שו״ת · אחרונים · השיב משה

השיב משה חושן משפט

רבי משה טייטלבוים מאוהעל

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

השיב משה חושן משפט

רבי משה טייטלבוים מאוהעל

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/השיב-משה-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

שאלה פ 4
שאלה פא 5
שאלה פב 7
שאלה פג 50
שאלה פד 60
שאלה פה 71
שאלה פו 72
שאלה פז 73
שאלה פח 78
שאלה פט 82
שאלה צ 86
שאלה צא 90
שאלה צב 135
שאלה צג 137
שאלה צד 141
שאלה צה 143
שאלה צו 144
שאלה צז 145
שאלה צח 146
שאלה צט 147
שאלה ק 152
שאלה קא 159
שאלה קב 160
שאלה קג 172
שאלה קד 173
שאלה קה 182
שאלה קו 186
שאלה קז 194
שאלה קח 208
שאלה קט 212

חושן משפט

שאלה פ

נשאלתי קהל שקנסו לאחד עפ"י דברי שפחה גוי' זונה וכבר חלקו לעניים. אם מחויבים להחזיר או לא.

תשובה לא היה מהראוי להשיב כי יש לכם רב בקאמידאט שלכם השם יאריך ימיו ושנותיו אך שמעתי כי אינו בביתו והנה ז' טובי העיר יכולין לדון דיני קנסות לענוש כפי ראות עיניהם וא"צ לפנים כלל ומפורש בחו"מ סי' ב' וכן הוא המנהג בכל תפוצות ישראל וזה הוא יסוד הדת שאל"כ יהיה עולם הפקר ח"ו ואין זה ענין כלל למידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי המבואר שם בחו"מ בהג"ה דיש חולקין דשם לא מיירי מענין להעניש העובר על התורה רק מעניני תקנות שמתקנים ביניהם מידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי וזה פשוט וא"צ לפנים כלל אבל אם להחזיק האיש הנ"ל שרצה לעבור עבירה חמורה כשג"ז ר"ל וקשורה עמו ככלב יש לפקפק שאף דלא בעינן עדות גמורה מ"מ ידי' מוכיחות בעינן עכ"פ והרי מתוך האגרת שלכם מבואר דלא ידעינן משום דבר רק ממה שספרה השפחה וגם גבירתה אינה יודעת כלום רק ממה שספרה לה השפחה וחלילה להוציא אדם מחזקת כשרות עפ"י דברי שפחה גוי' ועיין באה"ע סי' קנ"ד סעיף א' בהג"ה וז"ל אבל משום שמביאים לו ילדים נכרים אין לחוש דילמא משקרים עליו עיי"ש וגדולה מזה אפילו בע"א כשר אמרינן טובי' חטא זיגוד מינגד והא דבפ' הכותב דלא גער רבא בבת ר' חסדא דאמרה ידענא בה דחשודה היא כתב הסמ"ג משום דאפרושי מאיסורא הוא ואעפי"כ לא הימנה רק מחמת דקים לה בגווה וא"כ לא שייך בזה לומר דטובי העיר בעירן הוי כגאונים לכל דבריהם. דהוי כטועים בדבר משנה המפורש בפוסקים כמבואר במסכ' סנהדרין אפילו בדידי ודידך ובדבר משנה אפילו בפסק הגאונים חוזר וזה פשוט דמשום שחשוד לקלקל חלפים אינו חשוד לזכות מי' אם כבר נתחלק לעניים אם נתנו לעניים שרגילים ליתן להם מכיס הקהל והרוויחו הקהל בזה ישלמו מכיס הקהל דהוי אפשר למיהדר וטעות בדבר משנה חוזר אבל אם חלקו לעניים שלא הרוויחו הקהל בזה פטורים מלשלם מכיסם דטובי העיר בעירן הוי כב"ד הגדול ופטורין אפילו נשאו ונתנו ביד אפילו בטעו בשיקול הדעת וכש"כ בטועה בדבר משנה דלענין תשלומין קל טועה בדבר משנה מטועה בשיקול הדעת וכל זה מבואר בגמרא סנהדרין ובחו"מ סי' כ"ה בפוסקים וזה ברור לדעתי עפ"י דין תוה"ק דברי א"נ הק' משה:

שאלה פא

שלום לכבוד אהובי אדוני אחי הרב המה"ג הגאון וכו' מוה'

משה נ"י:

מחמת ההזדמנות וכו' והנה אציע לפניך עסק אחד אשר שני אנשים אפרתים אשר מעולם כרע כאח זל"ז וכעת נפל תיגרא בינם וכו' ראובן קנה אצל שמעון בר"ח חשוון העבר ששה אלפים האלבע י"ש שזופין כפי הכתב שהראה לו שמעון הנ"ל ועשו ת"כ ביניהם כדרך התגרים וגם נתן לו מעות לערבון ערך ה' אלפים ריניש ועשו כתב ביניהם ששמעון מחויב להעמיד לראובן הי"ש עד ר"ח שבט וכשיתן כל הי"ש מחויב ראובן לסלק לשמעון חצי המעות וחצי השני מחויב שמעון להמתין לראובן עד ר"ח אייר הבע"ל וברר"ח כסליו העבר כתב שמעון בראובן שלא ישלח עגלות עבור הי"ש בשלימות רק עבור שלשה אלפים האלבע. כי אין לו יותר וכעת הביא שמעון לראובן סך ב' אלפים ושבעה מאות לא יותר וטוען שלא יתן לו יותר כי בעת שקנה ממנו ראובן הי"ש בר"ח חשוון הנ"ל לא היה לו עוד הי"ש רק דעתו היה לקנות לו י"ש וכעת לא יכול לקנות כי עלה השער ואינו רוצה להפסיד כ"כ וראובן מוחזק בידו מעות שמעון מעסק אחר שלקח אצלו בר"ח שבט סחורה אחרת ואינו רוצה ליתן לו אף פ"א עד שיתן לו כל הי"ש וטוען קים לי כהפוסקי' דלא בעינן תפיסה בגוף החפץ. וגם טוען קים לי כבעל העיטור וסיעתי' דלא מקרי דבר שלב"ל רק באילן לפירותיו וכדומה ומה גם כי היה ביניהם ת"כ ות"כ מהני אף באסמכתא ובפרט אותן ג' אלף שכתב לו שיש לו כי כבר טרח וקנה יורינו רבינו הדין עם מי הגם כי האריכו בטענותיהם עכ"ז לא רציתי להטריח כבוד אחי נ"י במילין טובא רק בררתי תמצית דבריהם ולא שניתי לא דבר ולא חצי דבר ועל תשובתו הרמתה מצפים האנשים האפרתים האלה ובזה אצא ואומר שלום ואחוה קידה מול הדרת כבוד אחי נ"י. יצחק בהרבני מוה' צבי הירש שיף מזבאריב.

תשובה הנה בדבר השאלה מקודם אשיב על דבריו על ראשון וכו' מ"ש דיאמר קים לי דלא בעינן תפיסה בגוף החפץ עכ"ד הנה בזה א"צ לומר קים לי דהלכה רווחת היא בישראל דרק לגבי קנס דעת ר"ת דבעינן תפיסה בדבר המזיק וגם שם קיי"ל כהרא"ש רק בתם דעת הריב"א דבעינן תפיסה בגוף הדבר משום דאין משתלם אלא מגופו כמבואר כ"ז בטור ובש"ע חו"מ סי' א' ובסמ"ע שם. אבל בתפיסה דפלוגתא מחמת קים לי מהני בכ"ע ובטל דעת מהרש"ל ומהרי"ט במיעוטם רק שהתומים על קת"כ סי' ק"ח עד סעיף קי"ג חיזק דברי מהרש"ל ומ"מ בכל בתי דינין בישראל לא מפקינן מיד המוחזק בכל ענין ועיין בסוף קונטרס הספיקות שבסוף ס' קצה"ח חלק א' ומ"מ בנד"ד גם מהרש"ל

מודה דכיון דלקח אצלו סחורה והמעות ודאי זקף עליו במלוה הוי ממש מעות הלואה דלהוצאה ניתנה ויכול לתפסו בעד שאר תביעות שיש לו עליו כמבואר להדי' בדברי מהרש"ל וז"ב כשמש

ומה שכתב דיכול לומר קים לי כבעל העיטור והוא בטור חו"מ סי' ר"ט בזה אין דעתי מסכמת דרגיל אני להוסיף שאין לומר קים לי נגד בעלי הש"ע כדעת החולקת ולא נזכר בש"ע דעתו כלל כמו שביאר התומים שם בס"ס קס"ג וס"ד עיי"ש והרי סתמו בש"ע בסי' ר"ט ס' ה' וסי' ריא סעיף א' דדבר שאינו ברשותו הוי כדבר שלב"ל רק לענין מי שפרע פסק שם בסעי' ו' בפוסק על שער שבשוק דמקבל מי שפרע ועיי"ש בסמ"ע ס"ק כ"ג ובש"ך שם ס"ח י"ג. ומ"ש כי היה ביניהם ת"כ ומהני אפילו באסמכת' הנה הת"כ דמהני באסמכתא היינו ת"כ דשבועה כמבואר בש"ע סי' ר"ז סעיף י"ט וזה מהני גם בדבר שלב"ל כמבואר בסי' ר"ט סעיף ז' בהג"ה אבל ת"כ דדרך התגרים אין זה שבועה כמבואר בסמ"ע סימן ר"א ס"ק ה' עיי"ש ומי' באמת אין כאן אסמכתא כלל דלאו דאי הוא רק שחייב עצמו להעמיד לו ואם הי' מקבל עליו קנס שאם לא יעמיד לו יתן קנס הקנס הוי אסמכתא דהוי דאי וז"ב למי שבקי בדיני אסמכתא ונתבאר בסי' ר"ז ומ"ש שכבר טרח וקנה זה ודאי מפורש בסי' ר"ט סעי' ה' בהג"ה עד כאן השבתי על דבריו הנעימים.

ועכשיו אשוב בגוף הדין הנה אם יצא השער אז על הי"ש כפי שפסק באופן שאין בו משום איסור ונתבאר בהכתב מפורש ששמעון חייב א"ע להעמיד לראובן כך וכך יי"ש הרי החיוב חל על גופו שהוא בעולם ואין כאן משום דבר שלב"ל כמבואר בסי' ס' סעי' וי"ו ועיי"ש בסמ"ע ס"ק י"ח ובש"כ שם ס"ק כ"א וכן הוא בסי' ר"ט סעיף ד' בהג"ה וכיון שהיה שטר אף שלא היה קנין ישתעבד ועיי"ש בסי' ס' באורים ס"ק כ"ט ובתומים ס"ק י"ג דאף ממשעבדי גובה בזה השטר בלא קנין ואם לא יצא השער אז בעת שפסק הרי נתבאר דינו בסי' ר"ט סעיף וי"ו בהג"ה דחוזר בו ואף תפיסה לא מהני אף דהוא דרך מקח וממכר מ"מ כיון שעדיין לא נתן לו הי"ש ואינו רוצה ליתן לו והוא תופס ממעותיו שיתן לו הרי מכריחו שלא כדין וזה דומה ממש להא דסי' קס"א סעיף ד' ביו"ד הלכות ריבית ודוק והא דנתבאר שם בסעיף ז' דאם תפס לוה משל מלוה מפקינן מיני' היינו כשכבר נתן לו הלוה מדעתו אבל בלא נתן לו ואינו רוצה ליתן לו הוי גזל וז"ב. וכ"ז אם ראובן הלוקח יודע ומודה שלא הי' אז ביד שמעון יי"ש כשקנה ממנו. אבל אם ראובן טוען כיון שמכרת לי יי"ש מסתמא הי' לך וביש לו מותר אפילו בלא יצא השער ואיני מאמינך שלא הי' לך. בזה אין לומר כיון שראובן מוחזק ישבע שאינו מאמינו דהוי כאיני יודע אם פרעתיך כיון שראובן בודאי חייב לשמעון בעד סחורה וזה ספק אם הי' לו י"ש

ויש לו בידו כנגדו ואפי' אם המו"מ מי"ש הי' קודם שלק' הסחורה כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז דאפילו בספק פרעון קודם הלואה הוי א"י אם פרעתיך ואיני דומה להא דסי' רל"ב סעי' י"ח בהג"ה באחד שמכר טבעת בחזקת זהב ושברו הלוקח ונמצא בו בדיל דישבע המוכר שאינו מאמינו ולא אמרינן כיון דודאי קבל מעות מהלוקח א"כ נתחייב ודאי ליתן לו טבעת של זהב הוא אינו יודע אם הי' בו בדיל או לא א"כ הוי א"י אם פרעתיך דשאני התם דבשעת שנתן לו הטבעת כבר נסתלק ממנו דמה"ת לחוש לבדיל כמ"ש הט"ז לחו"מ סוף סי' ע"ה בתשובת שאלה בנידון המטבע מזויפת עיי"ש משא"כ בנד"ד דמעת שלקח הסחורה משמעון לא נסתלק ממנו והוא בחזקת חייב רק שעכשיו רוצה לתופסו מספק ולרווחא דמילתא אביא ראי' ברורה לדבר מהגמ' ב"מ דף וא"ו ע"א דמשני אביי דלכך ישבע ולא אמרינן מיגו דחשיד וכו' דחיישינן שמא תופס מחמת ספק מ"י הרי מבואר דלא מהני תפיסה מספק דאל"כ קשי' נשקול בלא שבועה כמו דמקשה הש"ס שם כפי הה"א דחיישינן לודאי מ"י וז"ב וזה ודאי מטעם הנ"ל דהוי א"י אם פרעתיך וכיון דזה החפץ שתופס בו הוא של חבירו וחייב להחזיר לו וז"ב אבל ישבע שמעון שלא הי' בידו הי"ש כדי לפטור עצמו מתביעת ראובן דטענת ראובן לא הוי כטענת ספק לענין זה שלא יתחייב שכנגדו שבועה כיון שבודאי מכר לו רק שזה פוטר עצמו בטענה שאין ידוע לראובן וטענת ספק לענין זה היינו שעיקר טענתו בספק כמ"ש הש"כ בסי' ע"ה ס"ק פ"ב וז"ל ונראה דכש"כ היכא דבא ממונו ליד חבירו וחבירו טוען שנאבד או נתקלקל או באיזה ענין שהוא נפטר מן הבעלים שצריך לשבע שהוא כדבריו אפי' אם חבירו שכנגדו אינו יודע בודאי להכחישו עכ"ל וכן מבואר ג"כ מדברי הש"כ בסי' רל"ב ס"ק י"ג ודוק סיומא דהך פסקא שאם מפורש בשטר שחייב להעמיד לו ויצא השער בעת הפסיקה חייב להעמיד לו ואם לא יצא השער אם ראובן מודה שלא הי' אז בידו י"ש הרי שמעון פטור ממנו מתביעה זו והוא חייב לשלם לו בעד הסחורה שלקח משמעון ואם ראובן טוען איני מאמינך צריך שמעון לישבע וכ"ז ברור כשמ' בס"ד:

שאלה פב

נשאלתי לענין אם שני דיינים מסכימין לדין או שני פוסקים רק שחלוקין בטעמן וא' חולק עליהם בעיקר הדין דשני הטעמים לא ישרו בעיניו אם מונין להמסכימי' בעיקר הדין לשנים כיון דבעיקר הדין המה שוין אף שחלוקין בטעמן. או דילמא אין מונין להם אלא אחד כיון דעל הטעם של כל אחד מהם הרי החולקים שנים א"כ בטל. ואין כאן טעם לסמוך עליו להורות כוותיהו:

תשובה (א) מבואר מגמ' דחולין דף ל"ו בשוחט והתיז דם על הדלעת דפליגי רבי ור' חייא אם הוכשר לקבל טומאה דרבי סבר הוכשר ור' חייא סבר תולין והנה לדברי ר"פ שם דפליגי בנתקנח הדם בין סימן לסימן דרבי סבר ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף וה"ל ודם שחיטה ומכשיר ור' חייא סבר אינה לשחיטה אלא בסוף וה"ל דם מכה שאינו מכשיר ומאי תולין תולין עד גמר שחיטה דאי איתא לדם בסוף שחיטה ואי לא כגון שנתקנח לא מכשיר אמר שם דכיון דר' שמעון סובר דאין דם שחיטה מכשיר כלל א"כ הוי לי' דבריו של רבי בנתקנח בין סימן לסימן א' במקום שנים ואף דר' חייא ג"כ לא ס"ל להא דרבי שמעון דהא לר' שמעון גם אי איתא בסוף שחיטה לא מכשיר ולר' חייא מכשיר מ"מ כיון דבנתקנח מיהו אשוו להדדי דלתרוויהו לא אכשרי הוי לי' רבי חד ואין דבריו של אחד במקום שנים וכן לר' אשי שם אף דר' חייא לא ס"ל כר' שמעון בתרתי דהא אי איתא בסוף בשחיטה סובר דמכשיר ודאי וגם בנתקנח לא ס"ל כוותי' לר' אשי דהא לר' שמעון ודאי לא מכשיר משום דסובר דם שחיטה לא מכשיר ור' חייא סובר תולין לא אוכלין ולא שורפין משום דסובר דדם שחיטה ודאי מכשיר רק דמסופק אם ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף והוי דם שחיטה ומכשיר או אינו אלא לשחיטה אלא בסוף וה"ל דם מכה ואינו מכשיר מ"מ כיון דלענין שריפה מיהו שוו להדדי דלתרויהו לא שרפו הוי לי' רבי חד ואין דבריו של אחד במקו' שנים ע"כ דברי הגמ' שם הרי אף דחלוקין בטעמן מונין להם שנים כיון דשווין בדין. ואף דלדינא ג"כ אין שווין לגמרי ויש נ"מ כמה וכמה ביניהם מ"מ בהאי דשווין מונין להם שנים וז"ב:

(**ב**) **מיהו** נ"ל ברור דוקא היכא דאין שני הטעמים סותרין זה את זה בכה"ג הוא דמונין להם שנים דהא בהאי דר' ור' חייא יכול להיות שניהם אמת אינה לשחיטה אלא בסוף ודם שחיטה אין מכשיר אבל היכא ששני הטעמים סותרין זה את זה דאי הא לא קיימא הא ודאי דאין מונין להם שנים דהא חד מינייהו ודאי דאין דבריו כלום ומנא אמינא לה מהא דאיתא במס' סנהדרין פרק אד"מ דף ל"ד ע"א דאם אמרו שנים טעם א' משני מקראות אין מונין להם אלא אחד משום דאין טעם אחד יוצא משני מקראות הלכך חד מיניהו ודאי מטעא טעי ע"כ אלמא כיון דאין יכול לומר דילמא שניהם אמת אין מונין להם אלא אחד א"כ ה"נ דכוותה וג"ז ברור:

(**ג**) **והנה** לכאורה מבואר דין זה דשנים שאמרו דבר אחד משני טעמים דמונין להם שנים מהרמב"ם פרק יו"ד מה"ל סנהדרין הלכה ה' דס"ל שנים שאמרו טעם א' אפילו משני מקראות אין כמנין אלא באחד וכתב שם הכ"מ ומ"ש רבינו אפילו משני מקראות כלומר לא מבעיא ממקרא א' דלא חשיבי אלא כחד אלא אפי' אמרו טעמא משני מקראות משום

דחד מינייהו ודאי טעי דאין טעם א' יוצא משני מקראות עכ"ד ונמצא לפי דבריו אין נמנין לשנים רק אם אמרו מטעם אחד נחשבין כאחד וצ"ל הטעם בזה דכיון שאין ביניהם שינוי כלל ואין א' מוסיף על דברי חבירו כחד חשיבי דאין תועלת ברבים אם לא ניתוסף טעם ע"י ריבוים כן צ"ל בדעת הכ"מ אבל דברי הכ"מ הנ"ל תמוהין מאד ומרפסן איגרי דנימא הא דכתבה התורה אחרי רבים להטות הוא דוקא בשכל א' אומר טעם אחר ועוד קשה דא"כ האיך אמרינן בכל הש"ס היכא דרבים פליגי עם היחיד דהלכה כרבים כגון היכא דתנן דתנא א' אומר כך וחכמים פליגי עליו אמרינן הלכה כחכמים משום דהלכה כרבים הלא מן הסתם כולהו מטעם א' אמרו וא"כ אין נחשבין רק כאחד וברוב פעמים מפרש הש"ס רק טעם אחד כדברי החכמים ואפרט המקום הראשון שבש"ס בזה במס' ברכות דף ט' ע"א שם הכי קאמרי לי' רבנן פליגי עיליוך ויחיד ורבים הלכה כרבים כו' ע"ש פירוש רש"י דסבירא להו לחכמים במשמעות בשכבך כל זמן שדרך בני אדם ליילך ולשכוב וסברי זמן עסק השכיבה עד חצות ע"כ והכא כיון דטעמא דכולהו ממשמעות בשכבך אינם נחשבין לרבים לפי דברי הר"מ הנ"ל. ועוד קשה מנ"ל לרבינו הרמב"ם דבר זה דהגמ' לא מבעיא קאמר דילמא דוקא קאמר דדוקא טעם א' משני מקראות אינם נחשבין אלא לאחד כדמפורש טעמא דודאי חד מינייהו טעי אבל כשאומרים טעם א' ממקרא אחד ודאי דנחשבין לשניים כיון דשנים מסכימים לדבר אחד ולא נתברר דודאי טועה אחד מהן אלא ודאי כבוד רבינו הגדול הכ"מ במקומו מונח ודבריו תמוהין כאן. והנכון דתיבת אפילו הוא ט"ס שנפל בספרי הרמב"ם ז"ל וז"ב א"כ לא מוכח כלל מהרמב"ם ומ"מ הדין דין אמת דמוכח מדברי הגמ' הנ"ל כמ"ש:

והנה (ד) נשאתי עיני וראיתי במהרי"ק בשורש מ"ג והוא בדפוס שורש מ"א ענף ד' כתב ג"כ דאף שאמרו משני טעמים נמנין לשנים והביא ראי' מגמ' חולין הנ"ל ושמחתי שכוונתי לדעת הגדול כמותו אבל בדין זה דהטעמים סותרים א"ע לא כתב כלום ומקום הניח לי והנה נשאתי עוד עיני וראיתי שדברי מהרי"ק הנ"ל הובאו בהגהת זקני הרמ"א ז"ל בחו"מ סי' כ"ה סעיף ב'. והנה הש"ך ביו"ד סי' רמ"ב בפלפול בהנהגת או"ה השיג עליו וכתב דמהרי"ק לא ברירא לי' דין זה וגם לא כתב שם אלא לישב מנהג האשכנזים בהדס וגם מסיים שם ומ"מ כל זה רחוק בעיני ע"כ לשון הש"ך. והנה שות' דמרן הש"ך לא ידענא דדין זה דמונין לשנים אותן שנים שאמרו דבר אחד משני טעמים ודאי ברור לי' למהרי"ק בלי שום פקפוק דהא הביא ראי' מגמ' חולין הנ"ל שהוא ראי' שאין עלי' תשובה רק דשם פקפק מטעם אחר שהרי אינו מבואר בודאי דרש"י לא חשיב להא להדס שוטה שמא במקומו הי' מצויין הדסים שוטים כאלה אבל באמת י"ל דלדינא מוד' רש"י

דגם אם הא' למעלה הדס שוטה מיקרי כמ"ש שם מהרי"ק להדיא דנוכל לומר דאפשר לדעת רש"י כשר ורבינו משה פוסל אותו להדיא כמ"ש שם וכן בא"ח א"כ אין ראוי לצרף דעת רש"י כיון שלא נתברר דעתו והרי הלכה רווחת היא דבמקום שפוסק אחד ביאר דעתו והשני לא ביאר לא דחינו לודאי דהך משום ספיקו דהך וז"ב בעיני דמה דמסיק וכל זה רחוק בעיני ר"ל שיהי' דעת רש"י כך אבל לא על הצירוף כלל דהרי כתב לעיל דאין לתמוה. א"כ אם נהגו כדעת רש"י שהרי כדאי הוא רש"י לסמוך עליו ר"ל אף שלא בשעת הדחק וכ"ש בשעת הדחק אלא ודאי דכוונתו שאין כאן סמיכה על דעת רש"י כלל רק על ספר א' נקרא בעל השלמה והוא רחוק לסמוך על זה הספר לחוד וז"ב בכוונת מהרי"ק שם ומ"ש הש"כ שם להקשו' ע"ז מדברי האגור בשם מהרי"א והוכיח מזה לחלק בין איסור מדאורייתא לדרבנן עיי"ש. לדידי לאו קושי' הוא כלל דה"פ דדברי מהרי"א הנ"ל שכתב אחר שהביא דברי הא"ז וא"כ בנ"ד שרי ר"ל להא"ז בלא צירוף הדיעות כלל וע"ז כתב ואע"ג דמוכח דהרא"ש לית לי' האי סברא לחלק כו' מ"מ אין להחמיר בשביל זה כיון דלכ"ע חתיכה עצמה נעשה נבילה אינו אלא מדרבנן ר"ל וא"כ בשל סופרים הלך אחר המיקל. ואף דלענין חנ"נ בשאר איסורין מחמרינין היינו משום המנהג דכבר נתפשט המנהג בינינו כהתוס' וכהשערים אבל בלח בלח ראוי להקל כהא"ז ר"ל גם בלא צירוף דיעות וכ"מ דגם בב"ח אין להחמיר בכה"ג ואח"כ כתב ובנד"ד בין למר ובין למר שרי כו' ר"ל דבנ"ד א"צ לזה דהוי מדרבנן דבל"ז בין למר ובין למר שרי וז"ב והא דאנן אסרינן בכה"ג בב"ח כמ"ש בהגהות זקני הרמ"א ביו"ד סי' צ"ב סעיף ד' היינו מצד החומרא כמ"ש האפי רברבי או כמ"ש הש"ך ס"ק ט"ו דבב"ח כ"ע מודו דאמרינן חנ"נ אף בלח בלח עיין באגור הל' חלב ותמה אני על הש"ך אף אם לא פירש כמ"ש איך דחינין לראי' ברורה מהש"ס מפני דקדוק קל שיש בלשון איזה פוסק. ואולי לרווחא דמילת' כתב כן וברור בעיני דנשמט מהש"ך ז"ל מכח רהיטת עיונו הראי' שהביא מהרי"ק ז"ל מהש"ס ומשום דהביאו בקיצור נמרץ לא ראה אותה מכח רהיטת עיונו דאל"כ לא הוי פליג על דין זה ואם הי' לו מה להשיב עכ"פ לא הי' שם זכרונו אחר הדלת והי' לו להביאו ולהשיב עלי' וזה ברור לדעתי.

והנה (ה) הש"ך בחו"מ סי כ"ה ס"ק י"ט הבר' לגזיזי' שכתב דנ"ל שמה שהעלה ביו"ד סי' רמ"ב דבאיסור דאורייתא לא אזלינן בתר רבים אם מסכימין להקל משני טעמים היינו אם באנו לפסוק ע"פ חיבורים אבל כשהרבים לפניו פשוט דאזלינן בתרייהו אע"ג שאין מסכימין מטעם אחת דלא אשכחן בשום דוכתא בסנהדרין או דיינים צריכין הרבים לומר טעם א' ועוד הביא ראי' מפ' אד"מ דלא משני משום הכי כותבין דברי המזכין ודברי

המחייבין כדי שלא יאמרו שניים שני טעמים ועוד דהא אמר אביי מקרא א' יוצא לכמה טעמים עכ"ל הנה גם מזה נראה שהי' בהעלם דבר ממנו הראי' שהביא מוהרי"ק דאל"כ לא הי' צריך להנך ראיות דראי' שהביא מהרי"ק הוא מורווחת יותר ויותר דבאמת הראי' שהביא הש"ך אינה ראי' ברורה כ"כ דא"כ תקשה לפי האמת דלמה לא משני כדי שלא יאמרו שנים משני טעמים הסותרים זא"ז דבכה"ג ודאי דלא מצרפינן להו למנין שנים כמו שהוכחתי לעיל סי' ב' דמ"ש מן טעם א' משני מקראות אלא ודאי צ"ל דחדא מתרתי ושני והיא היא ורבותא אשמעינן דאף שאמרו מטעם אחד אין נמנין לשנים משום דאין טעם א' יוצא משני מקראות והיא גופא קמ"ל בהאי שינויא דאין טעם א' יוצא משני מקראות אבל בשני טעמים הסותרים זא"ז מילתא דפשיטא הוא דחד מינייהו ודאי טעי. ואין לומר דמנ"ל באמת האי דינא דהא לא משמע מהא דכותבין דברי המזכין ודברי המחייבין האי דינא דאין טעם א' יוצא משני מקראות דהא י"ל שכותבין מש"ה טעמא שכתבתי כדי שלא יאמרו משני טעמים הסותרין זא"ז. דקל"מ דבאמת האי דינא נשמע מזה שהשיב ר' יוחנן לר' אסי ויליף לה מקרא כדמפרש אביי רק דניחא להש"ס למנקט האי שינויא כדי לאשמועינן הא דר' יוחנן וז"ב וכן צ"ל ע"כ א"כ לפ"ז גם ראיית הש"כ ליתא דג"כ נוכל לומר דמשני חדא מתרתי ורבותא אשמועינן דאף דאמרו מטעם אחד אין כמנין לשנים ואף דלפי האמת ראיית הש"ך נכונה דאינו דומה למ"ש דבשלומא בהא שכתבתי ודאי דהוא כשמע משינויא דגמרא דהא בכאן ודאי דחד מינייהו טעי כיון שהטעמים סותרים אבל אי הוה משני כמ"ש לא הוה נשמע הא דמשני הש"ס דלא הוה ידעינן הא דאין טעם א' יוצא משני מקראות ע"כ ניחא ליה להש"ס לשנויי הך דנשמע מינה תרווייהו וכמו דמשני הגמ' בחולין פרק א"ט דף כ"ב ע"א סברי ליבעי מיניה חדא דפריש לן תרתי כו' ע"ש. אבל בהא דהש"כ דשניים שאמרו שני טעמים דלא נשמע האי דינא מהאי שינויא דמשני הש"ס דהא יש לומר דש"ה דודאי חד מינייהו טעי' אבל כאן יכול להיות ב' הטעמים אמת ואם נימא דגם בכה"ג אין מונין להם שנים כיון דלא שוו בטעמן ה"ל להגמ' לשנוי גם הך כדי לאשמעינן האי דינא וז"ב מ"מ אין זו ראיה מרווחת כ"כ כמו הא דמס' חולין וכן הא דכתב הש"כ ועוד הא אמר אביי מקרא אחד יוצא לכמה טעמים עכ"ל ור"ל משמע דמונין להם שנים כיון דשניה' יכולי' להיות אמת אלמא אף דלא שוו בטעמן הגם דלפי האמת היא ראיה אמיתית מ"מ אינה מרווחת דיש לדחות דילמא אביי לא אמרה כלל לענין דנמנין לשנים דילמא אף ששניהם יכולים להיות אמת מ"מ כיון דהם אינם שווין בטעמן אינם מצטרפין למנין שנים רק דאביי הא גופא קמ"ל דיש לדרוש ממקרא א' כמה טעמים וכן הא שכתב הש"כ שם על הגהת הרא"ש ואולי

כיוון להראיה שכתבתי עכ"ל ג"כ יש לתמוה עליו דלמה לא נימא דכיון להראיה שהביא מהרי"ק מגמ' דחולין הנ"ל הנה כל זה מורה שהיה הראיה מהגמ' דחולין בהעלם דבר ובהעלם עין מהש"כ [ו] ואולם בכאן י"ל דכוונת הש"כ כך דא"ל דהגהת הרא"ש כיוון להראיה דמגמ' חולין הנ"ל דהא י"ל דילמא דוקא בכה"ג הוא דנמנין לשנים היכא דלא נשמע להדיא דכל א' חולק על טעם של חבירו כמו שם בגמ' דחולין הנ"ל דאף דר' חייא ודאי לא סבר כר"ש בהא דדם שחיטה אינו מכשיר מ"מ י"ל דילמא ר"ש נמי ס"ל כר' חייא דאינה לשחיטה אלא לבסוף אבל היכא דנשמע להדיא שכל א' חולק על טעמו של חבירו שזה איכו רוצה בטעמו של חבירו וזה אינו רוצה בטעמו של זה מנ"ל דנמנין לשנים. והגהות הרא"ש כתב להדיא ואין ראייתו של זה נראה לחבירו כלל וכן של זה לחברו כו ע"ש והא לא מוכח מגמ' דחולין הנ"ל לכך כתב הש"ך אולי כיוון להראיה שכתב הוא ז"ל דמינה נשמע גם האי דינא דאל"כ ה"ל להגמ' לשנוי דמשום הכי כותבין דברי המזכין ודברי המחייבין דדילמא יאמרו שנים משני טעמי' וכ"א חולק על טעמו של חבירו. אלא ודאי דגם בכה"ג נמנין לשנים כן י"ל בכוונת הש"ך ז"ל בזה:

[ז] **אמנם** באמת אין כחלק בזה כלל אף בלא הראי' של הש"כ ז"ל דאם נימא דאם חלוקין בטעמן שכ"א חולק על עם של חבירו אין מצטרפין למנין שנים א"כ ע"כ הטעם גורם הצירוף דהיינו דדוק' באם שווין בהטעם מצטרפין א"כ גם בהא דנשמע מכל א' טעם אחר אף דלא נשמע שכל א' חולק על הטעם של חבירו האיך מצטרפין דכיון דבמה דשווין לענין הדין אין גורם הצירוף כיון שכל א' אמרו מטעם אחר אף די"ל דסובר גם טעם חבירו מנ"ל זאת על דרך משל כגון בהא דגמרא חולין דר' חייא אמר דאינו מכשיר משום שאינה לשחיטה אלא לבסוף ומר"ש נשמע דסובר בדם שחיטה אינו מכשיר א"כ כל א' אמרו מטעם אחר ואיך מצרפינן להו. מאי תאמר דילמא ר"ש סבר ג"כ כר"ח דאינה לשחיטה אלא לבסוף אמינא לך וכי מש"ה די"ל דילמא מצרפינן הלא כמו די"ל דר"ש סובר כר"ח דאינה לשחיטה אלא בסוף י"ל ג"כ דסובר כרבי דישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף ועוד מ"ש רש"י דמצטרפין משום דילמא הלא גם רבנן דר"ש י"ל ג"כ בהו דילמא סברי כר"ח דאינה לשחיטה אלא לבסוף אלא ודאי דמש"ה לא מצרפינן להו משום די"ל ג"כ ההיפך דילמא סברי כרבי אם כן בדר"ש נמי י"ל ההיפך ולמה מצרפינן ליה דבשלמא אם אמרי' דהדין גורם לצרף אמרינן שפיר דאם אמרו שנים משני הטעמים דנמנין לשנים אם אינם סותרים זא"ז דוקא כיון דיכול להיות דשניהם אמת אף דלא נתברר דשניהם אמת לק"מ דהא דנמנין לשנים הוא משום דשנים אמרו דבר א' לענין הדין והוא הגורם של הא דנמנין לשנים רק הפעולה של הא דאמרי' דיכול להיות שניהם אמת הוא דא"כ

לא נתברר דחד מינייהו ודאי טעי [אבל אם אמרינן אף דשוין לענין עיקר הדין] מכל מקום כיון שכל אחד חולק על טעם חבירו לא מצרפין להו למנין שניים א"כ איך מצרפינן להו משום דילמא הלא י"ל דסובר ההיפך. אלא ודאי דאין משגיחין בהטעם כלל כיון דשוין לענין עיקר הדין רק אם לא נתברר דחד מינייהו טעה בודאי א"כ ממילא דגם אם כל אחד חולק על טעם של חבירו מ"מ כיון דשוין המה לענין הדין ולא נחברר דחד מינייהו טעה בודאי כיון שאין הטעמים סותרים זא"ז ויכול להיות שניהם אמת ואלו ואלו דא"ח אף שהמה חולקין זע"ז בודאי דמצרפינן להו למנין שנים דהא הדין הוא הגורם ולא נתברר דחד מינייהו טעה בודאי וזה ברור ואמת בס"ד.

[ח] **והנה** אם היה למראה עיני הכהן הגדול רבינו הש"כ ז"ל הראיה מגמ' דחולין הנ"ל בודאי דלא הוי נחית לחלק בין דיינים שהרוב לפנינו ובין חיבורים ופוסקים שאין הרוב לפנינו דהא בהא דר' אושעיא ג"כ לא הוה הרוב לפניו דר' ור' חי' פלוגתא אחרת ופלוגתא דרבנן ור"ש פלוגתא אחרת ולא היו הפלוגתות הנ"ל בזמן אחד ובמקום א' ועיין במס' ב"מ פ' השוכר את הפועלים דף פ"ד ע"ב א"ר יהושע בן קרחה ומי שאין לו אב ימות פי' רש"י דנח נפשי' דרשב"י אלמא דאחר מות רשב"י דהוא סתם ר"ש אכתי רבי תלמיד הוה וא"כ אין הצירוף כמו בדיינים רק כמו בחיבורי' ופוסקים וי"ל ג"כ כמ"ש הש"ך דילמא בזה העיקר כאותו פוסק דמחמיר ובאידך מילתא כהפוסק השני דמחמיר הכי כמי י"ל דילמא בהא דדם שחיטה מכשיר קיי"ל כרבנן דר"ש ובאידך קיי"ל כרבי דישנה לשחיטה מתחלה כו' ואעפ"כ מצרפינן להו וז"ב בלי פקפוק.

[ט] **וגם** בלא זה אין טעם לחלק בין רוב הפוסקים או רוב הדיינים כיון דאזלינן בהו בתר רובא בפוסקים כמו בדיינים מהיכא תיתי נימא דיש חילוק ביניהם לענין אם אמרו משני טעמים מאי תאמר דילמא בהא קיי"ל כהפוסק דמחמיר ובאידך קיי"ל כהפוסק השני דמחמיר דע"כ צ"ל דאף דלענין הדין שאנו דנין עליו שווין המה מ"מ כיון שכל א' אומר מטעם אחר א"כ דילמה בטעם דיהיב האי י"ל דקיי"ל כהפוסק השני החולק עליו דהא בהטעם הוה יחיד וכן בהטעם דיהיב השני י"ל דקיי"ל ג"כ כהפוסק השני החולק עליו דהא ג"כ הוה יחיד בטעמו וכן צ"ל בכוונת הש"כ והלא בזה ג"כ י"ל בדיינים דבטעם דיהיב האי קיי"ל כהחולקים עליו דהא הוי יחיד בטעמו וכן בטעם דיהיב השני י"ל כן והלא זה עיקר הפקפוק בחלוקין בטעמן כמ"ש בפתח דברינו אלא ודאי דאמרינן כיון דשוין לענין הדין עכ"פ הוה להו רובא א"כ ה"נ בפוסקים ואין שום סברא לחלק בין דיינים לפוסקים וזה ברור [י] וא"ל דמש"ה שביק הש"ך להראי' דמס' חולין דאף לר"פ דמתיר באכילה להדלעת ע"י הצירוף ר' חייא ור' שמעון מ"מ אינו אלא בדרבנן דהא

מה"ת לא הוי תרומה רק בדגן תירוש ויצהר דזה אינו מכמה טעמים חדא דכיון דפסק בסתם דבנתקנח הדם בין סימן כסימן קיי"ל דלא הוכשר מכח הצירוף ר' חייא ור"ש א"כ אף אם נגע הדלעת בשרץ אחר ההכשר ואח"כ נגעה במשקה של תרומה דאורייתא כגון ביין ושמן ג"כ מתירין אותו המשקה אף דלרבי הוה תרומה טמאה דאורייתא וז"ב ועוד דאין טעם לחלק בין דרבנן לדאורייתא רק לדידן דמסופקין בדין זה א"כ ראוי להחמיר בדאורייתא ולהקל בדרבנן אבל כיון דנתברר הדין מהש"ס דהוי רובא ומה"ת לומר דגם לחכמי הש"ס מספקא להו מילתא דזה לא יעלה על הדעת כיון שאין כאן רמז בש"ס דמספקא להו רק שהורו כך בפשיטות. א"כ כיון שהדין ברור מה לי דאורייתא או דרבנן וזה ברור.

[**יא**] **מיהו** זה פשוט דוקא היכא דע"י צירוף הוי רובא כגון בהא דחולין דגם רבנן דר"ש לא נתברר דסברי כרבי א"כ הרי ר"ש ור' חי' רוב לגבי רבי אבל היכא דע"י צירוף לא הוי רובא כגון אם הוי רבים החולקים על ר"ח א"כ גם אם נצרף ר"ש לר"ח לא הוי רובא ודאי לא אורינן כוותיהו וזה פשוט [יב] ועיין בתומים בקת"כ סי' קכ"ג קכ"ד מ"ש על הפוסקים שכתבו דבד"מ יכול לטעון קים לי אף כמיעוט הפוסקי' נגד הרוב משום דאין הולכין בממון אחר הרוב ותמה עליהם דאיך שייך לומר בדיינים אין הולכים בממון אחר הרוב א"כ הא דתנן שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב זכאי וכן להיפך ואמאי הא אין הולכין בממון אחר הרוב וא"כ עקרת מ"ש בתורה אחרי רבים להטות וזהו רובא דאיתא קמן דשני פוסקים מזכין וא' תחייב והוי כדיינים ובזו ודאי הולכין אחר רוב עכ"ד וכן אני אומר כאן בנ"ד דתמה אני על הש"כ דכתב אבל כשהרבים לפנינו כו' דלמה מחשיב כפוסקים אין הרבים לפנינו כיון שחיבוריהם לפנינו ומפיהם אנו חיים ודאי הוי רבים לפנינו וז"ב:

[**יג**] **והנה** מ"ש בתומים שם להליץ בעד הפוסקים הנ"ל ושורש דבריו דודאי אין להוציא ממון מספק רק כשברור כשמש דהממע"ה אפילו במקום רוב כי בדיינים כשיש רוב מחייבין א"כ הם מוציאין לדעתם בבירור דהמיעוט בטל לגבם והוי הם העיקר ב"ד והם המוציאים ממון א"כ הדיינים המוציאין להם ברור הדבר משא"כ כשיש רוב הפוסקים א"כ לדיינים המוציאים אין הדבר ברור רק בספק דאין בידם להכריע רק שילכו אחר הרוב בזה אמרינן שפיר דאין הולכין בממון אחר הרוב דהממע"ה אף במקום רוב ע"כ תורף דבריו אף שאין זה לשונו הנה בנ"ד לא שייך זה דא"כ גם כשמסכימין מטעם א' כמי אין להוציא עמון על ידיהם כמו שהוא באמת לדעת הפוסקי' הנ"ל אבל אנן אמרינן באו"ה דאזלינן בהו אחר הרוב או בממון אם נימא דלא כדעת הפוסקים הנ"ל רק כדעת

הסוברים דמוציאין ממון ע"פ רוב הפוסקי' א"כ כשמסכימין משכי טעמים כמי מוציאין כיון דכבר הוכחנו דהוי רוב וז"ב וגם שם דחה התומים הסברא הנ"ל וכל מ"ש שם א"ע כלל לנד"ד לחלק בין כשמסכימין מטעם אחד ובין כשמסכימין משני טעמים ובפרט שכבר הוכחנו מהש"ס בראי' שאין עליה תשובה לענ"ד בס"ד [יד] ואל תשיבני מדברי רש"י ז"ל במס' פסחים סוף פ' אור לארבעה עשר דף כ"א ע"א ד"ה אין הכרעת שלישית מכרעת כו' אבל השתא דלא הזכירו בית ושדה טעמא אחרינא הוא כו' ע"ש דזה אין ענין לנ"ד כלל דהתם לענין דנהוי עלי' תורת מכריע אמרינן אבל לא כענין צירוף רבים דאטו ב"ש וב"ה שקולין במנינן הוו באופן שאם נצרף דברי היחיד לא' מהם הוי רובא אלא ודאי לאו לענין מנין רבים איירי רק מתורת הכרעה וזה פשוט וברור. ועיין בתוס' שם ד"ה אין הכרעת שלישית מכרעת מ"ש בשם ר"י והיינו ודאי רק בתורת הכרעה וזה ברור ועיין בגמרא פסחים דף י"ג ע"א וע"ש בתוס' ד"ה ר"ג לאו מכריע הוא כו' וא"ל דר"ג נהי דלא מכריע הוי מ"מ רובא הוי דבחולין נצרף לי' דעת ר' יהודה ובתרומה נצרף ליה דעת ר"מ לק"מ דלא הוי רובא דהא איכא רבי ור' יהושע ור"א בר יהודה איש ברתותא דסברי כר' יהודא כמבואר שם בעמוד הנ"ל ואף מקודם דמשני ואי בעית אימא מ"מ ידע מהברייתא רק דהאב"א חידש דרב סובר כהאי תנא דפירש דקבעו הלכה כמותו אף לאכול ועיין רש"י שם בד"ה ה"ג ואב"א כו' ע"ש רק דר"פ דחי לה דלא מוכח מהברייתא די"ל דילמא קבעו כמותו רק לבער ועיין בתוס' ד"ה ר"ג שכתבו בל"ז דעל אב"א סמוך א"כ מכש"כ דא"ש מ"ש דידע מהברייתא וז"ב:

טו עוד יש לי להביא ראי' ברורה מהרי"ף ז"ל בפ' א"ט בשמעתא דגלודה דחשיב לי' שמואל ורבה בר חכה ור' ינאי רבים לגבי רב ור' יוחנן דבעי מקום מיוחד דאינהו תלתא ואינהו תרי אף דלאו מחד טעמא אמרו הני תלתא וגם בדין אינם שווין דשמואל סובר דדוקא שיור דעל פני השדרה מעלה ארוכה ור' ינאי סובר דשיור שעל טבורו מעלה ארוכה ורבב"ח סובר שיור שעל ראשי פרקים מ"א מ"מ מחשיב להו לרובא לענין זה דמ"מ סברו כולם דבעינן מקום מיוחד ואין כל העור מציל בשיור מכש"כ היכא דשווין לגמרי בדין רק שהטעמים חלוקין דמצטרפין למנין רובא וכאן הוי ג"כ כמו מחברים ופוסקים דלא נחלקו כאחד בזה רק דגמ' הביא דעתם דר' יהודא א"ש כך וכך פירש ר' נהוראי משמי' דשמואל ור' אלעזר בן אנטיגנוס אמר משמי' דר' ינאי לגרסת הרי"ף ואח"כ הביא הפלוגתא דרב ור' יוחנן עיין בגמ' חולין פ' א"ט דף נ"ה ע"ב דמשמע להדיא מלשון הש"ס כך דלא נחלקו כאחד רק דמסדרי הש"ס הביאו המימרות ששמעו משמיה דכל א' וז"ב רק מפני שיש לפקפק דשמואל הוי כמאן דליתא לגבי ר' יוחנן דשמואל ור'

יוחנן הלכה כר' יוחנן וכן לגבי רב משום דהלכתא כרב באיסור לנגד שמואל וכן רבה בב"ח כמאן דליתא לגבי ר' יוחנן משום דתלמידו הוא ואין הלכה כתלמיד במקום הרב ע"כ כתב דלעומ' זה הרי ר' ינאי דהוא רבי' דר' יוחנן עמהם ע"כ מבואר מדברי האלפס שם וא"כ מבואר עכ"פ דהוי רובא בכה"ג וכן הסכים הר"ן לדברי הרי"ף בזה וגם הרא"ש והרשב"א סוברים כן רק דהקשו על הרי"ף דה"ל לפסוק כר' ינאי ולא כשמואל והרא"ש נחלק עליו משום דלא גריס ר' ינאי רק ר' אלעזר בר' ינאי א"כ הוי שמואל ורבה בב"ח כמאן דליתא לנגד רב ור' יוחנן ור' אלעזר בר' ינאי יחיד לגבי' ורב ליתא לגבי ר' יוחנן לפי כלל הלכה דרב ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן. וכן מוכח ג"כ מהרמב"ם בפ"ט מהל' שחיטה דאיהו פסק להחמיר ככולהו הנך תלתא אמוראי שמואל ור' אלעזר בר' ינאי לפי גרסתינו ור' ינאי לגרסת הרי"ף ורבה בב"ח כיון דלא אפסיק הלכתא בינייהו ועכ"פ לא פסק כרב ור' יוחנן והיינו ודאי משום דבזה סובר כהאלפס דהוי תרי לגבי תלת. אלמא דסובר ג"כ דהוי רובא בכה"ג. דא"ל דטעמו דהרמב"ם הוא רק משום דהלכה כר' ינאי דמכש"כ דהוי הלכתא כוותיה לגבי שמואל ורבה בב"ח וז"ב א"כ הרי לנו חמשה עדים נאמנים הלא המה הרב אלפסי והרמב"ם והרשב"א והרא"ש והר"ן דהוי רובא בכה"ג וכן מבואר מדברי הב"י ביו"ד סי' כ"ט עיי"ש

(טז) ואף לפי מה דתירץ שם הב"י לקושית הר"ן והרשב"א על הרי"ף דפסק להחמיר כשמואל הלא אין זה מוציא מידי ספק כיון שכל אחד תופס מקום מיוחד ואינו בדין להכשיר עד שיתקיימו דברי כולם ותירץ דהרי"ף מפרש דר' ינאי ורבה בב"ח עודו לשמואל דסגי בע"פ כל השדרה רק דר' ינאי סבר דעל טבורו נמי מהני ורבה בב"ח סבר דבראשי פרקים נמי סגי ושמואל הוא המחמיר וסובר דלא סגי רק בע"פ כל השדרה עכ"ד הב"י ולפ"ז לכאורה לא מוכח כלל מהרי"ף ז"ל דהא ר' ינאי ורבה בב"ח מודו לשמואל לכך הוי רובא לגבי רב ור' יוחנן אבל ז"א דמה בכך דמודו בהיתר דמהני השיור בע"פ כל השדרה דהא רב ור' יוחנן ג"כ סברי כך דהא סברו דשיור מהני בכל מקום לבד מעור בית הפרסות לרב אלא צריך לצרף אותן לאיסור ובזה אינן שווין דשמואל אוסר כשלא נשאר ע"פ כל השדרה והם מתירין אם כשאר על הטבור לר' ינאי או על ראשי פרקים לרבה בב"ח וכן ר' ינאי ורבה בב"ח אינן שוין דר' ינאי אוסר כשלא נשאר ע"פ כל השדרה ועל הטבור ורבה בב"ח מתיר אם נשאר על ר"פ אלא ע"כ צ"ל דעכ"פ שוין בזה דבעי מקום מיוחד אף דלכל אחד מעכב מקום אחר מ"מ מצטרפין לרובא וז"ב מאד לכל מעיין בצדק. וכן מבואר להדיא מלשון הרי"ף ז"ל שכתב וז"ל וכיון דשמואל ור' יוחנן ור' ינאי כולהו סבירא להו דלאו כל העור מציל רק מקום מיוחד כו' עכ"ל ועוד הא רשב"א

ור"ן דלא פירשו כהב"י דא"כ לא הוי קשיא להו ולא מידי על הרי"ף ואעפ"כ הסכימו להורות דלא כרב ור' יוחנן כי לחומרא כהני תלתא אמוראי וכהרמב"ם ז"ל והיינו מטעם של הרי"ף ז"ל דהוי רוב נגד רב ור' יוחנן אלמא דהוי רוב בכה"ג וכן מוכח מהרמב"ם ז"ל גופי' דהא הוא ז"ל ודאי דלא מפרש כמו שפירש הב"י לדעת הרי"ף דאל"כ הוי פסק סק כשמואל לחוד דהא כולהו מודו דסגי בעל פני השדרה לבד אעפ"כ סובר דהוי רוב נגד רב ור' יוחנן כמ"ש וכל זה ברור בס"ד. (יז) אחרי שובי ניחמתי דיש לדחות הראי' הלזו מהרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרשב"א והר"ן והב"י בשמעתא דגלודה די"ל דשאני הכא דעכ"פ בזה דאין השיור מועיל בשאר מקומות חוץ מהני שלשה מקומות אית להו מחד טעמא דסבירא להו דאינו מועיל להעלות ארוכה ככל וא"כ שוין המה בזה בדין ובטעם משא"כ היכא דכל א' אומר טעם מיוחד:

(יח) והנה לכאורה יש להוכיח מכאן איפכא דהא קשה על הרי"ף וכל הפוסקים לבד מהרא"ש כיון דאזלי בתר רוב דיעות בהאי דינא דגלוד' א"כ ה"ל להכשיר בנשאר רק באחד מהני שלשה מקומות דשמואל ור' ינאי ורבה בב"ח על דרך משל דאם נשאר על הטבור א"כ הרי ר' ינאי ורב ור' יוחנן מכשירין דהא לר' ינאי מציל על הטבור ולר' יוחנן ולרב לא גרע משאר העור דמציל וא"כ ה"ל רבים לגבי שמואל ורבה בב"ח. ועוד דהלא ודאי אין הלכה כשמואל ורבב"ח נגד רב ור' יוחנן כמבואר בהרי"ף שם ובב"י והוא פשוט וברור ומכש"כ בהצטרף ר' ינאי עמהם ועוד הלא כל חילי' דהרי"ף דלא למפסק כרב ור' יוחנן משום דר' ינאי הוא בהדי רבב"ח ושמואל וא"כ בנד"ד דר' ינאי הוא בהדי רב ור' יוחנן א"כ בודאי ראוי להכשיר וכן אם נשתייר רק בר"פ א"כ ג"כ ראוי להכשיר דהא כשר כרבב"ח ורב ור' יוחנן והוי להו רבים לגבי שמואל ור' ינאי או ר' אלעזר בר' ינאי וכן אם נשתייר על פני כל השדרה אף אם נפרש כהרשב"א והר"ן דכל אחד בעי מקום אחר ולא סברו ר' ינאי או ר' אלעזר בר' ינאי ורבה בב"ח כשמואל מ"מ כיון דכשר לשמואל ורב ור' יוחנן הו"ל רבים. והכה לכאורה מסכימין מטעם אחד דכולהו ר"ל רב ור' יוחנן ור' ינאי ס"ל דעור שעל מקום טבורו מעלה ארוכה ומה בכך דרב ור' יוחנן סברי דגם בשאר העור מעלה ארוכה מ"מ בהאי עור מחד טעמא מכשירין ומיהו י"ל דלא מיקרי מחד טעמא דהא טעם דר' ינאי הוא דמקום זה מהעור גורם הצלה וטעמא דרב ור' יוחנן הוא משום דכל עור מציל באיזה מקום שיהיה וגם זה כאחד מהם ואינו דומה למ"ש לעיל בסי' י"ז דשם הוי מחד טעם ממש דכולהו סבירא להו בשאר העור חוץ משלשה מקומות שאינו מעלה ארוכה ולא נחלקו רק במקומות המיוחדים אבל זה דוחק גדול דודאי דהוי מחד טעם דלדברי כולם עור זה ומעלה ארוכה דלרב ור' יוחנן בכלל מאתים

מנה הוא ומה לי בזה דסברי גם בשאר עור דמציל ועוד אף אם נימא דלא מיקרי מחד טעמא הלא מוכח בראי' ברורה מהש"ס דחולין והוא ראיה שאין אחרי' תש בה דהוי רבים בכה"ג וחפשתי בכל הפוס' ובכל המפורשים ראשונים ואחרונים ולא ראיתי מי שהרגיש בזה ואין לומר משום דבטלי דעת רב ור' יוחנן דלא בעי מקום מיוחד משום דהוי תרי לגבי תלת דבעי מקום מיוחד לכך לא מצרפינן לדעתם לחד מהני תלתא דכבר בטלה דעתם דהרי ר"ש נמי הוי יחיד לגבי רבים לבני פלוגתי' דסברי דם שחיטה מכשיר וגם ר' ור' חי' גופא סברי דם שחיטה מכשיר והוי רבים לגבי' אעפ"כ מצרפינן לי' לדר' חי' כיון דבהאי דינא דסובר כר' חי' בגוף הדין לא אשכחן דרבנן פליגי עלי' דר' מאיר חזר בו כמבואר בגמ' שם דף נ"ה ע"ב ע"ש וכן לא מצרפינן תנא דבי ר' ישמעאל דאומר בר"פ א"ט דף מ"ב ע"ב סבר לה כר' מאיר בגלודה דהא מסקינן שם מ"ג ע"א אלא הנך תרתי דאפקת לא תיפוק ע"ש אבל רב ור' יוחנן ודאי דמצטרפי ועוד קשה על הרי"ף והרמב"ם והר"ן דעכ"פ בנשתייר על טבורו ובר"פ דכשר לר' ינאי ולרבה בב"ח א"כ הוי בהני תלתא אמוראי גופי' תרי לגבי חד ר' ינאי ורבה בב"ח לגבי שמואל הו"ל להכשיר ולכאורה מוכח מזה דסברו דלא מצטרפין למהוי רובא אם אינם מצטרפין מטעם אחד וכאן ודאי לא הוי מטעם אחד דהא ר' ינאי מכשיר מטעם שיור שעל טבורו ורבב"ח מכשיר מטעם שיור שעל ר"פ. מיהו לא ידעתי מה יענו ביום שידובר בהם הגמ' דחולין הנ"ל וגם הלא בדיינים ודאי דהוי רבים אם אינם מסכימים מטעם אחד ואין שום טעם לחלק בין דיינים ובין אם מורין הדין ע"פ רוב מחכמים הקודמים וכמ"ש לעיל בסי' ט' ובסי' י"ב:

(**יט**) ומיהו כד דייקינן שפיר יש ליתן טעם לחלק ביניהם דבשלומא בדיינים שבא נידון א' לפניהם ורבים מסכימים עליו להתיר אף שאין מסכימין מטעם אחד אין אנו משגיחין על הטעם ככל רק כיון שהנידון ההוא מותר עפ"י רבים מתירין אותו דהתורה אמרה אחרי רבים להטות ולא חילק בין אם אמרו מטעם אחד או לא אבל בנידון שבא לפנינו ואנו דנין בה ע"פ התורה אשר יורונו החכמים שקדמונו איך נימא דרוב החכמים מתירין הלא נידון זה וע"ד משל בהמה זו לא הי' לפניהם כלל ולא דברו בה כלום וע"כ לא נדע דעתם רק ע"פ טעמם וכיון שחלוקין בטעמם איך מצטרפין דאם דל טעמם מכאן אין אנו יודעים דעתם כלל על דרך משל אם גלודה בא לפני שלשה חכמים ויש לה שיור על ר"פ וגם על הטבור וא' מהדיינים אומר שאסורה ושנים מתירין אותה ואחד נותן טעם לדבריו משום דשיור שעל הטבור מציל הרי אף שהטעמים חלוקים מ"מ שנים אומרים שבהמה זו מותרת אבל כשאנו דנין על הבהמה הנ"ל ע"פ דעת אמוראי קמאי איך נימא הרי ר' ינאי ורבה בב"ח מתירין את הבהמה זו וכי לפניהם הובאה או דברו בה כלום רק צ"ל

הלא לדברי ר' ינאי דאמר שיור שעל הטבור מציל א"כ ממילא דהבהמה זו מותרת ולרבה בב"ח דאמר שיור שעל מציל ג"כ הבהמה זו מותרת א"כ עיקר הצירוף שאנו מצרפין אותן הוא רק ע"פ הטעמים וא"כ איך מצרפינן להו כיון שהם חלוקין ולא קרב זה אל זה והיא סברא נחמדה בס"ד:

(כ) ועוד יש ליתן טעם לשבח לחלק ביניהם דבשלמא בדיינים שיושבים על איזה נידון לדון או להורות בו שפיר הולכין אחרי הרבים אף שאין מסכימין מטעם א' דהתורה נתנה להם רשות לחתוך כל כלל ופרט ע"פ דעתם ע"פ התורה אל השופט אשר יהיה בימים ההם כתיב שאין לך אלא שופט שבימיך והתורה אמרה שילך בהן אחר הרוב ולא חילקה בין אם מסכימין מטעם אחד או לא לכך אזלינן בתרייהו בכל ענין שכך הוא מצות התורה אבל בהפוסקים שהורו לדורות בזו לא שייך אחרי רבים להטות דאל השופט אשר יהיה בימים ההם כתיב ולא עליהם הטילה התורה הפס"ד לדורות דניזל בהם בתר רבים יש לומר שמשום זה הטעם רשות ביד ב"ד שלאחריהם לחלוק עליהם ולקבוע הלכה כמיעוט נגד הרוב אם חריפא סכיניהו לחתוך ולהכריע בשיקול דעתם ע"פ התורה כדתנן בעדיות ולמה נשנו דברי יחיד בין המרובים לבטלה שאם יבוא ב"ד שלאחריהם יסמוך עליהם ופירשו הראב"ד והרמב"ם בה' ממרים דיש רשות ביד ב"ד לקבוע הלכה אפילו כיחיד במקום רבים ע"כ ועיין בתומים בקת"כ סימן קכ"ג קכ"ד שכתב שמשום זה דהדין הוא דיכול הב"ד לקבוע הלכה בשיקול דעתם אפילו כיחיד נגד רבים בכת הקודמין משום הכי מהני תפיסה כנגד רוב הפוסקים רק אח"כ דחה האי דינא דתפיסה ע"ש. (נ"ל דהיינו כמ"ש בסי' ט') רק הא דאזלינן בתר רוב פוסקי' דאין בידינו להכריע ואל מי מקדושים נפנה ע"כ אנו אומרים שאין אנו יודעין מי מהם כוון אל האמת האוסרין או המתירין או המטמאין או המטהרין או המחייבין או המזכין ע"כ ראוי לומר דודאי הרוב כוונו אל האמת כיון דהרוב כוונו על דבר א' ואל דעת אחד ודאי דכך הוא האמת וכך הוא הכרעת דעתינו דודאי יותר ראוי לומר דהרוב כוונו אל האמת ממה דנימא דהמיעוט כוונו אל האמת וא"כ נפסק הדין ע"פ הכרעתינו כמו שציותה התורה ואל השופט אשר יהיה בימים ההם כנ"ל ברור וא"כ לפ"ז סמכינן דהא דמטין ע"פ רוב הפוסקים הוא רק משום דהדעת נותן יותר דהם כוונו להאמת א"כ לפ"ז דעת לנבון נקל דהיינו דוקא כשמסכימין מטעם אחד דאז הדעת נותן דהאמת אתם משא"כ כשכל אחר אומר טעם אחר שוב אין כאן הכרעת הדעת דהם כוונו אל האמת דהא לא הסכימו לטעם אחד. ואין כאן טעם א' שיהיו מסכימין עליו הרוב דיהיה הכרעת דעתינו משום זה דהוא אמיתי ועל כל טעם וטעם נוכל לומר שאינו אמיתי ושמא כולם אינם אמת דהא

אין בהם גם אחד שיהיה מוסכם מהרוב וכיון דהטעמים אינם אמיתיים ממילא דהדין אינו אמת משא"כ בדיינים דכך ציותה התורה למיזל בהו בתר רבים בכ"ע וגם זה סברא נחמדת בעזה"י.

[**כא**] **ולפ"ז** היה מקום לומר דבדיני ממונות גם בדיינים לא אזלינן בתר רוב אם אינם מסכימין מטעם אחד דהא כתב שם בתומים לחלק בין הא דאמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב ובין הא דאזלינן בתר רוב דיינים דזה אינו דבשלמא בשאר רוב כמו דיש רוב דזבני לרדי' ומיעוט לשחיטה שניהם אמת דרוב קונים לחרישה ומיעוט לשחיטה וא"כ אין הולכין בממון אחר הרוב דאולי הוא מהמיעוט דהא ישנו מיעוט בעולם שקונים לשחיטה ואם אתה תדין על כולם לרדי' א"כ אתה עושה עול בדין דהא ישנו באמת אנשים הקונים לשחיטה אבל הדיינים המחולקי' בדין שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי דאחד מהם טועה ויש כאן שקר ואמת ויותר מסתבר דיחיד טועה משנימא דרבים טועין וא"כ דהמזכה טועה בדין איך נימא בד"מ לילך אתר מיעוט וכי נלך בתר שיקרא ח"ו עכ"ל וא"כ לפ"ז נוכל לומר דבשלמא באו"ה דאזלינן בי' בתר רובא שפיר דאף אם הדיינים אינם מסכימין מטעם א' מצות התורה כך הוא למיזל בתר רובא אבל בדיני ממונות דאין הולכין אחר הרוב וכל עקרו של הא דאזלינן בדיינים בתר רוב הוא רק מטעם הנ"ל דודאי ראוי לומר דהאמת הוא עם הרוב א"כ י"ל שפיר לפ"ז דדוקא כשמסכימין מטעם א' הוא דהדעת נותן דהאמת אתם כיון דהרוב כוונו לדעת אחת ודאי המיעוט טעו משא"כ היכא דחלוקין בטעמיהן שאין כאן טעם א' שיהיו הרוב מסכימין עליו א"כ אין כאן הכרעת דעת דהמיעוט טעו א"כ הדרינן לכללן שאין הולכין בממון אחר הרוב כנ"ל ברור:

(**כב**) **אבל** זה אינו דודאי גם בד"מ מצות התורה היא אחרי רבים להטות כמבואר בסנהדרין דף ג' ע"ב לא מבעי' לר' יונתן דיליף הא דד"מ בשלשה משום דאין ב"ד שקול דבעינן ב"ד נוטה אלמא דסובר דאחרי רבים להטות קאי ג"כ על ד"מ וכן לרבנן דר"י ולר"י דמפרש שם דמודו בשאר ב"ד דבעינן ב"ד נוטה והיינו ג"כ בד"מ כמבואר שם בגמ' משמע דכולהו ס"ל דאחרי רבים להטות קאי ג"כ על דיני ממונות אלא אפילו לר' יאשי' דסובר דלא בעינן ב"ד נוטה בשום ב"ד רק בד"נ. ומוקים לקרא בד"נ הטעם כמה שכתב שם רש"י בד"ה בדיני נפשות או כמ"ש התוס' בד"ה מוקים לה בד"נ ע"ש מ"מ אמר בגמרא דאית לי' אחרי רבים להטות בדיני ממונות דמייתי לה מק"ו מדיני נפשות ע"ש א"כ הוי מצות התורה גם בדיני ממונות וממילא שאין לחלק כלל בין אם מסכימין מטעם א' או לא כמו שאין מחלקין בד"נ ובשאר דינים וזה ברור. (כג) וא"ל דא"כ כשאר

הקושי' מהא דאין הולכין בממון אחר הרוב דהא לא שייך תירוץ התומים כיון דהמיעוט ודאי טעי איך נילך בתר שקרא דהא אף במקום דלא הוי ידים מוכיחות דטעו המיעוט אזלינן בתר רובא כמ"ש דשערי התירוצים לא ננעלו וי"ל בזה כמה וכמה תירוצים חדא דהרי כתבו שם התוס' בסנהדרין ג' ע"ב דיה דיני ממונות לא כש"כ דהא רובא דזבני לרדיא לא חשיב כהנך רובא הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות עכ"ל משמע להדיא דברוב גמור הולכין אחריו בד"מ ורוב הדיינים ודאי רוב גמור הוא ומצות התורה עלייהו אחרי רבים להטות. וכן מסיק בתומים שם להלכה כדעת התוס' דסנהדרין הנ"ל דרוב גמור הולכין אחריו בממון ועוד יש לומר דגם אם אין כאן הכרעה דהמיעוט טעו מ"מ יש לחלק כמ"ש התומים דברוב דזבני לרדיא הרי המיעוט דזבני לשחיטה ודאי במציאות ואם נדון על הכל דזבני לרדיא יש כאן עול בדין דהא ודאי יש אנשים דקונים לשחיטה וא"כ על כל א' איכא למימר שמא מהן הוא והממע"ה ואוקי ממונא בחזקת מרא אבל בדיינים שנחלקו אזלינן שפיר בתר רובא די"ל דדברי המיעוט דחוין המה וטעו ואף דלא מכרעה מ"מ כיון די"ל כך ואין ודאי שיש מציאות לדבריהם שייך שפיר לומר דאזלינן אחר רוב כמצות התורה אחרי רבים להטות ועוד יש לומר כיון שאין מציאות ודאי להמיעוט אזי ודאי דחוין המה דכבר דחה אותן התורה באמרה אחרי רבים להטות ודוק ועוד י"ל כמ"ש התומים שם לעיל דלהרוב הדבר ברור בלי ספק והם המוציאין דהם עיקר ב"ד משא"כ בשאר רוב דאינו ברור לב"ד וכבר הבאתי דבריו לעיל בסי' י"ג ע"ש.

[**כד**] **וגם** אני אענה חלקי ליישב הקושיא הנ"ל על הא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב הלא אזלינן בתר רוב בדייני' והנה דברי התוס' בב"ק פרק המניח דף כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל כו' דהקשו מ"ט אין הולכין בממון אחר הרוב ליתי בק"ו מדיני נפשות כדאמרינן בסנהדרין דף ג' כו ואף ברובא דליתא קמן אזלינן בד"נ בתר רובא כו' ותירצו וז"ל ויש לומר דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי מיני' אבל גבי שאר עמון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלי' בתר רובא עכ"ל הרי כתבו דלא ילפינן מדיני נפשות בק"ו רק בדיינים אבל בשאר רוב לא ילפינן דאיכא מיעוט וחזקה דאוקי ממונא בחזקת מרי' והנה תירוצם תמוה מאד דמ"ש מיעוט זה דאמרי' דהוי כמו שאינו משאר מיעוטים ועיין בתומים שם בקת"כ סי' קכ"ג קכ"ד מה שתמה על תירוצם הנ"ל וכתב דמהר"א ששון נתקשה בדברי התוס' הנ"ל ולא ירד לכוונתם ועיין מה שתירץ בתומים על קושיתם וכתב דיש לכוון זה בתירוצם הנ"ל והנה גם אני אענה חלקי ליישב קושית התוס' הנ"ל וג"כ יש לכוון תירוץ זה בתירוץ של התוס' הנ"ל:

וממילא (**כה**) יתיישבו עוד כמה קושיות עצומות וחזקות א' דקשה לי אהא דמקשה התוספות בחולין דף י"א ע"א שם בגמרא דהקשה מנ"ל דאזלינן בתר רובא והקשה התוס' הא רובא וחזקה רובא עדיף ולחזקה כבר יש לו לימוד ע"כ קושי' התוס' וכוונת' אם כן רובא לילף מחזקה בק"ו דסברא דהא איכא למימר עמון יוכיח דאין הולכין בו אחר הרוב ולאחר חזקה הולכין בו כמו דאשכחן בכמה מקומות. והן אמת די"ל בפשוט דהתוס' דחולין שם סברי בשיטתם בסנהדרין דרוב מעלי' הולכים אחריו גם בממון. מיהו למה שאבאר יתיישב בס"ד גם לשיטת התוס' בהמניח ואגב נבאר קושי' התוס' הנ"ל ליישב מה דתמוה לי טובא בקושייתם הנ"ל בל"ז דהא בקושי' התוס' הנ"ל יש לפידים בתוך הכדים וקול ושוברו עמו דבדברי הקושי' עצמה מתורצת היא ולק"מ דסברת התוס' בקושייתם כיון דחזינן בכמה מקומות דרוב מנגד כחזקה ואזלינן בתר רובא ודחינן החזקה מקמי' אלמא עדיף מהחזקה מסברא א"כ מה מקשה מכלן הא הוי כש"כ מחזקה והוי ק"ו דסברא ע"כ ביאור קושי' התוס' וקשה דהוא הנותנת דכיון דקי"ל רובא עדיף מחזקה דהיכא דהחזקה מנגד להרוב דחינן להחזקה ואזלינן בתר רובא לכך ליכא למימר דהא דאזלינן בתר רוב הוא רק משום דילפינן מחזקה מק"ו דא"כ איך קיי"ל דרובא עדיף מחזקה כשהרוב מנגד לחזקה הלא דיו לבא מן הדין להיות כנידון והוא קושי' עצומה על התוס' ונ"ל דסברות התוס' הי' דזה דומה כמ"ש התוס' בקידושין דף יו"ד ע"ב דדריש שם בגמ' דארוסה בת ישראל לכהן אוכלת בתרומה בק"ו משפחה כנענית עיי"ש והקשו התוס' דנימא דיו אסוף דינא כו' עיי"ש ותירצו בשם רבינו שמשון מקוצי דלא אמרינן דיו אלא היכא דבעי לומר דין חדש כו' אבל הכא דרחמנא אמר קנין כסף אוכל ואין אני צריך ללמוד מהק"ו אלא מהו קנין כסף עכ"ל התוס' שם פירוש דרחמנא אמר קנין כספו יאכל ואינו ידוע אם המתקדשת בכסף בכלל ואתא הק"ו רק לאגלוי דהוי בכלל ובזה לא אמרינן דיו דלבתר דאיכא ק"ו ילפינן מקרא והק"ו לא הוי רק גלוי מלתא בעלמא ע"כ א"כ ה"נ סבר התוס' דהא כתיב אחרי רבים להטות רק די"ל דילמא דוקא ברובא דאיתא קמן כמו שהקשה הגמ' וא"כ כיון דאיכא ק"ו דראוי ליילך גם בתר רובא דליכא קמן איגלי מילתא דאין לחלק בין רובא דאיתא קמן לבין רובא דליתא קמן ובכול' אמרה תורה למיזל בתר רובא א"כ לבתר דאיכא ק"ו ילפינן מהא והק"ו לא הוי רק גילוי מלתא בעלמא ולא אמרינן דיו כנ"ל בדעת התוס'.

[**כו**] **ואשובה** לענין ראשון ליישב קושייתי על התוס' הנ"ל דנימא ממון יוכיח וגם ליישב קושית התוס' בריש המניח ובסנהדרין דף ג' ע"ב וגם נתרץ קושי' התוס' ביומא דף ע"ה ע"א שם גמרא להחזיר לו אבדתו ע"ש בתוס' ד"ה להחזיר לו אבדתו שהקשו הא סבירא

ליה לשמואל אין הולכין בממון אחר הרוב בהקדים מה דקשה לי על הרא"ש ז"ל בחולין דף י"ב דהביא בשם ר"ת דאף דלא קיי"ל כר' מאיר דחייש למיעוטא מ"מ היכא דאיכא חזקה בהדה חיישינן למיעוטא להחמיר דהא דסמכינן ארוב מצוין אצל שחיטות מומחין הן ולא אמרינן סמוך מיעוטא דאין מומחין לחזקה דבהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת ואיתרע לה רובא משום דמיעוטא דאין מומחין לא שכיח ואפילו ר' מאיר דחייש למיעוט דנא שכיח לא חייש עכ"ל הרא"ש ז"ל ותמיה לי טובא הא שם בגמרא דף י"ב ע"א איתא מי שאבדו לו גדייו ומצאן שחוטין דמותרין רק כשמצאן במקום שדרך להטיל נבילות שם אז אסור וגם התוס' מביא בשם התוספתא ה"ה נגנבו ומבואר בהדיא בגמ' בב"מ דף כ"ד ע"ב דבעינן רוב העיר ישראל וכ"ב הרא"ש בחולין שם וכתב עוד שם דבנגנבו בעינן רוב גנבי העיר ישראלים וכן מבואר שם בש"ע יו"ד סי' א' סעיף ד' וכן קיי"ל וקשה דבכאן נשאר הקושי' דנימא סמוך מיעוט דעכו"ם או מיעוט דגנבי עכו"ם לחזקה דבהמה בחי' בחזקת איסור עומדת ואיתרע לה רובא וכאן לא שייך תירוץ הרא"ש ז"ל דהוי מיעוטא דל"ש כיון דיש מיעוט עכו"ם בעיר או בנגנבו מיעוט גנבי עכו"ם איך הוי לא שכיח וכן קשה ג"כ על הריטב"א ז"ל בחידושיו לחולין בדף ג' ע"ב שתירץ ג"כ לקושי' הרא"ש הנ"ל איך סמכינן על רוב מצוין כו' נימא סמוך מיעוטא לחזקה תירץ דלא חשו למיעוט. אלא היכא שהמיעוט בודאי אסור דשחיטת עכו"ם נבלה אף אם שחט שפיר וכן קשה על הרא"ה ז"ל בספר בד"ה בה' שחיטה דף ז' ע"א דהוכיח דלאו דוקא רוב מצוין אלא כל המצוין אצל שחיטה מומחין הן דאי לא תימא הכי אלא רוב דוקא א"כ נימא סמוך מיעוט לחזקה ע"כ דבריו וקשה דמה יענה בהא דאבדו גדייו דמתירין ברוב העיר ישראל וכן בנגנבו ברוב גנבי העיר ישראל נימא סמוך מיעוטא דעכו"ם לחזקה וא"ל דכאן נמי יסבור הרא"ה דרוב לאו דוקא אלא בעינן כל העיר ישראל שזה דבר שאין לו שחר חדא דבשלמא ברוב מצוין שייך שפיר לומר אף דנקט רוב אשגרית לישן היא אבל באמת כל המצויין אצל שחיטה מומחין הן כע"ש הרא"ה ז"ל שם לפי שדבר מפורסם הוא בישראל שאבר מן החי אסור והנבלה אסורה ואין לה תקנה אלא בשחיטה הלכך אין אדם מישראל נזקק לה אלא א"כ יודע הלכות שחיטה עכ"ל א"כ שייך לומר כיון דידוע דודאי רק מומחין מצויין א"ש לכך לא דק הגמ' בלישנא ונקט רוב דהוא אשגרות לישן משא"כ ברוב ישראל אם צריכים להיות דוקא כולו ישראל ה"ל להגמ' לפרש ולא לומר רוב ישראל או רוב טבחי ישראל עיין שם בגמ' במס' ב"מ דף כ"ד ע"ב בעובדא דר' חנינא מצא גדי שחוט. ועוד דבשלמא ברוב מצוין אם נימא דכל מצוין ב"י דהא ודאי ראוי לסמוך דמומחה הוא ושייך שפיר לומר דרוב דנקט אשגרית לישן הוא ולא דק אבל בהאי דרוב ישראל

דיש טעות בדין דבאמת אין להכשיר ברוב ישראל רק בכולו ישראל א"כ איך נימא דרוב דנקט אשגרית לישן הוא ולא דק הלא אמרינן כמה פעמים בש"ס אימר דאמרינן לא דק לחומרא לקולא מי אמרינן אלא ודאי דבאמת מתירין ברוב ישראל והדרא קושיתי נימא סמוך מיעוטא דעכו"ם לחזקה דבהמה בחי' בחזקת איסור עומדת והוא קושי' עצומה על הרא"ה ז"ל וכן קשה על הרשב"א ז"ל במשמרת הבית שם דף ז' ע"ב לחד תירוצא דמתרץ כעין תירוץ הריטב"א דכתב דלא אמרינן לנגד רוב מצוין אצל שחיטה סמוך מיעוטא לחזקה משום דהמקלקלין הוי מיעוטא דמיעוטא דגם בהמיעוט שאינן מומחין יש שאינן מקלקלים ע"כ דבריו. א"כ קשה ג"כ עליו כונו שהקשתי על הריטב"א והיא היא וקושיא עצומה וגדולה וחזקה היא על רבותינו ר"ת והרא"ש והריטב"א והרא"ה והרשב"א ז"ל אבל על שאר תירוצים דמתרץ שם לא קשה קושיא זו אבל על תירוץ זה סל הרשב"א וכן. על הרא"ש והריטב"א והרא"ה ודאי דהקושיא חזקה מאד:

(**כז**) **ונראה** לתרץ דהא מבואר מדברי הרא"ש שהבאתי דלא סמכינן מיעוטא לחזקה רק היכא דחייש ר' מאיר למיעוטא אבל מיעוטא דר' מאיר לא חייש לה גם אנו לא סמכינן לה לחזקה המ"ש גבי מיעוטא דל"ש ואפילו ר' מאיר למיעוט דל"ש לא חייש כו' ע"ש הרי כיון דר' מאיר לא חייש לה גם אנן לא סמכינן לחזקה ונ"ל הטעם דהא דאנן סמכינן מיעוט לחזקה הוא רק להחמיר ומדרבנן דהא מה"ת קיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף והרי כיון דליכא רק רובא איכא מיעוט עם החזקה אעפ"כ אמרינן רובא עדיף אלא ודאי דהיינו לדידן רק חומרא דרבנן. וא"כ י"ל שפיר דאנן לא מחמרינן רק במיעוט חשיב דר' מאיר חייש לה אף בלא חזקה לכך גם אנן סמכינן לה לחזקה אבל במיעוט שאינו חשיב דגם ר' מאיר לא חייש לה גם אנן לא סמכינן לחזקה כנ"ל:

(**כח**) והנה שם בחולין דף י"א ע"א רובא דאיתא קמן כא קא מבעיא לן כי קמבעיא לן כגון קטן וקטנה פירש"י דפליגי ביה ר' מאיר ורבנן וקשה על רבנן דפליגי מכלן ע"כ משמע דברובא דאיתא קמן לא פליגי ומודה ר' מאיר דלא חיישינן למיעוט ועיין במס' בכורות דף י"ט ע"ב בתוס' ד"ה ברובא דאיתא קמן דכתבו בהדיא דר' מאיר לא פליג ברובא דאיתא קמן ועיין במס' יבמות דף קי"ט ע"א בתוס' ד"ה כגון ולפי דברי התוס' בבכורות אתי שפיר גם שם ביבמות דג"כ אמרינן דהוה מצי למימר וליטעמך וכמ"ש התוס' בכמה דוכתא בש"ס א"כ לפ"ז גם אכן לא סמכינן לחזקה רק בליתא קמן אבל ברוב דאיתא קמן דרוב חשוב הוא ודוחה להמיעוט ומשוי ליה כמאן דליתא לכ"ע ואף ר' מאיר לא חייש לה א"כ גם כן לא סמכינן לה לחזקה גם להחמיר כנ"ל ברור:

(**כט**) והנה הא דהביא הרא"ש ז"ל ראי' דאנן סמכינן מיעוט לחזקה להחמי' מרובא דבהמות אינם חולבות אלא א"כ יולדות רובא דליתא קמן הוא אבל ברובא דאיתא קמן כ"ל ברור דלא סמכינן מיעוט לחזקה אף להחמיר ולפ"ז יתיישב הכל בס"ד דמרוב מצוי' אצל שחיטה הקשו שפיר דנימא סמוך מיעוטא לחזקה דרובא דליתא קמן הוא אבל ורוב העיר ישראל או מרוב גנבי העיר ישראל לא קשה מידי דרובא דאיתא קמן הוא שיש לפנינו בעיר רוב ישראל ומיעוט עכו"ם או רוב גנבי ישראל ומיעוט גנבי עכו"ם א"כ בכה"ג לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וא"כ אף דמה דתירצו ברוב מצוין לא שייכי כאן ברוב העיר ישראל או רוב גנבי העיר ישראל מ"מ אתי שפיר דברוב העיר ישראל או ברוב גנבי העיר ישראל אין כאן התחלת קושי' כנ"ל נכון בס"ד. והנה הקשה על דברי א' מתלמידי הלא בגבינות בית אונייקי במס' ע"ז ל"ד ע"ב דמקשה שם הש"ס מאי איריא רוב עגלים אפילו מיעוט כמי דהא ר"מ חייש למיעוט ע"ש והלא התם הוי רובא דאיתא קמן ע"כ קושייתו והשבתי לו דטעה בזה דהוא סבור דמה שהוא בעיר אחד הוי איתא קמן ומה שהוא לכל העולם הוי ליתא קמן אבל זה אינו דאטו בחדא מחתא מחתינהו דבאמת יש אף בעיר אחד מה דמיקרי ליתא קמן דאטו בכמות תליא מילתא בקביעי וקיימי תליא מילתא דמה דקביעי וקיימא לפנינו הוי רובא דאיתא קמן כמו תשע חניות וסנהדרין כמו דאמר בחולין דף י"א ע"ב רובא דאיתא קמן כגון ט' חניות וסנהדרין עיין בהשמטות סי' ח' וכמוהו רוב העיר ישראל דאנשי העיר קבועים לפנינו וכן ברוב גנבי העיר ישראל דקבועים בעיר לפנינו אבל בהמות ועגלים הנשחטים אשר עוברי' וחולפים בכל יום הכי אזלי והכי נינהו אחריני רק שדרכן של אותו העיר לשחוט רובן שלא לע"א ודאי הוי רובא דליתא קמן וזה פשוט וברור והנה אף שא"צ לראיה דהוא מושכל ראשון דגבינות בית אונייקי הוי רובא דליתא קמן מ"מ לרווחא דמלתא אביא ראי' לזה דהלא התוס' במס' בכורות דף כ' ע"א דיה ואי בעית אימא בין לקולא כו' הוכיחו דר"מ לא חייש למיעוט מדאו' מדלא גזר שאר מקומות אטו גבינות בית אונייקי כדגזר במס' ע"א דף מ' ע"ב בר"פ כל הצלמים שאר מקומות אטו מקומו שהיו נעבדים כולן פעם אחת בשנה אלא ודאי דגזר רובא אטו מיעוט הוא דרבנן לכך לא גזר שאר מקומות אטו בית אונייקי ע"כ דברי התוס' ואי אמרת דהא דבית אונייקי הוי רובא דאיתא קמן מה צריכין לראי' דהוי דרבנן והלא ודאי דליכא למימר כלל דפליג ברובא דאיתא קמן וחייש למיעוט מדאורייתא וכי פליג על הקרא דכתיב אחרי רבים להטות אלא ודאי דהוי רובא דליתא קמן לכך צריכין לראי' דלא חייש רק מדרבנן וז"ב ועד הלא כבר הבאתי לעיל דהתם בבכורות דף י"ט כתבו להדיא דר"מ לא פליג ברובא דאיתא קמן וא"כ קשה על התוס'

מגבינות בית אונייקי אלא ע"כ כמ"ש דהוי רובא דליתא קמן וז"ב ואל תשיבני מהא דר"פ כל הצלמים דודאי הוי רובא דאיתא קמן שאר מקומות נגד מקומו של ר"מ ולכאורה היא קושיא עצומה על התוס' במס' בכורות דף י"ט שהבאתי מיהו לק"מ דהא דאמרינן דלא חיישׁ למיעוטא ברובא דאיתא קמן היינו כגון ט' חניות דבנמצא הלך אחר הרוב ולא חיישינן שמא מן האסור הוא אבל כאן אין כאן חשש כלל בשאר מקומות דודאי אינן נעבדין רק כיון דבמקומו של ר"מ ודאי אסור גזר הא אטו הא דאי שרית בהא שרית נמי בהא וכדרך כל הגזירות שגזר היתר אטו איסורא רק חכמים דלא חיישי למיעוט בכל מקום א"כ המיעוט אינו חשוב אצלם למגזר אטו דידי' ואף דברוב דאיתא קמן לא חיישׁ למיעוט היינו מהטעם שאבאר בסמוך בסי' ל' אבל לענין חשיבות מצד הסברא אין לחלק בין איתא קמן לליתא קמן לפי מה דקי"ל דאזלינן מן התורה בתר רובא גם בליתא קמן וכמו שאבאר באות ל' וא"כ כיון דחשיב המיעוט לר"מ בליתא קמן לחוש לו שמא הוא המיעוט א"כ גם באיתא קמן חשיב אצלו עכ"פ למגזר היכא דשייך למגזר והמיעוט בודאי אסור אבל לחוש ברובא דאיתא קמן שמא הוא מן המיעוט ודאי דלא חיישׁ ומהטעם שאבאר בסמוך באות ל' וז"ב כשמש ועפ"ז הבנתי דברי התוס' במס' יבמות ר"פ האשה בתרא דף קי"ט ע"א בתוס' ר"ה כגון ט' חניות כו' ע"ש דתירוצם שם אין מובן כלל שכתבו התוס' וז"ל ושמא לאו דווקא נקט ט' חניות וסנהדרין אלא כגון מיעוטא דפליגי בחולין דף י"א ובפ"ז דף מ' עכ"ל התוס'. והנה דברי התוס' תמוהין המה מאד דהא בחולין דף י"א ליכא שם שום פלוגתא דפליגי ר' מאיר ורבנן רק קטן וקטנה ומ"ש ובע"ז דף מ' קשה דאם רצונם לומר דפליגי שם ברובא דאיתא קמן כמ"ש דהא שאר מקומות הוי רובא דאיתא קמן א"כ קשה אמאי לא נימא דפליג גם בט' חניות דמ"ש אנא ודאי דמש"ה סברת התוס' הוא דודאי לא פליג בט' חניות משום דרובא דאיתא קמן ודאי נלמד מאחרי רבים להטות וכמבואר בגמרא חולין י"א ע"א ובתוספות בכורות דף י"ט ע"ב שהבאתי אם כו קשה אמאי פליג שם ר' מאיר בע"ז דף מ' ברובא דאיתא קמן ודוחק לומר דהתוספת לא קאי בתירוצם הנ"ל רק על קושיא השנית היכא אשכחן דפליגי בט' חניות ועל זה תירצו דלאו דוקא נקט ט' חניות אלא דאשכחן דפליגי ברובא דאיתא קמן בע"ז דף מ' הדומה לט' חניות. אבל על קושייתם הראשונה לא תירצו כלום ואם נימא לפרש כן בתוס' אזי ודאי צ"ל כיון דקושי' ראשונה כשאר מעל ולא תירצו כלל ודאי צ"ל כמ"ש התוס' בבכורות ד"ה וליטעמך ע"ש בחולין י"א הוא ט"ס בלי ספק ואיזה תלמיד טועה הוסיף כן על דברי התוס' על הגליון מבחוץ והכניסו המעתיקים או המדפיסי' בפנים וז"ב מיהו למ"ש אתי שפיר דתירצו גם לקושיתם הראשונה במ"ש כגון

במיעוט דפליגי בע"ז דף מ' ורצו לומר דשם פליג ר"מ ברוב דא"ק נגזור רוב אטו מיעוט דאסור בודאי שלא יבואו להתיר במקום האסור משום שיראו שמתירין בשאר מקומות ולא ידעו דבכאן אסורין משום שהם נעבדין פעם א' בשנה ואינו דומה לט' חניות דאין שם שייכות גזירה. כלל וא"כ הא דאמר בש"ס כגון ט' חניות וסנהדרין לאו דוקא דהא בהני גם ר"מ לא פליג אלא ר"ל רובא דא"ק הדומה לט' חניות וסנהדרין והוא הפירוש של הא דאמר ביבמות רובא דא"ק כגון ט' חניות ר"ל רובא דא"ק שהוא כגון ט' חניות כו' ודומה לו והיינו בהא דפליגי בע"ז דף דלא חשו רבנן אף למיעוט דאסור בודאי למגזר משום ליתא דידי' על הרוב משום שהתורה גילה שאין לחוש למיעוט בא"ק. משא"כ ר"מ דגזר בכה"ג אבל ברובא דל"ק דלא גילה התורה אולי גם רבנן לא אזלו בתר רובא כלל כן הפירוש של הקושי' שם ביבמות לפי התוס' הנ"ל והוא ברור כשמש בביאור התוספות הנ"ל:

ל ולכאורה קשה לי על דברי התוס' ביבמות שם ובבכורות דף י"ט דמבואר מדבריהם דודאי אין שום הוה אמינא לומר דר"מ פליג גם ברובא דקמן דאיך יחלוק על הקרא הלא כיון דהוכיחו התוס' בחולין י"ב ע"א ד"ה פסח וקדשי' ושם דף פ"ו ע"ב ד"ה סמוך מיעוט לחזקה דמס' בכורות דף כ' ע"א ד"ה ואב"א ובמס' יבמות דף קי"ט ע"א בד"ה מחוורתא דר"מ לא חייש למיעוט אלא מדרבנן ע"ש א"כ לפ"ז י"ל שפיר דגם ברובא דא"ק פליג ולא פליג אקרא דהא מדרבנן הוא דחייש. ואפשר לומר דהכי פירושו דבסנהדרין לא פליג דודאי דהולכין אחר הרוב דאין שום סברא לומר דיהי' סבור שאין הולכין מדרבנן אחר הרוב דא"כ לא יופסק דין הן בד"מ הן בד"נ לחיוב או באו"ה להקל עד שיסכימו כולם וזה רחוק מאד דר"מ יסבור כך אלא ודאי דלא פליג. א"כ גם בכל רוב דא"ק לא פליג דמ"ש דאין לומר דכוונ' התוס' בקושיתם רק על סנהדרין דא"כ איך כתבו בבכורות י"ט שם דיה וליטעמך דלפ"ז לא מצי לומר וליטעמך דהא יכול לומר דפליגי בשאר רובא דא"ק לבד מסנהדרין. אלא ודאי דאין לחלק בין סנהדרין לשאר רובא דא"ק. אלא ודאי צ"ל דהפירוש הוא כמ"ש. ומיהו כל זה איננו שוה לי דהא כתבו התוספת בהוכחתם וכי פליג אקרא וזו איכה הוכחה כמ"ש ועוד דודאי הוי י"ל לפי ההוה אמינא הנ"ל באמת לר"ת צריך שיסכימו כולם ואף שהוא רחוק שיסבור כך כיון דלא מצינו שום תנא דיסבור כן הלא באמת לפי המסקנא פליגי ברובא דל"ק. ועוד קשה לי דלפי האמת איך שייך כלל לחלק בין רובא דא"ק ובין רובא דל"ק דהא דמחלק הגמרא בחולין דף י"א בין רובא דא"ק ובין רובא דל"ק היינו דוקא מקודם שיש הוכחה מן התורה דאזלינן בתר רובא דל"ק וברובא דא"ק כתיב קרא אבל לבתר דמסיק שם שיש הוכח' מן התורה דאזלינן גם

בתר רובא דל"ק. או שהוא הלכה למ"מ כמ"ש רש"י שם דף י"ב ע"ח ע"ש ואעפ"כ חייש ר"מ למיעוט מדרבנן א"כ מהיכי תיתי לא נימא דגם ברובא דא"ק חייש מדרבנן דמ"ש ובפרט למ"ש לעיל בסי' כ"ה דדעתי הוא כיון שיש הוכחה דאזלינן גם בתר רובא דל"ק ממילא ג"כ הוא אחרי רבים וכו' וי"ל דמכאן יש הוכחה רבה למ"ש הט"ז ביו"ד סי' קי"ז ס"ק א' וכ"כ בחו"מ סי' ב' דאין כח ביד חכמים לאסור דבר שפירשה התורה להתיר עכ"ד והרבה יש לי לפלפל בדברי הט"ז הנ"ל אלא שאין כאן מקומו ויתבאר אי"ה במקומו ולפענ"ד זהו יסוד של דברי התוס' במס' בכורות ובמס' יבמות דרובא דא"ק דמפורש בי' קרא דכל רובא דא"ק שוין המה א"כ אין יכולת ביד חכמים לאסור וא"כ קשה וכי יחלוק אקרא אבל רובא דל"ק אף אם יש בו הלכה למ"מ או הוכחות וממילא דג"כ נלמד מאחרי רבים כו' כמ"ש לעיל בסי' כ"ה מ"ע קרא מפורש לית בי' שיאמר דניזל בהו בתר רובא יש כח ביד חכמים לאסור ושפיר חייש מדרבנן כנ' ברור וא"כ אף אנן דחיישינן רק מדרבנן לסמוך לחזקה י"ל ג"כ דהיינו דווקא ברובא דל"ק אבל ברובא דא"ק דמפורש בתורה דניזל בתר רובא הוי מיעוטא כמאן דליתא ולא חיישינן לה אפילו להצטרף בהדי חזקה כנ"ל:

(**לא**) **והנה** נשאתי עיני וראיתי בדבר זה דלא אמרינן מדרבנן סמוך מיעוט לחזקה להחמיר ברובא דא"ק מפור' ברש"י במס' קדושין דף פ' ע"א בד"ה אם רוב שרצים כו' ע"ש ועיין בחידושי הרמב"ן ורשב"א ביבמות דף קי"ט ועיין במשמרת הבית בהל' שחיטה דף ז' ע"ב ודו"ק. ולפ"ז מיושב שפיר קושי' התוס' בסנהדרין דף ג' ע"ב ובב"ק ר"פ המניח דף כ"ז ע"ב דהא טעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה דאוקי ממונא בחזקת מרי' כמ"ש שם התוס' בהמניח לכו ברוב הדיינים דרובא דא"ק הוא לא אמרינן בי' סמוך מיעוט לחזקה ושפיר אזלינן בהו בתר רובא וכן מיושב ג"כ קושי' התוס' ביומא דף פ"ה דהתם מיירי ג"כ ברובא דא"ק ברוב העיר ישראל ע"כ אזלי, בי' בתר רוב גם בממון אבל ברובא דל"ק כגון בהא דמיעוט קונין לשחיטה ורוב לרידי' דודאי איכא אינשי דזבני להכי ולהכי רק רוב הקניות הוא לרידי' וא"כ הוי רובא דל"ק עיין דף צ"ב ע"א וע"ב עיין שם ברשב"ם שכתב ורובא דשוורים לרידי' זבני וז"ב וגם הוא רק רוב דדרך עולם הוא כך דרוב הקניות הוא לרידי' והוי רובא דל"ק וכן מבואר מדברי התוס' סנהדרין ג' ע"ב דרובא דלרידי' הוי רובא דל"ק כתבו שם בד"ה דיני ממונות וכו' וז"ל ואין לומר דגם בד"נ כו' ור"ל לכך גם בד"מ אין הולכין שם אחר הרוב אלמא דהוי רוב דל"ק וזה ברור וכן בהא דריש המניח דרובא קרו לה לכדא כדא ולחביתא חביתא ואיכא דקרו לחביתא כדא כו' ג"כ הוי רובא דל"ק דהא אין ידוע

לנו כלל מי ומי שקורין כך ומי ומי שקורין כך כמו שאין אנו יודעין בהאי מוכר משל מי הוא רק דזה ידוע דרוב המדברי' בלשון ב"א הוא כך אבל אין ניכר וידוע הרוב והמיעוט דמלתא דלא רמי הוא לידע לשון המדבר של כל א' וא' לכך הוי רובא דל"ק ואינו דומה לרוב ישראל דניכרי' וידועים וכן רוב גנבי. העיר ישראל ודאי אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אם לא שהם ידועי' וז"ב ויש לכוון זה בתירוץ התוס' בר"פ המניח מ"ש דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דזהו כמי שאינו ר"ל כיון דמפורש בי' קרא אחרי רבים וכו' הוי המיעוט כמו שאינו כמ"ש וליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי מיני' ר"ל דרובא עדיף מחזקה וליכא מיעוט דליצטרף בהדי' דהא המיעוט הוי כמי שאינו לכך שפיר ילפינן בק"ו מדיני נפשות אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט' וחזקה דהיינו ברובא דל"ק דהמיעוט מצטרף בהדי חזקה לא אזלי' בתר רובא כנ"ל ברור ביאור דברי התוס' והנה גם שם בסנהדרין רצו התוס' לומר דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא דוקא ברובא דל"ק כמ"ש שם. וא"ל דגם בד"נ כו' ור"ל כמ"ש להם גם בד"מ אין הולכין אחר הרוב רק ברובא דל"ק אבל ברובא דא"ק ודאי ילפינן מד"נ ולא הקשו ע"ז רק דמוכח דבד"נ אזלינן אחר הרוב גם ברוב דל"ק ודוק והשתא מיושב ג"כ קושיתי על התוספת בחולין י"א דנימא ממון יוכיח דהא מדאורייתא הולכין בממון אחר הרוב דהא טעמא הוי משום סמוך מיעוטא לחזקה והא דאמרינן סמוך מיעוט לחזק' הוא רק מדרבנן לרבנן דפליגי על ר"מ דקי"ל כוותיהו וכאן טרח הש"ס למצוא ילפותא מה"ת א"כ הקשה התוס' שפיר כנ"ל נכון.

ולכאורה מפורש הדבר ברשב"ם דף צ"ג ע"א בד"ה דהוא גופי' מוחזק כו' אבר בתר רובא דל"ק לא אזלינן עכ"ל משמע דבתר רובא דא"ק אזלינן גם בממון ואפשר לדחות. אבל העיקר כמ"ש ודוק ועיין בחלק התשובות אשר ני בסי' סמ"ך בדרך הראשון נתיב י"ט בעיקר הראשון דרכתי דרך אחר נאה ליישב הקושיות הנ"ל של התוס' דר"פ המניח וביומא דף פ"ד ע"ש ותמצא נחת ועיין עוד שם בדרך השלישי נתיב ב מה שפלפלתי בחכמ' ליישב קושי' רבינו ישעי' הזקן על הרמב"ם בהל' כחלות ספ"א שכתב קטן נוחל ומנחיל הלא אין הולכין בממון אחר הרוב ע"ש היוצא מזה דודאי מצות התורה גם בד"מ אחרי רבים להטות ובודאי בדיינים מטין אחר הרוב אף שאין מסכימי' מטעם א' גם בד"מ. ואם כי עדיין יכול המתעקש לומר דאמת הוא דמצות התורה גם בד"מ מאחרי רבים להטות אך מה בכך הלא מה"ת אזלי' בכל מקום בתר רובא רק דמדרבנן אין הולכין בממון אחר הרוב מטעם סמוך מיעוט כחזקה וא"כ גבי רוב דייני' נמי ראוי לומר כן מדרבנן ודלא כמ"ש רק דמש"ה אין אומרים כן ברוב דיינ' משום דאמרי' דהמיעוט כיון

דהרוב מנגדם ודאי שקר בימינם משא"כ בשאר מיעוט דיש לו מציאו' באמת כסברת התומים וא"כ לפ"ז באין הרוב מסכימין מטעם א' דלא נתברר ביטול דברי המיעוט א"כ ראוי לומר עכ"פ מדרבנן ואין הולכין בממון אחר הרוב והראי' שהביא הש"ך בחו"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט דאזלינן אחר הרוב אף שאין מסכימין מטעם א' בדיינים ס"פ חד"מ אין ראי' לפ"ז דשם איירי בד"כ. מיהו כבר הוכחתי בראיות ברורות מגמ' ופוסקי' דלא אמרי' סמוך מיעוט לחזקה ברובא דא"ק דודאי כן הוא דעת הרא"ש והריטב"א והרא"ה והרשב"א בחידושם למסכת יבמות קי"ט ופי' רש"י הנ"ל ועוד דהלא מוכח כן מהגמ' דב"מ בנמצא גבי שוחט דמותר משום שחיטה ברוב העיר ישראל ולא אמרי' סמוך מיעוט דעכו"ם לחזקה דבהמה בחיי' בח"א עומדת אלא ודאי כמ"ש דברובא דא"ק לא אמרינן סמוך מיעוט' לחזקה מה אית לך למימר דילמא העיקר כמו שרוצה לומר הרשב"א במשה"ב בהל' שחיטה שם וכן בחידושיו ליבמות דף קי"ט דלרבנן דפליגי על ר"מ לא אמרי' כלל סמוך מיעוטא לחזקה או דנימא כמ"ש הרשב"א במשה"ב שם דף ח' ע"א וכן בחידושיו למס' יבמות דלא אמרי' סמוך מיעוט' לחזקה רק כשאתה מסלק מן הרוב גופא אבל לא כשהוא בפ"ע כמו במיעוט מפילות דהא המיעוט הנ"ל הוא מהרוב דמתעברות מהן הרוב יולדות ומיעוט מפילות בזה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דהא המיעוט לקוח מן הרוב וממעיטו לכך מצטרף בהדי חזקה המנגדו אבל כשהמיעוט בפ"ע ואינו מן הרוב א"כ אינו ממעיטו והרוב בשלימות המיעוט המנגדו בטל לגבי' וכא מצטרף בהדי חזקה עכ"ד והנה אם תאמר כהתירוצים הנ"ל א"כ שוב ליכא למימר הטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דאמרי' סמוך מיעוט' לחזקה לא מבעי' לתירוץ הראשון דהא לא אמרינן כלל סמוך מיעוט' לחזקה לרבנן דקי"ל כוותיהו אלא אפי' לתירוץ הב' הא בכולן המיעוט בפ"ע כמו דכל הקונים בהמות יש בהו רוב דזבני לרידי' ומיעוט לשחיטה וכן בכולן לכן צריך אתה לומר אחת משני פנים או שהטעם הוא דאין הולכין בממון אחר רוב הוא כמ"ש בחלק התשובות סי' א' בדרך הראשון נתיב י"ט בעיקר הראשון דהוא משום דאומר ברי לי היפך הרוב ע"ש ח"כ הרי ביארתי שם דלגבי דיינים היושבים על מדין אין יכול לומר ברי כי היפך דעתם והרוב הם העיקר ב"ד דהתורה אמרה אחרי רבים להטות וא"כ לפ"ז אין חילוק בין אם מסכימים מטעם א' או לא. או דנימא דכך קבלו חז"ל שלא לילך בממון אחר הרוב. וע"כ צ"ל דברוב דיינים לא הי' הקבלה לכך ילפי' מד"נ א"כ ג"כ אין לחלק בין מטעם אחד או לא וז"ב. והנה כשאר עוד מקום לומר כמ"ש הרשב"א במשמ' הבית דחזקה שמתעסקין בה לבטלה לא סמכינן לה למיעוט' וע"ש שכתב שם כן בשם רש"י דקדושין ובאמת ליתא כן ברש"י שלפנינו. ונראה שהוא ט"ס וצ"ל הרמב"ן

דכעין זה כ' הרמב"ן בחידושיו במס' יבמו' דף קי"ט ליישב האי דקדושין פ"י יוחסין ודוק ונחזור לענייננו דאם נימ' כדעת רשב"א א"כ לפ"ז לא קשי' ג"כ הקושי' מנמצא גדי שחוט דמתירין ברוב ישראל מתעסקין לבטלה ע"י השחיטה כמ"ש שם. א"כ לפ"ז נ"ל לפרש פירוש מרווח יותר מכל הפירושים בתוס' דהמניח הנ"ל והוא דרוב דזבני לרידי וכן הא דקרו לחבית כדא אין מתעסקין לבטלה להחזקה. משא"כ בדייני' הרי מתעסקין לבטלה שהם דנין לחייב או לזכות והיינו שכתבו התוספות וליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד הוא דמפקי מיני' וזה נכון מאד וא"כ אם נימא כן הרי בדיינים לא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה וא"כ ממילא דאין חילוק בין אם מסכימים מטעם א' או לא ודוק. היוצא מזה דראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו דגם בד"מ הולכין אחר הרוב בדיינים אף באין מסכימין מטעם א' ועוד אף בלא ראיות מהיכי תיתי לן לחדש דבר ולבדות מן הלב מה שלא נמצא בש"ס ופוסקים בלא ראי' פסוקה וברורה דהיכן מצינו דבעינן שיאמרו כולם מטעם א' כמ"ש הש"ך ובפרט למה שבארתי דמה"ת ודאי ד"מ וד"נ שוה רק דנימא דמדרבנן בעינן בד"מ שיהי' כולם מסכימים מטעם א' ודאי קשה איך לא אשתמיט בכל הש"ס ופוסקי' נכתוב חידוש גדול כזה. אלא ודאי דליתא ובפרט שליכא שום ראי' לזה דהא על זה דלא שייך כומר אין הולכים בממון אחר הרוב ברוב דייני' יש כמה וכמה טעמים וכבר בארתי בראיות ההיפך ע"כ ודאי דאזלינן בתר רוב דייני' אף אם אינם מסכימים מטעם א' ומינה אין לזוז:

(**לב**) **והנה** במ"ש ליישב קושיתי מאבדו גדייו ותרנגוליו דלא סמכינן מיעוט' דעכו"ם כחזקה דבהמה בחי' בח"א עומדת משום דהוי רובא דא"ק לכאורה תירוץ זה יתכן לפי עה שמובא דין זה בפוסקי' בנמצא בעיר באם הוא רוב ישראל דמותר דזה הוי רובא דא"ק דיושבי העיר קבועי' הם משא"כ בעובדא דגמרא ב"מ כ"ג ע"ב ר"ח מצא גדי שחוט בין טברי' לצפורי משמע דנמצא בשדה בדרך בין טברי' לצפורי ואמר שם דהתירו לו משום שחיטה משום דהוי רוב ישראל והשתא נחזי אנן איזה רוב הוי אי מעירות הסמוכין הוי רוב ישראל מה בכך הלא קי"ל רוב וקרוב הולכי' אחר הרוב וראוי ליילך בתר רובא דעלמא. בשלמא בנמצא בעיר לק"מ כמ"ש הסמ"ע בחו"מ סי' רנ"ט ס"ק ו' באבידה שנמצא בעיר שרוב' עכו"ם רק שהמקו' שנמצ' שם עוברי' רוב ישראל דחייב להחזי' וה"ה להיפך דאם העיר רוב ישראל רק שהמקום שנמצ' שם הוא מקו' שעוברי רוב עכו"ם אינו חייב להחזיר והקשה דלמה לא נימא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב דהיינו רוב העיר ותירץ דלא אמרינן כן אלא היכא דהקרוב אינו במקום שנמצא שם עצמו וצריכין לומר שבא לשם ממקום אחר ובזה מסתבר לומר שנתגלגלו לשם מרוב

בני עמה עכ"ל ונראה לפרש דדוקא בלא נמצא באותו מקום עצמו המצוי שם דהיינו דלא נתברר מי ומי מצוי שם דניזל בתר קורבא שנמצא סמוך לאיזה מקום וכה"ג מיירי בעגלה ערופה בכהא אמרינן דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב אבל בנמצא באותו מקום עצמו אשר נתברר המצוי שם ודאי אזלינן בתר אותו מקום או משום דנימא דבתר קורבא כהאי אזלינן בנמצא בו עצמו רק בתר קורבא דסמוך לא אזלינן או דנימא דהיינו רוב ולא קרוב דעה לן ברובא דעלמא כיון שנתברר לן בודאי רוב המצוים באותו מקום וזה ברור מאד ועפ"ז נתיישב תמיהת הפליתי על הסמ"ע ביו"ד סימן א' בהא דאבדו גדייו ע"ש עיין בהשמטות סי' ט'. וא"כ לפ"ז בנמצא בעיר ל"ק דניזל בתר רובא דעלמא דהא נמצא בקרוב עצמו וגם בודאי רוב המצוין מאנשי העיר אבל בנמצא בשדה דהוא רק קרבא דסמוך א"כ ראוי למיזל בתר רובא דעלמא וע"כ צ"ל דאיירי בידעינן דבמקום שנמצא רוב עוברים ושבים המה רוב ישראל אף שהוא בדרך בשדה וז"ב וא"כ לפ"ז דלא מתירין רק מחמת עוברים ושבים הלא הוי רבא דל"ק דהא לא קביעי נינהו והני אזלי והני אחריני נינהו כמ"ש בגבינות בית אונייקי:

ומיהו אפשר כומר דאיירי דידעינן דכל המצוין שם הוא רק ממקומות הסמוכין והמצוין שם ממקומות אחרים הוא רק מיעוט' דמיעוטא דלא חיישינן להכלל לכ"ע כמבואר בש"ס יבמות שם ובכל הפוסקים ואין זה משום דאזלינן בתר קרוב רק דאין אחר הידיעה בודאי כלום כגון דידעינן שאותו דרך אינו כבושה רק למקומות הסמוכין ואין מצוין שם ממקומות אחרים והוי רוב ישראל משום דבמקומות הסמוכין הוי רוב העיר ישראל וא"כ הוי רובא דא"ק דהא יושבי העיר קבועין הם כנ"ל ולפ"ז יש לפקפק במ"ש הש"כ ביו"ד סי' א' ס"ק י"ז דמותר ברוב ישראל מצוין אפילו רוב העיר והשוק עכו"ם דבזה י"ל דאסור דמצוין הוי רובא דל"ק ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה מיהו נ"ל דכל דתלי במעשה שאין כראה כ"כ תמיד לפנינו או אין ניכר איך הוא הוי רובא דל"ק דאין העשי' כראה לפנינו תמיד כמו רובא דלריד' דתולה במעשה הקני' וגם אין ניכר בהקני' איך הוא. וכן בגבינות בית אונייקי דתולה במעשה השחיטה. וכן בקרי לכדא חביתא דתולה במבטא לא הוי רוב נראה וניכר אבל ברוב דתלי במנין אנשים דנראה לפנינו וניכר כמו ברוב דיינים וכן ברוב המצוין שהרוצה לראות רוב המצוין יש לראות במקום ההוא הוי רובא דא"ק כמו ברוב שרצים דכתב רש"י דהוי רובא דא"ק דהיינו ג"כ משום דבקל יכול הרואה לראות דבבית הזה מצוין שרצים יותר מצפרדעים וז"ב:

[**לג**] **ונחזור** לענייננו דיש סברא לחלק בין רוב דיינים ובין רוב הפוסקים כמ"ש בסי' י"ט וכ' אף די"ל כן מ"מ אינו מוכרח דודאי י"ל דאף שאנו מוכרחין לזכור טעמם מ"מ כיון

שנודע ששניהם מסכימים לענין הדין מצרפינן להו וגם כן י"ל כיון שאין אנו יודעין להכריע על כן הדין הוא דאזלינן בתר רוב בדיעות הקדמונים כמו דאזלינן בכל התורה בתר רובא אז מצות התורה עלייהו אחרי רבים להטות וא"כ כיון דהוי רוב לענין הדין הוי שפיר רוב ובודאי כיון דיש להטות הסברא לכאן ולכאן ראיות ברורות יתנו עידיהן ויצדקו וכבר כתבתי דיש ראי' ברורה שאין עלי' תשובה מהש"ס דחולין דאזלינן בתר רובא בדיעות הקדמונים אף שאינם מסכימים מטעם אחד עיין בהשמטות סי' וא"ו ומינה אין לזוז. (לד) והא דקשה על הפוסקים בגלודה כמ"ש בסי' י"ג לכאורה עלה על רעיוני לומר דשם במס' חולין דבין לר"ש ובין לר"ח הדם שניתז על הדלעת ונתקנח איכו מכשיר הוי שפיר מסכימין לענין הדין דדם זה אינו מכשיר אף דהטעמים חלוקין אבל בגלודה דנשתייר על הטבור ועל ר"פ אף דבין לר' ינאי ובין לרבה בב"ח הבהמה כשרה מ"מ ר' ינאי סובר דשיור שעל הטבור מציל ורבב"ח סובר דשיור שעל ר"פ מציל ולא הוי מסכימין לענין הדין אבל זה אינו דמ"מ הבהמה כשרה לתרווייהו וגם מ"מ קושיא הראשונה שכתבתי שם לעיל בסי' י"ח לא מיתרצא דהא ודאי רב ור' יוחנן ור' ינאי מסכימין דשיור שעל הטבור מציל וזה הוי ג"כ מטעם אחד והנראה לי בזה דהא בלא זה קשה למה דתירץ הב"י ביו"ד סי' כ"ט לדברי הרי"ף דר' אלעזר מוסיף אדשמואל ואינו חולק עליו בדינו דהיינו דמודה לדשמואל דשיור שע"פ השדרה מציל רק שמוסיף דגם שיור שעל הטבור מציל וכן הוא דברי רבב"ח ע"ש בב"י ולפ"ז קשה דאם כן דהפירוש הוא בגמ' דדיעה בתרא מוסיף אקמייתא א"כ כשם דר' אלעזר בא' מוסיף אדשמואל כך מוסיף ג"כ אדרבה בב"ח ומודה לרבב"ח דשיור שבר"פ מציל דהא אתמר בגמ' בתר רבב"ח וא"כ לפ"ז בנשתייר על ר"פ לבד ראוי להכשיר כיון דר' ינאי ורבב"ח מכשירין והוי רוב לגבי שמואל והוא קושי' עצומה מאד על הב"י ועל הרי"ף עיין בהשמטות סי' ב' ועוד קשה למה דתירץ הב"י לקושיא אחרת שעל הרי"ף מה דהקשו עליו הרא"ש והרשב"א דלמה לא פסק לגמרי כר' ינאי דהוא רבי' דר' יוחנן ותירץ דמספק' ליה להרי"ף אם נפסוק הלכתא כר' ינאי או דנימא דדל מהכא שמואל ורבב"ח דלית הלכתא כוותי' לנגד רב ור' יוחנן א"כ כשאר ר' ינאי יחיד לגבי רב ור' יוחנן ור"ל אף דהלכה כר' ינאי נגד ר' יוחנן וכ"ש לנגד רב י"ל דהיינו דוקא נגד א' מהן דלא הוי רוב נגדו אבל לא לנגד שניהם דהוי רוב נגדו לכך כיון דמספקא להרי"ף פסק להחמיר ע"כ דברי הב"י וקשה דמ"מ ה"ל למפסק כר' ינאי שעל הטבור מציל ממ"נ אם נימא דהלכה כר' ינאי משום דהוא רבי' דר' יוחנן והלכה כמותו לגבי ר' יוחנן וכ"ש לגבי רב ושמואל ורבה בב"ח כמו שמבואר כל זה בהרא"ש והרשב"א בחי' בחולין דף נ"ה ע"י א"כ הרי הלכה כמותו

וחם נימא דדל מהכא רבב"ח ושמואל ונשאר ר' ינאי יחיד א"כ הרי הלכה כרב ור' יוחנן דשיור של כל מקום מציל וכ"ש שעל הטבור א"כ הרי שעל הטבור מציל ממ"נ מיהו קושיא זו יש לתרצה דג' ספיקות מספקא לי' להרי"ף אם נימא דהעיקר דהלכה כר ינאי דהיינו דכללי ההלכתות בפלוגתא דאמוראי הם אף ליחיד במקום רבים וכיון דהלכ' כר' ינאי לנגד ר' יוחנן כ"ש נגד רב דרב ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן וכ"ש לנגד שמואל דשמואל ורב הלכה כרב באמוראי וגם שמואל ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן כדאיתא בעירובין פ' מי שהוציאוהו וכ"ש לנגד רבה בב"ח תלמידו של ר' יוחנן או נימא דכלל ההלכתא אינו רק נגד יחיד אבל לא ביחיד נגד רבים. וכפי זה י"ל ג"כ בתרין אנפין או דנימא דהלכה כהני תלתא אמוראי דבעי מקום מיוחד נגד רב וד' יוחנן ובהני אמוראי לא אמרינן דהלכה כר' ינאי דהוי א' במקום שנים דדל מהכא רבה בב"ח ושמואל דלית הלכת' כוותיהו לגבי רב ור' יוחנן ונשאר ר' ינאי יחיד והלכה כרב ור' יוחנן הלכך מספיקא עבדינן לחומרא דהלכה כהנך תלתא אמוראי ועבדינן כשמואל דמחמיר מכולהו כנ"ל לכאורה לפרש כוונת הב"י להרי"ף עיין בהשמטות סי' א'. ועוד קשה על מ"ש הב"י להרי"ף דאתיא למימר דדל מהכא שמואל ורבה בב"ח דלית הלכת' כוותיהו כנגד רב ור' יוחנן ונשאר ר' ינאי יחיד לגבי רב ור' יוחנן והנם כרב ור' יוחנן ע"כ דאיך אפשר לומר כן ממ"נ אם נימא דכללי ההלכה אף נגד רוב א"כ ראוי לומר הלכה כר' ינאי ואם נימא דאינו נגד רוב א"כ הרי ר' ינאי ושמואל ורבה בב"ח הם רוב נגד רב ור' יוחנן אף דלפי הכלל הלכה כרב ור' יוחנן נגד שמואל ורבה בב"ח הלא הכלל אינו נגד רוב דאם הכלל הוא גם נגד רוב הרי ראוי להיות הלכה כר' ינאי כמ"ש אלא צ"ל דאינו נגד רוב וא"כ הם רוב נגד רב ור' יוחנן וראוי להיות הלכה כמותם וכ"ש דאחד מהם ר' ינאי דהלכה כמותו נגד כל א' מהם דהיינו נגד רב או נגד ר' יוחנן רק שאתה אומר דלנגד שניהם אין הלכה כמותו משום דרבים הם. א"כ לפ"ז כיון דיש עמו שנים שמואל ורבה בב"ח הרי רבים אשר אתו ובודאי אין ראוי להיות הלכה כרב ור' יוחנן וא"כ ממ"נ אין הלכה כרב ור' יוחנן ואיך כתב הרי"ף דאיכא למימר הלכה כרב ור' יוחנן ואין כומר דהרי"ף מסופק דילמא לא מצטרפי ר' ינאי ושמואל ורבה בב"ח למהוי תלתא משום דכי אתא רב ור' יוחנן דהוי בתר ר' ינאי וחלקו עליו הרי בטלה דעתו משום דיחיד הוא לגבייהו וכיון דכבר נדחה דברי ר' ינאי ממילא במה דנחלק שמואל ורבה בב"ח על רב ור' יוחנן הלכה כרב ור' יוחנן הוא דדילמא שמואל ורב ורבה בב"ח ור' יוחנן נחלקו בזמן א' דהא בדור אחד הוי א"כ לא בטלו דברי ר' ינאי כלל במה דבעי מקום מיוחד דכשחלקו עליו רב ור' יוחנן כבר הסכימו שמואל ורבה בב"ח עמו בהא וא"כ הרי רבים אשר אתו ועוד קשה דאף

דכבר רבו על ר' ינאי רב ור' יוחנן מ"מ ראוי לצרף דעתו אח"כ כמו דמצרפינן שם בחולין דעת ר' שמעון אף דרבנן פליגי עלי' ובטלו דעתו וכמ"ש לעיל בסימן י"ח ומיהו קושיא זו יש ליישב ולומר דדוקא שם מצרפינן דברי ר"ש להא דר' חייא ולא אמרינן דכבר בטנו דעתו הרבנן דפליגי עלי' משום דבנידון דר' חייא לא אשכחן רבנן דפליגי ואפשר דמודו לכך לא בטיל דעת ר"ש לצירוף הזה. משא"כ בנידון זה דגלודה דעל מה דאנחנו רוצים לצרף דעת ר' ינאי דבעי מקום מיוחד בזה ודאי דנחלקו רב ור' יוחנן אמרינן שפיר דכבר בטלו רב ור' יוחנן דעתו ושוב לא מצרפינן ליה דבהא גופא דנחלקו עליו לא מצרפינן לי' כן כ"ל והיא סברא נחמדת בעזה"י אבל קושיתי בסי' י"ח לא מתיישב עפ"ז דהא בנידון דמצרפינן לדרב ור' יוחנן חד מהני תלתא דבטלי דעתם מודה להן ושוב אין כאן רוב לבטל דעתם ואדרבה הרוב עמהם משא"כ כאן דהמבטלי' דעת ר' ינאי קיימי במלתייהו ודוק היטב:

ומיהו גם בכאן אף די"ל כן מ"מ אינו מוכרח ומהיכי תיתי לן לבדות מלבינו חילוק בזה בלא ראיה ברורה מהש"ס דכל זמן שאין ראיה מכרחת ודאי דמסתבר דאין לחלק דמה בכך דרב ור' יוחנן בטלו דעת ר' ינאי הלא לא נבטל רק משום דהוי יחיד לנגד רבים והשתא כיון דרבים אשר אתו ממילא דלא בטלה דעתו. ועוד דמ"מ קשה שאר הקושיות שכתבתי:

וכדי ליישב כל הקושיות נ"ל לפרש דברי הרי"ף באופן אחר ממה שפירש הב"י והוא דהרי"ף איננו מסופק כלל דילמא הלכה כרב ור' יוחנן אף דר' ינאי רבי' דר' יוחנן כמ"ש הב"י דהא ממ"נ אין הלכה כרב ור' יוחנן כמ"ש והרי"ף לא אמר דאיכא למימר דהלכה כרב ור' יוחנן רק מקודם שכתב דר' ינאי רבי' דר' יוחנן אבל במ"ש דר' ינאי רבי' דר' יוחנן דחי לזה שכתב דא"ל דקי"ל כרב ור' יוחנן וכוונתו מכח ממ"נ הנ"ל שכתבתי רק דמסופק בהני תרתי אי נימא דכללי ההלכתות דאתמר בגמרא באמוראי אף ביחיד נגד רבים אם כן הלכה כר' ינאי או דלא נאמרה כללי ההלכתא באמוראי ביחיד נגד רבים רק בתר רוב אזלינן אם כן לפ"ז קיי"ל כהני תלתא אמוראי דבעי מקום מיוחד דהוי רוב לנגד רב ור' יוחנן וממילא דאם נשאר באיזה מקום מהני שלשה ראוי להכשיר דהא איכא רבים דמכשירין בצירוף רב ור' יוחנן והני בעי' דבעי בגמרא בניטל רק חד מהנך מקומות היינו להנך אמוראי לכל חד כדאית כי' אבל לדידן לית לן בהאי אבעי' כלום דראוי לן להכשיר בנשתייר רק במקום אחד מהני ג' מקומות אף אם ניטל שאר כל העור וכ"ש בנטל רק במקו' א' ונשתייר בשני מקומות מהנך שלשה וגם שאר כל העור דכשר וכיון דמספקא מילתא א"כ איך ראוי להכשיר לכאורה בשיור שעל פני השדרה לחוד או בראשי פ'

כחוד דדילמא העיקר דכללי ההלכתא באמוראי אף ביחיד נגד רבים וא"כ הלכה רק כר' ינאי אבל בשיור שעל הטבור ראוי להכשיר ממ"נ דאם נימא דכללי ההלכתא באמוראי הוא אף ביחיד נגד רבים א"כ הרי הלכה כר' ינאי דמכשיר בשיור על הטבור ואם נימא דהני כללי ליתא א רבים ובתר רוב אזלינן א"כ ג"כ ראוי להכשיר עפ"י רוב דהא איכא ר' ינאי ורב ור' יוחנן דמכשירין מיהו נראה דסברת הרי"ף הוא באמת למיזל בתר רוב דסובר דכללי ההלכתא באמוראי מן הסתם הוא רק ביחיד נגד יחיד אבל לא לדחות מה שאמרה תורה אחרי רבים להטות ואינני מסופק כלל בזה כמו דמבואר להדיא מדבריו במה שדחה בראשונה הא דר' יוחנן בעור בית הפרסות ואח"כ דחה לדרב ור' יוחנן מקמי הני תלתא אמוראי מש"ז רק דכתב ואי אמרת ניעבד כרב ור' יוחנן כו' ר"ל שתרצה לומר דכללי ההלכתא הוא אף ביחיד נגד רבים וא"כ נדחו דברי שמואל ורבה בבח"ח אף דרבי ינאי עמהם א"כ נשאר ר' ינאי יחיד לגבי רב ור' יוחנן ותרצת להקל עפ"ז כרב ור' יוחנן. וכוונתו דלעיל כתב הא מילתא לא איפסק בה הלכתא בהדיא ואיפלגו בה רבאוותא' דבעל הלכות פסק כרב משום דר' יוחנן הדר בי' לגבי' דרב ע"ש וא"כ היינו כרב ור' יוחנן. וע"ז תמה עליו דלא אשכחן דהדר בי' ור"ל לדברי בעל הלכות דדעתו לפסוק כר' יוחנן ופסק כרב משום דהדר בי' ר' יוחנן ע"ז המה דלא אשכחן דהדר בי' אבל דעת הרי"ף עצמו דלא למפסק כרב ור' יוחנן רק כרבים כמו דמסיק אח"כ וכתב עוד ואיכא מאן דפסק להחמיר כר' ינאי וכשמואל והביא ראי' מהתוספתא ודחה לראי' זו ע"ש אח"כ כתב דעתו דראוי לפסוק כרבים ודלא כבעל הלכו' דפסק כרב ור"י לזה כתב ואי אמרת ניעביד כרב ורבי יוחנן וכולי וכמ"ש פירושו והיינו שתאמר כן ליישב שיטת בעל הלכות לא במה שתמה עליו דלא אשכחן דהדר בי' ר"י רק במה דלא פסק כהני תלתא אמוראי דבעי מקום מיוחד דרבים הם נגד רב ור' יוחנן ותרצה לומר כמ"ש דכללי הלכתא הם אף נגד רבים לזה כתב הא קיי"ל דר' ינאי ור' יוחנן הלכה כר' ינאי דרבי' הוא רצה לומר לפי שיטתך דכללי ההלכתא הוא אף ביחיד נגד רבים א"כ ראוי להיות הלכה כר' ינאי א"כ דעת בעל הלכות לא נתיישב עפ"ז דממ"נ אין הלכה כרב ור' יוחנן כמ"ש לעיל וממילא קיים הרב אלפסי בסברתו דאזלינן בתר רבים וכדבריו הראשונים רק מה דכתב הא קיי"ל כו' הוא רק לדחות מי שירצה לדחוק ולומר כן כדי ליישב שיטת בעל הלכות אבל הרב אלפסי סובר במוחלט דאזלינן בתר רבים וכדבריו הראשונים דקי"ל כהני תלתא אמוראי דבעי מקום מיוחד וזה שמסיק הלכך הוי לן הא מלתא ספיקא ר"ל כמאן מהנך אמוראי קי"ל אף דראוי לומר בהנך אמוראי דקי"ל כר' ינאי גם זה אינו כיון דהוי א' במקום שנים דהא רבה בב"ח ושמואל פליגי עלי' וסברו דשיור שעל הטבור אינו מציל בגלודה ואף

דכל א' מהני אמוראי הוי אחד במקום שנים באמת סובר הרי"ף כיון דלא איפסק הלכתא בש"ס להדיא אין אנן יכולים להכשיר בא' מהם דעל כל א' שאתה רוצה להכשיר הרי איכא רוב המטריפין דהיינו שנים מהני תלתא אמוראי ואף דראוי להכשיר בכל א' מהני שלשה משום דהוי רבים בצירוף רב ור' יוחנן כמ"ש. לזה אומר אני דסברת הרי"ף הוא דאין אנו יכולים להקל משום זה דהא הני תלתא אמוראי שווין הם בדין דרק מקום אחד יש מציל בגלודה לכל חד כדאית לי' א"כ עכ"פ קי"ל דרק עקום אחד יש שמציל א"כ איך יכולין להכשיר ע"י צירוף רב ורבי יוחנן דהרי אם תכשיר בשיור ע"פ השדרה לחוד ע"י צירוף הנ"ל תכשיר ג"כ בשיור שעל ר"פ לחוד וכן בשיור שעל הטבור לחוד דהא בכל א' מהם יש צירוף הנ"ל א"כ הוי קילי דסתרי אהדדי דהא קי"ל דרק מקום א' יש שמציל ואם זה לא זה ואם זה לא זה לכך אין ראוי להקל בשום א' מהם ע"י צירוף הנ"ל והיא סברא נחמדת מאד דומה לזה כתבו התוס' בב"מ דף י"א ע"א בד"ה דקא מטהרת לה כו' לענין ס"ס ע"ש וא"כ כיון דאזיל בצירוף הנ"ל דרב ור' יוחנן ונשארו הני תלתא אמוראי הוי הכל בספק דאין לפסוק כר' ינאי משום דהוי א' במקום שנים דהרי"ף סובר במוחלט דכללי ההלכתא באמוראי אינו רק ביחיד נגד יחיד דאף דהחומרות סתרי אהדדי דהא הכי אמוראי שווין דמקום א' יש שמציל ואנו מחמירינן בכל אחד ואחד הלא ודאי דאם אין אנו יכולין לעמוד על בירור הדין מחמרינן בכל האופנים אף דאמרינן בחולין דף מ"ד ע"א ובעירובין דף ו' ע"ב ובר"ה דף י"ד ע"ב בחומרי דסתרי אהדדי דהוי כסיל בחשך הולך היינו ביודע ומחמיר אבל לא בנסתפק כמו שהוכיח במנחת יעקב בתורת חטאת כלל ל"ז ס"ק א' בראיות ברורות מהש"ס עירובין ז' ע"א ור"ה י"ד ע"ב דמשני ר"ע גמרי' אסתפק לי' ומהתוס' ר"ה שם ד"ה הכסיל שכתבו ולא בעי לשנויי דר"ע מספקא לי' הלכתא כמאן דמסתמא ידוע הי' דהלכה כב"ה הרי להדיא דבנסתפק לא שייך כסיל בחשך הולך וכן מבואר להדי' כמה פעמים בש"ס ופוסקי' דהיכא דנסתפק לן עבדינן כתרי חומרי ועיין בפ"ק דביצה דף ד' ע"ב וכ"כ האו"ה כלל י"ד ע"כ דברי המנחת יעקב שם ודבריו נכונים ואמתי' והא דמקשה בחולין שם על רבא היינו דשם מ"נ מותר הוא לפי הקס"ד ע"ש אבל להקל בתרי קילי דסתרי אהדדי הוא רשע אף שאין יודע להכריע ודאי דנקרא רשע דאיך יקיל מספק ובפרט באיסור תורה וזה פשוט איברא דמלשון רש"י שם בד"ה דף י"ד ע"ב בד"ה לא מנהג ב"ש כו' לאו משום ספק כב"ש ספק כב"ה כו' ע"ש משמע דלהקל משום ספק כב"ש ספק כב"ה נהג בה לפי הקס"ד ואעפ"כ מקשה מהא דהכסיל בחשך הולך שמע מינה דאף בנסתפק אמרינן כן. כבר ראיתי מי שפירש דכוונת רש"י הוא לפי המסקנא דגמרא אסתפק לי' והיינו ספק כב"ש ספק כב"ה דבכל מעשר

יש ספק אם הוא כב"ש או כב"ה מיהו מדברי רש"י שם בד"ה מקולי ב"ש כו' שכתב שם וז"ל והאוחז בחומרי שניהם כסיל בחשך הולך הוא כשאינו יודע להבחין על מי לסמוך עכ"ד משמע דבנסתפק איירי והנה קשה על רש"י מהא דמשני ר"ע גמרי' אסתפק לי' דמ"ש האי ספק מהאי ספק. וצ"ל דרש"י מחלק בין מלתא דתלי' בסברא ובין גמ' כמו דמחלק הגמרא בגיטין דף ו' ע"ב בעובדא דר' אביתר בשלמא מלתא דתליא בסברא לחיי אלא גמרא לא שמיע לי' ולכאורה קשה עדיין דכמו דהוי קשה לי' להס"ד דהוי מסופק אי הוי הלכה כב"ש או כב"ה דהוי כסיל והיינו משום דה"ל להבחין הלכה כמאן ה"נ למאי דמסיק גמרי' אסתפק ליה ולא ידע איך קאמרי ב"ה מה בכך מכל מקום ה"ל להכריע בעצם הדין הזה איך ראוי להיות א כב"ש או כב"ה דא"ל דה"ל להכריע הכלל אי קי"ל כב"ש או כב"ה דהא לא הוי כסיל רק בתרי חומרי דסתרי אהדדי כמו שמפורש בגמרא עירובין דף ז' ע"א וברש"י שם בד"ה אבל בלא סתרי אהדדי לא ש"מ דהטעם הוא דוקא משום דה"ל להכריע בעצם הדין דהא בהכרעת הכלל אין חילוק בין סתרי אהדדי או לא וא"כ כיון דהוי כסיל משום דלא ידע להכריע בעצם הדין א"כ מה משני גמרי' אסתפק ליה מ"מ קשה כנ"ל:

ונ"ל דלק"מ דהא שם בעירובין ובחולין דף מ"ד ע"א פרכינן סיפא ארישא ומשנינן כאן קודם ב"ק כאן לאחר ב"ק ומובא שם ברש"י במסכת ר"ה י' וא"כ לפ"ז אתי שפיר דמעיקרא דקס"ד דהוי מסופק אי הלכה כב"ש או כב"ה א"כ ע"כ צ"ל דאיירי קודם ב"ק דאל"כ לא היה מקום להסתפק או דנימא דסבר כר"י דאמר לא בשמים הוא עיין שם בחולין דף מ"ד ע"א ושם בתוספות ד"ה ור' יהושיע אם כן קשה דה"ל להכריע אבל לבתר דמשני גמרי' אסתפק ליה יש כומר דאיירי שפיר אחר ב"ק ולא סבר כר"י אם כן אין להכריע כלל מצד הסברא רק ע"כ הלכה כב"ה ולכך שפיר צריך להחמיר משום דלא ידע איך קאמרי ב"ה וז"ב לדעת רש"י. מ"מ צ"ל גם לדעת רש"י דהא דמקשה על רבא היינו משום דממ"נ הוא מותר כמ"ש א"כ הוי ודאי טועה בד"מ דלא עבדינן כתרי חומרי ועל ר"ע מקשה דאיך יתכן לומר עליו דלא ידע להכריע אבל כגון אנו מה נעביד אם אין בידינו להכריע ע"כ צריכין אנו להחמיר והלא אמרו חז"ל מוטב שאקרא שוטה כל ימי וכו' אבל להקל דהוי רשע א"כ הלא אמרו ואל אהיה רשע שעה אחת לפני המקום. וכבר אמרו אנן כאצבע בבירא לשכחה וכאצבע בקירא לסברא ואם הראשונים כמלאכים כו' וזה ברור לדעת רש"י.

אבל העיקר כדעת התוס' דלא מסתבר כלל לומר דמאן דמספקא ליה מילתא יקרא כסיל ומה כאמר בכל האבעיות דנשארו בתיקו בש"ס וגם שם וביצה דף ד' ע"ב דאמר דרב

אסי ספוקי מספקא ליה ועבד הכא לחומרא והכא לחומרא דוחק גדול לומר דהוא מלתא דתליא רק בגמ' דהא אמר שם כוותי' דר' אסי מסתברא כוותי' דרב מסתברא ע"ש ובודאי העיקר כדעת התוס' דהיודע קביעת ההלכה ומחמיר כשניהם נקרא כסיל וז"ב:

וראיתי מי שכתב דהתוס' דכתבו שם בר"ה דלא בעי לשנויי דר"ע מסופק הלכתא כמאן היינו דלא ידע אי הב"ק אמר הלכה כב"ש או הלכה כב"ה עכ"ד והבל יפצה פיהו לבדות מן הלב דברי שטות כאלה לומר דלא ידע ר"ע איך אמר הב"ק מה דלא אשכחן דנסתפק בו שום אדם ובודאי מפורסם היה אחר הב"ק וז"ב ומ"ש התוס' שם אפילו ביודע ר"ל דזה נקרא כסיל דמחמיר אפי' ביודע אבל אם מחמיר רק באינו יודע לא נקרא כסיל וזה פשוט וברור:

[לה] והנה לכאור' קשי' דאכתי ראוי לומר ממ"נ על הטבור מציל דאם נחשב לרוב אף דבסותרו יש גם כן רוב א"ב ראוי להכשיר מטעם רוב בצירוף רב ור' יוחנן ואם נימא דלא נחשב לרוב בכה"ג אם כן ראוי להכשיר מטעם דהלכה כר' ינאי וא"ל כמ"ש דלא אמרינן כן כיון דיש רוב נגדו דהא אמרינן דכל היכא דבסותרו יש גם כן רוב לא נחשב לרוב אם כן ה"נ בסותרו יש גם כן רוב נגדו ואף שכתבתי דיש חילוק בין להקל בין להחמיר היינו בכל א' בפ"ע אבל כאן יש ממ"נ:

מיהו לק"מ דאטו אנן אמרי' דלא נחשב לרוב כיון דבדידי' איכא רוב רק דאף דאיכא רוב אין לכו להקל משום זה דיהי' תרי קילי דסתרי אהדדי אבל להחמיר מחמרינן שפיר משום דאיכא רוב כן נראה לי עיין בהשמטות סימן ד':

(לו) **ועדיין** קשה נהי דאין הצירוף דרב ור' יוחנן מועיל להקל ע"פ רוב משום דהוי תרי קילי דסתרי אהדדי מ"מ יועיל בצירוף רב ור' יוחנן להחזיק הכלל דהלכה כר' ינאי דמה תאמר דאין זה ביחיד נגד רבים הלא רבים אשר אתו דהא רב ור' יוחנן מסכימין עמו ובזה לא הוי תרי קילי דסתרי אהדדי דהא אין מכשירין מטעם רוב דנכשיר גם באינך דהיינו בשיור שע"פ השדרה ושעל ר"פ. ועוד הלא אי לא אשכחן רק א' מהם דמסכים עם ר' ינאי ודאי ג"כ הי' מועיל להחזיק הכלל דכיון דהוי תרי ותרי נגד שמואל ורבה בב"ח ודאי דהכלל בתקפו ולא הוי תרי קילי דסתרי אהדדי דהא בדשמואל צריך שיהי' רוב דוקא נגד רבה בב"ח ור' ינאי. וכן בדרבה בב"ח צריך שיהי' רוב דוקא וא"כ השתא דאיכא שני' שמסכימין עמו מגרע גרע דל מהכא תורת רוב לא יהא אלא פלגא ופלגא הרי הכלל בתקפו וקושי' עצומה היא לענ"ד. ונ"ל דלק"מ דודאי הרי"ף סבר דאף במה דשווין רב ור' יוחנן ור' ינאי לאו מחד טעם הוא אף דכתבתי לעיל בסי' י"ח דדוחק גדול הוא לומר דלאו מחד טעם הוא דהא כולהו סברי דעור שעל הטבור מציל מה בכך שהם סוברים דגם

שאר העור מציל מ"מ בכלל דבריהם של רב ור"י דבריו של ר' ינאי ובכלל מאתיים מנה הוא לזה אמינא טעמא דסברת הרי"ף כך. דהא רבה בב"ח ושמואל ור' ינאי כולהו סברי דבעי מקום מיוחד דהיינו דסברי דאין כח בהעור להעלות ארוכה רק בשיור איזה מקום רק במקום מיוחד והלכה כוותי' בזה. והנה ר' ינאי סובר דעל הטבור אלים כחו משאר העור ומועיל שיורו להעלו' ארוכה ושמואל ורבה בב"ח פליגי עלי' בזה וסברו דעור שעל הטבור לא אלים כחו משאר העור. ולפ"ז הגם דר' יוחנן ורב סברי דודאי עור שעל הטבור מציל דהא סברי דכל העור מציל ושעל הטבור בכלל מ"מ לא כשמע מנייהו כלל דסברי דשעל הטבור אלים כחו משאר העור א"כ הם מכשירין מטעם דכל העור מציל. אבל בזה יכול להיות דסברי כשמואל ורבה בב"ח דשעל הטבור לא עדיף משאר העור ולא אלים כחה כלל ור' ינאי מכשיר מטעם דסבר דשעל הטבור אלים כחו משאר עור וא"כ לא הוי מטעם אחד וא"כ בשלמא בצירוף רוב מצטרף בכה"ג כיון דלכולהו הבהמה כשרה א"כ הרי רוב מכשירין הבהמה ומצות התורה הוא אחרי רבים להטות ולא חילקה בין מטעם אחד או לא ואף ברוב הפוסקים וכמו דמוכח מהש"ס חולין בניתז דם על הדלעת וכמ"ש בסי' ל"ג אבל לענין כללי פסקי הלכת דלאו מצות התורה היא לפסוק כר' ינאי נגד שמואל או רבה בב"ח רק דחכמינו ז"ל ביררו בסברתם על מי ראוי לסמוך יותר ומי מהם מוחזק לכוון אל האמת יותר על הרוב ועל מי ראוי לסמוך באיסורין יותר ועל אי ראוי לסמוך בדיני' יותר כמבואר ברא"ש פ' שור שנגח וכו' ואמרו דאין הלכה כתלמיד במקום הרב דהרב הוי מוחזק יותר מן הסתם דהדורות מתמעטי' וכמו שאמר ר' אליעזר הגדול לא חסרתי מרבותי כו' ולא חסרוני תלמידי וכו' ואם הראשונים כמלאכים וכו' והא דמאביי ורבא הלכה כבתראי עיין במהרי"ק שורש פ"ד טעם נכון וסברת הרי"ף הוא דכללי ההלכתא לא נאמרה רק ביחיד נגד יחיד אבל לא נגד רבים והוא מלתא דמסתבר דודאי הדעת נותן יותר דהרבים כיוונו אל האמת כמ"ש בסי' כ"א בשם התומים א"כ אף כשיש מסכימין אבל לא מטעמי' דעל טעמו רבים חולקים שוב אין כאן סברא דכיון אל האמת כיון דרבים חולקין אסברתו וטעמו א"כ שוב ליתא להכלל שנפסק הלכה כמותו דהא הוא רק תלוי בסברא וכה"ג אין כאן הכרע מצד הסברא לפסוק כמותו א"כ נסתר הכלל כמו כ"ן דרבה בב"ח ושמואל פליגי על ר' ינאי וסברי דלא אלים כח העור שעל הטבור משאר עור ובזה אין נמצא מסכימין עמו נסתר הכלל ולא עדיף משאר אמוראי כנ"ל והוא סברא נכונה בס"ד. ומיהו קשה הלא בדידהו ג"כ רבים פליגי על כל אחד ואחד א"כ אין סברא לומר דודאי רבים כיוונו אל האמת והיחיד שרבים חולקין עליו לא כיוון אל האמת כיון דאין א' מהן שלא יהיו רבים חלוקין עליו וע"כ א' מהם כיון אל

האמת דה"ל שלשתן מסכימין על שאר מקומות חוץ מהשלשה דאינו מציל וגם מסכימין דרק מקום א' יש שמציל א"כ ע"כ ודאי דא' מהשלשה מציל וא' מהני אמוראי כיוון אל האמת אף דרבים חלוקים על כל א' וכיון דאזיל לי' האי סברא דודאי הרבים כיוונו אל האמת והיחיד לא כיוון אל האמת דהא א' מהן ודאי כיון להאמת ולא ידעינן מנו א"כ ראוי לומר דהדרינן לכללן דהלכה כר' ינאי דבשלמא לעיל בסי' ל"ד כתבתי שפיר דאף דדברי כל א' במקום שנים לית לן להכריע כחד מיניהו היינו דשם הייתי קאי בסברא דאיך שיופסק הדין כחד מיניהו יהי' נגד מצות התורה אחרי רבים להטות ואיך נפסוק נגד רבים. אבל לפי מה שביררתי דנגד מצות התורה אין כאן דלענין הדין מסכימין עם ר' ינאי ואדרבה הרוב אתו והתורה לא חילקה בין מטעם אחד או לא ואף שאין להקל מצד הרוב לחודא משום דהוי תרי קול' דסתרי אהדדי כמ"ש מ"מ ראוי להקל מצד דהלכה כר' ינאי כיון דעכ"פ אין רוב נגדו כמ"ש מה תאמר כיון דהכלל דהלכה כר' ינאי אינו מצות התורה רק מצד הסברא נדחה משום דרבים חולקין בטעמו כמ"ש לזה אומר לך כיון דמצד מצות התורה לא הוי יחיד נגד רבים רק מצד הסברא תאמר דנסתר הכלל דהלכה כר' ינאי עי"ז כיון דהוא ג"כ רק מצד הסברא על זה תשיב אמרי הלא כיון דהרבים אשר נגדו כל א' רבים נגדו לא נסתר הכלל מצד הסברא כמו שבארתי ותשקול כל זה בפלס מאזני שכלך ותראה בעזה"י שהדברים כנים ואמיתים בס"ד ועיין בהשמטות סי'

(לז) **ונלע"ד** ליישב דכך הוא סברת הרי"ף דאף דקודם אבייי ורבא אין הלכה כתלמיד במקום הרב ולהראשונים שומעין מ"מ לענין זה דרבים פליגי עלי' נחשב פלוגתת האחרונים על הראשונים צירוף רוב אם הם רוב אבל לא נחשב פלוגתא ראשונים על האחרונים לצירוף. רוב כמו דקיי"ל בחו"מ סי' י"ח סעיף ד' בהג"ה ובס"ס י"ב סעיף ז' שם בהמחבר באם שבע"ד בירר להם עשרה אנשים שידונו להם ושאם לא יסכימו כולם לדעת אחת שילכו אחר הרוב ונסתלק א' מהם ואינו אומר דעתו אע"ג שהסכימו כל הט' כולם לדעת אחת אינו כלום ועיין בסמ"ע שם סי' י"ח ס"ק י"א הטעם דמחלק רמ"א בין נסתלק א' מהן לאומר אינו יודע דשאני מסתלק דאיכא למימר בי' אילו הי' כאן הי' אומר טעם לדבריו והי' התשעה מודים לו עכ"ל ור"ל דלכך לא הוי רוב בכל התשעה ע"ש וא"כ לפ"ז י"ל גם בנד"ד כן דהא הראשונים לא שמעו דברי האחרוני' ודלמא אי שמעם הוי מודי להו לכך לא הוי רוב משא"כ האחרונים דשמעו דברי הראשונים וחולקים עליהם מצטרפי לרובא הנה ר' ינאי רבו של ר' יוחנן הי' ראשון וקודם לשמואל ורבה בב"ח ועכ"פ קודם שנתפשטה הוראתם כמבואר במס' יבמות דף צ"ג ע"א דאמר רב נחמן בר יצחק רב הונא כרב ורב כרב ינאי כו' פי' רש"י רב הונא כרב כלומר מרב שהוא רבי'

קבלה ורב מר' ינאי וכן כולם זה למעלה מדורו של זה הי' עכ"ל אלמא דרבי ינאי למעלה מדורו של רב ושמואל דשמואל חבירו של רב הי' וכ"ש מרבה בב"ח תלמידו של ר' יוחנן ובודאי שמיע להו דברי ר' ינאי דהלא כתב המהרי"ק בשורש צ"ד דע"כ לא מסתפק בכתובות דף ס"ט ע"א אי שמיע לי' לר"י הא דרבי רק משום דלא מצינו בשום ברייתא או מימרא משמי' דרבי דלימא הכי דמוציאין לפרנסה כו' אלא שהשיב כך בתשובת שאלה לרב דתלי לי' ביני חיטי כו' משום הכי איכא לספוקי דילמא לא שמיע לי' לר' יוחנן אבל אי הוי אמר אחד מתלמידיו משמו מסתמא ה"א דשמיע לי' לר' יוחנן שהרי היו בקיאין בכל השמועות שאומר רב מפי רב ומש"ה כתבו הגאונים הלכה כבתראי ולא אמרינן לא שמיע להו מילי דקמאי דאם הוי שמיע להו הוי הדרי בהו ורצונו לומר אלא ודאי דאמרינן מסתמא דודאי שמיע להו. ומשום זה כתבו הגאונים הלכה כבתראי ולא אמרינן דילמא לא שמיע להו מילי דקמאי ואי הוי שמיע להו הוי הדרי בהו אלא ודאי דאמרינן דודאי שמיע להו עכ"ד מהרי"ק שם צ"ל לדבריו דהא דבעי ר' זירא במס' חוליין דף ה' ע"ב לא שמיע להו כ' ע"ש היינו משום דלא הי' מסתבר לו כ"כ דלא קבלו גזירת ר"ג ובית דינו כנ"ל ולפ"ז הא דשמואל ורבה בב"ח חולקים על ר' ינאי הוי רבים לנגדו אבל לנגד שמואל לא מצטרף ר' ינאי למהוי רבים חולקים עליו וכן לנגד רבה בב"ח משום דלא שמיע להו דבריהם לכך נדחו דברי ר' ינאי באמרו דאלים כח העור שעל הטבור טפי משאר העור מכח רבב"ח ושמואל דתרווייהו פליגי עלי' בזה ומרב ור' יוחנן לא נשמע זה הטעם לכך הוי יחיד לגבי רבים בזה הטעם ואף דמ"מ מטעם רוב לא נדחה דברי ר' ינאי משום זה דהא לענין הדין מסכימין עמו רב ור' יוחנן מ"מ זה הכלל דקי"ל כר' ינאי דהוא מצד הסברא נסתר מכח דרבים פליגי על טעמו מאי אית לך למימר דיש לפסוק כמותו מטעם רוב דמסכימין עמו לענין הדין ולא משגיחין בזה בחילוקי הטעמים על זה אומר לך דהוי תרי קילי דסתרי אהדדי כמה שכתבתי:

(לח) **והנה** זה שכתבתי דהראשונים לא מצטרפי לרוב נגד האחרוני' היינו דוקא במקום דאפשר לומר דאי שמיע להו הוי מודו להו אבל במקום דלא שייך לומר כן כגון בהא דרבי ורבי חייא בניתז דם על הדלעת דלא שייך לומר דהי' מודה ר"ח לרבי דמכשיר דהא אף אם הי' מקבל דברי רבי דישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף מ"מ הרי הוא סובר דם שחיטה אינו מכשיר ואין זה ענין לדברי רבי וז"ב אבל בהא דר' ינאי ודאי י"ל דאי הוי שמיעא לי' דברי שמואל הוי מודה ליה דעור שע"ג השדרה יש כח בשירו להעלות ארוכה וכן בהא דרבב"ח י"ל כן אבל ר' יוחנן ורב ושמואל מסתמא שמעו זה מזה דבני מתיבתא משכח שכיחי מהכא להתם ומהתם להכא כדאיתא במס' גיטין דף ע"א רק

דשמואל סבר שם בני מתיבתא בגרסייהו טרידי ע"ש אבל כאן הרי בגרסתייהו עסקינן ואף דשם בגיטין איירי רק ממדינה למדינה בבבל כגון מסורא לנהרדעא ע"ש ברש"י ד"ה מתיבתא ובתוס' דיה בבל מ"מ הא שם ע"ב בגמרא איכא נמי על מבבל לא"י ומא"י בבבל דאיכא רבים דסלקי ונחתי ע"ש והיינו ג"כ בני מתיבתא כמו דאמרינן בב"ק דף כ"ד ע"ב מכריז ר' יוסף ואיתימא רבה דסלקין לעילא ודנחתין לתתא כו' והיינו ודאי בני מתיבתא דאכריז להו הוי בקיאין בדין זה כמ"ש רש"י וז"ב א"כ מצטרפי שפיר רב ור' יוחנן לר' ינאי כנגד שמואל ונשאר רבה בב"ח יחיד, וכן מצטרפי לשמואל נגד ר' ינאי וכ"ש דמצטרפי לרבה בב"ח נגד שמואל ר' ינאי לכך הוי תרי קילי דסתרי אהדדי כמ"ש משום דודאי קי"ל דרק מקום א' מציל כמו שהסכימו שמואל ורבה בב"ח ור' ינאי ודוק:

(**לט**) והא דר' ינאי מצטרפי לרובא לשמואל ורבה בב"ח נגד רב ר' יוחנן כמבואר באלפסי דרב ור' יוחנן הוי תרי לגבי תלת והלא ר' ינאי קשיש מרב ור' יוחנן והיא רבו וי"ל דאי הוי שמיע לי' דבריהם הוי מודה להו ונראה שזה הוא כוונת הרי"ף והב"י ונתיישב בטוב טעם ודעת מה שתמהתי בסי' ל"ד על הב"י במ"ש דהרי"ף מסופק דילמא הלכה כרב ור' יוחנן משום דאין הלכה כשמואל ורבה בב"ח נגד רב ור' יוחנן לפי כללי ההלכתא וא"כ ר' ינאי הוי יחיד לגבי רב ור' יוחנן ואף דהלכה כר' ינאי נגד ר' יוחנן הלא אין זה אם הוא יחיד נגד שנים. ותמהתי עליו שם האיך אפשר לומר כן הלא ממ"נ אי הוי כללי ההלכתא אף ביחיד נגד רבים א"כ הרי הלכה כר' ינאי ואי לא הוי כללי ההלכות ביחיד נגד רבים א"כ נדחה ג"כ הכלל דקי"ל כרב ור' יוחנן נגד שמואל ורבה בב"ח משום דהוי רבים בצירוף ר' ינאי ע"כ קושיתי שם והשתא לפי מה שהעמקתי תראה פלאות איך שדבר ד' בפי הב"י אמת ואני קורא עליו ויהי ד' את יוסף שהלכה כמותו דהא י"ל דר' ינאי לא מצטרף לרובא נגד רב ור' יוחנן מהטעם שכתבתי אבל רב ור' יוחנן הוי רוב נגד ר' ינאי לכך נסתר הכלל דקי"ל כר' ינאי נגד ר' יוחנן אבל לא נסתר הכלל דקי"ל כרב ור' יוחנן נגד שמואל ורבה בב"ח דאינהו לא הוו רוב דר' ינאי לא מצטרף עמהם כמ"ש משא"כ בניתז דם על הדלעת דר"ש מצטרף שפיר לדר' חייא כמ"ש לעיל בסי' ל"ח:

ומיהו י"ל דאף דלא ניפסק כהני אמוראי דבעי מקום מיוחד מטעם רוב. מ"מ ראוי לומר הלכה כר' ינאי עכ"פ בזה דבעי מקום מיוחד כפי הכלל דקי"ל כר' ינאי נגד ר"י וכן נגד רב ואף דהוי א' במקום שנים הרי שמואל ורבה בב"ח סברו כוותי' בזה ואף דלא מצטרפי לרוב משום דר' ינאי אינו מצטרף לשמואל ורבה בב"ח לרוב כמ"ש מ"מ שמואל ורבה בב"ח מצטרפין לר' ינאי לענין דלא להוי יחיד והכלל במקומו וי"ל ג"כ דלענין הכלל אין לומר צירוף בזה. כיון דבעיקר דבריו של ר' ינאי הוי יחיד במקו' שנים שוב ליתא להכלל

ושאני צירוף רוב דבמה דשווי' מצטרפין דהתורה אמרה אחרי רבים להטות משא"כ הכלל דתולה בסברא כיון דבעיקר דבריו נדחה שוב ליתא להסברא הנ"ל וכעין שכתבתי בסי' ל"ו וי"ל ג"כ להיפך דכמה דלא הוי יחיד איתא להכלל על כן מסתפק הרי"ף וזה הוא דברי הרי"ף ואי אמרת דרב ור' יוחנן כו' ור"ל כמ"ש דר' ינאי לא מצטרף לרוב לרבה בב"ח ושמואל מהטעם שכתבתי על כן קיימינן בהכלל דקי"ל כרב ור' יוחנן והכלל דקי"ל כר' ינאי ליתא משום דרב ור' יוחנן הוי רוב נגדו לזה כתב הא קיי"ל דר' ינאי ר' יוחנן כו' וא"כ י"ל כמ"ש למפסק בזה כר' ינאי מכח הכלל וי"ל ג"כ דליתא להכלל בזה כמ"ש ע"כ כיון דיש פנים לכאן ולכאן מידי ספיקא לא נפקא דיש ספק אי קי"ל כרב ור' יוחנן או כר' ינאי דבעי מקום מיוחד אבל לא בגוף הדין דעל הטבור הוי מקום מיוחד כיון דרבים פליגי עליה בזה ועל מקום מיוחד דשמואל ורבה בב"ח לא פליגי רבים כמ"ש ולמפסק כוותי' מכח רוב עפ"י צירוף דרב ור' יוחנן ג"כ לא אמרינן מכח הרי קילי דסתרי אהדדי כמ"ש בסי' ל"ז. וג"כ י"ל כפשוטו הא הוא גופיה לא מצטרף לרב ור' יוחנן לרוב נגד שמואל ורבה בב"ח מהטעם שכתבתי דאינהו בתראי ומיהו לפ"ז קשה דהוי לן למפסק כרבה בב"ח דשיור שעל ר"פ מציל מטעם רוב בצירוף רב ור' יוחנן מה אית לך לומר דהוי תרי קילי דסתרי אהדדי הא ליתא דהא בדר' ינאי אין כאן רוב כמ"ש וגם בדשמואל אין כאן רוב נגד רבה בב"ח דהא רבה בב"ח הוי בתרא נגד שמואל דתלמידו של ר' יוחנן הוא ולא אתמר הלכה קמיה דמר שמואל בשום מקום משמי' דרבה בב"ח היכא דאמר מסברא דנפשי' ובדרבה בב"ח איכא רוב שפיר בצירוף רב ור' יוחנן נגד שמואל וא"כ לא הוי קילי דסתרי אהדדי דהא ליכא רוב רק בדרבה בב"ח לכך נ"ל דז"א דאיך נימא דלא מצטרפי קמאי כרוב נגד בתראי אף רב נגד תלמיד דהלכתא כוותי' היכא דהוי יחיד נגד יחיד מהטעם שכתבתי דדילמא אי הוי שמיע ליה הוי מודה לדבריו דא"כ אמאי ביחיד נגד יחיד הלכה כהרב נימא ג"כ אילו הוי שמיע לדברי תלמידו הוי מודה לו וכיון דלא אמרינן כן ביחיד נגד יחיד והיינו משום דאין לכו לומר דהרב היה מודה לתלמיד מכ"ש דלא אמרינן כן אם יש מסכימין עם הרב בא פן דהוי רוב בצירוף הרב והא דבאמת לא אמרינן כן מבואר במהרי"ק שורש פ"ד משום דדוקא ואביי ורבא ואילך אמרינן דהלכה כבתראי אפילו כתלמיד במקום הרב מה"ט דקמאי לא ידעי במילי דבתראי ובתראי הרי ידעי במילי דקמאי וחלקו עליהם אבל קודם אביי ורבא אין הלכה כתלמיד במקום הרב והיינו טעמא משום דעד אביי ורבא לא היו התלמידים שונים אלא ע"פ קבלת רבותיהם כפי מה שהיו שונים להם מהם היו שונים ע"פ ר' חייא ור' אושעי' ומהם ע"פ משנת בר קפרא ומתנית' דבי לוי ומתניתא דבי שמואל ומשנת קרנא וכדומה ומשום כך ראוי

לפסוק כדברי הרב כיון שהתלמיד לא ידע אלא מתוך דברי רבו דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אבל מאביי ורבא ואילך למדו כל הדיעות ר"ל משנת ר' חייא ור' אושעי' ובר קפרא וכו' ולפיכך ראוי הוא לפסוק כדברי התלמיד דבתראה הוא ולפעמים שהרב הולך לשיטה אחת מן הברייתות כגון משנת ר' חייא ור' אושעי' והתלמיד זיקק מכח ברייתא אחרת כמו משנת בר קפרא או אינך או בהיפך או לפעמים לא עיין הרב בחדא מהני מתניתא והתלמיד עיין בו לכך אמרינן שפיר דהתלמיד ידע מדברי הרב וחלק עליו ודאי עיין שפיר בכל המקומות והרב לא ידע מדברי התלמיד ולכך קבעו הגאונים הלכה כדברי התלמיד מפני שהוא אחרון מאביי ורבא ואילך ולא מקודם עכ"ד ע"ש שהאריך בזה עיין בהשמטות סי' ג':

והנה מבואר עוד מדברי מהרי"ק בשורש צ"ד דגם קודם אביי ורבא הלכה כבתראי וכן מוכח מהש"ס מס' כתובות דף ס"ט ע"א שם דבעי אי קבלה ר' יוחנן או לא שמיע לי' וכן מבואר שם מדברי רבינו האי גאון שהביא מהרי"ק שם וכן מבואר מדברי הרא"ש ז"ל שם בכתובות וע"כ צ"ל דהא דלא אמרינן הלכה כבתראי קודם אביי ורבא היינו דוקא תלמיד במקום הרב וצ"ל דר' יוחנן לא הי' תלמידו של רבי דר' יוחנן קטן היה בימי רבי כדאיתא במס' חולין פ' ראשית הגז דף קל"ז ע"ב דאמר שם ר' יוחנן דכירנא כד הוי יתיבנא אחרי י"ז שורן אחורי' דרב קמי' דרבי ונפקי זיקוקין דנורא מפומי' דרב לפומיה דרבי ומפומי דרבי לפומי' דרב ולית אנא ידע מה הן אמרין ע"כ ואף דמ"מ היה מתלמידיו כמ"ש יתיבנא אחר י"ז שורן מ"מ רוב חכמתו לא היה ממנו דהא אז לא הבין דברי רבי כמו שהעיד על עצמו וז"ב. מ"מ קשה מאד דק"ו הדברים דמה לנגד ר' ינאי אין הלכה כר' יוחנן ע"א כו"כ לנגד רבי דודאי אי פליגי ר' ינאי ורבי הלכה כרבי דהא קי"ל הלכה כרבי מחבירו וכ"ש מר' ינאי שהוא אמורא ואפשר דגם ר' ינאי תלמיד דרבי הוי אף דהרמב"ם בהקדמת' לס' היד החזקה כתב דר' ינאי מב"ד של רבי היה מ"מ הא כתב שם ג"כ דרב ושמואל ור' חייא ור' יוחנן מב"ד של רבי ובודאי דרב ושמואל תלמידיו הם וגם ר' חייא כדאמרינן בעלמא רבי לא שנה ר' חייא מנלן ואף אם נימא דר' ינאי לא היה תלמידו של רבי מ"מ קשה כנ"ל ק"ו הדברים דאם לנגד ר' ינאי אין הלכה כר' יוחנן ק"ו לנגד רבי וכה"ג אמרינן ק"ו במס' עירובין דף מ"ו ע"ב בפ' מי שהוציאוהו דאמר שם ר' מאיר ור' יוסי הלכה כר' יוסי דהשתא ר' יהודא ור' יוסי הלכה כר' יוסי כ"ש ר' מאיר ור' יוסי דהא ר' מאיר ור' יהודא הלכה כר' יהודא דאמר שם על ר"מ השתא במקום ר' יהודא ליתא במקום ר' יוסי מבעיא וכן אמר שם ר' אמי על ר' יהודא ור"ש ע"ש ולכאורה היה אפשר לחלק ולומר דדוקא במקום דקבעו הלכה כדברי א' נגד חבירו משום דידוע להם

דעל זה ראוי לסמוך טפי משום דהוי מתון ומסיק טפי איכא ק"ו הנ"ל ע"ד משל אם ראוי לסמוך טפי על ר' יהודא מעל ר"מ כ"ש דראוי לסמוך על ר' יוסי טפי מעל ר"מ דהא על ר' יוסי ראוי לסמוך טפי מעל ר' יהודא וכ"ש מעל ר' מאיר אבל היכא דאיקבע הלכתא רק משום דהלכה כרב לגבי תלמיד א"כ ליתא לק"ו הנ"ל ותלמידו של זה הוי ולא של זה כמו דהוי דר' ינאי ודר' יוחנן הלכה כר' ינאי היינו רק משום דר' יוחנן תלמידו הוי לכך יכול להיות הלכה כר' יוחנן לגבי רבי משום דלאו תלמידו הוי אף דר' ינאי ורבי הלכה כרבי וליתא להק"ו הנ"ל ויוכל להיות דר' ינאי ג"כ לאו תלמידו דרבי הוי כנ"ל לכאורה אבל בתשובת הרשב"א סי' ז' ובתשו' מהרי"ק שורש ק' ענף א' משמע דאין לחלק בזה דמהרי"ק ז"ל הוכיח שם הלכה כר' חייא לגבי שמואל משום דר' חייא רבו של רב הוי ורב גדול משמואל עכ"ד ע"ש ועוד דבאמת אין סברא לחלק בזה לפי מ"ש מהרי"ק ז"ל הטעם דאין הלכה כתלמיד במקום הרב קודם אביי ורבא משום דכל תלמודו של התלמיד מתוך משנתו של רבו היה אם כן לפ"ז שפיר י"ל ק"ו מה אם הלכה כרבי לגבי ר' ינאי ק"ו לגבי ר' יוחנן תלמידו של ר' ינאי דכל תלמידו של ר' יוחנן מתוך משנתו של ר' ינאי הוי א"כ ודאי לא עדיף מיניה ועוד מה"ת יהיה ר' יוחנן יוצא מן הכלל דקי"ל הלכה כרבי מחבירו וע"כ צ"ל משום דבתרא הוא ומה"ט דרבי לא שמע דברי ר' יוחנן א"כ לנגד ר' ינאי רבו כמי נימא כן כמו דאמרינן מאביי ורבא וע"כ צ"ל כמ"ש מהרי"ק דקודם אביי ורבא לא עדיף מרבי אף דבתרא משום דכל לימודו רק מתוך משנתו של רבי א"כ הדרא הקושיא דלא עדיף מרבו ר' ינאי דהלכה כרבי לגבי ר' ינאי והוא קושי' גדולה לענ"ד שם במס' כתובות וחפשתי בכל המפרשים שם ראשונים ואחרונים ולא מצאתי מי שהרגיש בזה ומיהו קושיא זו נראה ליישב בטוב טעם ודעת בס"ד והוא דאומר אני כמ"ש מהרי"ק לענין הא דמסופק שם אם שמיע כר' יוחנן הא דרבי היינו משום דלא נאמרה רק בתשובת שאלה לרב ככה אני אומר לענין הא דמשמע דאי הוי ידעינן דשמיע לר' יוחנן ולא קבלה הוי קי"ל כר' יוחנן ולא כרבי היינו ג"כ משום דלא נאמרה הא דרבי רק בתשובת שאלה לרב. ואבאר זה דהא הטעם של מהרי"ק לא שייך בזה ואומר לך טעמו של דבר דהא ודאי דקי"ל דאזלינן בתר רבים אף היכא דמיעוטא מחדדי טפי וב"ש וב"ה י כיחו כדאיתא במס' יבמות דף י"ד ע"ש וכ"ש כרבים נגד יחיד אף דהיחיד הוא יותר גדול והנה איתא בסנהדרין דף נ"ו הרב ותלמידו מונין להם שנים וגם בד"נ שונה אדם לתלמידו ודן עמו רק בד"נ אין נמנים לשנים רק באם א"צ רק לגמרי' דרבו ולא צריך לסברי' דרבי' אבל בטומאה וטהרות ובאו"ה נמנין לשנים אף דצריך גם לסברי' דרבי' ע"ש ולפ"ז נראה לומר דהיכא אמרינן דאין הלכה כתלמיד במקום הרב היינו באם דברי

שניהם נאמרו בישיבה ומדלא נחלקו עליו מסתמא הסכימו עמו ומסתמא הרב יותר גדול בחכמה דהדורות מתמעטין והמנין אין ידוע של מי גדול ע"כ קי"ל כדברי הרב וג"כ י"ל דאמרינן דמסתמא הרב גדול במנין נמי קודם אביי ורבא דבכל פעם נתפזרו ישראל יותר לקצוות ונתמעטו הישיבות כמבואר בהקדמת הרמב"ם לספרו היד החזקה אבל כאן שדברי רבי לא נאמרו בישיבה רק כתבן לרב אם כן הוי יחיד ור"י אמר אמר דבריו בישיבה כ כל דבריהם נאמרים בישיבה א"כ אי בזה הוי ר"י רבים לגבי רבי וראוי להיות הלכתא כוותיה רק משום דאמרינן דכיון דרק דתשובת שאלה היא לא שמיע לי' לר"י אבל אי הוי שמיע ליה הוי מודה לי' לכך לא הוי רוב נגדו והלכתא כרבי כנ"ל ברור ונכון מאד בס"ד ולפ"ז סתם מימרא דנאמרה לפני התלמידים אין הלכה כתלמיד במקום הרב קודם אביי ורבא שהי' כל משנתן מתוך משנת רבו ולא אמרינן אילו הרב הי' קיים הי' מודה לדבריו א"כ פשיטא דמצטרף הרב לרוב נגד התלמיד א"ם ל"ק דניפסוק כרבה בב"ח אבל הדרא הקושי' דנהוי הלכה כרבי ינאי כמ"ש בסי' ל"ו:

[מ] **ונראה** ליישב דהא קשה בהא דחולין בניתז דם על הדלעת דמצרפינן ר"ש לדר' חייא למהוי רוב לגבי רבי הא כבר ברורתי לעיל בסי' ב' דאף דמצרפין לרוב אף שחלוקין בטעמן היינו דוקא באם אין הטעמים סותרין זא"ז אבל באם הטעמים סותרי' זא"ז דאי הא לא קיימי הא ואי הא לא קימא הא אין נמנין רק לאחד כיון דחד מינייהו ודאי טעה ואותו אין ראוי למנות והבאתי לזה ראי' ברורה משנים שאמרו טעם א' משני מקראות ע"ש א"כ לפ"ז כיון דרבנן פליגי עלי' דר"ש והתורה אמרה אחרי רבים להטות א"כ הוי כנתברר דטעה ואיך מצרפינן ליה למנין רוב וע"כ צ"ל דלא דמי דבשלמא התם דנתברר ודאי דטעה ודאי גמור שוב לא מצרפינן לי' אבל כאן דלא נתבאר דטעה רק דמצות התורה עומדת לנגדו א"כ בגוונא דמצות התורה מסייעו שפיר מצרפינן לי' דמאי אולמ' דהאי מהאי א"כ לפ"ז דוקא בדבר שמצות התורה מסייעו משא"כ דלצטריף לי' לענין דלהוי הלכה כר' ינאי בזה אמרינן שפיר דלא יכילנא לצרף ליה כיון דנתבטל דעתו מצד מצות התורה לכך א"א לצרף רב ור' יוחנן דלהוי הלכה כר' ינאי מאי תאמר דנצרפי' לרוב א"כ הוי תרי קילי דסתרי אהדדי' וזה ישוב נכון מאד בס"ד:

והנה בעזה"י יצאו הרי"ף ורמב"ם ז"ל בדימוס. והנה דעת הרשב"א והרא"ש מבואר דסברי דהני כללי דהלכתא הם גם ביחיד נגד רבים וע"כ כתבו דאם גריס ר' ינאי ראוי לפסוק לגמרי כר' ינאי ואם הגרסא ר' אלעזר בר' ינאי ראוי לפסוק כר' יוחנן לכך כתב הרשב"א בת"ה דשעל הטבור מציל ממ"נ דאם הגרסא ר' ינאי הרי ראוי להיות הלכה כרבי ינאי א"כ שעל הטבור מציל ואם הגרסא ר' אלעזר בר' ינאי א"כ הרי ראוי להיות

הלכה כר' יוחנן וא"כ כל העור מציל וכ"ש שעל הטבור עכ"ד והסכימו עמו הפר"ח והכו"פ. והנה אמת דהרשב"א לשיטתו יוצק חן בשפתותיו דהיינו דהוא סובר דכללי ההלכתא הוא ביחיד נגד רבים אבל להרי"ף ז"ל דסובר דכללי ההלכתות אינו ביחיד נגד רבים א"כ הממ"נ הנ"ל אינו כלום דאף דגריס ר' ינאי ע"מ אין הלכה כר' ינאי ואף אם הוי גריס ר' אלעזר ברבי ינאי מ"מ אין הלכה כר' יוחנן וז"ב כשמש ועיין בפרי מגדים במשבצות זהב שם ביו"ד סי' נ"ט ס"ק א' דמתמה על הב"י דלפי הכלל שלו כל ששני הפוסקים מהשלשה המה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש מסכימין לדעת אחת הכי נקטינן וא"כ למה לא פסק כאן דע"פ השדרה כשרה דהא הרי"ף והרא"ש מכשירין דהא הרי"ף סובר דכ"ע מודו לשמואל והרא"ש דכל העור מציל ושע"פ השדרה בכלל וכתב וז"ל ואולי דהכלל לא נאמ' אלא היכא ששניהם מחד טעמא משא"כ כאן דהרי"ף פוסק כשמואל והרא"ש פוסק כר' יוחנן. וכתב עוד ולפ"ז מ"ש הכה"ג בהגהות ב"י אות כ"ב דמש"ה פסק כהאבעי' לקולא משום דהר"מ והרא"ש מתירין ולא ידענא אם ר"ל דלהרא"ש לא שייך אבעיא דכל העו' מציל א"כ ה"ל לפסוק בניטל עור ושדרה קיים כהרי"ף והרא"ש עכ"ד הפרי מגדים. והנה מ"ש הפ"מ על הכה"ג בלשון ספק ולא ידענא אם ר"ל כו' דמה ספק יש בזה הא ודאי כוונתו כך דהא הרא"ש ז"ל תטה שם על הרמב"ם וכתב ולא ידענא למה מתי' מספק רק דכוונת משום דלמסקנת הרא"ש דפסק כר"י לא שייך האי איבעי' וז"ב ולפ"ז מוכח דהב"י מחזיק בהכלל שלו אף שאין מסכימין מטעם אחד דהא טעם הרמב"ם משום דפסק כהאבעי' לקולא וטעמו של הרא"ש משום דפסק כר' יוחנן. ואם כן לפי"ז קשה דה"ל למפסק דע"פ השדרה כשרה. והנה י"ל בתרין אנפין או שנימא דלא ככה"ג רק דפסק כהרמב"ם בזה משום דמסתב' ליה טעמו אף דיחיד הוא בזה דודאי היכא דיש לו להב"י הכרעה ברורה מכריע רק במקום שאין הכרעה ברורה ויש טענות וראיות לכל צד מטה על פי הכלל ויש לומ' גם כן להיפך דפסק כהאבעיא לקולא משום דהרמב"ם והרא"ש מתירין כמה שכתב הכנה"ג והא דלא פסק בע"פ השדרה דמותר משום דהרי"ף והרא"ש מתירין היינו משום דלא מסתבר ליה דברי הרי"ף כלל בזה דמה"ת לומר דאינהו מוספי אדשמואל כמו שפירש הוא בדברי הרי"ף ומיהו אף אם נימא דהב"י לא מחזיק להכלל שלו במקום שאין מסכימין מטעם אחד ודלא כהכנה"ג מ"מ נראה דזה דוקא ס"ל להב"י בהכלל שלו כיון דבאמת לא הוי רוב הפוסקים כמו כאן דהרמב"ם והרשב"א ורבינו ירוחם והר"ן מטריפין א"כ אין כאן מצות התורה אחרי רבים להטות רק דזה הכרעת הב"י מסברת עצמו לפסוק כשנים מהני שלשה דעליהם ראוי לסמוך יותר לדעתו א"כ כשאין מסכימין מטעם אחד אין

כאן הכרעת הדעת דכבר כתבתי כמה פעמים דלענין הכרעה מצד הסברא מגרע אם אין מסכימין מטעם אחד כנ"ל ברור בדעת הב"י אם נימא דאין מחזיק הכלל שלו אם אין מסכימין מטעם אחד כנ"ל, וכבר חלקו על הכלל שלו מהרש"ל וזקני הרמ"א ז"ל כידוע ומפורסם מחיבוריהם והקדמותיהם עיין בהקדמת היש"ש לחולין והקדמת זקני הרמ"א לספר דרכי משה ולספר תורת חטאת ועיין בספר המכריע של רבינו ישעי' הזקן סי' י"ז מ"ש בענין גלודה וז"ל אבל הנכון בעיני דקי"ל כר' יוחנן דאמר כל העור מציל אפילו עור בית הפרסות דאע"ג דר' ינאי הוי רבו של ר' יוחנן כיון דכולהו אמוראי פליגי עלי' בטיל למימרי' והדרינן לכללן רב ושמואל ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן עכ"ד ודבריו תמוהים מאד דהא כל הני דפליגי עליה דר' ינאי פליגי ג"כ על ר' יוחנן ואף אם אין הלכה כר' ינאי דהלכתא כוותיה לגבי ר' יוחנן מחמת דכל הני אמוראי פליגי עליה מה"ת יהיה הלכה כר' יוחנן כיון דכל הני אמוראי פליגי עליה ועיין בישו"ש פ' א"ט סי' צ"א שכתב הטעם של הרמב"ם דלא מכשיר בניטל כל העור רק בנשתייר בשלשה מקומות ע"פ השדרה ובר"פ ועל הטבור משום דסבר דר' ינאי מוסיף דאף שעל הטבור מעכב ע"ע דהיינו היפך הוספה שכתב הב"י להרי"ף ודוק אבל לא מחוור בפירושא דשמעתא דאינהו בהצלה מיירי ולא בעיכוב וגם לדבריו עיקר התמיה על הרמב"ם דמה שפסק כהאבעי' לקולא במקומו עומד כמ"ש שם בעצמו גם מ"ש שם דר' ינאי בר' ישמעאל מחמיר בכולהו אינו מוכרח די"ל דבעי לכל חד כדאית ליה ומ"ש בדברי הרי"ף דאפשר דלא פסק כשמואל רק להחמיר אף כנגד ר' ינאי אבל כ"ש דאזלינן נמי לחומרא כאינך אמוראי כר' ינאי ורבה בב"ח עכ"ל שותי' לא ידענא חדא דמה כ"ש הוא להחמיר בדרבה בב"ח טפי מדשמואל דודאי שמואל רב גוברי' טפי מרבה בב"ח ועוד הא הרי"ף כתב להדיא וחזינן דשמואל מחמיר מכולהו ש"מ דסובר דשיור דשמואל מועיל יותר מכולם דהוא החומרא היותר גדולה וגם דמסיק הלכך לא מכשרינן לה לגלודה רק באשתייר ע"פ כל השדרה כשמואל הרי דפוסק כשמואל דאל"כ ה"ל לומר אלא באשתייר בכל השלשה מקומות. ועכ"פ היה לו לומר אלא באשתייר גם ע"פ השדרה אלא ודאי דלא בעי רק שיורא דשמואל וז"ב בדעת הרי"ף ודלא כהיש"ש ועיין בתשובות רבינו מנחם עזרי' סי' ס"א שכתב דאפשר דרבה בב"ח אראשי פרקים חוליותי' של שדרה קאי וכן ר' ינאי מקום טבור היינו בשדרה כנגד עקום הטבור וממעט בשדרה דלא בעי שיור ע"פ כל השדרה כשמואל עכ"ד ואם נימא כן שפיר כתב הרי"ף דשמואל מחמיר מכולהו ומ"מ צ"ל כמ"ש כי היכי דלא תקשה דלמה לא מכשיר כדר' ינאי לחוד וכן כדרבה בב"ח מטעם רוב והדברים ברורים בס"ד בהא נחיתנא ובהא סליקנא דודאי כל היכא דאזלינן בתר רוב הן ברוב דיינים או ברוב

הפוסקים הוי רוב אף שאין מסכימין מטעם אחד כנ"ל ברור בס"ד. ועיין מ"ש זקני הרמ"א ז"ל בד"מ ביו"ד סי' נ"ח לענין יתר צלע ועיין שם בט"ז ס"ק ד' ובש"ך ס"ק ט':
ב"ה יום ו' עש"ק פ' נשא תקס"ז לפ"ק רישא

שאלה פג

לחזי' לי' כבר בתי' שלמא רבא ונפישא ה"ה כבוד אמו"ר הרב הגאון הגדול המפרסם בדורו כ"י ע"ה פ"ה סיני ועוקר הרים ומפרק סלעים כפטיש יפוצץ לכמה ניצוצות דנורא החרי' ובקי בחדרי תור' כקש"ת מהו' משה נ"י לכצ' האב"ד דק' שינאווי ואגפי'
האף אמנם שמהראוי הי' לי להיות נחבא אל הכלים כי מי אנכי לבא לגשת הנה ואף נם זאת לבא לטרוח לכבוד אדמ"ו בדברי מילי אשר הם אך למחסור לפני כבוד הדרת קדשו אשר נהירין לי' שבילי דרקיע אך מידי דברי בו זכור אזכרנו שזה ערך שמונה שנים שהייתי לומד לפני ישיבת כבוד אד"מו שי' במורא כמה שבועות ועל דא סמיכנא שלא תהא תשובתו ריקם מלפני כי מכירו אני לשעבר מגודל ענותנותו וצדקתו ועתה באתי לשאול כתלמיד הדן לפני רבו היות שבסוגיא זו שאני עוסק כעת בר"פ שבועת העדות קשים עלי להולמן דברי מאור עינינו הרשב"א ז"ל בחידושי שבועות שלו ומבקש אני מכבוד מעלתו הרמה שימחול על כבודו ולהאיר עיני בתורתו של הרשב"א ז"ל דאמרינן שם בסוגיא דף ל"א דאינה נוהגת אלא בראוין להעיד כו' לאפוקי מאי אמר ר"פ לאפוקי מלך וראב"י אמר לאפוקי משחק בקובי' כו' מ"ד משח' בקובי' כו' ומ"ד מלך אבל משח' בקובי' דאורי' מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו ע"כ בסוגי' וז"ל הרשב"א בחידושיו תמיה לי' מ"מ כיון דפסלוהו רבנן ואפילו יניד לא יתחייב הלה ממון למה יגי' והלא לא חייבתו התורה אלא במפסיד לתובע ממון בכפירתו כו' ואפש' דר"פ וראב"י פליגי בפלוגתא דראב"ש ורבנן בדבר הגורם לממון אי כממון דמי או לא דר"פ סבר כממון דמי והלכך אלו העיד זה שמא האחר יתבייש שאינו יכול להעיז פניו בפני עד זה וכיון דמדאורייתא כשר והוא גורם לממון חייב משא"כ בקרובים ופסול' דאורייתא דאין חייבים בכך לפי שאינם חייבים להעיד מדאורייתא וראב"י סבר דלאו כממון דמי וכיון דפסלוהו רבנן ה"ה כפסולי דאורייתא ולא אמרינן דלמא מסתפי ומודה. ועדיין אינו מתיישב בעיני דהא אמרינן לקמן הכל מודים כשכנגדו חשוד על השבועה אמרינן חשוד מאן אלימא ליה כו' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת וה"נ מדיני דאורייתא הו"ל למשקל בלא שבועה. ככל מחויב שבועה שאי"ל דמשלם ואין שכנגדו צריך לשבע אלא דרבנן תקנו לחשוד ואפ"ה כיון שזה אינו מפסידו להדיא דשמא לא ישבע אפ"ה פטור זה שאין מקבלין עדותו כלל

לכ"ש שהוא פטור וצל"ע עכ"ל הרשב"א.. ואיני יכול להבין דבריו הקדושים בראשון מה שתירץ דר"פ וראב"י באו לתרץ מתני' פליגי בפלוגתא דראב"ש ורבנן כנ"ל תמוה דהא עיקר דבריהם של ר"פ וראב"י באו לתרץ מתני' דקתני ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד דלאפוקי מאי אתא כיון דכבר חשיב ותנא כל הפסולי עדות בהדי' לכך מתרצי ר"פ וראב"י מר כדאית לי' ומר כדאית ליה ואם כן האיך אפשר לומר דר"פ אזיל בשיטתי' דר"א בר"ש הא מתני' דידן עכ"פ לא אתי' כראב"ש כדאמרינן בש"ס דלקמן מדקתני במתני' בזא"ז הראשון חייב והשני פטור מתני' דלא כהאי תנא כו' וע"ש ברשב"א וגם מה שהניח הרשב"א בצ"ע מסוגיא דלקמן לא זכיתי להבין דהתם סתמא דגמרא מקשה לאביי דאמר הכל מודים כשנגדו חשוד על השבועה כו' מש"ה שפיר מקשה הש"ס מי יימר דמשתבע דלא ניחא להש"ס לומר דסבירא ליה לאביי כר"פ דהכא כיון דאנן קי"ל כראב"י כמ"ש הרמב"ם וכל הפוסקים דבאמת אף כל פסולי דבריהם פטורים מקרבן העדות וכיוצא בו הוא במס' יומא דף ע"ד מקשה הש"ס שם אר"ש מהא דראב"י דהכא וע"ש ומאי מקשה הש"ס דלמא באמת קי"ל להש"ס כר"פ דהכא דפליג אראב"י אע"כ צ"ל דלא ניחא להש"ס לתרץ הכא לאוקמא דר"ל כר"פ דלא קי"ל הכי וא"כ ה"נ ניחא להש"ס לתרץ דברי אביי כראב"י דקי"ל הכי:

ובאמת לולא דברי הרשב"א ז"ל הייתי יכול להמציא סברא ויתורץ בזה ג"כ קושיא הראשונה של הרשב"א דמקשה דמ"ט דר"פ לחייבו בקרבן כיון שהוא אינו בכלל הגדה מדרבנן כנ"ל והוא דבאמת מודה ר"פ דהיכי שאינו בכלל הגדה מדרבנן שאינו מועיל ערותו בוודאי פטור מקרבן והכא שאני גבי משחק בקובי' דרבנן פסלו לעדותו הם בעצמם אמרו דאעפ"כ יתחייב בקרבן עדות כדי שלא יהא חוטא נשכר רק לגבי אחרים פסלוהו לעדות אבל לגבי עצמו יכשירוהו דהם אמרו והם אמרו כדי שלא יהא חוטא נשכר ולפ"ז מתורץ קושיא ב' של הרשב"א מסוגיא דלקמן דהתם שאני כיון דס"ס מדרבנן לא ישקול היכא דלא משתבע לימא ליה מי יימר דמשתבעת ומתורץ בזה ג"כ קושיא שהקשו התוס' בד"ה ורבנן הוא דפסלוהו יעו"ש והשתא דאתינא להכי ממילא מיושב הסוגיא דיומא הנ"ל דלא רצה הש"ס לאוקמי דר"ל כ ס"ל כר"פ דבאמת בנידון דהתם אף ר"פ גופי' מודה דאינו חייב בשבועות ביטוי כיון דמדרבנן חצי שיעור אסור והכא שאני דמתחלה תקנו חכמים הכי שיהא נאמן לגבי עצמו לחייבו קרבן בכדי שלא יהא חוטא נשכר כנ"ל ומבוקשתי ממכ"ת שאל יהא לו לטורח לשום עיונו על דברי הנ"ל ולהשיב לי תשובה ע"י מוקדם וסמכתי אני על גודל צדקתו שבוודאי לא ישיבני ריקם כי חפץ למען צדקו שיגדיל תורה ויאדיר.

וגדולה מזה תמוהים דברי הרשב"א בעיני דלפמ"ש הוא ז"ל בעצמו דר"פ וראב"י פליגי בפלוגתא דראב"ש ורבנן דר"פ ס"ל כראב"ש דגורם לממון כממון דמי וא"כ מה זה שכתב הרשב"א אח"כ ועדיין אינו מתיישב בעיני דאמרינן לקמן ה"מ כשכנגדו חשוד כו' הלא אביי בעצמו קאי אפלוגתא דראב"ש ורבנן דכ"ע מודו אפילו רבנן דראב"ש בשכנגדו חשוד על השבועה דחייב וע"ז שפיר מקש' הש"ס מי יימר דמשתבע דאף ר"פ גופיה לא קאמר רק משום דאזיל בשיטתי' דראב"ש כמ"ש הרשב"א אבל לרבנן דראב"ש אף ר"פ עודה כן נראה לי ואם כן מאי הא דקאמר אביי הכל מודים הלא אדרבא לרבנן דראב"ש אף בזה סברי דפטור כיון דגורם לממון לאו כממון דמי ולימא ליה מי יימר דמשתבע וצע"ג הכ"ד תלמידו המצפה לתשובתו הק' אליהו יהודא ליב חתן מוה' וואלף דמשק: שוי"ר לכבוד אתו' תלמידי ידידי כנפשי הרבני המופלג בתורה וביראה האברך מו' **אלי' יהודה ליב** נ"י:

תשובה מה שהקשה על הרשב"א יפה הקשה דלכאורה דברי הרשב"א קשים להולמן דודאי המשנה לא אתי כר"א בר"ש גם מה שתמה על הצ"ע של הרשב"א הכה בקראי מכתבך תמהתי מה ראה להביא ממרחק לחמו ולהקשות קושי' דחיקא יותר הו"ל להקשות כיון דר"פ סובר כר"א בר"ש דוקא א"כ מקשה הש"ס שפיר על אביי איך אמר הכל מודים. אח"כ ראיתי שהרגיש בזה בסוף מכתבו אבל האמת הוא דודאי לא נעלם ממאורן של ישראל הרשב"א ז"ל דברים פשוטים כאלה רק שקיצר קצת בלשונו כדרך הראשונים ז"ל ואבאר לך כוונתו בתי' ההוא ולא יקשה עליו ב' הקושיות שלך דמ"ש דפליגי ר"פ ור' אחא בפלוגתא דר"א בר"ש ורבנן בדבר הגורם לממון אם כממון דמי או לא דר' פפא סבר כממון דמי כו' אין פירושו דר"פ סובר כר"א בר"ש ור"א כרבנן רק ה"פ דפליגי בפלוגתא דר"א ורבנן גופא בדבר הגורם לממון ר"ל בדבר הגורם לממון כזה כדמפרש אח"כ אי כממון דמי בין לרבנן בין לראב"ש או לא ר"ל או לא הוי כממון בין לרבנן בין לראב"ש דר"א סוב' לאו כממון דמי לכ"ע בהפלוגתא הנ"ל דאף ר"א בר"ש עודה בזה ור"פ סובר כממון דמי לכ"ע אף לרבנן דר"א בר"ש דהא הרשב"א סוב' דבאמת קיי"ל בכל מקום גורם לממון כממון דמי כמ"ש הרשב"א לקמן דף ל"ב רק דרבנן סברי דכאן כתיב אם לא יגיד דמשמע דהחיוב מזומן בשעת הגדה כמ"ש הרשב"א שם וסובר ר"פ דוקא בעד א' לא הוי החיוב מזומן דמאן יימר דישלם ולא ישבע אבל כאן במשחק בקוביא ודאי לא איירי בע"א דהא ע"א בלא"ה המשנה סובר דאינו חייב בקרבן שבועה וגם דוחק לומר דאיירי בשנים משחקים בקוביא דהא למעוטי משחק בקוביא אמר ר"א דומיא דר"פ דאמר למעוטי מלך דודאי לא שייך כלל לומר דמיירי בשני מלכי ישראל

והם עדים לו אע"כ ה"פ דיש עד אחד שמעיד לו והוא עד כשר רק הבע"ד מחפש עוד ע"א שיהיו ב' עדים שיוציא ממון על פיהם והעד הב' הוא מלך או משחק בקוביא לכל חד כדאית ליה וז"ב א"כ לכך סובר ר"פ דאף לרבנן דר"א בר"ש דפליגי בע"א מודו כאן במשחק בקוביא דשם אין החיוב מזומן דאינו קרוב לודאי דיודה ע"י שבועה דאולי כיון דחשוד לממון חשוד נמי לשבועה אבל כאן דיש ב' עדים ע"א הכשר וזה הפסול מדרבנן ודאי יתבייש לשבע לשקר להכחיש ובוודאי יודה והוי החיוב מזומן וקרוב מאוד לודאי לכך חייב קרבן שבועה משא"כ מלך דהתורה לא חייבתו בכך שיעיד כמ"ש הרשב"א ור"א סוב' דלאו כממון דמי לכ"ע דאף ראב"ש עודה כאן דשם יש חיוב שבועה ע"י הוי גורם לממון דמסתמא לא ישבע לשקר אבל כאן דליכא ע"י זה העד לא חיוב ממון ולא שבועה רק דהחיוב שבועה הוא מכא עד הראשון בלא עדותו וממ"נ אם לא ירצה לשבע לשקר עדותו של זה למה לי ואם ירצה לשבע לשקר מה יועיל עדותו של זה רק דנימא דמסתפי לשקר בפני זה הא לא אמרינן כן סובר ר"א וז"ב ואמת בכוונות הרשב"א ז"ל ומ"ש הרשב"א שמא יתבייש שאינו יוכל להעיז בפני עד זה ר"ל בצירוף העד הראשון שכבר מעיד דהא ע"כ איירי בכה"ג כמ"ש דודאי לא עדיף מעד כשר וז"ב:

וממילא דל"ק ג"כ קושיא הב' שהקשתי על קושית הרשב"א דיפה הקשה הרשב"א דמנ"ל להש"ס להקשות דלימא אביי סובר דכ"ע מודים בזה אף רבנן דראב"ש דהא זה אמר בא והעידני ואני אשבע באמת והרי בידו לשבע והוי החיוב מזומן וכ"ש הוא מדר"פ דאמר הכל מודים במשחק בקוביא כמ"ש דהא ודאי דכאן החיוב מזומן יותר וגם מקרי יותר בר חיוב דהא מדאורייתא חייב לשלם בלא שבועה כלל א"ו דלא מסתבר כלל לומר כן לרבנן דר"א בר"ש דאינהו לא מחייבי רק באם החיוב תיכף ע"פ הגדה זה מגיד וזה מתחייב א"כ קשיא לר"פ וז"ב ואמת בכוונת הרשב"א ז"ל ועולים דברי הרשב"א כהוגן ומה שהקשת דמ"מ פריך הש"ס שפיר על אביי מדר"א כמו דפריך הגמ' ביומא על ר"ל מדר"א הנה אף אם יהיבנא לך דקושית הגמ' ביומא על ר"ל הוא מדר"א מה שאינו כן לדעתי כמ"ש לקמן בס"ד מ"מ מקשה כאן הרשב"א שפיר דמנ"ל להגמרא להקשות על אביי דהא בכאן החיוב מזומן יותר כמ"ש הרשב"א וכ"ש הוא מדר"פ א"כ י"ל דלמא גם ר"א מודה בזה ומנ"ל להקשות א"ו דהי' ברור לחכמי הש"ס דלרבנן דר"א בר"ש לא מתחייב בק"ש רק במקום שמתחייב תיכף ע"פ הגדה א"ם א"כ קשי' הך דר"פ וז"ב.

ומה שישבת לקושית הרשב"א הם דברים שלא ניתנו לומר ולא לכתו' דכיון דאין עדותו מחייב ממון יהי' מאיזה טעם שיהי' א"כ הרי מן התורה אין כאן חיוב קרבן דהחיוב קרבן אינו רק במקום שמפסיד ממון בכפירת עדותו וזה הוא יסוד הקושיא של הרשב"א

א"כ מה זה שכתבת הם בעצמם אמרו שיתחייב וכי יאמרו החכמים שיביא חולין לעזרה דהא לא הוי קרבן מן התורה ומה זה שכתבת לגבי עצמו הכשירוהו מה בכך הלא מ"מ עדותו אינו מועיל כלל לחבירו ואינו מפסיד ממון בכפירתו וממילא דלאו בר קרבן הוא וכי משום דלא יהא החוטא נשכר יצוו חז"ל להביא חולין בעזרה וגם מה חוטא נשכר שייך הכא כיון דאינו מתחייב בקרבו זה לא שייך רק במקום דהוי חיוב כמו בכתובות ד' י"א ע"א דמתחייב בקנס רק מחששא דלמא תחזור בה ואכלה בגיות' רוצה לפטרו ורבא סובר דמן הדין לית לה ע"ש בתוס' ד"ה אביי והגע עצמך במס' חולין ד' ה' ע"א דאית' שם מכם ולא כולכם להוציא את העומר וכן שם ע"ב השב מידיעתו מביא קרבן על שגגתו והאי לא שב מידיעתו היא דהא מומר לאכול חלב הוא ע"ש יאמרו חכמים דמתחייב קרבן כדי שלא יהא חוטא נשכר אלא אין אלו אלא דברי תימא ודברים אלו אינם דברים כלל ואינם דברים שבלב רק דבר שפתים אך למחסור כדברי כת המדברים המצפצפים ומהגים ולא כדברי כת המעיינים וממילא דנדחה כל מה שכתבת דנהרס היסוד ונפל הבנין כשל עוזר ונפל עזור ותאמין לי ידידי כי כל מה שכתבתי עד הנה הנה היא למען אהבתך ולהדריכך במעגל יושר ולמען דעתי אותך שאתה רוצה לקבל האמת והנה לענ"ד נראה לישב קושית הרשב"א הנ"ל וגם לישב מה דהקשה הש"ס ביומא על ר"ל דלדעתי אין סברא כלל לומר דמקשה על ר"ל מכח דפסקו כל הפוסקים כר"א ר"ל דק"ל כוותי' דהא באמת גם שם קי"ל כר"י ולא כר"ל א"כ שפיר מצי לומר דר"ל סובר כר"פ ולא כר"א ועוד קשה הלא מה דפסקו כר"א הוא משום דמסתבר טעמי' דודאי לא חייבה התורה בקרבן רק במקום שזה מגיד וזה יתחייב ומפסיד עמון בכפירתו והרי המקשן שם ביומא לא אסיק אדעתא הך טעמא דהא לפ"ז לק"מ על ר"ל שם וכמו שתירץ הגמרא באמת שם א"כ כיון דלא ידע המקשן מהא דמסתבר טעמי' דר"א א"כ מה הקשה על ר"ל אדר"א והוא דבר תמוה מאוד לענ"ד ומקודם אתרץ לקושית הרשב"א דנ"ל דטעמא דר"פ הוא בשלמא הפסול לעדות מדאורייתא א"כ לאו בר עדות הוא כלל ואינו חל עליו השבועה משא"כ הפסול מדרבנן דמדאורייתא בר עדות הוא ומ"ט אתה רוצה לפטרו משום דאינו מפסיד בכפירתו דהא מ"מ הודאתו אינו מועיל יהי' מאיזה טעם שיהי' לזה אומר אני כיון דיש לזה תקנה קלה שיכשר עדותו דהרי אמרו בסנהדרין דף כ"ה ע"ב דאימתי חזרתן ר"ל של משחקי קוביא משישברו פספסיהן ויחזרו בהם חזרה גמורה דאפילו בחנם לא עבדי וכן הוא בש"ע חו"מ סי' ל"ד סעיף למ"ד ובוודאי מחויב הוא לעשות כן ולשוב מדרכו הרעה דמי שאכל שום וריחו נודף יחזור ויאכל שום אחר ואל תרשע הרבה כתיב וכמו דדרשו רב עולא להאי קרא במס' שבת פרק במה מדליקין ד' ל"א ע"ב לכך סוב' ר"פ

דמחויב הוא לשוב מדרכו הרעה ולהעיד ולכך כיון שכופר הוי מפסיד ממון בעדותו דאם לא כפר הי' בידו לתקן תיכף ומחויב הוא בכך וא"כ כיון שבידו לתקן הוי מפסיד ממון דהא אי בעי הוי משבר פספסין והי' מקבל עליו שלא יעשה עוד אפילו בחנם והי' מעיד והי' מועיל עדותו אף להעדות שראה בשעת שהי' פסול כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ד ס"ק ל"ג דהפסולין בעבירה לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ע"ש ור"א ס"ל דמ"מ התורה לא חייבה בקרבן רק במקום שאלו מגיד כאשר הוא עתה הי' מועיל ואין מחוסר אלא הגדה וכן קיי"ל כן נ"ל ברור בס"ד. והוא ישוב נכון לקושית הרשב"א ז"ל לדעתי בס"ד וממילא דלק"מ קושית התוספות בסוגיא דידן בשבועות ד"ה ורבנן עה שהקשו מן הכל מודים בעד מיתה כו' ע"ש ודוק וממילא דל"ק גם הקושיא השני' של הרשב"א דהא על אביי פריך הש"ס שפיר דמאן יימר דישבע ואין ענין כלל לסברת ר"פ לפי מה שביארתי סברת ר"פ בס"ד ומעתה נ"ל לתרץ גם הקושיא הראשונה מה שהקשה שם במס' יומא על ר"ל דהא באמת מבוא' ברמב"ם פ"ג מה' מלכים הלכה ז' וז"ל אבל מלכי ישראל גזרו חכמים כו' ולא מעיד ולא מעידין אותו עכ"ל ע"ש משמע דהא לא מעיד הוא רק במלכי ישראל והוא רק מדרבנן ולא במלכי ב"ד ומיהו במלכי ב"ד נמי אינו מעיד רק למלך אחר דלא גרע מכ"ג כמבוא' שם בכ"מ ואף שמהר"מ חביב כתב בס' תוספת יום הכיפורים במס' יומא שם דף ע"ד ע"ב דחלוקת ולא מעיד נקט הרמב"ם אגב אינך דלפי האמת המלך אינו מעיד מדאורייתא עכ"ל הוא דוחק גדול ובאמת גם בגמ' דסנהדרין דף י"ט ע"ב משמע דהוא רק מדרבנן דמסיק שם על עובדא דינאי המלך ושמעון בן שטח באותה שעה אמרו המלך לא דן ולא דנין אותו לא מעיד ולא מעידין אותו ע"ש ובאמת מהמשנ' גופא שם בסנהדרין ריש פ' כה"ג משמע כן דהא כריך ותני ולא מעיד בהדי אינך לא דן כו' והנך כולהו מדרבנן נינהו כנ"ל ברור ומה שאמרו כאן בסוגיא דשמעתן במס' שבועות כש"כ מלך לא מפרש הרמב"ם כמו שפירש רש"י משום דהוא מדאורייתא דהא הוא סבר דג"ז מדרבנן רק נ"ל דהכי מפרש לה כיון דמדרבנן לאו בר עדות הוא א"כ אינו מפסיד ממון ובכאן לא שייך הסברא שכתבתי גבי משחק בקוביא דהרי בידו להשיב מדרכו ומחויב הוא בכך א"כ הרי מפסיד ממון שישוב מדרכו ויעיד דודאי אין למלך להסתלק ממלכותו עבור עדותו של זה וגם אם מחל על כבודו אין כבודו מחול כדאיתא במסכתא קידושין ד' ל"ב ע"ב ובמס' סנהדרין י"ט ע"ב אבל במשחק בקוביא דמדאורייתא מחזי חזי דאם לא הוי חזי מדאורייתא לא הי' מועיל מה שבידו לשוב כיון דהשתא לאו בר עדות הוא כלל לא חיילא עלי' שבועה כלל כמש"ל משא"כ כיון דמדאורייתא חזו ורבנן הוא דפסלוהו א"כ הוי בר עדות דאורייתא ואין אתה יכול לפטרו רק משום דמ"מ אינו מפסיד ממון

לזה מהני מה שבידו שמחויב לשוב כמ"ש ור"א סב' דגם בזה לא מתחייב כמש"ל וא"כ לפ"ז קשי' על ר"ל ביומא בין מר"פ בין מר"א לפי מה דס"ד דהמקשה שם דהא תרווייהו דרבנן הוא. וז"ב בפשט דברי הגמרא ביומא דאל"כ למה מביא הגמרא כלל ביומא דברי ר"פ והא דנקט והא משחק בקוביא חדא מיניהו נקט וה"ה באינך ונקט הך משום דסליק מיניה והתירוץ דמתרץ הגמ' שם הוא ג"כ לכ"ע בין לר"פ בין לר"א כנ"ל נכון וברור ומסוגיא הנ"ל דיומא הוציא הרמב"ם נ"כ הא דמלך לא מעיד הוא רק מדרבנן דאל"כ לא הוי מקשה הש"ס מידי על ר"ל דדילמא כר"פ ס"ל כנ"ל ברור ונכון בס"ד.

ועוד ראיה גדולה לדברי דאיך נימא דמלך פסול להעיד מן התורה א"כ מה ביני לשא' פסולין דאורייתא ולמה לא משני לאפוקי גזלן או משום דכבד' תני בהמשנה ולא בפסולין וכדי שלא תטעה לומ' דוקא פסולי דאורייתא חזר ותני ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד למעוטי גם כן פסולין דרבנן אבל אם נימא דמלך פסול דאורייתא א"כ ג"כ הוא בכללא דרישא כמו שאר פסולין דאורייתא א"ו דהעיקר כדעת הרמב"ם דגם המל' לא מעי' הוא רק מדרבנן ולשיט' רש"י נ"ל דרש"י סוב' כיון דהא דהמלך לא מעיד הוא רק משום דבזיון הוא לו א"כ אם אירע דהעיד ודאי עדותו מועיל וכשר הוא רק דמ"מ כש"כ מלך משום דמדאורייתא אינו מחויב כלל להעיד לא חייל עלי' שבועה כמ"ש הרשב"א סברא זו לדרכו ומעתה ל"ק דהוא בכלל הפסולין דהא באמת לאו פסול הוא כלל ודעת הרמב"ם נ"ל דאף להדיוט דמדאורייתא אינו מעיד דלא גרע מכ"ג כמ"ש הכ"מ בפ"ג מהלכות מלכים שם מ"מ ראוי לחייבו בקרבן שבועות העדות אם כפר בשבועה דהתורה לא תלתה חיוב קרבן רק במקום שהי' מגיד הי' מועיל וכאן כמי אם הי' מגיד הי' מועיל כמ"ש דלאו פסול הוא רק שבזיון הוא לו לכך אינו מחויב להעיד לכתחלה אבל אם כפר בשבועה ודאי חייב דאף שאינו מחויב להעיד לכתחלה מ"מ לא הי' לו לשבע לשקר רק שלא יעיד וכיון שנשבע לשקר ואם הי' מגיד הי' מועיל הי' ראוי לחייבו בקרבן שבועה כנ"ל ברור בדעת הרמב"ם וכמו שאבאר עוד מהרמב"ם דה' שגגות ועוד הלא אינו פסול כלל מה"ת דנימא דלאו בר עדות הוא כלל ולא חייל עלי' שבועה רק דהתורה חסה על כבודו ולא חייבה אותו ללך ולעמוד ולהעיד אבל כשר הוא ואם העיד עדותו מהני אם כן בר עדות הוא ואם כפר בשבועה חייב קרבן והוא סברא ברורה מאוד רק הא דפטרינן לי' מקרבן כמו דמבואר בסוגיא דידן דבמלך כ"ע מודו נ"ל דהוא משום דהתקנה הי' דלא מעידין אותו א"כ ממילא אם מעיד הוא דאין עדותו מועיל כלל דהא הו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דהא אין מעידין אותו ונמצא לא יהי' בתורת הזמה דהא אין מעידין עליו להזימו והרמב"ם לשיטתו דסובר דגם בממון בעינן עדות שאי"ל דמטעם זה

פסק בפ"ג מה' עדות דעדות המכחשת זא"ז בחקירות בדיני ממונות פסולה כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ג ס"ק ט"ז ומ"מ הא גופא דהוי עדות שאאי"ל הוא דרבנן דהא דלא מעידין עליו הוא רק מדרבנן ולכך לא הוי בכלל הפסולין ולכך פריך שפיר על ר"ל ביומא ואף דבאמת דהא דאינו ניזום הוא מתק"ח דתקנו דלא מעידין עליו מ"מ אחר דתקנו כך פסול עדותו הוי מדאורייתא דכל עדות שאאי"ל מן התורה פסולה יהי' מאיזה טעם שיהי' הא דאי אתה יכול להזימו מ"מ כיון דשאאי"ל פסלתו התורה מ"מ אינו בכלל ולא בפסולין דתנן בהמשנה דמשמע שהם מצד עצמן פסולין דאורייתא אבל כאן מחמת העדר דין הזמה אין עדותן מועיל אבל מלך מצד עצמו לאו פסול הוא וגם הא גופא דהוי העדר דין הזמה מ"מ נצמח מכח תק"ח ולכך עלה על דעתו של המקשן שם במס' יומא דיחול עלי' ק"ש כיון דמדאורייתא לא הוי עדות שאאי"ל אף דלאחר התקנה הוי פסול עדות דאורייתא כמו שעלה על דעתו במשחק בקוביא אף דלאחר התקנה אין עדותו מועיל וכל שאין עדותו מועיל התורה פטרו מקרבן מ"מ הוי ס"ד כיון דנצמח רק מדרבנן הא דאין מועיל עדותו חייל עלי' ק"ש ה"נ הוי ס"ד בהא דמלך דמ"מ הא דהוי שאאי"ל הוא מדרבנן חייל עלי' ק"ש דממש סברא אחת ודברים אחדים הם ומשני כיון דאין עדותו מועיל יהי' מאיזה טעם שיהי' אין כאן ק"ש א"כ ממילא דא"ש במשחק בקוביא וכ"ש במלך דאחר התקנה דאין מעידין עליו מדאורייתא עדותו בטלה ומ"מ אינו בכלל ולא בפסולין דהמשנה דשבועות דמשמע דהם פסולין מצד עצמן וז"ב וע"פ מה שבארתי י"ל ג"כ כוונת הגמרא בסוגיא דידן במס' שבועות דאמר וכ"ש מלך הוא משום דאף דהא דלא מעיד ועדותו בטלה בדעבד נצמח מן התקנה מ"מ אחר שנתקן דלא מעידין אותו ממילא דעדותו בטלה מן התורה משא"כ משחק בקוביא דמדאורייתא מחזי חזי ובאמת כ"ל שהגמרא נתכוון להא וכל דבריהם בכלל דברי הגמ' דהיינו דבמלך לאחר שנתקן הו' מדאורייתא וגם לא שייך לומר דיש לו תקנה וראוי ומחויב לתקן עצמו אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחז' חזי ורבנן הוא דפסלוהו וממילא דשייך לומר דיש לו תקכה ומחויב הוא בכך ודוק ולפי מה שבארתי הפירוש הוא בדברי הגמרא סנהדרין ד' י"ט ע"ב וברמב"ם פ"ג מה' מלכים ולא מעיד הואיל ולא מעידין אותו ר"ל דזה תולה בזה וכ"מ דאף למלך אינו מעיד ובדעבד ג"כ עדותו בטלה וממילא דאינו חייב ק"ש עדות דאלו מן התורה הרי זה מעיד למלך וגם בשאר כל אדם בדעבד אם העיד עדותו כשרה וממילא דקדם התקנה הי' חייב בקרבן שבועה לכל אדם אם כפר בשבועת עדות כנ"ל בדעת הרמב"ם וגם רש"י מודה ודאי להא דהוי עדות שאאי"ל ופסולים בדיעבד דהא הש"כ כתב שם דכ"ע מודים דבעינן בממון עדות שאאי"ל ע"ש ודבריו נכונים ולכך לא

הוי בכלל הפסולין דבהמשנה דהא משמע דהן עצמן פסולין דאורייתא הן כמ"ש ועכשיו א"ש טפי הא דאמרינן כ"ש מנך דלפי מש"ל לשיטת רש"י קצת קשה דאף אם מצד זה מסתבר טפי למעוטי מלך משום דאינו מחויב כלל להעיד מן התורה מ"מ הלא ג"כ י"ל אפכא דמסתבר טפי למעוטי משחק בקוביא שאם מגיד אינו מועיל ממלך שאם מגיד הי' מועיל וכיון דיש סברא ג"כ להיפך א"כ שוב לאו כ"ש הוא ועכשיו א"ש דבאמת גם במלך אם יגיד לא הי' מועיל וא"כ כ"ש הוא במה דמן התורה אינו מחויב להעיד כלל כנ"ל ברור לדעת רש"י ועכשיו נחזור לדעת הרמב"ם דהוי מלך כ"ש משום דאם הי' מגיד אינו מועיל משום דהוי עדות שאאי"ל משא"כ במשחק בקוביא דבידו ומחויב לשוב מדרכו הרעה ואז הי' מועיל עדותו וגם הוי עדות שאי"ל ועפ"ז א"ש הרמב"ם בה' שגגות פ' עשירי הלכה ז' דכתב דהמלך מביא קרבן על שבועת עדות דהיינו במלכי ב"ד כמ"ש הכ"מ שם ול"ק מה שהקשה עליו הרמב"ן חביב בספר תוספות יה"כ שם הלא אין לחלק רק גבי דין דגזרו מדרבנן ובמלכי ב"ד לא גזרו משום דהם נכנעין לדת ישראל אבל גבי עדות דהא דלא מעיד היא דאורייתא ודאי דאין לחלק עכ"ד דלפמ"ש א"ש דמשום זה דלא מעיד מדאורייתא הי' חייב בק"ש דמ"מ אם הי' מגיד הי' מועיל וכ"ש למלך דמעיד לכתחלה רק כיון דתקנו דאין מעידין אותו לכך פטור משום דהוי עדות שאאי"ל ואם הי' מגיד לא הי' מועיל א"כ ממילא במלכי ב"ד דלא תקנו ומעידין אותו שפיר חייב בשבועות העדות בין להדיוט בין למלך דהא אם הי' מגיד הי' מועיל, וא"כ דברי הרמב"ם והכ"מ הם כפתור ופרח ואמת בדעת הרמב"ם ואין אנו צריכים להדוחקים של בעל תוס' יה"כ ואולי הכ"מ לא נתכוין לכך כיון שלא ביאר דבריו כן להדי' מ"מ רוח ה' נוססה בו וכיון לאמת בדעת הרמב"ם כנ"ל ברור בס"ד ואין להקשות לפי מה שביאר הש"כ דכ"ע מודו דבעינן במומין שאי"ל א"כ מה זה שתירץ הרשב"א בסוגיא דידן בשבועות בתירוץ הראשון דכל הפסולין מדרבנן אם תפס ע"י עדותן אף בעדים לא מפקינן מיני' עכ"ד איך נימא כן הלא כיון דאין עדותן מועיל להוציא ממון ע"פ אם לא תפס א"כ ממילא דהוי עדות שאאי"ל אף אם יתפוס דהא אם יזימו אותם יאמרו הלא עדותינו לא הי' מועיל כלום ומנא הי' לנו לידע שזה יתפוס אחר כך ואם כן כיון דהוי עדות שאאי"ל יהי' מאיזה טעם שיהיה הרי עדותו בטל מן התורה כמ"ש אם כן ממילא ודאי דאינו מועיל תפיסה בעדים והיא קושיא מושכלת בס"ד וא"ל דהרשב"א מוקי בתפס כבר בעדים והם יודעין זה א"כ מ"ט דמאן דפטר מקרבן בן כיון דאמרינן דמועיל עדותן לתפוס וכבר תפס א"ו דהרשב"א מוקי בלא תפס רק דמאן דמחייב סובר כיון דמועיל לענין אם יתפוס שפיר קרינן ביה אם היה מגיד היה מועיל ומאן דפטר סובר כיון דהגדה לחודיה אינו מועיל

בלא תפיסה לא קרינן ביה אם היה מגיד היה מועיל רק צ"ל בדעת הרשב"א בתירוץ הנ"ל וא"כ הדרא קושיתי לדוכתא ומ"מ י"ל דהרשב"א בתפס כבר מיירי ומ"מ מאן דפטר סבר כיון דפסול מדרבנן הוא רק אם העיד ותפס לא מפקינן מיניה א"כ אכן לא כייפינן לי' שיעיד אף אם תפס ואין עליו חיוב הגדה כאשר הוא עתה קודם ששב מדרכו הרעה לכך לא חייל עליה שבועת עדות כן י"ל בדעת הרשב"א בתי' ההוא:

ועוד נ"ל בדעת הרשב"א שסובר כיון שאין עדותו מועיל רק לענין אם יתפוס א"כ עיקר עדותו מעיד בודאי לענין זה שאם יתפוס יועיל תפיסתו דהא בל"ז אין תועלת בעדותו א"כ לכך הוי שפיר עדות שאי"ל וחייבין בדין הזמה כיון דרצו לחייב אם יתפוס דומה למ"ש התוס' במס' ב"ק דף כ"ב ע"א בשם ר"ת דהא דקתני נמצאת כת שלישית זוממת כולן חייבים אע"ג דעדיין לא חייב נ"ש מ"מ כיון שמיעדין אותו וממילא מתחייב נ"ש כשיגח נגיחה רביעית לכך כשהוזמו צריכין לשלם נ"ש כפי מה שתעלה נגיחה ד' כשיגח דהא ע"כ לא באו כ"א לחייבו נ"ש בנגיחה ד' דלא מצי למימר לחיוב פ"כ אתינן כדמסיק ואזיל עכ"ל התוס' שם ור"ל כמו דאוקים שם בגמ' דמרמזי רמוזי. או דבאו רצופים או דאין מכירין את השור ע"ש א"כ כ"ש כאן דאין מועיל עדותו בלא תפיסה כלל וודאי דחייבין בדין הזמה כנ"ל והוא תירוץ נכון ומרווח בס"ד ואין להקשות ממ"נ אי לא יתפוס ודאי אין סברא לחייב בדין הזמה דמאן נימא דהוי אתי לידי תפיסה וגם מוכח ממשנה וגמ' מכות דף ג' ע"א דמספק הפסד לא מחייבינן בדין הזמה גבי מעידין אנו שגירש ולא נתן כתובה ע"ש ודוק א"ו צ"ל אם יתפוס ואח"כ יוזמו א"כ הוי כאשר עשה והתורה אמרה כאשר זמם ולא כאשר עשה ודומה להרגו דאין נהרגין וא"כ ממ"נ לא יצוייר כאן דין הזמה ואינו דומה להא דר"ת דשם כשיגח ולא שלם עדיין ויוזמו יהיו חייבים מי' לק"מ דהלא כבר כתבו התוס' במס' ב"ק דף ד' ע"ב ד"ה וע"ז בשם ריב"א ור"י דבממון אפילו כבר שילם על פיהם חייבין בדין הזמה דבממון לא הוי כאשר עשה משום דאפשר בחזרה וגם בממון הוי ק"ו דבממון עונשין מן הדין ע"ש והרשב"א לשיטתו שם בחידושיו לב"ק דף כ"ד מתרץ מדעתי' דנפשי' ממש כתירוץ ר"ת ושם בדף ה' ע"א כתב לדברי הרמב"ם דבממון חייבים בדין הזמה אפילו כבר שילם א"כ לפ"ז א"ש הכל וכל מה שכתבתי הוא נכון מאוד בס"ד לענ"ד הכ"ד א"נ:

שאלה פד

שוב חזר השואל כאשר יבאו דבריו בתוך תשובתי וז"ל אחד"ש כו' ע"כ מבוקשי לבל יהיה לטורח למשא לעיין במכתבי אף שאיני אפילו כננס לגבי ענק וקטנו עבה ממתני תורה היא וללמוד אני צריך וכבר אמר החכם קבל האמת ממי שאמרו:

בראשון מ"ש מעכ"ת ליישב קושית הרשב"א ז"ל מה שהניח בצ"ע קושית הגמ' על אביי מי יימר דמשתבע וז"ל מעכ"ת דיפה הקשה הרשב"א דמנ"ל להגמ' להקשות דלמא אביי סובר דכ"ע מודו בזה אפילו רבנן דראב"ש דהא זה אומר בא והעידני ואני אשבע באמת והרי בידו לשבע והוי חיוב מזומן כ"ש הוא מדר"פ דאמר ה"מ במשחק בקוביא דהא וודאי כאן החיוב מזומן יותר כו' ולענ"ד הקלושה נראה דאדרבא דהתם גרע טפי מהא דר"פ דבר"פ שייך לומר דהחיוב מזומן וקרוב מאוד דוודאי יתביש לישבע לשקר להכחישו כמ"ש מכ"ת אבל הכא כיון דליכא אלא ע"א לא שייך לומר כן ואי משום דביד התובע לשבע וליטול ובאמת ישבע הלא אף בפלוגתא דראב"ש ורבנן במשביע ע"א נ"כ שייך לומר דהעד הפסידו ממון גמור דבוודאי לא היה התובע נשבע כיון שיודע בעצמו שהעד אמת מעיד ואף שכופר ונחשד הוא על הממון לא נחשד על השבועה כמ"ש התוס' בפ"ק דב"מ ושאר דוכתי דהחשוד על המעון לא חשוד על השבועה דלא כרש"י יע"ש ואף הרשב"א ז"ל בעצמו כתב לקמן ד' מ"ב כפי' התוס' ודחה פירש"י ז"ל ע"ש וא"כ יש לנו לומר כיון דבידו של הנשבע שלא לשבע בוודאי לא ישבע שקר כיון שאינו נחשד על כך ואף עפ"כ מ"ל לרבנן דראב"ש דפטור דלא הוי רק גורם לממון דשמא ישבע הנתבע שקר להכחיש העד וא"כ ה"ה ה"נ ליכא רק גורם לממון דשמא לא ירצה לשבע אף שבועת אמת ואי משום שהתובע אומר להעד בא והעידני ואני אשבע מכח זה אין אנו יכולים לחייב העד בק"ש דשמא אעפ"כ כשיעי' אח"כ לא ירצה לשבע התובע ומה שרוצה שהעד יעיד לו הוא רק כדי שהנתבע יודה לו מחמת העד ומש"ה לא הוי רק גורם לממון דשמא לא יודה לו הנתבע כיון דליכא אלא ע"א לא יתביש וג"כ התובע לא ירצה לשבע אח"כ אף באמת ואף שיש איזה סברא לדחוק ולחלק מ"מ לא היה להרשב"א להקשות מכח זה ולהניח בצ"ע עכ"ל השואל אבל אין בפקפוקו כלום דודאי היכא דביד התובע ליטול מעון ע"פ עדותו של זה אם ירצה באין מוחה ודאי הוי החיוב מזומן יותר ממקום שתולה בדעת אחרים דהיינו בהנתבע דאף דקי"ל באמת דהחשוד לממון אינו חשוד לשבועה היינו משום דיש בני אדם שחשודים לזה ולא לזה מ"מ ודאי יש רקים ופוחזים שחשודין לזה ולזה ואולי הנתבע מהן ולא הוי היזק ברי ולא מיקרי מזיק דאיתרע קצת חזקת כשרות דידיה ובוודאי ידעתי גם ידעתי דקי"ל דלא

אמרינן מיגו דחשוד כו' דהא לכך כתבתי בלשוני אולי האי הוא חשוד ג"כ על שבועה י"ל כולי האי ואולי רק דנימא דמ"מ כיון דאיכא עוד א' בהדי' אף דאין מועיל עדותו מ"מ יתביש ר"א לא ס"ל הכי אבל היכא שביד התובע ליטול ע"פ עדותו אם ירצה באין מוחה שוב מיקרי היזק ברי אף דבאמת יוכל להיות שלא ירצה לשבע אף באמת מ"ע הוי כמונח בכיסתי' כיון דבידו לשבע דכל מה שביד אדם לעשות לזכותו רואין אותו כאלו כבר עשוי כמ"ש הרא"ש בב"ק בסוגיא דמכר לא' דף ח' ע"א ע"ש וכ"כ שם הרשב"א בחידושיו לב"ק דף ח' ע"ב ד"ה א"ה בנזקין נמי נימא הכי כו' דכיון דיכול למהדר כאלו אהדר דמי עיין בטור חו"מ סי' קי"ט ואף דיש לחלק ולומר דמחוסר שבועה שאני מ"מ אף אם אין כאן ראי' גמורה כ"כ מ"מ תבלין יש ועיין בשו"ת צ"צ סי' ט"ו ודוק ה"נ י"ל כיון דבידו לישבע באמת וליטול הוי ממונו שפיר א"כ זה העד מפסיד ממונו אף דיוכל להיות שלא ירצה לשבע באמת מה לו להעד בזה אם זה יוותר או ימחול או יתן במתנה ממונו בשביל איזה כבוד שמים ולא הוי אלא כספק שמא ימחול לו להנתבע אף אם יתחייב ע"פ הדין דמש"ה ודאי לא פטרינן להעד דמה לו לזה אם זה יותר משלו מ"מ הוא הפסידו ובפרט דמדאורייתא אורייתא מגיע לו ממון זה בלא שבועה כלל כמ"ש הרשב"א א"כ הוי ממונו ממש ועפ"ז שכתבתי תבין סברא זו שכתב הרשב"א דמדינא דאורייתא ה"ל למשקל בלא שבועה כו' דלכאורה חמי' דמה בזה דמ"מ כיון דעתה אינו נוטל בלא שבועה א"כ אולי לא הפסידו דשמא לא הה נשבע אבל ממה שכתבתי תבין שדבריו המה כפתור ופרח דברים מושכלים כיון דמדאורייתא אינו מחוסר שום מעשה כלל א"כ הוי ממונו ממש ואף דמדרבנן הטילו עליו שבועה ואולי לא ירצה לשבע מ"מ כיון דבידו לשבע מיקרי ממונו שפיר ואם אינו רוצה לשבע הוי רק הנותן ומוחל ממונו בשביל כבוד שמים שלא ישבע באמת והוי עביד מצוה בממונו ומה לו להעד בזה מה דהוי עביד בממונו א"כ במה שכבש עדותו מפסידו שפיר ומה שכתבת דביד הנתבע שלא לשבע הם דברים תמוהין דמה שביד אדם לעשות לזכותו רואין כאלו כבר עשה וכבר יש לו זכות הזה אבל לא מה שיש ביד אחרים לזכותו ודאי לא אמרינן כאלו כבר עשוי וכבר יש לו זכות הזה כיון דתולה בדעת אחרים היא ולרווחא אביא לך ראי' ברורה לדברי דהא קשה לפי דמסיק הש"כ דכ"ע מודו בממון דבעינן עדות שאי"ל א"כ קשה איך משכחת כלל בממון עדות שאי"ל והא דין קבלת עדות מבואר במשנה סנהדרין דף כ"ט ע"א ובש"ע חו"מ כ"ח סעיף ז' ח' דמתחלה מאיימין על העדים ואח"כ מוציאין את כל אדם לחוץ ומשיירין את הגדול שבעדים כו' ואח"כ מכניסין את העד השני כו' ע"ש וקשה הא עד השני הוי תמיד ער שא"א י"ל דאם יוזם יאמר מה אפסדתיך דהא כבר עד

הראשון חייבך שבועה ואולי לא הייתי רוצה לשבע אף באמת והיית משלם וא"כ לא הפסדתיך כלום ע"ד משל שמעידין שראו שהלוה לו פלוני מכה יאמר השני הלא עפ"י הראשון כבר נתחייבת שבועה בשלמא בד"נ דאין עד אחד כלום שפיר הווין שנים יכול להזימן אבל בממון לעולם הוי עד השני א"א י"ל וכיון דבממון ג"כ עדות שא"א י"ל לא הוי עדות א"כ לעולם לא משכחת בממון שני עדים כלום דהא עדותו של עד השני אינו מועיל כלל א"ו צ"ל כע"ש כיון דבידו לשבע באמת הוי פטור גמור ואף אם היה משלם ולא כשבע היה נותן ממונו לכבוד שמים שלא ישבע אפילו באמת ומה לו לעד בזה וכיון דהי' פטור גמור וזה חייבו הוי ממש מפסידו ומזיקו וא"כ ה"ה בנד"ד לענין שבועת עדות בשכנגדו חשוד ועוד דנד"ד כש"כ הוא דהא אם יוזמו העדים דהיינו בעמנו הייתם מ"מ י"ל דגוף הענין אפשר דאמת הוא עם התובע שהלוה וכדומה וא"כ לא היה יכול לשבע הנתבע דהוא שבועת שקר א"ו אמרי' כיון דהוזמו העדים ממילא אמרינן כל מה שת"י אדם הוא שלו ובודאי האמת כדברי הנתבע והיה יכול לשבע כצ"ל א"כ כש"כ בנד"ד דלפי הודאת העד ודאי דהיה התובע יכול לשבע א"כ ראוי לחייבו קרבן שבועה וזה ברור כשמש רק בסברת המקשה דמקשה על אביי ולימא ליה מי יימר דמשתבעת הוא דסובר דאינו דומה לזה שכתבתי דמ"מ כיון דצריך שבועה עדיין לא הוי כ"כ ממונו כיון דאינו ת"י ומחוסר שבועה משא"כ זה שהממון ת"י הוי ממונו ממש קודם שהעידו ב' עדים ואף אם העיד א' אין עליו רק חיוב שבועה ולא ממין ובידו לשבע ולכך הוי ממונו ממש ואף אם אולי לא הוי רוצה לשבע והיה משלם מה לו לזה להדהוי עביד זה בממונו שהיה נותן ממונו לאחרים בשביל כבוד שמים א"כ זה שחייבו מפסידו ממש כמ"ש וזה ברור בסברת המקשה ומ"מ מקשה הרשב"א שפיר דמ"מ כ"ש הוא מדר"פ דהא גם בדר"פ אין המעות ביד התובע וא"כ בכאן ודאי דהחיוב מזומן טפי דהחיוב אינו תולה בדעת אחרים כלל אלא בדעתו וגם מדאוריי' אינו מחוסר שבועה כלל והוי ממונו ממש וא"כ אף דרבנן הטילו שבועה עליו ראוי לומר דהוי ממונו ובידו לשבע ואף אם אולי ימחול לא הוי רק בספק שמא ימחול זה ממונו כמ"ש ומ"מ העד הפסידו וא"כ כיון דכ"ש הוא מדר"פ מנ"ל להקשות דלמא אביי ס"ל כר"פ ואולי גם ר' אחא מודה בזה כמ"ש ואינו דומה למ"ש הר"ן בשם הרא"ה והביאו הש"כ בסי' ע"ה ס"ק מ"ז וסי' צ"א ס"ק כ"ו דכל היכא שאם מודה לא היה התובע נוטל אלא בשבועה לא הוי כפירת ממון שאני התם דאמרינן אולי לא יוכל לשבע וגם אין בידו אבל הכא בשבועת העדות הרי העד מודה ולפי הודאתו הרי יכול היה לישבע לכך ראוי לחייבו בקרבן ודוק ובמחילה מכבודך שלא ירדת לסוף דעתי ולסוף דעת הרשב"א בזה דהוא סברא נכונה וברורה ועמוקה כדרך סברת הקדמונים

בס"ד ומה שתמהת עוד וז"ל מ"ש מעכ"ת וז"ל והא דהקשית דמ"מ פריך הש"ס שפיר על אביי מדר"א כמו דפריך הש"ס ביומא על ר"ל מדר"א י"ל דהרשב"א מקשה דמ"מ מנ"ל להגמ' להקשות על אביי דהא בכאן החיוב מזומן יותר וכ"ש הוא מדר"פ א"כ י"ל דגם ר"א מודה בזה ומנ"ל להגמ' להקשות ע"כ דברי מכ"ת לא יכולתי לעמוד על דעת כ"ת דאין מן הצורך לדחוק בהכי ובלא"ה א"ש לפי מה שביאר מכ"ת כוונת הרשב"א דטעמא דר"פ אינו רק משום דס"ל דגורם לממון כי הכא לכ"ע כממון דמי אבל אי לאו דגורם לממון אף ר"פ מודה כיון דרבנן פסלוהו אף מדאורייתא חזי תו אין בחיוב קרבן שבועה א"כ תו א"צ לדחוק ולומר דקושית הש"ס ביומא אזל' אליבא דר"א רק דאפי' מדר"פ מקשה הש"ס דע"כ לא קאמר ר"פ בשבועות העדות רק מטעם דגורם לממון הוי משא"כ התם בשבועות ביטוי אף דחצי שיעור מותר מן התורה לר"ל כיון דמדרבנן אסור ח"ש תו אינו בחיוב קרבן שבועה ביטוי וא"כ שפיר מקשה הרשב"א דמאי מקשה הש"ס על אביי דלמא ס"ל לאביי כר"פ ומש"ה הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה דהעד חייב בקרבן שבועה כיון דכ"ע מודו בגורם לממון כזה אליבא דר"פ לסברת מעכ"ת וקושיתי לא הי' רק אם נפרש טעמו דר"פ כפשטא דס"ל כיון דמדאורייתא חזי חייב בקרבן שבועה אף דרבנן פסלוהו כמו שהבינו רש"י והתוס' בד"ה ורבנן הוא דפסלוהו יע"ש לפ"ז ע"כ צ"ל דקושית הש"ס ביומא אינו רק מדר"א אבל לפ"ז דברי הרשב"א ז"ל ולפי מה שביאר מעכ"ת דבריו א"צ לדחוק בהכי כנ"ל עכ"ל הנה ידידי ודאי לא שכחתי דברי עצמי וטעמי ונמוקי עמי בעזה"י שלא רציתי לומר כך מתרי טעמי חדא דהא אינו מוכרח שיהי' טעמו של ר"פ מכח גורם לממון רק מכח קושית הרשב"א על ר"פ דמה בכך דחזי מדאורייתא מ"מ אם לא יגיד כתיב והרי אם היה מגיד לא היה מועיל והרי המקשה שם ביומא לא אסיק אדעתיה הך דאם היה מסיק אין מקום לקושייתו כלל לא מדר"פ ולא מדר"א דשאני הכא דאם לא יגיד כתיב והרי כאן אף אם מגיד לא הי' מועיל אבל התם שפיר חייל שבועת ביטוי וכמו שמשני הגמ' ש"ה דאמר קרא אם לא יגיד וא"כ כיון דהמקשן לא אסיק הך אדעתא רק סבר דטעמא דר"א משום שאינו מעיד מדרבנן שוב לא חייל עלי' שבועה לכך מקשה מיני' א"כ מדר"פ דפליג עלי' וסובר דלא חייל עלי' שבועה ודאי דלק"מ מאי נימא דטעמא דר"פ הוי משום דהוי גורם לעמון מנ"ל זאת כיון דלא קשי' עלי' כלל קושית הרשב"א לפי ה"א דהמקשה הנ"ל א"כ מנ"ל להקשות ועוד דלמה דלא אסיק אדעתא הך דרשא דאם לא יגיד אין נטעם זה דגורם לממון טעם ושורש כלל דכל עקרו הוא רק משום דהגדה מועלת והוי ככללא דאם לא יגיד לכך צ"ל דמקשה אדר"א וא"כ כיון דמקשה מדר"א ש"מ דקיי"ל דהלכתא כוותי' וא"כ מה מקשה הרשב"א על קושית

הגמ' על אביי דלמא מקשה ג"כ מדר"א לכך כתבתי דהרשב"א מקשה מנ"ל להקשות דלמא ר"א מודה ג"כ בזה לפי האמת ולפי המסקנא דיומא דהוי טעמא רק משום דכתיב אם לא יגיד כו' מהטעם שכתבתי והנה ידידי אף שלא בארתי כאן להדיא הטעם שלא פרשתי כמו שכתבת עפ"י דברי הרי כתבתי סברא זו להדיא אח"כ בתשובתי לענין דלא מסתבר לי דקושית הגמרא ביומא מדר"א דנהי דקיי"ל כר"א היינו וודאי משום דמסתבר טעמי' דר"א דהא כתיב ואם לא יגיד והרי אם הי' מגיד לא הי' מועיל דהרי המקשה ביומא לא אסיק הך אדעתא א"כ מה"ת לי' להקשות מדר"א על ר"ל ע"כ דברי שם א"כ הי' לך להבין דבר מתוך דבר הרי לך טעם א' שלא כתבתי כן זאת ועוד אחרת דהרי טעם זה דגורם לממון לר"פ לא מועיל רק אם מחלקין בין דאוריית' לדרבנן לענין חלות השבוע רק דקש' דמ"מ גם בפסולין דרבנן אם הי' מגיד לא הי' מועיל ע"ז יפה התרו' דמ"מ הוי גור' לממון ומועיל עדותו אבל אם לא נחלק בין דאוריי' לדרבנן לענין חלות השבועה קמה א"כ גבי פסולין דאורייתא כמי נימא דמ"מ יתביש נגדו והוי גורם לממון וע"כ, צ"ל דעל פסולין דאורייתא לא חייל כלל השבועה לפי שאין חייבין להעיד מדאורייתא כמ"ש הרשב"א דעל דרבנן חייל רק לזה שאם מגיד לא הי' מועיל אמרינן דהוי גורם לממון וא"כ הרי מר"פ מוכרח לדברי הרשב"א דעל דאורייתא לא חייל השבועה. ועל דרבנן חייל א"כ מה מקשה ביומא מדר"פ א"ו דלא מקשה רק מדר' אחא דהוי סובר טעמא דר"א דגם על דרבנן לא חל השבועה ומשני דאף ר"א מודה דחל השבועה על דרבנן רק דטעמו משום דכתב אם לא יגיד כו' דלא ס"ל הא דגורם לממון כלל וכל זה הוא ברור בס"ד ולא עמדת על סוף דעתי ולא ירדת לעומק הדברים ואף שרק מעט זמן אשר הי' לך לפני מ"מ כבר אמרו רז"ל לא קאים אינש אדעתא דרבי' עד סוף ארבעין שנין מעת השימוש ומה שכתבת עוד ח"ל ומ"ש מעכ"ת ליישב קושית הרשב"א דעיקר טעמו דר"פ דמחייב במשחק בקוביא משום דבידו לתקן לשבר הפספסין ולקבל עליו עוד שלא יעשה אפילו בחנם ומחויב הוא בכך עכ"ד, מעכ"ת הנה מדברי הרמב"ם בפ"י מה' שבועות ה' א' לא משמע הכי דהוא ז"ל לא הביא שם מפורש הדין במשחק בקוביא דאף שבידו לתקו רק כתב בסתם ואפילו פסולי דרבנן פטורים משבועות העדות יע"ש וע"ז כתב הכ"מ דפסק הרמב"ם כר"א ב"י משום דבתרא הוא יעו"ש ולפי סברת מעכ"ת הו"ל להרמב"ם להשמיענו חידוש דין במשחק בקוביא דאף שבידו לתקן אעפ"כ פטור משא"כ בשאר פסולי עדות מדבריהם כגון מחמת איזה קרבות שאינו אלא מדרבנן דלא שייך לומר כיון שאין בידו לתקן ואמאי לא הביא הרמב"ם מפורש הדין במשחק בקוביא דלא נטעה לומר דוקא פסולי קורבה מדבריהם אבל לא פסולי עבירה מדרבנן כיון שבידם לתקן

א"ו דאין זה סברא לומר כיון שבידו לתקן אח"כ שיתחייב מכח זה עכ"ל אבל אין מן הצורך להשיב ע"ז כלל כי הוא דקדוק עניות בגילא דחטתא מדחי' כהנדוף עשן תנדוף כמוץ יסוער מגורן דכיון שכתב הרמב"ם ז"ל כל פסולי עדות מדבריהם ולא וחלק כלל ודאי דכל פסולין דרבנן בכלל וליכא למטעי כלל וכלל דאם הי' דעתו לחלק הי' מבאר להדיא כדרכו הגע בעצמך דאם הי' מבואר בגמרא הלכה כר"פ והי' מבואר להדיא הטעם כמ"ש והרמב"ם הי' פוסק בסתם דאין קרבן ש"ע בכל הפסולין מדבריהם האם לא הי' מרעישין כל נושאי כליו בתמי' גדולה עליו למה לא ביאר דבמשחק בקוביא בפסולין בעבירה דרבנן חייל קרבן שבועות עדות ואלו כל הימים דיו כו' לא הי' מספיקין לישבו האם הי' מספיק לומר דהרמב"ם איירי דוקא בפסולי קורבה דרבנן דאכתי יפול כל לב משכיל להשתומם עליו למה לא ביאר הדין דפסולי עבירה דרבנן וכיון דלא מחלק כלל ש"מ דבכל גוונא איירי ועכשיו דקי"ל כר"א והרמב"ם פוסק כן בפסולי דרבנן ולא מחלק כלל אתה מתפלא אין דבריך אלא דברי תימה וקושיא זו לא נאה לא לדילך ולא לדכוותך רק למי שאינו רוצה לקבל האמת רק לקנטר בשאט נפש ובזדון ואדרבא מלשון הגמרא דאמר למעוטי משחק בקוביא ראי' למ"ש מדנקט משחק בקוביא דוקא ולא אמר למעוטי פסולין דרבנן ש"מ כמה שכתבתי דאין רבותא רק במשחק בקוביא וכדומה דהכשרו תולה בעצמו ויכול לתקן א"ע כנ"ל:

ומצד הסברא גם לפי מ"ש לפי האמת לא אמרינן דנתחייב בק"ש מחמת שיוכל לתקן עצמו כיון דאז לא הי' מועיל הגדתו בשעה שנשבע דהא קיי"ל כראב"י וכבר כתבתי דהיינו משום דמסתבר טעמי' אבל כל מ"ש הוא רק ליתן טעם ותבלין לדברי ר"פ אף דלא קי"ל כוותי' מ"מ חובה עלינו להסביר ולהטעים דבריו ולדעתי כל מ"ש הוא מטעמת רב לדברי ר"פ יותר מכל המטעמים אשר הטעימו בדבריו דסובר כיון דבידו הוא שיועיל הגדתו תיכף דהיינו שילך תיכף וישבר הפספסין ויקבל עליו שלא ישחוק עוד ויעיד שפיר חייל עליו השבועה אף דלא קיי"ל כן מ"מ טעמא רבה לדברי ר"פ הם והם דברים מתקבלים על לב משכיל ולדעתי כל חיך הטועם יערב לו ויבושם לו דברי ר"פ ע"פ זה בס"ד ומה שהקשית וז"ל ועוד ראי' לדברי ממתני' דלקמן היו ב' כתי עדים כפרו הראשונים כו' ומוקי לה הש"ס בדף ל"ג כגון שהיו השנים בשעת כפירת הראשונים קרובים בנשותיהם ונשותיהם גוססות מ"ד רוב גוססין למיתה קמ"ל דהשתא מיהת לא שכיב הרי לפנינו דבתר השתא אזלינן כיון דבשעת השבועה הפסידו ממון חייבים ק"ש אף שאח"כ אין מן הצורך לעדותם אעפ"כ בתר הגדה דהשתא אזלינן וא"כ ה"ה לפטור כיון דהשתא אינם ראוים להעיד אף שאח"כ יועיל עדותם לא מהני לחייבו בק"ש אע"כ

צ"ל דכ"ע מודו בזה וטעמו דר"פ אינו רק משום דמדאורייתא מיחזו חזו כמו שהבינו התוספות בד"ה ורבנן כו' עכ"ל אפילו ריח קושיא אין כאן דוכי בידן של ראשוני' הוא שימותו נשותיהם של אחרונים תיכף כאשר ביד משחק בקוביא לתקן עצמו תיכף ולא מבעי' לפמ"ש התו' שם בדף ל"ג ע"א ד"ה הא קיימא שנ"ל דבאמת קיי"ל הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב רק כיון דקיימי עדים קמן ס"ל דהוי כפירת דברים ע"ש א"כ וודאי כאן דנשותיהם עדיין חיים ואין מיתתן ביד ב"ו הוי כלא קיימי עדים קמן עכ"פ דהא השתא בשעה שעומדין לפנינו לאו עדים הם אלא אפילו לרבה משני שפיר בדף ל"ז ע"ב דכיון דחיין המה ואין מיתתן רק ביד השי"ת לבד הוי עכשיו כאין עדים כלל וז"ב ודוק מיהו אף אם היה דומין הסברות זא"ז כפי דעתו לא ידעתי איך עלה על לבו להקשות על דברי מחיוב על פטור דהיינו כיון דשם חייב ראוי כאן לפטור הלא לפי שיטתו שמכריחו כשיטת התוס' א"כ קשה מהכל מודים בעד מיתה וע"כ צ"ל כמ"ש התוס' ד"ה ורבנן דבתר תרווייהו אזלינן לחייבו כו' ע"ש א"כ הרי לא אמרינן כי היכי דמחייבו אף דמדאורייתא לא חזי כיון דמ"מ מפסיד ממון דהא מדרבנן מועיל עדותו אלמא בתר הפסד ממון אזלינן א"כ להיפך נמי ראוי לומר דאף דמדאורייתא חזי מ"מ כיון דאינו מפסיד ממון ראוי לפטור לא אמרינן כן אלא דאזלינן בתר תרווייהו לחייבו דהיינו משום א' מהן בלבד מחייבין או דמפסיד ממון או דמדאורייתא חזי במ"ש התוס' א"כ גם אנן נימא כן דאזלינן בתר תרווייהו לחייבו דהיינו משום א' בלבד מחייבין או שעכשיו נצרך עדותן אף שאח"כ אין צורך בעדותו או להיפך שאח"כ מחזא חזו אף דהשתא לא חזו ולק"מ ודוק דהיינו ממש כסברת התוס' ואין הפרש ביניהן אף כחוט השערה א"כ תמה על עצמך איך רצית לדחות דברי ולהכריח כשיטת התוס' מכח קושי' דלסברת התוס' עצמן לק"מ מיהו אין לי הכרח לומר כן דבאמת לדעתי החיוב והפטור שוין הם דדברי התוס' הנ"ל בע"כ דחוקים מאוד וקושית התוס' מהכל מודים בעד מיתה עצומה מאוד ולמה שפרשתי בהא דר"פ משום דבידו לתקן עצמו לק"מ גם קושית התוס' הנ"ל ומ"מ קושיתך מנשותיהם גוססות לק"מ כמ"ש בוודאי אין סברא כלל וכלל לומר דהיכא דאינו מפסיד ממון דחייב ק"ש כמו שתמה הרשב"א דהא לא חייב הכתוב רק במקום שאלו הי' מגיד הי' מחויב בעדותו וכיון דאינו מחויב בעדותו יהי' מאיזה מקום שיהי' ודאי אינו חייב בק"ש ועיקר הטעם בדר"פ כמו שפרשתי ולדעת היא האמת לאמיתו ומינה אין לזוז:

ומה שכתבת וז"ל מה שצדד מעכ"ת לומר דאף היכי דאינו מעיד מדאורייתא מ"מ אי לאו הא דאין מעידין אותו הי' ראוי לחייבו בקרבן כיון שאם הי' מגיד הי' מועיל רק

הטעם דפטור הוא משום דאין מעידין אותו והו"ל עדות שאאי"ל ואף בדיעבד עדותו בטלה עכ"ד מעכ"ת הדברים הללו ראוים למי שאמרן ולענ"ד מוכח כן להדיא בהרמב"ם בפ"י מה' שבועות הא' שכתב וז"ל היו עדיו א' מהן קרוב או פסול כו' או שהי' המלך אחד מעדיו כו' פטורים משבועות העדות שאלו העידו לא היו מחייבים בעדותן ממון כו' עכ"ל משמע דאף גבי המלך אינו פטור רק משום אלו הי' מעיד לא מהני וצ"ל דהרמב"ם איירי במלך ישראל ולא במלכי ב"ד מש"ה עדותו בטלה משום דהוי עדות שאאי"ל כיון דאין מעידין אותו כמ"ש מכת"י הרמ"ה עכ"ל בוודאי האמת אתו בזה וזה פשוט לכל רואי שמש דמוכח מהרמב"ם שם כדברי ומה שהכרעת עוד בין הטעמים שכתבתי לחלק בין הא דמשחק בקוביא ובין הא דמלך לומר שמועה זו נאה וזו אינה נאה אין בהכרעתו כלום ולא יאבד הון הונה של תורה דהעיקר כמ"ש דהגמרא נתכוון לשתיהן דצדקו יחדיו נכונים ומושכלים בס"ד דמ"ש על טעם א' מהן וז"ל ז"א מחמת הראיות שהבאת לעיל כבר הכתי על קדקוד ראיותיו ואין בהם שורש וענף ועיקר כלל אף לא התחלת ראי' כל דהו. ומה שדקדקת בסוגיא דף ל"ב ע"ב דאמר ר"פ ה"מ בעד מיתה שהוא פטור כגון דאמר לדידה ולא אמר להו לב"ד דתנן האשה שאמרה מת בעלי תנשא ע"כ ולכאורה י"ל למה לא נקט ר"פ רבותא טפי דאפילו בשני עדים פטורים כמו שאמר אביי לעיל ה"מ בעידי קינוי שפטורים עכ"ל הנה אינני רואה שום מקום פקפוק ואף דקדוק ענית אינו דאביי מוכרח כומר בעידי קינוי דהא בין לר"א בין לר"י מקנא ע"פ שנים כמ"ש במשנה ריש מס' סוטה וכמו דקי"ל בש"ע אה"ע סי' קע"ח סעיף ב' אבל כאן עד א' נאמן ומה לי ע"א או שנים דאם היו שנים מחייבין גם א' הי' מחייב ועוד רבותא יש בעד א' לומר דאף אשה שאמרה מת בעלי ששמעה מפי עד א' נאמנת ועוד דהא ברישא דמלתא דר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ודאי שרבותא דידי' הוא רק בעד א' לאשמעינן דאף שהוא עד א' חייב בק"ש כיון דמועיל עדותו ואף דמדאורייתא לא חזו ובשנים לא הוי רבותא כלל לכך אמר בסיפא נמי בעד א' דומיא דרישא וגם כיון דכבר אשמעינן ברישא דבמקום שמועיל עדותו גם עד א' חייב בק"ש א"כ שוב בסיפא אין רבותא לפטור בשנים יותר מאחד דכבר ידענו מרישא דמלתא דר"פ דע"א במקום שמועיל וצריך לעדותו הוי כשנים לענין ק"ש ועוד דהרי ע"כ לא מצי למתני ברישא כלל בשנים דאיך נימא דהכל מודים בעדי מיתה דחייבין הא הראשון דכפר אין ראוי להתחייב כיון דדי בעדות השני לבדו בזה:

ומה שתרצת אתה וז"ל י"ל דר"פ לשיטתו אזיל דס"ל היכי דמדאורייתא מחזי חזי אף דרבנן פסלוהו חייב בק"ש וא"כ ה"נ בב' עדי' חייבי' כיון דמדאוריית' היו חייבים בק"ש

דעדות האשה לא מהני מן התורה וא"כ אף דרבנן תקנו שהאשה בעצמה נאמנת אינם פטורים מקרבן העדות כיון דמדאורייתא מחזו חזו משא"כ בעד א' לא שייך לומר הכי דמן התורה לא מהני ע"א אפילו לעדות האשה משא"כ לפמ"ש הרשב"א ז"ל לא שייך לומר כן עכ"ל אין דבריו כלום לא מבעי' לדעת הרשב"א כמ"ש הוא בעצמו וגם לפי דברי בדר"פ אין בתירוצו כלום אלא אפילו לשיטת התוס' דאמרינן לר"פ כיון דמדאורייתא חזי חייב בק"ש אין מקום לדבריו לדעתי דבשלמא היכא דרוצים אנחנו לפטרו מק"ש משום דלא חזי לעדות י"ל הא מדאוריי' חזי וחייב בק"ש אבל היכי דגם עכשיו לפי התקנה חזי לעדות רק דאנחנו רוצים לפטרו משום דאינו מפסיד ממונו דהלא בלא עדותו היא נאמנת מה תאמר דמדאורייתא היא אינה נאמנת מה בכך הלא מ"מ איכו מפסיד ממון כלל שלדבריו דמדאורייתא חזי תוכל לומר ק"ל ולא משגיחין על הפסד ממון דוהוא עד קרינן בי' אבל מפסיד ממון לא תוכל לומר דהא מ"מ אינו מפסיד ממון וא"כ כאן שהפטור אינו משום דלא חזי לעדות רק משום דאינו מפסיד ממון ודאי לא מועיל מה שהוא מדאורייתא כלל וז"ב כשמש לדעתי ולומר היכא דחזי לעדות מדאורייתא לא בעינן מפסיד מעון ובחזי לעדות מדרבנן בעינן מפסיד ממון הוא תפל מבלי מלח ובאמת מהא דר"פ גופא דאמר דאינו חייב באמר לדידה אף דחזי לעדות מוכח דעיקר במפסיד ממון תלי ולא בחזי לעדות כלל ודלא כשיטת התוס' ומה שרצונך לישב מה שהניח הל"מ בצ"ע למה לא הביא הרמב"ם דין זה דר"פ שא"ל לדידה ולא אמר לי' לב"ד שהוא פטור בהלכותיו וז"ל לענ"ד י"ל דבאמת לכאורה קשה דמאי קמ"ל ר"פ בזה והלא מתני' מפורש היא דאשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי וא"כ א נה מפסדת שום ממון בכפירתו ופשיטא שהוא פטור וע"ש במהרשש"ך ע"כ ס"ל להרמב"ם דר"פ בעצמו לשיטתו אזיל דס"ל במשחק בקוביא דחייב כאן דמדאוריי' מיחזא חזי וא"כ שפיר קמ"ל ר"פ בעד מיתה דפטור דה"א שיהיה חייב כיון דמדאוריי' אין האשה נאמנת לומר מה בעלי ואף שעד א' ג"כ אינו נאמן מדאוריי' להתירה לשוק ע"מ ה"א לענין שתטול כתובה מהני העד ככל ע"א קא התורה כלה שקם הוא לשבועה ואף שאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וכתובה כפירת שעבוד קרקעות היא הא ר"פ איירי ע"כ בתפסה מטלטלין כמבואר בש"ס ואף דקתני ביבמות פ' אשה שהלכה כו' דהיא דנשאת נוטלת כתובתה דמספר כתובתה נלמוד יע"ש היינו אם נשאת בוודאי נוטלת הכתובה אבל הא' דמשכחת שלא תנשא ותטול כתובה ומסתמא אין היורשים יכולים לשבע להכחיש את העד וא"כ אפילו לרבנן דראב"ש חייב מדאוריי' מתוך שאיל"מ או שיהיו יראים לשבע לשקר וא"כ ה"א לראב"ש דס"ל גורם לממון כממון דמי עד מיתה בכה"ג דא"ל לדידה ולא אמר ליה לב"ד ג"כ חייב

מדאוריי' ק"ש וא"כ אפילו דרבנן תקנו שהאשה עצמה נאמנת מ"מ כיון דמן התור' חייב העד בקרבן תו לא מפטר מדרבנן כמו במשחק בקוביא לזה קמ"ל ר"פ דאעפ"כ לכ"ע העד פטור והטעם כיון דמדאוריי' אין העד מתירה להנשא לשוק מש"ה ג"כ אינו אמן לגבות לה כתובתה כיון דכתבינן בנוסח הכתובה אם תנשאי תטלי וא"כ כיון שאין לה רשות לינשא אין לה כתובתה וכ"ז ר"פ לשיטתו משא"כ הרמב"ם דפסק בלא"ה כראב"י במשחק בקוביא דפטור א"כ לא הוצרך להביא דין זה מחמת פשוטתו כנ"ל עכ"ל לא נהיר ולא צהיר ולא בהיר דאף אי הבינן לי' כולה טעותי' הרי שורש דבריו בתירוצו דמלתא דפשיטא היא להרמב"ם וא"צ להשמיענו רק ר"פ לשיטתו אשמעינן רבותא בזה יאמר נא מה יש רבותא הרמב"ם בדלא אמר לה דידה דחייב בק"ש דהרי ודאי מפסידה דבשלמא לשיטת ר"פ יש רבותא גדולה לשיטת התוס' דהרי מדאוריי' לא חזי אבל לשיטת הרמב"ם דפסק כראב"י אין כאן רבותא כלל ואעפ"כ פסק הרמב"ם להאי דינא בפ"י מה' שבועות הלכה י"א א"ו שאין זה דרכו להשמיט הדין הנאמר בגמ' אם סובר כן להלכה א"כ למה לא כ' האי דינא שנית דבאמת יש רב תא גדולה מאוד מאד בדברי ר"פ בהאי דינא דאמר לה לדידה ע"פ המבואר בהרא"ש ז"ל בשם הרמב"ן דכל היכי דהעד מכחיש אין האומר בשמו נאמן א"כ עכשיו במה שכפר בשבועה הרי הפסידה דשוב אינה נאמנת וראוי חייב בק"ש קמ"ל כיון דמ"מ בשעה שהשביעה אותו לא היתה צריכה ליפטור כמ"ש כל זה הרא"ש ז"ל והוא רבותא גדולה מאוד ובאמת עיקר רבותא דר"פ בהא דינא וע"כ אמר כל חילוקי הדינים אף שאין בהשני רבותא כ"כ לשיטת הרשב"א וכן לשיטת ר"ל בלא אמר לדידה כי כן דרך האמוראים וג"כ י"ל דהא גופא הוי רבותא בלא אמר לדידה דלא נימא מה דמדאוריי' לא חזי לא הוי עד לר"פ ולא יטעה לומר כשיטת התוס' דוק:

ונחזור לענינינו דעכ"פ בהא דינא דאמר לדידה יש רבותא גדולה מאוד א"כ אמאי השמיטו הרמב"ם דהלא גם הרמב"ם פסק הרא"ש בשם הרמב"ן ואף לענין ממון כמבואר בח"מ באה"ע סי' קט"ו ס"ק ד' ובב"ש שם ס"ק ד' ע"ש ועיין ביו"ד סי' קפ"ה ובט"ז שם ס"ק ג' ובש"כ ס"ק ו' וא"כ רבותא גדולה היא אף להרמב"ם ולמה השמיט וגם בל"ז הוי קצת רבותא דאף דחזי לעדות ועדותו מועיל מ"מ לא מחייב בק"ש דרק במפסיד ממון תליא מלתא כמ"ש לעיל גם מ"ש דמדאוריי' מועיל ע"א לענין הכתובה דהא קם לשבועה והוי היורשים משוי"ל אין אלו אלא דברי נערות דהא אף לפי התקנה שנאמן ע"א ל שיא את אשתו וגם לענין כתובה דמספר כתובה נלמוד מ"מ אין היורשין נכנסין לנחלה כמבואר במשנה יבמות קי"ז ע"א אם לא כשנתייבמה כמבואר בגמ' שם וכמבואר בחו"מ סי' רפ"ד סעיף ב' ומכ"ש לדינא דאוריי' דאין ע"א נאמן כלל והוא בחזקת חי

והנכסים בחזקתו מה להם להיורשים שישבע ומי הוא המחויב שבועה רק הב"ד אין יכולים להגבותה כ"ז שאין כאן בירור בשני עדים שמת אבל מחויב שבועה אין כאן וזה ברור כשמש וא"כ כל דבריו דחוים:

גם הראי' גדולה שהביא להרמב"ם וז"ל יש להביא ראיה לשיטת הרמב"ם שהביא הב"ש באה"ע סי' י"ז ס"ק ק"ז דהיכי דאינה מותרת תנשא אינה גובה כתובתה עכ"ל דאל"כ קשיא ור"פ אמאי פוטר העד מקרבן הא כיון דמדאו' מחייב בקרבן כיון דהאשה בעצמה אינה נאמנת מדאוריי' משא"כ ע"א מהני עכ"פ מה"ת לגבות כתובתה כיון שהעד מעיד שמת והיורשי' הו"ל משואי"ל משלם כו' א"כ הפסידה ממון גמור ומחויב בקרבן אע"כ צ"ל כשיטת הרמב"ם דהיכי דאסורה לינשא אינה גובה כתובתה וא"כ א"ש דאף מדאוריי' אין גובה כתובתה מכח עד הראשון עכ"ד ואפילו ראי' קטנה אין כאן מצדי צדדים דגם ע"א אין מועיל מדאוריית' כמ"ש שנית דאף לשיטת התוס' אין לחייב היכא דחזי לעדות גם מדרבנן רק דפוטרין מטעם דאין מפסיד ממון א"כ מה מועיל מה דחזי מדאוריי' מ"מ אין מפסיד ממון כמש"ל וכ"ש לשיטת הרשב"א ולשיטתי בדר"פ לעיל במשחק בקוביא דודאי רק במפסיד ממון תלי' ולק"מ וז"ב:

ומה שכתבת עוד וז"ל הנה בעיקר היסוד של מעכ"ת דאף לענין ק"ש אי הוי עדות שאאי"ל לא מחויב בקרבן באמת הסברא נכונה מאוד אך לענ"ד י"ל לפ"ז אמאי דאמר אביי לקמן ד' ל"ב מחלוקת בעדי סתירה למ"ד גורם לממון כממון דמי חייבים ולמ"ד גורם לממון לאו כממון דמי פטורים מק"ש ע"ש והלא אף למ"ד גורם לממון כממון הו"ל עדות שאאי"ל דממ"נ אם תודה מיראת בדיקת המים או שהמים יבדקו אותה א"כ העדים פטורים כיון דס"ס אין לה כתובה וא"כ לא באו להפסידה שום ממון כיון דאמת שאין לה כתובה מחמת שהוברר שזינתה ואם לא תודה וגם המים לא יבדקו אותה מחמת איזה זכות שיש לה א"כ נ"כ לא גרמו העדים הפסד ממון דאף אם לא הוזמו היה מגיע לה כתובה כיון דליכא אלא עד סתירה וכיון דהוי עדות שאאי"ל עדותן בטלה וא"כ אינם בחיוב הגדה כין דעדותם לא מהני מידי ואף למ"ד גורם לממון כממון דמי יפטרו כנ"ל עכ"ל לא ידעתי מה קאמר דודאי אין אנו מפסידין ע"פ עדותן בסתירה ואין כוונת עדותן כלל לענין הפסד כתובה רק לענין להשקותה ולמה לי כאן יכול להזימם לענין הכתובה כיון שלא באו כלל לענין הכתובה ואין מפסידין כלל הכתוב' רק דמ"מ גורם לממון יש דאולי תודה מיראת בדיקת המים רק ממילא כיון דהדין נותן שישקנה אם מת קודם שישקנה אין נוטלת כתובה וכל מ"ש בענין זה הוא רק הבל ורעיון רוח לא ידעתי כוונתו כלל בזה מאי שאייטי דיכול להזימה לכאן גם מ"ש דכוונת עדותן רק לענין אם תודה הם דברי תימה

דמנ"ל זאת דלמא כוונתם רק שישקנה גם מ"ש דהוי עדות שאי"ל משום שאם ימות הבעל לא נוטלת כתובה הם דברים שאינן כדי לשומען וכי נביאים הם העדים המוזמין שיודעים שימות הבעל שמא אין כוונתם רק שישקנה ולאוסרה על בעלה עד שישקנה סוף דבר כל מה שהקשה ותרץ בענין זה הם דברים שאין להם שחר אם כוונתו בהקושיא איך משקה ע"י עדי סתירה הלא הוי אינן יכול להזימה אם כך כוונתו מה ענין קושיתו להא דאביי על המשנה דחוץ סוטה הו"ל להקשות ועל התורה דלא יצוייר השקאה כלל ע"פ עדים דודאי לא שייך דין הזמה בזה דאיך נימא שישקו העדים אבל לק"מ דבהאי גוונא לא בעינן דין הזמה כמו בעדי גלות ובעדי בן גרושה ובן חליצה כמבואר במשנה דריש מכות רק לוקין ארבעים אם נמצאו זוממין ועיין שם במכות בתוס' ד"ה מעידין אנו ודוק דלתרוץ הראשון של התוס' א"כ רק בחיוב מיתה לא הוי דין הזמה במלקות דכתב נפש בנפש וא"כ ה"ה בחיוב ממון דכתיב יד ביד כו' והיינו ממון אבל בשאר ענינים מתקיים דין הזמה במלקות א"כ גם כאן לק"מ ולתרוץ הב' דכל היכא שאין מצוייר דין הזמה בשום אופן בעדות זה אם כן כאשר זמם לא קאי עלייהו וממילא דלא בעינן שאי"ל א"כ ג"כ כאן לק"מ ובזה אצא ואומר שלום:

שאלה פה

נשאלתי לשיטת רש"י והרמב"ם דהיכא דלא מקיים האי דינא דהזמה בע"ז דבת כהן במה שחייבו את בעלה דייניגן להו בדינא דידה עיין בתוס' י"ט סוף מס' סנהדרין א"כ קשה האי דינא דלאחיו ולא לאחותו היכא משכחת לה דהא קיי"ל דאין ע"ז נהרגין עד שיגמר הדין וגם קיי"ל הרגו אין נהרגין וגם קיי"ל בסנהדרין דף ע"ו ע"א דאין דנין שנים ביום אחד אפילו בבת כהן ובועלה וגם קיי"ל דלחובה אין גומרין דינו בו ביום רק למחר וגם קיי"ל דאין מענין את דינו דבו ביום שנגמר דינו קטלינן לי' ולא משהינן לי' למחר ועיין ברמב"ם פ' י"ב מה' סנהדרין הלכה ד' וא"כ לפ"ז אי אפשר שיהי' נגמר דינם של שניהם ועדיין שניהם קיימים דכשנגמר דינו של שני דשייך בי' דין הזמה כבר נהרג הראשון א"כ קשה ממ"נ אם נגמר דינו של הבועל קודם א"כ כשהוזמו כבר נהרג הבועל והרגו אין נהרגין א"כ אין כאן דין הזמה בהבועל ויהבינן להו דינא דידה ואיך קאמר קרא לאחיו ולא לאחותו ואי הוזמו תיכף אחר גמר דין של הבועל א"כ למה לי קרא הא אי אפשי למיהב להם דינא דידה דהא לא נגמר דינה דידה ולא יגמר עוד כיון שכבר הוזמו העדים א"כ פשיטא דיהבין להו מיתה דידי' דהא ליכא דין הזמה רק גבי' דידי' וכן אם הוא נתדנה קודם ובאו אחריו גמר דינו של הבועל א"כ כבר נהרגה היא ולמה לי

קרא דהא אין כאן דין הזמה רק גבי דיד' ואם הוזמו תיכף אחר גמר דינה א"כ למה לא יהבינן להו דינא דידה הלא אין כאן דין הזמה גבי דידי' כיון שלא נגמר דינו של הבועל ולא יוגמר ע"כ הקושי' בתוספות ביאור והנה לכאורה ביותר קשה על הרמב"ם בסוף פ' כ' מה' עדות שכתב להדי' ונגמר דין ראובן לחנק ודין הנואפת לשריפה ואח"כ נמצאו זוממין כו' הרי מבואר דהוזמו אחר ג"ד של שניהן ולא נהרגו ואיך יצוייר זה אבל לא ק"מ חדא דהא כתב רש"י שם בסנהדרין דף מ"ה ע"ב בהמשנה ואין דנין שנים ביום אחד בב"ד אחד כו' עיי"ש א"כ י"ל שפיר דנגבה עדותן בב"ד של ע"א ואח"כ יושבין עשרים ושלשה מהן ומעיינים בדינא דידי' ועשרים ושלשה בדינא דיד' וגמר דינם כאחד עוי"ל דהא קיי"ל במכות דף ז' ע"א בהמשנה מי שנגמר דינו וברח אין סותרין את דינו עיין רש"י אם כן משכחת לה שפיר דהראשון ברח אחר גמר דינו ולא נמצא עד אחר גמר דינו של שני ואח"כ הוזמו ועוי"ל דהא קיי"ל מחזירין לזכות ואם כן משכחת לה שאחר שנגמר דינו של ראשון והוציאו אותו להרג אמר א' יש לי ללמד עליו זכות וכן כ"פ ומקום שהורגין בו הרי הוא רחוק מהב"ד ששה מילין כמבואר ברמב"ם פ' י"ב מה' סנהדרין הלכה ב' וביני וביני הם עיינו בדין השני ובהליכות ובחזירות כבר עבר היום ולמחר נגמר דין השנו וגם ראו שאין בדבר המזכה ממש ואח"כ הוזמו העדים:

ומי' נראה דמעיקרא לא קשה מידי לפי המבואר ברמב"ם פרק י"ד מהלכות סנהדרין הלכה יו"ד דמעיקרא כתב אבל אין דנין שנים ביום אחד כו' ואח"כ בבועל בת כהן כתב אין הורגין שניהם ביום אחד עיי"ש ובודאי דבמכוון כתב כן דבשלמא מה שאין דין א' להם אין דנין אבל כאן שדין א' להם בכל העניני' בחקירת העדים ובכל העניינים רק דגזה"כ הוא שנשתנה מיתתן אם כן גמר דין א' להן שחייבין מיתה וממילא זו שריפה וזה חנק ואיך שייך לומר אין דנין א"ו דכאן בזוממי בת כהן בועלה פירושו אין הורגין וז"ב בדעת הרמב"ם אם כן לק"מ ואפשר דכוונת הרמב"ם ג"כ לישב קושי' זו כנ"ל ברור בס"ד:

שאלה פו

מעשה בא לפני בכ"י שאין בו נאמנות רק שהי' כתוב בו בזה"ל ועפ"י תוקף כתב זה מחויב אני לסלק בכל תוקף הוועקסלין. והנה לכאורה הי' נראה שיש לו דין וועקסלין שהנהיג הוא דדיינין לי' ככת' שיש בו נאמנות עיין בב"ח בסי' ס"ט ובמאמר קדישין בסי' הנ"ל אבל זה אינו חדא דאף אם הי' כתוב שיהי' לו כל דין וועקסל לא עדיף מאם מפורש בו שיהי' לו דין שטר דכתב הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ז שלא הוי כנאמנות ומכש"כ דין וועקסל דוועקסל גופי' לא הוי רק מנהג' וגם לפי המנהג מ"מ לא הוי כשטר לענין

משעבדי רק ככ"י שיש בו נאמנות הוי מכש"כ דאין הנתלה בו אלים מהנתלה בשטר ובודאי דג"כ אמרינן דרק שופר' דשטרא הוא דהא מ"מ לא חשש להניחו בידו ולכאורה אפשר לחלק דדוקא בשטר דהוי הטעם משום דשטר' בידך מאי בעי א"כ הרי זה לא שייך בכ"י כמ"ש שם הש"ך משא"כ וועקסל שהוא מצד המנהג אפשר לומר אולי דגם בכ"י שנכתב בו כן שיש לו תוקף וועקסל המנהג כן אבל ז"א דודאי טעם המנהג הוא משום דהוועקסיל גובה בו כל המוציאו כמבואר בסי' נו"ן ובסי' ס"א סעיף יו"ד וגם תוקף גדול יש לו בדיניהם ודאי מקפיד עליו שלא להניחו על מגן והוי כשטר לענין זה א"כ זה לא שייך בכ"י זה וזה ברור ועוד דבדבר שהוא רק מנהג אמרי' הבו דלא לוסיף עליו א"כ לפי"ז ודאי לא עדיף מאם כתוב בו שיהי' לו דין שטר וז"ב ומכש"כ בנד"ד שאין נכתב בו כלל שיהי' לו להכתב הנ"ל דין וועקסל רק כתוב בו שעפ"י תוקף כתב זה מחוייב לסלק ככל תוקף הוועקסלין א"כ אדרב' משמע שהכתב אין לו רק תוקף של עצמו לענין טו"ת רק במקום שיצטרך לסלק עפ"י תוקף הכתב יהי' הסילוק בכל תוקף הוועקסלין דהיינו בכפיות ונגישות בלי דחי' ועיכוב כמשפט הוועקסלין והוא שופר' דשטרא וז"ב בלי ספק ואף אם הי' בו שום ספק הלא קיי"ל דבכל לשון מסופק אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה ובפרט שלא נכתב בהכתב הנ"ל דל"כ ודלכט"ד עיין בסימן מ"ב סעיף ז' ח' ט' יו"ד וז"ב ואדבר עוד ארווח לי דאם לא כתב בו נאמנות רק כתוב בו ושטר זה יהי' בתקפו עד דיקרע בקרע ב"ד שנ"ל ברור דאין בזה נאמנות רק באם כת ב שיהי' נאמן עד דיקרע בקרע ב"ד או עד דיכתוב עליו תברא כן משמע מתשו' הרשב"ץ ומתשו' מהרי"ק ומלשון זקני הרמ"א בסי' ע"א סעי' ה' בהג"ה ועיין שם בש"כ ס"ק ט"ז ובתומי' שם ס"ק ז' דמשמע להדי' דאין נאמנות רק באם כתוב שהאמינו או שלא יהי' הלוה נאמן אבל לשון זה שיהי' השטר בתקפו לא מצאנו שיהי' מועיל לנאמנות דלא משמע רק שהתוקף שיש לכתב זה יהי' לו עד שיקרע קרע ב"ד ואם יוציאו ב"כ של המלוה כתב זה הוי להם כטענת ברי עד שיקרע בקרע ב"ד דוק' ולא קרע אחר כמבואר בסי' נ"ב סוף סעי' א' בהג"ה ונכתב כן לשופ' דשטר' אבל מנין לנו לחדש עפי"ז תוקף חדש שאין לו לכתב ההוא מהוייתו וכעין שכתב התה"ד לענין תעיד עלי כמאה עדים והש"ך לענין שיהי' לו דין שטר בסימן ס"ט ס"ק י"ץ ועיין בסי' ע"א סמ"ע ס"ק ח' ובש"ך ס"ק י"א ודוק ועיין בסימן י"ב בש"ע סעיף י"א ודוק וז"ב לדעתי בס"ד:

שאלה פז

(בשנת תקמ"ג) וזה לשון השואל:

דבר זה מתורת משה ילמדני מה שנסתפקתי בתוס' בבא בתרא דף ה' בסוגי' אי אדם פורע תוך זמנו דהקשו שם מאי קמיבעי' לי'. אי אמרינן מגו במקום חזקה ת"ל דאמר רמב"ח המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בשטר ולא מהימן לטעון החזרתי במגו דנאנסו דמצי אמר שטרך בידי מאי בעי וסברת שטרך כו' לא עדיפא כחזקה דהא בחזקה א"צ לשבע ובזה צריך לשבע א"כ תפשוט דלא אמרי' מגו במקום חזקה עכ"ל קש"ל הא כתבו התוס' שם בא"ד בתחילת דבריהם הקשה ריב"ם מאי קא מבעי' ליה אי אמרינן מגו כו' הא פשיט' דלא אמרינן מגו במקום עדים. ומכש"כ במקום חזקה דהא חזקה דהכא עדיפא מעדים. דהא בשטר צריך לשבע אם לא פרעו ובזה א"צ לשבע וא"כ מכש"כ דלא אמרינן מגו ותירצו דלעולם עדים עדיפא מחזקה. ומה שצריך לשבע בשטר הוא משום דאמרינן שפרעו ושייר השטר אפשיטי דספרא ולקמן דף ע' כתבו דדוקא בשטר מלוה שייך למימר שייר אפשיטי משום דהלוה צריך ליתן שכר הסופר ולפעמים אין לו ונותן המלוה בעדו משא"כ בשטר פקדון דהמפקיד צריך ליתן שכר הסופר וא"כ קשה מאי הקשו הכא מרמב"ח הא איהו לא איירי בפקדון ולהכי לא מהימן במגו דהוה מגו במקום עדים ובפקדון איכא למימר דסברת שטרא בידי מאי בעי עדיפא מחזקה. ובאמת לרמב"ח אפילו לשבע א"ב כמו בחזקה דא"צ לשבע כנ"ל ולא הונח לי דבר מתקבל ע"ז ובמטות' מיני' דמר שימחול על כבודו הרמה ולעיין בזה:

תשובה קנקן חדש מלא ישן. ד' ינצרהו כאישון. ה"ה המופלא הותיק. חדת מלא עתיק יניק וחכים דולה מים מבארות עמוקים כמר מש"ה ש"נ עיינתי בדבריו ומש"ה שפיר קאמר שואל כענין ולכאורה היה נראה לי דלק"מ דהתוס' כתבו דשייר לי' אפשיטי דספרא כדאמרי' בפ"ק דמציעא דף י"ו ושם עיקר התירוץ דאשתמוטי קא משתמט כו' ועיי"ש וא"נ אפשיטי דספר' שייר לה וא"כ אף דבפקדון לא שייך לומר בפשוטי דספרא מ"מ שייך לומר אשתמוטי אך דז"א דא"כ אף בדף ע' קשה אלא שהתוס' שם תקנו זה במ"ש ועוד דהתם לוה כו' ועוד דמאן מדקדק כו' ונראה דכיוונו לזה דועוד הנ"ל שייך אף לתירוץ קמא דשם וגם על תירוץ פשיט' דספרא דאיירי התוס' מני' והכל בדבור א' כאמר דלתירוץ הנ"ל יש לומר כך ולתירוץ קמא כך כנ"ל. וא"כ קשה גם הכא ולכאורה היה קשה לי טפי בדף ע' גופא לפי מ"ש התוס' דאיך פשיט הגמרא דמהימן הא הוי ענו במקום עדים והתוס' כתבו שם בדבור הסמוך דלאו מכח מגו במקום עדים קא פריך דא"כ מאי משני ועיי"ש. וא"כ צריך ליתן טעם למה לא הוי באמת מגו במקום עדים ועיין במהרש"א שם שכתב דגם המקשה סבר כמו פירשב"ם דעביד אינשי למדחי ועיי"ש וע"ז קשה הא כתבו התוס' דזה לא שייך בפקדון וכן קשה גם כאן בתוס' דמסקי ושמא סוגיא

דהכא לא סברי כרמב"ח קשה אמאי הא הוי מגו במקום עדים ממש לפי דברי התוס' ועל האבעי' גופ' קשה מאי מבעי' אם אמרינן מגו דאי בעי אמר נאנסו או לאו אם שיי' כאן לומר עביד אינש כו' או אפשיטי דספרא כו' א"כ דומה ממש למודה בשטר שכתבו כמ"ש התוס' ותליא בפלוגתא ומאי קמבעי' ליה ואי לא שייך א"כ ודאי דהוי מגו במקום עדים. אלא ודאי צ"ל כמו דבשטר הלואה לא חיישינן לזה דעביד אינש דמדחי א"נ אפשיטי דספר' רק היכא דנפל אתרע או לענין להצריכו שבועה לנגד יתומים ולקוחות או היכא דטעין השבע לי כו' ובשבועה עכ"פ גובה. ועדיף יותר ממלוה ע"פ דאף שבועה לא מהני היכא דטעין פרעתי או היכא דאיכא מגו חיישינן לחד מ"ד במודה בשטר שכתבו ולאידך אף דאיכא מגו. לא חיישינן לזה ואם הוי סברא מעלי' דעביד אינש דמדחי א"נ אפשיטי דספרא. א"כ לא הוי מלוה בשטר יותר חזק מלוה ע"פ ומכ"ש לנגד יתומים ולקוחות או היכא דאיכא מגו א"ו דסברא דחוקה הוא ולא חיישינן לה. רק בכה"ג שכתבנו א"כ ה"נ בפקדון אף שהדבר רחוק יותר טפי כמ"ש התוס' מ"מ יכול להיות דאתרמי מלתא וזו היא האיבעי' אם לא מהני מגו בשטר פקדון לכ"ע שדבר רחוק היא ביותר דעביד אינש כו' א"נ אפשיטי דספרא ולא חיישינן אף דאיכא מיגו או דילמא כיון דאיכא מיגו חיישינן ופשיט ליה דמהימן אף בפקדון כיון דאיכא מיגו דמ"מ יכול להיות דאתרמי מלתא כמ"ש. והשתא א"ש מ"ש התוס' שם ושמא דסוגיא דהכא לא סברי כרמב"ח ע"כ הצעתי לפניך מה שנ"ל בפירוש הפשוט של הסוגיא לפי שיטת התוס'. ועכשיו אחזור לנידון הקושי' דהקושיא היא עכשיו יותר חזקה דהא כיון דרמב"ח סובר דלא מהני מגו היינו ודאי משום דסובר דבפקדון הוא דבר רחוק ביותר ולא חיישינן לה. אף היכא דאיכא מגו דילמא גם לענין שבועה לא חיש לזה בשטר פקדון והתוס' תקנו זה בלשונם שכתבו בהקושי' הנ"ל וטעמ' דשטרך בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה ולכאורה היא שפת יתר דכבר כתבו לעיל אך דכיונו דאף בכה"ג דדבר רחוק הוא ביותר לומר דעביד אינש כו' א"נ אפשיטי דספרא כמו בפקדון לא מהני סברא דשטרך כו' לפוטרו משבועה אך דראי' בעי דמנ"ל להתוס' דבר זה דרמב"ח סובר כן:

ונראה לי לתרץ ולהביא ראי' דבכתובות דף פ"ב איתא הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה ע"א מעידה כו' והנפרעת מנכסי יתומים כו' שם בגמרא נרשם על הפוגמת סבר רמב"ח למימר שבועה דאוריית' כו' עד אלא אמר רבא שבועה זו מדרבנן וכן על ע"א מעידה שהוא פרועה סבר רמב"ח למימר ש"ד ומסיק רבא דשבועה זו מדרבנן עיי"ש. והכה בכתובה לא שייך לומר דלאחר הגבי' שיירה הכתובה אפשיטי דספר' אף דהדין הוא דהבעל נותן שכר הסופר כמו דאיתא בבא בתרא דף קע"ה. מ"מ אין לה ליתן בשבילו

כמו שכתבו התוס' גבי פקדון ואף אם נימא דכאן שייך לומר שנתנה האשה בעד בעלה מ"מ שנוי' בתר' דמשני התוס' בדף ע' שייכים גם כאן בכתובה וא"כ לא שייך לומר דאפשיטי דספרא שייר לה או עביד אינש דמדחי כנ"ל. אך עדיין ליכא ראיה דמהנפרעת מנכסי יתומים ליכא ראי' דהשבועה הוא שלא גנבה משל בעלה כלום דבזה לא שייך לומר שטרך בידי מאי בעי. ואי מפוגמת ומע"א דלא איירי ביתומים ואין משביעין אותה רק בטענת ברי. א"כ קשה למה משביעין אותה לימא ליה אי נפרעתי כדברי העד שטרך בידי מאי בעי או בפוגמת אם נפרעתי כולו כדבריך אך דיש לומר דאימור צררי אתפוס בשעה שהיתה תחתיו קודם שנתגרשה כמו דאמרינן בבא מציעא דף קע"ב ופירש רש"י ליחוד כתובתה כשנשאה כדי שלא תתבזה אחר כך בב"ד וכ"ת דמכל מקום אמאי לא לקח השטר ממנה כיון דאתפס' צררי ליחוד כתובתה מי' ז"א דהרי שנינו בכתובות במשנה דף פ' ע"ב לא יאמר לה הרי כתובתך כו' ובדף פ"ב ע"ב שם אנא אף דמיחד צריך לכתוב לה כתובה שיהי' כל נכסיו אחראין כו' ועיי"ש בתוס' כדי שלא תהי' קלה בעיניו להוציאה. דאל"כ אסור לשהות עמה בלא כתובה מטעם הנ"ל ומי' איסור זה היינו מדרבנן דמעיקרא הי' מיחד לה כמו שמפורש בברייתא שם דף פ"ב ולא הי' צריך לכתוב כתובה שיהי' כל נכסיו אחראין מלבד שאין זה במשמעות לשון הסוגי' דאמר התקינו שיהא מניחין אותה בבית אבי' מ"מ הא דאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה הוא ודאי מדרבנן אף למ"ד כתובה דאורייתא מ"מ סגי באם מיחד לה מעות או כספים ולא חיישינן מדאוריית' לקלה בעיניו דהא כתובת אלמנה לד"ה מדרבנן. ועיין בתוס' ביבמות דף פ"ט ע"א בד"ה מאי טעמא שכתבו בהדיא דתקינו רבנן לאלמנה כתובה משום שלא תהא קלה בעיניו כו' אלמא דשלא תהא קלה בעיניו היינו מדרבנן עיי"ש וכן כתבו התוס' בכתובות דף יו"ד ע"א בד"ה אמר ר' נחמן עיי"ש ועיין בתוס' כתובות דף נ"ו ע"ב בד"ה קסבר ר"מ ק"ש. וא"כ לפי"ז לרמב"ח דסובר למימר דמדאורייתא חייבת לישבע שבועה זו הלא מדאורייתא הוי יכולה למימר שטרך בידי מאי בעי ואלו דאתפס' צררי מ"מ הי' לו ליקח השטר כתובה דהא דאסור כדי שלא תהא קלה בעיניו היינו מדרבנן דאף דמסיק דשבועה זו מדרבנן הא אנן לרמב"ח קיימינן והוא סובר דמדאורייתא וא"ל דבפוגמת ובע"א הוי כאתרע שטרא לכך חיישינן דהא גם בשטר הלואה לא חיישינן רק היכא דיש רעותא כמ"ש. וא"כ החילוק הוא דפקדון אף בכה"ג לא חיישינן וה"ה בכתובה כמ"ב א"ו דלענין לפוטרו משבועה כא מהני סברא זו כלל וא"ל דכוונת רמב"ח איכו דשבועה זו לגמרי מדאורייתא דמדאורייתא הוי פטורה כמ"ש אך דכוונת רמב"ח דמדאורייתא הוי ודאי ראוי להשביעה כדין מודה במקצת אך דהוי

פטורה מכח שטרך בידי מאי בעי והוי נאמנת. וא"כ לבתר דתקינו רבנן כדי שלא תהא קלה בעיניו וליכא טענה דשטרך כו' א"כ ממילא דשבועה הוי לאורייתא דלא מפכינן לה א"כ דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש התוס' בדף פ"ח ע"א בד"ה מייתי לה לידי ש"ד עיי"ש ולא דמי למאי דמסיק דתקנתא דרבנן היא לגמרי דאלו מדאורייתא ליכא נשבע ונוטל ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות זה אינו דהרי בתוס' דבבא מציעא דף ג' ע"ב בד"ה ובכול' בעי דלודי ליה דמקשה אפירוש רש"י דפירש דאמרינן מגו דחשיד כו' ע"ש הא לקמן מסקינן דלא אמרינן מגו דחשיד וכתבו ע"ז ואין לומר דהיינו מדרבנן לפי שראו שהיתה שבועה חמורה עליהם אבל מדאורייתא חשוד לזה הוי חשוד לזה א"כ בנסכא דר' אבא דמשמע דאי אמר לא חטפתי הי' נשבע להכחיש את העד ש"ד מדאמר מתוך שאיל"מ דאשבועה דרבנן לא אמר הכי עכ"ל ואם נימא הסבר' כמו שכתבתי לא קשה כלל קושי' התוס' דאיכא למימר דהא ראוי להיות חייב ש"ד מן התורה כדין ע"א אך דהו' פטור משום דחשוד על השבועה ולא מהימנינן לי' דזה הוי לאו כמו זה דהא זה הוא הפירוש של דברי התוס' דמדאורייתא ראוי להיות חשוד לזה דהא זה הוי לאו כמו זה:

וא"כ כיון דאנחנו רואין דשבועה חמורה בעיני העולם ולא חשיד ממילא דהוי ש"ד כדין ע"א א"ו דסברת התוס' הוא דמ"מ כיון דמדאורייתא ראוי להיות חשוד כזה חשיד לזה דהא שניהם לאוין הם. אך כיון דחמורה בעיני העולם אתי החיוב שבועה שוב לא הוי דינא כמו ש"ד דמ"מ אין החיוב מד אורייתא ה"נ בנידון דידן לפי סברת התוס' וא"כ התוס' לשיטתי' ומוכח שפיר מרמב"ח דלא מהני סברא זו דשטרך בידי מאי בעי לפוטרו משבועה ואף אם נימא דרמב"ח סובר דכתובה דרבנן או דמוקי מתניתין באלמנה דלד"ה דרבנן ג"כ א"ש דאף דחייב ליתן כתובה דרבנן מ"מ אם נתן לה לא גרעה משטר חוב וחייב לשלם אדאורייתא וכיון דלא מהני בכתובה סברא דשטרך כו' לפוטרו משבועה ה"ה בשטר פקדון לגבי יתומים וחזקה לא מהני לפוטרו משבועה כנ"ל נכון ודוק היטב. וזה ודאי דוחק כומר דרמב"ח מוקי למתניתין במקום שאין כותבין כתובה. דאל"כ מאי מקשה הגמרא הא אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ופירש רש"י כל שטרות כו א"ו דאין סברא ככל לאוקמ' המתניתין דוקא בהכי ואין לומר דמקשה מכח מלוה הכתובה בתורה דמנ"ל דרמב"ח סובר דכתובה דאוריי' ואף אם סובר מ"מ דילמא מוקי באלמנה דלד"ה דרבנן אי דילמא סבר מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי ודו"ק ואם תעיין בזה ככל הצורך תמצא בע"ה מרגוע לנפשך מנאי א"נ הק'

משה במוהר"ר

צבי הירש יצ"ו:

שאלה פח

אל רב האי גאון תפארת ישראל וכו' נ"י ע"ה פ"ה האבד"ק שיניאווע ילמדנו רבינו בראובן ושמעון שהיו שותפים בסחורה ולוה ראובן מעות מלוי לצורך השותפות עצה"ע כתקון חז"ל וראובן חתם על השט"ח בעצמו בלא חתימת שמעון וקנו סחורה בעד המעות והלכו לעיר דאנציק עם הסחורה ומכרו שם הסחורה בהיזק רב ונסעו לביתם והלך ראובן וסילק ללוי הקרן שלוה ממנו ולא רצה לוי להחזיר הוועקסלין לראובן באשר שמגיע לו הרווחים והלך עם ראובן לדין אודות הרווחים ופסקו הב"ד שישבע ראובן שלא הרוויח לפטרו מליתן הרוחים ללוי והשיב ראובן מעולם לא נשבעתי אפילו על דבר אמת אף עכשיו לא אשבע ואתן חלק המגיע עלי הרווחים ושמעון גם הוא יתן חלקו מהרווחים המגיע ממנו והשיב שמעון לראובן כיון שאתה יודע האמת שלא הרווחנו ותוכל לשבע שלא הרווחנו נפטר מליתן הרווחים ועכשיו שאינך רוצה לשבע ומחמת זה חייב אני לשלם הרווחים המגיע על חלקי צריך פתה לשלם חלק הרווחי' מדיני דגרמי:

ילמדנו רבינו הדין עם מי אי נימ' דחיי' ראובן מדיני דגרמי כיון דמחמת זאת שאינו רוצה לשבע צריך שמעון לשלם הרווחים המגיע על חלקו. או נימא דהדין עם ראובן דלא שייך דיני דגרמי רק היכא שמתכוין להזיק ועושה מעשה בידים כגון המוחל שט"ח או שורף שט"ח אבל בנד"ד דלא עשה מעשה בידים רק שאינו רוצה לשבע דלא מתכוין להזיק פטור מדיני דגרמי ועיין בחו"מ סי' שפ"ו ובסמ"ע שם מה שמחלק בין גרמי לגרמא.

ולכאורה היה נראה דדין זה במחלוקת שנוי' בין הסמ"ע ובין הש"כ בסי' פ"ו סעיף וי"ו דאיתא שם מת שמעון ונשארו יורשיו וטוען לוי פרוע הוא נשבעין היורשים שבועת היורשים וכו' לא רצו לשבע חוזר זה עליהם אם יש להם נכסים אחרים וכו' וכתב הסמ"ע וז"ל ושמעתי מפרשים דמ"ש חוזר עליהן ר"ל ומנכסים של עצמן ומטעם דכיון דאין ראובן יכול לגבות מלוי מה שחייב לו אביהן אם לא שישבעו הן תחלה הן גורמים לו היזק במה שאין רוצים לשבע מש"ה חוזר זה עליהן לגבות מדין נכסים של עצמן אף מה שלא ירשו מאביהן ודחה הסמ"ע פי' זה וז"ל ועוד בלא"ה נמי אף שגרמו היזק אין מחוייבים לשלם מכיסם עיי"ש באורך והש"כ בס"ק י"ח כתב וז"ל משמע מלשון בעה"ת והמחבר שחוזר על נכסים של עצמן כיון שהם גורמים היזק מחמת שאינם רוצים לשבע וחייבים מדיני דגרמי לשלם מכיסם כדין יורשים שמחלו לעיל סי' ס"ו והשיב שם על הסמ"ע ואם כן בנד"ד דכיון דמחמת שאין ראובן רוצה לשבע הוא גורם היזק לשמעון

חייב ראובן מדיני דגרמי לדעת הש"כ. אבל לאחר העיון נ"ל דנא דמי נד"ד לסי' פ"ו דאף לדברי הש"כ שם שפסק דאם אין היורש רוצה לשבע חייב מדיני דגרמי לשלם מנכסי עצמו זה הדין דוק' ביורש כיון דקיי"ל דכופין את היורשים לפרוע חוב אביהם לאחר תקנת הגאונים אף בהניח רק מטלטלים נמצא כאן דאביהם הי' חייב לפרוע חוב זה לראובן ולא הניח רק זה השטר שעל לוי ואלו הניח אביהן מטלטלים היה הב"ד כופין את היורשים לשלם החוב אביהן ונמצא עכשיו שלא הניח אביהן שום מטלטלים רק זה השט"ח ואם ישבעו היורשים שבועת היורשים היו חוב אביהן מסולק דראובן היה כול לגבות מלוי ונמצא עכשיו שאינם רוצים לשבע הוי כאלו אינם רוצים לשלם חוב אביהן עמה שהניח להם אביהן דמה לי שהניח אביהן מטלטלים ואינו רוצה לשלם שכופין אותם לשלם חוב אביהן או אם הניח שט"ח שיכול המלוה לגבות מהשט"ח חובו ואינם רוצים לשבע שכופין או לשלם מנכסי עצמן או שישבעו שבועת היורשים ויגבה המלוה חובו מהשט"ח שהניח להן אביהן אבל בנד"ד מודה הש"כ להסמ"ע דמחמת זה שאינו רוצה לשבע לא מחייב מדיני דגרמי:

ובזה יש לדחות ראיות הש"ך בסי' ס"ו ס"ק נ"ד שהביא ראי' לסתור דברי הסמ"ע וז"ל ועוד ראי' ממה שהוכחתי לעיל סי' י"א ס"ק ל"ו מדברי הרב המגיד והמחבר והסמ"ע גופו דחייבים היורשים לשלם כל דמי השטר שאין רוצים לשבע ולא סגי כשיחזרו ללוקח הדמים שקבל אביהן ממנו והיינו ע"כ מדיני דגרמי שהן גורמים לו עכשיו היזק במה שאין רוצים לשבע ומפסידין לו השטר דאל"כ הי' די כשיחזרו הדמים שנתן לאביהן ואם כן פשיט' דחייבים לשלם מנכסי עצמן עכ"ל הש"כ ולפימ"ש כא מוכח מזה כלום דהא דצריכין לשלם כל דמי השטר היינו כיון דאביהן הי' חייב כל דמי השטר וחייבים היורשים לפרוע חוב אביהן ואם ישבעו שבועת היורשים יסולק חוב אביהן מזה השטר ועכשיו שאינם רוצים לשבע הוי כאלו אינו רוצים לפרוע חוב אביהן ואביהם הי' צריך לשלם כל דמי השטר מש"ה צריכים הם לשלם כל דמי השטר אבל מדיני דגרמי לבד לא מחייבי משום שאינם רוצים לשבע וראי' ברורה לדברי דקיי"ל בחו"מ סימן כ"ח עדים שכבשו עדותן מדיני אדם אף שמחמת זה שאינם רוצים להעיד צריך לשלם ואם היו מעידים הי' פטור לשלם לזה אפ"ה פטורים מדיני אדם ואי אמרת שמחמת זה שאינו רוצה לשבע חייב לשלם מדיני דגרמי כש"כ העדים שכבשו עדותן שחייבי' מדינא דגרמי א"ו דלא הוי גרמ' כיון דלא נתכוין להזיק רק שאינו רוצה לשבע מחמת שמרחיק א"ע אף משבועת אמת זה נלע"ד ובקשתי מאד וכו' הכ"ד ידידו וכו' הק'

אהרן בוים אייל בהמנוח מוה'

יצחק זלה"ה:

תשובה שלום וכו' הרבני המופלא הנגיד המפורסם הירא ושלם מוה' אהרן נ"י:

נדרשתי ללו שאלוני והנה אף שאין משיבין בד"מ לא' מהצדדים בדרך א"כ ואולי כת"ר הוא א' מן הצדדים עכ"ז כיון שאין מבואר הן ושמותיהן רק בדרך ראובן ושמעון מותר להשיב וכראובן ושמעון יהיו לי וכבר נתבאר זה אצלי בתשובה אחרת ע"כ אען ואומר דהדין ברור אצלי כביעת' בכותחא באם שהוא באופן שאין בעה"ש יכול לגבות משמעון רק מראובן החתום ע"ד המבואר בסי' ע"ז סעי' ב' בש"ע ובהג"ה ובסמ"ע וש"ך רק דהוא יגבה מראובן כיון שאינו נשבע רק דראובן יתבע משמעון שישלם לו חצי הרווחי' שנתן לראובן ודאי אינו יכול להוציא משמעון כלום אבל אם בעה"ש גבה משמעון חלקו ושמעון רוצה לגבות מראובן עה שנתן לבעה"ש מכח דינא דגרמי ודאי דפטור ראובן מלשלם לו ולא משום דהוי ספיק' דדינא אני אומר כן דא"כ גם בחלוקה הראשונה שכתבתי אם היה ראובן מוחזק היה יכול לגבות משמעון רק דמצד בירור הדין אני אומר כן בחלוק' הראשונה דבחלוקה הראשונה הדין ברור דשמעון פטור ואבאר זה.

דהנה בחלוקה הראשונה אין ענינה להא דסי' פ"ו כלל ולא לדין דגרמי כלל דבשלומ' בהא דסי' פ"ו שראובן תובע את יורשי שמעון מדינא דגרמי שפיר כתב הסמ"ע דפטורין די"ל כמה טעמים דלא הוי דינא דגרמי או משום שאין מתכוונין להזיק או משום דהוי רק מניעת הטובה אבל אין עושין בפועל שום היזק כמבואר כ"ז בפוסקי' אבל בנד"ד שבעה"ש אין גובה משמעון רק ראובן יגבה ממנו א"כ אף אם תאמר דראובן אינו חייב מדינא באיזה כח ובאיזה טענה יגבה משמעון הלא אם יטעון ראובן אני הוכרחתי לשלם לבעה"ש כל הריוח המבואר בהשטר מה שלא היה שום ריווח וא"כ היה זה ההיזק בשותפות ותן אתה חצי ההיזק כי ע"ד כן היה השיתוף להיות לכו חלק כחלק תן לשכר הן להפסד הלא ישיב לו הלא גם זה בעה"ש הי' שיתוף כידוע דפ"מ ופלג' פקדון ולא הי' ריווח על חלקו כמו שלא היה ריווח על חלקינו ואין זה היזק בשותפות שלנו כי כיון שלא היו ריווח על חלקו אין מגיע לו שום ריווח (ומה לכו בזה) רק מחמת שהוא אין מאמינך ונתחייבת שבוע' ואת' רוצ' להתחסד (שלא לישבע) אפי' באמת מוכרח אתה לשלם והוי כאלו אתה רוצה לתת כ"כ מעות במתנה בעד שבועתך ומה כי בזה וכי אני מחוייב לתת מעות בעד שבועתך אני לא אתן בעד שבועתך שלא תשבע אף פ"א והברירה בידך או תשבע או שלם כי לא נשתעבדתי על זה כלל בתחילת השיתוף רק ליתן חלק אם יהיה היזק בהשותפות אבל כשלא יהיה היזק בהשותפות רק שאתה תתן מעות בחנם בעד שלא תשבע ע"ז לא נשתעבדתי לתת לך חלק וזה דומה להסברא שכ'

הש"כ בסי' כ"א ס"ק ג' לענין אונס אף דרחמנא פטרי' מ"מ אין זה חייב בשביל אונסו של זה עיי"ש הה"נ אף דמשום שראובן אין (מתכוון) להזיק רק להשמט עצמו משבועה ופטור מדינא דגרמי מ"מ אין זה מחייב את שמעון שיתן לו חלק לפדות את עצמו מן השבועה והרי זה דומה ממש לשלשה שותפין באיזה עסק וא' מהן עסק בכבד וכא היה שום ריווח והנה א' מהן מאמין להעוסק שלא היה שום ריווח או שידוע לו עפ"י איזה ידיעה וא' אין מאמין להעוסק ומטיל עליו שבועה ורוצה העוסק לפשר עמו בעד שבועתו הכי יאמר שום אדם שיש נו מוח בקדקדו שזה שמאמין לו או שידוע לו מחוייב ליתן להעוסק חלק להפשר שנתן להשותפו האחר שלא ישבע נגדו והוא זה דומה ממש לזה בלי שום שינוי והיא היא ח"ב:

והנה אף שהדברים ברורין כשמש בעזר"ה מ"מ אביא עוד ראי' לזה בסמוך בביאור החלוקה השני והנה בחלוקה השני' שכתבתי דבעה"ש גובה משמעון ושמעון רוצה לגבות מרא בן מדינא דגרמי דראובן פטור אין זה מהטעם של כת"ר שרוצה לחלק בין הא דהש"ך בסי' פ"ו לנד"ד דחילוק לא ידענא דהלא אין שום חיוב חל כלל על היורשים לשל משלהם רק ממה שהניח אביהם ואם לא הניח רק השט"ח יכולין לתת כו השט"ח ומה להם עוד לזה מאי תאמר דהם גורמים היזק דאם היו נשבעים היו גובה הה"נ אם הי' נשבע הי' גובה משמעון וממילא נדחה מ"ש כת"ר לנגד דברי הש"ך בסי' ס"ו דכשל עוזר ואדרב' איפכ' מסתברא דהיורשים כיון דלא ירשו הויין כאנשים אחרים ומה לו להם שישבעו עבורו אבל הכא בשתוף כל שותף מחוייב לעשות כל טצדקי דמצי למעבד לטובת השותפות וע"ז נשתעבדו כל א' ואחד בתחילת השיתוף מסתמא שיעשה כל מה דאפשר לטובת השותפות א"כ גם השבועה בכלל כיון שהוא אמת רק דהעיקר הטעם שלי משום דנ"ל ברור כהסמ"ע ולא כהש"ך וכן מסיק האו"ת בהלכה ולא רציתי להאריך בזה כיון דגם אם ספיק' הוי ודאי י"ל קים לי כהסמ"ע ובפרט שהאו"ת שהוא אחרון מסכים עמו בדברים נכונים וכן בעל קצה"ח

ומ"ש מעל' ראי' מהכובש עדותו יפה כתב וכבר אמור עם הספר באו"ת סי' ס"ו ס"ק כ"א ובקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"א עיי"ש ואף שכתבתי סברא טובה לעיל לחלק בין הא דסימן פ"ו לנד"ד דכאן מחוייב לעשות כל טצדקי דמצי למעבד לטובת השותפות מ"מ מפני שאנו מדמין נעשה מעשה להוציא ממון הלא י"ל דלא נשתעבד לעשות לצורך השותפות רק מה שעושה בשלו וכאן יאמר דאף בשביל עצמו אינו רוצה לשבע אפילו באמת ועיין בסי' קע"ו סעיף יוד בהג"ה וז"ל וכל מה שאינו משנה או פושע יעשה בשל חבירו כמו בשלו עכ"ל ואפשר דגם הכא לא הוי משנה או פושע במה שאינו רוצה לישבע ובפרט

אם כבר כלה השיתוף אבל בחלוקה הראשונה אם בעה"ש נא יגבה משמעון רק שראובן רוצה ליקח ממון שמעון אף שהוא ביד ראובן מעות של שותפות ורוצה ליקח מחלקו של שמעון אינו יכול ליקח כלום מלבד מה שכבר כתבתי דהרי זה שיתן הרווחים לבעה"ש לא הי' היזק כלל בהשותפות ורק פדיון שבועתו אביא עוד ראי' לזה דהא לכאורה גם בחלוק' השני' שכתבתי י"ל לכאורה דראובן חייב אף ים בסי' פ"ו קיי"ל כהסמ"ע דכאן שיש חיוב ממון על ראובן ובשבועה פוטר עצמו ואם אינו רוצה לשבע הרי עליו חיוב הממון רק שהמחצה יתן שמעון א"כ הוי מציל עצמו בממון חבירו דמציל עצמו משבועתו בממון של שמעון וקיי"ל דאסור ב"ב דף ט' ע"ב וחייב לשלם כדאית' שם דף קי"ז ע"ב וכן קיי"ל בש"ע סי' שפ"ח סעיף ב' ואף אם אנסו האנס חייב לשלם מכש"כ כאן שמציל עצמו משבועתו אבל שם ביורשים אין עליהם שום חיוב לשבע רק אם ירצו ליטול וכשלא ירצו ליטול אין עליהם שום חיוב שבועה ואף שהממון מניע ללוי אין עליהם שום חיוב פרעון ללוי כיון שאינם רוצים לירש יאמר איני יורש ואיני פורע ומה להם לשבע עבור לוי ולכך לא הוי מציל עצמו בעמון חבירו דהא אינם מצילין עצמן כלל ודוק מינ' דאין לחייב את ראובן מש"ז דאף שאסור להציל עצמו בממון חבירו מ"מ אין חייב לשלם רק בנשא ונתן ביד וכאן לא הוי (רק) מניעת הטובה והעדר ממילא וז"ב והנה זה דוקא בחלוק' השני' אבל בחלוק' הראשונה שהוא בעצמו נוטל ממון שמעון א"כ הוי מציל עצמו בממון חבירו וחייב לשלם וז"ב לדעתי כשמש בצהרים והוא נכון בס"ד ובזה אצא ואומר שלום מאוה' כנפשו וכנפש אוהבו הדו"ש באהב' הק' משה טייטל בוים מפרעמשלא החונה ב"ק שינאווע:

שאלה פט

מעשה בא לפני שנתעצמו שנים בדין לפני ולפני הבד"ץ ונתחייב האי שבועה והיו לו עד המסייע הפוטרו משבועה ונפסק הדין שיקב"ח כמבואר בש"ך סימן פ"ז ס"ק י"ד ועדיין לא קיים הפס"ד שלא קבל בחרם עדיין ואחר איזה ימים נתעצמו אלו השנים לפנינו בדין אחר ונתחייב זה שהי' עליו ק"ח שבועה ממקום אחר ונסתפקנו אם מחויב לשבע ע"י גלגול גם ע"ז שיש לו עד המסייע או לא אם נימא דכמו שכל הדברים שאין נשבעין עליהם מה"ת כמו עבדים ושטרות וקרקעות נשבעין עליהם ע"י גלגול א"כ הא דעד המסייע לא עדיפ' מיניהו דאף שפטור מן השבועה מ"מ ע"י גלגול נשבעין או דילמא בשלמא התם אין בהם דבר הפוטר משבועה דלא חל עלייהו שבועה מעיקרא דהתורה לא חייבה בהם שבועה א"כ כיון שנשבע כבר בל"ז אמרה התורה שיגלגל גם עליהן אבל

בהא דעד המסייע שהיו בענין זה שבועה רק דיש כאן דבר הפוטר דהיינו עד המסייע א"כ נימא כי היכא דפוטרו מעיקר שבועה ה"כ פוטר מגלגול שבועה די"ל דגלגול איכו מועיל רק דאף בדברים דאין בהם שבועה מעיקרא יהיו מאיזה טעם שיהיו ע"י גלגול חל עליהם שבועה כאלו היו בהם שבועה מעיקרא הרי עד המסייע פוטר או דילמ' כמו שהוא בשאר שאין נשבעין עליהם דמ"מ ע"י גלגול נשבעין וה"ט דאף דלא רצה התורה לחייב שבועה ע"ז בתחילה מ"מ כיון שכבר נשבע בל"ז אמרה התורה דישבע גם ע"ז ה"ה נמי גבי עד המסייע אף דעד המסייע פוטר היינו דלא רצה התורה לחייב שבועה בתחילה כיון שיש נו עד המסייע אבל כיון שכבר נשבע בל"ז אימא לך דישבע גם על זה אף שיש לו עד המסייע דהא בלא"ה נשבע:

ולכאורה היו נ"ל דהא אמרינן בכ"מ שהאמינה התורה עד א' הרי כאן שנים א"כ כיון שהאמינה התורה לעד א' לפטור משבועה הרי הוא כמו שנים וא"כ גם ג"ש אין כאן ואף דהש"כ בסימן פ"ז ס"ק ט"ו לא ס"ל האי סברא בעד המסייע לענין דנימא דראשון הוי לי' כתרי ואין דבריו של שני כלום היינו כדמפרש שם טעמא דהשני נחש' ג"כ כשנים עיי"ש משא"כ בשאין כאן שני וגם בנידון דהש"ך פליג עליו התומים ומביא ראי' מיו"ד סי' ל"ט עיי"ש וכן בעל קצוה"ח הביא ראי' מיו"ד סי' קכ"ז מדברי הש"כ עצמו שם:

מי' אחר עיון קצת אין זה ענין לנד"ד כלל דהא אמרינן כל מקום שהאמינה התורה הרי הוא כשני' א"כ דאף דלפטור משבועה האמינה לפטור מג"ש לא האמינה כלל ודוגמ' לזה דהא כתב הש"ך שם בסי' פ"ז ס"ק ט"ז היכא דהוי מחויב שבועה ואיל"מ אין עד מסייע פוטרו ואמאי הלא הוי כשנים א"ו דאמרינן דלא האמינתו התורה לענין זה כלל לפטור מממון כיון דיש כאן חיוב ממון הה"נ דיש לומר כן כמ"ש ושם יש לפקפק כיון דהאמינתו התורה לפטור משבועה ולא הוי מ"ש כלל א"כ ממילא דאין כאן התחלת חיוב ממון כלל ואין כאן מקומו ומבואר באחרונים שם:

והנה לכאור' משמע מדברי בעל תה"ד שכתב בשבועת שומרים וגם יש ע"א שפשע ולשומר יש ג"כ עד המסייע דלא אמרינן אוקי חד לבהדי חד ונשאר עליו שבועת שומרים משום דכי מצטרפין נמי העדאת עד המחייב ושבועה לשבועה דרמי' עליו כבר מ"מ אין עליו שום חיוב ממון אלא חיוב שבועה וע"א מצי לאפטורי מכל חיוב שבועה עכ"ל א"כ כראה דה"ה כאן אמרינן כן שאף אם נצטרף הך שבועה דמעיקרא בהדי שבועה דגלגול מ"מ אין עליו רק שבועה וע"א פוטרו מכל שבועה וביותר ממה שכתב שם עוד דהא כתב האשרי בשם מהר"ם דלא מיעט קרא לע"א לכל עון ולכל חטאת אבל קם הוא בין לחייב שבועה בין לפטור משבוע' וא"כ נוכל לדקדק ג"כ מקרא דוקא לכל עון ולכל חטאת אינו

קם אבל קם הוא לכל צד וחומר שבועה בין לחיוב בין לפטור עכ"ל ואף דהש"ך נחלק עליו בסי' פ"ז ס"ק ט"ו היינו משום דאוקי חד להדי חד והוי כמאן דלית' אבל אם אין עד מעיד נגדו ודאי דמודה דפוטר מכל שבועה מ"מ עדיין י"ל דמכל שבועה פוטר ולא מג"ש כיון שנשבע בל"ז ואדרב' י"ל דגם תה"ד מודה בזה וגם מהקרא י"ל דהדיוק הוא דקם לפטור מהשבוע' משא"כ היכא דבלא"ה נשבע שוב לא מקרי פטור כלל ופוטר דדייקינן דומי' דמחייב דהיינו בלא גלגול דע"י גלגול ל"צ לע"א ודוק:

והנה אחר הצעת דברים הנ"ל נ"ל להביא ראי' ברורה דאין יכול לגלגל בנד"ד דממה שכתבנו מבואר דדין זה תולה בדין אחר דהיינו אם נתחייב אחד שבועה ומגלגל עליו התובע איזה דבר לשבע עליו מה שלא הי' עליו חיוב שבועה ולאחר שגלגל עליו אם מועיל העד שלא יכול לגלגל עליו או לא דאם כפשוט בזה דאינו יכול לגלגל עליו ודאי דגם בנד"ד אינו יכול לגלגל עליו דאין לומר דשאני נד"ד כיון דכבר פטרו משבועה העצמית שוב לא יוכל לפטרו מהג"ש משא"כ כאן דלא היו בזה שבועה עצמית פוטרו מג"ש דזה ודאי אינו דאם נימא דגם בגלגול שייך עד המסייע לפטור א"כ מה לי שבועה אחת או ב' כמו שכתב בתה"ד לענין שבועת שומרים ושבועת ע"א וגם הש"ך לא נחלק רק משום דאוקי חד להדי חד אבל אם אין עד לנגדו פוטר אפילו מאה שבועות וא"כ לא נשאר לנו רק לברר אם שייך פטור עד המסייע על הגלגול וכ"ל להביא ראי' ברורה דשייך פטור עד המסייע לפטור מהגלגול אף אם אינו מסייע רק על הגלגול דהא מבואר במסכת' קדושין דף כ"ז ע"ב דג"ש נלמד מסוטה ומקשה שם הש"ס אשכחן סוטה דאסורא ממונא מנ"ל ומשני תכא דבי ר' ישמעאל ק"ו מה סוטה שלא ניתנה להתבע בע"א פרש"י שלא ניתן להתבע שבועה שלה בע"א דצריך שני עדים שראוה שנסתרה מגלגלין ממון שניתן להתבע בע"א פרש"י להשביע בע"א אינו דין שמגלגלין עכ"ל הגמרא והנה במסכתא קדושין דף ה' אית' א"ר הונא חופה קונה מק"ו מה כסף שאינו גומר קונה חופה שגומרת אינו דין שתקנה והקשו שם התוס' ד"ה חופה גומרת וא"ת ונימא דיואסוף דינא דמהיכא מייתת דחופה קונה משום דגומרת דיו לבא מן הדין להיות כנידון מה להלן אחר כסף אף כאן אחר כסף ע"כ קושיתם א"כ גם כאן סוף דינא הוא ממון שניתן להתבע בע"א א"כ ג"כ אמרינן דיו אסוף דינא דג"ש בממון מהיכא קא מייתת לה משום דממון ניתן להשבע בע"א א"כ אמרינן דיו דכמו שבע"א המחייב אם יש כנגדו עד המסייע פוטר בבאים בב"א לכ"ע ולהש"כ גם בבאים בזא"ז וגם אי לא הוי אמרינן אוקי הך להדי הך היו פוטר מכח דיש עד המסייע כמו דפוט' בכל השבועות ודוק ה"נ ג"ש אם יש עד

המסייע פוטר וכאן לא שייך מה שתירצו התוס' דאף לר"ש איש דאין כאן מופרך ק"ו דהא איצטרך היכא דליכא עד מסייע ולדעתי הוא ראי' ברורה שאין עלי' תשובה:

והנה גם מהתומים בסימן פ"ז ס"ק ה' מוכח דסובר דעד המסייע על הגלגול פוטר מג"ש לפי מה דפי' שם הרא"ש בריש מציעא דקאי אג"ש דע"א א"כ בעיקר לא מהני כלל עד המסייע לפי דבריו שם דכיון דעד המחייב בא ראשון הוי כבי תרי רק על הגלגול מהני סיוע שלו כיון דלא העיד הראשון אלמא דנפטר מגלגול ע"י מסייע אף דלא נפטר מעיקר שבועה וז"ב לדעתי אי' אחר המחילה אלף פעמים מהדר כבוד גאונו אומר ברתת דלא ניתנה התורה למלאכי השרת כי שגה ברואה כי לבתר דמסיק דיליף מפיו וע"א יליף מע"א גופ' ולא מג"ש דע"א כמפורש בב"מ מה לע"א שכן על מה שמעיד הוא נשבע וכו' פיו יוכיח ולא אמר מה לע"א שכן שבועה גוררת שבועה וגם מ"ש דמע"א בלא"ה איכא פירכ' שכן על מה שמעיד הוא נשבע הוא טעות במחכ"ת דהא אמרינן פיו יוכיח מי' אף שאין דבריו נכונים בדברי הרא"ש מ"מ דעת התומים מבואר דכן הוא כמ"ש וכן מוכח דעת בעל קצות החושן מדנסתפק בסימן פ"ז ס"ק יו"ד באם מגלגל שבועה על הקרקעות ויש לו עד המסייע על הקרקעות אם מהני לפטור כיון דאין עד זוקק לשבועה בקרקעות א"כ אין כאן ק"ו שעד המסייע יפטור דהא פטור דעד המסייע נלמד בק"ו מחיוב שבועה דע"א עכ"ד אלמא דמסייע על הג"ש במטלטלין פשיטא לי' דפוטר מכל הלין כשמע דאין יכול לגלגל בנד"ד ונ"מ רבתא באם שזה התובע אינו רוצה לשבע בעיקר השבועה ומהפך והגלגול אינו רוצה להפך דהוא דבר גדול כי כן הוא המעשה בנד"ד א"כ יכול להפך ועל התביעה הראשונה יקב"ח כמו שנפסק וזה ברור:

(עוד מצאתי בנייר בפ"ע בזה"ל שייך למ"ש בעד המסייע לענין גלגול). לכאורה לפי מה שהוכחתי שם דפוטר עד המסייע מג"ש דאל"כ נימא דיו אסוף דינא קשה דא"כ גבי קרקעות נמי נימא הכי ועיקר הילפותא של הגמ' הוא על קרקעות ומי' נ"ל דהק"ו היא מה אם מגלגלין על שבועה של סוטה שכא ניתנה להתבע וכו' אם כן לא קסה מידי על קרקעות אבל מה שכתבתי בעד המסייע במקומו עומד אבל מה אעשה שהסברא נותן דיותר ראוי לגלגל על שבועה שיסודה חזק שנצמחה עפ"י שני עדים וא"כ צ"ל הק"ו הוא מה שבועת סוטה דהיינו ארוסה נתגלגל ששבועת סוטה לא ניתן להתבע בע"א א"כ הדר' קושיא לדוכתי' בקרקעות והי' כ"ל דהק"ו הוא רק ראי' דלא מקלינן בממון לענין שבועה בזה טפי מסוטה וא"כ ילפינן שפי' מסוטה ולפי"ז נדחה גם מ"ש בעד המסייע ולפי"ז קשה מה שפי' בחה"ר קושית הגמרא ספק מנ"ל דהקושי' דספק לא ניתן להתבע בע"א

דטוענו בספק עפ"י עד פטור כן הוא שיטת הרשב"א ולפי מ"ש לק"מ ולפי דבריו קשה בקרקעות גם כן ועיין בעצמות יוסף ובחדושי מהרי"ט ויש לעיין עוד בזה טובא:

שאלה צ

באחד שלוה מראובן ושמעון אצל כל אחד סך מסוים והפסי' בסחורתו וקדם ראובן וגבה מעותיו מהמלוה שהיה ללוה ביד אחרים בידיעת הלוה ונתרצה הלוה על זה ותובע שמעון מראובן להחזיר לו החצי ממה שגבה כי ישים עליו שם בורח ומבואר בתקנות דד"א שראובן מחויב להחזיר החצי:

תשובה יושבי על מדין והולכי דרך סלולה. דרך הקדש יקרא לה להעמיד הדת הק' על תילו ה"ה הרבנים המובהקים המופלגים בתורה וביראה המפורסמים לשם ולתהילה ולתפארת מהור"ר

מנחם מאניש נ"י ומהור"ר

יודא ליב נ"י.

הנה שאלתם שאלת חכמים כי"ב הגיעני באשון לילה בנפול תרדמה על אנשים ע"י ציר שולח מק"ק יערסלב ופתחתי וקריתי ונתמלא הבית כולו אורה ושמחה ותעלוזנה כליותי ואומר האח חמותי ראיתי אור וחשתי ולא התמהמתי מלהשיב לכבודם ובי' בלילה בירך לקחתי ובירך אשיב בעזר העוזר ב"ה וב"ש:

והנה הואיל ומקור שאלתם אינו נובע מש"ס ופוסקים כי מעיקר הדין לית מאן דפליג דמה שגבה גבה במטלטלין אף אם הוא ב"ח מאוחר ואף אם רק תופס כמבואר בש"כ חו"מ סי' ק"ד ס"ק יו"ד ומכש"כ כשגבה מרצון הלוה רק המעין נובע מתיקוני' דד"א על כן אין מקו' לקבל אריך רק פלפלת כל שהוא וכלל אני אומר בכל עניני תקנה שאין בו רק מה שמבואר בפירוש וכל שיש שום ספק אמרינן אוקמי אדין תורה אפילו אם אין כאן מוחזק גמור דאין ספק תקנה מוציא מידי ודאי דין תורה ומכש"כ וק"ו ב"ב של ק"ו דאין מוציאין מיד המוחזק בספק תקנה ואפילו בתקנת תנאים ואמוראים בעלי המשנה וש"ס אמרינן כן ומכש"כ בתקנה אחרונים דאמרינן כן וכן מבואר בהגהת זקני הרמ"א ז"ל בחו"מ סי' קע"ה סעיף מ"ה בתקנת מצרנות ואין כוונת זקני הרמ"א ז"ל במ"ש שם בהג"ה הנ"ל הואיל ומוחזק דדוקא באם כבר החזיק הלוקח אמרינן כן דאין מוציאין מיד המוחזק משא"כ כשלא החזיק עדיין רק כוונתו דכל לוקח מיקרי מוחזק אף שלא החזיק עדין כל משום דהרי הוא זכה מדין תורה ומצרנות הוא רק תק"ח א"כ כל שיש ספק בהתקנה אין מוציאין מיד הקונה וכן הוא מפורש בתשובת תה"ד סי' ש"מ שממנו מקור

הג"ה זו עיי"ש. ועפי"ז א"ש הדיוק הלשון של זקני הרמ"א דאל"כ היה לו לומר אם הוא מוחזק וזה ברור ובאמת במוחזק א"צ לפנים כלל מי לא ידע דהמ"מ עה"ר אין מוציאין מספק ומה קמ"ל הרמ"א א"ו כמ"ש וז"ב:

ואחר הצעה זו נבא לעמק יהושפט בנידון דידן כיון דמפורש בהתקנה דלא תקנו רק בבן כ"ה א"כ אף אם היה ודאי סוחר מפורסם הלא מבואר שם דע"ז היה השאלה ומסיק הורחב הדבר ונראה ברור דר"ל שלא השיבו על השאלה תיכף רק הורחב הדבר ר"ל שנתנו הרחבת זמן לדבר שיתוועדו יחדיו לעיין בזה דאין לפרש הורחב הדבר שנתרחב דבר התקנה ולומר דאף בכה"ג דנין דין בורח דלמה לי' לדבר ובלשון עילג כ"כ בדין מחודש כזה היה לו לומר השיבו דאף בזה דנין דין בורח ומדלא נכתב כלל שהשיבו רק הורחב הדבר ש"מ כמ"ש שלא השיבו רק דחו את השואלים כעין אמרם ז"ל ירחיב לו את הדרך כנ"ל ברור והנה אף אם יתעקש המתעקש לומר דפירושו שהרחיבו דבר התקנה אכתי אימא לך מכא לך דעל תקכה זו שנדון דין בורח קאמר דנתרחב דילמא על תקנה זו שלא יועיל הממרם כשהוא פחות מבן כ"ה קאמר דנתרחב דאף בכה"ג שהוא סוחר מפורסם אמרו דלא פליג ויזהרו מבנין נערים סתירה והנה נראה דאם כיון הכותב להשמיע איזה דין מחודש בזה לא היה לו לסתום אלא לפרש א"ו דאין כוונתו אלא לסתום דלא השיבו על זה ונשאר סתום ומי' ממילא סתום הנ"ל הוי רק המפורש ואין כאן שום ספק דהא התקנה הראשונה כיון דלא נתבאר רק מבן כ"ה ולא חילקו בין סוחר מפורסם או לא א"כ הרי בתקנה אין לך רק מה שמבואר בהלשון כמו שמבואר בספרי התשובות ועיין בתשובת הגאון מו' שאול ז"ל הנדפס בסוף ספר תשובת רמ"א ז"ל וא"כ מה זו שאילה וע"כ צ"ל דהשאלה הי' אח"כ בין המתקנים אם ראוי לתקן גם בזה דין בורח ויתקנו בו או לא והיה להדבר הרחבת זמן שיעיינו באיזה זמן אם יתקנו גם בזה דין בורח וא"כ כיון שלא נתבאר אח"כ שום תיקון בזה ממילא נשאר רק בתיקונו הראשון וז"ב כשמש לדעתי וגם אם ימצא מי שלא יודה לבירור פירוש זה מ"מ מידי ספק לא ניפק וכיון שיש ספק בתקנה אין להוציא מידי ודאי דין תורה ואוקמ' אדין תורה ובל"ז איך נוציא מיד המוחזק בספ' הלא המ"מ עה"ר ובפרט בנד"ד כפי מה שבא בהשאלה מבואר דאינו בכלל סוחר מפורסם דהא לא נודע כלל אם יודע בטוב מ"מ או לא רק מפי איזה מגידים וגם זה לא נודע אם האמת כן א"כ עכ"פ בכלל סוחר מפורסם לא הוי ואף אם הי' ספק בזה הא כבר כתבתי דאף בספק אחד אמרינן אוקמי' אדין תורה מכש"כ בס"ס שמא אינו סוחר מפורסם ואת"ל שהוא סוחר מפורסם הא גם בסוחר מפורסם הוי ספק כמ"ש מי' כ"ז כתבתי אף למי שלא ירצה להודות על האמת אבל לענ"ד האמת עד

לעצמו דלא נתקן שום תקון בורח רק בבן כ"ה אבל בפחות מכן ומכש"כ בפחות מבן כ' ודאי שאין לו דין בורח כלל בשום אופן ועכ"פ אוקמי אדאורייתא דבתקנה אמרינן הבו דלא לוסיף עלה כנ"ל ברור וג"ז אמת שאין להוציא משום תקנת בורח רק בבורח ודאי שודאי אין לו לשלם וכבר לקחו הראשים ת"י כל אשר לו וחפשו אצלו ולא נמצא לו יותר וכבר השביעו אותו ואת אשתו כמבואר כל זה בהתקנה אבל בבורח ספק איך יוציא ממון מספק שמא לאו בורח הוא כלל והוא דומה ממש למ"ש המחבר בש"ע חו"מ סי' קע"ה סעיף מ"ה והוא מהרמב"ם בטוען הלוקח שמא גזלן אתה או שמא אריס אתה ואין אתה בעל המצר דצריך בעל המצר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשאר ביד הלוקח ועיי"ש וכמו דשם יכול לטעון שמא אין אתה מצרן ואינך בכלל התקנה ה"כ יכול לטעון נגד המלוה השני שמא אין זה בורח כלל דממילא דאינך בכלל התקנה וזה ברור ובפרט דמוכח מתוך התקנות דלא מיירי רק בבורח גמור ומפורסם ולא תקנו רק על זה דהא מבואר שם דאם מכר סחורה לאיש אחר צריך הקונה להחזיר הסחורה בלא דמים כמו בקונה מגנב מפורסם דלא עשו בו תקנת השוק וז"ב כשמש ואף שבועה אין צריך זה שכבר גבה דלא מבעיא לדעת הסמ"ע שם בסי' קע"ה דאף היסת א"צ הלוקח לשבע א"כ ה"כ פשיטא דא"צ לשבע אלא אפילו לדעת הש"כ שם דצריך התובע לשבע היסת כשטוען ברי היינו דוקא שם שהוא מצרן לפנינו וזה בא לסלקו בטענת ברי שמכר לו מפני המס או שהמצרן אריס או גזלן הרי צריך לשבע על טענתו משא"כ כאן שאינו נסתלק מדין תקנת בורח מפני טענת ברי של זה שגבה כלל רק מכח עצם הלוה דלאו מבן כ"ה הוא או מספק שמא לאו בורח הוא א"כ אינו בא על זה שגבה רק בטענת ספק שמא קנוני' עשית במה שגבית כבר כדי שלא אמצא מקום לגבות א"כ ודאי דאין המוחזק כשבע בטענת שמא ואין זה צריך לפנים כלל רק שיתנו חרם בבה"כ על כל מי שיש משל זה הלוה בידו וג"ז שכבר גבה הוא בכלל החרם וז"ב:

ומה שבא בהשאלה מדינא דמלכותא בזה הי' מקום להאריך רק שאין הזמן גורם כי השליח כחוץ לדרכו רק נטה ללון וצריך אכי לכתוב ולהעתיק בחדא מחת' כי הגדרתי בעדי שלא לשלוח במכתב דבר גדול או דבר קטן בעניני תורה יהיה מה שיהיה בלתי אם נשאר ההעתק אצלי וא"א לצאת מגדרי ואשיב בקצרה כי לכאורה יש בזה מבוכה רבה בין הפוסקים והש"כ בסי' ע"ז ס"ק ל"ט הרבה להשיב על זקני הרמ"א ז"ל ומסיק הש"כ ז"ל להלכה דבדבר המפורש בדינינו בטל דינא דמלכותא אף שהוא לתיקון המדינה רק באין מפורש בדינינו אז דינא דמלכותא קיים אם הוא לתיקון המדינה ע"כ תורף פסק הש"כ ז"ל שם והנה על זה קשה לי טובא דהלא שטר מתנה בערכאות מפורש

בדינינו שהוא פסול ואעפי"כ כשרים מדינא דמלכותא במקום שמשפט המלך לכתוב הכל בערכאות ועיין בסימן ס"ח ס"א בהג"ה והוא מהריב"ש והרשב"א והמ"מ ב' הלא גם אסמכתא מפורש דל"ק ואעפי"כ קונה השטרותיהם משום דינא דמלכותא כמבואר בסימן ר"ז סעיף ט"ו בהג"ה והוא בב"י בשם הרשב"א ג' המציל מדוב והארי מזוטו של ים ומשלוליתו של נהר מפורש בדינינו דהרי אלו שלו ואעפי"כ אם גזר המלך חייב להחזיר מדינא דמלכותא כמבואר בסי' רכ"ט סעיף ז' בהג"ה והוא מהמרדכי בשם ר"י וג"כ קשה מסי' שנ"ו סעיף ז' בהג"ה עיי"ש רק שם הרגיש הש"ך בזה וכתב שהוא משום שכך נהיגי אבל דוחק דבאמת מבואר בלשון הג"ה שם דנהיגי רק משום דינא דמ' ועוד דמ"מ קושיות הראשונות שהקשתי קשה עליו והנה עיין בתומים סי' ע"ג ס"ק ט"ו דהוכיח גם כן מהמרדכי שהביא הש"ך שם בסי' ע"ב במשכון ספרים דלא כהש"כ עיי"ש והנה יש ת"י כרך קטן נקרא בית לוי חברו חד מן חריפי קמאי כמדומה שהיה בזמן הש"ך השיג ג"כ על הש"ך מהא דהמרדכי במשכון ספרים וגם הרבה לתמוה על מ"ש הש"כ דמכירה בלא ב"ד אין מפורש אצלינו גם מה שתמה הש"ך על זקני הרמ"א דאנה מצא זה דד"מ מועיל היכא שהוא לתקנת המדינה כתב שהוא מפורש בתשובות להרמב"ן סי' כ"ב עכ"ד והאמת שכן מפורש שם בסוף התשובה הנ"ל ע"כ יש מבוכה רבה בין הפוסקים בענין זה וסתירות רבות דלפעמים הרימו דגל המלוכה עדי מרום ולפעמים השפילו עד לעפר ולא ראיתי שום אחד מהמחברים שיאמר בזה דבר ברור ויסוד חזק כהחכם יודע פשר דבר להשוות כל המקומות שדברו בזה לבל הא בו נפתל ועקש וקושיא ותיובתא' ותקצר היריעה מהכיל לפרטם והנה עוד חזון למועד אי"ה לברר הדבר כשמלה לפני כל יודעי דת ודין ואות אחת מן התורה לא יבטל כן כל מה שתקנו חכמי הדורות ופשטה תקנתם בישראל כבר אנחנו מוזהרין בלא תסור וכי טובים דודיך מיין וכבר קבלנו על עצמינו במדינה זו תקוני דר"א וחלילה ליתן פ"פ ויד לפושעים המהרסים דגל התורה ואויבינו פלילים דא"כ בטלו ח"ו כל דיני התורה וחכמים הזהרו בדבריכם וכן הלכה רווחת בישראל דדנין גם עכשיו דין בורח אבל בנידון שבא בהשאלה אין כאן דין בורח מעם התקנה וז"ב בלי שום פקפוק בס"ד הכ"ד ידידכם הד"ש באהבה הק' משה טייטל בוים מפרעמשלא החונה בק"ק שינאווא:

הנה אחר שנכתב ונחתם הצצתי וראיתי דעיקר כוונתו בענין דינא דמלכותא נעלמת לגמרי וע"כ חזרתי לבאר קצת דהנה מ"ש כת"ר דלהמבואר בש"ך דמה שהוא לתקנות המדינה צריך לפסוק כדינא דמלכותא א"כ לפ"ז אין ראוי לדון כעת דין בורח כלל ע"כ תירוץ דבריהם הנה לבבי לא כן ידמה דאדרבא להמבואר בש"ך ודאי דנין כעת דין

בורח דהרי כתב דמה שהוא להנהגת ותיקון המדינה ואין מפורש אצלינו היפך אבל אם מפורש אצלינו היפך אין משגיחין בדיני דמ' א"כ הרי מפורש אצלינו בתקנות חכמי דד"א וכמבואר בגמ' סנהדרין ל"ג ע"א אפילו בדידי ודידך מאי א"ל אטו אנן קטלי קני באגמי אכן עיי"ש וכן הוא בכל חכמי הדורות דמה שמפורש בדבריהם ובתקנת' הוי מפורש אצלינו ויפתח בדורו כו' ואין לך אלא שופט שבימיך ומכש"כ חכמי דד"א שהמה רבים וגדולים בחכמה ובמנין וקבלו עליהם וכבר כתב הש"כ בסי' שנ"ו ס"ק יו"ד דאף דדינא דמ' אינו מועיל נגד מה שהוא דין תורתינו מ"מ יש כח ביד חכמי הדור לתקן עיי"ש וז"ב לפ"ד הש"כ אלא אפילו לפי מ"ש והוכחתי דאף לנגד המפורש מועיל דינא דמ' אם הוא לתיקון המדינה מ"מ דנין דין בורח חדא דדד"מ לא הוי רק במה שחקק המלך אבל אין בכלל זה מה שדנין בערכאותיהם משום שכן מלאו בספרי דיניהם והוא בטל ומבוטל ולא תהא שיחה בטלה שלהם כתורה שלמה שלנו ואף אם המלך גזר דרך ככל לדון כדיניהם מ"מ הלא הגזירה הכללית ההוא אינו משום תיקוני המדינה דמי אמר לו שבדתינו הק' לא היה מועיל לתיקון המדינה רק הוא משום שחפצו בדתו ולא בדתינו הק' ואם הוא מחזיק בהבלו למה לא נחזיק אנחנו בדתינו הק' והוא כוונת הסמ"ע בס"ס שס"ט ס"ק כ"א ודוק ואף אם אמר יאמרו שהן חקי המלך מחדש וכמ"ש התומים בסי' ע"ד ס"ק י"נ וז"ל הצריך לענייננו פה האין לגוי' נימוסים רק מה שמחדש ומלך לעמו חדשי' לבקרים עכ"ל מ"מ לא נאבה להם ולא נשמע להם דעל הכל יש לומר דהוא לתיקון המדינה כמ"ש הש"כ בסעי' ע"ג ס"ק ל"ט וא"כ בטלו ח"ו כל דיני תורתינו וח"ו נעזוב מקור מים חיים אל אחד אמרן ואף כל הנאמר מחכמי הדור הוא בכלל אמרו ית"ש ולא תסור כו' ועשית' עפ"י הדבר כו' ונחצוב בורות נשברי' באר נכרי' ח"ו לא תהא כזאת בישראל. והעיקר דאין בדיני מלוכה רק מה שנוגע לנגדו ומנת המלך ואף שיש סתירות רבות לזה כבר יעדתי לבא בארוכה אי"ה ולברר הדבר כשתלה ואין זה ענין כלל להנידון שבא בהשאלה דבכה"ג ודאי אין בו דין בורח בלי פקפוק הכ"ד הק' משה הנ"ל:

שאלה צא

אשיב לשואלי דבר הנה בהיותו כאן אתי עמי במחיצתי נסתפקנו בהא דכתב זקני הרמ"א ז"ל בהג"ה בחו"מ סי' קמ"ט סעיף י"ט בזה הל' וי"א דאינה חזקה הואיל וירד לשדה כשהי' קטן לא ידע שהיתה שלו שימחה וכן נ"ל עיקר עכ"ל אם ר"ל דמסתמא לא ידע שהיתה של אביו וא"כ אם נתברר בעדים או שמודה שידע מכמה שנים או מקטנותו או מעת שנעשה גדול שהיתה של אביו הוי חזקה אחר שהגדיל או דלמא אף שידע שהיתה

של אביו מ"מ לא ידע אם זה החזיק בה שכא כדין כיון דהתחלת החזקה הי' מקטנותו מניין לו לידע וסבור הי' מסתמא קנה והחזיק בה כדין רק עתה נתוודע לו שזה החזיק בה שלא כדין זה הוא הכוונה של זקני הרמ"א ז"ל במ"ש שלא ידע שהיתה שלו ר"ל בעת שהי' יכול למחות ולא מיחה אז לא ידע שהיתה שלו דסבור הי' שקנה והחזיק בה כדין ע"כ הי' הספק שלנו:

על זה עניתי ואמרתי הגם שתיבת שהיתה המוזכר בהג"ה הנ"ל מורה יותר כפירוש הראשון הנ"ל דלפירוש השני טפי הי' ראוי לומר לא ידע שהוא שלו ודוק מ"מ אין לבנות יסוד על דקדוק הלשון די"ל דהכוונה הוא לא ידע שהיתה שלו בשעה שהחזיק בה זה וגם כי תיבת שלו מורה יותר כפירוש השני דלפירוש הראשון הי' ראוי טפי לומר לא ידע שהיתה של אביו ודוק הלכך מהא ליכא למשמע מני' והנה בטור שם סי' קמ"ט כתב בשם הרא"ש בזה"ל לא ידע שהיתה של אביו שימחה וזה הלשון מורה לכאורה יותר כפי' הראשון ומ"מ אינו מוכרח די"ל דהכוונה הוא שלא ידע שהיתה של אביו בשעה שהחזיק בה זה דסבור הי' דכבר קנה קודם שהחזיק ואולי בכיוון שינה זקני הרמ"א ז"ל מלשון הטור וכתב תיבת שלו במקום תיבת אביו שהוא מורה יותר על פי' השני ע"כ אמרתי דבירור דין זה לא ינבע רק ממקורו בגמ' ומנחל קדים דברי הקדמונים ז"ל:

הנה בגמ' ב"מ ד' ל"ט שם ש"מ מדר' הונא אין מחזיקין בנכסי קטן ואפילו הגדיל ע"ש פירש"י וז"ל דהואיל ותחלת ירידתו לתוכו הוי קטן לא ידע כשהגדיל שהן של אביו ולפיכך לא מיחה עכ"ל הנה גם בזה ליכא למשמע מדקדוק הלשון דלשון שהן משמע קצת כפירוש השני והלשון של אביו משמע קצת כפירוש הראשון לכך אין לבנות שום יסוד על דקדוק הלשון. והנה במס' כתובות ד' י"ז ע"ב כתב רש"י בזה"ל הואיל ומתחלתו כשהי' קטן ראוהו מוחזק בה לא ידע כשהגדיל שהיתה של אביו עד ששומע מפי אחרים עכ"ל הנה גם מזה אין הכרע די"ל הכי פירושו דלא ידע כשהגדיל שהיתה של אביו כשהחזיק בה דסבר שקנה כדין וקצת ראי' לזה דאל"כ הי' ראוי לרש"י ז"ל לומר דלא ידע כשהגדיל שהיתה של אביו מעולם ומדכתב סתמא לא היתה של אביו משמע דקאי על שעת החזקה ועוד ראי' לזה דהלשון ראוהו מוחזק בה לא שייך כלל בלא ידע כלל שהיתה של אביו מעולם דכיון דאין לו ידיעה כלל מלתא דלא רמיא עלי' הוא ומה ראוהו מוחזק בה דקאמר א"ו דמסתמא יודע שהוא של אביו רק כיון דמקטנותו ראוהו מוחזק בה לא ידע משהגדיל שהיתה של אביו כשהחזיק בה זה דנשתקע בדמיונו דוודאי קנהו כיון שהורגל בזה מקטנותו:

והנה לכאורה אמרתי דמוכרח מפירש"י בב"מ כהפירוש השני דאם נימא דאינו יודע כלל שהי' של אביו ולכך לא הוי חזקה א"כ מה יועיל הא דאין מחזיקין בנכסי קטן ואכתי איך מורידין נכרי לנכסי קטן הא היכא למיחש דלמא לא יתוודע לו לעולם שהי' של אביו ולא יתבענו לעולם א"ו דדעת רש"י הוא דיודע שהי' של אביו מסתמא דאטו בשופטני עסקינן דחברך חברא אית לי' כו' והוא ממש דבר דאי אפשר שלא הגיע לאזניו שהי' של אביו רק דלא ידע דבעת שהחזיק הי' של אביו דהואיל ורואה את זה מקטנותו מחזיק בה אינו עולה על דעתו כ"כ מהר לתובעו דסובר דוודאי ירד בה כדין דאחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקינן ויש אלקים שופטים בארץ ומסתמא לא היו הב"ד מניחים לו להחזיק שלא כדין בגזלנותא אבל מ"מ כיון שידע העיקר שהי' של אביו לא ימלט שלא יעלה על לבו פעם אחת לומר אעפ"כ אחקור במה מחזיק זה בבית או בשדה של אבי רק דאולי יעלה זה על לבו אחר שיחזיק זה שני חזקה ומה יועיל בתביעתו אנא ש"מ דאין מחזיקין כנ"ל לכאורה:

מיהו אמרתי דאין מזה ראי', כ"כ דמ"מ י"ל כפירוש הראשון דלא ידע כלל שהוא של אביו רק דוודאי זה מן הנמנע שלא יתוודע לו לעולם ואולי יתוודע לו אחר שכלו שני חזקה או זמן קצר קודם שכלו שני חזקה ולא ימחה כ"כ מהר וביני וביני יכלה שני חזקה קודם שימחה לכך ש"מ שאין מחזיקין כו' רק אם החזיק ג' שנים אחר שוודאי נודע להבן שהגדיל שהי' של אביו וע"ז לא חיישינן דוודאי לא ישתוק שלש שנים כן י"ל מיהו מ"ש קודם הוא מורווח יותר מ"מ אין מזה הכרע:

והנה התוס' שם הקשו על רש"י דע"כ כיון דמורידין יש כו דעת לומר הבא עדים שלקחת מאבי וה"נ יש לו לדעת ולמחות בסוף כל שלשה ע"כ והנה לכאורה מוכרח מזה כפירוש השני דיודע הי' שהי' של אביו רק דאינו יודע אם זה החזיק שלא כדין דע"ז שייך קושית התוס' דהי' לו לדעת ולמחות ולחשוש אולי מחזיק שלא כדין ויהי' לו חזקה לכך הי' לו למחות בסוף כל שלשה אף שלא ערב אל לבו עדיין לתבעו בב"ד אבל אם נימא הפירוש הראשון דאינו יודע כלל שהי' של אביו א"כ לא מקשים התוס' ולא מידי דאיך יהי' לו דעת למחות בסוף כל שלשה כיון שאינו יודע כלל שהי' של אביו דהא דיש לו דעת לשאל אחר עדי מכירה היינו אחר שנתוודע לו אבל יוכל להיות שנתוודע לו אחר שישלמו שני חזקה וכן כמה דמסקי התוס' וז"ל אבל לנכרי מסיק אדעתי' למימר אייתי ראיית עדי מכירה עכ"ל ואי אמרת שאינו יודע כלל שהי' של אביו האיך מסיק אדעתי' למימר אייתי ראי' אבל אין זה ראי' כל דבאמת אף אם נימא כהפירוש הראשון מקשים התוס' שפיר דוודאי לא אמרינן הך סברא דמסתמא לא ידע שהיא של אביו רק אם אמרינן אין

מחזיקים בנכסי קטן אפילו הגדיל אבל אם הוי אמרינן דמחזיקים בנכסי קטן ע"כ לא הוי אמרינן הך סברא דמסתמא לא ידע דאם אמרינן הסברא הנ"ל א"כ וודאי דלא יועיל חזקה גם אחר שהגדיל וזה פשוט וברור וא"כ כד דייק מר"ה דאין מחזיקין ע"כ הא גופא דייק דאמרינן הסברא הנ"ל דמסתמא לא ידע וא"כ מקשה התוס' שפיר דלמא מחזיקין דאמרינן מסתמא ידע והא דלא חיישינן שזה יחזיק ג' שנים קודם שישאל על עדי מכירה היינו משום שוודאי יש לו דעת למחות בסוף כל שלשה דהא השתא קיימינן דנימא מחזיקין כו' א"כ קיימינן בסברא דמסתמא ידע ואין לומר דסברת חוץ היא דמסתמא לא ידע דא"כ למה הוצרך לדייק מדר"ה דאין מחזיקין הא פשיטא דאין מחזיקין וכעין שכתבו התוס' וכ"ת הא פשיטא לי' כו' וגם ממה דמסקו התוס' אין ראי' כלל דה"פ אבל לנכרי אסיק אדעתי' כו' כשיתוודע לו כו' דהא וודאי יתוודע לו באיזה פעם שהי' של אביו כמ"ש בדברי רש"י ואז יהי' מסיק אדעתי' למחות ואף שיהי' אחר שני חזקה הא אין מחזיקין כו' והא דכתבו התוס' בקושייתם דע"כ כיון דמורידין א"כ יש לו דעת לומר כו' עוד שם וכ"ת הא פשיטא לי' דאינו יודע למחות בסוף ג' אע"פ שהוא נזכר לשאול עדי מכירה כו' ע"ש ולפי פירושי הי' להתוס' לכתוב בלשון זה דע"כ כיון דמורידין ומחזיקין כו' ע"כ ודע שהי' של אביו א"כ יש לו לדעת ולמחות בסוף כל שלשה וכ"ת דהא פשיטא לי' דמסתמא לא ידע שהי' של אביו א"כ בלא ר"ה פשיטא דאין מחזיקין י"ל דכך הוא כוונת התוס' דלא נימא גם אם קיימינן דנזיקין כו' וקיימינן בסברא דמסתמא הי' ידוע שידע שהי' של אביו מ"מ אמרינן דלא מסיק אדעתי' למחות כיון שהורגל מקטנותו לראות את זה בנכסיו לזה כתבו כיון דמורידין כו' א"כ ע"כ דאמרינן דמסיק אדעתי' לשאול אחר עדי מכירה ה"נ מסיק אדעתי' למחות בסוף כל שלשה א"כ ליכא הוכחה כלל מר"ה וכ"ת הא פשיטא לי' כו' א"כ לא צריך להוכיח מר"ה כן י"ל דברי התוס' ואין הכרע כלל מיהו אף שבאמת הי' קשה קושית התוס' אף לפירוש הראשון שכתבתי כמו שבארתי מ"מ האמת יורה דרכו מדמקשים התוס' בסתם כמו שיש לו דעת לשאול אחר עדי מכירה ה"נ יש לו לדעת ולמחות בסוף כל שלשה ש"מ דסברא פשוטה היא דיודע שהיתה של אביו רק דאינו יודע אם זה החזיק כדין או לא דאי קיימינן בסברא דאינו יודע כלל אם הי' של אביו מעולם לא הוי להו להתוס' להקשות בסתם רק לבאר ולפרש ולומר דהא אם נימא דמחזיקין ע"כ דהוי קיימינן בסברא זו דיודע שהיתה של אביו ומדמקשים סתם ולא פירשו כלום ש"מ דסברו אף עכשיו דקי"ל אין מחזיקים קיימינו בסברא זו דמ"מ יודע שהיתה של אביו כנ"ל ברור לדעתי. וגם בדברי רש"י מורווח יותר כפירוש זה כמ"ש וגם מצד הסברא נראה ברור כשמש דמסתמ' יודע שהי' של אביו דחברך חברא

אית לי' כו' והא דנימא דמן הסתם אינו יודע אם הי' של אביו מעולם הוא ממש מכחיש החוש שלא ימצא א' מאלף שיהי' שוטה ותם כזה שלא יתוודע לו דבר גלוי כזה.

ועוד ראי' ברורה מדברי הגמ' מדאמר סתם אין מחזיקים בנכסי קטן ואפילו הגדיל ולא התנה שום תנאי בזה ש"מ דהוא בכל ענין דאל"כ הו"ל להגמ' למימר והוא דלא ידעינן דידע שהיתה של אביו וגם לדעתי היא קושי המציאות דלא ידע כלל והאיך נאמר סתם וגם כל הפוסקים סתמו דבריהם ולא התנו שום תנאי והאיך לא אשתמיט חד מהפוסקים למימר דבידע שהי' של אביו מהני חזקה וגם זקני הרמ"א ז"ל לא התנה שום תנאי בגוף הדין רק דטעמא יהיב למלתי' אבל הדין משמע דהוא בכל ענין ואם נימא דהדין הנ"ל הוא דווקא בלא ידע מעולם שהיתה של אביו כמעט נפל בבירא הדין הנ"ל ואין לו מציאות כלל דלא ימצא א' מאלף כנ"ל ברור לדעתי

ועוד ראי' יותר ברורה דהלא בכל ענין אמרו אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל משמע אפילו מת אביו כשהי' כבר בר דעת כמו בן שתים עשרה שנים ומ"מ הרי קטן הוא ואז וודאי יודע וזוכר שהי' של אבי' ועוד דאם נימא דהא דאין מחזיקין כו' הוא דווקא בלא נתברר דידע שהיתה של אביו מעולם א"כ ליכא הוכחה מדיוקא דר"ה דאמר אין מורידין קרוב לנכסי קטן משמע הא נכרי מורידין ש"מ דאין מחזיקין כפירש"י דלמא ר"ה ה"ק קרוב אין מורידין בשום ענין אבל נכרי לפעמים מורידין כגון באם הקטן כבר הי' בן דעת כשמת אביו וא"כ יודע הי' שהי' של אביו ובוודאי לא ישתוק אחר שיגדיל שלשה שנים מלמחות לכך מורידין אבל כשהי' קטן ממש באמת אין מורידין גם נכרי רק הב"ד בעצמם יתעסקו בצרכי הנכסים כמבואר בח"מ סי' ר"ץ סעיף א' בהג"ה בשם הרשב"א א"ו דבכל ענין חיישינן אף דידע שה תה של אביו מ"מ סובר שמחזיק כדין שקנה מאביו קידם מותו או שנמכר ע"פ ב"ד שמכרו לכתובה או למזונות ולכך שוהה מלמחות וזה ברור כשמש לדעתי:

ועוד ראי' ברורה דהא הנ"י על האלפסי שם בב"מ על הא דאין מחזיקין [בנכסי] קטן ואפילו הגדיל כתב וז"ל אפילו הגדיל והחזיק המחזיק ג' שנים משהגדיל הקטן אין לו חזקה לעולם כיון שירד שם בשעה שאינה ראוי' לחזקה דהיינו בעודו קטן ודוגמתו בהשותפין אין להם חזקה אפילו עבר זמן השותפות כיון שמתחלה ירדו ברשות כן כתב הרנב"ר ז"ל עכ"ל הרי מבואר מדבריו להדיא דבכל ענין לא הוי חזקה כיון שמתחלה הי' בשעה שאינה ראוי' לחזקה וכ"כ הה"מ בפ' י"ד מה' טוען ונטען הלכה ו' וז"ל ויש מפרשים דאף אם החזיק שלש שנים אחר שהגדיל אין חזקתו חזקה כיון דשהתחיל בעודו קטן וזה דעת הר"א בהשגות ולזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל עכ"ל הרי דכתב

בהדיא דלהסוברים דלא מהני חזקה שלש שנים אחר שהגדיל הוא מטעם כיון שהתחיל בעודו קטן ולא כתב כלל דלא ידע גם אחר שהגדיל משמע דבהתחיל להחזיק בעודו קטן שוב לא הוי חזקה בכל ענין בין ידע בין לא ידע וכתב כן בשם הרמב"ן והרשב"א וא"כ לדידהו וודאי בכל ענין לא הוי חזקה אף אם ידע שהי' של אביו וא"כ כיון דהנ"י והר"מ בשם הרמב"ן והרשב"א מבואר להדיא דלא מהני חזקה בכה"ג א"כ אף אם הוי ספק לרש"י והטור בשם הרא"ש דכתבו הטעם משום דלא ידע כו' וודאי דחינן הספק דבדבריהם מקמי הפשיטות דבדברי הרמב"ן והרשב"א והנ"י והה"מ ובפרט דכבר כתבתי דהעיקר גם לרש"י והרא"ש דלא מהני חזקה בכה"ג ועוד דאם הוי שום נפקותא לדינא בין הפוסקים הנ"ל לרש"י והרא"ש ז"ל לא הוי שתיק זקני הרמ"א ז"ל מלפרש החילוקי דיעות שיש בזה ובפרט שציין בהג"ה טור בשם הרא"ש והראב"ד שם בהשגותיו והה"מ בפ' י"ד מה' טוען בשם הרמב"ן והרשב"א ונ"י ש"מ דאין מחלוקת ביניהם כלל והנה לענ"ד לא נראה בשום מקום שיהי' נוטה לפירוש הראשון דבידע שהי' של אביו הוי חזקה רק בלשון הטור בשם הרא"ש מורה לכאורה קצת כן כמ"ש אבל באמת גם זה אינו דהלא באמת תמהתי מאין הוציא הטור מדברי הרא"ש דסובר דבהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל ג"כ לא מהני הלא שם בהרא"ש למס' ב"מ לא נזכר כלל רק סתם אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל כמו שהוא בגמרא ולא ביאר כלל דגם בהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל לא מהני וגם לשון זה שהביא הטור לא ידע שהיתה של אביו שימחה ליתא שם כלל והנה ראיתי לתומים בחו"מ סי' קמ"ט שתמה על הטור בזה מאין הוציא כן מהרא"ש ז"ל והנה כתב שם תירוץ א' וכל מעיין ישפוט בצדק דאין זה כוונת הטור ודבריו בזה אינם רק לחדד התלמידים אבל לא לאמיתות כוונת הטור רק העיקר הוא מה שכתבתי שם אחר זה וז"ל שוב ראיתי תשובת הרא"ש כלל צ"ט דין ב' משמע להדיא כהראב"ד דאפילו הגדיל והחזיק שנים רבות כנראה מהתשובה ההיא ודוק עכ"ל וזה ברור דמהתשובה הנ"ל הוציא הטור ז"ל מ"ש בשם הרא"ש. והנה המעיין בדבריו בתשובה ההיא יראה דלא הוי הוכחה רק ממ"ש בזה"ל אבל חזקה שאחרי מות ראובן אינה חזקה ואין מחזיקין בנכסי קטן ואפילו הגדיל עכ"ל האי לישנא חזקה שאחרי מות ראובן משמע אפילו כמה וכמה שנים וא"כ הלא אינו מבואר בהרא"ש ז"ל שם זה"ל כלל דלא ידע שהיתה של אביו שימחה רק בלשון השואל מבואר בזה"ל וראובן שהי' קטן ולא הי' דר בתוך אותה העיר ולא היה יודע מהירושה שירש מאביו ואחיו עד עתה שהגדיל עכ"ל והרי אדרבא מוכח מכאן בבירור להיפך מדכתב ולא ידע עד עתה שהגדיל משמ' דמשהגדיל ידע ואעפ"כ מבואר מתשובת הרא"ש כמ"ש דלא מהני חזקה אפי' החזיק כמה שנים משהגדיל וזה

ברור ואין להביא ראיה ממ"ש השואל ולא היה יודע מהירושה כו' דעכ"פ בעינן דלא ידע בקטנותו שהיה של אביו דמזה וודאי דאין ראי' דהדין תולה בזה רק דהמעשה שהיה כך היה דהא בקטנותו קודם שהגדיל וודאי ליכא למ"ד דתהני חזקה אף אם ידע שהיה של אביו ופג לבי מלהאמין שיהיה שום בר דעת סובר כן דבקטן ממש תהני חזקה אם ידע שהיה של אביו דקטן לאו בר מחויי הוא ואין לו דעת למחות וזה ברור וא"כ הרי נראה להדיא דהטור כתב מעצמו לשון זה ובוודאי דאין בזה מכוון וחידוש דין דאם היה איזה כוונה בזה לא היה כותב בשם הרא"ש מה שאיננו בלשון הרא"ש ואדרבא מבואר משם היפך מזה כמ"ש א"ו דלשון זה אתי שפיר אף אם ידע שהיה פעם אחת של אביו מ"מ לא ידע שבשעה שהחזיק בה זה היה של אביו כמ"ש וזה ברור ומזה יובן דגם לשון רש"י בכתובות דף י"ז ע"ב יתפרש כך ע"כ לפענ"ד ברור כשמש דבשום אופן אין מחזיקין אף אם ידוע בעדים שידע שהיה של אביו כנ"ל ברור כשמש בס"ד:

ועוד אומר אני דאפילו אם נימא דבידוע בעדים שידע שהיה של אביו מהני החזקה מ"מ בנד"ד שאינו ידוע רק שהודו שידעו שהיה של אביהם ודאי דלא מהני חזקה דנאמנים לומר שאינם יודעים אם זה קכה כדין במיגו שלא היו מודים שידעו שהיה של אביהם. וא"ל כיון דמבואר בסי' קמ"ט סעיף ק' דמהני מיגו להמחזיק א"כ ע"כ מוכרח כומר דלא הוי מיגו להוציא כיון שהקרקע תחת ידו והחזיק בה ג' שנים א"כ ש"מ דהוא קרי מוחזק א"כ לפ"ז ההיפך ביש מיגו להיורש ראוי כומר דהוי מיגו להוציא דזה אינו דכבר הוכיח בתומים סי' קמ"ה ס"ק ה' דמהני מיגו להמחזיק דמוחזק בקרקע אף דאין זה מוחזק במוחלט דהא ע"ז אנו דנין אם חזקתו חזקה ולראשון יש חזקת אבות ודאי רק דמ"מ הואיל ומוחזק בקרקע לא קרי מיגו להוציא אבל מכש"כ דאם יש להמערער מיגו דלא הוי מיגו להוציא דהא הוא מוחזק ועומד מחזקת אבות בוודאי ועל חזקתו של המחזיק יש ספק אם כן פשיטא דלא הוי מיגו להוציא ובכה"ג מיגו של שניהם הן של המחזיק והן של המערער אינם בגדר מיגו להוציא דזה מוחזק בחזקת אבות וזה מוחזק בקרקע עכ"ל ודבריו מוכרחין מהש"ע שם ע"ש הרי מבואר דהוי מיגו מעליא ולא הוי מיגו להוציא וזה ברור בס"ד.

ועוד צרפתי לזה דמה שטענו היורשים דלכך שתקו דהיה סבורי' דמסתמא קנה כדין ויש לו כתבים ואם אולי עלה על דעתם למחות ולחקור היו יראים ממנו מחמת שהוא היה מנהיג העיר שקורין רגירר ובעו"ה היה ממשמש גזירת לקיחת יהודים לבעלי מלחמות וידוע דזה תולה ברצון הרגירר את מי שירצו ליתן והיו יראים לנפשם ממנו שלא יתנם לב"מ ע"כ דבריהם ואמרתי טענה טובה הוא אף אם היה הדין נותן בל"ז דחזקה מועיל

דהא דמיא להא דאיתא בב"ב ד' ל"ח ע"ב ובש"ע חו"מ סי' קמ"ג סעיף ג' בבורח מחמת מרדין דאין חזקה מועיל נגדו משום שירא למחות פן יודע מקומו וירדפו אחריו ולדעתי הדברים ק"ו מה שהוא במדינה אחרת ירא פן יוודע עי"ז מקומו כש"כ כאן שהסכנה מזומנת ובפרט לפי מה שדימו הפוסקים דאם ברח מחמת שהיה חייב ממון למלכות הוי כמו בורח מחמת נפשות א"כ כש"כ כאן דהוי סכנת נפשות תרתי גוף ונפש דמסוכן למות בקשרי המלחמה וגם יעבירו אותו על דתו מכל הלין נ"ל ברור דלא הוי חזקה ע"כ דברי אשר דברתי בהיותם עמי בביתי רק נכתב בכאן בתוס' איזה דברים כי מרש"י דמס' כתובות הנ"ל לא דברתי אז כלל ואף שבנד"ד לא הוריתי להלכה ולמעשה עפ"ז כי באתם לפני ואמרתם שכבר נתפשרו הצדדים קודם שגליתי דעתי ואז אמרתי לכם כבר עיינתי בדין זה אבל כיון שיש פשר לא אגלה דעתי שלא יתקלקל הפשר וכן עשיתי שאחר שנגמר הכל גליתי דעתי רק כדי להתלמד במקום אחר מ"מ יפה זכיתי יפה חייבתי בעז"ה ומיני' לא אזוע:

והנה ע"ז כתב אלי השנה אחר חזרתו לביתו נאוה ק' והנה מקודם שאשיב על השגותיו אשוב עוד להביא ראיות ברורות וחזקות לדברי בס"ד:

והנה מקודם אפרש שיחתי דלכאורה מ"מ מדברי רש"י בכתובות דף י"ז ע"ב שכתב לא ידע כשהגדיל שהיתה של אביו עד ששומע מפי אחרים מורה דכוונתו הוא דלא ידע כלל שהי' של אביו מעולם דאם נימא דקאי על שעת החזקה כמ"ש מה האי דכתב עד ששומע מפי אחרים דשמיעה זו למה הלא כבר ידע שהיה של אביו וא"צ רק שישים על כבו לחקור אחר עדי מכירה או אחר שטר מכירה ואם נימא דסברת רש"י הוא דגם זה אינו משים על לבו מעצמו אף ברבות הזמן לחקור ולשאול עד ששומע מפי אתרים שמחזיק שלא כדין א"כ אין חילוק כלל לפ"ז בין קרוב לאיש נכרי ולמה קרוב אין מורידין ואדם אחר מורידין דבשלמא בל"ז ה"א כמ"ש התו' במס' ב"מ דבנכרי מסיק אדעתי' לשאול אחרי עדי מכירה כשיתוודע לו שהיתה של אביו ובקרוב סוב' שאומר אמת שהגיע לחלקו אבל אם נימ' כמ"ש דגם בנכרי אינו מסי' אדעתי' לשאול אחר עדי מכירה רק אם יודיעוהו אחרים להדיא שמחזיק שלא כדין א"כ בקרוב נמי אם יודיעוהו אחרים שמחזיק שלא כדין ואין האמת כדבריו וודאי יתבענו בשלמא אם נפרש דאינו יודע כלל שהי' של אביו עולם עד שישמע מאחרים א"ש דלפ"ז השמיעה מאחרים הוא רק שהיתה של אביו מכבר א"כ עכ"פ בנכרי תיכף כשישמע שהי' של אביו ימחה אבל בקרוב לא ימחה שסבור הוא שהגיע לחלקו אבל אם נפרש שזה וודאי יודע בעצמו שהי' של אביו

רק דסובר דזה החזיק בה כדין ואחרים מודיעים שאינו מחזיק כדין וזה גורם המחאה א"כ אין חילוק בין קרוב לנכרי וד"ק:

מיהו לכאורה גם בל"ז אינו מובן ההפרש שבין קרוב לנכרי ודברי התוס' שם בב"מ תמוהין מאוד דאם נימא ההפרש שבין קרוב לאיש אחר כמ"ש התוס' א"כ הדרא קושיא לדוכתא היכי מוכח מר"ה דאיו מחזיקין כו' דלמא מחזיקין והא דמורידין ככרי היינו משום דבנכרי לא ישתוק ג' שנים בוודאי אבל בקרוב סבור שאומר אמת וא"ל דסברת חוץ הוא דמסתמא לא ידע כלל שהי' של אביו משך זמן רב או דנימא דסברת חוץ הוא דאף אם ידע שהי' של אביו מ"מ אינו משים על לבו ורגיל לשכוח בסוף כל ג' כיון שהורגל מקטנותו לראות את זה בנכסים אלו חושב אולי קנה כדין א"כ פשיטא דאין מחזיקין ומאי צריך לאתויי מדר"ה א"ו ע"כ אם תאמר דמחזיקין כו' ע"כ צ"ל דידע שהי' של אביו ומשים אל לבו למחות ואינו שוכח בסוף כל ג' והא גופא בעי להוכיח דאמרינן אינו יודע שהי' שם אביו או ששוכח בסוף כל ג' וזה לא מוכח כלל מדר"ה וזהו עיקר קושית התוס' וא"כ לא מתרצים התוס' מידי והיא תמי' גדולה על התוס' שם בב"מ והנה הי' עולה על דעתי לומר בדוחק דמסתבר להגמרא דהא דחושב בקרוב שאומר אמת ולא יתבענו כלל והא דבנכרי שישכח בסוף כל ג' או דנימא מסתמא לא ידע כלל אם הי' של אביו מעולם שקולין הם דהיינו דאם נימא דמסתמא מדקדק היטב אחר נכסי אביו וידע מה שהי' ש אביו ומהר למחות בסוף כל ג' א"כ גם בקרוב לא יטעה וכיון דאמרינן דאינו מדקדק כ"כ וטועה בקרוב א"כ מסתבר אחת משתי אלה או שלא ידע כלל משך זמן רב שהי' של אביו א"כ אף דמורידין נכרי דוודאי יתוודע לו ברבות הזמן ואז יתבענו עכ"פ מ"מ אין מחזיקין דאין ידוע מתי יתוודע לו או דנימא דידע שהי' של אביו רק דאינו משים על לבו כ"כ מהר דסובר שמחזיק בה כדין ואף דמ"מ וודאי יחקור באיזה פעם ולכך מורידין נכרי מ"מ אינו מוחה בסוף כל ג' כיון שאינו מדקדק כ"כ דהא חזינן דטועה בקרוב כן הי' עולה על דעתי אבל נחשב לדוחק גדול בעיני דמנ"ל להגמרא זאת להוכיח הך מדר"ה דמישקל בפלס מאזני סברות הללו דשקולין הן עד שלגודל התמי' חפשתי במפורשים ומצאתי במהר"מ לובלין ז"ל שעמד בזה על דברי התוס' ותרץ כמו שע ה על דעתי דשני הדברים דיהי' לו דעת לומר לקרוב הבא עדים ושימחה בנכרי בסוף כל ג' שקולין הם עכ"ד אבל מ"מ הוא דוחק גדול בעיני דלא קרב זא"ז דוודאי מסתבר לומר דאף דבקרוב אינו עולה על דעתו לתבעו כלל אף שיודע שהי' של אביו דסובר שאומר אמת שהגיע לחלקו מ"מ בנכרי דאמרת דעולה על דעתו לתבעו דהא אמרת מורידין ככרי א"כ גם ג' שנים לא ישתוק ומנ"ל לרבא להכריח הדמיון הזה עד שיוציא מהא דר"ה הלכתא רבתי

דאין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל אח"כ ראיתי גם במהר"מ שיף שעמד ג"כ על דברי התוס' בזה וכתב וז"ל רק דאינהו כתבו משום דלא ידע למחוי בקרוב כו' ואין זה דומה מזה אפילו כעוכלא לדנא ועיין עכ"ל ור"ל דכוונת בעלי התוס' הוא וודאי לומר דשקולין הם אבל באמת אין זה דומה לזה א"כ נשאר קושית תוס' על הגמרא והניח בצ"ע הרי לך שמהר"מ שיף הסכים דבדברי התוס' הנ"ל לא מסתבר כלל ונשאר קושית התוס' בתקפו על הגמרא הנ"ל והוא תמי' רבה וגדולה מאוד על הגמ' וצריך ישוב:

ע"כ מצות האדון המור"ם שיף עלי חובה לישב קושית התוס' הנ"ל על הגמרא בהקדים דהנה קשה לי על פרש"י ז"ל דפירש במתני' דמס' ב"ב ר"פ חזקת הבתים ד"ה שדה בית הבעל שם בסוף הדיבור וז"ל שאין לך אדם הרואה את חבירו כו' ושותק עכ"ל מבואר להדיא מדברי רש"י הנ"ל דעיקר טעם החזקה הוא משום דוודאי לא שתיק אי לא מכרו לזה ולכאור' הוא נגד המסקנא דגמרא ב"ב שם דף ק"ט ע"א דמסיק הטעם משום דעד תלת שנים מזדהר אינש בשטרא טפי לא מזדהר ע"ש ופירש הנ"ל בהמשנה הוא רק כפי הה"א שם בגמרא דר"ל הטעם משום דעד תלת שנין לא קפיד אינש תלת קפיד ע"ש והוא תמי' גדולה דיפרש רש"י במשנה כפי הה"א ולא כפי המסקנא והו"ל לרש"י לומר בלשון קס"ד וא"ל דהאי טעמא דלא מזדהר בשטרו טפי מתלת שנין הוא משום בתלת שנין קפיד אינש וכיון דלא קפיד עלי' תלת שנין שוב לא נזהר בשטרו משום דחושב בלבו דוודאי לא יקפיד עוד וא"כ הטעם דלא מזדהר תולה בטעם דקפיד דמעת שדרכו של הבעלים להקפיד ולא הקפיד שוב לא נזהר בשטרו. דזה אינו דא"כ הדרא קושיא לדוכתא דהני דבי' בר אלשב דקפדי לאלתר תהוי חזקה לאלתר דג"כ אינו נזהר בשטרו טפי מלאלתר בדידהו א"ו דהא דנא מזדהר בשטרא טפי מתלת שנין הוא סברא בפ"ע ואינו תולה ככל בהא דקפיד ולא קפיד רק דאף דלבתר תלת שנין לא מזדהר הא וודאי אמרינן דאם שומע איזה מחאה בתוך שלשה מזדהר טפי עכ"פ שלש שנים מעת המחאה דכיון דשמע מערעור וודאי יש לו לזהר בשטרו וכמו דאמר שם בגמרא ב"ב ד' ק"ט ע"א אי מחיית באנפאי הוי מזדהרינא בשטרי ע"ש אבל עד תלת שנין מזדהר בשטרא בכל ענין דסתם שטר הוא לוקח למען יעמוד ימים רבים ולא על יום או יומים לכך דרך העולם הוא נזהר בשטרו עד שיתקיים הקרקע בידו בשופי בהשקט בלי שום ערעור שלשה שנים ולא בדרך הקפדה תלי' מלתא כן מוכרח מהגמ' כמ"ש וא"כ קשה על רש"י כנ"ל:

מיהו נראה דלק"מ דהא יש להבין הא קיי"ל קרקע בחזקת בעלי' עומדת ובחזקת מרא קמא כל זמן שלא נתברר שמכרה וא"כ בשלמא אי הוי אמרינן הטעם דמועיל החזקה ג' שנים כמו הס"ד מעיקרא דתלת שנין וודאי קפיד אינש ובוודאי לא הוי שתיק א"ו דמכרה

לו א"ש דאמרינן מכח הוכחה זו הוי כנתברר דמכרה לו ולכך מוקמינן ביד המחזיק משא"כ להטעם דמסקינן משום דטפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרו דמ"מ אין כאן הוכחה דמכרה לו רק די"ל דמכרה לו ואבד השטר דלא נזהר בשטרו יותר מג' שנים אם כן במה מפקינן הקרקע מחזקת בעלים הראשונים וא"ל כסברת הרמב"ן בר"פ ח"ה בגמ' ד' כ"ח ע"א דכתב דאחר שלשה שנים יצא מחזקת בעלים לחזקת המוחזק ומיקרי המחזיק מוחזק וה בעלים מוציא מחבירו ע"ש הלא לא כתבינן רק למאן דיליף משור המועד אבל למאן דלא יליף משור המועד דאליבי' קאי האי סוגיא בדף ק"ט ע"א ע"ש מה"ת לומר כן כל כמה דליכא סברא והוכחה דמכרה וע"כ צ"ל דוודאי עיקר טעם ויסוד החזקה הוא משום דוודאי לא שתיק אינש כ"כ רק דמקשה הש"ס אלא מעתה כגון הני דבי בר אלישב כו' ע"ז משני שפיר משום דעד תלת שני מזדהר אינש בשטרו ר"ל אף דיש הוכחה קודם ג' שנים כגון בהני בר אלישב מ"מ לעומת זה יש הוכחה להיפך דלא מכרה לזה דאל"כ היה ראוי להיות להמחזיק שטר דעד תלת שנין מזדהר אינש בשטרו וכיון דיש הוכחה לכאן ולכאן מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא טפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרא וא"כ אין כאן הוכחה דלא מכרה לכך מוקמינן הקרקע ביד המוחזק מכח הוכחה דוודאי מכרה לו מדשתיק כולי האי כנ"ל ברור וא"כ יפה פירש"י בהמשנה הטעם דהחזקה משום דלא שתיק אינש כ"כ וז"ב:

ועוד ראיה לדבר דהא השותפין והאריסין כו' דקי"ל דאין להם חזקה מבואר הטעם ברמב"ם פי"ג מהלכות טוען ונטען הלכה א' דהיינו משום דאין מקפידין זה על זה ע"ש והכה אם נימא דהטעם של חזקת ג' שנים הוא רק משום דטפי מג' שנים לא מזדהר אינש בשטרו וי"ל שטר היה לו ואבד א"כ בכל אלו דאין מקפידין מה בכך דאין מקפידין מ"מ י"ל שטר היה לו ואבד דטפי מג' שנים לא מזדהר אינש בשטרו א"ו כמ"ש דעיקר יסוד החזקה הוא משום דתלת שנין קפיד אינש כנ"ל:

ועיין בפירוש המשניות להרמב"ם במשנה דר"פ ח"ה שכתב וז"ל טעם אלה השלש שנים שלפי שאדם שומר שטר המכר כו' שנה ראשונה שני' ושלישית ולא יותר כו' טענת ראובן שלקחה ממנו נאמן ולא נאמר לראובן הבא שטרך עכ"פ לפי שאבדו ואנחנו נאמר לשמעון אם לא מכרת לו כמו שאתה טוען למה הנחתו לאכול פירותיו כו' עכ"ד וכן הוא בפירוש הרע"ב במשנה הנ"ל הרי דמרכיב שני הטעמים כאחד ולכאורה קשה דמעיקרא הטעם של המסקנא דגמ' ואח"כ הטעם של הה"א אבל המדקדק בדבריהם יראו שכיונו למ"ש דהטעם דלא מזדהר אינש בשטרי' מועיל לסלק ההוכחה דלא קנאו מדלית לי' שטרא אבל עיקר ההוכחה דקנאו מדשתיק ולא מיחה כנ"ל והנה בנותי בספרים ומצאתי

הדבר מפורש בחידושי הרמב"ן לב"ב בד' מ"ב ע"א שם בחידושיו ד"ה הא דתני' אכלה האב שנה שכתב שם בשם י"מ דקטן לאו בר חזקה הוא דכיון דכי מחי מ"מ לאו בר אזדהורי בשטרי הוא איהו נמי לא מחי וכתב ע"ז הרמב"ן וז"ל ואין אני מחזיק בטעם זה דטעמא דחזקה לאו משום אזדהורי דידיה ביחוד אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר דמכרה אלא שתוך שלש אמרינן לי' למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מזדהר בי' טפי איתרע ליה האי טענה ואמרינן לא לחנם שתיק כו' ע"ש עכ"ל הרי לך בביאור כמ"ש דהסברא דטפי לא מזדהר בשטרא הוא רק מסלק הטענה דאחוי שטרך אבל עיקר יסוד החזקה היא מדלא מיחה ש"מ דמכרה והשתא ל"ק בהני בי' אלישב דאף דקפדי לאלתר מ"מ עד תלת שנין אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך וכיון דלית ליה שטר ש"מ דלא מכרה לו דעד תלת שנין מזדהר אינש בשטרי כנ"ל ואין להקשות לפ"ז מהמקשה הש"ס שם בב"ב דף ק"ט ע"א אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תהוי מחאה כו' ע"ש דמה בכך די"ל דלא ידע לזהר בשטרו מ"מ אין כאן הוכחה מדשתק ולח מיחה דהא מיחה די"ל דהכא ג"כ פריך כגון הני דבי' בר אלישב אם מיחה בתוך ב' שנים שלא בפניו לא תהוי מחאה דהא יש הוכחה רבה קודם שמיחה כגון עד"מ אם מיחה אחר שנה הלא וודאי הם לא הוי שתקי כ"כ אי כא מכרו והוי כמו באחר שמיחה אחר ג' שנים וא"כ אינו מועיל המחאה רק לענין זה דהיה לו לזהר בשטרו משום שכבר מיחה והוי הוכחה להיפך א"כ כשמיחה שלא בפניו דלא ידע לזהר בשטרו לפי ה"א דמקשה וליכא הוכחה להיפך לא תועיל המחאה ונוקמי' ארעא בחזקת המחזיק מכח הוכחה דוודאי לא הוי שתיק כ"כ אי לא מכרה וקאי על קושית הגמ' לעיל דמקשה מדבי בר אלישב וא"ל דאה"נ דבהני דבי בר אלישב מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה דא"כ נתת דבריך לשיעורין בענין המחאה שלא בפניו שלא יועיל לכל א' אחר עבור זמן הקפדנות שלו וכמו דמקשה הש"ס לעיל מהני דבי בר אלישב ולאלתר תהוי חזקה וודאי דג"כ עיקר יסוד הקושיא היא דא"ל אה"נ דא"כ נתתי דבריך לשיעורין בענין החזקה ה"ה בענין המחאה כנ"ל:

ויותר נראה דלמה דמסיק הטעם דעד תלת שנין מזדהר אינש בשטרא חזר ממה שתירץ לעיל דעד תלת שנין לא קפיד אינש רק דאמרינן דמסתמא כל אדם מקפיד תיכף אם אחר מחזיק בשלו רק דבהני דבי בר אלישב לא היה שום ה"א כלל לומר דלא קפדי עד תלת שנין דהא חזינן דקפדי אמאן דחליף אמצרא דידהו אבל בשאר כל אדם היה יכול לומר דלא קפיד עד תלת שנין אבל בהמסקנא חוזר מזה וסובר דאף דכל אדם לא קפיד אמאן דחליף אמצרא דדהו ה"מ מן הסתם מקפיד על מי שמחזיק בשלו לאלתר וא"כ היה ראוי להיות חזקה לאלתר דמדשתק ולא מיחה ש"מ דמכרה לו רק דלא הוי חזקה

משום דלעומת זה אמרינן להמחזיק אחוי שטרך וכיון דלית ליה שטרא מוכח דלא קנה אבל אחר שלש שנים דלא מזדהר בשטרא נשאר הוכחה זו מדשתק ולא מיחה כמ"ש וא"כ יסוד החזקה הוי מדשתק ולא מיחה וכמ"ש ומהא דלא קפיד עד תלת שנין חזר לגמרי וכ"מ יותר בגמ' מדאמר אלא אמר רבא משמע דחזר לגמרי מהא דלעיל וממש כן מבואר בדברי הרמב"ן הנ"ל שהבאתי שכתב אלא שבתוך ג"ש אמרינן ליה להמחזיק אחוי שטרך משמע דאי לאו הא הוי חזקה בתוך שלשה מדשתיק ולא מיחה והרמב"ן לא אירי שם דהני דבי בר אלישב א"ו הדבר בדור כמ"ש וכ"מ ג"כ מפירוש הרמב"ם להמשניות שהבאתי לעיל להמדקדק בדבריו שבדבריו הראשונים לענין שמירת השטר כתב וז"ל שנה ראשונה ושני' ושלישית ולא יותר ובדבריו האחרונים לענין שהיה לו למחות לא הזכיר כלל שלש שנים רק כתב סתם ולמה הנחתו לאכול פירות ולא כתב למה הנחתו לאכול שלש שנים אלא דהוא הדבר אשר דברנו דמסתמא מוחה תיכף ולא בעינן שלש שנים רק כדי שלא כאמר למחזיק הבא שטרך כנ"ל ברור וא"כ לפ"ז א"ש טפי דקושית הגמרא אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תהוי מחאה קאי על כל אדם ולא על הני דבי בר אלישב דווקא כנ"ל:

ועוד ראי' לזה דגם לפי המסקנא הוי עיקר הטעם של החזקה מדשתק ולא מיחה דהא למאי דמשני הש"ס שם משום דחברך כו' ור"ל שבוודאי נשמע לו המחאה והי' לו לזהר בשטרו כתב ע"ז הנ"י בשם הרר"י ז"ל שאפילו נודע בוודאי שלא ישמע המחזיק מן המחאה כגון שהעידו העדים שלא הגידו לשום אדם אפ"ה נא הוי חזקה משום דהמערער עשה את שלו דמיחה וסמך על העדים ושדרך בני אדם להגיד זה לזה וכתב הנ"י על דברי הרר"י הנ"ל וז"ל ונראה טעמו דכיון שלא זכה בחזקה זו אלא משום דכיון דאית לי' להאי למחויי ולא מיחה אמרינן וודאי זבנה א"כ כיון שמיחה ואין לו לטרוח ולמחות בפניו לא אמרינן זבנה עכ"ל אלמא דאף לפי המסקנא עיקר טעם החזקה הוא משום דשתיק ולא מיחה אמרינן וודאי זבנה וכמ"ש ודברי הנ"י מוכרחים להרר"י הנ"ל דאם נימא דיסוד החזקה הוא משום דטפי מתלת שנין לא מזדהר בשטרא א"כ מה בכך דהמערער עשה את שלו מ"מ לא ידע זה לזהר ואמאי מוציאין ממונו א"ו מוכרח כהנ"י וק"ל:

מיהו מדברי הרא"ש בר"פ ח"ה משמע דהטעם הוא דהוי מחאה אף אם בוודאי לא אמרו העדים לשום אדם משום דכיון דאמרו חכמים מחאה שלא בפניו הוי מחאה וסמכו על זה דמסתמא יאמרו לאחרים כו' אפילו אם אירע שלא אמרו לשום אדם הוי מחאה כיון שמיחה במאמר חכמים ולא הזקיקוהו לילך אצל המחזיק ולמחות בפניו עכ"ד משמע מדבריו דהוי מחאה בכה"ג מצד תקרת חכמים כיון דמיחה כתקנת כמים כ"מ קצת

מלשון התוס' בב"ב ד' מ' ע"א וז"ל וי"ל דתק"ח הוא עכ"ל דהא אפילו יתברר לנו שלא שמע המחזיק מחא' מהני לבטל חזקה עכ"ל משמע קצת דזו נ"כ משום תק"ח הוא וא"כ אין ראי' מזה כלל למ"ש לפי דברי התוס' והרא"ש ז"ל. מיהו לענ"ד טעם זה קשה להולמו דאיך נימא דתקנו חכמים להוציא קרקע מיד המחזיק כיון דמן הדין הוא של המחזיק דכבר עברו שלש שנים ולא שמע שום מחאה א"כ לא ידע כזהר בשטר ולומר דהפקר ב"ד הפקר הוא דוחק דלמה יפקירו הב"ד ממונו של זה המחזיק מה פשעו ומה חטאתו ועוד דכל האי לא הוי להו להתוס' והרא"ש למסתם אלא לפרש דמשום הפקר ב"ד נגעו בה לכך נ"ל דהתוס' והרא"ש ג"כ כיונו למ"ש הנ"י וכמו שפירש לדברי הרר"י כך יתפרשו דבריהם ג"כ וכך הוא פי' דברי הרא"ש ז"ל דחכמים אמרו שפיר דמחאה שלא בפניו הוי מחאה ולא חשו להפסיד המזיק לומר דצריך למחות בפניו דסמכו ע"ז דמסתמא יאמרו כו' ואם אירע שלא אמרוהו ג"כ הוי מחאה ממילא מן הדין דכיון דהוא מיחה במאמר חכמים ר"ל כדין מחאה שלא הטריחוהו ללך למחות בפניו א"כ ממילא דאין כאן הוכחה דמכרה מדלא מיחה דהא מיחה כדין מחאה וזה ברור וכן יתפרשו דברי התוס' ג"כ דתק"ח הוא כי' ר"ל דאף דעדות בכתב לא הוי עדות מגזירת הכתוב מ"מ כאן תקנ חכמי' דהוי עדות דבכל דהוא מבטלין החזקה ר"ל כיון דמ"מ ידעינן דמיחה אין כאן הוכחה דמכרה לו וע"ז כתבו התוס' דהא אפילו יתברר לנו שלא שמע המחזיק כו' ר"ל ג"כ מטעם זה הוי מחאה כיון דמ"מ זה מיחה אין כאן הוכחה דמכרה לו כנ"ל ברור נמצא לפי מה שבארתי כולם שווים לטובה דעיקר טעם החזקה מדשתק ולא מיחה אמרינן דוודאי מכרה לו ואין להקשות ע"ז דא"כ למה נן לומר בגמ' ד' ל"ט ע"א דגם אי אמרו העדים שמיחה בפניהם נא מפקינן שות' ע"מ הוי מחאה משום דלמלתא דלא רמיא עלי' דאינש לאו אדעתא ופירש רשב"ם שלא יתנו אל לבם תא דקבלו עלייהו לכסותו ע"ש והא בל"ז מ"מ הוא מיחה ואין כאן הוכחה דמכרה לו ולק"מ דה"א בזה כיון דהעדים הודיעוהו להמוחה שלא יאמרו א"כ אין כאן מחאה כלל כמו דאמרינן באמר הוא לא תפיקו שות' ובוודאי מכרה מדלא מיחה בפני עדים אחרים דהא לא סמיך על אלו העדים כלל דהא ידע שלא יאמרו לכך צ"ל דכל מלתא דלא רמיא כו' וא"כ סמך עלייהו שפיר כל כמה דאיהו לא אמר להו לא תפיקו שות' וזה פשוט וברור לענ"ד:

ומיהו קשה לפ"ז הן לפי מה שהעליתי לעיל דקושית הגמ' במחאה שלא בפניו קאי על כולא עלמא הן לפי מה שכתבתי בראשונה דהקושיא הנ"ל לא קאי רק הני דבי רב אלישב דא"כ נימא בהני בר אלישב או לכ"ע דאם מיחה שלא בפניו אחר זמן מה כמו שנה אחר שהחזיק וגם נתברר שלא שמע המחזיק מהמחאה זו כגון שהעדי מחאה מעידים שלא

הגידו לשום אדם לא תהוי מחאה ותהוי חזקה מעליא דכאן לא שייך לומר כהנ"י דהלא קודם שמיחה כבר יש הוכחה דמכרה מדלא מיחה לאלתר דהא קפדי לאלתר רק דכל עצמו של זה דבעינן חזקה ב' שנים בלא מחאה בדבי בר אלישב לפי מ"ש בראשונה או לכ"ע כפי מסקנת דברי הוא משום דאל"כ יש הוכח' לעומת זה דלא מכרה לו דאם מכרה לו הי' לו להמחזיק להראות השטר דכל כמה דלא עבר שלש שנים בלא מחאה נזהר בשטרו א"כ כאן כיין דנתברר דהמחזיק לא ידע כל שלש שנים משום מחאה א"כ אין כאן הוכח' דלא קנהו המחזיק דהא שוב לא מזדהר בשטרו א"כ ראוי לומר דהמחזיק זוכה בדין משום הוכחה דוודאי מכרה לו מדלא מיחה לאלתר דהא קפדי לאלתר ואין הוכחה אחרת כנגדה ולכאורה קושיא עצומה היא. מיהו לפי מה שכתבתי בראשונה דלא אמרינן דקפדי לאלתר רק הני בי בר אלישב והקושיא הנ"ל אינו רק על הני דבי בר אלישב א"כ י"ל דלק"מ דהרי בזה י"ל שפיר אה"נ דבדבי בר אלישב לא הוי מחאה בכה"ג דנתברר שלא שמע המחזיק מהמחאה כמו שרצה הגמ' לומר לעיל שם אה"נ דכאן ל"ק א"נ נתת דבריך לשיעורין כל א' לפי הקפדנות שלו דבשלמא אי אמרינן דנשתנה בהני דקפדי לגמרי דין חזקה או דין מחאה שייך לומר נתת דבריך לשיעורין משא"כ אי אמרינן דסתם חזקה ודין מחאה שוה בכל רק דאם אירע דמיחה שלא בפניו בפני עדים ומעידים שלא אמרו בפני שום אדם דזה הוא מילתא דל"ש דמסתמא אומרים העדים א"כ אף אם נשתנה דינם בהני דקפדי לא שייך לומר א"כ נתת דבריך לשיעורין כיון דלא דינם רק במלתא דל"ש כנ"ל. אבל לפי מה שהעליתי במסקנת דברי והוא העיקר דלפי מסקנת הגמרא כל אדם מקפיד אם אחר מחזיק בשלו והקושי' של הגמרא ממחאה שלא בפניו קחי על כ"ע א"כ קושית הנ"ל במקומה עומדת על ר"י והנ"י והתוס' והרא"ש ז"ל. ונ"ל לתרץ דבאמת יש עוד טעם דמועיל המחאה מלבד הטעם הפשוט דע"י המחאה הי' לו להמחזיק לזהר בשטרו זמן ארוך יותר והא דע"י המחאה יש רגלים לדבר דלא מכרה דאם מכרה ויודע בעצמו שיש להמחזיק שטר מכירה ממנו האיך נשאו לבו למחות בפני עדים ולמה לו לעשות דבר בטל והא קי"ל דאין אדם מוצא דבריו לבטלה והלא יתוודע שקרותו ופחזותו ויתגלה קלונו לעין כל כשיתראה השטר המכירה לפני הב"ד ומה"ת לי' לאסוקי אדעתא שזה אבד או יאבד שטרו ואדרבא ע"י המחאה זה יזהר בשטרו א"ו מדמיחה והשתא אינו רואין דזה אין לו שטר יש הוכחה דלא מכרה לו דמי הגיד לו כשמיחה נביאות זה שנאבד או יאבד השטר מהמחזיק אך אם מיחה אחר שלש שנים שוב אין ראי' ממה שמיחה שלא מכרה לו דכיון דדרך העולם הוא דטפי משלש שנים לא מזדהר אינש בשטרו איה י"ל לכך מיחה בחשבו אולי כבר נאבד ממנו השטר מכירה

כיון דמסתמא שוב אינו נזהר בשטרו ולפ"ז א"ש הכל הן לפי מש"כ מעיקרא והן למסקנת דברי דאף דאיכא הוכחה גם בתוך שלש שנים דמכרה לו כיון דלא מיחה לאלתר מ"מ אם מיחה בתוך שלש שנים שאז עדיין הוא דרך כזהר בשטרו אם הי כו שטר מכירה דמנ"ל שזה יאבד שטרו וע"ז תיסוב קושית הש"ס במחאה שלא בפניו לא תהוי מחאה משום דחושב המוחה שלא יתוודע לו להמחזיק מהמחאתו ולא יזדהר בשטרו רק עד שלש שנים מעת התחלת החזקה ואחר שלש שנים עלול השטר לאבוד ואז יתבענו וכשיביא המחזיק עידי חזקה אז יביא המערער עידי המחאה ואחר המחאה ליכא עדיין שני חזקה וא"כ כאן אין ראי' מדמיחה דלא מכרה לו וגם זה לא ידע לזהר בשטרו וא"כ נשאר הוכחה מדשתק ולא מיחה לאלתר ש"מ דמכרה לו ואין שום הוכחה אחרת נגדה משא"כ כשמיחה בפניו אז נזהר זה בשטרו וכיון דאין לו שטר ש"מ שפיר דלא מכרה לו וע"ז משני הש"ס שפיר משום דחברך כו' וא"כ בוודאי בא לאזנו של המחזיק וגם המוחה ידע שבוודאי יגיע לאזנו מהאי טעמא א"כ רגלים לדבר מדמיחה וגם מדאין לו שטר דלא מכרה לו ולפ"ז א"ש לשני התירוצים שכתבתי לעיל דאם מיחה בתוך שלש שנים שלא בפניו וגם נתברר שלא הגידו העדים לשום אדם ולא שמע המחזיק מהמחאה א"כ אין ראי' מדלית לי' שטרא דהא לא אזדהר אינש בשטרא טפי מתלת שנין מ"מ הוי מחאה כיון דזה מיחה בתוך ג' שני' ולא עברו ג' שנים בלא מחאה עד התביעה א"כ עכ"פ יש הוכחה דלא מכרה מהא דמיחה דמי הגיד לו נביאות זה שלא יאמרו העדים לשום אדם המחאה ולא יגיע לאזניו של המחזיק ולא יזהר בשטרו ויאבדנו הא מסתמא יאמרו העדים ויזהר בשטר ומת אהני לי' לרמאי ברמאותו כיון דיתגלה קלונו א"ו מדמיחה יש הוכחה שלא מכרה לו כנגד הוכחה מדשתק ולא מיחה לאלתר ולפ"ז הדין שוה בכל דבכל ענין מהני מחאה בתוך שלש אף אם אמרו לא מפקינן שותא דמילתא דלא רמיא הוא ואעפ"כ הי' לו לידע שבוודאי יאמרו לבד מהיכא דהזהיר המוחה את העדים שלא יאמרו דאז ידע שהעדים לא יאמרו אז באמת לא הוי מחאה דאז אמרינן שפיר דלכך מיחה בחשבו שלאחר שלשה שנים מהתחלת החזקה לא יזהר בשטרו דהרי לא ישמע שום מחאה ואז יתבענו וכשיביא עדי חזקה יביא הוא עדי מחאה וא"כ כיון שאין ראי מהמחאה מוקמינן ארעא ביד המחזיק מכח הוכחה מדשתק ולא מיחה באופן שישמע המחזיק ש"מ דמכרה לו ואף דמיחה בכה"ג לאלתר אין זה מחאה כלל דכיון שמזהיר לעדים שלח יאמרו הוה כמוחה בפני עצים ואבנים דאם לא מכרה הו"ל למחויי באופן שיגיע לאזניו של המחזיק א"ו דמכרה לו ולכך רצה שלא ישמע המחאה כדי שלא יזדהר בשטרו כנ"ל והוא תירוץ נכון ומושכל בס"ד וא"כ דברי הנ"י והתו' והרא"ש ז"ל כפתור

ופרח בס"ד ולולא דברי הנ"י היה אפשר לומר כמו דאמר הגמרא באמרו העדים לא מפקינן שותא דע"מ הוי מחאה דמלתא דלא רמיא עלייהו הוא ה"נ י"ל אף דמעידים שלא הגידו לשום אדם דאין עדותן בזה כלום דמסתמא חברך כי' ומסתמא אומרי דרך שיחה רק משום דהוי מלתא דלא רמיא אמרי ולאו אדעתייהו שאמרו ואינם זוכרים ולכך מעידים עכשיו שלא הגידו לשום אדם אבל [כיון] שהראשונים לא כתבו סברא זו דברי בטלים בזה דמפיהם אנו חיים ודבריהם תורה וש"מ מזה דאף דאמרינן בכל מקום דמלתא דלא רמיא מיקרי ואמר ולאו אדעתי' מ"מ לא דחינן עדות העדים עפ"ז דע"פ שני עדים יקום דבר אמר רחמנא ובוודאי כשמעידי' בתו"ע בפני הב"ד אמרינן דוודאי שמו אל לבם היטב לכך חתרו הראשונים למצוא טעם אחר לזה ונ"מ להתלמד במקום אחר וזה ברור בס"ד.

ועי"ל על קושיתי שבגמרא דמחאה שלא בפניו לא תהוי מחאה הא מ"מ ליכא הוכחה מדשתק דהא לא שתק והוא דנימא דבאמת קאי קושית הגמ' אכ"ע והכי מקשה כיון דטפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרו היה להם לחכמים לתקן דמחאה שלא בפניו לא תהוי מחאה ויצטרך לבא למחות בפניו כשהן בעיר אחת כמ"ש התוס' כדי שידע זה לזהר בשטרו וממילא דאם יתקנו כן והוא לא יעשה כן להוי חזקה שפיר מדין תורה דמדלא מיחה כדין ותק"ח ש"מ דמכרה לו דאל"כ היה לי למחות כדין א"ו דמכרה לו ולכך מיחה שלא בפניו דוקא כדי שלא ידע זה לזהר בשטרו ומתרץ דא"צ לתקנ' זו דוודאי יתוודע לו דחברך חברא אית ליה והשתא א"ש דברי ר"י והנ"י דגם אם אירע שלא אמרו העדים לשום אדם מ"מ כיון דהוא מיחה כדין דהא לא תקנו חכמים שימחה בפניו וסמכו ע"ז שהעדים יאמרו לו ולא חשו לזה שלא יגידו לשום אדם א"כ אף שלא הגידו ולא היה ראוי לזהר בשטרו מ"מ אין כאן הוכחה מדשתק ולא מיחה דהא מיחה כד"ת וא"כ קרקע בחזקת בעלי' עומדת ומפקינן מיד המחזיק ולפ"ז קאי קושית הגמ' ותירצו על כ"ע ולא על דבי בר אלישב ודוק וזה גם כן נכון בס"ד אך מ"מ הוי קשה לתירוץ הנ"ל בהני דבי בר אלישב דקפדי לאלתר לא יועיל המחאה אם לא מיחה לאלתר רק לאחר זמן שלא בפניו וגם העדים מעידים עתה שלא הגידו לשום אדם בצירוף כל אלו לא להוי מחאה וע"ז וודאי צ"ל או כתירוצי הראשון דלא שייך בזה נתתי דבריך לשיעורין או כתירוצי האחרון דמ"מ מהמחאה גופא יש הוכחה דלא מכרה וכמ"ש לעיל ודוק:

ועוד י"ל דבאמת אמרינן כמ"ש בדרך וא"ל דהיינו הא דמזדהר בשטרו תולה בשיעור הקפדה דכיון דלא קפדי עד תלת שנין היה לו לזהר בשטרו עד תלת שנין דאולי יחזור זה המוכר ויערער אחר המשך הזמן שדרך אדם להקפיד כשאחר מחזיק בשלו ולכך היה

לו לזהר בשטרו דאף שלא ערער עד עתה הלא עד תלת שנין עביד אינש דשתיק משא"כ אם כבר עבר שלש שנים ולא מיחה שוב אינו נזהר דחושב כיון שלא ערער עד עתה שוב לא יערער דטפי מתלת שנין לא שתיק אינש אם יש בדעתו לערער וא"כ א"ש פירש"י בהמשנה רק דע"ז הקשיתי לשאול לעיל א"כ בהני בי' בר אלישב דקפדי לאלתר ראו לומר כיון דלא תבעי לאלתר שוב איכו נזהר בשטרו לזה י"ל דזהירות שלו בהשטר אינו משום המוכר לבד רק משום שלא יבא שום אדם בעולם ויתבענו באיזה זכות שהיה לו בקרקע זו ויאמר לו מה בעית בהאי ארעא ואולי מיחה זה המערער כשהיתה ביד המוכר והלוקח אינו יודע מזה דמלתא דלא רמיא עלי' היה לידע מחאות נכסים אחרי' לכך נזהר בהשטר עד זמן שדרך כל אדם להקפיד וכיון שלא נשמע שום ערעור שוב לא נזהר דמי שהיה רוצה לערער כבר היה מערער כנ"ל וגם זה נכון בס"ד וא"כ קושית הגמ' שפיר במחאה שלא בפניו דלפ"ז עיקר יסוד החזקה משום דלא מזדהר בשטרו ודוק וכ"מ בנ"י דזהירות השטר לאו משום ערעור המוכר לחוד הוא שכתב וז"ל דכיון שרואה שאוכל פי ות בשופי שלשה שנים ולא ערער אדם עליו לא חייש עוד בשמירת השטר שבטוח הוא שלא יבא עליו מערער עוד עכ"ד ועיין בכ"מ פ' י"ב מה' טוען ונטען ה"א הקשה על הא דפסק הרמב"ם כסתם משנה שדה בית הבעל אינה מיום ליום וז"ל הכ"מ הא אמרינן דסני בעדי חזקה משום דטפי ותלת שנין לא מזדהר אינש בשטרו א"כ אע"פ שאכל שלש תבואות כל שלא עברו עליו שלש שנים נימא לי' אחוי שטרך ותירץ הנ"י דלאו בשנים תליא מלתא אלא בפירות דכיון שאכל שלש פעמים מפירי אחד ולא מיחה בטוח הוא ששוב לא ימחה עכ"ד הכ"מ הרי מבואר דזהירות השטר בהקפדה תליא מלתא אף דסברא זו שכתב הכ"מ בשם הנ"י דבפירות תליא מלתא אינה מוסכמת דהא חכמים פליגי על ר"י וסברי דבשנים תליא מלתא ואף שאכל שלשה פעמים ופירי אחד מ"מ נזהר בשטרו עד שיש בידו ג' שנים רצופים בהשקט ע"ש ברשב"ם בב"ב דף ל"ו ע"ב ד"ה זו דברי ר' ישמעאל ור"ע ע"ש מ"מ י"ל דמודו חכמים דבהקפדה תליא מלתא דזהירות השטר רק דהם סברו דהקפדה אינו תולה בפירי אחד שלשה פעמים רק בפירות של ג' שנים או בג' שנים מיום ליום ע"ש ולפ"ז יש מקום לומר דלא כמש"ל דעיקר יסוד החזקה הוא מדשתק ולא מיחה ש"מ דמכרה לו רק דעיקר יסוד חזקה להמסקנא משום דעד תלת שנין מזדהר אינש בשטרו דהיינו דנימא באמת דגם בקרקע המחזיק בה הוי מוחזק ואידך הוי המוציא מחבירו רק כל כזה דראוי לזהר בשטרו אמרינן ליה אחוי שטרך וכיון דלית ליה שטר ש"מ דלא מכרה לו אבל אחר המשך הזמן שאין דרך לזהר בשטרו לא מפקינן מיד המחזיק דזהירות השטר תולה בהקפדה כמ"ש כן י"ל:

מיהו גם סברא זו דזהירות השטר תולה בהקפדה אין לו הכרע כל כך ממשנה או מברייתא רק מרש"י ונ"י והכ"מ ולולא פירושם הייתי יכול לומר לכאורה דלפי המסקנא עיקר טעם החזקה היא רק משום דטפי מתלת שנין לא מזדהר בשטרו ואינו תולה כלל בהקפדה רק דאף אם דרך העולם להקפיד לאלתר או שאינו תולה זמן הקפדה בשלש שנים מאיזה טעם מ"מ נזהר בשטרו עד תלת שנין ולא יותר וגם בקרקע המחזיק הוי מוחזק ואידך המוציא מחבירו והא דאמרה המשנה בשדה בית הבעל דאינה מיום ליום וקשה קושית הכ"מ אם לא נימא האי סברא הוי י"ל דטעמא דזהירות השטר עד שלש שנים הוא משום דטפי מתלת שנין שכבר הורגל כ"כ בהשדה בהשקט בלי ערעור שוה לא הוי אצלו נקני' חדשה והוי אצלו כאלו היא שלו מאבותיו כך שוב לא נזהר בשטרו אם כן י"ל המשנה סובר דה"ה אם הורגל בשלש פירי וזה פשוט וממשנה דהאריסין כו' שהבאתי לעיל ג"כ אין ראי' כ"כ די"ל דהיינו טעמא דהני שאין להם חזקה דכל מה שידוע לשותפות אף אם הוא ת"י אחד מהן הוא בחזקת של שניהן כמבואר בחו"מ סי' צ"ג סעיף י"ג וע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ח וכן מבואר עוד בש"ע חו"מ סי' קע"ט ע"ש וכן בכל אלו י"ל כן דאין אכילתן ראי' כלל למהוי מוחזקין ודו"ק ולכך אינם יכולים להוציא קרקע מחזקת בעלים בלא שטר ובנא ראי' והא דתנן בהמשנה ב"ב ד' ל"ח ע"א הי' ביהודה והחזיק בגליל כו' ומוקי לה בגמ' בשעת חירום ה"א ג"כ דכיון שאין כאן בעלים כלל אין אכילתם מועיל כלום אף למהוי מוחזק ובכה"ג וודאי אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת כן י"ל ומיהו אף די"ל כן מ"מ העיקר הוא כמ"ש דעיקר יסוד החזקה הוא מדשתק ולא מיחה ש"מ דמכרה לו דבלא הוכחה וודאי אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת וכמבואר מפירוש המשנה להרמב"ם והרע"ב ומחידושי הרמב"ן ורש"י וגם זהירות השטר בהקפדה תליא מלתא כמבואר מהנ"י והכ"מ אחר שכתבתי כל זה ראיתי בספר קצה"ח סי' ק"מ סעיף זיין מ"ש שם והנלע"ד כמ"ש דנוכל לחדש תקנות חדשות ובכל מקום דהוי מפני תיקון עכ"ל מפורש בהמשנה דהוי מפני תקון עולם כהאי דר"פ הנזקין במס' גיטין. אבל היכי דנשנה סתם ודאי הוי מעיקר הדיו כנ"ל ברור:

והשתא ע"פ השקלא וטריא הלזו יתישב היטב קושית התוס' בב"מ בס"ד דבאמת י"ל דבלא ר"ה ג"כ הסברא פשוטה דהקטן שהגדיל אינו מוחה בסוף כל שלש מהטעמים המבוארים ומ"מ בלא הא דר"ה ה"א דמהני חזקה לנגדו דה"א דטעם החזקה שלש שנים הוא רק משום דטפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרי' ולא משום מדשתק ולא מיחה כלל וגם הוי אמינא דזהירות השטר אינו תולה בהקפדה בכלות משך הזמן דאף אם לא כלה עדין הזמן שדרך להקפיד מאיזה טעם מ"מ לא כזהר בשטרו יותר כמ"ש דאין

סתירה לזה ממשנה או מברייתא וא"כ לפ"ז מה בכך דלא ירע זה למחויי מ"מ זה לא נזהר בשטרו טפי מתלת שנין ולא מצינו למימר ליה אחוי שטרך ולא מפקינן מיד המחזיק דה"א דגם בקרקע המחזיק בה הוא הוי מוחזק כמו שהוא לסברא זו כמ"ש והא דמורידין אפוטרופוס לנכסי יתומים כמבואר בכמה משניות כמ"ש התוס' היינו כמ"ש התוס' דהב"ד מורידין מסתמא איש נאמן אבל מדאמר ר"ה אין מורידין קרוב ש"מ דלא סמכינן ע"ז דמורידין איש נאמן כמ"ש התוס' א"כ איך מורידין נכרי לכתחלה לנכסי קטן הא זה לא ידע למחויי כ"כ מהר וזה יחזיק ויועיל החזקה דכיון דלאחר שלשה שנים לא מצינו למימר ליה אחוי שטרך דלא מזדהר בשטרי' טפי מתלת שנין ולא מפקינן מיד המחזיק א"ו דמדמורידין נכרי לנכסי קטן ש"מ דאין מחזיקין כו' והוא לאחת משתי אלה או דעיקר יסוד החזקה הוא מכח הוכחה מדשתק ולא מיחה דאל"כ אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת וכאן לא שייך הוכחה הנ"ל דהא סברא פשוטה הוא להגמ' דקטן שהגדיל אינו מוחה בסוף כל שלש או דאמרינן דזהירות השטר כלה מתי שכלה הזמן הראוי למחות וא"כ כאן הי' ראוי לזהר בשטרו או דשניהם אמת דיסוד החזקה הוא משום דשתק ולא מיחה וזהירות השטר תולה בהקפדה ולכך אין מחזיקין והא נשמע מדר' הונא דאמר דלא סמכינן ע"ז דב"ד מורידין איש נאמן ואעפ"כ נכרי לנכסי קטן וסברא זה דאינו יודע למחות בסוף כל שלש היא סברא פשוטה בלא ר"ה וא"כ מיושב היטב קושית התוס' בטוב טעם ודעת בעזה"י וזה ברור ונכון מאוד בס"ד:

ואין להקשות לפ"ז מה תירץ הש"ס בכתובו' דף י"ז ע"ב אהא דמקשה ור"ה מתניתא אתא לאשמעינן ומשני ואב"א אפי' הגדיל קמ"ל ע"כ ולפי דברי הנ"ל קשה דהא אם נימא דהטעם החזקה משום דטפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרו בלחוד הוא והא דלא מזדהר טפי אינו תולה כלל באם כלה הזמן למחות ולא מיח' או דנימא כמ"ש לפי הה"א בלא הא דר"ה דנימא דמי שהקרקע ת"י הוא הוי המוחזק רק דאמרינן ליה אחוי שטרך דהא ראוי שיהי' לו שטר וכיון דלית לי' שטר יש הוכחה ורגלים לדבר דלא נמכר לו לכך אימת דאין דרך לזהר בשטרו לא מפקינן מיד המחזיק אף דליכא הוכחה שנמכר לו דהמ"מ ע"ה א"כ לפ"ז גם לנגד הקטן ממש הי' מועיל חזקה וא"כ כיון דמוכח מהמשנה דכתובות עכ"פ דאין מחזיקין בנכסי קטן א"כ כבר נשמע מהמשנה דטעם החזקה הוא מטעם דשתק ולא מיחה דאל"כ אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת או דנימא דזהירות השטר הוא כ"ז שלא עבר הזמן שהי' ראוי למחות ולא מיחה א"כ לפ"ז ממילא ידעינן דאפילו בהגדיל אין מחזיקין דהא ע"כ צ"ל דסברת חוץ הוא בלא ר"ה דאינו מוחה בסוף כלל ג' דאל"כ גם מר"ה לא מוכח כלל כקושית התוס' בב"מ ואם כן אינו מוכח מדר"ה רק

טעם החזקה או טעם זהירות השטר והא כבר כשמע ממשנה דכתובות ונשאר קושית הש"ס ור"ה מתני' אתי לאשמעינן ולא תירץ כלל בהאי שינויא אפילו הגדיל קמ"ל די"ל דמ"מ הוי רבותא דאכתי ה"א דטעם החזקה משום זהירות השטר לחוד וזהירות השטר אינו תולה כלל בכלות זמן ההקפדה ובקטן ממש ה"א דהיינו טעמא דאין מחזיקין דכל זמן שהוא קטן הוי כאין הבעלים במדינה שהשיירות מצויות משם לכאן דקי"ל דאין מחזיקין וכיהודה וגליל דשעת חירום דהא קטן כמאן דליתא דמי ולכך לא הוי מוחזק כלל במה שהיא ת"י וכמש"ל לענין יהודה וגליל ובכה"ג וודאי אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת ומ"מ בלא המשנה דכתובות ה"א דקטן עדיף ואין הבעלים כלל דהא המשנה וודאי בקטן שיש לו דעת איירי דהא אינו מדבר אל עץ ואבן שדה זו של אביך הי' כו' וכיון שיש לו דעת וזה מחזיק בפניו ה"א דה מוחזק קמ"ל מתני' דקטן כמאן דליתא דמי אבל משהגדיל ה"א דהוי מוחזק עכ"פ דהבעלים כאן והוא מחזיק ובפרט לפי מ"ש דבוודאי יודע שהי' של אביו רק שאינו שם אל לבו למחות א"כ כיון שהוא גדול ויודע שהוא של אביו וזה ערב אל לבו להחזיק בו וודאי דהוי מוחזק עכ"פ לפי ה"א זו דקרקע בחזקת מי שת"י קיימא היכא דליכא למימר אחוי שטרך קמ"ל ר"ה דקרקע בחזקת בעלי' עומדת ועיקר יסוד החזקה הוא משום דשתק ולא מיחה ולכך אין מחזיקין אפילו הגדיל כנ"ל ואדרבא עפי"ז א"ש טפי שם בגמ' דכתובות הנ"ל דהא קשה על תי' הראשון שם בגמ' דמתרץ ר"ה דיוקא דמתני' אתי לאשמעינן ופירש"י דמדיוקא דמתני' יליף לה וקשה הא באמת מהמשנה אינו מוכח אפילו הגדיל ואיהו אפילו הגדיל קאמר ואם כן איך נימא דיליף לה ממשנה וע"ש בחידושי הרשב"א ובחידושי הרא"ה דמשמע דהי' לפניהם הגירסא איפכא ר"ה אפילו הגדיל קמ"ל ואב"א דיוקא דמתני' קאמר וכתבו וז"ל ואב"א ואפילו הגדיל פשיטא ודיוקא דמתני' קמ"ל עכ"ל וקשה במאי פליגי הני תירוצים דדוחק לומר דפליגי אם מסתבר למימר דמתני' איירי בקטן כיון דסתמא תכן וע"ק הא באמת ר"ה לא איירי רק דאין מורידין קרוב רק דהקושיא הוא על רבא למה הוצרך להוכיח מר"ה הא נשמע ממתני' כמ"ש התוס' שם בד"ה ור"ה דהא דכתבו קצת קדמונים והובא באסיפת זקנים שם דמילתא דר"ה דאין מורידין קרוב הוא פשיטא וכא נצרך רק לדיוקא ולכך מקשה ור"ה מתני' קמ"ל הוא תמוה לענ"ד דהא הך דיוקא דמורידין ככרי כשמע מכמה משניות כמ"ש התוספות בב"מ רק דהוכחה מדר"ה כמ"ש התוס' דבל"ז ה"א דסמכינן ע"ז דב"ד וודאי מורידין איש נאמן ולפ"ז גם קרוב ראוי להוריד ומדאמר ר"ה אין מורידין קרוב ש"מ דנא סמכינן ע"ז ואעפ"כ מורידין נכרי ש"מ דאין מחזיקין כמו שכתבו התוס' שם בב"מ וא"כ ע"כ צ"ל כן דלא הוי פשיטא דאין מורידין

קרוב דהא דסמכינן ע"ז דב"ד מורידין איש נאמן דאם הוי פשיטא א"צ להוכיח מר"ה כלל וא"כ י"ל דר"ה היא גופא קמ"ל ולכך התוס' שם בכתובות אזלי לשיטתם שם בב"מ ולכך לא רצו לומר כדברי הקדמונים הנ"ל רק דהקושיא היא לרבא וזה ברור וא"כ לפ"ז התירוץ דמתרץ דיוקא דמתני' קמ"ל כמ"ש הרשב"א שם בחידושיו וז"ל דרבא נמי ה"ק ש"מ מדר"ה דמתני' הכי דייק עכ"ל וזו תמי' גדולה למה הוצרך להוכיח מדר"ה הלא גלוי לעין כל דמתני' הכי דייק לה ולפמ"ש א"ש הכל דהתי' דמתרץ דיוקא דמתני' קמ"ל לא ס"ל האי סברא שכתבתי לחלק דבקטן לא הוי מוחזק כלל ובגדול הוי מוחזק דלא שאני לן בין גדול לקטן כיון דסברא פשוטה היא דאין דרכו למחות בסיף כל שלש אפילו בהגדיל וא"כ כיון דנשמע מהמשנה דאין מחזיקין בקטן ממילא ה"ה אפילו הגדיל והאי תירוצא דר"ה אפילו הגדיל קמ"ל ס"ל לחלק בכך דמ"מ כיון שהגדיל קרוי בפני הבעלים והוי מוחזק עכ"פ כמ"ש וממילא א"ש להאי תירוצא דיוקא דמתני' קמ"ל דה"ק רבא ש"מ מר"ה דמתני' הכי דייק לה היינו דהוכיח מדר"ה דלא נימא לחלק בכך כמו שהוא לתירוץ אפילו הגדיל קמ"ל דאין זה סברא ודוק היטב כי נכון הוא בס"ד:

נחזור לענינינו דלפ"ז בלא דברי רש"י בכתובות הנ"ל א"ש ההפרש שבין קרוב לנכרי כמ"ש התוס' דבקרוב סבור שאומר אמת ולא יתבענו כלל משא"כ בנכרי ומ"מ מוכח דאין מחזיקין דאל"כ למה מורידין נכרי הא סברא פשוטה היא דאינו מוחה בסוף כל ג' או מפני העדר ידיעה שהיה של אביו מעולם לסברת מי שסובר כך או מפני שלא ידע אם מחזיק שלא כדין ואע"פ שישים אל לבו לחקור באיזה זמן מ"מ אחר זמן רב והא דהוכיח מדר"ה דוקא היינו או כמו שישבתי לקושית התוס' או כמו שפירש מהר"מ לובלין בדברי התוס' אבל אם נפרש בדברי רש"י דכתובות הנ"ל דגם בנכרי אינו תובע עד ששומע מפי אחרים דמחזיק שלא כדין ודאי קשה א"כ קרוב נמי לכשישמע להדיא דמחזיק שלא כדין ודאי יתבענו א"ו מוכח מפי' רש"י הנ"ל לכאורה דאינו יודע מסתמא אם הי' של אביו מעולם על זה תיסוב אמרי דגם זה איכו ראי' מכמה טעמים. א' די"ל דגם אחרים טועין בקרוב יותר וסוברים שהגיע לחלקו ולכך לא יודיעוהו בזה. ב'. אולי מאמין לקרוב יותר מלאחרים משא"כ באיש נכרי ובאמת הלשון של רש"י ראוהו מוחזק בה מורה להדיא דיודע שהיה של אביו מעולם כמש"ל:

ועוד נראה דאף אם כוונת רש"י דסובר שלא היה של אביו מעולם הדין דאין מחזיקין הוא בכל ענין אף לרש"י דכיון דסתם קטן שהגדיל אינו יודע שהיה של אביו היה לו לזהר בשטרו דמנין לו לידע דזה ידע ולא מיחה. ועוד אפשר לומר כמו שטחיות הפשוטה בדברי התוס' והרא"ש בב"ב לענין מחאה שלא בפניו והעדים מעידים שלא הגידו לשום

אדם דשטחיות פשיטות דבריהם בלא מה שפרשתי בדבריהם הוא כיון דתקנו חז"ל דמחאה שלא בפניו מהני לבטל החזקה משום דוודאי נתוודע להמחזיק שוב מהני בכל ענין אף היכא שלא נתוודע לו כיון דמיחה כתקנת חכמים א"כ אף אנו כאמר כיון דלא תקנו חכמים חזקה לנגד קטן אף אחר שהגדיל או דתקנו שלא יועיל חזקה נגד קטן אף אחר שהגדיל משום דסתם קטן אינו יודע א"כ שוב לא מהני חזקה בכל ענין גם כן י"ל כן והמעיין את אשר יבחר יקרב ועיין במס' בבא בתרא ד"ח בהא דיהודא וגליל כשעת חירום דמי ודוק אבל זה וודאי ברור כשמש דאין שום דעת איזה פוסק לומר דמהני חזקה כשידעו שהיה של אביהם לעולם כמו שבארתי מכמה ראיות ואביא בעזה"י עוד כמה ראיות ברורות וחזקות א' הלא המשנה דר"פ האשה שנתארמלה דקתני אם יש עדים כמו דמוקי זה בגמ' בהחזיק בה ומשום דאין מחזיקין בנכסי קטן והרי תנן סתמא דאינו נאמן ואם הוי שום חילוק לא הוי שתיק הגמ' מלפרש דבידוע שהיה הבן יודע שהיתה סל אביו נאמן המחזיק במה שטוען שלקחה אף באיכא עדים שהיתה של אביו א"ו דאין שום חילוק ובכל ענין אינו נאמן בכה"ג דאיכא עדים וזה ברור. ב' לשון רבינו אהרן הלוי בחידושיו למס' כתובות שם שכתב הטעם על דלא מהני שני חזקה אחר שהגדיל וז"ל דקטן במילי דאבוה לא ידע כלום הלשון זה משמע להדיא דיודע שהיה של אביו רק דאינו יודע במילי דאבוה אם מוכר או לא וזה ברור:

ג' לשון הריטב"א מובא באסיפת זקנים במס' כתובות שם וז"ל דאפילו החזיק בה ג' שנים לאחר שהגדיל אין לו חזקה וכן בדין דכיון שירד בה בעודו קטן לא ידע הקטן במילי דאבוה וה"ל כיורד ברשות דאין לו חזקה לעולם עכ"ל הרי מבואר להדיא דכיון דבעודו קטו אינו יודע במילי דאבוה שוב הוי כיורד ברשות דאין לו חזקה לעולם וממש מפורשים הדברים בהריטב"א ז"ל כמ"ש:

ד' כתב שם באסיפת זקנים בשם שיטה ישנה וז"ל ואע"פ שהחזיק ג' שנים לאחר שהגדיל דכיון דבקטנותו התחיל לירד בה לא רמי אדעתי' לממחי' עכ"ל משמע להדיא דידע שהי' של אביו רק דלא רמי אדעתי' לממחי' ולא יכחיש זה שום אדם שרוצה להיות מורה על האמת. ה' גם מהישוב שכתבתי לקושית התוס' בב"מ ג"כ ראי' למ"ש דיודע שהיה של אביו רק דלא שם אל לבו למחות דאם נימא דסברא פשוטה היא דאינו יודע כלל א"כ מה הפרש שבין קטן לגדול אם נימא דקטן הוי כמאן דליתא גם גדול הוי כמאן דליתא דכיון דלא ידע כלל מה לן בגדלותו א"כ נשאר הקושיא מה משני ר"ה אפילו הגדיל קמ"ל ולומר דהיא גופא קמ"ל ר"ה דמסתמא לא ידע אף כשהגדיל והא דקשה דלא מוכח זה מדר"ה דדלמא ידע ולכך מורידין נכרי משום שוודאי ימחה לזה נימא כמ"ש מהר"מ

לובלין דשקולין הם דאם יטעה בקרוב לא ידע בנכרי מלבד שכבר בארתי דדברי מהר"מ לובלין המה דוחק גדול מאוד והנה אף אם נדחק לומר כמ"ש מהר"מ לובלין דהא באמת כוונת התוס' כן הוא שם בב"מ מ"מ גם הדוחק זה לא יתכן רק אם נימא כמ"ש דמסתמא יודע היה של אביו רק שאינו משים אל לבו למחות אז יש קצת דמיון בין הענינים דאם נימא דבקרוב לא ישים אל לבו לעולם ויטעה בדמיונו שאומר אמת ומחזיק בה כדין א"כ בנכרי לא ישים אל לבו עכ"פ כ"כ מהר ויטעה ג"כ משך זמן רב בדמיונו שיסבור שאומר אמת שקנה ומחזיק בה כדין דזה טעות בדמיון וזה טעות בדמיון רק דהטעות בנכרי עלול לצאת מן הטעות אחר זמן רב והטעות דבקרוב אין עלול צאת ממנו אבל מעיקרא הטעות בדמיון בשניהם הוא אבל אם נימא דאם ידע שהיה של אביו אין שום חשש בנכרי דודאי ימחה רק חשש בנכרי שלא שמע זמן רב ובקרוב אף שישמע יטעה שאומר אמת א"כ אם נימא דאין זה סברת חוץ דלא יתוודע לו שהיה של אביו מסתמא רק מהא דאמרינן בקרוב שטועה שאומר אמת שמעינן הסברא הנ"ל פג לבי מהאמין ששום בר דעת יאמר דשקולין הם דמה ענין טעות בדמיון להעדר השמיעה דוודאי אף הטועה בדמיון מ"מ שומע ומדבר עם בני אדם ונמצא אם נימא דהא דאין מחזיקין הוא רק משום דלא ידע שהי' של אביו מעולם נשאר קרח מכאן וקרח מכאן דתירוצי על קושית התוס' בב"מ ליתא לפ"ז דהא נשאר הקושיא מה שהקשתי מגמ' דכתובות ומה תרצתי ע"ז ליתא לפ"ז דאם אמרינן דסברא פשוטה הוא דמסתמא לא ידע כלל שהיה של אביו מעולם אף כשהגדיל וודאי אין לחלק כלל בין קטן לגדול וכיון דשמעינן מהמשנה דכתובות בקטן ה"ה כשהגדיל נמי דמ"ש ותירוצו של התוס' שפירשו מהר"מ ליבלין ומהר"מ שיף ז"ל ומוכרח כן בדברי התוס' ג"כ ליתא לפ"ז אבל לפי מ"ש א"ש הכל הן תירוצי על קושיות התוס' עולה יפה בס"ד הן תירץ התוס' כפי מה שפירשו המר"מ לובלין ז"ל ומור"ם שיף ז"ל א"ש רק דהוא דוחק וא"כ מוכרח מגמ' דב"מ כמ"ש דאל"כ קושית התוס' כחומה נצבה על הגמ' הנ"ל והוא תמי' רבה ועצומה וגם מוכרח כן מדברי התוס' בב"מ וממהר"מ ומור"ם שיף ז"ל דאל"כ אין מקום לדבריהם כלל וגם מוכרח כן מהגמ' דכתובות הנ"ל דאל"כ מה משני ר"ה אפילו הגדיל קמ"ל דקשה ממ"נ אם סברא פשוטה היא דאף אחר שהגדיל לא ידע זמן רב שהיה של אביו כלל א"כ עת לי גדול מה לי קטן ואם לאו סברא פשוטה היא א"כ גם מדר"ה לא מוכח כלל ולמ"ש א"ש הכל ולדעתי כל מי שמודה על האמת יענה ויאמר דהיא ראי' ברורה כשמש ומינה לא תזוע כנ"ל בס"ד. והנה התוס' בב"ק ד' ק"ז ע"א ד"ה עירוב פרשיות שם הקשו על הא דתנן דנאמן לומר שדה זו של אביך היתה ולקחתי ממנו מכח מיגו הלא הוי מיגו ממעיז לאינו מעיז דבהאי ידע שהיה של אביו ובהאי

לא ידע שלקחה ממנו ותירצו דלכפור וודאי אינו מעיז אבל האי לאו מידי דכפירה היא כן תירצו שם על הני עיזי דאכלו חושלי בנהרדעא ע"ש ופירוש לתירוצם תמצא בש"ך חו"מ סי' פ"ב בדיני מיגו אות ואו ע"ש ואין כאן מק"מ והשתא נחזי אנן דאם נימא דהא דאין מחזיקין היא משום דמסתמא אינו יודע שהיה של אביו מעולם והוא הטעם בסיפא דמתני' א"כ אין כאן התחלה כלל לקושית התוס' דהא ג"ז מסתמא אמרינן דאין יודע הבן כלל אם הי' של אביו מעולם א"ו דהוא הדבר אשר דברנו דאמרינן מסתמא יודע שהי' של אביו רק שאינו שם אל לבו למחות דחושב אולי החזיק כדין דקנה אותו ומיהו ראי' זו אינו ויש לדחו' דהתוס' לשיטתם דנם בתובעו מיירי וא"כ כיון דתובעו ודאי יודע שהי' של אביו אבל בלא תבעו וודאי לא קשה קושית התוס' דאולי איירי באינו יודע הבן כלל כיון דלא תבעו וכן מבואר בלשון התוס' שם בב"ק. ו' והנה הגאון פ"י בר"פ האשה שנתארמלה הקשה ג"כ כקושית התוס' הנ"ל בב"ק הא הוי מגו דהעזה ותירץ דהמשנה מיירי בבא בטענת אביו שאמר לו קודם מותו שהשדה שלו ולא מכרה דהשתא נמי מעיז וא"כ הוי מנו מעלי' עכ"ל שם והנה שם בד' י"ג ע"ב הביא הגאון הנ"ל דברי התוס' הנ"ל בב"ק ודברי הש"ך הנ"ל מה שהוציא לדינא ע"פ תירוץ התוס' הנ"ל והקשה ע"ז א"כ מה מקשה הש"ס וליתני מודה ר"י באומר לחבירו שדה זו שלד היתה דלמא הא גופא קמ"ל דאמרינן מיגו ממעיז לאינו מעיז היכא דלא האמינו מתחלה והמיגו לא הוי לאפטורי משבועה וכתב וי"ל בדוחק והנה בקונטריס אחרון שנו שם בכתובות חזר והכריח מכח הקושיא הנ"ל דהעיקר כהפירוש שלו דאיירי בבא בטענת אביו שאביו ציוה לו לפני מותו כן ע"ש והנה דעת לנבון נקל דמ"ש בפנים וי"ל כוונתו די"ל בפשיטות דהא הוי פשוט גמור להש"ס ולא נחשב לרבותא כלל והשמיט ישוב ותירוץ זה בקונטריס אחרון משום דהי' כראה לו דוחק גדול כומר כן וע"כ הכריח פירושו וא"כ לפ"ז נחזי אנן דלפי מ"ש הפ"י איירי המשנה דהבן טוען שיודע שהי' של אביו ולא מכרה ע"ז תנן בסיפא דהיכא דלית לי' מינו להמחזיק דאינו מועיל החזקה ולתירוץ הראשון של הגמ' דר"ה דיוקא דמתני' אתי לאשמעינן אמרינן דאפילו הגדיל נשמע מהמשנה וא"כ הרי מבואר דאף דמודה שידע שהי' של אביו דהא ודאי הסיפא איירי בהא דאיירי הרישא אעפ"כ מועיל החזקה כמ"ש אף שכתבתי הטעם משום דמ"מ לא מיחה שסבור הי' שזה קנה מאביו או מהב"ד וכאן הרי טוען דידע דלא מכרה הא לא קשיא ממ"נ אם לא נאמינהו דידע דלא מכרה הרי אין כאן חזקה ואם בא נאמינהו דידע דלא מכרה א"כ מה החזקה מועיל מה תאמר ע"כ מדשתק ולא מיחה ע"כ דידע דמכרה לו הכא אנו מאמינים לו דידע דלא מכרה ורק עי"ז נצמח קושיתינו עליו למה לא מיחה והרי שני הפכים בנושא

אחד אבל אם נימא דבידע שהיתה של אביו ג"כ לא הוי חזקה א"כ הרי מודה עכ"פ שידע שהיתה של אביו וזה ראוי להאמינו דהרי הוא לחובתו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי והוי חזקה וזה שאומר שיודע שלא מכרה לו אין אנו מאמינים לו והרי זה כש"כ מטוען לא לויתי והעדים מעידים שלוה ופרע דחייב לשלם ודוק וכש"כ כאן דיועילו עדי חזקה א"ו דעיקר כמ"ש וז"ב ומוכרח לפי פירוש הפ"י והנה פירוש של הפ"י מוכרח מהגמ' מכח הקושיא של הפ"י הנ"ל והנה אף אם נתרץ קושית הפ"י באיזה תירוץ אחר מ"מ הרי מבואר להדיא דעת הפ"י כמ"ש והרי מצאתי לי חבר בדין זה רבינו הגאון בעל פ"י דמבואר הדין להדיא מדבריו ורב נעש' חבר ת"ל ודו"ק ועתה אבא אל העיון לסלק השגותיו של מעלתו מעלי אחת כאחת אעתיק דברי מעלתו וז"ל ואען ואומר דהנה מפירש"י נראה ברור דהאי דאין מחזיקין בנכסי קטן דו קא מטעמא דלא ידע שהן של אביו וכוונת רס"י ז"ל הוא דוודאי כשיגדיל יתוודע לו שהנכסים הם של אביו רק דלא ידעינן מתי יתוודע לו שמא שנה או שתים אחר שיגדיל והוא לא ימחה רק אחר ג' שנים אחר זמן הודעו וע"כ מוכח דאין מחזיקין ואפילו הגדיל אבל באמת היכא דידעינן ע"פ עדים או שהודה שידע משהגדיל יותר מג' שנים ולא מיחה אמרינן מסתמא כיון דשתק ג' שנים בגדלות והי' יודע בכל הג' שנים שהשדה הי' של אביו וודאי ידע שהי' לזה המחזיק שטר על השדה באופן המועיל עכ"ל הנה כתב סתם מפירש"י וכוונתו וודאי מפירוש רש"י אשר נדברנו בו בהיותו כאן היינו רש"י בב"מ והנה הכוונה שכתב ברש"י כבר אמרתי בהיותו כאן רק אמרתי די"ל ג"כ כוונה אחרת ומעלתו פסקה בסכינא חריפא וגזר ואמר דוודאי כוונת רש"י כך היא בלי שום ראי' ומ"ש מעלתו וז"ל ובסברא זו פליגי רש"י והרמב"ם ז"ל דהרמב"ם סובר דאמרינן מיד כשיגדיל בוודאי יודע לו שהשדה של אביו ולכך ס"ל להרמב"ם דהא דאמרינן ש"מ מדר"ה דאין מחזיקין כו' הוא דווקא ב' שנים אחר גדלות וכמו שפירשו נושאי כליו טעמו ז"ל ורש"י ז"ל ס"ל דלא יוודע מתי יוודע לו אחר הגדלות לכן פירש דאין לו חזקה אפילו כמה שנים אחר הגדלות אבל בזו הסברא היכי דידעינן באמת דידע ולא מיחה ג' שנים אחר ההודעה מנ"ל דפליגי רש"י והרמב"ם עכ"ד מעלתו לא ידעתי כוונתו בזה אם ר"ל דיותר מסתבר שלא לעשות פלוגתא רחוקה וודאי דבריו לא נהירין דהלא הנ"י והרמב"ן והרשב"א ועוד כמה גדולים שממש מפורש בדבריהם כע"ש שאפילו ידע ולא מיחה ג' שנים לא הוי חזקה וא"כ גם רש"י ז"ל יהי' כאחד מהן ואדרבא אפושי פלוגתא לא מפשינן ולמה לן לומר שיש לזה שלשה דיעות דעת הרמב"ם ודעת רש"י ודעת הרמב"ן והרשב"א ושאר גדולים ויותר מסתבר דדעת רש"י כדעת הרמב"ן ושאר גדולים ואין כאן אלא ב' דיעות וראי' דבש"ע והג"ה ליתא רק

שני דיעות ולא שלשה ומסתבר לומר דהפלוגתא הוא רק בזה דהרמב"ם סובר דג' שנים משהגדיל אינו ממתין מלמחות והחולקים סוברים דממתין מלמחות כמה וכמה שנים ועוד ראי' לדבר דדעת רש"י כהרמב"ן והרשב"א ונ"י דהא הב"י ז"ל כתב בסי' קמ"ט וז"ל ויש מפרשים שאפילו אם החזיק ג' שנים אחר שהגדיל אין חזקתי חזקה כיון שהתחיל בעודו קטן עכ"ל והיינו ממש כדברי הנ"י והה"מ שהבאתי דבהתחלה בעודו קטן תליא מלתא ולא בהעדר ידיעה וכתב שם ע"ז הב"י וז"ל וזה דעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א וכ"כ הנ"י בשם הר"ן וכן פירש רש"י עכ"ד הרי מבואר מדברי הב"י דאין מחלוקת בין פירש"י א לפירוש הנ"י והה"מ וזה ברור.

ומ"ש לישב קושיית התוס' בכתובו' על פירש"י בר"פ האשה שנתארמלה שהקשו דלשיטת רש"י למה לא קתני ואם תבעו אינו נאמן וז"ל והנה לכאורה קשה מאי הקשו דלמא ניחא לי' לתנא לאשמעינן האי רבותא דואם יש עדים כדי לאשמעינן דאין מחזיקין נכסי קטן והא דפריך הש"ס בסוגיא הנ"ל ליתני מודה ר"י באומר מנה לויתי ממך מפני דהא עדיפא דהוי בדידי' גופא כמו שפירש"י ז"ל באותה סוגיא אבל התוס' דהקשו על הסיפא דלינקוט רבותא אחרינא קשה מה קושיא ויעיין בסוגיא הנ"ל בתוס' ד"ה המלוה את חבירו אלא נראה דקושיות התוס' דמצי התנא למנקט ואם תבעו אינו נאמן ואפילו החזיק ג' שנים אחר מיתת האב משהגדיל ולפי מ"ש ניחא דהיכי דתבעו מעצמו ואין עדים א"כ מאין ידע הקטן שהיא של אביו ואי מעצמו א"כ באמת הוי חזקה ולכך נקט התנא ואם יש עדים דהקטן לא ידע ואז לא מהני חזקה כנ"ל דעת רש"י ז"ל עכ"ד ולענ"ד ליתא ומופרך מכמה צדדים. א' דהא דפירש"י בד' י"ח ע"א ולשמעינן בדידי' גופי' היינו משום דבל"ז אין מקום התחלה כלל לקושית הגמ' וליתני כו' מנה לויתי ממך דמה עדיפות יש בזה לכן פירש"י כפשוטו דהוי לי' לאשמעינן בדידי' דכיון דליכא רבותא בהא דתנן בבנו למה לי' למתני בבנו אבל אם יש איזה רבותא במה דתנן בבנו ודאי יכול לשנוי' דמש"ה תנא בשל אביו משום דאיכא רבותא והך רבותא רוצה לשמעינן ומנ"ל להקשות א"ו ע"כ צ"ל דהאי סוגיא דידן לא חשיב הך לשינויא דכיון דאין חזקה ודיני עיקר במס' זו לא מסתבר לי' להאי סוגיא לומר דמש"ה משנה מתני' שראוי להיות רק דלמ"ד צריך לפורעו בעדים מסתבר לי' לומר כן דרוצה התנא לאשמעינן הך רבותא וזה פשוט וא"כ לפ"ז גם קושית התוס' קשה לפי סוגיא דידן דמש"ה אין לשנות ממה שראוי למתני ואם תבעו וכש"כ כאן דבהא דניתני ואם תבעו יש רבותא גדולה בענין שלפנינו דלא מהני מיגו בתבעו דבהא דניתני בדידי' ליכא רבותא ואעפ"כ מקשה הגמ' ועוד הרי באסיפת זקנים שם על לשון התוס' בד' י"ח דכתבו דלא חשיב לי' פירכא משום שרוצה

לאשמעינן דאין מחזיקין כו' כתב בשם הקונטרסין דהקשו א"כ לפ"ז לא הקשו התוס' כלום שיש פרכ' על רש"י וע"ש מ"ש לתרץ בשם הקונטריסן ותירוצים נכונים הם למעיין בהם. ומ"ש מעלתו וז"ל היכי דתבעו מעצמו ואין עדי' א"כ מאין ידע הקטן כו' שותי' לא ידענא דיכול להיות שנתוודע לו מקרוביו שפסולים לו לעדות וכדומה ולדבריו אדמקשה עלן מפירש"י תסייעין מדברי התוס' דמה הקשו על פירש"י א"ו דאף אם יודע מעצמו הוי חזקה ועוד לדבריו יש ראי' לדברי ממ"ש התוס' בד' ט"ז ע"א ד"ה ה"נ מסתברא שם דכתב דס"ד דטעמא דר"י משום ברי ושמא דזה אינו תובעו כו' שם דטעמא דר"י משום מינו נאמן אפילו הלה תובעו עכ"ל הרי דכוונת התוס' אפילו הלה תובעו באופן דהוי ברי וברי היפך ממ"ש לעיל דהוי ברי ושמא וז"ב ודוק וא"כ היינו ע"כ בתובע בברי שלא לקחתי' מאבי א"כ קשה בסיפא דאף אם יש ערים שהוא של אביו מ"מ כיון דאין עדים שלא לקחה היינו וזה תובעו בברי שלא לקחה ממנו א"כ הרי ע"כ אומר שיודע כן מעצמו וא"כ ממילא דיודע שהי' של אביו וא"כ אף דלא מהמנינן לי' במה שהוא לזכותו מה שטוען שהוא יודע בברי שלא לקחה מ"ע מאמינים לו במה שהוא לחובתו דידע שהוא של אביו וא"כ חזקה כמש"ל דכ"ש הוא מאומר לא לויתי ועדים מעידים שלוה ופרע דחייב לשלם דאף עדים מעידים שפרע מ"מ חייב דאף שאין אמת ואין אנו מאמינים לו במה שאומר לא לויתי שהוא נגד העדים מ"מ מאמינים לו במה שנשמע מכלל דבריו לא פרעתי שהוא לחובת אף שגם זה הוא נגד העדים דלחובתו נאמן על עצמו יותר מק' עדים א"כ כש"כ כאן דאין עדים מכחישים אותו במה שהוא לחובתו דנאמן ומה שהוא לזכותו דאומר דידע דלא לקחה אין ראוי להאמינו משום שהחזקה מכחישו ועיין באסיפת זקנים להגאון מו' בצלאל אשכנזי שכתב בהמשנה דר"פ האשה שנתארמלה שם ומודה ר"י כו' כתב בשם הרא"ש ז"ל שהקשה אי טוען טענת ברי שהי' של אביו כפירוש התוס' א"כ ליכא מיגו דאי הוי אמר לא הי' של אביך מעולם הי' מעיז פניו משא"כ השתא דטעין שלקחה ממנו הרי אינו מעיז דזה אינו יודע אם לקחה או לא ותרץ דמיירי דטוען טענת ברי שלא לקחה עכ"ד א"כ קשה כנ"ל. וע"כ צ"ל אחת משתי אלה או דמהני חזקה אף בידע שהיתה של אביו או עכ"פ מוכח כמ"ש דכיון דאינו ידוע דידע שהי' של אביו אלא על פיו הוא נאמן במיגו ולא דעי לטוען לויתי דשם הוי מיגו במקום עדים ויהי' איך שיהי' הרי מ"מ מוכח דבנד"ד לא הוי חזקה וא"כ אם רוצה מעלתו לחלוק עלי ע"כ צ"ל כמ"ש דיכו' להיו' שהוג' לו מפי קרובי' והוא מאמינ' ודעתו סמכ' עליה' ומ"מ אין עדים ולא ידע מעצמו אם כן נסתר תירוצו ואין מכאן לא ראי' ולא סתירה.

מיהו אף דמדברי התוס' הנ"ל אין ראי' למ"ש כמ"ש די"ל דתובעו בברי ע"פ קרובים כנ"ל אבל מדברי הרא"ש הנ"ל וודאי יש ראי' דהא מ"מ לא הוי העזה במה שהוא בעצמו איכו יודע רק ששמע מפי אחרים דוודאי אין העזה לכ"ע רק היכא שחבירו מכיר בשקרו וע"כ צ"ל דנתכוון הרא"ש לומר דטוען דיודע בברי מעצמו וא"כ יש ראי' ברורה למ"ש מהרא"ש ז"ל כמו שהבאתי מדברי הפ"י ז"ל ומצאתי חבר כדברי הפ"י ז"ל ה"ה הרא"ש ז"ל. מיהו באמת גם מדברי התוס' הנ"ל יש ראי' לדברי הנ"ל דאף דתירצו של מעלתו על קושית התוס' אינה כמ"ש דוודאי יכול למנקט תבעו כנ"ל ע"פ שמיעה ולמה לי' למנקט ואם יש עדים דלהדיא משמע מרש"י ז"ל דבכל ענין שתובעו לא מהימן כמבואר שם בכתובות ד' ט"ז ע"א ברש"י ד"ה שהפה שאסר ובד"ה אא"ב ובד"ה הכא גבי שדה אין שור שחוט ע"ש מ"מ מהא דמשמע מדברי התוס' הנ"ל שהבאתי דסברו דמיירי מתני' גם בתבעו בברי וברי א"כ ע"כ ליכא למימר ששמע מפי קרובים דהא מסיק הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ"ב דבכה"ג לא הוי ברי כלל במה שאמר ששמע מפי אחר וכש"כ מפי קרובים ע"ש וע"ש בס"ק פ"ג אע"כ דמיירי דטעין דיודע מעצמו ואעפ"כ לא הוי חזקה ואף דיש מקום לישב קושית התוס' דמיירי ע"י שמיעה ודוק מ"מ מדברי הרא"ש הנ"ל וודאי יש ראי' למ"ש:

והגאון בעל פ"י שכתב דאיירי בבא בטענת אביו צ"ל דסובר כדעת הפוסקים דסוברים דבאמר לי אבא הוי טענת ברי ומיהו י"ל דדברי הפ"י א"ש לכ"ע די"ל דמיירי שאומר שזה יודע וזוכר מעצמו בברי שהי' של אביו רק מאביו שמע קודם מותו שלא מכרה א"כ הוי טענת ברי בלא צוואת אביו כלל דומיא דשבועה שאינו ברשותו כעין שכתב הש"ך שם בס"ק פ"ב לענין אם טען יודע אני שהיית חייב לאבי אבל איני יודע אם פרעת ודוק ועפ"ז י"כ ג"כ דברי התוס' לעיל שהבאתי דהוי ברי וברי אף אם אינו יודע שלא לקחה ובהכי א"ש דלח יסתרו דברי התוס' אהדדי דהיינו מ"ש התוס' בד' ט"ז ע"א דאיירי בברי וברי עם מ"ש התוס' בד' י"ז ע"ב ד"ה וניתני מודה ר"י כו' דהוי רבותא טפי דהוי ברי וברי וע"ש במהר"מ שיף ודוק. מיהו קשה ע"ז מהא דכתב זקני מהרש"א ז"ל בתוס' ד' ט"ז הנ"ל וכן הוא במהר"מ שיף בתוס' ד' ט"ז שם וכן הוא באסיפת זקנים דבר הם מוכרחים שם בתוס' והוא דהתוס' מפרשים לפי ה"א זו דלהכי נקט ואם יש עדים ולא ואם תבעו דלפי ה"א זו הוי רבותא טפי ביש עדים דהוי ברי ושמא מאם תבעו דהוי ברי וברי כיון דסבר דטעמא דרישא משום ברי ושמא ע"ש בדבריהם ונמצא לפ"ז ע"כ מוכרח דהתוס' סברי דאף דיש עדים שהיתה של אביו ואין אחר עדים כלום מ"מ הוי ברי ושמא כיון דאינו טוען בברי שלא לקחה א"כ לפ"ז הא דמסקי התוס' דלהמסקנא איירי בברי וברי

היינו בטוען ברי שלקחה וע"כ צ"ל בתוס' ד' י"ג ע"ב הנ"ל כמ"ש זקני מהרש"א ז"ל שם בדברי התוס' דהיינו דבשדה זו של אביך איכא למטעי ע"ש בדבריו ולא בדברי מהר"מ שיף ז"ל שם והוא תמי' מאוד על דברי המהר"ם שיף ז"ל במ"ש על התוס' בד' י"ז ע"ב הנ"ל ודוק ניהו מ"מ בדברי הפ"י י"ל כך וגם י"ל כמ"ש מעיקרא דסובר שאמר לי אבא הוי טענת ברי וצוואת אביו מהני קודם מותו לענין זה ג"כ דלהוי כמו יודע בעצמו בברי דלהוי העזה כנגדו דכיון שאביו אמר לו כן קודם מותו ואין אדם משקר בבנו בשעת מותו לכך אם זה יודע האמת בעצמו שנא לקחה הוי העזה וז"ב בדעת הפ"י ויהי' איך שיהי' מ"מ מוכח מדברי הפ"י הדין כמ"ש דלא מהני חזקה אף בידע שהי' של אביו או עכ"פ היכא שאין ידוע דידע רח על פיו דלא מהני חזקה משום דאית לי' להיורש מיגו ובדברי הרא"ש ז"ל שהובא באסיפת זקנים כנ"ל י"ל דכוונתו כמ"ש הגאון בעל פ"י דטען שאביו אמר לו קודם מותו שנא מכרה או דטוען בברי שזוכר שלא ירד לשדה בתורת לוקח רק באופן אחר ויהי' איך שיהי' ממ"נ בוודאי מוכרח בבירור גמור גם מדברי הרא"ש ז"ל הנ"ל דבנד"ד יהי' הדין כמה שכתבתי וזה ברור:.

וא"ל ולדחות ראייתי מהרא"ש ז"ל ומהפ"י ע"פ מה ששמעתי מקשים על הא דקי"ל מקיש שלשה לשנים מה שנים נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטילה אף שלשה נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטילה דהא התוס' מקשים מ"ש מהא דאם יש הרבה עדים ונמצאו קצתן זוממין דאמרינן תתקיים העדות בשחר ותירצו בשלמא בקרוב או פס ל דלא פסלה התורה רק מגזה"כ א"כ י"ל דצירוף הקרובים מבטל העדות אבל אלו שהוזמו איגלי מלתא דלא נצטרפו דהא הוזמו ולא ראו כלל ולא הוויין עדים כלל למה יבטלו השאר ע"כ ומקשים דמ"מ יתחייב לשלם ע"פ עדים בנמצא א' מהן קרוב או פסול כגון עד"מ אם תבעו ראובן לשמעון מנה הלויתך והלה משיב לא הי' ד"מ ויש שלשה עדים שמעידים שראו ההלוואה שהלוה לו מכה ונמצא אחד מהן קרוב או פסול דאמרינן דעדותן בטילה ופטור מלשלם ולמה לא נימא דבכלל דבריו דטעין לא לויתי הוי שכא ראה בהלוואה הקרוב או הפסול דהא לדבריו כיון דלא לוה הרי לא ראה אף שלפי דבריו הרי גם הכשרים לא ראו מ"מ מה דהוא לזכותן דהכשרים לא ראו לא מהמנינן לי' ומה שהוא לחובתו דהקרוב לא ראה ויתקיים העדות בשחר מהמנינן לי' דלא ראה הקרוב הוי ממש כמו בהזמה והרי זה ממש דומה לטוען לא לויתי ובא עדים ואמרו לוה ופרע דחייב לשלם דכל האומר לא לויתי כאלו אמר לא פרעתי דכיון שלא לוה וודאי לא פרע ונאמן יותר מהעדים שאומרים שפרע אף שהוא אומר ג"כ לא לויתי ע"ז אינו נאמן דמה שהוא אומר לזכותו אינו נאמן ומה שהוא בכלל דבריו לחובתו שלא פרע מהימן ופלגינן

דיבורי' וה"נ בנמצא א' מהן קרוב או פסול י"ל כן ע"כ שמעת מקשים ואני השבתי ע"ז דלק"מ דהא מצד הסברא ממ"נ אי מהימנת לי' במה שיוצא מכלל דבריו דהיינו שלא פרע א"כ יהא נאמן ג"כ בעיקר דבריו שלא לוה דיציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא ומי מכרי' אותנו למפלג דיבורי' ועכ"ר צ"ל דהעדים שמכחישים אותו מכריחין אותנו לכך וזה יתכן בדין זה דלא לויתי דהעדים המה כשרים בעצמותן רק שאינם מחייבין לשלם דהרי אומרים שפרע אם כן איך תהמני' במה שאמר לא לויתי כיון שעדים כשרים מכחישין אותו וא"כ וודאי איכו נאמן בזה ומה דאמרו פרע וודאי הוא נאמן לחובתו דאיך לא נאמין לאדם במה שמחייב עצמו ונאמן יותר מק' עדים וע"כ פלגינן דיבורי' משא"כ בנידון הז דנמצא א' מהן קרוב כו' דהעדים בעצמותן הם בטלים מן התורה ואין כאן עדות ואתה רוצה לקיים עדות זה ע"י פלגינן דיבורי' מי מכריח אותנו לזה למפלג דיבור' הלא מסתבר לומר אי מהימנית ליה במה שיוצא מכלל דבריו דלא ראו הקרובים כיון דלא לוה לא פרע א"כ תהימני' נמי בעיקר דבריו דלא לוה וכולם לא ראו דהמ"מ ע"ה מה תאמר שהעדים מכריחים אותנו לכך דאיך תהימני' שכולם לא ראו הרי יש עדים הלא באמת מקודם שתאמר פלגינן דיבורי' אין כאן עדים דהתורה בטלה עדות זה כיון דא' מהן קרוב כו' א"כ אין כאן מכריח לומר פלגינן דיבורי' דאף אם תאמר פלגינן דיבוריה יהיה כאן עדים מ"מ אין כאן מכריח מעיקרא לומר פלגינן דיבורי' משא"כ שם בלא לויתי דהעדים בעצמותן כשרים הם והם מכריחים אותנו למפלג דיבורי' ע"כ ישבתי לקושיא הנ"ל והוא תירוץ נכון ומושכל בס"ד וא"כ לפ"ז י"ל לכאורה דהכא בדברי הרא"ש והפ"י דהיורש טוען ברי שלא לקחה א"כ א"ש דלא מהני חזקה דאמרינן ממ"נ אם מהימנת לי' במה שיצא מכלל דבריו שידע שהיה של אביו א"כ תאמין לו ג"כ בעיקר דבריו ואי תימא פלגינן דיבורי' כנ"ל הלא אין כאן עדים כלל שמכחישים אותו שיכריחו אותנו לכך למפלג דיבורי'. דזה אינו דבשלמא התם י"ל שפיר דמאמינים לו בכל דבריו דאין לנו מן הדין סותר ומתנגד כלל דהעדים בטלים מה"ת והמ"מ ע"ה משא"כ כאן איך נאמינהו דלא לקחה כיון דהחזקה מכחישו ומיגו אין מועיל לו לדברי מעלתו א"כ הרי נתברר מכח החזקה דוודאי ידע שלקחה ולכך שתק ואף בלא בירור ג"כ הוא וודאי דאין אנו מאמינים לו בכל דבריו אף במה שהוא לזכותו רק היכא דשייך לומר הממע"ה או דאית ליה מינו דאי בעי לא אמר כלל והפה שאסר כו' אבל הכא דהדין הוא דחזקה מהני א"כ לא שייך כאן הממע"ה וגם מיגו לית ליה לדברי מעלתו א"כ וודאי אינו נאמן במה שאומר לזכותו ולומר דלא ידע שהיה של אביו זה א"א דהרי הודה על עצמו דידע ומה שהוא לחובתו נאמן יותר מק' עדים מכש"כ כאן דאין עדים מכחישין אותו בזה וע"כ

פלגינן דיבורי' דהחזקה והודאתו מכריחין אותנו למפלג דיבורי' וזה ברור כשמש לפני כל בעלי סברא ישרה דוודאי אין מאמינים לו בכל דבריו במה שהוא לזכותו רק היכא דשייך לומר הממע"ה או דאית ליה מיגו וזה דומה ממש להא דלא לויתי והעדים מעדים דלוה ופרע והוא ברור בס"ד אבל למ"ש דדרכו למשתק זמן רב כל זמן דלא ידע בוודאי שלא לקחה א"כ א"א למפלג דיבורי' כלל דהא גמר הוכחה דידע דלקחה הוא רק מדידע דלא לקחה ושתק והוי שני הפכים בנושא א'.

ומ"ש בדברי התוס' בב"מ וז"ל והנה הגם שמדברי התוס' בב"מ נרא' דאף שידע שהיה של אבי לא הוי חזקה ומ"מ כשנדקדק בלשונם שכתבו וז"ל דע"כ כיון דמורידין א"כ יש לו דעת לומר הבא עדים שלקחת מאבי ה"נ יש לו לדעת ולמחות בסוף כל שלש ולכאורה אין לשונם מובן דהכי הול"ל וה"נ יש לו דעת לומר בסוף ג' הבא עדים שלקחת מאבי אלא דכוונתם דבאמת ר"פ מיירי שהורידו אותו לאסוף הפירות לצורך היורש וא"כ דלמא משום הכי לא יאמר הבא עדים שלקחת בסוף שלש דיודעים האמת שהורידו אותו לאסוף הפירות לצרכו לזה הקשו דיש לו לדעת ולמחות בפני עדים בסוף כל שלש שהוא עושה בשדה לצרכו וכן הוא כוונתם בתירוצם אבל באמת היכא דידעינן דידע הקטן שהיתה סל אביו וגם ידע דלא הורידו אותו לצרכו ואעפ"כ לא מיחה ג' שנים בגדלות אחר ההודעה אף התוס' מודו דהוי חזקה דאמרינן מסתמא ידע שהיה לו קנין בשטר באופן המועיל ולכך לא מיחה דאל"כ למה לא מיחה עכ"ל שותי' לא ידענא דהוא סבר דהוכחתי מתוס' היה מדכתבו יש לו דעת למחות ש"מ דידע דהלא מזה בנא"ה אין הוכחה כלל דהא אי מורידין ע"כ צ"ל דידע כמ"ש גם מה שמדקדק בדברי התוס' דהי' להם לומר וה"נ יש לו דעת לומר בסוף כל ג' הבא עדים שלקחת מאבי דקדוק זה לא פגע ולא נגע דכל יסוד החזקה היא דהו"ל למחות עכ"פ שלא בפניו ולא הטריחוהו למחות בפניו ומכש"כ שא"צ לתבעו כלל ואלו כתבו התוס' הלשון שכתב מעלתו היה שנא בדקדוק דהוי משמע שצריך לתבעו בסוף כל ג' והתוס' כתבו בדקדוק וזה פשוט לכל תלמיד וצורב ומעלתו לא דקדק יפה במ"כ:

ומ"ש דלכך לא תבעו משום שהורידו אותו לאסוף הפירות לצרכו גם ז"א דאין ממנין אפוטרופס רק עד שיגדלו היתומים כמבואר בחו"מ סי' ר"ץ סעיף א' וסעיף ט"ז וכאן בשלשה שנים אחר שהגדיל איירינן ועוד דאם יזכרו מהורדה שהורידו אותו לאפוטרפוס א"צ להוכיח מדר"ה דאין מחזיקין דהלא הוא משנה מפורשת בב"ב דף ל"ב ע"א האומנין והשותפין והאריסין והאפטרופסין אין להם חזקה ואף באפוטרופס על נכסי אדם גדול אין מחזיקין רק דהוכיח מדר"ה דאין מחזיקין בנכסי קטן אף אם אין ידוע כלל שהורד

בתורת אפוטרופס מעולם מדמורידין נכרי ולא חיישינן שמא ישתכח ההורדה ויבא להחזיק כמו דמה"ט אין מורידין קרוב שמא ישתכח ההורדה שהורידו אותו לאפטרופס ויאמר שהגיע לחלקו וז"ב והן מפורש הטעם בקרוב דאין מורידין משום שמח ישתכח ההורדה ברשב"א כתובות ד' י"א ע"ב וא"כ אנן עסקינן באין ידוע דהיינו שישתכח שהיה אפטרופס מעולם סוף דבר דכל מ"ש בדברי התוס' הנ"ל ליתא וגם הוא ללא צורך ואין ענין כלל למה שדקדקתי מדברי התוס' הנ"ל ומיהו בלא דברי מעלתו מה שהוכחתי אז מלשון התוס' בהיות מעלתו כן אינו הוכחה עצומה אבל כעת כבר כתבתי הוכחה רבה ועצומה מדברי התוס' הנ"ל בס"ד כמבואר לעיל:

ומ"ש וז"ל ובזו נתישב לי דברי רבינו האי ז"ל שמביא הטור שכתב אהאי דינא דאין מחזיקין דווקא ואי טעין מדשתקת מחלת לי אבל אי טעין אתה מכרת לי הוי חזקה דקשה דהדרא קושיא לדוכתא דהאיך מורידין לנכסי קטן דלמא יטעון אתה מכרת לי אלא נראה דרבינו האי מיירי היכי דידעינן דידע הקטן משהגדיל שהי' של אביו ואעפ"כ לא מיחה דזה הוי חזקה דהי' לו למחות אבל היכא דלא ידעינן אי ידע אין מחזיקין ולכך מורידין דאי לא ידע א"כ לא הוי חזקה ואי ידע בוודאי ימחה עכ"ל במח"כ לא נהיר ולא צהיר ולא בהיר דאי כדבריו דמיירי בידעינן דידע שהיה של אביו ומהני חזקה כמו שהוא לפי דעתו של מעלתו א"כ אפילו אם טוען לקחתי מאריך היה מועיל החזקה ורב האי לא קאמר רק דבטוען אתה מכרת לי מועיל החזקה דאין לומר דבטוען לקחתי מאביך ג"כ מועיל החזקה רק בדטען אתה מחלת לי מפני ששתקת אז אינו מועיל קשה הא בגדול כה"ג ג"כ הוי חזקה שאין עמה טענה כמפורש במשנה וגמ' ב"ב ד' מ"א ע"א ובש"ע חו"מ סי' קמ"ו סעיף ט' וכן מבואר בכל הפוסקים וכבר הקשה זה הב"ח ז"ל על רבינו האי הלא טענת שתיקה שהיא כמחילה אינה טענה וכתב וז"ל וי"ל דכאן נמי לא אמר רב האי אלא דטענה שלקחו מאביו אלא דכנגד השטר הוא טוען דמה שלא היה נזהר בשטרו הוא לפי שראה שהקטן משהגדיל שתק ולא מיחה עליו סבור שמחל לו כל תביעות שהיה לו עליו ושוב א"צ ראיה ולא עדים ומש"ה לא נזהר בשטרו עכ"ד ודבריו ברורים ומוכרחים בדברי רבינו האי ואם כדברי מעלתו היה ראוי להיות חזקה מעליא אף בטוען שלקחה מאביו א"ו דזה אינו רק דרבינו האי סובר דבטוען אתה מכרת לי מועיל החזקה ואדרבא גם מדברי רבינו האי יהי' ראיה ברורה למ"ש דאם נימא דהא אין לו חזקה היא מהטעם דמסתמא לא ידע כלל שהי' של אביו מעולם א"כ דברי רבינו האי תמוהים מאוד דקשה ממ"נ אי מיירי בלא ידע כלל דהיינו דאמרינן מסתמא אינו נודע א"כ למה להוי חזקה בטוען אתה מכרת לי כיון דאמרינן מסתמא אינו יודע שהי' של אביו כל א"כ לא ידע

למחויי כלל דלא ידע שהי' לו שום שייכות כלל בה מה"ת להוי חזקה נגדו ואי איירי בידעינן דידע שהיה של אביו א"כ בכל ענין להוי חזקה כמ"ש ומלבד זה שהקשיתי ג"כ הוא דוחק גדול לומר דאיירו רבינו האי והטור שמביאו בדידעינן דידע כיון דאמרינן דמסתמא שם אל לבו למחות כמ"ש ולכך ראוי לזה לזהר בשטרו כיון שאין השתיקה ראיה והשתא יובן שפיר במה פליגי רבינו האי והחולקים עליו והוא דהא כבר בארתי לעיל די"ל שני פנים ביסוד החזקה הפן הראשון הוא דטפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרו ולכך לא מפקינן מיד המחזיק דבתוך שלש מפקינן מיני' משו' דאמרינן אחוי שטרך ומדלית לך שטרא ש"מ דלא נמכר לך רק דע"כ צ"ל דאזדהורי בשטרא תולה בכל כמה דאין השתיקה ראי' דרכו לזהר בשטר אבל אח"כ סובר דשוב לא יתבענו ולכך לא נזהר והפן השני הוא דיסוד החזקה הוי רק הא דאמרינן מדשתק ולא מיחה ש"מ דמכרה לו אבל בלא הוכחה וודאי קרקע בחזקת בעלי' עומדת רק דאף אם יש הוכחה וראי' תיכף אחר זמן מה מדשתק ולא מיחה ש"מ דמכרה מ"מ לעומת זה אמרינן אחוי שטרך דמ"מ נזהר בשטרו עד תלת שנין אבל אחר שלש דאין דרך לזהר אז לא נשאר רק הוכחה זו לבדה ואין הוכחה אחרת נגדה והנה עפ"ז י"ל דרבינו האי סובר ביסוד החזקה כהפן הראשון ולכך כל זמן שטוען לקחתי מאביך א"כ לדבריו עצמן אין השתיקה של היורש ראי' דאינו משים אל לבו למחות משום דסובר דהחזיק כדין ואעפ"כ יחקור וימחה באיזה פעם כמ"ש משום שאינו בבירור שקנה זה א"כ היה לו לזהר בשטרו ולכך אינו מועיל חזקה מה שאין כן בטוען קניתי ממך א"כ הרי לדברי המחזיק הרי כבר ידע הבן שלא קנה מאביו דהרי הוא מכרה לו וא"כ אם שתק אח"כ ג' שנים היה לו השתיקה לראיה דלא יערער עוד על המכירה ולכך לא נזהר בשטרו ע"כ לא מפקינן מיניה כיון דלדבריו שוב לא היה ראוי להיות נזהר בשטר אף דליכא הוכחה שהוא כדבריו דדלמא לא קנה אצלו והוא לא מיחה כדרך קטן שהגדיל דאין שם אל לבו למחות כ"כ מהר על נכסים שמחזיקין בהם מקטנותו הרי סובר רבינו האי דא"צ הוכחה רק כיון דליכא הוכחה להיפך דהא לדבריו לא היה ראוי להיות נזהר בשטרו מוקמינן ארעא ביד המחזיק דסובר ארעא היכי דקיימא תיקום והממע"ה והחולקים עליו סוברים קרקע בחזקת בעלי' עומדת ומפקינן מיד המחזיק ולא מוקמינן בידו רק דע"י הוכחה מדשתק ולא מיחה ש"מ דמכרה לו וא"כ כיון דאין כאן הוכחה דהא י"ל דלא קנה אצלו רק דלא שם אל לבו למחות כמ"ש ע"כ קרקע בחזקת בעלי' עומדת ומפקינן מיד המחזיק וכן קי"ל כמבואר בש"ע כנ"ל ברור ונכון בס"ד ועיין בגמ' ב"ב דף ל"ב ע"ב שם בגמ' והלכתא כרב בארעא דהיכי דקיימא תיקום וע"ש ברשב"ם ד"ה הלכתא וע"ש בתוס' ד"ה והלכתא ודוק ועיין

בתשובת מהרי"ט חה"מ סי' ע"ה ועיין בש"ך חו"מ סי' פ"ג סעיף קטן ט' ודוק אבל אם אמרינן דאין מחזיקין משום דמסתמא אינו יודע אם היה של אביו מעולם תמו' מאוד דברי רב האי דאין ראוי להיות ההפרש כלל בין טוען לקחתי מאביך ובין טוען לקחתי ממך ואין לומר גם בזה כמ"ש והוא דנימא דבאמת איירי בסתמא שאינו ידוע אם ידע או לא ומסתמא אמרינן דלא ידע רק דכאן כיון שהמחזיק טוען שקנה אצלו אם כן הרי טוען בבירור שידע שהיה של אביו או שהוא בעצמו הודיעו דהרי קנה אצלו אם כן לפי דבריו היה לו השתיקה לראיה שלא יערער עוד ולא היה לו לזהר בשטרו לכך לא מפקינן מיד המוחזק משא"כ בטוען לקחתי מאביך דאז גם המחזיק לא טעין בבירור דידע היורש שהי' של אביו ואעפ"כ שתק שלש שנים משהגדיל א"כ לפי דבריו אין השתיקה לו לראי' וא"כ הי' לו לזהר בשטרו ומדלא נזהר בשטרו ש"מ דלא לקחה דז"א דא"כ לפ"ז אין ההפרש תולה בין טוען לקחתי ממך או לקחתי מאביך רק תולה במה שטען המחזיק בבירור דהוא יודע מאז דהיורש ידע שהיתה של אביו ושתק ולכך לא כזהר בשטרו א"כ אף בטוען לקחתי מאביך וטוען שיודע בבירור שידע היורש שהיתה של אביו כגון שהוא בעצמו הודיעו וכדומה ושתק ולא מיחה לכך לא נזהר בשטרו ראוי להיות חזקה מעליא לרב האי אבל למ"ש דאין ראי' מדשתק לא מיחה בקטן שהגדיל אף בידע שהי' של אביו אא"כ ידע בבירור שלא לקחה כלל אז איכו שותק א"כ א"א בענין אחר דהוי חזקה רק באם טוען לקחתי ממך דהא אם יטען הודעתיך שלא לקחתי כלל א"כ הרי הוי חזקה שאין עמה טענה וע"כ צ"ל דטוען לקחתי ממך וא"ש דברי רב האי וזה ברור בס"ד ואם כן זכינו ת"ל דגם מדברי רב האי גאון יש הוכחה רבה ועצומה למ"ש בס"ד. והא דהקשה מעלתו לרב האי איך מורידין נכרי דלמא יטעון אחר שיחזוק אחר שהגדיל ממך לקחתי יפה הקשה לכאורה אבל נראה דסברת רב האי הוא דכולי האי לא חיישינן דהא מוכח מהש"ס דהי' מסתבר לומר דסמכינן ע"ז דב"ד ממנין איש מהימן דאל"כ לא הי' צריך להוכיח מדר"ה דהא יש כמה משניות דמעמידין אפטרופס כמ"ש התוס' וא"כ לפ"ז אף דנשמע הך מדר"ה דלא סמכינן ע"ז דב"ד ממנין איש מהימן מדאמר אין מורידין קרוב כמ"ש התוספות ומסתבר לומר דה"ט דלא סמכינן ע"ז משום דהאדם יראה לעינים ואף שהיא נדמה להב"ד שהוא איש מהימן מ"מ דלמא אין תוכו כברו אבל מ"מ הא ודאי דהב"ד אין ממנין רק מי שמוחזק עכ"פ בעיני הבריות לאיש נאמן וגם בעיני הב"ד א"כ הא וודאי דאינו עז פנים להעיז בשקר בפני מי שיודע ומכיר בשקרו דאל"כ לא הי' מוחזק לנאמן בעיני הבריות לכך לא חיישינן רק להא שיטעון לקחתי מאביך בכה"ג דאינו מכיר בשקרו אבל להא שיטעון ממך לקחתי לא חיישינן והוא סברא כונה ומושכלת מאוד

בס"ד ולדעתי הוא אמיתת בדברי רב האי דלהא מהני האי סברא דב"ד ממנין ודאי איש מוחזק לנאמן וא"כ ודאי דאיננו איש מעיז עכ"פ כמ"ש:

ומ"ש וז"ל ומה שדקדק כ"ת מדברי הנ"י והטור שכתבו דכיון שירד בקטנות לא הוי תו חזקה לעולם קשה לי דאיך אפשר לומר דכוונת הנ"י הוא דאפי' דידעינן בהאי קטו דידע ולא מיחה אחר זה בגדלות ג' שנים מ"מ לא הוי חזקה דמהאיך למד זה הגמרא מדברי ר"ה הא הסברא מבחוץ ע"כ אינו כן מדאצטריך הגמרא ללמוד מר"ה ומדר"ה לא נשמע זה רק היכי דלא ידעינן דידע אבל אי ידעינן דידע מצי סבר ר"ה דהוי חזקה ולכך מורידין דאי לא ידע לא להוי חזקה ואי ידע בודאי ימחה ע"כ נראה דדעת הנ"י הוא ג"כ דוקא היכי דאית לן לומר איזה טעם לקטן למה שלא מיחה אבל לא בנידון זה עכ"ל:

הנה דבריו מרפסין איגרא ונהפוך הוא דאדרבא אם נימא הטעם דאין מחזיקין הוא משום דמסתמא לא ידע וע"כ צריך אתה לומר דאין זה סברת חוץ דמסתמא לא ידע דא"כ פשיטא דאין מחזיקין וא"צ והוכיח מדר"ה כמ"ש התוס' וע"כ צ"ל דהא גופא בעי להוכיח מדר"ה דמסתמא לא ידע וזה אין מוכח כלל מדר"ה דהא בקרוב לא הוי הטעם משום דלא ידע שהי' של אביו מעולם דהא אם לא ידע כלל אין הפרש בין קרוב לאיש אחר אלא דבקרוב היינו טעמא כמ"ש התוס' דסובר שאומר אמת א"כ מנ"ל זה מר"ה דאמרינן מסתמא לא ידע זמן ארוך שהי' של אביו מעולם דאין ענין זה לזה כלל אבל לפמ"ש דיודע רק דאינו משים אל לבו למחות זמן ארוך א"כ א"ש ההוכחה מדר"ה או כמו שפירש מהר"מ לובלין ומהר"מ שיף בדברי התוס' או כמו שישבתי אני העני בדעת לקושית התוס' וכבר כתבתי לעיל באריכות ואין צורך לכפול הדברים והדברים ברורים בס"ד. ומ"ש בדברי הנ"י דוקא היכא דיש לו איזה טעם דבריו לא נהירין כלל דהא הנ"י כתב בהדיא כיון שירד בשעה שאינה ראוי לחזקה שוב לא הוי חזקה לעולם ר"ל אף שאח"כ ראוי לחזקה וכמו שהביא ראי' משותף והיינו שאח"כ אין טעם למה שלא מיחה מצד עצמותו רק מצד התחלת החזקה דהי' ברשות דאם יש טעם גם אח"כ מצד עצמותו למה שלא מיחה הרי גם אח"כ אינה ראוי' לחזקה וזה ברור כשמש בס"ד ולדעת מי שאומר היפך זה אסר לן יונה הרי בארתי דהנ"י והרמב"ן והרשב"א והר"א והריטב"א וההמ והשיטו' שנים שהביא הגאון מו' בצלאל אשכנזי והרא"ש שהביא הגאון הנ"ל והתוס' בב"מ והגאון בעלי פ"י סוברים הכל כמ"ש וגם באמת דמוכח כן בראי' ברורה וחזקה מהגמרא דב"מ וכתובות ולדעתי אין שום חולק בדבר דגם דעת רש"י כן הוא וכן מבואר ג"כ מדברי הב"י וזקני הרמ"א כמו שבארתי לעיל וכן מוכרח ג"כ מדברי רב האי וממקום שבא לסתור אדרבא משם ראי' ומוכרע ומינה אין לזוע ויתד שלא תמוט הוא

בעזה"י לדעתי ומ"ש וז"ל ומה שדן כ"ת דגם אם ידע נאמן במיגו דאי בעי אמר לא ידעתי נראה דהוי מיגו במקום חזקה דלתלת שנין קפיד אינש ואף דמסקינן טעמא דתלת שנין מזדהר אינש בשטרי' מ"מ טעם זה הוא ג"כ מטעמא דתלת שנין קפיד אינש וכיון דלא מיחה שוב לא נזהר בשטרו עכ"ל מעלתו. גם זה אינו דהלא ממקום שהוכחתי דלא הוי מיגו להוציא מדברי התומים בסי' קמ"ה משם מוכרח ג"כ דלא הוי מיגו במקום חזקה דאל"כ אין מקום לדברי התומים שם דהא מ"מ הוי מיגו במקום חזקה ודברי התומים שם המה מוכרחים מהש"ע והפוסקים א"ו דלא הוי מיגו במקום חזקה כלל דמלתא דפשיטא היא לכך לא הוצרך הגאון בתומים שם לבאר כלל הטעם דלא הוי מיגו במקום חזקה כמו שמבאר הטעם דלא הוי מיגו להוציא וכמו שאבאר בסמוך דבאמת מלתא דפשיטא היא דלא הוי מיגו ומקום חזקה וראי' ברורה לדבר דלא הוי מיגו במקום חזקה דהא חזקה שלש שנים לא עדיף משט' דהא חזקה היא משום דלא מזדהר אינש בשטרו והוי כנקט שטרא מדשת' ולא מיחה אבל ודאי לא עדי' משטר ובהדיא אמרינן בגמ' ב"ב ד' למד ע"א לא יהא אלא נקט שטרא מי לא אמרינן לי' קיים שטרך וחות לדינא ע"ש א"כ אף אנו נאמר דוודאי לא עדיף משטר והרי לנגד השטר מהני מיגו דקיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דאם לא כן נאמן לומר פרעתי במיגו דמזויף וכן בשטר פקדון אף אם מקוים הוא נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו כמבואר בב"ב דף ע' והרי אף אם לית ליה מיגו אין נאמן לטעון נגד שטר פרעתי או החזרתי מוכח הסברא דשטרך בידי מה בעי ואמרינן אם פרעת או החזרת הי' לך ליקח השטר ולא להניחו ומפקינן ממון מהמוחזק ע"י סברא זו ואעפ"כ מהני מינו נגד הסברא והוכחה הנ"ל ה"ה דמהני מיגו נגד חזקה דשלש שנים דה לא עדיף משטר ולא דמי לחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דההיא חזקה היא כמו שאמרו חזקה אין אדם פורע כו' אבל חזקה שלש שנים אף דיש הוכחה עי"ז מ"מ לא הוי חזקה ולא מיקרי חזקה בשום מקום דלא אמרו חזקה אין אדם שותק שלש שנים וראי' ברורה לדבר דהא חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו פוטר אף משבועה כמבואר בגמ' ב"ב ד' ה' ע"ב ובש"ע חו"מ סי' ק"ח וחזקה שלש שנים אינו פוטר משבועה כמבואר בח"מ סי' ק"מ סעיף א' ועיין ב"ב ד' ה' ע"ב בתוס' ד"ה מי אמרינן במקום חזקה כתבו דחזקה עדיפא ר"ל דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיפא משטר דא"צ שבועה וטעמא דשטרך בידי מה בעי לא מהני לפוטרו משבועה עיי"ש הה"נ דבחזקה דשלש שנים דלא מיקרי חזקה כיון שאינו פוטר משבועה ולכך אמרינן מיגו נגדה וזה ברור כשמש בצהרים בס"ד: ועוד אומר לרווחא דמלתא דהא אם נימא דצריכים כאן בנד"ד להמיגו ע"כ צריכים לומר דהטעם דאין מחזיקין כו' משום דמסתמא לא ידע אם הי' של אביו מעולם ודו"ק ולפ"ז

הוי רק מיגו דאי בעי שתק דהוה הפה שאסר ועדיף ממיגו דאי בעי טעין כו' והרי מיגו להוציא דלא אמרינן ומיגו דאי בעי שתיק אמרינן אף להוציא כמ"ש התוס' ריש מס' ב"מ ב' ע"א ד"ה וזה נוטל רביע ע"ש מיהו זה אינו דהא התם בב"ב ד' ה' בטוען פרעתיך תוך זמנו הוי ג"כ מיגו דאי בעי שתיק ולא הי' אומר תוך זמנו רק פרעתיך סתם ומיהו אפשר לחלק בין הא דהתם לכאן ודו"ק מיהו עיין בש"ע חו"מ סי' ק"ח ס"ק ד' דמסיק דאין לחלק בזה בין מיגו דאי בעי שתיק לשאר מינו ע"ש מיהו אפשר לומר דוקא לצד האיבעי' דאמרינן מיגו במקום חזקה אין לחלק ולומר דדוקא מיגו דאי בעי שתיק אמרינן אבל סתם מיגו לא אמרינן ובזה מיירי הש"ך שם ע"ש משום דדבר קשה הוא לדחות המיגו אבל לצד השני של האיבעי' דלא אמרינן מיגו במקום חזקה אפשר דנימא דוקא מיגו דלאו הפה שאסר לא אמרינן אבל הפה שאסר אמרינן ואולי בפרעתיך תוך זמנו לא הוי הפה שאסר כ"כ כיון דהוי צריך לעיקר הטענה שטען אז בדבור זה דבדבור אחד נאמרו וגם דרך לברר דבריו כשטוען לומר פרעתי אימת פרע כדי לאמת דבריו לכך י"ל דלא הוי הפה שאסר כ"כ כן י"ל אבל אין צורך לזה דבלא"ה לא הוי מיגו במקו' חזקה כלל כמ"ש ועוד סברא אחת יש לי לומר ולבאר והוא דבאומר לקחתי מאביך או מהב"ד בעודך קטן ע"ז לא שייך חזקה דשלש שנים כלל לכ"ע דמאי נימא כיון דשתק ולא מיחה וודאי ידע בבירור שקנה מאביו או מהב"ד דמנין לו לידע בבירור כיון דקטן היה ואין דרך קטן לידע דברים כאלו על בורין ואיך מחמת קושיא שקשה עליו למה לא מיחה כשהגדיל נוכיח דידע בבירור בוודאי דהוא קשה יותר מן הראשונה דמניין לו לידע רק דעיקר החזקה הוא בטוען קניתי ממך דאז אמרינן שפיר מדשתק כ"כ ולא מיחה משהגדיל ש"מ דהוא בעצמו מכרה לו. ועפי"ז יתיישב ג"כ הטיב דברי רב האי גאון דרב האי גאון סובר דהקטן יודע שהיה של אביו וראוי הי' למחות בתוך שלש שנים משהגדיל דאולי מחזיק זה שלא כדין דאולי לא לקח לא מאביו ולא מהב"ד רק מ"מ חזקה לא מהני מה"ט שכתבתי דאין להוכיח דבר שאינו דאין דרך לידע על בוריו מה שהי' בקטנותו רק בטוען לקחתי ממך אז מהני חזקה כמ"ש והוא ג"כ נכון בדברי רב האי מצד הסברא רק דע"ז קשה מן הגמרא דא"כ כיון דאמרת דלא הוי חזקה משום דאין להוכיח מכח קושיא דהיה לו למחות דוודאי יודע בבירור שקנה מאביו דזו קשה מן הראשונה אבל היה לו למחות אמרינן כמ"ש לכך בטוען לקחתי ממך הוי חזקה מש"ז א"כ לפ"ז לא מוכח מדמורידין נכרי לנכסי קטן דאין מחזיקין בנכסי קטן אף כשהגדיל דלמא מחזיקין ומש"ה מורידין דהא אמרת דאמרינן היה לו למחות וא"כ וודאי ימחה לכך ע"כ צ"ל דאמרינן לא היה לו למחות משם דאין משים אל לבו כמ"ש או דמסתמא לא ידע שהיה של אביו מעולם

לדעת החולק עלי וא"כ הדרא הקושיא על רב האי דלמה היי חזקה בטוען לקחתי ממך לכך ע"כ צ"ל בדברי רב האי גאון כמ"ש מעיקרא ודוק אבל מ"מ י"ל סברא זו לדעת הרמב"ם דסובר דמהני חזקה ג' שנים משהגדיל דסובר דאינו שוהה מלמחות ג' שנים משהגדיל עצם החזקה אינו רק בטוען לקחתי ממך אבל לא בטוען לקחתי מאביך או מהב"ד מה"ט שכתבתי דאין להוכיח דבר שאינו דזו קשה יותר מהראשונה רק אם נימא דמהני חזקה להרמב"ם אף בטוען לקחתי מאביך או מהב"ד הוא רק מטעם אינו דאי בעי אמר מינך זבינתה דמהני ביה חזקה כמ"ש אצל איכו מעצם החזקה דאין להוכיח דבר רחו' ויש לי סמך רב לסברא זו מהפוסקי' רק שלא רציתי להאריך עוד והנה לפ"ז גם אם נימא דבידע שהיה של אביו הי' לו למחות גם להחולקים על הרמב"ם מ"מ לא הוי חזקה רק בטוען לקחתי ממך מה"ט שכתבתי רק דבטוען לקחתי מאביך או מהבית דין הוא רק במיגו כמ"ש וא"כ לפי זה באין ידוע שידע רק שהודה עכשיו לפנינו שידע שהי' של אביו והמחזי' טען מקודם שלקח מהב"ד הלא לפי טענתו של המחזיק אין כאן חזקה כמ"ש מה תאמר דיש לו מיגו דמינך זבינתה דהי' מועיל לו החזקה הלא מיגו ודאי אין כאן דמנא ידע שזה יודה לפנינו דידע שהיתה של אביו שיטעון לקחתי ממך הלא קודם שהודה זה כבר טען שלקחה מהב"ד והוי מינו למפרע והדברים נכונים בס"ד:

ומ"ש וז"ל ועוד נראה דבבתי היא מלתא דלא שכיחא שלא ידע שהי' של אביו כדאיתא בהאי סוגיא ולא אמרן אלא בארעתא אבל בבתי לית לן בה וניהו דמסקינן דאף בבתי לא מחתינן קרוב היינו לענין דלא מחתינן לכתחלה קרוב דחיישינן לכתחלה אף למלתא דלא שכיחא אבל באמת נראה דהסברא קיימת בבתי אינו שכיח שלא יגידו לו השכנים שהי' של אביו והוי מינו בטענה דלא שכיח או דירא שמא יהיו עדים על זה דהי' ידע שהי' של אביו וכמו שכתבו התוס' בב"מ ד' י"ג ע"ב: הדברים הנ"ל דחויין מעיקרא שהוא היפך מסקנת הגמרא אף שדחק עצמו לא ידעתי מי הכריח אותו לכנס בפרצה דחוקה כ"כ והוא היפך כל הפוסקים דלדבריו הא דאין מחזיקין כו' הוא רק משום דמסתמא לא ידע שהוא של אביו ובבתי הוי לפי דבריו מלתא דלא שכיח דלא ידע וא"כ מסתמא ידע א"כ ראוי לומר כדבריו דבבתי מחזיקין והוא תמי' גדולה דכל הפוסקים סתמו דבריהם דאין מחזיקין כו' ולא חילקו כלל בין בתי לארעתא א"כ דברי מעלתו סותרין זא"ז וסדנא בסדנא יתיב ואם מעלתו יאמר דלא הוי מיגו משום דהוי מלתא דל"ש א"כ א"צ להודאתו כלל דבלא הודאת ראוי לומר דמחזיקין לפי דברי מעלתו דהא דאין מחזיקין הוא רק משום דמסתמא לא ידע ודבר ה' בפי מעלתו אמת בזה דהוי מלתא דל"ש דלא ידע כלל שהי' של אביו וזה הוא ראשית דברי א"כ מזה מוכח שפיר דאין הטעם משום דלא ידע

כלל שהי' של אביו וגם בארעתא לא שייך זה שלא שמע מזה כלל אם הי' של אביו רק דלדברי מי שרוצה לומר דהטעם הוא דאין מחזיקין רק משום דמן הסתם לא ידע אם הי' של אביו מעולם ע"כ גם בתי צ"ל כן דהא גם בבתי אין מחזיקין וא"כ מי שאומר כן ע"כ צ"ל שכיח ושכיח דלא ידע דהא הוא אומר דמן הסתם הוא כן א"כ שפיר אמרתי דאם נימא כן הרי איכא מיגו ואם נימא דל"ש דלא ידע א"כ א"צ להמיגו דהא כיון דאמרת דל"ש דלא ידע ע"כ צ"ל דהטעם דאין מחזיקין הוא דאף דידע אינו מוחה אבל מעלתו מזכה שטרא לבי תרי דסובר הטעם דאין מחזיקין משום דמן הסתם לא ידע שהי' של אביו ואומר דליכא מיגו משום דהוי מלתא דל"ש שלא ידע והוא ממש שני הפכים בנושא א' רק לדעתי האמת הברור הוא דמסתמא יודע שהי' של אביו רק דאינו יודע אם לקחה זה או לא וע"ז ר"ל בההוי אמינא דבבתי ידע בקרוב שלא הגיע לחלקו מחמת ידיעת השכנים וכן שלא מכרה ודחי לה במסקנא וא"כ אף דאיכא עדים דידע דהיתה של אביו מ"מ אין מחזיקין וזה ברור ומ"ש דירא שמא יהיו עדים כו' כמ"ש התוספות בב"מ י"ג ע"ב עכ"ל דבריו תמוהין מאוד דא"כ לא שבקת מיגו בעולם דנימא דירא לטעון הטענ' ההיא דירא פן יהיו עדים להכחישו ובאמת אין זה דומה למ"ש התוספות מכמה טעמים א' דשם במה שטען פרעתי א"א להכחישו דלא ראינו איכו ראי' משא"כ בשאר מיגו שפיר אנו מאמינים לי' שטוען אמת דאם הי' רוצה לטעון שקר הי' טוען טענה אחרת יותר טובה ואין לומר דירא פן יהיו עדים להכחישו דהא אם טען עכשיו שקר כך יכול להיות עדים להכחישו על טענה זו שטוען עכשיו כמו שהי' יכול להיות עדים להכחישו על הטענ' שהי' יכול לטעון וא"כ אינו מרויח בזה וכך צ"ל ע"כ בדברי תוספות למי שאינו מעמיק לעמוד על שורש דבריהם דהאמת הוא דגם בכה"ג שלא יצוייר שיהיו עדים להכחישו על טענה זו שטוען עכשיו מ"מ הוי מיגו כמו שאבאר בסמוך רק מי שלוקח דברי התוס' על שטחיות הפשוטה ואינו מעמיק בדברי התוס' הרי עכ"ר צ"ל כמ"ש וא"כ ממילא דאין ענין לכאן דהא כאן בנד"ד על הטענה שטוען עכשיו אם הוא שקר דהיינו שהי' להמחזיק מעשה ב"ד וק"ס והוא יודע מזה בבירור ולכך שתק ולא מיחה ג"כ יכול להיות שימצא עדים שיודעים זה וז"ב:

ב' בשלמא התם דלא מצי למטען שניהם מזויף ולהד"מ שלא לויתי וגם פרוע דאם לא לוה לא פרע א"כ ירא לטעון מזוייף פן יבאו עדים להכחישו ושוב לא מצי למטען פרעתי כיון שכבר באו עדים וסתרו טענתו הראשונה כמו דקי"ל בגמרא מס' ב"מ ד' י"ז ע"א ובש"ע חו"מ סימן ע"ט וסי' פ' וא"כ יתחייב לשלם אבל כאן בנד"ד הרי אף אם לא הודה שהיה יודע שהוא של אביו מ"מ הוי טעין מה שטוען עכשיו שלא לקחה זה ולא היה

לו מעשה ב"ד אם כן מה מרויח בהודאתו ואף שהתוס' כתבו שם שהקיום אינו מועיל רק דאינו טוען ברצון דבר שיכול להכחישו היינו שם שרוצה לפטור עצמו יותר טוב לו שיפטור עצמו בטענה שאין לו מכחישין אבל הכא הודאה זו למה לו להיורש כיון דבל"ז טוען מה שהוא לזכותו א"ו בדאינו רוצה לשקר והוי מיגו מעלי'. ג' הלא באמת קיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ולא דחינן המיגו מש"ז שכתבו התוס' (ועיין בכתובות י"ט ע"א בתוס' ד"ה מודה בשטר כו' שכתבו ג"כ סברא הנ"ל למ"ד א"צ לקיימו) ואף דכתבו התוס' בכתובות דף ק"ח ע"א ד"ה קיום שטרות דהאי קיום הוי מדרבנן עיי"ש היינו מטעם אחר דלא נחשדו ישראל לזייף אף מי שנחשד לשקר ואין זה מיגו טוב כמבואר למעיין בדברי התוס' בכתובות צ"ב ע"ב ד"ה דינא הוא רק דשם רצו התוס' לומר דמש"ז הטעם הוי הקים דרבנן אף בטוען מזייף אבל הר"י סובר שם בדף כ"ח דמ"מ בטוען בברי מזייף הוי הקיום דאורייתא רק דבכה"ג הוי דרבנן משום דאין זה מיגו טוב כנ"ל בדעת ר"י ואף אם נימא דכוונת הר"י ז"ל משום האי סברא שכתבו התוס' בב"מ הרי מבואר מ"מ דמדרבנן הוי מיגו גם בזה ועוד הלא כבר כתבתי דכאן אינו דומה למ"ש התוס' בב"מ כלל וא"כ הוי וודאי מיגו דאורייתא ועוד דהלא תירוץ הר"י הנ"ל כבר שדא בי' נרגא והעיקר כתירוץ השני שם בתוס' דף כ"ח או כמ"ש התוס' בכתובות צ"ב דהא הפ"י בכתובות דף י"ט ע"א בסוגיא דהעדים שאמרו שם בד"ה גמ' אמר לי' רב נחמן כו' ר"ל דבמודה בשטר שכתבו א"צ רק ע"א על קיום חתימת יד העדים דשוב הו"ל עינו במקום ע"א היכא דהי' צריך שבועה נגדו להכחישו אם הי טוען מזייף דלא אמרינן מיגו בכה"ג והוי לי' משויל"מ דהרי זה דומה ממש לנסכא דרבי אבא ואף דהפ"י מסופק קצת בזה מ"מ האמת כן הוא כמ"ש הפ"י שם דכ"ש הוא ממ"ש הש"ך לענין כת"י בע"א וטוען פרעתי ע"ש וגם אנכי העני בדעת הארכתי בזה בתשובה אחרת וקבעתי בה מסמרות בעזה"י דמהני וודאי קיום בע"א בכה"ג והנה הפ"י כתב שם דהיכא שע"א מעיד על חתימת שני העדים או אחד על כל אחד מעידי השטר וודאי לא מהני אף במודה כדמוכח לקמן סוף פרקין מלשון התוס' ד"ה קיום שטרות דרבנן לפי' ר"י שם דבכה"ג נמי בעינן שיהא גדול עמו עי"ש עכ"ל הפ"י ור"ל דכיון דיש גדול שוב אין צריך לעדותו של זה שראה בקטנותו כלל דהא סני בע"א או דלא מהני ע"א בזה ובאמת הוא הוכחה רבבה ועצומה מדברי התוס' הנ"ל אבל לא ביאר הפ"י הטעם כלל דלמה באמת לא מהני ע"א על הקיום כיון דהוי משויל"מ ובאמת היא קושי' חזקה על תי' הר"י הנ"ל וכבר נתעורר בקושי' זו בספר מראה כהן על מסכת' זבחים בהקדמתו ע"ש שהרבה לתמוה על תי' התוס' הנ"ל וכתב דנלאו כל חכמי לב לישב קושיא זו והניח בצע"ג ע"ש והנה לכאורה

היה על דעתי לישב קושיא זו והוא דמיירי דיש כאן שטר הלואה בח"י שני עדים ואין כאן קיום רק על ח"י אחד מהעדים זה שראה בקטנותו ועוד גדול עמו דאם נצרף אותו לקיום א"כ הוי חתימה אחת מקויימת והוי ע"א בשטר ואם הי' טוען מזויף הי' חייב שבועה כדעת הפוסקים בחו"מ סי' נ"א דע"א בשטר זוקק לשבועה וא"כ עכשיו שטוען פרעתי הוי לי' משויל"מ והוי מיגו במקום ע"א שהי' צריך שבועה להכחישו דלא אמרינן מיגו בכה"ג משא"כ אם לא נצרף עדותו של זה שראה בקטנותו א"כ הוי רק ע"א על חתימת יד א' מעידי השטר דזה וודאי אינו זוקק לשבועה דאורייתא אם היה טוען מזויף דהא קיי"ל כל מקום ששנים מחייבים ממון ע"א מחייבו שבועה ואלו כאן אם שנים מעידין על ח"י א' מהעדים אין כאן רק שבועה דהא לא הוי רק ע"א בשטר וא"כ כשאין כאן רק ע"א על הקיום של חתימה אחת אף שבועה אין כאן דהא שנים אין מחייבים ממון בכה"ג וז"ב וא"כ א"ש דלק"מ דנימא דבגדול לחוד סגי מכח דהוי משויל"מ דהא עכשיו מכח הצירוף של זה שראה בקטנותו לא נצמח החיוב ממון רק מכח דהוי משויל"מ אבל בלא דידי' אין כאן משוי"ל כלל והוא תירוץ נכון לכאורה ומושכל בס"ד:

אבל אחר העיון קצת שוויתי נפשי הדרנא ואמרתי דזה אינו דלפ"ז גם על ידי צירוף אין כאן משויל"מ דהא אם היה טוען מזויף הוי הקיום דאורייתא לפי דעת הר"י ז"ל הנ"ל ואם כן לא הוי מצרפינן עדותו של זה שראה בקטנותו דהא לא מצרפינן ליה רק משום דהוי קיום מדרבנן כמו שמבואר שם בגמ' וא"כ לא הי' רק ע"א על חתימה אחת ולא הי' מחוייב שבועה כלל כמ"ש א"כ אף עכשיו שטוען פרעתי ומצרפינן לעדותו של זה לא הוי משויל"מ דהא לא הוי מינו במקום עד אחד היכא שהי' צריך שבועה להכחישו דהא אי הי' טוען מזוייף לא הי' צריך שבועה דהא כ"ע מודים בזה דהיכא דהעד אינו מחייב שבועה אם מכחישו אמרינן מיגו במקום ע"א והרי התוס' כתבו כן להדיא בשם הר"י במס' ב"ב דף ל"ד ע"א ד"ה הוי מחויב שבועה ע"ש ועיין בתוס' מס' שבועות ד' ל"ב ע"ב ד"ה הו"ל כגזלן ועיין בש"ך לחו"מ סי' ע"ה ס"ק מ"ג ע"ש ומ"מ י"ל דמ"מ בכה"ג דהוי מיגו קרוע דהא לא הוי מיגו מדאורייתא להר"י יהי' מאיזה טעם שיהיה וגם הוי מכחיש ע"א גם זה שראה בקטנותו אף דלא הי' צריך שבועה מ"מ לא הוי מיגו דמ"מ לא רצה להכחיש לשני עדים דהי' נראה כמשקר והוא כש"כ מהסברא שאכתוב בסמוך והפ"י בב"מ. ודברי הפ"י מוכרחין בדברי התוס' ב"מ שם ולכך מועיל הקיום כן י"ל בדעת הר"י:

ועוד י"ל דבאמת מיירי כפשוטה שמעידין על שני חתימת העדים רק דהר"י סובר דר"ה ברי' דר"י דבעי שיהא גדול עמו סובר כרב ושמואל דפליגי ארבי אבא וסברי דהוי שפיר מיגו בכה"ג ועיין במס שבועות ד' מ"ז ע"א בתוס' ד"ה מתוך שאי"ל ובב"ב ד' ל"ד ע"א

ד"ה וכל המחויב שבועה ע"ש אבל למאי דקיי"ל כר' אבא אפשר לומר דסובר הר"י ז"ל דלא בעינן גדול עמו והא דאנן קיי"ל כר"ה ברי' דר"י כמבואר בטור חו"מ סי' ל"ה ובסמ"ע שם ס"ק ט' היינו משום דלא קיי"ל כהר"י ז"ל דהא קיי"ל אף בטוען מזוייף מהני עדותו כמו דמשמע להדיא בחו"מ סי' ל"ה סעיף ד' וא"כ נתבאר דלא כהר"י ז"ל ואף בל"ז הלא מסקי התוס' שם בכתובות ד' כ"ח דמוכח להדיא בגמרא גיטין ג' ע"א דלכ"ע הוי קיום שטרות דרבנן ודלא כהר"י ז"ל ועיין במהר"מ שי"ף בב"מ שם דף י"ג ע"ב תוס' ד"ה הא קאמר להד"מ ע"ש וע"כ צ"ל הא דכתבו התוס' בב"מ שם היינו לר' יוסי אבל אכן לא קיי"ל כסברא זו ומיהו באמת יש כוונה אחרת בדברי התוס' שם בב"מ ועיין בפ"י שם בב"מ בתוס' ד"ה הא קאמר להד"מ שהקשה על תירוץ תוס' הנ"ל דאין זה מיגו טוב כו' א"כ הדרא קושי' לדוכתא אמאי דס' לשמואל כו' ע"ש וכתב וז"ל וי"ל כוונת התוס' דמ"ש דלא הוי מיגו בכה"ג לענין שנאמר שאף אם יקיימנו אפ"ה יהא נאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף כיון דלא מהני הקיום ע"ז כתבו שפיר דלא הוי מיגו כיון דנתקיים אע"ג דלא מהני הקיום מ"מ נראה כמשקר אבל בעלמא הוי שפיר מיגו דמזוייף כל זמן שלא קיימו עדיין ודו"ק עכ"ל והוא אמיתית עומק הפשוטה למעמיק בדבריהם דאם יקיימו אמרינן למפרע דהי' מתירא כיון דחזינן דאיכא עדים ודו"ק אבל כ"ז שלא באו עדים וודאי הו' מיגו דאל"כ לא שבקת ממש לשום מיגו בעולם כמעט דהכא בכל מיגו י"ל אולי מתירא שלא יכחישוהו עדים וגדולה מזה נתבאר בחו"מ סי' ע"ט סעיף ט' בהג"ה ובסי' פ' בסמ"ע ס"ק ה' ע"ש ועיין בש"ך חו"מ סי' י"ד ס"ק י"א ומ"מ נתבאר שם דלכ"ע בלא באו עדים לא דחינן מינו וזה ברור:

ומ"ש וז"ל גם מה שדן רפ"מ בהאי טענה דלכך לא מיחה מחמת שהי' מושל ובידו למסרו לבעל מלחמה כבר כתב הטור בסי' קמ"ט דאין לדמות המושלים שבזמנינו לדבי ריש גלותא יעו"ש גם בלא"ה כראה לע"ד דוקא בריש גלותא לא מחזיקין מחמת שהיו יודעים שדרכן לעשות כך דגוזלין שדות כמו שפי' הרשב"ם אבל בלא"ה אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקין עכ"ל אין ענין זה לזה כלל דשם לא איירי אם יש איזה סכנה ידועה במה שיתגרה בו רק על הסתם כיון שהוא מושל ירא ממנו כי פחדו מוטל על העם ואימת מושל עליו לזה אמר דשאני דבי ריש גלותא דהוי כמו אימת מלכות אבל השתא אין טבעו יוצא כ"כ שיהיה ירא למחות בפני שני עדים וכמבואר להדיא בתשובת הרא"ש שהביא הטור אבל בנד"ד שנתחדש בעו"ה סכנה ידועה מה שלא הי' בזמניהם והיא תלוי' במנהיג העיר למי אשר יחפוץ אם הוא רק ראוי לכך א"כ הוי עכ"פ כמו בורח מחמת מרדין או מחמת חוב שחייב למלכות ובוודאי דהוא סניף גדול למ"ש:

ומ"ש דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן הכה כי כן היו דבריו נכונים אם היה הברירה ביד המנהיג למסור או שלא למסור כלל ע"ז וודאי לא נחשד שימסור אדם מישראל בשביל טובת עצמו או כדי להתנקם אבל כיון שמוכרח למסור יחשוב מה חזית דדמא דהאי סומק טפי כו' ומה לי ישראל זה או זה בין כך ובין כך נמסר א' מישראל בעוה"ר לכך מוסר למי שבלבו עליו ואף דמ"מ רשעות גדול הוא שיצטרף לזה שנאה או נקמה מ"מ יתכן שיפחד מזה כגון זה מצוי באיש המוני ונראה בחוש דאלו אנשים דבהאי פחדא יתבו פן יעבור עליהם הכוס ח"ו מפחד המנהיג יחילו בעת שהגזירה ממשמשת ח"ו וזה דבר הנראה בחוש ואין להכחיש החוש וזה ברור לדעתי ונסתלקו ת"ל כל השגותיו מראש ועד סוף:

והנה לכאורה עלה על דעתי להביא ראי' דבידע שהי' של אביו הוי חזקה דהא על הא דמשני הגמרא בכתובות ד' י"ז ע"ב רב הונא אפילו הגדול קמ"ל הקשה באסיפת זקנים שם מתניתין היא אפטרופסים אין להם חזקה כו' ותירץ דשם ידוע שירד תחלה בתורת אפטרופס לכך שוב אין לו חזקה אבל אחר שאין ידוע כלל אם ירד בתורת אפטרופס אימא דהוי חזקה לכן קמ"ל ר"ה דלא הוי חזקה כיון שתחלת ירידתו לתוכו הי' כשהי' קטן כן הוא תורף התירוץ למבין בס"ד ע"ש וע"ז קשה לי נהי דלהא דר"ה אצטריך דלא מוכח מהמשנה לפי האמת דקיי"ל כר"ה א"כ קשה על המשנה מאי איריא אפטרופס דירד תחלה בתורת אפטרופס והוי דומיא דאריס ושותף דתנן שם במתני' הלא אף אם לא הוי אפטרופס ג"כ לא מהני חזקה לשום אדם בנכסי קטן אפילו משהגדיל אלא ע"כ הא דאין מחזיקין הוא דווקא בלא ידע הבן שהי' של אביו מעולם אבל בירד בתורת אפטרופס מתחלה שוב אין לו חזקה לעולם אף בידוע שידע הבן שהי' של אביו. מיהו זו אינה ראי' די"ל דאפטרופס דמתני' היינו אף בממנה אפטרופס על נכסי עצמו כמו שפירש"י במס' שבועות דף מ"ח ע"ב על המשנה ואלו נשבעים שלא בטענה ע"ש ברש"י כי נדפס שלא במקומו וכן הוא מפורש בטור חו"ר סי' קמ"ט וז"ל אפטרופסים אין להם חזקה בנכסי בעה"ב וכתב עוד שם ז"ל וכתב הר"י אברצלוני אצל כו' דוודאי אין מחזיקין בנכסי קטן כו' אלא אפילו אפטרופוס על גדולים כו' ע"ש:

ועפ"ז יש מקום אתי ליישב שני קושיות התוס' שם בב"מ הן אותה קושיא שכבר ישבנו אותה בס"ד כעת נתרץ באופן אחר וגם קושי' האחרת של תוס' שם נתרץ ג"כ בס"ד והוא דהתוס' הקשו למה לי להוכיח מדר"ה הלא מבואר מכמה משניות דממנין אפטרופס ועוד הקשה ממ"נ אם סברת חוץ הוא דקטן משהגדיל אינו מוחה בסוף כל ג' א"כ פשיטא דאין מחזיקין וא"צ להוכחה כלל ואי לא הוי סברת חוץ א"כ לא מוכח מדר"ה כלל דדלמא

מש"ה מורידין נכרי דסמכינן ע"ז דוודאי ימחה משיגדיל בתוך שלש ע"כ תורף קושיתם והנראה לי בזה דהא כבר כתבנו בשם א"ז למסכת כתובות דאם הורד בתורת אפוטרופס כבר מפורש במשנה דאין לו חזקה רק דהא דר"ה אשמעינן אף אם אין ידוע שהורד לאפטרופס אין חזקתו חזקה א"כ לפ"ז ממילא נתישב קושיא הראשונה של תוס' דהא מהמשניות הנ"ל דממנין אפטרופס לא הי' מוכח כלל דאין מחזיקין אם לא נודע שהורד בתורת אפטרופס והא דמורידין אפטרופס ולא חיישינן שיחזיק היינו משום דלזה שהורד בתורת אפטרופס וודאי דאינו מועיל לו חזקה ואי דניחוש שמא ישתכח לגמרי ההורדה שהורידו אותו אפטרופס י"ל דלא חיישינן לזה דסתם מינוי ב"ד יש לו קול אבל מהא דאמר ר"ה אין מורידין קרוב והיינו ע"כ משום דחיישינן שישתכח הורדה ויאמר שבא לחלקו וכמפורש בחידושי הרשב"א במס' כתובו' ד' י"ז ע"ב וז"ל דחיישינן שמא אחר שישתכח קול הורדה יאמר שהגיע לחלקו עכ"ל הרי דחייש ר"ה שישתכח הקול ואעפ"כ מורידין נכרי א"כ ש"מ שפיר דאין מחזיקין והוא ישוב נכון ומספיק לקושית התוס' הנ"ל והוא אמת בס"ד וממילא מתורץ ג"כ הקושיא שני של התוס' הנ"ל והוא דבאמת י"ל דבלא ר"ה הוי אמינא דוודאי מוחה בו כשלא הורד לאפטרופס אבל על ר"ה קשה איך מורידין נכרי אפטרופס דלמא באמת היורש ידע שהורד לאפטרופס לכך לא ימחה כיון שהורד ברשות דהא ביורד ברשות אין דרך למחות דהא מה"ט אין להם חזקה ואח"כ יכחיש זה ויאמר שלא הורד לאפטרופס ולא יהיו עדים שהורד לאפטרופס שישתכח הדבר דהא ר"ה חייש שישתכח כמ"ש א"ו מדמורידין ככרי ש"מ דאין מחזיקין אפילו בלא הורד לאפטרופס דאמרינן דאינו מוחה והא גופא מוכח מדר"ה דמורידין נכרי והוא ישוב נכון מאוד בס"ד:

וגם לתי' הנ"ל מוכרח הדין כמ"ש דאין מחזיקין אף בידע שהי' של אביו או עכ"פ באין ידוע דידע רק על פיו דמהימן במיגו ואין כאן מיגו להוציא כמ"ש דאלת"ה רק דהא דאין מחזיקין הוא רק באינו מודה אם הי' של אביו מעולם א"כ אכתי נשאר הקושיא איך מורידין אפטרופס דלמא הוא לא ימחה משום שידע האמת כמ"ש דכך הוא הוכחת הגמ' ואח"כ יכחיש המחזיק כמ"ש והיורש יטעון האמת דהוא יודע דהוא רק אפטרופס ועדים לא יהיו כמ"ש וא"כ אז יועיל החזקה כיון שמודה שידע שהי' של אביו ולאו כל כמיני' לומר דהי' אפטרופס אם נימא דמיגו ליה לי' דהוי מינו להוציא כיון שכבר החזיק שני חזקה א"ו דצ"ל דמהני חזקה או עכ"פ מיגו בכה"ג והטעמים אחרים שרצה מעלתו לדחות המיגו בנד"ד כבר דחיתי אותם בדברים אמיתים בס"ד אבל העיקר כהרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והתוס' דהוכחתי מדבריהם דאף באיכא עדים שידע שהי'

של אביו לא מהני חזקה דאין הטעם כלל משום דמסתמא לא ידע שהי' של אביו מעולם לדעתי אין שום חולק בדבר והאמת יורה דרכו דהוא מלתא דל"ש שלא ידע כלל אם הי' של אביו מעולם כנ"ל ברור דאף אם ידוע בעדים שהי' יודע שהי' של אביו מ"ע לא הוי חזקה ומכש"כ באין ידוע בעדים רק שמודה מעצמו דלא הוי חזקה וק"ל נאום הק' **משה טיטל בוים** האב"ד דק"ק שינאווי.

שאלה צב

קהלה מפוארה אשר יש שם קרופקי ויש שקורין גאבעלע דהיינו דבר קצוב שנוטלים מכל לטרא בשר כל קונה בשר ומזה משלמין שכירות הרב ושוחטים ובודקים ושמשים ובענין כרג' דמלכא נוהגין לגבות חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות כמבואר בפוסקים ותשובות ועכשיו טוענין קצתן שראוי לגבות הכרגא דמלכא רק לפי ממון הואיל וכל צרכי הקהלה הנ"ל שכירות הרב ושמשים הוא רק מן הגאבעלע א"כ הוי התשלומין הללו רק לפי נפשות ובאמת הוא ראוי שיגבו גם זאת חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות וגובין כלו לפי נפשות א"כ לעומת זה ראוי לגבות הכרגא דמלכא כנו לפי ממון וקצתן משיבין דאף אם הגאבעלע הוא לפי נפשות מ"מ השו"ב והשמשים לא יספיקו להם הקצוב רק בסייע הכנסות אחרים שיש להם דהיינו מה ששולחין להם הב"ב בחנוכה ופורים ורגלים וכן בר"ה ויוה"כ ובנשואין ובסעודות ברית מילה והכנסות הכל לפי ממון העשיר לפי עשרו כו' וכן להרב יש הכנסות כאלה והם הכל לפי ממון א"כ גם צרכי הקהלה הנ"ל משתלמין חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות ע"כ דבריהם מה שטענו ובקשו שאחוה דעתי עפ"י דין ועפ"י דעת תורה ודעת נוטה והנ"ל בזה דבאמת ראוי לגבות הכל חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות ועפ"י המבואר בפוסקים ועיין בחו"מ בסי' קס"ג ועקרו מבואר בדרכי משה של זקיני הרמ"א ז"ל בא"ח סי' כ"ג ועיין בתשובות צ"צ סימן א' והמעיין בצדק ישפוט שראוי לגבות הכל חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות אמנם מה שאומרים שגביית הגאבעלע הוא רק לפי נפשות לא כך עמדי דהרי מבואר בגמ' מס' חולין דף פ"ד ע"א ת"ר כי ירחיב האלקים את גבולך ואמרת אוכלה בשר למדה תורה דרך ארץ כו' מכאן אמר ר' אליעזר בן עזרי' מי שיש לו מנה כו' חמשים מנה יקח לפתן לטרא מאה מנה ישפתו לו קדירה בכל יום ואינך אימת פי' רש"י אלו האחרים שאמרו עליהם ליטרא בשר אימת יאכלו' מע"ש לע"ש הרי מצד דעת תורה אכילת בשר הוי לפי הממון ואפילו לפי דברי ר' יוחנן ור' נחמן היינו דוקא בחולים וחלושים וכן פסק הרמב"ם בה' דיעות פרק ה' הלכה יוד וזה לשונו ציוו חכמים בדרך ארץ כו' דיו לבריא לאכול בשר

מערב שבת לע"ש ואם הוא עשיר וכדאי לו לאכול בשר בכל יום אוכל עכ"ל הרי עפ"י דעת תורה אכילת בשר תולה בממון א"כ הכנסה זו הוי לפי הממון ואף שאין מדקדקין בזה לנהוג כך היינו משום שאין בזה לא חיוב ולא איסור רק דרך ארץ כמ"ש בריש הברייתא למדה תורה דרך ארץ וכן כתב הרמב"ם בריש הלכה יוד ציוו חכמים בדרך ארץ וגם משום שהדורות חלושין כדברי ר' יוחנן ור' נחמן כמו שפירש רש"י דהדורות משתנין תמיד ונ"ל דכל מה שהוא מעצם התורה והמצוה לא ישתנה ח"ו משא"כ מה שהוא רק דרך ארץ משתנה לפי הזמן והמקום והשתנות הטבע כנ"ל ברור ליישב המנהג של עכשיו ונראה שמש"ה לא הזכרוהו הטור והמחבר בש"ע וז"ב מ"מ אף שלא נהגינן למנוע מבשר כ"כ שלא יקנה בשר רק מי שיש לו חמשים מנה מע"ש לע"ש ורק מי שיש לו מאה מנה יקנה בכל יום מ"מ ודאי דרך העולם הוא שהעשיר אוכל מאכיל לבני ביתו יותר בהרחבה מן איש מסכן וא"כ הוי נתינה זו לפי ממון ועוד דמסתמ' העשיר יש לו משרתים יותר מן איש מסכן וא"כ מרבה אכילת בשר בממונו ועוד הרי אמרו רז"ל במסכת שבת ד' ל"ב ע"א אבב חנותא נפישא אחי ומרחמי כו' ע"ש ואמרו אוהבי עשיר רבים וא"כ איש עשיר מצוי יותר שבאים אצלו קרובים ומיודעים ואוכלים אצלו בחנם וראי' לדבר ממה שהי' נוהגין בכל מדינות פולין קודם שהי' הפאכטין של הקירה שהי' משלמין שכר רב ושמשים ושו"ב הכל מן הקרופקיא שהי' עושין ביניהם וקשה הא שארית ישראל לא יעשו עולה ואיך יתכן זה הלא שכירות זו ראוי לגבות חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות וזה כולו לפי נפשות ואיך לא מיחו בהם חכמים גאונים וצדיקים קדושי עליונים אלא ודאי מנהג ישראל תורה ונחתו לעומקא דדינא לומר דזה הוי חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות מהטעמים האמורים:

ונ"ל עוד דבר ברור דאף השיעורים שנתן ראב"ע לא נהגינן הכי דסמכינן על הא דר"י ור"נ דהדורות משתנין ודורותינו הם חלושי המזג ואינם בריאי המזג כראשונים היינו דוקא לענין השיעורים דלא נתפרש בתורה הקדושה השיעור של הרחבת גבול ונתנו חכמים ברוחב בינתם שיעורם כדברי ראב"ע השיעורים הללו הם כפי העת והזמן והטבע שהיה בימיהם אבל עתה דנשתנה הטבע אשתני השיעור אף ששאר השיעורים שנתנו חכמים כמו כזית וכותבות וארבעים סאה שיעור מקוה ושיעור חלה ולבוד ודופן עקומה וד' אמות ברה"ר קיימים הם לעולם ולעולמי עולמים אף שלא נתפרשו בתורה הקדושה היינו משום דקיי"ל שיעורין חציצין ומחיצין הלכה למשה מסיני א"כ כל השיעורים הם הלמ"מ ועצם התורה לא תשתנה כי התורה נצחיית ואין שינוי הטבע מועיל בה כי התורה איננה משועבדת להטבע רק הטבע משועבד להתורה כמו דאיתא בגמ'

ירושלמית מס' כתובות פרק א' סוף הלכה ב'. וזה לשונו אמר ר' אבין אקרא לאלקים עליון לאל גומר עלי בת שלש שנים ויום אחד ונמלכו ב"ד לעבר את השנה בתולי' חוזרין ואם לאו אין הבתולין חוזרין ופירש שם היפ"מ שהקב"ה מסכים עם הב"ד שלמטה שאם הוא כבר בת ג' ונמלכין הב"ד לעבר את השנה הבתולין חוזרין אצלה לאחר שנבעלת שאף הטבע מסכים עליהן ע"י גזירתו יתעלה ב"ה עכ"ל אבל הנך שיעורים דראב"ע דאין בזה לא מצוה ולא חיוב רק למדה תורה דרך ארץ א"כ מה ענין זה להלכה למ"מ אין זה רק שיעור של חכמי לב לרוחב בינתם לפי העת והזמן והתנהגות הטבע בזמן ההיא שהיה בו א"כ כיוון דנשתנה הטבע בטל השיעור א"כ זה דוקא לענין השיעור הנ"ל אבל גוף הדבר דמפורש בתו"ה כי ירחיב כו' ואמרת אוכלה בשר א"כ מבואר מפורש דדרך ארץ היא דאכילת בשר נמשך אחר הרחבת גבול זה קיים לעד דאף עתה שהכל אוכלים בשר מ"מ מה שמתרחב הגבול יותר מתרחב אכילת בשר ביותר והיינו דכתב שם בכל אות נפשך תאכל בשר ר"ל דאם יש לו הרחבת גבול יכול לאכול בשר כל מה שרוצה זה פשוטו של מקרא מפורש באר היטב וכל מה שמפורש בתורה הוא ודאי קיים לנצח דומה לזה כתב הט"ז ביו"ד סימן קכ"ז ובחושן משפט סי' ב' דאין כח ביד חכמים לאסור מה שפירשה התורה להתיר עיי"ש אף שהוא להחמיר כדי לעשות סיג וגדר לתורה ומובן דהוא משום זה דמה שמפורש בתורה לא ישתנה ואף לפי דעת התשובת חות יאיר דחולק על הט"ז בזה כראה ברור דהיינו דוקא בנידון דידי' דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ר"ל דהתורה שהתירה אמרה ושמרת את משמרתי וקבלו רז"ל עשו משמרת למשמרתי דהיינו צוה על חכמי ישראל שיעשו משמרת למשמרתה של תורה וגם צוותה התורה על כל ישראל לא תסור מכל הדברים אשר יגידו לך לכך סובר החו"י דהתורה בעצמה נתנה במפורש רשות להחמיר ולאסור מה שהתירה התורה לגדר ולסייג אבל לא שישתנה דבר המפורש בתורה שכן הוא מדת דרך ארץ לפי הנהוג שבעולם כן קיים לעד א"כ מבואר מהתורה הקדושה דתולה הרחבת אכילת בשר בהרחבת ממון א"כ הוי ג"כ חציו לפי ממון וחציו לפי נפשות לכך האי פיסקא קיים ויציב דרשאין לעשות תקנה זו כהסכמת רוב מנין ורוב בנין ואין כאן עול וכרגא דמלכא במקומו עומד חצי לפי ממון וחציו לפי נפשות והוא ברור כשמש בס"ד נאם הק' **משה טייטל**

בוים:

שאלה צג

העתק השאלה **אחד"ש**

הנה יוצאים אנחנו לקבל פני אפי רברבי בשאלות שתים היוצא ראשונה שני שותפים שנשתתפו לקנות איזה סחורה היינו שא' מהם יתעסק לבד בקניית הסחורה והתנה עמו שותף השני שלא יעדיף במקח הסחורה מסך שלשה עשר זהו' בעד כל ככר והלך השני ונתן ערבון נקרא דרא' געלד סך ששה אלפים זהו' ועשה קנטראקט על מקח בעד כל ככר סך שבעה עשר זהו' ואחר שהודיע לשותף השני ענין המו"מ לא נתרצה השני על מו"מ זה ואמר לו שאינו חפץ במו"מ זה מחמת שעבר על ציוויו ולא רצה לסלק המעות שהגיע להסוחרים בעד מו"מ זה ומחמת זה נחלט ביד הסוחר סך ששה אלפים זהו' של ערבון מחמת שלא סילק לו הקונה כפי הקונטראקט לזאת ילמדנו רבינו אם חל על שותף שהרשה להשני לקנות הסחורה חלק ההיזק ששה אלפים זהו' הנ"ל ולא יצטרך שותף השני שהלך לקנות לשלם לו רק החצי מהיזק ששה אלפים זהו' הנ"ל או נימא לאידך גיסא דאין חל על שותף המרשה חלק מהיזק הנ"ל וצריך שותף שהלך לקנות לשלם לשותף המרשה כל הסך ששה אלפים של היזק הנ"ל עוד נסתפקנו בשנים שנשתתפו ג"כ באופן זה שא' מהם לבדו תעסק בקניית הסחורה והלך השני שלא הוטל עליו התעסקות השותפות וקנה ממעות של עצמו שלא ממעות שותפות איזה סמא ג"כ מאתו מין של השותפות לטובת עצמו שלא לטובת שותפות ואחר זמן ביקש שותף המתעסק בקניית השותפות מחבירו ליתן אותו מין סחורה שקנה לעצמו ג"כ לתוך השותפות ונתרצה לו ליתנה לשותפות אם נתקיים הענין בריצוי זה שלא בשום קניין המועיל רק באמירה לבד שלא יוכל שום א' מהן לחזור בו קודם שעשו (בהמוכר) קנין המועיל תו אין עמנו אלה דברי העומדים על משמרתם לתשובתו הרמה עם מוכ"ז ידידם דש"ת באהבה עזה ה"ק משה דוד אשכנזי חונה פבק"ק טאלטשווע והגליל נאום. נאום. נאום:

תשובה הנה מחמת שהשליח נחוץ לדרכו לא יכולתי להאריך הנה בשאלתם הראשונה לא ביארו אם הוא תנאי מפורש בעת התחלת השיתוף שלא יקנה רק בעד שלשה עשר זהו' כל ככר ורק אדעת' דהכי נתן זה מעותיו או אם נשתתפו בסתם לקנות זו הסחורה ונתן מעותיו ג"כ בסתם רק אח"כ קודם נסיעתו לקנות אמר לו שלא יקנה רק בעד שלשה עשר על כן אשיב על שני אופנים הללו דאם הוא באופן הראשון איני יודע מה זו שאלה דכיון שהשיתוף הי' רק אדעתא דהכי הרי זה שינה ואין להנותן מעות חלק בהיזק כמבואר בחו"מ סי' קע"ו סעי' מ"א בנותן לו מעות בתורת שותפות לקנות חטים וקנה שעורים דמה לי שינוי זה או זה ובסי' קפ"ב סעי' ב' וסעי' ואו עיי"ש וזה ברור כשמש וא"ל דהוי תנאי שא"א לקיימו דהתנאי בטל והמעשה קיים כמבואר בחו"מ סי' ר"ז ובאה"ע סי' ל"ח ואף דנתבאר באחרונים במסגה"ש ובע"צ ובמאמר קידושין בחו"מ סי' ר"ז דלא נהגו

להתנות כדיני תנאים במטלטלין משום תקנת השוק עי"ש היינו דמשום תקנת השוק הוי כאלו כפל התנאי ובהן קודם ללאו היינו דסתמא הוי באופן המועיל אבל אם עצם התנאי הוי א"א לקיימו שבטל מדין תורה מה"ת שיועיל דבשלמא לענין כפילת התנאי שייך לומר דמשום תקנת השוק הוי כאלו התכה באופן המועיל אבל בתנאי שא"א לקיימו דעצם התנאי בטל ואין במציאות שום אופן שיועיל מה"ת שיועיל נגד הד"ת ועוד למה לתקן על דבר שא"א ומה תקנת השוק יש בזה דבשלמא בכפילת התנאי ובשאר דיני' לאו כ"ע דינא גמירי להתנות כראוי לכך הוי תקנת השוק אבל כאן למה יתנה דבר שא"א. ועוד דעיקר דבר זה דתקנת השוק ידעינן מהא דנהוג בכל בתי דינין שבישראל כן וזה שייך בשאר הדינים שהוא מצוי ורגיל שאין מדקדקין אם הי' כפול וכדומה אבל תנאי שא"א לקיימו הוא מלתא דל"ש דמי יסור הכה להתנות דבר שא"א ובמלתא דלא שכיח לא שייך מנהג ואין אנו יודעין המנהג א"כ בודאי קאי על דין תורה ועיין בש"ך בחו"מ סי' ל"ז ס"ק ל"ח וז"ב מ"מ זה הוי אפשר לקיימו דהרי יכול לעשות ברצוי כסף ומתנות משלו שימכרו בשלשה עשר זהו' כמבואר בא"ע סי' ל"ח סעי' ד' בהתנה עמה שפלוני יתן לו חצירו וה"ה כאן דהוי תנאי שאפשר לקיימו דיכול לרצות ברצי כסף דהא הקפידא של בעל המעות הוא רק שלא יתן ממעות השותפות רק שלשה עשר זהו' בעד כל ככר וזה אפשר דהרי יכול להשלים השאר משלו וז"ב אבל אם היה באופן השני א"כ כבר זכה זה בהשותפות ולא יוכל הנותן לחזור בו והשותפות שכבר משך זה מעותיו של זה לשם שותפות וזה מהני לכ"ע כמבואר בסמ"ע סי' קע"ו ס"ק ויו דליכא מאן דפליג בהא דאם משך כל א' מעותיו של חבירו דמהני וכאן שהנותן רק אחד ודאי דמהני משיכת השני ואף הרב בב"ח דפליג וסובר דמשיכת כל א' במעותיו של חבירו דלא מהני היינו משום דלא זכה כל אחד בכל המעות הרי כל אחד עומד בשלו והוי רק כחליפין עיי"ש אבל כאן שזכה בכל המעות לשם שיתוף ודאי דאף הרב הב"ח מודה דזכה ולא מצי הלה לחזור עד שיקנו הסחורה דהוי כשותפות לזמן המבואר בסי' קע"ו סעי' ט"ו דזה הוי עכ"פ זמן דידי' עד שיקנו הסחורה וז"ב כשמש וא"ל דדוקא בנותן כל א' חצי המעות אז מהני משיכה לכל אחר להסמ"ע גם במשך כל א' המעות של חבירו ולהב"ח במשך כל א' כל המעות משום דאז כל א' מקנה לחבירו גוף המעות שיהי' בשיתוף במשיכה משום דהוא מקנה לו ג"כ גוף המעות כנ"ל אבל כאן שנתן רק א' המעות ודאי לא יתן מגוף מעותיו לחבירו במתנה רק צריך לומר דמקנה לו המעות לרווחא דאתי מיני' א"כ י"ל דלא מהני לזה משיכה כיון דלא משך בהריוח וזה דומה למכירת שטרות דצריך להיות כתיבה ומסירה ולא מהני משיכת השטר לחוד משום דלא משך רק בהנייר ולא

בגוף הממון הכתוב בו ע"כ תקנו כומ"ס ואף גם זאת כרוב הפוסקים כמעט רובם ככולם קניינים לאו דאוריית' רק מפני התקנה ועיין ב"ב ע"ו ע"ב ד"ה קני לך איהו וכל שיעבודי' ועיין בחו"מ סי' ס"ו בש"ך ס"ק א' ובתומים שם ס"ק א' דהעקר כהראשונים וכא כהש"כ אבל ז"א במעות מתרי טעמי' חדא דאם נימא בשאר שותפין דמשיכה מהני, משום שזה מקנה לו גוף המעות הואיל וזה מקנה לו גם כן גוף המעות איך נימא אם נימא דמקנה כל א' מעותיו לחבירו א"כ הדר הו"ל חליפין ואין מטבע נקנה בחליפין כמ"ש הסמ"ע א"ו דגם שם כל אחד מקנה מעותיו רק לרווח' וא"כ אין הפרש כלל בין שם לכאן וע"כ צ"ל דכיון דהריווח בא מגוף המעות הרי הקנה לו במשיכה זו זכות זה בהמעות שירוויח בו והוי משיכה בגוף הדבר לענין זכות זה כמו דלא הוי דבר שלב"ל הריווח מטעם זה ויש לי פלפול ארוך בזה מב"מ ר"פ המפקיד דף ל"ג ע"ב דתירצו התוס' בד"ה כגון פירות דקל דאיידי דמקנה לו הפרה לכפלו עיי"ש ואעפ"כ מקשה הש"ס והא אין אדם מקנה דבר שלב"ל עיי"ש רק מחמת שהשליח נחוץ לדרכו לא יכולתי להאריך ועכ"פ מוכח מהא דפרה לכפלו דמהני משיכה בכה"ג והוא כש"כ משם דשם מי יימר דמיגנב וכאן המעות עומד למו"מ הטעם השני דהא בנתן א' כל המעות והאחריות על שניהם הוי עסקא גמורה פלגא מלוה ופלגא פקדון ופלגא מלוה הוא שנו רק שחייב לשלם והחוב אכתפי' תלי' והגוף המעות שלו והוי כנותן כל א' החצי וא"ל דא"כ נעשה באיסור דהא לא קצב לו שכר עמלו והרי זה מתעסק בפלגא פקדון בשביל שהלוה לו החצי ובאמת מן הדין צריך לפסוק לו שכר עמלו בנותן א' כל המעות אף שמקבל בתורת שותפות וכמבואר להדיא בהמשנה ב"מ פרק א"כ דף ס"ח ע"א ולא יקח בהן פירות למחצית שכר כו' עיי"ש ובש"ע יו"ד סי' קע"ז סעי' ב' ג' מ"מ מש"ז לא נתבטל השותפות רק דצריך היה ליתן לו שכר עמלו אם היה נגמר כמבואר שם סי' קע"ז סעיף ד' ובס"ס קע"ה סעיף ח' ובחו"מ בסי' ר"ח ובש"כ שם בחו"מ ס"ק ב' דכל מה שהי' יכול לעשות בהיתר לא שייך לומר אי עביד לא מהני עיי"ש א"כ כיון דכבר נתקיים זה השיתוף שוב לא יכול הנותן להטיל תנאי כמו שלא יכול לחזור וא"כ אם זה שקנה בשבעה עשר לא שינה מדרך התגרין בעת ההוא הרי לא פשע ועשה לטובת השותפות ואדרבא זה שינה ופשע שלא רצה ליתן מעות דהרי נתן לו מעיקרא הששה אלף זהו' שיתן זאת לערבון וזכה זה במשיכתו להמעות שיוכל ליתן זה המעות לערבון על מקח השוה ובודאי על תנאי זה שיתן שאר המעות בשיקנה דמה שהטיל תנאו אח"כ כבר כתבתי דלאו כל כמיני' א"כ כל ההיזק של הששה אלפים עלי' רק אם המקח בעד שבעה עשר זהו' היה אז שלא כדרך התגרים הרי שינה בהא גופא א"כ כל ההיזק על המקבל וזה מבואר בחו"מ בסי' קע"ו

סעי' יוד וכל זה ברור כשמש ובדבר השאלה השנית ודאי הבטחה בעלמא לא מהני רק לענין שיקרא מחוסר אמנה ועיין בחו"מ סי' כ"ד סעיף ב' ובסמ"ע שם ס"ק י"ב עיי"ש אבל אם כבר נתן לידו הסחורה ודאי כבר זכה הלה במשיכתו שיהיה שותף וכל זה ברור כשמש בס"ד:

שאלה צד

ראובן שנתן מעות לשמעון להתעסק בהן למחצית שכר דהיינו ששמעון יעשה בשבילו יינות שמנים וכן עשה שמעון ושכר מרתף מנכרי והניחם שם וכאשר ארכו הימים רצה שמעון למכור היינות ומיחה בידו ראובן ויש לו עדים על זה ושמעון לא השגיח עליו ומכרם והלוקח קנאם בקנין גמור כמנהג הסוחרים רק שמונחין עדיין ברשות המוכר והנה כעת רוצה ראובן לבטל המכירה וטוען שמעולם לא הי' רשות לשמעון למכור רק שמסר לו המעות לעשות היינות ולא למכרם בלתי ידיעתו והלוקח טוען אחרי שכל מתעסק יש לו רשות למכור כדין שותף וכן המנהג פה א"כ ברשות קנאם ואם האמת כדברי ראובן יתבע את שמעון אבל המכירה קיימת:

תשובה מחמת דטרידנא טובא לא יכולתי להאריך ובפרט דאין כאן מקום כ"כ לקבל אריך על גבי לבינה ליבון שמעתת' הנה מה שרוצה לדמות לסימן קע"ז ודחי לה זה פשוט וא"צ לפנים דמוכר דבר שאין שלו שאינו מכור אך מה שרצה לפטור את ראובן הנותן משבועה לענ"ד לא נראה כן דשאני התם בסימן קכ"א שאינו ידוע כלל אם הוא כת"י מה"ת ניחוש לו דמי פתי יסור הנה למסור על ידו כתב לכל הבא אליו אם אינו מכיר שהכתב ההיא הוא של המשלח דכל אדם יכול לכתוב לעצמו וליקח מיד הנפקד ולא הוי רק טענת שמא אבל הכא כיון שמן הסתם המתעסק יש לו רשות כמ"ש כת"ר בעצמו הו"ל כטוען ברי אני קניתי דבר זה דמן הסתם יש לו רשות למכור ואם אתה טוען היפך הנהוג השבע לי ולדעתי זה דומה למה שכתב הש"ך בחו"מ סימן ע"ה ס"ק פ"ב בשם רבינו ברוך ורבינו שמחה דכל היכא דידוע שבא ממונו ליד חבירו וחבירו טוען שנאבד או נתקלקל או באיזה ענין שהוא נפטר מן הבעלים דצריך לשבע שהיא כדבריו אף שהלה אינו יודע להכחישו ע"כ והיא מוכרח מהש"ס בכמה מקומות אף שיש לחלק דהתם התחלת התביעה ידוע בבירור מ"מ נ"ל דכיון דבעת הקני' הוי קני' מן הסתם הוי ג"כ התחלת התביעה בבירור וזה רוצה לבטל עכשיו המכירה בטענת ברי שלו מכח שהוא מוחזק על כן צריך לשבע דאם הי' הלוקח מוחזק ודאי לא הי' מועיל טענת המוכר אף בשבועה אף דהלוקח אינו יודע מ"מ כיון דמן הסתם הוי כך אינו צריך להאמין

למוכר וזה פשוט וברור וגם שם בסי' קכ"א כתב הש"ך בס"ק כ"ו והסכים עמו האורים בס"ק טו"ב דאם מודה דזה הוא כ"י רק שאומר כתבתיו לשלחו ונמלכתי ומצאו זה או שטוען חתמתי שמי במגילה ומצאו זה וכתב עליו דאינו נאמן עיי"ש רק דכאן בנד"ד כיון דהמוכר הוא מוחזק מהני לו טענת ברי שלו אבל מ"מ צריך לשבע. והנה לכאורה הש"ך בסי' קכ"א ס"ק מ"ו תברא לגזיזי' להא דסי' ע"ה ס"ק פ"ב הנ"ל שביאר שם בסי' קכ"א ס"ק מ"ו דדוקא מכח צירוף דברי המלוה אמרינן כן עיי"ש והנה לכאורה דברי הש"כ בסי' ע"ה הנ"ל ובסי' קכ"א הנ"ל סותרין זא"ז דהרי שם בסי' ע"ה ס"ק פ"ב כתב דבא ממונו ליד חבירו וחבירו טוען שנאבד או נתקלקל כו' עיי"ש ובזה אין כאן צירוף ולמה ישבע כשאינו מכחישו בברי ונ"ל ברור דדוקא בהא דשליח דמסתמא חזקה שליח עושה שליחותו וכן כל הלואה עומד לפרעון בזה בעינן צירוף אבל בלא צירוף הו"ל טענת שמא וכן בנידון דהש"כ בסי' קכ"ו ס"ק ע"ד בהסרסור כיון דודאי מגיע לו סרסרות וזה אין ידוע כלל אם חייב לשולחני לכך בעינן צירוף עיי"ש במה שביאר הש"כ לדברי הרא"ש אבל היכא שממונו של חבירו בידו והוא פוטר עצמו בטענה שאין הדבר עומד לכך רק שאירע לו מקרה זו שנאבד או נתקלקל צריך לשבע שכדבריו כן הוא אף שאין מכחישו בברי וז"ב כשמש ובהכי אתיין כל דברי הש"כ על נכון ואין כאן שום סתירה אם כן ה"כ בנידון דידן שבשעת קני' מן הסתם נחשב למכירה וזה טוען עכשיו היפך הנהוג צריך לשבע שכדבריו כן הוא כנלע"ד ברור כשמש בס"ד והנה מדברים אלו ראי' ברורה לדברי לכל הולך בשכל ישר דהא טעם הדין דחייב שבועה בנאבד או נתקלקל שכתב הש"ך ודאי אינו משום דמתחלה הי' החיוב בודאי כמ"ש הש"ך בסי' קכ"א ס"ק מ"ו וצירוף ג"כ אין בזה וע"כ צ"ל דהוא משום דאין זה טענה ברורה כמו פרעון דהלואה עומד לפרעון אם כן לפ"ז מכש"כ בנידון דידן שטוען היפך הנהוג וז"ב לדעתי הנמוכה בס"ד ולדעתי כאן הוי יותר טענת ברי מהא דהסמ"ע בסי' קפ"ב כיון דידוע דמן הסתם יש לו רשות ולדעתי הדברים הנ"ל ברורים כשמש:

ואף אם יתעקש א' לחלוק מ"מ מידי רגלים לדבר ודאי לא יצא כיון דמן הסתם הוא כך אם כן יש להשביעו ובפרט דאם המקבל מכחישו ואומר שהיה לו רשות ודאי הוי כמו בסי' קכ"א שהשליח לפנינו כמבואר שם ס"ק כ"ג וזה פשוט וברור רק לי נראה ברור דאף אם המקבל מודה עתה לא נפטר המוחזק משבועה מה"ט שכתבתי ואולי קנוני' הם עושים ומ"ש לפטרו מחמת שמיחה אח"כ בעדים לא נראה לענ"ד דאם הי' לו מתחלה רשות ודאי לא מועיל מחאתו אח"כ דכיון דכבר קנה היין ודאי כבר הוי שותף גמור ומבואר מלשון הש"כ בסי' קע"ו סעיף י"ד שכתב אבל משהגיע זמן המכר יכול כל

אחד מהם למכור ואין חבירו יכול לעכב עליו עכ"ל משמע שיוכל למכור הכל ולא יוכל למחות אפילו בחלקו ולומר הנח לי חלקי דבחלקו של חבירו פשיטא וטעמא דמלתא נ"ל דיכול לומר שעל ידי שיש קני' גדולה יותר ודחקו הלוקחים לבא אליו ואף אם רוצה הלה ליתן לו כשער שבשוק ודאי דיוכל לומר אני אקח יותר ומ"ש מעלתו דאינו יכול לטעון גוד או אגוד כיון שאין למתעסק מעות לא ידעתי מה קאמר דהא דמבואר בסי' קע"א סעיף ואו בהגהת זקני הרמ"א ז"ל היינו כשהטוען גוד או אגוד אין לו מעות ואינו רוצה להחזיק לעצמו רק למכור כולו יעו"ש בסמ"ע ובש"כ שם רק דבפחות משוויו לא יוכל לומר גוד אז איגוד כמבואר שם בהג"ה רק דאינו ענין לכאן כלל דלא טען קודם המכירה גוד או איגוד רק מיחה שלא למכרו וגם נ"ל ברור דבדבר שאינו עשוי להחזיק לעצמו רק למכור לא שייך כלל גוד או איגוד וגם שיתן לו כשער שבשוק וגם לא אמר כלל קודם המכירה רק שמיחה שלא למכרו כמבואר במכתב השאלה של מעלתו וא"כ לפ"ז שלא היה מועיל מחאתו כלל איכו ענין כלל לסימן קכ"ב לביטול השליחות סיומא דמלתא בהא סלקינן ובהא נחתינן דהנותן מעות ישבע שהיה תנאי מפורש היפך הנהוג ואז יפטר מהלוקח ומה ששאל בעסק החנות לא ידעתי מה זו שאלה אם מברר בעדים שכבר חלקו ודאי הויא מכר דבר שאינו שלו כל זה ברור כשמש בס"ד לדעתי דברי א"כ:

שאלה צה

שו"ת מהגאון בעל ישועות יעקב בעוד היותו בק"ק יערסלב ששלחו להמחבר ותורף דבריו בקצרה.

נשאלתי לחות דעתי בדין אחד והגוף עני' הוא איש אחד שגירש את אשתו בע"כ ע"י שליח ואם גט זה כשר בדיעבד או לא ואם יש לחלק בין היכא שהשליח בר חיובי' הוא או לאו גם אם יש לחלק בין שהשליח יודע מזה האיסור או לאו.

תשובה הנה גוף פסול של הגט הזה הוא משום אין שליח לדבר עבירה וכבר האריך הרחיב מענה בנידן זה הגאון מפראג ומסקנת דבריו לאסור ולא חילק בשום עניין אולם הגאון המפורס' מ' יצחק האבדק"ק המבורג חלק עליו ועיין שם היטב כו' אולם כאשר שמתי עיוני לדבר זה מצאתי בעז"ה סברא אחת נכונה וברורה ומלתא חדתא קאמינא והוא מהיפך להיפך דאדרבה אם הוא בשוגג הגט זה פסול כאשר ביארתי דאף בשוגג שייך סברת אין שליח לדבר עבירה אבל אם הוא במזיד דהשליח ידע שיש בזה איסור ח"כ הגט זה כשר באין חולק ואבאר דעתי בע"ה עד מקום שידי יד כהה מגעת והוא דהנה באמת בגוף טעם זה דאין שליח לדבר עבירה דיפטר המשלח הוא מתרי טעמי

טעם האחד משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכמ"ש הסמ"ע בחו"מ סי' קפ"ב דיכול לומר סברתי שהוא לא ישמע לי דדברי הרב וכו' וטעם הב' משום דלא רבתה תורה תורת שליחות אלא בתרומה וגירושין אבל לא בשאר דברים דהיינו דבר עבירה דזה לא דמי לתרומה וגירושין עיין שם בש"ך ח"מ סימן הנ"ל והנה בגוף טעם זה איכא תרי נ"מ כ"מ אחד לעני' שוגג ונ"מ השני לעניין להיות המעשה בטל והנה בתחלת הסוגי' שם דאמרינן שליחות בתרומה מנ"ל דהא תנן תורם כדעת בעה"ב ואם אינו יודע דעת בעה"ב וכו' פיחת יוד או הוסיף יוד וכו' והנה לכאורה תמוה הוא מאד למה הביא הש"ס רק בפיחת עשרה או הוסיף הא מרישא ג"כ ש"מ תורת שליחות והנה הרב בעפ"י כתב בזה דבודאי תורת שליח היכא דליכא שום חוב זאת ידענו שפיר אף בלא קרא כלל רק היכא דאיכא קצת חוב קבעי ובזה יבא על נכון דהנה לכאורה כיון דליכא שום צד חוב בתורת שליחות של דבר עבירה זאת א"כ לא צריך לרבות מתרומה וממילא דאף בדבר עבירה יש תורת שליחות אלא דבאמת הא בזה יש קצת חוב להמשלח שיתחייב אלא דבאמת בלא"ה אינו חייב המשלח ח משום דדברי הרב ודברי התלמיד כו' וא"כ ליכא שום צד חוב להמשלח בזה אלא דזאת שייך במזיד דבלא"ה פטור משום דברי הרב אבל לא בשוגג וא"כ בשוגג יש קצת חוב אבל לא במזיד וז"ב ובזה יש ליישב דברי טור בח"מ סי' ש"נ שהביא בשם הרמב"ם ז"ל דאם אמר לשלוחו לשחוט בשבת חייב המשלח דאף דאין שלד"ע מ"מ הואיל ובטביחה רבינן דיש שלד"ע חייב והקשה המ"ל דהא במעילה לא פסק הרמב"ם כן ונראה לפענ"ד דהנה עיקר הטעם של הרמב"ם הוא משום שהמעשה בטל ואף דמרבינן תורת שליחות במעילה מ"מ כיוון שהמעשה בטל פטור וכמ"ש בספר הפלאה בזה עש"ה בפרק אלו נערות וא"כ בטביחה ומכירה דאיירי במזיד אין המעשה בטל וכמו שכתבתי הואיל ואין בזה חיוב וכמ"ש אבל הרמב"ם איירי במעילה דהוא בשוגג וכנ"ל א"כ שפיר פסק הרמב"ם דפטור וזה ברור בעיני וא"כ גם כאן נראה כן לומר דאם השליח הוא מזיד הגט כשר אבל בלא"ה הגט פסול וכנ"ל ובזה אסיים ד' יברכהו בכפליים הכ"ד או"נ ה"ק יעקב בהגאון החסיד המפורס' האב"ד ק"ק לבוב.

שאלה צו

הנה עברתי על דבריו הנעימים ומצאתיו מלא דבר יודע לאמן ידיו ללחום במלחמתה של תורה וטעמתי טעם נופת צוף חטי מנית ופלג וברכתי ברכת הנהנין והנה אם הי' הדבר נחוץ לדינא להלכה ולמעשה היתי משתעשע בדבריו לטייל ארוכות וקצרות לבנות ולסתור ולירד לעומק הדין ועד שיקוב את ההר הגבוה והתלול הני אשלי רברבי דתלי'

בהו האי דינא אך מעפעפי רמיזותיו קריצותיו נראה בעליל כי גופא דעובדא לא הי' כעת אלא משל הי' וחדי בפלפולא פילפול הנותן טעם לשבח לכך לא רציתי להשיב על דבריו על ראשון ראשון כי אף אם אית לי' פירכ' דילד' אמי' כותי' תלד אשרי ילדו והורו רק זו הסברא שכ' מן ההיפך אל ההיפך אף שדומה יפה שותי' לא ידענא דמה בכך במזיד שמצד עבירה אין לו להמשלח קצת חוב מ"מ קצת חוב יש בעניין גט כמו בשאר גירושין לסברת הפ"י הנ"ל וכיון דהוא דבר עבירה איכו דומה לשאר גרושין וכמו בשאר ד"ע דמצד קצת חוב אין לחלק דהא בתרומה וגרושין נמי יש קצת חוב רק דע"כ צריך לומר כיון דיש בו קצת חוב וניצרך לילפות מתרומה וגרושין תו ליכא למילף מצד דהוא ד"ע ה"נ כן הוא ואם רצונו לומר כיוון דבגרושין גופא כתיב שליחות א"כ כל מיני גרושין בכלל אף שיש בו ד"ע כגון באונס שנאמר בו לא יוכל לשלחה א"כ כל ד"ע נילף ג"כ דיש שליח ועוד דהך מלתא גופא שכתב מעלתו בשם הש"ך סי' קפ"ב במחכ"ת שגה בזה כי אין זה בש"ך וגם הוא תמי'. כיוון דאין שום סברא לחלק דבר שיש בו ד"ע לעניין שליחות משאר דברים מה"ת לא נלמוד ונילף. והסברא שכתב מעלתו בשם הש"ך הפ"י הוא שהמציאו בסוגי' דקדושין הנ"ל וכתב דעיקר הטעם דאין שליח לד"ע הוא משום דלא מצי למילף מתרומה וגרושין כיון דלקושטא דמלתא ראוי לשמוע אל דברי הרב ולא לדברי התלמיד ודברי הרב כו' הוא פירכא כמו מה להצד השוה עיין עליו וכ"מ מדבריו אף במקום שלא שייך סברת שלא ישמע לו אמרינן אין שליח לד"ע אבל במקום דנימא דלא שייך כלל סברא הנ"ל אף מילף ילפינן שפיר ועד השלישי אני בא דגם במזיד יש קצת חוב אף מצד עבירה דהא בד"ש חייב המשלח בדינא זוט' לכ"ע כמו שמבואר שם בגמ' דינא רב' ודינא זוט' איכא בינייהו והנה אם בזה יש פה להשיב ע"פ התוס' בב"ק ולמה שנדחק הפ"י לשטתו כאן בסוגי' וכתב בעצמו דהראשון נ"ל עיקר מ"מ די בראשונות ואף גם זאת דבר חכמה אמר ואודנו בקהל רב הכ"ד א"נ ה"ק משה אב"ד ק"ק שינאווי':

שאלה צז

חזר הגאון מהר"י ז"ל והשיב ד ישפות שלו' כו' כש"ת מוה' משה כ"י האב"ד ור"מ דק"ק שינאווי'.

אחד"ש מכתבו הגיעני ושמחתי כי זה האיש משה עד עתה לא ידענו לו ועתה הגיע לידי מכתבו ובתוכו דברי תורה לסתור הסברא שכתבתי מהיפך להיפך. ולחלק בין מזיד לשוגג ומעכ"ת סתר דברי ויפה השיג לכאורה ובתחילת ההשקפה תמהתי על עצמי אחר

זה נזכרתי איך כוונתי ורק מחמת גודל נחיצת בעה"ד לא יכולתי לכתוב אז כאשר עם לבבי. והנה עדיין יש בידי תורף התשובה אשר כתבתי לק"ק בראד ציד אחי החריף נ"י ואעתיק אותו בקצרה למכ"ת וז"ל ודע כי ב' טעמים יש על הא דקיי"ל אין שליח לד"ע טעם האחד משום דברי הרב ודברי התלמיד וכו' טעם הב' משום דלא ילפינן מתרומה וגרושין ובעינן דוקא דומי' דהני כמ"ש בזה רוב המפורשים והנה הטעם בזה לחלק בין דבר עבירה היינו עפ"י מ"ש בספר פני יהושיע לחלק בין דבר דאין בו חוב להמשלח ובין היכא דאינו אלא זכות ובזה נכון הטעם דהדבר עבירה יש בזה חוב להמשלח דהא המשלח חייב ובזה נראה לפענ"ד דהיינו דוקא בשוגג דאם נאמר דהשליחות קיים יתחייב אבל במזיד בלא"ה פטור משום דברי הרב שוב אין בזה חוב להמשלח וזה ברור עכ"ל לאחי נ"י ובזה מיושב מה שהקשה כת"ר עלי. ובמה שהקשה הא עדיין יש בזה חוב לעניין דיני שמים כבר יישב מעכ"ת על נכון ממס' ב"ק רק בלא"ה במח"כ טעה בזה דהא גם עתה אם המעשה בטל מחויב בד"ש וליכא שום נ"מ בזה. ובזה אסיים ואומר שלו' מא"ד ומנאי הכ"ד ידידו דש"ת כ"ה לרבות הק' יעקב בהגאון מלבוב:

שאלה צח

תשובת המחבר שנית

הנה כהיום עש"ק הגיעני מכתבו ק' ואני אינני מופנה בשום צד לכך לא יכולתי ליחד אליו הדבור של חבה כראוי ונכון. והנה מוכ"ז הי' אז בביתי בשעה שהגיע אגרת כידי וידעתי כי דרכו ליסע דרך ק"ק יערסלב תיכף אחר השבת וכתבתי אז תיכף בנחיצה רבה ומסרתי לו הנה מה שמיחס לי השגיאה אין דרכי בכך לטעות בתוך הדברים ובודאי דעלה על דעתי דמ"מ תחייב בד"ש אך אמרתי דז"א דאינו דומה אם נעשה מעשה ונתקיימה מחשבתו ואהכי מעשיו לפועל רק דהיינו בעובדי' דידי' בגט בע"כ שעליו נבנה הסברא הנ"ל בודאי דאם הגט אינו גט כלל דאין בזה העברת חרגמ"ה וזה פשוט וברור לפני כל יודעי דת ודין רק חושב לעבור ואין דנין על המחשבה כמעשה. גם מה שרצה לתקן דבריו ולחזור ממה שכתב בראשונה גם עתה לא הועיל כלום דמה שיתר כאן חסר כאן דמ"מ שותי' לא ידענא כעת באלו הדברים מצד אחר דמה הטעם לחלק מצד קצת חוב הא בתרומה וגירושין נמי איכא קצת חוב כמ"ש הפ"י וזה ברור א"ו דאין מקום לחלק רק מכח דראוי לשמוע אל דברי הרב כמ"ש הפ"י והוא העיקר ודו"ק:

שאלה צט

מאת בן בנו של המחבר הרב מהו' ייט"ב בעניין מה שנחלקו הראשונים אי בשוגג ישלד"ע או אשלד"ע:

הנה דעת רש"י ותוס' ב"ק ד' ע"ט גבי נתן הגנב לשומר כו' דמתחייב הגנב במשיכות השומר דבשוגג יש שלד"ע. ואמנם בקדושין פ"ב הקשו תוס' ע"ז מאי פריך אמאי מועיל נימא אשלד"ע הא ע"כ במעילה איירי בשוגג דישלד"ע כדפרי' בפ' מרובה הנ"ל ותירוצם דחוק ומכחי זה דעת הנמו"י והש"ך דבשונג כמי אשלד"ע כו' ומכח הא דיואב דהו"ל שוגג ועכ"ז פטור מדיני אדם מטעם אשלד"ע וכן הוכיח הנו"ב מהא דקאמר רבא את"ל סבר שמאי כו' ולא קא' לדידן דבשוגג יש שלד"ע מודי' באומר אכל חלב השליח חייב דע"כ זה איירי בשניהם שוגגין עיי"ש. דלא כרמ"א שפסק בשליח שוגג בגניבה חייב המשלח. ולי כראה לחלק בדבר דנהי דדינא הוא מטעם שכ' הפ"י דלא אמרה תורה שליח לתקלה של השליח. או כמו שכתב הריטב"א כיון דיש בשליחות שעושה עבירה ואלו הי' יודע השליח שבשליחוחו שעושה יש עבירה לא הי' עושה והו"ל שליחות בטעות וכעושה מעצמו. ועכ"ז דוקא במידי דיש בשוגג קרבן כמו במעילה וחלב והורג נפש דחייב גלות כיון שהוצרכה תורה ע"ז כפרה בשוגג הו"ל עבירה ולא מהני בי' שליחות מטעמי' הנ"ל משא"כ בשגגת לאו דלא הצריכה התורה כפרה עליה ע"כ דלא חשובה עבירה כמבואר ברמב"ן פ' ויקרא עה"פ ונרצה לו כו' ובס' ישועות יעקב באו"ח סי' י"ד עיי"ש. משו"ה מהני ביה שליחות ובזה מובן מה דפירש"י בעה"ב מעל ומביא קרבן מעילה ולכאו' שפת יתר הוא אלא הוא אשר דברנו דרש"י לטעמי' דבשוגג אמרינן יש שלד"ע בגניבה וקשי' לי' מה פריך ממעילה ולזה תירץ דמביא קרבן משו"ה שייך ביה א"ש לד"ע ולפ"ז דוקא בגניבה דהוי שגגת לאו אמרינן בשוגג חייב הגנב דלא הוי בשוגג גג עבירה וליכא טעות בשליחות אבל במעילה והורג נפש וחלב דיש בשגגתו עבירה וצריך כפרה אמרי' בי' אפילו בשוגג אשלד"ע וא"ש ולק"מ.

עוד נראה לחלק דוקא בגניבה דמשלח מזיד ושליח שוגג אז חייב הגנב אבל בשניהם שוגגין דומיא דמעילה ובא"ל דאכל חלב אז אמרינן אשלד"ע ופטור המשלח ואבאר דברי בהקדם להבין דעת רש"י פ"ק דמציעא דקרא המצא תמצא דמרבינן חצר משוח שליחות משום דאין שלד"ע הוא דאיצטריך (בדף י"א ד"ה מר סבר עיי"ש) ולכאורה תמוה מאוד הא רש"י היא דסובר בשמעתין להדיא בד"ה אין מלמדין ושם במציעא דף חית ודף יוד ובכ"ד דאשלד"ע רק מסברא דדברי מי שומעין ומה"ט בשוגג יש שלד"ע וא"כ בחצר ל"ל

קרא פשיטא דהוי שליח מושלחה לס' רש"י דדברי מי שומעין ל"ש בחצר ולא ראיתי מי שהעיר בזה ובעיני הוא תמיה נשגבה:

וע"כ נ"ל דהרי הנו"ב הקשה מה פריך בשמעתין אהא דפקח חייב נימא שליחו כמותו דלמא לא רבתה תורה שליחות רק לענין קיום המעשה ולא לעניין חיוב להנך דסברי דנא תלי' זב"ז ובשלד"ע המעשה קיים והמשלח פטור ועיי"ש. ונראה דלק"מ דלעניין חיוב הרי מצינו להדיא דחייב ע"י שליח מקרא המצא תמצא בידו דמרבה חצר למאי דקי"ל להלכה חצר דגברא משום שליחות איתרבא אלא דמהא לחודי' לא מצי למיפרך דשאני חצר דבע"כ משא"כ שליח מדעתו. ואפשר לא עביד על דעת משלח סד"א דלא מהני אלא כיון דמצינו בגרושין וקדשים שלוחו כמוהו ע"כ דגם באדם אמרי' דעביד אדעת בעה"ב. לכן פריך אמאי פקח חייב נימא שלוחו כמוהו [וסמך עצמו על חיובא דחצר הגם שלא הזכירו דומי' מ"ש תוס' לעניין הא דפריך במעילה עיי"ש] לזה משני אשלד"ע וה"ל כעושה מאליו [משא"כ חצר וכדאי' במציעא מטעם דבע"כ עביד או דלאו בר חיובא] משו"ה ליכא לחייבו למשלח דסבור שלא ישמע לו אבל השליחות קיים כיון דסו"ס עביד עפ"י דבורו ובשליחותו וא"ש דעת הפוסק' הנ"ל:

ולפי"ז שפיר איצטריך קרא דחצר דאל"ה הו"א דאשלד"ע לענין לחייב המשלח לאו מכח סברא דדברי מי שומעין הוא אלא מטעם דלא רבתה תורה שליחות רק לענין קיום המעשה אבל לא לענין לחייב המשלח אפי' בשליח שוגג או חצר. ומשליחות יד וטביחה ומעילה לא ילפי' דהו"ל ב' או ג' כתובים דאין למדין דמבלעדם לא חייבי' רחמנא למשלח ע"י שליח כלל רק לענין קיום השליחות ולא לחייב לזה איצטריך קרא דחצר דבע"כ עביד. או משום דלאו בר חיובא חייבי' רחמנא למשלח. ממילא הא דאמרינן אשלד"ע רק בשליח בר חיובא וסברא דדברי מי שומעין אבל לולי זאת הוי אמינא דבלא"ה פטור המשלח:

אלא מדגילתה תורה בחצר דחייב בלאו בר חיובא או בע"כ עביד מני' ילפינן לחלק. דבשליח שוגג מחייב המשלח דהו"ל כחצר. וכמ"ש תוס' דל"ש דברי מי שומעין ובשליח מזיד פטור מכח דברי מי שומעין כנ"ל ברור בדעת רש"י ולפי"ז הא דמחייב הגנב בשליח שוגג היינו משום דילפינן מחצר היינו דוקא בגניבה דליכא חיובא לשליח דשוגג הוא וכמ"ש הש"ך סי' שמ"ח דומיא דחצר אז גילתה תורה לחייב המשלח דוגמא לדבר מ"ש מהרש"א לחייב המשלח בד"ע מטעם קנס אבל במעילה בשניהם שוגגין דיש לחייב השליח כמו המשלח במעילה וחלב והורג נפש אז אין סברא לחייב המשלח יתר מהשליח שהוא העושה וכסברת הנו"ב במה שהשיג על המהרש"א לחלק בין טביחה

למעילה עיי"ש משו"ה בכה"ג אי' שלד"ע וחייב השליח לולי קרא דחטא חטא מתרומה וא"ש ולק"מ:

והא דקשיא לתוס' ממעילה ולא נחלקו בהכי. כראה דלטעמייהו אזלי. דאנהו סברי בפ"ק דמציע' שם דקרא דחצר לאו לענין לחייב המשלח את' דהא בהא תליא דכיון דשליחות קיים מחייב המשלח והיכי דשליחותו בטל פטור המשלח. ומשו"ה בשולח הבעירה ע"י קטן פטור דלאו בני שליחות ננהו. וכמבואר בדבריהם בד"ה אשה ועבד עיי"ש הרי דסברי כס' הנו"ב דממקום דלמידין קיום המעשה משם ילפינן חיובא והא דצריך קרא בחצר. היינו לענין דחצר חשיב שליח אע"ג דלאו בר דעת הוא היפך מסברת רש"י עיי"ש בחידושי מהר"ם ובפ"י היטב אבל אחר שגלתה תורה דחצר הוי שליח ממילא א' מסברא דדברי מי שומעין לחלק בין שליח אדם לחצר מטעם בע"כ או לאו בר חיובא וכ"כ הא דבגניבה מחייב המשלח ג"כ מכח סברא דל"ש דברי מי שומעין דסבר המשלח שישמע לו כיון דשליח שוגג וא"כ סברא זו שייך גם בשניהם שוגגין המשלח והשליח דסבר שישמע לו וראוי לחייב המשלח מסברא. ולכך הקשו ממעילה אע"ג דשניהן שוגגין. אבל לפי דעת רש"י דלאו מסברא מחייבין שוגג רק מקרא דהמצא תמצא דחיוב וקיום המעשה לא תליא הא בהא והראי' דהריטב"א סובר מה"ט דשולח ע"י קטן חייב המשלח מקרא דחצר. וכמו שהאריך בזה הנתיבות סי' קפ"ב עיי"ש וא"כ שפיר יש לחלק בין גניבה דאז ליכא לחייבו לשליח בשוגג דאפי' למאן דסובר אפי' בשוגג כמי אשלד"ע פטור השליח וכמו שכ' הש"ך בסי' שמ"ח להדי' עיי"ש א"כ לכך חייב המשלח דומי' דחצר אבל במעילה ליכ' גז"ש ואכול חלב שניהן שוגג דיש לחייב השליח אז פטור המשלח מבלעדי טעם זה נהנה כו' ולכן צריך רבא לומר את"ל לשמאי ודו"ק:

והנה תוס' ב"ק ד' ע"ט הקשו עוד לפי שטתם דבשוגג יש שלד"ע א"כ היכי יליף מה מכירה ע"י אחר אף טביחה כו' דילמא דוקא קסבר שהוא שלו כיון דליכא יתור והניחו בקושי' גם יש להבין הא דהקדים הש"ס לילפותא דרבא מקמי' דברייתא דבי ר"י ודחזקי' וגם ל"ל רבוי' אמאי לא ניחא להו בהקישא דרבא והנ"ל בזה דמקור הדבר בכתובות ד' ל"ג ובב"ק פ"ז ד' ע"א אמתניתין דתנן גנב וטבח ביוהכ"פ חייב פריך הא קי"ל אינו לוקה ומשלם ומשני הא מכי ר"מ כו' ופריך אי ר"מ אפי' טבח בשבת נמי דהא תניא גנב וטבח בשבת לע"א וטבח שו"ה משלם תשלומי דו"ה דברי ר"מ וחכמים פוטרין ומשני הא איתמר עלה אר"י אר"י ואמרי לה אר"י אר"ש בן לקיש כו' משמי' דר' יוחנן בטובח ע"י אחר ופריך וכי זה חוטא וזה מתחייב אמר רבא שאני הכא דא' קרא וטבחו ומכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה כו' דבי ר"י תכא או לרבות שליח דבי חזקי' תנא תחת

כו' ופריך ואי בטובח ע"י אחר מ"ט דרבנן דפטרי ומשני מאן חכמים ר"ש דאמר שחיטה שאינה ראוי' לא שמה שחיטה בשלמא ע"א ושור הנסקל אינה ראוי' אלא שבת שחיטה ראוי' הוא ומשני סבר לה כר"י הסנדלר ומעשה שבת דאורי' ולמ"ד מעשה שבת דרבנן אמאי פטרי רבנן. ומשני אשארא אע"א ושו"ה. ומבואר מזה דלא פליגי ר"מ ור"ש אלא בענין שחיטה שאינה ראוי' דלר"מ שמה שחיטה ולר"ש לא שמה שחיטה אבל טבח ע"י אחר תרווייהו מודו דחייב דלית מאן דפליג בהא עי' תוס' ד"ה אלא כו' והכי קי"ל להלכה דחייב בטובח ע"י אחר ובפרט להרא"ש וטור סי' ש"ן דמוקי למתניתין דטבח ביוה"כ חייב בטובח ע"י אחר ובשבת פטור כר"ש דשחיטה שא"ר הוא למאי דקי"ל כר' יוחנן הסנדלר. מבואר ממתניתין דלר"ש חייב ע"י אחר והנה בב"ק דף ע"ו אמתניתין דאמר ר"ש דקדשים שחייב באחריותן חייב בדו"ה פריך מכדי שמעינן לר"ש דאמר שחיטה שא"ר לא שמה שחיטה וקדשים שחיטה שאינה ראוי' הוא וכ' תוס' שם הא לא איצטריך אלא משום מ"ד אין לשחיטה אלא בסוף דלמ"ד ישנה לשחיטה מתחילה וע"ס מצי מיפרך אפי' אי שחיטה שא"ר שמה שחיטה אמאי חייב בדו"ה מכי שחט בה פורתא אסרה ואידך לאו דמרי' קטבח. ומשני בשוחט תמימים מבפנים לשם בעלים והרי חזרה קרן לבעלים כו' שנשפך הדם כי אתא רבין אמר ר' יוחנן בשוחט תמימים בפנים שלא לשם בעלים פרש"י דשחיטה ראוי' הוא דקי"ל כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים וקרן לא חזרה לבעלים שלא עלו לבעלים לשם חובה וכ' תוס' ד"ה שלא לשם בעליהן וה"ה שלא לשמן ה"כ ההיא נמי קרי לי' שלא לשם בעלים משום שלא עלו לבעלים לשם חובה ונראה לו דוחק להעמיד בנשפך הדם וריש לקיש א' בשוחט בע"מ בחוץ דשחיטתן היתר כו'. ושם בד' ע"ז ע"ב ור"י מ"ט לא אמר כריש לקיש דקא בעי לאוקמא מתניתין אפילו בתמימים דאי בבע"מ בחוץ לבד שנוי' דחיקא היא נמצינו למדין מזה הא דטבחו או מכרו דאיירי נמי בקדשים שחייב באחריותן דקרינן בהו וגונב מבית האיש לר' שמעון לר' יוחנן דסובר ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף (כדאי' בחולין כ"ט וב"ק ד' ע"ב) א"כ בין לר"ש דסובר סחיטה שא"ר לא שמה שחיטה ובין לר"מ דסובר בהא כר"ש דדבר הגורם לממון כממון כדאיתא ב"ק ד' ע"א ע"ב ובענין שחיטה שא"ר פליג עלי' וס"ל שחיטה שא"ר שמה שחיטה ע"כ לא איירי הא דקדשים חייב בדו"ה בשוחט בחוץ דמכי שחט בה פורתא אסרה כו' אע"כ בשוחט תמימים מבפנים שלא לשם בעלים (דכמו שאין נראה לר"י לאוקמי מתניתין בנשפך הדם או בבע"מ בחוץ. כ"כ אין כראה לו לאוקמי קרא בהכי דמה שנא קרא ממתניתין):

ולפ"ז שפיר קאמר רבא אליבא דר"י אר' מאיר ור"ש דמחייבי בטובח ע"י אחר דילפינן לי' מהקישא דטבחו ומכרו דמה מכירה ע"י אחר אף טביחה כו' דאין לומר דאיירי בשוגג בכסבור השליח דשל הגנב הוא דהא איירי נמי בקדשים שחייב באחריותן בשוחט תמימים מבפנים שלא לשם בעלים דחייבי' כמי רחמנא ע"י שליח ואי סבר השליח דהוא של הגנב ושחטו בטעות לשם הגנב דהוי שלא לשם בעלים הראשונים א"כ הו"ל עקירה בטעות דקי"ל עקירה בטעות לא הוי עקירה כדא' רבא להדי' במנחות פ' התכלת דף מ"ט ושם מתיב ר' זירא ר"ש א' א' אבייי כו' ומשמע למסקנא ר"ש נמי סובר כן וכ"פ הרמב"ם פט"ו מפסולי המוקדשין לענין שינוי השם בטעות לא הוי עקירה. וה"ה לענין שינוי הבעלים בטעות לא הוי עקירה וא"כ עלו לבעלים לשם חובה וחזרה הקרן לבעלים ופטור הגנב מדו"ה, וכ"כ אם שחטו בשינוי השם בשוגג וטעות. אע"כ דידע השליח דגנוב הוא אתו והוא הקדש. וא"ל לשחטו בשבילו או ששינה שמו במזיד דהו"ל שלא לשם בעלים הראשונים. הרי מוכח דבטביחה יש שלד"ע אפי' במזיד (ואפי' מעורב בו איסור אחר של מחשב בקדשים ומכאן יש סמיכו' לדעת הטור סי' ש"ן עי' קצוה"ח סי' רצ"ב והפלאה כתובות בסוגי' זו) ומסולק קושי' תוס'. ואמנם הניחא לר' יוחנן אבל כריש לקיש דאיהו נמי מוקי לי' להך מתניתין בטובח ע"י אחר כר"י ואיהו סובר אינה לשחיטה אלא בסוף וא"כ לא מיבעי' דלדידי' לר"מ לא מוכח מהכא דישלד"ע בטובח ע"י אחר במזיד די"ל דקסבר השליח שהוא של הגנב והוא חולין ושחט בחוץ בשוגג דיש שלד"ע דמחייב בדו"ה אסוף שחיטה אע"ג דשחיטה שאינה ראוי' הוא הרי סבר ר"מ שמי' שחיטה אלא אפי' לר"ש דסובר שחיטה שא"ר ל"ש שחיטה כמי לא מוכח מידי מהכא דר"ל לטעמי' דמוקי לי' למתניתין בשוחט בע"מ בחוץ דשחיטתו בהיתר וא"כ שפיר מצי איירי קרא נמי הכי דקסבר השליח דשל הגנב היא וא"ל שהוא הקדש ושחטו במומו בחוץ דהיא היתר וכ"ש לדידן דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון. וקרא לא איירי רק בחולין ולא בקדשים כלל ושפיר איירי בשליח שוגג. לכן איצטריך לילפותא דתנא דבי ר"י דכתיב או ולמ"ד או לחלק צריך לילפותא דתנא דבי חזקי' כמ"ש תוס' שם ולכן הקדים הש"ס לדברי רבא דקאי רק לר"מ ור"ש אליבא דר"י והדר נקט לילפותא דבי ר"י ודחזקי' דקאי אפי' לר"ל ולדידן דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון והוא כפתור ופרח בס"ד ודו"ק היטב:

עוד באופן אחר אמרתי לפרש סוגי' דב"ק הנ"ל למאי דאי' בקדושין פ"ב אהא דתנן נערה המאורסה היא ואביה מקבלין גיטה ריי"א אין ב' ידים זוכות כאחד אר"ל כמחלוקת לגירושין כך מחלוקת לקדושין. ריי"א בקדושין ד"ה אבי' ולא היא מ"ט דר"י לרבנן גירושין דמכנסת עצמה לרשות אבי' בין היא בין אבי' קדושין דמפקעת עצמה אבי' ולא היא ושם

באותו סוגי' איתא א' חכמים כולי' כר"י וצווח ר"ל ויצאה והיתה וליכא דאשגח בי' וכ' הפ"י הטעם דר"י סובר דאתי' סברא ואפקא מהקישא דלא אמרינן אין הקש למחצה אלא במאי דדמי אבל היכא דיש סברא לחלק לא מקשינן אהדדי לגמרי וכן כתב בגיטין דף ס"ד בארוכה ע"ש. ואמנם ר"ל סובר דהקישא עדיף מסברא ולגמרי אמרינן אין היקש למחצה הן אמת כי מדברי התוס' ד"ה צווח ר"ל כו' נראה דסברי דגם לר"ל לא מקשינן לגמרי היכא דיש לחלק והיינו לפי שיטתם דנערה וה"ה קטנה אבל לפי שיטת הרי"ף ורש"י בגיטין ס"ד דנערה ולא קטנה אין זה מוכרח והפ"י בגיטין מתרץ קושיתם אפי' לשטתם דהיקשא ליכא רק בנערה ולא בקטנה ע"ש. וא"כ שפיר י"ל כפשטא דשמעתא דר"ל פליג דבמקום הקישא לא אשגחינן אשום סברא לחלק אלא מקשינן לגמרי למאי דק"ל אין היקש למחצה ור"י סובר דסברא אפקא מהקישא וקי"ל כותי' דר"י ועפ"ז ניחא דהנה אהא דהקשו תוס' היכי יליף ממכירה דילמא דוקא קסבור שהיא שלו כיון דליכא יתור ע"ז תירץ היש"ש דמדמינן לגמרי למכירה אפי' בידוע שהיא גנוב דאין היקש למחצה אם כי הש"ך ביקש לדחות דבריו הרי השואל בנו"ב אה"ע סי' ע"ח החזיק בדברי היש"ש דהאי הקישא מעלי' הוא כדמוכח במרובה דאקיש נמי מכירה לטביחה דאהני מעשיו ע"ש:

והנ"ל דיפה הקש' למאי דקי"ל כר' יוחנן ובפרט להתוס' לטעמיי' דגם לר"ל לא מקשינן לגמרי אלא אתי' סברא אפקא מהקישא וכל כה"ג לא אמרינן אין היקש למחצה א"כ ה"כ הרי במזיד יש סברא דאין שלד"ע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כדא תא בקדושין פ"ב א"כ נוקמא קרא דהקישא בשוגג ולא במזיד דהאי סברא אפקי' מהקישא כנ"ל בכוונתם אמנם לשיטת רש"י דר"ל פליג בהא אר' יוחנן לפי"ז יש לתרץ קושי' זו דנאמר דרבא בא תחלה לתרץ דברי ר"ל דאיהו כמי אמר משמי' דר"י בטובח ע"י אחר ולדידי' שפיר ילפינן מהקישא דטביחה ומכירה מה מכירה ע"י אחר אפי' בידוע שהיא גנוב כ"כ טביחה דאין היקש למחצה ולא אתי' סברא דדברי הרב כו' לאפוקי מהקישא וא"צ לשום רבוי' ואמנם קשיא לי' להש"ס הניחא לר"ל אבל לר"י דסובר סברא אתי' ומפקא מהקישא הד"ק לדוכתא מנ"ל למזיד לזה הביא אח"כ ברייתא דבי ר"י מאו ולמ"ד או לחלק מדבי חזקי' והיינו משום דאינהו סברי כר"י משו"ה בעי רבוי ולא ניחא להו בהך הקישא דסברא עדיף מהקישא כנ"ל נכון נאום יקותיאל יהודה ט"ב:

שאלה ק

העתק לשון השואל

בב"מ דף ק' סוגיא דהמחליף דמקשה ולחזי ברשות דמאן קיימי' ומשני בעומדת באגם ומקשה ולוקמה אחזקת מ"ק ומשני הא מני סומכוס תני זה אומר שמא וזה אומר שמא והנה שיטת הרי"ף והרמב"ם דהא דפליגי רבנן וסומכוס היינו דוקא כשהמוחזק טוען ברי ואפי' עומדת באגם מהני לי' חזקת מ"ק אם טוען ברי אותו שיש לו חזקת מ"ק ולסומכוס חולקין אבל בשמא ושמא מודים חכמים דלא מהני חזקת מ"ק אלא ס"ל כסומכוס דבכה"ג חולקין ועיין חו"מ סימן רכ"ג דס"ל להרי"ף והרמב"ם דבשמא ושמא לא מהני חזקת מ"ק כלל ועיין ברמב"ם פרק כ' מהלכות מכירה הלכה י"א ובהה"מ שם שכתב כן להדי' דהא דמוקי כסומכוס מיירי כשעומדת ברשות מוכר וקשה חדא כיון דרבא מוקי מתניתין בשמא ושמא מי דחקו לאוקמי ברשות מוכר וכסומכוס לוקמי' באגם ומתניתין אתי' ככ"ע וע"ק מהא דכתובות פרק המדיר דף ע"ו דלס"ד ס"ל לשמואל על בעל החמור להביא ראי' ולמסקנא דהתם לשיטת רש"י ותוס' על בעל הפרה להביא ראי' ולשטת הרי"ף והרמב"ם אף להמסקנא על בעל החמור להביא ראי' עיי"ש וצ"ע הא לס"ד דהש"ס דס"ל לשמואל על בעל החמור להביא ראי' משום הואיל ואין טענתו ברורה כמ"ש שם התוס' בשם רבא שם רצונו לומר משום דאין טענתו ברורה מוקמינן להפרה בחזקת מ"ק ולפ"ז ע"כ בשמא ושמא מיירי דאל"כ מ"ט דשמואל כיון דחזקת הגוף מסייע לו ומשמעות הסוגיא ג"כ משמע דאיירי בשמא ושמא דאל"כ מאי ס"ד לאתוי ראי' מכלה בבית חמיה ודו"ק היטב וע"כ צ"ל כפירוש הריב"א דהואיל ואם טענתו ברורה מוקמינן לה בחזקת מ"ק ומעתה צ"ע על שיטת הרי"ף והרמב"ם הן להס"ד והן להמסקנא למה על בעה"ח להביא ראי' הא לשיטת הרי"ף והרמב"ם חזקת מ"ק לא מהני כלל בשמא ושמא וצ"ע לפענ"ד ע"כ לשון השואל:

תשובה הנה מה שהקשה בסוגיא דהמחליף הנה יסד קושיתו על קו תוהו דהא לפי מ"ש הסמ"ע בסי' רכ"ג סוף ס"ק ב' דהרמב"ם פסק כסומכוס ורצה לומר כמו שתי' רבא דלא אמר סומכוס רק בשמא ושמא ודוקא בעומד באגם קיי"ל כוותי' א"כ לק"מ וכן רצה הה"מ לומר בתחילת דבריו ומה שהקשה הה"מ הא לא קיי"ל כסומכוס צ"ל דהסמ"ע לא מחשיב זאת לקושיא דאף דבכ"מ קיי"ל כרבנ' י"ל דכאן פסק הרמב"ם כסומכוס משום דסתם לן תנא כוותי' וכן מצינו לקצת ראשונים שפסקו כסומכוס עיין ב"ב ר"פ המוכר פירות דף צ"ב ע"א ברשב"ם ד"ה לשחיטה מכרתי לך שכתב דקיי"ל כסומכוס משום דסתם לה תנא כוותי' עיי"ש רק דדעת הרשב"ם דאפילו בהא דשור שנגח את הפרה קיי"ל כוותי' והרמב"ם לא סבר כן כמו שמבאר והא דהקשה הה"מ מהרמב"ם פ"ט מה' נזקי ממון ר"ל שם ה' ג' עיי"ש י"ל דשם דהוי ברשות המזיק ועומד באגם לא שייך שם (דדינא

הכ') דיש מוכר ולוקח אם כן לא ידענו על הולד ברשות מאן הוא אבל התם הבהמה עצמה ודאי של מזיק היא ואף לר"ע דאמר יוחלט השור מ"מ קודם שעמד בדין ונתחייב עדיין ברשות המזיק היא עיין בב"ק דף מ"ו ע"א ר"פ שור שנגח את הפרה בתוס' ד"ה שור שנגח ועיין שם ר"פ שנגח דו"ה דף ל"ו ע"א בתוס' שור שנגח עיי"ש ואף דהתוס' בר"פ שור שנגח את הפרה כתבו דלר"ע דאמר יוחלט השור י"ל דקיימא באגם היינו לתרוצי קושי' יש לומר כן אבל לא להקשות מכח זה די"ל כמ"ש וסובר הרמב"ם דכל ספק שנולד קודם שזכ' בו הניזק עפ"י ב"ד עדיין ברשות המזיק הוא דדוקא לענין חיוב תשלומין י"ל כמ"ש התוס' כיון דיכול לזכות בו עליו לשמור אבל לענין חזקת בעלים כ"כ דלא זכה בו בחזקת בעלי' הראשוני' קאי וז"ב אף דסומכוס סובר גם שם דיחלוקו היינו דהוא פליג גם ברשות המוכר בשמא ושמא גם לרבא עיין הטיב בתוס' הנ"ל דר"פ הפרה ובתוס' בסוגי' דידן ד"ה הא מני סומכוס אבל בהא לא קיי"ל כוותי' וטעמו של הרמב"ם כראה משום דשם ר"פ שור שנגח את הפרה אמר רב יהודא אמר שמואל זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרי' כו' מבואר כוונתו דר"י א"ש דהאי מתני' יחידאה הוא ולא קיי"ל כותי' רק כרבנ' דפליגי עלי' אבל אהאי מתני' דלא אמר ר"י א"ש כן רק הגמ' שקיל וטרי ומקשה ומפרק הא מני סומכוס לכך פסק כאן כן כסתם מתניתין ובמתניתין אינו מפור' דאיירי בעומד ברשו' מוכר וכבר נשמע מדר"י א"ש דלא קיי"ל כסומכוס גם בשמא ושמא תנן דהא שם בעומד ברשות מוכר ואין ידוע ג"כ משמע שמא ושמא כן סובר הרמב"ם וזה טעמו של ר"י א"ש דלא אמר כן על המתניתין דידן היינו משום דבמתניתין דידן שייך לומר עומד באגם ובהא ראוי לפסוק כמותו משום דסתם לן תנא כוותי' משא"כ שם דלא שייך עומד באגם כנ"ל ברור בדעת הרמב"ם ובדעת הסמ"ע כדי לישב קושי' הה"מ ואולי ביאר הסמ"ע דבריו בספר הפרישה רק שספר הפרישה על חו"מ אין בידי לעיין בו ונחזור לענייננו דלפי מ"ש הסמ"ע דהרמב"ם פסק כסומכוס לק"מ קושי' רק נבנה על דברי הה"מ שכתב בעצמו דבריו כמסופק בלשון אולי וכתב אח"כ בעצמו שאין הסוגי' משמע כן ועלובה עיסה שהנחתום מעיד עלי' והניח בצ"ע ר"ל כיון שאין הסוגי' משמע כן א"כ נשאר הקושי' דמעיקרא וע"כ מוכרחין אנו לומר כדברי הסמ"ע וכמ"ש א"כ על אדני' של (הה"מ) קושיתו הטבעו ותמי' גדולה עליו על מה שפתח בריש דבריו הנה שיטת הרי"ף והרמב"ם הוא דבשמא ושמא אפי' רבנן מודו עכ"ד כאלו הי' דבר זה מוסכם ופשיטות גמור אבל ז"א רק ספק ה"א בדברי הה"מ ולא מסקנא וכל זה רק בדברי הרמב"ם אבל בדברי הרי"ף אין שום ה"א כלל שיסבור כן דרבנן מודו ולא אמר כן בדעת הרי"ף שום אדם מעולם דהא הרי"ף לא העתיק רק המשנה כצורתה ועליו כתב הא אוקימנא לה

כסומכוס ותני שמא ושמא דהיינו כתרוצי' דרבא עיין עליו ויש להטות דבריו לאחד משני פנים או דנימא דכונתו במ"ש ואוקימנא לה כסומכוס וממילא דלית הלכתא כן וסמך עצמו למ"ש בב"ק בריש פ' הפרה אחר שהביא דברי ר"י איש דלית הלכתא כסומכוס אלא כרבים דפליגי עלי' כמ"ש כאן הרא"ש בסוגיא דהמחליף דכתב ממש כלשון הרי"ף ולבסוף מסיק וכתב ולית הלכתא כסומכוס ועיין עלי' ונראה ברור דהרא"ש פירש כן לדברי הרי"ף וגם נוכל לפרש בכוונת הרי"ף כיון דלא ביאר כאן דלית הלכתא כוותי' כמו שביאר בב"ק ר"פ שור שנגח את הפר' ממילא דעתו דכאן הלכתא כן כיון דסתם לן תנא כן וכמו שהוא דעת הרמב"ם לדעת הסמ"ע וכמו שביארתי דבריו וברור בעיני כשמש דכן פירש הרמב"ם לדברי הלכות הרי"ף דידוע דדרכו על הרוב לפסוק כהרי"ף ומעט שחולק עליו ולדעתי ברור כשמש דהרמב"ם והרא"ש מחולקין בפירוש הל' הרי"ף ולדעתי שכל מודה על האמת יודה לדעתי בזה:

והנה הנמוקי יוסף שם על האלפסי כתב וז"ל ומי' היכא דאין מוחזק שום אחד מהן אפי' אנן אמרינן הכי דיחלוקו עכ"ל מורה כדברי הרמב"ם וכמו שביארתי דבריו דלא כתב אפי' רבנן מודו רק אפי' אנן אומרי' ר"ל אפי' אנן דלא קיי"ל כסומכוס כמ"ש בנמוקי יוסף אבל בקיימא באגם ובשמא ושמא דאמרי שם (לא) קיי"ל כן רק שיש שם הג"ה ופירוש נדפס בין שני חצאי לבנה בהנמוקי יוסף וכתב וז"ל פירוש דליכא למימר דאוקמא אחזקת דמרא קמא כנ"ל עיי"ש נראה בעליל דהי' קשה להמגיה הנ"ל הלא קיי"ל כסומכוס כמ"ש הנ"י בעצמו שם וא"ל דבזה רבנן מודו דהא מבואר להדי' שם בהרי"ף דבקיימא באגם ובשמא שמא אוקמינן כסומכו' דוקא לכך פירש דהנ"י לא קאי על דין הנ"ל דהמשנה רק בא ללמוד על מקום אחר היכא דליכא חזקת מרא קמא כלל כמו במציאה ומ"ש הנ"י ואין שום אחד מהן מוחזק אינו ר"ל שאינו בחזקת שום אחד מהן דא"כ הוי דינא כל דאלים גבר ולא יחלוקו כמו שמבואר בתוס' ריש ב"מ דף ב' ע"א ד"ה יחלוקו וכמו שביאר הנמוקי יוסף בעצמו בריש ב"מ בעמוד הראשון בד"ה התם ודאי איכא רמאי עיי"ש אלא ר"ל במה שכתב ואין שום אחד מהם מוחזק דהיינו שאין שום אחד מהן מוחזק יותר מחבירו דהיינו בדתפסי לה תרווייהו דהוי דינא דיחלוקו וזה כונת המגיה שם במ"ש ואינו בחזקתו של זה יותר משל זה וכל זה ברור כשמש בכונת המגיה הנ"ל ובלי ספק שאיזה חכם כתב הגה זאת ובלי ספק שהחכם המגיה ז"ל הנ"ל פירש לדברי הרי"ף כמו שפירשן הרא"ש דכוונתו דלית הלכתא כהמשנה כאן ופיר' גם לדברי הנ"י כן מי' הרואה יראה דכל זה דוחק לפרש כן כדברי הנ"י והמגיה לא ירד לסוף דעתו של הנמוקי יוסף וכוונת הנ"י לפרש בהלכות הרי"ף כמו שביארתי

לדעת הרמב"ם והנה לעיל בסוגיא דז"א שאולה מתה כולי כתב הרב אלפסי על הבבא דזה אומר א"י כולי ה"מ סומכוס כולי אבל חכמים אומרים כולי מדכתב האי לשנא אבל חכמים אומרים כולי משמע דר"ל דלית הלכתא כהאי מתניתין כמו דמשמע מלשנא דאמר ר"י א"ש שם בר"פ הפרה לכך כתב שם הנ"י דלית הלכתא כותי' דסומכו' וכ' טע' למה סתם התו' כן עיי"ש אבל כאן דלא מסיק האלפסי בזה הלשו' אבל חכמים אומרים פירש דקיי"ל בהא כסומכוס וטעמו של רב אלפסי ז"ל משום דבכאן שאינו בחזקת שום אחד מהן וטוענין שמא ושמא קיי"ל כסומכוס א"כ לעיל בסוגיא דשאולה ושכורה דזה מוחזק במעותיו כמ"ש התוס' כאן בהסוגיא דהמחליף אפילו בשמא ושמא קיי"ל כרבנן כמו דנשמע מדברי ר"י א"ש בר"פ הפר' וזה ברור לדעתי בדברי הכ"י ולדעתי נראה ברור דמ"ש הנמוקי יוסף בסוף דבריו אפילו אנן אמרינן הכי דיחלוקו עכ"ל דצ"ל הכא באלף ולא ביו"ד ר"ל דאף דבשאר המקומות קיי"ל דלא כסומכוס מ"מ הכא בסוגיא זו קיי"ל כן וא"ש מאוד דבלא זה תיבת הכי שפת יתר דהוי ליה למימ' אפילו אנן אמרינן יחלוקו כנ"ל ברור כשמש וגם בכוונת הרי"ף נראה לדעתי דפירוש הרמב"ם עיקר והאמת עד לעצמו ויוצץ מחרכיו והא דלא אמרינן כל דאלים גבר כמו בהאי ארבא כשאין אחד מהם מוחזק היינו משום דשם טוענין ברי וברי וחד מינייהו רמאי ולא ספינן לי' לרמאי בידי' מה שאסור לו כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת משא"כ בשמא ושמא דהוי ספק גם לדידן הוי דינא דיחלוקו ועוד הלא הרא"ש ז"ל כתב בריש ב"מ הטעם דכל דאלים גבר שמי שהדין עמו מוסר נפשו יותר להעמיד אח שלו בידו ממה שמוסר האחר נפשו לגזול עכ"ד א"ם זה לא שייך בשמא ושמא ודו"ק לכך קיי"ל כאן כסומכוס דיחלוקו וכל מה שכתבתי הוא ברור ואמת בס"ד לענ"ד:

ונחזור לענייננו דא"א לנטות בדברי הרי"ף רק לאחד משני פנים או שדעתו שלא לפסוק כהאי משנה דהמחליף או שדעתו דכאן קיי"ל כסומכוס אבל לומר שסובר דגם רבנן מודו זה א"א לומר בשום אופן דהרי כתב מפורש דבשמא ושמא ובקיימא באגם אוקמינן כסומכוס דוקא ולא עלה על דעת שום חכם לפרש כן בדברי הרי"ף ומעלתו שגה בזה שכתב בפשיטות שכן הוא שיטת הרי"ף והרמב"ם רק בדעת הרמב"ם יש ספק הא בדברי הה"מ ואפילו אם הי' קשה קשיות מעלתו מהסוגי' על זה לא הי' ראוי לשית לב לזה דהרי הה"מ כתב בעצמו שאין הסוגי' משמע כן אך מטוביתי' דמר אמינא דאף אם הוי מפרשינן בדעת הרמב"ם כדברי הה"מ מ"מ קושית מעלתו לק"מ דבאמת הא דכתב הה"מ שאין הסוגי' משמע כן כוונתו דהא משמע מדלא קאמר אלא בהאי תרוצא דקיימא באגם אף למה דמוקמי כסומכוס כמ"ש התוס' ג"כ והנה לפי ה"א של המקשן דאמר אימר דאמר

סומכוס שמא ושמא כו' ודאי דעתו מבואר דרבנן פליגי עלי' דסומכוס אף בשו"ש דאל"כ אלא נימא דרבנן מודו בשמא ושמא א"כ במאי פליגי הא בברי וברי גם סומכוס מודה דא"ל דפליגי בברי ושמא דמאן אמר ברי ומאן אמר שמא אם המוכר אומר ברי והלוקח שמא א"כ איך יפלגו בזה ויסבור סומכוס יחלוקו השתא בברי ובר מודה דהממע"ה וקיימא בחזקת מרא קמא דהוא המוכר מכש"כ בהא כר אומר ברי והלוקח שמא וא"ל בהמוכר אומר שמא והלוקח ברי פליגי קשה איך יאמרו רבנן הממע"ה וקיימא בחזקת מרא קמא דהוא המוכר הא אפילו בשו"ש מודו דיחלוקו ולא אמרינן חזקת מרא קמא היכא דהוא עצמו מסופק מכש"כ בהמוכר אומר שמא הלוקח ברי וא"ל דלא פליגי כלל בקיימא באגם דהא בהאי סוגי' מבואר בפשיטות דעכ"פ ודאי פליגי גם בקיימא באגם דהא בקיימא באגם מוקמינן כסומכוס ש"מ דפשיטא וידוע ה'' לחכמי הש"ס דעכ"פ גם בקיימא באדם פליגי רבנן עלי' דסומכוס וז"ב א"ו מוכח בבירור גמור דדעת המקשן הוא דרבנן פליגי עלי' דסומכוס בשמא ושמא גם בקיימא באגם ממילא דאף רבה בר רב הונא דחולק על דעת המקשן ואמר אמר סומכוס אפילו בברי וברי לא נאיד מדעת המקשן רק בדעת סומכוס אבל בדברי רבנן לא נאיד מדברי המקשן ודאי דרבנן בכל ענין פליגי איירי הן בברי וברי הן בשמא ושמא דמה"ת ומנ"ל לומר דנאיד מדעת המקשן בזה וגם הלשון של רבה בר רב הונא דאמר אמר סומכוס אפי' בברי וברי משמע דרבנן בכל ענין אמרו דאל"כ מאי אפי' דהא רק בברי וברי כחלק סומכוס דבשמא ושמא גם רבנן מודו ורבא דסובר כדעת המקשן דלא אמר סומכוס בברי וברי ודאי ע"כ סובר כדעת המקשן גם בזה דרבנן סברי גם בשמא ושמא וקיימא באגם חזקת מרא קמא והממע"ה דאל"כ במאי פליגי כמ"ש בדברי המקשן וזה ברור דכן הוא כוונת הה"מ במ"ש שאין הסוגי' משמע כן מי' אם היינו אומרים בדעת הרמב"ם כפי הה"א של הה"מ הנ"ל ע"כ אנו צריכין לדחוק ולומר דלפום דמשני רבה בר ר"ה אמר סומכוס אפי' בברי וברי ממילא אמרינן דבשמא ושמא רבנן מודו דכל כמה דיכולין אנו לקרב הדעות מקרבינן דלפי דעת המקשה הוי הכרח לומר דרבנן אמרו בשמא ושמא דאל"כ במאי פליגי אבל לרבה בר ר"ה דאין הכרח אמרינן דרבנן מודו וגם הלשון של רבה בר ר"ה נוכל לישב בדוחק דסומכוס אמר בכ"ע דיחלוקו אפי' בברי וברי וגם רבנן לא פליגי עלי' רק בברי וברי כן הוי צ"ל לפי ה"א של הה"מ הנ"ל בדעת הרמב"ם וז"ב וע"כ הוי צ"ל דהרמב"ם סובר כרבה בר רב הונא וכרבנן דלדעת המקשה ולדעת רבא דסומכוס לא אמר בברי וברי ודאי דאין שום ה"א לומר דרבנן מודו בשמא ושמא דא"כ במאי פליגי כמ"ש רק הי' צ"ל דהרמב"ם פסק כרבה בר רב הונא משום דהסוגי' דס"פ המניח בב"ק נמי כרבה בר רב הונא דאמר אמר סומכוס

אפי' ובר והא דכתב הה"מ בריש דבריו ואוקימנא בשמא ושמא משמע דפסק כתירוצו דרבא היינו למה שרוצה לומר שם דפסק כסומכוס ודאי ע"כ צ"ל כתירוצו דרבא אבל לפי הה"א ההיא של הה"מ דסובר דגם רבנן מודו ודאי ע"כ צ"ל דסובר כתירוצו דרבה בר רב הונא וזה ברור כשמש לפי הה"א של הה"מ א"כ לפ"ז אין שום מקום לקושיתו דלתי' הראשון של הגמ' ודאי צריך לאוקים המשנה כסומכוס משום הרישא דמיירי בברי וברי ולתירוצא דרבא ג"כ ע"כ צ"ל דאתי' כסומכוס דהא לדידי' אין שום ה"א לומר דרבנן מודו בשמא ושמא כמ"ש וכל זה ברור בס"ד ומי' אף אם היינו יכולין לומר גם לדעת רבא ולדעת המקשה דגם רבנן מודו בשמא ושמא והיינו אומרים דבאמת לא פליגי בעומד באגם כלל גם כן לא הי' קשה כלל על תירוצו של רבא והיינו אומרים דבאמת רבא מוקי מתניתין כך"ע וה"פ דדברי רבא דכפשיטו לא יכול רבא לומר מתניתין כך"ע ותני שמא ושמא דהיינו מצווחין עליו למה לן לשבש המשנה כיון דאתי' בלא שיבוש כסומכוס דהא בלא זה כבר המתניתין דלעיל בפרקין בשאולה ושכורה דזה אומר איני יודע וזה אומר א"י יחלוקו אתי' כסומכוס ודאי דהא שם הי' מוחזק במעותיו כמ"ש ובהא ודאי לא מודו רבנן כמ"ש הה"מ דברכות המוכר ודאי פליגי גם בשמא ושמא א"כ למה לן לשבש המתניתין לכך אמר רבא דסומכוס לא אמר רק בשמא ושמא וממילא דגם אם מוקמת כסומכס צ"ל תני שמא ושמא וכיון דע"כ משבשת לי' א"כ ממילא דאין צ"ל דאתיא כסומכוס וג"ז נכון בס"ד אבל מ"ש בראשונה הוא אמת בס"ד. ומה שהקשה מפ' המדיר ג"כ אין כאן התחלת קושי' דזה מ"ש דעל הרי"ף והרמב"ם קשה גם להמסקנא ז"א דשם טעמא אחריני משום כאן נמצא וכאן הי' אבל בנמצא מת בסמטא אף הרי"ף והרמב"ם מודו דעל בעל הפרה להביא ראי' כמו שמבואר שם בהרא"ש ז"ל לשיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל וזה הוא ההפרש שבין הס"ד להמסקנא לפי שטה ההיא דלהס"ד גם בנמצא עת בסמט' על בעל החמור להביא ראי' דאל"כ מה אמר לא תציתו להני כללי כו' וא"כ אין כאן התחלת הקושי' רק מהס"ד ולא מהמסקנא גם לשטת הרי"ף והרמב"ם וגם מהס"ד לא ק"מ חדא ועוד קאמינא חדא דודאי י"ל דהס"ד דהתם קיימא כסברת המקשה דהכא וכסברת רבא דלדידהו ודאי רבנן פליגי גם בשמא ושמא רק הא דאמרינן דלרבה בר ר"ה רבנן מודו בשמא ושמא היינו להמסקנא דהתם ועוד ק"ו הדברים דהא לפי ה"א דהתם הוי אמינא דחזקת מרא קמא מוציא מיד המוחזק כמ"ש התוס' שם דף ע"ו ע"א ד"ה על בעל החמור והרי מוחזק עדיף מטענת בר כמו דקיי"ל אפילו אם המוחזק טוען שמא ושאינו מוחזק טוען ברי לא מפקינן מיד המוחזק ובחזקת מ"ק אמרינן דמוציא מיד המוחזק ק"ו דמהני חזקת מ"ק גם בשמא משא"כ לפי סוגי' דידן גם בהא פשיטא

דאין חזקת מ"ק מוציא מיד המוחזק נוכל לומר ג"כ דלא מהני בשמא ושמא ואין לדחות זה הק"ו שכתבתי מכח דנימא דשמואל לשטתו דסובר ברי ושמא ברי עדיף ומפקינן מיד המוחזק כמו דאיתא בכתובות דף מ"ב ע"ב הא דרב הונא ורב יהודא דשמואל היא דהא נדחה שם במסקנא ועיי"ש בתוס' ד"ה אלא דאיכא מיגו כו' עיי"ש וכל מ"ש הוא ברור קס"ד ועיין בתוס' מס' בבא קמא ר"פ שור שנגח את הפרה דף מ"ו ע"א ד"ה דאפי' ניזק אמר ברי והא דכתב הה"מ דסובר דהא דמוקים כסומכוס כשעומדת ברשות מוכר הוא אינו רצה לומר בסוגי' דידן בהמחליף דהא אוקמא בקיימא באגם רק כוונתו על מתניתין דלעיל בהאי פרק' בשאולה ושכורה דתנן זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו ואמר בגמ' הא אני סומכוס כו' וקשה הלא לפי מאי דפסק הרמב"ם דבשמא ושמא גם רבנן מודו א"כ למה מוקי סתמא דגמרא לעיל המשנה כסומכוס הא שם בשו"ש איירי וגם רבנן מודו וע"ז כתב דהיינו כשהוא ברשות מוכר כמ"ש תוס' דהתם מוחזק במעותי' אבל כשעומדת באגם ר"ל במקום ששייך עומדת באגם כמו בנידן דהמחליף אפילו רבנן מודו בשמא ושמא רק דכאן בהמחליף צרי' לאוקי' כסומכוס משום הרישא דאיירי בברי וברי ועל רבא לק"מ כמ"ש כנ"ל ברור הפירוש בדברי הה"מ אף דבזה שכ' הה"מ דאוקי כסומכוס דברי' סתומים קצת זה דרכן של הראשוני' לרב המלאכה אשר עליהם קצרו מרוב המקומות ודבריהם סתומים ועמוקין נאום הק' **משה**.

שאלה קא

שנים נתעצמו בדין והיו ביניהם ענינים גדולים וא' מהן הי' לעכט פאכטר והיו ביניכם פשר ונכתב בהכתב בזה"ל שמהו' יחיאל עם פיימסלי אחת הדר אצלי מורשים להדליק נרות שלהם במשך חמשה שנים בלי שום נתינה מהנרות וכבר עברו קרוב לחמשה שנים וקרה מקרה שמתה אשתו של מוה' יחיאל הנ"ל ונשא אחרת ומהנרות של החתונה מגיע לעכט פאחט וטוען הפאכטר שאף שפטרו מהנתינה היינו מהנרות המצוי ורגיל שבת ויו"ט והיינו כרוח שלהם אבל לא מנרות נישואין ולא אסיק אדעתי' שתמות אשתו וישא אחרת ואין זה בכלל נרות שלהם ומה' יחיאל טוען כי נרות שלהם היינו הנרות שמחוייבין ליתן נתינה מהם הוא פטור וגם נרות החתונה בכלל ונראה דיש להביא ראיה לדין זה מחו"מ סי' רכ"ה סעי' ואו המוכר לחבירו מרתף של יין והמוכר לא קבל עליו אלא אחריות שבירה ושפיכה והלוקח לא קבל עליו אלא אחריות חימוץ ואח"כ אירע ניסוך הוא על המוכר וכתב הסמ"ע שם ס"ק י"ב הטעם בשם הרא"ש וטור דכיון דהמוכר קבל עניו אחריות שפיכה ושבירה דהא אונס דאתא מעלמא אמרינן דה"ה כל אונס דאתא

מעלמ' דמ"ש הני מהני והא דפרט שפיכה ושבירה מפני שהן אונסין דשכיחין לאפוקי אונס ניסוך דלא אסיקו אדעתי' להתנות עליו משא"כ הלוקח דלא קבל עליו כ"א אונס שבא מגוף היין ולא אונס דאתי מעלמא כלל א"כ מה"ת לחייבו באנס ניסוך עכ"ד הרי כאן אף אם המוכר הוא מוחזק איירי דהא לא מחלק כלל בין אם הלוקח מוחזק או המוכר מוחזק והרי המוכר פירש שאינו מקבל רק שפיכה ושבירה ולא הזכיר ניסוך כלל אעפי"כ וחייבין אותו כיון דהוא אתי מעלמא כמו שפיכה ושבירה מקבל עליו גם זה דניסוך הוי בכלל הקבלה מכש"כ כאן דיותר פוטר אדם ומוחל שבח שיוכל לבא לו מעלמא במקרה ממה שפוטר ומוחל שבח' דאתי ממילא בבירור כמבואר במסכ' ב"מ ור"פ המפקיד דף ל"ד ע"א סתמא דמילתא שבח' דאתי מעלמא עביד אינש דמקני שבחא דמגופ' לא עביד אינש דמקנה עכ"ל הגמ' עיי"ש א"כ לפי"ז אם פטרו נמחלו מנתינה שהוא ממילא וסברי מכש"כ שפטרו מנתינה דאתי מעלמא במקרה א"כ ודאי ראוי לומר דגם מזה פטרו וכש"כ כאן שיש לומר דנכלל בהלשון פטור ומחילה הנ"ל ואף דלא אסיק אדעתי' הך הא גם שם בניסוך אמרינן דלא אסיק אדעתי' דהא אמרינן דמש"ה לא אתני עלה ואעפי"כ אמרינן דהוא ממילא בכלל חיוב האונס דקבל עליו הה"נ דהוא בכלל הפטור כנ"ל ברור ועוד דהלא אם היה ראוי לנו לספק אם היה בכלל הפטור הי' לנו לדמותו להא דבחו"מ סי' רל"ב סעי' כ"ג דאם רגיל לקנות לשחיטה ולחרישה הדמים מודיעים עיי"ש אם כן הכי נמי כיון דנתפשר בעד עסקים גדולים ודאי לא הקפיד על דבר קטן כזה וגם זה בכלל כנ"ל ברור.

שאלה קב

משה עלה למרום ונחית לעומקא דדינא יוגדל יתנשא למעלה למעלה יזכה מהרה כראות קיבוץ הגולה וארמון על משפטו בנוי על תלו כבוד אהו' אדוני ה"ה הרב הגאון הגדול מעוז ומגדול החריף ובקי משנתו זך ונקי המפורסם בדורו בתורה וביראה מופת הדור נ"י ע"ה פ"ה כק"ש מוהרר משה טייטל בום נ"י ויופיע האב"ד ור"מ דק"ק אוהעלי והגליל יצ"ו.

הנה באתי לרמוס בחצרות קדשו לשאול את פי אדוני הגאון נ"י על האי עובדא דאתי לידי להאיר עיני הנבוכים ולהודיעני על אמת' של דתוה"ק לדעת את דבר המשפט בדין שיש לי בו קצת ספק היות שבא לפני שני בעלי דינים לדון ראובן ושמעון והמעשה שהיה כך הי' ראובן דר בכפר מעבר לטייז רחוק מק"ק טערצאל לערך פרסה הי' לו שבעים חביות יין משנת 1813 למספרם עומדים בק"ק הנ"ל ושם הי' איש ממונה על היין הנ"ל

להשגיח עליהם ולמכור אותם ובא שמעון הנ"ל אל הממונה הנ"ל לקנות היין הנ"ל ובא עמו לידי עמק השוה וקנה היין הנ"ל אצלו אח"כ הלכו לכפר לראובן הנ"ל לגמור עמו המקח וליתן לו דמי היין וכאשר באו לשם והגידו לו ממכירת יינו וסכום המקח לא רצה ראובן להסכים על הפרייז דמי המקח שנתרצה הממונה הנ"ל אח"ז נתרצה ראובן בעל היין הנ"ל שיוסיף לו שמעון הקונה הנ"ל מאה זהו' שיין יותר על דמי המקח הראשון וימכור אותם ולבסוף נתרצה שמעון ג"כ וכן עשה והוסיף לו מאה זה' שיין אח"ז חזרו כולם לטערצאל ונתן שמעון שם לראובן סך שלשת אלפים שין וחתם את כל היין הנ"ל בחותם שלו כנהוג בין הסוחרים וראובן המוכר הנ"ל נתן לשמעון הלוקח הנ"ל כתב איך שמכר לו השבעים חביות יין הנ"ל וקיבל ממנו סך הנ"ל על המקח הנ"ל והמותר שמגיע לו לתשלום דמי היין מחויב הלוקח לשלם לו לא יאוחר משתי שבועות מיום המכירה ואם לא ישלם לו בזמן הנ"ל המותר אזי המקח בטל והמעות שכבר קיבל ממנו נחלטין בידו ולא יצטרך להחזירם וראובן הנ"ל בא בעצמו על החתום ושני עדים קיימי חתימתן ואחר איזה ימים בא ראובן הנ"ל לחזור מן המקח הנ"ל וטוען שנתאנה שהיין המה שוים הרבה יותר ושמעון הלוקח טוען שבזמן שקנה היין דהיינו יום ד' י"ב מרחשוון העבר לא הי' שוים יותר רק מחמת שהגפן לא נתן פריו נשתנה שער היין להי ת ביוקר כידוע לכל שמאז זמן המכירה כנ"ל ממש בכל רגע ורגע נשתנה השער של היין זהו תורף טענתם וכעת אני מסתפק ושואל מכבוד אדוני הגאון נ"י אם יש דין אונאה כלל במו"מ של יין כי כן דרך הסוחרים ביין במדינה זו זה קונה ביוקר וזה קונה דוגמתן באותו הפעם בזול הכל לפי הקונה והמוכר ולפי השעה והזמן ומעולם לא נשמע במדנתינו לטעון טענת אונאה ביין וביותר לפי המבואר בחה"מ שאם נשתנה השער ומפני כך רוצה לחזיר אינו רשאי והכה בינותי בספרים ומצאתי ראיתי בשו"ת מהר"י מטראני בחלק שלישי דפוס פיורדא שאלה י"ט שהאריך שם למעניתו ולסוף התשובה דף פ"ד ע"א ד"ה והשנית יש לחקור וכו' מברר שם ברור כשמלה מפורש היטב שאין שייך בענין השאלה הנ"ל שום אונאה ומי יבא אחרי הכרעתו אשר מפיו הקדוש אנו חיין ומה לי להאריך ולטרוח לאדוני הגאון כ"י בתיבות הרבה כי ידעתי גם ידעתי שלא נעלמה ממנו שערי חכמה ובינה וכל רז לא אנס ליה ופום ממלל רברבן קולע אל השערה ולא יחטיא לכווין על הדין ועל האמת אי לזאת באתי לחלות את פני אדוני הגאון כ"י שימחול על כבודו הרמה אלף פעמים להטעימני מצוף דבש אמרותיו הטהורים להעמידני על קרן אור התורה ולהודיעני דעתו הרמה דעת התורה ע"י השליח הלז כי שני בע"ד הנ"ל המה קבלו על עצמם לאשר ולקיים בכל תוקף ועוז ככל אשר יצא מפיו הקדוש. הכ"ד הד"ש ושלום

תרתו הק' ומצפה לתשובתו הרמתה להשתעשע באור תורתו הק' ישראל עוזר וואלף חונה בק"ק מאדי והגליל יצ"ו:

תשובה מה שרוצה לומר שלא יהי' דין אונאה במו"מ של יין זה דבר שאין לו שחר דזה נוטה לדעת ר' יהודא בס"ת בהמה ומרגליות בב"מ נ"ו ע"ב בהמשנה ועיי"ש בגמ' נ"ח ע"ב אבל קיי"ל כרבנן דכל המטלטלין יש להן אונאה כמבואר בש"ע סימן רכ"ז סעיף ט"ו וע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ה ד"ה אפילו בספרים ע"ש ומה שכתב זה קונה ביוקר כו' מה בכך הלא צריך לברר שבוודאי נתאנה דהיינו שיעידו סוחרים שבלי ספק הי' שווים כך וכך עובר לסוחר ובוודאי כל מי שמשנה למכור בפחות או ביותר מדרך רוב הסוחרים בדוגמת אותו יין הוי אונאה אם הוי בשיעור אונאה. ומ"ש לפי השעה והזמן עכ"ל מה בכך דנשתנה בכל זמן וזמן וודאי דייניו רק לפי אותו הזמן של המכירה ומ"ש כי כן דרך הסוחרים כו' לא ידעתי ממנהג זה ומעולם לא נשמע שיהיה מנהג באיזה סחורה שלא יהיה בו אונאה. ומ"ש ומעולם לא נשמע במדינתינו לטעון טענת אונאה ביין עכ"ד הנה מעת באי לכאן היה כמה משפטים לפני שטענו אונאה ביין ולא שמעתי שום רוצה לומר שאין אונאה ביין. ומה שכ' שמצא בתשו' מהרי"ט שהאריך למעניתו עכ"ד משמעות לשונו שנסתייע מדברי מהרי"ט לסברתו דבדבר שנשתנה השער תמיד כמו יין אין בו אונאה במח"כ אין שם בתשובה ההוא לא דבר ולא חצי דבר מזה ואדרבא מבואר ההיפך יע"ש בסי' י"ט בדברי הגאון מ' יחיאל באסין על המנהג של ההולקש דלא שמענו אינה ראי'. וגם נותן שם טעם מצד נושא ונותן באמונה עי"ש מש"כ כאן ביין יע"ש בדברי מהרי"ט מ"ש על המנהג שבין השותפים והטעמים המורם מזה דהס מלהזכיר דבר זה שאין אונאה ביין ועיי' במרדכי כתובות סוף פ' המדיר בתשו' ר' אביגדר הכהן שכתב שהשערים משתנין מבקר לערב הכל לפי הלקוחות והמזומנין לצורך השעה שצריכין לחפצים הנמכרים עכ"ד ופי' דלכך הקהל צריכין להביא ראי' שהיה כדי אונאה באותו שעה עי"ש דהא קאי על דברי השואל. א"כ מבואר דאם מביא ראי' שהי' אונאה באותה שעה ודאי יש בו דין אונאה. א"כ הרי מבואר דאף דבר שמשתנה תמיד לפי הלוקחים והמוכרים מ"מ יש בו דין אונאה ו"ה ברור כשמש. ומ"ש וז"ל ולסוף התשובה כו' מפור' שאין שייך בענין השאלה הנ"ל שום אונאה עכ"ל ור"ל דמבואר שם דהא דמוכר לעולם חוזר עד דאיתרמי לי' זבינא כזבינ' צריך הלוקח להביא ראי' דאתרמי להמוכר דמן הסתם נאמן המוכר לומר דלא אתרמי לי' היינו דווקא בלא משתנה ונתייקר השער אבל בנשתנה ונתייקר השער אף שמברר דגם בעת שמכר הי' בו שיעור אונאה או ביטול מקח אף קודם שנתייקר מ"מ אמרינ' דילמא אתרמי לי' זבינא כזבינ' וידע מה שאינהו בשעה

שמכר ומחיל ועתה חוזר בו מפני שנתייקר השער עוד יותר ותולה חזרתם באונאה שבשעת המכירה כדי שיוכל לחזור עפ"י דין אבל באמת עיקר חזרתם מחמת שנתייקר הסער ואונאה שבשעת מכירה כבר מחיל והא דבלא נשתנה השער דיכול לחזור ולתבוע אונאתו לעולם ולא אמרינן דילמא אתרמי לי' זבינא כזביני' וידע ומחיל היינו משום דלכתחילה מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר. ר"ל דאם מחל לכתחילה מאי קסבר לבסוף דאינו רוצה למחול לכך כיוון דאין כאן אמתלא במה לתלות חזרתם אמרינן מסתמא לא ידע עד עתה משא"כ בנשתנה השער כיוון שיש אמתלא לומר שמפני שנתייקר עד רוצה לחזור אמרינן שפיר דילמא אתרמי לי' זבינא כזבינ' וידע ומחיל ועתה חוזר מפני שנתייקר עוד ע"כ תורף דבריו וסברתו למעיין ומבין ומכריח סברא זו מחמת דקדוקים שמדקדק והנה באמת סברא נחמדת הוא כדרכו שממציא סברות נחמדים אבל צריך לנפות בשלש עשרה נפה האומר הנ"ל דקשה עליו טובא א' דא"כ דרק באמתלא תלי' מילתא כיון דנוכל לומר אמתלא מפני מה חזר אמרינן דילמא אתרמ' לי' זבינא כו' הלא שערי אמתלא' לא ננעלו נימא דאז הי' צריך למעות לכך שתק ועתה אין צריך למעות א"כ אף בלא נשתנה השער למה יחזור בו לעולם וגם אין צורך כלל לומר דילמא אתרמי לי' זבינא כזביני' דאטו כשלא אתרמי לי' זבינא כו' לא משכחת לה שידע המוכר בשעת מעשה ומחיל או שנודע לו אח"כ ומחיל רק הא דצריך להא דאתרמי לי' זבינא כזביני' היינו משום דמסתמא לא אמרינן דמחיל אינש רק כשהוא ודאי דבאתראי לי' כו' ושתיק ודאי מחיל אבל לסברת מהרי"ט כיון דיש אמתלא אמרינן דילמא אתרמי כו' א"כ לפ"ז אין צורך כלל לומר דילמא אתרמי לי' כו' רק דילמא ידע ומחיל מפני שהי' צריך למעות ועכשיו אין צריך למעות לכך חוזר ועוד קשה דגם בלא אמתלא איך מוציא מיד הלוקח המוחזק מחמת קושי' קלה שדופת קדים דבגילי' דחטתא מדחי' דהיינו לכתחילה מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר דהלא דעתו של אדם משתנות ומתהפכות פעם רוצה בכך ופעם אין רוצה פעם רוצה לוותר ולמחול ופעם אינו רוצה וחוזר בו ועוד קשה דנימא מעיקרא הי' אוהבו ועכשיו הוא שונאו ועוד דלדבריו אם נפל איזה קטטה באיזה ענין בין הלוקח להמוכר נימא דשוב אינו חוזר בו אף דלא ידעינין דאיתרמי לי' זבינא כו' דהרי אמתלא גלוי' יש כאן שמפני הקטטה שבינם רוצה לחזור א"כ ממילא אמרינן דילמא אתרמי לי' והיא דין חדש שלא עלה על דעת שום פוסק וחלילה לעקור הלכות קביעות הנאמר במשנה או בגמרא בסברות בדיות מן הלב שאם באנו לתור אחר לבבינו כאלה לא נמצא דין ברור לעולם ועוד קשה הלא הלוקח בשיעור כדי שיראה לתגר כנ"ל שוה עם המוכר אחר השיעור הנ"ל כ"ז דלא אתרמי לי' א"כ גם גבי לוקח נימא ואם נשתנה השער עוד

ליוקר יותר לא יוכל לחזור אף קודם כדי שיראה לתגר כו' דהא כבר כתבתי דאף בשעת מעשה אינו ודאי דלא ידע ומחיל רק צ"ל לדברי מהרי"ט דאין אומרים דילמא ידע ומחיל משום דלכתחילה מאי קסבר כו' ולכך אמרינן ודאי דלא ידע רק אחר שיראה כו' אמרינן ודאי ידע ומחיל ועתה חוזר בו אבל מסתמא לא תלינן בחזרה משום דלכתחילה מאי קסבר כנ"ל כן צ"ל לדברי מהרי"ט למעמיק בדבריו א"כ לפ"ז בנשתנה השער עוד גזול דיש אמתלא דמשום שנוי השער חוזר למה לא נימא דלמא ידע ומחיל והשתא חוזר משום שנוי השער א"כ אף קודם שיראה לתגר לא יהא יכול לחזור אם נשתנה השער והוזל עוד וכתב דאה"נ הלא מבואר במרדכי ס"פ המדיר להדי' באם מביאין ראי' שהי' בו כדי אונאה בשעת מכירה חוזר אף בנשתנה השער אף שיש לפרש שם במרדכי דצריך הקהל להביא ראי' שבאותו שעה הי' בו כדי אונאה ולא נשתנה השער מ"מ דין זה היפך משמעות כל הפוסקים. ועוד קשה דעיין בתשו' מהרי"ט הנ"ל ריש סי' י"ט שם בדברי הר"י באסין שכתב שם דהרי"ף קשי' לי' הא דאמר דהמוכר לעולם חוזר והדר אמר עד דאתרמי לי' כו' עכ"ל ור"ל דעד דאתרמי אין זה לעולם וכתב עוד וז"ל ותירץ דכיוון שהוא חוזר לעולם על הסתם והוא נאמן לומר דלא אתרמי לי' כזבוני' הלכך לעולם קרינן בי' שהלוקח צריך לברר משא"כ בלוקח שהזמן הוא הבירור וממילא אין הלוקח נאמן לומר לא מזדמן לי תגר להראות לו לא מיקרי לעולם או אפשר דהכי קאמר כיון שצריך בירור גדול והדבר קשה לברר כדפרישׁ קרינן בי' לעולם כעולמו של יובל עכ"ל [וכן צריך להיות רק שיש טעותים וחסרונות הנכרים שנעשה בדפוס כמבואר למעי'] ולפ"ז לדברי מהרי"ט דאם נשתנה השער שוב אין יכול לחזור ואין הלוקח צריך לברר א"כ מאי לעולם הלא השערים עשוין להשתנות תמיד כמ"ש זקני הרמ"א בסי' רכ"ז ס' ט' בהג"ה והמרדכי בס"פ המדיר דעשוין להשתנות מבקר עד ערב וא"כ ג"כ תולה בזמן כמו בלוקח ומהרי"ט גופא הביא שם בחקירה השנית הא דשערים עשוין בהשתנות בשם המרדכי א"כ איך שייך לעולם אשר חבי כמעט רגע משתנה השער א"ו מכל הלין מוכח דכ"ז דלא נודע שנתאנה המקח בחזקתו ועל המתאנה להביא ראי' שנתאנה משא"כ ביש אונאה ודאי צריך המאנה להביא ראי' שמחל דאין ספק מחילה מוציא מידי וודאי אונאה אף דלוקח טוען ברי משום דמסתמא לא מחיל אינש ולכך לענין זה שהו' אונאה בשעת המקח ולא מחמת שנוי השער אח"כ צריך המתאנה להביא ראי' ולהא דאזדמן לי' זבינא כו' צריך הלוקח להביא ראי' אבל מספק לא אמרינן דלמא אתרמי כו'. לפי זה מיושב קושי' הסמ"ע בסימן רכ"ז ס"ק כ' ודו"ק מ"מ גם דברי הסמ"ע א"ש במש"כ ששנוי השער מצוי דאל"כ הוי מחזיקינן לי' כדהשתא והוי מוקמינן לי' אחזקת שער שהי' בשעת קנין ועי'

במרדכי ס"פ המדיר ודו"ק (ולזה כיון זקני הרמ"א ז"ל שם בסי' רצ"ז ס' ט' בהג"ה במ"ש דדרך השערים עשוין להשתנות תמיד אין כוונתו לישב קושית הסמ"ע הנ"ל דבלא"ה לא קשה ולא מידי כמ"ש רק כוונתו דמש"ז לא מחזקינן כדהשתא כמו הא דר' נתן שהביא המרדכי שם) ומ"ש הסמ"ע בסי' רכ"ז ס"ק כ' אין אדם קונה כדי לחזור הוא תמוה וגם אם נשבש ונגרוס אין אדם מוכר כדי לחזור ג"כ תמוה דלמה לן לומר שמכר כדי לחזור נימא שעתה חוזר והכי הוי לי' לומר אין אדם עשוי לחזור וגם זה תמוה דמה"ת נימא כן וגם מקרא מלא הוא לא איש אל ויכזב ובן אדם ויתנחם ונאמר כי לא אדם הוא להנחם משמע אבל אדם עשוי להנחם ולחזור מדעתו וז"ק ג"כ על המהרי"ט ועוד דאיך נימא דאדם מסתמא איכו חוזר א"כ אמאי אמרינן בב"מ פ"ק דף י"ט דבברי' לא יחזור אף באומר תנו משום חשש חזרה שני פעמים עי"ש למה ניחוש כך הלא אין אדם עשוי לחזור וכן קשה על המהרי"ט ויותר יתכן לומר מסתמא לא מחיל אינש דהא מחילה טענה גרוע הוא ואינו נאמן אלא במיגו כמבואר בח"מ ס"ע ס"א בהג"ה וכש"כ בח"מ סימן ע"ה ס"ק כ"ב ע"ש משו"ה גם כאן אין הלוקח נאמן לומר דנודע להמוכר ומחיל עד שמברר ואין להקשות דיהא נאמן במינו דהחזרתי לו אונאתו דלא עביד אינש לפרוע אונאה עד דנתחייב בדין דאמר מי יימר דמחייבי לי כנ"ל ברור:

אחים ראיתי בקצה"ח שכתב דגוף הדין שהלוקח צריך דוקא לברר מבואר בשטה מקובצת לב"מ (וע"ש בקצה"ח שמפקפק בהטעם שכתב הסמ"ע וכתב הטעם ממש כמ"ש והנאני והוא נכון ואמת) ואפרט באר הטיב הראי' שכתבתי מב"מ דף י"ט כי קצרתי וכך כוונתי דאם נימא כהסמ"ע וכמהרי"ט דמוציאין מיד הלוקח המוחזק ולא אמרינן דילמא אתרמי. להמוכר זבינא כזבני' או ראה שכמותו נמכר בשוק מכח סברא זו דאם מחל למה חוזר עכשיו אלא ש"מ דלא ידע ולא אמרינן דילמא עכשיו רוח אחרת עמו ומתחרט על מה שמחל ש"מ דיתד חזק הוא תקוע במקום נאמן דאין דרך ב"א לחזור מדעתן דהרי אנו מוציאין מיד המוחזק עפ"י סברא זו א"כ למה כ' שם בב"מ דאין שם הוצאה מיד המוחזק ואומר תנו למה לא יתנו ולמה חיישינן דמעיקרא כתב ליתן לו וחזר מדעתו ויהיב לאחר ועכשיו חוזר מהאחר ומצוה ליתן לזה נימא ג"כ לכתחילה מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר ולמה ניחוש לזה א"ו דדרך בני אדם לחזור מדעתן וחיישינן לזה אף במקום דליכא הוצאה מיד המוחזק וגם לחזרה ב' פעמים וק"ו ב"ב של ק"ו שיש לחוש שלא להוציא מיד המוחזק ולחזרה פעם א' וא"ל דשאני התם כיון דנפל אתרע כמו דאמרינן סם בדף י"ג ע"א כיון דנפל אתרע חיישינן דילמא איקרי וכתיב דזה אינו דהא דאמרינן כיון דנפל אתרע היינו שאם הי' כשר הי' נזהר בו כמו שפירש רש"י שם בדף

י"ב ע"ב וע"ש בתוס' ד"ה ולא לוה והיינו דוקא להוכיח מסברא זו דלא נפל מיד המלוה שהוא נזהר בו לשיטת התוס' או לשיטת רש"י שנפל מיד המלוה ופסול הי' א"כ כאן דאמר תכו מה בכך דנפל מיד הנותן ועדיין לא נתן לו מ"מ הא מצוה ליתן ולחזרה לא חיישינן א"ו דחיישינן לחזרה רק ה"ט דלמחילה לא חיישינן דמסתמא אין אדם מוחל וכן כתב הרשב"ם ב"ב ד' פ"ד ע"א בד"ה ומתניתין בדליכא אונאה כו' ע"ש בסוף דבריו שכתב אבל בהא לא מהימן אי טעין יודע הייתי שיש אונאה ואעפ"כ גמרתי בדעתי לקנותו דהא ודאי לא עביד אינש עכ"ל

ולע"ד הראי' מגמ' דב"מ הוא ראי' שאין עליו תשובה וגם מהרשב"ם הנ"ל יש ראי' ברורה דהתם הלוקח לא צווח כלל ואעפ"כ אמרינן דמסתמא לא עביד אינש דמחל וגם מהא דר' חסדא שם ב"ב פ"ג ע"ב יש ראי' דאמר דהיכא דנתאנה הלוקח ולא יכול המוכר לחזור לאחר שהוקר משום שלא יהא חוטא נשכר ע"ש משמע הא אם נתאנה המוכר ואח"כ הוקר עוד השער דיכול המוכר לחזור דאל"כ הוי לי' למימר רבותא טפי דאף כשנתאנה המוכר הוקר עוד השער דלא יכול המוכר לחזור בו אף שאין כאן חוטא נשכר ועוד כשנדקדק בדברי ר' חסדא הנ"ל ונרד לעומק הענין הנ"ל יש ראי' ברורה מכאן דהא קשה בדברי ר' חסדא דלמה לו לומר הטעם אי לאו דאונאתן כנ"ל דהיינו משום שלא יהא חוטא נשכר הלא מן הדין אינו יכול לחזור דהא באונאת שתות איירי דלא יכול המוכר לחזור כשנתאנה הלוקח לכ"ע הן למאי דמסיק רבא בגמ' הן למתניתין דכל מי שהוטל עליו ידו על העליונה דר' חסדא סובר כן כמבואר ברשב"ם ועיין בתוס' ד"ה לוקח ע"ש וא"כ כיון דהמוכר לא הי' יכול לחזור קודם שהוקר השער מה"ת יהא יכול לחזור אחר שהוקר השער דהא זה ודאי מילתא דפשיטא הוא דמה שנתיקר השער אחר המכירה לא יכול לגרום החזרה כמ"ש מהרי"ט ג"כ דהא מילתא דפשוטא הוא ומאי קמ"ל ר' חסדא ולמה לו לומר הטעם דא"ל אי לאו דאונאתן כו'. ועכצ"ל כמ"ש הרשב"ם שם בדף פ"ג ע"ב בד"ה אמר ר' חסדא כנ"ל ובדף פ"ד ע"א בד"ה הכי גרסינן דה"א לומר כיון דהי' יכול ה וקח לחזור א"כ עדיין לא נתקיים המקח עד שחזר ונתאנה גם המוכר ור"ל דקיום המקח הא בעת שנשמע ריצוי הלוקח אחר ידיעתו מהאונאה או אחר שיעור כדי שי אה כנ"ל ובתוך כך נתייקר השער ה"א דהוי עכשיו אונאה לגבי המוכר ע"י שנתייקר השער כיון דנתייקר קודם קיום המקח קמ"ל ר' חסדא דאין המוכר יכול לחזור משום שלא יהא חוטא נשכר וז"ב א"כ לפ"ז מבואר דמחשב אונאה ע"י שנתייקר השער קודם קיום המקח כיון שא' מהם הי' יכול לחזור רק מטעם שלא יהא חוטא כשכר אין יכול המוכר לחזור א"כ לפ"ז בנתאנה המוכר כיון דהי' יכול לחזור ובפרט דהי' שיעור ביטול

מקח דהדין הוא דכ"ז שהמוכר חוזר דהיינו כ"ז דלא נתברר דמטא ליד המוכר זבינא כזביני' גם הלוקח יכול לחזור א"כ הרי לא נתקיים המקח ובתוך כך הוקר השער עוד א"כ אף אם נימא דהמוכר חוזר מחמת שהוקר השער עכשיו מה בכך הרי כיון דהי' יכולין לחזור קודם שנתיקר כיון שלא נתברר דמטי לידי' דהמוכר זבינא וכו' א"כ הרי לא נתקיים המקח עדיין א"כ אף האונאה שהוא מחמת שנתייקר השער עכשיו מחשב אונאה ויכול לחזור גם על ידו והבן כי הוא קושי' עמוקה ועצומה בס"ד.

ואין לומר בשלמא בנידן דר' חסדא הנ"ל שיכול הלוקח לחזור מעצם הדין אמרינן שפיר דלא נתקיים המקח וכשהוקר הוי אונאה לגבי המוכר אבל כאן בנידון מהרי"ט אמרינן דע"י שינוי השער נסתלק הבירור לומר דלא ידע המוכר עד עתה מהא דשתיק ולבסוף צווח א"כ ממילא אמרינן דלמא אתרמי לי' זבינא כו' ואינו יכול להוציא מיד המוחזק א"כ לפ"ז הרי נתקיים המקח ומה בכך שנשתנה השער אח"כ ואף דאם לא הי' נשתנה השער הי' יכולין לחזור היינו משום דהוי אמרינן דיש בירור והוכחה דלא מטא לידי זבינא כו' אבל עכשיו אגלאי מלתא דאין כאן בירור והוכחה א"כ ממילא אמרינן דנתקיים המקח כן י"ל לכאורה מי' ג"ז אינו דהא כבר כתבתי דלוקח בתוך שיעור כדי שיראה כו' ג"כ איננו מוחלט דלא נתוודע לו דשמא נזדמן לו מבין קודם השיעור עי' בש"ע סימן רכ"ז ס' ט"ו דלפעמים הוי זמן מרובה וע"ש בסי' י"ז וגם י"ל דאולי בשעת קנין ידע וזה הוי ספק כמו ספק דהמוכר שכתב מהרי"ט וצ"ל ע"כ ג"כ הוכחתם מהא דשתיק ולבסוף צווח א"כ לפ"ז הדרא קושי' דלמה לר' חסדא לומר הטעם משום שלא יהא חוטא נשכר הלא בלא זה כיון שקודם שהוקר לא הי' המוכר יכול לחזור מה בכך שהוקר אח"כ מה תאמר שלא ננתקיים המקח כיון דהלוקח יכול לחזור היינו שאם הי' חוזר הי' הוכחה דלא ידע אבל עכשיו שאין הלוקח חוזר רק המוכר א"כ הלוקח לא צווח כלל מתחילה ועד סוף ואין כאן הוכחה דלא ידע א"כ איך מוציא המוכר מיד המוחזק דלמא ידע הלוקח ונתקיים המקח ומה בכך דהוקר השער אח"כ והיינו ממש בנידון דמהרי"ט והנה לכאורה יש עוד הוכחה דלא כמהרי"ט למ"ד דבביטול מקח אף ממאנה יכול לחזור עי' בתוס' שם ב"ב ד' פ"ד ע"א ד"ה אי לאו דאונאתן וע' בש"ע סי' רכ"ז ס"ד ושם בהגהת זקני הרמ"א ז"ל א"כ אם נתאנה המוכר דקיי"ל לעולם חוזר אם ג"כ הלוקח המאנה יכול לחזור לעולם וקשה בשלמא אם המוכר חוזר הרי יש הוכחה דאי בא לידי' זבינא כו' כמ"ש מהרי"ט אבל אם הלוקח חוזר ולא המוכר הרי אין כאן הוכחה דהא המוכר לא צווח א"כ איך יכול הלוקח להוציא מיד המוכר המוחזק הא המוכר יטעון בא לידי כבר זבינא כו' דהא כל מי שחוזר הוא מוציא מיד המוחזק דאם המוכר חוזר הרי רוצה להוציא החפץ מיד

הלוקח המוחזק ואם הלוקח חוזר הרי בא להוציא מעות מיד המוכר המוחזק וא"ל דלמא באמת לא אמרינן דגם המאנה יכול לחזור רק כשנתאנה המוכר מה"ט דהא גם בנתאנה הלוקח קשה הך קושי' גופא אם הלוקח אינו חוזר דלמא ידע ומחיל ואיך יחזור המוכר כמה שכתב לעיל:

ולכאורה יש לדחוק ולחלק דבלוקח בתוך השיעור שנתנו חכמים דהיינו בכדי שיראה כו' הוי הדין דאף אם ידעינן דידע ושתיק יכול לתבוע אונאתו ולא אמרינן דמחל רק אם שמענו שמוחל בפירוש כמו שמבואר בהגהת זקני הרמ"א סי' רכ"ז ס' ו' בהג"ה א"כ לפ"ז י"ל לכך לא חיישינן דלמא ידע ומחיל דהרי אף בודאי ידע לא אמרינן דמחל ולחוש למחילה בפירוש לא חיישינן משא"כ במוכר אם נודע שבא לידי' זבינא כזביני' ושתיק שוב לא יכול לחזור אף דלא שמענו שמחל בפירוש לכך חיישינן לי' דג"ז אינו דהא באמת יש להבין דלמה לא נימא דהלוקח מחל מסתמא כיון דידע ושתיק כמו בהמוכר ואיך מוציאין מיד המוחזק רק דעיקר הטעם הוא משום דאנו תולין שתיקתו כדי שימכר לו עיין שם בסמ"ע ס"ק י"ח ואף דזקני הרמ"א לא ביאר הטעם היינו כמ"ש בהגהת הסמ"ע דאין מדרך מור"ם לבאר הטעמים וז"ב לכך דקדק זקני הרמ"א לומר היה יודע הלוקח בשעה שלוקחו שנתאנה כו' משמע דוקא בשעה שלקחו ולא כשנורע לו אח"כ ודלא כבאר הטיב וז"ב ובביטול מקח אף אם נודע לו בשעה שלקחו אין הדין כן ודו"ק הלכך ליתא החילוק הנ"ל (ובפרט לדעת הב"ח דליתא להאי דינא רק באומר הלוקח כן בפני עדים ועי' בקצה"ח) ואדרבא מהאי דינא גופא מוכח דאמרינן מסתמא אין דרך ב"א למחול דאל"כ קשה אף דנוכל לתלות שתיקתו באיזה דבר מ"מ מנ"ל להוציא מיד המוחזק דילמא שתיק משום דמחיל א"ו דהוא מטעם שכתבתי דאין דרך ב"א למחות רק מהשתיקה מוכח דמחיל וכל היכא דנוכל לתלות השתיקה בדבר אחר לא אמרינן דמחיל וז"ב:

והנה מאופן השני של ר' חסדא ודאי מוכח דלא כמהרי"ט דלמה לומר הטעם דאין הלוקח יכול לחזור משום שלא יהא חוטא נשכר נימא דמעצם הדין אין יכול לחזור דהא כיון דהמוכר לא צוות כלל אין לנו הוכחה שלא ראה כמותו נמכר בשוק א"כ דלמא ראה כמותו נמכר בשוק ונתקיים המקח קודם שנשתנה השער ואין לומר כיון דמ"מ הי' המוכר יכול לחזור דאם היה צווח היה לנו הוכחה שלא ראה כמותו נמכר בשוק לכך מעקרא לא נתקיים המקח קודם שנשתנה השער והיה יכול לחזור הלוקח מחמת האונאה שע"י שינוי השער אי לאו משום שלא יהא חוטא כשכר א"כ בנידון דמהרי"ט נמי יכול המוכר לחזור גם ע"י שינוי השער כיוון דהי' יכול לחזור קודם עכ"פ. ועכצ"ל

דלמאי דנסתלק ההוכח' דלא ידע אמרי' דלמא ראה כמותו נמכר בשוק א"כ לפ"ז לא היה יכול לחזור מעצם הדין גם קודם שנשתנה השער כמ"ש לעיל א"כ הכא בלוקח נמי ל"ל להטעם שלא יהא חוטא נשכר ודו"ק הטיב בכל זה כי נכון הוא בס"ד.

ומה שרצה המהרי"ט להעמיס בלשון הרמב"ן בלא"ה לא נ"ל דאיך יאמר הרמב"ן בהא דמפני שינוי השער א"י לחזור דמנ"ל דחוזר משני שינוי השער והכי הול"ל דתלינן דחוזר מפני שינוי השער וע"ק דהעיקר חסר דהא דא"י לחזור מפני שינוי השער הוא מלתא דפשיטא כמ"ש מהרי"ט:

וא"כ עיקר הרבותא הוא דתלינן בחוזר מפני שינוי השער א"כ העקר חסר והנ"ל בדברי הרמב"ן דנתכווין היכא דמוכר הוא המאנה ולוקח נתאנה ביתר משתות דסובר כדעת התוספות דגם המוכר יכול לחזור ולא כהריב"א.

מי' היכא דנשתנה השער והוקר שוב אין המוכר יכול לחזור דדוקא היכא דחוזר מעיקרא הו"ל כאילו לא כמכר כמ"ש התוס' משא"כ בחוזר רק עכשיו מפני שנוי השער שייך שפיר לומר שלא יהא חוטא נשכר ודו"ק הטיב בזה כי יש לומר לכאן ולכאן וקמ"ל הרמב"ן דאינו יכול המוכר לחזור וכמו דקיי"ל בש"ע סימן רכ"ז ס' יו"ד ועיין בב"ח ובסמ"ע ועוד י"ל דהרמב"ן איירי דהוי היכא דהמוכר אמר בפירוש שרצה למחול לולי שנתייקר השער אח"כ דהוי אמינא דהוי מחילה בלב ולא מהני היכא דלא ברור לכל כמ"ש הקצות החושן בסי' י"ב ס' ח' עיי"ש ואינו דומה היכא דראה כמותו נמכר בשוק דאז ברור לכל מחילתו וכן בלוקח בשהא כדי שיראה לתגר כו' וכך ש ערו חכמים כצ"ל אבל בלא מטי לידי' זבינא כו' רק שהוא בעצמו אומר שהי' בלבו למחול קודם שנתייקר ה"א דלא אהני כיון דלא הי' בריר' לכל בעת מחילתם א"כ הוויין דברים שבלב ועכשיו הא אינו רוצה קמ"ל הרמב"ן דבכה"ג אינו יכול לתבוע משום דכאן מוחל גם עתה אונאה הראשונה ותובע רק מפני שנתייקר ואף שאומר עכשיו אינו מוחל כלל אנן סהדי דהוא אומר כן כדי שיוכל לחזור אבל באמת כיון שמודה שמחל קודם רק מפני שנוי השער תובע א"כ ידעינן דמוחל הקודם ולא חש על האונאה הקדומה רק שצ"ל כן כדי להרויח מה שנתייקר א"כ הרי עתה טענתו ברורה לכל מחילה של אונאה הקודמת וממילא דאינו יכול לתבוע ואינו דומה לעובדא דמהרש"ל דהתם עתה חוזר בו לגמרי משום קטט וכדומה ודו"ק מי' ז"א מתרי ותלת טעמא חדא כיון דעכ"פ קודם שבא לב"ד לא הי' מועיל מחילתו בלב א"כ ברשות המוכר נתייקר ויכול לחזור ע"י שינוי השער ועוד דלא הוי ברירה לכל גם עכשיו דדילמא באמת אינו מוחל בלבו כלל מש"ה גופא כדי שירויח באמת מן הדין מה שנתייקר ולא יגזול אח חבירו ודו"ק:

ועוד דלא הוי ברירה לכל גם עכשיו שמוחל עתה אונאה הראשונה דילמא מה שרצה למחול הי' שלא יצטרך לילך בדינא ודיינא אבל עכשיו שכבר בא לב"ד ושוב אינו רוצה למחול כלל. (ועוד י"ל דכל זמן דהי' סך מיעוט לא חש ורצה למחול אבל אחר שנצטרף לחשבון גדול אינו רוצה למחול גם המועט ודומה לזה עיי' ב"ב ד' צ"ד ע"א אמר ר' הונא אם בא לכפות כו' ושם ע"ב ת"ש דתני רבין כו' ושם צ"ה ע"א ודו"ק וכיון דלא ברירי לכל א"כ הויין דברים שבלב ובודאי לא הוי מחילה אך י"ל דמיירי באמר שבעת מכירתו ידע דזה הוי מחילה אך י"ל דמיירי באמר שבעת מכירתו ידע דזה הוי כדור לי ואכול עמי שכ' החקי משפט בסי' י"ב וזה קמ"ל הרמב"ן ודו"ק הטיב. מי' המעיין בדברי הרמב"ן יראה שאין זה כוונתו וגם לא כמו שפירש מהרי"ק כמו שאבאר לקמן והנה המהרי"ט הקשה לנפשי' דא"כ באונאת שתות דקיי"ל קנה ומחזיר אונאה למה שנוי השער יפסיד להמוכר והוא קושי' עצומה מאוד על דבריו ונכנס ע"י זה לדוחקים גדולים מאוד ע"ש: ויותר טוב הי' לו לומר דבאמת הרמב"ן ורש"י לא אמרי רק על חזרה גמורה שחוזר המוכר לגמרי מן המקח דהיינו בהי' אונאה יתר משתות ונחזור לענייננו דבב"י מבואר כוונת הרמב"ן שאם הוקר השע' אינו יכול לתבוע אונאתו הקודמת דבלא הוקר השע' אמרינן דלא ידע עד עתה ועכשיו נתודע לו ואין להקשות מנין נתודע לו כיון דאין בידו המקח להראות לשום אדם דלזה אמרינן דלמא עכשיו אתרמי לי' זבינא כו' או ראה כמותו נמכר בשוק ותיכף בא לב"ד משא"כ בנתייקר השער בנתיים ואח"כ בא לב"ד דאז אמרינן כיון דלא ידע עד עתה מנין לו לידע עכשיו כיון. שאין החפץ בידו להראות ואין לומר דראה עתה כמותו נמכר בשוק דהא מראיתו של עתה אין ראי' דהי' אונאה בזמן המכירה כיון שנתייקר השער א"כ מניין ידע שהי' אונאה בשעת מכירה שיתבע עכשיו א"ו מדידע ושתיק ומחיל רק עכשיו מפני שכוי השער תובע עי' הטיב בכ"ז בשם הרמב"ן ותראה בבירור שכך כוונתו ולפ"ז לא אמרינן דילמא מחיל רק מחמת הוכחה וגם כן לא שייך זה רק במוכר ולא בלוקח שהחפץ בידו אין כאן הוכחה זו א"כ לא קשה על פירוש זה כל הקושי' שהקשיתי על המהרי"ט ודוק הטיב ומהרי"ט סבור הי' שהב"י ביאר כך דברי הרמב"ן אבל הרמב"ן כתב סתם דנלמד מדברי רש"י שמפני שנוי השער א"י לחזור לכך הוא רצה לפרש פירוש אחר אבל באמת לא ראה מהרי"ט בדברי אסיפת זקנים לב"מ ד' כ"א ע"א שמה שמובא בב"י הוא ל' הרמב"ן ממש אות באות וא"כ אי אפשר לפרש בו פירוש המהרי"ט כלל רק כע"ש והרמב"ן פירש כן לדברי רש"י ע"ש וזה ברור כשמש. וכל מה שהקשה מהרי"ט על דברי הרמב"ן ל"ק כלל לפי מה שבארתי הפירוש הטיב כמבואר למעי' רק מה שהקשה וכי לא אפשר שאמרו לו שכך וכך הי' שוה בשעת המכר

עי' עליו באמת הקשה כן באסיפת זקנים שם על דברי הרמב"ן בשם איזה שיטה והוסיף בקושי' דלמא שאיל בכמה נתייקר וראה שאף שנתייקר נתאנה בשעת המכר ע"ש אבל כונת הרמב"ן א"א לפרש באופן אחר ממה שבארתי וברור דכן הוא ג"כ כוונת הרא"ש בתשובה כדברי הרמב"ן וא"צ להוסיף בדברי הרא"ש כמו שהוסיף מהרי"ט דברי הרי"ף מה שלא הביא הרא"ש וז"ש שאי אפשר לומר שלא ידע עד עתה שהרי נתייקר ור"ל דנימא שלא ידע עד עתה ועכשיו נתוודע לו מפני שראה כמותו נמכר בשוק דהרי נתייקר וא"א לו לידע מזה א"ו דידע קודם וזה דקדק מדברי הרי"ף שכתב הטעם שכיון שהמוכר אין חפץ בידו תלינן דלא ידע עד שראה כמותו נמכר בשוק אף דטעם זה איתא בגמ' הלא מבוא' באסיפ' זקנים דף כ' ע"ב דטעם זה הוא מדברי ר' יהודאי גאון ולא הי' בגמרא בגירסת רש"י רק רש"י כתב מעצמו זה הטעם עיין שם ולכך הביא הרא"ש מדברי הרי"ף וז"ב וממילא דלא קשה מה שהקשה מהרי"ט דמוכח זה מדברי ר' חסדא דאמר אלו לא אונאתן כו' ודו"ק. ועל פירש מהרי"ט קשה מה א"א דקאמר הרא"ש הא אפשר הוא רק שאין כאן הוכחה על זה ולמש"כ א"ש ונ"מ בין פירוש זה לפירוש מהרי"ט לדינא דלפירוש זה אי מברר המוכר שאמרו לו עדים שנתאנה גם בשעת המוכר ותיכף חזר בו יכול לחזו' בו ולדעת מהרי"ט גם בכה"ג לא יכול לחזור בו ודו"ק. ועוד כ"מ שאם משנתייקר עד שחזר הוא זמן קצר מאוד באופן שנוכל לומ' שנתוודע לו קודם שנתייק' ולכך בא לב"ד עכשיו דלא שהא בנתיים רק עד שמצא ב"ד או את בע"ד וכדומה א"כ יוכל לחזו' משא"כ לדברי מהרי"ט.

והנה לענין דינא האמת יורה דרכו דהאמת כהשיטה החולקת על הרמב"ן באסיפת זקנים שם ומ"מ יוכל המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן וכהרא"ש בתשובה אבל כסברת מהרי"ט אינו יכול לומר קים לי כיון דכל חילי' מדברי הרמב"ן וז"ב כשמש דאין כן כוונת הרמב"ן וגם בארנו בראיות ברורות שאין עליהן תשובה דלא כמהרי"ט והוא ממש נגד כל הפוסקים לכך אין המוחזק יכול לומר קים לי ונראה ברור דאף מהרי"ט לא אמרה רק ביש זמן ארוך מאוד דלא מסתבר דבזמן ארוך לא ראה כמותו נמכר בשוק וגם נשתנה השער דזה הוי ממש כמו דאמרינן דשנוי שערים מצוין לכך צריך המתאנה להביא ראי' ה"נ בזמן ארוך מצוי שיראה כמותו נמכר בשוק ובראה כמותו נמכר בשוק סגי כמבואר בש"ע סי' רכ"ז ס' ח' א"כ מש"ז אין צריך הלוקח שהוא מוחזק להביא ראי' דהרוב מסייע להחזקה. ומהני ג"כ בממון כמ"ש רבינו אביגדור הכהן שם במרדכי ס"פ המדיר ודוק דודאי בזמן ארוך ע"פ רוב רואה כמותו נמכר או דמטא לידו זבינא כזביני' וכן מבואר

מלשון מהרי"ט שכ' וז"ל אבל בנתייקר לא מהמנינן לי' שלא נזדמן לידו כל אותו הזמן עכ"ל וכן כתב אח"כ דתימא הוא וכי אחר עשר שנים חוזר ע"ש:
א"כ בזמן ארוך י"ל רובא וחזקה ואמתלא דחזרה לכך אז הלוקח צריך לברר והגבול הוא שיהיה זמן ארוך כ"כ דנראה לב"ד דודאי ע"פ רוב ראה כמותו נמכר כבר קודם שחזר ואעפ"כ שתיק ומחיל כן נ"ל ברור כדעת מהרי"ט אבל בזמן קצר ששייך לומר שלא ראה כמותו נמכר בשוק או שראה ותיכף חזר וודאי דאף מהרי"ט מודה כן נ"ל ברור כשמש.
נאום הק' משה החונה בק"ק אוהעל והגליל יצ"ו.

שאלה קג

אל הארז אשר בלבנון וכו' לה"ה כבוד אהובי ידיד חותני הרב המה"ג הגאון וכו' מוה' משה האבד"ק אוהעל והגליל אדוני אחלי נא יודיעני את שאלתי ובקשתי איך לנטות הדין בדו"ד שבין ראובן ושמעון בא' שקנה סחורה מחבירו על נאמנות שיתן לו ריוח עשרה פרעצענט והלוקח מכר את הסחורה בריוח ועתה טוען הלוק' שנולד לו ריעותא על נאמנות המוכר שישבע לו המוכר אם נתן לו בנאמנות כפי המדובר אולי חישב לו יותר מעשרה פרעצטנט והמוכר השיב אמת אכי נתתי על נאמנות כפי המדובר ואם אין אתה נותן לי נאמנות ולו יהי כדברך א"כ הי' המקח מקח טעות והחזר לי סחורתי שאין אני רוצה לשבע אף באמת והלוקח טוען שהסחורה מכר רק שיחזיר לו העלמתו שהעלים לו ועולה לכמה מאות מפני שזה כמה שנים אשר קנה ואם לא יחזיר ישבע לו ואין אני כותב דעתי בזה מפני הטרחא וגם מפני הטעם הכמוס עמדי וכו' דברי חתנו דו"ש באהבה עזה הק' צבי הירש הכהן גלאנץ:
תשובה תשובתו בצידו הדבר פשוט אצלי כביעא בכיתח' דכיון שנושא ונותן באמונה שיתן לו ריווח עשרה למאה א"כ אדעתי' דהכי הי' המשיכה שנקנה לו המקח על אופן זה שיתן עשרה למאה א"כ המקח קיים על אופן זה ואם אינו מחשב לו באמונה הוי כגונב אצלו בחשבון ובודאי צריך להחזיר לו מה שגנב ואף אם הסחורה בעין אין זה צריך להחזיר הסחורה ולבטל המקח דהמקח קיים רק זה ישלם מה שגנב אצלו ולא מבעי' אם בשעת המקח לא נזכר הסכים כלל רק נדבר ביניהם שיתן לו עשרה למאה על נאמנות שלו ובכך נגמר המקח רק אח"כ מראה המוכר להלוקח החשבון שידע הלוקח כמה יתן לו א"כ אין זה צריך לפנים כלל דהוי רק גניבה בחשבון דהא המקח לא הוי רק על אופן זה שיתן עשרה למאה ולא נזכר מהסכים כלל אלא אפילו במזכיר תיכף גם סכום המעות דהיינו שאומר לו אני מוכר לך באמונה שתתן לי עשרה למאה עולה הקרן

עם הריווח כך וכך וכך אתה צריך ליתן מ"מ נראה דמה שלא חישב באמונה הוי גנבה גמורה דהמקח נקנה על דעת שיחשב באמונה עשרה למאה ומה שגנב צריך להחזיר ולא מצי המוכר לומר אני לא נתרציתי ליתן בפחות מהסך הנ"ל שאמרתי לך ומה שאמרתי לך באמונה שקר אמרתי ומ"מ לא הקניתי לך בפחות מהסך הנ"ל רק שאם תרצה לומר שמקח טעות הי' שסובר היית שהוא באמונה כמו שאמרתי זה תוכל לעשות אבל כיון שאין אתה מבטל המקח אין לך דין ממון עלי' דזה אינו:

וראי' לדבר מאונאה שתות דקנה ומחזיר אונאה ולא מצי המוכר לומר אני לא רציתי למכור בפחות מהסך שאמרתי לך ואם נתאנית אני מסכים לבטל המקח אם תרצה ואני אחזיר לך מעותיך והחזר לי מקחי אבל אם אין אתה מחזיר המקח אין לך תביעת עמון עלי כי אני איני רוצה למכור בפחות וכי בעל כרחי יכול אתה לקנות אצלי ובאמת קיי"ל דאינו יכול לומר כן רק שצריך להחזיר אונאה רק ביתר משתות יכול לומר כן אם המח כה רוצה לקיים במקחו ולתבוע האונאתו יכול המאנה לומר דכיון שמן הדין שם הוא ביטול מקח אבל באונאת שתות אין יכול לומר כן כמבואר למעיין בפוסקי' בח"מ סי' רכ"ז והטעם מובן דכיון שמכר לו מרצונו והתורה אסרה לאנות א"כ נקנה לו בשויו וצריך להחזיר אונאתו א"כ כש"כ הכא שמכר לו בפירוש באמונה עשרה למאה ואסור לו לגנוב א"כ נקנה להלוקח כמו שהתנה עמו ומה שגנב ישלם ועוד ראי' ממה שמבואר בסי' רכ"ז בחו"מ בסעי' כ"ז הנושא ונותן באמונה אין לו עליו דין אונאה ועיין בלבוש שם ובסמ"ע שם שמתחילה לא הי' דעתו על שווי המקח רק על מה שנתן בעדו באמונה ומה שיתן לו ריווח כפי התנאי ואדעת' דהכי נגמר המקח עי"ש א"כ ממילא מובן דמה שמחשב שלא באמונה הוי גניבה וצריך להחזיר לו מה שגנב לו דהרי המקח נקנה אדעת' דהכי וזה ברור כשמש וזה בנודע מה שגנב אבל בלא נודע רק אתרע באמונתו נראה לי דיכול להשביעו בטענת ספק דהרי הוא מורה היתר כמו שטען ובפרט לפי השובת מהרי"ט בנו"ן באמונה הוי המוכר כשליחו של לוקח לקנות עיי"ש בסי' רכ"ז בס' נתיבות משפט א"כ הרי מבואר בחו"מ סי' צ"ו סעיף ד' דנשבע בכה"ג בטענת ספק כנ"ל.

שאלה קד

ב"ה יום ש"ק ט"ו טבת תקס"ז לפ"ק טרנא גראד

להנשר הגדול בעל כנפים בצלו יחיו רבים וילכו באורו אור החיים בכתר תורה וכתר שם טוב מוכתר בעדי עדים. ה"ה כבוד ידידי הרב האי גאון הגדול שבח עוז ומגדול החריף

והבקי בכל חדרי תורה מופת הדור המפורסם לשבח כש"ת מהו' משה נ"י האב"ד דק"ק שינאווי יצ"ו:

בקשתי שאל יקשה בעיני מכ"ת איך עבד אדוני התערב לדבר אל אדוני זה אשר שרים עצרו במילין כנגדו ואנכי איש רש ונקלה נבער מדעת ולא בינת אדם לי ולא אאמין כי יאזין קולי. אך שמעתי כי במקום גדולתו ענותנותו ומדתו מדת תהלה להלוך טוב עם פחותים ולזאת אמרתי אלכה נא ואדרשה מאתו שאלה קטנה ואף בערכי היא גדולה אבל אצל מעלתו הוא בערך קטנה. ואם ישעה אל דברי ויראה לי פנים להוציא ממסגר אסיר. אז ארע כי אמצא חן בעיניו והדבר אשר יקשה ממני אביא אל משה. ומעשה שהיה כך היה חמותי ז"ל הלכה לעדים בחצי מרחשון העבר ואמרה להם אבקש מכם שתכתבו לי צוואה והיתה בריאה אז ולא הזכירה משום ק"ס כי הוא לא היתה יודעה בדין גם הגידה לעדים ובקשה מהם שלא יגלו לפני ועד א' גילה לפני ובקשתי מהם כשתבא להם יקבלו בק"ס ממנה וכן עשו והיא אמרה להם מה לכם לק"ס אם בעצמי אבא על החתום. והשיבו אעפי"כ קבל בק"ס כי המה הורשו ממני ועשתה כך וכתבו הצוואה על נייר פשוט ועד אחד מהם קיים חחימתה והשני עדיין לא חתם ובאיזה יום הראה לי זאת וקריתי בתוכה אחר איזה שעה החזרתי לו וחשבתי בעת שיצטרך לי יעתיק על נייר סטעמפל ובער"ח כאשר חלתה שלחה אחר עד אחד מהעדים הלז ואיש אחר עמו ואמרה להם תדעו שאותו צוואה שכתבתי כבר יהיה בבל ישונה זולת ששינתה בראשונה צותה לעשות פרוכת מיופא אחת והמותר תהיה שלי ועתה חזרה שאני אקנה מטריעה חדשה ולעשות פרוכת עוד שינתה בראשונה כתבה משלש מאות יהי' חלקי הריוח והקרן תהי' קיימת ובשו' אמרה יחלקו הקרן. והלכה לעולמה. אחר מיתתה כתבו והעתיקו העדים הראשונים הצוואה והעד האחר שהי' בחולי' לא ידע מזה והעתקתי אותה אות באות ועתה כאשר ירדתי לדין עם היורשים רצון הב"ד והרב לפסול הצוואה מטעם המבואר בסי' ר"ן סי"ד. ולא כתיב בה יפוי כח. ועמדתי על נפשי להציל אותי משני טעמים א' שמבואר ברמ"א סעי' זה אם המקבל בקש הק"ס ולא הנותן הוי כיפוי כח וכאן היא לא ידעה מק"ס כלל. והעדים ג"כ לא ידעו רק אני בקשתי מהם כנ"ל ועוד לפי דברי הרמ"א שבסוף סי' רנ"ג שעידי הצוואה יכולים לכתוב לכל א' זכותו ולא עשו שליחותן כמבואר בסמ"ע שם ואף אי' בסי' ס"א כל דבר שנהגו הסופרים לכתוב שופרא דשטרא סתם המקבל בק"ס דעתו על המנהג וא"צ למלוך בו ומעתה עדיין יכתבו העדים צוואה אחרת ביפוי כח ואף העדים השני' ג"כ יכולים לכתוב צוואה אחרת כמו ששמעו מפי' וליפות כחי ומבואר סי' רי"ב סעי' ד' צוואה דאפשר לתלות לשון בטעות סופר מבואר

בסי' מ"ט ס"ה בקשתי מאד אודמ"ו נ"י אולי ברוחב בינתו יעלה רפואה למכתי ולהציל העשוק מיד עשקו. כי אומדן דעתה הי' לטובתי ומצוה לקיים דברי המת זולת שהעדים מעלו בי מעל ועל משמרתי אעמודה עד עת בא דברי קדשו אלי אם לא על שכמו אשאנו הכ"ד ידידו המתאבק בעפר רגלו הד"ש ובקשתי להשיב לי תיכף ע"י השליח הלז הכ"ד אברהם שמואל דק"ק נדסמאק:

וז"ל הצוואה היום דלמטה באתה האשה הצנועה מלי' רעכטרין מפה לפנינו עדי הח"מ ואמרה לנו בזה"ל הנה נא זקנתי לא ידעתי יום מותי ורצוני לעשות צוואה האיך יתנהגו בני אחר מותי בעזבון שלי שישאר א"מ בכדי שלא יהיה ביניהם קטטות ומריבות אח"כ ע"כ בקשתי מכם שתכתבו ותחתמו הצוואה שאני מצוה היום בדיעה מיושבת ובנפש חפיצה האיך יהיה החלוקה בעזבון בין בני כמבואר למטה. בני מוה' מאיר מרישא יקח שמונים אדומים בהחשב כ"א י"ח זהו' פ' רק במזומן וקאניק של מרגליות וטושטיכל של גילדן גשטיק יהא ג"כ שייך לבני הנ"ל נכדי האשה רחל ב"ב הנ"ל מרישא תקח שלשים אדומים בהחשב כנ"ל לנכדי אברל ב"ב הנ"ל מפרישטיק תנתן סך עשרים אדומים בהחשב כנ"ל לבתי רחל אשת ר' שמואל לנדסמאן תנתן שבעים אדומים מזומני' בהחשב כנ"ל וגם כל הבגדים שיש לי באין שארית כלל והשטערין טיכל זולת שתעשה פרוכת שתקנה ג' אמות דמשק ותתן בלאג וגם כרים וכסתות וכל השייכים לגופי וכל המטלטלין בדיל ונחושת וכל מה שהפה יוכל לדבר וכל התכשיטין ג"כ הוא שייך לבתי הנ"ל ועוד צותה לאחיה ולקרובי' לתת לבה"כ דפה י"ב זהו' ששה לחלק לענים בכל עש"ק וששה זהו' לייכטינג לבה"כ:

כל הנ"ל שמענו מפיה אשר צותה מרצונה הטוב ונתנה לכ"א מהנ"ל במתכת בריא ובק"ס ושקבלה בפנינו מעדים בק"ג א"ס במנא דכשר למקני' בי' וחתמה עצמה במסה"ק על כל הנ"ל ונעשה בבד"ח ומעכשיו בביטול מודעה ובקשה מאתנו לקיים חתימתה יום ב' ט"ו מרחשון תקס"ז אלי רעכטרון במסה"ק:

בפנינו עדים חתמה האשה מלי' במסה"ק ובקשה מאנו לקיים חתימתה וגם שמענו הצוואה הנ"ל מפי' בכן אשרנו וקיימנו זאב וואלף סג"ל המכונה שו"ב וש"צ ונאמן דק"ק טיגל שמעון שווארצר שמש דבה"כ. עוד רוצים לומר מאחר שכתוב מעות מזומנים אין מטבע נקנה בחליפין ולפי דברי הנ"ל אם כשל עוזר נפל עזור דאם הק"ס תהיה ביפוי כח הוי כאלו אין כאן ק"ס כלל. ועוד אני ידעתי בבירור וגם העדים אומרים שלא שמעו מפי' מזומן זולת הם כתבו מעצמם הלשון הזאת ואפשר בזה המה חוזרים ומגידים:

תשובה הנה מ"ש שרוצים לפסול הצוואה הראשונה משום דלא כתיב בה יפוי כח הנה דבריו משוללי הבנה דז"א רק במתנת ש"מ אבל זו בשעת הצוואה הראשונה היתה בריאה וצריכה קני' דוקא מה ענין יפוי כח לכאן דהיינו שיכתבו שהקנין הוא מוסיף על מתנת' דא הלא בבריא אין זה מוסיף אלא עוקר ואם נימא דהוי כקנין לאחר מיתה דאינו כלום מה מועיל יפוי כח בבריא הלא אין זה מועיל רק בשכ"מ דדבריו ככתובין וכמסורין דמי וכדי שלא יהי' הקנין מגרע מועיל היפוי כח דמורה דלא נכתב רק לתוספ' אבל בבריא אם דא חסר מה קני ר"ל אם הקנין אינו מועיל במה יקנה הלא דבריו אינם ככתובין וכמסורין ומעתה ליתא מה שכתב מעלתו דעדים יכתבו יפוי כח דאין ענין יפוי כח לכאן כלל גם בלא מעלתו דעדים יכולים לכתוב כמו בדבר שנהגו הסופרים לא ידענא דהא אין המנהג כלל לכתוב יפוי כח הלזה לא במתנת ש"מ דלא נהגו לקנות ק"ס משכ"מ ובמתנת בריא אין לו מקום כלל גם מ"ש שהוא בקש הקנין הוי כיפוי כח ליתא לפי מ"ש דהא אז הוי מתנת בריא והקנין הוא עיקר ואם אין קנין לאחר מיתה מה מועיל היפוי כח כ"ש דא"ע היפוי כח כלל למתנת בריא ובודאי דלא הי' אז הקנין ליפוי כח ולתוספות. אבל באמת הצוואה הראשונה קיימת כמ"ש דבעי קנין וא"צ ליפוי כח ואדרב' יפוי כח מגרע דעושה מעיקר רק תוספות והא דאין קנין לאחר מיתה הלא כיון שהוא קנין אף שמורה הלשון שהוא על לאחר מיתה כל קנין הוא מעכשיו והוי כמפורש מהיום ולאחר מיתה כמבואר בסי' רכ"ח סעיף ב' והא דבשכ"מ הקנין מבטל המתנה ולא אמרינן דהוי כמהיום ולאחר מיתה היינו משום דבשכ"מ סתם דידיה הוי כבריא שפירש בהדיא בשעת קנין רק על לאחר מיתה וכן מבואר להדיא בהב"י בסי' ר"ן שכתב וז"ל והרי הוא כברי שפירש קני לאחר מיתה ולא עכשיו כלל דודאי לא קני עכ"ל ובלי ספק דדייק לכתוב כן כדי ליישב קושי' זו וז"ב:

והנה דעת זקני הרמ"א ז"ל שם בסי' רכ"ח סעיף ב' מבואר דקונה מיד אף אם אין מגיע השטר לידו וכן נוטה דעת הב"י כמבואר בב"י על הטור בסי' הנ"ל וגם לדעת הטור דסובר דבעינן שיגיע השטר לידו פירש בו הב"י דבעת שהגיע לידו קונה למפרע מעת הקנין עי"ש א"כ אפילו לא הגיע לידו רק לאחר מיתה מהני ודעת הסמ"ע בס"ק ד' שם דדעת המחבר כהטור מדכתב וכן. ולדעתי במח"כ דהסמ"ע כי רבה היא אין זה דיוק יפה דהא בדין הראשון ודאי אינו זוכה רק מעת שהגיע השטר לידו ולא למפרע לדעת המחבר בסי' ל"ט סעיף י"ג דפסק דלא כאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו וכאן ביש בו קנין אף אם נימא דהמחבר פוסק כהטור דאף שתמה עליו בב"י מ"מ פסק כמותו בש"ע ולא רצה לדחות דעת הטור מש"ז שנעלם ממנו הטעם של הטור מ"מ הלא בזה מפורש

בב"י דאף הטור סובר דקונה למפרע א"כ אין להם דמיון ונ"מ דבתי באם לא הגיע השטר ליד המקבל עד לאחר מיתה והאיך כתב וכן א"ו דמ"ש וכן הוא רק על עיקר הדין דהוי כמפורש מהיום ולאחר מיתה אבל מתי חל הקנין כל חד וחד כדאיתי' שטר כדין שטר מעת שהגיע לידו וקנין קנין כדין וכיון דע"כ צ"ל כן בדברי רבינו המחבר אם כן האי וכן לאו דוקא ואם כן יש לומר דסובר כזקני הרמ"א ז"ל וממילא מוכרח דסובר כזקני הרמ"א ז"ל דהא לפי זה אין לומר דהמחבר סמיך על מה שאמר וכן כמו שאמר הסמ"ע דהא ע"כ מוכרח דהאי וכן לאו דוקא הוא וא"כ כיון דסמיכה זו בטלה ממילא מוכרח מהמחבר כמו מדברי זקיני הרמ"ה דלא בעינן מטא לידו מדכתב סתם מיד ולא הזכיר דהיינו אחר שימטה לידו כמ"ש הסמ"ע בעצמו בשלומ' בדין הראשון א"צ להזכיר דבכל שטר בעינן מטא לידו אבל בקנין הנ"ל צריך להזכיר חידוש גדול כזה דראה זה חדש הוא דבכל קנין א"צ שיגיע השטר לידו א"ו דדעת המחבר כזקני הרמ"א ז"ל דלא בעינן מטא לידו וחולקים על הטור ובאמת הטעם שכתב הסמ"ע הוא דחוק ומנ"ל לבדות סברא כזו כיון שאין לה סמך מהגמ' גם דברי הב"ח דחוקים בזה במח"כ ולדעתי אין לזוז מפסק המחבר וזקני הרמ"א ז"ל כי בלי ספק הכל בכתב מיד ה' השכיל עליהם ומיהו נראה ברור דאף הסמ"ע מודה לדינא דהב"י עכ"פ בזה דמעת שהגיע לידו זוכה למפרע רק שכתב שללא צורך פ' כן בהטור ור"ל דהב"י כוונתו ליישב לשון מיד שכתב הטור לפי דעת הטור דאינה זוכה עד שיגיע השטר לידו א"כ איך כתב מיד לכך פ' דכשיגיע זוכה למפרע מיד וע"ז כתב דבלא זה א"ש דמיד ר"ל דלא הוי קנין לאחר מיתה אבל על הדין של הב"י לא נחלק הסמ"ע והדין דין אמת ודי בחידוש זה דבעינן שיגיע השטר לידו והבו דלא להוסיף עליו הוא וכן משמע מהלשון שכתב ללא צורך וזה ברור כשמש בס"ד:

מיהו מה שאמרו מכח אין מטבע נקנה מחליפין יפה דברו וגם יש לשדות נרגא בהצוואה הראשונה מכח מה שכתב מעלתו שאמרה להעדים שלא יגלה לפני מעלתו א"כ לא הוי כמתנה גלוי' רק כמתנה טמירת' ולדעתי כשמצוה הנותן שלא לגלות להמקבל מגרע גרע משאר מתנת טמירת' לפי הטעם שכתב הסמ"ע בסי' רמ"ב ס"ק ה' ואין זה כסתם המבואר שם בסעיף מיהו נראה דמה שאמרה אח"כ בפני עדים שלא ישנו מהצוא' אשר מכבר א"כ דל המתנ' הראשונ' אשר מכבר הכא הרי עכשיו דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי כל מה שהזכירה בצואה הראשונה ומראה מקום הוא להם שמסכמת עכשיו להם ליתן כל מה שנתנה בראשונה דעד כאן הקנין אינו מגרע רק כשהוא בשעת מעשה דמורה שאינה רוצה בתק"ח כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ן ס"ק נו"ן אבל בהק"ס שהי' כשהיתה בריאה אין כאן גילוי דעת דאינה רוצה בתק"ח א"כ עכשיו אם המתנה הראשונה בטלה הרי

דברה בעת חלי' וכבר תקנו חכמים שכל דברי שכ"מ קיימין אף שהוא לא ידעה שמתנה הראשונה בטלה ולא נתכוונה לתק"ח מה בכך וכי תק"ח צריכה כוונה הגע בעצמך אם איש המוני וכפרי דגם בברכת המוציא לא גמיר דאנן סהדי דאינו יודע משום תק"ח האם נימא דמתנתו כשהוא שכ"מ לא יועיל זה ודאי דבר שאין לו שחר רק אם יש גילוי דעת שאינו רוצה להקנות בתק"ח אינו מקנה אבל כאן שאין גילוי דעת תק"ח קיימת והרי הסכימה עכשיו להמתנה הראשונה אף דהרי שינוי ה"ל בקנין והקנין בטל מ"ע המתנה קימת דהרי הסכימה עכשיו להמתנה הנ"ל ועוד דמה שאמרה עוד הפעם בעת חלי' שלא תשנו כנ"ל מורה שחששה אולי אין חיזוק להעשי' הראשונה תועיל העשי' של עכשיו דאל"כ למה חזרה הדברים בעת חלי' וכ"ש הוא וק"ו ב"ב שק"ו מה דקיי"ל דורשין לשון הדיוט דודאי כאן כל בעלי דעת יודו דעיקר חזרה רק משום זה ואין לומר דעיקר חזרה משום הדברים ששינתה מצואה ראשונה א"כ הוא הנותנת מדשינתה הרי הדברים מורין דהי' בדעתה שיכולה לשונות מהקודם והעיקר מה שתדבר עכשיו אף דהראשונה היתה בקנין ועכשיו בלא קנין הרי מבואר דלא חשה על הקנין ולדעתי הוא כמ"ש זקני הרמ"א ז"ל שם בסי' ר"ן סעיף י"ז בהג"ה והוא מתשובת הריב"ש דאם אמר אחר הקנין שתתקיים המתנה הוי כיפי כח והיינו ודאי משום הא שכתבתי דדל המתנה הראשונה מכאן הרי נותן אח"כ במתנת שכ"מ דמה שאמר שתתקיים המתנה לא אמרינן דאומר אח"כ לדעת הראשונה שתהא קיימת המתנה מכח הקנין והיינו ודאי משום דא"כ למה כפל הדברים א"ו דכוונתו עכשיו לחזק הענין אף בלא קנין ואף די' גילוי דעת קודם שאינו רוצה בתק"ח אמרינן הוכיח סופו על תחילתו דלא הי' רק ליופי כח וזה ברור למעמיק דברי זקני הרמ"א ז"ל ואפשר הדבר מפורש בתשובת הריב"ש כמ"ש דתשובת הריב"ש אין בידי לעיין בו וא"כ ק"ו בנד"ד דלא הי' גילוי דעת מעולם דאינה רוצה בתקנת חכמים דמתנה קיימת והיא ראי' ברורה בס"ד ואין לומר דכיון שהעדים שהי' אצלה בעת חליו לא ידעו מה הוא הצוואה הראשונה א"כ אינם מועילין בפ"ע ועדי צואה הראשונה ג"כ אינם מועלים מטעם דמטבע אין נקנה בחלופין א"כ רק ע"י צירוף יתקיים מתכות המעות א"כ הוי כת אחת מעידה שראו שער אחת דימינו וכת השנית מעידין שראו שער אחת בשמאלו דאינם מצטרפין דכל אחת מעידה על חצי דבר דז"א דהכא כת אחת על שנה ראשונה בשני חזקה וכת אחרת על שני' וכת אחרת על שלישית מצטרפין לשני חזקה וכבר הקשה זה הסמ"ע בסימן למד ס"ק ל"ט ואני הוספתי בקושי' מהא דקימ"ל דאם עדים אחרים מעידין על ח"י עדים דשטר צריך שני עדים על כל חתימה דעל כתיבה הן מעידין ולא על מנה שבשטר ומהני כת אחת על חתימה אחת וכת אחרת טל חתימה

אחרת א"כ הרי כל אחת העידה על חצי דבר דהא אף לפי דברי כל כת אין כאן רק עד אחד חתום ועדיין אין כאן תשלומין ואין דומה לעידי השטר עצמן מעידין על כת"י דעל מנה שבשטר הן מעידין א"כ אף שאין נאמן ע"א מ"מ לפי דבריו שהלוה הרי חייב לשלם ואין דומה למעידין על שער אחד דאף לפי דבריהם אין כאן גדלות אבל בעדים אחרים דאף לפי דבריהם שיש עד אחד חתום על השטר אין כאן דבר שלם לתשלומין ולמה מצטרפין בכה"ג עיין בחושן משפט סימן ע"ו סעיף ט' דהשלשי מצטרף ואמאי הלא שנים הראשונים לא העידו כ"א על חצי דבר והנה עפ"ז תירץ הסמ"ע שם דשם ראה כל מה שהי' יכול לראות בשנה זו והנה דברי סמ"ע הנ"ל מפורשין ברשב"ם לב"ב פרק חזקת הבתים דף ט"ו ע"ב ד"ה אלא האי דבר ושם מבואר בבאור יותר דדברי הסמ"ע נראין לדוחק והרשב"ם מעתיק הדברים עד שנראה בעליל שהו חדוש מרווח ואמת ולפ"ז גם קושיתי זה ל"ק דגם החתימות חותמין זה אחר זה ולא בב"א מסתמא א"כ לפי זה גם בנד"ד אין כאן חצי דבר כיון דכל כת שמעה מה שהיתה יכולה לשמוע בעת ההיא ועי' הרב אלפסי ז"ל בפרק חזקת הבתים שם הביא לקושיא זו בשם רבותיו ומתרץ לה ומסברא דנפשי' דבעידי חזקה דבר מעלי' הוא דהא מחויב לאהדורי לפרי אי לא אתי' כת שלישית וכן בכת שלישית אי לא דינה דחזקה כו' עיי"ש וכן יש לומר אי לא הראשונה כנ"ל וכן כתבו התוספות שם בפ' חזקת הבתים דף ט"ו ע"ב בד"ה אלא למעוטי בשם הרשב"א ונהירנא כי אמרתי לתירוץ הנ"ל מסברא דנפשי' קודם שראיתי דברי האלפסי והתוס' הנ"ל ואח"כ כשראיתי דבריהם אז שמחתי והנה בזה אמרתי לישב קושיתי דהא קיימ"ל בחו"מ סימן כ"א דע"א בשטר זוקק לשבועה ואף דאי' שם בסי' נ"א ס' ב' דאם טען פרעתי נאמן בשבועה היינו דסובר דלא הוי משויל"מ דלא שייך בזה שטרך בידך מה בעי כמ"ש הש"כ שם בסק"ג וא"כ ממילא דאין צריך להמיגו דלא לויתי דלהוי מיגו במקום היכא שצריך שבועה נגדו בזה היסוד של משויל"מ אבל מודה דזקוק שבועה כשטוען לא לויתי אם כן הוי דבר שלם דכשמתקיימת חתימה אחת הרי זקוק לשבועה כן נ"ל ברור דאף מאן דלא מודה לתירוץ האלפסי והרשב"א יודה לתירוץ זה דהתם כל כת הנ"ל דבר שלם היפך האמת דהא מזכין את המחזיק איך נימא דהוי דבר שלם דהא מחויבים הלא עכ"פ למה שאנחנו בו לענין הזיכוי הוי כאומר חצי דבר כנ"ל ברור דעת הנוטים מתירוץ זה ובאמת מסתבר כן אבל כאן למה שבאין לחייב את הלוה הוי כאו' דבר לחייבו שבועה עכ"פ ושבועה אתי' לכלל ממון אם לא כשבע ובפרט בכה"ג אמרינן דודאי לא הוי נשבע לשקר דהא נתברר עכשיו ע"פ עדים דשטר כשר הוא כנ"ל ברור לדעתי ואם כן נחזור לענייננו דאם נימא כתירוץ הרי"ף והרשב"א א"כ בנ"ד הוי חצי דבר

דהרי מה שמעידין הראשונים על מעות מזומנים לאו כלום הוא ואין תועלת כלל בעדותן דאין מטבע נקנין בחליפין ועדות אחרונים לבד דאין תועלת כלל בעדותן דלא ידעו מה הוא הלוואה הראשונה מיהו תוס' בב"ק פרק מרובה דף ע' ע"ב בד"ה למעוטי כתבו בשם ר"מ לדחות הך תירוצא דרב א פסי ומכח הא דגיטין פ' התקבל עיי"ש מיהו הנימוקי יוסף סם בפ' חזקת הבתים תירץ להא דפרק המקבל דלא קשה מזה להא דרב אלפסי עיי"ש וכן תירץ הרמב"ן בחידושיו לב"ב שם בדף ט"ו ע"ב להך קושיא דמפרק התקבל על האלפסי במ"ש הב"י א"כ אין מזה הכרעה כ"כ מיהו הרז"ה ז"ל בספר המאור בפ' מרובה ובפרק חזקת הקשה קושית נאותה על האלפסי ראוי אליו והוא דלפי הה"א דגמ' דפר' מרובה דלא ידע מהאי סברא דכיון דעידי גניבה ל"צ לעידי טביחה דבר קרינא בי' אלא דהי' סובר כיון דעידי טביחה צריכה לעידי גניבה הוי חצי דבר א"כ אמאי אמר לימא דלא כר"ע הא כרבנן נמי לא אתי לפ"ז דהא עידי טביחה לחוד בלא עידי גניבה אין תועלת כלל ועפ"ז הכריח ממש כפירוש הרשב"ם עיי"ש והא דתירץ במלחמות בפרק מרובה דבהאי הוי סובר דרבנן לא דרשי כלל ולא חצי דבר דאל"כ מתניתין מני רק לבתר דמסיק כסברת אביי ממילא אמרינן דגם רבנן סברי כן עכ"ד הנה באמת ליישב דברי האלפסי להציל מפי ארי הרז"ה ז"ל כחו יפה דלא להוי קושיא עצומה כ"כ אבל באמת הדין עם הרז"ה ז"ל דמדפריך בפשיטות שם בפ' מרובה ובפ' חזקת הבתים שם ורבנן האי דבר ולח"ד מאי דרשי בי' ש"מ דמילתא דפשיטא היא דדרשינן ולא חצי דבר והיינו עשום הא שכתבו התוס' שם בפרק חזקת ד"ה ורבנמ כו' דבר מיותר הוא עיי"ש דאם הי' סברא לומר דלא דרשינין כלל אם כן מה מקשה ורבנן כו' למעוטי מאי דילמא לא דרשו כלל ולא ח"ד ומנ"ל להקשות א"ו דמילתא דפשיטא היא דודאי דרשי ולא חצי דבר ואם כן ממילא דראיית בעה"מ נכונה מאוד ובלי ספק דמש"ז לא ניחא להרמב"ן ז"ל גופא פירוש הרי"ף וע"כ כתב בפר חזקה וכתבנו בלשון אחר טוב מזה ומזה וכן בפר' מרובה כתב והרוצה לעמוד על עיקר יבא ויסמוך על דברי רבינו שלמה ז"ל בפירוש דבעל המאור נאמן בעדותו דהרב אלפסי ז"ל בתשובה עירב בתוך דבריו דבעינן שתי שערות במקום אחד היינו ודאי משום דהרגיש דתירוצו אינו מספיק ויפה כתב בעה"מ דהעירוב אינו מועיל כלום ומבואר למעיין ואם כן כמעט הדבר מוכרע דלא כתירוץ של הרב אלפסי והנה מה שהקשה במלחמות שם בפרק מר בה על פי' של בעל המאור שהיא כפירש הרשב"ם למעיין היטב בהרשב"ם יראה במח"כ דהרמב"ן כי רם ונשא הוא ואיני כדאי לישא שמו על שפתי דכאו קושי' דהתורה גזרה ולא חצי דבר היינו כשרואין ח"ד ממה שיש לראות וזה ברור והנה שיטה שלישי בזה הוא שיטת רש"י ז"ל בפ' מרוב' שם בד"ה

אכתי קטנה כו' שם אבל לגבי חזקה כולהו מעידין שהי' מוחזק בה עכ"ל וביאר דברי רש"י תמצא במלחמות שם בפ' מרובה ובחידושי הרמב"ן לב"ב שם בדף ט"ו ע"ב עי"ש דבריו כי נעמו ומ"מ כד דייקת בה טוב' האמת יורה דרכו דפירוש הרשב"ם ובעה"מ והר"י בעל התוספות ז"ל הוא המרווח דבאמת כמו דשערה אחת לאו כלום לענין גדלות. ה"נ שנה אחת לאו כלום לענין חזקה מאי אית לך למימר דאחת אתתלת' דשלוש א"כ ה"נ נימא בשערה אחת אתחלת' דשנים ומ"ש זה מזה. וע"ש במלחמות דבשערה אחת אפשר שגם בקטנה שבקטנות יהי' לה שערה אחת הוא ממש היפך החוש דשיער במקום סימנים אינה מצויה בקטנים ומה לי זכרים ומה לי נקבות הלא אין הפרש בניהם רק שנקבות ממהרין להביא שנה אחת קודם לפי קבלת חכמינו ז"ל:

ונראה לי ברור דלפירוש רש"י הנ"ל גם כן בנד"ד לא הוי חצי דבר דהא אלו האחרונים מעידין שהסכי' בחלי' להמתנה של הצוואה הראשונה וא"צ רק לגילוי מילתא מהראשונים. מה הוא והוה ממש עכ"פ התחלה של עדות והמתנה כמו בעדי שנה אחת דהוי אתחלת' דחזקה ואף דעדות הראשונים לחוד אין בהם ממש כמו שהעידו לענין המעות מ"מ כיון שהעדים השנים מקרי דבר א"כ עתה גם הם מקרי מעידין על דבר כיון דלפי עדותן של השנים דמעידין על דבר יש תועלת רב בעדותן דהא ודאי מטעם זה לא אמרינן בפ' מרובה שם דאף לר"ע סגי בהעיד' כת אחת מהן ע"ד כמו דאית' שם כיון דעידי גניבה ל"צ לעידי טביחה כו' ובעז"ה דברי ברורין מאוד למעמיק בתי' הגמרא בפ' מרובה הנ"ל ובפי' רש"י הנ"ל שביארו הרמב"ן ולדעתי לא יכחיש זה רק מי שירצה להכחיש האמת כנ"ל ברור גם לדעת רש"י והרמב"ן אבל האמת אהוב מן הכל דהעיקר כהרשב"ם והב"י והרז"ה וגלוי' לכל מי שש קל הדברים כהוגן מתון ומסיק ויפה כיון הסמ"ע דתפיס רק תירוץ זה והנה כתוב ועיין מ"ש עוד ישוב בזה בפרישה ע"כ והנה ספר הפרישה על חו"מ אין בידי אבל ודאי העיקר בעיני להלכה ולמעשה מה שקבע בספרו הסמ"ע שעל הש"ע וגם הב"ח בס"ס למ"ד תפס תירוץ זה לעיקר ומינה אין לזוע א"כ היוצא מתה דאין בזה משום דוח"ד וב' לע"ד ועיין בתוס' מסכ' גיטין דף ס"ג ע"ב דיבור המתחיל אפילו הן הראשונים ודו"ק ועיין בקונטרס הגאון מוה' חיים יונה בענין דבר ולא חצי דבר מ"מ עדיין יש לפקפק כיון דבחלי' לא אמרה רק סתם שלא ישנו מן הצוואה ולא פירשה מה וסמכה על עדים הראשונים ועדים הראשונים כבר נזהרו שלא יגלו לחתנה אם כן הרי השני' ג"כ מתנה טמירתא היא מי' אחר שובי ניחמתי דבמה שהזהירה שלא יגלו לחתנה אין בזה משום מתנה טמירתא לענין המתנה דידי' לכ"ע לטעם הרשב"ם במתנה טמירתא שמא נתנה לאחר לכך צוה להסתיר כדי שלא יתודע

להמקבל הראשון אם כן אם אינה מצוה להסתיר רק ממקבל של עכשיו לא שייך זה לטעם הסמ"ע בס"ק ה' רמ"ב ג"כ נראה ברור דלא שייך זה בצוה להסתיר רק ממקבל דהרי מבואר שם בסמ"ע רמ"ב ס"ק י"ב דאמרינן דאין כוונתו רק להחניף עיי"ש אם כן בצוה להסתיר רק ממקבל הרי ודאי דאין הכונה להחניף רק לאמת אך הטעם שצוה להסתיר ממנו הוא כדי שלא יבקש יותר וז"ב ל"ד:

שאלה קה

לבאר דעת רבותינו בעלי התוס' בגזל עכו"ם אם אסור מדאורייתא או רק מדרבנן ועיין בש"ע חו"מ סימן שכ"ט סעיף א' ובש"כ שם ס"ק ב' ועיין בש"ך לחו"מ סימן שמ"ח ס"ק ב' ועיין בגמרא מס' ב"מ דף ס"א ע"א שם למה לי לאו בריבית כו וע"ש בתוס' ד"ה לעבור עליו בשני לאוין כו' ע"ש בסוף הדיבור ז"ל וי"ל דהוי אסרינן גזל העכו"ם ואכלת את כל העמים כו' ע"ש ועיין בפסקי תוס' של הדבור הנ"ל דכתב שם לפסק הלכה גזל עכו"ם אינו מותר ועיין בספר של הגאון מהרא"ב שהוא כ' בזה"ל בשם פסקי התוס' גזל העכו"ם אינו מותר אלא בזמן שמסורים בידך עכ"ד ועכשיו בדפוסים שלנו החסירו קצת תיבות. והוא תמיה גדולה דהא בתוס' הנ"ל מבואר ההיפוך דאם כוונת בעל פסקי התוס' דמדרבנן הוא דאסור למה תולה פסק זה בדבור זה דלא מיירי התוס' כאן כלל מן האיסור דרבנן א"ו דכוונתו מן התורה אינו מותר כמ"ש התוס' מדיוקא דקרא ואכלת את כל העמים אשר ה' נותן לך דהיינו בזמן שמסורים בידך ולא בזמן שאינם מסורים בידך ועל זה קשה דהלא כוונת התוס' הוא דאי לא רעך הוי אמרינן כן לכך כתב רחמנא רעך דאף שאינם אסורים שרי וא"כ מסקנת התוס' כאן דגזל עכו"ם שרי וכבר עמד בזה הגאון מהרא"ב בספרו אשל אברהם אך מה שמישב לפסקי התוס' הנ"ל איכו מובן כלל כידוע ונראה לכל דהתלמידים שבשו הספר הנ"ל ומשגיש אורחי' ונעל נתיבו:

והנ"ל בזה דוודאי המעיין בב"ק דף ל"ח ע"א ושם בתוס' ד"ה עמד והתיר ממונן ובדף קי"ג שם בב"ק ובב"מ ד' קי"א ע"ב יראת לכאורה דהסוגיות סתרי אהדדי דהסוגיא דב"ק ד' ק"ד דגזל ממש אסור דאם גזל ממש מותר מה צריך לומר דפטור על נגיחת שור של ישראל לשורו של נכרי וכמ"ש התוס' בד"ה עמד והתיר וכן מבואר בהסוגיא דב"ק דף קי"ג דגזל ממש אסור ובב"מ דף קי"א מבואר דגזל עכו"ם מותר וע"ש בב"ק קי"ג ע"ב בתוס' ד"ה דלא ימשכנו דלא תירצו דבר ברור וע"כ נ"ל כמ"ש היש"ש בסוגיא דב"ק ד' קי"ג שם דבאמת גזל עכו"ם ממש אסור מדאורייתא מואכלת כו' והא דאיתא בב"מ למשרי גזילו היינו מכלל הלאו דלא תגזול ואין בו רק איסר עשה דואכלת כו' דלאו הבא

מכלל עשה עשה א"כ א"ש ואין כאן שום סתירה ומה שהקשה ע"ז היש"ש הלא כל התורה כולה לישראל נאמרה כבר תמהו עליו דודאי לישראל נאמרה שאסור להם אף גזל עכו"ם וזה ברור אבל דעת התוס' בסוגיא דידן דרעך מתיר לגמרי גזל עכו"ם דאל"כ לא הוי מתרצים מידי במ"ש דהוי אסרינן מואכלת את כל העמים ודוק.

ועכשיו נחזור לישב דברי בעל פסקי תוס' הנ"ל שהי' גאון קדמון מיני' ובי' דנ"ל דעיין בעל פסקי התוס' והיטב גריס דהלא זקני הגאון מהרש"א ז"ל הקשה על קושית התוס' שהקשו והיכי ס"ד למימר דגזל עכו"ם אסור דאצטריך קרא למעוטי כו' ע"ש הלא אי לא כתיב רעך הוי מוקמינן לה בגזל גופא ובגזל עכו"ם דלא אתי מריבית ואונאה ע"כ קושית זקני הגאון הנ"ל וכתב ע"ז וי"ל ולא ביאר היטב וידוע דהיכי דכותב בסתם ויש לישב כוונתו לאיזה תירוץ מיני' ובי' באותו סוגיא ולכך לא ביאר וסומך על המעיין שימצאנו לכשידקדק בהסוגיא ונ"ל כוונתו כאן דהא כתבו התוס' בתירוצם לעיל בסמוך דלהכי אפקי' רחמנא בלשון גזילה לומר דגזל עכו"ם שרי וא"כ לפ"ז קשה שפיר לא לכתוב לא ה' ולא ואו ר"ל לא לפקי' בלשון גזילה ולא יכתוב רעך כנ"ל ברור אך קשה הא אצטריך לאפקי' בלשון גזילה דלא מצי לאפקי' בלשון עושק דהא לעיל על תירוץ התוס' דלא לקי אלאו דגזל משום דניתק כעשה הקשה זקני הגאון מהרש"א ז"ל הא עושק כמי ניתק לעשה הלא כתיב גבי' והשיב את העושק אשר עשק ותירץ משום דהלאו בלשון גזל והעשה בלשון עושק לא הוי ניתק לעשה ע"כ דברי זקני הגאון הנ"ל וא"כ לפ"ז אם הוי נכתב בלשון עושק הוי ניתק לעשה בעושק והוי אמרינן איפכא דקאי אגזל דבגזל לא הוי ניתק לעשה וע"כ צ"ל דמה שמתרצים התוס' ואפקי' בלשון גזילה כו' היינו אף דאצטריך לאפוקי' בלשון גזילה כמ"ש מ"מ כיון דאפקי' בלשון גזילה יהי' מאיזה טעם שיהי' ורעך לא אצטריך לכובש שכר שכיר מוקמינן לי' בגזילה כנ"ל ברור א"כ מ"מ נשאר הקושיא מאי מקשים התוס' כאן ולכאורה נ"ל דהתוס' מקשים שפיר דע"כ מוכרח דליכא למימר כך דקרא איירי רק בגזל עכו"ם דאם הוי מצינו למימר כך הוי קשה באמת מנ"ל לומר בב"מ ד' קמא ע"ב דגזל עכו"ם מותר דלמא כולה קרא בעושק תבעי ואף דלא אצטריך רעך בעושק הלא אצטריך מש"ז גופא דלא נימא דאיירי בגזל עכו"ם דהא כבר כתבנו דאצטריך לאפוקי בלשון גזל א"כ הוי טעינן לומר דאיירי בגזל ממש ובגזל עכו"ם דלא אתי מריבית ואונאה לכך אצטריך רעך להורות דלא מיירי בגזל עכו"ם וממילא מוכח דאיירי קרא בכובש שכר שכיר א"ו צ"ל דלא מסתבר לומר דאיירי רק בגזל עכו"ם וא"כ מקשים התוס' שפיר כך י"ל לכאורה אבל זה אינו דאין זה הוכחה דאף אם נימא כך דרעך אצטריך לכובש ש"ש מ"מ גזל עכו"ם מותר דלא אתי מריבית ואונאה כקושית התוס'

ובל"ז ודאי דצ"ל כן דאל"כ קשה דלמא בגזל איירי וכולה אצטריך רק כדי לכתוב רעך למעט גזל עכו"ם א"ו צ"ל דל"צ קרא להכי דמהיכי תיתי לאסור וא"כ ה"נ לענין נידון דידן י"ל דבאמת מפרשינן דרעך דגבי גזל אצטריך רק כדי להורות דאיירי בכובש ש"ש ומ"מ גזל עכו"ם מותר דמהי תיתי לאסור ואין להקשות דאיך נוכל לומר דרעך לא אתי למעוטי גזל עכו"ם רק כדי להורות כובש ש"ש כמ"ש דא"כ מ"מ קשה רעך דכתב בעושק גופא למעט עושק עכו"ם למה לי הא כבר נשמע מרעך דכתיב גבי גזל דמוכח דאיירי בכובש ש"ש דגם זה לק"מ דמרעך דכתיב גבי גזל לא נשמע מיעוט לפי מה שכתבתי רק דאתא להורות דהפסוק הנ"ל איירי בישראל כדי שנדע דאיירי בעוסק אבל מ"מ הוי י"ל דקרא דלא תעשוק איירי בכל גוונא לכך אצטריך מיעוט כנ"ל והא דאמר בגמרא ב"מ ד' קי"א ע"ב חד למשרי גזילו י"ל דה"פ דאם לא כתיב רעך ה"א דהקרא אתא לאסור גזל עכו"ם לכך כתיב רעך דלא איירי בגזל עכו"ם רק בכובש ש"ש כמ"ש וממילא דשרי גזל עכו"ם והא דאמר שם וצריכא כו' היינו משום דגם אם אמרינן דגזל עכו"ם מותר מכח דאתי מריבות ואונאה קשה למה לי בעושק נילף מגזל וריבית ואונאה וכן קשה להיפך למה לי בריבית ואונאה דילפינן מינייהו גזל נילפו כולהו להתיר בעכו"ם מעושק וצ"ל הצריכות הנ"ל אך דלשנא דגמרא דהתם הוא כפי פשט הפסוק דאיירי בגזל אבל כל הענין א"ש אף לפי האמת דאיירי בעושק והבן זה וא"כ הדרא הקושיא לדוכתא דלא הקשו התוס' ולא עידי ומיהו לק"מ דאעפ"כ מקשים התוס' שפיר דנראה לומר דהתוס' סברי בכאן כמש"ל דגזל עכו"ם אסור מדאורייתא רק דאמעיט מלאו כמש"ל כמבואר מהסוגיות א"כ לפ"ז קשה למה לי למעט מלאו מה"ת לומר שיש בו לאו דהא לא דגזל לא נלמד רק מריבית ואונאה ואינו רק בישראל ואם נימא כמ"ש זקני המהרש"א ז"ל דאי לא הוי כתיב רעך ה"א דאיירי רק בגזל עכו"ם דלא אתי מריבית ואונאה א"כ קשה לפי האמת לוקמי הלאו בגזל גופא ואף דכתיב רעך ליכא לאוקמי בגזל עכו"ם ובגזל ישראל לא אצטריך כיון דכבר נלמד מריבית ואונאה ולעבור בב' לאוין ליכא למימר כיון דגזל הוי ניתק לעשה ולא לקי אפושי בלאוין למה לי אכתי קשה מנ"ל לאוקמי קרא דמפורש בגזל לכובש ש"ש יותר טוב למוקמי העשה דוהשיב את הגזילה לגזל עכו"ם כמו דהוי מוקמינן הלאו אי לא הוי כתיב רעך דהא בהעשה לא כתיב רעך וכבר כתבנו דרעך דכתיב בהלאו אינו מתיר לגמרי הגזל בעכו"ם רק ממעט מלאו וממילא נוקמי הלאו בגזל ממש ואף דכבר נלמד מריבית ואונאה נימא דהוא כדי לעבור בגזל בב' לאוין וא"ל הא לא לקי כיון דהוי לאו הניתק לעשה הא לפ"ז לא הוי ניתק כיון דהלאו איירי בגזל ישראל והעשה בגזל עכו"ם והבן כי הוא קושיא עמוקה ונכונה בס"ד וע"ז תירצו התוס' שפיר דהוי אסרינן

גזל עכו"ם בלא זה מואכלת את כל העמים והיינו איסור עשה דלאו הבא מכלל עשה עשה וא"כ העשה ליכא לאוקמי ע"ז דתרי עשה למה לי אבל הלאו הוי מוקמינין שפיר בגזל עכו"ם אי לא כתיב רעך אבל העשה אי אפשר לאוקמי בעכו"ם כיון דכבר ידעינן העשה מואכלת דמשמעו דבאינם מסורים בידך אסור לאכלם ולהנות משלהם בלי רצונם וממילא צריך להחזיר א"ו דהעשה בישראל איירי וא"כ א"ש הכל כמ"ש וא"כ לפ"ז עולה פסק התוס' דוודאי גזל עכו"ם אסור מדאורייתא מואכלת ולא צריך לעשה אחרית' וא"כ יפה כיוון הגאון בעל פסקי התוס' והוא כפתור ופרח בדעת בעל פסקי התוס' בס"ד:

מיהו הגם שזה נכון לישב פסקי תוס' הנ"ל מ"מ יש מקום לומר דלא כבעל פסקי התוס' שהרי כל היסוד הוא על תירץ של זקני מהרש"א כו' דמש"ה לא אמרינן בכובש ש"ש דהוי ניתק לעשה משום דהלאו בלשון גזל והעשה בלשון עושק ועי"ז נצמח הקושיא שכתבתי על קושית התוספ' שהקשו למה לי רעך כמו שהקשה זקני מהרש"א ז"ל הא אי לא רעך הוא מוקמינן בגזל גופא ובגזל עכו"ם דליכא למימר לא ליפוק בלשון גזילה ולא יכתוב רעך כמ"ש בכוונת זקני הגאון הנ"ל במ"ש וי"ל דהא אצטריך לאפיק בלשון גזילה כדי שלא יהי' הלאו בלשון העשה וע"כ צ"ל כע"ש וממילא נכונים דברי בעל פסקי התוס' כמ"ש אבל יש מקום אחר לישב קושית זקני ז"ל במה שהקשה הא בכובש ש"ש נמי הוי ניתק לעשה באופן אחר ממה שתירץ זקני הנ"ל והוא דהא איתא במס' תמורה דף ד' ע"ב בגמרא דלכן לוקין על לאו דתמורה אף דהוי ניתק לעשה משום דצא אתא חד עשה ועקר תרי לאוי עי"ש א"כ לפ"ז א"ש ולא קשה קושית מהרש"א ז"ל דבשלמא כי מוקמינן הלאו בכובש ש"ש לקי שפיר משום לאו זה דלא אתי חד עשה דוהשיב את העושק ועקר תרי לאוי דהא שני לאוין של עושק כתובין הם בתורה דהא התוס' סברי דלאו דאתי באם אינו ענין לוקין עליו אבל אם מוקמינן בגזל לא לקי כלל דחד לאו אתי מריבית ואונאה ואין מזהירין מן הדין כמ"ש התוס' שם בר"פ איזהו נשך דף ס"א ע"א ד"ה אמרי ה"נ ולא נשאר רק חד לאו דראוי ללקות עליו ושפיר אתא עשה ועקרי' כן י"ל קושית מהרש"א ז"ל וממילא דלא קשה כלל על קושית התוספ' די"ל שפיר כמ"ש בכוונת זקני ז"ל במ"ש וי"ל ולא קשה הא אצטריך לאפוקי בלשון גזילה כדי שלא יהי' ניתק לעשה הא בל"ז לא אתי חד עשה ועקר תרי לאוי ואם כן ממילא דאינו מוכרח מהתוס' הנ"ל כדברי בעל פסקי התוס' הנ"ל ומ"מ יהי' איך שיהי' כי היכי דלא תהוי סתירה בין הסוגיות ע"כ צ"ל דגזל עכו"ם מדאורייתא חסור ולא אימעוט רק מלאו וכן פסק הרמב"ם והטור וראיות הישׁ"ש אינם מוכרחים ועיין בשו"ת אבן שוהם ס' ו' שדוחה ראיות הישׁ"ש וגם חילול ה' גדול יש בדבר כמפורש ברש"י דמס' סנהדרין אם כן מצד זה גזל העכו"ם חמור יותר מגזל ישראל

דכבר נתבאר במסכ' יומא פרק יוה"כ בארבע חלוקי כפרה שהי' ר' ישמעאל דורש דענין חילול ה' חמור מן הכל ואין חילול ה' גדול מזה באמרם עם ה' אלה ומארצו יצאו ע"כ יש לזהר ולהזהיר מאוד מעון זה ומי שהוציאנו מארצינו יחזירנו ויאתיו כל אפסי ארץ ויאמרו בית יעקב לכו ונלכה באור ה' ב"ב אמן:

שאלה קו

ר"פ הגוזל ומאכיל והא לך הקושיות והספקות אשר יפלו בסוגי' הנ"ל לפענ"ד. א' במימרא דר' חסדא דולא נתיאשו רצה מזה גובה הלא אף אם נתיאשו יכול לגבות מן השני מדר' נתן עיין בהגהת הרא"ש ותירוץ הר"י שכתב דעכ"פ מטעם גזילה מיהא לא גבה אינו מובן דעכ"פ מאי נ"מ הכא בין נתיאשו בין לא נתיאשו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ומאי נ"מ מאיזה טעם אף דלהי"ג שם א"ש עיי"ש מ"מ צריכין אנו למשכוני נפשין אדר"י ז"ל ואף די"ל דנ"מ בגונא דמתניתין מ"מ בהך דר' חסדא לא כ"מ מידי ואפי' אחר יאוש נמי רצה מזה גובה רצה מזה גובה. ב' במאי דאמר רמי בר חמא זאת אומרת כו' הקשה הט"ז בחו"מ סימן ק"ג סעי' יו"ד על הרא"ש ז"ל דסובר דאם חלקו היורשי' לכ"ע לקוחות הן א"כ היכי דייק רמב"ח דלמא מתניתין איירי כשחלקו לכך הוי רשותן כרשות לוקח והניח בקושי' ג' רש"י בד"ה רשות יורש שם דאי ביאוש כדי לא קני מדלא קתני פטורא באבוהון הקשה זקני הגאון מהרש"א ז"ל דעכ"פ אבוהון לא פטור מתשלומי' הוי ואי פירושו אחזרה א"כ קשה ארב דסובר יאוש כדי קני עכ"ל ועיין לעיל דף ס"ו ע"א בסוף הע' איתבי ר' יוסף כרבה גזל חמץ כו' דמוכח בהדי' דאף דיאוש קונה מ"ע חייב בתשלומין. ד' לרב דסובר יאוש כדי קני מאי קמ"ל במתניתין כיון דלאחר יאוש איירי מתניתין לרב דסובר כר' חסדא עיין בתוס' וא"כ פשיטא דפטורין מלשלם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח כבר שמעינן לעיל דף י"ד ע"ב במשנה שם שוה כסף ומפרשי לה בגמ' דבר השוה לכל כסף דהיינו נכסים שיש להם אחריות ומוקי לה ביתמי עיי"ש וע"ע בדף ל"ט וא"כ מאי קמ"ל כאן וא"ל דהיא גופא קמ"ל דיאוש כדי קני דלמה לאשמועינן זאת גבי יורשי' גבי דידי' גופא הוי לאשמועינן זאת דאם גזל ונתיאשו הבעלי' דקנה הגזלן החפץ ודמי' בעלמא בעי שלומי וממילא שמעינן דבניו פטורין אף מתשלומין דבשלמא לרב חסדא ולרבא אשמעונן רבותא דאף דיאוש לחודי' לא קני מ"מ אם אכלו אחר היאוש פטורי' ורבותא גדולה היא עיין בתוס' ולסברת המקשה על רב חסדא דמתני' איירי לפני יאוש יש רבותא עוד יותר ולרמב"ח יש עוד רבותא דרשות יורש כרשות לוקח אבל לרב קשה דהא לדידי' לא שמעינן הך דרמב"ח ממתניתין. ה' נסביר

פני' בהלכה לרמב"ח דסובר דיש יאוש ושינוי רשות אצל היתמי וקנאו את החפץ מה"ת לא ישלמו עכ"פ דמי' דבשלומא אי הוי אמרינן יאוש כדי קנה וא"כ כבר קני אביהן את החפץ ואין להנגזל עליו אלא חוב א"ש דפטורי' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדו לב"ח אבל כיון דיאוש לא קני ולא קני אביהן את החפץ (אלא) מה"ת לא ישלמו דמי' אמאי לא נימא כמו למ"ד דיאוש כדי קני בגזלן ואעפ"כ צריך לשלם דמי' כמ"ש ה"ה כאן למאן דבעי יאוש ושינוי רשות לקנות עכ"פ דמי' ישלמו וידעתי גם ידעתי כי במושכל ראשון ידע המעיין התירוץ על זה שיתבאר לקמן לכך לא כתבתיו בלשון קושי' והצעה בעלמא הוא למה שיבא בס' ו' למאי שהסכימו ר' חסדא ורבא בגזל ונתיאשו הבעלי' ובא אחר ואכלן דאין להנגזל על השני כלו' מסברא דאף דיאוש לא קני מ"מ לא הוי כ"כ ברשות מרי' כמו לפני יאוש כמ"ש התוס' ולרמב"ח אף לפני יאוש אין לו על השני כלום אם אכל רק אם החפץ בעין צריך להחזיר נסתפקתי איך נדייני דייני להאי דינא אם זה שלקח החפץ מיד הגזלן ואחר יאוש הבעלי' מכר החפץ לאחר אם מחויב לשלם לבעלי' הראשוני' אם נימא דוקא באכלו הסברא נותנת דאין להנגזל הראשון עליו כלו' משום דאיהו לא גזל ממנו וגם אין בידו חפצו ולא דמי חפצו אבל זה שדמי החפץ בידו מחויב להחזיר לבעלי' או דילמא דוקא כשהחפץ בעין בידו הוא דחייב להחזיר שהרי הנגזל הראשון מצא את שלו בידו אבל היכא שאין החפץ בעין בידו שוב אין להנגזל עלי' כלום דלא איהו גזלי' וכן אם נימא דאתי' מקרא והשיב את הגזילה ולא מסברא כמ"ש התו' בהתחלת דברים יש ג"כ להסתפק כ"כ כנ"ל דאם נימא כיון דמכרו לא הוי כעין שגזל דהא אין בידו אלא דמי' וא"כ פטור מכל וכל או דילמא עכ"פ החפץ היכא דאיתא בעין הוא כעין שגזל ועל הגזלן להחזירו או ישלם דמיו וכן יש לספק בלשנא דברייתא אם הוא בכלל הגזילה קיימת או בכלל אין הגז לה קיימת ומי' בכה"ג שלקח החפץ מיד הגזלן הראשון אחר יאוש בעלי' לא תיבעי' לן דאפי' דחפץ בעין בידו אינו צריך להחזיר דהאיכא יאוש ושנוי רשות וכמו דמשמע מתוס' ד"ה גזל ולא נתיאשו שכתבו ואפי' היכא דאילו לא אכלו הי' חייב להחזיר כגון היכא דליכא שינוי רשות כו' עיי"ש כי תבעי לן בכה"ג שכתבו התוס' שלקח מיד הגזלן לפני יאוש ואח"כ נתיאשו הבעלי' דליכא גבי דידי' אלא יאוש לחודי' דאם אכלו פטור כמו דמשמע מדברי תוס' הנ"ל בהא מבעי' לן אם מכרו וכן יש להסתפק לרמב"ח בלפני יאוש. ולכאורה יש לפשוט הספק הנ"ל דהא גם לגבי גזלן הראשון ג"כ דרשינן מוהשיב את הגזילה אם כעין שגזל יחזיר אם לאו דמי' בעלמא בעי שלומי כמו שהביאו התוס' בכאן אך דלגבי השני דרשינן לפטור לגמרי אם אכלו וא"כ אם נימא דאם מכר החפץ תו לא הוי כעין שגזל א"כ גם בגזלן הראשון עכ"פ נימא דאם מכר החפץ

אף פני יאוש דאין צריך שוב למעבד כל טצדקי דמצי למעבד להחזיר גוף החפץ וכן רק הדמי' והא לא קיי"ל הכי דשינוי רשות בלא יאוש ליכא למ"ד דקני וצריך להחזיר החפץ וא"כ מוכח דהוי כעין שגזל וא"כ בנידן דידן אף שאין הלוקח צריך להחזיר החפץ דהא אצלו יש יאוש ושנוי רשות מ"מ צריך זה הגזלן השני לשלם לבעלי' הראשונים דהא מקרי כעין שגזל כמו שהוכחתי ואף דמסקי התוס' דקרא אסמכתא בעלמא מ"מ מדאסמכוהו רבנן אקרא הנ"ל ש"מ דדינו כך כמו דמשמע מקרא הנ"ל ודו"ק אבל ז"א חדא די"ל דבאמת הגזלן א"צ להחזיר החפץ בכה"ג רק דמי' בעי שלומי והא דאמרינן דשינוי רשות בלא יאוש ליכא למ"ד דקני היינו שהלוקח ממנו לא קנה את החפץ ועלי' מוטל החזרתו אבל הכא שיש יאוש ושינוי רשות אצל הלוקח אף הלוקח אינו מחויב להחזיר דשפיר קא קני ועיין לעיל דף ס"ח ע"א ועוד דאף אם נימא דאף על הגזלן המוכר מוטל להחזי' החפץ בעין אעפ"כ אין ראי' לכאן דהתם כיון דלא קני לוקח מקרי כעין שגזל דהיכא דאיתי' ברשותי' קיימא דהא לוקח לא קני לי' אבל הכא שיש אצל הלוקח יאוש ושינוי רשות וקונה את החפץ שוב לא הוי כאשר גזל ביד השני ופטור אף מלשלם והספק במקומו עומד.

ועכשיו אשיב ידי לתרץ הקושי' ולהתיר הספיקות מקודם לתרץ קושי' (א) נקדים הקדמה אחת קטנה הא דאמרינן רלה מזה גובה כו' אינו כמו שעולה על הדעת לכאורה דלית חילו' הדין אם גובה מזה או מזה והגבי' מן הגזלן או מן האוכל שוין לא כן עמדי דלעיל ד' ס"ה ע"א איתא אמר רבה האי מאן דגזל חבית' דחמרא מחברא תברי' או שתיי' משלם ארבעה זוזי היכא דמעיקרא שוי' זוז' ולבסוף ארבעה אתבר ממילא משלם זוזא ופירש"י וזה לשונו ובהמפקיד מפרש טעמא דכ"כ דאיתי' בעיני' ברשותי' דמרא הוקרה וההיא שעתא דתברי' או שתיי' הוא דקא גזל לי' אבל אתבר ממילא אמאי מחייבת ליה משעת גזילה והאי שעתא זוזא שוי' עד כאן לשונו ואם כן לפי"ז יש נ"מ גדולה דהיינו אם הי' מעיקר' שוה זוזא והשתא ארבעה א"כ אם גובה מן הגזלן הראשון אינו גובה אלא זוזא דלדידי' הוי כמו אתבר ממילא דאיהו לא קעביד מודי' ואמאי קא מחייבת לי' אשעת גזילה והאי שעתי' זוזא הוא דשוה אבל אם גובה מן השני גובה ארבעה דאיהו הוי כמו תברי' או שתיה ולהיפך כשהי' שוה מעיקרא ארבע ולבסוף זוזא דאם גובה מן הגזלן הראשון גובה ארבע כשעת הגזילה דתנן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ואם גובה מן השני אינו גובה אלא זוזא דהשתא קא גזלי' וזה הפי' רצה מזה גובה דהיינו אם הי' שוה מעיקרא יותר גובה מן הראשון ואם עכשיו שוה יותר גובה מהשני והיכא דטב לי' עביד ועכשיו א"ש דברי ר"י בהג"א דלאחר יאוש אף דגובין מן השני מדרבי נתן מטעם

גזילה מיהו לא גבה ונ"מ גדולה דכיון דאין מוציאין רק מדרבי נתן היינו שהוא חייב לגזלן והגזלן לנגזל אם כן הנגזל אינו יכול להוציא מן השני אלא מה שהראשון חייב לו ואם הי' מעיקרא שוה זוזא והשתא ארבע אינו יכול לגבות משני רק זוזא דו"ק:

אך דאם מעיקרא שוה ארבע ועכשיו זוזא י"ל דיכול לגבות גם והשני ארבע כמו מן הראשון דכיון דראשון ודאי חייב ליתן לו ד' זוזי מ"ה מצי למימר לי' אי לאו את דאכלת ה"א הרי שלך לפניך ומפטרנא ואת הפסדתני באכילתך ד' זוזא והוי גרמי ולא גרמא דהא הוי מזיק בידי' וא"כ כיון דחייב לשלם לגזלן ד' זוזי אם כן הנגזל מוציא ממנו מדרבי נתן והא צריכה רבה ולא עת האסף פה כי הנ"ל צריך לפרנסה ממקום אחר ומ"מ מ"ש במעיקרא שוה זוזא והשתא ארבעה נכון הוא וא"ש הכל ודו"ק:

ועפי"ז א"ש מה שפקפקנו קצת באות ה' דמה"ת לא ישלמו היתמי דמים עכ"פ כמו דמצינו למאן דאמר יאוש כדי קנה בגזלן עצמו לק"מ בשלמא בגזלן עצמו אף שהחפץ עכשיו שלו וקנאו מחייבין אותו לשלם דמיו משעת הגזילה אבל היורשים תיכף שבא לרשותם קנאו את החפץ ומה"ת ישלמו ועל איזה זמן מחייבינן להו אי על עכשיו הא החפץ שלהם הוא ואי על שעת הגזילה הא אינהו לא גזלי ואי משום שכבר נתחייב אביהם מטלטלי דיתמי לב"ח לא משתעבדי ועפי"ז י"ל נפשט הספק שני דהא אם לקח חפץ מהגזלן לפני יאוש ואח"כ נתייאשו הבעלים לרב דאמר יאוש כדי קונה ולר' חסדא דסובר דאם אכל השני לפני יאוש דחייב לשלם לבעלים ודאי דאף אחר שנתייאשו וישנו בעין ביד השני אף דאין צריך להחזיר החפץ לבעלים לרב מ"מ צריך לשלם דמיו מידי דהוי אגזלן הראשון אם ישנו בעין בידו לאחר יאוש דצריך לשלם דמיו אף שקונה החפץ דמחייבינין לי' אשעת גזילה ה"ה השני שגזל לפני יאוש דברשותי' דמרי' קאי ונתחייב ג"כ להחזיר החפץ או הדמי' לבעלים הראשונים א"כ אף אחר שנתייאשו וקנה החפץ מחייבין לי' לשלם דמיו אשעת גזילה וזה ברור ופשוט.

אך לרב דאמר יאוש כדי קנה ולרמב"ח דפליג על רב חסדא וסובר דאף לפני יאוש אם אכל הגזלן השני פטור א"כ יהיה בכה"ג שלקח מהגזלן לפני יאוש ואח"כ נתיאשו הבעלים אם צריך לשלם דמיו תולה במה שנסתפקתי דאם מכרו לפני יאוש לרמב"ח אם אמרינן דמשלם דמיו א"כ ה"ה אם ישנו בידו לאחר יאוש דמחייבין לי' אשעת גזילה כמ"ש לעיל לר' חסדא אבל אי אמרינן דאף אם מכרו לפני יאוש אינו משלם דמיו ה"ה אם ישנו בידו לאחר יאוש דאינו משלם דמיו וטעם עמוק יש בזה דבשלמא בגזלן שגזל מן הבעלי' א"כ נתחייב תיכף או להחזיר החפץ או לשלם דמיו כשיאבד או ימכר הלכך אף שיאוש קונה אח"כ את החפץ עדיין חיוב תשלומין חל עליו והוי כמו נאבד החפץ אבל בזה השני

דאינו חל עליו שום חיוב תשלומין לבעלים הראשונים מתחילתו רק החזרת החפץ בעין חל עליו אבל חיוב תשלומין אינו חל עליו כלל דתיכף כשאינו בעין או שמכרו פטור לגמרי וא"כ כיון שנתיאשו הבעלי' וקנה החפץ מה"ת ישלם הלא לא היתה עליה אלא החזרת החפץ והשתא קנאו לא יהא אלא מכרו ודוק היטב בזה כי נכון הוא בסיד:

והשתא כיון דאתינא להכי ניפשוט אבעיין דרש"י פירש על הוכחת רמב"ח דיאוש כדי לא קנה מדלא קמני פטורא באביהן עכ"ל א"כ דלמא אכתי יאוש כדי קנה והא דלא קתני פטורא באבוהון משום דמיירי בשעה שמת האב לא הי' עדיין יאוש אלא אחר שנפל ביד היורשים לכך לא קתני פטורא באבוהון והא דאיירי בכה"ג ולא אשמועינן דין זה באבוהון אם היה יאוש דפטור להחזיר החפץ כמ"ש באות ד' היינו דקמ"ל הך גופא דאף בשעה שנפל ליד היורשין הי' עדיין לפני יאוש אימא דנתחייבו החזרת חפץ או דמים כר' חסדא וא"כ אף אם נתיאשו אח"כ ישלמו דמי' קמ"ל דלא כר' חסדא רק כרמב"ח וא"כ לא נתחייבו מעיקרא רק החזרת החפץ ולא דמי' כמ"ש לכך כיון שנתיאשו הבעלים אח"כ הם פטורין לגמרי ולעולם אימא לך דיאוש כדי קנה א"ו מדהוכיח רמב"ח דרשות יורש כרשות לוקח ש"מ דאם מכרו נתחייב לשלם לכך יש חיוב תשלומין לפני יאוש וא"כ אף שנתיאשו אח"כ חייב לשלם וא"כ לא מצי לאוקים המתניתין שהי' היאוש לאחר מיתת אביהן דא"כ נתחייבו היורשין לשלם ואמאי תני פטורין מלשלם א"ו דאיירי דיאוש היה בחיי אביהן וא"כ שפיר מוכח דיאוש כדי לא קנה מדלא קתני פטורא באבוהן ושפיר מוכח דרשות יורש כרשות לוקח וא"כ ניפשט הספק שלי:

ומי' כד דייקינן שפיר אכתי לא ניפשט דלעולם אימא לך דלרבא ולר' חסדא ולרמב"ח דסוברים יאוש כדי לא קנה אם מכרו אחר יאוש פטור מלשלם וראיה שהבאתי י"ל דבאמת אם היינו סוברי' כרמב"ח וכרב הוי הדין באם לקח לפני יאוש ונתיאשו אח"כ דחייב לשלם דמי' דחל חיוב תשלומין מקודם היאוש דאז ודאי חל דהא בזה דמכר לפני יאוש שפיר ניפשוט מגזלן הראשון כמ"ש לעיל דהוי כאשר גזל מכח דלא קנה לוקח ובאמת ניפשוט לרמב"ח אם מכר לפני יאוש אבל אם מכר (אחר יאוש) אפשר לומר אף למאי דסבירא לן דיאוש כדי לא קני מ"מ פטור מלשלם דמים דלאו כאשר גזל הוא אצלו כיון דקנאו הלוקח וא"צ להחזיר ומיהו כדייקינן טפי שפיר נפשט דאכתי קשה לפני יאוש על מה חל חיוב תשלומין וכ"ת במכרו קשה כיון דלא קנה לוקח וצריך להחזיר החפץ בעין א"כ לא חל חיוב תשלומין עליו כלל דכשהיא בעין צריך להחזיר החפץ וכשאינו בעין פטור לגמרי ואף אם יאמר הנגזל איני רוצה להטריח בדינא ודייני עם הלוקח מ"מ על הגזלן מוטל להחזירו וגם יכול להחזירו כשיתבע את הלוקח דהא לא

קנאו וא"ל דעכ"פ חל חיוב תשלומין כשלא יכריח הנגזל את הגזלן לירד בדין עם הלוקח ויסכים מרצונו לקחת דמיו מהלוקח ז"א דאכתי אין יכול להכריח את הגזלן שישלם לו כיון שרוצה להחזיר לו החפץ שלו אע"כ צריך אני לומר אם גם הגזלן יסכים בזה דאפוכי בי' מטרת' למה לי' א"כ לפ"ז ודאי דלא מקרי כלל חל חיוב תשלומין דא"כ נימא חל חיוב תשלומין אף כשהחפץ בעין ביד הגזלן ויסכים הנגזל למכור לו ולקבל דמיו וגם הגזלן יסכים לקנות, והא ודאי דלא מסתבר כלל לומר כן דיהי' מקרי חל חיוב תשלומין בכה"ג דבזה הוא וכל ישראל שוין ובודאי דלא מקרי חל חיוב תשלומין רק שלא יוכל לפטור עצמו בהחזרת החפץ רק בתשלומין וע"כ צריך לשלם וזה ברור וא"כ קשה א"ו צריך לומר דשייך חיוב שאם ימכרנו במקום שלא יוכל להחזיר כיון שקבל המעות משלם דמיו אם כן ה"ה במכר לאחר יאוש למ"ד יאוש קני וזה ודאי אין סברא לומר דבלפני יאוש אף שאין בידו להחזיר מ"מ כיון שלא קנה הלוקח הוי כמו הגזילה בעין בידו דזה ודאי אינו דכיון שאין בידו להחזיר ודאי דהוי כמו אבדו בידים או השליכתו לים וזה פשוט וברור א"ו כיון דקבל המעות הוי הגזילה בעין בידו דמה לי הגזילה או דמי הגזילה א"כ ה"ה לאחר יאוש ודו"ק היטב ועוד קצת ראי' דרש"י פי' לקמן בברייתא גזילה קיימת שלא אכלוה וכן באין הגזילה קיימת פירש שאכלוה משמע כל שלא אכלוה וכדומה אף שמכרוהו הוי גזילה קיימת:

ואם נפשך לומר דעדיין קשה על רמב"ח מנ"ל דמשוה יורש כרשות לוקח דילמא ה"ט דמתניתין דיאוש כדי קנה והא דהוכיח רש"י דיאוש כדי לא קנה מדלא קתני פטורא באבוהון קשה ע"ז קושית זקני הגאון מהרש"א ז"ל וא"כ עדיין לא כפשט הספק דהא לא הרוחנו בפשטות הנ"ל כלום דעדיין קשה על רמב"ח ועל הוכחת רש"י הנ"ל לכך נ"ל ליישב קושי' זקני הגאון ז"ל דהא באמת קשה על רב דסובר יאוש כדי קנה כמו שכתבתי באות (ד) אך נ"ל ליישב דהא רב סובר כר' חסדא דבאכל לפני יאוש חייב ובגזילה קיימת כ"ע מודו אף מאן דפליג על ר' חסדא והא דנקט הך דיני דמתניתין בבניו ולא בדידי' הא קמ"ל דאף השני אם אוכל לפני יאוש חייב כר' חסדא דדוקא לאחר יאוש פטורין היורשים מדאיתני במתניתין מאכיל והניח בחדא מחתא ש"מ דבחד גונא איירי והניח ע"כ לאחר יאוש איירי כמ"ש דבזה כ"ע מודו וא"כ מאכיל דכותי' גם כן לאחר יאוש איירי ודוקא בכה"ג פטר מדכלל ותני מאכיל והניח בחדא בבא ולא אשמועינן רבותא טפי במאכיל א"ו דמאכיל ג"כ לא מפטרו רק לאחר יאוש דומי' דוהניח הא לפני יאוש חייבין והיינו רבותא דמתניתין אשמועינן דיאוש כדי קנה רק דהא הוי מצי לאשמועינן אף בדידי' כמו שכתבתי לעיל רק דנקט בניו כדי לאשמועינן גם הך מדיוקא דגם מאכיל

לא מפטרי רק לאחר יאוש דומיא דוהניח הא לפני יאוש חייבין וא"כ לפי"ז ממילא מתורץ גם כן קושי' זקני הגאון ז"ל דהניחא לרב דסובר כרב חסדא אבל רמב"ח דפליג על רב חשדא וסובר דאף אוכל לפני יאוש פטור אם כן הוכחת רש"י שפיר דבשלמא אי אמרינן יאוש לא קנה איש דאף דקתני מאכיל דומיא דהניח דהיינו לאחר יאוש מ"מ לק"מ דלרמב"ח אין חילוק לענין מאכיל בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש כיון דיאוש לא קנה ושינוי רשות ליכא במאכיל עיין בתוספ' ד"ה הגוזל ואף שהתוס' מסופק קצת בזה אם הוי שינוי רשות דהא כתבו מעיקרא מאכיל לאו דוקא היינו לענין נותן הא מאכיל ודאי לא ואביא ראי' לזה בסמוך אבל אי אמרינן יאוש כדי קנה קשה שפיר ליתני פטורא באבוהן ואין לתרץ כמו שיישבתי לרב דהא איהו פליג על רב חסדא מסברא וכמ"ש התוס' ולרמב"ח ניחא טפי עיי"ש לכך סובר דאין לאוקים כלל המתניתין בהכי ודו"ק.

ראי' לדברי דבמאכיל ודאי ליכא שינוי רשות דתוס' הקשו במרובה למ"ד שינוי לא קני כו' מנ"ל האי דרשא וא"ל דאותו אמורא יסבור דיאוש כדי קונה דהא ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן כו' סובר דיאוש כדי לא קנה עכ"ל קשה מאיזה מקום יצא לתוס' דאותו אמורא סובר להך דינא דרב חסדא לאח' יאוש אי מברייתא דקתני אין הגזילה קיימת פטורין דלמא משום דאיכא יאוש ושינוי רשות כרמב"ח. והא דנסיב להך דרשא והשיב כו' לקמן דף קי"ב ע"א אסמכתא בעלמא כמ"ש התוס' אם נימא דסובר דיאוש כדי קנה וכמ"ש התוס' לפי האמת וכ"ת א"כ תקשה הא דאמ' גזילה קיימת חייבין לשלם וליכא לשנויי כמו דמשני לרמב"ח כיון דלית לי' הך דרשא דא"כ גם אם נימא דיאוש כדי קנה קשה גם כן קושי' זו כמו שהקשו התוספות בד"ה רב חסדא על רב אלא צ"ל כמו שתירצו שם לרב דמוקי לה בדבר המסוים א"כ גם אחר דהוכיח התוס' דסוב' יאוש כדי לא קנה יש לתרץ ג"כ כמ"ש דסוב' ג"כ כרמב"ח דרשות יורש כו' והוי יאוש ושינוי רשות והא דקתני גזילה קיימת חייבין מוקי לה בדבר המסוים א"ו דקושית התוס' הוא ממתניתין דידן ומהניח לפניהם לק"מ דהא איכא למימר כרמב"ח א"ו דהקושי' הוא מהגוזל ומאכיל ועדיין נימא דהוי יאוש ושינוי רשות א"ו דבמאכיל ודאי דלא הוי שינוי רשות במה שנותן לבניו הסמוכי' על שלחנו לאכול ואכלום אלא דבנותן להם שהוא עדיין בעין נוטה קצת הסברא לומ' דהוי שינוי רשות עכשיו אחר מיתת אביהם ואעפי"כ כתבו התוספות בד"ה הגוזל דלא הוי שינוי רשות ודו"ק.

ועפ"י דברינו שיצא רבינו הגדול רש"י ז"ל בדימוס מקושית זקני הגאון ז"ל א"כ גם הספ' שלי נפשט שפיר ועפ"ז מיושב גם קושי' הט"ז על הרא"ש שכתבתי באות ב' דילמא רשות יורש לאו כרשות לוקח וא"כ תיכף שנפל לפניהם קודם חלוקה הם מחויבים להחזיר

החפץ דיאוש כדי לא קנה וא"כ אף אח"כ שחלקו דהוי יאוש ושינוי רשות והוי דינם כלקוחות מ"מ נהי דמהני לענין זה דאינם מחויבים להחזיר החפץ בעין מ"מ מחויבים לשלם דמיו דהא מכרו דבר שאינו שלהם (ולא עדיף מה שבידו מאלו מכרו לאחר דהיו מחויבין לשלם והחיוב לא אתי' עלי' מכח מה שעתה בידו דמה לי הם או לקוחות אחרי' רק החיוב אתי עלייהו על מה שמכר) וכמו שהוכחתי בשני שלקח לפני יאוש ומכר לאחר יאוש ושם צריך להיות לפני יאוש דאל"כ הוי יאוש ושינוי רשות תיכף גבי דידי' כשלקח החפץ אף קודם שמכרו אבל הכא דליכא שינוי רשות קודם שחלקו גם בחלקו לאחר יאוש דינו כך ומחייבינין להו אשעתא דמקמי הכי קודם שחלקו דלא הוי עדיין שינוי רשות לכך הוכיח רמב"ח שפיר דרשות יורש כרשות לוקח וא"כ לא הוי שעת חיוב כלל לדידהו וכמ"ש לעיל כמה פעמים וא"כ שפיר קתני במתניתין פטורים מלשלם (אבל בנידון הרא"ש שפיר כיון דלקוחות וכן מכרו לאחר דמי ועל המכירה אין שם חיוב כלל עתה הן כלקוחות ממש וכאחרים שלקחו מהן דמי לכך לא שייך הטוב והישר) וזה נכון וברור בע"ה ובחנם דחק הט"ז ורוצה לחלוק על הרא"ש וש"ע מחמת קושי' זו ועיין בתומי' של הגאון מהריז"ל שהביא ראי' ברורה מגמ' מפורשת בבכורות כהרא"ש וש"ע אבל בעיקר קושית הט"ז נדחק מאד ליישב ולא עלתה בידו כמבואר להמעיין דהא בניו קתני במתניתין וגם הא דכתב לתני וחלקו א"כ גם על הא דמוקי הגמרא כשנתיאשו הבעלים נימא וניתני ונתיאשו א"ו דהא לא ארי' ועוד דמ"מ הך שנוי' עדיף ממאי דנימא חסורי מחסרא כדמתרץ לרבא אבל לפמש"כ נתישב שפיר בס"ד ומי' עפמ"ש לעיל דלרב דסובר כרב חסדא הוי דינא באם לקח השני לפני יאוש ואחר כך נתיאשו דחייב לשלם דמים אם כן לפ"ז לק"מ שני קושיות של תוס' על רב חדא דלרב למה לי קרא דוהשיב כו' עיין שנדחקו לומר דהוי אסמכתא לרב וכן בתוס' ד"ה רב חסדא דמקשה על רב גזילה קיימת אמאי חייבין ונדחקו לאוקמא בדבר המסוים וזה דוחק דקתני אין גזילה קיימת פטורין משמע הא כל שקיימת חייבין ועיין דנדחקו לישב זה וראיה דהוא דוחק מדלא משני הגמרא כן על רמב"ח ולא הוצרך לומר דפליג על רב חסדא א"ו כל מאי דמצי לישב באופן אחר טפי עדיף וא"כ קשה למה להתוס' דוחקי' אלו הלא הי' יכול לתרץ כפשוטו דאיירי כשמת אביהן לא הי' יאוש ואח"כ נתייאשו הבעלים לכך אם הגזיל' קיימת שלא אכלוה כפירש"י חייבין לשלם עכ"פ אין הגזיל' קיימת שאכלוה פטורין וכמו דמשמע מתוס' ד"ה גזל עיי"ש וכן קרא י"ל דצריך בכה"ג דה"א כיון שלקח לפני יאוש א"כ כבר נתחייב בהחזרת החפץ לבעלים הראשונים ה"א שאין אכילתו אחר יאוש פוטרו מתשלומי' לכך צריך קרא:

ונראה לתרץ דודאי לרב דסובר יאוש כדי קנה אין אכיל' שאחר יאוש פוטרו מתשלומין דאף דמשמע מדברי התוס' בד"ה גזל דבלקח לפני יאוש ואח"כ נתיאשו ואכל דפטור היינו דוקא להסוברים יאוש כדי לא קנה א"כ החפץ עדיין הוא של בעלי' הראשונים שייך שפיר לומר דכשאכלו פטור מלשלם ולא מתחייב על האכילה אבל לרב דסובר יאוש כדי קנה וא"כ החפץ שוב אינו של בעלי' כלל רק שיש לבעלי' עלי' חוב מה"ת נימא שאם אכל חפץ שלו יפטר מחוב שחייב לאחרים דהא הבעלי' שוב אין להם שום שייכות עם החפץ לכך ודאי דלא מסתבר לומר דאכילה פוטרו מתשלומין לכך לא מצי התוס' לתרץ כמ"ש:

שאלה קז

עיין בשו"ת מנחת יעקב שאלה ה' דרמי השואל דברי רש"י אהדדי רש"י דב"ק דף ד' ע"ב שכתב ומנסך יין ליכא למימר שנסכו ביין כסך שזרק בו דלא קא מחסרי לי' ולא מידי דהא זבין לי' בר מדמי יין נסך שבו עכ"ל ובגטין פ' הניזקין דף נ"ב ע"ב פירש רש"י על מערב שעירב יין נסך ביין כשר ואסרו בהנאה ש"מ דסובר שאסור כל היין בהנאה ועיין בש"ג שמקשה קושי' זו בב"ק והקשה עוד אדברי רש"י בב"ק דבע"א פ' השוכר את הפועל פסק רש"י גופי' דיין נסך עם יין כשר אוסר בכל שהוא בהכאה ודוחק לומר דהכא בב"ק בסתם יינם דהא עיקר המקום ששנוי בו דין דמטמא ומדמע ומנסך מיירי ביין שנתנסך לע"ז משמע ולישנא נמי דייקא וצ"ע עכ"ל הש"ג פירוש דבריו דכמו למ"ד מנסך ממש היינו שנסכו לע"ז א"כ גם למ"ד מערב ראוי לומר שיעורב בו יין נסך ממש והא ולישנא נמי דייקא היינו מה דכתב רש"י יין כסך ועיין בשאלה הנ"ל שמביא השואל דברי הש"ג וכתב שהש"ג הקשה גמ' דפ' השוכר את הפועל וגמ' דגטין אהדדי ליתא בש"ג כלל וגם מה שכ' דהש"ג מחלק בין יין כסך לסתם יינם משמע דהש"ג חידש חילוק זה לא דק כלל דחילוק זה מבואר להדיא בגי' בע"א שם. ולא הקשה כלל הגמרות אהדדי דהא ידוע לו דאיירי בגיטין ביין כסך ועוד בלא זה ג"כ ל"ק די"ל דמשלם ההיזק מה שצריך למכרו בזול רק דהקשה מפ' השוכר את הפועל אדברי רש"י שם בב"ק כמ"ש עיי"ש ועיין בפ"י שם בגטין דהניח בקושי' אדברי רש"י דגטין דכתב דאסרו בהכאה מפ' השוכר את הפועל דאף דאיירי בגטין ביין נסך מ"מ הא לשמואל איירי ושמואל סבר שם בפ' השוכר את הפועל דיין ביין מוכרין הכל חוץ מדמי איסור שבו ולא מפליג בין סתם יינם לייי"נ רק ר"נ הוא דמחלק שם להלכה למעשה עיי"ש בע"א דף ע"ד ע"א ועוד הקשה דלמה דחוק אנפשי' רש"י ז"ל להכניס נפשי' לפלוגת' הלא אף אם נימא דלא

אסור בהנאה א"ש שיצטרך למוכרו בזול לפי שישראל לא יקנה והיינו כמו מדמע עכ"ל הצריך לענינינו ואחזור על התשובה הנ"ל:

דהנה בעל מ"י כתב בתשובתו להשואל כתב שמלבד זה שהקשה השואל ארש"י דב"ק קשה אש"ס דגטין מש"ס דפ' השוכר את הפועל עכ"ל ולא דק דאהש"ס לק"מ די"ל דההיזק הוא מה שצריך למכרו בזול וכי הוי' לי' להקשות אפירוש רש"י דגטין הוי לי' להקשות שכתב בלשונו ואסרו בהנאה כמו שהקשה הגאון פני יהושיע ע ומה שהאריך עוד שם לדחות דברי הרע"ב במשנה דפ' השוכר את הפועל שם בחנם טרח ויגע דלא נתכוין הרע"ב כלל לומר שהת"ק מודה בסתם יינם רק דכתב כן לפסק הלכה ועיין בתי"ט שם שתיקן בתיבה אחת כל הפילפול שלו וזה לשונו פירוש הרע"ב להלכה בסתם יינם כו' ודו"ק דלזה נתכוין במ"ש להלכה וזה ברור דפירוש הרע"ב לקוח מפירוש הש"ג שם שמפורש בו ואם הוא סתם יינם פסק הלכה. כרשב"ג אבל לא דנימא שהת"ק מודה ומ"ש שם בתשובה הנ"ל לתרץ כל הקושיא והוליד דין בלתי צודק והוא דהא דלא אסור כולו בהנאה היינו בנתערב ממילא אבל כשערבו אדם אז אסור כולו בהנאה מטעם דאם לא נאסור א"כ לא קא מחסרו ויפטר מתשלומין א"כ כל א' יכך וינסך יינו של חבירו לכך אסרו בהנאה כדי שיהי' מחסרו ויתחייב בתשלומין ולא ינסך ועפ"ז מתורץ דלא תקשי הש"ס אהדדי ועיי"ש הנה מלבד דדין זה מעצמו שיהי' חילוק באיסור הנאה בין נתערב מעצמו ובין נתערב ע"י אדם ולחדש קנס חדש שלא נזכר שיאסר בהנאה משום קנס ועיין ביו"ד סי' צ"ט במבטל איסור לכתחילה במזיד דאסור למבטל עצמו אם הוא שלו כו' שם ועיין בט"ז שם ס"ק יו"ד ובש"כ ס"ק י"ח משא"כ הכא שמערב יין של אחר] מלבד זה אין שום סברא וטעם כלל לומר כן דמאי חשו אם לא יאסר ילך כל א' וינסך דהא לא יתחייב בתשלומין דלא קא מחסרו ע"כ ומטונך כיון דלא קא מחסרו למה יעשה זאת הא וודאי דחשש רחוק דלהכעיס לחבירו יעשה כן דלמה יעשה כן על מגן ואי דאעפ"כ מחסרו מה שיצטרך למכרו בזול ז"א דהא דמחסרו צריך ודאי לשלם כמו במדמע ואי לא חשב לחסרו למה יעשה ודוחק גדול לומר דאף שלא יחסר לחבירו יעשה כדי שלא יהיה לחבירו מה לשתות דיין מצוי לקנות ובפרט דנימא דיתקנו תקנה מחמת חשש זה זה דבר שלא יעלה על הדעת כלל ועוד דלא אשתמיט שום א' מפוסקים לכתוב דין זה דבכה"ג שעירבו חבירו אסור בהנאה אפילו בסתם יינם עיין ביו"ד סי' קל"ד סעי' ב' וע"ק לפי סברתו הא דקיי"ל דמנסך יין של חבירו לא אסרה שוודאי לא כיוון אלא לצערו כמבואר בחו"מ סי' שפ"ה והוא מגמ' דחולי' אדרבא הוי לן למימר כיון דמכוין לצערו א"כ אם לא נאסר ויפטר א"כ ינסך בכל פעם לכך נאסר כדי שיתחייב לשלם ולא יהא

כל א' וא' הולך כו' והוי ממש כסברא זו שכתב בעל מ"י וא"ל בזה דמנסך ממש לא שייך שיהא כל א' וא' הולך כיון דקים ליה בדרבה מיניה כמ"ש שם בתשובה על הת"ש די"ל קים לי' בדרבה מיני' ז"א דהא בחולין איירי למ"ד דלא אמרינן בזה קים ליה בדרבה מיני' דאל"כ אף בלא טעמא דלצעורי פטור וכן אנן בחולין קיי"ל כן דחייב לשלם במנסך ממש היכא דלא שייך לצעורי' קא מכוין ולא אמרינן קלב"מ:

ומי' י"ל דאף דלא אמרינן בזה קלב"מ היינו משום דתשלומין מעיקרא אתיין כמפורש בגמ' דגיטין שם אבל מ"מ איכא עונש חמור דמיתה לכך אין לחשוש שלא יהא כל א' וא' הולך כו' אף אם יפטר מתשלומין ז"א דא"כ אף במקום דלא שייך לומר לצעורי קא מכוין יפטר מטעם היזק שאינו ניכר כיון דלא שייך שלא יהא כו' במנסך ממש ע"ש בגטין והרב בעל מ"י לא כתב רק בנידון דידיה שהפטור רק משום קלב"מ איך שייך לומר שלא יהא כו' כיון דהפטור רק משום דעונשו חמור יותר וע"ש אבל לענין היזק שאינו כיכר אמרינן שפיר שלא יהא כו' כיון שאין הפטור משום קלב"מ רק משום היזק שאינו ניכר ודוק כי כן צ"ל בסברת הרב מ"י א"כ בנידון דידן ליכא למימר כך והדרא קושיתי ובאמת גם בזה סברת הרב מ"י נבוכה דכיון שיש עונש חמור מה בכך אם הפטור מכח זה או לא עקרא דמילתא תלי בדידי' אם ימנע משום העונש או לא יחוש לו דאם אמרינן דודאי יחוש כו א"כ אף אם לא הפטור משום קלב"מ מ"מ אמאי גזור משום שלא יהא כו' הא לא יעשה כך משום דחייש לעונש החמור ואי אמרינן דאף דאיכא עונש חמור הוא לא יחוש לו ודידי' עביד אם נפטור מתשלומין א"כ מה בכך שהפטור משום קלב"מ מ"מ כיון דהעולם אינם חוששין לצד חמור זה שייך שפיר לגזור שלא יהא כו' א"ו דשייך בזה שלא יהא כו' כיון דאינו חייב מיתה כיון דלא הותרו בו וקבל התראה והוי רק איסור מיתה איכא קלי הדעת דאינם חוששין לפסידא דנפשי' לכך גזרו לחייב תשלומין במנסך ממש אף דהוי היזק שאין ניכר ועיין בפ"י שם בגטין ובחידושי הרשב"א שם וא"כ גם בזו אזל סברת מ"י ודבריו מופרכים מהתו' ד"ה קלב"מ ודוק ועוד דעדיין קשה מנ"ל לרש"י לחדש דבר חידוש כזאת דבעירב אחר אסור בהנאה אף לשמואל דילמא כפשוטו שהפסד הוא שצריך למכור בזול הן אמת דבעל מ"י לשיטתו דהכריח סברתו מהג' גופא בלא פירוש רש"י דהקשה על הג' גופא ממס' ע"א כמ"ש לעיל אבל כבר כתבתי לעיל דעל הג' לק"מ רק על פירוש רש"י וא"כ א"א לתרץ כן דקשה מנ"ל לרש"י ואף לפי פירושו ואם יהביני' ליה דינו מ"מ אינו מיושב רש"י בב"ק די"ל דר' חייא סבר כר' יוחנן שם בע"א דפסק כת"ק ביין ביין או לפי מאי דקיי"ל כר"נ נוקי להא דר' חייא ביי"נ ובזו הרגיש המ"י וכתב דמסתמא היין שביד ישראל הוא סתם יינם ולא יי"נ והביא ראיה מהר"ן בשם הרמב"ן

דאילו נסכו העכו"ם לכו"ם לא היה מזבנו לישראל או נתנו לו ומהיכן בא ליד ישראל עיי"ש סברא זו סברא מעלי' הוא מ"מ י"ל דר' חייא סבר כר' יוחנן [דבשלמא לשמואל צ"ל משום קנס דשמואל לשיטתו אבל ר' חייא י"ל דסבר כר' יוחנן] מי' גם הא ל"ק דניחא לאוקמא הברייתא לפי פסק הלכה מי' זה יספיק ליישב קושי' השלטי גבורים על רש"י דב"ק מפ' השוכר את הפועל ע"א דף ע"ד שם אבל הא דפירש רש"י בגטין בדשמואל ודאי קשה מפרק השוכר את הפועל שם וגם סותר את עצמו עם פירושו בב"ק דעל זה תירוצו של המ"י אינו מספיק כלל כמ"ש ובדותא היא ולכאורה רציתי ליישב ולומר עפ"י סברת הש"כ ביו"ד סי' ד' ס"ק ה' שתירץ על הא דביו"ד שם מביא המחבר שני דיעות בשוחט בהמה לעכו"ם ויש לו שותפות בה אם אסרה עיי"ש ובח"מ סי' שפ"ה פסק המחבר בפשיטות במנסך יין ויש לו שותפות בה חייב לשלם לשותפו ותירץ הש"כ וז"ל דאע"ג דלענין איסורא איכא פלוגת' דרבוות' מצי הניזק לומר דילמא קיי"ל כמאן דאוסר מה תאמר דקיי"ל כהמכשיר א"כ קח לך היין שאיני רוצה להכניס עצמו בספק ותמכרנו אתה כיון שגרמת לי היזק ותן לי אחר במקומו עכ"ל וא"כ לפ"ז י"ל גם כאן כן דאף דקיי"ל כר"נ שם בע"א מ"מ נראה דר"נ לא פסק כן לפסק הלכה אליבא דדינא רק הלכה למעשה כמו דאמר שם רבי נחמן בהדיא הלכה למעשה ופירושו דאינו מכריע לדינא רק הלכה למעשה הוא דבייי"נ אסור ובסתם יינם מותר והיינו כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ולא אפסק הלכתא הדרינן לכללן בדאורייתא הלך אחר המחמיר וייי"נ דאורייתא ובשל סופרים הלך אחר המיקל וסתם יינם דרבנן כנ"ל ברור וא"ל דלמה לי הך דר"נ כיון דכללא הוא בידינו לק"מ דבלא הא דר"נ הוי אמרינן רב ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן ובפרט דרב יחיד הוי לגבי אמוראי טובא דאיתא שם לכך אשמעינן רבי נחמן בהכרע דעתו דדייינין כפלוגתא כנ"ל אבל מ"מ מידי ספק לא נפקא ואם כן לפ"ז א"ש דמסתמא ישראל אין לו ייי"נ כמ"ש בתשובה הנ"ל בשם הר"ן בשם הרמב"ן ולמ"ד מערב ודאי ע"כ בסתם יינם אייריי וא"כ לפ"ז אף דלענין איסור מקילין משום דהוי דרבנן ומקילין בספקו מ"מ מצי הניזיק לומר איני רוצה להכניס עצמי בספק פלוגתא ואם תאמר דכשר קח לך היין כו' כמ"ש הש"כ אבל בדר' חייא ליכא למימר הכי משום דחשיב לאב דאורייתא משמע דמעיקר הדין חייב לשלם וכאן מעיקר הדין אפשר דפטור רק דחיוב תשלומין משום דלא ידעינין עיקר הדין ואיך שייך למחשבי' בהדי אבות ועפ"ז מדוקדק לשון רש"י בב"ק שכתב וזה לשונו מנסך יין לאלילים כו' המטמא והמדמע כו' ואפ"ה הוי אבות שבכלל נזק הן כו' ומנסך את היין ליכא למימר שנסכו ביי"נ שזרק בו עכ"ל וקשה מאי תלי הך בהך דלעיל מיניה דכתב דהוי אבות וזאת הוי לרש"י לכתוב תיכף בתר דכתב דמנסך

היינו מנסך ין לאלילים כו' ולפי מ"ש א"ש דהיינו משום דהוי אבות ליכא למימר דמנסך היינו מערב כן היה עולה על דעתי אך דעדיין אינו מיושב רק רומי' דרש"י אהדדי אבל עדיין קשה על רש"י דגיטין הא לשמואל איירי ונהי דא"ש לפי פסק הלכה דר"נ מ"מ הא שמואל לשיטתו דסובר דהלכה כרשב"ג אף ביין ביין בי"נ ממש ודוחק לומר דאף דפסק הלכתא כרשב"ג מ"מ לענין ממון חייב לשלם כיון דאיכא ת"ק דפליג מצי הניזיק לומר דאיני רוצה לעבור על דעת הת"ק זה דוחק גדול ואף לפי פסק הלכה יש לפקפק בסברא זו כיון דכבר איפסק הלכתא בגמ' ומינה אין לזוע אף דפסק הלכה הוא אף עפ"י שאינו מכריע בפלוגתא מ"מ כיון דאפסק איפסק יהיה מאיזה טעם שיהיה ואינו דומה לנידון שכתב הש"כ דשם לא איפסק הלכתא ומצי לומר הניזיק קים לי כמאן דפוסל אבל כאן ודאי דאין לומר קים לי נגד הכרעת ר"נ ועוד נראה דשם בנידון הש"כ דמנסך יינו של חבירו ויש לו שותפות בה דכיון דהוי פלוגתא ודאי דהוי הלכה למעשה אסור דהא קיי"ל בדאורייתא הלך אחר המחמיר וי"נ דאורייתא הוא וא"כ הזיק לחבירו וראוי לחייבו בתשלומין רק דיש לומר דפטור משום דמצי המזיק לומר קים לי כמאן דמכשיר כמו בכל פלוגתא בד"מ ע"ז כתב הש"כ סברתו דכאן לא שייך זה דיאמר לו אם קים לך כמאן דמכשיר קח לך היין משא"כ בנידון דידן דהוי הלכה למעשה אינו מפסידו ומזיקו כלל ומחמת קים לי דיאמר הניזיק לא מפקיעינן ממון בודאי כנ"ל ברור ומכ"ש לשמואל דלא שייך זה וע"ק מי דחקו כרש"י לפרש כן למה לא פי' כפשוטו שההיזק הוא שיצטרך למכור בזול ולכאורה הי' נראה לומר דאפשר דרש"י ז"ל לא חשיב הך מה שיצטרך למכור לגוי' לפסידא כמ"ש להדי' שם בב"ק דלא קא מחסרו ולא מידי ודלא כפירוש מהרש"א שם ואינו דומה למדמע דשם הוי הפסד משום דקונים מועטים ולא קפצי עלי' זבינא דממעט מאוד בקונים במה שדמע תרומה בחולין דמתחילה היתה נמכרת לכל אדם בין לעכו"ם בין לישראל בין לכהנים ועכשיו לא לעכו"ם ולא לישראל רק לכהנים והוי רק מיעוטא דמיעוטא לנגד מה שהי' מקדם משא"כ ביין הנ"ל דרוב העולם עכו"ם הן בעו"ה לא הוי פסידא כלל ויש לי להוכיח דגם זקיני הגאון מהרש"א ז"ל שם בב"ק הרגיש בזה די"ל כן מדלא הקשה כפשוטא אפירוש רש"י מה דכתב דלא קא מחסרו ולא מידי הא אפסדי' מה דמצטרך למכור לגוי' כמו במדמע א"ו מדלא הקשה זאת ש"מ דהרגיש דיש לחלק כמ"ש לכך הקשה דהא מ"מ איכא מ"ד דמערב וגם מ"ד דמנסך ממש לא אמר מערב משום דהיינו מדמע א"כ ש"מ דאין לחלק בכך וזה ברור כונת זקני הגאון ז"ל ונחזור לענינינו דע"כ לא רצה רש"י לפרש כאן בגיטין ההפסד כך משום דסובר דלא קא מחסרי' מידי ויש ראי' ברורה לרש"י דאם נימא דאעפ"כ הוי קצת הפסד שממעט בקונים

מ"מ זה ברור לרש"י ז"ל ודאי דלא הוי הפסד כל כך כמו מדמע א"כ מאי הקשה הגמ' על מ"ד מערב היינו מדמע הא א"ל דאי תנא מדמע הוי אמינא להפסד מרובה חששו להפסד מועט לא חששו כמו דמשני הגמ' שם בסמוך על הברייתא דתני מדמע לבסוף ומנסך היינו מנסך ממש עיי"ש א"כ ה"נ למ"ד מנסך היינו מערב וכמו דקתני במתניתן מנסך לבסוף דלק"מ דמדמע הוי הפסד מרובה כנגד מערב ואכתי לא ידע מהברייתא וק"ל לכך הכריח רש"י ז"ל דלא חשיב הג' זאת להפסד כלל וע"כ בדשמואל פירשו דאסרי' לגמרי' בהנאה והיינו אף דשמואל סובר שם הלכה כרשב"ג אף יין ביין ואף ביי"נ דלא מחלק כלל במשנה מ"מ י"ל היינו דוקא במשהו וע"ז קאי הפלוגתא במשנה שם אבל בנתערב בפ' מס' דאף בכל האיסורים נעשה כולו איסור א"ת יי"נ לא גרוע ואסור כולו בהנאה וע"ז מקשה שפיר היינו מדמע דכ"ש הוא דקא מפסיד לי' כולי' בשלמא למ"ד מנסך ממש ל"ק כמו שפירש רש"י שם בגיטין דאשמעינן דלא אמרינן קלב"מ אבל למ"ד מערב קשה וא"ל דסבר כהברייתא דתני מדמע לבסוף דחזרו לומר אף המדמע מ"מ אמתניתן קשה דתני מנסך לבסוף וכן צריך לפרש בלא"ה מה דאמר בג' שם דמ"ד מנסך ממש לא א' מערב משום דהיינו מדמע וקשה הא רב הוא דא' מנסך ממש ואיהו דפסק הילכתא בפ' השוכר את הפועל סם כרבנן דיין ביין אסור כולו בהנאה א"ו דהקושי' לדידי' מכח כ"ש ועל המתניתן דתני מנסך בסוף וכן פירש הפ"י שם אליבא דרב עיי"ש א"כ ה"נ י"ל אליבא דשמואל מי' ג"ז אינו דהא שמואל הוא דסבר בפסחים דף כ"ט ע"ב דכל איסורין שבתורה במינן במשהו עיי"ש ויין ביין מין במינו הוא ואין לחלק בין ס' לפחות מס' ועוד דלשום מ"ד אין לחלק באין במינו בין ס' לפחות מס' כיון דהטעם שוה רק דגזרינן אטו אינו מינו כמבואר שם בג' וידוע לכל ועוד דלענין איסור מכירה אין סברא לחלק כלל דיהיב טעם לא שייך לענין מכירה כיון דאין נהנה מהטעם דהא מכר לי' בר מדמי יי"נ ועיין במ"א בא"ח סי' ש"י ס"ק ח' דיש לתמוה עליו דכתב שם לענין אפר שהוסק בשבת שנתערב באפר של אתמול אע"ג דקמח בקמח מקרי לח בלח ובעי ס' מ"מ הכא כיון דעקר איסורו מדבריהם כו' עיי"ש צ"ע דזה ודאי דאינו ענין לששים כלל כיון דלאו בר אכילה היא וששים בכ"מ דבעינן הוא משום דיהיב טעמא או שאם יבשלם יתן טעם וטעם כעקר דאורייתא ואסור באכילה כל זמן שמרגישין הטעם ושיערו חכמים בס' [ועיין ביו"ד סי' ק' בט"ז סק"ה ודוק דשם עכ"פ לענין אכילה איירינן ושייך לומר ל"פ משא"כ לענין טילטול] אבל לטלטול לענ"ד לא שייך כלל לששים וצ"ע ואין כאן מקומו ונחזור לענייננו דג"כ אין לומר דנתערב בפחות מרוב ומש"ה אסור כולו בהנאה ג"ז לא מסתבר דכיון דגם במשהו אינו בטל דהא צריך למכור בר מדמי יי"נ ואעפ"כ היין שהי' מקודם

לא נאסר ושרי למכור בר מדמי יי"נ כיון דאין נהנה בשביל שניתוסף האיסור עליו א"כ בפחות מרוב כמי וזה ברור לכך איכו מחלק ביו"ד שם סי' קל"ד סעי' ב' עיי"ש ועוד דאם מסתבר לרש"י לומר הכי א"כ גם בב"ק בדר' חייא נימא הכי וג"כ אין לחלק לומר דאף דשמואל פסק כרשב"ג מ"מ מוקי למתניתן כרבנן מכח ההכרח דמנסך ממש לא רצה לפרש משום דקלב"מ וצריך לפרש מערב והוי קשה לי' הא ליכא פסידא כמ"ש לכך ע"כ מוקי למתניתן כרבנן א"כ גם בב"ק בברייתא דר' חייא מנ"ל לרש"י לפרש הברייתא דוקא כרב הא כשמואל כמי איכא לאוקמי דבמנסך ממש קלב"מ ומנסך היינו מערב ואתי כרבנן דרשב"ג כמו המתניתן ולמה לרש"י ז"ל להכניס עצמו לפלוגתא הכי הוי ליה למימר מנסך ממש כרב או מערב כשמואל וכי היכא דבמתניתן ה"נ בברייתא לכל חד כדאית לי' וע"ק א"כ מאי מקשה הג' בב"ק על ר' אושעי' מ"ט לא תני מנסך הא י"ל דסובר דקלב"מ במנסך ממש ובמערב סובר כרשב"ג כשמואל דפסק כוותי' דבל"ז לק"מ דאיך פליג ר' אושעי' על מתניתן דגיטין אבל עכשיו י"ל דר"א סובר ממש כשמואל דמוקי מתניתן כרבנן ולדידי' לא סבירא לי' רק כרשב"ג וא"ל דא"כ תקשי מברייתא דר' אושעי' על רב דאמר מנסך ממש ולא סבר בזה קלב"מ דהא ר' אושעי' לאו דידי' אמר רק דברייתא תני דהא תנינין תני ר' אושעי' א"כ גם לפירוש רש"י דפירוש בברייתא דר' חייא דליכא למימר מערב יהי' מאיזה טעם שיהי' א"כ קשה על שמואל מברייתא הנ"ל ומי' יש לתרץ הא דלא משני כן על ברייתא דר' אושעי' משום דאכתי תקשה מ"ט לא תני מטמא ומדמע וניחא לי' לשנוי' דתהוי מתורץ הכל בחדא מחתא מ"מ קשה שאר הקושי' לכך נ"ל לומר דודאי רש"י ז"ל מודה דמה שצריך למכור לגוי' מקרי פסידא כמו מדמע ואין לחלק ביניהם כלל דכיון דחזינא דחשו בהפסד מועט שוב אין לחלק ומחוורתא הפי' בב"ק כמו שפי' שם זקיני הגאון מהרש"א ז"ל כוונת רש"י דלא קא מחסרו ממש רק מה שצריך למכו' בזול לגוים וא"כ היינו מדמע עכ"ל ואין להקשות על פירושו נהי דמתורץ קושי' זו שהקשה דמ"ד מנסך ממש לא אמר מערב משום דהיינו מדמע ולא משום טעמא דרש"י וא"כ תירוצו שפיר דהיא היא דרש"י נתכוין לזה מ"מ קשה עדיין קושי' ראשונה שהקשה דהא מ"מ איכא מ"ד מערב ולא חש לקושי' זו דהיינו מדמע ולמה לרש"י ז"ל להכניס בפלוגתא ג"ז לק"מ דהא טעמא דמ"ד דלא קשי' לי' היינו מדמע היא כדמפרש שם בגיטין דקנסא מקנסא לא ילפינן דהיזק שאין ניכר הוא ולא שמי' היזק וא"כ האי ברייתא דר' חייא דמסיק שם בב"ק דף הי ע"א דסובר היזק שאין ניכר שמי' היזק ועיין בתו' שם ד"ה דאי שמי' היזק כו' עיי"ש וא"כ לא שייך אליבי' תירוץ הג' קנסא מקנסא לא ילפינן לכך ליכא למימר דפירושו מערב. אחר כתבי קושי' ותירוץ זה על המהרש"א

מצאתי ראיתי בפ"י שם בב"ק שהקשה ומתרץ כן והנאני ואין להקשות דעל מ"ד מערב קשה מברייתא דר' חייא דהא חזינא שם בב"ק דף ד' ע"ב דמקשה שם מהא דתני ר' אושעי' על רב דאמר מבעה זה אדם דמקשה שם בשלומא לשמואל כו' אלא לרב לתני כו' ופירושו דלרב קשה הך ברייתא א"כ ה"נ קשה מהך דתני ר' חייא על שמואל דאמר מערב לק"מ דשמואל דאמר מערב גם להך ברייתא מוקי בכך אך דהגי רוצה לומר דר' חייא גופא סבר כחזקי' בנו כמו שכתבו שם התוס' אבל הברייתא דמקובלת ביד ר' חייא מוקי שמואל כשמעת'. אבל רש"י בב"ק כתב כפיר דהא אליבא דר' חייא קיימא כנ"ל מי' לפי מ"ש שם הפ"י דליכא למימר דר' חייא סובר היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק רק דהוא קנס חכמים א"כ לא שייך למחשבי' בהדי אבות דמילי דרבנן לא שייך לקרותן אבות עכ"ל א"כ לפ"ז קשה שפיר מהאי ברייתא דקא חשיב מנסך בהדי אבות אמ"ד מערב ודו"ק ובלא"ה קשה על הפ"י מהא דאמר שם בג' דף ה' ע"א לימא ס"ל כר' חייא כו' עיי"ש דנדחק מאוד לישב זה ואף לפי דוחקו שם מ"מ קשה קושיתו אמ"ד מערב ואין להאריך בזה כי אין כאן מקומו ואין להקשות על פירוש רש"י הא אם מפרשינן מנסך ממש ומפסיד לי' פשיטא דקשה היינו מדמע דכ"ש היא לק"מ די"ל כמ"ש רש"י בניטין דאשמועינן דלא אמרינן קלב"מ אך קשה לי על פירוש זקני הגאון ז"ל ברש"י דלא קא מחסרי' וא"כ היינו מדמע משמע דאם הוי אמרינן במערב דמפסיד לי' כולי' לא הוי קשה היינו מדמע הא אדרבא אי הוי אמרינן דמפסיד לי' כולי' כ"ש הוא ממדמע ואיך תלי הקושי' דהיינו מדמע במה דפי' רש"י דלא קא מחסרי' ותמי' גדולה היא ולא ראיתי מי שהרגיש בו והנ"ל בזה דלקמן בב"ק דף קי"ז הביא הגמרא שתי ברייתות אחת דקתני בה בראשונה אמרו המטמא והמנסך חזרו לומר אף המדמע ובברייתא השני' דקתני בה בראשונה אמרו המטמא והמדמע חזרו לומר אף המנסך ע"כ ועכשיו א"ש דברי זקיני ז"ל דבלא"ה לא הוי קשה היינו מדמע די"ל מתחילה אמרו מנסך ולבסוף מדמע ובשעה שנישנית מנסך עדיין לא נישנית מדמע ואף אח"כ כשנישנית מדמע משנה הראשונה לא זזה ממקומו ואין להקשות להיפך דא"כ מדמע היינו מנסך דמדמע ממנסך לא אתי משום דבמנסך מפסיד לי' כולי' לכך כתב רש"י דלא קא מחסרי' והוי ממש כמו מדמע כמו שפירש זקיני הגאון ז"ל א"כ קשה ממ"נ אי סבר כהך ברייתא דקתני מנסך לבסוף א"כ היינו מדמע ואי קסבר כהך ברייתא דקתני מדמע לבסוף א"כ קשה אפכא מדמע היינו מנסך כנ"ל:

ואין להקשות הא תנא בדר' חיי' מנסך לבסוף א"כ הדרא קושיתי על זקיני הגאון ז"ל דאדרבא אי מפסיד כולי' כ"ש דקשה טפי ואין לומר דר' חייא בתר דחזרו לומר איירי

ולא קפיד אסדרן א"כ גם במשנה דגטין נימא כן ומ"ט דרב דלא אמר מערב משום הקושי' דהיינו מדמע הא איהו הוא דסבר במערב דמפסיד לי' כולי' כמ"ש לעיל דפסק ביין ביין כרבנן דאסור כול' בהנאה וא"כ נימא דמתניתן לא קפיד אסדרן וכברייתא דחזרו לומר אף המדמע וא"כ בשעה שנישנית מנסך עדיין לא נישנית מדמע וג"כ לא קשה מדמע היינו מנסך דהא במנסך מפסיד לי' כולי' לק"מ דמ"מ ה"ט דרב דלא אמר מערב משום דהיינו מדמע ואף אם נתרץ כמ"ש מ"מ קשה הך ברייתא דקתני בה חזרו לומר אף המנסך ומברייתא הנ"ל מוכח דפירושו מנסך ממש דא"כ היינו מדמע וממילא דה"ה במשנה ובברייתא השני' הפירוש כן דאין סברא לומר דהברייתות פליגי בפירושא דהמנסך ואין לומר דלא פליגי והברייתא הנ"ל מיירי במנסך ממש דהיינו הברייתא דחזרו לומר אף המנסך דבתר מדמע אמרו מנסך ואשמועני' דלא אמרינן קלב"מ ובברייתא דקתני חזרו לומר אף המדמע מנסך דידי' היינו מערב ואמרו מדמע בתר מנסך משום דמדמע ממנסך לא אתי דבמערב ג"כ מפסיד כולי' לרב וכן תירץ הפ"י שם בגיטין נ"ג ע"א שם במ"ש על התוספות ד"ה בראשונה כו' דלא תהוי הברייתות סוגיות הפוכות עיין שם לא קשיא מידי חדא דאף אם נפרש כן א"ש דפירוש רב במתניתן מנסך ממש ולא מערב משום דכיון דבברייתא דקתני חזרו לומר אף המדמע אם כן וודאי מנסך דהברייתא הנ"ל מנסך ממש לכך מדמע לא אתי מיניה וא"כ ממילא מוכח דלא אמרינן קלב"מ א"כ למה לא נימא במתניתין כפשטא דמנסך היינו מנסך ממש וא"ש דסדר מנסך בתר מדמע למה נדחוק לומר דלא קפיד אסדרן ועוד דפירש הפ"י בזה במכ"ת אינה עולה יפה דאיך נימא דאם נימא דהברייתות פליגי בפירושי' דמנסך זה דוחק גדול ואלא דנימא דלא פליגי וכמ"ש וא"כ תרי מנסך הוי מנסך דהיינו מערב אמרו קודם מדמע ומנסך ממש אמרו בתר מדמע א"כ קשה ברייתא דקתני בה חזרו לומר אף המדמע למה לא קתני ג"כ מנסך דגזרו בתר מדמע דהיינו מנסך ממש ואף אם נדחוק מאד ליישב זה ולומר דהא ברייתא שנוי' קודם שגזרו במנסך ממש ובריייתא קדומה היא קשה אידך ברייתא דקתני בה חזרו לומר אף המנסך דהיינו מנסך ממש דנגזר עלה אחר מדמע ובריייתא אחרונה היא א"כ למה תני בראשונה המטמא והמדמע משמע דתו לא הא איכא ג"כ מנסך דהיינו מערב דנגזר עליו קודם מדמע וכיון דהברייתא זאת רוצה להשמיענו כיצד גזרו וסדר גזירתן למה דילג מערב אלא ודאי כמו לשמואל הוי ודאי סוגיות הפוכות כמ"ש הפ"י בעצמו ה"נ לרב וא"כ דברי רש"י בב"ק נמלטו מהקושי' שיש בדבריו ועדיין אפשר לתרץ דברי הפ"י די"ל דברייתא הנ"ל לא נקנו רק מה דחד לא אתי מחברי' דמטמא לא אתי ממדמע וכן מדמע ממטמא כמו דעביד צריכותא בג' וכן מנסך ממש מתרוי' לא אתי דיש לומר קלב"מ וכן

הם לא מצי למילף ממנסך משום דבמנסך מפסיד לי' כולי' לכך צריך לומר כל השלשה הנ"ל משא"כ מערב דגזרו קודם שגזרו על המדמע מ"מ לבתר דגזרו על המדמע תו ליכא נפקותא כלל בהך גזירה דכ"ש הוא ממדמע דהא אליבא דרב קיימינן ומה דהוי הוי לכך לא קא חשיב אף דבברייתא דקתני בה חזרו לומר אף המדמע חשיב מקודם מנסך דהיינו מערב לפירוש הפ"י היינו משום דמשנה הראשונה לא זזה ממקומה כברייתא הנ"ל מ"מ באידך ברייתא י"ל דנא חשיב רק מה דאיכא נפקותא לדינא מיהו ג"ז אינו דהא אי נימא כן דלא רצה למיתני מאי דנשמע מחברי' אף שהיתה במנין קודם א"כ מטמא למה תני' דהא בג' אמר דמטמא ממדמע לא אתי' משום דמטמא לא שכיחא עיין פירוש רש"י וא"כ הא ודאי דשכיחא כמו מנסך ממש וזה מבואר בפשיטות אף בלא שום ראיה:

ועוד יש ראי' לזה דעביד צריכותא בתר הכי על הברייתא בין מטמא למנסך ולא עביד הך צריכותא רק צריכותא אחריתי משום דבמנסך מפסיד ליה לגמרי וא"כ עכ"פ מתרוי' אתי ממדמע ומנסך ודו"ק א"ו כיון דמדמע נגזר מאוחר משנה הראשונה לא זזה ממקומה א"כ קשה גם מערב ליתני:

ואין להקשות גם לפי מה דעביד צריכותא על המשנה קשה הא עכ"פ מטמא מתרוי' אתי לק"מ דידוע הוא דלכ"ע לא נגזר על השלשה כא' וא"כ מקודם דאתינא לברייתא הנ"ל שהביא בג' הוי מפרשינן המשנה כפשטה דהמנסך נגזר בסוף כאידך ברייתא ומשנה הראשונה דהמטמא לא זזה ממקומה אבל בהך ברייתא אם נימא דלא רצה למיתני רק מה דהוי נפקותא לדינא עכשיו קשה מטמא למה לי ועדיין יש ליישב דמטמא מתרוי' לא אתי משום דלא מפסדי' לגמרי ולא שכיחא והוי תרתי לריעותא וק"ל ואין להקשות על הפ"י דא"כ מאי קאמר בג' בצריכותא על הברייתא דבמנסך מפסדי' לי' כולי' הא אף לרב מנסך דהכא היינו מערב לק"מ דהא לרב אף במערב מפסדי' לגמרי:

מיהו אף דישבתי דברי הפ"י על נכון מ"מ ל"ק על רש"י ז"ל בב"ק **(הג"ה דמ"מ י"ל כמ"ש דלא קפיד אסדרן וטעמא דרב דאמר מנסך ממש כמ"ש משום דכבר מוכח דלא אמרינן קלב"מ ממילא דעדיף לפרש מנסך ממש ועוד נ"ל דודאי לא מסתבר להג' דגיטין לומר דהמשנה לא קפדי אסדרן ונקט מה שנגזר באחרונה קודם מ"מ היינו דוקא במשנה דעיקרה אתא לאשמעינן חיובא דהמטמא והמדמע והכא עיקר מלת' ודאי דלא שייך לומר כן אבל בדר' חייא דלא רצה לאשמעינן עקר חיובן דכבר נשמע במשנה ובריייתות בדוכתא רק למחשבי' במניינא דאבות מה לו להקפיד על סדרן ולישנא דמתני' דגיטין נקט אף דסובר כאידך ברייתא דמ"מ כ"ד אבות הן כנ"ל ברור:)** ואין להקשות לפ"ז נפרש באמת הברייתות כמו שפירש הפ"י וא"כ י"ל בדר' חייא מערב לק"מ דהיינו דוקא

לרב דס"ל בפ' השוכר את הפועל דיין ביין אסור בהנאה ואף בסתם יינם דפסק לגמרי כרבנן ביין אבל למה דכולהו אמוראי פליגו עליו וגם ר' יוחנן דהלכתא כוותי' תמיד לגבי דרב ולפסק הלכה דר"כ א"כ אי אפשר לפרש הברייתא דתני' מדמע לבסוף דמנסך בידי' היינו מערב א"כ מטמא למה הא אתי ממנסך ואי נימא דלנגד מערב י"ל הצריכותא כמו דעביד בין מטמא למדמע דמערב שכיחא טפי דהא דלא עביד צריכותא הנ"ל בג' על הברייתא בין מטמא למנסך היינו משום דאזיל לרב דפירש מנסך ממש והא וודאי לא שכיחא כמו מטמא מ"מ תקשה מדמע למה כמ"ש לעיל ועוד דא"כ דתרי גווני מנסך הוי שאמרו חכמים א' קודם מדמע וא' אחריו א"כ כ"ה אבות הו"ל למיתני וא"ל דתנ' מנסך וכל מילי דמנסך דהא לא תכא אדם וכל מילי דאדם ומחלק מה שיכול לחלק ולא כלליהו בחדא ואין להקשות דמ"מ הוי לי' לרש"י לומר דמערב ל"ל דהיינו מדמע ולמה לי' לומר דלא קא מחסרי' מידי כו' ואין לומר כהברייתא דתני' מדמע בסוף קשה היינו מנסך ואף דבמנסך מפסיד לי' כולי' מ"מ הא גם הוכח' של רש"י דכתב משום דלא קא מחסרי' כו' רק משום דמשמע מהג' דרוצה לאוקים הברייתא כחזקי' דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק כמ"ש לעיל וא"כ לפ"ז לא נצרך לדברי רש"י כלל דהא האי צריכותא בין היכא דמפסיד לגמרי ובין היכא דמפסיד מקצת היינו אם אמרינן כר' יוחנן דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק רק דתקנת' דרבנן היא שלא יהא כל א' וא' הולך כו' שייך שפיר דמעיקרא להפסד מרובה חששו ותקנו ולהפסד מועט לא חששו לתקן מש"ז ובתר הכי תקנו אף להפסד מועט אבל אם אמרינן כחזקי' וא"כ מן התורה חייב לשלם ולאו תקנת' דרבנן היא א"כ מה לי הפסד מועט או הפסד מרובה דבדאורייתא לא שייך לחלק כלל דדין פרוטה כדין מאה מנה אבל אם אמרינן דפירושו מנסך ממש א"ש דסובר כהך ברייתא דמנסך לבסוף וכפשט' דמילתא דר' חייא ומעיקרא סבר דפטור במנסך משום דקלב"מ ולבסוף סברי' כר' ירמי' כדאית' בב"ק דף קי"ז ע"א עיי"ש וע"ק דאף אם נימא כברייתא הנ"ל ומתרצינן לה כמ"ש לעיל דכיון דמקודם מדמע נשנית מנסך משנה הראשונה לא זזה ממקומה מ"מ היינו לשנות ולא לסמי' אבל לא שייך מש"ז למחשביי לתרוי' למנינא דאבות למהוי על ידן כ"ד כיון דמנסך היינו מדמע וכ"ש היא לק"מ דהא אף אם מפרשינן מנסך ממש קשה בדר' חייא דלא הוי לי' למחשב רק מנסך לאב דרבותא גדולה יש דקמ"ל כר' ירמי' אבל מטמע ומדמע הא היינו מנסך דאין לחלק משום דמפסדי' לי' כולי' כיון דהג' מסיק דסובר ר' חייא היזק שאין ניכר שמי' היזק ודאורי' מחייב לשלומי א"כ אין לחלק כמ"ש ואף אם נימא דסובר דמנסך לבסוף אמרו דמעיקרא סברוה כר' אבין מ"מ בהדי אבות לא הוי לי' למחשבי' רק חד כמ"ש וע"ק דהמטמא והמדמע גופי' תרתי למה

לי דהך צריכת' דעביד הג' בגיטין דמטמא לא שכיחא היינו ג"כ רק לר' יוחנן דתקנ' חכמי' היא ובמילתא דלא שכיחא לא גזרו בי' רבנן אבל בדאורייתא אין לחלק בזה וכן הך דאי' שם דאי תני מטמא מדמע לא אתי מני' עיי"ש לא שייך בדאורייתא ועי' הא ל"ק על חזקי' למה לי כל הני במתני' דגיטין דלדידי' לא שייך הצריכתא דכבר כתבו התו' שם בגיטין נ"ג ע"א ד"ה משום דקא מפסיד לי' לגמרי דלחזקי' הוי הצריכתא לפטורא עי"ש והיינו לפטור דשוגג ובברייתות כמי צ"ל כן אליבי' דהברייתות קאי אכולי' מילתא דמתניתן וק"ל וא"כ לפ"ז דלא הוי הצריכות רק לפטור אבל לחיובא חדא מילתא היא א"כ קשה בדר' חייא דלחיובא חשבינהו בהדי אבית דכ"ד אבות הן שחייבין לשל' קשה מטמא היינו מדמע כיון דמוקי ר' חייא דסובר כחזקי' וקושי' עצומה מאוד היא לכאורה א"ו צ"ל דהואיל דחשיב אותן במתניתין ובברייתא ל"ג קא חשיב לה ר' חייא נמי ל"ג אף דחד אתי מחברי' וה"פ כ"ד אבות הן דמצינו מפורש דחייבין לשלם וכמ"ש התוס' בב"ק דף ה' ע"א ד"ה וקא תני היזקא דלא מינכר וזה לשונם והא דקתני שלשה גוונ' לפי שהן שנויין בפ' הניזקין כדתקני שומר חינם והשואל נושא שכר והשוכר גוונ' טובא עכ"ל תוס' אף דלא נתכוין התוס' לתרץ קושיתי רק למאי דמשני דקתני הזיקא דלא מינכר אבל באמת הכל בכלל ניזק רק דאשמעינן הך גופא דהיזקא דלא מנכר הוי ג"כ בכלל נזק ע"ז קשה להו למה לי גוונ' טובא וכתבו מה שכתבו אבל לא נתכוונו למ"ש דלא ניצרך כלל לשנות כל הג' לחיוב' דחד יליף מחברי' וראי' דלא נתכוונו לזה דא"כ מאי ראי' מייתי משומר חנם והשואל כו' דשם צריכי כולהו ויש חילוקי דינים ביניהם מ"מ יש סמך לסברא הנ"ל שכתבתי ליישב קושי' זו מדברי התוס' ואע"פ שאין ראי' לדבר זכר לדבר איכא וא"כ לפ"ז גם על רש"י לק"מ דאי לא כתב רש"י דלא קא מחסרי' כו' הוי אמרינן שפיר משום פטורי נקט ג' ור' חייא שנינהו כמו דשנינהו במתניתין ואדרבא עכשיו לפי מה שהעלתי א"ש טפי דלא ניצרך כלל לומר לכך כתב רש"י הך דלא קא מחסרי' כו' משום דכפשוטו לא רצה להקשות היינו מדמע דה"א כאידך ברייתא דמדמע לבסוף והא דתני ר' חייא מנסך לבסוף לא קפיד ולחלק בין הא דר' חיי' למתניתין דגיטין דבדר' חייא שייך לומר כן ובמתניתן לא שייך לומר כן כמ"ש לעיל עכשיו אין אנו צריכין לכל זה ואין אנו צריכין להברייתות כלל די"ל דבלא"ה לא יכול רש"י להקשות היינו מדמע דאם הוי אמרינן דבמערב מפסיד כולי' לא הוי קשה מידי דקמ"ל המתניתן דאף במערב דמפסיד לי' כולי' פטרו חכמים בשוגג כדי שיודיעו ורבי חייא נקט כמו שהוא במתניתין כמ"ש דהא אף אם אמרינן מנסך ממש צ"ל כן לכך כתב רש"י דלא קא מחסרי' כו' רק מה שצריך למכור בזול כפירוש זקיני הגאון מהרש"א ז"ל וא"כ הוי ממש כמו מדמע בין לחיוב בין

לפטור בשלמא שמואל דא' מערב ה"ט דקנסא לא ילפינן אבל ר' חייא הא סבר דלא הוי קנסא כמ"ש לעיל א"כ ליכא למימר מערב. מיהו קשה על מה דמפרש הג' שם בגיטין טעמא דרב דלא א' מערב משום דהיינו מדמע קשה הא רב לשיטתו דפוסק הלכה ביין כרבנן ואוסר לגמרי בהנאה ואי דכ"ש הוא אכתי נימא דאשמעינן רבותא לפטור דאעפ"כ בשוגג פטור כמו שהוא לחזקי' אף אם מפרש מנסך ממש וי"ל דאשמעינן כר' ירמי' דלא אמרינן קלב"מ מ"מ במטמא ומדמע ודאי לחזקי' הרבותא לפטור כמ"ש התוס' א"כ גם במנסך נימא הכי לרב ולכאורה קושי' זו עצומה מאוד על הג' דשם בל"ז שכתבתי. מיהו לק"מ דזה דוקא קשה לפי מה שעולה על דעתינו לפרש כוונת התוספות שכתבו דלחזקי'. הוי הצריכותא לפטור כך דהפסד מרובה לא רצו חכמים לפוטרו אף משום טעם כדי שיודיעו רק הפסד מועט מש"ז קשה שפיר קושיתי (וכן בלא שכיחא דבהפסד דלא שכיחא פטרו רבנן מש"ז אבל בשכיחא י"ל דלא רצו חכמים לפוטרו בהזיקא דשכיח ודו"ק) אבל לפי מה שראיתי בפ"י שם בתוס' ד"ה משום דקא מפסיד לי' כולי' כתב וז"ל סתמו דבריהם ולא כתבו מאי צריכותא שייך אליבא דחזקי' כוונתו דכיון דהטעם כדי שיודיעו מאי חילוק יש בין הפסד מרובה להפסד מועט דאם נתחייבו בהפסד מרובה לא וידיעו ויכשיל אח חבירו באכילות איסור וכתב ע"ז וזה לשונו ואפשר דלענין פטורא דשוגגין דהטעם כדי שיודיעו שייך נמי האי צריכותא דאי תני מטמא ה"א משום דהוי הפסד מרובה אי מחייבת לי' לשלם ממנעי ולא מודיע לכך פטרו אבל במדמע דהפסד מועט ה"א דאף אם נחייבו לא ימנע מש"ז להודיעו קמ"ל דפטור ואי תכא מדמע ה"א משום דשכיחא לכך גזרו ביה רבנן אבל מטמא דלא שכיחא ומילתא דלא שכיחא לא גזרו ביה רבנן ה"א דחייב לשלם קמ"ל ומנסך ודאי דצריך חזקי' לסבור מנסך ממש והוי רבותא לחיובא דלא מפטר משום קלב"מ עכ"ל ודברים של טעם הן ושפתי' ישק וא"כ לפי דבריו לק"מ על רב דאף לפטור דשוגג הוי מערב כ"ש ממדמע:

מיהו לפ"ז הדרא קושיתי על רש"י לדוכתא דהו"ל להקשות כפשוטו היינו מדמע ואי לפטורא דשוגג הא ג"כ כ"ש הוא וא"ל דלא סבר רש"י כסברת הפ"י א"כ קשה קושיתי על הג' אליבא דרב ואין לתרץ קושיתי ולומר דלא מצי לתרץ דלפטורא דשוגג לא אצטריך דהיינו מטמא דשם גם כן קא מפסיד לי' כולי' ז"א דהא י"ל דמטמא חולין דהא רצה הג' לומר כן אליבא דרב כמו שפירש רש"י ולמאן דיליף קנסא מקנסא היינו רב עי"ש וא"כ נימ' מערב ובמטמא ומדמע הוי הצריכותא לחיוב דהא משמע בג' מהצריכותא דעביד לרב דרוצה לומר דרב סובר כר' יוחנן וק"ל ובמנסך הוי הרבותא לפטור א"ו דסברת הפ"י עיקר וא"כ הדרא קושיתי על רש"י לכך נחזור לפירושי הראשון עפ"י הברייתות וכפי

מ"ש מקודם די"ל דר' חייא לא קפיד אסדרן והשתא א"ש דאי לא דכתב רש"י דלא קא מחסרי' כו' ה"א דקתני בה חזרו לומר אף המדמע והוי הרבותא לפטור דמדמע הוי הפסד מועט לכך ה"א דאף בשוגג חייב דלא ימנע להודיע ובין מטמא למערב י"ל דמטמא ל"ש כמו מערב כמ"ש לעיל דמערב שכיח כמו מדמע והוי א"ש לכך כתב רש"י דלא קא מחסרי' והוי ממש כמו מדמע ודו"ק אבל אי אפשר לפרש שום רבותא לחיוב דהא כל יסודו של רש"י הוא משום דמוקמינן דסבר כחזקי' ולדידי' ל"ל שום רבותא לחיוב כיון דדבר תורה היא רק אם אמרינן מנסך ממש אז הוי שפיר הרבותא לחיוב במנסך כמו שביררנו:

ועוד י"ל דרש"י לשיטתו שפירש בב"ק דף ג' הא דמכלי' קרנא שאינו עתיד לחזור ולצמוח והא דלא מכלי' קרנא שעתיד לחזור ולצמוח ע"ש ומה בין זה לזה דודאי צ"ל לרש"י דמ"מ איכא הפסד דאל"כ מה זה דכתבה התורה דמשלם ובודאי צ"ל דבמכלי' קרנא דהוי הפסד גדול ה"א דחייבה התורה לשלם אבל בלא מכלי' קרנא דהוי הפסד קטן ה"א דפטרה התורה לשלם אלמא דבדאורייתא נמי יש סברא לחלק בין הפסד מרובה להפסד מועט והתוס' בגיטין ג' ע"א ד"ה משום דקא מפסיד כו' דמוכח מדבריהם דלא מסתברא להו לחלק בדאורייתא בין הפסד מרובה להפסד מועט אזלי לשיטתם שם בבא קמא ד"ה והא דלא מכלי' קרנא דחלקו שם על פירוש רש"י ופירשו שטינפה פירות להנאתה ונ"ל לפרש דה"א דהפירות כדקאי קא וה"א דהוי רק כגורם בעלמא דגורם להמעיט דמי שויין אבל הפירות בעצמן במילתי' קאי קמ"ל דהוי מזיק וחייב כנ"ל בביאור דברי התו' ודו"ק היטב:

היוצא מדברינו דרש"י ג"כ סובר דבמערב מפסיד משום דיצטרך למכור בזול לעכו"ם חוץ מדמי יי"נ והא דכתב רש"י בגיטין ואסור בהנאה נ"ל פשוט דה"פ אם לא הי' נאסר רק בשתי' לא הי' מפסיד מדמיו דאף לישראל יכול למכרו לזילוף ולא קא מפסיד מידי דשותין מלוג בסלע ומזלפין בשתי' כדאיתא בפסחים דף כ' עכ"ל ואף אם בחדש איירי הא ראוי לישנו כדאיתא שם ואי נימא דחיישי' לתקלה נצטרך לאוקמי מתניתין כב"ש ולא כב"ה אף דהרמב"ם בפ' י"ב מה' תרומות הלכה י"ב פסק כב"ש ועיי"ש בכ"מ בשם הר"י קורקוס הטעם מ"מ אפשר דרש"י לא סבר כן ואף אם סבר כן מ"מ נצטרך לאוקמי בחדש ולא בישן ולמה לן לאוקמי באוקמת' לכך כתב רש"י האמת ואסרו בהנאה דמגוף היין אסור להנות לכל ישראל בשום הכאה לפי שנתערב בו יי"ש ואין תקנה להפרידו רק דמיו מותרין כיון שיש תקנה למכור חוץ מדמי יי"נ שבו ובהנאה דגופו איירי רש"י ולא חש לפרש דהנאת מכירה מותר משום דאין עניינו לכאן דהא אם הוי אמרינן דאף

בהנאת מכירה אסור כ"ש דהוי א"ש כנ"ל ברור בפירוש דברי רש"י ובחינם נתחבטו הגדולי' ומקום הניחו לי המורם מכל זה לדינא אליבא דהלכתא דאם נתערב סתם יינם ל"ש נתערב ממילא ול"ש ערבו בידים מותר למכור חוץ מדמי יי"נ שבו ודלא כמנחת יעקב ואף אם לא הוי מצאנו שום תירוץ על דברי רש"י טוב טוב הי' לסבול לחץ הקושי' משנולד דין בלתי צודק כזה כמ"ש לעיל ומכ"ש דישבנו דברי רש"י על נכון תלי"ת ועיין בספר מקדש מלך על הזוהר בחלק ג' מה שנדפס שם בראש החלק הנ"ל על דברי רש"י הנ"ל:

שאלה קח

בהאי סוגי' מאת בן בנו של המחבר גרסינן בגמ' גיטין ד' כ"ג מתיב ר' אלעזר העושה מלאכה כו' איכא למידק בהך סוגי' טובא. א' קושי' תוס' דמה פריך בדיני אדם נמי ליחייב הא סתם לאו לגבי מזבח קיימי ופטור. ב' קושי' מהרש"א למה לא פריך גם לע"ד היזק שא"נ לאו היזק עכ"פ ליחייב מדרבנן. ג' הרמב"ם פסק העושה מלאכה כו' חייב בדיני אדם רק בהכניסה לרבקה ושקל משקולת פטור והא איהו פסק היזק שא"נ לאו שמי' היזק ומדלא פריך בגמ' רק למ"ד שמי' היזק מכלל דלמ"ד לאו שמי' היזק ניחא דפטור אפי' במלאכה ממש וכבר השיגו הראב"ד ועי"ש במשנה למלך ובש"ך סי' שפ"ו מ"ש בזה. ד' הא דמשני פרה שהכניסה כו' ומי' ששקל משקולות פרש"י דהו"ל גרמא וכן היא ברא"ש בב"ק דף צ"ז בתחי' דבריו משמע דפטור לכ"ע ולבסוף כ' דהו"ל גרמי והא דפטור היינו כרבנן ולר"מ חייב וע"ש ביש"ש מ"ש ע"ז והוא דחוק לומר דמשני שינוי' שלא אליבא דהלכתא דקי"ל כר"מ [ועי' פילפולא חריפת' מוחקו אדברי רא"ש עיי"ש] הא מה דקא' הוא מותיב לה והוא מפרק לה הוא שפת יתר דהו"ל לומר מתיב ר"א ומשני או הי' די והוא מפרק לה ואם כי המצא תמצא כן בש"ס באמת בכ"מ צריך טעם. והנ"ל בזה דתוס' שהקשו מהא דרבה היינו משום דאזלו כשיטת הראב"ד דהילכת' היא ואמימר לא פלג עלי' אבל להרי"ף ורמב"ם פ"ח מחובל דס"ל דאמימר אכולי' פליג וקיי"ל כוותי' דחייב בצורם מכח גרמי א"כ שפיר פריך הכא בד"א נמי ליחייב אע"ג דפרת חטאת דומי' דמי חטאת ולא למזבח קיימי אכתי הו"ל גרמי וחייב ולק"מ ולפי"ז ניחא דלא פריך למ"ד ל"ש היזק דאינו חייב רק מדרבנן דדיני דגרמא אינו אלא קנסא מדרבנן [לדעת כמה פוסק' והש"ך סי' שפ"ו תקנתא לתקנת' לא עבדינן וכדאיתא בב"מ ד' ה לקנין היסת ע"ש] וראי' לזה ממ"ש הש"מ ב"ק דף צ' על מ"ש תוס' אבל א"כ דהוי היזק שא"נ וקנסוהו וכו' וז"ל ועוד דאי מטעם קנס איך מייתי אייתיראף דדייקינן דיני

דגרמי מיהו מזה אין לדקדק דאיכא למימר שאם לא איה ההיזק הניכר מהדין חייב לא הי' קנסינין אותו בשאינו ניכר עכ"ל מכלל דלמ"ד דינא דגרמי קנסא אין לקנסו בהיזק שא"נ. אבל למ"ד שמי' היזק דחייב מהדין שפיר קאמר בד"א נמי ליחייב מכח גרמי דחד תקנתא היא ומפרק לה שהכניסה לרבקה וכו' אע"ג דהוי גרמי וחייב הכא שאני דהו"ל גורם דגורם דהכניסה לרבקה אפי' בפרה של הקדש אינו רק גרמי והכא דאיירי טרם הקדישה דומי' דמי חטאת דלא למזבח קיימא הו"ל נמי רק גורם ותרתי גרמי פטור אפי' לר"מ דהו"ל תקנתא לתקנתא דלא עבדינן ומה מתוק מדבש לשון חכמי' הוא מותיב והוא מפרק ר"ל שלא תקשה מה פריך ה"א רבה צורם אוזן פטור לכן אמר הוא לטעמי' דס"ל דיני דגרמי חייב כדאיתא ב"ק ד' ק' מותיב לה וע"כ הוא עצמו שפיר מפרק שהכניסה כו' אע"ג דהוי גרמי וחייב שאני הכא דהו"ל גורם דגורם ופטור וכדאמר ועי' ש"ך סי' שפ"ו סק"ג אמנם הרמב"ן בדד"ג כ' וז"ל ולמאי דס"ד דדן את הדין ר"מ היא שמעינן מני' דדן דיני דגרמי אפי' בהיזק שא"כ דהיינו טמא את הטהור אפי' בשוגג דאיהו קונס שוגג אטו מזיד עכ"ל ותו כתב וכן אני אומר בגורם לשרוף שטרותי' ש"ח או שמסר בין באונס ובין ברצון שהוא חייב שהגורם כמזיק ואפי' גורם דגרמי חייב כו' עיי"ש ונראה ברור דהרמב"ן לטעמי' שהעלה שם דדינא דגרמי דינא היא ולא קנסא ומשו"ה חייב אפי' בא"נ ואפי' שוגג לר"מ דאינו אלא קנס דר"מ קנס בדרבנן כמבואר לקמן ומה"ט גורם דגורם כמי חייב כמ"ש דהו"ל כמזיק ולהש"ך שהעלה דד"ג קנסא ולא דינא הא דמוכח מהך דדן כו' דחייב אפי' בהיזק שא"נ צ"ל שבקנס תקנתא לתקנתא עבדינן ולא דמי להך דפ"ק דב"מ דבזה קנסו טפי אפי' בתקנתא:

ומיהו זה למאן דלא מוקי להך בנושא ונותן ביד אבל למאן דמוקי לה בנו"ב דהו"ל מזיק ממש תו י"ל היכא דאינו אלא גרמי פטור בהיזק שא"נ מטעם דהו"ל קנסא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן וכ"כ גורם דגורם נמי פטור מה"ט ולפ"ז הא דמשני הכא מטעם גורם דגורם דפטור היינו משום דאוקי למתניתין דדן כו' בנונ"ב כר"ח:

ואמנם למאי דקיי"ל כר"ש דלא אייריי בנונ"ב כ"א טעה בשיקול הדעת דקם דינא אפ"ה אינו חייב רק לר"מ מכח גרמי ולרבנן פטור וכמ"ש הש"ך סי' כ"ה א"כ תו צ"ל א' מב' אלו או דר"ג דינא הוא או אע"ג דהוי קנסא תקנתא לתקנתא עבדינן וממילא גורם דגורם נמי חייב כמ"ש הרמב"ן א"כ תו ליכא לפרושא בהכניסה כו' מטעם גורם דגורם וכו' אלא כפרש"י דה"ל גרמא ופטור לכ"ע וא"כ הד"ק ליפרך נמי למ"ד שא"נ ל"ש היזק אע"ג דלדידי' תקנתא לתקנתא הוא הא מוכח ממתני' דדן וכו' דחייב בא"נ מטעם גרמי וע"כ צ"ל דלא מצי למיפרך לדידי' די"ל דמוקי למתני' דדן כר"ח בנו"נ ביד אבל בגרמי אינו

אלא קנסא ותקנתא לא עבדינן אבל למ"ד שמי' היזק דאינו אלא חדא תקנתא פריך שפיר ומשני דהו"ל גרמא. נמצא לדידן דקיי"ל כר"ש דמתני' דדן איירי בלא נו"נ ביד ומוכח בהיזק שא"נ חייב בגרמי מש"ה פסק רבינו שפיר במלאכה בפ"ח חייב בד"א ובהכניסה לרבקה וכו' פטור דהו"ל גרמא וא"ש ודוק היטב:

ובהאי ענינא דגרמי בב"ק דף ל"ג ע"ב אמר מר מכרו מכור וכו' ולא נצרכה אלא לפחת שחיטה אר"ה ברי' דר"י זאת אומרת המזיק שיעבודו של חבירו פטור איכא למידק בהך סוגיא טובא [א] דמעיקרא קילא לי' שחיטה משאר מזיקי שיעבוד ולבסוף חמירא לי' כחופר (ב') הא דפריך הא נמי רבה אמרה הקשה הר"מ בשיטה מקובצת אפשר שלא שמעה ותו למאי דאיתא להלן בדף צ"ח מתקיף לה ר"ה ברי' דר"י הרי דידע לה והיה לו לומר תני' כוותי' דרבה וזה דוחק הרמב"ם בפ"ח מנזקי ממון שהשמיט הא דגובה פחת שחיטה דהא איהו סובר מזיק שיעבודו חייב ד' קושיא קצוה"ח סי שפ"ו לס' תוס' לקמן דף ע"א דהא דמחייב ר"מ מכח דד"ג היינו בשורף שטר שראוי לכל העולם משא"כ בבו"ה וקדשים שחייב באחריותן שא"ר רק נו לבדו לפטור בו לא מחייב ר"מ מדד"ג א"כ ליכא ראיה משור תם דפטור מפחת שחיטה שא"ר רק לו דמוכרו הניזק אינו מכור לר' ישמעאל והך ברייתו' כר"י כמ"ש מדקתני מכרו מכור משא"כ מזיק שיעבודו הראוי לכל העולם י"ל דחייב מדד"ג (ה') וכן קשה על מ"ש תוס' לקמן דף ק' דהך דשור תם דפטור פליג אר"מ והא שאני שור תם דא"ר רק לו לבדו ולא למכור ובכה"ג מודה ר"מ ול"פ אהדדי (ואו) קושי' הש"ך בסי' שפ"ו על ס' תוס' הנ"ל דאינו ראוי רק לו לא מחייב ר"מ א"כ הא דקאמר ר"ה ברי' דר"י ע"כ לא קאמר ר"ש כו' הי' לו לומר איפכא ע"כ לא קאמרי רבנן אלא בקדשים שא"ח רק לו אבל בשורף שטר מודה דחייב מדד"ג ועיי"ש:

וי"ל דחדא מתורצת באידך והוא דבהא דקא' לקמן דף ק' ר"מ הוא דדן דד"ג יש לפרש בתרי אופנים ר"מ היא ורבנן פליגו עליו וכמ"ש תוס' או כמ"ש הרמב"ן בדד"ג וז"ל הואיל ור"מ בלחוד קתני לה ולא שמעינן לרבנן דדיינו ד"ג ארשב"ל ר"מ היא וכו' ואפשר שזה פי' הגמ' שא"ל ר"א והא את הוא דאמרת ר"מ היא דדאין ד"ג וכלומר מכלל דפליגו רבנן וא"כ לא ס"ל כוותי' וא"ל ר"ל לא ר"מ היא פי' משום דלא שמעינן מאן דדאין ד"ג בהדיא כ"ח ר"מ וס"ל כוותי' ולפי"ז מה שהקשה תוס' לקמן מאן תנא דפליג אר"מ ותירצו הך דשור תם אין כוונתו על מה שאמר ר"מ היא וכו' דבזה י"ל מחמת דכא שמעינן בהדי' רק לר"מ קא' הכי כדכ' הרמב"ן אלא עיקר קושיא היינו לרבה וסייעתו דלא דיינו דד"ג ע"כ משום דסברי כרבנן דפליגו אר"מ וכמבואר בש"מ כתובות פ' הכותב ולזה הקשו מאן האי תנא דפליג וע"ז תירצו הך דשור תם וכלומר דע"כ מאן דלא דאין דד"ג אינו מחלק

בין ראוי לו או לכל העולם וכן סובר ר"ה ברי' דר"י דא' ז"א המזיק שיעבודו פטור ולא מחלק בהכי ומשו"ה לא קא' בדף צ"ח איפכא ע"כ לא קאמרי רבנן דבשיטת רבה אזל דלא דאין דד"ג מהך ברייתא דשור תם וסובר דהך פליג אר"מ ואמנם לדידן דקי"ל כר"מ דדן ד"ג וכן סובר רבא א"כ אפושי פלוגתא לא מפשינן ומסתבר ומר דהך ברייתי' דשור תם אינו חולק אר"מ וש"ה דא"ר רק לו לבדו בכה"ג מודה ר"מ דפטור מד"ג ולכן הוכרח רבא לומר דר"מ כר"ש ס"ל וקושי' הש"ך וקצוה"ח לק"מ וזה ברור:

ועפ"י הדברים האלו יתבאר הסוגיא היטב דקא' ר"ה ברי' דר"י ז"א המזיק שיעבודא פטור ופריך פשיטא ומשני סד"א וכו' דא"ל זיקא בעלמא שקלינא מינך דווקא שאינו ראוי רק לך ולא למכור משו"ה לא הוי הפסד אבל בעלמא שמזיק שיעבוד שראוי לכל העולם ליחייב וכ"ש תוס' קמ"ל דאין חילוק וע"ז פריך הא כמי רבה אמרה השורף שטר פטור וע"כ דיליף מהך ברית' דשור תם דפליג אר"מ ופסק כוותי' דברייתא זו אינו מחלק ביניהם אם כן הך זאת אומרת כבר רבה גופי' א' ולא חידש ר"ה ברי' דר"י כלום מאחר שכבר שמע להא דרבה כמ"ש הש"מ כדלקמן דף צ"ח. וע"ז משני דקמ"ל אפי' חפר בורות דהך לא שמעינן מרבה. נמצא לדידן דקיי"ל כר"מ דדן וכו' בראוי לכל העולם אבל לא באינו ראוי רק לו לבדו הך ברייתא דפטור מפחת שחיטה הילכתא הוא וא"ש שיטת הרמב"ם אבל זה ליתא דכ"ז ניחא אי הך ברייתא כר"י אבל הרמב"ם פסק כר"ע ומוכרו ניזק מכור והוא ראוי לכל העולם א"כ כיון דמזיק שיעבודו חייב ה"כ חייב בפחת שחיטה וכ"ש היא דלר' עקיבא הנ"ל מזיק גוף ממונו דניזק ואמאי לא כ' הרמב"ם דחייב בפחת שחיטה:

ולתרץ דעת הרמב"ם נ"ל לפרש הסוגיא באופן אחר והוא דקשה אמ"ש תוס' לקמן דברית' דשור תם פליג אר"מ והא כ' הרא"ש דגרמי דחיב היינו היכא דברי הזיקא אבל בלא ברי הזיקא הו"ל גרמא וא"כ בשור תם י"ל דכ"ע מודו דפטור דאינו רק גרמא דלא ברי הזיקא דילמא מודה ומיפטר ושמא לא יבואו עדים או לא יתקיים עדותן וכמ"ש תוס' מכות דף ה"א עיי"ש. וצ"ל דהתוס' לטעמייהו בב"ב פ' לא יחפור דף כ"ב ד"ה זאת אמרת דלא מחלקים בהכי עיי"ש וכן מוכח ממה שהקשו שם והא גרמא הוא תימא דלא פריך כן אריש‌א ואי נימא לחלק בין ברי הזיקא או לא קושייתם לק"מ וכמו שתירץ שם התו"ח עיי"ש א"ו דלא ס"ל לחלק בהכי:

וא"כ לדעת הרא"ש באמת יש לומר דהך דשור תם אינו חולק אר"מ ושאני התם דלא ברי הזיקא משו"ה פטור אפי' לר"מ ואמנם למאן דלא דד"ג ע"כ דסובר דברייתא דשור תם פליג אר"מ וע"כ דאיהו לא מחלק בהכי וכס' התוס' וכ"כ סובר ר"ה ברי' דר"י דקאמר ז"א

המזיק שיעבודו ש"ח פטור והיינו דקא' הגמ' פשיטא ומשני סד"א דא"ל זיקא בעלמא שקלי מינך היינו דבר התלוי באויר דלא ברי הזיקא אבל בעלמא במזיק שיעבוד דברי הזיקא ליחייב קמ"ל וע"ז פריך הא כמי רבה אמרה ד"א השורף שטר פטור וע"כ דיליף מהך ברייתא דפליגי אר"מ וא"כ הך ז"א נמי רבה גופי' אמרה ור"ה ברי' דר"י שמע מזה כדלקמן ומשני דקמ"ל אפי' חפר וכו' וא"ש.

ולפי"ז לדידן דקיי"ל דר"ג דוקא בברי הזיקא אבל בלא ברי הזיקא הוי גרמא ופטור אע"ג דחייב במזיק שיעבודו משו"ה שפיר פסק הרמב"ם כהך ברייתא דהלכתא הוא. אמנם כ"ז למאי דקא' דהרמב"ם מחלק בין גרמי לגרמא וכמ"ש הקצוה"ח שפ"ו אבל להש"ך דדעתו בסי' תי"א דהרמב"ם אינו מחלק בהכי ומאן דמחייב בגרמי גם בגרמא מחייב עיי"ש משו"ה הוצרך לפרש הא דכתב הרמב"ם גובה מבשרו היינו אפילו פחת שחיטה עיי"ש:

מיהו בעיקר קושיא קצוה"ח מהא דשור תם נראה דלק"מ דהרי התוס' מדייק בלשונו אבל דבר הגורם כו' אינו ראוי אלא לזה לפטור עצמו בו עכ"ל כראה דלא מחלקו בהכי רק בדבר שעצמותו אינו ממון כמו שו"ה וקדשים כו' רק לפטור ע"י בכה"ג ל"ה גרמי משא"כ בשור תם אע"ג שאינו ראוי רק לו שא"י למוכרו מ"מ בעצמותו ממון הוא מותר לו ולכ"ע בכה"ג חייב לר"מ מצד דד"ג וזה ברור ושוב מצאתי סברא זו באחרוני' יקותיאל יהוד' ט"ב.

שאלה קט

אל ראש גולת אריאל ה"ה כבוד אדומ"ו הרב המה"ג הגאון אמיתי המופרסם שבחו אין למלל נ"י ע"ה פ"ה שמו מו"ה משה יצ"ו האבד"ק שניאווע:

ילמדינו רבינו הדין בש"ע חו"מ סי' פ"ח סעי' כ"א שני בעלי דינים וכו' אם הודאתו של ב' שוה כמו שהודה הראשון פטור מש"ד שהוא הילך אבל אם הודאתו יותר מהודאת הראשון גם הוא חייב ש"ד כיון וכו' וראיתי בס' ברכת יעקב חיבור על חו"מ שנראה לו שזה הדין דוק' בשני מינים שאני אומר כשלא פי' מסתמא דעתו שאינו רוצה לתופסו וסובר בדעתו מה שאני חייב לו אשלם לו והוא ישלם מה שחייב לי לכך לא כפר הכל משא"כ במין אחד אף שלא אמר בפירוש שרוצה לתופסו מסתמא דעתו לתופסו כי הפוכי מטרתי למה לי ולא אבין דבריו היתכן שזה יסבור כן מה שאם מודה לו יותר אתן לו אף שהוא יכפור לי מי פתי יעשה כן אפשר דעתו כן אבל כשיסלק חבירו הק' זה שתבעו הוא יתן לו החטים וגם אפילו לפי הש"ע כשישבע הוא אף שהודאתו היתה

יותר אין צריך ליתן לו אף פרוטה כי הוא נשבע שיש לי כנגדו בידך וגם על הש"ע קשה מה שכ' אם הודאתו של זה שוה היא הילך הלא הוא בעצמו פסק בסי' פ"ז דמשכון לאו הילך וזה הוא כמו משכון כי בודאי הוא צריך ליתן לו חטים והוי הדינר משכון ולפ"ז ע"כ מיירי המחבר באמר שאין לי חטים וצריך הוא לקבל מעות אבל כמו שכתב הספר הנ"ל שסובר בדעתו מה שאינו חייב אשלם לו בודאי קשה הא לאו הילך הוא לכן יורינו רבינו אם הדין הזה הוא בר סמכא ודברי הסמ"ע בס"ק מ"ם מוכיחין שעתה הוא רוצה לתופסו רק בשביל שלא טען בפירוש הוי דרך הודאה במקצת אבל אין לחלק כמו שכתב הוא והדין הזה מצוי לכן אם באפשרי והודיעני ע"י מוכ"ז מה טוב.

תשובה והנה ע"ז מה שרצה כת"ר להשיג על ספר ברכת יעקב מצד הסברא דמי פתי יסור הנה שהוא יפרע לו מה שהודאתו יתר על הודאתו של חבירו כיון שהוא כופר לו כהנה וכהנה הנה לכאורה לא על ברכת יעקב תלונתו רק על הש"ע דמה"ת נימא דהוי הודאה כיון דכבר שמענו ממנו שיש לחבירו כנגדו כהנה וכהנה ומה"ת נימא דרוצה לשלם אף שזה יכפור ואי נימא דכוונת הש"ע הוא אף שאינו רוצה לשלם לו כפירש דמי ואין כאן הודאה כלל והלא אם הודאתו שוה ג"כ לא פירש לומר הילך הודאתך בשביל הודאתי מ"מ הוי כפירש וכ"כ הב"ח להדי' א"כ גם באין הודאתו שוה למה לא נימא דאנן סהדי דודאי רוצה לתפסו כפי טענתו שטען כבר בפנינו והכה אלשון השאלה המובא בטור הי' נראה לומר דדוקא דאמר להדי' שמזומן לפרעו דהוי כמו קבל על נפשו שאינו רוצה לפטור עצמו על טענה השני' מכח הטענה הראשונה רק דה"א דמ"מ לא הוי מודה במקצת שיתחייב בש"ד כיון דמין הדין אינו חייב גם במה שהודה מכח טענתו הראשונה א"כ רק מתנה הוא דיהיב לי'. וע"ז השיב הראב"ד דכיון שאינו רוצה לפטור עצמו עתה בטענה ההוא הוי כמאן דביטל עכשיו לענין מה שהודה זכות הטענה ההיא והוי מב"מ ממש כן הי' נ"ל לבאר דברי הטור:

אבל מה אעשה שהרי בש"ע לא משמע כן שהרי לא נזכר כלל שאמר שמזומן לפרעו ובאמת מלשון הראב"ד משמע כהש"ע דכל שאמר שרוצה לתופסו רק שהודה סתם חייב ש"ד וע"כ צ"ל דאף דה דה בסתם כיון דמודה בדרך הודאה גמורה ולא פירש דבריו הלא לנגד זה המעט שמגיע לך ממני יש לי בידך כהנה וכהנה משמע מדבריו דאינו רוצה לפטור עצמו במה שהודה בטענה ההיא ובאמת כד דייקת יפה מבואר ג"ם כן בדברי השואל דהא בסיפור המעשה אינו מבואר כלל שאמר כן שמזומן לפרעו רק בדברי השואל בלשון השאלה מבואר בו לכך נראה דר"ל דהודאתו בסתם ולא אמר תפיסנא לי' הוי כאומר שמזומן לפרעו כנ"ל. וא"כ לפי"ז הדרא הקושי' על בעל ברכת יעקב דמה

בכך דהוא מין אחד מ"מ אינו רוצה לזכות בטענה הראשונה. וא"כ הטעם והסברא של בעל ברכת יעקב אין לו מקום לענ"ד מי' דיוקו של בעל ברכת יעקב ממה שדייקו הטור והש"ע וכתבו ואין תביעתו של זה כתביעתו של זה נראה נכון דודאי לא דבר ריק הוא ומ"ש בעל ברכת יעקב דמעשה שהי' כך הי' וכתב ע"ז שהוא דוחק ולדעתי אפילו בגדר הדוחק אינו נכנס דלא ניתן להאמר כלל וכש"כ לכתוב דזה שייך לומר בענין גוף סיפור המעשה אבל לא זה שהוא רק לשון הפוסקים דלענין מעשה שהי' לא הי' צריך לומר רק ב' בע"ד שכל א' תובע לחבירו א' אומר מנה הלויתך וכו' ולמה להן לומר ואין תביעתו וכו' מה לן בזה אם התביעות שוות או לא א"ו דלא דבר ריק הוא ובפרט הטור ז"ל דהוא דייקן גדול מאוד בלישנא ובודאי דלא במקרה נפל:

אבל נראה דיש בזה מכוון עמוק דאם התביעה במין אחד אף דהוי הודאה מ"מ אין מחוייב שבועה דהא מבואר במס' ב"מ ג' ע"ב דחיוב שבועה דמב"מ הוא משום דאמרינן אשתמוטי קמשתמט וכו' ועיין שם בת ס' ד"ה ובכולי בעי דלודי לי' דאי לאו אשתמוטי גם במב"מ הוי מעיז וא"כ הי' נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל וא"כ לפי"ז במקום דלא שייך אשתמוטי אין כאן שבועה דמב"מ דנאמן במיגו דכופר הכל וכן מבואר בתוס' שם בב"מ דף ה ע"א ד"ה ולמ"ד הילך פטור וכו' ע"ש ולפי"ז בזה שכבר טען לפנינו שיש לו מנה ביד שכנגדו קודם שתבעו זה שכנגדו החטים. וא"כ עכשיו שזה תבעו החטים והוא מודה במקצת מה"ת יתחייב ש"ד אף שאינו רוצה לפטור עצמו על מה שהודה כמ"ש מ"מ יפטר מש"ד דיש לו מיגו דאי בעי כופר הכל ואין לומר דאינו מעיז דמוכרח הוא לכך מחמת דאשתמוטי קא משתמט הלא משום אשתמוטי לא הי' צריך לכפירה זו דכבר נשמט ועומד בטענה שטען כבר לפנינו שיש לו בידו מנה. ואם כן כיון דאזלא סברא דאשתמוטי ממילא יש לו מיגו דכופר הכל והיא סברא ברורה בעזה"י. בשלמא אי הוי טוען שני הטענות בבת אחת. אין לך בידי רק מקצת מהחטין וגם מנה לי בידך: לא אמרינן דלא שייך אשתמוטי בהכפירה משום דמשמט בל"ז נפשו בטענתו יש לי בידך כנגדו דאמרי' מה לי העזה דכפירה באופן זה דלהד"מ או באופן דיש לי בידך כנגדו כולהו כפירה היא והעזה ודילמא הכל משום אשתמוטי וכי משום שכופל כפירתו אזלא הא דאשתמוטי ויהי' נאמן ואין כאן מיגו דהא מ"מ צריך להעיז עכשיו ומה לי אם מעיז בחדא או בתרתי ועוד דאם משום שכופל כפירתו נימא דיפטר מהש"ד דילמא ערומי קמערם. דהא משום אשתמוטי צריך לכפור במקצת:

וכולו אינו יכול משום דאינו מעיז כל כך וכדי למפטר נפשו משבועה ד' טוען עוד טענה כדי שיהי' הוכחה דהכפירה לאו לאשתמוטי עביד משא"כ בנד"ד דאין צריך להעיז עתה

כלל רק דנשמט ממילא עתה במה שכבר תבעו לזה. א"כ שוב הוין מעיז כמו בכופר הכל והו"ל מינו וז"ב וא"כ לכאורה קשה על הש"ע דלמה יתחייב כאן ש"ד מיהו לק"מ דהא זה תבעו מעות וזה תבעו חטין והיא ודאי על אחת משני פנים או שהלוה לו חטים דצריך לפרוע לו חטים דוקא על אופנים המבוארים ביו"ד סי' קס"ב ע"ש או שחייב עצמו להעמיד ל כור חטים דאף שרוצה לחזור לו המעות שקבל מ"מ מחויב לקבל מי שפרע אם אין מעמיד לו חטים כמבואר בחו"מ סימן ר"ט סעיף וא"ו או ששיעבד עצמו לכך דהשיעבוד חל על גופו. ע"ד המבואר בחו"מ סי' קע"ו בסמ"ע ס"ק ט' וא"כ שייך שפיר משמט דירא לנפשו דאם יודה הרי יטעון הלה הלא אתה הודית בעצמך שאתה חייב להעמיד לי כור חטין רק שאתה תופס בשביל המעות המגיע לך לפי דבריך אשלם לך ואתה תעמיד לי חטין ואולי טריחא לי' מילתא לכך משמט נפשו בכפירה. משא"כ אם הוי מין א' הוצא זה בזה א"כ לא שייך אשתמוטי בכגון זה ויש לו מיגו יופטור מש"ד וא"כ דבר ה' בפי בעל ברכת יעקב אמת להלכה אבל לא מטעמי'.

והנה לכאור' הי' עולה על דעתי להקשות על האי דינא דהאיך נימא דחייב ש"ד נהי דהודאה זו מביא לשבועה ד' מ"מ הלא כפירה זו אין מביאו לשבועה דאורייתא דהא קיי"ל דאין נשבעין אלא על כפירת ממון דהיינו שאם הי' מודה הי' חייב לשלם אבל אם מודה הי' חייב שבועה עתה שכופר לא הוי מחויב שבועה דהא לא הוי כפירת ממון רק כפירת שביעה וגדולה מזו כתב הר"ן בפ' כל הנשבעין הביאו הש"ך בחו"מ סי' ע"ה ס"ק מ"ג ובסי' צ"א ס"ק כ"ו דאף דאם הי' מודה הי' חייב לשלם רק שלא הי' חייב לשלם כפשוט' רק ע"י שבועת התובע שוב לא הוי כפירת ממון ופטור אפי' מהיסת כשכופר א"כ לפי"ז כאן האיך מחייבין שבועה על כפירת חטים הא אף אם הי' מודה לא הי' חייב רק שבועה דיש לי בידך כנגדו וא"כ אין כאן כפירת ממון כלל וא"ל דלק"מ דא"כ הגע עצמך במי שטוען שני טענות לפטור וגם פרעתי וגם לפי דבריך יש לי בידך כנגדו האם יפטר בלא שבועה דנימא על כל טענה וטענה דלאו כפירת ממון הוא דאף אם הי' מודה לא הי' חייב רק שבועה מכח טענה השני' דא"כ אתה נותן יד לפושעים להתחבל בתחבולות להתעולל עלילות ברשע להוציא ממון חביריהם ולא יתחייב שום שבועה וישתקע הדבר ולא יאמר דטעות גדול הוא דמה לי אם פוטר נפשי' באמתלא אחת או במאה אמתלאות דמ"מ הו"ל כפירת ממון דאם הי' מודה ולא הי' טוען האמתלאות הנ"ל הי' חייב לשלם ואינו דומה להא דכתב הר"ן דשם אי לא הי' בעה"ב טוען כלל הי' צריך שבועה מכח טענות הפועלים אבל כל מה שנצמח מכח טענותיו מה לי אחת או מאה מ"מ הכל כפירה שלו הוא וז"ב וא"כ גם בנד"ד כן הוא דאלו הי' מודה בחיוב החטים

דהיינו שלקחן ואין לו בידו כנגדו הי' חייב לשלם הו"ל כפירת ממון דנראה לומר דסברא זו לא שייך רק בטוען שני הטענות כאחד דכולהו חדא כפירה היא משא"כ בנד"ד שכבר טען טענה זו דיש לו בידו מנה קודם שתבעו זה חטים א"כ מסתבר כומר דשוב לא הוי כפירת ממון במה שכופר אח"כ כשטענו חטים דהא אף אם היא מודה הי' פטור מחמת הטענה שטען כבר קודם שתבעו מי' אף שאנו מדמין מ"מ מנ"ל להקשות דודאי י"ל דאף שכבר טען טענה זו מ"מ הרי בידו לחזור גם מתביעה ראשונה ולהודות דיש בידו כור חטים ואין לו בידו כנגדו לכך הוי כפירת ממון דאם הי' מודה הי' חייב לשלם דבשלומ' לענין אשתמוט' שפיר כתבתי לעיל לחלק בזה דכיון שעתה אין צריך להעיז מחדש בשום דבר משום אשתמוטי דכבר נשמט א"כ שוב עתה במקצת שכופר הו"ל העזה גמורה כמו כופר הכל כסברת התוס' דהיכא דלא שייך אשתמיטי הוי מעיז כמו כופר הכל א"כ שוב יש לו מיגו דכופר הכל אבל לענין שיהי' כפירת ממון מ"מ הו"ל כפירת ממון אף שיש כאן כפירה מכבר דאם הי' מודה עכשיו לגמרי בחיוב החטים הי' חייב לשלם כנ"ל ברור:

ומזה נתבאר עוד יותר ויותר דעיקר טעמו של הראב"ד הוא כמ"ש דמשמעות הודאתו הוא שרוצה לשלם דהא לפי מה שביארתי מבואר דהכפירה הנ"ל שכפר בהחטים לא הוי כפירת ממון דהא בל"ז כבר פטור ועומד מכח התביעה הראשונה שלו אם לא דנימא דגם התביעה הראשונה בכלל כפירת ממון וכולהו חדא כפירה היא דהא אי בעי הי' מודה עכשיו א"כ קשה הלא כפירה זו דיש לי בידך כנגדו אין זה הודאה כלל דלטענה זו פטור לגמרי גם בהחטים שהודה א"כ כפירה זו אין מחייבו שבועה דאורייתא דהא לא הוי עמה הודאה רק הכפירה בחטים לחוד שיש עמה הודאה מביאו לידי שבועה והיא לחוד' לא הוי כפירת ממון והבן כי קושי' עצומה היא מאוד א"ו ע"כ צ"ל דאמרינן דלענין מה שהודה הוי כאין לו בידו כנגדו כיון דהודה בסתם ואעידה לי שלשה עדים נאמנים על זה א' דאל"כ קשה היכא תמצא הודאה שאינו מחוייב בכלום דנהוי הודאה לחייבו שבועה דמב"מ ואף דהתוס' במסכ' שבועות פרק שבועת הדיינים דף מ"ם ע"א בד"ה והודה לו בשעורים כתבו לחד תרוצא דאף דמפטר משעורין אף לר"ג אפ"ה חשיב לי' הודאה כבר כתבתי בזה ואעתיק לו מ"ש בחידושי למס' ב"מ דף ה' ע"א וזה ל לשוני שם [עיין בקונטרסי שם בסוגי' דהעדאת עדים יש להעתיק כאן כל הכתוב שם.

והנה היוצא מזה דודאי היכא דליכא שום חיוב כלל לא הוי הודאה כלל א"ו צ"ל דיש כאן חיוב במה שהודה העד השני הוא דאף אם נימא דהראב"ד סובר דאף אם אין שום חיוב כלל מ"מ הוי הודאה הנה זה הי' נכון אם הוי אמרינן דהראב"ד סובר דבהודה אף

דפטור מצד אחר כגון שטוען יש לי בידו כנגדו מ"מ הוי הודאה לש"ד אבל כיון דמבואר להדי' מלשון הראב"ד דאם אומר כן בשעת הודאה איני חייב לך לפי שיש לי בידך כנגדו לא הוי הודאה כלל וע"כ ה"ט דאף שמודה בגוף הענין מכל מקום אינו מודה בשום חיוב אם כן קשה גם בהודה בסתם חייב כדי הודאתו והעד השלשי היא מ"ש לעיל בסמוך דאם מצד הטענה הראשונה פטור גם במה שהודה אף אם נימא דאף דפטור מ"מ הודאה הוי לחייב ש"ד:

כיון דהודה במקצת בגוף הענין א"כ קשה הלא הכפירה דחטים לא הוי כפירת ממון כמ"ש וא"ל דגם הטענה הראשונה הוא בכלל כפירה דהא לטענה הראשונה אין עמה הודאה כלל דבשלמא בטענה השני' יש הודאה אף דפטור מצד הטענה הראשונה מ"מ בדידה הוי כפירה והודאה אבל לטענה הראשונה אין כאן התחלת הודאה דהא טענה זו דיש לי בידך כנגדו סובב על הכל וא"כ אין כפירה זו נכנס לגדר כפירה המחייב שבועה א"כ ממילא דהשני' לא הוי כפירת ממון וזה ברור כשמש א"ו דכיון דהודה בסתם הוי כאין לו בידו כנגד הודאה וא"כ אף לטענה הראשונה הוי הודאה:

ומיהו כד דייקינן שפיר זו קשה יותר מן הכל דא"כ העיקר חסר מן הספר מדברי הראב"ד והטור והש"ע דהיה להם לבאר דחייב לשלם מה שהודה ולא מצי פטר נפשי' בטענת יש לי בידך כנגדו לענין מה שהודה והוא עיקר הרבותא וממילא נגרר מזה ונטפל לזה והוא פשוט כביעתי' בכיתח' לפי"ז דהא מב"מ לחייב ש"ד דכיון דחייב לשלם הודאה היתירה הלזו על הודאת שכנגדו למה לא תהא הודאה לש"ד. והם הניחו העיקר וביררו את הטפל משמע דרק לש"ד הוי הודאה אבל לא לענין שיהי' חייב לשלם וגם מלשון השאלה בטור מבואר דלא עמד השואל ושאל רק לענין ש"ד ולא לענין אם חייב לשלם מה שהודה שהוא העיקר כפי מה שנראה. והא דשבועה דאורייתא נגרר אחריו וע"ק דבאמת גוף הדבר תמוה דמה"ת לאפקועי ממונא והלא לא מחל הטענה הראשונה ובודאי דלענין הכפירה יש לו לברור איזה שבועה שירצה. או שישבע על הכפירה או שישבע שיש לו עכ"פ כנגדו בידו אם כן גם על מה שהודה למה לא נימא דיפטר נפשי' בהטענה הנ"ל ובשבועת היסת ואף שהודה בסתם אין זה ראיה דמחל הטענה הראש נה. דלמה לו לחזור הדברים כיון שכבר טעין זאת לפני הב"ד ואולי סמיך על זה שכבר טען. והלא בהודאתו שוה ע"כ אמרינן כן ולא אמרינן דהוי כמוחל לחבירו הודאתו כיון שהודה הוא בסתם אלא אמרינן דסמיך על מה שכבר הודה חבירו לפני הב"ד א"כ גם בהודאתו יתירה למה לא נימא דסמיך על טענת עצמו שכבר טען לפני הב"ד ואף דאפשר לחלק מ"מ מנ"ל הך ולא יהי' אלא ספק הא הממע"ה. ומה"ת לאפקועי ממונא וכבר כתב הנ"י הביאו הסמ"ע

בסימן ע"ה ס"ק ב' דלא דייקינן בדבריו של אדם אם לא אמרן ממש ואף דהש"ך כתב שם ס"ק ה' חיפשתיו ולא מצאתיו כבר נמצא. ועיין בסימן הנ"ל באורים ס"ק ה' ע"ש:
לכך נ"ל ברור דודאי לא מחל הטענה הראשונה ובודאי פטור מלשלם אף מה שהודה אם כשבע שיש לו בידו כנגדו רק דסברת הראב"ד והטור והש"ע הוא כך דאף אם מודה ואומר בשעת הודאה דמ"מ אינו חייב כלום מצד אחר או שיש לו בידו כנגדו וכדומה איזה טענה דפטר בי' נפשי' לא הוי שום הודאה כלל היינו משום דבשעת אמירת הודאתו לא נתכוין לחייב עצמו כלל בשום דבר ואימעוט משבועה מגזה"כ כשאר כופר הכל מאשר יאמר כי הוא זה. כמ"ש התוס' בכמה מקומות ב"מ ג' ע"א ב"ק ק"ז ע"א כתובות י"ח ע"א דאין כאן אמירה על כי הוא זה. וגם הוי מעיז ולא שייך בי' אשתמוטי כ"כ כמו בשאר כופר הכל אבל זה שהודה בסתם בדרך הודאה גמורה נראה דכוונתו היה בשעת הודאתו לחיוב ובודאי לא על אופן שחבירו יכפור את שלו דאטו בשופטני עסקינן רק דנראה מענינו שחישב בלבו שודאי יחזיר לו את שלו. דאף שכבר כפר בו דנו לכף זכות דעביד כן לאשתמוטי וכשב"ד יחייבו שבועה יחזיר לו את שלו ואז גם הוא יתן לו המגיע ממנו וא"כ אח"כ אם חבירו עומד בכפירתו הרי תופס הוא במה שהודה דהרי לא מחל לו ומ"מ כיון דבשעת הודאה היה ע"ד שיתן לחבירו כפי הודאתו. א"כ הרי הוי בכלל אשר יאמר כי הוא זה וגם לא הוי מעיז כ"כ וגם עביד לאשתמוטי ככל מודה במקצת כיון דהודאתו היה ע"ד לחייב א"ע לכך מתחייב ש"ד:
וא"כ לפי"ז דברי הברכת יעקב ברורין. דהא לא הי' בדעתו שיתן לו רק אם יודה גם שכנגדו. וא"כ זה יתכן בשני מינים דגם אם יודה חבירו ליתן לו את שלו צריך הוא ליתן לחבירו את שלו וא"כ הודאתו היה ע"ז שיתן לחבירו והוי הודאה. משא"כ במין א' אף אם יודה חבירו הפוכי בי' מטרתי למה לי. וא"כ הוי הודאתו לא ע"ד שיתן לחבירו כלל:
רק ע"ד לתופסו אף אם יודה חבירו דאפוכי בי' מטרתי למה לי וא"כ כיון דהודאתו לא הוי בשום אופן ע"ד שיתן לחבירו ממילא דלא הוי הודאה כלל וא"כ דברי הברכת יעקב ברורין בטעמן כשמש ומוכרחין מלשון הטור והש"ע. והטיב לראות בעל ברכת יעקב הנ"ל ומיושב השגת מעל' עליו ולא הביט און ביעקב. דמה שרצה מעל' לתלות בוקי סרוקי בדברי ברכת יעקב הנ"ל ולומר דכוונתו דהוא ישלם לו אף שחבירו יכפור לו ונהפוך הוא דא"כ היתה כוונתו א"כ במין אחד נמי להוי הודאה דלא שייך כומר אפוכי בי' מטרתי למה יכיון דחבירו כופר ואינו נותן כלל והוא לבדו הנותן:
וא"כ אין הפרש בין מין א' לשני מינים. א"ו דאדרבא כוונתו כך דודאי אינו רוצה ליתן רק אם יודה חבירו רק שנראה מזה שהודה בסתם שחבירו יודה ג"כ. וא"כ במין א' לא

היה הוראה ע"ד שיתן חבירו כלל דאפוכי מטרתי' למה לי וכן מפורש בדברי הברכת יעקב שכתב שסובר בדעתו מה שאני חייב לו אשלם לו והוא ישלם לי מה שחייב לי. ואם כוונתו היה שחבירו יכפור והו ישלם. מה זה שכתב והוא ישלם לי מה שחייב לי. ואם כוון לומר דישלם עכ"פ מה שכבר הודה קשת תרתי חדא והוא ישלם לי מה שהודה ראוי לומר דמה שחייב לי משמע להדיא כל מה שחייב וע"ק הלא הוי מב"מ מחמת שהודאתו יתר על הודאת חבירו. כיון דאינו רוצה לתפוס נגד מה שכפר א"ו דכוונתו היה כמ"ש וזה ברור כשמש:

וגם מ"ש לעיל מחמת אשתמוטי א"ש מאוד לפי"ז דבשני מינים שייך לומר דחושב דחבירו יודה ויחזור לו את שלו ויצטרך הוא להעמיד החטים. ע"כ יוכל להיות דמשתמט אבל במין א' שבודאי הוא לא יצטרך ליתן א"כ מה אשתמוטי שייך כאן ואם יכפור הרי משמט נפשו בהטענה הראשונה וכפירת החטין למה לו משום אשתמוטי וז"ב והשתא לפ"ז יובן על פשוט התירוץ של התוס' הנ"ל במסכ' שבועות דסברו כהראב"ד וא"כ לר"ג אף דסובר דפטור מדמי שעורין מ"מ הוא התכוון להודאה גמורה כנ"ל.

הנה מעל' הקשה הא הוי משכון וא"כ פסקי הש"ע סותרין אהדדי. ומש"ז המציא מעלתו דאיירי דלית לי' חטין והנה מעל' כיוון בזה אל דעת בעל קצות החושן בסי' פ"ח ס"ק י"ח שהקשה כנ"ל י' ותירץ וז"ל ואפשר דאיירי דלית ליה חטין עכ"ל והנה מעל' התעורר עפי"ז בקושיא על בעל ברכת יעקב שכתב דזה שהודה כוונתו שיתן מה שחייב א"כ הרי רוצה ליתן חטין דאי דמי חטין א"כ היינו מין אחד. דאפוכי בי' מטרתי למה לי א"ו דרוצה ליתן חטין ע"י כוונת מעל' בקושיתו והנה באמת קושיא נאות' היא אבל אית לי' פירוק' בס"ד. דהא בלא דברי ברכת יעקב הנ"ל דהוי אמרינן דכוונת הראב"ד והטור והש"ע הוא דכיון שהודו בסתם הוי כביטל זכותו עפ"י הטענה הראשונה לנגד הודאתו של עתה והוי צ"ל דאמאי לא אמרינן כן בהודאתו שוה וע"כ צ"ל דלענין שהודאתו יתירה יש לנו הוכח' דכוונתו היתה לכך. דאל"כ היה ראוי לפרש בהודאתו דמ"מ אינו חייב לו כלום מחמת שיש לו בידו כנגדו דכיון דלא הוי ברור כ"כ שיש לו בידו כנגדו דהא זה לא הודה לכך היה צריך לפרש משא"כ לנגד זה שכבר הודה זה שכנגדו א"כ כבר גלוי וברור לכל שיש לו כ"כ בידו וא"צ לפרש כלל וא"כ אין לנו הוכחה דמחל זה לנגד הודאתו של עתה. וכיון דאין לנו הוכחה מה"ת לומר כן וזה ברור דכן היה צ"ל וא"כ לפי"ז לפי מה שחידש בעל ברכת יעקב. וכפי מה שביארתי דלא אמרינן דמחל זכות הטענה הראשונה דמה"ת לומר כן רק מדהודה בסתם ולא פי' שתפסו משמעות הודאתו מטה לומר שכוונתו הי' שג"ז יודה וכל א' יפרע מה שחייב והנה ג"ז הוא מדהודה בסתם

ולא פי א"כ הוא ג"כ דוקא במה שהודה יתר על הודאתו דאז ראוי לפרש ומדלא פירש יש הוכחה הנ"ל דרוצה לקיים דבורו ולהעמיד חטין וסובר שג"ז יודה א"כ לפי"ז כשהודאתו שוה דאין כאן שום הוכח' דרוצה להעמיד החטין אף דלית לי' וכיון דאין כאן הוכחה מה"ת נימא כן וכיון דלא אמרינן בזה דרוצה להעמיד החטין לכך הו"ל הילך והבן כי נכון מאוד הוא בס"ד. וא"כ לק"מ על בעל ברכת יעקב גם לפי תירץ של בעל קצה"ח. והנה באמת תירוצו של קצה"ח אינו נכון כ"כ והוא בעצמו (תירוצו של קצה"ח אינו נכון כ"כ והוא בעצמו) כתב בלשון ואפשר וכולי האי ואולי חדא דלא יתכן כ"כ דדין הנאמר בסתם בטור וש"ע ורמ"א לא הגיה ושום אחרון לא ביאר דנימא דאירי באיזה אוקימת' וע"ק דגם אם לית ליה חטין הרי ראוי לפסוק הדין דחייב להעמיד לו חטין כמ"ש לעיל והנה האורים בסי' פ"ח ס"ק מה כתב וז"ל ונראה דאפילו צריך ליתן חצי כור חטין בעין מכל מקום הוה ליה הילך דאף דסבירא ליה להמחבר משכון לא מיקרי הילך הני מילי משכון דצריך שומא אבל מעות בעין לכ"ע הו"ל הילך ע"כ. ור"ל כיון דהמשכון הוא מעות שיכול להשתמש בו תיכף ומיד דאינו צרור וחתום. וגם הוא כנגד הודאתו של שני בודאי ולא פחות א"כ כל מה שכנגד הודאתו של חבירו כבר הוא שלו בודאי ואף דאם זה שביד חבירו צריך שומא דהא הוא מטלטלי היינו שיתן הוא המותר מהמעות המגיע לחבירו אבל מעות שישאר בידו כבר הוא שלו מעתה משא"כ במשכון חפץ דאינו שלו קודם השומא כנ"ל ביאור דבריו והוא תירץ נכון ומספיק ולפי"ז גם על ברכת יעקב לק"מ ואין להקשו' דאם כן גם בהודאתו יתר על הודאתו של הראשון הלא אין דעהו ליתן רק באם יודה הלה ואז יהיה הילך ואף דבשעת הודאתו לא הוי הילך. מ"מ כיון דלא הוי הודאה כלל בענין אחר רק באופן שיהי' (הילך) אם כן אין ראייה הודאה זו לחייב ש"ד כמ"ש סברא זו בחדושי לב"מ לק' דאף שי"ל כן מ"מ אין סברא זו מוכרחת וי"ל דכל מה דלא הוי בשעת הודאה הילך מחייב ש"ד והבן:

ועוי"ל דבאמת אם רוצה ליתן חטין או דמחויב ליתן חטין לא הו"ל הילך אף שיש ביד שכנגדו מעות דהא הלה מחוייב ליתן חטין רק דזה הוא ההפרש בין הודאתו שוה או יתר דבשוה אין לנו הוכח' דחושב שזה יודה לו כמ"ש לעיל וא"כ אינו מודה אדעת' דהכי ובכה"ג ודאי דאינו מחויב ליתן חטין בעד מה שהודה אף שזה יתן לו מעות עתה כדי שויין דיוכל לומר לדידי שוה החטין כנגד כל המגיע כי' ושזה יתן לו כל המגיע לו כפי טענתו כדי שיתן לו זה החטין שהודה לו הוא דבר שלא יעלה על הדעת וא"כ אין מחוייב ליתן לו חטין וגם בוודאי אין רוצה להעמיד לו חטין למעבד לי' נייח נפשי' כיון שכופר לו המגיע אצלי משא"כ בהודאתו יתר דאז מוכח דחושב שזה יחזיר לו את

שלו ואדעת' דהכי הודה א"כ אדעתא דהכי הרי מחוייב ליתן חטים וגם ירצה ליתן חטים למעבד לי' ניחא נפשי' כיון שיחזיר לו את שלו והבן כי נכון הוא בס"ד ומיושבין פסקי הש"ע אהדדי ואין סותרין א"ע ומיירי בכל ענין אף ביש לו חטין כנ"ל ועוד יש מקום אתי לישב פסקי הש"ע שלא יסתרו א"ע דלעיל פסק דמשכון לא הוי הילך וכאן בשוה פסק דהוי הילך אף דמעות לא הוי הילך רק משכון דהלא על הראב"ד שממנו כובע האי דינא ל"ק דהא הוא לשיטתו אזיל דסובר בפ"ד מהלכ' טוען ונטען הלכה ואו בהשגתו דמשכון הוי הילך וגם על הטור ל"ק דהא פסק בסי' פ"ז כהעיטור רק על הש"ע קשה ונ"ל דלק"מ דהא מבואר בש"כ סי' פ"ז ס"ק ה' דיש לחלק בין שהי' משכון כבר בידו בעת שהודה ובין שנותן עכשיו בשעת הודאה עיי"ש וכ"ל ברור דהש"ע לא פסק דמשכון לא הוי הילך רק בנותן בשעת הודאה אבל בהי' כבר בידו סובר כדעת רוב הפוסקי' דהוי הילך וא"כ לק"מ דבסי' פ"ז סעי' א' איירי דנותן עכשיו המשכון וכן בסעיף ד' שם שנותן עכשיו הכלי שנתחלף לו אבל כאן הרי הדינר בידו כבר כנ"ל וג"ז נכון בס"ד וא"כ נ"ק גם על הברכת יעקב ודבריו ברורין ומאירין כספירין וברכת יעקב ברוך טעמו ותתן אמת ליעקב ומיני' אין לזוע:

סליק חלק חוה"מ בעזרת השם:

תם ונשלם שבח לאל בורא עולם תשובת הגאון אדמו"ר מוה' משולם מפרעשבורג א"ה זה העתק שו"ת הרב הגאון המובהק כאור הגולה המפורסם בכל העולם מהו' משולם זלה"ה מסיסמניטץ אב"ד ק"ק פרעשבורג אשר נמצא באמתחת כתבי קודש של מוזלה"ה ועלי' מציין בכ"י קדשו לעיין באיזה תשובות ולאשר רבי' ישתו בצמא את דבריו אמרתי לא אמנע הטוב:

בדבר השאלה דשאילנא קדמיכון בקטן שנשא אשה בחודש אלול ואח"כ נעשה בר מצוה בכ"ח בכסלו ולמד באותו זמן בק"ק ראהטין ובעשרה בטבת באה אשתו מק"ק באלחוב לבעלה שהיה בק"ק ראהפון עם בעל עגלה יהודי ושומר נער קטן ואפשר שהיה השומר בר מצוה ונתיחדו הזוג הנ"ל בחדר מסוגרת שבבית החורף קטן של אותו הבית והזוג הנ"ל היה בתמידות בבית החורף קטן הנ"ל והעגלן הנ"ל הי' לן ג"כ בבית חורף קטן הנ"ל רק השומר הי' לן בבית החורף גדול והתנהגו ככה לערך ד' או ה' ימים ואח"כ נסעה מזה אשתו הנ"ל לביתה לק"ק באלחוב ואח"ז קודם פסח בזמן החורף הנ"ל נסע האיש הקטן הנ"ל לק"ק באלחוב לבית אביו וטבלה אשתו הנ"ל ונתיחדו שם בבית אביו כדרך כל הארץ וביום מחר חלה את חליו ונפטר ושבק לן חיים ולכל ישראל ונשארה האשה הנ"ל שכולה וגלמודה נאסרה בכבלי עיגון היות שזקוקה ליבם קטן יונק שדים וגם הי' למראה

עיני הגב"ע מב"ד שנגבה בק"ק באלחוב שבדקו אותו אחר מותו בשעת הטהרה אם הביא שתי שערות ולא מצאו כמבואר בהגב"ע. ונידון השאלה מאי דאי' בהגהות מיימנ' דאם ראו שדרין כדרך איש ואשתו אע"ג דליכא עידי יחוד מקודשת. והנה לכאורה יש להביא ראי' לדברי הג"מ הנ"ל דהנה אי' ביבמות דף קע"ב דאמר התם תיובתא דשמואל אר"ש בממאנת וממאנת מי ילדה ומתרץ רב ביבי משכחת לה בקדושי טעות וכתבו התוספות ביבמות דף ב' הא דשבק קדושי קטנות ונקט קדושי טעות משום דשמואל לא ס"ל בקדושי קטנות וסוגי' דהתם קאי אליבא דשמואל וקשה מאי מקשה הש"ס מי ילדה הא ממ"נ הולד הוי מנשואין אם באמת הוא לראשון א"כ הוי מנשואין ומה שנעשה אח"כ איסור מה איכפת לן ואם באמת הוי משני הולד וא"כ לא ילדה מן הראשון וא"כ שפיר נפקא במיאון והוי ג"כ מנשואין משני דשפיר הוי נשואין דכיון דמן הדין יוצאת במיאון ומשו"ה הוי כהן ומאי פריך אך צ"ל דהש"ס ס"ל שם כפי הס"ד דיבמות דף י"ב דלא מצי להיו' ליד' ויהא נשאר חי קודם י"ב שנים וא"כ כיון דבעל לאחר י"ב שנים אז אע"ג דאין הולד מראשון אזי אינה יוצאת במיאון אך דלמא בדקו אחר י"ב שנים ולא נמצאו שערות אך דבבעל חוששין שמא נשרו אך מפני מה חוששין שמא נשרו משום דהוי ספק מן התורה דלמא איירי דלא הוי עידי יחוד וא"כ הקידושין לא מהני בביאה רק מחמת גדלה בא שערות וע"ז שפיר הוי לקולא ולא חוששין שמא נשרו אלא ודאי כהג"מ דאין צריך עידי יחוד באם ראו שדרין יחד כדרך איש ואשתו וא"ל אכתי לשמואל גופא דס"ל דבקטנה אפילו בעלה הוי רק מדרבנן דאמרינן לשמואל באמת ע"ד קידושין הראשונים הוא בועל וא"כ מאי מקשה דכיון דמדרבנן דלמא בדקו ותו לא חיישינן שמא נשרו וצ"ל דהך סוגי' רוצה ליישב לפסק הלכה דברי שמואל ואנן פסקינן דבבעל הוי בקטנה מדאורייתא וקידושי טעות דמוקי מתניתין הוי ג"כ פסק הלכה לפי מאי דס"ל שם בכתובות דבטעות אשה א' מודה או י"ל דקאי לפי הספיקא ביבמות והוי פלוגתא דרב ושמואל בלא בעל. אך באמת זה דוחק דנימא דהסוגי' דיבמות קאי דלא במסקנא דיבמות דף י"ב דבאמת מצי להתעברה קודם גדלות די"ב שנים ונעשית ע"י עיבור גדולה ויותר מזה קשה דהתם בכתובות דף ע"ד ע"ב דחקו שם התוס' לר"א אליבא דשמואל ולמה לא תירצו כפי המסקנא דאפשר להתעבר קודם י"ב ונעשית גדולה אך דהוי ממ"נ הולד ע"י נשואין ומ"ה הוי כהן כמו שהקשיתי לעיל אלא ע"כ צ"ל דהכי פירושו כמו דאמרינן דאם הוי קדושי טעות אע"ג דאגלאי מלתא למפרע לא הוי קדושין וא"כ הוי זנות מ"מ לא גזרו רבנן על הולד לפוסלו מכהונה כיון דעכ"פ דעתו הוי ע"י נשואין ולא בזנות וא"כ לא קשה גם למסקנא דיבמות דף י"ב דיכולה להתעבר קודם י"ב שנים וא"כ להיפך

נמי כיון דעכ"פ תוך ג' הוי ספיקא דאורייתא דלמא כבר נתעברה והוי באמת גדולה ולא תפסו בה קדושין וספיקא לחומרא וא"כ לפי דעתינו כ"ז דלא ידוע דלא נתעברה הוי כזנות דאפשר דלא תפסו הקדושין ואע"ג דאח"כ אגלאי מלתא למפרע דלכי מתודע דלא היתה מעוברת וא"כ לא הוי זנות למפרע והוי קדושין תופסין מ"מ כאן דבשעת מעשה דנתעברה מהשני לא הוי ידעינן שתפסו בה קידושין והוי זנות וגזרו בה רבנן לפוסלו מכהונה כיון דלפי דעתינו בשעת מעשה הוי קדושין ה"נ אם לפי דעתינו אנו מסופקים אם הוי קידושין אע"ג דאחר כך נתגלה דתפסו הקדושין מ"מ בשעת מעשה איהו סבר אפשר דהוי זנות ופסלו מדרבנן מכהונה ולפי"ז מתורץ ג"כ מה שהקשיתי לעיל על אותן דעות דפליגי אהגהת מיימני וס"ל דלא הוי כמו עידי יחוד א"כ אמאי לא מוקי בממאנת י"ל דהנה הב"ש כתב דבערוה דרבנן או דקדשה לפני פסולי עדות דרבנן אם בא יפר וקדשה שכשרה לו קדושי שניהם תפסו בה אע"ג דמקודשת לראשון מן התורה מ"מ כיון דמדרבנן לא הוי קידושין תופסין בה ג"כ קדושי שני ודלא כהח"מ דמסתפק בזה א"כ כיון דחזינין דמה דהוי ערוה דרבנן חשבינן דלא תפסו קדושין מדרבנן ומשו"ה תופסין קדושין דהשני וא"כ כיון דבתוך ג' חדשים דמספקינין דלמא מעוברת הוא כבר והנה הב"ש כתב בפי' קנ"ה ס"ק נ"ד וז"ל אע"ג דאם נשרו ולא בעל אזלינין לקולא משום דאחר דליכא שערות יותר מסתבר דלא היה לה כלל שערות מדהשתא ליכא כלל שערות זאת הסברא מסתייע לקולא א"כ הוי ספק אם הגיעה לכלל שנים אע"ג דלא בעל אזלינין לחומרא כיון דליכא סברא המסייעה וא"כ בתוך ג' חדשים דמספקינין דלמא כבר מעוברת והוי גדולה ספק זה אזלינן לחומרא כמו ספק שהגיעה לכלל שנים ולפי סברת הב"ש הנ"ל דערוה מדרבנן לא תפסו בה קדושין וא"כ בשעת מעשה דנתעברה מהשני לא הוי ידוע דתפסו בה קידושין אע"ג דאח"כ נתגלה דתפסו בה קדושין מ"מ פסלו בה רבנן מכהונה מש"ה לא מוקי בממאנת וקמתורץ קושיא הנ"ל ומסתייע מכאן דעת הב"ש הנ"ל וג"כ דעת הרשב"א דבספק אם הגיעה לכלל שנים אזלינן לחומרא אך זה קשה כיון דמוקי בקדושי טעות למה צריך לאוקמי כר' ישמעאל ולא מוקי באמת בקדושי טעות ולא הוי עידי יחוד ומצי לאוקמי כרבנן וכן התוספות בכתובות דף ע"ד ר' ע"ב ולר"א אליבא דשמואל דחקו התוספת כגון שבעל בפי' שלא לשם קדושין וכן ביבמות ד' י"ב ע"ב ד"ה אפילו לר"מ דחקו התוספות בבעל בפי' שלא לשם קדושין ולמה לא תירצו כיון דלא הוי עידי יחוד אלא ודאי כהגמ"י הן אמת לפי הך דעה דס"ל דאם מחל התנאי הוי קדושין למפרע א"כ ל"ק מהש"ס דמוקי כר"י דוקא ולא מוקי כרבנן וכן בתוספת לא קשה אך לפי הך דעה דהוי קדושין מחדש השתא קשה. כהנ"ל וא"כ

הנך דעות דס"ל דהוי קדושין מחדש ע"כ ס"ל כהגמ"י א"כ הגמ"י לא הוי יחיד בדין זה ולקמן אי"ה אכתוב תירוץ ע"ז אך יש להמציא להקל דהנה הב"ש כ' בסי' מ"ב ס"ק י"ב וז"ל והמרדכי כ' אפילו לא ראו הנתינה ממש אין לבטל הקדושין כנ"ל והרשב"א כ' לבטל הקדושין דדוקא בביאה אמרינין הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה דאי אפשר כראות כמכחול בשפופרת וכו' אבל בקדושין צריך לראות המעשה ממש והנה עוד כ' וז"ל ובתוס' כ' דיני ממונות מתקיים בידיעה בלא ראי' לפ"ז ס"ל בקדושין נמי מהני בלא ראי' וס"ל כהמרדכי כי לענין הדרישה וחקירה קיי"ל קדושין דומה לדיני ממונות וכו' א"כ אם עידי קדושין א"צ דרו"ח משום דדמי לגמרי לדיני ממונות וא"כ לפ"ז דאם לא הוי עידי יחוד רק כדרך איש ואשתו דרים ע"ז לא שייך סברת רשב"א משום דא"א לראות וכו' וגם אש בנעורת לא שייך וכו' רק דטעם של הנמ"י מתקיים בידיעה בלא ראי' משום דדמי קדושין לדיני ממונות וכס' הב"ש וא"כ הוא הטעם משום דבדיני ממונות א"צ דרישה וחקירה והו' רק מדרבנן וא"כ הא דמתקיים בידיעה בלא ראי' הוי נמי רק מדרבנן וא"כ היוצא לנו מזה דבלא הוי עידי יחוד ק כדרך שדרים איש ואשתו אם בדקו ולא מצאו שתי שערות הוי ספיקא דרבנן ולקולא ולא חיישינן שמא נשרו כמו בלא בעל משא"כ בנידון דידן אם הוי בדקו מחיים ולא מצאו שתי שערות הוי מקלינין כיון דליכא עידי יחוד והוי רק קדושי דרבנן אך השתא דבדקו לאחר מיתה ובלאחר מיתה אמרים סימנין עשוי' להשתנות וכדאי' ב"ב רצוני לומר שמא נשרו מחמת מיתה וא"כ לא הוי זה ריעותא דלא מצא השתא שערות א"כ לא אמרינין בי' ספיקא לקולא וכמ"ש הב"ש שהבאתי לעיל כיון דליכא סברא דמסייע ועוד דהוי חזקה דרבא כיון שהגיע לכלל שני' חזקה שהביא שערות אך יש להביא ראי' דאינו כן משום דב"ב דף קנ"ה ע"א מקשה בשלומא לדידי כו' אלא לדידך דאמרת תרוויהו בעדים היכי משכחת לה דנחתי לקוחות לנכסים ולכאורה קשה מאי מקשה דהא התוספת לעיל דף קנ"ה בד"ה סימנין עשוי' להשתנות וא"ת הא אמרינן בנדה כו' קטנה שהגיעה לכלל שנותי' חזקה שהביאה סימנים וי"ל שאחר שהיה גדולה שהגיע לכלל שנותי' ולא היה לו סימני גדלות ולהכי איכא וכו' וא"כ לפ"ז מאי מקשה בכאן דלמא איירי כאן דלא בדקו כלל לאחר גדלות וכ"ז דלא בדקו לאחר גדלות אמרינן כיון שהגיע לכלל שני' הוי חזקה שהביא שתי שערות כקושי' התוס' ומאי מקשה א"ו דהכי הוי קושי' הש"ס דא"כ אמאי אמר ועוד סימנים עשויין להשתנות אחר מיתה הא הלחם משנה כ' דאם לא בדקו הוי ודאי מן התורה לאחר גדלות מכח חזקה דרבא ואם לא בדקו ולא מצאו שערות והוי ריעותא דלא מצא הוי רק ספק וא"כ גם לאחר מיתה כי בדקינין דאמרינין סימנין עשוי' להשתנות אפי' באמת דנוכל

לתלות בזה דנשרו מחמתי' אעפ"כ ריעותא הוי ואתרע החזקה דיותר מסתבר דלא הוי לו מעולם אע"ג דנוכל לתלות דנשרו מחמת מיתה וכמו מחיים דאמרינין נשרו אעפי"כ ריעותא מקרי ה"נ בלאחר מיתה אע"ג דיותר עצי לתלות בלאחר מיתה ממחיים ריעותא מקרי מש"ה מקשה הש"ס שפיר אמאי אמר סימני' עשוי' להשתנות לאחר מיתה אעפ"כ החזקה איתרע וא"כ איך מצי להיות של הלקוחות ולאפקועי מחזקת מרי' קמא וא"ל דלמא הכי מקשה הש"ס דהא באמת הוי פלוגתא אי אזלינן בתר רובא בדיני ממונות א"כ למ"ד דלא אזלינן בתר רובא מכ"ש דלא אזלינין בתר חזקה ומקשה הש"ס שפיר וקושי' התוס' אזלא אליבא דמ"ד דאזלינן בתר רובא וגם בתר חזקה אך י"ל דהנה הפני יהושיע כתב במסכת כתובות בסוגי' דהי' בה מומין וחזקה דלא איתרע עדיף מרובא ומוציאין ממון בחזקה לחודא כמו דפסקינין כר"ג דבחזקה לחודא מוציאין ממון ועוד דכ' הפ"י שם דבשמא שפיר אזלינין בתר רובא וחזקה דכיון דלא טען דידע בעצמו שהוא מן המועט ואצלו נשתנית החזקה וא"ל דטענינין ליורשי' והוי כמו ברי דזה אינו דהא עכ"פ הוי תפוס ברשות דהמוכר עצמו נתן לו וכל כמה דלא טען ברי הוי תפיסה ברשות ותפיסא ברשות מהני רובא וחזקה:

והשתא נוכל שפיר לתרץ מה שהקשיתי לעיל על אותן דעות דפליגי אהגהת מיימני דלפי מה שכתבתי דעכ"פ מדרבנן הוי מקודשת משום דהוי עדות בידיעה בלא ראי' והנה טעמא דרב גבי קדושי קטנה דבעלה לאחר שנתגדלה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אע"ג דבל"ה הוי קדושין מדרבנן ס"ל לרב דאעפ"כ כיון דמן התורה לא הוי קדושין הוי בעילת זנות אע"ג דשרי רבנן קדושי קטנה משום דא"א בענין אחר משא"כ לאחר שנתגדלה כיון דמצי לקדש ויהיו קדושין מן התורה הוי בעילתו בעילת זנות מש"ה קסבר רב דכוונתו נקדש בביאה ולפ"ז מ"ש לעיל בדין של הג"מ הוי רק מדרבנן ולרב אעפ"כ מקרי בעילת זנות כיון דלא הוי קדושין מן התורה וא"כ ממ"נ כיון דחזינן דלא קפיד הוא על בעילת זנות כיון דלא ייחד לענין יחוד כי היכא דנהוי קדושין דאורייתא וכיון דלא קפיד הוא על בעילת זנות א"כ לא הוי כלל עידי קדושין זה טעמם של החולקים על הגהת מיימני משא"כ הש"ס דשם קאי אליבא דשמואל ושמואל הא ס"ל גבי קטנה דאם בעלה אחר שגדלה לא הוי קדושין מן התורה וכתבו התוס' בכתובות אע"ג דלר"א אליבא דשמואל גבי קדושין על תנאי ובעל אמרינין אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות משום דבקדושי קטנה לא שייך אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דבלא"ה לא הוי בעילת זנות דהא עכ"פ הוי קדושין מדרבנן אלמא דלשמואל מאי דהוי קדושין מדרבנן לא מקרי זנות אע"ג דמן התורה לא הוי קדושין והוא יכול לקדשה קדושין דאוריתא

אעפ"כ לא מקרי בעילת זנות א"כ דלשמואל הוי באמת דינא דהג"מ דאם דרים כדרך איש ואשתו יחד הוי קדושין מדרבנן מכח עדות בידיעה בנא ראי' משום דדמי לדיני ממונות וכמ"ש הב"ש שהבאתי ומקשה הש"ס שפיר אליבא דשמואל ומש"ה מוקי דוקא כר"י ולא כרבנן אליבא דשמואל דוקא משא"כ הפוסקים שפסקו כרב ולרב אם דרים כדרך איש ואשתו יחד לא הוי קדושין אפי' מדרבנן דל"ב א"נ הוי קדושין מדרבנן הוי ג"כ בעילת זנות ומתורץ הפוסקים הנ"ל ובזה מתורץ מה דקשה להו על הש"ג ומביאו הב"ש בסי' ל"ה ואפי' אם פירש בפירוש בשעת ביאה ע"מ לענין קדושין אפ"ה אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולענין גט צריכה גט וא"כ לפי סברת הש"ג הנ"ל הא ליכא מאן דפליג על שמואל דלא הוי כהן בזנות היכי דאינו יודע מתי ועל דין זה לא פליג שום אחד מהפוסקים וגם הש"ג לא חולק על דין זה וא"כ קשה המתניתין דמייתי שם ביבמות תיובתא לשמואל מנ"ה ולא שייך תי' התוס' דבעל בפי' שלא לשם קדושין דהא לפי סברת הש"ג אף אם בעל בפי' בתנאי שלא לשם קדושין אם יעבור התנאי אעפ"כ צריכה גט וא"כ האיך מתורצת המתניתין אליבא דדינא דשמואל ולמ"ש א"ש דבאמת לפי פסק הלכה דפסקינין דבקידושי קטנה אע"ג דהוי מדרבנן אעפ"כ אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות א"כ אם דרים יחד כדרך איש ואשתו דרים לא הוי כעידי יחוד לא קשה ממתניתין דאיירי דלא הוי עידי יחוד נמצא היוצא לנו מזה מכל הנ"ל מה דקשה מהש"ס על החולקים אהגמ"י כבר סלקנו אך מהתוס' דיבמות ד' י"ב נשאר דהתוס' ס"ל כהג"מ אך אפשר לומר דהוי רק מדרבנן ואי הוי מדרבנן כבר צידדנו להקל אף אם בדקו לאחר מיתה אך באמת הא איתא בש"ע דהאידנא אין אנו בקיאים בבדיקה אך דשם הוי הטעם משום דהוי ספק חסרון ידיעה משא"כ בכאן הוי ספק ספיקא בשלומא בלא בדקו הוי ודאי כמו שכ' הל"מ מכת חזקה דרבא משא"כ בבדקו הוי ס"ס ומכש"כ לפמ"ש לעיל דגם דעת הג"מ אינו רק מדרבנן והמ"ב כתב בי"ד דבספק ספיקא מהני שפיר אפי' בספק חסרון ידיעה הגם דחלקו על המ"ב מ"מ נוכל לצרפו כיון דב"י כתב דהג"מ הוא יחיד בהוראה זו אך דהב"ש כ' בס"ס קנ"ה ס"ק ל"ב בפשיטות דברי הג"מ להלכה הגם באמת דברי הב"ש תמוהין בעיני דכתב דמוכח מכאן דס' חסרון ידיעה לכל העולם לא הוי כספק דרבנן דהא הב"ש כ' בעצמו ס"ק כ"ב הסילוק בין ס' נשרו לקולא ובס' הגיע נכלל שנים לחומרא וכ' הטעם דבס' נשרו איכא ריעותא מדליכא השתא משא"כ בספק [אם הוא י"ב שנים ליכא סברא לסייע] והשתא דאנן לא בקיאינין וא"כ אין זה הוכחה דאפשר שיש סימנים והוא לא ראה וא"כ הוי כמו שלא נבדק ועוד דהוי חזקה דרבא היכי דלא נבדק והוי כודאי אך באמת יש ליישב דברי הב"ש דה"פ דהא באמת טעמא

דאין אנו בקיאי' משום דגומות מהני בלא שערות ואנן לא בקיאינין בגומות והנה הטעם דגומות מהני דאמרי' בודאי נשרו השערות וכ"כ דלא ראינו הגומות שפיר הוי ספיקא לקולא דהא הוי כברי להם שלא ראו השערות ובזה בקיאין ועל הגומות הוי ספק והוי ספק לקולא ולא שייך דנהוי ודאי מכח החזקה דרבא אבל לטעם שני של התוס' משום דמועיל בכל הגוף שפיר לא שייך קושי' הב"ש דהוי ספק לכל העולם אך דבזה הוי ג"כ פלוגתא ומהני שתי שערות בכ"מ ויש להצטרף שני הפלוגתות ולעשות ס"ס כן יש לצדד להקל ובתנאי כפול מ"ש הוא באגרת שיסכימו שלשה גדולי עולם ואחד מהם הרב הגאון המפורסם אב"ד דק"ק פראג ואם [לא] לא יהי' דברים מועלי' להתיר כלל וכלל כי כל מ"ש הוא להלכה ולא למעשה ה"ק משולם איגרא:

(וזאת כת"י מוזלה"ה על התשו' הנ"ל בזה"ל) יש לעיין בתשובת נ"ב מ"ב חלק אה"ע סי' נ"ב נ"ג נ"ד ובתשובת תורת יקותיאל ועוד שם בתשובת נודע ביהודה סי' ס"ט ע':