הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

הליכות אליהו על השולחן ערוך

רבי אליהו הלוי פיינשטיין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

הליכות אליהו על השולחן ערוך

רבי אליהו הלוי פיינשטיין

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/הליכות-אליהו-על-השולחן-ערוך/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

שו"ת הליכות אליהו אה"ע 5
סימן א 5
סימן ב 6
סימן ג 9
סימן ד 16
סימן ה 17
סימן ו 17
סימן ז 19
סימן ח 20
סימן ט 31
סימן י 44
סימן יא 46
סימן יב 50
סימן יג 59
סימן יד 94
סימן טו 96
סימן טז 99
סימן יז 100
סימן יח 102
סימן יט 108
סימן כ 109
סימן כא 109
סימן כב 109
סימן כג 111
סימן כד 112
סימן כד 138
סימן כה 151
סימן כו 159
סימן כז 163
סימן כח 165
סימן כט 194
סימן ל 197
סימן לא 198
סימן לב 213
סימן לג 213
שו"ת הליכות אליהו חו"מ 254
סימן א 254
סימן ב 255
סימן ג 256
סימן ד 257
סימן ה 259
סימן ו 260
סימן ז 262
סימן ח 263
סימן ט 265
סימן י 265
סימן יא 266
סימן יב 269
סימן יג 270
סימן יד 271
סימן טו 273
סימן טז 277
סימן יז 278
סימן יז 281
סימן יח 284
סימן יט 287
סימן כ 289
סימן כא 290
סימן כב 297
סימן כג 297
סימן כד 298
סימן כה 300

סימן כה 302
סימן כו 306
סימן כז 326
סימן כח 331
סימן כט 332
סימן ל 333
סימן לא 333
סימן לב 338
סימן לג 350
השמטות חידושים מחלק אה"ע 362

שו"ת הליכות אליהו אה"ע

סימן א

לרבי אליהו פיינשטיין ז"ל:

לא אוכל מלט משא רגשי חמלה על האשה קשת רוח גוטא בת משה אהרן מפינסק גם למלאות בקשתו נזדקקתי לענינה נגד טבעי והרגלי לפי גב"ע שיש בידה מג' רבני מו"ץ וראב"ד דק' הנ"ל אשה הראשון שתה סם רעל ואיבד עצמו לדעת בעלה השני חיתה עמו שנים רבות לבסוף מת בימי מבוסה ומבוכה אשר רבים שתו ומתו ברעה ורעב בעלה השלישי היה ידוע חולי במחלת הריאה ומת באותו חולי והיה קרוב לשבעים שנה:

האמנם חמירא סכנתא פ"פ קבלת חכז"ל אבל הלא פתח לנו פתחא הרמ"א סוף סי' ט' ורבים מקילין בדבר וזהו מדברי הגדול בתרומת הדשן אפתח גם אנא פתחא דהיתרא:

הנה בעלה השלישי באשר היה ידוע חולי קודם נשואין לאותו חולי שיש בו סכנה בודאי תלינן מחמת חולי ולא תלינן במזלא דידה כמו דקיי"ל גבי אם מתי מחולי זה דאם לא היה בריא דניתק סמכינן על זה דמחמת חולי זה מת יעוי' בסי' קמ"ה ובפרט דידוע דמת מחולי הריאה יעוי' ביבמות פ' דתחילתו וסופו לקוי לא חיישינן ויעוי' בכורות ל"ט בודקין אותו שלש פעמים בשמנים יום ובתוס' שם וכיון דחזקתו דבחולי שהיה קודם הנשואין מת לא תלינן במזלא דידה ובמעינה כתבו גדולי האחרונים להקל בזה והדבר מוכרח מהלכה ומסברא ולא נשארו רק שנים הראשונים: והנה אף דקיי"ל בקטלנית כרבי דמחזיקין בשנים אבל כבר כתב התה"ד דהוא רק מספק ולכן אם יש עוד צירוף בזה יש להקל כתב הרב בשו"ע י"א דוקא אם מת מיתת עצמו אבל אם נהרג אחד מהם או מת בדבר כו' אינו כלום כו' יעו"ש ולכאורא הרכיב שני דברים שאינם דומים דאילו מת בדבר יש להקל בין למ"ד מעין גורם בין למ"ד מזל גורם דהוי כמו מכת מדינה שאין לומר מזל גורם וכן לחוש למעין דידה אבל נהרג דמשמע שנהרג הוא לבדו ולא מכת מדינה ואין שייך למ"ד מזל גורם דקיי"ל כותי' וכמו שכתב הרמ"א בראש הסימן או נתארסה כו' דהיינו כמ"ד מול גורם אע"כ דלא כתב ואת רק בשני אנשים דראוי לצרף גם ספק דמעין גורם דלא שייך בנהרג להקל כרשב"ג דבעינן ג' אנשים להחזיקה ומשו"ה דייק שנהרג אחד מהם דהיינו אם היו שנים בזה ראוי לצרף:

וכן יש לדרוש סמוכין מדברי הרשב"א בחידושיו לכתובות דף מ"ג ובשיטה מקובצת בשם הרמב"ן ליישב שיטת הרמב"ם דאין לה כתובה משני והראב"ד ז"ל כתב מחומא דביתהו דאביי דתבעה מזונות שהוא מתנאי כתובה דאביי הכיר בה גם הקשה מהא דאלמנה לכה"ג אם יש לה תנאי כתובה והלא בלא"ה קטלנית הואי ופי' הרשב"א

והרמב"ן כגון דאיקטל קמא או נפל מדיקלא יעו"ש הלא קיי"ל מזל גורם ולפמ"ש הרמ"א דבשני אנשים אין להחזיר ולאמר דמזל גורם ובנ"ד דבעלה הראשון איבד עצמו לדעת ולאו מחמת חולי מת אף דיש לפקפק דמחמת חולי הרוח עשה זאת אין לומר בדבר זה להחמיר הלא אף אם חלה חולי רוח לא היה בדבר, סכנה למות ומיתתו היתה איבוד בידים הוי כמו נפל או נהרג:

ויש עוד לצרף ולאמר אף כי תלינן להקל ולהעמידו בחזקת כשרות שלא לדונו. דין מאבד עצמו לדעת אבל מ"מ מידי ספקא לא נפקא שלא ראינו בו סימני שטות ואם כי חששו חכז"ל למזלא דידה שימותו אנשיה כמו שמצינו אשה אע"פ כו' יש סימן אבל שיעשה משום ליתא דידה ומזל הרשע עובר על דת זה לא מצינו לזאת יש לאמר דגם למ"ד מול גורם לא נצרף איבוד עצמו לדעת להחזיקה גורמת למיתתו וגם בעלה השני חיתה עמו זמן מרובה בשלום ומת בימי זקנתו בעת צרה אשר אם לא נוכל לאמר כי המיתה היתה או מכת מדינה אבל יותר יש לתלות מיתתו מכפן וחסר בימי זקנה יותר מחמש ששים (לפי דבריה) ואף שהחת"ס כתב דזקן למנין הוי שבעים שנה אכן יש מקילין בפחות ובפרט בעת צרה כזאת שפגעה מדת הדין ברבים:

מכל המקובץ הנ"ל נבא לנ"ד דיש להתיר האשה הזאת גוטא בת משה אהרן מכבלי עיגונה מחשש קטלנית משום שבעלה השלישי כיון שבחולי שקודם הנשואין מת כתבו גדולי האחרונים וביחוד החת"ס שאין חשש כלל לצרפו ולא נשאר חשש רק משני אנשים דאין זה אלא מטעם ספק הלכה כרבי וכבר כתב הקה"י דאין זה אלא חומרא בעלמא ויש לנו אילן גדול הרמ"א לסמוך עליו להקל בנהרג אחד מהם ובנ"ד בעלה הראשון הוי כנהרג גם יש לאמר דבחטאו מת גם בעלה השני היה זקן ומת מפגעי הזמן בודאי יש מקום להקל והרוצה למיעבד עובדא ולהרנין לב אלמנה ישמרהו ה' ויחיהו ויזכה להתברך בברכת שנים:

סימן ב

על שאלתו ע"ד האשה אשר הגידו הרופאים שאם תתעבר תמות אם רשאית לשמש במוך כבר דברו בזה האחרונים כאשר ראו הכל עיניו הבדולחים וקשה להגיד בזה דברים ברורים ובהיותי בזה ראיתי מה שהחליטו הגרע"א והחת"ס בדעת רש"י להתיר נתינת מוך קודם תשמיש אינו דבר פשוט ויש מקום לפרש דבריו גם תיכף אחר תשמיש ולשון רש"י מותרות לתת מוך כו' כשהן משמשות כדי שלא יתעברו יש לפרש גם תיכף לאחר תשמיש ויעוין לשון הרמב"ם בפ"ז מהל' תרומות ואם נתהפכה בשפת תשמיש כו' שכונתו תיכף לאחר תשמיש ור"ת ס"ל דכונת רש"י כיון דמשום סכנה בודאי תשאוב

הזרע במוך הוי הוא כמשחית והקשה פ"ז דלא גרע ממשמש עם קטנה ואיילונית ובה אין איסור אף בראויה להזריע ור"י ס"ל דאפשר לפרש כונת רש"י קודם תשמיש והאיסור בדידיה דהוי כמשמש על העצים ולאחר תשמיש אף כי לדידיה לא גרע מקטנה אבל עליה האיסור משום השחתת זרע: וזהו כונת הנמ"י שס"ל ג"כ בכונת רש"י שנותנת מוך לאחר תשמיש והאיסור משום דידה וסבירא ליה להנמ"י דאף אם היא אסורה בהשחתה אבל אינה ראוים להזריע אין כאן איסור השחתה וכן מפורש בריטב"א יבמות ובריטב"א כתובות יעו"ש ובחנם נתלבט בדבריו הגרע"א וכ"ה בש"מ כתובות שהרא"ש נסתפק בכונת רש"י וכפי ר"י בכתובות ל"ט וכ"ה בשם הרמב"ן ובשם הרא"ה ובשם תלמיד הרשב"א ומ"ש הריטב"א דבדידיה ליכא איסור משום מצות עונה צ"ע מיבמות מ"ב מעוברת חבירו כו' א"ה דידיה נמי כו' או למ"ד במוך ה"נ במוך כו' והלא אפ"ל דלכתחילה לא ישא משום איסור השחתה:

והיה אפשר להביא ראיה מזה דלדידיה ליכא איסור כלל אבל קודם תשמיש אין מבורר שיטת רש"י להתיר ויעוי' בהגמ"ר שנסתפק ג"כ בכונת רש"י וכתב להכריע מריש נדה וכמ"ש כתוס' דמשמע דלעולם המוך במעיה אבל אין ראיה זאת מכריעה ויעוי' בתוס' הרא"ש וזהו פי' דברי הרא"ש בתשובה דאף אם משמשת במוך אחר תשמיש הוי לדידיה כמו משמש בקטנה ואיילונית אבל אין היתר בזורה מבחוץ דאף לר"מ אסור:

ויעוי' בהג' הגרע"א על התוספתא דזהו דברי ר"א שהובאו בגמ' יבמות ל"ד ע"ב ולפי גי' דידן בתוס' י"ל דהיינו הוא משמש בפנים וזורה כו' שהיא זורה מבחוץ ע"י נתינת מוך אבל ראית הרא"ש ממשמשת במוך היינו אף לרבנן דגם לדידהו שרי לאחר תשמיש בג' נשים דאינן ראויות להזריע ומ"ש הגרע"א מהא דע"מ שתהא מערה לאשפה לשיטת הטור האיך יפרש אביי דס"ל בגטין פ"ד דבשר חזיר דומה לע"מ שתעלי לרקיע מלבד שיש ליישב בכמה גוני עי"ל דהרי באמת הטעם בפ"מ שתעלי לרקיע אינו אלא כמפליגה כו' וא"כ ל"ש זאת בדברים של איסור שהוא בינו לבין עצמו והפרה אפשר שלא בפניו ול"ש כמפליגה עי"ל דהיינו דוקא בל"ת שיש בה מלקות וכמו בגט דע"כ תוכרח לאכול בפני עדים ולא בה תלויה התראתה: וכדמות ראיה יש להביא משיטת הרי"ף בתשובה הובא בב"י חו"מ סי' כ"ו לפרש המשנה בנדרים קונם סוכה שאני עושה היינו דאמר קונם ככר זה אם עושה סוכה אני או לולב שאני נוטל וכ"ה פ"ג ואצ"ל אם אמר הרי עלי קרבן אם סוכה אני עושה לולב שאני נוטל והמה נובעים מדברי הרי"ף ויעוי' בר"ן נדרים כ"ד גבי נדרי הבאי אם ראיתי נחש בקורת בית הבד דכיון דהוא דבר שאינו בודאי לא נתכון לאסור דאם היה נתכון לאסור כיון דהוא דבר שאינו הרי הי' לו לאמר סתם וא"כ

גם אם אמר אם לא אראה נחש כקורת בית הבד ג"כ הוה נדרי הבאי ואם דבר מצוה ג"כ הוה דבר שאי אפשר היה ג"כ נדר זה אם אטול לולב כמו אם לא אראה נחש כקורת בית הבד אע"כ אביי לא אמר דדבר איסור הוה כמו דבר שאי אפשר רק כה"ג דיהיו בזה מלקות וכמו דדייקא לישנא דרבא אפשר דאכלא אלקיא ויש להאריך בזה:

ומה שהביא מהא דסוף סי' קצ"ו לכאורא לא היה מכאן ראיה כלל דשמא לא תפליט הזרע הקלוט מכבר ורוב נקלטים בעת תשמיש כמ"ש התוס' ביבמות ל"ז יעו"ש וצ"ע דברי הס"ט בסוף סי' הנ"ל שהשיג על הכרו"פ וכתב בפשיטות דל"ה רוב ומה שהביא מדברי הרשב"א בתוה"ב האומנם לכאורא דברי הרשב"א תמוהים דכ"ז דלא הוחזקה עוברה גם לאחר מ"א יום תשב לנדה וכן הוא ברמב"ם בפשיטות וצריך לפרש דברי הרשב"א בשפיר מרוקם רק ביום מ' אין חוששין לולד וביום מ"א תשב לנדה אבל אם אין אנו בקיאים בריקום מודה דתשב לנדה אף אחר ח"א ולזה י"ל דכיון דרוב נשים אינן מפילות הוה נגד רוב הנקלטים בעת תשמיש לזה חיישינן שעוד לא נקלטה:

ויעוי' תוס' כריתות י' על הא דאמר רבא שוחטין וזורקין על המפלת ביום מ' לזכר ויום פ"א לנקיבה אף דאין אנו בקיאים דלכאורא תימא מה בקיאות שייך בזה אבל י"ל ע"פ מה דאמרינן בנדה כיצד בודקין אותו אם זכר בשעורה כו' והלא ידעינן דהיא נקיבה שמא עוד לא נגמרה היצירה ויש לעיין ולהאריך בכ"ז ויעוי' ברמב"ם פ"ו מהל' תרומות דל"א א"א שלא תפליט רק במתהפכת בעת תשמיש ולכאורא דבריו תמוהין כמ"ש הראב"ד ויעוי' בכ"מ ולי נראה דהראב"ד ס"ל דכ"ז שהש"ז במעיה היא טמאה מטעם נוגעת ולא מהניא לה טבילה אף שהוא בבית הסתרים וכן נראה להוכיח מלשון הרמב"ם פ"ה מהל' מו"מ יולדת שירדה לטבול כו' היא טמאה יעו"ש ומשמע שהיא טמאה בשעה שהדם במעיה קודם שיצאו לחוץ ה"נ בש"ז בשעה שהם בפנים ג"כ מטמאין בשמשה דהויא כרואה (ויש להעיר בזה לענין אם טעתה ביום אחד וטבלה ליל ז' דסותר מטעם ראיה אף במונחת במטה ואכמ"ל) ואם לא נתהפכה אז אין חשש לפולטת והפת לא תתנני להאריך כעת:

ועפ"ז יתפרשו דברי הגמ' בנדה מ"א דלר"ש דלא מטמאו בפנים צ"ל דהיא מונחת במטה ועת לקצר וכיון דהיא מדחת הש"ז שמבחוץ דלא יהיו נקלטים עוד אין כאן איסור ויש להאריך בכ"ז בדברי האחרונים. ולענין נ"ד כתב החמד"ש להקל בחשש סכנה וי"ל דגם רבנן לא אסרו אלא משום דאין כאן חשש סכנה לדידהו דרוב אינן מתעברות ור"מ חייש למיעוטי אבל במקום סכנה בודאי גם רבנן מודו וכן הורה הגאון מהרמ"מ בס' צ"צ החדש וראיתי שכן הביאו משמו, אך לכאורא עדיין צ"ע בזה להתיר משום חשש סכנה א"כ

לא נוכל להתיר רק לעתים רחוקות דיש חשש בזה מוציא ז"ל ונותן הדבר לשיעורין וי"ל דליכא איסור השחתה רק במתכוין להשחית כדי שלא יקום לו זרע וזהו עון דור המבול ועון ער ואונן אבל לא באשתו שאי אפשר לה להוליד וזהו הטעם שהתירו שלא כדרכה לפרקיה ובשם עון אחר לא חילקו בין לפרקים רק הכונה הוא כנ"ל ומחמת זה ג"כ התירו להתהפך במקום חשש כמו במינקת לפי' הרי"ף אף שכפי הנראה מפשטות דברי הגמ' כתובות ל"ז וביבמות ומשו"ה מותר דרך תשמיש ובמקום סכנה ואם תתעבר תהיה סכנה לה ולולד ומחמ"ז מיקרי שלא במתכון גם בפ"ר דהעבירה כאן אינה אלא הכונה ויש להאריך בזה גבי מחיקת השם ולזאת במקום סכנה יש לסמוך על החמד"ש בזה ועוד חזון:

סימן ג

עוד בענין הנ"ל:

רמב"ם פ"ז מהל' תרומות ה"ז המשמשת כו' אם לא נתהפכה בשעת תשמיש טובלת ואוכלת כו' ואם נתהפכה כו' ה"ז אסורה לאכול בתרומה כל שלשה ימים שא"א לה שלא תפלוט ובהשגות והוא שהטבילוה במטה כו' והוא מהגמ' נדה מ"א ע"ב ודף מ"ב ע"א אלא דרבא נמי שהטבילוה במטה ויעוי' בכ"מ שכ' שגרסא אחרת היתה לו להר"מ ולא היה גורם אלא לרבא נמי שהטבילוה והיה גורס אלא ל"ק כאן במתהפכת כו' וט"ס בכ"מ שלפני וצ"ל דכל שנתהפכה ליכא למיחש להכי:

וצ"ע דמתחלה היה פשוט להגמ' דבהדי דאזלי בכרעא שדיתא והיה אח"כ להגמ' לפרש דל"א הכי ויעוי' ברדב"ז שם ועוד צ"ע מהא דתנן פ"ח דמקואות האשה ששמשה כו' וירדה וטבלה ולא כבדה את ביתה כאילו לא טבלה ופסקה הרמב"ם פ"ה מהל' שאה"ט ולא חילק בין הטבילוה במטה ובין נתהפכה או לא נתהפכה ויעוי' בר"ש שם דהחששא דלמא תפליט:

וי"ל בהקדם הא דאיתא בנדה מ"ב ארחב"א א"ר ביולדת שירדה לטבול ונעקר ממנה דם בירידתה טמאה כו' כשיצא לחוץ ויעוי' ברמב"ם פ"ה מהל' חו"מ אם נעקר דם בירידה ויצא חוץ לבין השינים טמאה ולכאורא הלא עדיין בית הסתרים הוא ויעוי' בתוס' נדה שם בד"ה אמאי טומאה בלועה הוא שכ' והא דמסיק שיצא לחוץ לרבא לא צריך שיצא לחוץ לגמרי אלא שיצא לבית החיצון דהוי בית הסתרים דמטמא במשא כו' יעו"ש:

אבל באמת צ"ע דלפ"ז לקמן דקבעי הגמ' אותו מקום בלוע הוי או בית הסתרים הוה למאי נ"מ כגון שתחב לה חברתה כזית נבילה למה לן מציאות רחוק היה להגמ' לאמר בפשיטות לענין הא דרב גם צ"ע אם משום משא הוא דטמאה הלא שיטת רש"י חולין כ'

והר"ש פ"ה דזבים שטומאת משא במעין של זב ונבילה הוא רק אם מסיט ממקום למקום כרבנן דר"א בזבים שם יעו"ש לא היה לו לסתום אלא לפרש ואף לשיטת הרמב"ם בפ"א מהל' ט"מ וש"ד דכל שהטומאה למעלה הוי משא (וכן היא שיטת התוס' כאן בנדה לענין טומאת בית הבליעה שהוצרכה לדחוק דלא מטמא בנבלת בהמה משום משא בבית הבליעה רחב יעו"ש) היה מקום לאמר דהאשה טמאה משום משא אבל ממק"א נ"ל דבכה"ג לא מטמא גם במשא בפנים מהא דאיתא ברמב"ם פ"ב מהל' מו"מ הל' ז' זבה שנעקרו מימי רגליה וירדה וטבלה והטילה מים אחר הטבילה הרי הן ספק וכן בנכרית כו' והוא בעיא דלא אפשיטא בנדה מ"ג רק שהוסיף לשון והטילה מים (ויעוי' בפירש"י שם):

אבל לכאורא צריך להבין אמאי לא תטמא בבית הסתרים מטעם משא כיון שנעקרו ואינם נדונים שוב כגופה אמאי לא יטמאו גם בבה"ס משום מעין דמטמאו במשא (ויעוי' בעירובין צ"ט הוא בפנים ופי האמה בחוץ ועי' שם כ' בתוס' דמ"ר אינם נחים יעו"ש אבל במעי האשה דיש לה שפיות גם מ"ר נחים ובזה יש ליישב מה דנקיט האיבעיא בזבה לא בזב שנדחקו בזה והתוס' שם בנדה) לזאת נראה הסברא דבדבר שלא בא לכלל מגע ולא היה עוד בחוץ אינו מטמא גם במשא וע"כ ל"ק הגמ' אלא בנבילה דבאה מתחילה לכלל מגע וכן מוכרח בשיטת רש"י חולין ע"ב והא עובר וחי ופי' רש"י דהאשה טהורה משום מגע בה"ס וכן בד"ה לא תימא ר"ע ותמהו התוס' דהלא במשא מטמא ולפי הנ"ל י"ל דכיון דלא בא לכלל מגע בהאשה אינו מטמא ג"כ במשא (אך באמת לפי המתבאר בשיטת רש"י למעלה בחולין כ' דמשא אינו כ"א שמסיטו ממקום למקום ל"ש זאת בעובר כ"ז שהוא במעי אמו ואף דגזה"כ שמטמא מ"מ ל"ה בכלל הסיט במה שתהלך ממקום למקום ולא גרע ממוכני שאינה נשמטת בשבת מ"ד ובכלים פי"ח גם י"ל דלא הזיזה האשה ממקום למקום ואי משום אהל י"ל דלא היה באהל ומיושב קושית התוס' בפשיטות):

ולבד זה היה מקום לאמר דהתוס' שכתבו דכ"ז שהוא בבה"ס מטמא במשא מחמת דס"ל דבאו לכלל מגע אם היה דבר אחר ג"כ בבה"ס כמו בשתי טבעות ויעוי' ברש"א חולין ע"א ע"ב על דברי התוד"ה אטו שכ' דהא דבה"ס מטמא במשא אף דלא בא לכלל מגע היינו משום דלא בעינן רק שיהיה אפשר לנגוע אף שאינו מטמא בנגיעה זו יעו"ש והסברא דחוקה גם בשני חצאי זיתים מרוחקים מיקרי לא בא לכלל מגע אבל לפמ"ש לא היה צריך לדוחק רק דבה"ס בא לכלל מגע בשתי טבעות (ויעוי' ברש"א נדה מ"ב ע"ב על תוד"ה וכדרב אושעיא דכ"ז שהוא בפרוזדור לא נטמאה החי' במגע משום דבה"ס הוא

וצ"ע דבריו ועי' בתוס' חולין ע"ב ריש ע"א ואפי' רצוצה תחת אבנים שלא תטמא את האדם מכח בה"ס וצ"ע):

ולפ"ז להרמב"ם שכ' בסוף טומאת מת וטומאת החי מדבריהם אבל מה"ת אין מגע בית הסתרים מגע הואיל והוא בתוך המעים הנוגע בו טהור ומפשטות לשונו משמע דס"ל דגם החי' לא בעי נטמאה במגע בה"ס ולפ"ז גם בשתי טבעות לא נטמאו במגע ומוכרח לאמר דהא דמטמא במשא בטומאה בבה"ס דוקא בנבילה וטבעת שהיה בכלל מגע (אך באמת קשה לחדש הסברא הזאת ולאמר דהחי' ושתי טבעות לא יטמאו במגע בה"ס ואם נאמר דתוך הפה הוה בה"ס יהיה משנה מפורשת דמטמאה בכה"ג יעוי' כלים פ"ח ובעירובין צ"ט לענין היה אוכל דבילה יעו"ש גם פשטות דברי הגמ' חולין ע"ב משמע דמטמא גם אין זה אלא לפי מ"ש התוי"ט באהלות פ"ז דט"ס ברמב"ם סוף ט"מ הנ"ל וצ"ל משיצא חוץ לפרוזדור אבל באמת קשה לאמר כנ"ל:

והעיקר נראה דהרמב"ם פסק כר"ע דהולד מטמא גם במעי אשה והא דבעי פתיחת הקבר משום דמקודם הוא ירך אמו אך משתשב על המשבר שוב ל"ה ירך אמו ויעוי' בעירובין ז' ובאהלות ספ"ז והרמב"ם איירי בנפל קטן שאין לו פה"ק ומשו"ה בעי שיצא לפרוזדור ואף בנפל גדול י"ל דכ"ז דהוא ברחם הוי כבלוע אבל משיצא לפרוזדור שוב לא הוה רק כמו בה"ס ומ"ש הרמב"ם אין מגע בה"ס היינו בלוע כמו שהביא סמוך לזה וכן הבולע טבעת כו' דהוא משום טומאה בלועה גם י"ל דכונת הרמב"ם משיצא לפרוזדור הוא עובי הירכים דהוא נקרא פרוזדור בריש בהמה המקשה יעו"ש בתוס' והדברים ארוכים ואכמ"ל בענין רחב כזה) אבל במ"ר של זבה דלא היה בכלל מגע אינו מטמא האשה גם במשא ולפ"ז צריך להבין אמאי ביולדת שנעקרה ממנה דם טמאה כשהוא מבין השינים ולחוץ הלא אינו מטמא לא במגע ולא במשא לזאת צריך לאמר דכיון שלגבי ראיה הוה בפנים כמבחוץ ממילא אף אחר שטבלה עדיין היא טמאה ואפי' דבעלמא אין שייך כאן מגע משום דהויא בה"ס וכ"ז אינו אלא בדם אבל במ"ר דלא שייך בה ראיה רק מבחוץ טמא משום מעין משו"ה כשטבלה טהורה עד שיצאו מ"ר לחוץ ולפ"ז בש"ז דמטמאה בפנים כבחוץ בפולטת ובמשמשת אף שירדה וטבלה טמאה היא משום מגע ש"ז אף אם לא יצא לחוץ כמו בדם יולדת אבל כ"ז לרבנן ולר"ש כיון דלא ס"ל דמטמא בפנים כמבחוץ אם טבלה כ"ז אף שהש"ז מבפנים ולא יצא לחוץ היא טהורה:

והנה לפ"ז י"ל דהגמ' סבר גם בס"ד דהא דאמרינן א"א שלא תפלוט כל שלשה דוקא במתהפכת דפליטה דידה הויא כרואה מבפנים לבין השינים ולחוץ דזה דוקא הויא כרואה לרבנן אבל בש"ז שהוא מבין השינים ולחוץ בודאי ל"ה כרואה וטומאתן בנגיעה

דהיינו ביציאה לחוץ לרבנן כמו לר"ש וא"כ בלא נתהפכה אין חששא ליציאה מבפנים רק לפליטה מחוץ לבין השינים לאויר העולם וס"ל להגמ' דפליטה כזו היא דוקא במהלכת ברגליה, גם פשוט להגמ' דש"ז שהוא מבחוץ ועומד לפלוט אם היא מהלכת פולטת ויוצא לחוץ תיכף ולא נשאר רק הדבוק בבשרה שאינו עומד לפלוט ומשו"ה הגמ' דקאי לר"ש אין הכרח שכבדה את ביתה קודם הטבילה ופריך מרבא דא"א לה שלא תפליט כל שלשה (ולא פריך ממתניתין דמקואות דהתם י"ל שטבלה תיכף או משום ש"ז הדבוק בבשרה ולרבנן דמטמאה גם בפנים) ומשני שהטבילוה במטה ומהני זה לחששא שיצא לחוץ וקפריך הגמ' מכלל דרבא שהלכה ברגליה מאי א"א שלא תפליט הלא דבהדי דקאזלא שדיתא ויעוי' לעיל ג' דאף לב"ה מדינא ל"א כותלי בה"ר העמידוה אבל כ"ז בהש"ז שהוא כבר מבחוץ וכן דייק לשון שדיתא ומשני דלרבא נמי שהטבילוה במטה ורבא קאי לרבנן דפולטת מטמאה בפנים כבחוץ ומבית הפנימי לבית החיצון גם במטה א"א לה שלא תפלוט מעט מעט אבל כ"ז בשנתהפכה ואיירי אף שכבדה את הבית דלרבנן א"א לה שלא תכבד דאל"כ הוה כאילו לא טבלה וזה שוה בנתהפכה כלא נתהפכה דל"ה רק משום ש"ז שמבחוץ ודבוק לבשרה ואף בכבדה לא מהני הכיבוד לש"ז שמבפנים לבית השוקים בנתהפכה ותפליט מעט מעט כל שלשה אף בעודה במטה וגם הילוך הרגלים לא מהני לזה שמבפנים דנאמר דבהדי דאזלא בכרעא שדיתא:

ומיושבים דברי הרמב"ם דבהל' תרומות אייריי בירדה וטבלה בקינוח הבית דאל"כ ל"ה טבילה וזהו דוקא בנתהפכה ולא חילק בין הטבילוה במטה להלכה ברגליה כיון דהחשש הוא שמא תפליט מבפנים ובאה"ט לא אייריי בנתהפכה משו"ה כ' סתם דאם לא כבדה את ביתה כאילו לא טבלה ולא חילק בין הטבילוה במטה להלכה ברגליה דל"א דבהדי דאזלא שדיתא רק להעומד לזאת אבל לא להדבק בבשרה ולרבנן גם בעודם מבפנים טמאים ויעוי' ברמב"ם בפי' המשנה מקואות פ"ח שכתב וז"ל כבוד הבית כנוי לקנוח אבר מאבריה פד שלא ישאר לש"ז רושם האחוז בגוף והיינו כנ"ל (והיה אפשר לאמר דהרמב"ם יסבור כהר"ש בפי' השני שהטעם הוי משום חציצה אבל יהיה סתירה למ"ש למעלה דס"ד דהגמ' בנדה היה דירדה וטבלה ולא כבדה את הבית ואפ"ה מהני בשהטבילוה במטה אם לא דנדחוק לאמר דס"ל כריב"ם בתוס' דמקואות והובא בר"ש סוף מקואות דבה"ס לא הוי חציצה גם הלא ש"ז לחה אינו חוצץ וי"ל לסברת הרמב"ם דדם שדבוק לבשר חוצץ ופי' כן לשון הגמ' הא דסריך ה"נ בש"ז הדבוק לבשר והיה מדויק לשון הרמב"ם האחוז בגוף אבל מלשונו בחבורו לא משמע דהוה משום חציצה ומש"כ

רושם האחוז בגוף י"ל דבא לתרץ מה דאמרינן בנדה דבהדי דאזלא בכרעא שדיתא דלא מהני להאחוז בגוף וכמ"ש למעלה):

ויעוי' בתו' שם בנדה ובתוס' הרא"ש שפי' ג"כ דהגמ' איירי בלא כבדה את הבית אך התוס' ס"ל דהדחה וכיבוד מהני אף לש"ז שמבפנים אבל לשיטת הרמב"ם לא מהני רק לש"ז שמבחוץ אך בלא נתהפכה להרמב"ם ליכא חששא דפולטת ושארי מפרשים לא חילקו ויעוי' בסוף סי' קצ"ב ויהיה להרמב"ם קולא בלא נתהפכה וחומרא בנתהפכה ולפ"ז אין מקום לחוש לאיסור השחתת זרע בקינוח והדחה בבית החיצון כיון דל"מ להש"ז שהוא מבפנים והש"ז שהוא מבפנים אין עומד לפלוט בלא נתהפכה ובנתהפכה הלא אין רגילות להתעבר אך אין אנו בקיאין בזה דא"י לכון שעת ההיפוך גם בשהיתו על הבטן כמה הוא שיעורו לזאת קשה לצרף דעת הרמב"ם להקל בלא נתהפכה לענין התחלת ספירה (וצ"ע בלשון הרמב"ם פ"ה מהל' אה"ט הל' י"א שכ' האשה שפלטה כו' ומטמאה בש"ז כו' אע"פ שלא יצאת לחוץ אלא נעקרה והגיעה לבין השינים נטמאה כו' ויעוי' בכ"מ שכ' פ"ז ומ"ש לבין השינים שם ואמרינן היה ניהו בית החיצון אר"י בין השינים כו' והוא פלא דבגמרא אי' אר"י עד בין השינים איבעיא להו בין השינים עצמו מהו כו' ת"ש כו' בין השינים עצמו כלפנים הרי דבגמ' מבואר ההיפוך גם הרמב"ם סותר עצמו דבהל' א"ב כתב בהדיא הואיל ונעקר מן הרחם ויצא מבין השינים כו' ובין השינים כלפנים ועי"ש והאיך שינה כאן וכתב והגיעה לבין השינים וצע"ג):

שוב מצאתי הובא בשם תורי"ד נדה מ"ב שהעיר על הא דאמרינן למאי נ"מ כגון שתחב חברתה אמאי לא אמר נ"מ להא דרב כדאמר בגמ' אמאי טומאה בלועה היא וכ' לתרץ לגבי עובר פשיטא לן דל"ה כבלוע מיגו דחשיב ילוד לענין לטמא את אמו ולענין מילה ולגבי דם פשיטא לן דהוי בלוע כיון דמבפנים קאתי אכתי בבית החיצון הוי בלוע אבל כזית נבילה דהוי בחוץ גלוי והשתא נעשה בלוע קמבעיא לו יעו"ש הרי שסברותי הן סברות הראשונים רק כפמ"ש רק לרש"י ולהר"מ אדרבא אפכא מסתברא לענין עובר כ"ז שהוא בבית הרחם עוד ל"ה כילוד משו"ה אף במשא אינו מטמא ובדם כיון דמטמא בבית החיצון ל"ה כבלוע אף לא כבית הסתרים והריטב"א דס"ל דאיירי במקום שהוא בלוע לזאת כתב אפכא אבל סעד גדול הוא להשערתי אליבא דהרמב"ם כנ"ל:

ומה שנסתפקו אם רשאית האשה להדיח בחמין אחר תשמיש שהמ"א אסר סמוך לוסתה או לטבילתה לפי הנ"ל להרמב"ם שרי ולשא"פ יש לחקור בזה דהלא להגמ' פשיטא דגם בהלכה ברגליה אמרינן דשדיתיה וא"א לאסור ואי דנחלק בין אם מכבר נקלשה הלא לא מצינו דהחמין יועילו לקלקל הקליטה (ומ"ש החת"ס בשם הרמב"ן לאסור גם בדיקה

בחורין וסדקין ל"מ ברמב"ן ושא"פ והוא דבר תמוה) ומה שכ' הכרו"פ דרוב נקלטים בשעת תשמיש ולא עד ג' ימים לדעתי מפורש הדבר בתוס' יבמות ל"ז ע"א ד"ה רוב כו' וא"ת מה מועיל המתנת ג"ח כו' דיש להסתפק אם הוא בנו של ראשון ולא נקלט הזרע עד יום ג' כו' ואין לאמר כיון דהמתינה ג"ח כו' דסמכינן ארובא דלט' ילדן וא"כ דסמכינן ארובא כו' א"כ אפי' תוך ג"ח תנשא כו' אין להסתפק שמא הוא מז' לאחרון דאזלינן בתר רוב נשים כו':

ולכאורא יפלא דלמה צריך התוס' לכל האריכות להוכיח דחיישינן דלז' לשני הלא מבואר הדבר לקמן מ"ב דכל התקנה של ג"ח הוא להבחין בין ט' לראשון וז' לאחרון וזאת נראה לפרש דברי התוס' דסמכינן ארובא דלט' ילדן היינו דילדן לסוף תשעה ולא לתשעה ויום אחד או שלשה וא"כ אין חשש שמא תלד לתשעה לראשון ויהיה ו' וב' או ג' ימים לשני דאם מראשון ילדה לא יתאחר יותר מט' חדשים פ"ז דייקו התוס' דע"כ חששו למיעוט עיקר התקנה גם תרי רובא ל"מ להוציא מידי חששא ומה שתלו התוס' דלט' ילדן ולא כתבו בפשיטות דרוב קולטן בשעת תשמיש דמאין להוציא רוב זה רק דמאחר דאמרינן רוב לט' ילדן והיינו לתשעה מכוונת ממילא הוי רובא דנקלטים בשעת תשמיש:

ומיושב בזה קושית הנוב"י מה"ק חיו"ד סי' ס"ט דעדיין יהיה נשאר תמיהת התוס' ביבמה ולא שייך ע"ז תי' התוס' אבל לפי הנ"ל א"ש דהתם אזלינן בתר רוב הנקלטים ול"ח למיעוטא וקושית התוס' רק בהבחנה דחיישי רבנן גם למיעוטא וכבר כ' האחרונים מזה רק לפמ"ש הדברים מבוארים ויעוי' ביו"ד סי' קצ"ו בס"ט שהשיג על הכרו"פ שכ' דרוב הנקלטים מיד ודחה דבריו ולפמ"ש הדברים מבוארים בתוס' והכרו"פ ומ"ש הס"ט מהרשב"א בתוה"ב שכ' על הא דהפילה ליום מ"א דתשב לזכר ולנקבה ולנדה דדוקא במ"א ומ"ב ומ"ג משום ספיקא דקליטה אבל ביום מ"ד א"צ לחוש לנדה הרי דהוי ספיקא. ובאמת לבד זה צריכים עיון דברי הרשב"א דהלא קיי"ל דלחוש חוששת עד שישער וכן פסקו כה"פ ולא חילקו וגם בגמ' מפורש דבלא הוחזקה מעוברת חוששין שמא אינו ולד וגם ביום מ"ד עדיין לא הוחזקה מעוברת רק הרשב"א ע"כ קאי בשהולד ניכר ריקומו ובבקיאין ואפ"ה ביום מ"א חשב לנדה והיינו משום ספק קלוטה ואפ"ה אינו מוכח דל"ה רוב נקלטין מיד די"ל דהכא שאני דאיכא רוב נגדה דרוב אינן מפילות וקודם מ"א עדיין ל"ש אינן מפילות:

אך לכאורא יש להביא ראיה מדברי התוס' נדה ל"ח ד"ה שפורא גרים כו' משמע נמי שילדה באמצע תשיעי ואז א"א לדעת אם קשתה ב' ימים בט' כו' שמא לא יקלט הזרע עד מחרת כו' ואם אמרינן דרוב נקלטים מיד לק"מ אבל לפמ"ש למעלה דבאמת אין לנו

לאמר כי הוי רובא דהלא הוא כעצמים בבטן המלאה ולא ידעינן זה דרוב נקלטים מיד רק משום דרוב לט' ילדן ואין זה אלא אם נאמר דיולדת לתשעה אינה יולדת למקוטעין אבל אם נאמר דיולדת לט' יולדת למקוטעין ממילא לא ידעינן גם דרוב נקלטין מיד כי שמא לא שלמה ט' מכוונות והתם קאי התוס' לר"י משום ר"נ דיולדת למקוטעין ממילא לא מוכח רוב נקלטין ושפיר הקשו התוס' אבל לדידן דקיי"ל יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין ועי' בא"ע סי' קנ"ו ממילא אמרינן רוב נקלטין וכמ"ש הכרו"פ:

ולכאורא תמוהין עוד דברי התוס' כריתות י' ד"ה ביום מ' אף שא"א לידע יום מ' ליצירה כו' לקלוט כו' ומיהו שמואל היה בקי כו' ולכאורא דברי התוס' תמוהים דאפי' אם נאמר דס"ל כהרשב"א דכיון דאיכא רוב אינן מפילות שוב הוי ספיקא מ"מ הלא מספיקא אין שוחטין וזורקין וצ"ל דס"ל להתוס' דכיון דחזקת שלא היתה מעוברת אתרעי והרי היא מעוברת לפניך ממילא הוה כספק ועמ"ש הנוב"י על דברי מהרי"ק ועל מ"ש הט"ז בסי' שצ"ו והדברים ארוכים גם הכא כיון שנבעלה חזקת שאינה מעוברת אתרעי גם יעוי' בקידושין ע"ט לענין מחלוקת רב ושמואל הרי בוגרת לפניך וביומא דמשלם שית דעומדת להתבגר והכא דהפילה יש לצרף מ"ש אליבא דהרשב"א ויעוי' בפסחים פ"א דלרבא י"ל בטומאת התהום דזיבה וה"ה בטומאת התהום דיולדת ויעו"ש בנודע לפני זריקה זורקין על טומאת התהום ולפ"ז י"ל דהכא בכריתות דקיימינן לרבא כתבו התוס' שפיר דאמאי ביום מ"א אין שוחטין ואין זורקין אף אם נולד הספק לאחר שחיטה והלא זורקין על טומאת התהום והכא הוה טומאת התהום דאין אדם יכול לידע מתי נקלט ולרבא זורקין על טומאת התהום דזיבה כנ"ל וה"ה דיולדת וע"ז כתבו התוס' ומיהו שמואל היה בקי כו' וכיון דאחד יכול להכיר ל"ה טומאת התהום ושפיר אין זורקין וכתבתי באופנים אחרים אך יש לדחותם וקצרתי במקום שהיה ראוי להאריך באשר כי לא באו הדברים רק בדרך אגב: ומה שהזכרתי בדברי לענין מחיקת השם יעוי' בשבת שם ומשמע דאף אם הוה פ"ר כיון דיורד למים רק משום דכתיב לא תעשון כן לה' אלקיכם עשיה הוא דאסור היינו משום דמוחק ועושה מעשה שלא יעשה כן לה' וכן לעיל קי"א לענין סירוס אמרינן דלשתות סם של עיקרין אינו עובר ואף דאח"כ דחי בגמ' היינו דאיסורא מיהו איכא אבל מה"ת אין הלאו רק בעושה מעשה הסירוס בידים אבל פ"ר אין איסור בזה מה"ת והלאו לא נאמר בזה וכן פסק הרמב"ם דאינו רק איסור ולא כמו שראיתי באחרונים שנטו מדרך הזה וכן בהשחתת זרע לדעתי ג"כ אינו האיסור בעצם רק על השחתה בידים והשאר רק אינן אלא סעיפי העבירה ובודאי שומר נפשו ישמור מזה כאשר הענין חמור אבל שעת הדחק אפשר לצדד בזה:

סימן ד

יבמות ס"ב יעויין בטו"א ר"ה כ"ח שהקשה על הא דגר שנתגייר והיו לו בנים בגיותו דקיים פו"ר מ"ש מהא דאמרינן אילימא כפאן שד והתניא עתים חלים כו' ויעוי' בטו"א שרוצה לאמר דבאמת נפטר אף שעשאו בעת שהיה שוטה וא"ש תמיהותיה בדברי הרמב"ם שכתב בהל' ק"פ שוטה שאכל ואח"כ נשתפה לא קיים המצוה כיון שפטור היה והכא ג"כ כיון שב"נ פטור מפו"ר וי"ל דבאמת צריך להבין האיך שייך מצוה להיות לו בנים האם בידו הוא זה ולא מצינו מצוה כזאת שתהא מסורה ביד הקב"ה:

אבל האמת הברור לדעתי כי המצוה על האדם היא לעסוק בפ"ו ובכל זמן שהוא עוסק בזה לקיים המצוה קיים מצות פו"ר ואף אם לא נתעברה רק מי שיש לו שני בנים זכרים לב"ש וזכר ונקבה לב"ה אינו מחויב עוד במצוה זו כי כבר נתקיימה ודברינו מוכרחים בדברי התוס' גיטין מ"א וב"ב י"ג ובחגיגה ג' שכתבו דח"ע פו"ר ל"ה בעידנא שאינה אלא בגמר ביאה והל"ת היא בהעראה ולכאורא הדברים תמוהין דהלא גם בגמר ביאה לא נתקיימה עדיין העשה עד שתלד האשה אבל לפי הנ"ל ניחא דהעשה נתקיימה בשעת גמר ביאה שראויה להתעבר וזהו ברור דלא כגאון אחד שנתקשה בזה וא"כ סרה קושית הטו"א שמי שיש לו בנים מכ"מ אינו מחויב עוד לעסוק בפו"ר וזהו אינו דומה לכל המצות כי גם ישראל אינו מקיים המצוה בשעה שנולדו לו בנים מ"מ נפטר עוד ממצות עסיקת פו"ר וה"נ מי שיש לו בנים מ"מ: ומשו"ה נסתפקו האחרונים מי שיש לו בנים שנתעברה האשה ע"י אמבטי אף שלכאורא אם מצות צ"כ הלא לא נתכון לזה בשלמא בכל האנשים שמתכונים להנאת עצמן י"ל כמו שכ' המפרשים במצות אכילה לא בעינן כונה כמו מתעסק בחלבים ועריות דלא בעינן מתכון אבל באמבטי אשר בעת קליטת האשה באמבטי לא נהנה האיש גם לא עשה שום מעשה האיך שייך לאמר שקיים המצוה רק הספק הוא כיון דיש לו בנים יהיה מה שיהיה אינו מחויב עוד במצות פו"ר כי כבר נתקיים בו:

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה המהרי"ט אלגזי פ"ח מבכורות בשם הרדב"ז איסורי ביאה האיך נתקיים המצוה בהולדת בן ממזר ומשמע אף ע"י עבירה הלא הוי מצוה הבאה בעבירה ובאחת הדברים מתמיהים האיך שייך קיום מצוה אם התורה אסרה בפירוש מלעסוק בפו"ר באופן כזה, ולדעתי בכאן כו"ע מודים שלא קיים מ"ע דעסיקת פו"ר בביאה כזו ולא יסתפק בזה אדם ואינו דומה לכ"מ שנחלקו לענין מהב"ע כי שם המצוה בפ"ע והל"ת הוא במק"א אשר אין בה עשה והרי זה דומה לאוכל נותר ופיגול בקדשים אם יסתפק בזה אדם לאמר כי קיים מ"ע דאכילת קדשים ולאמר דהוי תלוי אם מהב"ע

מהני והלא זהו בודאי בורכא דהתורה אסרה בפירוש מלאכול קדשים פסולים ואין כאן עשה כלל כן ה"נ דהתורה אסרה בהדיא כל העריות אף להאיש שאין לו בנים וזהו ברור אף שיש לחלק בין הנושאים אבל לפי הנ"ל ניחא דכל זה אינו שייך לענין הפטור דאף דלא קיים מצוה בשעת שעסק בפו"ר עכ"ז כיון שיש לו בן ובת מ"מ שוב אינו חייב לעסוק בפו"ר ולדעתי זהו ברור ופשוט ולא כתבתי זאת רק להוציא מדעת הגדולים שדחקו בזה:

סימן ה

עי' בספר רביד הזהב פ' אחרי על תיבת בחייה שתמה על בה"ג שכ' דאח"מ אע"ג דכרת ליכא איסורא איכא שהוא נגד דברי הגמ' בכמה מקומות ומעשה רב דיוסף הכהן וכ' שזה א' מן המקומות שכ' הרא"ש ר"פ אמ"ג דבה"ג מאור עינים הוה ותלמידיו כ' בשמו ובאמת דברי הבה"ג פשוטים דקאי על אנס אחות אשתו דבחייה חייבת כרת ולאח"מ איסורא איכא ולא כרת והיינו איסור זנות דפנויה והוא פשוט בכונתו וברור למעיין:

סימן ו

תשובה לחכם אחד:

ע"א שנסתפק כ"ת באיש שלא קיים פו"ר ושאל פי רופא ובקש לראות זרעו לעמוד על המבחן לידע רפואתו אם רשאי להוציא:

מתחילה נברר אם רשאי לעבור על איסור משום תקנתא דפו"ר. הנה התוס' בגטין ובפסחים ובשארי מקומות הקשו על הא דכופין את רבו כו' ליתי עשה דפו"ר ולידחי ל"ת דלא יהיה קדש ותי' ג' תירוצים חדא משום דבדידה ליכא עשה. ועוד משום דאפשר בכפיה. ועוד משום דלא הוי בעידנא עיי"ש. והנה על תי' הראשון יש להעיר מדברי הרשב"א בתשובה ח"ב ובאבודרהם הל' ברכות בשם מהר"י אבן פלט דס"ל דביבום ליכא עשה על האשה ומ"מ אמרינן אתי פשה ודחי ל"ת. וי"ל משום דהתם כתיב ויבמה בפ"כ. אינו תולה הדבר בדידה רק בדידיה. גם יש להעיר מכתובות מ' אחריתא לשמעתא כו' וליתי עשה ולידחי ל"ת כו' אימור הכא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל למה להגמ' טעמא דאי אמרה כו' הלא על האשה בודאי ליכא עשה. ואף שראיתי בתוספת ישנים שם שמפרשים לחד תירוצא דזה הוא כונת הגמ' אי אמרה לא בעינא היינו דעליה ליכא עשה אבל פשטות לשון הגמ' לא משמע כן גם ברש"י מפורש להיפוך שכ' הלכך מלמדין אותה לאמר איני רוצה. הרי דכ"ז שאומרת בעינא ליה היה עשה דוחה ל"ת: וקושית החו"י מכיבוד יש ליישב בפשיטות דהתם דומה ממש לכלאים בציצית דאם לא ילבש הבגד או ימכרהו למאן דס"ל חובת מנא לא יתחייב מ"מ כיון דהוא לובש הבגד איכא עשה וליכא תקנתא. אמרינן דאתי עשה ודאי ל"ת והכא נמי גבי כיבוד אשר

כל הענין הוא דכשיצוה האב מחוייב לקיים וכשיאמר לא בעינא לא יהיה כיבוד כלל והוי כמו שלא ילבש הטלית דלא יהיה המעשה בעולם ומשו"ה לא מיקרי עשה כלל דעל המעשה כמו שהיא המצוה עליה ליכא תקנתא להעשה אבל הכא גבי אונס הלא המעשה בעולם ואי אמרה לא בעינא ליכא להעשה. אבל גבי כיבוד אם יאמר לא בעינא לא יהיה הדבר אשר עליו נאמר העשה אבל הכא הדבר אשר עליו נאמר העשה ישנו בעולם ומשו"ה הוי עשה קל דל"ד לכלאים בציצית. (ודברי רש"י יש להסביר גם לפי דברי וכתב מלמדין אותה כו' משום לתקן העשה שלא יעבור עליה דאם אמרה בעינא אף דלא אתי עשה ודחי ל"ת עכ"ז הלא יעבור על העשה אבל כשתאמר לא בעינא לא יהיה להעשה כלל ומהיות טוב):

וי"ל על פי שיטת הר"א ממיץ בתוס' סוף נדרים דעל לאוי דכהונה אין האשה מוזהרת. וכבר כ' לתרץ קושית הנוב"י מיבמות פ"ד עיי"ש דכונת הר"א ממיץ דלאוי דכהונה כיון דלא ילפינן רק מלא יקחו לא אמרינן דהיא מוזהרת רק היכא דהוא מוזהר אבל היכא דאינה נאמנת והוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת. ועיין במאירי וברשב"א נדרים שם. ולפ"ז נ"ל דקושית הגמ' בכתובות לאו אשאינה ראויה לבוא בקהל רק על לאוי דכהונה כיון דלגבי דידיה יבא עשה וידחה ל"ת לא תהיה היא מוזהרת. א"כ אף דבדידה ליכא עשה ח"מ אינה מוזהרת כנ"ל. אך פשטות הגמ' אינה מורה כן ומוכח דכיון דאיכא עשה גביה דידיה אם נאמר דאתי עשה ודוחה ל"ת גם היא מותרת:

גם על תירוץ השני שבתוס' דאפשר לקיים שניהם ע"י כפיה יש להעיר ממ"ש התוס' בשבת דף ד' ד"ה וכי כו' והא דתנן בהשולח מי שחציו עבד כו' ואע"ג דבהאי פירקא אר"י כל המשחרר עבדו כו' שאני פו"ר דמצוה רבה הרי דלא שרי לשחרר רק משום עשה דפו"ר דהוה מצוה רבה. אבל אם איכא תקנתא דלישא שפחה למה נכוף הרב לעבור על איסור. והדברים ארוכים לבנות ולסתור ולא באתי רק להעיר, ועיין בתוס' פסחים שלא הביאו רק שני התירוצים משום דבדידה ליכא עשה. ותי' השני משום דלא הוי בעידנא. ולפי תירוץ זה של התוס' פשוט דאסור לעשות תקנתא לפו"ר ולעבור על איסור משום דלא הוי בעידנא וכן הסכימו הראשונים דלא אמרינן אתי עשה ודחי ל"ת רק היכא דהוי בעידנא ודחו דברי הפסקי תוס' זבחים צ"ז שכ' דהיכא דאי אפשר בע"א אמרינן דדחי אף דלא הוי בעידנא. והדברים ארוכים:

אך לכאורה יש להעיר עפמ"ש התוס' בשבת דעשה דפו"ר הוי מצוה רבה ודומה למצוה דרבים עיי"ש ובמצוה דרבים הלא כתב השיבולי לקט דדוחה אף שלא בעידנא, אך בר"ן ר"ה מפורש להיפוך שכ' דהגמ' חד מתרי טעמא נקיט וה"ה דשופר אינו דוחה ל"ת משום

דלא הוי בעידנא אף דשופר הוי מצוה דרבים. ומה שהביאו ראיה להש"ל מגמ' דר"א שיחרר עבדו אף דלא הוי בעידנא יש לדחות בכמה גוני חדא כמ"ש התוס' בפסחים נ"ט ובזבחים דעשה דוחה עשה הקל אף שלא בעידנא:

ועי"ל עפמ"ש הרשב"א דבחציו עבד כיון דלא אפשר לעבוד בו לעולם ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו ומה שהקשו על הרשב"א מחציה שפחה גטין מ' הארכתי במק"א גם עפמ"ש הר"ן כיון דהשיחרור הוי משום תקנתא דהאדון ליכא עשה. גם י"ל דלא שיחרר מעכשיו רק שיהיה כל השיחרור בעת התפילה וא"כ הוי שפיר בעידנא ובזה מיושב גם שלכאורא קשה על הא דפריך הגמ' בברכות מ"ז על הא דר"א והא הוי מצוה הבאה בעבירה. ומ"ש התוס' ב"ק ס"ז ובסוכה ל"ג דל"ש מצוה הבאה בעבירה היכא שהעבירה כבר נעשה עיי"ש וא"כ ה"נ הלא השיחרור הוי קודם:

סימן ז

שבת די פ"א בתוד"ה וכו' כו' יעוי' בחי' הרשב"א שתי' קושית התוס' על הא דחציה שפחה דכפו את רבה כו' וכי אומרים לו לאדם חטא כו' ויעוי' בחי' הרשב"א שתירץ דלעולם בהם תעבודו לא שייך בחציה ב"ח וכל העובר ישתומם דהלא על הך עובדא גופה אמרינן בגמ' שם גיטין ל"ח אי לאו דאמר ר"י כל המשחרר עבדו כו' רבינא אמר משום מילתא דאיסורא ואביי כו':

והנראה בכונת דברי הרשב"א עפמש"כ במק"א ליישב קושית הש"מ ב"ב י"ג ע"ב על הא דחצי עבד כו' לימא גא"א דהלא התם גם איגוד ליכא משום דכל המשחרר עבדו וישבתי זאת בכמה אופנים (בדיאמר איגוד רק על מע"י וכיון דמע"י יהיו שלו ממילא לא יהיה עשה דלעולם בהם תעבודו והא דקאמר איגוד ליכא דלהרב אין קנין חל במע"י משום דאינו נמכר בע"ע) דהנה אינו מדויק לשון המשנה גיטין מ"ב תקנתם את רבו מה הוא הלשון אומר תקנתם כו' אך באמת דגם זה היה תקנה דעובד את רבו יום אחד אבל אל"כ הלא העבד מוחזק בעצמו והרשות בידו לחלוק את מע"י כמו שירצה אם לשעות או לימים ובכל שעה שירצה יאמר אעבוד לעצמי ואחר שעה אעבדך, ולפ"ז מעיקר הדין אין כאן עשה דלעולם בהם תעבודו בחצי ב"ח כיון דלכל שעה שירצה הרב לעבוד בו יאמר אחלק עמך באופן אחר והשעה זו היא שלי והא דקאמר הגמ' בגיטין דאיכא בחצי שפחה עשה דלעולם בהם תעבודו היינו בתר תקנת ב"ה דעובד את רבו יום אחד וכיון דאיכא יום מיוחד שוב שייך עשה דלעולם בהם תעבודו אבל בח"ע וחב"ח לב"ש וכמ"א ליתא לתקנתא וליכא עשה דלעולם בהם תעבודו, ומיושב קושית הש"מ גם קושית התוס' ומיושבים דברי הרשב"א דמעיקר הדין אין עשה דלעולם בהם תעבודו בחצי שפחה רק

מחמת תקנת החלוקה דעובדת את רבה יום א' ומשום מלתא דאיסורא הפקיעו רבנן הך תקנתא מינה ונשאר על עיקר הדין בלא תקנה וממילא א שעה מיוחדת למלאכתה ואין כאן עשה דלעולם בהם תעבודו: רק דאכתי תיקשי, מאי מקשי הגמ' בגיטין שם ואבי משום איסורא לא כיון דכתב הרשב"א דבאמת לא היו אומרים לאדם חטוא כו' רק משום דבח"ש וחב"ח ליכא בכה"ג עשה א"כ מאי ראיה מייתי להא דאביי דאיירי בשפחה גמורה (ומיושב בזה דברי התוס' בקושיתם מהך דחציה שפחה כו' דלכאורא מאי הקשו דלמא איירי התם דשחררה בעצמה וליכא פשיעה ויעוי' בחי' הגרע"א, אבל לפי הנ"ל ניחא דאי היה העובדא התם משום דפשע א"כ מאי פריך על אביי הלא גבי אביי ליכא פשיעה ואפ"ל עוד דקושית התוס' הוא קודם דידע הך סברא דאפשר דמיחד לה עבד ומנטר לה אבל להך סברא ליכא למפרך כלל דהלא אף לא שחררה היתה מופקרת ליה): אך באמת כל מה שכתבתי בדברי הרשב"א הוא לפי מה שהבינו האחרונים בדבריו אבל הרואה ברשב"א שדבריו מאירין ומפורש אמר דבעבד שחציו ב"ח ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו והיינו כיון דבעבד ליכא תקנתא ועובד את עצמו ואת רבו בערבוביא וא"י הרב לכופו אבל בחציה שפחה איכא עשה דלעולם בהם תעבודו והיינו משום כיון דעובדת את רבה יום אחד וכמ"ש הרשב"א וז"ל וא"ת אכתי אשכחן שאומרים לאדם חטוא כו' מי שחציו עבד וחציו ב"ח שכופין את רבו כו' ולי נראה דשא"ה כיון דחציה ב"ח ליתּ בהו משום בהם תעבודו משום צד חירות שבו וההיא אמתא משום דהרבים היו נכשלים בה כו' וע"כ גם בחציה שפחה כו' דהגמ' מדמי להו להדדי וכמ"ש למעלה רק דהרשב"א ס"ל דל"א להפקיע הך תקנה כ"ז דאינו משחררה כיון דהתקינו הוי כחלוקה גמורה וזכה במע"י בחלוקת הימים כ"ז שלא שחררה: תקנות עגונות:

סימן ח

באה לפני ה' גיטל בת ר' צבי מברעזניץ מחוז לוצק עגונה מבעלה יהושע בראק מעיר הנ"ל שהלך בעלה למלחמה בשנת תרע"ד והיו לה מכתבים מאתו בכל שבוע ובחורף שנת תרע"ו פסקה חליפות מכתבים ונאבד זכרו והיא יושבת עגונה:

והנה להיתר האשה הנ"ל יש לה שלשה דברים כולם עיונא ויש בהם עיקולי ופשורי:

א) הרב מברעזניץ קבל עדות מר' שמואל בר' ברוך קאשאר כי הוא ובעלה יהושע בראק ועוד אחד מעיר הסמוך לברדיטשוב היו בעיר ברדיטשוב ואח"כ נלקחו שנים היינו יהושע בראק והאיש מעיר הסמוך לברדיטשוב והוא בעצמו נשאר במקומו ואחר זמן מה ראה את האיש הסמוך לברדיטשוב אשר בא מהמלחמה פצוע לעיר זיטאמיר והוא ה' שמואל שאל את האיש יהודי הנ"ל מה היה עם היהודי יהושע בראק מעיר ברעזניץ

כי היה יחד עמו במלחמה וראה אותו נהרג אצל אקאפעס וע"ז בעה"ח הרב ר' משה יהושע החונה בעיר בערעזניץ ועוד שנים עמו:

ב) שני אחים דוד ברי אייזיק ואחיו אהרן לפניהם סיפר אברהם מענדל וידער אשר הוא קבל מכתב מפאלק כי יהושע באראק נהרג הזמן והמקום איננו זוכר היה חתום על המכתב סופר הראטע "באם" ואברהם מענדל היה נחוץ לדרכו מסר דבריו להאחים הנ"ל איזה פאלק, ואיזה ראטע אינם יודעים כ"ז בא במכתב הרב הנ"ל:

ג) האשה גיטל העגונה הגידה כי היה לה חליפות מכתבים עם בעלה כמעט בכל שבוע והיה מנהגה אשר היתה מניחה במכתבה לבעלה קאנווערט כתוב באדרעסע גיטל באראק מעיר בערזניץ מחוז לוצק פלך ווהלין ופיסת נייר חלק אולי לא נמצא אצלו נייר לתשובה בחורף תרע"ו שלחה לו בפעם האחרונה ג"כ מכתב עם קאנווערט כתוב באדרעס כנ"ל עם פיסת נייר ונתאחרה תשובתו והיתה נדהמה ומבוהלה פחדה לחיי בעלה וביום אחד קבלה מפאסט הקאנווערט שלה באדרעס כו' היינו גיטל באראק וכשפתחה הקאנווערט כתוב על נייר החלק שהניחה בקאנווערט אבל לא מבעלה רק כתב סופר רוסי בזה"ל מועתק מכתב רוסי שיודעת בע"פ "בעל שלך נהרג" (אוביט) י"ז יאנוואר בזה שלו' אי בעל שלך או בן שלך א"י אם היה ע"ז חתימת אחד אינה יודעת אבל היה חותם הראטע שהיה עובד בעלה הנ"ל היינו וואלינסקי פאלק פעחאטני 53 ראטע 5 גוף המכתב מרוב שממות לבה וצערה נאבד אך ידוע היה אז בעירה כ"ז הגידה האשה לפני בכל חומר: הנה הספיקות הנופלים בזה בעדות ה' שמואל קאשאר אשר מפי האיש הסמוך מברדיטשוב לא נזכר קבורה ולא שום דבר אחר חוץ מנהרג סתם וידוע כי בע"א במלחמה צ"ל קברתיו כמבואר בכמה מהראשונים ובטוש"ע י"ז סעי' ג' בעדות של ה' אברהם מענדל הנ"ל היה ע"י שאלה גם לא נזכר בו הקבורה בהגדת האשה ג"כ לא נזכר בו הקבורה ג"כ אינה יודעת כי היה חתום על המכתב איזה איש ומבואר בב"י בשם ר' ירוחם כי נצרך דוקא חתימה יעו"ש:

והנה אם כי מונע אנכי א"ע מלהורות חוץ לעירי ומשלוח דברים ע"פ חוץ אבל לתקנות עגונות יצאתי בימים המרים האלו חוץ מגדרי גם האשה הזאת בוכה ומבכה על ימי נעוריה והיא עניה ושוממה ולא אוכל למנוע א"ע מלעסוק בשריותה כפי אשר תמצא ידי יד כהה בעזר"ה, גם יש בדברי העד מפי עד הישראל הסמוך לברדיטשוב ספק שהה ג"י שהרשב"א בחידושיו מסתפק בזה וכבר דברו מזה האחרונים אבל גם זה צריך בירור הנה בע"א במלחמה הוא דבר שהאריכו בו הראשונים והאחרונים והנני לבאר בקצרה:

הראשון המדבר הוא הרי"ף שכתב דהאיבעיא הוא בקברתיו ובלא קברתיו אף ב' עדים לא מהני דדילמא אמר בדדמי והקשה הרא"ש דאם גם בתרי אמרינן בדדמי א"כ האיך אמרינן והא מאה נשים כע"א דמי משמע הא אם היו ב' עדים נאמנים ולא חיישינן לבדדמי ולכאורא להרי"ף דאם לא אמר קברתיו לא מהני במלחמה והאיבעיא באומר קברתיו א"א לפרש כפירש"י דהכא לא דייקא דאמרי תרווייהו בדדמי דהלא האשה עצמה נאמנת אם אמרה קברתיו וע"כ האיבעיא היא אם ע"א נאמן במלחמה אף אם אומר דבר ברור כיון דאשה לא דייקא כל כך ויעוי' ברמב"ן במלחמות ובחידושיו ושפיר קאמר הגמ' והא מים דכמלחמה כו' ומאה נשים כע"א כו' וממילא נפשטה האיבעיא דטעם נאמנות ע"א משום מלתא דעבידא לאיגלוי אף אם לא דייקא כל כך וקושית הרא"ש תמוה:

אבל אכתי צריך להבין לשיטת הרי"ף דאף בשני עדים חיישינן לבדדמי וצריכים לאמר קברנו ואי משום דאמרי ואסקינהו וכמו שכתבו הריב"ש והפוסקים האחרונים דטלטלוהו הוי כמו קברתיו הלא זהו במסקנא, ואפ"ל דזהו כונת הרא"ש ויעוי' ברש"א וש"מ ואם בס"ד הוה ס"ל דאיירי דאסקוהו מאי פריך הגמ' ותסברא מים שאל"ס כו' ואם מיירי באסקוהו אין מקום לקושיא ותסברא כו' אע"כ דבס"ד ס"ל דלא איירי באסקוהו וצ"ל בישוב הדבר דאף דמים כמלחמה דמי אין החשש בעצם המיתה כמו במלחמה שאמרינן כיון דאי מחו ליה בגירא אמרי בדדמי ובמים הוי החשש דילמא לא תעמוד עד שתצא נפשו ויעוי' ברא"ש שכתב על הא שהביא הראב"ד ראיה דבע"א לא בעינן קברתיו מהא דטבע חסא ולא הוזכר קברתיו ע"כ תנשא לכתחילה משום דמים שאל"ס אבל אם היה להם סוף תנשא לכתחילה בלא קברתיו ומים כמלחמה דמי וכתב הרא"ש דבמים שיש להם סוף כיון דעומר ורואה עד שתצא נפשו שוב לא שייך בדרמי יעו"ש:

ולפ"ז מיושב דברי הגמ' כיון דבס"ד היה ס"ל דמים שאל"ם מותר ולח"ש לגלי אשפלוהו ממילא הוי כמים שיש להם סוף כיון דעומד ורואה עד שתצא נפשו לא שייך בדדמי על העד רק נשאר החשש על האשה דלא דייקא דאמרה אפשר אם עלה מן המים לא בא וע"ז קאמר והא מים כמלחמה דמי היינו על דיוק האשה ובכה"ג אף להרי"ף כיון דאין זה רק על נאמנות העד אין זה רק בע"א ושפיר קאמר הגמ' והא מאה נשים כע"א כו' וע"ז קאמר הגמ' ותסברא מים שאל"ס הוא ולא תנשא לכתחילה וע"כ צ"ל דחסרו בדברי הנשים וצ"ל דאיירי באסקוהו קמן וחזינן לאלתר וקאזיל החשש דמים שאל"ס א"כ י"ל דהחסיר גם בגופא דעובדא וקאמרי סימנים במקום המוצנע שלא סמכינן על נאמנות הנשים ויעוי' בחידושי הרמב"ן והרשב"א ומיושב קושית הרא"ש מעל הרי"ף:

אבל לפ"ז לא נצטריך לאמר דהא דאסקוהו קמן הוי כמו קברתיו כיון דלפי הדברים הנ"ל גם בס"ד סבירא לים להגי' דלא בעי כאן קברתיו גם בע"א ובמים אין חשש רק על האשה דלא דייקא אין הוכחה דבמסקנא חזר מזה והא דאמרינן אסקוהו הוי רק לצאת מחשש מים שאל"ס ואין ראיה דאסקוהו הוי כמו קברתיו, אבל באמת י"ל כיון דבמסקנא ס"ל להגמ' דבמים שאל"ס יש חשש שמא גלי אשפלוהו יש חשש אחר דלמא גלי אשפלוהו ויצא בתוך זמן שתצא נפשו (וזה שנמצא הוא אחר) או הוא בעצמו נפל שנית והוא בכדי שיעור שתצא נפשו ושייך בדדמי כמו במלחמה וצ"ל גם לשיטת הרי"ף דאסקוהו הוי כמו קברתיו אשר הוא יסוד גדול בתק"ע. והנה כתב הרי"ף דהאיבעיא אע"פ שלא נפשטה במקום זה נפשטה במק"א בדף קכ"א איבעיא להו ריב"ב לקולא פליג כו' ת"ש דההוא גברא דטבע בכרמי ואסקוהו אבי הדיא ט' ותו ההוא גברא דטבע בדגלת ואסקוהו אגישרא דשביסתנא ואנסבוה רבא אפומא דשושבינא לבתר ה' יומי כו' שמעינן מינה דע"א במים שאל"ס נאמן ודוקא היכא דקאמר ואסקוהו קמאי ואשתמודעינא דאיהו פלוני וכמו דאסיקנא במעשה דשני ת"ח וכדאמרינן ואסקוהו אגישרא וה"ה לע"א במלחמה היכא דאמר מת וקברתיו וכבר נתקשו בהבנת דבריו שכ' וכדאסיקנא במעשה דשני ת"ח הלא הא דצריכין להא דאסקוהו קמן כו' הוא כדי לדחות פשיטות האיבעיא דע"א במלחמה אבל בס"ד היה ס"ל להגמ' דלא אירי באסקוהו וכיון דס"ל להרי"ף דנפשטה האיבעיא בעיא וע"א במלחמה נאמן והוי העובדא דשני ת"ח כמו דס"ד דא"צ להא דאסקוהו קמן: ולפמ"ש למעלה א"ש דבס"ד היה ס"ל להגמ' דמים שאל"ס הוי כמים שיל"ס דלא שייך חשש דבדמי כיון דשהה עד שיעור שתצא נפשו אבל במסקנא דידעי דמים שאל"ס יש חשש דגלי אשפלוהו ויש חשש דבדדמי ע"כ צריך לאמר ואסקוהו קמן דהוי כמו קברתיו ומלשון הרי"ף שכתב וה"ה שע"א במלחמה היכא דאומר מת וקברתיו משמע בהדיא דאסקוהו קמן הוי כמו קברתיו ומשו"ה דייק ואסקוהו קמן וראה שטלטלוהו ממקום למקום ולא ראו בו סימני חיים והוי כמו קברנוהו ועוד יש להאריך בזה ואכ"מ:

ושיטת הרמב"ם בהא דע"א במלחמה כ' בפי"ג מהל' גירושין הל' י"ט ע"א אומר ראיתיו שמת במלחמה או במפולה או שטבע בים הגדול ומת וכיוצא בדברים אלו שרובן למיתה אם אמר קברתיו לא תנשא ואם נשאת לא תצא והנה יש לדייק שהרמב"ם כפל דבריו בנפילת הים בהל' כ' שכתב וכן אשה שהעיד עליה עד אחד שטבע בעלה בים או במים שאל"ס ולא עלה ואבד זכרו ונשתכח שמו הרי זו לא תנשא עפ"י עדות זו כמו שבארנו כו' וכבר עמדו בזה המפרשים:

ונראה פשוט שבהל' י"ט כתב הדין המבואר בדף קט"ו היינו האיבעיא דפ"א במלחמה וכה"ג בשטבע בים הגדול וכמו דאמרינן והא מים כמלחמה ושייך בדדמי ואיירי כגון שראה דאסקוהו ומחמת שרובן למיתה אומר בדדמי ובעינן שיאמר קברתיו ובהל' כ' הוא הדין דמשאל"ס ומבואר בדף ק"כ שלא הנשא ואם נשאת לא תצא וזהו פשוט, וצ"ע דברי המ"מ שכתב בהל' י"ט ומתבאר מדבריו ג"כ שמים שאל"ס שא"א לעמוד על בוריו של דבר לעולם אינו מעיד העד עד שישהה כדי שתצא נפשו ולא חיישינן דאמר בדדמי וזהו שכ' רבינו או שטבע בים הגדול וכן עיקר יעו"ש ולפמ"ש צ"ע דהלא הכא בהל' י"ז איירי שהעלוהו מן הים וראוהו מת רק כיון שבלא"ה רובן למיתה חיישינן לבדדמי כנ"ל:
גם לכאורא משמע מדברי המ"מ שרוצה לחדש קושיא מדברי הרמב"ם דאין העד צריך לאמר בפירוש במשאל"ס ששהה עד שתצא נפשו רק מסתמא כיון שהגיד שטבע בים מסתמא שהה עד שתצא נפשו ואינו אומר בדדמי וצ"ע מנין לו להמציא דבר זה מדבריו ובפרט שלא קאי כאן בדין מים שאל"ס רק שהעלוהו וטועה בדדמי שמת עד שיאמר קברתיו ומה זה שכתב ולא חיישינן דאומר בדדמי ודבריו צע"ג ויעוי' בכ"מ שקהה על דברי המ"מ וכתב מתחילה שלא אמרו צריך לעמוד עד שתצא נפשו רק בנפל במים שיש להם סוף וראיתי מי שהגיה כו' והכי קאמר שמאל"ס לעולם אינו מעיד העד ואומר מת אא"כ שהה כדי שתצא נפשו כו' ומשו"ה כ' רבינו או שטבע בים הגדול ומת כו' יעו"ש:
גם דבריו תמוהים דלא איירי הרמב"ם בהלכה זו שמעיד על העלתו מן המים וראה שמת והצריך הרמב"ם שיאמר קברתיו (וראיתי כעת בדברי הל"מ שהאריך הרבה בדברי הרי"ף והרמב"ם אבל לדעתי מ"ש בדברי הרי"ף הוא נכון אף שנטיתי מדרך פירושיו ולא הספיקה לי העת להרחיב הדיבור בזה עוד) גם כללו הרמב"ם בהדי מת במלחמה ונפלה עליו מפולת דבודאי מיירי שראוהו מת אבל דינו של הכ"מ וכונתו בדברי הרמב"ם בהל' כ' שכתב טבע בים ולא עלה היינו ששהה עד שיעור שתצא נפשו דבדינא דאורייתא שוה מים שאל"ס כמים שיל"ס שצריך לעמוד עד כדי שתצא נפשו ואז לא נשאר רק חשש דגלי אשפלוהו ואז אם נשאת לא תצא וכן כתבו האחרונים להלכה אבל בהל' י"ז איירי בהעלוהו מן המים כנ"ל ואם כי מצאתי מקום ליישב דברי הה"מ וכ"מ אבל הדברים דחוקים לא העליתים ולולי דבריהם הקדושים דבר פשוט שבהל' י"ט מיירי בהעלוהו מן המים וראוהו שמת משו"ה בעי קברתיו וכמ"ש למעלה:
והנה הרמב"ם בהל' כ' סיים ואפי' היה עכו"ם שהסיח לפי תומו פלוני טבע בים ונשאת על פיו ה"ז לא תצא ויעוי' בכ"מ שכתב דסמך עמ"ש מקודם טבע ולא עלה היינו ששהה עד שת"נ והנה הראב"ד עשה מזה קושיא על הרי"ף מהא דטבע חסא הרי דלא הזכיר

מהקבורה מ"מ משמע דאם היו מים שיש סוף היו משיאין את אשתו יעוי' מש"כ הרא"ש. ולכאורא היה אפ"ל עפמ"ש המרדכי סוף יבמות אבל עכו"ם המספר לפי תומו אינו אומר אחר הנדמה כו' וכן הסברא נותנת דלא שייכא בעכו"ם מל"ת חששא דבדדמי דמסתמא יאמר דבר ברור יעו"ש וכבר הובאה שיטה זאת בהג"ה רמ"א ויעוי' בהל' כ"ה שהרמב"ם מצריך בא"י מל"ת שיאמר קברתיו הרי דחושש יותר במל"ת שיאמר דבר הנדמה אבל בפי"ב ובפי"ג שם כתב הרמב"ם דין מל"ת ולא הצריך שיאמר קברתיו ויעוי' בכ"מ שכתב דהרמב"ם אינו מצריך קברתיו במל"ת רק אם לא הזכיר שמו שרואין אנחנו שאינו אומר דבר ברור:

והעיקר נראה דהוא לא מצריך קברתיו רק בשאינו מל"ת גמור אז הוי כמו מעשה דפונדקאית שאמרו לה איה חברינו ואמרה מת וקברתיו אבל במל"ת גמור לא מצריך הרמב"ם וקברתיו פכ"ז קשה ליישב דברי הרמב"ם במים שאל"ס בסברת המרדכי והמחור כדברי הכס"מ שסמך מל דבריו ברישא טבע ולא עלה וטעמו של הרמב"ם בהל' י"ט שהצריך לאמר קברתיו ואם לא אמר לא תנשא ואם נשאת לא תצא הב"ש ס"ק קמ"ג כתב די"ל דהרמב"ם ס"ל כהרי"ף דבלא קברתיו בודאי א"נ אבל משו"ה אם נשאת לא תצא משום דלא הוה רק חששא דרבנן והנה המעיין בלשון הר"מ יראה דהא דבעי קברתיו לדעתו הוא מחמת אמירת בדדמי שהשוה כאחד מלחמה ומפולת וטביעת ים הגדול גם קשה הסברא דאם פשוט לן דאף אם לא אמר קברתיו אם נשאת לא תלא יהיה איבעיא בגמ' באומר קברתיו אם הוא נאמן אע"כ דהרמב"ם ס"ל דהאיבעיא בלא אמר קברתיו והאיבעיא לא נפשטה ופסק אם נשאת ל"ת כמו שפסק בהל' ב' בהחזיקה היא מלחמה או י"ל שפסק הכי מחמת דברי הירושלמי הביאו הרשב"א והרמב"ן וז"ל הירושלמי עד אחד במלחמה נפשיטא מהא חד ב"נ ביומי דרבי א"ל אין ההוא פלן א"ל מות הן ההוא פלן א"ל מות א"ל כלנו מיתי א"ל אילו הוא בחיים לא הוו מייתו ר' ירמיה בשם ר"ח אין דנשאת מאן דלא נשאת לא נשאת והרשב"א כתב דמשו"ה לא תנשא משום דקאמר ואילו הוו בחיים לא הוו מייתי כיון דאמרי מאומד הדעת והרמב"ם י"ל דהוא מפרש דבעי למיפשט מהני דקאמר מאומד משו"ה א"נ ואתא ר"י בשם ר"ח ולא חש להני דאמרי מאומד הדעת ופסק להלכה דאם נשאה לא תצא ויעוי' בביאור הגר"א ויעוי' ברמב"ם פ"ז מהל' נחלות הל' ג' מי שטבע במים שאל"ס ובאו עדים שטבע בפניהם ואמרו שאבד זכרו אע"פ שאין משיאין את אשתו הרי היורשים נוחלים על פיהם וכן כו' או שנדקר במלחמה ומת או נהרג ולא הכירו פניו כו' שלא החמירו חכמים בדברים

אלו אלא מפני איסור כרת אבל יורדין לנחלה על פיהם הרי מבואר בדבריו דכל דרובן למיתה יצאה מאיסור תורה:

ויעוי' בת' ר' בצלאל אשכנזי סי' כ"א ומטו לזה מפי' המשנה להרמב"ם דמה שאמרו ספינה המטורפת בים היינו ספינה שאבדה או שנשתברו כליה אבל טבעה אפי' לא עמדו עד שתצא נפשם היינו ספינה שאבדה ונותנים עליהם חומרי חיים וחומרי מתים וכן מוכח מדברי הש"ג גיטין פ"ג בשם ריא"ז שכ' ונראה במים כו' אלא שבחזקת מת הוא שטבע בים כו' משמע שלא בעינן שהה בטבע בים וכן מוכח ברבינו ירוחם נתיב כ"ג ח"ג שכתב וכן פשוט בגמ' דמשאל"ס דאין מעידים אם נשאת לא תצא וכן הדין בכל אותן שאמר אם נפל למקום סכנה דאם אשתהי שם בודאי ימות אפי' דיכול להיות שברח והלך לו כו' אם נשאת לא תצא משמע בהדיא דאיירי בלא שהה דאם שהה לא נוכל לאמר ד רח ובדעת הרמב"ם י"ל בלשונו כמ"ש בפירוש המשנה אבל הרשב"א והר"ן וכן כתב הכ"מ בכונת הרמב"ם דדוקא אם שהה ובירד למלחמה דוקא שהעיד ע"א שמת וכן מבואר בת' המיוחסות ובחי' הרשב"א ואכמ"ל:

שיטת הרמב"ן דהאיבעיא נפשטה כמ"ש הרי"ף אבל בהא דס"ל להרי"ף דחיישינן אפי' בשני עדים שאומרים בדדמי ודעתו דאפי' בע"א לא חיישינן שיאמר בדדמי ובמים שיש ל"ס מסתמא עמד עד שתצא נפשו וכן במים שאל"ס ומ"ש דמשאל"ס חיישינן היינו מחמת גלי אשפלוהו או שארי חששות שבמשאל"ס ואם נשאת לא תצא אבל ל"ח לבדדמי וגם ע"א לא בעי שיאמר קברתיו גם במלחמה ולפ"ז צ"ל דאסקוהו לא הוי כקברתיו ולפ"ז נפשטה האיבעיא מהא דדגלת דלא בעי קברתיו ומה שהביאו מתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' קכ"ח שכ' אבל אם לא אמר קברתיו אינו נאמן דבכל מקום סכנה שדרכן מתים כו' וכן שירד למלחמה ולא שב כו' וסומך על הדמיון כו' עד שיאמר קברתיו אין זה סתירה כידוע אשר תשובות המיוחסות הוא מהרשב"א ויעוי' בחידושי הרשב"א שכתב שאף שדעתו כן אבל אינו רוצה להכריע וכ"כ בתשובותיו אבל הרמב"ן ס"ל דגם בע"א לא בפי קברתיו כנ"ל:

שיטת הרז"ה שאם אמר קברתיו ע"א נאמן ובלא אמר הוא בעיא דלא אפשיטא אבל דוקא במי שראה הטביעה ובזה מיושב ההוא דדגלת דמיירי בשלא ראה הטביעה וידוע המחלוקת הפוסקים אם דוקא ראה בעצמו חיישינן שיאמר בדדמי או גם בשמע. ולדעתי תהיה בזה מחלוקת הרמב"ן והרז"ה דהרמב"ן השיג על רז"ה וכתב בין ראה העד או לא ראה כיון שהאשה יודעת הטביעה הלא תאמר בדדמי ולא דייקא הלא מכיון ששמעה הטביעה לא תרבה בבדיקות כו' ואם ע"א במלחמה לא דייק גם בטביעה בים אינו נאמן

יעוי"ש וע"כ צ"ל להרז"ה דהוא ס"ל אינו דומה ראיה לשמיעה דבראה בעצמו פועלת הראיה עליו שיאמר בדדמי וכן אם האשה בעצמה ראתה אבל לא בששמעה: אך צ"ע מה נ"מ אם אומר העד קברתיו במלחמה דלכאורא במלחמה אין נ"מ בין ראיה לשמיעה ורציתי לאמר דהאשה דייקא לידע האחת דברי העד אם לא לזאת אם אינו אומר העד לא תידוק עד שתדע האמת דמחו ליה בגירא ושוב תאמר בדדמי ולא תידוק עוד ובאומר קברתיו תידוק עד שתדע אם אמת דברי העד שאמר קברתיו אבל לפ"ז אין ק"ו מאשה בעצמה אם אומרת קברתיו אם אומר העד קברתיו דהלא ק"ו פריכא הוא די"ל דהאשה כיון דיודעת המלחמה שוב לא תידוק לזאת צ"ל דס"ל להרז"ה דגם במלחמה לא יאמר בדדמי רק אם ראה ירית החצים בו אבל אם לא ראה בעצמו לא יאמר בדדמי:

שיטת הרשב"א בחידושיו ובמיוחסות סי' קכ"ח דלא נפשטה האיבעיא אפי' באומר מת וקברתיו ולדינא חושש לדברי הרמב"ם והרי"ף בלא קברתיו אינו נאמן ובתולדות אדם סי' ל"ב כתב דאם אין עליו פחד מלחמה היינו שאינו ירא לעמוד שם אין חשש שיאמר בדדמי וכן בתשובותיו ח"ג ויש להאריך בדבריו ומחמת קוצר הזמן קצרתי:

שיטת הראב"ד דהאיבעיא בלא קברתיו ונפשטה לקולא דנאמן בלא קברתיו מהא דחסא כמ"ש למעלה דאילו היו מים שיל"ס היה נאמן אף בלא קברתיו ולא הגיד דברים שבבירור מת ודאי והדברים ארוכים וקצרתי:

שיטת רש"י דהחשש הוא ששניהם יאמר בדדמי כמו שמפורש בדבריו קט"ו ומפרש דהאיבעיא הוא בלא קברתיו אבל בקברתיו בודאי נאמן ולפי דעתו החשש הוא משום שירא לעמוד שם לפיכך אומר בדדמי ובנטבע במים החשש שמא המים בלבלוהו או דנשתנה ופירוש והא מים דכמלחמה דמי כמו במלחמה אומר בדדמי משום דירא לעמוד כן במים איכא חשש אמירת בדדמי אף שאין חשש יראה:

שיטת התוס' בקצרה שלכאורא דבריהם צריכים ביאור וסותרים בשלשה דיבורי התוס' קט"ו ד"ה טעמא וד"ה והא מים כמלחמה כו' ובע"ב ד"ה וקאמרי סימנים כו' והארכתי בביאור דבריהם ובקצרה בד"ה טעמא כתבו שהעד בודאי אינו אומר בדדמי שאם היה חשש זה לא היה מהני דיוקא דידה כיון שאין כאן אמירת העד ובד"ה והא מים דכמלחמה משמע דאנשים המעידות קאי גם בע"ב ד"ה קאמרי כו' דאמרינן בדדמי גבי ע"א יעו"ש וצ"ל דהתוס' מחלקים בין מים למלחמה ובמים למי שראה טביעה יאמר גם העד בדדמי וס"ל להתוס' גם בלא שהה כיון דטבע אמרינן דרובן למיתה וכשיטת הרמב"ם בפי' המשנה והאו"ז וכמו שמובא למעלה משו"ה על דיוק האשה אף שיש חשש אמירת בדדמי:

ועי"ל דגם מ"ש בד"ה טעמא לא כתבו בהחלט דל"ח בע"א לאמירת בדדמי רק מדאיצטריך הגמרא לאמר והכא לא דייקא ומשמע דאילו היתה דייקא היה מהני עדות אלמא דהכי קאמר דאי טעמא משום דעבידא לאיגלויי בודאי דייק העד ולא יאמר בדדמי ואי טעמא דנאמנות העד משום דיוק האשה במקום דלא דייקא יאמר העד בדדמי ופשיטות הגמ' מדהשיא ע"פ נשים כו' ש"מ דהטעם הוא משום דעבידא לאיגלוי ולא חיישינן לאמירת בדדמי ודחי דאסקינהו כו' וקאמרי סימנים ולא נפשטה האיבעיא ויעוי' בדף קי"ד ע"ב תוד"ה זימנין דמחי בגירא דהטעם משום שיראה לעמוד אומרת בדדמי הרי דעתם דבמקום שאין פחד לא חיישינן לאמירת בדדמי והדברים ארוכים: שיטת המרדכי בקצרה דפי' א"נ דקיהבי סימנים ובט"ע נמי מהימני ובא"י מל"ת לא חיישינן שאומר בדדמי ולא חיישינן לאמירת בדדמי אלא בישראל המעיד והיינו במלחמה אבל בטבע והעלוהו לא שייך בדדמי וגם במלחמה במקום שאין ירא לעמוד אין חשש לאמירת בדדמי גם אם אומר דברים ברורים במיתתו אינו צריך לאמר קברתיו וההכרח לקצר בדברים שאינם נוגעים לנידון דידן:

ובמאי דסיימתי אפתח בספק שהה ג"י הגם שהרשב"א בתשובותיו ובחידושיו החמיר אבל כבר כתב הב"ש בסעי' כ"ו עמ"ש בהג"ה רמ"א ספק נשתהה אזלינן לחומרא כתב הב"ש דעד מפי עד תלינן לקולא דראשון ראה אותו תוך ג' מהריב"ל ומהרשז"מ ואף כי רבו המחמירים יעוי' בקו"ע שכיון דמחמירים בספק דבעינן שידעו שהיה בתוך ג' מה לי ספק שנסתפק הראשון או השני ולומר שאילו ידע הראשון שראוהו תוך ג' לא היה מגיד הוא ס' דחוקה אבל באמת רבו המקילין בספק שהה ג"י יעוי' בנוב"י במה"ק ובמ"ת גם אנכי הארכתי בזה ובקושית הנוב"י ביבמות קכ"א בההוא דטבע בדגלת גם בדברי השב שמעתתא ואכ"מ והעיקר בגופו שלם אשר ר"ת מיקל אפי' לאחר ג"י ויעוי' בכנ"י סי' נ' שכתב בזה"ל רוב פוסקים מקיימים דבריו ויש לסמוך על דבריו אפי' שלא בשעת הדחק ויעוי' בב"ש ס"ק פ"ד, ובספק נשתהה ג"י יש לצרף דעת ר"ת וגם המחמירים בס' נשתהה מודים בזה ועי' בת' רע"א סי' כ"ג שכתב דקיי"ל להקל ובת' חת"ס בכמה תשובות הסכים להקל בלי שום פקפוק וכן כתבו אחרוני זמננו ומכש"כ בנידון דידן שאמר העד שראוהו אצל האקאפע שהסברא נותנת וקרוב לודאי שלא נשתהה שהרי מוכנים אנשים חובשים לקבץ הנהרגים והפצועים ורחוק שיהיה נשתהה ג"י גם יש לצרף סברא כאן נמצא כאן היה כמו נמצאו הרוגים בדרך פלוני יעוי"ש גם בשב שמעתתא והרבה הארכתי בזה ובנ"ד ידוע שכל אנ"ח יש לו אקאפע וידוע שהוא נמצא שם וסומכין על הכרתו אף לאחר

ג"י ולא כתבתי זאת אלא לצירוף בעלמא כי יש כאן גם סי' מקום ופשוט שאין כאן חשש מצד ספק ג"י:

מה שלא נזכר בדברי העד ישראל רק שראהו נהרג ולא אמר קברתיו ולמעלה הבאתי דעת ושיטת הראשונים הנה הרי"ף והרמב"ם והרשב"א מחמירים. וכן הוקבע הדין בשו"ע אבל יש מקילין היינו הרמב"ן והראב"ד מקילין ובלא ראו ההריגה הרז"ה ודעימיה מקילין והרבה והאחרונים עשו יסוד מזה ויעוי' בח"מ ס"ק ק"ג ובב"ש ס"ק קנ"ד שכתבו להקל אם העד לא ראה ההריגה גם הרבה מהאחרונים כתבו דאף בשני עדים פסולים לא בעינן קברתיו והא דהביאו מהא דקאמר הגמ' והא מאה נשים כחד דמין לפי מ"ש למעלה בשיטת הרי"ף לא קאי כלל על חששא דבדדמי רק על נאמנות דע"א ובזה בודאי שני פסולים כחד הוא ואין מזה סתירה להוכיח דאף להחולקים על הרי"ף והמה כמעט כל הראשונים דבשני עדים ל"א בדדמי ואפ"ל דגם בשני פסולים ל"א בדדמי ואם כי לא נסמוך ע"ז למעשה כמ"ש הב"ש בסעי' נ' מ"מ יש לצרף גם זה. והנה בפ' ר' בצלאל אשכנזי ובת' מהר"מ לובלין הקילו בא"י מסל"ת דלא בעינן קברתיו וכמ"ש למעלה בשם המרדכי והגמרא והנה זה פשוט כמעט לכל הראשונים (חוץ דעת יחיד) שאף בלא קברתיו כבר יצאה מאיסור דאורייתא כיון שאם נשאת לא תצא וכמבואר ברמב"ם הל' נחלות וכבר כתב הנוב"י דכיון דלא נשאר רק איסור דרבנן נאמן א"י אף בלא מלאת עי' בסי' ל"א ובמ"ת סי' מ"ז וכן הוא בת' פמ"א ובת' ג"ש: והנה יש לפנינו מל"ת גמור מכתב הראשון שקבלה מהבי דואר כתוב על הנייר ששלחה לבעלה ובקאנווערט והאדרעס שלה ויעוי' בח"ס בכמה תשובות שאין לך קיום גדול מזה אם נשלח על ב"ד תשובה לשואליו ובפרט על פיסת נייר שלה ובקאנווערט שלוח מאתה באדרעס שלה (ועוד נדבר מזה) ולפמ"ש בשם הנוב"י דכיון דיצאה מאיסור דאורייתא נאמן אף א"י באינו מל"ת וכבר קדמוהו בזה בת' מבי"ט ח"ב ובת' אלשיך סי' קי"א יש לנו לסמוך על המכתב שהשיג ה' אברהם מענדל תשובה על מכתבו מפקיד הממשלה שידיעתם הוא אחרי שנגעו בו המשרתים והמובשים דהוי כמו קברתיו ויש בזה כדי להתירה אף בלא היתר ערכאות:

גם יש לצרף בזה לפמ"ש למעלה בשיטת תוס' ורש"י דהטעם דחיישינן לבדדמי משום שיראה לעמוד שם ומשו"ה הקילו בגמ' במלחמה קטנה שאינה יראה לעמוד שם וכן כתב בפשיטות גמורה הרשב"א בתולדות אדם ובח"ג סי' ל"ב וכן ראיתי הובא מת' מהרח"ש כיון ראינו יכול לברוח מהביצה א"צ לאמר קברתיו וכיון דבזמן הזה אינו יכול לברוח ממערכת המלחמה מחמת השומרים ומחייב ראשו למלך נאמן העד ישראל שמצא אותו

הרוג בלא אמירת קברתיו גם יש לנו שני מכתבים מערכאות שנהרג בעלה וכבר הסכימו גדולי האחרונים לסמוך על ערכאות בלי פקפוק ומהם רא"ז מרגלית בס' ב"א והח"ס בכמה תשובות ובס' עמודי אור ובס' ב"א ומה שדקדק בת' רצ"ה מסוגית הגמ' שמעתי מקומנטריסין גיטין כ"ח ע"ב והא קיי"ל דכל א"י מל"ת כו' ולא קאמר מטעם ערכאות ולפלא דהרי פשוט שאין דין ערכאות רק במקום המשפט אבל לא בעת שהוא מדבר בשוק כך לו ערכי כמו א"י שאינו ערכי והארכתי בדין ערכאות בעסק עגונה אחת שלא במקומו אבל למותר האריכות בדבר שכבר נתפשט להלכה לסמוך על המכתבים הבאים מערכאות ובפרט בימים אלה אשר אם באנו לחוש לזה תתעגנה בנות ישראל חלילה:
והנה במכתב הראשון אשר קבלה האשה הגם שלא היה כתוב שמו ושם אביו כתב הר"ן בתשובה אע"פ שאמרו בתוספתא אין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו לא בא למעט אלא שאין סומכין על אומד הדעת אבל כל שמעיד על דבר ברור שאין לספק בודאי משיאין את אשתו אע"ג שלא הזכיר שמו ובמהרש"ק ות' אלשיך האיש אשר אתה מבקש קבור במקום פ' אין לך הזכרת שמו גדול מזה ועי' בתרה"ד סי' רל"ט א"כ בנ"ד שכתוב על אדרעס גיטל באראק בברעזניץ מחוז לוצקי פלך וואהלין בעל שלך נהרג בי"ז לחודש יאנוואר ובאשר לא היה ידוע מהאדרעס רק שם אשה גיטל באראק כתב א"י אם הוא בעלך או בנך אין לנו מל"ת גדול מזה:
עוד יש לנו פקפוק אחד שלא ידוע להאשה אם היה איש חתום על המכתב והנה הב"י הביא בשם ר' ירוחם הא דמצא שטר כתוב בעינן שיהיה חתום בחתימת שם אחד אבל ראיתי בקרבן עדה ירושלמי סוף יבמות שהשיג ע"ז וכ' דברי הרמב"ן והנ"י ולא נמצא לא מן הראשונים שמצריך חתימת העד ובאמת תלוי בגירסת הירושלמי שלפני ריי"ו היה נמצא כתוב וחתום אבל בכל הראשונים וברמב"ם ושו"ע הגי' נמצא כתוב לפ"ז אין צריך חתימת העד וראיתי במה"צ שהסכים להקל בלי חתימת העד ובנ"ד אין אנו צריכין לכל זה כיון שהיה על זה חותם הממשלה וידוע שהחותם מונח ת"י פקיד שאין חשש זיוף אין לך חתום גדול מזה ובפרט שהוא מקוים ממש כמ"ש למעלה בשם החת"ס שהוא על קאנווערט ופיסת נייר ששלחה לבעלה ומל"ת גמור ובפרט שיש לי אריכות דברים שגם הרמב"ם שמצריך כ"י ישראל יודה בזה אבל איני רוצה לדון בזה אחרי שכבר הסכימו הפוסקים שגם בכתב א"י מל"ת נאמן וגם שהעיקר בזה מחמת דין ערכאות גם ראיתי בתשובה נדפסת שמלה "אוביט" ברוסי הוא נהרג ומת ממש:
בהא נחתינן ובהא סלקינן שהאשה הזאת כדאי להתירה בכ"א מהשלשה עדיות ובפרט בצירוף יחד גם העד לא ראה ההריגה שהרבה ראשונים ס"ל אינו צריך לאמר קברתיו

חוץ מדעת יחיד בהגדת העד הראשון יצאה לכל הדעות מאיסור תורה אף בלא הגדת קברתיו ויש לסמוך על א"י אף בשאינו מל"ת והב"ש בשם המבי"ט ואלשיך ואחרונים הנוב"י והג"ס ובצירוף הטעם בזמן שא"י לברוח הוי כמו שאינו בהול לברוח שא"צ לאמר קברתיו והיסוד ע"פ רש"י ותוש' והרשב"א בתשובה בתו"א בח"ג כנ"ל וגם ע"פ המכתב הראשון שהוא מל"ת וכבר כתב המרדכי והאחרונים בתשובותיהם שא"י מל"ת נאמן בלא קברתיו גם ע"פ מכתב השני אפי' שהיה ע"פ שאלת ישראל נוכל לצרף דשני פסולים לא בעי קברתיו ובפרט עד ישראל ועד פסול אך בלא כל זה הלא יש לנו שני שטרות מערכאות אשר כבר הסכימו דנאמנים ומשיאין האשה וכיון דנאמנים כשנים והיינו אפי' בלא אמירת קברתיו דכיון דקיימא לן דדייקא בערכאות ועושים הכל באמונה ובנ"ד שהשיבו ע"פ שכתוב בערכאות בפנקסם שבל"ז מאין היו יודעים שמו וכנויו ושם עירו בודאי דייק ואינם אומרים בדדמי וכן מצאתי להגאון רי"א בספר נחל יצחק שהתיר בסי' י"ט ובסי' מ"ו ע"פ שני טעמים שכתבתי שמוכרח לעמוד וע"פ כתב ערכאות עיי"ש שקיצר ומכש"כ בנ"ד שיש עוד צירופים הרבה:

לזאת יוכל הרב מברעזניץ להתיר האשה גיטל בת ר' צבי אשת ר' יהושע בראק בב"ד של שלשה כדין הניתרות שלא ע"פ שני עדים כשרים:

בעה"ח יום ר' א' דר"ח תמוז שרי' לעלמא לפ"ק: אליהו הלוי בפ"ק פרוזנא. באשר האשה נחוצה וקשה עליה להתעכב גם הקיפוני טרדות קצרתי במקומות שהיה לי אריכות דברים חפצי שיצטרף עמי עוד איזה רב מפורסם גם היה ראוי לחקור העד אבל שעת חירום הוא וכדאים הגב"ע להתירה וצירפתי אלי גם את חתני הרב הגאון מוהר"ד פייגענבום ויוכל הרב מברעזניץ להושיב ב"ד ולהתירה:

סימן ט

ע"ד העגונה ריזל בת מיכל מלאמז פלך שעדליץ אשר זה יותר משמנה שנים שבעלה הענך שטרקמן הלך לעבודת הצבא בחדשים הראשונים היה שולח לה מכתבים גם שלח לה שני פאטאגראפיעס שלו שנצלם פעם אחת עם עוד שני א"ח ופ"א עם עוד ארבעה והוא החמשי ומחודש חשון תרע"ה נשכח זכרו ולא שמעה מאתו דבר וביום ד' שנה זו פ"ג נתקבל גב"ע מבד"צ דק' לאמז מאיש אחד ה' מרדכי ב"ר חיים שמואל איך שבשנת 1914 למספרם בחודש מרחשון ע"ה היה הפוזיציע אצל ראווא בפולין והיה יחד בבאטיליאן No 3 עם א"ח העניך שטרקמאן מלומז וביום אחר הפוזיציע שאל לא"ח אם ראו העברי שטרקמן אמרו א"ח א"י איך שהאיש שטרקמן נפצע בראשו ונשאו אותו לשפיטאל בראווא:

אח"כ נסעה האשה לראווא לחקור הדבר ובידה גב"ע מבד"צ דק' ראווא איך שר' אברהם הלוי לעווין והבתולה חי' בת רצ"ה גאלדבערג איך שבהיות מערכי המלחמה סביבות העיר ראווא ערכו בפה שני בתי חולים לפי שעה לחבוש הנפצעים והביאו אז לאחד מבתי החולים שני עברים נפצעים אחד היה מאסטראווצי והשני לא ידעו מי הוא ומאין הוא כי בעת שהובא כבר אשתקל מילוליה להיותו גוסס כי השיגו הרובים לפלח רקתו "עם האט אים געטראפין אקויל אין שלייף אריין" אבל זאת זוכרים היטב ומכירים אשר זה הנפצע הוא אותו בעצמו אשר בשני הפאטאגראפיעס שביד האשה הוא האמצעי ואם כי הרופאים אמרו אשר אין עוד שום תקוה שישאר זה הנפצע בחיים אבל באשר ששני העדים שמשו אז בבה"ח חובשים לנפצעים נעתר ראש הרופאים להעתיקו לבית החולים שמחוץ לעיר לזאת לא ידעו סופו רק ה' חיה ג"ב הוסיפה אשר כיום או כיומים אח"כ דרשה היטב מרופא הראשי אודות הנפצע הגוסס, באשר אל זה הרופא הראשי יובא כל קורות הנפצעים אשר שכבו במשמרתו ואמר זה הרופא הראשי חבל על דאבדן כבר יצאה נפשו ויקברוהו על שדה קטל מחוץ לעירנו זמן העובדא אינם יודעים רק שהיה בשנת תרע"ה בחודש חשון או כסלו ובמוש"ק הובא לבית החולים וביום השלישי הובילו אותו אל בית החולים הראשי כ"ז הגידו בתו"ע לפני בד"צ דק' ראווע ושני העדים (גם העגונה בעצמה) העידו כי זה האמצעי בשני הפאטאגראפיעס מכירים כי הוא צלם דמות תבנית האיש הענך שטרקמן כ"ז הוא תוקף גביע שביד העגונה ריזל הנ"ל:

בדבר הכרת שטרקמן ע"פ עדות ר' אברהם הלוי וה' חיה ג"ב חובשי בית החולים אשר בראווא ע"פ צלם דמותו בשני הפאטאגראפיעס אשר ביד האשה ששלח לה בעלה והחובשים כי לפי זכרונם דמות תבנית החולה שהובא לבית החולים מכירים בדמות תבנית הפאטאגראפיע של שטרקמן הנ"ל והנה הכרת איש על פאטאגראפיע הוא דבר שנתחדש בזמן האחרון לא שערוה הראשונים אמנם גאוני זמננו הסכימו לסמוך ע"ז בהתר אשה הגאון ריי"א בספר עין יצחק והגאון נציי"ב בספרו משיב דבר ושניהם על עובדא אחת שפאטאגראפיע של אחד שנצלם בנויארק לאחר מותו נדמה להפאטאגראפיע שביד האשה בחייו גם הגאון רצ"ה א"ש בעובדא שלו שהפאטאג' של הפספ' שנמצא אצלו במותו היתה דומה להפאטאג' שביד האשה מחייו הנה בכל הנך עובדי היו דומות שתי הפאטאגראפיעס שהיו ידועות לאיש ההוא גם האשה הכירה דמות בעלה ובעובדא דידן העדים לפי זכרונם הכירו דמות החולה בהפאטא"ג כי הוא דומה לתבנית החולה שהיה אצלם בבה"ח ובדברינו יבואר החילוק שיש בזה גם גוף

הדבר בהכרה ע"פ פאטא"ג הוא דבר חדש כאמור לזאת ראיתי לברר בקוצר האפשרי בט"ע של הכרת איש אם בעינן ט"ע גמור או סגי בט"ע כל דהוא:

והנה בשארי איסורים כבר דברו הפוסקים ביו"ד סי' ס"ג הש"ך כתב דבעי ט"ע גמור והכו"פ העיר עליו מדברי התוס' חולין צ"ו על הא דאמר רבא מריש הו"א סימני עדיפא מט"ע דאילו בסימנין מהדרינן אבידתא כ' התוס' תימא דהא לצורבא מרבנן מהדרינן בט"ע כו' וי"ל דהכא איירי בט"ע כל דהוא כו' ולפ"ז בתר דמסיק רבא ואמר בתר דשמעתינהו הני שמעתתא כו' אמינא ט"ע עדיפא כו' היינו ג"כ ט"ע כ"ד ובאמת דברי השיך יש להם יסוד ע"פ דברי הרשב"א חולין שם שכתב וז"ל ומיהו בעד שבא להעיד באיסורין בט"ע צריך לדקדק אם יש לו ט"ע יפה שפעמים העין משקר כו' כמו רשב"א אומר אם לא שבעתן העין כו' אלמא שאפי' צו"מ דדייק כו' ומכש"כ שארי ב"א שאינם מדקדקין כ"כ כו' וכ"כ הר"ן יעו"ש ויעוי' ביש"ש חולין שם שהעיר על דברי הרשב"א מדברי התוס' וכתב שמתחלה בעינן שבעתן העין ואח"כ סגי בט"ע כ"ד ודחוק:

ונ"ל בכונת דברי התוס' שלכאורא קשה להבין דהלא אח"כ אמר ר"י בריה דרב משרשיא תדע דאילו אמרי פלוני דהאי סימנא קטל נפשא מי קטלינן ליה ואילו אמרי אית לן ט"ע בהאי פלניא דקטל קטלינן ליה והלא לענין קטלא בודאי בעינן ט"ע גמור והלא לשיטת התוס' איירי רבא בט"ע כ"ד ומה זה מביא ר"י מט"ע גמור, לזאת י"ל כונת דבריהם דמסתברא להו דט"ע שאינו גמור נגד סימנים שאינם מובהקין דומה לט"ע גמור נגד סימנים מובהקים לזאת מתחילה קאמר רבא מריש הו"א סימנין היינו שאינם מובהקין, עדיפא מט"ע, היינו שאינו גמור דהרי מהדרינן אבידתא בסימנין היינו שאינם מובהקין ולא מהדרינן בט"ע שאינו גמור אף לצו"מ והשתא דשמעתינהו להני שמעתתא דלענין איסור מהני אף ט"ע שאינו גמור כמ"ש התוס' דאילו היה להם ט"ע גמור לא היו באים לשאול אמינא ט"ע עדיפא היינו ט"ע כ"ד והא דל"מ באבידה ט"ע שאינו גמור היינו בלא שבעתן העין היינו משום דהבעלים עצמן מתיאשין אף במקום דשכיח צו"מ כיון דלית להו ט"ע גמור וע"ז מייתי מהא דסומא מותר ע"פ ט"כ דקלא הוה ט"ע שאינו גמור דלא קטלינן עליו כמבואר בסנהדרין ס"ז ע"א כדי שיהיו רואין אותו ושומעין קולו כו' ויעוי' פירש"י שם:

וכבר הביאו מזה האחרונים ראיה דאין משיאין את האשה ע"פ ט"ע דקלא וקאמר רי"צ בריה דרב משרשיא תדע דאילו אמרי פלוני כו' פלוני דהאי סימנא בגויה היינו אף בסימנים מובהקים אילו אמרי אית לן ט"ע בגויה היינו ט"ע גמור קטלינן ליה וכמו שט"ע גמור עדיפי מסימנין מובהקין כן ט"ע שאינו גמור עדיף מסימנים שאינם מובהקין ונ"מ

במקום שמהני ט"ע שאינו גמור דליכא יאוש בעלים כנ"ל. ולפ"ז לדעת התוס' מהני לענין איסור אף ט"ע שאינו גמור אבל לדעת הרשב"א והר"ן וכן הביאו בשם הרמב"ן וכן מורה לשון הרמב"ם ט"ע יפה ואין השגה על הש"ך וגם הת"ש כתב בסוף סי' ס"ג כהרשב"א (וי"ל גם להתוס' דלא כתבו רק דלא בעינן שבעתן העין כמ"ש לשיטתם דלפסק ט"ע גם בלא שבעתן העין דהוא ט"ע שאינו גמור מהני גם באבידה היכא דליכא יאוש בעלים אבל בשעת הכרה בעינן ודאי ט"ע יפה בהתבוננות ואין השגה לדברי השיך גם מדברי התוס' אבל היש"ש כתב ההיפוך כמ"ש למעלה ואכמ"ל):

ולענין עדות אשה לשוק הב"ש ס"ק ע"ה וח"מ ס"ק מ"ה בעינן ט"ע יפה והביאו בשם תה"ד דמשו"ה לא מהני במל"ת ט"ע דלא מעין יפה ואף דבזה לא קיי"ל כתה"ד ומהני ט"ע במל"ת היינו משום דאמרינן דמל"ת נאמן אמרינן בודאי היה לו ט"ע יפה ול"א דאינו מדקדק ויעוי' בנוב"י סי' ל"ט שכתב דבעדות אשה סגי בט"ע כ"ד והביא ראיה מהא דקיי"ל דלא כהתה"ד במל"ת דנאמן בט"ע ובאמת שאינו ראיה כמ"ש למעלה גם מ"ש דהלא קטלינן נפשא בט"ע כ"ד לפמ"ש התוס' דהגמ' איירי בט"ע כ"ד ובאמת הדבר תמוה לדון בד"נ ע"פ ט"ע כ"ד ולפמ"ש למעלה גם לדעת התוס' כונת ריי"צ בריה דר"מ בט"ע גמורה גם קצת ראיה מהא דלא קטלינן פ"פ ט"ע דקלא והיינו משום דאינו כ"א ט"ע כ"ד ומצאתי להגאון מוהר"ז מרגליות בת' ב"א שכתב וז"ל דהא דמהני הכרה בט"ע לא נאמרו הדברים אלא בבן עירו הרגיל עמו הרבה כו' ומתוך דברי העדים נראה שביאתו לשם היה אותו היום ולא שהה שם כו' ובכה"ג נראה דלא שייך בזה הכרה בט"ע ומביא מהא דלא שבעתן העין ולפ"ז הדברים נאמרין לשיעורין עד כמה יהיה נקרא שבעתן העין ועד כמה יהיה רגיל עמו הרבה:

ונ"ל בהסבר הדברים ולא יהיה מקום לחששת הג' מוהר"ז והוא עפמ"ש הרמב"ם פי"ד מהל' אבידה הל' י"ב המוצא כלי חרש וכיוצא בהן מהכלים שצורת כולן שוה אם היו כלים חדשים כו' ואם היו כלים ששבעתן העין כו' שיכול ת"ח כו' ובסיגנון זה כתוב בשו"ע סי' רס"ב יעו"ש ולפ"ז נראה ברור דלא שייך לאמר חילוק בין שבעתן העין רק בדבר שצורת כולן שוה אבל בדבר שאין צורת כולן שוה לא שייך כלל להצריך (שבעתן העין ולפ"ז מ"ש הרשב"א והר"ן דבעינן שבעתן העין ולהצריך באיסורין ט"ע יפה גם מ"ש היש"ש להצריך שבעתן העין מתחלה וט"ע יפה הוא רק בדבר שצורת כולן שוה אבל בדברים שכ"א שונה מחבירו לא בעינן שבעתן העין ומשו"ה לא דברו כ"א בבשר ששתי חתיכות משתי בהמות דומין זל"ז ורק פ"ז כתב הרשב"א שפעמים העין משקרת ומדמי להא דרשב"א ויעוי' בריטב"א חולין שם שכתב לחלק בין כלים שיש בהם צד

חילוק ושינוי בין כבדא וקיבורי וכמשא שאין בהם חילוק כ"כ והיה רבא מתחילה מדמה אותם לכלי אנפוריא בתר דשמעתינהו כו' גם ט"ע כזה מהני וכלי אנפוריא דהוה ט"ע דגרוע טובא הוא דלא מהדרינן יעו"ש, ואם כי דעתו נוטה מדברינו אבל הסברא הוא כעין מ"ש בשם הרמב"ם וכן משמע בגמ' על הא דרשב"א כגון בדי מחטין כו' ומחרוזות כו' ולפ"ז בעדות אשה אין מקום כלל להצריך שבעתן העין דבבני אדם שהקב"ה טבע כל האדם בחותמו של אה"ר ואינם דומים זל"ז ואין פרצופיהם דומין זל"ז לא שייך כלל לאמר לא שבעתן העין ול"ש בהכרתן ט"ע גמור או שאינו גמור ולא הביאו ח"מ והב"ש רק התבוננות יפה בשעת ההכרה אבל מתחילה לא בעינן שבעתן העין וכן מוכח מהא דסנהדרין שיהיו רואין אותו ולא בעינן שיהיו רגילין בו ומכירין אותו מכבר ואין צריך לחלק בין שני עדים שאין אומרים בדדמי דאם לא שבעתן העין ואין בהם כדי הכרה ומה נעשה להרי"ף דגם בשני עדים אמרי בדדמי והדבר ברור אבל עדיין בנ"ד צריך בירור כי כ"ז איירי כשהאדם מוטל לפניהם והם מכירים אותו ע"פ הכרה הקודמת אבל בנ"ד שהם אינם רואים אותו רק הפאטאגראפיע והחובשים לפי זכרונם תבנית צורת התולה אומרים כי היה שוה לצלם דמות הפאטאגראפיע: והנה זה לשון הרמב"ם פי"ג מהל' גירושין הל' כ"ז ישראל שאמר מת איש יהודי כך וכך היתה צורתו כו' אין אומרין באומד הדעת פלוני הוא עד שיעידו העדים שהוא פלוני כו' ולכאורא משמע מלשונו שאפילו מציירים דמות צורתו בדקדוק אינו כלום וכן ראיתי שהבינו מדבריו איזה מגאוני בתראי אבל יעוי' בתוס' יבמות ק"כ ד"ה אין מעידין כו' ואומר ר"ת כו' דשמא דוקא בסימנין הוא דקאמר אבל ע"י טביעת עין וניכר היטב ע"י סימני הגוף ויעוי' בת' ב"י שכתב שהוא ט"ס וצ"ל וניכר היטב ע"י סימני הפרצוף יעו"ש וכן הנוסחא בת' מיימוני סי' ט' שכתב וז"ל לא על אדם ידוע כו' אלא ע"י סימני פרצופו פדחתו וחוטמו כו' יעוי"ש ופי' מהרא"ש דהיינו שהעד שראהו אינו מכירו אלא שאומר סימני פרצוף ודוקא לאחר ג"י הוא דאין מעידין אבל קודם ג' מעידין והקשו על פי' זה מהא דמייתי הגמ' מהא דאסקוהו אגישרי כו' ואנסבוה ע"פ שושביניו ומצאתי באו"ז הלכות עגונה סי' תרצ"ב שהביא ת' ר"ת כו' כו' לא על אדם ידוע כו' דאפילו עד ק' יום כו' כ"א ע"י סימני פרצופו ופדחתו וחוטמו כו' וההוא דאסקוהו ואנסבוה ע"פ שושביניה לא היה בו ט"ע אלא ע"י סימני פדחתו כו' לא היה בו ט"ע אלא מדמי מלתא כו' וכן כתב בה"ג כו' ליכא ט"ע אלא כמו סיוע בעלמא שמעיד שדומה לפרצוף פנים וחוטם של פלוני כמו סימן מובהק לד"ה דאורייתא כו' אלא סימנא בעלמא שיאמר זאת חתיכה של פ"פ וחוטם נראית כפ"פ וחוטם של פלוני אבל ט"ע הוא שאומר ידענא ביה דהאי דקמן הוא פלניא כו' ועל דא אנא סמיך יעו"ש

ולפ"ז משמע מאו"ז ור"ת ובה"ג אם אומרים צורת זה המת דומה לצורת פלוני שהכרנוהו בעת שהיה בחייו הוה עדות מעליא אם הוא קודם ג"י ועדיף יותר מסימן מובהק:

וראיתי לה"ג מהר"ז מרגליות שהביא בשם ס' פענח רזא שכתב בשם רבינו בכור שור עדים שאמרו מכירים אנו שהוא פלוני בודאי מועיל אף לאחר זמן ומה שאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם היינו כשאומרים מעידין אנו על פרצופו שהוא כך וכך והם אינם רואים את ההרוג והרואים יודעים מתוך עדותם שהוא זה יעו"ש וכן כתבו בעלי תוס' על התורה פ' שופטים וז"ל אמר הרב בכור שור ומה דאמרו רבותינו אין מעידין כו' כגון שבאו ואמרו מעיד אני על פ"פ וחוטמו שהוא כך כו' ומתוך דבריהם יבינו המכירים אותו שהוא זה כו' וההוא דאסקוהו אגישרא עדות סתם היה דמנין כו' מדבריו אלה שאם מציירים דמותו ותבנית צורת פלוני מהני להעיד עליו שידעו מכיריו שהוא פלוני גם מלשון ר"ת ואו"ז בשם בה"ג מוכח כן וכדי שלא לעשות פלוגתא י"ל דגם הרמב"ם לא קאמר רק אומרים כך צורתו של פלוני עגול או רחב אדום הפנים או לבן אבל אם מציירים דמות צורתו פ"פ ותבניתו עם פדחתו וחוטמו מהני ומזה יש לנו סעד גדול להכרת העדים שזוכרים דמות פ"פ פדחתו וחוטמו בהיותו בחיים שהוא צלם דמות תבניתו על הפאטאגראפיע:

והנה ראיתי לה"ג ריא"א וה"ג רצ"ה או"ש שהביאו להעיר על דימוי פאטאגראפיעס ממה שכ' הקה"ח להוכיח דלא מהני קיום השטר בדימוי החתימות בכ"מ שצריך קיום מה"ת דלא הוי אלא כמו סימנים דאין מוציאין ממון ע"י סימנים והנה מלשון ר"ת שהביא המרדכי פ' האשה שנתארמלה וז"ל הלכך בעינן משני שטרות דדילמא זימנין מכווני לחתימת ידייהו דהני ובדין הוא דלא תיסגי לן אלא שלא תנעול דלת כו' אבל קיום השטר ע"י עדים החתומים עליו שהרי מתוך כונת הלב וט"ע הוא מכירן כו' תדע מדבעינן שני שטרות כו' מלשון זה משמע דלר"ת מעיקר הדין אין לקיים השטר כ"א ע"י עדים החתומים בו אבל לא ע"י עדים אחרים אפי' מכירין חתימת העדים בט"ע והטעם י"ל הלא העדים שמכירים בט"ע אין זה רק ע"פ שראה ח"י העדים האלו בשטרות אחרים אינו מכיר רק ע"פ דימוי שזוכר בזכרונו דימוי האותיות האלו להאותיות שראו מכבר ולא עדיפא דימוי צורת אלה שמעלה בזכרונו לדימוי אלו החתימות שהם בשטרות שלפניו אם המה מקוימים וידועים שאלה חתימות של פו"פ אבל באמת אף שמלשון ר"ת מוכח כן (ולפ"ז גם לנ"ד הכרת החובשים מזכרון תבנית החולה לא הוה אלא כמו דימוי) אבל סתמא דגמ' מורה שאף ט"ע של אחרים בקיום השטר מהני מעיקר הדין מהא דאמרינן מעידין בגודלן מה שראו בקוטנן זה כ"י של אבא של רבי כו' מ"ט קיום שטרות דרבנן

משמע דוקא לפי שראו בקוטנן אבל אם מקיימים ע"פ שראו בגודלן מהני אפי' אם קיום שטרות דאורייתא ומשמע מהא דאמרינן דאי אשמעינן של אביו משום דשכיח גביה דאירי במכירין בט"ע החתימות אבל לא שראה שחתם על שטר זה:

וכן משמע מלשון רש"י וי"ל עפמ"ש התוס' בכתובות כ"א ע"ב ד"ה וש"מ דיינין המכירין חת"י העדים כו' ועוד אור"י דס"ד כו' משום דפעמים אינן מכירין ח"י העדים אלא ע"י שראו בלילה כו' ומשמע דאע"פ שמכירין בט"ע כיון דהט"ע הוא ע"י דימוי החתימות לאלו שראו בזמן אחר וכיון שאז היה ראיית לילה צריכין להעיד מחדש ויעוי' בש"מ בשם שיטה הישנה והכא ליכא לאוקמי כשראו בלילה מ"מ על מה שרואין עכשיו מעידין דהלא חתימה שמכירין אותה עכשיו מקיימין יעוי"ש הרי דלשיטה זו כיון שבזכרונם נקבע צורת חתימתו לא מיקרי דימוי רק ע"פ כונת לבם הם מקיימין ואף לפירוש ר"י הוא רק מ"ד דע"פ דימוי ראיית לילה הם מקיימין אבל לפי דאשמעינן במילתא דר"ה דדינין המכירין א"צ להעיד בפניהם אף על ראייתם בלילה נ"כ מטעם הנ"ל דלא הוה הקיום משום דימוי החתימה רק מאובנתא וכונת הלב הם מעידין (והחילוק בין ראיית קטנות לראיית לילה החילוק פשוט וא"ל לפנים) לזאת נראה דגם הכרת החתימה בט"ע ע"י עדים אחרים אף לר"ת הוי מעיקר הקיום דלא על דימוי האותיות שמעלים בזכרונם הם מקיימים רק פ"פ הכרתם שיש להם הם מעידים לזאת לענין הכרת האדם פ"פ הפאטאגראפיע לא הוה כדימוי רק כט"ע חמש. גם י"ל דאף ר"ת לא אמר אלא בחתימת יד דאפשר לזיף ולכתוב צורת האותיות דומות לח"י של פלוני משא"כ בהכרת הפאטאגראפיע אין שייך כאן חשש זיוף רק הכרה בט"ע ואין כאן רק חשש טעות בדמיונו וכיון שהם אומרים שמכירים בודאי שזהו תבנית צורת פלוני הם נאמנים וכבר עשינו סמוכין מדברי גדולי כראשונים ויש לצרף דבשני עדים ל"א בדדמי וגם הרבה פוסקים ס"ל דגם בשני עדים פסולים ל"א בדדמי והארכתי במק"א בהא דאיתא ר"פ האשה שלום והא מאה נשים כפ"א דמין ואכ"מ:

ובנ"ד דמ"מ הוא דבר שנתחדש בהכרת ט"ע ע"י הפאטאגראפיע יש לעשות סמוכין מגב"ע שנעשה בבד"צ דלאמז מה' מרדכי ששמע מפי א"י ששטרקמן נפצע בראשו והובילוהו לבה"ח בראווע (מה שהיתה ההגדה ע"פ שאלת מרדכי הנ"ל יבואר להלן) ע"פ מ"ש המבי"ט סי' קנ"ח דמי שנאבד בדרך ידוע ונמצא אח"כ הרוג באותו הדרך אמרינן אותו שנאבד הוא שנמצא ואחריו החזיק השב יעקב וכנ"י ונוב"י סי' מ"ו מ"ז ואכ"מ להעמיק ולהאריך כזה רק באשר ראיתי לה"ג בעל עונ"י דחה הדבר ולפי השקפתי אין בדבריו כדי דיחוי הנני להעיר בזה בקצרה:

מה שהביא מדברי הרשב"א מאחד ששלשלוהו בים ולא עלה בידו אלא רגלו שכ' הרשב"א דע"כ מיירי שקשרוהו ברגלו דאל"ה אמרינן רגל של אחר הוא ואמאי לא אמרינן הוא שנאבד הוא שנמצא כבר האריכו בזה האחרונים והנוב"י כתב משום דבים שכיחי נטבעים ולבד זה הרי כבר כתב הש"ש דל"א הוא שנאבד כו' רק בנמצא כדי שנאבד אבל לא בנאבד חי ונמצא מת (ולהלן נדבר מזה) וא"כ הכא בנפל לים שלם ונמצא רגל בודאי לא נוכל לאמר זהו שנאבד כו' לזאת לדעתי מהא דשלשלוהו לא קשה כלל רק מהא דהביא הרשב"א מגברא חרוכא כו' כבר כתבו מהא דכתב רי"ו בשם הרמ"ה דשא"ה דנמצא עוד פסתא דידא ומוכח דהיה שם אינש אחרינא גם דאדם עשוי לברוח מן האש וכתב מזה בס' קה"י להגאון מקרלין:

ומה שהביא מגט שנפל ונמצא ול"א הוא שנאבד כו' כבר דברו מזה האחרונים והב"א האריך גם י"ל דל"א הוא שנאבד כו' רק אם נמצא במקום שידוע שנאבד שם כמו שהביא הש"י מקבר שאבד ונמצא מחלוקת דרבי ורשב"ג גם מפסחים ככר שנאבד בבית וכן סברת המבי"ט ואחריו הש"י באדם שהלך בדרך ידוע הלא הלך בכל הדרך ובכ"מ אמרינן הוא שנאבד כו' אבל באבידת הגט הלא היה בכיסו ולא נפל אלא במקום אחד שאינו ידוע איזו מקום הוא שנפל לאמר הוא שנאבד הוא שנמצא מאין כאן מקום מיוחד שנדע אותו ויש להאריך בזה:

ומ"ש על ראית קה"י מחולין צ"ה ההוא דהוה מחוור רישא כו' ויעוי' בתוס' ורש"י ואם לא היה מעלה אלא אחד הוה שרי משום הוא שנאבד כו' וכ' פ"ז דאם לא הים מעלה אלא אחד הוה שרי מטעם ס"ס שמא הוא שנאבד כו' וגם אם אחר דלמא כשירה וי"ל דאף אם העלה תרי אין הספק דזהו שנאבד רק על אחד שהשני אינו דומה כלל לזהו שנאבד ואי מטעם ס"ס הוה שרי גם עתה שהעלה תרי אע"כ כיון דחזינן שמצוי בשר שם ול"א הוא שנאבד הוא שנמצא אין כאן ס"ס שהכל משם אחר ואף דליכא עורבים מ"מ כיון דמצוי שם בשר הוה כעורבים וכן מוכח ברמב"ם ובכ"ז יש להאריך הרבה:

ומ"ש דל"א הוא שנאבד הוא שנמצא בדבר דנייד דאמרינן הוא הלך ואחר בא במקומו ומבכורות כ"ה דמייתי מתערובות בע"מ דמחלוקת ה"ק ור' יוסי דמייתי ע"ז מחלוקת ר' ורשב"ג יעו"ש וכתב העונ"י דמיירי במקום סגור וראיתו מהא דאמרינן בבדק ולא מצא בע"מ להיכא אזל אין ראיה כלל דידועות הבהמות ומצילן, גם מה שכ' הש"ש דלא אמרינן רק אם נמצא כמו שנאבד אבל לא היכא דנאבד חי ונמצא מת יעו"ש שכתב בעצמו מהא דפסחים דאם נמצאו פירורים ומש"כ שדרכו לפרר הלא הכא איזה איש שיהיה הלא מעיקרא היה חי והענין עמוק מאד ואכ"מ כי אין זה רק לעשות סניף להכרת

האיש ויש לסמוך על גדולי האחרונים והנוב"י גם הג' קה"י עשו סמוכין להתיר מדברי השבו"י וכתבו דאם נמצא בדרך שהלך יש לסמוך גם על סי' אמצעי א"כ הכא בנ"ד שנודע ע"פ העד מרדכי שהאיש העניך שטראקמן נפצע בראשו ונשאוהו לבית החולים בראווע והחובשים הגידו כי לא הובא אלא חולה אחד פצוע בראשו גם אינם מצוים עברים שיהיו פצועים בראשם בודאי יש מקום לאמר הוא שנאבד במקום הזה הוא שנמצא גם השיש יודה לזה והוא סעד גדול לסמוך על הכרת הפאטאגראפיע בלא שום חשש כלל. ומה שהיתה הגדת הא"י להעד מרדכי ע"פ שאלה ששאל לאנ"ח אם ראיתם העברי שטרקמן וי"ל עפמ"ש המ"ב והצ"צ דדוקא אם שאלוהו אם הוא מת או חי ובפונדקית כיון דשאלוה איה חברינו והניחוהו אצלה חולה הוה כמו דשאלוה אם חי או מת כו' וכן כתב הג' ר"ח ראפפורט בתשובתו אע"פ ששאלוהו אי היהודי מאחר שלא שאלוהו אם חי או מת ל"ה בזה דין שאלה כ"א מל"ת ממש ולפ"ד דהיתר זה עדיף מכולם יעו"ש:

ובנ"ד דלא שאל הראיתם העברי שטרקמן יש לצרף דעת הנך רבוותא גם י"ל דלא בעינן מל"ת רק בשאומר הא"י מת אבל לא בשהוא חי ואין בזה שום נ"מ לא להתיר ולא להעיד דהלא עוד הוא חי וכן מצינו לענין קפילא או שאר א"י דאם אינו יודע הא"י דיש נ"מ לענין או"ה אף דשאלוהו מיקרי מל"ת ואף שהוא פשוט מ"מ נהניתי שמצאתי לה"ג נוב"י שכתב זה דרך אגב כששאלוהו כשהוא חי אף ע"י שאלה מיקרי מל"ת גם י"ל דהוה מלתא דאפשר לברר מיד דהלא האיש מרדכי היה נמצא סמוך לראווע ובודאי היו שם עוברים ושבים להעיר ובדבר דאפשר לברר מיד לא במי מל"ת ומהני אף ע"י שאלה. מכל הני טעמי מהני עדות ה' מרדכי שהאיש העניך שטרקמן הוא שנפצע בראשו והוא שהובא לבית החולים בראווע ועליו אנו דנין וע"ז נוכל לסמוך בלא שום פקפוק:

א) עתה נבא ע"ד הגדת הרופא הראשי ע"פ שאלת הבתולה חיה נ"ב ומתחילה נברר אם יצאה האשה מאיסור תורה ובאה לכלל אם נשאת לא תצא הנה החובשים העידו שהיה גוסס בעת שהובא במוש"ק והרופאים אמרו נואש לחייו וביום ג' הובל במצב כזה לבה"ח מחוץ לעיר והב"ש כתב בסעי' ה' ובסעי' ל"א שאם היה גוסס ג"י מעידין עליו אך ככר השיגו עליו כל האחרונים והתוס' שבת כתב שראוי למחוק מן הספר ובאמת מבואר ההיפוך בכמה מקומות אבל אם הניחוהו גוסס ואח"כ אשי מאתו דבר אם הדין שאם נשאת לא תצא יש מבוכה בין האחרונים:

ובאמת כפי הנראה מדברי התוס' ביבמות קכ"א ובדף ל"ו משמע דדין אחד לגוסס ומים שאל"ס ומהתוס' בבכורות שכ' הרש"א בכונת דבריהם שאם נשאת תצא כבר השיגו עליו (גם אנכי הארכתי במק"א) גם המעי"ט דלשיטת התוס' והרא"ש דין גוסס שוה לדין מים

שאל"ס וכן נראה מדברי הרא"ש פ"ב דקידושין לענין סבלונות. ולענין דינא הבית מאיר כתב דאם נשאת לא תצא וכ"כ הג' מקרלין בס' קה"י לדבר פשוט אך הג' מה"צ העלה הדבר בצ"ע והש"ג בגטין כתב שגוסס הוא ספק וכן כתב הרדב"ז ח"ר סי' תקפ"ו שאם נשאת תצא גם לשון הרמב"ם שכ' דאם הניחו גוסס ונתן לה הגט הויא ספק מגורשת וכן לענין תרומה פסק דבת ישראל לכהן ובת כהן לישראל לא תאכל בתרומה משמע דהוה ספק לא רק משום חומרא דא"א:

והנראה לאמר בזה ע"פ מה שמבואר בסנהדרין ע"ח הכל מודים בטריפה כו' בגוסס בי"ש חייב כי פליגי בגוסס ע"י אדם מר מדמי לטריפה ומר מדמי לה לגוסס בי"ש כו' גוסס בי"ש לא אתעבד ביה מעשה האי אתעבד ביה מעשה כו' פי' בתוס' שכתבו אע"ג דקראי ודרשי איצטריך ליה להני טעמי וקיי"ל דפטור וכ"כ הרמב"ם פ"ב מהל' רוצח ויעוי' בתוס' ק"כ ע"ב ד"ה למימרא כו' תימא דהא קתני גוסס אע"ג דחיי דרוב גוססין למיתה הא מיעוט חיין ותנן נמי אין מעידין על הגוסס (ובאמת אין מפורש במשנה לשון הזה רק התוס' דייקי מהא דתנן אין מעידין פד שתצא נפשו וכ"כ מהרח"ש) וי"ל בגוסס שהוא מגוייד כיון שהוא גוסס על ידי אדם לא חיי וגמ' מוכיח שפיר דמגוייד לא חיי מדלא קתני ואפילו גוסס מגוייד כו': ונראה לפרש כונתם דהמשנה כונה לשני דברים מנויד גוסס אפילו מגויד במקום שאינו נפשה טריפה כיון שהוא גוסס ע"י אדם ומדלא קתני גוסס מגויד ש"מ מגויד לבדו במקום שנעשה טריפה לא חיי מדצריכי התוס' לסברא דגוסס פ"י אדם לא חיי דהרי הגמ' ס"ל דמגויד לבדו ג"כ לא חיי ומעידין עליו וכזה יש לדון גם מדברי הרמב"ם פ"א מה' ט"מ שהעתיק לשון המשנה המת אינו מטמא עד שתצא נפשו אפילו מגויד או גוסס כו' והרי הגמ' מדייק מלשון זה טמא הוא דלא מטמא הא מחיי לא חיי והאיך נקט לשון זה בגוסס בשלמא במגויד י"ל במקום שנעשה טריפה ויעוי' בתוס' אבל בגוסס וצ"ל דאיירי בגוסס ע"י אדם דומיא דמגויד ואם כי אין זה הכרח אבל יש מקום לאמר:

ומצאתי שכבר הביאו דברי הפוס' מגוסס ע"י אדם בפ' בית יעקב סי' ט' ובספר פמ"א וכתבו בזה לענין אחד שראוהו נוחר בגרונו ע"י שנכנסו מים בפיו וחשבו זה לגוסס בי"א כיון שהיה נוחר בגרונו וכש"כ בנ"ד שהיה גוסס ממש בידי אדם ע"י שירו ופצעו רקתו וביותר שהגידו העדים "עם האט איהם געטראפען א קויל אין שלייף אריין" והרופאים אמרו שאין שום תקוה שיחיה חזה, ויעוי' ברמב"ם פ"ב הל' רוצח וכל אדם בחזקת בריא עד שיודע שזה טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תפלה באדם ובהמות כו' ובנ"ד לא באנו לידי מדה זו עפ"ז אבל פשוט לכו"ע דלא גרע ממים שאל"ס ואם נשאת לא תצא.

והיום ראיתי תשובת הגאון ר"ח מוולאזין בסוף ספר מקור מים חיים להג' מבריסק שכתב בגוסס דאם נשאת לא תצא וכיון שבירנו דבעדות החובשים יצאה מאיסור תורה ואם נשאת לא תצא לענין הגדת הרופא הא"י ע"פ שאלת ה' חי' ג"ב כבר כתב המבי"ט ח"ב סי' מ"ט והר"מ אלשיך ובת' מהר"מ מלובלין סי' ק"י ול"ז ומב"ב סי' מ"ה מ"ו ובספר קו"פ למהר"א אלפנדרי ח"ג סי' קמ"ה דבמקום שאם נשאת לא תצא נאמן א"י אף בלא מל"ת: ויש להעיר ע"ז לכאורא כיון דע"א ואשה וא"י מל"ת אין נאמנותם בעדות אשה רק מדרבנן וכיון דרבנן חששו למיעוטא בעדות אשה הם אמרו והם אמרו שיחזור הדין להיות איסור מד"ת והערה זו לא חדשה היא כבר דברו מזה המחברים גם אנכי הארכתי בזה במק"א. אבל באשר ראיתי להג' בעל עוניו"ט בנה ע"ז יסוד ראיתי להזכיר כי כבר הסכימו כמה גדולים שאין כאן חשש דתקנות רבנן בנאמנות פו"ע לכו"ע חזרה להיות ד"ת ובמקום שאם נשאת לית בודאי אין חשש גם יש ראיה מהא דטבע חסא ואף שהיה אמירת א"י מל"ת מ"מ אם נשאת ל"ת ואמרו בגמ' פ"ו מפורש דאם נשאת ל"ת והדברים ארוכים ואכ"מ:

ב) עפמ"ש התרה"ד בפסקי מהרא"י סי' קל"ט וז"ל וזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו ואילו היה חי היה נשמע לנו כו' ונראה הדברים בזמננו אפי' אדם בינוני הוה ליה קלא כו' לגרוע מחמת ששאלוהו לא"י כו' ר' אחא בירושלמי לא קפיד מה ששאלוהו כו' גם בתלמוד דידן כו' ובמים שאל"ס ליכא מאן דמתיר כו' וכיון דכבר אינסיבא לא תצא אם כי רבים תמהו על היתר זה והרדב"ז כתב מרורות מ"מ האחרונים צרפו את דעתו הגדולה למעשה החת"ס והרבה אחרונים והג' רי"א בספרו עכ"פ חשבו נשתקע זכרו לרובן למיתה כמו מים שאל"ס ובפרט בנ"ד דאיכא גם אמירת הא"י אף אם נאמר דהוי ע"י שאלה הלא פסקי מהרא"י חשב זה כמו משאל"ס: ובאמת יש לצרף גם דעת הרא"ה בבד"ה שכתב בשער התערובות לענין טעימת קפילא וז"ל כתב המחבר כו' ומל"ת דא"י כו' אלא בעדות אשה והתם בלא"ה נאמן מן הדין דלאו עדות הוא אלא גלויי מלתא בעלמא הוא אלא דלחומרא בעי רבנן מל"ת כו' והרשב"א במשמרת לא העיר ע"ז וזה סיוע לשיטת התשב"ץ ולדברי התה"ד הנ"ל ולא באנו רק לחשוב כמו מים שאל"ס היכא דנשכח זכרו וגם אמירת הא"י ואיכא כאן תרי רובא רוב גמור דגוסס פ"י אדם ורוב דנשכח זכרו ואמירת הא"י ובהיתר תרי רובא בעגונה כבר נפתח בגדולים מחלוקת הריב"ש והר"מ ובת' בית יעקב התיר והרבה נחלקו בזה והגאון רי"א בנה ע"ז יסוד להתיר וישוע"י ועוד הרבה הקשו מהא דאמרינן אף דצו"מ קלא איתי ליה ומים שאל"ס דיש תרי רובי ומ"מ אמרי דלא תנשא והג' רי"א חילק בין נודעו כאחד אם נודעו כאחד מהני ואם בזה אחר זה

לא מהני ובנ"ד הלא נודעו כאחד היינו לאחר שמנה שנים שאבד זכרו נודע לה ויש כאן תרי רובי שהתיר הג' הנ"ל למעשה: ולי נראה לתרץ הקושיא מצו"מ בפשיטות דהלא בגמ' בצו"מ כיון דאסוק אית ליה קלא היינו עובדא דנס שאירע לו שניצול ועלה ממים אית ליה קלא והוה תרי רובא משם אחד דרוב טבועים לא יעלו נוסף ע"ז צו"מ אלו היה עולה היה קלא ואינו אלא להחשיב הרוב והוי משם אחד דלא פלוג רבנן. ואפשר לכון בזה בדברי התוס' יבמות קכ"א שכתבו ואף צו"מ כו' כמו גוסס כו' דתלי תניא בלא תניא אלא אף דהוה רוב חשוב כפו גוסס דחשבי ליה תוס' לרוב חשוב אבל היכא דאיכא פרי רובא משני ענינים כמו רוב גוססין גם גוסס בי"א ונשכח זכרו ואמירת א"י אף בלא מל"ת בודאי תרי רובא כה"ג יש לדון ולהקל:

ג) עפמ"ש הריב"ש סי' קנ"ה וז"ל והביא ראיה ממה שכתב הרמב"ם בפ"ז מהל' יבום אפי' עבד אפי' אשה או קטן כו' נאמנים לאמר זהו פלוני אחי פלוני וזהו יבמתו כו' וכן לשאר עדות שבתורה (וכן הגי' בתשב"ץ ס"ג לא כמש"כ לפנינו משא"כ בכל עדות) בין לעדות איסור בין לפדות ממון שזה דבר העשוי להגלות הוא כו' כו' שאין כל מלתא דעבידא לאגלויי בגדר אחד שיש דבר שידעו בו רבים ועשוי להגלות בקרוב כגון בבדיקת סימני נערה כו' לפי שאפשר לבדוק ע"י נשים אחרות כו', וכן זה אחיו של פלוני כו' ונוכל לחקור הדבר מיד כו' וכן שפרי פרסאה כו' לפי שזה דבר שלא ישקרו כו' ובידינו לחקור עליו כו' הרי מבואר מהריב"ש שבדבר שאפשר לברר מיד נאמן אפי' פסול ואפי' גוי זה שלא בפני זה כמו בשטרא פרסאה וכ"כ הגר"א ביו"ד סי' צ"ח ס"ק ב' אבל מל"ת נאמן כו' כיון דהוא מלתא דעבידא לאיגלויי ואף גוי כמ"ש בפ"ג דחולין וא"ל דוקא קפילא כו' עיי"ש ובש"ך ומל"ת דהתם היינו ששואלין אותו והוא משיב רק שא"י שסומכין עליו לענין או"ה ויעוי' ביש"ש יבמות פ' בתרא סי' י"ח פסק כו' ונ"ל דעיקר שריותא דיליה מאחר דעבידא לאיגלויי כולי האי כו' כ"ש בנ"ד שמא ימצא מוכחש כו' יעו"ש, וכן ראיתי בכנ"י שכתב דבדבר שיכול להתברר מיד נאמן א"י אף בלא מל"ת ויותר עדיף מגוי מל"ת יעו"ש וא"כ בנ"ד בעת שאמר ראש הרופאים לה' חיה ג"ב היה הדבר אפשר לברר מיד כי בית החולים שהובל החולה היה סמוך להעיר והיה אפשר להודע ימצא שקרן ובכה"ג נאמן אף בלא מל"ת:

ד) עוד יש לאמר בזה דהנה כתב מהרי"ק שורש קכ"א וז"ל אמנם נראה דבכל מקום שהוזכר מל"ת לאו דוקא ובכל מקום שהדבר מוכיח שאין הגוי מתכון לא להתיר ולא להעיד דודאי מיקרי מל"ת כו' והא דקאמר והא איה חברינו כו' אבל היכא דפשיטא לן שאין מתכון להעיד כו' דהא ליכא לספוקי כלל במתכון להעיד ולהתיר א"כ לא נוציא

מתורת מל"ת כו' יעו"ש וע"ז סמכו המהר"מ לובלין בתשובה סי' ק"י עיי"ש. והמ"ב סי' ס"ח כתב נראה לא במל"ת תליא מלתא אלא במתכון להתיר או להעיד כו' דהא לא קתני במתניתין מל"ת אלא במתכון תליא כו' אבל אם מוכח דלא נתכון להעיד לא נפקא לן מידי בשאלה וכ"כ בת' צמח צדק סי' מ"ב לאו דוקא מל"ת אלא בהא תליא מלתא שלא נתכון לא להתיר ולא להעיד כו' הרי דלא בא אלא לאפוקי מתכון להתיר ולא להעיד אף שאינו מל"ת וכן כתב בספר כנ"י סי' נ' ע"ש באריכות וא"כ בנ"ד דהובא החולה לבה"ח ואשתקל מלוליה והחובשים לא ידעו מי הוא ומאין הוא רק מרחמנותם על איש מי שהוא בקשו להשתדל בפקוח נפשו מה שייך בזה מתכון להתיר או להעיד ולפי שיטת הג' הנ"ל יש להחשיב אמירת הרופא למל"ת:

ה) גם י"ל דבנ"ד לא בעינן כלל מל"ת דהנה האריכו גדולי האחרונים בדינא דערכאות אם נאמנים בעדות אשה אף לא במל"ת אבל כ"ז ע"י חתימתם וכתיבתם והוא עפמ"ש הרא"ש בפ"ק דגטין שטר מתנה כו' דחיישינן שמא ימסרם בפני הערכאות כו' והא ליתא דדוקא למחתם שטר לא מרעי נפשייהו אבל בעדות בע"פ מרפי נפשייהו ומשקר כו' ויעוי' בתומים שהאריך בדבריו והדברים ארוכים ועמוקים מאד:

וע"פ דברי הרא"ש הנ"ל מתרצים מה דהקשו רבים דאמרינן בגטין כ"ח ע"ב שמע מב"ד של ישראל כו' מקומנטריסין של א"י כו' אילימא מת ממש נהרג ממש כו' דכותה גבי א"י אמאי אל ישיאו את אשתו והא קיי"ל בכל מל"ת הימוני מהימני כו' אלמא דגם ערכאות בעי מל"ת ולפי דברי הרא"ש לק"מ דלא מהימן אלא בחתימה אבל לא בע"פ משו"ה בעי מל"ת אבל המרדכי כתב בגטין פ"א דגם בפ"פ מהני ערכאות ואם מסר ואמר לפניהם מהני ויעוי' בתומים שם דהמרדכי פליג בזה על הרא"ש וס"ל דל"ד בכתב ולאו מטעם דד"מ קאמר המרדכי דאם משקרי מה יועיל דד"מ ועי' באורים סוף סי' ס"ח שכתב אבל מה שמעיד בע"פ מה שאינו בכתב משקר ומה שאמרו בערכאות היינו בכתב אבל המרדכי ס"ל דאף בע"פ נאמנים דלא משקרי ובתומים העליתי דהעיקר כהמרדכי יעו"ש:

וגם ממהרי"ק שורש קכ"א משמע דערכאות מהני אף בע"פ שכתב דערכאות נאמנים אף בלא טעמא דד"מ אמרינן שאילו היה מגיע לו מעט זלזול לא היה משקר כו' ואפילו להתיר א"א היה נאמן אלא משום דלאו ב"כ נינהו כש"כ כו' יעו"ש ומה שקשה מהא דגטין כ"ח אף להמרדכי דמהני אף בע"פ לק"מ דכל נאמנות דערכאות הוא רק אם הוא דינא דערכאות אבל אם אין הדבר נוגע לחוקי הערכי הוי כשאר אינש דעלמא ומשו"ה התם בקומנטריסין לא היה להם חוק שיהיה מספר הנהרגים והחיים נרשמים על ידו

ממילא לאחר דין הערכאות הוא ככל אינש דעלמא לענין להגיד מי הוא החי מי הוא המת ולהכי נצרך להיות מל"ת:

ולפ"ז בנ"ד שבזמננו שעל ראש הרופאים מוטל הדבר ועל פיו יתנהגו ספרי החיים וספרי המתים וכל הנעשה בבית החולים על פיו יובא בספר והוי דין ערכי עליו ולשיטת המרדכי נוכל לסמוך עליו ואף להרא"מ ולהרא"ש י"ל דלא אמר דבע"פ לא מהימן רק משום דמקבלי שוחדא וכ"ז הוא בדבר שבממון או בשא"ד אבל כיון שלא שייך זה כלל י"ל דכו"ע מודים כיון דדין דערכי עליו ולא מרע נפשיה ואם יש להרהר בזה אבל לא נצרך בנ"ד לבנות ע"ז יסוד:

היוצא מכל הנ"ל שהאשה ריזל בת מיכל אשת העניך שטרקמן מלאמז נוכל להתיר אותה בב"ד של שלשה ומהנכון להודיע לה חומר שהחמרנו עליה בסופה כדי לאלם סברת דייקא וע"פ הארבעה וחמשה פרטים שכתבנו היתרה פשוט וקצרתי בכל פרט ופרט מקום שיש להאריך וה' ישמרנו מכל אלה: בעה"ח הכותב ברעדה אליהו הלוי:

סימן י

ע"ד אשת ר' אהרן בר' ישעיה ליסנארטן יליד בריסק ראיתי הגב"ע מב"ד דק' קאברין ומה שכתב בשריותא דהך אתתא הרב הגאון אבד"ק אנטיפאליע ובקשו מחני להגיד דעתי בזה:

הנה עדות ר' יהודא בר' משה מעזדריטש שביום ב' ח' מנ"א תרפ"ה הלך סופר הראטע לבקר על אנשים מראטע שלו ובחזירתו היתה בידו רשימת ההרוגים מן הלילה השייך ליום ב' הנ"ל והיה כתוב שם אשר אהרן ליסנארטן נהרג פ"י שעמד בפאליוואיע קאראול. ולכאורא יש לפקפק בעדות זו מחמת המבואר בסי' י"ז ספי' י"ז דעת הרי"ף והרמב"ם שא"י מל"ת צ"ל קברתיו וגם בא"י מל"ת במלחמה הביא הרמ"א בסעי' נ' המחמירים שצ"ל קברתיו יעו"ש בב"ש וח"מ אבל כבר כתב הח"מ וב"ש שכ"ז דוקא שראו ההריגה אבל בנדון דידן שהסופר לא ראה ההריגה אצ"ל קברתיו גם י"ל טעמא דע"א במלחמה מחמת אימת חצים ובליסטראות אומר בדדמי א"כ אין וה אלא בשעת חצים ובליסטראות אבל בנ"ד שהלך הסופר אחר ששקטה המלחמה במקום ההוא אין צריך לאמר קברתיו ויעוי' מזה בת' פמ"א ח"א סי' פ"ט ובמק"א הארכתי בזה:

גם בנ"ד יש עוד לצרף דהלא הסופר צריך להביא לפני שרי הצבא בדיוק מספר ההרוגים והפצועים בודאי דייק על כל אחד שנהרג ומת בודאי והוי כמו קברתיו וכמו שמבואר דברי הפוסקים דל"ד קברתיו אלא כל שאין כאן חשש שיאמר בדדמי. עוד יש לפקפק. בדברי העד הנ"ל שלא הגיד ששמע מפי הסופר רק שראה ברשימה שבידו כתוב שאהרן

ליסגארטן נהרג והיה אפשר לאמר דהוי כאילו מצאו כתוב בשטר שמת פלוני שהרמב"ם בפי"ג מהל' גירושין מצריך שיהיה דוקא כתב ישראל אבל הרי כבר כתבו האחרונים להקל ובמק"א הארכתי בזה ליישב דברי הירושלמי וסתירת הרי"ף והרא"ש לבאר שיטת הראשונים. אבל נ"ל דבנ"ד גם להרמב"ם מהני די"ל דהרמב"ם לא כתב רק משום דאזיל לטעמיה שכתבו משמו דמצריך בא"י מל"ת לאמר קברתיו לפיכך מצאו כתוב איש פלוני מת בעינן דוקא כתב ישראל אבל בנ"ד דכתבנו למעלה רלא בעינן קברתיו מהני כתב א"י גם הבית מאיר כתב לפמ"ש הר"ן דבעיא בא"י המל"ת קישור דברים כדי שיהיה ניכר שהוא מל"ת:

אבל בנ"ד שיש קישור דברים כמו שהגיד שעמד במקום המערכת להיות צופה ומביט גם הלא נודע שכתב זאת להראות לפני שרי הצבא לא להעיד להתרת האשה ולא לשום פדות לישראל וכבר כתבו הפוסקים דשאלת א"י לא"י אחר הוי מל"ת ואף מי שמחמיר בזה שלא שאלו על אדם מיוחד ויעוי' בתשובת פני אריה אף שמחמיר בזה כדעת הרמב"ם עכ"ז לא החמיר רק במקום שאפשר לאמר שלא כתב כמסיח לפי תומו אבל היכא דנודע שיש בכתב זה דין מסיח לפ"ת מודה הרמב"ם כזה ואף לפמ"ש ה"ה בטעם הרמב"ם ללא אמרו רק מסיח לפי תומו אבל לא כותב ויעוי' בכ"מ ול"מ שתמהו על טעם זה אבל אף לפי דבריו אין זה אלא במצאו כתוב אבל לא כעובדא דנ"ד שהראה הסופר כתב ידו להודיע רשימת ההרוגים הוי ככותב בפנינו ואף הרכנה על שאלה מהני ויעוי' גטין ע"א ובתוס' ורשב"א וריטב"א והדברים ארוכים:

ולזה פשוט בנ"ד דיש להקל בזה ולדון דין מסיח לפ"ת גם יש מקום בנ"ד להתיר ע"פ דברי העד הנ"ל שנודע לו אשר הפולק שלו רצו לשלוח ידיעה לעיר של הנהרג הנ"ל היינו מהריגת אהרן ליסגארטן הוי כמו שמענו מפי ערכאות וכבר פסקו כל האחרונים לסמוך על ערכאות בעדות אשה ויעוי' בשו"ת הרשב"א הובא בב"י חו"מ שאף אם ערכאות עצמם לא ידעו רק שמעו מפי נער המשמשם ג"כ דין ערכאות להם, א"כ בנ"ד נמי אף ששרי הצבא בעצמם לא ראו המעשה רק מפי אנ"צ עכ"ז דין ערכאות להם ועדיף יותר מא"י המסיח לפ"ת ויעוי בת' מהרי"ק שורש קכ"א שכתב ועוד דאפ"ל דעדיף הא"י מגוי מל"ת ויש להתיר אפילו בלא טעמא דאשה דייקא גם בלא טעמא דמשום עגונה אקילו בה דהא אפילו כו' להוציא ממון מחזקתו דבעינן שני עדים סמכו אחזקה דלא מרפי נפשייהו גבי שטרות העולים בערכאות כו' אף בלא טעמא דד"מ דינא כו' אע"ג דאם היה משקר לא היה מגיע לו כ"א מעט זלזול כו' ואפי' לענין ערוה להתיר א"א לעלמא הוה סמכינן אחזקה זו כו' יעו"ש, מוכח מדבריו בהדיא דס"ל דערכאות בעדות אשה סומכין

עליהם בלא טעמא דמל"ת ובלא טעמא דדייקא ומנסבא א"כ הכא בנ"ד שהעיד שנודע לו שהערכאות רצו לשלוח ידיעות אך נטרפה השפה עדיף זה מעד מפי פד ולסמוך על דבריו להתיר האשה וגם הוי כמו שהעיד מפי שני עדים היינו מפי הסופר ומפי הערכאות דא"צ להגיד קברתיו ואף דנראה דהסופר והערכאות חד הוא פכ"ז חזי לאצטרופי דלא בעינן בנ"ד להגדת קברתיו כמ"ש למעלה:

ומה שהגיד העד ששמע מפי אנ"ח מהריגת אהרן ליסגארטן יפה כתב הגאב"ד דק' אנטיפאליע שלא הוה כמל"ת שהיה ע"פ שאלת העד מה נשמע להם אודות האיש הנ"ל ואף במק"א הארכתי בדברי הירושלמי בגדר מל"ת אם ע"י הזכרת האשה אם ע"י שאלה והעליתי שיש לדון בזה שלא יצא מכלל מל"ת אם ניכר הדבר שלא להעיד באו אבל לא באפי בזה לפלפל כי בנ"ד הדבר פשוט להתיר מפי העד שהעיד לפני בד"צ שנודע לו מהסופר ומערכאות שנהרג אהרן בר' ישעיה ליסגארטן בעל האשה מוכ"ז מאנטיפאליע ויכול הגאב"ד בק' אנטיפאלע להתירה לעלמא בב"ד של שלשה כדבריו במכתבו אלי, ומפני טעמים אחדים גם מפני הטורד בגשם ורוח לא יכלתי להאריך בענין הזה וקצרתי במקום שיש להאריך:

בעה"ח יום ב' ז' כסלו עטר"ת לפ"ק:

סימן יא

הנה בשו"ע סי' י"ז סעי' י"ח בא אחד ואמר לנו אמרו אנשים כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מכאל כו' והוא שלא הוחזקו כו' וי"א דכ"ז דוקא שהזכיר שם עירו ויש מקילין וי"א דבמקום שמזכירין שמו לבד בעינן שם עירו אבל אם מזכיר שם אביו לא בעינן שיזכיר שם עירו יעוי"ש וכבר טרחו הח"מ וב"ש למצוא השלש דעות שברמ"א אבל באמת פשוט שכיון הרמ"א לשיטת הרמב"ן במלחמות ושיטת הריב"ש והר"ן ושיטת הרא"ש, דהנה הרמב"ן כתב ביבמות גבי עובדא דיצחק ר"ג וז"ל אלא עיקר הענין פירושה של שמועה שיצחק ריש גלותא אחד היה דר בקורטבא וכששלחו משם יצחק ריש גלותא הוה קאזיל מקורטבא לאספמיא ודאי העידו שאותו שראו יוצא מקורטבא מת לפניהם וכשבאו חכמים אמר אביי כיון ששיירות מצויות בקורטבא חוששין שמא אותו שמת ממק"א כו' וזה שהיה בן עיר הלך למק"א כשם שחוששין בגט במקום שהשיירות מצויות ורבא אמר כיון שהעדים מעידין שיצא מקורטבא וכאן היה אדם אחד ששמו כן אומרים כאן נמצא וכאן היה ולא חיישינן שמא פנה זה והלך לו למה"י ואמר בא לכאן ולא שנינו אלא המביא גט ממה"י ואבד ממנו שכיון שבא ממה"י ושלא במקומו מצינו אותו אע"פ שכתוב בו בשוירי מתא חיישינן לשתי שוירי כו' א"כ לפ"ז פשוט ישל

דבעובדא דהמחבר שהוא לשון הרמב"ם כיון שאמרו להם כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מכאל הוה כמו שמעידים שיודעים שיצחק בן מכאל זה הלך ממקום פלוני ומשו"ה לא בעינן שם עירו וזהו שיטת היש מקילין ושיטה הראשונה היא שיטת הריב"ש והר"ן שכתבו כן:

מקודם נבאר שיטת הראשונים בזה מקור הענין הוא מיבמות קט"ו גבי עובדא דיצחק ר"ג בר אחתיה דרב ביבי הוה קאזיל מקורטבא לאספמיא שלחו מהתם יצחק ר"ג בר אחתיה דרב ביבי הוה קאזיל מקורטבא לאספמיא ושכב מי חיישינן לתרי יצחק אבייי אמר חיישינן ורבא אמר לא חיישינן ועי' בתוס' ד"ה יצחק כו' איירי דלא הוחזקו ובשכיחי שיירתא דאי לא שכיחי ולא הוחזקו התנן כל מעב"ד ה"ז יחזיר ואי שכיחי והוחזקו אמאי לא חייש רבא דהא לקמן גבי ענן בר חייא חייש רבא לגמלא פרחא כיון דהוחזקו יעוי"ש. ולפ"ז תמוה האיך מייתי רבא ראיה מהנהו תרי שטרי דנפקי ממחוזא וכתוב בה חבי בר נאני כו' והא חבי בר נגאי במחוזא שכיחי טובא כו' הלא בהוחזקו גם רבא מודה וכבר הקשו התוס' ד"ה והא כו' אך מה שתירצו וי"ל דמדמי איסורא דלא הוחזקו לממונא היכא דהוחזקו ואינו מובן איזו היא המדה לכון בצמצום היכא דהוחזקו להיכא דלא הוחזקו ולא יכריע איסורא על ממונא ויעוי' בר"ן גטין שכתב דגרע שכיח ולא הוחזק מהוחזק ולא שכיח ואף שהתוס' לא ס"ל כנ"ל אבל מ"מ אם יכריע איסורא לממונא:

וביותר קשים דברי התוס' בב"מ י"ח ע"ב ד"ה נפק כו' וא"ת אבייי דאמר ביבמות דחיישינן לתרי יצחק אפי' לא הוחזקו תיקשי ליה מתניתין דכל מעב"ד וי"ל דמוקי לה דאשתכח חוץ לב"ד כר"ז אבל לגבי תרי יצחק לא שייך לפלוגי בין מצויות לשאינן מצויות דלעולם יש להסתפק ביצחק מעיר אחרת כמו ביצחק מעיר זו א"נ דאשתכח בב"ד ואפ"ה ל"ח כיון שזה האיש שואל גט וידעינן שאבד גט ואין אנו מכירין אחר אין לחוש כו' אבל התם אין אנו יודעים איזה יצחק מת כו' והדבר תמוה דהלא הכא בב"מ פריך הגמ' גופא על ר"ז ומשני א"כ מאי הוסיפו התוס' להקשות על אביי ובגיטין התוס' בקושיתם הזכירו שתקשה לאביי כמו לר"ז:

גם צריך להבין על התוס' בג' מקומות הללו דבריהם למה האם בלעדם לא נבין לתרץ לאביי כמו לר"ז דקיים בשיטתו וגם למה הוסיפו התוס' בב"מ אבל לגבי תרי יצחק ל"ש לפלוגי בין מצויות לשאינן מצויות וכי כעורא להם דבריהם בגיטין וביבמות דהתם איירי בשיירות מצויות, גם יש להקשות על תי' התוס' השני הלא מכל מעב"ד לק"מ דהאיך מדמית איסורא לממונא וע"כ כמו דאמרינן לקמן כ' תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן והרי שטרי חליצה ומיאונין ע"כ איירי דלא ראינו בידה כמ"ש התוס' ע"א ד"ה הא

אמר תנו דאי ראינו בידה פשיטא כיון דחלצה נחזיר לה: והנראה דדברי התוס' ביבמות ובב"מ לאו בחדא מחתא מחתינהו דהנה התוס' ביבמות ע"כ ס"ל דהיה ידוע להם שיצחק ריש גלותא זה היה בקורטבא והלך משם לאספמיא א"כ שפיר מיקרי לא הוחזקו כיון דידעינן אשר יצחק זה היה שם ומשו"ה פליגי אביי ורבא אי חיישינן בשכיחי שיירתא או לא וליכא למימר דלהתוס' איירי אם א"י אשר יצחק זה הלך מקורטבא לאספמיא א"כ למה ליה להתוס' להוכיח דאיירי בדלא הוחזקו מעובדא דענן בר חייא הלא בלא"ה כיון דהוחזקו ולא ידוע איזה מהם הלך לאספמיא מאין הרגלים לאמר אשר יצחק זה מת אע"כ כנ"ל דלהתוס' איירי אשר ידוע שיצחק זה הלך מקורטבא לאספמיא ומ"מ דייקו התוס' מעובדא דענן בר חייא אשר בהוחזקו חיישינן אף בכה"ג דהלא התם ידוע דענן מתגרא הוה התם ומ"מ חייש דלמא בגמלא פרחא אזיל הרי דבהוחזקו חיישינן אף אם הוא דרך רחוק אשר נזדמן להתם:

וצ"ל דס"ל להתוס' ביבמות דעובדא דענן היה במקום דשכיחי שיירות דאל"ה למה הוצרכו לבדוק לרבא דס"ל דל"ח רק בהוחזקו ושכיחי ואף דמשמע דבלא הוחזקו איירי מדקאמר תבדק נהרדעא כולה היינו די"ל דאם יבדקו ונדע דלא חתמו העדים על גט אחד דשמו כשמו או שיגידו הם שאין להם נשים כשם האשה אשר בגט זה ויהיה מזה ראיה דלא כהפוסקים דבשני יוב"ש לא חיישינן כ"א בהוחזקו שטותיהם ושמות נשותיהם שוים גם דלא כהני' דס"ל דעובדא דתרי נהרדעי ובאין שיירות מצויות והא דחיישינן התם לגמלא פרחא ובכ"מ לא חיישינן רק בשכיחי והוחזקו י"ל משום דגם הכא הלא יצחק זה ידעינן שהיה בדרך הזה ויצחק אחר לא ידעינן אף דשכיחי שיירתא שוה ליצחק זה נגד החזקה דכאן נמצא ועי"ל דהתוס' ס"ל דהתם הצטרפות כל הטעמים יחד שמא בגמלא פרחא או בקפיצה אזיל ושמא מיליה מסר לשויה שכיח שיירתא:

ומאד אני תמה על הרש"א ז"ל שכתב דעובדא דענן בר חייא איירי בל"ש שיירות ואף כי הני' כתב ג"כ דאיירי בל"ש אך הני' י"ל דקיצר במקום שהיה ראוי להאריך דכונתו דהא דלא בדקו אחרי תרי נהרדעא היינו שלא היו שכיחי שם שיירתא ממקומות רחוקים לחוש לתרי נהרדעא. וסעד לדברי מצאתי להרמב"ן במלחמות שכתב בהדיא כנ"ל בעובדא דאנדרלאי כו' וסבור אביי שבמקום שאין השיירות מצויות של מקום אחר נמצא ולפיכך לא חששו לשתי שוירי וההיא גיטא דאשתכח בסורא במקום שאין השיירות מצויות נמצא ולפיכך ל"א יבדוק כל העולם אבל נהרדעא כולה היתה צריכין בדיקה שהרי משם בא לכאן:

ועפ"ז יתיישב מה שלכאורא קשה על התוס' בד"ה הכא הוקשה להם מגמלא פרחא אבל באמת נ"ל דהתוס' ג"כ לא ס"ל דהחששא דגמלא פרחא לבד סגי רק דחזינן דמצרפינן לשווי שכיח לזאת הוקשה להם להתוס' דגם הצטרפות לא בעי למיהוי אבל התוס' בב"מ ס"ל כשיטת הרשב"א והרמב"ן והנ"י דטעם אבייי היה לחוש לשני שוירי ומשו"ה קאמר סתם חוששין לשני יצחק ולא אמר תבדק כל קרטובא כולה כמו דאמר לקמן תבדק כל נהרדעא כולה וע"כ אייריי שנמצא במקום ששיירות מצויות וחייש לשני קרטובא א"כ יבדק כל העולם מיבעיא ליה ולזה אמר סתם חיישינן לשני יצחק. עי"ל והוא העיקר דהתוס' בב"מ ס"ל הכונה בלא הוחזקו דהיינו משום דלא הוחזקו לא חיישינן דאילו היו שני יוב"ש קלא איתי להו וכן משמע מפשטות לשון הריב"ש ותשובת הר"ן א"כ אין זה אלא במקום דבעינן שכיח שיירתא אבל היכא דלא בעינן שכיח שיירתא לעולם איתי לן למיחש אף למקום שא"י לנו וזהו כונת התוס' בב"מ דהיה קשה להם למה קאמר אבייי סתם חוששין לשני יצחק ולא תבדק כל קורטבא לזה כתבו דהיה במקום דל"ש שיירתא ועכ"ז חששו וכיון דחששו אף בל"ש שיירתא שוב לא קשה למה קאמר סתם חיישינן דהלא כמו דיש לנו לחוש לתרי יצחק כן יש לנו לחוש לתרי קורטבא ויבדק כל העולם מיבעיא ליה ולכן שפיר הקשו התוס' לאבייי מה יענה להך מתניתין דכל מעב"ד יחזיר כיון דגם בל"ש ולא הוחזקו חייש וע"ז תירצו דלעולם בל"ש לא חיישינן:

אך זהו דוקא היכא דידעינן שזה היה כאן עם שטר כזה א"כ צריכין אנחנו לילך בתר כקרוב אם לא היכא דאיכא שיירות מצויות או הוחזקו אבל התם מוקי לה אף בשאינן שיירות מצויות דלא שייך התם לפלוגי בין מצויות לשאין מצויות דלעולם יש להסתפק ביצחק מעיר אחרת כמו מעיר זו א"כ מוקי למתניתין דאשתכח בב"ד ואפ"ה ל"ח לאחר כיון שזה האיש שואל כו' והיינו דע"כ לא פליג רבה רק כיון דאיכא קורבא דמוכח אף במקום דאיכא שיירות מצויות אין לחוש אבל התם אין אנו יודעים איזה יצחק מת אם מעיר זאת אם מעיר אחרת וע"כ דהתוס' בב"מ ס"ל דאייריי התם דלא ידעינן ביצחק הנאבד מכאן אם הלך בדרך מקורטבא לאספמיא דאם היינו יודעין שנאבד בדרך הזה היה תליא במחלוקת ר"ז ורבה כאן בב"מ אבל התם אייריי כגון דלא ידעינן מקום יצחק הנאבד ולא שייך הך פלוגתא לרבה ור"ז ובזה יסלק הדקדוק העצום מה שיש כאן למה לא הביאו אביי ורבא פלוגתת רבה ור"ז לסיעתא לדבריהם אבל באמת דאביי לתרווייהו חיישי:

דיני קידושין:

סימן יב

מע"כ הרב המופ' י"א כו':

נדרשתי ללא שאלוני אך הפציר בי חותנו שי' לא יכולתי להשיב שאלתו ריקם ונזדקקתי לחות דעתי ע"ד הנבלה שעשה נבל אחד בסביבות ק' באחמוט ושמו יעקב בן בנימין ועשה מעשה קידושין לבתולה אחת ושמה חנה בה יעקב שלא מדעתה כאשר נעתיק בקיצור גביית העדות בסוף ואף כי הדיבור לא נתיחד לי בזה אך תורה היא ורשמתי בקצרה דעתי בזה:

והנה בתחילת העיון אין כאן מקום ספק וחשש קידושין כיון שמתחילה לא היתה דעתה לזה ועשה שלא מדעתה והיא כשמעה ממנו לשון הקידושין צעקה וזרקה לארץ את אשר נתן לה א"כ אין כאן חשש וסרך קידושין כלל דהרי לפי דברי העדים שאחז ידו בידה בחזקה ואמר לה ובעת שלקח ידו מידה בעת שהיתה עוד ידה פתוחה נפל לארץ וא"כ אין כאן קבלה כלל כל זמן ששניהם אדוקים בהחפץ וכן כתב מהרי"ט בתשובה ח' אה"ע סי' ל"ח שכתב וז"ל לענינו דעד שלא סילק ידו לא מיקרי נתינה כדאמרינן בהזורק לענין גט ומשיחה בידו כל שיכול לנתקו אצלו לא מיקרי נתינה כו' עיי"ש מה שהאריך לענין אשר אייריי שם:

ואף שדברי מהרי"ט האלה תמוהים מה שהביא ראיה מגיטין לקנין דהרי בב"מ ז' אמרינן אמר רב משרשי' ש"מ האי סודרא דתפיס כו' ומ"ש מגט דאמר רב חסדא גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקו כו' התם כריתות בעינן וליכא הכא נתינה כו' הרי בהדיא דמחלק הגמ' שאפי' דלענין גט אינו מועיל לענין קנין הוה נתינה ומצאתי להגאון בת' רע"א שהקשה על מהרי"ט הנ"ל מדברי התוס' כתובות למ"ד ע"ב ד"ה, ואי כו' שכ' מדעתם לחלק בין גט לקנין עיי"ש והקשה הגאון הנ"ל כי דברי התוס' תמוהים ג"כ לכאורא דלמה לא הביאו גמ' מפורשת ב"מ ז' הנ"ל ולמה הכריעו זאת מדעתם ועי' בג' הש"ס שם בכתובות:

ונ"ל לתרץ דברי התוס' דהנה אי' בשו"ע חו"מ סי' קצ"ה לענין ק"ס דבעי' ג' אצבעות שכ' המחבר בסעי' ד' דאף אם לא אחז בידו ג' אצבעות קנה כיון דיכול לנתק אצלו ולהביא ג' אצבעות עיי"ש וכן כתב הרמב"ם פי"ב מהל' מכירה וכ' הש"ך אע"ג דבסי' רס"ט מבואר דלא קנה משום טעמא דיכול לנתקו וכמבואר בש"ס בטלית שחציה ע"ג עמוד דלענין ק"ס דהוי קני ע"מ להקנות מהני אף בכה"ג או דדוקא במציאה לא מהני אבל בקנין מהני והראשון נ"ל עיקר עכ"ל הש"ך ז"ל:

אלא דלכאורא לדברי הש"ך אכתי צ"ע מנ"ל להרמב"ם לחדש דין זה וי"ל ע"פ מה שמבואר בסי' רע"א סעיף ב' בהמת חבירו שאחז אחד במוסירה זה שאחז במוסירה קנה וכ' הסמ"ע הטעם משום דיכול לנתקו ותמה הש"ך מסוגית הגמ' ט' דאלת"ה טלית שחציה ע"ג עמוד עיי"ש ויש לאמר דהרמב"ם ס"ל דהא דטלית שחציה ע"ג עמוד לא קני גם החצי שהגביה משום דאגדו ביד חבירו או ביד הפקר אבל אם יכול לנתקו לא מיקרי אגדו ביד חבירו וקנה מה שבידו או מה שהגביה ולא קאמר הגמ' על הא דר' אבהו בדותא היא רק על מה שרוצה לאמר דקנה גם חציה השני שאינו מוגבה מכחו אבל מה שמוגבה מכחו קנה ולא מיקרי אגדו ביד אחר אם יכול לנתקו א"כ י"ל דגם הכא גבי ק"ס כיון דלא בעי לקנות רק ג' אצבעות ואיירי דהג' אצבעות המה מוגבהים מכחו רק דאינו אוחזם בידו משו"ה מהני מטעם דיכול לנתקו ומיושב שפיר דברי הר"מ והשו"ע בסי' קצ"ה הנ"ל אבל עכ"פ הרי כתב הש"ך בהדיא דלענין ק"ס שאני דכיון דהוי קני ע"מ להקנות קנה אף באופן שלא קנה בקנין דעלמא א"כ אזדא קושית הגרע"א מעל התוס' כתובות הנ"ל דמשו"ה לא הביאו מגמ' ב"מ דשאני ק"ס מקנין:

ולענין דינו של מהרי"ט נראה דלא תהיה סתירה לדבריו גם מדברי התוס' כתובות הנ"ל דקידושין כיון דאתקש לגט לא מיקרי נתינה רק מה דהוי נתינה לענין גט כמו שכ' הפוסקים לענין טלי קידושין מע"ג קרקע ואף שדברי מהרי"ט איירי לענין נתינה סתמא ואח"כ אמר לשון קידושין מ"מ יש ליישב דבריו) וא"כ יש ללמוד שפיר נתינה בקידושין מנתינה דגט. ולבד זה נ"ל ברור דעד כאן לא כתבו התוס' בכתובות רק היכא דהדבר הניתן הוא לגמרי בידו של המקבל רק דהנותן יכול לנתק אצלו ע"י משיחה או כוש אז אינו מעכב הקנין כמו שדייקו התוס' וז"ל שמסתמא הניח האוכל בפיו ואח"כ תוחב באצבעו או בכוש ואף אם הוא בכוש מתחילתו ועד סופו מ"מ כיון שבא לתוך פיו קנאו הרי דלא כתבו התוס' רק משום דהדבר הנקנה הוא כולו לתוך פיו לבד אבל אם עוד שניהם אדוקים בגוף החפץ הנקנה בודאי לא מהני ולא נתינה היא, גם הגמ' לא קאמר רק האי סודרא דתפיס ביה ג' אצבעות הרי דהשלש אצבעות דבעי להקנות בק"ס המה בידו לגמרי אבל אם עוד שניהם אדוקים בהם בודאי לא מהני ומכש"כ לענין נתינה גמורה דכ"ז ששניהם אדוקים בהחפץ הנקנה לא הוי נתינה כלל לענין קנין כמו לענין גט וכן מפורש בשו"ע או"ח סי' תרנ"ח סעי' ו' ואם תופס עם התינוק שפיר דמי כיון שלא יצא מידו ועי' בהגר"א שציין שם ב"מ ז' האי סודרא דתפיס כו' והדברים פשוטים וברורים ועלה דינו של מהרי"ט כהוגן וכש"כ הכא בנ"ד לא מיקרי נתינה כלל ועוד שהרי מיד בתוך כ"ד התחילה לצעוק ושמטה ידה מידו ונפל לארץ א"כ אף אם נאמר דהוי נתינה

מ"מ אינה מקודשת כיון שמיאנה בתוך כ"ד ואף דאיתא בנדרים ובב"ק דלענין קידושין תכ"ד לאו כדיבור דמי היינו במקום שנתרצתה בודאי אבל הכא כיון שלא גילתה דעתה מתחילה ולא פשטה ידה לקבל פשוט דמהני חזרתה:

וכן כתב בהדיא החכ"צ ז"ל בתשובותיו סי' קט"ו וז"ל ואף דאמרינן בב"ב דתכ"ד לבד מקידושין היינו דוקא לאחר שגמר הדבר בודאי כגון שאמרה הן או בוא קדשני ונתן לה קידושיה ואח"כ רצתה לחזור בין באמירה בין בזריקה אינה יכולה לחזור אפי' תוך כ"ד אבל בלא אמרה ולא מידי אלא הוא אמר ונתן לה קידושיה והיא נטלתן וזרקתן לים או בפניו מעולם לא נתרצית בקידושין כלל כיון שזרקתן ודוקא שזרקתן תוך כ"ד אבל אם לא זרקתן עד לאחר כ"ד אמרינן כבר נתרצית כו' עיי"ש הרי בהדיא דכל היכא דלא גלתה דעתה מתחילה בודאי תוך כ"ד מילתא היא, וכן מוכח בהדיא בגמ' ובשו"ע סי' למ"ד סעי' ז' אמר לה התקדשי כו' נטלתו וזרקתו לים בפניו כו' ועכצ"ל שאם זרקתו בפניו כו' הרי אפי' אם נטלתו סתם ועבדה מעשה עכ"ז כיון שלא אמרה כלום רק תיכף בתוך כ"ד זרקתו אמרינן בכה"ג תכ"ד כדיבור דמי אף לענין קידושין לברר שלא היתה הנטילה לשם קידושין רק לשם זריקה וא"כ הכא אף מי שלבו נוקפו לאמר דהוי כשניהם אדוקים בו והוי נתינה עכ"ז אין כאן חשש:

אך מה שיש לפקפק בזה מדברי העד זאפלאווסקי שכתוב בגביית עדות ונפל לתוך חיקה ותיכף ניערה בגדיה ונפל לארץ ואינו מבורר בלשון תיכף אם היה תוך כדי דיבור או לאחר כ"ד כמו שכ' הפוסקים לענין תיכף לנטילת ידים ברכה דעד כדי שיעור כ"ב אמות מיקרי תיכף והוא מגמ' זבחים ל' עיי"ש ועי' בחלקת מחוקק סי' למד ס"ק י"א אבל אם זרקתו בפניו קרוב לה או תוך ד' אמותיה הוי קידושין וא"כ ה"ה הכא שזרקתה לתוך חיקה יש לפקפק בזה ומה שזרקתה מתוך חיקה אם היה לאחר כ"ד הלא לא מהני וכמו שהבאנו למעלה בשם החכ"צ:

אבל כ"ז אינו אלא לפום רהיטא אבל באמת אף אם נחוש לדברי העד ונאמר דניערה מתוך חיקה לאחר כ"ד אין כאן חשש כלל דהנה שיטת הרמ"ה הובא דעתו בשו"ע סי' כ"ח סעי' ד' בהג"ה ובשו"ע סי' ל' סעי' ו' בשו"ע אם זרק לתוך חיקה ושתקה אינה מקודשת וכבר כתבו האחרונים טעמו משום דבעינן מעשה להוכיח שמרוצית ועי' בחלקת מחוקק ר"ס ל' וא"כ כאן דמבואר אף בדברי העד הזה שממילא נפל לתוך חיקה א"כ לא עשתה מעשה כלל ועי' בבית מאיר סי' כ"ח שהקשה על שיטת הרמ"ה מגמ' מפורשת קידושין נ"ב ההיא אתתא דקא משיא מיא כו' אתא ההוא גברא שדה לה כו' אלמא דהוה קידושין בכה"ג דכיון דאמר בשעת זריקה לא בעינן הוכחה דידה עיי"ש:

אך באמת יש לדחות ראיה זאת דהגמ' כאן לא נחית לפרש גופא דעובדא היכי הוה לבד הריעותא דגזל וכעין זה כ' הריטב"א קידושין נ"ב וז"ל ואיכא למידק מהא דתניא התקדשי לי בפקדון שיש לי תחת ידך כו' אם נשתייר בו שו"פ מקודשת בתוס' כו' אבל הנכון דהתם בדאמרה הן והא דלא פירשה משום דהתם לא אתא לאשמעינן דינא דשתיקה וריצוי כו' עיי"ש וא"כ ה"נ לא בדינא דשתיקה וריצוי איירי ומי עדיפא הך עובדא ממתניתין מפורשת ספק קרוב לה כו' אע"כ דממילא ידעינן דאיירי בריצוי דידה וה"נ כן הוא ולא צריך לפרושי וכן צ"ל במה שכ' הב"ש סי' כ"ח ס"ק ג' דאיירי בהודיע לה שהוא גזל ובגמ' לא הוזכר מזה אע"כ דהגמ' לא נחית לפרושי כאן גופא דעובדא היכי הוה בפרטיות וכן הכריע כהרמ"ה הרש"ך הובא דעתו בת' מהרי"ט ח' אה"ע סי' מ"ג דלא מהני שתיקתה רק היכא דמתחילה הוי הנתינה והקבלה לשם קידושין כמו ההיא דציפתא או ההיא דכנסי סלע כו' דאיירי בדשדיך וכן הסכים בת' מהר"ם פדואה וכן הסכים הגר"א עיי"ש הכרעתו מגיטין ע"ח דפריך הגמ' מחוב לגט הלא שא"ה דנתרצה אע"כ דגם גבי קידושין בעינן שתאמר זרוק לי קידושי או כה"ג וכן הוא בת' הריב"ש הובא בט"ז אה"ע סי' למ"ד ובח"מ סי' כ"ח שכ' וז"ל דמדפשטה ידה וקבלה הוי הוכחה דנתרצתה הרי דס"ל דבעינן הוכחה ובלא הוכחה אינה מקודשת ועי' בח"מ סי' כ"ח ס"ק י"ב ובסי' מ"ב ס"ק ב' דלא חילק בין נתן בידה בין זרק לתוך חיקה דבכל גונא כל היכא דלא היה ממנה מעשה מוכיח דנתרצתה לקידושין לא מהני להרמ"ה וא"כ פשוט בנ"ד דלקח ידה בחזקה שלא מדעתה לזאת אפילו אם נפל לתוך חיקה ולא ניערה בגדיה בתוך כ"ד אינה מקודשת:

ואפי' לשיטת הגהמ"ר שהובא ברמ"א סי' מ"ב שפליג לכאורא על הרמ"ה מ"מ בנ"ד אין כאן חשש כלל דהנה באמת י"ל דגם הגה"מ לא פליג על הרמ"ה ולא קאמר רק בעובדא דידיה דאיירי בשדיך כמ"ש שם הואיל ודיבר מתחילה על עסקי קידושין ובשדיך הלא י"ל דאף הרמ"ה מודה כמ"ש למעלה בשם מהרש"ח גם י"ל דאיירי דעבדה מעשה מוכיח על ריצוי וכן כתב בהגהת ביאורי הגר"א סי' מ"ב עיי"ש:

אבל אף אם נאמר דהגה"מ פליג על גוף הסברא של הרמ"ה מ"מ בנ"ד אין כאן חשש דכיון שצעקה מתחילה מה אתה עושה ואח"כ נפל לחיקה בודאי לית מינן דפליג ועוד דכיון דלא עשתה מעשה מוכיח על ריצוי והיתה בשב ואל תעשה כ' האחרונים דהוה כמו שתיקה לאחר מתן מעות וכמו בנ"ד כיון דמתחילה לקח ידה בחזקה וא"כ אין לדון על תחילת המעשה רק על המעשה דלאחר כך והוי כמו שתיקה דלאחר מתן מעות ובזה כתב הגהמ"ר סוף קידושין סי' תקל"א דגם אם צוחה לאחר כדי דיבור אמרינן איגלי

מלתא למפרע עיי"ש וז"ל רק כשאמר הוו עלי עדים אמרתי לה השליכו והשליכה כו' דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ועוד הוכיח סופה על תחילתה ואמר פ"ב דחולין ופ' י"נ דכו"ע מודו היכא דאיכא למתלי באמתלא מוכחת אמרינן הוכיח סופה על תחילתה עיי"ש הרי דמשמע בהדיא דהמעשה היתה אחר כ"ד מדאמר לה העד להשליך ואח"כ השליכה ועוד מדקרי לה שתיקה דלאחר מתן מעות משמע דהיתה שתיקה איזה זמן דאם השליכה בתוך כ"ד מה זו שתיקה: גם הראיה שהביא מחולין ומי"נ דאמרינן הוכיח סופה על תחילתה הוא אף לאחר כ"ד ומכש"כ בנ"ד דגם קודם שנפל לתוך חיקה צעקה וגם אח"כ ניערה בגדיה אפילו אם היה לאחר כ"ד פשוט דאין כאן חששא גם יש להתיר בנ"ד מחמת דלא ראו העדים אם נתן לה איזה דבר:

והנה בהג"ה רמ"א סי' מ"ב והוא מתשובות הרשב"א סי' ש"פ דבעינן שיראו העדים הנתינה ממש פשוט דאין כאן חשש כלל אבל אף לשיטת הגהמ"ר שהובא בב"ש דאף בידיעה בלא ראיה מהני מ"מ הרי כבר כ' התומים סי' צ' דידיעה ברורה בעינן דהיינו שיהיה אומדנא המוכיח דמהני גבי עדות נפשות ועי' בשבועות בתוס' דף ל"ד ע"א ד"ה דאי:

וכ"כ הנוב"י במה"ק סי' נ"ח שכ' וז"ל אפ"ה אין זה ענין לנ"ד דשם ראו שזרק לה הקידושין למקום זה רק שמסופקים בהמקום והוי כזורק לחצירה ומסופקים אם החצר שלה אבל בנ"ד לא ראו שום דבר ואין כאן ראית קידושין כלל כו' עיי"ש וכ"כ במה"ת סי' ע"ה וז"ל הראש הששי דכיון שלא ראו נתינת הזיבצינער אף לדברי מרדכי שהביא הב"ש ולע"ד דהיינו דוקא בחפץ שניכר לעדים בט"ע שהחפץ שבידה עתה הוא החפץ שהזכיר המקדש אבל זה שקידשה במטבע מה בכך כו' אף שעתה היא מודית שקיבלתו מהמקדש מ"מ כיון שלא היה ידוע להעד בשעת מעשה מיקרי מקדש ובלא עדים וכן כתב בנוב"י שיבת ציון סי' ס"ט וז"ל ואפי' לדעת המרדכי שהביא הב"ש דגם בקידושין מהני ידיעה בלא ראיה מ"מ בנ"ד גם ידיעה ליכא דשמא בא לידה בתורת שאלה כו' עיי"ש הרי דלכל הני רבוותא אף הגהמ"ר אינו מחמיר רק באופן שראו אח"כ חפץ שלו בידה: אלא שצ"ע דברי תשב"ץ ח"ג תשובה פ"ב במעשה שהיה כו' היא מקודשת גמורה ואע"פ שע"א אמר שאמת היו הדברים שלענין קידושין נכנסו שניהם ולזה הזמינום אלא שלא ראה מסירת הקידושין לידה עדות זו אינה מבטלת הקידושין שכיון שנתקדשה באותו מעמד והאיש והאשה שניהם מודים בדבר וע"א אומר שראה המסירה אף שעד הב' לא ראה שכיון שא"צ לאמר בקידושין אתם עדי כיון שהדבר אמת שקיבלה כו' מקודשת כיון שהדברים ברורים שקיבלה אף שלא ראו וכ"ש שאחד ראה ועוד שהרי להסמ"ג

צריך בקידושין בע"א גט ואפי' להמקילין מ"מ מודו בכה"ג דאחד ראה כו' הרי מוכח מדבריו להדיא דלא בעינן כלל שיראו העדים הנתינה כמ"ש אף שלא ראו כו',.
אלא שדברי התשב"ץ תמוהים בלא"ה שכתב שכיון שנתקדשה והאיש והאשה שניהם מודים בדבר מאי מהני הודאתם כיון דילפינן דבר דבר מממון וע"פ שנים עדים יקום דבר והיה מקום לאמר עפמ"ש הרמ"א בסי' מ"ה סעי' א' בהג"ה ויש מחמירין אם שלא בעדים אף שלא היו עדים על הנתינה לידה וע"ש בב"ש ס"ק י"א וי"ב ובח"מ דהוי מחמת רגלים לדבר דחזקה שליח עושה שליחותו וא"כ י"ל דגם התשב"ץ מחמת רגלים לדבר אתי עלה אבל באמת אין הנידון דומה דשם כיון דיש עדים דשלח לה סבלונות אמרינן דחזקה שליח עושה שליחותו אבל הכא מאי חזקה יש כאן ואי מחמת דהוזמנו מתחילה לשם קידושין נאמר הן הן עדי יחוד וכסברת הגהמ"ר סי' תקל"א דהלא כ' התשב"ץ שם דהעד לא ראה משום דלא היו הקידושין הגונים בעיניו ולא יהיו א"כ אפ"ל דלא היו כאן קידושין כלל גם מה מהני הודאת בע"ד בזה:
והיה מקום לאמר עפמ"ש הש"מ ב"ק סוף פ"ג בשור שהיה רץ אחר חבירו דבכה"ג מהני הודאת בע"ד אף דבכ"מ אמרינן מודה בקנס פטור מ"מ בכה"ג מהני הודאתו וא"כ ה"ה הכא י"ל דאף בקידושין לא מהני הודאה מ"מ היכא דאיכא רגל"ד מהני. אבל העיקר נ"ל לאמר דגם התשב"ץ איירי באופן דאח"כ ראה גם העד השני החפץ שלו בידה ומודית שקבלה לשם קידושין וגם המקדש אומר כן ועומדים גם כעת בדעתם הראשונה לקידושין ובכה"ג ברור דהוי מקודשת בודאי אף דלא ראו המסירה דהלא בגוף הטבעת אם היא שלו או שלה ברור דמהני הודאת האשה דהלא בממון הודאת בע"ד כמאה עדים דמיא וא"כ כיון שמודית לפני עדים שהדבר הזה קבלה לשם קידושין וגם הוא אומר כן ועומדים בדעתם ברור דהוי כמקדש בעדים דהרי לא גרע דבריהם בזה מהיה מדבר עמה על עסקי קידושין דלא בעי אמירה כלל ומכש"כ בעובדא דהתשב"ץ דהוזמנו לשם קידושין וא"כ דאוחזת בידה והוא והיא מודים דהיו מתחילה של המקדש ומקבלת לשם קידושין דהוי קידושין ודאים כיון ששניהם אומרים כך והוא נתן לה מתחילה לשם קידושין (ולקמן נדבר מזה באריכות דלא הוה גם כטלי קידושיך מע"ג קרקע גם על דברת הנוב"י במה"ק סי' ס' ובמה"ת סי' ע"ג דפסק בע"א הוי המעות מתנה דלפי דבריו לכאורא נסתרו דברי לזאת מוכרח אנכי להאריך בדבריו ואביאם למטה) וכן דייק לשון התשב"ץ וכיון שהדברים ברורים שקיבלה הקידושין אף שלא ראו הקידושין דמהיכן הדברים ברורים כיון שלא ראו וכן כתב עוד כיון שהדבר אמת מהיכן ידוע האמת אע"כ דאיירי שאח"כ ראו שניהם החפץ תחת ידה ובכה"ג הוא דהוי מקודשת אף לשיטת הרשב"א

אבל לית מאן דפליג היכא דלא הוה אומדנא דמוכח כלל כגון דלא הוזמנו לשם קידושין ולא ראו נתינת המטבע בודאי אין כאן דין מקדש בעדים כלל אף דשניהם מודים דנתן לה דהעדים לא יוכלו להעיד על דבר המוכיח דאפשר כיון מתחילה אלא לצערה ולביישה אבל לא נתן לה דבר וא"כ פשוט דלית מאן דיפקפק לחוש בדבר לקידושין ולפי דברי הגב"ע לא ראו העדים כלל החצי רו"כ רק אשת בעה"ב מצאה אחר זמן על הארץ גם לא ראו מתחילה המטבע בידו:

ומה שלא שמע העד ה' שלמה איצקאוויץ רק תיבת מקודשת לי יש להאריך בזה הרבה אם הא שחסרה מלת הרי את הוי כידים שאינם מוכיחות או לגבי דידה לא בעינן ידים מוכיחות מפני שאין דרך אשה לקבל קידושין לחברתה ובמקום אחר הארכתי בזה ועי' באבני מלואים סי' כ"ז ס"ק י' ובחת"ס אה"ע סי' פ' עיי"ש דהסכימו האחרונים הנ"ל דגם במתקדשת בעינן ידים מוכיחות:

עוד יש להעיר בזה מה דלא התחילה לצעוק כ"א אחר גמרו כדת משה וישראל אם הוי לאחר כ"ד דבאמירת הרי את מקודשת לי נגמר מעשה הקידושין או כיון דאמירת כדת משה וישראל הוי משום אדעתא דרבנן מקדש והוא תנאי בקידושין א"כ הוי הכל כמו דיבור שלם ומיקרי תוך כ"ד דבגב"ע לא הוזכר בפרטיות איך היה המעשה אך מבואר בגב"ע דהאשה אמרה שלא הבינה מתחילה עד לבסוף דהרגישה דברים ששמעה מחברותיה הנשואות:

וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת בעובדא חדא שהיה בפ"ק לעז קידושין והארכתי לעיין בהך ענינא אם אשה נאמנת לאמר לא הבנתי ואעתיק בזה אפס קצהו דכבר עמד בזה הגאון בעל נוב"י ח"א סי' כ' דאמאי לא תהא נאמנת האשה לאמר לא הבנתי הלא בכל מקום דלא אתחזק איסורא נאמן ע"א אף בדבר שבערוה וא"כ אמאי לא תהא האשה נאמנת בזה:

אך לכאורא הדבר תלוי באשלי רברבי אם ע"א נאמן בדשב"ע בלא אתחזק איסורא והנה המהרי"ק בתשובה שורש ע"ב כתב להדיא דע"א נאמן וז"ל וכן הדעת מכרעת דל"א אין דבר שבערוה פחות משנים אלא דוקא היכא בשעה שהוא מעיד עליו ע"א להתירו הוא בחזקת איסור ועוד כיון דגמרי' דבר דבר מממון ומה התם להוציא ממון מחזקת כו' וכן הוא בהגה"מ בתשובה לה' אישות סי' ג' דבמקום דלא אתחזק איסורא ע"א נאמן אף בדבר שבערוה, וכן כתב הר"ן קידושין פ' האומר על הא דאמרינן שם בגמ' ס"ד קדשתי את בתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דנאמן ואף דאין דבר שבערוה פחות משנים שאני הכא דלא אתחזק איסורא והא שהר"ן עצמו סותר דבריו בגיטין פ'

התקבל כבר האריכו בזה המפרשים ואנכי הארכתי ג"כ הנ"ל בתשובה והעליתי דגם מדברי הר"ן הללו אין ראיה רק היכא דאי קבע איסורא וגם בש"מ כתובות פ' האשה שנתארמלה דף כ"ב כתב להדיא דהיכא דלא אתחזק איסורא אף בדבר שבערוה נאמן ע"א וכן דעת המהרי"ט בתשובה:

אך עדיין יש לברר בכל מקום שאיש נאמן באיסורין אם גם אשה נאמנת והנה הרשב"א כתב בכתובות פ' המדיר ובש"מ שם בשם יש מפרשים דאשה אינה נאמנת באיסורין לבד מנדה דהתורה האמינתה וכ"כ הבית שמואל אה"ע סי' ד' בשיטת הר"ן דאשה אינה נאמנת באיסורין אף היכא דליכא חזקה אבל הרבה פוסקים חולקים על כלל זה וראש המדברים הוא רבינו הרמב"ם שכתב בפ"ה מהל' עדות דבכ"מ דע"א נאמן אף אשה נאמנת וכן כתב הרשב"א בתשובה סי' ר"ל מה ששאלת מי שהוא מפורסם באחד משאר עבירות כו' אבל באיסורין שאפי' אשה ועבד ושפחה כשרים אפי' מומר לד"א כשר כו' הרי דעתו דאשה נאמנת באיסורים וכן כתב הר"ן בחידושיו חולין י"א דאפי' אשה ועבד ושאר פסולין כשרין בשאר איסורין והאריך בראיות דלא כמו שכתב הב"ש בשמו:

ולבד זה נראה דהכא כ"ע מודו דאף אשה נאמנת כמ"ש הרמב"ן דאי אפשר למילף עד אחד נאמן באיסורין מנדה דשאני התם מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת על בעלה וכן כתבו התוספת רי"ד בקידושין פ' האומר דאע"ג דאשה נאמנת לומר לבעלה טהורה אני משום דחזקה דאינה מקלקלה את עצמה אבל מ"מ אצטריך ליה לאביי למימר כו' עיי"ש וכן כתב הר"ן בשם הרמב"ן פ' התקבל המובא למעלה וז"ל וכ"ש הכא שהקרובות נאמנות מתוך שהן נאמנות לקלקל את עצמן שנשאות לאחרים ואף הר"ן י"ל דלא פליג אלא אם נאמנת על אחרים אבל בחד גופא י"א דמודה להרמב"ן בסברא זאת דאמרינן דנאמנת על עצמה וממילא מותרת לאחרים מטעם נאמנות באיסורין ועי' בכתובות כ"ב באומרת ברי לי עיי"ש ובשיטה מקובצת ע"ז ובסברא זאת הארכתי ליישב דברי רש"י חגיגה י"ד פ"ב ואכמ"ל:

וכן משמע מרש"י גיטין ב' ויבמות פ"ח וחולין י"א עיי"ש שכתב בטעמא דעד אחד נאמן באיסורים דילפינן משחיטה ויש להבין למה לא פי' דילפינן מנדה וע"כ ס"ל לרש"י כמ"ש הרמב"ן ותוס' רי"ד הנ"ל דמנדה לא מצי למילף משום דשא"ה מיגו דנאמנת לגבי עצמה נאמנת לגבי אחרים, וצריך להבין לשיטת רש"י דס"ל כנ"ל דהא דע"א דנאמן באיסורין לא נוכל למילף מנדה ולא ילפינן רק משחיטה א"כ ס"ל דנשים אינן נאמנות רק היכא דאיכא מיגו דנאמנת על עצמה א"כ האיך נשים נאמנות על השחיטה ואם באמת נאמנת א"כ יהיו נאמנות גם בשאר איסורין ולכאורא הלא ראית הראשונים חזקה דנשים נאמנות

על השחיטה מהך דכל הפסולין דוכולן ששחטו קתני דיעבד משום טמאים ולא משני משום נשים א"כ משמע דאף נשים נאמנות וצ"ל דהתם איירי בקרבן דידה:
ובשיטה זו אזיל ג"כ הסמ"ק הובא בב"י שכתב דהנשים שוחטות לעצמן משמע שאין שוחטות לאחרים ודבר תימא הוא אם שוחטות הן לעצמן אמאי לא תשחטינה לאחרים מ"ש לעצמן מלאחרים ועי' בפרישה ולפי הנ"ל הדבר נכון כי י"ל דהסמ"ק יסבור כשיטת רש"י והרמב"ן והתוס' רי"ד דנשים אינן נאמנות רק היכא דהעדות נוגעה לעצמה הרי נתבאר שיטת רוב הראשונים דכל היכא דע"א נאמן נשים ג"כ נאמנות ואפי' לשיטת החולקים מ"מ היכא דהדבר נוגע לדידה אמרינן מיגו דנאמנת על עצמה נאמנת ג"כ על אחרים: ובזה יש לקיים דברי הר"ן דקידושין ודברי הר"ן דגיטין פ' האומר התקבל שהזכרתי למעלה שלא יהיו סותרים זא"ז דאף דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה היכא דלא אתחזק מ"מ היכא דהוא ענין אחד לעצמה ולאחרים נאמן וכסברת הרמב"ן ותוס' רי"ד הנ"ל וצ"ע ושפיר קמה סברת הנוב"י דלכו"ע היה להאשה להיות נאמנת לאמר לא הבנתי דהלא לא אתחזק איסורא וצ"ל הסברא דכיון דאיכא חזקה שמבינה אינה נאמנת לאמר לא הבנתי ומיקרי זאת ג"כ נגד חזקה ועי' בנוב"י שם אבל אם ליכא חזקה שהבינה בודאי נאמנת לאמר לא הבנתי וא"כ הכא בנ"ד יש להצטרף גם דבריה שלא הבינה כיון שלא קדשה כדרך המקדשים גם אמר בטבעת במקום במטבע גם כיון שדרך לקדש בטבעת יש להאמינה שלא הרגישה עד לבסוף ומכש"כ כפי שבא בדברי מעלתו בשאלה שהיתה טרודה ובהולה:
נקטינן מכל מה שכתבנו למעלה שהבתולה הזאת חנה בת יעקב שריא לעלמא מחשש קידושין הנ"ל ואין כאן אפילו דררא דחששא לכל הפוסקים כמו שביררנו למעלה דהרי כל זמן שאחז ידו בידה לא היתה כאן נתינה וקבלה כלל ואח"כ בשעה שנפל בחיקה הרי להרמ"ה לא מהני אפילו בשתיקה ומכש"כ שמהני נעירתה מחיקה אפילו אם היה לאחר כ"ד וכמ"ש מהגהמ"ר הנ"ל, ואי משום דנפל בד' אמות שלה הלא החצר היה אינו של שניהם דליכא ביה תקנת ד' אמות וגם קרוב לה לא שייך הכא ומכש"כ דצוחה מתחילה וביותר דלדברי העד שני לא נפל בחיקה כלל והוי בזה העד ראשון מוכחש מהעד שני גם לא ראו הנתינה כלל לא מתחילה ולא אח"כ ואפי' לפי המבואר בדברי העד שלמה איצקאוויץ שנפל המטבע על הארץ סתמא כפירושו שלא ידע אם המטבע היתה של הבליעל המקדש וא"כ אין כאן עדים כלל כמו שביררתי הכל למעלה. ובאמת אין הענין סובל אריכות כלל עכ"ז מחמת כבוד מעל' ומחמת חומר הענין שוטטתי בארבע פנות לברר היתירה מכל צד ומטעם זה קצרתי בפלפולים גם מחמת דוחק העת. ואו"ש וברכה

ישלח ה' לעמו הרווחה ויסיר מהם יגון ואנחה כאשר לא יגרע תפלה ושיחה המצפה לישועת ה':

סימן יג

מה שהעליתי בעיוני לפום רהיטא בעסק לעז קידושין שיצא בפה על ריבה אחת וצידדתי כמה צדדים והעליתי להתיר והנני לרשום הדברים בכתב אמת למען לבוא על החותמת לזכרון קיימת:

עובדא הכי הוה יצא קול לעז על נער אחד בן דוד חייט שקידש נערה אחת ואחרי החקירה והדרישה אמר הנער שהכי הוה עובדא הנערה הזאת רגילה לשאל ממנו טבעת החייטים שקורין "נאפיארשטיק" לתפירתה ובפעם הזאת באה ג"כ הנערה אליו ואמרה תן לי הטבעת שלך על שעה מעוטה לתפירה ואמר לה הלא הטבעת שלי גדול יהיה מאצבעך ואמרה לא כן טוב הוא למדת אצבעותי ואמר הראה לי אצבעך והתחיל לתן הטבעת על אצבעה אמר בדרך שחוק הוו עדים הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל וניכר היה שהיא לא הרגישה דבר ולא ידעה כלום מאמירתו והלכה לעשות מלאכתה וכעבור חצי שעה הלך לביתה וקיבל הטבעת בחזרה באשר גם הוא לא היתה כונתו לשום דבר, הנערה אומרת כי בקשה לשאל ממנו הטבעת של חייטים והוא נתן על אצבעה כנ"ל למוד אם יהיה טוב ואמר איזה דבר אך היא לא שמעה ולא הרגישה מה הוא אומר כי היא עוד רכה בשנים לא הגיעה לשלש עשרה שנה ולא ידעה מאי קאמר עד אחרי עבור איזה שעה אחר שכבר קיבל הנער הטבעת בחזרה התחילו לשחוק ממנה שקידשה הנער אז התחילה לבכות והיתה בוכה כיום אחד מאין הפוגות והיו בעת מעשה שני בחורים עוסקים במלאכתם מלאכת התפירה ואחרי האיום באליו"ע ואחרי החקירה והדרישה אמר הבחור ז... כי תיכף שאמר הנער הוו עדים ראה איך שנתן הנער ידו על ידה ואמר הרי את מקודשת לי כו' והנערה פנתה עורף והלכה לה טרם שגמר לאמר כל המאמר ואינו יודע אם טרם שאמר לו כבר פנתה עורף או אח"כ אך הנער אמר דבריו בהחפזה וכאשר גמר אומר כבר היתה אצל הפתח וגוף הטבעת לא ראה לא אצל הנער אם לקחו בידו לתן לה ולא אצל הנערה אם לקחה מאתו אך שמע בעת שבקשה לשאל מאתו הטבעת וראה שנתן ידו על ידה ורק דרך השערה מסתמא נתן לה הטבעת אבל גוף הטבעת לא ראה לא מתחילה ולא בסוף אצל הנערה והבחור השני אמר כי הוא ישב מעבר השני להשולחן ופניו מצודדים אל הכותל ולא היה יכול לראות גוף המעשה רק שמע ג"כ בקשת הנערה לשאל הטבעת של חייטים ואמירתו אתם עדים הרי את כו'

אבל לא ראה דבר כי היו פניו מצודדים באופן שלא היה יכול לראות והנערה לא הביאה סימנים רק היא קרובה לשלש עשרה שנים:

והנה התירא של העלמה הזאת יפרד והיה לארבעה ראשים שהם חמשה א) מצד שאמרה הנערה וכן מוכיחים הדברים שלא הבינה אמירת הקידושין ב) מצד שהיא אמרה מתחילה להשאיל לה הטבעת ועל דעת זו הוא התחיל לתן על אצבעה ג) מחמת שלא היה רק עד אחד וגם הנער המקדש אמר שלא היה רק דרך שחוק ד) מחמת שגם העד הזה לא ראה גוף הנתינה ה) אם יש להצטרף הא שלא הביאה הנערה סימנים:

ואתחיל בע"ה לדון על כל פרט ואתחיל מעין הפתיחה בהא שאומרת הנערה שלא הבינה הנה אי' בשו"ע סי' כ"ז נתן לה בפני שנים ואמר הרי את מקודשת לי בזה וה"ה אם כו' וכן בכל לשון שמשמעותו לשון קידושין בודאי ובלבד שהיא תבין שהוא לשון קידושין והנה מפשטות דברי המחבר משמע דקאי הך ובלבד על כל דברי הסעיף וכן כתב הבית שמואל ומשמע אפי' אם אמר לה הרי את מקודשת כו' צריך לידע שהיא מבינה כו' אך הח"מ כתב ואם אמר לה לשון שכל הנשים יודעות באותו לשון כגון הרי את מקודשת והיא אומרת שלא הבינה כו' אינה נאמנת כו' עי"ש:

ודברי החלקת מחוקק אלה המה דברי הב"י שכתב וז"ל וכתב הר"ן כו' וכן כתב הה"מ בפ"ג וז"ל ודע שאלו לשונות מועילים כו' ואם אומרת שאינה מכרת בהם כיון שלא אמר לה לשון קידושין שכל הנשים יודעות ומכירות כו' אינה מקודשת כו' וכן העלה הרשב"א עכ"ל כו' והא ודאי דלא קאי אאומר הרי את מקודשת דהא ודאי כ"ע ידעו דהא לשון קידושין ואי אמרה דלא ידעה לא מהימנא עכ"ל ב"י והב"ח השיג עליו דאף בלשון הרי את מקודשת אם אמרה דלא ידעה מהימנא והא שכתב הה"מ כיון שלא א"ל לשון קידושין שכל הנשים יודעות ומכירות כו' לא כתב כן אלא משום דאורחא דמילתא הכי הוה שהנשים יודעות בלשון הרי את מקודשת אבל ודאי היכא שאומרת שלא הבינה אה"נ דאין אלו קידושין כנ"ל להלכה עכ"ל הב"ח ולזה הסכים הב"ש כנ"ל. אבל באמת מבואר ברשב"א בחידושיו שם כהב"י ולא כהב"ח שכתב וז"ל אף בלישנא דברירא מ"מ אם לא הבינה אינה מקודשת וכן נראה דלא כבעל העטור כו' ולא נראו דבריו דהיכא דאין עסוקים באותו ענין אי אמר לה בלישנא דלא ידעה אינה מקודשת אבל היכא דאמר לה לישנא דידעה כולהי נשי כגון הרי את מקודשת לי דכולהי נשי ידעי מקודשת כו' ומיהו אמר לה הרי את זקוקתי או דדמי ליה מהני לישני מעליא דסתם נשי לא ידעי ליה מסתברא אי מודה דידעה ולשם קידושין קבלינהו מקודשת כו' עיי"ש:

וכן כתב הריטב"א שפי' כהרא"ש דבלישנא דברירא מקודשת ודאי ועכ"ז כתב היינו לדידהו שהיו בקיאין בלה"ק אבל לדידן גם בשאר לישני בעינן שתהא מכירה אבל בסתמא לא חיישינן כו' ובאומר הרי את מקודשת לי ה"ז לשון ברור וחזקה דידעה ואפי' בשאין עסוקים כו' וחוששין לה שמא ידעה והרי היא מקודשת. והנה דברי הריטב"א בודאי אי אפשר לפרש רק שהיא אינה נאמנת דהלא בלשון הרי את מקודשת חזר לדין הגמ' שלפירושו אינה נאמנת וגם להרשב"א משמע בהדיא דאף אם אומרת שלא הבינה חוששין לה דאל"כ איזה חילוק יש בין לשון הרי את מקודשת ובין שאר לישני דברירא כיון דבאמרה שהבינה אף בשאר לישני דברירי היא מקודשת ואם נאמר דבאמרה לא הבנתי גם בהרי את מקודשת נאמנת א"כ מאי נ"מ ביניהו לישיילה דהא עיקר הספק עליה אע"כ דבאומר הרי את מקודשת אינה נאמנת כדעת הב"י:

ודעת הרא"ש דבהני לישני דברירי אינה נאמנת לאמר לא הבנתי שלא כהב"י שהסיב דעת הרא"ש לכונה אחרת שפשוט שט"ס בהרא"ש בתיבת כל כמיניה וצ"ל כל כמינה וכ"כ הגר"א וכן מוכח בהדיא ברבינו ירוחם תלמיד הרא"ש שכתב וז"ל וכל אלו הלשונות שהם ודאי לאו כל כמיניה (כמינה כצ"ל) לומר לא ידעתי שנתנה (שנתנם) אותם אלי בתורת קידושין וכן כתבו בתוספת ומ"מ אם אמרה שלא ידעה הוי ספק קידושין עכ"ל הרי שכל מה שאירע להרב אירע להתלמיד שגם בלשונו יש ט"ס בדפוס בתיבת כל כמיניה אבל בלשונו הוא ט"ס דמוכח כמ"ש שנתנם אותם אלי וע"כ הנותן הוא הבעל וע"כ שפירש ריו"ו דברי הרא"ש ג"כ כנ"ל:

ודעת הטור נראה עיקר שמחלק בין הני לישני דברירי ובין הני לישני שאינם לשון קידושין אלא במקומות מיוחדות דבהני לישני בעינן לידע שהבינה וכן הוא בפרישה ובט"ז בכונת דברי הטור ובזה מיושבת תמיהת הב"י למה לא הביא הטור דעת הרא"ש שהטור פירש דברי הרא"ש כן שז"ל הרא"ש איבעיא להו חרופתי כו' שכן ביהודה כו' וכן בכל הלשונות שבכל מקום אבל הני לישני דברירא לו דהוי לשון קידושין לאו כל כמיניה (כמינה צ"ל) לומר לא ידענא דהוי לשון קידושין וכל אלו הספיקות כשהיה מדבר כו' ומשמע ליה לרבינו הטור מדקאמר אבל הני לישני דברירי כו' האי לישני דאבל בא למעוטי הך לישני דאיירי ביה היינו שרק במקום מיוחד הוי לשון קידושין שבאותן הלשונות בעינן שנדע שהיא מבינה שהוא לשון קידושין ועי' בפרישה ובט"ז הרי דהרשב"א והריטב"א והרה"מ והרא"ש והטור וריו"ו כולהו ס"ל בהרי את מקודשת דלא מהימנא לאמר לא הבנתי והוי ספק קידושין כמ"ש ריו"ו וכן משמע מהרשב"א וכן מפורש בריטב"א שכתב וחוששין לקידושין וטעמא הוא משום דאינה נאמנת להקל

בהני לישני דברירי. אך לכאורא תמוה אמאי לא תהא נאמנת הלא בלא אתחזק איסורא ע"א נאמן אף בדבר שבערוה וא"כ אמאי לא תהא האשה נאמנת לאמר שלא הבינה וכבר עמד בזה הג' בנוב"י מ"ת סי' ס"ח נ"ט עיי"ש: והנה הדבר הזה שע"א נאמן בדשב"ע בלא אתחזק איסורא תליא באשלי רברבי דבתשובות מיימוני להל' אישות סי' ג' כתב דבלא אתחזק איסורא אף בדשב"ע ע"א נאמן ומשו"ה כתב בעובדא דידיה שרצה השליח לקדש אשה להמשלח וטעה ואמר הרי את מקודשת לי דהשליח נאמן לאמר שטעה מאמת דבמקום דלא אתחזק איסורא ע"א נאמן אף בדבר שבערוה וכן כתב בהדיא מהרי"ק בתשובה שורש ע"ב וז"ל וכן הדעת מכרעת דלא אמרינן אין דבר שבערוה פחות משנים אלא דוקא היכא בשעה שהוא מעיד עליו ע"א להתירה היא בחזקת איסור ערוה ועוד כיון דגמרינן דבר דבר מממון ומה התם להוציא ממון מחזקתו כו' וכן משמע בריש גיטין וכו' דאמרינן ע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק כו' אבל הכא אתחזק איסורא הוי דבר שבערוה ואין דשב"ע פחות משנים הרי דדוקא משום דאתחזק איסורא מיקרי דבר שבערוה כו' עיי"ש אבל מדברי הרמב"ן יבמות ריש פ' האשה רבה משמע שחולק על זה שהוא גורס אבל הכא אתחזק איסורא ועוד דהו"ל דשב"ע ואין פחות משנים הרי בהדיא דס"ל דדשב"ע אף בלא טעמא דאתחזק איסורא אינו פחות משנים וכן הוא בחידושי הרשב"א ריש גיטין וביותר ביאור בחידושיו ר"פ האשה רבה דס"ל דבדשב"ע א"פ מב' אף בלא אתחזק וכן הוא בר"ן גיטין פ' התקבל בסוגיא דשליש שכתב עמ"ש הרמב"ן אם באו כל הנשים ואמרו לא נתקדשנו מותרת כו' אלו דבריו ז"ל ולא נתבררו לי כו' האיך הוא מותר בעדות פ"א הו"ל דשב"ע ואין פחות משנים שהרי אפי' לאסור אמרו כן גבי אשתו זינתה בע"א כו' קידושין ס"ו כו':

אך דברי הר"ן צ"ע דהוא עצמו סותר לדבריו בקידושין פ' האומר דף ס"ג ע"ב שכתב לענין קידשתי את בתי וא"י למי קידשתי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דנאמן אף דאין דשב"ע פחות משנים שאני הכא דלא אתחזק איסורא כו' עיי"ש והוא תמוה וי"ל בכונת דבריו אלו בקידושין דשא"ה כיון דאינו בא אלא לברר הספק ואין זה בא להוציאה מחזקת אשת איש אדרבא בא להחזיקה בודאי א"א והרי גם בממון מצינו דנאמן כעין זה עי' ברמ"א בהג"ה חו"מ סי' רכ"ב והוא מהגה"מ פ"ט מהל' אישות. ולכאורא תמוהים דברי הרמ"א אלו כאשר כבר תמה עליהם הש"ך ובחו"מ שם והגר"א בביאוריו להגה"מ כתב דהדין לא אפשט בירושלמי ובאמת מבואר לפנינו ההיפוך דהכי אי' בירושלמי פ' כיצד ובקידושין פ' האומר ואין למידין ממנו דבר אחר אמר אחד מכרתי אחת משדותי וא"י למי ובא אחד ואמר אני לקחתיה לא כל הימניה וכן הביאו הירושלמי הזה בלשונו הרשב"א בחידושיו

והר"ן והרה"מ פ"ט מאישות וא"כ האיך סתם הרמ"א ההיפוך ועוד תמה הש"ך מדברי הרמב"ם פי"ד מהל' טוען ובשו"ע סי' קמ"ו סעי' ט' מה אתה עושה בשדה זו א"י של מי היא וירדתי כו' ואפ"ה אין מוציאין מת"י עד שיביא זה עדים שהיא שלו ועי' בהה"מ ובביאור הגר"א שם.:

ולי נראה ליישב ע"פ דאי' עוד בירושלמי שם קדשתי אחת מבנותי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה לא כל הימניה ועי' בפני משה פ' כיצד שפי' כיון דא"י איזה מבנותיו אין נאמן להתיר האחרות ועי' בשירי קרבן ביבמות שם שפי' ג"כ כנ"ל אך צריך טעמא אמאי לא יהיה נאמן גם ע"ז, ונראה לי דהנה בטעמו של דבר שנאמן לאמר אני קדשתי כתב רש"י ז"ל דלא חציף לומר לפני האב אני הוא דמרתת דילמא מכחיש ליה ואמר ידענא דלאו את יהבת לי קידושין עיי"ש וכן הוא בהר"ן וסבירא ליה להירושלמי דהיינו דוקא היכא דזוכר האב ענין הקידושין רק אמר איני יודע למי א"כ שפיר מירתת דילמא יכחישו דכך הוא אורחא דמילתא שישכח אחד את שם הנותן לו אבל כאשר יראהו יכירהו אם זה הוא או לא ושפיר מירתת אבל אם שכח כל הענין היינו שאינו זוכר איזו מבנותיו אשר יודע אותו ומכירם בשם הלא נשכח מאתו כל זכר הענין י"ל דלא מרתת לאמר אני הוא כי בודאי לא יכחישהו כי כאשר נשכח ממנו זכר שם בתו כן לא יכירהו לאמר לא הוא ומשו"ה חילק הירושלמי כשאמר אחת מבנותי קידשתי כו' לא כל הימניה וכן הדין במכירה דאם אמר אחת משדותי אינו נאמן לאמר אני לקחתי דלא מירתת אבל אם אומר שדה מכרתי ויודע איזה שדה נאמן הלה לאמר אני לקחתי כי דין המכר ודין הקידושין למידן זו מזו ודין אחת משדותי הוה כמו אחת מבנותי דאין נאמן לשיטת הירושלמי: ולפ"ז לא קשה גם כן להא דסי' קמ"ו דהתם כיון דאין הוא המוכר רק ירד לשדה וא"י של מי היא הלא ליכא טעמא דמירתת ומשו"ה אינו נאמן ולדעתי זהו פשוט ואפשר להאמר בישוב דברי רמ"א התמוהין וצ"ע דברי הגר"א בסי' קמ"ו שתמה על הך דינא דהרמב"ם למה אין מוציאין ממנו עד שיביא הלה עדים עיי"ש הלא לכאורא זה הדין פשוט כמו באבידה דא"י של מי היא ואין נאמן אחד לומר שלי הם אם לא נתן סימנים ועוד צ"ע בזה:

וליישב סתירת דברי הר"ן הנ"ל נראה דהנה צריך להתבונן בדברי מהרי"ק הנ"ל שכתב דע"א נאמן בדבר שבערוה היכא דלא אתחזק דהא דילפינן דבר דבר מממון התם הוא לאפוקי מחזקה ולכאורא צ"ע דהלא קיי"ל דאין ע"א נאמן גם להחזיק לפוטרו בדין משואיל"מ עי' בחו"מ בסי' פ"ז ובראש ריש ב"מ אבל באמת לק"מ עפמ"ש ליישב הא דחקר הפ"י בכתובות למה לא ילפינן בק"ו דנשבע ליטול מה"ת מהא דנשבע ונפטר וכתב

דלרבא בכתובות דף פ"ח הוא מגזה"כ ולקח בעליו ולא ישלם דדוקא לפטור הוא דנאמן בשבועה וצ"ע דא"כ יהיה זאת יוכיח על ק"ו של מהר"מ מרוטנבורג דע"א מהני לפטור משבועה ועוד דמהר"ן והרא"ש משמע דמהא דולקח בעליו שמעינן דלא אמרינן דתהיה השבועה במקום עד שני וישבע ויטול עיי"ש בריש פ' כל הנשבעין א"כ אצטריך לגופא ולא להוכיח הדין הנ"ל דהיכא דחייב הנתבע לשלם ע"פ דין לא יצטרך הנוטל לשבע:

אבל באמת לק"מ כיון דמדינא חייב הנתבע לשלם כגון בא"י אם פרעתיך או במשואי"ל משלם או בחזקה דשטרך בידי מאי בעי וכדומה דמחייבת המוחזק לשלם ע"כ איכא סברא טובה המסייע להתובע דהוי עדיפא מחזקת ממון א"כ תו ליכא ק"ו מה לפטור חייב שבועה ליטול מיבעי דהא בזה הוי יותר סברא מלפטור אבל מהר"מ והרא"ש ילפי שפיר בק"ו כיון דהעד מחייבו שבועה נגד חזקת ממון וע"כ חזקת ממון דהכא עדיפא דהלא רמינן השבועה על הנתבע לפטור ולא על התובע ליטול ועכ"ז נתנה התורה נאמנות להעד לחייב שבועה את המוחזק מכש"כ דיהיה בידי העד לפטור משבועה ולסייע לחזקת ממון:

ובזה מיושב גם דברי מהרי"ק הנ"ל דהא דאין ע"א נאמן במשואי"ל דכיון דמוציאין מחזקת ממון הרי דהסברא עדיפא מחזקת ממון וכיון דאין ע"א נאמן להוציא מחזקה אינו נאמן גם נגד הסברא דעדיפא מחזקת ממון אך לכאורא צ"ע דברי מהרי"ק הנ"ל מהא דאמרינן ב"מ כ"ח ע"א סימנים וסימנים וע"א יניח הרי מפורש דאין ע"א מועיל באבידה וכבר ראיתי להג' מברעסלוי שהביא ראיה זאת בספרו פתח הבית, ויש לאמר בזה ע"פ דברי תשובות הגה"מ ספר משפטים סי' ו' שכ' דסימנים הוי כעדים וא"כ הוי כתרי נגד תלת אך לפי שיטת הרא"ש והובא בשו"ע סי' רס"ז דצריך לשבע נגד העד הרי ע"כ דלא אמרינן לדידיה הך סברא דבעל תשובות מיימוני דהוי תרי נגד תלת דאפילו לשיטת הש"ך בסי' פ"ז דבמודה במקצת ואיכא עדים המכחישין זה את זה חייב שבועה דאמרינן סלק העדים כמו שאינם וחייב שבועה מ"מ בשני עדים נגד שלשה בודאי אינו חייב שבועה נגד השלישי מחמת תרי כמאה:

והנה כבר הביאו האחרונים בשם הר"ן פ' ג"ה שכתב דע"א נאמן לומר באבידה של פלוני הם דאין אדם חוטא ולא לו וכדי שלא יסתרו דברי הר"ן אלו גמ' מפורשת מהא דסימנים וסימנים וע"א נצטרך לאמר כדברי הגה"מ דהתם הוי כתרי נגד תלת וא"כ יהיה מוכח מזה דגם הר"ן פליג על הרא"ש. ועוי"ל דדוקא בהא דסימנים וסימנים וע"א לא מהני עדות זה אף להרא"ש דס"ל דצריך שבועה נגד העד דכיון דנשבע אין ע"א קם לממון נגד השבועה דכיון דהשני נשבע כנגדו אלימא השבועה כמו העד דהתורה לא נתנה נאמנות

להעד נגד השבועה אבל בע"א אומר של פלוני הם כיון דאין המוצאו מכחישו והעד מיקרי בא להוציא ממון מאתו עפמ"ש הש"ך בסי' ר"ס ליישב דברי הרמב"ם בספק הינוח דכל זמן שאינו ידוע מי הוא הבעל אבידה רשאי להשתמש בו וא"כ י"ל דיהיה מיקרי המוצא מחויב שבועה וא"י לשבע דמשלם כיון שלע"ע הוא מחזיק בממון מיקרי הנתבע: ובזה היה מיושב לכאורא מה דקשה על הר"ן מהא דאמרינן בשבועות הכל מודים בע"א שאומר מת בעלי והכל מודים בעד סוטה ולמה לא קאמר הכל מודים בעד באבידה אבל לפי הנ"ל ניחא דע"א באבידה הוי מטעם משואיל"מ והלא כבר אמרינן התם הכל מודים בעד שמשואי"ל אבל באמת זה בורכא דהלא הש"ך לא קאמר דרשאי להשתמש בו רק ביאוש של"מ להרמב"ם אבל בכל מוצא אבידה ה"ז לא יגע בו וא"כ המוצא אינו שייך כלל לדון בו והקושיא חזקה על הר"ן מהא דסימנים וסימנים וע"א וגם לא יתורץ להר"ן אם נאמר דיסבור כהגה"מ דהרי אכתי תיקשי דברי הר"ן דפ' התקבל על דברי הר"ן פ' ג"ה הנ"ל דהרי בפ' התקבל כתב בהדיא דבדבר שבערוה אף היכא דלא אתחזק איסורא אינו נאמן וע"כ משום דיליף דבר דבר מממון היכא דליכא חזקה ע"א נאמן א"כ גם בדשב"ע היה להיות נאמן בלא חזקה בשלמא להגה"מ ניחא הכל דסבירא ליה בדבר שבערוה נאמן ע"א היכא דלא אתחזק איסורא וסבירא ליה ג"כ בממון בלא חזקה נאמן כי היכא דלא תיקשי לדידיה מהא דסימנים וסימנים וע"א שפיר מתרץ משום דהוי תרי נגד תלת אבל להר"ן יהיה קשה דידיה אדידיה ויש לאמר בסברת הר"ן דבאמת לא מהני עד אחד באבידה אף דלא הוה להוציא ולא הוה נגד החזקה והא דכתב הר"ן דאחד נאמן לאמר של פלוני הם טעמא אחרינא איכא בזה דהא חזינן דבמציאה מהדרינן אף לצורבא מרבנן דלא יהיב סימנין רק בטביעת עינא וסמכינן אחזקה דלא משקר ומשו"ה כתב הר"ן דכמו דצורבא מרבנן נאמן על שלו מטעם חזקה ראינו משקר משום הנאתו כן מהדרינן אבידה ע"פ אדם אחר שאומר של פלוני הם מטעם חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וזה אינו כלל בגדר עדות רק מטעם אומדנא וכל זה אינו רק היכא דליכא טענת ברי נגדו כמו שפשוט לענ"ד דאין צורבא מרבנן נאמן באבידה להחזיר לו בטביעות עין רק היכא שאין תובע אחר נגדו שאומר ממני נפל חפץ זה כי אז בודאי לא סמכינן אחזקה דצורבא מרבנן אינו משקר ודיו לבא מן הדין כו' דה"ה אדם אחר אינו נאמן בהכחשה:

ולפ"ז ניחא ומיושבין דברי הר"ן בפשיטות ולא קשה מהך דסימנים וסימנים וע"א דהתם כיון דיש אחד המכחישו גם הר"ן מודה דאין ע"א נאמן ומיושב נמי הא דבדבר שבערוה דילפינן מממון אין ע"א נאמן לשיטת הר"ן בפ' התקבל אף היכא דליכא חזקה דהאי ממון דילפינן ובר שבערוה מיניה הוא היכא דאיכא הכחשה כמבואר בקידושין ס"ד

עיי"ש ובעד אחד בהכחשה לפי דברינו גם הר"ן יודה דאין נאמן לאמר של פלוני הם ובזה יהיו עולים שפיר דברי הר"ן אשר לא יהיה תברי' לגזיזי גם לדבריו בקידושין דהתם כיון דאינו בא להתירה לעלמא בדבריו רק לברר הדבר לא ילפינן זה מממון בדבר דבר כמ"ש הרא"ש פ' התקבל בשם הראב"ד לענין שליחות בעדים דלא ילפינן מממון רק בגמר הדבר אבל מינוי השליחות מהני היכא דאיכא סברא מעליא אף בלא עדים עיי"ש וה"נ כיון דאינו גמר הדבר לא ילפינן מממון להצריך דוקא שני עדים והדברים ארוכים: ומיושבת בזה ג"כ הקושיא שהבאנו למעלה אמאי לא קאמר בשבועות הכל מודים בע"א באבידה דלפי דגרי אלה דהא דנאמן אינו בגדר עדות רק מטעם חזקה דאין ארם חוטא ולא לו לא הוי בגדר עדות כלל רק מטעם אומדנא דמוכח ובאופן זה אינו חייב קרבן שבועה והא דקאמר התם הכל מודים בעד מיתה אף דגם שם אינו נאמן ע"פ דת מטעם עדות כמו שהעלו רוב המפרשים בזה מ"מ שאני התם דמשמע חייב קרבן שבועה משום דמדרבנן הימנוה מתורת עדות כמ"ש הנוב"י חאה"ע סי' ל"ג דהא דמה"ת נאמן משום מלתא דעבידא לגלויי אין זה רק בעדות כשרים אבל בפסולי עדות הוה דרבנן דהמנוהו לעדים בענין הזה וה"ה בעדות כשרים דמדרבנן תורת פד עליו וכבר קדמו בזה בספר תשב"ץ ח"א שכ' להוכיח מדברי הרמב"ם דכל היכא דהוי מלתא דעבידא לגלויי מה"ת נאמן אבל בעד מפי עד ובפסולי עדות הוה מדרבנן משום עדות והאריך בדברי הרמב"ם פ"ה מעדות עיי"ש בסי' ל"ג וא"כ שפיר קאמר הגמ' הכל מודים בעד מיתה משום ובקרבן שבועה אזלינן בתר דרבנן כרב אחא ב"י ומיושב בזה הא דלא אמרינן הכל מודים בע"א בממון היכא דאיכא גילוי מילתא להפוסקים דבממון מהני ע"א היכא דהוי גילוי מלתא עי"ל בחו"מ סי' ל' ובמק"א הארכתי בזה ולכאורא יש לעורר גם מזה אבל לפי הנ"ל לק"מ דכיון דאינו בתורת עדות אינו חייב קרבן שבועה: וכעין סברא זו כתב הקצוה"ח ליישב קושית התומים בכללי מיגו ס"ק ח"י לשיטת הרא"ש דמיגו במקום עדים פסולים לא אמרינן א"כ אמאי לא אמרינן התם הכל מודים בעדים פסולים דחייבים קרבן שבועה במקום דבלעדם איכא מיגו והמה באים לממון וכתב הקצוה"ח דהתם לאו מטעם עדים נאמנים עיי"ש אך לפי דברינו אלו הלא לכאורא תתעורר קושיא חזקה אמאי לא מחייבי ק"ש עדים פסולים בעדי מיתה אך הנה כבר העיר בזה הנוב"י בצ"ע ותירצו ע"פ סברת הפ"ד שכתב דלא שייך קרבן שבועה רק בעדים הכשרים בכל מקום המה חייבים ק"ש:

אף היכא דאינם נאמנים רק מדרבנן אבל בעדים פסולים ליתניהו כלל בתורת ק"ש:

ובסברא הנ"ל מיושב ג"כ הא דאמרינן בשבועות שם אמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור ולכאורא קשה הלא מדאורייתא עדיין חסרה אמירה לב"ד דהא דע"א נאמן במלתא דפליג

אין זה רק אם אמר לפני ב"ד ולפי הנ"ל יש לאמר כיון דהא דנאמן מדאורייתא לאו מטעם עדות הוא דנאמן רק מטעם גילוי מילתא א"כ אין זה שייכות לקרבן שבועה וכל שם עדות אשר עליו מדרבנן הלא היא עצמה ג"כ נאמנת לומר לפני ב"ד ומשו"ה פטורה ובזה יש ליישב ג"כ השמטת הרמב"ם הך מימרא דאמר לדירה ולא אמר לב"ד מחמת דלפ"ז אף כשני עדים הדין כן ויש להאריך בזה ואכמ"ל:

נקיטנא מיהת מכל הנ"ל דהיכא דלא הוי טעמא דנאמנות רק משום גילוי מלתא ולאו מתורת עדות אינו שייך קרבן שבועה וא"כ ממילא אזדא ההוכחה מהא ולא קאמר הכל מודים בע"א באבידה דלפי האמור לא הוי טעמא משום תורת עדות רק מחמת חזקה דאין אדם חוטא ולא לו כנ"ל וגם לפ"ז אף לשיטת הר"ן סי' נ"ה בדבר שבממון אין ע"א נאמן אף במקום דליכא חזקה רק משום דאין אדם חוטא ולא לו וא"כ בדבר שבערוה אין ע"א נאמן אף היכא דלא אתחזק איסורא:

אך כל זה הוצרכתי להאריך בדברי הר"ן פ' ג"ה לפי מה שראיתי שתפסו איזה מהאחרונים בכונת דבריו דע"א נאמן באבידה אבל באמת אמרתי מכבר דמפשיטות דברי הר"ן נראה בהדיא אשר לא נחית כלל הכא להשמיענו הך דינא אם אחד נאמן באבידה ולא מסתבר כלל אשר מדי דברו דרך אגב ובמרוצה לישנא יבליע הך דינא אשר עוקר הרים הררי הלכות דע"א נאמן אף בממון היכא דליכא חזקה דזה לשון הר"ן שם אמר רבא מריש הוה אמינא כו' והא דלא מהדרינן אבידתא בטביעת עינא לאו משום דלא הוי סימן מובהק רק דחיישינן דמשקר כו' ובאיסורין סתם ב"א נאמנים ולא חיישינן למשקר כו' וזה שלא כדברי ר"מ שכתב וה"מ בצורבא מרבנן ולא חיישינן למשקר ולא מחוור דבמציאה היינו טעמא דשאר אינשי לא מהימני משום דילמא משקרי אבל באיסורין אין לאמר כן וה"ה דבמציאה אדם נאמן לאמר כלים אלו של פלוני הם דכיון דלית ליה הנאה לא חיישינן למשקר כוי הדי דלא נחית הר"ן באן להשמיענו הך דינא דע"א נאמן באבידה רק בסברא דהיכא דליכא הנאה סגי בטביעת עינא ומשו"ה אדם אחר נאמן באבידה לאמר של פלוני הם אף אם אינו צורבא מרבנן אבל לעולם כדיניה דאין דבר שבממון פחות משנים ואדם לאו דוקא אחד אלא כדיניה בשנים אבל לעולם תהיה שיטת הר"ן דאף באבידה אין ע"א נאמן:

וראיה לזה מצאתי מהא שכתב הר"ן בתשובה סי' ע"ה בראובן שהיה שכ"מ והניח מעות לארבעה חבורות והיה בהן חמש חבורות ואחת מהן קברים אשר אין עליהם להוציא מעות וע"א העיד שהגיד שהניח מעות לחבורת קברים וכתב ע"ז הר"ן ואע"פ שאין עד אחד קם לממון מ"מ מראים הדברים שהוא אמת כו' ואילו היו כאן שני עדים כו' אבל

כאן אין אלא עד אחד שאינו קם לממון כו' וכו' ומ"מ כבר כתבתי שאין זה מכריע לעיקר הדין שלפי שאין עד אחד קם לממון כו' עיי"ש הרי אף דלא היפה שום חבורה מוחזקת עכ"ז דן לאמר דאין עד אחד קם לממון ואף שיש לדון בזה עכ"ז נ"ל דראוי להצטרף לפשטות לישנא דדברי הר"ן פ' ג"ה אשר מוכח וגלוי בעליל להמעיין שלא נחית כלל להשמיענו הך דינא דע"א אם נאמן היכא דליכא חזקת ממון בכל כי האי לא הו"ל לכתוב כלאחר יד בעידנא דלא עיין בהך ענינא:

אכן אף אם כנים אנחנו בסברא זאת דאין ע"א נאמן באבידה עכ"ז לא תהיה ראיה מזה לדין שירדנו לעיין בו בדשב"ע אם ע"א נאמן אף בדלא אתחזק דבאבידה שאני דהוה נגד רובא דעלמא ויש לבעל האבידה חוקת ממון מכח רוב ואין ע"א נאמן:

ויש ליישב בסברא זאת הא דהקשה הנוב"י מה"ת חאה"ע סי' מ' בהא דקאמר הש"ס סימנים דאורייתא או דרבנן למאי נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים הלא אף אי סימנים דאורייתא הוא דוקא היכא דליכא חזקה כנגדה אבל גבי גט אשה הלא איכא חזקת אשת איש אבל לפי הנ"ל ניחא דגם גבי אבידה נהי דליכא חזקת ממון ממוצא האבידה כמו שכתבו התוס' בכתובות ובב"מ עכ"ז איכא חזקת בעל האבידה דאתיא מכח רוב שהוא נגד האחד הבא לטעון עליו ויש להאריך בזה הרבה ואכ"מ:

היוצא מזה דלשיטת הר"ן משמע דבדבר שבערוה לא מהני ע"א אף היכא דלא אתחזק איסורא ולהגה"מ והמהרי"ק פשיטא להו לאידך גיסא דע"א נאמן היכא דלא אתחזק וכן היא שיטת הרב מהרי"ט בתשובה סי' פ"ב וכן מצאתי בשיטה מקובצת כתובות לדף כ"ב בשם שיטה ישנה גם הר"ן בעצמו בקידושין פ' האומר משמע דסבירא ליה דנאמן בלא אתחזק איסורא כנ"ל וצ"ע. בדברי הט"ז סי' ל"ה ס"ק י"ג שכתב בפשיטות ואע"ג דגבי תרומה לא בעינן הוכחה שטתה הכא גבי אישות שאני דהוי דבר שבערוה ואינו פחות משנים ולא זכר כלל דעת כל הנך רבוותא דסבירא להו דאף בדשב"ע ע"א נאמן היכא דלא אתחזק ועל ענין זה ממש כתב זאת הגה"מ כנ"ל:

וגם מדברי הר"ן גיטין הנ"ל אין ראיה להחמיר רק היכא דאיקבע איסורא כמו דאיירי שם בהאומר לשלוחו צא וקדש לי כו' דמחמת חזקת שליח עושה שליחותו הוי איקבע איסורא אבל היכא דלא איקבע איסורא י"ל דגם הר"ן מודה דע"א נאמן וסברא כזו מצינו בשארי איסורין בהג"ה רמ"א סי' קכ"ז ואף דשם פ"א נאמן סבירא ליה להר"ן לחלק בדבר שבערוה דכה"ג אין ע"א נאמן ובזה יהיו מיושבים דברי הר"ן שלא יהיה תבריה לגזיזיה בדבריו מקידושין לגיטין שהקשינו למעלה:

ולפ"ז בנ"ד לא תהיה מחלוקת כלל בדבר דע"א נאמן אך עדיין יש לברר אם בכל מקום שאיש נאמן באחד באיסורין אם גם אשה נאמנת, והנה הריטב"א כתב בכתובות פ' המדיר בשם יש מדקדקין ובשיטה מקובצת שם בשם יש מפרשים דאשה אינה נאמנת באיסורין אף היכא דליכא חזקה לבד מנדה דהתורה האמינתה וכן כתב הבית שמואל אה"ע סי' ד' ס"ק ס' וז"ל דס"ל דאשה אינה נאמנת אפילו בדבר דאין לו חזקה אלא במלתא דעל"ג כו' אבל רוב הפוסקים חולקים על כלל זה וראש המדברים בזה הוא רבינו הרמב"ם שכתב בהדיא בפ"ה מהל' עדות דבכל מקום שעד אחד נאמן אף אשה נאמנת וכן כתב הרשב"א בתשובה סי' ר"ל וז"ל מה ששאלת מי שהוא מפורסם באחד משאר עבירות כו' אבל באיסורין שאפילו אשה ועבד ושפחה כשירים אפילו מומר לד"א כשר כו' הרי דעתו דאשה נאמנת בכל האיסורים וכן סתם הרמ"א בירד סי' קכ"ז דאשה נאמנת באיסורים כמו ע"א וכן כתב הר"ן בחידושיו לחולין י"א דאפילו אשה ועבד ושאר פסולין כשרין בשאר איסורין והאריך בראיות והוא בהדיא דלא כמו שרצה הב"ש להעמיס בדעתו ז"ל: ולבד זה נראה דהכא כמו בנ"ד כו"ע יודו דהאשה נאמנת ע"פ מה שכתב הרמב"ן דאי אפשר למיליף הא דעד אחד נאמן באיסורין מנדה דשאני התם מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת על בעלה וכן כתב סברא זאת התוספת רי"ד בקידושין פ' האומר וז"ל דאע"ג דאשה נאמנת לומר לבעלה טהורה אני משום דאיכא חזקה דאינה מקלקלת את עצמה אבל מ"מ איצטריך ליה לאביי למימר כו' עיי"ש וכן הזכיר סברא זאת הר"ן בשם הרמב"ן פ' התקבל הנ"ל וז"ל וכ"ש הכא שהקרובות נאמנות מתוך שהן נאמנות לקלקל את עצמן שנשאות לאחרים כו' ואף הר"ן דפליג שם על הרמב"ן י"ל דגם הוא לא פליג אלא אם נאמנות על אחרים אבל בחד גופא מודה להרמב"ן שאמר סברא זאת דכיון דנאמנת על עצמה ממילא מותרת גם לאחרים מטעם נאמנות באיסורין ועיין בכתובות כ"ב באומרת ברי לי ובשיטה מקובצת שם: ובסברא זאת יש ליישב דברי רש"י חגיגה י"ד ע"ב שאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו לכה"ג ופירש"י והיא אומרת שנמצאו לה בתולים ובתולה אני וכתבו התוס' וקשה לר"י דהא בפ"ק דכתובות היתה מעוברת כו' לא מפיה אנו חיין כו' ושמא כאן דאף היא בכלל האיסור כו' עיי"ש ולכאורא הדברים תמוהין מאד דהלא התם במעוברת ובמדברת ג"כ נוגע לדידה וכבר עמדו בזה להתקשות הגאונים בעלי טורי אבן והשעה"מ בפ' י"ז מהל' איסורי ביאה עיי"ש ויש לפרש דברי התוס' הנ"ל ע"פ דברי הר"א ממיץ שהובא בתוספת סוף מס' נדרים צ' ע"ב על מתניתין האומרת טמאה אני לך כו' מ"ש מהאומר קדשתיך כו' דאמרינן שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ותי' הרב ר"א ממיץ דלא מצינו זונה שהיא אסורה לכהן דודאי הוא מוזהר עליה והיא אינה מוזהרת

עליו והקשו התוס' מהא דאמרינן פ' יש מותרות דדרשין מלא יקח לא יקחו דכל היכא שהוא מוזהר עליה היא ג"כ מוזהרת עליו רק לא הוזהרו כשירות להנשא לפסולים וכבר דשו בזה רבים וכן אנכי הארכתי במק"א:

אבל מה שנראה לי עתה לאמר בזה וימצא בזה מקום ישוב גם לדברי התוס' בחגיגה הנ"ל ע"פ מה שכתב הנוב"י מה"ק סי' ע' ובמה"ת סי' כ"ד לתרץ דברי הרא"מ הנ"ל דלא דרשינן הך דהוא דלא יקח לא יקחו דכל היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת רק על הנך דכתיב בפ' כהנים אבל הנך פסולים דנפקי מקרא אחרינא שלא מפ' כהנים לא נתרבו כלל מלא יקח לא יקחו ובהנך איסורים אף אם הוא מוזהר היא אינה מוזהרת והרא"מ ז"ל יסבור דכל באונס לא מיקרי זונה ואינה אסורה אלא משום לאו דהוטמאה ומשו"ה אף דהוא מוזהר היא אינה מוזהרת, ולפ"ז י"ל דיסברו התוס' בחגיגה כשיטת הרמב"ן דבאונס גם מפסולים לא מיקרי זונה והאיסור הוא רק משום דוכי תהיה לאיש זר דלא כבעל המאור והה"מ בפי"ח מהל' איסורי ביאה שכתבו דלכו"ע מיקרי זונה או דיסברו התוס' כשיטתם ביבמות דף ס"ט לחד תירוצא שם דנבעלת לממזר ולנתין אין איסורה אלא משום דוכי תהיה לאיש זר גם יסברו כשיטת הרא"מ דכל היכא דהאיסור אינו כתוב בפ' כהנים היא אינה מוזהרת ואינה בכלל האיסור א"כ שפיר כתבו התוס' לחלק בין בעולה לכה"ג דהאיסור הוא בפ' כהנים א"כ ממילא כל היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת מלא יקח לא יקחו א"כ היא בכלל האיסור משא"כ בכתובות בההיא דהיתה מעוברת או מדברת דחשש האיסור הוא שמא נבעלה לנתין או לממזר דאין איסורם אלא משום דוכי תהיה לאיש זר דאינו כתוב בפרשת כהנים אינו בכלל הנך דאתרבו מלא יקח לא יקחו ואף דהוא מוזהר היא אינה מוזהרת ומשו"ה שם היא אינה בכלל האיסור:

וזהו נכון ואפשר להאמר בכונת דברי התוס' התמוהים מאד לכאורא ואי דיקשה לכאורא אף בהנך דאין איסורם בפרשת כהונה אכתי תיקשי תעשה חללה מביאה ראשונה שתנשא לכהן ואח"כ תהיה ג"כ אסורה באיסור חללה דהוא ודאי מאיסורים דפרשת כהונה שהיא ג"כ מוזהרת וא"כ לא הרוחנו כלום בזה שחילקנו בין האיסור דהכל יהיה הולך אל מקום אחד אחר שתעשה חללה מביאת איסור י"ל ע"פ מה דנסתפק הגר"א בסי' ו' ס"ק כ"ג ורצה לאמר דלא נעשית חללה כ"א מהאיסורים דכתיב בפ' כהונה עיי"ש ויש להאריך בזה אך באשר אינו נוגע כל כך לענין הזה אשר לפנינו הפסקתי באמצע אך הראיתי מה שיש להעיר ולהתלמד במק"א:

היוצא מזה שדעת התוס' בשיטת רש"י היא ג"כ כהרמב"ן ותוס' רי"ד הנ"ל דכל היכא דהיא בכלל האיסור מיגו דנאמנת לגבי עצמה נאמנת ג"כ לגבי אחרים וכן משמע ברש"י

גיטין ב' ויבמות פ"ז וחולין י"א עיי"ש שכתב רש"י בטעמא דהא דעד אחד נאמן באיסורין משום דילפינן משחיטה ולא פירש דילפינן מנדה וע"כ צ"ל הא דלא פירש דנילף מנדה הוא כמו שכתב הרמב"ן ותוס' רי"ד הנ"ל דמנדה לא מצי למילף משום דשאני התם דאיכא מיגו דהיא נאמנת לגבי עצמה נאמנת נמי לגבי אחרים:

וצריך להבין לשיטת רש"י ודעימיה דהא דעד אחד נאמן באיסורין לא ילפינן מנדה רק משחיטה הוא דילפינן לה וסבירא להו דנשים אינן נאמנות בכל מקום רק היכא דאיכא מיגו דנאמנת לגבי עצמה א"כ האיך נשים נאמנות על השחיטה ואם באמת נאמנות א"כ תהינה נאמנות גם בשארי איסורים, ולכאורא הלא ראית הראשונים חזקה דע"כ נשים נאמנות על השחיטה מהך דריש כל הפסולין דמוקי לה וכולן ששחטו דיעבד דנקט לה לשון דיעבד משום טמאים ולא קאמר דמשום נשים נקיט לה הרי משמע בהדיא דאף נשים נאמנות דאם אחרים רואין אותן הוא מעכב י"ל דלכתחילה לא תשחטנה עי' ריש חולין ולהנך דסבירא להו דאין הנשים נאמנות באיסורין רק היכא דנאמנות לגבי עצמן צ"ל דמשו"ה לא קאמר הגמ' דאיירי אף בקרבן דידה ובשיטה זו י"ל ג"כ דאזיל הסמ"ק הובא בב"י שכתב הנשים שוחטות לעצמן ודקדקו מזה שאין שוחטות לאחרים ודבר תימא הוא אם הן שוחטות לעצמן אמאי לא תשחטנה לאחרים מ"ש לאחרים מלעצמן ועי' בפרישה:

ולפי הסברא הנ"ל נכון הדבר מאד כי הסמ"ק יסבור בשיטת הרמב"ן ותוס' רי"ד הנ"ל דנשים אינן נאמנות באיסורין רק היכא דנאמנות על עצמן ועי' בריטב"א כתובות בפ' המדיר שכתב ג"כ לבסוף להוכיח דנשים נאמנות באיסורין הרי נתבאר שיטת רוב הראשונים דכל היכא דע"א נאמן נשים ג"כ נאמנות ואפי' לשיטת החולקים מ"מ היכא דהדבר נוגע גם לדידה אמרינן מיגו דנאמנת על עצמה נאמנת ג"כ לאחרים. ובסברא הזאת יש לקיים ג"כ דברי הר"ן גיטין ודבריו בקידושין שלא יהיו כסותרים זא"ז דהר"ן יחלק בין גוף אחד כמו שהזכרנו למעלה דבגוף אחד היינו אם הענין נוגע לה ולאחרים כשיטת הרמב"ן ותוס' רי"ד הנ"ל ומשו"ה כתב בקידושין דנאמן ע"א אף בדשב"ע היכא דלא אתחזק אבל לא מטעם נאמנות ע"א רק מטעם מיגו דנאמן על עצמו נאמן על אחרים ויליף מאשה בשאר איסורים להנך דסבירא להו דלא מהימנא אף במקום דלא אתחזק איסורא מ"מ היכא דאיכא מיגו נאמנת ה"נ ע"א בדשב"ע היכא דלא אתחזק:

ולפ"ז שפיר קמה תמיהת הנוב"י בראש דברינו למה לא תהא האשה נאמנת לאמר לא הבנתי וצריך לאמר כמו שכתב הנוב"י דכיון דאיכא חזקה שהבינה אינה נאמנת נגד החזקה לאמר לא הבנתי וכן נראה מלשון הרשב"א והריטב"א ושאר הפוסקים שהעתקנו

בראש דברינו ובדינא דתשובת הגה"מ שאני דהתם ליכא חזקה שהבינה דאף שכל הנשים יודעות דהרי את מקודשת לי הוי לשון קידושין אבל להבחין בין תיבת לי לתיבת לו אין כאן חזקה ובודאי הוי ספק השקול אם הבינה משו"ה סבירא ליה דנאמנת:

אך בנידון דידן אשר העלמה רכה בשנים אשר כפי הנראה מכמה אומדנות אין כאן בודאי חזקה שהבינה כאשר הבחורים שהיו שם בשעת מעשה והנער בעצמו אומרים דברים אחדים שהיה ניכר ממנה שלא הרגישו כלל שום דבר וגם הדברים בעצמם מוכיחים כן כי תיכף דרש הנער הטבעת ממנה בחזרה והיא השיבתו לו בלא טענת דברים ואח"כ שאמרו לה שהיה כאן מעשה קידושין בכתה באין הפוגות הרי ניכרים הדברים שמתחילה לא הבינה וגם כבר כתבו האחרונים בכמה תשובות לחלק שכפי הנהוג אצלינו שאין מקדשין אלא תחת החופה ונשי דידן אינן רגילות לראות ולשמוע לשון קידושין רק באופן הנ"ל ובפרט עלמה רכה בשנים כמו בנידון זה ברור הדבר שלית כאן חזקה שהבינה וא"כ נאמנת לאמר לא הבנתי גם הלא איכא כאן מיגו שיכולה לאמר לא קבלתי הטבעת כלל כמו שנבאר למטה מזה גם אין כאן אלא ע"א יש מקום ג"כ לאמר לא הבנתי כמו שנדבר מזה ג"כ לקמן דלא גרע ממכחשת: וכן ראיתי בספרו של הגה"ח מליובאוויטש בספרו צ"צ שהקיל כעין ענין זה וכתב בסי' ק"ז דנאמנת במיגו לומר לא הבנתי גם מאחר שהיא בתולה אף שהיא יותר מי"ג שנה אשר אין החזקה כל כך עצומה ועוד שהיא טרודה בענין השליחות שיש לומר שלא נתנה לבה לפטומי מילין שאמר לה עיי"ש וזהו ממש כדברינו ומכ"ש בנידון דידן שיש להצטרף טעם זה לצירוף טעמים רבים שנבאר למטה עוד בזה גם יש לצרף מה שאמר בטבעת על כלי שאין שמו העיקרי טבעת דמסתמא היא הטבעת שלובשין אותו על האצבע לתכשיט ואף שה"ג בספר שב יעקב כתב בנידון דידיה וז"ל דמסתמא פינגערהוט זה אינו כמו שיש לחייטים פתוח מלמעלה וה"ג בעל חת"ס כתב ע"ז בסי' פ"ה דאילו. הוה פתוח מלמעלה כו' אע"ג דכו"ע קרו ליה פינגפרהוט מ"מ דילמא איהו אסיק שמו טבעת כיון שהוא מסבב האצבע כו' הרי דהחמירו בענין זה מ"מ מכלל דבריהם הלא נראה שאין פשוט הך לישנא וראוי להצטרף לסלק החזקה שהבינה כיון דאין רגילות לקדש בזה ולאו שמיה טבעת כמו שמוכח גופא דעובדא שלא הרגישה שום דבר בעת אמירתו לשון קידושין רק היא בעבודתה טרודה ובלקיחתה מאתו דרך שאלה ועי' בט"ז כאן סי' כ"ז ס"ק א' שכתב וז"ל ואם ידוע לנו בודאי שזו האשה לא הבינה אפי' לשון מקודשת לי ודאי דאין כאן קידושין כלל וכ"ז אין שייך באם מקדש תחת החופה כו' עיי"ש וכן משמע מכל הפוסקים ועיין בדרישה דאם ידוע לנו שלא הבינה אין כאן קידושין ומה לנו ידיעה יותר

מזו אשר העדים בעצמם והמקדש בעצמו אומרים שלא הבינה ולא הרגישה: ב) ועכשיו נעתיק עצמינו מה שיש לצדד עוד בהיתר ריבה זאת ע"פ המבואר בשו"ע סי' כ"ח סעי' ד' אם אחר שנתנו לה בתורת פקדון אמר הרי את מקודשת לי בו ושתקה אינו כלום והטעם משום דהוי שתיקה שלאחר מתן מעות ופשוט דה"ה אם הוא לא אמר כנסי לפיקדון רק היא בקשה מאתו בשאלה והוא נתן סתם בודאי נראה דלא גרעה אמירתה מאמירתו ואדרבא הא עדיף טפי לדעת קצת פוסקים. דהנה אמרינן בקידושין דף ט' ההוא גברא דזבין חומרי פתכייתא אמרה ההיא אפתא הב לי כו' אי יהיבנא מקדשת לי אמרה ליה הבא מיהבא אינה מקודשת ועי' בחידושי הרשב"א שכל שהתחילה לבקש בדרך מתנה ואח"כ אמר בלשון שאלה ואיהי השיבה הבא מיהבא או הב גרידא אף שאח"כ אמר הרי את מקודשת לי מ"מ אינה מקודשת דאדיבורא דידה סמיך ואף דהתם לא אמרינן כן אלא היכא דהיא השיבה הב דחזינן לדעתה דאינה מרוצית בקידושין אבל מ"מ הלא מפורש דמסתמא אמרינן דאדעתא דידה יהיב א"כ ה"ה היכא דנתן לה בשתיקה בודאי אמרינן דאדיבורה דידה מסתמא יהיב היינו בשאלה או מתנה ואמירתו שאח"כ מיקרי אמירה לאחר מתן מעות דבעינן ריצוי בפירוש:

וכן מוכח בהדיא במהרי"ט חלק אה"ע סי' ל"ח שכתב וז"ל ואפשר שלא החמיר אלא בשלא אמרה תחילה הב לי כו' אבל כי אמרה מעיקרא מודה הר"ן שאין בשתיקתה כלום וגרע טפי מהב שדי כו' והרב הכהן ז"ל תקע בה מסמרות שלא לחוש בקידושין בכה"ג כו' כו' אבל הכא בהנהו עובדי את"ל דלא השיבה לא הן ולא לאו ולא אמרה הב כשנתן לה אח"כ בשתיקה וקבלה אח"כ בשתיקה אין מקבלתה ראיה שנתרצית לקידושין כו' ודמי הא מילתא להא דתניא בתוספתא הביאה הרא"ש ז"ל זה אומר במנה וזה אומר במאתים והלך זה לביתו כו' ואם לא השיבה כלום כשחזר ונתן לה בשתיקה הרי הוא כאילו הלך כו' ותבע איש את האשה ויעשו דברי האשה כו' עיי"ש הרי דזו היא סברא פשוטה דכשנתן לה אדיבורא דידה סמיך והוה כאילו אמר מתחילה הוא לשם שאלה:

אך מה שעומד לנגדינו ספק אחר מה שכבר העירו בזה גדולי המחברים והוא דבשו"ע לא מצינו רק שתיקה דלאחר מתן מעות ואמירה דקודם מתן מעות ובשעת מתן מעות לא הוזכר מזה אך בגמ' משמע דבשעת מתן מעות הוי כמו קודם מתן מעות דאי' בדף כ"ג כנסי סלע זו שאת חייבת לי בשעת מתן מעות רצתה מקודשת כו' לא רצתה דאשתיקה וקא תני דאינה מקודשת מ"ט יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי משמע בהדיא דאי לאו הך טעמא הוי שתיקה דקודם מתן מעות וכן בדף י"ב ע"ב כנסי סלע זו בפקדון חזר ואמר התקדשי לי בו בשעת מתן מעות מקודשת אך רש"י ז"ל פירש שם וז"ל בשעת מתן מעות

אם קודם שקבלתן אמר לה התקדשי לי בו מקודשת כו' משמע מדיוק לשון רש"י ז"ל דדוקא קודם הנתינה אבל אם בשעת הנתינה היינו שכבר הדבר בידה רק שגם הוא אוחז בהדבר הניתן לא מיקרי בשעת מתן מעות:

אלא שבתשובת מהרי"ט סי' הנ"ל כתב וז"ל ונראה שאפשר לתרץ דבריו שהאמירה היתה בין נתינתו לנטילתו שעדיין היו שניהם אדוקים בו דעד שלא סילק ידו לא מיקרי נתינה כדאמרינן בהזורק לענין גט ומשיחה בידו כל שיכול לנתקו ולהביאו אצלו לא מיקרי נתינה והכא אפילו אינו יכול לנתקו אצלו כל שהיתה יכולה לסלק ידה ויהיה נשאר בידה שלא יפול על גבי קרקע ולא עבדא אלמא נתרצית בקידושין כו' עיי"ש הרי שכתב בהדיא דבשעת נתינה היינו בזמן שכבר שניהם אדוקין בו מיקרי שעת מתן מעות:

אבל דברי מהרי"ט אלו צ"ע מה שהביא ראיה מגיטין דאמרינן התם דכל שיכול לנתקו ולהביאו אצלו לא מיקרי נתינה דמה ראיה מגיטין לקנין דהתם משום כרות גיטא הוא וכן כתבו להדיא התוס' בכתובות דף למד ע"ב ד"ה ואי דלא מצי כו' ואע"ג דיכול לנפקו מ"מ קונה אותו כו' דדוקא לענין הגט אמרינן היכא דיכול לנתקו כו' משום דבעינן כריתות כו' ועוד לכל הפחות קונה מחצה עיי"ש והוא מפ"ק דמציעא ז' ע"א ומצאתי להגאון רע"א זצ"ל שעמד על מדוכה זו בתשובה סי' צ"ז והביא הא דמהרי"ט הנ"ל ותמה עליו מדברי התוס' כתובות אך נשאר בצע"ג על התוס' למה כתבו זאת מדעתם לחלק בין גט למתנה הלא החילוק מבואר בגמ' ב"ט כנ"ל:

ולי נראה לישב התמיהה הזו מעל התוס' ע"פ דברי הש"ך חו"מ סי' קצ"ה על הא דאי' בשו"ע שם סעי' ד' ואם אחז פחות מג' אצבעות צריך שיאחז בענין שיהיה יכול לנתק כל הכלי ולהביאו אצלו והוא מדברי הרמב"ם בפ"ה מהל' מכירה ותמהו ע"ז הנ"י בשם הרשב"א והר"ן דהלא בדף ט' מבואר דיכול לנתקו לא מהני לענין זכיה גבי מציאה והש"ך כתב ע"ז בס"ק ו' דוקא גבי קנין סודר ע"מ להקנות מהני כשיכול לנתקו אבל לענין שיקנה כל הכלי ל"מ כו' או אפשר דדוקא במציאה אבל במכירה דדעת אחרת מקנה אותו מהני כשיכול לנתקו כו' והראשון נ"ל עיקר עכ"ל וא"כ שפיר כתבו התוס' דינם מסברא היינו דלענין זכיה סבירא להו להתוס' כמסקנת הש"ך דאין לחלק בזה בין זכיה מהפקר למכירה ושפיר הביאו ראיה מהא דדף ט' כיון דסברא שיכול לנתקו ל"מ לענין זכיה ה"ה דאינו מעכב בזכיה וכיון שבא לידו זוכה אף כשחבירו יכול לנתקו:

אבל מהא דמבואר בגמ' דף ז' בקנין סודר דאינו מעכב בקנין מה שחבירו יכול לנתקו לא הביאו התוס' ראיה מזה לענין זכיה דאין ראיה כלל מקנין ע"מ להקנות לזכות כל הכלי כמו שכתב הש"ך לדעת הרמב"ם בהא דמהני יכול לנתקו דהתם אמרינן כמאן דפסיק

דמי אבל גבי זכיה גמורה אפשר דלא אמרינן כן וכן מוכרח לחלק לדעת הרמב"ם שכתב בפ' י"ז מהלכות אבידה ומציאה והובא בשו"ע סי' רע"א ס"ב בהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסירה לא קנה כו' אבל קנה המוסירה לבדו והנה פשטות הדברים משמע בודאי דקנה כל המוסירה כמ"ש הסמ"ע שם עיי"ש וכבר תמהו ע"ז עי' ש"ך שם שהוא נגד דברי הגמ' דף ז' (והנראה לומר בזה דהרמב"ם סבירא ליה דטלית שחציה ע"ג עמוד הא דלא קנה גם חציה השני שהגביה משום דאגדו ביד חבירו או ביד הפקר אבל אם יכול לנתקו לא מיקרי אוגדו ביד חבירו ולא ביד הפקר וקנה המותר שהגביה ואף דבעינן שיגביה כלו כמ"ש רש"י שם אבל מהני הך סברא דיכול לנתקו דהוי כמו מה שתפוס בידו שקנה אף דלא קנה המותר ולא קאמר הגמ' הא דר' אבהו בדותא היא רק על הא דרצה הגמ' לאמר דקנה גם חצי השני שאינו מוגבה מכחו היינו גם בית פגיה שעל גבי החמור אבל כל המוסירה שהגביה בודאי קני):

ועי"ל דהרמב"ם מחלק בין היכא שחבירו מעכב על ידו או לא היינו התם דהלא מטעם דיכול לנתקו היה לו לקנות גם בית פגיה והלא חבירו מעכב על ידו דהלא הרוכב קנה בית פגיה ומשו"ה לא הוי מהני הך סברא דיכול לנתקו לענין שיקנה חציו השני דאינו מוגבה מכחו ומדמי הך סברא לטלית שחציה ע"ג עמוד דחבירו מעכב ע"י אבל היכא דליכא חבירו דמעכב ע"י ס"ל להרמב"ם דמהני הך סברא דיכול לנתקו לקנות גם חציה השני ודומה להך קנין סודר דס"ל להרמב"ם דמהני הך סברא דיכול לנתקו לענין שיקנה גם הך דלא תפיס כיון דחבירו אינו מעכב ע"י ומשו"ה כתב הרמב"ם היכא דאחז במוסירה מבהמה של הפקר דקנה המוסירה והיכא דאחד אחז במוסירה ואחד רוכב פסק כמסקנת הגמ' דהתופס במוסירה לא קנה אלא מה שתפוס בידו:

ולפי הנ"ל י"ל גם גבי ק"ס הא דס"ל להרמב"ם דמהני סברא דיכול לנתקו הוא משום דאיירי דגם המותר הוא מוגבה מכחו ומהני הך סברא שיכול לנתקו לענין שתהיה מהני הגבהתו אף דלא הגביה כל החפץ וכפמ"ש בהג"ה או דהכא כיון דהמקנה רוצה שיקנה הוי כמו שאין חבירו מעכב על ידו בקנייתו דקנה לדעת הרמב"ם ושפיר אזיל הרמב"ם לטעמיה ועי' בש"מ ב"מ דף ט' שכ' בשם מהר"י כ"ץ אלא תפוס במוסירה אמאי קני אע"פ שהגביה ראש האחד חבירו מבטל קנינו עיי"ש והוא סיוע לסברתי הנ"ל דהיכא דאין מי שיעכב על ידו מהני שפיר הך סברא דיכול לנתקו שיקנה וא"כ י"ל ג"כ דכמו דהך סברא דיכול לנתקו חשיב לענין ממון לקנות ממילא חשיב ג"כ לעכב על הקונה שלא יהיה יכול לקנות, גם יש לאמר דהיכא דרוצה להקנות לו כל החפץ לא מהני מה שתופס מקצת החפץ ובק"ס שאני משום דרק קני ע"מ להקנות הוא ולא בעינן שהכלי

ישאר בידו ובמק"א הארכתי בזה: אבל לכה"פ דברי התוס' ברורין שאף שיכול לנתקו ולהביאו אצלו הוי ברשותו לענין להתחייב באונסים וא"כ הכא נמי כיון שנתן לה סתם אף שיכול לנתקו מ"מ קנתה להתחייב באונסים וא"כ ממילא מיקרי שתיקה דלאחר מתן מעות כמו דאי' בגמ' דאי תשדינהו מתחייבא באחריות גם מה דחזר תוך כדי דיבור כתב הגרע"א הנ"ל דלא מיקרי חזרה דהא לא חזר אלא ע"מ לקדשה אבל אם לא תהיה מקודשת אינו חוזר בו כלל וא"כ קמה באחריותא ושייך שפיר אי תשדינהו תתחייב:

ולבד זה אינו פשוט הדבר דיכול לחזור בו תוך כ"ד דהנה הב"י בסי' קצ"ה נסתפק אי מהני חזרה בקנין הגבהה או משיכה תכ"ד והכריע דיכול לחזור מדברי הרא"ש ב"ב פ' יש נוחלין שכתב דבשאר קנינים במשיכה ובמסירה אינו יכול לחזור אחר כ"ד משמע הא בתוך כ"ד יכול לחזור אך הגאון מו"ה רפאל הכהן בספרו ושב הכהן כתב דאין הדבר הזה מוסכם כי מדברי הרמב"ם פט"ו מהל' קרבנות מוכח דבמסירה א"י לחזור תוך כ"ד שכתב הטעם הא דגבי הקדש א"י לחזור תכ"ד משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי ואי במסירה להדיוט נאמר דיכול לחזור בו תכ"ד א"כ אמאי לא יהיה יכול לחזור גם גבי הקדש דהלא לא עדיף ממוסירה דמטעם מסירה אתי עלה וכן הוכיח מדברי התוס' מנחות פ"א ע"כ שכתבו ג"כ כטעם הרמב"ם הרי דדעתם ג"כ דבמסירה להדיוט א"י לחזור תכ"ד וכ' שהראיה מדברי הרא"ש יש לדחות וסיים דין זה בצע"ג:

ואף שראית ושב הכהן מדברי הרמב"ם והתוס' יש לדחות דהך אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט לאו היקש הוא דניליף מהדדי רק סברא הוא דאדם שאומר דבר לגבוה מחליט הדבר תיכף בדעתו לאמירה החלטית דלא למיהדר ביה ומהני כמו שמהני מסירתו להדיוט והיינו לאחר דהוי מסירה מוחלטת שהוא רק לאחר כ"ד אם נאמר דתוך כ"ד עדיין יכול לחזור בו דלא מיקרי מסירה להקנות בתכ"ד וא"כ הוי אמירתו לגבוה מוחלט כמו מסירתו להדיוט לאחר כ"ד דבתוך כ"ד לאו מסירה מוחלטת היא ממר כיק דיכול לחזור בו כן היה נראה לאמר בפשיטות וצ"ע:

אבל חזי לאצטרופי דעת הגאון הנ"ל עם דברי הט"ז אה"ע סי' ל"ח שכתב להוכיח מדברי רש"י ב"מ י' ע"א דאינו יכול לחזור מכ"ד במסירה והוא ממה שכתב רש"י שם דע"כ תחילה קאמר דמי מצי למימר אני זוכה בה עכשיו והלא כבר אינו בידו ואם נאמר דיכול לחזור בו תוך כ"ד הלא ודאי היינו יכולים לאמר שרוצה לזכות בו אחר הנתינה בתוך כ"ד אלא ודאי דגם זה פסיסא דלא מהני אפי' תכ"ד כיון שכבר מסרה בידו וזו ראיה האין עליה תשובה עכ"ל עיי"ש. וכבר תמהו עליו הבית מאיר אה"ע סי' הנ"ל והקצוה"ח בסי' קצ"ה דנעלם ממנו דברי השו"ע הנ"ל גם ראיתו אינה מכרעת דבמציאה שאני כיון דלא

זכה בה מעיקרא אינו שייך בזה חזרה דעתה אינו בידו לקנות וכיון דבשעה שהיה בידו לא קני ממילא קנה השני שהחפץ עתה בידו ולכאורא היא קושיא חזקה על הט"ז:
אך למען להקל התמיהה מעל דברי הט"ז נ"ל ליישב ולומר בזה ע"פ דברי רש"י במתני' דף ט' ע"ב שכ' דקנה השני ואי נמי קנה הראשון הלא נתן להשני במתנה ועי' בתוס' שם ובשיטה דנסתפקו אם המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אי קנה הראשון או לא ובזה נסתפק רש"י ז"ל ומשו"ה כתב וא"נ קנה הראשון הלא נתן להשני במתנה וא"כ שפיר הביא הט"ז ראיתו דא"י יכול לחזור תכ"ד א"כ שפיר י"ל אני זוכה בה עכשיו ואף שעכשיו אינה כבר בידו מ"מ כונתו אני זוכה בה עכשיו ואף שנתתי להשני במתנה מ"מ אני חוזר בו עתה ואי דלא שייך ע"ז לאמר אני זוכה בה עתה אם כבר זכה בה קודם לכן י"ל דהכי כונתו דהלא הספק של רש"י ז"ל אם זכה הראשון צ"ל דמספקא ליה בפלוגתת ר"ש ור"נ ביצה ל' אם זכה הראשון בלא כונה לזכות ור"ש סבר קנה הראשון אף אם לא נתכון וא"כ אם לא היה כתיב דאומר הלה זכיתי בה תחילה קודם שנתתיה לשני היינו טועין לפרש אני זוכה בה עכשיו היינו כונתו עתה לזכות בה ויכול לחזור בו מחמת כי השני לא זכה בה רק מחמת נתינתו ויכול לחזור בו תכ"ד ומשו"ה לא אמר כלום או דהלא בעל השקלא וטריא הכא הוא ר"נ וקמ"ל מתני' כר"נ דלא זכה הראשון או אפילו לרב ששת כיון דגלי אדעתיה דלא כיון לזכות בה גמר ונתן לשני ולא יכול לחזור בו אבל אם כיון לזכות בה קודם שנתן לשני יכול לחזור בו קמ"ל מתניתין דאמר תחילה ושפיר הוכיח הט"ז דינו דאף אם נתן דבר לחבירו כיון שהוציא הדבר מרשותו א"י לחזור בו אף תכ"ד א"כ הוי הוכחת ר"נ הוכחה גמורה דל"ל למיתני תחילה הלא פשוט דעכשיו לאחר שנתן א"י לחזור בו אף תכ"ד ואף אם נאמר כר"ש דקנה הראשון בלא כונתו לזכות ושפיר הוכיח הט"ז דינו. שוב מצאתי להנ"י פ' יש נוחלין על הך שקלא וטריא קנין אימתי חוזר שכתב וצ"ל וכיון שכן נראה דבמשיכה וחזקה היה הדין כן שיכול לחזור בו תוך כדי דיבור אלא שיש לבעל דין המחזיק בקניה לחלק דמקדש ומגרש איצטריכא ליה לא שמעינן דלא מצי למיהדר כו' אבל ה"ה דכיון שמשך או החזיק בקרקע לא מצי למיהדר כו' עיי"ש הרי דגם הנ"י נסתפק בזה ולא הכריע וצ"ע על הב"י בסי' קצ"ה שדחה דברי היש מי שחולק שהביא הגה"מ פ"ה מהל' מכירה ולא זכר שגם הנ"י נסתפק בזה ולא הכריע. והנה כדין הזה דאם לא קדמה האמירה להנתינה רק שאמר בעת נתינת המעות מצאתי שהיא מחלוקת הגאונים הג' רע"א ז"ל והג' בעל חמדת שלמה והגאונים בעל הנתיבות ובעל משיבת נפש הסכימו להג' רע"א ז"ל שזה מיקרי שתיקה דלאחר מתן מעות ובאמת ראית החמד"ש יש לדחותה דמה שהביא ראיה מר"ן פ"ק דקידושין

שהקשה מל ר"ה בר"י שלא אסיק אדעתיה דלא כל נשי דיני גמירי א"כ אמאי לא קאמרה הרי שלך לפניך ולמה לא הקשה עדיפה מינה דהלא כיון דבעוד שהיו שניהם אדוקים בו חזר בו מתורת פקדון ונתנו בתורת קידושין א"כ עוד לא נתחייב בשמירתה לדעת האומרים דשומרים בעו קנין גם הרי עוד לא נסתלקו הבעלים משמירתן וכתב הסמ"ע דהוי כמו שמירה בבעלים עי' בסי' רצ"ה סעי' ה' בסמ"ע ובש"ך. והנה מלבד שיש לדחות ראיה זו בפשיטות דהרי עוד כמה גוני יכול הר"ן למצוא לפוטרה מטעם שמירה כיון דהר"ן לא נחית לסברת הריטב"א דאין רצונה לדבר עמו ולהשיב לו א"כ בפשיטות היה לו להר"ן להקשות דהיה לו לאמר איני רוצה וכמו שהקשה הריטב"א ומחמ"ז הוכרח לתרץ שאינה רוצה לדבר עמו ובזה מסולקת גם קושית הר"ן: ועי"ל כיון דכל קושית החמד"ש היינו דקושיא זו היתה יותר חזקה מקושית הר"ן שלא היתה נצרכת לשום דיבור א"כ לא היתה מסולקת משמירה כלל כיון דלא היתה חוזרת מדיבור לא היתה מסתלקת משמירה כלל במה שהיתה משלכת החפץ כי היה אומר לה כיון שקבלת לשמור לא ידעתי שאת חוזרת בך. ועי"ל ע"פ מ"ש התוס' ב"ב ע"ח וב"מ ט"ו דהיכא דאיכא פלוגתא בודאי ל"א אדם יודע ועיין מזה בש"ך סי' מ"ג ובסי' ש"ט (ובמק"א הארכתי בזה ועי' בר"ה דף ז' ע"ב תוד"ה עלתה) ועי' בסמ"ע שכ' דהיכא שהבעלים לא נסתלקו עוד משמירה הוי כמו שמירה בבעלים עיי"ש והרי בפשיעה בבעלים הוי פלוגתא דר"א ורבינא ודעת הרמב"ם היא באמת דבפשיעה בבעלים חייב וא"כ בכה"ג לא היה יכול הר"ן להקשות דבודאי אף לר"ה בר"י בהא דגם כ"א לא דינא גמירא ול"א אדם יודע ל"א גבי נשי דדינא גמירי:

גם עוד קאמינא לולי דברי הגדולים שנסתבכו בזה דהכא אם היתה משלכת והיה נאבד היה כמו מזיק בידים וכן משמע פשטות לישנא דהגמ' א"כ בודאי יראה היכא דנתרצתה מתחילה לשם פקדון בשלמא אם מתחילה יהיב לה בתורת קידושין יודעת שתוכל להשליך אבל כיון שבתורת פקדון בא לידה היינו שהתחיל לתן לה שוב יראה להשליך גם י"ל דהיתה שומרת שכר וכנסי סלע זה בתורת פקדון היינו בתורת שכר שנתן לה ובכגון זה א"צ קנין כדמוכח מהשוכר לשמור זרעים דאיזה קנין היה בזה ועי' במח"א הל' שומרים לזאת אין מראיה זו כדי הכרע:

ומה שהביא החמד"ש ראיה מהא דאמרינן שם עוד כנסי סלע זו שאני חייב לך כו' לאחר מתן מעות אפי' רצתה אינה מקודשת ואי בשעת מתן מעות בעוד ששניהם אדוקין בו ג"כ מיקרי לאחר מתן מעות א"כ כיון שלא זכתה עוד בפרעון למה לא תהא מקודשת וי"ל דלא מיבעיא לשיטת הרשב"א דמפרש בשם הרמב"ם דלא איירי כאן שחזר בו אח"כ

מלתת לשם פירעון רק שיהיה לשם פירעון גם לשם קידושין א"כ י"ל הסברא היא נכונה כיון שכבר היתה אדוקה בו ויכולה לנתקו אף שלא הוה קנין גמור בהא דיכולה לנתקו אבל גם אין כאן שום הנאה להתקדש בזה כיון דקבלתו ג"כ לשם פירעון ואפי' לפי' המפרשים דאיירי שחוזר בו ואומר לא לשם פירעון אני נותן רק לשם קידושין י"ל ג"כ דהכא כיון דיכול לנתקו הוה קנין ועי' ברש"י ב"מ ד' לא הוצאתים והרי הן שלך בכל מקום שהם ועי' בחו"מ סי' ק"ך:

וראיתי בת' הג' רע"א שכתב דיכול לחזור בו מלהקנות המטבע הזאת ולפרוע באחרת אבל לענ"ד כ"ז שאינו מסלק באחרים יכול לתפוס אשר בידו וממילא לא גרע מפקדון מעות פתוחים דיכול להוציאם ועוד לא הובאו הדברים בכור הבחינה ועי' מ"ש למעלה לענין קנין סודר אם מהני יכול לנתקו גם יש לתלות זאת אם אמרינן למפרע הוא גובה לא יהיה יכול לחזור בו בתכ"ד לכו"ע (ובדבר ראית החמד"ש מקושית הר"ן ראיתי שיש עוד לדבר בזה דהנה החמד"ש סבור דבדוקא נקיט הר"ן בקושיתו שיאמר טול את שלך וגם לזרוק לפניו ולפי מה שמשמע מדברי הרשב"א בחידושיו נ"ל דעיקר קושיתם הוא דבזריקה לבד בלא אמירה פטורה משמירה ומשו"ה תי' הרמב"ן הקושיא דבאמת אינה נפטרת בזריקה לפניו לבד דאין השומר יוצא מחיוב שמירתו פד שימסור מיד ליד והרשב"א כתב דנראה לו שלא כדבריו רק כיון שיזרק לפניו יצא משמירתו ונראה דגם כונת הר"ן כן הוא דליכא למימר דבעי אמירה גם זריקה דבאמירה הלא היה לה לאמר לא בעינא לקידושין כמ"ש ז"ל רק כונתם דאף אם אין רצונה לדבר עמו אם דינא גמירא היה לה לזרוק הכסף דהיינו כמו אמירת טול את שלך ועי' ברשב"א שם דכתב בשם הראב"ד לתרץ הקושיא הנ"ל שחוששת שמא תאבד מיד קודם שיהיה יכול לטול והיינו כמ"ש למעלה דנראה כן פשטות הגמ', ועי"ל דהיינו דוקא אם אומרת טול את שלך והוא אינו רוצה סבירא להנך מפרשים שאינם רוצים לתרץ כהראב"ד דאף אם יאבד לא תתחייב לשלם דעביד אינש דינא לנפשיה אבל אם לא תאמר טול את שלך רק שתזרוק לפניו כיון דלכתחילה באה ברשות לידה בודאי אם תזרוק ותאבדנו חייבת אף לא נעשתה עוד שומר ופטורה מפשיעה דזהו מזיק בידים וכמו שרזמתי למעלה): ומה שכתב החמד"ש להביא ראיה מדברי בה"ג אינה ראיה מוכרחת למעיין שם ובאמת אם נרצה לדייק מלשון בה"ג נוכל לדייק איפכא דהבה"ג כתב בחדא בבא אם החזיר לה גזלה שלה שהיה לו או שאמר לה כנסי סלע זו בחובך ובחדא מחתא מחתינהו לחלק בין שעת מתן מעות ובין לאחר מתן מעות והנה בהחזיר לה גזילה שלה לדעתי פשוט כיון דכבר הוא בידה ויכולה לנתקו כבר יצא מתורת גזילה והוי שלה ולא מהני מה שאומר לה אז התקדשי לי

בזה וגם אמירתה הן לא מהני כיון דלא נתן לה מידי א"כ במה תתקדש וא"כ גם בכנסי סלע זו שאני חייב לך ג"כ הדין כן דזה מיקרי לאחר מתן מעות:

אבל גם ראיה זו יש לדחות ולכאורא היה אפשר להביא ראיה מלשון הטור שכתב אמר לה כנסי סלע זו בפקדון חזר ואמר התקדשי לי בו אם אמר כן בשעה שנתנו לידה או קודם לכן אפי' קבלתו בשתיקה מקודשת כו' עיי"ש ומדפלגינהו בתרתי בשעה שנתנו לידה או קודם משמע דבשעה שנתנו לידה מיקרי בשעה ששניהם אדוקין בו אך מ"מ אי אפשר לבנות יסוד ע"ז ואם באנו לדייק כן יש לנו ללמוד מדברי הרמב"ם ושו"ע איפכא שכתב הרמב"ם בפ"ה מהל' אישות אמר לה כנסי כו' וחזר כו' אם אחר לה קודם שנטלתו ונטלתו ושתקה ה"ז מקודשת והרי הרמב"ם רגיל בכל מקום למינקט לשון הגמ' והכא שינה במתכון לאמר דוקא שאמר לה קודם שנטלתו ולא כתב לשון הברייתא בשעת מתן מעות משמע בהדיא דאם באמת אמר לה בעוד ששניהם אחוזים בו י"ל דאינה מקודשת ועיין בב"ח סי' כ"ח שהתעורר על הרמב"ם ושו"ע ולפי הנ"ל מיושב. גם עי' בב"ח שם שכתב ג"כ בכונת הטור דמ"ש קודם לכן בא להורות דלאו דוקא בשעת מתן מעות ה"ה קודם לכן הרי דאין ראיה כלל מלשון הטור דלעולם י"ל דבשעת מתן מעות היינו קודם הנתינה רק דלא נאמר דזהו דוקא אם תיכף להאמירה השניה נתן לידה אבל אם גם האמירה הזאת היתה קודם לכן י"ל מאי חזית דתפוס לשון אחרון אדרבא נאמר תפוס לשון ראשון שאמר לה לשם פקדון זאת רוצה הטור להשמיענו אבל אין ראיה לדין שאנו בו:

ובאמת האי דינא תליא בטעמא דלא מהני שתיקה לאחר מתן מעות או מחמת דאמרינן דבעינן מעשה מהאשה שתעשה דבר שיוכיח על רצונה והסכמתה לקידושין או דלא בעי מעשה על הוכחת הסכמתה רק אם יש לנו הוכחה בלי מעשה שלה סגי וכבר דברו מזה הגדולים הנ"ל שמדברי הרמ"ה שהובאו בהג"ה רפ"א סי' כ"ח סעי' ד' בהגהה ובשו"ע סי' למד סעי' ו' דאם זרק לתוך חיקה קידושיה כו' ואשתיקה ומ"ש שאינו כלום כיון דלא ארצאי מעיקרא כו' וטעמו משום דבעינן מעשה המוכיח שנתרצתה והא דמקודשת בזרק קרוב לה היינו היכא דגלתה דעתה שרצונה להתקדש לו וכן מוכיחים לשון הרמ"ה ופי' בחלקת מחוקק סי' כ"ח ובסי' ל' ובסי' מ"ב והא דשקלי וטרי ר"ה ברי' דר"י ורב אחא הא דלא שדיתינהו היינו דוקא בציפתא דכיון שהיא עשתה מעשה ופשטה ידה לקבל קידושין ונתרצתה בהדיא מתחילה בכה"ג לא בעינן עוד מעשה להוכיח על ריצוי דידה אבל בעובדא דהרמ"ה כיון דלא היתה הוכחה ממנה שמרוצית להתקדש בעינן דוקא שתעשה מעשה שמוכיח על ריצוי שלה ועי' בבית מאיר סי' כ"ח שכתב ג"כ כנ"ל

רק שהקשה על הרמ"ה מההיא עובדא קידושין נ"ב ההיא אתתא דקא משיא כרעא כו' אתא ההוא גברא שדא לה כו' אתא ההוא גברא לקמיה דרבא אמר לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה כו' דמשמע הא לר"ש היא מקודשת אע"ג דלא עשתה מעשה רק דכיון דאמר קודם מתן מעות הוי קידושין:

ונ"ל דיש לתרץ בפשיטות דלא חש לפרש הך עובדא אי איירי באמרה או שקבלה אח"כ בירה דלא קאי כעת בהך דינא דשתיקה בשעת מתן מעות או לאחר מתן מעות אבל באמת להרמ"ה צ"ל דהיא אמרה הן או דקבלה אח"כ בידה וכה"ג כ' הריטב"א בקידושין נ"ב וז"ל ואיכא למידק מהא דתניא התקדשי לי בפקדון שיש תחת ידך כו' אם נשתייר בו שו"פ מקודשת תי' בתוס' כו' אבל הנכון דהתם באמרה אין והא דלא פירשה משום דהתם לא אתא לאשמעינן דינא דשתיקה וריצוי כו' עיי"ש וא"כ הכא נמי לא ק"מ קושית הבית מאיר דבאמת היה הך עובדא ריצוי דידה רק משום דלא איירי בפרט זה לא פירשה:

ותמה אנכי על הבית מאיר דמי עדיפא הך עובדא ממתניתין ספק קרוב לה קרוב לו דהויא ההיפוך מדברי הרמ"ה וע"כ דממילא אמרינן דאיירי בריצוי דידה אך המשנה דלא קאי בהך דינא א"צ לפרושי דמסתמא אין אדם מקדש אשה בלא דעתה כן הוא נמי בהך עובדא מסתמא כן הוא ולא צריך לפרושי, וכן יש להוכיח מגיטין פ' הזורק ע"ח ע"ב דאיתא התם א"ר יוסי אר"א לגיטין אמרו ולא לדבר אחר איתיביה ר"א וכן לענין קידושין א ויצאה והיתה איתיביה וכן לענין החוב א"ל זרוק לי חובי כו' ולכאורא צ"ע הלא מפורש במשנה דחוב שאני מגט וקידושין דבקידושין לא בעינן שתאמר לו זרוק לי קידושי ובחוב בעינן בשלמא מגט לא קשה דממילא ידעינן דכל מילי אינו דומה בזה לגט דבע"כ אבל מקידושין קשה אע"כ דס"ל להגמ' לדבר פשוט דגם בקידושין איירי כה"ג דהיה ריצוי דידה ומסתמא כן הוא רק דבחוב צריך המשנה לאשמעינן בהדיא דלכאורא חוב עדיפא מקידושין דנתינה בע"כ שחה נתינה כמו שפי' לר"י במי שאחזו דף ע"ה ועי' בתוס' שם וא"כ לא הוי אמירתו זרוק לי חובי רק כמו ריצוי דקידושין ושפיר הקשה הגמ' מחוב וכן הסכים מהרש"ך הובא במהרי"ט בת' סי' ל"ח דשתיקתה לא מהניא רק דוקא היכא דמתחילה נתרצתה לשם קידושין כחו בעובדא דההיא ציפחא או ההיא דכנסי סלע זו לשם פקדון דאיירי בדשדיך וכן הסכים בת' מהר"מ פדווא סי' כ"ד יעוי"ש: ומה שתמה הט"ז ע"ז דאי הוי כמו שדיך הלא לא בעינן אמירה דידה וגם שתיקה מהני כבר הי' האחרונים דבהדיא מבואר ברשב"א ור"ן להוכיח דשדיך לא מהני בשתיקה לאחר מתן מעות מההיא דציפתא דבודאי לא גרע משדיך וכן הוא בתשובת הריב"ש הובא בט"ז אה"ע סי' ל' ובחלקת מחוקק סי' כ"ח שכתב דמדפשטה ידה וקבלה הוי הוכחה

דנתרצתה הרי דבעינן הוכחה ובלא הוכחה אינה מקודשת וזהו כמו שבררנו בשיטת הרמ"ה דבעינן הוכחה על שתיקתה דהיה בריצוי דידה לשם קידושין אבל כ"ז דלא הוי הוכחה במעשה דידה דנתרצתה לשם קידושין ל"ה קידושין וה"נ יש לאחר כיון דפשיטת ידה וקבלתה לא היתה לשם קידושין רק לשם שאלה ששאלה מתחילה להשאיל לה החפץ א"כ הויא שתיקה דידה בלא מעשה די"ל דלא מהני נמי שתיקה דלאחר מתן מעות דלא מהני והא דמהני אמירה דקודם מתן מעות משום דאח"כ היה מעשה דידה מפשיטת ידה:

אך לכאורא יש לשדות בזה נרגא מהא שכתב הט"ז בסי' ל' דכיון דנטלה והניחה אצלה הוי מעשה כו' דמה אם קבלה תיכף בשתיקה או הניח הוא בחיקה ונטלה אח"כ עיי"ש וכן כתב סברא זו החת"ס בת' סי' פ"ז וז"ל דאפי' אם נאמר דהא דלא שדתינהו דסברה דחייבת באחריות מ"מ היה לה להסירה מאצבעה ולשומרו ולא להתקשט כו' עיי"ש וכן כתב עוד בסי' ק"א דכיון שנתן על אצבעה גרע עיי"ש מ"מ נ"ל דלא נוכל לאמר הסברא הנ"ל רק היכא דאמר תחילה לשם פקדון או לשם קידושין בע"כ דידה אמרינן שפיר דגלתה דעתה דנתרצית מדנטלה אח"כ אבל היכא דמתחילה היה לשם שאלה או מתנה וכן התחיל לתן לה אף דיכול לחזור בו תכ"ד ומכש"כ קודם גמר הנתינה מ"מ כיון דלא הוי מקודשת בשתיקתה משום שתיקה דלאחר מתן מעות שוב נוכל לאמר דאח"כ נשתמשה בחפץ זה אדעתה דידה ועל סמך דבריו מתחילה וע"כ לא אמדינן בתוספתא הנ"ל אם חזרה האשה אצל האיש אדעתא דידיה כמו שהובא למעלה היינו רק אם חזרה לבקש ממנו אבל אם כבר החפץ בידה אמרינן אדעתא דידה קא עבדה:

וביותר לפמ"ש הגרע"א הובא למעלה דאמרינן דלא חזר בו רק משום דחפץ לקדשה אבל אם נאמר דהקידושין לא הוי קידושין נשארו דבריו מתחילה לשם מתנה או לשם שאלה וא"כ הלא אין ראיה כלל מנטילתה החפץ גם משימושיה בו דכיון דלא הוי קידושין נשאר הדבר כמתחילה לשם מתנה וא"כ ה"ה בנ"ד כיון דבקשה מאתו דרך שאלה ופשטה ידה ואצבעה לשם כך והוא התחיל לתן לה מתחילה לשם כך אף שאח"כ התחיל לאמר לה לשם קידושין אך אם כנים אנחנו בדברים שהארכנו למעלה וכפמ"ש הגרע"א דאף שגם הוא אחוז בהטבעת מ"מ א"י לחזור בו הלא הוא פשוט דאין כאן חשש קידושין כלל ואף אם נאמר דלא קנתה גם דיכול לחזור בו תכ"ד מ"מ כיון דהוא לא חזר בו אלא אדעתא דקידושין אם נאמר דקודם מתן מעות בעינן אמירתו אבל אח"כ הוה שתיקה דלאחר מתן מעות א"כ תו ליכא הוכחה מהא דהשתמשה בטבעת זו דכיון דבטלו הקידושין ונשארו הדברים מתחילה שהיה ביניהם לשם שאלה מה ששימשה בהטבעת על סמך דיבורא

דידה והתחלת מעשה דידה לשם שאלה גם סוף הדברים מוכיחים כן דאח"כ קיבל הנער ממנה הטבעת בחזרה והיא לא התעקשה לאמר שלי היא דקדשתני בה:

גם יש לאמר בנ"ד דכפי שנראה מדברי העדים היה המעשה הכא דרק שהתחיל לומר בעת שהיה ידו אחוז בהטבעת אך תחילת הדברים הרי את מקודשת אבל גמר הדברים תיבת לי או גם מקודשת אמר בעת שפנתה כבר עורף לילך עם הטבעת כמו שהיו דברי המקדש בעצמו גם העד אומר שאמר הדברים תכופים ולא שהה באמירתו וגמר האמירה היה כשפנתה כבר עורף והיתה אצל הפתח והוא התחיל לשום אצבעה ואח"כ התחיל לומר לפי דברי הנער "קינדער זייס עדות הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל א"כ בודאי לא' היה גומר. לאחר מקודשת לי רק אחר גמר הנתינה ובודאי מיקרי שתיקה דלאחר מתן מעות ואף דלא הוי אלא ספיקא עכ"ז בע"א בודאי דלא מפני ואין כאן חשש קידושין לפמ"ש כל האחרונים דאין להחמיר בספיקא דע"א דאפי' להסמ"ק אין זה רק מחמת חוטרא בעלמא:

גם יש לאמר דכיון דהעד אינו יודע בעצמו אם היה כל האמירה בעת שהיה עוד ידו אוחזת בהטבעת הוי כמקדש בלא עדים וכמ"ש הב"ש בסי' ל' ס"ק ט' לענין אם היו העדים בעצמם מסופקים אם היה קרוב לה עיי"ש ובמק"א הארכתי בזה ואכמ"ל (אך יש להסתפק בזה ולאמר דע"כ לא כתב הב"ש רק אם אומרים העדים דגם בעת מעשה היה ספק להם אם הוא קרוב לה אבל הכא י"ל דבעת מעשה ידעו אימת היה גמר האמירה רק דאח"כ נולד להם הספק ובכה"ג לא שייך הך סברא דמקדש בלא עדים) גם י"ל דכיון דיש פוסקים שסוברים דא"י לחזור בתכ"ד והוי מתנה א"כ אין ראיה מהא דלא שדתינהו ומהא דהשתמשה אח"כ די"ל דלאו כו"ע דינא גמירי וטעתה וסברה שהדין עמה דהוי בשאילתה וא"י לחזור בו ולהכי לא שדתינהו, וכעין סברא זו כתב הר"ן בקידושין י"ב על הא דאמרינן שם כשהיה בידה לשם פקדון דסברה אי תשדינהו מיחייבא באחריות והקשה הר"ן הא אמרינן בהזהב תא שקיל זוזך אף ש"ח לא הוי מ"מ י"ל דהיא טעתה עיי"ש וכבר דברנו למעלה בדברי הר"ן א"כ גם כאן י"ל כן שוב מצאתי בתשובת דברי נחמיה סי' ס' שכתב וז"ל גם י"ל שכיון שתחילת האמירה היתה אחר התחלת תחיבת הטבעת באצבעה א"כ קרוב שלא הספיק לגמור תיבת לי עד אחר גמר הנתינה ועיקר הקידושין הוא ע"י תיבת לי כמ"ש בשו"ע סי' כ"ז סעי' ד' עיי"ש הרי בהדיא דצירף סברא זאת כעין שכתבתי:

ועי' בב"ש סי' כ"ח סע"ק י"ד שכתב דבפקדון שלא קבלה עליה אחריות הוי חשש קידושין מדלא שדתינהו ואפ"ל דזהו דוקא אם המעות היו צרורין אבל במעות מותרין

כיון דיכולה להשתמש במעות משו"ה לא השליכה וכן י"ל בנ"ד כיון דהטבעת הזאת הוי דבר שאין הבעלים מקפידין בו להשתמש בו ורשאים לשמש בזה החפץ אף שלא מדעת הבעלים א"כ יש לאמר ג"כ להכי לא שדתינהו משום דחפצה להשתמש בו ולפ"ז אין ראיה ג"כ מהא דלקחה הטבעת להשתמש בו כיון דרשאה להשתמש בו אף שלא מדעת הבעלים וצ"ע בזה כי לדעתי היא הערה נכונה:

ג) לפי מה שנתברר בגב"ע לא נשאר רק עד אחד שראה ענין הקידושין והעד השני לא ראה כלל כי היו פניו מצודדים באופן שלא היה יכול לראות והנה רוב הפוסקים ס"ל דאין חוששין לקידושין בע"א אפי' אם שניהם מודים רק הסמ"ג ומרדכי סבירא להו להחמיר כר"פ דאמר בקידושין ס"ה דחוששין לקידושין וכבר הביא הרמ"א דעה זו בהג"ה סי' מ"ב אך זהו בשניהם מודים אבל אם אחד מכחיש העד אין לחוש לכו"ע והכא דהוא אומר כי לא היתה כונתו לקידושין מעולם, ורק דרך שחוק וליצנות אמר כן גם לא ידע דמקדשין בטבעת כזו דלאו אורח ארעא כבר כתב הב"ח בסי' מ"ב ובתשובה סי' צ"ג דאם אמר דכונתו לשחוק דומה למכחישו אך הב"ש שם ס"ק ה' השיג על הב"ח דאינו נאמן במיגו דיכול להכחישו ודמי לאומר חטפתי ודידי חטפתי כמ"ש התוס' פ' חזקת דף ל"ד בשם ריב"ם עיי"ש:

והנה הח"צ בתשובה סי' קט"ו כ' על הב"ש שטעה בזה דלא מיבעיא לתירוץ ריב"ם שם בתוס' דהוה מיגו טוב רק מאחר שהתורה חייבתו שבועה הדין הוא כך שישבע להכחיש העד או ישלם וזה לא שייך ברד אלא אפילו לתירוץ ר"י דלא הוה מיגו טוב מחמת שצריך לשבע להכחיש העד הכא ודאי מיגו טוב שהרי אין כאן עסק שבועה כלל בענין קידושין כו' עיי"ש. ולכאורא אין הבנה כלל לדבריו דהלא בקידושין דף ס"ה שם פירש"י על הא דאיבעיא להו להגמ' שניהם מודים מאי וז"ל הא ("דתניא" צ"ע) אין חוששין משום דלא מהימן הוא והא הימנוה או משום דאין קידושין חלים בלא עדים דיליף דבר דבר מממון ע"ש ועל הא דקאמר בגמ' ואי ליכא עדים פירש"י דהלא אינם קידושין אפי' לפי דבריו דא"נ אמר בע"א הוי קידושין בששניהם מודים היכא דאין ע"א לא אמרת דע"א חשוב לחייב שבועה בדיני ממונות הלכך בערוה נמי חשיב להתקיים קידושין בפניה ובלבד שיהיו שניהם מודים ועי' פירש"י ע"ב על הא דע"א בהכחשה ונראה בכונתו ז"ל דאם אמרינן דחוששין לקידושי ע"א היינו משום דע"א כ"ז שאין הבע"ד מכחישים אותו הוי דבר מדחזינן שהתורה חששה לדבריו בממון ולא פטרתו להמכחיש רק בשבועה א"כ ה"נ בקידושין נהי דאם א' מכחיש אותו לא שייך כאן הטלת שבועה ואינו נאמן אבל כששניהם מודים הוי המעשה קיים: וא"כ ה"נ לדברי הריב"ם שכתב דהוי מיגו מעליא

רק דהתורה לא האמינתו כאן במיגו להבע"ד דכ"ז שאין מכחיש אותו הוי כשני עדים וכמו בשני עדים ל"מ מיגו כן בע"א לא מהני א"כ גם בקידושין הדין נותן שניליף מממון ולא יהיה מהני המיגו כ"ז שאינו מכחיש אותו, בשלמא לפיר"י שכתב דאין כאן מיגו כיון דהוא מחוייב שבועה אם יכחישו יש סברא לאמר דכאן בקידושין לא שייך זאת מחמת דאין כאן חיוב שבועה והוי מיגו מעליא אבל לפי' ריב"ם דאף בממון הוי מיגו מעליא אך דכ"ז שאינו מכחיש הוה ע"א כשני עדים א"כ גם בקידושין כן הוא דכיון דשניהם מודים בהמעשה הוי ע"א כשני עדים וכשם שבשני עדים הוה דבריו שלהשטות נתכון דברים שבלב ולא מהני לסתור המעשה ה"נ בע"א כן הוא ונכונים דברי הב"ש וצ"ע ליישב דברי הח"ץ שכתב בפשיטות על הב"ש שטעה ועי' ברמב"ן דף ל"ד שכתב ג"כ סברת הריב"ם וכן כתב הר"ן בפרק כל הנשבעין ועי' בש"ך סי' ע"ה סעי' י"ג ובסי' פ"ב בכללי מיגו ובאחרונים ומשמע שהעיקר כדעת הריב"ם:

אך נראה דיש להמתיק סברת הח"ץ דהנה סברתם לא שייך אלא בממון דחזינן שהתורה האמינתו להעד כ"ז שלא נשבע נגדו משו"ה כ"ז שלא נשבע להכחישו הוי כב' עדים ואף דבכ"מ הוה מיגו סברא גדולה להאמינו בין באיסור כין בממון מ"מ הכא אינו נאמן אף דיש לו מיגו כיון שהתורה גלתה בממון דכל זמן שאינו נשבע נאמן ע"א כשני עדים וכיון דנגד ב' עדים לא היה נאמן והיה חייב ממון גם בע"א הדין כן ומשו"ה גבי קרקעות דליכא חיוב שבועה נאמן במיגו וא"כ ה"נ גבי קידושין דהרי לא חדשה התורה כאן נאמנות דע"א כלל רק לענין קיום מעשה הקידושין י"ל דהוי דבר קיים לפני ע"א כיון דחזינן דהתורה הימניה לענין ממון לחייבו קרבן שבועה ולהכי הוי דבר גם לענין קידושין אבל מ"מ לא הוה כשני עדים לגרע נאמנות הבע"ד במיגו וכיון דסברת מיגו מילתא היא אף לענין קידושין מאת בתי נתתי לאיש א"כ למה יגרע הכא בקידושין בע"א כיון דהמיגו הוי מיגו מעליא לשיטת הריב"ם ודעמיה ואי דבלא שבועה האמינה התורה לפ"א כשנים הלא אין זה רק בממון אבל לא בקידושין ואפי' למ"ד דחוששין לקידושין לפני ע"א היינו דוקא שלא בהכחשה:

ולדעתי הדברים נכונים אך העומד לנגדנו היא סברת החלקת מחוקק אשר לכאורא סברתו חזקה היא כיון דדברים שבלב אינם דברים מה מיגו יש כאן אף דכונתו לשחוק מ"מ לא בטלה המעשה משום דברים שבלבו ומה לי ע"א ומה לי שני עדים. ומה שכתבו האחרונים בזה אין בהם כדי להניח את הדעת גם יש לעיין בזה האיך שייך לאמר כלל להשטות נתכוונתי דהלא לכאורא סותר גמי ערוכה בקדושין מ"ג ע"א אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמר להם אתם עדי ה"נ דאינה מקודשת ועי' פירש"י ותוס' שם ועי'

במרדכי סנהדרין פ' ז"ב שכ' וז"ל הא דצריך שיאמר אתם עדי ה"מ בתביעת ממון כו' דהיינו דיבור כנגד דיבור אבל במעשה כעין קידושין לא מצי אמר משטה כדאמרינן בפ' האיש מקדש כו' ומכאן פסק רשב"ם בפני זקנו רש"י ז"ל דכל תנאי שבני אדם מתנים כו' לא שייך לאמר משטה כו' עיי"ש:

ובזה מיושבין דברי הרמ"א סי' פ"א סעי' ב' לענין ציבור שמתחייבים בהודאתם אינם יכולים לטעון טענת משטה עיי"ש בש"ך ובאחרונים ולפ"ז גם בע"א אינו יכול לטעון טענת משטה ועי' בקצוה"ח סי' פ"א ס"ק י"ב מ"ש דגם בהודאה בע"א בקרקע דל"ש בהו טעמא דנסכא דר"א ואין כאן משום מחויב שבועה מ"מ כיון דגבי הודאה בפני ע"א אמרינן דאינו משטה שוב אינו נאמן לטעון כן אף במיגו דהוה כמיגו במקום אנן סהדי, ועי' ש"ך ס"ק ח' שכתב לענין שכ"מ דל"א גביה טענת משטה אפי' אחרים ששתקו בפניו דאפי' אם ליכא עדים כלל א"י אח"כ לטעון טענת משטה אפי' דאיכא מיגו מעליתא דלהד"ם מ"מ הוה מיגו במקום עדים וכן משמע מבעה"ת שהביא הש"ך ובמק"א הארכתי בביאור הדבר אבל חזינן דהוא דבר פשוט דבמקום דל"ש טענת השטאה אף מיגו לא מהני ואף דליכא עדים כלל א"כ הכא בקידושין שאין שייך בזה טענת השטאה כנ"ל א"כ מה מהני בזה מיגו ונצבה כמו נד הקושיא שהתחילו בזה דהאיך ס"ד כלל לאמר טענת השטאה ולמה לנו כל האריכות אם מהני מיגו במקום ע"א הלא אפי' במקום דליכא עדים כלל גם כן לא שייך זאת דבקידושין ל"ש טענת השטאה ובמקום דאמרינן דאינו משטה גם מיגו לא מהני כמ"ש הש"ך והאחרונים:

לזאת נ"ל דכיון דפשוט הוא אשר בעינן כונה להקנות וכל זמן שלא כיון לקנות או להקנות לא הוה קנין וכן בקידושין אם לא כיון לקדש או היא לא כונה להתקדש לא מהני א"כ אם אמר דלא כון להקנות רק מתעסק היה אז אם דבר פשוט הוא דהוה קנין מעליתא אינו נאמן לומר שלא היתה כונתו להקנות דאנן סהדי דמשקר אבל אם יש מחלוקת בזה נאמן לאמר דלא ידע וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ב וכמו שהבאנו למעלה בדברי התוס' ב"ב מ"ח ומקידושין מ"ו ולפיכך אף דאנן קיי"ל כמ"ד דמהני הקנין או הקידושין מ"מ אם אית ליה מיגו נאמן לאמר לא ידעתי דמקנין בכה"ג ולא היתה כונתו להקנות:

וכן צריך לאמר הכונה בדברי התשב"ץ סי' ע' שהביא הב"י ורמזה הב"ש עיי"ש בלשון השאלה שאמרה משטה הייתי בך כיון שהייתי יודעת שעדות נשים אינו כלום כו' ובכה"ג שפיר כתב דכמו דע"א אינו נאמן בהכחשה לא מהני ג"כ בכה"ג וטעמא דמילתא כמ"ש הב"ש דהוה מטעם מיגו ובזה סרה גם טענת החלקת מחוקק דהו"ל דברים שבלב דבאמת לא אמרינן דברים שבלב לא הויא דברים רק היכא דתנאי היה בלבו וכדומה

אבל הלא בודאי שיהיה דעתו להקנות אבל אם אינו יודע שמקנים בזה בודאי לא מיקרי דברים שבלב וכמו דאמרינן גיטין כ"א גבי ההוא זקן עם בני הכפר דהלא הלכה רווחת שבעינן שיהיו פיו ולבו שוין והמתכון לאמר תרומה ואמר מעשר לא אמר כלום עי' בפסחים ס"א ובשארי מקומות (והיה נ"ל לאמר דל"א כלל דברים שבלב לא הוי דברים היכא שבלבו לא היה כלל להקנות בהקנין שעושה מחמת דאדרבא בעינן פיו ולבו שוין וע"כ לא אמרינן דבשב"ל רק היכא דדעתו היא לשם קנין רק יש תנאי בלבו אז אמרינן דברים שבלב והא דרוצה הגמ' לאמר גבי גט מעושה דמהני מטעם דברים שבלב התם שאני דהלא כופים אותו שיגרש ושיקנה מיקרי מחמ"ז דעתו להקנות רק שבלבו לבטל הקנין ועי' בר"ן נדרים דף כ"ח ובשבועות פ"ג מ"ש לענין יאסרו פירות עולם עלי דבאונס מיקרי פיו ולבו שוין כי רצונו לאמר הדיבור שיהיה מהני וסמך לדברי מהא שכתבו לחלק דבקידושין וכל הקנינים ל"א טענת משטה ואם היתה שיכת בזה סברת דברים שבלב הלא בפשיטות לא היתה שיכת טענת משטה ולא היה מהני אף אם בלבו להשטות אע"כ כמ"ש דהיכא דהיה בלבו שלא בכונת הקנאה אין שייך כלל דברים שבלב דכונת הלב מעכב ההקנאה והסברא נכונה אך לא עיינתי בזה וצ"ע לעת הפנאי:

וא"כ הכא דרגילים לקדש בזמטוטי כלה תחת החופה בנימוסים נהוגים ואומר דלא היתה כונתו מעולם לשם קידושין ולא ידע שמקדשין בכהאי גונא דנאמן לאמר כן במיגו דמכחיש העד דהיה נאמן ולא הוי כמיגו במקום אנן סהדי, וגם אפ"ל דבשני עדים כה"ג לא הוי כמו אנן סהדי היכא שהיה דרך שחוק אבל בע"א בודאי לא הוה כמו אנן סהדי דכונתו לשם קידושין כיון דהוה מחלוקת הפוסקים במקדש בע"א אם הוה קידושין א"כ לא שייך בכה"ג כו"ע ידעי כנ"ל ובודאי נאמן לאמר לא ידעתי שמתקדשת בכה"ג ולא היה כונתו לקידושין מעליא, ועי' בתשובת מיימוני הל' אישות סי' א' שכתב דאינה נאמנת לאמר דרך שחוק ולהשטות נתכונתי בשגם דהוה דברים שבלב ולכאורא לא היה צריך להך טעמא דהלא בלא זה לא שייך במעשה קנין חדש טענת השטאה כמו שמוכח מהא דקידושין מ"ג וכחו שכתבתי למעלה וי"ל דשאני התם בנידון דהגה"מ שבשביל מעשה קבלת הקידושין לא היה שם חשש קידושין דהמעשה היה שזרק לה בחיקה והיא ניערה תיכף ואם לא היה מקדמת אמירתה מעיקרא פלוני בא וקדשני לא היה כאן חשש קידושין כלל וכל עיקר החשש הוא משום שאמרה מתחילה בא וקדשני דילמא נתרצתה ושוב א"י לחזור בה אפי' תכ"ד עיי"ש ובאופן זה שפיר היה סברא לאמר להשטות נתכונתי דבאמירה בלא מעשה שייך טענת השטאה ושוב לא היה חשש בהמעשה כיון דניערה תיכף ומשו"ה איצטריך לאתויי עלה מטעם דברים שבלב כיון דהוא סותר

לדבריה שאמרה בפירוש ול"א טענת השטאה ולא בהודאה שרגילין להשטות ואין כאן חיוב חדש א"כ אין שייך כאן דברים שבלב כיון דבדיבורו לא עביד מידי:
ועי' בתשובת הב"ח סי' צ"ז שנראה שהבין בדברי תשובת הג"ה מיימוני הנ"ל שמטעם נאמנות אתי עלה היינו שאינה נאמנת לאמר לשחוק נתכונתי ומשו"ה מחלק בין ע"א לשני עדים דהיכא דאיכא שני עדים אינה נאמנת לאמר לשחוק נתכונתי אבל בע"א נאמנת לאמר לשחוק נתכונתי אבל לפמ"ש למעלה הכונה דברים שבלב לא הויא דברים לא משום נאמנות אתינן עלה ואף אם יבא אליהו ויאמר דלא כונה אין כאן חשש קידושין וגם אם נתקדשה לקרובי המקדש אחר גירושין של הראשון ל"א שוי' אנפשה חד"א (אפי' אם אמרינן שויא חד"א נגד אנן סהדי והדברים ארוכים) וכן נראה מפשטות הגמ' ומסתימות הפוסקים (רק בטענות השטאה כיון דלא היתה הכונה כלל לשם קידושין ולא הויא פיו ולבו שוין צ"ע) ולא שייך לחלק כלל בדברים שבלב בין ע"א לשני עדים רק אם טוענים שלא כונו לשם קידושין היינו שלא ידע שאשה מתקדשת כה"ג בודאי י"ל דנאמן כיון דבדבר שא"י לכל ובפרט היכא דאיכא מחלוקת הפוסקים נאמן לאמר לא ידעתי הדין ושפיר מהני כאן מיגו דנ"ל נכון בזה ובפרט אחרי שקידושי ע"א אין זה רק חומרא בעלמא כי רוב גדולי הראשונים פסקו דאין חוששין רק הסמ"ג הוא שכתב דחוששין לדרב פפא ראוי לסמוך על דברי הב"ח ולפמ"ש דנאמן במיגו להכחיש העד:
אך לכאורא יש עוד לפקפק בזה ע"פ דברי התשב"ץ בתשובה ח"ג סי' פ"ד כתב וז"ל ועוד הרי בסמ"ג וסמ"ק מצריכין גט בקידושין שהם בע"א ואפי' לפי דברי המקילין כשאין שם אלא ע"א יודו שאם היו שנים אלא שהאחד ראה והב' לא ראה והמקדש והמתקדשת מודים שצריכה גט כו' עיי"ש הרי לדבריו היה בכאן חשש קידושין בשני עדים כיון ששנים היו באותו מעמד אף שהאחד לא ראה הוי קידושין לכו"ע אך באמת צ"ע דברי התשב"ץ ונראה דלאו כו"ע מודו בזה דהנה במס' כתובות כ"ג ע"א אמר אביי תרגמא בע"א ע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה תרווייהו בפנויה כו' ואין דבריו של אחד במקום שנים וכתבו בתוס' ד"ה תרווייהו כו' לא היה צריך לכך דאפי' ליכא אלא ההוא דאמר נתקדשה לא תצא דאין דבר שבערוה פחות משנים אבל תימא כו' דהו"ל לאוקמי אחזקה וי"ל כגון שאנו יודעים שזרק לה הקידושין ומספקא לן אי קרוב לו כו' דכיון דודאי זרק לה הקידושין לית לן למימר לאוקמה אחזקה להתירה כו':
וצ"ע דלפמ"ש התוס' דליכא כאן חזקת פנויה א"כ האיך כתבו מתחילה בפשיטות דאפי' ליכא אלא ההוא דאמר נתקדשה אין דשב"ע פחות משנים דהלא כיון דליכא חזקה אפשר דאפילו עד אחד נאמן ובפרט די"ל דהכא איירי בשותקת או באמרה א"י ועי' למעלה

שהארכתי בזה בהא דאין דשב"ע פחות משנים היכא דליכא חזקה (ועי' במהרי"ט שכתב דכונת התוס' דהיא חומרא מדרבנן כיון דאתרע חזקה ולפ"ז יש ליישב דברי התוס' אבל כבר האריכו בזה האחרונים וגם אנכי הארכתי בזה במק"א ואכ"מ) אע"כ דכונת התוס' דהלא כיון שרק ע"א יודע מהקידושין שהיה קרוב לו והאחר אף אם לא היה מכחיש אבל כיון שאינו יודע הלא הוה רק קידושין בע"א דלא הוה קידושין ועולה שפיר כונת הפוס' דאין דבר שבערוה פחות משנים ואי לדברי התשב"ץ הלא כיון דהיו בעת הקידושין שני עדים אף שהאחד לא ראה אפי' למ"ד דאין חוששין בקידושי ע"א בכה"ג מודה דחוששין אין מקום לדברי התוס' אע"כ דהתוס' לא ס"ל סברת התשב"ץ:

ועי' בר"ן כתובות פ"ב שהקשה ג"כ קושית התוס' וכתב וז"ל משמע טעמא דמכחיש הא לא אמר כלום כו' והא ע"א בקידושין לאו כלום הוא משום דאין דשב"ע פחות משנים וכיון דטעמא משום הכי אפי' אם אמר נתקדשה בפני ובפני אחר לאו כלום הוא פי' הרמב"ן דר"פ לטעמיה דאמר התם דהמקדש בע"א חוששין לקידושין כו' דהתם גרסי' ר' פפי כו' והרי רב אלפסי כתב להא דרב פפא בהלכתא והרמב"ם ז"ל בפ"ט מהל' אישות כו' לפיכך נ"ל דהכא עסקינן כגון ששניהם מודים שזרק לה קידושין אלא שהם חלוקים אם קרוב לו כו' ועבידי אינשי דטעו בקרוב לו בקרוב לה אמרינן דמדרבנן לא הנשא דחיישינן שמא בשעת הקידושין שניהם ראו וקרובים לה היו וזה טועה עכשיו כו' עיי"ש ומוכת בהדיא דלא סבירא ליה סברת התשב"ץ דלהתשב"ץ בכה"ג שהיו שני עדים בשעת הקידושין גם מאן דפליג על ר"פ מודה דחוששין גם מדהוצרך לאמר בתירוצו שחוששין שמא בשעת הקידושין שניהם ראו וקרובים לה היו משמע בהדיא דאם אחד לא ראה לא מיקרי רק קידושין בפני ע"א וכן משמע בריטב"א שם:

ועי' בש"מ שכתב בשם תלמידי רבינו יונה דברים שמשמען כדברי התשב"ץ שכתב וז"ל דמיירי כגון שזרק לה קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה וע"א מעיד שהיה קרוב לה (וט"ס יש שם) ומ"מ תרווייהו מודו שענין קידושין היה שם ואם היה בא הע"א שאומר שזרקו קרוב לה לא היינו מתירין אותה כיון דאיכא ע"א נמי שאומר שקידושין היו ביניהם כו' עיי"ש ומשמע לכאורא שרצוננו לאמר כהתשב"ץ אבל באמת נראה דאין ראיה מזה כלל רק כונת הש"מ למ"ש החלקת מחוקק באה"ע סי' ל' ס"ק ז' משמע דאם העדים מסופקים אם קרוב לו או לה זה מיקרי ספק וא"כ שפיר כתבו תר"י דאם לאחד היה ספק בודאי דהיו חוששין לקידושין והוי כ"ש לאם שני העדים אינם יודעים ואף שאח"כ כתב הח"מ בשם המרדכי דאם העדים מסופקים למי קרוב יותר הוי כמקדש

בלא עדים וכן כתב הב"ש בשם הג"ה אשרי אך כבר העיר הדג"מ בזה כי לא נמצא בזה בהג"ה אשרי גם במרדכי לא נמצא מזה:

ומכבר אמרתי בהערת סברת הגה"א והמרדכי ליישב קושית הר"ן על הרמב"ם שפסק קטן שקידש ובעל וכן קידש בפחות משו"פ ובעל צריכה גט מחמת ודאי קידושין וקידש על תנאי ובעל לא הוה רק ספק והעיר הר"ן הלא בכתובות ע"ד עולא אמר ר"א בחדא מחתא מחתינהו להנך תלת מילי ואמר קטן שקידש כו' פחות משו"פ על תנאי כו' צריכה גט ולמה פלגינהו הרמב"ם עיי"ש: וי"ל דהנה בטעמא דקידש על תנאי ובעל צריכה גט י"ל שני טעמים או מחמת דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות קידש קידושין גמורים בלא תנאי מחדש בביאה זו או דמחל על תנאו ועי' בתוס' דף ע"ג ע"ב ד"ה אלא טעמא דרב כו' והנה הא דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ע"כ צ"ל דהיא ודאי ולא מטעם ספק וההכרח לפי סברת הגה"א והמרדכי הנ"ל דאי הוה ספק א"כ הוה כמו ספק להעדים ולא הוו קידושין כלל דהוה כמקדש בלא עדים ולפ"ז י"ל דלא נוכל לאמר כן רק היכא דידוע לן שקידושין הראשונים לא הוו קידושין כמו קידושי קטן וקידושי פחות משו"פ ומוכרח לאמר דזה הוא ודאי שאין אדם עושה בעב"ז והוי ודאי קידושין דאם נאמר דאין זה רק ספק אצלינו לא הוה קידושין כלל דהוא כמקדש בלא עדים אבל במקדש על תנאי ובעל דאדרבא לא נוכל לאמר דבודאי הוא מקדשה כעת דהלא אין זה רק ספק דילמא מקויים התנאי וכיון שהתנאי הוא מקויים לא תהיה בעילתו בעילת זנות א"כ פ"כ אין אנו יכולים לאמר כמ"ש התוס' דהטעם משום דמקדשה מחדש כמו בקטן שקידש דהרי כיון דכאן אינו רק מחמת ספק שמא לא תקיים התנאי א"כ לא הוה רק ספק אצל העדים והוה כמקדש בלא עדים אע"כ שאין הכונה רק שהוא מוחל על תנאו ושפיר י"ל דלא הוה רק ספק אם רוצה למיחת לספק בעילת זנות או לא א"כ שפיר היה מוכרח הרמב"ם לפסוק בקטן שקידש דהוה ודאי קידושין דכיון שכאן הוא מחמת קידושין מחדש אם לא היו כאן ודאי קידושין אף ספק קידושין לא היה בזה כנ"ל אבל בקידש על פנאי שפיר י"ל דלא הוה רק ספק אם מוחל התנאי או לא:

ועי' בדף ע"ג. ע"ב שהגמ' מחלק בין תנאי ובין קידושי קטן ופחות משו"פ מחמת האי טעמא דהתם הוי ודאי בעילת זנות ובתנאי לא הוה רק ספק ולכאורא יש להעיר על הא דמקשה הגמ' שם איתיביה הריני בועלך כו' אע"פ שלא רצה האב מקודשת רשב"י אומר משום ר"ש רצה האב כו' והא הכא דכטעות אשה אחת דמי ופליגי וקושית הגמ' היא מת"ק דס"ל אע"פ שלא רצה מקודשת ומאי קושיא דילמא טעם פלוגתתם משום ברירה הוא ועי' בגיטין כ"ה דלמאן דס"ל דאפי' תולה בדעת אחרים אין ברירה גם ברצה האב

אינה מקודשת ולפ"ז לא קשה מידי קושית הגמ' די"ל דת"ק סבירא ליה דאין ברירה וא"כ הוה כמו קידושין פחות משו"פ וכמו קידושי קטן דבודאי אמרינן דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והוי קידושין ועי' בתוס' ע"א ד"ה אלא כו' דאמרינן שהתנאי היה משום כתובה ושפיר י"ל בטעם פלוגתתם כנ"ל וצ"ע בקושית הגמ':

ובמק"א הארכתי ליישב ע"ד פלפול אבל לפי דרכנו אפשר לאמר ע"פ מה שכתבנו למעלה דבדבר דאיכא מחלוקת הפוסקים נאמן אדם לאמר לא ידעתי הדין כמו שהבאתי לזה סמוכים מדברי התוס' דב"ב ומדברי הש"ך סי' מ"ג ואם נאמר דבטעות אשה אחת ל"א אין אעבב"ז היכא דלא הוה ודאי בעילת זנות א"כ גם הכא הלא בודאי יהיה נאמן אח"כ לאמר לא ידעתי הדין דאין ברירה וכיון דהיה סבור לאמר דיש ברירה א"כ הוה כמקדש ע"מ שאין בה מומין דלא אמרינן א"א עבב"ז ומשו"ה אף אם כעת אינו אומר לא ידעתי הדין ואומר דהיתה כונתו לקידושין שלא לשם תנאי מ"מ הוה כמקדש בלא עדים וכסברת המרדכי והגה"א הנ"ל ויש להאריך בזה:

גם יש לאמר ליישב הקושיא בפשיטות דלק"מ דהלא אף אם נאמר אין ברירה הוא רק מטעם ספק ואם נאמר דהיכא דלא הוי רק ספק בעילת זנות ל"א אין אדם עבב"ז א"כ גם אם ידע הדין דאין ברירה לא היה להיות מקודשת בודאי והרי בגמ' פרכינן על הא דטעות אשה אחת מקטנה ונתגדלה ואף דקידושי קטנה בודאי אינם קידושין מה"ת מ"מ כיון דקידושין דרבנן עלה הוה כמו המקדש על תנאי ול"ד לקידושי קטן ופחות משו"פ עי' בתוספת מ"ש בזה א"כ ה"ה אם יתבטלו הקידושין מטעם דאין ברירה אשר מ"מ ספק קידושין יש כאן אך יש לחלק בין קידושי דרבנן בודאי דבמקום קידושי דרבנן אין כאן אף ספק בעילת זנות דהא רשאי ליקח לכתחילה קטנה אבל הכא הא איכא בודאי ספק בעילת זנות מטעם דאין ברירה ולא דמי להמקדש על תנאי ובעל לפי מאי דסבירא להגמ' השתא דלא מטעם דמתרצה על ספק בעילת זנות רק דסמכה שיקויים התנאי ואפי' בע"מ שירצה אביו סמכה דעתיה שיתרצה האב ולאו דוקא דקדק רש"י בד"ה לא טעות כו' דסמכה דעתיה שאם לא תקיים תנאה לא היתה נשאת לו דה"ה בע"מ שירצה אבא יש כאן סמיכות דעת וזהו מוכרח בדברי המקשן שהקשה מהריני בועלך ע"מ שירצה אבא אבל בספק דאין ברירה דלא שייך כאן סמיכות דעת י"ל דלכו"ע הוי כטעות פחות משו"פ וכקידושי קטן דאמרינן אף בטעות אשה אחת אין אעבב"ז אך לפי מה שכתבנו ליישב ע"פ שיטת הגה"מ והמרדכי עולה על נכון ויש להאריך עוד בזה:

וברשב"א בחידושיו ליבמות ל"א מבואר ההיפוך שפירש בשם ר"ח הך דספק קרוב לו כו' כגון דהספק להעדים עיי"ש הרי דסבירא ליה דלא כהגה"א הנ"ל ואף די"ל דאיירי

כגון שאומרים העדים ששכחו אם היה קרוב לו כו' אבל בעת מעשה ראו דבכה"ג בודאי הוה ספק קידושין אבל פשטות דבריהם משמע דאף בכה"ג הוה ספק וי"ל דגם תר"י שהביא השיטה סברי כהרשב"א בזה כיון דהיה ספק להעדים אם קרוב לה הוי ספק קידושין אבל לא כהרשב"א שרוצה לאמר דאף אם לא ראה עד השני כלל ענין הקידושין: ולפ"ז אדרבא גם מדבריהם יש להוכיח דלא כהתשב"ץ מדדקדקו לאמר שעד השני ג"כ אומר שהיה ענין קידושין ביניהם הרי משמע בהדיא דאם לא היה רואה כלל אף ספק לא היה כאן דהוי כמקדש בע"א דקיי"ל דאין חוששין לקידושין ודלא כהתשב"ץ וי"ל דגם התשב"ץ לא קאמר דלא כעובדא דידיה שנתכנסו המקדש והמתקדשת לקידושין והוזמנו לכך ואפשר לדמות למ"ש התוס' בכתובות כ"ג בתירוץ שני כגון שהיו (נרות דולקות ומטות מוצעות ועומדות לקדש דכה"ג לא אמרינן אוקמי אחזקת פנויה וצ"ע. ועי' בתרה"ד סי' רי"ב ומשמע ג"כ דלא ס"ל כהתשב"ץ שכתב לתרץ הא דאחד אומר נתקדשה כגון שהיו שם עדים אחרים ולפי דברי אותו העד ראו שהיה קרוב לה עיי"ש משמע דבלא"ה אם לא ראה רק ע"א אף שהיו שם עדים אחרים לא הוה רק כמקדש בע"א ואפי' לפי מה שרצה התרוה"ד לאמר דע"א יכול לאוסרה היינו דוקא אם לפי דבריו היו שני עדים בראית הקידושין אבל אם מודה שהעד השני לא ראה גם התרוה"ד מודה בזה וגם בזה כבר השיג עליו הב"י מדברי תשובת הרשב"א עיי"ש לזאת לדעתי דברי התשב"ץ המה נגד דברי הראשונים והאחרונים ואין לחוש להם כל כך למעשה אך בנידון שלפנינו גם התשב"ץ יודה דהלא לפי המבואר בגב"ע אמר העד השני שהוא ישב מצודד באופן שלא היה יכול לראות אם כן לכו"ע אין כאן חששא רק מחמת קידושי ע"א וכבר ביררנו למעלה שנאמן לאמר לא היתה כונתו לשם קידושין רק כמתעסק בעלמא במיגו שהיה מכחיש העד:

ויש עוד להעיר בזה ע"פ דברי רש"י שם בקידושין ס"ה וז"ל שניהם מודים לדברי העד מהו הא דתניא אין חוששין לדברי העד משום דלא מהימן והא הימנוהו כו' הרי דפירש הטעם דנאמר חוששין הוא משום דהם הימנוהו במה שנתרצו שניהם לקדש לפניו והימנוהו עליהם לעד ולפ"ז י"ל דהיינו דוקא אם שניהם מודים שהימנוהו עליהם אז חוששין אבל אם לפי דברי אחד ובפרט אם לפי דברי שניהם לא הימנוהו עליהם לעד כלל ולא היתה כונתם לשם קידושין רק לשחוק לכו"ע אין כאן חשש קידושין גם י"ל הא דלא אמרינן בקידושין שנאמן לאמר משטה אני רק אם נתרצה להתקדש לו ודברו שניהם על עסק קידושין אבל אם היא לא דברה מזה מהימן לאמר להתעסק לשחוק בעלמא

עשיתי זאת גם יש לצרף להאמין לו מחמת חזקת כשרות ולא עביד עבירה דמקדש בלא שידוכי כיון שלא היה ביניהם שום דיבור על עסקי קידושין:

ועיין בתשובת מהר"מ לובלין סי' ס"ד שכתב וז"ל הטעם הג' כי מאחר שאין זה נהוג עתה במדינות הללו בזמננו לקדש שום אשה כי אם בעת כניסתה לחופה כו' ופשוט הוא שאפילו אם היה האמת כמו שהעיד העד היה הכל דרך שחוק ובדיחותא ולא היה שום כונת קידושין כו' אנן סהדי שלא היה הכל כ"א דרך שחוק ואין בית מיחוש של קידושין כלל כו' עיי"ש הרי שצירף טעם זה להקל אף בעובדא דידיה שהמקדש עומד וצוח שקידש אותה באמת והיתה כונתו לשם קידושין עכ"ז כתב מהרמ"ל שאנן סהדי שאין כאן חשש קידושין ורק לשחוק בעלמא היו מעשיהם וגם הגאון מוהר"ח כהן מלבוב בתשובותיו חלק אה"ע סי' מ"ג כתב להאמינה שלא היתה כונתה לקידושין מפני שהיו הקידושין בשוק אף שידעה שמקדשה בזה מ"מ צידד להאמינה שלא היתה כונתה לקידושין מחמת שהיה דרך בזיון ואף שהיו בפני שני עדים עיי"ש שכתב מחמ"ז שאין כאן אלא ספק קידושין וא"כ כש"כ בנ"ד שראויה להצטרף סברא זאת שאין כאן אנן סהדי שלא כיון להשטאה דכל עיקר הספק שחששנו בזה לא להאמינם בטענת מיגו הוא רק מחמת אנן סהדי כמו שכתבנו בשם הש"ך והאחרונים בסי' פ"א והכא הרי בודאי ראוי לצרף סברת מהרמ"ל והר"ח כהן שכה"ג ראוי להאמינו שלא כון לקידושין ולא היה רק כמתעסק לשחוק ולכל הפחות אנן סהדי אין כאן ושוב פשוט הדבר שנאמן כאן במיגו לאמר לא כונתי לקידושין במיגו דהיה מכחיש העד:

ועי' בחת"ס שכתב באיזו מתשובותיו לפקפק שאין המקדש נאמן לאמר משטה הייתי אף במקום ע"א רק בהאשה אם היא אומרת לא כונתי רק לשחוק נאמנת עיי"ש שהאריך בזה אף כי יש לפקפק בדבריו ואין ראוי לבנות עליהם דיק אבל בכה"ג אחרי מה שהראיתי פנים מסבירות בנ"ד שגם להאיש ראוי להאמין בודאי ראוי לצרף מה שהאשה העלמה בנ"ד אומרת שלא ידעה לא בשעת מעשה ולא אח"כ משום חשש קידושין בודאי יש להקל בנ"ד ולאמר שאין כאן חשש קידושין וניכר הדבר שלא היה כל הענין רק לשחוק בעלמא ואף הסמ"ג המחמיר בקידושי ע"א מודה בכה"ג גם ראוי להעיר שט"ס הוא בתשב"ץ ח"ג סי' פ"ד הנ"ל שכתב בשם הספר מצות קטן (הסמ"ק) שפסק דחוששין לקידושי ע"א שנראה שט"ס הוא בשם ובאמת דעת הסמ"ק שאין חוששין לקידושי ע"א ואגב שיטפיה כתב בשה המצות גדול והקטן כי אין זה אלא בסמ"ג ולא בסמ"ק וצ"ע בגוף הספר:

ד) היתר הרביעי מצד שגם העד המעיד לא ראה רק איך שנתן ידו על ידה אבל גוף נתינת הטבעת לא ראה רק בדרך השערה התחיל להעיד שנתן לה הטבעת מחמת ששמע בקשתה לשאל ואח"כ שימת ידו על ידה אבל אין זה רק אומדנא ולא ראיה להעיד:

ועי' דברי הרמ"א אה"ע דידיעה בלא ראיה מהעדים לא מהני וברשב"א בתשובה מבואר כמה פעמים אף שהיתה הנתינה בודאי אין כאן קידושין אם העדים לא ראו הנתינה וז"ל התשב"ץ ח"ג ת' פ"ד במעשה שהיו הקידושין בפני שני עדים כו' ואף על פי שא' אומר אע"פ שאמת היו הדברים שלענין קידושין נכנסו שניהם האיש והאשה כו' אלא שלא ראה נתינת הטבעת כו' כיון שנתקדשה] באותו מעמד והאיש והאשה מודים וע"א אומר שראה המסירה אע"פ שעד השני לא ראה כו' כיון שהדבר אמת שקבלה אף שלא ראו המסירה וכ"ש שאחד ראה והשני לא ראה:

וי"ל דכונת התשב"ץ היינו שראו אח"כ יוצא מת"י הקידושין וכן נראה מ"ש כיון שהדברים ברורים שקבלה כו' וע"א לא ראה המסירה הרי דרק המסירה לא ראה אבל אח"כ ראינו הכ"ק יוצא מת"י וגם זאת דהזמינו א"ע לקידושין ונכנסו לשם כך והוי כעובדא דמרדכי בשם ספר החכמה ומהתשובה שממנו מוכח להדיא שאם יכול להיות שלא בא לידה אף שהוא לא שכיח מ"מ אינה מקודשת כיון שהעדים אינם יודעים בבירור שבא לידה וגם המרדכי הנ"ל אייריי דוקא באופן הנ"ל שאח"כ ראו כסף הקידושין אצלה ועי' במקנה ובתומים סי' צ' ועי' תשובת נוב"י חאה"ע סי' נ"ח דברור אצלו באם הטבעת אינה יוצאת מת"י דל"מ אף להמרדכי:

סימן יד

עי' בריטב"א גטין כ"ז במתניתין דהמביא גט שכ' דע"א אינו נאמן באבידה לאמר של פלוני הם ולכאורא יש לעיין על הנך פוסקים דסברי דע"א נאמן היכא דליכא חזקה מהא דאמרינן יבמות צ"ג באיבעיא דע"א ביבמה כי תיבעי לך למשרי יבמה לעלמא מ"ט דע"א נאמן משום דאיהי דייקא ומינסבא ועי' רש"י ד"ה יבמה לעלמא בע"א אומר מת בעלך ואח"כ מה בנך ע"א א"נ לסברא דאיהי לא דייקא וקשה הא אין כאן חזקה לא להיתר ולא לאיסור ובזה ע"א נאמן מדאורייתא אף בדבר שבערוה ומכ"ש שם הא איכא חזקת איסור ליבם וחזקת היתר לשוק דהא ידעינן שהיה לה ועד עתה היה לה חזקת היתר לשוק וכמבואר תוס' יבמות ל"א ע"א ד"ה נפל דלהכי נקרא חזקת היתר לעלמא דבמיתת הבעל משתריא לשוק ובמיתת הערוה אינה ניתרת ליבם עד שימות הבעל עמה וה"נ כן הוא דבמיתת הבעל מותרת לעלמא ובמיתת הבן אינה ניתרת ליבם עד שימות הבעל נקרא חזקת היתר לשוק ואמאי ע"א א"נ מדאורייתא אף דל"ש דייקא ודוקא בעד המעיד

שמת בעליך בהא א"נ מדאורייתא מטעם חזקת א"א ובפי סברא דדייקא דרבנן תיקנו ע"ז דנאמן העד אבל בידעינן שמת הבעל והבן ולא ידעינן מי מת קודם למה ע"א אינו נאמן לאמר מת הבעל מקודם הא שניהם בודאי מתו ומוכח מזה דמדרבנן אף כשיש מזקת היתר לשוק א"נ ע"א ומכ"ש באין כאן חזקת היתר וחזקת איסור:

ונראה דבדבר שבערוה אף הסוברים נאמן בליכא חזקת איסור וחזקת היתר היינו בדליכא שום חזקה אבל בדאיכא תרי חזקות הסותרות ולכל צד יש חזקה אין ע"א נאמן להכריע וכעין סברא זו כתבתי למעלה היכא דאיקבע איסורא אין אחד נאמן וא"כ התם ביבמות אף שיש חזקת איסור ליבם מ"מ יש כאן חזקת חי מהבעל המסייע ליבם וחזקת חי מהבעל מורה שמת אחר מיתת הבן ואף שגם להבן יש חזקת חי אשר מורה דמותרת לעלמא מ"מ הוי תרי חזקות הסותרות זו את זו ואינו נאמן העד אחד מאחר שיש לזה חזקת חי ולזה חזקת חי ובלא העד אף שיש כאן חזקת היתר לעלמא ודאי מדרבנן אסור ומבואר ביבמות דחולצת ולא מתייבמת וגם התם בנפל הבית עליו ועל בת אחיו אתרע לשניהם חזקת חי משעה שנפל הבית עליהם ולהכי שם הוי חזקה לעלמא וחזקת חי לשניהם ליכא משא"כ הכא שיש לשניהם חזקת חי אפ"ל דמדאורייתא ע"א אינו נאמן מ"מ בגיטין דף ב' מוכח דאף במיעוטא דמיעוטא אין ע"א נאמן מדרבנן ומכ"ש בליכא חזקה:

שוב ראיתי בסי' ל"ז סכ"ב בח"מ שכתב להסתפק דאפשר אף בבא ע"א ואמר למי א"נ אף שיש לאחד עד המסייעו א"נ בדשב"ע ובב"ש סק"נ דמסיק בשם מהרי"ט דמסתבר כיון שהיא לא אתחזקה באשת איש מהני ע"א ולכאורא קשה על שיטת הסוברים דמהני ע"א באבידה מהא דמבואר קידושין ע"ד נאמן דין לאמר לזה זכיתי ולזה חייבתי והקשה הגמ' ולהדר ולידייני ומשני בשודא דדייני דדילמא יעלה במחשבתו כעת דלזה אוהב יותר ושודא לא שייך רק בשניהם אינם מוחזקים וא"כ אמאי א"נ ע"א וי"ל דדוקא היכא דליכא ברי וברי נאמן פ"א בממון היכא דליכא חזקה אבל בברי וברי אין ע"א נאמן אף דליכא חזקה ויהיה מזה הוכחה למ"ש למעלה ליישב הך דסימנים וסימנים וע"א לדעת הר"ן וכמו שהסברתי דלא הוי מטעם עדות ואין לדחות דהכא היינו טעמא ע"פ סברת התוס' ב"מ ב' דהא הנפקד תופס בחזקת שניהם והוו שניהם מוחזקים דהא מבואר בסי' קצ"ב דבהפקידו שנים אצל אחר שנאבד מקצתם אזלינן בתר רובא ולא בתר חזקה אך י"ל דבתר רובא שפיר אזלינן כיון דהחזקה אינה מכרעת דהא איכא חזקה לזה כמו לזה אבל בע"א כיון דאיכא שתי חזקות המנגדות אין ע"א נאמן וכנ"ל:

ועי' במרדכי ר"פ האומר שכ' דהא דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה היינו אף אם לדברי העד היתה בחזקת א"א לזה א"נ לעקור החזקה אבל אם לדברי העד מעולם לא היתה בחזקת א"א ל"ש בזה לאמר אין דבר שבערוה פחות משנים ועי' בנתיבות סי' ר"פ שהקשה שם על הא דמבואר בשו"ע באחד מן היורשים שאמר על לוי זה אחינו שנוטל עמו בחלקו מת לוי ונפלו לו נכסים ממק"א יחלוק עם אחיו וחקר למה אינו נאמן לאחר על לוי שזה אחיו שירש כל נכסיו הא כל יורש צריך עדים וכתב דהא דצריך עדים היינו דוקא כשיש כאן יורש כגון שיש להמת אחים לפנינו ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש אותו נאמן ויורש אותו וצעק למה נותנים לו הירושה הא לא גרע מאבידה דאין ע"א נאמן לדעת הריטב"א גיטין וגם מדברי הרמ"א סי' רפ"ד מבואר דאף ע"י ע"א א"נ שכתב ולא מורידין קרוב לירושה ע"פ ע"א ומבואר דפוסק דאין ע"א נאמן לענין ממון אף היכא דליכא חזקת ממון דמדסתם משמע דאף היכא דהנכסים אינם תחת שום אדם דאינו נאמן ע"א ועי' בהג"א ב"ב קל"ז מבואר שם דלא כהנתיבות:

ובקושיתם י"ל כיון דאומר בעוד לוי חי שהוא אחיו נותן לו חלק מירושת אביו זה ראיה שהאמת אתו דמה לו לשקר לכך יורש אותו ועי' בשב שמעתתא שמעתתא ו' פ"ד דמסיק ג"כ דע"א א"נ בממון אף היכא שאינו נגד חזקה והביא ראיה מדברי הרא"ש פ"ק דב"מ דאין עד המסייעו פוטר היכא דהוי מתוך שאיל"מ והתם הוי להחזיק אפ"ה אינו קם לממון עי"ש אך לפמ"ש למעלה אין ראיה מכאן דהתם איכא סברא עדיפא מחזקת ממון דמחייבו ממון כמו שהארכתי מזה. ובסברא זאת דהוי כאילו שניהם מוחזקים יש לדחות הראיה שהבאתי למעלה מהא דתשובת הר"ן לענין חבורת קברנים דהתם הוי ג"כ כאילו היורשים מחזיקים בחזקת כל החבורות:

סימן טו

הארכתי במק"א לבאר הדין בע"א בדשב"מ שלא אתחזק איסורא ולייישב סתירת דברי הר"ן גטין פ' התקבל ובקידושין פ' האומר ובחולין פ' ג"ה והנה הר"ן חולין הנ"ל כתב בפשיטות דע"א באבדה מהני וצריך להחזיר ע"פ ע"א (ויעוי' בפ"מ יו"ד בכלליו שכתב בפשיטות להיפוך ונעלם ממנו דברי הר"ן הנ"ל) אך באמת נ"ל דלאו דכו"ע היא:

והנה יש להעיר מהא דאמרינן סימנין וסימנין וע"א יניח ולכאורא כיון דשניהם אומרים סימנים א"כ הוי כמאן דליתא ואמאי אינו נאמן ע"א אך כבר נתעורר בזה בת' הגה"מ הנ"ל משפטים סי' ו' וכתב דסימנים וסימנים הוי כשני עדים לזה ושני עדים לזה והו"ל הע"א כשנים ושלשה עדים יעו"ש וי"ל דע"א בעלמא בלא סימנים נאמן ע"א באבידה אבל מהרא"ש ב"מ מוכח דלא ס"ל כהגה"מ בזה דהלא כתב על הא דסימנים וסימנים

וע"א דצריך לשבע נגד העד אח"כ יניח ואם ס"ל כהגה"מ דסימנים הו"ל כעד אמאי זוקקו לשבועה הלא שלשה נגד שנים אינם זוקקין לשבועה אע"כ דהעד להרא"ש הו"ל בפ"ע א"כ צריך לאמר דאינו קם לממון אף דליכא מוחזק: ובגוף הסברא י"ל דאבידה היכא דבאה ליד מוצא הו"ל בעל האבידה מוחזק כמ"ש התוס' ריש ב"מ גבי שנים שהפקידו אצל אחד כיון דהוא מחזיק מכחם הו"ל שניהם מוחזקים וה"נ גבי אבידה היכא דבאה ליד המוצא ועד כאן לא כתבו התוס' ב"מ כ"ג דבעל האבידה אינו רק קודם שבא ליד המוצא משו"ה היכא דרוב עכו"ם הוה לן למיזל בתר רובא אף למאן דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ורק רבנן הזקיקו אותו להכריז לפ"ז אם קודם שבא ליד מוצא בא ע"א ואמר של פלוני הם נאמן ואסור לאחר להגביה ולא עוד אלא אפי' אם בא א' ואמר שלי הם י"ל דנאמן ואסור לאחר להגביה דהנה הרמ"א בסי' רכ"ב מביא דאם אמר א' מכרתי שדה זו וא"י למי ובא אחד ואמר לי מכרת צריך להחזיר לו וכש"כ הכא דאין אחד מוחזק בה אך כבר השיגו על הרמ"א יעוי' בפ"מ ירושלמי קידושין ויעוי' בש"ך ובביאור הגר"א שם: והארכתי במק"א לישב הסתירה שהעיר הגר"א בסי' קמ"ו סעי' ח' בחזקה שאינה מחמת טענה רק שלא אמר לי אדם דבר מעולם ובא אחר ואמר שלי הוא ואעפ"כ אין מוציאין מידו עד שיביא המערער עדים והוא מהרמב"ם ומ"ש הכא מהך דסי' רכ"ב וי"ל דהתם כיון דאמר מכרתי השדה היינו שקבל מעות מא' וא"י ממי ובא אחר ואמר ממני קבלת הו"ל ברי ושמא ובכה"ג ל"א דהוה כמו שא"י אם נתחייבתי כיון דבודאי חייב לאחד ואף דקיי"ל גזלתי וא"י ממי ובאו שנים דמניח גזילה ביניהם ומסתלק לר"ט שא"ה כיון דהוא יודע בברי שאינו חייב רק לאחד אבל כשאין כאן מי שמכחישו צריך לשלם לו מטעם בו"ש ברי עדיף כיון דאין חזקת פטור וחזקת ממונא ולדידן דקיי"ל כר"ע דהיכא דפשע צריך לשלם לכל אחד כמבואר בסי' רכ"ב שם ובסי' ש' ובסי' שס"ה פשוט דגם הכא אף דנאמר דלא הוי רק כמו לקח מחמשה ב"א דא"צ לשלם לכ"א דהוי כלא פשע יעוי' בסמ"ע וש"ך סי' רכ"ב וסי' ש' אבל הכא דאינו תובע אלא אחד צריך לשלם לו אבל בסי' קמ"ו י"ל דאיירי בנכנס בהיתר דאיירי בשדה שמונחת בורה דמותר לירד לתוכה ואף דשדה אינה דומה לבית דבית בכה"ג מיקרי לא עביד למיגר ופטור מלשלם שכירות כמבואר בסי' שס"ג מ"מ היינו דוקא בבית דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר אבל בשדה ל"א הכי דשדה הלא מכחשת ול"ה זה נהנה וזה לא חסר (דלא כהנתיבות שכ' דהוה כמו בבית ובעיני פשוט הדבר וראיה לזה מהא דב"מ ע"ג דל"א רק משום דמלכא אמר מאן דיהיב טקסא אבל בלא זה אף דבע"ב ברחו והניחו שדותיהם בורות עכ"ז שייך הפירות לבעלים) מ"מ כיון דקרקע אינה נגזלת ואינו מחויב בהשבה אינו מוציא רק ע"פ

עדים והוי כמו המבואר בסי' קל"ט גבי בא אחר וחטפה וכמו אבידה שכתבנו למעלה דא"י להוציא מרשותו עד שיבאו עדים ואף אם באו עדים מ"מ דעת הטור דצריך שבועה והיינו דהעדים לא העידו על שהיתה שלו קודם שבא ליד זה רק שמעולם היתה שלו משו"ה חיישינן שמא אחר לקחה ממנו קודם שבא ליד זה ורגל"ד שלא מיחה בזה וכ"ה בדינו של רמ"א בסי' כ"ב וכמ"ש הסמ"ע יעו"ש:

ועי' בב"ח ובפרישה סי' קמ"ו מש"כ בשם ספר החכמה דהיינו משום דא"י להוציא מידו בלא עדים וממילא יהיה ת"י ואף אם באו עדים צריך שבועה שמא יבא אחר ויאמר לקחתיה ממנו ואכלתיה שני חזקה ויהיה זה צריך לשלם לו הפירות כמו בשוכר שדה מראובן ונמצא של שמעון שצריך להעלות לו שכר וממילא גם באבידה עד שלא הגביהה אחר ושנים חלוקין עליה כ"ז שלא החזיק בה אחד י"ל דע"א מהני אבל כשהחזיק בה אחד כבר הוא שומר עליה בשביל בעל האבידה וא"י להחזיר בע"א וי"ל דגם הר"ן לא פליג ע"ז וכן יש להוכיח מדברי התוס' ב"מ כ"ז ע"א ד"ה בלוקח מן התגר כו' ועי"ל בלא טעמא דמערב עם שאר פירות וכו' אפי' אם אינו הוה נפול בתבואה כו' ואין להסתפק בתגר מ"מ אינו יודע מאיזה בעה"ב קנה התגר כו' ולכאורא צ"ע דמשמע דהתגר יודע ממי קנה מדכתבו אח"כ ולזה הפירוש הומ"ל בלוקח שהוא תגר ומתיאש בעה"ב שסבר שכבר מכר התגר כו' ואי התגר א"י ממי לקח למה להו שכבר מכר הלא בל"ז א"י למי יחזיר אע"כ דהתגר יודע א"כ הלא גם הלוקח ישאל לתגר ויחזיר אע"כ דהתגר משיצא מת"י אין הוא אלא כע"א בעלמא ואינו נאמן. לאמר של פלוני הם וממילא מתיאש המוכר ואין כאן חיוב אפי' לצאת י"ש:

אבל צ"ע הלא בתגר עצמו אף אם נתיאשו הבעלים אחר ששהה כדי למכור לאחר אך הלא באו לידו קודם שנתיאשו הבעלים ובאו לידו קודם יאוש וצ"ל כיון דלא ראם התגר ולא קנאם חצירו כמו כל דבר שאינו עתיד להמצא הוי כמו יאוש קודם דאתא לידו ול"מ להסבר הרמב"ן ביאוש לאחר שבא לידו משום דהוי כמו שומר והוי כמו יאוש בחצר בעליו והכא כיון דאינם ידועים לתגר ליה כמו שומר עלייהו ואף להני דפליגי על הרמב"ן וס"ל דכה"ג ל"ק יאוש כיון דבאיסורא אתא לידיה והוי כמו גזלן דלאחר יאוש אף אם יאוש קונה חייב להחזיר דמיו יעוי' ב"ק ס"ח בתוס' שם מ"מ הוי כמו בהתירא אתא לידיה דמעיקרא כמו דלא אתא לידיה דמיא אבל הלא מוכרח מהתוס' דס"ל דאין ע"א נאמן להעיד על אבידה בשכבר באו ליד מוצא ועי' בריטב"א גטין כ"ז שכתב דאף צורבא מרבנן דנאמן על אבידה בט"ע היינו דוקא להחזיר לו אבידתו אבל להעיד על אבידה של

אחר אינו נאמן והוי כשאר אינש דעלמא אם אמר על אבידה של פלוני הוא לא מהדרינן על פיו יעו"ש:

ועי' בתשובת הר"ן לענין צואה לתן לאחד מד' חבורות שכ' ג"כ להאמין ע"א מטעמא אחרינא ומשמע דאף היכא דליכא חזקה אין ע"א נאמן ועוד יש להעיר מדברי השו"ע ח"מ סי' רכ"ח לענין אם ע"א נאמן לאמר פלוני יורש הוא ויש להאריך בכ"ז ולהתבונן בדבר ויעוי' בש"מ שכ' בשם גליון תוס' דבתגר שלקח כיון דבאיסורא אתא לידיה ל"ק וצריך להחזיר וצ"ע במ"ש למעלה ויעוי' בש"מ שכתב דאם סימנין דרבנן ע"א יכריע והיינו משום תקנתא דרבנן ונ"ז אינו מוכרח ומשמע מהשט"ח שם דלענין ממון גם באבידה אין ע"א מהני כלום רק לשבועה האמינתו תורה יעו"ש:

סימן טז

אה"ע סי' ל"ה ח"מ ס"ק ג' ואפ"ל דעד שיש לו הנאה אינו פסול רק מדרבנן כו' ואפשר עוד לאמר דהכא אין כאן נגיעה גמורה דהא גם עתה צריך שבועה כו' ועד שנשבע דפסול אינו רק מדרבנן כו' שמעתי מקשים דאי אין כאן רק פסול מדרבנן א"כ לפי שיטת הרשב"א שבועות ל"ב דבפסולי עדים דרבנן מהני תפיסה א"כ האיך אמרינן בקידושין מ"ג והשתא דתקון רבנן ש"ה כו' משתבע מלוה דלא שקיל ליה ופרע לוה למלוה יעוי"ש ובתוס' הלא כיון דלוה מוחזק יהיה מהני נגדו פסולי עדים דרבנן להוי כמו תפס:

והנה לבד שי"ל דלק"מ דהלא ע"כ סברת הרשב"א דפסולי עדות דרבנן לכה"פ משוי הדבר כמו שאם היה ספק לב"ד ובכה"ג תפיסה לאחר שנולד הספק מהני ולפ"ז בשטר שאף אם הדבר ספק לשניהם הלה גובה שטרו ויעו' בש"ך סי' קכ"ב דאף אם ספק להמלוה בלא הו"ל למידע והלוה טוען ברי (ובזה סרה קושית הקצות בסי' פ"ב ס"ק ה' על הט"ז בדין נשתטה המלוה שכתב הקה"ח דהלא הוה כטוען א"י דלפי דברי הש"ך בודאי ל"ה גרע מלא הו"ל למידע ובגוף דברי הב"ח שכתב לדמות נשתטה לחשוד לענין טוען פרעתי עי' בסי' פ"ב שם סעי' ח' ובסמ"ע וש"ך שם אכתוב אי"ה במק"א ואכ"מ) מ"מ גובה שטרו עי' בס"ק ס"ב שם מ"ש בשם המבי"ט ומ"ש הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק מ"ג דהיכא דהוי ספיקא דדינא יכול הלוה לומר קים לי שא"ה דהוה הפירעון בודאי דהרי המחהו אצל אחר רק דהספק הוא אם לא הוה מחאה בטעות משו"ה הוי כספיקא דדינא י"ל דפטור אבל אם הספק הוא בפירעון בודאי חייב לזאת בכה"ג בודאי הרשב"א לא קאמר דליהני פסולי עדות דרבנן וע"כ צ"ל כן דהלא הלכה פסוקה ופשוטה דא"נ פסולי עדות אף דרבנן לומר דהשטר פרוע עי' בכתובות י"ט לזאת ברור דאין כאן קושיא כלל:

אבל בעיקר דברי הח"מ שדחק למה הוי ספק קידושין צ"ע דהלא מפורש הדין ברשב"א בחידושיו קידושין מ"ג שכתב וז"ל ירושלמי א"ר בון ב"ח נראין דברים בשקדשה בשטר כו' אר"י וכיון שהאמינתו תורה אף קדשתו בכסף אינו כנוגע כו' וטעמא דר' יוסי לא הבינותי שמא להצריכה גט קאמר שהיא מקודשת ד"ת אע"פ שהוא נוגע בעדותו מן התקנה כו' יעוי"ש גם מ"ש הח"מ עוד ועד שנשבע דפסול אינו רק מדרבנן צ"ע דכיון דמודה הח"מ דקודם השבועה היה פסול א"כ גם אחר שנשבע הלא א"נ שוב לחזור ולהעיד משום דעביד אינש לאחזוקי דבורו ובפרט שבועתו כמו שהארכתי בזה לקמן והבאתי מת' הרא"ש כלל י"א סי' ב' והובא בסי' ל"ד לענין נשבע נגד עד אם יכולים לחזור ולפוסלו ואכ"מ וי"ל דע"כ לא כתב הח"מ רק לענין הקידושין שהיו מתחילה וע"ש שהביא דעת הר"ן לענין אם מהני הקידושין אם אין כאן הכחשה:

סימן יז

קידושין ט' ע"ב צ"ע על שיטת התוס' בגיטין כ"ב ד"ס ל"ד דהא דבעינן ציווי הבעל בכתיבת הגט הוא מטעם דבלא ציווי הוי כשלא לשמה א"כ מאי טעמא דקמיפלגי רבא ורבינא ור"פ ורב שרביה בקידושין ט' ע"ב בכתבו לשמה ושלא מדעתה דאמר ר"פ אימא טעמא דידהו דכתיב ויצאה והיתה כו' מקיש הויה ליציאה כו' ואימא טעמא דידי ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה בעינן דעת מקנה אף הויה בעינן דעת מקנה:

והנה לשיטת התוס' תמוה דהלא גם ביציאה לא בעינן דעת מקנה והא דבעינן דעתו הוא רק משום לשמה א"כ ממ"נ אם כתיבת הסופר שטר קידושין שלא מדעת האשה הוי כשלא לשמה א"כ מפ"מ הוא כשר לרבינא ורבא הלא מודו דבעינן לשמה וגם אין שייך הקיש בזה לר"פ ור"ש דמהיכן שפשוט לנו ביציאה דבעינן מדעתו כן גם בקידושין ניבעי מדעתו ומדעתה דאל"כ לא יהיה לשמה והוא תמוה בשלמא להנך פוסקים דס"ל דבעינן שליחות בגט ניחא דזהו חידוש שחידשו לנו ר"פ ור"ש דבקידושין בעי ג"כ שליחות האשה וכ"כ הריטב"א (וכ"ה בב"ש אה"ע סי' ל"ב) אבל לדעת התוס' צ"ע: והנה לר"מ דס"ל עדי חתימה כרתי ניחא דהלא העדים ברור דבעינן דעת המקנה אף בלא טעמא דאל"כ הוי שלא לשמה דהלא לא גרע מכל השטרות דא"י לכותבו שלא מדעת המתחייב וא"כ יהיה ג"כ חידוש זה גם בשטר קידושין אף דהבעל כותבו מ"מ א"י העדים לחתום בלא דעת האשה והיה מקום לאמר דלר"א דאמר עדי מסירה כרתי לדידיה קאי כתיבת הגט במקום חתימת העדים כיון דהכתב עושה הכריתות ול"ה עליו דין שטר רק אם נכתב מדעת המתחייב רק דלא בעי דיני שליחות אבל אם כתבו בלא דעתו ל"ה שטר כלל: ולפ"ז שפיר יתיישב חידוש דר"פ ור"ש דבשטר קידושין בעינן ג"כ דעת האשה ולא

שליחותה ומרוחנא בזה ליישב דעת הרמב"ם בפ"ג מהל' אישות שכתב דאם מקבלת קידושיה ע"י שלוחה בעינן דעת השליח וכבר הושג ע"ז מהרמב"ן דהלא אומר אמרו פסול בגט וקידושין ילפינן מגירושין ויעוי' בר"ן מ"ש בזה, אבל לפי הנ"ל ניחא דהלא הטעם באומר אמרו כתב הרשב"א בגיטין פ' האומר שהוא מטעם שלא לשמה דכיון שלא שמעו מפי הבעל הוי כשלא לשמה ולא שייך זה אלא בגט אבל בשטר קידושין כיון דהבעל כותבו סגי כששמעו מפי הבעל והוי שפיר לשמה רק הא דילפינן קידושין מגירושין אינו אלא דבעינן דעת מקנה ולא במינן דעתה משום לשמה א"כ סגי בדעת השליח ועולה דעת הרמב"ם לפמ"ש בדעתו דלא בעי גם בגט דיני שליחות יעוי' בב"ש סי' ק"כ וקכ"ג ובאחרונים:

רק לפ"ז יהיה להרמב"ם שיטה אחרת משיטת התוס' דלאו משום לשמה בעינן דעתו אלא דלבד זה בעינן דעתו בכתיבת השטר דכיון דהכתיבה הלזו היא ההקנאה והכורת בעינן דעת המקנה כמו חתימת העדים בכל שטר ומה דלא בעינן בשאר שטרות דעתו בכתיבה היכא דליכא ע"א רק ע"מ צריך ביאור בזה במק"א ואכ"מ. ועוד יש להעיר בזה גם לשיטת הנך פוסקים דס"ל דבגט בעינן שליחות הבעל בכתיבה וכמו כן גבי שטר קידושין לר"פ ור"ש בעינן שליחות האשה וכמ"ש למעלה בשם הריטב"א שכתב בהדיא כן א"כ קשה הא דאמרינן בגיטין דף מ' א"ל ר"י כ"כ יש בידך כו' הכותב שטר אירוסין לשפחתו ר"מ אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת כו' ארנב"י הב"ע דאמר לה צאי בו והתקדשי בו כו':

והנה נתקשיתי בזה לפמ"ש הרא"ש ביבמות פ' ר"ג וכ"כ הטור אה"ע סי' קל"ב דבדשלב"ע ל"ה לשמה ויעוי' במל"מ פ"ה מהל' גירושין שמאריך בזה א"כ גם הכא כיון דבשעה שהוא כותב את השטר קידושין היא שפחה ואינה ראויה להתקדש א"כ הלא הוי שלא לשמה כן הקשיתי מכבר דרך חידוד הלכה ושמעתי שכבר דשו בה רבים, ובאמת נראה דלק"מ דע"כ לא כתב הרא"ש אלא בכותב לאשה דעלמא שאין בידו היום לגרשה לא מיקרי לשמה כיון דאין כאן גירושין בעולם אבל הכא שיכול למסור לה השטר תיכף ויבאו השיחרור והקידושין בב"א מיקרי ג"כ לשמה וזה ברור:

אבל העירותי עוד בזה דהלא הוי שלא מדעתה כיון דבעינן דעת האשה בשטר קידושין וכיון דעדיין היא שפחה ל"ש דעתה בזה וכמו דאמרינן קידושין ס"ב ע"ב מעיקרא בהמה השתא דעת אחרינא הוא, ועדיין יש מקום לבע"ד להתעקש בזה ולאמר דמ"מ מיקרי מדעתה אבל להנך פוסקים דס"ל דבעיא שליחות האשה בשטר קידושין והלא ברור הדבר דעבד ושפחה שאינם בתורת קידושין ואינם בתורת שליחות לקבל גט וקידושין כן

אינם יכולים לעשות שליח אף לאחר השיחרור כיון שאינם בתורת שליחות וגם מלתא דלא מצי עביד כו' א"כ האיך מהני הכא שטר קידושין שכותב לה קודם השיחרור הלא לא הוי מדעת האשה ושליחותה כיון דאינה בתורת שליחות, וכן יש להעיר ג"כ בקידושין ס"ב הנ"ל הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי לאחר שאשתחרר לאחר שתשחררי כו' ויעוי' ברשב"א שם דף ס"ג שמשמע מדבריו דהגמ' רוצה לאוקמי בשקדשה בשטר יעוי"ש בדבריו הארוכים וצ"ע ג"כ איך משכחת לה שטר אם בעינן שליחות המקדש או המתקדשת ובמק"א העירותי אם משכחת לה קידושי כסף בלאחר שאשתחרר וצ"ע בזה ואכמ"ל כי הוא ענין ארוך ובמק"א דברתי בזה:

סימן יח

ע"ד מה שהעיר כ"ת בהא דאין העבד נעשה שליח לקבל גט אשה מיד בעלה לפי שאינו בתורת גיטין וקידושין אמאי ס"ל לר"מ במקדש את האשה לאחר שאתגייר כו' דמקודשת האיך מהני נתינתו ואמירתו בעודו נכרי והלא לא עדיף מאילו קידש אז אשה עבור אחר דלא היה מהני והאריך בזה לדעתי י"ל דהאי טעמא משום דאינו בתורת גיטין וקידושין אין זה מעכב אלא בשליחות והיינו משום דבסליחות בעינן דוקא מלתא דאיתא בנפשיה ומחמ"ז ממעטינן לאו בר כריתות וכן דייקין דברי רש"י קידושין מ"א ע"ב ד"ה לפי כו' אלמא לא בעי קרא דמסברא אית לן למימר דבמידי דלא שייך ביה לא מתעביד עליו שליח וכן כתבו התוס' בגיטין כ"ב ע"ב ד"ה והא כו' ונראה דל"ש למיפסל משום דלאו בני כריתות במידי דלא בעי שליחות ולא לשם עדות כו' אבל כתיבה לר"א דלא לשום עדות ולא לשום שליחות הוא אין לפסול משום דלאו בני כריתות הוא כו' וכן כתבו הרשב"א והריטב"א והר"ן שם ולזה הוכרח לרש"י לדחוק בדף י' ע"ב והא לאו בני כריתות נינהו דכיון דל"ש בתורת גיטין כו' אינם נעשים עדים בדבר דכתיב וכתב ונתן מי שישנו בנתינה ישנו בכתיבה יעוי"ש:

ואף להרמב"ם שכ' האחרונים דס"ל דלא בעי שליחות בכתיבה ועכ"ז ס"ל דעבד פסול לכתיבת הגט משום דלאו בר כריתות הוא י"ל דס"ל כשיטת רש"י משום דכתיב וכתב ונתן כמו דהיה פשוט להגמ' דפוסל מה"ט בעדים לר"מ א"כ ה"ה לר"א בכתיבה וכן הוא בהדיא בתורי"ד שם, אך במק"א הארכתי לבאר שיטת הרמב"ם דלא כדעת האחרונים הנ"ל דהנה פשטות לשון הרמב"ם בריש פ"ב מהל' גירושין לא משמע דס"ל כשיטת התוס' דכל עיקר הפסול אם נכתב הגט בלא אמירת הבעל ל"ה רק משום דהוי שלא לשמה דז"ל הרמב"ם שם זה שנאמר בתורה וכתב לה אחד הכותב בידו או שאמר לאחר לכתוב ואחד הנותן בידו או שאמר לאחר לתן כו' ועדיין לא הזכיר הרמב"ם כלל מפסול

שלא לשמה והתנה אם אמר לכתוב כמו בנתינה (וביותר יקשה לפמ"ש הב"ש בסי' ק"כ דטעמו של התוס' ל"מ אלא לפסול מדרבנן וכ"ה בתוס' עירובין י"ג לחד מ"ד עיי"ש והרמב"ם כתב בהדיא בגט שנכתב בלא צווי הבעל דהגט בטל). ובאמת הסוגיות בעניני כתיבת הגט ע"י אחר מסובכות הן דפשטות הגמרא כ"ב ע"ב, כ"ג ע"א משמע להדיא דלא בעי שליחות בכתיבה אבל בכמה מקומות כמו בפ' התקבל משמע בכמה דוכתי דבעי שליחות כמ"ש הראשונים: אשר ע"כ נ"ל דלא בעי דין שליחות רק היכא דמצוה מוטלת עליו לעשות או היכא דבעי איזה קנין מאתו וכיון שעליו לעשות בעי דין שליחות אבל הך וכתב דגבי כתיבת הגט אין הפירוש רק שע"י צוויו והשתדלותו יוכתב הגט ודומה לזה כתבו התו"י בעירובין י"ג וצריך לחלק בין וכתב לנתן משום דמסתמא איירי קרא בכל אדם שיכול לגרש ואפי' שידיו קטועות והסברא כנ"ל דאין הדבר תלוי בגופו וא"כ ע"כ אין זה אלא שע"י צוויו והשתדלותו וכ"ז הוא בכלל וכתב לזה לא בעי דיני שליחות, וסברא כעין זו כתב תורי"ד קידושין כ"ט לתרץ קושית התוס' ל"ל אותו ולא אותה תיפוק ליה דהו"ל מ"ע שהז"ג ותי' דה"מ במצוה שתליא בגופה אבל מצוה דלא תליא בגופה כו' אבל האב שציוהו להתעסק במילת בנו העסק ההוא אין לו זמן כו' עיי"ש וה"ה בכתיבת הגט י"ל כנ"ל משו"ה בעינן אמירתו וצוויו אבל דיני שליחות אינו מעכב ומיושב בזה גם מה שהעיר הב"מ האיך מהני צווי המומר לכתוב גט הלא הוא בעצמו פסול לכתוב וכל מלתא דלא מצי עביד כו' אבל לפי הנ"ל ניחא (ועי' בתוס' ע"ז כ"ו שהקשו לרב דאמר אשה פסולה למול ל"ל אותו ולא אותה ותי' דה"א דחייבת להתעסק למולו ומיושב ג"כ ע"פ הנ"ל):

ובזה אפשר ליישב ג"כ מה שהקשו על הא דהוכיח רבא בזבחים ג' דסתמא פסול בגט מהא דהכותב טופסי גיטין צריך שיניח כו' והלא לא היה ע"פ אמירת הבעל וי"ל ע"פ המבואר ב"מ כ"ב דלרבא מהני בחרם שלא מדעתו אם אמר לו כלך אצל יפות ול"צ לדידיה לאוקמיה בדשויה שליח רק מחמת משום דכתיב גם אתם מה אתם לדעתכם אף שליח לדעתכם דהיינו בעשאו שליח מפורש וכמו דפירש"י שם אבל אי לאו משום גם אתם הוי מהני גילוי דעתו אח"כ כמו שאמר מקודם לרבא דאמר ישלמ"ד מהני ואף דל"מ אלא במקום מצוה משכחת לה גם בגט באופן דמצוה לגרש ועי' בתוס' ב' ע"ב ובאחרונים: ולפי דברינו הנ"ל דבכתיבת הגט לא בעי דין שליחות מהני גילוי דעתו אח"כ כמו צוויו מקודם לרבא לטעמיה ולהרמב"ם דפסק בהל' תרומות דבאמת מהני אף בדלא שויה שליח צ"ע בגט היכא דאיכא מצוה גם בקידושין היכא דנשבע לקדש אשה זו והדברים ארוכים וכן צ"ל ע"כ לשיטת רש"י יבמות ל"ד דס"ל דמהני קידושי קטן לקטנה לאחר

שיגדלו ואף דמיקרי בתורת גיטין וקידושין מ"מ הלא לאו בני קידושין נינהו ומאי מהני נתינתן ואמירתן וע"כ צ"ל כיון דל"ה דשלב"ל כמ"ש המל"מ פ"ד מהל' גירושין אינו מעכב מה דאינם בר קידושין בעת מעשה אך בשיטת רש"י י"ל דלטעמיה אזיל בסוגיא דסבלונות דלפירושו החששא הוי שמא נתן הסבלונות לשם קידושין ובתוס' הקשו הלא ל"מ אם נתינה בשתיקה ובעי עסוקין באותו ענין וכתב הריטב"א לתרץ וז"ל ואע"ג דבעינן עסוקין באותו ענין והכא יהיב להו סתמא כיון דאיכא שידוכין וקידושין גרועים דמעיקרא הא חשיב כעסוקין באותו ענין דמסתמא אדם רוצה לגמור קידושיו עיי"ש וא"כ כש"כ היכא דקידש בהדיא שיחולו הקידושין לאחר שיגדיל והקידושין קיימין: אך לכאורא יש להעיר מה מהני גילוי דעתם ואמירתם בעת שהיו קטנים ולאו בני דעת נינהו לקדש אבל מכבר הארכתי בזה להוכיח דקטן מיקרי בר דעת לברור הטוב לפניו רק התורה מעטה אותו מבר קנין וקידושין, ובזה אמרתי לתרץ דברי הרמב"ם בפ"ב מהל' מכירה קטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו לפי שזכין לאדם וכבר האריכו האחרונים בזה ועמ"ש קצה"ח בשם מהרי"ט ולכאורא עוד אינו מיושב דהלא ל"א זכין לאדם רק בדבר דהוי זכות גמור משא"כ במקח ועי' בחו"מ סי' קפ"ג:

ולפי הנ"ל ניחא דלענין זה מהני רצון הקטן דיש בו דעת רק התורה מעטתו מתורת קנין והארכתי בזה ויש ליישב בזה גם דקדוק לשון רש"י ביבמות שם ומסרו קידושין שיחולו ליום המחרת עיי"ש דביום ההוא כיון דאין מחוסר זמן לבו ביום ל"א דאשתני דעתם ושפיר מהני דבורם לשם קידושין שיחולו הקידושין בלילה תחילת שנת י"ד בעוד הקידושין בידה, ולפ"ז יהיו שיטות התוס' ורש"י ביבמות ל"ד לטעמייהו בקידושין נ' גבי סבלונות והא דל"מ לפ"ז גם לאחר שאתגייר לאחר שאשתחרר לכו"ע י"ל דהתם איירי בנתאכלו המעות דצריכים אנחנו לדון מחמת הנתינה דמעיקרא שהיתה לשם קידושין ובזה תליא אם אמרינן אדם מקנה דשלב"ל או אין אדם מקנה דלמ"ד אדם מקנה הוי כמו מקדש לאחר שלשים יום ולמ"ד אין אדם מקנה בכה"ג אינה מקודשת אף לדעת רש"י הנ"ל דהאמירה אינה מעכבת דל"ש בזה כל הטעמים שנאמרו במקדש לאחר ל' יום אם נתאכלו המעות כמ"ש המפרשים גבי התקדשי לי בתמרה משום דאכתי לא גמר לשון קידושין ועי' בתוס' ובר"ן שם וברשב"א ובריטב"א שם והוא דומה למ"ש התוס' ושארי מפרשים בדף מ"ו גבי התקדשי לי בתמרה כו' משום דאכתי לא גמר לשון הקידושין ומכש"כ הכא בדשלב"ל למ"ד אין אדם מקנה דלא הוי עדיין לשון קידושין כלל, גם י"ל דבשלב"ל ל"מ אף אם המעות בעין משום דהו"ל המעות מלוה דהלא רשאה להשתמש בהן תיכף וכמ"ש בבעה"ת שער מ"ז ועין בנתיבות סי' ס' אבל אבל בקטן לדעת רש"י

כיון דאין נתינת קטן כלום דבכה"ג לא תקנו וא"כ הוי המעות פקדון גם הלא היא קטנה ואין כאן דעת אחרת מקנה שהוא ג"כ קטן ובכה"ג בודאי נראה דלא קנתה מה"ת כלל. ועיין באה"ע בב"ש דבלאחר שאתגייר מהני אמירה מחדש היכא שהמעות בעין וצ"ל דאיירי שנתרצה האשה בהדיא די"ל דמהני ויש לעיין עוד בזה ולצרף הדברים ובמק"א הארכתי הרבה לבאר הנ"מ בין שיטת הרשב"א והריטב"א והר"ן שלכ"א דרך אחרת בישוב הדברים לחלק בין מלוה לאחר ל' יום ונתאכלו המעות:

ולכאורה לשיטת הריטב"א דס"ל דהוי כמו שאומר לה בהנאת מחילת מלוה שייך ג"כ הכא בדשלב"ל אך הריטב"א לטעמיה בקידושין ס"ב ע"א ובד' מ"ח גבי התקדשי לי בשכר שאעשה עמך דבשעה שנותן לה צ"ל לה מחדש ולא סגי באמירה ראשונה שאמר לה מתחילה ויעוין בט"ז סי' כ"ח סעיף ט"ו ובסי' כ"ז שחלק ונראה שזה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' גבי סבלונות הנ"ל: ובדעת הרמב"ם נ"ל בפשיטות אחר דלדעתו מקדש לאחר ל' יום הקידושין מתחילין תכף רק שאינן נגמרים עד לאחר ל' ושניהם יכולין לחזור בהם ואם קדשה אחר מקודשת אבל מתחילין תיכף וכן מפורשין דבריו בפ"ט מהל' גירושין וז"ל ומה בין המגרש עאח לזה שקבע זמן בגירושין או תלאן במעשה שהמגרש על תנאי יש שם גירושין ואין גומרין עד שיתקיים התנאי כו' אבל התולה הגירושין בזמן או במעשה לא הגיע גט לידה בתורת גירושין אלא בתורת פקדון ועין מ"ש בהל' ב' וד' דתולה הגירושין בזמן או במעשה כגון דאמר ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' יום או עד שתתני לי מאתים זוז אינה מגורשת עד לאחר ל' או עד שתתן כונתו לאמר דבמגרש סתם לאחר ל' יום הוי כמו תנאי דמתחילין הגירושין תיכף אבל בקובע זמן הוי כמו פקדון, ומיושבת בזה קושית הפ"י כתובות פ"ו על שיטת הראב"ד הובא בשטמ"ק על הא דאמרי' בגמ' שם בעי מיניה רמב"ח מר"ח ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' דאיירי ע"כ בדא"ל מעכשיו דבל"ז הוה כטלי גיטך מע"ג קרקע והקשה הפ"י מגמ' מפורשת גיטין ע"ד לרב יהודה דאמר ע"מ לאו כמעכשיו דמי ומ"מ לכשתתן היא מגורשת (ומ"ש הפ"י שם להקשות גם על התוס' אגב שיטפיה כתב כן דהתוס' אפ"ל דס"ל דגם בלא מעכשיו ל"ה כטלי גיטך מעג"ק אך להראב"ד קשה) גם מדף ע"ה לכשתצא חמה מנרתיקה ולפי הנ"ל החילוק מבואר בד' הרמב"ם בין תולה גירושין בזמן שאמר ולא תתגרשי בו כו' ובין תנאי סתם ולפ"ז קושית הפ"י מתנאי בודאי לק"מ. אך גם מה שהקשה מהא דלכשתצא חמה מנרתיקה ג"כ לא קשיא אם כנים אנחנו בהשערתנו זאת. וכן מוכח לכאורא מהרמב"ם דכלל הך דלכשתצא חמה בין כל דיני תנאי לא בעינן שיהיה מונח הגט בשעה שיש לו לחול דוקא ברשות שיחדה לה כמו דמעכב אם אמר לה ולא תתגרשי בו אלא לזמן

פלוני. ולפ"ז היה מיושב שפיר לשיטתו הא דבקידושין מקודשת באומר לאחר ל' יום אף אם נתאכלו המעות. אבל מדבריו בהל"א משמע דגם בהרי את מגורשת לאחר ל' יום הוה ג"כ כתולה הגירושין בזמן ולאו דוקא נקט ולא תתגרשי בו אלא לזמן פלוני (וכפי העולה בזכרוני נסתפק בזה בשיטת הרמב"ם גם בספר בית מאיר בריש סי' קמ"ו ולא העלה] דבר ברור) והא דלא כתב הרמב"ם גבי לכשתצא חמה דבעי שיהיה הגט מונח במקום שיחדה יש לחלק בין לכשתצא חמה ובין תולה בזמן, וכן יש להוכיח מהא שכ' הרמב"ם גבי לכשתצא חמה דאם אמר לה אם תצא חמה בעי תנאי כפול ובתולה בזמן לא בעינן תנאי כפול ולפ"ז מיושבת ג"כ קושית הפ"י מהא דלכשתצא חמה (או י"ל דהתם מיירי דהניח הגט בחצרו והקנה לה גם החצר בשטר באופן זה שיחול הקנין ג"כ לאחר ל' ולא שייך בזה טלי גיטך מעג"ק כמו"ש ר"פ הזורק ובתוס' שם ע"ב עיי"ש) ויעוין בת' מהרי"ק שורש ל"ב שהביא בשם תוס' הר"פ שכתב גם במקדש ע"מ שאין בה מומין וכנסה די"ל דמקודשת אע"פ שנתאכלו המעות וצ"ע דהלא לא שייך בזה כל הנך טעמים הנ"ל ועיין עוד שם שכ' לחלק בין קטן לקטנה משום דבאיש בעי אמירתו ול"מ אמירתו בעת הקידושין משא"כ בקטנה דלא בעינן אמירתה כלל ועיין במהרי"ק בביאור יותר:

וצ"ע אם נאמר כמש"כ המל"מ בשיטת רש"י דמחוסר זמן לא הוה דשלב"ל א"כ גם בקטן יהיה מהני ואם ס"ל דהוה דשלב"ל וכמ"ש התוס' והרשב"א כנ"ל ג"כ בקטנה היה לאמר דלא מהני קבלתה מקודם וע"כ הוכרח הרשב"א לחלק משום דבקטנה כיון דמדרבנן הוה קידושין מיקרי הנתינה לשם קידושין ונשתעבדה מתחילה עיי"ש ברשב"א יבמות ק"ט שהאריך בזה ויש להעיר בד' הרשב"א עמ"ש המל"מ דמחו"ז ל"ה דשלב"ל ודברי מהרי"ק צ"ע והדברים ארוכים ואכ"מ. ויעוין ברשב"א ובריטב"א שכ' דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל אם כתב מעכשיו א"י לחזור בו אף קודם שלקחו ואף אם נקרע השטר דלא כהרמב"ם ומשמע דה"ה בקידושין ג"כ עיי"ש בדבריו (ולכאורא קשה להבין הטעם ואפ"ל משום דהוה כמו מעשה דל"מ דבור לחזור בו אף לר"י דריש פ' האומר) ובזה יש מקום ליישב קושית הגרע"א בת' סי' קל"ה עמש"כ הרשב"א והריטב"א בקידושין נ"ד ע"ב דלוקי הגמ' גם באופן דלא הוי סמדר דהלא סוגיא התם אתיא כר"מ ולדידיה הלא ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ואף קודם סמדר נמי יוכל להקנות והקשה רע"א הלא כשיבואו ברשותו ויהיו סמדר לא יהיה יכול להקנותם והוי כמו הא דאמרינן בב"ב קכ"ז הב"ע בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס וי"ל דהריטב"א והרשב"א אזלי לטעמייהו דבאומר מעכשיו לא יוכל לחזור בו וע"כ צ"ל דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל הוי כמו דשב"ל דבאמר מעכשיו חל הקנין מתחילה ובב"ב איירי ע"כ בדל"א מעכשיו משום דרוצה הגמ' שם לאוקמי

באופן דיהיה יכול לחזור בו. ובמק"א אמרתי ליישב קושית הגרע"א באופנים אחרים ויש להעיר עוד עמ"ש הרשב"א ושארי מפרשים דבמתניתין דף ס"ב איירי בקידושי כסף א"כ האיך משכחת לה לר"א אליבא דר"מ בקידושין כ"ג ע"ב דס"ל דגם באקני לעבד מנה ע"מ שתצא בו לחירות אמרינן מה שקנה עבד קנה רבו האיך משכחת לה בעבד לאחר שאשתחרר דהלא אין לו כסף ואין לאמר כדרבא בדף ו' הילך מנה והתקדשי לפלוני עיי"ש וה"נ איירי כגון שאמר אחד הילך מנה והתקדשי לעבד אחר שישתחרר דאכתי יקשה להרשב"א דסבירא ליה שם בהדיא כשיטת רש"י דבעי שיעשה המקדש שליח להנותן (גם להרמב"ם דס"ל דאיירי שחזר אותו פלוני ואמר לה התקדשי בהנאה שבאה לך בגללי נ"ל דהכא בעבד לא נוכל לאמר כה"ג מב' טעמים חדא דהלא בקידושין העיקר הוא נתינת הכסף לשם קידושין ולזאת בשלמא גבי אחר דהנתינה הוי מטעם זכות רק משום דקידושין ל"ה זכות גמור לזאת צריכים אנחנו שיאמר הוא בעצמו אבל גבי עבד דאיהו א"י לעשות שליח לקדש גם נ"ל דהך הנאה לא מהני לאחר שלשים יום דאינה בעין לאחר ל' יום ולא שייך בזה הנך טעמים שנאמרו במקדש לאחר ל' יום וצריך עיון לעת הפנאי גם אם לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל אם יוכל לעשות שליח לקדש לכשיבוא לעולם דס"ל דרק לענין קניה ס"ל דאדם מקנה דשלב"ל אבל כיון דל"ה אז בר קידושין אינו יכול לעשות שליח ולדעתי נראה מסברא דאינו יכול לעשות שליח וצ"ע) והכא הלא אין העבד עושה שליח וי"ל (ועי' ב"ב ע"ט בשם רמב"ן שכ' דמתני' איירי בחציה שפחה וחציה ב"ח וצ"ע להרמב"ם דס"ל חציה שפחה וחציה בת חורין גמרי קידושין גם בחצי עבד לפמ"ש הכ"מ בפ"ז מהל' אישות דביבמה כיון דהוה ספק קידושין תו לא הוי לאחר שיחלוץ לך יבמך דשלב"ל א"כ גם בחצי עבד וחצי ב"ח אמאי מיקרי דשלב"ל הלא הוה ספק קידושין): גם י"ל עוד דע"כ מתניתין איירי בכסף דבקידושי שטר לא נוכל לאמר כלל לפי מ"ש הרמב"ם בפ"ג מהל' גירושין הל' ו' בלכשאשאנה אגרשנה דכיון דאינה בת גירושין הוי כמו שנכתב שלא לשם גירושין ויעוי' בטואה"ע סי' קל"ב ומשמע דלפי טעם זה גם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל לא מהני ויעוי' בראש יבמות שם ובמשל"מ פ"ה מה"ג מה שהאריך בזה ולפ"ז הלא בשטר קידושין בעיא ה"כ לשמה כמו שפשטה רשב"ל בדף ט' ויש להעיר מגיטין דף מ' הכותב שטר אירוסין לשפחתו ר"מ אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת כו' ארנב"י כו' אמר לה צאי בו והתקדשי בו ר"מ סבר יש בלשון הזה לשון קידושין וחכמים ס"ל אין בלשון הזה לשון קידושין ולפי הנ"ל הלא הוי כמו שנכתב שלא לשמה ואף אם נאמר דלא כמ"ש בדעת הטור מ"מ יקשה לחכמים דהלא בודאי לחכמים דס"ל אין אדם מקנה דשלב"ל בעינן גילוי דעתה לקידושין אחר שיחול השחרור

דדעתה שגלתה מקודם הו"ל דשלב"ל השתא גופא אחרינא כמו דאי' בקידושין ס"ב. ע"ב אינם חלים הקידושין אלא אח"כ (ומשכחת לה בנתן השטר שחרור ע"מ להחזירו וצ"ע) א"כ אכתי לרבנן מאי ראיה מהא דאינה מקודשת דאין בלשון הזה לשון שחרור הלא אף אם היה בזה לשון שחרור ג"כ אינה מקודשת משום דהוה כמו שלא לשם קידושין ויש להאריך בכל הנ"ל הרבה בכל פרט:

סימן יט

קידושין כ"ג ע"ב מי איכא מידי כו' צריך להבין הלא בנזיר י"א אמרינן כל מילתא דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח אף במילתא דאיתיה יעוי"ש ויעוין באחרונים שהעירו בזה, והולידו מזה דינים חדשים יעוין בנוב"י מה"ת סי' ע' אה"ע ובדול"צ ובב"מ סי' קי"ט ונ"ל דלק"מ דהכא לאו מדין שליחות אתינן עלה רק מיבעי לן אם הוא בגדר זכין לאדם שלא בפניו אשר הוא מטעם שליחות או שהוא מטעם נתינת רבו גרמה לו ואף בע"כ של עבד ויעוין בתוס' ד"ה מהו כו':

והנה הא דכל מלתא דלא מצי עביד השתא כו' לא אמרינן רק היכא דצריך לעשות שליח אבל בכ"מ דאמרינן דנעשה שליח ממילא אינו מעכב מה דלא מצי עביד כמו בקטן דאמרינן זוכין לו מה"ת ואף דא"י לעשות שליח כיון דבא לכלל שליחות כמו דאיתא ב"מ ע"א עכ"ל ויעוין תוס' כתובות י"א ובשא"מ והדברים ארוכים ומשום הכי גם כאן דהוא מטעם זכות א"צ שיהיה מצי עביד כיון דהוא נעשה שליח מעצמו והא דהביא מהא דרב הונא בריה דרב יהושע י"ל (עפמ"ש הר"ן בנדרים ל"ה ע"ב דלא מצי למיפשיט מהא דר"י הכל צריכין דעת בעלים חוץ ממחוסרי כפרה די"ל דרחמנא שוינהו שלוחים כו') דנ"מ לענין מחשבות פיגול או מחמת שינוי אחר דאף זכות ל"ש ויעוין בנדרים שם:

קידושין שם לכאורא צ"ע מב"ק ק"י דכהן חולה כיון דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח א"כ חזינן דאף בתורת עבודה אמרינן מי איכא מידי כו' וכי מי עדיף עבד דאיתא בתורת קבלת גט מיד רבו אבל הלא דבר זה אי אפשר לו לעשותו וכבר ראיתי שנתקשה בזה בבני אהובה פ"ט מאישות וכתב שיגע למצא סברא לחלק ולא יכול לחלק, ולדעתי לק"מ דהלא פשוט דאין כהן זכאי בעבודה מקרבנו רק אם הוא ראוי להקריב אבל אינו ראוי להקרבה כגון בע"מ אינם זכאים בעבודה לפ"ז חולה וזקן דהמה מבע"מ דאין שוחטים עליהם המוקדשים. וכבר סתם לן המשנה דמומין אלו בין קבועין בין עוברין פסולים באדם ופשוט דהוי כמו שאר בע"מ דחולקין ואוכלין ואין מקריבין ואין עבודתו ועורו של קרבנו שלו:

ופשוט דכונת הגמ' בב"ק שם האי זקן ה"ד כו' אי דלא מצי עביד שליח היכא משוי כו' היינו האיך משוי שליח להיות לו זכות בעבודתה ועורה הלא הוי כמו בע"מ דאין עבודתה ועורה שלו אבל לא פגע ולא נגע בהאי כללא דכל מצי עביד לא מצי משוי שליח דכאן כיון דלא מצי עביד הוי כמו שארי זרים לענין זה דאין לו שום זכות בעבודת הקרבן לעשות שליח רק עבודת קרבנו לאנשי משמר. ויעוין ביבמות ס"פ נושאין מ"ש התוס' לענין ספק דאם יבא עליו כו' דהתם יהיה לו זכות בעבודה ומספיקא לא מפקינן מיניה. (ויעוין מל"מ פ"ט מהלכות אישות ואם כי הדברים פשוטים אבל ברורים ופלא על האחרונים שלא ירדו לזה. סימן:

סימן כ

מה שהקשו המפרשים ובכללם הב"מ בסתירת הגמ' קידושין כ"ג ומי איכא מידי כו' עבד איתניה בתורת גיטין כו' דמצי לקבל גט חבירו על הגמ' דנזיר י"ב דיש לה אם כו' ומי איכא מידי, הלא ג"כ איתניה בתורת גיטין כו', וי"ל ההסבר דלא מצי עביד שליח בדבר שהוא אינו יכול ולא עדיף כח השליח מכח המשלח אבל גם עבד כיון דהוא ג"כ מצי לקבל גט חבירו, מצי למיעבד שליח עבד לקבל גט חבירו, או שליח בעלמא שאינו עושה מעשה רק דבר שהעבד בעצמו ג"כ יכול לעשותו, אבל הכא בנזיר כיון שהוא דבר שבעצמו לא יכול לעשותו ל"מ למעבד שליח ול"מ במה שאיתא בתורת גיטין:

סימן כא

אם נאמר דבקידושי עבירה אין שייך תנאי מטעם דכל מלתא דליתא בשליח ל"מ תנאי (וכבר האריכו בזה ולא שייך הך סברא אך להנך רבוותא דס"ל הסברא הזאת). יש לתרץ הקושיא שדברו בזה גדולי האחרונים מפני מה המקדש חיי"ל בטעות הרי היא מקודשת וכמו שכתב הר"ן בכתובות, מ"ש ממום דהוי קידושי טעות והלא אין לך מום גדול מזה, ולפי הנ"ל י"ל דהא דבמומין הוה מק"ט משום דהוי כמו אומדנא דמוכח וסתמא הוה כמו תנאי וא"כ בכל מקום דתנאי לא מהני אומדנא נמי לא מהני' וא"כ בחיי"ל דלא מצי עביד שליח ולא מהני תנאי וה"נ אומדנא לא מהני ואם כי יש לדחות זאת בכמה אופנים כתבתי זאת דחזי לאצטרופי במ"ש:

סימן כב

אה"ע סי' מ"ב ב"ש ס"ק י"ד כתב דאף א"נ עוד קידושין לא בעי דו"ח מ"מ אם היא מכחשת הוי דין מרומה דבעי דו"ח, ולכאורה יפלא דאם הכחשת הבע"ד עושה אותו דין מרומה א"כ האיך משכחת לה בד"מ שלא נצטרך דו"ח וי"ל עפמ"ש הריב"ש בתשובה סי' רס"ו בד"ה וכן אין לפסול כו' ובודאי אין לך דין מרומה גדול מזה שיאמר אדם שקידש

אשה חשובה בלי שידוכין ושלא בפני קרוביה ובלא ברכת אירוסין ושלא בעשרה ובהכמנת עדים כו' עיי"ש משמע בהדיא שכל שלפי דברי העד הוי שלא כנהוג העולם מיקרי דין מרומה ובעי דו"ח ושפיר כתב הב"ש כיון דכל קידושין בעי ב' עדים והוא אומר שקידש בפני ע"א אם היא מכחשת הוי דין מרומה ובעי דו"ח: ומה שהביא הב"ש בשם כנה"ג ח"מ סי' ל' ועיי"ש בב"ש שכתב לענין עד המעיד על זנות האשה והיא מכחשת י"ל ג"כ דאיירי ג"כ באופן שהיה לפי דברי העד שלא כדרך כל הארץ וגם י"ל דזנות בפ"ע לא שכיחא וגם בפני ע"א ול"ד בהתראה וב' עדים ויעוין בת' מהרב"צ אשכנזי סי' ה' שכתב ג"כ לענין עדי קידושין שכיון שהיא מכחשת וצועקת כו' והלכך מחזי כרמאות וכ"כ הרא"ם ז"ל ואלו הם דברי הרא"ם שכתב הכנה"ג בשמו והיינו כהריב"ש שכלן שקידש שלא כדרך ושלא כהמנהג והיא מכחשת הוי דין מרומה. ובזה אפשר ליישב דברי המהרש"א בכתובות ט"ז ע"א תוד"ה דאי ר"ג למ"ד הטוען אחר מעב"ד ל"א כלום כו' וכתב הרש"א אע"ג דאפילו למ"ד לא אמר כלום איכא מיגו דאי בעי אמר אין את אשתי כו' וכבר הקשו עליו דא"כ ל"ל אם יש עדים שיצאת בהינומא תיפוק ליה דהרי יודעים המה שהיא נשאת לו ואף אם אינם זוכרים יציאת ההינומא סגי ועיין במהר"מ שיף שהעיר בזה ומ"ש שא"י אם איש זה הוא שיצאת עמו בהינומא מלבד שהוא דוחק דא"כ אכתי תיקשי באמת הא אית ליה מיגו דאין את אשתי אע"כ דהמה מעידים שעם איש זה יצאת בהינומא. ושפיר הקשה הגמ' ל"ל עידי יציאת ההינומא לר"ג האמר איהו מהימנא:

וע"פ הנ"ל י"ל דהלא כבר הקשו למה לא תני מתני סימן דנשאת ברביעי כיון דמתני' פסיק ותני בתולה נשאת ליום הרביעי ואלמנה ליום החמישי אין לך סימן גדול מזה. ובאמת כבר הקשה כן בירושלמי פ"א הל' א' בתולה מן הנשואין כו' מוכת עץ כו' נשמעיניה מן הדא אם יש עדים שיצאת כו' הוי ש"מ לית כאן רביעי כלום. אבל מגמ' דידן לא משמע לן דחשו לדבר זה גם הרי לפי סוגית הגמ' דידן כיון דאיכא טעמא דשקדו אלמנה נשאת דוקא ביום חמשי ואם לאו נקרא עבריינא א"כ אם הויא בתולה מן הנשואין י"ל דצריכא להנשא בחמישי ויעוין בפ"ו לענין ברכה. ומו"ע הלא לא שכיח ויעוין בתוס' דף ט' ע"ב ובירושלמי ר"פ האשה שנתארמלה והגמ' הכא הלא אתיא כמ"ד הולכין בממון אחה"ר כמ"ש התוס' בד"ה וכיון דרוב נשים כו' א"כ פשוט דלק"מ מבתולה מן הנשואין וממוכת עץ. ונשארה קושית הירושלמי חזקה מפ"מ לא קתני סי' דנשאת ליום הרביעי:

וצריך לאמר דאם איכא עדים ע"ז בודאי מהני רק הכא איירי אפילו שאין העדים זוכרין אם נשאת ליום הרביעי או לא ואע"ג דבאיזה יום הרי הוי מחקירות אבל בד"מ הלא לא

בעי דו"ח והרי לקמן אמרינן רוב הנשואות בתולה יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול אפרע ליה רובא ויעוין במפרשים שכתבו דכיון דאיכא עדים אע"פ דל"ה קול מעליא כמ"ש התוס' מ"מ לא אתרע רובא כל כך וע"כ צ"ל כן דל"ה האיך הם נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן מטעם דרוב נשים בתולות נשאות הלא לכאורא אם אלמנה נשאת אינו אומר נגד הרוב כיון דיש נשים אלמנות נשאות אבל באומרת בתולה נשאת הלא הרוב מנגדתו ואינו בדרך כל הארץ. וע"כ אם יש עדים ל"ה הרוב מנגדתו ובזה יתיישב דאם יש עדים שיצאת בהינומא מהני אף אם אינם זוכרים דלכאורה כיון דהוא מכחישם גם איכא ריעותא דאין לה קול א"כ הוי דין מרומה וצריך דו"ח אע"כ כנ"ל דכיון דאיכא עדים אף דל"ה קול מעליא מ"מ תו אין הרוב מנגדתם אבל אם לא יהיו עדים כלל שיצאת בהינומא ויהיה ריעותא מעליא הא דאין לה קול גם הוא עומד וצוח אלמנה נשאתיך הוי כדין מרומה דבעי דו"ח ומשו"ה בעינן עדים שיצאת בהינומא ומיושבין דברי מהרש"א, וגם יש להאריך עוד בזה אבל זהו רק לפלפולא בעלמא ולא רציתי להאריך ויעוי' בת' מהר' בצלאל שהאריך לפלפל בהא דדין מרומה אם בעי' כל הדו"ח או סגי בדו"ח לפי הענין שנראה לב"ד שהוא מרומה ומביא מחלוקת הראשונים בזה ובמק"א הארכתי בזה ובדברי הריב"ש ובדברי הנוב"י סי' ע"ב ח' אה"ע והדברים ארוכים ואכ"מ:

סימן כג

כתובות פ"ח אי פקח הוא כו' יעוין בהשגת הראב"ד על הרי"ף שכתב דמיירי דאף לשבעה שבועת התקנה ח"מ יכול להשביעה] אח"כ ש"ד לאחר הפירעון יעוי"ש וצ"ע דא"כ האיך תתיישב קושית הגמ' וליחוש לשתי כתובות כו' דהלא כיון שנשבעה כבר להכחיש העד שלא קבלה המעות שהוא אומר האיך תהא נאמנת אח"כ לחזור ולהגיד שנפרעה על כתובה אחרת: ויעוין ברש"י שפי' הטעם לחוש לשתי כתובות משום דיהי' מסייע לה הא שפרעה פעם שני ולפי זה בודאי א"א לפרש כהראב"ד דאיירי שנשבעה כבר וחייבוהו בד"ת לשלם לה א"כ מה סיוע יהיה זה לשתי כתובות כיון שבע"כ היה מחוייב לשלם. אך י"ל דהראב"ד לא יפרש כרש"י דהנה טעמו של רש"י י"ל דס"ל כשיטת התוס' ב"ב ל"ד וכתובות פ"ה דאף נגד, ע"א א"נ לאמר סיטראי משום דהוה משואי"ל ויעוין בש"ך סי' נ"ח דלאחר הפרעון אף בעה"ת בשם הרמב"ן דפליג מודה כיון דלאחה"פ איכא ש"ד גם הבה"ת מודה. אבל הראב"ד יסבור דל"ש כאן משואי"ל דע"כ ל"א רק גבי אין חטפתי ודידי חטפתי דמיירי ג"כ בראו עתה בידו עיין ב"ב ל"ד ומפרשים ובחו"מ סי' ע"ה ואילו היו שני עדים היה מחויב לשלם משו"ה גבי ע"א כ"ז שלא נשבע והכחישו הוה כשני עדים (ויעוין בחי' הרמב"ן ב"ב דמסיק ג"כ שזה הטעם הוא עיקר ולפי"ז בודאי ל"ש

גבי סיטראי משואי"ל ואינו סותר לדבריו שבתשובה לבעה"ת ומיושבת קושית הש"ך בסי' נ"ח בסתירת דברי הרמב"ן) אבל בטענת סטראי דלדעת הרבה פוסקים אף שני עדים א"נ רק לארועי שטרא אבל לא לבטולי אבל אם הוא מוחזק בודאי אין מוציאין מידו בטענת סטראי ומשו"ה לאחה"פ ל"ה בע"א מחוייב שבועה ואי"ל,: ולפ"ז נוכל לפרש טענת שתי כתובות בלא הסיוע שפרע לה מרצונו והא דמהני הא דמודע לה לעדים י"ל דיפרש כפי' המפרשים דהאשה הודיעה להעדים שמודית שאין לה אלא כתובה אחת יעוין בש"מ בכתובות שם הלא הויא חוזרת וטוענת דבודאי אינה נאמנת ובפרט אחר שנשבעה כבר להכחיש העד ועיין בסי' פ' ובכה"ג לאחר שנשבעה הוי כמו מחובה לפטור ועיין בסי' נ"ט סעי' ט' לענין אם אומר לא לויתי ואח"כ בא ע"א והעיד שלוה אם הוה מוחזק כפרן בסמ"ע וש"ך שם ובסי' ע"ה סעי' י"ד באחרונים אבל לענין חוזר וטוען בפרט לאחר שנשבעה א"י לשנות וצ"ע. ואפ"ל דבזה ס"ל להראב"ד דא"צ לשבע נגד העדאת העד דהיינו שלא קבלה הסך שהוא אומר רק דהכתובה לא נפרעה ויעוין ב"ב ל"ד שיש לכאורה להוכיח דהשבועה צריכה להיות להכחיש העד ויש לדחות ולפ"ז תהיה קושית הגמ' האיך פסיקא ליה דיכול להשביעה אח"כ הלא אם לא תרצה לשבע רק שלא נפרעה תוכל לטעון אח"כ שהיו לה שתי כתובות וע"ז משני הגמ' דמודה היינו דהיא מודיעה להעדים וכמ"ש בהגה"ה:

סימן כד

בדין אחד שכיב מרע שצוה לכתוב גט לאשתו ואשתקל מילוליה מחמת כובד החולי ומת בו ביום אך סימני גסיסה לא נראו בו עד אחר נתינת הגט: לכאורה הדין פשוט ומבואר בשו"ע סי' קכ"א סעי' ד' שכ"מ שמצוה לכתוב גט לאשתו צריך לדקדק בו שיהיה שפוי בשעת כתיבה ובשעת נתינה והוא מדברי התוס' והר"ן והמרדכי וכתב הב"ש שם בס"ק ה' ואם נשתתק בחליו תליא בפלוגתת הפוסקים כי בירושלמי כו' דוקא נשתתק בבוריו אבל בחליו א"צ בדיקה ג"פ כו' תלינן דמחמת חולשה הוא וכן ס"ל כמה פוסקים וכן ס"ל להעיטור כו'. אכל רש"י והר"ן פירשו מתני דפ' מ"ש דאיירי. נשתתק בחליו וחיישינן שמא נשתטה כו' ולדעת הטור מפורש מדאורייתא בטל הגט אם לא היה בדעת בעת הכתיבה וכ"פ הש"ג לכן אין להקל עכ"ל עיי"ש, הרי מפורש דעת הב"ש דאין להקל בכה"ג ועין בפר"ח שהשיג ג"כ על הב"י בזה וכתב דהויא ספק מגורשת עי"ש מה שכתבו מפי' רש"י במתני' ר"פ להוכיח דנשתתק מחמת חולי בעי בדיקה לדעתי לא מכרעא מילתא דז"ל רש"י נשתתק לאו אמי שאחזו קורדייקוס קאי רק אדם שנעשה אלם מחמת חולי:

והברור דאין כונת רש"י על חולה שנשתתק מחמת חליו רק על בריא שנשתתק והיינו מחמת חולי שסיבתה כך היא ולדעתי אין ספק בכונת רש"י מדנקט שנעשה אלם ועל חולה שנשתתק בודאי לא שייך למינקט לשון שנעשה אלם אע"כ דגם כונת רש"י אינה רק למעוטי שלא קאי על בעל קורדייקוס שנשתתק רק בריא שנשתתק מחמת איזה חולי בגופו שגרם לו שנעשה אלם. וראיה לזה דגם הר"ן כתב כרש"י במתני' וז"ל לאו אמי שאחזו כו' אלא אדם שאחז חולי שתוק עכ"ל ולקמן בגמ' הביא הר"ן פלוגתא בחולה שנשתתק אי בעי בדיקה והאיך פי' במתני' סתמא על חולה ואח"כ הביא הפלוגתא דא"צ בדיקה כלל אע"כ דגם כונת הר"ן רק על בריא שנשתתק מחמת חולי שתוק. וזהו ברור. דלא כהב"ש שכתב בשם רש"י והר"ן במתני' שפי' דאירי בנשתתק מחמת חולי יש לאמר דאף המחמירים בנשתתק מחמת חולי היינו דוקא באחזו חולי השיתוק בחליו דהמקילים סברי כיון דבחליו הוא תלינן דרק כח הדיבור נסתלק ממנו אבל דעתו שלימה היא והמחמירין סבירא להו כיון דאחזו חולי שיתוק ונתקלקל כח הדבור חיישינן ג"כ שנתקלקל גם השכל בו. עורקי הכחות האלו סמוכים המה וכאשר יחלש עורק זה יחלש גם השני כידוע:

ומהירושלמי משמע ג"כ דאירי בכה"ג דנשתתק מחמת סיבה חולי שיתוק ואפ"ה מיקל בחליו דלא בעי אלא בדיקה פעם אחת דהרי גרסינן בר"פ מ"ש ר"י בר בון אמר בבריא אנן קיימינן למה אינו גט אני אומר מתעסק בשטרותיו ותני כן בד"א בזמן שנשתתק מתוך בוריו אבל אם נשתתק מתוך חליו דיו פעם אחת ופי' הפני משה דההחילוק הוא דכשנשתתק מתוך בוריו חיישינן שמא היה בדעתו קודם שאחזו החולי בענין שטרותיו ונקיט ליה בדעתו גם בעת חליו ומרכין ע"ז ראשו אבל בנשתתק מתוך חליו לא חיישינן להכי (ועי' בק"ע דפי' באופן אחר ויש להאריך בזה):

וי"ל דהיינו טעמא דהנך רבוותא דלא חיישי להך דירושלמי משום דבגמ' דידן לא ס"ל הך טעמא דמתעסק בשטרותיו וא"כ אין נפקותא בין נשתתק מתוך בוריו ובין נשתתק מתוך חליו אבל כ"ז באחזו חולי שיתוק. אכן אם נשתתק מחמת חלישות החולי וצרתו בחזה אשר מחמת זה אפסו כחותיו לדבר. י"ל דלכו"ע אינו דומה לדין דנשתתק ואין צריך בדיקה דבכה"ג לא חיישינן לקלקול המוח ועורק הדעת וכן משמע להמתבונן בדברי הר"ן ר"פ מ"ש גבי פירכא דשחט בו שנים או רוב שנים ומפרקינן הכי השתא התם דעתא צילתא הוא וכחישותא הוא דאתחיל ביה כלומר צלולה היא דעתו אלא שתשש כחו מלהוציא דבר בפיו אבל הכא דעתא שגישתא היא ואיכא למידק כו' אמאי לא פריך לה אמתני' כו' יש לאמר דודאי פשיטא לן דהשתא כי רמז ואמר דעתא צילתא הוא דס"ל דאי

אפשי שלא תטרף דעתו שעה אחת קודם למיתתו כו' וכן איתא בירושלמי כו' ואי אפשר שלא נטרפה דעתו שעה אחת קודם למיתתו הדא פליגא על ר"ל ולית לה קיום ובגמ' דידן אשכחו לה קיום כו' וכתבו המפרשים דבשחט בו כו' אין צריך בדיקה ולפי זה איכא מ"ד דבנשתתק מתוך חליו לנשחט כו' דמי דלא חיישינן לטירוף הדעת מיהו בירושלמי כו' משמע דבדיקה אחת מיהו בעי ובנפל מן הגג כו' ואני חוכך עוד בכל נשתתק דצריך בדיקה ואפילו בשחט בו שנים כו' עיי"ש:

הרי דבשחט בו שנים היה פשיטא ליה להר"ן מתחילה דלא בעי בדיקה אפילו להנך פוסקים דס"ל דמתוך חליו בעי בדיקה והיינו טעמא משום דהיה סבירא ליה להר"ן דבשחט בו כו' בודאי הא דפסק מלדבר משום כחישותא וחלישות הוא ולא מחמת חולי שיתוק רק דלבסוף חכך להחמיר ולעצמו הוא דקאמר ולא כהנך מ"ד שהביא מתחילה והיינו משום כיון דמפרש מתחילה דהא דקמשני הגמ' כחישותא הוא דאתחיל ביה לא קאי על הא דנשתתק רק על טירוף הדעת שיהיה בודאי שעה אחת קודם למיתתו אבל הא דנשתתק י"ל דדינו ככל נשתתק דבעי בדיקה דלא יוכל לידע הסיבה אבל חולה שחלה זמן רב וידעינן דהא דנשתתק הוא מחמת חלישות לא מחמת שום חולי אחר, בודאי לא בעי בדיקה:

אך לא משמע כן מדברי הב"י גבי גוסס שחילק בין גוסס המדבר ובין גוסס שאינו שדבר דבעי בדיקה כדין נשתתק אך י"ל כמ"ש החלקת מחוקק ס"ק י' בגוסס שאין דעתו צלולה כשניטל ממנו כח הדיבור, ודוקא בגוסס אבל בחולה שמחמת חלישותו הפסיק מלדבר בודאי י"ל דרק מחמת חלישותו ולא חיישינן לדעת שגישתא גם אפילו להר"ן שחוכך להחמיר בכל נשתתק היינו דוקא בשחט בו שנים שי"ל דאחזו ג"כ חולי השיתוק בהא אפליגו או מחמת הכאב אחזו שום חולי ונטרפה דעתו אבל אם רק מחמת חלישות לא יוכל להשמיע למרום קולו ושפתותיו מרחשין ולא יוכל להשמיע לאזן י"ל דבכה"ג כו"ע מודו דבדיעבד כשר בלא בדיקה וכמו שהראיתי פנים מסבירות בסוף דברי להלן דלא כהפר"ח שכתב דאפילו בחולה שלא נשתתק הבדיקה מעכבת בדיעבד רק כשיטת הב"י וב"ש והגר"א ז"ל בח"מ סי' ר"כ באה"ע דהבדיקה אינה מעכבת:

לפי הנראה מפשטות דברי הגמ' התם דעתא צילותא הוא וכחישותא הוא דאתחילא ביה משמע דס"ל להגמ' דהעדר הדעת מצד החולשה אינו נכנס בגדר שוטה (והיה מתורץ בזה תמיהת התוס' בד"ה התם כו' לא ידע ר"י עד מתי יתישב דעתא צילותא דליכא למימר כו' ולפי הנ"ל אף רגע קודם מיתה רשאי לגרש בשחט בו שנים או רוב שנים כיון דדעתא צילותא הוא רק מחמת כחישותא) וכן משמע ברשב"א שכ' בחידושיו דצלוב

או מגוייד נשחט בו רוב שנים כותבין ונותנין כ"ז שיש בהם נשמה ואין צריכין בדיקה ובחולה חששו רק דמחמת החום רגיל להטרף ודעתא שגישתא הוא ועי' ברשב"א ור"ן ומשמע בהדיא כנ"ל:

והטעם יש לאמר דשוטה לא מיקרי רק מי שדעתו מטורפת ולא מי שאין לו דעת מחמת חולשת וכבדות העצבים ועורקי ההרגשה וחילוק זה הוא בין חרש לשוטה, ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה ומי אר"י כו' הקשה הר' אלחנן דמאי פריך לר"י לר"ל נמי תיקשי דהא טעמיה דרשב"ל באחזו קורדייקוס משום דסמיה בידיה מהניא דאין סמיה בידיה מודה משום דמדמי ליה לשוטה כו' עיי"ש. ולפי הנ"ל יש לאמר דלרשב"ל ליכא למימר אין כותבין רק בשוטה משום דכיון דנשתטה אינו בתורת גיטין וקידושין כיון דשוטה פטור מכל המצות ומשו"ה באחזו קורדייקוס כיון דסמיה בידו לא דמי לשוטה רק כישן דמינו ודעתו לא בעינן כיון דכבר עשה שליח:

ולדידיה י"ל דגם שיכור שהגיע לשכרותו של לוט ג"כ כותבין וא"כ ה"ה שחט בו שנים או רוב שנים אע"ג דס"ל להגמ' דאבד דעתו ע"כ היה פשוט ליה להגמ' דלא דמי לשוטה ולא פריך רק על ר"י דגם באחזו קורדייקוס ס"ל דאין כותבין וע"כ לדידיה בעינן שיהיה בדעתו בשעת כתיבה ונתינה וא"כ שחט בו שנים או רוב שנים נמי כיון דמחמת חולשה יאבד דעתו ושני הגמ' דמ"מ לא דמי לקורדייקוס דהתם אף דסמיה בידיה מ"מ בעת חוליו שוטה הוא אבל הכא דעתא צילותא הוא ואינו דומה לשוטה. (וי"ל עוד הא דשוטה פסול משום דפטור מכל המצות אבל מצד חולשה אינו פטור ונ"מ לענין אוכל נבילות אי ב"ד מצוין להפרישו ושיכור אף שהגיע לשכרותו של לוט י"ל דמצוין להפרישו ולא מפטר אלא מטעם אונס ועיין בנזיר כ"ג):

גם י"ל דהא דלא בעינן דעתו כיון שעשה שליח מהא דקיי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא וא"כ הוי כמו אשה המתגרשת דלא בעינן דעתה רק שתהיה יודעת לשמור גיטה ומשו"ה בחרשת מתגרשת וה"ה נתחרש אחר שעשה שליח י"ל דלרשב"ל מהני (ופשוט להגמ' הסברא אליבא דרשב"ל דס"ל בקידושין דגם ע"י דיבור לא מצי לבטל אך לר"י היה להגמ' הסברא משום דדברים שבלב אינן דברים אבל לעולם דעתו בעינן עד שתי' הגמ' התם דעתא צילותא כו' ול"ד לשוטה) וא"ש טפי לדעת הרמב"ם דס"ל דאף לר"י לא הוי אלא מדרבנן שלא יאמרו שוטה מגרש וא"כ כיון דלא הוי כשוטה בטירוף הדעת לא גזרו, אבל קודם הציווי י"ל דבדיקה בפי וזה היה פשוט להגמ' ומשו"ה לא הקשו ממתני' ומתורצה קושיא הראשונה בד"ה הנ"ל: מדברי רש"י בד"ה צילותא הוא לא משמע כנ"ל שפירש וז"ל צלולה היא דעתו אלא שכחש כחו מלהוציא דבר

בפיו עכ"ל הרי דמשמע מפשט לשונו דגם כחישות הדעת דמי לשוטה רק אין חוששין להא דנשתתק ויהיה מזה סיוע לדברינו למעלה דחולה שנשתתק מחמת חלישות לא מיקרי נשתתק:

ספרי פ' תצא בפ' אונס לא יוכל שלחה כל ימיו משלחה הוא ליבם (יעוין גי' הגר"א) וי"ל דכונת הספרי דס"ל דיוכל לשלחה באופן שיחולו הגירושין רגע אחד קודם גמר מיתתו דאין תועלת הגירושין כ"א שלא תזקק ליבם. ועין ברשב"א דהקשה על הא דאיתא בירושלמי דמכאן ולאחר ואחזו קורדייקוס תליא בפלוגתת ר"י ורשב"ל א"כ האיך מצי לגרשה מעת שאני בעולם הלא רגע אחד סמוך למיתה רגיל ליטרף ועיין בפר"ח וג"פ ובאחרונים דתירצו דהכונה שעה אחת קודם שהתחיל ליטרף אבל להספרי הנ"ל ע"כ הכונה רגע אחת קודם למיתתו:

וי"ל דבזה פליגי ר"י ורשב"ל במכות דר"י דריש כל ימיו לנתוקי לאו הוא דאתא ולא ס"ל דרשת הספרי דלדידיה לא מצי לגרש אז משום דנשתטה ורשב"ל דלא ס"ל לנתוקי לאו הוא דאתא ע"כ ס"ל כל ימיו לדרשא דספרי אבל משלחה הוא ליבם וע"כ ס"ל דטירוף מחמת חולי לא דמי לשוטה ומיושב גם בזה קושית התוס' דלא פריך על רשב"ל דלדידיה ע"כ טירוף הדעת דחולה ל"ד לשוטה. אבל לר"י שפיר פריך וע"ז תירץ דל"ד חולה לשחט בו שנים דבחולה י"ל דנטרף מחמת חום ודמיא לשוטה אבל בשחט בו שנים רק כחישותא הוא דאתחיל בו ומצי לגרש תמיד. ומה דלא נסיב דרשא דהספרי ומכש"כ לדעת הרמב"ם דס"ל דאם נשתטה אח"כ לא הוי אלא מדרבנן ולדידיה מה"ת יכול לגרש ושפיר י"ל דרשא דספרי אפ"ל דר"י ס"ל דמשלחה ולא ליבם ע"כ הכונה באומר דלא יחול הגט רק עם גמר מיתה דבסמוך למיתה אכתי בכלל כל ימיו הוא:

וע"כ דלא יסבור הספרי הא דתמורה כ"ה דברי הרב כו' או דס"ל דאיסור יבמה לשוק הוא בכלל איסור אשת איש מחמת זיקת הבעל הראשון ואפ"ל דיהא תלוי בשינויא דהגמ' קידושין י"ג גיטין פ"ג יבם כאחר דמיא ועוד נדבר מזה להלן. אך בב"ב קל"ז משמע דחל הגט עם גמר מיתה ודברי הרשב"ם שם צע"ק דמשמע לדידיה במת הש"מ בחיי הראשון בשעה שהתחיל הראשון ליטרף זכה השלישי ולא הזכירו מזה הפוסקים ואפשר ליישב בזה קושית הנוב"י מהד"ת חאו"ח סי' קי"ח לר"ש דס"ל אאחע"א גרושה בכה"ג למה לי ואפ"ל דר"ש לטעמיה דסתמא דספרי אליביה דדריש משלחה ליבם והיינו עם גמר מיתה וחייל גט בכה"ג. וא"כ שפיר משכחת לה גרושה ואלמנה בב"א בכה"ג כשמגרשה שיחול הגט עם גמר מיתה:

גם יש ליישב בזה דברי התוס' בגיטין כ"ה דלא פריך ר' יוסי אר' יוסי עין ברש"א שם ובפ"י. ולפי הנ"ל יש לאמר דהנה הלא ר' יוסי ל"ל איסור כולל עיין ביבמות צ"ב וא"כ יהיה קשה גם אליביה קושית הנוב"י גרושה בכה"ג למה לי וע"כ נתרץ דאית ליה דרשא דספרי וע"כ ס"ל דחייל גט עם גמר מיתה ושפיר י"ל דלא תליא בברירה ע"פ דבריו דלא נכנס בגדר ברירה רק אם יחול שעה אחת קודם גמר מיתה דלא הוי מבורר בעת חלות הגט. אבל אם ס"ל דחייל בשעת גמר מיתה לא תליא בברירה ויש ליישב בזה ג"כ הא דאיתא גיטין כ"ח בשינויא דאביי הא ר' יהודא דחייש למיתה ולא נסיב ר"י ור"ש ולהנ"ל אפ"ל דלדידהו א"צ לגרש שעה אחת לפני מיתה דבבת אחת ג"כ חיילא:

וכן יש ליישב בזה קושית הב"ש סי' קי"ט לב"ש דס"ל לא יגרש אא"כ כו' והחילוק באונס דחייב להחזירה אם גרשה א"כ כל ימיו למה לי. ולפ"ז יש לאמר דב"ש ס"ל כשמאי קידושין מ"ג דיש שלד"ע ולדידיה לית ליה הך דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. וא"כ משכחת לה מיתה וגירושין בבת אחת וא"כ מצי למיסבר דרשא דספרי ולא מייתר כל ימיו. גם י"ל דב"ש ס"ל כאחע"א עין יבמות י"ג אך כל ימיו במוש"ר מיותר עי' בספרי וי"ל דכל ימיו דאונס. א"ש לכו"ע גם למ"ד קיימו דאונס משכחת לה בקטנה ולא מצי לקיים העשה אבל במוש"ר דהוא דוקא בגדולה דמוש"ר על הקטנה פטור וכ"ז הוא רק פלפול של מה בכך:

ועוד יש להעיר בדרך הזה על קושית הבית מאיר בגיטין כ"ט ע"ב אמר מר בר רב אשי הא דאבא כו' אילו מת בעל מידי משמא אית בהו אלא כולהו מכח בעל קאתו כו' דמאי ראיה היא זו דילמא שאני התם כיון דמת בעל פקע רשותו וליכא גירושין אע"כ דטעמא דאין גט לאח"מ משום דאין מתים מגרשים, ובשליח משום דכיון דמת בטלה שליחות עיי"ש. וע"כ דזיקת יבם מכח בעל קאתי עיי"ש ויש לאמר דוה יהיה תלוי אם נאמר דיבם מיקרי אחר היינו אי יבם מיקרי אחר לא אתי מכח בעל וא"כ טעמא דמת בעל משום דלא שייך גירושין משום דפקע רשותו ואי יבם לא מיקרי אחר ע"כ טעמא דמת בעל משום דבטלה שליחות וכיון דמת בטלה כל השליחות ע"כ כולהו מכח בעל קאתי:

ויש לכון בזה דברי מר בר"א הא דאבא דקטנותא היא דהנה מצינו בזה סתירה בדברי רב אשי דבקידושין י"ג דיבם לא איקרי אחר ובכתובות פ"א קאמר דיבם אחר הוא (יעוין בגליון שם ובתוס') וי"ל דרב אשי חזר בו ולהכי קאמר דהא דרב אשי דקטנותא היא דהיה ס"ל דיבם כאחר דמיא וא"כ טעמא דמת בעל משום דפקע רשותו ול"ש גירושין אבל כולהו מכח שליח קאתו אבל לבתר דהדר ביה דיבם לא מיקרי אחר וא"כ לא פקע רשותו ואילו מת בעל בטלה כו' ע"כ כולהו מכח בעל קאתו (וי"ל בזה עוד לפמש"כ

דמיתת הבעל אי שריא לב"נ תליא במי איכא מידי וא"כ לרשב"ל דלית ליה מי איכא מידי י"ל אליביה מדלא שריא לב"נ א"כ הגט מועיל לאחר מיתה לב"נ א"כ ע"כ הא דמת בעל בטלה השליחות משום דצריך שיהיה המשלח ראוי לגרש גם בעת כתיבה ונתינה וא"כ עשה שליח ונשתטה מדאורייתא פסול הגט ועי' במפרשים ובפ"י ואחזו קורדייקוס דמכשר רשב"ל ע"כ משום דסמיה בידו מיקרי בר כריתות וא"כ גבי שחט בו שנים דג"כ מיקרי בר כריתות דאינו בכלל שוטה מצי לגרש אבל לר"י דפסל בקורדייקוס אע"ג דלאו שוטה מיקרי לכה"ת ובר כריתות הוא ע"כ היינו טעמא משום דבעינן דיהיה מצי עביד גם בעת העשיה והאי כללא דכל מלתא לא מצי עביד אינו דוקא בעת מינוי השליחות רק גם אם לא מצי עביד אח"כ ג"כ לא הוה שליח ועי' במפרשים א"כ ה"ה מחמת מיתה ג"כ ויש ליישב בזה קושית התוס' ד"ה ומי אר"י שדברנו בזה למעלה דמאי פריך אר"י טפי מלרשב"ל):

עי' ברש"י ריש כתובות ד"ה מת הוא כו' והוא מת בתוך הזמן. מאן קא מגרש לה מהשתא אין המתים מגרשים וכן פירש בד"ה זה גטך שהרי משפסק אינו בחיים ואינו יכול לגרש משמע דהיינו טעמא משום דכיון דמת אינו בר גירושין ובגיטין ס"ו ע"א ד"ה לאח"מ מי איכא פירש"י לאחר מיתה מי יגרשה ובשעת מיתה חיילא עליה זיקת יבם משמע דמשום דחיילא עליה זיקת יבם משו"ה לא יכול לגרש לאח"מ ועיין ברש"י גיטין י"ג ד"ה לא יתנו לאח"מ דגיטא לא חייל עד דמת משחרר וכי מת הא פקע ליה רשותו וכן פירש"י בדף ט' ע"ב ד"ה לא יתנו לאח"מ וכיון דמית תו לא הוה שחרוריה שחרור דנפקא ליה רשותא מיניה וחייל עליה רשות יורשין:

לפמ"ש למעלה דלמאן דס"ל דיבם לא מיקרי אחר לא שייך גבי גט לאמר דפקע ליה רשותו וע"כ משום דאין מתים מגרשים ובשיחרור עבדים לשיטת רש"י דס"ל כהרי"ף דבשחרורי עבדים אע"ג דזכות הוא היינו לענין דלא מצי למיהדר ביה וכיון דשוב לא יכול לחזור י"ל דלא שייך סברא דאין מתים מגרשים כיון דלא בעינן כחו ולפ"ז יש לאמר דיהיה נ"מ עם גמר מיתה דבשחרורי עבדים רשאי ליתן אבל בגיטי נשים לא מצי לגרש בשעת מעשה. ויש להעיר לפי זה מאי פריך הגמ' גיטין ט' ע"ב ותו ליכא והאיכא האומר תנו גט זה כו' לא יתנו לאחר מיתה דהלא עדיין לא שוו בטעמייהו ונ"מ עם גמר מיתה והיכא שלא מסר להשליח כגט שיחרור בחייו דלא שייך תן כזכי יש להעיר להיפוך דבגט אשה חייל עם גמר מיתה דל"ש דברי הרב כו' דבמקום זיקת יבם עדיין זיקת בעל הוא אבל בגט שיחרור י"ל דלא חייל משום דדברי הרב כו' דמפקיע המיתה ליורשים: מ"ש למעלה לתרץ קושית התוס' גיטין ע' דמשו"ה לא פריך לרשב"ל משום דלדידיה

טעמא דשוטה דלאו בני כריתות הוא עי' בגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה והא כו' וי"ל דחשיבי בני כריתות הואיל ואם הגדיל הקטן ונשתפה השוטה הוו בני כריתות אך יש לאמר דזה יהיה תלוי בפלוגתת רב הונא ור"נ והנך אמוראי דאוקמי למתני' כר"מ עיי"ש בסוגיא והארכתי בזה במקום אחר:

ולפ"ז יש לאמר ולייישב הא דהביא הגמ' מימרא דשמואל קודם הברייתא דמגוייד או צלוב וכבר עמדו ע"ז המפרשים הלא היה להגמ' להקשות מהברייתא ולפי הנ"ל יש לאמר דהיינו יכולים לאמר דטעמיה דר"י אינו אלא מדרבנן וא"כ לא גזור אלא בקורדייקוס דהוא מין ממיני השוטים ואתי לאחלופי בשוטה דעלמא לאמר שוטה מגרש אבל מה"ת אין כאן חששא דגם שוטה בר כריתות הוא, ועי' בסוגיא הנ"ל דף כ"ג דתרי אמוראי אליבא דר"י לזה הקדים מימרא דשמואל דס"ל התם והוא ששייר מקום התורף אלמא דס"ל דלאו בני כריתות הם וא"כ הוי פסולא דאורייתא וא"כ אפילו שחט בו שנים נמי וה"ה למגוייד או צלוב וזה אינו עולה אלא לשיטת הרא"ש והטור דס"ל דהוי פסולו מה"ת לר"י ולהרמב"ם יש לתרץ באופן אחר. ועי' בהגה"מ בשם סה"ת דלא חשש בחולי אלא שמא מחמת החום נטרפה דעתו ומשו"ה חששו גם בנשתתק אבל בנשתתק מחמת חולשא אין ראיה להחמיר וכמו שביארתי למעלה:

יש לאמר הא דמשמע מהרא"ש והתוס' דאם גוסס אינו מגרש גם אם עשה שליח מקודם אינו יכול לגרש היינו דוקא למאן דס"ל דגוסס חשוב כמת אבל למאן דס"ל דוקא באינו מדבר משום חששא דילמא נטרפה דעתו יש לצדד להקל לפי הנ"ל. ולכאורה תוספתא מפורשת היא דהנה כבר העיר בזה הר"ן על הנך דסבירא להו דגוסס אינו יכול לגרש מהא דתניא בתוספתא היה מגויד או צלוב כותבין ונותנין כ"ז שיש בו נשמה ואין לך גוסס גדול מזה כו' אך בזה יש לאמר דמגוייד או צלוב דומה לשחט בו שנים ועדיפא מחולה, אבל בנפל מן הגג כתב הרשב"א בחידושיו דדומה לחולה שנשתתק עיי"ש ואפ"ה תניא בתוספתא רפ"ה הבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לגג ונפל ומת כותבין כ"ז שיש בו נשמה עיי"ש והביאה הר"ן והרשב"א משמע בהדיא דאף גוסס כותבין אם עשה שליח מתחילה וצ"ע:

יש להעיר אם גוסס אינו ראוי לגרש מטעם דחשוב כמת אבל הא דשלוחו א"י לגרש בעת הזאת ע"כ לאו מטעם דכבר פקע זיקת הבעל דהרי עדיין אשת איש היא וא"כ ע"כ מטעם דכל מלתא דלא מצי עביד או דכמו דמיתה מבטלת השליחות כמו כן גוסס למאן דחשביה כמת מבטלת השליחות א"כ לפי שיטת רש"י גיטין ט' ע"ב דס"ל כהרי"ף דהאומר תן גט זה לעבדי אף דלא מצי למיהדר ביה מ"מ אינו משוחרר עד דמטי גיטא

לידיה ובכה"ג בודאי לא שייכי הני תרי טעמי דכיון דלא מצי למיהדר ביה איזו ביטול שייך הכא. ובודאי נותן לו אף בשעה שהוא גוסס וא"כ מאי פריך הגמ' שם ליתני בדברים ששוו גיטי נשים לשחרורי עבדים הלא אינם דומים כנ"ל יש להעיר לחזקיה דס"ל חולין קכ"א יצא מכלל חי אף בהנך דלא שייכי בשחיטה א"כ האיך שחט בו שנים או רוב שנים נותן גט לאשתו ויש להאריך בזה ולבאר בזה הא דאייתי הגמ' הך דשמואל קודם הברייתא דמגוייד או צלוב גם ליישב קושית התוס' שהארכנו למעלה:

בדבר קושית בית מאיר החמורה שהבאנו למעלה יש לאמר עפ"מ שיש לדקדק בגמ' שם דאמר רבה שליח בא"י עושה כמה שלוחים אמר רב אשי אם מת ראשון בטלו כולן אמר מר בר ר"א הא דאבא כו' ויש לדקדק הלא הא דאמר רבה שליח בא"י על משנה ראשונה היה ליה לאתויי ועוד מה חידש בזה רבה הלא בשליח בא"י שקיל וטרי הגמ' בפלוגתת רשב"ג ורבנן אם דוקא חלה ומה חידש כאן רבה ועוד מאי שייכות דינא דרב אשי על הא דאמר רבה דכן משמע הלשון דאם מת ראשון בטלו כולם. ונראה בזה בהקדם דברי הירושלמי על מתני' הל' ו' א"ר מנא לכן צריכא והוא שבא לא"י שלא תאמר הואיל ובא לא"י ועשה כגיטי א"י וגיטי א"י אין צריך לאמר בפ"נ ובפ"נ (ועין בק"ע ופ"מ דפי' דהא קמ"ל שלא תימא הואיל ושליח ראשון עושה שליח שני בא"י הוה דינו כאילו מביא גט בא"י דאצ"ל לאמר דבר דבודאי בקיאי קמ"ל דצריך לאמר שליח ב"ד אני) חלה השליח אר"ח בריה דר' אבא הוה עובדא ושלח ושאל לר"ח ולר"י ולר' אימי והורין ליה אין השליח האחרון צ"ל בפ"נ ובפ"נ אלא אומר שליח ב"ד אני (ופי' הפ"מ והק"ע דזהו הפשטות כמו בגמ' דידן דמדקתני אין השליח האחרון מכלל דשליח עושה שליח) וצריך למסור לו כל שליחותו (ובפי' דאיבעיא הוא אם הבעל אמר להשליח ליטול ממנה חפץ או שא"ד אם צריך השליח הראשון למסור לו כל השליחות או דרשאי למסור לו הגט ושליחות החפץ ישאר אצלו) ר' ירמיה אמר צריך למסור לו כל שליחותו ראב"כ אמר אין צריך למסור לו כל שליחותו מייתי לה דראב"כ מן הדא אין השליח האחרון צריך לאמר בפ"נ ובפ"נ אלא אומר שליח ב"ד אני א"ר ירמיה חזר ביה ראב"כ מן הדא אין השליח האחרון צ"ל בפ"נ ובפ"נ אלא אומר שליח ב"ד אני ע"כ ועי' בפ"מ ובק"ע שנדחקו בפי' דברי הירושלמי בתחילה מאי קסבר לסייעיה לראב"כ ולבסוף מאי קסבר ולמיהדר ביה מן הדא. ונראה לפרש דהאיבעיא הוא אם השליח הראשון נסתלק משליחותו כיון שעושה שליח שני או לא. (כמו שנחלקו בזה הפוסקים שיטת הרמ"ה הובא בטור ובשו"ע סי' קמ"א סעי' מ"ב אם מת שליח שני יכול שליח ראשון ליטלו מיורשיו של שני ויוליכנו או ישלחנו ביד אחר ושיטת הת"ה הובא בב"ש סי' קמ"ב ס"ק כ"ה והוזכר

גם בב"ש סי' קמ"א ס"ק נ"ח דכיון דעשה שליח נסתלק משליחותו) וע"ז אמר ר' ירמיה אמר צריך למסור לו כל שליחותו (דהשליח הראשון נסתלק משליחותו וממילא אפ"ל כהק"ע דצריך למסור לו גם שא"ד כגון קבלת החפץ שאמר לו ליקח מהאשה) ראב"כ אמר אין צריך למסור לו כל שליחותו (דהשליח הראשון לא נסתלק משליחותו בעשייתו שליח שני דהשליח הזה מכחו קאתי ומה שמסר לו מסר ומה שהשאיר אצלו נשאר כמו שנשאר אצלו הכח ליטול ממנו בחזרה כשיטת הרמ"ה) מייתי לה דראב"כ מן הדא אין השליח האחרון צריך לאמר בפ"נ ובפ"נ (דראב"כ היה ס"ל דאם איתא דהוא מוסר לו כל שליחותו והוי כמו שמביא הוא הגט ממדה"י לא"י האיך רשאי בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ הלא לא פליגו רבנן בתקנתן אע"כ דהוי שליח של השליח ראשון שמינהו בא"י וע"כ דא"צ למסור לו כל שליחותו) ור"י אמר חזר ביה ראב"כ מן הדא אין השליח כו' אלא אומר שליח ב"ד אני (ומדהזקיקוהו לאמר שליח ב"ד אני ולא עשאהו כשאר שליח המביא גט בא"י גופא דא"צ לאמר כלום ע"כ דצריך למסור לו כל שליחותו והשליח הראשון נסתלק משליחותו:

ועפד"ז אפ"ל שיטת רבה בגמ' דילן דרבה אמר שליח בא"י עושה כמה שלוחים היינו דרבה מפרש למתני' המביא גט ממדה"י וחלה עושה שליח בב"ד היינו דוקא אם מינהו במדה"י אבל אם מינהו בא"י אין צריך לעשותו בב"ד דשליח שני הוי כאילו נתמנה משליח ראשון ושליחותו נעשה בא"י א"צ לאמר בפ"נ ובפ"נ ולא שליח ב"ד אני דהוא תחת בפ"נ ובפ"נ כמו דאיתא בתוספתא והובא בירושלמי פ"ק ה"א שליח שלא ראה חתימת העדים מחזירו לב"ד כו' ואומר שליח ב"ד אני, ואפשר עוד לאמר דרבה לטעמיה דס"ל לפי שאין בקיאין לשמה א"כ כיון שנעשה בא"י אין צריכין לחוש עוד דמסתמא נעשה הכל כתורה ולפ"ז מדוקדק לישנא דרבה שליח בא"י ולא קאמר המביא גט בא"י כלישנא דמתני' (ומה"ט דחיק לרש"י דפי' דחידוש של רבה היה דבא"י א"צ ב"ד דהרי משנה מפורשת היא דזהו החילוק במתני' דבבא דרישא לא אצריך ב"ד ובהמביא גט במדה"י אצריך ב"ד) וא"כ לפי דברי רבה ס"ל כראב"כ דירושלמי דא"צ למסור לו כל שליחותו והיינו דאתא מכח שליח ראשון כמו דפירשנו למעלה וע"ז אמר רב אשי אם מת ראשון בטלו כולן דכיון דאתו מכחו ממילא אם מת ראשון בטלו כולן ומדברי רבה משמע ליה לרב אשי כן וע"ז אמר מר בר ר"א הא דאבא כו' אילו מת בעל כו' וכונתו להדין המפורש במשנה ראשונה לענין טול ממנה חפץ וכה"ג אם צוה הבעל בתנאי תן לה גט ואח"כ תתן חפץ לו על ידך דבכה"ג ס"ל להרמב"ם דרשאי למסור גם שליחות החפץ לשליח אחר ועי' בסי' קמ"א סעי' נ' ובאחרונים ובתוספתא פ"ב וצ"ע ועי' בסי'

קמ"ג דאם מת הבעל הגט פסול ולא מהני אם תתן החפץ ולא מהני מה שתתן ליורשיו, ופשוט דה"נ אם מינה הבעל שלית לקבלת החפץ לא מהני מה שתתן אח"כ וע"ז קאמר מר בר ר"א דאם מת הבעל מידי משמא אית בהו אף אם מסרו הגט בחייו וע"כ היינו משום דכולהו מכח דבעל קאתו ומיושבת בזה קושית הבית מאיר שהבאנו למעלה גם המשך דברי הש"ס וצ"ע:

עין בקצוה"ח סי' קפ"ח שחקר לדעת הרמב"ם דס"ל אם נשתטה אחר העמדת השליח אף קודם גמר השליחות לא בטלה השליחות משום דכבר עמד השליח במקום המשלח, א"כ ע"כ הא דמת לא יתן לאח"מ הטעם משום דכבר יצאה האשה מרשותו במיתת הבעל ולא אגידא ביה כלל וכן בעבד כיון דכבר יצא מרשותו והביא דברי רש"י דף ט' ודף י"ג שהבאתי למעלה וכתב עוד וכן מוכח דאפילו אחר מיתת המשלח שליחות לא בטלה דהא קיי"ל שליח שחלה עושה שליח אחר כו' ואע"ג דשליח שני מכח שליח ראשון הוא בא ושליח דראשון הוא מדכתב מהרמ"פ דאם שליח הראשון מבטל שליחות השני בטלה השליחות כו' וא"כ היכא דמת שליח הראשון נותן שליח השני אלא ודאי דשליחות לא בטלה אפילו אחר מותו וטעמא דלא יתן לאח"מ היינו משום דפקע רשותו וכאחר דמי כו' עיי"ש:

ותמה אני על שר התורה איך נעלמה ממנו סוגיא ערוכה אשר הזכרנו למעלה שסותרת כל דבריו דהלא מר בר רב אשי הביא ראיה להיפוך מהא דאם מת הבעל בטלה השליחות ואם מת השליח לא בטלה אלמא לאו מכח השליח קאתי ולמאן דס"ל דאתי מכח השליח כמו דהיה ס"ל לרב אשי מתחילה לדידיה באמת בטלה השליחות במיתת השליח הראשון אלמא פשיטא ליה להגמ' דבמיתת המשלח בטלה השליחות, ועכ"ז במיתת השליח ראשון לא בטלה כל השליחות דלאו מכחו קאתי, והא שכתב מהרמ"פ והט"ז דשליח הראשון יכול לבטל שליחות השני כבר האריכו בזה האחרונים ועיקר הסברא כיון שפסק הרמ"ה אשר לא נתבטלה שליחותו של ראשון בעשייתו שליח השני ויכול לחזור וליטלו ממנו וליתן להאשה א"כ ה"ה דיכול לבטלו דהבעל עשאו כאפטרופוס לענין זה איך שיבא הגט ליד האשה והרי זה דומה למה שנסתפק בעל משנת חכמים לענין שליח שתרם אם יכול לשאול על זה ואם כי בזה פשוטה הסברא אשר אין יכול לשאול דכיון שתרם עשה שליחותו ונסתלק ממנין זה, אבל שותפין ואשה דיכולים לתרום בלא רשותו פשוט דיכולים ג"כ לשאול דהרי המה כבעלים לענין זה, וה"ה הכא לענין שליח הגט להנך פוסקים אבל היכא דמת שליח עכ"ז לא בטלה השליחות דהרי

כשם שמיתה מבטלת שליחות השני כן מבטלת גם שליחות הבעל ואין זה עוד שליח הבעל א"כ מה מהני ביטולו והוא פשוט בסברא ודברי קצוה"ח צ"ע:

אך לענין גוף הדין של הקצוה"ח אם מיתה מבטלת השליחות לכאורא נראה פשוט דאינה מבטלת כ"א מחמת דפקע רשותו ונכנס לרשות אחר ונ"מ לנשתטה. והא דאיתא בב"ק פ' הגוזל ק"ד ע"ב עובדא דר' אבא הוה מסיק זוזי בי רב יוסף בר חמא כו' דילמא אדאתית שכיב ר' אבא ונפלו זוזי קמי יתמי כו' ועין פירש"י שם ומשמע בהדיא דכל החששא היתה מחמת דנפיל זוזי קמי יתמי משו"ה נתבטל שליחותו ואם נאמר דבמיתת המשלח נתבטלה השליחות למה ליה למימר הך ונפלו זוזי קמי יתמי היה לי' לאמר דילמא שכיב אבא והתקבלתי דר"א לאו כלום הוא, אע"כ דכל עיקר הטעם שמיתה מבטלת היא משום דנפלו זוזי קמי יתמי ועין בשו"ע חו"מ סי' קכ"ב לענין אם מת המרשה אם בטלה השליחות דלדעת התוס' והרא"ש והרמב"ן והרמב"ם והמחבר בשולחן ערוך דאף בהרשאה שכתב בה זיל דון כו' בטלה השליחות ואפילו לדעת בעל העיטור וסה"ת דס"ל דלא בטלה השליחות היינו מטעם דלא גרע מאפטרופוס שמינהו אבי יתומים עיי"ש ומשמע גם מלשון הפוסקים דסבירא להו דבטלה השליחות דהיינו דוקא משום דנפלו זוזי קמי יתמי:

ומבואר יותר בלשון הרא"ש בתשובה סי' ס"ב שכתב וז"ל הגע עצמך אם מכר ראובן ליהודה התביעה שיש לו על לוי פשוט הוא שלא יתן לוי למורשה כלום והה"נ אם מת שכבר פקע כח המורשה ונפלו הממון לפני היורשים שבטלה השליחות דאמרינן פ' הגוזל כו' ועין בהג"א פ' השואל שנסתפק אם אמר לו השואל שלח ולא הספיק לשלוח עד שמת המשאיל וזה שלחה ומתה אם פטור דהא נפלו זוזי קמי יתמי ואין לאמר דהכא לגבי ממון הוצרכו לומר הטעם משום דנפלו זוזי קמי יתמי דאל"כ אף דבמיתתו בטלה השליחות מ"מ לא גרע ממסר למי שרגיל להפקיד אצלו או דשדר לו פלוני אינש מהימן הוא דמבואר בסי' רצ"א סעי' כ"ו דבכה"ג מפטר ועין בסי' ק"ב ולהכי בעינן טעמא דנפלו זוזי קמי יתמי ולדידהו אילו לא מהימן דהרי מבואר בסי' ש"מ סעי' ח' בהג"ה רמ"א דבשואל לא מפטר במסר לאשתו ומכש"כ אם מסר למי שרגיל להפקיד אצלו וכן הוא בסי' ע"ב סל"א והוא מתשובת הרא"ש שהביא הטור:

ועין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו דאף לדעת מוהר"מ שהביא הרמ"א בס"ס ק"כ דוקא אם מסר לאשתו שנושאת ונותנת אבל בסתמא לאשתו ובניו לכו"ע לא מהני חזרתו ומכש"כ במי שרגיל להפקיד ועין בביאורי הגר"א בסי' ק"כ: ומטעם זה תמוה לי דברי התומים בסי' קכ"ב שכתב לתרץ קושית הש"ך על סתירת דברי הרמ"א שכאן סתם כדעת רוב פוסקים

דס"ל דאם מת המרשה בטלה השליחות ובס"ס ש"מ מביא דברי הגהמ"ר דאם אמר לו שלח ומת לא ישלח דהא נפול קמי יתמי ואם שלח ספק אם חייב באחריותו וכתב ע"ז התומים דכל הספק הוא משום דמסר למי שרגיל להפקיד ואף דגרעיה לשמירתו מ"מ לא הוי פושע משום דאמר ליה שלח כו' אבל הכא דאיירי בהלואה או דהוליכו במקום סכנה חייב הלוה עיי"ש ולפי הנ"ל זה אינו דהך דינא דסי' רצ"א הוא רוקא במפקיד אבל לא בשואל ואף להנך פוסקים דפליגי על הרשב"א והרא"ש מודו במי שרגיל להפקיד כנ"ל גם הרי הרמ"א עצמו הביא באותו הסעיף דעת הרשב"א דאינו פטור כשמסר לאשת המשאיל:

גם מה שחילק בין הלואה לשאלה תמוה דהלא הרמ"א בעצמו בס"ס ק"כ לא פליג בין הלואה לשאלה ועל התומים גופיה לא קשה דלטעמיה אזיל שכ' בסי' ע"ב ס"ק ל"ח לתרץ דאף דלא הוי חזרה מ"מ אינו חייב אלא מטעם שומר שמסר לשומר והיכי דלא פשע פטור עיי"ש אבל לדעת הסמ"ע והש"ך קשה וגם לדעת התומים תמוה דהרי מבואר בסי' רצ"א אם מסרו למי שרגיל להפקיד ואף אם נאמר דגם אם גרעיה לשמירתו פטור מ"מ היינו דוקא אם פשע השני דחייב השני ופטור הראשון אף אם נאנסה דפטור גם הראשון אבל אם ש"ש מסר לש"ח ונגנב או נאבד פשוט דחייב הראשון וא"כ הכא שואל שמסר לש"ח אף אם נדחוק בדברי הרמ"א שכתב ספק אם חייב באחריותו היינו כונתו לאחריות דחייב השני שאין משמע זה בלשונו ואורחא רחיקתא היא לאמר כן אבל האיך רצה התומים בכונת ההגהות אשירי בשם מהרי"ח דהלא שם איתא בזה"ל ומתה הבהמה א"כ אין כאן סברא לאמר דמפטר מטעם שומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אצלו:

ונראה לאמר לתרץ סתירת דברי הרמ"א ע"פ מה שמבואר בסי' קכ"ה סעי' ב' הא דבפקדון אינו יכול לחזור דוקא כשהוחזק כפרן כו' ועין בסמ"ע ס"ק י"ב אבל בהלואה כו' ומתחילה לא נתנו לידו אלא למלאות בקשתו כו' בכל ענין הוה זכות לשמעון כו' משא"כ בפקדון כו' שמעון הפקידו בידו בשביל הנאת עצמו עיי"ש וכ"ה ברא"ש ספ"ק דגיטין דבמלוה אפילו אם לא הוחזק כפרן א"י לחזור בו דהוי הולך כזכי וה"ה בשאלה נמי דינא הכי וא"כ י"ל דבשואל כיון שאמר לו שלח הרי גלי המשאיל דעתו דרצונו לקצר זמן השאלה ונהי דכל זמן שהשואל יכול לחזור בו ולא לתן בתוך ימי שאלתו דין שואל עליו ומה"ט אם אמר לו שלח ביד עבדך לא מפטר אבל הכא כיון שאמר לו שלח והוא מסר ליד השליח הרי שוב לא יכול לחזור בו הרי הוי ככלה זמן שאלתו דתו לא הוה דין שואל עליו ואפשר עוד לאמר דאפילו שומר שכר נמי לא הוה דעד כאן לא הוה שומר שכר רק בחיי המשאיל אשר לקח מאתו שכר דהיינו הנאת השאלה אבל אחר

מיתת המשאיל דנפלו קמי יורשים דלא מטי ליה הנאה מינייהו אפשר דלא הוה ש"ש וה"ה כשמכרה המשאיל לאחר כלות זמן שאילתו דלא הוה השואל כש"ש לגבי הלוקח וכן מוכח מלשון הגמרא הואיל ונהנה מהנה עי' בפרק האומנין בדף פ"א: ומסברא אינו מהנה רק לזה שנהנה מידו משו"ה מספקא ליה להמרדכי והגה"א והרמ"א אם חייב באחריותו דאפ"ל כיון דאביהם החזיקו לאיש מהימן בודאי גם היורשים יסמכו עליו (אך מדברי הרא"ש בתשובה משמע דלא ס"ל האי סברא דמדמהימן לגבי אבוה מהימן נמי לגבי דידהו עיי"ש) ובפ' הגוזל גבי עובדא דר' אבא לפי הגירסא דהוה מסיק זוזי בודאי ניחא דלק"מ על הגה"א דהתם לא שייך הך סברא ואפילו לפ' גיר' הרשב"א ומבואר בש"מ שם דהוי גרסי הוו ליה זוזי בי חוזאי מ"מ גבי מעות שאני דלעולם הוי לכה"פ ש"ש עלייהו מדמותר להשתמש בהם ועדיין צ"ע בכ"ז לעת הפנאי כי הדברים האלו המה רק לפום רהיטא:

גם לק"מ מהך דר' אבא דגבי מעות הוי פשיעה אם מסר לאחד להוציא ע"פ חוץ ואף ש"ח חייב דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע והגה"א לא כתב זאת רק גבי בהמה דעובדא לא הוה פשיעה מה דמוליכה בעיר גם בדרך אשר אין שכיח מיא לא הוה פשיעה ובמ"א תירצתי בזה סתירת המחבר מסי' רצ"א סעי' כ"ו על הך דסי' רצ"ג סעי' ד' וכבר הקשה זאת הקצוה"ח בסי' רצ"ג והתומים בסי' קכ"ה עיי"ש והדברים ארוכים ובודאי אם בטלה השליחות בודאי לא מיפטר מטעם שמסר השאלה למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו וגם כבר כתבו דבפעם אחד שעשאו שליח לא מיקרי הבעלים רגילים להפקיד אצלו:

מהדברים האמורים למעלה דשליח שעשה נתבטל במיתתו מטעם דנפלו זוזי קמי יתמי נתעוררתי לעיין מה מועיל אפטרופוס שמינהו האב אשר משמע בכ"מ דאלים כחו מכח אפטרופוס שמינהו ב"ד, דלכאורה מאי יפה כח האב למנות אפטרופסים לאחר מותו הלא כיון דמת פקע כחו כמו שמפורש למעלה א"כ האיך יכול לעשות ולמנות אפטרופסים ולהאפטרופסים יהיה כל כח ועוז לשלוט בנכסיו, ועי' ברשב"א גיטין נ"ב שכתב על הא דתניא אין עושין אפטרופוס נשים כו' ואם מינן אבי יתומים הרשות בידו, תמוה לי מאי קמ"ל כו' ואולי נאמר כיון דטעמא דמילתא דאין ממנין משום דמפסידין מינהו כו' נסלקם כאפטרופוס דמפסיד דמסלקינן אפילו מינהו אבי יתומים קמ"ל דשא"ה דהפסד זה כבר ניכר ונודע לאבי יתומים וסבר וקיבל עוד נ"ל כו' ומאי סביר וקביל שייך הכא מאי מהני קבלתו הלא כיון דמת פקעה קבלתו דממונא לאו דידיה הוא ועי' ב"ב קי"ג ע"ב שלשה שנכנסו לבקר את החולה כו' רצו עושין דין כו' וכתבו התוס' ופיר"י אורעה כל הפרשה כולה כו' שע"כ של בנים נעשו דיינים ולא מצי למימר איני

רוצה לדון לפניכם אלא לפני ב"ד הגדול או לפני ב"ד שבעירו אע"כ מקבל אותו בדיינים, וכן הוא ברא"ש שיהיה תולה ב"ד על כל דבר שיסתפק בלשון הצואה כו' וכן הוא בטור וברמ"א סי' רי"ג עיי"ש:

וצריך להבין מה מועלת דעתו ובההיא דפ' י"נ י"ל דהוי בכלל צואתו או מדרבנן משום מתנת ש"מ או מדאורייתא משום חילוק נחלות, אבל הא דיכול למנות אפטרופוס צריך להבין טעמא מאי, וראיתי במרדכי ס"פ יש נוחלין שהעתיק תשובת רגמ"ה לענין אחד שאמר לאפטרופוס שלו ידך כידי כו' לחלק לבני בין רב ומעט כו' ורשב"ם מפקפק בה ואמר כו' כדתנן פ' הניזקין אפטרופוס שמינהו אבי יתומים כו' ורמינן עלה אפטרופסין תורמין ומעשרין כו' כאן לאכול כאן להניח ומשמע שם אע"ג דתרומת אפטרופוס אינה תרומה להניח כיון שהתבואה אינה שלהם ואינה להנאת היתומים כו' מיהו כי תרם להאכיל היתומים להנאתם כו' תרומתו תרומה והזר האוכל הוא במיתה ואע"פ שבשעת מיתת האב לא היתה חולין מותרת כשיפרישו תרומה לאחר זמן מרובה כשימות דתליא בדעת המת שהשליטו על נכסיו לאחר מותו ונתנו ב"ד התבואה ברשות האפטרופוס לטובת היתומים והפקר ב"ד הפקר וקרינן בזה תרימו גם אתם ולא אמרינן כבר קפצה נחלה ואם באיסור טבל אמרינן כו' ק"ו לשאר ממון כו' הרי דהעיר בזה הרשב"א והרכיב תרי טעמים דתליא בדעת האב והפקר ב"ד הוא:

ובתשובת הרא"ש כלל פ"ז סי' א' כתב בזה"ל דכמו שיש כח ביד ב"ד לעשות דבר שהוא תקנת היתומים למכור ולתן את שלהם כך יהא כח ביד האב כדתנן אפטרופוס שמינהו אבי יתומים אלמא שיש לו כח למנות אפטרופוס כמו שיש כח לב"ד למנות אפטרופוס וב"ד נמי אמרינן כו' אביהן של יתומים נמצא כש"כ האב דעדיף מב"ד כו' וכו' ובפ' החובל נמי תניא החובל יעשה לו סגולה כו' מדייק לומר יעשה ולא קאמר יעשו אלמא דאין ב"ד נזקקין לקטן שיש לו אב אלא כל מה שיעשה האב בנכסי בניו הוא עשוי כו' הרי דגם הרא"ש הסביר דמתורת ב"ד נגעו בו באב שיוכל למנות אפטרופוס ואם כי דבריו נוטין מדברי הרשב"א אבל משמעות דבריו משמיעין בהדיא דלאו מטעם ממונו נגעו בו רק אם היה להם ממון מאבי אמם ג"כ יש לו דין אפטרופוס שמינהו אבי יתומים, (ומטעם זה מוכיחין הדברים כשיטת רבינו ירוחם הובא בב"י סי' ר"ץ שכתב וז"ל אם מינה האב אפטרופא לבניו הגדולים שיכולים לאמר אין אנו צריכים אפטרופא ומוציאין מת"י זולתי אם השליש בידו על דעת לעשות כך וכך משום דמצוה לקיים דה"מ כדאמרינן גבי המשליש מעות לבתו עכ"ל והובא בהג"ה רמ"א ס"ס ר"ץ):

ולכאורא היה נראה דהרשב"ם והרא"ש איפלגו בפלוגתת הרשב"א והריטב"א דהנה באפטרופוס שמינהו ב"ד כתבו הרשב"א והריטב"א דהוי מדאורייתא כדאמרינן בקידושין מ"ב מנין שמעמידין אפטרופוס כו' שנאמר נשיא אחד לשבט ועין בריטב"א שם ובגיטין נ"ב אלא דבפי' דתורמין כתב הרשב"א בגיטין נ"ב דהא דתורמין לאכול הוי מדינא עיי"ש וגדולה מזו כתב בקידושין מ"א מ"ב הא דדרשינן אתם ולא אפטרופסין יש לפרש דלאו דרשא גמורה היא ואפטרופוס דידן כיד יתומים ותורמין ומעשרין ד"ת והיינו דתורמין להאכיל והכא כדי שלא יראו כמזלזלין בנכסי יתומים כו' הרי דמשמע מדבריו דמדינא תורמין להניח וגם באפטרופוס שמינה אבי יתומים דאיירי ביה הרשב"א בקידושין עיי"ש אבל הריטב"א ס"ל דהא דתורמין הוי רק מטעם הפקר ב"ד עיין בדבריו בגיטין ובקידושין ומחלוקתם רק לענין תרומה אבל לא בעיקר דינא דאפטרופוס כדכתב הריטב"א בקידושין דבתרומה בעינן שליחות פרטית לתרום משו"ה בעי לטעמא דהפקר ב"ד:

ועי' בריטב"א קידושין מ"ב ומשמע בהדיא מדבריו דאפטרופוס שמינהו אבי יתומים אלים מאפטרופוס שמינהו ב"ד שכתב וז"ל וקשיא להו לרבנן ז"ל דהכא אמרינן שמעמידין אפטרופוס לחוב ע"מ לזכות ואילו התם בגיטין אמרינן שאין אפטרופסין רשאין לדון לחוב כו' תירץ הרא"ש ז"ל דההיא דהתם באפטרופוס שמינהו אבי יתומים ואין נכון כו' אלמא רישא באפטרופוס שמינהו ב"ד ותו דאדרבא כחו של אפטרופוס שמינהו אבי יתומים גדול משמינהו ב"ד שהרי נתן נכסיו ברשותו וסמך עליו לעשות בהם כדעתו כו' ואפ"ל דגם הר"ש במרדכי דנקיט טעמא משום הפקר ב"ד רק לענין תרומה כתב זאת אבל לענין שאר מילי גם לדידיה הוה מה"ת ועי' בירושלמי תרומות פ"א הל"א דמשמע דהוה מה"ת דאיתא התם אתם ולא אפטרופין והתנן יתומים שסמכו כו' או שמינן להם אביהם אפטרופוס (תורמין כו' אלא כאן ביתום גדול כאן ביתום קטן עיי"ש ובירושלמי גיטין פ' הנזקין הל' ד' ועין בתוספתא תרומות פ"א ומשמע לכאורא דהוה פלוגתא דתנאי דקתני התם אפטרופין תורמין ומעשרין על נכסי יתומים מוכרין בתים כו' רשב"א אומר יתומים שסמכו אפטרופוס שמינהו אבי יתומים או ב"ד מעשר ומאכילן מפני תיקון העולם עיי"ש משמע דרשב"א פליג על ת"ק וס"ל דהוה רק מפני תיקון העולם (וי"ל דלרשב"א התיקון הוא שצריך לעשר אף דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו) ועי' בב"י חו"מ סי' ר"ץ שכתב בשם רבינו ירוחם במשרים נתיב כ"ו ח"א אם מינה האב אפטרופוס לבניו הגדולים יכולים לאמר אין אנו צריכים אפטרופוס

ומוציאין מת"י זולת אם השליש בידו על דעת לעשות כך וכך משום מצוה לקיים דה"מ כדאמרינן גבי המשליש מעות לבתו כו' והובא בהג"ה רמ"א ס"ס ר"ץ:

ולפי הנ"ל פשוט הוא כיון דבאמת נכסי דיתמי הוא ואין לאביהם שייכות בזה רק מתורת ב"ד נגעו בה וכמו שהבאתי בשם תשובות הרא"ש דכמו דב"ד אפטרופא לדקנני לא מוקמי כן באביהם יכולין הגדולים למחותם, ומה שיש להסתפק הוא בהא דמבואר ב"ב דף קל"א הכותב נכסיו לבנו ולאשתו לא עשאן אלא אפטרופוס אם היו היתומים גדולים או אם היו קטנים והגדילו אם יכולין למחות ולסלקם מאפטרופסות או לא והנה בחלקת מחוקק אה"ע סי' ק"ז ס"ק ב' נתעורר בזה וכתב דאם היו היתומים גדולים יכולין למחות כמבואר בהג"ה ס"ס ר"ץ ואפשר דכ"ז שלא חלקו צריכין לקבל אותם לאפטרופוס ודוחק לאמר דאם הרשות בידם לחלוק הרשות בידם שלא לקבל אותה לאפטרופסה עיי"ש:

ואף שכתב זאת לדבר פשוט נראה דתליא באשלי רברבתא דבהגהת מרדכי פ' יש נוחלין המתחלת מעשה בא לידינו כו' אין לחול בו כשיור לבטל האפטרופא מאשתו הואיל וכל ימי חייה היורשין בידה כו' והואיל וכל ימי חייה היורשין בידה היינו אפטרופא והמתנה בטלה הואיל והיורשין בידה כל ימי חייה כו' ועוד היה נראה להסתפק כו' אבל כאן דאמר אחריה לפלוני אם אין אותו פלוני ראוי ליורשו היורש מסולק מן הנכסים לאחר מיתתה מה הרויח היורש אם לא תהיה אלא אפטרופא והלא הוא מסולק מהן לעולם שהרי היא מוחזקת מן הנכסים כל ימיה כו' משמע בהדיא דעתו דאף אם לא עשאה אלא אפטרופא היא שלטת בהנכסים כל ימי חייה ואין היורש יכול למחות אף היכא דלא אמר אחריך וכן משמע בתשובה שהשיב מורו ריב"א עיי"ש וכן משמע ברשב"ם ב"ב קל"א ע"ב שכ' וז"ל לא יתכון אלא לעשותה אפטרופא כדי שיחלקו לה בניו כבוד משום דאוקי אבוהון נכסי ברשותה לפרנסם מהם כפי אומד דעתה ויהיו כפופים לה כו' משמע בהדיא דהבן אינו יכול לסלקה וא"כ דברי הח"מ צ"ע:

שוב ראיתי שגם דברי רבינו ירוחם ודינו צ"ע דהנה בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' קי"ח כתב להדיא דאם מינה אפטרופוס עד שיהיה היתום כ"ה שנה אינו יכול היתום לשעבד הנכסים עד שיהיה בן כ"ה שנה ומה ששעבד אינו כלום אא"כ עשה ברצון האפטרופוס עיי"ש ואף ששם בלשון הצואה היה כתוב בהדיא שלא יהיה הרשות ביד היורש לעשות דבר עד שיהיה בן כ"ה שנה מ"מ משמע מלשון הרשב"א שאין זה עיקר הקפידא ועין בתשובת ריב"ש סי תס"ח שכתב שם באמצע התשובה וז"ל אמרינן בפ' המפקיד אפטרופא לדקנני לא מוקמינן וכן במינהו אבי יתומים על הסתם אין דעתו אלא עד שיגדלו אא"כ פירש לזמן ידוע שאז אין מוציאין הנכסים מידו כו' עיי"ש משמע

לשונו ג"כ דעתו שאם מינה האב בהדיא על בנים גדולים אינם יכולים למחות אך מלשון הריב"ש המובא בשיטה מקובצת כתובות ס"פ מציאת האשה מפורש איפכא שכתב וז"ל אבל בגדול שיש לו אפטרופוס כמו שרגילים לפעמים שממנה האב עד שיהיה בן עשרים מיד כשהוא גדול ממכרו ממכר ואפילו בקרקעות אלמלא שאינו מוכר עד שיהיה בן עשרים כו' ולא עוד אלא שאם קדם היתום ותפש אין מוציאין כו' אלא שבעוד שהנכסים ביד האפטרופוס אינו רשאי לתן משום דמצוה לקיים דה"מ כו' וכו' ועוד כתב מורי קרקעות הרי הם בחזקת היתום מיד שהגדיל כו' דאי אפשר ששום אדם יהיה לו תפיסה כו' והלכך לבקשת היתום אחר שהגדיל מצוין להאפטרופוס שלא יכנס בקרקעות ושלא יפקח כו' ואע"פ שהאב מינה בפירוש אף לקרקעות וצ"ע ע"כ:

ועיין בריטב"א גיטין נ"ב שכתב וז"ל דאפטרופוס שמינהו אבי יתומים ע"ז כ' שנה או יותר מכיון שהגדילו היתומים אין יכולים למכור ואם מכרו אין מכרם קיים דהא נכסים משל יתומים נינהו וכיון שהם בני המכירה אין להם רשות למכור אלא דמשום לקיים דה"מ המה מתעסקים בנכסים כו' אבל דין אפטרופוס אין להם כלל עיי"ש הרי דבמקצת ס"ל כרי"ו ובמקצת כהרשב"א בתשובה שהבאתי למעלה דמתעסק הוא וא"י למכור ומשמע אף בשלא הושלש בידו מדלא הזכיר, ומהרמב"ם בהל' נחלות פ"י ומהטור ס"ס ר"ץ שכתבו דאין ב"ד נזקקין ליתומים שהגדילו אא"כ צוה אביהם שלא יתנו להם כו' עד זמן פלוני עיי"ש אין ראיה כלל דנוכל לומר דאיירי בכה"ג דאיכא משום מצוה לקיים דה"מ כגון שהשליש לשם כך וכה"ג לכן דינו של רי"ו צ"ע וביותר דינו של הח"מ אחרי שמהמרדכי ומלשון הרשב"ם משמע בהדיא איפכא וביותר אחרי שגם דינו של רי"ו אינו מוסכם והרשב"א פליג בהדיא כמו שהבאתי בשם תשובות המיוחסות: ויש להעיר בזה שדין זה יהיה תלוי במחלוקת רגמ"ה והרשב"ם שהזכרתי למעלה בשם המרדכי ס"פ י"נ בדין שאחד צוה שיהיה הרשות ביד פו"פ ליתן מנכסיו לבנותיו כפי דעתם שהרגמ"ה כתב בתשובה שלא אמרו חכמים דברי ש"מ ככתובים וכמסורים רק אם אמר בלשון המועט ובמתנה אבל לא בכה"ג דכיון שמת נפלו נכסים קמי יתמי והביא ראיה מעובדא דר' אבא ב"ק ק"ד ועוד האריך בזה ורש"א פקפק בזה וס"ל דמהני בכה"ג והביא ראיה מהך דאפטרופוס תורמין כו' והאריך עיי"ש וה"נ י"ל דלהר"ש יוכל למנות אפטרופוס שיהיה שליט על נכסיו אף שהיתומים גדולים ולפ"ז הרשב"ם לטעמיה אזיל (אך במהרי"ק שורש צ"ד וברד"ך בית כ"ו הזכירו כמה פעמים בשם הרשב"א) משו"ה ס"ל גבי הכותב כל נכסיו לאשתו דהויא אפטרופסת וא"י למחות ולשיטת הרגמ"ה דמש"מ לא הויא רק כשנותן במתנה גמורה א"י למנות אפטרופסים על בניו הגדולים דכיון דנכסי

דידהו נינהו יכולים לעשות בהם מה שירצו ועי' ברמ"א ריש סי' ר"נ שהביא ב' הדעות בשם י"א וי"א עיי"ש ולפי כללי הפוסקים הדעה שהובאה באחרונה היא עיקר א"כ דעת הרמ"א לפסוק כהרשב"ם א"כ דינו של הח"מ בודאי צ"ע:

(וראיתי להעיר גם על מה שהביא רמ"א סי' ר"נ סעי' כ"א מי שמבקש מיורשיו שיעשו כך וכך בנכסיו מקרי צואת ש"מ כי מה שביקש לו עשה רק לחיזוק הדברים והוא מפסקים של מהרא"י ובאמת תמוהים דבריו שם למעיין שכתב ותו דבמתנת ש"מ לא מצריכינא לא לשון צואה ולא לשון מתנה אלא אמירה בעלמא כדאמרינן פ' השולח פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח כופין את היורשים כו' והוא תמוה דמבואר במרדכי שם בתשובות רגמ"ה דבעי לשון מבורר וכן הוא ביותר ביאור בת' מהרי"ק שורש צ"ד שכ' דבעינן לשון דמהני בבריא ומה"ט השיג על הרא"ש בלשון אני מניח ואף הרד"ך בבית כ"ו שהשיג על מהרי"ק וכתב דאף לשון דל"מ בבריא מהני בש"מ מודה דבעינן לשון מבורר ומוחלט וכ"ה בשו"ע בסי' רנ"ג ומ"ש מפלונית שפחתי כו' דהרי מבואר בר"ן וריטב"א גיטין פ"ק דהויא מטעם מצוה לקיים דברי המת דהשפחה היא מוחזקת בעצמה אבל משום מתנת ש"מ אין כאן והביאו בשם הרא"ה לחלק דבמצוה לקיים דברי המת אין כאן קנין וחיוב רק כופין את היורשים ומקור החילוק הוא מכאן והובא גם בש"ע חו"מ סי' רנ"ג סעי' ב' עיי"ש ומ"ש דאף שאמר בלשון בקשה מ"מ הדעת נוטה דצואה גמורה היא ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר קח נא את בנך כו' ואין נא אלא לשון בקשה כו' לבד שאין הנידון דומה דודאי דבר ה' מצוה היא ומה ה' שואל ממך כ"א ליראה כו' וגם הלא אינו אלא מצוה אבל מנין לנו לאמר דהוה ככתובים וכמסורים כדין צואת ש"מ לזאת צע"ג אשר הרמ"א הביא דבר זה בפשיטות וביותר שגם מהרא"י גופיה לא החליט הדבר הזה וכ' בזה"ל מ"מ לא ברירא לי הני ראיות לאפוקי ממון אי בדידי הוה עובדא לא הייתי מחזיק בממון הזה כלל כי הייתי חושש לגזל היתומים שהרי הן כהקדש ואי לדידי ציית כו' ובודאי אשרי חלקו וכך נאה לו להרחיק מן הכיעור אבל האיך קבע בה רמ"א מסמרות לקבוע בשו"ע לדין פשוט וצע"ג) שוב מצאתי בתשובות מבי"ט ח"א סי' של"ה שדחה דברי ריו"ו שכתב וז"ל ומה שנמצא במשרים דאם מנה האב כו' לא נמצא כתוב בשום פוסק המצוי אצלינו והרי הרמב"ם וסמ"ג וחושן משפט וצרור הכסף משמע מדבריהם הפך מזה והרשב"א והרא"ה והר"ן והריב"ש ז"ל שכתבו בפירוש שיכול האב למנות אפטרופוס על הגדול:

והנה מה שכתב מהרמב"ם והטור כבר כתבתי שאין שום ראיה מדבריהם דמיירי בבא ליד שליש דאיכא משום מצוה לקיים דברי המת ומ"ש בשם סמ"ג לא מצאתי דבר

שלא הביא כלל דברי הרמב"ם הנ"ל וספר צרור הכסף אין אתי ומ"ש מהר"ן ג"כ אינה ראיה דמטעם מצוה לקיים דברי המת אתי עלה בהושלש מתחילה לכך. גם מה שהביא מהרא"ה אין ראיה כנ"ל רק מדברי הרשב"א בתשובה ומדברי הריב"ש משמע דלא כרי"ו אך מדברי הריב"ש שבש"מ מפורש כרי"ו כנ"ל לזאת דין זה צ"ע ועיין באבקת רוכל מהב"י תשובה צ"ב שנשאל ג"כ על עובדא דהמבי"ט והביא דברי רי"ו להלכה בלא חולק עיי"ש ולטעמיה בב"י אזיל:

ועי' בבית מאיר אה"ע סי' ק"ז שכתב ג"כ על דין דהח"מ והעלה בצ"ע אך דבריו אינם מובנים לי מה שהביא שהוא מחלוקת הפוסקים אם היו היתומים גדולים אין הנידון דומה שאף למה שהסכימו שאף ביתומים גדולים לא עשאה אלא אפטרופא מ"מ י"ל דאם ירצו יכולים למחות כי אין האב שליט בנכסיו אחר מותו כי נפלו נכסי קמי יתמי וכדברי רי"ו אך לפי מה שהארכתי בזה הוי ספיקא דדינא כנ"ל וצ"ע לעת הפנאי ועי' עוד בירושלמי תרומות פ"א הל' ב' ובגיטין פ"ה הל' ד' חבריא אמרי כאן באפטרופוס לעולם כאן באפטרופוס לשעה ר"י בעי אם באפטרופוס לעולם והא דתני מוכר הוא עבדים אבל לא קרקעות עיי"ש ועי' במפרשים דהיינו באפטרופוס שמנה אבי יתומים לעולם וחבריא מוקי מתני' דגיטין באפטרופוס לעולם משו"ה תורמין ור"י מתמה אמאי אינו מוכר קרקעות משמע בהדיא דלא כרי"ו:

ועוד לא בירורתי הדבר רק לפום ריהטא כי לכאורה יש לאמר דלבנים גדולים בודאי לא שייך טעם הרא"ש דלו יהיה אשר יש לאב כח ב"ד אבל גם ב"ד לא מוקמי אפטרופי לדקנני ומוכרחים אנחנו לאמר מטעם של הר"ש שבמרדכי פ' י"נ דהיינו מטעם מש"מ והפקר ב"ד ובירושלמי משמע דהוה דאורייתא וצ"ע בכ"ז גם לברר הטעם דמהני מה דסדר צואתו וחלוקת נחלתו לפני שלשה שנכנסו לבקרו אשר יהיו היורשים מחוייבים לשמוע מה דיגידו להם ולא יוכלו לאמר לב"ד הגדול קאזלינא כמ"ש התוס' בדף קי"ג. ועכצ"ל דמגזה"כ ידעינן כיון דעשאן דיינים ע"ז האופן הקנה להם ובכה"ג ודאי מהני אף לרגמ"ה והחילוק פשוט:

יש להסתפק בש"מ שנתן מתנה וחילק נכסיו ואינו ידוע אם היה מיושב בדעתו כראוי אם המתנה קיימת או מקבלי המתנה צריכים להביא ראיה שהיה שפוי בדעתו והנה בח"מ סי' ר"נ סעי' ו' בהג"ה כ' הרמ"א צואת ש"מ שלא כתוב בה שהיה מיושב בדעתו אפ"ה אין חוששין לה ומה שנהגו לכתבו אינו אלא שופרא דשטרא והוא מתשובת הריטב"א י"ל דאין זה רק משום דמסתמא לא חתמו העדים אם לא ידעו דשפוי בדעתו היה ועי'

בר"ן כתובות כ"א לענין בר שטיא אתו בי תרי כו' דאם איכא שטרא אמרינן אין העדים חותמין כו' עיי"ש וא"כ ה"נ יש לאמר דהיינו טעמא:

אך עיין בהגר"א שציין על דברי הרמ"א דוקא בנשתתק חיישינן הרי דס"ל להגר"א דאף אם אין העדים יודעים מ"מ לא חיישינן והמתנה כשירה שוב ראיתי בב"י ריש סי' ר"נ שהביא תשובת הריטב"א מקור דברי הרמ"א וראיתי בפר"ח אה"ע סי' קכ"א שהביא תשובת מהריב"ל שכתב בהדיא כנ"ל דמתנת ש"מ אף שאין אנו יודעים אם היה שפוי בדעתו המתנה קיימת ולא חיישינן שמא לא היה שפוי בדעתו והפר"ח השיג עליו ומסיק איפכא דמסתמא חיישינן והביא מתוספתא דתניא היה חולה או משותק בודקין אותו ג"פ הרי דגם חולה מדבר צריך בדיקה דלא כמשמע מהר"ן שמפרש היה חולה היינו שנשתתק או משותק היינו בריא שנשתתק דא"כ היה צריך להיות איפכא משותק או חולה וכתב וכן מוכח ברשב"א דאפילו חולה מדבר צריך בדיקה עיי"ש בסוף סימן ובס"ק ו':

ולדידי הדבר תמוה מאד שבהדיא משמע מכל הראשונים שחולה מדבר אינו צריך בדיקה ולא חששו אלא בנשתתק והאיך נוכל לעשות פלוגתא רחוקה בין הפוסקים הרבה פוסקים ס"ל דדוקא נשתתק מתוך בוריו צריך בדיקה אבל בנשתתק מתוך חליו אין צריך בדיקה והתוספתא תסבור דאף חולה מדבר צריך בדיקה והלא גם הפוסקים דס"ל חולה שנשתתק צריך בדיקה ופירש"י המתני' דקתני נשתתק בודקין אותו דאיירי בנשתתק מתוך חליו. ומבואר שם בהדיא שטעמו משום דסתם ש"מ דעתיה צילותא ובלא שום בדיקה דבריו קיימים ולא הוזכר בדיקה אלא לגבי נשתתק עיי"ש ומבואר בהדיא דלא כהפר"ח א"כ מאי איריא נשתתק אפילו מדבר נמי צריך בדיקה וכן כתב בב"י בהדיא דהבדיקה אינה מעכבת בחולה מדבר ומ"ש בד"מ דהרא"ש פוסל כבר השיג עליו בב"ש:

ומ"ש הפר"ח דכן מוכח ברשב"א נ"ל דהמעיין יראה דלא מוכח מידי דזה לשון הרשב"א וא"כ חולה צריך בדיקה בשעת כתיבה ובשעת נתינה כו' אבל הכא דמתוך חוליו פעמים שאינו מיושב בדעת כו' והא נמי דתניא בתוס' עלה לגג כו' וההיא נמי כמתוך חוליו הוא דילמא בבדיקה כו' אע"ג דהתם בנשתתק מתוך בוריו אבל בנשתתק מתוך חוליו כחישותא דחליו הוא דנקיט ליה ומיהו בירושלמי משמע דאפילו נשתתק מתוך חוליו דיו פעם אחת ובתוס' משמע דאפילו חולה בודקין אותו ג"פ דתניא היה חולה או משותק כו' וכונתו על ענין דאיירי עד כאן היינו בחולה שנשתתק וכן מוכח ברשב"א לקמן גבי גוסס ואית א"כ אמאי לא נקיט בנכסים שנפלו לו כשהוא חולה ונשתתק דאז נמי אינו יכול לתן אלא בבדיקה ואי ס"ל להרשב"א למסקנא דגם כל חולה שלא נשתתק צריך

בדיקה למה ליה למינקט שנשתתק אע"כ דגם כונת הרשב"א על חולה שנשתתק ודוחק לאמר כמ"ש הפר"ח בענין גוסס דכיון שהוא מדבר ידבר עד שיהיה ניכר מתוך דיבורו כי הוא שפוי בדעתו דא"כ האיך כתב הרשב"א ורוב חולים אינם משתתקין נהי דאינם משתתקין הלא לפעמים אינם משופין בדעתם מדצריכי בדיקה א"כ למה לי גוסס גם הלא רוב פעמים המה חלושים ואינם יכולים לדבר הרבה וראית הפר"ח מהתוספתא אינה ראיה כלל דבכל נוסחאות התוספתא שלפנינו כתוב חולה ומשותק והמעיין בר"ן וברשב"א שדבריו מקור דברי הר"ן יראה כי ט"ס הוא ברשב"א ובר"ן וצ"ל כמו דאי' בתוספתא שלפנינו חולה ומשותק ועולים שפיר דברי הר"ן בלא דוחק והוא מוכרח למעיין:

לזאת לענין דינא נראה פשוט כהב"י והב"ש דהבדיקה בחולה מדבר אינה מעכבת והרי יש לנו תנא רבא דמסייע לנו הלא הגר"א באה"ע ביותר ביאור ובחו"מ כמו שהבאתי למעלה ומצאתי בספר דברי אמת קונטרס גיטין סי' כ"ה שהעיר על דברי הפר"ח מדברי הריטב"א שהבאתי למעלה:

יש להעיר הא דבעי בירושלמי בתרם כריו לאחר למד ונעשה קורדייקוס דתליא בהחקירה בתרם לאחר ל' אם יכול לחזור בתוך ל' עיין נדרים כ"ט וכיון דאינו יכול לחזור לא בעינן דעתו ולא איכפת לן אם נעשה קורדייקוס ועי' בר"ן נדרים שם וברשב"א בחידושיו שכ' דהוא פלוגתא בירושלמי פ"ג דקידושין לענין הקדש לאחר ל' דאי' התם ר"א (גי' הרשב"א אמורא בשם ר"י דר"א פליג) ה"ז עולה לאחר ל' ומכרה בתוך ל' ה"ז מכורה כו' ר' בון בר חיא בעי תמן את אמר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והכא את אומר הכון א"ל תמן באומר מכבר ברם הכא באומר לאחר ל' כו' ר' אבהו בשם ר"י ה"ז עולה לאחר ל' מכרה בתוך ל' אינה מכורה כו' ליידא מילה אמר לאחר ל' לשייר גיזותיה תלוש מן הקרקע הזה שיקנה לך לאחר ל' מכרו בתוך ל' יום אינו מכור ליידא מילה א"ל לאחר ל' לשייר לו אכילת פירות הילך סלע שתקנה לי שדה לאחר ל' מכרה בתוך ל' אינה מכורה ומה בינה לאשה אלא מכרה ה"ז מכורה כו':

והנה ללישנא דר' אבהו בשם ר"י בודאי בתרומה א"י לחזור בו דבתרומה הוה הדין כמו בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכן הוא להדיא בתוס' יבמות צ"ג ע"א ד"ה קני ובפירות ערוגה נמי לא בעי מעכשיו לפי שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי וחשוב כאלו מוסרם להקונה לעמוד בידו ולקנות כשיגיע הזמן שקבע כו' עיי"ש ועיין בר"ן קידושין פ"ק ובנדרים דף י' ודף כ"ט וכיון דא"י לחזור דהיינו דהוי דינו כמו מעכשיו פשוט דאף אם נשתטה אח"כ חייל גיטא דהלא מעכשיו אם מת נמי הוי גט ואף אם

נאמר דלא הוי כמו מעכשיו ממש וע"כ צ"ל כן דאי הוי כמו מעכשיו א"כ האיך קאמר הירושלמי ליידא מילה אמר לאחר ל' לשייר לו אכילת פירות הלא במוכר שדה מעכשיו ולאחר ל' אכילת הפירות שייך להקונה ועי' בב"מ ס"ה ע"ב:

גם יש להוכיח דלא הוי כמעכשיו ממש ממתני' דטבו"י פ"ד מ"ד לענין טבו"י שמלאו מן החבית של מעשר טבל ואמר ה"ז תרומה לכשתחשך דבריו קיימין ועיין עירובין ל"ו אמר רבא כו' ואם נאמר דלהך מ"ד הוה כמעכשיו ממש א"כ מאי מהני דאמר לכשתחשך הלא מ"מ לכשתחשך הוי תרומה מעכשיו ונפסל בטבו"י אע"כ דלא הוה כמעכשיו ממש רק לענין דלא יכול לחזור בו ומ"מ כיון דלא יכול לחזור בו י"ל דאם נשתטה בודאי אינה בטלה התרומה דכיון דלא בעינן דעתו מה איכפת לי אם נשתטה וצריך לאמר דהכא ס"ל להירושלמי כאידך מ"ד ר"ב בשם ר"י דאף הקדיש לאחר ל' יכול לחזור בו ושפיר קאמר הכא תרם את כריו דתליא בפלוגתת ר"י ורשב"ל: והנה הירושלמי דקידושין הנ"ל קשה ההבנה קצת לפירוש המפרשים למה באמר לו תלוש וקנה לאחר ל' לא היה קשה מה בין מכר לאשה והילך סלע וקנה לאחר ל' הקשה מה בין מכר לאשה והדר ביה מחמ"ז ומ"ש הק"ע דבמתנה אמרינן בעין יפה נותן כמו בהקדש צ"ע. דהלא לפי דברי הרשב"א והר"ן טעם דהקדש משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט מעכשיו דמי א"כ מה שייך זה למתנה ופי' הפ"מ תמוה יותר שכ' דכיון דהחזיק בקרקע שוב א"י למוכרה לאחר מה מהני החזקתו כיון דאמר לו לאחר ל':

לכן נראה לי לאמר מלתא חדתא בזה דטעם הירושלמי דהוי כאומר מעכשיו דהרי הקדש לאחר ל' לאו מטעם דאמירה לגבוה רק כיון דלא הוי אלא באמירה בעלמא א"כ כיון דלא הוי כאומר מעכשיו בטלה כל אמירתו כיון דלא תפסה בעת מעשה יצאו דבריו לבטלה לזאת ע"כ מעכשיו קאמר א"כ ה"ה בתלוש לי כיון דאם נאמר דלאו כמעכשיו דמי בטלה הקניה דחזקה הזאת לאחר ל' לא מהני מידי משו"ה דינינן ליה כאלו אמר מעכשיו ובבא אחרת בהילך סלע מקשה הירושלמי שפיר מה בין מכר לאשה דהכא נמי היה ליה להיות כעין תנאי והדר ביה מחמת זה:

ובזה ארוחנא להבין דברי הירושלמי גיטין פ' מ"ש הל א' נתן לה את גיטה ואמר לה לא תתגרשי אלא לאחר ל' תפלוגתא דר"י ורשב"ל זרק לה גיטה ואמר לה לא תתגרשי כו' פלוגתא דר"י ורשב"ל וכבר תמהו מאי הוסיף הירושלמי איבעיא דזרק לה גיטה ועי' בפ"מ וק"ע ולפי הנ"ל י"ל דזרק לה את גיטה לאו היינו זרק לה בחצירו כמו שפי' המפרשים בהל' עיי"ש רק דינו כזרק קרוב לה וא"ש להך לישנא דאמרינן בקידושין ירושלמי אמרינן בזה אין אדם מוציא דבריו לבטלה א"כ הוי כאומר מעכשיו דאילו לא

הוי כמעכשיו קרוב לבטלה הוי דהלא עתידה לילך ממקומה והוי כתלוש לי והא דקאמר דהוי פלוגתא בין ר"י ורשב"ל משום דס"ל להגמ' הכא כלישנא קמא דאמרי משמיה דר"י דאף בהקדש לאחר ל' יכול לחזור וא"ש הירושלמי דנקיט רבותא יותר בזרק לה גיטה עיי"ש ודוק:

בדבר מה שכתבתי בהג"ה לעיל לתרץ סתירת הרמ"א מסי' קכ"ב על סי' ש"מ והעליתי דבר חדש דלגבי היורשים לא הוי ש"ש ואם כלה זמן השאלה בחיי המשאיל עיין במחנה אפרים הל' שומרים סי' כ' שכ' ז"ל ראובן שהיה לו פקדון ביד שמעון והקנהו ללוי בק"ס נ"ל דאין שמעון נעשה שומר של לוי עד שיקבל עליו לשומרו ללוי הקונה אותו וכ"נ מפירוש רשב"ם בפ' הספינה גבי דברשות המופקדים אצלו עד שיקבל עליו עיי"ש והוא כדברינו:

עוד מה שיש להעיר על דברי בתירוץ סתירת הרמ"א לכאורה יש לסתור זה מדברי הב"י בסי' שמ"ג שהביא דברי הירושלמי ששאלה היום ושכרה למחר לילה שבינתים מהו כו' ופי' דהוי שואל אף לאחר שכלתה זמן שמירתו עד שיחזירו לבית המשאיל ע"ש ולכאורה בזה נסתר כל דברינו. אף שיש לאמר דגם הכא איירי שאינו מחוייב להחזיר לביתו ואין זה דוחק כל כך דע"כ מוכרחים אנחנו לאמר כן להב"י לפרש הא דאמרינן בגמ' לאחר זמן ש"ש הוי,:

אך באמת כבר הרב במח"א הל' שאלה ופקדון סי' ז' פירש פי' אחר בירושלמי והעלה דכל שכלתה זמנו אף אם לא החזירה לא הוי שואל ובתוך זמנו אף שאמר לו להחזיר כתב כסברתי כיון שיכול לחזור הוי שואל ות"ל שכונתי לדעתו ז"ל:

ובגוף דברי המח"א שרצה להעמיס בדעת הב"י דהוי שואל אף לאחר שכלה זמן שמירתו אם עליו להשיב לבית המשאיל לא משמע כן להמעיין בב"י ועיין במרה"פ בירושלמי שם שכתב דהוי ב' לשונות וללישנא בתרא הוי ש"ש ועיין בשיטה שם שהיפך הגירסא ויש להאריך בזה אבל לענין דינא פשוט כמו דאיתא בגמ' דידן דלאחר ימי שאלה שומר שכר הוי:

מה שהעירותי על התומים סי' קכ"ב מה שתירץ על קושיא הנ"ל מטעם דמסרו למי שרגיל להפקיד אצלו דנהי דהיה מהימן להאב מי היה מהימן להבן והבאתי דברי הרא"ש בתשובה סי' ס"ב מצאתי בנתיבות סי' הנ"ל שתמה בזה על התומים מסברא ויש להביא ראיה ממ"ש הרשב"א ורוב הראשונים על הא דאין ממנין אפטרופיס נשים ועבדים וקטנים ואם מינן אביהם בחייו היינו דאם היה רגיל למנן ממנין אותם ג"כ ב"ד אלמא דאם האמינן אביהם מסתמא נאמנין ג"כ על הבנים וכדי דלא תיקשי על הרא"ש

בתשובה י"ל דעד כאן לא כתב הרא"ש אלא דאינן אפטרופסין שמינה האב בחייו על נכסיו מסתמא אפטרופסים על הבנים דילמא לא האמינן אביהם רק משום שידע שהיה ירא מפניו אבל כשראו ב"ד שליכא טעם רשאין למנותן אבל עכ"פ חזינן דמסתמא נאמנין הם רק דשליחותם בטלה ועדיין צ"ע ומה שתירץ הנתיבות על קושיא הנ"ל משום דהוי כערב ומשו"ה הוי ספיקא דדינא דהוי ספק אם הא דשלח ע"י הוא מטעם ערב או מטעם שליחות עיי"ש ואנכי מסתפק בגוף דין זה דאם אמר אדם כשתלוה מעות לפלוני אני ערב דקיי"ל ערב קודם מתן מעות משתעבד בלא קנין וקודם שנתן מלוה המעות להלוה מת הערב די"ל דאינו משתעבד הערב כלל דהלא הערב משתעבד בשעת מתן מעות ובעת ההיא כבר מת ואין אדם משתעבד לאחר מיתה וצ"ע:

מה שהעירותי על דברי הירושלמי לא תתגרשי אלא לאחר ל' ונעשה קורדייקוס מהא דב"ב עם גמר מיתה העיר בזה במח"א הל' זכיה ומתנה סי' ט"ז עיי"ש ועי' בנתיבות סי' רמ"ח ועי' בספר פתח הבית להג' מברעסלא דיני המזכה לעובר סי' ל"ה שתמה על הפרישה בסי' ר"י שכ' להקשות על הרא"ש למה לו הטעם דנפלו נכסי קמי יתמי תיפוק ליה דבעינן שיהיה ראוי להקנות בשעת גמר הקנין וכ' ע"ז הג' פתח הבית ולדידי בגוף הדבר צריך להתיישב הרבה דלא מצאתי בא"ע לענין גיטין ובח"מ לענין קנין דאם אמר לאשתו ה"ז גיטך ולא תתגרשי עד אחר ל' דבטל הגט אם נשתטה הבעל כו' ע"ש ונעלם ממנו הירושלמי שמפורש שם בהדיא דאפלגו בזה ר"י ור"ל:

קושית הרשב"א על הא דאמרינן בירושלמי לא תתגרשי אלא לאחר ל' ונעשה קורדייקוס פלוגתא דר"י ור"ל מהא דאמרינן מעת שאני בעולם והיינו שעה אחת קודם מיתתו ובעת ההיא הלא הוא מטורף והארכתי בזה. כעת נראה ליישב ע"פ מה דנראה לבאר הירושלמי פ' מי שאחזו הל' ד' דלא כפי' המפרשים מחלפא שיטתיה דר' יודא תמן הוא אומר מיתה מצויה הכא הוא אומר אין מיתה מצויה כו' בעילתה מהו אית תנאי תני בעילתה ברורה אית תנאי תני בעילתה ספק מאן דאמר בעילתה ברורה מביא אשם תלוי מ"ד בעילתה ספק מת פטור לא מת מביא חטאת:

והנה לפי' המפרשים קשה מאד דמאי פריך דר"י אדר"י הלא ר"י לא קאמר רק אם לא מת הויא אשת איש בודאי דפשיטא ליה לר"י דרגע אחד סמוך למיתתו קאמר ולר"י ספק הוא אם כונתו מעכשיו או סמוך למיתתו ומה שייך זאת אם חיישינן למיתה אם לא. לזאת נראה דהירושלמי יש לו שיטה אחרת בפלוגתת ר"י וריו"ו דלכולי עלמא היא מתגרשת תיכף בתנאי אם ימות הוא תחילה וכל מחלקותם אינה אלא מה היא נידונה באלו הימים בתנאי כזה ר"י ס"ל דלא חיישינן למיתה א"כ כל ימיו הרי היא כאשת איש

לכל דבריה הבא עליה חייב חטאת ויורשה ומטמא לה ומפר נדריה דלא חיישינן שמא ימות ולא דיינינן לה כספק מגורשת אשר אינו זכאי בכל הנ"ל ואינו חייב הבא עליה חטאת רק כ"ז שהוא חי מחזקינן לה בחזקת אשת איש לכל דבריה ור' יוסי חייש שמא ימות וא"כ כל ימיה נידונית כספק אשת איש והבא עליה אינו חייב חטאת ואינו זכאי בכל הנ"ל כספק מגורשת ולפ"ז שפיר פריך דר"י אדר"י תמן הוא אומר מיתה מצויה הכא הוא אומר אין מיתה מצויה ועיין בק"ע:

ובזה מתורצות כל קושיותיו שהקשה דהלא הירושלמי ס"ל ביומא אליבא דר"י דלית ליה ברירה ולפ"ז אין שייך כלל לברירה ועי' תוס' גיטין כ"ה ולפ"ז לא קשה מידי ואח"כ קאמר הירושלמי אית תנאי תני בעילתה ברורה היינו דאליבא דר"י שדנה כספק אשת איש והנה בפ' החולץ הל' ב' איתא בירושלמי ר"ב אינו מחייב א"ת מפני שאי אפשר לעמוד על ודאו כו' ע"ש והכא ס"ל לתנא הזה דבעילתה ברורה היינו דעתידה להתברר דאם ימות תהא מגורשת למפרע ואם לא ימות תהא נדונה כאשת איש ואית תנאי תני בעילתה ספק מפני שאין בידו לעמוד על ודאו רק תלוי בידי שמים משו"ה סיים הירושלמי מ"ד בעילתה ברורה מביא א"ת מ"ד בעילתה ספק מת פטור לא מת מביא חטאת ואפשר עוד לאמר דאם מת מחולי זה קאמר ויתיישב טפי אבל אם כנים אנחנו בביאור הירושלמי הלא מתורצת קושית הרשב"א כמין חומר דלהירושלמי לטעמיה לא ס"ל כלל דמתגרשת שעה אחת סמוך למיתתו וגמ' דידן ע"כ לא יסבור כהירושלמי מהא דב"ב קל"ז דמתגרשת עם גמר מיתה וההיא דנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כבר תי' דהתם שאני דהוי בשעת קנין דבר שלא בא לעולם וכיון דלא היה ראוי לחול הקנין בשעת המתנה גם בשעה שראוי לחול לא היה ראוי לתן מתנה באופן כזה בודאי אין מתנתו מתנה:

מה שהעירותי למעלה לפי הטעם דהא דמת בטלה השליחות משום דפקע זכותו ונפל קמי יורשים א"כ לשיטת הרי"ף ורש"י דס"ל דהאומר תן גט זה לעבדי נהי דהעבד אינו משתחרר מ"מ גם הרב לא יכול לחזור בו א"כ פשוט דמתיאש הרב מהעבד וא"כ יצא לחירות מטעם יאוש א"כ מאי טעמא דלא יתנו לאחר מיתה דהלא הכא לא שייך הך טעמא דנפלו נכסי קמי יתמי וראיתי להפ"י בדף י"ג שהקשה על הרי"ף ורש"י איפכא למה לי למיתני לא יתנו לאחר מיתה תיפוק ליה דהמפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה. ואני תמה על תמיהתו דהלא כל הטעם דאין לו תקנה משום דאיסורא לבריה לא מורית והכא הלא הרבותא הוא דלא נאמר כיון דמסר השליחות בחייו יהיה רשאי השליח למסור גם לאח"מ כמו שכ' התוס' כאן א"כ אמאי לא יהיה לו תקנה לולא דאשמעינן מתני' דפקע שליחותו ואדרבא טעמא בעי אמאי לא יתנו לאח"מ וצ"ל דלאו

דוקא נפלו נכסי קמי יתמי רק כיון דאין קנין למת לזאת אע"ג דזכות שיש לו בהעבד אינו יכול להוריש מ"מ גם שלו אינו לזאת פקע כח המשלח וגם השליח אינו יכול לעשות מאומה ומשו"ה לא יתנו לאח"מ:

וראיה לסברא זאת דלהרי"ף כיון דאינו יכול לחזור הוה כיאוש ומשתחרר תיכף למע"י דבזה מתורצת קושית הר"ן על הרי"ף מהא דתניא בדף מ' ע"ב עשיתי פלוני עבדי ב"ח חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר ולשיטת הרי"ף נהי נמי דזוכה מ"מ עד דאתא לידיה עדיין עבד הוא אבל לפי הנ"ל ניחא כיון דמודה הרי"ף אשר יאוש הוי א"כ הוי מעוכב ג"ש א"כ לק"מ ואף שכתבו התוס' בגיטין שם דהאי חיישינן ודאי הוא מ"מ כבר כתב הר"ן בעצמו דמ"מ בעי גט שיחרור עיי"ש:

סימן כד

תשובה לחכם אחד:

ע"ד הענין הנדרש מהאשה שנתחרשה זה משך שנים הרבה עכ"ז שהה עמה בעלה אך אחרי איזה משך צרות תכופות ובאות עליה ואבדה הרגשת חצי גופה ומצד זה הורע כחה עד שאינה יכולה לשמור סדרי נשים אפילו ע"י פקחות ובעלה בוכה וצועק אוי לו על אשתו אוי לו על ימי נעוריו אשר יעלו בתוהו וכל ימיו מכאובים בהרהורים רעים וכת"ר פתח ידו בהצלה או שתקבל ג"פ או להשיג לו היתר לישא אשה על אשתו ואבוא על ראשון תחילה:

אשר נתעורר כתר"ה להסתפק הא דפשוט בגמ' ובפוסקים דחרשת מתגרשת אולי היינו דוקא אחר הבדיקה אם היא שלימה בדעתה לשמור את גיטה ואת עצמה. הנה פשטות המשנה ביבמות קי"ב אם נתחרשה אם רצה יוציא נשתטית לא יוציא והרי בנשתטית אמרו בגמ' קי"ג ע"א לא צריכא דיודעת לשמור את גיטה ואינה יודעת לשמור את עצמה עיי"ש ואם נאמר דהא דמוציאה אם נתחרשית היינו דוקא אחרי הבדיקה אם היא יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה הוה ליה לפלוגי בנתחרשה גופיה אע"כ דסתם חרשת יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה ואין חוששין לה. וכן משמע מסתימת כל הפוסקים שסתמו וכתבו דחרשת מתגרשת ולא התנו דהיינו ע"י בדיקה וכן מוכח בריטב"א גיטין נ"ה שכתב וז"ל והא דאמרינן במתני' החרשת יוצאה בגט ואע"ג דחרש בכל מקום דינו כשוטה כו' מ"מ חרשת אינה כשוטה גמורה דאינה חוזרת אלא הכא הא אתא לאשמועינן כו' דלא בעינן דעתה כו' עיי"ש וכן הוא בחידושי הר"ן ואם נאמר דחרשת אינה מתגרשת עד אחרי הבדיקה לא ק"מ משוטה דהלא גם בשוטה בכה"ג מתגרשת אם בדקנוה ומצאנוה יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה כדמפורש בגמ' כנ"ל

וכן מוכח ביותר ברבינו ירוחם נתיב כ"ז ח"ו שכתב וז"ל חרשת אפילו השיאה אביה יוצאה בגט אפילו שהגט הוא שלא לדעתה כי היא חרשת כו' חרש רומז ונרמז כו' כך מוציא ברמיזה ובדקינן ליה עיי"ש הרי שגבי חרש המגרש הזכיר בדיקה והאי בדיקה היינו רק אם יודע ענין הגט כמו שנבאר להלן וגבי חרשת המתגרשת לא הזכיר בדיקה וחרשת הלא איירי שנשאת לפני אביה דמה"ת בעיא יודעת לשמור את גיטה ובחרש הלא איירי בנשואין דרבנן ועכ"ז בחרש הזכיר בדיקה ובחרשת לא הזכיר בדיקה אלא ודאי דליכא מאן דחש לה לחרשת להצריכה בדיקה:

ונראה להביא ראיה לזה מהא דבעיא רב אשי ביבמות קי"ג מאי טעמא דר"א כו' דילמא פשיטא ליה לר"א דדעתא קלישתא ולא דעתא צילותא והכא היינו טעמא כיון דעתים חלים ועתים שוטה למאי נפ"מ להוציא את אשתו בגט כו' גרושי לא מצי מגרש ועי' בב"י סי' קכ"א דפי' דאפילו ע"י בדיקה לא מצי מגרש דכיון דהוא עתים חלים ועתים שוטה אי אפשר למבדקיה דילמא בעת הבדיקה הוא חלים עיי"ש וכן כתב בעל העיטור מאמר שביעי הובא בב"י סי' הנ"ל וז"ל ואיכא מ"ד נשתתק ספק שוטה ולא דייק לן דאי איתא כו' כי בדקינן ליה ג' זימני מאי הוי נהוי בשעת בדיקה כחלים ולבתר הכי נשתטה ועי' בב"ש ס"ק ה':

ואף לשיטת רש"י והרמב"ם שחששו בנשתתק לספק שוטה ועכ"ז מהני בדיקה טעמייהו לאו משום דפליגי על בה"ע דמהני, בדיקה לע"ח וע"ש רק טעמם כמו שתירץ הב"י דלא חיישו כלל בנשתתק לע"ח וע"ש רק דבכל נשתתק חיישינן דילמא שטות נקטיה וכיון דבדקינן לא אמרינן הוברר דאינו כן דאם איתא דמחמת שטות נשתתק לא היתה דעתו מתיישבת בשום שעה (ובמק"א הארכתי לבאר הנפ"מ בין נשתתק מחמת חולי ובין נשתתק מתוך בוריו דמתוך חולי אמרינן דאין זה אלא מחמת חולשת כלי המבטא ועורקי הלשון משו"ה י"ל דלא חיישינן לטירוף הדעת אבל בנשתתק מתוך בוריו דהיינו מחמת לחיצת או חולשת עורקי ההרגשה שבמוח כידוע ומשו"ה חיישינן דילמא נגע גם עד עצבי ועורקי הרגשת הדעת שמלתא דשכיחא היא ובעיא בדיקה ולפ"ז תמוהין בעיני דברי הב"ש סי' קכ"א ס"ק ה' שכתב ורש"י והר"ן פירשו מתני' דאיירי בנשתתק מתוך חוליו ובאמת פירשו בהיפך עי' בר"ן במי שאחזו חולי של שיתוק והיינו כמו שפירשתי בנשתתק מתוך בוריו וזהו. גם כונת רש"י שפי' שנעשה אלם מחמת חולי וכונתו כמו שביאר הר"ן מחמת חולי של שיתוק דהוי מחמת קלקול בעורקי ועצבי ההרגשה שבמוח ומשו"ה בודאי חיישינן לקלקול הרגשת הדעת אבל בנשתתק מתוך חוליו שי"ל דמחמת חולשת החולי נשתתק לא שמענו שמצריכים בדיקה מתוך פירושם במשנה והארכתי

בזה בענין ש"מ שנשתתק ר"ל ואכמ"ל) הרי מפורש בדברי הב"י דבע"ח וע"ש לא מהני בדיקה ואם נאמר דחרשת בעיא בדיקה אם יודעת לשמור גיטה ועצמה האיך תתגרש חרשת לר"א והאיך תועיל הבדיקה דילמא בעת הבדיקה הואי אלמת והלא בודאי ר"א ור"ח בר אשי ושמואל שפסקו כר"א לא יפלגו על סתמא דמתני' דגיטין ודיבמות ועל עדותן של ר"י בן גודגדא ורבנן דריב"נ שאשה חרשת מתגרשת אף כשהשיאה אביה:

ולבד זה הלא לא נוכל למיזל בתר איפכא דלר' אלעזר אשר לדידיה יהיה עדיף חרש לענין קידושין שקידושיו קידושין וגריעא חרשת לענין גט שלא תוכל לקבל גיטה אע"כ דסתם חרשת יודעת לשמור גיטה ועצמה ולא בעיא בדיקה וה"ה לר"א בעת שטותה לדידיה דהואי באותה שמה כמו חרשת בכל עת לרבנן ואפילו לפי סברת הפר"מ שכתב לדחות ראית הב"י מהא דגירושי לא מצי מגרש דהיינו שלא מצי לגרש כדרך כל המגרשין ובודאי מצי לגרש ע"י בדיקה עד שיגיע גט לידה (דבריו צ"ע דהלא איתא ביבמות שם אמר אביי דיקא נמי דקתני גביה דידיה לא יוציא עולמית מ"ש הכא כו' אלא ש"מ הא דאורייתא כו' ועיין בריש סי' קכ"א בב"ש ובח"מ דלדעת הרמב"ם אם בעת הציווי היה חלים אף שאח"כ נשתטה ראוי לגרש מה"ת ע"פ ציוויו רק דרבנן גזרו ביה וא"כ האיך פשיטא ליה להגמ' דגרושי לא מצי מגרש מה"ת כדרך המגרשין ע"י בדיקה בתחילת הכתיבה ע"י ציוויו והלא באמת מה"ת סגי בבדיקה קודם הציווי ואפ"ל דגם רבנן לא גזרו ביה וכבר כתבתי דאין סברא לאמר אשר ר"ח בר אשי ושמואל לא יסברו כסתם מתני' וע"כ מוכרחים אנחנו לאוקמי מתני' גם אלבייהו ויהיו דברי הפר"ח נסתרים. גם משמע דחרש לא מצי מגרש בשום אופן ולהפר"ח תהיה לו תקנה לגרש ע"י בדיקה בשעת גמר הגירושין):

ואף שבאמת דוחק לאמר כן אבל עכ"פ לדידיה נהיה מוכרחים לאמר הא דחרש אינו מגרש היינו בלא בדיקה בשעת גמר נתינת הגט וע"כ גם הא דחרשת מתגרשת היינו בלא בדיקה ומשמואל דפסק כר"א נשמע לדידן דבחרשת המקבלת גיטה לא מצינו דפליגי וכן יש להוכיח מדברי התוס' ר"פ חרש ד"ה העיד כו' וא"ת לריב"נ למה אינה מתגרשת הלא אינה חוזרת כשמרמזים לה כו' עיי"ש ואם נאמר דחרשת להתגרש בעיא בדיקה הלא א"ש בפשיטות דריב"נ יסבור כדבעי הגמ' למימר אליבא דר"א דחרש הוי ע"ח וע"ש ול"מ בה בדיקה כמ"ש בעה"ע והב"י אע"כ דפשיטא להו להתוס' דכל חרשת הואי משלחה ואינה חוזרת ולא בעיא בדיקה ע"ש והיינו טעמא כי חרשת אף שבאה לה חרשותה מחמת כובד עצבי ועורקי ההרגשה ופגע גם בעורקי ועצבי הרגשת הדעת ומשו"ה דעתה קלישתא כמ"ש בגמ' דיבמות שהבאתי למעלה דלא הוי דעתה צילותא

אבל אינה מטורפת כדרך המשוגעים והשוטים (ועיין רש"י חגיגה ב' וברש"י יבמות קי"ג סוף ע"א) ומשו"ה לא חיישינן לה אולי אינה יודעת לשמור את גיטה והא דבאיש שנשתתק בעיא בדיקה היינו משום דאיש אינו מגרש אלא לרצונו ובעיא דעת שלימה וכיון דאחזו חולי שיתוק והיינו מחמת חולי בעורקי ועצבי ההרגשה חיישינן ג"כ אולי נתקלקלה דעתו ונשתטה. וגם בזה דעת בעל העיטור מאמר שביעי אשר אין חוששין לנשתטה ואף לפי שקיי"ל דחוששין היינו דוקא באיש המגרש שבעינן דעת שלימה אבל באשה שלא בעינן דעתה רק שלא תהא מטורפת בגדר האחרון של שטות אשר לא תדע לשמור את גיטה וא"ע אין חוששין לזה כ"ז שאין רואין בה סימני שטות האמורים פ"ק דחגיגה:

ויש לאמר שזוהי כונת הב"י בשם רבינו שמחה בסי' קי"ט אשר ז"ל ורבינו שמחה משפירא כתב דלא מחזקינן בחזקת שוטה לגרש עד שיראו בה סימני שטות המפורשים בפ"ק דחגיגה כו' ובעוד שלא ראינו סימן זה אפילו בדיקה לא צריך כו' ואפשר לאמר דבאיש המגרש גם הוא יודה דיש לחוש לדעת הרמב"ם אשר הנך סימנים לאו דוקא כל שעושה מעשה שטות אף אם אינם מהדברים המפורשים בחגיגה כי המה לאו בדיקה אבל באשה אשר לא בעיא דעת צילותא כל זמן אשר אין אנו רואים בה סימני שטות המפורשים בפ"ק דחגיגה אין חוששין לה אולי כבר הגיעה לגדר האחרון של שטות אשר לא תדע לשמור את גיטה ואת עצמה ואפילו בדיקה לא בעיא ובזה אפשר גם הרמב"ם יודה:

וגדולה מזו הלא כתב מהרי"ק בתשובה הובא בב"י סי' קכ"א בשם רבינו אביגדור כהן דאם לא הוחזק שוטה בדברים האמורים בפ"ק דחגיגה הרי הוי כפקח לכל דבריו ואפילו לדעת הרמב"ם הלא כבר כתבו האחרונים דאין חוששין רק עביד איזה מעשה שטות בידים אבל אם אינו עושה מעשה שטות לאו בגדר שוטה יחשב א"כ בודאי יש מקום לאמר דבאשה כו"ע יודו לרבינו שמחה דאין חוששין לה רק אם רואין בה מעשי שטות המפורשים בפ"ק דחגיגה ובזה יש ליישב סיום לשון רבינו שמחה ואפילו בדיקה לא צריך דאיזו בדיקה שייך בשוטה כמ"ש בעל העיטור הנ"ל הובא בב"י. אבל שם קאי דוקא באשה אתי שפיר דגם בשוטה יש דמתגרשת כמ"ש ביבמות קי"ג אי דיודעת לשמור את גיטה ואת עצמה מי נהגא בה מנהג הפקר וא"כ מהני בדיקה לשוטות. ובודאי יש מקום לאמר דלא חיישינן לה להצריכה בדיקה רק אם רואין בה מהנך סימנים הנ"ל:

אבל אף אם נאמר דלא כרבינו שמחה בזה נראה שיודו כ"ע דלא חיישינן לאשה המתגרשת רק אם רואין בה דעת מטורפת אבל אם אין רואין בה שום טירוף הדעת

רק דעת קלישתא מאד שאינה מבינה שארי דברים כדרך שאר אדם אין חוששין לה להתגרש ומשו"ה חרשת כיון דאין דעתה מטורפת רק דדעתה קלישתא אף שאינה בת דעת שלימה לדברים שצריכה דעתה וכונתה שאין כונתה בדעת שלימה כמ"ש רש"י יבמות קי"ג אבל כיון שאינה מטורפת יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה והרי קים להו לחכז"ל ומשו"ה נקטו סתמא דחרשת מתגרשת והיינו טעמא דחרשת אינה מבולבלת בעניניה הרגילים וכמנהגה נוהגת ופשיטא שאין לחלק בין שבאה לה חרשותה מחמת קלקול תופי וכלי השמע וחולשת עורקי הלשון וכלי המבטא ובין שבאה לה חרשותה מחמת חולשת וקלקול עצבי ועורקי ההרגשה שבמוח בכולהו קים להו לחכז"ל דדעתם קלישתא ולא צילותא אבל אינם מטורפים כמו השוטים משו"ה סתמא נקטי ולא חילקו (וזהו פשוט מאד ולא באתי בזה רק להוציא מדברי גדול אחד שכתב לחלק בין חרש לחרש דחרשת שבאה לה חרשותה מחמת קלקול שבמוח לא תוכל להתגרש דהואי כבהמה. ולי נראה דאין לחלק בדבר שלא חילקו חכז"ל ואדרבא הלא רשב"ג גיטין ע"א חילק בפקח ונתחרש דהוה כפקח ואם נאמר כדעת ההוא נראה שיותר יש סברא לדין נחרש אח"כ לקלקול במוח יותר מחרש מתחילת ברייתו כמ"ש הרמב"ם והרע"ב ריש תרומות שחרש מתחילת ברייתו סיבתו הוא חסרון כלי השמע אבל בנתחרש אח"כ שאינו שומע ואינו מדבר מן הסברא הוא מחמת חולשת כלי ההרגשה שבמוח מ"מ יכול להיות שיהא בר דעת ועי' בירושלמי ריש תרומות מעשה בבניו של ריב"ג שהיו חרשין והיו כל טהרות שבירושלים נעשים על גביהן ועיין בר"ש שם. ורבנן לא חילקו בין חרש לחרש והדברים ארוכים ובדברים הנ"ל יש ליישב קושית הרא"ש שם ועי' בחגיגה ג' הנהו תרי אלמי דהוה בני ברתיה דר"י ב"ג כו' וצ"ע):

גם אופן הבדיקה לידע אם היא בכלל יודעת לשמור את גיטה תליא בגירסת הגמ' גיטין ס"ה דלגי' הר"ח והרי"ף והרמב"ם כל שהגיעה למדת צרור וזורקו כו' כנגדו בקטנה מתגרשת בקידושי אביה ולזה צריך דעת קלישתא מאד וברור ופשוט אשר כל חרש הגיע למדה זו כמו שפסק הרמב"ם בפ"ד מהל' זכיה וכן הוא בטוש"ע ח"מ סי' רמ"ג דחרש זוכה לעצמו והיינו לכה"פ כמדת קטן צרור וזורקו אבל לגירסת רש"י והתוס' והר"ן והרא"ש משהגיעה לעונת פעוטות מתגרשת וא"כ יש להסתפק גבי חרש אם הגיע למדה זו ואף דקיי"ל דחרש לוקח ומוכר במטלטלין והלא הוא בודאי שיעורא דפעוטות כמו דקיי"ל בקטן שהגיע למדת הפעוטות דלוקח ומוכר במטלטלין אבל הא איתא בשו"ע סי' רל"ה וברמב"ם דבודקין אותו הרבה ומתיישבין בדבר ומדצריך בדיקה אלמא דלא כל חרשים הגיעו למדה זו וא"כ יהיה קשה האיך כל חרשת מתגרשת ולא בעיא בדיקה:

ולכאורה יש לאמר בזה ותתיישב ג"כ קושית הב"י בסי' קכ"א שהבאנו למעלה על הרשב"א דמצריך בדיקה גבי אלם הבא לגרש, דממ"נ אם נחוש דילמא הואי עתים חלים עתים שוטה מה מהני הבדיקה ואם לא נחוש לכך הלא כשם שכנס כך מוציא ולמה ליה בדיקה (ודברי הט"ז בזה תמוהים שירד להציל ולא הציל דמה שכתב דהבדיקה הוא אם אלם זה הגיע לכלל שוטה דיש אלמים פקחים ויש אלמים שוטים אבל לא חיישינן לע"ח וע"ש ותמה על הב"י דהלא הוא בעצמו תירץ כן על קושית העיטור גבי נשתתק ואני תמה על תמיהתו דהלא התם גבי פקח ונשתתק עולה שפיר תירוץ הב"י דהבדיקה היא אם נגע החולי עד עורקי הדעת או לא והיינו ע"פ הסברא שכתבתי למעלה אבל גבי אלם מתחלתו שפיר תמה הב"י למה לי הבדיקה לזה הלא כשם שכנס כך מוציא והוא בכונת דברי הב"י וצע"ג ליישב כונת הט"ז): ותמיהתי זאת תסוב גם על הרא"ש ורבינו ירוחם שכתבו גבי חרש שבא לגרש דבדקינן ליה דבדיקה זו למה הלא כשם שכנס כך מוציא ואם נאמר דיש בדיקה לעתים חלים ועתים שוטה היה אפשר לאמר דסבירא להו דבעית רב אשי ביבמות אינו ספיקא במציאות רק דזה נודע להו אשר חרש אינו תמיד בדעת אחת ורבנן ור"א שוין בדבר דדעתו אינו שוה אך ר"א סבירא ליה שבעית רב אשי דבעת חלימותו הוה כפקח ובעת שטותו הוה כחרש ורבנן סבירא להו דגם בעת חלימותו דינו כחרש ומשו"ה סבירא להו להרא"ש ורי"ו להסתפק בחרש אולי בעת שבא לגרש גרע בשכלו והוא עת שטותו אך להב"י לשיטתיה ליכא למימר כנ"ל דאילו הוה ע"ח וע"ש לא היתה מהני בדיקה דהרי סבירא ליה כבעל העיטור דבע"ח וע"ש לא מהני בדיקה (ובמק"א עשיתי סמוכין לזה) ושפיר הקשה הב"י לכן י"ל דהך בדיקה שהוזכרה בדבריהם לא הוי כדי לידע אם הוא פקח רק משום כשבאין להוציא ממנו אשתו בהרכנתו צריכין לבודקו כמה פעמים כדי לידע הרכנתו אם הוא מכוון בזה על ענין הגירושין ששואלים ממנו ועי' בירושלמי גיטין ר"פ מי שאחזו ודלמא מתעסק בשטרותיו ועיין בפני משה שם שפירש דקאי על נשתתק מתוך בוריו דמשו"ה צריך בדיקה ג' פעמים אם הוא משיב על לאו ועל הן הן דבלא"ה חיישינן דילמא אשר הוא מרכין הן היינו על עסק אחר אשר עסק בשטרותיו קודם שנשתתק עיי"ש ואף דכל הפוסקים נקטו טעמא דבדיקה גבי נשתתק משום דילמא חולי של שטות נקטיה מ"מ מודים דגם לזה מהני הבדיקה אשר נדע על נכון אם הוא מבין רמיזותיו ולידע הרכנתו אל נכון אשר הוא משיב על מה ששואלים ממנו:

ולפ"ז יהיה אפשר לאמר דגם מ"ש הרמב"ם והפוסקים בח"מ גם מקח וממכר דלא תהיה זאת הבדיקה משום הבחנת דעתו רק לידע על נכון כונת הרכנתו וצ"ע דמלשון הפוסקים

לא משמע כן ועיין בהה"מ ובכ"מ ובסמ"ע סי' רל"ה הנ"ל ועיין בירושלמי פ"ק דקידושין הל' ג' ר"י בעיא קומי ר"ז הילך כסף זה שתצא שדך לחירות כו' הגע עצמך שהיה חרש א"ל איש הגע עצמך שהיה קטן א"ל דרכו להגדיל כו' ועי' פי' פ"מ שם א"ל איש כתיב גבי זכיה ואפילו חרש והאי איש היינו ויקחו להם איש שה לבית אבות כמ"ש במרה"פ שם ועי' בקידושין רפ"ב דיליף מהאי קרא דזוכין לאחרים וכיון דגם חרש בכלל ע"כ דחרש זוכה לאחרים והא דאמר קטן דרכו להגדיל י"ל דס"ל כר"ה בירושלמי גיטין פ' הנזקין דגם קטן זוכה לאחרים א"כ י"ל דהך סברא דקטן בא לכלל זכיה לא מהני רק גבי דעת אחרת מקנה אותו כמ"ש בב"מ ע"א ע"ב עיי"ש:

אך לפי זה יהיה קשה מדברי הירושלמי קידושין פ' האיש מקדש הל' א' היה חנוני חרש ע"ד דר"ז לא חשש שאין שליחות לחרש כו' היה הפועל חרש על דעתיה דר' הילא לא חשש שאין זכיה לחרש כו' ולפמ"ש בביאור דברי הירושלמי דחרש בכלל איש האיך קאמר הירושלמי דאין זוכה לאחרים הלא כיון דהוא בכלל איש ממילא גם זוכה לאחרים כנ"ל, ויש לאמר אע"ג דחרש זוכה לאחרים היינו דוקא בגדר זכיה אבל לא מטעם שליחות, וא"כ אינו זוכה רק במתנה אבל לא במקח וממכר דבמקח וממכר כיון דהלוקח מחוייב לתת מעות לא הוי בגדר זכיה ובמק"א הארכתי בזה, ואין במו"מ זכיה רק מטעם שליחות היכא דגלי אדעתיה, ומשו"ה התם גבי פועל וחנוני דבעה"ב מחנוני, וכן הפועל עם בעה"ב לא הוה בגדר מתנה רק כמו מו"מ דהפועל בשכרו הוא אוכל וכן הבעה"ב יתחייב מעות לחנוני ואין כאן זכיה רק שליחות ושפיר קאמר הירושלמי דאין שליחות וזכיה לחרש משא"כ בפ"ק דקידושין דאירי לענין מתנה סבירא ליה להירושלמי דזוכה החרש לאחרים (ויהיה מוכח מזה כשיטת הרשב"א דסבירא ליה דזכיה לאו מטעם שליחות): ועי' בירושלמי גיטין הנזקין הל' ט' אגוז ומשליכו כמוציא לאשפה אגוז ונוטלו גזל גמור מפני דרכי שלום אגוז וצרור נוטלן ומצניען ומביאן לאחר זמן זוכה לעצמו כו' ר"ה אומר זוכה אף לאחרים ולפ"ז הרי סבירא ליה להירושלמי דחרש יש לו דין מביאן לאחר זמן ועי' בירושלמי גיטין פ' האומר איזו קטנה שהיא צריכה להתגרש כו' מביאן לאחר זמן ועי' פי' פ"מ שם הרי דבמדה זו אליבא דהירושלמי קטנה מתגרשת בקידושי אביה וממילא ה"ה חרשת כו' (אכן ממקום אחר יש להוכיח דחרש לא הגיע למדת קטן חפץ ומחזירו לאחר זמן דהנה בקידושין י"ט אמר רבא אר"נ אומר אדם לבתו קטנה כו' והקשו התוס' הלא קטן לית ליה זכיה ותי' דבדעת אחרת מקנה זוכה אף מה"ת והביאו ראיה מדמותיב לר"ח בגיטין ס"ד מפדיית מע"ש אלמא רוצה להוכיח דאף זוכה לאחרים מה"ת ועיין בחידושי הרשב"א שהקשה הלא הכא הכסף קידושין היה זכיה לאחרים

דשייך לאביה והלא ר"ח ס"ל דאינו זוכה לאחרים וכתב דמדברי התוס' משמע דפסקו להלכה כר"י דחפץ ומחזירו לאח"ז זוכה אף לאחרים מה"ת עיי"ש הרי דס"ל לרבא דקטן שהגיע למדה זו זוכה אף לאחרים ואילו גבי חרש אמר רבא בב"מ ח' דאינו זוכה לאחרים. אכן י"ל דהתם גבי מציאה שאני כיון דליכא דעת אחרת מקנה אותו ולית ליה זכיה לגרמיה גם לאחרים אינו זוכה והיה מיושב בזה גם דברי רש"י בב"מ הנ"ל שכתב בד"ה חרש ופקח אע"פ שחרש אינו זוכה אלא מפני ד"ש אפ"ה אמרינן מיגו דזכי כו' ובד"ה בשלמא כו' אבל פקח במאי קני כתב דהגבהה דחרש לא קניא אלא מדרכי שלום בעלמא ולכאורה תמוה דבלא"ה, הלא חרש אינו זוכה לאחרים אבל אם נאמר דרבא ס"ל כר"י וגם חרש הגיע למדה זו א"ש. א"נ י"ל ע"פ דברי הרשב"א שם בקידושין שכתב וז"ל ושמא נאמר דטעמא דזוכה לעצמו אינו זוכה לאחרים משום דלעצמו נותן דעתו ומכון לזכות אבל לאחרים אינו מכון והכא כיון שהיא מכונת לזכות לעצמה אף דהתורה זכתה לאב משום שבח נעורים זוכה עיי"ש וא"כ ה"נ גבי חרש ופקח כיון דהחרש נותן דעתו לזכות לעצמו זוכה גם לאחרים, אבל דברי הרשב"א צ"ע דאם הקטן זוכה לעצמו משום כונתו א"כ גם בלא דעת אחרת מקנה אותו יקנה וצ"ע לעת הפנאי): ואף שבמק"א הארכתי לבאר דברי הירושלמי דלא כהנ"ל שכתבתי זאת ע"פ פירוש הפ"מ מ"מ לדעת רש"י הלא לכאורא ההכרח לאמר דדין חרש כמו קטן שהגיע לעונת הפעוטות (ויש להאריך בזה גם ליישב מה שיש להעיר בזה על דברי הש"ך בסי' רמ"ג שכתב דהא דמציאת חש"ו אינה אלא מפני ד"ש אין זה אלא בקטן שלא הגיע למדת צרור וזורקו ולכאורא תמוה דהלא גם מציאת חרש קתני התם דאינו אלא מפני דרכי שלום וחרש הלא הוא ג"כ זוכה לעצמו והוא עוד יותר משיעור מדת צרור וזורקו ע"פ הדברים האמורים למעלה, ומצאתי שכבר העיר בזה הפ"מ בגיטין וי"ל ע"פ דברי הקה"ח בסי' רמ"ג דחרש ושוטה כיון דלא אתו לכלל זכיה גם אחרים אינם זוכים להם וא"כ גם דעת אחרת מקנה לא מהני ועמ"ש להלן בענין חליצה ויצטרף לזה ליישב דברי הש"ך ואכמ"ל כי דברי הקצוה"ח צריכים עיון, וגם ראיתו מן הרא"ש יש לדחות ועי' בתוס' גיטין כ"א ע"ב דגם חרש ושוטה מיקרי אתי לכלל דעת עיי"ש ואכמ"ל):

והנה אף לפי גירסת רש"י והתוס' דהא דקטנה מקבלת גיטה היינו דוקא כשהגיעה לעונת הפעוטות מ"מ נ"ל דלא בעינן שתהא בקיאה בטיב משא ומתן וכל שהגיעה למדת חפץ ומחזירה לאחר זמן בודאי הגיעה לשיעור זה וכן משמע להדיא בתוס' דף ס"ד ד"ה כל שמבחנת בין גיטה לד"א היינו כפעוטות כו' (והיינו כגירסתם כנ"ל) והשתא אי שיעורא דר"י דאמר חפץ ומחזירו לאחר שעה קודם לשיעורא דפעוטות היתה סברת ר"י

איפכא מר"ח דלר"י זוכה לאחרים קודם שיהא מקחו מקח כו' ולר"ח הפעוטות מקחן כו' ואין זוכה לאחרים עד שיביא ב"ש כו' וכבר עמדו על כונת דבריהם הרש"א והפ"י דלמה סדרו דבריהם על הא דכל שמבחנת על מילתא דרב יהודא היה להם להעמיד דבריהם: לכן נ"ל בפשיטות דבריהם דקים להו להתוס' דכל שמבחנת בין גיטה לד"א היינו חד שיעורא עם חפץ ומחזירו לאחר שעה היינו כל שמבחנת לידע הדבר שנותנים לה ולשומרו ולהחזירו והשתא הביאו ראיה לגירסתם דהיינו שיעורא דפעוטות דאם נאמר כגיר' הר"ח והרי"ף דקטנה מקבלת גיטה משהגיעה למדת צרור וזורקו, ואם כן קדים לשיעורא דפעוטות והשתא אם נאמר דחפץ ומחזירו לאחר שעה הוא קודם לשיעורא דפעוטות והיתה סברת ר"י איפכא מר"ח ויש להאריך בזה אבל עכ"פ מוכיחים דברי התוס' בהדיא שכל שהגיעה למדת חפץ ומחזירו לאחר זמן מבחנת בין גיטה לד"א אף לפי גירסתם דבעינן דעת פעוטות וכן מפורש בתשובת רבינו שמחה הובאה בתשובת רש"ל סי' ס"ה שכתב וז"ל הלכך יודעת לשמור את גיטה דשוטה מסתבר דסגי בצרור וזורקו ולכל היותר באם נבחנת בין חפץ לחפץ בשעה שמחזירן והיינו כדברי דאף לפי גיר' רש"י והתוס' דבעיא שתגיע לעונת הפעוטות סגיא בשיעור זה. וכן מפורש בתוספתא גיטין פ"ד איזו היא קטנה שיודעת לשמור את גיטה כל שנותנים לה את גיטה או ד"א ומחזירתן לאחר שעה, (ואף שהגר"א הגיה התוס' גיטה וד"א כמו שהוא בירושלמי אך בירושלמי הגי' איזו היא קטנה שהיא צריכה להתגרש כו' ועי' בתשובת רבינו שמחה שהיה גורס תרי בבי עיי"ש וצ"ע וכמו שהדין בקטנה כן הוא הדין בשוטה כמ"ש רבינו שמחה בתשובה וכן הוא באור זרוע סי' תשע"ח): וכן נראה להוכיח שיטת הרמב"ם עפמ"ש הה"מ בסוף פ"י מהל' גירושין על השגת הראב"ד למה לא כתב הרמב"ם דשוטה מה"ת עד שתהא יודעת לשמור את גיטה ותי' ע"ז המ"מ ונ"ל שרבינו שלא ביאר כן סמך על מ"ש בפ"ב בדין הקטנה שכל שאינה מבחנת בין גיטה כו' והוא פירוש על מה שאמרו אינה יודעת לשמור את גיטה כו' ומפני שידוע היקש הקטנה לשוטה בכמה מקומות לא ביאר דין זה ולא מצאתי לו טעם אחר כו' עיי"ש וכיון שדין השוטה נלמד מדין הקטן בודאי דין אחד להם והרי גירסת הרמב"ם היתה כגי' הרי"ף שכל שהגיעה למדת צרור וזורקו מתגרשת בקידושי אביה א"כ ממילא הוא הדין שוטה וזהו כשיטת רבינו שמחה דלא גרעה בחינת השוטה אם יודעת לשמור את גיטה מבחינת קטנה ולא כשיטת הראב"י ורבינו אפרים שנסתפקו אולי שוטה גרועה מקטנה וגם הם כפי הנראה לא נסתפקו אלא במדת צרור וזורקו שכן דייקו בלשונם סימן זה של צרור וזורקו כו' נאמר בקטן וקטנה ולא בשוטה דגריעי טפי מקטנה כו' עיי"ש בסוף התשובה בדברי הרש"ל

בביאור דבריהם אבל בבחינת חפץ ומחזירו לאחר שעה לא פליגי וכן משמע בתחילת דבריהם וצריכה דעת כפעוטות כו' והרי מפורש בדברי התוס' דחפץ ומחזירו לאחר שעה הוא אחר שיעורא דפעוטות כנ"ל: וכן נ"ל מסברא דכל שיודעת קצת שמירה מיקרי יש לה יד להתגרש דלכאורא יש להבין על הך דבי ר' ינאי דדרשי ונתן בידה מי שיש לה יד כו' הלא אינו מיותר ומאי שייכות יכולה לשמור את גיטה לזה גם הלא לא בעינן דעתה וכונתה, אבל הענין יובן ע"פ דברי הרשב"א גיטין ע"ח על המשנה נתן בידה והיא ישנה כו' אינו גט וכתב הרשב"א שם אבל בישנה אינה מגורשת כו' ולאו משום דבעי דעתא אלא שאין גיטה שמור בידה וגרועה מחרשת דחרשת יודעת לשמור את גיטה כו' והראב"ד הקשה דמה היא דהיתה ישנה משמע דבעי דעתה וגבי חרשת כו' משמע דלא בעינן דעתה כו' אלו דברי הרב ומסתברא דאין כאן קושיא דלעולם דעת בעיא אבל דעתה לא בעיא אלא או דעתה או דעת העדים כו' וישנה אע"פ שיש כאן דעת העדים הא דאינה מגורשת אין הענין משום דעת אלא לפי שאין לה יד והרי הויא כנשתטית שאינה יודעת לשמור את גיטה דאינה יכולה להתגרש כו' עיי"ש באריכות דבריו כי הוא מקצוע ובמק"א הארכתי בדבריו לענין נתינת הגט אם בעי כונה להתירם מה"ת ועי' בריטב"א שכתב ג"כ כנ"ל ועי' בתוס' גיטין שם שכתבו דהא דסגי דעת העדים משום שיודיעוה אח"כ ותהא משלחה ואינה חוזרת וזהו כונת דברי התוס' ר"פ חרש ד"ה העיד כו' וא"ת לריב"נ למה אינה מתגרשת הלא אינה חוזרת כשמרמזים לה וי"ל דמכל מקום בשעת נתינת הגט משלחה וחוזרת היא ואינה מבינה עד שמוציאין אותה בעל כרחה ע"כ:

ולכאורא קשה להבין סברתם דמה מהני כשיוציאוה אח"כ מן הבית הלא בשעת קבלת הגט אינה יודעת מאומה, אבל לפי הנ"ל ניחא דהא דבעינן דיהיה לה יד לגרש בעינן שיהיה בשעת קבלת הגט כמו בהיתה ישנה אבל הא דבעינן שתהא משלחה ואינה חוזרת אין העיכוב דוקא בשעת קבלת גיטה רק סגי אף כשיודיעוה אח"כ כמו בגדולה בת דעת דאין חילוק ביניהם וכיון דגדולה בת דעת סגי שיודיעוה אח"כ כן הדין בחרשת וי"ל דבסברא זאת פליגי ריב"נ ורבנן דרבנן סבירא להו אף דהחרשת בשעה שנתן לה גיטה אינה יודעת מענין הגירושין מ"מ כיון דאח"כ כשיוציאוה מן הבית תהא נרמזת סגי בהכי וריב"נ סבירא ליה דבעי ידיעתה בשעת מעשה הגירושין וכיון דחרשת אינה יודעת בעת קבלת הגט אינה מתגרשת אבל בזה לא נסתפק גם ריב"נ אשר לא בעינן דעת ורצון האשה על הגירושין:

ולפי הנ"ל כו"ע סבירא להו דרשא דבי ר"י דבעינן שיהיה לה יד היינו שתהא בה דעת שמירה ומשנה מפורשת היא ולא כהק"ע ר"פ חרש שכתב דהויא רק אסמכתא בעלמא

והרמב"ם לא ס"ל, ולפי הנ"ל אי אפשר לאמר כן אבל עכ"פ חזינן דכל הקפידא היא אשר יהיה בה דעת קצת לשמור ומשו"ה כל שהגיעה לכלל חפץ ומחזירו לאחר זמן בת גירושין היא, א"כ הכא בנ"ד שכתב כת"ה אם באים השכנים לשאול איזה כלי (ופי' לי הבעל דהיינו שבאים לבקש איזה כלי ששאלו אצלם בני הבית) הולכת באופן הילוכה ומוצאת הכלי בבית או בחצר ונותנת ואם יבא מי שהוא ליקח איזה דבר נגד רצונה צועקת בלשונה" א"כ הלא הגיעה בודאי לשיעור חפץ ומחזירו לאחר שעה וכפי פירוש רש"י כשתובעין אותו ממנו וגם כפי הירושלמי השיעור היותר גדול אגוז וצרור מצניען ומביאן לאחר זמן גם פשטות הירושלמי משמע דסתם חרש לא הגיע למדה זו כמו שרמזנו לעיל דהנכון בפי' הירושלמי דלא כפי' הפ"מ, וא"כ עדיפה האשה הזאת מסתם חרש, ופשוט דמתקריא יודעת לשמור את גיטה, והא דלא החזירה את הגט והמטבע אפשר דלא הבינה ברמיזותם מה המה מבקשים ממנה ואי משום דילמא אינה יודעת לשמור את עצמה כפי מה שביארתי הרי סתם חרשת יודעת לשמור את עצמה מדמתגרשת:

ויש להעיר בזה על מה שכתב המל"מ בפשיטות בהל' אישות פי"א דפיתוי חרשת אונס הוא דאם כן למה לא גזרו על חרשת שלא תתגרש והדברים ארוכים ואף אם לא נודה לזה ונסתפק בזה אולי אינה יודעת לשמור את עצמה מ"מ הלא בנ"ד אינה בת תאוה כי היא חולנית ואפי' לפי שיטת מהרי"ו דסבירא ליה דאף היכא דליכא גזירה דשמא ינהגו בה מנהג הפקר מ"מ אסור משום לא פלוג י"ל דגם מהרי"ו לא אמר אלא בשוטה גמורה דאיכא בה גזירה רק היא חולנית ובכה"ג אמר דלא פלוג וכן ראיתי שכתבו בשם הג' מהר"ם כ"ץ, והתוס' בקידושין לא כתבו אלא דבקטנה דלאו בת תאוה, היא לא גזרו, ומשו"ה אפ"ל דגם בקטנה שוטה לא גזרו דלאו מינא דשוטה היא (וי"ל דגם מהרי"ו לא קאמר אלא דלא נמצא בתוס' דלאו בת תשמיש היא דלפ"ז גם בשוטה חולנית י"ל כן אבל לאו בת תאוה אינו אלא בקטנה ומצאתי שכבר העירו בזה):

וגם באמת לא קשה כלל מהתוס' דהלא התוס' לא כתבו אלא גבי קטנה דלאו שוטה היא אבל בשוטה י"ל דלא פלוג אך במרדכי מבואר גם בקטנה שוטה לא גזרו אבל גם מהרי"ו לא קאמר רק גבי שוטה דגזרו חכז"ל גם היכא דלא שייך גזירה מחמת איזה טעם לא פלוג רבנן בתקנתם כמו גבי הבחנה משא"כ גבי חרשת דבסתם חרשת הלא בודאי לא גזרו חז"ל א"כ אף אם נאמר דהיא גרועה משאר חרשת מ"מ כיון דלכלל שוטות לא באה כיון דלא עבדה מעשה שטות (כמו שבאו דבריה בלשון השאלה) וגם לאו בת תשמיש היא וליכא בה טעמא דגרירה בודאי לא שייך הך גזירה וליכא סברא דלא פלוג ולבד זה

הלא הט"ז והג' מהר"ם כ"ץ ובעל תשובת מק"ש השיגו על מהרי"ו מכל הנך טעמא היה אפשר להתיר לגרש מדינא דגמ':

ועוד צ"ע בזה כי אין ההכרח לתקוע א"ע בדבר הלכה זו ואין רצוני בזה באשר ראיתי להרבה מהאחרונים שכתבו שאין בדור יודע להבחין אם יודעת לשמור גיטה ואף שבנ"ד אינה בגדר שוטות כיון דלא עבדה מעשה שטות, ואף שנדון כי יש לה חולי וקלקול וחלישות בעורקי ועצבי מוחה מ"מ אין בה ערבוב וטירוף הדעת כשוטה והרבה חרשים המה מסיבת קלקול חדרי המוח כמ"ש למעלה גבי נשתתק, מ"מ בנ"ד כיון דגרעה משאר חרשות דעלמא כיון שאינה נרמזת, גם אי אפשר לעמוד על כונת רמיזותיה לגרשה מרצונה הלא עומד לנגדינו גם בזה חדר"ג שאסור לגרשה בע"כ ואף שבספר ישו"י הביא בשם מהר"ם פאדווא דחרשת לא מיקרי בע"כ כיון דמקבלת מרצונה, כבר מבואר ההיפך בת' רש"ל בשם ראב"י ורבינו אפרים שכתבו דגם בשוטה איכא חדר"ג לגרשה כי הוא שלא מדעתה וגם בת' מהר"ם פאדווא לא כתב כן בפשיטות ועי' בד"מ בסי' קי"ט ועי' בנוב"י מהדו"ק סי' פ"ד שמשמע מדבריו שרצון חרשת מיקרי רצון אבל כ"ז אינו שייך לנ"ד שאי אפשר לעמוד על רמיזותיה ואף שהב"ש והח"מ כתבו גבי נכפה להתיר לגרשה בע"כ כבר כתב הנוב"י והמקנה בהפלאה להשיג עליהם דאין כונת הרא"ש להתיר לזרוק לה גט רק לכופה לקבל גט וכן הוא משמעות דברי הרא"ש בתשובה סי' מ"ב וכן הובא להדיא בבשמים ראש בשם הרא"ש ואם כי נמצא הרבה חולקים ומתירים הר"י ב"מ תלמיד הרא"ש הובאו דבריו בתש' הרא"ש שם והג' ראנ"ח במים עמוקים והמהריב"ל והמבי"ט ח"ב סי' נ"א ומהר"ם אלשיך סי' פ"ו להתיר מחמת זה השבועה וכן פסק מהרש"ק באשה שנעשית חגרת בב' רגליה ואינה יכולה לעשות צרכי הבית וכ"ה במהרש"ק לענין היתר חדר"ג ועיין בתש' מהרשד"ם סי' ק"כ:

וכן יש להעיר בהא שנדר הותר מקצתו הותר כולו והרב בעל תה"ד כתב דאף בהתרת חרם אמרינן כן, אכן באשר הג' בעל נוב"י החמיר בזה וגם מהרי"ק בתשובה שורש ק"ה ושורש ק"ט לא רצה להקל בחדר"ג ע"י טענות מומין ומאוס עלי ולשיטת כמה פוסקים הוה ספק דאורייתא וגם אנכי ת"ל עשיתי לזה סמוכין בתשובה אחת לענין אשה נכפית מ"מ מי ירום ראש להקל ובפרט הכא בנ"ד דיש לצרף בזה עוד טעמים רבים (היינו דאף שנאמר כהב"ש והח"מ דרשאי לזרוק לה גט כיון דרשאין לכופה א"כ גם זה אחד מפרטי הכפיה, כיון דלא בעינן דעתה עד שתאמר רוצה אני לא שייך הכא גבה כפיה דאינה מחוייבת לשמוע בקול ב"ד דהיא פטורה מכל המצות וחרש ושוטה פגיעתן רעה גם אולי יש לה טענות נגד בעלה אשר לא השתדל ברפואתה כמחוייב עליו) לזאת דרך

המחור הוא מ"ש מעכ"ת בדרך הב' להתיר לו לישא אשה על אשתו ע"פ האופנים שיצא בהיתר מפי גדולי עולם הב"ח והצ"צ ואחריהם כל הגאונים בתשובותיהם ובנ"ד הוא דרך מרווח עוד יותר (עי' באה"ע סי' קנ"ב בשם ת' הרא"ש באשה משתטה בכל יום אין כופין להוציא אלמא דלא הוה בכלל מומין גדולים דבנכפה כתב דכופין וא"כ הכא דנתחרשה דהוה מומין גדולים יש סברא גדולה לאמר דכה"ג כופין באיש אם היה יכול לתן גט וא"כ באשה הוי כש"כ דהוי טעם מבורר להתיר ועי' בשו"ת פ"י סי' י"ב שכתב דשוטה באשה לא הוה ממומין גדולים עיי"ש), כי הלא כבר הביאו בשם מהר"ם בר ברוך בתשובותיו והרוקח שכתבו בשם רגמ"ה בעצמו שאם יראו טעם מבורר להתיר יותר ע"פ ק"ר מג' ארצות ואין לך טעם מבורר יותר מזה כי הלא שיטת הרגמ"ה הובאה בתשובות סי' מ"ב הנ"ל לכוף לאיש לגרש במומין גדולים והלא כבר כתבו דלא מסתבר שיוגרע כח האיש מכח האשה א"כ ברור דבמומין גדולים לא תיקן רגמ"ה בעצמו ובזה יהיו שוין אף הנך פוסקים דסב"ל אשר אף במומין גדולים אין כופין לגרש כיון דרגמ"ה המתקן בעצמו לא היתה דעתו לכך לטעמיה דס"ל אשר באיש כופין וכיון דלדידיה נפטר מכל החיובים שיש לאשה על האיש במומין גדולים נפטר נמי מחיוב הזה, ובפרט דאין לך טעם מבורר יותר מזה, לא טוב לשבת גלמוד גם הרהורי עבירה וכבר מצאנו בסוטה ח' דר"י חייש להרהורא אף נגד דברי תורה כמו שכתבו התוס' שם ומכש"כ הכא דיהיה מצטרף לטעמא רבא להתיר לו ע"פ רשות רגמ"ה בעצמו, והרש"ל כמעט יחיד בדבר:

ואפשר דאף רבינו אפרים וראב"י לא פליגי על היתר ק"ר מדלא הזכירו זאת והמה לא כתבו רק בלא ק"ר אשר בודאי י"ל דלא פלוג רבנן בתקנותיהם ולהנך דס"ל דרגמ"ה תיקן משום דאיסורא משום דראב"י דלא ישא אדם שתי נשים או משום דלא מצי למיקם בסיפוקייהו בודאי י"ל דאף במקום מצוה גזור, אבל ע"י היתר ק"ר דהיה תנאי בתקנה גם רבינו אפרים וראב"י יודו בזה היכא דליכא תקנה אחרת ומשו"ה בודאי טפי עדיף בכל מקום היתר ק"ר לישא ב' נשים מהיתר לגרש בע"כ אשר זה לא היה בגדר התנאי ודברי הגה"מ צ"ע שכתב דדוקא לענין היתר לגרש בע"כ מהני ק"ר לזאת הנני נמנה עם חברי הנמנים לדבר מצוה רבה להתיר לבעל האשה ר"ז לישא אשה על אשתו באופן שיקיים ככל המוטל עליו עפמ"ש הב"ח אשר הוא ראש המדברים בענין הזה היינו ליחד לה בית ולהשליש סך מעות אשר יהיו מספיקים להוצאותיה הרגילות:

וכבר הוגד לי אשר כח ב"ד שלכם יפה בענין הזה להפוך בזכות האשה בכל האפשרי וגם הבעל מרוצה לזה בטח יראו לעשות לטובת האשה והבנים כראוי ובדבר השלשת הגט אף שכבר דברו בזה גדולי עולם אך כיון שמוזכר בב"ח יש לחוש אולי לא התיר הרגמ"ה

רק באופן זה ובפרט אשר יש מקום להכשיר הגט לכשתשתפה והדברים ארוכים גם במקום דאיכא ספיקא דלא מצי עביד דברוב פעמים אינו אלא מדרבנן וגם בנ"ד הלא דברנו בזה למעלה דיש מקום לאמר אשר יכול לתן גט לה בעצמה ולא באנו כאן לידי מדה זו ולכשתשתפה בודאי לא נכנס לבית הספק אך השבועה שנהגו להשביע ליתן גט אחר לכשתבריא דכאן למותר הוא:

זהו מה שהעלתה מצודתי בענין הזה לפום רהיטא כי לא עיינתי הרבה ומה שנלע"ד כתבתי וחתמתי. וה' יגדור פרצות עמו כנפש הבעה"ח:

ועי' במל"מ פ"ט מהל' אישות שכתב דהא דהספיקות אם מצי משוי שליח תליא במחלוקת רש"י ותוס' בפ' י"א דיבמות דף צ"ט ולפי שיטת התוס' הספיקות מצי משוי שליח וכן הביאו בשם הירושלמי ועיי"ש דחילק בין ספיקא דמציאות ובין ספיקא דדינא דבספיקא דדינא ל"ש שמא יבא אליהו ולא מצי משוי שליח ועי' במגיה שם שכ' דמדברי הר"מ בס' תויה"כ נראה דגם בספיקא דדינא שייך שמא יבא אליהו אבל הכא בנ"ד הוי ספק במציאות וזהו כונתו דגם ברור שוטה דעלמא י"ל דלא הוה רק ספק ומכש"כ בנ"ד דקרוב לודאי דהוה משלחה ואינה חוזרת דמצי משוי שליח ול"ש כל מלתא דלא מצי עביד:

סימן כה

עוד בענין הנ"ל. מע"כ הרב כו':

לא חשבתי שיסתפק אדם בזה אשר יהיה אחד מתנאי הא דתנן החרשת מתגרשת שתהא צריכה בדיקה אם היא יודעת לישא וליתן במטלטלין ולא תתאנה כי סתימת הגמ' והפוסקים הוא כפירושם דלא בעינן דאם היה הדין כן לא היה משתמט אחד מהפוסקים להתנות זה בתנאי מפורש והלא במכירת מטלטלין כתב הרמב"ם והטור והשו"ע בחו"מ סי' רל"ה מרבינו ירוחם במשרים נתיב י"ט שבודקין אותו בדיקות הרבה ומתיישבין בדבר ואם גם בקבלת גיטה היה מעכב שתהא יודעת לישא וליתן במטלטלין ולא תתאנה כי אך אז היא בגדר יודעת לשמור את גיטה האיך סתמו הפוסקים ולא פירשו הלא הא שתהא יודעת לשמור את גיטה הוא מן התורה] ואף] שאנכי רציתי לומר למעלה אשר הבדיקה הזאת שבחו"מ סי' רל"ה היא רק לידע הרכנתו אבל מ"מ וכפי מפני שאנו מדמין כי מסתימת כל המפרשים ומהה"מ והכ"מ והב"י והסמ"ע שם נראה להדיא ההיפוך שמסתמא אין החרש יודע לישא וליתן במטלטלין (וגם הלא בירושלמי משמע שהחרש לא הגיע למדרגה הג' שבקטן כמו שהארכתי בזה) וא"כ היה להם לפרושי שתהא החרשת המקבלת גיטה יודעת בטיב מו"מ ולא לסתומי:

ועוד נראה לי שבאמת לא בעינן כלל בחרשת המקבלת גיטה שיהיה לה דעת פעוטות שרק בקטנה החמירו רבנן אבל לא בחרשת שאפילו לפי גירסת רש"י דבעי דעת פעוטות הלא אין זה אלא חומרא דרבנן שהרי הרז"ה הקשה על הגירסא הזאת למה מתקדשת למיאון במדת צרור וזורקו ובקבלת גיטה בעינן שתגיע לעונת הפעוטות ותירץ שלעולם משום שמירת גיטה היה סגי במדת צרור וזורקו אבל משום גזירה שלא ינהגו בה מנהג הפקר בעינן שתגיע לעונת הפעוטות:

ולפי תירוץ זה נראה לי ברור דרק בשוטה וקטנה גזרו בזה אבל בחרשת לא מצינו גזירה זו ויש לאמר הטעם משום שאין הכל רצים אחריה להתאות אליה כי היא בעלת מום כמ"ש בגמ' יבמות קי"ב דלא תקינו לה כתובה דא"כ ממנעי ולא נסבי לה ופי' הנ"י משום דחרשת פגומה טפי עיי"ש ובזה היה ניחא מה שהקשיתי למעלה על המל"מ שכתב בפשטות בהל' אישות פרק י"א דפתוי חרשת אונס הוא א"כ אמאי לא גזרינן בחרשת שלא תתגרש אבל לפי הנ"ל ניחא דבחרשת לא גזרו כלל חכז"ל הך גזירה שלא ינהגו בה מנהג הפקר:

ובזה היה מיושב שפיר דברי הגמ' יבמות קי"ג הא דנשתטתה לא יוציא דאיירי ביודעת לשמור את גיטה ואינה יודעת לשמור את עצמה דהוא רק דרבנן שלא ינהגו בה מנהג הפקר דהיכן מבואר זאת במשנה אבל לפי דברי י"ל דדומיא דנתחרשה היא דיודעת לשמור את גיטה וא"י לשמור את עצמה ועכ"ז יוציא דלא גזרו בה חז"ל אבל בנשתטתה כה"ג לא יוציא (אך צ"ע דברי המאור פ' הזורק שכתב דחרשת יודעת לשמור את גיטה ועצמה ולפ"ז משמע דאם לא היתה יודעת לשמור את עצמה היה שייך הך גזירה גם בחרשת וי"ל דלאו דוקא היא משמרת א"ע רק משומרת ועומדת מחמת פגימותה ועדיין צ"ע) ואפילו לפי תירוץ הר"ן והרא"ש דהא דלא סגי בקטנה לגירושין במדת צרור וזורקו משום דכיון דמדאורייתא הוא החמירו בה טפי עד שתגיע לעונת הפעוטות (וכן מוכרחים אנחנו לתירוץ הזה לשיטת התוס' דבקטנה ליכא גזירה שמא ינהגו בה מנהג הפקר משום דלאו בת תאוה היא ולפ"ז לא יהיה עולה תי' המאור) אבל כיון דאין זה אלא מדרבנן י"ל דלא אמרו אלא בקטנה דיש לה תקנה לאחר זמן אבל בחרשת דלית לה תקנה לא החמירו ואפילו לשיטת רש"י סגי במדת צרור וזורקו ומשו"ה סתם חרשות מתגרשות כי כל החרשים הגיעו למדה זו כמו שמפורש בפוסקים והבאתי למעלה:

וגדולה מזו כתב רבינו שמחה המובא בת' רש"ל סי' ס"ה דאף בשוטה לא בעינן דעת פעוטות דרק בקטנה אמרו אבל לא בשוטה גדולה אפי' לשיטת רש"י ואפילו לרבינו אפרים וראב"י דפליגי עליו י"ל דגם המה לא אמרו אלא בשוטה משום גזירה שלא ינהגו

בה מנהג הפקר אבל בחרשת אשר י"ל דלא גזרו בה לא פליגי גם הם על סברת ר"ש בזה ולכו"ע לא בעינן בה דעת פעוטות. וכן נראה עיקר מסתימת כל הפוסקים דבחרשת לא בעינן דעת פעוטות לכו"ע ועוד יש לאמר דגם בשוטה אם יש לה דעת פעוטות הוה כפקחת ומתגרשת לכו"ע גם מקבלת קידושיה וזהו שיעור יותר גדול מיודעת לשמור את גיטה ואת עצמה דקרינן לה ביבמות קי"ג שוטה דאם יש לה דעת פעוטות לאו בכלל שוטה היא:

וכן כתב בהדיא רבינו שמחה שבתש' רש"ל הנ"ל וזה לשונו ונראה דגדולה שיש לה דעת פעוטות הרי היא כפקחת לכל דבריה ואפי' לקבל קידושיה כו' ואף ראב"י ורבינו אפרים לא פליגי על ר"ש רק דסבירא להו דאם אין לה דעת פעוטות אין אנו בקיאים. בשיעור יודעת לשמור את עצמה אבל אם יש לה דעת פעוטות אפ"ל דמודו לרבינו שמחה דכפקחת היא לכל דבריה. וכן מצאתי דאתי לידי לראות בת' חת"ס חאה"ע ח"ב תשובה ג' שכתב באמצע התשובה וז"ל דאי בשוטה דרבנן שיכולה לשמור גיטה וקידושיה מה לשון תיקנו רבנן נשואין הרי נשואין דאורייתא הם וכל המקדשה הרי היא אשתו מה"ת כו' וע"כ כונתו דאי יכולה לשמור גיטה וקידושיה הרי הגיעה בודאי לשיעורא דפעוטות ולאו שוטה היא הרי שכתב בפשטות כדברי הנ"ל ולא מצאתי לע"ע מי שחולק ע"ז בהדיא:

אך נ"ל דהיינו דוקא אם אין אנו רואים בה סימני שטות דהיינו שאינה עושה מעשה שטות בידים רק אף שהיא סכלה ביותר ואין לה דעת שאר אנשים גדולים דהוי בכלל הפתאים דדינם כשוטים בזה אם יש לה דעת פעוטות לאו בכלל שוטה היא אבל אם עושה מעשה שטות בידים ומכש"כ אם המה מהדברים האמורים בפ"ק דחגיגה בזה מודינא דהוה שוטה אף אם בשאר דברים יש לה דעת פעוטות דהלא כתב הרמב"ם בהדיא בהל' עדות דאם עושה תמיד איזה דבר מדברים של שטות אף אם בשאר ענינים שואל ומשיב ככל אדם דינו כשוטה (ואפ"ל דאין לזה רק דין עתים אלים ועתים שוטה בלא עת קבוע דבכל רגע חיישינן לעת השטות דלתת לו דין שוטה גמור תמיד אין הסברא נותנת כיון דבכל דבריו ועניניו הוא כפקח רק דין עתים חלים עתים שוטה י"ל דיש לו מחמת שרואין אנו שמטורפת דעתו בדבר מן הדברים ושטיא בחדא מילתא לא סריך ממילא דיינינן לו כע"ח וע"ש וקידושי מצי מקדש גירושי לא מצי מגרש. והיה מיושב בזה גם דברי החת"ס הנ"ל אשר לכאורא המה תמוהים דאם יש לה שיעור דעת פעוטות הלא לא חיישינן בה שמא ינהגו בה מנהג הפקר כמ"ש רבינו שמחה ורבינו אפרים והראב"י והאיך כתב שם החת"ס דהוה שוטה דרבנן גזרו בה שלא ינהגו בה מנהג הפקר.

אבל לפי הנ"ל י"ל דאיירי דרואין בה דברים של שטות א"כ אף אם יש לה דעת פעוטות הרי היא בכלל עתים שוטה דגזרו בה רבנן שלא ינהגו בה מנהג הפקר עי' בסי' קי"ט ויש להאריך בזה ולכון דברי הפוסקים אך לא ארצה לאהדורי נפשי כעת על ענין הזה וצ"ע לעת הפנאי):

וא"כ אם היה לחרשת דעת פעוטות אמאי דייניין לה כשוטה לכל ענינים שבתורה משום דלאו בת דעת היא אע"כ דאין לכל חרשים דעת פעוטות צלילתא ועכ"ז מתגרשת דלא בעינן בה דעת פעוטות כלל ואף דבודאי נמצאו חרשים דיש להם דעת פעוטות כמ"ש לענין בדיקת מכירת מטלטלין לא פלוג רבנן. גם י"ל דקים להו לרבנן דאין זה דעת צלילתא ועי' בת' צ"צ סי' ע"ז שכתב דאף חרש שיש לו דעת שאר פקחים הרי דינו כחרש עיי"ש וכן מבואר להדיא בירושלמי ובתוס' ריש תרומות שהבאנו למעלה וזהו פשוט) ומכש"כ שמוקצה מן הדעת לאמר שתהא צריכה בדיקה אם יודעת לישא וליתן במטלטלין כמו לענין מו"מ המבואר בחו"מ סי' רל"ה:

ועוד יותר נראה לי עיקר ולדינא דגם בקטנה המתגרשת בקידושי אביה לכו"ע לא בעינן בדיקה שתהא יודעת לישא וליתן במטלטלין ולא תתאנה ואפילו לפי גירסת רש"י בג' מדות דרבא הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין וכנגדו בקטנה מתגרשת בקידושי אביה ונרצה לדייק מזה דכמו דקטן במטלטלין בעינן שיהיה יודע בטיב משא ומתן כן כנגדו בקטנה המתגרשת הא לאו מילתא היא דרק כנגדו בשנים קאמר ולא כנגדו בדעת וכמו דלמכירת מטלטלין כיון שכא לכלל שנים הללו מהני דעתו בזה שיועילו מעשיו כן לענין קטנה המתגרשת מהני זמן כזה דאם באה לכלל דעת שמירת גיטה מתגרשת אבל מה היא הדעת שצריכה לזה הוא השיעור האמור בגמ' למעלה כל שמבחנת בין גיטה לדבר אחר והוא שיעור דעת צרור וזורקו דהלא לא פליגי רש"י והרי"ף בסברא רק בגירסת הגמ' וא"כ שפיר י"ל דגם לרש"י השיעור הוא כמו להרי"ף רק לשיטתו לא מהני דעת זו רק כשהגיע לשנות הפעוטות אבל לכל היותר בשיעור חפץ ומחזירו לאחר שעה דבודאי באה לכלל מבחנת בין גיטה לד"א אפי' אם בעינן שנות הפעוטות כמו שהוכחנו למעלה מדברי התוס' והאי כנגדו בשנים קאמר ולא בדעת:

וכה"ג מוכרחים אנו לאמר במדה הג' הגיעה לעונת נדרים נדריהן נדר כו' וע"כ היינו ע"י בדיקה אם יודעים לשם מי נדרה וכמו שפירש"י שם וכנגדן בקטנה חולצת ופירש"י אם הביאה סימנין ולא אמרינן שומא נינהו ועי' בתוס' וע"כ לא בעינן בקטנה לענין חליצה שתדע לשם מי נודרת דהלא לפי' רש"י גדולה היא גם לפירוש התוס' לא שייך הדעת הזה לענין חליצה אע"כ דכנגדו בשנים קאמר ולא בדעת כן במדה הב' כנגדו בשנים קאמר

וכן דייקא לשון רש"י שכתב וכנגדו בקטנה מתגרשת משהגיעה לימים הללו משלחה ואינה חוזרת קרינן בה כו' וכן הוא לשון הר"ן ולפי גירסת רש"י שלא רצו להתיר אישות דאורייתא בפחות מעונת הפעוטות אבל בקידושין הקדימו הזמן כו' הרי דהנפקותא היא בזמן אבל לא בדעת וכן מורה לשון הטור והשו"ע סי' קמ"א שלא התנו רק הגיע לעונת הפעוטות אבל לא התנו שתהא יודעת בטיב משא ומתן כמו שהתנו בחו"מ סי' רל"ה לענין מכירת מטלטלין סתמו כפירושן שלא עלה על דעתם הבדיקה שתהא יודעת בטיב משא ומתן ואפי' לפמ"ש הרא"ש, דלהפקעת קידושי דאורייתא בעינן דעת יותר גדולה ויש לדייק הלא סגי דעת צרור וזורקו. אבל בדעת חפץ ומחזירו לאחר שעה בודאי סגי כמ"ש התוס' דהוי אחר שיעורא דפעוטות כמ"ש למעלה:

ואין ראיה מהא שכתב הנ"י ביבמות פ' ב"ש לגי' הרי"ף הפעוטות כו' וכנגדן בקטנה מתקדשת למיאונין שצריכה שתהא יודעת לשמור קידושיה במקחה וממכרה ולא תתאנה כי דברי הנ"י נובעים מדברי הרשב"א בחיד' ביבמות שם וביותר ביאור בחידושיו לגיטין ס"ה שזהו תירוץ על הקושיא הלא ביבמות אמר שמואל הלכה כר' חנינא בן אנטיגנוס שבעינן שתהא יודעת לשמור קידושיה והוא חד שיעורא עם שתהא יודעת לשמור גיטה והאיך פלג רבא בינייהו שיודעת לשמור את גיטה במדת צרור וזורקו סגי ולשמור קידושיה עד שתגיע לעונת הפעוטות בשלמא לגירסת רש"י חומרא היא בקידושין ובגירושין מקידושין דאורייתא אבל לגירסת הרי"ף הלא קולא היא וע"ז תירצו שהפירוש יודעת לשמור קידושיה אינו כמו יודעת לשמור גיטה דהיינו שלא תאבדנו רק הכונה שתהא יודעת לשמור כסף קידושיה במקחה וממכרה שלא תתאנה ועיי"ש:

ולפ"ז נצמח לפי גירסת הרי"ף הא דבעינן שתהא יודעת בטיב משא ומתן לא ממימרא דרבא דהגיע לעונת הפעוטות שנדון מזה לגיר' רש"י מתגרשת בקידושי אביה רק ממימרא דר"ח ב"א יודעת לשמור קידושיה וא"כ אין ראיה מזה כלל לגירסת רש"י שהלא יודעת לשמור את גיטה בודאי אין שייכות לטיב משא ומתן ומאין יצמח לנו האי שיעורא אשר לא שערום הראשונים והאי שיעורא דיודעת לשמור את גיטה אין הכונה שתהא יודעת שהוא גיטה היינו שתהא יודעת ענין הגירושין ושבזה הגט היא מתגרשה מבעלה ומותרת לכל אדם דגיטה לאו דוקא דה"ה שמירת חפץ אחר כמ"ש רבינו שמחה בהדיא וכמו שהוכחתי מדברי התוס' גיטין ס"ד ע"ב דזהו שיעור חפץ ומחזירו לאחר זמן וכן מוכח ביותר ביאור ברשב"א פ' הזורק שלא בעינן רק שיהא לה דעת שמירה לאפוקי נתן בידה והיא ישינה דדמיא לשוטה עיי"ש וכן כתב להדיא בספר המאור פ' הזורק דחרשת

יודעת לשמור את גיטה אבל מינה שמעינן דלא בעינן דעתה דהיא אינה מתבוננת בענין השילוחין שמוציא מפיו עיי"ש וכן כתבו בשם הרמב"ן דלא בעינן רק דעת שמירה:
וכן נראה פשטות דברי התוס' ר"פ חרש ד"ה העיד ריב"ג שכתבו וז"ל וא"ת לריב"נ למה אינה מתגרשת כו' וי"ל דמ"מ בשעת נתינת הגט משלחה וחוזרת היא ואינה מבינה עד שמוציאין אותה על כרחה עכ"ל הרי מוכח בהדיא פשטות כונתם דחרשת אינה. מבינה ענין הגירושין והא דבעינן לתנא דר"י שתהא משלחה ואינה חוזרת נראה מדברי התוס' הנ"ל ומדברי שארי מפרשים (ועיין פירש"י יבמות קי"ג יצאה זו שמשלחה וחוזרת שכן דרך שוטים שאינם בושין) דהיינו שכשיוציאוה מן הבית תהא בושה לחזור ומשו"ה שוטה אינה מתגרשת משום שאינה בושה מלחזור אחרי שמוציאין אותה מן הבית כי הדרשה היא מושלחה מביתו ומשו"ה כ' התוס' דהך שיעורא דיודעת לשמור את גיטה ומשלחה ואין חוזרת חד דעתא היא והוא מחמת כי אין זה הבנת דעת ענין הגירושין:
וגם נ"ל דהרמב"ם לא פסק כלל להך דתנא דר"י שבעינן שתהא משלחה ואינה חוזרת מדלא הביאה בהלכותיו. וגם דריש הך ושלחה מביתו לדרשא אחרינא שבספרי כמבואר בריש פ"א מהל' גירושין וי"ל דגם בזה התוס' והרמב"ם אזלי לשיטתייהו דדעת התוס' דגם באשה גדולה בת דעת בעינן שיודיעוה אח"כ העדים שבעלה נתן לה הגט והיינו מהך דרשא משלחה ואינה חוזרת וסגי שיודיעוה אח"כ כמ"ש למעלה אבל הרמב"ם דלא ס"ל, הך דרשא ס"ל נמי באשה בת דעת דלא בעינן שיודיעו לה העדים שזהו גיטה רק אף אם לא הודיעו לה העדים גם אח"כ מ"מ היא מגורשת כמו שמבואר בפ"א מהל' גירושין ובאה"ע סי' קל"ו עיי"ש ובב"ש ועוד לא עיינתי בזה הרבה: אבל בהא נחיתנא ובהא סליקנא שגם בקטנה אם נתן לה חפץ ומחזירו לאחר זמן מתקריא מבחנת בין גיטה לדבר אחר. ופשיטא דלא בעינן שתהא יודעת בטיב משא ומתן וכן מוכח ברשב"א גיטין ס"ה שכתב להביא ראיה מירושלמי לגי' הרי"ף דאי' בירושלמי פ' ב"ש מהא דתני איזו קטנה שהיא צריכה להתגרש כל שנותן לה גיטה ודבר אחר עמו ומחזירתן לאח"ז הדא אמרת חלוקין עליו חבריו על ר"ח ב"א הרי מפורש ברשב"א מהך ירושלמי דהך מדרגה לא הגיעה למדת יכולה לשמור כסף קידושיה במקחה וממכרה שלא תתאנה ובהך מדה אם נותנין לה גיטה ודבר אחר עמו ומחזירתו לאח"ז מודו כו"ע דיכולה לקבל גיטה כמו שהוא מפורש בתוספתא גיטין פ"ד והבאתי למעלה אפי' לפי גי' הגר"א עיי"ש ומה שכתב הריטב"א קידושין מ"ד דהך שמבחנת בין גיטה לדבר אחר היינו בין גיטה לנייר כתוב בעלמא י"ל דכונתו ג"כ לנייר כתוב שאינו דומה לגט בתבניתו וצורתו. וכמו שמפורש בגמ' אם אינה מבחנת בין גיטה לד"א ופי' רש"י מדלא קאמר לשטר אחר

מכלל דלדבר אחר שאינו דומה לגיטה קאמר. וה"ה למסקנא שמבחנת בין גיטה לדבר אחר ולא קאמר בין שטר אחר הוא ג"כ לדבר שאינו דומה לגיטה ולא שינה הגמ' רק בין מבחנת לאינה מבחנת:

וגם מפורש בריטב"א גיטין דס"ל כגי' הרי"ף דצרור וזורקו כנגדו בקטנה מתגרשת לזאת נראה כונת הריטב"א כמ"ש ומשו"ה גם הריטב"א לא כתב לשטר אחר רק לכתב אחר והיינו שאינו דומה לגיטה (וצ"ע דברי הריטב"א שם בקידושין שכתב דאינה יודעת לשמור את גיטה קתני אבל יודעת לשמור את עצמה והוא היפך דברי הראשונים שכתבו דשיעור יודעת לשמור את עצמה הוא דעת יותר גדול משמירת גיטה כמו שמפורש בגמ' יבמות קי"ג לענין שוטה ובמאור לענין קטנה כמ"ש למעלה מדבריו פ' ב"ש ונראה דלא בא הריטב"א לומר אלא דהקפידא רק בידיעת שמירת גיטה אבל לא בידיעת שמירת עצמה ואפ"ל דהיינו כמ"ש התוס' דבקטנה ליכא גזירה שלא ינהגו בה מנהג הפקר והיינו כמ"ש למעלה בביאור דברי המאור פ' הזורק): ודברי הגר"א בסי' קנ"ה ס"ק ח' צ"ע שכ' דלגי' הרי"ף דגריס צרור וזורקו וכנגדו מתגרשת צ"ל דצרור כו' הוא שיעור אחד עם מבחנת כו' שמשמרת ליה כמו אגוז כו' וכמו שמבחנת בין צרור לאגוז כן מבחנת בין אגוז לגט כו' ולגי' רש"י יודעת לשמור דכאן א"צ כ"כ בי קידושין לד"א כמו בגט רק בין צרור לאגוז כו' ודבריו תמוהין דהלא י"ל לרש"י יכולה לשמור קידושיה כמו לגי' הרי"ף גבי גט גם כל דבריו בס"ק זה צריכין ביאור ועי' בס"ק ט' שכתב להדיא להיפוך וז"ל כר"ח ב"א כו' ואף שבגיטין קאמר נמי היודעת לשמור ומפרש כל שמבחנת כו' חלקינהו רבא שם דתרי ענינא הוא כו' להפריש בין צרור לאגוז סגי בגיטין ולענין ממון צריך הבחנה יותר בפעוטות וז"ש ושהם קידושין לא כו' ובגיטין כ' הרמב"ם סתם כל שמבחנת כו' י"ל בין צרור לאגוז כו' הרי בהדיא דלגי' הרי"ף א"צ לדעת שהוא גט וגם בדבריו בס"ק ט' יש להאריך ובקצרה י"ל דה"פ אם יודיעוה שהוא גיטה היתה משמרתו עוד יותר ממה שהיא משמרת האגוז כמו שיודעת להוקיר האגוז מן הצרור:

אבל שוב מצאתי תלתא קדמאי דמסייעי לי הלא המה הרדב"ז כתב בתשובה סי' תקע"ז בח"ג וז"ל ואפי' לפי גי' רש"י כו' ופי' המפרשים כל שמבחנת בין גיטה לחפץ אחר כו' אלא בין גיטה לכלי אחר שאינו דומה וכדאמרינן צרור וזורקו כו' והנה אין לך קטנה נשואה שלא תבחין בין גיטה לחפץ אחר כו' כללא דנקטינן שאם הבת היא בת תשע אינה צריכה בדיקה אא"כ היא טפשה ואם היא כבת ו' ז' ח' אם היא חריפה היינו בשארי ענינים לפי שנותיה דזהו שיעורא דפעוטות הרי היא בחזקת שיודעת כו' עיי"ש הרי שכ' בהדיא כנ"ל ואינה צריכה בדיקה ומכש"כ שלא בעינן שתהא יודעת בטיב משא ומתן

אשר ע"ז צריכים בדיקה כמו שמבואר וכנ"ל וכן כתב בס' דברי ריבות תשובה י"ב וז"ל ובנ"ד כיון שהגיעה הקטנה לזמן פעוטות שהיא בת ח' שנים ומבחנת בין צרור וזורקו פשיטא דמתגרשת ע"י עצמה עכ"ל עיי"ש:

וביותר ביאור מצאתי הענין מבואר ברשד"ם ח' אה"ע סי' ל"ז שכתב ממש כדברינו בכל פרט עיי"ש שכתב החכם השואל לכאורא היה נראה כו' שצריך להודיע שהוא גיטה כלומר שבזה היא מתגרשת מבעלה ומותרת לכל אדם כו' א"כ לפ"ז צריך שיהיה בה דעת להבחין בין שטר א' שיודיע לה שהוא גיטה ובין שטר א' שהוא חלק כו' אבל מתוך פי' רש"י משמע בפירוש שאם מבחנת בין שטר לחפץ שאינו דומה לו תקרא מבחנת ויודעת לשמור את גיטה כו' ואם נתן לה חפץ ומחזירו לאחר שעה הוי נסיון גמור לכו"ע וע"ז השיב הרשד"ם באריכות וז"ל ולענין הדין בנ"ד לידע מה משפט הנערה הזאת הקטנה וכמדומה לי מבין ריסי דבריך שיש מגמגמים בזה שלא תתגרש ואפי' נותנים לה חפץ וכשתובעים אותו אחר שעה נותנו אני תמה מי מגמגם בזה דלענ"ד אין מקום לפקפק אחר שהיא בת ח' שנים וכבר כתב כ"ת דאפי' לדעת רש"י והנמשכים אחריו שצריך דעת וזמן הפעוטות בנסיון זה סגי לכו"ע ודאי דהכי הוא ולא עוד אלא גם בפקחת פחות מזה סגי כמו שאכתוב בע"ה כו' וכל שהגיע לעונת הפעוטות ונותנים לה חפץ וכשתובעים ממנה מחזירה עדיף טובא ממבחנת בין גיטה לד"א דזה הוי כצרור וזורקו כו' וא"כ נמצינו למידים דבין להרי"ף וסייעתו ובין לרש"י וסייעתו כיון שהגיעה הקטנה לבת שית ומבחנת בין צרור וזורקו אגוז ונוטלו יודעת לשמור קרינן בה וכ"ש כשבוחנים אותה שנותנים לה חפץ ותובעים ממנה אחר שעה וחוזרו דהוי פקחת יותר דהוא פשוט יותר מביעתא בכותחא דמתגרשת ע"י עצמה כו' וזהו דבר ברור בלי פקפוק עכ"ל הרשד"ם הצריך לענינינו:

הרי שלשה שהן ארבעה גדולי אחרוני הראשונים שכתבו להדיא כדברי וראויין הן לסמוך עליהם ומכש"כ בנ"ד חרשת ולא נראו בה סימני שטות ולא באתי בזה רק להוציא מדברי גדול אחד מגאוני זמנינו שבא לדון בחרשת וקטנה שצריכין שתהא יודעת בטיב משא ומתן ותהא יודעת שהוא גיטה והיא מתגרשת בו ולדעתי אינו אלא מן המתמיהין וראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו כנ"ל:

הערה מ"ש לענין חרשת אם תקינו לה שלא ינהגו בה מנהג הפקר נזכרתי מלשון רש"י פ' ב"ש ק"י ע"ב שכתב בד"ה נשתטית אע"כ שהאשה יוצאת כו' שלא לרצון רבנן תקנו שלא תצא כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר שאינה יודעת לשמור עצמה אבל נתחרשה יוצאה דלא בעינן דעת אשה בגט כו' והכא לא תקנו רבנן מידי דהא יודעת לשמור. עצמה עכ"ל

ויש להתבונן בדבריו הקדושים שכתב דלא תקנו רבנן מידי האיך שייך תקנתא דרבנן כיון דיודעת לשמור עצמה והלא גם בשוטה דיודעת מתגרשת כמו שמפורש ביבמות קי"ג והובא למעלה וצ"ע:

ורציתי לעשות סמוכין לסברתי זאת דבחרשת ליכא חששא דמנהג הפקר מהא דר"פ חרש דבטעמא דתקנו נשואין לקטנה מפרש הגמ' טעמא כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר ובחרשת לא הוזכר הטעם הזה ומפורש יותר הדבר ברמב"ם פ"ה מהל' יבום הל' כ"ג וז"ל קטנה ראויה למאן והחרשת אע"פ שקידושי שתיהן מד"ס כמו שביארנו שתי מיני קידושין הם קטנה יש לה קידושין כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר וקידושיה תלויין עד שתגדל וחרשת תקנו לה נשואין כדי שלא תשאר פנויה לעולם לפיכך כו' עיי"ש ומשמע בהדיא מלשונו הזהב דבחרשת ליכא טעמא שלא ינהגו בה מנהג הפקר:

סימן כו

מע"כ הרב המופלא מו"ה אליעזר חיים נ"י:

אחדשה"ט מכתבו קבלתי מכבר נמנעתי להשיבו מפני כמה טעמים והעיקר כי הקפדתי עליו על הכניסו את ראשו בעובי הקורה לעשות מעשה בשמות הגט בשם כזה אשר לא ראהו מסודר לפניו בטיב גיטין והיה לו לשאול מתחילה ולא בתר דעבדין כי בעניני השמות בנקל לבוא לידי חילוף וכמו שיבואר בדברינו, לכן אחרתי עד עתה באשר חותנו שיחיה הפציר בי מאד ותמיד בקשתו ממני גם הבטחתי להשיב אך כ"ז בקצרה לפי נחיצות העת, גם כי אין בענינים האלו מקור נפתח מש"ס ופוסקים לזאת אין ראוי להאריך רק לקצר:

מה שכתב שם יאניא באלף אחר היוד אף שנקרא בפתח הגם דהג' מהרש"ק בספרו על שמות בסי' י"ד מחמיר בזה שכתב וז"ל אף דלפעמים נמצא בדברי האחרונים דגם בפתח כשר אם נכתב א' מ"מ היינו דוקא היכא דלא שכיח שם אחר בקמץ בעינן דליכא חשש טעות שיהיה דומה לשם אחר אז כשר אם כתבו בא' אבל היכא דשכיח שם אחר אשר נקרא בקמץ אז אם נקרא בפתח פסול אם כתבו בא' שיהיה נקרא בקמץ כפי שם השני כו' עיי"ש שהאריך בזה: וכן היה נראה לכאורא מדברי הטיב גיטין בשמות נשים אות ט' ס"ק א' שכתב ומ"מ נראה דאם כתב טראנא ג"כ כשר כיון שאין במדינות אלו שם טריינא שיהיה הריש בקמץ וכיון דלא שמענו שם זה בקמץ רק בפתח ידעו ויבינו כי האלף מורה על הפתח כו' עיי"ש הרי דמשמע להדיא דאם נמצא שם זה בקמץ אין לכתוב א' היכי דנקרא בפתח וא"כ גם בנ"ד דשכיח שם יאניא בקמץ ביוד אף דבעירו אין עתה שם זה אין זה מועיל כלל כיון דשכיח במדינה וידוע גם בעירו שם יאניא בקמץ

בודאי איכא למיטעי: אך מ"מ נ"ל להכשיר מחמת זה, דהנה באמת אין זה, מיקרי שינוי מה דאפשר לקרות השם הזה בשינוי דכיון דאפשר לקרות על נכון השם וכאשר הוא נכתב יהיה נקרא אין זה נקרא שינוי כדמוכח מכמה דוכתי מלשונות הפוסקים וא"כ כיון דקיי"ל דאף אם כתב א' במקום פתח ג"כ כשר והוא משום דאף שבלשון המקרא אין פתח מושכת א' אחריה אבל בלשון אשכנז משמש א' גם במקום פתח, ומכש"כ בכתיבתנו בלשון אשכנז שידוע שכותבין תמיד א' במקום פתח א"כ יש לקרוא השם הזה ג"כ בפתח אף שכתוב א' ולזאת אין חשש במה דאפשר למטעי ולקרות השם הזה בקמץ כיון דאף בפתח אפשר לקראו אין זה שינוי כנ"ל:

וכן הוא להדיא בט"ג בשמות אנשים אות מ' בשם מאניא דאם הקריאה נוטה לקמץ יש לכתוב בא' אך אם הקריאה בפתח יש לכתוב לכתחילה בלא א' ומ"מ אם כתב מאני באלף במקום שקורין המ"ם בפתח לית לן בה דמ"מ שפיר נקרא הא' בפתח אלא שהוא מיותר עיי"ש הרי מפורש בהדיא דאף היכא דאיכא למיטעי מ"מ כשר ואין לחלק באשר שם מאניא יש הרגש א' בסוף דלעניין הרגש הא' בסוף כך לי אם נקרא המ' בפתח או בקמץ, וכן משמע עוד מכמה דוכתי דיש להכשיר בזה אף היכא דאיכא למיטעי ומכש"כ אם חתימתו היא בא' אחר המ"ם דיש לאמר בפשיטות דגם חתימתו בזה הוא סיוע ואף דלכתחילה בודאי היה לו לכתוב בלא א' מ"מ אם כתב א' אין קפידא בזה כלל והוא כשר:

אך מ"ש בלא אלף בסוף יש לעיין ולפקפק טובא דאם נקרא בסגול ובהרגש היוד כמו אשר ידעתי ושמעתי שם כזה יניא בודאי הוה שינוי גמור לכתוב ביוד לבד בלא א' שמורה על דגשות החיריק בנון ולדעתי באמת הנון כמעט נחה כי גם הסגול אינו נרגש כל כך על הנון רק מחצה על הנון ומחצה על היוד כאשר רגיל בשמות כאלו בשמות מאניא יאניא וכדומה וכן מפורש בטיב גיטין בשם אידיא דאם אידי שהוא פסול אפי' במקום עיגון ושעת הדחק:

ומ"ש מעל' להכשיר מדברי הט"ג שכתב ליישב דברי חכם אחד בת' יריעות האהל שהכשיר בשעת הדחק בשם אידיא שכ' אידי תמיהני הלא כתב בשם שהיה החכם ההוא בארץ אשכנז שנמצאין נשים שנקראות אידי בחיריק משו"ה גם האשה הזאת יש שקוראין אותה בחיריק וסיים הט"ג אבל מה שמדמה לקה"ע בסי' קכ"ו להכשיר בשעת הדחק אינו אלא דברי תימה ואין לסמוך ע"ז כלל כשיש חשש בשינוי השמות ומכש"כ במדינתנו כו' שנקראת ביוד נעה כו' עיי"ש והנה במדינתנו שלא שמענו מי שידגיש הנון בחיריק בשמות כאלו הוי כשם אידיא שפוסל הט"ג:

ומ"ש בשם הגה"ח בעל צ"צ להכשיר בחסרון יוד היינו במקום שאין נרגש כ"כ במבטא ויסוד השם הוא בלא יוד עיין מה שכתבו האחרונים בשם דוואסיע גם משום ששם הזה הוא משתנה בלשון המדינה יש שקוראים אותו כך יש שקוראים אותו כך ועי' בסוף סי' קכ"ט בהג"ה כל כינוי שמשתנה מכח לשון המדינה כו' הולכין אחר לשון ב"א במדינה שנותנים בו כו' ומ"מ בדיעבד אם שינה באחד מאלו הדברים כשר ועי' בש"נ בשם זושטא ועי' בג"פ בכ"מ, וגם בזה החמיר הג' בעל ט"ג עי' באות ח' אבל בחילוק כזה בין סגול לחיריק יש להחמיר:

ומה שהביא מעל' מדברי הט"ג בש"א אות שין או"ק י"ד גבי שם נחום היינו רק היכא דהחסיר הנקודה ולא נקרא יפה דהוה כמו שאינו אבל היכא דנכתב בשינוי דהוא כמו שנכתב שם אחר אף כינוי מעכב בדיעבד והיינו דמקור הך דינא הוא מה שכתב הרמ"א בסי' קכ"ח לענין שינה מקום העמידה דיש מכשירין כו' דכל דבר שאינו צריך לכתוב אף אם שינה כשר והיינו שיטת התוספת פ' הזורק ואפילו הכי בשינה מקום הדירה פסול וטעמא הוא כמו שכתב הרא"ש שם דבמקום עמידה ליכא חשש לעז דאין אדם נקרא על שם מקום העמידה אבל בשינוי מקום דירה כיון דאדם נקרא על שם מקום דירתו איכא לעז דיאמרו לא זה הוא שגירש וגם במקום עמידה יש פוסלין כמו שכתב רמ"א שם והוא בעל סה"ת שנסתפק בזה דאילו אינו כשר רק בשינה מקום הלידה שאין אדם נקרא כלל על שם מקום לידתו ואינו ניכר כלל השינוי אבל בשינה מקום העמידה דניכר יותר השינוי ואיכא חשש לעז, ואפי' בשינה מקום הלידה פוסל הרשב"א בתשובה וכן הוא דעת הראב"ד ולזה נתכון המהרי"ק שהביא הב"י ודלא כמ"ש הב"י עיי"ש, ומשו"ה בשינה שם אביו כתב הב"ש בסי' קכ"ט ס"ק י"ד דפסול דאף אם לא כתבו כשר מ"מ אם שינה פסול ול"ד אם שינה מקום לידה ועמידה דאין אדם נקרא ע"ש מקום לידתו ועמידתו עיי"ש ולזה הסכימו האחרונים הג' בעל צמח צדק בתשובה סי' והגרע"א והג' בעל בית מאיר ושארי פוסקים דלא כהג' בעל עבודה"ג וא"כ ה"ה בכינוי שנקרא בפי הכל בכינויו בודאי אם שינה פסול והכא לא שייך ג"כ מה שכתב הג' רע"א דבשינה שם עירו הוי גזירה שגזרו חכז"ל אבל גזירה חדשה לא נוכל לגזור דבשינה שם הכינוי י"ל דהוה בכלל שינה שמו ושמה כיון דאם כתב שם כינוי בלבד כשר א"כ בכלל שמו הוא:

אך מה דיש לאמר עוד בזה דחסרון אות אחת לא הוי חסרון משום דרגילים הסופרים להשמיט אות אחת בתחילתו או בסופו כמו דאיתא בשו"ע חו"מ סי' מ"ב עיי"ש אבל מ"מ גם זה אינו אלא היכא דלא נשתנה לשם אחר והיינו היכא דבהחסרון הוה תיבה שאינו שם כלל ובכה"ג יש לאמר בכינוי שאף אם לא כתבו כשר יש מקום להקל ועי' בתו"ג סי'

קכ"ח אבל הכא דהוי שם אחר הוא שינוי שפסול אף בשם כינוי, והא דבמדינתנו אינו מצוי שם כזה בחיריק אינו מועיל להכשיר כיון דמ"מ שם הוא זה ומשו"ה החמיר הג' בעל ט"ג בשם אידיא שכתב אידי והיינו כיון דשם הוא ובמדינתנו אין רגילים לקרות ע"ש אידיא או אידי ואם רואין כתוב אידי יקראו בחיריק הוה שינוי ואף בכינוי הוה שינוי ואינו דומה לשם נחום דאף בלא ויו יכולים לקרותו בקובוץ בזה הקיל הט"ג משום דלא גרע מחסר אבל היכא דבחסרון האות אינו יכול להקרא כראוי הוה כמו שינה לשם אחר ופסול והא דקוראין לכמה אמוראים שנכתבו בחיריק כמו בסגול כמו רב אסי, רב אידי. רב אשי, רמי וכדומה היינו דוקא בשם שהוחזק אשר עיקרו הוא בחיריק והוה כמו הירש הערש שכיון שעיקר הנחת השם הוה בחיריק אף דנקרא בסגול אין קפידא אבל היכא שאין תחילת השם בחיריק הוה שינוי אם נקרא בסגול וכתבו בחיריק וכש"כ הכא דניכר הרגשת יוד:

ונ"ל דיש להקל בזה אם חותם עצמו בלא אלף דאז הרי שפיר נכתב שם שחותם עצמו בו והא דלא נכתב שם שקורין בו הוה שפיר כחסר שם הכינוי דלית לן בה. ועי' בנו"ב מה"ת חאה"ע סי' קכ"ד בשם טאלצא שחותמת טאלצי שכתב דבכה"ג הוי חתימתה עיקר ואף דיש לחלק דשם עיקר טעמו של הנוב"י משום דכיון שחותמת כך בודאי עיקר שמה כן הוא משא"כ שם הכינוי דידוע ששם הזה אין עיקר השם לעולם ולא שייך בו כלל קבלה דנקרא כך ולכתחילה בודאי י"ל דלא אזלינן בתר חתימתו בזה אבל בדיעבד אם נכתב כך יש להכשיר דגם על חתימתו שייך לכתוב המכונה ולא הוי רק כחסרון החניכה שהכל קורין בו דיש להכשיר בכה"ג ואף שיש לדון בזה ולהחמיר בזה"ז דלא נקרא כלל בשם העיקר ואין ניכר כלל בפי העולם רק בשם הכינוי וכן העיר בזה הג' מהרש"ק:

ויש לדון בזה טובא אבל כה"ג בשם יאניא נ"ל דהכא אין צריך כלל לכותבו ומכש"כ דאינו מעכב בדיעבד דהלא מבואר באחרונים דהיכא דהוה בקיצור השם שתי אותיות מעיקר השם וגם הנקודה אינה משתנה בתחילת התיבה דבכה"ג הוי קיצור השם דאין צריך לכתבו וא"כ ה"נ גבי שם יעקב שידוע שהרגש הלשון הוא כמו שהיה נכתב יענקב והנקדנים תופשין הברה הזאת משום דהברת עין עיקרו הוא כמו "ענ" אבל איך שהוא אנחנו שומעין הברת שם יעקב הכתוב בתורה כמו יענקב וא"כ גם שם יאניא הנגזר משם יעקב הוה קיצור השם דא"צ לכותבו ומה"ט נמי אינו ישר בעיני מ"ש בשש בעל קו"נ שכתוב שם ינקיל דברור דאין צריך כלל לכותבו דהוה קיצור השם והנון הנרגש בשם ינקיל הוה כמו הנון הנרגש בשם יעקב וממילא גם יעקל נקרא ינקיל ועי' בספר חא"ש סי' ל"ט שכתב ג"כ בשם יעקיל שנקרא היוד בפתח בעין לבד וא"כ ממילא הוה כמו

קיצור השם שא"צ כלל לכתבו וזה פשוט. וא"כ ה"נ בנ"ד שם יניא הוה כמו קיצור השם שא"צ לכותבו לזאת אם חתימתו הוא יאני, שפיר יש להכשיר שכתב כינוי חתימתו והא דלא כתב כינוי שנקרא בפי הכל פשוט דאינו מעכב ואף דבכ"מ דנקרא מעריסה ולתורה בשני שמות לכ"ע כותבין קיצור שמו האחד שנקרא בפי הכל מ"מ אם לא כתבו כשר והיה פשוט לי להכשיר בדיעבד:

אבל אשתומם למ"ש מעל' דחתימתו בלשון "לעז" מהו זה לשון לעז אם כונתו על לשון רוסיא היינו שכותב בלשון רוסיא כך זאת לא מיקרי חתימה כלל דשם ההברות והאותיות משתנות ואנן בגט אחר שם העברי גררינן ומכלל לשונו ניכר דחתימתו הרגילה היא ג"כ ישראל יעקב כמו שעולה לתורה אין לצרף כלל חתימתו כיון דאינו חותם כך לעולם, רק אם כונתו דרגיל לחתום כן במכתביו שכותב בלשון לעז יש להכשיר כמ"ש למעלה ובמקום עיגון יש להקל ג"כ ולצרף אם בלשון הא"י נקרא יאני, (כמו שהגידו לי אנשים אשר רגילים לקרות השם הזה כך) ואף שפשוט דלא היה צריך לכותבו כלל מ"מ בדיעבד שכתבו יש לצרף זאת להקל בשם הכינוי ועמ"ש האחרונים גבי מומר אם כתב גם שם של א"י והכא עדיף טפי דגבי מומר הוי קפידא דנטמא בשם זה ועי' בט"ז ובב"ש שם ובסעי' י', כ"ז ראיתי להעלות עה"כ מפני הכבוד, יותר לא ארצה להאריך בזה וה' ינחהו בדרך האמת כאשר ישא ברכה הבא על החותמת מצפה לישועת ה' לעולם קיימת הדו"ש:

סימן כז

תשובה לחכם אחד. אחדשה"ט בדבר שאלתו שאלת חכם כי"ב בגט שכתוב בו שם אביה של האשה המכונה איציא ולפי הברתינו קורין בצ' שבור:

הנה ידוע מ"ש הס"ש בשם מהרי"ט בשם זאפירה סאפירה כיון שהש"ס אינו מקפיד בין ס' לזיין והיא מתחלפת בשמות פעמים הרבה לזאת אינו פוסל השינוי בהם וכ"כ בשם הנהר ארד וכתב ארט כיון שהש"ס אינו מקפיד בין דייתא לטייתא וכ"כ מהרי"ט בח' אה"ע לענין שם אשטרופולא אם השמיט הא' כיון דדרך הסופרים להשמיט ומזה יש ללמוד לכל השינוים האלו שאין דרך הסופרים להקפיד כמו בצ' שבורה:

ואף כי לכאורא יש לדון בזה ע"פ מה שהארכתי במק"א להסתפק הא דבעי לכתוב שמו ושמה דבגיטין אם הוא מטעם סימן ומוכח מתוכו כמ"ש התוס' גיטין כ' ד"ה שינה כו' או כדמשמע משיטת הראשונים דהוא מעיקר הגט ויעוין בב"י בשם העיטור דבגט בשם האיש ל"מ ניכר מסיגנון הדבר וא"כ יש לפקפק ג"כ אם השמיט אות אחת דל"מ מה שרגילין הסופרים להשמיט דל"ה רק כמו ניכר סיגנון הדבר אבל לא הויא כמו שנכתב

והענין עמוק וארוך ואין פה המקום כי הספק הוא בשם אבי האשה אשר בודאי ל"ה רק משום סימן וגם אם לא נכתב כשר גם השינוי אינו פוסל בו ואף שכתבו האחרונים דכיון דצריך לכותבו לכתחילה בזה אם שינה פסול והטעם בזה נ"ל דהלא עיקר טעם התוס' הוא משום דכיון דא"צ לכותבו לא חתמו העדים ע"ז וכיון דצריך לכותבו לכתחילה הלא חתמו העדים גם ע"ז:

והיה בזה מקום ליישב מ"ש התוס' דף כ' להקשות למה נקיט שינה שמו לינקוט רבותא טפי אם לא כתב כלל דפסול והלא יש להעיר לשיטת הפוסקים דאם כתב בן פלוני, דכשר והלא אפ"ה אם שינה שמו פסול משום לעז דלא גרע משינה מקום עמידה, אבל לפי הנ"ל כיון דלכתחילה בודאי צריך לכתוב שמו א"כ פשיטא דאם שינה פסול והארכתי בזה. גם יש להתיר דבגט ע"י שליח בעינן מוכח מתוכו לכו"ע ול"מ ע"מ והארכתי בדברי הרמב"ם פ"ט מהל"ג הל"ב אך ג"כ אין רצוני להאריך בזה כיון שהוא בשם אבי האשה י"ל דגם ע"י שליח לא בעינן מוכח מתוכו גם כיון שיש הרשאה ביד השליח י"ל דהוה כמו מגרש בעצמו דלא בעינן מוכח מתוכו בדיעבד והדברים ארוכים אבל בנ"ד כיון שאין זה אלא בשם האב אשר לכו"ע הוה רק בשביל שיהיה ניכר ומוכח מתוכו בודאי בניכר סגי לזאת יש להקל בשינוי כזה שרגילין לכתוב הסופרים ויעוין מ"ש הט"ג בשם אנטשיל ובשם ציזא ובשם טשערנא ובשם געטשליק, ואם כי בשם שמקורו בלשון אשכנז יש להחמיר אבל בשם כזה שמקורו משם העברי שהוא בצ' רק נשתבש בלשון בודאי יש להקל והוה כמו בשם הערציל והערשיל כיון שכולם יודעין דשם הירש קורין הערש כותבין אותו הירש אף שקורין בסגול (אף שאנכי מפקפק במקום שאין קורין כל חיריק בסעגול ובפרט במקום שכל הירש קורין בחיריק רק אותם שבאים מפאליעסע קוראים אותם כמו שקוראים במקומם דאם הוא מקום הנתינה יש לכתוב בע' אבל הכא שאני כיון שהוא יוצא משם הקודש) ה"נ הלא ידוע לכל ששם איציא הוא איטצא והכל אחד ומי שאינו מדקדק בלשונו גם הכתוב איציא נקרא כאילו היה כתוב איטשא:

גם י"ל דבנ"ד יש להקל יותר דהלא כפה"נ ממכתבו במקום הכתיבה י"ל דנקרא איציא גם הלא ידוע דיש אנשים שגם למי שקורין איטשא המה קורין איציא וכן הוא כל בני זאמוט ואין כאן אלא שנחסר הכינוי בשם מקום הנתינה בודאי אין כאן חשש דבאמת הכינוי איציא העיקר שאין לכותבו כלל אפילו לכתחילה (דלא כת' שם אריה שכתב להצריך לכותבו והוא מחידושי אחרוני זמננו מה שהרבנים בדור שלפנינו לא נהגו כן וכפה"נ גם המסדר שאב ממקור הנ"ל) דלא עדיף משם איסק ולזאת לדעתי יש להקל בזה בפשיטות גם באמת אין בלה"ק ובעברי אות כזה שיהיה נקרא כמו "טש" וע"כ רק

הוא גמגום לשון הצ' וי"ל דבאמצע התיבה כיון דיהיה אפשר לקרות הט' בשוא נח והש' בסגול ויהיה שינוי במבטא יש להזהר בזה ובפרט היכא דיודעין אנו שמקור השם הוא בצ' ובזה יש ליישב פקפוקי הט"ג בכמה מקומות בשם כזה ויעוין בנוב"י בשם פילטץ מ"ש בזה ואם כי בסוף התיבה אף בשתי אותיות מצאנו בנ"ד אין שייך בזה ודי במ"ש למעלה להקל בזה:

ובדבר נפסק קצת בסים הצ' ולא נשאר כרוחב שתי היודין הלא כבר מבואר בפוסקים דבדבר שאינו מבואר בשו"ע יש להקל בדיעבד בשינה ובפרט בזה שהוא אינו מעכב לדינא כלל כיון דהאות הוא כתיקונו ואדרבא יש להוכיח מגמ' שלא יעשה צדין גימלין אשר לדעתי הוא אם נפסק ראש רגל יוד השמאלי ויהיה כג' הפוך, (והארכתי בזה הרי דבסיס הצ' אינו רק כראש גימל גם יש מקום ליישב בזה ביומא סוף באלו הא דלא פריך הגמ' והא לא כתיב צ' עד דמביא פלוגתא דאמוראי בולטות ומצטרפות יעוי"ש גם יש לצרף בזה דעת הב"ח באו"ח סי' ל"ב שכתב דבאותיות ארוכות אם נפסקו מצרפין שלמטה למעלה ויעויין בט"ז ס"ק ז' וס"ק י' ובחידושי הגרע"א מ"ש בזה ואם כי לענין ס"ת העליתי במק"א, שלא כדבריו גם בדברי הב"ח י"ל כונה אחרת אך בנ"ד יש לצרף גם את זה להקל וביותר דנפסק אח"כ ומהיות טוב אם ירצה כתר"ה אחר נתינת הגט יוכל לצוות ולתקן ולזכות את הגט בחזרה הבעל ולחזור ולתקן אך כ"ז אינו אלא אם ירצה כתר"ה להדר ולהחמיר אכל בעיקר הדין פשוט דיש להקל:

סימן כח

עובדא באה לפני באחד שמו ישעיה דוד בן זאב המכונה וואלף אשר זה איזה שנים אשר דר עם זוגתו וחותנו עם ב"ב בעיר ליליין. וזה ערך שנה ומחצה נסע מביתו עם איש א' עובר אורח אשר היה בליליען והמתיקו סוד יחד, וקודם נסיעתו אמר לזוגתו כי נוסע הוא להאראדאק מקום קרוב לליליען כי נצרך לו בשמה, ולא שב עוד לביתו, ואחרי איזה משך זמן הגיע מכתב ממנו מלייפציג אשר נתחבר בשמה עם המיסיאנערן ופה ובליליין הוא מוחזק למומר אך בירור גמור לא נודע רק מאשר כתב כנ"ל ובעת נסיעתו היה ג"כ בקישינאוו לפי הנראה היה גם שמה אצל המיסיאנערן דשם ובקישינעוו הכיר עמו איש א' מהאראדאק והאיש הזה פיתה אותו אשר ישלח ג"פ לאשתו כה סיפר האיש והאיש הזה היה שליח על הגט והביא את הגט להראדאק והגט נכתב כפי שנוהגין בגט מומר דהיינו שכתוב בשם המגרש וכל שום וחניכה ובהרשאה מהב"ד מבואר שהבעל זיכה מקודם את הגט לאשתו ע"י השליח ולרווחא דמילתא צוה להשליח להוליכו וכפי המבואר בשו"ע בגט מומר. והנה הגט נתעכב ביד השליח יותר משנה עד קודם פורים

העבר סיבת זה לא אדע בבירור לפי אשר שמעתי מקודם היה מאשר כי השליח בקש ממון הרבה והאשה היא עניה ולפי אשר שמעתי אח"כ הוא מאשר כי היה על הגט שאלות אם הוא כשר:

אמנם זה קודם פורים היה בהראדאק ר' ישראל אבי האשה ומסר לו השליח את הגט ועשה אותו לשליח שני למסור את הגט ליד האשה, וזה איזה שבועות בא לפה אבי האשה אשר הוא השליח השני עם בתו אשר אנכי אסדר להם נתינת הגט ליד האשה באמרו כי הרב דליליין שלח אותו אלי כי הוא לא ירצה לסדר לו כי הוא אומר כי בליליין אין נותנים גיטין ולא ירצה לעסוק בעניני גיטין אף בנתינת הגט מיד השליח ואמרתי לו לאבי האשה הנ"ל כי לא אוכל לסדר נתינת הגט בלתי שיביא לי מכתב מהרב דליליין כי מי יודע איזה דברים בגו ומה גם כי כבר שמעתי כי היה להרב פקפוקים על הגט ולא אדע איזה, כשמוע זאת אבי האשה אשר הוא השליח השני כעס ואמר איזה דברים על ענין השליחות אשר לא אוכל לכונם עתה, ובעת הזאת היה גם גיסו של השליח דוד האשה בביתו והוא אמר כי השליח אמר בזה הלשון "איך וועל אריין ווארפין דעם גט אין פייער ווארום איך קען שוין דאס ניט טראגין" אך הוא דיבר עוד איזה דברים ואנכי וגם הוא איננו יכולים לכונם ואיני זוכר אותם כעת באופן אשר יש לי ספק אם לא היו דברים אשר המה ביטול על השליחות שלו ובכ"ז שלח אח"כ שליח לליליין והביא לי מכתב מהרב והרב כתב כי באמת שלח אותו אלי, והפיקפוקים שהיו לו על הגט הוא (ובזה הלשון כתב לי הרב) א' מחמת כי בגט מומר מזכה המומר מקודם את הגט להאשה ע"י השליח כי זכות הוא לה ובזה עברו כמה מכתבים קודם קבלת הגט אחרי אשר היה הגט ביד השליח בהראדאק ע"ד ביאתה אליו ללייפציג ולראות עיני היה נדמה כי גם היא נדחתה מלקבל הגט וחששתי אולי מחמת זה נתבטל הגט, וע"ז השיב לי הגאון דקאוונא שליט"א (כי הרב דליליין היה בקאוונא ושאל מהגאון דקאוונא ע"ז) כי מדברי המכתבים רק גילוי דברים ולא ביטל והגט כשר והספק השני היה על הגט כי בהראדאק מקום אשר דרו שם היא עם בעלה שעיה דוד מקודם כתב לו הרב דהראדאק אשר היתה נקראת רק בשם צירא ובהגט כתוב שם צירל לבד, ובליליין יש שקורין אותה צירא ויש שקורין אותה צירל וגם סיפרו לי כי בעלה ישעיה דוד היה קורא אותה בעת רצון עמה בשם צירל ובעת כעס היה קורא אותה צירא ובהמכתבים אשר עברו ביניהם כמדומה לי שכתב אליה בשם צירל, א"כ בודאי לכה"פ שם צירל שם טפל שלה ובמקום עיגון יש לסמוך על שם הטפל כה כתב לי הרב דליליין, אך לא אדע מתוך מכתבו אם גם זה מ"ש דהוי לכה"פ שם טפל כו' הגיד לו הגאון דקאוונא או שהרב הנ"ל כתב כן מעצמו:

ושאלתי אנכי בפה את אבי האשה איך קורא הוא וב"ב את האשה ואמר לי כי קורין אותה תמיד צירל ושאלתי אותו איך היו קורין שם זקנתה אשר היא נקראת על שמה ואמר לי צירל ושאלתי לגיסו דוד האשה הנ"ל אשר הוא דר בפה ואמרו לי כי זה תשעה שנים אשר היתה בפה איזה ימים ולא יותר, ומאשר כי הגט היה מונח זה זמן כביר ולפי אשר ראיתי כבר התחילו איזה אותיות להתלבן קצת לזאת לא חפצתי לדחות נתינתו וסדרתי נתינת הגט ליד האשה וקודם הנתינה שאלתי את אבי האשה אשר הוא השליח השני לפני הב"ד אשר נצטרפו עמי לנתינת הג"פ, אם זוכר את הדברים אשר דבר לפני על נתינת הגט, ואמר כי אינו זוכר אותם, וסדרתי את נתינת הגט אח"כ כד"ת ואחר הנתינה אמרתי להאשה כי כתב היתר לא אוכל לתת לה עד אשר אתיישב ע"ד ביטול השליחות: אמנם אחרי נסיעתם נודע לי כי כבר היתה האשה בפה זה ערך ארבעה שנים איזה ימים וגם מקודם היתה בפה כמה פעמים איזה ימים בכל פעם ובבית דודה בפה קורין אותה בשם צירא ולא צירל, וגם סיפר לי אחי אמה השני כי זקנתה אשר היא נקראת על שמה היתה נקראת צירא ולא צירל וגם על המצבה שלה אשר היא קבורה בפה חרות שמה על המצבה צירא ולא צירל. וא"כ נראה ברור כי גם האשה המגורשת היתה נקראת מעריסה צירא ולא צירל, ומאביה אין ראיה כי הוא איש בור ואינו יודע את חומר הנושא וחפצו להתיר את בתו, רק זאת סיפר א' לפני כי חמיה וחמותה אשר זה ערך עשרה שנים אשר דרו איזה משך בפה והאשה המגורשת היתה בפה אצלם פעם א' עם בעלה ופעם א' לבדה וחמיה וחמותה וכן בנם בעלה הנ"ל קראו אותה בפה צירל ועוד פעם אחת היתה בפה בעת אשר חמותה לבדה היתה בפה והיא קראה אותה צירל, וזולת חמיה וחמותה ובעלה קראו אותה בפה צירא ולא צירל באופן שבפה מקום הנתינה מיעוטא הוא דקרו אותה צירל ורובא קורין אותה צירא:

ובהצטרפות כל המקומות יחד לא אדע כי אפשר כי יהיו שוים כי אף שהרב דהראדאק כתב כי בשמה קראו אותה צירא נראה דהוא רק מה שאמרו לו אנשי הראדאק עתה אבל בעת שהיו דרים שמה היו גם אלו שקראו אותה צירל דהלא כל ב"ב אביה דרו ג"כ שם ואביה אמר לי כי הם קוראין אותה תמיד צירל ולפי מה דמשמע מדברי המגיה במשל"מ פ"ג מה"ג דאזלינן בתר אלו שרוב עיסקו עמהם א"כ י"ל דהך שם צירל הוי לא רובא דודאי עם ב"ב עסקה עמהם יותר מאחרים אכן ראיתי בס' נוב"ש שמביא בשם הת"ג בשם הג"פ דאין אנו משגיחין בתר רוב אשר עסקיו עמהם רק בתר רוב העיר: והנה המגרש זה זמן כביר אשר לא נשמע ממנו ולא נודע עתה מקומו אם הוא בלייפציג או לא, ואף אם הוא בשמה מי יודע אם אפשר לקבל ממנו גט אחר ואם יתרצה עוד בזה,

וגם השליח הראשון לא נמצא עתה בהראדאק כי נסע למרחוק ולא יבוא לביתו עד סוף הקיץ ואפשר עוד יותר וגם אם יבוא אפשר כי יהיה קשה אשר יתרצה עוד הפעם למסור את הגט אם לא בריצוי כסף וגם אם יתרצה הלא דבר קשה כי לא יתרצה רק למסור לשליח שני והאשה היא עניה אשר אף הוצאות קטנות אין לה וגם אם יהיה מונח הגט זה זמן כביר אולי יתקלקל באופן שלפסול את הגט לגמרי הוא מקום עיגון וגם להמתין על השליח הראשון הוא מקום דחק גדול:

והנה מחמת זה שלא נכתב בהגט רק שם צירל היה נראה שהוא כשר במקום עיגון וכמו שמבואר בפ"ת אה"ע סי' קכ"ט ס"ק ה' בשם הג"פ דבמקום דחק ועיגון גדול די בשם טפל לחוד, איברא דלכאורה י"ל דהכא גרע משם טפל דהלא הכא נראה דשם צירא היה מעריסה וא"כ י"ל דשם צירל הוא קיצור השם משם צירא דגם אריכות הל' בסוף הוא קיצור שקורין אותה לגעגוע וכמו שמבואר באחרונים, וכיון דהקיצור שם צירל אין קוראין אותה רק המיעוט א"כ י"ל דהוא גרע משם טפל וכמו שמבואר בט"ג בליקוטי שמות שנשתנו מ"ת ס"ק י"ח שפסול אף בדיעבד, ועי' בט"ג בליקוטי שמות כללים ס"ק ט"ז די"ל דאף אם הרובא קורין בקיצור השם הוא גרע משם טפל: והנה אם רובא קורין בשם הקיצור מבואר להדיא בט"ג שמות אנשים אות מ' ס"ק כ"ח גבי שם מתת בשם תשובה מאהבה שהוא כשר, ועי' בס' חידושי אנשי שם להגאון מהר"ש קלוגער סי' מ"ד שהאריך בזה וע"ש שהביא להבית אפרים שהביא ראיה מהרלב"ח לענין שם גזול וגזאלה לפסול והוא כתב דאדרבא מהרלב"ח משמע דחניכה שרבים נקראו כך הוי שם בפ"ע ואף דהוא בתורת קיצור חשוב כשם לעז בפ"ע וכשר, וא"כ לפ"ז נראה דאף אם המיעוט קורין אותו בשם קיצור כזה דרבים נקראו כך חשוב ככל שם טפל כיון דשם כזה שרבים נקראו כך אף אם הוא בתורת קיצור חשוב ככל שם לעז, א"כ אם רובא קוראין אותו הוי ככל שם עיקר ואם מיעוטא קורין אותו הוי ככל שם טפל, וא"כ כיון דשם צירל הוא שם שרבים נקראו כך דהוא שם המבואר בב"ש שמות נשים אות צ' ומסתמא רבים נקראו כן, ואדרבה שם צירא לא נמצא בכל ספרי שמות וא"כ כיון דמיעוטא קורין אותה בשם זה צירל הוי ככל שם טפל שכשר במקום עיגון:

איברא דראיתי בשו"ת שיבת ציון סי' פ"ז דהביא למהרלב"ח הנ"ל אשר בס' חא"ש הנ"ל וכתב בשמו להיפך דאם שם גזול הוא שם בפ"ע לא יחשב לקיצור שם מגזאלה אף שרובא קוראין אותה גזול דכיון דשני שמות חלוקין הן יש לחוש שהוא שינוי שם מגזאלה לגזול וע"ש שכתב לענין עובדא דידיה בענין שם מתת דשם מתת אינו חלוק מן מתתיהו דכל הנקראים מתת שם הקודש שלהם מתתיהו לכך הוי קיצור השם וכיון שהוא ידוע ונקרא

בשם מתת אין זה שינוי השם והוי כחניכה שהכל קוראין אותו וכשר יעוי"ש. וא"כ לפי הנ"ל דשם צירל הוא שם בפ"ע שרבים נקראו כן א"כ הוי שינוי השם ואף דשם צירל הוא קיצור מצירא הלא גם שם גזול הוא קיצור מגזאלה ובכ"ז הוא פסול אם רבים נקראו גזול, והנה ס' מהרלב"ח אינו פ"י לעיין בו ובאמת סברא זו כתב ג"כ הט"ג בשמות אנשים אות א' ס"ק ב' לענין שם אליהו שהכל קוראין אותו אליה בלא ויו יע"ש, אמנם שם בט"ג ס"ק ל"א הביא בשם הנוב"י דבגט ע"י שליח דקשה לעשות שני גיטין יש לכתוב אלי' לבד דהוי כחניכה שהכל קוראין אותו:

ועיין בנוב"י מ"ק סי' צ' שכתב על זה כמו שמחלק באות ח' ולפי הנראה הוא תמוה דהלא שם באות ח' גבי חזקיה כתב הב"ש דהוא משום ממ"נ וא"כ בשם אליהו לא שייך הך טעמא אך לפי הנראה דכונתו דלא ס"ל הך ממ"נ רק כמו שכתב הט"ג שם גבי חזקיה ס"ק א' דמיירי שהכל קוראין אותו חזקיה בלא ויו וסברת התה"ד דכשר משום דכיון דהכל קוראין אותו בלא ויו הוי כחניכה ועיין בט"ג בשם גדליה שכתב שכן דעת הט"ז, וא"כ גם מדברי התה"ד והט"ז והט"ג מוכח דאף דשם חזקיה וגדליה בלא ויו הוי שם בפ"ע בכ"ז הוי כחניכה וכמדומה לי שכן נוהגין וכבר היה אצלי גט שנשלח לפה שסדר אותו הגאון מו"ה אלעזר משה אב"ד דק' פינסק ז"ל וכתב ג"כ כן הרי דבדיעבד אין חוששין לזה ואף די"ל דהוא רק משום דספק לנו אילו באמת שמו אליה בלא ואו. אמנם מדברי הנוב"י (וכן מוכח מדברי הט"ג והט"ז בשם חזקיה וגדליה בודאי) משמע להדיא דס"ל באף אם שמו אליהו בוא"ו אם כתב בלא ואו כשר דהוי כחניכה שהכל קוראין אותו, וא"כ אף בקצור השם דהוי שם אחר אם רובא קוראין אותו הוי כחניכה שהכל קוראין אותו, וא"כ אף אם רק מיעוטא קוראין אותו י"ל דהוי שם טפל וכנ"ל: והנה ס' מהרלב"ח אינו ת' לעיין בו אמנם לפי אשר ראיתי מדברי השיבת ציון כפי שהביא דבריו י"ל דאין ראיה ממנו אף אם נימא כמו שפירש דבריו השיבת ציון הנ"ל, (ונראה כמו שכתב החידושי א"ש דהרי סיים וחקרתי ועיקר שמה היתה גזול גם אומרים שיש נשים בארצות המערב ששמן גזול לאלפים וי"ל דכונתו דלכך הוי חניכה כוון שבארצות המערב הוא שם בפ"ע ושם בפ"ע הוי חניכה ורק בקיצור שאינו שם בפ"פ ס"ל דלא הוי חניכה דלא כהמבי"ט אך מלישנא דהמבי"ט כפי שהביאו השיבה ציון הנ"ל נראה להיפך דקיצור שאינו שם בפ"ע הוי חניכה והיכי דהוי שם בפ"ע לא הוי חניכה ועיין בחידושי א"ש שם מה שכתב בשם הבית אפרים ואף אם נימא כמו שפירש השיבת ציון בדעת המהרלב"ח ז"ל וגם לדעת המבי"ט י"ל) די"ל דס"ל כדעת קצת מפרשים שכתב הג"פ הביאו הפ"ת סי' קכ"ט ס"ק ה' דאף אם כתב שם העיקר לבד פסול דבעינן שיכתוב כל השמות, וא"כ אף אם

הוא כחניכה שהכל קוראין פסול אם היה שמה גזאלה ורק אם גזול הוא קיצור השם הוא עדיף וכמו שיבואר להלן בשם הת"ש. אך לפי מה דקי"ל דבחניכה שהכל קוראין אותו כשר גם אם כתב קיצור דהוא שם אחר כשר וצ"ע בגוף שו"ת מהרלב"ח הנ"ל:

ולענ"ד נראה לדון בזה עוד דהנה בס' חידושי אנשי שם הנ"ל סי' קפ"ב כתב דהג"פ הביא בשם הרשב"א דאם לא היה נכתב רק בת פלוני ולא נכתב שמה כלל כשר ורק אם כתב שמה ושינה פסול אף שכתב בת פלוני, והנה בפ"ת סי' קכ"ט ס"ק כ"ח כתב בשם שו"ת מהרי"מ דאף אם נאמר דאם לא כתב רק שם טפל פסול ולא משום דשם טפל הוי כשינוי רק דשם טפל הוי כחסר ולכך בשם אביה דחסר כשר גם שם טפל כשר וע"ש שכן איתא בב"ח ועי' בפ"ת שם ס"ק ה' שכתב כן ג"כ בשם החמדת שלמה. מעתה לפ"ז י"ל דהא דבשם עצמה פסול שם טפל זהו רק אם לא כתב שם אביה אבל אם כתב שם אביה דבזה אם לא כתב שמה כשר אף אם כתב שם טפל לבד כשר, אך עיקר הדברים מה שכתב בשם הרשב"א דאם לא כתב רק בת פלוני כשר הוא תמוה דבב"י סי' קכ"ט הביא בשם הרשב"א להדיא להיפך וס' ג"פ אין ת"י לעיין בו, ואולי דט"ס הוא ולא בשם הרשב"א כתב זה רק בשם אחר:

אמנם לענ"ד י"ל דהכא עדיף משם טפל די"ל דכל שם צירא הוא קיצור השם משם צירל דעיקר השם הוא צירל שהוא נמצא בב"ש ושם צירא לא נמצא בכל ספרי שמות וא"כ דמי לשרה שארקא דאף אם שם העריסה שארקא אם כתב שרה כשר כיון דהנקודות שוות וכמו שמבואר בב"ש שמות נשים אות ב' יע"ש איברא דלא נהירא לומר כן דעיקר השם הוא צירל ושם צירא הוא קיצור דמאי אולמא צירל לומר דהוא עיקר מצירא ואף דבב"ש לא נמצא צירא רק צירל אין ראיה מזה כי עניני השמות כתב כל א' כפי שהיה במדינתו ובמקום הב"ש לא היה נמצא שם צירא רק צירל אבל אצלינו שנמצא השם צירא הוא שם בפ"ע כמו צירל ועיין בחידושי א"ש סי' ס"ד לענין שם ריזא וריזל שכתב להדיא כן:

אמנם לענ"ד יש לדון בזה עוד דהנה בב"ש שמות נשים אות ב' כתב דאם שם העריסה זוסא אע"ג דרובא קורין זוסלין יש לכתוב זוסא ועיין שם בט"ג סק"ח שכתב בשם הד"מ בטעם א' דזוסא וזוסלין חדא וא"כ לפ"ז י"ל דגם צירא וצירל הוא חדא דמה גרע צירא וצירל מזוסא וזוסלין ואף שמבואר שם דרק אם שם הפריסה זוסא כותבין זוסא ואם שם העריסה זוסלין כותבין זוסלין והיינו די"ל דמה שכתב דזוסא וזוסלין חדא הוא דכיון דשם העריסה זוסא אמרינן דמה שרובא קורין אותה זוסלין הוא שקורין לגעגוע והוי כמו קיצור השם והוא חדא עם שם זוסא העיקר שניתן מהעריסה אבל אם לא היה שם

העריסה זוסא אם כתב זוסא י"ל דהוא פסול. וכן אם כתב זוסלין ושם העריסה היה זוסא י"ל דפסול דכל אחד הוא שם בפ"ע: אמנם גם בזה יש לעיין דהלא הרמ"א ז"ל בשו"ע סוף סי' קכ"ט כתב כל כינוי שמשתנה מכח לשון המדינה כגון ליב ליבא וואלף וואלפא וואלבליין גומפרעכט גומפרחט הולכין אחר לשון המדינה שנותנין בו הגט וכו' ומסיק לסוף מ"מ בדיעבד אם שינה באחד מאלו הדברים כשר ונראה מדבריו אף אם נקרא וואלף וכתב וואלבליין כשר אף שלא היה לו שם וואלבליין מעודו וא"כ לפ"ז גם אם שמה צירא וכתב צירל הוא כשר דמה גרע צירא וצירל מוואלף וואלבליין דגם צירא וצירל נראה שהוא נשתנה מכח לשון המדינה דבמקום הב"ש לא נמצא רק שם צירל ואצלינו נמצא צירא איברא דמדברי הט"ג בכמה מקומות לא נראה כן ועי' בשמות אנשים אות ו' ס"ק ה' לענין וואלק וועלקיל שכתב דמהרש"ל מיירי דדוקא דידוע שם העריסה ואלק אבל בלא"ה פסול:

והנה הכא מסתימת לישנא דהרמ"א לא משמע כן, ומצאתי בט"ג שמות אנשים ז' ס"ק כ"ג לענין שם זנוויל זנביל שהס"ש מכשיר בדיעבד מלישנא דהרמ"א הנ"ל והט"ג כתב דאין ראיה מהרמ"א די"ל דהרמ"א קאי אאין ידוע לשון המדינה בזה כשר אם שינה אבל אם ידוע לשון המדינה ושינה אף בדיעבד פסול, והנה לבד דהוא דחוק לומר כן דמסתימת לישנא דהרמ"א משמע דקאי אאף אם ידוע לשון המדינה ושינה שהוא כשר, עוד זאת אף אם נאמר כן כמ"ש הט"ג הלא עכ"פ חזינן דלאו פסול ודאי הוא ובמקום ספק דלא ידעינן לשון המדינה הוא כשר וא"כ בנידן דידן אף דהוא ודאי ששינה מכפי שנקראת בשמה העקרי צירא שהוא מעריסה ורובא שקורין עתה מ"מ הלא מיעוטא קורין אותה בשם הזה צירל ובמקום עיגון מכשירין שם טפל ואף דהכא י"ל דהוי קיצור השם דהוא שם אחר בפ"ע והוא גרע משם טפל וכנ"ל מ"מ לאו ודאי דגרע וכמו שהוכחתי לעיל. וא"כ הוי ס"ס להכשיר וכמו שמבואר בכמה אחרונים להכשיר גם בנט ע"י ס"ס. וגם דהוי כמו אין ידוע לשון המדינה שהוא כשר דמה לנו אם הספק הוא מצד דאין ידוע לשון המדינה או דהוא ספק מצד דילמא הוא כשר מצד שמיעוטא קורין אותה צירל וכנ"ל:

איברא דגם מהרמ"א הנ"ל י"ל דאין ראיה די"ל דהרמ"א לא כתב כן רק גבי שמות כינויים דיש להם שם קודש כגון וואלף וואלבליין דהמה כינויים לשם הקודש זאב ובנימין א"כ נראה דהם שם א' דהלא שניהם המה כינויים לשם קודש אחר ולכך אם שינה בזה הוא כשר, אבל הכא בצירא וצירל דהמה שמות לעז ואין להם שם קודש י"ל דכל אחד הוא שם בפ"ע ואם שינה בזה הוא פסול, אמנם משו"ת ר"ח כהן נראה דלא ס"ל הך חילוקא

כאשר ראיתי בס' א' מנחת משה קונטרס חוקי השם דין ט' שהביא שו"ת ר"ח כהן סי' ס"ד (ואין שו"ת רח"כ פ"י לעיין בו) באשה שנקראת צענא וכתב בהגט צינא וכתב שם להכשיר משום דבמדינתנו מי שקורין אותו במבטא העגיל כותבין ביוד, ועוד דאפילו היכא שאין ידוע לשון המדינה שטן הדין שאין לשנות אפ"ה כתב רמ"א דאם שינה כשר בנ"ד דידוע לשון המדינה ששם שקורין בסעגיל כותבין ביוד לא כ"ש שכשר בדיעבד ודברי רמ"א קאי נמי על גומפרעכט גוטפרכט דהוי ממש כמו צינא וצענא וכשר יע"ש. וא"כ אם נימא דהרמ"א לא כתב כן רק גבי כינויים שיש להם שם קודש א' דגם גופרפט וגוטפרחט המה כינויים לשם הקודש מרדכי. א"כ מאי ראיה מייתי הגאון רח"כ מזה לשם צינא וצענא. אלא ודאי דלא ס"ל הך חילוקא ואף שיש לדחוק בדבריו מ"מ הוא דוחק ולדידיה אף בשם צירא וצירל אם שינה י"ל דכשר וכנ"ל:

שוב מצאתי בשו"ת תשובת שמואל להגאון הנקרא מ' שמואל גליל רב ה' גיטין סי' ב' בשם סלאווא שכתבו בגט טיסלאווא שהגאון המחבר כתב לפסלו ששם סלאווא הוא גזרא אחרת משם טיסלאווא, וע"ש שהביא שהגאון מהר"ש דק' טיקטין כתב להכשירו מדבר הרמ"א דסוף סי' קכ"ט הנ"ל וע"ש שכתב בשמו בין האריך במקום שאמרו לקצר כו' והגאון המחבר דחה דבריו דכל הני המבוארים בהגהות רמ"א קיצור השם הם דהחילוף הוא בסוף התיבה דהוא קיצור השם אבל באם כתב טיסלאווא דהטית יוד הוא בראש התיבה פסול וע"ש בדברי הגאון המחבר הנ"ל דאם כתב קיצור השם דהיינו אריכות אות בסוף או חילוף אות בסוף התיבה אף אם מעודו לא היה נקרא בהקיצור מ"מ הוא כשר דקיצור מהשם דמי להשם שכן דרך בני אדם לקצר ולא הוי שינוי:

וא"כ הכא בנידון דידן דשם צירל הוא אריכות הל' בסוף ודאי דהוא כשר לדעתו אף אם לא היתה נקראת מעולם בשם צירל, ואף שכתב שם בתשובת שמואל דמדברי הב"ש ושאר אחרונים משמע דבשם לעז הוי שינוי וע"ש שכתב ליישב דבריהם:

הנה לבד שלהלכה לא החליט בודאי כמותם, עוד זאת זהו רק בחילוף אות או שינוי אחר ויש שינוי במבטא ובמשמעות דלא הוי קיצור השם אבל היכא דהוי קיצור השם דהיינו במקום שאם כתב] העיקר של השם אין צריך לכתוב הקיצור, גם אם כתב הקיצור לבד בלא שם העיקר אף שלא היה נקרא בשם הקיצור מעולם הוא כשר יע"ש שכן מבואר בדבריו וא"כ כיון דבשם זוסא וזוסלין מבואר בד"מ וגם בב"ש וכן בעוד שמות כמו אלה, דאם שם העריסה זוסא אף דרובא קוראין זוסלין אין צריך לכתוב זוסלין דהוא חדא אף אם נימא דהוא מטעם דזוסלין הוא קיצור מזוסא וא"כ גם הכא בנ"ד דאם שם העריסה צירא אף אם היו קוראין אותה רובא צירל לא היה צריך לכתוב צירל דהוא קיצור השם

בודאי דלא גרע צירא וצירל דגם המה הנקודות שוות מזוסא וזוסלין דזוסא וזוסלין לא הוי הלכה מסיני דנימא דוקא הכא ולא במקום אחר וא"כ לפ"ז אף אם לא כתב רק צירל ולא היתה נקראת צירל מעולם רק צירא היה כשר לדעת הגאון הנ"ל דקיצור השם חשוב כהשם עצמו אף שלא היה נקרא בהקיצור מעולם וכנ"ל:

ואף דמדברי האחרונים לא נראה כן מ"מ בנ"ד דהמיעוט קורין אותה בשם צירל ולפמ"ש לעיל י"ל דכשר בזה, יש לצרף דעת הגאונים הנ"ל ולהכשיר, וגם י"ל דאף לפמ"ש השיבת ציון בשם מהרלב"ח דאם הקיצור הוא שם בפ"ע] דכיון דשני שמות חלוקין הן יש לחוש שהוא שינוי השם מ"מ בנ"ד י"ל דגם הוא מודה, דדוקא בגזאלה וגזול הוי שמות חלוקין אבל לא בצירא וצירל והוא לפמ"ש הט"ג שמות נשים אות ג' סק"י דצבי וצביה בלשון ערבי גזאלה וגזול וא"כ נראה דהם שני שמות דגזול הוא שם צבי זכר וגזאלה צביה נקבה וגם בגזאלה וגזול אין הנקודות שוות, אבל בצירא וצירל דאין חילוק בניהם וגם הנקודות שוות י"ל דהכל מודים דהם שם אחד וכמו שנראה מלישנא דהט"ז גבי שם שרה שארקא דכיון דהנקודות שוות הוי חדא, ואף דהוי צירל קיצור מצירא כבר מבואר בשיבת ציון שם דאם קורין אותו בקיצור חשוב כחניכה וכן כתב בחידושי א"ש בסי' מ"ד דגם הט"ג בשו"ת בית אפרים כתב דבדיעבד סמכינן על דעת המבי"ט דגם קיצור השם חשוב כחניכה יע"ש:

ועי' בב"ש שמות] אנשים אות ג' גבי שם גרשום מה שכתב בשם בן ששון דדוקא בשמות גרשום וגרשון דמצינו בקרא שהם שני שמות מ"ה הוי שינוי אבל אם לא היה בקרא שני שמות אמרינן דשם השני הוי כינוי וע"ש בב"ש ובט"ג סק"ל וגם יש לצרף מ"ש לעיל דבהצטרפות כל המקומות יחד י"ל דאפשר דשם צירל הוא מחצה על מחצה עם שם צירא ואפשר כי עוד רובא כיון דב"ב שרוב עסקה עמהם קורין אותה צירל וכמ"ש לעיל אף דבמקום הנתינה מיעוטא הוא שקורין אותה צירל הלא איכא דעות הראשונים דס"ל דאם לא נודע במקום הכתיבה שם מקום הנתינה כשר ועי' בב"ש סי' קכ"ט סק"ו ובפתחי תשובה סדר גיטין אות י"ט ס"ק כ"א, וגם הלא במומר שכבר זיכה מקודם הגט ע"י השליח ולדעת כמה פוסקים מגורשת בזה לבד ואף שאינה מהדרת וכמו שמבואר בט"ז בסי' ק"מ ס"ק ו' וא"כ לא איכפת לן מה שבפה מקום הנתינה אין קוראין אותה רק מיעוטא בשם צירל, אך על זה צ"ע אם לסמוך ע"ז דאין בזה ידיעה ברורה שהמיר כנ"ל אך מהגט שנכתב כפי שכותבין בגט מומר וממכתביו כנ"ל:

וגם זאת לא אדע מתוך מכתב הרב הנ"ל כמה קראו אותה בהראדאק בשם צירא ואולי הרבה אנשים אשר גם אם נחשוב לפי ערך אלו אשר עסקה עמהם יהיה אלו אשר

קראו אותה בשם צירא יותר ואף כי לפי הנראה מסתמא לא כן הוא (והוא דבר שיוכל להתברר) הלא דעת הג"פ דרובא ומיעוט מיקרי רוב ומיעוט העיר ואין אנו משגיחין על אלו אשר עסקה עמהם ביותר. מ"מ בהצטרף כל הנ"ל נראה דיש להכשיר הגט במקום עיגון כנ"ד. אך מה שיש לעיין בזה עוד הוא מחמת ספק ביטל השליחות של השליח השני וכמ"ש לעיל:

והנה אם לא היה רק אלו הדברים שאמר השליח "איך ווארף אריין דעם גט אין פייער איך קען שוין דאס אויף מיר ניט טראגין" היה נראה דזה לא הוי ביטל רק גילוי דעתא וכבר מבואר באחרונים הביאם הפ"ת בשו"ע סי' קנ"ד בסדר הגט ס"ק מ"ג דגם בשליח גילוי דעתא לאו מילתא היא אכן באשר כי לא אוכל לכון את דבריו של השליח אשר דיבר וגם השליח בעצמו אמר לפני הב"ד קודם נתינת הגט כי אינו זוכר את הדברים אשר דיבר וא"כ הוי ספק ביטל השליחות וכבר מבואר בפ"ת אה"ע סי' קמ"א] ס"ק ס' בשם המשכנות יעקב דאם העדים מסופקים אם] אמר הבעל בלשון המועיל לביטול הרי הגט בטל מספק ואתתא בחזקת א"א קיימא וא"כ גם הכא הרי הוי ספק ביטל של השליח. וכבר מבואר בסדר הגט בשו"ע ובסדר הגט של מהר"מ דשואלין את השליח אם הוא בעצמו לא בטל השליחות ומשמע מזה דאם בטל השליח את השליחות לא מהני אף אם יחזור ויתרצה וכן מבואר בט"ז סי' קמ"א סק"ב וס"ק מ"ג דאם ביטל השליח שליחותו הוא בטל:

אמנם הבית מאיר בסי' קנ"ד בסדר הגט צידד לומר דלא יכול השליח לחזור משליחותו ואף אם יכול מ"מ אם חזר אח"כ והתרצה להיות שליח יכול לחזור לשליחותו דהלא הבעל עשה אותו שליח ואף דאם בינתים חזר השליח ולא רצה בשליחותו מ"מ כשחזר אח"כ ונתרצה חוזר לשליחותו דהלא הבעל לא נטל ממנו הכח שלו שעשה אותו לשליח. וע"ש בב"מ שהביא ג"כ לסדר הגט הנ"ל ודברי הט"ז דס"ק ב' הנ"ל אמנם דברי הט"ז בס"ק מ"ג לא הביא שמה. והנה הט"ז בס"ק מ"ג הביא ראיה לדבריו מדברי הריב"ש סי' שכ"ט הובא בב"י סוף סי' ק"מ שכתב גבי הך דינא דשליח שבא לבעל ואמר לו לבעל אשתך עשאתני שליח לקבל לה גט והבעל מסר לו שטר שליחות להולכה ואח"כ שטר שליחות לקבלה, וכתב הריב"ש דמפני רצון השליח להיות שליח להולכה לא נתבטלה שליחות קבלה דאי הוי שליח להולכה כ"ש דהוי שליח קבלה משמע דאי הוי עקירה לשליחות קבלה היה שליח בטל לגמרי מפני שהוא עצמו מבטל שליחותו:

והנה זה ודאי דראית הט"ז מדברי הריב"ש הוא אף שחזר ונתרצה לא מהני דכבר נתבטלה שליחותו דאי דלא נתרצה עוד ודאי דבע"כ לא מהני השליחות שלו, לכך הוצרך

הט"ז לדברי הריב"ש דשם אמרה האשה התקבל וכן השליח והבעל אמרו התקבל וא"כ כשקבל השליח הגט ע"ד לקבלה קבל והתרצה לזה וא"כ מאי איכפת לן במאי דביטל השליח את השליחות מקודם אלא ע"כ מוכת דכיון דביטל השליח את השליחות בטלה שליחותו לגמרי ואף אם נתרצה לא מהני, ועי' בס' נודע בשערים להגאון מו"ה בפרוש אשכנזי סי' י"א שהביא לדברי הט"ז והריב"ש הנ"ל לענין אם יכול לחזור לשליחותו כשיתרצה וע"ש:

אמנם לענ"ד אי משום הא לא איריא ואין ראיה מדברי הריב"ש הנ"ל דהנה בשו"ע סי' ק"מ סעיף ח' עשאתו שליח להביא גיטה ובא ואמר כו' לקבל לה והוא אומר הולך כמו שאמרה אפילו הגיע גט לידה אינה מגורשת ואם הבעל אמר הולך לה או זכה לה ולא אמר כמו שאמרה כשיגיע לידה מגורשת. וכתב הב"ש דדעת הבעל העיטור דאף אם אמר הבעל התקבל לה רק שלא אמר כמו שאמרה אמרינן ג"כ דהבעל אינו משגיח בשליחות שעשאה היא רק הוא עצמו עושה אותו לשליח וכיון דאדם יודע שאין בידו לעשות שליח לקבלה בודאי כונתו לשליח הולכה והרשב"א והר"ן חולקים ע"ז דאם אמר התקבל דעתו של הבעל שיהא שליח לקבלה אף שלא אמר כמו שאמרה היא, שהוא סומך על השליח שאמרה כן התקבל וע"ז הוא נותן לו, ועי' בר"ן גיטין ובב"י בזה:

ונלע"ד לומר דאף להרשב"א והר"ן הנ"ל זהו רק אם השליח אמר אשתך עשאתני שליח לקבל והשליח אינו מבטל את שליחותו א"כ הבעל שאומר ג"כ התקבל הוא סומך על דברי השליח ונותן לו הגט ע"ד שליחות שלו שהוא לקבלה כפי שאמר לו אבל אם השליח אומר בפירוש אשתך עשאתני שליח לקבל לה הגט ואנכי מבטל את השליחות שלה, ואח"כ נתן לו הבעל הגט ואמר לו התקבל ולא אמר כמו שאמרה היא בזו גם להרשב"א והר"ן הנ"ל י"ל דלא אמרינן שנתן על דעת שיהיה שליח לקבלה שהוא סומך על השליח שאמרה כן, לא מיבעיא אי אמרינן דהשליח שביטל שליחותו אינו יכול לחזור לשליחותו, א"כ ודאי דלא שייך לומר הוא סומך על דברי השליח שאמרה כן דמה בזה שאמרה כן הלא כבר נתבטל שליחותה, וא"כ אמרינן דאדם יודע שאין יכול לעשות שליח לקבלה וגמר ונתן לשם הולכה, אלא אף אם אמרינן דשליח שביטל שליחותו אם חזר ונתרצה יכול לחזור לשליחותו מ"מ כל זמן שלא חזר ונתרצה הוא עומד בביטולו א"כ מה בכך שהוא סומך על השליח שהאשה אמרה כן דהלא השליח אמר לו שביטל את שליחותו, וע"כ מה שאומר לו הבעל אח"כ התקבל הוא שליחות בפני עצמו של הבעל והתקבל והולך קאמר, דהלא הכלל הוא בידינו דלמעט במחלוקת עדיף וא"כ כיון דלהעיטור אף אם השליח אומר אשתך אמרה התקבל והשליח אינו מבטל את שליחותו

רק שהבעל לא אמר כמו שאמרה היא אמרינן דהוא שליחות בפני עצמו והתקבל והולך קאמר:

א"כ די לנו לומר דאף להרשב"א והר"ן החולקים עליו זהו רק אם לא ביטל השליח את שליחותו אבל אם ביטל בפירוש אף שהבעל אמר התקבל והשליח קבל בשתיקה מ"מ כיון שהבעל לא אמר כמו שאמרה וגם לא שאל מהשליח אם מתרצה לחזור לשליחותו ולקבל הוא שליחות בפ"ע וגמר ונתן לשם הולכה, דאין לומר דהבעל סמך עצמו על מה שהשליח קבל בשתיקה ומסתמא מתרצה הוא לחזור לשליחותו ולקבל, דהלא בהבא לי גיטי והשליח אמר התקבל והבעל אמר כמו שאמרה היא, אמרינן דאף אי אדיבורא דידה סמיך והבעל במה שאמר כמו שאמרה כונתו לשליח הולכה. בכ"ז אמרינן דאינה מגורשת משום דהשליח עקר שליחותו ואף דבעת הקבלה הוא מקבל בשתיקה ואנן אמרינן דאדיבורא דידה סמיך הבעל, בכ"ז אמרינן דהשליח לא קבל רק כמו שאמר הוא, ולא התרצה לדברי הבעל אף שאינה מגורשת בזה וקבלתו היא לריק א"כ מכ"ש הכא אף שהשליח קבל בשתיקה אין ראיה שהתרצה לחזור לשליחותו שביטלה מקודם והא דקיבל הוא דסביר דמתקבל והולך קאמר והיה לו להבעל לשאול ממנו בפירוש אם מתרצה לקבלה וכיון דלא שאל ממנו ע"כ הוא משום דהוא שליח בפ"ע דהבעל עושה אותו לשליח הולכה והתקבל והולך קאמר:

ואף אם נאמר דלא כן דכיון דבכלל הולכה הוי ג"כ קבלה א"כ השליח שמרוצה לקבל מן הבעל הגט להולכה כ"ש דהוא מרוצה לקבלה וחוזר הוא לשליחותו וא"כ הבעל שנותן לו הגט ואומר לו התקבל דעתו לקבלה דחושב דהשליח מתרצה לזה דכיון דמתרצה לקבל את הגט אף אם חפץ להולכה כ"ש שחפץ לקבלה, אף אם נאמר כן זהו רק לפי האמת דאמרינן דבכלל הולכה הוי ג"כ קבלה דהולכה היא יותר טירחא מקבלה, אבל אי הוי אמרינן דקבלה לא הוי בכלל הולכה. בודאי די"ל דאם השליח אומר להבעל אשתך עשאתני שליח לקבלה ואני חוזר בי ומבטל שליחותי והבעל אומר לו אח"כ התקבל דלא שייך לומר שהוא סומך על דבריו, דהלא הוא אמר לו שהוא חוזר משליחותו ולא שמעינן מיניה שחזר להתרצות לשליחותו, וא"כ היה לו להבעל לשאול ממנו אם התרצה לחזור לשליחותו דמסתמא השליח עומד בדעתו וא"כ מסתמא גם הבעל עושה אותו לשליח בפ"ע לשליח הולכה ואף שאמר לו התקבל אמרינן דאדם יודע שאין בידו לעשות שליח לקבלה והתקבל והולך קאמר ליה:

מעתה יתיישבו שפיר דברי הריב"ש הנ"ל דשם בעובדא דהריב"ש ע"כ דלא היה כתוב בשטר שליחות קבלה כמו שאמרה היא, דאם היה כתוב כמו שאמרה היא לא היה שייך

חקירות הריב"ש שם אם התקבל והולך קאמר דהלא היה מבואר כמו שאמרה והיא אמרה התקבל וע"ש בריב"ש. וא"כ דלא היה כתוב בשטר שליחות קבלה כמו שאמרה רק התקבל לחוד א"כ אי הוי אמרינן דבמה שקבל השליח שטר הולכה ביטל את שליחות קבלה שלו דאין בכלל הולכה קבלה א"כ אף אם אמרינן דשליח שביטל שליחותו יכול אח"כ לחזור לשליחותו מ"מ כיון דלא חזר השליח בפירוש לשליחותו אחר שביטל אמרינן דהוא עומד בביטולו כמקודם וא"כ הבעל שנתן לו אח"כ שטר שליחות קבלה וכתב בה רק התקבל לבד י"ל דהתקבל והולך קאמר דכונתו להולכה וכנ"ל, לכך כתב הריב"ש דמפני רצון השליח להיות שליח להולכה לא נתבטלה שליחות קבלה והשליח הוא עומד בשליחותו לקבלה מתחילה ועד עתה, וא"כ מה שכתב לו הבעל אח"כ התקבל הוא ג"כ לקבלה שהוא סומך על דבריו וכדעת הרשב"א והר"ן וכנ"ל וא"ש הכל. גם מה שכתב הט"ז שם להוכיח דמהני ביטול לשליחות מהא דאתי דיבור ומבטל דיבור לענ"ד אין ראיה רק דיכול לבטל ומ"מ אם חוזר ומתרצה יכול לחזור לשליחותו %% %%(ואפשר דגם הט"ז שמביא ראיה מהריב"ש הוא רק שיכול לבטל ובזו ס"ל מסברא דכיון שבטל לא יכול לחזור לשליחותו אך באמת אין מוכרח לומר כן.)%%%% ואפשר דכונת הט"ז דאתי דיבור ומבטל דיבור והוי ביטול למפרע וכאלו מעולם לא נתרצה להיות שליח ולכך לא יכול לחזור לשליחותו, והנה לבד דאינו מוכרח לומר כן דאפשר דאתי דיבור ומבטל דיבור רק מכאן ולהבא ולא למפרע עוד זאת אף אם נימא דנתבטלה שליחותו למפרע מ"מ אם חוזר להתרצות י"ל דהוא חוזר לשליחותו דהלא הבעל עשה אותו שליח והבעל לא ביטל שליחותו ולא נטל ממנו את הכח שלו שעשה אותו לשליח ורצונו של הבעל לא נשתנה מתחילה ועד סוף שיהיה הוא שליח ואף דהשליח מצדו ביטל את שליחותו מ"מ אח"כ שנתרצה הוא חוזר לשליחות הבעל כמקדם:

ויש לדמות זה להא דקי"ל בשו"ע סי' קמ"א סעיף י"ד דיכול לעשות שליח שלא בפניו ואף דהשליח לא ידע בעת שהבעל עשה אותו שליח ובודאי דלא נעשה שליח של הבעל כ"ז שלא ידע ומתרצה לקבל את השליחות מ"מ אח"כ כשנתודע לו ומתרצה לזה הוי שליח כיון דהבעל עשה אותו לשליח ורצונו גם עתה בזה. כן גם הכא אף אם נתבטלה שליחותו למפרע מ"מ כיון דהבעל עשה אותו שליח ורצונו של הבעל גם עתה בזה אם חזר השליח והתרצה חוזר לשליחותו, ומצאתי להגאון מו"ה בערוש אשכנזי בנודע בשערים סי' י"א שהעיר בזה דרק מכאן ולהבא הוא בטל. ואף אם נתבטלה שליחותו למפרע מדוע לא יהיה מהני כשחוזר ומתרצה, וע"ש שהביא דמדברי רש"י בגיטין ס"ג גבי הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל דאף דהבעל עשה אותו שליח להולכה אף אי

אמליך ואמטיה לה לא מהני דמעיקרא לא קיבל עליו להיות שליח, א"כ מוכח דכיון דביטל שליחותו מעיקרא אף דנתרצה אח"כ לא מהני אף דרוצה הבעל, וע"ש שכן כתב ג"כ המכתב מאליהו וע"ש שכתב דמדברי הטור בסי' ק"מ (לפי הנראה מדבריו דגם זה הוא דברי המכתב מאליהו) מוכח להיפך שכתב שמה גבי הך דינא דהביא לי גיטי ובא ואמר אשתך עשאתני שליח לקבל לה גיטה והוא אומר הילך כמו שאמרה היא אפילו הגיע הגט לידה אינה מגורשת שהרי עקר לשליחותו כו' והבעל ג"כ לא עשאו שליח להולכה כיון שאמר הילך כמו שאמרה היא נמצא שאין כאן שליחות כלל, ואפילו נמלך אח"כ להוליכו לה אינו כלום כיון שלא בא לידו בתורת שליחות, ומוכח מדברי הטור הנ"ל דאם הבעל עשה אותו לשליח הולכה אף דבשעת מעשה לא קבל שליחותו מ"מ אם נתרצה אח"כ מהני: וע"ש בנודע בשערים שכתב דכיון דלדעת הטור אף אם לא קיבל השליח שליחותו מתחילה מהני ריצוי שלו אח"כ א"כ אף דלדעת רש"י לא מהני, בכ"ז אם מתחילה קיבל השליח שליחותו ואח"כ בטל אם נתרצה אח"כ י"ל דגם לרש"י מהני וע"ש. ולענ"ד מדברי הטור אין שום ראיה, דאם לא קיבל שליחותו מתחילה יהא מהני חזר ונתרצה דהטור שם אחר דבריו הנ"ל כתב ודוקא שאמר לו הילך כמו שאמרה אבל אמר לו הולך או זכי לה ודאי עתה עשאו שליח להולכה ואדעתא דהכי קבלו וכשיגיע לידה מתגרשת, וכן פסקינן בשו"ע סי' ק"מ סעיף ח' דאם לא אמר כמו שאמרה היא כשיגיע לידה מגורשת:

ולכאורה הוא תמוה דהלא להך צד דאדיבורא דידה קא סמיך הבעל והבעל אמר כמו שאמרה היא גם הבעל מסכים להביא ולא לקבלה דהלא הוא אמר כמו שאמרה והיא אמרה להביא: בכ"ז לא אמרינן דאדעתא דהכי קבלו, ורק כיון שהשליח אמר אשתך אמרה התקבל אמרינן דהשליח עקר לשליחותו ואינו מסכים לדברי הבעל שאמר הילך כמו שאמרה שהוא להולכה רק שהוא עומד בדעתו שאינו חפץ רק להיות שליח קבלה ולא להולכה, א"כ אמאי באומר הבעל הילך לה ולא אמר כמו שאמרה מגורשת כשיגיע הגט לידה דאמרינן דאדעתא דהכי קבלו דהלא השליח עקר לשליחותיה להולכה ואינו חפץ רק להיות שליח קבלה ומצאתי אח"כ. במשל"מ פ"ו מה' גירושין ה' י"א שעמד בזה וע"ש מ"ש בזה:

ולענ"ד היה נראה לומר בזה דבאמת גם הילך כמו שאמרה כיון דהבעל נותן הגט להשליח ואומר לו הילך כמו שאמרה אף שהשליח אמר לו שאשתו עשאתו שליח לקבלה ואינו חפץ להיות שליח להובאה מ"מ להך צד דאדיבורא דידה קא סמיך כיון דהבעל נותן לו הגט אח"כ ואומר כמו שאמרה דהוא להובאה והשליח קיבל ממנו אח"כ

בשתיקה אמרינן מסתמא מסכים הוא לדברי הבעל וחוזר הוא להתרצות להיות שליח להובאה דאל"ה לא היה לו להשליח לקבל את הגט, וכמו דאמרינן בהילך ולא אמר כמו שאמרה, והא דאינה מגורשת באמר הילך כמו שאמרה אף כשיגיע הגט לידה, הוא משום דכיון דלדעת הרמב"ם והטור וכן הוא בשו"ע דשליח להובאה האשה עושה אותו והוא שליח של האשה כמו שליח לקבלה ולא של הבעל, ולכך אם הבעל אמר הילך כמו שאמרה אף אי אדיבורא דידה סמיך אינה מגורשת דהלא הבעל אינו עושה אותו שליח בעצמו רק שנותן לו הגט ע"ד שליחות האשה להובאה, ואף דהשליח מתרצה לדבריו כיון שקבל ממנו הגט בשתיקה מסתמא מתרצה הוא לחזור לשליחות האשה להובאה מ"מ אינה מגורשת כיון דהאשה אינה עושה אותו עתה שליח להובאה בעת קבלתו את הגט ורק שהוא שליח שלה ע"י שעשאתו אותו מקודם, וכבר עקר את שליחותו במה שאמר להבעל שהוא שליח לקבלה, ולכך אף אם בעת קבלתו של השליח את הגט מיד הבעל הוא מתרצה להביא והוא חוזר לשליחותו לא מהני משום דאמרינן דשליח שביטל את שליחותו אינו יכול לחזור לשליחותו כשיתרצה אח"כ:

וזהו שכתב הטור והבעל ג"כ לא עשאו שליח להולכה כיון שאמר הילך כמו שאמרה היא, והיינו דאי הוי אמרינן דהבעל עשאו שליח להולכה היתה מגורשת כשיגיע הגט לידה משום דאמרינן דהשליח התרצה לדבריו של הבעל וכנ"ל, ולא למידק מזה דאם עשה אותו שליח להולכה אף דהשליח לא קיבל שליחותו מהני כשיחזור להתרצות כמו שכתבו המכתב מאליהו והנודע בשערים הנ"ל, ומה שכתב הטור ואפילו נמלך אח"כ להוליכו לה אינו כלום כיון שלא בא לידו בתורת שליחות כונתו אף שנמלך אח"כ היינו בשעת קבלת הגט מיד הבעל דהא קיבל ממנו ומסתמא נמלך והתרצה להוליך כנ"ל. ובכ"ז אינו כלום כיון שלא בא לידו בתורת שליחות דהיינו שכבר נתבטלה שליחותו ע"י שעקר אותה קודם קבלת הגט, ודברי הטור ואפילו נמלך אח"כ כו' הוא מסקנת דבריו הראשונים שכתב מקודם והבעל ג"כ לא עשאו שליח כו' ולכך ואפילו נמלך אח"כ דהיינו בשעת קבלת הגט דקבל מהבעל בשתיקה ומתרצה לדיבורו אינו כלום כיון שלא בא לידו בתורת שליחות דהיינו שכבר נתבטלה שליחותו ע"י שעקר אותה קודם קבלת הגט:

מעתה לפ"ז לא די שאין מדברי הטור ראיה דאם הבעל עשה אותו שליח להולכה אף דבשעת מעשה לא קבל שליחותו מ"מ אם נתרצה אח"כ מהני וכמו שכתבו המכתב מאליהו והנוב"ש הנ"ל, אלא אדרבא יהא מוכח מזה איפכא דאף אם קיבל השליח את שליחותו בשעת מעשה ובטל את שליחותו אח"כ אינו יכול לחזור לשליחותו אף כשיתרצה וכנ"ל דלכך לא מהני ריצוי השליח בקבלתו הגט בשתיקה מיד הבעל וכנ"ל:

אמנם באמת גם זה לומר דאף אם מתחילה קיבל שליחותו וחזר אח"כ לא יהיה יכול לחזור לשליחותו כשיתרצה אח"כ אין ראיה מד' הטור הנ"ל ואדרבא מדברי הטור יש להוכיח להיפוך דפשטות דברי הטור ואפילו נמלך אח"כ משמע דלא קאי על נמלך בשעת קבלת הגט כמ"ש דהלא הך לישנא דהטור ואפילו נמלך אח"כ הוא אחר דבריו שכתב "והבעל ג"כ לא עשאו שליח להולכה" והך דהבעל לא עשאו שליח להולכה קאי על שעת קבלת הגט וא"כ מ"ש ואפילו נמלך אח"כ הוא אחר קבלת הגט דאי על שעת קבלת הגט היה לו לכתוב ואפילו שנמלך להוליכו ולא לכתוב נמלך אח"כ להוליכו, ולפי מ"ש לעיל דכיון דהשליח מתרצה לקבל הגט מסתמא מתרצה לדברי הבעל להוליך רק שאינו מועיל כיון שנתבטל מתחילה קידם קבלת הגט א"כ היה לו להטור לכתוב ואפילו שנמלך בשעת קבלתו ומה זה שכתב ואפילו נמלך אח"כ: ועוד דלפי פירושי דמה שכתב והבעל ג"כ לא עשאו שליח הוא ליישב דאמאי לא מהני ריצוי של השליח במה שמקבל הגט ומסתמא מתרצה הוא לדברי הבעל, ומ"ש ואפילו נמלך אח"כ הוא ג"כ דנמלך להתרצות במה שמקבל הגט והיא היא רק דהוא טעם למסקנת דבריו הראשונים שכתב והבעל ג"כ לא עשאו שליח כו' ולכך אף שנמלך אח"כ ממה שעקר את שליחותו והוא מתרצה אח"כ לחזור לשליחותו ע"י שמקבל את הגט מן הבעל ומסתמא מסכים הוא לדבריו בכ"ז לא מהני כיון שלא בא לידו בתורה שליחות דהיינו משום דעקר ובטל את שליחותו קודם קבלתו, וא"כ שהוא לתת טעם לדבריו הראשונים במה שכתב ואפילו נמלך אח"כ היה לו להטור לכתוב הילכך או לכן אפילו שנמלך ומדכתב ואפילו נמלך משמע דהוא מילתא באנפי נפשה, ועוד מה זה שכתב הטור כיון שלא בא לידו בתורת שליחות, הלא היה לו לומד כיון שנתבטלה שליחותו קודם שבא לידו ומה זה שדקדק וכתב שלא בא לידו בתורת שליחות דבשלמא לדעת רש"י בב"מ ע"ו ע"ב שכתב שכשקבלו לא קבלו ע"מ כן לא קשיא למה כתב שכשקבלו משום דלדעת רש"י שליח הובאה הבעל עושה אותו ואז כשקבלו מתחלת השליחות, לכך כתב כשקבלו דהוא בשעת קבלת השליחות, אבל הטור דס"ל דשליח הובאה האשה עושה אותו כמו שמבואר בדבריו סי' ק"מ וא"כ עשית השליחות כבר התחילה מקודם א"כ למה דקדק וכתב שלא בא לידו בתורת שליחות:

אשר לזאת נראה לומר דהעיקר הוא כמו שכתב שם המשל"מ ליישב קושיתו הנ"ל דבהולך ולא אמר כמו שאמרה דהבעל אמר בפירוש הולך דהכונה דעשאו שליח להולכה כי קבלו שליח אדעתא אמאי דאמר הבעל קבלו וחזר בו מדבריו הראשונים, אבל אם הבעל לא אמר בפירוש שעשאו שליח להולכה אלא אמר בסתם כמו שאמרה אמרינן

דכיון דהשליח כבר עקר לפני הבעל לשליחותה שאמרה, אמרינן שגם עתה שקבל את הגט מיד הבעל עומד בסברתו דאינו רוצה להיות כ"א שליח קבלה יע"ש במשל"מ. ובאמת מוכרחים אנו לומד כן כמ"ש המשל"מ לדעת רש"י ושאר הראשונים דאשה אינה יכולה לעשות שלוח הובאה, ובהבא לי גיטי הוא דאומרת שהבעל יעשה אותו שליח להולכה כמ"ש רש"י ז"ל בב"מ דף פ"ו, והך דינא דאם אמר הולך ולא אמר כמו שאמרה היא, מגורשת, הוא מוכרח אליבא דכו"ע מגמ' גיטין ס"ג הולכה אקבלה יע"ש וא"כ אליבא דרש"י אי אפשר לומר כמ"ש לעיל בישוב קושית המשל"מ הנ"ל וע"כ מוכרחים אנו לומר לדעת רש"י ושאר הראשונים שס"ל כמותו כתירוץ המשל"מ הנ"ל:

אמנם גם לפ"ז לפי תירוץ המשל"מ הנ"ל תהא נדחה הוכחת המכתב מאליהו והנודע בשערים הנ"ל מדברי הטור הנ"ל, די"ל דמה שכתב הטור והבעל ג"כ לא עשאו שליח להולכה דהוא בא לתת טעם דאמאי לא אמרינן גם בהולך כמו שאמרה דנתרצה השליח לדברי הבעל להיות שליח הולכה כמו דאמרינן בהולך ולא אמר כמו שאמרה, ולכך כתב הטור דבהולך כמו שאמרה לא עשאו הבעל שליח להולכה ולכך לא אמרינן דנתרצה השליח בקבלתו לדברי הבעל להיות שליח להולכה וכמ"ש המשל"מ הנ"ל, ואם היה הבעל עושה אותו שליח הוי אמרינן דנתרצה גם השליח אבל לא למידק דאף אם לא נתרצה אם הבעל עשה אותו לשליח אף שהשליח לא קיבל שליחותו מתחילה בכ"ז מהני, מעתה לפ"ז א"ש לישנא דהטור ואפילו נמלך אח"כ להוליך דדוקא אח"כ הוא נמלך להוליך אבל בעת שמקבל את הגט הוא עומד בסברתו כמקדם וכנ"ל: והשתא לפ"ז אם נימא דשליח אף שקיבל שליחותו בשעת מעשה ואח"כ בטל שליחותו אינו יכול להתרצות אח"כ ולחזור לשליחותו. הנה לבד שישאר הדיוק הנ"ל דלמה לו להטור למידק בלישניה ואפילו נמלך כו' כיון שלא בא לידו בתורת שליחות דמה לנו איך שבא לידו ורק דהוי ליה למכתב כיון שנתבטלה שליחותו הקודם, דהלא העיקר הוא כיון שנתבטלה שליחותו לא יכול לחזור עליה, ואף קודם שבא לידו נתבטלה, ולומר דלכך כתב כיון שלא בא לידו בתורת שליחות לכך לא אמרינן דנתרצה בקבלתו את הגט כמו בהולך ולא אמר כמו שאמרה הלא כבר כתב זה מקודם במה שכתב והבעל ג"כ לא עשאו שליח להולכה וכמ"ש לעיל, עוד זאת דזה גופא יקשה על הטור דמוכח מיניה דהחילוק בין הולך כמו שאמרה היא דאמרינן שעקר לשליחותיה אף אי אמרינן דהבעל אדיבורא דידה סמיך ונתן לו הגט ע"ד להובאה והשליח תתרצה לקבל את הגט ממנו משום דכיון שאמר כמו שאמרה והשליח כבר עקר את שאמרה לזאת אף שהשליח מקבל את הגט מן הבעל בשתיקה מ"מ עומד הוא בסברתו כמקדם, מה שאין כן אם לא אמר כמו שאמרה

דהוא עצמו עושה אותו לשליח וכתירוץ המשל"מ הנ"ל אשר באמת הוא דוחק: ול"ל להטור לומר כן דהלא אליביה בפשוטיה ניחא דגם אם נאמר דאף אם אמר כמו שאמרה היא והשליח מקבל ממנו את הגט מתרצה הוא לדבריו להיות שליח הובאה, ובכ"ז אינה מגורשת דכיון דשליח הובאה האשה עושה והבעל לא פשה אותו שליח וכבר ביטל השליח את שליחותיה קודם קבלתו הגט לכך לא יכול לחזור לשליחותו ואף אם נמלך בפירוש מקודם בעת קבלתו את הגט מן הבעל והתרצה להיות שליח הובאה לא מהני וכמ"ש לעיל אלא ע"כ כמ"ש דשליח שקבל שליחותו בשעת מעשה אם אח"כ ביטל את שליחותו, אם מתרצה אח"כ יכול לחזור לשליחותו לכך אי אפשר לומר דגם בהולך כמו שאמרה התרצה לדברי הבעל להיות שליח הובאה דא"כ אמאי אינה מגורשת כשהגיע לידה וע"כ מוכרחים אנו לומר כחילוק של המשל"מ דכיון שאמר כמו שאמרה הוא עומד בדבורו כמקדם וא"ש וכנ"ל:

ומה שדקדק הטור בלשונו כיון שלא בא לידו בתורת שליחות הוא ליישב עוד דבר אחד, דהנה לכאורה יש לדקדק בזה עוד דהלא לדעת הטור דשליח הוצאה האשה פושה אותו וא"כ כבר התחילה שליחותו של השליח קודם שעקר את שליחותו ובשעת מעשה השליחות קובל השליח אה שליחותו וא"כ אף אם אח"כ עקר השליח את שליחותו מ"מ אח"כ שנמלך להוליכו אף אם נמלך אחר קבלתו את הגע אמאי אינה מגורשת, דהלא להנ"ל שליח שקיבל את שליחותו וביטל אותה אח"כ אם חוזר ומתרצה חוזר לשליחותו, אמנם באמת לק"מ דשליח המאה כתב הר"ן הביאו הב"י בסי' ק"מ ובב"ש שם סק"ד דהוא כמו שליח לקבלה רק דהוי כאילו מתנה שלא תתגרש עד שיבא הגט ליד האשה וכן כתב ג"כ הרשב"א, ובנתינת הגט ליד האשה בעינן שיתן לידה וטלי גיטך מע"ג קרקע פסול ולפ"ז גם בשליח קבלה פסול טלי גיטך מע"ג קרקע: וכן מבואר להדיא בס' דברי אמת קונטרס י"א בענין גיטין סי' כ"ט ולפי הנ"ל דגם שליח הובאה הוי כמו שליח קבלה, א"כ גם בשליח הובאה פסול טלי גיטך מע"ג קרקע, ואף דאם נתן הגט בפיקדון ואח"כ אמר הרי זה גיטך מגורשת ולא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע ועי' בב"ש סי' קל"ט סק"ב מ"מ בעינן שיאמר בעת שמגרש הרי זה גיטך או הא גיטך ומה שאמר הא גיטך בעת שלא קנאה את הגט לא מהני וכמו שמבואר בשו"ע סי' קל"ט סעיף ב' ובסי' קל"ז ואם לא אמר הא גיטך בטל מדאורייתא כמו שמבואר בב"ש סי' קל"ו סק"א בשם הטור והר"ן ואף לדעת הרמב"ם דמדאורייתא כשר זהו רק משום דגופו של גט כתיב בו תורת כריתות, ועי' ברמב"ם פ"א מה' גירושין ובמ"מ שם וכיון שנתן לה הוי כאילו אמר, אבל היכא דהנתינה היתה גרועה ונפסלה גם הרמב"ם מודה שהוא בטל מדאורייתא וכמו שכתב

הב"ש בסי' קל"ח סק"א, וא"כ אף אם אמר מקודם הא גיטך מ"מ כיון שנתינה לא היתה נתינה אם ירצה לגרש אח"כ בעינן שיאמר עוד הפעם הא גיטך ואם לאו הוא פסול:

מעתה לפ"ז א"ש דלא מהני אף אם נמלך אח"כ דכיון דבעת שנתן הבעל הגט לידו של השליח עקר השליח שליחותו א"כ נתינת הבעל הגט ליד השליח לא הוי רק כמו פיקדון וא"כ הנתינה היתה גרועה אף אם השליח מתרצה אח"כ וחוזר לשליחותו אף אי יכול לחזור לשליחותו לא מהני דהלא אח"כ לא אמר לו הבעל הא גיטך ולכך אינה מגורשת, מעתה לפ"ז מדוקדקים דברי הטור כמין חומר דמתחילה כתב והבעל ג"כ לא עשאו שליח להולכה כיון שאמר כמו שאמרה, הוא דמשום הכי לא אמרינן דאדעתא דהכי קבלו השליח והתרצה בקבלתו כמו בלא אמר כמו שאמרה וכנ"ל, ואח"כ כתב ואפילו נמלך השליח אח"כ להוליכו לה אינו כלום כיון שלא בא לידו בתורת שליחות, ודקדק כיון שלא בא לידו דהוא לתת טעם דאמאי לא מהני ריצוי של השליח אח"כ דהלא השליחות שלו כבר התחילה בעת שעשתה אותו האשה לשליח וא"כ אף אי אמרינן דשליח שלא קיבל שליחותו מתחילה לא מהני ריצוי שלו אח"כ, בכ"ז הלא הכא כבר קיבל שליחותו מתחילה בעת שעשתה האשה אותו לשליח, וא"כ אף שחזר בו וביטל שליחותו מ"מ אם נמלך ונתרצה אח"כ להוליכו הוא חוזר לשליחותו וכנ"ל וע"ז דקדק הטור וכתב כיון שלא בא לידו בתורת שליחות, והיינו כיון דבעת שנמלך להוליך הלא אז לא אמר לו הבעל הא גיטך ורק מקודם בעת שבא הגס לידו של השליח (וגם הולך כמו שאמרה י"ל דהוי כמו הא גיטך דהלא השליח אמר לו אשתך עשאתני לקבל לה גיטה והוא אומר הולך כמו שאמרה היא) ואז לא היה בתורת שליחות ולכך אינה מגורשת אף שנמלך אח"כ להוליך, והוא נכון לענ"ד בכונת דברי הטור:

באופן דמדברי הטור אין ראיה דאם בעת מעשה השליחות לא קבל השליח שליחותו אם יכול לחזור להתרצות אח"כ ולחזור לשליחותו כמ"ש המכתב מאליהו והנוב"ש הנ"ל די"ל דכונתו כמ"ש לעיל, וכיון דמדברי רש"י בגיטין מוכח דלא מהני ריצוי שלו אח"כ אם לא קבל שליחותו מתחילה וכמו שכתבו המכתב מאליהו והנוב"ש הנ"ל ולא מצינו חולק עליו בזה בהדיא א"כ י"ל דכו"ע ס"ל כן. וגם מהא דהרשב"א פירש פירוש אחר גבי הבא לי גיטי ואין מוכח לפי פירושו לומר דאם לא קיבל השליח שליחותו לא מהני ריצוי שלו אח"כ יע"ש בנודע בשערים הנ"ל מ"מ אף שאינו מוכח י"ל דלדינא גם הוא ס"ל כרש"י ז"ל, אך אם מתחילה קיבל השליח את שליחותו ואח"כ ביטל את שליחותו אם חוזר ונתרצה לפמ"ש לעיל נראה מדברי הטור דמהני ויכול לחזור לשליחותו, וא"כ

גם לרש"י י"ל דמהני דלמה לנו לעשות פלוגתא בזה וכמו שכתב ג"כ הנוב"ש הנ"ל די"ל דגם רש"י ס"ל דמהני בזה יע"ש:

איברא דאכתי הדבר צריך הכרע דמה חילוק יש בין אם קיבל שליחותו ואח"כ ביטל לאם לא קיבל שליחותו מתחילה, דהלא גם אם קיבל שליחותו ואח"כ ביטל נתבטלה שליחותו אח"כ וא"כ איך יכול לחזור לשליחותו, ואי משום דרצון הבעל וכח שליחותו שנתן מתחילה לא נתבטל, ורצונו של הבעל הוא עומד מתחילה ועד סוף שיהיה שלוחו ולכך אם נתרצה השליח אח"כ הוא חוזר לשליחות הבעל, הלא גם אם לא קיבל השליח את שליחותו גם מתחילה ג"כ לא נתבטל כח השליחות ורצון הבעל והבעל רוצה בהשליחות מתחילה ועד סוף, וא"כ כיון דלרש"י הנ"ל מוכח אם לא קיבל שליחותו מתחילה לא מהני ריצוי שלו אח"כ, א"כ גם אם מתחילה קיבל שליחותו וביטל אותה אח"כ ג"כ לא מהני ריצוי שלו אח"כ לחזור לשליחותו, והטור דמשמע מיניה כמ"ש לעיל דמהני ריצוי שלו אם קיבל שליחותו מתחילה באמת יחלוק בזה על רש"י ולדידיה אף אם לא קיבל שליחותו מתחילה מהני ריצוי שלו אח"כ:

אך באמת לענ"ד גם לרש"י הנ"ל אינו מוכרח דפליג על דעת הטור, די"ל דאם השליח אינו מתרצה לקבל שליחותו מתחילה אומדנא דמוכח הוא דגם הבעל לא עשה אותו לשליח דלמה לו להבעל לעשות אותו לשליח כיון שאינו מקבל את שליחותו, והא דאמרינן באומר כמו שאמרה אי אדיבורא דידה סמיך הבעל ופרש"י בגיטין שם משום דהבעל אינו מאמין לדברי השליח שאמר התקבל ולכך אומר כמו שאמרה דהוא רוצה שיהיה כפי שאמרה היא אף שהשליח עקר את שליחותו, וא"כ אין תועלת להבעל דאף אם הוא נותן כפי שאמרה היא אינה מגורשת, ומה גם לפי מה דאמר הגמ' בב"מ דף ע"ו דאעילויא דידה סמיך, ועי' בתוס' שם א"כ איזה עילוי יהיה בזה דהלא בין כך וכך אינה מגורשת, לא משום דחושב הבעל אולי יחזור השליח ויתרצה בשילוחו ולכך נותן לו הבעל הגט (אף אם, נאמר דשליח שלא קיבל שליחותו אם חוזר ומתרצה מהני) דזה ודאי אינו דאם היה חושב הבעל דהשליח אינו מקבל את שליחותו ודאי דלא היה נותן לו על ספק את הגט אולי יחזור להתרצות דמסתמא כיון שאינו מרוצה עכשיו לא יתרצה ג"כ אחרי כן %%%%(וכן מצאתי בס' אבן העוזר בב"מ שכתב בזה אין לנו לחשוב דכיון דאינו מרוצה עכשיו לא שכיח שיתרצה אח"כ.)%%%% רק דאמרינן דהבעל טעי וסבר דאף דהשליח אמר אשתך אמרה התקבל אינו עוקר את שליחותו אם אמרה לו הבא ואף אם עקר אולי סובר הבעל דכיון דהוא אומר הולך כמו שאמרה והשליח מקבל ממנו הגט מסתמא מתרצה להיות שליח להולכה מן הבעל אף דהאמת הוא אינו כן, אך הבעל

טעי בזה ולכך כיון דאליבא דאמת אמרינן דהשליח לא קיבל את שליחותו א"כ גם כח השליחות של הבעל נתבטל דעל זה האופן לא נתן לו כח השליחות:

ובזה יהיו מדוקדקין דברי רש"י בב"מ דף ע"ו ע"ב ד"ה אלא שכתב וז"ל הלכך אפילו נמלך והגיעו אצלה אין זה שליח שניתן לגירושין שכשקבלו לא קבלו ע"מ כן עכ"ל, ולכאורה הוא כשפת יתר דהוי ליה למכתב אין זה שליח שכשקבלו לא קבלו ע"מ כן, ומה זה שכתב אין זה שליח שניתן לגירושין, ולפי הנ"ל א"ש דכונתו דאין זה שליח שניתן לגירושין מן הבעל דכיון דכשקבלו לא קבלו ע"מ כן, א"כ גם הבעל לא עשה אותו לשליח וכנ"ל:

איברא דלכאורה ליתא לדברי הנ"ל, דהנה בכתובות דף ע"ד ע"ב איתא גבי המקדש ע"מ שאין עליה נדרים ושאין בה מומין דאם הלכה אצל חכם והתיר את הנדרים מקודשת הלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת וכתבו שם התוס' בד"ה חכם אין לפרש דבלשון תליא מילתא דא"כ הלך הוא אצל רופא ורפאו אמאי מקודשת, אלא בקפידת המומין תלוי שאף לאחר שנתרפאת היא נמאסת בעיניו כשזוכר שהיה בה מומין אבל נדרים ליכא קפידא יע"ש וכן כתבו הרא"ש והר"ן וכן נראה בשו"ע סי' ל"ט ועיין שם בח"מ ובב"ש, הרי להדיא דאף דהתנה בפירוש ע"מ שאין בה מומין וגם דהוא חזקה שאין אדם מתפייס במומין אפ"ה אמרינן דאינה מקודשת רק משום דגם לאחר שנתרפאת נמאסת בעיניו אבל לולי כן דנמאסת הוי אמרינן דמקודשת דאף דבשעת התנאי של הקידושין היו בה מומין והוא התנה ע"מ שאין בה מ"מ הוי אמרינן אם לא היה טעם דנמאסת כיון דנתרפאת אין קפידא בזה במה שהיה בה בשעת התנאי וא"כ גם הכא אף דנאמר אומדנא דמוכח הוא שאם השליח אינו מקבל שליחותו גם הבעל אינו עושה אותו לשליח, מ"מ אם מתרצה השליח אח"כ אינו מקפיד הבעל במה שלא רצה מקודם דודאי לא עדיף אומדנא מאילו התנה הבעל בפירוש וכיון דבהתנה בפירוש אמרינן דאינו מקפיד במה שאינו כפי התנאי שלו בשעת התנאי כיון שאח"כ נתקיים א"כ כש"כ גבי אומדנא הוא כן דאם נתקיים רצון שלו אח"כ אינו מקפיד ומהני למפרע:

אמנם באמת לאו כו"ע סבירא להו כן דבשו"ת ר"י מיגאש סי' נ"א מבואר להדיא דלא כן יע"ש גבי ראובן שהחליף בתים עם שמעון ואחר זמן טען שמעון שנמצא בבתים מומין שלא נודעו לו שכתב דאם המומין אינם בגוף הבתים רק אמת המים או צינור מים מקלח אינם מום ואם היה כותל נפסד אף שבנה והחליף הבנין הנפסד הוי כאילו פנים חדשות באו לכאן והוי כאילו הם בתים אחרים שלא נעשו החליפין עליהם, ואם היו חפירות בקרקע גם כי אין כאן דבר שיאמר עליו פנים חדשות באו לכאן להיות הבנין והכתלים

נשארים על הדרך שהיה בעת החליפין, עם כל זה כיון שהמום בעצם הבתים אפילו תיקן תיקון שלם הואיל והיו הבתים בלתי שלמים בעת החליפין החליפין בטלים אף שיתקן עתה כמו דאמרינן הלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת יע"ש שכתב דהא דהלך הוא אצל רופא וריפא אותו מקודשת הוא משום דטב למיתב טן דו שסיבה זו מיוחדת בדין זה בלבד ולא גמרינן מיניה לדינא אחרינא יע"ש, הרי להדיא לדעת ר"י מיגאש הנ"ל אף שלא התנה בהדיא בעת החליפין ע"מ שאין בה מומין רק שקנה סתם כמו שנראה שם בתשובה מ"מ כיון דאם נמצא מום יכול לחזור דחזקה שלא נתפייס במומין (יעוין במ"מ פט"ו מה' מכירה ה"ג שזה הטעם שיכול לחזור במום במקח) והוא ג"כ כמו אומדנא ולכך כיון דבשעת המכירה היה מום אף דהוא מום עובר ויכול לתקנו לא מהני והמכירה בטלה כיון דבשעת המכירה הי' מום ואדעתא דהכי לא קנה:

והנה מדברי רש"י כתובות שם בד"ה מכאן ולהבא משמע ג"כ דלא ס"ל כמ"ש התוס' הנ"ל שכתב נמצא שבשעת תנאי הקידושין הטעתו. ומצאתי בשיטה מקובצת שם שכתב כן להדיא דרש"י לא ס"ל כהתוס' וא"כ י"ל דגם במומי בית ס"ל כדעת ר"י מיגאש הנ"ל וכנ"ל, וא"כ גם הכא בהולך כמו שאמרה כיון דבעת עשיות השליחות לא קיבל השליח שליחותו ואומדנא דמוכח הוא שאם השליח אינו מקבל שליחותו גם הבעל אינו עושה אותו שליח דמסתמא לא יתרצה גם אח"כ וכנ"ל, לזאת גם אם נתרצה אח"כ לא מהני וכנ"ל דלא גרעה אומדנא מחזקה שאין אדם מתפייס במומין דאמרינן דלא מהני אף אם תיקן אח"כ, ועי' בשו"ע חו"מ סי' רל"ב סעיף ה' ראובן שמכר לשמעון בתים כו' נכנסו עכו"ם וקלקלו קצת מקומות ועקרו דלתות הבית והחלונות כו' שכיון שהוא מום עובר כו' ויקיים המקח, הדין עם ראובן, והוא משו"ת הרא"ש ועי' בטור שם וכתב ע"ז בהג"ה רמ"א שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית וכן מום שאינו בגוף הבית כו' אמת המים כו' והמקח קיים אבל אם המום בגוף הבית כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם ונמצא רעוע אינו יכול לבנות או כותל שלם וכל כיוצא בזה ומצויין ע"ז בסוף דברי הג"ה הנ"ל "הגהות מרדכי דכתובות" והנה דברי הרמ"א "וכן מום" ולהלן הן מדברי הר"י אבן מיגאש הנ"ל המובא בדרכי משה מסקנת דברי הב"י בשם ר' ירוחם ע"ש וכן הוא בהגהות מרדכי כתובות אך לא סיימו שם כל התשובה המבוארת בשו"ת ר"י מיגאש בעצמו סי' נ"א הנ"ל:

והנה מדברי ר"י מיגאש הנ"ל בשו"ת שלו בפנים נראה דהפסד בכתלים הוי מום דהוי פנים חדשות ורק חפירות בקרקע שאינם בגוף הכתלים לא הוי פנים חדשות, ונראה מדבריו דבהך דינא דהמחבר דהעכו"ם קלקלו קצת מקומות ועקרו דלתות הבית והחלונות הוי מום דהדלתות שעקרו והמקומות שקלקלו אם יתקן אותם יהיה פנים

חדשות, והרא"ש מקור דברי המחבר באמת יחלוק על הר"י מיגאש הנ"ל, ונראה דלכך שינה הרמ"א בלשונו וכתב שאמר לו" שיש לו כותל שלם ונמצא רעוע ממה שבדרכי משה לא כתב שאמר לו, והיינו דלדעת הרא"ש והמחבר שמחמת קלקול המקומות ועקירת הדלתות אינו יכול לחזור שהרי בית מכר ועדיין נקרא בית, גם אם יסתור הכותל יהיה נקרא בית, ולכך כתב הרמ"א שאמר לו שיש לו כותל שלם, וא"כ לא מכר לו את אשר אמר לו, גם לפי מ"ש הר"י מיגאש הנ"ל דחפירות בקרקע הוי מום ואף שיתקן לא מהני ואף דלא שייך בזה פנים חדשות משום דבשעת החליפין היה מום והוי כמו בהלכה אצל רופא וריפא דאינה מקודשת, א"כ לפ"ז גם בהך דינא דהרא"ש והמחבר דקלקלו קצת מקומות ועקרו הדלתות, וגם אם נאמר דבית מכר ועדיין נקרא בית ג"כ נתבטלה המכירה ואף שיתקן לו לא מהני דודאי לא עדיפא קלקול המקומות ועקירת הדלתות מחפירות בקרקע, והרא"ש שכתב דמהני כשיתקן הוא משום דאזיל לשיטתו דגם הוא כתב בכתובות שם דהא דהלכה אצל רופא וריפא אינה מקודשת משום דמאוסה היא עליו גם אחרי כן, יע"ש וא"כ הכא דלא שייך הך טעמא מהני כשיתקן: וגם המחבר באה"ע סי' ל"ט סעיף ו' נראה דס"ל כהתוס' והרא"ש גבי הלכה אצל רופא, ואזיל גם הוא לשיטתו, וגם הרמ"א ששתק לו להמחבר באה"ע גם הוא ס"ל כן משום דמיאוס שכן הוא דעת רוב הפוסקים וכן נראה מלישנא דהרמב"ם בפ"ז מה' אישות ה"ט לכך לא הביאו המחבר והרמ"א בחו"מ דעת הגהות מרדכי בשם מהר"י מיגאש הנ"ל החולקים על דעת הרא"ש מקור דברי המחבר:

מעתה לפ"ז תמוהים לי דברי הגאון זצ"ל בביאורי הגר"א שציין על דברי הרמ"א בחו"מ הנ"ל בסק"י וצ"ל כמ"ש ע"ד ב' אצל רופא כו' יע"ש ולפי הנ"ל הוא תמוה דעל הרמ"א שכתב דינו אחר דברי המחבר ולא כתב עליו ויש אומרים דמשמע דגם להרא"ש והמחבר הוא כן וכמו שנראה כן מהא דשינה וכתב שאמר לו שיש לו כותל שלם וכמ"ש לעיל, א"ב אי אפשר לומר כמו אצל רופא כנ"ל, ואפשר דהגר"א ז"ל ס"ל דכיון דבית מכר ועדיין נקרא בית א"כ לא הוי מום כלל, וא"כ אף אם אמרינן דבהלכה אצל רופא לא הוי משום דגם עתה היא נמאסת עליו רק משום דכיון דבשעת מעשה היה בה מום והטעתו, מ"מ הכא דעדיין נקרא בית ולא הוי מום כלל המקח קיים, (אך עדיין צ"ע דהלא הגר"א ז"ל כתב דבריו על דברי הרמ"א הנ"ל שהוא אחרי דברו המחבר והמחבר נראה באה"ע סי' ל"ט סעיף ו' שס"ל דבהלכה אצל רופא הוא משום דמאוסה היא עליו גם אח"כ ועי' בב"י אה"ע שם שכתב על הרמב"ם שכתב כלשונו בשו"ע שס"ל כנ"ל והרמ"א שתיק ליה להמחבר באה"ע ונראה דגם הוא ס"ל כוותיה, ולבר זה הלא הר"י מיגאש ס"ל להדיא

דהוי מום וא"כ י"ל דגם הרא"ש לא פליג עליו בזה דהוי מום ורק דהוא אזיל לשיטתו דאם הוסר המום אח"כ ג"כ מהני וכנ"ל ורק אם לא הוה נקרא בית היה פנים חדשות שלא היה המקח ע"ז והמקח בטל) אך אף אם נאמר כן מה שציין בסוף דברי הרמ"א הנ"ל "הגהות מרדכי דכתובות" (ולא אדע אם דברי הרמ"א בעצמו הוא או אחר ציין זאת הגהות מרדכי דכתובות) וזהו ודאי תמוה דהגהות מרדכי דכתובות הוא בשם הר"י אבן מיגאש, ולדבריו אף אם לא אמר שיש לו כותל שלם רק סתם ג"כ אם נמצא רעוע בטל המקח ואף בדינא דהמחבר קלקול המקומות ועקירת הדלתות הוי מום והמקח בטל וכנ"ל וצ"ע ובעיקר דברי הרא"ש יש להאריך בזה אך אין כאן מקומו: נחזור למה שכתבנו די"ל בדעת רש"י ז"ל דלכך באומר כמו שאמרה דאינה מגורשת אף כשיגיע הגט לידה דכיון דהשליח לא קיבל שליחותו אומדנא דמוכח הוא דגם הבעל לא משאו לשליח וכנ"ל, ולכך לא מהני אף שיתרצה השליח אח"כ וכנ"ל. מעתה לפ"ז י"ל דזה דוקא אם לא קיבל השליח שליחותו מתחילה בעת עשית השליחות א"כ גם הבעל לא עשאו לשליח, אבל אם מתחילה קיבל שליחותו, וא"כ גם הבעל עשאו לשליח ומסר לו כח השליחות וכבר נגמרה עשית השליחות של הבעל כראוי אף אם ביטל השליח אח"כ את שליחותו מ"מ אם חוזר ומתרצה מהני דכח הבעל ומסירת כחו לשליחות לא נתבטל והכא לא שייך אומדנא לומר דגם הבעל לא עשאו לשליח: דהלא בעת הביטול של השליח לא עשאו אותו הבעל לשליח רק עשיות השליחות נעשו מקודם אשר הבעל עשאו לשליח ומסר את כחו לו שיהיה הוא במקומו ואז הלא קיבל השליח את שליחותו והתרצה לדברי הבעל:

ואין לומר בזה אומדנא דמוכח הוא דאם היה יודע הבעל מתחילה דהשליח יבטל אח"כ את שליחותו לא היה עושה אותו לשליח מתחילה, דזה ודאי אינו דכיון דעל עת עשית השליחות לא שייך אומדנא דהלא אז התרצה א"כ לא שייך לומר דאילו היה יודע מה שיהיה אח"כ שיבטל לא היה עושה זאת מתחילה. דהלא אם נאמר אומדנא מתחילה אם היה יודע מה שיהיה אח"כ, א"כ יש לנו לומר ג"כ אומדנא על כל הנעשה מתחילה ועם מה שיהיה עד כל הסוף, ויש לנו לומר דאם היה נודע לו אשר עתה בעת עשית השליחות מקבל שליחותו ואח"כ יבטל ואח"כ יחזור לשליחותו, וא"כ אם נאמר כן דהבעל היה יודע מכל זה ודאי דהיה מוסר לו השליחות והיה עושה אותו לשליח ברצון טוב, אבל אם השליח אינו מקבל שליחותו מתחילה אין לנו לדון על מה שיהיה אח"כ רק דהאומדנא הוא על עת הזאת עת עשית השליחות ואז ודאי אם היה יודע שאין מקבל את שליחותו לא היה עושה אותו לשליח ולכך שליחותו בטלה, וכמו שס"ל להר"י מיגאש:

ולפי הנ"ל גם רש"י ס"ל כן גבי מומין דאם בעת המכירה היה מום בטל המקח, אף דשם לא הותנה בפירוש שלא יהיה מום ורק משום דהוא חזקה שאין אדם מתפייס במומין דהוא ג"כ כמו אומדנא, ולא אמרינן דאף דחזקה שאין אדם מתפייס במומין, מ"מ אלו היה יודע שאם יתקן לו אח"כ היה מתרצה וליכא חזקה שאין אדם מתפייס, ורק אמרינן כיון דבעת המכירה היה מום ואילו היה יודע לא היה נתפייס לכך המקח בטל, א"כ גם הכא באומדנא הוא כן וכנ"ל. וכן יש לדמות זה להא דמבואר השו"ע חו"מ סי' רנ"ג סעיף ה' שכ"מ כו' נכסיך למי. אמר כמדומה שיש לו בן ושאשתו מעוברת עכשיו שאין לו בן נכסי לפלוני, ונודע שיש לו בן או שאשתו מעוברת אין מתנתו מתנה אף שמת הבן או שהפילה אשתו אח"כ, הרי כיון דהוא אומדנא שלא נתן רק אם לית ליה בן וכיון שיש לו בן לא נתן, לכך אף אם מת הבן אח"כ המתנה בטלה ולא אמרינן אילו היה יודע מתחילה שימות הבן או שאשתו תפיל העובר היה נותן, משום דאנו דנין על שעת המתנה ואז כיון שבנו חי ואשתו מעוברת לא נתן, א"כ גם הכא דבעת השליחות לא קיבל שליחותו ואומדנא דמוכח הוא דלא נתן לו כח השליחות רק אם מקבל שליחותו השליחות בטלה אף שיתרצה אח"כ, אבל אם מתרצה מתחילה ומקבל שליחותו ואח"כ ביטל, אם נתרצה אח"כ דלא שייך אומדנא וכנ"ל חוזר לשליחותו כמקדם וכנ"ל:

ולפי זה היה אפשר לומר דלדעת התוס' והרא"ש והר"ן ולפי דברי הב"י שגם הרמב"ם ס"ל כן וכן היא דעתו בשו"ע סי' ל"ט דהא דהלכה אצל רופא הוא משום דגם אח"כ היא מאוסה עליו, אבל בלא"ה כיון שנתרפאה מקודשת אף דבעת הקידושין היו המומין א"כ לפי דבריהם י"ל דגם אם לא קיבל השליח שליחותו מתחילה (רק שהבעל אינו יודע מזה בעת שלא קיבל) מ"מ אם נתרצה אח"כ מהני וכמו גבי מומין וכנ"ל ומהא דשו"ע סי' רנ"ג הנ"ל יש לדחוק וליישב, והא דבאמר הולך כמו שאמרה אינה מגורשת אף שהגיע הגט לידה והשליח מתרצה אח"כ י"ל כמו שכתב הרשב"א ז"ל בפירושו שהביא הנודע בשערים הנ"ל וכן הוא בריטב"א גיטין שם ובשיטה מקובצת ב"מ ע"ו, ולהפוסקים דס"ל ושליח הובאה האשה עושה, בלא"ה לק"מ וכמ"ש לעיל משום דבעת שהגיע לידו שאז אמר לו הא גיטך אז לא היה בתורת שליחות וכמו שהארכתי לעיל:

וצ"ע בזה לדעת הראשונים הנ"ל דיש לדחות ולומר גם אליביה אם לא קיבל שליחותו מתחילה לא מהני ריצוי שלו אח"כ, דהכא גבי אומדנא עדיף מהא דכתובות ואין העת להאריך בזה, אכן אם מתחילה קיבל השליח שליחותו ואח"כ ביטל אם נתרצה אח"כ בזו כבר הוכחתי לעיל. דנראה לדעת הטור דמהני ריצוי שלו, וגם מרש"י אין סתירה לזה די"ל דגם אליביה מהני וכמ"ש לעיל, וא"כ בנידון דידן דהשליח התרצה מתחילה אף

אם נאמר דהיה ביטול אח"כ מ"מ כיון ואח"כ התרצה וחזר לשליחותו מהני ומגורשת במסירת הגט מן השליח אך לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה, ועי' בפ"ת בסדר הגט דשו"ע ס"ק מ"ג ובסדר גיטין דמהר"מ סדר גט שלישי פ"ת ס"ק כ"ו שהביא בשם הג"מ דהעיקר דהשליח אינו יכול לבטל שליחותו, וכל שחזר ונתנו לה לא איכפת לן במה שביטל מקודם ומ"מ סיים דלמעשה קשה להכריח לחומר הנושא ואין ס' ג"מ ת"י לעיין בו:

אך בנידן דידן דהוא ספק אם היה ביטול וגם אם היה ביטול אם הבעל מומר הלא איכא דעת הסוברים דמומר יכול לזכות את הגט ומגורשת בזה אף שלא הגיע ליד האשה ואף שלא ידעינן שהיא מהדרת ועי' בט"ז סי' ק"מ ס"ק ה' ובפ"ת סי' ק"מ ס"ק י"ג דבמקום עיגון סמכינן על זה לבד, וא"כ כבר זכתה האשה בהגט מקודם ולא איכפת לן בביטול השליחות של השליח השני, ואף שלא נודע לנו בבירור מהמרתו מ"מ הלא מהגט והרשאה של שליח ראשון שנכתב כמו שכותבין בגט מומר, נראה שהוא מומר, ומסתמא ידעו הב"ד דקישינאוו דהוא מומר אף שאינני מכיר את הב"ד מי הם, ולכל הפחות נראה להך דעה ובגט מומר יכולין לזכות, דבגט כזה שנכתב כפי שכותבין במומר אף שלא נודע מהמכתב בפה מ"מ יצאה האשה מחזקת א"א, דמסתמא היה ידוע לב"ד שפקר ויש להאמין שהוא מומר, וגם יש לצרף בזה מ"ש בפ"ת בסדר הגט דשו"ע ס"ק ח"ג בשם שו"ת מהרי"מ לצרף דאם ביטל דרך כעס אין זה כלום, וגם הך סברא שכתב שם דהוי כמו נדרי זריזין דגם הכא י"ל דאמר כן כדי שימסור את הגט ואף דביו"ד סי' רל"ב איתא דדוקא בנדרים אמרינן כן ואין למידק למקום אחר, מ"מ יש לצרף זה לסניף, באופן שמכל הלין טעמא היה נראה להתיר את מסירת הגט של השליח השני, אך באשר כי גם שם האשה לא נכתב כראוי, אף כי כבר הארכתי לעיל להתיר בדיעבד מ"מ בהצטרף יחד גם הך ספק ביטול לא אוכל להתיר לעת עתה:

שוב התבוננתי כי עיקר מ"ש הט"ג באות א' ס"ק ל"ב בדעת הב"ש בשם מהרי"ט שהבאתי לעיל דלכך לא אמרינן דשם אלי' שהכל קוראים אותו בלא וא"ו הוא חניכה שהכל קוראין אותו ואף אם היה שמו אליהו בוא"ו יהא כשר משום דדוקא בחניכה שהוא קיצור השם או חניכה אחרת שידוע שאין שם בפ"ע רק נגזר משם העיקר בזה סמכינן לפעמים אף לכתחילה אבל כשהוא שם בפ"ע דיהיה נשמע דזה שמו העיקרי אלי' בלא וא"ו ולכך בעינן שני גיטין יע"ש ועי' בס' חידושי אנשי שם סי' מ"ד הנ"ל שגם הוא כתב כן בדעת הב"ש גבי חזקי' ועי' בשואל ומשיב מ"ק חלק שלישי סי' פ"ח שקילס להך סברא:

ולענ"ד הוא תמוה ואי אפשר לומר כן בדעת הב"ש דהלא הב"ש בסי' קכ"ט ס"ק ל"ה כתב גבי שם החולי שנשתקע אף דהוא ספק אם הוא עיקר א"צ שני גיטין וכותב רק שם הראשון דהוא ככנוי שהוא כשר ולדברי הט"ג הנ"ל אמאי אין צריך שני גיטין דהלא כנוי לא הוי רק קיצור או חניכה אחרת שאינה שם בפ"ע והכא הלא שם הראשון הוא שם בפ"ע ועי' שם בשו"ע סי' קכ"ט בחלקת מחוקק ס"ק א' בתשובתו שם מבואר בדבריו שגם הוא ס"ל דשם הראשון הוי כחניכה שהכל קוראין וכן כתב ג"כ להדיא בב"י שם בסי' קכ"ט וכן מבואר בפ"ת ס"ק נ' בשם החוט השני וכנראה שם דגם הגאון מהר"י הורוויץ מסכים עמו בזה וכן מבואר בט"ג שמות שנשתנו מ"ח בשם המאיר נתיבים וכן נראה ממה שכתב הב"י הביאו הט"ז בסי' קכ"ט על מה שפסל מהרא"י בשם מהרר"י אם לא כתב כהן משום דבשטרות היו כותבין כהן וע"ז הקשה הב"י דהא בחניכתו לחוד כשר ושמו בלא כהן לא גרע מחניכתו יע"ש ולדברי הט"ג הנ"ל מאי מקשה מחניכתו דהלא חניכה הוא דוקא שידוע שאין שם בפ"ע רק נגזר משם אחר העיקר אבל שמו בלא כהן דהוא שם בפ"ע ואינו ידוע לחניכה לא מהני. וכן נראה מדברי התוס' גיטין ל"ד ע"ב וכל הראשונים שכתבו בשם ר"ת דבגט מומר אין כותבין רק שם יהדות דלא גרע מחניכה ועי' ברשב"א שם שכתב דהיכא דיש לו שני שמות גם לכתחילה די באחד דלא גרע מחניכה ולדברי הט"ג והחידושי א"ש הנ"ל הלא שם בפ"ט לא דמי לחניכה ומאי ראיה, ואף שהתוס' שם בגיטין כתבו דנקיי הדעת שכתבו חניכתו היו שמותיהן ידועין אי כשהשמות דומין שהכנוי דומה לשם הלא כתבו זה רק לענין לכתחילה משום דחניכה לא עדיף משם עיקר וגם בשם עיקר היכא דיש לו שני שמות ס"ל דכותבין לכתחילה שני השמות וכמו שמבואר שם בתוס' והיכא דחניכה דומה לשם כותבין לכתחילה אבל לומר דכנוי שהוא שם בפ"ע גרע מעיקר שם לא משמע מדבריהם, ולדברי הרשב"א הנ"ל מוכח דאף כינוי שהוא שם בפ"ע גם לכתחילה כשר ועי' ברא"ש שם בגיטין שגם הוא כתב כהתוס' להסביר החילוק בין הא דשני שמות להך דנקיי הדעת דמיירי שמכירין אותה והכל קוראין אותו בשם זה אלי' כשהוא חותם בשטר או קורא בתורה קוראין אותו בשם המובהק להכי סגי בשם חניכה לחוד אף לכתחילה ומהאי טעמא מומר א"צ לכתוב רק שם יהדות דלא גרע מחניכה:

הרי דאף לדעת התוס' והרא"ש אם הכל קוראין אותו בחניכה ואף שחותם ועולה לתורה בשם המובהק כשר אף לכתחילה ואף בשני שמות כן אם חותם ועולה לתורה באחד ונקרא בפי כל בשם השני כשר לכתחילה בשם שנקרא בפי כל דחניכה ושני שמות בפ"ע דמי להדדי וכמו שנראה להדיא כן בדבריו וא"כ הכא בשם אלי' שהכל קוראין

אלי' בלא וא"ו אף ששמו המובהק אליהו מלא כשר לכתחילה לפ"ז, איברא דמדברי מהרא"י שהביאו כל הפוסקים בשמו דגרשום שכתב גרשון הוי שנוי משום דהם שני שמות חלוקים בקרא ופסול אף בדיעבד א"כ משמע כהט"ג דהיכא שהכנוי שם בפ"ע לא הוי כנוי דאל"ה אמאי פסול ומה בכך שהם שני שמות בקרא הלא עכ"פ כיון דהכל קוראין אותו גרשון הוי כנוי והנה באמת היה אפשר לומר דגם מהרא"י לא מיירי רק שאין ידוע איך קוראין אותו וכמו שנראה כן מדברי הג"פ שהביאו הט"ג אות ג' ס"ק ל': אכן מדברי הט"ג וסתימת האחרונים נראה מבואר שאף אם הכל קוראין גרשון הוא פסול וגם מהג"פ אין ראיה להיפך והא דכתב דמהרא"י מיירי שאין ידוע האיך שמו היינו דאל"ה היה לו להכשיר מחמת דנשתקע שם הראשון וע"ש בט"ג ס"ק ל' וס"ק כ"ט אבל לא מטעם חניכה ואפשר דס"ל כיון דגרשום וגרשון השמות דומין זה לזה לכך לא חשיב חניכה דאף דע"י חניכה שמכנין אותו וקרו ליה ועני חשיב כשם העיקר ככל שם עיקר שקרו ליה ועני דחשיב שם ע"י זה כמבואר באחרונים אבל היכי דהחניכה דומה לשם העיקר ואין הפרש ביניהם רק במם ואין בסוף התיבה דזה גרשום במם וזה גרשון בנון אין ראיה ממה שקרו ליה גרשון בנון להחשיבו שם חניכה קבועה בפ"ע ע"י שקרו ליה כן ועני דמה שעני על מה שקרו ליה גרשון הוא מחמת שהוא מבין שאותו קראו ע"י השם שדומה לשמו גרשום וגם העולם אין קובעים שמו גרשון לעיקר רק מחמת שטעו או שאין מקפידים בזה בשנוי קל כזה אבל בכתיבה מדקדק אדם לכתוב שמו במכוון כמו שהוא באמת וכיון שנכתב לא כפי האמת גרשום רק גרשון לכך הוי שנוי ופסול. %%%%(וכמו שמצינו סברא כזו ברשב"א באם הקדים שם טפל לעיקר דאין דרך בני אדם לכתוב שם טפל קודם.)%%%%:

ועפ"ז יש ליישב ולפרש דברי מהרלב"ח כפי שהבין בדבריו השיבת ציון הנ"ל דקיצור השם היכי שאינו שם אחר שאינם נמצאים אחרים שנקראו בשם זה לעיקר חשיב חניכה והיכי דהקיצור הוא שם שאחרים נקראו בו לעיקר הוי שנוי וכנ"ל והיינו דקיצור לא חשיב חניכה דמה שקורין אותו בקיצור, אינו קובע שם לעצמו דהוא בעצמו וגם העולה שקורין אותו בשם הקיצור אינם קובעים אותו לשם רק שרגיל העולם לקצר ולקרוא כן, וע"י זה הכניס שמו הקבוע ובכתיבה אין דרך בני אדם לכתוב רק שם הקבוע שלו ובכ"ז היכי דהקיצור שקוראין אותו לא הוי שם שאחרים נקראים בו לעיקר א"כ אף שהקיצור לא חשיב שם קבוע בכ"ז מכנים ויודעים ממנו שם העיקר דהלא שם הקיצור כזה לעיקר אינו נמצא והוי כמו שכתב שם העיקר כיון שמתוך הקיצור מכנים שם העיקר אבל אם הקיצור שקוראין אותו הוא שם בפ"מ שאחרים נקראו בו לעיקר הוי

שנוי דשם העיקר של האיש הזה לא נכתב וקיצור לא חשיב להיות שם כשם העיקר וגם אין דרך בני אדם לכתוב רק שמו הקבוע וגם אין מכנים ממנו שם העיקר כיון דהקיצור הוא שם שאחרים נקראו בו לעיקר ויאמרו דהוא איש אחר ששמו העיקר כן: ואפשר שזהו טעם של מהרי"ט שהביא הב"ש הנ"ל באות א' גבי שם אלי' לכתוב שני גיטין ואף שנקרא והכל מכנים אותו בשם אלי' חסר מ"מ כיון דאלי' הוא קיצור גם הוא שם בפ"ע שאחרים נקראו כן לעיקר י"ל דהוי שנוי וכנ"ל, אך כבר כתבתי דהחידושי אנשי שם יפרש דבריו דסבר היפך דכיון דרבים נקראו כן הוי חניכה ואף דהוא בעצמו כתב שם דלא כמו דבמהרלב"ח גופיה בכ"ז ראה דבריו כפי שהובא בס' בית אפרים ע"ש וגם מלישנא דמהרלב"ח כפי שהובא בשיבת ציון הנ"ל נראה דס"ל כן וכמ"ש לעיל וכן נראה מהא דכתב מהרא"י גבי חזקיה דהוי חניכה ולפי שפירש דבריו הט"ג שם (דלא כהב"ש בשם מהרי"ט) דאף אם בש"ס היה עיקר שמם חזקיהו מלא מ"מ כשר בשם חזקיה דהוי חניכה והיינו כיון שהעולם קוראין אותו חזקיה יע"ש בט"ג ס"ק ד' ובשם גדליה סק"א ס"ל דהך את את"ל שכ' מהרא"י הוא כמו כל את"ל שבש"ס ולא מטעם ממ"נ כדעת הב"ש יע"ש בט"ג בשם גדליהו הנ"ל וא"כ נראה דאף דשם חזקיה ושם גדליה הוא קיצור והוא שם בפ"ע שאחרים נקראו כן בכ"ז הוי חניכה ואף די"ל דשם בשם חזקיה וגדליה הוא משום שמציג גם בקרא בזה האיש גופא שנקרא חזקיהו וגדליהו מלא נקרא ג"כ חזקיה וגדליה חסר לכך לא הוי שנוי: מ"מ מדברי הט"ג הנ"ל לא משמע כן וגם הב"ש בשם המהרי"ט שכתב גבי שם אלי' לכתוב שני גיטין אף שהכל קוראין אותו אלי' י"ל דהוא רק לכתחילה וכמו שנראה לאמר דדעת הנוב"י שהוא כשר בדיעבד מטעם חניכה ולפי הנראה מדבריו דאף אם ודאי היה שמו אליהו אם קוראין אותו אלי' בלא וא"ו הוי חניכה והא דבגרשום שכתב גרשון הוי שינוי אף שכבר כתבתי דמהרא"י מיירי שגם הכל קוראין אותו גרשון י"ל דהוא משום שהם שני שמות משני אנשים אין דרך בני אדם לכתוב שמו בשם אחר שאינו שמו כלל אבל היכא שאינו עיקר השם והוא קיצור משמו אף שנמצאים אנשים שנקראים בשם הקיצור לעיקר מ"מ כיון שדומה לשם שלו ורבים מכנים אותו בהקיצור י"ל דדרך בני אדם לכתוב שמו כן וגם שם אלי' וחזקי' וגדלי' אינם חשובים שמות בפ"ע כגרשום וגרשון כאשר מבואר בט"ג יע"ש: וא"כ בנידון דידן דצירא וצירל הם שמות לעז והיכי דהעיקר השם צירא הוא שם צירל קיצור לצירא דלא גרע מזוסא זוסלין גוטא גוטלין אף אם שם צירל הוא שם שרבים נקראין כן מ"מ לעיקר אם היה רוב קוראין אותה צירל הוי חניכה טובה ואף אם מיעוטא קוראין צירל הוי שם טפל וכנ"ל ועי' בב"י בסי' קכ"ט שכתב אם כתב אליה לא פסל כיון שאחרים נקראו כן כמו

שכתב התה"ד וגם הנביא אלי' עצמו נקרא כן עכ"ל הרי נראה מדבריו דמה שאחרים נקראו כן הוא עדיף ואף די"ל בכונתו שאחרים נקראו כן היינו אחרים ששמם העיקר אליהו מלא נקראו כן אלי' חסר:

הנה לבד שלא משמע מדבריו לומר כן עוד זאת הרי גם בנ"ד ידוע בשמות כזה שדרך העולם לקצר השמות ולהאריך ושם כזה צירא קוראין הרבה צירל ויש לדחות דכונת הב"י דשני הטעמים הוא א' דכיון שרבים נקראו כן י"ל דגם שמו הוא כן אלי' ואף אולי שמו אינו כן מ"מ כיון שגם הנביא עצמו נקרא כן לכך לא הוי שנוי כל כך והוא דוחק באופן דנראה די"ל דקיצור אף אם הוא שם שאחרים נקראו כן י"ל דהוי חניכה ולכה"פ הוא ספק שם דהוי חניכה וכיון דהכא איכא עוד סברא לומר כמ"ש הרמ"א דהוא כנוי שמשתנה מכח לשון המדיני צירא וצירל הוא כמו וואלף וואלפליין וועלוויל דצירא וצירל דהנקודות שוות הוי שם אחד א"כ לכה"פ הוי ע"י שמיעוטא קוראין אותה צירל שם טפל מחמת המיעוט שקוראין אותה כן ואפשר עוד עדיף מזה מכח לישנא דהרמ"א הנ"ל מחמת דהנקודות שוות לפי דעת התשובות שמואל והגאון דק"ק טיקטין שמביאו שמה, אף אם לא היו קוראין אותה כלל צירל הוא כשר ועדיף משם טפל והוי כעיקר השם לכן יש להכשיר בדיעבד במקום עיגון כנ"ד וכנ"ל:

סימן כט

תשובה לחכם אחד. הנה בענין שליח שלא ניתן לגירושין המבואר בגיטין כ"ז ולכאורה סותר להמבואר בספ"ב הוי שליח להולכה עד דמטית למקום פלוני כו' ושוי שליח להולכה כו' ותי' הר"ן כיון דשליח שלא ניתן לגירושין אין לו לשנות כלל ממה שאומר לו הבעל אבל התם שצוהו בפירוש כו' והריטב"א פי' דכל הקפידא היא משום בפ"נ ובפ"נ דל"מ רק בשליח שניתן לגירושין, ומשו"ה התם כיון דאי היה משוי שליח הוי שליח שניתן לגירושין יעו"ש וכפה"נ לא ראה הפ"י דברי הריטב"א ויעויין בב"מ שנעלם מאתו ג"כ דברי הב"מ הנ"ל, ויעויין ברשב"א בחי' ספ"ב שעמד ג"כ על קושיא זו ומפשטות לשונו היה נראה כונתו כדברי הר"ן אך התשב"ץ בח"א סי' כ"ה הסב כונתו לכונה אחרת שכיון שבמצות הבעל עשתה האשה שליח זה הרי היה שליח שניתן לגירושין יעוי"ש מה שהאריך ויעו"ש בתשב"ץ שהעתיק בשם הרשב"א אבל התם נעשה שליח ע"פ ציוויו של הבעל ולפנינו איתא עושה שליח ולפי גי' דידן י"ל כונת הרשב"א כהר"ן: ויעויין במהרי"ט ח"א סי' ה' שהביא ספיקת מהר"י אדרבי לענין אמירת בפ"נ במי שהוא אינו שליח להולכה והוא חולק עליו אבל באמת המעיין במהר"י אדרבי הנ"ל כתב ג"כ כהמהרי"ט דאם אמר לשלוחו שוי שליח אפילו אם אמר לפלוני גם כן מהני אמירתו,

ולפ"ז גם הדברי ריבות ס"ל כהמהרי"ט דאם עושה מעשה קוף בעלמא לא מהני אמירתו, אבל לשיטת הר"ן י"ל דגם הכא אינו שליח שניתן לגירושין א"כ אין נ"מ כלל בין אם הוא בעצמו עשה לשליח שני או השליח עושהו לשליח. אך לכאורה צ"ע על מהר"י אדרבי הנ"ל דס"ל אם אמר לשלוחו למסור לב"ד פלוני מיקרי דעביד מעשה קוף בעלמא א"כ אמאי מהני להאב"ע דספ"ב אמירתה בפ"נ ויעויין בדברי ריבות שפי' דברי הגמ' דהאשה עושה לב"ד לשלוחים אבל צ"ע דכיון דאמר לה ב"ד שבמקום פלוני הלא הבעל בעצמו עשאם לשלוחים ומשו"ה י"ל דזהו כונת הגמ' ואב"א דאמר לה הוי שליח עד מקום פלוני דלתירוץ קמא ל"מ אמירת בפ"נ רק היכא דהויא שליח שניתן לגירושין אבל להאבע"א מהני גם היכא דלא הויא שליח שניתן לגירושין, ומיושבין בזה דברי התוס' דלא כמו שנתקשה הרש"א ולפ"ז להרי"ף והרמב"ם שהביאו להך ואבע"א יהיה מהני אמירת בפ"נ גם בשליח שלא ניתן לגירושין:

ויעויין בגיטין ל' דלפי גי' הרי"ף ב"ד יכולים לעשות שליח שלא בפניו ויעויין ברא"ש פ' התקבל ומזה הוציאו האחרונים דבעל א"י למנות שליח שלא בפניו לשיטת הרי"ף, ומה שהביאו ראיה מהא דאבא בר מניומי י"ל דהני פוסקים יסברו דהוא צוה להשליח שיעשה שליח לאבא בר מניומי ולא שהוא בעצמו עשאו לשליח וכן משמע מפירש"י מסור מילך קמן כו' ויהיה שליח ב"ד הרי דלא הבעל עשה שליח לאבא בר מניומי. וראיתי בדברי אמת שכתב ג"כ לדחות הראיה מאבא בר מניומי כנ"ל ומה שהביא שם בשם רש"י לפרש הא דאבא בר מניומי אפכא צ"ע, אך לפ"ז יהיה מוכרח הפי' בהרשב"א שלא כהתשב"ץ הנ"ל דאם כהתשב"ץ האיך נסתפק הרשב"א בתשובה אם יכול הבעל למנות שליח שלא בפניו הלא מפורש בעובדא דאבא בר מניומי אע"כ דהפי' בדברי הרשב"א כמ"ש למעלה כשיטת הר"ן, וכונת התוס' בתירוצם בודאי כדברי הר"ן, הרי דלשיטת הר"ן והתוס' והרשב"א אף בנותן לו רשות לעשות שליח הוי שליח שלא ניתן לגירושין, ולהריטב"א ולפי פי' התשב"ץ בהרשב"א אם נותן לו רשות לעשות שליח הוי שליח שניתן לגירושין:

ולפ"ז תהיה נ"מ גדולה לדינא דהלא לפי שיטת הר"ן, והתוס' כל שליח שלא ניתן לגירושין אינו רשאי לשנות דבר מדברי הבעל רק לעשות כמו שאמר ואינו רשאי רק לעשות שליח ולמוסרו לידו אבל לא לשלחו ביד א"י דהוי קפידא בכה"ג ויעויין בהג"ה מל"מ שנסתפק אפילו בשליח גמור אם מצי לעשות שליח שלא ניתן לגירושין ואם כי לכאורא יש לפשוט ספיקא זה לקולא אבל בשליח שלא ניתן לגירושין שמפורש בדברי הר"ן והתוס' והרשב"א שאין לו לעשות רק כמו שאומר הבעל י"ל בודאי דהוי קפידא

בכה"ג ויעויין בחת"ס שכתב לחשוש אף בשליח גמור אבל בכה"ג בודאי הוי קפידא וכפמ"ש למעלה דלא נעשה שליח רק בבוא לידו הגט הוי שינוי מלשון הבעל כמו אם אמר זיל יהביה לפלוני וא"ל דהתם משום שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר כו', אבל לשיטת הריטב"א ולפי פי' התשב"ץ בדברי הרשב"א הוי בכה"ג שליח שניתן לגירושין דאינו רשאי לשנות רק ממה שהקפיד הבעל בפירוש, ולפ"ז אם היה מקום לחוש דלא היה ביד שליח ראשון לגרשה היה אפשר להאריך בזה אבל באמת בנ"ד לא אדע מקום להסתפק בזה דהוא פשוט, הנה התשב"ץ כתב בסי' כ"ה וז"ל וכל שליח שהוא יכול לעשות שליח ע"כ הוא ראוי לעשות אותו דבר מכח שליחותו מזה הטעם עצמו לפי שכל שליח הבא אחר אותו שליח מכח שליחותו הוא בא ומשו"ה היה ס"ל לרב אשי שאם מת השליח ראשון בטלו כולן יע"ש, ובמקום אחר הארכתי בזה ולפ"ז ממילא כיון שפרש שבשליח שיעשה תהא מגורשת תיכף הוה כאילו הגיד בפירוש שגם בכחו יהיה לגרש תיכף:

ואף אם נאמר דלא כהתשב"ץ כי יש לפלפל הרבה בדבריו אבל לבד זה הדברים פשוטים כמו שהעיר מעכ"ת כי אין צורך כלל לכתוב לשון זה כמו שמפורש במהר"י ואף הפוסקים שהצריכו לכתוב הוא רק לשופרא דשטרי, ומה שחושש מעכ"ת דאולי גרע מה שפירש לשליח שיעשה ולא לו לעצמו, לדעתי אין כאן חשש כלל מה שהאריך להשני ולא להראשון כיון דמסתמא כן הוא וגילוי דעתא כי הא לאו מלתא היא ויעויין בחו"מ ורמ"א סי' ס"א ורנ"ג, ועוד י"ל דכיון שכותב לו ידך כידי ועשייתך כעשייתי ופיך כפי ודבורך כדבורי והלא הוא בעצמו אם היה נותן לה סתם באמירת ה"ז גיטך ל"צ מעכשיו כמו שמפורש ברמב"ם וטור ושו"ע סי' קל"ו ממילא הוי כפירש לו בהדיא שתהא מגורשת מעכשיו וממילא דל"ה סתירה ממ"ש לשליח שני ולא לשליח ראשון כי לשליח ראשון די באמירתו ידך כידי ועשייתך כעשייתי כו' ולשליח שני שלא אמר פרש בהדיא ותיכף כו' ולא עוד כיון שכתב נותן אני לך רשות לעשות שליח בחריקך כו' הרי פי' בהדיא כונתו דלו הוא נותן הכח בעצמו שנותן להשני ואף אם נאמר דלא כהתשב"ץ הכא מודו כ"ע כיון שאמר לו בהדיא בחריקך:

והחשש מ"ש עד מאה שלוחים א"י כלל מה חשש יש בזה הלא הבעל בעצמו יכול להרשות לו לעשות שלוחים עד מאה וניזיל בתר לשון אחרון ויהיה בידו באחת לעשות יותר מצ"ט שלוחים ואם באנו לחוש דהוי סהדי חתומי על שקרי דמסתמא הגיד בע"פ כפי הנוסח הרגיל והמה שינו לכתוב יותר חדא דמאין לנו לחוש לזה ועוד דיהיה כדברים שמוכח הטעות כמ"ש בסי' מ"ג ועוד דהלא לנ"ד אין נחוץ כלל השטר הראשון כיון

דהעיקר היא ההרשאה השניה ואב"ד שקימו שטר הראשון הלא ב"ד רק על חתימות העדים קא מסהדי:
לזאת בנ"ד הדברים פשוטים כמ"ש מעכ"ת דהגט כשר, חדא כיון דהיה בידו רשות לעשות שליח הוי שליח שניתן לגירושין כמ"ש התשב"ץ ומהרי"ט ודברי ריבות והריטב"א ואף אם נאמר בהני גדולי הראשונים דל"ה שליח שניתן לגירושין כי המה הרבים לפמ"ש למעלה התוס' והר"ן והרשב"א ותוס' רי"ד וגם רש"י ז"ל והרמב"ם והרי"ף מטין לזה עכ"ז אין כאן מקום לחוש כנ"ל. ואין הזמן גרמא להשתעשע ולפלפל בדברים צדדים גם אין דרכי בכך כי אין נחוץ לנ"ד ולא להתיפות באתי:

סימן ל

כבוד הרב:
אחדשה"ט קבלתי מכתבו זה יותר משבוע נתאחרתי מלהשיבו מפני סיבה שאינה תלויה בי, אך עתה ראיתי מכתבו חשתי להשיבו, נפלאתי על הרב שכתב ועל מעשהו הלא לא הביא הרמ"א לשליח קרוב רק לכתחילה אבל היכא דאיכא דחק קצת ופשיטא בדיעבד בודאי אין לחוש כלל ואין אחר מעב"ד כלום בענין זה ופוק חזי מאי עמא דבר, וגם הרמ"א לא הביאו רק בסי' קמ"א בשם סדר הגט ובסדר הגט עצמו לפנינו ליתא, וגוף סה"ג של מהר"מ אינו ת"י, ולא אדע טעמו, כי י"ל בזה משום דאין עד נעשה דיין ונחוש שמא יצרפו ויעויין בגיטין ה' ע"ב זימנין דמייתי לה אתתא כו' אתתא מידע ידעי והיה ניחא בזה דקדוק התוס' שם למה לא נקט קרוב משום דקרוב לכתחילה לא, וניחא ג"כ מה שדקדקו למה הקפידו על קרוב ולא על אשה:
ולפ"ז פשוט שלא היה חילוק כלל בין נתקיים או לא נתקיים דכשם שיש לחוש לכתחילה שמא יצטרף לדיין יש לחוש ג"כ לצרפו לעד, אך העיקר שהטעם היה מפני כי הא דהקילו בע"א להאמינו הוא משום עיגונא לכתחילה בעי שיהיה עד כשר בעלמא, ויעוין בר"ן פ"ק דגיטין וברשב"א שכתבו בפשיטות דקרוב כשר להביא את הגט ולאמר בפ"נ ובפ"נ, וי"ל דיהיה תלוי במחלוקת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א בכ"מ שהאמינו חכמים ע"א אם הוא עדיף מקרוב ופסול דהרמב"ם ס"ל לדעת הה"מ דאשה גרעה ואם עד כשר מכחישה תצא ולהרמב"ן והרשב"א הרי המה כעד כשר ולא תצא והירושלמי מפורש בדבריהם ומחלוקתם תליא בסוגית הגמ' בכתובות כ"ב ויבמות והדברים ארוכים ויעויין באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ז, ולהרמב"ם י"ל להקפיד לכתחילה שלא לעשות שליח קרוב אבל להרמב"ן והרשב"א י"ל דאין קפידא, ואף להמקפידים פשוט דאם נתקיים הגט גם קרוב כשר דהלא אף פסול בדבר עבירה כשר היכא דנתקיים הגט חוץ מהרמב"ם ז"ל

דפוסל בזה וכבר קהו בה רבים וגם אנכי הארכתי בזה, במק"א ויעויין בשו"ע בזה בסעי' ל"ג ובאחרונים, והעיקר דביש עדים שעשאו שליח גם מקויים דהרמב"ם מודה שכשר: ומ"ש הב"ש באופן ראשון משום דהרמב"ם ס"ל דעדות שבשטר הוא דרבנן הוא תמוה דבגט בודאי הוה מדאורייתא לר"מ דאמר ע"ח כרתי, רק אם אח"כ מוציאה הגט אם הוא ראיה מדאורייתא בזה יש לפקפק, ולכן י"ל דגם כונת הב"ש אם ליכא עדי שליחות ורק נאמין אותו משום דהגט ת"י, ובזה י"ל להרמב"ם דהוא רק מדרבנן ובשליח דעלמא י"ל כמ"ש הרא"ש משום דהאמינו אותו לאמר בפ"נ, ויש להאריך בזה הרבה ואכ"מ. והיכא דהרשאה מקויימת בידו ולא הגט תליא בפלוגתת הרשב"א והמרדכי והריב"ש לענין אם יש הרשאה מקויימת צ"ל בפ"נ או לא ויעוי' ריש סי' קמ"ב בהג"ה, ובת' הרשד"ם הסכים להרשב"א והמרדכי וכיון דהוה כמו שנתקיים הגט ממילא גם פסול מהני ויעויין באחרונים ויש להאריך בזה בכל פרט. ולדעת התוס' והרא"ש והרשב"א לדעת הרמב"ם דס"ל דאם הביאו הגט שנים אף אם אין השליח אלא אחד רק שיודע שנעשה השני שליח א"צ לאמר בפ"נ ובפ"נ אתיוהו בי תרי אף פשוט דאם הרשאה מקויימת אף אם לא הוה כקיום הגט אצ"ל בפ"נ ובפ"נ ואף הריב"ש חשש שמא הוא גט אחר מזויף מ"מ הרי סתם דבאמת א"צ לחוש לזה רק דהוה כקיום הגט ולא כתקנת חכמים ולפ"ז פשוט דבנ"ד לכו"ע סגי בקיום ההרשאה דהרי נתקיימה גם תקנת חכמים דהרי אמר בפ"נ ובפ"נ, ויש להאריך בזה:

ויש להעיר לשיטת הרא"ש לפי מה שהבינו בשיטתו דס"ל דא"נ לאמר ש"ה אני רק משום דהאמינוהו לאמר בפ"נ א"כ יש להבין סוגית הגמ' בספ"ב אר"י בחו"ל כו' דהיכי איירי אם אין עדים על השליחות הלא גם בא"י א"נ ואם יש עדים על השליחות הלא גם בחו"ל א"נ לאמר בפ"נ ועיי"ש ובמ"ש למעלה בשם הריב"ש יש ליישב דקדוק של הב"מ בס"ק מ"ה סי' קמ"ח יעוי"ש:

סימן לא

מע"כ הרב הה"ג כו' כו':

יקבל מעכתה"ר בזה דברי אשר כתבתי בהיתר האשה עטל בת אברהם מקהלתו קשה היה לי מתחילה להזדקק לזה כי חקוק הדבר בלבי מימי ילדותי כד הוינא בר עשר אצל אבי הגאון זצ"ל בסלוצק היתה עובדא שהרה"ג הנעלה אבד"ק מוש ובאדקי סידר וזכה גט ש"מ בלא תנאי והיו איזה לומדים בבית אבי זצ"ל והיה המדובר ע"ד הגט שהגאון מוהר"י זצ"ל אסר האשה כאשר היה הזיכוי בלא תנאי ועוד אני זוכר מעוד גט אחד שהיה

הגר"י זצ"ל אוסר וגירסא דינקותא לזאת רציתי להמנע מלמנות על היתרא אך נכמרו רחמי ונזדקקתי וה' יחשב לזכות ולכל המצטרפים בזה:

בדבר הגט מסמארא שהאיש ברוך בן חיים היה שכ"מ ויש לו אח באמריקה לא נודע מקומו אי' ואשתו עטל בת אברהם שלום היתה רחוקה ממנו בסביבות בריסק וזיכה לה הבעל גט על ידי אחד במעכשיו בלא תנאי אם מת ואם לא מת והבעל המזכה מת באיזה שעות לאחר הזיכוי וכעת האשה יושבת עגונה שואלת ודורשת אה יש לה היתר מזקיקתה ע"י זיכוי גט שזכו לה בסאמארא: הנה בדבר האיבעיא דגמ' במזכה גט במקום יבם אף שהוא בעיא דלא אפשיטא ופסקו כל הפוסקים דחולצת ולא מתיבמת כבר כתב המהרש"ל דעכשיו שלא נהגו ביבום בודאי זכות הוא ובפרט בנ"ד שהיבם לא נודע זכרו לא נשתנה דינו מאח מומר שכ' הראשונים דודאי זכות הוא וגם ע"ד שיטת הרי"ף דס"ל לדעת הרבה ראשונים דל"ה גיטא עד דמטי לידה ומהרי"ק בתשובה כתב דצריך לחוש לדבריו אבל באמת נראין דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' עבדים שחילק בין אומר תן לאומר זכי וכן כ' הטור בסימן רס"ז וכן נקטו האחרונים להלכה וכח דהתירא עדיף בזה ואין להאריך אף כי הרבה דברים בגו אך דא עקא שהגט ניתן בלא תנאי דאם מת והגמ' לא איבעיא להו אם מת דאוסרה ופוטרה מן היבום הוא זכות או חובה אבל הא דמתגרשת מהבעל אף אם יקום מחליו הלא פשוט בכל מקום דגט הוא חוב להאשה ואין חבין לאדם שלא בפניו:

וכן כתב בפשיטות הרדב"ז בתשובה הובא בפתחי תשובה סי' קמ"ה גם הישועות יעקב בסי' ק"מ כתב דמזכה גט במקום יבם הוא דוקא בתנאי דאם מת והעיר בזה מדברי הרמב"ם פ"ט מהל' גירושין הל' כ"א בעל שאמר לאחד זכה בגט זה לאשתי כדי שלא תפול לפני יבם ונתן הגט לידו מת הבעל קודם שיגיע הגט לידה הרי זו ספק מגורשת שרוב הנשים זכות הוא להן שלא יפלו לפני יבם כו' שינה לשון הגמ' וכתב שאמר כו' כדי שלא תפול לפני יבם ומשמע שזה היה בכלל אמירתו אך יש לפקפק מחמת שיש שינוי עוד בדברי הר"מ שבהלכה כ' כתב חולה שנתן כו' וכאן שינה וכתב הבעל שאמר כו' ואפ"ל דמשו"ה דקדק שאמר כדי כו' דבבריא בודאי לא מהני זיכוי בלא תנאי דאם מת דלא סלקא לדעתה זיקת יבם ומה שיש לדקדק עוד בדברי הרמב"ם יבואר להלן בעז"ה, וגאוני זמננו הגאון רי"א בס' נחל יצחק ובספר שם ארי' כתבו בפשיטות להחמיר בזיכוי בלא תנאי להצריכה חליצה אף בדיעבד ולא ראיתי מתירים בזה לזאת קשה להכניס ראש בזה אבל באשר הוא מקום עיגון גם יש מקום להקל גם לדעת המחמירים אמרתי לשים עיוני בדבר:

הנה הט"ז סי' ק"מ כתב בס"ק ד' בזה"ל אבל נראה לענ"ד חילוק אחר דגבי בעלה מומר כו' משא"כ לענין זיקה שתקבל גט מבעלה כדי להפטר מזיקת יבם אין זה זכות גמור דבעלה חביב עליה אע"פ שהוא חולה ומסוכן מ"מ היא מצפה שלא ימות וקשה עליה הפירוד בזה אמרי' דמהני קצת סברת טן דו אפי' ביבם מומר יעו"ש מלשונו זה כמעט מבואר דהט"ז מפרש דמזכה גט במקום יבם היינו בלא תנאי (דברי הט"ז צ"ע דבאמת תשובת רש"י שהביא תה"ד אם אמרינן אדעתא זה כי לא קדשה נפשה שתהא זקוקה ליבם מומר והט"ז הסב הדברים למזכה גט במקום יבם מומר עי"ש) הגם דנוכל לאמר ע"ז אטו הט"ז כיפי הלה לה הלא הסברא עדיין במקומה עומדת שבסתם גט אם לא ימות חובה לאשה הגירושין אבל עכ"ז יש לנו אילן גדול לסמוך וצריכין אנו לברר הדבר:

יש להעיר בגוף הדין דמזכה גט במקום יבם דהוא בעיא דלא אפשיטא חולצת ולא מתיבמת כיון דעיקר הספק מחובת הזיכוי דלמא מרחמא ליה ליבם הלא כיון דמשום ספיקא נאסרה עליו הוה ליה זכות ודאי ויהיה שוב יכול האחר לזכות לה בלא צד ספק והעירו בזה האחרונים. עוד יש לשאול איזה ספק חובה יש בזה הלא אף במתנה דהוא זכות אם כששמע מיחה בטלה המתנה ה"נ אם היא רחמא ליבם תמחה כשתשמע ויהיה בטל הגט ותהיה מותרת וזו היא שאלת הראשונים:

ראיתי לבאר קצת דיני זכין לאדם שלא בפניו שיש ד' צדדים זכות גמור זכות שיש צד חובה דבר שיש בו זכות וחובה דבר שהוא חוב גמור: ובדבר שהוא זכות גמור אם מהני מחאת הזוכה שישמע לבטל הזיכוי יש להסתפק, דעת הראשונים נראה דיכול למחות שכתב הרמב"ן במלחמות פ"ק דגיטין על פלוגתת ר"מ ורבנן בשחרור עבד וז"ל שהרי אפילו דברים שזכין לו שלא בפניו אם צוח ביום שמעו לא קנה כדאיתא בבתרא ובשחיטת חולין כו' הרי דכלל בסתמא כל דברים שזכות אם מיחה כששמע לא קנה בע"כ וכן כתב הריטב"א קידושין כ"ג וז"ל ותנינא זכין לאדם שלא בפניו כו' היינו שלא מדעתו א"נ בשומע ושותק אבל בע"כ לא שאם שמע וצוח מעיקרא לא זכה כלל כו' כו' גר קטן מטבילין כו' אם הגדילו יכולין למחות כו' עיי"ש:

והרשב"א בקידושין כ"ג הביא דברי הרמב"ן וכתב וקשיא לי כו' ואי לא דמסתפינא אמינא דהכא אפי' בע"כ נמי ומתנת ממון שאני דלאו זכות גמור הוא כו' אבל שחרור דזכות גמור הוא כו' ואפי' עומד וצוח בטלה דעתו אצל כל אדם ואע"פ שבמציאה ובנכסי הגר ובלקט שכחה ופאה דזכות גמור הוא וגר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד שאין זכין בע"כ כדאמרינן הגדילו יכולין למחות הכא שאני כו' אבל הכא דזכות הוא לו ועוד דיוצא בע"כ זכין לו בע"כ ועוד שלא יהיה רבו עובד לעבדו כו' יעו"ש, ולכאורא הרשב"א סותר

עצמו בתוך כ"ד שהתחיל דבדבר שהוא זכות גמור לא מהני מחאתו ובטלה דעתו ואח"כ כתב דבמציאה כו' מ"מ מהני מחאתו והוצרך לאמר בעבד משום דיכול לשחררו בע"כ: ונראה דלא מהני טעמא דבע"כ גבי עבד רק אם הוא זכות גמור דהא לר"מ דס"ל דהוא חוב לעבד לא מהני זכות אחרים וא"כ בעומד וצוח הלא רואין דחוב הוא לו אף לרבנן כמו במתנה לרשב"ג ב"ב י"ד לזה כ' הרשב"א דבטלה דעתו ושוב הוי זכות גמור ומהני בעבד משום דיוצא בע"כ אבל בכל מקום אף דהוא זכות גמור ס"ל להרשב"א דיכול למחות ולבטל הזיכוי וכן נראה גם בסיום דבריו דבדבר דליכא צד חובה ולאידך איכא פסידא כייפינן לזה משום מדת סדום אבל אי לאו משום מ"ס אין זכין לאדם בע"כ אפי' בדבר שהוא זכות גמור אלא לדעת מחנה אפרים הל' זכיה ומתנה סי' ו' כתב לדינא שבזכות גמור אינו יכול לבטל הזכיה במחאתו:

ולדעתי הוא נגד הסברא ונגד דברי גדולי הראשונים גם יש לפקפק על כל ראיותיו. מה שהביא מדברי הר"ן קידושין בסוגיא נתקדשה שלא לדעת אביה וז"ל מיהו טעמא דנתרצה האב כששמע אבל לא נתרצה לא הוי קידושין לפי שאינו זכות גמור שהרי היא יוצאה מרשותו לכמה דברים אבל כשנתרצה גליא אדעתיה שזכות הוא לו ומזה הוכיח שאילו לא הוי קצת חובה היה מהני אפי' בע"כ לבד שהוא נגד הסברא שיהיה אדם יכול לקדש בת חבירו שלא מדעתו אף דהוא זכותו וגם יש גדולים שאמרו דהא דזכין לאדם שלא מדעתו היינו להכניס איזה דבר לרשותו אבל לא להוציא דבר מרשותו אפילו שהוא זכותו ואכ"מ. באמת אין כונת הר"ן בזה שכתב לא נתרצה היינו שמיחה רק כל זמן שלא אמר שמסכים לזה דבדבר שהוא זכות גמור קנה הזוכה מיד אפילו מת ולא נודע לו רק כששמע ומיחה נתבטל למפרע אבל בדבר שאינו זכות גמור מתלא תלי עד ששומע ונתרצה חל למפרע ואם מת הזוכה ולא שמענו ריצויו נתבטל הזיכוי, וזהו כונת הר"ן נתרצה או לא נתרצה היינו ששמענו הסכמתו או לא שמענו אבל לא מיחה וכן משמע ממה שכתב הר"ן אח"ז ומיהו דוקא כששתק בפה השמיעה אע"פ שצוח אחרי כן אבל בצוח מעיקרא, אינה צריכה גט ולא מיאן כו' ואם היה כונת הר"ן לאמר דמשו"ה מהני מחאתו דלא הוי זכות גמור מה חידש לאמר דאם היה צוח כששמע אין כאן חשש קידושין אע"כ כונת הר"ן דמתחילה פירש הא דאמרינן דהחשש קידושין שמא נתרצה למה לן רצויו הלא בדבר שהוא זכות גמור זכה הזוכה אע"פ שלא שמענו ריצויו לזאת כתב דל"ה זכות גמור, אח"כ כתב דאין כאן חשש קידושין רק אם שתק ואח"כ מיחה אבל אם צוח כששמע אין כאן חשש קידושין לא לגט ולא למיאון ובזה אין נ"מ בין זכות גמור או לא וזהו פשוט בכונת הר"ן:

ועוד הביא המח"א ראיה מסוטה כ"ה איבעיא להו בעל שמחל על קינויו אי הוי מחול ת"ש ואלו שב"ד מקנין להם כו' ואס"ד בעל שמחל על קינויו מחול עבדי ב"ד מידי דאתי בעל ומחיל ליה סתמא אדם מסכים ע"ד ב"ד כו' והלא הא דב"ד מקנין הוא מטעם זכין לאדם כו' כמו דפירש"י על הא דאמרינן לעיל איבעיא להו עוברת על דת ורצה הבעל לקיימה כו' ת"ש ואלו שב"ד מקנין כו' ואס"ד אם רצה הבעל מקיימה עבדי ב"ד מידי דדלמא לא ניחא ליה לבעל כו' ופירש"י והאיך אנו נעשים שלוחים לו בדבר שהוא חוב לו וקיי"ל דאין חבין לאדם שלא בפניו כו' ואם נאמר דגם בזכות גמור יכול למחות הלא אף אם אין הבעל יכול למחול על קינוי עצמו בקינוי ב"ד יכול למחות כשישמע ואיכא זילותא דב"ד:

לדעתי אין זה ראיה כלל דהא אלו שב"ד מקנין להן אינו מטעם זכין לאדם דא"כ יהא כל אדם יכול לקנאות לאשת חבירו מטעם זכין כו' ונראה דגם הבעל אינו יכול לקנאות ע"י שליח דבקפידא דבעל תליא רחמנא וצע"ג ובדף כ"ד איצטריך קרא להכי מאיש איש לרבות אלו שב"ד מקנין וגם לר' יאשיה איכא דרשא אחרינא מבני ישראל ואמרת אליהם לרבות אלו שב"ד מקנין כו' כדאיתא בירושלמי ומד"ר ומיושב קושית תוס' כ"ד ע"ב ד"ה ור"י כו' וכיון דאיכא קרא לרבות קינוי ב"ד לא בעינן ריצוי בעל והא דקאמר הגמ' עבדי ב"ד מידי דדלמא לא ניחא ליה לבעל אין הקושיא האיך מועיל קינוי ב"ד רק הלא אין הכתוב מטיל חובה על הב"ד לקנות לאלו רק מרבה הכתוב שמועילין קנוים לאסור על הבעל אם נסתרה למה יעשו כן לחוב להבעל הלא אין חבין לאדם אלא בפניו (אם רוצים ב"ד להפרישה מן עבירה הלא יוכלו להזהירה בלא לשון קינוי) וכן דאיק לשון הגמ' עבדי ב"ד כו' הקושיא אינה אלא על העשיה ולא על שיועיל הקינוי כי בודאי הקינוי מועיל מצד גזה"כ וגם כונת רש"י שכתב והאיך אנו נעשים שלוחים לו בדבר שהוא חוב לו וקיי"ל אין חבין כו' אין הכונה דהקינוי מועיל מטעם שליחות הבעל רק ג"כ למה יעשו בעבורו דבר שהוא חוב לו (ואפי' אם נאמר דס"ל לרש"י דטעם גזה"כ משום זכות הבעל עכ"ז בודאי לא בעינן ריצוי הבעל כמו דאמרינן בקידושין מ"ב יתומים שבאו לחלוק ב"ד כו' ור"נ אמר אינם יכולים למחות א"כ מה כח ב"ד יפה כו' היינו כיון דאמרו חכמים ב"ד יכולין לחלוק בודאי יפה כחם שאינם יכולין למחות כן אם הוא גזה"כ שב"ד יכולים לקנות ואין הבעל יכול למחות) וסעד לזה דעל קושית הגמ' עבדי ב"ד מידי דדלמא לא ניחא ליה שני הגמ' סתמא דמלתא כיון דעוברת ע"ד מינח ניחא ליה ולהלן על מחילת הבעל שני הגמ' אדם מסכים על דעת ב"ד והלא סברא זו עולה גם על הקושיא הראשונה, ולפמ"ש ניחא דהקושיא הראשונה למה יעשו ב"ד הקינוי

ע"ז לא שייך התירוץ דמסתמא יסכים אבל אם היתה הקושיא האיך מועיל הקינוי היה עולה תירוץ אחד כי אדם מסכים על דעת ב"ד ואין ראיה כלל מדברי רש"י גם על הא דזכיה אי הוא מטעם שליחות שדברו מזה המפרשים ואכ"מ: עוד הביא המח"א מחולין פ"ג ועירובין פ"א על מתניתין דד' פרקים בשנה משחיטין את הטבח לפיכך אם מת מת ללוקח רשב"י כגון שזיכה לו ע"י אחר בד"פ דזכות הוא לו זכין שלא בפניו כו' משמע דאם מת מת ללוקח ולא מצי הלוקח לאמר לא ארצה בזכות הזה ומוכח דבזכות גמור אין יכול למחות והנה המח"א בעצמו כתב ואולי משום דהתם שאני דגילה דעתו מתחילה שהיה רוצה בהמקח וחילוק זה תליא באשלי רברבי במחלוקת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש בנתקדשה שלא לדעת אביה והענין עמוק ורחב ואכ"מ: ויש לאמר בפשיטות דהנה הא דמועילה מחאתו בדבר שהוא זכות גמור היינו דגלי דעתיה שלא היה רוצה בהזיכוי משו"ה מתבטל הזיכוי למפרע ולפ"ז יש מקום לאמר דלא אמרינן איגלי מלתא רק אם לא היה שינוי במצב הדבר שהיה בעת הזיכוי וכמו שכתב מהרי"ט ח"מ סי' י"ט בדין אם נתאנה המוכר יכול לחזור לעולם מ"מ אם נשתנה השער ונתיקר מכפי שהיה השער בעת המכירה אף שהיה כדי אונאה בעת המכירה א"י לחזור דאמרינן דידע מהאונאה בעת המכירה רק עכשיו חוזר בו משום שינוי השער ויעוי' בנתיבות סי' רכ"ז, ובנ"ד נמי כיון דבזכות גמור אמרינן בודאי ניחא ליה וזכה מיד רק אם צוח כששמע אמרינן איגלי מלתא דלדידיה לא הוה זכות ונתבטלה הזכיה לפיכך אם מת השור דנשתנה לגריעותא לא מהני מחאתו לבטל הזכיה דאמרינן משום פסידא דמיתה הוא דהדר ביה אבל בכ"מ נשאר הדין כמו דמבואר בראשונים דאף בדבר שהוא זכות גמור אם מיחה נתבטל הזיכוי ואין בראיות המח"א להכריע וראיתי בספר נחל יצחק שכיון מדעתו לראיות המח"א ולי נראה כמ"ש:

עוד יש להעיר בדין זה מדברי רשב"ם ב"ב קל"ח שכתב בד"ה כאן בצוח מעיקרו מתחילה כשמסר לו זה השטר התחיל לצות הלכך לא קנה שאין מזכין לו לאדם בעל כרחו דחוב הוא לו דהא כתיב שונא מתנות יחיה כו' משמע מלשונו דבלא טעמא דשונא מתנות לא יוכל למחות וזוכה בע"כ. אבל לכאורא אינן מובנים כלל דבריו הלא איירי בתחלת מעשה ההקנאה האיך ס"ד שיקנה אם אינו מתכון לקנות והלא אפי' בדעת אחרת מקנה אותו לא קנה רק אם אחר זוכה בעבורו בלא דעתו אבל כאן איירי בתחילת הקנאה ולא יצא הדבר מרשות המקנה והוא אינו רוצה לקנות בעת מסירת השטר וצ"ל דאיירי בכותב שטר הקנאה וס"ל דקונה אפי' לא מטא לידיה ויעוי' בש"ך סי' ל"ט ובאחרונים,

או דאיירי בשכ"מ וכדמוקי לה הרי"ף והרמב"ם והיה בזה זיכוי שלא בפניו וכשמסרו לו השטר ונודע לו ומיחה תיכף כששמע והיינו בצוח מעיקרא:

ומה שחידש בנב"י ואמר שתק ואח"כ צוח באנו למחלוקת רשב"ג ורבנן בזיכה לו ע"י אחר בפניו ושתק ואח"כ צוח בעת שמסרו לו את השטר אף שהיתה שתיקה בעת הזיכוי אם אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אמרינן דשתק משום דלא אכפת ליה וכמו שפי' הרשב"ם זיכה ע"י אחר בפניו, והרמב"ם פ"ד מהל' זכיה שכתב דמיירי בזיכה לו שלא בפניו ע"י אחר וכשנודע לו שתק ואח"כ צוח ואכ"מ והלא מוכח מלשון הרשב"ם דאילו לא היה כאן צד חובה לא היתה מועילה מחאתו אף אם היה תיכף כששמע ואם כי י"ל דהרשב"ם לא כתב הטעם דשונא מתנות לעיכובא רק נותן טעם על מחאתו אבל בלא האי טעמא ולא היה שום צד חובה עכ"ז היתה מועילה מחאתו שאין מזכין לו לאדם בעל כרחו. או י"ל דהרשב"ם דינא קמ"ל דהש"מ ב"ב קכ"ו כתב בכור שמיחה כו' וי"ל שחלק בכורה מתנה קריה רחמנא כו' ומכאן אני אומר שהנותן מתנה וזיכה לו ע"י אחר והשביחה כו' הרי השבח של נותן כו' וכדאמרינן הכא בבכור ע"כ פי' רשב"ם ז"ל עי"ש (אם אין כאן ט"ס צ"ע דהרשב"ם ס"ל דהנותן סילק עצמו תיכף ואכ"מ) ולפ"ז ס"ל להרשב"ם לחלק בין זכות גמור ובין זכות שיש בו צד חובה דבזכות גמור זכה מיד וזכות שיש בו צד חובה שיש להמזכה זכות פירות עד שיתרצה הזוכה ולפ"ז לפי שיטת הרשב"ם טובא קמ"ל דמתנה איכא צד חובה וישתנה דינו מזכות גמור לענין זכיית הפירות אבל לענין שלא תועיל מחאתו, ואיך שהיא שיטת הרשב"ם אבל כפי הנראה מדברי רוב הראשונים אין נ"מ לענין זכוי שלא בפניו דין זכיה גמורה לזכית מתנה אף שיש בה צד חובה: ולענין מכירה אם היא שוה למתנה וזכין ללוקח שלא בפניו כתב הרמב"ם פ"ל מהל' מכירה המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזכה בהן הלוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה אם רצה לוקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם לא רצה תחזור לבעליה לפיכך כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו ועי' בהה"מ שם והובא הדין הזה בטוש"ע סי' רל"ה בלא חולק, הרי לא חילק הרמב"ם בין מכר ובין מתנה וכן נראה מדברי הרשב"א הובא בב"י סי' שע"ה לענין בונה חורבתו של חבירו שהברירה ביד בעל החורבה וכן נראה בנ"י ב"מ שם בשם הרשב"א והר"ן דאף שלא במתנה במקום שצריך לשלם דמים הברירה ביד הזוכה או לתן דמים או להחזיר הדבר לבעליו, והנה לכאורא הוא סותר לגמ' מפורשת עירובין פ"א וחולין פ"ג דבשאר ימות השנה אין משחיטין הטבח אף לרשב"י דמוקי לה במזכה ע"י אחר וכבר דברו מזה המחברים ומ"ש המחנה אפרים לחלק בין דבר מאכל לדבר קים הוא דחוק מאד:

ולכאורא י"ל דהדין הזה יהיה תלוי במחלוקת רב ושמואל גיטין י"ד הולך מנה לפלוני דרב ס"ל חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר ושמואל ס"ל מתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר והרי"ף הביא מדברי רב סמך לדינו בתן כזכי דהאדון א"י לחזור וגיטא לא הוי עד דמטא לידיה הרי דרב ס"ל דאע"פ שהברירה ביד המלוה להתרצות בהזיכוי או לא המזכה אינו יכול לחזור ה"נ גם במכירה הגם שאינו זכות גמורה זכה הלוקח לענין דאינו יכול המוכר לחזור אבל לשמואל דס"ל מתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר לדידיה גם הכא במוכר מתוך שאם ירצה הלוקח שלא לתן דמים כן המוכר יכול לחזור בו ורשב"י יסבור כשמואל משו"ה לדידיה חייב באחריותו דאם מת מת למוכר אם בא לחזור חוזר אבל להלכה קיי"ל כרב וכן הרי"ף והרמב"ם ס"ל גבי תן כזכי דסמך הרי"ף להא דרב נקטינן גבי מכירה דהברירה ביד הלוקח והמוכר א"י לחזור, ואם כי הדבר ניתן להאמר וכן מצאתי אחר החיפוש שכבר העירו בזה וגם יש ליישב בזה השמטת הרמב"ם לאוקימתא ורשב"א בשזיכה כו' דיש נ"מ בזה לדינא גם לדידן דסבירא לן כאוקימתא דר"י שבד"פ העמידו על ד"ת, ולפי הנ"ל מיושבת ההשמטה אבל באמת יש לפקפק בזה ועי' בתוס' עירובין ע"א ע"כ שכתבו דרשב"י בא לתרץ שינויא דרב בשמשך כו' יעו"ש וכן הוא מוכרח דהלא קושית הגמ' חזקה אי בשמשך אפי' שאר ימות השנה נמי כו' אע"כ דרב דאמר בשמשך היינו שאחר משך לזכותו כרשב"י ורב לא ס"ל דר' יוחנן דס"ל כרשב"ל וכיון דרשב"י בא לתרץ דברי רב נפל היסוד הנ"ל, וגם הרשב"א והר"ן דלא ס"ל כהרי"ף והרמב"ם לדין תן כזכי ס"ל בזה כהרמב"ם דהברירה ביד הזוכה כמ"ש למעלה: ונ"ל ליישב בפשיטות דיש לדקדק למאי הביאה הגמ' שם בקושיא סיפא ואם מת מת למוכר הלא עיקר הקושיא מהא דאין משחיטין הטבח בע"כ הלא אין המוכר יכול לחזור בו אע"כ מהא דאין משחיטין אינו יכול להקשות על חילוק דשאר ימות השנה דרק בד' פרקים משחיטין ואינו יכול לדחות ולאמר כשאמצא קונים על כל בשר השור אשחוט דמסתמא לקח הלוקח ע"מ ליקח על הרגל אבל בשאר יה"ש יכול לדחות ולאמר כשאמצא קונים על כל הבשר אשחוט משו"ה לא מצי להקשות על אוקימתא כשמשך רק מסיפא אי כשמשך אמאי אם מת מת למוכר ולפ"ז אין סתירה מסוגיא זו על דברי הרמב"ם ושו"ע מסוגיא הנ"ל דמהא דאין משחיטין אין ראיה דס"ל לרשב"י דהמוכר יכול לחזור בו והא דאם מת מת למוכר הלא גם להפוסקים הנ"ל כיון דהברירה ביד הלוקח בודאי את מת מת למוכר ולפ"ז יהיה חילוק בין זכות גמור כמו בד' פרקים שביארנו למעלה דהוי של הזוכה אם לא דאיכא גלוי מלתא למפרע דלא הוה זכות ובמכירה דעתו כ"ז דלא נתרצה להמכירה ההפסד למוכר ולפ"ז תהיה דעתם גם במתנה כ"ז דלא

נתרצה לקבל המתנה לא זכה. לגמרי עד דשמעינן ריצוי ובגיטין דף י"ד ע"ב דבמתנה אפי' אם מת הזוכה קודם שתגיע המתנה לידו לא חזרה להנותן ומסתמא אף אם לא נודע להמקבל וכפה"נ אין לעשות חילוקים בין מכירה למתנה דהלא כל עיקר דינו של הרמב"ם במכירה גמר לה ממתנה כמש"כ הה"מ:

אבל צריך להבין איזה דמיון מכר למתנה הלא במכר צריך לתן דמים ולענין מודר הנאה מצינו חילוק בין זבינא חריפא לזבינא אמצעית והפוסקים לא חלקו ולכאורא ההסבר פשוט דכיון דהברירה ביד הלוקח לקיים המכירה או לבטל אין לך זכות גדול מזה שהמוכר אינו יכול לחזור ובידו לבטל, אבל יעוין ברמב"ן מלחמות גיטין פ"ק על מתניתין דתן גט זה כו' ואם הוא שואל הלא אינו יוצא לחירות בזכות אחרים למה אינן זוכין לו הלא אין זכיה זו חובה לו זו אינה שאלה לפי שאם יצא לחירות חובה לו אע"פ שאין קבלה זו לא זכות ולא חובה כו' אינה קונה לו והרב יכול לחזור בו וכך הוא הדין כל חובה שבעולם שאין קבלת אחרים חובה לו שאם ירצה שלא לקבל רשאי כו' אלא ש"מ שכל דברים שבחובה אין קבלת האחרים כלום ויכול לחזור בו אע"פ שאין קבלת האחרים חובה עכשיו כו' עי"ש הרי שכתב הרמב"ן שהעיקר תלוי אם הדבר הוא חובה או זכות אבל מה שלא יגמר הזיכוי ובידו לקיים או לבטל לא מהני לעשות הדבר לזכות: וראיתי בנתיבות סי' רל"ה גבי קטן שקנה שכתב הה"מ והובא בסמ"ע שם שהברירה ביד הקטן לכשיגדיל והמוכר לא יכול לחזור בו כתב הנתיבות דודאי גם במטלטלין אם ימכור המוכר שיהיה הקטן יכול לחזור ולא המוכר בודאי דקונה מדאורייתא דאין זכות גדול מזה כמבואר בסעי' כ"ג כו' והמגיד למד זאת מאקניה לבנו קטן וכיון דמהני בספנה ממילא מהני גם במכירה כשהוא זכות כו' עיי"ש ולא זכר את דברי הרמב"ן שנראה שסותר לסברא זו וע"כ צ"ל לחלק דבדבר שבודאי הוא חובה אזלינן בתר עיקר הדבר שהוא חובה אע"פ שעכשיו אינו חובה אבל בדבר שיש בו זכות וחובה מצרפין מה שעכשיו אינו חובה לפי שתלה ברצונו וזהו שכתבנו שיש ד' חלוקות זכות גמור זכות שיש צד חובה כגון מתנה זכות וחובה כגון מכר חובה ודאי וכל אחד יש לו דין בפ"ע כמו שבא בדברינו למעלה ולהרמב"ם וטוש"ע אין חילוק בין מתנה למכר כיון שבשניהם הברירה בידו לקיים הזיכוי או לבטל ומשו"ה גם במכר זכה הלוקח ואין המוכר יכול לחזור: אבל הרמ"א כתב בסי' קצ"ה וז"ל והא דמהני שלא בפני הקונה היינו במתנה וכי"ב דודאי ניחא ליה אבל במקח שלא בפני הקונה אפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה ושניהם חוזרין כו' וזהו סותר לדין של הרמב"ם דגם במכר מהני והובא בשו"ע סי' רל"ה בלא חולק וכבר נתקשו בזה המפרשים וקצה"ח והנתיבות, והיה מקום לאמר דשא"ה

דהוי גילוי דעת שרוצה לקנות כמו שדייק לישנא המוכר שמכר כו' הברירה ביד הלוקח כו' הרי שמוכר ולוקח והרמ"א קאי בלא גילוי דעת שלא היה מדובר כלל עם הלוקח ויעוי' בקצת לשון מהרי"ו מקור דין הרמ"א אבל סתימות לשון הרמ"א משמע דמיירי בכל גוני, גם אם מהני גילוי דעת בדבר שאינו זכות ולא חובה מחלוקת הראשונים גם העירו קצוה"ח והנתיבות מסי' ק"ץ וישרים דברי הנתיבות סי' קצ"ה שכתב וזה לשונו דבשלמא בסי' רל"ה שהמוכר זיכה לו ע"י אחר ואמר זכה לפלוני ונעשה שלוחו של בעל הממון כיון שאמר בלשון זכה הרי תלה הדבר במה שיהיה זכותו של לוקח שיזכה עבורו ולכך המוכר אינו יכול לחזור בו אבל בשלא אמר בלשון זכה אין דעתו ליפות כח הזוכה וכל זמן שביד הלוקח לחזור יכול גם המוכר לחזור כמ"ש הרא"ש גבי עייל ונפק אזוזי יעו"ש והא דכתב הרמב"ם והשו"ע גם בקטן ועבד שקנו דהברירה אצל הקטן כשיגדיל ואצל האדון והמוכר אינו יכול לחזור התם אדם יודע שאינו הקטן קונה גם מה שקנה עבד קנה רבו והוי כמו שדבר המוכר בפירוש שהוא אינו יכול לחזור והקטן לכשיגדיל והאדון תהיה הברירה בידם כן צ"ל בפירוש הדבר לפי תירוץ הנתיבות:

והנה בהא דמזכה גט במקום יבם שהעירותי למעלה מה צד חובה יש בזה אף אם רחמא ליה הלא הברירה יהיה בידה אינה קושיא כמו שהסביר הרמב"ן כיון שהוא חובה ודאית לא זכה הזוכה עבורו כמו שהבאתי למעלה ולא מהני מה שהברירה ביד הזוכה לקיים ולבטל ומיושבת גם ההערה שהבאנו למעלה הלא כיון דקיי"ל דהמזכה במקום יבם הוי ספיקא וחולצת ולא מתיבמת ממילא הוה זכות ודאי ויזכה עבורה, ובספר נחל יצחק פלפל בזה כיון דבידה למחות ולבטל הזיכוי וכתב דבזכות גמור א"י למחות וכוון להראיות שהביא המח"א ולפי מה שהעליתי למעלה דלא כמח"א נסתר הדבר, אבל באמת לא קשה מידי כי הכל הולך אחר עיקר הדבר בעת הזיכוי אם הוא זכות או חובה וכמו שהסביר הרמב"ן אבל אם הוא זכות מצד אחר לא מהני לשויה זכות וגם כיון דבשעת הזכיה לא מהני לזכות כיון דהוי חובה לא יכול אח"כ. לזכות עבורה ויעוי' בב"ש סי' ק"מ ס"ק ה' ובתתו"ג שם ויש להאריך בענין טלי גיטך מע"ג קרקע, ולפ"ז הא דלא מהני מזכה גט במקום יבם אם רחמא ליה והוי חובה ודאי אף דהלא אם תרצה תבטל הזיכוי משום סברת הרמב"ן כיון דהוי חובה ודאי אבל לפי מאי דמוכח מהרמב"ם וכל הפוסקים דבמכירה ג"כ מהני הזיכוי וכתבתי ההסבר דבדבר שיש בו זכות וחובה מהני מה שהברירה בידו לשויה זכות ודאי א"כ לא רחוק לאמר ולפרש איבעיא דגמ' גם בלא תנאי וכיון דהוא מסוכן ונוטה למות לא הוה חובה ודאית ולא גרע ממכר וכיון דהברירה תהיה בידה יצורף שיהיה זכות ואם סניא ליבם או בזה"ז דהוה ודאי זכות כמו שכתבו

האחרונים מהני הזיכוי אף בלא תנאי ובפרט לפי מ"ש הנתיבות דכיון דאמר זכה לאשתי נעשה שלוחו של הבעל ותלה הדבר במה שיהיה זכותה היינו אם ימות ותהיה זקוקה ליבם שהגט זכות לה וקרוב הדבר לאמר דאיבעיא דמזכה גט הוא אף בלא תנאי ולא כמו שהרחיקו הדבר האחרונים:

עוד יש לאמר בזה דהנה שיטת רש"י בגיטין ע"ב הא דאר"ה גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר דר"ה קאי על שכ"מ המגרש סתם אם עמד חוזר ונתבטל הגט כמתנתו והתוס' הקשו על רש"י דא"כ למה התקין שמואל תנאי דאם מת ואם לא מת וכתבו דלרש"י צ"ל דשמואל ס"ל כרבה ורבא דרבנן שויוהו גיטא משום גזירה שיאמרו דיש גט לאח"מ, עי"ל עפמ"ש הרא"ש אר"ה גט שכ"מ שמצוה מחמת מיתה הרי מפורש דהרא"ש ס"ל דר"ה איירי בשכ"מ שקפץ עליו החולי והיינו כמתנתו היינו במתנה במקצת דל"ה כמתנת ש"מ רק כמצוה מחמת מיתה ויעוי' בפ"י שכתב לישב דברי רש"י כנ"ל וכן מוכח מהא דאמר מה מתנתו כו' ומה גיטו אע"ג דלא פריש כיון דאמר כתובו כו' והיינו כדאר"ש בן שזורי אף המסוכן וכתבו הרי"ף והרא"ש ושו"ע דהיינו בקפץ עליו החולי דהוא כמסוכן דהיינו מצוה מחמת מיתה מכלל דר"ה איירי במסוכן שקפץ עליו חולי, הגם שרש"י בדף ס"ה ע"ב פי' מסוכן חולה אך בכתובות נ"ו ע"א פי' אף מסוכן גוסס עיי"ש לזאת נראה דגם כונת רש"י חולה מסוכן ומיושב קושית תוס' דאיצטריך תקנתא דשמואל בסתם שכ"מ ויעוי' בפ"י שתירץ בזה קושית התוס' מהא דב"מ ואכ"מ:

והרי"ף והר"מ והרא"ש פירשו כרש"י דגט שכ"מ ע"פ דין אם עמד חוזר היינו דכשיעמוד מחליו יבטל הגט כמ"ש הרא"ש רק תקנתא דרבנן משום גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה לפי זה י"ל דזה דוקא בנותן גט להאשה בעצמה דכשיתבטל הגט כשימות יאמרו דגירשה שיהיה חל לאחר מיתה אבל במזכה גט ע"י אחר כיון דע"י אומדנא דר"ה לא היה כונתו לזכות לה הגט רק אם ימות וגם הזוכה לא זכה אלא ע"מ כן מנין לנו לחדש דגם מ"ז תהיה גזירה דרבה ורבא, ולדעתי הדבר מסתבר להצדיק פשוטן של דברים שלא הזכירו במזכה גט במקום יבם שיהיה על תנאי וגם דברי הט"ז שכתבתי בראש דברי שפשטות לשונו מורה בהא שס"ל דמזכה בלא תנאי דאם מת: ונראה להביא קצת ראיה לזה מהא דכתב הרשב"א בגיטין ע"ז וז"ל והיכא דנתנו בחצירה שלא מדעתה במקום יבם מסתברא דהיא ספק מגורשת דהא מספקא לן ביבמות המזכה גט לאשתו במקום יבם כו' וה"נ דלמא זכות הוא וזכין שלא בפניו כו' והובא בב"י ובשו"ע סי' קל"ט סעי' ג' יעו"ש בב"ש ואכמ"ל, ועי' ברשב"א קידושין כ"ג בנותן לעבדו ע"מ שאין לרבו רשות בו

כו' מה שקנה עבד כו' וכי אמר לה ע"מ לאו כלום קאמר תימא האיך אפשר לאמר כן כו' והרי כפל תנאו כו' וי"מ כו' והראב"ד פי' דטעמא דמלתא משום דיד עבד כיד רבו לזכות לו אבל לא לחוב לו והלכך ס"ל לר"מ כיון דאמר לו קני קני עבד וקני רבו וכשהתנה עם העבד כאלו התנה עם אחר ואין זה כשאר תנאים דמתנה עם מקבל מתנה בעצמו כו' ומסוף דבריו משמע דאם מתנה עם העבד לא הוי כתנאי ב"ג וב"ר דכיון דהעבד אינו זוכה בעצמו כלל הוי כמתנה עם אחר, ולפ"ז דבזורק גט לחצירה שלא מדעתה לא יועיל תנאי בזה דלא עדיף החצר מעבד דהוה כמתנה שלא בפניו ולפ"ז האיך כתב הרשב"א בפשיטות בזורק גט לחצירה במקום יבם שלא מדעתה אם אינו מועיל רק בתנאי דאם מת הלא אינו מועיל תנאי בחצר אע"כ כפשטות הדבר דמזכה גט במקום יבם הוא בלא תנאי ואם כי יש לפלפל בזה, ויעוי' בא"מ סי' ל"ח שכתב להסתפק לדעת הרשב"א בשם הראב"ד אם מועיל תנאי שמתנה עם שליח יעו"ש ובחצר יותר מסתבר דלא עדיף מעבד והוא סמוכין לסתימת הראשונים ולא הזכירו תנאי:

והנה הרדב"ז לא הזכיר שום ראיה לדבריו וכן השם אריה ובס' נח"י הביא הגאון הגדול בדורו מוהר"י מסלוצק ז"ל מהירושלמי דתרומות ניחא מת בעלך גרשך מאי איכא כו' והיינו דע"כ הוא בפניו ואם בלא תנאי דאם מת הלא משכחת לה במקום יבם ולפמ"ש דגם סתמא הוא אם ימות ותירץ דהלא מתניתין קאי לר"א ור"א ס"ל ב"ב קנ"ו זכין לקטן ואין זכין לגדול הרי דר"א לית ליה זכיה ואם כי דבר חכמה אמר אבל לדעתי זה לא ניתן להאמר דלכאורא קשיא בעירובין פ"א שהובא למעלה דאמרינן שם עשאום כד"פ והיינו לר' אליעזר וע"ז קאמר רשב"י כגון שזיכה ע"י אחר והלא ר"א לית ליה כלל זכיה לגדול וי"ל דהמשנה בב"ב לא איירי במתנת בריא רק במתנת ש"מ כמו רישא דמתניתין זכין בשבת כו' ובמקום דצריך קנין כגון ליפות כחו וכה"ג דאינו חל ג"כ רק אם ימות ובגונא דהקנין אינו רק מדרבנן בזה פליגי ר"א ורבנן ור"א סבר דאין זכין לגדול דומיא דמתנת ש"מ דפליג ר"א וכן משמע בתוס' ב"ב שם שכתבו בד"ה זכין לגדול כו' ומאן דאית ליה זכין לקטן כו' סבירא ליה כיון דגדול יכול לקנות לא תקון ליה רבנן זכיה כמו בקטן יעו"ש ולכאורא תמוה דהלא בגדול כו"ע ס"ל דהזכיה הוי מה"ת ולפמ"ש דלא איירי אלא בזכיה דשכ"מ באופן דל"ה אלא מדרבנן ניחא ואכמ"ל:

עי"ל דר"א לא אמר אלא במתנה דס"ל דלא הוי זכות גמור כמו שהארכתי למעלה אבל בדבר דהוי זכות גמור כגון בשחרור עבד ובגט אשה במקום יבם ובלקט שכחה ופאה ובד' פרקים במכר וכל מקום דהוי זכות גמור לא פליג ר"א לכן במי שלקט את הפאה כו' ר"א אומר זכה לו כו' הגם דאמרינן בב"מ ובגיטין דזהו מטעם מיגו דזכי לנפשיה אינו

אלא דלא ליהוי כתופס לבע"ח אבל פשוט דס"ל לר"א זכיה בעלמא והוא ברור ודברי הגאון הנ"ל לחדודי דכיון דתני מת אין לאמר דגירשך ג"כ בכה"ג. ומה שכתב בספר נח"י מהא דאיתא בגיטין י"ג האומר תנו גט כו' ומת לא יתנו לאח"מ ור"פ מוקי לה בש"מ ואי מזכה גט במקום יבם אמאי אינה מגורשת מטעם זכיה ופשטות צורך הגט לאח"מ לפטור מן היבם ואם כי יש למצוא צורך בכמה אופנים מת הבן לאחר אמירתו וכה"ג או בעומדת וצוחה ובעבד שהקשו התוס' י"ל דס"ל כהרשב"א שהובא למעלה דבר שחרור גם בע"כ מהני גם י"ל דהלא לר"פ אתיא כרבנן דר"ש בן שזורי דלית להו אומדנא במסוכן ולדידהו לית להו דר"ה ולא הוה זכות בלא תנאי ויש לאמר עוד בכמה אופנים ואין זה אלא לחדודי ואין ראיה כלל להצריך תנאי (וכן אמר ר"ה גיטו כמתנתו י"ל אע"ג דלא אמר תנו והיינו לר"ש בן שזורי) ויש לאמר כדברי הט"ז כנ"ל:

גם יש להוכיח מהמרדכי שכתב בס"פ ט"ו דיבמות מעשה באחד שתקף ליה עלמא והיתה אשתו במקום רחוק והיה לה יבם קטן והיה רוצה להקנות כו' דזכות הוא לה כו' מפי ר"ת שמע כו' כי חזית להוא חדותא בכית כו' ובעיא למנטר ליבם קטן כו' ויש לדחות כו' ועוד דתרתי איכא דמת בעלה כו' משמע דהזיכוי בלא תנאי דאם מת דאם הזכוי היה בתנאי אם ימות הלא הכא ג"כ יהיה תרתי (וכן משמע נמי בהגמ' סוף גיטין שכתב השיב הר"י מלונדרש היכא שאנו יודעין בודאי שזכות הוא לאשה להתגרש שיכול אדם אחד לקבל גיטה שלא מדעתה) וכן משמע במרדכי ספ"ב דגיטין שכתב דהיכא דהוא זכות לאשה יכולין לקבל לה גט שלא מדעתה דכיון שהוא מומר זכות הוא לה ותימא ממתניתין פ' כל הגט המביא גט ממה"י אע"פ שהניחו זקן או חולה וקאמר בגמ' דא"א בע"א שתהא מגורשת ואם איתא ליעבד שליח לקבלה דזכות הוא לה כיון שהוא זקן או חולה שתפטור מן החליצה כו' ואם לא מהני הזכוי רק בתנאי דאם מת למה ליה לאמר כיון שהוא זקן או חולה הלא בתנאי הוי זכות אף בבריא ויש לדחות:

גם גוף דברי המרדכי צריך ביאור רחב ואכ"מ ויש להעיר עוד בדבר דלכאורא כיון דידועה האומדנא בשכ"מ מסוכן קודם כתיבת הגט וקיי"ל דאפי' בע"פ קודם כתיבת התורף פוסל כל תנאי דאמר רבא גיטין פ"ד להנהו דכתבי גיטא שתקי לבעל כו' וכן פסק הרמב"ם פ"ח מה"ג ובשו"ע סי' קמ"ז ולמה לא תהיה האומדנא כמו תנאי וכבר התעוררו בזה האחרונים. ונ"ל דכל טעמא פיסול התנאי או משום גזירה דחוץ או משום דהוי כמו ברירה ונכתב הגט שלא לשמה והנה לטעמא דגזירה בודאי לא שייך רק בתנאי מפורש אבל לא באומדנא אף דהוה כמו תנאי ולטעמא דכיון דיודע הבעל והסופר הוי שלא לשמה ושלא לשם כריתות הוא כמו דאסבר הרמב"ם דכותב הגט לכשאכניסנה לבד

דהוי דשלב"ל הוי שלא לשמה כיון דאינו ברור בדעתו שיהיה הגט לשמה ולכריתות כן אם יודע דהוא על תנאי לא גמר בדעתו לשמה ולכריתות אבל באומדנא הלא הטעם הוא משום דבדעתו שימות ורוצה לפטור הלא החליט בדעתו לפוטרה וכן הסופר והעדים וכותבין לשמה ולכריתות ואין כאן גם חשש ברירה:

ואם כי לדעתי מסתבר דמזכה גט במקום יבם בשכ"מ דתקף ליה עלמא ומסוכן למות מהני ואף בלא תנאי וכפשטות דברי הט"ז ומשמעות דברי המרדכי עכ"ז יראתי לעשות נגד דברי האחרונים גם לפי שהסברתי הטעמים שמהני בלא תנאי מ"מ לא עדיף מתנאי דאם מת דאף אם אמר מעכשיו צריך הגט להיות קיים עד שימות ואף הטעם שכתבתי דהוה זכות במסוכן בלא תנאי יש להחמיר אבל במכתב הרב המסדר שכתב אלי באחרונה תשובה על דרישתי וז"ל הבעל היה חולה במחלת השחפת והגיע עד שערי מות והרופאים אמרו פה אחד שהריאה משני הצדדים איננה כמעט לגמרי ובעוד איזה שעות ימות בודאי כו' כו' החולה היה גוסס אבל שפוי כו' והגט הוא גנוז שלם עד היום הזה ולפ"ז הלא כל חששת הרדב"ז וההולכים בשיטתו היא בלא תנאי דאם מת הלא כללא כייל בגמ' דגט הוא חוב לאשה אף במוכה שחין משום טב למיתב טן דו כו' והנה בגוסס מדמי התוס' יבמות קכ"א למים שאל"ס ובמים שאל"ס מצינו דאר"נ שם האלקים אכלוה כורי לחסא וכתב המרדכי אף דבמשאל"ס אין משיאין את אשתו מ"מ יכול לשבע על הרוב הרי דבעיני בני אדם מחמת הרוב חושבים אותו למת ואף שבמק"א כתבתי לפרש דברי התנאי בגוסס ע"י אדם דיותר נחשב כמת מבידי שמים כמבואר בסנהדרין ע"ח אבל הכא הלא יש הגדת הרופאים שנמסה אצלו הריאה משני הצדדים ובאיזה שעות ימות בודאי הלא הוא טריפה גוסס דמעידין עליו כמו שיש להוכיח מיבמות ק"כ וכן כתבו האחרונים להתיר א"א בטריפה ומשאל"ס:

ויעוין ברמב"ם הל' רוצח פ"ב שכתב ההורג את הטריפה ה"ז פטור וכל אדם כו' שיודעין בו שהוא טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה ובה ימות כו' הרי בטריפה והרופאים אומרים שימות סומכין עליהם בד"נ ובדבר נאמנות הרופאים אין כאן מקום להאריך בדבר שכבר נזדקן ולא אכתוב רק דבר אחד לענייננו שמדברי הרמב"ם מהל' רוצח אין להביא ראיה מחמת שכ' ויודעין דודאי שהוא טריפה לזאת נאמנים לעדופי מלתא אבל לכאורא ראיה ממשנה מפורשת, אומדין אותו אם מחולי הראשון מת והיינו ע"פ רופאים אבל י"ל דהתם הדבר תלוי ע"פ כונת הבעל בדבורו אם מת מחולי זה דב"א סומכים על דברי הרופאים לזאת סומכין על אומדן הרופאים שמת מחולי זה (והא דהחמיר הרמ"א היינו שמא לא שמר עצמו כראוי אבל לא משום אי נאמנות הרופאים

יעו"ש) ואין ראיה מזה לסמוך על בקיאות הרופאים להכשיר דם נדה להבחין בין דם טהור לדם טמא ומזה דברו הפוסקים ולפיכך בנ"ד דכל הספק הוא אם אצל האשה נחשב לזכות או לחובה מחמת שקשה לה להפרד מבעלה ודעת בני אדם הלא הוא לסמוך על הרופאים,:

ולפ"ז בנ"ד שהיה גוסס ולפי הגדת הרופאים טריפה ובודאי ימות בודאי אין כאן חובה כלל רק זכות גמור להפטר מיבם שאבד זכרו דלא עדיף מיבם מומר ויעוין בס' שם אריה שהעיר בגוסס ולא החליט הדבר, אבל בנ"ד שיש בזה עוד הגדת הרופאים שבודאי ימות ויודעים בודאי שהוא טריפה שלא יחיה גם הלא העלינו בס"ד מדברי גדולי הראשונים ומהט"ז גם מטעמים נכונים שמועיל במסוכן במקום יבם אף בלא תנאי כאמור למעלה, ויעוי' בהגה"מ סוף גיטין בשם הר"י מלונדרש שסתם וכתב שבכ"מ שאנו רואין שלא יחיה הוה זכות. מכל אלו הטעמים שלשה שהם ארבעה מטעם שבדבר שהוא זכות ביחוד מצטרף הברירה שיש בידה לבטל הזכוי כיון שאין עכשיו חובה גמורה להיות זכות גמור אף להרמב"ן כמו במכר גם מטעם דלשון זכי היא הכונה שיהיה באופן שיהיה זכות גם מטעם אומדנא סתמא כפירושו אף בלא תנאי שאם יעמוד יתבטל, ובנ"ד שהיה גוסס והגדת הרופאים שהוא טריפה ושבודאי ימות גם המחמירים יודו בכה"ג שהאשה עטל בת אברהם שלום היא מותרת לשוק בגט שזיכה לה בעלה ברוך בן חיים ומותרת לכל אדם ככל הגרושות ואינה זקוקה ליבום, בהסכמת לזה הרה"ג האב"ד מעירה והרבנים אשר יצרף לזה הרה"ג הנ"ל יכל לתן לה היתר להנשא ועד שיתן לה היתר לא יהיו דברי מועילים,:

בעה"ח יום א' כ"ד תמוז ה' הוא יצילנו מכל מכשל לפ"ק. כבר כתבתי שאין לסמוך על דעת יחיד להתיר מחזקת א"א גם מחזקת איסור יבמה לשוק בכתובות ע"א שהוא נגד דעת כל האחרונים גם הג' בעל ב"ד סמך על דברי הריב"ש וגירסת הרמב"ם שלפנינו בסוף הל' גירושין היא נגד זה והארכתי במק"א גם הב"ד לא כתב אלא במקום קרוב עי"ש גם שהאשה אומרת מתגרשת בב"ד פלוני שלא חציפא לשקר אבל לא בנ"ד שמארץ רוסיא לכאן הוא שעת חירום גדול שאחד מאלפי אלפים יזדמן והאשה אינה יודעת והכל נעשה בחדר החולה שאין בני אדם מצוין לידע מהנעשה גם הב"ד יודה בזה גם אפשר להשיג כמו ששלח אליה מעב"ד ובלא"ה אם אפשר להתיר גם כמו תשובה על הבי דואר כפי שכתבתי לו כתבו האחרונים שהוה כקיום בודאי יש לסמוך בלי פקפוק:

סימן לב

כתובות ב' ע"ב רש"י זמנו של שטר כו' דהוה ליה להתנות אם לא באתי לר"ח פלוני עיי"ש וצ"ע דהלא נ"מ גדולה תהיה בין לשון מעכשיו אם לא באתי עד יב"ח דבכה"ג אם בא בתוך יב"ח אף אם חזר אח"כ ולא היה ביום ר"ח פלוני היא מגורשת כמו שמוכח בהדיא גיטין ע"ה במשנה וגמ' אם לא באתי והגיע עד אנטיפ' וחזר עיי"ש. ואם יתנה אם לא באתי לר"ח פלוני צריך דוקא שיבוא ביום ר"ח פלוני וצ"ע, וצ"ל דכונת רש"י דכיון דבאמת הלא עיקר כונתו אם לא יהיה בעיר ביום ר"ח פלוני אך דבשעת הפלגתו למדה"י אינו חושש רק למהלכו הזה ואם יחזור לא יהיה גט דאינו חושש שמא יפליג פעם שניה אבל אין עיקר כונתו לכך. משו"ה אמרינן שפיר דזמנו של שטר מוכיח עליו דאם אין כונתו לגרש מהיום למה ליה לכתוב זמן של עכשיו ולהתנות סתם אם לא אבוא מכאן עד יב"ח יתנה אם לא אבוא לר"ח פלוני ולא יכתוב הזמן כלל, אע"כ דכונתו מעכשיו, ומיושבת בזה קושית הגאון רע"א דצריך לידע הזמן לענין הבירור מתי חזר עיי"ש: צ"ע אם יש טענת אונס בגיטין אם חלה בסוף זמן י"ב חודש והוא היה בדרך רחוקה מהלך איזו חדשים מביתו, אף אם לא אירע לו האונס א"א לו לשוב לביתו אם באופן כזה מבטל האונס את הגט, ואפשר לפרש בזה לשון הגמ' דילמא היא גופה קמ"ל דאין גט לאח"מ, דלכאורה לפי סברא דהשתא דיש טענת אונס ולא חיישׁ גם לסברא דלא ניחא ליה דתפול קמי יבם. האיך שמעינן מזה דאין גט לאח"מ, אבל לפי הנ"ל מיושב שפיר דהלא אמר במתני' סתמא ומת תוך יב"ח אינו גט, דמשמע דבכל זמן שימות בטל הגט אף אם מת בסוף זמן דבלא האונס לא היה בא, ומדייק הגמ' מת הוא דאינו גט הא חלה ה"ז גט אף אם חלה בתחילת הזמן, ומשני הגמ' והיא גופה קמ"ל דאין גט לאח"מ פי' דמשו"ה תנא סתמא מת דמשמע תרתי מת בתחילת הזמן דבטל הגט מטעם אונס ומת בסוף הזמן דבטל מטעם דאין גט לאח"מ דאונס אינו שייך בזה, ודילמא לאפוקי מדרבותינו כו' דלכאורא תמוה כיון דהגמ' עומד עתה בסברא דיש טענת אונס א"כ היכי מצינן למימר כרבותינו דמה מהני באמירתו מעכשיו נהי דאינו בטל משום דאין גט לאח"מ הלא בטל מטעם האונס (ועי' ברש"א ומהרח"ש שהגמ' ס"ל בס"ד דגט זה פסול מתרי טעמי משום דיש אונס ומשום דאין גט לאח"מ):

סימן לג

תשובה לחכם אחד. ע"ד אשר שם כת"ה מעינו לחקור בענין חליצה והאריך בזה, ואנכי ראיתי לעיין תחילה בדברי הח"ץ סי' א' כתב וז"ל, ויש לחקור אי כונה האמורה בחליצה היינו מטעם דמצוה היא וכעין כונת המצות דפסקו רוב הפוסקים מצות צריכות כונה, או

כעין כונת הקנאות דבעינן דעת קונה ומקנה כו'. ונראה דכונה זו האמורה בענין חליצה אינה אלא כעין כונת הקנאות דבעינן, ובהכי ניחא מה דקשה להו להתוס' פ' מצות חליצה אמאי אמרינן דקטנה חולצת בפעוטות והא לאו בת דעה היא. ולדידי לא קשיא משום דכיון דמתורת הקנאה אתינן עלה והרי היא זוכה לעצמה מה"ת היכא דדעת אחרת מקנה וכמ"ש התוס' פ' בן סורר ובקטן נמי לא קשיא אמאי סד"א דחליץ דסד"א כיון דאיהו לא קעביד מעשה כו' הוה ליה היבם כקטנה שמקבלת גיטה דלא בעינן דעתה כו' ולהרמב"ם בלא"ה לק"מ דחליצה שלא בכונה פוסלת על האחין משא"כ חליצת קטן כו' עיי"ש: ולכאורא דבריו תמוהין א) מ"ש לתרץ קושית התוס' דמשו"ה קטנה חולצת משום דזוכה לעצמה בדעת אחרת מקנה אותה דא"כ אמאי בעינן שתגיע לעונת הפעוטות, הלא אמרינן בגיטין ס"ה שלשה מדות בקטן צרור וזורקו כו' זוכה לעצמו כו' ואס"ד כהח"ץ דטעמא דקטנה הוה משום דעת אחרת מקנה א"כ למה בעינן שיעורא דפעוטות הלא סגי בשיעורא דצרור וזורקו דקדים, ויש לאמר בזה ע"פ מה דיש להבין עוד בעיקר סברת הח"ץ הלא הא דקטן זוכה לאחרים מה"ת בדעת אחרת מקנה אותו הוא דוקא בדבר דהוי זכות גמור לו כמו במתנה דזכין לאדם שלא בפניו דקטן הוה כמו שלא בפניו וכמ"ש הרמב"ם בכמה מקומות וגם בפכ"ט מהל' מכירה וכמו שיבואר למטה, אבל בדבר דלא הוה זכות גמור לכל אדם אין זוכין לו שלא בפניו גם בקטן אינו זוכה בזה לעצמו, ובדבר דלא הוי זכות גמור הלא לא מהני שלא בפניו אף אם יאמר אח"כ רוצה אני ולא אמרינן אגלי מלתא למפרע דזכותו הוא, דבעינן שיהיה ידוע בשעה שנעשה שלוחו לזכות דהוי זכותו ודאי כמו דאמרינן ב"מ דף כ"ב כיצד התורם שלא מדעת כו' הרי שבא ומצאו כו' אפילו אמר לו כלך אצל יפות אין תרומתו תרומה והיינו משום דבעינן למידע בשעה דנעשה שלוחו דזכות הוא לו אבל הכא דבשעה שנעשה שלוחו לא הוה ידעינן לא הוה דומיא דאתם גם אתם וכן ביאר להדיא התרומת הדשן סי' קפ"ח, וא"כ בקטן לא זכה בעצמו רק במתנה דהוי זכות גמור לכל אדם אבל האיך נאמר סברא זאת בחליצה הלא מספקא ליה להגמ' ביבמות ס"פ האשה שלום אי הוה זכות גמור או לא ולשיטת רוב הפוסקים אפשטא ליה דאיכא דניחא לה ביבם, גם כתבתי מכבר לחלק בין היכא דכבר היא זקוקה איכא צד חובה בחליצה לכו"ע וא"כ האיך שייך לאמר בכה"ג זכין לקטן או דזכה לעצמה בדעת אחרת מקנה אותו:

והנראה בזה ע"פ מה שאמרתי לבאר דברי הרמב"ם פ"ל מהל' מכירה וז"ל המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזיכה ללוקח ע"י אחר המוכר אינו יכול לחזור בו והלוקח יכול לחזור ופסקו המחבר בשו"ע סי' רל"ה וכבר הקשו האחרונים למה לא העיר הרמ"א ז"ל בזה

הלא הוא פסק בסי' קצ"ה דהא דקונה שלא בפני הקונה היינו דוקא במתנה אבל במקח שאפשר שהלה אינו חפץ לקנות לא קנה ושניהם חוזרין וכבר האריכו האחרונים בזה ויש להאריך בפרטיות דבריהם ואכמ"ל:

והעיקר מה דנלע"ד ע"פ הסברא שמבואר למעלה בשם תרוה"ד סי' קפ"ה דבדבר שאינו זכות גמור ואיכא צד חובה לכל אדם לא מהני שלא מדעת אף אם אח"כ גלי אדעתיה דניחא ליה וכן כתב להדיא הרמב"ן במלחמות פ"ק דגיטין וז"ל לפי שאם יציאתו לחירות חובה היא לו אע"פ שאין קבלה זו עכשיו לא זכות ולא חובה שלא יצא בה לחירות אינה קנויה לו שהרב יכול לחזור בו וכך הוא דין כל חובה שבעולם שאין קבלת האחרים חובה לו שאם רצה שלא לקבל רשאי כו' וכיון שכן נימא דזכין לאדם שלא בפניו אפילו בדברים שבחובה ואין הלה יכול לאזור בו ומי שקבלה לו אם רצה קנה ואם רצה לא קנה אלא ש"מ שכל דברים שבחובה אין קבלת אחרים כלום ויכול הלה לחזור בו אע"פ שאין אותה קבלה חובה לו מעכשיו עכ"ל. וא"כ האיך נוכל לאמר שזוכין במקח לאחרים הלא בודאי איכא צד חובה יותר מעבד לר"מ וא"כ כמו התם יכול הרב לחזור בו כמו כן הכא לכו"ע:

עוד הקשו האחרונים על הרמב"ם מגמ' דחולין ס"פ אותו ואת בנו ד' פ"ג גבי משחיטין הטבח בד' פרקים ולאוקימתא דשזוכה לו ע"י אחר עכ"ז בשאר ימות השנה לא זכה הלוקח (וכבר כתבתי במק"א ע"פ דברי הרי"ף בסוגיא האומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי כו' וכתבו האחרונים דתהיה תלויה סברת הרי"ף אם אמרינן זכיה לחצאין דהרב לא יהיה יכול לחזור בו והעבד עוד לא יזכה בפלוגתת רב ושמואל בגיטין י"ד לענין הולך מנה לפלוני אם חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר עיי"ש). ונוכל לאמר דבזה יהיו פליגי שני האוקומתות דאמוראי בחולין שם ואכ"מ):

לזאת נראה ברור דהרמב"ם איירי במוכר ולוקח שכבר נגמר המקח ביניהם והלוקח כבר גילה דעתו שרוצה לקנות באופנים אלו ובכה"ג שפיר הוה זכות לו בודאי כמו מתנה, דכיון שגילה דעתו שרוצה במקח זה לא גרע ממקח דקפצי עליו זביני דהוה זכות ללוקח וזכין לו שלא בפניו ומ"מ אם רוצה הלוקח לחזור בו יכול לחזור כמו שהוא הדין בכל זכות גמור ובמתנה ופי' רשב"א בחידושיו לקידושין דף כ"ב (ועי' במח"א הל' זכיה ומתנה שנסתפק בזה בדבר דהוי זכות גמור אם יכול מי שזכין לו לחזור בו ובאמת כבר העיר בזה הרשב"א) ומדוקדק לשון הרמב"ם ז"ל המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזיכה לו ע"י אחר דלכאורא יתור דברים יש כאן דהו"ל למכתב מי שזיכה לאחר קרקע ומטלטלין ע"י אחר במכר או מתנה ולמה ליה לדייק המוכר שמכר קרקע כו' אע"כ

דשפתיו ברור מללו דאיירי דוקא בכה"ג שכבר נגמר המקח ביניהם דאז כבר יש שם מוכר ולוקח אך לא נעשה ביניהם קנין המועיל ובכה"ג שפיר אמרינן דהוה זכות להלוקח וזכין לו שלא בפניו לענין שאין המוכר יכול לחזור בו כיון דידוע בעת הזכיה דזכות הוא לו, משא"כ הרמ"א מיירי בלא גילה הלוקח דעתו כלל היינו שלא נגמר המקח ביניהם כמו שדייק בלשונו ואפשר שאינו חפץ ביה לקנות ובכה"ג בודאי לא קנה וגם המוכר יכול לחזור בו וכמ"ש למעלה הסברא בשם התרוה"ד ובשם הרמב"ן במלחמות ולפום רהיטא הדברים ברורים: ולפ"ז צריך עיון בדברי הרמב"ם בפכ"ט מהל' מכירה קמן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע נעמיד בידו לפי שזכין לאדם שלא בפניו וכבר האריכו בזה האחרונים לבאר דהרמב"ם בזה לטעמיה אזיל שכתב בפ' למד והובא למעלה ועי' בנתיבות שכ' להסביר דהוה זכות גמור כיון דזכין לו באופן שהקטן יכול לחזור בו, והברפו ספורה מדברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל ומדברי תרוה"ד דזכיה מטעם שליחות ולא הוה שלומו רק אם בעת שנעשה שלוחו ידוע לכל דזכות הוא לו ושלוחו הוי גם הלא משמע מסתימת לשון הרמב"ם ז"ל שאף אם החזיק בקרקע בעודו קטן וכשהגדיל לא עשה עוד קנין והלא לא זכה בחזקה ההיא רק כמו לאחר שלשים יום כיון דיכול לחזור בו לא הוה כמו מעכשיו ולאחר ל' יום דהתם שניהם אינם יכולין לחזור בהם (והדברים ארוכים ועי' באה"ע סי' ל"ז ובאחרונים) ואין לאמר דלאחר שהגדיל קנה בהמעות והוי כמו בנתאכלו המעות במקדש לאחר ל' יום דהרי הסביר הר"ן בפ' האומר וז"ל ומיהו משמע דאם הוא חוזר בו אינה חייבת להחזיר המעות דאל"כ במאי מקדשה הרי אינם קנוים לה עד סוף ל' והרי כבר נתאכלו המעות עיי"ש והכא הרי בודאי לא שייך זאת דבודאי הקטן יכול לחזור בו והוא מחוייב להחזיר המעות:

ונראה לענ"ד דהרמב"ם איירי בשהגיע הקטן לעונת הפעוטות ואמרינן דכיון שתקנו רבנן שמקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין הרי חזו רבנן לדעתו דכבר ידע להבחין ולברור מה שטוב לו ודעתו יפה לידע שכחו וחובתו במקח וממכר, משו"ה אף בקרקע דלא תקינו ליה רבנן מקח וממכר בזה כיון דאינו מוכרח לחיותו אבל מ"מ מהני דעתו לכל הפחות לאיגלויי מלתא דזכות היא לו הקניה הזאת ושפיר זכין לו כמו בכל מוכר ולוקח שלא בפניו היכא דנגמר המקח וגלי הלוקח אדעתיה שרוצה בקניה זאת ושפיר זכה לו הזוכה כמו במתנה, ולפ"ז יש לאמר דזכה הקטן זכות גמור בהשדה מעכשיו ולכשיגדיל ואף אם נודה לשיטת הרב המגיד דיכול לחזור בו כשיגדיל היינו טעמא כיון ולא תקינו ליה רבנן בקנית קרקע א"כ אינו יכול להקנות המעות ושפיר יכול לתבוע המעות אח"כ וממילא יהיה מחוייב להחזיר הקרקע בדמי המקח שהוא חייב לו שהרי המוכר אינו

רוצה להקנות לו קרקע רק בדמי המקח ולפ"ז י"ל דאף אם חוזר בו הקטן לכשהגדיל היינו שתובע המעות בחזרה וממילא הלא נוטל מוכר השדה במעותיה עכ"ז כיון שעד עתה היתה קנויה לו להקטן אינו מחזיר הפירות שאכל עד שהגדיל וצ"ע:

היוצא לנו מזה דכיון שהגיעה לעונת הפעוטות הגיעה לכלל דעת לידע זכותה וחובתה ומהני הדעת שלה לברור הטוב לפניה בדבר דהוי צד זכות לצד חובה להכריע לזכות, אבל מקמי הכי לא מהני דעתה כלל והוי כמו שאינו, והשתא א"ש מה דאינה חולצת רק בפעוטות אף אם נאמר דהוי כמו דעת אחרת מקנה אותה, דדעת אחרת מקנה לא מהני כ"א בדבר שידוע דזכות הוא לה והזכות הוא ברור אבל בחליצה הלא לא הוי הזכות ברור עד דגליא אדעתא בדעתא צלילא דניחא לה בזה והיינו דוקא לכה"פ משתגיע לעונת הפעוטות כנ"ל לדעת הרמב"ם גבי מקח:

ב) יש להבין בדברי הח"ץ לפי שיטתו למה בעינן בחליצה עד שיתכונו שניהם הלא בדעת אחרת לא בעינן דעת קונה כמ"ש הנ"י בשם הראב"ד ב"ב גבי עובדא דרב ענן שקל בידקא בארעיה וכן כתב הרשב"א גיטין כ"א גבי שאני זקן דידע לאקנויי דאף שבני הכפר לא ידעו לקנות דכל היכא דדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן כונה. (ולכאורה צריך להבין דברי הרשב"א שם נהי דאנשי העיר קנו הנייר שלא מדעתם משום דעת אחרת מקנה אבל האיך קנה הזקן הלא בעינן ספר מקנה שיקנה המלוה והקונה השטר ובני הכפר לא כונו להקנות כיון שלא ידעו שקנו כלל ושצריכים להקנות ולכוון להקנות:

וי"ל בהקדם דברי הרמב"ם גבי זוטו של ים דהוה מטעם יאוש שלא מדעת הוה יאוש עיי"ש וצריך לאמר לדעתו דע"כ לא קאמר אביי לא הוה יאוש אלא בדבר שלא ידוע אם יתייאש כשיודע או לא כמו בדבר שאין בו סימן שאפשר שידמה בדעתו כי עוד ימצא בעצמו או אחר מכירו ימצא שיחזור לו ולא יתיאש אבל היכא דידוע בודאי שיתייאש כשיודע אף אביי מודה דיאוש שלא מדעת הוה יאוש כן י"ל להרמב"ם בטעם דזוטו של ים וזה דלא כסברת התוס' ריש אלו מציאות ועי' ברמב"ם פ"ו ופי"א מהל' אבידה ומציאה ועי' בריטב"א ב"מ שנחית ג"כ לסברא זו שכ' וז"ל להכי אכלו אמימר ורב אשי שסמכו עצמן שבודאי יהיה ניחא. למרי בר איסק שיהנו ת"ח ולא אתא באיסורא לידי' דרחמנא שריה מעיקרא אע"ג דלא ידעינן כו' כדאמרינן גבי זוטו של ים והא דקאמר הגמ' גבי תרומה דבעינן דשויא שליא היינו משום דהתם אינו ידוע אם יהיה ניחא ליה משום דמצוה ביה יותר מבשלוחו:

גם יש לאמר פ"פ סברת הרשב"א והתוס' בנדרים דבתרומה לא מהני זכות משום דבעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם משא"כ גבי ממון ועי' בש"ך סי' שנ"ח שכ' ג"כ

דהיכא דאינו מקפיד אמרינן אף שלא מדעת דמחל ואינו דומה לתרומה משום דבעינן גם אתם ומשו"ה בעינן לדעתו. ולכאורה יש להעיר בזה על דברי התרומת הדשן ופסקו רמ"א הל' חלה שכ"ג דמשרתת יכולה להפריש תלה ולדעת התוס' והרשב"א הלא בתרומה ל"מ זכיה ובעינן לדעתו, וכבר ראיתי להקצוה"ח שהעיר בזה אך באמת הדבר פשוט דדינו של תרוה"ד הוי לכו"ע דהרי שותפין משנה מפירשת דהוי תרומתן תרומה (ועיין ברמב"ם פ"ד מהל' תרומות הל' ח' ובירושלמי פ"ג דתרומה על המשנה השותפין שתרמו) והיינו משום דהוי כמו עשאן לכתחילה שליח מדעת ונתן להם רשות לתרום וה"נ במשרתת וזה פשוט מאד והא דאפטרופוס תורם כ' התוס' דהוה מדרבנן ועי' ברשב"א דהוה מה"ת וצ"ע לשיטת הרשב"א ועיין במהרי"ט וצ"ע:

ולדעת החולקים על הרמב"ם והריטב"א וס"ל דגם בזכיה לא אמרינן יאוש שלא מדעת הוה יאוש יש להעיר מטלית או"ח סי' י"ד דאמרינן דרשאי ליטלו משום דבודאי ניחא ליה אע"ג דלע"ע קודם שיודע הוה יאוש שלא מדעת וי"ל דלגבי שואל שלא מדעת מהני לכו"ע, גם י"ל דלכתחילה מפקיר טליתו לענין זה ונותן רשות לכל מי שירצה לשאלו עכ"פ לדעת הרמב"ם והריטב"א גבי ממון מהני אף שלא מדעת אם ידועה דעת שיתרצה, ולפ"ז ניחא שפיר דברי הרשב"א הנ"ל דאנן סהדי דאילו ידעו שהזקן הקנה להם הנייר והמה צריכים להקנות לו מחדש בודאי היו מקנים לו כיון שרוצים בהלואה או במכר ולדעת זאת עושים רק שהמה סוברים שהנייר בלא"ה שלו וכה"ג מהני שפיר אף שלא מדעת ועי' בס' מח"א שנסתפק בזה ולפמ"ש הדבר תלוי באשלי רברבי). ואין לאמר דבאמת עד שיתכונו שניהם לאו דוקא ובאמת אם לא נתכונה היא ג"כ מהניא מה"ת דאינו משמע כן מלישנא דגמ' דכללינהו בחדא עד שיתכונו שניהם נתכון הוא ולא נתכונה היא נתכונה היא ולא כו' הרי דבחדא מחתא מחתינהו גם הרב אומר כן בהדיא הוא הרמב"ן בחידושיו ליבמות ק"ג ע"ב גבי יבמה הגדילה בין האחים טעמא דלא חזינן כו' וז"ל ופירש"י כו' ומהדרינן אע"ג דחזינן אין חוששין שמא כיון אחד מהם והאי פירוקא לא נהירא דבין שלא נתכון אלא אחד ובין שלא נתכונו שניהם דינם שוה והא דקתני נתכון אחד מהם קמ"ל דאפ"ה אינה כשירה עד שיתכונו שניהם כו', גם הרשב"א כתב כן בחידושיו וז"ל והרא"מ ז"ל כתב דה"ה בשנתכון אחד וכדקתני בברייתא נתכון הוא אבל בשלא נתכון אפילו אחד מהם חליצתה לאו כלום ואינו מחור דכיון דאפילו נתכון רק אחד מהם חליצתה פסולה אלמא כונת חד מינייהו לאו כלום עד שיתכונו שניהם הלכך הכא נמי אפשר דהאי מקשה הכין הוה סבירא מאי פסולה פסולה לעלמא ולעולם לאחין שריא כל שלא כיונו שניהם כו' עיי"ש, הרי שכ' בהדיא דאם לא נתכון

אלא אחד מהם לאו כלום הוא ולא חילקו בין נתכון הוא לנתכונה היא, וללל"ק ולס"ד דגמ' ה"נ דשריא לאחין, והרמב"ם אע"ג דכתב דבנתכון אחד מהם הוי חליצה פסולה,: עכ"ז בכתב הרגיל נראה ברור דהוי רק מדרבנן ומה"ת חליצתה לאו כלום היא והא דכ' הרמב"ם בפ"ה דכל שחלצה חליצה פסולה עברה ונשאת לזר חולצת חליצה כשירה והיא תחת בעלה ובלא חלצה כלל קיי"ל דתצא מזה ומזה, כבר כ' הריב"ש בסי' תפ"ב כיון דטעמא דתצא מזה ומזה משום דאתגורי אתגר וכן באשת איש משום קנסא והכא כיון דלא שייך קנסא גבי יבם דמקמי הכי היתה אסורה לו מותרת גם לבעל וכן כתב הגר"א בסי' פ"ט סעי' נ"ה (וצ"ע דהריב"ש לא כתב טעמא דאתגורי אתגר רק גבי קידש כמו דמצינו בגמ' אבל בנשא הוי טעמא דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י והגר"א שהעתיק סברא באתגורי אתגר גבי נשאת צ"ע):

והיה נראה להביא ראיה לדברי הרמב"ם מתוספתא פ"ו דיבמות החרש שנחלץ והחרשת שחלצה והחולצת מן הקטן כל י"ג דרכים האלו בה דברי ר"מ שאמר משום ר"ע וחכמים אומרים אין הולד ממזר מיבמה הרי דלא נקיט התוספתא רק אלו שחליצתה לאו כלום כמו שפסק הרמב"ם ושייר הני שחליצתה פסולה מכלל דבהני לא תצא, אבל כד נחית בהפרכתא לא די שאין מכאן ראיה להרמב"ם גם תיובתא איכא דהלא ר"מ איהו ס"ל ביבמות דף צ"ה עשו חליצת בן תשע כגט בגדול דהויא חליצה פסולה וכן איתא ביבמות ק"ה על מתני' החרש שנחלץ כו' והחולצת מן הקטן חליצה פסולה אר"י אר"א דברי ר"מ אבל חכמים אומרים אין חליצת קטן כלום הרי דר"מ ס"ל דהני חליצות הוי חליצות פסולות ומ"מ קאמר די"ג דרכים האלו בה ואף רבנן לא פליגי אלא מחמת דאין ממזר מיבמה כמו בכל יבמה הזקוקה אבל מודו דתצא:

וי"ל דר"מ משמיה דר"ע קאמר לה ולדידיה יבמה הרי היא כאשת איש דמן התורה אסורה לבעל כמו שומרת יבמה שזינתה אסורה ליבמה מה"ת וכמו כן אסורה לבועל דאתקש להדדי, ומשו"ה לדידיה אף בחליצה שפסולה מן התורה י"ג דרכים בה אבל לרבנן דקיי"ל כוותייהו אינו אלא מטעם קנסא או מטעם דאתי לאחלופי באשה שהלך בעלה למדינת הים לא גזרו בחליצה פסולה דהלא איכא הכירא, והא דלא פליגי רבנן אר"מ רק מטעם דאין ממזר מיבמה ולא קאמרי דהכא כיון דחלצה חליצה פסולה לא תצא כלל משום דרבנן לטעמייהו דפליגי אר"מ וס"ל דחליצת כל הני לאו כלום הוא ואף חליצה פסולה לא מיקרי אבל א"כ יהיה מוכח לשיטת הטור והרשב"א והרמב"ן דס"ל דחליצת חרש וחרשת הוי חליצה פסולה ומ"מ אמרי בתוספתא דתצא, דלדידהו לא ס"ל הך דינא דהרמב"ם אלא דאף אם חלצה חליצה פסולה מ"מ תצא דהלא לדידהו חרשת

שחלצה הוי חליצה פסולה מ"מ לא פליגי רבנן אר"מ רק דאין ממזר מיבמה אבל מודו דתצא וה"ה בכל חליצה פסולה,:

וא"ב קשה על שו"ע שסתם בסעי' נ"ה כהרמב"ם ובסעי' מ"ג הביא גם דעת החולקין על הרמב"ם דבחרש וחרשת הוי חליצה פסולה ולפי הנ"ל הוי תרתי דסתרי ועי' בהה"מ פ"ד ובביאורי הגר"א וצ"ע, אבל עכ"פ אין לנו הכרח מדברי הרמב"ם דבנתכון אחד מהם תהיה חליצה מה"ת, והא דכ' הרי"ף והרמב"ם גבי יבמה שגדילה בין האחים וראינו שחלצה נאסרה שמא כוונה לחליצה, ולכאורה הלא לא הוי אלא ספק דרבנן, לדעתי לק"מ דגזירה דרבנן היא דמחלפיה בחליצה מעלייתא א"כ ה"נ כיון דאנו חוששין שלא כיונה א"כ הלא אין כאן היכר דלא כיונה וממילא שייך גם כאן הך גזירה דילמא מחלפיה בחליצה מעלייתא ולא מחמת ספק נגעו בה, עכ"פ נשארה הקושיא חזקה דהלא לסברת הח"ץ היה הדין נותן דבנהכון הוא ולא נתכונה היא היה חליצה מעלייתא כיון דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כוונה: ואפשר לאמר בזה ע"פ דברי הרשב"א בחידושיו חולין י"ב ד"ה מאן תנא כו' ורבינו הרב ז"ל תי' שכל דבר שאי אפשר לעשותו ע"י שליח הוי עמידה ע"ג כונת העושה ומדין שליחות אבל דבר שאי אפשר לעשותו ע"י שליח הוי עמידה ע"ג לא מעלה ולא מוריד במקום שצריך כונה הלכך חליצה שאי אפשר לעשותה ע"י שליח לא מהניא עמידת ע"ג בן דעת כו' אבל לפי שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט ולכונת כתיבת שמו ושמה אף זהו שעומד ע"ג הוי שליח ומהני אע"ג כו' אבל בשחיטה דאלו שחט בהמת חבירו שלא מדעתו כשירה ואע"פ שלא נתכון כלל בעל הבהמה אלמא כל ההיתר תלוי מדעת השוחט וכונתו ולא מדין שליחות כו' עיי"ש:

והנראה בכונת הרב ז"ל דס"ל דכונה והמעשה אינם קשורים זה בזה רק המה שני ענינים נפרדים דעל העושה לעשות גוף עשיית הדבר ולכון הכונה ואנן לא בעינן דוקא שיכון גוף העשה רק מהני ששלוחו אחר יכון בעת העשיה אבל בדבר דלא מהני שליחות לא מהני שיהיה האחר מכון כמו בשחיטה וחליצה. ולכאורא דבריו סותרין את עצמן דלדבריו משו"ה מהני בגט עומד ע"ג משום דבעי שליח. א"כ האיך אמרינן בגיטין שם דחש"ו מהני הלא אינם נעשים שליח וכקושית התוס' בגיטין כ"ב ע"ב גם מאי פריך הגמ' א"ה אפילו עכו"ם נמי. ויש לאמר דהרב יסבור דכתיבת הגט בעינן שתהיה ע"פ ציווי הבעל אבל לא ע"פ שליחותו ואפרש שיחתי ע"פ סברת התוס' בע"ז כ"ו שהקשו לרב דאמר אשה פסולה למול אמאי איצטריך אותו למעט אשה ותי' דהוא דמחוייבת להתעסק למולו. ולכאורה תמוה דהלא כל מלתא דלא מצי למעבד לא מצי משוי שליח. וא"כ האיך שייך עליה התעסקות:

ונראה הסברא דבמילה יש שני עניני מצות אחד מצות מילה גופה ואחד שיהיה הנולד ישראל נימול ובמק"א הארכתי בזה. והנה בהמצוה הזאת שיהא ישראל נימול אין העשיה עיקר המצוה רק העשיה היא סיבה לתכלית הנרצה ובכל דבר שאין העשיה אין שייך לאמר שהקפידה התורה שיעשה העשיה בגופו דוקא רק שיהיה נעשה ע"פ השתדלותו ומשו"ה קרא דהמול לכם כל זכר אין הפירש רק שמוטל להשתדל שיהיה נימול א"כ עיקר המצוה ההשתדלות ואין שייך בזה דין שליחות רק מה שמל האחר ע"פ השתדלותו מקיים המשתדל מצות התורה. וא"ש סברת התוס'. וכן כתבו הרמב"ן והריטב"א קידושין כ"ט לישב קושית למה לי אותו למעט אשה תיפוק ליה דהו"ל מצות עשה שהז"ג ותי' דמצות ההשתדלות אין לה זמן קבוע ושייך אף בלילה ועי' במפרשים שנדחקו בזה ולפמ"ש הסברא נכונה:

ובזה מיושב נמי מה שהקשו רבים האיך ס"ד לחייב נשים בכתיבת ס"ת אשר שקיל וטרי בזה הרב בעל שאג"א תיפוק ליה כיון דנשים פסולות לכתיבת ס"ת א"כ הוי כל מלתא דלא מצי עביד, ולמ"ש לק"מ דכיון דתכלית מצות כתיבת ס"ת אינה אלא משום ולמדה את ב"י שימה בפיהם ולזאת לשיטת הרבה פוסקים יוצאים בקניית ס"ת ואפילו למאן דס"ל דבעי דוקא כתיבה אין הפירוש ועתה כתבו שיכתוב בעצמו עד שאם מצוה אחר לכתוב יהיה מטעם שלוחו של אדם כמותו וליבעי דין שליחות רק הפירוש שישתדל שיוכתב לו ספר התורה ואם כותב אחר ע"פ השתדלותו הוי מעיקר המצוה ולא מדין שליחות וא"כ לא שייך בזה כל מלתא דלא מצי עביד ובמק"א הארכתי, והכא גבי גט נמי ס"ל לרבו של הרשב"א דאין הפי' וכתב לה ספר כריתות שיכתוב הבעל בעצמו (ועי' בתוס' עירובין י"ג ד"ה אבל גבי תורה שכ' וז"ל וצריך לחלק בין וכתב לונתן דבנתינה בעינן שליחות אבל בכתיבה לא בעינן שליחות משום דבסתמא איירי קרא שכל אדם יכול לגרש את אשתו ואפילו ידיו קטועות עכ"ל) רק שיכתב ע"פ השתדלותו ובציוויו. ואם כנים אנחנו בסברא זאת היו מיושבין הרבה דקדוקים שדקדקו הראשונים בסוגיא זאת וכיון שעליו מוטל להשתדל שיוכתב הגט משו"ה לא מהני אם יהיה נכתב שלא ע"פ ציוויו אבל דיני שליחות לא בעינן כיון דאין מוכרח לעשות בעצמו עד שנצטרך לאמר שלוחו של אדם כמותו ולא נתרבה מאתם גם אתם ומהני אפילו חש"ו ועכו"ם נמי ועכ"ז בעי ע"פ ציוויו וא"ש מה דאמרינן פ' התקבל עשו עדים שליחותן גם משו"ה ל"מ אומר אמרו כו' ועד שישמעו קולו ועי' בראשונים בזה ובמק"א הארכתי:

ועפ"ז יתיישבו דברי רבו של הרשב"א ז"ל דכיון שלא בעי דין שליחות משו"ה מהני חש"ו אבל עכ"ז לא הוה כמו שחיטה שאינו מוטל כלל על בעל הבהמה ואף אם נשחט

שלא מדעתו כלל ג"כ מהני משו"ה לא שייך כאן שליחות כלל ותלוי הכל בדעת השוחט בעצמו. אבל הכא גבי גט כיון דבעי ציווי הבעל ודעתו משו"ה מהני עומד ע"ג דזה עושה ע"פ ציווי הבעל וזה מחשב ע"פ ציוויו, ובזה מיושב מה דהקשה הבית מאיר האיך מומר מגרש ומצוה לכתוב הלא לא מצי משוי שליח לכתוב הגט דכל מלתא דלא מצי עביד. אבל לפי הנ"ל מיושב דדין שליחות לא בעי בכתיבת הגט לפי שיטת רבו של הרשב"א: עי"ל בישוב דבריו דס"ל דהא דבעינן גם אתם מה אתם בני ברית או הא דממעטינן חש"ו משליחות דוקא במוסר לו הכל אבל כמו הכא להרשב"א דרק המעשה הוא עושה על פיו אבל אחר מחשב המחשבה הראויה להמעשה הזאת והוא ראוי להיות שליח בכה"ג מהני אף אם המעשה נעשה ע"י א"י או חש"ו וסמך לדבר אתם גם אתם מה אתם לדעתכם. ואף כי דבר חדש הוא עכ"ז לדעתי ראוי לאמרו בכונת דברי רבו של הרשב"א ועפ"ז נוכל ליישב כמה הערות. ולפי שיטת הרב ז"ל יש ליישב דברי הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' פה"מ שכ' דקטן פסול לשחיטת קדשים אף בגדול עומד ע"ג ולפי שיטת התוס' בגיטין ובחולין דוקא אחרים רואין אותן לא מהני בשחיטה אם צריך כונה אבל באחרים עע"ג מהני אף אם צריך כונה:

אבל לפי שיטת הרב ז"ל ניחא דבשחיטה כיון דליכא שליחות לא מהני עע"ג ואף בשחיטת קדשים דלכאורה משמע בקידושין רפ"ב דהוי מטעם שליח אבל לפי מאי דקיי"ל כהנים הוי שלוחי דרחמנא מוכח דגם בשחיטה לא הוי שלוחי דהבעלים דלא כהפמ"א שכ' דבעי בשחיטה שליח הבעלים כיון דמצי עביד בעצמו דפשטות דברי הרמב"ם מוכיחים כן דאל"ה למה לא כתב דקטן פסול מטעם שליחות דלא מצי למיהוי שליח, ודוחק לאמר דאיירי בקרבן א"י אשר גם השחיטה הוי מטעם שלוחי דרחמנא כיון דלא מצי למיעבד בעצמו גם מוכח כן בפ"ו מהל' נדרים שכ' הרמב"ם סתם דהמודר רשאי להקריב קרבנותיו אלמא דאף בשחיטה הוי שלוחי דרחמנא דאי שחיטה הוי שלוחי דידן והוא שליח הבעלים בזה היה אסור במודר הנאה והיה לו להרמב"ם לפרש דאינו רשאי לשחוט והא דדיק בקידושין משחיטת קדשים דשלוחו של אדם כמותו היינו מלישנא דושחטו אותו כל קהל עדת ישראל ויש להאריך בזה. עי"ל דהוי מצוה נוספת על הבעלים שישחטו בעצמן כמו מילה על האב אבל בודאי אם שחטו אחרים כשר ועי' בזה רש"י פסחים ז' ע"ב ובמנחות נ"ט אי מה שחיטה בבעלים והארכתי בזה בכמה אופנים: ולכאורה יש עוד להבין לפי דעת הרב ז"ל מאי משני הגמ' אי לדעתא דנפשיה קעביד מאי נפקא מינה שעביד לדעתיה דנפשיה כיון שעיקר השליח והמכון הוא העומד ע"ג, וצריך לאמר דעד כאן לא קאמר הרב ז"ל אלא היכא דהעושה הוא עושה בסתמא אבל

אם מכון ההיפוך בודאי לא מהני ויסבור הרב דא"י מכון בהיפוך ממחשבה הראויה דלא כסברת התוס' גיטין כ"א. וליישב קושית התוס' ממילה אמרתי בכמה אופנים:
נקטינן מיהת בסברת הרשב"א בשם הרב ז"ל דס"ל דהכונה והמעשה אינם קשורים זה בזה ויכול אחד לעשות מעשה ואחד יהיה השליח ויכון כונה המועלת. ולפ"ז נוכל לאמר ג"כ בסברא שמהני בדעת אחרת מקנה אותו אף בלא כונת הזוכה דהוא מטעם שלוחו לכון ואף דקיי"ל דהמקנה אינו יכול להעשות שלוחו של הקונה לזכות לו משלו, ה"מ היכא דהוא עושה בעצמו גם מעשה הקנין אבל בכה"ג דמעשה הקנין עושה אחר מהני אף כוונת הבעלים (ובעיקר הדין אם המקנה יכול להעשות שליח לזכות להקונה יעויין בשיטה פ' השואל לענין הכישה במקל והיא תבוא בשם הראב"ד ז"ל ובמבי"ט ובשערי משפט סי' ר' והדברים ארוכים) ועי' בתוס' מרובה ע"ט שכ' דמהני אם השליח העושה מעשה הקנין אינו יודע לזכות והבעלים מכוונים לזכות ועי' בשיטה שם:
ולזאת נכונה הסברא לאמר כמ"ש בטעמא דדעת אחרת מקנה לא בעי כונת הקונה. אך לפ"ז לא יהיה מהני הך סברא דדעת אחרת מקנה אותו רק אם בעת מעשה הקנין מכון המקנה לזכותו ושיקנה הזוכה כמו בעובדא דזקן שכ' הרשב"א ובההוא דרב ענן שכ' הנ"י בשם הראב"ד. אבל אם בעת מעשה אינו מכון הקונה להקנות בודאי בעינן כונת הקונה לקנות. גם לפ"ז יהיה יכול הזוכה לחזור בו כ"ז שלא ידע שזכה כמו בכל מקום שאמרינן זכין לאדם שלא בפניו דקיי"ל דאם צוח כשיודע לא קנה רק המקנה א"י לחזור בו:
ולפ"ז מיושב שפיר מה שהקשה המשנה למלך על סברת הנ"י מיו"ד סי' קל"ב עיי"ש ובאחרונים ולפי הנ"ל לק"מ דביין נסך הלא תלוי אם הקונה יכול לחזור בו הוי דמי יי"נ עיי"ש ומיושבת ג"כ קושית הט"ז בסי' ר' מטור סי' קצ"ד ונתכון הקונה לקנות עיי"ש, ולפי הנ"ל לק"מ דהמוכר לא כיון בעת מעשה ולא ידע להקנות גם היה מקום לאמר במקח וממכר כיון שהלוקח יכול לחזור בו גם המוכר יהיה יכול לחזור בו ואין כאן קנין כלל משום דהמוכר לא הקנה רק באופן שהלוקח לא יהיה יכול לחזור בו ויהיה יד שניהם שוין, ול"ד לדינו של הרמב"ם דהיכא דהיתה השואה ביניהם על המקח יכול לזכות להקונה שלא בפניו וכמ"ש למעלה היינו דוקא שלא בפניו דידע המוכר דהקונה יהיה יכול לחזור בו מ"מ מקנה ונתכון לזכותו אבל אם אינו יודע שהקונה אינו מכון לזכות ויכול לחזור בו גם המוכר יכול לחזור ואינו קונה כלל אבל מדברי הטור סי' ר' משמע דאף במקח וממכר שייך הך סברא דבדעת אחרת מקנה אותו לא בעי כונת הקונה ואין המוכר יכול לחזור בו עיי"ש:

ובזה מיושבין ג"כ דברי הרמב"ם פ' כ"ט מהל' מכירה ודברי הרה"מ ז"ל שעמד עליהם מהרי"ט ז"ל בחלק חו"מ סי' כ"א שכ' הר"מ בהא דקטן שקנה קרקע שהוא מטעם זכין לאדם שלא בפניו והמ"מ הביא ע"ז מדברי הגמ' פ"ב דקידושין מנין שזכין לקטן ומהרי"ט כתב דהתם ענין אחר הוא דאחרים זוכין בשביל הקטן והכא הקטן זוכה לעצמו, אבל לפי הנ"ל מדוקדק שפיר לשון הרמב"ם דהא דקטן זוכה לעצמו בדעת אחרים מקנה היינו מטעם שהמקנה זוכה בעבורו בכונתו לשם קניה וזכין לאדם שלא בפניו וכסברת הרשב"א בשם הרב ז"ל ושפיר כתב הרמב"ם לישנא שזכין לאדם שלא בפניו וגם דברי הרה"מ מדוקדקין. ויצא לנו מזה דין חדש דהא דקטן זוכה לעצמו בדעת אחרת מקנה אותו היינו דוקא שעשה מעשה הקנין בפני הקונה וכיון להקנותו בעת מעשה וצ"ע. וראיתי להקצוה"ח סי' רמ"ג וסי' רע"ה שכ' ג"כ כנ"ל בדברי הרה"מ והמ"מ אך לפי דברי הרשב"א ז"ל הוא מלתא בטעמא:

והשתא דאתינן להכי מיושבין דברי הח"ץ דאף אם נאמר כסברתו דהוי כונת קניה מ"מ לק"מ למה בעינן דעתה הלא בדעת אחרת מקנה לא בעינן כונת הקונה דעד כאן לא אמרינן כן אלא בדבר דמהני שליחות וכסברת הרב ז"ל אבל בחליצה כיון דליתא בשליחות ולא מהני כונת עע"ג ה"נ לא מהני כונת החלוץ להקנות כנ"ל, ומדוקדקין בזה דברי הרשב"א בחולין שם שכ' דלהכי לא מהני בחליצה עומד ע"ג משום דליתא בשליח ולכאורא צ"ע תיפוק ליה דבדעת מקנה לא שייך עע"ג דמה מהני כונת העע"ג כיון דחש"ו אינם יכולים לעשות שליח כלל, אבל לפי הנ"ל מוכרח הוא לזה משום כונת האשה מחמת דעת אחרת מקנה אותה או כמ"ש למעלה כיון דגליא אדעתא דניחא לה הוי כמו זכין לאדם שלא בפניו מטעם שליחות לזאת מוכרח הרשב"א לסברתו דכיון דחליצה ליתא בשליחות לא מהני עע"ג גם דעת אחרת לא מהני. והא דס"ד לחד מ"ד דקטנה חולצת בפעוטות והיינו משום דעת אחרת מקנה אף דליתא בשליחות י"ל דס"ל כמהרי"ט ז"ל דהא דקטן זוכה לא' הוי מטעם זכיה רק דיש לו דעת לזכות בעצמו ועי' בש"ך סי' רמ"ג גם יש להאריך בזה בביאור דברי הירושלמי תרומות בענין עע"ג כן היה אפשר ליישב דברי הח"ץ ז"ל:

אבל עוד אינו נוח לי להכריח מכח הוכחה זו דס"ד דקטנה חולצת סברא זו דמטעם הקנאה אתינן עלה דהתינח לסברת רוב הפוסקים דס"ל קטן זוכה לעצמו מה"ת אבל מה נעשה לדעת הר"ן ודעימיה דס"ל דהא דקטן זוכה לעצמו הוא מדרבנן יעוין בר"ן ר"פ האיש מקדש (ובמק"א עשיתי סמוכין לדעתיה) וכ' להוכיח כן מב"מ ע"א דקטן לית ליה זכיה מדאורייתא ול"ד לעבד שאחרים זוכין לו היינו משום דיש לו יד לזכות לעצמו אבל

קטן שאין לו יד לזכות לעצמו אף אחרים אינם זוכין לו מה"ת יעוי"ש,: ובדבריו אלו שכ' דאם יכול לזכות בעצמו ואם אחרים זוכין לו תלויין זה בזה יובנו דברי הרשב"א בקידושין ר"פ האיש מקדש שכ' להקשות על שיטת הסוברים דזכיה מטעם שליחות ואין זכין לקטן מה"ת מהא דפ' השולח מ' קם ואקניה לבנו קטן כו' ושיחררו האב כיון דלא זכה מה"ת ולכאורא אין הנידון דומה דהלא התם זכה הקטן בעצמו, אבל לפי דברי הר"ן ניחא דהא בהא תליא דהא דאין אחרים זוכין לו הוא מטעם דאין לו יד. ולכאורא היה מקום לאמר דלהר"ן לטעמיה לק"מ מה שהקשינו דהלא כ' הש"מ ב"מ י"א בשם הר"ן לחלק בין קטן לקטנה דקטנה אית לה יד ואית לה חצר מדאורייתא בין במציאה בין במתנה וקטן לית ליה יד מדאורייתא בין במציאה בין במתנה רק רבנן תקנו ליה יד בין במכר בין במתנה עיי"ש וצריך להבין לפי דבריו קושית רב אוויא גיטין ס"ד מאי פריך מאומר אדם לשפחתו כו' צאו ופדו מע"ש על דאין קטן זוכה מה"ת הלא שאני קטנה מקטן וצ"ל כמ"ש התוס' שם בגיטין והר"ש במע"ש שהם פודים המעשר לבעה"ב והוי כמו זוכה לאחרים דל"ש קטן מקטנה:

אך בחי' הר"ן לגיטין כ' איפכא וז"ל וא"ת כיון שאביהם נתן להם המעות לעצמם הם זוכים י"ל כיון דאמר שאין זוכין לאחרים משמע דס"ל שאין לקטן זכיה מה"ת אע"פ שמתגרשת מדי דהוה פקחת בע"כ והכא כיון דפודין אלמא זכיה אית ליה מדאורייתא וכיון שכן לאחרים נמי זוכין, הרי דס"ל להר"ן בחידושיו דאף קטנה אינה זוכה מה"ת אף בדעת אחרת מקנה ועיין בשיטה מקובצת ב"מ ע"א בשם הרמב"ן וכן התוס' בכתובות י"א ובסנהדרין ר"פ ב"ס רצו ג"כ לאמר דקטן לית ליה זכיה מה"ת וע"כ לכל הני רבוותא ליכא למימר סברת הח"ץ, גם עיין בירושלמי מע"ש פ"ד ובגיטין פ"ה הל' ט' שהוא מחלוקת בירושלמי שם דאיתא שם ברם כרבנן דהכא ר' יוסי בעי אף לעצמו לא יזכה שנ' איש אל רעהו עד שיהיה כרעהו והארכתי בפי' הירושלמי ועי' בקרבן עדה ופ"מ שם. וזה הלא שיטת הירושלמי דקטנה חולצת מה"ת הרי דלא מכרעא סברת הח"ץ:

ועוד יש לתמוה על סברת הח"ץ דהנה איתא בירושלמי קידושין פ"ק הל' ג' ר' ירמיה בעא קומי ר' זעירא הילך כסף זה שתצא שדך לחירות א"ל יצאת כו' הגע עצמך שהיה חרש א"ל איש הגע עצמך שהיה קטן א"ל דרכו להגדיל כו' ועי' בפ"מ שפי' א"ל איש דכתיב ויקחו להם איש שה לבית אבות וחרש בכלל איש ומשמע לפ"ז דה"מ דחרש זוכה לאחרים כיון דהוי בכלל ויקחו להם איש שה לבית אבות שמהאי קרא נפקא לן דקטן זוכה לאחרים עי' פ"ב דקידושין. וצ"ע מירושלמי קידושין פ"ב הל' א' היה החנוני חרש ע"ד דר' זעירא לא חשש חשש שאין שליחות לחרש ע"ד דר' הילא חשש שהחרש יכול

לזכות לאחרים כמבואר גיטין נ"ט. היה הפועל חרש ע"ד דר' הילא לא חשש ופי' הפ"מ שאין החרש יכול לזכות מאחרים ופי' זה תמוה מאד דהלא בירושלמי בפ"ק מבואר דהוה בכלל איש וראיתי להרב בעל ציון ירושלים שעמד בזה וכ' עי' בפ"ק דמשמע דחרש אית ליה זכיה, וכאן אמרי' דאין ליה זכיה וצ"ע:

אבל באמת אין פי' דברי הירושלמי כמ"ש הפ"מ רק דלר' הילא כיון דלדידיה האיסור מחמת שהפועל זוכה מתחילה לבעה"ב ואח"כ זוכה לעצמו והכא כיון שהפועל חרש לא יוכל לזכות לבעה"ב שאין שליחות לחרש אבל לעצמו יכול לזכות גם בפ"ק אין הפי' כדברי הרב בעל פ"מ דאין כונת הירושלמי דהוה בכלל ויקחו להם איש שה לבית אבות, וממילא יהיה יכול החרש גם לזכות לאחרים דז"א כיון דלא הוה בכלל בר דעת רק כונת הירושלמי לפי המבואר בגיטין פ"ה ומע"ש פ"ד דקטן נתמעט מכלל זכיה מאחרים דכתיב וכי יתן איש לרעהו א"כ גם גבי הזוכה כמו דכתיב איש דמי וע"ז אומר הירושלמי דחרש בכלל איש הוא ושפיר זוכה לעצמו ועי' ירושלמי תרומות פ"א הל' שמבואר שם ג"כ דחרש בכלל איש הוא. הרי דלשיטת הירושלמי חרש עדיף מקטן לענין זכיה וזוכה לעצמו מה"ת לכה"פ בדעת אחרת מקנה אותו. וכן הרמב"ם בפ"ה מהל' זכיה כתב שהחרש יכול לזכות לעצמו ובודאי לא גרע מקטן וכן הוא בחו"מ סי' רמ"ג ואי כשיטת הח"ץ אמאי כ' הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום דחרשת גרעה מקטנה וחליצתה אינה כלום משום דאינה בת דעת הלא לענין זכיה לעצמה לא גרעה מקטן: גם בעיקר הדבר שכ' הח"ץ דחליצה הוי הקנאה לענ"ד יש לפקפק בזה וי"ל דתליא באשלי רברבי במחלוקת רש"י ותוס' כתובות נ"ח היבם אינו מאכיל בתרומה מ"ט קנין כספו אמר רחמנא והאי קנין דאחיו הוא ופירש"י וכיון שמת פקע ליה קנינו הרי דלשיטת רש"י ליכא קנין כלל ליבם ביבמתו רק איסורא בעלמא איכא עלה דרמיא רחמנא על יבמה עד שתחלוץ ומה שפירש"י בקידושין ד' ע"ב ד"ה שכן זקוקה ועומדת דזה מחמת קידושי אחיו המת ואין ביאה באה אלא לגמור אבל קנין דמעיקרא לא אין כונת רש"י שהיא קנויה לו מכבר דא"כ היינו פי' הר"א משנזא בתוס' שם ומה חידשו התוס' אלא דאין כונת רש"י רק מחמת שכבר היא זקוקה לו ועומדת לו לו לביאה מסתברא שביאה תהיה גומרת בה וע"כ צ"ל כן דאל"כ למה הזכיר רש"י מחמת קידושי אחיו המת הלא קידושי אחיו בודאי פקעו כמ"ש רש"י בכתובות כנ"ל, גם מסקנת הגמ' קידושין י"ד אמר רב אשי הא נמי אוסרה מתירה והיינו משום דכשמת הבעל פקעו קידושיו ועיין במהרי"ט סי' י"ח שדיבר בזה וי"ל דזה יהיה תלוי אי יבם כאחר דמי והארכתי בפלפולא בזה: וכן הוא לשון הרמב"ם בפ"ח מהל' תרומות היבם כיצד בת ישראל הזקוקה ליבם כהן לא תאכל שנ' וכהן כי יקנה נפש וזה

עדיין לא קנאה. והא דאי' בירושלמי דכתובות פ' אע"פ אכלה בפני הבעל אוכלת בפני היבם כבר כ' הפ"מ דגירסת רמב"ם ורש"י היתה בירושלמי אינה אוכלת ועי' בירושלמי ביבמות פ' אלמנה ארוסה ושו"י ומעוברת משלמת את הקרן ואינה משלמת את החומש אם בבת כהן כו' אינה זרה לו אם בבת ישראל שנשאת לכהן אם עושה את העובר כממש לפסול ואין עושה את העובר כממש להאכיל למה אין משלמות את החומש:

ולכאורא מדברי הירושלמי אלו סתירה לשיטת הרמב"ם ורש"י דלשיטתם כיון דשומרת יבם אינה אוכלת מה"ת למה אינה משלמת את החומש, ואין לאמר כיון דקיי"ל כרבנן דפליגי אר"מ וס"ל בפ"ז דתרומות דאף בת כהן שנשאת לפסול אינה משלמת את החומש דזר מעיקרא בעינן א"כ י"ל דאף בת ישראל הנשואה לכהן ונתגרשה לא זרה מעיקרא היא וכמו דמדמי בכריתות ז' סיכת מלך בשמן המשחה לפלוגתת ר"מ וחכמים דתרומות הנ"ל אף דמלידתו לא עמד לכך מ"מ לא מיקרי זה מעיקרא. אך באמת מוכח במתני' רפ"ח דתרומות דדוקא אכלה קודם שנודע לה שנתגרשה אינה משלמת חומש אבל אכלה אחר שנודע לה משלמת החומש, וכן מפורש בירושלמי פ"ז דתרומות עד כאן לא פליגי אלא לשעבר אבל לבא לא הרי מפורש דגרושה משלמת החומש ומתקריא זרה מעיקרא דהא דאכלה לפני בעלה היה מחמת שהיתה קנין כסף בעלה אבל לא מחמת עצמה. ויש לתרץ כיון דעומדת להתיבם ועומדת לאכול בתרומה לאו זרה היא ואף ר' מאיר מודה בה כמו בבת כהן הנשואה לזר וע"כ מ"ד דאין עושה עובר כממש ס"ל כן גם י"ל דעובר כיון דאינו כממש להאכיל הוי כמאן דליתא ולא מתקריא מחמתיה סופה לאכול וגם המקשה בירושלמי לא הקשה רק מעובר ולא על שו"י:

אך לפ"ז צ"ע למה השמיט הרמב"ם הך דינא דשו"י אינה משלמת החומש בשלמא מארוסה לק"מ כיון דאוכלת מה"ת פשיטא דאינה משלמת החומש אבל משומרת יבם קשה, ואפ"ל דהרמב"ם יסבור דהירושלמי לטעמיה דס"ל יש זיקה מה"ת כמו דמבואר בירושלמי בכמה מקומות אבל לדידן דקיי"ל זיקה היא מדרבנן כמו שמשמע מכמה דוכתי בגמ' וכן ברמב"ם והוא מפורש בחידושי הרשב"א בפ' החולץ דזיקה מדרבנן ועי' בדבריו פ"ב שנסתפק בזה אכן אח"כ הכריע דזיקה מדרבנן ולפ"ז לא נצטרך לאמר דהיתה לו גי' אחרת בירושלמי כתובות רק כיון דאנן קיי"ל דזיקה מדרבנן לא קיי"ל כהירושלמי נמי בהא ומשו"ה פסק דשו"י אינה אוכלת מה"ת כיון דאינה קנויה לו דזיקה מדרבנן ואף לסברת התוס' והרשב"א דשו"י אוכלת בתרומה מה"ת מ"מ י"ל דאין לו בה קנין רק לאיסורא בעלמא והוי כמו מעוכב ג"ש וצ"ע. אבל לפי' רש"י והרמב"ם בודאי אין קנין בשו"י ליבמה (ועי' רש"י יבמות ק"ט וק"ל):

וא"כ בודאי אין לאמר כהח"ץ דכונת קנין הוי. וצ"ע בכל זה אך לדעתי ראויות כל הראיות הללו להצטרף שאינו מוכרח לאמר כדברי הח"ץ דכונה האמורה בחליצה כונת קנין היא. גם אין לאמר דהך כונה האמורה בחליצה היא כונת מצוה דא"כ יהיה תלוי הך דינא אם מצות צריכות כונה והלא אי מצות צריכות כונה או לא הוא מחלוקת בכמה דוכתי ולא לשתמיט תנא במק"א לאמר דחליצה אינה צריכה כונה ונאמר דהך תנא הוא דס"ל מצות צריכות כונה ועי' ביבמות ק"ו גבי בת חמוה דר"פ כו' א"ל אביי חלוץ ובכך אתה כונסה א"ל ר"פ לא ס"ל מר להא דאר"י עד שיתכונו שניהם כו' ואי דזה הוא מחמת שמצות צריכות כונה מאי קשיא ליה דלמא ס"ל לאביי כמ"ד מצות אינן צריכות כונה:

וביותר קשה לפמ"ש התוס' סוכה דף מ"ב ע"א ובהג"א פ' ראוהו ב"ד דאביי ס"ל כמ"ד מצות אינן צריכות כונה עיי"ש ומשמע מדבריהם דאף אם מכון שלא לצאת יצא דאל"כ לוקמי אביי בכך עיי"ש. וגם בדף ק"ב ע"א פריך הגמ' על שמעתיה דרב יבמה הגדילה בין האחים טעמא דלא חזיניה הא חזינא חוששין מברייתא דתניא עד שיתכונו שניהם ובהג"א שם מבואר דרב ס"ל מצות אינן צריכות כונה והביא מחולין ל"א גבי טבילת חולין לא בעי כונה. אך באמת כבר כ' האחרונים דמחולין אין ראיה עפמ"ש הר"ן בחי' לחולין בשם הרמב"ן דהאי פלוגתא דרב ור"י אי בעי בנדה כונה לטבילה ל"ש בהך פלוגתא אי מצות צריכות כונה דהכא טבילה ושחיטה לא מצות נינהו אלא מכשירין ופלוגתתם דלמר מכשירין קילי ולמר מכשירין חמירי אבל במצות גופייהו אי צריכות כונה אי לא מעיילי נפשייהו. ובזה ניחא מה דמשמע בגמ' בחולין שם דלמ"ד טבילת חולין בעי כונה גם טבילת ידים בעי כונה ואף דבמצות דרבנן כ' המ"א סי' ס' דלכו"ע לא בעי כונה אבל לפי דברי הר"ן ניחא וכן בשו"ע הובא מאן דס"ל דלנט"י בעי כונה ועי' במ"א שם:

אך לכאורא יש לעיין דא"כ יהיה תלוי הך דינא דטבילת חולין בעי כונה אם טבילה בזמנה מצוה או לא דלמ"ד טבילה בזמנה מצוה הלא הוי טבילה מצוה שבחובה כמו שאר מצות ומאי הקשה הגמ' מר"י אר"י דאמר הלכה כסתם משנה ותנן נפלה סכין ושחטה כו' דילמא ס"ל לר"י טבילה בזמנה מצוה ומשו"ה ס"ל טבילה בעיא כונה ושניא שחיטה דלכו"ע לא הויא מצוה חיובית ומאי רומיא שחיטה אטבילה, ועוד מאי הביא ראיה מהא דתנן פירות שנפלו לאמת המים כו' הלא ידים בודאי לא הויא מצוה שבחובה ועוד האיך הקשה אר"י מברייתא טבל ולא הוחזק מותר לחולין דילמא הברייתא אתיא כמ"ד טבילה בזמנה לאו מצוה ור"י יסבור טבילה בזמנה מצוה:

וי"ל ע"פ מה שכתבתי במק"א להכריע דכל מצוה שלבד מצותה באה לתקן דבר כההיא דחליצה ויבום וגירושין וטבילת אדם וטהרת מצורע ושאר מחוסרי כפורים אינו תלוי תיקון הדבר בקיום המצוה היינו אף דמשכחת גונא שהוא פטור מן המצוה או אינו מקיים אותה מ"מ אם עושה אותה בפרטים שצותה התורה יוצא התיקון להכשירו ואינו תלוי בקיום המצוה, והכי משמע בנדרים ל"ה דמביאין קרבן יולדת על שוטה וקרבן זיבה על קטן וכשרים לאכול בקדשים אע"פ שהמה פטורים מן המצות ואע"ג דאתרבו מקרא מ"מ עיקר קרא לא אתא להכי דהא איצטריך שיהא עיקר זיבה נוהג בקטן וכן טבילה אפילו למ"ד טבילה בזמנה מצוה מ"מ לא שמעינן שיהיה מהני לי' טבילה בקטן שפטור מן המצות ובטלוה קודם לאמה וכן ביבום לשיטת רש"י קידושין י"ט יבם קטן קונה אשתו:

וכן הוא שיטת הרמב"ן בחי' ליבמות דף צ"ו דמדאורייתא קונה אותה ונפטרה בכך רק מדבריהם עשו אותה כמאמר (ומ"ש הרמב"ן והכי משמע בירושלמי צ"ע והארכתי במק"א) וביבם חרש ושוטה שבאו על יבמתן קנו אף דפטורים מן המצות. ואין לאמר דשאני גבי יבום דאתרבי שוגג כמזיד ואונס כרצון כדתנן בריש הבא על יבמתו דאכתי יהיה קשה למ"ד מצות אינן צריכות כונה דלדידיה הלא ידי מצוה יצא גם בשוגג ואונס א"כ צ"ל דעיקר הריבוי צריך לאשמועינן אף דלא נתכון לקנות קנה אבל אם לא יצא ידי מצוה לא שמענו מזה ואכתי מנין לנו קטן לדעת רש"י והרמב"ן וחרש ושוטה לדברי הנ"ל:

והיה אפ"ל ע"פ דברי הרשב"ם דאפילו למ"ד מצות אינן צריכות כונה מ"מ אם מכון להיפוך לא יצא ואף שהטו"א שדא ביה נרגא דא"כ מאי קא שקיל וטרי שם הגמ' בעירובין פ' המוצא תפילין למ"ד מצות אינן צריכות כונה גם לעבור לא בעי כונה הלא הכא בהמוצא תפילין מכון ההיפוך דלהרשב"ם אף למ"ד מצות אינן צריכות כונה לא יצא א"כ גם בל תוסיף ליכא. ואמרתי ליישב דלכאורא טעמא בעי האיך תלאו זה בזה דלמא בבל תוסיף לא שייך לכו"ע כונה לצאת דהלא באמת אין כאן מצוה אך ע"כ צ"ל דלמ"ד מצות צריכות כונה בכלל מצות התורה שצותה לעשות המצוה גם הכונה היא מפרטי עשיית המצוה כמו שד' טוטפות המה מאופני מצות תפילין כן היא הכונה הוא אופני מאופני המצוה וא"כ הא שצותה התורה לא תוסיף הוא שלא לעשות המצוה בפרטיה בהוספה וכמו בהניח תפילין שלא בזמנו ליכא בל תוסיף רק אם יהיה ד' טוטפות כן אם ליכא כונה ליכא בל תוסיף דהא חיסר אחת מפרטיה אבל אם אינם צריכות כונה א"כ הלא כונה אינה פרט מפרטי המצוה והא שכ' הרשב"ם דאם מכון להיפוך לא יצא

סברא בעלמא היא דלא ספינן ליה מצוה בע"כ א"כ לא שייך הך סברא רק בזמנה לענין לצאת ידי חובתו אבל לענין בל תוסיף לא שייך זאת כיון דעשה המצוה בכל פרטיה והכונה אינה פרט מפרטי המצוה. ומה דמכון שלא לצאת אינו שייך הכא דבלא"ה הלא שלא בזמנה הוא וליכא כאן מצוה רק ל"ת דבל תוסיף אך רוב הראשונים חולקים בלא"ה על הרשב"ם:

וכן יש לאמר לכאורא עפמ"ש לחלק דאף אם מצות אינן צריכות כונה עכ"ז אם עושה להתעסק בעלמא לא יצא ועפ"ז אמרתי ליישב מה דהשמיט הרמב"ם בהל' תפילין הך מימרא דר"א במנחות ע"ו ע"ב ואם כדי לשמרן מותר ותמהו עליו האחרונים ולפי הנ"ל יש לאמר דס"ל מצות אינן צריכות כונה ולעבור בעי כונה ומרבינן מבימים לאיסורא בלילות באופן דיצא ידי המצוה דהיינו שלא בכונה אבל במתעסק בעלמא כדי לשמרן דבכה"ג אף למ"ד מצות אינן צריכות כונה לא יצא לא איתרבו בכה"ג לאיסורא אף מקרא דבימים משו"ה קאמר ר"א אם כדי לשמרן מותר, אבל הרמב"ם דפסק כמ"ד מצות צריכות כונה א"כ קרא דבימים אתא לאסור אף אם לבש באופן דלא יצא דאם עשה באופן דיצא קרא ל"ל הלא איכא בל תוסיף וכיון דאתרבו לאיסורא אף באופן דלא יצא א"כ מה לי אם לבש שלא לצאת מה לי אם לבש כמתעסק כדי לשמרן בכל גווני אסור כיון דבכל גווני לא יצא ידי חובתו מ"מ אתרבו מקרא דבימים דבלילה אסור. ובזה יש ליישב ג"כ קושית הש"א על הרמב"ם מביצה י"ד דהתם קאי אליבא דאביי ואיהו הא ס"ל בסוכה מ"ב כמ"ד מצות אינם צריכות כונה כמ"ש למעלה בשם התוס' וא"כ ס"ל כדי לשמרן מותר כנ"ל ואכמ"ל אבל לפ"ז הלא נוכל לאמר דאף למ"ד מצות אינם צריכות כונה מ"מ אתרבו מקרא דקנה יבמתו אף אם לא קיים המצוה: אבל יש לאמר עפמ"ש הר"ן דבאכילה ס"ל להרמב"ם דאינם צריכות כונה כיון דנהנה ע"י מ"א א"כ ה"ה מתעסק יצא כיון שנהנה וא"כ י"ל דגם ביבום יוצא בכל גווני כיון שנהנה דבחלבים ועריות לא שייך מתעסק א"כ באמת יוצא אף במתכון שלא לצאת ואף במתעסק ולא מוכח מידי מהא דנתרבו שוגג כמזיד ואונס כרצון דקנה ביבום אף אם לא קיים המצוה רק קרא אתא דקנה אף אם לא נתכון לקנות אבל ידי המצוה בודאי יצא בכל גווני ואכתי מנ"ל בחרש ושוטה וקטן שפטורים מן המצות דקנאו ביבמתם אע"כ דבכל מקום כן הוא היכא דאיכא מצוה וקנין או תיקון אחר אינו מעכב קיום המצוה לתיקון. גם לבד זה אם נאמר דבכל מקום לא מהני התיקון אם לא שיצא ידי המצוה מנין לנו ביבום דאינו כן. דאף אם נניח שמוכח מהבא על יבמתו שוגג ומזיד קנה דהוא אף בגונא דבעלמא לא יצא ידי מצוה מ"מ היינו דוקא בבר חיובא אשר י"ל באמת דנתרבה דיצא גם ידי חובת המצוה

אבל מנין לנו לחדש דגם חש"ו שפטורים מן המצוה דקנאו יבמתם אע"כ כמ"ש דאינו תלוי זה בזה כלל ואף אם ידי מצוה לא יצא מ"מ מהני הקנין והתיקון. וכן חליצה היתה מהני בקטן לולא דנתמעטו מאיש וגם התוס' לא הקשו למה לי איש רק משום דצריך דעת אבל לא הקשו כיון דפטורים מן המצות לא מהני החליצה אע"כ כמ"ש די"ל שיש תיקון וקנין במצוה אינם קשורים זה בזה ואף אם לא יצא י"ח המצוה מ"מ ואינו בר חיובא מ"מ מועיל לפטור ולקנות ולטהר:

וגדולה מזו רצה הטו"א בר"ה כ"ח לאמר דאף ידי מצוה יצא אם עשאה בשעה שהוא פטור כגון קטן ונתגדל למ"ד צריכה מיעוטא עייי"ש ואף שדינו פשוט שאינו כמו דמבואר ברמב"ם פ"ו מהל' חו"מ שכ' דאכל בשעה שהוא נכפה לא יצא י"ח כיון דבאותה שעה פטור מן כל המצות עייי"ש אבל היכא דאיכא קנין ופטור מוכרח לדעתי דאף אם אינו חייב בהמצוה ואף אם לא יצא ידי חובתו מ"מ אינו מעכב להקנין והפטור. וא"כ לא נוכל לאמר כלל דתהיה תלויה פלוגתת דרב ור"י במצות צריכות כונה אף אם ס"ל טבילה בזמנה מצוה וע"כ לא פליגי אלא אם בפי שיכון להתיר דר"י בעי שיכון להתיר ורב לא בעי ומשמע בגמ' חולין שם דר"י יליף דבעי כונה מוכבס דבעי לדעת כהן ומהכא שמעינן כל טבילת חולין שפסולה עד שיכון, ומשו"ה מהני גבי טבילה כונת חברתה דכיון דכל עיקר טעמא דכונה דילפינן מוכבס והתם ג"כ מהני מה שמכבסים אחרים לדעת כהן אבל לא פגע ולא נגע בכונת המצות דבודאי בעי שיכון בעצמו. ותמוהים לי דברי הרב בעל כפות תמרים שרצה לאמר בר"ה כ"ח דגם כונת המצות סגי שיכון אחר כמו דמהני בטבילה ולפי הנ"ל אינו דומה כלל גם הסברא תמוהה. א"כ יש להוכיח מטבילה דהכונה לצאת אינה מעכבת ליטהר דהלא כו"ע מודו אף אם לא נתכון הסובל מ"מ מהני טבילתו ואף למ"ד טבילה בזמנה מצוה א"כ אין סברא כלל לאמר דהך כונה המעכבת בחליצה תהיה מחמת כונת המצוה דזו לא שמעינן דיהיה מעכב יציאת ידי חובת המצוה להפטור וההיתר התלוי במעשה הזאת:

וצ"ע דברי הפ"י גיטין ס"ה שהקשה על הח"ץ הנ"ל האיך אפשר לאמר דלמ"ד קטנה חולצת משתגיע לעונת הפעוטות דהוא מטעם כונת קנין דא"כ מ"ט דרבא אליבא דר' יוסי דאמר שתגיע לעונת נדרים אע"כ דבהא פליגי אמוראי דמ"ד משתגיע לעונת נדרים ס"ל דבעי כונת המצוה. ולפי מה שביארתי אי אפשר לאמר כן שיהיה מעכבת כונת המצוה בהיתר חליצה גם אם הכונה מעכבת לעכב ג"כ מה שפטורה מן המצות דבכה"ג בודאי לא יצא י"ח כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהל' חו"מ והבאתי למעלה. גם צ"ע לי דברי הפ"י דהלא לרבא אליבא דר' יוסי קיימינן ואיהו ס"ל לר' יוסי דלא ס"ל כלל מצות צריכות

כונה כמ"ש התוס' בר"ה כ"ח ד"ה אמר עיי"ש. והא דאמר ר' יוסי עד שיתכון שומע כו' כבר דברו מזה המפרשים גם מוכרח כן מדלא משני רבא בסוכה מ"ב אליבא דר' יוסי אלא כגון שהפכו ולא כגון שנתכון שלא לצאת וכן מוכח בתוס' סוכה שם שהקשו על אביי ותי' דאביי קבלה מרבא דמצות אינן צריכות כונה הלא עדיפא הו"ל להתוס' להקשות דהלא אליבא דר' יוסי קיימינן ואיהו ס"ל בפסחים דמצות צריכות כונה אע"כ דהתוס' לטעמייהו דרבא אליבא דר' יוסי וכן לאביי דקבלה מיניה ס"ל באמת לר"י מצות אינן צריכות כונה:

אשר ע"פ כל הדברים האלה י"ל ברור דהך כונה האמורה בחליצה אינה כונת קנין גם לא כונת מצוה. אבל לענ"ד הכונה היא כונת היתר דבעי שידע שמתירה בחליצה זו לעלמא וכן היא בעיא שתדע שנתרת לעלמא. ולפ"ז לר' יוחנן לטעמיה דס"ל דבכל מילי שצותה התורה להתיר במעשה זו בעינן שיכון להתיר כמו בטבילה גם בשחיטה היה בעיא כונה רק דילפינן מדבעי קרא לקדשים א"כ היינו יכולין לאמר דר"י לטעמיה אזיל ובעי גם בחליצה עד שיתכונו להתיר אך הלא כתבנו למעלה דגם לרב אמרינן דחליצה מעכבת הכונה. ויש לאמר דחליצה ילפינן מגירושין אשר גם בגירושין בעינן כונת היתר לעלמא לבד כונת קנין ולא מיבעי לשיטת התוס' גיטין ע"ח אשר בעינן גם דעתה שמשלחה בגט זה אף דלקנות לא בעינן דעתה דהלא מתגרשת בע"כ רק משום דבעינן ושלחה בעינן שתדע שמשלחה. ואף להרמב"ם דס"ל פ"א מהל' גירושין דלא בעינן שתדע היא היינו משום דאשה מתגרשת בע"כ ולא מעלה ולא מוריד דעתה כלל אבל דעתו בעינן שיהא לשם כונת היתר ולא מחמת קנין כמ"ש הרמב"ם שם בפ"א הל' א' מעשרה דברים שהמה מעיקר הגירושין שיתננו בתורת גירושין ובהל' ט' כתב ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין שנ' וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה שלא יתנו לידה אלא לשם כריתות:

ועי' ברשב"א בחידושיו פ' הזורק דף פ"ז שכ' וז"ל ותמוה דהא אי לר"י בן גודגדא מדמית לה אפילו הא גיטך אינו צריך דמשנתנו לה מגורשת אלא ודאי לא דמי דהכא ליכא לא דעת האשה ולא דעת העדים ואנן ונתן בידה ספר כריתות כאומר שיתן בידה בדעת ספר כריתות או לדעתה או לדעת העדים ואפילו ריח הגט אין בו עיי"ש. וכן כתב בר"פ הזורק ד"ה נתן הגט בידה כו' דאין כאן קושיא דלעולם דעת בעיא אבל דעתה דוקא לא בעינן אלא או דעתה או דעת העדים דטעמא משום דכתיב ספר כריתות ונתן בידה שיהא נותן בידה לדעת ספר כריתות ולא הקפיד הכתוב בידיעתה דוקא כו' אבל כי לא אמר לה ולא לעדיה אינה מגורשת עיי"ש:

ולכאורא צ"ע לשיטתם מירושלמי דתרומות פ"ח והובא בתוס' קידושין י' ע"א ניחא מת גירושין מאי איכא למימר ולסברת הרמב"ם והרשב"א דלא בעינן דעתה דוקא שתדע שמשלחה בגט זה שפיר משכחת לה דהודיע להעדים ולאשה ואכ"מ ועי' בהה"מ לדעת הרמב"ם. אבל לכו"ע בעיא בגט כונה להתירה לעלמא ולא מטעם קנין רק מחמת גזירת הכתוב הכי נמי כונה האמורה בחליצה אינה אלא כונה להתירה לעלמא. וכן משמע מכל הראשונים לשון הטור צריך שיתכוונו שניהם היבם והיבמה שתהא ניתרת בחליצה זו וכן הוא לשון השו"ע בסעי' מ"ד וכן הוא בסמ"ג מ"ע נ"ב וצריך שיתכונו שניהם לשם התרת חליצה. וכן הוא בריב"ש סי' תפ"ב שלא נתכון לשם חליצה להתירה לשוק וכ' לכופו לחלוץ חליצה שניה להתירה לשוק עיי"ש וכן הוא בירושלמי עקור זיקתך הימנה והיא נשאת לך דרך נשואין עיי"ש וכן הוא לשון הנ"י עיי"ש:

וכן משמע להדיא ברמב"ם שכ' איזו היא חליצה מוטעת כו' חלוץ לה שזו מצוה היא ואינה מפסדת כו' פסולה הרי בהדיא מוכח דמה שמכון לשם מצוה לא מהני רק העיקר שיכון לשם כונת היתר זיקתה להתירה לעלמא אבל כונת מצוה אינה מעכבת ואינה מועלת וא"ש לר"י לטעמיה ולרב ילפינן מגט כנ"ל. וא"ש נמי הא דקטנה חולצת בפעוטות דבגיטין ס"ה גבי ג' מדות בקטן כו' בפעוטות וכנגדן בקטנה מתגרשת בקידושי אביה ופירש"י משום דמשלחה ואינה חוזרת קרינן בה הרי דבעונת הפעוטות יודעת משילוח קרינן בה משו"ה ס"ל לר' אמי דלר' יוסי דס"ל לא אתקש אשה לאיש ולא בעינן גדולה כיון שהגיעה לעונת הפעוטות ומשלחה ואינה חוזרת אמרינן דשפיר יודעת לכון ולהתיר לעלמא ורבא פליג וס"ל דהא דאמרינן דכיון שהגיעה לעונת הפעוטות יודעת משילוח קרינן בה היינו דכשמשלחה בעלה יודעת ששילחה אבל לא שיהא לה דעת לעשות מעשה לשם כונת היתר עד שתגיע לעונת נדרים דאז אמרינן כיון שיודעת לשם מי היא עושית יודעת גם לכון גם כונה זו:

ולהלכה קיי"ל דבעינן גדולה מטעם דהוקשה אשה לאיש ומ"ש הרמב"ם דחליצה דחרש וחרשת לא הוי חליצה כלל היינו משום דפסק כרבא וחרש וחרשת הלא גריעי מקטן שהגיע לעונת נדרים ויש להאריך בזה ובביאור הירושלמי במקומות אחדים ואם יספיק לי הזמן אבאר למטה. אך זהו לדעתי פשוט ומוכרח דכונה האמורה בענין זה הוא כונת היתר האמורה בגירושין ואינה כונת קנין גרידא ומשרה בעינן כונת שניהם דאין זה ענין כלל לדעת אחרת מקנה אותו גם אינה כונת מצוה ולא קשה מחליצת מומר דחולץ כשם שמגרש ולא פקפק אדם מעולם מחמת כשעושה הוא עושה להתיר ובדבר זה לא אמרינן גם בא"י אדעתיה דנפשיה קעביד. וא"ש נמי מה דלא הקפידו שיכונו שניהם דוקא לשם

מצוה ומהני אף אם עושה לשם הנאת ממון ולא הוזכר בראשונים שיכון לשם מצות ה' לבד בסמ"ג מ"ע הנ"ל ואינו אלא לכתחילה ולדעתי הדברים ברורים ופשוטים:

ועתה נבוא לעיקר הספק על מצות חליצה אם באה לתקן האיסור לבד כמו שחיטה וטבילה או אם היא מצוה שבחובה כמו יבום וכדומה והנה מהכונה האמורה בחליצה אין שום הכרח כפי מה שביררנו למעלה דאף מ"ד מצות אינן צריכות כונה מודה בזה גם רב דס"ל מצות הבאות לתקן כמו שחיטה וטבילה אצ"כ מ"מ ס"ל דבחליצה מעכבת כונה א"כ אין הכרעה כלל מזה. ולכאורא פשטות דברי הגמ' והראשונים מורין דהוה מצוה שבחובה דביבמות דף ל"ט אמרינן חליצת קטן וחליצת גדול כו' ולינטר דילמא אתא וחליץ כו' אלא כו' שהויי מצוה לא משהינן הרי דחליצה הוי מצוה משו"ה אסור להשהותה כמו דדרשינן מקרא ושמרתם את המצות שלא יחמיצו המצות ואסור להשהותה. עוד יש לדקדק מר"פ כיצד י"ח ע"א ארבעה אחין כו' הרי אלו חולצות כו' האי ליבם חדא כו' דילמא אדמייבם חד מיית אידך והא בטלת מצות יבמין כו' ופירש"י ד"ה לעולם אין זיקה כו' הלכך אמרינן ליה לקמא חלוץ דא"נ מיית אידך הדר האי וחליץ לה עיי"ש ואם נאמר דחליצה אינה באה אלא להתיר זיקתה ואינה מצוה בפ"ע א"כ מה איכפת לי אם תהיה מותרת להנשא ע"י מיתת היבם השני בלא חליצה כיון דגם בחליצה לא עביד מצוה:

מיהו זה יש לדחות ולאמר דמאן דחייש לביטול מצות יבמין ס"ל כיון דהקפידה תורה שתיפקע זיקה ביבום או בחליצה ולא בדבר אחר חיישינן שלא תופקע בכדי ע"י לקיחת אחותה ומאן דלא חייש קסבר באמת דלא הקפידה תורה כלל בזה רק אשה הזקוקה אמרה תורה שלא תצא רק בחליצה ומשו"ה קאמר הגמ' מאן דלא חייש אפילו לודאי לא חייש ומנ"ל הא אע"כ דבעיקר הסברא פליג:

ויש להביא ראיה לזה דאף מאן דחייש לביטול מצות יבמין אינו מחמת דחייש לביטול מצות חליצה רק לביטול הזיקוק ע"י מעשה אחרת שלא כדת של תורה, דאל"כ כיון דחייש לביטול מצות יבמין ואוסר ליבם מחמת חששא דשמא ימות אידך ועי' בתוד"ה ודלמא שכ' אע"ג דרבנן לא חיישי למיתה לזמן מרובה חיישינן שפעמים שמאחרין זמן מרובה מלחלוץ ולייבם אחר חבירו ובזמן מרובה חיישינן שמא ימות עיי"ש ולכאורא הדברים מתמיהים שאוסרין לו לקיים מצוה ולייבם את יבמתו מחמת חששא שמא ימות השני ותבטל מצות יבמין מיבמה השני ומתירין לו להשהות זמן מרובה מלקיים המצוה ולא חיישינן כל שמא ימות או תמות ויתבטל מצות יבמין, אע"כ שלא חיישינן רק שלא לבקש טצדקי להפקיע זיקתה ע"י מעשה אחרת שלא כמצות התורה:

ולכאורא יש להוכיח מכאן דלא הוה מצוה חיובית כמו כל המצות דהרי אמרינן בזבחים דף ק' ע"א דבער"פ אחר חצות אסור לטמאות א"ע אף לר"ע דס"ל לה יטמא מצוה כיון דכבר חיילא עליו מצות הפסח וקודם חצות מותר אלמא כיון דחיילא עליו מצות התורה אסור לבקש טצדקי להפטר ממנה ודוחה אף מ"ע הקלה וא"כ איך ס"ל לר"ג דלביטול מצות יבמין אף לודאי לא חיישׁ הרי כבר חיילא עליו המצוה אע"כ דמצות יבום שאני כיון דהתורה נתנה לו רשות שלא לקיימה רק להתירה בחליצה וחליצה לגבי יבום לאו מצוה היא משום דחליצה לאו מצוה שבחובה היא משו"ה ס"ל לר"ג דיכול לבטלה גם במעשה אחרת ודוחק לאמר דר"ג לא ס"ל הך דזבחים ועי' יבמות ע"ז דפריך מר"ג אמילתא דר"ע בענין אחר עיי"ש:

עוד יש להביא ראיה לכאורה דחליצה הוי מצוה מהא דאמרינן יבמות דף ק"ג אמר רבא הלכתא אחד סנדל כו' ואחד סנדל של ע"א לא תחלוץ ואם חלצה חליצתה כשרה ופירש"י ואי משום איסור הנאה חליצה לאו הנאה היא דמצות לאו להנות נתנו, ואם נאמר דחליצה לא באה רק לתקן איסור ולא הוי מצוה בפ"ע והוי כמו שחיטה הלא כבר כ' האחרונים דל"א בכה"ג הך סברא דמצות ללה"נ וכמו דאמר רבא גופא חולין ח' השוחט בסכין של ע"ז פעמים שאסור במסוכנת ועי' בכרו"פ סי' י' שרצה לאמר דרבא קאמר התם רק לפי מאי דס"ל בס"ד מצות להנות נתנו אך כבר השיגו עליו, גם הלא כל הפוסקים הביאו הך דרבא להלכה בשוחט בסכין של ע"ז:

אך לדעתי נראה דאין קיום להך כללא רק דגם במצוה הבאה להתיר אמרינן ג"כ הך סברא דמצות ללה"נ ותליא באשלי רברבי כמו שאבאר דהנה אמרינן בר"ה כ"ח הנודר מן המעיין אסור לטבול בו בימות החמה וטובל בו בימות הגשמים אע"ג דטבילה הוי ג"כ מצוה הבאה להתיר כמו שחיטה וכמו שהושוו יחד לענין כונה בחולין ל"א וכמו שכ' הר"ן בהדיא בחידושיו שהבאנו למעלה, ומ"מ אמרינן מצות לאו לה"נ. (וחוץ לדרכנו אפשר לאמר דיהיה תלוי הך דינא אם טבילה בזמנה מצוה או לא דלמ"ד טבילה בזמנה מצוה תהיה טבילה מצוה שבחובה שהרי חובה עליו לטבול בזמנו וא"כ שפיר אמרינן מצות ללה"נ אבל למאן דיסבור טבילה בזמנה לאו מצוה א"כ הוי טבילה מצוה שבאה רק להתיר כמו שחיטה לא אמרינן בה מצות ללה"נ וארווחנא בזה ליישב השמטת הרמב"ם הנך שתי מימרות דרבא בר"ה שם הנודר מן המעיין, טובל בו טבילה של מצוה בימות הגשמים, המודר הנאה מחבירו מזה עליו הזאה של מצוה בימות הגשמים וכבר ראיתי בשעה"מ הל' שופר שהביא שתמהו על הרמב"ם שהשמיט הנך שתי מימרות אבל לפ"ז אפשר ליישב דבריו דאזיל לשיטתו בזה, ועיין ביומא ח' אחר זה ואחד זה

מזין עליו כל ז' דר"מ ור"י כו' ר"ח סגן הכהנים אמר כהן השורף את הפרה מזין עליו כל ז' ביוה"כ כל שלישי ושביעי כו' אלא דכו"ע טבילה בזמנה מצוה ובהא קמיפלגי ר"מ סבר מקשינן הזאה לטבילה ור' יוסי סבר לא מקשינן ור"ח סגה"כ כו' לעולם לא מקיש וכהן השורף את הפרה כו' אמר רבא הלכך כה"ג ביוה"כ דלא בדידן תליא מלתא בג' בתשרי בעיא לאפרושי וכל אימת דמתרמי כו' ופירש"י ואע"ג דלא הוה רביעי שלו בשבת ונמצא הזאתו בטילה ב' ימים, אבל כהן השורף את הפרה דבדידן תליא מילתא מפרשינן לו בד' בשבת כי היכי דנתרמי רביעי בשבת הרי דרבא ס"ל לגמרי כר"מ דאחד זה ואחד זה מזין עליו כל ז' ומשו"ה ביוה"כ אי לאו בקביעא דירחא תליא היינו מהדרין שיהיה ד' שלו בשבת הרי דגם ביוה"כ ס"ל דמזין עליו בכל יום וכמו דפירש"י בהדיא הרי דרבא ס"ל טבילה בזמנה מצוה והזאה בזמנה מצוה ומשו"ה קאמר שפיר דאמרינן בהזאה וטבילה מצות לאו להנות נתנו, אבל הרמב"ם לשיטתו שפסק בהל' עבודת יוה"כ כר"ח סגה"כ דלא בעי הזאה רק ג' וז' הרי דס"ל הזאה בזמנה לאו מצוה וכן כתב הכסף משנה בפי"א דפרה שהרמב"ם ס"ל הזאה בזמנה לאו מצוה גם פסק דטבילה בזמנה לאו מצוה וכמו שהאריך הלח"מ פ"ו מהל' יסה"ת עיי"ש וא"כ הוי הזאה וטבילה לדעתו כמו שחיטה ולא אמרינן בהו מצות ללה"נ ומשו"ה השמיט הרמב"ם הנך שתי מימרות דרבא כן אפ"ל לכאורא, אבל באמת אינו נראה בעיני לאמר דרבא היה מוכרח לסבור טבילה בזמנה מצוה וכן משמע בתוס' שבת קכ"א שרבא ס"ל טבילה בזמנה לא מצוה וכן כתבו התוס' בנדה ס"ו אליבא דרבא דטבילה לא הוי מצוה שבחובה עיי"ש גם הרי הב"י ביו"ד סי' קצ"ו כ' דאנן קיי"ל טבילה בזמנה לאו מצוה ומ"מ פסק בסי' רי"ז ובסי' רכ"א להך דהנודר מן המעיין טובל בו טבילה של מצוה גם סתימות דברי רבא לא משמע דיהיה תלוי במחלוקת טבילה בזמנה מצוה גם בדברי הרמב"ם ביארתי במק"א דלא כהלח"מ רק מהא דכ' דאם אין לו גמי כורך בבגדו י"ל דהיינו כרבנן רק מחמת דמסתמא לאו בגברא ערטילאי מיירי אבל לר"י לא מהני בבגדו, ועי' ב"י או"ח שי' תקנ"ד ואכ"מ) הרי דגם במצוה הבאה לתקן אמרינן מצות לאו להנות נתנו והא דאסור בשוחט בהמה מסוכנת בסכין של ע"ז ול"א מללה"נ י"ל דבשחיטה איכא טעמא אחרינא:

דהנה בשחיטה יש שני תיקונים, אחד שמתיר הבשר לאכילה ע"פ מצות התורה וזבחת ואכלת, ועוד תיקון אחד שמכשירו לאכילת כלבים ולא"י שבחייה לאו לאכילה עומדת ומשו"ה בבהמה בריאה כיון דתיקון הב' מה שמכשירו לאכילת כלבים ולא"י לא הוה בה תיקון כלל דהלא בריאה אינה עומדת לכך ולא נשאר בה רק תיקון הא' מה שמכשירו לאכילת ישראל ע"פ מצות הבורא אין כאן הנאה דמצות ללה"נ (ואף דגם לישראל איכא

הנאה שמכשירו לאכילה מ"מ הרי כבר כ' הרשב"א דהיכא דאיכא מצוה והנאת הגוף אמרינן מללה"נ ואף לסברת הר"ן מ"מ כבר כ' השעה"מ דהיכא דליכא הנאה בעת מעשה מודה הר"ן עיי' בשעה"מ הל' לולב גם נראה בישראל כיון דבהמה ועוף אין לה היתר אחר לצאת מחייה לידי אכילה רק ע"פ מצות התורה אין לחשב תיקון אחר כלל רק הנאת המצוה וזהו נכון):

ומשו"ה א"ש מה דאמרינן דבהמה בריאה מותר ולא הוי הנאה דהעיקר בזה הוא הנאת המצוה ולא להנות נתנו אבל במסוכנת אסירא דאף דההנאה שמכשירה לאכילת ישראל עיקרו מצוה ולא להנות נתנה אך הלא במסוכנת גם ההנאה שמכשירו לאכילת כלבים ולא"י הוה הנאה כיון דהולכת למות ושפיר אסור בסכין של ע"ז כמו במחתך. וא"ש נמי בזה פסק הרמ"א בס"ס רכ"א דהנודר הנאה מן חבירו שוחט לו בהמה בריאה ועי' ש"ך וט"ז ולכאורא תמוהה מאד הסברא דהלא מעשה בכל יום ששוחטין בהמה בריאה לאכילה והנאה רבתי היא שממציא לו בשר לאכילה ופוק חזי בי מסחתא אשר מקפידים דוקא על בהמה בריאה והאיך נאמר דשוחט לכתחילה ומקלקל הוא, אבל לפי הדברים אשר דברנו א"ש דודאי הנאה שמכשרתו לאכילה הנאה רבתי היא רק דהוה הנאת מצוה ומה שמכשירתו לאכילת כלבים ומוציאתו מן אמה"ח הלא אין כונתו לכך, ועכשיו כששוחטין בהמה לאכילת ישראל מיקר הכונה לעשות ע"פ מצות התורה ולאו הנאה היא:

וא"ש בזה ג"כ מה דהקשו התוס' בחולין שם מהשוחט חטאת בחוץ בשבת למה מיקרי מתקן ולא הקשו מכל שוחט בשבת דחייב ול"א מקלקל הוא דהוה הקושיא אלימתא מקושיתם שהקשו מפסחים ע"ג השוחט חטאת בשבת בחוץ דלפי פי' התוס' שם בפסחים קאי הסוגיא אליבא מ"ד מקלקל בחבורה חייב אבל משוחט בשבת דלכו"ע חייב הא הקושיא חזקה, אבל לפי הנ"ל לא היו יכולים להקשות מכל שוחט בשבת דודאי הוה מתקן גמור לענין שבת דגם תיקון מצוה הוי תיקון גמור לענין שבת כמו דאמרינן שבת ק"ו עיי"ש ולזאת לא הקשו רק משוחט חטאת בשבת בחוץ דקילקולו באמת רבה על תיקונו והתוס' בשבת שהקשו מכל שוחט בשבת נדבר מזה למטה:

וגם בגט שהוא ג"כ מצוה רק להתיר מ"מ כ' הרמב"ם והטור דכותבין לכתחילה ועי' בב"ח וב"ש בביאור דבריו דהיינו מחמת מצות לאו להנות ניתנו ואף התוס' דאסרי לכתוב לכתחילה לא כתבו מחמת דגירושין רק שדייקו מלשון הגמ' כתבו על איסורי הנאה כתבו דיעבד אבל לכתחילה אסור לכתוב עיי"ש. ונ"ל דהיינו משום שהכתיבה גופה הוה הנאה כמו דקיי"ל לענין שבת דכתב שתי אותיות אף שלא לצורך חייב וע"כ דחשוב

תיקון לאמן ידיו או דהשתי אותיות חזי לאיזה דבר כמו דאמרינן בשבת ומשו"ה אסור לכתוב על איסורי הנאה וכן דייק לשון הגמ' כתבו על איסור הנאה כשר דמשמע כיון שכתבו כשר לגרש בו לכתחילה והיינו משום דמצות ללה"נ:

ומה שכ' החלקת מחוקק באה"ע שם דאסור משום דנהנה דקא משתרשי ליה דמי הנייר שהיה צריך להוציא על נייר אחר וכן כתב התוי"ט במעילה עיי"ש צ"ע די"ל דהנאת המצוה לא הוי הנאה גם הנאת דקמשתרשי לא הוה הנאה וכעין זה כ' הר"מ בפי' המשנה בשקלים על הא דהשולח שקלו ע"י אחר ושקלו ע"י עצמו כ' וז"ל וכששקלו ע"י עצמו הוא נהנה כו' וההנאה היא שלא ימשכנו אותו כו' וזו היא ההנאה שבסיבתה נתחייב מעילה דלהשלים המצוה העיקר אצלנו מצות לאו להנות ניתנו עיי"ש. וכן צ"ל לפירש"י בכתובות ק"ח על הא דשוקל לו את שקלו מצוה קעביד כלומר מצוה בעלמא קעביד ואינו מהנהו לזה וכן בד"ה ועל העתיד לגבות יש לו חלק בתרומה ובקרבנות אלא שחיסר מצוה כו' והלא קמשתרשי ליה דמי שקלו שהיה עליו לתן משלו ועכשיו יצא ידי המצוה. ומ"ש רש"י נמצא שכר המצוה על הנותן לא בא לאפוקי המקבל כיון דיצא ידי חובתו בודאי קיים המצוה אע"כ דכיון דמצות ללה"נ לא חשיב גם הנאת משתרשי להנאה של כלום, ואף לפי' התוס' בכתובות שם דפי' דאינו שוקל לו את שקלו רק באופן שהוא פטור אין זה רק בשקלים דממשכנין אותו וכמ"ש הרמב"ם בפה"מ כנ"ל אבל בשאר מצות י"ל דגם התוס' מודו דהנאת משתרשי אין זה הנאה וגם משמע כן מהא דשופר ועירוב דאמרינן מצות ללה"נ אף בגווני דקמשתרשי הדמים שהיו עולים לו דבר של היתר:

שוב ראיתי במח"א שכ' בהל' זכיה מן ההפקר בדבר שאסר עליו בהנאה יכול לתן לצדקה והשיג עליו הנתיבות בסי' רע"ה מטעם דקמשתרשי ליה ולי נראה כמ"ש, והא דאמרינן בנדרים דקמשתרשי ליה פרוטה דר"י אפ"ל דהיכא שהעניים עומדים עליו הוי כמו בע"ח דוחק וכמו שקלים שכ' הרמב"ם דאם ממשכנין אותו הוי הנאה וצ"ע ולכאורא צריך להבין דנהי דהמצוה גופה ללה"נ אבל הלא יצאה מזה לו הנאה גמורה דהותר הבשר לאכילה ובגט הותרה האשה לעלמא וכן בטבילה הוכשר לאכול בטהרות ומתוקן לדברים הרבה והנה נתקשו בזה רבותינו הראשונים:

וכפי הנראה לי בהבנת דבריהם תהיה נ"מ לדינא דהנה הרמב"ן בחידושיו ליבמות דף ק"ג וכן הרשב"א ז"ל בחידושיו שם כתבו ז"ל ואי משום איסור הנאה מצות לאו להנות ניתנו ואע"ג דהכא בעיא לאינסובי ובלא חליצה לא נסבי לה כיון דלא מעכבת בה אלא מצוה לאו הנאה היא ויש מפרשים לכתחילה לא תחלוץ מפני שנהנית שנשאת בו ולא דאיק לן מהא דראוהו ב"ד כיון שאם יצא נהנה ועביד איסורא אמרינן שלא יצא ולא נהנה

עיי"ש. הרי דלהרשב"א והרמב"ן סבירא להו דלפי מאי דקיי"ל מצות לאו להנות ניתנו כל סילוק איסור ע"פ מצות התורה לאו הנאה מיקרי וא"כ גם שחיטה וכדומה כיון דליכא הנאה אחרת רק סילוק האיסור לפי מאי דקיי"ל מללה"נ הכי נמי שרו ומסוכנת דאסורא טעמא אחרינא הוא כמ"ש למעלה: אבל הריטב"א בסוכה והר"ן שם בפ"ג כתבו לתרץ קושית הרמב"ן באופן אחר וז"ל אע"ג דמתהני בעשיית המצוה שמקבל שכר בעוה"ז ובעוה"ב לא חשיב נהנה מאיסורי הנאה אלא כשנהנה בגופו אבל כל שאין לו הנאה מגופו רק שגורם לו הנאה וריוח ממק"א אינו הנאה מן האיסור כדרך שאמרו בטובל במעיין שאינו נהנה בגוף המים ואע"פ שגורמת לו לעלות מטומאה לטהרה ומכשירתו לכמה דברים לית לן בה, הרי דהריטב"א והר"ן פליגי בזה על סברת הרמב"ן והרשב"א (וחי' הרשב"א לסוכה המה להריטב"א כנ"ל) דהריטב"א והר"ן סבירא להו דאף למאי דקיי"ל מצות לאו להנות ניתנו מ"מ סילוק האיסור הנאה היא והא דמותרין באיסורי הנאה היינו מחמת שאין איסורי הנאה אסורין רק בכשנהנה מגוף האיסור אבל לא כשגורם לו הנאה וריוח. אך סברתם זאת צריכה עוד תבלין דא"כ גם מחתך בסכין של ע"ז נאמר ג"כ דאינו נהנה מגוף האיסור דההנאה באה לו בשעת האכילה ואי דבשעת החיתוך מכשירתו לאכילה א"כ גם במעיין תיכף כשטובל הוכשר לעשות בטהרות ולאכול במעשר ונדה הותרה לבעלה, א"כ מ"ש מחתך בסכין של ע"ז דאסור כמבואר בחולין ח' והנך שרו:

ונראה להסביר הדבר דהנה כל איסורי הנאה אינם אסורים אלא לדבר שסגולתן בכך ועומדים לזה כגון חלב של שור הנסקל למשוח בו עורות ולסוך בו הוי דברים שסגולתן ועמידתן לכך, ומניח חלב של שור הנסקל ע"ג מכתו הוי דבר שסגולתו בכך אך כיון שאינו עומד לזה מיקרי שלא כדרך הנאתו ומשו"ה במחתך בסכין של ע"ז כיון שסגולת הסכין ומלאכתו בכך ועומד לזה התיקון בודאי אסור באיסורי הנאה, אבל מעיין הלא סגולתו לרחוץ ולהקר בו אבל מה שעולה על ידו הטמא מטומאה לטהרה לא מסגולת המעיין הוא רק מסגולת המצוה ואף שע"י המעיין בא לו הוי רק כמשתכר באיסורי הנאה, אך כ"ז דוקא אם המצוה גופא לאו להנות נתנה וגוף הטבילה לאו הנאה היא אבל אם מצות להנות נתנו הוי טבילה של מצוה רחיצה של הנאה כמו להקר ולרחוץ שהמה אסורים באיסורי הנאה וכמו כן נטילת לולב ושופר וחליצה וכדומה. ולפי סברא הזאת אפשר לאמר דשחיטה אסורה בסכין של ע"ז ואינה דומה לטבילה וכדומה כיון דמחתך בו חתיכה הצריכה לו וזהו דרך הנאתו של סכין וסילוק האיסור הלא מיקרי

הנאה לשיטתם וצ"ע, אבל לסברת הרמב"ן והרשב"א כיון דסילוק האיסור לאו הנאה הוא א"כ גם שחיטה לאו הנאה היא וכנ"ל:

ולכאורא יש להביא ראיה לזה דסילוק האיסור לאו הנאה היא מהא דאמרינן המודר הנאה מחבירו תורם לו את תרומתו אע"ג דעושה לו הנאה דמתיר לו את כריו לאכילה עכ"ז שרי, והיינו ע"כ משום דסילוק איסור לא מיקרי הנאה. אך באמת ע"כ צריכין אנו לחלק בין הא דתורם את תרומתו לשארי העושים כגון טבילה וכדומה דאל"כ תיקשי למ"ד מצות להנות נתנו מה יעשה בהך משנה דותורם את תרומתו דהלא אם מצוה להנות ניתנה גם סילוק איסור מיקרי הנאה אע"כ צ"ל דהתם טעמא אחרינא איכא כיון דאינו עושה בעצמו הוי מבריח ארי שלא מדעתו דלא יחשב הנאה אבל אם עושה בעצמו גם הברחת ארי מיקרי הנאה:

ובזה מיושבין דברי הטור סי' רכ"ג שכ' על מה שכ' הרמב"ם ופרע את חובו ואיני מבין דבריו האיך יפרע את חובו באיסורי הנאה ותמה הב"י הלא משנה ערוכה כדברי הרמב"ם ובע"ח באין ונפרעין ממנו אבל באמת צדק הטור בתמיהתו שלא תמה רק עמ"ש הרמב"ם ופרע את חובו דמשמע שהוא פורע בעצמו דזה אסור דהך סברא דמבריח ארי לא שייך רק כשאחרים עושין לו אבל אם הוא עושה בעצמו פשוט דזה הוי הנאה ויש להעיר בזה במ"ש לעיל לענין סברא דקא משתרשי דלפ"ז מרש"י דכתובות אין ראיה דשוקל לו את שקלו שאני כיון דאינו עושה בעצמו:

גם בסברא הזאת יש ליישב מה שלכאורא יש לתמוה עמ"ש הרמ"א במודר הנאה מחבירו מותר לשחוט לו בהמה בריאה דהיינו ע"כ אפי' כשיודע שבעל הבהמה רוצה לשחטה דאל"ה מאי למימרא וא"כ מ"ש ממה ששנינו מלמדו מקרא ואינו מלמדו כו' והיינו כיון שרשאי לקבל שכר ע"ז הוי הנאה במודר, וא"כ למה תגרע שחיטה הלא פשוט המנהג אף בימי רמ"א דמקבלים שכר וכן הוא בשו"ע בכמה מקומות. אבל לפי הנ"ל א"ש דהיכא דהוא מלמדו הלא בעצמו עושה שלומד ממנו ואם הוא במקום שמקבלין שכר הרי בעצמו מקבל הנאה ממנו אבל כיון שעושה שלא מדעתו הך סברא דקא משתרשי ליה ממון אין זה אלא כמבריח ארי וכן דגוף הדבר שעושה לאו הנאה היא דהוה מקלקל כמ"ש הש"ך אי מטעם דהוה מצות ללה"נ כמ"ש למעלה ומשו"ה לא נחשב גם הך סברא דקמשתרשי להנאה וכיון דאתאן לזה אין ראיה מהך דותורם לו את תרומתו דסילוק האיסור לא נחשב הנאה, דהתם שאני כיון דאינו עושה בעצמו אבל היכא דעושה בעצמו י"ל שפיר דסילוק האיסור נחשב הנאה כס' הריטב"א והר"ן וגם הרמב"ן והרשב"א לא כתבו רק למ"ד מצות לאו להנות נתנו כיון דמעוכבים ע"פ מצות התורה שצותה שלא

יסולק האיסור רק ע"פ רצון המצוה משו"ה לא נחשב סילוק האיסור להנאה אף אם עושה בעצמו:

אך העומד לנגדינו לכאורא היא סוגית הגמ' בעירובין ל"א דכו"ע מצות לאו להנות נתנו ובהא קמיפלגי דמר סבר דאין מערבין אלא לדבר מצוה ומר סבר מערבין אפילו לדבר הרשות הרי משמע בהדיא דאף שהעירוב גופא הוא מצוה מ"מ אין מערבין לדבר הרשות ויוצאה מזה הנאה ממש אסור באיסורי הנאה וסותר לסברת הרמב"ן והרשב"א הנ"ל דלסברתם כיון דסילוק האיסור לא נחשב הנאה א"כ גם אם מערבין לדבר הרשות אמאי אסור הרי אין כאן סילוק איסור, ולפום ריהטא נראה מכאן לחלק בין מצוה חיובית ובין מצוה שאינה חיובית דכל מצוה שאינה חובה רק באה לתקן תיקון הצריך לו ל"א בה לאו להנות נתנה ומשו"ה דוקא אם אין מערבין רק לדבר מצוה היה העירוב גופו מצוה אבל אי מערבין אפילו לדבר הרשות לאו מצוה היא משא"כ מצוה שהיא חובה לא איכפת לן אם יוצא מזה היתר לדבר הרשות:

אבל עדיין תיקשי מטבילה דהויא מצוה שאינה חיובית ועכ"ז אמרינן מללה"נ כמ"ש, גם מגט לדעת הרמב"ם והטור דלדידהו ע"כ הסברא משום מללה"נ. ועוד דעדיין יקשו דברי הרמב"ם ז"ל בפ"א מהל' עירובין שכ' דכל דבר שמערבין בו עירובי תחומין מערבין בו עירובי חצירות ומשתתפין בו והוא תמוה דהלא הכא קאמר הגמ' בהדיא דאי מערבין ע"ת אפי' לדבר הרשות אמרינן להנות נתנה ואנן קיי"ל בתחומין דאין מערבין אלא לדבר מצוה ומשו"ה שרי לערב באיסורי הנאה אבל עירוב חצירות ושיתוף דלכו"ע מערבין ומשתתפין אפילו לדבר הרשות א"כ האיך שרו באיסורי הנאה, ועיין ברא"ש פ' בכל מערבין שכ' מה"ט באמת דאסור לערב עירובי חצירות באיסורי הנאה מה"ט אבל דעת הרמב"ם תמוה וכבר תמהו האחרונים בזה ועי' באו"ח סי' שפ"ו ובמ"א שם:

ולכאורא רציתי לפרש לעצמי דברי הרשב"א והרמב"ן שכונתם דבחליצה היינו טעמא דלא חשוב נהנה משום דהא דמעוכבת להנשא וכל טעמא דזיקה אינה אלא מחמת שעומדת לחליצה ומחמת עיכוב מצוה זאת רמיא עלה התורה איסורא לעלמא ויש להאריך בסברא זאת משו"ה יחשב גם סילוק האיסור בכלל המצוה, אבל בעירובי תחומין דהאיסור הוא בפ"ע והעירוב הוא רק תיקון להאיסור משו"ה אי מערבין לדבר הרשות חשוב סילוק האיסור הנאה וגבי עירובי חצירות נמי עיקר התיקון היה העירוב דבגמ' איתא בשעה שתיקן שלמה עירובין פירש"י שאסור לטלטל ברשות המשותפת עד שיערב ומיקרי האיסור ג"כ מחמת מצות העירוב ושייך כאן סברת הרשב"א ומשו"ה א"ש פסק הרמב"ם:

אבל במק"א הארכתי לסתור עיקר הך סברא לתלות איסור זיקה במצות חליצה ויבום דכמה פעמים נמצא אשר היבם אינו ראוי לא לחלוץ ולא לייבם מ"מ היא בזיקתה קאי כגון חיי"ל וחרש וקיטע וכדומה ואין לאמר דביבמה כזו תהיה נשארת קושית התוס' ביבמות מ"ט ע"ב למה אין הולד ממזר מיבמה לשוק לרב ותירוץ ר"ת לא שייך ביבמה כזו כיון דאינה עומדת לחלוץ עיי"ש דאין לחלק באיסור אחד כיון דבעיקר לאו דיבמה אין הולד ממזר לזאת הכונה רחוקה בדברי הרשב"א, גם אין לתרץ דברי הרמב"ם דעירובי חצירות הוי מצוה שבחובה ע"פ מאי דקיי"ל בסי' שפ"ו ובסי' שס"ו דמצוה לחזור אחר עירובי חצירות ושיתוף ומקורו מגמ' ס"ח דאין זה אלא כדי להתרחק מן העבירה מפני שהמכשול מצוי אבל פשוט דלא הוי מצוה בפ"ע ולכן צ"ל דעירובי תחומין שאני דשני מכל מצות אחרות ולא מצינו כיוצא בה דהרי כל עיקר איסור תחומין הוא ממקום ששם ביתו וקולא היא דאקילו גביה שלא יוכרח לעקור סוכיה ומשכניה ויהיה רהיט ואזיל למקום שרוצה לשבות ואקילו גביה שמניח פתו במקום שרוצה ושם יהיה ביתו אבל אין כאן היתר איסור כלל דמה שמרויח בתחום עירובו מפסיד מתחום ביתו. גם לא נוכל לאמר דהוה מצוה מה"ת לר"מ או מדרבנן לדידן שיערב ע"ת אם ירצה לילך יותר מאלפים דהלא אם ירצה לשבות שם ברגלו בודאי היה מהני ג"כ לזאת עירובי תחומין לא הוה מצוה כלל אפילו לאו מצוה הבאה לתקן כי הלא לא תיקנו חז"ל כלל שלא יהיה תיקון להאיסור רק באופן זה גם אין כאן תיקון כ"א קנין בית מדרבנן משו"ה אם מערבין רק לדבר מצוה יש מקום לאמר דהעירוב הוה מצוה דכ"מ דצריך לו לילך לדבר מצוה תקינו רבנן שיערב אבל אם מערבין לדבר הרשות אין כאן סרך מצוה כלל ולא שייך כאן כלל הך סברא דמצות לאו להנות ניתנו:

ומיושבת שפיר שיטת הרמב"ם דעירובי חצירות מותר באיסורי הנאה אף דמערבין לדבר הרשות דרק בעירובי תחומין אמרו האי כללא אבל לא בעירובי חצירות דהוה דומה ממש לטבילה (ואינו שייך לשיטת הרז"ה דבמצות דרבנן ל"א מללה"נ ועי' שעה"מ הל' לולב ואכמ"ל) דאין היתר לטלטל מרשותו לרשות חבירו או ברשות השותפים אם לא שיעשה כתיקון חז"ל לערב ע"ח או להשתתף ושייך שפיר מללה"נ כמו בטבילה אע"ג דע"י הותר לדבר הרשות ורק בער"ת נאמר הך כללא ולא במלתא אחריני, והרא"ש שכ' דגם בעירובי חצירות ל"א מללה"נ חולק בסברא זאת על הרמב"ם וי"ל דגם הרא"ש לא יסתור הך כללא בעיקר הסברא אך עירובי חצירות שאני ומכלל דברי נשמע שלא קשה מידי קושית השעה"מ בהל' לולב אשיטת הר"ן ורוב הראשונים דבמצוה שיש בה הנאת הגוף ל"א מללה"נ והא דאם מערבין לדבר מצוה אמרינן מללה"נ והא הכא מערבין לדבר

מצוה שיש בה הנאת הגוף כמו סעודת נשואין וכן הקשו מהא דמערבין לדבר הרשות לסברת הר"ן דלא איכפת לן במה שגורם הנאה:

ולפי מה שביארתי אין כאן מקום קושיא כלל דלא נאמר זאת רק בעירובי תחומין דאם מערבין לדבר הרשות אין כאן מצוה כלל ואין האיסור מחמת גרם הנאה רק מחמת קנין בית באיסורי הנאה ואם מערבין לדבר מצוה הוה העירוב גופא מצוה ואמרינן מצות ללה"נ כמו טבילה וחליצה וכדומה ומה דהותר האיסור ויש לו גרם הנאה אין כאן איסור או מחמת סברת הרמב"ן והרשב"א דסילוק איסור לא נחשב הנאה או מחמת סברת הריטב"א והר"ן דאין אסור באיסורי הנאה הך גרם הנאה שאח"כ:

ובדברי הנ"ל שאמרתי לחלק בין עירובי חצירות לעירובי תחומין מיושב מה דצ"ע לכאורא הא דעושין לחיים מעצי אשרה כמבואר עירובין ה' ובשו"ע סי' שס"ג ולכאורא הלא לכתחילה היה להיות אסור כי הלא מערבין לדבר הרשות כמו עירובי תחומין למ"ד הכי, אבל לפמ"ש למעלה א"ש כיון דלא הוה רק תיקון איסור הוי שפיר כעירובי חצירות דאמרינן לגבי' מצות ללה"נ ומשו"ה פ' הרמב"ם עושין לחי מעצי אשירה דמשמע אף לכתחילה ויעויין ר"ן נדרים ל"ב ע"ב ומקריב קרבנותיו כו' ואע"ג דשרי ליה בהך קרבן למיכל בקדשים אין זה אלא גרמת הנאה בעלמא ושרי ולשיטתיה אזיל דזה אינו אלא גרמא בעלמא ומותר ואי דקא משתרשי ליה דמי קרבן אין זה הנאה כיון דאחר עושה כמ"ש למעלה. ועי' בתוס' שבועות מ"ד ע"ב שהקשו על הך מימרא דרבא מותר לו לתקוע תקיעה של מצוה והלא נהנה בפרוטה דר"י ולתירוץ הר"ן והריטב"א י"ל דלק"מ דאין זה אלא גרמא בעלמא ובגמרא נדרים לא אמרו זאת אלא במודר הנאה מאדם אשר גרם הנאה אסור אבל לא באופן כזה אשר הפטור הוא בשביל המצוה ששומע ויש לפקפק בזה כי סברא דקה היא. אך המורם מכל האמור כי לפי הנלע"ד אשר גם במצות הבאות רק להתיר ג"כ אמרינן בהו הך סברא דמצות ללה"נ ולשיטת הרמב"ן והרשב"א ההכרח לאמר כן כיון דסילוק האיסור ע"פ מצות התורה לא מיקרי הנאה כיון דע"פ רצון המצוה הוא שלא יסולק האיסור רק במעשה זו. אך לשיטת הריטב"א והר"ן י"ל לדעתם כי ל"א בהו מללה"נ וא"כ לשיטת הרמב"ן והרשב"א והרמב"ם אין הכרח מזה לאמר דחליצה הוי מצוה חיובית ולשיטת הריטב"א והר"ן יש לפקפק בזה וצ"ע: עוד יש להביא ראיה מתוס' נדה ס"ו ע"ב בד"ה כל הראוי כו' וא"ת אמאי לא בעינן ביאת מים לכתחילה בבית הסתרים כמו בבילה וקריאה בחליצה ובביכורים וי"ל דאין סברא גבי טבילה שלא הקפידה התורה אלא שיטהר האדם כו' וכיון דבדיעבד טהור לכתחילה נמי לא בעיא אבל בילה ומקרא בכורים וחליצה מצות נינה הלכך לכתחילה בעי ליעבד

עיי"ש הרי בהדיא דחילק התוס' בין חליצה וטבילה דחליצה הוי מצוה בעצמה וטבילה באה רק להתיר. אמת דבעיקר סברת התוס' ע"כ פליג הרמב"ם דהנה ברפ"ב דחולין אמרינן השוחט בדיעבד אין לכתחילה לא אב"ע אאחד בעוף ואב"ע ארוב שנים ועי' בכ"מ ריש הל' שחיטה דהרמב"ם ס"ל דהיינו מדאורייתא לכתחילה בעי רוב שנים בעוף משו"ה פסק לחומרא דהוי מה"ת עיי"ש: ולכאורא מוכרח כן מחולין כ"א וכי מתה עומד ומולק כל המעכב בשחיטה כו' ועי' פירש"י דלכתחילה כולהי בעי הרי משמע בהדיא דמדאורייתא קאמר דאי רק מדרבנן הוא שתקנו שישחוט רוב שנים בעוף אין זה מעלה ומוריד כלל לדינא דאורייתא במליקה, אע"כ דמה"ת קאמר ומוכרחת סברת הכס"מ גם יתיישב בזה הא דמשמע מהכס"מ דהא דבעי כל השני סימנים בבהמה ולא סגי ברובא לאו דאורייתא הוא ועי' בפר"מ יו"ד סי' כ"א, ולכאורא צ"ע הלא בגמ' בחדא מחתא מחתינהו הך דאחד בעוף עד רוב שנים בבהמה ומנ"ל לחלק אבל לפי הנ"ל מפורש הוא בגמ' כ' הנ"ל מדקאמר אח"ז והרי מועט סימנים דלא מעכבי בשחיטה ולכאורא הרי מעכבי לכתחילה נמי שנים בעוף אע"כ דרוב שנים מה"ת נמי לכתחילה סגי כמ"ש הכס"מ. עכ"פ הרי חזינן לפי דעת הרמב"ם דאף בשחיטה דלא הוה בודאי רק מצוה הבאה להתיר כמו טבילה מ"מ יש נ"מ בין לכתחילה לדיעבד דלא כסברת התוס': גם עוד ראיה לזה מהא שפסק הרמב"ם ז"ל בפי"א מהל' פרה הל' ד' מצות אזוב ג' קלחין כו' ואם לקח שני מתחילה ואגדן כשר כו' שמצותו להיות אגודה כו' לא אגדו והזה בו כשר כו' הרי בהדיא בהזאה אע"ג שאינה אלא הכשר מצוה כמו טבילה ואדרבא גרעה ממנה כמ"ש למעלה מגמ' יומא דאף למ"ד טבילה בזמנה מצוה מ"מ הזאה בזמנה לאו מצוה ועיין בכס"מ שם שכ' בשיטת הרמב"ם דהזאה לאו מצוה ומ"מ ס"ל להלכה דיש נ"מ בין לכתחילה לדיעבד הרי דלא ס"ל להרמב"ם הך כללא דהתוס' נדה הנ"ל ויש להעיר בזה מסוכה דף י"א דס"ד הגמ' שם דר' יוסי ס"ל לחלק בין לכתחילה לדיעבד גבי אגודה דפרה וביומא ח' ס"ל לר' יוסי דהזאה בזמנה לאו מצוה: ומסוגיא דמלך שהביא הבאר יצחק אין בזה כדי הכרע לדעתי כמו שאבאר דהנה באמת מה שפירש"י על הא דאין חולצין לאשתו מפני שאסורה להנשא הוא קשה ההבנה והנה בודאי אין לאמר בכונתו ז"ל דכיון שאסורה להנשא בלא איסור זיקה אינה בת חליצה ואינה עולה לזיקה מדרשא בדויה לא תהיה אשת המת החוצה מי שאיסור זה מעכבתה ולא אשת מלך שאסורה בלא זה דס"ל לבדות דרשא מלבנו וכעין זה אמרו בפסחים ל"ו ע"א מידי בלבד כתיב עיי"ש גם הרי לא תהיה כתיב דהיינו הוא דקידושין וכיון דאשת מלך בודאי תפסי בה קידושין לאחרים וא"כ שפיר קרינן בה לא תהיה וכיוצא בזה אי' בגיטין פ"ג ויצאה והיתה היינו

האי דתפסי בה קידושין ועוד הלא בגירושין בודאי דרשינן ויצאה והיתה לאיש אחר שתהיה ראויה להיות לאשת אחר וא"כ נאמר דבאשת מלך אינו תופס בה גט ומשמע בהדיא סנהדרין כ"ח דאשת מלך יכולה להתגרש דאמרינן שם כמה קשים גירושין כו' התירו לדוד איסור יחוד ולא גירש אחת הרי בהדיא דהיה יכול לגרש א"כ מכ"ש חליצה דתפסי באשת מלך דלא כתיב בה בהדיא והיתה כמו בגט וזו אינה צריכה לפנים:

גם מפשטות הסוגיא משמע בהדיא דאשת מלך וזקוקה למלך אינה נתרת לעלמא בלא כלום רק יש עליה זיקה כמו כל הנשים רק כבוד מלך מעכבתה מלחלוץ או למיבם והנה הרמב"ם ז"ל בודאי דייק וכתב ותשב בזיקתה היינו שזקוקה ועומדת ואין לה היתר אך גם מהמשנה גופא אין דרך לדעתי לנטות מזה דהלא בחדא מחתא מחתינהו המלך אינו חולץ ואין חולצין לאשתו כו' ר' יהודא אומר אם רצה לחלוץ חולץ אמרו לו אין שומעין לו הרי דלר"י בודאי זקוקה היא למלך שאם רצה לחלוץ חולץ ומר"י נשמע לרבנן וגם מרבנן גופייהו מה השיבו לו אין שומעין לו מה זו שמיעה הלא לאו בר חליצה הוא כלל ואינה זקוקתו והלא אם יש אח שני יכול להתיר יבמה לשוק בחליצתו אע"כ דאף דמלך אינו חולץ ואינו מייבם מ"מ זקוקתו היא ועדיפא משאר חייבי עשה דאין כאן איסור ערוה ולא אביזרייהו רק פומיה הוא דכאיב ליה כי בזיון הוא לו והוי כמו חרש בחליצה דדבר אחר מעכבו, והוא הדין לאשת מלך דבחדא כללינהו לא חולץ ולא חולצין והדין בשניהם שוה דהוי זקוקה כמו כל הנשים ולדעתי הוא פשוט מאד לא יתעקש בזה כ"א המתעקש:

ומ"ש הרמב"ם כיון שאינו חולץ אינו מייבם אין כונתו משום דכל שאינה עולה לחליצה אינה עולה ליבום דאין מקום לזה כלל דדמי לחרש אשר רק פומיה הוא דכאיב ליה כי בזיון הוא לו ובדיעבד אם חלץ בודאי שחליצתו חליצה א"כ פשוט דאין כונת הרמב"ם רק כיון שאינו חולץ בודאי בזיון הוא לו גם היבום שיהיה מוכרח להקים שם לאחיו ההדיוט ובפרט אם נאמר דיבום צריך עדים הוי היבום גופא בזיון וכן כתב הכנס"י בתשובותיו בפשיטות שאין כונת הרמב"ם מטעם דכל שאינה עולה לחליצה, והוא פשוט ומוכרח גם הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום לא מנה אשת מלך וזקוקה למלך בין הנשים שאינן חולצות ולא מתייבמות אע"כ דהן זקוקות ככל הנשים ואינו ענין כלל להני נשים שאינן חולצות מחמת איסור ערוה ואביזרייהו ואם באנו לדרוש דרשא חדשה היינו יכולים לאמר כי ישבו אחים יחדו וישיבת הדיוט ומלך אינם יחדיו אך תהיה דרשא בדויה והדין בדוי כי הדין ברור הוא שהיא זקוקה באיסור זיקה כמו כל הנשים ליבמיהן וזכר לדבר יבמה מלך:

גם קשה לאמר בכונת רש"י שכיון שאסורה להנשא חליצה למה לה כיון שכל עיקר מצות חליצה להתירה להנשא, אני תמה האם עצה טובה קמ"ל ואם לאשמועינן שאינה חייבת לחלוץ ככל הנשים שאינן רוצות לחלוץ ועוד הלא בחדא מחתא מחתינה עם מלך אינו חולץ שאיסורא איכא, ועוד אני תמה למה לא תחלוץ כדי שלא תהא זקוקה ליבם ואם בת כהן היא פסולה מאכילת תרומת בית אביה כ"ז שהיא זקוקה גם לגבות כתובתה ועוד נ"מ טובא גם קשה קושית התוספת חדשים בסנהדרין שם דתיקשי לר' יהודא דאמר נושא מלך אלמנתו של מלך אמאי לא תחלוץ אלמנתו של מלך ואפ"ל דאינו נושא מלך אשה חלוצה מהדיוט, גם קשים דברי הכס"מ דעירב שני הטעמים ביחד מפני שכל זה אסורה להנשא וגנאי הוא למלך:

ואפ"ל בדוחק בכונת רש"י דהנה אנן קיי"ל דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד וכן אמרינן בכתובות ריש נערה לענין זילותא דאלמנתו עדיפא ליה וכן מוכרת למזונות שלא בב"ד מהאי טעמא אך כל זה כל זמן שלא נתרצית להנשא לאחר כמו דאמרינן בכתובות סוף נערה תבעוה להנשא אם אמרה מחמת פלוני בעלי יש לה מזונות אם אמרה מחמת ב"א כו' אין לה מזונות הרי דכל זמן שהיא מעוכבת להנשא מחמת בעלה הוא מקפיד על בזיונה משו"ה יש לה מזונות אבל אם נתרצית להנשא לאחר לא איכפת ליה על כבודה א"כ ה"נ גבי אלמנתו של מלך הא דאינה חולצת משום דכבודו של מלך תלוי בה ומקפיד עליה שלא תתבזה לפני ב"ד, ולכאורא הלא כיון דעיקר תכלית החליצה הוא להתירה להנשא לאחר ולהפקיע זיקתו של בעלה הראשון א"כ תו אין כבודו של הבעל תלוי בה ולמה גרוע מתבעוה להנשא ונתפייסה דאמרינן שוב אינו מקפיד עליה לזה דייק רש"י שאסורה להנשא וא"כ תמיד היא מעוכבת להנשא מחמת בעלה מלך א"כ לעולם הוא מקפיד על כבודה ובזיונה הוא בזיון של מלך ומשו"ה אסורה לחלוץ ואף כי הוא דחוק אבל שבקיה דאיהו דחיק ומוקי אנפשיה בעוד אין דרך אחר מרוח יותר. ואפשר להעמיס כן בכונת הכס"מ שכ' "מפני שאף אם תחלוץ אסורה להנשא שגנאי הוא למלך שתהיה אלמנתו חולצת מנעל", והיינו כמ"ש שכיון שאסורה להנשא מחמתו א"כ כבודו של הבעל תלוי בה ומקפיד עליו ושוב הוי גנאי למלך שתהיה אלמנתו חולצת מנעל:

עכ"פ איך שנאמר בכונת רש"י אין להביא מכאן ראיה להכריע דהיכא דאינה יכולה להנשא אין מצוה בחליצה דדחיק להעמיס הך דינא בקיצור דברים של רש"י קשי ההבנה. ואפ"ל עוד בכונת רש"י כיון דדרשינן ונקרא שמו בישראל כו' כיון שחלצה מותרת לכל ישראל וזו שאסורה לינשא מחמת בעלה לאו בת חליצה היא דחליצה אינה אלא המתרת לשוק וצ"ע:

עוד יש להעיר מהא דאין כופין את היבם לחלוץ רק היכא דבאה בטענת בעינא חוטרא כו' ומ"ש מכל מ"ע דקיי"ל כתובות פ"ו דכופין אותו עד שתצא נפשו. ולענ"ד אין לאמר דדוקא במ"ע שקבוע לה זמן כמו סוכה ולולב דהלא גבי קטינא דארעא כתובות צ"א כ' רש"י דהיו כופין את היורשים רק מחמת דלא הוה מצוה מפורשת ואין כאן רק מצוה דרבנן ולא כתב מחמת שאין לה זמן קבוע, ואין לאמר דהתם הוי בזיון האב בכל שעה דהלא כ' התוס' ב"ק דעל בזיון האב כופין והכא אין כאן רק כבוד האב א"כ אין כאן זמן קבוע ועי' תוס' שם דף פ"ו וגם על מצות פו"ר כופין ואף דאין קבוע לה זמן והא דקבעו לה רבנן זמן להמתין עד עשרים שנה אין זה רק משום דבכח גברא תליא ועי' ערכין כ"א ובדף כ"ז מאי אומרין כופין ועי' בתוס' שם וברמב"ם ריש פ"ה מהל' עירכין ועי' ברמב"ם ריש הל' נערה בתולה שכ' באונס בתולה שכופין אותו לישא אותה לקיים מ"ע דולו תהיה לאשה אף שאין קבוע לה זמן דהלא סתמא כתיב וכל ימיו קאי אלא יוכל לשלחה שכל ימיו בעמוד והחזר קאי וליכא למימר דמקרא שמענו דכופין אותו כיון דכתיב ולו תהיה לאשה בע"כ דעד כאן לא שמענו אלא דמצות התורה היא לישא אותה אף שאין חפצו בה והיינו בע"כ אבל כופין לא שמענו:

וגם יש להעיר בזה במה שנסתפק מהרי"ט ז"ל ח"א סי' קל"א אם קיבל עליו אדם לעשות איזה דבר ולא קבע לו זמן אם מחוייב לעשות תיכף עיי"ש שכ' מ"ש הרמב"ם באונס שגירש כופין אותו להחזיר אע"פ שלא הוזכר בגמ' זה יצא לו ממה שפסק ז"ל כמ"ד קיימו ולא קיימו הלכך כל שלא קיים אע"פ שאירע לו אונס מיתה ה"ז עובר למפרע וצ"ע דמה יעשה הרב ז"ל בהא שפסק הרמב"ם דכופין אותו מ"ע דולו תהיה לאשה קודם שעבר הלאו וצריך לאמר דפשוט למהרי"ט ז"ל כמ"ש דעל מ"ע כופין תיכף רק הכא שעליו לתקן הלא נסתפק אם מחויב תיכף וצ"ע:

ובגוף דברי מהרי"ט יש להעיר ע"פ דברי האגודה הובא במ"א סי' ק"ח וברמ"א יו"ד סי' רל"ג ועי' באחרונים ובקצוה"ח ובנתיבות סי' נ"ה ואכמ"ל ועיין במחלוקת הרמב"ם והראב"ד ריש הל' מילה לענין כרת אם לא מל עצמו אם יש עליו כרת בכל יום אי מתלא תליא וקאי עד שימות ולכאורא י"ל לדעת הרמב"ם דס"ל דאינו חייב כרת עד שעה שימות ולא קיים דס"ל דמ"ע שאינו קבוע לה זמן איני עובר בכל יום, אבל באמת מוכח מהרמב"ם במקומו איפכא שכ' דעובר על העשה בכל יום אבל אינו חייב כרת עד שעה שימות והיינו מדאפיק קרא בלשון אשר לא ימול ועי' במכות י"ד תוד"ה לאפוקי הני בסה"ד שכ' כשיטת הראב"ד ולדעת הראב"ד ולדעת הר"מ ז"ל י"ל דמ"מ כיון דאית בה כרת היה מקום לאמר דחייב קרבן אבל אי גם העשה לא עבר בכל יום בודאי לא הוה

ס"ד כלל לאמר שיתחייב קרבן דכיון דלא עבר על שום מצוה האיך ס"ד שיתחייב קרבן ועי' בטו"א ר"ה ו' שכ' דכרת דמילה בגמר דעתו תליא דאם גמר בדעתו שלא ימול אז חייב כרת וכן נראה לי דכל מ"ע שאין לה זמן קבוע דבודאי עליו מצוה בכל יום לעשותה וכ"כ הרשב"א בשם הרמב"ן בחידושיו פ"ב דשבת דמ"ע שאין לה זמן קבוע דוחה ל"ת אף שיכול לקיימה למחר מ"מ שהויי מצוה לא משהינן:

אך אם אמר בהחלט שלא יעשה המצוה ואינו נותן אמתלא על שהיותו מלעשותה בודאי כופין אותו והא דנקט הגמ' סוכה ולולב היינו אף דאין בהם חסרון כיס כמ"ש רש"י חולין קל"א עיי"ש. ול"נ דאפשר להעמיס עוד רבותא דהברייתא נקט עשה סוכה ואינו עושה ולא שב בסוכה א"כ חידוש גדול אשמעינן דאף קודם זמן המצוה כופין אותו להכינה שיהיה לו בזמן הראוי ומ"ש רש"י כתובות פ"ו גבי פריעת בע"ח מצוה משום הן שלך צדק נראה דלאו דוקא דבריו שהבטיח רק החיוב שעליו לעשות נגד חבירו דהלא אמרינן בערכין כ"ב דמשום פריעת בע"ח מצוה כייפינן גם להיורשים ועי' פירש"י שם ויתמי לאו בני מעבד מצוה עד שיגדלו משמע בהדיא דמשיגדלו פריעת בע"ח עליהם מצוה. ועי' בתוס' דף כ"ז שכ' דעיקר פריעת בע"ח מצוה נאמרה על היורשים ומכ"ש שלא ניתן להאמר כלל דרש"י ז"ל דעתו שלא לכוף רק אם קבע לו זמן לפרוע דזו מנין ולבד שהוא עקשות לאמר שלא נוכל לכוף אותו ביומא דמשלם זמניה ואח"כ אין מצוה עליו וכן אם לא קבע לו זמן כלל ליכול הלה וחדי ומי שילך בדרך טובים אלא כוונת רש"י כנ"ל:

והא דאין כופין על חליצה יש לאמר ע"פ מ"ש הרא"ם ז"ל פ' ויקרא והובא ביום תרועה ר"ה כ"ח דשאר מצות אם כפוהו ב"ד לקיים לא בעינן שיאמר רוצה אני רק כיון שעשה המצוה אף שלא אמר רוצה אני יצא י"ח (ובזה נוכל לפרש לשון הגמ' ר"ה כ"ח שכפאוהו פרסיים למה ליה למינקט מי כפוהו נכריים או ישראלים ליתני שכפאוהו סתם אבל לפי הנ"ל ניחא דאם ישראלים כפאוהו הלא מסתמא כופים אותו לקיים המצוה ואם הוא אכל יצא ידי חובתו בודאי ומשו"ה לא אשמעינן הגמ' רק אם כפאוהו פרסיים ולא היתה אכילתו רק בשביל לפטור מכפייתן מ"מ יצא ידי חובתו וזה תליא בהא דמצות צריכות כונה ועי' ביום תרועה שם שנטה שם לכונה אחרת אשר כבר כתבנו למעלה שהוא רחוק מדרך האמת) והא דאמרינן כופין אותו עד שיאמר רוצה אני אין זה רק בקרבן משום דכתיב לרצונו ועי' בתוס' ר"ה ו' שהקשו למה לי דיקריב ללמד שכופין אותו הלא בכל מ"ע נמי כופין אותו. ותירצו דס"ד מדכתיב לרצונו אין כופין אותו הרי דכל היכא דבעי רצונו בעי קרא ללמד דכופין אותו:

ועי' ביבמות דף ק"ו ע"א חליצה מעושה וגט כו' זימנין פסול כו' הא דלא אמר רוצה אני דתניא יקריב מלמד שכופין אותו לרצונו כו' הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני וכן אתה מוצא כו' הרי בהדיא דחליצה דמיא לקרבן דבעי רצונו ומשו"ה בעינן] שיאמר רוצה אני משא"כ בשאר מצות דלא בעיא לרצונו. ומחמ"ז לא נוכל לדמות חליצה לכל המצות שבתורה כמו שכ' התוס' גבי קרבן דבעינן קרא ללמד על הכפיה ולא נוכל ללמוד משאר מצות שבתורה ומשו"ה אין כופין על החליצה עד שתבא בטענה בעינא חוטרא דאז כופין על החליצה כמו על שאר החיובים שבין אדם לחבירו דילפינן מאלה המשפטים אשר תשים לפניהם כמו מהאי טעמא כופין על הגיטין כמו דדרשינן בגיטין פ"ח אשר אין עליו חיוב מצוה והכפיה אינה רק מחמת טענה זאת אשר בין אדם לחבירו. ולדעתי הוא מלתא וטעמא דמסתבר טובא אבל אין לאמר בפשיטות דלהכי לא אמרו חכז"ל לכוף על החליצה כי היכי דלא להוי חליצה מעושה דהלא אם הכפיה ע"פ דין רשאי לכוף אותו כמו כל גט מעושה בישראל דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני והגט והחליצה כשירה:

גם דברי הירושלמי חליצה משום קנין או משום פטור שהביא מעכ"ת הארכתי בביאורו במק"א ואינו ענין כלל לנ"ד דמשיטת הירושלמי אם חליצה משום קנין לא נגמר הזיקוק עד שעת החליצה שאז נתברר כי היא זקוקתו ובזה יתפרש הירושלמי של המקומות שהובא עיי"ש גם דברי הרשב"א פ' ד"א שרצה להמשיך פלוגתת רב ושמואל בחליצה פסולה לפלוגתת הירושלמי ובאמת לפי סוגית גמ' דידן משמע דרק ר"ע משוי חליצה כערוה אבל לרבנן דקיי"ל כותייהו אין זה רק מדרבנן בעלמא ולא כסוגית הירושלמי ואכמ"ל: עוד יש להעיר מהא דאי' ביבמות ס"פ ב"ש. קי"א ע"ב היבמה שנדרה בחיי בעלה כופין אותו שיחלוץ לאחר מיתת בעלה מבקשין כו' ואם נתכונה כו' אפילו בחיי בעלה מבקשין כו' ובגמ' קי"ב עיי"ש ואם איתא דהיא מצוה חיובית מה שייך מבקשין הלא מצוה עליו רמיא וכיון דאי אפשר ביבום הלא מוכרח הוא לחלוץ מחמת המצוה ועיין ברמב"ם בפי' המשנה שכתב וז"ל אמרו בכאן מבקשין אמנם הוא בשביל שתטול כתובתה אם רצה בזה מוטב ואם אינו רוצה כופין אותו לחלוץ ותצא בלא כתובה. ולכאורא משמע מהרמב"ם שכופין על החליצה משום המצוה אף בלא טענתה:

אך באמת אין זה טעם הרמב"ם רק הרמב"ם לשיטתו אזיל פי"ד מהל' אישות ובפ"ב מהל' יבום דכל מורדת מחמת מאוס עלי כופין אותו לגרש ולחלוץ ומשו"ה מוכרח הרמב"ם לסברתו דהאי מבקשין היינו רק ליטול הכתובה אבל לחלוץ כופין אותו אפי' היא הגורמת דלא גרע ממאוס עלי. וכן כתב הה"מ בהל' יבום פ"ב הל' ט"ו עיי"ש (עיין

ברמב"ם שם שכתב וז"ל יבמה שנדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה כו' כופין אותו שיחלוץ לה ותטול כתובתה ואם נדרה לאחר מיתת בעלה מבקשין הימנו שיחלוץ לה ואם לא רצה הרי זו מותרת וכן אם נתכונה בנדרים אפילו בחיי בעלה כדי שלא ייבם אותה אין כופין אותו לחלוץ אא"כ מרדה ותצא בלא כתובה, ולכאורא צריכין ביאור דבריו אלו הלא בנדרה לאחר מיתת בעלה כתב סתמא הרי זו מורדת אלמא דכיון דנדרה ממילא היא כמורדת ולמה בסיפא התנה אא"כ מרדה. נראה בכונתו דס"ל להרמב"ם דדוקא נדרה לאחר מיתת בעלה הוי דינה כמורדת דהפסידה כתובתה אבל בנדרה בחיי בעלה אף דמספקא לן דילמא כונתה לפטור א"ע מן היבם כמ"ש הה"מ והטור דאף מספיקא אין כופין את היבם אבל איך נדונה כמורדת בודאי לכופו לחלוץ ולהפסידה כתובתה דילמא עתה כשהיא זקוקה תבקש פתח לנדרה ומשו"ה כתב הרמב"ם אא"כ מרדה דאז כופין את היבם לחלוץ כמ"ש הרמב"ם בהלכה ט"ו והפסידה כתובתה והראב"ד בהשגתו כונתו להשיג על שני הבבות היינו בנדרה לאחר מיתה כן בחיי בעלה אם ידעינן כונתה בעת הנדר שהיה לפטור את עצמה מן היבם וגם עתה דעתה עלה שלדעת הרמב"ם הפסידה כתובתה והראב"ד ס"ל דאין דינה כמורדת להפסידה כתובתה והוכיח מהא דמבקשין מיד ובמורדת אין נזקקין לה. והה"מ כתב דל"י כונתו בהוכחה זאת דהלא לשיטה זו של הרמב"ם גם במורדת דמאוס עלי כופין אותו לחלוץ ובנדרה הוי כטוענת מאוס עלי וכן מפורש בפי' המשנה כמו שהבאתי למעלה שכתב בהדיא דכופין אותו לחלוץ והא דמבקשין היינו רק שתטול כתובתה ומה שהשיג המל"מ על הה"מ מהא שכתב הרמב"ם אא"כ מרדה אינו דיוק דבנדרה בחיי בעלה אף דלא נוכל לכוף אותו לחלוץ מ"מ לא נוכל לדונה כמורדת דילמא אין כונתה לכך או חזרה בה. ועוד י"ל פשטות דברי הרמב"ם דביבמה אף בסתם מורדת כופין אותו לחלוץ כמו באשה שטוענת מאוס עלי דכיון דמעולם לא נתרצתה לו הוי הכלל אין חוסמין ולשיטת הראב"ד והרא"ש אין כופין אותו לחלוץ אבל גם היא לא הפסידה כתובתה וצ"ע דברי הב"ש בסי' קס"ה ס"ק י' שכ' דהמחבר ס"ל דהפסידה כתובתה והרמ"א שכ' בשם י"א שאם רקקה אין לה דין מורדת היינו שיטת הרשב"א דכל שאין תקנה לדבר אין לה דין מורדת משמע דבנודרת דיש לה תקנה בשאלה הוי דין מורדת לכו"ע עי' בב"י דהרי לפנינו שיטת הראב"ד והרא"ש והטור דגם בנודרת אין לה דין מורדת להפסידה כתובתה לזאת אם תפסה היבמה בודאי אין מוציאין ממנה נגד שיטת הנך רבוותא):

לזאת מדברי הרמב"ם אין ראיה כלל לדין זה אך מדברי הראב"ד שהביא הרא"ש אשר ז"ל דבין בחיי בעלה בין לאחר מיתת בעלה הרי אנו נזקקין להתירה בכופין או במבקשין

ואם איתא דמורדת הויא איבעי לך למשבקה בעיגונה ולא להתיר בכופין או מבקשין כו' דהא בעלמא בין דהויא מורדת בין דלא הויא מורדת לא כופין אותו ולא מבקשין ממנו כו' הרי מוכח להדיא מדברי הראב"ד והרא"ש דאין ב"ד נזקקין לא לכוף ולא לבקש ואם הוה מצוה חיובית למה לא נבקש אותו או לכוף אותו בדברים לקיים מצות עשה דרמיא עליו:

היוצא לנו מכל האריכות שאין לנו ראיה מכרעת לשני הצדדים והנראה לי בזה ע"פ בירור דברי הראשונים ז"ל דמצות חליצה אינה דומה למצות שחיטה דאינה מצוה חיובית רק היתר איסור בעלמא. גם לא הוי כמו מצות סוכה ושופר ולולב שהיא מצוה שבחובה אלא דהיא כמו מצות צדקה או לכה"פ כמו אונס את הבתולה דאיכא מ"ע דולו תהיה לאשה. וכונתי בזה דמצות עשה דחליצה לא רמיא חיובא על היבם רק כשהיבמה תובעת ממנו לחלוץ לה. וכשהיא תובעת החליצה יהיה מאיזה טעם שיהיה אם מחמת שאינה רוצה להיות אגודה ביה או מאיזה טעם אחר שיהיה לה רמיא חיובא עליו לחלוץ לה. וקרא כדכתיב קאמינא. והיה אם לא יחפוץ כו' ועלתה יבמתו השערה כו' ושלחו אחריו כו' ועמד כו' וחלצה הרי דכל זמן שלא תעלה יבמתו השערה אין כאן מצוה כלל רק כשתעלה השערה ותובעת בב"ד שיחלוץ לה יבמתה אז המצוה מוטל על הב"ד ועל החולץ לעסוק בעסק החליצה: ואם היבמה מחוייבת לתבוע החליצה יהא תלוי באשלי רברבי דהנה החינוך כתב מצוה זאת אינה נוהגת אלא בזכרים היינו שעל היבם רמיא המצוה לייבם או לחלוץ ליבמתו הרי דהיבמה אינה כלל במצוה הזאת, וכן כתב הרשב"א בתשובה סי' נ"ט דאשה כיון דאינה מצוה בפו"ר אינה במצות חליצה וכן כתב האבודרהם במשפטי ברכות בשם הר"י אבן פלטיאל וכן אין האשה מברכת על היבום ועל החליצה כו' וכיון שאינה במצות יבום אינה במצות חליצה עיי"ש. ולכאורא יש לשדות נרגא בדברי הנך רבוותא מכתובות דף מ' אי אמרה לא בעינא כו' א"ה אמאי אמרינן יבמות כ' אתי עשה ודחי ל"ת וכבר דברו מזה האחרונים וגם אנכי הארכתי בזה במק"א אך בקצרה י"ל בפשיטות כיון דיבמה יבא עליה בע"כ א"כ לא תלי התורה בדידה ולא שייך לא ספינן לה איסורא. ומשו"ה אינו דומה כלל לאונס: ובזה י"ל דברי הירושלמי פ"ג הל' א' מתניתא פליגא על רב כה"ג שמת אחיו, חולץ ולא מיבם כו' ברם למ"ד חליצה משום קנין אמר לו לעבור על ד"ת עיי"ש וכבר תמה השירי קרבן הלא באמת אמרינן אתי עשה ודחי ל"ת רק גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה ובחליצה הלא לא שייך זאת גם עשה דבבתוליה יקח אינו אלא בבעולה עיי"ש. ולפי הנ"ל א"ש דבחליצה הוי כמו אנוסה דאי אמרה לא בעינא מי אית לעשה כלל. גם הלא אינה כמו יבום דאיתא בע"כ כנ"ל

וכיון שכן לא אמרינן הכא כלל אתי עשה ודחי ל"ת ושפיר קאמר הירושלמי לפום סוגית האי תלמודא דגם בחליצה איכא איסורא ואף אם נימא כמ"ש ההפלאה בחי' לכתובות בפשיטות דמ"ע דחליצה גם על היבמה נראה דכונתו דעל שניהם נאמר המ"ע הזאת דהיא לא תותר בלא חליצה גם הוא לא יכול להתיר אותה בלא חליצה. ועי' בתשב"ץ ח"ג סי' קנ"ז שכתב וז"ל ואפילו ביבמה דמצוה עליה דיבם רמיא דאתתא לא מפקדא אפו"ר כו' משמע ג"כ דליכא מצוה על היבמה. מכל הלין נראה דכ"ז שאין היבמה תובעת חליצה אין נזקקין להם אף לכופם בדברים וכפשטות דברי הראב"ד והרא"ש ס"פ ב"ש שהבאתי למעלה:

ע"ד מה שהעירותי לעיל מגמ' חולין פ"ג בשזיכה לו ע"י אחר עיי"ש והנה הרי"ף השמיט הך אוקימתא וכבר דברו מזה האחרונים וגם אנכי הארכתי בזה במק"א. וי"ל בזה פרפרת אחת. דהנה אי' בעירובין פ"א נותן אדם מעה לחנוני ולנחתום כדי שיזכה לו עירוב דברי ר"א כו' הא לא משך אר"נ אר"א עשאום ר"א כד' פרקים כו' בשזיכה לו ע"י אחר ר"א אר"י העמידום על דין תורה דאר"י ד"ת מעות קונות כו' ולכאורא צ"ע האיך מצי הגמ' לשנויי בשזיכה לו ע"י אחר הלא ר"א ס"ל בב"ב דף קנ"ו ע"ב זכין לקטן ואין זכין לגדול וא"כ האיך משכחת לה אליביה האי שינויא בשזיכה לו ע"י אחר:

ואפ"ל ע"פ דרך החידוד דרב לטעמיה דס"ל כר"ל ב"מ מ"ח דד"ת משיכה קונה עי' פלוגתת רב ור"י גבי עירבון אי כנגד כולו הוא קונה וכבר דברו מזה האחרונים. א"כ לא יכול לשנויי תירוץ דר"י דהעמידו על ד"ת. לזאת מוכרח לשנויי בשזיכה לו ע"י אחר כפי הגי' בחולין אר"ה אמר רב בשמשך וע"ז קאי תירוצא דרב שמואל ב"י בשזיכה לו ע"י אחר עיי"ש ואי דהכא אליבא דר"א קיימינן דאית ליה אין זכין לגדול ע"כ הלכתא כר"מ דס"ל אליבא דר"א זכין לגדול ואין זכין לקטן עיי"ש בב"ב ואי דר"מ ור"י הלכה כר"י הלא רב לטעמיה בעירובין מ"ו דלית ליה להנך כללי דר"מ ור"י הלכה כר"י עיי"ש, אבל ר"י לטעמיה דאמר ד"ת מעות קונות לא צריך להך שינויא דשזיכה לו ע"י אחר גם לפי דאית ליה ר"מ ור"י הלכה כר"י לא מצי קאי הך תירוצא בעירובין אליבא דר"א לזאת משני דהעמידו על ד"ת. וא"כ לדידן דאית לן כר"י דר"מ ור"י הלכה כר"י וא"כ ר"א אית ליה אין זכין לגדול א"כ ליכא למימר טעמא דד' פרקים בשזיכה לו ע"י אחר דא"כ מ"ט דר"א גם אית לן כר"י דד"ת מעות קונות ושפיר מצי למימר דהעמידו על ד"ת. אך האמת עד לעצמו דפלוגתת ר"א וחכמים אינה אלא במתנת ש"מ ואף דר"א לית ליה דין מתנת ש"מ בחול אמרי' בשבת אבל במתנת בריא מודה ר"א דזכין לגדול וחילא דידי מרש"י ותוספת דפי' לא תקינו ליה רבנן זכיה וכן הוא בתוס' ד"ה זכין כו' לא תקינו ליה רבנן זכיה ואם

במתנת בריא הלא זכיה הוא מדאורייתא כמבואר, בקידושין מ"ב ובשאר דוכתי אע"כ דלענין מתנת ש"מ קאי בגונא דמהני לר"א רק דא"כ צ"ע מה זכיה שייך במתנת ש"מ הלא ש"מ בדבור בלחוד סגי וי"ל דהוא כמו דאמרו בגמ' שם א"ר לוי קונין קנין מש"מ אפילו בשבת ולא לחוש לדברי ר"א ועי' ברשב"ם ותוס' שם. אבל מצאתי למהרי"ט חלק אה"ע סי' מ"א דפירש שמעתין כפשטא דעל זכיות בעלמא קאמר והקשה על רשב"ם שכ' דהוי מדרבנן ורצה לאמר דרק אליבא דר"א פי' הרשב"ם דהוי מדרבנן:

ועכ"ז דעתי נוטה להכריע מדברי הרשב"ם דס"ל כשיטת הר"ן דזכית קטן היא מדרבנן ועי' בהג"א שכתב ומשמעתין משמע דליכא למ"ד זכין לקטן בין לגדול ול"י אמאן קסמכינן האידנא וכבר עמד על דבריו מהרי"ט בחלק חו"מ סי' כ"ב עיי"ש ועדיין צ"ע אם בזכיות בעלמא קאי לא בש"מ, מה הקשה הגה"א אמאן סמכינן האידנא הלא בש"ס מצינו בכמה דוכתי זכיה בין לקטן בין לגדול וצ"ע לעת הפנאי:

מ"ש לעיל לענין שו"י שדעת הרמב"ם דלא כהה"מ רק בשו"י ס"ל להר"מ דכל מורדת מיבום דינה כמאיס עלי מצאתי סמוכין לדברי בריב"ש סי' שס"א שכתב וז"ל היא תובעת לחלוץ ואינה חפצה בו דינא כמאיס עלי כו' וכתב עוד מקודם וז"ל ואי בעינא ליה ומצערנא ליה כלומר שאינה רוצה לא ביבום ולא בחליצה כו' עיי"ש הרי דלא משכח בשו"י מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה רק אם אינה רוצה לא ביבום ולא בחליצה אבל כל שאינה רוצה ביבום רק בחליצה כמורדת דטוענת מאיס עלי הוא והוא כדברי הנ"ל דלא כהה"מ והמל"מ:

מ"ש בפשיטות דהא דאתרבי ביבם שבא על יבמתו אחד שוגג ואחד מזיד דה"ה אף במתכון שלא לקנות הדבר מפורש בנ"י והריטב"א ביבמות ר"פ הבע"י וז"ל הנ"י ומיהו ביבמתו אף גומר ביאתו ואמר שאין רצונו לקנות אלא בגמר ביאה אין הדבר בדעתו שהתורה רבתה שוגג כמזיד. וכ"ה בריטב"א שם והיה זה לדבר פשוט בעיני שוב ראיתי בתשו' רע"א סי' רכ"א שבנו הג' ר"ש רצה להסב דעת הנ"י לכונה אחרת אך אח"ז חזר בו עיי"ש ולזה הסכים גם אביו הגאון זצ"ל שלא לעשות מחלוקת בזה בין הפוסקים וכו"ע מודים בזה:

צ"ע דברי רש"י יבמות ריש פ' הבע"י ישן ל"ק ביבמתו דישן לאו בר דעת הוא ולא קנה מ"ש מחש"ו דקנה ובפרט לדעת רש"י דקטן גם כן קונה ביבמה מה"ת כמו שכתבתי בפנים. ועי' ברשב"א דהקשה ג"כ בחידושיו על דברי רש"י הנ"ל דמ"ש מאונס ושוגג דלא בעי דעת עיי"ש ובאמת היה אפשר ליישב כיון דבר דעת הוא וקנינו קנין לא בעינן דעתו אבל היכא דהוא לאו בר דעת הוא שאני אבל מחש"ו קשה וצע"ג:

שו"ת הליכות אליהו חו"מ

סימן א

סנהדרין קי"א ר"י אמר חולקין עיר אחת לשני שבטים ורשב"ל אומר אין חולקין כו' מיתיבי כו' ובלבד שיהיה מאותה עיר ומאותו השבט ואי אמרת אין חולקין כו' כגון דנפלה ליה בירושה א"נ דיהביה ליה במתנה מיתיבי את תשע הערים מאת שני השבטים מאי לאו ד' ופלגא כו' לא ארבעה מהאי וחמש מהאי א"ה לפרוש פרושי קשיא ופירש"י קשיא קראי למ"ד (אין כצ"ל) חולקין אבל תיובתא אינה:

וצריך לבאר למה באמת אינה תיובתא גם יש להקשות למה לא מקשי הגמ' על רשב"ל מהא דאמרינן לעיל ט"ז מעמידין ב"ד לכל שבט ושבט שנא' לשבטיך שוטרים כו' לשבטיך לכל עיר ועיר שנ' לשעריך וצריך להבין דכיון דאיכא קרא על כל עיר ועיר למה לי קרא על כל שבט ושבט וכבר נתעוררו בזה התוס' וכתבו כגון דאיכא שני שבטים בעיר אחת ולרשב"ל קשה דהא אין חולקין וגם יהיה דוחק לאמר כגון דנפלה ליה בירושה א"נ דיהביה במתנה דהא צריך אנשים מבנים כדמבואר בדף ט"ז עיי"ש:

ויש לאמר דהנה לכאורא יש ליישב קושית הגמ' על הא דא"ה לפרוש פרושי והיינו דלכתוב ארבע משבט זה וחמש משבט זה דהלא ע"כ לא פליגי רק אם חולקין עיר אחת לשני שבטים אבל בודאי היה יכול להיות העיר לשבט זה והמגרש לשבט אחר וערי הלוים הלא היו נותנים עם המגרשים סביב לעיר וא"כ לא היה יכול לכתוב חמש משבט זה כי לא היו חמשה מגרשים משבט זה כן לא היה יכול לכתוב ארבע משבט זה כי היו חמשה מגרשים ומשו"ה כללינהו יחד לכתוב תשע הערים מאת שני השבטים ושפיר כ' רישא דתיובתא אינה דשפיר יכולין לתרץ כנ"ל וא"כ לכאורא צ"ע על קושית הגמ' מאי פריך האיך יכול להיות בן עיר ולא מאותו שבט הלא נוכל למיקם כגון דהיה המגרש משבט אחר ובנה אותו השבט על המגרש אך באמת קושית הגמ' על סתם מתניתין וסתם משנה הלא ס"ל בערכין ל"א אין עושין מגרש עיר ולא יוכל בשום אופן להתחבר שני השבטים למ"ד אין חולקין אבל מברייתא לק"מ די"ל דהברייתא דף ט"ז ס"ל כר"א בערכין שם דס"ל עושין מגרש עיר וא"כ שפיר משכחת לה שני שבטים בעיר אחת כגון דנתחברו ע"י המגרש: ויש ליישב בזה דברי הרמב"ם ריש הל' סנהדרין שהשמיט הא דעושין סנהדרין לכל שבט ושבט וכבר העיר בזה הכ"מ (ועי' בלח"מ ויש לדחות דבריו) ולפי הנ"ל ניחא דכיון שפסק הרמב"ם כסתם מתניתין דאין עושין מגרש עיר א"כ לא מצי לאשכוחי שני שבטים בעיר אחת ופסק כסתמא דגמ' מכות י' ע"א דלא הזכירו הך דעושין ב"ד לכל שבט רק לכל פלך והא דיהיה זאת אליבא דר"ל ולא אליבא דר"י אינו דקדוק

דידוע מה שכבר האריכו המפרשים וגם אנכי הארכתי בזה במק"א דבדברים שאינם נהוגים לא שמר הרמב"ם דרך פסקי ההלכות. גם הלא סתמא דגמ' דמכות מסייעא גם יש לאמר על הקושיא מהא דסנהדרין ט"ז חוץ לדרכנו ע"פ דברי התוס' כתובות מ"ו דבעיר שרובה עכו"ם לא מיקרי בשעריך וא"צ לאוקמי ב"ד לכל עיר כיון דלא מיקרי בשעריך אבל אם נמצאו שם שבט עושין ומיושבין בזה דברי רש"י יומא י"א ד"ה הני אבולי דמחוזא ועיר שרובה ישראל היתה וכבר דקדקו בזה הלא שותפות א"י חייב במזוזה ולמה איצטריך רש"י לאמר רובה ישראל ולפי סברת התוס' תומתק מאד כונת רש"י כיון דאפיק בלשון שעריך ואם רובה א"י לא מיקרי ובשעריך ועי' בביאורי הגר"א הל' מגילה סי' תרפ"ו שהביא לדברי התוס' לענין בתי ע"ח ויש לחלק:

סימן ב

עי' במח"א הל' עדות סי' ט"ו דלפטור מש"ה מהני ע"א שהוא קרוב ונתרחק והביא ראיה מהא דנאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן. וצ"ע דהא התם אמרינן והוא שיש גדול עמו. ולא מהני שני גדולים מה שראו בקוטנן א"כ י"ל דלא תתקיים כל העדות בתחילתו בפסלות וא"כ ה"נ גבי לפטור משבועה דכל העדות תתקיים בו ויש להרחיב הדיבור בזה אבל תרי תמיהי מדכר דכירי מדברי המח"א דמוכח מדברי המח"א דלא ס"ל כשער המשפט שכ' בסעי' ע"ה דגם קרוב מהני לפטור מש"ה ע"ש בס"ק ט"ו:

מכות ד' ע"ב ורבנן האי לא תענה מאי דרשי ביה לכאורא תמוה האיך ס"ד דליכא לאו על ע"ז והלא משנה מפורשת מעידין כו' הר"ז סופג ארבעים ויעוי' בגה"ש ויעוי' בתוס' ד"ה ורבנן כו' וגם דבריהם תמוהים כמו שתמה הגרע"א. וי"ל בהקדם דברי הרמב"ן דעל לאו דע"ז ליכא למימר לחייב מלקות דהלא בהדיא כתב עונשו בצידו כאשר זמם ומש"ה קאמר ר"מ שלא השם המביאו לידי מכות כו' וע"כ דר"מ יש לו לאו אחר לחייב מלקות והיינו אזהרת ע"ז ומשו"ה פריך הגמ' ורבנן האי לא תענה מאי עבדי ליה ומשני דאצטריך לאזהרה וממילא לא לקי בסיפא משום לא תענה בפ"ע. והנה זה פשוט להתוס' דגלי רחמנא והצדיקו כו' והיה אם בן הכות דע"ז לא מפטרי בלא כלום ולוקין וקושית התוס' רק היכא דאיכא כאשר זמם בלא מלקות כגון היכא דמשלמין ממון או דלוקין משום כאשר זמם האיך ילקו על לא תענה דהוי לאו שניתן לאזהרת מיתה. ותי' התוס' דכיון דגלי קרא דלוקין על תענה שוב ליכא למפטריה ללקות על האי לאו אף אם נתקיים בו כאשר זמם אבל כל זה לס"ד דאיכא לאו אחרינא על עונש ע"ז. אבל לבתר דמשני דלרבנן הוי לא תענה אזהרת ע"ז שוב לק"מ ומיושבות קושיות הגרע"א:

סימן ג

חו"מ סי' כ"ח סעי' ט"ו בהג"ה רמ"א וחוזרין ומגידין בפניו כו' יעוי"ש ולכאורא צ"ע מזה למ"ש השיך בסי' ל"ג סעי' י"ב דאם העיד כשהוא קרוב ונתרחק אינו נאמן משום דעביד לאחזוקי דבוריה יעוי"ש א"כ אמאי נאמן כאן אך הרמ"א כתב הטעם בצדו משום דהוי כהגדה חוץ לב"ד ובהגיד חוץ לב"ד הלא בודאי ל"א עביד לאחזוקי דבוריה משא"כ גבי קרוב בסי' ל"ג שהגיד בפני ב"ד בתו"ע אף שלא היה בדבריו כלום מ"מ אמרינן עביד אינש לאחזוקי דבורו שהגיד בפני ב"ד. אבל כ"ז שאין שני בע"ד לפני ב"ד אינם נקראים ב"ד כלל רק כמו כל שלשה בעלמא:

וראיתי בתומים סי' ל"ג שהקשה על הש"ך מהא דסי' פ"ו ומ"ש דהעיטור שהביא הש"ך לא יהיה ס"ל הא שכ' הרמ"א לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד צ"ע דהעיטור בעצמו לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד ומסתברא דאי אתי ומסהדי זמנא אחריתא באפי אחריני כו' גמרינן ליה ואי לא לא יעויי"ש. ומ"ש הנתיבות לחלק בין אם ידעו העדים מפסולן ודייק מלשון העיטור שכתב ומשתכח דקרוב הוא כו' צ"ע דא"כ גם בשלא בפני בע"ד היה לו לחלק בין אם ידעו העדים שאין בקבלת עדות כלום שלא בפני בע"ד בין אם טעו בדין ויעוי' בעיטור שם שמשמע בהדיא דאין דעתו לחלק שכ' בשם תשובת רב אלפס לענין אם לא היו מקבלי העדות בקיאין דהולכין אחר העדים משמע בהדיא דאף דאיפסלא קבלת העדות הראשונה הולכין אחר דבריהם בפעם שניה ולא חיישינן לאחזוקי דבוריה אע"כ דהוא עיקר הנ"מ בין אם היה בפני ב"ד בדרך קבלת עדות ועיקר הטעם כמ"ש ורמזו הרמ"א בעצמו דשלא בפני בע"ד הוי כחוץ לב"ד ועי' בתומים מ"ש בשם הרמ"א בתשובה לענין נוגע וי"ל דנוגע אין שם עד עליו ול"ה דבריו רק פטומי מילי בעלמא וממ"ש בסי' ל"ו ובסי' מ"ה ובסי' נ"א לענין עדים שחתמו בשטר אחד היינו ג"כ כיון דחתמו בשטר קרובים ל"ה השטר כנחקרה עדותן בב"ד משו"ה יכולים לחזור ולהעיד. וכן כתב הרא"ש בכלל י"א לענין בע"ד שנאמן אח"כ כעד לפסול שכנגדו שנשבע על טענתו:

(ועי"ל דבאמת ל"ס להרא"ש אם יחזרו ויעידו סתם שנשבעו לשקר ובזה מיושב גם קושית הב"י דמשמע מדברי הרא"ש דלא מפסל רק מהעדות ולהבא דאינם מעידים על שקר זאת רק סתם שנשבעו לשקר ובלא הגדה פרטית על איזה ענין נשבע) והיינו כמ"ש הרמ"א בתשובה לענין נוגע ול"ד לקרוב כנ"ל ויעוי' בסי' ל"ד ובסי' פ"ז אם נשבע שני פעמים כל פעם נגד ע"א אחר אם מצטרפים לפוסלו נראה דלהנך דפליגי על הרשב"א וס"ל דנפסל א"צ לעדותם פעם אחר לפני ב"ד ויעוי' בתשובות המיוחסות סי' ק"ט מ"ש

בזה ויעוי' בהשגת הראב"ד כתובות פ' הכותב על הא דאי פקח הוא מייתי לידי ש"ד דפי' דאירי אחר שנשבעה פעם הראשונה שבועת התקנה חוזרת ונשבעה ש"ד וכפה"נ א"צ ג"כ לחזור ולהעיד כיון שנתקבלה עדותו פ"א בב"ד (וצ"ע לפמ"ש האחרונים דע"א הבא לחייב שבועה הוי א"י להזימו ולדעת הרמב"ן בסנהדרין יעוי' מלחמות שם גם לא עבר על לאו דלא תענה ויעוי' בנוב"י סי' ע"ב באה"ע מ"ש בזה ואכמ"ל ואם נאמר דלפסול אדם בעינן עשא"י להזימה א"כ מה מהני עדות הראשונה לפוסלם וע"כ דיהיו צריכים להעיד עוד פ"א ומה תהני עדותם הלא עביד אינש לאחזוקי דיבוריה ונצרך עוד לברר הדברים): ובמ"ש דאם הגיד עדותו בב"ד ולא הועילה מצד אחר שוב אינו נאמן משום דהוי כנוגע דעביד אינש לאחזוקי דבורו מיושבת קושית הראב"ד בכתובות ל"ג על הא דקאמר הגמ' ונתרו בהו תוך כ"ד דהא כיון דעדים בעי התראה וכ"ז שלא התרו בהם הויא עשאילה"ז א"כ גם לאחר כ"ד תהיה מהני ההתראה דכ"ז שלא התרו לא נתקיימה עדותם יעוי"ש בש"מ וכן כתב בשם הרא"ה אבל אם נאמר דעביד אינש לאחזוקי דבוריה לק"מ דאף אם הוי עשאיל"ה רק כמו אם נתודע אח"כ שהוא קרוב דאף אם נתרחק אח"כ ל"מ עדותו אח"כ ה"נ לאחר כ"ד מהני אם יאמר לאחר ההתראה אמת העידותי הלא הוי נוגע משום אחזוקי דבורו ול"מ רק בתכ"ד משום דהוי הכל כמו הגדה אחת, ועוד עדיף מקרוב דהלא בשעת עדותו היו יכולים להתרות בו בתכ"ד ולא נפסל רק אח"כ כשלא התרו בו בודאי לדעת הש"ך אפי' לפמ"ש הנתיבות א"י עוד לחזור ולהעיד ולפ"ז יהיה מוכרח מהראב"ד והרא"ה שכתבו דגם לאחר כ"ד תהיה מהני ההתראה דלא ס"ל סברת הש"ך. אך מהרשב"א דס"ל דא"י הע"א לחזור ולהצטרף עם עד אחר לפוסלו יש להוכיח דא"י לחזור ולהעיד פ"א משום דעביד לאחזוקי דבורו, אך יש לדחות דהתם הטעם משום דהרי כבר נתקבלה עדותו בב"ד והתורה האמינתו לשבע נגד העד ולהכחישו שוב א"י לחזור ולהעיד אבל היכא דלא נתקבלה עדותו בב"ד יהיה מאיזה טעם שיהיה יכולים לחזור ולהעיד ודברי הש"ך צ"ע:

סימן ד

(שם בסעי' הנ"ל) אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ואם קבלו כו' וחוזרין ומגידין בפניו ואם שנו כו' הולכין חר העדות השניה כו' אע"פ שהגידו בראשונה ע"פ החרם כו' ועי' בסמ"ע הטעם דכל שלא בפניו אין מדקדקין בעדותן ה"ה אם הגידו בראשונה. ע"פ השבועה יעוי"ש. והנה באמת הוא מפורש במשנה שבועות ל"ב השביע עליהם ד' וה' פעמים חוץ לב"ד כו' אר"ש מה טעם מפני שיכולין לחזור ולהודות, ונראה דלר"מ דס"ל

דמושבע מפי עצמו חייב אף שלא בב"ד ע"כ במושבע מפי אחרים אייריי אבל לחכמים דס"ל דמושבע מפי עצמו ג"כ א"ח אלא בב"ד מצי אייריי גם במושבע מפי עצמו:
אבל צ"ע דא"כ יהיה הדין בשבועות העדות שלא יהיה חייב אלא בפני התובע והנתבע והא דנקט המשנה עד שישמע מפי התובע היינו שהשבועה בעינן מפי התובע אבל הכפירה בודאי בעינן בפני התובע והנתבע דאל"כ הוי כמו חוץ לב"ד וזה פשוט להנך פוסקים, אבל צ"ע דהלא שבועה שאין אנו יודעים ל"ה חוץ לב"ד שבועה כלל לעבור על הכפירה ששם, אבל אם העד אומר שבועה שכך וכך היה המעשה י"ל דהוה כמו שבועת ביטוי דשבועת העדות הוה אם לא יגיד, אך באמת זה ליתא דאם נשבע על שקר הרי הוה בכלל אם לא יגיד האמת, וכל שבועת העדות אנן קיי"ל כרבא שבועות כ"ה דבשבועת העדות אין כאן שבועת ביטוי כלל:
וצ"ע לדעת הרמב"ם דס"ל בפ"ט ובפ"י מהל' שבועות דבהשביע חוץ לב"ד בעינן שיאמרו העדים אמן ואז חייבים בכפירה בפני ב"ד ולפ"ז ע"כ בהשביע עליהם ד' וה' פעמים חוץ לב"ד ע"כ אייריי באמרו אמן, א"כ תיקשי לאבייי דס"ל בשבועות כ"ה שם דבשבועת העדות איכא ג"כ שבועת ביטוי אם היה חוץ לב"ד א"כ האיך אמרינן מפני שיכול לחזור ולהודות הלא כיון שאמרו אמן הוי גם שבועת ביטוי כדאי' בדף כ"ז ע"ב א"כ האיך אמרינן מפני שיכול לחזור ולהודות הלא כיון דנתחייב משום שבועת ביטוי שוב א"י לחזור ולהודות דהלא יפסלו ואפ"ל דכיון שיהיה חיוב שבועת העדות כשיבואו לב"ד ויכפרו שוב אין כאן שבועת ביטוי,: אך דלפ"ז יהיה צ"ע בדברי רש"י שבועות שם שכתב בהדיא דחייב משום שבועת ביטוי חוץ לב"ד והלא יהיה שבועת העדות כשיכפור בפני ב"ד (והא דבעינן שישמע מפי התובע היה נראה דוקא בשבועה מפי אחרים אך באמת אף בנשבע מפי עצמו צריך שיתבענו התובע ולפ"ז צ"ל דמ"ש רש"י חוץ לב"ד לאו דוקא אלא העיקר שלא תבעו התובע להעיד גם י"ל כיון שלא יהיו פסולים להעיד דהלא אינם נפסלים ע"פ עצמם נאמנין בעדותן ול"ש אין אדם משים עצמו רשע שלא נאמין להם בעדותם עתה וצ"ע בזה) ובדעת רש"י נראה דחייב משום שבועת ביטוי על אמירתו חוץ לב"ד שלא יהיה חייב בה משום שבועת העדות אף אם בעת שיכפור בב"ד יהיה חייב משום שבועה ההיא בעצמה:
ויש להסתפק אם אדם שנשבע חוץ לב"ד בלא כונה להעיד שכך וכך היה המעשה אם נאמן אח"כ להעיד אם אינו נחשב כנוגע. דלכאורה מה אם אמרינן עביד אינש לאחזוקי דבורו יעוי' בסי' ל"ג בש"ך ס"ק ט' ומכש"כ לקיים שבועתו שלא יהיה חשוב בעיני הבריות לעבור על השבועה ואפשר דע"כ אינו חייב על שבועת ביטוי בשבועת העדות

רק היכא דהיו מדברים בדבר ענין הגדה בפני ב"ד אבל אם לא היו מדברים מענין עדות והגדה בפני ב"ד אפ"ל דחייב משום שבועת ביטוי (ויעוי' בר"ן נדרים ח' דאף היכא דליתא בלאו והן לאו מיהא איכא אך שאר פוסקים חולקים והדברים ארוכים):

וביותר יהיה מקום לספק זה אם בעת שנשבע היה קרוב ופסול דלכאורא הוה שבועות אף שהיה כשר בעת הראיה ופסול בשעת שבועה אם נאמן אח"כ להגיד בעת שנתרחק, ויש לדייק מלשון הרמב"ם פ"י מהל' שבועות לענין המשביע שתי כתי עדים וכתה אחת היו קרובים בנשותיהם ונתרחקו אח"כ אבל יש לדחות ויעוין בלשון רש"י שבועות כ"ה ע"ב ונ"מ שהיה קרוב או פסול דמשמע דלרבא אינו חייב אף קרוב ופסול משום שבועות ביטוי וצ"ל כמו שכתבתי למעלה דהיינו אם בקש ממנו שיגיד בתו"ע והוא אומר א"י ונשבע דבכה"ג ס"ל לרבא דחידוש הוא שחידשה תורה וא"ח משום שבועת ביטוי אף קו"פ אבל אם שלא בדרך עדות בודאי חייב ק"ש דהא איתא בלאו והוה שבועה מעליא ובמק"א כתבתי מזה:

סימן ה

מכות ה' ע"א אמר רבא באו שנים ואמרו פלוני הרג הנפש בחד בשבתא ובאו שנים ואמרו עמנו הייתם בחד בשבתא אלא בתרי בשבתא הרג כו' ולא עוד אלא אפילו אמרו בע"ש כו' נהרגין דבעידנא דקא מסהדי סהדי גברא לאו בר קטלא הוא כו' ומשמע דהרוצח נהרג ע"פ עדות בתראי ולכאורא יפלא כיון דבשעה שמעידים עדיין הוה נגמר דינו ע"פ עדות הנך קמאי, דלפי הנראה מפשטות לשון הגמ' איירי דהעידו בדיבור אחד ובבת אחת והאיך נוכל לחייב הרוצח ע"פ הנך עדים הלא הוי עדות שא"י להזימה הלא כיון דנגמר דינו ההורגו פטור והוי כמו מעידים בטריפה ואי משום דהזימו את הראשונים הלא אם יזומו המה תתבטל גם הזמתם את הראשונים כיון שבתוך כ"ד העידו (ושמעתי שכבר נתעורר בזה חכם אחד) אבל באמת לק"מ שכיון שבאו ואמרו יש לנו זכות בטל הגמר דין והוי כאילו לא נגמר דינו ושוב אין נ"מ אם יזומו או לא, והוי העדתם כמו שלא נגמר דינו כלל וע"כ צ"ל כן דאל"כ אף אם נדחוק לאמר דבאמת לא יהרגו את הרוצח משום דהו"ל עדות שאין אתה יכול להזימה, א"כ תתבטל גם הזמתם מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, וגם יש לעיין בזה אם שייך בזה כלל הך עדות שבטלה מקצתה משום דהוי שני עדיות על שני אנשים (ויעוין בסי' נ"א ובאחרונים), והכא הוי כמו עדות על שני אנשים דהזמה על גופן של עדים היא ולא על ההורג, ועדות שניה על ההורג היא ומשום טעם פסולי עדות הלא לא נוכל לבטל העדות כיון דהוי תכ"ד. גם י"ל דלא שייך כאן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לדידן דבעינן בקו"פ שיצטרפו בראיה

והגדה וכן בעדות שבטלה מקצתה ל"ש רק אם הוי עדות אחת בראיה והגדה, והכא הלא רבא קאמר לה דס"ל דבעינן הצטרפות בראיה והגדה וכמ"ש למעלה דלא כתב רש"י הך סברא רק לר' יוסי וכנ"ל, ולפמ"ש דכיון שבא אחד ואמר יש לי ללמד עליו זכות הוי כמו בטל גמר דין, מוכרח לאמר דבעינן ב"ד של כ"ג לראות אם יש ממש בהלימוד זכות והא דקאמרינן בסנהדרין מ"ג אם יש ממש בדבריו מנא ידעינן כו' דמסרינן ליה זוגא דרבנן ונ"ל דבעצמו שאני גם י"ל היכא דהאומר יש לי ללמד עליו זכות טועה בדבר משנה א"צ לעיין עוד בדינו מחדש ב"ד של כ"ג:

סימן ו

(שם ו' ע"ב) תוד"ה בד"נ הוא דלא כשרה הא בד"מ כשרה והקשה הר"א מאוריליינש הא קרובים נפ"ל בסנהדרין מלא יומתו כו' גמרינן ממשפט אחד כו' ונראה דע"כ האי קרא לאו בד"מ קאי דע"א מועיל לממון דלשבועה מיהא איתי' ע"כ והעירני הרה"ג כו' דלכאורא דברי התוס' תמוהין דא"כ גם בעדות קרובים דקיי"ל דגם שני אחים פסולים להעיד ואיך ילפינן זה בד"מ ממשפט אחד הלא בד"מ יקומו מיהת לשבועה, ויעויין ברמב"ם הנ"ל ה' עדות פי"ד שטר שיש בו שני עדים בלבד ושניהם קרובים זל"ז כו' הרי הוא כחרס ועי' חו"מ סי' נ"א דאף שבועה אינו חייב ועי' בסי' ל"ו אבל כל זה לפי מאי דאמרינן דשני עדים שהם קרובים זל"ז פסולים בד"מ ואם נמצא קרוב או פסול עדותן בטלה ממילא ה"ה לענין שבועה בטלה כל העדות אבל לר' יוסי דס"ל בד"מ אם נמצא קרוב או פסול אין עדותן בטלה וא"כ ממילא שני אחין יקומו לשבועה וממילא לא קאי קרא על ד"מ ומהיכן ידעינן דשני אחים פסולים בד"מ ועי' בסנהדרין כ"ח ע"ב ובר"ה כ"ב דגם ר"י ס"ל שני אחין פסולין בד"מ וי"ל ע"פ דברי התוס' לעיל ו' ע"א אר"י כו' וי"ל כו' אבל בד"מ דבשנים נמי כי נמצא אחד מהם קרוב או פסול אין עדותן בטלה לגמרי דחייב לו שבועה כו' עיי"ש אשר לכאורא צ"ע דבריהם דהלא קיי"ל דעדותן בטלה לגמרי ואף שבועה אינו חייב כמש"ל:

אבל באמת כונת דבריהם דלא נוכל לאמר מה שנים כי נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותן בטלה דקודם שידעינן עיקר הך כללא דנמצא א' מהם קרוב או פסול עדותן בטלה גם בשנים אינה בטלה לגמרי וממילא לא נוכל למילף מה שנים כו' אבל כ"ז ניחא לישב קושיא השניה של התוס' דבדיני, ממונות נמי כתיב ע"פ שנים ונאמר מה שנים כו' וע"ז שפיר עולין דברי התוס' בתירוץ ר"י, אבל אכתי קשה קושיא הראשונה של התוס' דניליף ממשפט אחד יהיה לכם דנמצא קרוב או פסול עדותן בטלה לגמרי וממילא יהיו ד"מ וד"נ שוים דגם בד"מ יהיה בטל לגמרי דלא יקום גם לשבועה ועי' בריטב"א שכתב דבאמת

פליגי בזה רבי ור"י דרבי ס"ל דגם בד"מ בטלה לגמרי ואף שבועה אינו חייב וממילא נוכל למילף ממשפט אחד אבל ר"י ס"ל דזה אין סברא למילף ממשפט אחד כיון דעיקר הדין נצמח ממה שנים כו' האיך נוכל למילף לבטל העדות בד"מ אף לשבועה שא"צ צירוף העדות כלל וכיון דלא נוכל למילף ממשפט אחד ממילא גם לחייב ממון לא בטלה העדות עיי"ש ונוכל להעמיס זאת גם בכונת דברי התוס': ולפי זה נוכל לאמר דלא פליג ר' יוסי רק בנמצא אחד מהם קרוב או פסול דבאמת הדין אחד דכמו דבשלשה בטלה העדות שלא להוציא ממון כן ראוי להיות בטל בשנים לענין שבועה דהיינו שהיה הדין נותן דגם עדות האחד יהיה בטל ויהיה פטור גם משבועה כמו שהוא באמת לרבנן וא"כ לר' יוסי דס"ל דלענין שבועה לא נוכל למילף ממשפט אחד כיון דלא דמי לגמרי לד"נ דהתם בעינן צירוף עדים והכא לא בעינן וא"כ ממילא לא נוכל למילף גם לענין להוציא ממון דבעי שנים דיהיה בטל ע"פ עדות הקרוב או הפסול כיון דלאו משפט אחד הוא, אבל הכא בעדות מיוחדת דלענין שבועה לא שייך כלל הך דינא דעדות מיוחדת כיון דע"א מהני ואין צריך עד השני כלל ולא שייך למילף כלל ממשפט אחד ממילא נוכל לאמר שפיר דלענין להוציא ממון כיון דבעי שנים שפיר נוכל למילף ממשפט אחד דגם לענין ממון אין אנו מצרפין עדות השנים בעדות מיוחדת ומשו"ה נמי גבי שני אחין נוכל לאמר דלענין שבועה לא שייך כלל לאמר דנילף ממשפט אחד כיון דאין כאן אלא אחד ולעדות השני אין צריך כלל א"כ ממילא לא נוכל לאמר דמשפט אחד יהיה קאי לענין שבועה ולא אמרינן אלא לענין עדות שנים ושפיר נוכל לאמר דילפינן ממשפט אחד דאין אנו מצרפין עדות שני אחין לענין ממון כמו לענין נפשות ונהי דלדידך גם שני אחין אינם מביאים לחיוב שבועה משום נמצא אחד מהם קרוב או פסול אבל אין זה מחמת הצירוף וממילא לר"י דלית ליה דין נמצא קרוב או פסול לענין ממון חייב שבועה. ועוד י"ל ע"פ דרך צחות דבסנהדרין כ"ח סבר רמב"ח למימר דעדות שני אחין ל"מ משום דהוי עדות שאי"ל וכן הוא לפי האמת בירושלמי אך הגמ' פריך עלה מג' אחין והן עדות אחת ומצטרפין להזמה ועי' ב"ב דף נ"ו דר"י מתני משמיה דר"ע דג' אחין ל"מ בעדות חזקה עיי"ש, וא"כ לדידיה שפיר קיימא הך טעמא דהזמה ולא נצטרך למילף מלא יומתו אבות על בנים ובלא משפט אחד ידעינן דעדות שני אחין אינן מצטרפין וקצרתי כי העיקר כמ"ש למעלה. ולפ"ז יהיה הפשט בדברי התוס' דלא נוכל לאמר דמשפט אחד יהיה קאי ע"ז ולא על קרא דלא יומת כמ"ש למעלה דקרא דמשפט אחד לא נוכל לאמר דקאי ע"ז כיון דל"ה משפט אחד לענין שבועה ועי' בנו"ב מה"ק סי' ע"ב וצ"ע:

סימן ז

שם ו' ע"ב תוד"ה בד"נ כו' הקשה הר"א מאורליינש דהא קרובים נפ"ל סנהדרין כ"ז מלא יומתו כו' וד"מ גמרינן מיניה כ"ח ע"א ממשפט אחד א"כ ה"נ נילף ממונות מנפשות להך מלתא דעדות מיוחדת, ונראה דע"כ האי קרא לאו בד"מ קאי כו' דלשבועה מיהא איתיה עכ"ל, ונראה בהסבר דבריהם כיון דקיי"ל דבד"מ לא בעינן דוקא דיני עדות רק דבידיעה בלא ראיה מוציאין ממון א"כ אם ידוע שפלוני חייב לזה ממון בודאי מוציאין ממנו והא דקרובים פסולים אף שלא נחשדו להעיד שקר אפקעתא דמלכא הוא וגזה"כ ואין עליהם שם עדים כלל ואינם נאמנים אבל הא דעדות מיוחדת פסולה כיון דשם ע"א יש על כל אחד לחייב שבועה א"כ מחזקינן לכל אחד מהעדים שהעיד אמת א"כ איך נוכל לאמר שאין כאן שנים לגבות ממון כיון שיש לפנינו שנים עדים שמעידים שפלוני חייב לזה ממון, והלא בודאי לא נוכל להניח את זה לשבע כיון ששנים מעידים שהוא נשבע בשקר ובשעה שהוא נשבע הלא המה שנים כשרים שנאמנים המה לכל עדות שבעולה, ולא נאמר משפט אחד רק היכא שבד"נ אינם נאמנים אבל הכא בעדות מיוחדת שפסולים בד"נ לענין זה משום שהתורה לא האמינתם שהרי ע"כ מחזיקין אנחנו שכ"א אומר אמת מדרמינן שבועה על המחוייב (ויעויין ברש"י סנהדרין פ"א שכונסין אותו לכיפה ע"פ עדות מיוחדת והיינו ע"כ משום שמחזיקין הדבר לאמת שאל"כ לא היה מכניסין אותו לכיפה על פיהם) וא"כ שפיר לא נוכל ללמוד מקרא דמשפט אחד לפסול עדות מיוחדת בממון אבל בהך דלא יומתו אבות כו' דפסלין שני אחים דאין כאן עדות כלל דהתורה לא האמינה שני אחים להעיד כאחד אף אם נאמר דלא בטלה העדות לענין ממון וע"א יש כאן כמו לר' יוסי דס"ל בעדות ממון ל"א נמצא אחד מהם קרוב ופסול בטלה כל העדות: ולפ"ז י"ל דגם שני אחין שהעידו מחייבין אותו שבועה דלכה"פ ע"א יש כאן מ"מ שפיר נילף ממשפט אחד אשר אין כאן שנים עדים ואין מצטרפים להיות שנים דהתורה לא האמינה את השני וגם לזה אנו דנין משפט אחד שלא יצטרפו שני אחין להעיד בעדות אחת, ומיושבת בזה הקושיא שהבאנו במק"א לפי דברי התוס' מנ"ל לר"י דשני אחין אין מצטרפין להעיד בד"מ הלא מהך קרא דמשפט אחד לא נוכל למילף כיון דלדידיה י"ל דחמורה שבועה דלכה"פ ע"א הוי כנ"ל, והא דלר"י לא ילפינן בד"מ נמצא אחד מהם קרוב ופסול בטלה כל העדות יעויין בתוס' דף ו' ע"א ד"ה אמר ר"י פי' בקונטרס כו' דא"כ ד"מ נילף ממשפט אחר כו' לכך פי' ר"י כו' אבל בד"מ ובשנים נמי כי נמצא אחד מהם קרוב או פסול השני אינו בטל לגמרי דחייב לו שבועה לכך שלשה נמי כו' ולכאורא אין הבנה לדברי התוס' דאכתי קשה נילף ממשפט אחד דנמצא קרוב או פסול אין כאן

שני עדים וגם בשנים תבטל העדות ולא יהיה חייב שבועה כמו שהדין לרבי דבנמצא א' מהם קרוב או פסול אף חיוב שבועה אין כאן, לכך י"ל דר"י ס"ל דלענין חיוב שבועה לא שייך למילף ממשפט אחד כיון דנאמנות ע"א לא מצינו בד"נ, ומשו"ה בשנים אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול מ"מ נשאר ע"א לענין חיוב שבועה, א"כ בשלשה אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול נשארו שנים לחייב שבועה ממילא חייב ממון כי במקום שע"א מחייב שבועה שנים מחייבין אותו ממון, כי לא נוכל להשביעו במקום שני עדים כנ"ל: אלא שעדיין צ"ע אם לר"י בשני אחין נוכל לחייב שבועה את הבע"ד דע"כ לא שמענו אלא בנמצא אחד מהם קרוב או פסול להבע"ד ואין כשר אשר עדות הכשר לא בטלה ומחייב שבועה. אבל בשני אחין שהלא א"י ע"פ מי לחייב לא נוכל לחייבו שבועה ואפ"ל כן בכונת הסמ"ע דעדים המכחישין בחקירות אינם כלום אף לחייב שבועה יעויין בסי' ל' ויעוי' בנוב"י סי' מ"ו ח' אה"ע מ"ש שהוא כנמצא אחד מהם קרוב או פסול וזהו נגד המבואר בתוס' ב"ב מ"א ובסנהדרין כ"ט דכיון דמכחישים זא"ז לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול, אבל לפי הנ"ל ניחא דהלא אין אנו יודעים ע"פ מי לחייב שבועה, ואף דבע"א לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה מ"מ עדות מבוררת בעינן:

אך זה אינו אלא לפום רהיטא, אבל באמת נראה דלר"י חייב שבועה דעכ"פ ע"א איכא, ומכש"כ אם באו בזא"ז, אך באופן זה י"ל דג"כ נתקיים בד"מ לא יומתו בעדות בנים כי השני לא מהני מידי לשבועה, ובהעידו בב"א י"ל דגם לשבועה ל"מ אבל בעדות מיוחדת לא שייך זאת דהלא עדות שניהן כשרים ונוכל לחייב ע"פ שניהם: גם זאת ניתן לבאר דהכא במכות הכונה עדות מיוחדת היינו על מעשה אחת, אך אחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה ואינו שייך לפלוגתת ריב"ק ורבנן:

סימן ח

ב"ק ע"ג ע"א רש"י ד"ה איתזמו להו נמי אגניבה האי איתזמי ל"ד הזמה לשלם ממון אלא איפסלו להו אגניבה משום פסולי עדות ויעוי' לעיל רש"י ד"ה והלכתא שהעידו כו' דכיון דהעידו בבת אחת ליכא למימר בשעת עדות טביחה פסולין היו ואפילו אי אמרינן למפרע הוא נפסל דהיה תוך כ"ד הוי כו' והדברים סותרין ויעויין ברש"א שנתקשה בזה: ולבד שבמק"א כתבתי לבאר בפשיטות נראה לאמר דרך פלפול דהנה בירושלמי איתא כתב שטר לב' בני אדם והעדים קרובים לזה כו' ר"י אמר פסול כו' מתניתא מסייע לר"י נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה כו' והובא ברי"ף פ"ק דמכות יעוי"ש. הרי דעדים שמעידים על שני דברים בבת אחת ונמצאה עדות אחת בטלה משום פסול הוי

כנמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותן בטילה, וא"כ גם הכא דהעידו בב"א על שני דברים על גניבה וטביחה כיון דעדות טביחה בטלה ממילא בטלה גם עדות גניבה:

אך לכאורא י"ל דשאני הך דינא מהך דינא דרב אלפס בשם הירושלמי הנ"ל דהלא שיטת הרבה פוסקים דקרוב או פסול אינו פוסל אא"כ נצטרפו בראיה והגדה אבל אם לא נצטרפו בראיה אינו פוסל, ולפ"ז י"ל דע"כ לא קאמר הירושלמי רק בשטר מתנה דהו"ל האי שטרא ראיה והגדה כאחת, וכיון דהוי בראיה והגדה קרוב ופסול איפסלא הך שטרא, אבל כאן הלא הראיה מהגניבה וטביחה לא הוה בבת אחת, א"כ אף דהגדה היתה בבת אחת ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דגם בקרוב ופסול ל"א בכה"ג בטלה כל העדות ויעויין במכות ו' דפליגי ר' יוסי ורבי בשני דברים אחד דרבי ס"ל דנמצא קרוב ופסול פסול בדיני ממונות, ור"י מכשיר בדיני ממונות ופוסל בדיני נפשות ב' דרבי ס"ל דאינו פוסל קרוב ופסול עד שיצטרפו בראיה והגדה ואם לא נתכוונו בשעת ראיה להעיד אינם פוסלים מחמת קרוב ופסול ורבי יוסי ס"ל דגם בכה"ג שלא נצטרפו בראיה פסול, עוד מבואר שם בתוס' ד"ה אמר ר' יוסי בד"א בד"נ כו' דהטעם דלר' יוסי כשר בדיני ממונות כיון דגם ע"א קם לשבועה לא נוכל להקיש שלשה לשנים (ובמק"א הארכתי לבאר דכיון דקם לשבועה א"כ בשני עדים כשרים שלא נוכל להשביע ממילא כשרים גם לממון) א"כ לפ"ז בקנסות שאין שייך שבועה א"כ הוי כמו עדות נפשות שבטלה עדותן לגמרי, וגם ר' יוסי מודה בדיני קנסות שהוא כמו דיני נפשות ופסול בנמצא אחד מהם קרוב ופסול:

ולפי הנ"ל שפיר מיושבים דברי רש"י הנ"ל בד"ה אתזמו שקאי אליבא דר' יוסי ממילא כיון דאתזמו להו אטביחה איפסלו להו נמי אגניבה משום דהוי כנמצא אחד מהם קרוב ופסול, ואף שאין כאן הצטרפות אלא בשעת הגדה אבל הלא לר' יוסי לטעמיה גם בנמצא אחד מהם קרוב בטלה העדות, אבל רש"י בד"ה והלכתא שקאי אליבא דסתם מתני' כרבי וכהלכתא דבעינן בקרוב ופסול הצטרפות בראיה והגדה א"כ אין שייך כאן דין עדות שבטלה מקצתה כו' ואף אם נמצא על עדות גניבה מוזמין עדות טביחה לא איפסלא ויעויין תוס' סנהדרין ט' שפירשו מחלוקת ר"י ורבי אם מיקרי עד בראיה בלא כונה דלר"י הוה עד בראיה בעלמא, אבל מפירוש שאר המפרשים נראה דלר' יוסי בראיה לחוד או בהגדה לחוד סגי לס"ד דפריך הרוג יציל כו' ולמסקנא בהגדה לחוד סגי אף אם לא נצטרפו בראיה:

סימן ט

(חגיגה ב' ע"א) הכל חייבין בראיה לאתויי מאי לאתויי מי שחציו עבד וחב"ח ולרבינא דאמר מי שח"ע וחב"ח פטור מן הראיה הכל לאתויי אי לאתויי חגר ביום ראשון נתפשט ביום שני הניחא למ"ד כולן תשלומין זל"ז אלא למ"ד הכל תשלומין דראשון הכל כו' לאתויי סומא באחת מעיניו ואב"ע לעולם כראמרינן מעיקרא ודקא קשיא לך הא דרבינא ל"ק כאן כמשנה ראשונה כאן כמשנה אחרינא דתנן מי שחציו עבד וחציו ב"ח עובד כו' דברי ב"ה א"ל ב"ש תקנתם כו' חזרו ב"ה להורות כדברי ב"ש וכבר תמהו המפרשים על הרמב"ם שפסק דפטור מן הראיה וכה"ג קשה בפסחים פ' האשה עבד שחב"ח לא יאכל משל רבו כו' הא משל עצמו אוכל ורמינהו אינו אוכל לא משל רבו ולא משל עצמו ל"ק כאן כמ"ר כאן כמ"א והרמב"ם פסק דאינו אוכל לא משל רבו ולא משל עצמו, ע"ק מהא דאתמר בר"ה כ"ח עבד שחב"ח אף לעצמו אינו מוציא הרי דלא תליא כלל במ"ר רק חצי העבד פטור אף למ"א וחציו הב"ח חייב אף למ"ר ומ"ש בהני דראיה וק"פ תליא במ"ר ומ"א, ע"ק ביבמות ל"ח ורבנן עבד איש ההוא מיבעיא ליה לכדשמואל כו' ואנן פסקינן כרבנן ומ"מ פסקינן דהמפקיר עבדו א"צ ג"ש ועי' בתוס' יבמות שם דהקשו מדריב"ל אריב"ל:

סימן י

(שם ד' ע"א) תוד"ה לא נצרכא כו' אך קשה הכא משמע בח"ע לפי משנה אחרונה חייב כו' ואילו בגיטין ריש השולח דף מ"ב אבעיא להו בחצי עבד אם יש לו קנס כו' והתם לפי מ"א קאי כו' ויש לדחות דע"כ לא מחייבי ליה הכא אלא משום דעומד לכוף את רבו כמאן דשיחרר דמי אבל התם כיון דמית איגלאי מלתא דל"ה עומד לשיחרור כו', והדברים תמוהים דהלא התם רצה הגמ' לפשוט מהא דהפיל את שינו וסימא את עינו יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו ואס"ד דחביל ביה אחרינא לרביה בעיא לשלומי כו' ולדברי התוס' הלא ע"כ לא קא מיבעיא ליה אלא בנגחו ומת דאיגלי מלתא דל"ה עומד לשיחרור ויעויין בגיטין מ' דאף במעוכב ג"ש כייפינן ליה לרביה: וכבר עמד בזה השעה"מ בהל' חגיגה ומה שתירץ דאם בשכבר נשא שפחה או רצונו לישא שפחה אין כופין ממילא לא מיקרי עומד לשיחרור יעוי"ש אבל באמת לא משמע כן מלשון הרשב"א והר"ן ולאו מטעם איסור שפחה ובת חורין הוא הכפיה רק מטעם דאיפקע ממונו ויעוי' בגיטין מ' אר"י פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה היורשים כופין אותם לשחררה ויעוין בר"ן כיון דפקע ממונם משו"ה כופין את היורשים הרי מפורש דאף בשפחה כיפין במעוכב ג"ש וה"ה בכל מעוכב ג"ש כיון דפקע דין ממון כופין לשחרר, וכן משמע פשטות לשון

הרמב"ם פ"ח הל' י"ד ופ"ט הל' ו' עיי"ש: אשר ע"כ נ"ל דלק"מ ובפשוטו ניחא דהלא הכא איירי קודם שנגמר דינו וכדמשמע הלשון יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו, והנה כבר חקרו התוס' ב"ק ל"ג ע"ב הלא כל דיני קנסות קודם שנגמר הדין אין שום חיוב האיך ס"ד דישלם לו דמי עינו ותי' משום דאיגלאי מלתא למפרע ואין שייך זה אלא בגוף השעבוד שכיון שנגמר דינו בב"ד איגלי מלתא למפרע והופקע ממנו השעבוד למפרע אבל הלא פשוט דאין שייך זאת על הא דעומד לכפיה והוי כמשוחרר מחמת דהב"ד כופין אותו לשחרר כיון דכ"ז שלא עמד בב"ד אין כאן כפיה אדרבא יוכל להודות ולפטור ושפיר פשיט הגמ' דאפילו בכה"ג לאו אדון הוא וזה פשוט וברור ולחנם נתחבטו בזה:

סימן יא

עוד בתוס' הנ"ל באופן אחר קצת. עי' בתוס' חגיגה ד' ע"א ד"ה לא נצרכא שכ' אך קשה דהכא משמע בח"ע לפי מ"א חייב כו' ואילו בגיטין מיבעיא ליה מי שח"ע אם יש לו קנס ואילו הכא פשיטא לן דאינו אלא אדון אחד וי"ל דע"כ לא מחייבי ליה הכא אלא משום דעומד לכוף את רבו כמאן דלא שיחררו דמי ואילו התם מית אגלויי מלתא דלא הוה עומד לשיחרור ותירוצם תמוה דהלא איתא התם ת"ש הפיל את שינו וסימא את עינו יוצא בשינו ונותן דמי עינו ואי אמרת קנס לרבו השתא חבלי ביה אחריני כו' ולפי דברי התוס' הלא מת שאני דאינו עומד לשחרור אבל הכא דעומד לשיחרור לאו אדון הוא:

ולכאורא היה מקום לאמר ע"פ דברי התוס' ב"ק ל"ג ע"ב ד"ה א"ב כו' שכ' ואע"ג דלר"ע קיימא ליה ברשותו משעת הנזק כו' וחשבינן כאלו בא לרשות כו' מ"מ אם העידו עדים ששורו נגח ואתו עדים ואמרו עמנו הייתם אלא שבע"ש נגח משלמי דבעידנא דקמסהיד גברא לאו בר חיובא דכ"ז דלא נתגלה חשיב לאו בר תשלומין כדאמרינן במרובה ע"ד אע"ג שהעבד זוכה בשחרורו לאלתר כדדרשינן תחת עינו ולא תחת עינו ושינו הרי דס"ל להתוס' דלא אמרינן הכא איגלי מלתא למפרע דגברא בר חיובא הוא ומשו"ה פשיט שפיר לח"ע וחב"ח שמת דהרי גם הכא מ"מ בקנס לא אמרינן איגלי מלתא למפרע מ"מ חייב ולא מיקרי אדון:

אך באמת ליכא למימר הכי דלכאורא קשיא עוד הכא בגיטין דהלא כתבו שם התוס' עוד וא"ת דבפ' נערה תנן לא הספיק לעמוד בדין כו' משמע דבקנס לא זכי עד שעת העמדה וכן במרובה משמע דאי לא כתיב תחת עינו דמשמע כו' הוה אמרינן דיוצא בעינו ושינו אלמא לא זכי עד שעת העמדה בדין והכא סבר ר"ע דזכי משעת הנזק כו' ושמא י"ל דה"ט דזוכה משעת ג"ש משום דגלי לן קרא כו' וההיא דמרובה נמי גלי לן קרא למאן דאית ליה וא"כ מאי פריך הגמ' שא"ה דגלי לן קרא וע"כ הפי' בגמ' דהכי פריך דבשלמא אי

אמרינן מעוכב ג"ש קנסא לעצמו שפיר י"ל דגלי קרא דמשעת הנזק הוה דינו כמעוכב ג"ש אבל אם נאמר דמעוכב ג"ש קנסא לרבו א"כ מאי אהניא קרא הלא גם אחר העמדה בדין הוא עוד מעוכב ג"ש וזהו פשוט, א"כ אין מקור לדברינו כלל דנאמר דבקנס ל"א אגלי מלתא למפרע לענין הקנס רק לענין ע"ז שאני דבענין שיהיה הגברא בר חיובא בשעת העדות והרי גברא לאו בר חיובא והא דזכי משעת הנזק הוא דכך היתה גזה"כ דבשעת העמדה בדין מחייבין ליה למפרע אבל כל כמה דלא עמד לאו בר חיובא הוא (ובזה היה מקום לתרץ קושית התוס' מפ' נערה דכיון שבגרה בשעת העמדה בדין שוב לא מצי ב"ד לחייב את המאנס לאבי הנערה כיון דהשתא לאו דידיה היא ומ"מ לא מצי למיחייביה למפרע ויש להאריך בזה) אבל לענין חבלה כיון דאח"כ עמד בדין וזוכה לו התורה למפרע ממילא כד חביל ביה מחויב לשלם:

ורק דנוכל לאמר בפשיטות דלק"מ דכיון דכל עיקר הטעם לשיטת התוס' אינו אלא משום דכופין אותו לשחרר א"כ התם כל כמה דלא אתו סהדי לא מצי ב"ד לכופו ממילא אכתי לאו כמשוחרר הוא ולא שייך בזה איגלי מלתא למפרע גם לא מהני מה דאח"כ מחוייב למפרע לשחרר ושפיר פשיט הגמ' דאף היכא דל"ש טעמא דכופין אין שייך הקנס לרבו, ויומתק יותר לפי סברת הרשב"א דהכא במע"י תליא ומשו"ה כתבו התוס' דלא ספקא ליה רק במת א"כ לא היה עומד לכופו ובזה לא היה התקנה ממע"י ומשו"ה מספקא ליה אי מיקרי אדון אבל בחבלה דלא תליא כלל בקריאת השם ומשו"ה שפיר פשיט לן הגמ' כיון דחזינן דלא הוי קנסא לרבו א"כ מהיכא תיתי שנאמר דהשלשים שקלים יהיו שייכים להרב אף אם איגלי מלתא דשם אדון עליו כיון דאין לו זכות כלל בחבלתו אבל אם נאמר דקנסא לרבו א"כ בחבלה י"ל דשייך לרבו אף אם אין מע"י לרבו:

פלוגתת הירושלמי ר' יונה ור' יוסי קנס מאימתי זוכה ר' יונה אומר משעה ראשונה ר' יוסי אומר בסוף אינה אלא אם כשעמד בדין נתחייבו למפרע כמ"ש למעלה או משעה ראשונה אבל ר"י מודה דאח"כ נתחייבו למפרע י"ל להוכיח דנתחייב משעה הראשונה דאל"כ אף למ"ד א"צ ג"ש האיך נוכל לחייבו לשלם דמי עין ואם נאמר דהוא גזה"כ א"כ אף למ"ד צריך ג"ש י"ל דהוא גזה"כ ולפי המבואר בירושלמי הוא היפך מסברת התוס' דגלי קרא אבל לפי סברת הירושלמי לא גלי קרא רק אדינא דמחייביה או איפכא דאף אם בגרה אח"כ יש לה קנס אבל אם זוכה משעה ראשונה או לא נשאר אעיקרא דמילתא מסברא אם קנס זוכה משעה ראשונה או לא:

ולפי הנ"ל בירושלמי יש ליישב סתירת הירושלמי מהל' א' להל' ה' גבי מוש"ר דהתם איתא איפכא ר' יונה אומר בסוף ב"י אומר משעה ראשונה אבל לפי הנ"ל י"ל דלטעמייהו

אזלי דר' יוסי שאומר בסוף א"כ ס"ל דב"ד מחייבין אותו למפרע א"כ גם הכא משעה ראשונה מחייבין אותו אבל ר' יונה דס"ל בשעת ביאה הוא נתחייב א"כ הכא דמחוסר עוד מעשה הזמה נתחייב בסוף:

עי' בשעה"מ הל' עבדים שהקשה על הכ"מ פ"ה מהל' עבדים והר"ן פ' השולח שכ' דבשו"ע מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור דהלא פסקינן דהיכא דפוטר עצמו מכלום ואח"כ באו עדים חייב י"ל בפשיטות ע"פ שיטת הסמ"ע דבמודה בחוץ לב"ד מהני תפיסה והכא הלא העבד תפיס בעצמו וקושית הש"ך יו"ד סי' רס"ד מהך דב"ק ע"ה שכבר הודית י"ל דהיינו לענין היתר שחרור אבל לענין שלא לשעבד בו י"ל דמהני תפיסתו גם י"ל דיהיה תלוי הדין אם מהני תפיסה בעבד אם צריך ג"ש או אין צריך ג"ש דלמ"ד א"צ ג"ש כל כמה דלא הוה משוחרר לגמרי עדיין משועבד הוא:

ועפ"ז יש לתרץ מה דהקשו על הכ"מ והר"ן מהא דב"ק דמדמי הך דשו"ע להא דפוטר עצמו מכלום ולפי הנ"ל י"ל דיהיה תלוי בזה אם מהני תפיסה בהודאתו לפטור א"ע משעבוד ועי' ברא"ש ב"ק דהא דמהני תפיסה הוה מדינא ומלשון הרמב"ם פ"ה מהל' סנהדרין משמע דס"ל דהוה רק תקנה כשיטת ר"ת. ויש ליישב בזה סתירת הרמב"ם בהא דהפיל שינו ואח"כ סימא את עינו אם מחויב לשלם לו דמי עינו עפמ"ש הה"מ ליישב שיטת הרמב"ם דפ' דפשיעה בבעלים חייב אף דהוא בעיא דלא אפשיטא כיון דבאמת היה להיות חייב רק דחידוש הוא שחידשה תורה לפטור בבעלים הלכך מספיקא חייב עי' בסמ"ע סי' שמ"א וא"כ ה"ה הכא לפמ"ש הב"י סי' תכ"א דאדון שהזיק את העבד חייב ומטעם מה שקנה עבד קנה רבו מפטר ומשו"ה דנין דלא הוה רק כמחילה ומשו"ה מפטר ממלקות דהוה כפרעון וא"כ הדר הוה ספק בפרעון ועי' אחרונים סי' נ"ט בספק פרעון היכא דלא הוה ליה למידע א"כ ה"ר הכא באיבעיא דלא אפשיטא במעוכב ג"ש אמאי לא נאמר דחייב מספיקא:

אבל לפי הנ"ל י"ל בהפיל את שינו וסימא את עינו קודם העמדה בדין דעדיין הוא עבד ולא נולד הספק רק אח"כ כשעמד בדין וכ"ז אינו אלא קודם התקנה אבל אחר התקנה הרי הוי העבד תפוס בעצמו ומשו"ה חייב הרב לשלם כמ"ש למעלה דאם א"צ ג"ש ל"מ תפיסה משום דבודאי לא יצא לשחרור רק אם העידו עדים דבעינן דבר ומשו"ה ל"מ תפיסה מקודם י"ל דר"ג ס"ל דא"צ ג"ש מדקאמר שטבי עבדו יצא לחירות ולא אמר לו עיקר השמחה שצריך לשחררו משו"ה ל"מ תפיסה והוה פוטר עצמו מכלום ומיושב קושית הש"ך: וגם מיושב בהנ"ל מה שהקשו על הרמב"ם שכתב העידו סימא את עינו ואח"כ הפיל את שינו ואח"כ אתו עדים ואמרו הפיל את שינו וסימא את עינו משלמים

דמי עין לעבד ולא מוקי בג' כתות כדפריך בגמ' אכתי לאו בר חיובא הוא ולפי הנ"ל י"ל דהגמ' הוה סבירא לי' דאינו מתחייב אלא בסוף או דל"מ תפיסה אבל לפי פסק הרמב"ם דמהני תפיסה שפיר בר חיובא מיקרי כיון דהוה מעוכב ג"ש ויש להאריך בזה ויש להוכיח דרבא ס"ל שו"ע א"צ ג"ש מהא דס"ל דלא מיקרי גברא בר חיובא קודם עמידה בדין ושפיר קאמר קפחינהו לסבי דבי רב:

סימן יב

בטור בשם הרמ"ה בעד אומר תנאי כו' נשבע ש"ד ע"פ העד שלא היה תנאי ובש"ך סי' פ"ז הקשה הא הרמ"ה סובר דעד המסייע פוטר משבועה ובתומים ס"ק מ"ה כתב דלפי שיטת הש"ע דבכל יוצא ממ"א א"נ לאמר תנאי רק באין כת"י יוצא ממק"א א"כ ליכא מיגו דאילו אמר אין זה כת"י והע"א אומר כת"י ולא היה תנאי א"כ היה מחויב שבועה. ולכאורא צריך להבין דאילו היה יכול לאמר אין זה כת"י ול"ה תנאי ויעוי' בקצות סי' פ"ב שהקשה למה הלוה נאמן בשבועה הא כיון שאם אמר מזויף והיה מכחיש את העד שאמר כת"י ול"ה תנאי היה מחויב שבועה מאי ל"מ ובזה אינו נאמן ע"א לפטור ולפי הנ"ל י"ל דדוקא גבי חמשין ל"י או בשומר שטוען א"י וכה"ג אבל בשני עדים מכחישים זא"ז י"ל דגם במשואי"ל נאמן דאין כאן חיוב שבועה כלל וי"ל דגם גבי נסכא דר"א אילו העיד ע"א לא חטף היה פטור ומכש"כ כאן דהלא השטר אין כאן רק ראיה שלא פרע:

וי"ל בטעם פלוגתת הרמ"ה ור' מתתיה עפ"ד הר"ן פ' כ"ה דכמו דאין מיגו במקום שני עדים כן ל"א מיגו לפטור משבועת ע"א דזה טעם הרמ"ה כיון דהע"א מחייב שבועה תו ל"א מיגו וכסברת התומים ושיטת ר' מתתיה י"ל דס"ל דבתרי ותרי אמרינן מיגו ול"ה מיגו במקום עדים ויהיה תלוי בתירוצי התוס' כתובות י"ט וב"ק ע"ב דכתבו באמת בחד תי' דמיגו במקום עדים ל"א, ואף דל"ד להתם דהלא בתרי ותרי בלא מיגו איכא ב' עדים אבל הכא בלא מיגו אין כאן ע"א להכחיש כלל ובקו' התומים י"ל דבע"א אמרינן מיגו (אך י"ל דהתם הוי מיגו בעיקר העדות) אך א"כ דנאמר להרמ"ה אף בע"א ל"א מיגו א"כ תשאר קושית הקצה"ח סי' פ"ב הנ"ל: (שבת ע"ח ע"ב) מאי בינייהו כו' רב אשי אמר מפני שצריך כו' וא"כ לא משום לצור כו' ועי' פירש"י וצ"ע דא"כ רבנן פטרי אף בלוה וע"כ גם לא לצור דבזה לא פליגי על ר"י א"כ האיך נפרנס ברייתא דלעיל שטר פרוע כדי לצור דלא כרבנן ודלא כר"י וגם ברמב"ם הביא הא דשטר פרוע עי' פי"ח ואי כר"י ל"ה שיעורא כדי לכתוב וצ"ל דפלוגתייהו באין בו כדי לצור אבל ביש בו ראוי למוחקו כקושית הגרע"א (וי"ל דכיון דאסור לשהות שטר פרוע אף למחוק אסור שמא לא ימחקנו כראוי או כיון דעתה אסור לקיימו אינו ראוי מיקרי אבל אצל הלוה ראוי

מיקרי ורב יוסף איירי במלוה) עי' בתוס' פ"ט דר"י פליג על הא דשטר פרוע דלעי' דת"ק נותן שיעור כדי לכרוך ור"י אומר בכ"ש מפני שצריך כו' והברייתא שהביא הג' ברייתא אחרת היא ומיושב קושית התוס' דכל הנך אמוראי סבירא להו דאף אם יש בו כשיעור פליגי וע"כ אצל המלוה ועי' בתוד"ה חזי כו' קשה לרשב"א ועי' בזה דלפ"ז שפיר הקשו התוס' דהלא חזי לצור כיון דביש בו שיעור איירי וקושית הגרע"א י"ל כנ"ל:

סימן יג

בעה"ת ש"ד ח"ח הביא ראיה דקיי"ל דבשלו הן שמין מהא דב"מ ס"ו ע"ב מהא דאי טרפי לה מיניה מגבית לי מעידי עדית א"ל כו' מעידית מגבינא לך כו' אתא בדקא שקיל לעידי עידית כו' ויעוי' בשערי משפט סוף סי' ק"ב דנתקשה בהבנת ראיה זו הלא התם לא חייב א"ע בעידית שלו אלא משום שהיה לו עידי עידית, אבל האמת הברור הוא שהבעה"ת מפרש סוגית הגמ' כשיטת הרב ר' פנחס הובא בש"מ שם, דהך שקיל ליה לעידי עדית היינו דנעשה זיבורית ותו ה"ל זיבורית בינונית ובינונית עדית ועדית עידי עדית וממילא גבי מבינונית דהו"ל עדית והעדית הו"ל עידי עדית דבתר גוביינא אזלינן יעוי"ש, ושפיר הביא הבה"ת ראיתו דבשלו הן שמין דאי בשל עולם הלא לא נשתנה העידית למיהוי עדי עדית וזה ברור ובזה יתיישב השמטת הרי"ף והרמב"ם הך דינא דכיון דקיי"ל דבשל עולם הן שמין אין מקום להך דינא:

(ב"ק ח' ע"א) תוד"ה מכרן לאחד בבת אחת מיבעיא השתא לא אסיק אדעתיה טעמא דאי שתקת דאפילו בשטר אחר יכול לכבוש השטר ולהחזיר הזיבורית לבעלים כו' והוא דחוק מאד, ונראה דבאמת אין זה סברא כלל לאמר אי מהדרנא באופן שימכור בחזרה קרקע לבעלים הראשונים דא"כ גם אם לא קנה רק עדית יאמר אי שתקת ואי לא מהדרנא זיבורית משלי לבעלים דכך יכול להקנות שדה שהיה שלו מעולם כמו שדה שקנה, לזאת צ"ל דלא קאי הגמ' רק למ"ד אותיות נקנות במסירה דאליביה אמרינן בב"ב קע"ג דבחזרת השטר קנה המוכר השדה בחזרה ולפ"ז הוי כאילו לא קנה הלוקח השדה מעולם כיון דבזה שהחזיר שטרו יקנה השדה לבעלים הראשונים וחזרה לידו:

ויתיישב הלשון מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ול"א אהדר שדה דזיבורית דבזה הדבר תלוי ולא בשטר אע"כ כנ"ל דלא נוכל לאמר רק באופן שבחזרת השטר תוחזר השדה ואין זה אלא אם קנה בזא"ז דמסתמא קונה כ"א בשטר בפ"ע אבל אם קונה בב"א דמסתמא קנה בשטר אחד ול"ש סברא דמהדרנא שטרא ושפיר קאמר הגמ' לאחד בבת אחת מיבעי וזהו כונת רש"י שכ' אילימא בבת אחת בשטר אחד למה זה דקדק בשטר אחד ולא בשעה

אחת דבזה הדבר תלוי, אע"כ כנ"ל דכל קושית הגמ' היתה מזה דבשטר אחד אין כאן סברא דמהדרנא ושפיר הקשה לאחד בבת אחת מיבעיא:

ובזה מיושב מה שהקשו על הרמב"ם דהביא הך דנזקין גובה מעידית והשמיט תירוץ הגמ' דביתמי עסקינן דבלא"ה הלא יוכל לאמר מהדרנא אבל לפי הנ"ל א"ש דהרמב"ם ס"ל דא"י לאמר סברא דמהדרנא רק היכא דהמקח בטל מעיקרו כגון באבדה לו דרך שדהו בכתובות ק"ז דהלא הוה מקח טעות כיון שנמצא מקצת שדה שאינו שלו והוא קנה כל השדות בבת אחת, משו"ה שייך לאמר סברא דאי שתקת וא"ל מהדרנא היינו שיבטל המקח, וכן הכא דקאי למ"ד אותיות נקנות במסירה מיקרי שפיר ג"כ ביטול מקח כנ"ל אבל הרמב"ם דפסק כמ"ד אין אותיות נקנות במסירה שפיר ליכא סברא דמהדרנא והשמיט הך תירוצא דביתמי. [ובמק"א עשיתי סמוכין לזה דרב ששת דאיירי הכא ס"ל דאותיות נקנות במסירה והואיל שהוא באורחא רחיקתא השמטתין], ועיין בתוספתא דאיירי בה ר"י ור"ש גם בסיפא איירי בה רשב"ג דס"ל בהדיא ב"ב קל"ג לאוקימתא דרבה ואביי אותיות נקנית במסירה, גם י"ל דלמ"ד למפרע הוא גובה יוכל לטעון מק"ט כמו בנמצאת גזולה ויש להאריך בזה:

סימן יד

רא"ש פ"ק דגיטין כ' רב אלפס וה"מ לחזרה דלא מצי למיהדר אבל עבדא לא נפיק עד דמטי גיטא לידיה אשכחן זכיה כה"ג דאי' לקמן י"ד הולך מנה לפלוני שאני חייב לו אמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר ומילתא דתמיה היא דהחזרה והחירות דברים אחדים הם והא בהא תליא ולמה לא יחזור בו כ"ז שלא נגמר הדבר דאין זכיה ושליחות לחצאים. ולכאורא אפ"ל כל זכיה ושליחות יש בו מבחינת המקבל והקונה כמו דהוכיח הקצה"ח מב"מ ע"א בתוס' ד"ה בשלמא עיי"ש אך זהו דוקא לרב כנ"ל. ואפ"ל עוד דרו"ש אזלי לטעמייהו דהר"ן הקשה על שיטת הרי"ף מהא דאמרינן בגיטין האומר פלוני עבדי עשיתי ב"ח והוא אומר לא עשאני חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר ואי אמרינן דל"ה שיחרור עד דמטי לידיה א"כ אינו משוחרר ואפ"ל דכיון שאינו יכול לחזור בו יוצא לחירות ע"י יאוש ולרב אינו משוחרר לגמרי דרב ס"ל בגיטין ל"ח אמר רחב"א א"ר אחד זה ואחד זה יצא לחירות וצריך ג"ש:

והנה הפ"י הקשה אם נאמר דיצא מידי שעבוד ביאוש א"כ למ"ד הפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה א"כ האיך תנן בגיטין האומר תנו גט זה לאשתי שטר שיחרור זה לעבדי לא יתנו לאח"מ תיפוק ליה דהמפקיר עבדו כו' וי"ל עפמ"ש הקצה"ח ח"מ קפ"א דלפי שיטת הרמב"ם לא נתבטלה השליחות מה"ת אפי' נשתטה בשעת שליחות ואינו

פסול אלא מדרבנן והא דתנן האומר תנו כו' ליה לאח"מ וי"ל דהוי כאילו מכרו לאחר דלית ליה רשותא וכן מדויק לשון רש"י גיטין ט' דגיטא ל"ה עד דמטי לידיה וכי מטי הא מית ופקע ליה רשותא אבל בהמפקיר דאיסורא לברא לא מורית שפיר הוא דעומד השליח במקום המשלח ועי' בירושלמי הובא בנ"י סי' כ"ב עבד שהוא יוצא להרג ר"י אומר זכה לעצמי רשב"ל אומר יאוש של טעות הוי ולדברי ר"י אינו יוצא רק לענין שעבוד דהא ס"ל המפקיר עבדו צריך ג"ש וכ"ז הוא לרב דס"ל המפקיר צריך ג"ש:

ובזה י"ל הא דפליג ר"מ ואמר דאינו חוזר ולפי' הרי"ף מאי חוב הוא דלא יכול לחזור אבל לפי הנ"ל י"ל ע"פ מה דאיתא בנזיר ס"ב דס"ל המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ ג"ש דאמרינן התם עבר מכנגד פניו ר"מ אומר לא ישתה ור"י אומר ישתה לימא בדשמואל קא מיפליגי לא דכו"ע אית להו דשמואל ועי' בע"י סי' י"א:

(שם ד"יג) מתניתין האומר תנו גט זה עי' בתוספות דאי גרסינן זה אתיא כר"מ א"נ כשאינו מוסרו כו' ול"א תן כזכי רק בשמסרו אבל אר"ת דל"ג זה דא"כ מאי קא פריך בגמ' דאי בש"מ ל"ל תנו דילמא אתי לאשמעינן הך סברא ועי' בתוס' ד"ה ממאי כו' וא"ת הא דקתני תנו לאשמעינן כרבי דפליג על חכמים בירושלמי דאין כופין את היורשים עיי"ש ואי גרסי' זה א"ש דל"ש כופין את היורשים דל"א אלא גט זה וקושית ר"ת י"ל ע"פ מה דאיתא לקמן י"ל ע"ב ר"ז אמר הא והא בשכ"מ והקשה רש"י דאמאי נקיט הולך באמירה בעלמא דש"מ כו' וצ"ל כמ"ש הרשב"א דבש"מ הולך כזכי ואף לא מת נמי והשתא קשה בסיפא דמתניתין תנו מנה כו' אי מיירי בשכ"מ אמאי קתני מת דאפי' לא מת הא תן עדיף מהולך אע"כ דתן לא הוי כזכי רק כשמסרו מיד ליד ושפיר דייק ר"ז ליתני כתבו ואי דרצה לאשמעינן דל"א תן כזכי רק במסרו ממילא יהיה ש"מ מסיפא אם איירי בש"מ ור"פ ג"כ לטעמיה דאיהו משני לקמן הא והא בברי כו' הא דמת מקבל בחיי נותן וטעמו משום דמצוה לקיים דה"מ וא"כ י"ל בשכ"מ הולך לאו כזכי ולא קשה לדידיה קושית ר"ז דליתני ברישא כתבו דלדידיה לק"מ דאיצטריך דל"א תן כזכי אלא כשמסרו מיד ליד ולר"ז ניחא מאי דאר"י הלכה כרשב"ש במסוכן ולכאורא לא מצי ס"ל כר"פ דמתני' איירי בשכ"מ אבל לפי הנ"ל לר"פ מתני' איירי גם לרשב"ש:

מקשים העולם על סוגיא ב"ב דאוקים רבא מתניתין במצוה מחמת מיתה ממ"נ אי איירי במתנה מאי אשמעינן הכא הא כבר אשמעינן בב"ב ואי בפקדון ל"צ לאוקמי במצוה מח"מ אך לפמ"ש דגרסינן זה מרישא ש"מ דלא הוי כזכי אלא במוסרו מיד ליד אך דילמא אתיא כר"מ ולזה י"ל דר"פ לטעמיה דמשני הא והא בברייתא ור"מ ס"ל כר"א דדשכ"מ לאו ככתובין ומסורין וא"כ ליכא למימר דמתני' אתיא כר"מ להכי שפיר קאמר ר"פ

בשכ"מ ורב מוקי בפקדון אבל לפי המסקנא דכו"ע ס"ל דדשכ"מ ככו"מ א"כ רישא מצי אתיא כר"מ, ולפ"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם והרי"ף דפסקו בהל' זכיה ומתנה דתן כזכי במתנה ובהל' עבדים אזיל בשיטת הרי"ף דתן לא הוי כזכי בעבד רק לענין חזרה וקשה לדידיה קושית התוס' לעיל דף י"א לוקי ר"ז ור"פ בבריא ומשום תן כזכי וי"ל דהתוס' ס"ל ג"כ דתן ל"ה כזכי אלא כשמסרו מיד ליד וס"ל דמתניתין במתנה איירי ובשכ"מ הא דקתני מת לאשמעינן דבלא מת ל"א תן כזכי רק מיד ליד והא דלא נפקא מרישא משום דגבי שחרור ל"א רק לענין חזרה:

סימן טו

עי' בטו"א חגיגה י' שהקשה על רש"י שם דנקט דרשא אתם גם אתם לרבות שליח לתרומה הלא במסקנא ילפינן מביניהו מגירושין וקדשים עיי"ש שהאריך בזה ובאמת לא רק על רש"י תסוב קושיתו רק גם על הרמב"ם דנסיב להך דרשא בפ"ד מהל' תרומות עיי"ש אך המעיין יראה כי באמת תרומת א"י דרבנן ויש להאריך בזה ובענין אי שליח עושה שליח בתרומה לכאורא יש להעיר ממעילה דהא דיש שליח במעילה ילפינן מתרומה עיין בקידושין מ"ב ואפ"ה אמרינן במס' מעילה דשליח עושה שליח אך יש לדחות ע"פ דברי התוס' מעילה כ"ח ע"ב גבי שלח ביד חש"ו דהקשו התוס' הלא מתרומה ילפינן ובתרומה אין שליחות לחש"ו ותי' התוס' דלא בעינן למילף מתרומה רק דלא נאמר אין שליחות במעילה משום אשלד"ע אך כיון דילפינן דיש שליחות ממילא גם חש"ו מהני כיון דנעשה רצונו כמו דאמרינן בגמ' שם א"כ ה"נ לענין שליח עושה שליח אכן יש לחלק דאם נאמר דאם יכול השליח לעשות שליח אחר בעינן מלימוד אחר א"כ מנ"ל במעילה ולענין חש"ו י"ל דלא בעינן למילף מתרומה כלל דכל עיקר הסברא דלא נאמר אשלד"ע וכל היכא דהשליח אינו מצוה הלא יש שליח לד"ע ואדרבא הא דבעלמא אין שליחות ולחש"ו הוא משום דילפינן מתרומה ובמעילה כיון דסברא הוא לא ילפינן אבל היכא דיש הסברא דאשלד"ע בעינן לימוד מתרומה א"כ מדהכא שליח עושה שליח מכלל דבתרומה נמי שליח עושה שליח: נסתפקתי אם שליח עושה שליח לתרום תרומה של חבירו דהנה בגיטין ובקידושין קיי"ל דשליח עושה שליח כמבואר בקידושין מ"א אך בתרומה לא מצאתי גילוי לדין זה והנה הא דבגיטין שליח עושה שליח היינו אף אם לא פירש המשלח שיהיה יכול לעשות שליח מ"מ עושה שליח והא דאיפליגי רשב"ג ורבנן בגיטין כ"ט אם שליח עושה שליח דוקא בחלה או אפי' לא חלה היינו מדרבנן דאילו מה"ת אין נ"מ בין חלה או לא חלה, ודבר זה מתורתו של הר"ן למדנו אשר כתב כן להדיא בגיטין שם שכתב ואע"ג דבפ"ב דקידושין אמרינן מלמד שהשליח עושה בין

חלה או לא חלה אפ"ה אמור רבנן חלה דוקא כו' וכן כתב הריב"ש בתשובה סי' רכ"ח וז"ל נראה שבכל התורה כולה שליח עושה שליח אע"ג דלא פירש לו הבעל דבר במידי דליכא קפידא ולא הוה מילי דכיון דאית לן הכי בגירושין כו' וכן כי בעינן למילף תרומה מגירושין פרכינן מה לגירושין שכן חול היינו למילף עיקר שליחות מהתם אבל לבתר דאית לן דבכה"ת כולה שלוחו ש"א כמותו שפיר ילפינן מגירושין שהשליח עושה שליח ולא דגלוי מלתא בעלמא הוא בדרך אחרת כו' וכיון דנפיק לו מפסח וגירושין שליחות בכה"ת כולה אית לו שהוא כמותו לגמרי והשליח ראשון עושה שליח ב' וכן לעולם היכא דליכא קפידא אע"פ שלא פירש כו' וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל כו' והא דתנן בפ' כל הגט חלה כו' אמרינן בגמ' דוקא חלה כו' היינו משום חומרא דגט כו' וכו' עיי"ש, הרי מפורשת דעתו ז"ל דבכה"ת כולה אף בתרומה שליח עושה שליח וכן הוא להדיא בתשובות מהרי"ט חלק אה"ע סי' ט' דהא דאין שליח עושה שליח כ"א דוקא בחלה הוא מדרבנן עיי"ש וא"כ צ"ע גבי תרומה ולכאורא היה נראה דגם בתרומה שליח עושה שליח דהלא לפי מסקנת הגמ' דקידושין ילפינן תרומה מגירושין וקדשים עיי"ש וא"כ כי היכי דבגירושין וקדשים שליח עושה שליח בודאי גם בתרומה כן הוא ולא עוד אלא דנראה לאמר דבקדשים ותרומה שליח עושה שליח אף בלא הקישא דגירושין דבקדשים הלא ילפינן דשלוחו של אדם כמותו מושחטו אותו כל קהל כו' ומגם אתם א"כ הקשו לגמרי לבעלים גם לעשות שליח וכן הוא בריב"ש שהובא לעיל ונהניתי שכונתי לדעתו הגדולה:

ובזה ניחא מה דלכאורא יש לדקדק מאי פריך הגמ' שם לא לכתוב רחמנא בגירושין ותיתי מתרומה וקדשים הלא איצטריך לשליח עושה שליח, וראיתי במקנה קידושין שכתב ג"כ בפשיטות דבתרומה שליח עושה שליח אבל איך שהוא לפי מאי דאסיק הגמ' דתרומה ילפי מבינייהו מגירושין ומקדשים י"ל בודאי דדינו כגירושין ושליח עושה שליח ומה שיש לדקדק בזה הוא על הא דאיתא ביבמות פ"ו ואכלתם אתם וביתכם למד על נשואה בת ישראל שנשאת ללוי שנותנת רשות לתרום ולפי פשטות הגמ' משמע דאתא לאשמועינן דיכולה לעשות שליח וכן משמע בתשובות תרה"ד סי' קפ"ח דלמד מברייתא זו דאשת ישראל עושה שליח לתרום ומשמע דהא דתורמת בעצמה היא סברא פשוטה ואיירי באשה בעיסתה או מה שאוכלת אשר מפורש בתוספתא דיכולה לתרום ועי' ברמב"ם פ"ד מהל' תרומות, ולפי הנ"ל צ"ע למה לי קרא ע"ז כיון דבכל מקום שליח עושה שליח ולכאורא י"ל דתנא דספרי הוא ר"ש ולטעמיה אזיל דאמרינן אליביה בקידושין שם ולר"ש דפטר דתנן תרומת וכרי כו' ור"ש פוטר אצטריך סד"א הואיל ואמר מר אתם ולא אריסין כו' אימא אתם ולא שלוחכם קמ"ל הרי דלר"ש לא יליף תרומה

מגירושין מש"ה איצטריך קרא דשליח עושה שליח והא דכתיב גבי תרומת מעשר משום דעיקר לימוד דגם אתם כתיב בתרומת מעשר (וזהו פשטות ד' הירושלמי תרומות פ"ק דרמי לה אתם ולא שותפים והתנן שותפים שתרמו כאן בתרומה כאן בתרומת מעשר והלא כל עיקר תרומה גדולה מתרומת מעשר למדנו היינו דהא דעושה שליח בתרומה בתרומת מעשר כתיב ופשוט הוא ולא כפי פ"מ שם): ומרווחנא בזה ליישב מה שלכאורא תמוה למה לא הביאו הרמב"ם והסמ"ג הך דרשא דספרי אבל לפי הנ"ל י"ל דכיון דאנן קיי"ל דלא כר"ש וגם אתם אצטריך למעוטי עכו"ם א"כ ילפינן שליחות דתרומה מגירושין וקדשים א"כ ממילא ידעינן דשליח עושה שליח ולא אצטריך קרא לנשואה שנותנת רשות לתרום אך ברמב"ם פ"ד מהל' תרומות הביא דרשא דגם אתם לרבות השליח ומה אתם בני ברית ובאמת לא הוזכר ברמב"ם גם דין תרומת נכרי אם חייבין עליה חומש ועי' במה"פ תרומות פ"ג. ונראה בזה דהרמב"ם יפרש דהך נותנת רשות לאו דוקא רק עיקר הדרשא דיש לה רשות לתרום במה שאוכלת או מה שצריכה לעיסתה והא דנקיט הספרי דנותנת רשות משום דלכתחילה מצוה לתרום בגורן תיכף בעת לקיחתו ולא להשהות כיון שכבר נגמרה מלאכתו ואשה בגורן לא שכיחא כדאמרינן ביבמות שם משום יחוד להכי נקיט לישנא דנותנת רשות אבל עיקר דרשא הוא שיש לה רשות לתרום והא דאצטריך קרא להכי. י"ל לפמ"ש הריטב"א קידושין על הא דדרשינן אתם ולא שותפין משום דבתרומה בעינן שליחות פרטיות היינו שיעשה שליח ביחוד לתרום ולא מהני שותף ואפטרופוס וא"כ סד"א דה"ה אשה אבל הרמב"ם דחה ההוא דאתם ולא שותפין מכח מתניתין דהשותפין שתרמו ועי' בכ"מ בשם מהר"י קורקוס בפ"ד מהל' תרומות הל' ח' וא"כ ממילא גם אשה תורמת מה שאוכלת ומה שצריכה לעיסתה ולא צריך קרא ע"ז, ועי' באו"ז הגדול הל' חלה סי' רכ"ה שכ' מצות חלה על הנשים הוטלה כו' ומצוה אשה כו' הלכך אע"פ שהעסה היא של בעלה ששויא שליח כו' דהא מצוה דידה כו' וחושש לאמר שלכתחילה לא משוי שליח כו' הואיל ומצות אשתו הוא עכ"ל הא"ז ע"ש ומשמע מדבריו דאלמלא לא היתה מצוה מוטלת עליה אינה רשאה לעשות שליח וצ"ע מההיא דיבמות דנותנת רשות לתרום ומכל מ"ש למעלה: ת' פ"י הקשה לשי' רש"י דיש שליחות לא"י לחומרא האיך איבעיא אם יש איסור אמירה לא"י מטעם שבות ת"ל מטעם שליחות וכ"ת אשלד"ע תינח למ"ד דתליא במצי עביד אבל למ"ד בבר חיובא קשה וכ"ת דהאיבעיא הוא למ"ד איבעי עביד מ"מ ק' איך מיישב מ"ד בר חיובא הא דאמירה לא"י שבות חל מטעם שליחות, ולכאורא י"ל דבאיסורי שבת ל"ש שלד"ע דהאיסור בעצמו אינו מתועב וכעין סברת תו' רי"ד במצוה שעל גופו אמנם ק"ק על תי'

זה מהא דאין מברכין על נר שהודלק בשבת אפי' ע"י א"י וי"ל דאינה עבירה גמורה ועי' ברש"י ר"פ מ"ש דפי' דאמירה לא"י מטעם שליחות והא דלא פי' מטעם שבות נראה דלא ס"ל כדעת הר"ן פ' השוכר את הפ' דהוכיח מזה דאף קודם שבת שבות רק כדעת הרא"ש פ' הנ"ל דקודם שבת אין שבות ומ"מ אין להוכיח דרש"י פי' כמ"ד איבעי עביד רק משום שליחות לחומרא וכן צ"ל להרא"ש הא דאסרו להשכיר מרחץ:

אך לפ"ז קשה מדוע פריך רב אשי שבת ק' מאמירה שבות ת"ל מטעם שליחות וי"ל דודאי אמירה בשבת חמיר דתרתי איתניהו ביה וכ"ת מנ"ל כל עיקר שבות דילמא מטעם שליחות וגם א"י שבא לכבות דילמא מטעם שליחות י"ל דהא חזינן דאיסור שליחות אקילו רבנן לתן לנכרי משום הפסד ממונו אבל שבות לא התירו ומש"ה פריך מינה ועי' בר"ן ריש מי שהחשיך שתי' באופן אחר ולשיטתיה אזיל שהוכיח דגם קודם שבת איכא שבות ורש"י לשיטתו אזיל עי' בתוס' שבת קכ"א ולכאורא קשה מה מקשה רב אשי ממתניתין דאל תכבה הא משם לא שמעינן אלא באיסורי תורה והכא אשמעינן איסור דרבנן וי"ל דתוס' לא הביאו ראיה מרב אשי רק דמוקמי לה כר"ש ודלא כר"א י"ל דאיירי בכיבוי דאח"ז עי' רש"י ע"ז ט"ו דפי' אמירה לא"י משום ממצוא חפצך ודבר דבר:

ועפ"ז יש לתרץ דברי בה"ג שהתיר אמירה לצורך חילה ול"ג דהא מר לא א"ל לעכו"ם להחם דאף להחם מותר והקשו עליו דהא משמע דשבות אמירה לא"י חמיר טפי במלאכה דאורייתא משבות דישראל דהרי התירו טלטול של מת ולא התירו אמירה לא"י לקוברו ועי' בתוס' ב"ק פ' וברשב"א שבת ק"ל ולפי הנ"ל ניחא דחפצי שמים הוא ומשו"ה חילק בין הזאה דאית בה מעשה אבל במת לא התירו רק משום גדול כבוד הבריות ולא מצוה. ובזה מיושב קושית התוס' בעירובין ס"ח באידך מעשה א"ל דניהם אגב אימיה להבה"ג וכי לא היה מצוי א"י ועי' בגיטין ח' הקשו לשיטת בה"ג דהיינו ע"כ ע"י ישראל למה לא גזרו שמא ירבה יעי' ברש"א וקדמו הרשב"א דלצורך מצוה ל"ג אבל כונת התוס' דהרי בה"ג מחמיר בשבות מעשה ולפי הנ"ל י"ל שהרי התוס' הקשו בביצה למה ביו"ט התירו למלאות חבית ולא חששו לשמא ירבה וכ' דוקא ביו"ט התירו משום עונג יו"ט ואף דהיא רק דרבנן י"ל דביו"ט התירו כל שהוא לענג נפשו אבל בשבת אסרו משום ממצוא חפצך דהרי אין בו תוספת מלאכה ולפ"ז מיושב קושית התוס' דשבות כהאי מותר לצורך מצוה ולכך לא התירו ע"י א"י משום דתרווייהו ממצוא חפצך וליכא ודבר דבר:

ויש לתרץ ג"כ מה שמקשין על קושית התוס' בשוכר את הפועל לשמור זרעים דלוקמי כגון שפשע והקשה הש"ך דהלא על פשיעה גם שכיר אינו חייב כש"ח ותי' התומים

דנ"מ לענין לקדם ברועים ומקלות ולכאורא קשה הלא בשבת אסור וי"ל דאיירי כגון שידע מע"ש דעתיד גזלן לביא בשבת וכה"ג שרי משום הפסד ממונו כנ"ל גם י"ל דהיכא דיכול לעשות בהיתר אין איסור משום מצוא חפצך ועי' בש"ע בשם הגה"מ:

סימן טז

עי' בנתיבות סי' קצ"ה שהקשה על הא דמבואר בסעי' ג' שם דשלא בפני הקונה ל"ק ושניהם יכולין לחזור בהם ובסי' רל"ה סעי' כ"ג ובסעי' ד' דזכה שלא בפני הלוקח א"י המוכר לחזור בו רק הלוקח ובנתיבות תי' ע"ז דיש חילוק בין אמר לו זכה דאי זכה הלוקח בין שלא אמר לו זכה רק הזכה לו בקנין גרידא ועדיין צ"ע מקטן שקנה בסי' רל"ה הנ"ל דלא אמר לו זכה ועכ"ז לא יכול הלוקח לחזור בו:

ונראה לחלק בין לא דבר עם הלוקח מאומה דאז גם המוכר יכול לחזור בו דאין כאן קנין כלל אבל אם עשה מקח עם הלוקח ופיסוק דאם יזכה לו ע"י אחר אז מהני בקנין לגבי המוכר דא"י לחזור בו וכן דייקא לישנא דסי' רל"ה וסי' קצ"ה הנ"ל. ובזה יש מקום לתרץ קושית הקצוה"ח סי' רע"ה שהקשה על הא דאמרינן דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כוונת קונה מיו"ד סי' קל"ב היה הא"י מודד אע"פ שהא"י הגביהו בשעה שמודד לא הוה לקנות רק למדידה הרי בעי כונת קנין וכ' ע"ז דהא דמהני ד"א מקנה גבי קטן משום זכיה הוא וא"כ ל"מ בא"י דאין זכיה לא"י ועי' במהרי"ט ח"מ סי' כ"א שכ' טעם אחר על הא דד"א מקנה דהוי כמו זוכה לו ע"י אחר. ולפי הנ"ל ניחא:

לענין משיכה דאינו אלא קנין דרבנן צ"ע אם הגבהה במטלטלין הוה דאורייתא או דרבנן וראיתי להרב בס' קה"י שהביא בשם המח"א בהשמטות (ואנכי לא מצאתי זאת במח"א) שכ' דהגבהה כולו בידו הוה דאורייתא מדין ידו והגבהה בדבר גדול שאינו מגביה אלא מקצת, ול"ה כולו בתוך היד ל"ה דינו רק כדין משיכה א"כ פשוט דאינו קונה גם בא"י רק מטעם ספק ובנ"ד בהבכור כיון דלא היה הגבהה רק במקצת היד אינו אלא כמו משיכה והוי ספק בכור, ועיין בענין זה בירושלמי גטין פ"ב ה"ג ר"ז בעי כו' או דילמא שניא הכא ונתן בידה עד שיהיה כולו בידה ועיין בשירי קרבן שם שהקשה האיך מסתפק הירושלמי במסירה וממעט מידו הלא גם בחצרו קנה ע"ש ובאמת הטעם פשוט דחצרו אתרבי מטעם ידו עין בב"מ ובגיטין אבל בקנין אחר מסתפק הירושלמי שפיר דלה מטעם יד והכתוב מקפיד על קנין שיהיה מטעם יד. עכ"פ משמע מהירושלמי בהדיא דיד ל"ה דווקא עד שיהיה כולו בידה. ואף דקנין מסירה הוה מדרבנן י"ל בדעת הירושלמי כשיטת הפוסקים דבמתנה ומציאה לכו"ע משיכה דאורייתא וה"ה שאר קנינים:

שוב ראיתי דהדין מוכרע מגמ' דע"ז ע"א ואס"ד משיכה בעכו"ם קונה כו' סוף סוף כי מטא לאוירא דמנא קניא ופירש"י דקנו עכו"ם בהגבהה אי דנקט ליה לכלי בידי' ה"נ ש"מ דאף הגביה עכו"ם אינו קונה רק אם משיכה בעכו"ם קונה אף אם נאמר דחצר קונה דאמרינן עוד ותקני ליה כליו ש"מ כליו של לוקח כו' ל"ק לוקח ועיין בתוס' שם ע"א ד"ה פרדשני כו' ואור"י דאפילו למ"ד אינה קונה כו' אבל במציאה ומתנה דליכא כספא כ"ע מודו דקנה במשיכה או בהגבהה:

וראיתי להרמב"ן בפי' החומש שכ' בפ' משפטים על קרא דגונב איש דבעינן שיכניסו לרשותו מקרא דונמצא בידו שכ' הרמב"ן דבהגביהו על כתיפו סגי דבידו הוא הרי דבהגבהה הוי כידו ועי' בתוס' סנהדרין פ"ה ע"ב לזאת נראה פשוט דבהניחו על ידו או על כתיפו מיקרי בידו אך אם הגביה בראש החפץ והגביהו מן הקרקע ול"ה כולו על ידו הגבהה כזאת דינה רק כמו משיכה ובזה מתפרש גם הירושלמי וא"כ אם הניח הגט על היד לכו"ע הוי כולו בידה אף לשיטת הירושלמי ולא כמו שראיתי להגרע"א בתשובה שרצה להוכיח מהירושלמי דבעינן שיהיה טמון בידה דאין כונת הירושלמי כנ"ל ובזה א"ש גם מ"ש הרמ"א בסי' קל"ו ונוהגין לקפל הגט שיהיה נכנס כולו בידה דזה אינו אלא מצד מנהג אבל לא ע"פ דין וזה ודאי כהפתחי תשובה באה"ע סי' קמ"ג שכ' דלהירושלמי מדאורייתא בעינן שיהיה כולו בידה דמבואר מהרמב"ן ובתוס' סנהדרין דלא כנ"ל:

(ב"מ ט' ע"ב) ד"ה ספינה כו' הכא חצר משום יד אתרבאי והוי דומיא דיד וימינת נייחא וממטו לה עם גופה כו' והקשה הגרע"א דא"כ הגוף עצמו מהלך אמאי מהני נותן הגט על ראשה ואמאי לא מהני בנותן בידו של עבדה כו' והעלה בצע"ג וכן הקשה בשבת ה' ע"ב שכתבו שם התוס' כדבריהם בב"מ. ונראה דלק"מ ע"פ שיטת רש"י דהא דחצר מהלכת לא מהני היינו משום דחצר כתיב דלא נייד ושאני מקרקעי דלא נייד וכן נראה פשטות דברי רש"י דכאן ויותר מבואר ברש"י גיטין כ"א והוא מסוגיא דב"ק י"ב ולפ"ז שפיר היכא דאיהי קא נייחא ומיא הוא דקא ממטי לא מיקרי נייד:

סימן יז

ראיתי לברר בדין המתחייב עצמו באופן המועיל אם אעבור ואוביר שדה זו ולא אעבוד אתחייב לשלם ואח"כ נאנס ולא עבד. אם מחויב לשלם ואם מחויב לברר אונסו או דנאמן לאמר נאנסתי אם ע"פ דבורו אם ע"פ שבועתו גם אם יש חילוק בין אם נתחייב הוא בעצמו לעבוד שדה זו ונאנס ובין אם נתחייבו שנים אחד לעבוד שדה זו ולשמרה ואחד לסלק מקודם סך קצוב להפועל ולתן זרע לזרוע ואם תהיה מניעה מאחד מהם נתחייבו באופן המועיל לשלם סך קצוב לבעל השדה ואח"כ אינו רוצה הפועל לעשות בהשדה

מחמת טענות בע"פ שיש לו על בעל השדה וממילא אינו נותן השני שכר הפעולה וזריעת השדה אם מי מהם מחוייב בשילום הסך הקצוב:

הנה מתחילה ראיתי להקדים הענין בהא דמבואר בשו"ע סי' רמ"א סעי' י' האומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו ואם אמר לו ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה עי"ש ומקור הדבר הוא מר"ן פ' מי שאחזו שכתב וז"ל והמחוור שבדברים אלו דבתנאי שבידה שהוא בשב ואל תעשה לא חיישינן שמא תעבור עליו אבל אם הוא בקום ועשה חוששין שמא לא תקיימנו וכל תנאי שהוא תלוי ביד אחרים בין שיש בו קום ועשה בין שהוא שב ואל תעשה חוששין שמא לא יתקיים ולפ"ז משמע דהאומר לחבירו הרי אני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אמר ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו וע"פ הדברים האלו כתב המחבר דינו וקבע בה מסמורות להלכה בשו"ע:

אבל לפע"ד באו הדברים סתומים כי נמצאו עליהם חולקים מגדולי הראשונים גם אפי' לדברי הר"ן יש בזה חילוקים הרבה אשר צריך לבאר, עיקר הסברא אשר למד הר"ן דין מתנה מגט כי גם בגט גופא טעמא בעי מפני מה בקום עשה חוששין ובשב ואל תעשה אין חוששין והלא הגמ' בפ' המגרש דף פ"ד תולה דין גיטין בנדרים בפלוגתא ר"י ור"נ אם מזדהר אינש בתנאה והתם קיי"ל כר"י דאמר קונם עיני בשינה היום אם אישן למחר אל יישן היום שמא יישן למחר דלא מזדהר אינש בתנאה, וא"ל דהתם הוי ג"כ בקום ועשה כדאמר הכא בגיטין דהא דבידו לקיים תנאו ולא יישן דאי בעי מבריז נפשיה בסילתא דהא ליתא דהלא בנדרים פריך לר"י מאם תלך לבית אביך כו' אלמא דגם בשב ואל תעשה חוששין שמא תעבור וגם בשינה ע"כ צ"ל דהחששא הוי בקום ועשה דהלא כבר הקשו התוס' פ' ארבעה נדרים דמאי חששא הויא שמא יישן למחר הא קיי"ל נדרי שגגות מותרין והיינו אם אוכל ושכח ואכל ותי' דכיון דבתנאה לא מזדהר חיישינן שמא יישן במזיד עיי"ש וא"כ הוי תנאו לעבור בקום ועשה ושפיר פריך הגמ' מאם תלך לבית אביך:

והא דמוכרח הגמ' לאמר מאי בעי מבריז נפשא בסילתא צ"ל דהגמ' לא בעי למיחת הכא בדין דנדרי שגגות ומלתא דפשיטותא נקט אבל באמת חוששין גם לעבור במזיד וצ"ל דבגט שאני דמשום איסורא דא"א לא חיישינן שתעבור דחמיר איסורא וכבר עמד ע"ז הרשב"א בחידושיו דף פ"ג ד"ה בכולו תנאי דעלמא וא"ת והא משמע דר"י ס"ל דאפי' לבטל תנאי שבשב וא"ת חיישינן כדאמרינן באל יישן כו' איכא למימר דאיסור אשת

איש שאני כו' שאינה עשויה לקלקל עצמה ולעשות בניה ממזרים וא"כ לכאורא האיך ילפינן ממונא מאשת איש ועוד דגם במתנה אמרינן שבודאי לא תעבור על תנאה לבטל מתנתה וא"כ זה הדין דוקא במתנה אבל לא במקח וממכר. אכן ראיתי להריטב"א שכתב בחידושיו בגיטין דף ע"ד ה"ז כו' לאחר לא תנשא עד שתתן כו' ואומר רבינו נר"י דדוקא בתנאי שהוא קיום מעשה כו' מטעם זה האומר תנאו (חיסור דברים כאן) אבל אם א"ל הריני נותן לך כך וכך ע"מ שלא תעשה כך וכך מסתמא שאמר ודאי לא בטל תנאו כו' עיי"ש ועי' בר"ן פ' האומר דקידושין שכ' והיכא שלא ידענו אם קיים הבעל תנאי הקידושין כתב הרמב"ן שכל התנאין שהוא מתנה עמה שהן תנאין שלו בלבד כגון שאמר ע"מ שאדבר לשלטון או ע"מ שאלך למקום פלוני כו' נאמן ואינו צריך עדים וכל תנאין שהוא תנאי שלה כגון שתעשי דבר פלוני נאמנת כ"ז שאינו מכחישה וכל תנאי שהוא בינו לבינה כגון ע"מ שתתן לי מאתים כו' כלל גדול אמרו המע"ה לפיכך בקידושין היא נאמנת ובגירושין הוא נאמן ונחלקו עליו האחרונים ז"ל בכל תנאי שהוא בקום ועשה אפילו כו' כגון שאדבר דכל היכא דלא מייתי ראיה אינו בדין שתהא מקודשת דהא מוציא מחבירו כו' וה"ל כאומר מנה הלויתיך וא"ל א"י וחנוני על פנקסו שאני דהתם מן התקנה הוא כו' ונראין דבריהם ומיהו בתנאי שהוא בשב ואל תעשה משמע דבין בקידושין בין בגירושין ע"א נאמן בשאין חבירו מכחישו אבל במכחישין אם אמר לה ע"מ שלא אשתה והיא אומרת לא נתקיים נאמנת אבל בגיטין כתב הרמב"ן ז"ל שנראין הדברים שאע"פ שאמר לה עברת על תנאך מגורשת ולא כל הימנו לאסרה כו' וכ"ש לפ"מ שהסתימו הגאונים שכל תנאי שהוא בביטול מעשה מתירין אותה להנשא מיד ואין חוששין שמא תבטלנו שאין הבעל יכול לאמר עברת שא"כ האיך מתירין אותה לנשא מיד עכ"ל.:

והדברים האלה המה בחידושי הרשב"א קידושין ס' שכ' ולענין קיום התנאים כו' כ"כ הרמב"ן כו' עד אלא שבגירושין כל תנאי שהוא בביטול מעשה אין חוששין שמא בטלתו פי' לפירושו דאינה עשויה לקלקל את עצמה ואמרינן בעלמא אשה דייקא ומינסבא וכ"ש לפי מה שהסכימו הגאונים כו' ואם היה הבעל נאמן האיך מתירין אותה לנשא והיא צריכה עדים כל ימיה שלא תזוז ידם כו' ויקלקלנה בב"ד אלא ודאי היא נאמנת ועוד יש בזה טעם אחר נכון שהרי אנו רואים אותה שיושבת ואינה עושה מעשה לבטל ובעל א"י שעמדה ובטלה עליו הראיה אבל בקום עשה כל שטוען שקיימו עליו הראיה כל שיש שמכחישו וכדאמרינן פ' האשה שנתארמלה תנאי היה דברינו נאמנין ופירש"י תנאי היה דברינו ולא ראינו שנתקיים, הנה דברי הרשב"א לכאורא צריכין ביאור דהאיך

כ' ועוד יש בזה טעם אחר נכון כאילו אין נ"מ בין הטעמים והלא חלוקין לגמרי דאילו לטעם הראשון שכ' דאין חוששין שתקלקל א"ע אין זה אלא בגיטין אבל לא בקידושין ולפי טעם השני הלא הדין שוה בקידושין ובגירושין שכל שאומר שנעשה מעשה עליו הראיה והוא בעצמו כתב בראש דבריו שאין הדין הזה אלא בגירושין:

סימן יז

בדבר הספק באחד שמכר ביתו שהיה בטוח באחריות משרפה ואח"כ נשרף למי שייך דמי אחריות:

עוד כד הוינא טליא פשיטנא לה מהג"ה רמ"א ס"ס רמ"א ואח"כ שמעתי שהוא שגור בפי העולם אבל באמת לדינא יש להעיר בזה כי מקור דין הג"ה רמ"א הוא מהירושלמי פ' הנזקין ה"ג ראובן שגזל קרקע משמעון ומכרה ללוי והלך לוי ונתנה מתנה ליהודה ובא שמעון וטרפה מיהודה לא אזל גבי לוי דהוא מתנה לוי אזל גבי ראובן דהוא מכירה ולא מתנה יהבינן יכול הוא מימר לא בעי הוינא מיתן לי' וישלם לו טיבו (ותמוהים בזה דברי הרמ"א סי' רכ"ו דאם נתן במתנה לא יוכל לדון עם הטורף משום דל"ש טעמא דתרעומות והוא ההיפוך מדברי הירושלמי הנ"ל והיותר תמוה שהרשב"א בעצמו בת' המיוחסות סי' צ"ו הביא הירושלמי הנ"ל ומצאתי בשערי משפט שהעיר בזה מדברי הסמ"ע בסי' רמ"א הנ"ל אבל תירוצו תמוה ואישתמיט תי' דברי כירושלמי הנ"ל ודומה שהסמ"ע הוציא הטעם הזה מלבו ולפי מה שאכתוב להלן בזה יש לישב. גם יש להעיר בזה על שיטת הסמ"ע בסי' ס"ו שכתב דבנותן במתנה שט"ח ומחל יכול המקבל לתבוע כל מעותיו אף למאן דפוטר במכר מטעם דיכול המקבל לאמר עשיתי עמך טוה"נ נגד החוב וכבר העיר שם הנו"ב ויש להעיר גם מהירושלמי הנ"ל):

ולפ"ז י"ל דאין זה אלא דוקא במתנה שעוד יש פסידא להמוכר במה שנתבטלה המתנה אבל במוכר שלא באחריות הלא לא שייך כאן הך סברא דישלם לו טיבו אולי לא יכול עוד לתבוע מהמוכר הראשון האחריות ומטעם דלא ניחא ליה דליהוי ליה תרעומות הלא אין זה פסידא דממון גם הלא לא איכפת ליה בתרעומות של פלוני דהלא רוצה לקבל המעות לעצמו ואדרבא נימא דמהך סברא דתרעומות נימא אומדן דעתא דגם האחריות מכר לו אבל צ"ע דברי הירושלמי הנ"ל דלמה צריך כלל להך טעמא הלא כיון דטרפה הגזלן הו"ל האחריות חיוב משעת המכירה והוה כמו נזקפו במלוה מעיקרא יעוין ב"מ ט"ו וט"ז והדברים ארוכים, וגם משו"ה אינם נקנים למקבל מתנה כי הלא האחריות הוי כמו כל שט"ח שצריכים כו"מ וכמו שהסביר לה הרשב"א במיוחסות שם א"כ הלא הוא בע"ד של המוכר הראשון וע"כ צ"ל דהוה כמו זה נהנה וזה לא חסר משו"ה צריך

הירושלמי לטעם דישלם לי טיבו והוי כמ"ש התוס' בב"ק ובכתובות דהיכא דיש לו היזק כ"ש יכול לתבוע מאתו כל הנאתו:

ולפ"ז יש לדון ולחלק בין אחריות לאחריות משרפה דהלא חוב של אחריות משרפה אינו אלא משעת השרפה והרי זה דומה לאחד שמסר כלי לש"ש לזמן ובתוך הזמן מכר הכלי לאחר ואח"כ נאבד הכלי מיד הש"ש דלכאורא הדין נוטה ששייך התשלומין להקונה ואם כי לא אדע לע"ע מקור נאמן לדין זה וכדמות ראיה יש לאמר מב"מ נ"ח נשבעין לגזברין כו' הכא בנושא שכר כו' והכא נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסדי כו' ויעוי' בתוס' שם שאיירי בנגנב או שנאבד לאחר שנתרמה התרומה ואפ"ה נראה אי לאו משום דאין דין שמירה להקדש היה הדין דישלמו להקדש, אך יש לחלק מחמת דאם היה דין שמירה להקדש היו הבעלים מתחייבים ג"כ מדין שמירה אף שתורמין בעבורם ויעוי' ברמב"ם פ"ג מהל' שקלים דמשמע מדבריו כב דאלמלא מסר לש"ש שחייב בגניבה ואבידה היו הבעלים מתחייבים באחריותם והענין עמוק ורחב בביאור הירושלמי בשקלים והרמב"ם ובמק"א הארכתי ולא באתי רק להעיר:

גם יש להעיר עוד מהא דב"מ מ"ב בההוא אפטרופא ויעוי' ברש"י ובתוס' שם ומשמע בתוס' דהספק היה לרמב"ח אם דוקא בשוכר שמסר לשואל נתחייב השואל כיון שיש להשוכר בגוף הפרה אבל בש"ש שמסר לש"ח כיון שאין לו בגוף הפרה כלום לא נעשה שומר של הבעלים ובשיטה מקובצת מבואר יותר וכ"ה בריטב"א שהקשה על רש"י דמדמה להא דר' יוסי הלא התם שאני כיון שהוא שומר של הבעלים אבל הכא כיון דמקח טעות הוה כו' והרי זה דומה כאדם שאומר לריעה שמור פרה של פלוני דלא נעשה שומר כלל כו' וי"ל דכל מקח טעות כו' אלא הכא דיו שיהא כש"ח ונתקיים תי' רש"י יעו"ש: ולפ"ז לשי' רש"י דדמי בשר בזול הוה כעין פשרה האי דינא דש"ח שמסר לש"ש אין הדין ברור בחיוב התשלומין של הש"ש אך מרש"י משמע דהספק היה אם הוי פשיעה דלא כהתוס' ולשי' ר"ת הלא ס"ל דנפשט הדין דחייב הבקרא ודמי בשר בזול לאו מטעם פשרה הוא אך גוף דין זה אם נעשה אדם שומר על פרה שלא מדעת הבעלים צ"ע ויעוי' בב"ק ע"ט בסוגיא דנתנו לבכורות בנו בעי אמימר תקנו משיכה בשומרין כו' מאי לאו שומר כו' לא גנב כו' ויעוי' במפרשים שנדחקו בזה ויעוי' בשיטה בשם הרמב"ן הגביהו שומר חייב לשלם לבעלים כדרך שהוא חייב לשלם אם הוא שומר שלהם כענין ששנינו תחזור לבעלים כו' ודחי לא גנב ותני גנב שגנב מבית בעלים ותנא גנב מבית שומר יעו"ש והוא הפירוש המחוור שם:

עכ"פ שמענו מהרמב"ן שס"ל בפשיטות דנעשה שומר אף שלא מדעת הבעלים וי"ל בזה דגם הריטב"א לא כתב אלא לרמב"ח דהנה בטעמא דר"י י"ל או מטעם דהוי שלוחו של הבעלים או מטעם דכיון דהדבר של הבעלים הרי זה דומה להא דר"ח גזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה ולפ"ז אין נ"מ כלל בין שומר לאדם אחר ואף בלי שליחות נעשה שומר של הבעלים הראשונים וא"כ לרמב"ח לטעמיה שפיר נסתפק דהנה רמב"ח ר"פ הגוזל בתרא לית ליה הא דרב חסדא וס"ל דאין להנגזל על הלוקח כלום ולפ"ז שפיר נסתפק לו הכא בש"ח אבל באדם דעלמא היה פשוט לו דאין נעשה שומר אבל לדידן דקיי"ל כר"ח י"ל דאין אנו צריכים לטעמא דשליחות:

ובזה יש ליישב גם דברי התוס' שבב"ק י"א ע"ב היה פשוט להו דש"ח שמסר לש"ש שייך הא דר' יוסי גם למה הוצרכו שם התוס' לזה ויש להאריך בזה גם ליישב דברי הרמב"ם בהא דהגוזל קמא צ"ד ע"ב שהשמיט להא דרמב"ח בלוקח ת"ח כו' ומצאתי למח"א הל' שומרין שכתב בקצרה דאם הקנה המפקיד הפקדון לאחר לא נעשה הנפקד שומר של הבעלים השני וראיה מרשב"ם פ"ה ע"א ברשות הלה המופקדין כו' ולדעתי צ"ע גם הראיה מהרשב"ם ליתא למעיין ויעוי' באחרונים בחו"מ סי' קפ"ט וסי' ע"ב לענין אם רשות הנפקד הוי כרשות המפקיד ויש להעיר מר"פ המפקיד שילם לבנים ויעוי' מפרשים דפי' דנגנב לאחר מיתת המפקיד ואם אין דין שומר עליו הרי זה דומה אם נגנב לאחר שמסר הפקדון לבעלים וכמו דין של הירושלמי אם יש עדים שנגנבה באונס ויעוי' מ"ש בשם הרמב"ן בזה ואם כי עוד הדבר שקול וי"ל דעכ"ז מסתפקא ליה להגמ' אולי גם על דעת זה הקנה המפקיד ויש להעיר ע"פ מ"ש הגרע"א דגם בשומר אבידה בלא דעת הבעלים נקנה הכפל ויש להאריך בזה הרבה ולא באתי לע"ע אך להעיר ויעוי' בירושלמי דדריש מקראי:

וא"כ יהיה תלוי אם הקרא איירי בשומר אבידה ובספיקת הגמ' אם טוען טענת גנב באבידה משלם כפל ולדינא נ"ל דיש לחלק בין נפקד לזמן ובתוך הזמן מכר לאחר נעשה שומר להשני ויעוי' ב"מ ע"ט דפרקיה לטועניה בגויה וכפי' התוס' שם בשם ר"ח וכ"ה שיטת הרי"ף והרמב"ם דאין לבעל הספינה עליו אלא תרעומות יעוי"ש ויעוי' תוס' ב"ק ק"ז וכתובות י"ח לענין אם מסרו לו אביו כשהוא גדול ותבע קטן ומשמע לשיטת התוס' דאוקמי קראי להכי ע"כ הוה השומר של הבן דאל"כ אין לו דין שומר ואין כאן עסק שבועה וצ"ע לעת הפנאי כי לא עיינתי כעת בגוף הגמ' ויעוי' בסי' שמ"ו סעי' י"ז ויש לדבר בזה בשלמו בנים כו':

בנידון האחריות משרפה אם שילם אחד בעד בית חבירו סתם היה הדבר צ"ע טובא כי לפי הנראה מדברי התוס' ב"מ ל"ה משמע דטעמא דר' יוסי הוי דלא קנה השוכר עד שיביא עדים ולפ"ז אף רבנן ס"ל טעמא דאין אדם עושה סחורה ואי לאו דהשוכר קנה במיתה היה התשלומין לבעלים הראשונים ול"צ טעמא דשליחות אך רוב הראשונים הסכימו מטעם דנעשה שומר של בעלים הראשונים ואדם אחר דל"ה שלוחו צ"ע וא"כ גם במוכר צ"ע ולאחרים ל"ד דהתם היינו החוב ממעותיו ולמפרע הוא אבל הכא האחריות הוא מכל יום ויום וכיון שמכר את ביתו שייך טעמא דירושלמי ולא יהבינן:

אך כ"ז הוא באחריות משריפה של איזה חבורה אבל בנידן דידן דהוי דינא דמלכותא הוי כנידון של מהרי"ט אה"ע סי' ד' ע"ד דמי הדם שחייבו את הרוצח כו' וע"ד חלק הנוגע לאחין איכא לאסתפוקי אם נאמר מאחר שאין דין זה אלא כפי נימוסיהם כו' והוי כההיא דרב מרי בר רחל ב"מ ע"ג כדיניהם עבידנא לך או דילמא אם לא היתה החלוקה אלא בדמים, אלו איכא למימר הם אמרו והם אמרו אבל מאחר שחלוקה זו כו' הלכך דון מינה ואוקי באתרה שמדינא כבר נתחייב הרוצח וממילא זכו בו היורשים מד"ת והכי מסתברא וכן עיקר הלכך צריך לחקור אם חלוקה זו היא חלוקת נחלתן בנכסי המת זכו היורשים כו' ואם משונה חלוקה זו מחלוקת ירושתם יש לאחיו חלק במה שזכו אותם העכו"ם בנימוסיהם יעוי"ש והובא גם באחרונים אך שאיני זוכר כעת מקומם:

ולפ"ז גם כאן הדין פשוט דאם היתה המכירה ע"פ נימוסיהם היתה האחריות שייכת להקונה גם כאן כיון דע"פ ד"ת הבית שלו שייך להלוקח האחריות וגם בלא"ה י"ל כיון דאחריות הזאת כל הבתים המה כסתם מכר באחריות והתשלומין הוי מיום המכר בשביל הלוקח ודמי ממש להא דר"י האיך הלה עושה סחורה כו' כיון דכל הבתים המה באחריות ויש קפידא בזה מסתברא דהוי כשלוחו כיון דהחיוב הוא מכאן ולהבא ול"ד לדין דאחריות דהתם הוי חיוב דמעיקרא וקצרתי. וע"ד הרמ"א שהעיר מעכ"ת במה קנה האחריות אם כתבו שעבודיה קיצור יש כאן דבתשובות הרשב"א שם כתב בהדיא דאם כתב לו קנין אג"ק והרשב"א לטעמיה דס"ל דאג"ק הוי כמו מסירה יעוי' בסי' ס"ו ובש"ך והדברים ארוכים ולא כתבתי רק בהחפזה ובמושכל ראשון ונא לעיין בזה כי לא באתי רק להעיר, גם י"ל כיון דכתב ליה כל שעבודיה והוי כמו שטר דא"צ לאמר אגב דשטרא אפסרא דארעא ויעוי' ברמב"ם פ"ו מהל' מכירה הל' י"ד ובראב"ד שם וי"ל דתליא בפלוגתתם פ"ג אם צבורים צריך לאמר אגב וצ"ע לעת הפנאי.:

סימן יח

מעלת כבוד כהרב הגאון כו' וכו':

אם כי מתרחק אנכי מלהשיב בדיני ממונות ובפרט במקום ששני ת"ח מדיינים זה עם זה, עכ"ז מפני כבודו כי רב הוא לא אוכל להיות מסרב לו. כעת הנני להשיבו וגם זה לא לפלפולא רק בקצרה האיך הדין נוטה לדעתי אם כי היה כאן מכר כפי הכתוב בח"י המוכר והמדובר היה שהמוכר מחוייב להעמיד על הנמל והופסדו העצים קודם ההעמדה:

הנה בשטר שבין ר"י"ס ובין הקונה שלו אינו מבואר כלל על מי חלה ההעמדה שמבואר שמכר לו מחצה מהעצים שקנה מר' אהרן ובנו על המקח שקניתי ומשמע שהיינו שיעמיד ר"א על הנמל ג"כ, לזאת צריכים אנחנו לידע האיך היתה הקניה מר"א ובנו אם היתה ההעמדה על הנמל תנאי בהמכירה או שהיתה המכירה בלי תנאי וההעמדה היתה חיוב בפ"ע, ובאופן השני היה ג"כ תלוי אם הופסדו כל העצים או שההפסד לפי חשבון, והדבר הזה הוא ענין שענפיו מרובים וסובל אריכות במחלקות הראשונים בגיטין פ' האומר וברש"י ותוס' ואכ"מ. כפי הנראה היה המקח קצוב סך ארבעה עשר רו"כ על הנמל ובאופן הראשון שהיה תנאי בהמכירה שיעמיד על הנמל פשוט שכ"ז שלא נתקיים התנאי האחריות על המוכר וכהסכמת הפוסקים שאונס ל"מ שהתחייב ואונס רחמנא חייביה לא אמרינן וברתי בעז"ה הענין באריכות ואכ"מ ויעוי' בת' רע"א סי' קל"ד ופשוט. ושטר שהיה כתוב על אופנים אלו ואופן אחד הוא חיוב העמדה הוא תנאי שבממון שכתבו האחרונים שנהגו שלא להצריך תנאי כפול ובנידון דידן משמע שלא היה המדובר מהמקח העצים ביער ומסכום מקח ההעמדה בפ"ע רק שקצבו המקח כך וכך על הנמל בודאי כל שלא נתקיים ההעמדה לא נתקיים גם המקח מהעצים ויעוי' בסי' רי"ח ובסי' קפ"ב ובסי' פ' ובשאר מקומות מחלוקת הרשב"ם והרמב"ם והרבה ראשונים ובאחרונים שם והענין סובל אריכות הרבה ולא באתי כעת לידי מדה זו אבל הדין פשוט כיון שהמקח היה קצוב על הנמל כ"ז שלא קיים להעמיד על הנמל האחריות על המוכר: ומ"ש כתר"ה מת' ב"ש שהביא ראיה מסי' רי"ג סעי' י"ג בהג"ה הספר לא ראיתי אבל לדעתי אייתי ראיה לקניה, המעיין בת' הרשב"א יראה דלא אתי עלה אלא שלא נאמר כיון שבירר האפטרופוס הוה כמו שנתקיים המתנה ע"ז כתב דכ"ז שלא נתנו לידו עדיין לא נתקיים וההפסד הוא לפי חשבון ואין זה שייך לנ"ד אבל כבר כתבתי שבנ"ד אילו היה הדין עם המוכר הראשון האחריות חלה עליו כ"ז שלא העמיד על הנמל וממילא גם הדין שבין ר"י"ס והקונה שלו כאשר היה המדובר שהמקח הוא על הנמל ההעמדה על ר"י"ס היה הדין ג"כ עם הקונה לזאת כעת שאינו מבואר בהשטר בפירוש ע"ד ההעמדה אפ"ל הכחשה ביניהם בגוף המכירה אם היתה שותפות או מכירה ודן מעכתה"ר בזה

מהדין שהובא בשו"ע בסי' מ"ה ס"א ס"ח והוא מת' הרשב"א והביא כתר"ה בשם ת' מהרא"ע לחלק בין אם הוא כת"י סופר או כת"י הבע"ד גם לחלק בין אם דבר בפירוש יעוי' במיוחסות סי' ע"ד ובת' הרשב"א סי' תתקפ"ה וסי' תרס"א כיון שהרשב"א אתי עלה מדין נאמנות ודומה דבר זה לשליש והנה בענין שליש המבואר בסי' נ"ו כ' באריכות להכריע דבד"מ אינו דומה לגט שבאיסור אמרינן שגמר בדעתו שיהיה כפי הגדת השליש:

ומה שהקשו מדין ברירה לדעתי אין זה דומה אף לע"מ שירצה אבא כיון שיודע שהוא שליח לקבלה גמר בדעתו לשם גירושין גם בשליח להולכה גמר בדעתו לכך כיון שיודע שביד השליש לתנו לה אבל בממון אין זה רק נאמנות והרבה יש להאריך בזה ואם האמין לבע"ד בעצמו בודאי ל"א שהקנה לו רק שהוא נאמנות וממילא שיש כאן חיוב שבועה ודינו של הרשב"א בודאי הוא באופן שאינו טוען רק שלא ידע מה כתוב בשטר בזה ל"ש חיוב שבועה כלל רק שהאמין והתחייב על כל מה שכתוב ואין חילוק בין אם התחייב על כל מה שכתב הבע"ד בעצמו או הסופר אם שניהם מודים גופא דעובדא היכי הוה אבל אם יש הכחשה שאחד טוען שאינו אותו וכתבו יותר ממה שהגידו לו בודאי תלוי אם הוא שטר בעדים או כ"י שא"נ לאמר פרעתי או אמנה גם כאן אינו נאמן הלוה אבל להשביעו בודאי שיכול להשביעו שהלא לא התחייב רק על מה שהגידו לו ואף אם היתה הכחשה בסכום המעות שכתוב בשטר בפירוש יותר ממה שהגיד הלוה והוא אומר שהאמין ולא קרא והיה יכול לקרות יכול לאמר שלא חשדתיו בשקרא וסמכתי עליו ובודאי יכול להשביעו ע"ז ואין כאן מחילה ולא התחייבות ודומה לזה בס' רלב"ח ויעוי' בסי' רל"ב אף אם יכול להבחין אם היה המדובר בפירוש יעוי' במח"א ואכ"מ:

ובנ"ד אין כאן הכחשה במה שכתוב בשטר בפירוש שאף אם היה מכר לא שותפות יוכל לאמר שהיה תנאי ביניהם שאינו מקבל עליו אחריות המוכר הראשון רק אם לא יתן המוכר הראשון העצים יהיה ההפסד על הקונה השני כפי חלקו והוה כמו שטוען על כת"י תנאי היה בדבר ואם הוא נאמן לאמר פרעתי נאמן לאמר תנאי היה בדבר ואם הוא נאמן לאמר פרעתי בענין כזה כ"ז שלא היה ידוע ההפסד לא היה נאמן דהוי כמו בתוך זמנו כ"א היה אפשר לאמר חזרתי ולקחתי ובדין נאמנות בכ"י לדעתי אין לדמות כת"י זה לשטר חוב וח"כ שכתבו האחרונים כיון שאינו מבואר חיוב ההעמדה עכ"ז הרי כתב גם הרמ"א שהכל לפי הענין לזאת אם הדבר ידוע שהמוכר הראשון היה מחויב להעמיד על הנמל וידוע לכל מההפסד תהיה השבועה על הקונה השני אחר שישליש רי"ס המעות, כי כן כתבו האחרונים אפי' במקום שהדין פשוט שא"י להשביעו רק לאחר הפירעון:

ובנ"ד בודאי יוכל להשביעו כיון שטענתו הוא אינו עיקר מה שכתוב בשטר בפירוש וגם בטענת פרעתי וחזרתי ולקחתי היה אפשר לאמר שנאמן בשבועה רק כיון שהדברים נראים שלא רצה לעשות עסק עם המוכר הראשון גם הלא כפי המבואר במכתב מעכ"ת דבר שלא היה ברשותו כלל ומסתמא ג"כ ידוע לכל שאין להמוכר הראשון עצים כלל לבד מה שמכר לאחר מקודם ומכירה השניה לר"י סופר היה שלא בהסכם הקונה האחר והמכירה בטילה ואינו בא ע"ז רק מחמת התנאי שאינו מקבל עליו אחריות המוכר הראשון בודאי שהוא נגד הכת"י ויהיה נאמן הקונה מר"י סופר בשבועה ומחמת טרדותי קצרתי גם אין רצוני להתהדר בפלפולים בשאינם נצרכים להלכה וגם מה שכתבתי רק למען לא להשיבו ריקם:

סימן יט

(שם כ"ב ע"ב) א"ל רבא לעולם דלית בהו סימן ודקא אמרת ברה"י מאי מכריז מכריז מקום יעוי' פירש"י ואינו מכריז שם האבידה רק מכריז מקום מי שאבד אבידה במקום פלוני כו' צריך להבין הלא בגמ' לקמן דף כ"ח פליגי ר"י ור"נ אם אבידתא מכריו או גלימא מכריז מאי פריך הגמ' הכא מאי מכריז אליבא דרבא טפי משאר דוכתי ויעוי' לקמן כ"ח ע"א דקאמר רבא גופיה לעולם אבידתא מכריז וי"ל דהכא לרבא צ"ל דאיירי בדרך הינוח והוא דבר שאין בו סימן א"כ אם יכריז סתם הלא יסבור האובד שהוא דבר שיש בו סימן וגם י"ל דהמניח יסבור שהמוצא מצא דרך נפילה כמו סתם אבידתא משו"ה פריך מאי מכריז [וסברא זאת נזכרת בש"מ כאן יעו"ש] וקאמר מקום מכריז כדי שיתענין המניח לאמר אני הנחתי חפץ פלוני במקום פלוני. ובזה מיושבים דברי התוס' בד"ה אי דליכא כו' שהקשו על פירש"י מהא דתנן אמר את האבידה ולא אמר סימניה ל"א כלום דלכאורא יפלא למה לא הקשו ממתניתין דכל דבר שאין בו סימן הרי אלו שלו לכריז אבידתא ובעל האבידה יאמר החפץ, אבל לפי הנ"ל לק"מ דבדבר שאין בו סימן הלא הבעלים מתייאשים דהרבה אובדים ימצאו שיבאו ויאמרו אבדנו חפץ כזה משו"ה מתיאש אבל בדבר שיש בו סימן דהבעלים אינם מתיאשים א"כ יהיה די אם יאמר את האבידה אף אם לא אמר סימניה וע"ז תי' התוס' דאם אין המקום מיוחד אף אם לא יבא רק אחד ויגיד שם החפץ אנו לא נחזיר לו שמא יבא גם אחר ויגיד שאבד חפץ כזה משו"ה נחקור אחר סימניה, והתוס' הקשו אליבא דרבא דס"ל אבידתא מכריז ומיושב מה שנתקשו המפרשים בדבור זה יעוי' עליהם:

(שם כ"ד ע"א) תוד"ה אבל שנים כו' ולקמן גבי צבורי פירות דפריך ש"מ מנין הוי סימן ולא משני צבורי דעלמא דומיא דרישא מחרוזות ועיגול וככרות כו' לכאורא אינו מובן

דהלא כתבו התוס' מתחלה דאי מיירי דרך נפילה אתי שפיר דל"ה מנין סימן והלא אי מנין הוי סימן צ"ל דאיירי דרך נפילה ולא צריך לאמר מחרוזות דעלמא וצריך לאמר דהתוס' הקשו על סיד דמדייק ש"מ מנין הוי סימן והיינו אבל מקום ל"ה סימן א"כ י"ל דמיירי אף דרך הינוח וצ"ל מחרוזות דעלמא ל"ה דיוק גם מצבורי פירות די"ל דעלמא:

ועי"ל ע"פ שיטת הרמב"ם דס"ל דכל ספק הינוח לכתחילה לא יטול ואם נטל הרי אלו שלו וכן פסק גבי פירות מפוזרות הרי אלו שלו ולא התנה במכנשתא דבי דרי כמ"ש הגמ' אליבא דאביי דס"ל ישל"מ ל"ה יאוש וצ"ל אליבא דהרמב"ם דס"ל דל"א שלא מדעת ל"ה יאוש רק אם ידעינן ממי נפל אבל אם ל"י ממי נפל מסתמא הרי אלו שלו כיון דא"י למי יחזיר ומספיקא רשאי להחזיק בהן, אבל הא ניחא אם באמת ליכא סימן אבל אם מצא שנים במק"א אשר אם יכריז ויאמר שנים אבדתי הלא הוה סימן דהמה של זה רק לכתחילה אם הוא דרך נפילה אינו חייב להכריז דהאובד מתיאש מחמת שלא ידע כי נפלו שנים במקום אחד אבל אם יאוש של"מ ל"ה יאוש איך רשאי להחזיק בהם מכריז ואם יבא אחד ויאמר שנים אבדתי יהיה חייב להחזיר לו מחמת יאוש שלא מדעת ונצטרך לאמר מחרוזות דעלמא:

ולפ"ז י"ל דהתוס' לא כתבו דאי מיירי דרך נפילה ל"ה מנין סימן ואי מיירי דרך הינוח ל"ה אלא מחרוזה אחת היינו דלרבא דאמר מקום הוי סימן צ"ל דאיירי דרך נפילה ולרבה דס"ל מקום ל"ה סימן י"ל דמיירי דרך הינוח עי' ברש"א ולרבא שפיר כתבו התוס' דל"ה סימן בדרך נפילה גם המנין דרבא לטעמיה דס"ל ישל"מ הוה יאוש וא"כ שפיר הוה שלו אף אם מצא שנים אבל סתמא דגמ' דקיי"ל כאביי דל"ה יאוש א"כ צ"ל מחרוזות דהוי מחרוזות דעלמא ויעוי' ברא"ש ריש א"מ שכתב דכל מידי דמיכל הוה מדעת אבל התוס' ע"כ לא ס"ל סברת הרא"ש יעוין בתוס' ר"פ א"מ ומוכח כנ"ל, גם ע"פ סברת הרא"ש י"ל דגבי מחרוזות של דגים וככרות וכדומה אף בדרך נפילה הוי מנין סימן ע"פ מ"ש הרמב"ן הובא בש"מ ד' כ"ה דאם אמרינן אדם עשוי למשמש בכיסו א"כ ידע שנפלו ממנו ביחד א"כ נמי גבי אוכלין אם נאמר כהרא"ש דשייך גבייהו הך סברא עשוי למשמש גם בדרך נפילה הוי מנין סימן וגבי מעות מפוזרות משום דניכר דלאו בב"א נפלו וי"ל ג"כ דהתוס' לא כתבו רק לרבא דלדידיה לית ליה הך סברא דאדם עשוי למשמש אבל באמת התוס' ע"כ לא ס"ל כהרא"ש כנ"ל ועיין תוס' לעיל כ"א ע"ב תוד"ה ת"ש המוצא כו' דגם לרבא צ"ל סברא דאדם עשוי למשמש יעו"ש ואכמ"ל:

סימן כ

(ב"ב קמ"א ע"ב) תוד"ה נכסי להאי דמעברת בשכ"מ איירי כו' ואע"ג דאמר לקמן הלואתי לפלוני כו' אע"ג דליתא בברייתא בקנין כו' מ"מ הכא ליתא בשכ"מ כיון דליתא בברייתא בקנין דכולהו לאו בחדא מחתא מחתינהו יעוי"ש ולכאורא באמת טעמא בעי ונ"ל ליישב קושית התוס' דלק"מ והחילוק הוא פשוט דהנה בגמ' שם קמ"ח גבי הלואת לפלוני אמרינן ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה רב אחא בריה דרב איקא אמר הואיל ואיתא בברייתא במעמ"ש יעו"ש:

ולפ"ז ע"כ קושית התוס' אינה אלא לר"פ דלרב אחא בריה דרב איקא הלא איתא בברייתא ודברי ר"פ בלא"ה צריכין ביאור דמאי טעמא הוא זה דהואיל ויורש יורשה משו"ה יהיה מקנה במע"ש כיון דליתא בהקנאה לעולם ע"כ נראה דלא איירי ר"פ בירושה דממילא רק בירושה דריב"ב דאם אמר על מי שאינו ראוי ליורשי דבריו קיימין וזה מהני אפי' במלוה כמו דמשמע להדיא בדף ק"ל ע"ב ומה פשוט שיפה כחו שנוטל בראוי כבמוחזק התורה נתנה רשות להנחיל לכל מי שירצה כו' דמשמע דנתנה רשות להנחיל כל חלקו אף בראוי ומשו"ה קאמר ר"פ הואיל ואיתא בהקנאה בדרך ירושה ליורש איתא נמי בהקנאה בש"מ ואין זה אלא בהלואה אבל בהקנאה לעובר דס"ל להגמ' הכא דאם אין זכיה לעובר לא יוכל להקנות גם דרך ירושה לריב"ב ושאני מירושה דממילא א"כ גם בש"מ לא מהני ומיושב בזה שפיר הא דאמרינן הכא אלימא ליה ריב"ב הוא דמאי ראיה מריב"ב דאיירי בירושת האב דנפל מאם הנחילו את בנו דהוה כירושה דממילא אבל לפי דברי התוס' דבש"מ איירי ולפמ"ש למעלה אם היה מהני לריב"ב בלשון ירושה ממילא מהני גם בש"מ:

דרך אגב אבאר דברי התוס' שצריכין ביאור דז"ל בש"מ איירי מדקאמר עלה ולוקמה כריב"ב וריב"ב בברייתא איירי מדקא בעי לה עלה בברייתא האיך כו' יעוי"ש ולכאורא הלא הגמ' קאי על המשנה שהביא האומר אם ילדה אשתי זכר כו' דלוקמה כריב"ב א"כ מה ראיות התוס' להך עובדא דאמר נכסי להאי דמעברה וגם דברי התוד"ה ולימא ליה ריב"ב היו צריכין ביאור שכתבו תימה אמאי נקט ריב"ב דאפילו רבנן מודו דבלשון מתנה מועיל כו' דמה קושיא היא זו דמאי ראיה היא זו דריב"ב דס"ל דיוכל להנחיל לכל מי שירצה א"כ כמו דירושה דממילא גם עובר יורשו יכול גם להקנות ולהנחיל גם לעובר אבל לרבנן בדרך מתנה א"י להקנות דמזכה לעובר ל"ק אבל באמת כונת הגמ' ולימא ריב"ב היא אינו לחלק בין לשון ירושה ללשון מתנה רק דהסברא פשוטה אם מזכה לעובר ל"ק גם לא יוכל להקנות לו בלשון ירושה ומביא מריב"ב דאמר שאם אמר

על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ומדנקט סתמא כל מי שראוי ליורשו הלא גם עובר בכלל וע"ז קאמר הגמ' אימר דשמעת ליה לריב"ב לדבר שישנו בעולם כו' (והיינו כמ"ש דמשמע מריב"ב דכל מה שמהני בירושה יוכל להקנות ולהנחיל אף דבר שלב"ל) ריב"ב היא וסבר לה כר' יוסי (דעובר יורש וא"כ ממילא קאי עלה ריב"ב לאמר דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין וממילא גם מזכה לעובר קני כנ"ל) מי יימר דסבר לה (אשר לכאורא דחוק הלא אם אינו מוכרח מ"מ מצינו לאמר דהך תנא ס"ל כריב"ב וס"ל כר' יוסי אבל לפי הנ"ל כל שקלא וטריא של הגמ' הוא אם ריב"ב איירי בעובר שפיר פריך מי יימר דס"ל כר"י ואיירי בעובר דלמא לא ס"ל כר' יוסי ובהאי לישנא דמי שראוי ליורשו אינו נכלל עובר וממילא אף לר' יוסי אם ס"ל כריב"ב לא מהני בעובר אף בלשון הנחלה וירושה דמזכה לעובר ל"ק):

ויעוי' ברשב"ם שהדברים מבוארין שם כמ"ש ושפיר הקשו התוס' דאם ריב"ב איירי בעובר א"כ ממילא גם רבנן דפליגי עליו הלא לא פליגי אלא בלשון ירושה אבל בלשון מתנה מודו א"כ ממילא גם רבנן ס"ל דמזכה לעובר קני ושפיר הוכיחו גם התוס' דגם בשכ"מ איירי כל הסוגיא היינו דאם מזכה לעובר ל"ק גם בש"מ ל"ק דאם היתה הסברא פשוטה דבש"מ מהני אף אם נאמר דמזכה לעובר ל"ק א"כ אין ראיה מריב"ב דאיירי בש"מ (ואף דריב"ב הלא נפיק ליה מקרא א"כ מה חילוק יש בין שכ"מ לבריא דאין זה אלא מדרבנן י"ל דטעמיה הוא מקרא אבל במשנה דינא קתני ולדידן בכל מי שראוי ליורשו קנה ואף עובר בכלל) וע"ז סיימו ואע"ג דבהלואתו מהני כו' וכמו שביארתי למעלה, והדברים פשוטים אך מחמת שראיתי לאיזה מאחרונים שנתקשו בזה כתבתי זאת ויעוי' ברש"א על תוד"ה נכסי להאי כו' שלפי הנ"ל דבריו צ"ע ויעוי' ברמב"ן בחידושיו שמפרש ולימא ריב"ב כו' דלריב"ב ירושה דממילא וירושה שמוריש בדיבורו שוין ולר"י דעובר יורש זוכה גם בחלוקת האב אבל לדעתי התוס' מפרשים כהרשב"ם וכנ"ל:

סימן כא

תשובה לשואל אחד. הענין הזה ראוי להסתפק בו בשני דברים א' אם מותר למכור החנות ולשנות מדעת ודברי המצוה שתהיה החנות על עולמות ב' מה שצותה שרק הפירות יוחלקו לעניים אם רשאים לשנות ולתן מהקרן לצורך הכנסת כלה עניה מקרוביה:

הנה מ"ש הרב המערער פשוט שאין בדבריו כדי לבטל הצואה כי לפי הצעת גופא דעובדא לא היה ממש בהחזקה שבחיי אביה להעמיד החנות בחזקת בעלה כמו בן בנכסי האב שאין דרכו להקפיד כמבואר בסי' קמ"ט סעי' ו' בהג"ה וכל החזקה היתה

מחמת שישבה בחנות אחר מיתת אביה בפני אחיה הגדולים וזה היה אחר פטירת בעלה ממילא הוי החנות בחזקתה ולא בחזקת יורשי בעלה ובדבר שלא נשבעה על הכתובה אילו היתה החנות בחזקת בעלה אשר מחמ"ז רצה הרב המערער לבטל הצואה יש לדון הרבה כמ"ש כתר"ה אולי היו בניה בשעת צואתה דהוי כדינו של המרדכי פ' ז"ב הובא בחו"מ סי' פ"א ובאה"ע סי' ק"ו בט"ז וב"ש:

ומה שהעיר מעכ"ת בסתירת דברי הט"ז בחו"מ לדבריו שבאה"ע לדעתי דברי הט"ז צודקים לסתור ראיתו של המרדכי אבל לא לסתור את דינו כי מה שהביא המרדכי מהא דאמרינן בסנהדרין ל"ש אמר מלוה כו' בודאי ליתא לדעת בעה"ת הובא בשו"ע סעי' ז' לזאת צדק הט"ז מה שהעיר על דברי הרמ"א שהביא כאן הך דינא של המרדכי ומשמע שמפרש דאמרה לבנה חמשה זקוקים שיש לי אצלך בודאי ל"ה שתיקה כהודאה אבל בדינו של המרדכי כפי פשטות הלשון משמע דמיירי בחמשה זקוקים מנכסיה צותה שיתנו לפלוני רק דכל הנכסים בחזקת הבעל והיורשים כדין אשה בנכסי בעלה בזה צדק המרדכי דמדשתיק מסתמא מחלו השבועה או דאינם חושדים אותה דהנה דיני שתיקה כהודאה היכא שיש למצוא טעם על שתיקתו מפוזרים הם וראוי להאריך בזה אך העיקר מה שנראה ברור דבדברי שהוא בחזקת אחד ל"ה שתיקה כהודאה להשני אך ממון שהוא ראוי להסתפק בזה אם שתק אמרינן שתיקה כהודאה ויעוי' בתוס' ב"ק צ"ו ע"ב ד"ה והלה שותק כו' וכ"ה בב"מ ו' גבי שניהם אדוקים בחפץ לפנינו אמרינן שתיקה כהודאה ומשמע בפוסקים דאפי' שלא בפני ב"ד הויא שתיקתו כהודאה אף שיש שם אמתלא והיינו משום שהדבר בספק ויעוי' במהרי"ט ונראה שדעתו ג"כ לחלק כנ"ל: ובזה אמרתי ליישב מה שהשמיט הרמב"ם האיבעיא שבגמ' הקדישה בלא תקפה דלפי פי' התוס' דהאיבעיא הוא שהקדישה בפני השני אם הויא שתיקתו הודאה ומסקנת הגמ' דאם כשתבע הגזבר צוח ל"ה הקדש עי' בתוס' שם ד"ה הקדישה כו' היה להרמב"ם להביא הך דינא ולמה השמיט מידו סוגיא שלמה, והנה לפי פי' התוס' הסוגיא תמוהה מאד דמה זה ראיה מהא דמסותא וע"כ ג"כ איירי בשתק השני א"כ מאי היה ס"ד להביא מספק בכור אשר מה זו שתיקה שם גם אין עולה יפה פשיטות הגמ' מהא דר"נ כל ממון שא"י להוציא בדיינין כו' הלא גם בס"ד היה ידוע להגמ' דמה ביתו ברשותו וכל הספק הוה אם אמרינן דהוה שתיקה כהודאה והוה כמו פקדון כמ"ש התוס' שם אין ראיה כלל מהא דר"נ גם צ"ע בזה דהלא משמע שחצי אחד יכול להקדיש בודאי וכל הספק הוא על מחצה השני א"כ פשוט דהיה להם לפרוש מהמסותא מחמת החצי שלו ולכאורא משמע שבס"ד היה ס"ל דמסותא מטלטלין איירי:

לזאת נראה שהיה להרמב"ם פי' אחר בהסוגיא והוא ע"פ דברינו הנ"ל גם עוד הקדמה אחת מה שיש להסתפק אם חזקת ממונא הוי חזקה המבררת או דל"ד לשאר חזקות ול"ה מבררת כלל רק מסברא דמאן דכאיב ליה כאיבא כו' וכבר דברו האחרונים בזה ואכמ"ל. והנה הגמ' בס"ד ידעו ג"כ מדברי ר"י גזל ולא נתיאשו הבעלים כו' רק דזהו דוקא אם הדבר הנגזל הוא עתה או היה ברשותו של הגזלן אבל אם הדבר הנגזל אינו ברשות שניהם יכול להקדישו וע"פ יסודות הללו דברי הגמרא מבוארין דלא איירי כלל בשתיקה רק הספק היה דאם נאמר תקפה מוציאין מידו ול"ה שתיקה כהודאה ע"כ היינו משום דאמרינן חזקת כ"א בהחצי שלו הוי חזקה דממון מבוררת א"כ אם הקדיש האחד אין חשש בחציה השניה דחזקת ממונא מה שיש להשני בהך חציה מהני דל"ה ספק איסור כלל אבל אם נאמר תקפו כהן אין מוציאין והיינו ע"כ משום דעדיין לא חשבינן לכ"א כאלו הוא מוחזק בהחצי בחזקת ממונא רק דכן הוא הדין בכל דבר המוטל בספק ושניהם אדוקין בו דב"ד אומרין להם יחלוקו (וראיה יש לזה דלא הוה כ"א מוחזק גמור בחציה רק מחמת ממון המוטל בספק מזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה כו' דהשני נוטל רביע ואם היה מוחזק בהחצי מחמת תפיסתו היה לו ליטול החצי כטענתו ולס"ד תקפו מוציאין י"ל):

לפ"ז יש להסתפק אם קם האחד והקדיש אם חל ספק הקדש על חצי השניה כיון דעדיין אינה ברשות השני ול"ד לגזל ולא נתייאשו כו' דעדיין לא גזלה או דילמא כיון דאם לא יהיה תקפה לא יהיה שלו אין כאן ספק כלל משום דלא דמי לביתו וא"י להקדישה אף אם באמת היא שלו ופשיט שפיר מהא דמסותא דפרשי רבנן מתחילה מחמת הך ספיקא (אף דמיירי שהיתה ביד השני כמו דמשמע מלשון פרשי דמסתמא היה אחד מחזיק בה ע"פ תפיסתו אך כפי המסקנא דאיירי במסותא דמקרקעי ומקרקעי אינה נגזלת והוי כמו מטלטלין שאינם לא ברשותו ולא ברשות השני ומיושב קושית הגרע"א בגה"ש על הא מי סברת מסותא מטלטלין יעוי"ש) ורצה רב המנונא לפשוט מהך ספק בכורות דהיה קשה לו למה לא נאמר דחזקת ממון שיש להבעלים יוציא מספק איסור אע"כ תקפו כהן אין מוציאין אותה מידו והיינו משום דל"ה כאן חזקת ממון הבעלים כיון דהוא ספק בכור ולפיכך אסור והיה סבור רב המנונא דהספק אצל רבנן הוא דמחמת שהמסותא עתה ת"י השני אין כאן ספק איסור ופשיט שפיר דכיון דאם תקפו אין מוציאין ל"ה חזקת ממונו חזקה כלל א"כ ה"נ אסור דהלא גם כאן אף דהמסותא עתה בחזקת השני אם יחזור המקדיש לתקפה אין מוציאין מידו (ואף להרא"ש והטור דס"ל דלא כהתוס' רק דהיכא דאמרינן כל דאלים גבר אם גבר האחד אין השני יכול לחזור ולהוציאה ממנו אין זה רק

אם תפס אחר שיוצא מב"ד הדין כל דאלים גבר אם תפיסתו מהני לדעת הרא"ש שא"י לחזור ולתופסה אבל אם קודם שבאו לב"ד תפס האחד יכול השני לחזור ולתופסה אף לדעת הרא"ש והטור) ודחי הגמ' מי קמדמית קדושה הבאה מאליה דהתם אף אם נאמר דתקפו מוציאין והוי חזקת ממונא מעליא ביד הבעלים מ"מ אסור מספק דחזקת ממון אינו מברר כלל אבל הכא האיבעיא הוא אם יכול להקדיש כיון דאינו ברשותו והשתא הא לא תפס או דילמא כיון דאם תפסו אין מוציאין אסור מחמת ספיקא עד דפשיט ר"ה מהא דכל ממון שא"י להוציאו בדיינין אף דל"ה ברשות שניהם מ"מ א"י להקדישו ממילא גם כאן אף אם נאמר תקפו אין מוציאין משום דל"ה חזקת ממונא ביד השני מ"מ כיון דעדיין לא תפסה וא"י להוציא המחצה השניה בדיינין אף אם באמת היא שלו א"י להקדישה וכיון דהרמב"ם פ"ו מהל' ערכין הל' כ"ג פסק כר"נ דאף במקרקעי דוקא אם יכול להוציא בדיינין יכול להקדישה ואם א"י להוציאה בדיינין א"י להקדישה ממילא גם כאן א"י להקדישה ויש להאריך בזה:

ובעז"ה מצאתי להש"מ בשם הר"ן שבעיקר הסברא כונתי לדבריו ז"ל שהיכא שהממון מוטל בספק אז אמרינן שתיקה כהודאה ולפיכך בדינו של המרדכי שמבואר בלשונו שאמרה חמשה זקוקים מנכסיה ואין היורשים יכולים להוציא מידה רק היא נאמנת בשבועה בודאי י"ל בזה שתיקה כהודאה אבל הדין שהוציא הרמ"א דמשמע שהוא מפרש שצותה לבנה לתן וכן משמע מהרא"ש שהביא המרדכי (וכ"ה בתומים יעוי"ש) עולה יפה השגת הט"ז ושפיר חזי מזליה דהט"ז שהשיג בחו"מ על הרמ"א אבל לא על עיקר דינו של המרדכי: וראיתי בנתיבות בסי' פ"א וכל דבריו צע"ג דמה שהביא משתק מתחילה ועד סוף דהוי הקדש מחמת שתיקה כהודאה דהיינו ע"כ גם בעת שתבע הגזבר יעוי"ש בתוס' ב"מ הנ"ל א"כ אין זה דומה כלל להכא דהלא היורש אינו שותק לבסוף גם מה שכתב על דברי הרמ"א מטעם דברי ש"מ ככתובין ומסורין ג"כ צ"ע דהלא ל"ה כמסורין רק לאחר מיתה ומטעם זה לא קנה בש"מ במעמד שלשתן ויעוין באחרונים שכתבו דמה"ט ל"ש בש"מ מעמ"ש דהלא ל"ה כמסורין רק לאחר מיתה ואז אין הנותן במעמ"ש ובנ"ד אם היתה החנות בחזקת היתומים אינו דומה לא לנידון של הרמ"א ולא לעובדא שבמרדכי כמ"ש הש"ך בחו"מ והט"ז באה"ע לחלק ויעוי' בנ"י ב"ק לענין גדול האחים שנתן מתנה הוי שתיקת האחים מחילה וכ"ה בשו"ע סי' רפ"ז יעו"ש:

אבל אין זה ענין לנ"ד אף דהיתה ג"כ נו"נ בנכסים דהתם איירי אם נתן מתנה לאחר מעות או מטלטלין היכא דלגבי האחר הוי מתנה גמורה וא"י לתבוע ממנו רק דין האחים עם הגדול לתבוע ממנו בזה אמרינן דשתיקה הוי כמחילה משום דאין אדם

רואה מזיקין נכסיו ושותק אבל במתנת קרקע וכה"ג בודאי ל"ה שתיקה כמחילה. ומ"ש מעכ"ת מאה"ע סי' צ"ו דצואתה קודם מיתה הוי כנשבעה לא נמצא באה"ע רמז מזה, רק מש"כ הרמ"א רמזה קודם מיתתה הוי כנשבעה היינו אם השביעה ורמזה שלא קבלה הוי כמו דאמרה אמן על השבועה אבל בצואה בעלמא בודאי אף אמירה בשעת מיתה ל"ה כשבועה והוא פשוט:

אך באמת אלו היתה החנות בחזקת בעלה י"ל דבקרקע אין מתנתה כלום אם לא שמו ב"ד הדיוט יעוי' בסי' צ"ו סעי' ה' ואף לדעת הרמב"ם פי"ז מהל' אישות הובא בב"ש שם היינו דוקא במכירה אבל במתנה לא עשתה ולא כלום עי' בסי' צ"ג סעי' כ"ה ויש להאריך בזה ואף אם נאמר דהחנות הוי כמטלטלין לענין שארי דברים מ"מ לענין זה הוי כמקרקעי כיון דהוי ברשות היתומים ולא הוי האשה לזאת אם היתה החנות של בעלה י"ל דאין בצואתה כלום ואף אם היתה נשבעה ואין שייך לדינו של התה"ד רק לפמ"ש כתר"ה לא היתה כלל בחזקת בעלה:

גם יעוי' במהרי"ט חאה"ע שכתב להסתפק באשה המפרנסת את בעלה דל"א כלל מה שקנתה אשה קנה בעלה ובדבר מה שקנה ר"ש הקרקע שתחת החנות לדעת א"י לאמר טול עציך כו' כיון דהויא עשויה לבנות ואף שיש לחלק בין בונה לכתחילה בשדה של חבירו בשדה שעשויה ליטע דאף אם הוי יורד שלא ברשות מ"מ כיון דעשויה ליטע בודאי הוי כמו ברשות אבל הכא ל"ש לאמר דהוי כיורד ברשות מ"מ נ"ל דאין לחלק בזה ויעוי' באה"ע סי' פ"ח וזיל בתר טעמא שכתב הראב"ד דכוי כמזיק היינו כיון דהיא עומדת לבנות בודאי והוא אומר לו טול עציך הוי כמזיק ומשו"ה כתב דא"י לאמר לו טול עציך ולפ"ז אין לחלק בין אם בנה לכתחילה על שדה חבירו ובין היכא דמצא בנויה בשדהו ולא שייך כאן ג"כ לאמר מחמ"ז דקנה זכות הא"י שהיה יכול לאמר טול עציך דגם הא"י אם היה אומר לו כן היה מזיק וגם היכא דגלי אדעתיה דניחא ליה לכו"ע ליה לאמר לו אח"כ טול עציך יעוי' בפוסקים דכיון דאין בעל העצים יכול לאמר את עצי אני נוטל הוי כמו דבר שמקחו קצוב שכיון שהגביה קנה וא"י לחזור בו והכא נמי קנתה לו חצירו וא"י לחזור בו ושוב א"י לאמר טול עציך, א"כ פשוט כיון דהשכיר החנות והחזיק אותה על הקרקע שלו בודאי קנה וא"י שוב לאמר טול עציך ויעוי' בשו"ע ובמפרשים ב"מ ק"ג:

וגם י"ל דהוי כאחד מן השותפים שקנה דמסתמא לצורך השותפים קנה א"כ כיון דהר"ש הזה הוא אחד מן הקרובים וגם כפה"נ היה הוא האחד מן הקרובים שהיה העוסק בשכירת החנות מסתמא לצורך השותפות עשה ובפרט דהיה אסור לכ"א לקנות הקרקע

מטעם חר"ג השגת גבול (וגם אפשר דחק המלכות היה שבעל הבנין קודם או שהיה המקח קצוב) ואף אם נאמר להטיל עליו ח"ס אם לא קנה לצורך שותפות לא יקבל עליו גם אפשר לחייבו שבועה מחמת חזקה אך לא ארצה להאריך בזה ויעוי' סי' קפ"ג וסי' שכ"א ובאחרונים כי לדעתי אם ישומו הוצאות הבנין לפי השבח יעלה ג"כ לסך מרובה כי בודאי בזמן קניית הקרקע היה מקח החנות גבוה כי בצוק העתים עתה ירדו המקחים מהחניות אחורנית והיה אפשר לבטל הצואה מחמת שאין עדים בדבר כמו שכתב כתר"ה אשר לא היה עד בדבר רק הצדיק המנוח רפ"מ זצ"ל וכבר השיג השבות יעקב על המבי"ט שכתב להטיל ח"ס על היורשים שאינם מאמינים להעד והשבו"י האריך בזה שא"י להטיל על היורשים כלום כיון שלא האמינתו התורה ויעוי' בפ"ת שהסכימו האחרונים להשבו"י:

אך באמת היה בהעלם עין מהם דברי הראב"ד בתשובה הובא בש"ג פ' ז"ב על משנת אליהו הקרובים אשר ז"ל ראובן שהיה שכ"מ וחלק נכסיו כו' כו' ואם לא היתה הצואה בפני היורשים יכולים המכחישים לאמר איני מאמין ע"א והרוצים באותה חלוקה יכולים להחרים ח"ס על כל מי שמאמין שלא יכפור כו' יעו"ש הרי מפורש בדברי הראב"ד כדעת המבי"ט ויעוי' ביו"ד סי' קכ"ז ובאה"ע סי' קט"ו לענין נאמנות ע"א ואפ"ל דהראב"ד לטעמיה דס"ל בכ"מ ע"א נאמן באיסורין אף היכא דאיכא חזקת היתר והענין עמוק מאד והארכתי במק"א:

גם י"ל דבצוה לתן לאחרים האיך יהיה רשאי האיש ההוא לירד לנכסיו והלא ספק גזל והלא י"ל דגם אין ע"א נאמן להוציא מחזקה והכא הלא שניהם לא הו"ל למידע והדבר הוא בחזקת היורשים משא"כ בציוה לתן לצדקה דאצלו הדבר בספק איסור משא"כ לגבי העניים ויעוי' ביו"ד ס"ס רנ"ט דאם לוה אחד מעות אלו של צדקה הם אם אינם בידו אינו נאמן אך כ"ז אם אינם מאמינים לו אבל לכתחילה ללמוד אותם לאמר איני מאמין ויעוי' ביו"ד סי' קכ"ז ובט"ז ובש"ך דלכו"ע אין אומרים כן רק בסתם יינם אבל לא בספק איסור גזל, אבל כפה"נ הלא הוחזקה החנות הזאת עוד בחזקת צדקה לעולמות עוד בחיי יורשי האשה ובודאי היתה זאת בהסכמתם אשר היה שלהם ונאמנים היו ע"ז לזאת אין כאן מקום לנאמנות ע"א גם אזיל ליה ההיתר מחמת שלא נשבע כיון דהיה בהודאת הבנים ואף שתיקה כה"ג מתחילה ועד סוף גם בעת שתבע הגזבר וגם גבה דבכה"ג בודאי הוה שתיקה כהודאה גמורה ולא יחלוק אדם בזה:

אשר ע"כ נ"ל מה שיש לדון ע"פ מה דיש לברר איזה קנין יש לצדקה עולמית, דידוע מש"כ המהרי"ק והאריך בזה המהרי"ט והאחרונים דגם בצדקה ל"א ככתובים וכמסורים

רק אם הקנה לאנשים מבוררים ובהקנה לסתם צדקה באופן שאינה שיכה לבני העיר העלה המהרי"ט דל"ק צדקה ויכולים היורשים לבטלה רק במק"א הארכתי בזה והעליתי לברר דהיכא דיש גזבר הוי הוא כבעלים ולא איכפת לן מה דהעניים אינם מבוררים רק בנ"ד הלא אין כאן גזבר אך די"ל כיון דבני המשפחה מבוררים הוי כהקנה לבני המשפחה ויעוי' באחרונים אך כ"ז לגוף הצדקה אבל אם יש קנין בזה שתהא דוקא לעולמות הלא יש להסתפק בזה אם יש קנין לעולמות בזה או מחמת שינוי על דעת הנותן והנה מבואר בשו"ע יו"ד סי' רנ"ז וסי' רנ"ט החילוקים בזה דמחמת שינוי מדעת הנותן רשאי לשנות מעני לעני ומענין לענין ובפרט היכא דהמצוה יותר גדולה, אבל אם יש קנין להעניים בגוף הדבר אינו רשאי לשנות אפי' ממצוה קטנה למצוה גדולה ויעוי' בט"ז בסי' רנ"ז וסי' רנ"ט וכמעט הדבר מפורש בראש"ש ובתשו' הרא"ש ויעוי' בב"י בסי' רנ"ג, רנ"ו ורנ"ט ובנ"ד יש להסתפק בזה:

ולכאורא לדעת הרמב"ם דס"ל דבצדקה נקנה גם דשלב"ל י"ל דגם לאיש שאינו מבורר אך בדברי הרמב"ם כבר נתקשו בו רבים שז"ל בפכ"ב מהלכות מכירה דין ההקדש ודין העניים כו' שאלו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש כו' אע"פ שאינו מתקדש כו' חייב לקיים דברו שנ' כל היוצא מפיו יעשה והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים ולפ"ז היה נראה דכשם שבצדקה יכול לקנות דשלב"ל כן לדבר שאינו מבורר אך הלא אי אפשר לאמר כן בדעת הרמב"ם שהלא בעצמו כתב בהל' עירכין דאין אדם מקדיש דשלב"ל ואי משום נדר הלא אין היורשים מחויבים לקיים נדר אביהם והיה מקום לאמר ע"פ סברת התוס' הובאה בר"ן נדרים ט"ז ע"ב ופסקו הרמ"א בסי' רי"ד דהיכא דהזכיר שם החפץ הוי כדבר שיש בו ממש והיינו כאוסר החפץ עליו וכיון דלהרמב"ם הוי נדר מהני ג"כ באומר שכר הבית הזה וכה"ג ויעוי' בסמ"ע סי' רי"ב אבל עדיין צ"ע למה כתב דוקא ש"מ וגם לשון זכו בו עניים לא משמע מטעם נדר:

לכן נ"ל להסביר הדבר יותר ע"פ מה דאמרינן ב"ב קמ"ח דבשייר לעצמו אמרינן דשייר גוף לפירות א"כ כיון דס"ל להרמב"ם דבאומר פירות דקל יהיו לעניים הוי נדר וכיון דהוי עליו נדר והיורשים אינם מחויבים לקיים נדרו והוי כמו שיירם לעצמו לקיים נדרו דאמרינן דשייר הגוף לפירות ומשו"ה דייק הרמב"ם דוקא שכ"מ ושפיר זכו בהם העניים ודבר מסתבר הוא ולפ"ז שפיר יסבור הרמב"ם דגם לצדקה א"י להקנות לאינו מבורר ולפ"ז יש להבין הכא איך היתה המתנה לבני המשפחה אם דהוה כמו אחריך וצ"ע:

סימן כב

יבמות ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר אנא בר מיתנא אנא וכולהו נכסי דידי ויבם אמר אנת ברי דידי כו' הוי ממון המוטל בספק כו' ועיין לקמן בפ' אלמנה דף ס"ח ע"א אר"י אמר שמואל זו דברי ר' יוסי אבל חכמים אומרים כו' אוכלין בשביל המשפחה כולה, ופסק הרי"ף שם כחכמים דאוכלין בשביל המשפחה משום דאנן קיי"ל דעובר לית ליה זכיה וה"ה בירושה דממילא וכן פ' הרמב"ן והרשב"א ועי' ברמב"ם פ"ח מהל' תרומות ופשטות דבריו משמע ג"כ דפסק כהרי"ף ויש להאריך בזה ובדברי הכסף משנה שם ואכמ"ל:

ועי' בבא בתרא פ' מי שמת דף קמ"ב ע"א רבא אמר שאני הכא דרפויי כו' ובפי' רשב"ם דסבירא ליה לרבא דעובר לא קני אפי' בירושה דממילא וא"כ לכאורה קשה אמאי לא מיקרי היבם מוחזק דהלא כל זמן שהיה העובר במעי אמו לא זכה העובר ונכסים בחזקת היבם קיימא, גם יש להעיר הלא אף הני פוסקים דפליגי על הנך רבוותא היינו הרא"ש ודעימיה טעמייהו משום דאנן קיי"ל דאב המזכה לעובר קני וכש"כ ירושה דממילא, והרי כתבו הנ"י והריטב"א דקודם מ' יום הוי מיא בעלמא ולא קני רק כשהקנה לו לאחר מ' יום והסכים לדעתם הש"ך בסי' רי"ב עיי"ש וא"כ ה"ה ירושה דממילא דלא זכי העובר רק לאחר מ' יום וכמו דקיי"ל ביבמות עובר מ' יום אינו פוסל וא"כ קשה לכו"ע הלא זכה היבם קודם מ' יום ואמאי לא יהיה נקרא מוחזק נגד העובר שבא להוציא מחזקתו וצ"ע לעת הפנאי ולא באתי בזה רק להעיר:

סימן כג

ראיתי בת' נוב"י מה"ת חלק חו"מ סי' ל"ד שכתב בנידון אפטרופוס שלוה מעות יתומים על רבית בלא משכנות, זה פשוט שאם הב"ד שמינוהו אמרו לו בפירוש שיעשה כטוב בעיניו אז מה שעשה ברשות ב"ד עשה ואף שע"פ דין אין רשאי להלות מעות יתומים כ"א על דהבא פריכא כו' מ"מ אין לאפטרופוס חיוב כיון שהב"ד הרשוהו כו' עכ"פ אין לחייב את האפטרופיס כלל, כמו שמבואר בשאלה אשר הב"ד בעת שמינוהו אמרו לו שיעשה כטוב בעיניו עיי"ש ומקור הדין הוא ממה שמבואר סי' ר"צ סעי' י"ג בהג"ה רמ"א שאם נטל רשות מב"ד מותר לעשות כל מה שירצה עיי"ש, אבל צ"ע מדברי הריטב"א גיטין נ"ב שכתב ג"כ הדין של הרמ"ה והר"ן מקור דברי הרמ"א וכ' ע"ז בשם רבו הרב דוקא שנטל רשות מב"ד בכל שעה אבל לתן רשות בתחילתו לעשות מה שירצו אין רשות לב"ד ואם נתנו להם רשות לא עשו כלום עיי"ש וא"כ דינו של הנוב"י צ"ע:

ועי' בטור בשם הרמ"ה שכ' וז"ל דכ"ז לא מיירי אלא בלא רשות ב"ד אבל ב"ד רשאין לעשות כל מה שיראה להם שהוא תועלת ליתומים עיי"ש, ומוכח בהדיא כהריטב"א הנ"ל דלא הזכיר רק שהרשות ביד ב"ד לעשות אבל לא הזכיר כלל שהרשות ביד האפטרופוס לעשות, ואף שהה"מ כתב בשם הרמב"ן והרשב"א כלשון הרמ"א מ"מ מודו לדברי הריטב"א שגם הריטב"א כתב כן לדעתם עיי"ש וכ"ז אינו אלא לענין לשחרר עבדים (ודברי החמד"ש צ"ע) ולענין למכור קרקעות, אבל בנידון של הנוב"י י"ל דגם ב"ד אין רשאין לעשות כן וה"ה האפטרופוס ברשות ב"ד, דהרי בגמ' וברמב"ם לא הוזכרו תנאים אלו לתן מעות יתומים רק לענין ב"ד ועי' בטור שכ' דממנין אפטרופסים מ"מ כתב דאינו רשאי לתן המעות אפי' בתנאים שהוזכרו רק לפני ב"ד עיי"ש הטעם משום דנותנין אותן קרוב לשכר ורחוק מהפסד ועי' בב"י בשם תלמידי רשב"א דב"ד צריכי כדי ליטול רשות מהם דאין אפטרופוס רשאי להלות מעות יתומים מעצמו בלא רשות ב"ד ומ"מ בעי תנאים הנ"ל ועי' בשו"ע ובסמ"ע ס"ק ט"ז לזאת מכריעים הדברים דלא כהנוב"י:

ועי' ברשב"א גיטין נ"ב שכתב וז"ל אבל בברייתא כו' אפי' אפטרופוס שמינהו ב"ד להאכיל אין כו' היא כיון דמינהו ב"ד הוה ליה כאילו נטל רשות מב"ד בפירוש על מה שהוא רוצה לעשות בנכסיהן דאז ודאי מותר דכל מה שאמרו בברייתא אין אפטרופין רשאין כו' והלכך אצטריך בברייתא לאשמעינן דסתם מינוי ב"ד אינו כנוטל רשות ב"ד מפורש בפרטי המעשים כו' אם כי מתחילת לשונו משמע דלא כהריטב"א רק אם נטל רשות מפורש מהני ולא ממעט אלא מינוי ב"ד סתמא אבל מסוף לשון הרשב"א משמע די"ל דס"ל כהריטב"א דצריך ליטול רשות מב"ד בפרטי המעשים, ועי' בחידושי הר"ן גיטין נ"ב שכתב ג"כ כהריטב"א וז"ל ומיהו משמע דוקא כשנטלו רשות כל שעה כפי מה שיראו ב"ד אבל לא היה כח בידן לתן להם רשות לעולם ואם נתנו לא עשו ולא כלום, וכ"כ הרא"ה ז"ל הרי שיטת הריטב"א והרא"ה והר"ן ז"ל בהדיא בשיטה אחת ולא מצאנו חולק בהדיא:

סימן כד

חו"מ סי' רצ"ג סעי' ד' ויש מ"ש דה"ה נמי אפי' לא הוחזק כפרן אלא שהיה רגיל בעל הפקדון להפקיד אצלו לזה שהופקד אצלו עתה וכן נמי אי שדר ליה פלניא גברא מהימנא הוא א"י לחזור בו וחייב באחריותו עייאש והוא לקוח מדברי הר"ן והרשב"א ספ"ק דגיטין, ולכאורא תמוה דהרי מבואר לעיל סי' רצ"א סעי' כ"ו לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השני הרי השומר הראשון פטור מלשלם והמה מדברי הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות וא"כ האיך הביא המחבר בסי' רצ"ג דברים הסותרים לזה

ובסי' רצ"א סתם ולא הביא שום חילק וראיתי שכבר הקשה זאת הקצה"ח בסי' רצ"ג ונשאר בצ"ע:

ולכאורא היה נראה ליישב בפשיטות שהרשב"א והר"ן כתבו זאת על דברי הגמ' גבי הולך מנה לפלוני פקדון שיש לו בידי וגבי מעות הלא קיי"ל דאין להם שמירה אלא בקרקע א"כ מאי מהני מה שמוסרם להוליך ע"י מי שרגיל להפקיד הלא גם אם הנפקד בעצמו היה מניחם בכיסו להתהלך באשר יתהלך בשוק וברחובות היה ג"כ חייב אם נאנסו שלא שמרם כדרך השומרים ומכש"כ אם מסרם לאיש אחר שלא בידיעת הבעלים ולפ"ז תהיה הכונה בדברי הר"ן וכן נמי אי שדר ליה פלניא איש מהימנא הוא אע"ג דלא פטרי כו' לא דאמר לו המפקיד לשלוח לו המעות דכיון דגלי אדעתיה שרוצה שיביאם לו שוב אינו חייב לשומרם בקרקע כמו שמבואר בשו"ע סי' רצ"א סעי' כ': וכן נמי צ"ל דאירי המחבר בסי' רצ"ג אף ששם סתם ולא כתב דאירי במעות ועי' בתוס' ב"ק ק"ד ע"א ד"ה אינש מהימן הוא כו' ולכאורא לפ"ז ל"ק גם קושית התוס' דבמעות הלא לא שייך המעלייתא שמסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו אך דהתם כיון דאירי דאמר המפקיד לשלוח לו אף אם נאמר דלא הוי ליה דין שליח מ"מ הרי גלי אדעתיה דרוצה ליקח המעות ושוב א"צ לשומרם בקרקע וכמו שמבואר למעלה גם מפורש כן בגמ' גבי קרני שמשי ושפיר הקשו התוס', ולפ"ז לא יהיו סותרים דברי הר"ן והרשב"א לדברי הרב המגיד שכתב בספ"א מהל' שכירות על הא שכ' הרמב"ם היה בידו פקדון ושלחו ביד אחר כו' הואיל והראשון חייב באחריותו וכ' הה"מ נ"מ מטעם זה אם הבעלים רגילים להפקיד אצלו שאין הנפקד יכול לחזור בו שכבר נפטר מאחריותו והעתיקו הסמ"ע בסי' קכ"ה עיי"ש ולפי הנ"ל י"ל דהה"מ איירי בבהמה דהרשות בידו להוליכה ממקום למקום שוב ראיתי בתומים סי' קכ"ה שקדם להקשות מסי' רצ"ג על סי' רצ"א ותי' דבסי' רצ"ג איירי שהוליך הפקדון במקום סכנה וכעין תירוצן של התוס' ב"ק וצ"ע ועי' בקצה"ח דאף דלא הזכיר דברי התומים מ"מ מכלל דבריו דחה תי' התומים וצ"ע:

וראיתי בקרבן נתנאל ספ"ק דגיטין דברי הרמב"ם ספ"א מהל' שכירות והעתיק ע"ז בשם הרב המגיד בזה"ל הוצרך לכתוב טעם זה נ"מ כגון דשויה מריה דפקדון שליח להביא לו או דשליח נאמן גבי מפקיד כו' דלא יוכל לחזור מטעם דאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר מ"מ אם בא לחזור חוזר מטעם אחר והאריך בזה הק"נ שהרמב"ם הוכיח דין זה מדברי הגמ' מדמוקי לה בהוחזק כפרן ולא מוקי ליה בממציא לו המלוה שליח או דשליח נאמן גבי מלוה אלא בודאי אפי' בכה"ג יוכל לחזור עיי"ש. ותמה אנכי על עצמי איך כתב בשם הרב המגיד דברים שכתוב להדיא בהיפוך כמו שהעתקתי למעלה וכן

כתב הסמ"ע והש"ך והל"מ בשם הה"מ, גם דקדוקו מדברי הגמ' לאו כלום הוא לפי שיטת הרמב"ם דאם מסר למי שהבעלים רגילים להפקיד באמת אינו חייב באחריותו ולפי שיטת הר"ן הדברים עולים יפה, וע"י במל"מ ספ"א מהל' שכירות ופ"י מהל' מלוה ולוה שכ' ג"כ כהתומים דכל הדרכים בחזקת סכנה והקשה על הרה"מ ונשאר בצ"ע:

סימן כה

לחכם אחד. ע"ד מה שנסתפק בשומר קרקעות שאין בו חיוב שומרים אם ישנם בכלל שמירת נזקין שיכנסו תחת הבעלים בחיוב שמירתן ובתשלומי הזיקן ופשטה רום כתר"ה מסוגית הגמ' ב"ק נ"א ע"ב משהניחו משתמש ומלישנא דרש"י ז"ל דהוה ליה שואל על חלקו של חבירו. לכאורא היה עוד מקום להתעקש בזה דשא"ה דהוה בור של שני שותפין והיה חיוב שמירה על השותף הזה מעיקרא רק דגם על השני היה חיוב שמירה וכיון שזה השואל חלקו לחבירו ונסתלק משמירתו ממילא חייב השני על כולו, והרי אין כל חיוב חדש על המשתמש רק מה שנפטר הראשון, וממילא חייב השני ועי' בחו"מ סי' ע"ז ובש"ך ותומים שם ובב"ק י"ג שלמים שהזיקו לא צריכא לגבות מבשרן נגד אימוריהן כו' אבל בבור של אחד ובבור חבירו וקיבל שמירתו י"ל דכמו שאין עליו דין שמירה נגד הבעלים לא חל עליו גם חיוב שמירת היזק והבעלים לא נפטרו מחיוב הראשון עי"ל דשא"ה דאיירי בבור של מים וגם המים מצטרפין לחייב הנזק של בור כמו דאיתא התם בור שמונה ומהם בט' מים כו' ועל המים הלא איתא בהו חיוב שמירה דלא חשיבי כמו קרקעי ויעוי' ב"ב ע"ט וברמב"ם הל' מעילה (ועי' בע"ז נ"ט ואמאי הא מחוברין נינהו ל"ל דתטמינהו כו' ויש לחלק):

אבל באמת הדין עם כתרה"ג ומוכרח מהא דאיתא בדף ט' שור ובור שמסרן לחשו"ק חיב הא לפקח הבעלים פטורים ולחזקיה איירי בשור קשור ובור מכוסה ולר"י איירי בשור מותר ובור מגולה עיי"ש (ומשמע דחזקי' ור"י לא ס"ל צד תמות במקומה עומדת דאל"כ הלא בשור היה חייב על הבעלים גם בפקח שסתם מסרן משמע ש"ח ויש להאריך בזה ולעשות ציצים ופרחים ואכ"מ) וכן פסק בהדיא הרמב"ם פי"ב מהל' נזקי ממון המוסר בורו לשומר חייב בנזקיו ואם מסרו לחשו"ק כו' והובא גם בטור ובשו"ע סי' ת"י הגם דסבירא להו בסי' ש"א ובסי' ס"ו דאין דין שמירה ל"ש בעבדים וק' אף להתחייב בפשיעה ויעוי' בהגר"א שם הרי מפורש דאין גורם הפטור מחיובי דיני שומר גורם להפטר מתשלומי נזקין והטעם פשוט דחיוב נזקין בשמירה תליא ועל מי שמוטל שמירתו חייב בתשלומי נזקו וכל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו תנן ושטרות ועבדים וקרקעות אף דנתמעטו מדין שמירה היינו רק להפטר מחיוב תשלומין אבל

לענין חיוב שמירה נתחייבו כ"א כדינו ש"ח שלא יפשע וש"ש בחיוב שמירתו וראיה לזה מהא דב"מ נ"ח אגרייהו מיהא לפסדי ויעוי' פירש"י שם דנתחייב לשמרו מגו"א: ומטעם זה נלע"ד פשוט דגם בשמירה בבעלים לא יצא השומר מחיוב תשלומי נזקין (ויש להעיר לכאורא מב"ק מ"ז ע"ב ולהסביר ס"ד דגמרא שם דלרבנן אינו חייב בעל חצר אם הזיקו הקדירות וממילא חייב בעל הקדירות אך באמת אין ראיה ויעוי' בש"מ שם) דבודאי בשמירה בבעלים כל דין שומר עליו לענין חיוב שמירה ש"ח כשמירתו וש"ש כשמירתו כמו שפסק הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות הל' ד' דאף אם מסר השומר למי שרגיל להפקיד אצלו אם מיעט שמירתו כגון ש"ש שמסר לש"ח או שואל שמסר לשוכר הוי פושע וחייב אפי' שומר הראשון הוי בבעלים וכן פסק בשו"ע סי' רצ"א [ועי' בהה"מ שכתב הטעם משום דשמירה בבעלים אינו פטור רק ברשות השומר הראשון אבל לא ברשות אחר] ויעוי' במפרשים שהקשו על הא דסיים הרמב"ם ואם יש עדים להשומר השני שיפטר הראשון כדין שמירתו ה"ז פטור הלא הוי תחילתו בפשיעה כו' ועי' בל"מ שם והנה אם נאמר דלא קאי סיום דברי הרמב"ם האלו רק על הא דסיים ואפי' אם היה שומר הראשון בבעלים היה אפשר ליישב דהלא כל עיקר הטעם דלא מפטר מטעם שמירה בבעלים הוא משום דלא שייך הפטור כשהוא ברשות אחר א"כ אין לחייבו אלא אם אירע בבית השומר השני דבר המחייבו, אבל אם לא נעשה בבית השומר השני מקרה המחייבו בדין שמירתו לא נוכל לחייבו מטעם תחילתו בפשיעה דהלא על פשיעה ההיא לא נתחייב מטעם שמירה בבעלים, והא שכתב הרמב"ם הטעם שפשע שלא היה למוסרו היינו רק טעם דלא מפטר מטעם שמירה בבעלים כיון ששינה מדעת בעלים אבל מפשטות דברי הרמב"ם משמע דקאי גם על כל השומרים אף אם אינם בבעלים:

ולזאת נראה העיקר בזה ע"פ מש"כ ליישב קושית השב יעקב להקשות על דברי הרמב"ם הנ"ל מב"מ צ"ו בעל בנכסי אשתו כו' למנ"מ כו' בבעלים הוא ולפי הנ"ל הלא נ"מ אם מסר לאחר, וי"ל דהסבר דעת הרמב"ם הוא דהשומר השני אם הוא ברשות הבעלים הוי כאילו בא מכח הבעלים ויעוי' בירושלמי פ' הכותב ובקידושין פ"ק הל' ד' ואף אם שומר הראשון הוי בבעלים עכ"ז חייב ונגד הבעלים הלא הוא בא גם מכח השומר ש"ש או ש"ח וממילא נתחייב השומר הראשון מחמת ערבות דהיכא דגרועי גרעי' לשמירתו יכול לאמר לענין זה לא מסרתי:

סימן כה

בדבר "הפט" מדמי סרסרות ולפי דברי היודעים היו נותנים בעת שהיה יי"ש ביוקר ערך חצי קאפ' ועכשיו נותנים רבע ובעיקר הספק באשר לפ"ד נותנים בקרעמען. יותר אם לילך אחר מנהג דשם או אחר מנהג דכאן. לכאורא הדבר דומה להא דמבואר בחו"מ סי' של"א בהג"ה סעי' א' הלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים או איפכא אזלינן בתר המקום ששכרו הפועלים ומקור הדבר הוא מהירושלמי שהובא בב"י שם וזה לשון הירושלמי ב"מ ר"פ הפועלים א"ר הושעי' זאת אומרת מנהג מבטל ההלכה א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו הראיה חוץ מזו בני טבריה לא משכימין בני בית מעון משכימין בני טבריה שעלו לשכור בבית מעון נשכרים כבית מעון בני בית מעון שעלו לשכור בטבריה נשכרין כטבריה אבל שעולה מטבריה לשכור פועלין מבית מעון יכול למימר כן סלקין במחשבתיכין דלא הוינא משכח מיגר בטבריה אלא כגון דשמעית עליכון דאתון משכימין כו':

(הערה. ודרך אגב אפרש ראש דברי הירושלמי חוץ מזו שנדחקו בו המפרשים ומ"ש בציון ירושלים הוא תמוה מאד להמעיין בדברי הרמב"ן במלחמות קידושין שם דמ"ש בשמו דברוב שהוא בטבע מודה שמואל ליתא שם וגם מ"ש דדבר שהוא במנהג שהוא בטבע לפי הרשום בזכרוני איתא שם איפכא דרובא מסבלי כו' ל"ה רוב בטבע רק רוב נשים מתעברות יעו"ש ובמק"א הארכתי בדברי הרמב"ן הנעימים אבל אינם שייכים לכאן:

לזאת אפ"ל דהנה איתא בחו"מ סי' רי"ח סעי' ה' כל אלו הדברים במקום שאין מנהג אבל במקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום והוא לשון הרמב"ם סוף פכ"ח מהל' מכירה ולכאורא תמוה מהא דמבואר בסי' רי"ד סעי' ז' וסי' ר"כ סעי' ח' דלא אזלינן אחר רוב רק היכא דאיכא הוכחה דהדמים מודיעים או מצרים החיצונים ולשיטת הרמב"ם יש ליישב קצת אבל לשיטת השו"ע לכאורא תמוה:

ונראה לי בזה דע"כ ל"א אין הולכין בממון אחר הרוב רק היכא דהמיעוט מכחיש את הרוב או ממעטו בזה אמרינן דחזקת ממונא מצטרף להמיעוט ומבטל את הרוב אבל היכא דהמיעוט אינו סותר את הרוב בודאי אזלינן בתר רובא דהנה מבואר בחו"מ סי' רל"ב דכל דבר שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום ה"ז מום ונלמד מהא דאמרינן בכתובות פ' המדיר ע"א ע"ב מידי דקפדי אינשי כו' ויעוי' בר"ן שם דאזלינן בתר רוב ב"א וכ"ה באחרונים סי' ל"ט ומשמע דגם בממון הוא כן, וכן משמע לשון הרמב"ם והשו"ע שהסכימו עליו בני המדינה והטעם דל"א כאן אין הולכין בממון אחר הרוב דהרי המיעוט

אינו סותר להרוב דהלא מום איכא בזה המכר גם לדידהו רק דאינם מקפידין ע"ז בודאי אזלינן בתר רובא אבל גבי הא דקורין לכדי חבית דלגבי הנהו לא מכר כלל אלא כדא וכן גבי רובא לרדיא דלמאן דזבין לנכסתא ל"ה מום כלל אין הולכין בזה אחר הרוב, ולפ"ז לא שייך זה אלא היכא דמכר לו סתם אבל היכא דהיה מוכר לו כד בחזקת חבית ורוב ב"א היו מקפידין בין חבית לכד ומיעוט ב"א לא היו מקפידין בודאי היה יכול לבטל המקח כשיודע לו שהוא כד אף שמיעוט אינם מקפידין וכן איפכא אם רוב ב"א לא היו מקפידין ומיעוט ב"א היו מקפידין משו"ה גם בית ובירה בסי' רי"ד ובצמד בסי' ר"י דא"י מה מכר לו ולפי לשון רוב ב"א מכר לו בירה או בקר ולפי לשון מיעוט ב"א לא מכר לו רק בית או צמד אין הולכין בזה בממון אחר הרוב ואמרינן דהוא מהמיעוט וכן אם רוב בנ"א לא היו מקפידין בין חבית לכד ומיעוט ב"א היו מקפידין אבל הכא בסי' רי"ח דקאי על הא דאומר לחבירו בית כור פלוני אני מוכר לך וכרם שלי שבמקום פלוני אני מוכר לך דהמכירה היא ודאית רק שמסופקין אם יכול לבטל מחמת טעות במקח משו"ה הולכין אחר רוב בנ"א שאם אינם מקפידין וקורין אותו בית כור אף שאין בו בית כור א"י לבטל המקח אבל אם רוב ב"א מקפידין ואין קורין אותו בית כור יכול לבטל המקח: ויעוי' בלשון הרמב"ם דבפכ"ח מהל' מכירה כתב הולכין אחר השמות הערוכים בפי הכל ובפכ"ח כתב אחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להם ובפכ"ז כתב והשמות הידועים ביחוד לכל דבר ודבר כו' ולא שם שהכל אומרים לו ביחוד כו' אבל לפמ"ש יתיישב היטב שינוי הלשונות וכן הא דמבואר בסי' רי"ח דאם אמר לו בית כור אני מוכר לך ונמצא חסר דהאי כללא דסעי' מ"ט קאי גם ע"ז יעו"ש דג"כ קאי דאם אמר לו בית כור פלוני ולדעתי הדברים שרים גם מוכרחים. היוצא מזה דבדבר שהוא תלוי בהסכם בנ"א הולכין אחר רוב בנ"א אפ"ל דזה חידוש הירושלמי דבזה הולכין אחר רוב בנ"א ול"א המוציא מחבירו עליו הראיה)%%%% בני טבריה כו' שעלו לשכור בבית מעון נשכרים בבית מעון ובני בית מעון שעלו לשכור בטבריא נשכרים כבני טבריא כו' (היינו פועלים מבני טבריא שעלו לבית מעון ונשכרים שם אין הולכין אחר המקום שעלו משם רק אחר המקום שהמה נשכרים אבל שעלו מטבריא לשכור פועלין בבית מעון הולכין אחר המקום ששכר שם ולא אחר המקום שעושים משום דאומר לו כן סלקית במחשבתיכן כו) אבל בלא טעם זה היינו הולכין אחר המקום שעושין שם זהו פשטות דברי הירושלמי וכן פי' בפ"מ ולפ"ז אם בני בית מעון עלו לשכור פועלים בטבריא דליכא האי טעמא דכן סלקין במחשבתיכן היו חייבים לעשות ג"כ כבני מעון דהולכין אחר המקום ששם עושים המלאכה: ולפ"ז יתפרשו דברי הרמ"א דההולך ממקום שנהגו להשכים למקום

שנהגו שלא להשכים או איפכא ולא חילק ביניהם מסתמא איירי דהפועלים עלו ממקום זה למקום זה דבכה"ג הולכין אחר המקום ששם נשכרים ושם עושים המלאכה אבל אם הלך השוכר ממקום זה למקום זה לשכור פועלים לעשות במקומו אז יש חילוק בין הילך ממקום שמשכימין או איפכא כנ"ל בירושלמי. ובזה יתיישב מהא דתשובת הרשב"א בתו"א בסי' תרס"ב ובח"ג סי' תל"ג והובא באה"ע סי' ס"ו נשא אשה ממק"א ע"ד שתדור עמו במקומו הולכין אחר מנהג מקומו והא דברשב"א איתא שנשא במקום ממוצע ויש לו תנא דמסייע להרשב"א הנ"ל מירושלמי פ' הפועלים שם ע"ד דר' יוחנן בן מתיא אדם שהלך לקדש אשה ממק"א צריך להתנות ולומר לה ע"מ דתעבדי כן וכן ותאכלי כן וכן ועי' בפ"מ ונראה דס"ל הירושלמי דר"י בן מתיא ורשב"ג בהלך לשכור פועלים ממק"א ומנהג אותה העיר משונה צריך לתן כמנהג המקום ששכר שם הפועלים משו"ה לדידיה צריך להתנות שמא מנהג מקומם משונה ורשב"ג ס"ל הכל כמנהג המדינה שעושים שם ולפ"ז שציר קאמר הירושלמי ע"ד דר"י בן מתיא אדם שהלך לקדש אשה כו' וזהו מפורש כהרשב"א ולפי הנ"ל יסכימו שני הדינים כאחד דכמו ששם הולכין ארי המקום שעושין שם המלאכה ולא אחרי מקום ששכר שם הפועלים כן הכא הולכין אחרי מקום שידורו שם ולא אחרי מקום שנשא:

ולפ"ז יהיה הדין פשוט דאם אחד ממק"א עשה עם אחד ממק"א הולכין אחרי מנהג המקום שעשה שם המלאכה. אך העומד לנגדי הא דמבואר בתשובת הריב"ש סי' תמ"ה וז"ל אבל לא שנלך אחר מקום שבא הפועל משם כך ומ"ש בירושלמי בני טבריא כו' זהו כשהשוכר הולך למקום הפועל לשכרו שיוכל הפועל לאמר על מנהג מקומי השכרתי עצמי אבל הפועל ההולך להשכיר עצמו במקום אחר ע"ד מנהגי הפועלים מהמקום שנשכר שם הוא עושה וכ"ש בנדון זה שבא לקבוע דירתו במקום שנשכר כו' הרי דדעת הריב"ש הוא דלא כמ"ש למעלה רק דלעולם הולכין אחרי מקום ששוכר שש הפועלים (ויעוי' שם בריב"ש דגרסתו בירושלמי הוא דלא כגרסתנו רק כן הוא הגי' בני מעון שבאו לשכור מטבריא נשכרים כטבריא אבל אדם מטבריא כו' וכ"ה בחידושי הר"ן לב"מ שהביא הירושלמי הנ"ל וזה לשונו בני טבריא לא משכימין כו' בני טבריא שעלו לשכור מבית מעון ובני בית מעון שעלו לשכור מטבריא בני בית מעון שעלו לשכור מבני טבריא נשכרים כבני טבריא אבל אדם שעלה מטבריא לשכור פועלים מבית מעון יכול מימר הן סלקית במחשבתיכון כו' משמע ג"כ דדעתו בירושלמי כדעת הריב"ש וגרסתו):

(ולפ"ז הפשט ברמ"א בפשוטו דלעולם הולכין אחרי המקום ששכרו שם הפועלים אפילו עושים המלאכה במק"א אין הולכין אחר המקום שעושים שם המלאכה אבל לפ"ז לא

יתיישב לשון הירושלמי אבל אדם שעלה מטבריא כו' דיכול תימר כו' דלמה לי הטעם הזה הלא אף אם עלה מבית מעון כו', ג"כ הולכין אחר מקום ששכר שם הפועלים וגי' הר"ן יש ליישב ולהסב הכונה כמו שכתבתי לפי נוסח גרסתנו אבל דברי הריב"ש צ"ע, גם יקשה מהא דתשובות הרשב"א שכתבתי למעלה וי"ל דגם הריב"ש יודה לזה רק כונתו דכל הטעם דהולכין אחר מנהג המקום שנשכרין שם משום דעל הפועל להתנות משו"ה בני מעון שהלכו לשכור מטבריא נשכרים כבני טבריא משום דיכול לאמר ע"ד מנהג מקומי השכרתי ואיני יודע ממנהג מקומך ולא היה לו להתנות אבל בלא טעם זה על הפועל להתנות לשנות ממנהג המקום שנשכרים שמה ויתיישב הלשון של הירושלמי ועוד צ"ע בזה לעת הפנאי:

ועוד יש לאמר הטעם דהולכין אחר המקום שעושים שם המלאכה עפמ"ש מכבר בישוב הא דאמרינן בב"מ קי"א אמר לשלוחו לשכור לו פועלים אינו עובר בעה"ב על בל תלין וכבר נתקשו בזה למה לא אמרינן שלוחו ש"א כמותו ולפום רהיטא י"ל בפשיטות דכיון דקיי"ל דאם שכר פועלים כ"ז שלא התחילו במלאכה שניהם יכולין לחזור בהם משו"ה ל"ש שליחות דמילי כי האי לא ממסרו לשליח דדוקא מילי אשר הוא גמר המעשה כמו בהקדש או בנדרים כאשר קהו בזה אקהייתא אבל מילי כה"ג לא ממסרו ומשו"ה אינו עובר בעה"ב על בל תלין כיון דל"ה שלוחו כמותו הוי כמו עושים המלאכה בעצמם דאינם עוברים על בל תלין:

ולפ"ז יצא הדין דאם כשבאו הפועלים הראה להם הבעה"ב את המלאכה וצוה להם לעשות ע"ז קצבת השילוח הוי כמו שכרם הוא בעצמו דעובר על בל תלין אבל לפ"ז אינו מתחייב כלל השוכר בשכירות הפועלים טרם יתחילו במלאכתן משו"ה אין הולכין בזה רק אחרי המקום ששם עושים המלאכה ולא אחרי המקום ששכרם הוא והא דגבי כתובה הולכין אחרי המקום שדרים שמה משום דחיוב כתובה הוא אחר מיתה והא דכתבו האחרונים דאם מת במקום הנשואין צ"ע וביאור ואכמ"ל):

והנה לפי המתבאר למעלה בנ"ד שהמוכר ממקום אחד והלוקח ממק"א הולכין אחר המקום שנגמר שם המקח ויעוי' בתשובת דברי ריבות סי' ת"א ובצ"צ סי' ל"א לענין מכס שכיון שאחריותו של המוכר לא מיקרי עדיין גמר המקח ועי' ברשב"ם ב"ב דף מ"ד ובתוס' שם והדברים ארוכים ועי' בב"מ בתוס' ס"ד ע"ב דבמכר לו חטין סתם לא קנה גוף החטים א"כ ה"נ הלא לא נגמר המקח עד שיעמידו היי"ש לק"צ, אך עכ"ז לדעתי לא תליא הדבר לענין שילום סרסרות רק אחר גמר המקח ובמקום שהיה עיקר גמר המקח שם הוי עיקר המלאכה ואפי' לפי המבואר באחרונים דבסרסרות העיקר תלוי

רק בפסיקת דמים נ"ל דהיינו דוקא לענין שלא יוכל לדחות האמצעי ולהכניס איש אחר להיות הגומר אבל חיוב הסרסרות תליא דוקא בגמר המקח משו"ה אם כל המשא והמתן היה ידוע שיהיה נגמר במקום אחד החיוב לשלם כמנהג אותו מקום ובדבר ההוצאות שהיו לו הרבה לדעתי דומה הדבר להא דמבואר ב"מ דף נ"א ובחו"מ סי' רל"ב ובחו"מ סי' קע"ו:

לזאת אם הוציא הוצאות לטובת העסק ע"פ ציווי המוכרים צריכים לפצות לבד הסרסרות אבל אם הוציא מעצמו כדי לגמור הסרסרות שלו א"י לתבוע מהם. שוב ראיתי באחרונים ובדברי המלחמות לענין הא דאזלינן בתר רובא האריך בש"ש שמעתתא ד' ובאה"ע סי' כ"א הובא בשם תשובת פמ"א לענין דמי סרסרות ואינו ת"י ולא אדע מה שהאריך בזה ולענין בל תלין היכא שעושה מעצמו בלא ציווי בעה"ב כתב החמד"ש מסברת עצמו דאינו עובר בבל תלין יעו"ש:

סימן כו

בענין הסכסוך שבין הכוללים קאסוב, וויזניצא ומטוניא ובין כוללי דראהאביטש וטשארטקאב:

וז"ל הטו"ת מצד שלשת הכוללים הנ"ל. הטוען מצד שלשת הכוללים, אע"פ שעדיין לא הוחלט אצלי אם הנני תובע או נתבע כנים הדברים שאנחנו תבענו את הנשיא מדראהאביטש לד"ת והנשיא השמיט א"ע ודחה אותנו מדחי אל דחי ושאלנו את גדולי ישראל שבמדינתנו אם הרשות בידנו לעשות דבר מה לטובת הכוללים שלנו והתירו לנו משום עביד אינש דינא לנפשיה לקבוע קופות רמבעה"נ בכל רחבי מדינת גאליציא ולנגוע אפילו בקופות שלהם כדי שנכריח אותם שיעמדו אתנו לד"ת כי הטענה שלהם להתדיין בארה"ק היא נגד המציאות והאפשרות וכל מבין יבין זאת שאין זה רק דחוי בעלמא כמו שאומרים אין אנו חפצים להתדיין כלל וכלל, עכ"ז אנחנו לא הלכנו בדרך זה כ"א פנינו בבקשה לאחב"י פשוט בתפלה לעני כי יעטוף להפריש תרומה מיוחדת עבור שלשת הכוללים שלנו, ולא נגענו ח"ו בקופות שלהם ואחב"י קבלו בקשתנו בספ"י כאשר יש בידינו רשימות וחתימות מכמה אלפים ממדינת גאליציא שרוצים להחזק אתנו ואחר כן פנו משולחי דראהאביטש וטשארטקוב להזמין אותנו שכבר הם מרוצים בד"ת והסכמנו לזה:

הנה אנחנו תובעים בשתי טענות הא' כי כמו שהיה לנו שותפות עם כולל דראהאביטש זה כמה שנים וכיס אחד היה לכלנו ונתחלקו המעות הנאספים מכל הכוללים ביחד שוה בשוה לאיש כערכו כן יהיה גם עתה שיבוא הכל לתוך קופת אחת ויתחלקו המעות

שוה בשוה לא כאשר הוא עתה שאנחנו נשארנו בשלש ומחצה קריינין והם לקחו להם ארבעה עשר קריינין. גם אצלנו נמצאים קרוב לשלשה אלפים עניים הגועים ברעב, בעירום ומחסר כל כי אין הקומץ של ג' וחצי קריינין משביע אף לחם צר לג' אלפים עניים וכולל דראביטש יש לו מקבלים מועטים לפי ערך ההכנסה שלהם וע"כ רצוננו שיהיה הכל בכולל אחד כמקדם:

טענה ב'. אחרי אשר ראינו צרת נפשינו בהתחננו אל נשיא הכולל דראביטש ללכת אתנו לד"ת ושלחנו להם הזמנה מגדולי הרבנים ממדינת גאליציא ובוקאווינא והנשיא הרה"ג ר"ד שרייבער שליט"א לא שמע בקולנו זה שתי שנים. ע"כ הנני מוכרח לקחת לנו רשות ב"ד לתלות קופות לתן צדקה גם לטובת כוללותנו כי יגועו עניי כוללתנו ברעב ח"ו אולם הרבנים מכולל דראביטש בפקודת הנשיא שלחו איסור גם על זה שלא ירחמו עלינו לתת אפילו פרוטה אחת, ע"כ אנו מבקשים שהנשיא יעמוד עמנו לד"ת בפני ב"ד ואין זה שייך כלל לאה"ק כי אין לנו טענות על עניי כולל דראביטש בא"י כי הם אינם מחויבים לידע מקורי הנתינות והם נוטלים מה שנותנים להם וטענותינו הן רק על הנשיא ר"ד שרייבער הנ"ל:

גם יש לנו טענה על כולל דראהאביטש כי נוגע בקופות שלנו מעיירות השייכות לגבולנו כאשר נברר זאת:

והד"ת אי אפשר שתהא בא"י כלל או בפני הב"ד שבעיר הנשיא כי שם ידו חזקה מפני כמה טעמים. (שאר הטו"ת מב' הצדדים יבוארו מתוך התשובה): תשובה. חו"מ סי' ש"א סעי' ו' וכן אם הגבאי אמר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר, וצריך לאמר דלא קאי על הא שכ' המחבר אם היו מעות מיועדים לעניי מקום זה ולכאורא תמוה דבמרדכי לא קאמר רק היכא ומיהו אם הגבאי אמר לשומר שמור לי לצרכי ארנקי של צדקה ואם תפשע תתחייב לי חייב והוא אינו יכול לפטור עצמו אלא משלם לגבאי והגבאי מיהא יש לו להחזיר לעניים כי למה יעשה סחורה במעות של צדקה דקיי"ל כרי"ו כו' ויעוי' בנתיבות שעמד ע"ז ומה שחילק בין הגבאי עצמו שיש לו רשות לחלק ובין השומר שאין לו רשות לחלק הוא תמוה מסוגית הגמ' ס"פ החובל דר"י הו"ל ארנקי של צדקה אפקדה כו' חייביה רי"ו א"ל אבייי והא תניא לשמור ולא לחלק כו' והא רי"ו גבאי הוה ומסתמא אפקיד שלא ע"מ לחלק דלשון אפקד משמע שלא עשאו לגבאי ואפשר לאמר דהלא הנתיבות מחלק בין הגבאי להשומר דהגבאי זכה לעניים דלא הוברר העניים דבממון אמרינן ברירה כה"ג (והדברים תמוהים ועי' בר"ן ספ"ק דגיטין ובאחרונים סי' קכ"ו וגם בסי' ס"ו לענין מוכר שטר שכתוב בו לכל למי שמוציאו והדברים ארוכים):

ולפ"ז י"ל דרי"ו לטעמיה דס"ל עירובין ל"ז דגם בדרבנן אין ברירה ומכש"כ בממון אבל רחוקים הדברים מן האמת ונראה דהדברים כפשוטם דהמרדכי מיירי דהשומר א"י כלל שהמעות של עניים ויעוי' בי"ד סי' רנ"ט דאם יש הנאה לעניים מותר ללותו כו' וכן דייקא לשון המרדכי שמור לי לצרכי. וממילא נתחייב השומר ככל שומר לחבירו, ולא חידש המרדכי אלא דהתשלומין שייכים לצדקה דהלכה כרי"ו שאומר וכי הלה עושה סחורה כו' ול"ד בשוכר דה"ה בשומר שמסר לש"ש עי' ב"ק דף י"א ע"ב ודברי התוס' אלו נעלמו מה"ג שבו"י ח"א ח' חו"מ יעו"ש וע"כ צ"ל דזהו גם כונת רמ"א שכ' חייב כשאר שומר אם אמר הגבאי סתם שמור לי והיינו לצרכי וסמך הרמ"א על הא דקאי ביה דהיינו חייב לשלם לצדקה ויעוי' בביאור הגר"א שכפה"נ כיון לזה:

אבל לפ"ז לכאורא משמע דגם גבאי אם המעות בידו מיקרי ממון שאין לו תובעין ויעוי' במרדכי ב"ב פ"ק וא"ת תיפוק ליה משום דהו"ל ממון שאין לו תובעים וי"ל התם ממון שיש לו תובעים הוה דרב יוסף גבאי הוה ותובע מההוא גברא את אשר הפקידו והוה ממון שיש לו תובעים הלכך היכא דלא הוה קיץ להו היה חייב אם לא שכתוב לשמור ולא לחלק ולפ"ז מוכח בהדיא דהיכא שיש גבאי הוי ממון שיש לו תובעים ובשמירה חידוש הוא דכתיב לשמור ולא לחלק ויעוי' בפ' הגוזל ומאכיל קי"ז ע"ב דאפקד גביה ארנקי דפדיון שבוים כו' א"ל אביי והא מציל עצמו בממון של חבירו א"ל אין לך פדיון שבוים גדול מזה ולכאורא הלא בל"ז לפטר מטעם דהוה ממון שאין לו תובעין דאם היו לשבויים ידועים היה חייב וכ"ה בת' הרשב"א ובשו"ע סי' רצ"ב ותי' הנ"י בשם הרא"ש דלשמור ולא לחלק דוקא בשנתנו לו לחלק אבל הכא איירי שמסרו לידו לשמור ולא לחלק הלכך חייב להחזיר אם לא מטעמא דאין לך כו' ומוכח דאף בממון שאין לו תובעים יכול הגבאי לתבוע דהוא יד עניים:

ויעוי' ברמב"ם פ"ה מהל' שאלה שכתב מי שהפקיד אצלו מעות של עניים כו' שנאמר לשמור ולא לחלק והרי הוא ממון שאין לו תובעים אפי' באו עליו כו' וקדם והציל כו' ואין לך פדיון שבויים כו' בד"א בשאין המעות מופקדים לעניי מקום זה כו' ולמה ליה להרמב"ם טעמא דלשמור ולא לחלק כו' ואין לך פדיון שבוים כו' תיפוק ליה מטעם דהוה ממון שאין לו תובעים, ובתחלת ההשקפה נראה דס"ל להרמב"ם ג"כ דאפילו אם נתנו ליה שלא ע"מ לחלק והרי הוא ממון שאין לו תובעים אסיפא דאפי' באו עליו גנבים ואפשר דהרמב"ם ס"ל דלשמור ולא לחלק קאי ג"כ משום דהוה ממון שאין לו תובעים וקרא קמ"ל דאף לצאת י"ש אינו חייב, דגם ממון שאין לו תובעים אם גזלן חייב לשלם מד"ש ואתי קרא ופטריה לשומר ואף לצי"ש אינו חייב ודלא כהנ"י:

מ"ש הנתיבות לתמוה כיון דהעניים אינם מבוררים האיך זכה בהם הגבאי עבורם שיכול לתבוע מהשומר (ועמ"ש למעלה על דבריו) מה שפשוט ליה דהיכא שהעניים אינם מבוררים א"י הגבאי לזכות עבורם תליא באשלי רברבי ומחלוקת הראשונים הוא דהא דשנינו בשקלים מותר עניים לעניים מותר עני לאותו עני מותר שבויים כו' מותר מתים כו' ופי' הרא"ש דגבו לעניים ידועים וקמ"ל דאינו רשאי לשנותן לעניים אחרים והא דאמרינן בירושלמי ואין מוחין ביד הפרנסים כו' קאי אמותריהן אבל בעיקר הגביה משמע דאינם יכולים לשנותן ולהפסיד לאלו) ומה דמשנים קופה לתמחוי כ' הרא"ש משום דהוה דבר קבוע ואם חיסר יגבו שנית מהעיר אבל בזמן שאין מחלקים רק מה שנמצא בקופה ואם יחסר יחסר לעניים אין לשנות למצוה אחרת הרי דלפי הרא"ש לא יוכל לזכות לעניים אלא בעניים מבוררים אבל מהרמב"ם נראה שמפרש מותר עניים היינו שאינם מבוררים וקמ"ל המשנה דאף בשאינה מבוררים זוכה הגבאי בשביל עניים דעלמא שא"י לשנותם למצוה אחרת:

וכן יש להוכיח מסנהדרין מ"ח מותר מתים כו' כיצד גבו למתים סתם זהו מותר מתים למתים כו' הרי דמפורש בגמ' דהך מותר מחים היינו מתים ובא ומלמד גם על כל הא דחשוב בדיקתא דידה מותר עניים ג"כ בעניים סתם ולפ"ז גם באינם מבוררים זוכה הגבאי בשבילם דידו כיד עניים אפי' באינם מבוררים וכן כ' מהר"מ בת' מיימוני דמעות מעשר שנהגו לתתם לעניים אינו יכול לשנותן למצוה אחרת שכבר זכו בהם עניים ע"י מנהג ותנן בפ"ק דשקלים מותר עניים לעניים כו' הרי מוכח ג"כ דגבאי יכול לזכות גם לעניים שאינם מבוררים אבל האיר לעינינו בזה שכתב שהוא מטעם מנהג הרי מה דפשוט ליה להנתיבות כמה ראשונים ס"ל כן להדיא: גם יש להביא ראיה לכאורא מב"ק ל"ז דארי"ו ואע"כ דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן כו' ויש לדחות דרי"ו היה גבאי על עניי דפומבדיתא דמיקץ קייץ להו כמו דאמרינן ס"פ החובל ויעוי' בקידושין כו' לענין שדה לאחד ומטלטלין לאחר לענין מעשר עני שאני ר"ע דיד עניים הוא ופי' רש"י דהוה גבאי ומעשר עני הלא לא קייצי דר"ג הקנה כל מעשר עני בין המתחלק בגורן בין המתחלק בתוך הבית ואפ"ה קרי ליה יד עניים והא דלא איצטריך לטעמא דיד עניים אלא משום דלא להוי קרקע לאחד ומטלטלין לאחר אבל בל"ז אפי' בלא יד עניים זכה לעניים. מזה יש להביא ראיה דכל שמוסר לאחד לחלק לעניים הרי הוא כגבאי וכבר נחלקו בזה הפוסקים והדברים ארוכים, ויעוי' ברש"י שפי' לשמור ולא לחלק כיון דא"ל חלקהו תו לא דמפקיד נינהו ומאן קתבע עניים לא מצו תבעי דלכל חד וחד יאמר לאו לדידך יהיבנא כו' הרי דפירש אם הפקיד לו ע"מ לחלק ולפ"ז צ"ל גבי ההוא ארנקא דכיון

דרי"ו היה פטור גם הנפקד מאתו פטור וכ"כ הריטב"א פ' המפקיד גבי ההוא אפטרופא דגם אחר פטור אף אם הגבאי יכול לתובעו וי"ל בזה דיהיה תלוי אם טובת הנאה ממון או אינה ממון דלהגבאי או להבעלים יש לו בזה טוה"נ ואכמ"ל:

ובהא דקיץ להו פירש"י סוף החובל דהיינו קיץ להו ממון כך וכך לשבוע משמע דאם לא הוה קיץ להו לא זכו ביה העניים ולא הוי כמו יש להו בעלים מיוחדים וכן כתב הה"מ בשיטת הרמב"ם פ"ה מהלכות שאלה בכונת הרמב"ם אבל אם היה לעניים אלו כו' והרי הוא קצוץ להם דבעינן תרתי לעניים ידועים ויהיה כ"א ידוע יעו"ש וכ"כ הטור חו"מ סי' ש"א בד"א במקום שאין לעניים כ"א קצבתו ידועה אבל אם יש לכ"א קצבתו ידועה הו"ל כאילו הפקיד כ"א שלו כו' ובכ"מ העיר על דברי הה"מ שאין ראיה דהרמב"ם ס"ל כרש"י דבעי שיהיה קיץ להו לכל שבוע יעו"ש ובב"י הביא סתם דברי הה"מ ופירש"י שהטור קאי בשיטתייהו ובשו"ע סתם הדברים וכ"כ מהרי"ק בשורש ה' דעניים עדיין לא זכו בהו מכיון דיכולים להרבות לזה ולמעט לזה או שלא לזה כל עיקר דעת המתנדבים היה שלא יזכו בהם העניים עד שיבאו לידם יעו"ש:

הרי שיטת רש"י והרמב"ם והטור והה"מ ומהרי"ק ס"ל דכל שאין לעניים קצבה ידועה לכל שבת ויש ביד הגבאי להרבות ולהמעיט לא זכו העניים בהמעות ואם יש גבאי להרמב"ם והרבה ראשונים דזוכה לעניים אף אם אינם מבוררים ומי שאינו גזבר רק לצדקה זו תליא באשלי רברבי האחרונים ז"ל כמ"ש למעלה ויעוי' ברמב"ן במלחמות ריש דו"ה שכתב וז"ל ולא תטעה במה שכתב ר"ח ז"ל כו' מאחר שקנו עניים במעמ"ש אי אתה רשאי אפי' לשנותה שהרי הוא ביד המחזיק שהוא גבאי בסלע זה ודחיק ליה להאי פירושא מדל"ק הדרי בי כו' ואלת"ה האיך אפ"ל דכשבאת ליד גבאי דמי ואינו רשאי לשנותה וכי מפני שקנה רי"ו לעניים הוה כמי שבאת לידו הרי אקדיש סלע שברשותו שקנה רי"ו והעניים ויכול לשנותה אלא ודאי הא דלא מצי לשנותה מפני שהיא ברשות אחרים ביד התובע כו' ולא הוצרך רי"ו למעמ"ש אלא כדי שיקנו העניים:

ולפי דברי הרמב"ן לא ק"מ קושית הש"ך בסי' רנ"ח ס"ק י"ח על הא שכתב המחבר דינא דרי"ו זכה בו הגבאי מדין מע"ש כו' וא"י לחזור בו והקשה הש"ך א"כ מאי הקשו התוס' והרי"ף למה ליה לרי"ו לאמר אנן יד עניים אנן תיפוק ליה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי דאל"ה היה יכול להתיר יעו"ש ולפמ"ש הרמב"ן לק"מ דאם היינו אומרין אמירתו לגבוה כו' כיון שהיה ביד התובע היה נעשה גזבר וא"י להתיר אבל לפ"ז צ"ע על המחבר דכיון דהכא איירי בהיה לו חוב ביד פלוני למה כתב ג"כ דאסור לשנותו דוקא אם אמר במע"ש בפני הגבאי כו' הלא הלוה נעשה גזבר אבל ג"ז מיושב כיון דל"ה

ברשותו ל"ה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אבל כ"ז לעניין דהוה כבא ליד גבאי דא"י לשנותו אבל אם זכו בו עניים דא"י לשנות הגזבר לצדקה אחרת י"ל דהוא דוקא בגזבר קבוע. היוצא מהנ"ל דגזבר הוי יד עניים וזוכה לעניים אפי' אינם מבוררין ובפרט לפמ"ש מהר"מ שהבאנו למעלה דהוא מצד מנהג בודאי זוכה אף לשאינו מבורר ואף בעתיד לגבות ולא בא לידו דהכל אדעתיה נותנים:

ולפ"ז נבא לנידון דידן עניים כולל אק"ו לא הוי בע"ד כלל דלא זכו בהמעות מעולם גם אם יזכו בדין לטול חלק איזו שיהיה אינו מבורר למי יגיע חלק מהמעות האלו כי הלא אפי' המעות שיש להם מכבר אין החלוקה חלק כחלק ובודאי אינו מבורר למי מגיע ההכנסה שתהיה אבל האמרכלים והגזברים שהם יד עניים וכמו זטו"ה כמו שנבאר להלן בודאי המה בע"ד לטעון בהגבוי ובמה שעתיד לגבות ועניי כולל דרוהביטש אפי' אם נאמר דלא זכו עדיין בהמעות וגם נאמר דבהכסף שתובעים כולל אק"ו הוי עניי כולל דרוהביטש כמו אינם מבוררים כיון דהחלוקה אינה שוה לכל ביד האמרכלים להרבות או להמעיט ומהסך הקצוב לכל הלא לא יופחת אבל אף אם יהיבנא להו כל המגרעות דהוי עדיין שאינו ברשותם וגם אינם מבוררים אבל הלא כסף הכולל הוא מערופיא שלהם שזה הוא כל מקור חיותם וגם יהיב סיאריה וכל הנוגע בכסף הנוגע כאילו נוגע בנפשם בודאי הוו בע"ד משא"כ עניי כולל אק"ו כיון שעד עתה לא נהנו מקופת כולל דרוהביטש לא הוי מערופיא שלהם לזאת המה לאו בע"ד בתביעה זו רק האמרכלים שהמה אפטרופסים של כלל העניים המה יכולים לתבוע הזכות שיש להם ע"פ ד"ת, והנשיא מדרוהביטש בודאי הוא בראש וראשון לכל דבר הנוגע לכולל שלו כי הוא כאפטרופוס כמ"ש המהרי"ט והנוב"י ועוד עדיף מזה כמ"ש מהרי"ק בשורש ה' וז"ל ואף אם ימצא איזה פוסק שחולק אפ"ל דגזברים הללו מודה שכחם ככח בני העיר כנ"ל אבל שבבני עיר אחרת שולחים מעות לצדקה לגבאי עיר אחרת כו' וממנים גבאים על אותם מעות ודאי מסתלקים מאותם מעות מכל וכל ונותנים כח לאותם גבאים שהרי אינם יכולים לפקח בהם כו' ויש להם כח כמו בני העיר בצדקת עירם ואפ"ל דאפי' יותר מבני העיר:

ויעוי' ביו"ד סי' רנ"ח סעי' ה' בהג"ה הוי חייב עצמו בקנס לצדקה כו' ויכול הגבאי לתבעו מיקרי ממון שיש לו תובעין אבל מי שהקדיש ממון הרבה ומינה עליהם יורשים לחלק לטוב בעיניהם כו' מיקרי ממון שאין לו תובעים (היינו כיון שהוא מינה יורשיו לאפטרופסים לתנם למי שירצו העניים א"י לתבעו דהלא אינם מבוררים ולא זכו בהממון והגבאי א"י לתבען כיון שהוא אינו גבאי על מעות אלו) ואפי' בצדקה של בני עיר אין

אדם יכול לתבוע צדקה אא"כ יש לו הרשאה מגבאי או מטובי העיר הרי דהגבאי הוא הבע"ד ולא העניים אפילו מאותה העיר כיון שאין הצדקה מבוררת ולא קייצי:

(ב"ק מ"ו ע"א) מנין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה שנ' מי בעל דברים כו' אמרי נהרדעי כו' והרמב"ם השמיט הך דינא ומה שכתב העין משפט רמב"ם פ"ב מהל' חובל ומזיק הל' כ' וכפי' התוס' תמוה ששם לא הביא הרמב"ם רק הך דין דאין נותנים זמן לחבלות והוא מימרא דר' חנינא ב"ק צ"א אבל אין כונת התוס' דמימרא דר"נ אמר רבה ב"א מנין שנזקקין לתובע תחלה זהו דינו של ר"ח רק דהא דר"נ שייכא להך דר"ח דאין נותנין זמן לחבלות דר"ח אומר דאין נותנין לו זמן לשלם רק מחויב לשלם מיד וכן פירש הרמב"ם אבל מימרא דר"נ הוא שאם יש לחובל תביעה אחרת על הנחבל אין נזקקין לו עד שישלם תחלה לנחבל, וזה לא הביא הרמב"ם, וגם על הך דר"ח לא קאי הך דאמרי נהרדעא אי זיילי נכסי' כו' דאין נותנין זמן לחבלות אף אם זילי נכסי' ומשו"ה לא הביא הרמב"ם הך דאמרי נהרדעא אם היה הך דר"נ דבר אחד עם הא דר"ח דאין נותנין זמן למה השמיט הרמב"ם הך דנהרדעא ועי' בש"ך ח"מ סי' כ"ד שכתב בפשיטות דאין נותנים זמן לחבלות אף בזילי נכסי' יעו"ש:

ועל דרך הפלפול י"ל דהנה הגמ' קאמרי ארשב"נ מנין להמוציא מחבירו עליו הראיה שנ' מי בעל דברים כו' א"ר אשי למה לי קרא סברא היא מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא אתי קרא לדר"נ כו' ולכאורא יש לדחות סברת רב אשי מאן דכאיב ליה כאיבא כו' הלא ידוע קושית התומים למה דיינין בספיקא דדינא קולא לנתבע הלא הוא ספק איסור גזל והכא הלא קאי הגמרא על מתניתין דשור שנגח קאי אהא דאפי' ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא מ"מ אינו יכול להוציא ממון משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה יעו"ש והלא כבר כתבו הפוסקים דלא סמכינן אחזקה במקום דאפשר לברור משו"ה אפ"ל דמן הסברא על הנתבע לברר שאינו חייב ומכש"כ דאין כאן אלא חזקה דמעיקרא שאינו חייב דחזקת ממונא אינה חזקה המבררת, ועי' ברש"א יבמות ס"ט ע"ב על הא דאמרינן שם וליחוש שמא עברה שכ' דהא דלא אזלינן בתר חזקה משום דכיון שעתיד להתברר לא אזלינן בתר חזקה (ולכאורא צ"ע על רש"א דהלא על כיו"ב אמרינן בר"פ האיש שהלך דרוב נשים מתעברות וצ"ל משום דהכא איכא חזקת היתר לתרומה ויש להאריך בזה) ועי' במ"א הל"פ סי' תס"ז שרצה לאמר דלא אמרינן היכא דאפשר לברורי מבררינן רק היכא דליכא חזקת היתר אבל המג"א סותר עצמו שכ' בהל' ציצית וכבר האריכו האחרונים בזה ועי' בספר חמדת שלמה אה"ע סי' י"ט שרצה לאמר דהוי מה"ת:

והיכא דאיכא רוב משמע דא"צ לברר לרבנן דפליגי על ר"מ וס"ל דל"ח למיעוטא ויעוי' בחולין י"א ע"ב ובס' גינת ורדים כלל ס"א האריך בזה וי"ל דתליא אם ילפינן הא דאזלינן בתר חזקה או מהלכה דלרשב"נ דיליף בחולין דף י' מקרא ויצא הכהן כו' דילמא אדנפיק בצר ליה שיעורי' וכבר הקשו התוס' ל"ל קרא דאזלינן בתר רובא נילף מק"ו וי"ל דבחזקה היכא דאפשר לברורי לא אזלינן בתר חזקה משו"ה צריך למילף דאזלינן בתר רובא דאף אם אפשר לברר, אבל לראב"י שם דס"ל דלא מצי למילף מקרא והיא הלכה ולא קשה קושית התוס' על קרא לרובא וי"ל דאזלינן בתר חזקה אף היכא דאפשר לברר:
והנה רב אשי שם בחולין ס"ל דאזלינן בתר רובא יליף משחיטה עצמה דילמא במקום נקב קשחיט הרי דלא יליף רובא מק"ו מחזקה אף היכא דא"א לברר הרי ע"כ ס"ל דלא כרשב"נ דיליף מקרא רק הרשב"א דיליף מהלכה ולפ"ז יסבור רשב"נ דיליף חזקה מקרא יסבור דלא אזלינן בתר חזקה היכא דאפשר לברר ולרב אשי דיליף חזקה מהלכה כראב"י ס"ל דאזלינן בתר חזקה אף במקום דאפשר לברר ומשו"ה י"ל דרשב"נ לטעמיה שפיר קאמר מנין להמוציא מחבירו עליו הראיה שנאמר מי בעל דברים ולא קשה סברא הוא מאן דכאיב כו' דהלא גם להנתבע יש ספק איסור גזל ואפשר דהיכא דאיכא ראיה לברר עליו לברר אבל רב אשי דס"ל דאזלינן בתר חזקה אף במקום דאפשר לברר פריך ל"ל קרא סברא הוא מאן דכאיב כו' ואם משום ספיקא איסור גזל הלא יש לו חזקה דאינו חייב לו והרמב"ם פוסק כרשב"נ בזה דאם אפשר לברורי מבררינן וא"כ צריך קרא דמי בעל דברים לכדרשב"נ ומשו"ה השמיט הך דר"ח מנין שאין נזקקין כו' וכ"ז אינו אלא ע"ד הפלפול הרחוק:
וי"ל עוד בזה דלכאורא צ"ע על הא דרב אשי דפריך בפשיטות מאן דכאיב ליה כאיבא כו' הלא מצינו בסנהדרין ס"פ ז"ב דהתובע יכול לאמר לבית הועד קאזלינא והנתבע א"י לאמר משום דעבד לוה לאיש כו' ואף לפמ"ש הרמב"ם דאין זה אלא רק בהביא עדים שלוה ולכאורא לפ"ז שפיר קאמר רב אשי סברא היא כו' דהלא מ"כ אין כונת הרמב"ם שהערים יעידו לפני ב"ד שבעירם דא"כ יהיה קשה על הרמב"ם כל הסוגיא דב"ק פ' הגוזל הא דמקבלין עדים שלא בפני בע"ד דיכול לאמר לב"ד הגדול כו' הלא משכחת לה דהתובע אומר לילך לבית הועד ועיי"ש בתוספת שחילקו בין ב"ד הגדול לבית הועד:
גם אצ"ל אלא להביא עדים שמעידים אבל לא להעיד עדות גמורה, גם אם יש עדים שהלוה או שהזיק כיון שיש כאן לוה או מזיק שפיר מצי לאמר לבית הועד כמ"ש המפרשים ושפיר איצטריך דמ"מ כל שיש ספק על התובע להביא ראיה וי"ל דרב אשי לטעמיה דלית ליה הך סברא דעבד לוה לאיש מלוה דפריך התם לאמימר והא אר"א

כופין אותו ודן בעירו ואמימר קאמר התם טעמא דעבד לוה כו' ושפיר קאמר רב אשי סברא היא אבל אנן דפסקינן כאמימר דעבד לוה כו' שפיר איצטריך קרא לכדר"ש ב"נ דהמוציא מחבירו עליו הראיה ולא ס"ל הך דר"ח:

ועי' בירושלמי סנהדרין הל' ח' דר' קריספאי בשם ר"ח בן גמליאל יליף הא דהמוציא מחבירו עליו הראיה מהא דמי בעל דברים ויש מקום לאמר דהא דהתובע הולך אחר הנתבע הוא מחמת תקנה אבל מעיקר הדין צריך גם הנתבע לחוש ולדון עם התובע בעירו ויעוי' בתשובת מהרי"ק סי' צ"ז שאפשר לדון מדבריו שאין זה אלא מחמת תקנה גם מת' הרשב"א שהביא ב"י בסי' י"ז והוא בתו"א סי' שמ"ד ויעוי' ברשד"מ שכ' ג"כ דהוא מחמת תקנה ויש מקום לאמר דהיכא דאיכא על הנתבע לצאת י"ש מחויב לילך למקום התובע ובזה י"ל הא דאיצטריך בסנהדרין ס"פ ז"ב לאמר דהיבמה הולכת אחרי היבם והא ל"ל דהלא היא התובעת וע"כ משום דגם על היבם יש מצוה ויעוי' ביר בירושלמי פ' ז"ב ר"י בעי ביבמה מי מרדף אחרי מי התיב ר"א הכתיב ועלתה יבמתו השערה אר"י יפה למדני ר"א ועי' בפ"מ שם ובמק"א הארכתי הרבה אם המצוה מוטלת על היבם היכא דאין היבמה תובעת ובירתי שאין המצוה מוטלת רק כשהיא תובעת וי"ל דזהו כונת ר"א ועלתה יבמתו השערה דאף שאינו מבואר איזה שער רק דילפינן מהא דאין מצוה על היבם רק אם היא תובעת אותו וממילא כיון דאין מצוה על היבם רק אם היא תובעת ממילא התובע הולך אחרי הנתבע ושפיר קאמר ר"י יפה למדני ר"א:

לענין שליח מתובע בלא קנין אג"ק או שליח מהנתבע אם עשה דין עם שכנגדו אם הוה הדין קיים ולא יכול המשלח לאמר ולטעון טענות אחרות ולבטל הדין הדברים ארוכים מאד כי באמת פשוט מדינא דגמ' פ' הגוזל דגם שליח שעשאו בעדים יכול הלוה לדחותו אבל אם נתן לו הלוה מעות בודאי א"י המלוה לתבוע ממנו וכ"ה בשו"ע סי' קכ"ב יעו"ש וכ"ה בהדיא בסי' קכ"ג בש"ך בשם המרדכי דאחר התקנה אף בדשלב"ל כותבין הרשאה ויכול אף לכופו לדין יעוי"ש וזה א"צ לפנים דאחר הדין בודאי א"י לערער ולבטל, והירושלמי פ' ז"ב לא אמרו אלא דהנתבע א"י לעשות מורשה שלא תהא סנהדרין שומעת טענת שקר מפי המתורגמן ובכה"ג התירו אף אם הוא נתבע והנתבע הלא פשוט דאין לו מה להקנות ויעוי' בראש"ש ור"ן פ' שבועת העדות ויעוי' בת' הריב"ש סי' שצ"ב שכתב להביא ראיה מזה הירושלמי דהודאת שליח הנתבע הוי הודאה ואף שהרשד"ם בתשובה סי' תל"ט השיג על הריב"ש כל דבריו תמוהים וכבר השיגו הש"ך בסי' קכ"ד עיי"ש שכתב דהעיקר כדברי הריב"ש דא"י לבטל ולחזור מהודאת השליש לפני ב"ד ומכש"כ שא"י לבטל הדין אחרי שנזקקו לב"ד:

עוד נ"ל דהא דאין הנתבע יכול לעשות שליח הוא מטעמא כדי שלא יהיו הדיינים שומעים טענת שקר, זהו דוקא אם הרשה לאחר שאינו בע"ד בזה אבל לשותף יכול להרשות וכ"ה בהדיא סי' ע"ז וקע"ו דשותף אחד בידיעת חבירו מצי טעון וא"י השותף לבטל הדין כ"ז בנתבע דלא עשו תקנה אבל בתובע דעשו תקנה בודאי מהני אף לדבר שאינו ברשותו ודשלב"ל וכמ"ש המרדכי והש"ך בסי' קכ"ג וכן כתבו כל האחרונים עיי"ש והא דאמרינן בשבועות ל"ג ע"ב טעמא דאמר איש פלוני כהן כו' הא אמר מנה לפלוני כו' בבא בהרשאה כו' עי' תוס' שם זהו משום דבשבועת העדות בעינן דוקא בעל הממון ויעוי' ברמב"ם פ"ט מה' שבועות שכ' דע"י שלוחו מהני וכבר העירו נו"כ בזה גם אני הארכתי במק"א אבל פשוט כיון דמסקינן והאידנא כתב כן אפי' במלוה דכפריה א"כ מהני אף שלוחו אבל זה ראיה מוכחת דהוי דינו דין אף בשליח וזה א"צ לפנים:

אחרי הקדמות האלו נבא בעז"ה לדברי הגאונים הבוררים ולזכות ולהבר דבריהם לפני עניות דעתי מה שנוגע לדינא:

א) טעמי הגאון מבראד משום סכנה הטעם הזה לא נתברר ולא יתברר ובפרט שרוצה להיות ערב בדבר:

ב) שג' הכוללים אק"ו יש להם ברורים שכמה אלפים נותנים רוצים לתן לכולל אק"ו זה אם יראו הב"ד שיהיו יושבים על עצם הד"ת אם הדין נותן שיקבצו נדבות על כולל אק"ו ובני כולל דראהביטש:

ג) כל הד"ת שהיה בין הכוללים היה בחו"ל וכ"כ הג' ר"ד פרידמאן אם באנו לשמוע דברי זולתנו הלא יש כמה וכמה דעות נגדו ומש"כ הג' חת"ס נדבר להלן:

ד) לא נוכל לסמוך על ב"ד שבא"י שכולם נוגעים שיש להם קרובים או מחותנים הלא צריך לברר כ"ז אם לא נמצא ב"ד כשר בת' דרכי נועם כתיב שבני חו"ל המה נוגעים דעניי א"י עלייהו רעיא:

ה) הלא כבר סגר עלינו הדלת ולא נוכל לאמר לב"ד גדול קאזילנא: ו) הבירורים יכולים להיות כמו בא"י כן בחו"ל לזה אין טעם להקדים חו"ל לארץ:

ז) אנחנו נחשבים נתבעים כיון שרצוננו להעמיד קופות. ח) אף לפי דבריהם שאסור לעשות כן מ"מ הדבר דומה לשידוכין כו' וספק תקנה: ט) מש"כ בת' ד"ח דבדבר ברור וא"צ רק גילוי מלתא סגי שלא בפניו וע"ד טענת הוצאה כיון שאנחנו הנתבעים גם מחמת שאנחנו אין רצוננו להוציא אותם לב"ד הגדול:

י) עוד יש לנו הקופות שגבינו וזכינו בהמעות פ"ת חו"מ מק"ו שלא אבדנו זכותינו אף שהמה מושלשים מחמ"ז נחשבנו נתבעים וגם בטוחים בהוצאה:

יא) מ"ש הב' מאות רבנים, כיון שביארתי שאנחנו הנתבעים באופן זה לא אמרו ולא יאמרו גם הרבה מהרבנים המה נוגעים והמה חסידים ועי' בסנהדרין ל"ו ובחו"מ י"ח:
טעמי הגאון מביטשאטש ולא באותות יפרדו. אין הד"ת על המעות שבאו כבר לידי גובייגא רק על המעות שיבאו ואף אם עתה רוצים המנדבים דוקא על כולל דרוהביטש כשיצא הד"ת ע"פ דין או ע"פ יושר שצריכים לתן גם על הכולל אק"ו בודאי שיתרצו המתנדבים שיותן מחלקם גם על כוללי אק"ו ותמיד לא היה בענינים האלו ד"ת רק משטר וסדר וכן צריך להיות עתה ואם הנותנים יתנו אדעתא דהכי והדברים מרומזים בטוטו"ד מה"ק סי' קי"ז:
גם בדבר הקופות שע"פ דין מותר רק מצד התקנה דעתי שבני כוללים נקראים נתבעים והדבר צריך להיות בחו"ל שיהיה בפירסום והנותנים יהיו סומכים עליהם לא כן על ב"ד שבא"י ואנחנו נקראים נתבעים מפני הקופות ואף אם אנחנו באים לקבוע עכ"ז אנחנו נקראים נתבעים כמבואר בח"מ סי' קנ"ו לענין בר מבואה אבר מבואה דספק קולא לנתבע:
טעמי הגאון מזאלעשטשיק:
א) אנחנו לא נתבע את הנשיא מהעבר רק על להבא וכי יכול האפטרופס לתפוס מטלטלין ברשות שאינם של יתומים ולמסור להם בטענה שהם יעמדו אח"כ לדין ואם העניים דכולל שלו ימחו לא יאסוף עבורם או יאסוף ולא לתן להם עד שיעמדו לד"ת במקום שהמעות שם:
ב) הד"ת צריך להיות בחו"ל שהכל תלוי בדעת הנותנים ואף אם באים בזכות מכירי עניים ומצד השגת גבול בודאי צריך ע"ז דעת הנותנים: ג) מה שטועים שהברורים הוא דוקא בא"י אינו אמת כי ממ"נ אם יראו כולל אק"ו בירורים וזכיות הלא יראו אותה בפה רק שהם יראים מבירור דעת הנותנים וכבר נפסק הדין מכמה רבני ירושלים וכן נפסק מקרוב בהוסט שדין כזה בין הכוללים צריך להיות דוקא במקום המנדבים וגם מטעם שיהי' שם קולות ורעמים:
ד) זה שטוענים שנותנים אינם רוצים לשנות ממה שהחזיקו כל הניירות והחתימות המה רק מחמת פתויים אבל כאשר ישאלו אותם לתומם בודאי ישיבו בלא לב ולב שכל גאליציא יהיה אחד שאין לחלק ביניהם שפה אחת לכולם וכל גאליציא המה מעורבים זב"ז ואין לחלק ביניהם:

ה) מה שטוענים שכבר זכו עניי כולל דרוהביטש ואין להתאחד כיון שבינתים היו רשאים תחילה להתפרד אלא שהיה צורך שעה כן גם עתה השעה גורמת להתאחד להחיות עם רב מישראל:

ו) וגם אם הרוב מכולל דרוהביטש יגידו כי אין חפצם להתאחד יש שילך אחרי המיעוט שאומרים כהלכה ובחו"ל יתברר הדבר דעת הנותנים: ז) עכ"פ המיעוט רשאים לתן נדבתם לכולל אק"ו וזה לא אמרו אפי' בתשובה כהלכה:

ח) ע"ד קביעת הקופות יש בידנו כמה תשובות מגדולי מדינתנו להתיר להעמיד פושקעס מיוחדות ובקונ' יצב גבולות אין נזכר איסור על קופות מיוחדות ובודאי שאין כחו יפה לאסור עלינו וגם שם היה צורך שעה ואצלנו צורך שעה להיפך כי כמה אלפים נפשות גועים ברעב:

ט) מה שהגידו שאינם רוצים לדון רק אחרי נברר טענותינו וזכותיונו ומכ"ש שלא לדון בחו"ל ואם לא יבררו זכותם ישלישו ההוצאות לענ"ד כבר ביררו זכותם וטענותיהם ומה גם שיש בידם טענות וראיות שאין לגלות רק בפני ב"ד שידונו על עצם הדבר, וחוץ לזה אם אין בידם להשליש יפטרו מן הדין ומה שאומר הגאון מקונסק שאם לא יבררו עכ"פ ידונו בא"י כיון שעכ"פ צריכים לדון וכי מפני זה ישתנה הדין:

י) ולבד זה כיון שמקביעות הקופות המה נתבעים ונתבע הרוצה לדון אין סברא כלל שיצטרך לברר הטענות וכבר הביא ראיה הגאון מבוטשאטש שכל שיש ספק הרשות בידם ואחרי שהם מוכנים לעמוד לדון בחו"ל אין שום מקום למחות בידם:

יא) כאשר היה ד"ת לפני הג' מו"ה רצ"ה מלבוב בין קאסאווע לוויזניצא הגיד שהענין צריך להיות נגמר ע"פ פשר ולא ע"פ ד"ת. טעמי הגאון מקונסק:

עיקר הטעם שכ"ז שאין הב"ד רואין שתביעתם תביעה אין להם שום ד"ת וא"א לדון בזה אם יהיה הד"ת בא"י או בחו"ל כ"ז שאינם מבררים טענותם שאם יטענו מחוייבים אנו לראות אם הצדק אתם ע"פ דין ואם לא אע"פ שאין אנו יכולים לפסוק עכ"פ צריך להיות הד"ת בא"י כמש"כ הר"ן פ' שה כבר הגדתי ע"ז דעתי. ואין צורך לכפול הדברים:

ב) הרי תמיד יכולים לחלוק כשותפות שאין בו זמן הדבר הזה אין אנו דנים וידונו הב"ד שידונו בעצם הדין:

ג) גם בודאי נעשה המנהג כדין כמ"ש הב"י ח"מ ק"ט כנ"ל זהו נוגע לעצם הדין כיון שהכל מודים שעל הנשיא אין שום ד"ת ובין המקבלים בודאי צריך להיות בא"י שהם משם. ואם על הנותנים מי ימחה בידם לשלוח לא"י לעניי קאסאווו:

ד) כיון שאין כאן מנה לי בידך שהרי עדיין לא זכו עניי קאסוב רק שאומרים שמחויב הנשיא לראות שיהיה בסדר ומשטר מי יש לו כח יותר מהנשיא שדבר זה א"א להתברר רק בא"י:
ה) בדבר תלונות הקופות אין בידינו לפסוק דבר הנוגע לכל העולם ולא באנו רק על דבר הנוגע בין כולל דרוביץ וקאסוב. טעמי הגאון הנ"ל בנייר הענין:
א) הרשאה לא שייך בזה כיון דליכא הקנאת ממון כיון שלא זכו ובא"י מועיל אף בלא הרשאה כתוס' בכורות מ"ט וכיון שאין תביעת ממון רק שאלה ושאלה יוכל לשאול בכ"מ:
ב) גזבר א"א לדון כש"ס גיטין ובפרט שמוחין בפירוש. ג) אם יהיה הד"ת בחו"ל לא יקבל הנשיא המעות כלל וא"כ הוא כש"ס ב"ב קי"ד:
ד) הרי הנשיא מוכן לשלוח המעות לא"י וגם ג' רבנים מחו"ל:
ה) כיון שהרוב הגידו דעתם שהד"ת צריך להיות בא"י ואף זה שלא בפני זה מועיל כמבואר בש"ך חו"מ סי' כ"ד:
ו) מה שטענו שהוא פ"נ שקר הוא וגם יכול להתברר בא"י ומחוייבים כל הכוללים מה להם דוקא לכולל דרוביטש:
ו) בהפסק צריך להיות טעמים. כתב הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ל"ז ראובן שהיה חייב זקוק ללוי ושלחו ע"י שליח ונגנב או שאבד אין לוי יכול להשביע השליח עד שיבא ראובן מרדכי פ' הגוזל ומסיק שם המרדכי וכן הורה זקני ראובן כו' באחד ששלח לאשתו מזונות וסיים הש"ך ומשמע דהטעם דהשליח אמר שמא לא ירצה להשביעני ומשמע שם דאם מת ראובן יוכל לוי להשביעו וכתב הקצה"ח דהמעיין שם יראה דאין הטעם רק כיון דאין ראובן כאן אין אחר יכול להשביעו דלאו בע"ד דידיה הוא והמרדכי הביא מהך דנשבעין לגזברין והקצה"ח העיר למה לא יוכל לתבעו מטעם שעבודא דר"נ, ובמק"א הארכתי בזה אבל לפי דעת הקצוה"ח הלא מתורץ קושיתו על הש"ך דאם מת ראובן ומסתמא אין ממה לגבות דאם יש ממה לגבות ממק"א מה אכפת ליה ללוי להשביע את השליח ומשו"ה יכול להשביע משעבודא דר"נ אבל כ"ז שראובן חי ומסתמא יש מקום לגבות ממנו ומשו"ה א"י להשביעו. טעמי הגאון מאלטשטאדט:
א) מקרא מבנות צלפחד שאם היה הדין עם המחלקים היה צריך להיות עם הנשיאים:
ב) ביו"ד סי' רנ"ח בהג"ה רמ"א מי שהקדיש נכסיו ומינה יורשיו (הובא למעלה) וכיון ששולחים להנשיא והוא עושה כרצונו ודעתו הוי ממון שאין לו תובעים שיאמר איני מחוייב לתת לכם לעני אחר אתן ואם טענו שגם להם זכות לקבץ בכולל הדין עם

המקבלים וצריך להיות הד"ת בא"י: ג) מבואר בסי' נ"ח דהיכא דאיכא פסידא להשליח א"י לתפוס מידו והכא יהיה פסידא להנשיא שיצטרך לשלם מכיסו כיון שכל הרבנים מוחים בידו: ד) הלא מבואר בסי' ש"א דגבאי צדקה פטור א מפשיעה ושם הטעם משום דהוי ממון שאין לו תובעים ומ"ש בשם מהר"מ שיף שהגבאי יכול לתבוע דוקא מיחיד אבל מהנשיא שהכל מודים שבידו ובדעתו תלוי חלוקת המעות הוי דבר שאין לו תובעים ויתבעו מהמקבלים:

ה) הלא מבואר דאין האפטרופסים יכולים לדון בנכסי יתומים יעוי"ש ובפרט שהמקבלים והנותנים מוחים בידו:

ו) מבואר בש"ך סי' קכ"א דהשולח מעות ביד שליח לחבירו, אין חבירו יכול לתבוע השליח אם יגנב מידו משום שיכול לאמר לאו בע"ד דידי את וכ"ה בתה"ד סי' ש"ח ובכנה"ג סי' קכ"א א"כ כיון דהנשיא לא קיבל מידם יכול לאמר לאו בע"ד דידי את ובא"י רצוני לדון עמכם אבל לא בחו"ל: ז) אחרי שנתחלקו הכוללים זה כחמשים שנה אין הנשיא יודע כלום ובא"י יתברר הדבר כמה נפשות בכולל אבל בכאן המה חשודים לזייף גם יזייפו הפנקס:

ח) יבררו המה הטענות ומתוכם יוכל הב"ד להבין כי בחו"ל אין שום מבוא שיוכל הדבר להתברר:

ט) מבואר בשו"ע בשנים שהפקידו אצל אחר כו' יניח ביניהם ומסתלק א"כ גם בנ"ד יניח השקלים בב"ד ויסתלק:

י) ועיין בש"ך קכ"א דכ"ז דהנותן אינו כאן כפל הדברים מס"ו. טעמיו של הגאון מאושפצין:

הלא הנשיא מקבל המעות מן הגובים והרבנים וכותבים לו שלא יתן רק לבני כוללים אף אם עושה שלא כדין אין להם טענה עליו כמבואר בש"ך סי' נ"ו דצריך השליש לעשות כפי שהושלש בידו אף שלא כדין:

כיון שהכל מודים שלא נעשה לנשיא רק לכולל דראהביטש יוכל לאמר איני רוצה לזכות עבורכם ואיני רשאי לתן הממון לנשואיכם כי הלא הם לא נתמנו לנשיאים מכוללנו ובני כוללנו אינם משכימים על נשיאים מצדיקים אין לכם טענה רק שאחזיר המעות להנותנים א"כ הנותנים יתבעו אותי: עוד טעם דהלא אין אפטרופוס רשאי לדון בנכסי יתומים ומה שיאמרו שלא יהיה אפטרופוס עבורם למה לא יוכל הטוען על היתומים לאמר שלא יהיה אפטרופוס על השדה ובפרט שהכא המקבלים רוצים לדון בא"י ולעקל המעות מבואר בחת"ס שאין מעקלין מעות צדקה וגם ל"ש עיקול שהרי מרוצים לדון

במקומם א"כ הדין עם המקבלים עוד טעם שאין דין על הנשיא שהלא הרבנים והגבאים יכולים לשלוח המעות ישר לא"י וממילא יהיה הדין בטל ואטרוחי ב"ד ועי' בב"ק קי"ד: ועוד דכל השולחים ע"ד הנשיא וזכה עבור בני כולל דראהביטש וא"י לשנות ומה שטוענים של מחיה ולכסות למחיה קודם, יש כוללים אחרים עשירים וגם איני רוצה לתן לכם כיון שלא זכיתי עבורכם ואתן לעניים אחרים ועוד שעניי כוללנו אומרים שהם עניים יותר מכם והאיך אפשר לברר הדבר בחו"ל ואין להם על הנשיא דבר רק על המקבלים והמה בא"י: כיון שאין הדין רק בין המקבלים ושני הצדדים דרוב בא"י הלא אין ספק שהד"ת צריך להיות בא"י וא"י לב"ד הגדול ובפרט שאין טענה מבוררת ואף שכ' הרמ"א בסי' ע"ג דכשמעקלים המעות צריך להיות הד"ת במקום העיקול היינו דוקא אם אין שניהם דרין במק"א:

ועוד דהא שכ' הרמ"א ותה"ד דצריך להיות הד"ת במקום העיקול היינו מחמת דס"ל דמעיקר הדין אין התובע הולך אחר הנתבע רק מהתקנה ולפ"ז הכא כשמעקלים המעות שלא לילך אחר הנתבע ולפ"ז אם שניהם במק"א בודאי א"צ לדון במקום העיקול גם הלא אין התובע בעיקר הדין הברירה בידו להוציא הנתבע הוא דוקא בטענה מבוררת אבל בלא טענה מבוררת א"י להוציא וכיון שאין כאן טענה מבוררת האיך נוציא לדון אף אם המעות המעוקלים:

ולפ"ז נסתרה דרכו של הג' מבראדי דגם לענין הקופות התובעים ונתבעים המה בא"י א"י להוציאם חוץ למדינה:

ד) טענת הרה"ג ר"פ דיכול (לטעון קי"ל כהרבנים שהגידו שהד"ת צריך להיות בא"י וכן צריכים אנחנו לפסוק כי זהו טענתו ע"פ ד"ת ומה שהרב מבראד אומר קי"ל על קביעת הפושקעס הלא ליה לאמר אלך ואגזול ובפרט שרוב רבנים אומרים שאסור לו לגזול בודאי א"י לילך לתפוס ולאמר קי"ל:

ה) לבד כ"ז הבירור יכול להיות רק בא"י גם הלא יצטרכו לדון עם המקבלים שהמה בא"י הפוכי מטרתא למה לי:

ו) טענו שהדין צריך להיות בא"י שבכ"מ שהדין בין בן א"י ובין בן חו"ל צריך להיות בא"י כמו שהאריך בזה:

ז) הרה"ג מביטשאטש הודה שאין לנו על הנשיא דבר. ח) קודם שיבררו הטענות אין לנו לדון מקום המשפט:

ט) תשובה ע"ד הרב מבראדי שנאמר שא"א הדבר שיהיה הד"ת בא"י הוא דבר שא"צ לפנים:

י) מה שאומר דהמה הנתבעים בדבר הפושקעס כבר ביארתי שכאן התובעים והנתבעים המה בא"י גם נגד התקנה וכיון דמעיקר הדין התובע הוא יכול לאמר רצוני לדון במקום הזה לזאת לא שייך כיון דבספק אמרינן דהוא הנתבע הלא צריך לאוקמי אעיקר הדין דהתובע הוא העיקר:

יא) מה זה תביעה על הפושקעס הלא אינם תובעים כי המה שותפים בהכולל הלא אין להם תביעה על פושקעס רק חלק בהמעות הנקבץ:

יב) לבד זה הלא מתחילה לא אמרו רק שרוצים לקבוע פושקעס בדרך עיקול ועתה יאמרו לדון ע"ז הלא אין זה דין רק שאלה ונוגע לכל הכוללים: תשובות:

כל סעי' א' נחלק לכמה סעיפים העיקר שכבר בררתי מדברי מהרי"ק שגזבר שנתמנה שיעשה הכל כדעתו והכל סומכים עליו כדין ט"ה בעירם דכל מילי דמתא עלייהו רמיא לזאת הרשות בידו לדון בין לזכות בין לחיוב ובענין גדול כזה בודאי הרשות בידו לאמר כי נצרך ע"ז דעת גדולי הרבנים והגבאים ממדינה שכל בני המדינה סומכים עליהם והטענה שהוא זוכה רק לעניים מכולל שלו הלא ע"ז אנו דנין וטוענים נשיאי כוללי קא"ו שגם להם חלק בהמקובץ ורוצה לדון בזה, ואם הנשיא יגיד צריך דעת הרבנים ובפרט ענייי הכולל שלהם נוגע הדבר ביותר יותן זמן ע"ז להביא גם טוענים שלהם:

סעי' ב' הלא כבר ביארתי שכל טענות כולל קא"וו א"י המקבלים לדון ע"ז כי הוא דשלב"ל גם אינו מערופיא שלהם והתובע הוא רק הנשיא לזאת הלא עיקר התובעים המה בחו"ל: ולבד זה טעם לדון במקום העיקול נראה כיון דאנו רואין כמו שאין הדין רק על המעות המעוקלים וצריך להיות הד"ת לא במקום שהמה דרין רק במקום שמונח הדבר שהמה דנים עליו והדבר מושלש שיותן להזוכה אבל אין סברא לאמר שמחמת העיקול יוחשב כמו שנעשה לתובע כיון שהחליטו המהרי"ק ותרוה"ד ש"ח ולא יוכלו להחליט המעות עבור התובע כ"ז שלא היה ד"ת ביניהם גם הטעם שאמרינן התובע הולך אחר הנתבע משמע דהוא ע"פ דין מחמת מאן דכאיב ליה כאיבא כו' והא דעבד לוה הוא מצד התקנה כדי שלא לנעול דלת בפני לוין:

לפי מה שביארתי דהתובעים והנתבעים מצד קא"וו העיקר המה הנשיאים ובאשר נוגע להמקבלים יחוו גם דעתם אבל אין להמקבלים מכולל דרוהביטש עסק עמהם כי המה אינם עושים דבר רק צועקים ללחם:

ד) טענת קי"ל אנחנו לא באנו לדון ע"ז בטענת קי"ל כיון ששואלים מאתנו דעתנו ע"פ ד"ת ואנחנו איננו פוסקים רק מגידים דעתנו ע"פ ד"ת וגם הלא נתחדשו טענות הפושקעס:

ה) הבירור יכול להיות בא"י כבר נדבר מזה ולא יצטרכו לדון עם המקבלים בפ"ע כי בכתב השתוות נאמר בפירוש כי גם צריך להיות כו"ה מהמקבלים ויהיה הדין פעם אחת ולא שניה:

ו) טעם שבני חו"ל ובני א"י שמדיינים זע"ז צריך להיות בא"י הוא פלפול נעים ומתוק אבל לדינא יש תשובה ואין ראיה כאשר הרב בעצמו יודע ויעוי' בת' רדב"ז שהביא הפ"ת דהיבמה הולכת אחר היבם אף לחו"ל וצ"ע בגוף הדבר:

ז) מש"כ בשם הרב מבוטשאטש בכתב שביאר טעמי כותב להיפוך רק שאינו תובע מהעבר כ"א על להבא:

ח) כבר הגדתי דעתי ע"ז וגם ביום אתמול נגמר הדבר שאין בירור הטענות מעכב:

ט) תשובתי על דברי הרב דבראדי כבר דברנו מזה. י) לענין טענת קים לי לענין היתר הפושקעס ל"ש לאמר קי"ל כיון שאין הד"ת בפה על עצם הדבר גם בסעי' י"א וי"ב אין אנו דנים כאן להיתר או לאיסור רק על מקום הד"ת:

הדיינים שיפסקו עצם הדבר המה יחושו לנפשם לפסוק דבר הנוגע לכל הכוללים ולכל הישיבה של א"י:

מבואר בסי' ד' דיחיד המדיין עם רבים צריך להניח משכון כיון דדבר של ציבור לא חמימא כו' אם לא ישליש משכון ולא יהיה הדבר נוגע ליחיד יתמשך הדבר ודבר של ציבור כיון שאין הדבר נוגע לכל אחד רק לכלל העיר והוא מהגמ' דנ"מ בין אילן הקרוב לעיר יקוץ ואח"כ נותן דמים והאילן הסמוך לבור הדין יתן דמים ואח"כ יקוץ, ולפ"ז רבים עם רבים ג"כ לדעתי צריך לעקל ובנ"ד א"צ לעקל דכבר השלישו בטוחות אבל ע"פ עיקר הדין היה לו להיות מעוקל וכ"כ הג' חת"ס או"ח סי' כ"ד רק שם כתב אחרי שיבורר טענותיהם וכאן הלא טוענים שאין הדבר מבורר אבל א"צ לכל זה:

במחלוקת הש"ך עם הב"ש בריש סי' י"א אם יכול הנתבע לאמר לא ארד לדין עד שתאמר לי על מה שתרצה לדון עמי שהב"ש כתב דאינו מחוייב התובע להגיד והש"ך כתב דמחוייב להגיד כי הנתבע יכול לאמר אם אדע תביעותיך אתן לך בלא דינא ודיינא, והאחרונים נחלקו ג"כ בזה. מתחלה צריך לברר אש לכאורא יקשה מאד דברי הג' ר"ש בח' זכרון יוסף שכ' עמ"ש הש"י דכן עמא דבר להזמין לדין בלא הגדת הטענות וכן משמע ב"ב מ"ח וכתב ע"ז הג' ר"ש דמתחילה מזמין אותו סתם ואם משיב רצוני לידע על מה הוא בא שומעין לו ולכאורא הוא היפך הגמ' מזמינין לו ע"פ אתתא וכ"ה בשו"ע אף אם לא יבא השליח לב"ד אמרינן חזקת שליח כו' הלא אפשר השיב כי ירצה לידע הטענות אע"כ צ"ל דלב"ד מחוייב לבא ולהגיד כי ירצה לשמוע מה הוא תובע ממנו אבל אם לא

בא כלל לב"ד כתבינן עליו פתיחא: וע"ד אם מחויב להגיד פרטי הטענות פשטות לשון הש"ך משמע דאינו צריך רק להגיד מה הוא תובע מאתו וכן משמע לשון הח"צ בסי' קס"ט שכ' שצריך להודיע על מה הוא תובע אותו ועוד כיון שהש"ך והח"צ כתבו לדחות ראית הב"ש הא דאמרינן עביד אינש דלא מגלי טענתיה. וכ' הש"ך וביתר ביאור הח"צ דבודאי קודם שיבררו שניהם טענותיהם יוכל לשנות מפטור לחובה ומחובה לפטור ויכול לאמר לא רציתי להגיד לך טענותי שמא מתוכם הלמוד לשקר וכיון שבבירור טרם שהגיד טענותיו לפני התובע יכול לשנות א"כ מה בצע שנחייבו להציג טענותיו כיון שאח"כ יכול לשנות ולהפך אותם ועוד האיך יכול לסדר טענותיו לפני הדיין הלא אסור לשמוע טענות בע"ד אחד בלא חבירו ושמע בין אחיכם כתיב:

ויש פוסקים שרוצים לפוסלו לדון וא"ל דבדיין שאינו עתיד לדון דהלא כתב מהרי"ק דדיין שאינו רוצה לדון א"י להזמינו וגם מסידור לשון הגמ' אחר טענותיהם אומרים לו יש לך ראיה ויש לך עדים משמע כנ"ל, גם אינם יכולים הדיינים להגיד לו כי טענותיך אינם מספיקות ע"פ דין כמ"ש הפוסקים שא"י להשיב לצד אחד אפי' לחייבו שמא ילמוד טענות אחרות או טצדקי דאפשר ליה למיעבד שלא ע"פ דין:

ע"ד אם צריכים אנחנו לסלק עצמינו מחמת שרואים מקצת הדיינים שבעלילה באים עליהם באמת לא נקרא זה דין מרומה דאם אנחנו רואים שמשתדלים למצוא עדי שקר ואם משום שאפשר שרוצה להשתדל עמו כדי לפשר עמו, אין אנחנו אדונים בדבר כי זה מוטל רק על דיין שיושב ודן כדי להוציא הדין לאמתו אבל כיון שאין אנחנו באים רק להגיד המקום לדון הלא גם בדין מרומה נאמר וידון מי שלבו שלם בדבר ופי' מהרל"ח הא דאמר והדברים מסורים ללב כלומר אין לבזות ולפגוע כבוד אחד מן הדיינים לא מי שנסתלק ולא מי שרוצה לדון כו' ועוד דכיון שיש לפנינו שלשה רבנים גדולים שאומרים שיש מקום לתביעת התובע הרי ברור דיכולים אנחנו לדון איפא יהיה מקום המשפט ועוד הלא כמה רבנים מדיינים זע"ז זה ערך שלש שנים איפא יהיה מקום המשפט ועל זה אכפלו כל הני שנים עד שבאו לברור דיינים ע"ז אנחנו נגיד כאן אין מקום לדון כלל, ואם יאמרו שע"פ טענות מורשי התובע באנו לידי מדה זו הלא לא באו המורשים להגיד כל פרטי תביעתם ועביד אינש דלא מגלי טענתיה כיון דלאו ב"ד אנחנו על גוף התביעה: מה שנתעורר על הא דמבואר בסוף סי' י"ז בהג"ה רמ"א דאין לפסוק יותר ממה שטוען התובע כו' כבר האריכו בזה הש"ך והסמ"ע דהסמ"ע כתב דאין זה אלא בשיודע הדיין שהתובע יודע שמגיע לו יותר ואינו תובע רק פחות והש"ך ס"ל דאף מסתמא תולין דמחל המותר, ולא תלינן בסתמא דאינו יודע הדין והקצות וכן בשם התומים דריב"ש

לשיטתו אזיל דס"ל דמחילה בטעות שלא בהלואה הוי מחילה והנתיבות כתב דשא"ה דיש כאן תביעה מכירה דאם ישלם כל חלקו יהיה לו קנין בהגדר וכיון דאינו תובעו רק דמי קנים אינו רוצה למכור לו מחצית הבנין יעו"ש וצ"ע מה טענת מחילה יש כאן הלא מבואר במהרי"ט חו"מ באחד שאמר לחבירו פנה לי הדירה ששכרת ממני וכן בבעה"ב שאמר לפועל, כ"ז שלא נתרצה השני יכול לחזור בו דלא מסתברא שיהיה השני ידו על העליונה א"כ גם כאן כ"ז שלא נתרצה השני הלא ל"ה מחילה:

ויש לחלק רק להנתיבות קשה כיון דיש כאן הברירה ביד הנתבע או לקנות מחצית הכותל ל"ה מחילה אבל כ"ז בטענת התובע אבל בתשובת הנתבע דא"ש כאן מחילה ורק באומר לפני ב"ד נאמן עלי אבא כו' והרי מבואר שם דבאומר לו דור בחיי ראשך או שאר טענות דכ"ז שעומדין לפני ב"ד יכול לחזור בו וצ"ע בדברי הנתיבות דאיך כתב זה בפשיטות דאין זה אלא לשיטת רש"י והרמב"ם דס"ל דאיירי בגדר בין שדות רבינא וחנניא אבל הלא התוס' ב"ק כ' כתבו דאיירי בגדר מבחוץ לא יקנה הכותל וכ"כ הרמב"ן ושאר מפרשים ויש להאריך בכ"ז:

מה שהעירו מהר"ן ר"פ ש"ה וכ"כ הרמב"ם וזהו שיטת רב האי ויש להבין בזה דברי התוס' שבועות מ"א שהביאו ראיה דהלכה כמר בר רב אשי דמהפכינן שבועה דאורייתא מהא דא"ל אשתבע לי דלא פרעתיך וכתבו אם נאמר דהתם יכול להפך אין ראיה יעוי' בהגרע"א שעמד בכונת דבריהם אבל באמת הכונה פשוטה:

ויש להעיר עוד מהא דמבואר בסי' י"ד והוא מהרמב"ם בהל' סנהדרין פ' כ"ד בטענות לב"ד הגדול והוא שיש להתובע עדים וראיה וכ"כ הרמ"א לדידן להוציא לבית הועד, וכ"כ החת"ס באו"ח סי' ר"ד באו"ח לענין להוציא בני א"י לחו"ל למידן דינא יעו"ש אבל בנ"ד דאיכא כתב השתוות דהתחייבו שני הצדדים לירד לדון רק דהספק הוא איפא מקום הדין אינו שייך זה. אבל בירור וגמר הדין בזה יהיה בעת שיהיה פסק על מקום הד"ת:

בע"ה החלט דעתי בקצרה. אחר שבירר למעלה הד"ת בנידון דידן הוא בין נשיאי כוללי קאו"ו ובין הנשיא מדרוהביטש וגדולי הרבנים וגבאי הכולל ועניים ות"ח היושבים בא"י בכולל דרוהביטש, ועניי ות"ח היושבים בא"י מבני כוללי קאו"ו אם כי הדבר נוגע להם אבל מצד שלא זכו עוד בהמעות ולא היה מד עתה מערופיא שלהם אף אם זוכים וצודקים נשיאי כוללם בטענותיהם נגד כולל דרוהביטש התביעה על הנשיא מדרוהביטש מובן כי לא על עצמו הוא רק כאשר הוא נשיא הכולל ומנהיגם הוא הראש להשיב על טענת התובעים ולראות ולהשגיח שלא יקולקל להצדקה השייכת לכולל אם יהיה הסכסוך במקומו ולא יענו לד"ת להתובעים:

מקום הד"ת כיון שהסכסוך הוא על המעות שיהיו מקובצים במדינה זו גם התובעים המה כאן והנתבעים אם כי גם היושבים בא"י מיקרי נתבעים עכ"ז הלא עיקר התביעה היא על הנשיא והגבאים וגדולי הרבנים שבמדינה שהמה בעלי הממון והסכסוך הוא על המעות הנמצאים במדינה זו גם לפי הגמר מכתב השתוות צריך להיות בוררים משני הצדדים ממדינה זו וגם שליש מכריע מליטא גם נתחדש ענין הפושקעס אשר קודם שנתברר הדין טוענים שהמה רשאים לקבוע ואין אנחנו אדונים בדבר הזה להגיד עם מי הצדק עכ"ז הכל הוא שייך למדינה זו נמצא כל הדין הוא על המעות שנמצאות במדינה זו:

לזאת צריך שיהיה הד"ת פה במדינה זו. וכאשר כי הד"ת דורש דמים רבים גם ע"פ הגמר לא יהיה הד"ת במקום הנשיא ורוצים להוציא מחוץ לגבולו כמו שמבואר בכתב השתוות שמונח אצל הרב הצדיק מטשארטקוב וע"פ המבואר בסי' י"ד והוא מהרמב"ם אם רוצים להוציא מחוץ למדינה שצריך להוציא הוצאות צריך מתחילה לברר הטענות ובעיקר התביעה של כוללי אק"ו לא נתברר לע"ע הטענות לזאת דעתי שמחויבים נשיאי כוללי אק"ו להשליש כפי ערך ההוצאה היתירה שיהיה על הד"ת בעצם הדבר שצריך להיות ג"כ בבוררים ושליש מכריע, שהוא עולה לדעתי משלשה עד ארבעה אלפים ריינש, והסך הזה יהיה מושלש ת"י הרב הצדיק מטשארטקוב, והדיינים עם השליש המכריע אם אחר שמוע טענות מורשי כוללי אק"ו יראו כי אין ממש ולא היה צריך ע"ז להיות ד"ת כלל יתנו לכולל דרוהביטש הסך המושלש עבור שגרמו להם הוצאות חנם. זמן הד"ת הוחלט משני הצדדים על ר"ח חשון: יחיד שמרשה חברו יכול לבטל שליחותו אבל אם הוא שותף א"י לבטל ע"כ צ"ל כן לפי' הרי"ף הא דקאמר למאי נ"מ למתפס פלגא, וכן פי' הרא"ש הובא בב"י סי' קכ"ב כו' וגבי שותפין בידיעה בעלמא סגי דהא אם שותפו בגרירא כו' ומכש"כ אם עשה שליח בעדם דהא אמרינן התם הקנה לו פלגא כו' אע"כ הואיל והקנה לו פלגא כו' וא"ת התם תובעים והכא נתבעים ויעוי' בחו"מ קע"ו בהג"ה סעי' כ"ה כ"ו הלא כתבו אם לא צוהו הרי דאם צוהו אין יכול לחזור בו ויעוי' בריש סי' קכ"ג בשם רמב"ח ויעוי' בכה"ג ס"ס קכ"ו בשם גידולי תרומה שלשון הרא"ש והטור אפי' בנתבעים וכ"ה מדויק לשון הטור לפיכך אם השותף שדן יצא חייב השותף השני צריך לקבל דינו כו' והוא מלשין רש"י על הא דאמר ר"ה הני תרי אחי או שותפי דאית להו דינא בהדי חד ופירש"י ויצא השותף חייב לא מצי שותף חבירו כו' וע"כ צ"ל דבנתבעים קא מיירי דבתובעים לא שייך הא לישנא מצי למימר לאו בע"ד דידי את דבתובע הוא לשון מחילה ועוד מדהביא ראיה ממתניתין והראשונה נשבעת כו' והתם

נתבעים המה שהראשונה רוצה לתבוע כתובתה והשניה אינה מניחה עד שתשבע ועוד מוכח מדברי הרמב"ם שכ' בהל' שבועות עד שיכפרו וישבע אחר תביעת השליח כו':

סימן כז

בענין קלב"מ. סנהדרין ע"ב מסתברא מילתיה דרב בששיבר עיין בתוס' שכ' דאפי' שיבר פטור אפי' לרבא ולכאורא הדבר תמוה ויעוי' במאור שכתב ג"כ כדברי התוס' אך הטעם שלו תמוה כמו שתמה הרמב"ן במלחמות יעוי"ש, וי"ל עפמ"ש במק"א להסתפק אם נתיאשו הבעלים מחפץ ובא אחר ושברו אם חייב או לא, א"כ הכא כיון דקיי"ל סתם גניבה יאוש בעלים הוא ומ"ע דוהשיב אין כאן כיון דא"א לחייבו על שעת גניבה דהא קים ליה בדרבה מיניה ומה שמחזיק אח"כ החפץ לא הוה גנב על החפץ כיון שלא גנבו מבית בעלים וגם מצד שמירה אין כאן כמ"ש במק"א ואף די"ל דל"מ יאוש שיהיה הגנב יכול לקנות דמ"מ באיסורא אתא לידיה מ"מ אם שיבר י"ל דפטור ובמק"א הארכתי בזה לבאר אם בחפץ מיואש המזיק חייב:

ועי"ל בכונת התוס' ע"פ מה דאפשר להסביר טעמא דרב דס"ל בדמים קנינהו די"ל דהגזלן קונה הגזילה רק דמ"ע דוהשיב את הגזילה מעכב עליו מלקנות והדברים ארוכים (והארכתי בזה במק"א) א"כ הכא דאין מ"ע דוהשיב את הגזילה משום דקלב"מ ממילא קנה הגזילה ופטור מלהשיב ובזה מדויק לישנא דרבא מסתברא מלתא דרב בששיבר והאלקים אמר רב אפי' איתא בעיניה דלכאורא אינו מדויק דאם בשיבר קא מסתברא מלתא דרב הלא בלא"ה פטור בשיבר ועי' בתוס' אבל לפי הנ"ל יש לאמר דהיינו מסתברא מלתא דרב דאף דל"ק החפץ מ"מ נפיק מרשותא דבעלים לענין זה דאם שיברו פטור דבלא מלתא דרב י"ל כיון דלא נתחייב באחריות א"כ ל"ה קנין כלל ואינו דומה לגזל ולא נתייאשו הבעלים הוי כמו שאינו ברשותו אבל הכא דלא קנהו להתחייב באונסין לא יצא מרשות הבעלים ע"ז קאמר דבזה מסתבר מלתא דרב דאם שיבר פטור דאף דקלב"מ מ"מ קנה הגזילה להוציא מרשות הבעלים:

ובזה מדוייק מה שאמרו שם דהא קניה מדחייב באונסין והגמ' דוחה מדי דהוה אשואל וי"ל דהיינו דהגזלן קונה החפץ לענין זה דאם נשתמש בו פטור מלשלם כמו דמבואר ב"ק צ"ז פלוגתת רב ושמואל גבי ספינה רצה שכרה נוטל כו' ולא פליגי הא דנחת אדעתיה דאגרא הא דנחית אדעתא דגזלנותא ויעוי' ברש"י ותוס' דהיינו משום דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אבל בקרקע דאינה נגזלת משלם שכרה, ומשו"ה גזלן חייב באונסין דלא גרע משואל ורב ס"ל דהוה קנין גמור רק מצוה דוהשיב מעכב ע"י (ויעוי' בעירובין ס"א ברש"י ותוס'):

ובזה יש ליישב קושית התוס' סנהדרין שם רבא איגנבו ליה הנהו דיכרי כו' לא קבלינהו כו' הואיל ונפיק מפומיה דרב והקשו הלא רבא ס"ל דהיכא דקלב"מ חייב לצאת י"ש ותי' התוס' צ"ע דהלא קיי"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש רש"י ב"מ צ"א לרבא והלא הוי תפיסה מעליא, אבל לפי הנ"ל י"ל דהא דאמרינן חייב לצאת י"ש היינו דוקא בכ"מ דלא אמרינן בדמים קנינהו אבל בגזלן וגנב דס"ל לרב דכל היכא דליכא מ"ע דוהשיב הוי קנין מעליא ל"ש עוד הך דלצאת י"ש וגם אי תפס אפקינן מיניה דל"א זאת רק היכא דלא נתכון לקנות בעת העבירה רק דב"ד א"י לחייבו משום כדי רשעתו אבל הוא נשאר בחיובו משא"כ גבי גנב וגזלן דנתכון לקנות פטור לגמרי לרב והוי קנין מעליא, ושפיר קאמר הואיל ונפיק מפומיה דרב:

וי"ל דגם לרבא אם שיבר פטור אף מלצאת י"ש ול"ד להא דאתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו דהתם לא נתכון לקנות אדרבא הרי חייב לשלם בזה אמרינן דחייב רק דב"ד א"י לחייבו ובזה יש לכון ג"כ הא דמסתברא מלתא דרב שדייקנו למעלה, ויעוי' בש"מ ובריטב"א כתובות ל"ד ע"ב שכ' שאם גנב בשבת וטבחו בחול הו"ל כאילו חזר וגנבו בחול דכ"ז דאיתא בעין ברשותא דמרא קאי וכן כתב בשם שיטה ישנה ובשם מפרשים ובשם הרא"ה ולכאורא צ"ע דהלא קיי"ל דהגונב מבית הגנב פטור מתשלומי כפל אף לבעלים ראשונים משום דוגונב מבית האיש כתיב יעוי' ב"ק ס"ט ע"ב, וי"ל דהנך רבוותא סבירא להו דבגונב בשבת דקלב"מ ולא נתחייב באונסין לא קנה הגניבה ולא יצאת מרשות הבעלים והגונב אחריו מתחייב כפל לבעלים ראשונים וגם באופן דלא נתייאשו הבעלים וחייב גם הגנב עצמו אם נתכון לגנוב ולקנות מחדש כגון דטבח בחול ומכש"כ דאם שיבר חייב: אבל לפ"ז נ"ל דיסברו הנך רבוותא דגם אם נאבד חייב באונסים אם רוצה להחזיק בהגניבה בחול או בבא במחתרת אחר שיצא מן המחתרת ומסתמא ג"כ חייב בגו"א דלא גרע משומר אבידה כיון דלא יצאת מרשות בעלים, ויעוי' בסי' שנ"א בהג"ה רמ"א ובש"ך שם ובמק"א כתבתי בזה ובמ"ש למעלה דגזל ולא נתייאשו הבעלים יהיה פטור אם שיבר יעוי' חולין קל"ז דרב ורב אסי פליגי בהאי דר"ח דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר כו' ולפי פירש"י ל"ל לכך הא דר"ח, ויש מקום לאמר דאף לר"ח דוקא אכלו חייב אבל לא הזיק דהזיק א"ח רק על דבר שהוא שלו וברשותו ויש להאריך בזה ולברר הדבר [ויעוי' בש"ך סי' שצ"א סעי' ז' לענין פי פרה אם היה המושיט פקח דהו"ל כמו גזל ולא נתייאש כו' ויעוי' שם וסבירא להו דבלא נתייאשו מזיק חייב ויעוי' שם ועי' בקצות סי' ל"ד סעי' ז' לענין החולק עם הגנב]:

אבל יותר נכון לאמר דהוא לפי מה דקיי"ל סתם גניבה יאוש בעלים ורבא לטעמיה דס"ל יאוש של"מ הוה יאוש ולפ"ז הוה כמו שיבר לאחר יאוש דבכה"ג בודאי י"ל דפטור ובסתם גזלן י"ל כיון דל"מ יאוש גם כיון דהוי גורם לממון להגזלן דצריך להחזירו לבעלים חייב כל אדם על הזיקו אבל בכה"ג דהגנב פטור ומרשות הבעלים יצא בודאי י"ל דהוא פטור ויש להאריך בזה:

(כתובות ל"א) א"ר אבין הזורק חץ מתחילת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו כו' שעקירה צורך הנחה כו' יש לדקדק שדקדק מתחילת ד' לסוף ד' ול"א סתם הזורק ד"א כו' ונראה דבדוקא נקיט כה"ג דהיינו שכל הזריקה גורמת החיוב אבל אם זרק יותר וקרע באמצע הליכתו הואיל שאין המעשה זאת גורם החיוב דאילו נח מקודם היה ג"כ חיוב ל"ש קלב"מ, ומיושב בזה קושית התוס' מב"ק ע' זרוק גנבותיך לחצירי כו' מכי מטא לאויר חצירו קנה מתחייב בנפשו כו' והא עקירה צורך הנחה ולפי הנ"ל לק"מ דהלא אם היה נח על איזה דבר מקודם היה ג"כ חייב נמצא דאין אויר חצר גורם חיוב ול"ש עקירה צורך הנחה. ומיושבים דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות גניבה שכתב זרוק גנבותיך הוה קלב"מ באומר לא תקני עד שתנוח וכבר תמהו עליו הלא פסק עקירה צורך הנחה אבל לפי הנ"ל מיושבים היטב דבריו וכתבם בדקדוק של"ש הכא עקירה צורך הנחה כנ"ל וזה שדקדק ג"כ הרמב"ם בזורק חץ להעתיק מתחילת ד' לסוף ד' עיי"ש בהל' גניבה פ"ג אע"כ כנ"ל דדוקא בכה"ג שייך עקירה צורך הנחה והיינו כמו שתי' הגמ' דאיבעי גחין ואכל היינו כיון שבתרומה אין הגבהה גורמת חיוב והא דקאמר הגמ' ע"ב דנפלוג וליתני כו' אבל בזורק כו' היינו בזורק מרה"י לרה"ר ולר"א ברה"ר אינו קונה אפי' בצדי רה"ר א"נ לרבינא דמשיכה ברה"ר קונה י"ל דזורק משם לארץ ודו"ק:

שם תוד"ה נימא הגבהה כו' תימא לפר"ת דהגבהה קונה בפחות מג' כו' ועקירה ל"ה עד שהגביה ג' מן הארץ דכל פחות מג' כלבוד דמי העביר חצי גרוגרת דרך עליה חייב כו' עיי"ש ונראה דהתוס' ס"ל דעקירה צורך הנחה היינו שהחיוב מתחיל מהעקירה והוי כאילו החיוב והתשלומין באין כאחת וזהו לישנא דאי בעי למיהדר לא מצי למיהדר היינו דמשעה שעקר לזרוק התחיל החיוב אבל הכא בגונב חלבו כיון דאיבעי להדורי מצי למיהדר ולא לאכול לא התחיל חיוב עד האכילה, ולפירוש זה שפיר פריך מהגונב כיס דהלא הכא מתחיל החיוב משעת העקירה ויעוי' בש"מ שכתב בשם הרמב"ן בדרך אחר קצת וי"ל דהתוס' בדבור זה יפרשו כך ושפיר הקשו דהלא לא מתחיל החיוב עד ג' מן הארץ דלפי פי' התוס' בדבורים הקודמים אין פי' לדבריהם ויעוי' במהרמ"ש ודבריו דחוקים דהלא א"א בלא עקירה ממקום שמונח וליש זה לאיבעי גחין ואכיל דהתם אפשר

בלא הגבהה כלל לזאת נ"ל כמ"ש אף שקשה קצת לאמר דהתוס' בשני דבורים זא"ז פרשו פי' אחר אבל נמצא בקצת מקומות כזה:

ומש"כ דכ"ז שלא הוגבה ג' מן הארץ ל"ה עקירה צ"ע במעביר ממקום למקום אף בפחות מג' כיון שהוי בידו וכתבתי במק"א גם מה שכתב מהרמ"ש דהביאו התוס' ראיה כמו לבן עזאי כו' צ"ע דלפי דבריו אינו דומה כלל דלבן עזאי הלא בעקירה האחרונה התחיל חיוב אחר ועקירה אחרת אבל הכא הלא בלא הגבהה מן הארץ לא משכחת החיוב רק אם היה מונח באויר אבל עתה שהיא בידו בודאי ל"ה כמונח ויעוי' בשבת ה' דאף כששלשל ידו למטה מג' מ"מ לא מיחייב אם נטל העני מתוכה ויעוי' ברשב"א שם לזאת נ"ל כמ"ש דכונת התוס' דל"ה עדיין עקירה לחיוב וגם זה צריך ביאור וכתבתי במק"א ובשבת צ"ג ובתוס' שם:

(שם ע"ב) הוצאה דומיא דהגבהה כו' לרבינא ל"ק הוצאה דומיא כו' ל"א יעוי"ש דרבינא ס"ל דמשיכה קניא ברה"ר ויעוי' בתוס' דדוקא בגניבה ס"ל דמשיכה ברה"ר קניא ולכאורא צ"ע דא"כ האיך יפרשו הא דקתני במתניתין שם גופה נתנו לבכורות בנו לש"ח כו' ויעוי' בב"ק ע"ט שם תקנו משיכה בשומרין כו' הרי דגם בקנינים ע"כ לרבינא קניא ברה"ר דהלא בחדא מחתא מחתינהו וקתני או שהוציאו מרשות בעלים ויעוי' בתוס' ד"ה ובר"ה לא קנה שהריצב"א כתב באמת כן להוכיח דלא כסברא זאת ויש להוכיח מזה דהרמב"ם לא ס"ל הא דרבינא ואף בגניבה ל"ק משיכה ברה"ר ויעוי' בפ"ב מהל' גניבה הל' י' ועפמ"ש במק"א דלא כהה"מ בפי' דברי הרמב"ם דנתנו לבכורות בנו כו' קאי על חיוב השומר בחיובי גניבה וצריך למשוך הדברים האלו לשם ולמ"ש ליישב דברי הרמב"ם בהא דהיה מגרר ויוצא וצ"ל דהתוס' תי' באמת יפה שמהך דנתנו לבכורות בנו כו' לענין דהשומר הוא גנב וכזו שרוצה הה"מ לפרש בהרמב"ם:

שם ר"א דייק מסיפא הגביהו או שהוציאו כו' מה הגבהה דאתא לרשות בעלים אף הוצאה דאתא לרשות בעלים, מכאן יש להוכיח כדעת הה"מ ברמב"ם פ"ג מהל' מכירה וכ"ה בשו"ע סי' קצ"ח סעי' י"ד דבר הנקנה במשיכה שהיה ברה"י בחצר שאינו של שניהם ומשכו לרשותו כו' כיון שהוציא מקצתו מר"ה כו' קנה כו' וכבר האריכו בזה האחרונים וי"ל מכאן דלא הגבהה בודאי אינה אלא מקצתה בידו והשאר הלא הוי ברשות שאינו של שניהם לכה"פ (דאף דהוי בחצר בעה"ב הלא הוי אויר שאין סופו לנוח ויעוי' בגיטין ע"ח ובתוס' שם) וע"ז קאמר אף הוצאה דאתא לרשות בעלים הרי דלא בעינן אלא דומיא דהגבהה לענין רשותו מרשות שאינה של שניהם ויעוי' בע"ז ע"ב ע"ב לענין משיכה אינה קונה שהביא מהגבהה מכי מטא לאוירא יעוי"ש דנראה פשוט דהגבהה שאינה כולה

בידו הוי רק מטעם משיכה וא"כ יש להוכיח מהגבהה גופה דמועט ברשות בעה"ב דלא בעינן רק שיהיה במשיכה רק מקצת דבר הנקנה ברשותו ויעוי' בקידושין כ"ה ע"ב לענין פיל שנתן ד' כלים תחתיו כתבתי מזה במק"א:

שם כגון שצירף ידו למטה משלשה כו' עי' בקצות סי' שנ"א שהקשה לפ"ז תיקשי אם נאמר אגד כלי שמיה אגד וכמו שהקשה הגמ' בשבת צ"ב ותי' הגמ' בנסכא לא מצי קאי להך אוקימתא דהלא מה דנקט בידו כמאן דפסיק דמי (ועי' בתוס' לעיל ל' ע"ב) יעוי"ש ואפ"ל דיוכל לפרש הפטור לענין כפל דא"ח על דבר שאינו מסוים ויעוי' בתוס' ר"פ מרובה וברש"י שם גם י"ל דהיכא דמקצת הגניבה עדיין ברשות בעלים לא מיקרי ונמצא בידו וכמו בקנין דבודאי לא קונה מקצת החפץ היכא שלא נתכון לו בפירוש רק המקצת ויעוי' בתוס' דף ל' ול"ק קושית הגרע"א שם דדעת אחרת מקנה אותו שאני וכתבתי מזה במק"א. ומ"ש ליישב בזה דברי הטור ג"כ אפ"ל דעדיין היה לו להטור לפרש דא"ח על משהו האחרון או אם לא בא כולו בידו דבודאי כיון שיצא מרשות בעלים אף שמקצת בידו חייב אבל כ"ז שלא יצא מרשות בעלים ל"ה כפסיק דהלא שניהם אוחזין בו וכמו דאמרינן בב"מ דביני ביני יחלוק ועוד יש לעיין בזה ומה שהקשה על הרמב"ם שהשמיט הנך אוקימתא דשבת גם דכתובות כתבתי במק"א:

מ"ש בקה"ח בסי' שנ"א דלרש"י דס"ל (בכתובות ל"א דידו לא קניא בלא הגבהה משו"ה בצירף ידו למטה משלשה רק משום דחשיבא לענין שבת חייב לענין גניבה ולפ"ז לק"מ הא דהקשה בשבת מהא דמגרר ויוצא לענין אגד כלי שמיה אגד יעוי"ש ויש ליישב בזה קושית התוס' דאמאי לא מוקי בצירף ידו למעלה מג' וכגון שהיא גבוהה דליכא הגבהה ברה"י וי"ל דלא מצי רבא לאוקמי הכי דאכתי אגד כלי שמיה אגד הא איסור גניבה קדים דאיכא הגבהה:

מ"ש בדעת רש"י דהא דלא ילפינן מגט דידו קניא דלא ילפינן קנינין מגט ויעוין בקצה"ח שם:

(שם ל"ה) מה שחידש מהרש"ל דלרשב"ל חייבי מלקות שוגגין פטורים ממון אחר שהזיק בשעת חיוב מלקות דחובל בחבירו פטור אף שעל חובל בעצמו חייב היינו משום דחדשה תורה אבל על ממון אחר הוי כשאר חיובי מלקות שוגגין ועי' בקצות סי' ל"ח שכתב דגם רבא ס"ל כרשב"ל בזה כמו דיליף מכה מכה ומיושב בזה הא דאמרינן אליבא דרבא במכות ד' באומר עדות שקר כו' כל כמיניה דפטור מטעם דד"ג דהוי כממון אחר יעוי"ש:

מכות ד' ע"ב מה למוציא ש"ר שכן לוקה ומשלם כו' נראה דהוא ק"ו פריכא דהלאו חמור שיש בה מכות וממון משא"כ בשאר לאוין שבתורה שרובן אין בהם ממון בהלאו גופה ואף אם יהיה בה ממון אחר ויהיה הדין בלוקה ומשלם אבל הלא לא יהיה הממון מחמת עבירת הלאו ומסולקת בזה קושית הגרע"א ומיושבת בזה ג"כ קושית התוס' ד"ה אלא דהקשו לר"ע דס"ל ע"ז קנסא לית ליה לאו שאב"מ לוקין כו' ולכאורא לפי שיטת התוס' דהכא בד"ה סבר כו' ס"ל לר"ע בכה"ת לוקה ומשלם (וכמ"ש הגרע"א) א"כ שפיר נילף ממש"כ דלאו שאב"מ לוקה וליכא פירכא דלוקה ומשלם ולפי דברינו ניחא ודו"ק:

סימן כח

(ב"ק ק"ה) אמר רבא גזל ג' אגודות בג' פרוטות והוזלו ועמדו על שתים חייב להעמיד לו אחרת ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח כו' טעמא דאיתיה בעיניה כו' אע"ג דהשתא לאו ממונא כו' ה"נ אע"ג דהשתא כו' בעי שלומי כדמעיקרא ויעוי' בקה"ח סי' פ"ח שכתב הטעם משום דכיון דגזל צריך לקיים והשיב את הגזילה אף דאינו שוה והוליד מזה דגזל כלי למאן דס"ל דחייב על כולו אפילו פחות משו"פ כיון דאית ביה שו"פ כשהוא בעיניה צריך להחזיר דמים יעו"ש:

ולע"ד תמוהים דבריו מאד דהלא התם הטעם משום דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ואף אם הוזל דמעיקרא שויא ד' ולבסוף שויא זוזא מ"מ משלם קרן כשעת הגניבה וה"נ כיון דמעיקרא שויא פרוטה כ"ז שלא מחזיר לו הגזילה חייב לשלם לו דמים דמעיקרא. אבל הכא גבי כלי דמעיקרא נמי לא היה שויא כ"א חצי פרוטה מהיכי תיתי שיתחייב פרוטה ואע"ג דלא קיים מצות והשיב מ"מ לא (נוכל לחייבו ממון כיון דלא היה בשעת גזילה שו"פ וכמו דאמרינן שם בגמ' בעי רבא גזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת כו' גזילה אין כאן מצות השבה אין כאן ויעוי' בתוס' דלא בעי למיפשט אלא דלא מעכב מצות השבה אבל מצות השבה מיהא לא קיים וה"נ אע"ג דלא קיים מצות השבה לא נוכל לחייבו יותר ממה שגזל ועי' בתוס' לעיל ס"ה ד"ה גופא כו' שכתבו בהדיא וא"ת דאמר רבא בגזל ג' אגודות כו' אמאי לא מייתי ממתני' דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה כו' וי"ל כו' דהתם שם איתיה לגזילה בעין הויא בת השבה כו' הרי דעיקר הטעם הוא כנ"ל משום דבשעת הגזילה נתחייב בדמיה אם אינו מחזיר הגזילה בעין ולא שייך זאת אם גם בשעת הגזילה אינו שו"פ וזה פשוט מאד: ובדבר עיקר הספק של הקצות אם אינו מחזיר לו נ"ל דתליא באשלי רברבי דהנה התוס' ב"ק י"א ד"ה אין שמין כתבו דגנב וגזלן שאני דצריך להחזיר הגזילה או דמיה ויעוי' ברא"ש שביאר יותר וכתב דצריך להחזיר לו גוף הכלי כדכתיב חיים שנים ישלם או דמיהן דמה לי הן כו' כיון שיכול

לקנות בהם כעין שגזל יעוי"ש ולפ"ז אם הכלי הוא פחות משו"פ פשוט דצריך להחזיר לו כלי דוקא ולא דמיה כיון דהמעות הוא פחות משו"פ ולאו בר השבה הוא א"כ אף דהמעות א"י לתבוע כיון דהוא פחות משו"פ אבל הלא עיקר התביעה היא הכלי אשר אף פחות משו"פ נזקקין לה כן הוא פשוט לדעת הרא"ש והתוס' בב"ק אבל התוס' בב"מ צ"ז כתבו בשם רשב"ם דהא דאמרינן חייב כו' היינו דוקא דפחת נבילה לאו דניזק הוא בגנב וגזלן אבל התשלומין הוא אפילו בסובין ולפי שיטה זו נראה דבכלי שהוא פחות משו"פ אם אינה בעין א"צ להחזיר הכלי דהלא אין עליו חיוב אלא מדמי הכלי ובהדמים אין בה שו"פ ואינה ניתנה ליתבע בדיינים, ויעוי' בחו"מ סי' שס"ד סעי' ה' ובש"ך שם: (ב"מ מ"ה ע"א) תוד"ה אין לי כו' גגו כו' כגון שהכישה כו' ולכאורא תמוה דהלא הוי משיכה וקונה אף בגזילה כמו לעיל כ"ו ע"ב וי"ל דס"ל להתוס' דבעינן הכשה ברשות שהמשיכה קונה דהיינו בסימטא וכדומה, וכן דייקי לשון התוס' שהכישה במקל מחצירו של בעה"ב ונכנסה כו' וזהו ברור כונתם ומה דחיאנו התוס' כמ"ש רש"י בב"מ י' נ"ו גיטין ע"ז שנכנסה מעצמה וגגו כו' ונעל בפניה דלדעתם אין זה גניבה רק גזילה שנמנע מלהשיב ובזה יש ליישב הא דהשמיטה הברייתא דגגו חצירו וקרפיפו גבי גנב וי"ל דהוא תי' הברייתא דס"ל דמשיכה אינו קונה בכל הבהמות כמו גמל וחמור עי' ב"מ ט' והרמב"ם לשיטתו דמשיכה קונה בכל הבהמות, ולפ"ז לא ס"ל כהתוס' וגם אם הכישה ברשות שאין המשיכה קונה והלכה מחמת לרש"י המשיכה קונה סגי בהכי ועי' בל"מ פ"ב מהל' גניבה בדעת הרמב"ם דקרא לה והיא באה ל"מ בגניבה ואינו מוכרח:

סימן כט

(גיטין ל"ח) ואימא ה"מ בכספא אבל בחזקה לא כו' עי' פירש"י כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתיאש הימנו כו' וצ"ע הלא קיי"ל יאוש אינו קונה בגזלן וכן ס"ל לרבא גופיה ב"ק ס"ז והאיך קונה העכו"ם, וי"ל דרש"י ס"ל דהא דיאוש אינו קונה בגזלן הוא רק משום השבה דבגזילה איכא מצות השבה ובעכו"ם דליכא מצות השבה ממילא יאוש קונה ויעוי' בעירובין ס"ב ברש"י ובתוס' שם וכונת רש"י שם דבפחות משו"פ כיון דישראל לא קפדי ממילא הוה כיאוש והא דדייק הגמ' בע"ז דאם אינו קונה משיכה בנכרי למה חייב מיתה י"ל דבכל גזילה חייב משום דהוציא ממון מרשות בעלים דהא כל גזילה יצאה מרשות בעלים, ויעוי' סנהדרין ע"ב ע"א והדברים ארוכים, אבל בפחות משו"פ אין שייך זאת משו"ה אין לחייבו להא"י רק אם נכנסה לרשותו וקנאה, ומשני הגמ' משום דצעריה, ומאי לא ניתן להשבון לאו משום דקנו הא"י רק דמצות השבה לית ביה, וממילא בפחות משו"פ א"צ כלל להחזיר אף דלא קניה אבל

בשו"פ כיון דהוי של ישראל יוחזר אפילו שאין כאן מצות השבה אבל בכל שעה הוא גוזלו וכ"ז לשיטת רש"י אבל באמת יש כאן שיטה אחרת ואיירי בשבאי דמחמת מלחמה נגעו בה, ודרך מלחמה הוי קנין לא"י ול"ה גזילה כלל בדיניהם כיון דדרך העולם הוא וכן נהוג בדיניהם ולעת הפנאי אאריך בזה:

סימן ל

שאלני ח' אחד בב"ק פ"ו חרשו נותן לו דמי כולו אם הפי' שאינו שומע ואינו מדבר כמו הפי' חרש בכל מקום או אינו שומע לבד, ורצה להביא ראיה מדברי התוס' שהקשו מהא דעירוכין חרש יש לו דמים והתם הלא הוי חרש סתמא שאינו שומע ואינו מדבר:

ואנכי השבתי לו דפשוט הפירוש חרשו שאינו שומע לבד וראיה לזה מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' חובל ומזיק שכתב הכהו כנגד אזנו וחרשו נותן לו דמי כולו ופשוט דממכה שכנגד אזנו לא ניטל ממנו רק חוש השמע, ועוד מפורש יותר לעיל מזה בהל' ז' שכתב הך דינא דהכהו כנגד אזנו וחרשו שמפרש אח"כ כיצד כו' וכתב אח"כ בהל' ח' אמר הלה שחירשו פלוני כו' בודקין אותו הרבה שיודע שאינו שומע, עיי"ש ומוכח בהדיא שהפי' הוא אינו שומע לבד וכן מפורש בש"מ שמפרש דהך חירשו קאי על למעלה מזה היינו שאם קטע ידו כו' ואח"כ קטע רגלו כו' ואם אח"כ חרשו דהיינו שאינו שומע אינו ראוי כלל למלאכה עיי"ש ודוחק לחלק דלהאי פירושא הוי אינו שומע לבד אבל להמפרשים דחירש לאדם שלם שאני, וראיתי בנוב"י אה"ע סי' נ"ג שכתב בהדיא דהך חירשו נותן לו דמי כולו איירי שאינו שומע לבד והביא ראיה מזה דבאשה הוי זה מום גדול ובמק"א הארכתי בדברי הנוב"י ואכ"מ אבל גוף הדבר פשוט הוא ולא כתבתי רק להוציא מלבו של אותו חכם:

סימן לא

מדי עבר דרך פה חכם אחד העיר להקשות על התוס' ב"ק י"ז ע"ב שכ' לחלק בין זורק כלי דבתר מעיקרא אזלינן ובין זורק חץ על הכלי דחייב המשבר דלא אזלינן בתר מעיקרא כה"ג, והקשה מב"ק קט"ו ע"ב מאי מקשה הגמ' על הא דראה משוברות אם אמר הרי הן מעשר ל"א כלום, מ"ש דראה גייס בא כנגדו אם אמר הרי מעשר מחולל על מעות אלו דבריו קיימין, הרי ראה משתברות משמע דהוא כמתני' היינו שנשתברה החבית והיין עומד להשפך והוא דומה לזורק כלי ובגייס בא כנגדו הוי כזורק חץ על הכלי: והשבתי לו חדא דהרי הן משתברות משמע בכל גווני אך דאכתי הא מצי הגמ' לשנויי דאיירי דכבר התחיל הכלי להתבקע, אבל הראיתי לו דברי הירושלמי פ' כיצד ר' ירמיה בעי דרסה על כלי מלא שמן ונשבר הכלי ונשפך השמן על כלי משלמת נ"ש ועל השמן חצי

נזק, הרי מפורש לשיטת הירושלמי דהשמן מקרי צרורות וא"כ לשיטת התוס' דדייקי דאם זורק אבן על הכלי בתר מעיקרא אזלינן האיך משכחת לה צרורות דמשלמת ח"נ, וא"כ גם גבי שמן אם הוי צרורות אף דהכלי משתבר לגבי השמן הוי כזורק אבן על הכלי ושפיר פריך הגמרא מראה גייס בא כנגדו דהיינו הך אך אכתי צ"ע בסוגית הגמרא דידן גם הפוסקים סתמו ולא הביאו הך דינא דהירושלמי לחייב על השמן מחמת צרורות:

לזאת נראה לי בכוונת התוס' דלכאורא קשה מ"ש מכך דאמרינן ב"מ כ"ד המציל מן הארי ומן הדוב ומן הברדלס הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשים מהם הרי דסתם אף דלא הוי רק כמו זרק חץ על הכלי עכ"ז הוי הפקר ואם קדם זכה האיך נוכל לחייב המשבר, וא"ל דהתם איירי דכבר הוא בידי הארי והרוב דאם נאמר כן לק"מ קושית התוס' ב"ק קט"ז על הא דאמרינן אדעתא דארי אפקריה אדעתא דכו"ע לא אפקריה מ"ש מהא דהמציל מן הארי ותי' התוס' דהכא היה הארי רגיל לשמור ולא הוי ברי היזיקא הלא בפשיטות לק"מ דהכא עדיין לא היה ביד הארי, אע"כ דלא נחתי התוס' לחלק כנ"ל ואף אם לא באו ליד הארי כל הקודם זכה אם הארי עומד הכן לטרוף טרף, וא"כ קשה ג"כ גבי זרק חץ על הכלי אמאי לא אמרינן דסתמו אפקורי מפקר ליה ואף דהוה יאוש שלא מדעת עכ"ז הא קיי"ל היכא דאבודה ממנו ומכל אדם הוה יאוש אף של"מ כדמבואר בב"מ כ"ב עיי"ש:

והיה אפשר לאמר דהתוס' איירי היכא דיכול להציל אף אחרי שזרק החץ ואף באינו יכול להציל רק ע"י הדחק, ובכה"ג לא הוה יאוש, אבל עדיין אינו מיושב: מדלא חילקו התוס' ועוד אכתי צ"ע אמאי יתחייב הזורק חץ על כלי כיון דבהא ודאי לא אזלינן בתר מעיקרא לסברת התוס' ובשעה שזרק הלא נתייאש בעל הכלי והוה הפקר ואח"כ שנשתבר אמאי חייב הלא של הפקר נשתבר, ואף דחייב על שעה ראשונה מדלא חילקו התוס' לאמר דהיכא דא"י להציל יהיה חייב הזורק חץ, גם לפי ראות התוס' מצרורות ג"כ משמע דאף היכא דא"י להציל לא אזלינן בתר מעיקרא כמו בצרורות דא"י חייב כ"א חצי נזק אף בגוונא דא"י להציל תיכף בשעה שיצא הצרור מתחת רגלי הבהמה, ועי' ב"ק י"ח גבי ברוח שבכנפיהם וגבי תרנגולים שחטטו בחבל הדלי, ובירושלמי פ' כצד הרגל:

ונ"ל לאמר דלא שייך יאוש רק היכא דאין לפנינו מי שיתחייב לשלם הדמים אבל היכא דהמזיק לפנינו והוא יתחייב לשלם המעות עבור החפץ אינו שייך לאמר דמתייאש כמו הכא שהזורק חץ לפנינו ואם יהיה נשבר יתחייב הזורק לשלם תמורתו לא מיקרי יאוש, ועפ"ז מיושב נמי מה שלכאורה קשה גבי מנסך יינו של חבירו שכ' התוס' בגיטין דף נ"ג בתירוצם האחרון בתוד"ה מנסך שמשו"ה פטור לשמואל ול"א מדאגביה קניה כיון

דעל שעת ניסוך לא נוכל לחייבו הוה כמו שנסכו אחר דיוכל לאמר לו הרי שלך לפניך (היינו למ"ד היזק ניכר לאו שמיה היזק ואף שכ' התוס' דעשו רבנן שיתחייב כמו בהיזק ניכר היינו שעשו בכל היזק שא"נ על עשיית ההיזק כמו בהיזק ניכר אבל לא עשו אותו שיהיה כמו היזק ניכר לענין הרי שלך לפניך כגון שנעשה ממילא כמו דמפורש בגמ' גיטין ובב"ק ואס"ד היזק שא"נ שמיה היזק אמאי אומר לו הרי שלך לפניך הרי דלמ"ד ה"נ לאו שמיה היזק אף דרבנן חייבו על המעשה בידים אבל לא על היזק דממילא וא"כ הכא דעל המעשה אשר בידים לא נוכל לחייבו מטעם קלב"מ, גם על ההגבהה דמתחילה לא נוכל לחייבו כמו שאם עשה אחר היה יכול לאמר לו הש"ל וזה פשוט רק באשר הרב הנ"ל נתקשה בזה כתבתי זאת להוציא מהמתעקשים):

והנה בב"ק דף ס"ו אמרינן איתיביה ר"י לרבה הגוזל חמץ ועבר עליו הפסח כו' ואס"ד יאוש קנה כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש ואמאי אומר לו הש"ל דמי מעליא בעי שלומי ליה א"ל כי קאמינא אנא זה מתייאש וזה רוצה לקנות האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות, ולכאורה קשה ה"נ אמאי יכול לאמר לו הש"ל כיון דקודם נסוך ודאי מייאש ולאח"כ שלו קא מנסך, והכא אינו שייך זה אינו רוצה לקנות דהלא נימא ליה בניסוך אבל לפי הנ"ל י"ל דהכא אינו שייך יאוש כיון דהלה הגביה ורוצה לנסך ואם הלה מתייאש יתחייב זה לשלם אין כאן יאוש אבל בב"ק גבי הגוזל חמץ ועבר עליו הפסח כבר נתחייב הגזלן באחריות מקודם הפסח מתייאש הנגזל מהחמץ ותשלומין לא נתחייב הגזלן אף למ"ד יאוש קנה מחמת המעשה שקודם זמן איסורא רק על הגזילה שמכבר משו"ה הוה יאוש מעליא: אך בלא"ה י"ל הכא בגיטין דשמואל יסבור יאוש ל"ק, ואדרבה י"ל דבזה יפלגו רב ושמואל דרב לטעמיה דס"ל ב"ק ס"ז יאוש קנה וא"כ שפיר י"ל מדאגבה קניה אבל לשמואל יסבור יאוש ל"ק אך דעדיין יש להקשות מאי מקשה הגמ' חולין מ"א אס"ד א"א דשא"ש מהמטמא ומדמע ומנסך כו' הלא אף אם נאמר יאוש ל"ק עכ"ז יצאה מרשות הלה והוה הפקר ול"ש א"א דשא"ש אבל י"ל ע"פ מ"ש לחלק בין יאוש להפקר דביאוש קודם שיזכה אחר לא יצאה מרשותו ול"ה הפקר וגבי הפקר יצאה מרשותו קודם שיזכה בה אחר ושפיר פריך הגמ' למ"ד יאוש ל"ק גם י"ל דהכא למ"ד יאוש ל"ק הוה כמו יאוש דבאיסורא אתא לידיה דלא יצאה מרשות הנגזל כלל:

ומרוחנא בזה ליישב קושית התוס' על רש"י חולין מ"ד ע"א תוד"ה היתה רבוצה דפירש"י דוקא רבוצה לאפוקי אם היתה עומדת ורבצה דכשהגביה ורבצה נעשית שלו ואין נראה לר"י דכי הגביה נמי לא חשוב שלו אם אא"א דשא"ש ולקמן נמי דאמר ר"נ אא"א דשא"ש ופריך ממנסך ומאי קושיא הלא מכי אגביה קנו כדאמרינן בהנזקין אלא ודאי בהא לא

חשוב שלו ולא קנו אלא להתחייב באונסין וכבר דברו רבים בזה. ולפי הנ"ל י"ל דלא מקשי אלא לר"י דס"ל ב"ק ס"ח יאוש ל"ק אבל לר"ה דהוא תלמידיה דרב וס"ל יאוש קונה וא"כ אם היתה עומדת והגביה ורבצה ואח"כ נתייאש הויא שלו כנ"ל אך באמת כ"ז אינו דאם (אין אדם אוסר דשא"ש א"כ לא נתייאש כלל קודם זמן איסורא כיון דלא יאסר כלל אם לא נתייאש:

אך יש ליישב קושית התוס' באופן אחר ע"פ מה שאמרתי ליישב הקושיא שמקשים בב"ק ע"א ע"ב מאי מקשה הגמ' על זה מכי שחיט בה פורתא אסרה, דלמא ס' ר"מ כמ"ד אא"א דשא"ש ולא נאסר כלל, ומה שתי' כיון דע"כ רבנן סברי א"א דשא"ש דאל"כ אמאי פטרי משום שחיטה שאינה ראויה כיון דלא נאסר כלל דעדיין אינו מעלה תרופה לשיטת הרא"ה בר"ן חולין דאף אי אין אדם אוסר דשא"ש עכ"ז באכילה מיתסר עיי"ש א"כ שפיר הוה לרבנן שחיטה שאינה ראויה גם י"ל דציוה לו הגנב לשחוט לע"ז ואף דהוא של הבעלים עכ"ז אחר ששחט בו הוה שינוי וקנה אבל על ר"מ שפיר ניחא ול"ק קושית הגמ' מכי שחיט בה פורתא דכ"ז שלא שחט כ"א פורתא ולא הוה שינוי אכתי לא נאסר וגם אין לאמר דמוכח דס"ל לר"מ אין אדם אוסר דשא"ש מהמסכך גפנו דר"י ור"ש אומרים א"א אוסר דשא"ש ועי' בתוס' יבמות פ"ג ע"ב תוד"ה א"א אדשא"ש שכ' דר"י ור"ש סברי דאין אדם אוסר דשא"ש היכא דתלוי במחשבה כמו המסכך וכגון משתחוה, וא"כ משמע דר"מ דפליג על ר"ש ס"ל דאדם אוסר דשא"ש ושפיר מקשה הגמ' מכי שחט פורתא אסרה ואידך כו':

אבל עיין בירושלמי פ"ז דכלאים דמפרש טעמא דת"ק דהיינו ר"מ משום דכתיב לא תזרע כרמך כלאים אין לי אלא כרמך כרם אחר מנין ת"ל כלאים מ"מ ועיין בר"ש כלאים שם דמפרש דהיינו טעמא דר"מ ולא מטעם דאדם אוסר דשא"ש אבל לכאורא לא משמע כן בירושלמי גופיה דאח"כ קאמר שם בירושלמי גופיה הנעבד אית תנאי תני בין שלו בין של אחרים אסור ואית תנאי תני שלו אסור של אחרים מותר הוון בעי מימר מאן דתני בין שלו בין של אחרים ר"מ מאן דתני של אחרים מותר ר"ש ר"י בשם ר' לא דברי הכל הוא כמה דתימר תמן דבר שיש בו רוח חיים נאסר לגבוה ודכותה דבר שא"ש לגבוה נאסר עכ"פ מוכח בהדיא מסקנת הירושלמי דר"מ ס"ל אדם אוסר ולא כהר"ש בכונת הירושלמי ועיין בפ"מ דפירש שכונת הירושלמי ולא של אחרים היינו של גוי, ועיין בש"מ ב"ק דפי' ג"כ כונת הירושלמי כהפני משה:

אך מהרמב"ם משמע דס"ל כהר"ש שהרי הר"מ ז"ל פסק בכמה דוכתי דאדם אוסר דשא"ש, ועכ"ז פסק בפ"ז מהל' כלאים כר"ש דאין אדם מקדש דשא"ש וע"כ ס"ל כהר"ש

דכלאים שאני משום דכתיב כרמך ולא של כלאים וכן יש להוכיח מהא דאמרינן בכלאים שם דאינו אוסר כלאי הכרם בשביעית משום דאין אדם אוסר דשא"ש]:

ועפ"ז אמרתי לפרש דברי הירושלמי כלאים פ"ח ה"א בתר כל אילן קילוסין יכול אנא לפתור כר"ע כו' ועוד מן הדא דתנינן שביעית אית לך למימר שביעית דר"ע ועי' במפרשים וע"פ הנ"ל י"ל דקושית הירושלמי דאיך נוכל למפתר שביעית וכלאים אליבא דר"ע והלא ר"ע ס"ל דאינו אוסר כלאים בשביעית ועיין ברמב"ם פ"ה מהל' כלאים ובהה"מ שם אי ה"ה דאינו לוקה על שא"ש ובמק"א הארכתי בזה, ולשיטת התוס' צע"ג מאד לאמר משום דאינו יכול לאסור דשא"ש, הלא המקדיש פירות שביעית חלף הקדש ועיין בר"פ כל המנחות ובפסחים דף מ"ה וברמב"ם פ"ח מהל' מ"א, ואמאי אינו יכול לאסור גם צ"ע דהלא כתבו התוס' ביבמות לחלק בין כלאים לזורק חלב בקדירתו של חבירו דהכא תליא במחשבה וא"כ קשה גבי זורע כרמו בשביעית הוה ליה לומר דהזרעים אסורים כדאי' בפ"ד דכלאים דלענין לאסור הזרעים לא בעינן מחשבה אך י"ל דהכא לא אצטריך לענין הזרעים דבלא"ה אסורים משום שביעית אבל מ"מ קשה דמשום שביעית לפעמים מותר כמו משום אנסין בסנהדרין דף כ"ה ואף שפירש"י דדוקא בשביעית דרבנן לא משמע כן שיטת הרמב"ם דפסק בפ"א מהל' שו"י הט"ו דמשום אנסין מותר ובפ"ג מהל' הנ"ל משמע דס"ל שמיטה בזה"ז דאורייתא עיין בפ"ו ובמלמ"ל שם ובמק"א הארכתי בזה, גם משכח"ל דיהיו מותרים הזרעים בשביעית כמו שכ' הרמב"ם בפ"ג מהל' שו"י הל' ט"ו גבי זורע הנ"ל ובאופן דלא הוסיפו בשנה השמינית ועוד דהלא משום שביעית היה האיסור מדרבנן ומשום כלאים אסורים מדאורייתא כמ"ש הכ"מ ספ"ח מהל' כלאים דאף בזורע בצד הכרם אסורים הזרעים מדאורייתא ואפ"ל דאם נזרעו שלא במחשבה אינם אסורים רק משום מראית עין וא"כ בשביעית דמשום מחשבה לא מחסר מותר בכל גווני ואכתי צ"ע:

ואפשר דהיינו טעמא דהרמב"ם והר"ש דלא ס"ל הך טעמא דאין אדם אוסר דשא"ש רק משום טעמא דקרא וא"כ לא מוכח כלל דר"מ ס"ל אדם אוסר דשא"ש והדרא קושין לדוכתא מאי פריך הגמ' ב"ק מכי שחט פורתא לתסר דלמא ס' ר"מ אין אדם אוסר דשא"ש, ויש לאמר בכונת הקושיא דהנה הקשו המפרשים אמאי ניחא בכל טביחה מכי שחיט בה פורתא קניה משום שינוי מעשה אידך דמרה קטבח, ותו דלא מיקרי שינוי רק טביחה מעליא דמתירה ועי' בתוס' דף מ"א ד"ה איסורי הנאה וצ"ל דבעינן שינוי דנשתנה שמיה ובשחט בה פורתא לא נשתנה שמיה אבל בשוחט לעכו"ם נשתנה שחיה אף בשחיט בה פורתא דתקרובות עכו"ם מקרי אבל מכי שחיט בה פורתא לא הויא

שינוי, וי"ל דכ"ז בשחיטה דעלמא, אבל בשוחט לע"ז מכי שחיט בה פורתא אסרה שפיר הוה שינוי וקניה בשינוי מעשה וא"כ ניחא קושית הגמ' עכו"ם מכי שחיט בה פורתא אסרה אידך א"ה נינהו ולאו דמריה קטבח היינו דקניה בשינוי מעשה ואף למ"ד א"א אדשא"ש הכא אוסר דקנו בשינוי מעשה וא"ל דלא לקני ולא לאסור ולא להוי שינוי דמצינו בכה"ג דקניה כמו גבי הקדש דקנה מטעם שינוי רשות וכ' הרמב"ן אף דאם נאמר דלא קנה אין כאן שינוי עכ"ז קנה וכן הוא בתוס' ומ"ש התוס' דף ס"ז ד"ה הא לאו הכי כו' שאם אין יאוש אין שם הקדש חל עליו היינו משום דבשינוי השם גרידא בפי שינוי מעליא ובלא יאוש לא נשתנה שמו כלל דלא מתקרי כלל בהמה מקודשת דאכתי שם בעלים עליו, אבל בשינוי מעשה בודאי הוי כמו שינוי רשות דהקדש ובאים בבת אחת הקניה והאיסור ושפיר הוה קושית הגמ' אף למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש:

ובזה מיושב ג"כ קושית הראשונים על הנך גדולים דס"ל דאיסורי הנאה יש להם בעלים א"כ מאי פריך הגמ' אידך לאו דמריה קטבח ולפי הנ"ל מיושב שפיר דלא משום איסורי הנאה דהוי הפקר פריך רק משום דכיון ששחט בה פורתא אסרה והוי שינוי וקנה בשינוי (ומה שיש להעיר בזה דהיכא דנאסר בהנאה לא קנה כמו דאמרינן גבי יאוש זה מתחייב וזה אינו רוצה לקנות מיושב שפיר ע"פ מה שהארכתי לבאר דקנין השינוי לא הוה בעת השינוי וראיה משינוי דממילא והדברים ארוכים ואכמ"ל ובמק"א הארכתי בזה מסוגיות הש"ס) ועפ"ז ניחא ג"כ שיטת רש"י ואזדא לה קושית התוס' דשפיר פירש"י דדוקא נקט היתה רבוצה דאילו היתה עומדת וקנו בהגבהה לגוזלה ובגזלן הא קנה בשינוי וא"כ מכי שחיט בה פורתא בודאי קניה ונאסרה אפי' למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש ומשו"ה נקיט היתה רבוצה גרידא לא שייך קנין בשינוי ולדעתי הוא נכון:

סימן לב

חידושים על ריש ב"ק:

(ב"ק ב' ע"ב) תוד"ה ומלתא אגב אורחא כו' וה"ר מנחם פי' שהיה מועד לכל וחזר בו מבהמה ונשאר מועד לאדם הוי מועד לבהמה אבל מועד לכל וחזר בו מאדם ל"ה מועד לאדם. וצ"ע מלקמן ל"ז ע"א רב זביד א"ל כו' מ"ד כיון דלא חזר בו מאדם כו' קמ"ל דחזרה דבהמה מיהא חזרה היא הרי דאף רב זביד דס"ל מועד לאדם הוי מועד לבהמה מ"מ לענין חזרה מודה ומכ"ש לר"פ, ובפשיטות י"ל דהתם איירי מסתמא דלא ראינו בו חזרה מאדם ובכה"ג מודה רב זביד דחזרה דבהמה הוי חזרה וה"ר מנחם איירי דנשאר מועד לאדם היינו שנוגח את האדם גם עכשיו בכה"ג גם לר"פ חזרה דבהמה לאו חזרה הוא אבל עדיין צ"ע דמאי קאמר התם חזרה דבהמה מיהא חזרה הוא דמשמע דלאדם נשאר מועד

ואמאי הלא מסתמא כיון דחזר בו מכש"כ דל"ה מועד לאדם וצ"ע. וי"ל עפמ"ש הרמב"ם בפי' המשנה דלר"מ דאמר עד שיהיו התינוקות ממשמשין בו לעולם ל"ה חוזר לתמותו עד שיהיו התינוקות כו' ושפיר כ' ה"ר מנחם דאם נשאר מועד לאדם חזרה דבהמה ל"ה חזרה ולא משכחת לה כלל דמועד לאדם לא יהיה נשאר מועד לבהמה והגמ' בדף ל"ז קאי אליבא דר"י דס"ל דחזרה שלש פעמים מהני משו"ה י"ל דחזרה דבהמה הוי חזרה אף דלא חזר בו מאדם:

ע"ב אבל במחוברת אימא כולה מועדת הלשון תמוה דמשמע דהיה ספק א"כ ממילא היו מחייבין מספיקא ויעוי' ברשב"א שהעיר בזה אבל תי' תמוה שכ' דספק איסורא לחומרא ואנן קיי"ל בכל דוכתא דגם בניזקין כל ספק פטור וכמדומה שהעיר בזה החת"ס. וי"ל דלענין עיקר החיוב דתם שאני דהא דתם פטור היינו משום דסתם שורים בחזקת שימור ואין עליו חיוב שמירה אבל אם היינו אומרים אימא מועד הוא מתחילה ולאו בחזקת שימור קאי והיה ספק איסורא לחומרא דבודאי אסור לאדם לגרום נזק בממון חבירו ויותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יוזק וכיון דהיה עליו חיוב שמירה ממילא היה מחויב לשלם. וי"ל עוד דנ"מ לענין כופר דהא כופרא כפרה והוי ספק איסורא אבל צ"ע דא"כ היו עדים מעידים על נגיחה שניה ושלשית עדות שא"א יכול להזימה גם צ"ע לפמ"ש התוס' לקמן דאף אם היה דרכו להזיק ח"מ משלם מגופו א"כ הביאו לב"ד ויש לחלק גם צ"ע לענין תשלומי כופר אם חייב מספיקא:

(שם דף ד' ע"א) תוד"ה לאו אע"ג כו' עבד ואמה גופיה נילף בק"ו כו' כיון דידע רישא כו' מסתמא ידע סיפא כו' וי"ל כו' נמצא שכונתן גורם הפטור כו' ורב אשי פי' דאפילו באין כונתם להזיק איכא טעמא רבא יעו"ש ויעוי' במפרשים שנדחקו בכונתם. ונראה בפשיטות דבס"ד ס"ל דכונתו להזיק מיקרי אם כונתו לעשות מעשה ההיזק וא"כ אם יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו של חבירו הוי כונתו להזיק וזה גורם הפטור שאין חייבין על נזק עבד ואמה אף אם הזיקו שלא במתכון נמצא דכונתו גורם הפטור ורב אשי פירש דאפילו באין כונתו להזיק איכא טעמא רבא דהלא העבד אם יקניטנו רבו לא תהיה כונתו להזיק להניזק או דבר הניזק רק להזיק לרבו ולמען לעשות נחת רוח לכעסו וליצרו והוי כמו שן דאף דמתכון לאכול מ"מ מיקרי שלא במתכון דאין כונתו להזיק רק להנאתו כן גבי עבד ואמה דאף באין מתכון להניזק מ"מ איכא טעמא רבא לפטור ומה שמתכון להזיק לרבו לא מיקרי מתכון להזיק כלל והוי דומיא דשן כנ"ל ודו"ק:

שם תוד"ה כראי אדם כו' ותנא דבי חזקיה דפוטר היינו ממון שהזיק בשעת חיוב מיתה כו' והיינו ממון אחר כמ"ש התוס' בדף כ"ו וצ"ע לר"י בנו של ריב"ב דס"ל כופר דמי מזיק

ולא ממעטינן מעליו רק דמי מזיק מנ"ל דלא משלם דמי ניזק דלאו היינו ממון אחר ועי' בתוס' כתובות ל"ח שכתבו דתנא דפליג על תנא דבי חזקיה הוא ר"י בנו של ריב"ב וי"ל דלטעמיה אזיל אך עי' לקמן דף כ"ד דגם ר"א ס"ל כריב"ש ריב"ב דכופר דמי מזיק וצ"ל דמאן דס"ל דמי מזיק דריש הך דולא תקחו כופר כר"י ב"ש ריב"ב ועי' בתוס' כתובות שם ל"ז ע"ב ד"ה מתות קלות ס"ל דתליא זב"ז ולפ"ז צ"ל דגם ר"ת ב"ע דס"ל היוצא להרג נערך דס"ל ג"כ כופר דמי מזיק עיי"ש ל"ד ע"ב ועי' לקמן דף כ"ב לענין דמי עבד ובדף מ"ג ע"ב דאף דמים לא משלם ואפ"ל דכיון דהתשלומין להרב הוי כמו ממון אחר וצ"ע הך כללא דהתוס' לאו כללא הוא ואף אותו ממון פטור משום דק"ל ב"מ:

(שם ע"ב) רש"י ד"ה ומנסך וליכא למימר כשעירב לתוכו א"נ דהא יכול למוכרו חוץ מדמי יי"נ שבו וכבר ידוע מה שהקשו המפרשים וי"ל דיי"נ אינו אסור אלא במינו וידוע דר"ח ס"ל דמין במינו לא מיקרי אלא אם המבטל אפשר להיות כבטל או לבטל להיות כמבטל ויעוי' במנחות כ"ב ובבכורות כ"ג ויעוי' שתוס' שם ובחולין ק' שכתבו דנבילה אפשר להיות כמבטל אבל במשקין ל"ש זאת דלכי מסרחי פקע שם משקה מינה א"כ ביי"נ ל"ש מין במינו כיון דא"א להיות בטל כמבטל ולפ"ז היה לייי"נ להיות בטל ברוב דלענין טע"כ הלא אזלינן בתר טעמא ולא בתר שמא:

(שם דף ו') תוד"ה תאמר כו' שור יוכיח וא"ת למ"ד שור לרגלו כו' אלא ברשות הניזק ושם אין לו רשות וי"ל כגון שהלך ברה"ר והתיז והזיק ברה"י עיי"ש ובאמת עדיין אינו מספיק דהלא אינו אלא ח"נ ועי' ברא"ש שכתב כגון ע"י עץ ארוך שדרסה ברה"ר ושבר ברה"י ומה שהתוס' מאנו בזה נ"ל דתוס' והרא"ש לשיטתם אזלי דלקמן דף י"ט גבי איבעיא דהתיז ברה"ר והזיק ברה"י כו' והאמרת עקירה אין כאן הנחה יש כאן א"ל הדרי בי ויש להסביר מעיקרא מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר ע"פ מ"ש התוס' לעיל י"ז ע"ב דיה זרק כלי כו' דבזורק אבן על כלי לא אזלינן בתר מעיקרא ובזורק כלי אזלינן בתר מעיקרא ועפ"ז ההסבר פשוט דבתחלה קס"ד דכיון דהוה תולדה דרגל אזלינן בתר תחילת הנזק שהיה ברה"ר ואח"כ מסיק דל"ד לרגל דהתם נעשה הנזק ברה"ר אבל הכא אף דהתיזה ברה"ר אבל כיון דההיזק נעשה ברה"י בתר בסוף אזלינן ומשו"ה חייב וא"כ דוקא התיזה ברה"ר והזיק ברה"י חייב כיון דבזה אזלינן בתר בסוף אבל בעץ ארוך דבעת הדריסה נעשה ההיזק הוי כמו בפר מעיקרא והוי כמו שההיזק נעשה ברה"ר והדין נותן שיהיה פטור בכה"ג אבל הרא"ש לטעמיה אזיל שהקשה בפ' כיצד על הך סברא דאמאי חייב בהתיזה כו' כיון דאמרינן לעיל בתר מעיקרא אזלינן הוי כמו הזיקה ברה"ר ותי' דגזה"כ

דאזלינן במקום שנעשה ההיזק וכיון דהוה גזה"כ ה"ה בעץ ארוך פטור ומשו"ה כתב הרא"ש לאוקמי בעץ ארוך:

וראיתי בקצה"ח סי' ש"צ שהעיר על דברי הרא"ש אלו שבפ' כיצד שהמה נגד דברי התוס' דף י"ז ומה שהעיר שם על דברי התוס' שכ' דאם גם בזורק אבן אזלינן בתר מעיקרא לא משכחת צרורות כו' דדילמא הכי גמירי הלכתא כיון דלא נגמר ההיזק רק ע"י כחו אינו משלם אלא ח"נ יעוי"ש וא"כ לפ"ז גם בהפילה כלי למקום אחר ונשבר אינו משלם אלא ח"נ ולא יהיה ג"כ אלא צרורות והלא איפכא שמעינן לקמן דף י"ג ויעוי' ברש"י ותוס' לקמן שם ולעיל י"ג דאם בעל הבור פטור שור משלם הכל ול"ה כצרורות גם עי' לקמן דף מ"ה דאם הפיל הכותל על האדם הוה צרורות ובשור שדחף את האדם לבור משלם כופר יעוי' לקמן דף י"ג שם ועי' בדף י"ח ע"ב דגם בקרן איכא דין צרורות וע"כ צריך לחלק כסברת התוס' בין עושה מעשה בגוף הכלי ובין זורק ד"א:

ומה שהקשה הקצות ממסכסכת כל הבירה כיון דתכף שהדליקה במקום אחד סופו להשרף כולו אמאי חייב אח"כ במסכסכת כיון דבלא"ה עומד לשרוף נ"ל דלק"מ דבודאי איירי דאם לא סכסכה לא היה דולק כל הבירה או שהיה יכול להציל ויעוי' לקמן דף קט"ז ד"ה אדעתא דארי' כו' ל"ד להא דאמרי בא"מ המציל מן הארי כו' והלא בלא"ה ל"ד דהתם איירי שכבר היה ביד הארי וביד הגייס והכא היה עוד הארי מנגדו והוי כזורק חץ אע"כ דדעת התוס' דלענין הפקר אין נ"מ בין אם נעשה מעשה בגוף הדבר או לא רק אם יכול להציל וכן מוכח מהא דפריך הגמ' בדף קט"ו על הא דראה שהן משתברות כו' מהא דראה אנס בא כנגדו יעוי"ש ולכאורא הא התם נמי ל"ד משום דרק המזיק בא כנגדו והוי כזורק אבן (ובמק"א כתבתי לתרץ ע"פ הירושלמי ואכ"מ) אע"כ דלענין הפקר אין נ"מ רק אם יכול להציל ויעוי' בסי' רס"ד סעי' ה' בהג"ה דהמציל מן הדליקה הוי כהפקר ומדמה לשבר החבית אף שמשמע מסתימות הפוסקים דלא קיי"ל כהירושלמי דבדורס על חבית מלא שמן ושברו שיהיה על השמן דין צרורות מ"מ מדמים להדדי אע"כ דבמסכסכת איירי שהיה יכול להציל. ומ"ש הקצות ממרבה אש דפטור לדעתי לק"מ דכיון שבאש הראשין היה ג"כ נידון א"כ לא עביד מידי ול"ד לאם זרק הראשון חץ וזרק השני ג"כ חץ והחילוק פשוט דהכא ליכא אש שלו כלל ועי' דף י' ע"ב בתוס' ובזורק חץ הלא איכא חץ שלו ותליא אם הוה ההפקר כגון אם אינו יכול להציל, והא דלא מפטר גם בזורק כלי מטעם הפקר כבר האריכו בזה דבאמת אין ההוכחה מהא דהשני פטור רק מזה שהראשון חייב והדברים ארוכים ובמק"א כתבתי מזה. ועי' במהרמ"ש על התוס' דף י"ז שכתב ראי משום דהלכתא גמירי לה דלמא בזורק כלי נמי משום דהלכתא גמירי

לה ותמוהים דבריו דהלא הכא בצרורות גמירי לן הלכתא אבל באדם הלא ל"ש צרורות באדם ואין לנו מעצמינו לחדש הלכתא וגם הלא באשו חייב נ"ש אף שכחו הוא וצע"ג. וראיתי בגליון קצה"ח של אמו"ר הרה"ג זצ"ל שנרשם בצדו עי' מהרמ"ש על התוס' שם וצ"ע ואולי כיון למ"ש:

(שם ו' ע"ב) רש"י ד"ה שור רעהו כו' ולהכי נקט שור הקדש ולא מוקי לה באכילת בהמתו שדה הקדש דאי שדה חרם לכהנים הוי וכהדיוט דמי. צ"ע דהא קידם שניתן לכהנים מועלין בו ול"ה כשדה הדיוט דהא הוו ממון שאין לו תובעין ויעוי' בערכין כ"ז אם נותנין לאנשי משמר:

שם ברש"י ושדה הקדש נמי כו' ואי קודם פדיה אין מעילה בקרקעות כו' לכאורא הלא בכל מזיק הקדש אין מעילה אך החילוק פשוט בין דבר שיש בו מעילה אך לא עשה באופן שיש בו מעילה אך בדבר שאין בו מעילה כלל י"ל דאין בו גזל הקדש ויעוי' בתוס' בכמה מקומות דאיסורא מיהא איכא משמע דאיכא איסור גזל, וגם צ"ע דהלא הבהמה כיון שתלשה הרי הוי תלוש וצ"ל דא"כ יהיה נוגע זה באיבעיא דפי פרה כחצר הניזק דמיא ויעוי' בתוס' לקמן דף כ"ג ע"ב והכא לא שייך חיוב אלקיחה דהא אין מועלין במחובר אך הלא אפשיטא דכחצר הניזק דמיא גם לפי שיטת רש"י הוי הפשיטות מכל אכילת פירות ומ"ש הקדש הלא הוה ג"כ לחיובי משום שן דהוי כתלוש בעת אכילה ובאדם אם אוכל מן המחובר וי"ל משום דבטלה דעתו אצל כ"א כמו דאמרינן במנחות ע' עיי"ש:

שם בתוד"ה שור רעהו כו' גמירי מאדם ובור דפטירי בהו פה"מ ואף לפי מה שנסתפק הפ"י לקמן נ"ג דבפה"מ לא פטור אלא מיתה אבל לא אם הוזק מ"מ כיון דאשכחן דצד הקדש קילא שוב יוכל למעט מקראי דקרן ואדם למעט הקדש לגמרי מניזקין, ובגוף סברת הפנ"י יש להעיר דפשטות הגמ' משמע דפה"מ נתמעט לגמרי, ולכאורא יש להביא ראיה דבנזקין חייב מהא דרצו התוס' דף י' ד"ה שהשור כו' לומר דגם אדם י"ל דנתמעט מוהמת יהיה לו כמו שכתבו בסוף דבריהם ולמאי דפירש לעיל דאצטריך לעבד הקנוי כו' משמע דלפ"ז י"ל דב"ח נתמעט באמת מוהמת יהיה לו והלא בלא"ה א"א לאמר כלל דיתמעט אדם מוהמת יהיה לו דא"כ לפטור נמי על נזקי אדם בבור כמו דפה"מ שנתמעטו מוהמת יהיה לו אם נאמר דנתמעטו לגמרי, ולפי הנ"ל י"ל דיסברו התוס' דפה"מ כיון דנתמעטו מוהמת יהיה לו למיתה שוב ילפינן מקרן ואדם והדרינן לדינא דמוקדשין דפטורי לגמרי א"נ דבבע"ח קרינן והמת יהיה לו גם בנזקין דמה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא ומטעם זה ילפינן שבח נבילה מוהמת יהיה לו אף אם רק

הוזק ואף דדרשינן דף ג' ע"א מוהמת יהיה לו דאיירי בבור מיתה היינו דפשטות הלשון בבור שיש בו כדי להמית אבל בבור זה גם אם הוזק איירי ועיין בש"מ ומפרשים והא דלא נתמעט אדם מניזקין היינו די"ל דמש"ה לא איירי רק בשור משום דסתם בור י' ממית הנופל בו אבל בודאי גם אם נמעטו מוהמת יהיה לו לא איירי באדם רק במיתה ממש משא"כ בשור, אף דמצד הסברא יש לחלק מצד קרנא דתורא דמחמ"ז אם הופחתה בחייה הפחת למזיק משא"כ בנבילה וכיון שאינן דומין זל"ז לא ניליף כלל אע"כ דגם זה קרי והמת יהיה לו וגם קטלה פלגא בכלל משא"כ אדם דל"ש לאמר כן שוב אף אם נמעטו מוהמת יהיה לו לא נמעט אלא מיתה גם י"ל דכיון דבבור איירי א"כ גם אם לא מת רק הוזק שוב ל"ש והמת יהיה לו דהא הויא נפילה קרינן ביה ולא לכלביך ולא נוכל לאמר מלתא דפסיקא והמת יהיה לו ובגוף ספקת הפנ"י נאריך בזה ואי"ה במק"א וכאן לא באתי רק להעיר:

וראיתי בקה"י פסחים ו' שהקשה על מ"ש התוס' דמזיק הקדש פטור מקרן מג"מ ערוכה פסחים כ"ו וכל היכא דמעל המסיק והתניא ואפר הקדש לעולם אסור כו' דילמא דלא הסיק אדם להנאתו יעוי"ש שכתב דרק פטור מקרבן מעילה וחומש אבל יצא לחולין וחייב מה"ת לשלם הקרן. ובאמת לא מכרעא כלל דקושית הגמ' היתה מהא דאמרינן לעולם אסור והיה ס"ד דהאי לעולם כולל כל האפר שבעולם ולא משכחת כלל אפר הקדש מותר ותירץ בשנפלה דליקה מאליה והאי מעולם אינו מסמן המין רק הזמן וממילא גם מזיק הוה כמו מאיליה והאיך תפול דליקה מאיליה אם לא ע"י איזה מקרה מיד האדם ואף אם נאמר דבא למעט אם נתחייב אדם וי"ל דאם בכה"ג דנתחייב איזה אדם א"כ כשישלם בעד העצים דאף להתוס' צריך לשלם מיהת מדרבנן כמו שכתבו בב"מ דף צ"ט יעוי"ש ממילא יצא האפר לחולין ושוב לא שייך האי לעולם דהלא ע"כ יצא לחולין כשישלם דבסתמא משמע דגם בעצים שעדיין לא נתקדשו בב"ש ועי' מנחות ק"א דהא דעצים אינם נפדין משום דלא שכיחי ולא שייך אחר שריפה:

ובזה י"ל מה שיש להתעורר על עיקר קושית הגמרא בעת ההסקה לא נפקי לחולין ע"י מעילה כמו כל דבר דאין להם פדיון אך דקושית הגמ' היתה בעת הבישול וא"כ ליתיה לקושית הקה"י דאם נתכון להזיק לא יצא לחולין בעת שהתחיל להבעיר והדברים פשוטים. ומה שהקשה ממטמא ומדמע ומנסך כבר נתעורר הריטב"א בחידושיו לגיטין וגם אנכי הארכתי במק"א ואכמ"ל והא דפריך משומרין י"ל דסד"א כיון דקבל עליו שמירה הוי כמו שכיר להקדש דמקבל עליו חיוב הקדש הלא בודאי חייב וקושית התוס'

משטרות י"ל ופשוט לחלק ומשו"ה השמיענו דהקדש נתמעט מדין שמירה ול"ה כאילו קבל עליו ועי' בב"מ ק"ח דבש"ח חייב וא"ל דמיעטיה קרא הו"א גם בדלא אתיקר:

(דף ט') תוד"ה וטרף כו' וא"ת והא כ"א חייב לפרוע כו' וא"י ליטול חלק האחד כו' י"ל בפשיטות דלא היה חובו רק כנגד שדה שיעור ט' קבין דבודאי א"י לאמר שיטול חצי שדה אצל זה וחצי שדה אצל זה, ובזה היה מיושב ג"כ קושית התוס' בד"ה ורב אמר כו' וא"ת מ"מ יתן מעות כו' דשומא הדרינן כו' די"ל דבחצי שיעור שדה בודאי לא שייך סברא דשומא הדרא ויניח לו שיעור חצי שדה וגם אם אמרינן שומא הדרא אם אינו מחזיר לו אלא שיעור חצי הטירפא דמשמע מהתוס' דמהני דאל"ה לא הקשו כלום ג"כ צ"ע שלא הוזכר מזה בפוסקים ומסתימות הדברים מצד הסברא דלא שומא הדרא רק בכל הטירפא דהלא אינו אלא מצד ועשית הישר והטוב והוי כמו בע"מ אף דיש לחלק מ"מ לולי דברי התוס' היה נראה דל"א שומא הדרא רק אם נותן דמי כולו:

(דף י"ז ע"ב) רש"י ד"ה עגלה מושכת כו' דבזב אם הלכה קרון שהזב עליה ע"ג כלים טמאים משום מדרס כו' ואם התיז צרורות מתחת הקרון כו' וצ"ע דברי רש"י דלכאורא לפי המסקנא קמ"ל רבא דעגלה מושכת בקרון הוי נמי דאי הסיט הקרון הוי כמו הסיט הזב עצמו, וראיתי בש"מ שפירש כן, וי"ל דרש"י נאיד מזה הפירוש דהלא אם הקרון שבר כלים חייב מטעם קרון עצמו וא"צ לטעם דעגלה הוי כגופה ועי' לקמן גבי דליל דאם קשרו אדם חייב הקושר אף אם אינו בעל התרנגול עי' בתוד"ה וכי אתמר כו' וגם לרש"י לא פטור אלא באדיו אדויי לפיכך פי' רש"י דהרבותא היא בצרורות דקרון, ול"ה כמו כח כחו, ואכתי צ"ע האיך ידעינן זאת מזב דהתם לפי פירש"י הזב יושב על הקרון והכא רק מושכת הקרון ועי' בנ"י ופר"ח וצ"ע:

שיטת הרמב"ם בסוגית הגמ' אשו משום חציו הוא נגד כל המפרשים גם בשו"ע לא נתבאר דעתו לכל המפרשים לפי מאי דקיי"ל אשו משום חציו באדיו אדויי חייב על מקום הגחלת ח"נ מטעם שנוי ועל שאר הגדיש אם אין שנוי לצרורות חייב ח"נ ואם יש שנוי חייב רביע ובגמל שהיה טעון פשתן באינה מסכסכת חייב ח"נ על הבירה ובמסכסכת נ"ש ובעבד סמוך וגדי כפות חייב על הגדי אף במדליק בשלו וכן בטמון רק אם נפל גדר מאליו והיה לו לגודרו ולא גדר אז פטור על הטמון בד' דברים אינו חייב רק בלא כלו חציו ושיטת הרמב"ם חלוקה בהרבה דברים א) אדי' אדויי פי' בפ"ב היה מגרר את הגחלת ומחייב ח"נ על מקום הגחלת ח"נ ולא פירש דהוי מגופו ומשום שנוי ב) ועל שאר הגדיש פטור והא כמ"ש אליבא דר"ל ג) ובגמל טעון פשתן חייב נ"ש על כל הבירה בין שעמדה ובין שלא עמדה ולא כתב דדוקא במסכסכת ובגדי כפות

כתב בפי"ד דוקא במדליק בשדה חבירו וכן בטמון ד) ולענין ד' דברים כתב שם אש שעברה והזיקה את האדם כו' חייב בנזקו ובשבתו וברפוי וצערו ובבשתו כאילו הזיקו בידו שאע"פ ששאו ממונו הוא הרי הוא כמו שהזיקו בחציו ולא התנה כמו שהתנה בטמון ולכאורא כ"ז הוא נגד סוגית הגמ' ועי' במפרשים שהעירו בקצת דבריו ובמקצת לא העירו כלל והארכתי בזה ליישב סוגית הגמ' לדעתו: שיטת הרמב"ם בסוגיא דעביד אינש דינא לנפשיה כפי הנראה מדבריו רפ"ו מהל' חובל ומזיק הוא דאף דפסק עביד אינש כמו שמבואר בפי"ב מהל' סנהדרין עכ"ז כפה"נ לא ס"ל שרשות בידו להזיק בידים עיי"ש בהל' חו"מ שכתב בממלא כליו בחצר חבירו אף ברשות דאם שיבר דרך כניסתו ויציאתו היינו שלא במתכון פטור וכן בשור שעלה ע"ג שור דאף אם דחפו פטור בשלא יכול לשמטו היינו דוקא ברשותו ומשום דלא מתכון ושיטתו דבלא מתכון להזיק אינו חייב רק ברשות הניזק והוא מסוגית הגמ' דף מ"ח עי' בדברי הה"מ פ"א מהל' חו"מ ולפ"ז אף בממלא רה"ר דוקא אם שיבר דרך כניסתו ויציאתו פטור אבל אם שיבר בכונה חייב, ומיושב בזה קושית התוס' ד"ה משבר ויוצא ויש להאריך בזה בסוגית הגמרא ועי' בפר"ח דפי' דאין דרכן של ב"א להתבונן בדרכים הוא דוקא בקרן זוית או באפלה והיינו כר' יוחנן עיי"ש וקרנא דעצירי אף בקרן זוית חייב ועין ברמב"ם פי"ג מהל' נ"מ דבאפלה אף בקרנא דעצירי חייב המניח וצ"ל דבאפלה אין לו רשות להניח אבל צ"ע מנין לו זה: (דף כ"ח ע"ב) תוד"ה ונישוף באבן אבל נתקל באבן ונישוף בקרקע פטור כו' כדפטר לקמן נ"ג נתקל בבור ונפל לאחורי הבור כו' עיי"ש בפירש"י שכ' כהתוס' אבל באמת י"ל דשם אינו אלא מחמת גזה"כ ונפל שמה כו' י"ל דהתם גם מחמת קול הכריה נתקל בבור ועי' ברמב"ם פי"ב מהל' נ"מ ששיטה אחרת לו בהא דדף נ"ג ולקמן נאריך בזה ולשיטתו אין משם הוכחה כלל וכן משמע מדבריו פי"ג הל' י"ב והשופך את המים כו' נבלעו המים בארץ כו' והוחלק והוזק בקרקע ה"ז חייב משמע דאף אם הוזק בקרקע עולם חייב ועי' בה' ג' נתקל בקרקע ונחבט בתקלה זו עשה תל כו' ונחבט בתקלה זו ועי' בל"מ ריש פי"ג וי"ל משום דגבי מיתה אם הנחבט בקרקע עולם פטור כמו בבור דהוי סתם ועיי"ש והדברים ארוכים אבל העיקר נראה דהא דנקט הרמב"ם נתקל בקרקע ונישוף לישנא דגמ' אפי' נתקל בקרקע כמאן כר"נ וכן גבי תל משו"ה נקטה הרמב"ם, אבל באמת אם רק נתקל באבן או בתל בודאי חייב ועי' בר"ח ומשמע דגירסתו היתה ל"ש נתקל באבן ולא היה כתוב כמו בנוסחא דילן ונישוף באבן אלא אפי' נתקל בקרקע ונישוף באבן והיינו כנ"ל דאם נתקל באבן ודאי אפי' אם נישוף בקרקע חייב: (שם) תוד"ה והתניא כו' ואדם המזיק חייב ברוח שא"מ כו' ולשיטת הרמב"ם ניחא דס"ל דכ"ז דוקא ברשות

הניזק אבל הכא ברה"ר איירי דאף אדם המזיק פטור בשא"מ כמ"ש פ"ו מהל' חו"מ יעו"ש וגם להרמב"ם הוי בשעת נפילה ממש אבל גם להתוס' י"ל כן כיון דנתקל לרבנן הוי כמו רוח שא"מ מדנקט הוחלק בשעת נפילה דלא היה לו לסלקה. קושית הגרע"א דילמא הא דקתני מתניתין תרתי משום דלקה בחרסית ס"ל דהוי בשעת נפילה ממש כמו אדם המזיק יעו"ש וי"ל דרוצה לאמר דהמתניתין כמו הברייתא, והברייתא ע"כ איירי לאחר נפילה דוקא לא בעת מעשה כמו דקתני ולא סילקה כו' ומשו"ה מיושב פרכת הגמ' בתרתי ברייתא נמי בתרתי דס"ל להקשות כן דע"כ דטעמא דאביי משום דמתניתין דומיא דברייתא ועי"ל דמים הוה מצי למנקט בשעת נפילה לענין כלים דלאחר נפילה אם אפקרינהו בודאי פטור בין לרב בין לשמואל וגם לא הוי זו אצ"ל זו דלא משני הכי בכ"מ ועי' בתוס' ריש יבמות ד"ה אלא גמלו כו' אלא בשעת נפילה היכי משכחת לה כו' עיין לקמן ל"ב והא מתני' דממילא הוא וקתני חייב עיי"ש ומשמע דאם רבצה בהמה ברה"ר והוזק בה חייב ונ"ל לחלק בין רבצה ממילא ובין נתקלה ונפלה דעל פשיעת הבהמה בודאי פטור דהוי כמו ולא שור בור וכ"ז בדבר שאין דרכה:

רש"י ד"ה דאתקול בדרך יבשה כו' משמע דס"ל לרש"י דאם ליכא דרכא אחרינא ונתקל במים בודאי אנוס הוא ועי' בפר"ח דלא כתב כן:

(דף ל' ע"ב) קושית הגרע"א ואכלה מתוך הרחבה כו' לכאורא תימה על תמיהתו דהל' כשמואל דכסות וכל עבידי אינשי דמנחי ומתפחי וה"ה פירות והא דאמר ל"ש אלא פירות דפטור היינו משום שן בר"ה, וצ"ל דתמה לרב דלא ס"ל כשמואל אבל אינו תימה כיון דצריך להביא לאידך דרב הקשה מברייתא מפורשת, גם י"ל דמודה רב לשמואל דל"ש קנס בכה"ג, והא דקאמר לעיל פירות אפקורי היינו לפי האמת דכל היכא דליכא שבח לא קנסו איירי גם בהניח לזמן מרובה:

רמב"ם פי"ג מהל' נ"מ הל' י' יעו"ש ובראב"ד אבל שני אע"ג שלא הפקיר משאו ההיא שעתא מיהת בורו של ראשון הוא ופטור כו' וצ"ע דהלא מבואר לקמן מ"ח נכנס שורו לחצר חבירו ובעל החצר חייב בנזקי בור כו' דהו"ל למלויי כו' והכא ג"כ הלא היה לו לסלקו, ולכאורא דקדק הראב"ד ההיא שעתא כו' אבל לא אבין דהלא ע"כ איירי בהיה לו שהות לסלק דאל"כ גם הראשון פטור ועי' במ"מ שכ' בדעת הר"מ ג"כ דאיירי בהיה לו פנאי לסלק וצ"ע גם בשיטת הרמב"ם דאמאי פטור ויעוי' ברמב"ן במלחמות שנתעורר בזה וכתב ופטור על נזקי ממונו משום דאמר האי בור לאו אנא כריתיה לא באונס ולא ברצון אלא מחמת הראשון והוא הכורה כו' לאבנו כו' שהצניען ובא אחר והניח בר"ה (כו' ולא הבעלים אע"פ שהיה להם לסלקן זה הדין אינו נוהג בבור שיהיה זה חופר וזה

מתחייב כו' ולכאורא צ"ע דבריו והוא נגד הגמ' דף נ"ח הנ"ל וצ"ע ולחלק בין אם חפר שור חבירו או חבירו בעצמו:

וזהו נגד דברי הטור סי' ת"י הובא ברמ"א שם סעיף ד' וכן אם חפר אחר כו' ואם לא כיסה כאילו חפר בעצמו עיי"ש ועי' בסי' תי"ג שכתב כלשון הרמב"ם ולא העיר כלום וצ"ע ולכאורא המה דברים סותרים דבסי' ת"י הוא נגד שיטת הרמב"ן שהביא ע"כ מוכרח לתי' הרמב"ן ועי' ברש"י ל"א ע"ב שכתב ג"כ כהרמב"ן וז"ל ואפי' לא אפקריה שורו הוי דאדיה שהרי אונס הוא וכונתו ג"כ כפה"נ לסברת הרמב"ן ונראה דעתו דאם גדר בפניה והוציאוה לסטים או אפי' פרצוה לסטים אינו חייב בנזקיה אפי' נודע לו ועי' בתוס' דף כ"ט ע"א ד"ה פליגי שכ' דאי היה לו פנאי חייב אפי' ברוח שא"מ כו' ואפי' נתנו אחרים שם כדאמרינן בפ' הפרה מ"ח כו' והיינו שלא כדברי הרמב"ן והוא כשיטת הטור וצ"ע להרמב"ן דדחוק לאמר לדידיה דבפורץ גדר לפני בהמת חברו או אפי' אם הוציאה שלעולם יהיה פטור בעל הבהמה אף אם יכול להחזירה ולנעול בפניה:

(דף ל"ב ע"א) טעמא דבעטה הא הוזקה ממילא פטור והא מתניתין דממילא כו' לכאורא כיון דקיי"ל כשמואל כל תקלה בור הוא אע"ג דלא אפקרינהו, וחמור ולא סילקה נמי בור הוא, א"כ הכא דרבצה ממילא הוי כמו שור בור וי"ל דהגמ' קאי לרב דבלא אפקירנהו הוי שור ולא בור, והיה מקום בזה ליישב דברי הרי"ף והרמב"ם דהשמיטו האי אוקמתא דרמי כשלדא והיינו משום דלשמואל היה דהוזקה ממילא פטור משום דהוי שור בור, ויעוי' בראש שכתב ליישב דברי הרי"ף דגם בהא לא קיי"ל כרשב"ל וגם הוזקה ממילא חייב, והרי גם הרא"ש פסק כשמואל דס"ל דזה שהוציאה לרה"ר או שפשע בשמירתה הוי רביצת הבהמה ברה"ר בפשיעתו כמו שהוא כורה הבור והא דמי כמו ששור כרה בור, ולהרמב"ם דפסק כל"ק דר"א לעיל סוף פ"ק דלרבוץ על כלים קטנים אורחה הוא ומשמע דגם ברה"ר לפטור מטעם אורחה מסתבר טפי לאמר דהוי בפשיעת שמירתו כמו כורה בור אבל מסתימת הגמ' לעיל ד"ה צ"ל דבר"ה לכו"ע לאו אורחה לרבוץ מ"מ י"ל דמיקרי פשיעה וצ"ע ועי' ברש"י מ"ח ע"א ד"ה ונטפו שם ומודה איסי בע"ש בה"ש מפני שרץ ברשות כו', והיינו רשות מצוה ולכאורא זהו כר"י שפוטר בדף ס"ב בנר חנוכה מפני שהוא ברשות מצוה, אבל הפוסקים פסקו בע"ש פטור, ובנתחייב כת"ק דר"י וצ"ל דמשו"ה דייק הרמב"ם פי"ד מהל' נ"מ הלכה י"ג מפני שהיה לו למישב ולשמור אבל כאן דאינו שייך סברא זו פטור מפני שהוא רשות מצוה:

(שם ע"ב) תוד"ה חייב בד' דברים כו' וקשה לריב"א דהיה לו להתחייב גלות מידי דהוה מסרהב לצאת כו' ולולי דברי הריב א היה נראה דכיון שלא ברשות אף דל"ה אונס פטור

וכמ"ש התוס' בעצמם בד"ה מאן דמתני' כו (וכדי שלא יהיו סותרין דבריהם י"ל דלא כתבו שם אלא לס"ד דגמ' דלעיל אבל לפי המסקנא אינו מצד גזה"כ הא דבעינן דומה ליער רק דאם אינו דומה ליער הוה לפעמים אונס או קרוב למזיד וראיתי במהרש"א שכ' בשם היש"ש כן וצ"ע בגוף הספר] והא דמחלק הגמ' בשוליא דנפחי י"ל כמו דאמרינן בפסחים סוף כ שעה כל מה שיאמר לך בעה"ב עשה חוץ מצא ועי' בח"א שם ועי' במג"א סוף סי' ק"ע שכ' הדברים כפשטן א"כ כיון דאמרינן שמה שאומר לו צא עדיין הוא דומה ליער ובמה שכתב דהגמ' קאי הכא לס"ד י"ל דלפי המסקנא ליכא למימר הך שיטה שבגמ' דהלא לל"ק קשה טובא כיון דהא דפטור ברשות משום שהוא קרוב למזיד מאי אפילו שייך כאן וע"כ צ"ל דלא ק"מ הברייתא דהלא במכות איתא במשנה מן העץ המתבקע ר' אומר גולה וחכ"א אינו גולה א"כ הא דנתזה ניצוצות אמאי חייב גלות לרבנן הלא הוה כמו עץ המתבקע דפטור לרבנן וא"ש הברייתא כפשטה והא דנתזה צרורות ע"כ צ"ל דנתזה מידו ולא מחמת הביקוע ובזה מיושב מה שהשמיט הרמב"ם החילוק בין שוליא דנפחי אך צ"ע להרמב"ם לשיטתו שמפרש מן העץ המתבקע דלא קאי על נתזה קיסם כפירוש רש"י רק על הברזל קאי ולפ"ז יש לאמר דנתזה קיסם חייב וצ"ע:

(דף ל"ב ע"ב) אמר ר"י שבח נבילה כו' ומ"ס פלגא כו' שור שוה כ"ה והנבילה יפה שלשים שקיל נמי מזיק כו' אין הבעלים נוטלין כו' ברמב"ם פ"ז מהל' נ"מ פסק כמ"ד פלגא והשמיט הא דאין הבעלים נוטלין ועי' בל"מ עי' לעיל ע"א והשביחה ועמד על ארבעה שאלמלא לא הזיקו היה עומד על שמנה משלם כשעת הנזק ומשמע דאין לו למזיק בשבח כלום אפי' למ"ד פלגא למזיק כיון דאילו לא הזיקו היה השבח יותר וכן הוא ברמב"ם שם, ולפ"ז לק"מ דהלא שוה חצי השבח יותר על חצי הנזק, גם אם היה חי פשוט שלא היה דמיו פחותין מנבילה ושייך שאלמלא כו' בודאי אין להמזיק בזה כלום, וזה פשוט מאד ולק"מ קושית הל"מ ועי' בסמ"ע סי' ת"ג שהקשה זאת על הטור ורמ"א שהביאו ותי' לחלק בין שבח ליוקר והרש"ל והט"ז מחלקים בין חי למת, אבל באמת י"ל דכ"ז צ"ל להטור שהביאו להלכה, אבל הכ"מ י"ל דלק"מ דלא איצטריך הכא לר"י רק לאפוקי שאין הכונה ואת המת יחצן שלא הקנה התורה את גוף הנבילה למזיק אבל כיון דקיי"ל דפחת לניזק ואין למזיק קנין בגוף הנבילה ולא אתא התורה רק לאמר שהולכין להקל למזיק אם ההיזק פחות בשעת ההיזק משלם כשעת הנזק, ואם בשעת התשלומין הוי ההיזק פחות משלם כשעת התשלומין ממילא שאם היה חי היה משביח יותר בודאי אין למזיק בזה כלום רק הרבותא שאין חייב לשלם כשעת העמדה בדין רק כשעת הנזק והיינו כל"ב דרש"י וכ"ה ברמב"ם עי' בל"מ: (דף ל"ו ע"ב) כגון שתפסו ניזק עי' ברמב"ם

פ"ט שכ' ואם תפס ש"ש ואף שפסק כר"ע והוא דלא כהתוס' אך צ"ע דא"כ כשהוא ברשות המזיק אמאי אינו חייב המזיק הכל ויהיה דינו כש"ש אבל באמת צ"ל כיון דאיירי דלא עמד בדין עדיין אין דינו כש"ש ולפ"ז י"ל דאין ראיה על שותפין להרמב"ם אם לא התנו ביניהם שיהיה דינו כש"ש על חלק חבירו והכא שאני מחמת שתפס:

(דף מ' ע"א) שור של ב' שותפין כיצד משלמין כופר עיין בתוספות לענין שני שורים שהמיתו וצריך עיון לפי מה שפסק הר"מ דאף אם אין השור בסקילה הבעלים משלמין כופר האיך הדין לענין שני שורים שהמיתו והספק הוא בין אם השני שורים הם של איש אחד או של שני בני אדם ועי' בשבת צ"ג דבזה א"י וזה א"י בודאי האי עביד כל המלאכה והאי עביד כולה ומחמ"ז שיעור אחד לכולן וגם הכא הוי כאילו כ"א הרג כולו ואפ"ל דהאי גם בעליו יומת לא עדיף מאילו הרג הוא עצמו דליכא מיתה בכה"ג א"כ גם הכא כיון דשורו לא הרג כל הנפש ליכא כופר ועי' לעיל דף כ"ו בא שור וקיבל בקרניו ועי' בפיר"ח וברשב"א ולכאורא לפירושם אתיא כס"ד דלרבנן דפליגי על ר"ש בכופר וס"ל ממונא אך לפ"ז צ"ע הלא אין לו דמים, ומ"ש מזורק כלי ובא אחר ושברו במקל, וצ"ל דלמאן דס"ל דמי ניזק הוי כמו שלא במתכון מ"מ משלם כופר, אבל צ"ע לחלק בין למאן דס"ל דמי מזיק, כיון דאף למ"ד דמי ניזק הוי מטעם כפרה, ובאדם עצמו שהרג כה"ג פטור ולא יהיה חמור מעשה שורו ממעשה עצמו, אבל הכא בשני שורים של אדם אחד צ"ע וי"ל לסברת ר"ח כיון דמ"מ דבד"ש בודאי חייב גם על מעשה עצמו ממילא גם על מעשה שורו י"ל דחייב כופר וממילא גם בשני שורים של אדם אחד ואפי' בשל שנים י"ל דחייב כופר שא"כ בשור של שני שותפין י"ל דע"כ לא מיבעיא לו רק למ"ד היכי דאינו חייב השור מיתה פטורים הבעלים מכופר אבל כיון דקיי"ל דאף שאין השור בסקילה בעלים משלמין כופר וממילא גם בשני שורים חייבין כופר ומכש"כ בשור של שני שותפין, דכ"א משלם כופר, ומשו"ה פסק הרמב"ם בסתמא דחייב כ"א כופר ולא מטעם ספיקא:

אכן מהא דהשמיט הרמב"ם בדינא דלעיל בא שור וקבלו כו' מוכח דס"ל כפירש"י אבל בהא אפשר דס"ל ג"כ דבכופר לא כתוב כל נפש וגם בשני שורים משלם כופר וכש"כ בשור של שני שותפין ועי' ברמב"ם פ"ד מהלכות רוצח הלכה ו' שמשמע מלשונו שדייק שהכוהו י' ב"א פטורין ממיתת ב"ד, אבל מיתה בי"ש חייבין, ובזה אפשר לקיים דבריו: ובישוב פיר"ח נראה עפמ"ש הגמ' י"ד ע"ב בעי רבא בתר מעיקרא כו' או בתר בסיף מפשיט ליה מדרבה עי' במפרשים שהאריכו בזה ולהמפרשים דהוכחת הגמ' מפטור השני י"ל דס"ל דאם אין הראשון חייב עד שישבר היה להשני להיות חייב אע"פ שסופו

להשבר ולפי"ז אף לרבה אין הפטור לשני רק מחמת חיוב הראשון וא"כ בזורק חייב מראש הגג דהראשון בודאי פטור ממיתה ומחיוב ממון אף לרבנן ממילא למאן דס"ל כופרא ממונא יש לחייב השור בבא וקבלו בקרניו אף דאין בו שיווי ממון משום דסופו למיתה מ"מ יש להתעקש בזה ולאמר דכיון דלרבה בתר מעיקרא אזלינן אף דהכא פטור הראשון אינו אלא מצד גזה"כ. עי"ל לקיים פיר"ח אף למסקנת הגמרא דריב"ב ורבנן סברי דכופרא כפרה אך לרמב"ם דסבר פדיון נפשו של מזיק הפי' חיוב מיתה שלו ממילא אינו חייב רק אם הוא הרג חייב מיתה כר"י אבל לרבנן דסברי פדיון נפשו של ניזק י"ל אף דבאמת הוא משום כפרה אם לא היה עליו רק חיוב בי"ש חייב בכופר וממילא אם שני שורים הרגו יש לקיים הדברים דחייבים שניהם בכופר כיון דיש חיוב בי"ש כנ"ל, ויש ללבן הדברים באריכות:

שם אפטרופסים אינם משלמין כופר לכאורא צ"ע כיון דשומרין משלמין כופר, למה יגרעו אפטרופסין ויש להעיר דהמקבל מקטן אין לו דין שומר והארכתי בזה:

יש להסתפק בשומר תם אם יועיל הודאתו של השומר כיון דאינו משתלם רק מגופו של שור דאינו שייך רק להבעלים ויש לומר דתליא במחלוקת ר"י ור' עקיבא דלר"ע לא תועיל הודאתו והיה מיושב בזה מה דהשמיט הרמב"ם בהכיר בו שהוא נגחן תי' הגמ' על הא דמודינא ומפטרינא, ועי' במפרשים שכתבו דמתירו ג"כ בהא דקדים ב"ד ותפסיה דתו ל"מ הודאתו אבל לפי הנ"ל י"ל דבכה"ג ר"ע מודה לר"י והדברים ארוכים,:

סימן לג

נסתפקתי אם אחד רוצה להציל את חבירו מסכ"נ באופן אשר עליו יש חשש סכנה בזה, דע"פ עיקר הדין פטור הוא מלהצילו אם רשאי לעשות זאת ולהחמיר על עצמו, ואפי' אם נאמר דרשאי עי' בר"ן שבת גבי אלישע בעל כנפים ובנ"י בסנהדרין סוף ב"ס, אבל אם רשאי לעבור שבת במקום פ"נ בזה או עבירה אחרת, וי"ל בזה ע"פ דברי התוס' בע"ז כ"ז דהקשו מהא דעובדי' לוה ברבית מיהורם והרי יהורם ישראל מומר היה ואסור ללות ממנו ברבית ותי' דהתם הוה פק"נ ומצוה, וכבר העירו בזה לדקדק על לשון התוס' דכיון דהוה פק"נ למה להו תו לאמר ומצוה:

וי"ל ע"פ דברי הרמב"ם ברישׁ פאה שכתב שם וז"ל וביאור זה ההלכה אצלי כו' כשהאדם יראה שבויים שהוא חייב לפדותם כו' או רעבים כו' שהוא חייב להשביעם כו' כשיהי' מה שחסר להם או מה שיצטרך לפדותם פחות מחמישית ממונו כו' אבל אם יצטרך לתת להם יותר מן החומש יתן חמישית בלבד ויסתלק מלתת עוד ולא יהיה עליו עון עוד בהמנעו להשלים להם כל מה שצריך להם לפי שצרכם יותר מן החומש כו' עיי"ש ועי'

ברמב"ם הל' מ"ע פ"ז שפדיון שבויים הוה בכלל פ"נ הרי מבואר שאין אדם מחוייב לתת יותר מחומש אף במקום פ"נ:

ובזה יש ליישב מה שהקשו על הרמב"ם שכ' בפה"מ הנ"ל שאם נתן יותר מחומש קיים מצוה מן המובחר ובהל' ערכין כתב שעובר על דברי חז"ל אם נתן יותר מחומש ולפי הנ"ל יש לאמר דע"כ לא קאמר בפה"מ אלא במקום מצות פ"ש ובהל' עירכין קאמר בשאר צדקות ויש להאריך הרבה בזה אבל לדעת הרמב"ם יש מקום לאמר דלא היה מחויב עובדיה ללות ולפרנס בני הנביאים מצד מצוה פק"נ, וא"כ כיון דאינו מחוייב אפ"ל דאסור ללות ברבית אבל באמת התם היה גם מצוה רבה דשעת הגזירה היתה שלא להחיותם ובשעת הגזירה הוה מ"ע דק"ה ובמקום עשה הרי מבואר דמחוייב אף ללות וכיון דהיה החיוב עליו מצד העשה ללות וא"כ מצד פק"נ היה רשאי אף ללות בריבית ושפיר דייקו התוס' לאמר דהיה בזה פק"נ וגם מצוה דאלו משום מצוה לחוד לא היה רשאי ללות ברבית, דאורייתא וגם משום פק"נ כיון דאינו מחייב י"ל דאינו רשאי להחמיר על עצמו ולעבור על איסור דאורייתא:

השמטות שייך לחידושים על הרמב"ם הלכות שכת:

עירובין פ' עושין לחי מעצי אשירה ופסקה הר"מ בהל' שבת ולכאורה צ"ע דהלא מבואר בעירובין כ' ע"א לענין עירוב בבה"ק לימא בהא קמיפלגי דמ"ס מצות לאו להנות ניתנה כו' לא דכו"ע מצות לאו להנות ובהא קמיפליגי דמ"ס מערבין לדבר הרשות ומ"ס אין מערבין אלא לדבר מצוה הרי מאן דס"ל מערבין לדבר הרשות אסור לערב באיסור הנאה אף אם מצות לאו להנות ניתנה, א"כ איך רשאי לעשות לחי מעצי אשירה הלא עושין לחי אף לדבר הרשות. גם יש לבאר שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' עירובין שדעתו דאף שיתופי מבואות ועירובי חצירות מערבין באיסורי הנאה דחזי לאחריני, ולפ"ז הלא אינו רשאי לעשות כן רק בע"ת שאין מערבין כ"א לדבר הרשות והרא"ש והטור פליגי בזה באמת על הר"מ וס"ל דבשיתופי מבואות וע"ח אסור לערב באיסורי הנאה וכן כתב הטור לענין עשיית לחי מעצי אשירה ששינה מלשון לכתחילה לדיעבד וכ' לחי שעשאו מעצי אשרה כשר, (וגם דקדוק לשון הגמ' יש ליישב דכונת עושין אינו להעמיד לכתחילה רק כיון דקיי"ל לחי העומד מאיליו כשר יש לפרש הכונה עושין היינו דסומכין עליו בשבת אבל להעמיד לכתחילה לחי מעצי אשרה אסור): ונראה ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל עפמ"ש הרמב"ן ביבמות פ' מ"ח וכן הרשב"א שם דהקשו למה רשאי לחלוץ באיסורי הנאה הלא כיון דיצא מזה אח"כ הנאת הגוף הוי כמו אם מערבין לדבר הרשות דאסור ערב באיסורי הנאה ותירצו כיון דאינם מעוכבים רק מחמת המצוה, א"כ לא מיקרי הנאה,

וצ"ע בקושיתם דהלא גם סעודת אירוסין מיקרי מצוה לגבי עירוב ורשאי לערב משום זה אף באיסורי הנאה, ולכאורה צריך להבין א"כ גם בכל הנאות כן הוא וגם בעירוב הוא מעוכב מחמת מצות העירוב וגם בשחיטה ושארי ענינים וצריך לאמר בכונתם דבשחיטה האיסור משום אמה"ח ואם תמות מחמת נבילה והשחיטה הוי תיקון בפ"ע וכן בעירוב האיסור משום אל יצא או באיסור דרבנן ותחומין הוי רק תיקון אבל ביבמה לשוק היא אסורה מחמת שהיא זקוקה ליבם ליבום או לחליצה ויש להאריך בזה וא"כ מצוה זו מעכבתו לאו הנאת הגוף מיקרי:

וא"כ צדקו מאד דברי הרמב"ם דהנה ענין איסור הטלטול במקום שרבים משותפים בו ומחצר לחצר נפקא לן מהא דאמרינן שתיקן שלמה עירובין ופירש"י שאסר לטלטל מרשות לרשות בלא עירובין וכן הוא ברמב"ם ריש הל' עירובין הרי דמשונה מצוה זו דשיתופי מבואות ממצות עירובי תחומין דבע"ת האיסור הוא ליצא מרשות לרשות והעירוב הוא תיקון להאיסור אבל בשיתופי מבואות עיקר התקנה היה לעשות עירוב ומצוה זו מעכבתו מלטלטל א"כ אף דמערבין לדבר הרשות עכ"ז ההנאה הוא מחמת המצוה כי לולי שעכבתו המצוה היה רשאי לטלטל ולא מיקרי הנאה באשר מצות לאו להנות נתנו ושפיר פסק הרמב"ם דאף בשיתופי מבואות וע"ח מערבין באיסורי הנאה וגם חיליה דידיה מדברי הגמ' עושין לחי מעצי אשירה כנ"ל וגם משו"ה מצוה לערב שיתופי מבואות כמבואר בשו"ע סי' שפ"ב ומקורו מדברי הגמ' עירובין אפשר במבואות דדיירי בה רבנן לא לערבי כו' עיי"ש:

שייך לדברי הרמב"ם מהלכות כלאים. (עירובין ט"ז ע"א) עין בכל הסוגיא וצ"ע דהשמיט הרמב"ם בהלכות כלאים הך דינא דהיה שם קנים הדוקרנים ועשה להם פאה מלמעלה וצ"ע ומצאתי במה"פ בירושלמי כלאים הנ"ל שהעיר בזה עיי"ש בד"ה היה שם ולעיל בחידושים על הרמב"ם ה' כלאים הארכתי בזה:

רמב"ם בסוף הל' כלאים הרואה כלאים על חבירו קופץ עליו אפי' בשוק וקורע כו' ואפי' רבו שלמדו חכמה, י"ל דהנה הקשו התוס' בשבועות למה לא תי' הגמ' על קושית והתעלמת כו' שב ואל תעשה שאני, אך באמת לענין איסור כיון דאם רוצה למחול על כבודו רשאי למה לא יהיה מחויב למחול על כבודו בשלמא גבי מת מצוה כיון דהוי בזיון אחרים אין שייך מחילה ובזה מיושב קושית התוס' שם מעדות דהוי איסורא וכבוד עצמו, אך דא"כ יקשה על פרכת הגמ' בברכות מלאחותו על הא דהמוצא כלאים דהוי כבוד עצמו לכך פי' הרמב"ם פושטו היינו להפשיט לאחר וע"ש דהרמב"ם מסיים שאין כבוד הבריות דוחה ל"ת שבתורה ולמה נדחית בהשבת אבידה שהוא של ממון ולמה נדחית

בטומאת מת הואיל ופרט הכתוב בולאחותו ולא הביא הך דשב וא"ת וי"ל וקשיא ליה בסנהדרין ל"ו ותהא מ"מ דוחה שבת מק"ו ומה עבודה כו' ה"א כבוד הבריות אינו דוחה רק בשב וא"ת ויעו' בתוס' שהקשו לחלק בין קום ועשה אבל תי' אינו עולה יפה לזה:

ויעוי' תוס' ברכות דמנזיר ל"ק משום דישנו בשאלה ומטומאה דהוי אשב"כ ויעוי' ברמב"ן בתו"א דהגי' כן בגמ' וקושית הרמב"ן מפרכת הגמ' ממדלגין י"ל ולחלק בין בזיון קטן לבזיון גדול ומדלגין היינו בזיון קטן, וכל קושית הגמ' היינו מפסח ומילה וי"ל דהא בפסח אפשר בפסח שני וי"ל דא"כ הולך לעשות פסח שני מא"ל וא"כ זהו דוקא למ"ד נשים בראשון חובה והרמב"ם לטעמיה דס"ל נשים בראשון רשות ועל קושית התוס' למה לא תי' הגמרא על קושית דוהתעלמת שוא"ת שאני לכאורא צ"ע דהלא כ' התוס' דהוי בזיון קטן דבאיסורא אף בשוא"ת אינו וצ"ל דע"כ פרכת הגמ' ולגמר מינה אינו על בזיון קטן דהא איכא למילף מטומאת קרובים דהוי בזיון קטן ולחומרא מקשינן וע"כ דעיקר הקושיא היא על בזיון גדול:

שייך לחידושים על הרמב"ם הלכות נזירות: (שבת ק"ג) לענין פ"ר דלא ניחא ליה נראה הני דפליגי על הערוך מ"מ יסברו דל"ה אלא מדרבנן וכ"ה בראש' בהשגתו על הערוך שהביא מהא דר"א דמילה לענין בהרת ואי דאיכא אחר יעוי"ש שכתב הרא"ש דע"כ ל"ק אלא לענין חיוב ופטור אבל איסורי מדרבנן איכא לר"ש, ונראה שכ"ה דעת הרמב"ם שכתב בהל' נזירות פ"ה הלכה י"ד אבל לא יסרוק במסרק ולא יחוף באדמה מפני שמשרת את השער ודאי ואם עשה כן אינו לוקה:

ולכאורא יפלא כיון דהוה פ"ר אמאי אינו לוקה וע"פ הנ"ל ניחא דהלא כבר כתבו בשם הריב"ש דסורק הוה פ"ר דלא ניחא ליה וא"ש בזה מה דאצטריך הגמ' לאמר להשיר נימין מדולדלות קא מתכון ולכאורה תיפוק ליה משום דהוה פ"ר, אבל י"ל דרוצה למצוא טעם אף במסרק רק דל"ה פ"ר, אבל לפ"ז גם במסרק דהוה פ"ר וגם באדמה שהוא משיר ודאי ל"ה איסור דאורייתא כיון דהוה פ"ר דלא ניחא ליה והא דלהשיר נימין מדולדלות ג"כ ל"ה אלא איסורא מדרבנן:

וי"ל דזהו הטעם של הרמב"ם שהשמיט האיבעיא בנזיר מ"ב איבעיא להו מפני שמשרת או מפני המשרת ונ"מ להני מיני אדמה שאינם משירים אבל לפי הנ"ל דזהו גופא אינה אלא מדרבנן אין סברא לאסור גם שאר מיני אדמה ויעוי' עוד בשבת ויעוי' ברש"י שבת ו' ע"ב ופ"א ע"ב שכ' דהא אבל לא סורק משום דודאי משיר והוה פ"ר והא דלא כ' רש"י משום להשיר נימין מדולדלות כמו דאמרי' בגמ' וכבר העירו התוס' בזה וי"ל דלרש"י ס"ל דלמסקנא דאמרינן מודה ר"ש בפ"ר ל"צ לטעמא דלהשיר נימין מדולדלות, ובמק"א

הארכתי דרבה לטעמיה אבל בפשיטות יותר י"ל דרש"י ס"ל דלא איצטריך ליה להך טעמא רק דלכאורא הוה פ"ר דלא ניחא ליה אבל כיון דלהשיר נימין מדולדלות קא מתכון מ"מ לא ניחא ליה נמי להשיר נימין ולא הוי גם שאינם מדולדלות לא ניחא ליה ושפיר הוה איסורא מדאורייתא דנימין שאינן מדולדלים ודו"ק:

שייך לחידושים על הרמב"ם ה' פסוה"מ. על מה שכתב כ"ת שא"א לפרש בכונת הרמב"ם דאימורי קדק"ל שנטמאו לא ימעלו בהם לאחר זריקה, דלא גרעי מיוצא שכתב הרמב"ם דמועלין בהם וע"ז תמהתי דהלא ביוצא דעת הרמב"ם בפ"א מהל' פה"מ הל' ל"ג דמקטירו לכתחילה והארכתי קצת צדק כ"ת לפי פשטות דברי הרמב"ם אבל באמת ראיתי גם אז דברי הרמב"ם הנ"ל אך לא שערתי אשר יכולים לפרש כן דבריו שהמה נגד הסברא כיון דמהני להו זריקה האיך לא נפסלו ביוצא דהא היו ק"ק שנפסלים ביוצא (וזה א"א לחלק בין היה בחוץ בשעת זריקה ובין יצאו לאחר זריקה) גם נגד הגמ' זבחים צ' דע"כ לא אסתפקא הגמ' רק קודם זריקה אבל לאחר זריקה בודאי נפסלים ביוצא, וס"ד דהגמ' היה דמחלוקת ר"א ור"ע תליא אם נפסלים ביוצא ודחי הגמ' דאף לאחר זריקה פליגי רק המחלוקת היא אם זריקה מהני ליוצא וכ"ה מפורש בזבחים כ"ו דבאימורין מפסלי ביוצא גבי פרכסה ויצאה דילמא ביותרת כו' וכן משמע בדף ל"ו להניח את דמו ואימורין או להוציאן לחוץ הובא ברמב"ם פי"ג מהל' פה"מ גם לשון הרמב"ם אינו מדויק דכך היה לו לאמר ואף אם זרק ועודן בחוץ יכניסם ויקטירם חייבין עליהם כו' והלא מחוייב להחזירן אם הם פסולים דשריפתן בקודש: לזאת היה פשוט בעיני דהפי' הוא כך דהך אם החזירו (היינו לפני זריקת הדם) מקטיר אותן ואע"פ שלא החזירן חייבין עליהם כו' והיינו משום דלא נפסל הזבח וכונת הראב"ד בהשגתו דס"ל כהתוס' בדף ס"ו דהברייתא מיירי קודם זריקה, ומ"מ נפסלו האימורין וס"ל דקיי"ל כרבינא בר שילא והגמ' שם דיחויא בעלמא ור"י ורשב"ל לא פליגי רק בבשר והרמב"ם ס"ל דמסקנת הגמ' דלא כרבינא בר שילא ואף האימורין אינן קק"ד עד לאחר זריקה כן היה פשוט בעיני:

אך אחר שעוררתי עינתי בזה ומצאתי שפי' בדברי הרמב"ם כפשטות דברי הכ"מ ולדעתי ברור כמ"ש וכ"כ התו"ח וסרה קושיתו על הכ"מ. ובזה יש ליישב קושית הרעק"א בזבחים על הא דאמרינן מאי לאו בהא קמיפלגי כו' בהדרו ועיילינה כ"ע ל"פ כי פליגי בדאיתנהו אבראי אי זריקה מועלת ליוצא כו' מאי ס"ד דהגמ' דילמא איירי ביצא חוץ לחומה יעו"ש ובתפא"י וי"ל דס"ד אף דבשר ק"ק בודאי פסול מ"מ מהני זריקה היינו לאפקועי ממעילה אבל לקדשו בקדושת קק"ד לא מהני זריקת פסול משו"ה קאמר מאי לאו כו' דר"ע ס"ל דלא נפסלו כלל קודם זריקה והגמ' קאמר דאף ר"א ס"ל דלא נפסלו

קודם זריקה ובעודן מאבראי דהוי פסולים מ"מ מהני אף להקדיש ופריך הגמרא והא ר"פ הוא דאמר בדאיתנהו מאבראי כו"ע לא פליגי דאף לראב"ש מפסלי אי לא נתקדשו כי פליגי בהדר ועיילינהו דמשמע שאע"פ שכבר נתקדשו מ"מ ל"מ זריקה והוצרכו לחלק בין גופא דזבחא אבל אם נאמר דגם באתנייהו אבראי לא נפסלו האימורין לא יתישב מה דפריך הגמרא משתי הלחם דהא לרבי בודאי מפסלי ולראב"ש לא נתקדשו: מה שהקשה על הרמב"ם פי"ו מהל' פה"מ שדבריו סותרין זא"ז קושיא עצומה היא, ספרי מנ"ח וספרי ק"א אינם ת"י כעת וגם אנכי ראיתי בדברי אחרון אחד בזמננו שחשב לדחות זאת ולפרש דברי הרמב"ם בטבילת אצבע אבל אין הלשון משמע כדבריו. ומ"ש מעכ"ת אם חשב מהזיה להזיה ולחלק בהקטרה מפגלת הקטרה לבד שהרמב"ם פסק דאין הקטרה מפגלת הקטרה לדעתי בזה ליכא ספק כלל ואף מ"ד הקטרה מפגלת דוקא מקומץ ללבונה אבל בקומץ ולבונה גופה מהקטרה להקטרה ליכא למ"ד דאל"כ אמאי לא קאמר הגמ' בכה"ג ויהיה אליבא דכו"ע דבכה"ג הלא גם ר"מ מודה דלא הוה חצי מתיר כלל וכמו דמוכח בהדיא בזבחים ל' ע"א והרי קמיצה כו' והרי קומץ דמנחת חוטא משמע בהדיא דל"ה חצי קומץ אף חצי מתיר ויעוי' בתוס' פסחים ס"ג ע"א בתוס' ובמנחות ט"ז ע"א תוד"ה בין בראשונה ומ"ש התוס' שם וצ"ע בההיא דלקמן דהקטיר שומשום כו' יש לאמר בפשיטות דזהו כונת הגמ' ע"כ לא קאמר ר"מ התם אלא דחשיב בשיעורו ויעוי' פירש"י שם דחישב כשיעור הקטרה שלימה ביחד ויעוי' בזבחים מ"א ע"ב ממאי מדקתני כו' ואחת שלא כתקנה כו' אלא ר"מ ואי טעמא דר"מ משום דמפגלין בחצי מתיר כו' ולפי הנ"ל הלא גם ר"מ מודה ואפ"ל דאי משום הא י"ל דאתיא כר"א ע"ש וביומא ס"א דאמרי ממקום שפסק הוא מתחיל ולדידיה הוי כל מתנה בפ"ע כמו כל הזיה דמקום אחד לרבנן ויעוי' בתוס' זבחים מ"ג ע"א תוד"ה והלבינה כו' ומיהו לחריפי דפומבדיתא משכחת לה בהקטיר שומשום ע"מ להקטיר שומשום למחר דהקטרה מפגלת הקטרה כו':

ולכאורא תמוה וסותר להנ"ל וצ"ל דיהיו דבריהם להס"ד במנחות כנ"ל דאף בכה"ג הוא חצי מתיר אבל למסקנא וכדמוכח סוגית הג' בפסחים ובזבחים כל הזיה בפ"ע לא הוי אפי' חצי מתיר ול"ש בכה"ג הקטרה מפגלת הקטרה גם גוף הדין שכתב דהרמב"ם יסבור דמפנים לפנים יהיה מועיל מחשבה הוא סותר לסוגית הגמ' עד שיהיו מחשבותיו ומעשיו על מזבח החיצון וטבילת אצבע י"ל דהיה צריך להיות בפנים גם הלא לר"י במנחות ד' כמו דמפורש בקרא והביא הדם ואח"כ כתיב וטבל ור"י דמדייק הגמ' ביומא ולקח והביא מוכן הוא מסודר בהרמב"ם לדינא לזאת לדעתי אי אפשר להאמר כלל בישוב הרמב"ם:

והיה מקום לאמר בכונת הרמב"ם דאם חשב בחצי מתיר לא הוי רק בפסול מדרבנן כמו דמפורש במנחות י"ד ע"ב אבל בהא דחשיב בדבר הנעשה בפנים הוי פסול מדאורייתא כמו דמפורש בזבחים י"ד ועי' בתוס' שם דקרי לה פיגול והא דכייל הרמב"ם בפ' י"ח כל קרבן שנתפגל במחשבת הזמן כמו שביארנו כל האוכל ממנו כזית כו' י"ל דסמיך על הא שכתב שם בפי"ז בהדיא דאם חשב על דבר הנעשה בפנים לא פיגל אך עדיין הלשון וסתימת הדברים דחוק ויש מקום עוד לאמר דהרמב"ם יפרש הא דאריב"ל מפ' כאשר יורם משור זבח השלמים וכי מה למדנו כו' אלא מקיש פר כהן משיח כו' אף פר כהן משיח עד שיהיה מעשיו כו' על מזבח החיצון דלכאורא הלא אדרבא הוקש לשלמים ונאמר דמפגל בכל מעשיו גם למה שינה הלימוד מר"ש דבלאו האי הקישא הלא פגול משלמים למדנו לזאת יש לפרש דהאי קרא דכאשר יורם הוי ריבוי דבהקטרה הוקש לשלמים דהמחשבה בהפסלה אף כדבר הנעשה בפנים ובא ללמוד עוד דבשאר המחשבות בעינן שלמים לזאת אם חישב בהזיה ע"מ לשפוך שירים ל"ה פיגול (ועי' בש"מ הנדפס מחדש שמחק בגמ' הריני מזה להקטיר אימורין יעו"ש במנחות י"ד וברש"י שם וצ"ע): ויעוי' בפי' הראב"ד בתו"כ פ' ויקרא ובפ' צו שכתב דמחשבת שפיכת שירים לא פסלה בקבלה והדברים ארוכים ויתיישב לשון הרמב"ם היה עומד בהיכל ואמר הריני מזה לשפוך שירים למחר אינו פיגול אבל אם היה עומד בעזרה ושוחט והוא מחשב לשפוך שירים למחר או להקטיר אימורין למחר ה"ז פיגול ולפי הנ"ל בכונה השמיט מתחילה ולהקטיר אימורין אף שהוא מעיקרי מחשבות פיגול ויתיישב בזה קושית התוס' י"ד הנ"ל גם הא דאריב"ל זבחים י"ג שמעתי שטבילת אצבע מפגלת ולפמ"ש למעלה הוי טבילת אצבע בפנים וריב"ל הלא בדף מ"ד מפרש טעמא דר"י וס"ל כותיה, אע"כ דמחשבת הקטרה מפגלת אף בפנים לטעמיה דריב"ל ושפיר משכחת לה פיגול והדברים ארוכים ואין מקום והזמן סובל ארוך:

מה שהעיר מעכ"ת במנחות ט"ז אלא למ"ד בפר ולא בדמו של פר מא"ל הרי משכחת לה בד' פרים כו' נ"ל ליישב בפשיטות דהלא למ"ד דממעט לה מחמת דכתיב בקרא בזאת יבא אהרן בפר ולא בדמו דבזאת דוקא א"כ בודאי בכל מעשה הפר הוי דוקא ואין דמו של פר השני יכולים לכפר על פר הראשון דהלא אם מביא ד' וה' פרים כל הפרים הוי כ"א לגמור כפרת הראשון ואימורי הראשון יעלו ע"ג המזבח בכפרת דמו של אחרון ול"ה כ"א כפרה בפ"ע להתיר דא"כ לא הוי כחצי מתיר כל פר ופר:

ויתיישב בזה מה דלכאורא קשה לפמ"ש בספרי הרמב"ם שלפנינו בפ"ה מהל' עבודת יוה"כ הלכה ח' ויחפון קטורת שניה קודם שחיטת הפר יעו"ש ובכ"מ מאי היא קושית

הגמ' יומא מ"ט ומי אר"ח הכי והא אר"ח בפר ולא בדמו של פר ואר"ח קטורת שחפנה קודם שחיטת הפר לא עשה ולא כלום והלא להרמב"ם משכחת לה דנשפך הדם וחפן הראשון ואח"כ מת דהחפינה כשרה קודם שחיטה אע"כ כנ"ל דאם נאמר בפר ולא בדמו יצטרך להביא פר ולהתחיל ממתנות שבפנים ויעוי' בתוי"ט ס"א בקטורת לא קא מיירי שכתבו דאם נשפך הדם אחר שגמר מתנות שבפנים א"צ לחזור ולחפון אך סתימות דברי הרמב"ם גם מדברי הר"א בנו של הרמב"ם מוכח בהדיא דלא ס"ל להרמב"ם כהתו"י:

ויש לבאר לפי הנ"ל דברי הירושלמי פ' הוציאו לו סוף הל' ד' חבריא אמרין נתפגל זה כו' אבדו אמוריו של זה מזין על אימוריו של זה כו' שפי' המפרשים דחוק מאד ואכמ"ל ועי' בשירי קרבן פ' טרף בקלפי הל' ג' ד"ה חתה והקטיר שכ' ולפום סוגיא נראה דה"פ בקטורת כו' דכיון שיקטר כראוי והיה שם דם א"צ כו' וכ"מ ברמב"ם ודבריו צ"ע:

ועל השלישית אני בא מה שהעיר מעכ"ת דהא דחפן חבירו ונתן לתוך חפניו כו' הנה לכאורא צריך להבין סברת האיבעיא אף אם ולקח קאי על מלא חפניו למה לא יהיה מהני חפן אחר הלא גם אם אוחז בידו בלא לקיחה ממק"א גם זה שמה לקיחה וכן מצינו בלישנא דקרא בכ"מ וכן גבי הזיה דפרה ולקח אזוב וטבל וגם אם לקח שלא לשם הזיה מהני ויעוי' גבי נתכון להזות על דבר שאינו מקב"ט כו' להזות על הבהמה ופי' הרמב"ם שם וכן גבי ולקחתם לכם דלולב (וזה פשוט דמהני שם אחיזה לחודה ולא כמו שמסתפקים בזה וכבר שמעתי שאיזה רב האריך בזה ואין ספרו ת"י לעיין הערותיו) וגבי דם דאמרינן זבחים י"ד אי רמי קוץ ונתן לידיו כו' שאני התם דבעיא לקיחה מן הדם ועי' זבחים צ"ג ע"ב וברמב"ם מהל' מעה"ק דגם גבי חטאת החיצונית הוא כן עיי"ש ובכ"מ אבל הכא גבי מלא חפניו הלא לא יחדה התורה מאיזה מקום יקח גם האחיזה בידו נחשב קיחה וכן צ"ע גם לעיל גבי בעיא דר"פ בין הבינים של מלא חפניו ויעוי' בתוד"ה אלא כו' ונראה דהאי ולקח שאני דהלא הוא מיותר דכיון דכתיב והביא ולקח למה לי אלא ע"כ אם קאי ולקח גם על מלא חפניו הקפידה התורה גם על לקיחה ולא שיבא לידו ממילא אבל גבי קמיצה פשוט דבעיא קמיצה בידו מהעשרון:

ולפ"ז י"ל קושית התוס' מ"ז ע"ב ד"ה הדר פשטה לא ידענא מאי קאמר כו' די"ל דמעיקרא היה איבעיא אם הוי ממילא או בידים ולפ"ז הוי פסול ולא שירים ובפשיטות הגמ' ס"ל דאם הוא מן הקומץ הוי קומץ מעליא רק הספק הוא אם קומץ הוי או שירים הוה (ולפ"ז י"ל הא דהשמיט הרמב"ם האיבעיא דבין הבינים של מלא חפניו בשלמא גבי קומץ י"ל דלמא קמצי כהני שאני ולא משכחת בין הבינים כלל אבל גבי מלא חפניו דבכה"ג דוקא ל"ש זאת ולפי הנ"ל י"ל דבהדר פשטא לא הוי ממילא והוא בכלל האיבעיא דלעיל)

אך בהא דחפן חבירו ונתן לתוך חפניו עדיין צ"ע דהלא אם נתן אחר לתוך חפניו הוי לקיחה מעלייתא וצ"ל דהספק הוא שמא ולקח והביא או דגמר מלא מלא שבעינן שיחפון ממקום הקטורת והוי בדרך את"ל או דהספק הוא אף אם לא גמר מלא מלא שמא לקיחה אחת בעינן כמו הבאה אחת או כמו דהבאה הוי בחפינה כן הלקיחה דוקא בחפינה ויעוי' בירושלמי חפנים מהו שיעשו בכלי שרת לקדש כו' מהו שיעשה מדה לחפניו בחפניו משערין או בכל החפנים כו' את"ל עשו ככלי שרת לקדש עושין מדה לחפניו ואין משערין בכל חפנים נ"ל לפרש דחדא מלתא היא דאם הקפידא הוא בחפניו חפניו הוה מדה ואין משערין בכל חפנים וממילא אם מת אין אחר נכנס בחפינתו ואם לא עשאו ככלי שרת דאין חפינה דוקא ממילא משערין בכל חפנים ואחר נכנס בחפונתו ולא כפי' המפרשים. ועי' ברמב"ם סוף הלכות עבודת יוה"כ שכ' בכל הספיקות האלו ואם הקטיר הורצה צ"ע האיך יעבוד כל העבודות שבפנים הלא הוי ספק קודם חפנות והקטרת הקטורת שהיה מעכב ויעוי' בירושלמי פ' טרף בקלפי הל' ג' וכן צ"ע בפי"ג מהל' מעה"ק שכ' ואם הקטיר הורצה הלא הוי ספק לענין שירים ואכ"מ ולא עיינתי בזה:

מ"ש כ"ת על דברי בהרמב"ם פי"ב מפסוה"מ בלחמי תודה, הלא כו"ע מודו ששחיטתן מקדשתן ידעתי הדוחק אבל לדעתי דבריו שם שכ' או יצאו עד שלא נשחטו דוחקים בעצמם לאמר כן בדעתו דס"ל כשיטת רש"י דקדושת כלי פוסלת ביוצא (ועי' בתוי"ט פ' התודה שכ' בדעת הרמב"ם דנסכים אע"פ ששחיטת הזבח מקדשתן מ"מ אם קדשו בכ"ש נפסלים בלינה, ואף שדבריו צ"ע ופשטות דברי הרמב"ם פ"ב מהל' מעה"ק י"ל דמיירי אם נתקדשו בכלי לאחר שחיטת הזבח יעוי"ש) ושחיטת תודה מקדשתן לאותו זבח אף אם לא הוקבעו בשעת הפרשה לאמר זו תודה וזו לחמה והא דפסק הרמב"ם גבי שתי הלחם דאפייתו מבפנים ואינן דוחין את השבת ולא מפסלי בלינה שתי הלחם שאני דהוי שלא בזמנם ושלא מדעת ויעוי' בסוכה נ' שכתב התוס' דבכה"ג אף מדרבנן לא מפסלי ביוצא (והסוגיא בדף צ"ה ס"ל כ"ש מקדשין שלא מדעת וכבר האריכו בזה) ובתודה הוי כזמנם אף קודם שחיטה דאין מחו"ז לבו ביום גם י"ל אם בדעתו לקדשם ועי' בפסחים י"ג ע"ב ונפרקינהו כו' צ"ע ואף דרש"י ותוס' נקטו בפשיטות דהיכא דשחיטה מקדש לא מהני קדושת כלי אבל להרמב"ם י"ל כנ"ל, גם צ"ל דהא דכ"ש מקדש לפסול ביוצא היינו כל חד כדינו קק"ד חוץ לעזרה וקק"ל חוץ לחומה (ועי' במנחות ע"ח ע"ב דקרי גם לקדושת השחיטה ללחמי תודה קדושת כ"ש) ולא כמ"ש הבה"ז סוף פ' ואלו מנחות להוכיח כדברי הרמב"ם שכתב דלחמי תודה ורקיקי נזיר מעשיהם בחוץ מהא דלא מפסלי ביציאת חוץ לעזרה: ויש עוד דברים בזה ואכ"מ:

מ"ש דמדברי הרמב"ם אין ראיה על קדשים שמתו אין בידי העתקה מדברי אבל לפי הרשום בזכרוני לא כונתי רק מהמשמעות הוא שבמקום שהזכיר מעילה דרבנן איסור הנאה דרבנן אם אינו מפורש ההיפוך ומ"ש דתרי גוני אה"נ מחמת האיסור שיש בהם ומחמת ממון קדש המה דברים ישרים ואמתים, אך בקדשים שמתו לדעתי אין בהם איסור אחר רק הבא מאיסור מעילה גם מחיים עיקר האיסור הוא איסור מעילה וכן מדויק לשון רש"י ר"פ גה"נ יע"ש וגם מחיים אין איסור אחר כ"א איסור מעילה ולאו הבא מכלל עשה כמש"כ רש"י במכות י"ד יע"ש שאינו שייך רק אם ראוי לקרבן וי"ל בכונת התוס' זבחים ס"ט דסבירא להו דבנפסל לקדש מחיים יש איסור דכל מפרסת כדאי' בתוס' ובבכורות ס"א אבל אין זה שייך לאיסור הנאה ואין זה רק איסור הנאה דמעילה ולדעתי זהו כונת הרמב"ם בפה"מ בכריתות שכתב ויש בזה נקודה נפלאה ולא כהאחרונים שהסבו דבריו לכונה אחרת ואין שייך זאת רק באיסור קדש ולא בשום איסור אחר ובזה סרו כל הקושיות שהרבו לפי דבריו, והדברים ארוכים ואף דבקדשים שנפסלו יש איסור אכילת קדש לבד איסור מעילה אבל אין זה בדם דלית בהו איסור קדש כמו שמפורש בכריתות ד' לרבנן יעו"ש ובש"מ ובתוס' מנחות נ"ד: מה שהבאתי דברי רש"י לענין חטאות המתות כונתי לסוגית הג' מעילה ג' דפריך מחטאות המתות דליכא בהו מעילה מדרבנן לקדשים שמתו אם נאמר דחלוקים לענין איסור הנאה מה פריך הגמ'. ומשכ"ת להקשות על רש"י מעילה י' שכ' לא מועלין מדאורייתא כבר העיר בזה בה"ז וצע"ק אך רש"י פי' שם לשיטת ר"א שם י"ב כ"מ שאמרו קדוש ואינו קדוש ופירש"י דהיינו כ"מ שאמרו לא נהנין ולא מועלין דמים יפלו ללשכה ויעוי' בתוס' שם גם חטאות המתות שנתכפרו בעליהם באחר ליכא בהו הפקעת קדושה רק הלכתא גמירי להו:

הרמב"ם בפ"ח מהל' מעה"ק פסק כ"ח אינו טעון שבירה אלא בחטאת קושית הב"ז א"כ אמאי אמרינן לענין חמץ וי"נ כ"ח אינו יוצא מידי דופיו לעולם:

הרמב"ם פסק בסוף הל' תרומות, קדירה שבישל בה תרומה לא יבשל בה חולין אם בשל בנ"ט ואם שטף דיו וא"צ הגעלה:

קושית הראב"ד על הרמב"ם פ"ח מהל' מעה"ק הנ"ל מתוספתא דאיתא בהדיא ר"ש אומר קק"ל אינו טעון מו"ש אלא מדיחן במים וכ"ח ישבר:

עוד הקשה הב"ז על הרמב"ם הנ"ל תנור של מקדש של מתכות ולא של חרס משום שירי מנחות דאיכא ביה בלוע בשמן ונראה לתרץ הכל דהנה במשנה זבחים צ"ג ע"ב איתא והכיבוס במקום קדוש ושבירת כ"ח במקום קדוש ומריקה ושטיפה בכלי נחושת במקום קדוש זה חומר בחטאת מקדשי קדשים וכתב הרמב"ם בפי' המשנה והדין הזה בקרבן

חטאת לכבס דמה מן הבגדים במקום קדוש שבירת כ"ח שמבשלין אותו בהם אין דין זה בשום דבר מק"ק אלא בחטאת לבדה ועי' עוד בפה"מ שכתב והכבוס המופלג עד שמסיר מה שנדבק בכלים יקרא מריקה ותוספת הנקיות נקרא שטיפה ופשוט דס"ל להרמב"ם חילוק זה בין חטאת לשאר קדשים דבשאר קדשים לא נאסר הבלוע רק בחטאת ומו"ש הוא משום בעין ומשו"ה בשאר איסורין כ"ח אינו יוצא מידי דופיו לעולם:

ובזה ניחא גם דברי הרמב"ם גבי תרומה ע"פ דברי הרמב"ם לחכמי לוניל שהבלוע אינה מדמעת ועי' בב"ב גבי גירומי מידות ואותה למעוטי תרומה היינו ג"כ על הבעין כמו בקדשים כנ"ל, ולפ"ז יש ליישב גם הקושיא של הראב"ד דהתם ר"ש והנה בחולין בסוגיא דזרוע בשלה קאמר רבא ל"צ אלא לטע"כ כו' וליגמר מינה גלי רחמנא גבי חטאת יקדש להיות כמוה כו' ופירש"י דאמוראי בתראי סברי דמשרת להיתר מצטרף לאיסור ויקדש לטע"כ כו' עיי"ש וצ"ע הלא נוכל למילף ממו"ש אבל לפי סברת הרא"ש דאינו אלא גזה"כ דהא איפגם בלינת לילה ניחא ומוכח כהרא"ש ולא כהרא"ם שכתב דמשום דהפגם והאיסור באים כאחד אינו חידוש וכ"ז אם אמרינן דמשרת להמל"א אבל לר"ש דס"ל כ"ש למכות ל"ל משרת להמל"א וע"כ י"ל דיקדש להמל"א ושפיר י"ל כהרא"מ ומשו"ה ס"ל דגם בכל הקדשים כ"ח טעון שבירה אבל הרמב"ם דס"ל גזה"כ שפיר ס"ל כנ"ל:

ובזה מיושב גם קושיא השניה של בה"ז מתנור של מתכת דהנה י"ל דמדינא צריך מו"ש אף דנפגם ונעשה נותר ע"פ מ"ש הר"ן דמצוה לבער הנותר מן העולם ובזה י"ל דברי רש"י בפסחים קדירות בפסח ישברו דס"ל לרב דנ"ט לפגם אסור והקשה התוס' הלא בע"ז מספקא ליה לרבי אי ס"ל נ"ט לפגם אסור ולפי הנ"ל י"ל דאף אם נ"ט לפגם מותר ס"ל כר"י דאין ביעור חמץ אלא שריפה ומצוה לבער אך באמת כ"ז אי נ"ט לפגם מותר אבל אי נ"ט לפגם אסור לי' דמצוה לבער הבלוע ומקשה הגמ' ולשהינהו ומשני גזירה: אך הכנ"י הקשה על סברת הר"ן א"כ כ"ח אמאי ישברו להדרינהו לכבשן והיינו בתר דידע הגמ' דהחזרת כבשונות מהני אבל קודם דידע הגמ' י"ל כסברת הר"ן וא"כ מדינא כ"ח בעי שבירה, וא"כ ה"ה בשאר קדשים נמי ושפיר קאמר הגמ' משום שירי מנחה, אבל למסקנא דהחזרת הכבשונות מהני אזלינן בתר סברת הר"ן, ומוכרח דאינו אלא גזה"כ ושפיר מולים דברי הרמב"ם, אך להרא"מ אזלא כל דברינו הנ"ל והנה י"ל דלא כהרא"מ מהא דאיתא במכילתא והנותר עד בוקר להורות דהוי נותר משעת עה"ש ולכאורא צ"ע דהלא ממילא ידעינן מדבאים כאחת ע"כ דלא כהרא"מ וא"כ סתם מתני' זה חומר בחטאת דס"ל מטעם גזה"כ ס"ל כהמכילתא והיינו ע"כ דר"ע דפסח כל הלילה דלראב"ע דמחצות נפסל א"צ קרא:

השמטה, שיכת לד' ט"ז אחרי התיבות ירושלמי פ"ז דדמאי. דאיתא התם תמן תנינן ה"ז תמורת עולה כו' א"ר יוסי הוינן סברין מה פלגין ר"מ ורבנן לאחר כ"ד אבל בתוך כ"ד לא (היינו כסוגיא דב"ק ע"ג ב' דר"מ ור"י פליגי בכדי שאלת תלמיד לרב דר"מ ס"ל דהוה לאחר כ"ד ור"י ס"ל דעדיין תכ"ד הוא) מן מה דא"ר אליעזר ר' הדא אמרה אפילו בתכ"ד אינו חוזר בו (וכסוגיא דזבחים ל' ע"ב דפליגי ר"מ ור' יוסי אי הוי חזרה כלל וכמו שכתבתי לברר דס"ל לר"מ ור"י דמטעם חזרה לא מהני רק ר' יוסי ש"ל דל"ה חזרה כלל רק דמעיקרא כיון ג"כ לדבריו שבסוף ור"מ ס"ל דהוא חוזר בו ומשו"ה לא מהני) דתני מעשרותיהן מעשרות כלכלה בחברתה כו' הא זה אחר זה אינו קדוש אלא ראשון בלבד א"ר אבינא מודין חכמים לר"ח באומר תרומה זו תחת שני חייב (היינו דאמר תחת שני כלכלות ואחת חסירה תרומה וביכורים ואם דבריו קיימין הרי הוא מקדים תרומה לביכורים או י"ל דאמר תרומה זו גם שני יהיה והאי חייב לאו דוקא דרק עשה הוא או דהוי גם ל"ת דהרי מקדים שני לראשון) בהמה זו תחת זבחים שני חייב (דחייל התמורה אף דאי אפשר להמיר שני זבחים זא"ז מ"מ בבת אחת מהני ול"ש כאן כלל כל שאינו בזא"ז בבת אחת אינו כמ"ש התוס' בזבחים שם יעו"ש) מפני שקבע שני שמות כאחת הא זא"ז אינו תופש אלא ראשון בלבד לא כן א"ר שמואל ב"י בשם רב הונא אמר זו תמורת עולה חוזר אפי' בתכ"ד כאן במתכון לפחות (יהוא כמו שהארכתי לבאר בטעמא דמהני חזרת כ"ד דיש בזה שני טעמים א' משום דהוי חזרה ממחשבתו והוי כמו טעית ב' משום דלא הוה גמר בלבו ויכול לחזור בי מדבורו הראשין ומשו"ה בתמורה כיין דתמורה ישנה בשוגג כמזיד ממילא ליכא למימר דמהני מטעם טעות רק י"ל דמהני מטעם חזרה מדבורו דמהני בתמורה כמ"ש לבאר דבתמורה בעינן דיבור ול"מ מחשבה בלב ומש"ה מהני חזרה בד בדיבורו ומשו"ה במתכון לפחות דהוי חזרה בדבור מהני בתמורה) כאן במתכון להוסיף (וכמ"ש דבמתכון להוסיף ל"ה חזרה מדבורו כלל וכמו דס"ל להגמ' בזבחים ל' ע"ב ויעוין מ"ש בגליון בשם השיטה ובודאי ל"מ משים חזרת הדבור רק די"ל דמהני מטעם חזרה במחשבתו ע"ז מסיים הירושלמי דאסורה ל"מ מטעם זה) אמר ה"ז תמורה אפילו בתכ"ד אינו חוזר בו (והיינו בכה"ג דמתכון להוסיף דלא מהני מטעם חזרה מדבור רק מטעם דהוה כחו טעות במחשבתו וזה לא מהני בתמורה) אדם נשאל על הקדשו ואין אדם נשאל על תמורתו (משום הכי לא מהני חזרה במתכון להוסיף וליה סתירה למ"ש בשם רב הונא מקודם דאמר ה"ז תמורה חוזר בו והא דאמרינן למעלה גבי תרומה דל"מ מעשר כלכלה של זו בזו ושל זו בזו אף דהא בתרומה מהני שאלה והא דלא מהני גבי תרומה י"ל דאף דבתרומה יכיל לחזור בו בתכ"ד היינו דווקא על עצם התרומה אבל אין

שייך חזרה על פטור הכרי כיון דע"ז אין צריך מעשה רק דממילא נפטר והוי כמו דאיתא בכ"מ דלא מהני חזרה היכא דעשה כל המעשה עיין בסי' קצ"ה בח"מ ובאחרונים וה"נ הלא אינו חוזר על המעשר שעשה רק מן הפטור של הכלכלה הראשונה שפטרה בכולה לא מהני בזה החזרה בתכ"ד כיון דאינו חוזר לגמרי מן המעשר וצ"ע בזה ועי"ל דבמעשר לא מהני מחשבה וצ"ע בזה עי"ל דבכה"ג כיון דאיכא איסור בודאי ל"מ במחשבה כמו גבי חזרת תמורה ומשו"ה ל"מ חזרה במחשבה רק בדבור כמש"כ לעיל מדברי הרמב"ם פ"ב מה' שבועות דכ"מ דבעינן דבור ל"מ החזרה במחשבה:

השמטות חידושים מחלק אה"ע

מ"ש כ"ת בדברי הרמב"ם לענין קריבה בג"ע האיסור בחיי"ל גם ביישוב הסתירה לענין בעל ולא קידש מפט"ו מהל' א"ב לדבריו שבפ"א מהל' נערה, כל דבריו נאמרים בהשכל וסברות ישרות, והישוב בסתירת דבריו נראים יותר נכון מכל מה שראיתי שנאמרו בזה, וכדי שלא להוציא חלק ראיתי לכתוב איזו הערות קצרות בענינים אלו, ע"ד האיסור בחיי"ל יעוי' בסה"מ בהשגת הרמב"ן שכ' דהנאה בערוה אסירה כמו ח"ש יעוי"ש והדבר צריך הסבר, גם ראוי להסתפק להרמב"ם קריבה של ג"ע אם הוא איסור מצד עצמו או אינו אסור רק אם הוא יכול להביא לידי ג"ע:

ולכאורא יש להוכיח דאינו אסור מצד עצמו מדמותר אב עם בתו ובן עם אמו, גם מדאמרינן עולא הוה נשיק לאחותו אבי חדייהו כו' ועי' בתוס' בשבת שם והא דאמרינן בכתובות אי דמיא עלייכו ככשורא כו' ואם היה איסור מצ"ע היה כזה אסור, אבל אף אם נאמר דפי' הכתוב לא תקרבו כדי שלא לגלות ערוה א"א לאמר כן דהיכא דליכא חשש גילוי ערוה מותר דזה יהיה תלוי במחלוקת ת"ק ור"י אם מותר למלך להרבות ובלבד שלא יסירו את לנו והרמב"ם פסק כת"ק דאסור בכל גוני (והמחור בדעתו דלא דריש טעמא דקרא לא היכא דכתיב ולא היכא דלא כתיב דלא כר"ש ודלא כר"י רק כת"ק דר"י ומיושב סתירת דבריו מהל' טוען לדבריו שבהל' מלכים (ואף די"ל דזהו היי כמו דכתיב שלא ויעוי' ביומא ע"ב דאין זה רק אם יהיה הטעם לציווי בפ"ע אבל לא לדרוש טעמא דקרא) וצ"ל דא דאיסור קריבה הוי איסור בפ"ע ואף אם לא יבא לידי ג"ע אסור והא דמותר במקום שאין לבו נוקפו למד מזה הרמב"ם דאין איסור קריבה רק משום דנהנה מהערוה והיכא דלא נהנה אין המעשה גופה איסור כמו שדייק בלשונו ונהנה בקירוב כו' אע"פ שאין שם תאוה ולא הנאה כלל ולפ"ז יפה הקשה השעה"מ על הא דאמרינן

ביבמות אם עשה דוחה ל"ת שיב"כ עשה דיבום היה דוחה איסור אחותו הלא לא הוה בעדנא לענין ל"ת דקורבה:

ומ"ש דלא הוה ערוה כלל כיון דמותר לבא עליה [עי' בס' בית הלוי] לדעתי ליתא דהלא עדיין היא ערוה רק בעת הביאה יהיה דוחה ל"ת גם למ"ד מצות צ"כ אם לא יכון רק להנאתו אין כאן קיים העשה ויעוי' בתוס' פסחים ק"ז ע"ב מ"ש לחד תירוצא דבאוכל פסח לשם אכילה גסה לא יצא ידי אכילה למ"ד מצות צ"כ הרי דל"א כיון דמתעסק בחלבים ועריות חייב כן לענין לצאת וכן מוכח ברמב"ם ובפסחים קי"ד שם דאין לחלק ודוחק לאמר דמרור שאני דאין כאן הנאה, ולפ"ז אם מכון להנאה ולא למצוה אין כאן תשה ובל"ז נ"ל דאף אם לא בעינן כונה למצוה אם מכון להנאה אסור והוה כמו אי אפשר וקמכון דקיי"ל כרבא דאסור ואף דבכה"ג ליכא למ"ד דחייב דע"כ לא קמחייב רבא במנחות ס"ד רק במכון לצוד דגים והעלה דגים ותינוק דבדגים ליכא שום התירא ויעוי' ביומא פ"ד ע"ב לענין פק"נ אם מכון להעלות דגים ותינוק דמהרי"ף והרמב"ם והרא"ש משמע דלכון אסור והר"ן הביא הירושלמי דאף מכון מותר וכתב הר"ן דמשום פק"נ התירו חכמים ולפ"ז נראה דיהיה תלוי בפלוגתת אביי ורבא בא"א ולא קמכון ואין ראיה מן הירושלמי דיהיה מותר לכון לכתחילה לדידן דקיי"ל כרבא וכר"ש ולזאת נ"ל דקושית השעה"מ לק"מ:

בנוב"י סי' פ"א רצה ה"ג מוהר"ן בעל תפארת צבי לאמר דביבמה לשוק לוקה דוקא בקידושין דלא כה"ג בעל נוב"י ע"ש ועיין ביבמות צ"ז ע"א ותיפוק ליה משום יבמה לשוק משמע דבביאה לחוד איכא לאו דהתם הלא דודתו לא תפסי בה קידושין ולפלא שלא העירו בזה מהגמ' הנ"ל: לשיטת הר"י בתוס' גיטין ע"ח ע"א דבכל גט צריך דעת האשה דלא תהא משלחה וחוזרת צע"ג למה צריך בגיטין טעמא שחוב הוא לה הלא תפ"ל דמשלחה וחוזרת ואפ"ל זאת בכונת הירושלמי שהביא התוס' הגע עצמך היה עבדו של קציו היתה אשתו של מוכה שחין לית לך אלא כהדא אילו היה המוכר עבדו כו' אילו המגרש אשה שלא מדעתה שמא מגורשת היא פירוש ע"י אחר ואפ"ל עוד בדעת הירושלמי דהוא טעם דבעבד לא אזלינן לרבנן בתר דעת אבל באשה צריך דעת:

(עירובין ט"ו ע"ב) תוד"ה ע"מ שלא תלכי לבית אביך תימא דהא מת אביה לא חשיב תו בית אביה כו' ועי' בתו"י ושמא כיון דבשעת גירושין אינו יודע שימות אביה קודם, ותמוה מה שכתב מכל חיי פלוני דהוי כריתות ויש לומר בכונת התו"י לסברת הריטב"א כיון דלבית אביה לעולם אסור והא דמותרת לאחר מיתת אביה משום דאין כאן בית אביה עיי"ש וס"ל להתו"י דאפ"ה אם היה ידוע שימות אביה קודם היה מיקרי כריתות

אבל דלבית אביה לעולם אסור וא"כ לשון התנאי אין כאן כריתות ואי משום דבאמת מ"מ תהא מותרת הלא אין זה ידוע משו"ה אין זה כריתות ויש להאריך בזה בסוגיא בפ"ק דיומא י"ג ובתו"י שם:

שייך לחידושים על ב"ק. (מ"א ע"ב) ע"פ (בעלים מודה בקנס כו' וע"כ דקאי גם על ע"א דע"כ איירי במודה או שותק עין בתוס'. ולכאורא צ"ע דאם כופרא כפרה למה יגרע מאמר לו ע"א אכלת חלב עין בכריתות פ' אמרו לו וצ"ל דאף דהוי משום כפרה מ"מ כיון דלחבירו הוא הו"ל דין ממון ובזה י"ל דברי הרמב"ם דפסק דממשכנין ובדף מ' הוא בעיא דלא איפשיטא דבאמת כיון דלחבירו הוא יש לו דין ממון:

(מ"ב ע"ב) אבל הכא דמעיקרא בר קטלא הוא ל"צ קרא אע"ג דשחטיה עין בפירש"י וצ"ע דלפ"ז נצטרך לחלק גם בע"פ ע"א או ע"פ בעלים אם היו עדים ולא באו אפי' מת אחד מהם או שניהם וי"ל דמזה יצא להרמב"ם בפ"ו ה"ג דכשהשור בסקילה אינו חיב בכופר עד שיסקל ולפיכך קודם שנגמר דינו עדיין מזיק בסקילה והפי' כאן בגמ' דכיון שהשור בסקילה ל"צ קרא דאם עבר ושחטו דבכה"ג שהשור בסקילה אין משלם כופר עד שיסקל: (מ"ג ע"א) רש"י ד"ה או גיורת כו' ומתו שניהם כו' צ"ע לקמן מ"ט דלפ"ז אין כאן קושיא על רבה כיון דאיירי שמתה גם האשה וצ"ל דפי' כן לפי האמת דאיירי שחבל בה בחיי הגר ומת הגר לפ"ז יש לפרש ברייתא כפשטה אף לרבה וצ"ע, עיין בפ"ד מה' חו"מ דלהראב"ד אף לרבה דוקא אם אין יורשים זכתה האשה אבל אם יש יורשים שייך דמי ולדות ליורשים ולפ"ז הפי' אם אין בעל נותן ליורשים אף אם אין בעל בשעת חבלה ושפיר הקשה הגרע"א על קושית הגמ' גרושה נמי תפלוג בדמי ולדות וא"ל דלמסקנא הפי' הוא כך דאם בס"ד היה פשיטא להגמ' דדוקא בחיי הבעל שייך להבעל מנ"ל דבמסקנא אינו כן וי"ל דמכאן יצא לו להרמב"ם דבאמת אם מת הבעל שייך דמי ולדות לאשה ולא ליורשים:

עיין ברמב"ם פ"י מה' נ"מ דפסק כר"י דחייב בכופר ובל' של עבד שלא בכונה וכן פסק בפ"ד מה' סנהדרין דמשלם כופר ע"פ עצמו עיי"ש והא דאין חייב מיתה ע"פ בעלים אף דפסקינן בסנהדרין י' דאין אדם קרוב אצל ממונו. עיין ברש"י דף מ"ג שכתב דילפינן מכמיתת בעלים כך מיתת השור וכשם שהם אינם חיבים ע"פ עצמם ועיין בתוס' מ"א ע"ב:

(מ"ד ע"ב) ואכתי צרורות נינהו כו' דקאזיל מיניה מיניה עין בפירש"י ועין בר"מ פ"י הל' י' דהשמיט הך דקאזיל מיניה וי"ל דהרמב"ם יפרש הקושיא ואכתי צרורות ואם אין העדאה לצרורות מה יועילו העדים ועין לעיל מ"ש בדעת הר"מ דהשמיט האיבעיא

דהעדאה לצרורות ועין עוד במ"ש פ"ב דהזכיר השינוי בהכנסת ראשו והצנוף היה כדרכו ה"ז שינוי גמור כקרן ואינו שייך להאיבעיא והכא ג"כ דהחיכוך של בני אדם הוא השינוי אבל הנפילה היא כדרכה בודאי שייך העדאה וא"ש ועדיין צ"ע בדברי הראשונים שם: נתכון להרוג את הבהמה כו' עיין ברמב"ם פי"א מהל' נ"מ ה"ט ובמ"מ שהרמב"ם פסק דנתכון להרוג זה והרג את זה חיב ועין בפ"ד מהל' רוצח שמבאר דעתו דפוסק כר"ש דלא כהכ"מ ועיין בל"מ פ"א מהל' חו"מ והא דפסק כאן כסתם מתניתין ולא תליא זה בזה וסיוע להר"מ מלשון הגמ' כאן הא נתכון להרוג את זה כו' מתני' דלא כר"ש דתניא ר"ש אומר אפילו נתכון להרוג את זה כו' מלשון דתניא משמע דברייתא דר"ש הוא לענין שור שהמית את האדם דאילו לענין אדם שהרג משנה היא בפ' הנשרפין וכן משמע עוד יותר מלשון הגמ' מ"ט דר"ש דא"ק השור יסקל כו' כמיתת הבעלים כו' דלא שייך כאן כלל מ"ט דר"ש אם לא מכח מימרא דר"ש בעצמו אבל סתם מתני' אתיא אף כר"ש דהתם וזהו מוכרח לדעתי ועין בש"מ ומה שהקשו דגם רבנן בעי טעמא דכמיתת הבעלים לפטור נתכון להרוג את הבהמה כו' עין בתוספתא ובחסדי דוד:

מ"ה ארבעה נכנסו תחת הבעלים כו' מועדין נהרגין ומשלמין את הכופר כו' עין ברמב"ם פ"ד מה' נ"מ ה"ד ונוסח שלפנינו תמוה ועין בכ"מ ול"מ אך הנוסחא שהביא הכ"מ מתשובה שהשיב לחכמי לוניל ג"כ תמוה שהשמיט דין הכופר לגמרי ונראה דלפניו היתה הגי' שמרוה שמירה פחותה ש"ח פטור והבעלים חייבין אפילו המיתה את האדם וש"ש כו' חייבין וא"ש לישנא דאפילו היינו לאפוקי מפירש"י ד"ה כלתה ליה שמירתו כו' דהא סגי ליה בשמירה פחותה ובעי כפרה משמע דס"ל דש"ח פטור מלהחזיר שור לבעלים אבל כופר חיב ועדין צ"ע שלא כתב הכ"מ חיובא דכופר דשומר ועין בסמ"ע סי' שצ"ו. עין לעיל גבי שור האצטדין ולכאורא קשיא לפ"ז למה מכיש נחש דלרבנן המכיש פטור והנחש בסקילה עין לעיל כ"ג ע"ב הלא הוה כמו שור האצטדין ועיין בתוס' ד' כ"ד ע"ב ועיין ברמב"ם פ"ו מה' נ"מ ומוכח דפליג על התוס' ופי' שור האצטדין לא שהאדם רוצה להמיתו רק השורים מנגחים זא"ז ולא לפטור מן ההיזק רק דל"ה מועד ופטור ממיתה ולפ"ז הלא למה יגרע השיך את הנחש מאצטדין לזאת נראה דהרמב"ם והעומדים בשיטתו יפרשו נחש מעצמו מקיא לא למעוטי דאינו עומד בין שניו רק שני דברים קאמרי למעוטי מדר"י דלר"י ארס בין שניו עומד ובהשכתו דוחק את הארס להנישוך ולרבנן הנחש מקיא הארס מבין שניו וגם מעצמו היינו דלאו בר השסה הוא רק מעצמו מטבעו הוא מזיק ולאו בר השסה הוא ובזה ניחא לישנא דמעצמו שלכאורא

מיותר אבל לפי הנ"ל אמרו זה לישב הקושיא מאצטדין וכן דייקא לישנא דהרמב"ם להמעין בדבריו:

(נ' ע"א) בחופר לאושין כו' הר"מ השמיט כ"ז ונראה דס"ל דהוא כר"י דכל המקלקלין ברה"ר ברשות פטור עין לעיל ו' ע"א והרמב"ם פסק כת"ק דחיב כריב"י ועין בשו"ע סי' ת"י סעיף ז' ובסמ"ע ובט"ז ובש"ך שם: (נ"א) בור של ב' שותפין כו' במאי קא מפליגי ראב"י סבר יש ברירה כו' ורבנן סברי אין ברירה רש"י ד"ה האי מדידיה כו' ול"ה שני שואל כו' משמע דלרבנן הוי שואל וצ"ע למאן דסברי דאינו נעשה שומר עד שיעשה קנין במאי נעשה שומר ויש סעד מזה דבשוכר ושואל אף בשימוש קנה ועיין בסי' ר' והדברים ארוכים. ולכאורא יש להעיר מהא דאין דין שמירה לקרקעות אבל באמת לענין ניזקין אינו שייך לדיני שמירה בחיוביהן ופטוריהן ורק כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו וממילא גם לענין שמירה בבעלים י"ל דחייב בנזק ככל שומר רק אם שומר בעי קנין הלא לא נתחייב בשמירה וצ"ל כנ"ל:

רמב"ם פי"ב מה' נ"מ הל' י"ח היה חופר כו' בתוך הבור כו' מקול החפירה ומתה כו' מאחריה כגון שנבעתה וחזרה על עקבה לאחור ונפלה ומתה פטור שנ' ונפל כו' נפלה לפניה מקול החפירה חוץ לבור ומתה אין ב"ד מחייבין אותו ואם תפס כו' ואם נפלה מאחריה חוץ לבור ומתה או הוזקה פטור בעל הבור וכבר תמהו המפרשים והשיג הראב"ד ע"ז ע"ש. ועוד יש לדייק דבנפל לבור או לפניה חוץ לבור דייק דוקא ומתה ובפטור דלאחריה חוץ לבור כתב ומתה או הוזקה והנראה דהרמב"ם יפרש הא דאמרינן אלא ה"ד לאחריה כגון דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור חוץ לבור היינו דוקא דנפל לאחוריה ונשמר בזה מקושית התוס' כ"ח ע"ב ונ' ע"ב ע"ש גם ס"ל ז"ל דמיעוט דדרך נפילה י"ל גם אליבא דשמואל דס"ל לחבטו אבל זה דוקא במיתה כמו מיעוט דאדם:

ובזה מיושב הא דחילק בין הוזק למיתה גם שור פיקח דס"ל דפטור דפקח אינו משום דהיה לו לזהר דבמיתת השור לא מהני לפטור בעל הבור כמ"ש המלחמות אלא הטעם משום דל"ה דרך נפילה ומשו"ה אינו פטור רק במיתה ממיעוט הכתוב גם ס"ל להר"מ ז"ל דהא דנתקל בבור ונפל חוץ לבור אינו רק מריבוי הכתוב בבור דבכל גונא חיבה תורה אף על התקלה ומשו"ה בנפל שלא כדרך נפילה פטור בין על המיתה בין על ההיזק אבל בנפלה על פניה הוי ספק אם הבור גרם או קול הכריה ומשו"ה כתב דדוקא אם תפס והא דהכורה פטור י"ל דל"ה אלא גרמא:

עין ברשב"א בשם ר"ח ומשמע דס"ל דהכורה ג"כ חיב אם חפר שלא ברשות אף אם אינו חיב מטעם בור ולכאורא מ"ש מלקמן דף צ"א כמ"ש רש"י וי"ל דהתם פטור משום דאיהו אבעית אנפשיה אבל בשור אין לפטור מטעם זה כמו שכתבתי בשם המלחמות:

(נ"ג ע"ב) תוד"ה לענין כופר כו' בזאח"ז צ"ע דאכתי ל"ה רק לריב"ב ובמק"א הארכתי:

(נ"ו ע"ב) רש"י ד"ה אלא תחתיו דשומר ואזלי בעלים ומשתעי דינא בהדי שומר כו' צ"ע דה"ל לאמר ואזיל ניזק כו' וצ"ל דאזיל בשיטת הראב"ד פ"ד מה' נ"מ הל' י"א שהשיג על הר"מ וכ' דלענין נזקין ל"ש דין שומר שמסר לשומר ואם בעלים מפטרי במסרו לשומר גם בזה נפטר שומר ראשון ואין הניזק יכול לאמר אין רצוני כו' ולפ"ז צ"ל דפירש"י במתני' הוא לפי הס"ד וצ"ע:

לוח המפתחות:

חידושים על הרמב"ם:

חלק אה"ע:

סימן א' בענין קטלנית:

סימן ב' לחכם אחד ע"ד אשה שהגידו הרופאים שאם תתעבר תמות אם רשאית לשמש במוך:

סימן ג' בענין הנ"ל ע"פ ד' הרמב"ם פ"ז מה' תרומות ה"ז:

סימן ד' מישב קו' הטו"א ר"ה כ"ח לענין מצות פו"ר בגר:

סימן ה' מישב קו' הרביד הזהב פ' אחרי על הבה"ג:

סימן ו' באיש שרצה לקיים פו"ר ושאל פי רופא ובקש לראות זרעו על המבחן לידע רפואתו אם רשאי להוציא משום עשה דפו"ר:

סימן ז' שבת ד' מישב הקושיא על תי' הרשב"א בקושית התוס' בחציה שפחה:

סימן ח' תשובה תק"ע בדבר ענוגה שלפי דברי סופר הראטע נהרג בעלה במלחמה, יבאר הדין ע"פ שיטות הראשונים בסוגיא ומסיק ע"פ כל: סימן ט' בדבר עגונה שבעלה נפצע במלחמה ואח"כ מת בבית החולים ומשרתי בית החולים על ידי הפאטאגראפיע שביד האשה, יבאר דין הכר ע"י פאטאגראפיע ומסיק להתירא:

סימן י' בענין עגונה שבעלה גרשם בחשבון ההרוגים במלחמה:

סימן י"א בשו"ע סי' י"ז סי"ח בענין הוחזקו. דיני קידושין:

סימן י"ב במעשה קידושין שעשה נבל אחד מעשה קידושין לבתולה שלא מדעתה וכשמעה לשון הקידושין זרקה לארץ את הטבעת וגם קודם לכן לא סגרה את ידה באופן דלפי שי' המהרי"ט לא מקרי נתינה. יבאר ד' התוס' בכתובות ויפלפל בהגדות העדים ע"פ תשובות החכ"צ והתשב"ץ:

סימן י"ג בלעז קידושין שבקשה הנערה להשאיל לה השבעת ועל דעת זו התחיל לתת על אצבעה אח"כ אמר לשון הקידושין שהנערה לפי דבריה לא ו ובשהגידו לה מה עשה בכתה בדמעות שליש ר מעשה הקידושין לא היה רק ע"א. יבאר אי לישנא את מקודשת חשיבא בזמננו לישנא ברירא ויבאר דא בדשב"ע בלא אתחזק איסורא גם יבאר סוגיא דכנסי סלע ע"פ ד' המהרי"ט והגרע"א:

סימן י"ד בריטב"א גיטין כ"ז לענין ע"א בדשב"ע בלא אתחזק איסורא: סימן ט"ו עוד בענין הנ"ל:

סימן ט"ז באה"ע סי' ל"ה לענין עד שיש לו הנאה:

סימן י"ז קידושין ס' לענין לשמה בשט"ק:

סימן י"ח בהא דאין העבד נעשה שליח לקבל גט:

סימן י"ט קידושין כ"ג בענין מי איכא מידי:

סימן כ' בענין הנ"ל:

סימן כ"א מישב קו' האחרונים בענין המקדש חיי"ל בטעות:

סימן כ"ב לענין דו"ח בעדי קידושין:

סימן כ"ג כתובות פ"ח, ישוב ד' הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף:

סימן כ"ד בשכ"מ שצוה לכתוב גט לאשתו ואשתקל מלוליה מחמת כובד החולי ומת בו ביום אך גסיסה לא נראו בו עד אחר נתינת הגט, יבאר באריכות היטיב דיני הכ"מ:

סימן כ"ה בחרשת אי מצי לגרשה או לישא אשה על אשתו ע"פ היתר ק' רבנים:

סימן כ"ו עוד בענין הנ"ל. יבאר דיני חרש וחרשת לענין גירושין, קידושין ומו"מ:

סימן כ"ז בענין שמות גיטין:

סימן כ"ח ג"כ בשמות גיטין:

סימן כ"ט בגט מומר שיש בו כמה ריעותות שכ' בו צירל במקום צירא וגם ביטול השליחות ע"י השליח ב':

סימן ל' בשליח שלא נתן לגירושין:

סימן ל"א בשליח קרוב:

סימן ל"ב בענין המזכה גם לאשתו במקום יבם:

סימן ל"ג בענין אונס בגיטין:

סימן ל"ד יבאר ספק החכ"צ בכונת חליצה. חלק חוה"מ:

סימן א' סנהדרין קי"א. בענין חולקין עיר אחת לשני שבטים:

סימן ב' בד' המח"א לענין קרוב ונתרחק לפטור מש"ה גם בסכות ד' לישב קו' הגרע"א:

סימן ג' בחו"מ סי' כ"ח:

סימן ד שם:
סימן ה' במכות ה':
סימן ו' במכות ו':
סימן ז' שם:
סימן ח' בב"ק ע"ג:
סימן ט' בחגיגה ב':
סימן י' שם בענין הנ"ל:
סימן י"א ג"כ בענין הנ"ל באופן אחר:
סימן י"ב בד' הרמ"ה לענין עד אומר תנאי, גם יישב קו' הגרע"א בשבת נ"ה:
סימן י"ג בד' בעה"ת לענין בשלו הן שמין, גם בב"ק ה' לענין אי שתקת: סימן י"ד בד' הרי"ף גיטין לענין תן כזכי גם בד' י"ג שם:
סימן ט"ו לענין הליחות בתרומה:
סימן ט"ז בנתה"מ סי' קצ"ה. גם לענין משיכה, גם יתרץ קו' הגר"ע ב"מ ס':
סימן י"ז לענין המתחיב לעשות דבר אם נאמן לומר נאנסתי ועל מי להביא ראיה:
סימן י"ח לענין מי שמכר ביתו שהיה בטוח באחריות משרפות ונשרף למי שיכין דמי אחריות:
סימן י"ט בענין מכר שהמוכר התחיב א"ע להעמיד העצים על הנמל והופסדו קודם ההעמדה:
סימן כ' בב"מ כ"ב לענין סימנים:
סימן כ"א בב"ב קמ"א:
סימן כ"ב בענין צואה ויבאר דיני הודאות:
סימן כ"ג בענין ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא:
סימן כ"ד בענין אפטרופוס שלוה מעות יתומים על רבית בלא משכנות: סימן כ"ה בחו"מ סי' רצ"ג:
סימן כ"ו בשומר קרקעות אם ישנו בשמירת נזקין:
סימן כ"ז בענין דמי סרסרות:
סימן כ"ח בענין הסכסוך שבין הכוללים קאסוב, מאטוניא, וויזניצא ובין כולל דראהאביטש:
סימן כ"ט בענין קלב"מ:
סימן ל' בב"ק ק"ה לענין גזל ג' אגודות:
סימן ל"א בגיטין ל"ט:

סימן ל"ב בב"ק פ"ח:
סימן ל"ג לענין צרורות:
סימן ל"ד חידושים על ב"ק:
סימן ל"ה לענין מציל את חבירו: