"כ לק"מ דהא התם אין חיוב קנס עד העמדה בדין משבגרה וכיון שמתה קודם שבגרה ומבעי' ליה אי דבנה הוי ע"כ דהיינו שממנין לו אפטרופס לתבוע המאנס את הקנס וא"כ פשיטא דלא מצינן כה"ג שאין חייו רק חיי שעה ואין אפוטרופסים למתים דפשיטא דלא מוקמינן אפוטרופס שיתבע עבורו ע"מ שירשנו האחים מן האב ואפי' אם עמד אחד ותבע בשבילו לדין אין זה כלום ואפי' בגוסס דעת כמה פוסקים דלא מצי משוי שליח ודין אפוטרפוס ל"ש בזה וכמ"ש:

גם מ"ש בקצה"ח בשם הרמב"ן והרשב"א פרק אלמנה דנפל לאו בר ירושה הוא ליתא כלל דלא מיירי התם רק לענין עובר ע"ש ומ"ש בשם חדושי הרמב"ן דמפרש הא דתני הפילה אשתו היינו שיצא הפדחת ואח"כ מת ע"ש בפרק אלמנה לכה"ג ולשון הפילה אשתו לא משמע כהרמב"ן כו' ע"ש. הנה בפ' אלמנה לא הזכיר מזה רק בחדושיו לב"ב ושם אדרבה כתב להיפוך דלאו נפל ממש אלא שכלו חדשיו ולא הוציא הפדחת חי דמההוא שעתא דמת אביו קני לרב ששת (ר"ל דשם כתב דאפי' לר"ש ממש אם הפילה אגלאי מלתא שלא קנה מעולם) ואח"כ מייתי הירושלמי בפרק החולץ דר"י אמר דאע"ג דלשמואל זכין לעוברין מיד והוא שיצא ראשו ורובו בחייו ומקשו עלה מהא דשמעו שהפילה אשתו וקאמר שם ר"י בן אלעזר משום יאוש בעלים וכתב הרמב"ן ע"ז ויש לנו סיוע במקצת דבעינן בן קיימא בסוף ובבן ח' שנולד חי קתני בתוספתא דאינו נוחל ומנחיל כו' וה"ה בבטן אמו אע"פ שהוא חי כיון שאין סופו לצאת בחיים כדפרישית עכ"ל וכוונתו מבוארת דס"ל דאף מ"ד דס"ל דעובר זוכה ליורש דוקא כשהיה סופו לצאת במלאות לו תשעה ירחי לידה ואז אע"פ שאירע איזה סיבה שמת בשעת לידה כיון דעכ"פ חזינן כי השלים ימיו ובא עד קיצו אלא שאיזה חולי וקישוי לידה גרם שמת מ"מ בשעה שמת אביו שפיר היה ראוי לירש ובר ירושה הוא משא"כ היכי שהפילה קודם זמנו איגלאי מילתא שלא היה ראוי להיות בר ירושה כלל והך דהפילה אשתו מיירי דלאו נפל ממש אלא מיירי שכלו חדשיו ולכן שפיר הוי בר ירושה בשעת עבור ומיירי שלא הוציא הפדחת חי דאל"כ לא שייך לומר עליו שם נפל כלל ומ"מ שפיר אית ליה זכיה

למפרע ואהא מייתי מירושלמי דהחולץ דקאמר דבעינן שיצא ראשו ורובו מחיים כו' ר"ל ונהי דבש"ס דילן משמע דאפי' הפילה א"ש למ"ד זכין לעוברין (דהא הך שינויא דמשני בירושלמי משום יאוש בעלים היינו שינויא דרבא דמשני משום דרפויי מרפיא כו' משמע דלמ"ד מזכה לעובר קנה א"צ לזה) מ"מ עכ"פ יש ללמוד דבר קיימא לבסוף בעינן והיינו שהפילה אותו כשגמרו ט' ירחי לידה ואינו נפל ממש ולכן כתב הרמב"ן ויש לנו סיוע במקצת דבעינן כו' ר"ל דאע"ג דלא מצינן לפרש דברי הש"ס דידן דסובר ממש כהירושלמי מ"מ סיוע קצת יש דבעינן בר קיימא לבסוף והיינו דסיים בה ובבן ח' כו' וה"ה בבטן אמו אע"פ שהוא חי כיון שאין סופו לצאת בחיים כדפרישית ור"ל דגם מהתוספתא מוכח הכי דאם נולד לח' אין לו זכייה וא"כ אף העובר אין לו זכיה כלל שהיה סופו להוולד כשהוא עדיין בן ח' משא"כ כשנולד לט' דבשעה שהיה עיבור היה סופו לצאת בחיים וזה שיצא מת מחמת קישוי לידה אינו מזיק כמ"ש ובקצה"ח נראה שהגי' בדברי הרמב"ן והוציא, הפדחת חי והיינו מחמת סוף דברי הרמב"ן שהביא מהירושלמי וליתא דודאי הש"ס דידן אין סובר בזה כהירושלמי דהא מבואר דלמ"ד קנה א"צ לשינוי' דמרפיא אלא הביא לקצת סיוע וכמבואר בדבריו ז"ל להדי':

איברא דדברי הנ"י שם בב"ב צ"ע שכתב ומשנתינו דאמרינן יטול ופרישנא בש"מ כו' ומיהו דוקא כשכלו חדשיו ויצא רוב ראשו הוא דאמרינן דזכה מעתה למפרע וכדאיתא בירושלמי שמואל אמר כו' משמע דלא אמר אפי' מ"ד זכין אלא כשהוא בן קיימ' לבסוף כו' ע"ש. ונראה שר"ל דגם כאן לענין זיכוי דש"מ לבנו אין לומר דמהני כ"א כשכלו חדשיו ויצא רוב ראשו כיון דבירושלמי קאמר כה"ג אליבא דשמואל דאמר זכין א"כ אף דאנן קי"ל דאין זכין רק בש"מ שלא תטרף דעתו עכ"פ מדין זכי' אליבא דשמואל בירושלמי אך ממה שהעתיק לשון הרמב"ם בזה משמע שר"ל דהכי הוא דעת הרמב"ן וז"א כמ"ש גם ברמב"ן ליתא כלל הך מלתא שחידש הנ"י לענין מתנות ש"מ לעובר שהוא בנו לומר דבעינן שיצא ראשו ורובו מחיים רק לענין מ"ד זכין לעוברין כ"כ גם צ"ע דבסמ"ע כתב בשם הנ"י הטעם דבעינן בן קיימא דאז דוקא דעתו קרובה אליו ע"ש ובנ"י משמע דלאו מהאי טעמא אתי עלה אלא משום דדוקא כשיצא חי מצו לתקן כה"ג שהרי לא היה סופן לחיות והוי כליתי' בעולם אלא ודאי כמ"ש הרמב"ן בטעמא דמילתא למאן דאמר מזכה לעובר קנה ע"ש:

אך הרמב"ן ביבמות פרק אלמנה כתב ודוקא בש"מ ולא שזוכה עכשיו אלא כשנולד זוכה כעין ירושה וגם זה סותר להנ"י שסובר שזוכה למפרע. גם צ"ע בדברי הנ"י שם שכתב וכיון דפסק תלמוד הלכתא בכל הני תלת משמיה דרבא ש"מ דזכה בה עובר כו'

אבל הכא בכל ירושה הבאה מאליו קנה ומיהו ה"נ אינו זוכה אלא כשיצא לאויר עולם וכשכלו חדשיו וכהרי"ף ז"ל בפרק אלמנה לכה"ג עכ"ל ובאמת ז"א דדעת הרי"ף שם להיפוך דאפי' בירושה לא קני ועיין בחידושי הרמב"ן דב"ב שם ואפשר שט"ס הוא וצ"ל וכ"כ רמב"ן ז"ל בפרק אלמנה וקאי אדין זכיה לעובר במתנת ש"מ דבזה כתב הרמב"ן שם דאינו זוכה עכשיו אלא לכשנולד כו' וצ"ע:

ועכ"פ למדנו מדברי הרמב"ן ז"ל דיש חילוק בין הפילה לט' ובין הפילה לח' דאם הפילה לח' איגלי מילתא שלא קנה מעולם ואע"ג דאנן קי"ל כר"ל דס"ל החולץ למעוברת והפילה לא אמרינן תיגלי מילתא למפרע מ"מ י"ל דהא דק"ל כר"ל לאו מחמת אוקמת' דפליגי בסברא דבהא שפיר אמרינן תיגלי מילתא למפרע דמסתמא גם מעיקר' סופו לצאת לח' חדשים רק משום דקי"ל כר"ל בהא דדריש ובן אין לו עיין עליו ואע"פ דגם גבי נחלה דרשינן אין לו עיין עליו כמש"ל מ"מ ס"ל דודאי לא אתי לרבוי' גבי יבום דפוטר עובר דנימ' דגם לענין נחלה מרבה דעובר יורש דהא גם ר"ל מודה דאם הפילה אח"כ איגלי מילתא למפרע שהיתה זקוקה ליבום ולכך איתא במתני' שם דאם אין הוולד של קיימ' יקיים ואפי' מקרבן פטורה כמ"ש הרמב"ן והרשב"א שם בטעמא דמילתא דאמרינן עיין עליו בעיונא בעלמא שלא תחלוץ ולא תתיבם ולא תנשא עד שנדע מה יהא בסופה אם הוזקקה אי לא וכשהפילה כבר נודע שהוזקקה משא"כ בעודנה מעוברת שלא נודע אין חליצתה וביאתה כלום וא"כ זה שייך דווקא לענין יבום משא"כ לענין ירושה כל דבתר הכי אגלי מלת' שלא היה ראוי לבא בן קיימא לאויר העולם לאו בר זכי' וירושה הוא כלל למפרע וכן איתא בירושלמי אהא דאמר שמואל זכין לעוברין והוא שיצא ראשו ורובו בחיים דלמתנית' החולץ ונמצאת מעוברת כמה דאת אמר כאן למפרע לא נגעה בה חליצה הכא כן הוא למפרע הוא שיזכה ור"ל לענין אם נמצא הוולד של קיימא וכמו כן גם אם אינו של קיימא דלמפרע הוזקקה ליבום אך אליבא דר"ל דאל"כ לר"ל יבמה שהפילה האיך מתייבמת דכל שבשעת נפילה אין אני קורא בה יבמה יבא עליה כו' כמ"ש הרמב"ן והרשב"א הנ"ל דגם לר"ל אמרינן דאיגלי מילתא דמעיקרא זקוקה הוה אך לפום הך לישנא דבסברא פליגי באמת תיקשי קושיא זו כיון דתיגלי מילתא למפרע לא אמרינן א"כ אף אם הפילה אח"כ למה אמר במתני' יקיים כיון דבההוא שעתא מעוברת הוי וגם דאם כנסה בעודה מעוברת אע"פ שהפילה אח"כ יתחייב קרבן והתוס' הרגישו בזה וכתבו בשם ר"י דאפ"ה לא מחייב מידי דהוי אהא דיבם קטן שבא על גדולה תגדלנו ולא הבנתי תירוצם בזה דמה ענין זה לזה ואם כוונתם למאי דאמרינן התם מי איכא מידי

דהשתא אסורה ליה שאני התם דמקרא דכי ישבו מוכח דאפי' לאו בר הקמת שם הוא שרי' ליה וצ"ע וכבר הארכתי בתשובה אחרת בזה ובאה בדפוס בספרי בית אפרים:
והעולה ממה שהארכנו בתשובה הנ"ל דלהרמב"ם כל שיצא חי לאויר העולם פוטר מן היבום אע"פ שאין עתיד לחיות ומדברי שאר פוסקים נראה דדוקא ראוי להתקיים בעינן וכל כמה דלא חי ל' יום איכא ספיקא דאורייתא לרשב"ג וכל מ"ש שם אינו מעלה ארוכה לדעת הרא"ש שמבוא' מדבריו פרק החולץ וכמה דוכתי שאינו רק מדרבנן וז"ל בפרק החולץ ואע"ג דהשתא נשארת תחת בעלה בספק יבמה לשוק דאורייתא ואם היתה חולצת כו' ע"ש נראה שכוונתו דלמאי דחיישינן מדרבנן למיעוט המצוי ממילא איכא חשש ספק יבמה לשוק שהוא איסור דאורייתא משא"כ אם היתה חולצת לא היה כאן רק חשש חליצה שהוא מדרבנן ומצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סי' י"ח שכתב לפרש כן דברי הרא"ש אבל מ"ש לפרש דברי הרי"ף ג"כ דאין כאן רק ספיקא דרבנן אף לרשב"ג אני תמה דנהי שנדחוק לפרש כן בדברי הרי"ף, ביבמות מ"מ הרי דברי הרי"ף במסכת שבת מפורשין להדי' דספיקא דאורייתא הוא אף לרשב"ג וכמ"ש בתשובה הנ"ל ולפ"ז צ"ל הא דס"ל להרא"ש דאין ע"א נאמן לומר שכלו חדשיו משום דכיון דהיכא דאפשר פסקינן הילכתא כרשב"ג דחושש למיעוט המצוי מדרבנן עכ"פ ואין סומכין בזה על הרוב וממילא דגם ע"א לא מהני כיון דהוי דבר שבערוה ולא דמי לסרכו' שחששו למיעוט המצוי להאמינו לע"א דבשאר איסורין ע"א נאמן משא"כ בדבר שבערוה ולפי זה מכ"ש לפי מ"ש דאיכא דעות דלרשב"ג הוי ספיקא דאורייתא ואנן היכא דאפשר חיישינן לדרשב"ג א"כ פשיטא דאין עד אחד נאמן בזה:
אמנם לפענ"ד י"ל לשיטת הרא"ש בזה דלפי מה דאמרינן בשבת דפיהק ומת כ"ע מודו דהוי נפל כי פליגי בנפל מן הגג או אכלו ארי ודעת הרז"ה דחלה הוי כנפל מן הגג ורמב"ן ורבינו יונה חולקי' עליו בזה והנה הרמב"ם לא הזכיר בשום מקום פיהק ומת שיהא בו ס' דאוריית' וכתבתי בתשובה הנ"ל שנראה ברור דהרמב"ם אזיל בשיטת הרי"ף רבו כתירוץ הרמב"ן כו' ע"ש באורך אך למאן דס"ל דהלכתא כאביי דפיהק ומת הוי נפל אפי' לרבנן ואפי' באשת כהן חולצת נר' דבכה"ג ודאי הוי ס' דאוריי' שהרי התו' בחד תירוצא כתבו לרשב"ג משום גזיר' דפיהוק ומת משמע דפיהק ומת ודאי חשש דאוריית' למ"ד דפיהק ומת רבנן מודו בה וטעמייהו משום דפיהק ומת ודאי ריעותא הוי וגם י"ל דס"ל דבכה"ג מעיקרא אין כאן רוב כלל דהך מילתא גופא דס"ל לרבנן דרוב וולדות הם בני קיימא אע"ג די"ל דאותן וולדות המתים תוך ל' לאו בני קיימא נינהו בע"כ צ"ל דהכי קים להו לרבנן דאף וולדות המתים בתוך ל' רובם כלו להם חדשיהם ואין מיתתם מחמת שנולדות

טרם מלאות ימי מרוקיהן רק מתים מיתה טבעית מחמת התחדשות איזה סיבה וחולי וכל זה במת מחמת איזה סיבה וחולי ידיעה אבל אם מת מיתה פתאמיות שפיהק ומת מאן לימא לן דהנך מרוב שכלו חדשיהם דאדרבה הנך רובם לא כלו או פלגא ופלגא הוי והנה בדברי הרא"ש פרק החולץ מבואר דבפיהק ומת אפי' רבנן מודו דנפל הוא וכמ"ש התוס' שם ובכמה דוכתי ולפ"ז נראה דהוי חשש דאורייתא ואפי' באשת כהן חולצת וכ"כ בשו"ת הריב"ש סי' תמ"ו להדיא הביאו הב"י סי' קנ"ו וכ"כ הישׁ"ש פ' החולץ ותימא לענ"ד על הטור וש"ע שסתמו כדעת הרי"ף והרמב"ם נגד דעת הרא"ש שכתב להדיא דבפיהק ומת מודו רבנן וכך הוא דעת רבינו יונה והרז"ה רק דבחלה ס"ל להרז"ה דהוי כאכלו ארי ורבינו יונה סובר אף בחלה דינו כפיהק וחולצת אף באשת כהן וכמ"ש הרשב"א בחידושיו לשבת דף קל"ו וצ"ע ועיין בריב"ש שכתב בשם רש"י דחלה כפיהק דמי והביאו הב"ש והעתיק בקצרה ובריב"ש מבואר שסובר שנראה כן מפירש"י שכתב גבי נפל מן הגג כו' מיתה הבאה עליו ממקום אחר ואין זה דקדוק כ"כ דאפשר דחולי נמי מיתה הבאה ממקום אחר קרי ליה שלא מחמת שיכול והריון ולידה ואדרבא משמע מרש"י דמפרש פיהק היינו שלא היה לו רק חיות מועט משעת לידתו משמע דחלה ומת כאכלו ארי דמי. גם מבואר מדברי הריב"ש בשם הרא"ש דחלה לפיהק דמי אע"פ שלא מצאתי כן בדברי הרא"ש עדותו נאמנה על זה ועכ"פ מבואר דפיהק ודאי הוי ספיקא דאורייתא וכן מצאתי בדברי אא"ז הגאון בתשובת סי' ט"ו שכתב להדיא דפיהק הוי ספק דאורייתא וכן משמע מהתוס' וכתב שיש להחמיר אף בחלה ומת להצריך חליצה אף באשת כהן ומ"ש שם בשם התוס' בבכורות כ"כ התוס' ג"כ בחולין ובהג"א שם ע"ש. ולפ"ז א"ש דברי הרא"ש בתשובה דאין אשה נאמנת לומר שכלו חדשיו די"ל דבפיהק ומת מיירי דאיתרע ליה רובא ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש הריב"ש בשמו דס"ל דחלה כפיהק דמי א"כ א"ש בפשיטות אף במת מחמת חולי:

ולפ"ז לשיטת הרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים דס"ל דגם בפיהק ומת באשת כהן אינה חולצת דאין כאן רק חשש דרבנן א"כ שפיר י"ל דע"א מהימן והרא"ש לשיטתו דס"ל פיהק ומת הוי ספק דאורייתא ומכ"ש בזה שיש ג"כ סיבה שאנו יכולין לתלות בה דהיינו שי"ל שמת מחמת צינה ואפשר דזה דומה לנפל מן הגג וכמ"ש הגאב"ד דק"ק ראווני ואע"פ שאין הנידון דומה דהתם הדבר ברור שהמיתה באה עליו ממקום אחר משא"כ בזה שיש מקום לומר שהוא נפל טמון ולא היה ראוי לחיות כלל אף בלא סיבת הצינה שהרי הנשים מסופקים בזה. אך יש לצדד כיון דזו היתה מעוברת ורוב נשים המתעברות הם יולדות עת נשי כל ואינם משגרים העובר טרם תגיע עת לדתנה וא"כ י"ל שגם זו

כאחת מהם רק שמת מחמת שגברה עליו הצינה וע"כ לא קאמרינן דאף לרבנן ספיקא הוי אלא בודאי פיהק ומת דאיכא למימר דהנך מיתתם מחמת שלא כלו חדשיהם דהא עכ"פ איכא מיעוטא בעלמא שלא כלו חדשיהם א"כ הך ריעותא שפיהק ומת מורה ע"ז דוולד זה הוא ממיעוט זה משא"כ היכא שיש ספק שמא לא אתיליד ריעותא כלל:

וקצת יש לסייע סברא זו ממ"ש הרא"ש בתשובה הביאה הב"י לענין אם יש הכחשה בעדים שיש עדים שאומרים שחי' פחות מל' יום וכתב דאזלינן בתר רוב נולדים שהם בני קיימא ולפי מ"ש דבפיהק או חלה לא אזלינן בתר רובא א"כ עדיין היה מקום לחוש דשמא ידוע שחלה או פיהק דמהתוס' משמע דלאו דווק' בשעת לידה שייך פיהק אלא ה"ה כל תוך ל' יום כדמוכח מדבריהם ממה שהביאו גירסת בה"ג בפיהק תוך ל' וגם הרמב"ן במלחמות הביא זה ע"ש. ולכאורה י"ל דהרא"ש ר"ל דנהי שיעידו העדים שהיו כך מ"מ הרי שנים מכחישים אותם ותרי ותרי ספיקא דרבנן וגם רוב נולדים מסייע לאלו השנים שאומרים שחי' ל' ולא מת כדרך נפל דבכה"ג אם פיהק ומת יש להקל. אך מהב"ש שם נראה דדוקא היכא שגמרו שערותיו וצפרניו דאזל ליה חשש דאורייתא ולפי מ"ש צ"ע דאכתי ניחוש שמא פיהק ומת ואז הוה ליה תרי ותרי. אך לענ"ד י"ל דדוקא בסי' מ"ז משום חומרא א"א אמרינן תצא דתרי ותרי ספיקא דרבנן משא"כ כאן וגם דמסייע ליה רובא וא"כ שפיר מיירי אף אם הכת הב' אומרת שלא גמרו ע"ש ולמדנו לפי דרכינו דבספק אם פיהק או מת ע"י ד"א יש להקל דמסייע ליה רובא וא"כ יש ראיה למ"ש בנ"ד דאיכא למיתלי שמת מחמת צינה לא תלינן לומר שפיהק ומת ויצאה מהרוב אלא מוקמינן ליה ארובא דלאו נפל הוא ומחמת צינה מת אך קצת צ"ע בחידושי הרשב"א ביבמות דף קי"ט דמחלק בין שמא הפילה לשמא תפיל ואח"כ הקשה מההיא דב"ב דמייתי משור שנגח כו' ומיעוט מפילות ע"ש שתירץ כיון שהוולד איתרע ליה חיישינן ע"ש והתם נמי איכא למיתלי דמחמת נגיחה הוי וצ"ע. ומ"מ כיון דבלא"ה דעת הרי"ף והרמב"ם וכמה פוסקים דאין לחלק בין פיהק ומת לנפל מן הגג שפיר איכא למסמך בנ"ד אמה שאומרים הנשים שהמה מסופקים שמא מחמת שעברה עליו הצינה מת ושפיר דמי אף למאן דמחמיר בפיהק ומת מ"מ בנידון זה דאיכא ספיקא שפיר דמי וכמש"ל אך עדיין יש לפקפק אם נאמנות הנשים מועיל לומר שהשכיבו הילד במקום הצינה דהא קי"ל בסנהדרין דף ע"ז שאם כפתו והביאו למקום צינה חייב ע"ש בתוס' ולאו כל כמינייהו לומר שעשו כן למשוי נפשייהו רשעים ואע"פ שמתנצלים לומר שעשו כן בשביל שהיו טרודין בסכנות היולדת מ"מ אפי' אם היתה היולדת מסתכנת ממש עי"ז שהיו משגיחים בתקנת הולד אפ"ה לא היו להם לעשות כן כדאמרינן יצא ראשו אין

נוגעים בו לפי שאין דוחין נפש מפני נפש ומכ"ש שקרוב הדבר שאף אם היו מניחים הילד במקום שלא היה בו סכנת צינה ברגע זו לא היתה היולדת מסתכנת יותר ומ"מ נראה דשפיר מהימני דלאו נשי דינא גמירי וסברי דחיוב רמי עלייהו לתת לב מיד על היולדות ואין משגיחין בוולד וגם דהא מצי לתרוצי נפשייהו דלא הוי מסקי אדעתייהו שיתקרר וימות בעוד שהיו עסוקין לעשות תרופה להיולדת ושוגגים נינהו בדבר זה שהניחו הילד כך עד שיצטנן ויצא נפשו ואפילו אם היו אומרים שעשו כן במתכוון היה אפשר לומר דפלגינן דבורא וכמו בהרגתיו ומכ"ש בזה שנראה שהם אומרים כך או שיכולין להתנצל כן דשפיר מהימני:

ובדבר הספק השני דכיון דנמצא השתא מת נימא דכך יולדתו הרחיב הדבור בזה הגאב"ד דק"ק הנ"ל בכמה סוגיות בש"ס וגם אני הארכתי בזה בכמה תשובות והיום סמכוני באשישות לא אוכל לצאת ולבא בארוכה ואחר אחרון אני בא מה שהביא הגאב"ד דק"ק הנ"ל ראיה ממה דקיי"ל בסי' קס"ד דאפי' בפיהק ומת דאיכא ריעותא אפ"ה לא איתרע רובא ואזלינן בתר רוב וולדות וכשיטות הפוסקים המכריעים להקל בחזקה דאתיא מרובא נגד חזקה דהשתא כו' ואני תמה דודאי הרי"ף דס"ל דפיהק וחלה חדא מילתא היא אביי ורבא בהא פליגי דאביי סבר דפיהוק וחולי הוי ריעותא להחזיקו בנפל וכמ"ש הרמב"ן במלחמת דאביי אורחא דמלתא דנפל נקט שחולי קל ממית אותו פתאום לכן הדעת נוטה שהפסק חיותו גורם לו חולי אבל מת בידי אדם אין מוכיח לנפל והלכך מדחיא הא דאביי מהא דאתמר מת בתוך ל' כו' דאלמא במת נמי פליגי ולא בנהרג דוקא ע"ש ורבא ס"ל דמה שפיהק או חלה אינו סימן לנפל כלל דגם בבר קיימא יוכל להיות שיחלה או ימות פתאום ואין הפרש בזה בין נפל מן הגג או אכלו ארי והרז"ה דסובר דדוקא חלה אינו ריעותא דגם בבר קיימא אפשר שבא לידי חולי ומת ודוקא פיהק ומת הוי ריעותא באמת ס"ל דאף באשת כהן בפיהק חולצת ולדעת רבינו יונה והרא"ש לפי מ"ש הריב"ש בשמו גם בחלה הדין כן דמחשב ריעותא בזה כמו פיהק אבל אין מי שסובר דאע"ג דאיכא ריעותא לא איתרע רובא דהא ודאי דריעותא מרע רובא בכל דוכתי:

אך בנ"ד נראה שאם נתפוס כדעת הרי"ף דמיקל אף בפיהק וס"ל דהך דאביי אדחי' ליה א"כ אין מקום להחמיר בזה רק שנבא עליו מכח חזקה דהשתא ולומר כיון דהשתא מת מסתמא נולד מת נלע"ד שאין מקום לחומרא זו כלל אף לדעת המחמירין בגבינות דהתם שאני כיון דהשתא טרפה לפנינו חוששין לה שמא כבר נטרפה שאין להעמידה על הרוב שהם בחזקת כשרות שהרי הא קמן שזו יצאה מהרוב שהרי טריפה לפניך וא"כ יש לחוש שמא זה זמן רב שיצאה מהרוב משא"כ בזה שמה שפיהק ומת אין בזה כדי להרעות

כח הרוב ובשביל הא לא נפיק מכלל בן קיימא אם היה ידוע לנו שהיה חי בשעת לידה א"כ אין לנו לחוש מדהשתא מת בשעת לידה נמי מת הי' ז"א דא"כ ע"י חזקה זו אתה בא לגרוע כח הרוב וז"א דרובא וחזקה רובא עדיף וטפי אית לן למימר שוולד זה מהרוב שהם בני קיימא והשתא הוא דמת ולא נגרע מעולם כח הרוב כלל ויש לזה ראיות הרבה ולא להאריך כעת כי הדברים ברורים לענ"ד (ומ"ש הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל להקשות דאיך יליף רשב"ג מקרא כיון דמדאורייתא אפי' אינו בן ל' סגי דאזלינן בתר רובא כבר כתבתי בזה לעיל בשיטת הרמב"ם אך בלא"ה לק"מ לפי מ"ש התוס' והמפרשים דעיקר מילתא דרשב"ג לקולא איתמר לענין בן שמונה ודאי דס"ל לרשב"ג דכל ששהה ל' מהני דאמרינן אישתהי ורבנן פליגי וס"ל דאפי' ל' לא מהני:

אך שאנו צריכין למודעי אם נסמוך בזה על שיטת הרי"ף כיון שלדעת רבים מגדולי האחרונים בפיהק ס"ל דאף באשת כהן חולצת ודעת כמה פוסקים דאף בחלה דינא הכי ואא"ז בתשו' כתב שיש להחמיר בחלה ומת כדעת הפוסקים הנ"ל דס"ל דאורייתא הוא ואפי' באשת כהן חולצת (וע"ש דמסתפק בבהמה שחלתה ושחטוה ומביא ראיה מהרמב"ן במלחמות שכתב וכן הדעת נוטה כו' ולא הבנתי ראייתו דכוונת הרמב"ן ג"כ כיון דחזינן שמת ע"י חולי זה אמרינן מסברא שנפל היה והפסק חיותו גרם לו חולי זה אבל אם חלה ולא מת אלא שחטוהו או נפל מן הגג אע"פ שחלה אפשר שאין זה ריעותא כלל) כו' ע"ש א"כ מכ"ש בנ"ד דאיכא נמי לאסתפוקי שמא מעיקרא בשעת לידה מת הוי שיש לנו לחוש לזה כיון שאפי' נאמר שחי היה בשעת לידה הרי פיהק ומת ואיתרע ליה רובא. ומ"מ נראה לצדד מחמת שהיה ספק שמת ע"י צינה א"כ יש לנו לומר שמעולם לא יצא מן הרוב וא"כ מסתמא חי היה בשעת לידה והשתא הוא דמת מחמת צינה כדי שלא לגרוע כח הרוב וכמש"ל וראיתי בדברי הגאב"ד דק"ק הנ"ל שכתב ג"כ דהכא שהם מסופקים שמא מחמת צינה יש להקל אף למאן דסובר דע"י ריעותא דהשתא איתרע רובא משום דזה שע"י סיבה לא נקרא ריעותא אלא שהביא ראיה לזה מדעת הפוסקים המקילין בספק נהרג תוך ג' ימים ול"א דמעיקרא נהרג:

הנה חילוק זה נכון למ"ש הט"ז בטעם סתירת חזקה קמייתא משום דאע"ג דאית ליה חזקת חיים מ"מ אדם מעותד למות משא"כ להריגה אינה מעותד שפיר י"ל דעד השתא לא נפיק מחזקת חי וכ"כ בשו"ת נ"ב סי' אבל מ"מ אין זה ענין לנ"ד שלא היה כאן חזקת חי עדיין והוא גופא מספקא לן דלמא לא בא לחזקת חי כלל אלא נולד מת ולא שייך בזה רובא דדילמא אותם וולדות הנולדים ממש באמת אינם בכלל הרוב שהם בני קיימא וזה כאחד מהם ועיין במ"א הל' י"ט סי' תקכ"ו שכתב ג"כ לחלק בין אם חי או מת (ולדבריו

קשה מהש"ס גופיה דמייתי התם דפריך מימהל היכי מהלינן ומאי קושיא דרשב"ג לענין אם מת מיירי גם מ"ש מאה"ע סי' קנ"ו י"ל דאע"ג דמצרכינן חליצה היינו מטעם שלא יבואו להקל בערוה וכמ"ש התוס' בחולין ובבכורות אבל באשת כהן הא קי"ל דאינה חולצת והיינו משום דאזלינן בתר רובא וה"ה לענין קבורת נפל ואפשר דס"ל דגם בזה יש להחמיר שלא יבא להקל בערוה וצ"ע גם בשו"ת ב"ח החדשות סי' ד' לענין קבורת נפל בי"ט ב' קצת דבריו תמוהים ע"ש) והתם בנולד חי מיירי המג"א ואפ"ה ע"ל לחלק כיון דמת לפנינו. וכבר הארכתי בזה לעיל ומכ"ש באיכא לאסתפוקי שמא נולד מת דלא שייך לומר רוב נולדים בני קיימא שהרי י"ל דכל שנולד מת מסתמא שגרתו אמו בלא עתו וע"כ לצדד בזה כמש"ל דעל שעת ההריון גופא אנו דנין דרוב נשים הרות הם יולדת ולד חי ואין לנו לחוש לאשה זו לומר שיצאה מן הרוב וילדה וולד מת ומה שמת עכשיו אבידה מדעת היא לפי שהניחוהו מבלי כסות בקרה ונצטנן ומת ולא איתרע רובא:

ומה שאני חוכך בזה הוא לפי מה שמבואר בלשון השאלה שלפי עדות הנשים הוכר הוולד עודנו בחיי בעלה ולערך שבעה חדשים אחר מיתת בעלה ילדה כו' נראה מזו שמזה שפטו שהוולד כלו לו חדשיו כיון שכבר הוכר בחיי בעלה ולפ"ז צ"ע אם יש לסמוך על עדותן שהרי אין הכרת העובר בפחות מג' חדשים וכיון שזו שהתה עוד ז' חדשים וא"כ ע"כ לומר דאשתהי ודעת התוס' וקצת פוסקים דלא קי"ל כרבה תוספאה דס"ל הך סברא דאשתהי ואפי' לדעת רוב הפוסקים דס"ל דקי"ל לרבה בהא דאמרינן משתהי מ"מ אין זה רק מועט לבד וכמבואר בשו"ת הריב"ש סי' תמ"ו להדיא וא"כ כיון שדבריהם בזה הוא נגד הרוב לא מהימני שהרי לא הכשרנו עדותם אלא מחמת סיוע הרוב והרי לפי דבריהם הוא מתנגד לרוב:

איברא שהרא"ש סי' ד' ס"ק י"א כתב שרגילות הוא עתה להוליד בחדש העשירי וכ"כ הב"ש שם בשמו וכתב שכ"כ הב"י סי' קע"ח בתשובה שהביא שם. ולע"ד זה צ"ע שנראה שכיון למ"ש שם שהבעל ראה סימנים כו' ודרך האשה הי' ללדת סוף ט' חדשים ולפעמים שוהא עד חודש העשירי כו' ע"ש ואין מזה ראיה דאע"פ שהבעל היה סובר כן מ"מ אפשר שחשב משעה שטבלה ובאמת נתעברה אח"כ כי לא פירש ממנה רק השואל כתב בנוסח השאלה אומדן דעת הבעל ע"ש ואפי' תימא דהבעל ידע שאשתו זו הולידה בחדש הי' ע"י שבעל ופירש מ"מ לא יצא דבר אשה זו על כל הנשים לומר דמלתא דשכיחא שתלד בעשירי בשביל עדות האיש הזה על אשתו שהיה דרכה כן וגם התוס' דס"ל דלא אמרי' אשתהי כלל יודו בזה דלפעמים מתרמי דמשתהי אלא דהו' מיעוטא דמיעוטא ולא תלינן בהכי ומ"מ כיון דהח"מ העיד שרגילות עתה להוליד בחדש העשירי עדותו נאמנה

מאוד ועיין בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סי' מ"ש בזה וא"כ בנ"ד שפיר י"ל דמהימני דהא אע"פ שהכרת העובר הוא לג' חדשים מ"מ כיון שהלידה הי' קרוב לז' עדיין לא יצאה מכלל י' חדשים דשכיח דמשתהי עד זמן ההוא ומ"מ צ"ע דאף לפי דברי הח"מ י"ל דאע"ג דלא חיישינן בזה לזנות אף בעידי כיעור מאחר שרגילות להוליד בחודש הי' אבל מ"מ אין זה מיעוט לבד דרובא דנשי בט' ילדן ואין דרכן להמשך עד סוף העשירי אלא דהוא מיעוט דשכיח ולענין שלא לחוש לזנות שפיר תלינן ביה ומכ"ש אם לפי דברי הנשים היה היכר העובר זמן מה מקודם מיתת הבעל א"כ נצטרך לומר דאשתהי עד חודש הי"א ובכה"ג י"ל דלא מהימני ובפרט דאיכא דעות דלא אמרינן משתהי כלל גם יש לעיין אם יש לסמוך על הכרת העובר לומר מחמת זה שכלו חדשיו שהרי רש"י בשבת דף קל"ו כתב דקים ליה שכלו חדשיו שעברו ט' חדשים משמשמשה עד שילדתו ולא שימשה כל ימי עבורה כו' וכ"כ שאר הפוסקים דלא מיקרי כלו חדשיו אא"כ בעל ופירש והב"ש סי' קנ"ו ס"ק ד' הוסיף לומר דאף אם אינו בכאן י"ל דחיישי' שמא בא אצלה ושמא בא ע"י שם כמ"ש סי' ד'. ולע"ד ז"א דודאי לא חיישינן למלתא כ"א לענין לאוקמי הוולד בחזקת כשרות ולא תלינן בזנות אע"פ שהוא דבר זר אבל לענין כלו חדשיו כיון שהלך בדרך למרחוק ל"ח שחזר בצנעה ובעל וכבר הקשה מהרי"ט חלק אה"ע סי' ט"ו על דברי הגאון מהא דאמרינן במכות דל"ח לגמלא פרחא וכ"כ התוס' ביבמות ולכך כתב דלא אמרה אלא באב דהימני' רחמנא מצי למימר דאתי בצנעה או ע"י שם כו' ומייתי שם מדברי הרמב"ם פ"ט מה"ג שכתב שאין חוששין שמא בסתר בא שאין דרך ב"א לבא בצנעה וכתב דאפשר דוקא לענין גט אמרינן הכי דהוה מידע נפשיה להודיע לכל שקיים תנאו אבל כשאין סבה זו עשוים ב"א לבא בצנעה שמא מתירא מחמת חוב או מחמת ערבון כו' ע"ש ומ"מ נראה מדבריו שאין חוששין לזה כ"א באב דהתורה האמינתו אבל בלא"ה אין לעשות חששא זו אך לדברי הר"ח והראב"ד בסי' קמ"ד דס"ל גבי גט חוששין שמא בא בסתר צ"ע:

ומצאתי בישו"ש פרק הערל שכתב דס"ל דשאני התם דחיישינן שמא בא בצנעה אפי' הי' תוך העיר ולא בא עליה כלל סגי אבל לומר שמא בא בצנעה ובעל ל"א דודאי קלא איתליה כו' ע"ש וכן מבואר ברשב"א ביבמות שבעל ופירש והלך למה"י כו' ולפי שבנ"ד אין נ"מ בזה לפי שנראה מל' השאלה שהבעל מת בעירו ולא פירש ממנה כלל רק עיקר מה שתולין בכלו חדשיו הוא מחמת הכרת העובר לכן קצרתי בזה ועכ"פ מדברי הפוסקים נראה שאין שום מופת חותך לומר שכלו חדשיו כ"א מחמת שבעל ופירש מיד ולא אישתמט חד מהפוסקים דלימא דכלו חדשיו ע"י הכרת העיבור ובטור כתב להדיא

ולא משכחת לה אלא כשפירש ממנה אחר טבילתה ולא קרב אלי' אח"כ כו' והב"י כתב שפשוט הוא והלבוש כתב כלשון הטור משמע דליכא סימנא אחרינ' בהא מלתא ולכאורה באמת צריך טעם למה לא נסמוך על הכרת העובר להוכיח מחמת זה דכלו חדשיו ואפשר לומר בטעמא דמלתא לפי מאי דאמרינן בנדה דף ח' וכמה הכרת העובר סומכוס אמר משום ר"מ שלש חדשים ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר ויהי כמשלש חדשים כו' זכר לדבר קרא כתיב וראיה גדולה היא משום דאיכא דילדה לט' ואיכא דילדה לז' ופירש"י דילדה לז' שמא ניכר עוברה לשליש ימיה דהיינו שני חדשים ושליש קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים. וראיתי לאא"ז מהרש"א ז"ל שם שכתב יראה מפירושו דסומכוס בכל גווני בין ביולדת לט' ובין ביולדת לז' קאמר ג' חדשים שלימים אלא דליכא ראיה ליולדת בז' דשמא אזלינן לשליש חדשי העיבור דיולדין לט' דהו"ל שליש עיבורה ג' חדשים שלימים או נימא דניזיל בתר שליש עובר דידה דהיינו ב"ח ושליש כו' ע"ש ולכאורה נראה מזה דגם היולדת לז' הוי הכרת עובר בג"ח שלימים. אבל לפי זה צ"ע מה דסיים רש"י קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים ופשוט שאין ר"ל דלפי שרוב נשים הכרת העובר שלהם היא בג"ח גם של יולדת בז' הוא כן דז"א דאיך נתלה יולדת לז' ביולדת לט' האי לשליש ימיה והאי לשליש ימיה וגם דהו"ל למימר קמ"ל שהכרת העובר שלה כרוב נשים ולישנא דאזלינן כו' נראה שר"ל דהוי ס"ד דיולדת לז' הכרת העובר שלה לענין סילוק דמיה הוי לשליש ימיה קמ"ל דלענין סילוק דמיה אזלינן בתר רוב נשים אף ביולדת לז' והיינו דנקט זכר לדבר כיון שאין ראיה מהכתוב רק לענין יולדות לט' וסומכוס כולל בדין בדבריו אף לענין יולדת לז'. ומ"ש רש"י שמא ניכר עוברה כו' ר"ל דשמא בזה מיקרי הכרת העובר לענין סילוק דמיה לשליש ימיה דהיינו ב"ח ושליש ואע"פ שלשון דחוק. בע"כ דחוק ומוקי נפשיה שהרי בסנהדרין דף ס"ט אמרינן ש"מ יולדת לז' אין עוברה ניכר לשליש ימיה דאי ס"ד עובר ניכר לשליש ימיה ל"ל ג' בתרי ותילתא סגי ופרש"י דאפילו אשתו היתה יולדת לז' אינו ניכר בפחות מג"ח דאי לשליש ימיה ניכר בתרי ותילתא סגי. ונ"מ לאשה שלא שהתה כו' א"ל לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימיה זיל בתר רובא ופירש"י דבבן סורר להכי לא מיפטר דלא קרינן ביה ראוי דאזלינן בתר רוב נשים שיולדת לט' ואין עוברה ניכר בפחות מג"ח ע"ש נראה מזה דמאי דאמרינן אזלינן בתר רוב נשים היינו לענין דינא אבל מ"מ לענין דרך הנשים אמרינן דיולדת לז' חלוקה בהכרת עוברה מיולדת לט' ואפשר דמש"ה נקט רש"י בנדה לשון שמא ניכר עוברה משום דפלוגתא דאמוראי היא בסנהדרין ולמ"ד דס"ל דביולדת לז' ג"כ הכרתה בג"ח א"כ י"ל דהוי ס"ד דיולדת לז' שמא ניכר עוברה כו' ומה שסיים אזלינן בתר

רוב נשים היינו אף למ"ד דבאמת כן הוא דיולדת לז' ניכר עוברה לב"ח ושליש מ"מ לדינא הלך אחר רוב נשים ומ"ש מהרש"א שם שדברי רש"י בחומש הוא עפ"י המדרש בב"ר דאיכא מאן דפליג על סומכוס אבל מל' הרא"מ פר' וישב נראה שאין חולקין וסומכוס נמי מודה ביולדת לז' דהוכר עוברה לשליש ימיה ואין נר' כן מסוגיא דהכא ופ' החולץ אלא דבכל גווני בעי ג' חדשים לסומכוס עכ"ל נראה מלשון זה דס"ל דלסומכוס אף ביולדת לז' אין העובר ניכר עד ג"ח ולע"ד בזה הדין עם הרא"ם שהרי הדברים מבוארים בסוגיא דבן סורר דבעי לאתויי מדר' כרוספדאי דיולדת לז' נמי אינו ניכר עד ג"ח ודחי לה דהתם הטעם משום דאזלינן בתר רובא וה"ה לענין סילוק דמים במעוברת מה"ט אתינן עלה וכמ"ש רש"י בהדי' ודברי הגאון בספר נזר הקודש שם שהסכים לדברי אא"ז מהרש"א נ"ע בזה שלפי ענ"ד פשיטות הסוגי' דסנהדרין היא כדברי הרא"מ וכן נראה מהירושלמי ר"פ החולץ דקאמר אלא כן אנו קיימין שבא עליה אחר ארבעים יום והוכר עוברה אחר נו"ן יום הרי יש כאן שלימים לראשון ומקוטעין לשני ופירש בפני משה שם כלומר אם ילדה לט' יש כאן ספק אם הוא בן ט' לראשון או שהם ז' מקוטעין לשני והוכר עוברה לשליש ימיה שהוא חמשים יום ועיין בתוספותיו שם שמכאן ראיה לפסק מהר"י מינץ בזה ואין להאריך:

ועכ"פ לפי מ"ש דלענין הכרת עובר אזלינן בתר חדשי הריון דיולדת לט' עוברה ניכר לג"ח ויולדת לז' עוברה ניכר לב"ח ושליש רק דאנן אזלינן בתר רוב נשים שיולדת לט' אם כן א"ש הא דקי"ל דהיכא דבעינן שיהא ידוע לנו שכלו לו חדשיו ואם אין ידוע חוששין לו שמא בר תמני' הוא שפיר כתבו הפוסקים דלא משכחת לה כ"א כשבעל ופירש שאף אם ילדה ששה חדשים אחר הכרת העובר אין לסמוך ע"ז כלל דאע"ג דהיכא דילדה לו"ח אחר הכרת העובר אית לן למימר דהעובר ניכר לשליש ימיה דהיינו לג"ח מ"מ כיון דאין שיעור להכרת העובר שוה בכל הנשים דהא ביולדת לז' היא ניכר לשליש ימיה דהיינו לב' חדשים ושליש א"כ י"ל דנפל אין שיעור להכרתו כלל וכמו שהוא נולד קודם זמנו כן הוא ניכר קודם זמנו ואפשר שיוכר בב"ח והאי בר תמני' היא וגם אפשר לומר דשמא האי בר תמני' הוא או בר ז' ומחצה והכרתו בזה היא לשליש ימיה דהיינו ב"ח וכ' יום או ב"ח וט"ו יום וכיוצא בו ומה שהולידה אותו ששה חדשים אחר ההכרה האי אשתהויי אשתהי כו' יום או ט"ו יום במעי אמו ואע"ג דאשתהי אינו רק מיעוט' היינו בוולד בן קיימא שכח החיוני שבו גורם שלא להיות עצור במעי אמו יותר ממה שראוי להיות שם וע"כ הוא נולד על הרוב בזמנו ומיעוט' דמשתהי משא"כ שאם הולד אינו ראוי להתקיים אפשר שמשתהה הרבה שהרי הוא כאבן שאין לו הופכין וא"ל דאם כן גם בכלו לו

חדשיו ניחוש ליה הכי דשמא האי בר תמניא היא ואשתהי במעי אמו עוד חדש יותר וע"כ דכיון דרובם לא משתהי ל"ח ליה דאיכא תרי רובא חדא שרוב יולדת וולד קיימא וגם כיון שכלו חדשיו רובא דלא מישתהי. אבל ז"א דא"כ תיקשי לפי מה שכתבו דכלו חדשיו מהני אע"ג דלא נגמר בשערות וצפרניו דהא איתרע רובא דרוב נולדים לט' נגמרו סימניהם וא"כ איכא למיחוש דהאי בר תמני' הוא ואישתהי אע"כ דז"א דכלו חדשיו דהיינו שנולד לט"ח גמורים הוי סימן מובהק שהוא בן קיימא ואין חוששין לאשתהי כלל כיון שבעל ופירש ולידתה הוא מכוין לסוף ט' ירחים לא תלינן במידי אחרינא וכה"ג אמרינן במכות דף כ"ג. בג' מקומות הופיע רוח הקודש בב"ד של שם דכתיב ויכר יהודה כו' דילמ' יהודה דחשיב יומי וירחי ואתרמי דחזינן מחזיקינן כו' וה"נ דכוותיה כיון שהדבר מכוון שהולידה לט' חדשים שלימים מיום הביאה לא חיישינן למיעוטא דמיעוטא שיהיה נפל ואשתהה ואתרמי מלתא ואשתהה עד ט' חדשים מצומצמי' ולכן צ"ע ונלענ"ד מ"ש הב"ש סימן קנ"ו ס"ק ה' דלהרמב"ן שפירא גרים כו' וכ"כ הרשב"ץ לענין מקוטעין דהא אפשר גם הרמב"ם מודה לזה דבזה"ז שפיר תוכל לילד למקוטעין אלא דכיון דלענין יבום בעינן שיהא מוכח' מילתא דנולד לט' ולא מחמת הרוב לכן בעינן ט"ח גמורים דאל"כ חיישינן דילמא אשתהי קצת במעי אמו וכמ"ש:

ודברי הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ הם בשו"ת הרשב"ץ סי' תקנ"ג באורך וכתב דפלוגתא הוא אי יולדת לט' יולדת למקוטעין והנסיון מאמת דברי הא' ראוי לסמוך עליו וכך סברת הרמב"ן לענין אבלות דאפי' יולדת למקוטעין מתאבלין עליו כו' ואף עפ"י שהרמב"ם בהלכות חליצה ובהלכות אבילות כתב ט"ח שלימים כיון שהחוש והנסיון מכחיש זה ומצינו שאף רז"ל במחלוקת הוא אצלם ובעלי התוספות נתעוררו לומר שזה היה בדורות ראשונים אין סומכין על דבריו בזה כו' עכ"ל. ולפי ענ"ד י"ל בכוונת הרמב"ם כמ"ש אך הריב"ש סי' תמ"ו האריך בזה ג"כ בענין יולדת לט' אם יולדת למקוטעין וכתב דאין ראיה מהחוש שי"ל שילדה מטבילות הקודמים או בר ז' ואישתהי ע"ש. ואח"כ הביא דברי הרמב"ן לענין אבילות וכתב הרוצה להקל ולהתירה בלא חליצה הנה לו עמוד נכון הרמב"ן ז"ל שהוא כדאי לסמוך ולהשען עליו וכ"ש אם היא שעת הדחק שהיבם קטן או שהוא במה"י והמחמיר להצריכה חליצה לכתחלה לחוש לדברי כלם תע"ב עכ"ל ושם בתשובה שאח"ז האריך ג"כ בנידון זה וכתב שם על דברי הרי"ט שאפשר שהרי"ט לא אמר אלא שבזה"ז אפשר שתלד למקוטעין ולא יהא נפל אבל לא אמר שבשיעור הזה יצא מכלל ספק נפל אף אם מת תוך שלשים כאלו כלו לו ט"ח שלימים כו' עכ"ל וכוונתו דלפעמים אף בזה"ז אף שנכנס לחודש ט' נפל הוי אעפ"י שלפעמים אינו נפל

ספיקא הוי ולפי מ"ש י"ל הטעם משום דבכה"ג אמרינן אשתהי ונכנס לחודש ט' אבל באמת בר תמניא היא וכמש"ל מדברי הירושלמי פרק החולץ נוצר לז' ונולד לט' הוי נפל ואין להאריך:

וע"ש בריב"ש שכתב טעם נכון להרמב"ן שסמך אלישנ' דמר זוטרא דקאמר אפי' למ"ד כו' משמע דליה לא ס"ל כו' ע"ש ולפי דברי הרמב"ן צ"ל דל"ח כלל לאשתהי דאל"כ איכא לאסתפוקי דלמא בר תמניא היא ואשתהי אבל דעת הרמב"ם דדוקא ט"ח שלימים בעינן וכך העתיק בש"ע יו"ד סימן שע"ד ולא הזכיר דעת הרמב"ן וכתב בב"י שם כיון דהרמב"ם סובר דשלימים בעינן הלכה כדברי המיקל באבל ואם כן קשה לסמוך בזה על דעת הרמב"ן בחליצה. אמנם איך שיהיה בזה לענין נולד לט' למקוטעין מ"מ הנ"ד כיון שכל הפוסקים לא הזכירו דכלו חדשיו הוי ליה הכרת העובר ואדרבה נקטו בלשונם דלא משכחת כ"א כשבעל ופירש וכ"כ בהג"מ ה"ל אבל בשם רש"י בתשובה וז"ל ולא קים לן בדבר הזה כלל אלא היכא שלא שימשה עם בעלה כל ימי עיבורה עכ"ל והביאו ב"י שם וכ"כ בהגהות סמ"ק הלכות יבום. לבד ראה זה מצאתי בב"ח אה"ע סימן קנ"ו שכתב בשם סמ"ק וז"ל וכתב עוד די"א דמשכחת לה נמי כגון שבא עליה ופירש ולא ידעה עד חדש ימים ולבסוף שני חדשים לביאה שניה הוכר עוברה הרי הדבר ידוע שמביאה הראשונה נתעברה והוכר עוברה לג' חדשים כמשפט עכ"ל. ובסמ"ק שלפנינו לא מצאתי זה ובאמת תמוה מ"ש ופירש ולא ידעה עד חדש ימים דמה נ"מ אם פירש ממנה חדש אחד או לא פירש ממנה כלל דס"ס מחמת הכרת העובר אנו דנין דיש כאן ג"ח ואפשר דס"ל דחיישינן למ"ד רובו של חדש ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם וא"כ אם לא פירש ממנה בחודש הא' י"ל שנתעברה קודם חצי חודש הראשון והשתא איכא רובו של ראשון ומ"מ עדיין אין כאן ט"ח שלימים משא"כ אם פירש ממנה חודש הראשון ועדיין צ"ע ולענ"ד צע"ג אם יש לסמוך למעשה על הכרת העובר כיון שמדברי רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים נראה דדווקא בעל ופירש בעינן:

עוד זאת אדרוש מה שבא בלשון השאלה בסתם הוכר הוולד עודנו בחיי בעלה ולא פורש ע"י מה היתה ההכרה שאם היתה הכרה ע"י שפסקה לראות אין זה מועיל כלל כמ"ש בשו"ת הרשב"א סימן תקכ"ב וז"ל ומאי דאמרינן קים ליה בגוויה היינו כשבעל ופירש אבל אם עברו עליו כמה חדשים ולא ראתה דם אינו ראיה על ההריון דאנן הוכר העובר בעינן ולא סמכינן על ראתה או לא ראתה דאפשר שהיא מעוברת ורואה ואפשר שאינה רואה ואינה מעוברת וא' שזו הוא שדנין כך אבל רבותינו המקודשים לא כך הורנו דאין הכרת העובר אלא לאחר ג"ח דבפ"ק דנדה שנינו כו' א"כ אין סילוק דמים ראיה לעוברה

ולא ראייתה ראיה שאינה מעוברת ע"כ אין ראיה לדבר אלא בשבעל ופירש כו' ע"ש ואם ההכרה שבנ"ד הוא מחמת שראו אותה בבטן מלאה ג"כ נראה דאין לסמוך על זה שנראה שהכרת העובר שאמרו היינו ע"י בדיקות דדי' כמ"ש רש"י ביבמות דף מ"ב אהא דפריך ותמתין משהו ותנש' וכי מלו שלשה חדשים ליבדקה ופירש"י וכי מלו ג' חדשים ליום מיתת בעלה שדרך העובר להיות ניכר ליבדוק בדדי' כדרך נשים וכן נראה ממאי דמשני אין בודקין את הנשואות כו' וכן ממאי דפריך ונבדקה בהלוכא כו' אלמא דמאי דאמרינן דהכרת העובר הוא אחר ג"ח לאו בראיה בעלמא הוא שרואין דמעיקרא גופא סריקא והשתא גופא מליא אלא בבדיקת דדיה הוא וכ"כ בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן צ"א וז"ל ולעמוד על דבר זה אם הוכר עוברה או לא אע"פ שאנחנו יכולין לעמוד עליו לבדוק אותה בדדיה כדרך הנשים כדאיתא בפרק החולץ דפרכינן התם וכי מלו לה ג"ח ליבדקה כו' ע"ש. אמנם צ"ע בהא דאמרינן דף ל"ז רוב היולדת לט' עוברה ניכר לשליש ימיה והאי מדלא הוכר עובר לשליש ימיה איתרע לה רובא ופירש"י דאי הוכר לא הוה מספקא לן עכ"ל ולפמ"ש אכתי תיקשי דמנין נדע שלא הוכר עוברה לשליש ימיה דילמא אם היינו בודקין אותה בדדיה או בהלוכא באמת היה עוברה ניכר ודוחק לומר דדוקא בבדקנו אותה לשליש ימיה בדדים או בהלוכא ולא ניכר א"כ יצאה זו מהרוב שהם ניכרים לשליש ימיה ע"י בדיקה דמשמע דמתני' בכל גווני מיירי וכן מבואר ממ"ש בשו"ת התשב"ץ סימן הנ"ל וז"ל אם לא בדקנו אותה ולא ידענו אם הוכר עוברה או לא אין לסמוך על רוב הנשים לט' ילדן והיינו דבפרק נושאין על האנוסה גבי מי שלא שהתה אחר בעלה כו' לא אקשינן הלך אחר רוב הנשים כו' דכיון דשני התם דהיולדת לט' עובר' ניכר כו' תו לא אקשינן הכי בשום דוכתי דהא ידעינן דאי לא נבדקה לשליש ימיה לא סמכינן אהאי רובא כו' עכ"ל. והדברים צ"ע דכי בשביל שלא נבדקה נאמר דאיתרע לה רובא אדרבה נימא דאזלינן בתר רובא ואם היינו בודקין אותה היינו מוצאין באמת שכבר היא מעוברת ואם נימא דבראיית העין דגופא מליא נמי יש להכיר אם היא מעוברת או לאו רק שאין זה רק עפ"י הרוב אבל איכא מיעוטא שאין ניכרות עי"ז רק על ידי בדיקות דדים ולענין הבחנה אין סומכין על הרוב ואף עפ"י שלבתר דמלו ג"ח אין העובר ניכר בראיית העין אכתי יש לחוש למיעוטא ולהכי פריך דליבדקה ע"י דדיה ומשני שאין בודקין הנשואות כו' הוה א"ש הא דאמרינן דזו שלא הוכר עוברה לשליש ימיה דהיינו בראיית העין איתרע רובא כיון דרוב העובר ניכר בראיית העין אבל לשון התשב"ץ שכתב דהא ידעינן דאי לא נבדקה כו' לא משמע הכי וכן מפשיטות לשון רש"י נראה דהכרת העובר ע"י בדיקה היא ולפ"ז כיון שלא נזכר בהדיא שמועיל הכרת

העובר ע"י ראיה בעלמא א"כ י"ל דלא תליא בהא מילתא כלל. ואפשר דאפי' אם למראה עיניהם ישפטו שמעוברת היא אין הכרח מזה שכבר עברו עליו ג"ח דשמא גם בירח ימים סמוך לביאתו ניכר העובר למראות עין ואפי' תימא דקודם מ"ם יום מייא בעלמ' הוא כדאמרינן ביבמות דף ס"ט ומסתמא אין העובר ניכר כלל למראות עין אכתי צ"ע בנ"ד דילמא בר חדש ומחצה או בר תרין הוא וכיון שזו ילדה קרוב לז' א"כ אין כאן ט"ח גמורים. וכבר כתבתי ששיטות הרמב"ם לכאורה עיקר בזה דצריכין לט"ח גמורים דאל"כ חיישינן דילמא האי נפל הוא ואשתהי במעי אמו ואם באנו לסמוך על עמוד נכון הרמב"ן ז"ל וכמ"ש הריב"ש הוה א"ש גם מה שחששנו לעיל דהא לפי עדותן עכ"ל שיצא מכלל הרוב ואשתהי יותר מט' חדשים משום דאדרבה אנו אומרים שהכרת העובר לא היה רק לב"ח או קצת יותר ולא אשתהי כלל יותר מט"ח. אך הריב"ש בעצמו נראה שחוכך קצת להחמיר כמבואר שם ס"ס תמ"ו וס"ס תמ"ז:

וכתב שהמחמיר תע"ב וכתב בשם מוה' חסדאי קרשקש שדעתו דבעינן שלימים ע"ש. אמנם דעת הרשב"א מבואר להקל במקוטעין ורמ"א בהג"ה הביאו ולפענ"ד צ"ע דעת הרמ"א שהרי לפ"ז אם אנו מקילין בחליצה לומר דיום א' בחודש הט' יש לנו להחמיר לענין אבילות וכן מבואר להדיא בריב"ש שם דיליף לה מדברי הרמב"ן בתה"א לענין אבילות וא"כ למה סתם הרמ"א בי"ד סימן שע"ד כדברי הש"ע שהעתיק דעת הרמב"ם דבעינן שנולד חי לט' חדשים גמורים והו"ל להגיה ע"ז כדעת הרמב"ן דאף במקוטעין מתאבלים עליו שא"ל הלכה כדברי המיקל באבל כיון שכתב להקל בזה בזה"ז לענין חליצה ולסמוך ע"ז פשיטא שיש להחמיר לענין אבילות וכמ"ש הריב"ש והרשב"א להדי' וצ"ע רב. אך דבגוף הענין אם מועיל הכרת העובר בראיית העין לסמוך ע"ז שכבר עברו ג"ח יש פנים לכאן ולכאן ופשט' דקרא דויהי כמשלש חדשים כו' דיליף מיניה לענין הכרת העובר משמע דאהכרת העין קאי. ולפי שלא מצאתי הדבר מבואר ודבר זה צריך לפנים דעתי נוטה שצריך להושיב ב"ד שנית על כך לשאול את פי הנשים בענין הכרת העובר וגם לשאלם אם יודעים בבירור שנגמרו סימנים וגם מהיכן ידעה שהוולד היה חי במעי אמו וכמ"ש הגאון אב"ד דק"ק ראווני נ' וכאשר יחקרון מילין ישלחו טופס הגב"ע ואם נחכם ליה אי"ה אולי נוכל למצוא דרך סלולה בהיתר אשה עלובה זו:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה קלה

שנית על ענין הנ"ל נצר מטע עם בינות. שרשו פתוח אל גזע התבונות. ה"ה כבוד מחותני ידיד עליון וידיד נפשי. הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים לשבח ולתהלה כש"ת מוהר"ר מנחם מענדיל נ"י לנצח:

אחד"ש הנה זה ימים כביר כי הגיעני מכתבו ק'. ומדברו נאוה. ומחמת כי לא הועמד הגוף על חזקתו בעת ההוא השבתי ימיני. ובין כך מילתא מני אזדא. אולם זה ימים אשר קול דודי דופק ראיתי ונזכרתי ונפניתי לעיין בדבריו הנעימים והנה הא דאתי מר ואייתי' בידיה הך דיבמות דמקשה ותמתין משהו כו' דמוכח מינה דאף ביולדת לז' בעינן ג' ירחים להכרה כמדומה אני כי אתי היתה ראיה זו והערני זה אא"ז מהרש"א ז"ל בנדה שהבאתי דבריו בקונטריסי הראשון דמסוגי' דהחולץ מוכח הכי דלסומכוס בכל גווני ג' ירחי בעינן וכוונתו לדברי הש"ס דיבמות שהביא מר ושלחתיה כי יש דחויה בפשיטות אחרי אשר הבאתי שם דברי הש"ס דסנהדרין דאיכא פלוגתא דאמוראי במלתא וא"כ אין ראיה מקושיית הש"ס כלל דשפיר פריך אליבא דר' כרוספדאי דאמר התם דאף יולדת לז' אין עוברה ניכר לשליש ימיה ומ"מ אפשר דאנן לא קי"ל הכי ואין לדקדק ממה דמשני רב ספרא אין בודקין כו' וכן רבב"ח אמר אשה מחפה כו' מדאיצטריכו להנהו שינויי אלמא דס"ל להלכה כר' כרוספדאי וכיון שכן יש לפסוק הלכתא כוותיה לפענ"ד גם זה אין הכרח כלל דהא אי הוי משני הכי אכתי תיקשי ותמתין ב' חדשים ומחצה ולכי מלו תלתא ירחי נבדקה דהשתא אם יהיה ניכר אין ספק דבר קמא הוא ולכך הוצרך לשנויי אין בודקין דבהכי מתרצי כולהו קושיית' ולקמן אבאר דבלא"ה א"ש קושיית הש"ס בזה אף למ"ד ביולדת לז' עוברה ניכר מקודם ומ"ש מר ראיה דהאיך משכחת פלוגתת הפוסקים אם ע"א או אשה נאמן שכלו כיון שא"א לידע רק הבעל וצ"ל דמ"ש הטור דוקא בעל ופירש היינו ילדה לט' דאז אין היכר אחר כו' אני תמה דלמה לא יועיל בילדה לט' היכר זה דהכרת העובר שהוכר סוף ג' ואחר ו' חדשים מהכרת העובר ילדה וקושייתו שהרי א"א לידע רק הבעל כבר ביארו מקצת הפוסקים דמיירי שבעל ומת מיד גם כבר כתבתי שדברי הב"ש שחושש בזה שמא בא בצנעא הם תמוהים. גם מ"ש מכ"ת על מ"ש לחלק דביולדת לט' גמורים דווקא הוי סימן מובהק כו' דז"א דאף למ"ד בש"ס יולדת לט' יולדת למקוטעין (מ"מ אם באנו להחזיק הוולד לבן קיימא) נמי מהני קים ליה שכלו חדשיו כו' נפלאתי מאד דאנא קאמינ' דאף דשפיר תוכל לילד למקוטעין מ"מ אם באנו להחזיק הוולד לבן קיימא מחמת חדשיו לא מהני אם לא כלו לגמרי והן מקוטעין ואיך כ' מכ"ת דבר זה דאף אם הולידה בט' למקוטעין מקרי להך מ"ד כלו חדשיו דאף להך מ"ד נמי אין

סימן מובהק שכלו חדשיו אם לא שנולד לט' גמורים דאז הוי סימן לדבר כיון דחשבינן יומא וירחי ואיתרמי כמ"ש שם. ומ"ש מכ"ת להוכיח דהכרה במראית עין מהני דאל"כ קשה מה מהני ג"ח נימא אישתהי וע"כ משום דקודם שליש ימים מן השני יהיה ניכר במראית העין כמ"ש התוס' כו' והנה לפי דבריו ה"ל לאוכוחי בפשיטות מדברי התוס' דכ"כ לא היה משתהה הכרת העובר כו' והתם לענין מראית העין מיירי דהא אין בודקין את הנשואות כו':

אך באמת אין מזה ראיה כלל דהא אף אם נימא דמהני הכרה למראית עין ע"כ לומר דאע"ג דאיכא מיעוט' שאין עוברה ניכר לשליש ימיה מ"מ כה"ג משתהה עד שליש ימים מן השני אף מיעוטא ליכא. וכמו כן י"ל דאע"ג דאין מועיל היכר ע"י מראית עין מ"מ כל שהוא קרוב לששה חדשים שהוא ב' שלישים ודאי שהוא ניכר לכל במראית העין ג"כ ועוד י"ל דאף להפוסקים דאמרינן אשתהי והכי קי"ל מ"מ הוא מיעוט שאינו מצוי רק דלענין למיתלי בזנות שפיר אנו תולין במיעוט וכמ"ש הריב"ש סי' תמ"ו דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפי' בבן שבעה ואשתהי דהוי מיעוטא וכו' וכן ראיה לזה מרבה תוספאה דתלי בבעל עד יב"ח אע"פ שהוא בתכלית הזרות כו' עכ"ל. וא"כ י"ל דאע"ג דרוב לט' יולדן מ"מ מיעוט שיולדת לז' הוא מצוי טפי ממיעוט דאשתהי ולכך אף אם תלד לשבעה או לששה ומחצה מ"מ אין תולין בראשון ואשתהי יותר מט' חדשים אלא תולין בשני ולז' ילדה. אך לפמ"ש בקונטרסי הראשון שי"ל דבראיות העין נמי יכולין להכיר אלא שאין זה רוב אבל איכא מיעוטא שאין ניכרת עי"ז רק בבדיקות דדים ולענין הבחנה אין סומכין על הרוב והיינו דפריך וליבדקה משא"כ הא דאמרינן וזו שלא הוכר עוברה לשליש היינו בראית עיין איתרע רובא לפ"ז א"ש בפשיטות דל"ח לאישתהי ולמיתלי בראשון אע"ג דרוב לט' ילדן מ"מ איכא נגדו תרי רובי. רוב עוברה ניכר לשליש ימיה ורוב דלא משתהי יותר מט'. ותמהני על מכ"ת אחרי שהסכימה דעתו לסברא זו דרוב עוברה ניכר לשליש ימיה במראית עין לבד למה הוצרך לתרץ קושי' דאישתהי עפ"י התוס' דכ"כ לא מישתהי כו' דהפשיטות איכא למימר כמ"ש דאיכא תרי רובי:

ובהכי א"ש נמי מה דקשה לכאורה הא דפריך ותמתין משהו כו' ופרש"י דאי לא מינכר ובתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא וזה סותר לדברי הש"ס דלעיל דאע"ג דרוב עוברה ניכר לשליש ימיה וזו לא הוכר עוברה לשליש ימיה מ"מ איכא נגדו רוב נשים לט' ילדן ולכך הוי ספיקא אך אם נימא דדוקא בהכרת העובר ע"י מראית העין לא הוי רק רובא לבד אבל ע"י הכרה בדדיה בחינה מעליותא א"ש. ולפ"ז א"ש נמי קושית הש"ס

בזה אף למ"ד יולדת לז' עוברה ניכר לב"ח ושליש דאף להך מ"ד שפיר יש להבחין ע"י בדיקה ומתחלה אבאר כוונת התוס' בדף ל"ז ד"ה רוב כו' שכתבו וא"ל כיון דהמתינה כו' דסמכינן ארובא דלט' ילדן כו'. ולכאורה קשה איך אפשר לסמוך על רוב זה כיון דלא הוכר עוברה מיירי כדאמרינן התם וזו הואיל ולא הוכר עוברה איתרע רובא וצ"ל דהתם קאי אספק בן ז' כו' שפיר קאמר הכי דהתם מיירי בכה"ג דלא הוכר עוברה משא"כ התוס' שפיר קאמרי דכיון דהמתינה שפיר שרינן להנשא דאין לחוש שמא מעוברת היא מהראשון ולא נקלט עד יום ג' דמ"מ ביום ג' אחר הנשואין יהיה עוברה ניכר כיון דרובא הכי הוא שעובר' ניכר לשליש ימיה דמה"ת לנו לחוש שתהיה מן המיעוט שלא יהיה העובר ניכר מה תאמר שמא יהי' העובר מן השני וא"כ לא יהיה הכרה מן הראשון ואז נבא לידי ספק אם מן הראשון אם מן השני כיון שהוכר עובר' סותר לרוב דלט' ילדן ז"א דגם לזה אין לחוש דאם יהיה הוולד מן הב' מסתמא יהיה באמת נולד לט"ח ומה"ת ניחוש שיהיה מן המיעוט היולדת לז' וזה שכתבו התוס' ול"ח שמא תלד משני לסוף ו"ח וב' ימים כיון דרוב לט' די"ל ילדן דלשמא יהי' הוולד מראשון ליכא חשש דאז יהיה ניכר על הרוב ומשני ליכא למיחש דמסתמא תלד לט' כרוב נשים וע"ז כתבו התוס' שז"א דא"כ לא תמתין רק חודש א' ונסמוך על הרוב אע"כ כל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים ר"ל שחששו פן לפעמים יזדמן שיהיו מן המיעוט שלא יהיה עוברה ניכר לשליש ימיה או שיהיה הוולד מן השני ותהיה מן המיעוט שיולדין ואנחנו לא נדע בתר איזה רוב נלך ונבא לידי ספק וע"ז תירצו דכ"כ לא הי' משתהי כו' וס"ל דבכה"ג אפי' מיעוט נמי ליכא שיהיו שוהין בהכרת העובר כ"כ והלכך כיון שכבר המתינה ג' שריא שא"א לבא לעולם לידי ספק משא"כ אם לא תמתין רק חדש אחד לבד. כנלע"ד ברור בפשט דברי התוס':

ולפ"ז א"ש קושית הש"ס דפריך ותמתין משהו כו' אף אם נימא דיולדת לז' עוברה ניכר לב"ח ושליש דכיון דאנו בודקין אותה תו ליכא למיחש וכמ"ש רש"י דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוי מינכר דלא מלו להו ג"ח משום ההוא משהו דהמתינה וס"ל דאם באנו לחוש שהוא בר בתרא אין לחוש שמא יהיה בר בתרא ונולד לז' ולכך הוא ניכר עכשיו לפי שכבר עברו עליה ב"ח ושליש דז"א כיון דמלו תלתא ירחי מן הראשון והוא ניכר לזמן הקבוע לו מה"ת לתלות באחרון ובר ז' דהא רוב לט' ילדן וכל שאינו רוב עוברה ניכר סותר לרוב זה ודאי תלינן בקמא ובר ט' הוא ואין כאן מקום ספק כלל שיחושו לו חכמים רק אם נאמר שמא מבתרא הוא ובר ט' ותלד למחצה חודש הט' למ"ד יולדת למקוטעים ואז יהיה ספק אם בר קמא הוא אם בר בתרא הוא ז"א דא"כ אכתי לא הוה

מינכר דלא מלו ג"ח כו' וכמ"ש רש"י ואין כוונתו שמא בר בתרא הוא ובר ז' דמה"ת למיתלי בבר ז' נגד הרוב וכמ"ש אלא ר"ל שמא בר בתרא ובר ט' וע"ז שפיר כתב דלא הוה מינכר כו' ושוב כתב רש"י ואי לא מינכר ובתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא ר"ל דהבדיקה בדדים מכריע שהוא בר בתרא וסופו להיות נולד לט' ואם יהיה נולד לז' ג"כ ע"כ לאו בר קמא היא שהרי אין ניכר ע"י בדיקה לתלתא ירחין משעת מיתת הבעל וע"כ מן המיעוט הנולדים לז' הוא אבל אם היה ניכר בשעתו אין לנו לספק שהוא בר בתרא כלל ולעולם בקמא תלינן דהא רובא לט' ילדן וכיון דליכא למימר דמבתרא ובר ט' הוא ממילא אמרינן דהוא בר קמא והוא נכון לענ"ד:

וראיתי בב"ח אה"ע סי' קס"ג שכתב על מ"ש הטור יבם היבם לסוף ב"ח פירוש דלא הגיע עדיין חודש ג' אפי' יום א' בחדש ולא היה ניכר עוברה חסר קצת וצ"ל דאילו הגיע החדש הג' אפי' יום א' בחדש כו' תלינן דבן שני הוא דכתיב ויהי כמשלש חדשים דאלמא דעובר ניכר מיד כשמגיע החדש הג' כו' ואע"ג דבעינן צ' יום היינו דלכתחלה אזלינן לחומרא אבל מדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם דהיינו בט' ויום א' וכך היו עושין מעשה כדאיתא בהחולץ עכ"ל וכ"כ בסימן קס"ד דזהו חומרא מדרבנן דלא צריך מדינא אלא ב"ח ויום א' עכ"ל:

והנה ממשמעות דבריו נראה מבואר דכ"ע מודו בהא דסגי בב"ח ויום א' רק מאן דמצריך שלש חדשים היינו לו לחומרא וקצת משמע כן מדברי הירושלמי והמדרש רבה דקאמר התם דהא דסומכס לא סוף דבר ג"ח אלא רובו של ראשון כו'. אך לפענ"ד יש לתמוה דלפ"ז מאי פריך ותמתין משהו ותנשא ולכי מלו ג' ירחי נבדקה דמאי תועלת יש בבדיקה זו דהא שפיר יש היכר גם אם הוא בר בתרא וא"ל דמאי דפריך לכי מלו תלתא ירחי נבדקה היינו שיעור ג"ח שהוא ב"ח ויום א' כדפרשינן לישנא דקרא ויהי כמשלש חדשים וע"י בדיקה אנו יכולין להכיר בזמן ההוא והא דמצרכינן ג"ח היינו בלא בדיקה ז"א דמשמע התם דתלתא ירחי ממש קאמר ועוד דא"כ מאי משני אין בודקין את הנשואות אכתי קשה ותמתין ב"ח ומשהו ונבדקה ואח"כ תנשא וע"כ דלהב"ח אין לסמוך על הבדיקה דלחומרא לא סמכינן על הבדיקה כל שהוא תוך ג"ח וע"כ דקושית הש"ס ונבדקה במלואת ג"ח ממש וא"כ אכתי תיקשי דילמא בר בתרא הוא ואין ראיה מהיכר הוולד דבב"ח ויום א' נמי שפיר יכול ל להיות ניכר. וכדי ליישב דברי הב"ח צ"ל דקושית הש"ס למ"ד יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין וא"כ אין חשש שתלד לט' מן הראשון דבכה"ג ע"כ לאו בר ט' מבתרא הוא כיון שהמתינה משהו וע"כ שאין חשש בזה רק דילמא אשתהי מלהתעבר ובר ז' לבתרא הוא וכן יש חשש דילמא תלד בששה

ומחצה וכיוצא ואז יש ג"כ ס' דלמא בר ז' לבתרא הוא וכיון דאין כאן מקום ס' רק אי בר ט' לקמא או בר ז' לבתרא ע"ז שפיר יש הבחנה ע"י בדיקה דאם יהיה ניכר אע"ג דאפשר שגם הוא מבתרא יהיה ניכר מחמת שעברו עליו ב"ח וי"א מ"מ אין כאן ספק דתלינן בקמא דרוב' לט' ילדן שהרי אין כאן ריעותא נגדו ואם לא יהיה ניכר דאז שפיר נופל הס' מחמת דרוב עוברה ניכר לשליש ימיה וסותר לרוב דלט' ילדן בכה"ג אמרינן דודאי בר בתרא הוא דכיון דבדקינן לה ולא מינכר ודאי היא דלאו מקמא הוא דבדיקה בחינה מעלייתא הוא:

אך בעיקר דברי הב"ח שכתב דמדינא סגי בב"ח ויום אחד לא משמע הכי מדברי הפוסקים אלא משמע מדבריהם דג"ח של ימים בעינן מדינא ומ"ד דס"ל רובו של ראשון כו' פליג אדסומכוס ולא קי"ל כוותיה ואע"ג דרש"י בחומש פ' וישב פירש ארי דויהי כמשלש חדשים רוב של ראשון כו' והרא"ם שם כתב דהתם לא כתיב וימלאו ימיה ללדת רק ויהי בעת לדתה והיינו שנולדו לז' ולכך קאמר רובו של ראשון אחרים השיגו עליו ועיין בנזה"ק דף () מ"ש בזה גם מ"ש הב"ח דב"ח ויום א' סגי וברא"מ שם מבואר דדוקא רובו של ראשון משום דחדשה גרם אך דבאמת דעת קצת פוסקים דשפירא גרם וכמבואר באה"ע סי' ד' ויש לפלפל בזה הרבה ולקצר אני צריך ועיין בדרישה סי' קס"ג שכתב נראה דדוקא קאמר לסוף ב"ח דאלו לסוף חדש אחד וילדה לסוף ט' הוי תלינן ודאי בראשון דאילו לשני לא הוי חי דבן ח' חדשים הוא ולא הוי אמרינן בן שני הוא ובן ז' ראוי להיות אלא דאשתהי ואי ילדה בן ח' הוי אמרינן דודאי בן שני הוא מה"ט גופא עכ"ל. ודבריו תמוהים מאוד שהוא נגד הש"ס דפריך ותמתין חודש א' ומשני דאיכא למימר דבתרא היא והיתה שוהה חדש א' מלהתעבר כו' ומבואר שם דספק גמור הוי ע"ש:

ודאתאן עלה לענין הכרת העובר דכתיבנא דאפשר שיש הכרה במראית העין אלא דלא הוי רק רובא דמינכר משא"כ ע"י בדיקה בדדים הוי הבחנה גמורה לידע אם היא מעוברת או לאו וכן העלה מכ"ת ג"כ בפוסקים לא נמצא דבר מזה ואין לנו הכרח רק מחמת דאמרינן רוב עוברה ניכר כו' והתם פריך ותמתין ולבדקה ול"א דחיישינן שיבא לידי ספק ע"י המיעוט וכמש"ל וגם דמשמע מדקאמר וזו שלא הוכר עוברה י"ל שדוחק לפרש דע"י בדיקה קאמר וכמ"ש בק"א:

אך דמ"מ יש פתחון פה לומר כמ"ש בקונטרסי דאף אי מהני הכרה למראית העין מ"מ אין הכרח שעברו עליו ג"ח דאפשר דלפעמים אף בחד ירחא או בתרי ירחא מינכר למראית עין וא"ש הא דקאמר רוב עוברה ניכר לשליש ימיה משום דעכ"פ בהגיע ג"ח ניכר הוא על הרוב למראית העין ואפ"ה פריך התם ותמתין משהו כו' ונבדקה משום דשם א"א

לסמוך על מראית העין דאף אם יהיה ניכר למראית העין לג"ח אין ראיה דלאו בר בתרא הוא דדילמ' בר בתרא הוא וניכר לב' ומחצה במראית העין ו ולכך פריך ונבדקה בדדיה כדרך נשים דע"י בדיקה זו יש להבחין שכבר היא מעוברת ג"ח דבפחות מזה אין הוולד ניכר בבדיקה זו וכן להיפוך אם עברו עלי' ג"ח בודאי ניכר היטב ומשני אין בודקין כו' ועכ"פ לענין שנדע ע"י הכרה במראית העין שכלו לו חדשיו אין זה מועיל כיון דלפעמים הוא ניכר קודם ג"ח:

ונפלאתי על מ"ש מכ"ת דעכ"פ יש הוכחה דמועיל הכרה במראית העין דאטו מי קאמינא דאין הכרה מועיל והלא הוא דבר הנראה בחוש להכיר שהוא כריסה בין שיניה רק שאעפ"כ א"א לידע הזמן המוגבל שהוא ניכר בו שלפעמים הוא ניכר קודם לג"ח ולפעמים הוא ניכר אחר הזמן הזה הכל לפי גידול הוולד וטבעו וא"כ א"א לידע על ידו אם כלו חדשיו אם לא ואם היינו מפרשים הא דקאמר בש"ס הכרת העובר דג"ח היינו בראיית העין א"כ ע"כ שגם ע"י ראיית העין זמנו מוגבל על ג"ח אבל כיון שאין זה מוכרח ואיכא למימר דענין הכרת העובר שזמנו מוגבל לג"ח היינו ע"י בדיקה כדמשמע מדברי רש"י א"כ י"ל דע"י ראיית עין אין הגבלה לדבר רק ע"י בדיקה ומ"ש הפוסקים דלא משכח' כלו חדשיו כ"א בבעל ופירש ולפמ"ש הא משכח' לה כשהוכר העובר ע"י בדיקה ואח"כ הולידה לו"ח וצ"ל כמ"ש שם כיון דחיישינן לשמא נפל הוא ולידתו קודם זמנו אף הכרתו שע"י הבדיקה גם כן אין ראיה שאפשר שבא קודם זמנו ואפשר שטעם הכרה בג"ח לפי שבג"ח אמצעיים הוולד דר במדור האמצעי וכשהוא עתיד להיות נפל אזי קובע דירתו במדור האמצעי קודם זמנו ואם כן אין מזה ראיה שכלו לו חדשיו כלל רק לענין כדי להבחין בין זרעו של ראשון כו' דבולד בן קיימא אמרינן שפיר מועלת בדיקה זו:

ומ"ש מדברי המתנות כהונה וסיים בה דעכ"פ מבואר דמועיל הכרה במראות עין ונפלאתי שהוא ראיה לסתור דאדרבה משם מבואר דלאחרים אינו ניכר בג"ח ולכך הוצרך לומר שהיתה מטפחת כו' לפי שהיא מרגשת בעצמה ע"י בדיקה או הרגשה של הגוף דהשתא גופה מליא. ובהכי א"ש מה שהקשה מכ"ת דמה מועיל ג"ח דילמא אשתהי ולפמ"ש א"ש די"ל דכיון שעברו ג"ח הרי היא יודעת בנפשה שאינה מעוברת ונאמנת לענין הבחנה ואע"ג דאמרינן אשה מחפה על עצמה היינו לאחר הנשואין שכבר נישאת לשני. אבל קודם שנשאת אם היתה מרגשת בעצמה שמעוברת היא פשיטא שהיתה מפרסמת שמעוברת היא דמה"ת תסיק אדעתה שישהה הולד יותר מט"ח ולכן תנשא לשני כי יהיה נעלם מעיני אישה שהיתה מעוברת ויסבור שהוא בנו שהרי על הרוב היא

יולדת בזמנה ואם כן ידעו הכל שהוא בן הראשון ולכן כיון שהמתינה ג"ח אמרינן דבודאי לא היתה מסתרת שהכירה עוברה שהרי היא מרגשת בעצמה אבל לאחרים אין היכר אף לאחר ג"ח לדעת המ"כ ואם כן פשיטא דאף אם למראה עינינו נשפוט שמעוברת הוא אין מזה ראיה על ג"ח שהרי לא על ראיית העין נאמר הא דכמה הכרת העובר עד ג"ח כ"א על הכרת האשה והרגשתה. אך מלשון הרמב"ם והסמ"ג שכתבו דהבחנת ג"ח כדי לידע אם מעוברת היא אם לאו כו' משמע דאיכא נמי הכרת אחרים ע"י ג"ח בראיה בעלמא וכבר כתבתי דהכי משמע מפשטא דקרא ויהי כמשלש חדשים כו' ולכן עדיין צ"ע:

ומ"ש הדרת כ"ת ליישב הקושיא מש"ס דר"ה משום דבבהמה אף רבנן מודו דאסור באכילה מדאורייתא משום סמוך מיעוטא ולא כתב ליישב דברי הש"ס דשבת דפריך מהא דאביי ורבא איקלעו כו' השתא לא אכלינן מיניה ומאי קושיא דילמא באכילה אסור משום סמוך מיעוטא לחזקה ואמנם כבר פלפלתי בזה בתשובה עם חכם אחד ושם כתבתי שלפענ"ד אין מקום לומר בזה סמוך וכו' דלא מבעי' לשיטת רש"י דלא אמרינן סמוך בכה"ג אלא אפי' לשיטת התוס' נמי א"א לומר כן והגע עצמך בהא דאמרינן דאין צריך לבדוק אחר טרפות משום דרוב בהמות כשרות ואפי' טרפות הריאה שהוא מיעוט המצוי אינו רק מדרבנן ובנאבדה קי"ל דמותר מדינ' ולמה לא נימא סמוך מיעוטא לחזקה שהרי רש"י לא ס"ל בחזקת שאינו זבוח רק בחזק' אמ"ה ואפ"ה גבי חש"ו אמרי' סמוך מיעוט' דמעשיהם מקולקלין לגביה כמבואר בחולין דף פ"ה אם כן ה"נ נימא סמוך מיעוט דטרפות לגבי החזקה ומה בין מיעוט דנפלים דסמכינן ליה אחזקת אמ"ה למיעוט דטרפות א"ו דז"א ואנן הכי קאמרינן דרוב בהמות הם ניתרים באכילה ע"י שחיטה כהוגן ויוצאין מזה מחזקת איסורן וא"כ ל"ש לסמוך מיעוט' דטרפות למיעוטא דנפלים לחזקה שהרי על אותה חזקה עצמה אנו אומרים הרוב שרוב בהמות הנולדי' הם כשרים לאכילה ע"י שחיטה וכי שייך למימר סמוך מיעוט' דווקא היכי דנפל ספק במעשה השחיטה גופא דאז אמרינן שלא יצאתה מחזקתה שהיתה אסורה כיון דאיכא מיעוטא קמן דאיכא למימר מחמת דאכתי באיסורא קיימא ולשיטת רש"י מחזקינן מאיסור לאיסור בכה"ג ובתשובה אחרת ביארתי לסברת רש"י איך שייך לסמוך מיעוטא לחזקת איסור אחר וביארתי שם על נכון. לפי שכשאתה בא לסתור החזקת איסור שהיה בו מחמת הרוב אני אומר אל תסתרנו דהא איכא מיעוטא דקאי כוותיה משא"כ אם בביאתו לעולם בא הרוב והחזקה צמודים יחד שתיכף אנו אומרים רוב הנולדים מסתלק איסורם ע"י שחיטה פשיטא דלא שייך בכה"ג לומר סמוך מיעוטא כלל. וגם כי מ"ש כ"ת לשיטת התוספ' דבנבילה הוי איסור שאינו זבוח ולכך שפיר אמרינן סמוך מיעוטא שע"י המיעוט היא

נשאר בחזקת אותו איסור גופיה משא"כ במיעוט דנפלים דבאמת נשחט כהוגן אלא שאם נפל היא אין שחיטה מטהרתו פשיטא שאין עליו איסור שאינו זבוח כיון שאין במינו שחיטה דוזבחת בקר וצאן כתיב כמ"ש רש"י בחולין ואין עליו רק איסור נבילה ובכה"ג ל"א סמוך לשיטת התוס' דאין מחזיקין מאיסור לאיסור ומכ"ש דלא סמכינן מיעוט איסור זה לחזקת איסור אחר ואדרבה לפ"ז החזקה והמיעוט מתנגדים דא"א לומר בחזקת שאינו זבוח עומדת אם לא שנלך אחר הרוב שאינו נפל והוא בר זביחה וחייל עלה הך עשה דוזבחת ואם נתפוס המיעוט שהוא נפל אין כאן חזקת שאינו זבוח כלל והדברים ברורים דבכה"ג אין לסמוך מיעוטא לחזקה ועוד הארכתי בתשובה שם והבאתי ראיה מדברי הרמב"ם פ"ב מהלכות אה"ט דלהרמב"ם הוי ספק נפל דאורייתא כשנשחט תוך ז' אף במקום דל"ש סמוך וכו' שהרי התם נשחט' כהוגן לפנינו ואין כאן חזקת טומאה ועד עתה בחזקת טהרה עומד' ולא דמי ללא בדק אם נשחט הרוב דאיכא מ"ד דמטמא במשא משום דהתם אמרינן דגם עתה לא נשחטה כהוגן ועודנה בחזקתה הראשונה והשתא מתה היא משא"כ דודאי נזבחה אלא דאיכא מיעוטא שאין הזביחה מועלת פשיטא שאין מקום לומר סמוך דהא עכ"פ חזקת טומאה אין כאן ושם ביארתי כל הצורך בלשון הרמב"ם שם והנה אף כי טרידנ' טובא כעת לקחתי מעט פנאי אמרתי ויהי מה ארוצה ואשובה לכבודו הרמה ועוד חזון למועד שמור אי"ה גם יקבל הדרת כ"ת את אשר העלתה מצודתי בעסק העגונה ואם כי הייתי מקצר ועולה בפלפוליה כי לא הועמד הגוף על חזקתו מובטחני בזה שעכ"פ הם קרובים למרכז הדין דברי הפותח בברוך וחותם באהבה רבה דבק מאח זעירא דמן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קלו

שאלה אשה א' עגונה מק"ק קופיל שהוגבה עדות שנמצא הרוג סמוך לק"ק הנ"ל עם מטלטלין ובגדיו סמוך לק"ק הנ"ל ומההרוג כבר נאכל הראש ולא נשאר רק עצם הקדקוד וגם הגוף לא נמצא רק השדרה וצלעות בני מעים תלוין רק עדים הכירו הבגדים בט"ע וקצת סימנים ותוכן הענין יתבאר מתוך התשובה והעני' באתה הלום מתנפלת להוציא לאור משפטה דמוע תדמע מאין הפוגות לחמול על טל ילדותה ואף כי כחוש חילאי ומרתתן ידאי וטובא איכא דרמיין עלאי אפס כי עז הפצרתה והפצרת הב"ד משם ולא יכולתי לאטום אוזן ולפטור עצמי מרחם על עלובה זו גלל כן הרימותי ידי לבאר בדרך קצרה מה שנלע"ד בשריותא דהך איתת':

תשובה ראשון תחלה נאמר בענין התרת האשה ע"י סימני כלים וט"ע בכלים באנו למחלוקת הפוסקים אי חיישינן לשאלה וכבר הארכתי בכמה תשובות בענין זה והעליתי שהרבה מגדולי הראשונים והאחרונים תופסים להקל בחשש זה והרשב"א כאחד מהם ועתה זיכני ה' ובא לידי חידושי הריטב"א על יבמות ובדברי קדשו כתוב וז"ל ואבא כליו בחיוורי וסומקי ולעולם לא חיישינן לשאלה וכן הלכתא דלשאלה לא חיישינן עכ"ל. הרי תנא דמסייע לגאונים המקילין בחשש שאלה ומכ"ש בזה דליכא מאן דפליג דלא חיישינן לשאלה לפי העדות שהעיד מו' ישראל שהאופינטשי שנמצא אצל ההרוג הוא השאילה לו והכירה בט"ע וסימנים ואין השואל רשאי להשאיל ובפרט בזה דודאי המשאיל הוה קפיד עלה טובא רק מחמלתו על האיש הזה שנסעו עמו בצוותא בימי שלג וקור והיה מחוסר בגדים ומחמלתו עליו שאל לו האופינטשי דלשתזיב מן צינתא והבטיחו שבחזירתו לק"ק קרעמניץ יביא האופינטשי הנ"ל עמו בחזר' (שהאיש הזה מקופיל היה מלמד בק"ק קרעמניץ ונסע לביתו על חנוכה וקרוב לביתו נסע ביחידות עם העגלן ערל ונאבד האיש וכשתפסו העגלן שחט בלילה את עצמו) פשיטא שלא היה עושה כזאת להשאילה לאיש אחר והוא דבר ידוע לכל כמבואר בגיטין דף כ"ט דאמר ר"ל כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאיל כו' א"ל ר' יוחנן זו אפי' תינוקת של בית רבן יודעין אותה ופרש"י זו אפי' כו' דאם השאילו לו לצורך אחרים השאילה לו דאין השואל רשאי להשאיל ונמצ' זה עובר על דעתו ומקניטו עכ"ל:

ובאמת שצ"ע לענ"ד דלכאורה י"ל דאע"ג דאין לו רשות להשאיל לאחרים לעשות בו המלאכה ששאלה זה דלצורך אחרים לא השאילה מ"מ היה אפשר לומר דשפיר מצי לממסר לחברי' בתורת שליחות שהוא יחזיר לבעלים ומעשה קוף בעלמא קעביד להיות מוליך החפץ וע"ז לא קפיד וא"כ טובא אשמועינן מתני' דאף בתורת שליחות לא ישלחנו ביד אחר משום שאין רצונו כו' ואגופא דלישנא דר"ל דנקט הרבות' שאין רשאי להשאיל שפיר קשיא ליה לר"י זו תינוקת כו' אבל על ר"י גופא קשיא דמשום הא לא היה צריך לפרש המשנה בענין אחר ממה דמפרש ר"ל דהא שפיר מתוקמא לענין ממונא ולא לענין גיטא ושליחות אתי לאשמועינן ולולי דברי רש"י היה אפשר לומר דבין לר"י ובין לר"ל שאלה ושליחות שוים הם דאמלאכה אין לו קפידא דמה איכפת לו מי שנהנה בעשיית המלאכה בחפץ זה אם הוא או ישאילו לאחר מרצונו אך עיקר הקפידא הוא על מסירת החפץ והוצאתו מרשות לרשות אחר לפי שאין רצונו כו' ור"י פריך לי' זו תינוקת כו' שהכל יודעין שאין רשאי למסור לאחר דסברא פשוטה היא אין רצוני ולכך הוצרך לאוקימתא דבגיטא מיירי מתני' אבל לפי משמעות לשון רש"י דמה דקאמר ר"י זו

תינוקת היינו דהסברא פשוטה שלא השאילו לצורך אחרים וא"כ למה נקט ר"ל במלתיה אין השואל רשאי להשאיל טפי ה"ל למנקט חזרת החפץ ע"י שליח וגם ר"י לא הוה נייד מפירושא דר"ל דלענין ממונא מיירי רבי ושליחות אתי לאשמועינן שאין תינוקת כו' יודעין זה וא"כ דברי רש"י צ"ע וגם רש"י בב"מ אההיא דר"ל דאין השואל כו' כתב רש"י ז"ל וז"ל בגיטין תנן השולח גט כו' ואמר ר"ל עלה כאן שנה רבי כו' דבכולהו שייך למימר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר עכ"ל ולשון זה משמע דאדרבא שליחות פשיטא טפי משאלה ולכן כתב רש"י דבכולהו שייך לומר אין רצוני ר"ל דר"ל אתי לאשמועינן דאף בדרך שאלה נמי שייך הך טעמא דקאמר רבי במתני' גבי שליחות והיינו משום דהוה ס"ד כיון שהשאילו והשכירו תו לא קפיד שיבא ליד אחר קמ"ל ר"ל דגם בשאלה ושכירות אסור וילפינן משליחות ומה שאמר כאן שנה רבי כו' ר"ל שממה ששנה ר' כאן גבי שליחות ממנו נקח ג"כ לדין שאלה ושכירו' דגם בזה י"ל הך טעמא דאין רצוני כו' ונראה דר"ל הוה קשיא ליה מתני' דגלי לן טעמא דלא ישלחנו ביד אחר משום דאין רצוני כו' ומשמע ליה דודאי לאו לענין דין חיוב ופטור מיירי אלא דאפי' אם הוא פטור משום דמסרה לבן דעת מ"מ אסור לשליח משום אין רצוני כו'. ולכאו' ל"צ האי טעמא דהא מסתברא דאסור שאם יאבד אצל זה יפטר ובאמת לא מהימן ליה בשבועה ואף דבשביל זה ס"ל שאין לחייבו ממון מ"מ עכ"פ אסור לעשות כן שיש בזה העברת דעת בעלים דשמא זה לא מהימן ליה בשבועה אך אי הוה תלינן טעמא משום דלכתחלה אסור משום דאת מהימן כו' י"ל דדוקא בש"ח דפטור מגניבה ואבידה דשכיח דמתרמי וא"כ אסרינן לכתחלה דלמא יפטר זה בשבועת גניבה ואבידה ולא מהימן לי' משא"כ בשאלה ושכירות כיון דבגניבה ואבידה חייב ואונסין לא שכיח א"כ אין לנו לאסור לכתחלה משום חששא דלא שכיח שזה יפטר עצמו בשבועה בטענת אונס וא"כ י"ל דבשאלה ושכירות שפיר שרי להשאיל ולהשכיר לאחר לכתחלה ואם יופסד באמת ישלם ולכן נקט רבי טעמא דאין רצוני כו' ולא מהני ליה תשלומין דכ"א רוצה בקב שלו ואסור גם בשאלה ושכירות והיינו דאמר ר"ל כאן שנה רבי כו' ר"ל מה שהוסיף בטעמא דאין רצוני כו' הוא לאשמועינן שיש איסור גם בשאלה ושכירות ולא בשליחות דוקא וזה כוונת רש"י בב"מ שכתב דבכולה שייך למימר אין רצוני כו' ור"ל דאע"ג דלפי טעמא דאת מהימן לי כו' היה מקום לחלק לענין לכתחלה בין שליחות לשאלה ושכירות מ"מ לטעמא דנקט תנא לאסור לכתחלה משום אין רצוני שפיר שייך אף בשאלה ושכירות:

והשתא א"ש מ"ש רש"י בגיטין זו אפי' תינוקות כו' דלא לצורך אחרים השאילו לו ור"ל דמ"מ מה דחדית לן רבי בטעמ' דאין רצוני הוא אך למותר דאע"ג שאין שייכות בזה

לאסור לכתחלה משום את מהימן כו' מ"מ יש סברא לאסור משום שלא השאילה לצורך אחרים ותינוקת של בית רבן יודעין אלא זימנין דאפי' גיטא כו' ומש"ה קתני לפי שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר דהיינו אשתו דשמא לא ימסור שליח השני דברים כהווייתן כמ"ש רש"י שם וא"ל דאכתי מצינן למימר לדמתני' לענין ממון מתניא ואשמועינן בהך טעמא דאין רצונו כו' דאפי' שואל אסור לשלחה ביד שליח דבזה ליתא להנך תרתי טעמי דמטעם דאת מהימנת לא שייך כיון דשאול הוא ואפי' אם תאנס יתחייב לשלם ומתה מחמת מלאכה לא שכיח והך סברא שלא לצורך אחרים השאילה נמי לא שייך בזה שאינה משאילה רק שהוא משלחה בחזרה ליד הבעלים על ידי אחר ולזה הוצרכנו לטעמא דאין רצוני כו'. אך גם זה אינו דבכהאי גוונא ודאי מסתבר דאסור לעשות שהרי זה יהיה שומר חנם וגרועי גרעי לשמירתו ואע"ג דהוא יתחייב לשלם מ"מ שמא הבעלים רצונם בגוף החפץ ולא מסרוה רק ע"ד שישמור שמירה מעולה כשואל ומה בכך שמוסרה לבן דעת מ"מ אסור לכתחלה לגרוע שמירתו וזה היה סברא פשוטה להש"ס טפי ולכך נקט ר"ל אין השואל רשאי להשאיל דאין כאן גריעות שמירה ואמר ליה ר"י דזו תינוקות כו' דגם זה אין רבותא שהרי לא השאילה לצורך אחרים כן נראה ליישב דברי רש"י ז"ל קצת ומ"ש הערני בני החריף ושנון האברך מוה' חיים ליבוש שי':

והנה הארכתי בזה משום דלכאורה בנ"ד שאנו תולין ההיתר דלא ניחוש לשאלה משום דהאופינטשי היתה שאולה בידו ואין השואל רשאי להשאיל ואכתי למיחש מיבעי שמא זה השואל אתרמי ליה שלא היה דעתו לחזור לק"ק קרעמניץ ובכדי לעמוד באמונתו להחזיר האופינטשי ליד המשאיל שלחה ע"י אחר ואותו אחר הוא שנהרג שלפי משמעות לשון רש"י הנ"ל משמע לכאורה דדוקא להשאיל אינו רשאי לפי שלא לצורך אחרים השאילו לו משא"כ בדרך שליחות שפיר מצי למסור ליד אחר אך לפי מ"ש ז"א דהא ממתני' מוכח דאפי' בדרך שליחות אסור לשלוח ביד אחר וא"ל דבמתני' כיון שגם זה השליח הראשון אינו שואל בזה אסור משום שאין רצונו כו' לפי דלא מהימן ליה בשבועה גם ז"א ע"פ מ"ש לפרש בסוגיא מוכחא מלתא דלפום הך טעמא דאין רצוני כו' אף בכה"ג אסור אפי' בדרך שליחות ומלתא דפשיטא הוא דאסור לגרוע שמירתו ולכך לא מוקמי לי' ר"י ור"ל למתני' דאתי לאשמועינן בטעמא דאין רצוני דאפי' בכה"ג אסור דגם הא מילי דסברא נינהו וא"כ בנ"ד אין לנו לחוש לשאלה ולא לשליחות דלא חיישינן דעבד איסורא:

והנה דבר זה שאמרנו דבדבר השאול בידו לא חיישינן לשאלה משום דאין השואל רשאי להשאיל נפתח ברבוות' וכבר האריך בהיתר זה בשו"ת צ"צ סי' ק"ו וכתב שיש להתיר

ע"פ עדות העד שהעיד שמשרת של הפרוץ שמצא ההרוג הביא לו הסידורל שמצא אצלו והסידוריל היה שלו שהשאיל לבעל האשה מטעם דלא חיישינן לשאלה כיון דאין השואל רשאי להשאיל כו' והביאו הב"ש בקצרה ס"ס ק"ע וע"ש שכתב דליכא למימר לאו כ"ע דינא גמירי ולא ידעו הא דאין השואל רשאי להשאיל דז"א דהא א"ל ר"י זו אפי' תינוקת כו' משמע בהדיא דכ"ע גמירי דין זה ע"ש והנה לא העיר במה שכתבנו דלפי דבריו שם שכתב בטעמא דתינוקת יודעין לפי שלא השאילה לצורך אחרים היה מקום לחוש שמסר לאחר הסידוריל להחזירו לבעליו ולא בדרך שאלה אך לפי מ"ש נראין הדברים דגם להא ליכא למיחש כלל ומכ"ש בנ"ד כפי מה שהגיד לפני העד מו' ישראל שהשאילה לו ע"ד שאחר חנוכה שיחזיר לק"ק קרעמניץ יביאנה אתו עמו ועשה כן לפי שהיה כמעט ערום רק בלייבל קצר ויהיה לו האופינטשי להתעטף בדרך חזרתו וא"כ מעולם לא עלה על דעתו שיתרצה המשאיל שישלחנה ביד אחר ודייניין שמסתמא לא עבר על דעתו לשלחה ביד אחר ובפרט באיש הזה שהיה מלמד תינוקת בק"ק קרעמניץ ומחמת שהוא איזה פרסאות והמה יומי דמפגרי ביה נתרצו לו הבעה"ב שיסע אל ביתו על חנוכה ובודאי שהיה מוכן לשוב על אתר אחר חנוכה בכדי שלא יהיה התינוקת בטלים ואנו צריכים לתלות בסיב' רחוקה שנזדמנו שהוצרך לילך למרחוק והאופינטשי שלח בחזרה ע"י אחר כולי האי לא חיישינן:

ואמנם עדיין אנו צריכין לברר מזה שיש לפקפק בעדות זה שזה מעיד שהשאיל לו האופינטשי והרי הוא נוגע בדבר ונוגע פסול לעדות ואע"ג דהצ"צ בסי' הנ"ל מתיר מהאי טעמא שהעד אמר שהשאיל לו הסידוריל שם בעובד' דידיה כבר היה הסידוריל בידו שמסר לו המשרת של הפרוץ ואי בעי שתיק ולא אמר מידי מן הסידורל רק שהוא מגיד זאת בשביל התרת האשה שהוא היה המשאיל הסידורל לבעל האשה ועתה נמצא אצל ההרוג הזה וסימנ' מלת' שזה ההרוג הוא בעל האשה וכל כה"ג שיש לו מגו לאו נוגע בעדות הוא וכדאיתא בקידושין דף מ"ג דפריך הני נוגעין בעדותן הם ואמרינן דלאו נוגעין נינהו מגו דיכלו למימר אהדרינהו ללוה כו' משא"כ בנ"ד דהאפינטשי הוא ביד אנשי העיר שמצאו אותה אצל ההרוג כשאומר שהוא השאילה ה"ל נוגע ואע"פ שאמר בסוף שהוא נותנה במתנה לכבוד המת מ"מ יש לחוש שמא בתחלת עדותו היה בדעתו שתוחזר לו ע"י אמירתו ולכן אף שגם אח"כ כשאמר שנותן במתנה עודנו מחזיק בדבורו שאמר תחלה עביד אינש לאחזוקי דבוריה ואין סילוק בנגיעה מועיל אא"כ סילק עצמו קודם שהעיד ועיין בח"מ סי' ל"ג בש"ך ס"ק בשם בעה"ע בקרוב ונתרחק דאמרינן דעביד לאחזוקי דבוריה:

אך נראה לענ"ד דבנ"ד אין לחוש לזה מכמה טעמים ומתחלה אבאר דבעיקר חששא דנוגע פסול י"ל דבעדות אשה כיון דאקילו בה רבנן שאפי' היא עצמה מהימנא וכן קרובים נאמנים גם בנוגע יש להכשיר וכבר עמד בזה מופת דורינו הגאון ז"ל בשו"ת נ"ב סי' כ"ז והאריך בזה ומ"ש שם להקשות מגר שאמר נתגיירתי כו' כבר כתבתי בתשו' לדחוק דהתם אם אין מאמינים לו שנתגייר ממילא שעדיין הוא עכו"ם ולא מהני ביה מלתא דעל"ג שהרי אפי' בעדות אשה לא הכשירו כ"א מסל"ת דוקא אע"ג דהוה מלתא דעל"ג. ולכאורה נראה להביא ראיה דנוגע כשר לעדות אשה מדאמרינן ביבמות דף צ"ד ודף קי"ח אין האיש נאמן לומר מת אחי שאייבם את אשתו והרמב"ם הל' יבום כתב טעמא שמא עיניו נתן בה. ולכאורה ל"ל הך טעמא דת"ל דלא מהימן דכיון שהוא אומר שהוא היבם וכשמייבם יהיה נכנס לנחלת אחיו עי"ז ולא מהימן משום נוגע וכה"ג מייתי בנ"ב ראיה ממ"ש הב"ש בשם הש"ג דבן בעלה נאמן ע"ש. ומצאתי בשו"ת ח"צ סי' צ"ד שכתב להוכיח מזה דלא אמרינן נוגע מחמת ירושה דהא משמע דוקא ליבם אינו נאמן הא אם היא אחותה נאמן ולא אמרינן דנוגע מחמת ירושה ע"ש:

אך באמת י"ל דאי מהאי טעמא הוה אתינן לה דלכך לא מהימן מת אחי לפי שנוגע מחמת ירושה אכתי הוה מצי לאשכוחי דמהימן היכא שידוע שלא נשאר ממנו כל מאומה ואין כאן צד נגיעה כלל ומדקאמר סתמא משמע דבכל גוני לא מהימן ולכך הוצרך הרמב"ם לומר הטעם משום שמא עיניו נתן בה ובהכי נמי מדחייא ראיית הנ"ב מההיא דבן בעלה דהתם לא בא אלא לומר דאע"ג דבנשים בכה"ג לא מהימנא מ"מ בזכרים כה"ג מהימן ובאמת היכא דליכא חששא דנוגע משום ירושה וא"ל דאדרבה נידוק לאיסור' בנוגע דהא חזינן דחמש נשים אין מעידים משום דרוצים לקלקלה וכן היבם אינו מעיד משום שמא עיניו נתן בה אלמא היכא דאיכא צד נגיעה פסול להעיד ז"א דהך נשים דה' דחיישינן לקלקולה משום קנאה בירך חברתה וסניא לה משום דאכלה לגרסנא שפיר חשדנה לה וכדאמרינן בעלמא מאה מיתות ולא קנאה אחת וכן בעניו נשיא כתבו התוס' והרא"ש ביבמות דף צ"ד דגדולה שנאת השונאים מאהבת האוהבים וה"נ לענין חששא דנגיעה טפי יש לחוש לחשש שנאה מלחוש לחשש נגיעה של הנאת ממון:

ועוד נראה דודאי אם היה צריך ליתן מקום לדבריו שע"י שאומר שהאופינטשי שלו שהשאיל לזה היה נאמן שתוחזר לו ודאי איכא חשדא דנגיעת ממון אבל כיון דבאמת לענין שיחזירו לו האופינטשי אין בדבריו כלום שאינו נאמן להוציא מיד האשה והיתומים ואפי' בסימנים כמבואר בח"מ סי' רצ"ז דבעינן שלא יהיה אמוד ועוד כמה תנאים ואף שיהיו כל התנאים סיים שם שבזה"ז אין מוציאין באומדן דעת של הדיין וא"כ

בזה י"ל דאסוחי מסח דעתיה מיניה ולא עלה על דעתו שיוציא האופינטשי ע"פ דבורו שאומר כי שאול נשאל מעמו ואין ספק שלא עלה על לבו לשם דבר אחר רק לתועלת התרת האשה וסופו מוכיח על תחלתו שנתן האופינטשי במתנה לכבוד המת:

אמנם בשו"ת נ"ב שם העיר ממ"ש הש"ך בח"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ח דגבי נוגע אע"ג דפלגינן דבוריה שלא להאמינו מה שאומר לטובת עצמו מ"מ חיישינן שמא משקר ואומר כן בשביל טובת עצמו ע"ש. והנה הש"ך שם הסכים למ"ש המרדכי לפרש הא דבר בינתוס דזה העיד לדידי אוזיף בריבותא ומפרש המרדכי דלא שקל מידי וע"ש שהשיג על הריב"ש שחולק על המרדכי בזה ואני הצעיר בתשובה א' בענין עגונה מלקאטש שם באתי במשפט על ענין זה וברתי הדברים כשמלה והראיתי לדעת הריב"ש דודאי היכא שיש לחוש שהדעת טועה דמגו דזכי לחבריה בעדות זה זכי נמי לנפשיה נוגע הוי וכההיא דתנו מנה לעניי עירי דיש לחוש דסובר דמטי ליה הנאה ממילא ע"י זכי' בני עירו משא"כ בהא דלדידי אוזיף בריבתא אין ס' בדבר שלא עלה על דעתו שבשביל זה יתחייב זה להחזיר לו הריבית שנתן וגלוי הוא לכל שאינו מעיד לעצמו שאם ירצה לתבוע אותו בטענתה זו שלקח ממנו ריבית יהיה פטור בשבועה ודבורא ממילא מפליג שאין דבריו רק להעיד על פסלותו של זה ובאריס שאני שעדותו והנאתו מקושרים יחד ולא מינתחי מהדדי וישבתי גם שאר ראיותיו וקצרתי פה שבנ"ד נר' בעליל שזה המעיד לא עלה על לבו להוצי' האופינטשי ותחלת ביאתו לב"ד עיקרו בשביל התרת האשה היה וגם אמר סימנים מבחוץ טרם ראה אותה ואפשר שהם סימנים מובהקים ואפי' תימא דהוו סימנים אמצעים מ"מ י"ל דשני סימנים אמצעים מהני וגם לפי מה שאמר ה"ה מו' ישראל בפני ראיתי מתוך הדברים שלא חשב שתוחזר לו לפי שהי' צריכה להקבר עם המת ובפרט שהיתה מלוכלכת בדם ודינא הוא שכל הרוג קוברין אותו בבגדיו שמא נבלע בהם מדם הנפש ומכ"ש היכא שהבגד מלוכלך בדם וכמבואר ביו"ד סימן שס"ד ועיין בא"ח סי' שי"א במה שהקשו האחרונים דגבי דהע"ה למה הוצרכו לככר או תינוק דה"ל לטלטלו אגב בגדיו ובתוס' שבת תירץ בשם גדול א' דכיון דדוד מת ע"י דאפחית דרגא מתותי' היה צריך ליקבר בבגדיו כדאיתא בסי' שס"ד בשם מהרי"ל ע"ש וא"כ פשיטא דבנ"ד שידוע לזה שזה נפל שדוד ונהרג שלא עלה על דעתו שיתבע את האופינטשי ע"י שיאמר שנתן בתורת שאלה ואם אמנם באמת יש להסתפק בהך דינא דהרוג קוברין אותו בבגדיו אם היה לבוש בבגדים שאולים מה דינו ולכאורה נראה דאין לאסור דבר שאינו שלו וכדאמרינן ביבמות דף ס"ו בההיא אצטלא דפרסה אמיתנא דקניא מיתנא משום דהוא שלו ואע"ג דהאשה נוטלתן מ"מ ה"ל מחוסר גוביינא והקדש מפקיע מידי שעבוד הא

לא"ה אין נאסר ועיין בסנהדרין דף)(אך י"ל דלפי הטעם שכתבו בהרוג דנקברין בבגדיו משום שמא נבלע בו דם הנפש מסתברא דאף אם הבגדים שאולים יש לקברו בהם וצ"ע אם צריך לפרוע להמשאיל מנכסי המת שאף שצריך קבורה מ"מ מצי היורשים למימר הרי שלך לפניך ועלי' דידי' רמי לקובר' ויש לצדד בזה וקצרתי שבנ"ד אין לדיין אלא מה שעיניו רואים ובאבנת' דלבא תליא שלא בא זה כ"א ע"ד להועיל להתרת האשה וגם באשה גופא אמרינן דוקא באמרה תנו לי כתובתי אבל באמרה התירוני לינשא ותנו לי כתובתי מתירין אותה ונותנים כתובתה מפני שעיקר דבריה ע"ד נשואין היא באה ואפי' באמרה תני לי כתובתי והתירוני מיבעי' ליה ולהרמב"ם אף בזה תנשא וא"כ אע"פ שי"ל שבע"א שיש לו צד נגיעה לעצמו י"ל שעיקרו אדעתיה דנפשיה קאתי מ"מ בזה שנראין הדברים שע"ד להתיר האשה בא אין לחוש ומכ"ש בזה שמה שאמר שנותן במתנה האופינטשי לכבוד המת בדבור אחד נאמר עם העדות שהעיד מתחלה על הכרתה אין לנו לומר שמתחלה אמר משום שרצה להוציא לעצמו ובאותו דבור עצמו נמלך ונסתלק ממנה ואעפ"כ גם אח"כ מחזיק בדבורו הראשון כולי האי לית לן למיחש ובפרט שאמר בה סימנים קודם שראה אותה כמש"ל מסתמא קושטא קאמר:

וגם נראה דאפי' דנוגע פסול לעדות האשה מ"מ נראה כיון שאחר שנסתלק הוא מחזיק בדבריו אין לחוש ולומר שמשום כסופא עביד לאחזוקי דבורא דאף לפי מ"ש הש"מ בסי' ל"ג בדעת בעה"ע דאין חילוק בין נפסק הדין או לא ובכל גוונא אמרינן כשהיה קרוב בשעת העדות והעיד ופסלוהו לעדות ונתרחק אין מועיל עדותו שני' נראה שלא נאמרו הדברים אלא בד"מ שבין אדם לחבירו שבעלי הריב תובעים ממנו שיעיד להם מה שיודע ועביד לאחזוקי דבוריה משא"כ בזה שהוא מרצונו אומר הענין כמות שהוא בלי הכרח כלל גם אחר שנסתלק וגם כי לפי דבריו גם מתחלה לא היה דעתו ליתן עיניו בזה להוציא האופינטשי משא"כ שם שבשעת עדות הראשון ודאי שהיה נוגע ועוד שהרי דעת הר"ן ורבינו ירוחם מבואר להדיא דאף בנוטל שכר להעיד והעיד ונפסל עדותו כשהחזיר השכר וחזר והעיד כשר ועיין בשו"ת מ"ב סי' צ"ח שהביא דבריהם והכי קי"ל בעדות שהעידו שלא בפניו שחוזרין ומגידין בפניו כמבואר בח"מ סי' כ"ח בשם ר' מנחם הארוך וכן מבואר מדברי בעה"ע שהביא הב"י שם וכבר עמדתי ע"ז בק"א לשו"ת ב"ח החדשות שלכאורה דברי בעה"ע סותרין זא"ז ממ"ש לענין שלא בפניו דחוזרין ומקבלין וגבי קרוב ונתרחק כתב דאין מקבלין וכתבתי שם דצ"ע דהתם טעמא משום דנפסק הדין ע"ש שהארכתי בזה ואח"כ נדפס ס' קצה"ח וכ' ג"כ כמ"ש וכן בשו"ת נ"ב צידד לומר דגם הש"ך מודה דבעינן נפסק הדין וכתב שכן משמע מהש"ך ול' בעה"ע ע"ש ובספר בית

מאיר כתב דלענין עדות אשה כיון דהוא מלתא דעל"ג לא משקרי עדיף טפי הך סברא ממה שנאמר דעביד לאחזוקי דבורא דודאי חש אדם יותר שלא יהא נתפס בשקרו ממה שחושש על חזרת דבריו שבקל יוכל לדחות ולומר אין רצוני להעיד כמה פעמים והביא ראיה לזה מדברי התוס' ביבמות דף קי"ז שהקשו דנתיר לחמותה כשנשאת הכלה כו' ואם נאמר דעביד לאחזוקי דבוריה לק"מ דדלמא עתה נתוודע לה שבעלה מת ולכך נשאת ומה שאומרת גם עתה שחמיה מת משום דמחזקת דבריה אלא ע"כ דבמלתא דעל"ג לא אמרינן הכי ושפיר הקשו התוס' עכ"ד ולכאורה היה מקום לומר דבאמת דעת בעה"ע בזה לתרץ קושיית התוס' דמה"ט אין מתירין חמותה לאחר שנשאת הכלה משום דאמרינן דלמא מחזקת דבורה ובהכי מתרצא נמי קושיא אחריתי שהקשו התוס' ביבמות דף קי"ט ע"ב ד"ה מ"ט דר"א תימא לר"י אמאי לא פליג ר"א כו' ואי ר"א איירי לבתר דאינסבא צרה מ"מ ליפלוג גבי ההיא דמת בעלי ואח"כ מת חמי תנשא וחמותה אסורה ור"א לא אסר כיון שנשאת הכלה כו' ולפי שיטת בעה"ע א"ש דהכא שפיר ס"ל לר"א דהיכא דאינסבה צרה גם חברתה שריא דהא לא מקלקלה נפשה משא"כ גבי ההיא דמת בעלי וחמי אע"ג דאינסבא מ"מ חמותה אסורה דאיהי לא מקלקלה נפשה כלל דשמא בשעה שהעידה לא בעלה ולא חמיה מת ולכן רצתה לקלקלה ואע"ג דחזינן השתא שנישאת היינו לפי שנודע לה שמת בעלה או שלח לה גט ואינה מקלקלת עצמה כלל ומ"מ עדיין עומדת בדבורה לגבי חמותה לומר שמת חמוה ג"כ משום דעבידא לאחזוקי דבור' ולק"מ קושית התוספות והתוס' לשיטתם שתירצו שם בדף קי"ז דיש לחוש שתנשא חמותה קודם הכלה הקשו כאן שפיר דהא אם נימא דר"א מתיר משום דאינסבה צרה ולא מקלקלא נפשה ע"כ דלית ליה הך חששא דאם כן גם בצרה נמי ניחוש לה שמא תנשא היא קודם דמינסבא חברתה שאמרה שמת בעלה אלא ודאי דלא חיישינן לזה לר"א וא"כ גבי כלה כיון שנשאת ולא תחזור להיות כלתה תהיה חמותה מותרת ולא ניחוש שתנשא חמותה קודם לה משא"כ לפי מ"ש אליבא דבעה"ע לא תליא הא בהא דהכא ממילא היא מותרת כיון דאינסבא צרה ע"כ שהבעל מת משא"כ שם אפשר שהיא מותרת וחמותה בעלה חי ואסורה ואע"ג דהשתא אינה עתידה להיות כלתה לעולם מחזקת דבורה ואפי' ר"א מודה התם דחמותה אסורה:

אך בעיקר הדבר שכתב הבית מאיר להוכיח מהתוספות נראה שי"א דהתוספות שפיר קשיא להו דלמה לא נתיר חמותה כשנשאת הכלה דא"ל משום דלמא עתה נתוודע לה שמת בעלה ומחזקת דבורה גם על חמיה זה אינו דמעיקרא בשעה שאמרה מת חמיה וחשדינן לה שאומרת לקלקלה מה קסברה שהרי נפשה יודעת שלא נתיר על פי דבורה

רק עד שתעשה היא מעשה ותנשא ואם כי ממה נפשך אם לא יתוודע לה שמת בעלה גם היא לא תנשא וגם חמותה לא תנשא ולא תתקלקל כלל ואם היא יושבת ומצפה שימות הבעל או יגרשנה ותנש' א"כ למה לה לקלקל לחמותה בחנם שהרי לא תחזור להיות חמותה עוד וא"כ לא שייך בזה הך דהחזקת דבור כלל ועיין בירושלמי גבי הא דצרתה אסורה אמור מעתה שאף על עצמה לא תהיה נאמנת מתוך שהיא יודעת שלא עשו דבריה אצל חברתה כלום אף היא אומרת אמת מעתה אפי' על צרתה תהא נאמנת אמר ר' הילא חוזר לקלקול ראשון חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל צרתה עכ"ל והביאו ה"ה הרי מבואר דכל שיודעת שלא עשו דבריה כלום אומרת אמת אלא שלא רצו להתיר צרה שלא לחזור לקלקול וא"כ גם כאן אם לא נתיר חמותה עד שתנשא היא אין כאן חשש שמא אומרת מתחלה לשם קלקול כלל אם לא שנאמר שמא תטעה לומר שחמותה תהיה מותרת ע"י עדותה בסתם ולכך שיקרה בחחלה ועכשיו מחזקת דיבורה ודבר זה יש להעמיס בכוונת התוספות במ"ש דמ"מ יש לחוש שתנשא חמותה קודם הכלה והיא מתכוונת לכך כו' והדברים כפשוטן הם דחוקים קצת ולפי מ"ש י"ל שר"ל שיש לחוש שתטעה לומר שחמותה תהיה מותרת קודם שתנשא היא וע"ז היא מתכוונ' בכדי לאסרה ולכך לא רצו להתיר אף שעתה נשאת משום שמחזק' דבורה וכמ"ש. אך הלשון שכתבו בתחלה דמ"מ יש לחוש כו' דחוק קצת וגם מדברי התוספות שהבאתי לעיל גבי הא דר"א מוכח שהדברים כפשטן דאל"כ לא הוו מקשי התוספות מידי דלפלוג ר"א כו' וכמש"ל:

וראיתי לאא"ז מהרש"א שם בדף קי"ט ע"ב בתוס' ד"ה מ"ט דר"א על מ"ש התוספות מ"מ לפלוג בההיא דמת בעלי ואח"כ חמי דאמאי לא קשיא להו דלפלוג ברישא דמתניתין דקתני מת בעלי תנשא ותטול כתובה וצרתה אסורה דהך לא מתרצ' בתירוץ ר"י דהא הך אינה מתכוונת להעיד על חברתה אלא על עצמה כו' ע"ש וכוונת דבריו דנהי דר"א מיירי דאינסבא לצרה ולא קשיא מהא מתני' דה' נשים אין מעידים וקחשיב צרתה דהתם בלא אינסב' צרה מ"מ בהך מתני' דקתני תנשא וצרתה אסורה משמע דאסורה אף לבתר נשואיה של זו דלא מתרצ' בתירוץ ר"י דדוקא מת בעלי ואח"כ חמי שפיר מחלק דלכך לא פליג ר"א משום דהתם מתכוונ' היא להעיד לחבירתה ולכך לא מהני אע"ג דאינסב' משא"כ בהא דתנשא וצרתה אסורה שבאה להעיד על עצמה הו"ל לר"א לאיפלוגי בהא ולמימר דכיון דנשאת שריא צרתה כן צ"ל בכוונת דבריו והוא תמוה דהא באמת הש"ס מייתי הברייתא דפליג ר"א בהא וקאמר כיון שהותרה לינשא הותרה צרתה ולהך צד איבעי' דדוקא אינסב' צרתה בעינן מפרש הש"ס הואיל והותרה ונשאת וצ"ל דכוונתו

דלמאי דס"ד דלא ידע הך ברייתא הו"ל למפשט ממתני' איפכא מדלא פליג ר"א בהא וכן צ"ל בקושית התוס' בתחלת דבריהם שהקשו דלפלוג בהא דה' נשים כו' דאס"ד דלא ידע הברייתא פריך וגם בירושלמי פשיט לה מהא דלא פליג ר"א במתני' ונראה דלא שמיע ליה ברייתא דמייתי בש"ס דידן וגם בתירוץ אא"ז מהרש"א שכתב דרישא י"ל באינסב' לישראל וי"ל בגיט' אתאי צ"ע כיון דאליבא דתנא דמתני' דינ' הכי שצרתה אסורה אף באינסב' לכהן ע"כ דלכך נקט סתמא למימר' דבכל גווני אף בנשאת לכהן דינ' הכי ועלה ה"ל לר"א לפלוגי ולומר דבנשאת לכהן צרתה מותרת וכמו דבאמת קאמר בברייתא דמותרת ושם באמת מוקמינן דדווקא בנשאת לכהן מתיר ר"א אבל ת"ק בין דמתני' בין דברייתא ודאי בכל גווני מיירי וא"כ בס"ד ה"ל לדיוקי מדלא פליג ר"א למימר דבנשאת לכהן אין הדין כן וגם מ"ש דבמת בעלי ואח"כ חמי ל"ל משום דבגיט' אתאי הוא כו' ע"ש לכאורה מ"ש התם דבגיט' אתאי הוא מיותר דהתם אף אם ל"ל בגיט' אתאי כגון שנשאת לכהן מ"מ ל"ל דטעמא משום דלא מקלקל' נפשה דהא י"ל דקושט' קאמרה מת בעלי או נודע לה אח"כ שכן האמת ומה שאמרה מת חמי הוא שקר לקלקל לחמותה וע"כ מ"ש התוס' דלר"א אין לאסור כשתנשא הכלה היינו משום דלא תחזור להיות כלתה וכמ"ש מהרש"א דדווקא בצרה משום צערה דגופ' חיישינן אף היכא שאין עתידה לחזור להיות צרתה כגון דאתאי בגיט' משא"כ בכלה וחמותה לא מקלקל' רק כשעתידה להיות כלתה וכ"כ בק"א למהרח"ש ובמשנה למלך פי"ג מה"ג ועיין ברש"י באיבעי' דחמותה לאחר מכאן אלא שעדיין צ"ע דכיון דע"כ מהאי טעמא אתינן עלה לפי שאין עתידה להיות כלתה עוד א"כ לרבנן נמי תשתרי ומהרש"א ז"ל קיצר בדבר וכבר כתבתי לעיל דבאמת התוס' לעיל כתבו ליישב זה משום דחיישינן שמא תנשא החמותה קודם שתנשא הכלה ומ"מ לר"א ליכא למימר הכי דהא גבי צרה מתיר משום דלא מקלקל' נפשה ולא חייש שמא תנשא קודם הצרה וה"נ גבי חמותה לא ה"ל למיחש אלא דלפ"ז יש לתמוה דהא אמרינן ר"א לדבריהם כו' אודו לי מיהת דהיכא דאינסיב מנסבינן לה ורבנן תמות נפשה עם פלשתים קעבדה וצ"ל דמשום שנאה ישינה היא מקלקלה נפשה כדי לקלקל לחברתה ול"ל כולי האי לימא דטעמא דחיישינן שמא תנשא קודם שתנשא הצרה וכמו דחיישינן בהא דחמותה לאסרה אף אחר שתנשא הכלה משום שמא תנשא קודם כמ"ש התוס' וצ"ל דע"כ לא אמרינן דחיישי' שמא תנשא קודם אלא היכא שההיתר הוא מחמת שאין עתידה להיות כלתה אז חיישינן דלמא זו תנשא קודם ולא יתברר לנו עדותה כלל דדלמא לקלקל לחמותה אמרה הכי ולכך אסרו אף לכשתנשא הכלה דהא אף לכשתנשא אין הכרח דקושט' אמרה דאימור באמת מת בעלה או בגיט' אתאי ומקלקלת לחמותה

משום שנאה ישינה ולכן אף דבכה"ג הוי שרינן לה גזרינן דלמא תנשא קודם משא"כ היכא שההיתר תלוי משום דלא מקלקל' נפשה כגון ההיא דנתיבמו דאי שקרא קאמרה קמקלקלה נפשה בנשואי' ליבם מחמת זה שפיר מתירין אותה ולא חיישינן דלמא תנשא קודם ולא מיבעי בההיא דנתיבמו כיון דבליכא בנים ואיכא יבמים מיירי א"כ ע"כ אין מקום לומר שתנשא קודם שהרי אין מקום להתירם רק ליבמים ולהם הם מותרים אלא אפי' גבי אשה וצרתה אם נשאת היא יש להתיר לצרתה משום דלא מקלקלה נפשה ולא חיישינן שמא תנשא צרתה קודם כיון דהשתא דנשאת ודאי אתברר לן דקושטא אמרה דמת בעלה וממילא דגם צרת' מותר' לר"א דס"ל דלא מקלקל' נפשה וחבירתה ועכ"פ הדר' קושי לדוכתא דמאי קשיא להו להתוס' דלפלוג ר"א במת בעלי אח"כ חמי דהא בפשיטות י"ל דמודה ר"א בההיא כיון דליכא הוכחה ממה שנשאת מדקלקלה נפשה רק משום שלא תחזור להיות כלתה בזה מודה ר"א לרבנן דחיישינן שמא תנשא קודם ולא דמי לכאן בנתיבמו דלא גזרינן לר"א דכאן מחמת לא מקלקל' נפשה אתינן עלה לא גזרינן וצ"ע:

אך בעיקר דברי מהרש"א בזה אני מתפלא מאד שנראה שהבין בדברי התוס' שתירוצם בזה היא לקושיא השניה לשיטת דאינסיב צרה בעינן לר"א דלפלוג במת חמי וע"ז תירצו לחלק דהתם מתכוונת להעיד לחברתה כמבואר למעיין בדברים וכן נראה שהבין התוי"ט שלא העתיק רק קושית התוס' השני' וכתב ע"ז תירוץ התוס' ואני תמה מה ראו הגאונים הללו ז"ל לפרש כן ולדבריהם יפלא שהרי התוס' מעיקר' הקשו מהך דה' נשים כו' וכתבו ואי ר"א איירי באינסב' כו' ור"ל דבהך צד האיבעי' דלר"א צרה מעידה לחברתה תיקשי מהך דה' נשים ואפי' את"ל כהך צד איבעי' דבאינסב' מיירי מ"מ תיקשי מהך דמת חמי ואי תירוצם הוא על הקושיא השני' דהיינו אהך צד דאינסב' א"כ אכתי נשארה הקושיא הראשונה במקומה בהך צד איבעי' דצרה מעידה דלמא לא פליג ר"א במתני' דה' נשים דהא התם נמי באה בשביל עצמה וחברתה ממילא תשתרי ופשיטא שאין לחלק בין אמרה סתם מת בעלי ובין אם באה הצרה לב"ד והביאה חברתה עמה להעיד לה שמת בעליהם ועוד אם איתא דאיכא לפלוגי בהכי לר"א ה"ל לפלוגי את"ק דנקט סתם שצרתה אינה מעידה דמשמע דבכל גווני אין מעידה וגם שהרי בל' התוס' בתירוצם כתבו צרתה ויבמתה ולא הזכירו בתירוצם מענין כלה וחמותה כלל (ובתיו"ט ראיתי שהוגה וכן הכלה והגה זו אינה מדייקת כלל) והאמת יורה דרכו שהתוס' באו לתרץ קושייתם הראשונה ממתני' דה' נשים וע"ז כתבו דהתם כיון שהצרה או היבמה באה להעיד על חברתה אין לה להיות נאמנת אפי' לר"א כו' וכוונת חילוקם הוא דהיכא שבאמירתה לחוד משתריא

חברתה באה בשביל חברתה מיקרי אע"ג שהעדות מועיל גם לעצמה כגון גבי צרה מ"מ י"ל שזו עיקר עדותה בשביל חברתה הוא ובהא משתרי' ולית לן למשרי ע"פ עדותה דסניא לה משא"כ בעדות שני יבמות שאינה מותרת ע"פ עדותה של זו לבד שמה בכך שזו אומרת בעלה מת בזה לא הותרה זו שהרי אפשר שבעלה חי ועיקר היתירה הוא ע"פ עצמה שאומרת שבעלה מת וצריכה עדות זו לעצמה וכיון שעיקר העדות בזה לעצמה שפיר אנו לוקחין ממנו לצרף להיתר האחרת ואין זו כלל מתכוונת להעיד לחברתה כיון שאין העדות הזה מספיק לחברתה אם לא שחברתה תעיד לעצמה על מיתת בעלה ואלמלא עדות חברתה שמעידה לעצמה לא הי' לה תועלת בהגדת יבמתה לחוד לכן אין זה בכלל מתכוונת להעיד לחברתה משא"כ בעדות צרתה אע"פ שמועיל לעצמה ג"כ מ"מ כיון שהעדות הזה לבדו מספיק להתיר את חברתה מתכוונת להעיד לחברתה מיקרי כך נלענ"ד כוונת התוס' בחילוק הזה רק שתפסו בקצרה ואע"ג דמברייתא דמייתי לקמן אמר הואיל והותרה צרתה כו' מוכח דר"א מתיר אף בכה"ג מ"מ התוס' השתא כתבו בס"ד דלכך לא מייתי ממתני' דלא פליג ר"א משום דאיכא לפלוגי ולמימר דר"א מודה בהא והדברים ברורים בס"ד:

שוב מצאתי סעד לדברי בתוס' הרא"ש על יבמות שנדפס מקרוב נקרא לשון חכמים וכתב שם בלשון זה הקשה הר"י אמאי ל"פ ר"א בהא דהכל נאמנין כו' וי"ל דסד"א דרבא דר"א ל"פ אלא הכא שאין מתכוונת להעיד על חברתה אלא על עצמה וממילא מועלת עדותה לצרה כיון שגם היא אמרה שמת בעלה אבל כשהם שתי צרות מבית א' וכשמעידה על עצמה מעידה נמי על חברתה בהא מודה ר"א ובמסקנא מייתי לי' מברייתא דאפי' בשתי צרות מבית אחד פליג ר"א עכ"ל. ולענ"ד שכוונת דבריו הם על הדרך שכתבתי אלא שהסברתי הענין מפורש יותר:

והנה בדף קי"ז בהא דאמרינן משום דאמרינן לא בעלה מיית כו' כתב מהרש"א דליכא לאקשויי דהומ"ל דא"נ מיית בעלה אלא דלא מיית חמוה וכגון דאיכא יבם דמקלקל לחמותה דלא ליצטערן אחר שתתיבם ליבם שהוא בנה דמדקתני תנשא משמע לשוק בלא חליצה והיינו ע"כ בליכא יבם עכ"ל. ואין זה מוכרח כ"כ דהא הא דמבעי' ליה חמותה לאחר מכאן היינו משום דלשון חמותה משמע בהווה שהיא עתה חמותה וא"כ י"ל דהא דקתני וחמותה אסורה ר"ל היכא דאיכא עתה חמותה בהווה שאם אף לפי אמירתה מת בעלי מ"מ עדיין היא חמותה ע"י שזקוקה ליבם היא אסורה ובזה היה נלענ"ד לפרש לשון הירושלמי ביבמות אמרה מת בעלי ואח"כ חמי כו' ותהא נאמנת לומר מת חמי לא כן סברינן מימר כשם שאינן נאמנות עליו כך היא אינה נאמנת עליהן

אמר ר' חנינא תפתר שהיה חמיה כן וסיימה עכ"ל. והמפרשים נבוכו בביאור דברים אלו ולע"ד נראה כוונת הירושלמי דקאמר למה לא תהא נאמנת לומר מת חמי לא כן סברינן מימר כשם כו' ר"ל ומדלא אמרינן הכי ש"מ מהך מתני' הך דינא דכשם שאינן נאמנים כו' (ואע"ג דלעיל מייתי להך וקאמר תני כשם שאינן נאמנים כו' רוצה לדייק מהך מתני' הך דינא וכה"ג אשכחן טוב' בתלמוד דקאמר ש"מ כו' אף שהדין אתמר בברייתא) וע"ז קאמר א"ר חנינא תפתר כו' ויש כאן ט"ס וכצ"ל תפתר שהיה לחמוה בן שהוא מיבמה ולכן אינה נאמנת דאע"ג דאמרה מת בעלי מ"מ היא פסולה להעיד לה שעדיין היא חמותה מחמת היבם וכדברי אא"ז מהרש"א ז"ל ולא ס"ל להירושלמי מה דקאמר בש"ס דידן לא בעל מיית כו' ובזה יש ליישב מה שהקשו על הרי"ף והרמב"ם שהשמיטו איבעי' דש"ס בחמותה הבאה לאחר מכאן ולפי מ"ש י"ל דס"ל כיון דבש"ס דידן בעי למפשט מהא דמת בעלי ואח"כ חמי ודחי לה ואשכחן בירושלמי דמפרש מתני' דווקא בכה"ג שעדיין היא חמותה ע"י שזקוקה ליבום ואם כן מכ"ש שאין לחוש בחמותה דלאחר מכאן ויש לנו לתפוס כפשיטותא דהירושלמי כיון דבש"ס דידן מספקא ליה ולכך נקטו בסתם דין חמותה וכלתה שאין מעידים זו לזו והיינו כשהיא עדיין חמותה בהווה ועיין ברמב"ם שהשמיט ג"כ הדין דמת בעלי ואח"כ חמי ולפי מ"ש יש ליישב וקצרתי:

והנה במשנה למלך פי"ג מה"ג כתב שיש לפרש הא דדחי משום דרגיש לה צער' היינו משום שנאה ישינה ואע"פ שעתה מת בעלה מ"מ אינה נאמנת ולענ"ד מדברי התוס' מוכח דאין לפרש כן דנהי דמדברי התוס' דף קי"ז אין ראיה דהתם מיירי בס"ד דש"ס דבעי למפשט חמותה לאחר מכאן ול"ל הך סברא דרגיש לה צער' מ"מ מדברי התוספות דף קי"ח שהבאתי דקשיא להו דלפלוג ר"א בהא דמת חמי ואם נימא דלפום דחוייא משום דרגיש צער' שפיר אמרינן דמשום שנאה קדומה אע"פ שעתה אינה חמותה אם כן שפיר י"ל דמודה ר"א בהא דהא למקלקל' נפשה ליכא רק משום שאין עתידה להיות חמותה שפיר ס"ל לפסול משום דרגיש צערא ואמנם י"ל דע"כ לא שייכא הך סברא' דרגש צערה ופסול משום שנאה קדומה אלא לר"י דס"ל דהטעם משום דמגלה לברה ומשום הך צערא מסק' אדעת' משא"כ לרבנן דהטעם משום כמים הפנים כו' ואיהו סניא לה משום דאכלה לגירסנ' מסתבר' דכל שנתפרדה החבילה גם שנאתם וקנאתם אבדה והאויבים שבו להיות אוהבים. ובזה יש ליישב קושיא מהרח"ש והמ"ל דהאי דקא פשיט לחמותה לאחר מכאן לוקמ' כרבנן ולפי מ"ש א"ש וקצרתי ועפי"ז יש מקום לפתר דברי הירושלמי הנ"ל דקאמר לא כן סברי מימר כשם שהן אינן נאמנות כו' דה"פ דהירושלמי קשיא ליה כקושיית התוספות דהא כשתנשא הכלה יש להתיר לחמותה דהא לא תחזור להיות

חמותה עוד או כמ"ש רש"י כיון דזו אומרת מת בעלי ממילא אין כאן חמותה אך שהיה מקום לומר דמשום שנאה ישינה פסולה דרגיש צער' אך דזה שייך אליבא דר"י דמוסיף כלה והיינו מטעם דמגלה לברה והשנאה קבועה אף לאחר זמן משא"כ לרבנן שכולן פסולין זה לזה משום כמים הפנים א"כ אין לומר שנאה קדומה כלל ושפיר תיקשי שתהא נאמנת לומר מת חמי דהא מת בעלי קאמרה ומכ"ש אם תנשא ששוב אין עתידה להיות חמותה ולזה נשמר הירושלמי שלא תאמר דמשום שנאה ישינה פסולה לזה קאמר לא כן סברין מימר כשם שאינן נאמנים כו' והיינו מלתיהון דרבנן ולדידהו אין לחוש רק לשנאה ההווה עכשיו וכיון דהשתא ידעה דלא תיכלי' לגירסנ' פסקה השנאה ואין כאן כמים הפנים כלל ולזה משני תפתר כגון שהיה בן לחמיה ומייבמה והוא כמ"ש מהרש"א ז"ל וממילא דא"ש דאע"ג דקאמרה מת בעלי מ"מ אסורה שהרי היא חמותה מחמת היבם ואף שהוא קצת ע"ד פלפול והראשון נכון יותר בפירוש הירושלמי מ"מ הדברים נכונים מצד עצמם לפענ"ד:

ודאתאן עלה אי אמרינן עביד לאחזוקי דבוריה כבר כתבתי שהבית מאיר כתב ראייתו מהתוס' וכבר כתבתי מה שיש בזה די וגם יש מקום לומר דהתם דאיכא חזקה דמלתא דעל"ג עדיפ' משניחוש לאחזוקי דבור' וכמ"ש הבית מאיר שם משא"כ בנ"ד שמה שהעיד זה שהאופינטשי הוא השאיל לו אין זה מלתא דעל"ג כלל ואם כן שוב י"ל דחיישינן לאחזוקי דבור' ואמנם לפי"ז צריך ליתן טעם בהא דסמכינן בענינים אלו להכיר ע"י סימני גוף או סימני כלים וכיוצא ע"י ע"א ואפי' קרוב כו' דהא הך מלתא לא על"ג הוא והרי כל הספרים מלאים מזה ומעשים בכל יום להתיר ע"י ע"א שמעיד שמכיר בסימנים או בט"ע אף שאין זה מלתא דעל"ג וקשה לומר דגם זה הוי מלתא דעל"ג דשמא יבא הבעל ויתברר שלא היה אמת עדות העד שכליו היו במקום פלוני וכבר עמדו בזה האחרונים בענין מפ"ע ובכאן י"ל עפ"י סברת התוספ' דחולין שמחזירין שט"ח בסימנים נגד חזקה שאין אנו מוציאין בסימנים רק מחזיקין השט"ח ואם אח"כ זה מוציא בו ממון אינו נגד החזקה וגם כאן מה שזה אומר שמכיר בט"ע ובסימנים שזו האופינטשי השאולה אינו נגד חזקת חי וחזקת א"א כלל שאין אנו דנין עתה ע"ז וכיון שהוא נאמן ע"ז ממילא אנו אומרים שהאיש הזה הוא בעל האשה מחמת שניכר הכלים שלו ועדיין צ"ע בזה וגם במ"ש לעיל דנראין דברי הריב"ש דגם בנוגע פלגינן דבוריה כיון שאינו יכול לזכות מחמת טענתו מה שמעיד לעצמו לכאורה ג"כ לא מהני בנ"ד דהתם בבר בינתוס אמרינן דהוה כאומר שנתן ריבית ואינו אומר למי נתן משא"כ כאן אם נימא דהוה כאומר זה האופינטשי הוא שאולה ואינו אומר ממי הוא שאולה מ"מ אין כאן היתר דנהי שלא השאיל' לאחר

מ"מ שמא החזיר' האיש ששאל ממנו וזהו שהלך בדרך הזה ונהרג אך לענ"ד ז"א דאע"ג דפלגינן דבורי' היינו לומ' שע"ז שמעיד לטובת עצמו אין תורת עדות עליו אבל מ"מ אין הענין משתנה ובתשו' א' הארכתי בענין זה ונלענ"ד כיון דבלא"ה הרבה גדולים שדעתם דלא חיישינן לשאלה בכל גווני אלא בכדי לחזק מוסדות ההיתר מצרפינן שפיר הך מלתא דאין השואל רשאי להשאיל וכמש"ל ג"כ בשם הצ"צ וכ"כ בשו"ת חינוך ב"י בשם הגאון מוה' אברהם ברודא וכן הביאו בשו"ת מדברי הב"י בתשובותיו שכ"כ על עובדא דמהר"ם בתשובת מיימוני בעכו"ם שהיה מוליך י' ליטרין כו' ע"ש ובפרט שניכרין דברי אמת וסופו הוכיח שאמר שנותן במתנה פשיטא דבכה"ג אין להחמיר משום דאחזוקי דבור' חששא בעלמא הוא ואין לנו לחוש לחומר' כזאת לענין חשש חיישינן לשאלה שהרבה מקילין בפשיטות ומכ"ש בזה שאין להחמיר בפרט במקום עיגון גדול:

ועוד יש לצרף לזה מה שנזכר בגב"ע שנמצא אצל ההרוג טלית של מצוה דכה"ג כתב מהרי"ט דלא חיישינן לשאלה ואף בטלית גדול ששואלין אותו לפעמים משום דניחא לאינש כו' היינו שיתפלל בו במקומו אבל אין דרך להשאיל לחבירו לצאת בו לדרך והרי אמרו בנמצא בו כלאים שא"צ לפושטו דגדול כבוד הבריות דגנאי הוא לישב בלא טלית וגם שהעיד מהר"י שראה אצלו לעמפליך קטנים משולשים על חוט שהכין לעצמו להדליק בהם נרות חנוכה ואותם נמצאו אצל ההרוג והוא הכירם בט"ע ואף שבמקום אחר פלפלתי בענין כלים שלא שבעתן העין אי מהני ט"ע מ"מ בזה שאינו רגיל ומצוי כזה והיה דבר מחודש אצלו מסתבר דמהני ט"ע וגם מצד הענין עצמו דלא שכיח כזה הוי סימן גם נזכר בגב"ע ששמש החבורה שמצא ההרוג מצא סמוך לו מיצל שהיה מלוכלך בשמן על הפיקס ועל הוערך ובחיי בעל האשה ראה המיצל שלו שהי' כן וגם כתוב שם שמצא הטלית ושטריימל ושני זוג תפילין אלא שלא נזכר בגב"ע שהכירו אותם בט"ע שהם של בעל האשה רק בגב"ע שנשלח לידי מקרוב נכתב בתוכו שהוכר הטלית בט"ע שהוא בודאי של בעל האשה וכתב כתבתי שכתבו דטלית לא מישלי אינשי ומכ"ש בצירוף שאר דברים שהוכרו שאין לחוש שהשאיל הכל וכבר כתבו דלשאלת כל בגדיו לא חיישינן ואף שהם נתנו הטעם משום דלא שביק נפשי' ערטילאי מ"מ בזה נמי כמעט כל הבגדים שלו הוכרו וגם יש מי שכתב דלשאלת כמה כלים לא חיישינן (עיין בשו"ת שאגת ארי' וקול שחל שכ"כ וכתב זכר לדבר מהא דאמרינן בגיטין פרק הזורק תרי ותלת מקומות לא מישלי אינשי וע"ש שכתב ג"כ על דברי הב"ח שחשש לחליפין וכבר האריכו האחרונים ולענ"ד דכל כה"ג דנ"ד שכל איש מבין יודע שענין רחוק הוא אין לחוש וכמו דחזינן שהכריעו בש"ס גבי כיס וארנקי דלא מישלי משום דמנחשי ומזייפי כמו כן כל מה

שהענין רחוק מאוד אין לתלות בו להחמיר. ובתשוב' כתבתי ג"כ בענין זה וקצרתי כאן וגם בשו"ת הגאון בעל מג"ש בכת"י מצאתי שכתב בשם החכם מוה' בנימין יצ"ו אב"ד דק"ק פוזנן דקבלה בידו מפי סופרים או ספרים דבשנים או ג' בגדים לא חיישינן לשאלה ועיין בשו"ת גאונים בתראי סי' כ"א) וגם נראה דכיון דאיכא עכ"פ ב' כלים דמישלי. יש להקל אף לפי מ"ש בשם הב"י דלמ"ד סימנים דרבנן חיישינן לשאלה אף בכלים דלא מישלי דב' כלים הו"ל כשני סימנים אמצעים שיש פוסקים דס"ל דה"ל כסימן מובהק וכיון דהב"י מדמי חשש שאלה לסימנים יש לדמותם גם לענין זה וכבר הארכתי בכמה תשובות בענינים אלו וכתבתי שהנ"ב הקשה על שיטה זו דא"כ מאי קדחי בש"ס בעידי אוכף שהרי אם תאמר סימנים דרבנן לא מהני עידי אוכף דאיכא חשש שאלה וכתבתי ליישב בכמה גווני מעתה ראיתי שיש ליישב בפשיטות דהש"ס קאמר לא שאילי אינשי אוכפ' דמסקב לחמרי' ובטבעת וארנקי אמרינן משום דמזייפי ומשום דמנחשי ופשיטא שאין לומר בענין זה זו דומה לזו דודאי איכא דלא שכיח כלל ויש שהוא ג"כ לא שכיח אבל מ"מ אינו רחוק כ"כ ולפי"ז י"ל דאע"ג דכלים דלא מישלי כגון כיס וארנקי חיישינן בהו אי נימא סימנים דרבנן משום דמאי דאמרינן דלא מישלי אינו רק משום בעלמא דלמא מזייפי או דמנחשי ומ"מ זמנין דמתרמי ומשאיל וכמו סימנים דאע"ג דלא שכיח כולי האי סימנים כסימנים מ"מ זמנין דמתרמי ולכך הוי סימנים דרבנן לענין אבידה דמדאוריית' בסימנים אמצעים חיישינן דמתרמי משא"כ בשאלת אוכף שהוא מאומד הדעת שאינו משאיל אותו משום דמסקב לחמריה והוא מלתא דלא שכיח כלל שישאיל משום הפסד חמורו זה הו"ל כמו סימנים מובהקים דמהני מדאורייתא כיון שלא שכיח כלל שיהיה כיוצא בו וה"נ שאלת אוכף דלא שכיח כלל לא חיישינן לשאלה לכ"ע אף למ"ד סימנין דרבנן כנלע"ד:

ויצא לנו מזה היכא שאומדן דעת הוא דשאלת כלים כי הני לא שכיחי כלל אין לנו לחוש אף אם סימנים דרבנן ועיין בח"מ סימן ע"ב לענין כלים העשוים להשאיל ולהשכיר דלדעת הרמב"ם סתם כלים אינם עשוים להשאיל מלבד כלים שתחלת עשייתן לכך ולהרי"ף ור"ת כל כלי שמקפידין עליו מפני חשיבותו או שמתקלקל הוא דבר שאין עשוי להשאיל ושאר כלים דרכן להשאיל והוא שיהי' בעל החפץ רגיל כו' ע"ש דבאומד הדעת תליא מלתא ולכן הוציאו האחרונים מסברתם כמה כלים שלא ניחוש בהם לשאלה וכגוונא דנ"ד שזה השאיל לו מחמלתו עליו האופינטשי להיות לו כסות בקרה והבטיחו שיביאנה אתו עמו בשובו בחזרה אין ספק שרחוק מאד לומר שהשאילה לאחר או דאתרמי ליה אורחא לילך בדרך למרחוק והניח המעמד שלו ומסרה לאיש זה להחזירה

להמשאיל וכבר כתבתי לעיל דגם בדרך שליחות אסור לשואל למסרה ליד אחר וגם הטלית טערקיש עם עטרה כסף בלאשקי לפי מה שנראה מהענין שהיה איש עני אין ספק שהיה יקר אצלו מאד וקרי ליה מאני מכבדותי' ולא היה משאילו לאחר שיצא עמו לדרך והוא ישאר ערום ממצוה זו וכיון דהוא לא שכיח כלל שוב הו"ל כאוכפ' דלא חיישינן לשאלה אף אם נימא סימנים דרבנן. סוף דבר נלענ"ד שאין להחמיר בענין זה מצד חשש שאלה ואפי' המחמירים בחשש שאלה מודים בנ"ד שאין לחוש וכמ"ש וכבר האריכו בזה כמה אחרונים בתשובות אם יש מקום לחוש לגניבה ואבידה ומכירה והעלו דלא חיישינן בכה"ג וגם אני כתבתי בענין זה הרבה ומכש"כ בזה שמבואר בגב"ע שידוע שאיש הזה היה שם בדרך הזה שנמצא ההרוג ואעפ"י שמ"ש בשם המבי"ט דבכה"ג שנודע שזה הלך בדרך הזה אזל ליה חששא דאורייתא נראה דלא שייך בנ"ד שנמצא בבקעה שאין דרך מפולש לרבים לעבור דרך שם וע"כ שזה הובא לשם שלא מרצונו ונהרג א"כ י"ל דשמא אחר הוא שהובא לשם ומ"ש בשו"ת ח"צ סי' קל"ד להמציא קולא בענין זה מחמת שאין שיירות מצויות באותו מקום הוא תמוה כמ"ש במקום אחר מ"מ כיון שנמצא ההרוג סמוך לאותו כפר שראוהו שמה בעת נסיעתו שהוא רק כמו רבע פרסה ממקום ההוא ונתלוה עם העכו"ם בדרך יחידי טפי יש לתלות דהיינו ההוא דעל ונכנס בסכנה ונתחייב בנפשו וכמ"ש בע"א אין מתלוין עם העכו"ם כו' וסימנים מוכיחין ואין לנו לתלות באחר ששאל ממנו כלים אלו ובא לשם ונהרג וכבר האריך בענין זה הגאון מהר"א אלפנדרי ז"ל בסדר אליהו רבא וזוטא בדף כ"ז ע"ב והביא שם דברי מהרי"ו בתשובה סי' ע"ט שיש להתיר כיון שנמצא חלל באותו דרך שהיה אותו היהודי הולך בודאי ומטעם צירוף הוכחות ושם לא היה סימנים טובים כו' וכן הביא מתשובת מהראנ"ח ומהרש"ך וכמה תשובות ועיין בשו"ת אור נעלם נדפס תשובת הגאון בעל פ"י ז"ל וע"ש בפירוש שו"ת מהרי"ו וכתבתי מזה בתשובה אחרת ואחר אחרון אני בא וזו הלכה העלה הגאון מופת דורנו בשו"ת נ"ב סוף סימן ל"ז וז"ל ולכן נלענ"ד שמי שעזב אשתו עגונה והלך למה"י כו' אבל במי שישב עם אשתו והלך לסחורה ע"ד לחזור ולא חזר שעכ"פ איתרע חזקת א"א שתיכף נולד לנו ספק מיתה על האיש הזה ודאי יש להקל בכלים דלא מושלי וביחוד שכאן נמצאו דברים רבים במספרם כו' עכ"ל וק"ו הדברים בנ"ד שידוע שזה הלך לשוב אל ביתו וכבר היה סמוך לעירו ונתלוה עם עכו"ם בדרך ההוא שאצל המקום שנמצא ההרוג שם והוכרו כמה כלים דלא מושלי שיש לדון להקל בזה בלי פקפוק:

אמנם מה שעומד לנגדנו בענין זה הוא מה שמבואר מהגב"ע שהאופינטשי לא היה לבוש בו ההרוג בעת מציאותו רק סמוך להההרוג היתה מונחת ובזה כתב הב"ש ס"ק ס"ט דאם נמצא ארנקי סמוך לו לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות דינים אלו לאם נמצא פירות סמוך לכלי עכ"ל. ואמנם כבר כתבתי בתשובה שמבואר מתשובת האחרונים דלא חשו לה והבאתי שם שו"ת מ"ב סי' מ"ד ושו"ת כנ"ס סי' נ' וכן מבואר משו"ת צ"צ שהבאתי לעיל ולכאורה הי' אפשר לומר דגם הב"ש מודה בנ"ד דלכאורה מ"ש הב"ש דאין לדמות לנמצא פירות סמוך לכלי י"ל דס"ל לחלק דהתם יש קצת הוכחה שהפירות נפלו מן הכלי כמבואר שם משא"כ בארנקי אין הוכחה אחרת שזו הארנקי הי' ביד ההרוג הסמוך לו ולפ"ז י"ל דהדבר ברור בהך דינא דכלי ולפניו פירות אם הדבר ידוע שראובן אבד כלי שהיו בתוכו זיתים ועתה נמצא כלי זו שהוכרה ע"י סימנים ולפני' זיתים שאין ספק דלא אמרינן שאדם אחר עבר כאן ואבד פירות הללו המונחים כאן והפירות שהיו בתוך הכלי נאבדו קודם או אח"כ ובודאי אמרינן שהפירות המונחים כאן הן הן הפירות שהיו מתחלה בתוך הכלי ועדיף טפי ממקצת פירות בתוך הכלי או הוכחה אחרת ולפ"ז הדבר ברור שאם ראינו אדם אחד לבוש בגדים אלו ונאבד מאתנו האדם בבגדים אלו ושוב נמצא אדם ואצלו הבגדים שאין מכירין אותם שהמה הבגדים שהיה האדם שראינו לבוש בהם פשיטא דאמרינן שזה האדם הנמצא הוא האדם שהיה מעוטף בבגדי' אלו והופשטו מעליו והונחו סמוך לו ולא חיישינן שמא אחרינא הוא שאינו בעל הבגדים שהוא בא לכאן והופשטו בגדיו והוטל כאן אצל בגדים של האיש שראינוהו לבוש ועדיף טפי מאבידת פירות בכלי שאפשר שאחר אבד כאן פירות בלא כלי משא"כ בזה דודאי לא מסתבר שבא לכאן גברא שליח ערטילאי ונפל שדוד במקום הזה ואתה צ"ל שבא אחר לכאן והופשטו הבגדים ממנו במקום הזה ונטלו מכאן ובגדים של אדם הזה שראינוהו היו מונחים כאן מקדם או אח"כ הדבר ברור שאין חוששין לזה כלל וממילא אם הם כלים דלא מושלי ואנו יודעים שכלים האלו של בעל האשה הם מסתבר' שאין לחוש לתלותם באחר כלל וע"כ לא קאמר הב"ש אלא במצא ארנקי סמוך לו דאז י"ל דזה הארנקי נאבד כאן מיד בעליו החי ואח"כ בא איש אחר לכאן ומת או נהרג וגם זה צ"ע כיון דקי"ל דלנפילה לא חיישינן דאל"כ בפשיטות היה לנו לחוש אף בכלים דלא מושלי וא"כ ע"כ שבעל הארנקי הוא אשר ישנו פה סמוך להארנקי:

שוב ראיתי שדברי הב"ש הנאמרים פה כבר כתבם הוא ז"ל בעצמו בתשוב' הנדפסת בשו"ת חינוך בית יהודא סי' קל"א כ' וז"ל כי כל הסימנים הנאמרים בש"ס ופוסקים איירי כשנמצא הרוג והוא לבוש בבגדים כו' אבל בעובד' דידן דמצאו ערום כאשר יצא

מבטן אמו ומצאו בגדים ג"כ אע"פ שמצאו קרוב להרוג מ"מ מאן יימר להתיר בכה"ג דהא בודאי לכ"ע אם מצאו בגדיו לבד ולא שום הרוג אטו מתירין אשת בעל של בגדים אלו אף אם הם בגדים דלא מושלי וכן בכה"ג שמא היו הבגדים מונחים במקום הזה מאז ומקדם וזה נהרג במקום שהיו הבגדים מונחים שם ובזה לא דק גם החכם שהתיר מחמת האוכף שקורין זאטל עכ"ל ור"ל שהגאון מוה' אברהם ברודא שם בתשובה שלפני זה כתב להתיר מחמת הכרת האוכף דאף דאיתרע חזקתי' דאוכף לא שאילו שהרי העד העיד ששאל את האוכף מאיש אחר מ"מ אין לחוש לשאלה דאיך ניחוש דעבר אדרבנן שאין השואל רשאי להשאיל כו' (ובאמת צ"ע דמלשון השאלה שם משמע שהאוכף לא הי' אצלו ומשמע שם שנמצא אצל הרוצח עם הסוס ורסן גם צ"ע דמשמע בח"מ סי' ע"ב דבכלי' דלא מושלי אף אי אתרמי דהשאיל לא איתרע חזקתי' ויש לחלק דבזה יש לומר כשם שהשאילו לו כך השאיל לאחרי' אי לאו משום דאין השואל כו' ואמנם לפי מה שיש מפרשים הך דאוכפא לא שאילי ר"ל שאין שכיח שיהא שואל אוכף מחבירו ולאו על המשאיל קאי כ"א על השואל פשיטא שיש לומר דאף שזה שאל לעצמו מחמת צורך גדול שהי' לו לא חייש לפסידי' דחמרי' מ"מ לא שכיח שאחרים ישאלו ממנו ומ"מ י"ל דעדיפ' קאמר דהא אין השואל כו') עכ"ל וע"ז השיב הב"ש דליתא כיון שלא נמצא רק קרוב לו ותשוב' זו כתב הב"ש על עובד' שאירע בשנת תנ"ד שהמדפיס המהדור' בתרא הוסיף דברים אלו בב"ש ע"פ דבריו הנ"ל בתשוב' ועכ"פ מבואר דגם בבגדים ס"ל להחמיר בקרוב לו. ובאמת מה שהביא ראיה מנמצא בגדים בלי הרוג פשיטא דלאו ראיה הוא כלל כמבואר למעיין והנה מ"ש הב"ש שאין לדמות למצא כלי ולפניו פירות דשם י"ל דהפירות של אחר שהרי אין אנו מוציאין הפירות מחזקתן ע"ז כיון שלא הוחזקו לנו מעולם שהי' לשום אדם מציאות הכלי מחזיק לנו שהפירות יהיו של בעל הכלי מחמת קורבה משא"כ בכיס אצל ההרוג שאם תרצה להחזיק ע"י מציאת הכיס שזהו האיש ההרוג הרי אתה מוציא מחזקת חי וחזקת א"א ואין קורב' מוציא מחזקו' אלו דהא אפי' רוב אינו מוציא מחזקו' אלו כדקי"ל במשאל"ס כ"ש קורבא ובתשו' א' הארכתי בענין קורב' אם מועיל להתיר ואמנם נר' דבזה שעכ"פ ע"י הכלי' דלא מושלי הנמצאים פה מתברר שאדם זה בעל האשה הי' במקום הזה שהרי אין אנו חוששין שמסר כליו לאחר ואיך נאמר שהיו מונחים פה מאז ומקדם אם לא באמצעות האיש הזה ואם נאמר שפשטם כאן והלך לו. זה כ"ש טפי ממה דלא אמרינן לא מושלי שאיך יאבד את שלו לדעת וע"כ שחוששין שמא היה כאן ובע"כ הופשטו ממנו והוא אזל לעלמא. בכה"ג ודאי אזל לי' חשש דאורייתא ועדיף טפי ממ"ש בשם המבי"ט ז"ל ומדאורייתא ודאי

דאזלינן בתר קורב ואמרינן שזה ההרוג הוא בעל הבגדים הללו וא"כ אף להב"ש אין מקום להחמיר רק מדרבנן וכמו משאל"ס אע"ג דרוב' נמלטים ולפ"ז י"ל דאף להב"ש אין להחמיר בכה"ג רק בנמצא בדרך שהשיירות מצויות שם משא"כ במקום שאין רגל אדם מצוי וזה ע"כ היה שם גם הב"ש מודה דאין לחוש ועיין בשו"ת ח"צ סי' קל"ד שהבאתי לעיל ושם הביא דברי הרא"ש דבעגונה יש להקל טפי דבגט יוכל לכתוב אחר משא"כ במיתה דאיכא עגונה נראה שגם הב"ש יודה להקל בזה:

ובתשובה אחרת כתבתי שגם בעל קצה"ח בח"מ סי' רס"ב הביא דברי הב"ש אלו וכתב לא ידענא מאי פשיטותא כו' והביא ראיה מאבני מרקוליס והארכתי בזה גם בארתי הך דגברא חרוכה ופסתא דידא דשדי' כו' ושם הבאתי שהגאון מהר"ל אבד"ק קראקא נכדו של הב"ח וחרגו של הט"ז כתב להתיר בזה והביא מהך דכלי ולפניו פירות והט"ז הסכים ע"ז וכתב יפה כיון להלכ' בני חורגי כו' ואין פנאי מסכים להעתיק מ"ש שם וכיון דעכ"פ גם הב"ש אין מחמיר מדאורייתא ומכ"ש במקום שאין השיירות מצויות י"ל דמודה להתיר והרבה גדולים לא חשו לחומרא זו ואין מחלקים בין נמצא עליו ממש או אצלו וגם בנ"ד איכא עוד חדא למעליות' בגב"ע שנשלח לי מקרוב שנמצא ברגלי ההרוג פוזמקאות קטנים שקורין קאפציס והאשה אמרה לאיש אחד שיש לה בית יד שקורין האנטשקע וואס ער האט בעצמו גארביט וגם הקאפציס שעל רגליו הם מעשי ידיו די איגני ארביט של ההאנטשיקע אונ אזו איין פאל וויא דיא האנטשיקע ולקח האיש הנ"ל הבית יד והניח אצל הקאפציס הנ"ל לדמות אותם איז גוועזין פינקט אזו איין פאל אונ אזו איין ארביט עכ"ד העד. והנה אם היה הכרה בפוזמקאות אלו בט"ע אפי' תימא דבפוזמקאות כאלו חיישינן לשאלה מ"מ פשיטא שאין לחוש לשאלה דיחיד כזאת שזה שאל לזה פוזמקאות אלו והובא למקום הזה שפשטו מבעל האשה את האופינטשי ושאר מטלטלין ונהרג שם ואמנם מלשון העד נראה שלא היה היכר בט"ע רק ע"י הדימוי וכבר הארכתי בתשוב' אחת הרבה בענין זה אם יש להתיר בענין עגונה מחמת הדימוי והבאתי שם דברי הפוסקים בהא דמדמין בשטרות וגם בספרי בית אפרים סי' ל"ו ס"ק כתבתי מזה והבאתיו שם מדברי הח"צ בתשובה ונראה דבכה"ג דהכא שיש לפנינו בלא"ה הוכחות רבות מחמת קורב' דמוכח מבגדים אלו שהם בודאי לבושי בעל האשה שיש לצרף מציאת הפוזמקאות הנ"ל שהי' ההרוג לבוש בהם להוציא מידי ספיקו של הב"ש ואין לפקפק בדבר דשמא נסעו יחד בעל האשה ועוד אחד והשאיל בעל האשה לזה את פוזמקאות שלו וזה נהרג ובעל האשה פשטו בגדיו וניצול נראה דאין לחוש לזה כיון שזה ראינוהו נוסע עם הערל יחידי בדרך הזה קרוב למקום מציאת ההרוג וא"כ

נצטרך לומר דלמא גם אחר מעלמא אתא ונתחבר עמו או שזה לא נסע לביתו בעת ההיא ומצא איש א' שנתלוה עמו וחזר למקום ההוא עם האיש האחר וזה נהרג והוא נשאר חי ונמלט פשיטא דלא חיישינן להא ובפרט שבכל הסביבות לא נשמע שח"ו נהרג שום יהודי ולשמא נתלוה עם העכו"ם והשאיל לו הקאפציס שלו לזה פשיטא שאין לחוש ג"כ דאף דאיתרע ליה חזק' דלא עבר אינש אדרבנן שאין מתלוין כו' דהא קמן שעבר ע"ז מ"מ לא חיישינן שישאיל לו כליו וכמבואר בח"מ סי' ע"ב שתלוי בראות עינים אם הוא רגיל אצל בעל החפץ ולמימר שמא הי' רגיל עמו נראה שאין לחוש וכן מוכח משו"ת ב"י בהא דכתב על תשובת מהר"מ ששלח' אחותו יוד ליטרין כו' כתב דשם בלא"ה י"ל מחמת אין רצוני שיהא פקדוני כו' ואם איתא הא עדיין יש לחוש דלמא הוה רגיל להפקיד גבי' אלא ודאי דבסתמ' לא חיישינן וראיתי בשו"ת חינוך ב"י סי' שהגאון מהר"א ברודא הקשה זה על הב"י ולענ"ד לק"מ ועיין בשו"ת ב"ח החדשות סימן ו' וקצרתי. ועוד נלענ"ד ברור דכיון שהיו ימות הקור מעת שנאבד בו עד עת מציאותו סברא הוא דלא שביק נכסי' ומושיל לאחריני שהרי אנו אומרים שגם הוא החזיק בדרך ועיין בב"מ גבי שוכר בית ונפל ביתו של משכיר שיכול להוציאו אע"פ שלא הודיעו דא"ל לא עדיפת מנאי ע"ש וא"כ י"ל בכה"ג ה"ל כדברים שאין עשוין להשאיל שהרי בזה הולכין הכל לפי הענין ולחוש שמא היו לו אחרים פשיטא שאין לנו לגבב חומרות וכל הבא להחמיר מחמת חששות רחוקות כאלו שהם מיעוטא דמיעוטא אין רוח חכמים נוחה הימנו ולכן נלענ"ד שיש לסמוך בזה על דברי הגדולים בתשובותיהם שהתירו בענינים האלו משום עגונ' ותנאי דברינו קודם למעשה אם יסכימו להתירא דהך אתתא אשת ר' חיים ב"ר יחזקאל מק"ק קופיל אזי אתתא שריא לאנסובי וישבו ב"ד של שלשה ויתירו אותה כדין הנשאת בע"א ואם לאו הרי דברי אלה בטילים ולא יעשו רושם כלל שאין רצוני להכניס ראשי בדבר ערוה החמורה אי ליכא דממטי להו שיבא מכשורא ואי דרו דורא דלינא ואמינא מה דקאמינ' דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד והנה מצאתי בין הגב"ע אגרת קטן שחתום עליו בעל האשה אשר הכין לו לשלוח לדוד זוגתו וא' מעיד שיש לו סימנים בכתב שהוא כת"י בעל האשה והיה סעד גדול בהיתר הנ"ל אך לא ראיתי בכל הגב"ע שנזכר דבר ממציאת האיגרת אם נמצא בבגדיו או על הארץ סמוך לו ואמנם אף בנמצא בבגדיו יש מקום לדבר בזה כיון דחיישינן לשאלת הבגד י"ל שלא הקפיד ליקח האיגרת הלז משם כיון שאינו דבר שהיא צריך אליו ואפי' נמצא בבגדיו כתב שמקפיד עליו פקפקתי בזה די"ל דע"י שאלת הבגד שכחו כמו דחיישינן בגט שהשאיל הארנקי ושכח אע"ג דמסתמא השליח

מקפיד על הגט והארכתי בתשובה אך כבר כתבתי מה שנלע"ד שיש בו די בהיתר זה ולכן לא חזרתי לחקור על דברי האגרת הזאת:

שאלה קלז

שאלה אשה אחת ישבה עגונה ימים רבים לפי שבעלה מחמת איזה סיבה ירא לנפשו וילך לו אל ארץ אחרת ונתגלגל הדבר עד שירד למצרים ומשם הלך לעיר באנגאל"א אשר במדינת הודו ומשם באו כתבים שהאיש ההוא נפטר שמה כאשר באו הדברים ברוב ענין בגב"ע ונדרשתי מכבוד מחו' הרב הגדול החסיד המפורסים מהור"ר מרדכי נ' מק"ק קרעמניץ לחוות דעי בזה:

תשובה לענ"ד דבר זה א"צ לפנים דאתתא שריא דלמ' ניחוש לה אי משום שלא ידענו שזה היה בעל האשה רק מה שהגיד הוא בעצמו הלכ' רווחת בישראל דבהכי סגי כמבואר בשו"ת הרא"ש בעובדא דההוא תלמיד שהי' שמו ר' אשר שהלך לטוליט' שאף שהי' מפי עצמו שרי ומייתי ראיה מעובדא דסוף יבמות ביוחנן בן יהונתן כו' וכ"כ בשו"ת מהרי"ק דאף בפעם אחד סגי ובתשוב' א' כתבתי מה שהוצרך להביא ראיה מהך דיוחנן ולא הביא ממתני' דמעשה בצלמון באחד שאמר אני פב"פ משום דעובד' דהרא"ש שאותו תלמיד אמר כן בהיותו ברי' ואין ראיה כ"כ מעובד' דצלמון שהי' אמירתו בשעת מיתתו ונתכוון להתיר אשתו וי"ל דדוק' בכה"ג ל"ח לשקר' משא"כ אם בעודו ברי' אמר כן שיש לחוש שמחמת איזה סיבה שינה שמו במתכוין וכמ"ש הרא"ש בגיטין בההיא דיוסף וקורין לו יוחנן שיש שמשנין שמותיהן במתכוון מפני בע"ח או מרדין ולכך הוצרך להביא מהא דיוחנן בן יהונתן שהיתה אמירתו דרך ארעי בעודו ברי' אולם ואפ"ה לא חיישינן לשינוי ושם הארכתי בטעמא דמלתא דלגבי התרת האשה סמכינן על אמירת עצמו וגבי חליצה ויבום חיישינן והרשד"ם בתשובה הביאו בב"ש בק"ע סי' שנ"ד הרגיש בקושיא זו ולא כתב מה שתירץ ואני ישבתי על נכון בס"ד ועכ"פ לדינ' אין חילוק דסומכין ע"פ עצמו ומכ"ש בנ"ד דנראה דגם האי חששא שמא משנה שמו במתכוין מחמת מרדין או בע"ח ליתא דהא עכ"פ נתברר להעד הנ"ל מתוך דברי האיש שהוא מילידי מדינה זו ופשיט' שאם היה אחר ממדינה זו שהי' מגלה לו שמו האמיתי ואין מקום לחוש כלל שהי' ירא לגלות שמו כי נפל עליו פחד שיתוודע הדבר ויביאו אותו ממצרים עד הנה ומה שאמר שקר' עצמו בדרך שם יעקב לבד אף שהי' שמו כאן יעקב הירש פשיט' שאין לחוש לזה דאפי' לא היה נודע כן מפי עצמו שבדרך תפס לו שם הראשון לבד היינו תולין מעצמינו בכך כיון שדרך העולם כן על הרוב וכבר כתב הר"ן בתשו' אפי' בשינוי השם שכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שנמצא ריעותא מחמת איזה סימן והוא

עשוי להשתנות תולין בכך ע"ש ומכ"ש בזה שזה מעיד ששמע כן מפי האיש הלז ששמו במקומו יעקב הירש אלא שהוא קורא עצמו בדרך יעקב לבד אין כאן חשש כלל ולפי שהדברים פשוטים לענ"ד קצרתי:

ומעתה אחרי שהדבר מבורר לנו שהאיש שנתלוה עם מוה' יחיאל מיכל הנ"ל ממצרים לבנגאל"ה הוא בעלה של אשה זו והרי במכתב ששלחו מתם שזה ר' יעקב שנתלוה עם הנ"ל מת שמה אין לך עדות גדולה מזו אפס מקום כלל להסתפק באחר ובתשובה אחת הארכתי בהא דפליגי אי חיישינן לתרי יצחק שלדעת הרמב"ן והרשב"א והנ"י דוקא היכא שעדים מעידים שיצחק זה יצא מקורטבא כו' וידוע שאין שם אחר שדירתו קבועה בהא לא חיישינן דלמא גם יצחק אחר מעלמא אתי לכאן דכאן נמצא וכאן הי' כו' ע"ש ובנ"ד פלטינן מהאי חששא שהרי נתבאר מפי ר' יחיאל שהאיש הזה שהי' בעל האשה ממדינות פולין הוא שיצא עמו ומעולם לא נתלוה אחר עמו שהי' שמו יעקב ומשם כתבו בבירור שיעקב זה שמת הוא האיש שנתלוה עם ר' יחיאל וגם פשיטא שאין לחוש בזה אפי' למי שחוכך לחוש לתרי שווירי עיין בק"ע למהרח"ש דפשיטא שאין לחוש בזה לעיר קרעמניץ אחרת שאע"פ שידוע שיש קרעמניץ אחרת בארץ הגר ואולי איכא מתוותא אחריני במדינות אחרות ששמם כך מ"מ אין כאן חשש כלל שמבואר מתוך הגדת האיש שהוא העיר הקרובה לק"ק בראד וק"ק ראדוויל וגם משאר סימנים ניכרים דברי אמת שהוא מעיר קרעמניץ הקרובה אלינו בלי ספק כלל וגם הלכה רווחת דמקילין במיתה טפי מגט דאפי' מאן דחייש בגט לשני שווירי במיתה לא חיישינן ואפי' חיפוש א"צ וכמ"ש בתשובה א' באורך וא"כ מכ"ש דלא חיישינן שמא נמצא עיירות כאלו הקרובים זה לזה בעולם שיהיה שמם כך ומכ"ש שאין לחוש שמא זה זמן רב שהלך לערי הודו איש ששמו כך ונתלוה עמו איש ששמו יעקב דפשיטא דלא חיישינן דאתרמי שמא כשמ' כו' ומכ"ש שהדבר מבואר בעדות שהעיד ר' אברהם גריבלי שהוא ראה לר' יעקב הנזכר עם ר' יחיאל מיכל הנ"ל בעיר באנגל"אור"א הניחו שם והלך לעיר מוכ"א ובהיותו שם באו יהודים מבאנגל"ה ואמרו לו שר' יעקב הנזכר מת והלך לב"ע וכה העיד שידע בבירור שאין להסתפק כי המגידים לו ידעו ששאלתו על ר' יעקב הנ"ל היתה ועליו השיבוהו והוא ר' יעקב שהי' עם ר' יחיאל מיכל הנזכר ע"כ דברי העדים א"כ אין לך עדות ברורה יותר מזה שהרי הר"א הנ"ל הוא מכירו ומוה' יחיאל מיכל הנ"ל וידעו פנים אל פנים כמבואר בעדות מוה' יחיאל מיכל שהוא בעצמו שמע גוף העדו' כשהעיד מהר"א לפני חכמי הנ"ל במעמד הנזכר ומעתה גם מה שהיה מקום להטיל ספק בעדות שאע"פ שהעדיות נתקיימו בחותמיה' מ"מ המכתב שבא מבנגאל"ה לבבל

מי יודע אם היה מקום וקצת פוסקים מחמירין להצריך קיום בעדות הבא בכתב אך ע"פ עדות מהר"א נתפשט גם הקמט הזה שהרי זה מעיד ששמע בעצמו מפי יהודים שבאו מבאנגל"ה שמת ר' יעקב וביחן דבריו שברור לו בלי ספק שעל זה שהי' עם ר' יחיאל השיבו לו כך ועדות זו נתקיימה והדבר ברור באין ספק דאתתא שריא לאנסובי לכל גבר די תצביין ומ"מ צריכה היא להושיב ב"ד של שלש' ויתירו לה כדין אשה הנישאת ע"פ ע"א ומה שנלע"ד כתבתי וחתמתי דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קלח

שאלה אשה אחת שמת בעלה בלא בני' וידוע שהי' לו אח שהרחיק נדוד מכמה שנים ויש ע"א מעיד ששמע מפי ע"א שבא ממדינת אוקריינ' שאמר שיודע בבירור שזה האיש אחיו של בעל האשה מת שם וזה העד שלפנינו מעיד ששמע שמועה זו מפי העד האחר בעת שהי' עדיין בעלה של אשה זו קיים וגם אשה א' מעיד' ששמעה מבנו של היבם הנ"ל שאמר שיודע בבירור שאביו כבר מת וגם שמוע' זו הי' בעת שהי' בעל האשה עדיין בחיים וכבוד אחי הגאון המפורסים מוהר"ר חיים מרדכי נ"י האב"ד דק"ק דובנ' רבתי יע"א פתח בתשוב' להיתרא וביקש ממני לחוות דעי בזה:

תשובה הא מלת' הוי בידן מרבים וגדולים בתשובותיהם התירו בע"א ביבמה אפילו בעד מפ"ע מאחר שכל גדולי הראשונים מקילין בדבר ואף שמדברי הרא"ש נראה שדעתו להחמיר וכבר כתב אא"ז מהר"מ מפדווה ז"ל שאיננו ירא להקל מאחר שהרא"ש יחיד הוא בדבר זה ולולי הטור בנו שהבי' דבריו וכתב שהו' מחמיר הייתי אומר שגם הרא"ש לא בא אלא להקשות ולא לחלוק כו' ויהי מה נרא' לסמוך על כל הפוסקים להקל במקום עגונה ונאמר שאשה זו מותרת לשוק עכ"ל ועובד' דהת' הוה בעד מפ"ע וכן אא"ז מהר"מ מלובלין והב"ח בתשובותיה' האריכו בזה ועשו מעשה להקל ואחי הגאון נ"י האריך ג"כ בזה והביא כמה תשובות שדעתם להתיר אפס שהגאון מופת דורינו מהר"י לנדא ז"ל בשו"ת נ"ב מהדור' תניני' סי' קמ"ו שדא בי' נרגא בהיתר זה וחוכך קצת להחמיר עכ"פ בעד מפי עד ביבמה ומ"מ סיים שמי שרוצה לסמוך במקום עיגון להתיר יש לו על מה שיסמוך ואחי הגאון נ"י נשא ונתן בדבריו ז"ל והעלה להתיר:

והנה בגוף הדין אם ע"א מועיל ביבמה להתירה להנשא לשוק האריכו הראשונים שלפנינו עד שלא הניחו מקום להתגדר בו אפס להגדיל תורה אימא בה מלת' שלענ"ד פשיטות דברי הש"ס מורה שיש להתיר בזה והנה עיקר' דהא מילת' ביבמות דף צ"ד דקמיבעי' לי' למשרי יבמה לעלמ' ורב ששת פשט לה להיתיר' ממתניתי' דמת בעלך

ואח"כ בנך ורבא פשט לה מסבר' דלאיסור כרת התרת לאיסור לאו לכ"ש ובש"ס דחו להנך פשיטות' וכתב הרי"ף שדעת הגאונים דהנך דחיית' לאו דסמכ' נינהו כו' והרא"ש כתב ע"ז ולי נראה תימ' איך פסקו להקל בזה כו'. ולדידי חזי לי שיש ראיה ברורה להמתירין דלכאורה יש לתמוה דמאי קא מיבעי לי' וגם ר"ש הוצרך למפשטי' ממתנית' דמת בעלך ובנך ורבא מסבר' קאמר לה דהא משנה מפורשת הוא לקמן דף קי"ח שני יבמות זו אומרת מת בעלי וזו אומרת מת בעלי זו אסורה מפני בעלה של זו וזו אסורה מפני בעלה של זו כו' ולכאורה מכאן מוכח בהדי' דע"א ביבמה מהימן לעלמ' דטעמ' שהם יבמות ואין נאמנות כ"א על חברתה הא אשה דעלמא הוה מהימנ' ומכ"ש ע"א (ומהא דקתני בסיפ' לזו יש עדים כו' ליכ' למידק איפכ' דטעמ' דאיכא עדים הא ע"א אסורה כבר כתב התוי"ט שם בעדות המועיל בזה קאמר ע"ש) וכן בסיפ' דזו שיש לה עדים אסורה או זו שאין לה בנים אסורה וכולהו מטעמ' דאין יבמה נאמנת על חברתה וקשה דמאי קמ"ל דפשיט' דע"א לא מהימן ומכ"ש אשה אפי' אינה יבמתה ולכאורה י"ל בהא דע"כ לא מיבעי' לן בע"א דעלמ' אלא משום דאיכא למימר כיון דסניא ליבם לא דייק' משא"כ היכ' שהעד חייש לקלקול' דנפשי' תו לא צריכין לדיוק' דהאשה אלא העד לבד נאמן כמו אשה דמהימנ' היכ' דלא שייך סני' לי' והלכך בהך דיבמות שאומרת מת בעלי אי לאו דיבמות אין מעידים שפיר היתה מותרת גם זו שיש לה עדים או שאין לה בנים כיון שזו שאין לה עדים או שיש לה בנים תנשא ודאי דהיא דייק' בשביל עצמה ולכן אע"ג דזו שיש לה עדים או אין לה בנים אפשר דלא דייקא משום דסניא ליבם מ"מ הוה סמכינן עלה דהך אשה שאומרת מת בעלי והיא נשאת דלא מקלקל' נפשה ובודאי דייק' שפיר ועל פיה היינו מתירין גם חברתה לפי שמת יבמה אבל מהך טעמא שיבמה א"נ להעיד לחברתה אסרינן לה אע"פ שנשאת זו דאע"ג דמקלקלה נפשה אמרינן משום שנאה היא דעבד' ותמות נפשי כו' קאמרה וכדאמרינן בש"ס טעמ' דרבנן בהא דנתיבמו ומתו היבמין ולפ"ז אין הוכחה מכאן דע"א דעלמא מהימן די"ל דדוקא בכה"ג הוי מהימן היכא דמקלקל נפשי' וקמ"ל דמשום שהיא יבמה א"נ אע"ג דמקלקל' נפשה:

ובזה הי' מקום ליישב קושית התוס' בההי' דעדים ובנים שהקשו תימ' לר"י מאי קמ"ל ואפשר דאשמועינן דלא אסרינן הא אטו הא עכ"ל והוא דחוק ולפי מ"ש י"ל איפכ' דהרבות' הוא דאע"ג דלאחת מתירין ותנשא מ"מ חברתה אסורה ולא אמרינן דכיון שנשאת ודאי דייק' וגם חברתה מותרת קמ"ל דכיון דתלינן ששונאים זא"ז חיישינן דלמא תמות כו' קאמרה ולכן נשארת באיסור ואעפ"כ היא מותרת כמ"ש התוס' לעיל דף קי"ז עכ"ל לענין חמותה דמ"מ מתירין אותה כיון דחזי' דחמותה אסורה אף היא לא מקלקל'

נפשה וה"ה כאן (ומ"ש התוס' שם להקשות דמ"מ נתיר לחמותה כשנשאת הכלה כו' היינו התם דלא חיישינן לשנאה ישינה כיון דליכא צערה דגופ' רק דמילי דעלמא משא"כ ביבמתה וצרתה ועיין מהרש"א כאן) וכך הם דברי הירושלמי במתני' האשה שהלכה היא ובעלה כו' היא תנשא וצרתה אסורה וקאמר חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל צרתה מעתה אפי' על עצמה לא תהי' נאמנת מתוך שהיא יודעת שלא עשו דברי' כלום אצל חברתה אף היא אומרת אמת מעתה אפי' על צרתה תהא נאמנת אמר ר' הילא חוזר לקלקול ראשון כו' והביאו הרב המגיד פרק מהל' יבום וזה גופ' טעמא דמתני' דזו שיש לה עדים אסורה אע"פ שחברתה מותרת ואפשר לומר שדעת התוס' דהך מלתא דחברתה אסורה משום דתמות כו' קאמרה לא הוה איצטריך לאשמועינן דהא מסיפ' דנתיבמו כו' שמעינן לה דאע"ג דאינסב' אסורה משום הך טעמא דתמות כו' אלא שי"ל דכיון דחשדינן לה דמקלקלת עצמה לקלקל חברתה גם היא תאסר וכקושית הירושלמי גבי צרתה דקאמר מעתה גם על עצמה לא תהא נאמנת וזה כוונת התוס' מ"ש דאשמועינן דלא אסרינן הא אטו הא ואין ר"ל משום גזרה אלא ר"ל דס"ד לומר דכיון דזו אסורה אלמא דחשדינן לקלקול' דנפשה א"כ גם היא יש לנו לאסור וקמ"ל דלא וכתירוץ הירושלמי דמתוך שיודעת שלא עשו דברי' כו':

ואמנם כל זה הוא בסיפ' דעדים ובנים שהאחת מותרת יש רבות' מה שהשני' אסורה אף לאחר נשואין של זו אבל בריש' דלשניה' אין עדים ובנים פשיטא דבלאו טעמא דתמות כו' נמי א"ש דעכ"פ אין להניח אחת מהנה להנשא דעדות חברתה לא מהני לה דשמ' לקלקל' מכוונת ונפשה לא תקלקל כלל דשמא היא באמת לא תנשא כלל שיודעת בנפשה שהוא שקר ולא מת בעלה כלל וראיתי בפי' המשנה להרמב"ם שכתב אמתני' דשני יבמות כו' שיש לנו לומר שמא לא מת ורוצה שתנשא יבמתה כו' ואע"פ שהיא עצמה כמו כן אסורה לבעלה אם תנשא עם כל זה ניחוש שמא אמרה תמות כו' ורוצה בקלקול עצמה מפני קלקול יבמתה כו' וזה צ"ע דבריש' דמתני' אין אנו צריכין לטעם זה כיון דאכתי לא אינסב' חד מנהון אין מתירין שום אחת להנשא דשמא השני' לא תינשא כלל וע"כ לא צריכין להך טעמא אלא בסיפ' דנתייבמו היבמות וגם בהך דעדים ובנים נמי צריכין להך טעמא דהא משמע שהשני' אסורה לעולם אף שהראשונה נשאת וא"ל דבהני לא צריכין להאי טעמא דאע"ג דנשאת י"ל דבגיט' אתאי כדקאמרי בש"ס התם משא"כ בנתייבמו דלא שייך זה אבל ז"א דהא מדקתני סתמא דשני' אסורה משמע דאף הראשונה תנשא לכהן והשני' אסורה וכה"ג שפיר איכא קלקולי לנפשה ואפ"ה אסרינן לחברתה וע"כ משום טעמא דתמות אתינן עלה ולפי מ"ש א"ש מ"ש לעיל על דברי התוס'

שהקשו דמאי קמ"ל ולפי מ"ש י"ל שפיר אשמועי' טעמ' דתמו' דאע"ג דמסיפ' שמעינן לי' דמקלקל' נפשה באיסור כרת דהא חזינן שנתייבמה ליבם י"ל דמעיקרא אשמועינן דאע"ג דמקלקלה נפשה לעשות בניה חללים לא קפדה בשביל לקלקל חברתה, והדר תנא הך דנתייבמו בדרך לא זו אף זו דאע"ג דהתם מקלקלה נפשה באיסור כרת אפ"ה אמרינן תמות כו' קאמרה, ולפי מאי דמסיק לפרש הא דקתני בברייתא הואיל והותרה צרתה הותרה ונשאת קאמר וכגון שנשאת לכהן ולפ"ז צ"ל דר"א פליג גם בההיא דעדים ובנים דקתני דשניה אסורה דמשמע בכל גווני אע"ג דהאחרת, מותרת לכהן ולר"א בכה"ג גם השני' תנשא אך בלשון המשנה נראה דר"א לא פליג רק אהך דיבמין כדאמר הואיל והותרו ליבמין כו' ואפשר לומר דודאי תנא דמתני' לא שמיע ליה פלוגתא דר"א רק אהך דיבמין וכן נראה לכאורה מדברי התוס' ועיין במהרש"א ומ"ש ע"ז בתשוב' מדין העגונה מק"ק קופיל וס"ל דאפשר דר"א מודה בריש' דדוקא בסיפ' דמקלקל' נפשה באיסור כרת אמרינן דקושט' קאמרה אבל בהך דבנים ועדים דאיכא למימר דלא מקלקל' דבגיט' אתאי ואף אם נשאת לכהן אין כאן אלא לאו בלבד ואין הבנים ממזרים רק חללים לא חייש' והלכך מודה בה ר"א דצרתה אסורה:

ובזה נלע"ד לבאר דברי הירושלמי דאית' התם מאי טעמ' דר"א לפי שאינה חשודה לקלקל צרתה כל עיקר נשמיענה מן הדא האשה שהלכה כו' תנש' וצרתה אסורה וסברין מימר חשודה לקלקל עצמה כדי לקלקל חברתה ולית ר"א פליג הוי לי' טעמא משום שאינה חשודה לקלקל צרתה כל עיקר וחש לומר שמא שילח לה גיטא ממה"י הגע עצמך שהיה כהן א"ר בא בר זמינ' חשודה היא לעשות כמה חללים כדי שיהיה בני חברתה ממזרים עכ"ל והמפורשים נדחקו מאוד בפירושו ולפי מ"ש נראה דה"פ דמתחלה בעי למימר טעמא לפי שאינה חשודה כו' והיינו כדקאמר בש"ס דידן דדלמא טעמא משום דצרה מעידה לחברתה ולזה בא להוכיח מדלא פליג ר"א במתני' דהאשה שהלכה ולמימר דצרתה מותרת ע"כ דס"ל דודאי צרה א"נ להעיד רק היכ' דמקלקל' נפשה כגון ההיא דמתני' משא"כ בהך דצרתה דאפשר דלא מקלקל' נפשה כלל אלא בגיטא אתאי והיינו דקאמר הירושלמי הוי לית טעמא כו' וחש לומר שמא שלח לה גיטא כו' ור"ל כמ"ש שודאי אין הטעם משום שאינה חשודה כל עיקר אלא חשודה היא היכא שאינה מקלקלת לנפשה והתם לא פליג ר"א משום דחייש לומר ששלח לה גט ואהא קאמר הגע עצמך שהיה כהן ר"ל דאכתי הו"ל לפלוגי את"ק דאמר סתם צרתה אסור' והו"ל לר"א למימר אם נשאת לכהן צרתה מותרת ואהא משני א"ר בא בר זמינ' חשודה היא לעשות כמה חללים כו' ור"ל דהתם שפיר מודה ר"א בהך קלקול דחשודה היא ע"ז

לעשות חללים כו' ודוקא במתניתי' פליג דלא הוה מקלקל' נפשה להתייבם ולהתחייב כרת וחנק ואפי' אי בגיטא אתאי עכ"פ היא גרושת אחיו ומקלקל' באיסור כרת ולעשות בניה ממזרים וכיון דנתייבמה ודאי קושטא קאמרה אבל בההיא דצרתה דאיכא למימר דלא מקלקל' רק שתעשה בניה חללים ע"ז לא קפד' כלל כן נלענ"ד בפירוש הירושלמי כפתור ופרח:

וממילא א"ש מה דכתיבנ' דבס"ד דש"ס דלא שמיע ליה ברייתא אזיל בשיטת הירושלמי דמדלא פליג ר"א לענין צרתה מכלל דס"ל דצרתה אסור' משום דאמרינן בגיט' אתאי וא"ש נמי דלא פליג בהך דעדים ובנים משום דבכה"ג חשודה לקלקל עצמ' בכדי לקלקל צרתה וא"ש נמי מה שהקשו התוספות דאמאי לא פליג ר"א בהך דמת בעלי וחמי ולפי מ"ש י"ל דהתם מודה דלא מקלקל' נפשה כלל דאף ע"ג דהתם ל"ל בגיטא אתאי דאם כן אינה חמותה והתם לא קפיד אשנאה ישינה כמ"ש מהרש"א מכל מקום בפשיטות י"ל דבעת שאמרה מת בעלי וחמי לא בעלה מיית ולא חמיה ורצתה לקלקל ועכשיו נודע לה שבאמת מת בעלה ולכך היא נשאת ומ"מ חמיה לא מיית ואע"ג דגם לבתר שנשאת אומרת כן אמרינן דעבידי' לאחזוקי שיקרא משא"כ בהך דיבמה דע"י הנשואין ליבם ודאי מקלק' נפשה ודאי קושט' קאמרה ואמנם התוס' לעיל דף קי"ז ע"ב כתבו לתרץ הא דחמותה אסורה אע"פ שנשאת הכלה דשמא תנשא חמותה קודם ולפ"ז י"ל דשפיר קשי' להו למאי דאמרינן דאי אינסב צרה מנסיבנן לה ולא חיישינן שתנשא קודם אך באמת קשה דכיון דלרבנן ע"כ חיישינן שתנשא קודם כמ"ש התוס' להוכיח מהך דחמותה מנ"ל דלר"א לא חיישינן להא ומתני' דיבמה שאני דליבמה בתורת יבום אינסבא וליכא למיחש למידי וצ"ע ולפי שאין זה מענינינו קצרתי:

ומ"מ מבואר דבהך ריש' דשני יבמות כו' זו אסורה מפני בעל' של זו א"צ לטעמא דדלמא תמות כו' כיון שאין אנו מניחין להנשא אחת מהנה ולפי"ז מוכח ג"כ דע"א ביבמה מהני דאל"כ אף שלא היו יבמות ג"כ לא מהני מה שזו אומרת מת יבמה של זו דאימור משקרה וזו משום דסני' ליבם לא דייקא ואע"פ דקאמרה מת בעלי ורצונה להתיר א"ע ג"כ מ"מ נראה דבשביל האמירה לחוד אין לאמת דברי' דכל זמן דלא עבדה מעשה בנפשה ליכא חומר וא"כ מחמת שאין ע"א נאמן ג"כ שניהם אסורות ומדנקט יבמות דווקא מכלל דע"א דעלמא נאמן ולפ"ז יש לתמוה דה"ל למפשט מההוא דשני יבמות דע"א בעלמא מהימן להתירה לשוק אך נלע"ד ליישב ע"פ מ"ש התוס' להקשות אהא דמיבעיא ליה אי טעמא דר"א משום דס"ל צרה מעידה לחברתה דה"ל לפלוגי אירשא דהא נשים דקחשיב צרה ליבמתה וכתבו לחלק בין היכא שבאה להעיד על חברתה להך דהכא שאינה מתכוונת

להעיד רק על עצמה וממילא נאמנת על צרתה ע"ש ולפום הך לישנא ר"א ברישא נמי פליג וכדאמרינן בש"ס התם דר"א לדבריהם דרבנן קאמר לדידי צרה מעידה לחברתה ואע"ג דלא אינסב כו' והיינו משום דאינה מתכוונת רק להעיד לעצמה וא"כ ת"ק אתי לאפוקי מדר"א וקאמר דאף בכה"ג אין צרה מעידה לחברתה וזו אסורה מפני בעלה של זו ולפ"ז י"ל דלא מצי למפשט מהכא דע"א נאמן ביבמה דשפיר י"ל דע"א לא מהימן משום דסניא ליה לא דייקא רק דיוקא זוטא וסומכת על העד והא דנקט שני יבמות רבותא אשמועינן דסד"א דיבמה נאמנת להעיד לחברתה כשאינה מתכוונת להעיד רק על עצמה כמו דס"ל לר"א וא"כ יבמה עדיף טפי דאע"ג דעד דעלמא לא מהימן מ"מ איהי מהימנא משום דחברתה אינה סומכת עלי' כ"כ ומסק' אדעתא דלמא משנאה אמרה הכי ולאקלקולי לדידה מכוונה ודייקא דיוקא רבה ומ"מ מה"ט דסתם יבמות שונאות לא פסלינן עדותה כיון שאינה מתכוונת רק לעצמה ולכן קמ"ל ת"ק דאפילו בכה"ג פסלינן עדות היבמה לחברת' ור"א באמת ס"ל דשפיר מעידה ועדותה מועיל אע"פ שאינה רק כע"א משום דמסתמא לא סמכא עלה ודייקא דיוקא רבה ולכך לא בעי הש"ס למפשט מהך דשני יבמות אך כ"ז בהך צד איבעיא דטעמא דר"א משום צרה מעידה לחברתה שפיר י"ל דיבמות איצטריכ' ליה ולאפוקי מדר"א משא"כ לצד האיבעי' משום דר"א ס"ל דלא מקלקל' נפשה וזה דוקא היכא דאינסב ואי לא אינסב פשיטא דאין צרה מעידה לחבירתה ואף אם אין מתכוונת רק לעצמה והדר' קושיא לדוכתא דלמה נקט יבמות היכא דלא אינסב דלמה יהיה עדיף מע"א דעלמא דהא אי לא אינסב וליכא קלקול' ליכא עדיפותא ביבמה משאר ע"א ואם כן בלא פסול עדות יבמה לחברתה תיפוק ליה דע"א לא מהני וע"כ מוכח דע"א דעלמא באמת היה נאמן וקמ"ל דיבמות אסירי ולפי"ז למאי דמסיק הכא דהברייתא דפליג ר"א הואיל והותרה ונשאת קאמר ומשמע קצת שתופס זה לעיקר מדדחיק להגיה הברייתא וכן ממ"ש לעיל דברי הירושלמי מבואר שתופס עיקר בטעמא דר"א משום דמקלקל' נפשה דוקא ולא משום שאינה חשודה לקלקל צרתה ולהך טעמא מוכח דע"א דעלמא נאמן רק ביבמה פליגי דת"ק סבר דלא מהימנ' אף אי מקלקל' נפשה ור"א סבר דמהימנ' היכא דמקלקל' נפשה ומ"מ בין למר ובין לומר עד אחד דעלמא מהימן:

ופקחתי עיני וראיתי שהב"ש סימן קנ"ח ס"ק ד' כתב וז"ל ואין להקשות להרא"ש דע"א לא מהימן ל"ל הטעם דצרה אין מעידה לחברתה ת"ל דע"א אינו נאמן וצ"ל דה"א הואיל ונאמנת על עצמה דמת בעלה נאמנת על חברתה קמ"ל דא"י להעיד על הצרה עכ"ל ולענ"ד הם דברי תימא דמה ס"ד לומר הואיל בכה"ג דהא הך מלתא בתורת טעמא אתינן

עלה דזמנין דסני' לה ולא דייקא ובשלמא היכא דאינסבא שפיר היה מקום לומר דכיון דאינסבא קושט' קאמרה דלא מקלקל' נפשה ומהני אף היכא דחברתה לא דייקא מ"מ היא היתה צריכה לדייק בשביל עצמה משא"כ קודם דאינסב אע"ג דהיא עצמה מותרת משום דמסתמא לא תנש' עד דתידוק שפיר וכדאמרינן אשה דייקא ומינסב' אבל קודם שניסת מאן לימא לן דקושטא קאמרה ואפי' אם לא היה פסולה מטעם שנאה שלה לחברתה היא א"נ כשאר ע"א ואמנם מ"ש להקשות על הרא"ש באמת קושי' זו תיקשי על הש"ס דהו"ל למפשט האיבעיא מהכא. אך לענ"ד א"ש כמ"ש דלא בעי למפשט מהכא דלהך צד האיבעיא דטעמא דר"א משום צרה מעידה ליכא למפשט מידי וגם א"ש טפי דרבא דאמר התם מסברא לאיסור כרת כו' לא מצי למפשט מהכא דרבא הוא דקמיבעי' ליה בטעמא דר"א וכיון דלא איפשט' הך איבעי' לכך נקט שם הפשיטות מצד הסברא אך אנן לדידן שנראה עיקר דטעמא דר"א משום קלקול' וכדמשמע מש"ס דידן והירושלמי נראה דאית לן לפסוק דע"א נאמן ביבמה להתירה לשוק כנלע"ד:

וראיתי בריטב"א בחידושיו ליבמות כתב וז"ל אהא דאמר רב נשואין יש בה דמחלפ' באשה שהלך בעלה למה"י דהא דרב במסקנא קאי כשנשאת בע"א דאי במזיד גמור זנות בעלמא הוא ולית ליה השתא דרב המנונ' ואי כשנשאת בעדים הא סבר רב דאפי' באשה בעלמא מותרת לחזור לו אלא ודאי כדאמרן. וש"מ דס"ל לרב דע"א נאמן ביבמה שתנש' לשוק כדפסקו רבוותא ז"ל עכ"ל וכ"כ שם בדף צ"ד גבי האיבעי' וז"ל ובעיין לא איפשטא הכא אבל תפשוט לו דע"א נאמן ביבמה ממסקנת מימרא דרב דאמר נשואין יש בה וכדכתיבנ' לעיל וכן פסקו הגאונים ז"ל עכ"ל וכ"כ הנ"י בשמו בהך דנשואין יש בה דש"מ דע"א נאמן דטפי מסתבר לאוקמ' שנשאת עפ"י ע"א מלאוקמה במזיד גמור דזנות בעלמא היא כו' עיין שם. ולכאורה היא ראיה גדולה לשיטת הגאונים ז"ל אך שצ"ע לענ"ד דהריטב"א גופיה קודם לזה כתב וז"ל מעתה כל שנשאת בין ברשות ב"ד בין במזיד גמור תצא מן הבעל ואפי' יש לה בנים ואסורה ג"כ על היבם אע"פ שהוא ישראל משום גזרה דמחלפ' באשה שהלך בעלה למדה"י כו' ודבריו סותרין זא"ז דבמזיד דינו כזנות ליכא גזרה דמחלפ' וכמ"ש לפרש דברי רב דלא מיירי במזיד וא"כ איך השוה מזיד לנשאת ברשות והריטב"א גופ' כתב שם להלכ' דלא קי"ל כר"ה והנ"י העתיק ג"כ מתחלה דברי הריטב"א שכתב מעתה בין במזיד כו' ותיכף אח"כ כתב דמדאמרינן שנשאת כו' שמעינן דע"א נאמן כו' אך מלשונו נראה דמ"ש דטפי מסתבר לאוקמי שנשאת ע"פ ע"א מלאוקמי במזיד כו' שבאמת חזר בו ממ"ש תחלה דגם במזיד גמור אמרינן מחלפ' וכן צ"ל בדברי הריטב"א ג"כ וכ"כ הריטב"א שם אהא דאמרינן נשואין יש בה בזנות כו' והכא בנשואין

שהוא במזיד קאמר שהוא זנות גמורה כו' ע"ש. ואמנם בתוס' שם דף צ"ב ע"ב נראה דלא ברי להו כולי האי הך מלתא דנשאת במזיד אי הוה כזנות או לא שהתוס' שם ד"ה נותן לה שני כו' ומתני' דהזורק אפי' בנשואי טעות וכ"ש בנשואי מזיד דקנסינן לה טפי ואפי' את"ל כשנשאת במזיד לא שייך למגזר ולמקנסה כי היכא דלא קנסינן בזנות משום דנשואי מזיד לא שכיחי כמו זנות מ"מ לא מסתבר לאוקמא הך מלתא בנשואי מזיד דלא מיירי בהכי כו' עכ"ל. ועתה זכינו שנדפס ספר הישר לר"ת ז"ל ומצאתי במסכת יבמות סוף סי' כ"ד שכתב שאין להוכיח ממה שאומר שנותן לה גט כו' דבאירוסין מיירי דאי בנשואין היאך הותרה לו והא יבמה שזינתה אסור' כדר"ה משום הא לא ארי' דקי"ל דלא כר"ה ורש"י פירש כן כו' ע"ש ובדף ע"ט מבואר דס"ל דנשואין שהם כזנות לא אמרינן מחלפ' והיינו מטעם שכתבו התוס' דכיון דלא שכיח לא שייך למגזר ולמקנסה (וצ"ע על הריטב"א שכתב להקשות על רש"י שכתב דר"א לית ליה דר"ה דהא אכתי אסור משום דמחלפ' דהא לפי שיטת הריטב"א איכא לפרושי בנשואי מזיד דהוי כזנות ואפשר דס"ל כמ"ש התוס' דלא מסתבר לאוקמי בנשואי מזיד) ולפ"ז צ"ע מ"ש הטור והש"ע בפשיטות בסי' קנ"ט דאם נשאת לזר בין בשוגג בין במזיד תצא מזה ומזה ולא כתבו שום חולק שהרי התוס' מספק' להו מלת' דשמ' בנשואי מזיד לא קנסינן וכן נראה מדעת ר"ת וכן הוא דעת הריטב"א והנ"י שאע"פ שמתחל' כ' ג"כ בין שוגג בין מזיד מ"מ הרי כ' אח"כ דנשואי מזיד כזנות בעלמא הוא ומ"ש הב"י שכ"כ הרא"ש באמת בהרא"ש לא נזכר נישואי מזיד ע"ש שכ' והלכה למעשה נראה דאם נשאת בנשואי שוגג תצא כו' ואע"ג שי"ל דכ"ש מזיד קאמר מ"מ י"ל נמי איפכא דדוקא שוגג וכמ"ש התוס' אך מדבריו שם שהביא דברי הירושלמי משמע כן ויש לדחוק וקצרתי. ואפשר דהטור לשיטתו דס"ל דאביו הרא"ש ז"ל פליג על הרי"ף לדינ' וס"ל דע"א לא מהימן וא"כ בשלמא לדידן שפיר משכחת נשואי שוגג בשני עדים דאנן קי"ל כרב דבשני עדים מותרת לחזור לו משא"כ אליבא דרב בש"ס לא משכחת לה כ"א בנשואי מזיד דהא ע"א ביבמה לא מהימן ומוכח דאף בנשואי מזיד אמרינן דמחלפא אך כבר כתבתי בשם מהר"מ מפדוואן שנרא' שגם הרא"ש לא כתב כן לדינא רק דרך קושי' ולקמן אכתוב עוד בזה:

וממוצא דבר אנו למדין שפשט' דש"ס אליבא דרב נראה שע"א נאמן וכמ"ש הריטב"א והנ"י וגם ביש"ש כ' ראי' זו שאע"פ שהוא כתב דבין שוגג בין מזיד תצא מזה ומזה מ"מ כתב ראי' זו משום דסתמא לאו בנשואי מזיד מיירי ולפי דברינו דעת ר"ת מסכמת להרי"ף והגאונים וכן נראה מדברי התוס' דלא ניח' להו לפרושי הסוגיא בנשואי מזיד וכמ"ש להדי' בהא דר"א דלא מסתבר לאוקמי בנשואי מזיד כו' וכיון דאשכחן נמי ר"ת

והריטב"א והנ"י והיש"ש וכן נראה דעת התו' שהם מסכימין עם הרי"ף והגאונים ושאר גדולי הראשונים הדבר ברור שאין לנו להחמיר בזה ובפרט במקום עגון:
ועתה נבא לבאר במ"ש הנ"ב דבדברי הרי"ף לא נתבאר אם עד מפי עד מועיל ביבמה רק בדברי הרמב"ם וה"ל הרמב"ם והרא"ש חד לגבי חד כו' הנה בשו"ת הרשב"א סי' אלף רנ"ב מבואר להדיא עד מפי עד מהימן בזה ופסק כן להלכה למעשה וכתב שם וז"ל וכן תדעו שכל שהאמינו עד אחד אפילו עד מפ"ע וכל אותן שהם נאמנים במת בעלה נאמנים כאן וכ"כ בהדיא בעל הלכות גדולות גבי ההוא דר"ש ורבא והשתא דאמרת ע"א כשר דשויא רבנן כאשה שהלך בעלה למה"י וקתני גבי אשה הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד כו' והדא יבמה שרי' לאנסובי ע"כ ואין ספק שגם הרי"ף ס"ל הכי כדברי בה"ג וכבר ידוע מ"ש מהרשד"ם בשם רבו הגאון מהר"י טיטצאק ז"ל שכשהיה מוצא דעת הרשב"א היה מחשיב דבריו נגד כל הפוסקים ומכ"ש בזה שאדרבה כל הראשונים והאחרונים קיימי בשיטתי' ואף שהרא"ש ז"ל חוכך בדבר סמכו כל האחרונים על דעת המתירין דהרא"ש יחידאה לגבייהו ובפרט שהגאונים ובה"ג והרי"ף שדבריהם דברי קבלה הם מהמתירין וכבר כתבתי שיש להביא ראיה לזה מהש"ס. והב"י כתב שרוב מנין ורוב בנין הסכימו להתיר וגם הרא"ש לא גזר אומר לאסור בהדיא ולא כתב אלא שקשה הדבר להקל הלכך כהני רבוות' דשרו נקטינן עיין בתשובת הרשב"א סי' אלף רנ"ב שם כתב דברים השייכים לזה עכ"ל הב"י. ולכאן שייך הגה מבדק הבית שכתב וז"ל וכתב בסי' הנזכר שכל שהאמינו עד אחד אפי' עד מפ"ע כו' וכן הוגה בטורים דפוס פ"ד וכתבתי זה לפי שנלע"ד שמ"ש הב"ש בסימן קנ"ז ס"ק ב' ד"ה אפי' קרוב כתב בב"ה אית' אפי' עד מפ"ע כו' ונראה שנתחלפו דברי הב"ה ונעתקו ממקומם שבסימן קנ"ח לסימן קנ"ז לענין היבם ואפשר שנזדקר ט"ס בדפוס שהיה לפני הב"ש והעיקר כמ"ש לפנינו דברי הבד"ה אלו בסי' קל"ח וקצרתי:
ומ"ש בנ"ב די"ל דגם הרי"ף דס"ל להתיר י"ל דהיינו משום דלא אמרינן מסני סני וחיישא אקלקול' שנאסרת ליבם שהוא כמו ארוסה ולפי מ"ש בעהמ"א דעיקר קלקולא הוא לגבי בעל הראשון דמשני אין נחשב לה קלקול כיון דגם השתא אין לה בעל ולפי"ז לדידן שלא הותר היבום אין כאן שום חומר ולא דייקא עכ"ל ומ"מ גם הוא ז"ל כתב דלסברא בעלמא אמר ולא לקבוע הלכה והנה דברי בעהמ"א הם אמורים לקיים הגירסא שדחו' רש"י ז"ל ובאמת שכדברי בעהמ"א כתב הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ג"כ ליישב הגרס' דגרס קמ"ל לקלקול' דידה חייש' לקלקולא דזרע' לא חייש' ורש"י דחה זה דהא לר"ע תצא מזה ומזה כו' דאיכא גבי יבמה נמי קלקול' דידה וע"ז כתבו דכיון דמה שהיא מקלקלת

עצמה מן היבם לא איכפת לה דשמא מסני סני לה רק הקלקול מבעל שני גם כן אינה חושבת קלקול כיון שגם עתה אין לה בעל וא"כ אין כאן רק קלקול זרע' אליבא דר"ע היינו דאמרינן דקמ"ל דדוקא אקלקול דידה חיישׁ' אבל לא אקלקול זרע' כך הוא דבריהם ז"ל. ועפ"ז רצה הגאון ז"ל לומר דלדידן דלא נהגינן ביבום א"כ אפי' אי לא אמרינן מסני סני מ"מ אין כאן קלקול דידה דהא אין לה תקנה על היבם ומבעל שני לא איכפת לה אם תצא ממנו כיון שגם עתה אין לה בעל ודוקא היכא שהיתה מותרת להתייבם חשיב קלקול דידה שהיבם הוא כמו ארוס שלה כך הם דברי הגאון ז"ל שבאו בקצרה ואולם אני תמה מאד על פה קדוש יאמר דבר זה כי הרי"ף ודעימי' דס"ל להתיר. הטעם משום דלא אמרינן מסני סני ליה שהרי הדבר מבואר ביבמות דף קי"ח בעא מיני' רבא מר"נ המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו כיון דסני' ליה זכות הוא לה כו' א"ל תנינ' וחוששין לדברי' כו' וכן פסק הרי"ף וכל הפוסקים. וגם בעל האיבעי' בע"א למשרי יבמה לעלמא מבואר דלא מספקא ליה בהא כלל אי חיישינן דלמא סני' ליה או לא שהדבר פשוט דודאי איכא למימר סני' ליה ומ"מ מיבעי' ליה דשמא לא איכפת לן בדיוקא דהאשה כלל כיון שיש ע"א הוא נאמן משום מלתא דעל"ג לבד בלא דיוקא ולהתוס' והרא"ש שם ס"ל דגם דסני' ליה איכא דיוקא זוטא או דלמא על"ג לחוד לא מהני עד דאיכא דיוקא רבא וביבם ליכא משום דסניא ליה אבל עכ"פ לשני צדדי האיבעי' לא הוה מספקא לן בהך מלתא דלמא סניא ליה ועוד דהיאך אפשר לומר שלהרי"ף פשיטות האיבעיא להתיר משום דלא אמרינן סניא ליה היא עצמה תוכיח שאינה נאמנת לאיסור לאו אע"ג שנאמנת לאיסור כרת וטעמא משום דסניא ליה אלא דמ"מ בע"א י"ל דשפיר מהימן דא"צ לדיוקא דידה רק משום מלתא דעל"ג לחוד דהא אפי' בע"א בקטטה מיבעיא ליה דלמא סמכינן על העד ועיין בדף צ"ד בתוספ' סוף ד"ה כי תיבעי לך דאפי' מהני כאן עד בהני תרתי בעיי אכתי איכא למבעי ע"א בקטטה או מלחמה דאיכא למימר דהכא דייקא טפי מהתם כו' ולפ"ז נראה ברור דאף במקום שנהגו לחלוץ ולא ליבם לא נפל דבר מפשיטות האיבעיא דע"א שפיר מהימן משום מלתא דעל"ג וכמו במקום שיש יבום דהא איכא למימר דסניא ליה ואפ"ה מהימן משום מלתא דעל"ג וא"ל דנהי דמ"ש הגאון נ"ב ז"ל דהרי"ף ס"ל דלא אמרינן סני להו ליתא מ"מ למאי דאתא ואייתי דברי בעהמ"א דמה שתצא מבעל שני לא חשיב חומר ולא מהימנ' וה"נ לדידן שאין נוהגין ביבום הרי אין כאן חומר ואית לן למימר דלא מהימנא:

אבל באמת ז"א דבעהמ"א ושאר מפרשים שהבאתי לעיל דבריהם על מאי דדחי הש"ס הפשיטות ממתני' דאשה גופה לא מהימנא הא עד דעלמא נאמן והש"ס דחי דלעולם

גם ע"א א"נ כמו האשה עצמה והיינו משום דלא סמכינן אמלתא דעל"ג ועיקר ההיתר משום דייקא וביבם דסניא לי' לא דייקא ואין האשה ולא ע"א נאמן ונקט אשה עצמה לרבותא דלא מיבעיא ע"א שי"ל דמשום דסניא לי' שוב אינה מדייקת כלל ותופסת דברי העד לאמת ואינה חוקרת כלל אבל היא עצמה י"ל דלא חיישינן שמשקרת במזיד משום קלקול זרע' קמ"ל דמשום דסניא ליה לא חיישא לקלקול זרע' וגם ניחא לה בשאר קלקולי ממון משום הא דסניא ליה וכמ"ש הריטב"א ועיין בחידושי הרמב"ן מבואר באר היטב וכ"ז למאי דבעי למימר דאין ע"א נאמן אבל למאי דס"ל דע"א נאמן אין המשנה יוצא מידי פשוט' דאשה גופא לא מהימנא דמשום דסניא ליה אינה חוששת לקלקול כלל משא"כ ע"א דעיקר מה דסמכינן הוא משום מלתא דעל"ג וגם שייך מתוך חומר דהא מקלקלת זרע' אף לדידן דלא ס"ל כר"ע מ"מ הוי ממזר מדרבנן וגם שאר קלקולי ממון (והש"ס דקאמר לר"ע אצטריך היינו לאשמועינן קלקול דאורייתא כמ"ש התו' מ"ש ולעיל דף צ"ב) ולכן כיון שיש לנו לסמוך על העד דה"ל על"ג וגם כיון די"ל דאפי' אי סניא ליה לא שבקית מלמידק מחמת חומר שבסופה בקילקול זרע' וממון לכך מהימנא וכל זה שייך אף לדידן:

ועוד נראה דאפי' אי יהבינן להגאון ז"ל הך מלתא דכל דלא מתייבמ' לא חשיב קלקול לדידה נראה כיון שאין ביבום איסור אם מתכוונת לשם מצוה כמבואר בסי' קס"ח וכן אפי' עכשיו כשהם באים לחלוץ שואלים אותו אם תרצה ליבם תיבם אותה ואע"פ שיש לו אשה כמבואר בס"ח ואע"פ שבמדינתינו מרחיקים היבום מ"מ חשיב קלקול לגבה שעד עתה היה כדבר הרשות ועכשיו תאסר עליו וגם כיון שלא נודע מקומו אי' א"כ י"ל שמא הוא עתה במקום שנוהגין היתר ביבום שהרי גם אם היבם כאן אינו ברור שירצה לייבם אותה דשמא יחלוץ לה ואפ"ה ס"ל להנ"ב שחושבת היבם שהוא ארוס שלה ולא מקלקלא נפשה לגביה וא"כ אע"פ שאינו כאן מ"מ אולי תאבה האשה ללכת אחריו ולהתייב' לו במקום שהוא שם:

אך באמת אין אנו צריכין לכל זה דכיון דע"א נאמן אע"פ שי"ל דמסני סני לה דמה"ט היא עצמה אינה נאמנת א"כ אף אם אינו עולה על דעתה שתתייבם הע"א נאמן ואדרבה עדיף טפי לדידן דדוקא משום דסניא ליה י"ל דלא דייקא משום דלא ניחא לה דתיפול קמי יבם שאינה יכולה להנצל ממנו להנשא לאחר ושמא לא ירצה לחלוץ ובע"כ תבעל לשניאוי לה וכמ"ש התוס' ולכן חוששין שמא בשביל זה ניח' לה לקלקל עצמה בכדי שתהיה נאסרת עליו וכדאמרינן לעיל דתצא מזה ומזה משום דמחלפא וכיון שתהיה אסורה עליו יתרצה לחלוץ לה והיינו דוקא משום דסניא ליה והיא יריאה ממנו אינה

חוששת לשאר קלקולים וכמבואר ברמב"ן וריטב"א משא"כ מחמת שאין נוהגין ביבום לא שייך לומר דלא תידוק בשביל זה ואינה חוששת להתקלקל ליבם כיון שאין מיבמין מ"מ למה תעשה זאת לקלקל עצמה בכמה קלקולים (ועיין בתוס' מ"ש דכיון ששאר נשים מורגלים לדקדק כו') ואדרבה דייקא להתוודע ולהגלות אי' מקומו ותחלוץ ממנו דאפי' נאמר שאין כופין לחלוץ מ"מ תוכל לרצות אותו שיחלוץ כיון שלא יתן עיניו ליבם אותה וכן מבואר בתשובת אא"ז מהר"י מינץ דבזה"ז שאין נוהגין ביבום אפי' היא בעצמה נאמנת שמת היבם ומכ"ש ע"א אף לדעת הרא"ש ואף שהב"ש כתב ע"ז שאינו מוכרח והראה מקום לסימן י"ז לענין הנשים שאין מעידות אם נאמנים בזה"ז לענ"ד אין ראיה משם דהתם כיון דאשכחן בירושלמי שאמרו יבמתה שהיא אחותה לא תעיד אלמא דלא פלוג רבנן כמ"ש ה"ה פ"ז מה"ג וגזרו היכא שהיא אחותה אטו אם אינה אחותה אמרינן בכולהו לא פלוג אבל בזה שא"נ לומר מת יבמי זיל בתר טעמא דמבואר בש"ס משום דסניא ליה משקרת ובזה"ז לא שייך הא והב"ש בסי' י"ז ס"ק י"ד כתב דמהטור שכתב יבמתו אין מעיד משמע אפי' בזה"ז כו' הוא תמוה בעיני דאיך נזכר בטור מנהג זה דאין מייבמין ואדרבה כתב שם הפלוגתא ומסקנת הרא"ש כר"ת דאם מתכוין לשם מצוה יכול לייבם וגם מ"ש מדברי ה"ה פ"ז דאפי' יבמתה שהיא אחותה לא תעיד עיין במשנה למלך פי"ב דאיכא למימר דטעמא דסתם יבמות שונאות זא"ז ומ"מ אף אם נימא דשם לא פלוג רבנן אין ראיה לכאן וכמ"ש ועיין בשו"ת ח"צ סי' מ"א דמתחלה כתב אליבא דהרמב"ם שחזקתן שונאות זא"ז אלא אפי' לפי' רש"י כו' ול"ל טעמא משום דלא פלוג רבנן כו' דשאני התם דל"ש היא דתהוי יבמתה אחותה כו' ע"ש:

אך לענ"ד בהיא עצמה אין להקל אף במקום שאין מייבמין ומטעם שכתבתי דהיא יראה לנפשה שמא הוא במקום שמייבמין ויהיה רוצה שהיא תבא אחריו ליבמה ואם לאו יעגן אותה משא"כ בע"א שעכ"פ אין מקום לסברת הגאון בעל נ"ב ז"ל להחמיר משום דבזה"ז אין מייבמין ואדרבא אי לא מסק' אדעתא שיכוף אותה להתייבם יש להקל טפי דמה"ת שתקלקל עצמה בשאר קלקולים וגם דמסתמא מורגלות לדקדק כמ"ש התוס' ודוקא היכא שי"ל שיכוף לייבם אותה והיא סניא ליה לא חיישי' לקלקול' בכדי להנצל ממנו ולכן נלע"ד שאין מקום להחמיר בזה ואין לפקפק בנ"ד לומר דמה שמקילין רבוותא בע"א ביבמה להנשא לשוק הוא דוקא בעד שמעיד לאחר מיתת הבעל ואפי' בעד מפ"ע בכה"ג אבל בזה שהעד השני אומר ששמע מהראשון בעוד שהיה הבעל קיים ולא היה בעת ההוא חל ענין עדו' כלל והיתה בחזקת איסור א"א ובחזקת איסור ליבם כשימות לא מהני וחיישינן דלמא אמר ולא דייק במלתי' שפיר דפשיטא דז"א דפשיטא דשמוע' זו

ששומע העד מפי העד א"צ שתהיה לשום כוונה להעיד כלל אלא אפי' אמר שהיה דרך שיחה לאיזה כוונה אחרת ולא ידע כלל שיש כאן אשה זקוקה מ"מ מהני עדותו ואפי' עד מפי עכו"ם מסל"ת מהני כמבואר בשו"ת מהרי"ז סי' פ"ח ובשו"ת הר"ן ומצד חזקה אין לחוש דהא בכל יבמה איכא חזקת איסור ליבום ושרינן לה ע"פ ע"א ואף שבעת ההיא הי' בחזקת א"א לית לן בה דהשתא מיהא כשמת בעלה פקעה חזקת א"א וקיימא בחזקת יבום ועיין בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סי' י"ח:

והנה בגוף הסברא שהביא הגאון ז"ל מבעל המאור דמה שתצא מהיבם לא חשיב קלקול אצלה נראה להוכיח מהתוס' והרא"ש דלא ס"ל הכי דהא אהך דאמרינן כי תיבעי לך יבמה לעלמא קשיא להו דפשיטא ליה דבשביל דרחמא ליה לא שבקא מלמידק ה"נ נימא הכי לענין סברת סני' ליה והוצרכו לחלק דגדולה שנאת השונאים מאהבת האוהבים כו' ולפי סברת בעהמ"א והרמב"ן ודעמייהו לא היינו צריכים לחילוק זה דבפשיטות יש לחלק שאף ע"פ שנאמר דסברת רחמא ליה וסברת סני' ליה שקולים הם מ"מ יש חילוק בין הנושאים עצמם דבלישנא קמא דהאיבעיא לענין שריותא ליבם שהע"א מעיד שמת בעלה ואיכא קלקול לעצמה שהרי זו יש לה בעל (ואף במפלת מן הנשואין דקי"ל גבי יבמה שמותרת לחזור לו כבר כתבו התוס' דגם בזה שייך דייקא דשמא יחלוץ כו' ואמנם דברי התוס' צ"ע וקצרתי) משא"כ למשרי לעלמא שעתה אין לה בעל שפיר י"ל דלא דייק' משום דסניא ליה ומה שתצא מבעל שני לא קפדה כיון שגם עתה אין לה בעל והא דקפשיט ממת בנך ואח"כ מת בעלך שמותרת ליבם אף ע"ג דהתם ליכא בעל א"ש דקפשיט בדרך כ"ש דהא התם לא שייך דייקא כיון שאין לה בעל וא"כ י"ל משום דרחמא ליה לא דייקא ואפ"ה שרי בע"א ומכ"ש במת בעלך לחוד דלא חיישינן דמשום דרחמא ליבם מקלקלת לעצמה לגבי בעל ועיין בתוס' דבלא"ה הך פשיטות הוא דרך כ"ש ע"ש וא"כ מוכח מזה דהתוס' והרא"ש לא ס"ל הך סברא ולכך הוצרכו לחלק בין אהבת אוהבים לשנאת השונאים:

איברא די"ל דע"כ אנו צריכים לחלק בין סברת רחמא ליה לסניא ליה דאם נאמר שהם שוים תיקשי דה"ל למפשט למשרי לעלמא ג"כ מהך דמייתי לעיל דמת בנך ואח"כ בעלך דאף דהתם למשרי ליבם מירי מ"מ הרי גם עתה אין לה בעל ואפ"ה ל"ח לסברת רחמא ליה וה"ה דאע"ג דל"ל בעל ל"ח לסברת סניא ליה אלא ע"כ מוכח שיש חילוק בין סברת אלו. אך י"ל דאע"ג דאין חילוק בין סברת רחמא ליה לסניא ליה מ"מ לא מייתי למפשט מהך דמת בנך ואח"כ בעלך. דבאמת הוא סיפא דמתני' וניחא ליה טפי לאתויי הא דמת בעלך ואח"כ בנך מתרי טעמי חדא דהוא רישא דמתני' וגם דמיירי בהך גוונא

גופא דקמבעיא ליה לענין למשרי ולמאי דדחי דמיירי בעידי הזמה גם מסיפא לא מוכח מידי ועיין בתוספות ד"ה כי תבעי לך שכתבו וז"ל וה"ה דהוי מצי למבעי ביבמה ליבם במת בנך ואח"כ בעלך דאיהי לא מהימנא ור"ל כיון דלמסקנא דחי הפשיטות ממתני' ומוקי בעידי הזמה א"כ שפיר אתיא האיבעי' במת בנך דמתני' איירי בעידי הזמה ולכן כיון דעיקר האיבעיא למאי דידע דאיכא למדחי בעידי הזמה ליכא למפשט ממתני' כלל והפשטן דלא ידע מהך אוקמת' ניחא ליה טפי למפשט מרישא דמיירי בהך גוונא גופא וקצרתי:

והנה הרמב"ם פ"ג מהל' יבום כתב הטעם שא"נ האשה מת יבמי שתנשא לזר הואיל והוא איסור לאו שמא יהי' קל בעיניה והביאו הב"ש והוא תמוה שהרי אדרבה אשכחן בש"ס דרבא קאמר לאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא כ"ש וא"ל ההוא מרבנן היא עצמה תוכיח כו' אלא משום דסני' ליה כו' אלמא דאדרבה רבא מחמיר טפי היכא דאיכא כרת וטעמא דהיא עצמה משום דסניא ליה. ולדברי הרמב"ם הכי ה"ל למימר היא הנותנת איסור כרת אמרינן דייקא משום שהוא חמור בעיני' משא"כ יבמה לשוק שהוא איסור לאו ולא דייקא והיא עצמה תוכיח דמטעם איסור לאו לא דייקא ונראה ליישב דהרמב"ם סובר דודאי סברת רחמא ליה וסניא ליה שוים ולפ"ז צ"ל אע"ג דהש"ס פשיט דנאמן ע"א ליבום ולא אמרי' רחמא ליה מ"מ חזינן דמבעי' ביבמה לשוק ע"פ ע"א משום דחיישינן לסניא ליה וע"כ לחלק דהתם איסור כרת שפיר דייקא אף דרחמא ליה משא"כ הכא איסור לאו לא דייק' משום דסניא ליה ואמנם י"ל להיפך דהיכא דאיכא חשש רחמא ליה י"ל שתסמוך על העד ולא דייקא אף ע"פ שהוא איסור כרת וכיון דחזינן דמקלינן באיסור כרת אלמא דבע"א אנו סומכין העיקר על מלתא דעל"ג ואמרינן שהעד לא משקר וא"כ איסור לאו לא כ"ש וכ"ז בע"א אבל בדידה גופא שאין לה על מה לסמוך והיא צריכה למידק אז באיסור כרת ודאי מדקדקת משא"כ באיסור לאו שהוא קל בעיניה וההוא מרבנן הוה ס"ל דיש חילוק בין סברת רחמא ליה לסניא ליה ולכך ליבם נאמנת היא עצמה ולשוק א"נ ומשום סניא ליה. וא"כ ה"ה גבי ע"א מפלגינן כה"ג וכיון דהוא רק דחיותא כמ"ש הרי"ף והעיקר כסברת רבא בזה והלכך אף דבדידה גופא מחלקינן בין לאו לכרת מ"מ לענין ע"א אם נאמר דלשוק אסורה משום דלא דייקא מחמת סניא ליה כמו כן י"ל דגם להנשא ליבם לא דייקא ואע"ג דאיכא כרת מ"מ היכא שיש לה על מה לסמוך שפיר לא דייקא משום דרחמא ליה דלענין ע"א שיש לה לסמוך עליו כך היא יכולה להקל בעיניה כרת כמו לאו ואדרבה היא תולה עצמה לומר דמסתמא העד קושטא קאמר שלא היה מכניס עצמו להכשיל באיסור כרת וא"כ לא דייקא וכיון שאנו

מתירין באיסור כרת ע"י העד ע"כ דהעיקר משום עדות העד הוא דהו"ל מלתא דעל"ג א"כ כ"ש שיש להקל בלאו משא"כ באשה עצמה שאין לה במה לתלות ובודאי דייקא שפיר אמרינן דלענין לשוק שאינו רק לאו לא דייקא ובזה א"ש מ"ש הרא"ש דודאי דחיותא דרבא דחי' טובה היא כו' ולפי מ"ש בדעת הרמב"ם א"ש דס"ל דאין זה דחיה טובה דמאן פלג לן בין סברת רחמא ליה לסניא ליה ולפי דחיית ההוא מרבנן ע"כ לחלק בכך הלכך מסתבר להרי"ף והגאונים דאיפשט' בעיין ואמנם לפי סברת רבא דס"ל דבאיסור כרת יש להחמיר טפי לענין עדות ע"א דא"כ איך קאמר לקמן דבעי רבא טעמא דר"א משום דצרה מעידה לחברתה כו' למאי נ"מ לאינסובי לצרה קמי דידה כו' ולכאורה לפי סברת רבא גופא י"ל דדוקא התם מקיל ר"א להנשא לשוק משא"כ לענין להתיר א"א לעלמא מודה דלא מהני עדות צרה כיון דאכתי לא ידע הברייתא דפליג ר"א גם באשה שמעידה לצרתה ובאמת שהיה מקום לפרש דמאי דקאמר נ"מ לאינסובי לצרה דיבמה לחברתה צרות קרי להו וכמ"ש רש"י שם בתחלת האיבעיא ה"נ בזה אך רש"י כתב להדיא לאינסובי לצרה האשה שהלכה עם בעלה כו' וגם מהתוספות מוכח שמפרשים כן דאל"כ מאי קשיא להו דהו"ל לר"א למפלוג במתני' דה' נשים או בהך דמת חמי ומאי קושיא דשאני התם שהיא א"א שהוא בכרת וע"כ דס"ל כפירש"י דהש"ס לא מחלק בכך לר"א מדנקט נ"מ לאינסובי כו' ולפיכך שפיר קשיא להו דלפלוג ברישא אך דעל הש"ס גופא תיקשי דמנ"ל ללמוד איסור כרת מאיסור לאו וצ"ל דרבא לשיטתו שם לפני זה דפריך אדר"נ מר' אבוה דמחלק בין לאו לכרת מכדי הא דאורייתא והא דאוריית' מה לי לאו מה לי כרת ופירש"י דבמידי דאסרינן מחמת ספק אין לחלק ולכך שפיר מיבעי ליה לר"א ולענין אינסובי צרה והא דקאמר רבא לענין פשיטות דיבמה לשוק לאיסור כרת התרת כו' בדרך ק"ו קאמר אבל מכל מקום אין לחלק ביניהם ולומר דבלאו יש להקל טפי דאידי ואידי דאורייתא וכבר כתבתי בחבורי בית אפרים ובק"ה שם סימן ל"ח בדברי תה"ד ומהרי"ק בזה וקצרתי כאן ועכ"פ מתברר לנו מתוך מ"ש דלמאן דס"ל דנפשטה האיבעי' ה"ל נאמנות העד משום מלתא דעל"ג ולא חיישינן לסברת סניא ליה כמו דלא חיישינן לסברת רחמא ליה וממילא דאין לחלק בין בזה"ז כלל שוב מצאתי בשו"ת נ"ב מהדור' קמא סימן שעמד על דברי הרמב"ם וע"ש מ"ש בזה וכן בספר בני דוד והנלענ"ד בזה כתבתי:

שוב עיינתי בשו"ת אא"ז מהר"י מינץ וראיתי שכתב דאפי' לדברי הרא"ש כו' משום דסניא ליה אבל בין האשכנזים כבר פשט מנהג ההיתר ויתד הוא שלא תמוט שאין ליבם כ"א לחלוץ א"כ א"ל זימנין דסניא ליה כו' ואפי' אם נאמר דמסברא זו אין סברא לחלק כיון דיש מקומות שנהגו ליבם כו' ונראה כוונתו כמ"ש דכיון דאיכא דוכתי דנהגו

ביבום א"כ שפיר איכא למימר חשש סניא ליה דלמה הוא עכשיו במקומות אלו ובשו"ת צ"צ סימן פ"ח כתב ג"כ לדחות הך סברא וכתב דכיון דגם בין האשכנזים אין כופין ואדרבה שואלין בשעת חליצה כו' והן הן הדברים שכתבתי ושמחתי. אך מ"ש בצ"צ שם לדחות דברי מהר"י מינץ דלהרא"ש כשהקילו להתיר בע"א ואשה כו' להתיר להנשא אבל להתיר יבמה לשוק לא הקילו והניחו על ד"ת א"כ אין בידינו להקל אף היכא דלא שייך סניא ליה דמה בכך כיון שהתורה פסלה ע"א ואשה כו' לענ"ד הדין בזה עם מהר"י מינץ ז"ל שהרי כבר באר דממתני' דשני יבמות זו אומרת מת בעלי כו' ופלוגתא דרבנן ור"א מוכח בהדיא דאי לאו משום דיבמתה היא שאינה נאמנת להעיד לה אף ע"פ שהיא אשה א' לבד היתה נאמנת להשי' יבמתה לשוק ע"פ עדותה שאומרת שמת היבם שהיא בעלה של זו ואין דרך לנטות אם לא שנאמר כמ"ש הב"ש סימן קנ"ח דלולי שהיתה יבמתה היתה נאמנת הואיל ונאמנת על עצמה כו' ואם היינו אומרים דגבי היתר יבמה לשוק הניחו על ד"ת דאין ע"א ואשה נאמנים על זה פשיטא דמצד ד"ת אין מקום להאמין לה מחמת שמעידה על עצמה כלל ועיקר וע"כ דמה שתיקנו חכמים משום עגונא להתיר בע"א ואשה אף בהיתר ליבמה לשוק אתקון רק מחמת חשש סניא ליה חששו דלמא לא דייקא ולכן במקום שמעידה גם לעצמה מסתמא דייקא והיה אפשר להתיר זה נקוט מיהא שלא הניחו בזה על ד"ת והיכא דליכא הך חששא דלא דייקא משום דסניא לה שפיר מותרת ע"פ ע"א ואשה דמשום עגונא הקילו רבנן וא"כ שפיר כתב מהר"י מינץ ז"ל שיש מקום קולא בזה"ז והדברים ברורים לענ"ד ומ"ש בצ"צ שם דא"כ תהא יבמתה מותרת להעיד לה האידנא שאין נוהגין ליבם כו' ע"ש אין מזה ראיה כלל כמבואר בה"ה גבי יבמתה שהיא אחותה דאעפ"כ לא תעיד משום לא פלוג ועיין בב"ש באורך מזה וכמש"ל בזה ולכן אע"פ שבנדון דהצ"צ דמיירי מבת יבמה שפיר י"ל דלא תעיד מטעם דלא פלוג מ"מ לא נדחו דברי מהר"י מינץ לענין היתר ע"א ביבמה לשוק במדינות אלו אף אליבא דהרא"ש שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל שכתב ג"כ דאין מזה ראיה לענין ע"א ביבמה ועכ"פ אין מקום לעשות מקול' זו חומרא וכמ"ש הנ"ב וכמש"ל ואדרבה טפי חזי לאצטרופי הך מלתא דבזה"ז אין מיבמין לקולא כדברי מהר"י מינץ ז"ל:

והנה אחי הגאון נ"י האריך בענין דבעד מפ"ע לכאורה לא שייך מלתא דעל"ג שלא נתפס בשקרו כו' והביא דברי רש"י ביבמות ופלפל בדברי הש"ס בבכורות וגם הגאון בנ"ב מהדור' קמא כתב בענין זה ואין בידי להאריך כעת אך את זה חזיתי בשו"ת מהר"י ווייל סימן פ"ח שכתב וז"ל ומ"ש דאפילו לפי המיימוני כו' דע"א נאמן ביבמה לשוק מודים בזה דהא דנאמן משום מלתא דעל"ג לא משקר והכא שהעיד ר' משה ששמע מגוים

שזהו בתו לא עביד לגלויי כו' לגרמיה כתב כן דהא הרמב"ם כתב מצאו כתוב בשטר כו' ומשמע שאין אנו מכירין מי כתבו ומאי מלתא דעל"ג איכא התם כו' וכן עד מפ"ע מעיד אטו אם מת העד הראשון עד השני אינו מעיד אלא ודאי בכולהו איכא למימר כיון דעביד לגלויי שלא מת לא משקר עכ"ל וכבר הבאתי משו"ת הרשב"א וכתב כן בשם בה"ג וכן בשו"ת הר"ן מבואר דעד מפ"ע מעיד ביבמה להתירה לשוק ע"ש בסימן מ"ז שכ"כ בפשיטות וכן הסכימו כל הבאים אחריהם וכן הלכה רווחת בישראל להקל במקום עגון והרמ"א שהביא בסימן קנ"ח דעת הרא"ש אף ע"פ שבד"מ הביא דברי מהר"ם מפדווא ונראה מדבריו שמסכים להתיר מ"מ הביא דעת הרא"ש בהג"ה שיש לחוש לדבריו במקום שאין עגון כגון שהעד אומר שמת במקום קרוב ובנקל לעמוד על המחקר אם האמת אתו ועיין בסימן י"ז סעיף ובשו"ת ב"י כתב שהרא"ש לא כתב אלא שקשה להקל ואף אם היה גוזר אומר לאסור אי עבדינן כרבוותא שפיר עבדינן ועיין בשו"ת כנ"י סימן מ"ה והנני מסכים הולך על דברת כבוד אחי הגאון המפורסם נ"י להתיר אשה זו להנשא ומ"מ ישבו ב"ד של ג' ויתירו לה כמבואר בסימן י"ז סעיף ל"ט ואף שי"ל שאין בזה צורך להתרת ב"ד כמ"ש הח"מ שם והב"ש שם שכתב סמוכין לדבר כיון דאיכא כתובה למשק. וכאן לא שייך הא מ"מ נראה לומר דלא פלוג גם בזה וכמ"ש דגם בארוסה דליכא כתובה דו"ח משום לא פלוג וכיון דעבדי' הכי להקל מכ"ש להחמיר וקצרתי כיון שבנקל לעשו' זאת ומהיות טוב כו':

דברי זעירא מן חברייי'. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קלט

שאלה אשה אחת מת בעלה בכ"ו בכסליו והולידה בן בכ"ד תמוז ומת הבן ביום ד' אחר המילה והעידו המילדות שקודם מיתת הבעל חלתה האשה קצת ובדקו אותה בדדי' והכירו שהיא מעוברת גם הי' לה חלב בדדיה והעידו הנשים שסימנין אלו אינן באים רק לג"ח לעיבורה עוד העידו שכנים כי בערך שבוע א' אחר מיתת בעלה נתנו עיניהם בה והכירו בה שהוא מעוברת כאשר באו הדברים ברוב ענין בהג"ע וכעת נשאר יבם קטן בן ד' שנים עכ"ל השאלה ששלח אלי כבוד יד"נ שארי החריף ובקי המפורסים מוהר' אהרן פרענקיל מק"ק טארנפאל וערך עליה את העולה על רוחו הטהור ואשר נשא ונתן בה עם כבוד ידידי מחו' הרב הגאב"ד דק"ק הנ"ל ושיחר פני לחוות דעי בזה:

תשובה הנה בגוף הענין כבר הארכתי בתשובה אשר השבתי זה איזה שני' לכבוד הרב הגאון המנוח מוה' מענדיל ז"ל האבד"ק ראוונע על ענין כזה ואמנם אין בהמ"ד בלא חידוש ולכבוד ידיד שארי החריף מוה' אהרן נ"י הרימותי את ידי לערוך מערכה שני'

וליקח מן הקבוע בפילפולו הנחמד לשאת ולתת בהם כיד ד' הטובה עלי הנה הקשה ידידי הנ"ל בדברי רש"י ביבמות בהא דפריך שם ותמתין משהו וכי מלו ג' חדשים ליבדקה ופירש"י דאי מינכר ודאי בר קמא הוא וע"ז קשה דלמה תלד לז' וא"כ שפיר איכא לאסתפוקי דלמה בר בתרא הוא ושפיר הוכר עוברה לשני חדשים ושליש כדאמרינן בסנהדרין והנה על דבר זה העירותי בצדק בתשובה הנ"ל וכתבתי שם שלזה כיון אא"ז מהרש"א ז"ל בנדה דף ח' דמסוגי' דהחולץ מוכח דאף ביולדת לז' בעי ג"ח להכרת העובר ע"ש וכוונתו לקו' הש"ס הנ"ל:

אך לענ"ד דבריו צ"ע מ"ש שמדברי רש"י בנדה יראה דסומכוס בכל גווני קאמר ג"ח שלימים אף ביולדת לז' כו' דא"כ מה זה דסיים רש"י שם קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים ופשוט שאין ר"ל דלפי שרוב נשים הכרת העובר שלהם הוא בג"ח גם ביולדת לז' הוא כן דז"א דאיך נתלה יולדת לז' ביולדת לט' האי לשליש ימי' והאי לשליש ימי' וגם דהל"ל קמ"ל שהכרת העובר שלה כרוב נשים ולישנא דאזלינן כו' נראה דהוה ס"ד דיולדת לז' הכרת העובר שלה לענין סילוק דמים הוה לשליש ימי' קמ"ל דלענין סילוק דמים אזלינן בתר רוב נשים אף ביולדת לז' והיינו דנקט זכר לדבר כיון שאין ראיה מהכתוב רק לענין יולדת לט' וסומכוס כולל בדבריו אף לענין יולדת לז' ומ"ש רש"י שמא ניכר עוברה ר"ל דשמ' בזה מיקרי הוכר עוברה לענין סילוק דמים לשליש ימים דהיינו ב' חדשים ושליש ואף ע"פ שהלשון דחוק בע"כ דחוק ומוקי נפשיה שהרי בסנהדרין דף ס"ט אמרינן ש"מ יולדת לז' עוברה ניכר לשליש ימי' כו' ופרש"י דנ"מ לאשה שלא שהתה כו' א"ל לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימים זיל בתר רובא ופרש"י דבן סורר להכי לא מפטר דלא קרינן ביה ראוי דאזלינן בתר רוב נשים היינו לענין דינם אבל מ"מ לענין דרך הנשים חלוקה הכרת העובר של יולדת לז' מהכרת העובר של יולדות לט' וה"נ לענין סילוק דמים אע"פ שיש שיולדת לז' מ"מ מה ששיערו חכמים סילוק דמים בזמן הכרת העובר היינו כמו שהוא ברוב נשים שיולדת לט' ועוברה אין ניכר עד ג' ואפשר דמש"ה נקט רש"י לשון שמא ניכר עוברה כיון דפלוגתא דאמוראי הוא בסנהדרין ולמאן דס"ל דביולדת לז' ג"כ הכרתה בג"ח א"כ י"ל דס"ל דיולדות לז' שמא ניכר עוברה לב"ח כו' ומה שסיים אזלינן בתר רוב נשים היינו אף למ"ד דבאמת כן הוא דיולדת לז' ניכר עוברה לב"ח ושליש מ"מ לדינ' הלך אחר רוב נשים ומ"ש מהרש"א שם שמדברי הרא"מ נראה שסומכוס נמי מודה ביולדת לז' דהוכר עוברה לשליש ימים ואין נראה כן מסוגיא דהכא כו' ולענ"ד אין הכרח מסוגי' דנדה שהרי הדברים מבוארים בסנהדרין דבעי לאתויי מר' כרוספדאי דיולדת לז' נמי אין ניכר עד ג"ח ודחי ליה דהתם הטעם דאזלינן בתר רוב נשים

וה"ה לענין סילוק דמים במעוברת מהאי טעמא אתינן עלה וכמ"ש רש"י שם בהדיא וגם מהירושלמי פרק החולץ נראה כדברי הרא"מ דקאמר אלא כן אנן קיימין שבא עליה אחר ארבעים יום והוכר עוברה אחר נו"ן יום הרי יש כאן שלימים לראשון ומקוטעין לשני ופירש בפני משה שם כלומר אם ילדה לט' יש כאן ספק אם הוא בן ט' לראשון או שהם ז' מקוטעין לשני והוכר עוברה לשלישי ימי' שהוא נו"ן יום ועיין בתוספותיו שם שמכאן ראיה לפסק מהר"י מינץ ואין כאן מקומו:

והנה מה שהקשה ידידי הנ"ל בדברי רש"י שכתב דאי בתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא דאין זה הכרח דשמא הוא מהמיעוט שאין עוברה ניכר לשלישי ימים אף ע"ז פקחתי עיני בתשובה הנ"ל וביארתי על נכון וכאן אבאר יותר דודאי יש שני מיני הכרה דודאי איכא הכרה במראית העין שרואין אותה שהיא בבטן המליאה ויש הכרה ע"י בדיקה כדפרש"י אהא דפריך וכי תרי תלתא ירחי ליבדקה דהיינו בדיקה בדדים כדרך נשים וכן מבואר אמאי דמשני אין בודקין את הנשיאות כו' וכן ממאי דפריך וליבדקה בהלוכה כו' וא"ל דעיקר ההכרה הוא ע"י בדיקה בדדיה או בהלוכה אבל אין לסמוך על הכרה במראית העין דמעיקרא גופא סריקא והשתא גופא מעליא דלפעמים נדמה כן ע"י איזה חולה וסיבה וכן משמע לכאורה בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן צ"א שכתב וז"ל ולעמוד על דבר זה אם הוכר עוברה או לא אע"פ שאנחנו יכולים לעמוד עליו לבדוק אותה בדדים כדרך הנשים כדאיתא פרק החולץ כו' ע"כ שז"א דאם נימא שאין הכרה רק ע"י בדיקה בדדים וכיוצא א"כ מאי קאמר בהחולץ רוב היולדות עוברה ניכר לשלישי והאי מדלא הוכר כו' ופירש"י דאי הוכר לא הוה מספקא לן עכ"ל וקשה ע"ז דמנין נדע שלא הוכר עוברה לשליש ימים דלמא אם היינו בודקין אותה אז בדדים או בהלוכה באמת היה עוברה ניכר ודוחק לומר דמתני' דספק בן ז' כו' מיירי בהכי דאתרמי דבדקוה לשליש ימים ולא היה ניכר ולכן יצאה מהרוב שהם ניכרים ע"י בדיקה דהא פשטא דמתני' בסוגיא זו ודוכתי טובי משמע דבכל גווני מיירי וכן מבואר מדברי התשב"ץ שכתב וז"ל אם לא בדקנו אותה ולא ידענו אם הוכר עוברה אם לא אין לסמוך על רוב נשים לט' ילדן והיינו דבפרק נושאין על האנוסה גבי מי שלא שהתה אחר בעלה כו' לא אקשינן הלך אחר רוב נשים כו' דכיון דשני התם דהיולדת לט' עוברה ניכר כו' תו לא אקשינן הכי בשום דוכתא דהא ידעינן דאי לא נבדקה נאמר דאיתרע רובא דרבא נימא דזיל בתר רובא ואם היינו בודקין אותה היינו מוציאין באמת שכבר היא מעוברת ובמה הורע כחו של הרוב:

ולפום מה דכתיבנא דמלבד הכרה שע"י בדיקה איכא נמי הכרה במראית העין אתי שפיר דאותה שאמרו רוב עוברה ניכר לשליש היינו שבראיה בעלמא ניכר על הרוב שהיא מעוברת אבל איכא מיעוטא שאין ניכרות במראית העין כ"א ע"י בדיקת דדים וכיוצא דההיא בחינה מעלייתא היא ובהכי א"ש מה דנקט הש"ס בקושיית' ולכי מלו תלתא ירחי ליבדקה משום דמעיקרא לא מיירי מבדיקה והכרה בט"ע אינה כ"א על הרוב ולגבי הבחנה אין סומכין על הרוב ואע"פ שלבתר דמלו ג"ח אין העובר ניכר במראית העין אכתי יש לחוש למיעוטא ולהכי פריך דליבדק ע"י דדים שאז אין חשש כלל ומשני דאין בודקין כו' ואמנם לשון התשב"ץ שכתב דהא ידעינן דאי לא נבדקה כו' לא משמע הכי וכן מפשיטות לשון רש"י לא משמע הכי ולקמן אבאר עוד בזה:

ומעתה אבא לבאר בהא דקשיא לן מאי פריך וליבדקה דאף אם יהי' ניכר אכתי י"ל דבר ז' מבתרא הוא וניכר לב"ח ושליש ומזה הוכיח אא"ז מהרש"א דאף יולדת לז' בעינן תלתא ירחי להכרה ובאמת שיש לדחות בפשיטות דבאמת איכא פלוגתא דאמוראי בהא מלתא כמש"ל מש"ס דסנהדרין וא"כ אין ראי' מקושית הש"ס כלל די"ל דשפיר פריך הכי אליבא דמ"ד התם דאף יולדת לז' אין עוברה ניכר לשליש ימים אלא בעינן תלתא ירחי תיקשי ליה גבי הבחנה ותמתין משהו ואין לדקדק ממה דמשני רב ספרא אין בודקין כו' וכן רב ב"ח אמר אשה מחפה כו' מדאיצטריכו הני אמוראי לשנויי הכי ש"מ דס"ל להלכה הכי דאף יולדת לז' בעי ג"ח ז"א דאי הוי משני הכי אכתי תיקשי ותמתין ב' חדשים ומחצה ולכי מלו תלתא ירחי נבדקה דהשתא אם יהי' ניכר אין ספק דודאי מבר קמא הוא ולכך הוצרך לשנויי אין בודקין דבהכי מתרצי כולהו קושייתא. אך לפום מה דכתיבנא נראה ליישב קושית הש"ס אליבא דכ"ע ומתחלה אבאר כוונת התוספות בדף ל"ז ד"ה רוב כו' שכתבו וא"ל כיון שהמתינה כו' דסמכינן ארובא דלט' ילדן כו' ולכאורה קשה איך אפשר לסמוך על רוב זה כיון דבלא הוכר עוברה מיירי ובכה"ג אמרינן דאיתרע רובא וצ"ל דהתם בספק בן ז' שפיר קאמר דאיתרע רובא דבאמת מיירי בכה"ג שלא הוכר עובר' וכדפרש"י דאי הוה מינכר לא הוה מספק' לן משא"כ כאן לענין הבחנה שפיר קאמרי התוספ' דכיון דהמתינ' שפיר שרינן להנשא דאין לחוש שמא מעוברת היא מהראשון ולא נקלט עד יום ג' דמ"מ ביום ג' אחר הנשואין יהי' עוברה ניכר כיון דרובא הכי הוא שעובר' ניכר לשליש ימי' דמה"ת לנו לחוש שתהי' מן המיעוט שלא יהי' העובר ניכר מה תאמר שמא יהי' העובר מן השני ואז לא יהי' הכרה אחר הנשואין ואז נבא לידי ספק מחמת שיהי' הרוב שהוכר עובר' לשליש סותר לרוב דלט' ילדן, ז"א דגם לזה אין לחוש דאם יהי' הוולד מן הב' מסתמא יהי' באמת נולד לט' חדשים ומה"ת ניחוש שיהי' מן

המיעוט היולדת לז' וזהו שכתבו התוס' ולא חיישינן שמא תלד משני לסוף שש' חדשים וב' ימים כיון דרוב לט' ילדן ר"ל דלשמא יהי' הוולד מן הראשון אין חשש דאז לא יפול ספק משום דיהי' ניכר דרובא הכי הוא שניכר לשליש ימים ואם יהי' משני מסתמא תלד לט' כרוב נשים וג"כ יהי' ידוע לנו דודאי משני הוא וע"ז כתבו התוס' שז"א דא"כ לא תמתין רק חודש א' ונסמוך על הרוב אלא ע"כ בכל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים ר"ל שחששו כיון דעכ"פ איכא מיעוטא בעלמא וא"כ יש לחוש פן לפעמים יזדמן שיהי' מן המיעוט שלא יהי' עובר' ניכר לשליש ימים או שיהי' הוולד משני ותהי' מן המיעוט שמולידין לז' ואנחנו לא נדע בתר איזה רוב נלך ונבא לידי ספק וע"ז תירצו דכ"כ לא הי' משתהה כו' ור"ל דבכה"ג אפי' מיעוט נמי ליכא שיהי' שוהין בהכרת העובר כ"כ והלכך כיון שכבר המתינ' ג' שריא שא"א לבא לעולם לידי ספק משא"כ אם לא תמתין רק חודש אחד לבד וזה ברור בפשט דברי התוס':

והנה בגוף הסברא שכתבו התוס' דבכל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים צ"ע לכאורה שהרי בכל דוכתא דאיכא רובא לא חששו חכמים לעשות תקנות בשביל המיעוט אם לא היכא דהוה מיעוטא דשכיח ודוחק לומר דה"נ יולדת לז' הוי מיעוט דשכיח ולכך חשו לו חכמים שאין זה במשמע בלשון התוספ' וגם מסוגיא דסנהדרין מוכח דלא הוי מיעוט דשכיח מדקאמר התם ובד"נ מי אזלינן בתר רובא התור' אמר' ושפטו העד' כו' א"ל ובד"נ לא אזלינן בתר רובא והתנן אחד אומר בב' בחודש כו' אמר רבי ירמי' מדיפתי אף אנן נמי תנינא בת ג' ויום א' כו' אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא ורוב נשים לאו איילונית הם כו' ואם איתא דיולדת לז' הוי מיעוט דשכיח אכתי מצינן לפלוגי בין רובי דהתם דאזלינן בתרייהו בד"נ משום דמיעוט דידהו לא הוי מיעוט דשכיח משא"כ יולדת לז' דהוי מיעוט דשכיח שפיר אמרינן בזה ושפטו העדה כו' אלא ודאי דגם מיעוט דיולדת לז' לא הוי מיעוט דשכיח ולכאורה הי' אפשר לומר דאף ע"ג דאזלינן בתר רובא מ"מ לענין הבחנה לית לן למיזל בתר רובא כיון דאפשר בהמתנת ג"ח הוי כדשיל"מ דלא אזלינן בתר רובא וכעין זה תירץ בפליתי על קושיית התוספות דלמה צריך להמתין ח' ימים בבהמ' ניזל בתר רוב וולדות שאינם נפלים וע"ז כתב דהוי כדשיל"מ אבל לענ"ד ז"א דע"כ לא אמרינן הכי אלא היכא שהאיסור מעורב בתוך ההיתר וכשאנו מתירין לאכול התערובות בודאי קאכיל האיסור ג"כ אז אמרינן עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר משא"כ היכא שהרוב עומד בפ"ע והמיעוט בפ"ע שאנו אומרים שזהו מן הרוב וליכא איסורא כלל שכך גזרה חכמת התור' אחרי רבים להטות ואין חוששין להמיעוט כלל אע"פ שאפשר לברר היתרו ע"י המתנת זמן אין זה בכלל גזירות

דשיל"מ ומה דמייתי בפליתי מדברי הר"ן בביצ' לענין ליקח ביצים מן העכו"ם בי"ט כבר הארכתי בזה במקום אחר ולקצר אני צריך. ומחוורתא דמלתא דודאי גם התוספות אזלי ומודו דבמקום שלא יפול לנו ספק בבן היולד אי מקמא אי מבתרא מחמת שנלך אחר הרוב וע"פ הרוב נשפוט שהוא מקמא או ע"פ הרוב נשפוט שהוא מבתרא אין בזה גזירת הבחנה כלל שאף ע"פ שהתור' הקפידה שיהיו ישראל מיוחסים למשפחותם לבית אבותם ויבחין בין זרעו של ראשון לשל שני מ"מ כיון שהוא מובחן ע"י הרוב סגי בהכי שהרי הן הן גופי תורה לילך אחר הרוב ובחינ' מעליותא הוא ואע"פ שלפעמים אפשר שיהי' מן המיעוט ואנחנו לא נדע לית לן בה שהרי כמו כן אפשר שיהי' בן של אחר ע"י זנות ואין חוששין לזה כיון שרוב בעילות אחר הבעל רק עיקר הדבר שחוששין לו הוא היכא שלא יתברר ספיקו ע"י הרוב והיינו דהא עכ"פ איכא מיעוטא בעלמא שיולדת לז' או מיעוטא שאין עוברה ניכר לשליש ימים ואם לא תמתין ג"ח ואשה זו תהי' מן המיעוט אז הוולד הנולד מן אשה זו מסופק לנו אם הוא מהראשון או מהאחרון כיון שיהיה כאן תרי רובי דסתרי אהדדי ואנחנו לא נדע בתר איזה רוב נלך והכתוב אומר להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך להבחין כו' שאין השכינה שורה אלא על הוודאים שזרעו מיוחס אחריו וכיון דעכ"פ זימנין דאתרמי הכי דהא איכא מיעוטא בעלמא דאיתנייהו הכי לכך חשו חכמים ותיקנו להמתין ג' חדשים וזה מדויק מאוד בלשון התוס' שכתבו דבכל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים והיינו במקום שלא נוכל לסמוך על הרוב להבחין על ידו משא"כ היכא שנוכל לסמוך על הרוב דלא איתרע כלל היינו הבחנה דידי' ולא צריך המתנה בשביל ששש המיעוט כלל כמו שלא חששו למיעוט בשאר דוכתי דאזלינן בי' בתר רובא:

ואחרי הודיע כל זאת ממילא רווחא שמעתא דהש"ס פריך שפיר ותמתין משהו כו' אף אם נימא דיולדת לז' עוברה ניכר לב"ח ושליש דכיון דאנו בודקין אותה ליכא למיחש למידי ודברי רש"י נדרשין כמין חומר במה שכתב דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוי מינכר דלא מלו לה ג"ח משום ההוא משהו שהמתינה ור"ל דודאי אם באנו לחוש שהוא בר בתרא אין כאן בית מיחוש לומר שיהיה בר בתרא ויהי' נולד לז' ולכך הוא ניכר עכשיו לפי שכבר עברו עליו ב"ח ושליש דז"א דכיון דמלו תלתא ירחי מן הראשון והכרת העובר לזמנו בא מה"ת לנו לתלות במיעוט דלז' ילדן דהא רובא לט' ילדן וכל שאין רוב עוברה ניכר כו' סותר לרוב זה ודאי שנשפוט שהוא בנו של ראשון מחמת הרוב ולא יפול לנו ספק מחמת המיעוט דאין חוששין למיעוט ורוב הוא הבחנה דידי' ואין כאן מקום ספק שיחושו לו חכמים ואין כאן מקום שיפול ספק רק שנאמר שמא מבתרא ובר ט' הוא

ותלד למחצה חודש הט' למ"ד יולדת לט' נמי יולדת למקוטעים ואז יהי' ספק אם בר ט' שלימים מקמא או בר ט' למקוטעין מבתרא ע"ז כתב רש"י דאכתי לא הוה מינכר דלא מלו ג"ח כו' ואין כוונת רש"י כלל שמא בר בתרא ובר ז' דז"א דמה"ת נתלה בבר ז' נגד הרוב אלא ר"ל שמא בר בתרא ובר ט' וע"ז שפיר כתב דלא הוה מינכר כו' ושוב כתב רש"י ואי לא מינכר ובתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא ר"ל דהבדיקה בדדים מכריע שהוא בר בתרא וסופו להיות נולד לט' ואם יהי' נולד לז' ג"כ ע"כ לאו בר קמא הוא שהרי אין ניכר ע"י בדיק' לתלתא ירחי משעת מיתת הבעל וע"כ מן המיעוט הנולדים לז' הוא. אבל אם יהיה ניכר בשעת בדיקה אין לנו לספק שהוא בר בתרא כלל ולעולם בקמא תלינן דהא רובא לט' ילדן וכיון דליכא למימר דמבתר' ובר ט' הוא ממילא אמרינן דהוא בר קמא מחמת הרוב שאין כאן רוב אחר נגדו שיהי' רוב זה דלט' ילדן נסתר מחמתו:

ולפום מה דכתיבנא דהא דאמרינן רוב עוברה ניכר לשליש היינו לענין הכרה במראית העין אבל אם ניכר ע"י בדיקת דדי' או בהילוך עדיף מרוב. א"ש הסוגית בסנהדרין דקאמר אמר רבי שבתי ש"מ יולדת לז' כו' ודחי משום דאזלינן בתר רובא כו' וקשה דמאי ס"ד דרבי שבתי בזה דהא ע"כ עיקר פטורא דבן סורר אחר ג"ח אינו אלא מחמת רובא דהא הא דראוי לקרותו אב היינו מחמת שאם יבא על אשה על הרוב יהי' ניכר עובר' בג"ח וכיון שמחמת הרוב אנו פוטרין אותו א"א לפטור אותו בתרי ותלתא מחמת המיעוט שיולדת לז' וכיון שכן א"א להרכיבו אתרי רכשי לילך אחר הרוב שעוברת ניכר ואחר המיעוט שיולדת לז' שהרי אם לא נלך אחר הרוב במה נחשב הוא ראוי לקרותו אב דהרי אפשר דלא יהי' העובר ניכר לשליש. ודוחק לומר דהוה ס"ד דלא מחמת רובא דוקא פטור כ"א משום דאיכא לספוקי שמא יהי' ניכר בג"ח ויהי' בכלל ראוי לקרותו אב וכתיב ושפטו העדה דז"א דמ"מ איך מוכיח מזה ליולדת לז' דאיכא תרתי לריעותא חדא שהוא מיעוטא וגם ספיקא שמא לא יהי' ניכר ובכה"ג לא אמרינן ושפטו כו' ולפי מ"ש דע"י בדיקה הוי הכרה מעלייתא והוה בודאי א"ש דקשיא ליה בתרי ותילתא סגי דהא אם תהי' יולדת לז' יהי' העובר ניכר אז ע"י בדיקה ואין אנו צריכין לילך בזה אחר הרוב כלל לפוטרו ולכן אע"ג דרק מיעוט יולדת לז' אפשר לפוטרו משום דכתיב ושפטו ולקמן אבאר עוד בזה:

והנה במ"ש ידידי החריף מהר"א נ"י לתמוה על הפוסקים שכתבו דכלו חדשיו היינו דוקא בבעל ופירש והלא בפשיטו' משכחת לה שילדה ו' חדשים אחר שהוכר עוברה. כבר עמדתי על דבר זה בתשובתי והארכתי בזה וכאן אנקוט בקצר' בטעמא דמלתא לפי מש"ל דאין הכרת העובר בכל הנשים שוה דיולדת לז' עוברה ניכרה בב"ח ושליש א"כ

י"ל דוולד העתיד להיות נפל אין שיעור להכרתו כלל וכמו שהוא נולד קודם זמנו כך הוא ניכר קודם זמנו ואפשר שיוכר בב"ח והאי בר תמניא הוא וגם אפשר דבר תמניא הוא או בר ז' ומחצה והכרתו בזה הוא לשליש ימים דהיינו ב"ח וך' יום או ב"ח וט"ו יום וכיוצא בו ומה שהולידה אותה ששה חדשים אחר ההכר' האי אשתהויי אשתהי ך' יום או ט"ו יום במעי אמו, ואע"ג דאשתהי אינו רק מיעוטא כמ"ש לקמן היינו כשאנו יודעין שהוולד בן קיימא ע"י שחי למ"ד יום דאז על הרוב הוא נולד בזמנו שכח החיוני שבו גורם שלא להיות עצור במעי אמו יותר ממה שראוי להיות שם וע"כ הוא נולד בזמנו על הרוב ומיעוט דמשתהי משא"כ אם הוולד אינו ראוי להתקיים אפשר שישתהה הרבה שהרי הוא כאבן שאין לו הופכין וא"ל דלפי זה גם בכלו חדשיו ניחוש ליה הכי דשמא האי בר תמניא הוא ואשתהי וע"כ לומר דאיכא תרי רובי חדא שרוב יולדת וולד קיימא וגם כיון שכלו חדשיו רובא דלא משתהי אבל ז"א דא"כ תיקשי לפי מה שכתבו דכלו חדשיו מהני אף דלא נגמר שערו וצפרניו ואמאי נימא דאיתרע רובא דרוב הנולדים לט' סימניהם נגמרו וא"כ ניחוש דהוא בר תמניא ואשתהי אלא ע"כ דז"א דכלו חדשיו דהיינו שנולד לט' חדשים גמורים אחר שבעל ופירש הוי סימן מובהק שהוא בן קיימא דכיון שהוא מכוון לסוף ט' חדשים מבעילתו לא תלינן במידי אחרינא וכה"ג אמרינן במכות דף ך' בג' מקומות הופיע רה"ק בב"ד של שם דכתיב ויכר יהודה כו' דלמא יהודה דחשיב יומי וירחי ואתרמי דחזינן מחזיקינן כו' וה"נ דכוותיה כיון שהדבר מכוון שהולידה לט' חדשים שלימים מיום הביאה לא חיישינן למיעוטא דמיעוטא שיהיה נפל ואשתהי ואתרמי מלתא שנשתהה עד ט' חדשים מצומצמים ועוד הארכתי בזה וביארתי בזה שיטת הרמב"ם שכתב לט' חדשים גמורים דשפיר מודה דבזה"ז תוכל לילד למקוטעין רק דלענין יבום בעינן דמוכחא מלתא דאל"כ חיישינן דלמא אשתהי קצת במעי אמו והבאתי שם דברי הרבה פוסקים שכתבו דוקא בעל ופירש לבד זה ראה מצאתי בב"ח אה"ע סימן קנ"ו שכתב בשם סמ"ק וז"ל וכתב עוד די"א דמשכחת לה נמי כגון שבא עלי' ופירש ולא ידעה עד חודש ימים ולבסוף שני חדשים לביאה שניה הוכר עוברה הרי הדבר ידוע שמביאה ראשונה נתעברה והוכר עוברה לסוף ג' חדשים כמשפט עכ"ל ובסמ"ק שלפנינו לא מצאתי זה ובאמת תמוה מ"ש ופירש ולא ידעה עד חודש ימים דמה נ"מ בזה שפירש או לא פירש דס"ס מחמת הכרת העובר אנו דנין דיש כאן ג"ח ואפשר שכ"כ לשיטתו בסימן קס"ג וקס"ד דמדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם וא"כ אם לא פירש ממנה בחודש הא' י"ל שנתעברה קודם חצי חודש הראשון והשתא איכא רובו של ראשון ומ"מ עדיין אין כאן ט' חדשים שלימים משא"כ אם פירש ממנה

חודש הראשון ואמנם באמת מ"ש הב"ח דלכתחלה אזלינן לחומרא ומצריכינן צ' יום ומדינ' סגי ברובו של ראשון כו' (ע"ש בסימן קע"ג שיש שם חסרון ודילוג וכנ"ל דאילו הגיע חודש הג' אפילו יום א' בחודש ולא היה ניכר כו') משמע מדבריו דכ"ע מודו בהא דסגי בב"ח ויום א' וקצת משמע כן מדברי הירושלמי והמדרש רבה דקאמר התם אהא דסומכוס לא סוף דבר ג' חדשים אלא רובו של ראשון כו' ולענ"ד יש לתמוה דלפי זה מאי פריך ותמתין משהו כו' דמה תועלת יש בבדיקה זו דהא שפיר ניכר אף אם הוא בר בתרא וא"ל דמאי דפריך וכי מלו תלתא ירחי נבדקה היינו שיעור ג"ח שהוא ב"ח ויום א' כדמפרשינן לישנא דקרא ויהי כמשלש חדשים וע"י בדיק' אנו יכולין להכיר בזמן ההוא והא דמצרכינן ג"ח היינו בלא בדיק' ז"א דמשמע התם דתלתא ירחי ממש קאמר ועוד דא"כ מאי משני אין בודקין את הנשואות אכתי קשה תמתין שני חדשים ומשהו ונבדקה ואח"כ תנשא וע"כ דלהב"ח אף על הבדיקה אין לסמוך בתוך ג"ח מחמת חומרא וא"כ קושיית הש"ס הוא דנבדקה במלאות ג"ח ממש ואם כן אכתי תיקשי דלמא בר בתרא הוא וניכר לב"ח ויום א' וכדי ליישב דברי הב"ח צ"ל דקושיית הש"ס למ"ד יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין ואם כן אין חשש שתלד לתשעה מן הראשון דבכה"ג ע"כ לאו בר ט' מבתרא הוא כיון שהמתינה משהו וע"כ שאין חשש בזה רק דלמא אשתהי מלהתעבר ובר ז' מבתרא הוא וכן יש חשש שתלד בששה ומחצה ואז יש ספק דלמא בר ז' לבתרא הוא וכיון דאין כאן ספק רק דלמא בר ט' לקמא או בר ז' לבתרא שפיר יבחן הדבר ע"י בדיקה דא"כ יהיה ניכר אף ע"ג דאפשר שגם אם הוא מבתרא יהיה ניכר מחמת שעברו עליו ב"ח ויום א' מ"מ אין כאן ספק דתלינן בקמא דרובא לט' ילדן שהרי אין כאן ריעותא נגדו ואם לא יהיה ניכר דאז שפיר יפול ספק מחמת דרוב עוברה ניכר לשליש ימי' וסותר לרוב דלט' ילדן בכה"ג אמרינן דודאי בר בתרא הוא כיון דבדקינן ליה ולא מינכר ודאי דלאו מקמא הוא דהבדיקה בחינה מעליותא הוא וכמ"ש אך באמת לענ"ד עיקר דברי הב"ח בזה דמדינא צ"ע בפוסקים גם דברי הדרישה בסימן קס"ג שכתב על מ"ש הטור יבום לסוף ב"ח נראה דדוקא קאמר לב"ח כו' ע"ש שדבריו תמוהים שהם נגד הש"ס דפריך ותמתין חודש א' ומשני איכא למימר דבתרא והית' שוהה מלהתעבר חודש א' כו' ומבואר שם דספק גמור הוי ואין להאריך:

ומעתה נצא לדון בנ"ד הנה מחמת ההכרה במראית העין אף ע"ג דלא הוי רק רובא בלבד וכמ"ש היינו דאיכא מיעוטא שאין ניכר אף בג"ח אבל מ"מ כשיש היכר עובר לפנינו מוכח דכבר עברו עליו ג"ח אך שעדיין יש לפקפק דאיכא למימר דלפעמים אף בחד ירח' או בתרין מינכר למראית העין ומ"מ א"ש הא דקאמר רוב עוברה ניכר לשליש

היינו משום דעכ"פ בהגיע ג"ח ניכר על הרוב ואפ"ה פריך שפיר ותמתין כו' ונבדקה משום דשם א"א לסמוך על מראית העין דאף שיהיה ניכר לתלתא ירחי אין ראיה דשמא בר תרין ומחצה מבתרא הוא ולפעמים ניכר גם בשיעור הזה דלפעמים הוא ניכר קודם הג' ג"כ והמיעוט הוא ניכר אחר הזמן הזה שהכל הוא לפי גידול הוולד וטבעו ולכך פריך ונבדקה בדדים כדרך נשים שע"י בדיקה זו יש להבחין שכבר הוא מעוברת ג"ח דבפחות מזה אין ניכר בבדיקה זו וכן להיפך אם כבר עברו ג"ח בודאי ניכר היטב ומשני אין בודקין כו' ועכ"פ לענין שנדע ע"י הכרה במראית העין שכלו חדשיו אין זה מועיל שלפעמים הוא ניכר קודם ג"ח וגם על המבואר בשאלה דאתרמי מלתא שבדקו בחיי בעלה בדדים צ"ע כיון שבפוסקים נקטו בעל ופירש ואם איתא הא משכחת לה שהוכר העובר לסוף ג"ח ע"י בדיקה וע"כ לומר כמש"ל דלענין כדי להבחין בין זרעו של ראשון כו' דבוולד קיימא מיירי שפיר מועלת בדיקה זו אבל אין בדיקה זו מועלת לברר ספק נפל על ידו דאפשר כמו שהוא עתיד לצאת קודם זמנו הכרתו ג"כ קודם ואפשר שמחמת קלקול היציר' מילא כריסה יותר מטבע גידול הוולד ולכך ניכר קודם זמנו וזו גרמה לו להיות נפל וינהגהו בכבדות לצאת קודם זמנו ואפשר נמי שטעם הכרה בג"ח לפי שבג"ח אמצעיים הוולד דר במדור האמצעי וכשהוא עתיד להיות נפל אזי קובע דירתו במדור האמצעי קודם זמנו וא"כ אין מזה ראיה שכלו לו חדשיו כלל וגם צ"ע אם יש לסמוך על בדיקות הנשים בענין זה דהא קי"ל כל מקום שצריך בדיקה אין אנו בקיאין בבדיקה ובשלמא אם היינו סומכין על ההכרה במראית העין היה אפשר לומר שאין זה בקיאות לשפוט למראה עיניו אם כריסה בין שיניה וכבר העליתי כן בחבורי להל' טריפות סימן ל"ו דבמה שתלוי במראית העין לא אמרינן הכי והבאתי ראי' מתשובת ח"צ סימן משא"כ אם אין הסמיכה על ההכרה במראית העין כ"א על הבדיקה י"ל דאין אנו בקיאין ובפרט בזה שלא באו לבודקה ע"פ ציווי הב"ד רק מחמת חולי שחלתה האשה בדקו בדדים ושפטו שהיא מעוברת צ"ע אם לסמוך ע"ז דשאני בדיקה בכוונה ע"פ ציווי הב"ד שהרבה מדקדקין בה משא"כ בזה דאפשר דאומדן דעתייהו קאמרי לנחם האשה ולדבר על לבה כדרך הנשים ולא דייקי כולי האי ואף ע"ג דהשתא לאסהודי אתו צ"ע אם יש לסמוך עליהם כיון דבשעת בדיקה הוי כמלתא דלא רמיא כו' ומ"מ אפשר שאם יבחנו דבריהם שדקדקו אז היטב ונתברר להם שהיא מעוברת לא חיישינן להכי ולא דייקינן בתר סהדותא כולי האי אך שעדיין צ"ע מטעם שכתבתי שאין אנו בקיאין בבדיקה וגם דמאן לימא דהנך סימנים שהנשים סמכו עליהם הם סימנים מובהקים לסמוך עליהם להתיר יבמה לשוק דאפשר דסימן זה המסור בידם וגם מה שראו חלב בדדים אין זה

מכריע להכיר היטב שהוא מעוברת דזימנין מתרמי הכי אף ע"פ שאינה מעוברת ומ"ש רש"י הבדיקה בדדים כדרך נשים הוא ענין אחר ידוע לבקיאין מאד בטבע הנשים ואפשר שרש"י אין ר"ל הבדיקה בדדים העליונים כ"א על דרך האמור ביחזקאל ובש"ס בכמה דוכתי על דדי' התחתוני' ששם יש להכיר אם מעוברת היא וכיון שלא נודע לנו בבירור דרך הבדיקה בזה מפי חז"ל בעלי הש"ס והפוסקים צ"ע אם יש לסמוך ע"ז ומאפס הפנאי וגם לא נדרשתי לברר הענין להלכה למעשה לא נפניתי להאריך:

והנה ראיתי במכתב ידידי הנ"ל שהביא בשם ידידי הגאב"ד דשם דקא קשיא ליה לר"מ דחייש למיעוטא האיך מיבמין אחר ג"ח כיון דמיעוט איכא שאין עוברה ניכר לשליש ימים וידידי הנ"ל תירץ דכיון דאיכא נמי חזקה ליבום כמ"ש התוספ' דף ל"ז והיכא דאיכא חזקה ורובא אף ר"מ לא חייש ואמנם כן עדיין צריך ישוב דאף שהתוס' כתבו דאיכא חזקת יבום מ"מ הרי מחמת זה העלו בקושיא דלמה יתחייב באשם תלוי והוולד ממזר וע"כ לומר דלא סמכינן אחזקת יבום בהא מחמת איזה טעם שיהיה וא"כ תיקשי אליבא דר"מ וגם כי התוס' שם כתבו דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהן הרבה שנים ולא ילדו ומתו דרוב מתעברו' וע"כ כוונתם להקשות דמתני' סתמא קתני ומסתמא מיירי אף בכה"ג אבל מ"מ בנשים שלא שהו הרבה או שהיה להם בנים ומתו קודם מיתת הבעל פשיטא דבזה לא איתרע רובא דרוב מתעברות וא"כ קשיא אדר"מ דמתיר להתייבם בכל גווני אחר ג"ח. ולכן נלענ"ד לבאר ומתחלה אבאר מה שנלע"ד בישוב קושיא התוספ' בזה והוא דלכאורה קשה באותה שאמרו לעיל גבי ספק קידושין דאשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת דהיאך היא בחזקת היתר ליבם כיון דבאמת איכא רובא דרוב מתעברות ויולדת א"כ לעולם לא היתה זו בחזקת היתר ליבם דהא בכל שעתא הוה אמרי' שעתידה זו להיות אסורה על היבם שתתעבר ותלד והתוס' שכתבו דאין סברא בנשים ששהו כו' היינו לענין להחזיקה כמעוברת מן הראשון מחמת הרוב ע"ז שפיר כתבו דאין סברא כו' אבל מ"מ על גוף החזקה ליבום צריך להבין דהא הרוב אין כאן חזקה ולכן נלע"ד דא"ש לפי מ"ש הרשב"א שם איכא דקשיא להו והא בחזקת איסור א"א קיימא כו' ונראה לפרש כו' כיון שזו צרה לערוה הוות ואילו מת בעל ממילא הותרה לשוק והרי מת וקברו מוכיח עליו כשאתה בא לאוסרה ולומר שתעשה בה מעשה האוסרה עליך הראי' עכ"ל וכן הדבר גם לענין קידושין דאע"ג דהשתא בעלה חי מ"מ אנו מחזיקין אותה בחזקת היתר ליבם עומדת לכשימות:

והשתא א"ש דאע"ג דאיכא רובא דמתעברות שפיר אמרינן שהיא בחזקת היתר ליבם עומדת לכשימות ולא יהי' לו בנים וכיון שעכ"פ עכשיו מת ובנים לא היו לו הרי זו

בחזקת' ולא איכפת לן ברובא דמתעברות שהרי הא קמן שלא נתעבר' וכמו דאמרינן הכי אף ע"ג שהבעל חי ובחזקת חי מ"מ אמרינן החזקה לכשימות והרי מת וקברו מוכיח עליו וה"נ הרי גלוי לכל שמת בלא בנים רק מסיבה אחרת שבאת לספק עליו שמא קידש ערוה אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק שעליך להביא ראיה שנעשה בה מעשה האוסרה וכן בהא דביבמות דף קי"ט שפיר הוה חזקה ליבום כיון שהיינו מחזיקין בה שלכשימות הבעל בלא בנים תהי' מותרת ליבם וכן הוא באמת שהיא לא נתעברה כלל ולא אדחי חזקה שלה רק מחמת שחבירתה הלכה עם בעלה ורוב מתעברות כו':

ולפ"ז א"ש בההוא דספק בן ז' דאין כאן חזקה ליבם דכל עיקרה של חזקה זו היינו מחזיקין בה כשיתברר לבסוף שאין לה בנים והרי לא נתברר דבר זה שהרי באמת ילדה זו ונסתפק לנו אם הוא מהראשון ואף ע"פ שכתבו התוספ' שבנשים ששהו כו' אין סברא דרוב מתעברות מ"מ עכ"פ חזקה ליבם אין כאן שהרי הוולד הנולד הוא מכניס אותנו לבית הספק דשמא באמת יש לו בנים ובצד ספק זה מעיקרא לא הוחזקה ליבם כלל והרי זה דומה לספק חי ספק מת אף היכא דאיתרע חזקת חיותו דודאי אין מקום להתירה בשביל שהוחזקה מתחלה ליבום או לשוק כיון שלא הוחזקה אלא ע"ד כשיתברר שמת והרי לא נתברר וה"נ דכוותי' לענין ספק אם נולד לו בן ובזה לא שייך לומר שצריך שיתברר שנעש' בה מעשה זו שילדה שהרי באמת ילדה לפנינו וזה גורם לנו הספק ובכללי חזקה אשר לי בררתי בעזה"י בסברת הרשב"א הלזו על נכון ולאפס הפנאי הוצרכתי לקצר:

ולפ"ז היה מקום לומר דביבמה שהמתינה ג"ח שפיר סמכינן ארובא שעוברה ניכר לשליש ימים ואחזקה שהית' ריקנית ועליך הראי' שנתחדש בה הריון שהרי אין דבר שמכנסנו לבית הספק לאוריעי חזקה זו אלא שזה עדיין צ"ע דא"כ אף בלא המתנה ג"ח נימא דאוקמי אחזקה ליבם ושהיתה בחזקת ריקנית וע"כ דלא סמכינן עלה דמלתא כיון שיש רוב בטבע שרוב מתעברות וחזקת ריקנית עשוי להשתנות שפיר מספקא לן דלמא נתעברה זו וא"כ מה בכך שהמתינה כיון דר"מ חייש למיעוטא ואף לפי מש"ל דע"י בדיקה שפיר ניכר העובר ואפי' מיעוטא ליכא וא"כ היה אפשר לומר דשפיר משתרי ע"י בדיקה דדוקא גבי הבחנה א"א בבדיקה משום דאין בודקין הנשואות כו' משא"כ כאן ביבמה אך לא מסתבר לומר דלר"מ לא משתריא כ"א ע"י בדיקה ויותר יש להקשות דאפי' לרבנן דאזלי בתר רובא כיון דרוב מתעברות אע"פ שרוב המתעברות עוברה ניכר לשליש ימים ואיתרע רובא דמתעברות מ"מ ספיקא מיהא הוי אם היא ממיעוט שאין מתעברות כלל או אם היא ממיעוט שאין עוברה ניכר לשליש ימיה וא"ל דמחמת הך

ספיקא אוקמי אחזקה ז"א שהרי מחמת הרוב שמתעברות אין מקום לחזק' שתחול כלל שהרי כך אנו אומרים שזו שהיא ריקנית הרוב מהם מתעברות וא"כ לא אזלינן בתר חזקה זו כלל והא דבהלך בעלה וצרתה למה"י אמרינן חזקה ליבום כבר כתבתי דחזקה זו נידון ע"ש סופה לכשלא יהי' לה בנים וכך היה באמת ומינה דידה לא אתרעאי חזקת' כלל רק מחמת צרתה משא"כ כאן דאיכא למימר בדיד' גופא שהוא מן הרוב שמתעברות ולכן נלענ"ד דהיינו טעמא דסמכינן ביבמ' על ג"ח וסמכינן ארובא שעוברה ניכר כו' ולא אזלינן בתר רוב נשים מתעברות משום דמיעוט שאין מתעברות הוי מיעוט דשכיח טפי ממיעוט שאין עוברה ניכר לשליש ימים ואף דבדף קי"ט משמע דאליבא דרבנן מיעוט שאין מתעברות לא חשיב מיעוט ולא חזי לאיצטרופי לחזקה מ"מ בצירוף מיעוט דמפילות שפיר חשיב מיעוט כמבואר שם וע"ש ברשב"א ונימוקי יוסף והוי מיעוט דשכיח ואזלינן בתרי' בצירוף הרוב דעוברה ניכר דמיעוט דידי' הוא עומד נגד הרוב ולא חשיב כלל. ולפ"ז אדרבא א"ש טפי לר"מ דלדידיה דחייש למיעוטא אפי' לקולא חייש כדמוכח בהא דתינוק שנמצא בצד העיסה והתם המיעוט עומד כנגד הרוב וא"כ נגד רוב מתעברות ויולדת איכא תרי מיעוטי מיעוטא שאין מתעברות ומיעוט המפילות והלכך אית לן למיזל בתר רובא שעוברה ניכר לשליש ימים ונרא' דאף ע"פ שכתבתי לעיל דהעתיד להיות נפל לפעמים עוברה ניכר קודם מ"מ אפשר שלפעמים אף לשליש ימים אין ניכר דהכרת העובר הוא בטבע מחמת כח החיוני בא וכשהוא עתיד להיות נפל לפעמים אינו ניכר כלל שהרי הוא כאבן ואינו פועל בטבעו ההכרה כלל וא"כ שני המיעוטים דהיינו מיעוט שאין מתעברות ומיעוט דמפילות שניהם מחזיקים כח הרוב שאין עוברה ניכר לשליש ימים וא"כ שפיר משתריא ליבם דאף דקי"ל כר"ל דהחולץ למעוברת והפיל' לא שמה חליצה וביאת מעוברת לא שמה ביאה מ"מ אם היינו יודעין דהך דמיעברת אפולי מפלא לא עביד איסורא בביאה זו וכמבואר שם בתוס' ורשב"א בטעמא דמלתא דאף לר"ל פטורין מן הקרבן ע"ש:

ועוד נלענ"ד דא"ש טפי ע"פ מה שכתבתי בתשובה הנ"ל דלענין הכרה אף ע"ג דאפשר שלאחרים אינו ניכר מ"מ ודאי דהאשה מרגשת בעצמה ויודעת בנפשה אם היא מעוברת או לא (ועיין במתנות כהונה פ' וישב מ"ש שם אהא דקאמר במדרש מלמד שהיתה מטפחת על כריסה והביאו הגאבד"ק ראוונע ז"ל אלא דמדבריו משמע דלאחרים אף רובא דמינכר לא הוי וז"א לענ"ד כדמשמע מסנהדרין) ואיהי גופה ודאי שיודעת בבירור אחר שעברו עלי' ג"ח אם היא מעוברת ומכ"ש לפי מ"ש לעיל דע"י בדיק' ודאי נוכל לידע אלא דאמרינן אין בודקין כו' או אשה מחפה וכשהיא לעצמה ודאי שיכולה היא לבדוק

ולעמוד על בוריה של דבר וא"ל דאשה מחפה כדי שיירש בנה בנכסי בעלה שני דזה לא אמרינן רק לאחר נשואין שכבר נשאת לשני קודם שעברו עליו ג"ח משא"כ כשעדיין לא נשאת כלל אם היא מרגשת בעצמה ודאי שהיתה מפרסמת דמעוברת היא מהראשון דהא מסתמא יהיה נולד לסוף ט' וידעו הכל שהוא בנו של ראשון וגם דמסתמא לא עבד' איסורא לינשא ליבם שלא במקום מצוה כמו שנאמנת לומר מת בעלי שתתייבם והכא עדיף טפי דאין לך מלתא דעל"ג יותר מזה כשתלד לסוף ט' והלכך כיון דאשה מרגשת בעצמה הרגשת הגוף דהשתא גופא מליא או ע"י בדיקה תו לא חיישינן למידי וא"ל דאין נאמנות נגד הרוב דרוב נשים מתעברות ויולדת ז"א דע"א נאמן נגד הרוב כמ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ג ובשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ס"ט ואף שבתשובה א' כתבתי דלענין ע"א שיהיה נאמן נגד הרוב גרע טפי רובא דליתא קמן מרובא דאיתא קמן דברובא דאיתא קמן אינו רק מברר המיעוט מן הרוב משא"כ רובא דליתא קמן שהוא רוב בטבע אתחזק בגוף זה והעד מסייע למיעוט שהוא מיעוט דליתא קמן הרי כח המיעוט חלש ואין מועיל ע"א להחזיקו נגד הרוב אע"ג דגם הרוב ליתא קמן והארכתי בביאור דבר זה מ"מ בנ"ד נראה דודאי מהימנא שהרי נראה מהש"ס ופוסקים דאשה שהלכה היא ובעלה למה"י ובאה ואמרה מת בעלי ולא ניתן לי בן במה"י מהימנ' ול"א הלך אחר רוב נשים וע"כ דברי דידה מהני בכה"ג דהא רוב דמתעברות הוא תלוי במעשה רק לחד תירוצא דתוס' לא הוי תלוי במעשה שהוא רוב בטבע שממילא אדם נזקק לאשתו אבל מ"מ אינו רוב מבורר דפעמים יוכל להיות שאין בעלה עמה במדינה או שאינה יכולה ליטהר לו וכיוצא בו רק דבהלכה צרתה עם בעלה עמה אין לנו לבדות מדעתינו שנפרדו זה מזה והיה שם סיבה המונעת מליזקק לה משא"כ אם היתה לפנינו ואומרת שלא נתעבר' שפיר נאמנת בזה ואין זה נגד הרוב כיון שאפשר שהי' כאן איזה סיבה שלא נזקק לה. ויש מקום עיון במה שהקשו התוס' דמקמא בחזקת היתר ליבם כו' והוצרכו להביא ראיות מפרק ד"א ופרק בתרא ולא קשיא להו בפשיטות דנוקים לה אחזקה דגופא שלא נתעברה עד מן השני כמ"ש התוספ' חזקה זו בכמה דוכתי לענין הכירה דאית לן לאוקמי בחזקת שלא ילדה עד עתה וה"נ אית לן לאוקמי אחזקה שהיתה ריקנית מתחלה והשתא הוא דמתעבר' ומשני הוא ונראה דא"ש לפי מ"ש הרשב"א גבי גבינות דכל שעכ"פ יצאה מחזקתה קודם הזמן שנודע לנו לא מוקמינן תו אחזקתה הראשונ' ואמרינן דלמא מקמי הכי הוה וא"כ י"ל דה"נ ליכא לאוקמ' אחזקת ריקנית והשתא הוא דמתעברה כיון דהעובר אינו ניכר אלא בג' חדשים וכשהוכר עוברה איגלאי מלתא דמה שהיינו מחזיקין אותה עד עכשיו

בחזקת ריקנית טעותא הוה ומקודם לזה יצאת מחזקתה וא"כ איכא לספוקי דלמא מן הראשון נתעברה והלכך לא קשיא להו רק מחזקת יבום:

אך לענ"ד יש ליישב קושית התוספ' דכיון דבאמת רוב מתעברות ויולדת א"כ היא חזקה המסתלקת ע"י מעשה התשמיש ואף ע"פ שאנו מסופקים באיזה זמן הועיל בה מעשה זו לסלקה מ"מ הרי היא חזקה העשויה להשתנות ואין הולכין אחריה כמבואר בקידושין גבי קדשה אביה בדרך כו' דביומא דמשלם שוב אין שם חזקת נערות דהיום עשויה להשתנות (ואפשר דהתוספ' לשיטתם שכתבו בקידושין הטעם משום דרגילות לבא מצפרא. אך לפי מ"ש בתשובה אחרת לא הוצרכו התוס' לזה אלא לתת טעם למה משוינן לה בוגרת משום דהרי בוגרת לפנינו אבל חזקת נערות בודאי ליתא ויש בזה אריכות דברים ולקצר אני צריך) ומכ"ש דא"ש שאין כאן חזקת ריקנית מטעמא דכתיבנא שוב מצאתי בפלתי סי' קי"ד שהקש' כן בספק בן ט' נוקמ' אחזקת ריקנית והניח בצ"ע ולפענ"ד דא"ש כמ"ש:

אך לכאורה צ"ע אליבא דרבא דס"ל כאן נמצאו כאן הי' ואיכא דס"ל דקי"ל כוותיה אפי' לאפוקי ממונא עיין בר"ן כתובות וכן מבואר בכמה פוסקים דס"ל הכי לדינא דאין מחזיקין מרשות לרשות וא"כ ה"נ גבי ספק בן ט' ניזל בתר בתרא כיון דברשותו נולד הוולד ועיין בתוספות דכתובות שהקשו מב"מ מההוא דהמחליף פרה בחמור וילדה וכתבו שצריך לחלק בין נולד הספק לגריעותא או לטיבותא והריב"ש בתשובה הביאו בש"מ שם פי' דדוקא בההוא דשמואל לפי שמפני ספק זה הוא בא לבטל קנין שהיינו מוחזקים בו בקיומו משא"כ בב"מ שאין הקנין מתבטל מפני הספק שאין דנין אלא על הולד ומפני זה אין הולכין אחרי שנולד הס' ברשותו וכיוצא בזה כתבו התוס' בחולין דף נ"א אבל באמת אין זה שיטת כל הפוסקים שנשתמשו בכלל הזה דכאן נמצא כאן הי' לענין ספק בדבר שבערוה ג"כ כמבואר ברמב"ן ורשב"א ביבמות בסוגי' דיצחק כו' אזל מקרטבא כו' וכן בשאר איסורין לענין חמץ בפסח ועוד דוכתי טובא וגם די"ל דכאן נמי הקנין מתבטל מפני הספק שהרי אם נאמר שהוא בן ט' לראשון א"כ היא אשת אח שלא במקום מצו' ומתבטל קנין היבם על ידו וכיון שהיינו מוחזקים בקנין זה של היבם יש לנו להחזיק קיומו ולומר שברשות השני נולד ומותרת ליבם והעיקר לענ"ד בזה דע"כ לא אמרינן דכל שנולד הספק ברשותו עליו הראי' אלא היכא שנולד הספק ברשות השני ממש וטרם תבא לרשות השני לא עלה על לבינו שום ספק בדבר כלל שפיר אמרינן דאין מחזיקין מרשות לרשות וכאן נמצא כאן הי' משא"כ כאן דאף קודם שנשאת לשני הי' מקום לספק זה אם היא מעוברת אם לאו וזה עבר ונשא אותה תוך ימי הבחנה

וכיון דבשעת ביאתה לרשות השני כבר היינו מסופקים עליו שמא מעוברת היא מבעל' פשיטא דהשני לא מיקרי נולד הספק ברשותו שהרי בשעת ביאה לרשותו כבר נכנסנו לבית הספק ולכן לא אמרי' בזה כאן נמצא כו' ואמנם כן יש בזה כדי לחזק הקו' שהקשינו דאית לן לאוקמי בחזקת ריקנית והשתא נתעברה. ואין לומר כמש"ל דכשהוכר עוברה איגלאי מלתא שהיינו מחזיקין בטעות דז"א דעכ"פ בשעת מיתת בעלה הראשון היינו מחזיקין אותה בריקנית וא"כ עד שהוכר עוברה אחר נשואי השני לא נולד לנו הספק כלל רק ברשות השני אז נולד הספק ושוב יש לנו לומר כאן נמצא כו' אבל כבר כתבתי דחזקת ריקנית אינ' חזקה כלל שהוא עשוי' להשתנות ע"י מעשה הבעיל' וזה מוכרח דהא מהאי טעמא לא תחליץ ולא תתיבם תוך ג"ח דחוששין שמא מעוברת היא ולא מוקמינן לה בחזקת ריקנית ופשיטא שאין הטעם משום דאיכא לברורי ע"י המתנה אלא נראה דספק גמור הוא ומטעמא דכתיבנא ובזה יש ליישב מ"ש בנ"ב ששמע מקשין על התוס' שתירצו הקושיא דניחוש שמא לא נקלט הזרע עד יום ג' דכ"כ לא היה משתהה כו' דאכתי קשה האיך שריא ליבם תיכף בכלות ג"ח ניחוש שמא מעוברת היא ולא נקלט עד יום ג' ולפי מ"ש י"ל דודאי אית לן לאוקמי אחזקת ריקנית רק כיון שיש כאן רוב בטבע שממילא אדם נזקק לאשתו חיישינן שנתעבר' וזה דוקא ברוב בעילות כדרך איש ואשתו משא"כ אחר ג"ח שאין כאן חשש מרוב בעילות רק מבעילות דיום או יומים קודם מותו אין זה מסלק החזקה שהיתה בחזקת ריקנית וסברא זו מבוארת בש"ס דיבמות דף ס"ט ליחוש שמא עיברה מי לא תנן מפרישין כו' אמר רבה בר ר"ה ליוחסין חששו ופירש"י מעלה עשו ליוחסין לחוש לביאה א' מספק כו' ואע"ג דמסיק שם דלתרומה נמי חששו אף בביאה א' י"ל דהתם שאני דאתיליד ריעותא שהורע חזקתה לגבי אכילת תרומה כיון שניסת לישראל והא דמייתי עלה מהא דה"ז גיטך שעה כו' התם לשמא ימות אית לן למיחש אלא דקשיא ליה למה אסור' לאכול מיד דחיישת שמא ימות בשעה זו שהוא ספק רחוק ג"כ כמו שנאמר שנתעבר' בביא' א' משא"כ כאן דחזקה ליבום לא אתרעאי ומסייעה לחזקת ריקנית לא הורע כח חזקת ריקנית בשביל ביאה א' או שתים (אלא שצ"ע דלפי"ז למה הוצרך לחלק בין זנות לנשואין דבנשואין אין מתהפכת כו' דהא שפיר מצי קאי בשנויי' דידיה דמעלה ביוחסין ולכך חששו להבחנ' והתם בה"ז גיטך שאני דחוששין שמא ימות משא"כ מתני' דלא מיירי בנשואין רק בזנות ואית לן לאוקמי אחזקה שהוא ריקנית דחזק' דידה שהיתה מותרת בתרומה עד עתה מסייע לה וצ"ע) ולענין הבחנ' שפיר הקשו התוספות דלענין הבחנה גזרו רבנן אף בביא' א' כמבואר שם מסוגיא דשנים שהחליפו נשותיהם וע"ז תירצו דכ"כ לא היה משתהה כו' והלכך ג"ח

צריכים כל הנשים להמתין אף אותן שנשאו לבעל ולא שהו עמו כלל כיון דכל ג"ח שייך הבחנה משא"כ אחר ג"ח שנסתלק חשש הבחנ' תו לא חיישינן לקליטת הזרע דלענין דין יבום מוקמינן לה אחזקה ליבם וחזקת ריקנית דמה"ת לנו לסתור החזקה בשביל שאפשר שנבעלה יום א' או יומים קודם מותו ואמרינן שלא נתעברה מבעילות הללו ושריא ליה:

שוב מצאתי בדברי אא"ז מהרש"א שם ביבמות דף ס"ט שכתב וז"ל גם נראה דליכא לאקשויי הכא דהיאך קבעי למימר דניחוש לספיקא נוקמה אחזקה שלא היתה מעוברת ונוקי אתתא בחזקת כשרותה לתרומה די"ל דלא אמרינן דנוקמא אחזקת' אלא היכא דליכא למיקם אמלתא כההוא דספק בן ט' כו' אבל הכא כיון דאיכא למיקם אמילתא אם מעוברת היא אם לאו לא מוקמינן לה אחזקה דמה"ט בחולצת בתוך ג"ח דאפי' אם יבא אליהו ויאמר דלא מיעברה לא משגחינן ביה כדאיתא בהחולץ עכ"ל ולענ"ד צ"ע דאין משם ראיה כ"כ דהתם הקשה דכיון שאפי' אם יבא אליהו כו' לא משגחינן ביה דאפי' קטנה צריכה להמתין ממילא כיון דגזירת חכמים לענין יבום היה בכל גווני שוב חוששין לה שלא תחלוץ משום דכל שאינה עולה ליבום כו' ואף ע"ג דגבי ספיקות אמרינן דחולצת משום דאל"כ לא תחלוץ לעולם משא"כ בתוך ג"ח כיון דאפשר שתחלוץ לאחר ג"ח משא"כ לענין תרומה דלא אשכחן בעלמא דגזרו בה והספק שמא נתעברה מביאה א' הוא ספק רחוק למה באמת גזרו בזה שלא להעמידה על חזקתה ואף דבה"ז גיטך שעה א' כו' אסרינן לה לאכול בתרומה מיד אע"פ שהספק הוא ספק רחוק מ"מ התם ליכא לאוקמי אחזקת חי דלשמא ימות חיישינן כמבואר בגיטין וא"כ לענין יבום כיון דחשש דנתעברה יום האחרון קודם מותו הוא ספק רחוק שפיר יש לנו לסמוך על החזקה בזה ואע"ג דבעלמא אמרינן אין סומכין על החזקה במקום שיכולין לבררו מ"מ היכא דהספק אינו שקול שפיר סמכינן על החזקה בזה כך נלענ"ד, ונשוב אל הנדון אם מועיל הכרה כבר כתבתי שצ"ע אם יש לסמוך ע"ז דלא מיבעיא לדעת הרא"מ שנראה מדבריו דקי"ל להלכה כמ"ד דבר ז' עוברה ניכר לשליש ימיה א"כ גם הנפל שהוא בן שמנה אפשר שניכר לשליש ימיה ואשתהי קצת אלא אפי' לדעת אא"ז מהרש"א דס"ל דגם בבר ז' בעינן תלתא ירחי להכרה מ"מ י"ל דנפל אין שיעור להכרתו כמש"ל אך מבלעדי זאת צ"ע אם יש להקל נגד דעת הב"ח שכתב דשיעור צ' יום היינו לחומרא ומדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם וכבר כתבתי דקצת משמע כן מדברי הירושלמי והמדרש רבה דגם סומכוס מודה בהא וכן אמרינן בש"ס דילן שלח ר"ח בר אבין מארסין תוך ג' וכן עושים מעש' וכך היה ר"א מלמדנו משום ר"א הגדול רובו של

ראשון כו' וא"כ אף שלענין הבחנה קי"ל לחומרא שצריכה להמתין ג"ח שלימים מ"מ מאן לימא לן שנוכל לסמוך ע"ז להקל באיסור יבמה ולסמוך ע"ז שכיון שהוכר כבר עברו עליו ג"ח דדלמא באמת סגי להכרה רובו של ראשון כו' וכן נלענ"ד דעת רש"י בחומש שפירש ויהי כמשלש חדשים רובו של ראשון כו' וכמ"ש אא"ז מהרש"א בנדה שהוא ע"פ המדרש אך מ"ש שם שחולק על סומכוס כבר כתבתי שלשון המדרש והירושלמי משמע דסומכוס מודה בהא ולאו דוקא קאמר שלשה חדשים דגם רובו של ראשון כו' מיקרי ג"ח ולשון הרא"מ תמוה בעיני שנראה מדבריו דהא דקאמר רובו של ראשון כו' היינו ביולדת לז' דתמר יולדת לז' הוה כמ"ש רש"י להלן למלאים וכאן לחסירים ולענ"ד ז"א דאע"ג דקושטא הכי הוא דמיירי בתמר שהיתה יולדת לז' מ"מ מ"ש רש"י רובו של ראשון כו' לאו מהאי טעמא אתי עלה דא"כ היה צריך תרי ירחי ותילתא דהיינו שבעים יום וא"צ רוב האחרון ורובו של ראשון כו' נראה שא"צ רק ס"ב יום ומ"ש שם הרא"ם וז"ל ומה שהכריח לרז"ל לומר רובו של ראשון כו' ולא אמרו שני חדשים ושליש כו' כלישנא דקרא דקאמר ויהי כמשלש ולא קאמר כשלשה דמשמע כשתשלש החדשים ומה שהקפיד' תורה לומר כמשלש להודיענו שיהי' השליש של יולדת לז' רובו של ראשון כו' אפשר שהטעם שאין ניכר אלא כשיהיה הרוב מכל חודש כו' ולענ"ד ז"א דהא בסוטה אמרינן ותצפנהו שלש' ירחים אותו היום ק"א בניסן היה כו' ופריך הא באדר נולד משה ומשני רובו של ראשון כו' אלמא דאף דכתיב שלש' ירחים מפרשינן ליה רובו של ראשון דרובו ככלו ולכן נראה דאדרבא רש"י אזיל בשיטת מ"ד דיולדת לז' נמי בעי תלתא ירחי להכרה ומ"מ פירש רובו של ראשון משום דס"ל דבהכי סגי בכל גווני דזה מיקרי ג' ירחי וגם נלענ"ד דש"ס דידן לא ס"ל הך דרשא שהביא רש"י דתמר יולדת לז' הוי כדמשמע ממה דקאמר אע"פ שאין ראיה לדבר כו' דאיכא דילדה לט' ואיכא לז' ואין להאריך בזה שפשיטות דברי רש"י מורי' דרובו של ראשון הוי שיעור הכרה אף ביולדת לט' וכמו דס"ל לר"ח בר אבין דסגי בהכי לענין הבחנה והלכך אף ע"ג דלענין הבחנה החמירו דבעינן צ"א יום מ"מ מנין לנו להקל לשער חדשי הוולד ע"י הכרה זו וע"ש בירושלמי אהא דסומכוס דקאמר ר"ז כו' ר"ח בשם רבי חייא רבה אפילו רובו של ראשון כו' רב אסי אמר תשעים יום שלימים שמואל אמר הן ועיבוריהן אתא עובד' ולא ידעין י"ג מן הראשון וי"ז מן האחרון או י"ז מן הראשון וי"ג מן האחרון וחמשה שלימים באמצע וביקשו ליגע בוולד משום ספק ממזרים ואפשר אבא בר וואי ופליג על שמואל בריה אמר רבא שניא הוא הכרת העובר שניא לידתו הכרת העובר לחדשים שלימים ולידתו לחדשים מקוטעין כו' ע"ש ביבמות ובנדה נראה דר"ח רבה פליג עם רב אסי

ושמואל אליבא דסומכוס אם בעי שלימים או סגי ברובו של ראשון וצ"ע לדינא אם יש להקל בזה:

והנה יש לעיין עוד בנדון השאלה ששהתה משעת ההכרה עד שעת לידה בערך ז' חדשים וא"כ בע"כ לומר דאשתהי וזה צ"ע דאף הפוסקים דס"ל אשתהי מ"מ מודים דמיעוטא הוא דמשתהי וא"כ אף אם נימא דסמכינן אעדות נשים משום דמסייע להו רובא דוולדות שהם בני קיימא וכאן דבריהם מכחישין הרוב דלא משתהי איברא שהח"מ סימן ד' ס"ק י"א כו' (עיין בתשובה לראוני עד ועיין בשו"ת נ"ב מ"ש בזה) ולפי"ז אם נימא כדעת הב"ח דלענין הכרה סגי ברובו של ראשון כו' מ"מ כיון שההכר' הוא בחודש כסליו וא"כ עכ"פ צ"ל שנתעברה בי"ד בתשרי וא"כ הרי כאן ט' חדשים שלימים ונוסף עליהם עוד יו"ד ימים דאשתהי בחודש העשירי ומ"מ צ"ע דאפשר אף הח"מ לא קאמר אלא לענין דלא חיישינן לזנות אף בעידי כיעור מאחר שרגילות להוליד בחודש העשירי ואפשר דהוא מיעוט דשכיח אבל מ"מ רובן לט' ילדן רק דלענין זנות תלינן אף במיעוט כמ"ש הריב"ש סימן תמ"ו דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפי' בבן ז' ואשתהי דהוי מיעוטא כו' וכן ראיה לזה מרבה תוספאה דתלי בבעל עד יב"ח אף ע"פ שהוא בתכלית הזרות עכ"ל ומכ"ש אם נימא דבעינן ג"ח שלימים להכרה א"כ אותן הנשים שאמרו שראו קודם מיתת בעלה סימני מעוברת א"כ אם נרצה לומר דוולד קיימא הוא ואשתהי שהה עד תוך י"א חודש והא ודאי מיעוטא הוא:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קמ

שני אחים שהיו דרים בשותפות בדירה אחת זמן רב וכל עסקיהם היו בשותפות ומת אחד מהם בלא בנים והיבם רוצה לחלוץ ליבמתו בכדי לעשות נחת רוח לנשמת אחיו המת זצ"ל אך דא עקתא שתצטרך החלוצה לעקור דירתה משם כמבואר בש"ע סימן קנ"ז וקשה מאד טילטולה דאיתתא מחמת כמה טעמים המבוארים בשאלה באורך והיא שעת הדחק גדול ונשאלתי לחוות דעי בזה:

תשובה גלוי וידוע כי דבר זה מחלוקת ישינה בין גדולי האחרונים ואא"ז מהר"ם מפדווא ז"ל ואא"ז מהר"ם מלובלין ז"ל צדדו להתיר והסמ"ע והב"ח צדדו לאיסור במעשה שהיה בק"ק לבוב וכפי הנראה עמדו דברי מהר"ם והסמ"ע לפני הגאון בעל משאת בנימין ז"ל והכריע להתיר ע"ש בסימן קי"ב אך ראיתי בספר באר שבע דף קי"ג שכתב לתמוה על מהר"ם מפדווא שעלה על דעתו להתיר לדור אפי' אם גייסי אהדדי לולא שביטל דעתו נגד דעת הרשב"א ז"ל הלא באבל רבתי בסוף פ"ב מפורש באר היטב שאסור לדור יחד

בחצר אם לבו גס בה וז"ל וכן החולץ ליבמתו לא יפנה מפני שאין לבו גס בה וכיון דתלה הטעם מפני שאין לבו גס בה משמע בהדיא אבל אם לבו גס בה יפנה וגם על הרשב"א יש לתמוה למה נדחק להביא מהירושלמי דהא ראיה ברור' מאבל רבתי כו'. ולענ"ד אשתמטא מינייהו עכ"ל:

ולענ"ד ברור שהמה ראו הך דאבל רבתי ומשם איכא למידק איפכא מדנקט הטעם מפני שאין לבו גס בה ואם איתא דר"ל דאם לבו גס בה צריך לפנות הכי הוה ליה למימר אם אין לבו גס בה דהא מילתא דשכיח טובא שיהא לבו גס בה כי ישבו אחים יחד ודרך גדולתן כאחד אלא ע"כ דז"א דאע"ג שהם רגילין זה עם זה הרבה מ"מ בשביל הא לא מיקרי לבו גס בה כיון דמעולם לא היה להם אקרובי דעתא דרך ביאה וגרע טפי מארוסה דעלמא וכדאמרינן ביבמות דף ק"י יבמה שאמרה תוך שלשים יום לא נבעלתי כו' רבה אמר אפי' תימא ר"י ע"כ לא קאמר רבי יוסי אלא התם בארוס' דגייס בה אבל אשת אחיו מיבזיז בזיז מינה ע"ש הרי להדיא דאפי' התם שהיבם כונס אותה לשם אישות ופשיטא דמבזיז בזיז מינה ולכך נקיט בסתמא מפני שאין לבו גס בה דאף ע"ג דאפשר שגדלו יחד וגייסי אהדדי מ"מ כיון דלענין עסק אישות ודאי הוא מרוחק ממנ' בחיי בעלה וגם אחרי מותו הוא בוש ממנה ולכך לא יפנה:

וראיתי בשו"ת מהר"א בן חיים ורמז אליו אא"ז מהר"ם מלובלין ז"ל שכתב בסימן צ"א וז"ל אבל טעמא דמילתא דלא אסרו חכמים אלא באשה שכבר היתה נשואה עמו ויודעה ומכיר' היו ביניהם אקרובי דעת דביאה כו' ואע"ג דבארוסה נמי אסרו כל דגייסי מ"מ בחליצה אפי' דגייסי אהדדי לית להו אקרובי דעתא. ויש להביא ראיה לזה דאשכחן בגמרא דאפי' אחר יבום אין רגילות כ"כ שיבא אליה כדתנן בפרק ב"ש היבמה שאמרה כו' אבל אשת אחיו מיבזיז בזיז מינה כו' אלא שכתב וז"ל ואע"ג דהאי טעמא לאו דווקא לא אמרינן הכי אלא משום דאיהי אמרה לא נבעלתי ושוויתי' נפשי' ח"ד ולענין צרה אמרינן שם וכי מפני שאנו כופין ומבקשין נאסר צרתה וע"ד רש"י ז"ל אפי' תוך ל' אמרינן וכי מפני שאנו כופין לצרכה דשווי' נפשיה ח"ד צרתה לא מיתסר' דחזקה הכונס אשה בועל לאלתר אע"פ שהתוס' כתבו בענין אחר מ"מ נקטינן מיהא שהיבם אין דעתו קרובה כ"כ אצל היבמה דמיבזיז בזיז מינה כו' ולענ"ד אין צריך לזה דהתם שאני אף את"ל דמתירין צרתה אף תוך ל' היינו דוקא בכנסה לשם יבום בזה שפיר כתב רש"י דחזקת הכונס אשה כו' דהכל יודעין כלה למה נכנסת וכו' אבל היכא שאכתי לא כנסה עדיין פשיטא דאמרינן מיבזיז בזיז מינה וגדולה מזו אמרינן בפסחים דף ע"ב יבמתו נידה בעל פטור אף בסמוך לווסתה אף ע"ג דהוי"ל לשיולה מ"מ יבמתו בזיז מינה ופרש"י בוש

ממנה לשואלה אם סמוך לווסתה הוא הרי מבואר דאף ע"ג שחפץ לייבמה והא קמן דיבמה ובא עליה מ"מ אמרינן דבוש ממנה לדבר עמה על עסקי אישות ואמנם גם דברי מהארנ"ח א"ש דעכ"פ אנו צריכין לומר הך סברא דבזיז דאל"כ לא היה לנו לכוף ולבקש כלל דמה איכפת לן בהא דשוויתי' נפשי' ח"ד באמת תהיה אסורה אלא ודאי שאנו נותנין מקום לדבריו משום דבזיז וכן מבואר שם מדעת רש"י אם היא אומרת נבעלתי והוא אומר שלא בעל בתוך ל' צריכה חליצה והיינו משום דאמרינן דלמא מוקי אנפשיה וכן לדעת התוס' והרא"ש לענין צרתה ע"ש ואע"ג דלענין אשה דעלמא קי"ל כר"י דס"ל נסתרה לאלתר ומ"ש מהראנ"ח וז"ל ואע"ג דלר"י לא מפלגינן בהכי אלא מתני' ר"מ היא וכו' ע"ש כבר מבואר במהרי"ק סימן ק"ה שכתב אע"ג דר"י מוקי מתני' כר"מ וא"כ מסתמא הלכה כוותיה מ"מ רבא דהוא בתראה מוקי לה אפי' לר"י וכו' הרי מבואר דקי"ל כהך חילוקא דיבמתו בזיז מינה וכן מבואר באה"ע סימן קי"ז שפסק הרמ"א שאם שהה ל' יום א"צ לומר שלא בעל והקשה הח"מ דהא קי"ל כר"י והב"ש תירץ דרמ"א פסק כרבה דהיכא דאיכא טעם דלא בעיל כגון ההיא דיבמה דמבזיז בזיז כו' מבואר בזה דקי"ל כן להלכה ולפ"ז צריך ליישב דעת הרשב"א דסובר דיבמה היכא דגייסי אהדדי חיישינן וצ"ל דס"ל דאע"ג דסתמא דמלתא אמרינן דיבמתו בזיז מינה וגרע מארוסה מ"מ היכא דחזינן דגייסי אהדדי דמי לארוסה היכא דגייסי אהדדי ואדרבא י"ל דיבמה קרוב' לביאה טפי מארוסה כמ"ש התוספ' והרא"ש והמרדכי ביבמות דף מ"ב לענין אם מת היבם לאחר ג"ח אעפ"כ צריכה להמתין ג"ח מה"ט וכתבו לחלק בין הא דפרק ב"ש ובפסחים דאמרינן יבמתו בזיז מינה דהיינו לענין לאוקמי אנפשיה עד ל' יום אבל לענין גזירה שמא ישא אחותו כו' איכא למימר יבמתו קרובה לביאה טפי ונרא' שלזה כיוון בתשובת הראנ"ח שם אח"כ שכתב איברא דאח"כ אייתי בגמ' פ' החולץ דיש קירוב דעת ביבמ' והקשה מפרק ב"ש כו' ע"ש שנראה שיש ט"ס וחיסור לשון והפ"י בכתובות דף ט' ד"ה מאי לאו כו' כתב דכוונת התוספ' שם כיון דביבמה מוקי אנפשי' משום דבזיז מינה ה"ה בארוסה דבזיז מינה טפי כמ"ש תוס' פרק החולץ דיבמה קרובה לביאה טפי מארוסה עכ"ל:

והנה טעם החילוק בזה לא אתפרש שפיר ונלענ"ד דלענין אם נכנסה עמו בסתר שפיר מחלקינן בהכי דארוסה כיון דמעיקרא נתרצית להתקדש לו וגם עתה נכנסה עמו לחופה ומתייחדת עמו אמרינן אש בנעורת כו' משא"כ ביבמה שלא מרצונ' נתקדשה לו רק בע"כ דידה היא זקוקה לו והקנו אותה לו מן השמים סובר בדעתו דאולי הוא מאוס עלי' ומה שנבעלת לו אין זה ברצונה דמה אית לה למעבד כיון דמשמים קא רדפי לה ולכן אמרינן דאפשר מוקמי אנפשיה דמבזיז בזיז מינה וזה דוקא לענין אם נסתרה עמו

משא"כ כשלא נסתרה עמו שפיר י"ל דיבמה קרובה טפי לביאה דיבמה דרמיא עליו הוא משא"כ בארוס' כיון שאין דרך שיתייחדו יחד ואפי' איסורא איכא דכלה בלא ברכ' ואפי' תימא כי חפץ בברכה ובדרך נשואין בא עלי' פשיטא שגם לזה אין לחוש וכמ"ש בתשובת הרמב"ן סימן קל"ה שאילו עשו נישואין אין דרכן של ב"א לזלזל ולעשות נשואין בענין שלא נקראו בני אדם כו' והובא בב"י סימן קמ"ט ע"ש ובלא"ה מבואר בכתובות דבגליל שאין דרך לייחד אין לחוש שנתייחדו כלל ע"ש ואפ"ה מצריכינן להמתין ג"ח בארוסה אטו נשואה א"כ כ"ש ביבמה דאפשר שנתייחד עמה ובא עליה ואף דלפי תקנת חז"ל דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה אסור לבא עליה בלא מאמר כמבואר בסי' קס"ו מ"מ שפיר אית לן למיגזר בזה אטו נשואה כמו בארוסה דגזרינן ולפ"ז י"ל דאף לסברת התוספ' בזה דכשלא נסתרה י"ל דיבמה קרובה טפי לביאה מארוסה היינו לענין אם תרווייהו לא גייסי אהדדי אז יש לחוש ביבמה טפי משום מצוה דרמיא משא"כ בארוסה אבל לענין אי גייסי אהדדי ודאי גם התוס' מודי' דארוס' גרע דבארוסה י"ל דאי חזינן להו דגייסי ומכירין זא"ז בקריצות וברמיזות אלמא דלפעמים שמתיחדין יחד וחיישינן שיבואו לידי הרגל דבר ג"כ דהא ידוע לו שכל חפצה בו דמעיקרא נתקדשה ברצונה ואליה תשוקתו משא"כ ביבמתו אף אי חזינן דגייסי בשאר דברים משום שזה דרכם מעולם להתעסק בשותפות וכיוצא מ"מ לא בשביל זה הוסר מסוה הבוש' מעליהם לבא לידי קירוב דבר דהא קים להו לחז"ל דיבמתו בזיז מינה ופשיטא בהא דיבמתו נידה בעל אפי' אי גייסי אהדדי בשאר דברים מ"מ א"א לחייבו קרבן דהמ"ל לשיול' אם היא סמוך לווסתה דעיקר מה דבזיז מינה הוא לענין קורבת שאר בשר וכן בהך דיבמה שאמרה לא נבעלתי לא מצינו בפוסקים לחלק דאי גייסי אהדדי אין כופין ומבקשין אלמא דבכל גווני אמרינן דבזיז מינה ומטעמא דכתיבנא דהא י"ל שנפשה בחלה בו ובע"כ זקוקה לו וא"כ מה בכך שהם יודעין ומכירין זא"ז דרך מו"מ להתעסקות יחד ומכ"ש לפמ"ש הב"ש סימן קס"ד אהא דאם מת היבם צריכה להמתין כו' דאפשר בזה"ז שכופין על חליצה א"צ להמתין ג"ח דהא אינו קרובה לביאה ולכאורה דבריו צ"ע דהא הך שיטה דכופין הוא שיטת ר"ת והרי התוספ' והרא"ש והמרדכי כתבו כן בשם ר"ת דמת היבם צריך להמתין ג"ח ודוחק לומר דר"ת כ"כ קודם שחזר בו והוא סובר דמצות יבום קודם אלא שאח"כ חזר בו ואפשר דאף שר"ת סובר דהיכא שאין מכוונין למצוה כופין מ"מ כיון דאם מכוין למצוה שפיר יכול לייבם מיקרי קרובה לביא' אך מ"מ דבר ברור הוא דבזה"ז שאין מנהג לייבם כלל ומרחיקין זה בכל עוז פשיטא שאין לחוש שמא עלה על דעתם מתחילה לשם ד"א וגייסי אהדדי בקורבה המביאה לידי זימה ומחשבתם ניכרת מתוך

מעשיהם שחולץ לה עתה והחליצ' מוכחת על תחילת מחשבתם דמעיקרא נמי לא הי' בדעתם להתקרב יחד והרשב"א שכתב לחוש בזה וכתב דמסתברא דאסור לשיטתו אזיל דס"ל דמצוה לייבם וא"כ שפיר יש לחוש לגייסי דידהו טפי מגייסי דארוסה משא"כ אנן לדידן וכבר האריכו בסברות אלו בתשובות הנ"ל עד שכמעט לא הניחו מקום להתגדר אולם זאת אדרוש ליישב מ"ש רבינו הב"ח בתשובה סימן ע"ח דאף דבזה"ז אין נוהגין ביבום אפי' שניהם רוצים ביבום היינו כשהם באים לב"ד אין אנו מחזיקין ידיהם אלא מוחין בידם אבל אם שניהם רוצים ביבום ואינם באים לב"ד אלא מעצמם הם מתקרבים יחד אין כח בידינו להענישם ולא להפרישם כו' והשתא שפיר יש לחוש דכשהיו ביחד לאחר מיתתו שמא אז היה דעת שניהם להתייבם לשם מצוה אז היה לבו גס בה ומצחק עמה כו' והנה מלבד כי דבריו אינם מוכרחין בזה שכתב כי אין בידינו כח לא להענישם ולא להפרישם לפי שיכולין לומר לשם מצוה נתכווינו דלא משמע הכי מדברי הפוסקים וסוגיא דעלמא ואם היה אחד בא לייבם הוה מחינן ליה מאה עוכלי בעוכלא וא"ל שהי' דעתם שייבם אותה בצנעה ודעתם לשם מצוה ז"א דהא לביאה דיבמה בעינן עדים כמ"ש לקמן וא"כ פשיטא שלא עלה על דעתם דבר זה דודאי לא מזדקקו להו עדים כלל:

אך בלא"ה נלענ"ד דאפי' תימא בכה"ג לא הוי מחינן בידייהו אי הוי עבדי עובדי בנפשיהו מ"מ כיון דע"כ אזיל ומודה דאי הוי ברירא לן מילתא דא היה בדעתם להתייבם ומעולם לא היה לבו גס בה לצחק עמה בדרך קריבה שפיר הי' מותר לדור עמה בחצר א"כ פשיטא דנאמן הוא ע"ז לומר לא צחקתי וכדאמרי' בעלמא ע"א נאמן באיסורין דאין זה בכלל דבר שבערוה דאין כאן רק איסור לאו כיון שלא בנה שוב לא יבנה ולהרמב"ם קרי ליה מדברי סופרים כמ"ש לקמן ומכ"ש בזה דאין אנו צריכין לעדותו לענין גוף האיסור רק משום חששא בעלמא שמא אם ידור עמה יפת בסתר לבם ובכה"ג פשיטא דמהימן שמעולם לא עלה על דעתם לייבם ולא צחקו זע"ז כלל דכל היכא דע"א מהימן בע"ד נמי מהימן אלא דבאמת צ"ע לכאורה מהא דאמרינן ביבמות דף ע"ז ומי מהימן והאמר ר"א אמר רב כל ת"ח שמורה הלכה ובא כו'. וכ' התוס' דהיינו היכא שהוא נוגע בדבר כגון יתר הישמעאלי שהיה צריך לאותו הוראה שהרי בת ישי נשא וכו' וא"כ בנ"ד נמי שהי' נוגע אפשר דלא מהימן. אך י"ל דהתם מירי שמצד הסברא לא היינו יודעים דין זה כגון ההוא דעמוני ולא עמונית שלולי הקבל' לא היינו מחלקים בכך כדאמרינן התם דאקשי ליה כל הנך קושייתא אישתיק כו' ולכך אם הוא נוגע לא מהימן ודומיא דהכי הוא באינך דמייתי התוספ' שם משא"כ היכא שהדבר שקול דבכה"ג ע"א נאמן כמו שנאמן לברר חתיכות כשירות מתוך חתיכות טריפות אף במקום רוב טריפות כמ"ש הפ"י דף ס"ג

דנאמן משום דאינו רק מברר הספק ואף ע"פ שהטבח נוגע בדבר נאמן הוא ומכ"ש היכא דאין כאן חשש בעלמא דנאמן אף ע"פ שהוא נוגע ומכ"ש היכא שהוא בעצמו העושה דבר זה וכמ"ש הרמב"ן ביבמות דף פ"ח ואת תפשוט מנדה וכו' ושמא אין בידינו לתקן עכשיו איכא למימר היא עצמה שאני דרחמנא הימנה מאחר שהי' מעשה של עצמה מתוך שנאמנת לעצמה ועושה מעשה בהך נאמנת אפי' לבעלה עכ"ל ועיין בפ"י בענין עיר שכבשוה כרכום דאיתא שם ואין אדם נאמן ע"י עצמו והקשה דהא כל מקום דע"א נאמן באירוסין אפי' הבע"ד עצמו נאמן ואדרבא עיקר הילפותא דא"א נאמן משום דכתיב וספרה לה כו' וא"כ לא שייך הך דינא אלא משום דרוב כותים פרוצים בעריות ואפשר דנקיט לה בהאי לישנא לאשמועינן דאף בעלה אין נאמן בה כו' ע"ש וא"כ בנ"ד דליכא רוב ולא שום סברא לומר שצחק עמה אדרבא הדעת נוטה שלא באו לידי גיחוך מעולם ומיבזיז בזיז מינה מה"ת לא יהי' נאמן ומכ"ש בזה דהוא מעשה של עצמו וכמ"ש לעיל בשם הרמב"ן:

ועוד נלענ"ד דאף לפי זה מה שכתבו התוס' והרמב"ן והרשב"א שם לתרץ הך דנדה בענין אחר היינו התם שאנו צריכין להאמינה על סיפרתה שתהא מותרת לבעלה משא"כ כאן דתרווייהו מידע ידעי ואמרי ברי לנו שלא היה בדעתינו להתייבם ולא צחקנו פשיטא דמהימנא וגדולה מזה אמרינן בכתובות בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אף ע"ג דהוי תרי ותרי מ"מ אם אומרת ברי לי ונשאת לאחד מעדיה לא תצא ובפ"י שם הביא דברי הרשב"א בקידושין שכתב דאפילו אי תרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמי אחזקה מ"מ לגבי עצמן נאמנין בדיעבד וכתב הפ"י שיגע ומצא דעת קדושים שהרשב"א סובר דלא אזלינן בתר חזקה אלא למי שמסופק בדבר כו' משא"כ אם העובר אומר ברי לי נגד החזקה לא שייך לגביה שהוא מוזהר על הספק בודאי מחמת החזקה וכן מצאתי בחידושי מהרש"א ביבמות פרק האשה כו' ע"ש באורך ואף דהתם דוקא בדיעבד אמרינן הכי היינו משום דהתם איכא חזקה גמורה לאיסור חמור דא"א משא"כ כאן שאין כאן חזקה ולא איסור רק חשש איסור וגם דכל היכא דאיכא שעת הדחק כדיעבד דמי נראה דודאי מהני ברי דידהו:

וק"ו הדברים בנ"ד שזה החולץ יש לו אשה והיאך יעלה על דעת כי קרבות יחפצון ויעברו על חרגמ"ה ומי שבקינן להו והב"ח ז"ל הרגיש בזה וכתב ואפי' היה לו אשה ודבר זה ידוע במלכותינו אין נושאין ב' נשים מתקנת רגמ"ה ופשיטא אין לומר שהיה בדעתו לגרש את זו ולכנוס יבמתו דהא אין מגרשין בע"כ וא"כ היאך מצחק עמה על ספק גדול כזה מ"מ בהא איכא למימר דלא פלוג רבנן וכיון דהיכא דאין לו אשה חיישינן ללבו גס

בה ואסור ה"ל היכא דיש לו אשה נמי אסור כו' נפלאתי דמאן הרגלים לומר לא פלוג בזה דאטו גזירה הוא דגזרו בה הא טעמא איתני בה משום דחזינן דלבו גס בה וא"כ ממילא דביש לו אשה ובמלכותינו שיש תקנת רגמ"ה אין לבו גס בה ומותר. ומ"ש וכ"נ מכל האחרוני' שהיו במלכותינו שהביא ההיא דתשובות הרשב"א לפסק הלכה ולא חילקו בין יש לו אשה לאין לו אשה אינה ראיה לענ"ד כיון דהדין תלוי במציאות דחזינן דגייסי וזה אינו רק אם החולץ פנוי אבל אם בעל אשה הוא אינו במציאות שיהיה לבו גס בה דרך קירוב אישות דאטו ברשיעי עסקינן ופשיטא שאין לומר שעלה על דעתו לגרש את אשתו ויכנוס זו כמ"ש הב"ח דהא אין מגרשין בע"כ ודלמא לא תתרצה אף בתרקבי דדינרי וגם י"ל לפי מ"ש הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ ביבמה שנדרה או מצאה פתח לנדרה ולא אמרינן בזה כל יבמה שאין אני קורא בה יבמה יבא עליה בשעת נפילה כו' וכתב הב"ש סימן קס"ה דאם היה לו אשה בעת שנפלה לפניו הית' אסור' עליו מחמת תקנת ר"ג י"ל דגרע טפי דאין היתר לאיסור זה משא"כ איסור נדר יכול להתירה ע"ש:

והנה מדבריו נראה דטעם הב"ש בנודרת משום דיש היתר לאיסורה ולענ"ד צ"ע שהרי התוס' והרא"ש ברישׁ יבמות הקשו דנידה תיאסר ליבם אע"פ שמטהרת אח"כ כמו אחות אשתו כו' ותירצו דלא דמי לאחות אשה ושאר עריות שהאיסור עומד על היבם טפי משאר ב"א אבל נדה לכ"ע אסורה ועוד תירצו התוס' דבאחות אשתו אין זה דרכי נועם אם תצטרך להמתין אבל נדה דרכי נועם דלבעלה נמי צריכ' להמתין ע"ש ואם איתא בפשיטות ה"ל לשנויי דנדה שאני שיש היתר לאיסורה אלא ודאי דז"א וס"ל דאחות אשה נמי מיקרי יש היתר לאיסורה אם תמות אשתו ואף ע"ג דיש חילוק מ"מ התוס' לא ס"ל לחלק בהכי וס"ל דבכל גווני מיקרי יש היתר לאיסורה אלמא דמ"מ אחות אשה אסורה לפי שאינה אסורה רק על היבם לבד משא"כ נידה ולפ"ז נודרת דמי לכאורה לאחות אשה שג"כ אינה אסורה רק על היבם לבד וגם לתירוץ הב' א"ל דגם זה אינו דרכי נועם שתצטרך להמתין עד שיזדקק לה יבם ותמצא פתח לנדרה ואפשר לדחות דהכא שהיא גרמה האיסור על עצמה לא איכפת לן בהכי וצ"ע. ומ"ש הרא"ש שם החילוק דנדה עומדת ליטבל וליטהר כדרך כל הנשים כו' מבואר למעיין שם שלא כתב זה אלא דלא תיקשה למה תהיה מותרת לחלוץ בעת נדתה הא קי"ל כל שאינו עולה ליבום כו' ע"ש אבל לענין החילוק בין אחות אשה שאסורה אע"פ שמתה אשתו אח"כ כתב כדברי התוס' דהטעם משום דנדה אסורה לכל ע"ש וצ"ע על הד"מ סימן קס"ה שכתב על דברי הר"ש הנ"ל שכיוצא בזה כתב הרא"ש ריש יבמות לענין יבמה שהיתה נדה בעת מיתת הבעל עד כאן לשונו והדבר צ"ע כמ"ש שאין זה ענין לדברי הרא"ש שם:

וראיתי בחידושי הרשב"א ריש יבמות שכתב הקשו בתוספות ליתני שש עשרה וכגון המגרש את אשתו כו' ומסתברא לי דאפי' היא עצמה חולצת כו' וה"ז כנודרת הנאה בחיי בעלה שחולץ וזו אינה עולה ליבום דבר תורה דקיימא עליה בלאו ועשה ואעפ"כ עולה לחליצה כיון שד"א גרס לה לאסור כו' ע"ש וחילוק זה א"ש לענין כל שאינו עולה ליבום אבל מ"מ ס"ס הא לא קרינן בה יבמה יבא עליה בשעת נפילה ואפשר דגם לענין זה שפיר מצינן לחלק בכה"ג דדוקא משום איסור ערוה דגופה אמרינן הכי אבל לא אם ד"א גרם לה לא איכפת לן מה שהי' אסור בשעת נפילה וצ"ע אך לענ"ד דלכך במצאה פתח לנדרה מתייבמת ע"פ מ"ש הרשב"א בפרק החולץ דהא דלר"ל בהפילה מתייבמת אף ע"ג דקי"ל כל יבמה שאין אני קורא כו' האי בשעת נפילה זקוקה היא אלא דרחמנא אמר עיין עליו לידע אם היא זקוקה אם לא וכיון שהפילה איגלי מלתא למפרע דזקוקה היתה ומ"מ אין זה דומה לנדה דנדה נמי אע"פ שבשעת נפילה לא נאסרה לגמרי מ"מ אף לכשתטבול ותטהר אין התירה רק מכאן ולהבא אבל אינו מועיל למפרע וא"כ אכתי בשעת נפילה היתה אסורה עליו בבירור ולכך הוצרכו התוס' לחלק דנדה אסורה לכל ולפ"ז היכא דהאיסור משום שיש לו אשה וחל עליו חרגמ"ה אף שיש לו היתר כשיגרש או תמות אשתו מ"מ כיון שלא נעקר למפרע דמי לאחות אשה ולפ"ז דברי הב"ש נכון לדינא ולא מטעמא דידיה:

ולכאורה י"ל לפום הך אוקימתא דמוקי בהחולץ דבסברא פליגי ור"ל ס"ל דתיגלי מלתא למפרע לא אמרינן א"כ כיון דקי"ל כר"ל בהא דהחולץ למעוברת איכא למימר נמי בנודרת אף שמצאה פתח לנדרה אמרינן כל יבמה שאין אני קורא בה כו' ותיגלי מלתא למפרע שנעקר הנדר וזקוקה היתה זה לא אמרינן והרשב"א לא כ"כ אלא להך אוקימתא דבקרא פליגי דר"ל סבר ובן אין לו עיין עליו ולפ"ז י"ל דשפיר אמרינן תיגלי למפרע אלא דלפי זה הו"ל להרשב"א לבאר לפום הך אוקימתא דתיגלי למפרע לא אמרינן היאך א"ש הך קושיא דלמה מתייבמת אחר נפילה נימא כל יבמה וע"כ לומר דהא דאמרינן תיגלי למפרע לא אמרינן היינו כשאנו דנין על הענין הנעשה אז כגון חליצת או ביאת מעוברת כיון שאז היה הדבר בספק לא מהני העשי' שעשה אז להתירה אף שעכשיו נתגלה שנעשה המעשה כהוגן משא"כ כשאין דנין על המעשה הנעשה בעת ההיא כלל רק שעכשיו אנו דנין אם היתה בשעת נפילה יבמה שנאסרה או לא בזה שפיר אמרינן תיגלי למפרע דמה בכך שלא הקיפה ידיעתינו הדבר ההיא אז קמי שמיא הוי גליא שלא יצאה זו מכלל שאר יבמות שאני קורא בה יבמה יבא עליה וזה דומה לאם היה לנו ספק בשעת נפילה אם גירש אחיו המת הערות שהיו נשיו אם לא יבאו עדים שגירש' דפשיטא

שזו מותרת לייבם בלי פיקפוק וה"נ דכוותיה דהפילה או בנודרת הנאה דשפיר אמרינן תיגלי למפרע כיון שחכם עוקר נדר מעיקרו כנלע"ד:

ובר מן דין נראה דא"ש לפמ"ש הנימוקי יוסף שם בטעמא דלא אמרינן תיגלי מלתא למפרע דחיישינן דלמא באותה שעה ראויה היתה לילד ולד גמור אלא שאח"כ גרם לה איזה דבר להפיל ונמצא דחליצה דמעיקרא לאו כלום הוא ע"ש ולפ"ז גבי נודרת דנעקר הנדר למפרע בוודאי דאמרינן בכה"ג תיגלי מלתא למפרע ואף לפי מ"ש התוספ' החילוק בין הך דחלץ מעוברת לקידש א' משני אחיות דהכא אין זה ספק ראוי להתברר עכשיו שא"א לידע עתידות אפשר דבכה"ג שפיר מיקרי ראוי להתברר דגם בשעת נפיל' היה פתח זה וצ"ע לשיטת התוס' בזה:

אך לשיטת הנ"ל ודאי א"ש אלא שצריך ליישב להנ"י קושית הרשב"א דלמה אם הפילה מתייבמת לר"ל הא כל יבמה שאין אני קורא כו' דא"א לומר כמ"ש משום דאיגלאי למפרע שזקוקה ועומדת דמאן לימא לן שהיתה זקוקה אז שמא אז היתה ראוי לילד ולד גמור וד"א גרם לה להפיל כו' ומצאתי בחידושי הרשב"א ביבמות שם דף קי"א שכתב בטעמא דר"מ דקטן אין מייבם משום שמא ימצא סריס ובתר הכי שריא לי' שהרי אם יבא אליהו ויאמר דלאו סריס הוא שרי וכיון שכן הרי אני קורא בה יבמה יבא עליה דאיגלאי מילתא למפרע דלאו סריס הוא וה"ז כשאר הנשים שאסורות להתייבם עד שיעברו שלש חדשים ואפ"ה קרינן בה יבמה יבוא עליה וגדולה מזו אמרו רז"ל כו' עיין עליו ואפ"ה כשהפילה חולצת או מתייבמת ולא קרינן ביה כל יבמה כו' וטעמא דמלתא משום דלא אמר רחמנא אלא שיעיין עליו כו' ואפ"ה כשולדה שאינו של קיימא מותרת ולא משום דאיגלאי מלתא למפרע דאי מהאי טעמא לא היתה צריכה חליצה לאחר שהפילה דהא איגלי כו' אלא טעמא דר"ל משום דאמרה תורה עיין עליו שלא תתייבם עד שתדע אם תלד בן קיימא או לאו ואפי' אם יבא אליהו ויאמר לא משגחינן ביה וכ"ש הכא דאילו אתי אליהו משגחינן ביה עכ"ל ולכאורה זה סותר למ"ש בפרק החולץ דמטעם תיגלי למפרע אתי עלה ונראה דהרשב"א סובר דהחילוק בין הך לישנא דס"ל דפליגי בקרא אז אפי' אי הוי אמרינן תיגלי למפרע מ"מ לא מהני כיון דקרא אמר עיין עליו שלא תחלוץ ולא תתייבם עד שיתברר הדבר ולהך לישנא דבסברא פליגי ולא אמרינן תיגלי למפרע דשמא בשעת הויתה היא ראוי' לילד ולד קיימא מ"מ הך מילתא גופא דביאת מעוברת או חליצת מעוברת לא מהני היכא שעתידה לילד ולד קיימא הוא ג"כ מרבוייא דקרא מובן אין לו עיין עליו דאי לאו האי קרא הוי אמרינן דאי עובר אוסר או פוטר אותה מיבום וחליצה עד שיצא לאויר העולם וקאתי קרא למימרא דעיין עליו אם תלד בן קיימא אז אין בה דין חליצה

ויבום וממילא אף שהפיל' אח"כ לא מהני המעשה שנעשה בעודה מעוברת דשמא היתה עתידה לילד ולד קיימא אבל מ"מ כל שהפילה עכשיו שפיר מותרת ליבם דאפי' תימא שהיתה עתידה אז לילד ולד של קיימא ואם הי' מייבם אז ל"ה מועיל מ"מ זה בכלל כל יבמה שאני קורא כו' דכיון דעכ"פ לע"ע הפילה והתור' לא אמרה שתפטר באם היא מעוברת ולד של קיימא רק שעדיין צ"ע עליו ואם לא יצא לאויר העולם חי עדיין זקוקה היא ושפיר איגלי למפרע דבשעת נפילה זקוקה היתה שהרי לא נפטר אז לגמרי עד שעת לידה שהוברר הדבר כנלע"ד ולפום מה דכתבנו אכתי הך מילתא דנודרת צריכה עיונא דאף ע"ג דאם מוצאת פתח נעקר הנדר מעיקרא מ"מ י"ל דלא שייך ביה תיגלי מלתא למפרע דהא אפי' לר"י דס"ל דאמרינן תיגלי מילתא כו' היינו משום דאילו אתי אליהו ואמר דהא דמיעברא אפולי מפלת בת חליצה ויבום היא ולא חיישי' דלמא השתא בר קיימא היא וד' גרם לה אלא מסתמא מעיקרא היה עומד לכך להיות נפל טמון ובזה י"ל דשפיר אמרינן איגלי מלתא דחסרון ידיעתינו אין מעכב וחוצץ כלל וכמו כן בההיא דקטן שמא ימצא סריס לר"מ שפיר כתב הרשב"א דאילו אתי אליהו כו' והשתא שהגדיל איגלי מלתא דלא סריס הוא משא"כ לענין נודרת כיון דעכ"פ השתא בשעת נפילה היא אסורה עליו תו לא מהני מה שעתה מצאה פתח ועקרה למפרע דהא בשעת מיתה עכ"פ היה הנדר בתקפו ולא שייך בזה אילו אתי אליהו דהא לאו טעותא דהדרי ממילא אלא ע"י מעשה ההתרה אנו עוקרין למפרע ואפשר דבכה"ג שייך שפיר לומר כל יבמה שאין אני קורא כו' איברא דלפי מ"ש לעיל בדברי הרשב"א והנ"י דאף שאז היתה מעותדת לילד ולד קיימא ולא היינו קורין בה יבמה כו' מ"מ כיון דאיסורה משום עיין עליו והרי באמת הפיל' ואמרינן גם בכה"ג איגלי מלתא א"כ י"ל דגם בנודרת שפיר י"ל איגלי מלתא. אך עדיין לא נתחוורו לי הדברים ככל הצורך בזה ועיין במשנה למלך פ"י מהלכות גירושין: ומצאתי באשר"י פרק הנודר מן המבושל שהביא ירושלמי אילין נדרים מה את עביד לון כדשיל"מ כו' הא תנינן שהחכם עוקר הנדר מעיקרו כלומר וכיון שעקר אותו מעיקרא נמצא שלא נאסר מעולם ולא הוי דשיל"מ אמרי אינו עוקר אלא מכאן ולהב' כלומר עיקר העוקר מכאן ולהבא אע"פ שעקרו מעיקרא מ"מ היה אסור עד היום הוי דשיל"מ אך הכ"מ פרק ט"ו מהלכות מ"א מבואר בדבריו שמפרש כוונת הירושלמי להיפוך מדברי הרא"ש ז"ל דמה דקאמר דתני תמן זקן עוקר מעיקרו היינו דמה"ט הו"ל דשיל"מ והמנחת יעקב כלל ע"ד השיג עליו:

ולענ"ד פשוט דהרא"ש שפיר מפרש כן לפי גרסתו דגרס מסתברא מי עבדינן כדשיל"מ הא תני תמן כו' משא"כ לגרסת הרשב"א והר"ן שם וכן גרס הר"ן בפירוש האלפסי

במסכ' ע"א מסתברא דעבדינן כדשיל"מ דתני תמן כו' ע"ש שמבואר דס"ל דאי עוקר למפרע הוי דשיל"מ ועיין בקרבן העדה שם ואין כאן מקומו להאריך. ובינותי בספרים ולא מצאתי תשובה זו בתשובת הרשב"ץ עצמו חלק ב' וכפי הנראה ט"ס נפל בב"י ושם בתשב"ץ כתב וז"ל אבל מצאה פתח לנדרה מתייבמת וא"ת אמאי לא אמרינן בה כל יבמה שאין אני קורא בה וכו' כבר הקשו התוספת אמאי נדה אינה פוטרת צרתה מה"ט והרבה תרוצים נאמרו בה והעולה מדבריהם היא שאינו דומה לאחות אשה דאסורה משום קורבה דעריות ומכאן אתה למד דהדברים ק"ו לנודרת הנאה מהיבם שאם נדה בשעת נפילה היא בת יבום לכשתטהר ק"ו בנודרת הנאה לכשיותר הנדר שאם לא היה לה היתר כלל אפי' אחר שהתיר לא היתה בת חליצה שכל העולה כו' עכ"ל הנה פתח בתירוץ דאחות אשה אסורה משום קורבה דעריות והיינו לומר דנדה שאני דאסורה לכל וכמ"ש התוספות והרא"ש וסיום דבריו ללמוד ק"ו לנודרת מנדה שבשעת נפילה היא בת יבום וזו סברא אחרת לא הוזכר בתוספות ורא"ש על ענין זה כמש"ל דהרא"ש לא כ"כ כ"א לענין כל שאינו עולה ליבום כו' ומצאתי ברמב"ן דף קכ"ג שכתב יבם קטן שבא על יבמה כו' ואף ע"ג דהשתא לאו בר הקמת שם הוא הואיל וכי גדול הוי בר הקמה כו' ה"נ יבמה שהיתה נדה בשעת נפילה ליבום הואיל ולשתטבול קרינן ביה יבמה יבא עלי' אינ' נאסרת ועוד דלא דמיא נדה לשאר עריות דשאר עריות לא תפסי בהו קידושין ונדה תפסי בה קידושין וכיון דתפסי בה קידושין קרינן ביה יבמה יבא עליה דביאה דיבם הוי קידושין אפי' בא עליה ולא נתכוין לקידושין אלא לביאה בעלמא ועוד שאם עבר ובא על יבמתו נדה קנאה הילכך קרינן בי' יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה דהא קנא' ואשתו היא ואם עבר ובא על שאר עריות לא קנאה הילכך לא קרינן בהו יבמה יבא עליה עכ"ל: והנה לפי תירוצא קמא דהראב"ן עולה דברי הרשב"ץ כהוגן אך מה שלמד הראב"ן מהא דקטן אדרבה הרשב"א שם מפרש איפכא דרבא אתי לאוכוחי מזה דע"כ לא בענין בר הקמה כלל דאי ס"ד דבעינן בר הקמה מה בכך דאתי לכלל הקמה מ"מ השתא לאו בר הקמה הוא ומי איכא מידי דהשתא אסורה ולבתר שעתא שריא ע"ש וכן מבואר מדברי התוספות בריש יבמות דמפרש הכי וכתבו שאין זה דרכי נועם אם מחמת איסור שאינו בר הקמה תצטרך להמתין עד שיגדל ע"ש ומ"ש כיון דעבר ובא על יבמתו קנאה קרינן ביה יבמה כו' צ"ע דהיא גופא קשיא דנימא דנדה דינה כשאר עריות ואם עבר ובא עליה לא קנאה כמו בשאר עריות ולפי מ"ש בתירוץ הב' א"ש דנדה תפסי בה קידושין כדילפינן מותהי נדתה עליו ונראה ראיה לדבריו מהא דאמרינן ביבמות דף ך' גבי אלמנה לכ"ג אמר רב גידל מסתברא חייבי לאוין תפסי בה קידושין ופירש"י הילכך קרינן ביה לקחת

בדיעבד אבל בחייבי כריתות לא תפסי קידושין ואפילו עבר ובא עליה האי יבם ונסבה לאו קיחה הוא כו' ועיין בחידושי הרשב"א שם ואף למסקנא דרבא דאמר גזירה ביאה ראשונה מ"מ אתי הני דרשא דר"ג לחייבי לאוין שיש עמהם עשה כו' ע"ש בתוספות ובחידושי הרשב"א ולקצר אני צריך ולפום הך תירוצא דהראב"ן א"ש בפשיטות בנודרת הנאה אם מצאה פתח מתייבמת דהא לא דמי לעריות כיון דתפסו בה קידושין ומכ"ש ביש לו אשה אף ע"ג דעובר על חרגמ"ה דהא עכ"פ תפסו קידושין אלא שצריך עיון מדברי התוספ' והרא"ש שלא כתבו לתרץ כן לענין נדה אלמא דס"ל הך סברא דהראב"ן. שוב עיינתי בספר בית מאיר סימן קס"ה הביא דברי הרשב"ץ וכתב דלמה שתלה טעם ההיתר משום שאינו דומה לאחות אשה דפסול' מחמת קורבה ה"ה והיא הטעם בחרם דרגמ"ה כו' ואני לא ידעתי מה טעם יש בדבר דאדרבה להך טעמא אינו דומה לנדה דאסור' לכל רק לאחות אשה דאינה אסורה רק לזה שיש לו אחותה. וגם בנודרת באמת צ"ע לפום הך תירוצא. ומ"ש דהך הוכחה דהרשב"ץ דאם לא היה לה היתר גם חליצה לא צריך כו' זה שייך גם בחרגמ"ה ז"א דודאי שפיר מיקרי עולה ליבום מטעם שכתב הרא"ש לענין נדה ולדעת הרשב"א משום שד"א גרם לו כמו גבי נודרת ומ"מ שפיר י"ל דכיון שאין אני קורא יבמה כו' אך מה שהקשה דהא מ"מ בת יבום היא דהא אם בא עליה קנאה ונדחק בדברי הרשב"א ריש יבמות ע"ש ובסימן קנ"ט כבר כתבתי דזה באמת דעת הראב"ן דכל היכא דאם בא עליה קנאה ותפסי קידושין קרינן ביה יבמה יבא וכו' ועיין ביש"ש יבמות פרק ב' דביאת כ"ג באלמנה אף היא אינה פטורה וצריכה חליצה וכדבריו מבואר בהרשב"א ר"פ החולץ ד"ה אי חליצת מעוברת כו' אע"ג דאיכא לאו ועשה בכ"ג באלמנה דעולה לחליצה אע"פ שאינו עולה ליבום ואם בעל לא קנאה וצריכ' חליצה התם נמי מרבויא דקרא כו' ובנודרת כתב הרשב"א כדברי' אלו וע"ש באורך וסובר כיון דמרבינן מיבמתו לענין אלמנה מן הנשואין דבעי חליצה א"כ ה"ה נודרת אך בענין חרגמ"ה ודאי צ"ע דנראה דלא עדיף משאר חייבי לאוין ועיין בסימן ס"ו בח"מ ס"ק י"ח ובב"ש ס"ק י"א דמשמע חרגמ"ה לענין גירושין בע"כ אין בו איסור דאורייתא וכן משמע בב"ש סימן קי"ז ס"ק ב' ובכמה דוכתי ובי"ד סימן רי"ח מבואר בשם תה"ד ורש"ל דבתקנה בחרם שפיר יש איסור דאורייתא מ"מ אין כאן רק איסור לאו וגם די"א דביבמה לא החמיר רגמ"ה וכמבואר באה"ע סימן א' והיוצא מזה אף שאין דין הב"ש מוכרח מ"מ הראיתי פנים לדבריו כאשר הארכתי לעיל וא"כ בנ"ד שזה היבם יש לו אשה פשיטא שלא יערב לבו לגשת לצחק עמה על דעת שייבם אותה בין בחיי אשתו או אח"כ ופשיטא שהם נאמנים לומר לא צחקנו דאין לך רגלים לדבר יותר מזה שלא

עלה על דעתם שום קירוב בעולם ומכש"כ לפי מ"ש לעיל דהיכא דשניהם אומרים ברי לי אף היכא דאיכא חזקה מהימני לגבי דנפשייהו ומכ"ש בזה ובהכי א"ש מה שהקשו התוספ' בחולין ובנדה דהיכא ילפינן ספק טומאה ברה"ר טהור מסוטה דלמא שאני סוטה דאית לה חזקת היתר וכתב ע"ז בספר שב שמעת' פרק ז' דמסוטה לבועל ילפינן דהא לבועל אין כאן חזקת היתר כיון שנולד הספק בחזקת א"א ומ"מ בר"ה טהור ומזה ילפינן לספק טומאה בר"ה אף דליכא חזקת טהרה ולפי מ"ש א"ש דברי התוס' מסוטה לבועל ליכא למילף מידי דהא הסוטה והבועל תרווייהו אמרי ברי שלא בא עליה ולגבי דנפשייהו מהימני אף היכא דאיכא חזקה ומכ"ש היכא דליכא חזקה לאיסור אף דליכא חזקה להיתר מ"מ הברי דידהו מהני אלא שצ"ע בהא דר' זכריה שאמר המעון הזה לא זזה ידה מתוך ידי כו' ואמרו לו אין אדם מעיד על עצמו הרי מבואר דאף דתרווייהו אמרו ברי לי לא שבקוהו רבנן למידר עמה ולכאורה היה אפשר דדוקא גבי חזקה מהימני אבל לגבי רובא דעדיף מחזקה לא מהימני ובשבויה כיון דרוב פרוצים בעריות לא מהני ברי דידהו וכדאיתא בכתובות דף י"ג דפירש"י שם לזו יש עדים שנבעלה דכיון שנשבית לבין הנכרים והם פרוצים בעריות כולנו עדים שנבעלה ואף לפי מש"ל דאף לגבי רוב מהני ברי כגון במקולין שיש רוב טריפות היינו כשהוא בא לברר המיעוט מתוך הרוב כגון ההוא דמקולין משא"כ גבי הך רוב דפרוצים בעריות דלא שייך זה ואף דלכאורה איפכא מסתברא דהא רוב דמקולין הוא איתא קמן ואפ"ה זה נאמן ומכ"ש שנאמן ברוב דליתא קמן וכה"ג כתב הגאון מהר"י ז"ל בנ"ב מ"מ במקום אחר הארכתי בזה וכתבתי טעם לדבר דכיון שאנו באין להחזיק בעדותו של זה מחמת הברי שהוא אומר צריך שיהיה מסייע לו מיעוט חזקה דאיתא קמן משא"כ ברובא דליתא קמן כיון שגם המיעוט ליתא קמן אין העד נאמן להחזיק המיעוט החלוש הזה והבאתי ראיות ברורות וה"נ בהא כיון דרוב נכרים פרוצים בעריות לא מהימנו בברי דידהו להכחיש הרוב אלא דבאמת ז"א דהא אמרינן בכל דוכתא בשבוי' י' הקילו ואפי' ע"א נאמן להתיר בה וע"כ שאין הרוב גמור וכ"כ בפ"י בתוס' ד"ה ואין אוסרין כו' דהא דהאמינו ע"א אע"ג דרוב פרוצי' בעריות מ"מ שאני שבוי' דמנוולה נפשה גבי שבאי וכ"כ בדף כ"ב ד"ה מאן דמתני כו' דהא דרוב פרוצים לא הוי רוב גמור דמדאוריית' סמכינן אהא דשבוי' מנוולה נפשה גבי שבאי ועוד דרוב דזנות הוי רוב התלוי במעשה אלא דמדרבנן עשאוהו כרוב וע"ש בדף י"ג ד"ה השבתני כתב דרוב פרוצים הוי רובא דרובא כו' ועכ"פ צ"ע דלמה לא מהני ברי דידהו נגד רוב זה שאינו רק מדרבנן דהא אפילו לגבי חזקה שהיא דאורייתא מהני שלא תצא ומכ"ש לגבי דרבנן ואפשר דאלמוה רבנן להאי רובא דליהוי כדאורייתא ואע"ג דאמרינן

בשבויה הקילו מ"מ לענין ברי דידהו לא הקילו ואפשר שהוא מטעמא שכתב הפ"י בריש סוגיא דפ"פ דאף דבע"ד מהימן בספק חלב ספק שומן כיון שהספק בגופא לא מהימני כדאשכחן בשבוי' דע"א נאמן בה שלא זינתה והיא עצמה לא מהימנא ומ"מ צ"ל דהך רובא אלים להו טפי מחזקה דהא בשנים אומרים מת מיקל מהאי טעמא ששניהם אומרים ברי אף ע"פ שספק בגופה וצ"ע גם צ"ע בהא דמיבעיא ליה אהא דקאמר אעפ"כ ייחד לה בית בחצירו כו' מהו לעשות בגרושה כן התם הוא דבשבוי' הקילו כו' דבשבוי' דעלמא נמי הוי מצינו למבעיא דאפשר שע"כ לא הותר לו לעשות כן אלא לפי שגם הוא טען ברי שלא נתייחדו עמה עכו"ם ואע"פ שלא האמינוהו מ"מ לענין חששא בעלמא הקילו ע"י שלא נתייחד עמה משא"כ בשבוי' דעלמא שהוא אינו יודע ואם יבא עליה ודאי אסורא עביד ומכ"ש דאסור בגרושה ואפשר דרש"י ס"ל דכיון שלא האמינוהו על עדותו שוב אין לחלק בכך ועכ"פ יש ללמוד מזה דדוקא היכא דאיכא רובא כי האי דרוב פרוצות הוצרכנו להקל משום דבשבוי' הקילו ובגרושה נמי כיון שהיא מן הנשואין וכבר נתקרב עמה דרך אישות או באירוסין וגייסי אהדדי דרך חיבה וקריבה של אישות אבל בנ"ד דאין כאן רוב ואין כאן קירוב חיבה דרך אישות כלל רק שנבדה מלבינו שמא היה רצונם להתקרב לענ"ד דבר ברור דמהני ברי דידהו בכה"ג שמעולם לא נתקרבו ומה"ת לגרוע חזקת כשרות דידהו ולע"ד שהדברים מוכרחים מצד עצמם שאם באנו לחוש לזה א"כ אף אנו נאמר דיבם ויבמתו דגייסי אהדדי לא מהני חליצה דידהו דכיון דאסרינן להו לדור יחד שלא יבוא עליה שאינו רק איסור לאו למה לא נחוש טפי שמא כבר בא עליה והרי היא א"א וקא שרינן א"א לעלמא ע"י חליצה וע"כ לומר דכיון שלא ראינו שנתייחדו יחד אע"פ שראינו דגייסי אין חוששין וכמו נתגרשה מן האירוסין וחזינן דגייסי דחיישינן דוקא כשראינו שנתייחדו יחד הא לאו הכי מי הימנינן להו שלא נתייחדו היבם והיבמה לעולם ולא איכפת לן אי גייסו דרך חיבה ובקרבת אישות א"כ ק"ו הדברים אי לא חזינן להו דגייסי דרך קרבת אישות דלא ניחוש לה דלמא גייסו ונאמנין ע"ז:

והנה אף שהדברים ברורים לענ"ד אוסיף אומץ להביא ראיה ברורה מהא דאמרינן ביבמות דף ק"ב א"ר יהודה אמר רב יבמה שהגדילה בין האחין מותרת להנשא לאחד מן האחים ואין חוששין שמא חלצה סנדל לאחד מהם טעמא דלא חזינן כו' וע"ש שיש כמה שיטות ולדעת הב"י בבדק הבית תירוצא אפי' לא חזינן כלל נפסלת על האחין וכן משמע פשיטות הגירס' שלפנינו ולפי גירסת הרי"ף ושאר מפרשים חיישינן שמא כיונה היא ולא פסולה על האחין בכוונת חד סגי והשתא תיקשי דכיון שהגדיל' בין האחין הא ודאי דגייסי בה טובה והא קמן שרגילה עמהם כ"כ עד שלפעמים חולצת

סנדל לאחד מהם תשמיש העבד לרבו כמבואר בקידושין דף ך"ב כיצד בחזקה התיר לו מנעלו כו' ובעובדא דמר זוטרא שם שילף לו מסאני כו' ובכתובות דף צ"ו כל מלאכות שהעבד עושה לרבו תלמיד עושה לרבו חוץ מהתרת מנעל כו' אבל במקום שמכירין אותו לית לן בה כו' ובהגמ"יי פ' י"ב מהלכ' שבת כתב ושמעתי שכ' הרא"ש מסאנברק שרבו הר"מ צוה לשפחה לילך עם בחורים לחלוץ מנעליהם בליל שבת כדי שתקח הנר להאיר לעצמה כו' והביאו המג"א סימן רע"ו משמע שהיו משתמשים תשמיש זה ועיין באה"ע סימן ק"א בדין היתר רחיצה משפחות ועכ"פ ודאי דגייסי טובא כדמשמע לישנא הגדילה בין האחים וכה"ג אמרינן בסוטה חורגה הגדילה בין האחין מותרת ולא חיישינן דמחלף להו באחותייהו בביאה ושוב אסורה על הנשאר ואפי' לפ"ד הש"ג שאכתוב לקמן דאף ביבמה כשבא עליה בלא עדים אינה נקנית לו מ"מ הא ודאי דאפסולי על האחין נפסלת אף בביא' בלא עדים ודוחק לומר דכיון דאיכא יבמין טובא עדיף כמ"ש לקמן בשם התה"ד אלא נראה ברור דאף דגייסי טובא ל"ח להרגל דבר כלל וא"כ ה"נ אע"ג דגייס בה לא חיישינן שמא יבא עליה אחר החליצה ואין לחלק דדוקא לענין שתהיה נפסלת על האחין שאינו רק דרבנן לא חיישינן משא"כ חשש שיבא על החליצה שהוא בלאו ז"א דעכ"פ טפי ה"ל למינקט חששא דביאה שלזה לא צריך כוונה כלל לפסול על האחין ממה דנקט חליצת סנדל דבעי כוונה דידה עכ"פ ומכ"ש דקשה לדעת הרש"ל שאכתוב לקמן דס"ל דביאה קונה ביבמה אף בלא עדים דודאי איכא איסורא דאורייתא אם תנשא לא' מהם לאחר שבא עליה אחר אלא ודאי בגייסי כי האי ל"ח דס"ס הא לא חזינן שנתקרבה לאחד מהם בחיבה דרך אישות אבל חליצת הסנדל שפיר חיישינן כיון שהגדילו עמהם והם משתמשין בה אפשר שתעשה גם תשמיש זה דחליצת הסנדל לאחד מהם ואהא קאמר דאי לא חזינן לא חיישינן ומכ"ש לדעת הרמב"ם דס"ל דביאה על החליצה מד"ס כשניות כמ"ש לקמן א"כ יש ללמוד משם כמו דהתם לא חיישינן שמא בעל ונפסלה על האחין ה"נ לא חיישינן שמא ע"י דירה בחצירו יבא לידי הרגל דבר כיון דגם זה אינו אלא מדרבנן ולרווחא דמילתא אמינא לבאר זה באורך:

הנה דעת הרמב"ם פ"א מהל' יבום דחליצה ליבם אינו אלא מד"ס כשניות וכן בס' המצות שלו לא מנה לאו זה כיון שלא בנה כו' וכ' ה"ה דס"ל דקרא אסמכתא בעלמא היא אבל אינו רק איסור דרבנן אלא שהקשה עליו מלשון הש"ס ע"ש וכתב שהרמב"ן מנה ללאו זה וכן הוא באמת בספר המצות ובס' מגילת אסתר השיב בעד הרמב"ם שאינו חושב דקדוקי מצוה ולענ"ד ז"א דאין זה ענין לדקדוקי מצוה אי דרשינן ליה ללאו גמור ועיין בבה"ג שמבואר מדבריו דס"ל דעובר בלאו דלא יבנה ומ"מ לא לא חשב אותו במנין

הלאוין אך דברי הרמב"ם בלא"ה א"ל דאזיל לשיטתו בחיבורו שאינו אלא מד"ס ואין נלע"ד לפרש לפי דאתי מדרשא קרי ליה ד"ס כדאיתא ריש הל' אישות גבי קידושי כסף דהמעיין יראה להדיא דס"ל דהאי ד"ס גמור הוא כשניות וטעמא קא יהיב דמשמת אחיו בלא וולד נסתלק איסור ערוה כו' (ועיין במשנה למלך פ"א מהל' אישות בהגה שם כתב המגיה עיין בהל' יבום שה"ה כתב שהרמב"ן השיגו בזה עכ"ל ובאמת אמרו דהמ"ל שם קאי על הכונס יבמתו, ובזה לא השיגו דהא באמת גרסת הראשונים חד אמר בעשה, רק לענין חליצה בזה ס"ל להרמב"ן שהוא בלאו דלא כהרמב"ם בזה):. והנה הטור והמחבר בסימן קס"ב כתבו גבי החולץ דהיא וצרותיה עליו ועל האחין בעשה וכבר תמה הב"י כי לא מצינו שום עשה בזה וכן תמה בלח"מ וכתב שט"ס הוא בטור ולענ"ד י"ל לפי מה דאיתא בחדושי הרמב"ן יבמות דף י"א בהג"ה שם בשם ר"י ראשון שכתב חד אמר בעשה פירשו ר"ג ור"ב ז"ל דעשה כיון שלא בנה שוב לא יבנה ולאו הבא מכלל עשה עשה ואינו נ"ל דהאי אחליצה קאי ולאו גמור הוא כו' ולפ"ז י"ל דהט"ו ס"ל כרבינו גרשון ורבינו ברוך ומפרשי דהעשה הוא שיבנה הבית שיש לו לבנות קודם שיעשה מעשה לסתור הבנין דהיינו החליצה אבל לא אח"כ שעשה מעשה לחלוץ ולא בנה ולאו הבא מכלל עשה עשה הוא וכעין זה פירש הרמב"ן לפי שיטת רש"י דפירש דהעשה כשכבר הוא בית א' בונה כו' אף ע"ג דכתיב לא יבנה קודם שיעשה מעשה בלשון לאו דרשינן ככה יעשה לאיש שלא יבנה אותו בית אחד שהיה לו לבנות ומשמע ולא שנים עשה מיקרי דלית בה לאו ע"ש. אך מצאתי ברבינו ירוחם נתיב ד"ה ח"א שכתב החולץ ליבמתו החליצה והצרה שלה אסורה עליו ועל האחים בעשה פירוש בעשה דבית א' הוא בונה ולא ב' בתים ושוב כתב החולץ ליבמתו וחזר וקדשה צריכה חליצה מן האחים דמה"ת זקוקה היא לאחין שלא היתה אסורה על אותו שחלץ לה אלא באיסור עשה כמ"ש למעלה כו' עכ"ל הרי דנקט איסור עשה מהא דבית א' הוא בונה וזה תימא לכאורה דמה ענין בית א' הוא בונה דשייך ביבום לאסור עליו בעשה כשחלץ לה ולכאורה י"ל לפי מ"ש הרמב"ם בפירוש המשנה דיבמות דף מ"א החולץ ליבמתו הוא אסור בקרובותיה העיקר בזה כשחלץ אדם לאשת אחיו הרי כאילו היתה אשתו וגרשה וכל החיובים שהם בקרובת אשה כשגרשה הם בקרובות חליצתו כו' וא"כ י"ל דאף כשחלץ נמי שייך לומר בית א' הוא בונה דהא הוי כאלו נשאה וגרשה אבל באמת דנראה שהרמב"ם כ"כ על המשנה שהם דברי ר"ע ואמרינן התם דר"ע סבר דאמר קרא בית חלוץ הנעל הכתוב קראו ביתו: (ונפלאתי על הנמוקי יוסף שם דמייתי תירוץ קמא תני קרובת גרושתו דהא משמע דתירוצא בתרא עיקר כדקאמר רחב"א משמיה דר"י ה"ט דר"ע ע"ש ובחידושי הרי"ף

ומפרשיו כתבתי ליישב קצת) אבל באמת לא קיי"ל הכי דהא קיי"ל אחות חליצה מדברי סופרים והרמב"ם בחבורו פ"א כתב ג"כ דהקרובות אסורות על החולץ כו'. כללו של דבר הרי היא כאשתו שגרשה כו' ומסיים בה וכל האיסורין האילו מדבריהם אך בירושלמי איכא פלוגתא אם חליצה פטור או חליצה קנין ובחידושי הרשב"א דף ק"ט הביא דברי הירושלמי ואף דשם איתא לר' יוחנן חליצה הוא פטור והכא אליבא דר"י קיימינן מ"מ הא התם נמי קאמר שחייבין עליו משום אשתו של מת וז"א לפום סוגיא דש"ס דידן ובפ"ק דיבמות מבואר בירושלמי שיש בזה חלוקי דעות אליבא דר"י ע"ש ובפ"ג ונראה שסובר אע"ג דמקרי קנין והוא בכלל שאינו בונה ב' בתים מ"מ לא אסרינן בשביל זה קרובתה דלא אסרה תורה אלא אחות אשתו ממש וא"כ שפיר הוי עשה גם בחליצה משום דאינו בונה ב' בתים ויותר נראה דר"ל כיון דדרשינן בית א' הוא בונה הכי דרשינן בית אחד הוא בונה קודם שיעשה מעשה והראה שאינו חפץ לבנות אבל אם לא בנה אז שוב לא יבנה והוי לאו הבא מכלל עשה וכמש"ל ולדבריהם א"ש מה דקשה לרשב"א סוף פרק ר"ג דלר"י גופיה ל"ל דתני לאוין כו' ולפי דבריהם א"ש דכולה בחייבי עשה קמיירי והא דנקט בש"ס לאוין משום דחייבי עשה נמי לפעמים חייבי לאוין קרי להו ומכ"ש למאן דס"ל כר' ישבב דמדמי לר"ע חייבי עשה לחייבי לאוין לענין תפיסת קדושין ואמנם כדי ליישב דעת הרמב"ם שפסק שאין כאן איסור דאורייתא כלל בחליצה צ"ל דס"ל כיון דפסקינן כר"י אע"ג דרש"י ס"ל כר"ל כתב הרי"ף דכיון דפליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר בעשה וחד אמר בכרת וקי"ל בפלוגתא דרב אשי ורבינא הלכה כדברי המיקל והשתא ס"ל להרמב"ם דאי ס"ד דהך דרשא דאשר לא בנה שוב לא יבנה דרשה גמורה היא א"כ מ"ט דהך מ"ד דסבר בעשה דהא לאו נמי איכא דכיון שלא בנה כו' וכמ"ש התוס' לגרסת ר"ח ור"ת דגם בביאה שייך לומר לגבי צרתה כיון שלא בנאה כו' אלא ע"כ דלא ס"ל הך דרש' כלל וכיון דאנן קי"ל בפלוגתא זו דר"א ורבינא הלכה כדברי המיקל ואמרינן דמ"ד בעשה ס"ל כר"י אלמא דליכא אלא עשה והעשה הוא להרמב"ם יבמה יבא עליה ולא על חברתה ועשה זו ליתא כ"א בכונס את יבמתו אבל אם חלץ לה דלא שייכא עשה זו לא הוי לדידהו כ"א איסור דרבנן בעלמא ומסתייעא נמי הדין סברא מהאי דאיתא ביבמות דף מ"א רב ור"ח דאמרי מתה אשתו מותר ביבמתו כו' אמר רבא מ"ט משום דהוי יבמה שהותרה ונאסרה כו' אמאי לא אמרת ליה ר"א הוא כו' אבל היכא דחזיא בשעת נפילה מי אמר הדר אמר אין והתניא ר"א אומר כו' ע"ש וקי"ל כרב ולכאורה קשה דנימא כיון שלא בנה שוב לא יבנה ומה בכך שהותרה בשעת נפילה כיון דס"ס השתא מיהת לא בנה ובתור' סתמא כתיב אשר לא יבנה ונימא דכיון שלא בנה

שוב לא יבנה ואטו אשר לא יבנה בשעת נפילה כתיב דהא על שעת נפיל' בלא"ה אמרינן כל יבמה שאין אני קורא בה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שיש לה בנים ואסורה וא"ל דהוא מה"ט דאשר לא יבנה כיון שלא בנה כו' ז"א דמההיא ליכא למשמע לאו לבדו והתם אמרינן דהיא כאשת אח וא"ל כיון דאמרינן כיון שלא בנה ממילא אהדרי' לאסורא קמא דז"א כדמוכח בפ"ק דף י"א דאי דרשינן כיון שלא בנה אין כאן רק לאו ולא אמרינן אהדרי' לאסורא ונראה דבאמת היינו טעמא דר"א דס"ל דמתה אשתו יבמתו חולצת ולא מתייבמת משום דדריש כיון שלא בנה וכן הוא בספרי הובא בילקוט ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה ר"א אומר אשר לא בנה ולא עתיד לבנותו רבי יהושע אומר ככה יעשה בדבר שמעשה מעכב א"ל ר"ע משם ראיה כו' ונראה דר"א דריש ככה דקרא אכולה קרא קאי ועכובא והיינו דאם לא בנה שוב לא יבנה וגם אם לא עשה כסדר מעכב ור"י נמי ס"ל כוותיה בהא דככה עכובא בדבר של מעשה ואהא פליג ר"ע דלא בעינן רק מעשה באיש אבל רקיקה לא מעכב' וקאי אמ"ש בספרי לעיל מיניה פלוגתא דר"א ור"ע בלא רקקה ע"ש וכן איתא בש"ס דר"א דרש דבר שהוא מעשה כו' ואנן לא קי"ל כר"א בהא דדריש ככה על אשר לא יבנה למימרא דאשר לא בנה ולא עתיד לבנות אלא ככה לא קאי רק לעכוב' במעשה חליצ' לבד ולכך אם מתה אשתו מותר ביבמתו דלא איכפת לן במה שהיתה אסור' עליו בעוד אשתו קיימת כיון דבשעת נפילה הוי קרינן בה יבמה יבא עליה ובזה א"ש סוגית הש"ס דמייתי הך דרשה דכיון שלא בנה די"ל דקאי למ"ד שם דפליג על רב וס"ל דרבנן לא פליגי אר"א בהא ומודו ליה במתה אשתו שאסור ביבמתו אבל אנן קי"ל כרב כמבואר בפוסקים וממילא דלא דרשינן הך דרשא דכיון שלא בנה כלל אלא שצ"ע דהא בדף יו"ד אמרינן. איתביה ר"י לר"ל החולץ ליבמתו כו'. בשלמא לדידי דאמינא חייבי לאוין נינהו כו' וכן בדף נ"ג קאמר בשלמא לר"י דאמר כולה ביתא בלאו קאי כו'. הרי מבואר דאליבא דר"מ קאמר הש"ס הך לאו דלא יבנה וא"כ א"א לומר דאתי כמ"ד מתה אשתו אסור ביבמתו שהרי ר"י ס"ל מותר ומה"ט פסק הרי"ף כרב דר"י קאי כוותי' כדקאמר התם דף כ"ז מתה שניה מותר בראשונה כו' משום דה"ל יבמה שהותרה כו' ע"ש:

אך לענ"ד אין ראיית הרי"ף מוכרחת כ"כ דר"י יסבור כרב דמצינן למימר דהתם בזיק' דרבנן מיירי אלא שיגזור משום קידושין דאורייתא והלכך במתה ראשונה דבשעת נפילה היתה מותרת אף ע"פ שנאסרה אח"כ מחמת זיקה כיון דאף בקידושין דאורייתא אין שם רק לאו דכיון שלא בנה לא גזרינן משא"כ במתה שניה דבקידושין דאורייתא כה"ג הוי כא"א שלא במקום מצוה כיון שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עלי' הלכך גבי

זיקה כה"ג גזרינן אטו קידושין אבל מ"מ בקידושין גמורים לא אמרינן יבמה שהותרה כלל אלא אמרינן כיון שלא בנה דאל"כ ה"ל לחשוב נמי ר"י בהדי רב בהא דמתה אשתו כו' אלא ודאי דהך דר"י גבי מתה ראשונה לא מכרטא דאיכא למימר דוקא בזיקה אמרינן הכי דיבמה שהותרה ונאסרה בזיקה חזרה להיתרה וכן מצאתי בבה"ג דף ס"א שכתב וכן אמר ר"י אם מתה שניה מותר בראשונה דבעידנא דנפיל קמיה אחות זקוקתו ובזיקה בעלמא היא דקאסרה לה אחותה עליו כו' ע"ש אע"ג דבלא"ה איהו פוסק כרב מ"מ כתב הכי בדר"י משום דלא מכרעא מלתא בדר"י כמ"ש:

אך ראיתי בחידושי הרשב"א דף מ"א שכתב אהא דמתה אשתו מותר ביבמתו טעמא דמלתא כיון דמשעת נפילה הותרה לו שוב אי אפשר לאסור בה משום אשת אח וכדקי"ל החולץ ליבמתו לא הוא ולא האחים חייבים כו' ומה"ט דקאמר ר"י דמי איכא מידי דמעיקרה הותרה לו והשתא קאי באיסור א"א כו'. וא"ת מ"מ קאי עלה בלא יבנה לא היא דאמרינן הכי אלא כשנעשה באותו בית מעשה שדוחה אותה בחליצה או שיבם אחת מהם כו' הא כשנדחית ממילא בקדושי אחותה לא וכדקאמר ר"י בירושלמי על הא מתניתין אמר ר"י זו דברי ר"א כו' ובגמרא נמי משמע דר"י גופא ס"ל כרב בהאי מדאפליגו רב ור"י בשני יבמות שנפלו לפני יבם א' כו' ע"ש שהאריך והנה מ"ש לחלק בין נדחת ע"י שיבם לאחת מהם ובין נדחית ע"י קידושי אחותה לא ס"ל להרמב"ם דכיון שנאמר דמחמת שיבם לאחת מהם ואדחי' היא קרינן ביה כיון שלא בנה מה"ת לא נאמר כן כשנדחית ע"י קדושי אחותה דהא סתמא אמרינן כיון שלא בנה יהיה מאיזה טעם שיהיה אלא ודאי לא דרשינן ליה כלל להך מ"ד וכמ"ש. וממ"ש דר"י גופיה ס"ל כרב כבר כתבתי דמש"ס דידן אין הכרע וגם מהירושלמי איכא לאדחויא דאף ע"ג דאההיא מתניתין אמרינן שם הכי אבל בירושלמי ר"פ ד' אחים מייתי ג"כ הא מלתא והתם משמע לפום חד נוסחא דר"י לא ס"ל הכי למאי דקאמר שם בשם ר"י טעם אחיות איני יודע מה הם ע"ש בקרבן העדה (ופירש פני משה לע"א אין בידי) וקצת יש להביא ראיה מהירושלמי להרמב"ם דאפי' איסור לאו אין בו דבפ"ק דיבמות קאמר אתפלגין ר"י ור"ל ר"י אמר הוא אינו חייב על החליצה כו' ומשמע שם דמאן דפטר אף מלאו פטר וגם מדברי הירושלמי פרק ר"ג יש סיוע לדברי הרמב"ם ממה דאיתא התם הבא על חליצתו פסלה כו' ע"ש ובקרבן העדה, ומ"ש התוספות דף יו"ד בש"ס שם דבקדושין הכל מודים כו' דרך בנין בית אסרה תורה משמע דאם בעל לוקה באמת ז"א שלא נמצא כן בש"ס וצריך להגי' כמו שהגיה אא"ז מהר"מ ז"ל:

והנה כבר כתבתי שהרמב"ן מונה זה בין לאוין הך לאו דלא יבנה וכן ראיתי בספר יראים אך הסמ"ג וסמ"ק לא חשבוהו ובספר החינוך פרשת כי תצא כתב בפירוש כדברי הרמב"ם שאין בזה איסור אלא מד"ס כשניות ולפ"ז יש לצדד להתיר בנ"ד כיון שדעת רש"י דדוקא בגרושה לכהן או נשאת היא דאסור וכ"כ הסמ"ג כפירוש רש"י דכל אלה מדבר בכהן ואין לנו ראי' בישראל שיאסר לדור עמה בחצר א' לפרש"י עכ"ל וכן נראה דעת הטור והר"ת והרא"ש וכמ"ש הב"י שהם סוברים דמותרת לדור עמו במבוי כל שלא נישאת ולפ"ז גם בחצר יש להתיר כשנזהרים שיהי' אחרים עמהם כמ"ש הר"ן (וע"ש דמייתי מהירושלמי ויש מפקפקין על ראייתו ולא רציתי להאריך בדבר שהאריכו כל האחרונים ולא מסקי אלא כדמסיק כו') וכ"כ הר"ן בשם הרמ"ך שתמה על הרמב"ם דבלא נשאת מה איכפת לן אם תדור בשכונתו הא לא יעשה איסורא בביאתו וה"ה כ' שהרמב"ם גורס כן בש"ס לא תדור בחצירו מנוסחות רבותינו הראשונים לא משמע כן כדאיתא בבה"ג והרי"ף וראב"ן ג"כ הנוסחא שלפנינו לא תנשא בשכונתו משמע מזה כדברי רש"י דדוקא לא תנשא אבל בעודה פנויה שרי' אף ע"ג דאיכא אסור' דרבנן וכן מבואר בכתובות וכתב שהוא פשוט להתיר דלא כמו שטעה בדבר:

ואמנם הרמב"ם כתב וכן מי שגירש את אשתו מן הנשואין לא תדור עמו בחצר שמא יבאו לידי זנות והמשנה למלך שם כתב דע"כ לדידן ליכא חילוק בין נזהרים שיהי' אחרים עמהם כו' דהא גרסתו לא תדור בחצירו ואם נזהרים שרי א"כ כי פשיט לאיבעיא דאיבעי להתירא פשיט לה וכאן מנ"ל ע"ש כו' ובאמת הוא ז"ל נמשך אחר דברי ה"ה דס"ל שהרמב"ם גרס הכי בש"ס אבל לענ"ד דהרמב"ם לא כתב הך דינא ע"פ ש"ס שלנו כ"א ע"פ מסכת דאבל רבתי דאיתא שם המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר אם היה מבוי של שניהם הופך פתחו לצד אחר אם היה חצר של שניהם מפנה כו' וכן בלשון הירושלמי דגיטין שהביא הרשב"א המגרש את אשתו לא תדור עמו לא באותו חצר ולא באותו מבוי ונראה דלצדדין קתני באשת ישראל לא תדור עמו בחצר ובאשת כהן לא תדור במבוי ומ"מ צ"ע על הרמב"ם שהשמיט דין המבואר בש"ס שלא תנשא בשכונתו ונראה שזה כוונת ה"ה שכתב ולפי גרסתינו יש להוסיף על דברי רבינו שלא תנשא בשכונתו והמ"ל כתב שאינו מבין דבריו ולענ"ד כוונתו דאם גם הרמב"ם גרס כפי גרסתינו רק הך דינא שלא תדור בחצירו למד ממקום אחר א"כ צריך להוסיף בדבריו הך דינא שלא תנשא בשכונתו ולענ"ד שזה כוונת הספרי שהביא הילקוט והרב המגיד פ"א מהל' גירושין ויצאה מביתו מלמד שהאשה יוצא' מלפני האיש והלכה והיתה לאיש אחר שלא תנשא עמו בשכונה עכ"ל והכוונה דויצאה מביתו דמיירי בעודה פנויה אז

אינו יוצאת רק מביתו שלא תדור עמו בחצר ואח"כ נאמר והלכה ר"ל שצריכה להתרחק ממנו קצת, אימת והיתה לאיש אחר היינו כשרוצה להנשא צריכה להתרחק יותר שלא תדור עמו בשכונה ובודאי דאסמכתא בעלמא הוא רק דליכא מידי דלא רמיזא באורייתא ומדברי המגיה במ"ל פ' כ"א מהל' א"ב משמע דבנשאת הוי דאורייתא ואין נראה לענ"ד. ולפי מ"ש אין הכרח כלל דליתסר אף בנזהרים שיהיו אחרים עמהם אלא מלתא כפשטא דהיינו כסתם דירה דעלמא:

והנה המראנ"ח בתשובה והפר"ח ריש הלכ' גיטין ומחו' הגאון החסיד ז"ל בספר כתובה כתבו בטעם הרמב"ם דאזיל לשיטתו דס"ל דבביאת זנות עובר משום לא יהיה קדש ואיכא איסורא דאורייתא אף באשת ישראל שלא נשאת. והשתא י"ל כיון דהך מילתא שלא תדור בחצירו אינו רק חששא דרבנן שמא יבואו לידי הרגל דבר א"כ יש לסמוך על דעת הרמב"ם והסמ"ג וסמ"ק וספר החינוך דחליצה אף אם בא עליה ליכא איסורא רק מד"ס והירושלמי מסייע להו וא"כ יש להקל בזה כמו באשת ישראל שנתגרשה ואף דהרמב"ם מחמיר גם באשת ישראל שנתגרשה י"ל דמודה בהא דהתם לטעמיה דס"ל דהוי איסור דאורייתא משום קדשה. משא"כ בזה י"ל דאפי' קדשה לא הוי לפמש"ל בטעם הרמב"ן דס"ל חליצה מד"ס משום דכיון דמשעת נפילה שריא ליה שוב אין לאוסרה עליו מחמת חליצה וכלשון הירושלמי כבר נראה לפטור בה וה"נ דכוותיה ומכש"כ דא"ש לפי מ"ש דהרמב"ם מדמה חליצה למתה אשתו שמותר ביבמתו והרמב"ם שם סובר דכשמתה רצה חולץ רצה מייבם ולא פקע שם יבום מינה במה שהיתה פטורה ע"י קידושי אחותה וא"כ ה"ה נמי דליפקע לגמרי במה שחלץ לה. אלא שהחליצה מועלת שהיא פטורה ממנו ורשאית להנשא לאחר וכדאיתא בירושלמי שהחליצה פיטור ולפ"ז אם בא עליה יבם אחר שחלץ לה אין כאן איסור משום לא תהיה קדשה כלל רק איסור מד"ס כשניות שגזרו חכמים לפי שנראה כבא על אשת אח שלא במקום מצוה וא"כ אדרבה הך ביאת חליצה קיל טפי מביאת זנות דאשה דעלמא ואף ע"ג דהתוס' סוברים דבאיסור קל כגון גרושה לכהן יש להחמיר טפי מאם נשאת דמזהיר זהיר באיסור א"א מ"מ היינו דווקא באיסורי דאורייתא אבל אם אין כאן רק מדרבנן לבד פשיטא דיש להקל בחששא דעלמא שמא יבא לידי זנות שהיא דרבנן מבשבויה ע"ש ואפי' תימא דהרמב"ם סובר דאף באיסורי דרבנן לא תדור בחצר דאין איסור דאורייתא בקדשה כ"א במכינה עצמה לכך כמבואר בקצת פוסקים עיין בריב"ש סימן שצ"ח ובמקום אחר הארכתי בזה (ועיין בכ"מ פ' ט"ו מהלכות א"ב תשובת מהרא"י בנו של הרמב"ם דלגבי מלקות דידיה לא בעי הכנה רק לגבי דידה ע"ש) מ"מ הא כבר כתבתי שדעת רוב הפוסקים לחלוק בזה

על הרמב"ם ודוקא באיסורא דאורייתא החמירו וכמש"ל וא"ל כיון שאנו צריכין לסמוך בזה על הרמב"ם דמשוי חליצה לאיסור דרבנן אם כן הרי הרמב"ם גופיה סובר דאף בדרבנן אסור והוי כעושה מקולי ב"ש ומקולי ב"ה דז"א דהיינו דוקא היכא דסתרי אהדדי כדאיתא בעירובין ובחולין ואם אמנם שלא הייתי סומך ע"ז לעשות מעשה בידוע שלבו גס בה כארוסה שביהודה מ"מ פשוט דבנידון שלנו שאין לבו גס בה בדרך קירוב כלל ואנו צריכין לחוש שמא לבו גס בה ונעלם מאתנו ועי"ז יש לחוש שמא באיזה זמן יבואו לידי הרגל דבר. פשיטא דשפיר חזו לאצטרופי הני טעמי דכתיבנא שלא להחמיר בדבר ובפרט דהוי קצת כשעת הדחק כמבואר בלשון השאלה ועתה אשימה פני לדברי שארי ידיד נפשי הרב החריף ובקי המופלג בתורה מוהר"ר אהרן פרענקיל נ"י אשר השיב ידו ראשונה ובהתירא קא מהפך והוא אשר העירני ועוררני לחוות דעי בנדון זה אף שהיה קשה מאד בעיני להכניס ראשי בין הרים גדולים ובפרט בענין זה שראש המדברים הוא המאור עינינו הרשב"א ז"ל וידוע מאמר הירושלמי בגיטין רבי כד הוה בעי מקשיי' על ד"ר יוסי אמר אנן עלוביי' מקשינן על דר"י שכשם שבין קדשי קדשים לחולי חולין כך בין דורינו לדורו של ר"י אמר ר' ישמעאל ב"ר יוסי כשם שבין זהב לעפר כך בין דורינו לדורו של אבא עכ"ל ויותר ממה שכתב כאן בכפל כפליים יש לנו לומר בין דורינו לדור תלמיד תלמידי הרשב"א ז"ל אך אהבתו אלצני ודחקני למלאות רצונו ובפרט שכוונתו לשם שמים וגם כי האיש החלוץ ידעתיו בשם כי הוא ת"ח מופלג וירא ה' מרבים אצתי לרוץ דרך מצותם וכמאמר חז"ל תיתי לי דכי אתי לקמאי צורבא מרבנן לדינא לא מזיגנא כו':

והנה קראתי ושניתי בדברי שארי ידידי הנ"ל וראיתי דבריו טובים ונכוחים ואף כי מחלישות כחי ידי רפות חזקתי זרועותי לסלסל ולפלפל בקצת דבריו לכבודו והנה פתח דבריו יאיר פקפק על מ"ש אא"ז מהר"מ מפדווא כפירוש הירושלמי דמיירי בגייסי וע"ז כתב דלא מסתבר כיון דמאמר עכ"פ קונה במקצת הוי כקידושין דרבנן וגייסי ואני אומר שאין זה מן התימא שהרי הרב אומר כן הרשב"א גופיה שכתב בראש דבריו שיש לחלק בין ארוס ליבם ולכאורה מה חילוק יש בזה דהא היבמה זקוקה לו ליבם כמו ארוסה לארוס ומה לי ארוסה משום קידושין דידיה או זקוקה ליבם משום קידושין דאחיו וא"ל דהחילוק הוא דביבמה אין הכרח שיבואו לידי קירוב דהא אפשר שיחלוץ לה משא"כ בארוסה דמעיקרא אדעתא דהכי נתארסה לו עד שתנשא ותבעל לו דא"כ מאי מייתי הרשב"א ראיה מהירושלמי אין הכרח רק לומר דהיכא דלא גייסי אע"פ שעשה בה מאמר לא יפנה ודייקינן מינה הא אי גייסי אהדדי אז אם עשה מאמר יפנה משום דחזינן שאין דעתם לחלוץ ומנ"ל להרשב"א לענין אם לא עשה בה מאמר אלא ודאי

דהרשב"א ס"ל כיון דקי"ל מצות יבום קודמת ממילא אף שלא עשה בה מאמר סתמא לאו לחליצה עומדת רק ליבום וכיון דגייסי אהדדי כארוסה שביהודה מה יתן ומה יוסיף המאמר שהרי אינו קונה קנין גמור ואף דין אירוסין אין לו א"כ אינו מוסיף על החזקה כ"א שהמאמר מורה לנו דגייסי אהדדי לשם קירוב אישות והרי בלא"ה הא חזינן להו דגייסי אהדדי ואין אנו צריכין למופת המאמר בזה ולכך שפיר למד הרשב"א משם כיון דבעש' מאמר אסור משום דגייסי ה"נ בלא עשה מאמר ולפי"ז מ"ש הרשב"א בראש דבריו שיש לחלק בין ארוס ליבם לאו משום דביבם אפשר בחליצה דמשום הא לא אריא כיון דמצות יבום קודמת רק החילוק דאירוסין כיון דגייסי הו"ל כנשואה משא"כ ביבמה אפשר לא מהני גייסי דבזיז מינה וכמש"ל ואע"ג דהיא זקוקה לו מ"מ הוי כמשודכת לו דאף דגייסי אהדדי טובא מ"מ לא חיישינן כמ"ש בתשובה המיוחסת להרמב"ן במשודך שנכנס להתייחד עם משודכת לאכול עמה ונתייחד עמה לילה ויום אפ"ה כל זמן שלא ראינו שבעל לא חיישינן ליה והובא בב"י סימן קמ"ט ובדברי הרמ"א בהג"ה ועיין בב"ש שם דמהרמב"ן נראה דאפילו בעל כו' והדין עמו ומ"מ מבואר ג"כ ברמב"ן דכל שלא ראינו שבעל אין חוששין וה"נ כיון דבזיז מינה אין דינה כארוסה גמורה אלא כמשודכת דלא חיישינן שבעל והרשב"א לא הסכים לחילוק זה כך הוא ביאור דברי הרשב"א וממילא דא"ש דברי אא"ז מהר"מ מפדווא ע"פ דברי הרשב"א עצמם שהי' מחזיק במעוז החילוק בין ארוס ליבם דיבם לא חיישינן דבעל משום דגייסי וממילא דאף בעשה מאמר הדין כן שאין הפרש בין עשה מאמר או לשאין המאמר קונה ואע"פ שמורה לנו שנתקרבו יחד בלא"ה ידעינן בהו דגייסי טפי ואין זה ענין לנתקדש קידושין דרבנן וגייסי כלל אמנם דברי הרשב"א הם תמוהים בעיני לפי מה שנרא' מדבריו דמיירי בגייסי טובי עד דמדמה לה לארוסה שביהודה והרי בארוסה שביהודה אמרינן לענין הבחנה חוץ מארוסה שביהודה דחיישינן שמא בעל וכן לענין טענות בתולים וכל מילי חשבינן לארוסה שביהודה כבעולה א"כ הו"ל להשיב להשואל עד שאתה שואלני על הדירה יחד תשאל אם סגי לה בחליצה דשמא בעל וצריכה גט והנה לפי מ"ש הב"ש סימן קס"ו שאף ביבמה אין הקנין נגמר בביאה אם לא היה יחוד לפני עדים דאז אין כאן קידושין דאורייתא רק מדרבנן ולא חיישינן בזה שמא יאמרו כו' א"כ י"ל דגם לענין הך חששא דלא תסגי בחליצה לא חיישינן כיון דאפילו אם בעל בלא עדים אין כאן קידושין דאורייתא אך דז"א דהא הבחנה נמי דרבנן כמבואר בסימן י"ג ואפ"ה חששו לארוסה שביהודה ואפשר דבהבחנה החמירו טפי כדמשמע שם אמנם מה שהוציא הב"ש כן מדברי הש"ג בשם ריא"ז. וכן במ"ל הלכות יבום כתב להסתפק אם צריך עדי' והביא

דברי הש"ג. ולכאורה יש לפרש דברי הש"ג דאדרבא מדאורייתא קנין גמור הוא אפילו בלא עדים רק מדרבנן צריך עדים ומ"ש שכשם שקידושין וגירושין צריך עדים כו' היינו מדרבנן וראיתי ביש"ש פרק ב' סימן ק"ה כתב בשניהם מודים שבעל פשיטא שפוטרה בגט אפילו ליכא עדים שנתייחדה ודלא כריא"ז ולענ"ד צ"ע דנהי דנימא שנאמנת בזה הואיל ובידם שיתיחדו לפני עדים ואח"כ יגרשנה מ"מ איך היא נעשית א"א על פיהם להרוג את הבא עליה ואפשר לומר דכיון שכבר הוחזקה ע"פ שוב סוקלין אח"כ וכמ"ש הרמב"ם והארכתי בזה במקום אחר אך דמ"מ קשה דהא בכל קידושין בעינן עדים משום דמחייב לאחריני דילפינן דבר דבר מממון ואף שויה אנפשיה ח"ד אין כאן כמו בקידושין דעלמא כשהם מודים שנתקדשו בינם לבין עצמם כמבואר בסימן מ"ב ואדרבא צ"ע מאין הרגלים לעשות אף בקידושין דרבנן בזה דהא בכל קידושין בלא עדים אינו כלום וראיתי בשער המלך שהביא מדברי התוספות והריטב"א בקידושין דף י"ב דמבואר מדבריהם דגם ביבמה בעינן עדים וכ"כ בספר בית מאיר וכתב שהדברים ברורים בטעמם דאין דבר שבערוה פחות משנים דהיינו חיובא לאחריני להעניש על ביאתה מיתה כו' ע"ש. ובדעת הישׁ"ש נלענ"ד דסובר דדוקא בקידושין דמקשינן הוי' ליציאה ובגירושין כתיב ערות דבר וילפינן דבר דבר מממון דהיינו מאותו צד ממון שיש בו חיובא לאחריני כמ"ש הרשב"א בקידושין אבל ביאה דיבמה שאינה מתורת קידושין דעלמא דלא בעינן דעתו ודעתה כלל ואין כסף ושטר גומרין בה לא מקשינן לגט כלל ועיין בר"פ הבע"י יבמה בהעראה יליף ביאה ביאה מח"ל ואשה לבעלה יליף קיחה קיחה ובתוספות שם הקשו דנילף מיבמה ותירצו דאינו מופנה לגז"ש ע"ש וממילא דהודאה לגביה נפשייהו מהני כמו בכל התורה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי דדוקא בקידושין מקשינן הכי לענין חלות הקידושין כמ"ש הרשב"א אבל ביבום שפיר מהני אף בינו לבין עצמו. וכן משמע לכאו' מהא דאמרי' ביבמות דף ק"ה חלצה בינו לבינה כו' מנא ידעינן ומשני ועדים רואין מבחוץ משמע דמטעם שאין נאמנים אתינן עלה הא אלו היו נאמנים שפיר מהני והרי חליצה נמי דבר שבערוה הוא כמבואר במרדכי דיבמות פרק מ"ח ולפי זה מ"ש הב"ש ראיה ליבום מחליצה דבעי עדים צ"ע דגבי חליצה גופיה לא בעינן עדים רק לענין נאמנות. אך צ"ע דמאי פריך מנא ידעינן דלמא טעמא הואיל ובידם לחלוץ וכדאמרינן התם בב"ב הואיל ובידו לגרשה וא"ל דקשיא ליה למאי מסיק התם זיל חייש לה דז"א דהתם טעמא אם איתא דגרשה קלא אית למלתא משא"כ כאן דנאמר דסגי בחליצה בינו לבינה. וראיתי בחידושי הרשב"א שכתב וז"ל מנא ידעינן כלומר אע"פ ששניהם מודים חוששין לה כו' וכדאמרינן בי"נ בעל שאמר גרשתי כו' עכ"ל וצ"ע דהתם מיירי

באומר גרשה בפני עדים ודוחק לומר דהרשב"א ס"ל דצריך עדים והא דאמר בינו לבינה היינו שאין עדים לפנינו וכיון שהם אומרים שהיו שם עדות יש לחוש לה אך לישנא לא משמע הכי וגם מהא דמיבעי ליה דלמא מעשה שחלצן בבית האסורים כו' ע"ש. ואפשר לומר דאף דלא בעינן עדים מ"מ רגילות היא שיהיה שם עדים וכדאמרינן שם דף ק"א תאסק לזירזא דקני לאצטרופי בי' חמשה כי היכא דליפרסם מלתא וכן נראה נמי גבי גט דאמרינן קלא איתי למלתא אף ע"פ שצריך להיות עדים מ"מ הא קי"ל כתב בכתב ידו כשר בדיעבד אלא נראה כיון דמ"מ רגילות הוא שיגרש בפני עדים חיישינן למלתא וגם י"ל גבי חליצה שאין זה מיגו שיחלוץ עתה כמ"ש התוס' דף ק"י ד"ה לאחר ל' כו' שהוא מתבייש בב"ד לחלוץ לה שתריק בפניו ע"ש משא"כ כששניהם אומרים שנבעלה יש בידם לייחד ולגרש וא"ל א"כ גם גבי חליצה יהיה נאמנים במיגו זו ז"א דאין זה מיגו שאינו רוצה דליפוק עליה קלא דנתיב נשי והדר מגרש להו ולכך ניחא ליה טפי לומר שחלצה ממנו וכה"ג איתא בש"ס דנדרים דף א' אילו היית יודע שיאמר עליך כך ווסתו של פלוני לגרש נשיו כו' ע"ש וצ"ע. ובנמוקי יוסף אהך דמנא ידעינן כתב משום דבר שבערוה וגם אייתי מב"ב וארכבי אתרי רוכשי ובחידושי על הרי"ף ביארתי בזה:

ונחזור לענין דאם נימא דביאת יבמה א"צ עדים ה"ל להרשב"א למיחש שמא כבר בא עליה ואפי' אם נאמר שצריך עדים עכ"פ הוי קידושין דרבנן להב"ש ולכן נראה דאף דהרשב"א סובר והביא מהירושלמי דמירי בארוסה שביהודה מ"מ עובדא דידיה לא מיירי בהכי דהוה גייסי כולי האי עד שהיו מתייחדין והרשב"א לא נקיט מהירושל' ראי' ברורה רק לסמך בעלמא. וכאשר האריך בזה מהראנ"ח בהא דקשיא ליה דמאי מייתי מאמר ע"ש ומ"ש ידידי הנ"ל דבאבל רבתי ליתא הך דעכ"פ שעשה בה מאמר מהראנ"ח כתב דהברייתא דהירושלמי סובר דמצות חליצה קודמת הילכך אין רבותא בלא מאמר ובאבל רבתי סבר דמצות יבום קדם והוא נכון. ומ"ש דבאבל רבתי גרס ב"ש אומרים. ראיתי במסכת קטנות שהוגהו ע"י הגאון החסיד מהר"א מווילנא זצ"ל דלא גרס ב"ש אומרים ראיתי ולכאורה יש סיוע לזה דהא ס"ל לא יגרש אדם את אשתו אלא מצא בה ערות דבר וא"כ איך אמרו שלא ידור עמה בחצר דהא בכה"ג מזוהמת היא בעיניו ומותרת לשמשו כשפחה כמ"ש התוספות והוא מהירושלמי גבי המגרש אשתו ולנה בפונדקי דקאמר ב"ש כדעתהון דאמר לא יגרש אשתו כו' מזוהמת מלפניו היא ואינו חשיד עליה כו' ותיכף אח"כ מייתי שם בירושלמי הך מילתא דהמגרש אשתו לא תדור כו' שוב ראיתי שהשבות יעקב הביאו בהגהות מ"ל פרק כ"א מהל' א"ב הרגיש בזה וכתב משום לא פלוג ולא ידעתי איך שייך לא פלוג דגזירה מעיקרא ליתא כיון דכל מגרש

צריך ערות דבר ומ"ש המגיה שם ונדחק לחלק בין הך דלנה עמו כו' לא נהירא לענ"ד. ועיין בב"ש סימן ז' ס"ק ט"ז וסימן קי"ז שכן דעת הפוסקים בזה והוא מדברי התוספות וזוכרני שזה ימים רבים שהקשיתי מזה על מ"ש התוס' בגיטין דף י"ח ד"ה הנהו קא כו' וא"ת למ"ד משום בת אחותו בזה"ז למה כותבין זמן כו' א"נ שלא יאמרו זינתה אחר גירושין ויחזירנה כו' ולכאורה מה"ת לחוש לזה דכיון שהוא ידע האמת שזינתה מאוסה בעיניו ואינו חשוד עליה שיחזירנה כו'. ואין לחלק בזה בין בת אחותו לאשה דעלמא ועיין באשר"י שם שכתב דהני טעמי שייכים בכל הנשים שאינו רוצה שתיאסר עליו וכמדומה שכתבתי במקום א' תירוץ ע"ז וכעת אינו עולה על זכרונו. ומ"ש ידידי הנ"ל על קו' מהר"מ מפדווא דאף אי אינו קונה אינה אלא ארוסה דז"א דהרשב"א לשיטתו שאם הי' קונה הוי כנשואה כמ"ש בחידושינו דף כ"ט ובתשו' סי' שנ"ח דמתורץ קו' התו' גבי ויעשה זה מאמר כו' עכ"ד:

ובאמת שהרשב"א בחידושיו בדף מ"א דברי המתחיל עוד אני חוזר למשנתינו האריך בענין הזה אבל בדברי הירושלמי אין לו מקום לפי המבואר בדברי הרשב"א דאי אמרינן שקונה קנין גמור היינו שהיא כנשואה ממש ואי בעי לאפוקי לה בגיטא סגי ליה כמו דנקט ר"א בש"ס לא תימא כו' א"כ מאי האי דסיים הירושלמי שאין המאמר קונה קנין גמור דהא פשיטא כיון דבדין החולץ ליבמתו קא עסיק אם היה קונה קנין גמור חליצה מאי שיאטי' הכא. ולכן נראה עיקר דודאי לס"ד שתהיה ככנוסה אלא דהוי ס"ד שתהיה כארוסה ולזה אמר שאינו קונה ק"ג דלא תימא שקונה ק"ג:

ואני תמה על מה שהוצרך להביא מהרשב"א שהרי מהר"מ מפדווא גופיה מייתי שם דרבא סובר דספק נשואה הוי רק שהתוס' כתבו דלית הלכתא כוותיה ודברי הר"ן בכתובות שכתב דרבא מתרץ אליבא דב"ש דהוי ספק נשואה אבל לב"ה אפילו אירוסין אינו עושה ע"ש וא"כ בפשיטות ה"ל לאקשויי על מהרמ"פ הנ"ל דלמא אה"נ קאמר שאין המאמר קונה ק"ג דלא תימא שקונ' ק"ג והוי ספק נשואה כדס"ל לרבא אליבא דב"ש קמ"ל הברייתא דלא קי"ל כוותייהו בהא ואי הוי אמרינן הכי א"ש נמי לישנא שאין המאמר כו' אע"ג דנקט במלתיה החולץ כו' מ"מ שפיר הוה ס"ד דמאמר קונה ק"ג והוי ספק נשואה ובעי חליצה מספיקא ומזה נראה דמהר"פ לא ניחא ליה לפרושי דברייתא נקט מלתיה ממה דס"ד אליבא דב"ש דהא תפסינן לה להלכתא וסתמא כב"ה אתיא ולא שייך למנקט לאפוקי ממה דס"ד אליבא דב"ש ומכש"כ לפי מש"ל דלא מצי אתיא כב"ש וא"כ ע"כ דאתי לאשמועינן דלא תימא דהוי ק"ג ודינה כארוסה לזה קאמר לא יפנה שאין המאמר קונה ושפיר קא דאם נזהרים שיהיו אחרים עמהם שרי בשעת הדחק וכעת

אין קשיא ליה למהרמ"פ דאי לא גייסי מה בכך שהיא ארוסה כו' ומ"מ נראה דמהר"פ שרוצה לפרש בגייסי לאו כגוונא דארוסה שביהוד' ממש אלא בגייסי דש"ס שהוא דומה קצת לארוסה שביהודה וכמש"ל בדברי הרשב"א ואין להאריך:

שוב ראיתי בדברי אא"ז מהר"מ מלובלין ז"ל שכתב ג"כ על דברי הירושלמי שהביא הרשב"א דאפשר דלא מתניא ברייתא זו אלא למ"ד מצות יבום קודם אבל היכא דלא היה בדעת החולץ מעולם לכנוס כו' ועוד דמנ"ל למידק כו' ע"ש ועוד נ"ל לתמוה על הרשב"א שכתב וכיון דמייתי עליו החולץ כו' וקאמר ארוסה שביהוד' כו' מבואר מדבריו דמפרש מאי דקאמר בזמן שנשאו הא לא נשאו לא ר"ל אם נתגרשה מן הנשואין אז אסורה לדור אבל נתגרשה מן האירוסין לא ופירוש זה מוכרח לכאורה דקאמר והארוסה שביהודה כנשואה היא והיינו לומר כיון דהוי כנתגרשה מן הנשואין:

אך לפ"ז תמוה מאי דקאמר ובכהנת אע"פ שלא נשאת דכיון דבנתגרשה מן האירוסין מיירי וטעמא משום דאין לבו גס בה מה לי כהנת דהיינו אשת כהן מה לי אשת ישראל כיון דמטעם שאין לבו גס בה אתינן עלה וא"ל דכיון דאיכא איסור לאו החמירו אף בנתגרש' מן האירוסין דשמא אעפ"כ יבא עליה ז"א דהא במגרש אשתו ולנה בפונדקו ג"כ לא חיישינן במן האירוסין אע"פ שיש שם איסור חמור וגם דלפ"ז בחולץ אמאי לא יפנה לפי מ"ש הרשב"א דהוי כארוסה ומה בכך הא מ"מ איכא איסור לאו אלא ע"כ כיון שאין לבו גס בה אין לחלק ומזה היה נראה כמבואר מדברי הר"ן דמפרש בד"א בזמן שנשאו ר"ל שעכשיו נשאת לבעל ויש בזה איסור חמור דא"א הא לא נשאו לא ר"ל שעדיין פנוי' היא שריא לדור בחצר ואהא שפיר קאמר דבכהנת אף ע"פ שלא נשאו דהא מ"מ יש איסור לאו דגרושה לכהן וכדברי הר"ן מוכח באבל רבתי דבתר הא דבזמן שנשאו כו' קתני בד"א מן הנשואין הא מן האירוסין לא אלמא דמעיקרא מיירי לענין נשואין של עכשיו אלא דלפ"ז תמוה מה שסיים הירושלמי דארוסה שביהודה כנשואה היא דהא הך נשאו לאו נשואין ממש קאמרינן דה"ה אם נתארסה אסור' לדור כיון שנאסרה משום א"א ומה לי ארוסה שביהודה או ארוסה שבמקום אחר ובאמת הר"ן לא הזכיר סיום דברי הירושלמי בזה דארוסה שביהודה כו' ואפשר שלא היה בגרסתו אבל הגרסא שלפנינו תמוה דאיתא ובכהנת אע"פ שלא נשאו והארוסה שביהודה כו' ודברים אלו אין להם קישור כלל ואם באנו ליישבם ע"ד שיטת הרשב"א צ"ל בדוחק דבכהנת משום מעלת יוחסין החמירו לאסור אף בנתגרשה מן האירוסין ולא משמע הכי ויותר נראה שחסר בבא זו השניה באבל רבתי וצ"ל כמ"ש שם ובכהנת אע"פ שלא נשאו בד"א מן הנשואין

הא מן האירוסין לא וארוסה שביהודה כו' והשתא א"ש הכל ובתשובות הרשב"א העתיק כמו שהוא בירושלמי שלפנינו וצ"ע:

ומ"ש ידידי הנ"ל שיש כאן צד היתר מחמת שאשתו משמרתו והאריך בדברי פח"ח וכבר שאריך בזה בשו"ת מהרא"ש בן חיים והביא שם מהא דארמלתא לא תשרי בר בי רב באושפיז' שכתב הרמב"ם דמותר באשתו עמו והאריך בזה והראה פנים לכאן ולכאן ואינו בדין שיניף המקצר ומ"מ סוף דבריו שם כתב וז"ל מעתה בהתאסף יחד כל הטעמים הנזכרים דאעיקרא דדינא אין האיסור ברור ואם ת"ל שהוא אסור אפשר שהאזהרה להיות אחרי' עמהם מועלת והרשב"א שהוא אבי האיסור בדין החלוץ והחליצה ולא נמצא לפוסק אחר הוא מקיל בענין היחוד כשיש שם נכנס ויוצא (ר"ל שהרשב"א בתשובה בענין ש"מ שגירש כל שיהיו שם נכנסין ויוצאין המצילין מידי יחוד ואפי' שתעמוד בקבע כו' דמייתי שם מהראנ"ח) ואף גם זאת שמתחלה היה דעתם לחלוץ נראה דשרי הנה ערכתי מילין ודקדוקים קלים לקיימו של היתר מדאגה מדבר ודוחק השעה מן החצירות והבתים מצד השריפה אשר שרף ה' ואף שזה ימים על שאלה כזו לא מלאני לבי להקל מפני שלא היה שם שעת הדחק כו' וכיון דמבואר בשאלה שהוא שעת הדחק אם תפרד זו מביתו א"כ דמי לנידון מהראנ"ח ויש להקל כשהם נזהרים שיהיו אחרים עמהם אלא שיש לעיין דהתם כבר חלצה אבל הכא שעדיין לא חלצה אפשר שאין כאן דחק ובאמת לא תחלוץ ואז שרי כמ"ש מהרמ"פ והרמ"א ויש סיוע לדבריהם מהא דיבמה הגדיל' בין האחין שהבאתי לעיל דמשמע דשפיר דמי למעבד הכי וא"ל דההיא דחכמים דאמרי מצות יבום קודמת דיבמה יבא עליה מ"מ ז"א דהא ר"י אמר רב קאמר לה ואינהו ס"ל כאבא שאול כדאיתא דף ל"ט ומ"מ יש לדחוק דבזמן הש"ס שאני דהא מצי למעבד בהיתרא אי בעי מייבם לא שביק היתר כו' ומייחד עדים משא"כ בזה"ז ומ"ש ידידי הנ"ל דאף קודם חליצה אם יבא עליה יעבור על חרגמ"ה להרמ"א שפסק דאף במקום יבום נהגו חרגמ"ה אין נלענ"ד דדווקא כשמייבם אותה ולוקח אותה להיות לו לאשה אבל כאן שהחשש שמא יבא עליה בצנעה ולא ע"ד תשבו כעין תדורו לא שייך חרגמ"ה דאף שביבמה בביאה לחוד קנאה והוי כאשתו היינו דווקא ביחוד בעדים כמש"ל ואף לרש"ל דלא בעי עדים מ"מ עיקר חרגמ"ה על קביעות שתי נשים ולא ע"ד עראי כה"ג. ומכ"ש מ"ש ידידי הנ"ל דבזה"ז דאיכא חרגמ"ה ליכא למיחש דלמא בעל וז"א דכיון דהחשש הוא שבעל בצנעה בלא עדים אין בזה משום חרגמ"ה אך כבר כתבתי שאין לחוש שמא בעל כלל דא"כ לא תהני ליה החליצה כלל וגם מה"ת לומר שבעל בלא מאמר ומכ"ש בזה שידוע לכל שמעולם לא עלה על לב האיש והאשה לייבם רק לחלוץ

והא דגייסי ידוע לנו מאיזה צד בא להם ומה"ת לחוש שיעלה על דעתם דבר זה ומתמיה לרבים ומכ"ש שיעלה על דעתם שתתייבם במקום שיש לו אשה ותהיה לו ג"כ לאשה דהא אפי' אם רצו לא שבקינן להו וכ"כ הב"ח ומ"ש משום לא פלוג כבר כתבתי לעיל דכיון דלאו גזירא היא אלא טעמא משום דגס בה ובכה"ג לא שייך הך טעמא וכן מצאתי בדברי ידידי הנ"ל שכתב בענין זה ודאתאן עלה שתשב עמו בלא חליצה נראה דאף מהפוסקים משמע שאם שניהם מרוצים לישב כך אין כופין אותם וכן משמע מפשטא דש"ס דוקא תבע הוא או היא מ"מ כיון שלבם לשמים לעשות נחת רוח לנפש המת כדברי המקובלים וגם הב"ש הזכיר בסימן קס"ה בשם הזוהר דמצוה בחליצה אין לנו לעכב על ידם ועיין בב"י סימן הנ"ל בשם מ"כ שכתב ועוד דמצוה הוא על היבם לחלוץ או לייבם ומ"ש משאר מצות. עוד אחרת הוא מה שיש לצדד בנ"ד לפי מ"ש הר"ן בשם הר"י דגרושת ישראל שנשאת לאחר ונתגרשה מותרת לדור עם הראשון במבוי דבמחזיר גרושתו אם בעל ולא קידש אינו לוקה והב"ש כתב דאין זה שיטות הרמב"ם דהא בגרושה לכהן נמי ס"ל דאינו לוקה ואפ"ה לא תדור במבוי ולע"ד אין מזה הכרע דאפשר גרושה לכהן שהוא פסול יוחסין החמירו טפי וכמש"ל:

והנה המ"ל נסתפק לדעת הר"י אם נזהרים שיהיו אחרים עמהם בחצר אי שרי לדור ושוב פשיט לה מהריב"ש סי' ש"ס דמשמע מדבריו שם דלר"י אסור אף ביחוד בית ונזהרים שיהיו אחרים אסור ולענ"ד זה דוקא להריב"ש דמפרש מ"ש בשבוי' הקילו היינו דבשבויה קיל מאיסור אחר וא"כ י"ל אף דמחזיר גרושתו שבעל ולא קידש דרבנן מ"מ חמיר טפי משבויה אבל לפי מה שראה מדברי רש"י והר"ן דכל איסורי דרבנן לשבויה דמי אם כן אין לחלק בכך ומ"ש הריב"ש גבי מינקת דכל דתקון רבנן כו' ז"א לדעת רוב הפוסקים לעיל דמפרשי הסוגיא באשת כהן דוקא. (וע"ש שהחמיר במינקת אף שלא כנס כ"א אירס בלבד כו' אבל בנדון זה נראה שאע"פ שאין כאן אלא אירוסין שייכי אהדדי ולבו גס בה ואיכא למיחש כדאמרינן ההוא דארוס כו' דמשמע קצת דכל דשייכי אהדדי מקרי גייסי ונראה דהתם כיון שקידש במזיד ולא עלה בדעתו לפרוש ממנה כלל ובע"כ הפרישוהו ממנה ונידוהו עד שהוציא בגט או שאיימו עליו שינדוהו הא קמן שעינו ולבו עליה כל היום. ובכה"ג שפיר יש להחמיר אף בגייסי כל דהיא או אפשר דהתם היה ידוע לו דהוי גייסי טובא שהרי בלשון השאלה לא נזכר מענין גייסי כלל) אבל באשת ישראל דינה כשבויה להקל באיסור דרבנן א"כ ה"ה בכל איסורי דרבנן ועיין בפר"ח סימן קי"ט ולפי זה י"ל לפי מ"ש הרמב"ם בפרק ט"ו מהלכות א"ב דלאו דוקא באיסורי כהונה הדין כן דבעל ולא קידש אינו לוקה אלא בכל חייבי לאוין הדין כן דאמרינן מכין כו' לשון זה

משמע דבכל גוונא מצוה היא וע"ש בד"מ בשם א"ז במי שנשבע שלא לחלוץ כו' ע"ש. ויש לדחות דהתם בע"א מירי ועוד נראה כיון דחיישינן הכא מחמת דגייסי כו' א"כ פשיטא שיש לחוש שיהיה יצרו תקפו לבא עליה לשם ד"א ולמאי דס"ל כאבא שאול כאלו פוגע בערוה. ומכ"ש לפי מ"ש יבם שבא על יבמתו בלא עדי יחוד לא קנה וממילא דהוי ביאת זנות וכפוגע בערוה והב"ש שכתב דהוי קידושין דרבנן צ"ע דהיכא אשכחן קידושין דרבנן בזה וכמ"ש לעיל ואף דאא"ז מהרמ"פ אצדד אצדודי דאחר חליצה ודאי איכא איסור דאור' משא"כ (לאחר) לפני] חליצה מנ"ל לפ"מ שצדדתי נהפוך הוא דקודם חליצה יש חשש איסור ערוה שהיא בכרת משא"כ לאחר חליצה אין כאן רק ספק איסור לאו כמ"ש לעיל מדברי הרמב"ם והפוסקים וא"כ גם לאו זה דחליצה נמי על ביאה לבד אין כאן רק איסורא דרבנן ואף ע"ג דבאשת כהן החמירו לאו משום דאתי למעבד איסורא דאורייתא אלא משום פסול יוחסין כמ"ש לעיל דצ"ל כן בדברי הירושלמי לפי נוסחת הרשב"א וכן נראה מדברי בה"ג דף פ"א שכתב ת"ר המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר כו' בד"א מן הנשואין אבל מן האירוסין לא ובכהנת אף ע"פ שלא נשאו לשון זה ודאי משמע דרוצה לאסור בכהנת אף בנתגרשה מן האירוסין דאין לבו גס בה וע"כ דהיינו משום מעלת כהונה וכמש"ל לדקדק בדברי הרשב"א ומצאתי בפר"ח שכתב ג"כ שיש לפרש הירושלמי דנשאו היינו מן הנשואין ובכהנת דחמירא כו' ונראה שר"ל דחמירא משום איסור לאו שבה וז"א כמש"ל ובשו"ת מהראנ"ח סימן וי"ו כתב לפרש דבאשת ישראל בנשאו ממש ובאשת כהן משום חומרא דכהונה אפי' לא נשאו אלמא גייסי אהדדי אסורין לדור ע"ש:

ועדיין צריך להתיישב בדבר דאף לדעת הרמב"ם דס"ל בכל ח"ל בעל ולא קידש אינו לוקה מ"מ בלאו דלא יבנה אפשר דלוקה בביאה לחוד כיון דדרך בנין בית אסרה תורה כמ"ש התוספות ביבמות דף י"א ודרך בנין בית הוא בביאה לבד ומאמר אינו רק דרבנן כמבואר בפוסקים ואף שהרמב"ם כללא קא כייל שאין לך בכל חייבי לאוין שלוקה על בעילה בלא קידושין י"ל דהרמב"ם לשיטתיה דס"ל דלא יבנה אינו לאו כלל אלא אסמכתא בעלמא ואנן כדידן אי סבירא לן דהוי לאו לקי גם כן אף אם נאמר בשאר חייבי לאוין כהרמב"ם דבעינן קידושין דוקא ולכאורה היה אפשר לומר דאף ע"ג דבנין בית דיבמה בנאה בלבד בלא קידושין משום דזקוקה ועומדת ע"י קידושי אחיו וביאתו הוי כביאה אחר קידושין וכה"ג אמרינן בקידושין דף ד' ובעלה מלמד שנקנית בביאה והלא דין הוא מה יבמה נקנית כו' מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת וכתבו התוספות שם בשם הר"א משזנה לפרש שביאה זו אינה עושה אלא גומרת קידושי ראשון כו' ע"ש

משא"כ כשכבר חלצה ופקעו לה זיקת קידושי ראשון ובאנו לחייב את החולץ הבא עליה אחר החליצה משום לאו דלא יבנה אין חייב כ"א בקידושין קודם כשאר ח"ל דזהו דרך בנין הבית אלא דלפי זה יש לדחות מ"ש לעיל לסייע להרמב"ם הסובר דלא יבנה הוא מד"ס כיון דקי"ל כמ"ד בעשה משמע דאין כאן לאו ולפום מה דכתיבנא י"ל דלעולם ע"י קידושין שפיר איכא לאו והתם דנקט בעשה משום דמיירי שבא עליה בלא קידושין דהשתא ליכא לאו ואשמועינן דמ"מ עובר בעשה דיבמה יבא עליה ולא עליה ועל חברתה דעשה זו עובר אף בלא קידושין ומ"מ אפשר לומר דס"ל דאם איתא דעובר בלאו הו"ל למינקט וקדשה ונימא דעובר בלאו ועשה ובמה דכתיבנא א"ש הא דנקט בפלוגתא דר"י ור"ל וחזר וקדשה והתוס' שם כתבו דל"ל דאתי לאשמועינן דלאו איכא לפי שקדשה דאמרינן בקידושין כו' וכבר כתבתי שאא"ז מהר"מ הגיה ומודים במחזיר גרושתו שאם קידש ולא בעל שאין לוקה לשוב לקחתה אמר רחמנא ה"נ דרך בנין בית כו' ולענ"ד זה צ"ע דאטו מי ס"ד דבקידש לבד מיירי הא פליגי אי חייבי כרת ופשיטא דכרת אינה רק אם בא עליה וע"כ דבקידש ובעל מיירי ויותר נראה שצריך להגיה ומודים במחזיר גרושתו שאם בא עליה ולא קידש שאינו לוקה דרך לקוחין אסרה תורה וה"נ דרך בנין בית אסרה תורה ור"ל כמו דהתם לא מחייבינן משום דמשמעותיה דקרא דבעינן לקוחין ה"נ להיפוך אף בלא קידושין חייב משום דהוא דרך בנין בית והלכך ליכא למימר דאתי לאשמועינן דאיכא לאו לפי שקדשה קודם ביאה משום דאף אם לא קידשה נמי מתחייב בביאה לחוד ולפי מ"ש י"ל דשפיר נקט קדשה מהאי טעמא דאתי לאשמועינן דכרת הוא דלא מחויב על החלוצה הא לאו איכא לפי שקדשה קודם ביאה ואף ע"ג דדרך בנין בית אסרה תורה מ"מ בעינן קידושין קודם ביאה לחייב עליה ואדרבא יש מקום לומר דאף החולקים על הרמב"ם בשאר ס"ל מודים בהא דבעינן קידושין דוקא כיון דהלאו היא כיון שלא בנה שוב לא יבנה והיינו דרך בנין בית הקודם שהיתה זקוקה לו קודם הביאה וה"נ אם מקדש והדר בעלה הוא כדרך בנין הבית אבל בביאה לחוד לא והיינו דנקט החולץ ליבמתו וחזר וקדשה אלא שצריך ליישב דא"כ הו"ל בקידושין למימר ושניהם מודים בבא על החליצה כו' (וגם על דברי התוספ' יש לדקדק כמו כן דהול"ל דמודים בהא דאינו לוקה לגירסת מהר"ם ולפי מ"ש הל"ל דמודים דלוקה בביאה לחוד כמו כ"ג באלמנה) שאינו לוקה בבעל ולא קידש וכדקאמר במחזיר גרושתו ואפשר לומר דהך מלתא תליא בפלוגתא דיש זיקה ואין זיקה דאי אמרינן יש זיקה אע"ג דזיקה דרבנן כדקאמר ביבמות דף ק"ז (ומדברי ר"ח משמע דלמ"ד יש זיקה הוי זיקה דאורייתא אך הרשב"א שם כתב דאפשר דגם לר"ח זיקה דרבנן הוא לכ"ע ע"ש) היינו דלא הוי

כקידושין דאורייתא ממש אבל מ"מ חשובה זיקה היא דמחמת קידושי אחיו וביאה של היבם גומרות אותה ולכך מדרבנן חשבו זיקה זו לקידושין ושומרת יבם שמתה אסור באמה אבל אם נימא דאין זיקה כלל פשיטא שא"ל דביאה של היבם הוי כעין קידושין שהרי זקוקה לו מחמת קידושי אחיו שהרי אין זיקה כלל פשיטא דכל זמן שלא יבם אותה אין לו בה קנין של כלום אלא שהוא אסורה לעלמא ולכך אם מתה מותר באמה והשתא למ"ד יש זיקה מיקרי דרך בנין בית בביאה אחר קידושין משא"כ למ"ד אין זיקה הוי דרך בנין בית בביאה לחוד ולפי זה א"ש דלא מצי אמר ושניה' מודים בלאו דלא יבנה כו' דלא פסיקא ליה כיון דלמ"ד אין זיקה שפיר חייב על ביאה לחוד ואפשר דאביי הכי ס"ל דהא קאמר שם דף י"א א"ל אביי לרב יוסף הא דרב יהודה דשמואל היא כו' ומשמע דבעי למימר דלית הלכתא הכי דהלכתא כרב באיסורי ולכך לא לא קאמר ושניהם מודים משא"כ אנן לדידן דקי"ל אם מתה אסור באמה דיש זיקה כמ"ש הרי"ף והרא"ש ושאר פוסקים קם דינא דאינו לוקה על לאו דלא יבנה אא"כ קידש תחלה. ועפ"י זה יש ליתן תבלין קצת לדברי הרמב"ם דס"ל אשר לא יבנה אסמכתא הוא משום די"ל דהך דרשא למ"ד אין זיקה וא"כ דרך בנין בית הוא בביאה לבד מיקרי ביה כיון שלא בנה שוב לא יבנה אבל למ"ד יש זיקה א"כ דרך בנין הבית אע"פ שהוא בביאת היבם מ"מ היא א נגרר אחר קידושי אחיו והכי מדייק קרא אשר לא יבנה את בית אחיו וא"כ תו א"א למדרש כיון שלא בנה את בית אחיו שוב לא יבנה את בית אחיו דז"א שהרי כבר אתיא חליצה ומפקא לזיקה קמייתא ושוב אינו בונה בזה בית אחיו כלל רק לעצמו הוא בונה וזה אינו בכלל הכתוב אשר לא יבנה בית אחיו ולא רציתי להאריך עוד כיון שאיני אומר הדברים לתקוע יתד כ"א לצדד ולצרף סניפים להתיר:

בהא נחיתנא ובהא סליקנא שהמתיר בזה יש לו על מה לסמוך על עמודי עולם אא"ז מהר"י מפדווה ומהר"מ מלובלין ז"ל ומהראנ"ח ובעל נ"ב. וכן משמע מהט"ז אה"ע שהביא דברי מהרמ"פ בסתם וכבר כתבתי לסייע דבריהם בכמה פנים שונים ואף שיש מהם שלא רצו להכריע במקום גדולת הרשב"א ז"ל מ"מ ברור הדבר דהרשב"א לא דבר אלא בזמנו שנהגו במצות יבום ובכאן יש כמה מעלות להתיר כמ"ש ידידי הרב החריף נ"י שהחולץ הוא ת"ח ומדקדק במעשיו ובודאי ליכא למיחש שהרגיל עמה בקריצות ורמיזות ומכ"ש לפי מ"ש דשניהם בודאי נאמנים ע"ז שאין ביניהם גייסות לשם אישות וחיבה וכל שאין סמוך ענין לארוסה שביהודה גם הרשב"א מודה ואף שיש מהגדולים שרוצי' להחמיר בענין הדיר' בבית א' מ"מ בנ"ד סתמא דמלתא הם דיש לה חדר מיוחד ללון בו כדרך שדרה בחיי בעלה וביום יש להתיר אף בדירה כשיהיה נזהרים שיהיה

אחרים עמהם כמו שכתוב מהראנ"ח וכן מצאתי בג"פ סימן קי"ט אחר שנשא ונתן בענין זה ונשא פנים לגדולת הרשב"א ארי שאג כו' מ"מ עלה בהסכמה כדברי מהראנ"ח ז"ל, פנאי לעמוד על דבריו ונראה שיש להם לנהוג כל חומרות נדה עם בעלה ונוסף עליהם איסור היחוד בלתי אחרים עמהם. ואף שאני מיראי הוראה חזינא לאצטרופי בצירוף דרבנן ובלבד שיסכים בהיתר זה כבוד מחותני הרב הגאון החריף והבקי המפורסם מוהר"ר יהושע העשיל נ"י מרא דאתרא אשר על פיו יצאו ויבאו. אז יהיה חלקי עם המתירין ובפרט כפי מכתב ידידי הנ"ל כבר הורה זקן שארי הגאון המפורסים דרב גובריי מ"מ הא אתריה דרב הוא וקרב המתיר כמצותו ואין להרהר אחריו ובודאי טוב הורה ועשה כתורה ומעתה גם בעובדא זו יש לנו לגרור אחריו ולפסוק כן להלכה ברורה כנלע"ד להלכה ולא למעשה עד כי יצא לאור משפטינו עם מחו' הגאב"ד:

שאלה קמא

לכבוד מחו' הרב הגאון המפורסם מוהר"ר יהושע העשיל אב"ד דק"ק טארניפאל:

שומע קול שופר כו'. זאת אומרת כי דברות קדשו הגיענו וכי דרך כלל דין הניא לי שגם מכ"ת דורש ומסכים להלכה למעשה להתיר בענין זה את זאת אדרוש אשר ראיתי דבר חדש בקונטריסו שיש עוד אח שראוי לחלוץ וצידד לומר שיחלוץ לה אח השני ולענ"ד זה צ"ע חדא דאם יחלוץ לה הוא עצמו י"ל דחליצתו מוכחת עליו וכעין שכתבו התוספ' משא"כ אם הוא אינו חולץ לה שאינו עושה מעשה לרחקה יש לדמות קצת לארוסה שלא גירשה דחיישינן טפי כמ"ש הרשב"א בחידושיו ובתשובה הובאה בב"י סימן י"ז ואף אם נרצה לחלק מ"מ עכ"פ כשהוא חולץ לה טפי י"ל שסופו מוכיח שלא היה בדעתו לשם אישות מעולם וגם מה שנראה מדברי כ"ת חלוצה לאחין קיל טפי לע"ד ליתא דהא בפלוגתא דר"י ור"ל כ"ע מודין דאינו חייב על החלוצה כרת אבל באחין פליגי ולדברי ר"ל אחין חייבין על החלוצה כרת והכי ס"ל לרב אשי ובירושלמי יש כמה דעות דר"י הוא דס"ל דהאחין חייבין על החלוצ' כרת וכמה אמוראי דס"ל הכי עד שתמה בקרבן העדה שם על מה שפסקו כר"י ובאמת במח"כ אשתמטתי' דברי הרי"ף והרא"ש בפרק החולץ שכתבו מלתא בטעמא. אמנם דעת הראב"ד לפסוק כר"ל דשמואל סבר כוותיה בדף מ"א וכן רב אשי ותמה על הרי"ף שפסק כר"י והרמב"ן בחידושיו ובספר הזכות הליץ בעד הרי"ף ע"ש. וכן הרשב"א הביא בשם הראב"ד שדעתו לפסוק כרב אשי ע"ש בדף מ"א וא"כ חלוצה לאחין פשיטא דחמירא טפי מחלוצה לחולץ וכן נראה לכאורה וע"ש דטפי עדיף שיחלוץ לה הוא עצמו. דברי מחו' דוש"ת הק' אפרים

שאלה קמב

בכפר אחד אירע שאיש רע ובליעל אמר לבעל הכפר אני זניתי עם אשתך ושאל הבעל לאשתו ואמרה שהנואף הי' בחדר והיא באתה לשם ליקח כיס של גבינות ותקף אותה בחזקה ובא עליה והנואף אמר שהי' ברצון אם היא מותרת לבעלה:

תשובה נידון כזה נפתח ברבוותא גאוני עולם וראש המדברים בזה הוא כבוד אא"ז הגאון בעהמ"ח תבואות שור והעלה להתיר. והגאון בעהמ"ח פ"י הסכים על ידו ודבריהם הלא הם כתובים על ספר קרן אור אשר חיבר הגאון מוהר"ר משה אב"ד דק"ק בעלזא וגוף התשובה של אא"ז הגאון ז"ל איננה שם רק מה שהביא הגאון המחבר בתוך תשובתו ופלפל עליהם ואיידי דחביבי לי דברי אא"ז הגאון ז"ל אקדמי' ברישא. וז"ל המחבר ז"ל ועתה אניף ידי על יסוד המתירין. היסוד הא' ממ"ש בש"ע ואפי' הודית שזינתה אמרינן שמא עיניה נתנה באחר כו' ולענ"ד יש לפקפק טובא חדא דודאי סברא אלימתא היא דבנאנסתי לא שייך עיניה נתנה באחר דאנוסה לישראל שריא ולדעתי הוא טעמא דהנך רבוותא במרדכי שלא הזכירו בתשובה הנ"ל היתר' משום עיני' נתנה באחר. ומה שדחה הרב מהר"א סענדר האי סברא משום דלאו כולא נשי דינא גמירי כמ"ש בריש קידושין כו' עכ"ל, ז"א דודאי כ"ע ידעי הך דינא דאנוסה מותרת ולא דמי לאטו כולי נשי דינא גמירי דעלמא דהיינו בקידושין דאי לא קיבלה נטירותא כו' עכ"ל:

והנה לכאורה מדברי התוס' בכתובות דף ס"ג נראה דבאומרת נאנסתי לא שייך עיניה נתנה באחר שכתבו שם בסוף ד"ה אבל אמרה מאיס עליה כו' ועוד קשה משלהי נדרים בההוא דהוי מהרזיק כו' דהא מסתמא ברצון הוי דבביתה היה ועוד דלא צווחה ואפ"ה כיון דלא מרכס שריא דאין לן למימר ענ"ב כו' ע"ש ולכאורה יש לתמוה דל"ל להוכיח דמסתמא ברצון דבבית' הוה ת"ל דאם אומרת באונס שריא דליכא לאוסרה ע"פ אמירתה שבא עליה הנואף כיון שאומרת שבאונס היה אלא ע"כ כיון דאיכא עדי יחוד והיא מודית שזינתה נאסר דליכא בזה משום ענ"ב כיון שהיא אומרת שהי' באונס ומ"מ אין מאמינין לה שהיה באונס דאונס לא שכיח רק כיון דלא מרכס שריא. ואמנם מבואר מדברי הרא"ש שם שר"ל שלכאורה היה אפשר לומר דמיירי באומרת נאנסה ובאשת כהן ולכך אמרינן ענ"ב לזה כתבו דמסתמא היה ברצון כו' ואמנם אכתי קשה נהי דאנן אין מאמינין לה שהי' באונס דאונס ל"ש לפי שהיא בביתה מ"מ אפשר שהיא אומרת באונס היה ואין בדעתה להפסיד הכתובה כלל. אך הגאון בספר כתובה כתב ג"כ בפירוש התוס' דר"ל דלא נימא דמיירי באש"כ ולכך כתבו דהי' ברצון שהיא בביתה כו' וא"כ שהיא אומרת ג"כ שהי' ברצון דאם היא אומרת שהי' באונס אין כאן רגלים לדבר על

האונס ובלא טעמא דמרכס הוי שריא אף בא"כ עיין בס' כתובה דף י"ג. וע"ש עוד מ"ש די"ל דאינה נאמנות על אונס כשיטת ר"י וצ"ע. ולקמן אבאר בזה:

והנה ראיתי בקונטרס אשר שלח אלי בזה החריף ושנון האברך מו"ה יצחק מיכל הכהן נ"י בנידון זה וכמה דברים הטובי' אשר דיבר וכעת אין פנאי לבא בארוכה אפס קצהו אראה במ"ש להקשות על הרמב"ם דפסק במ"ע כופין ובטמאה אני לך אין כופין משום ענ"ב. וכבר עמדו בזה כמה מחברים והנה קושיא זו יש לה ג' פנים חדא דקשה דגם במ"ע אמאי כופין ניחוש דילמא משקרא מחמת ענ"ב דהא להרמב"ם לא מהני הפסד כתובה לדחו' חששא דענ"ב כמו שפסק גבי טמאה אני ברצון ועוד דאפי' נימא דבטענת מ"ע יש להאמינה טפי ואין לחוש לעיניה נתנה באחר אכתי קשה נימא דמהימנא לומר טמאה אני במגו דהוה טענה מ"ע כמ"ש התוס' שם בכתובות סגנון קושיא זו אההיא דנדרים. ועוד דאפילו תימא דלא אמרינן מגו בכה"ג דמיחזי כשיקרא כיון שאין נראה לב"ד אמתלא לדבר וניחא לה טפי לטעון שזינתה ברצון שאין מי שיכיר בשקרה מ"מ קשה כיון דבמשנה אחרונה תקנו דאין כופין משום דענ"ב ומאי הועילו בתקנתן שאם תרצה להפקיע עצמה תטעון מ"ע ובאמת לפי מ"ש הפוסקים דאף מי שסובר דכופין היינו כשיש כאן אמתלא הניכרת יש ליישב דשפיר הועילו בתקנתן דכל שאין כאן אמתלא ניכרת שהיא מ"ע לא תוכל להפקיע עצמה בטענת טמאה אני לך. אך לשון הרמב"ם משמע דבכל גווני יכולה לטעון מ"ע וגם דאכתי קשה היכא שיש כאן אמתלא ניכרת שהיא מ"ע והיא אינה טוענת כן רק טוענת שזינת' ברצון נימא שהיא נאמנת במגו דמ"ע ומסתימות לשון הרמב"ם נראה שבכל ענין אומרת טמאה אני אינה נאמנת. ובכדי ליישב זה אמינא לבאר מה שנלענ"ד בטעמא דהרמב"ם ז"ל שכתב אם אמרה מאסתיהו ואיני יכול להיבעל לו מדעתי כופין אותו לשעתו לגרשה לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנאוי לה ותצא בלא כתובה כו' ע"ש בפ"ד מהלכות אישות ולכאורה זה סותר הכלל שאין האיש מוציא אלא לרצונו והוא מן התורה כמ"ש הרמב"ם ריש פ"ח מהלכ' גירושין ואע"ג דקי"ל דכל היכא שכופין אותו בב"ד של ישראל לרצונו קרינן ביה מ"מ היינו היכא שהדין נותן לגרש דאז גמר ומקני כמ"ש התוספות בב"ב דף מ"ח משא"כ כאן נהי דנימא שאינה כשבויה שתבעל לשנאוי לה מה דין יש לנו עליה שיצטרך ליתן גט שיאמר דגמר ומקני:

ואמנם היא גופא קשיא בכל הנך שכופין להוציא כגון מוכה שחין וחביריו דאיך מצינו חיוב זה שיהא מוטל עליו שיוציאה בגט עד שנאמר דכיון דאיכא עליו חיוב גמור ומקני ומגרש. וזה קשה אף להפוסקים הסוברים דבמ"ע אין כופין להוציא מ"מ מה נעשה

בהנך שכופין אותו להוציא. דהיכא אשכחן כה"ג דחייב. ומכ"ש במ"ע להרמב"ם שאין הדבר ידוע לנו ולא לבעל רק מפיה אנו חיין שאומרת מ"ע וכי בשביל זה נימא דגמר ומגרש. ולכאורה נראה מדאורייתא אין כאן חיוב רק כיון שעכ"פ א"א לנו לכוף אותה להיות תחתיו ומשמשתו אם הוא רוצה לעגנה שלא ליתן גט לא שבקינן ליה ורמי רבנן חיובא עליו שיגרש וכיון דאיכא עכ"פ חיובא עליו מדרבנן והדין שיגרש משום דמצוה לשמוע דברי חכמים אם כן שפיר ע"י כפיה גמר ומגרש וא"כ גם דברי הרמב"ם נכונים דכיון שאומרת מ"ע א"א לכופה שמא האמת אתה ואין בדין שתהיה כשבויה כו' ממילא דאיכא חיובא עליו מדרבנן לגרשה ושפיר גמר ומגרש:

ויותר נראה לפי ענ"ד דא"ש לפי מאי דאמרינן בב"ק דף ק"י אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתה דהכי לא קידשה נפשה והתוספ' שם מחלקים בין נפלה מן הנשואין דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקה אנפשה מלהיות נשואה משא"כ מאירוסין דאין לה שום טובה. ושוב כתבו לחלק בין היכא דלאו בלוקח לחוד תליא מילתא משא"כ קידושין בדידה קיימא והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש כו' ע"ש ולפום הך חילוקא ממילא א"צ לחילוק שחלקו התוספות בין מן האירוסין ובין מן הנשואין דהחילוק מבואר דמן הנשואין לאו בדידה לחוד תליא מילתא דאיהו חושש לזה ודעתו לקדש בכל ענין כדי שלא יהא למפרע בעילתו ב"ז ולכאורה לפי זה קשה דלמה נקט הקושיא מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין הו"ל למינקט אשה שנעשה בעלה מוכה שחין תיפוק בלא גט וא"ת דשאני נשואין דבדידיה תליא מילתא כדי שלא תהיה בעילתו ב"ז מ"מ עכ"פ מן האירוסין נימא הכי ואף לפי תירוץ הש"ס דאיתתא בכל דהו ניחא לה קשה לפי פירש"י שם דפירש שהיא מתקדשית לזה שהוא שלם ואינה חוששת שתפול לפני יבם אם ימות א"כ י"ל דעל הבעל עצמו היא חוששת וגם דהש"ס טפי הו"ל להקשות מן הבעל גופא. ואמנם התוספות בכתובות דף מ"ז עמדו בזה וכתבו דלהכי לא פריך מבעל משום דגם בדעתו תליא מילתא ר"ל שלא היה מסכים אם היתה היא מתנית תנאי זה והיה מעכב על ידה ודווקא לתנאי שאחר מותו אינו חושש. והנה במחנה אפרים הלכות שכירות כתב ליישב קושית התוספות בע"א דדווקא בקלקול מקח ל"ש לומר אדעתא דהכי לא קנה דאנן אמרינן נסתחפה שדהו משא"כ באשה דיש אומדן דעת דאדעתא דהכי לא נתקדשה ולא שייך נסתחפה שדהו דאין הבעל שדה האשה כמ"ש התוספות ריש כתובות והנה חילוק זה איתא בהג"א סוף המדיר לענין אם תאמר כסבורה הייתי יכולה לקבל, בין בעל לאשה. ולפי חילוק זה הדרא קושיא לדוכתא דגם גבי בעל גופא נימא אדעתא דהכי לא קדשה נפשה ול"ש תירץ הש"ס דניחא לה בכ"ד

דדווקא לענין אחר מותו אמרינן הכי. ואמנם נראה דעכ"פ אין כאן אומדן דעת שיפקיעו הקידושין למפרע רק אומדן דעת הוא שיהא מחויב להוציאה בגט וכאלו התנה שיהא מחויב להוציאה וע"ד כן היא מתקדשית לו ובשלמא ביבמה פריך שפיר דתיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה וא"ל דאומדן דעת הוא כאלו התנה שמחויב לחלוץ לה דמאי מועיל תנאי דידיה גבי יבם משא"כ לגבי דידיה שפיר אמרינן דהוה כמחייב א"ע שאם נולד מום שא"י לסבול יהא מחויב לגרשה ונוח לו לעשות כן כדי שלא יפקיעו הקידושין שהרי אין דעתו נוחה בזה כמ"ש התוספות שאם היתה מתנית כן לא הי' מרוצה משא"כ שיהא חייב להוציאה מה"ת לא יתחייב בכך כיון שעכ"פ האשה אינה מתרצית כ"א באופן זה עכ"פ ולפ"ז א"ש מה שהקשיתי דהיאך כופין הא אין כאן חיוב מדינא ולפמ"ש א"ש דיש כאן חיוב מדינא דהא מעיקרא ע"ד כן נתקדשה לו וכאילו התנה בפירוש שיתחייב להוציאה דמי והלכך עתה כשכופין אותו שפיר גמר ומגרש:

ולפ"ז א"ש דברי הרמב"ם במ"ע דגם בזה אומדן דעת דמעיקרא אדעתא דהכי עמדו וקידשו שאם לא יהיה מתקבל עליה שיהא מחויב להוציאה וא"ל דמנא ידעינן דלמא שפיר מתקבל עלי' אלא שענ"ב ז"א דודאי אם התנה בפירוש שאם תאמר מ"ע יתחייב להוציאה ל"ח חששא דענ"ב ובדבור בעלמא שאומרת מ"ע מחויב להוציאה וכיון דאומדן דעת כאלו התנה בפירוש ל"ח דילמא אין מאוס בלב רק שאומרת כן משום ענ"ב דהא מידי דא"א לברורי הוא וכמו בהתנה ע"מ שירצה אבא דאם לא רצה אינה מקודשת ולא אמרינן דרצון הוא דבר המסור ללב ושמא רצה בלב רק מחמת איזה אמתלא הוא אומר שאינו רוצה א"ו דז"א דלא איכפת לן בדברים שבלב דודאי התנאי הוא על דבר שאפשר להתוודע ולהגלות שיאמר אין או שישתוק או שלא ימחה אבל אין לנו לדון על דברים שבלב בענין תנאי וכן כאן אם התנית כשתאמר מ"ע יתחייב להוציאה אין לחוש שמא ענ"ב ובלבה ניחא לה. אלא הולכין אחר הפה כיון שא"א לברר יותר וה"ה באומדן דעת דהוי כהתנה וכ"ז באומרת מ"ע אבל באומר' שזינת' ברצון פשיט' שאין שייך בזה תנאי דמעיקרא. אדרבא היא עצמה סחפה שדה ואין מקום לכופו להפקיע שיעבודו אף אם היה אמת כדבריו. וממה נפשך באשת כהן ונאנסה י"ל דענ"ב דהא לא מפסדה כתובתה ואם ברצון סחפה שדה ואין מקום לכופו להפקיע שעבודו אף אם היה אמת כדברי' רק דאיסורא רביע עלה אם היא אמת וחיישינן דילמא משקרא רק ענ"ב דאף היכא שרצונה להפסיד כתובתה אמרינן דילמא ענ"ב ומשקרא דלא חיישי' לפסידא וכמ"ש הרא"ש בכתובות שם ונכון מאד לפע"ד. והנה לכאורה יש לעיין בהך קושיא דאומרת מ"ע נימא ענ"ב כמו בטמאה אני לך דהא לפי סברת הר"ן הא דאמרינן בטמאה

אני חוששין שמא ענ"ב היינו דאוקמי אדינא דאין נאמנת להפקיע עצמה מבעלה בטענה שאינה יכולה לברר רק במשנה ראשונה אמרו להאמינה משום סברא דלא מזלזלה נפשה וב"ד שאחריהם ראו דלפעמים מזלזלה נפש' משום ענ"ב ואוקמוה אדינא וא"כ בטענת מ"ע דאם נימא דכופין להוציא ע"כ משום דמדינא נאמנת דלא נשתעבדה לו ע"ד כן ואין זה בכלל הפקעת שעבוד וא"כ משום חששא דענ"ב מנ"ל להפקיע מה שהיא נאמנת מדינא משום חששא זו דענ"ב וצ"ל דהתוספ' ס"ל דודאי גם לענין טענת מ"ע שפיר י"ל דמשעבדה ליה רק דאע"פ כן יש לנו לכופו במ"ע דכיון דליכא למתלי במידי מסתמא קושטא קאמרה ואהא קשיא להו דנימא משקרא משום דענ"ב ולכן חילקו דהנאמנות הוא משום דמפסדת הכתובה ולפ"ז פשיטא היכא דאינה מפסדת שאינה נאמנת:

ונ"ל לסייע לדברי הרמב"ם מהא דאמרינן גבי טמאה אני לך משום ענ"ב ול"ל האי טעמא וה"ל למימר דילמא רצונה להפקיע עצמה משום דמאיס עליה אלא ודאי דאף אם האמת כן דמ"ע כייפינן ליה להוציא עכ"פ בלא כתובה ואנן במשנה אחרונה בעינן למימר דאף שאמרה שזינתה ברצון דמפסדת כתובתה אף ע"פ כן לא כייפינן וצריך ליתן טעם משום ענ"ב. ומה שהקשו דבמ"ע גופא ענ"ב אין קושיא דהא ודאי ע"כ אם נימא דמ"ע מהימנא ע"כ דקים להו לחז"ל דלא חציפא לטעון טענה כזו שמאיס עליה שנראה לנו כשקר כיון דאין אמתלא ניכרת שראוי שהיא מ"ע וא"כ מה"ת לנו לחוש שאומרת כן משום ענ"ב ורצונה משום זה להפסיד הכתובה משא"כ באומרת שזינתה ברצון הא קמן דלפי טענתה גופא היא אומרת שמעלה באישה ואהבה זרים אף אנו נאמר שלא עשתה מעשה אלא שענ"ב ואם באשת כהן ואמרה נאנסה דאין ראיה מטענתה שבגדה בבעלה ורצונה באחר שוב חזרנו לתי' התוס' דהיכא דאין מפסדת כתובתה וגם אין לה זלזול בזה שהרי אומרת נאנסה שוב י"ל דגם מחמת שענ"ב מימר אמרה ולא איכפת לן (ובאמת שצ"ע במ"ש הר"ן בטעם משנה א' משום דלא מזלזלה נפשה דהא מתני' באשת כהן שאומרת נאנסה ומה זלזול הוא לה כיון שנאנסה וקרקע עולם הוא) וגם י"ל לפי הטעם שכתב בתשובת הרא"ש הובא בב"י דלמ"ד מ"ע כופין להוציא הוא תקנה שתקנו שלא יבא לידי קלקול שתהא תולה עצמה כו' ואפקיענהו לקידושין ע"י הגט הזה אע"פ שהוא בע"כ. וא"כ א"ש דבמ"ע משום חששא דענ"ב לא הפקיעו טעמא דקילקולא שמא תהיה תולה כו' ותקנו שיהא כופין להוציא משא"כ בטמאה אני שפיר חשו שמא ענ"ב ודוקא במ"ע חשו לקלקולא דשמא האמת אתה שמאוס עליה ותעשה מה שתעשה להפקיע עצמה משא"כ בטמאה אני בשביל ענ"ב אין לחוש לקלקולא דתתלה עצמה. וא"ל דאכתי תהא נאמנת במגו דאי בעי אמרה מ"ע ז"א דאף אם היתה אומרת מ"ע היינו חוששין שמא ענ"ב רק

דלא הפקיעו טעם הקלקול וכיון שגם עתה יש חשש זה למה לנו להפקיע הקידושין ע"י הגט בע"כ אם אנו מפקיעין הקידושין אף שהאמת אתה מותרת היא לו דאין כאן זנות דא"א כיון דפקעו הקידושין למפרע ומרוב הטרדא קצרתי מאד דברי זעירא דמן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קמג

שאלה יבמה שנפלה לפני קטן וטרם הגיע לכלל שני גדלות נזדמן לאביו שידוך הגון לפני היבם הקטן הלז ונתקשר בקשרי תנאים כנהוג והגביל זמן לנשואין כי היו סבורים שבעת ההיא כבר יהיה ראוי לחלוץ ויחלוץ ליבמתו וישא המשודכת לו והנה היבם הגיע כעת להיות בר חמיסר ועדיין לא נמצא לו שער צומח שיהיה ראוי לחלוץ ואבי המשודכת צועק ככרוכי' שכבר עבר זמן הנישואין זה כמה ומי יודע מתי יהיה בעל שער בסימניו ויהיה ראוי לחלוץ. ונשאלתי לחוות דעי אם רשאי לישא המשודכת כי אותה ישרה בעיניו ומי יודע כי יוכל להיות שעי"ז יתפרד הקשר ואולי לא יזדמן לו כאשר לבו חפץ וביני וביני יהא יושב ובטל מפ"ו וגם מצד הסימנים עצמם אפשר שלא ימצא מהר אלא לאורך ימים כאשר שכיח עתה שלפעמים אין סימני גדלות נראית עד אחר כמה שנים שמגיעין לפרקן ולבו הומה לדעת אם יש חשש בנשואין אלו משום חרם רגמ"ה או לא:

תשובה דבר זה נפתח ברבוותא בשו"ת חכם צבי סימן קמ"ז וסימן ק"ט שהוא כנ"ד ממש והעלה שפשוט וברור שמותר לו לישא המשודכת ולכשיביא ב' שערות יחלוץ ליבמתו וכן בשו"ת אבן השהם כתב ג"כ תשובה על הנדון של הח"צ וכתב בעהמ"ח להתיר וגם נדפס שם תשובה מהגאון המפורסים מוהר"ר אברהם ברודא ז"ל להתיר וגם כתב שם שכמה גאונים הסכימו לזה ע"ש בסימן ל"ד וסימן ל"ה ובתשובה הנ"ל האריכו בדבר עד שלא הניחו מקום להתגדר אף בעסק פלפלת כל שהוא ומכ"ש בגוף ההיתר מה לי לחתור תחת כסא כבודם ובאתר די זקוקין דנורא כו' אך כדי להפיק רצון השואל אשר ביקש ממני לבא במכתב בעסק הלז וא"א לבהמ"ד בלא חידוש:

והנה הרמ"א בסימן קנ"ט כתב דבזה"ז דאיכא חר"ג אסור לישא עד שיחלוץ ונרשם מקור הדין מהר"י מינץ והח"צ כתב להשואל שתמה ע"ז שלא מצא במהר"י מינ"ץ וע"ז כתב הח"צ שהי' בשו"ת מהר"י מינץ סימן יו"ד אף שאין שם ראיה מכרעת אלא רמז קטן כו' ונראה שלא היה לפניו ספר הד"מ שממנו תוצאות הגה"ה זו ושם כ' וז"ל וכתב בסדר מהר"י מינץ בשם ר' יהודא מפריי"ש שכפה יבם אחד פנוי שלא לישא עד שיחלוץ עכ"ל והטעם דהוי כנושא ב' נשים ועובר חר"ג אמנם בהגהת מרדכי דכתובות כו' ע"ש. והנה

בשו"ת מהר"י מינץ סימן יו"ד אין רמז כלל מדברים אלו והדבר ברור שהרמ"א היה לו סדר חליצה ממהר"י מינץ כנראה מהד"מ בכמה דוכתי ובס"ח שלנו הנדפס בתשובת מהר"מ מפאדווא' לא נמצא שמה. ולענ"ד יש לתמוה במה שכתב הרמ"א החילוק בין משודכת כבר ע"פ הגמרא דכתובות שהרי המעיין בהגמ"ר שם יראה שגם מוה' חזקי' נסתפק דשמא מחמת זיקת יבום לא שייך גזירת ר"ג וכתב ע"ז למו' אביגדור וכתב שזה תלוי בקבלה והוסיף בטעם משום דמשודכת כבר ומתשובת הגאון מוה' אביגדור שם אנו למידין שהדבר ברור לו שודאי בזה לא גזר הגאון דממילא אתרמיא ליה ולמיפק קיימא משום דרא דאורייתא לאבא שאול כו' שלא גזר הגאון אלא משום קטטה ולא משום דרא דאורייתא כלל להכי קים ליה שלא ייבם ואין כאן ש"ת כו' ומדבריו שם מבואר דאף אם נפלה היבמה תחלה אין בכך כלום דאף בשעה שנפלה לפניו אינה רק זיקה קלישי' לחלוץ אבל לא לייבם וזה מבואר להדי' ממ"ש שם ואין לתמוה איסור אחות זקוקה לאבא שאול היכי משכחת לה כו' וכן מבואר ממ"ש שם וז"ל הכא בהאי עובדא אנן סהדי שלא יכנוס אלא יחלוץ דכמאן דליתא דמי כי לא גזר הגאון בשנים אא"כ הראשונה ראוי לכונסה כו' מבואר דמתיר משום דלא שייך בהא גזרת הגאון א"כ אצ"ל כלל שנשתדכה כבר ומשום חרם הקהילות שקודם חר"ג דבלא"ה אין כאן בית מיחוש דבכי הא לא גזור ר"ג כלל ומ"ש שם וז"ל ומה שהבאת מפירוש ר"י כו' מיהו איכא למימר דזיקה כו' מבואר למעיין דלדברי מהר"ח קאמר דמספקא ליה בקודם שידוכין ומצדד להתיר באחר שידוכין מטעמא שכתב ר"י באחות זקוקה ע"ז כתב מוה' אביגדור דגם בהא שפיר קאמר וכדרכם ז"ל לאפושי בטעמי דליפק מלתא ברווחא אבל הדבר ברור דאע"ג דמו' חזקיה מספקא ליה מהר"א פשיטא ליה ובודאי שקיבל תשובתו וגם לא שבקינן ודאי של מהר"א משום ספיקא דמהר"ח ומכ"ש בענין זה שכתב בד"מ סימן א' והביאו הב"ש דהיכא דאיכא פלוגתא בתקנתא המיקל לא הפסיד ולמד זה מדברי הגהמ"ר אלו בשם מוה' אביגדור שכתב דר"ג לא תיקן רק משום קטטה ולא משום דרא דאיסור וא"כ בהך מלתא גופא דמהר"ח למה לא נפסוק כוותיה להתיר בכל גוונא בזה"ז שהדבר ברור שלא ייבם רק יחלוץ אף שאינה משודכת לו מכבר ואע"ג דהד"מ מייתי מס"ח של מהר"י מינץ שמהר"י מפרי"ש כפה יבם פנוי אחד שלא לישא אשה עד שיחלוץ נראה דאין מזה ראיה שהרי מוה' חזקי' בתשובה שבהגמ"ר כתב דלעיל כתב וז"ל ועוד שמא תקנת הגאונים לא שייכה כלל במקום זיקה בעלמא ואי משום כפיה כדי לחלוץ חדא דמעשים בכל יום דלא כייפינן ומעגנין היבמה עד שמתפשרים יחד משום דאיכא מחלוקת אם כופין או לא ועוד דיש אח גדול ממנו כו' ע"ש הרי דאף שבכה"ג שהיתה משודכת מכבר

נמי ס"ד דאין מניחים אותו לישא המשודכת לכופו בזה שיחלוץ לה אף שהוא כתב דלא כייפינן ומעגנין כו' מ"מ מהר"י מפריז"ז ס"ל דכה"ג שפיר כייפינן ליה דאף שעדיין אין לו אשה מ"מ עבדינן ליה הרחקה דר"ת והאי נמי שלא להניחו לישא אשה מכלל הרחקה דר"ת הוא ואף מהר"ח לא פשיטא ליה דלא כייפינן בכה"ג ולכן כתב ועוד דיש אח כו' וכן נראה מלשון מהר"י מינץ שהביא הד"מ שמהר"י מפריז"ש כפה יבם אחד פנוי כו' משמע דמטעם דרך כפיה שיחלוץ הוי עובדא ואם איתא דטעמא דהוי כנושא ב' נשים ועובר אחדר"ג כמ"ש בד"מ הו"ל למימר מהר"י מפריז"ש מיחה ליבם כו' ומה ענין כפי' לכאן אלא ודאי כמ"ש ועוד נראה דודאי שייך כפי' בזה כשאינו רוצה לחלוץ דממ"נ אם אומר שאינו רוצה לייבם ולא לחלוץ פשיטא דכייפינן ליה אפילו בשוטים שלא לעגן האשה ומכ"ש דכייפינן ליה בהא שלא ישא אשה עד שיפטור זו ואם אומר שרוצה לייבם כ"ש שמוחין בידו שלא לישא זו מטעם תקנות ר"ג שהרי בדעתו לייבם גם את זו ואפילו קודם היבום אפשר לומר דאסור לישא לכתחלה משום חר"ג בכה"ג שדעתו לייבם וכמ"ש הרמב"ם גבי יבמה שתבע' יבם לחליצה כו' ואפילו היה נשוי אפשר שישא אחרת או שתהיה לו מריבה בתוך ביתו בפני היבמה עכ"ל ולפ"ז כיון שכל עיקר תקנת הגאון משום קטטה כמש"ל א"כ אין להניח לו לישא אשה כשאינו רוצה לחלוץ שהרי גם בזה שייך קטטה אף אם לא ישא היבמה וכמש"ל מדברי הרמב"ם וק"ו הדברים דהא התם הוא רוצה לחלוץ ואפ"ה כופין אותו מפני טענתה שיהיה לו מריבה מפני היבמה כיון שהיא זקוקה לו ולא נפטרה ממנו ואף שיאמר לאשתו זאת שאינו חפץ לקחת יבמתו רק לחלצה ומכ"ש אם בדידה תליא מלתא שהיא אינו רוצה לחלוץ ומכ"ש אם בפירש שרוצה לייבם ואף דלא שבקי' ליה מ"מ איהו טעין הכי דבכה"ג לא כייפינן ליה על החליצה כמ"ש התוספות והפוסקים מ"מ מוחין בידו שלא לישא אשה מתרי טעמי חדא דכפיה כי האי עבדינן ליה שהוא בכלל הרחקה ועוד דיש בזה חשש חר"ג כמ"ש וא"כ אתי שפיר דברי מהר"י מפריז שכפה יבם פנוי שלא לישא אשה עד שיחלוץ והיינו דוקא בכה"ג שהיבם מסרב לחלוץ אבל אם היבם הוא מרוצה לחלוץ אלא שאין הזמן גורם כגון שהוא תוך ג"ח או שלא נמצא לו שערות כגוונא דנ"ד או סיבה אחרת שהוא מעוכב מלחלוץ עכשיו גם מהר"י מינץ מודה למוה' אביגדור דכיון דלחליצה עומדת לא שייך גזרת הגאון משום הך חזקה קליש' ועוד נראה דבלא"ה א"ש אפילו להך שיטה דס"ל דכשאין לו אשה דאין כופין לחלוץ ותאמר שאין בכלל הרחקה דר"ת שלא ישא אשה אפ"ה ניחא במה שכפה מהר"י מפריז"ש שלא לישא עד שיחלוץ די"ל דקאי בשיטת הר"ר אליעזר ממי"ץ שכתב המרדכי שבחליצה היה נוהג להתיר חר"ג שלא תהיה חליצה

פסולה שצריכה לחזור כו' ולפ"ז כשיבם זה נושא אשה בודאי יהיה הדין נותן לכופו לחלוץ דביש לו אשה ודאי כופין ויהיה מהצורך להתיר לו חר"ג שלא יהא חליצה פסולה ולכן עיכב לכתחלה על ידו שלא לישא אשה שאל"כ תהיה אח"כ חליצה פסולה וקרוב בעיני לומר שהוא הך עובדא דמייתי בב"ש סימן קס"א בשם הט"ז שהיתה היבמה עם יבם קטן בפרי"ז והיבם גדול ס' מיל רחוק מפרי"ז ואפ"ה כפה מהר"י מינץ את היבם קטן כו' והנה מ"ש כפה מהר"י מינץ ט"ס לענ"ד וצ"ל מהר"י מפרי"ז כי מהר"י מינץ לא היה מעולם בפרי"ז רק בפאדווה וכמדומה שכן ראיתי בספר אחד מביא עובדא זו בשם מהר"י מפרי"ז ולכן כפה זה הקטן שלא ישא עד שיחלוץ שאם ישא מקודם שוב תהיה חליצה פסולה ותצטרך לחזור אחר האח הגדול שאינו כאן ולא תועיל חליצה זו כלום ומוה' חזקיה ומוה' אביגדור נראה דלא חיישי להא וכמ"ש הב"ש ועיין בפירוש סדר חליצה בב"ש ס"ק מ"ו:

ואיך שיהיה נראה ברור דמהר"י מינץ בשם מהר"י מפרי"ז לענין כפיה לחלוץ מיירי היכא שאין היבם רוצה לחלוץ אבל כשהיבם מרוצה לחלוץ והאשה אינה דוחקת עליו ויש אמתלא מה שאינו חולץ עתה ומכ"ש אם האמתלא הוא מצד הדין שאין לעגנו על חנם ולבטלו מפ"ו ועיין במהרי"ק שורש ק"ו במי שטוען על אשתו טענת מום כו' ומ"ש לכופו משום ביטול פ"ו כו' ואיך נכוף אותו להוליד בני שנואה ואפשר לומר דשרי לגרש בע"כ או לישא אחרת דבמקום מצוה לא גזר אע"פ שיש לחלק כו' ועיין סימן קי"ז הרי שעלה על דעת השואל לכוף אותו להיות עם אשתו משום ביטול פ"ו ואף למאן דסבר דאף במקצת מצות יבום גזר וצריך לחלוץ מ"מ אין שום חשש בטול פ"ו ועיין בסימן א' בהגה"ה לענין ב' נשים בשהה י' שנים ובב"ש שם ס"ק ז' לענין גירושין בע"כ ומכ"ש בזה שיש דבר ידוע שלעולם לא יבא לידי יבום למאי ניחוש לה ואפשר דאף רמ"א לא קאמר אלא היכא שהיבם ממאן לחלוץ דבכה"ג מיירי הגמ' ולכן מחלק בין משודכת כבר אבל היכא שהיבם מרוצה בחליצה אלא שאין הזמן גורם אין ספק שאין חשש כלל מחמת הזיקה וכבר האריך בזה הח"צ וכתב דלא גרע מארוסה ע"ש באורך בשני התשובות וקצת י"ל לפי מ"ש התוספות ודעמייהו לענין המתנת ג"ח דיבמה קרובה לביאה טפי מארוסה וקצרתי כיון דאין נ"מ לדינא שהדין דין אמת דגם ביבמה אין בה משום חר"ג כיון דהאידנא בטלוהו ליבום לגמרי משום יבום דאורייתא פשיטא שאין היבמה קרובה לביאה כלל והדבר ברור שעכ"פ גם רמ"א לא קאמר אלא היכא שאפשר לו לחלוץ עכשיו ואינו חולץ ונושא אשה על היבמה הזקוקה לו שנראה כאלו רוצה להחזיק בשתיהם אבל במקום שידוע שאין מקום עכשיו לחליצה זו והוא מוכן ועומד לחלוץ כשיגיע זמנו גם

הרמ"א מודי בזה ומצאתי הדבר מבואר בישׁ"ש דיבמות. והב"ח והט"ז ס"ס קס"ה שכתבו בשם מוה' מנחם מענדיל מ"ץ שכתב וז"ל הרי התיר הר"ר חזקיה בשידך כבר ונראין דבריו ודוקא לכתחלה הוא דאסור לשדך משום דמכוער הדבר משום מראית עין עכ"ל והב"ח סיים בה ועיין בגוף התשובה בהגהת מרדכי דכתובות גם שם תשובות מהר"א כהן עיין באורך עכ"ל וכוונתו דשם מבואר דמתיר אף בשידך אחר שנפלה היבמה משום דאין בזה חר"ג כלל והנה לשון זה של מהר"ם מינ"ץ יש לפרשו בשני פנים שי"ל גם לאחר שנפלה היבמה אין איסור רק לשדך משום מראית העין שנראה כנושא שתי נשים אבל אם עשה מעשה ושידך כבר שרי לישא אותה או כוונתו מש"ל לכתחילה ר"ל אחר שנפלה קרינן ליה לכתחילה ואז אף אם עבר ושידך אסור לישא מפני מראית העין אף אפילו אם נפרש כן מ"מ מבואר שאין בזה רק משום דבר מכוער למראית עין והיינו בענין שיכול להחליץ עתה משא"כ בנ"ד שזו העכבה שאין מן האיש והוא רוצה לחלוץ רק משמים עכבוהו ומה שנושא זו המשודכת הכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה ע"מ שיפטור את חברתה ויוציאנה בחליצה כשיגיע לפרק בא סימן וא"כ אין כאן מראית עין ולא דבר מכוער כלל ומכ"ש אם נאמר דדברי מהר"ם מינ"ץ אמורים ע"ד זה שאין איסור רק לשדך לכתחילה אבל אי עביד מהני דכ"ש בזה דשרי דהתם לכתחילה לאו שפיר עביד משום מראית עין ואפ"ה שרי בדיעבד ומכ"ש בזה דשידך בעודו קטן שהרי אז בודאי לא היה מעולה ליבום ולחליצה ושידכוהו על סמך שיבדקוהו אח"כ כשיגיע לכלל שנים ואז יחליץ מיד ליבמתו ולא עלה על לב כי הסימנים לא יראו החוצה בשני גדלות דהא קי"ל כחזקה דרבא דכל שהגיע לכלל שנים כו' ואף דלחליצה בעי בדיקה היינו משום דאפשר לברורי כמ"ש הרמב"ן והרשב"א בחולין ובטור אה"ע והשידוך בהיתר נעשה ואף שבתשובות אבן השוהם קרא תגר על השידוך שנעשה אף שנעשה כבר כדי שלא יקדמנו אחר כו' לענ"ד לאו מלתא הוא כיון דידע אינש בנפשיה שבודאי לא ייבם הזקוקה לעולם למה ימנע עצמו מלשדך שהרי יוכל להיות שלמחר יביא סימנים ויחלוץ לה כדת והרבה דברים התירו בשביל שלא יקדמנו אחר:

ומכ"ש בזה"ז שאנו מתי מעט כו' וכמ"ש התוספות ובפרט בזה שאין כאן דררא דאיסורא כלל ועיין שם הטעמים שכתב בזה אין מחוור כלל אך גם הוא לא קאמר רק בנידן שלו שבשעת נפילת היבמה כבר היה בן י"ג שנים ולא נמצא לו סימנים דבזה איתרע לה חזקה דרבא ומ"מ חל עליה מצות יבום וחליצה דשמא נשרו ובשעה ששידך אפשר שהיה ראוי אז לחלוץ וכיון דלא חלצה ס"ל דיש למנוע אפילו מלשדך שנראה כמשדך עם אשה קודם שגירש הראשונה משא"כ בנ"ד שבשעת נפילה ליבום היה קטן שלא

הגיע לכלל הנ"ל. נראה דגם הוא מודה שנשתדך בהיתר שמובטח לכשיגיע לכלל שני גדלות שיביא סימנים ויחלוץ טרם ישא המשודכת וכיון שגם עתה רוצה לחלוץ אלא דאכתי לא אחזי לחליצה ה"ל כנשתדך כבר דשרי ומ"ש הח"צ דלא דמי לנשתדך כבר דהתם מטעם שחרם הקהלות קודם הדין עמו בזה לדחות דברי הרב השואל שרוצה לדמות זה לחילוק של מוה' חזקיה דשם אתי עלה מטעם חרם הקהלות קודם הדין עמו אבל לפי מ"ש דברי מהר"ם מ"ץ שנראה מדבריו דאין בזה משום חר"ג לכן אם נשתדכה כבר שרי אבל לא נשתדכה כבר ועתה הוא רוצה להשתדך אסור משום מראית העין א"כ שפיר ר"ל דכה"ג שנשתדך כבר כדיעבד דמי דאין לחלק בין נשתדך קודם שנפלה או אח"כ כיון דלאו מטעם חרם הקהלות אתי עלה דנשתדך כדיעבד דמי ולכתחילה אסור משום מראית העין א"כ אין חילוק דס"ס כיון דנשתדך שרי ומכ"ש בזה שנשתדך בהיתר וגם י"ל דהח"ץ שדחה דברי השואל היינו בעובדא דידיה שנפלה היבמה כשכבר היא בן י"ג שנה וחל עליו זיקת יבום וא"כ אפשר לומר דלא כל כמיני' לדחותה מעליה ע"י שיקבל חרם הקהלות בשידוכין משא"כ בזה דאף שכבר נפלה לו ליבום מ"מ האי שעתא קטן היה ולאו בר חיוב מצות וכיון ששידכו אביו אזי קיבל החרם והוא שתיק כשהגדיל ממילא חל עליו החרם של הקהלות ומצות זיקת יבום בבת אחת וכיון דהוא רק זיקה קלישׁ' לחליצה שפיר מידחי מקמי חרם הקהלות כמ"ש מהר"א שם להחזיק דברי מהר"ח בחילוק זה ע"ש ולפ"ז י"ל דהרמ"א נמי מודה בכה"ג דנ"ד שנשתדך בעודו קטן דיש להתיר כמו בנשתדך קודם שנפלה מטעמא דכתיבנא:

ובאמת שצ"ע על מהר"ם מ"ץ שכתב האיסור להשתדך לכתחל' משום מראית העין וזה לא נזכר כלל בדברי מהר"ח רק מספקא ליה אי שייך חר"ג בזיקה או לא אך העיקר נלענ"ד דודאי אין מקום לומר דזיקה ככנוסה דמיא שיחול חר"ג דאטו אם נפלה יבמה לפני יבם נשוי נאמר שאם לא יחלוץ מיד הוא עובר על חר"ג למ"ד דגם ביבמה תיקן והא ליתא דמ"ש הפוסקים ביבם נשוי כופין לחלוץ לאו משום שכל זמן שאינו חולץ עובר על חר"ג מחמת הזיקה פשיטא שז"א רק משום דמיירי שהיא תובעת אותו לחלוץ ולכן אם אינו נשוי אף על גב דלא שבקינן לי' ליבם מ"מ גם לחלוץ אין כופין שהוא יכול לומר שהוא רוצה ביבום לשם מצוה משא"כ היכא שהוא נשוי שא"א ביבום כלל דאז דינו כאומר איני רוצה לא לחלוץ ולא לייבם שרוצה לעגנה דאז כופין אותו מן הדין כמבואר שם אבל כשהיא אין תובעת לחלוץ פשיטא דלא כייפינן ליה לחלוץ משום חר"ג וא"ל דכיון שהוא מתרצה להמתין בחליצה שלה לא חיישינן ז"א דלאו בריצוי דידה תליא מלתא גבי חר"ג ולא מיבעיא ריצוי דידה לא מהני שהיא השניה אלא אפילו

ריצוי הראשונה לא מהני כמ"ש בד"מ והביאו הב"ש ועיין בשו"ת הר"ן סימן מ"ח דספוקי מספקא ליה בהא אם חר"ג הוא אף במקום שהיא מתרצה ע"ש. וצ"ע על הד"מ שלא הזכיר דברי הר"ן בזה. ועכ"פ כאן ביבמה נראה דלא איכפת לן בריצוי כלל דבלא"ה הדבר פשוט שאם לא מחמת שהיבמ' אינה רוצה להתעגן ותובעת חליצה לא היה כופין אותו לחלוץ כלל וטעמא משום דודאי לא שייך בזה חר"ג ביבמה שנפלה לו ממילא וע"כ לא פליגי על בעל התרומות אלא במ"ש אפילו נשוי אין כופין לחליצה משום דשמא מותר ליבם דלא גזר ר"ג באשה שהקנו לו משמים ובזה לא ס"ל כוותיה כמ"ש מהרי"ק וטעמא משום דס"ס אם ייבם אותה אשתו הוא ויחזיק ב' נשים ובזה גזר ר"ג אבל מכל מקום דוקא אחר שנתייבמה אבל קודם שנתייבמה אין כאן חר"ג לכולי עלמא ולפי זה היה נראה להתיר בפשיטות לישא אשה אחר שנפלה היבמה לפניו דהא ודאי עיקר תקנות ר"ג לא היה על שעת הנישואי' עצמם שהוא כמו רגע רק על קיומם לזמן דזיל בתר טעמא אי משום דבזה"ז קשה למיקם בסיפוקייהו או משום שלא יכנוס מריבה בביתו כמ"ש הר"ר אביגדור וכ"כ הר"ן בתשובה דלעיל וא"כ אין זה רק על קיום שתי נשים אבל לא על רגע דשעת נישואין וא"כ כיון דבנשואה שנפלה יבמה לפני בעלה אין מקפידין על תקנות האשה כל זמן שלא כנס היבמה אע"פ שהיא זקוקה לו ואע"פ שלא נשאה שייך קטטה כמ"ש לעיל מדברי הרמב"ם גבי תבע היבם לחלוץ וע"כ דלא חיישינן להא כל זמן שלא נשא היבם א"כ אף לכתחילה נמי למה לא יהיה מותר לישא דהא מיד שישא ליכא חר"ג ועל רגע דשעת נישואין פשיטא דלא שייך חר"ג דכל כמה דלא כנס לה א"צ תקנה ואחר שנשאה לא גרעה מיבמה שנפלה לו אחר נישואין אם אין תובעת לחלוץ ליכא חשש משום חר"ג ולכן ס"ל למהר"מ מ"ץ דאף בהך צד ספיקא דמהר"ח לאסור מחמת זיקה להשתדך אחר שנשאה לאו חר"ג ממש הוא אלא משום מראית העין בלבד כיון שאינו פוטר היבמה ונושא אשה זו נראה כאלו רוצה להחזיק בשניהם וז"ל נלענ"ד ג"כ דעת הרמ"א שכתב החילוק בין אם משודכת לו כבר שכתב בהגהמ"ר דלכאורה לפי הטעם שכתב שם דמחמת המשודכת חל החרם הקהל שלא ישא אחרת ולכאורה זה אינו רק לפי מנהג שקיבלו עליהם חרם הקהלות בענין זה אבל אנן לדידן דלא נתפשט לנו מנהג זה ולא קבלוהו בני מדינות אלו אפילו לענין החרם שלא לחזור בו וכמ"ש הב"ש בסימן צ"א ס"ק יו"ד דלא חששו לחרם כיון דלא נזכר בשאר פוסקים וצריך לכתוב החרם בפירוש ע"ש א"כ איך סתם הדברים וכתב בפשיטות דבנשתדך כבר שרי דמה מועיל שידוך כבר אם לא נתקשרו בחרם אתי חומרא דר"ג ובטיל ליה לשידוכין דידהו ונראה דרמ"א ס"ל לעיקר הטעם השני שכתב מהר"ח שם

בפירוש ר"י דקידש בהיתר אין צריך להמתין ומהר"א חיזק ראייתו דזיקה דלא קיימא ליבום לא בעי אפקעתא כולי האי ואפילו שידוכין מפקע להו שלא תאסור המשודכת קודם חליצתה של זו וס"ל לרמ"א דאפי' שידוכין בעלמא בלא חרם נמי מהני בה שלא אסרו אלא מפני מראית העין וכיון שהשידוכין קדמו להזיקה קלישא לא חששו לה וקצת צ"ע בלשון הר"א דאפשר דדוקא בשידוכין ע"י חרם קאמר דמפקיע ומ"מ בשיטת רמ"א י"ל כמ"ש דס"ל דלמאי דמייתי הר"ת מדברי הר"ח תו לא צריך להך מלתא בחרם הקהל ובהכי נתיישב לענ"ד מה שהקשה הח"צ על הרמ"א דבסימן א' נראה דמסכים להתיר בארוסה משום חר"ג ובסימן קנ"ט מחמיר לענין יבמה דהאי יבמה לא עדיפא מארוסה ע"ש באורך ולפי מ"ש י"ל דודאי בארוסה אין להחמיר כיון שאין בדעתו לכונסה רק לפוטרה כמבואר שם ואע"ג דלא פטרה עדיין אין כאן חשש מראית העין שרוצה לקיים שניהם דאל"כ הו"ל למפטר' בגיט' ז"א דדילמא העכבה ממנה שהיא אינה רוצה לקבל הגט ואפילו בארוסה אין לגרש בע"כ כמ"ש אא"ז מהר"מ מפאדווה בתשובה סימן י"ד אע"ג דס"ל דתקנת ב' נשים לא שייכה בארוסה ע"ש ואף אם נימא דלפי זה גם תקנת בע"כ אינה בארוסה ועיין בג"פ סימן קי"ט מ"מ אין ראיה במה דלא גירשה בע"כ דדילמא הוא זילותא טובא גבי' לגרש בע"כ כיון שהוא עצמה קידשה מדעתו ועכשיו יגרשנה בע"כ משא"כ ביבמה שאף אם היא אינה רוצה לחלוץ כופין אותה ואין זה זילותא לגבי' כיון דהוא לא קדשה רק ממילא נפלה ליה ואין חפצה בה כלל ולאו כל כמינה לסרב וכדאמרינן דמצי אמר כל כמה דאגודת כו' ואפילו בנשוי יכול לומר שמתיירא שיהיה לו מריבה בתוך ביתו מחמת היבמה כמ"ש לעיל וא"כ מעיקרא לא היה ליה להנשא עד שיפטור היבמה כיון שהוא בידו לכופה לחליצ' ולכן לא יתלו באמתלא זו ויאמרו שבאמת הוא רוצה להחזיק בשתיהם ומכוער הדבר משום מראית העין כמ"ש מהר"מ מ"ץ ונראה שגם דעת הרב השואל בתשובת הח"צ הוא דס"ל דחילוק השני שכתב הר"ח משום שנשתדכה בהיתר הוא עיקר וכדמשמע ג"כ מסוף דברי הראב"ן שהסביר פנים לזה דזיקה דלא אלימא אפילו שידוכין מפקעה שלא תאסר המשודכת קודם חליצתה של זו ולכן ס"ל דגם שנשתדכה ברשות ב"ד מהני שידוכין אלו כיון שאין סופו לבא לידי יבום לעולם ואין מקום להשגת הח"צ שכתב דהתם תליא מלתא אם חרם השידוכין קדמו דז"א דלחילוק הב' לא תליא מילתא בחרם השידוכין דאפילו בלא חרם נמי וכדמשמע מהרמ"א רק בעשה בהיתר תליא מילתא ולפי לשון השאלה בח"צ שנעשה השידוך בעודו קטן שהוא כעובדא דידן ממש כבר כתבתי שהיה מותר לשדך בלי פקפוק אך בלשון השאלה ראיתי באבן השוהם מבואר שכבר היה בן י"ג שנים ולכך

תלה הדבר לפי שנעשה ברשות ב"ד ובאמת שצ"ע על שינוי השאלה שהרי אותו הנדון עצמו שאל בעהמ"ח אבן השוהם להח"צ כמבואר שם בדברי בן המחבר ע"ש וקצרתי דעכ"פ בנידון שלנו שהשידוך נעשה בהיתר וגם התקשרות נעשה בחרם נראה פשוט דלכולהו טעמי שרי כמש"ל באורך ומכ"ש לפי מ"ש דאין כאן דרא דאיסור' כלל רק משום מראי' העין כיון שבידו לחלוץ מיד ואינו חולץ לה שנראה כרוצה להחזיק גם את זו וליבמה אבל היכא שאין בידו לחלוץ מיד כלל ליכא חשש זה ושרינן ליה לישא המשודכת לו בקטנותו:

ומ"ש בשו"ת אבן השוהם משום ביטול מצות יבמין כבר דחה שם דדוקא היכא שתפטור גם מחליצה והדברים פשוטין למעיין בש"ס ולכן מה שרוצה לומר דזהו טעם מהר"י מינץ משום דס"ל דאפילו אם מצות יבום קודם גזר ר"ג ביבמה וא"כ איכא ביטול מ"י משא"כ אנן לא ס"ל הכי א"כ שרי ממ"נ ע"ש שדפח"ח אבל לעיקרא דמלתא האמת כמ"ש תחלה דלא שייך בכי הא ביטול מ"י ופשיטא שא"ל כן דפשיטא דאף אי מ"י קודם למ"ח אם אינ' רוצה ליבם אלא לחלוץ אין בזה איסור משום ביטול מ"י כלל וא"כ מה לי שחולץ עכשיו או שיעשה מעשה שיצטרך לחלוץ ומ"ש שם דאם ישא אח"כ ח"ה דחה שם ג"כ וכבר כתבתי לעיל בזה בנ"ד אין כאן בית מיחוש וע"ש שסיים בה בנ"ד שא"א לו לחלוץ שהוי מצוה לא משהינן מצוה מן המובחר לישא כשהוא בן י"ג שנים שלימות והוא פשוט דלית דין ולית דיין שיפקפק ע"ז עכ"ל וכ"כ בשו"ת ח"צ ושם האריך דלמאי דפשיטא ליה להרמ"א דבארוסה לא החרים ר"ג א"כ יבמה לא גרע מארוסה ותמה על הרמ"א שלא שת לבו לדברי מהרי"ל סימן ק"א ותשובת מיימוני סימן ל"ד ע"ש בסוף התשובה שכתב שנעלם זה מהרמ"א ע"ש ואני אומר לא כן אבי שהרי בשו"ת סימן קנ"ד הביא דברי תשובת מיימוני אלו וכתב מכאן משמע דבמורדת אפי' ארוסה אנו מתירין לו לישא אחרת עיין לעיל סימן א' וסימן ע"ז מדין זה ובד"מ סימן א' כתב דר"ג לא גזר על ארוסה וכדברי מהרי"ק דלעיל ועיין בשו"ת מהרי"ק סימן ע"ד וצ"ו מדין זה (בדפוס ד"כ שבד"מ כתב מהרי"ל וכתב שלא מצא רק בתשובה סימן ק"א מיקל בגוונא דאיירי שם עכ"ל ולענ"ד ליתא אלא צ"ל ועיין בתשובת מהרי"ק שהבאתי בסימן ע"ז ועיין בסימן ע"ו בדין זה ור"ל דשם בסימן ע"ז מביא מתשובת מהרי"ק סימן פ"ג שכתב אבל ארוסה שמרדה בבעלה כו' אז יתירו לו והם דברי מהרי"ק שהביא בתשובת שבות יעקב ובח"צ שם ולא הי' נעלם מהרמ"א) ולקמן סימן קנ"ד דמשמע בתשובה שכתבתי שם (ר"ל הם תשובות מיימוני) דאף בארוסה יש להחמיר ע"ש. ונ"ל דהמיקל וסומך על דברי המתירין לא הפסיד שהרי כתבתי לעיל שלא גזר משום חשש איסור דאו' ואינה אלא

תקנה בעלמא ובשל סופרים הלך אחר המיקל כ"ש בתקנה בעלמא עכ"ל הרי מבואר שלא נעלם מהרמ"א הך תשובות מיימוני ומהרי"ק סימן מ"ג ואפ"ה פסק להקל ולכך לא חייש להביא דברי מהרי"ל שנוטין לומר דאף בארוס' תיקן ר"ג וכבר כתבתי שמהח"צ נראה שלא היה לפניו הד"מ על אה"ע ועיין שם מה שמשיג על השבות יעקב דמהרי"ל קדם למהרי"ק ומה שרצה בש"י ח"ב לחתור היבשה ליתא והאמת כהח"צ דמהרי"ל קדם ומזכירו בתוך תשובותיו כמה פעמים ע"ש סימן קט"ז זכורני כשהייתי תינוק שהיה אבא מורי כו' ודר שם רב אחד גדול בתורה והוה גריס וסבר טובא מוהר"ר יעקב לוי ז"ל ולפי דעתי הוא מהרי"ל המפורסם וכן בסימן קצ"ד בשאלה שם כתב ע"פ פסק הגאון מהר"י מרפריק ז"ל והוא בעל תה"ד שהי' תלמידו של מהרי"ל. בתשובת הח"צ ז"ל. ואמנם אף לפי מה שהעלה הח"צ דר"ג גזר בארוסה נלענ"ד דיש מקום להקל לכנוס אף שנפלה לו יבמה דיבמה בזה"ז קיל טפי מארוסה דבארוסה דגזר שלא ישא אחרת שלא יעגנה ויצטרך לכונסה או לפוטרה מדעתה כדת הנשים משא"כ בזה"ז כיון דלעולם לא תבא לידי נישואין כלל לא שייך הך טעמא (ועיין בח"צ שכתב טעמא כדי שלא למעט עונתה של זו ודבריו צ"ע דוודאי אסור לכונסה שאז יחול עליו חר"ג ובעוד שלא כנסה מה מיעוט עונה שייך בה) דאי משום כדי לכופו שיחלוץ לה אין זה ענין לתקנת ר"ג ותקנתו שלא לישא ב' נשים וכבר כתבתי לעיל שאם על צד כפיה ודאי שיכולין לעשות על דרך הרחקה שכתב ר"ת ובראיות הח"צ שם יש לי לישא וליתן אך אחר שגוף הדין קרב המתיר כמצותו שלא לענן האיש הזה כלל אי מטעם הגאונים הנ"ל ואי מטעמא דידי אשר לענ"ד פתח ההיתר הוא רחב כפתחו של אולם וכבר הבאתי דברי הד"מ שאף בפלוגת' דרבותא הענין הזה הסומך על המיקל לא הפסיד כו' ובזה המחמיר אתי לידי פסידא דמבטל ליה מפ"ו וגם שע"י יפסק הקשר ומי יודע אם לעת כזאת יגיע לזווג עצמו להגון לו והמחמיר בזה אינו אלא מן המתמיהין אך נלענ"ד שמ"מ ראוי לב"ד שקודם שיבוא לידי נישואין יפשרו בין היבם והיבמה בעסק החליצה שלא יהיה שום דבר חוצץ ביניהם וגם יתן ערבון כפי הנראה לב"ד באופן שתיכף שיבואו הסימנים שיהא ראוי לחליצה יחלוץ לה מיד בלי שום עיכוב ואיסור בעולם וכן נראה מהח"צ מדמדמי לנשתטית ושם נוהגין להשליש גט וכתובה וגם באבן השוהם בעובדא דידי' כתב יתפשרו ביניהם בעסק החליצה:

וגם יש צד היתר בזה כשהענין הוא ברצון האשה שהרי אף באשה גמורה כתב הר"ן בתשובה סימן מ"ח שיש מקום לומר שאין חר"ג כשהוא מרצונה ואף שהד"מ כתב שלא ראה נוהגין אף ע"י רצונה מ"מ ביבמה נראה דודאי יש צד היתר בזה אך כל זה לרווחא דמלתא שאם האשה תקשה ערפה שלא לפשר כפי אשר יראה לב"ד מחמת שנפשה

יודעת שהוא רוצה להקדים ליום הכניס' ותתן עיניה בממון יוכלו הב"ד להתיר לו אף בלי רצונה כי הנך טעמי דהתירא הם מספיקים אף בל"ז אך לרווחא דמלתא יש לעשות כמ"ש ושלום על דייני ישראל:

דברי זעירא מן חברייא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קמד

לה"ה הרב וכו' מו"ה יוסף אבד"ק בערזאן מה שהקשה מכ"ת בתוספות דסוטה דף כ"ג ד"ה כל הנשואות שכוונת תירוצם קשה להולמו. נלענ"ד דא"ש ומתחלה אבאר שנראה מדברי התוס' דדוקא אמנחת נדבה קשיא להו אבל במנחת סוטה אתי להו שפיר לכ"ע שיש לבעל שותפות בו כיון שהוא המביא המנחה עליה וכן אי אמרינן דאליבא דר"י היא מביא על אשתו גם מנחת נדבה א"ש דאתי כר"י דהבעל מביא מנחת נדב' עליה ואז שפיר יש לו חלק בו ולפ"ז צ"ל אע"ג דמ"מ המנח' היא קדושה לשמים מ"מ כיון שהוא הנותן המנחה משלו אף ע"פ שהיא מתכפרת בו ה"ל כאילו יש לו חלק בהקרבה זו אבל כאן כיון דאפי' לר"י אין לבעל שום זכות בהבאה זו והאשה צריכה להביא ולהקריב משלה היא מקרבת והיא מתכפרת ומה חלק יש לבעל בזה וע"ז כתבו לתרץ דהחלק הוא דמה שקנתה אשה קנה בעלה כדדייק בנזיר כו' ר"ל דהכא מיירי כדס"ד התם דלא מיירי שמקרבת המנחה ממה שקמצה או ממה שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות אלא דאקני לה סתם בעלה או אחר להקריב מנחה ואותו זכות שיש לה להאשה בהקרבת המנחה זו קנה בעלה והוי כאילו הוא שותף בהקרבה כיון שהזכות שיש לאשה זו להקריב ע"ג המזבח אותו הזכות הוא קונה ג"כ ואע"פ שהמנחה קדושה לגבוה מ"מ זכה במה שזכתה היא בה כיון שאינה מקרבת משלה ממש ממה שקמצה או ממה שניתן לה ע"מ וכו' דאז בעלה כאחר דמי אבל כשניתן בסתם אע"פ שניתן לצורך הקרבה מ"מ לא נפקע זכותו ממנחה זו והתם בנזיר שפיר מדייק הש"ס איהי מנא לה מה שקנתה אשה קנה בעלה דאי אקני לה לצורך הקרבת מנח' א"כ היינו רישא דתצא ותרע' בעדר דמידי דלא צריכ' לא אקני לה והא לא צריכ' כיון שהפר לה ובטלה ההקנאה ולכך הוצרך לאוקמי בקמצה או שניתן לה ע"מ כו' דאז היא שלה ממש אבל כאן בסוטה כיון דבאמת היא צריכה למנחה זו להקרב' שפיר מהני הקנא' בסתם להקריב מנח' זו והבעל יש לו זכות בהקרב' זו דמחמת מה שקנת' כו' אמרינן דכל זכות שתבא ליד' אית ליה גם כן זכיה בגויי' וזה ברור בכוונת התוספות:

ומילתא אגב אורחא אמינא שמה שהקשו התוספות בסוטה דף ו' ע"ב ד"ה כי קדוש דכיון דהוא היה מביא מנחתו עלי' אמאי נשרפת מ"ש מהא דאשה שנדר' בנזיר כו' אם

משלו תצא ותרעה בעדר כו' ע"ש ולענ"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם בהקנאת הבעל תליא מלתא ודלא צריכא לא אקני לה ואין כאן הקדש כלל מה שאין כן מנחת סוטה לאו בדידיה תליא אלא רחמנא חייביה שהוא יקריב המנחה עליה וכיון דהמים בודקין אף דאיכא עדים בעולם שפיר חלה קדושה על המנחה ממילא ולכך אם באו עדים אח"כ נשרפת שאין קדושת המנחה תלוי בהקנאת הבעל כלל אבל אם נימא דאין המים בודקים שפיר פריך תיגלי מלתא למפרע דקדושה בטעות הוא דהא קמי שמיא גליא שיש עדים בעולם ולא ליבדק עומדת ואינה ראויה כלל ואינה קדושה מאליה וע"ש בתוספות מ"ש לחלק בין האי דכריתות גבי אשם תלוי משום דלבו נוקפו גמר ומקדיש משא"כ כאן. משמע מדבריהם דאי הוי גמר ומקדיש שפיר היתה נשרפת וזה שלא כדברי רש"י ז"ל שכתב דהמנחה לא היה ראוי לכלי ואין כלי שרת מקדשין אלא בראוי כו' ולפ"ד רש"י אף ע"ג דהבעל גמר ומקדיש לא מהני:

ובזה א"ש מ"ש התוספות דף כ"ב ד"ה שבעלה בא עליה בדרך תימא לר"י אמאי נשרפת כו' דהמנחה לא היה ראוי לכלי ואין כלי שרת מקדשין אלא בראוי כו' ולכאורה לשון זה אך למותר ולפמ"ש י"ל דבדיוק נקטי הכא לשון רש"י דלפי שיטתם דלעיל לק"מ דנהי דהמנחה מצד עצמה לא קדשה כיון דקמי שמיא גליא שלא יבדקו המים מחמת שבעלה בא עליה מ"מ כיון שהבעל הוא יודע בנפשו שבא עליה ואפ"ה מביאה להשקותה ומביא המנח' הרי שגמר והקדיש ול"ק להו אלא לפי שיטות רש"י דאין קדוש לפי שכלי שרת אין מקדשין אלא בראוי אבל לשיטות התוספ' א"ש וכדכתיבנא ובזה יש ליישב מה שהקשה המ"ל פ"ב מהל' סוטה ה"ה דלהרמב"ם למה נקט בעלה בא עליה בדרך ה"ל למינקט שבא ביאה אסורה ולפמ"ש א"ש דבכה"ג אין המנחה נשרפת כלל כיון דהבעל לא ידע מזה אמרינן תיגלי מלתא למפרע. אך בריש פרק ארוסה דנקט האי לישנא לענין כתובה צריך ליישב כמ"ש המ"ל שוב ראיתי בתוס' י"ט כתב לתרץ קושית התוספות דסוטה ד"ו קצת באופן אחר ממ"ש ומ"ש הוא נכון לפע"ד:

ומ"ש מעכ"ת להקשות על הרמב"ם בהלכות סוטה שכתב ש"ז ולא דרך איברים דהא למ"ד ה"ע ממעט נשיקה ושוב כתב שמצא במ"ל שהרגיש בזה. ולענ"ד לק"מ שהרי התוספ' שם כתבו תימא דאיפכא מסתברא אלא למ"ד ה"ע בשאר עריות אבל נשיקה לא הכא מאי אצטריך קרא עכ"ל ור"ל דודאי להך מ"ד ליכא עדיפות לנשיקה מדרך איברים כיון דאיתתא לא מיתסרא לבעלה בהכי כמו בדרך איברים ורש"י מתרץ בלשונו הצח שכתב היינו דאיצטריך קרא למעוטי דלא תימא הראה היא עכ"ל ור"ל דמהך קרא גופא יליף הך מ"ד דנשיקה לאו הערא' היא וממילא שהוא דרך איברים וא"כ כיון שהרמב"ם

בהל' א"ב כבר אשמועינן הך דינא דאין איסור בעריות כ"א בהכנסת עטרה דווקא ממילא דכל שאין שם ה"ע היינו דרך איברים דלא הוי רק פריצות בעלמא כשאר דרך איברים: ומצאתי בפי' המשנה להרמב"ם ביבמות בפ' הבע"י שכתב וז"ל והעראה היא הכנסת עטר' ומפגיעת העטר' היא נקראת נשיקה עד הכנסת עטרה כולה אמנם הוא שמוש דרך איברים כו' עכ"ל מבואר להדיא כמ"ש דגם לנשיק' קרו שמוש דרך איברים כיון שאינו בכלל העראה. ונפלאתי על המ"ל דריש הלכות סוטה שכתב דבגמרא מוכח דאף אליבא דאביי קי"ל דנשיקה לאו כלום הוא איצטריך קרא למעוטי נשיק' אף דאין אשה נאסרה וא"כ איצטריך קרא למעט פחות מבן ט' דומיא דנשיק' ודרך איברים ובאמת ז"א לפמש"ל מדברי רש"י בסוטה שפירש דקרא ממעט דלא תימא נשיק' העראה היא ונאסרת על בעלה קמ"ל דלא:

ובהכי א"ש דברי רש"י ביבמות ד"ה הניחא וא"צ למחוק דלא מתסרא לבעלה וכצ"ל שפיר קאמרת דלא מתסרא לבעל' ולאו קנוי הוא ע"ש. גם מה שהקשה המ"ל שם על התוספות ר"פ ארוסה דמה יענו להא דפרט שקינא לה ד"א. לענ"ד לק"מ דהשתא דקמ"ל קרא דפרט לד"א ולא משגחינן בקפידות הבעל כ"א בדבר שנאסרת עליו וכדאיתא במשנה שהביאו התוספ' שם ממילא לא איצטריך קרא לשומרת יבם ובלא"ה נלע"ד דדרך איברים שאני שהיא קרוב למעשה הזנות ולוקה עלי' כמ"ש הרמב"ם בס' המצו' שזה מפעולות המעמיקים בזימה כו' ולכן שפיר ס"ד כיון דאם זינתה ממש אסירא ליה ופעולות אלו קרובים אלי' וחייב מלקות והבעל קפיד עליה שפיר מועיל הקינוי בזה משא"כ בשומרת יבם דהזנות גופי' לא אסר עליה אין מקום לקינוי לחול כלל אף לענין הפסד כתובה ועוד י"ל דקרא ודאי לא מיירי לענין הפסד כתובה דלא מיירי מינה רק לענין איסור ושפיר קשיא להו להתוס' דלמה צריך קרא למעוטי. וראיתי בס' שעה"מ פרק כ"א מהא"ב שהקשה אהא דאמרינן גבי אחות אשה דניתי עשה ונדחה לל"ת דנימא בעידנא דמעיקרא לאו דהיינו נשיקה דמחייב מלקות משום לא תקרבו כו' לא מקיים העשה כו' ע"ש ולענ"ד לק"מ דמלקות דלא תקרבו לגלות ערו' היינו על דברים המביאים לידי גילוי עריות וזה דוקא במקום שהביאה אסורה משא"כ כאן דאיכא עשה על הביא' ודחי ללאו ממילא אין בקריבה זו דברים המביאים לידי גילוי ערו' ומעיקרא אין כאן לאו על הנשיק' כלל וזה ברור:

והלום ראיתי בתוספ' יבמות ד"ה לשקינא לה וז"ל וא"ת אפילו אמר לה אל תסתרי סתם הוי קינוי וא"כ מה בכך אם הזכיר ד"א כיון דא"ל נמי אל תסתרי וי"ל דה"פ שקינא לה ד"א שא"ל איני חושדך אלא ד"א וכן שלא כדרכה. אבל האשר"י כ' סד"א בקפידא

כו' קמ"ל דלא גרע טפי מאילו אמר אל תסתרי סתם דנעשה כאילו א"ל איני חושדך אלא ד"א עכ"ל ונ"ל שתיבת דלא ט"ס וצ"ל דהא גרע והמ"ל הביא דברי התוספ' ולא הזכיר מדברי הרא"ש שחולק על התוספות וסובר דאפילו בסתם נעשה כאומר. והנה לדברי התוספות והרא"ש א"ש הא דקאמר סד"א בקפיד' ר"ל דהא עכ"פ קפיד הבעל אסתיר' וממילא חיישינן שמא זינתה ממש בסתירה זו ומשקין אותה ע"י קינוי זה קמ"ל דכה"ג לאו קינוי הוא אבל אי ידעינן דלא זינתה כלל בסתירה זו פשיטא דלא נאסרה דפריצותא בעלמא הוא ולא צריך קרא ע"ז. אבל הרמב"ם נראה דמפרש דהקינוי הוא בסתם אל תסתרי עם פלוני רק שהזנות הי' דרך אברים וקמ"ל קרא דש"ז דשריא ולדידי צ"ל דה"ק סד"א כיון דקפיד אסתירה והיא נסתרה אע"פ שלא נטמא' ממש אלא ד"א לבד קמ"ל קרא דש"ז דד"א לא נאסרה וזה מבואר מלשונו ספ"ג שכתב אשה שזינתה באונס או בשגגה או שבא עלי' זה שקינא לה עצמו ד"א אין המים בודקין אותה מבואר כמ"ש דהקינוי היא בסתם והביא' הי' ד"א וכדמסיים נמי שם פרט לבא עלי' דרך איברים ולהתוס' והרא"ש הוא להיפוך שהקינוי הי' ד"א אע"פ שאפשר שהיא זנות ממש אין המים בודקין דהקינוי לאו כלום הוא ולישנא דהש"ס דקאמר לשקינ' לה ד"א משמע כמ"ש התוס' ולישנא דקרא דממעט ד"א מדכתיב ושכב איש אותה ש"ז משמע דאביאה גופא ממעט ליה כהרמב"ם. וראיתי במ"ל שם שכתב אחר דברי התוספות ולפ"ז אני תמו' על רבינו דהא הי' לו ללמדינו דין זה בתחלת הלכות אלו כו'. מבואר דס"ל דגם הרמב"ם מפרש כפירוש התוס' ולענ"ד הוא תמוה. שנראה בעליל שהרמב"ם מפרש להיפך מדברי התו' וכדכתיבנא:

ומ"ש על דברי השואל בתשובת הרשב"א אם הודה החשוד כו' דאין מע"ר דהא הטעם משום קרוב וקרוב נאמן בע"ס לק"מ דאי לא פלגינן דבורא לא נאמינהו דא"כ כ"א לתפוס כל הדבור בשלימות וכיון שזה שהודה כשר לכל עדות שבתורה דאין אדם נפסל ע"פ עצמו דאין מע"ר וכיון שכן כמו שאין נאמן לעשות עצמו רשע ולפסול א"ע כמו כן אינו נאמן בזה שהאשה זינתה עמו וזה ג"כ שאמר לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ובודאי גם ר"י מודה שאינו נפסל ע"פ עצמו וכשר לכל עדות שבתורה אלא שעל עדות זה עצמו א"א לנו לקחת מקצת מה שמועיל לגבי אחרים ולהניח המקצת מה שמעיד על עצמו ואם נאמר דלא נעשה רשע ופסול על עצמו א"כ גם בטל מה שמעיד על האשה ואם אנו באים לדין ע"פ עדות זה אנו צריכין לקבל העדות בשלימות וא"כ ממילא דהו"ל רשע ופסול וזה ג"כ כוונת השואל אלא שקיצר ודבר זה מבואר ג"כ ביבמות דף ק"ה דלר"י דסבר לא פלגינן דבוריה פסול לעדות אשה האומר הרגתיו אע"ג דכל

הקרובים כשרים לעדות אשה מ"מ אין זה מועיל כאן דהא לענין שיהא דינו כרשע ופסול לא מקבלינן סהדותיה וממילא דכל העדות בטל ואם תתפוס בעדות זה להקל מטעם קרוב נאמן א"כ נאמן ע"ז שהוא רשע ג"כ שא"א לחלק הדברים והדר דינא דרשע פסול לעדות ועיין בשו"ת נ"ב חלק אהע"ז סימן ע"ב שרוצ' ליישב דברי הרשב"א בזה והוא תמוה מהסוגיא וכבר כתבתי זה להגאון ז"ל בחייו ועשה סניגורית לדבריו בדוחק. אבל קושטא דמלתא כדכתיבנא:

ומ"ש על דברי המ"ל פ"ב מהל' א"ב מ"ש דברורים של דבריו דעובר על דא חוששין שמא זינתה וכשהוא רוצה לברר נוטלת כתובתה דתיקשי ממתני' ד"ה נשים נאמנות להשקא' ולא לכתובה וכן בההיא דמתו בעליהן כו' דאי כגבוי דמי נוטלת ואמאי הא הוי עוברת ע"ד והתורה עיכבתה מלשתות עכ"ד הנה לדברי מעכ"ת עדיפא מינה ה"ל לאקשוי' דהא הלכתא כב"ה. דלא שותות ולא נוטלת כתובה וא"כ אמאי בה' נשים נוטלת כתובה ול"ל למכ"ת לאקשויי מחמת עוברת ע"ד שרבנן עשהו ס', טפי הו"ל לאקשויי הא יש כאן ס' סוטה דאורייתא ולב"ה בכה"ג לא נוטלת ומצאתי בס' ב"מ שהקשה כן והאריך:

ולענ"ד לק"מ דלענין כתובה שבאו נשים אלו להפסידה ממון כיון דחשדינן להו דמשקרי שפיר נוטלת כתוב' ודוקא במתו בעליהן כו' כיון דעכ"פ היא גרמה שנכנסה לבית הספק ונסתרה אף שאמרה הביאו לי בעלי ואשתה אפ"ה ס"ל לב"ה כיון דלאו אינה נוטלת משום שהסיבה שאירעה גרמה שא"א להשקות' משא"כ בה' נשים דהיא טוענת ברי ורוצה לשתות ומה לה בכך שאנו חוששין לנשים היא אומרת דשקראין הן ומשום שנאה עבדו ואדרבה אם נרצה שתפסיד כתוב' ממילא שאין לנו להאמין כלל אף לענין השקאה דחשדינן למשקרי ואף שהתור' האמינ' לכל עד שיש בה והנך נשים בכלל היינו דוקא היכא שאין לחוש רק למשקרי' באיסור אבל הכא שיש לחוש שמשקרי להפסידה ממון בזה לא האמינה תורה ומה שהקשה מהא דמתו בעליהן פשיטא דלק"מ דודאי אי כגבוי דמי שפיר נוטלת כתובתה דהא לא עדיף ס' עוברת ע"ד מס' סוטה דהיא ס' זנות דאורייתא ונוטלת כתובה ואין להאריך. ועיין בתוס' יבמות דף ל"ח שכתבו בשם ר"י לחלק בין הך דמתו בעליהן ובין הך דארוסה ושומרת יבם דשם הוא נתנה כו' והוא בחילוף הירושלמי ואח"כ כתבו ועוד דארוס' אין לחושב' כעוברת ע"ד כיון שא"א לה שתבדוק עכ"ל ונראה שט"ס וצ"ל יש לחשבה כו' ומחלקים בין אפשר לה שתבדוק אז לאו עוברת ע"ד היא וצ"ע על המ"ל שלא הזכיר מדברי התוספות. שוב מצאתי בס' כתובה סימן קט"ו שהרגיש בזה על המ"ל ומחמת הנחיצ' אקצר וד' חסד נוצר. שלומו לא יבצר. דברי מחו' הדורש באהבה:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד

שאלה קמה

שנית בענין הנ"ל לרב הנ"ל מה שכתב על זה שתירצתי קושית התוספ' בסוטה דף ו' דלפי תירץ הא' בש"ס דנזיר מקשים התוספ' שפיר דגם בסוטה אף דמשועבד לה מ"מ היכא דלבסוף א"צ להביא אינו קדוש לענ' לק"מ דהתם מיירי שהיא לקחה בהמה משלו בלא דעתו והקדוש' מחמת דמשועבד לה וכיון דבאמת לא צריכא בטל השעבוד מעיקרא והוי כהקדישה דבר שאינו שלו משא"כ בסוטה דהתורה חייבתו להבעל להביא המנחה והיא כתורה עשתה והביא' המנח' ובההיא שעתא שפיר קלטה לה קדושה דמי יימר שיבואו עדים טרם שתשתה ואף דעתה באו עדים וא"צ עוד לא בטלה קדושת' בשביל זה אבל התם שהשיעבוד הי' בתנאי כתובה כשתצטרך להקריב וכל שבאמת אינה צריכה להקריב מעיקרא לא אשתעבד והפרשת' לא כלום הוא ומה לי שהקנה לה שאם תצטרך לכפרה תקח מבהמותיו או שכך נשתעבד לה בכתובתה והנך לישנא תרווייהו כהדדי נינהו רק דמעיקרא ס"ד דשיעבוד דתנאי כתוב' עדיף ע"ש:

ומ"ש על מ"ש דרש"י ותוס' פליגי שז"א דגם רש"י סובר דהוי הקדש טעות ויוצא בלי פדיון ימחול מכ"ת לענין במכתבי שכתבתי דלרש"י אע"ג דהבעל גמר ומקדיש לא מהני משום דהכלי אינו מקדש ע"ש ורש"י ודאי מודה להתוספות בהא דהיכא דאיכא למימר תיגלי למפרע אף פדיון א"צ דגם קדושת הפה הי' בטעות רק במה דס"ל להתוספות בקדושת פה לחוד סגי היכא דאמר ומקדיש בזה סובר רש"י דלא סגי בהכי לחוד אלא אע"פ כן יוצא לחולין ע"י פדיון עכ"פ כיון דהכלי אינו מקדש רק הראוי לו אבל בהא דקדושת הפה בטעות לאו קדושה לא פליגי וזה מבואר בכריתות דף כ"ד דמייתי מהא דסוטה הוזמו עדיו תצא לחולין לפלוגתא דר"י ור"א דמר מדמי עדי אשם תלוי שהוזמו למנחת קנאות ואידך מנחת קנאות לאו לכפרה אלא לברר עון קאתי כו' והתם קדושה מאליה אין כאן כיון דקמי שמיא גליא דסהדי שיקרא נינהו והלכך אין כאן קדושת כלי וגם קדושת פה אין כאן לאצריכ' פדיון עכ"פ דקדושה בטעות הוא כיון דלברר עון קאתיא לא גמר ומקדיש וזה לשיטת רש"י אבל מהתוספות משמע דבגמר ומקדיש לחוד תליא מילתא דאל"כ איך רצו לדמות כאן להא דאשם תלוי עד שהוצרכו לחלק דהתם גמר ומקדיש תיפוק לי' דאפילו אם כאן נמי גמר ומקדיש מ"מ לא היתה נשרפת אלא יוצא לחולין ע"י פדיון עכ"פ דאין כאן קדושת כלי דאין מקדיש אלא בראוי לו והאיר ד' את עיני ומצאתי בירושלמי דסוטה פ"ג הלכ' ג' תני ר"ח עד שהוא בדרך מנחתה הוא קדושה אמר ר"י בר בון מתניתא אמרה כן שבעלה בא עליה בדרך. ונראה שר"ל דקשיא ליה

קושיית התוספות דבכה"ג למה נשרפת נימא תיגלי מילתא למפרע ולזה קאמר דמינה מוכח דעד שהוא בדרך מנחתה קדוש' ולפי"ז שפיר משכחת לה שכבר הפריש מנחת' קודם שבא עליה ולא שייך תיגלי מילתא כלל וא"צ למ"ש בקונטריסי הראשון דלא שייך תיגלי מילתא שמאלי' קדושה דבלא"ה א"ש כגון שקידש' קודם שבא עלי' ועכ"פ מוכח מהירושלמי דלאו בקדושת כלי תליא מילתא דאפי' עדיין לא קדשה בכלי מנחתה נשרפת אלא דהא גופא צריך תלמוד דלמה יגרע מנחה זו משאר מנחות דעד שלא קדש בכלי יפדו:

ומצאתי בקרבן העדה שכתב לחלק דנטמאת שאני שעדיין צריכין למנחה משא"כ בזה שא"צ לה עוד ולענ"ד יש לחלק ג"כ דהתם שנטמאה הוי פסול בגופה של מנחה וניכר וידוע לכל אבל הכא אין הפסול בגוף המנחה תשרף מדרבנן שמא יאמרו מנחה טהורה יוצאת לחולין ע"י פדיון אלא דמש"ס דידן דפריך על רב ששת מהא דשבאו לה עדים כו' תיגלי מילתא למפרע כו' לא משמע הכי ואף די"ל דהמקשה סובר דמדאורייתא היא מ"מ ר"פ דמשני מדרבנן גזירה שמא יאמרו מוציאין מכלי שרת כו'. ל"ל הא דאפילו בלא קדושת כלי איכא למיגזר אלא ע"כ דאין חילוק דאף בלא אירע הפסול בגופה של מנחה נמי תצא לחולין ע"י פדיון קודם קדושת כלי ולא יתלו שמנחה טהורה דמסתמא ידעו שבאו עדים שהיא טמאה וכיוצא בזה ומה שאמרו שם עדי' זוממים קלא אית להו היינו דבזה ידוע לכל שהקדש טעות הוא למפרע משא"כ בבאו עדים שהיא טמאה וכיוצא בזה אף שהעולם ידעו מזה וסברו שהפסול הוא מכאן ולהבא ולא למפרע וזה נראה מל' רש"י שכתב קלא אית להו הכל יודעין שהקדיש' טעות ור"ל אבל בהנך אף שעכ"פ ידעו דהקדישה בכדי לא פקעה מ"מ יסברו שאין כאן פסול למפר'. ועדיין צ"ע בענין זה ואין הפנאי מסכי' עמדי לברר הכל כראוי:

ובמ"ש ליישב קושית המ"ל על הרמב"ם דלמה לא נקט במתני' בא עליה ביאה אסורה שכתבתי ליישב משום דכאן לא ידע הבעל וע"ז תמה מכ"ת. האמת אגיד שגם בעיני יפלא כי כעת איני זוכר מה שעלה על לבי בזה ואפשר שמחמת הנחיצה ואגב שיטפא רהיט ליה קן קולמסא. אך כי היכא דלא להוי כחלמא דלא מפשר ואגרתא דלא מיקריא והדבר יצא מפי לא ישוב ריקם ונתיישבתי קצת לתקן הדברים שיהו קיימין ומתחלה אבאר דודאי הא דקתני ושבעלה בא עליה בדרך המנחה נשרפת לא מפי הבעל אנו קיימין שאומר כן דלאו כל כמיני' למשוי נפשי' רשיעא ואף אם אומר ששוגג היה מ"מ הא בא עלי בדרך לא שכיח כמ"ש התוספות ולא כל הימנו לשרוף קדשים על פיו ואין לומר דכיון שהוא אומר שבא עליה בדרך מהמנינן ליה דלא יהא אלא בעל' אינה רוצה

להשקותה דמנחתה נשרפת דז"א דהיא גופא ק' דלמה נקט כלל שבא עליה בדרך ואף ע"פ כן רוצה להשקותה כו' דהא היא בכלל שבעלה אינו רוצה להשקותה ודוחק לומר שבא עליה דכיון דדינא הוא שאין להשקותה אמירתו דהאי שרוצה מידי משש' אית ביה א"ו דמיירי שכבר שתתה וכרבנן דר"ש דס"ל משק' ואח"כ מקריבה וקמ"ל דכיון שאין המים בודקין מנחת' נשרפת וא"כ פשיטא שאין לנו לסמוך על הבעל שאומר שבא עלי' ולשרוף את המנחה אע"כ מיירי שנתברר לפנינו שכן הוא:

אך אכתי קשה לפמ"ש המ"ל הא דסמכינן להתירה לבעלה ע"י שתי' ולא חיישינן שמא הא דלא בדקוה המים משום דהבעל אינו מנוקה מעון משום דע"כ מוכח דעכ"פ לא ידע בשעת השקאה מזה דאל"כ לא הוי משקה אותה בחנם ע"ש באורך ולפ"ז אכתי תיקשי דמנא ידעינן דידע הבעל בשעת השקאה ואף שהוא אומר שידע מה יושיענו זה דהא אומדנא דמוכח שאומר שקר דהא ע"פ אומדנא זו מתירין אותה ע"י שתיה וגם בבאו עדים שהיא טמאה אמרינן דס"ד סהדי שקרי נינהו ולא אמרינן דשמא הבעל אינו מנוקה מעון משום אומדנא זו עיין במ"ל שם וא"כ מכ"ש שאין הבעל נאמן בזה. אך י"ל דלכאורה קשה במ"ש המ"ל דאומדנא היא דאל"כ למה משקה אותה דהא י"ל דמחמת שנאסרה עליו ע"י קינוי וסתירה והוא רוצה שתהיה מותרת עליו הוא משקה אותה אף שיודע שלא יבדקו אותה המים וכמ"ש התוס' בגיטין דף י"ח דאף בזה"ז שייך שמא יחפה כדי להתיר אותה עליו ע"ש אך י"ל דשפיר כתב המ"ל דהוי אומדנא שאין משקה בחנם שא"ל בשביל להתירה עליו משקה ז"א דלהא לא חיישינן דמזוהמת היא בעיניו כדאיתא בירושלמי המגרש אשתו ולנה בפונדקי דב"ש לטעמייהו דס"ל לא יגרש אא"כ מצא בה ערות דבר הלכך מזוהמת היא בעיניו ואינו חשוד עליה כו' והוזכר סברא זו ג"כ במ"ל שם (והכי קי"ל בש"ע אה"ע סימן קי"ז ומ"ש שם הב"ש לחלק בין זנות ודאי לזנות ספק צ"ע כיון דמקור הדברים מהירושלמי הנ"ל והתם אפילו מצא בה ערות דבר ע"י דבר מכוער סגי ע"ש בירושלמי ומ"ש הב"ש דאסרינן להתייחד כשנאסרה ע"י קינוי וסתירה וכן מהא דמוסרין שני ת"ח כו' יש ליישב ואין כאן מקומו). ולפ"ז צ"ל בהך דגיטין דשמא יחפה שלא יצא שם לעז על הבנים כמ"ש התוספ' שם אח"כ משא"כ לשמא ירצה לדור עמה להא ל"ח ולפ"ז א"ש בהא דמהימנינן לבעל שידע בשעת השקאה שחטא דאין כאן אומדנא ממה שהשק' אותה שי"ל שרצה שתהי' מותרת לו וא"ל דמזוהמת היא בעיניו ז"א דהא קמן שבא עליה בדרך ואינה מזוהמת לו ולפ"ז א"ש קושית המ"ל דה"ל למינקט בא ביאה אסורה דלא הוי מצי למינקט הכי דבזה האומדנ' קיימת שלא ידע בשעת השקאה והיא מנוקה מעון ושפיר קדשה ואינה נשרפת וא"ש ודו"ק:

ודרך אגב ראיתי שצריך להבין לפמ"ש דמתני' כרבנן דאמרי משקה ואח"כ מקריב דאל"כ מאי קמ"ל בהא דבא עלי' בעלה כו' ולפ"ז ק' מאי קאמר שבעל' אינו רוצה להשקות' כיון דקודם השקאה היא עדיין לא נתקדשה בכלי כלל וכמ"ש התוס' ר"פ הי' נוטל דלרבנן מקדיש בכלי אחר השקאה וצריך לדחוק דמיירי שקידש בכלי קודם השקאה דבדיעבד כשר לרבנן ולפמ"ש הרמב"ם דהקידוש בכלי היא קודם השקאה ואחר השקאה הוא עושה שאר סדר ההקרבה א"ש דהך שבעלה אינה רוצה להשקות' מיירי אחר הקידוש קודם השקאה והך שבעלה בא עלי' היינו אחר השקאה קודם הקרבה נודע שבא עליה אפ"ה מנחת' נשרפת דשוב לא יבדקו אותה המים. ובקרבן העדה דף י"א משמע מדבריו שלהרמב"ם הוי הקידוש אחר השקאה ע"ש בד"ה וז"א אלא כמ"ש ועיין מ"ל פ"ג ה"א מ"ש וכן הא דתנן כו' אלא קודם קידוש כלי היה משקה והנה רבינו ז"ל כו' וצ"ע שלא נתעורר גם בזה על הרמב"ם שכתב השקאה אחר קידוש הכלי:

ועוד נראה ליישב קושיא זו באופן אחר דברישא דבמתני' איתא שם פלוגתא דר"ש ורבי אם זכות תולה במים ולר"ש אין זכות תולה שא"כ מדהה אותה כו' ומשמע דסיפא דקתני ואלו שמנחותיהן נשרפות אתי ככ"ע (ומכ"ש לפי מ"ש מ"ל דהך ושבעל' אינו רוצה להשקותה דפשטא דלישנא משמע שקידש בכלי קודם השקאה ולשיטת התוס' היינו כר"ש דס"ל מקריב ואח"כ משק' אלא דלעיל דף ק' מוקי ר"ח מתני' כר"ע דס"ל ג"כ מקריב ואח"כ משקה ובזכות סבר כרבנן א"כ אין מזה ראי') אפי' לר"ש ולפ"ז צ"ע דלר"ש מה בכך דזכות אינו תולה אכתי אתה מדהה המים שיאמרו שבא עליה בעלה אלא שבזה י"ל דבא עלי' בדרך לא שכיח כמ"ש התוספות אלא שאכתי קשה ניחוש שבא עלי' ביאה אסורה דלשיטות הרמב"ם אף בכה"ג אין בודקין וראיתי במ"ל שהרגיש בזה וכתב דלפי מ"ש רש"י ביבמות איכא דלא דריש הך דרש' דונקה האיש מעון ואפשר דר"ש הכי ס"ל כו'. ודבריו צ"ע דא"כ למה הוצרך לדחוק ביבמות להביא ברייתא ה"ל לאתויי דר"ש ואף שי"ל דבעי לאתויי מברייתא דלא ס"ל נמי דרשא שקדמה שכיבה כו' מ"מ הרי התוס' שם סתרי פרש"י וכתבו דמשמע דליכא מאן דפליג אהך דרשא וגם דמתני' דהכא קתני סיפא שבא עלי' בעל' ומשמע דאתיא ככ"ע אף לר"ש ולכן נלענ"ד דודאי כ"ע איתי להו הך דרשא דאין הבעל מנוקה מעון דר"ש ס"ל דהך דרשא היינו שיהא מנוק' מעון זה שלא בא עליה אחר שנסתרה אבל ביאה אסורה אחרת ליתי לן בה וממילא דלק"מ אתה מדהה דבא עלי' אחר שנסתרה ל"ש דמזוהמת הוא בעיניו משא"כ לדידן דקי"ל דלא כר"ש אלא זכות תולה לא קי"ל כר"ש גם בהא אלא בכל ביא' אסור' אין המים בודקין כדמוכח מברייתא דונקה כו' דמייתי בסוטה דף מ"ז דמסיים בה ואומר לא אפקיד כו' דמוכח מינה דאפי'

בשאר ביאה אסור' אין בודקין כמ"ש רש"י שם וכדברי הרמב"ן שהביא המ"ל. ובהכי א"ש מה שדקדק המ"ל על רש"י דמפרש בכל דוכתי דאין מנוק' מעון היינו שבא עליה אחר שנסתרה משום דרש"י דרשא הפשיטא נקט דכ"ע סברי הכי דאף ר"ש מודה בה משא"כ בא ביא' אסור' דלר"ש שפיר בודקין דאל"כ מדהה אתה כו' ולפ"ז א"ש נמי הא דתנא דמתני' נקט בכל דוכתי שבא עלי' בעלה משום דהוא מלתא דפסיקא אף אליבא דר"ש אבל אנן לדידן דלא קי"ל כר"ש לענין זכות שפיר מפרשי' דבעי שיהא מנוקה מעון כל ביאה אסור' כדמוכח מהברייתא דנקט ואומר לא אפקיד כו' והוא נכון כ"ד מחו' הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שו"ת בית אפרים הלכות סוטה

שאלה קמו

מר יניקא שיננא וחריפא חריפותא דנהרא נקיט ואתי מטינר' רבא ותקיפא. לחיי אריכא. יגלוף בגילופא. ה"ה כבוד אהו' ש"ב ומחו' ידיד נפשי ולבי החריף ובקי בחדרי תורה. מתמיד ומצ' כדי מדתו עד שתעלה תמרתו. ילכו יונקותיו. ירבו פארותיו. עד ישוב אל אחוזת אבותיו כש"ת מוהר"ר מרדכי זאב שיחיה:

אחד"ש הגיעני מעשה אצבעותיך. אריתי מור בשמיך קראתי לשבת עונג וראיתי ונזכרתי אמרי קדוש הגאון המפורסים בעל המחבר ס' מגיני שלמה ופ"י ז"ל שיש תח"י תשובתו בכתיבת יד שהשיב לתלמידו אא"ז הגאון בעל הש"ך ז"ל אשר רמז עליך בש"ך יו"ד סימן ס"ח לענין עירוי וז"ל שלום אשוב לשואלי לאוהבי תלמידי חביב לי כבני יניק וחכם דול' מים מתוקים מבארות עמוקים מוה' שבתי נ"י. הנני אוסיף להפליא עליך הפלא ופלא אשר יש לך אב בחכמה מלא דעת ומזימה ולא נעלם ממנו מאומה והלכת לישא דעי למרחוק לשאוב מי בארי ואין משיבין את הארי מ"מ לא אמנע טוב מבעליו ואחוה דעי הגם כי לע"ע טרידנא מאוד מ"מ פניתי מעסקי ע"ד אשר הקשית לשאול כו' עכ"ל הטהור וכאשר יאמר המושל בים התלמוד הגאון ז"ל כדבריו כן הוא בנושא שלנו ובדרך הזה אצא אליך להשיבך ריש מילין לפי זמן המוכשר אף דמטי שלוחי תשרי ויומא דחושבנא ולא שליפנא ומחוינא הכי דינא והכי דינא ומתעסק בעלמא אנא לאחוז בסנסני תמרים. וראש מלילות אמריך ואני בא בדבריך אשר כתבת ליישב דברי הרא"ש סוף נדרים דמחלק בין אומרת גרשתני לטמאה אני לך דבגרשתני אינה רוצה להיות באיסור כל ימיה וע"ז תמהו האחרונים דהא ר"ה בש"ס לא אתו עלה אלא מטעמא דבגרשתני ידעה דמשקרא ואין מעיזה וע"ז כתבת דהנה בא"כ נאמנת גרשתני אף בלא טעמא דמעיזה דלא שייך תירוץ הר"ן דאפקיעינהו כיון שהם באים בטענות גירושין וקשה בטמאה אני לך תהא נאמנת במיגו דגרשתני ולזה בא הרא"ש לתרץ דא"נ במגו משום שאינה רוצה כו'

עכ"ד והנה אם עלה במחשבה לפניך דבגרשתני דא"כ נאמנות בלא טעם דמעיזה להנשא לשוק בלא גט תמה על עצמך שהרי ממקומו הוא מוכרע שהרי מתניתין דטמאה אני לך מיירי בא"כ ועלה קבעי גרשתני מהו וקאמר ר"ה דמהימנא משום דאין אשה מעיזה אלמא דאף בא"כ מהאי טעמא אתינן עלה ועוד כי הוא דבר שא"א לאמרו כיון דליכא טעמא דלא מבזי נפשה וגם בלא טעמא דמעיזה דאף בפניו נימא דמעיזה דלא כר"ה א"כ פשיטא דלא מפיה אנו חיין לאפוקי נפשה מחזקת א"א למנסב לעלמא בלא גט דאטו משום דשויתיה נפשה ח"ד תהיה מותרת לשוק בלא כלום הא ודאי ליתא:

ואם נפשך לומר דבאמת אין להתירה בלא גט רק כיון דמחמת טענתה גרשתני א"א להתירה לבעלה כהן ולכן כופין אותו להוציאה ולכן קשיא לך דבאומרת נאנסתי תהיה נאמנת במיגו דגרשתני לענ"ד גם זה אינה מטעם שאבאר לקמן אך לכבודך ולמען לימודך אימא בה מלתא להשתעשע עמך ומתחלה אבאר מה דקשה לכאורה לפי המשנה ראשונה באומרת טמאה אני לך יוצאת ונוטלת כתובה שהרי בב"ב דף מ"ח אמר ר"ה תלוהו וזבין זביני זביניה מ"ט אגב אונסה וזוזי גמר ומקני אמר ר"ה מנא אמינא לה דתניא יקריב אותו כו' ואלא מסיפא וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו כו' והקשו התוספות דגיטי נשים דבעי למיגמר מינייהו הא הוה כמו תלוהו ויהיב דאינה מתנה ותירצו דהוה כמו מכר שנפטר ע"י כך משאר כסות ועונה ושוב כתבו שא"א לומר כן דהא מעושה שלא כדין פסול ותירץ ר"י דכל דבר שהוא מחויב לעשות הוי כמו מכר כו' ולקמן נמי הוא מחויב לגרש את אשתו דמיירי בהנהו שכופין אותו להוציא אבל שלא כדין הוי כמו תלוהו ויהיב דלא הוי מתנה עכ"ל:

והנה בש"ס שם דחו לה דילמא שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים מבואר מזה דלמאי דבעינן למימר דהך דגיטי נשים מטעמא דתלוהו וזבין אתינן עלה דהיינו לפי שהוא מחויב מדינא לאו חד טעמא הוא אם מצוה לשמוע כו' רק כיון דידע בנפשיה שמחויב מן הדין לעשות כן כקיבל זוזי דמי וכן מבואר להדיא בדברי רמב"ן ע"ש ולפי זה קשה למאי דבעינן למימר מטעם דתלוהו וזבין התינח בגט מעושה באלו שכופין להוציא דחשיב בכתובות שהוא יודע שמחויב בדבר מן הדין להוציאה אמרינן דגמר ומקני משא"כ באומרת טמאה אני לך למשנ' ראשונה שכופין להוציא קשה מאי מהני כפיה דהא הו"ל תלוהו ויהיב שהרי הוא אומר שאינו מאמין לדבריו ואינו רוצה להוציאה ולא ידע בנפשיה כלל דנימא כיון שיודע שמחויב מדינא גמר ומקני ובשלמא אי אמרינן מצוה לשמוע שפיר כיון דעכ"פ מצות חכמים עליו להוציא גמר ומקני משא"כ אם נימא דדוקא שמחויב מדינא ובעינן שידע דכן הוא דאז הו"ל כשקיל זוזי מה בכך שכופין

אותו ודוחק לומר כיון דחכמים האמינוה משום דלא מבזיא נפשה אז ע"י כפיה גם הוא גומר בדעתו דז"א כיון דחזינן שלדעתו היא משקרת אין הכפי' משנה מחשבתו אשר חשב עליו:

ונראה לפענ"ד דא"ש דהנה התוספות דחו תירוצא קמא דהוי כמכר שנפטר משאר כסות דא"כ שלא כדין נמי כו' ולכאורה הך מלתא גופא טעמא בעי דלמה באמת לא נחשב את העשוי כמכר מהאי טעמא ובאמת אף שלא כדין יהיה כשר אך באמת הדבר מבואר באותו סוגיא שם דף מ"ח ע"ב בתוספות ד"ה מקדש בביאה כו' וי"ל דכנגד גופיה שקנוי לו מתחייב שאר כסות ועונה ואף ע"ג דפרישית לעיל גבי גט דלא חשיב זביני מה שהבעל נפטר משאר כסות ועונה ה"מ בעל שהיה נותנם ברצון ולא היה מגרשה עכ"ל:

ולפי זה א"ש דזה שייך בכל אלו שכופין להוציא שהבעל מרוצה ליתן שאר וכסות ושלא לגרש אם אין ריווח בגירושין אלו משא"כ בא"כ האומרת נאנסתי למשנה ראשונה דנאמנת ושוי נפשה ח"ד ומ"מ בשאר כסות עדיין חייב דהא אית לה כתובה וכל תנאי כתובה וא"כ פשיטא שאסורה עליו איסור דלעולם שאינו נותן ברצון שאר כסות רק שמחויב מחמת ת"כ הילכך אף ע"ג דתירוץ הב' דהתוספות מחמת חיוב מדינא ליתא הכא כיון דאיהו לא ידע מ"מ בזה שוב הדרינן לתירוץ קמא דהתוספות דמשום דנפטר משאר וכסות דהכא ודאי חשיב שאר וכסות שנפטר מזה כמכר בעלמא וגמר ומקני והוא נכון לענ"ד:

ולפי זה חזר הדין באשת כהן שאומרת גרשתני אם נימא דנאמנת למשוי נפשה ח"ד מ"מ לא מהני לכופו להוציא' היכא דלא שייך חזקה דאינה מעיזה כגון שלא בפניו או למאן דל"ל דר"ה דלא מיבעיא לתירוץ הב' דהתוספות דמה שמחויב מדינא גמר ומקני לא שייך כאן כיון שלפי טענתו היא משקרת ואינו מחויב כלל לגרשה ועדיף מאומרת טמאה אני לך דאף שאינה מאמינה מ"מ עכ"פ הוא דבר שאפשר להיות משא"כ בגרשתני שיודע שמשקרת ומסתברא דאפילו טעמא דמצוה לשמוע דברי חכמים לא שייך הכא דמה בכך שמצות חכמים עליו לפי דלאו בתווני דלב' יתיבי וסבורים שמא האמת אתה שנתגרשה ונאסרה עליו אלא שלהתירה לעלמא א"א בלא גט אחר ומצוה עליו שיתן גט ואלו היו יודעים האמת שהוא יודע שלא גירשה לא הי' מצוה עליו כלל וא"כ כיון שאין טעם להאמינה רק לאסור איסר על נפשה ממילא שאין תקנה להתירה לעלמא בכפיה כיון שאם האמת שלא גרשה הוא יודע שמצות חכמים עליו מחמת חסרון ידיעת האמת ולא גמר ומקני כלל ובזה א"ל כמש"ל לענין טמאה אני לך דהו"ל כמכר מחמת שנפטר משאר כסות כו' דז"א שהרי כתבו התוספות בכתובות דף פ"ט ע"ב ד"ה יכול דאם היא

אומרת גרשתני והבעל אומר ל"ג אעפ"כ פטור משאר וכסות דדמי לטענו בחיטין והודה לו בשעורין ע"ש וא"כ ע"י טענתה שאמרה גרשתני כבר נפטר ואינו מרוויח השתא בגט מידי והו"ל כתלוהו ויהיב דלא גמר ומקני:

איברא דגם לפום מה דתריצנא הך דטמאה אני לך משום פיטור דשאר כסות אכתי קשיא לפי התירוץ הב' שבר"ן שכתב דמשנה ראשונה לאו דינא קתני דמדינא אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו ובמשנה ראשונה התקינו להאמינה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוה מזלזלא נפש' למימר הכי כו' ע"ש:

ולפי זה קשיא כיון דבלא תקנתם לכפות אותו להוציא היתה מותרת לו וברצון היה נותן שאר וכסות ולא היה מועיל מה דשויא נפשה ח"ד וא"כ השתא דתיקנו כפיה אין לו ריווח בכך שא"ל שע"י הכפיה גם הוא חוזר להאמין לדבריה מחמת האי אומדנ' דלא מזלזלא נפשה דפשיטא דא"ל שע"י הכפיה חוזר להאמין מה שלא היה מאמין עד עתה וא"ל דמחמת הכפיה אמרינן דגם עד עתה היה מאמין מאומד הדעת שאמרו חז"ל אלא שהיה רוצה לדור עמה באיסור ז"א דכה"ג לא חיישינן דמזוהמת היא בעיניו וכדברי הירושלמי שהביאו התוספות בגיטין דף ע"ט ועיין בש"ע סימן קי"ז (ובתשובה כתבתי ליישב דלא תיקשי ממ"ש התוס' בגיטין דאף בזה"ז דליכא מיתה חיישינן שמא יחפה לדור עמה באיסור) אך י"ל דכיון דהכא באשת כהן באונס מיירי ואם כן אף שמאמין לדבריה שנאנסה לא מאוסה עליו וכ"כ הב"ש סימן ז' ס"ק י"ז דבשבויה מסתמא אנוסה היא ולא מאוסה ליה ולפי זה צ"ל אע"ג דהכא אמרינן דמהימנא משום דלא עבידא לבזויי נפשה אף ע"ג דנאנסתי קאמרה מ"מ בזיון ופגם הוא לה כשנאנסה וכן מבואר מתוספות כתובות דף ט' שכתבו מדלא טענה מ"ע דאין זה גנאי לה לטעון כמו טענת אונס כו' מ"מ אע"ג דגנאי וזלזול הוא לגבה שלא שמרה נפשה שלא יבא לידי כך מ"מ לגבי דידיה משום זנות דאונס לא מזדהמא באפיה וא"כ שפיר הכפיה מועלת בזה דשמא גם הוא האמין לדבריה מחמת אומדנא דלא הוה מזלזלא נפשה אלא שרצה לדור עמה באיסור והשתא דכופין אותו שפיר גמר ומקני דמחויב מדינא הוא ומכ"ש אם נימא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים דא"ש טפי אך בלא"ה נראה דא"ש דלכאורה צ"ע על הר"ן במ"ש דמדינא אינה נאמנת להפקיע עצמה משום דמשועבדת לו דלכאורה דז"א דהא במקום הנאת תשמישך כו' אמרינן דאין מאכילין כו' ואע"ג דמשעבדת ליה וכן כל היכא דשויה נפשה ח"ד וכן הקשו האחרונים אך לפי ענ"ד דהר"ן ס"ל דע"כ לא אמרו אלא שאין מאכילין כו' אבל לאו מתורת נאמנת אתינן עלה וכיון דלאו מתורת נאמנת הוא שוב שפיר יכול לומר דמה בכך דאיהי שויא ח"ד מ"מ אני איני מאמינה ולמה נכוף אותו להוציא שלו

מתח"י ודי בזה שאין כופין אותה לשמשו לפי שאין מאכילין כו' וזה כוונת הר"ן במ"ש אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה כו' ובכה"ג דאינה נאמנת אף ע"ג דאסורה אמרינן היא נתנה אצבע כו' ואין כופין להוציא ולפי זה ממילא א"ש דאף להך תירוצא דהר"ן לענין הא דשויא נפשה ח"ד היתה נאמנת לעצמה מדינא ואם כן לא הי' נותן ברצון שאר וכסות ושוב שפיר מרוויח ע"י הכפיה וכדכתיבנא:

ועוד יש מקום בזה ליתן טעם הא דמהני בכפיה בכה"ג ע"פ מה שכתבתי במקום אחר ליישב מה דקשה לכאורה על התוספות בכריתות שכתבו בהא דאמרו לו אכלת חלב ר"מ מחייב אע"ג דחייבי חטאות אין ממשכנין אותם היינו דיביא מעצמו כשישי' על לבו משא"כ בזה שסובר שאינו חייב וע"ש דלפי מ"ש התוספות בב"ב דדוקא מחויב מדינא בעינן דאל"כ הו"ל תלוהו ויהיב וא"כ ממ"נ אם יודע שחטא אלא שאין רוצה להביא עתה הא אין ממשכנין ואם באמת לא ידע כלל א"כ לא גמר ומקני שלדעתו אינו מחויב מדינא ומכ"ש לתירוץ קמא של התוספות שמרויח שקונה הכפרה ובזה לא מרוויח מידי ואמרתי ליישב ע"פ מ"ש הריטב"א והר"ן להקשות דתלוהו ויהיב נמי ליהני דהא הו"ל דברים שבלב ותירצו דדוקא כגון האי דזבין אדעתא למיסק כו' דדברים שבלבו לבד היא לכן אף ע"פ שאמת הדבר שהיא כן בלבו לא הוי דברים משא"כ תלוהו ויהיב שהוא דברים שבלבו ולב כל אדם וכ"כ התוס' דבאומדנת דמוכח הוי דברים ע"ש ולפ"ז א"ש דר"מ מחייב וכפינן ליה שמא אינו יודע שמחויב. ולא יביא מעצמו וא"ל דא"כ ה"ל תלוהו ויהיב ז"א דאף דהוי תלוהו ויהיב מהני משום דברים שבלב וא"ל דהא ה"ל דברים שבלבו ולב כל אדם ז"א דלב כל אדם אין יודע הבירור כיון דעדים ודאי קושטא קאמרי שאכל ויכול להיות שגם נפשו יודעת וגמר ומקני ואין כאן אומדנא דמוכח ולכן אע"פ שבאמת אינו יודע מ"מ לרצונו קרינן ביה. ובזה ישבתי ג"כ מה שהקשה הרשב"א בקידושין דהכא ילפינן מיקריב לענין דברים שבלב ובב"ב ילפינן דאגב אונסה כו' וכתבתי דתרוייהו צריכי להדדי וקצרתי ועכ"פ ממנו נקח לנ"ד דא"ש מה שהקשתי בטמאה אני לך למשנה ראשונה דהא ה"ל תלוהו ויהיב ולפמ"ש א"ש דנהי דנימא דהוי כתלוהו ויהיב מ"מ דברים שבלב הוא וא"ל דהוי דברים שבלבו ולב כל אדם ואומדנא דמוכח ז"א דלב כל אדם אינו יודע דשמא באמת הוא מאמין לדבריה או שיודע בעצמו שנאנסה וגמר ומגרש וכיון דאין כאן אומדנא דמוכח אף אם בלבו אינו כן לא איכפת לן בהכי דדברים שבלב אינן דברים:

ולפ"ז היה אפשר לתקן גם דבריך שיהיו קיימים דגם באומרת גרשתני י"ל דאין כאן אומדנא דמוכח שאין האמת אתה ושפיר כופין אותו כיון דשויא אנפשה ח"ד. באמת

ז"א כיון דאם האמת אתה שגירש' כבר פשיטא שא"ל דהשתא גמר ומגרש דאין גירושין אחר גירושין וא"כ אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה דמם"נ אם כבר גירשה השתא לאו כלום הוא ואם לא גירשה ולא נאסרה עליו כלל פשיטא דהנך גירושין שע"י הכפיה לא גמר ומגרש רק מחמת אונס נותן גט שהרי יודע בנפשו שלא גירשה (ואין לפקפק לפ"ז במאי דכתיבנא דלכך ר"מ מחייב וכופין משום דאינו בלב כ"א שהם סוברים שגומר ומקני לפי שיודע שמחויב קרבן דז"א דא"כ למה כופין דהא מעצמו יביא ז"א דמ"מ כיון שי"ל שעל עיקר ההבא' הוא מתרצה אין זה אומדנא דמוכח לומר דמסקי אדעתייהו דאם איתא שיודע שמחיוב למה כופין שהרי יביא מעצמו שאין דבר זה ידוע לעשות אומדנא דמוכח משום זה משא"כ כאן דלכל גלוי דאין גירושין אלו מועילי' כלום מחמת ממ"נ וכמ"ש):

ואמנם בלא"ה מה שהביאך לזה דגרשתני לכהן שויה אנפשה ח"ד וכופין בלא טעמא דמעיזה היא משום דלא שייך אפקיענהו לענין טענת גירושין נראה דז"א דודאי סברא פשוטה שאין לכוף הבעל להוציא ולהפקיע שעבודו למלאות רצונה וכמ"ש הר"ן בתירוץ בשם אחרים רק בתירוץ קמא ס"ל להר"ן דכיון דטענתה היא טענת ברי והוא א"י להכחישה בבירור אלא שאינו מאמין שפיר אנו מניחין הספק שלו ותופסין הודאי שלה ולכך הוה מסתברא כופין ע"פ טענתה וכיון דמהימן ע"א בלא הכחש' דעלמא וכן בטמאה אני דנדה ואע"ג דהכא איכא חזקת היתר איתרע ליה משום דלא עבידא לבזוייה נפשה ולכן הוי מהני ברי דידה אי לאו משום חששא דענב"א ואמרינן אפקעינהו אבל בטוענת גרשתני שהוא מכחישה בבירור אי הוה קי"ל דלא כר"ה דאמר חזקה אין מעיזה או אמרה שלא בפניו ואח"כ בפניו ומכחישה למאן דס"ל דעביד לאחזוקי דבורא פשיטא שאין לנו להניח ודאי שלו מפני ודאי שלה ואע"פ דשויא נפשה ח"ד בשביל זה אין בידינו לכופו כיון שהוא טוען ברי ששקר היא דוברת ולא מיבעיא לפי מ"ש בתשובה בטעם הדבר דכופין אותו באותן שאמרו יוציא ומכ"ש להרמב"ם במאיס עלי דמאין הרגלים לכופו שיוציא שלו מתח"י והבאתי שם דברי התוס' והמפורשים בב"ק דף ק"י והעליתי דבכה"ג ה"ל כאילו התנה בשעת קידושין שאם יארע כזה שמחויב להוציא ואדעתא דהכי קדש' נפשה ע"ש וא"כ פשיטא דבזה שלפי דבריו היא באה עליו בטענת שקר פשיטא שלא התנה ע"ד שתאמר שקר אלא אפילו לפי מ"ש שם דרבנן תיקנו משום קלקולא וכמ"ש הרא"ש מ"מ בזה שלפי דברי' שאומרת גרשתני נסתלק ופקע חיובא מעליו לגמרי זכר לדבר מה שאמרו באגדה עבד כו' ואשה שגרשה בעלה כלום יש להם זע"ז ולא דמי לטמאה אני לך ושאר אותן שכופין דהתם אכתי אגיד' ביה:

אמנם כדי ליישב דברי הרא"ש. טעמא דגרשתני שחוששת לקלקול כל ימי' שהקשו עליה דהא חזינן דר"ה לא אזיל בהאי חילוקא רק משום דאין מעיזה נלע"ד דמה שנתחבטו בזה הפוסקים אם יש לפסוק כר"ה בזה אע"ג דודאי מסתברא דהלכתא כוותיה כמ"ש הרא"ש דהכי אשכחן בדוכתי טובי ודרבא דחוייא בעלמא הוא וגם לענין ממון שנמצא ביד האשה אמרינן אין אשה מעיזה וכמ"ש בסימן פ"ה בשם הה"מ מ"מ בזה יש מקום לחוש מחמת דאיכא חזקת א"א ודבר שבערוה ואנו צריכין לומר דחזקה דא"א מעיזה חזקה אלימתא טפי מחזקת א"א כיון שהיא חזקה מצד הסברא וכאילו עדים דמי והא מלתא לא ברירה לן כולי האי ולכן באמת דעת הר"ן דלא מהני רק דקידושי שני תופסין אבל מ"מ אסורה להנשא לאחר וכן הב"י בשם א"ח ס"ל דדוקא היכא דליכא עדים שהיא אשתו רק חזקה לבד כו' ע"ש והכל הוא מטעם שקשה להוציא מחזקת א"א ולהקל בערוה החמור' ע"פ דבורה לבד ולסמוך דאין מעיזה ולכך רבינו הרא"ש חזי לאצטרופי הך סברא דמסתמא תחוש לקלקול כל ימי' וכמבואר בדבריו שכתב עוד נראה טעם טוב כו' ומעתה נראה דא"ש מה שהקשו דהא ר"ה נקט טעמא דאינה מעיזה והו"ל לאפלוגי בכה"ג:

ולפענ"ד לפי מ"ש בתשובה סיוע לדברי הרמב"ם שפוסק במאיס עלי דכופין להוציא לפי שאינו בדין שתבעל לשנאוי לה כשבויה יע"ש והאחרונים חלקו עליו ולדידי חזי לי שיש ראיה לדבריו ממשנה אחרונה דקאמר חזרו לומר שלא תהא נותנת עיניה באחר כו' ולכאורה קשיא ל"ל כולי האי דהא בפשיטות מצינן למימר דשמא הוא מאוס עליה ושונאתו ורוצה להפקיע עצמה ממנו ואם נפשך לומר דמכי בעל לא שכיח דסניא ליה וכמ"ש המפורשי' ביבמות דף צ"ד לענין ע"א ביבמה ע"ש א"כ ק"ו הדברים שלא הי' לנו לחוש לשמא ענ"ב דלא נחשדו בנות ישראל על כך ומה"ת לאורועי חזקת כשרותה ודוחק לומר דכיון דגם זנות לא שכיחא וגם באונס לא שכיחא דקלא אית ליה כמ"ש התוספ' בכתובות בסוגיא דפ"פ ולכן חיישינן דלמא ענ"ב דא"כ בפשיטות הוי מצי ר"ה לחלק בין טמאה לגרשתני דבגרשתני אין לחוש מחמת חזקת כשרות לא חשדינן לה משא"כ בטמאה דאיתרע טענתה דזנות ל"ש אלא ודאי שאין לחלק בכך וגם דוחק לחלק ולומר דמשום דמאוס עלי' לא הוה עבדה כולי האי לומר טמאה אני לבזויי נפשה משא"כ בשביל שענ"ב שיצרה תקפה כדי בזיון וכה"ג כתב רש"י בפירוש הב' בהא דאמר רבא זימנין דתקיף לה מן גברא ע"ש. אך לדברי הרמב"ם א"ש בפשיטות דלא הומ"ל דשמא אומרת כן להפקיע עצמה מבעלה בשביל שמאוס עליה דז"א דאם באמת כן הוא ג"כ כופין להוציא שאינה כשבוי' שתבעל לשנאוי לה וע"מ כן נתקדשה מעיקרא שאם יהיה שנאוי לה יתחייב להוציאה ולכן הוצרך לומר דשמא ענ"ב דבאמת הוא לא שנאוי ואינו

מאוס בעיני' רק שמצא' אחר נאה הימנו ופשיטא דאין לכופו כלל ודברי החולקי' על הרמב"ם כתבתי ליישב ג"כ וקצרתי:

ועתה נבא לדברי הרא"ש שכתב דחוששת לקלקול כל ימי' ולכך נאמנת ולכאורה תימא דלמא מחמת שרוצה להפקיע עצמה ממנו אומרת כן דמסני סניא ליה שהרי הרא"ש וש"פ חולקים על הרמב"ם בהך דמ"ע וס"ל דלא מהני טענתה ובאמת לא תנשא לאחר אם לא שיחזור ויגרשנה מרצונו ואין כאן רק הפקעה מבעל ולא קלקול כל ימי' אך לפי מש"ל א"ש כיון דכל עיקר טעמו של הרא"ש שחידש בזה הוא לענין שתהיה נאמנת להנשא לאיש מחמת דבורה שנתגרשה ובזה אמת נכון טוב טעם של הרא"ש ז"ל שמותרת להנשא דלא חיישינן דמשקרה ותהי' באיסור כל ימי' משא"כ בהך איבעיא גרשתני מהו שאין האיבעיא דוקא בבא' להנשא אלא כולה מלתא קמיבעיא ליה אי דמי לטמאה אני לך למשנה אחרונה שהבעל כופה אותה ומשמשתו או דמי לטמאה למשנה ראשונה שנאמנת ואין הבעל יכול לכופה ואדרבה כופין אותו וה"נ נאמנת לגמרי ומותרת להנשא ולזה הוצרך ר"ה לבא מטעמא דאין אשה מעיזה דמהאי טעמא היא פטורה מבעלה לגמרי אף אם אין בדעתה להנשא ומכ"ש באם רוצה להנשא דמצטרף נמי סברת הרא"ש בזה משא"כ הרא"ש שלא בא שם לומר טעם של נאמנותה שלא יכול בעלה לכופה להיות עמו דבהא סגי ליה בפשיטות בטעמא דא"מ רק היכא דבאה להנשא שבזה חושש לומר דדלמא לא סגיא הך חזק' להוציא מחזקת א"א ולהקל בערוה החמורה ולזה אמר לענין חשש איסור א"א יש טוב טעם להקל שהיא חששה לעצמה מקלקול כל ימיה כנלענ"ד ברור בדעת הרא"ש ז"ל:

והנה מה שבא בדבריך דמהריב"ל הקשה דתהא נאמנת במיגו דגרשתני והקשו ע"ז דאפי' אי אמרינן מיגו דהעזה מ"מ לא שייך בזה שכל עיקר שנאמנת הוא מטעם דאינה מעיז' וראיתי בשעה"מ שהאריך בזה והביא דברי מהר"ם בן חביב בעזרת נשים ודברי התוספות שהקשה דל"ל משום עגונא שתהא נאמנת מת במיגו דגרשתני למ"ד דשלא בפניו נמי מהימנא ודברי אא"ז מהרש"א. שם ומאפס הפנאי אבא בקצרה דלכאורה קשיא בהא דאמר ר"ה ת"ש אומרת טמאה אני לך כו' ולשון זה בכל הש"ס ללמוד משם וכאן אמר דאפי' למשנה כו' וה"ל למימר אמר ר"ה אפילו למ"א כו' ועוד דמה לו להזכיר מ"א ובפשיטות היה לו לומר אע"ג דבטמאה לא מהני כו' ומכ"ש רבא ל"ל להזכיר משנה ראשונה דלא קי"ל הכי ולכן נראה דודאי מחמת חזקה דא"מ לחוד לא היה מיקל רק דכיון דלמשנה ראשונה מהימנא והיינו משום שלא חשו כלל לענ"ב דלא נחשדו בנות ישראל על כך כמש"ל וכיון שיש לנו לומר דאף למשנה אחרונה דחוששת לענ"ב מודה בגרשתני

דאיכא נמי אינה מעיזה ולא אמרינן כולי האי לומר שיצאה מכשרותה וענ"ב ונוסף ע"ז להעיז בפניו כולי האי לא עבדה ורבא ס"ל דודאי אי הוי אמרינן דמשנה ראשונה ס"ל שלא לחוש לענ"ב כלל שפיר קאמרת אך רבא ס"ל דענ"ב חשש פשוט דשכיח טובא רק דמשנה ראשונה בתורת טעמא קאתי עלה שלא חשו לזה משום דלא עבידא לבזויי נפשה והלכך היכא דליכא הך טעמא ממילא חוששין דמחמת ענ"ב מעיז' והיינו דנקט רבא במלתי' אפי' למשנה ראשונה כו' דעיקר הוכחת ר"ה היא ממשנה ראשונה דס"ל שלא לחוש לענ"ב ומאן דדייק וגריס יראה שהדברים כנים וישרים:

ועתה נחזי אנן כיון דבגרשתני דאמרינן לא מעיזה היינו כיון דענ"ב הוא ג"כ חשש רחוק לפי"ז באומרת טמאה אני לך ג"כ יש להאמינה ושלא לחוש לענ"ב מה תאמר דודאי מתרמי שענ"ב ואנו חוששין שזו ענ"ב ולכך אומרת כן הרי אם אתה אומר שזו ענ"ב ושקר הוא לא רחוקה היא ממנה שהיתה אומרת גרשתני כיון דמיגו דהעזה אמרינן וגרשתני גופא דנאמנת היינו שאין חוששין שתעיז פני' בצירוף שאין חוששין לענ"ב משא"כ כשאנו תופסין חשש דענ"ב דודאי מתרמי שענ"ב ואנו חוששין שזו ענ"ב הך העז' לחוד לא עדיפא מהעזה דעלמא וכמו לרבא דס"ל דענ"ב חשש פשוט הוא ולכך חייש ג"כ לשמא מעיזה וא"כ שפיר הקשה דלמ"ד דאמרינן מיגו דהעזה נימא דנאמנת טמאה במיגו דגרשתני ובזה י"ל דברי התוספ' ומהרש"א וגם דברי הרא"ש דלעיל ודי בהערה זו לחכם כי"ב. ואהו' ידידי אל תתמה על החפץ כי היום ידי קצרה כי קרבו ויאתיון ימי ביקור ספרים ומצורף לזה כי כשל כחי וקשיא לי ידא וכו' אפס כי עזה אהבה הדוחקת ומזרזת להקדים ולא לאחר ע"כ קדמתי לשלוח דברים המעוטים אשר עלה במחשבה לפני בעברי בין בתרי דבריך ויתר פניני אמריך הנה מקום אתי כי אבקש מנוח אי"ה ועת וזמן לכל חפץ ויישר כחך וחילך לאורייתא ותחזקנ' ידיך למלאות מקום אבותיך וימלא משאלותיך והיו דברי לאות ע"י יד כהה ורפה יכתבך כו' כנפשך נפש היפה:

דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שו"ת בית אפרים חלק אה"ע

שאלה קמז

איש אחד מק"ק קעשנוב ושמו ר' אלי' צבי נסע לעיר אחת הסמוכה לנהר פרוט ושבת בכפר אחד שעומד בצד הנהר הנ"ל ובמוצאי ש"ק נסע עם שליטין וסוס שלו עם משאוי על דרך לעבור הנהר בלילה בהסתר כרגילתו וכמו איזה שעות אחר נסיעתו הביא א"י אחד השליטין עם הסוס ריק מכל להכפר ששבת שם האיש הנ"ל ואמר לו ראה זה מצאתי הכר נא למי זאת והכיר שהוא של מוהר"ר א"צ אך היה ריקם מכל וגם מצא מעט

דם על השליטין ומאז נתעלם ענינו ואחר עבור איזה חדשים בימי הפסח נמצא איש אחד צף בנהר סמוך לכפר אחד ונטפלו עמו יהודים וקברוהו סמוך להנהר וביום ג' לקבורתו באו שלשה יהודים מן העיר ופתחו הקבר והכירו אותו היטב בט"ע וגם בסימני צורתו עד שהעידו שהדבר ברור להם בלי ספק בעולם שהוא מהרא"צ וגם היה לבוש בארבע כנפות של דומא לבן והאשה של מהרא"צ הנ"ל היה לה פארטיכל מאותה חתיכה דומא והכיר העד שראה הארבע כנפות שהוא דומה בדומה ממש גם נזכר בסיפור של הב"ד דשם שכשקרבו הקאזאקין האיש הצף קרוב לשפת הנהר שיכלו להביט בו היטב ראו שהוא איש יהודי שנהרג והושלך בנהר וראו בו שלשה פצעים בראשו אך פניו ופדחתו היה שלם מכל פצע וחבורה ועוד מבואר בגב"ע ענינים פרטים אשר אין בהם צורך כ"כ והב"ד דק"ק הנ"ל בקשו פני לעיין בזה ולחוות דעי אם אתתא שריא ע"פ עדיות הללו אם לא:

תשובה הנה לכאורה מצד העדות שאלו פתחו הקבר והכירוהו ביום ג' לקבורתו אין מקום להתיר מחמת זה דאף ע"ג דתוך ג' ימים דיבשה שפיר מעידין עליו מ"מ זה שהי' טבוע במים בעינן חזיוה בשעתיה ואי אשתהי אמרינן דמתפח תפח ואפי' ספק אשתהי מחמרינן ומכ"ש כה"ג שהוא ודאי אשתהי אך לפי מה שנזכר בסיפור מעשה הדיינים נראה שנהרג תחלה ואחר כך הושלך לנהר ואם כן י"ל דע"כ לא אמרינן דאשתהי אחר יציאתו מהמים אין מעידין אלא אם מיתתו היה על ידי שנטבע במים שהם גורמים לו שיתפח אחר צאתו מן המים שהיו צומתין אותו משא"כ אם הומת קודם אין המים אשר באו בקרבו פועלין מאומה לענין התפיחה אע"פ שהמים שסובבין אותו מבחוץ גורמים להצמית אותו בעודן שם אפילו יעמוד שם כמה ימים מ"מ אין מועילין לתפוח אותו בשעה קלה כיון שבשעת כניסתו כבר לא היה רוח חיים בקרבו וכמונחים בכד דמיין וכאשר באו כן יצאו ואין עושין פעולת תפיחה כלל כן יש לדייק מלשון קצת פוסקים אך באמת לא נזכר דבר זה שנהרג ונטבע רק בסיפור הדיינים ומה שמוזכר בגב"ע ג"כ נראה שאין לשון העדים כן דמנין ידעו דבר זה רק מתוך אומד הדעת ובאמת לא מצאתי מתוך הגב"ע הכרח לזה שתקדים ההריגה תחלה דאי משום שנמצא דם על השליטין פשיטא שז"א דודאי אם היינו אומרים שזה דם חלל של האיש שמצאנו טבוע הרי היינו אומרים בפשיטות שזהו מוהרא"צ ולא היה צריך הכרה אחרת אך באמת למיחש מיבעי שמא בנסיעתו נפלו עליו לסטים ושבו ובזזו אותו ואת אשר לו אך דערק ואזל לעלמא ודם הנמצא אינו מכריח מיתתו כלל והאיש הנמצא אחרינא הוא דלפי שנטבע ואשתהי

נשתנ' צורתו ונדמה לעדים לצורת מוהרא"צ הנ"ל וא"כ אין הוכחה שנהרג האיש ההוא קודם שהושלך לנהר כלל:

ומה שנזכר בכתב מהדיינים שאותם שהוציאוהו מהנהר ראו שהיה ג' פצעים בראשו מאן לימא לן שנפשו יצאה על ידי פצעים אלו שמא פצעוהו ובעודנו חי השליכוהו למים ונטבע וגם דשמא בשעה שצף על פני המים נפצע ראשו בעצים השטים על פני המים וכיוצא בזה ועכ"פ יכול להיות שהאיש הזה לא נהרג מעולם רק תחלת מיתתו היה ע"י טביעה ומחמת דאשתהי נשתנה פרצופו וסברו העדים שהוא צורת מוה' אלי' צבי בעל האשה:

ולכאורה אדרבה אם נימא שנהרג תחלה ואח"כ הושלך לנהר א"כ מכ"ש דלא מהני הכרה כיון שהוא אחר ג' ימים בודאי מיום שראוהו צף על המים ואע"ג דאמרינן מיא צמתי מ"מ הא כתב בק"ע סעיף ר"ה מתשובת הב"י דהא דאמרינן צמתי היינו כשיצאה נשמתו במים אבל אם הרגוהו קודם שהושלך למים אפשר לומר דלא צמתי וא"כ במה דנימא שנהרג תחלה ואח"כ הושלך לנהר יש בזה קולא וחומרא קולא לענין די"ל דלא אמרינן דאף דאשתהי פחות מג' ימים תפח כדין טביעה במים די"ל דכיון שמת או נהרג תחלה לא אמרינן תפח וחומרא מצד אחר די"ל דלא מהני צמתי בכה"ג והיכא דאיכא ג' ימים אע"ג דבמת ע"י טביעה אמרינן מיא צמתי מ"מ אם נהרג תחלה והושלך למים לא אמרינן צמתי אך באמת אע"פ שהב"ש העתיק זה בשם תשובת ב"י בסתם מ"מ מבואר למעיין בתשובת ב"י גופא שדברים אלו שהעתיק שם הם מדברי החכם השואל שכתב להסתפק בזה אבל הב"י שם לא ס"ל הכי ואדרבה ס"ל דבכה"ג אפי' מכה אינ' מזקת דלא אמרינן בזה דמרזו מכה וכמ"ש בק"ע סעיף ר"ה שהוא ממה שהשיב הב"י להשואל בזה וכן מבואר משו"ת דברי ריבות שהעתיק הב"ש בסעיף רל"ח שכתב דאף דמן השאלה נראה שעברו כמה ימים בזמן שמצאוהו מ"מ הואיל ומצאו בבור מיא צמתי כו' ע"ש והוא אותו הנידון גופיה שנשאל הב"י דלעיל ונשאל גם הד"ר ע"ז והסכים להתיר ובב"ש סימן י"ז ס"ק ע"ט כתב ג"כ דאם נהרג ביבשה והשליכו אותו למים ואין בו מכה הוי כאילו נטבע במים כ"כ מהרשד"ם סימן נ"ד ועיין ק"ע סימן ר"ה עכ"ל ורומז ג"כ להההוא שכתב בשם תשובת הבית יוסף ובאמת שאינו מדברי הבית יוסף גופיה רק מדברי החכם השואל שמסתפק בזה ואין ספיקו של התלמיד מוציא מידי ודאי של הרב הב"י והד"ר והרשד"ם וכוותייהו נקטינן בזה דהוי כאילו נטבע במים לענין שנאמר דאף דשהה זמן מרובה במים אמרינן דצמתי ומ"מ לענין אם הוציאוהו מן המים ונשתהה יותר משעה שפיר י"ל שחזר לדין נהרג ביבשה כיון שלא היתה מיתתו ע"י המים רק נהרג ביבשה

וכל שלא שהה ביבשה ג' ימים יש מקום היתר וקצת משמע הכי מהא דאמרינן אלא עד ג' ימים ר"י ב"ב אומר לא כל האדם ולא כל המקום ולא כל השעות שוות ובעי הש"ס למימר דריב"ב לחומרא פליג וכן למאי דאמרינן שאני מיא דצמתי י"ל דריב"ב לחומרא פליג וא"כ לת"ק דס"ל דלא מחמרינן במקום ושעות שאף שמצד האומדנא הי' מקום לומר שמתקלקל תוך ג' ימים מ"מ לא איכפת לן בהכי וכללא הוא דאין המקום והשעה גורם כלל ובכל גווני בעינן ג' ימים לנהרג ביבשה ואף שהיא במקום שהחמה נוגעת ביותר וממהר להסריח לא איכפת לן בפחות מג' ימים וכן אף אם היא מונח במקום לח ביותר ולכן גם הא דמחמרינן במים ואשתהי קצת ביבשה אחר הוצאה דאמרינן תפח היינו כשהיה טביעתו ע"י מים דמזה לא מיירי מתני' רק מנהרג ביבשה ובזה צריך לעולם ששהה ג' ימים ביבשה ובזה אין חילוק במקום שהי' מונח דלא קי"ל כריב"ב בהא דאזיל בנהרג ביבשה בתר המקום והשעה אלא כת"ק דבכל גוונא בעינן ג' ימים כן הי' נראה לכאורה אך שצ"ע דכיון דהא דאמר שאני מיא דצמתי ע"כ לומר דלאו דוקא אנטבע במים קאי אלא דאף שהושלך אח"כ למים דינא הכי ולא אמרינן דכללא דבנהרג ביבשה לא סגי בג' ימים אף אם הי' במים וא"כ ממילא גם הא דאמרינן בתר הכי דכי אשתהי מתפח תפח היינו נמי אפי' בכה"ג שנהרג תחלה והושלך למים ומ"מ י"ל דזיל בתר טעמא דודאי לענין הא דצמתי אין חילוק בין מחיים או לאחר מיתה כדאשכחן בעלמא דמיא מטרשין ומקשין את הבשר ואין מניחין לתפוח משא"כ לענין שנאמר דלפי דאשתהי ביבשה אחר שהוציאוהו מן המים הוא תופח יש סברא לחלק בין אם באו בו המים מחיים ועל ידם נחנק ויצאה נפשו ובין אם לא הי' במים רק אחר מיתתו לבד שהרי מהרשד"ם בסימן ר"ד הובא בק"ע סעיף שנ"ג כתב שא"א להכחיש המוחש שהעומד ד' או ה' ימים במים ודאי נתפח רק הגוף וצורת הפנים עומד ואינו משתנה כי המים מעמידים צורתו ע"ש וכשאנו אומרים דאי אשתהי מתפח תפח היינו שע"י שבשעה שנטבע והמים באו בגרונו וחנקוהו הי' מעותד לתפוח הפנים מיד רק מחמת שנשאר מונח במים דמצמת צמתי לא הניחו לתפוח אבל כשמוציאין אותו היבשה אז במשך שיעור שעה מתעורר התפיחה אשר היה מעותד אלי' בעת שחנקוהו המים כיון שסרה הסיבה המעכבת דהיינו המים הצומתין הרי זה תופח ועול' ופניו משתנים אבל אם מת או נהרג קודם שהושלך למים אף שהמים באים בו אינם תופחים אותו לשנות צורתו כלל דכיון שבעת היותו במים לא פעלו בצורתו לשנותה אף אחרי שיצא מהם אין לנו לחדש ענין התפיחה בצורת הפנים כיון שלא נעשה מעשה מחודש ומ"ש מהרשד"ם כי המים מעמידים צורתו היינו אפי' במת ע"י טביעה שהיה ראוי שיתפח מיד אך בהיותו במים מעמידים צורתו משא"כ במת

שלא ע"י טביעה מעולם לא היה ראוי לתפוח ולכן גם אף אחרי שיצא מן המים ושהה אינו נתפח עד אחר ג' ימים וכיון דלא אשכחן איפכא שפיר מסתברא לחלק בזה כמ"ש: אך כבר כתבתי דבנ"ד אין כאן הוכחה שזה האיש הנמצא בנהר נהרג תחלה וגם אפילו אם היה ידוע מ"מ בשביל שאנו מדמין לומר דבנהרג תחלה לא בעינן חזיוה בשעתיה נעשה מעשה להקל מחמת זה ומצאתי בשו"ת נ"ב מ"ת סימן מ"ו כתב שהריב"ש כתב דהא דבעינן חזיוה בשעתיה י"ל שלא נאמר אלא במי ששהה במים אחר מותו יותר מג' ימים לפי שכיון שעמד יותר מג' ימים כבר נפסד אלא שצמתוהו המים ומנעוהו מלהשתנות ולאחר שעה שיוצא מן המים הוא משתנה אבל מי שלא עמד ג' ימים כו' אך מלשון הרמב"ן והרשב"א מבואר להחמיר אף בכה"ג ועל זה כתב בנ"ב דאפשר גם הם לא החמירו כשמת ביבשה ואח"כ הושלך למים וכדמשמע מלשון הריב"ש שכתב כיון שטבע ועמד במים עד שמת מחמת המים הרי באו המים במעיו לצבות בטן ולהפיל אור פניו משתנות ואע"ג דמיא מצמת צמית כשעולה מן המים ושהה ביבשה מעט חוזר לסורו ותגלה רעתו כו' עכ"ל הריב"ש הרי דעכ"פ לא שייך חומרא זו אלא היכא שמיתתו היה במים כו' אבל בשכבר מת ביבשה שוב אין המים גורמים החשכת אור הפנים יותר כו' ע"ש (וגם בספר בית מאיר מצאתי שהעיר ג"כ בחילוק זה מחמת דברי ריב"ש אלו והניח בצ"ע ע"ש) והן הן מילי דסברא דכתיבנא ושמחתי כי מ"ש מדברי הריב"ש הוא סיוע גדולה אלא דהגאון ז"ל נקט לה בדוקא בענין שלא שהה במים ג' ימים שיש בזה קולת הריב"ש וע"ז כתב די"ל דגם הרמב"ן והרשב"א אין מחמירין כ"א במת ע"י טביעה כו' אך לדידי אין חילוק בזה דאף בשהה במים ג' ימים י"ל כן דמה שנשתהה במים אינו מזיק אף ששהה הרבה במים רק מחמת שנשתהה אחר שיצא מהמים ואם נאמר דנהרג ביבשה לא איכפת לן בהכי גם בשהה יותר מג' ימים יש להקל ולכן אף ע"פ שבנ"ד אם נרצה לומר שזהו מוהרא"צ ע"כ ששהה הרבה במים אחר מותו שהרי נתעלם כמה חדשים מקודם ורחוק לומר שהיה חי עד סמוך לפסח באיזה מקום ושוב בא לכאן ונהרג והושלך אלא צ"ל שנהרג אז והושלך ושהה במים עד עתה ואם כן כמו כן י"ל שאחר הוא שנהרג ונטבע ושהה במים הרבה ולדברי הגאון אין להקל בזה באשתהי אלא כשי"ל שלא נשתהה במים ג' ימים אך לדידי אם היינו יכולים לתפוס בכאן קולא זו היה מקום להקל אע"פ שנשתהה במים הרבה וגם מקום יש לומר כיון דהיה ימות החורף והמים היו קרושים וקרוב הדבר שעת מציאותו של זה שהיה בימי הפסח עת פתיחת הנהרות ובימים שבינתיים הי' קרוש ועומד בקרח הנורא ובכה"ג כתב בשו"ת מ"ב דלא אמרינן תפח וכבר בארתי בתשובת בספרי שו"ת בית אפרים אשר נדפס כעת בסימן י"ד שאף

לענין אשתהי דמים אמרינן הכי ע"ש שהארכתי בענין זה אך כבר כתבתי שאינו ברור בכאן שמת ע"י הריג' וגם שם בשו"ת נ"ב ראיתי שנסתפק בנידון דידיה שהיה נראה להם בו שנהרג תחלה ואח"כ השליכוהו למים כי היה לו מאחורי ראשו מכת ברזל ועל זה כתב דאולי קודם שיצאה נפשו השליכו הרוצח למים וע"ז כתב דאפשר שדומה לספק תוך ג' ימים ואף ע"ג דספק אשתהי להחמיר היינו לפי שאין מצוי שיראנו תוך שעה כו' ע"ש והנה גם אני עמדתי על חשש זה בנ"ד וגם חוששני לומר שמכות אלו אשר הוכה הנטבע אינם מהרוצחים רק מעקולי ופשורי דאיכא בנהרא ואפשר שבנידון דהגאון ז"ל היה ניכר יותר וכמ"ש שהיה אחורי ראשו מכת ברזל משא"כ בנ"ד ומ"מ כבר כתבתי שבאגרת שקבלתי מהב"ד וגם בגב"ע נזכר לשון ההרוג נראה מדבריהם דפשיטא להו שהיה בנטבע הזה ענין הריגה ג"כ וא"כ חזי לאצטרופי הך סברא דכתיבנא להיתרא וע"ד שצירף אותה הגאון ז"ל ובמה שפלפל הגאון ז"ל בענין ספק אשתהי כבר כתבתי בענין זה בכמה תשובות וקצרתי כאן משום דאף אם היה ברור שנהרג קודם אין לסמוך על סברא זו לבד במקום חומר א"א וכן נראה מהגאון בנ"ב ז"ל וגם בשו"ת שבידי כת"י הגאון בעל מג"ש ופ"י ז"ל נראה דלא ס"ל לחלק בין מת מחמת הטביע' או נהרג תחלה דבכל גווני כשהוא משוי ממים ואשתהי טרם שראוהו אמרי' מתפח תפח:

וגם מלבד זה יש כאן מקום עיון דשמא ע"כ לא אמרינן שצריך שהות ג' ימים שלא יהא ניכר אלא כשנמצא הרוג ע"פ חוץ וקבורה לא היתה לו אבל אחר שכבר נקבר ואל עפר ישוב ואדמה על ראשו מתקלקל צורתו מהר ומשתנה אף תוך ג' ימים אך בדברי הפוסקים לא נזכר חילוק בזה וראיתי בשו"ת מטה יוסף מבואר שם גם כן ענין כזה שחפרו והוציאו ההרוגים מקברם ופלפלו בענין שהות ג' ימים וחבול בפניו אבל שתהיה הקבורה מגרע השיעור ג' ימים לא חששו כלל וכן מבואר כיוצא בזה בשאלות תשובות גינת וורדים סימן כ"ה וכ"ו וכן בשו"ת פ"י חלק אה"ע סימן ח' ע"ש וכן נראה לענ"ד ראיה מהירושלמי על מתניתין דאין מעידין לאחר ג' ימים מייתי עלה דעד ג' ימים נפשא טייסא על גופא סברה דהיא חזרה לגווי' כיון דהיא חמת ליה דאשתה זיווה דאפוהי היא שבקא ליה ומן תלתא ולהלן הכרס נבקעת עכ כלא ו' ובודאי דלאו ממת שהלינו אותו ושהה ג' ימים בלא קבורה מיירי אלא בסתם מתים שהם נקברים מיד וכדמייתי עלה מהא דוזריתי תי על פניכם כו' ומבואר דאפי' בקבר לא נשתנה עד אחר ג' ימים וגדולה מזו מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סימן מ"ו שכתב שיש סברא לומר דאם נקבר בקרקע ג"כ אין מת נפח כמו במיא דצמתי ודוקא אוירא גורם לנפוח ע"ש שהאריך וכתב דאולי אף הרשב"א והר"ן החולקים על ר"ת בגופו שלם מודים בזה שנקבר בקרקע דלא שליט ביה אוירא וכולם

ענו ואמרו שזהו הוא ולא הי' שום שינוי בפרצוף פניו שיש להשיא אשתו אף אחר ג' ימים ע"ש ואמנם לכאורה שדא ביה נרגא מדאמרינן בשילהי יבמות בעובדא דפונדקית שאמרה זה מקלו כו' וזה קבר שקברתיו וקשה היה להם לפתוח את הקבר פן לא ירצו חכמים להשיא אשתו באשר לא היה מסל"ת גמור וא"ת שלא קברה עד לאחר ג' ימים קשה לר"ת ור"ח דס"ל בצורה שלימה מעידין וכתב ליישב דאדרבה משם יש הוכחה דגם אחר ג' שוה לתוך ג' (ומ"ש שבני לוי המה היו העדים וחכמים השיאו את אשתו ולכן הקשה שהי' להם לפתוח שמא לא ירצו חכמים כו' ואין פירושו מוכרח בזה דאפשר דבני לוי בעצמם חכמים היו) והאמת י"ל בפשיטות דאטו אנן אמרינן דודאי אין משתנה שהרי אפשר שנשתנה כאשר החוש מעיד שלפעמים משתנה בזמן מועט וא"כ דלמא באמת פתחו הקבר ולא הכירוהו לפי שנשתנה וגם י"ל שהיה פשוט להם דשפיר הוה מסל"ת בכה"ג ולא רצו לפתוח הקבר בחנם ואין להאריך:

ועכ"פ לפי סברת בעל כנ"י א"כ י"ל דאפי' תימא דזה לא נהרג רק נטבע לבד א"כ י"ל דמה שהוא בקבר לא נחשב לאשתהי כיון דליכא אוירא ומה ששהה בין שעת הוצאת המים לקבורה קרוב הדבר שלא נשתהה הרבה שהרי מבואר בהגב"ע שאותם שהוציאוהו מן המים ונטפלו בקבורתו קברוהו תחת הנהר סמוך לנהר וקברוהו בבגדיו ועכ"פ אין כאן רק ספק אשתהי וכבר כתבתי בתשובה דאף דספק אשתהי לחומרא היינו משום שאינו מצוי שיראנו תוך שעה לפליטתו מן המים משא"כ בספק אשתהי כה"ג וגם מטעם חזקת חי י"ל דאיכא נגדו חזקת שעת מציאה דפרצוף זה שלא נשתנה וכמ"ש ג"כ הגאון בנ"ב ז"ל וכבר הארכתי בכמה תשובות בזה ומ"מ גם בזה אין לסמוך להתיר כיון שהגאון בעל כנ"י כתב בעצמו שאינו סומך ע"ז כיון דלא נמצא בראשונים ואחרונים וע"ש בסוף דבריו שכתב שאף שאינו סומך על סברא זו מ"מ סניף גדול הוא ולכאורה יש להביא ראיה לסברתו מהירושלמי דיבמות דדריש אקרא דכתיב ויכו בהם אביה ועמו מכה גדולה מאד אמר רבי אבא בר כהנא שהעביר הכרת פניהם של ישראל הה"ד הכרת פניהם ענתה בם זה החוטם רבי אמי אמר שהושיב עליהם משמרות ג' ימים עד שנתקלקל צורת' הה"ד עצמו לי אלמנותיך מחול ימים ותני כן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם עכ"ל ונראה שיש לגרוס ג"כ סיפא דמתניתין אין מעידין לאחר ג' ימים ור"ל למר שאמר שהעביר הכרת פניהם היינו שחבל צורתם והשחיתם שלא יהא הכרת חוטם ניכרת כדי שלא יוכלו להעיד על נשותיהם להתירם ולמר לא עשה מעשה אכזריות כ"כ אלא שהושיב משמרות כו' שאחר ג' ימים אין מעידין ועיין בפירוש פ"י שם ומצאתי במדרש רבה בראשית פ' ס"ה דגרס שם גם מתני' דאין מעידין עד ג' ימים. וכמ"ש וכפי משמעות

הדברים נראה שלא נתנם לקבורה אחר ג' ימים וכל אותן הג' ימים הושיב משמרות שלא יוכלו הרואים המכירים אותם להעיד עליהם ומשמע מזה דאם נקבר תוך ג' שפיר יש לו הכרה גם אח"כ וכסברת הכנ"י ולכן לא נתן לקבור אותם עד אחר ג' ימים שראה שנתקלקלה צורתן ושוב לא יהא אפשר להעיד עליהם ועיין במרדכי שהר"י הקשה על שיטת ר"ת דס"ל דאם יש פרצוף פנים עם החוטם מעידין אף אחר ג' ימים מהא דאמרינן במדרש שהושיבו שומרים אצלם עד ג' ימי' כו' וי"ל דהתם הרוגי מלכות מדוכים בפצעים וחבורות מתקלקלין כו' א"נ דאיכא שלפעמים דרכם להתנפח ואין יכולים להכירו כו' ע"ש והדברים צ"ע אין כאן מקומם ומ"מ למ"ש דאיכא לפעמי' שדרכם להתנפח ואין יכולין להכירו כו' ע"ש והדברים צ"ע אין כאן מקומם ומ"מ למ"ש דאיכא לפעמים שדרכם להתנפח כו' ולכך י"ל שלא נתנה לקבורה עד שידע שנתנפחו ולא יהיה אפשר להכירם ויש לדחות זה ואדרבה מדברי הירושלמי שהבאתי לעיל דמייתי אמתני' הא דכל תלתא יומי נפשא טייסא על גופא כו' דמיירי לאחר קבורה מבואר דלא כסברת הכנ"י בזה שאף שנקבר מ"מ לבתר תלתא יומין זיו אפוהי אשתנה והדריה לא איתי' עליו:

אך לענ"ד אף שנדחה בזה סברת הכנ"י לענין שהות ג' ימים דיבשה מ"מ לענין אשתהי שעה א' דים שפיר י"ל כן דבשלמא קלקול דשיהוי ג' ימים הוא מחמת טבע הגוף המת עצמו שהמית' גורמת שיהיה מתנוונה והולך וכשמגיע לג' ימים עוז פניו ישונה ומה תועיל לזה קבורתו בעפר שלא ישתנה ויתקלקל צורתו משא"כ באשתהי במים שישתנה בשעה אחת י"ל דאם נקבר תוך שעה לא מיקרי אשתהי אם פותחין הקבר תוך ג' ימים ומכירין אותו היטב וזה מבואר למש"ל דברי הריב"ש דכיון שטבע במים הרי באו המים במעיו לצבות בטן ולהפיל אור פניו ואף ע"ג דמיא צמית כשעולה ליבשה ושוהה מעט חוזר לסורו ותגלה רעתו כו' ולפ"ז שפיר י"ל כסברת הכנ"י דאם אחר יציאתו מן המים לא שהה שיעור שעה ונקבר מיד הקבורה מועלת כמו מיא דצמתי ודוקא אוירא דשליט ביה חיישינן שחוזר לסורו ותפח מחמת המים ומכ"ש היכא שמת ביבשה והושלך למים דבלא"ה משמע מהריב"ש דבכה"ג אין אשתהי שעה מקלקלת רק כשמת מחמת הטביעה לפי"ז יש לצרף שניהם יחד לומר דכל שנהרג תחלה והושלך למים ואח"כ כשהועלה מן המים לא שהה שם ביבשה שיעור שעה עד שנקבר בזה י"ל דבכה"ג לא תפח ואפילו תימא דגם בכה"ג אמרינן תפח מ"מ יש לצרף בזה סברת מהרי"ט דאם מעיד שאין בו שום שינוי אמרינן דזה ראיה דלא אשתהי דאי אשתהי הוה תפח והובא בק"ע סעיף שע"ח ולפי זה י"ל דמה שמעידין בבירור שלא נשתנה והכירוהו הכרה גמור' זה יורה דלא אשתהי שעה אחר העלותו והקבורה לא עשתה בו קלקול אדרבה ע"י הקבורה נשמר

שלא יתפח מחמת המים אשר באו אל קרבו וכיון שאין סתירה לזה מדברי הירושלמי דלעיל שפיר חזי לאצטרופי הך סברא דהכנ"י להקל בכה"ג:

אפס לא מלאני לבי להקל ע"פ סברות אלו אשר נתחדשו מדבר האחרונים בלבד אך אם מקום יש בראשונים להתיר בכגון זה אף שלא השוו לדעת אחת מ"מ יש בסברות אלו כדי לצרף ולומר דבכגון זו גם החולקים מודים שהעדות מועלת והנה דעת ר"ח ור"ת שהובא בתוספות ושאר הראשונים ז"ל דבגופו שלם מתירין אפילו אחר ג' ימים וכן באשתהי במים כמבואר בדבריהם ז"ל שנהגו להתיר נשי אנשים שנטבעו ע"י ט"ע בלא סימנים אפילו אחר כמה ימים והא עובדא דב' ת"ח מיירי שנשחת צורת פניהם כו' איברא דהריב"ש ז"ל כתב די"ל דר"ת לא קאמר אלא בג' ימים אבל במים דקאי אגברא דטבע בדיגלת דגופו שלם הוה דהא קאמר אסקוהו אגישרא כו' והביאו בח"מ ס"ק נ"ד אך דברי הריב"ש המה לפי מה שראה בפוסקים מה שהביאו בקצרה מדברי ר"ת ז"ל אבל אנו זכינו שבימינו יצא לאור ספר הישר לר"ח ז"ל הגדול המובא בתוספות ובפוסקים ושם דף פ"ה נדפסה אותה תשובה שהובאה בפוסקים ובתשובת מיימוני ותשובת רא"מ ז"ל באריכות וראיתי להעתיק קצת לשונו שכתב וז"ל זכור אני שכך דנתי לפני רבינו שמואל והתרנו אשת אחיו של ר"ש ב"ר בנימין מקדשווארץ ופירוש המשנה הכי הוא אין מעידין אלא על פרצוף כו' אדם שנהרג ולא נשאר רק פרצופו וחוטמו ופדחתו מעידין עליו ואם חסר אחת כו' אין מעידין אלא עד ג' ימים בהני סימנים דקאמרינן ובע"כ האי אין מעידין עד ג' ימים לא קאי אאדם ידוע כשהיה חי וניכר למעידין כו' אבל בט"ע מעשים בכל יום אפילו אחר יב"ח מת ניכר והרב הקדוש רבינו שמשון כשהגיד עליו בעל החלום לאחר חצי שנה היה ניכר כאלו הוא חי אבל בפרצוף ופדחת וחוטם כיון שאין בו ט"ע כמו באיש שלם כו' וההיא דאנסבא רבא לבתר ה' יומי אפומיה דשושבונ' לא היה בו ט"ע אלא בסימני חוטמו ופדחתו ופרצופו אף ע"ג דלא היה ניכר בט"ע דלבתר דנח נפשיה אכלוהו כוורי הי' מעיד עליו אבל לא היה לו בו ט"ע אלא כמו מדמה מלתא למלתא ואע"פ ששושבינים היה וט"ע לא היה לו לא חשדו בכך וכ"כ בה"ג גבי אשה עד דיהבי עדים סימני פדחתו וחוטמו ושאר סימנים שלו כ"כ רב יהודאי גאון ונראה מדבריו אבל בט"ע גמור שישנו רובו שלם וראשו מעידין עליו אפילו אחר זמן מרובה כו' ועל דא אנא סמיך וכל המחמיר בדבר אינו אלא חוטא ואין כאן חשש איסור ולא משום עגונא פירשתי כן אלא מפני שהיא אמיתה של תורה כו' עכ"ל והלשון המוטעה הגהתי' כראוי כי כל הספר מלא ט"ס כמעט בכל שיטה ושיטה ואנכי תיקנתי' בעה"ז וכידו הטובה עלי העמדתי הדברים על בורין והמה הגהות נפלאי' ומוציאים חן בעיני כל רואיהם ד'

יזכני להוציאם לאורה ולזכות הרבים ושם בגליון כתבתי לפרש הלשון שכתב ואע"פ ששובינים הי' כו' דקשיא ליה כיון שלא ע"י ט"ע היה למה נקט שושבינים דמשמע שרגיל עמו ולכך הכירו בט"ע ולכן כתב ר"ת דשושבינים דנקט אינו לאשמועינן דלא תימא כיון ששושבינים היה וט"ע לא הי' לו יש לחשדו ואומר בדדמי אלא מ"מ התיר אפומי' דלא חשדו בכך ע"כ מ"ש בגליון שם ועכ"פ מבואר להדיא דמפרש הך דדגלת דמיירי בטביעה ג"כ בכה"ג שלא היו העדים ע"י טב"ע אבל בט"ע אף באשתהי במים שרי דהא מה דמסיק אבל אשתהי מתפח תפח אהך דדגלת קאי ותא חזי כמה נפיש ותקיף חילי' דאילנא רברבא ר"ת ז"ל ואחיו הרשב"ם שעשה הלכ' למעשה להתיר וסיים בה שלא משום עיגונא אלא לאמיתה של תורה ואף שהבאים אחריו לא סמכו על היתר זה מ"מ הרי הטור כתב ג"כ להתיר בלא ראה הטביעה ובדעת הרא"ש האריכו בזה הרבה גדולים בתשובותיהם וגם אני הצעיר שדדתי עמקים אחריה' ומלאתי ידי בזה בספרי שו"ת בית אפרים חלק אבן העזר סימן וביארתי שם דברי התוספות והמרדכי והרא"ש והטור בארוכה ע"ש מ"מ כתבתי שם שלא מלאני לבי לעשות מעשה בזה בלא צירוף התירים אחרים:

ואמנם בנ"ד הדבר ברור שיש כמה צרופי היתר חדא שיש כאן ג' עדים שהגידו בבירור שמכירים אותו שהוא מוהר"ר אלי' צבי מקעשנוב ודעת הפוסקים דבתרי סהדי לא אמרי' בדדמי ואף דאיכא דעות דסבירא להו דלענין בדדמי דצורה שפיר חיישינן אי אישתהי דמ"מ יש לחוש דתפח ונשתנה צורתו עד שנדמ' להם שהוא פלוני הנה בשו"ת עבודת הגרשוני סימן ע"א סמך ע"ז להתיר וכתב דאע"ג דהרי"ף לא ס"ל הכי חלקו עליו כל הפוסקים כו' וא"ל דבאשתהי טעמא אחרינא איכא דתפח ונשתנה עד שעדים סבורים שהוא זה ז"א דא"כ מ"ש הרא"ש לחלק בין ראה הטביע' אין לו טעם כו' אבל כולם מודים וס"ל דלא חיישינן שישתנה צורתו כ"כ עד שא"א לעמוד עליו בשום ענין וכן משמע מהרי"ף שגם באשתהי לא סמכינן משום דמסהדי לפי אומד דעתיהם כו' עכ"ל וע"ש שדעתו נוטה להתיר בנידון שלו ולא היה להם ט"ע גמור רק ע"י סימני הפרצוף דהיינו הזקן כו' דהיינו התעוררות הכרה אחרת והאריך בזה ומכ"ש בנ"ד שהט"ע של העדים הוא ט"ע גמור והכרה גמורה מצד ראות פניו ואף שראייתו מהרא"ש לאו ראי' הוא לדעת קצת מפרשי' דאף בלא ראה הטביע' אין הרא"ש מיקל רק בסתם אבל בשהה לא ומכ"ש לפי מ"ש מהריב"ל אליבא דהרא"ש מ"מ הרי מהטור מבואר דאפילו בשהה מהני ובלא"ה א"ל שמשתנה בודאי כששהה ועיין בק"ע סעיף רל"א בשם המבי"ט שכתב ג"כ דבב' עדים אף שלא ראו מיד ואף שאין להם סימנים סגי בט"ע וכדברי עבודת

הגרשוני דאין אשתהי עושה למשתנה בודאי ובאמת שכן מבואר בדברי הראשונים ולא מיבעיא למ"ש בלשון הרמב"ם דמשמע דוקא כשידוע שנתפח. אך לפי מ"ש הרשב"א דאף בסתמא אין מעידין שאני אומר תפח ואינו ניכר ור"ל שאין חוששין שהוא כן וכמ"ש להדיא לענין ספק תוך ג' ימים דכיון שמכירין אותו ואין יודעין אם נתפח אם לא ואם נשתנה צורתו אם לא מסתמא כיון שבדקוהו והכירוהו בט"ע חזקה זה הוא אלא שחששו חכמים שמא נתפח ונשתנה צורתו לפי שרוב מתים משתני' לאחר ג' ודוקא שנודע שעברו עליו ג' ימים הא מסתמא כולי האי לא נחמיר דספיקא בחששא דרבנן לקולא עכ"ל וכן העתיק ה"ה לשון הרשב"א שמא תפח כו' ונראה שהרשב"א שבדפוס חסר תיבת שמא והריטב"א בחידושיו ליבמות גבי ספק תוך ג' כתב ונראין דבריהם דכיון דחששא דשינוי פרצוף חששא בעלמא מפני שיש מקצת מתים משתנים לאחר ג' עכשיו שהדבר ספק אם הוא אחר ג' אין לנו לחוש ולהכחיש הראיה הניכרת לנו כו' ואהא דאשתהי מתפח תפח כתב וז"ל מדאמרינן מתפח תפח ולא אמרינן הא אתפוחי אתפח שמעינן שאפילו אין מכירין בו שנתפח אין מעידין עליו כי שמא נתפח ואינו ניכר ואע"פ שאין נראה כן מהרמב"ם ז"ל עכ"ל והעתיק דבריו בנ"י ואף שמלשון הר"ן בתשובה הביאו הב"י משמע דמפרש דודאי תפח נראה ג"כ דלאו דוקא קאמר אלא ר"ל דודאי יש חשש זה שתפח והארכתי בזה לפי שבשו"ת פ"י סימן ח' כתב דמדברי הר"ן נראה דודאי תפח וא"כ אפילו סימן מובהק אינו מועיל ע"ש ובתשובה א' כתבתי לחוש לדברי הגאון ז"ל וטעמא דידי לפי שהיה שם צדדי היתר אחרינא וגם הסימנים בלא"ה לא היו מובהקים אבל מ"מ להחמיר מחמת הך מלתא לבד אין לנו לומר כן דמפשיטות כל הפוסקים נראה שאינו כן וגם הוא נגד החוש דמתרמי טובא שמונח כמה שעות אחר העלאה ועין רואה שאינו משתנה משעה לשעה ורוב האחרונים בתשו' הסכימו דהך מלתא שמא נתפח חששא דרבנן הוא ואין לחלק ולומר דגבי אחר ג' חששא דרבנן הוא משא"כ באשתהי במים אמרינן מתפח תפח שפיר ס"ל דהוי ודאי ז"א דאם איתא דאיכא נתפח שבודאי אין ניכר ע"י א"כ מה"ת לומר גבי אחר ג' ימים דחששא דרבנן הוא ולמה לא נאמר ג"כ שהוא דרך ודאי ועכ"פ ספיקא דאורייתא אלא ודאי דליתא דג' ימים דיבשה ואשתהי דים תרווייהו חשש בעלמא שתפח כיון דליכא מיא דצמתי לי' וכיון דיש חשש נתפח אף ע"פ שאלו מכירין אותו י"ל דבדדמי קאמרי שהוא זה ובדאיכא תרי סהדי סבירא להו להפוסקים דלא חיישינן לבדדמי וגם נלע"ד דמסתבר טעמא דמאן דס"ל דבתרי לא חיישינן אף לבדדמי דצור' מחמת דאשתהי מהך טעמא גופא שכתב הרשב"א והריטב"א דמדינא לא היא לחוש ולהכחיש הראיה הניכרת לנו ואף שיש מתים

שמשתנים אחר ג' ימים מ"מ הרוב אין משתנים עד שידמו לצורה של איש אחר שיהיו יכולים לטעות על ט"ע של צורתו ולומר שהוא בבירור צורה של איש פלוני אך מפני שהקילו חכמים משום עגונ' דאפי' ע"א ואפילו עבד כו' החמירו בתחלת עדות לענין זה שיהא עכ"פ העדות מבורר בלי שום חשש משא"כ בעדות שני עדים המעידים על מיתתו של זה דלאו משום קולת עגונה אתינן עלה כיון דמדאורייתא מהימני שוב אין לנו להחמיר בחשש נתפח שחז"ל בעגונה לא יצאו להחמיר עליה אלא להקל עליה והדבר פשוט לשיטת הרשב"א ודעימי' אם העידו שני עדים שראו אחר ג' למית' שהוא פלוני שמורידין היורשים לנחלה על פיהם ואין מעכבין על ידם בחשש נתפח וא"כ גם לענין להשיא אשתו בשני עדים אתתא שריא והב"ש בס"ק צ' כתב דלמהריב"ל דמפרש דלהרא"ש אפי' לא ראה הטביעה צריך לאלתר לפי זה אפי' בשני עדים צריכים לראותו מיד או אפשר לומר אפילו נימא שזה לא ראה הטביעה אומר קצת בדדמי מש"ה צריך שיראה אותו מיד אבל בשני עדים ליכא חשש כו' ע"ש ודבריו אלו ע"פ דברי הח"מ בתשובה שבס"ק נ"ה שכתב להסתפק בזה ודברי הב"ש מטין קצת לומר דבשני עדים ליכא חשש וכבר כתבתי שכן מבואר מדברי המבי"ט ונראה בכה"ג דהגוף שלם ולא ראה הטביעה אפשר דכולהו מודו בזה ומטעמא דכתיבנא דבשני עדים שהם נאמנים מה"ת לנו להמציא חששים להחמיר וכיון שהגוף והפרצוף שלם שיש ט"ע גמור וגם ליכא בדדמי כיון שלא ראו הטביעה מה"ת ניחוש להו לומר שנשתנה כ"כ עד שנדמה להם שהוא צורתו של פלוני והעידו כך אע"פ שלא עלה על לבם טביעתו של זה כלל ובחולין דף צ"ו אמרינן תדע דט"ע עדיף מסימנא דאילו אתו סהדי ואמרי פלוני דהאי סימנים לא קטלינן ליה, ואלו אמרו ט"ע אית לן בגויה קטלינן ליה ע"ש:

ולכאורה הוכחה זו ללא צורך דאטו מי לא ידע דסימן עביד דמתרמי כה"ג משא"כ בט"ע למאי ניחוש ליה (וע"ש בתוספות ד"ה ולא מהדרינן שכתבו דהנהו עובדי דהתם בט"ע כ"ד דאל"כ לא היה מסופקים כלל) וצ"ל דודאי יש לפעמים איזה מקרים וסבות שיטעו בו העדים בט"ע שלהם וכדאמרינן בר"ה גבי ראיית החודש ראינוהו ושבנו לראותו אין מעידין אימר כוביתא בעלמא הוא דחזו וכה"ג טובא אך זהו בכלל גזרת הכתוב שהאמינה התורה לב' עדים שיהיו נאמנים לנפשות וממון ואין לדקדק אחריהם לומר שמא טעו באיזה דמיון אלא הרי זה כאילו אנחנו רואים בעינינו שכדבריהם כן הוא ולכן קאמר דעדיף מסימני' דאפילו במקום שבדרך איזה סיבה היה מקום לתלות שטעו העדים כיון שהם מעידים ע"פ הראיה אין מטילין ספיקות בדבר משא"כ כשמעידים ע"י סימנים אע"פ שמשיאין ע"פ סימנים מובהקים דלא עביד דמתרמי הכי מ"מ לא קטלינן

ע"י עדות זה שאינו קרוי דבר ברור אלא מה שמעידין העדים שראו בט"ע וכדאמרינן בגיטין דף פ"ט כתיב הכא ע"פ שני עדים כו' מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור ובתשובה אחת כתבתי ליישב בזה הא דלא אמרינן בעדים שנפסלו דאיתרע ואתי וכמ"ש אא"ז בת"ש גבי שוחט דאמרינן דאיתרע ואתי דיצה"ר בוער מעט מעט וכתבתי דעדים שאני שהאמינתם תורה בשעת עדותן כדבר ברור לב"ד וממילא שאם אנו רוצים להמציא ספק מחמת סיבה המתחדשת הרי זה כרוצה להטיל ספק בדבר שכבר נתברר משא"כ בשוחט שאין נאמנותו אלא משום שנאמן באיסורין שבידו לשחוט וביארתי על נכון וה"נ דכוותיה כאן בע"א שחכמים האמינוהו משום תקנות עגונות ולא האמינוהו אלא במקום שעכ"פ אין מקום לומר שטעה בעדותו בשום פנים שהרי מה"ת בלא"ה לא היה נאמן דלמא לא דייק משא"כ בשני עדים שהתורה האמינתם אין לנו להטיל ספק בעדותן מחמת חששות שמא טעו ע"פ איזה סיבה ונדמה להם כך שכל שאינה סיבה קרובה חשיב אותה לספק ממש רק לחששא דרבנן בשני עדים אין לנו לחוש כלל ולכן נלענ"ד דבכה"ג דהכא שע"פ ג' עדים יקום דבר ברור להם שזהו רבי אליהו צבי בעל האשה ע"פ מה שהכירו אותן היטב בט"ע גמור אין להחמיר במקום עיגון גדול כזה והרי לפנינו שהגאון בעל עבודת הגרשוני סמך ע"ז לבד שהיו שני עדים להתיר העגונה וכן הגאון בעל צ"צ חותנו כתב בנידון זה בתשובה סימן מ"ה לעשות דברי הרא"ש שמתיר בלא ראה הטביעה סניף אל סברות אחרות וסיים בה שהסכים בהתירת חתנו הרב מוה' גרשון וע"פ נשאת לבעל ויושבת תחתיו והמעיין בעבה"ג יראה שההיתר שכתב בצ"צ מחמת העד שהעיד מפי עכו"ם מסל"ת דחה אותו וכתב שאינו מסל"ת כלל וכתב שנפל העדות בבירא ואינו עושה רושם כאצבע בקירא וגם ההיתר שעשה לסניף ע"פ הרא"ש דחה וכתב דשם ידע מקלא דל"פ שנהרג וביותר שאמרו לו שפלוני מונח ביער ודאי יש לחוש לבדדמי ועיקר הסכמתו להיתר רק בשביל הא מלתא לחוד דבב' עדים לא בעי לאלתר ומכ"ש בזה שיש כאן כדי לצרף דעת ר"ת והרא"ש אליבא דהטור דכה"ג דנ"ד ודאי לא מסתבר לומר דאסקו אדעתייהו שזה שהיה צף בנהר בימי הפסח הוא מוהרא"צ הנאבד בימי חנוכה שהרי לא נודע דבר מהריגה וטביעה כלל רק שנתעלם מן העין וא"כ שפיר חזי לאצטרופי הך דהרא"ש אליבא דהטור להיתרא דשני עדים וכדכתיבנא:

אך שעדיין לבי מהסס בזה מהך עובדא דהח"מ ס"ק נ"ה שהי' ג"כ כל צירוף התירים הללו (אע"ג דשם היה קלא דל"פ שנטבע מ"מ מדברי הח"מ שם משמע דלא ס"ל לתת ע"ז שם ראה הטביעה כיון שלא ראה הטביע' ממש) ואפ"ה לא סמך ע"ז וחפש צדדים אחרים מחמת סימנים ע"ש וגם מלשון הריטב"א והנ"י שכתב היכא שיצא קול מת פלוני

ולאחר ג' מצאו מת ובאו עדים והכירוהו וכו' משמע דגם ב' עדים לא מהני לאחר ג' ימים וכן משמע קצת מלשון הרשב"א ומ"מ משום תקנת עגונות אומר אני ניתנה ראש ונשובה למ"ש עוד צדדי היתר בפתח דברינו די"ל דכאן רגלים לדבר שנהרג תחלה והושלך למים (ואע"ג דבעובדא דהצ"צ ועבה"ג כתבו ג"כ בנידון כזה שנהרג תחלה היינו ע"פ שאר העדיות אבל כשאנו באין לדון ע"פ עדות ההכרה אחר שהוציאוהו מהמים שפיר היה אפשר לומר דאחר הוא שמת ע"י טביעה לבד ומחמת דאשתהי נשתנה ע"ש) ואף שאינו הכרח גמור כמש"ל דשמא לא הוכה מכת מות מ"מ ספיקא הוי דשמא הכי הוה שהומת קודם ובכה"ג מורים דברי הריב"ש דלא איכפת לן בשהיית שעה ובעינן ג' ימים וכמש"ל שכ"כ ג"כ בנ"ב ובבית מאיר כתב ג"כ שי"ל כן וגם יש לצרף לזה סברת הכנ"י דמה שכסהו בעפר גם כן מועיל שלא יתפח ואף על פי שהוא דחה זה מכל מקום כתב שסניף גדול ואף שהוכחתי מירושלמי דלא כוותיה מ"מ היינו לענין אם שהה ג' ימים אבל לענין אשתהי דמים שפיר י"ל סברת הכנ"י וכמש"ל וגם נלענ"ד דבנידון זה שנסע במש"ק עם משאוי כבד מעות נחושת בלילה לעבור הנהר ותיכף אחר ב' או ג' שעות מצאו השליטין עם הסוס ריקן מכל אין לך רגלים לדבר יותר מזה שנפלו עליו לסטים ושללו ובזזו את אשר לו דודאי לא יעלה על לב אדם שלשעה קלה נזדמן לו סוס ורכב אחר שהושלך עליו יהבו ועזב את השליטין והסוס שלו והוא הלך בדרך למרחוק ואין ספק בדבר שסיכן בעצמו מפני הלסטים והנה בגיטין אמרינן בעיר שהקיפוה כרכום נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ועיין בסימן קמ"א ופשיטא דלסטים הבאים עליו ממש גרע טפי מעיר שהקיפוה כרכום של מלכות אחרת וכן מבואר מלשון הירושלמי בגיטין שם דקאמר ובלבד כרכום של אותה מלכות אבל כרכום של מלכות אחרת כלסטים הם ובב"י סימן קמ"ח כתב לפרש דכרכו' של מלכות אחרת הרי הם כלסטים שאינם באים אלא לבוז בז ולהחריב העיר וחומותיה וחיישינן שמא יפילו החומה פתאום על בני העיר ע"ש ונראה כוונתו דקשיא ליה דמה מדמה זה ללסטים שהוא סכנת נפש למי שנפלו עליו משא"כ בזה מה בכך שהם של מלכות אחרת ורוצים לכבוש העיר מ"מ השתא מיהא אכתי לא כבשוה אלא הקיפוה וכתיב אל יתהלל חוגר כו' ולכן קאמר דלכך מדמי ללסטים לפי שגם בזה קרוב הדבר שיפילו חומותיה על בני העיר וממוצא הדברים אתה למד דודאי נפילת לסטים הוא גרוע מהקיפוה כרכום של מלכות אחרת וכה"ג אמרינן בסנהדרין דף ע"א גבי בא במחתרת חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו כו' ואי קאי באפאי קטילנא ליה כו' ובפרט באותה מדינה שהיא משובשת בגייסות ולסטים וכה"ג אמרינן במכות דף יו"ד אמר אביי בגלעד שכיחי רוצחים דכתיב גלעד קרית פועלי און

עקובה מדם מאי עקובה מדם אמר ר"א שהיו עוקבין להרוג נפשות וכן אמר שם גבי שכם ע"ש ופשיטא שאין לנו לתלות בסיבה רחוקה רק במלתא דשכיחא שנפלו עליו לסטים וכאשר מורה ג"כ מציאת הדם על השליטין ואף שי"ל שהכוהו ופצעוהו וערק לעלמא מ"מ עכ"פ איתרע לי' להאי גברא חזקת חי וכיון שעתה הכרת פניו ענתה שהוא האיש המוכה ע"י הלסטים אין לנו להוציא הענין מפשוטו ולומר שאחר הוא שנשתנה צורתו לצורת האיש הלזה שאיתרע חזקת חיותו ונתלה באחר שלא אתחזק לן בי' ריעותא כלל ודבר זה יש ללמוד ממ"ש הפרישה והב"ח לתרץ דברי הטור במ"ש דלא בעינן לאלתר דמיירי התם כשיש א' שמעיד שזה נפל למים דהשתא מהני הכרתו של זה שלא ראה הטביעה אף על פי שלא ראה לאלתר וכמדומה שראיתי בשו"ת פ"י שתמה ע"ז דמה יושיענו זה דאי משום דמסתבר לומר היינו דעל היינו דנפק פשיטא שאין שייך לומר בטביעה במים שאל"ס שהרב' נטבעו שם מימות עולם וגם הח"מ בתשובה הנ"ל גמגם בחילוק זה של הפרישה והב"ח וכתב שאינו מתקבל על הדעת דס"ס מכירין בט"ע כו' ע"ש. ולפי מ"ש י"ל דהחילוק הוא דכל שידוע שנפל למים אף שהוא משאי"ס ואפילו לא שהה כדי שת"נ עכ"פ איתרע לי' חזקת חי ודינא הוא שנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים וכדמשמע מדברי הרמב"ן בתשובה סימן כ"ח שהביאה הב"י ובש"ע סעיף ל"ד ולכן שוב שפיר סמכינן על העד שאומר שמכירו אף שלא ראוהו לאלתר ולא חיישינן דמחמת שינוי הצורה קרוב לצורתו של זה אמר בדדמי משא"כ היכא שאין ידוע כלל שנטבע שלא איתרע כלל חזקת חיותו של איש זה בכה"ג אי לא חזי לאלתר לא מהני דזמנין דמשתנה קרוב לצורתו של זה ונדמה לו שהוא זה ולכן גם בנ"ד דהאיש הזה אומדנא דמוכח הוא שנפלו עליו לסטים ואיתרע לו חזקת חיותו בזה שפיר אמרינן כיון שמצאנו איש הרוג ונטבע בפרצוף פניו של זה תולין בו ולא אמרינן שאחר הוא שנשתנה צורתו דהא ודאי דאף דאשתהי מ"מ א"א שישתנה להדמות לפרצוף פניו של אחר לגמרי וכדאמרינן בסנהדרין דף ל"ח הקב"ה הוא טובע כל אדם בחותמו של אדה"ר ואין אחד מהם דומה לחבירו שנאמר תתהפך כחומר חותם ויתיצבו כמו לבוש כו' ופרש"י תתהפך. כו' לאחר מיתתו של אדם מתהפך חותם שלו לחומר ויתיצבו כמו לבוש בתחיית המתים ומדקרו ליה חותם ש"מ בחותם הם טבועים עכ"ל. מבואר דגם לאחר מיתה מתהפך החותם לחומר אבל לא שיתהפך חותמו זה לשל זה רק שאפשר דמחמת השינוי יהי' צורתו קרובה לשל זה וכיון שעכ"פ יצא מכלל שיהי' ניכר בהכרת פניו שהרי נשתנה ממנו שוב קרוב לטעות על איש אחר שצורתו קרובה לצורה זו והיינו כשלא איתרע ליה חזקת חיות של זה כלל חיישינן דלמא נדמה הוא משא"כ אי אזיל חזקת חיות אמרינן

דאף ע"ג דאשתהי מ"מ הכרה טובא ומבוררת היא זו וכן הארכתי בתשובה א' בענין מי שכבשוהו כרכום יש מקום להקל כדעת ר"ת בגופו שלם ושם תמהתי על פירוש הב"י בירושלמי שהבאתי לעיל דמשמע התם דלענין שבויה איתמר ע"ש בספרי שו"ת בית אפרים סימן ט"ו ומ"מ נראה דנפילת לסטים כה"ג בפרט במדינה ההוא דשכיחי רוצחים ודאי דדמי להא דחומרי מתים:

אך בתשובה אחת כתבתי שי"ל דדוקא היכא שיש שני עדים בעיר שכבשוה כרכום איתרע חזקת חי משא"כ בעיר א' לא איתרע דלא הימנוה רבנן כ"א משום מלתא דעל"ג ובזה שאינו מעיד בדבר הברור רק בדבר המסופק אין בזה משום מלתא דעל"ג אך י"ל דדוקא היכא שאין היתר לאשה להנשא רק שניתן עליה חומרי מתים שפיר י"ל כן כיון דליכא נמי חזקה דדייקא ומינסבא משא"כ היכי שע"י שאנו אומרים שאיתרע חזקת חי תהי' האשה מותרת להנשא א"כ יש כאן חזקה דדייקא ומנסבא מהני נמי הע"א לאוריעי חזקת חי:

אך באמת הרמב"ם הכריע הטעם משום מלתא דעל"ג ובמקום אחר הארכתי במ"ש הריב"ש דאיכא תרי חזקות חזקת חי וחזקת א"א וגם כי מ"ש בזה קולא משום ריעותא דחזקת חי יש לדון בזה מדין ע"א במלחמה ומה שכתבו דהאשה אומרת בדדמי מיד שנתוודע לה בבירור שירד למלחמה או נפל למים והארכתי בכל זה וכאן קצרתי כי מ"מ יש לעשות סניף גדול מזה שיש אומדנא דמוכח שנפלו עליו לסטים וגם מה שהעיד שמצא השליטין מלוכלך בדם יש ללמוד מזה שהיה האיש ההוא בסכנת מות וכיון שאנו מוצאין איש המת בפרצוף זה אין לנו לתלות באחר:

אחר כותבי מצאתי ראיתי בשו"ת נ"ב סימן כ"ח שכתב ג"כ שטעם הדבר דבשנים א"ל בדדמי לפי שנאמנים מה"ת ושוב אח"כ חזר בו לפי שמהריב"ל ומבי"ט כ"כ אף בעדים פסולים כו' אלא שאף ע"פ כן י"ל כדאי המבי"ט לסמוך עליו בשעת הדחק ומקום עיגון כו' ולבסוף סיים אבל כד מעיינת כו' והכרה של עד השני לא מהני הואיל ולא חזיא בשעתיה ואז המת משתנה בעצמו ואפילו שנים רואים אותו דליכא חשש בדדמי אין מועיל כדמשמע מהרמב"ן כו' ע"ש. ותמהני אחרי שכתב מתחלה לסמוך על דברי המבי"ט במקום עיגון איך העלים עיניו הטהורים ממ"ש להדיא בדברי המבי"ט שהובא בק"ע הל' דשני עדים אף שלא ראה מיד ואף שאין להם סימנים סגי בט"ע וכן הוא באמת בשו"ת מבי"ט ח"ב סימן מ"ט אחר שכתב דבפסולין כגון עכו"ם מסל"ת סגי כתב מעתה אין אנו צריכין לברר הדבר הג' אם ראה אותם אחר זמן מה שיצאו מן המים כו' ואף ששם בשאלה מבואר שהענין היא בספק אם ראה אותם תוך שעה סמוך לפליטתם מן הים

מ"מ הרי הדבר פשוט דספק אשתהי כי האי לחומרא כמ"ש הר"ן שאין מצוי שיראנו תוך שעה רק דעתו להקל בב' עדים אפילו בודאי אשתהי כמבואר מלשונו שם ולכן העתיק כן בק"ע בשמו אף שלא ראה מיד כו' ונראה דהגאון בנ"ב ניחא ליה לסמוך אמבי"ט בהא דעדים פסולים לענין בדדמי דקבורה ולא סמיך עלי' לענין בדדמי דהכרה מ"מ צ"ע שכ"כ בפשיטות ולא הזכיר מדברי המבי"ט והח"מ והב"ש שהבאתי וגם בסדר אלי' רבא להגאון מהר"א אלפנדרי ראיתי שהאריך בענין זה ואע"פ שגם הוא עמד על חילוק בין בדדמי דקבורה לבדדמי דהכרה מ"מ הוכיח במישור שמהרשד"ם ורבינו בצלאל ומהרח"ש קיימי בזה בשיטת המבי"ט דבשני עדים א"צ לאלתר וכבר כתבתי שהגאון בעל עבה"ג סמך ע"ז לבד וכ"ש בכאן שיש לצרף הנך התירים שכתבתי לעיל ומצאתי בשו"ת הגאון מוה' זיסקינד רוטינברג שם נדפס תשובת הגאון מוה' מרדכי כהנא ז"ל שכתב להתיר ע"פ שני עדים אף לענין בדדמי על הצורה והסכים עמו הגאון מהר"ז ז"ל אלא שחלק עליו במ"ש להתיר אפי' שא' היה פסול אבל בשני כשרים הסכים להיתר ושם הביא דברי התשובה המדברים בענין זה ע"ש בסימן כ"ב וסימן ך"ג וקצרתי והנה מה שנזכר בשאלה שהארבע כנפות של דומא לבן הכיר העד שהוא בדומה לפארטיכל שביד האשה שאומרת שהוא מחתיכ' אחת והעד הכיר שהוא דומה בדומה נראה שאין זה אפילו שיעור לצרף דאע"ג דחשש שאלה אין כאן לפי מ"ש הפוסקים דציצית לא מושלי אינשי מ"מ ע"ז אמרו אין מעידין אחר ג' ימים אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו ומוקמינן דכליו בחיורי וסומקי ואף שזה העד אומר שהכיר שהוא כיוצא בזה החתיכה שביד האשה לאו כלום הוא דודאי שכיח טובא שדומים יחד אך האיש הלז אשר הביא השאל' והגב"ע הלז אמר לי דברים שבע"פ שלא נכתב בגב"ע כי אמרו לו שם כי נמצא הנטבע בשני זוג פוזמקאות שקורין זאקין זה ע"ז התחתונים של צמר גפן והעליונים של צמר והעגונה הנ"ל היא אמרה לו שהיא נתנה לו שני זוג פוזמקאות כנ"ל ולבש אותם קודם שיצא לדרך והנה שאלתי את האיש הלז שאולי שם במדינה כן אורחות כל הולכי דרכים ללבוש כן בעת החורף ואמר שאינו כן ולפ"ז שאינו רק דרך סיבה ומקרה נראה דכה"ג הוי כמו סימן בינוני ועיין בשו"ת ב"ח סימן ע"ה שכתב וז"ל וכ"ש בנ"ד דאיכא סימן מובהק בפוזמקי אחד ברגלו אחד וכריכת עשב ברגלו השני דאין דרך בני אדם לילך לדרך בצינה בפוזמקי אחד כו' ע"ש ובנ"ד נמי נהי שאפשר דלא נחשב לסי' מובהק דאיכא דעבדי הכי מחמת הקור מ"מ סימנים כי האי מלתא הוי ועיין בק"ע סעיף רע"ו בשם שו"ת מהראנ"ח לענין ספק אשתהי יותר משעה והזכיר סימן נזם שאינו סימן מובהק מ"מ א"ת שהוא אחר צ"ל שנשתנה פניו לזה וגם הנזם היה דומה לנזם זה כו' ע"ש (ומה שדחה לבסוף

היה מחמת חשש שאלה של הנזם ע"ש וגבי פוזמקאות נראה דבעת הקור לא מושלי אינשי ומכ"ש שאין דרך כל אדם להלוך כן בפוזמקאות כאילו זה ע"ג זה) וגם כאן נצטרך לומר שאיש אחר שהיה לבוש ארבע כנפות של דומא לבן ושני זוג פוזמקאות של צ"ג ושל צמר זה ע"ג זה ונטבע ונשתנה צורתו לצורת בעל האשה שהיא לבוש כן פשיטא שאין להחמיר כ"כ ובפרט במקום עיגון גדול כזה שנרא' להתיר אף בלא הנך אמתלאות וכמ"ש לעיל דבעל עבה"ג סמך להתיר על שני עדים והח"מ נראה שלא היה אז בידו תשו' מבי"ט שהביא אח"כ בק"ע בעת שכתב התשובה שהרי לא הזכירו כלל וגם י"ל שהיא לו צדדי היתר אחרים כי סיום התשובה חסר בח"מ והמעיין בתשובות האחרונים ימצא כהנה וכהנה שלפעמים דחי צד היתר לפי שהיו יכולין להמציא צד אחר של היתר ומ"מ אם לא היה עול' בידם צד אחר סמכו ע"ז במקום עיגון והדחק והנה מחמת הפצעי' שאחורי ראשו נראה פשוט דאין חשש למיא מרזו מכה כמבואר בפוסקים ובשו"ת ומה שההכרה היה ביום שלישי לקבורתו ולכאור' אפשר שכבר עברו ג' ימים אלא שלא היה מעת לעת וכבר עמד בזה בשו"ת נ"ב סימן מ' ומ"ש ראיה מנטל"פ דמספקא אי תחלת הלילה פוגם כו' כבר כתבתי מזה בתשובה ושם כתבתי לדחות זה אך בקצרה כתבתי שלכאורה יש ראיה מהירושלמי ומד"ר וכוונתי בזה דהא מייתי עלה מהא דעד ג' ימים נפשא טייסא על גופא כו' והתם משמע קצת דאין הג' ימים מעל"ע דמשמע קצת דמה"ט אמרו שלשה לבכי ז' להספד והנך ימים לאו מעל"ע חשבינן להו ויש לדחות ושם הבאתי מהך מתני' דבתר הכי דמעשה באחד שנפל לבור ועלה לאחר ג' ימים דמוכח דהש"ס מפרש דהיינו מעל"ע דהא אמרינן עלה אין מזכירין מעשה ניסים משום דלא ניים וכדאמר ר"י שבועה שלא אישן ג' ימים כו' ומ"ש בנ"ב שם ראיה מהא דאמר ר"י כל הרכבה שאינה קולטת לג' ימים כו' ואמרינן ביה מקצת היום ככולו כדאיתא בפסחים דף נ"ה ע"ש לענ"ד לאו ראי' היא דודאי בסתמא כל היכא דאיתמר שיעור ימים הכל לפי הענין שאם הוא דבר שטבע הענין מתחייב שבא ההשתנות ע"י משך הזמן יש לשער הימים מעל"ע אך היכא דאיתמר איתמר ומסתמא כך היה מקובל בידו שבזה טבעו שהתחלת היום או הסוף גורם וכיון דר"י קאמר התם בפסחים המנכש בי"ג שותלה במקום הטיט כו' אלמא דס"ל דהשרשה שקולטת לג' ימים היינו ע"י מקצת היום ככולו דהא אפילו אם מנכש בי"ג סמוך לכניסת י"ד מיירי דליכא ג' ימים מעל"ע עד אחר העומר ולהכי הוה ס"ד כיון דאמרת מקצת יום ככולו א"כ בי"ד נמי דנימא תרי מקצת היום ככולו ומשני רבינא דתרי מקצת היום ככולו לא אמרינן ומדוקדק בזה לשון הש"ס שם דקאמר מכדי שמעינן לר"י דאמר כל הרכבה כו' ואי ס"ד י"ד מותר בעשיית מלאכה ל"ל י"ג אפילו י"ד נמי

כו' ולכאור' לשון מכדי שמעינן אינו מדוקדק דהא בלאו הך מימרא דר"י כל הרכבה ממקומו הוא מוכרע דסגי בג' ימים ומקצת היום ככולו דהא גם מנכש בי"ג היינו אפילו בין השמשות של י"ג בתחלת י"ד וכמ"ש רש"י שם בדברי רבינא ולמאי דס"ל דאי אמרינן חד מקצת היום ככולו תרי מקצת נמי אמרינן בפשיטות ה"ל לאקשויי דגם בי"ד נימא מקצת כו' אך לפי מ"ש א"ש דבפשיטות לא הוי מצי לאקשויי דמצינן למימר דר"י ס"ל דהכי קים להו לחז"ל דבעינן שני ימים שלימים ומחצה לקליטה וא"כ שפיר נקט י"ג דוקא ולכן קאמר מכדי שמעינן לר"י כל הרכבה שאינה קולטת לג' ימים כו' וע"כ דבריו אמורים בחדא מתרי גווני או שכוונתו על ג' ימים שלימים מעל"ע או שכוונתו על מה שנקרא יום אע"פ שאינו מעל"ע שאף מקצת היום ככולו ולפי דברי ר"י כאן במנכש בי"ג א"א לומר דבעינן ג' ימים מעל"ע דאל"כ אף מנכש בי"ג לא מהני דהא אפי' בה"ש של י"ד בכלל וע"כ שכוונתו ג' ימים לאו מעל"ע קאמר רק ע"י מקצת היום ככולו וא"כ גם בי"ד נמי וע"ז משני רבינא דתרי מקצת לא אמרינן והוא נכון לענ"ד:

ועכ"פ נראה דהיכא שהענין הוא תלוי בטבע ההשתנות ע"י משך זמן כגון הך דהכא או בתורם את החביות דאמרי' עד ג' ימים יין כו' וכן במחט שנמצא חלודה בירושלמי דגיטין ס"פ כל הגט וכה"ג טובא מסתברא דבתר מעל"ע אזלינן וה"נ אמרינן לענין תינוק שחלצתו חמה נותנין לו כל ז' היינו מעל"ע ועיין בתה"ד סימן קמ"ח לענין יולדת כתב דאזלינן בתר סדר הימים ואף דהאשר"י כתב בפרק מרובה לענין חמין דמילה דבעינן מעל"ע התוס' בגיטין כתבו דדוחק לומר דבעינן מעל"ע כו' ואע"ג דלענין הבראה בעינן מעל"ע י"ל דיש חילוק בין חולה הגוף מחמת לידה לחולה דעלמא עכ"ל ובתשובה א' שנשאלתי בענין אין סרכה פחות' מג' ימים אם השיעור ג' ימים מעל"ע הבאתי דברי תה"ד אלו ותמהתי עליו שבמחילת כ"ת כי רב הוא והמג"א סימן ש"ל נמשך אחריו ובאמת אין זה כוונת התוספות דגיטין כלל ומ"ש שדוחק לומר כו' אדלבתרי' קאי דהיינו שדחוק לאוקמי הך עובדא כה"ג שעדיין לא עברו ז' מע"לע אבל הדין דין אמת גם להתוספות דמעל"ע בעינן וכמבואר ממ"ש א"כ גם חילוק התה"ד צ"ע וגם בשאר דבריו תמהתי שם וקצרתי כאן שהעיקר לענ"ד דהנך ג' ימים הם מעל"ע וכן משמע מסתימת הפוסקים והתשובות וגם הגאון ז"ל לא כתב להכריע להיפך רק שכתב שאין לנו הוכחה וכבר כתבתי שלענ"ד כן נראין הדברים ממתני' דבתר הכי מעשה באחד שנפל לבור כו':

סיומא דפסקא מאחר שיש לנו עמודים גדולים לסמוך עליהם ועוד צירפנו לזה כמה סניפים נאותים וכבר כתבו האחרונים בתשובה דכל כה"ג שיצא ע"ד לחזור בזמן קרוב ולא חזר ולא נשמע בכל הסביבות כי נפקד מהם איש יש לצדד טפי להקל ואף שבנהר

גדול י"ל דמעלמא אתי כבר כתבתי בתשובה דבימי הקור הגדול שהנהר קרוש אין לחוש כ"כ לרובא דעלמא וכדאמרינן בב"ב לענין חביות שצפה בנהר דאם איתא דמההיא דקרא אתי עקולי ופשורי הוו טבעי לה ולכן אף בשלהי סתווא שהקרוש נפשר כל זמן שלא נפשר לגמרי הוא מנותח נתחים ולשטף מים רבים לא הגיע כי גלמי הקרח הנורא הם צפים על פניו מסתבר ביותר שזה האיש הצף הוא השט מסביב המקום ההוא וקרוב לשם טבע או הושלך בנהר וכיון שבמקומות הסמוכים לנהר לא נשמע שנטבע שם יהודי וגם אין לתלות דמעלמא אלא אמרינן כאן נמצא כאן הי' וכמ"ש בעובדא דיצחק ר"ג וי"ל שהאבד הוא שנמצא וע"ד שכתב המבי"ט ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ג שכתב ג"כ להתיר כיוצא בזה והביא מהך דב"ב והגאון בנ"ב כתב ג"כ שמי שהוא שרוי בשלום עם אשתו ויצא ע"ד ללכת לכפרים הסמוכים ועברו איזה שנים שנעלם יש לצדד טפי להיתרא ע"ש דאזיל לקולא טובא בכה"ג ומכ"ש בנידון שלנו שיש לנו יסודות חזקים כראי מוצקים אני אומר בטוח דהאי אתתא שריא לאנסובי לעלמא אך אע"פ כן חליל' מלעשות מעשה עד שיסכימו להיתרא עוד שני חכמים גדולים מובהקים ומפורסמים בהוראה כי אני מיראי הוראה במקום חומר א"א ואי דרו דורא דלינא וכאשר יצא הדבר בהיתר יש להושיב ב"ד ולהתירה שאע"פ שיש כאן שלשה עדים על ההכרה מ"מ מאחר שצירפנו כמה סניפים של היתר שאינם רק ע"פ ע"א לבד או אמיר' האשה לכן יש להתירה ע"פ ב"ד. וצור ישראל יצילנו מצור מכשול ויניקנו משגיונים וירבה עצמה לאין אונים:

דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

שאלה קמח

באחד שהשיא יתום קרוב שלו ונתן לו לעת הנשואין בגדים וסכום מעות על ש"ט להאשה כמנהג ואבי האשה נתן ג"כ מעות לנדוניא ונפטר הבעל בתוך שנה ראשונה לנשואין בלא ז"ק וחלי"ש והיא זקוקה לחלוץ איך יחלוקו בנכסים:

תשובה הנה עיקרי הדברים הם מבוארים בש"ע ואחרונים אך שבאו מפוזרים ואין הזמן גרמא להאריך בפלפול רק להפצרת השואל ראיתי לרשום בכתב מוצא הדינים ושרשם ויתברר הדין על בוריו והנה באה"ע סימן נ"ג בב"ש ס"ק וא"ו הביא דברי מהרי"ק שורש ע"ג דבכנס ומת תוך שנה ראשונה ונפלה לפני בנו השני ליבום לא זכה היבם שהנדוניא מחזירים תוך שנה ראשונה וכן הביא דברי מהרי"ק אלו בס"ק ט"ז ושם כתב וכל זה לא איירי לענין נדוניא כי הנדוניא הוא חוב גמור וכן תוספות שליש נראה דהוה כחוב נדוניא ולא תפסיד כ"ש ולפי זה לכאורה אם הכתובה שהוא נדוניא שלה עם התוספות שליש

הוא עולה כפי העזבון בעין עם הש"ט אם כן אין מחזירין למשיא הסך שנתן על הש"ט אלא יתחלק העזבון הלז בין החולץ ובין החלוצ' וכמ"ש באה"ע ס"ס קס"ה שכן הוא תקנת הקהילות ואף שכתב אחר כך ויש דעות אחרות כו' מ"מ זה הפשר העיקר וכמבואר בלשונו סימן קס"ג סעיף ב' שכתב אבל כבר יש תקנה שהחולץ יש לו חצי הנכסים וע"ש בב"ש ובסימן קס"ה ס"ק יו"ד שיחלוקו בנדוניא גם כן וכיון שהאשה זוכה בכל העזבון ממילא שהחולץ חולק עמה בכל אבל בנחלת שבעה כתב לפי נוסחאות שהיו נוהגין לכתוב בשטר חזרה אין האשה לוקחת רק נדוניא שלה ממש בלא הוספת שליש וכתב בספר המקנה ובספר עצי ארזים שכן נוהגים ואם כן פשיטא לפי מה שנוהגים לכתוב בתנאים על פי תקנת שו"ם ודאי דאדעתא דמנהג' הוא אין לזוז ממנו ולפי זה אין להאשה זכיה בהש"ט ובגדים שנעשה מממונו של זה המשיא את היתום ובנדוניא של האשה תחלוק עם החולץ ואף שזה המשיא אינו קרוב הראוי ליורשו מחזירין לו ולא להחולץ שהוא אחיו הראוי ליורשו וכמ"ש בסימן קי"ח בב"ש ס"ק כ"ד בשם הט"ז שאם אחד מהקרובים נתן הנדוניא אפילו לא נתן משלו רק קיבץ ונתן להנדוניא כו' ע"ש דהיינו דוקא כשהמשיא הוא קרוב של היתום כמבואר שם בב"ש בשם הט"ז שאם אדם אחר שאינו קרוב נתן לא שייך ותם לריק כחכם ומחזירים ליורשים. ונראה דלאו דוקא קרוב שלו אלא אפילו קרוב של אשתו נמי שייך ביה ותם לריק כחכם דהא קי"ל אשתו כגופו ומה דאיתא בי"ד סימן רנ"א קדימת צדקת קרובו קודם גם קרוב אשתו בכלל קרובו הוא וכ"כ להדיא בשו"ת מהר"מ מינץ סימן וא"ו שמחוייב לפרנס גם קרובי אשתו כפי השגת ידו כי הם קודמים לעניי עולם עכ"ל ועיין שם בשו"ת הגאון מהר"ז רויטנבורוג שמוכיח מלשון זה דקאמר שהם קודמים לעניי עולם שהם במדרגות עניי עירך וכיון דאיתא ביורה דעה שקרובו קודם ואחר כך עניי ביתו ואחר כך עניי עירו כו' אם כן קרוב של עצמו שלשה מעלות קודם לעניי עולם וקרוב אשתו רק מעלה אחד ולפי זה אין לכוף לבעל לתת לסיוע קרובי אשתו רק שליש מה שנותן לקרובי עצמו כגון אם נותן לקרובי עצמו ג' ר"ט צריך ליתן לקרובי אשתו א' ר"ט עכ"ל אך לפי ענ"ד לאו דוקא הוא ומהר"ם מינץ לישנא בעלמא נקט שהם קודמים לעניי עולם ועיקר כוונתו לומר שהמה בכלל קרוביו ולענין פסולי עדות נמי אמרינן בסנהדרין בסורא אמרו בעל כאשתו בפומבדיתא אמרו אשה כבעלה שנאמר דודתך הוא והלא אשת דודו היא מכלל דאשה כבעלה עיי"ש וגם נראה לענין זה דאמרינן הכא פשיטא שאין לחלק בין קרובו לקרוב של אשתו דכל דמחמת קורבא קעביד ולא עלתה בידו קרינן ביה ותם לריק משא"כ אם איני קרוב כלל רק צדקה בעלמא קעביד להשיא היתום שפיר כתב הט"ז שהוא חוזר ליורשים דלא שייך

ביה ותם לריק כיון שדרך צדקה עשה הרי צדקתו עומדת לעד ושכרו אתו ופעלותיו לפניו ולכן נראה ברור בנ"ד שהמעות שנתן המשיא על ש"ט והבגדים הם חוזרים להמשיא ושאר העזבון יתחלק בין החולץ והחליצה אם לא היה ביניהם שום תנאי והתחייבות בעסק החליצה. ומלתא אגב אורחא אמינא מה שתמה בספר עצי ארזים סימן נ"ג על מהרי"ק סימן ע"ג שכתב כנראה מתוך התנאים שהמעות מנדן בנך נשארו בידך וא"כ מאחר שפסקו רש"י כו' ד' מ"ח קודם היאך יזכה היבם כו' וע"ז כתב דלא הוצרך לזה דהא אין היבם נוטל בראוי כבמוחזק כו' עיי"ש ס"ק ז' ובאמת לפי שהבין במהרי"ק שהמעות היה בידו מעולם רק שנתחייב לבד שפיר הקשה אך באמת ליתא דמבואר שם למעיין שכתב אין סהדי שלא נתתי המעות לבנך ז"ל עיי"ש שכתב שם כמה פעמים והלשון מורה להדיא שכבר נתן המעות מידו לבנו רק מתורת מנהג הקהילות אתי עלה שמחזירין בשנה ראשונה אף שבא לידו אך בשעת פטירתו נשאר המעות אצל אביו ואינה בידו רק דרך פקדון ומוחזק גמור הוא ולא ראוי ושפיר היה היבם יורשו אי לאו מהנך טעמי שכתוב מהרי"ק וזה ברור. דברי זעירא מן חברייא:

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד:

סליק ספר שאלות תשובות בית אפרים אבן העזר חלק רביעי