שו״ת · אחרונים

חבצלת השרון חלק ב

רבי דוד מנחם מאניש באב"ד

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חבצלת השרון חלק ב

רבי דוד מנחם מאניש באב"ד

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/חבצלת-השרון-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

שו"ת אה"ע 6
סימן א 6
סימן ב 13
סימן ג 14
סימן ד 23
סימן ה 26
סימן ו 29
סימן ז 33
סימן ח 41
סימן ט 52
סימן י 60
סימן יא 69
סימן יב 79
סימן יג 90
סימן יד 105
עוד להנ"ל 105
סימן טו 107
סימן טז 109
סימן יז 116
סימן יח 119
סימן יט 128
סימן כ 143
סימן כא 146
סימן כב תק"ע. 147
סימן כג, תק"ע. 167
סימן כד תק"ע. 172
סימן כה תק"ע. 182
סימן כו, תק"ע. 184
סימן כז, תק"ע. 201
סימן כח תק"ע. 203
סימן כט 209
סימן ל תק"ע. 216
סימן לא, תק"ע. 224
סימן לב, תק"ע. 231
סימן לג, תק"ע. 234
סימן לד, תק"ע. 242
סימן לה, תק"ע. 254
סימן לו, תק"ע. 269
סימן לז תק"ע. 274
סימן לח, תק"ע. 277
סימן לט, תק"ע. 284
סימן מ, תק"ע. 285
סימן מא תק"ע. 297
סימן מב, תק"ע. 302
סימן מג, תק"ע. 310
סימן מד, תק"ע. 317
סימן מה, תק"ע. 323
סימן מו 327
סימן מז, תק"ע. 329
סימן מח, תק"ע. 341
סימן מט, תק"ע. 347
סימן נ, תק"ע. 353
סימן נא, תק"ע. 355
סימן נב, תק"ע. 360
סימן נג. תק"ע. 370
סימן נד, תק"ע. 383
סימן נה, תק"ע. 386
סימן נו, תק"ע. 398
סימן נז, תק"ע. 409
סימן נח תק"ע. 417
סימן נט תק"ע. 431
סימן ס 438

סימן סא 454
סימן סב 459
סימן סג 469
סימן סד 471
סימן סה 474
סימן סו 475
סימן סז 477
סימן סח 487
סימן סט 493
סימן ע 495
סימן עא 503
סימן עב 506
סימן עג 517
סימן עד 527
סימן עה 528
סימן עו 529
סימן עז 531
סימן עח 534
סימן עט 537
סימן פ 543
סימן פא 549
סימן פב 550
סימן פג 572
סימן פד 580
סימן פה 589
דרוש לנשואין עם תלמיד אחד (שייך להלכות קידושין) 593
מפתחות לחלק אה"ע 606
השמטות 614
שו"ת חו"מ 630
סימן א 630
סימן ב 632
סימן ג 635
סימן ד 646
סימן ה 650
סימן ו 651
סימן ז 658
סימן ח 664
סימן ט 671
סימן י 675
סימן יא 678
סימן יב 685
סימן יג 687
סימן יד 690
סימן טו 698
סימן טז 701
סימן יח 703
סימן יט 706
סימן כ 712
סימן כא 717
סימן כב 718
סימן כג 721
סימן כד 725
סימן כה 728
סימן כו 730
סימן כז 732
סימן כח 737
סימן כט 740
סימן ל 749
פלפול בסוגי' כהן גדול ביוה"כ יוכיח גיטין דף נד ע"ב: 758
ח"ת פסחים ס"ט ע"א: 768
למזכרת נשמת תלמידי הבחור החריף המופלג ירא ד' כמר אברהם אריק ע"ה בהרב הה"ג החו"ב החסיד מו"ה ליבוש

אריק ע"ה מפה. שנקטף בעו"ה בעודנו באבו. והנני מזכיר בשמו מה שחידש בשעת לימוד השיעור שיהי' שפתותיו דובבות וכו': 777
מפתחות לחלק חו"מ 778
השמטות 781

שו"ת אה"ע

סימן א

שלמא רבא לגברא רבא כבוד הרב הגאון הגדול מעוז ומגדול. נודע למשגב. לשם ולתפארת. רבים יהנו מאורו. מאיר עיני דורו. עה"י פ"ה ח"ה כש"ת מוהר"ר **אברהם מנחם מענדיל הלוי** נ"י אבד"ק **בראדי** יצ"ו ינון הודו:

אחדש"ה כראוי. הנני בזה ע"ד מכתבו עם הקונטרס הנדפס אשר הגיע עדי מאת הדר"ג לבוא עה"ח להצטרף בצירופא דרבנן להתיר להאברך ר' אהרן בר"י שלאסטער לישא אשה על אשתו. והנה אם כי גדר גדור בעדי בענין הזה. ועוד לא חתמתי על היתר כזה מעודי זולת אשר אירע בעירי. עכ"ז אדעתא דגברא רבא וכו' ולעשות רצונו חפצתי. ולכן לקחתי לי מועד לעיין בדבריו הנעימים למען לא אלך כסומא בארובה. וגם הי' לי לשעשועים לפלפל באמרותיו היקרים:

א) ואבוא על סדר דבריו. ר"ד הביא הדר"ג דברי הגהות נח"י דאף אם גזר רגמ"ה גם במקום מצוה מ"מ יכולים חכמים לעקור גם ד"ת היכא דאיכא טעמא במילתא כמ"ש התוס' (ביבמות פ"ח) וחזיתי' לדעתי' דהוא מדמה תקנת ב"ד לד"ת ולדעתי אין הדבר כן. דא"כ תיקשי קושיא עצומה דמאי פריך הש"ס בריש מגילה א"א דכנה"ג י"ד ט"ו תקנו איך יכולין ב"ד לבטלו וכו' ומאי קושיא והא בשב וא"ת גם ד"ת יכולין לעקור ודילמא מתניתין דעדיות דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ גדול וכו' אייריבקו"ע. אבל כאן שלא לקרות בי"ד וט"ו הוי שוא"ת. וזה יכולין לעקור גם בד"ת. וגם בש"ס גיטין (ל"ו ע"ב) פריך הש"ס מעיקרא על פרוזבול ומי איכא מידי דמדאורייתא משמט ואתו רבנן ותיקון דלא לישמט ומשני דהוי שוא"ת או מחמת הפקר ב"ד. ואח"כ בעי הש"ס אי הילל לדרי עלמא תיקן למאי נ"מ לבטולי דאי לדרי עלמא תיקן אין ב"ד יכולין לבטל וכו'. הרי אף דלעקור ד"ת כבר משני הש"ס דבממונא משום הפקר ב"ד יכולין לעקור ד"ת מ"מ לבטולי תקנת הילל אינם יכולים גם במילי דממונא. דמ"ש להפקיר ממונא דלוה או דמלוה. ואף לד' המג"א בסי' תר"צ דזה הוי כאיסורא דימנעו מלהלוות. מ"מ הוי רק שוא"ת ובשוא"ת יכולים לעקור ד"ת. ובע"כ דאין לדמות כלל תקנת ב"ד לד"ת. דהתורה נתנה כח לחכמים לעשות סיג וגדר אף לבטל ד"ת. אבל תקנת ב"ד מאי אולמא דהאי ב"ד מהאי. ואף בשוא"ת אין יכולין לבטל ובטעמא דהא מילתא נ"ל דהנה יש להסביר הטעם בהא דיכולין ב"ד לעקור ד"ת בשוא"ת ולא בקו"ע עפ"י הבנת הרמב"ן והמגילת אסתר בשיטת הרמב"ם ריש ה' ממרים דבכל תקנות ב"ד איכא מ"ע ול"ת דל"ת (ולא כהבנת המרגניתא טבא דרק בתקנת ב"ד הגדול שבירושלים) והוי דאורייתא ממש

עיי"ש. והיינו דהתורה נתנה כח לחכמים שיגזרו גזירות על הציבור ושיהי' החיוב לקיים דבריהם כד"ת ממש ככל מ"ע ול"ת אבל עכ"פ יותר מדברי תורה לא הוי רק שקולין הם כד"ת. וא"כ בבוא לפנינו תקנת ב"ד והיא נגד ד"ת. הוי ממש כשני איסורי תורה הבא לידינו המתנגדים זל"ז. דא"א לקיים אחד רק בעבירת חבירו דאסור לעשות מעשה בקו"ע לעבור על אחד מהם דמאי אולמא וכו' רק מוכרח להיות שוא"ת כדקאמר לי' ר' יהושע לר"א בפלוגתא דמתן ד' כשנתת עשית מעשה בידיך וכו' וא"כ אין יכולים לקיים תקנות ב"ד לעקור ד"ת בקו"ע רק בשוא"ת. דאז אדרבא כשירצה לקיים ד"ת יעבור בקו"ע על לאו דלא תסור. וא"ל כיון דאיכא גם מ"ע בדברי חכמים כנ"ל א"כ ליתי עשה ולידחי ל"ת דד"ת. ז"א דעשה דיכולין לבטלה. כגון אותו הב"ד גופי' או ב"ד גדול מהם. אינו דוחה ל"ת כמ"ש הראשונים גבי אי אמרה ל"ב (בכתובות מ'). ובזה נכון להבין הא דש"ס (פסחים צ"א) מימרא דרבא ערל והזאה ואיזמל העמידו דבריהם במקום כרת. אונן מצורע וביה"פ לא העמידו דבריהם. ובאו"ח שם תמה דמ"ש הני מהני ובאמת לא ראה עוד דברי ר"ח הנדפסים עתה בש"ס ווילנא במקומו שם דפירש החילוק דבהני יכול לבוא לאיסור דאורייתא ולא בהני אבל מ"מ אינו מובן מ"ש במקום כרת או במקום לאו כידוע דברי הש"ס יבמות מ"ש איסור לאו מ"ש איסור כרת. אבל לפי הנ"ל ניחא. דבאמת הא דהעמידו דבריהם לעקור מ"ע בשוא"ת כמו בשופר ולולב. ולא אמרינן ניתי עשה ונדחי לאו דל"ת היינו משום דבתקנת ב"ד איכא עשה ול"ת כמש"ל. ואמנם הא התוס' (בזבחים ל"ג) כתבו דעשה שיש בו כרת דוחה ל"ת ועשה שוב תקשי האיך העמידו דבריהם במקום כרת. ולכן שפיר כתב ר"ח דרק בערל הזאה ואיזמל דיכול לבוא לידי איסור כרת ומיתה כמו אם יאכל לשנה הבאה קדשים בטומאת הגוף או יעביר ד"א ההזאה ואיזמל בר"ה א"כ אין עשה דפסח דוחה אותם דבהו ג"כ שייך כרת. אבל אינך דאין יכולים לבוא לידי כרת ואיכא רק מ"ע ול"ת דלא תסור לחוד שפיר עשה דבכרת דוחה אותם כנ"ל. וזה נ"ל סברא ברורה מאד בטעמא דהא מילתא. דוודאי אין לומר דבמקום תקנת ב"ד ליכא איסור תורה כלל דחכמים עקרו ד"ת וכעין שכתבו האחרונים לענין עדל"ת דבמקום עשה ליתא לל"ת כלל. ז"א דוודאי אין יכולים ב"ד לעקור ד"ת לומר דבהא תיעקר מה"ת ואין כאן מצוה כלל דוודאי תוה"ק לא תשתנה ולא יועקר אף אות קטנה ע"י חכמי הדור ח"ו. רק דהתורה נתנה רשות לחכמים לגזור גם הם תקנות. וא"כ אם מתרחיש לפעמים דמתנגדים למצות התורה. נדחה אחד מפני חבירו בשוא"ת אבל לא בקו"ע. דמאי אולמא וכו' דגם באיסורי תורה גופי' מתרחיש כה"ג שיבואו לפנינו תרתי דסתרי אהדדי. ודוק היטב בכ"ז כי לדעתי נכון להמתבונן בדבר:

ונוכל להסביר עוד יותר עפ"י ס' הריטב"א דכל איסורי תורה איסור חפצא הם ומ"ע ולית לקיים ולשמוע תקנת חכמים הוא רק איסור גברא דהתורה חייבה לשמוע דבריהם. אבל הם אינם יכולים לסלק האיסור מהחפץ מה שחכמת התורה גזרה דרביע בה איסורא ולכך אינו יכול לעבור עפ"י תקנת ב"ד על איסור חפצא. אבל לדחות בשוא"ת איזו מ"ע דשופר ולולב וכדומה דהוי ג"כ רק איסור גברא דאקרקפתא דגברא מונח א"כ איכא כנגדה חובת גברא לשמוע תק"ח ומאי אולמא וכו' כנ"ל:

ואמנם כ"ז לעבור על ד"ת. דהב"ד בשעת הוראתם ותקנתם אין עושין עדיין שום איסור. דבהוראה בלי שגגת מעשה לא איתעביד איסורא כלל ואף בעשו הקהל ע"פ האיסור הוא רק אחר שעשו הקהל ע"פ והביאום לידי שגגת מעשה. א"כ היכא דהקהל אינם עושים איסור כגון בשוא"ת דהוי אנוסים מחמת גזירת התורה מלאו דלא תסור. גם הב"ד אינם עושים איסור בתקנתם. אבל אם יבוא ב"ד לבטל דברי ב"ד חבירו דבהוראה גופא עבדי איסורא דהא כתב הרמב"ם ריש ה' הנ"ל דלאו דלא תסור הוא ניתן לאזהרת מיתת ב"ד על חכם שמורה על דבריהם ולפי הבנת הרמב"ן והמגילת אסתר קרא זה איירי בכל תקנות ב"ד שנתפשטו בישראל ומה"ט קרי לי' שמואל לרב זקן ממרא על שרצה לחלוק על ב"ד דהתירה מישחא. וזקן ממרא חייב בהוראה רק לעשות אף שלא עשו עדיין ואלו בהורה לעבור על ד"ס לא הוי זקן ממרא. כמבואר בש"ס סנהדרין דזיל קרי בי רב הוא ולא חייבה תורה רק בחולק ע"ד חכמים שלא ירבו מחלוקת וא"כ אף בשוא"ת אין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו דל"ש סברא הנ"ל דמאי אולמא וכו' דזה שייך רק על הקהל. אבל כאן הב"ד גופייהו מוזהרים שלא להורות לחלוק על ב"ד שלפניהם ועבדי איסורא בשעת הוראה ומ"ש שוא"ת או קו"ע הא והא איכא איסורא דאורייתא משא"כ לעקור ד"ת דהאיסור אין על הב"ד בהוראתם רק על העוברים ועושים מעשה והם לא עבדי איסורא כנ"ל דמצווים לשמוע דברי חכמים כנ"ל. ושלא כד' הגהות נחלת יעקב הנ"ל דמשוו להו. ולפי הדברים האלה יש עוד סברא אחרת לחלק בין קו"ע לשוא"ת דבאמת י"ל לכאורה דבכל תקנות ב"ד אם הוי לעקור ד"ת הוי האיסור על הב"ד עפי"מ דקאמר הש"ס בב"מ (צ"ו ע"ב) למעול ב"ד עיי"ש ברש"י דהב"ד בתקנתם הוי כהוציאו מעות הקדש לחולין ואף דעיקר המעשה עושה הבעל בנשואי' מ"מ כיון דבתקנת ב"ד הוא קונה הנכסים הוי כשליח דידהו ובמעילה ישלד"ע וא"כ ה"נ בכל תקנות ב"ד העושה עפ"י הוראתם הוי כשלוחם. וכל היכא דאין השליח עושה איסור ישלד"ע וא"כ מש"ה אין יכולים ב"ד לעקור ד"ת בקו"ע דכיון דהשליח לא עביד איסורא דהא עושה עפ"י הוראת ב"ד ומצווה בלאו דלא תסור א"כ הב"ד עושים האיסור דהא יש שלד"ע בכה"ג

ובדידהו ליכא מצוה דלא תסור ועוברים על ד"ת. אבל בשוא"ת דבמידי דממילא ולא עביד מעשה לא שייך שליחות. ואין הב"ד כעושים מעשה רק הוראה לחוד ולא עבדי איסורא והקהל ג"כ אינם עושים איסור דהא מצווים ועומדים בלא תסור וכנ"ל:

ב) ומה שהביא הדר"ג דברי הבעל גא"ו דבעובר רק מקצת התקנה ל"ש אין ב"ד וכו' והדר"ג הקשה עליו מש"ס מגילה הנ"ל. דהא תקנתא די"ד ט"ו לא מיעקר רק לבני הכפרים ולא לבני העיירות ואפ"ה פריך הש"ס הא אין ב"ד יכולין לבטל וכו'. לכאורה נלע"ד ליישב דהא צריך להבין הטעם מה חילוק יש בין עוקר כולה למקצתה. אך י"ל עפי"מ המבואר בריש הוריות וברמב"ם פי"ב משגגות ה"ב דיחיד העושה עפ"י הוראת ב"ד פטור והנ"מ בהורו לקיים מקצת ולבטל מקצת אבל הורו לעקור כל הגוף יחיד העושה עפ"י דבריהם חייב עיי"ש. וא"כ ב"ד שאינו גדול מחבירו אם באים לבטל ולעקור כל תקנת הראשונים אם אין האמת כדבריהם רק כדברי הראשונים מביאים הקהל לידי חיוב דלא יפטרו מחמת שהיו אנוסים עפ"י הוראת ב"ד דבעקירת כל הגוף העושה עפ"י הוראתם חייב. אבל בעקירת רק מקצת שפיר יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו. מאי אמרת כיון דאין גדולים מהם דילמא האמת כהראשונים. מ"מ ג"כ לא יביאו הקהל לידי איסור. דהא העושה עפ"י הוראת ב"ד פטור וכנ"ל. ואמנם כ"ז בעובר על ל"ת בקו"ע דפטור מטעם אונס אבל בביטול מ"ע דל"ש אונס. דהא קיי"ל אונסא כמאן דלא עביד. א"כ אינם יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו אף בעקירת מקצתה דהא מביאין הקהל לידי ביטול מצוה מאי אמרת הוי אנוסים עפ"י הוראת ב"ד ז"א דאונסא כמאן דלא עביד דמי. וא"כ ל"ק קושית הדר"ג מריש מגילה דשם דאיירי בביטול מצוות קריאת מגילה בזמנה ג"כ בעקירת מקצת אין יכולים לבטל כנ"ל. וזה לכאורה ישוב נכון לקושית הדר"ג. אבל באמת לפימש"ל דב"ד החולקים ומבטלים דברי חבירו בהוראה לבד אינהו עבדי איסורא כמו בזקן ממרא. א"כ ל"ש כ"ז ואדרבא ביטול ועקירת מקצתה הוי יותר הוראה לחיובא. אבל מ"מ בפשיטות נ"ל לחלק בין הא דגא"י להא דמגילה דהוא לא קאמר רק היכא דבחד גברא נתקיים התקנה במקצת כעין ס' התוס' כתובות (ל"א) לענין מיתה לזה וכו' גבי הזמה כמו בת"ב שהאיסור שנשאר בו כשאר תענית נשאר לכל אדם. וכן בקטניות הדקין. אבל קריאת מגילה לבני הכפרים אחר ט"ו דלתקנת כנה"ג בני הכפרים לא יקיימו כלל מצוות קריאת מגילה בזמנה. בכה"ג וודאי הוי כעקירת כל התקנה. וא"כ ה"נ במורדת דעכ"פ באותה אשה מיעקרא כל התקנה מודה גם הגא"י כנ"ל:

ג) ומה שרוצה הדר"ג לעשות סמוכין לדברי הגא"י מדברי הירושלמי ספ"א דשבת גבי ה' חטאות המתות אם רצו ב"ד לבטלן הרשות בידן. ופירש המראה פנים שם דס"ל

לירושלמי דהוי מהלכות שנשתכחו בימי אבלו של משה כדקאמר בתמורה (ט"ז ע"א) וקשה לי' להדר"ג דמ"מ איך ב"ד יכולין לבטל דברי ב"ד חבירו. הנה בתוי"ט פ"א דעדיות מבואר דרק בתקנות וגזירות אין יכולים לבטל. אבל אם דרשו באחת מהמדות ועמד אחריהם ב"ד אחר ונ"ל טעם לסתור דבריהם ה"ז סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו. וא"כ ה"נ כיון דהלכות שנשתכחו החזירן רק מפלפולן שפיר יכולים ב"ד אחר לחלוק עליהם ולבטלן. ונ"ל ראי' מוכרחת לזה מיומא (פ' ע"א) דאמר רבי אלעזר האוכל חלב בזה"ז צריך שיכתוב לו שיעור שמא יבוא ב"ד אחר וירבה בשיעורין דלכאורה קשי' האיך יכולים ב"ד לבטל שיעורין דהוי הלמ"מ אבל הדבר מבואר בירושלמי ריש חגיגה ה"ב דקאמר רבי יוחנן כדעתי' ורבי הושעיא כדעתי'. דר"י אמר כל השיעורין הלמ"מ הוי דו אמר מעה כסף ושתי כסף ד"ת. רבי הושעיא כדעתי' דאמר האוכל איסור בזה"ז צריך לכתוב שיעורו שמא יעמוד ב"ד אחר וישנה השיעורין הוי דו אמר וכו' חכמים הן שאמרו וכו'. עיי"ש במפרש שפירש דמדקאמר רבי הושעיא דהשיעורין משתנין עפ"י ב"ד ש"מ דרבנן הן השיעורין ולכאורה קשה הא בש"ס דידן יומא הנ"ל מביא ברייתא מפורשת דשיעורין הללמ"מ ואחרים ס"ל דב"ד של יעב"ץ תקנום דשכחום וחזרו ויסדום. אבל אליבא דכ"ע לא הוי דרבנן והאיך פליג רבי הושעיא על ברייתא. ובע"כ צ"ל דרבי הושעיא ס"ל ג"כ כאחרים וזה מיקרי דרבנן כיון שנשתכחו וחזרו הם ויסדום. ואפ"ה קאמר דיכול ב"ד אחר לבטל ולשנות השיעורין הרי מבואר להדיא דבהלכות שנשתכחו וחזרו ויסדום יכולים ב"ד לבטלן. ומזה נראה דדבר ד' אמת היתה בפי המראה פנים בפירוש הירושלמי ד"ה חטאות המתות דיגיד עליו רעו מהא דשיעורין אליבא דר"ה דהוי ג"כ מהלכות שנשתכחו כנ"ל:

ד) **ומה** שהביא הדר"ג מה שחידש דטבל אסור רק משום דצריך להפריש תרומה. הנה בעזה"י כוונתי בזה לדעתו הרמה זה כמה והכרחתי הדבר הזה מש"ס מפורש בכורות (י"ב ע"ב) דקאמר מיתיבי האוכל מעיסת שביעית עד שלא הורמה חלתה חייב מיתה. ואמאי כיון דאלו מטמיא בת שריפה היא לאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה עיי"ש. הרי מפורש יוצא דהיכא דאין יכול להפריש ממנה חלה אינו חייב מיתה משום טבל עיי"ש ברש"י ובתוס'. ולפלא בעיני על הדר"ג שלא הביא הראי' הזאת. ואמרתי בזה ליישב קושית הש"א על הש"ס פסחים (כ"ח ע"ב) דדריש ר"י דחמץ מו' ולמעלה אסור מקרא דל"ת עליו חמץ ואמר לי' ר"ש וכי אפשר לומר כן והלא כבר נאמר ל"ת עליו חמץ שבעת ימים תאכל מצות. משמע דרק בשבעה ימים אסור והקשה הש"א הא האי קרא דרשינן (בדף ל"ה) דאינו יוצא במצה של טבל דכתיב ל"ת עליו חמץ שבעת ימים וכו' כל שאינו

אסור אלא משום בל תאכל חמץ יצא זה שאיסורו משום בל תאכל טבל. אך לפי הנ"ל יש ליישב דלכאורה קשה מאי קאמר הש"ס דאינו יוצא בטבל משום דאיסורו לאו משום חמץ רק משום טבל והא איתא שם (דף ל"ג) דהמפריש תרומת חמץ אינה קדושה והתוס' שם (דף ל"ב ע"א) ד"ה דבר כתבו דלמאן דס"ל דחמץ בפסח אסור בהנאה אף בהיתה לה שעת הכושר אינה קדושה. וא"כ תיכף כשנתחמצה העיסה בפסח פקע לה איסור טבל מינה דהא כיון דאם הפריש תרומה ממנה אינה קדושה. לאו בת אפרושי תרומה היא ואיננה אסורה משום טבל כבש"ס בכורות הנ"ל. ואף אם ירצה להפריש עלי' ממצה אינו יכול כמ"ש התוס' בבכורות שם ד"ה כיון ומפורש להדיא כסברתם בירושלמי פסחים פכ"ש ה"ג. והיא קושיא עצומה לכאורה. אך צ"ל דהא הש"ס מוקי לה כר"ש דאאחע"א ור"ש הא ס"ל דחמץ לאחר זמנו מותר א"כ כיון דאם ישהנה עד אחר פסח בת אפרושי תרומה היא. שפיר אסורה גם עכשיו משום טבל. וא"כ כ"ז לר"ש אבל לר"י דס"ל חמץ גם לאחר זמנו אסור א"כ שוב לא משכחת לה לחמץ שיהי' אסור משום טבל כיון דא"א לעולם להפריש ממנה תרומה וא"כ שפיר קאמר לי' ר"ש לר"י והלא כבר נאמר ל"ת וכו' שבעת ימים ול"ק קושית הש"א דלר"י א"א כלל לדרוש הקרא על מצת טבל וזה כפתור ופרח בעזה"י ופלפלתי הרבה בס' הזאת בסוגיא הזאת ואכמ"ל:

ה) **ואמנם** בגוף הדין מ"ש הדר"ג להתיר בתוך יב"ח מההתראה הדבר צ"ע קצת לזוז מפשטות דברי הרמ"א. ומשמע דהיב"ח צריך אחר ההתראה כמבואר בחת"ס אה"ע סי' ק"נ ד"ה אמנם שכתב וז"ל והנה קודם יב"ח אף דאיכא דיעות המקילין מה לנו להכניס עצמינו בכך ולהתלות באשלי רברבי ימתין יב"ח מיום ההתראה וכו' אך להתיר לו לישא אחרת אחר שיבורר שהתרו בה כדין וכו' ושאם לא כן הדין כמורדת ולא שמעה ומיום זה ימתין יב"ח וכו' עכת"ד עיי"ש. הרי שכפל ושלש להמתין אחר ההתראה יב"ח וטעם הדבר נ"ל דהנה הרמ"א שם בסי' ע"ז מביא מקודם דברי המהרי"ק והרשב"א בתשו' דחולקים על הראב"ן במורדת דא"כ כל איש כשתקדיח תבשילו יאמר דהיא מורדת. ובחמ"ח שם כתב דלגרש בע"כ גם הם מודים דיכול. ולכאורה אינו מובן החילוק אף דגם דעת הר"מ פדוואה הובא בחמ"ח סי' י"ט להתיר במקום מצוה לגרש בע"כ ולא לישא ב' נשים היינו מטעם שכתב שם בתשו' מהרמ"פ עיין בתשו' ד"ח דאיסור זה חמור יותר. ובמקום מצוה מתירין הקל יותר. אבל כאן דס"ל למהרי"ק דאין להתיר משום דא"כ כל איש יאמר כן א"כ אף לגרש בע"כ אמאי יכול:

אך צ"ל עפ"י דברי הר"ן בתשו' סי' מ"ח דמסתפק לומר דחרגמ"ה שלא לישא ב' נשים לא לטובת האשה לבדה נתקנה אלא גם לטובת האיש כדי שלא יהי' לו קטטה אם יהי'

לו ב' נשים. אבל פשיטא דתקנתא שלא לגרש בע"כ לטובתה לבדה נתקנה. וא"כ היכא דהיא מורדת לפנינו ס"ל לחמ"ח דלא חשו חכמים לתקנתה כלל ולא גזרו משום שאר נשים דלא חשו חכמים לתקנתם כ"כ. אבל שלא לישא ב' נשים דהוא לתקנתו ג"כ. נהי דבמורדת הי' צריך להתיר כמ"ש הראב"ן דאין מן הדין שיתעגן בשבילה. אבל בשביל שלא תתבטל התקנה דלא יאמר כל אדם כן היכא שתקדיח תבשילו ויבוא לידי קטטה. והוא כיון דלא פשע חשו לתקנתו ביותר ולא רצו להתיר לישא ב' נשים משום תקנתא דילי':

אך באמת צריך להבין הא אם נתיר לו לישא אחרת שוב יהי' אסור לדור עם הראשונה כמבואר בב"ש סי' א'. דגם בנשתטית שנתרפאה צריך לגרשה שלא ידור עם ב' נשים. א"כ מאי קטטה יהי' שייך עוד. כיון דלא ידור עוד עם הראשונה רק עם השני'. אך צ"ל דלכאורה קשה בהא דכתב הב"ש כאן סי' ע"ז ס"ק כ"א דאם עבר ונשא א"צ לגרש שניהם. הראשונה לא משום דהוי מורדת. והשני' ג"כ וודאי א"צ לגרש עיי"ש. וקשה נהי דאינו מחויב לגרש הראשונה לטובתה משום דהוי מורדת. אבל עכ"פ מוכרח להציל עצמו מאיסור ב' נשים ומ"ש מנשתטית הנ"ל דכתב הב"ש דאם נשתפית צריך לגרשה מיד כדי שלא יהי' לו ב' נשים עיי"ש בב"ש סי' א' סוף ס"ק כ"ב. אך צ"ל כיון דעיקר משום קטטה נתקנה וקטטה לא שייך רק אם חייב לשניהם כל חיובי אישות ותנאי כתובה ורגילים אצלו שייך לבוא לידי קטטה ולכך בנשתפית דאם לא יגרשה וודאי חייב במזונותי' וכל חיובי אישות כיון דאנוסה הוי. לכך אם לא יגרשה עובר באיסור דתקנת ב' נשים. אבל במורדת דהראשונה כבר אבדה כתובתה ופקע ממנה חיובי אישות שוב אינו מחויב לגרשה דגם אם לא יגרשה לא יהי' באיסור ב' נשים דהראשונה אינה רגילה אצלו כיון דפקע ממנו חיובי אישות וז"ב מאד. ואמנם ז"פ דעכשיו כבר עבר יב"ח או דעדיין עומדת במרדה דאם עדיין בתוך יב"ח והראשונה חזרה בה כבר כתב הרמ"א לעיל דיכולה לחזור בה ויש לה כתובה וגם תנאי כתובה א"כ שוב שייך איסור ב' נשים ומוכרח לגרש אחת. וא"כ שפיר נכון הכרעת הרמ"א והחמ"ח דתוך יב"ח אין מתירין לישא אחרת דדילמא אחר שישא אחרת תחזור הראשונה ויהי' מחויב בתנאי כתובה ובע"כ יהי' מוכרח לגרש אחת ודילמא לא יתרצו והשני' וודאי אינו יכול לגרש בע"כ כיון דהתרנו לו לישא אותה נשא בהיתר. ובע"כ דיהי' מוכרח לגרש הראשונה בע"כ כיון דגרמה לו במרדותה לישא אחרת. א"כ יותר טוב להתיר תיכף לגרשה בע"כ כמ"ש החמ"ח מלישא אחרת דיוכל לבוא לידי כך שיהי' מוכרח לעבור על שני התקנות ולגרש בע"כ. אבל אחר יב"ח דכבר אבדה חיוב כתובתה ול"מ חזרתה עוד כמ"ש הרמ"א. א"כ

שפיר יכולים להתיר לישא אחרת ול"ש תקנתא דידי' משום קטטה דז"א דלא יבוא לידי קטטה לעולם. כיון דמהראשונה כבר נפקע ממנו כל חיובי אישות ול"ש שוב איסור דב' נשים כלל כמש"ל. וא"כ מוכרח הדבר כד' החת"ס דיב"ח צריך להיות אחר התראה דאז אבדה כתובתה וכל תנאי כתובה. וברשד"ם אה"ע סי' ק"כ משמע דמהרי"ק אוסר גם לאחר יב"ח. והוא התיר רק אחר ג' או ד' שנים למרדותה דהוי מילתא דלא שכיחא עיי"ש. וא"כ מהיות טוב וכו' וודאי טוב שימתין מלישא עד אחר יב"ח מיום ההתראה. ואף דבמורדת בעינן ג"כ הכרזה בביהכ"נ ב' שבתות מ"מ כיון דלא אפשר בזמנינו מחוק המלכות אינו מעכב אבל כל מה דאפשר עבדינן. ואחר כתבי זאת מצאתי בשו"מ מהדו"ק תשו' קי"ד שכתב דלהתיר חרגמ"ה מחמת מורדת צריך כל דיני מורדת יותר מלהפסיד כתובתה כגון הכרזה וכל משפטי מורדת עיי"ש שהעיר ג"כ מסברא שכתבתי למעלה. לענין החילוק דלישא ב' נשים בין לגרש בע"כ. ועכ"פ נהי דנראה דבהכרזה א"א לעבוד כדבריו אבל שהי' יב"ח וודאי בעינן:

קיצור הדבר הנני גם אנכי להצטרף לצירופא דרבנן להתיר האיש מו"ה אהרן ב"ר ישראל שלאססער מבראדי לישא אשה על אשתו מ' מעכציא ב"ר חיים ראזענשטרייך מלבוב. לאחר יב"ח מיום ההתראה. ובזה הנני ידידו דוש"ת באה"ר ואה"ע מוקירו ומכבדו כערכו הרם כותב וחותם אור ליום ב' וישלח תרע"ד לפ"ק:

הק' **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ב

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הגאון החסיד בנש"ק מגזע תרשישים כבוד שמו מפארים וכו' מוהר"ר **יצחק נחום** שליט"א אבד"ק **ראווא** עם בית דינו הרבנים הה"ג החו"ב וכו' מו"ה **שלמה** ומו"ה **ישראל** נ"י:

יקרתם במועדו לנכון הגיעני אבל מבלבול הדעת בענינים שונים כידוע לכם. לא יכולתי להשיב. ועתה מפני כבודכם הרב לקחתי לי מעט עת לעיין במכתבכם. והנה בענינים כאלה שכפי שכתבתם הוגבה עדות שהאשה היא משוגעת רק שאין תרופה למחלתה כבר מלתי אמורה בספרי ראשונים ואחרונים להתיר ע"י ק"ר. אך תנאי ההיתר שישליש הבעל הכתובה והנדוניא והתוס' כתובה. וגם שיתחייב לזונה וליחד לה בית ולהשליש גט. הכל כמבואר בב"ש סי' א' ובכל ספרי האחרונים. ולכן עליכם הב"ד מוטל לראות שיתקיים כ"ז לחקור כמה הי' נדוניתה ולהוסיף ע"ז שליש מלבד הכתובה דאורייתא וישליש כ"ז במזומן. ועל חיוב המזונות ויחוד בית יתן נאטאהראקט שמתחייב א"ע בכ"ז כדי שיהי' הדבר בטוח. והנה אף שהרבה פעמים הקילו באיזו תשובות באיש עני שדי

שישליש הכתובה דאורייתא. ולכאורה כיון דזה מתנאי ההיתר איך אפשר להקל בעני. אך באמת ז"א דאדרבא אי לאו שהתנו מתחלה להתיר ע"י ק"ר והשלשת הכתובה וכו' כנ"ל הי' צריכין להתיר בלא"ה משום ביטול פ"ו דמי גרע מחצי' עבד וחב"ח שכתבו התוס' לחד תירוצא דהו"א עשה דפ"ו דוחה ל"ת דולא יהי' קדש אי לאו דאפשר לקיים שניהם ע"י כפי' א"כ ה"נ אי לאו דאיכא היתר ע"י ק"ר וקיום התנאים הנ"ל אדרבא הי' מתירין משום עדל"ת דחדר"ג. דאף למאן דס"ל דהוי דאורייתא. מ"מ בנדרים גופי' אי לאו דאיכא עשה דמוצא שפתיך וכו' הו"א עדל"ת כדברי הרא"ה ז"ל. וא"כ בחדרגמ"ה דאיכא רק איסור מדברי קבלה כמ"ש הנוב"י מהדו"ת יו"ד סי' קמ"ו. אבל עשה דמוצא שפתיך ליכא כיון דהוא לא קיבל על נפשו מאומה וודאי הו"א עדל"ת אי לאו דאפשר ע"י קיום התנאים הנ"ל. וא"כ באיש עני דא"א לו ליתן הנדוניא והכתובה מקילין משום ביטול פיו. ואף לתירוץ השני שבתוס' גיטין (מ"א) כיון דבדידה ליכא עשה דלא מיפקדא אפ"ו לא נדחה האיסור אצלה מ"מ הא מובא בפ"ת סי' א' דחדר"ג רק על קרקפתא דגברא רמי ולא על האשה עיי"ש ומה"ט אשכנזית מותרת לישא לספרדי אף שיש לו אשה עיי"ש. א"כ כיון דבדידי' נדחה האיסור משום עשה דפ"ו נהי דבדידה ליכא עשה מ"מ בדידה ליכא איסורא כלל. ולתירוץ א' של התוס' שם דל"ה בעידנא מ"מ הא בפסחים (דנ"ט) כתבו התוס' דעשה החמור דדוחה עשה הקל ל"ב בעידנא והסברא מובנת שפיר דרק בעדל"ת דהל"ת חמור מהעשה אלא דילפינן מקרא דדחי בעינן בעידנא כדכתיב קרא בכלאים בציצית דהוי בעידנא. אבל עשה החמור דדוחה עשה הקל מסברא הוא דקל נדחה מפני החמור מה לי בעידנא או לאו א"כ ה"נ כיון דכתב הנוב"י דחדר"ג הוא רק איסור מדברי קבלה. וביטול פ"ו הוא עשה דאורייתא דחמור מדברי קבלה ל"צ בעידנא כלל לכן מקילין לפעמים בעני היכא דא"א לו להשליש הנדוניא במזומן. אבל בנ"ד דאינו עני ח"ו וודאי א"א להתיר רק ע"י קיום התנאים הנ"ל שישליש הכתובה והנדוניא בתוספת שליש והגט ושטר חיובין שיחזיק אותה כל ימי'. אז גם אנכי הנני נמנה עם המתירין להתיר לו ע"י מאה רבנים מג' ארצות:

והנני ידידם דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ג

רב שלום וכט"ס לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי שושילתא דיחוסא מוכתר במעלות ומדות טובות וו"ח מפורסם לשבח ולתהלה מאד נעלה כש"ת מו"ה **אלעזר רוקח** נ"י אבד"ק **הובניב** יצ"ו:

יקרתו במועדו לנכון הגיעני. ומה אעשה כי לא אוכל להשיב פניו אם כי הדבר למרות חפצי שנמנעתי עד כה מלהצטרף להתיר מטעם מורדת. אך יען אשר כתה"ר עוררני זה פעמיים. וגם כי כותב אשר האברך הוא י"ש ודחיל חטאין ולא קיים עוד פ"ו ואשתו מצערתו טובא ומונעתו מתשמיש ופ"ו והוא יושב גלמוד בלי עזר ובלי ברכה לכן אנכי מוכרח למלאות רצונו ולגלות דעתי בזה:

הנה לכאורה יש מקום לדון בזה מחמת שהי' לו עמה שני ילדים ומתו. ולמאי דקיי"ל כרבי בנשואין דבתרי זימני הוי חזקה ומבואר בראשונים הטעם משום דמספקא לן אי בתרי זימני הוי חזקה ולכך בסכנה אמרינן ספק נפשות להחמיר כמ"ש הנמו"י ביבמות פ' הבע"י. וא"כ הכא בתקנת רגמ"ה דאזלינן בספיקו להקל כמ"ש הב"ש בסי' א' סקכ"א. ולדיעה הראשונה שם ברמ"א דבמקום ביטול מצוה פ"ו לא גזר. א"כ הכא אף דלא שהה י' שנים. מ"מ הא איתחזיק תרי זימני במיתת ילדי'. א"כ דילמא לא זכה להבנות ממנה. דאף דבמפלת נפלים אמרינן דרק בתלת זימני הוי חזקה. היינו כמ"ש הנמוק"י שם משום דהרבה נשים מפילות בפעם הראשון. ולדעת התוס' והרא"ש שם הובא בב"ש סי' קנ"ד סקכ"ז. גם בנפלים בתרי זימני הוי חזקה לרבי. אבל במיתת ילדים י"ל דלכ"ע בתרי זימני הוי חזקה לרבי ומתירין לו תקנת רגמ"ה דספיקא לקולא:

איברא די"ל עפי"ד הנוב"י מהדו"ת סי' ק"ג באה"ע בד"ה אמינא דגוף הדין דשהה עשר שנים דכופין אותו להוציא ספיקא הוי דהא י"ל דהמניעה הוא מצידו. וגם מאשה אחרת לא יבנה. אלא כיון דספק הוא דילמא רק ממנה לא זכה להבנות ספיקא דאורייתא הוא ולחומרא עיי"ש. וא"כ לכאורה תיקשי על הרא"ש בהפילה תרי זימני דג"כ ספיקא היא כמש"ל א"כ הוי ס"ס דילמא לא איתחזיק עדיין. ואף אם נאמר דאיתחזק בתרי זימני מ"מ דילמא מזלו גרם וגם מאחרת לא יבנה. אך י"ל דהרא"ש לשיטתו דפירש בפסקים שם הטעם דנפלים משום דתולין דאיכא ריעותא בגופה שלא תוכל לגמור הריונה ואין אנו תולין כלל בזכות ומזל וכיון דנמצא בה הריעותא תולין רק בה ולא משום ספיקא הוא. לכך חושש גם בתרי זימני דחד ספק הוא ולחומרא. וניחא בזה שיטת הרי"ף דבעינן תלתא זימני דווקא בנפלים וא"צ לדוחק של הנמוק"י הנ"ל דהרבה נשים מפילות בראשונה אלא דהרי"ף לשיטתו דס"ל דבנפלים ג"כ הטעם משום דלא זכה להבנות ממנה כמ"ש הרא"ש בשמו בפסקים אות י"ט הנ"ל וכד' רש"י שם במקומו בד"ה הוחזקו לנפלים וא"כ כיון דבזכותא תלי שוב איכא לספוקי כמ"ש הנוב"י דילמא לאו דוקא ממנה אלא דלא זכה להבנות כלל אף מאשה אחרת ולמה יכופו אותו להוציא. אלא דמחמת ספק חיוב פ"ו דאורייתא בעלמא כופין להוציא. א"כ באיתחזיק רק תרי זימני דהוי ג"כ רק ספק

הוי ס"ס ולקולא. לכך פסק הרי"ף בנפלים דבעינן תלתא זימני. וא"כ במתו ב' ילדים ר"ל. דליכא טעמא דהרא"ש. דהא אין הריעותא בגופה כיון דילדה זש"ק כדרכו. וליכא רק טעמא דהרי"ף ורש"י שמא לא זכה להבנות ממנה לכך לכ"ע בתרי זימני לא הוי חזקה. ואמנם לפ"ז אם הי' לו ג' ילדים ומתו ר"ל. הי' הדין לפ"ז שיוציא כמו בהפילה ג"פ וא"צ להמתין עד י' שנים. אבל ז"א כלל. דהרי מבואר להדיא בירושלמי ס"פ הבע"י הובא בחי' הרשב"א שם דהי' לו בנים ומתו מונה משעה שמתו. משמע דאף בשלש בנים שמתו צריך להמתין עוד י' שנים משעה שמתו דהא בנים סתמא קתני. ול"א דבג"פ הוחזקה שימותו ילדי' כמו בהפילה ג"פ. ובשלמא לשיטת הרא"ש הנ"ל דהוחזקה לנפלים הטעם הוא דאמרינן דיש לה ריעותא בגופה שאינה יכולה לגמור הריונה א"כ במתו בני' לאחר שילדה ל"ש זאת. אבל לשיטת הרי"ף ורש"י הנ"ל דגם בנפלים הטעם דהוחזקה שלא זכה להבנות ממנה. א"כ גם במתו ילדי' נימא הכי. והדבר הוא תימה גדול אצלי מה דלא אשתמיט בשום פוסק דלימא הכי:

ואולי י"ל עפי"ד תשו' הרא"ש סוף כלל נ"ג הובא בש"ע אה"ע סי' ט' דבאיש שמתו שתי נשיו אין איסור שישא אחרת. וביאר שם הרא"ש בתשו' הטעם דל"ש מזל גורם. דלא מצינו מזל להמית אחרים. ורק באשה שמתו בעלי' דפרנסה תלוי' בבעלה ופרנסה ומזוני במזלא תליא, לכך אמרינן דמזלה הוא שלא יהי' לה פרנסה וזה גורם שימותו בעלי' המפרנסים אותה אבל סתם מזל להמית אחרים זה לא מצינו עיי"ש בביאור היטב וא"כ ה"נ אף דבנים ג"כ במזלא תלי' כידוע היינו אם יהי' לו בנים או לאו. אבל משעה שנולדו הבנים שיש להם מזל בפ"ע ל"ש לומר דמזלו גרם שימותו דנהי דמזלו הוא שלא יהי' לו בנים הי' צריך שלא יוליד כלל שלא יקלוט הזרע וכדומה. דבשלמא באשה שמתו בעלי' כיון דמזלה גורם שלא יהי' לה פרנסה אין לומר הי' צריך שלא ישא אותה כלל. דזה דבר התלוי בבחירה וכל אדם הוא בעל בחירה וכשרצו לישא אותה לא הי' נמנע מהם אבל כיון דמזלה הי' שלא יהי' לה מי שיפרנסה זאת גרם שמתו בעלי'. אבל כאן נהי דמזלו הוא שלא יהי' לו בנים זה הי' אפשר שלא יהי' לו בנים כלל שלא יקלוט הזרע או שלא יגמור הריונה שגם זה אינו תלוי בבחירתו. אבל לאחר שנולדו דיש להם מזל בפ"ע אין תולין שמה שלא זכה להבנות ממנה גרם שימותו בניו דחיי במזל של עצמו תלוי ובוודאי נולדו בקצרות שנין. ואף דמצינו ג"כ עונש במיתת בנים ר"ל מ"מ בזה אין שייך חזקה לעולם מ"ו דכל עונש הוא על חטא ויש קצבה לדבר כפי חטאו ול"ש כלל לומר דהוחזקו שימותו בניו ר"ל ע"י שלא זכה להבנות מאשתו זאת. כן הי' אפשר לומר בטעם שלא נמצא זה בשום פוסק דמתו שלש בניו יהי' דומה להפילה ג"פ שיהי' צריך להוציאה בגט

אף לשיטת הרי"ף ורש"י הנ"ל. יהי' איך שיהי' עכ"פ בשני ילדים וודאי אין כאן שום הו"א שיהי' צריך להוציא כמש"ל. ובפרט בנ"ד דכפי שמוזכר בלשון השאלה הי' לאיש הזה מקודם אשה אחרת ושהה עמה י' שנים ולא ילדה ומפני כן גירשה. וא"כ ממ"נ אי אמרת דבתרי זימני הוי חזקה א"כ הרי הוחזק זה בתרי נשים שאינו זוכה לבנים למה יוציא וישא אחרת. אלא דבתרי זימני לא הוי חזקה. א"כ לא הוי ג"כ חזקה מה שמתו שני בניו. באופן שעי"ז אין שום צד היתר לומר שמשום מצות פ"ו נתיר לו תקנת רגמ"ה: **אך** מטעם מורדת שכתב כתה"ר שכבר התרו בה בכמה התראות והיא עומדת במרדותה א"כ לכאורה מבואר דינה ברמ"א סי' ע"ז דאם עברו יב"ח מיום ההתראה מתירין לו לגרשה בע"כ או לישא אחרת. אמנם בתשו' שו"מ מהדו"ק ח"א סי' קי"ד החמיר בזה ודעתו שלא להתיר לישא אחרת רק לגרש בע"כ. ואף גם זאת רק אחר שנעשה בה דיני מורדת ממש בהכרזת ד' שבתות ויב"ח עיי"ש. ועיקר טעמו שם דס"ל דחרם דלישא ב' נשים חמור מהחרם דלגרש בע"כ כמו שהביא שם בשם הגוא"י. והנה לענ"ד אנו אין לנו אלא דברי גדולי האחרונים הגאון הנוב"י ז"ל והח"ס בסי' א' ובסי' ג' שכפל ושילש דתקנתא דלישא ב' נשים קילא יותר שאינה סייג לתורה רק מחמת חשש קטטה עיי"ש. והא שתמה על זה הגוא"י מהא דסי' ע"ז שמתיר שם החמ"ח לגרש בע"כ אף בתוך יב"ח ולישא אחרת אין מתירין תוך יב"ח כמסקנת הרמ"א שם. נלע"ד דבמחכ"ת לא ירדו האחרונים בזה לסוף דעת החמ"ח הנ"ל וגם לדעת הרמ"א שם דאם כפי הבנת דבריהם בדברי הרמ"א דאיירי כשאינה רוצה לקבל גט כלל אפ"ה אין מתירין לו לישא אחרת רק לגרש בע"כ דווקא לדעת החמ"ח וכשאינו יכול לגרשה בע"כ ישב ויתענן. יהי' דברי הרמ"א תמוהין דמנ"ל לרמ"א הא מקור דינו של הרמ"א הוא מתשו' הרשב"א סי' תת"ס וממרדכי והגמ"ר בפ' אעפ"י ושם איירי להדיא שהיא רוצית בגירושין והוא רוצה לעגנה בשביל שמרדה וז"ל הרשב"א שם והשיבו ע"ד המורדת וכו' ומה שתמה התם היכא דחזאי וכו' תמרוד ותתפוס בנכסים ותאכל היא ותחדי וכו' לאו חדוה שלימה היא אחרי שהרשות בידו לעגנה ונהי שגם הוא מתעגן בדורות הללו מתקנת רגמ"ה ואילך מ"מ איהי נמי מיעגנא וכש"כ לדברי הראב"ן דניחא טפי שהתיר את הבעל לישא אחרת והיא תתעגן עכ"ל וכלשון הזה ממש הובא בהגמ"ר הנ"ל בשם המהר"ם ובמרדכי עצמו מביא דברי הראב"ן לחוד וז"ל שם והראב"ן כתב אעפ"י שהלכה כדברי רבותינו שצריך להשהותה יב"ח אגיטא בדורות הללו שאין אדם נושא שתי נשים כאחת לא משהינן לה ואם בשביל אחרות שתווסרנה קנסינן להתיר לישא אחרת והיא תשב ותתעגן עכ"ל. ואלו הם השני דיעות שמביא הרמ"א הנ"ל היינו דעת הראב"ן שגם בזמה"ז מתיר לו לישא

אחרת ודעת המהר"ם עצמו שכתב דנהי דגם הוא מתעגן בדורות הללו מתקנת רגמ"ה מ"מ גם היא מתעגנא א"כ ס"ל שאין מתירין לו לישא אחרת אבל עכ"פ הא כולהו מיירי שהיא רוצית להתגרש אלא שהבעל רוצה לעגנה ואם הי' רוצה הי' יכול לגרשה בזה פליגי הראב"ן והמהר"ם דהראב"ן ס"ל דבשביל שתווסרנה הנשים מתירין לו תקנת רגמ"ה לישא אחרת והיא תשב ותתעגן והמהר"ם ס"ל דמשום הא אין מתירין לו תקנת רגמ"ה אלא אם רוצה לעגנה יתעגן גם הוא אבל היכא דאין רצונה לקבל גט ומצערתו ומבטלתו מתשמיש ופ"ו י"ל דכ"ע מודו להראב"ן דליכא בהא תקנת רגמ"ה ומותר בין לגרשה בע"כ בין לישא אחרת ומנ"ל לעשות פלוגתא רחוקה כי האי בין המהר"ם להראב"ן. והרי ידוע דברי הרא"ש בתשו' כלל מ"ב הובא באה"ע סי' קי"ז סי"א דכל המומין שבאיש הי' כופין אותו להוציא גם באשה יכול לגרשה דלא עדיפא היא מכח תקנת רגמ"ה מדידי' שבדין תורה אינו מוציא אלא לרצונו עיי"ש וא"כ ה"נ הא היכא דהוא מורד אינה צריכה להמתין כלל וכופין אותו מיד להוציא וליתן כתובה כמבואר בש"ע סי' ע"ז ס"א ואיך אפשר שאם היא מורדת שלא יוכל לגרשה בע"כ מחמת תקנת רגמ"ה. ומ"ש הב"ש שם בסק"ה דבאשה יש גבול עד יב"ח דבריו אין להם שחר כלל דאיך אפשר להעדיף כחה מכחו דהיא א"צ להמתין כלל אם הוא מורד והוא שהוא מצווה על פ"ו וגם צערא דגברא קשה מדאיתתא כמבואר בש"ס פ' אעפ"י שם יהי' מוכרח להמתין יב"ח ובפרט שהרמ"א מביא מוצא הדין מתשו' הרשב"א והמרדכי והגמ"ר הנ"ל ושם הרי איירי להדיא דרוצה לעגנה ואינו רוצה לגרשה ומש"ה ה"ל להמהר"ם דאין מתירין לו לישא אחרת אבל היכא דמצערת אותו ומבטלתו מתשמיש ופ"ו מנ"ל להרמ"א דהמהר"ם פליג בהא אראב"ן מה דלא מסתבר כלל לומר כן:

ובאמת לולי דמסתפינא הייתי אומר דמ"ש ברמ"א בס"ב וי"מ דבזה"ז וכו' לא משהינן לה יב"ח אם רוצה לגרשה ואם אינה רוצה מתירין לו לישא אחרת וי"ח שאין להתיר וכו'. התיבה "ואינה" רוצה ט"ס הוא וצ"ל ואינו רוצה ואז יהי' תורף דברי הרמ"א ממש כדברי הראב"ן שבמרדכי הנ"ל שכתב כן להדיא דבזה"ז לא משהינן אגיטא ואם רוצה שתווסר מתירין לו לישא אחרת והיא תשב ותתעגן ועל זה מביא רמ"א דעת הי"ח שהוא המהר"ם הנ"ל. אבל היכא דאין רצונה לקבל גט י"ל דליכא פלוגתא בהא כלל וכ"ע מודו דיכול לגרשה בע"כ או לישא אחרת. אך חלילה לי לשלוח יד להגיה בספרים מדעת עצמי. אבל דברי החמ"ח שם סקט"ז הם קילורין לעינים בזה להמתבונן בהם. דהנה עיקר דברי הראב"ן והמהר"ם אמורים על הא דתקנו רבותינו דמשהינן לה אגיטא יב"ח ע"ז קאמר הראב"ן דכ"ז הי' לדינא דש"ס שהי' יכול לישא אחרת ואין לו היזק כ"כ בהמתנה לכך

תקנו רבותינו דמשהינן לה יב"ח אגיטא וגם אין מפסדת עדיין הכתובה לדעת הרא"ש שפסק הרמ"א כמותו. אבל בזה"ז דאינו יכול לישא אחרת אין מן הדין שיתעגן על ידה ולכן אוקמינן לי' אדינא שיכול לגרשה תיכף ואין מבקשין ממנו שלא יגרשה עד יב"ח כמו שהי' עושין בימי הגמרא משום דגנאי הוא לבנות ישראל שיתגרשו ע"י קטטה עיין ח"מ סק"י וב"ש סקי"ג. אך כ"ז כשהיא רוצית ג"כ לוותר על תקנת רבותינו ומעמדת עצמה על דין הש"ס שלא ליטול כתובה תיכף לאחר ד' שבועות כמו שהי' קודם שהתקינו רבותינו. אבל אם היא אינה רוצית להתגרש מדעת עצמה ואז אם ירצה לגרשה בע"כ יהי' מוכרח ליתן לה כתובתה קודם יב"ח כתקנת רבותינו לכך ס"ל להראב"ן דאין מן הדין שיהי' מוכרח לגרשה וליתן לה כתובתה ותאכל הלה וחדי ותפק זממה שהי' רצונה בכך מתחילה ולכך קאמר דכדי שתווסרנה הנשים מתירין לו לישא אחרת והיא תשב ותתעגן עד שתתרצה לקבל גט בלא כתובה וע"ז חולק המהר"ם וס"ל דמשום הפסד כתובה או כדי שתווסרו הנשים אין מתירין לעבור על תקנת רגמ"ה. אבל כשרוצה ליתן לה הכתובה והיא אין רצונה לקבל גט כלל וודאי אף לדעת מהר"ם מתירין לו תקנת רגמ"ה לגרשה בע"כ או לישא אחרת דאין מן הדין שיתעגן על ידה אף יום אחד כמ"ש החמ"ח שם סקי"ג ולזה הכריע הרמ"א דתוך יב"ח דתקנת רבותינו הי' שיהי' לה עדיין הכתובה לכך בזה"ז אין מתירין לו לעבור על תקנת רגמ"ה כשהיא רוצית להתגרש וליטול כתובה. אבל לאחר יב"ח דהפסידה כתובתה גם לדברי רבותינו ודינה היא שתצא בלא כתובה אז גם בזה"ז מתירין לו לעבור על תקנת רגמ"ה ויוכל לגרשה בע"כ או לישא אחרת וכדברי תשו' הרא"ש הנ"ל דכל שהוא מהכופין להוציא בדידי' גם היא תצא בע"כ דלא עדיפא היא מדידי' כמש"ל עיין היטב בדברי החמ"ח סקט"ו וסקפ"ז ותמצא שכוונתו כמו שכתבתי:

וא"כ מעתה יוצא לנו מכל זה דאין כאן סתירה כלל מדברי החמ"ח לד' הנוב"י והחת"ס דס"ל דתקנתא דלישא שתי נשים קל מלגרש בע"כ דהא דאין מתירין לו לישא אחרת הוא רק כשרצונו לגרשה בלא כתובה דאז גם לגרשה בע"כ אינו יכול כשאינו רוצה ליתן לה כתובה בתוך יב"ח. אבל כשרוצה ליתן לה כתובתה או לאחר יב"ח גם בלא כתובה והיא אין רצונה לקבל גט כלל אז מתירין לו בין לישא אחרת בין לגרש בע"כ ואין מקום ג"כ לחומרת השו"מ להצריך כל דיני מורדת דהיינו הכרזת ד' שבתות ויב"ח דכ"ז הוא רק כשרוצה לדון בה דין מורדת ולהפסידה כתובתה. אבל אם רוצה לגרשה וליתן לה כתובתה אינה יכולה לעגנו יותר מעונה אחת כמ"ש החמ"ח סקט"ו וסקט"ז ויוכל לגרשה תיכף בע"כ או לישא אחרת. וגם המהרי"ק שהביא החמ"ח שכתב דמש"ה אין מתירין לו

תקנת רגמ"ה במורדת דכשיתן עיניו באחרת אף אם תקדיח תבשילו יאמר שהיא מורדת הוא ג"כ כשאין מבטלין אותו עי"ז מתשמיש ופ"ו דהא הברירה בידו לגרשה וליתן לה כתובתה. אבל כשאינה רוצית לקבל גט כלל וודאי אין מצערין אותו ואין מבטלין אותו מפ"ו משום חשש הזה כמו שאין מעגנין אותה כשהוא מורד יותר מעונה אחת דכופין אותו להוציא ול"א דכשתתן עיני' באחר תסבב שיהי' מורד. ואף שספר מהרי"ק אינו תח"י לראות את לשונו מ"מ כפי שהובאו דבריו ברשד"ם סי' ק"כ יש לפרש כן שפיר בדבריו שקאי רק על דברי הראב"ן שבמרדכי הנ"ל שאיירי כשאינו רוצה לגרשה רק לעגנה כדי שתווסרנה הנשים וכמש"ל:

אמנם מה שעומד לנגדי הם דברי הב"ש שם בסי' ע"ז סקי"ט שכתב בשם הח"מ דלדעת הי"א אף שאין מתירין לישא אשה אחרת מ"מ מתירין לגרש בע"כ. משמע להדיא מדברי הב"ש דאף היכא דאין רצונה לקבל גט כלל דמתירין לגרשה בע"כ אפ"ה אין מתירין לישא אשה אחרת ובע"כ דס"ל דחרם דשתי נשים חמור וא"כ לפ"ז שוב י"ל דגם לאחר יב"ח שהתיר הרמ"א לישא אחרת מ"מ זה רק כשאי אפשר לגרשה בע"כ כגון שהיא במדינה אחרת. אבל היכא דאפשר לגרשה בע"כ אין מתירין לישא אחרת כדברי השו"מ הנ"ל. אך באמת ז"א דוודאי אין לזוז מדברי הנוב"י והחת"ס אחריו שהחזיק בראיות ברורות דתקנתא דשתי נשים קילא טפי דהיא רק משום קטטה אלא היכא דיש לפנינו שתי דרכים אם לגרש בע"כ או לישא שתי נשים יש שני טעמים להתיר יותר לגרש בע"כ מלישא ב' נשים. חדא כמ"ש הר"ן לענין לשחוט לחולה בשבת דמתירין יותר איסור שבת מלאכול נבילות אף דשבת הוא איסור סקילה ונבילה הוא איסור לאו מ"מ כיון דעושה איסור בכל זית וזית טוב יותר לעבור על איסור שבת פעם אחת א"כ ה"נ טוב יותר לגרש בע"כ שיעשה איסור פ"א מליקח שתי נשים דעושה איסור בכל יום וקיימתי דבר זה מסברא וכעת מצאתי כן בתשו' אמרי אש אה"ע סי' א' שמביא כן בשם הבה"ט:

ועוד יש טעם אחר דחרם דלגרש בע"כ נתקן לטובת האשה והיכא דהדין נותן שמחויבת לקבל הגט לא חשו עוד לתקנתה וכשיגרשה בע"כ לא עביד איסורא כלל. אבל תקנתא דב' נשים דהוא משום קטטה א"כ אף אם נתיר לו לאיזו צורך ליקח ב' נשים אטו בשביל זה לא יהי' אח"כ קטטה ביניהם כשידור עם שתיהם וודאי דההיתר לא יועיל מנוע הקטטה וא"כ וודאי נכון יותר להתיר לגרש בע"כ דכשיעשה בהיתר לא נתבטל רצון המתקן דבהא לא תיקן אבל אם נתיר לו לישא ב' נשים יתבטל רצון המתקן דהוא תיקן למנוע קטטה וכאן וודאי יהי' קטטה בין הנשים ובינו והשני' שישא בהיתר וודאי חשו חכמים לתקנתה. ואמנם פשיטא דכ"ז שייך רק אם דר עם שניהם ומתחייב בחיובי איש

לאשתו גם לראשונה אז שייך קטטה. אבל היכא דהראשונה כבר אבדה כתובתה וכל החיובים שעל בעלה אלא שאינו רוצה לגרשה בשביל שמרדה כדי שתווסרנה הנשים שלדעת הראב"ן כן הוא שנושא אחרת ומעגן הראשונה אז מתקיימת שפיר התקנה דהא לא יבוא לידי קטטה כיון דאינו דר רק עם השני' והראשונה מרחק מביתו ואינן נעשות צרות זו לזו כלל וא"כ שפיר נכונים דברי החמ"ח גם לפי פירושו של הב"ש בדבריו דהוא שפיר כתב לדעת הי"ח דאין מתירין לישא אחרת כדעת הראב"ן דכיון דאיירי בתוך יב"ח שעדיין לא אבדה כתובתה לתקנת רבותינו וכשחוזרת בה בתוך יב"ח הרי היא כבראשונה כמ"ש הרמ"א אלא שבזה"ז שאינו יכול לישא אחרת אין לעגנו יב"ח כמ"ש הח"מ בסקט"ו, אבל ס"ל להי"ח דא"א להתיר לו לישא אחרת דאם מתירין לו לישא אחרת א"כ חזר דינו כבימי הש"ס לתקנת רבותינו להשהות גיטה יב"ח דילמא תחזור בה כיון שאינו מתעגן על ידה מלישא אחרת וא"כ אם תחזור בה תהי' כבראשונה ויהי' מתחייב לה כל חיובי שבין איש לאשתו והשני' שהתרנו לו לישא אותה בהיתר וודאי דלא יוכל לגרשה בע"כ ויהי' מחויב גם לה בשכ"ו וא"כ יהי' לו ב' נשים ממש ויבוא לידי קטטה ותתבטל כל כוונת התקנה לכך ס"ל להי"ח דאין מתירין לו לישא אחרת וממילא כיון דאין מתירין לו לישא אחרת והרי הוא מתעגן על ידה שפיר כתב הח"מ דאין משגיחין בהא על תקנת רבותינו ולא משהינן גיטא יב"ח דלא עדיפא היא מדידי' וכשם שכשהוא מורד כופין אותו להוציא מיד ה"נ כשהיא מורדת אינה יכולה לצערו כלל יותר מעונה אחת כיון דאינו יכול לישא אחרת וכופין אותה לקבל גיטה תיכף. אך כ"ז תוך יב"ח אבל לאחר יב"ח דכבר אבדה כתובתה וכל החיובים שלה עליו נתבטלו וגם לדינא דש"ס יוכל לגרשה תיכף אחר יב"ח בלי כתובה וכיון שהיא מהכופין לצאת לא שייכא בה תקנת רגמ"ה כלל ויוכל לגרשה בע"כ או לישא אחרת ולהרחיק הראשונה מביתו וליכא חשש קטטה כיון דאינו דר כלל עם הראשונה ואינו נותן לה שכ"ו ומרחקה מאצלו ודר רק עם השני' ליכא חשש קטטה כלל ואתיין שפיר כל דברי החמ"ח על מכונן להמתבונן היטב בכל מ"ש. ואמנם יצא לנו מזה דאחר יב"ח דמן הדין לגרשה בלא כתובה אז ליכא נ"מ בין התקנות ויכולין להתיר לו שניהם או לגרש בע"כ או לישא אחרת כל מה שאפשר לו יותר כיון דהראשונה אין עליו עוד חיוב כלום. והא דקאמר החמ"ח דבתוך יב"ח מתירין לגרש בע"כ ולא לישא אחרת לאו משום דתקנתא דב' נשים חמור יותר כמ"ש הגוא"י והשו"מ דאדרבה תקנתא דשלא לגרש בע"כ חמור טפי כמ"ש הנוב"י והח"ס אלא דבתוך יב"ח א"א להתיר לישא אחרת מטעם שכתבתי למעלה:

וא"כ מעתה בנ"ד דכפי שכתב כתה"ר כבר עברו עלי' יב"ח מיום ההתראה והיא עומדת במרדה לית דחש לה להא דש"ע. ומתירין לו לישא אחרת כדעת הרמ"א הנ"ל. דאדרבה להתיר לו לגרש בע"כ היא מילתא דאתיא לידי תקלה ומכשול דרוב פעמים א"א שיהי' הגט ונתינתו נעשה כהלכתו כשמגרשין בע"כ כידוע. וכ"כ ג"כ החת"ס באה"ע תשו' ק"ז ד"ה אמנם כל הטורח עיי"ש ובפרט דבנ"ד שכתב כתה"ר שכבר נתן לה גט פ"א בע"כ. וא"כ ממ"נ אם הגט הראשון הי' כשר הרי כבר נתגרשה ממנו. ואם לא עלה כהוגן נתינתו ומסירתו א"כ גם בפעם אחרת לא יעלה כהוגן. ונכון שפיר להתיר לו לישא אחרת. ובפרט אם כבר עבר עליו ג' או ד' שנים שמרדה. שזה מבואר ברשד"ם אה"ע תשו' ק"כ שהתיר לו לישא אחרת. מטעם דהוי מילתא דל"ש עיי"ש:

ואמנם לענין החומרא שהחמיר בשו"מ להצריך ד' שבתות תלוי בשני פירושים הנ"ל בדברי החמ"ח. דלפי פירושי הראב"ן הנ"ל בדברי החמ"ח. דכל היכא שהוא רוצה לגרשה וליתן לה כתובה והיא אינה רוצית לקבל גט כלל. לכ"ע גם לדעת הי"ת מתירין לו בין לגרש בע"כ בין לישא אחרת אף תוך יב"ח. א"כ ה"ה דא"צ הכרזה אם ירצה ליתן לה כתובתה. אבל לפי פירושו של הב"ש הנ"ל בדברי החמ"ח וכפי שביארתי למעלה דאין מתירין לו לישא אחרת רק היכא דאבדה כתובתה ואין לה עוד עליו שום חיוב אישות. א"כ יוכל להיות כדברי השו"מ דצריכה הכרזה ג"כ. אבל באמת לא ידענא למה החמיר כ"כ הא הט"ז בסי' ע"ז סק"א הכריע דלתקנה בתרייתא שהתקינו להמתין יב"ח תו א"צ הכרזת ד' שבתות. וגם ראיתי בתשו' מהרש"ם סי' שמ"ח שמביא בשם תשו' ברכת יוסף ואבן השהם. שלענין להתיר חהר"ג א"צ הכרזות. והספרים ההם אינם תח"י לעיין בהם. ועיין בתשו' חת"ס ח"ב סי' קס"ז שכתב שם ג"כ לענין מורדת דעדיף להתיר לישא אחרת מלגרש בע"כ והצריך ג"כ יב"ח אך מהכרזות לא הזכיר כלל רק מהשלשת הגט משמע שהכרזות א"צ. ואמנם מהיות טוב וכו' אם אפשר לעשות ההכרזות הי' נכון הדבר לצאת ידי דעת השו"מ ואמנם העיקר ידע כתה"ר שאני סומך עליו אם היא מורדת באמת דהיינו שהיתה מחויבת עפ"י דתה"ק לעקור דירתה ולבוא אצלו. והיא סירבה לקיים הפס"ד ואיננה רוצה לבוא אצלו והתריתם בה כדת וכבר עברו יב"ח מיום ההתראה. ואז אם אפשר הדבר לכתוב להרב שבעירה שיכריז עלי' ד' שבתות כדת מה טוב. אבל אם לא אפשר מחמת דינא דמלכותא. אז נהי' מוכרחים לסמוך על הני טעמי הנ"ל להתיר בלי הכרזה. ויציע הדבר עוד לפני שני רבנים מפורסמים ואם גם הם יסכימו לזה אצטרף גם אנכי עמהם אי"ה ואז יקבוץ חתימת ק"ר מג' ארצות וישליש לה גט.

ויתיר לה"ר מיכל בר' שבתי ש"ץ מקהלתו לישא אשה אחרת. והשי"ת יצילנו משגיאות ויורנו מתורתו נפלאות:
והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ד

לק"ק טשענסטחוב:
ע"ד השאלה.. הנה אמת הדבר שקשה עלי מאד להשיב בענין זה כי ירא אנכי להכניס ראשי בין ההרים. כי מצד אחד רואה אנכי אבי החתן לבו לשמים. וקמרתחא בי' קדושת זקינו קדוש ישראל מרן הגה"ק מצאנז זצוק"ל. ומתייראַ שלא להכניס רשעה לתוך ביתו ח"ו. ומצד השני עומד אבי הכלה שהוא מסתמא ג"כ בן קדושים מדעשה שידוך כזה. ובטח גם לבו כואב על מה שבתו איננה שומעת בקולו. ואולי ילדות הוא דיש בה. ואין מהנכון למהר לדחותה בשתי ידים. ועכ"פ צריך להמתין איזו זמן ולהתרותה כ"פ אולי תחזור בה ולכן רציתי למנוע עצמי מלהשיב בדבר הזה כלל. אך לא אוכל להשיב ריקם פני השואל הה"צ בנש"ק מטשענסטכאוו. שהפציר בי להשיב ע"ז. ולכן הנני לגלות דעתי קצת בזה. אבל חלילה לעשות מעשה עד שיעמדו הצדדים לפני בד"צ המרוצה להם. וישמעו טענות שני הצדדים זה בפני זה ויוציאו לאור משפטם. והנה ענין זה שהוא כד"נ אצלי ובד"נ פותחין לזכות. אומר בראשונה כי מ"ש השואל דהוה עוברת על דת משה מה שתפרה בשבת ויו"ט. הנה מבואר ברא"ש פ' המדיר אות ט' דרק היכא שמכשלת את בעלה בדבר איסור או עושית מעשה פריצות שהוא משום חשש זנות אז הוי עוברת עד"מ ויהודית. אבל אם היא עצמה עושית איזו איסור כגון אוכלת חלב וכדומה לא הוה עוברת עד"מ. והובאו דבריו במהר"ם שיף שם במקומו (בדף ע"ב ע"א). ובב"ש אה"ע סי' קט"ו סק"א. ואין לומר דזה רק בשאר איסורים משום דקיי"ל מומר לד"א ל"ה מומר לכה"ת. אבל אם חיללה שבת דהוה מומרת לכה"ת שוב היא חשודה ג"כ להכשילו באיסור נדות ואינו ראוי לקיימה. ז"א חד דהא עשתה בצינעא. ומומר לחלל שבת ל"ה מומר לכה"ת רק אם עושה בפרהסיא בפני עשרה מישראל כמבואר בתב"ש סי' ב' ועוד הא מבואר בתשו' הרא"ש כלל ל"ב סי' ח' דגם למ"ד מומר לד"א הוי מומר לכה"ת מ"מ לבעלה אינה חשודה דאימת בעלה עלי' עיי"ש וא"כ ה"נ לענין חילול שבת והלכך משום זה לא מקרי עוברת עד"מ:
ומ"ש השואל דכיון דהתנה כן פעמיים ושלש קודם הנשואין ואדעתא דהכי קידשה ועכשיו שאינה מקיימת הוי קידושי טעות. הנה אנן קיי"ל דקידשה על תנאי וכנס ובעל אח"כ. דא"א עושה בב"ז ובעל לשם קידושין או ביטלה לתנאו כמבואר בכתובות (דע"ג)

ובאה"ע סי' ל"ח סל"ה. ואף דקיי"ל שם דכתובה אין לה וכמ"ש רש"י שם דלענין ממון בתנאו קאי. היינו משום דלענין ממון מהני תנאי ולא הוי מתנה עמ"ש בתורה דבממון תנאו קיים. אבל לענין חדר"ג לא מהני תנאי שיחולו הקידושין ע"מ שיוכל לגרש אח"כ בע"כ או לישא שתי נשים דהוי מתנה עמ"ש בתורה:

איברא דיש מקום לומר דבכה"ג דקידשה ע"ת ובעל סתם ל"ש חדר"ג. משום דלכאורה קשה לשיטת הרמב"ם דס"ל דל"מ תנאי בכתובה משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה. דאף בממון תנאו בטל. כמו שפירש דבריו הר"ן בפ' אעפ"י. הובא בב"ש סי' ס"ו סק"ט. וא"כ כיון דאמרינן דבועל לשם קידושין אמאי אין לה כתובה. נהי דאמרינן דלענין ממון בתנאו קאי. מ"מ אף אם מקדש בפירוש ע"מ שלא יהי' לה כתובה ל"מ לדעת הרמב"ם דהוה מתנה עמ"ש בתורה דחכמים עשו חיזוק לדבריהם דאף בדבר שבממון תנאו בטל. אך צ"ל דהכוונה כן דהא עיקר תקחז"ל בכתובה הוא משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. והנה כיון דחזינן דהוא קפיד על התנאי ולא רצה לקדשה רק ע"מ שיתקיים התנאי. נהי דאם בועל אח"כ בסתם ואינו יודע אם נתקיים התנאי. אמרינן דאינו רוצה לעשות בב"ז ובועל לשם קידושין. היינו דאינו רוצה לעשות איסור לבעול ב"ז. אבל הא וודאי דעתו עדיין שאם ימצא אח"כ שלא נתקיים התנאי שיגרשנה כיון דחזינן מתחלה שהקפיד דוקא על התנאי. והוה רק כנושא אשה לימים שמבואר באה"ע סי' ב' ס"י וסי' קי"ט ס"א דשרי כיון דמתחלה בשעת הנשואין הוא נושא ע"ד כן. והיא ג"כ נכנסת מתחילה ע"ד כן. דהא יודעת שכשיוודע לו שלא נתקיים התנאי יגרשנה. וא"כ כיון דכל עיקר הטעם שעשו חיזוק לכתובה הוא משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. וודאי דכשנושא אשה רק לימים ידועים. וודאי דל"ש התקנה שלא תהא קלה וכו' דהא אדרבא וודאי יגרשנה ונכנסת מתחלה ע"ד כן. וקרוב הדבר אצלי לומר דלא תקינו כלל כתובה כה"ג. דבהא דאמרינן ביומא (די"ח) ויבמות (דל"ז) גבי רב ור"נ דאמרי מאן הוה ליומא אין סברא כלל לומר דהי' ניזוקין בנכסיהן ליתן כתובה לכ"א ואחת. וא"כ מיושבת קושייתי הנ"ל אמאי אמרינן דלענין כתובה בתנאו קאי והא ל"מ תנאי בכתובה. דז"א דכאן ל"ש תקחז"ל כיון דמשעה ראשונה קידשה ע"מ לגרשה אח"כ כשיוודע לו שלא נתקיים התנאי. וא"כ מעתה יש הוכחה ברורה דגם רגמ"ה לא גזר בכה"ג דאל"כ אמאי גם לדידן אין לה כתובה בכה"ג כמ"ש הב"ש בסי' ל"ח סקנ"ט. והא בזה"ז דאיכא חדר"ג וכשבועל לשם קידושין לא יוכל להוציאה אח"כ בע"כ. ובע"כ דנכנס מתחלה לדור עמה כך לעולם. א"כ אמאי אין לה כתובה. ואמרינן דלענין ממון בתנאו קאי הא ל"מ כלל תנאי בכתובה לדעת הרמב"ם כמש"ל. אלא בע"כ דבכה"ג בקידש ע"ת ובעל סתם גם

תקנת רגמ"ה ליכא. דכמו דחז"ל לא תקנו כתובה כשנושא אותה מתחלה ע"ד לגרשה תיכף. כמו כן גם רגמ"ה לא גזר בכה"ג. דתקנת רגמ"ה היתה כעין תקנת חז"ל שלא תהא אצלו כהפקר להוציא בכ"ע שירצה. אבל כשקידשה מתחלה ע"ד כן בהא לא תיקן כלל. כנ"ל לומר:

וגם לפימ"ש הר"ן שם בפ' אעפ"י מתחלה דכשבועל לשם קידושין אין לה רק דין ארוסה. דביאה אירוסין עושה. ג"כ ל"ש תקנת רגמ"ה דבארוסה לא תיקן רגמ"ה כמ"ש בש"ע אה"ע סי' א' ס"י. אך הר"ן גופי' מפקפק שם ע"ז דכיון דהכניסה לביתו אין לה דין ארוסה רק דין נשואה עיי"ש. ותמהני על ההפלאה בכתובות שם (דע"ג) שמביא איזו פעמים בשם הר"ן שמתרץ הקושיא דהא הוי ב"ז משום הכתובה דכל הפוחת וכו'. משום דארוסה אין לה כתובה. והרי אדרבא הר"ן דוחה שם הסברא הזאת:

ואמנם יש עוד הוכחה דבכה"ג ל"ש חדר"ג משום דלכאורה קשיא לי מ"ט דרב דס"ל דבועל סתם אחלי' לתנאו משום דאעבב"ז והא קיי"ל דגם היכא דעבד איסורא אמרינן ע"ד הראשונה הוא עושה כמבואר בזבחים (דמ"א ע"ב) פיגל בראשונה ונתן שני' בשתיקה אמרינן דע"ד הראשונה הוא עושה. אף דעבד איסורא דמחשב בקדשים. וא"כ ה"נ קידש ע"ת ובעל סתם נימא דע"ד הראשונה הוא עושה אף דאיכא איסור דב"ז. אך באמת לק"מ דגם כשבועל לשם קידושין אינו משנה מדעתו הראשונה כלום. דכמו שבתחלה הקפיד על התנאי. גם עתה דעתו שכשיוודע לו שלא נתקיים התנאי יגרשנה תיכף. רק כ"ז כשלא נודע לו אינו רוצה להכניס א"ע לספק איסור לבעול ב"ז ובועל עתה לשם קידושין. ולכשיוודע לו יגרשה אח"כ. ועל ביאה אחת או שתים י"ל דלא הקפיד מעולם על התנאי. וא"כ בע"כ מוכח דבכה"ג ליכא תקנת רגמ"ה. דאל"כ א"כ כשבועל לשם קידושין יהי' מוכרח לדור עמה לעולם כך. ואיך אמרינן דנשתנה דעתו ממה שהקפיד בתחלה והא בכל דוכתא אמרינן דע"ד הראשונה הוא עושה. אלא בע"כ דבכה"ג ליכא תקנת רגמ"ה כמש"ל. אלא דהוכחה זו ג"כ יש לדחות. דע"כ ל"א שם בזבחים דגם באיסור אמרינן ע"ד הראשונה הוא עושה. אלא היכא דנחית גם מתחלה לעשות איסור כמו בפיגל בראשונה וכו'. אבל בקידש ע"ת דלא נחית מתחלה אדעתא דאיסורא כלל י"ל דאח"כ בשעת בעילה מוכרח לחזור מדעתו הראשונה. משום דאינו רוצה לעשות איסור. ויש עוד טעם לומר דל"ש בהא חדר"ג דהא מבואר שם באה"ע סי' ל"ח סל"ה דבקידשה ע"ת ובעל סתם הוי רק ספק קידושין דשמא ביטל התנאי עיי"ש בב"ש סקנ"ט ובאבני מילואים שם. וא"כ כיון דל"ה רק קידושי ספק. א"כ לענין חדר"ג אזלינן בספיקו לקולא כמ"ש הב"ש בסי' א' סקכ"א. אלא דכ"ז רק כשלא בא עלי' לאחר

שנודע לו שעברה על התנאי. אבל אם בא עלי' אח"כ משמע בב"ש שם דהוי קידושי וודאי וגם כל הטעמים והוכחות שכתבתי למעלה ל"ש כשבא עלי' לאחר שנודע לו שעברה על התנאי. וגם בלא"ה בנ"ד לא הוי כלל כקידשה ע"ת דהא הבעל לא התנה כלל כן בשעת הקידושין. רק אבי החתן אמר כן עוד קודם הנשואין. וברור דאין זה ענין כלל לקידושי תנאי:

אך יש לצדד עפי"ד הב"ש בסי' קי"ז סקכ"ד דהיכא דרימתה אותו ועשתה שלא כהוגן יכולין לכופה לגרש. אך בפ"ת שם בסי' ל"ט סק"ה מביא בשם איזו תשובה שמפקפק על דברי הב"ש בזה וגם בהפלאה בקו"א לכתובות סוס"י קי"ז פקפק בזה והניח הדבר בצ"ע אם מותר לגרש בע"כ בכה"ג:

וגם י"ל דכיון דחושש לדברי האוסרים פאה נכרית ושאחד"א הוי כעוברת על ד"י אצלו. ואף דאם הי' אומר כן לאחר הנשואין לא הוי נאמן כיון דבמוה"ר נהוג עלמא היתר בדבר. עכשיו דאיכא חדר"ג כדעת האומרים דגם באומר שראה שזינתה אינו נאמן לאחר תקנת רגמ"ה כמבואר בסי' קע"ח. מ"מ כיון שאמר כן קודם הנשואין דלא הי' משועבד עדיין שפיר שייך לומר שאחד"א. אך כ"ז אם הי' הבעל בעצמו מגלה דעתו קודם הנשואין שמקפיד על הדבר. ובנ"ד לא אדע אם גילה הבעל בעצמו דעתו בזה או רק אביו הקפיד על הדבר. ומה שטען אבי הבעל שאבי האשה ישלח לו הוצאות שגרם לו הפסד הוצאות החתונה. הנה אף אם הי' הדין נותן שמותר לו לגרשה בע"כ. א"א לחייב אבי האשה לשלם הפסידו דהי' אנוס בדבר דהי' סבור שבתו תשמע לו. דהא הי' התנאי בפני הכלה ושתקה. א"כ מתחילה הסכימה ואח"כ היא דחזרה בה. עיין באה"ע סי' נ' ס"ו בהגה ובח"מ שם סקט"ו ובב"ש סקט"ז. אלא דשם מוזכר רק דפטור מקנס. ואמנם בלא"ה זה שייך לד"מ שצריך לשמוע טענת שני הבע"ד. קיצור הדבר בהא נחיתנא ובהא סליקנא דהדבר צריך מתינות ושיעמדו שני הצדדים לפני ב"ד שיתברר הדבר מפי טענותיהם. ואם אולי ירצו לעגן אותו דווקא. אז בוודאי יהי' מצוה לחפש צדדי היתר להסיר מעל האברך כבלי העיגון יען כי כוונתו לשמים. כנלע"ד:

דוד מנחם מאניש באבד אבדפ"ק **טארנאפאל**.

סימן ה

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב מו"ה **פינחס** נ"י דומ"ץ בק"ק **דאברמיל** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. והאמת אגיד לו כי א"א לי להשיב לעלמא רק לפעמים ולפרקים כי טרדותי וקביעות שיעורין עם תלמידים שלי. שזה חביב אצלי מהכל לא יתנו לי עוד מקום להשיב. ועכ"ז עתה בבוא מכתבו השני הוכרחתי ליקח לי מועד להשיבו

בקצרה. ודעתי נוטה ג"כ שא"א כלל לכפותה לקבל גט ולהתיר חדר"ג. כי אף מה שהביא כת"ה דברי הגאון מבריסק שהובא בפ"ת שם בסי' קט"ו דדין דמקללת הוא רק בשם או בכינוי לא חזי לאיצטרופי כלל לדעתי דהרי מפורש להיפך בשטמ"ק כתובות (דע"ב ע"ב) ד"ה ורש"י בשם תלמידי רבינו יונה שכתבו להדיא דאפילו לא קיללה אותו בשם או בכינוי תצא שלא בכתובה עיי"ש. וגם משמעות כל הפוסקים הוא כן דל"ב שם או כינוי אבל עכ"פ קללה ממש בעי ולא בזיון בעלמא והבו דלא לוסיף עלה דבגוף הדבר אני מהנדז במה דמבואר בש"ע שם בסי' קט"ו ס"ד דבעוברת על דת יהודית מצוה לגרשה ומה"ט ליכא חדר"ג ויכול לגרשה בע"כ אם זה קאי כלל על מקללת בפניו דהרי ברא"ש פ' המדיר סי' ט' על מתניתין דאלו יוצאות שלא בכתובה כתב דטעמא דדת יהודית הוא משום חשד זנות עיי"ש. וא"כ בשלמא כל הני דיוצאת וראשה פרוע ומדברת עם כל אדם ומגלה זרועותי' איכא חציפותא וחשש זנות. אבל המקללתו בפניו או את יולדי' מה פריצותא וחשש זנות איכא ומאי מצוה לגרשה איכא אם רוצה למחול על כבודו. ובאמת במתניתין פ' המדיר (דע"ב ע"א) אפשר לפרש דמאי דקאמר אבא שאול אף המקללת יולדי' בפניו לאו על עוברת דת יהודית קאי דכל הנך דחשיב הוא רק משום פריצות וחשש זנות ואין זה במקללת וכו'. אלא דקאי על אלו יוצאות שלא בכתובה וקאמר דאף מקללת וכו' יוצאת **שלא** בכתובה ולאו משום עוברת על דת יהודית אלא משום דאינו מחויב לסבול זאת ממנה. ונ"מ דאין מצוה לגרשה:

וראי' גדולה לזה דהרי קאמר שם ר"ט אף הקולנית ומפרש שם הש"ס בפ"ב לחד לישנא דהיא משמשת בחצר זו ונשמע קולה בחצר אחרת משום דהתשמיש קשה עלי' וצועקת והתם היא אנוסה וליכא למימר כלל דהיא בכלל עוברת על דת יהודית ואפ"ה קאמר ר"ט אף. ובע"כ דאירשא קאי על יוצאת שלא בכתובה. ה"נ איכא לפרושי דברי אבא שאול דלאו משום עוברת על ד"י נגע בה. ואף דהש"ס דחי שם פירוש זה משום דניתנין גבי מומין היינו משים דאיכא משנה מיוחדת דתני הני דיוצאות משום מום פריך שפיר דקולנית שהשתמיש קשה לה דהוי ג"כ מום הו"ל למיתניי' התם. אבל מקללת יולדי' לעולם י"ל דהטעם הוא משום דמצערתו ביותר ואפ"ה תני לה הכא משום דליכא דוכתא אחרינא היכא דניתניי'. ואמנם משמעות כל הפוסקים והטוש"ע משמע דאף מקללת יולדי' הוי בכלל עוברת על ד"י וצריך לדחוק ולפרש לדבריהם דכיון דהיא חצופה כ"כ נגדו וליכא עלי' אימת בעלה חשודה ג"כ על זנות. וגם מצינו בש"ס פ' השוכר את הפועלים דקאמר מדחציף כולי האי ש"מ רשיעא הוא עיי"ש. וא"כ הא מבואר ביו"ד סי' קי"ט לענין חשוד דמאי דקילא להו לאינשי אינו חשוד עי"ז לעבור על מה דחמירי

להו לאינשי ואף דזה איסור גדול יותר ה"נ בזה"ז דקילא טובא לאינשי שתהי' מקללתו לפעמים והוא יקלל אותה משום קטטה ושכיחא טובא בוודאי א"א לומר בזה"ז דמש"ה תהי' חשודה על זנות ואם נאמר כן לא הנחת בת לאברהם אבינו שתהי' יושבת תחת בעלה ובפרט הרי מבואר בתשו' לחם רב סי' נ"ב דזה רק אם מקללתו בחנם כמבואר בתשו' המיוחסות סי' ק"ב ולא היכא דהוא גרם לה. א"כ ה"נ הרי היא אומרת דמצער אותה טובא וא"א נתפס על צערו ובוודאי דהוא אינו נאמן לענין חדר"ג אם יאמר דעשתה כן בחנם לבטל עי"ז חדר"ג דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן כ"א יאמר כן וכעין שאמרו בפ"ק דב"מ (די"ז) דמה"ט אינו נאמן לומר פרעתי על כתובה דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן. ומה שאמרה לו שהוא אוהב נשים נכריות משום זה וודאי לא מיקרית עוברת על דת כמבואר להדיא בתשו' נוב"י מהדו"ת סי' פ"ט דמשום שאמרה עליו שהוא רועה זונות לא הפסידה כתובתה עיי"ש:

ומה שמביא כת"ה מסי' קי"ט לענין אשה שרעה בדיעותי' דמצוה לגרשה עיין בב"ח וט"ז שם דמפרשים דעת הטור דלא כרמב"ם שהיא בעלת מריבה אלא שהיא פרוצה עיי"ש. וגם לא איירי שם כלל לענין לגרשה בע"כ אחר חדר"ג כמ"ש כת"ה ג"כ. וטעם הדבר נ"ל דאף דכאן ג"כ מצוה לגרשה מ"מ כיון דאינה מהיוצאות שלא בכתובה כמו בסי' קט"ו גבי עוברת על ד"י, א"כ חזינן דלא נתבטל ממנה החיוב שנתחייב לה בעלה לא נתבטל ג"כ החיוב שנתחייב לה מכח חדר"ג. אבל קודם תקנת רגמ"ה דלא נתחייב הבעל נגדה מאומה שלא לגרשה עפ"י ד"ת והא דאסור לגרש בזיווג ראשון אין החיוב נגדה דהא דעת הח"מ דגם מרצונה א"י לגרשה שפיר קאמרי דהיכא דהיא בעלת מריבה מצוה לגרשה משום גרש לז. אבל כמו דמחויב ליתן לה כתובתה דזה הוי כפי' לפעמים שא"י לגרשה אם אין יכול ליתן לה כתובתה ה"נ לא נפקע ממנו החיוב שנתחייב עפ"י חדר"ג. ועיין סי' א' ס"י שהביא הרמ"א שני דיעות אם ר"ג תיקן גם במקום מצוה כמו בשהה י' שנים או ביבום. ולכאורה אמאי כאן בסי' קט"ו מביא הרמ"א בפשיטות דבעוברת על ד"י כיון דמצוה לגרשה לא גזור ר"ג ולהנ"ל ניחא דר"ג כעין תקנת חז"ל תיקן דהיכא דראו חכמים להפסידה כתובתה ולהפקיע ממנה זכותה שתקנו לה חז"ל כדי שלא תהי' קלה להוציאה לא תיקן ג"כ ר"ג תקנה שלא לגרשה אבל במקום מצוה אחרינא דאינה מפסדת כתובתה כמו בשהה י' שנים וכדומה ראה ר"ג לחוש לתקנתה ולהעמיד דבריו אף במקום מצוה:

שוב ראיתי בחת"ס אה"ע סי' ג' מביא בשם הש"י לחלק בין אם היא ע"י פשיעתה או לאו עיי"ש. וזה ג"כ כעין דברי אלא שאני מוסיף דלאו כל פשיעות שוות דרק היכא דחזינן

דראו חז"ל להפסידה כתובתה ע"י פשיעתה בכה"ג גם ר"ג לא תיקן. אבל בכה"ג דסי' קי"ט דרעה בדיעותי' או שאינה צנועה כשאר בנות ישראל אבל איננה בכלל עוברת על ד"י שתפסיד כתובתה נהי דמצוה לגרשה מ"מ בע"כ א"י לגרשה אחר תקנת ר"ג. ואף להסוברים בסי' א' הנ"ל דר"ג לא תיקן במקום מצוה כלל מ"מ זה רק במקום ביטול מצוה דאורייתא כמו בשהה י' שנים. אבל בכה"ג דהיא בעלת מריבה דליכא רק סמך מדברי קבלה דשנא שלת. וודאי בכה"ג העמיד ר"ג דבריו וגם מעולם לא שמענו להתיר חדר"ג היכא דהיא בעלת מריבה ויתבטל תקנת רגמ"ה לגמרי. ולכן צדקו בזה דברי כת"ה שאין לכפותה לקבל ג"פ. אך יתאמץ כת"ה לפשר ביניהם כפי ראות עיניו לקרב או לרחק. כ"ד הכותב בנחיצה:

ידידו דושת"ה באה"ר **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ו

כבוד הרב הה"ג חו"ב משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **פייביל** נ"י ראבד"ק **בוטשאטש**:

ע"ד השאלה אודות האברך דלא איתדר לי' עם אשתו זה ששה שנים ותובע אותה לד"ת ומסרבת לירד אתו לד"ת והוא טוען שגם מתחילת נשואין היתה מאוסה עליו ביותר מחמת שהיתה קשישא מיני' י"א שנים ובפרט אחר שדר אתה איזו שנים בכפי' מאביו ולא נתעברה ממנו ועסקה ברפואות ולא הועיל וכבר היא עתה בת מ"ד או מ"ה וטוען ג"כ טענת פ"ו הכל כמבואר במכתב כת"ה:

הנה לכאורה בטענת מאוסה עלי לחוד צ"ע כיון דלדעת הרמב"ם וסייעתו כופין אותו להוציא היכא דהיא טוענת מאיס עלה וידוע דברי תשו' הרא"ש הובא בסוס"י קי"ז דלא תיקן ר"ג שתהי' היא עדיפא מדידי'. וא"כ נהי דלא קיי"ל כהרמב"ם וסייעתו כמבואר בסי' ע"ז היינו משום דהוי ס' א"א דדילמא כשאר הפוסקים ויהי' גט מעושה שלא כדין דהגט בטל מדאורייתא. אבל בדידי' דליכא רק ס' תקנת רגמ"ה דכתב הב"ש בסי' א' סקכ"א דאזלינן בספיקה לקולא אמאי לא סמכינן אהרמב"ם וסייעתו להתיר בטוען מאוסה עלי. ואולי זה באמת טעמו של הצ"צ החדש שהביא כת"ה דמיקל בטוען מאוסה עלי. אבל באמת יש לדחות זאת. דהא התוס' בכתובות (דס"ג ע"ב) ד"ה אבל הקשו על הי"מ דס"ל כהרמב"ם דבמאוס עלי כופין אותו להוציא א"כ מאי הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו דגט מעושה בעכו"ם פסול שלא תהא תולה עצמה בעכו"ם ותפקיע עצמה מידי בעלה הא בלא"ה יכולה להפקיע א"ע ע"י שתטעון מאיס עלי ותירצו דכיון דבטוענת מאיס עלי אין לה כתובה לא תרצה לטעון מאיס עלי להפסיד כתובתה. וא"כ כ"ז בדידה. אבל בדידי' אם נאמר דגם לאחר תקנת רגמ"ה יכול לטעון מאוסה עלי. א"כ מאי הועיל

ר"ג בתקנתו הא יוכל להוציאה בע"כ ע"י שיטעון מאוסה עלי ולא יפסיד מאומה דבין כך ובין כך צריך ליתן לה כתובה ובטלה תקנת ר"ג. אך י"ל דלכאורה קשה ממ"ש הט"ז באו"ח סי' תקכ"ד סק"א על הא דאם עבר והקנה בשבת קרקע וכו' הקנאתו הקנאה ומ"ש מהא דאמר ר"י בכתובות לענין נכסים מועטים דכיון דאמור רבנן לא ליזבון אי זבין לאו זבינא וכתב הט"ז לחלק דשם בנכסים מועטים כיון דלא רמו רבנן איסורא עליו רק תקנו לטובת הבנות שלא ימכור א"כ אם נאמר דזביני' זבינא לא הועילו חכמים בתקנתן דכ"א ילך וימכור אבל במכירה בשבת או נשבע שלא למכור דאיכא איסורא בדבר ל"ש לומר מה הועילו חכמים בתקנתן דאף אם נאמר דבדיעבד הוי זבינא לא ילך לעשות כן לכתחלה לעבור על איסור דאורייתא או דרבנן עיי"ש בדבריו. וא"כ ה"נ מאי הקשו התוס' דלא הועילו חכמים בתקנתן דתטעון מאיס עלי. ממ"נ אם האמת אתה דבאמת מ"ע. א"כ תטעון ותטעון דהא הדין עמה לדעת הי"מ הנ"ל. ואי דבאמת אינו מאיס עלי' רק דענ"ב. א"כ אם נכוף אותו להוציא יהי' גט מעושה שלא כדין דהגט בטל ותהי' באיסור א"א והבנים ממזרים ולזה ל"ח דתעשה איסור כמ"ש הט"ז הנ"ל. אך צ"ל דהא עיקר התקנה הי' מחשש שלא תתלה עצמה בעכו"ם ותכוף אותו להוציאה דאז ג"כ תעשה איסור שיהי' מעושה שלא כדין. וא"כ שפיר הקשו התוס' דמה הועילו בתקנתם דאם תרצה לעשות איסור לכוף אותה להוציאה שלא כדין תוכל גם עתה לעשות שתאמר מאיס עלי משא"כ בנ"ד בתקנת ר"ג אף אם נאמר דאם טוען מאיסה עלי יכול להוציאה מ"מ שפיר הועיל ר"ג בתקנתו דאם לא הי' מתקן הי' יכול להוציאה בע"כ בהיתר או ליקח אחרת בכ"ע שירצה אבל אחר התקנה אם יאמר מאוסה עלי והוא שקר רק עיניו נ"ב אז רובץ עליו החדר"ג ואיסורא וודאי לא יעשה כס' הט"ז הנ"ל:

אלא דצ"ע עדיין על ס' הט"ז הנ"ל מב"מ (די"ז ע"ב) דקאמר הש"ס דהטוען פרעתי הכתובה אינו נאמן דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן שתקנו כתובה הא כ"א יטעון פרעתי ולה' הכ"ז הנ"ל וודאי לאחר שתקנו חכמים כתובה אם יכפור הכתובה ויטעון פרעתי יהי' גזלן גמור מדבריהם ככופר כל מלוה. וא"כ שפיר הועילו בתקנתן דוודאי לא ירצה לעשות איסור לכפור בדבר שהוא חייב. הרי דמוכח לכאורה מהש"ס דגם בכה"ג שייך לומר מה הועילו וכו' א"כ גם בנ"ד י"ל דלא יועיל טענת מאוסה עלי דאל"כ מה הועיל ר"ג בתקנתו הא כ"א יוכל לומר מ"ע. וגם לפי"מ שהקשו שם עוד התוס' הנ"ל על הי"מ דאיך נכוף אותו להוציא בטוענת מ"ע ניחוש דילמא ענ"ב כמו בטא"ל. ותירצו דשם אינה מפסדת כתובתה דאיירי באשת כהן ונאנסה. אבל היכא דמפסדת כתובתה ל"א שתרצה להפסיד כתובתה עי"ז. וא"כ בדידי' דאינו מפסיד כלום וודאי י"ל דא"נ

לומר מ"ע דדילמא ענ"ב. ובאמת עיקר טעמם של החולקים על הרמב"ם ופוסקים דלא כוותי' הוא משום חשש שמא ענ"ב כמבואר בשטמ"ק כתובות שם ובתוס' רי"ד:

ואמנם לפי"ז נ"ל בנ"ד טעמא להיתרא. דהא הב"י בסי' ע"ז הביא דברי הרשב"ש בתשו' על אשה שטענה מ"ע שקודם הנשואין היתה מואסת אותו ואמה השיאתה לו בע"כ נראה דאפילו לאומר שאין כופין לגרש בטענת מ"ע יודה בזה שמה שאמרו שלא לכוף משום דחיישינן שמא ענ"ב. אם הדבר מפורסם שבע"כ ניסת לו נסתלקה חששא זו עכת"ד עיי"ש. ובנ"ד נמי כפי ששמעתי שכן הי' שהוא לא הי' רוצה עוד קודם הנשואין אלא שאביו כפה אותו בכה"ג ל"ש חשש שמא ענ"ב ויוכל לומר מאוסה עלי. ואף דהרשב"ש מסיים שם שלענין מעשה לא הי' מקיל היינו משום דשם הוי חשש איסור א"א וממזירות דאם נכוף אותו להוציא שלא כדין הוי גט מעושה. אבל בדידי' דליכא רק חשש תקנת רגמ"ה דכתב הב"ש דאזלינן בספיקו להקל שפיר יש לסמוך על ס' הרשב"ש הנ"ל. ועוד י"ל עפי"מ שהביא הב"י שם בשם התוס' והר"מ דאף להאומרים דכופין להוציא הוא היכא דנותנת אמתלא לדברי' וטענה הנראית למה הוא מאיס עלי' עיי"ש. וא"כ לכאורה קשה א"כ מ"ט של החולקים דחוששין לענ"ב כיון דנראה לב"ד שדבריו אמת והא גם בטא"ל היכא דיש רגל"ד דעת כמה פוסקים דנאמנת. אך צ"ל כיין דקיי"ל דאיתתא בכ"ד ניחא לה. א"כ אין זה מבורר אצלנו דהוא מ"ע אם לא שענ"ב. וא"כ כ"ז בדידה אבל בדידי' היכא דהוא טוען מ"ע ויש לו אמתלאה וטענה הנראית לב"ד כמו בנ"ד שלא רצה בה מתחילה בשביל שהיתה זקינה מאתו י"א שנה וכדומה וודאי י"ל דמהימן במה דטעין מ"ע ויכול להוציאה ואם א"א לגרשה בע"כ יוכל לישא אחרת.

והנה על מה שהזמינו אותה כ"פ לעמוד לד"ת וסירבה מלעמוד לד"ת שעי"ז כמה אחרונים דנים אותה לעוברת ע"ד ומתירין עי"ז לישא אחרת. ונובע מתשו' ספר יהושע ועוד כמה אחרונים שהדבר יפלא הא עוברת ע"ד אינו רק בעניני פריצות או במכשלת את בעלה אבל לא בשאר איסורים כמבואר ברא"ש בכתובות שם (דע"ב) ובמהר"ם שיף שם. ואמנם נראה כיון דהדבר יצא מפי כמה גדולי אחרונים נ"ל דבנ"ד וודאי יש לסמוך ע"ז. דהנה כבר כתבתי לעיל דבאמת אם הי' מאמינים לו שהיא מאוסה עליו ולא מחמת שענ"ב וודאי הי' מותר לישא אחרת כמש"ל. רק דאנן לא מהימנינן לי' משום דחיישינן דענ"ב. והנה ידוע דעת הפוסקים והרמ"א פוסק כוותיי' בחו"מ סי' כ"ו דמי שהלך בערכאות והפסיד ובא אח"כ לתבוע בד"י אין ב"ד נזקקין לו. ובתומים התפלא מאד ע"ז דמ"ט יש בדבר. ולענד"נ דטעמם הוא משום דעניני הדינים שבין אדם לחבירו נחלקים לשני חלקים היינו האדם עצמו אם יודע הדין שהוא חייב שכנגדו מחויב להחזיר את

הגזילה והעושק או שלא לגזול ולעשוק. אמנם יש חיוב גם על הב"ד של כל ישראל לדון בין אדם לחבירו ולהציל עשוק מיד עושקו ולהוציא גזילה מתח"י בע"כ. והנה מה שנוגע לעצמו אז אם יודע בעצמו שהדין עמו אף שלא יוכל לברר זאת בב"ד. מ"מ אם יכול בינו לבין עצמו להשמיט שלא יוודע להב"ד מותר לו לעשות כן עיין בתומים סי' י"ב ובנתיבות שם סק"ג ובבכ"ש יבמות (פ"ח). אך כשבא הדבר לפני ב"ד שוב כל דבר שנראה לב"ד שלא להאמינו דנין אותו בע"כ עפ"י דעתם. ומעתה נראה דזה טעמם של הפוסקים הנ"ל דכל שמאס בדיני ישראל והלך בערכאותיהם שוב אין ב"ד ישראל מחויבים להזקק לו דהתורה לא הטילה החיוב על הב"ד כל שהוא עצמו בחר לו דיני עכו"ם. אמנם אם הבע"ד בעצמו יודע שהוא גזל וודאי מחויב להחזיר כמ"ש התומים. אך הב"ד אין נזקקים לו עוד. ונ"מ שאם הוא אומר שאינו חייב ויודע בעצמו שאינו עושה איסור אף שב"ד ישראל לא היו מאמינים לו מ"מ כיון דאין הב"ד נזקקין לו מותר לו לעשות כשיודע שהדין עמו כד' התומים והנתיבות הנ"ל. וזה נ"ל ברור בטעם הפוסקים הנ"ל דלהדיא מבואר ברמ"א הלשון דאין ב"ד נזקקין לו. וא"כ ה"נ בנ"ד כיון דסירבה לעמוד לד"ת אחר ההתראות כ"פ שוב אין החיוב על הב"ד להזקק לה וכיון דהוא אומר בעצמו דמ"ע ונותן אמתלאות טובות לדבריו אף דהב"ד לא היו מאמינים לו והי' חוששין דילמא ענ"ב מ"מ עכשיו דסירבה בד"י שוב אין ב"ד נזקקין לו והוא לפי"ד אינו עושה איסור כיון דמ"ע ואינו מחויב לדור אתה וליתן לה שכ"ו יוכל לישא אחרת וליכא חשש קטטא דהא ידור רק עם השני' והראשונה לא יכנוס לתוך ביתו כלל וכיון דכל תקנת ר"ג הוא רק משום קטטה ולדבריו לא יעבור על התקנה כלל שפיר נאמן ע"ע. כנלע"ד:

וגם איכא לאצטרופי מה שלפי החשבון שניסת אחר כ' לא תלד עוד אחר מ' כמ"ש כת"ה ואיכא ביטול פ"ו. ואף שמה שהביא כת"ה מהחת"ס דאף דנתאחר בפשיעתו אין רשאי לנושאה דבשביל שאכל שום וכו' אין ראי' לכאן. דשם איירי לנושאה לכתחלה וודאי אין כופין אותו מחמת חרם דשידוכין לעשות איסור לישא לכתחלה אשה שאינה בת בנים אבל כאן לישא אחרת בלא"ה איכא כמה דיעות דס"ל דתקנת ר"ג הי' אף במקום מצוה ואף להמתירין היינו משום דמצות פו"ר דוחה איסור דתקנת ר"ג. וא"כ הא ידוע דברי התוס' עירובין (ד"ק) דעשה דפשיעה אינו דוחה ל"ת. ה"נ נעשה ע"י פשיעתו שלא דר אתה בשנים האחרונים שקודם מ'. י"ל דלא דחינן קמי' תקנת ר"ג לכ"ע. מ"מ נ"ל דכאן אינו כן. דשם גופי' טעמא בעי מאי בכך דנעשה בפשיעה מ"מ כיון דהתורה אמרה דמחויב לקיים המ"ע אף במקום דאיכא ל"ת מאי בכך דנעשה בפשיעה מ"מ עכשיו רמיא עלי' חיוב מ"ע וקיימא קמי' איך יפטור עצמו ממנו. אך י"ל דהתוס' ס"ל דטעמא

דעדל"ת לאו משום דעשה חמור מל"ת כדעת הרמב"ן. דאדרבא ס"ל דל"ת חמור דלוקין עליו. וכדמוכח מסוף יומא דל"ת חמור דתשובה אינה מכפרת עליו בלא יוה"כ רק הטעם כמ"ש האחרונים דאונסא כמאן דלא עביד וכשיעבור על הל"ת כדי לקיים העשה הוי אנוס עפ"י התורה ושכר קיום מ"ע בידו. ועונש על הל"ת ליכא דמחמת אונסא הוי כמאן דלא עביד. משא"כ אם לא יעבור על הל"ת ולא יקיים המ"ע נאבד ממנו שכר וקיום מ"ע. דאף דעושה מחמת אונס הל"ת. מ"מ אונסא לא הוי כמאן דעביד אלא כמאן דלא עביד כמובא בט"ז בהאחרונים וא"כ מש"ה היכא דנעשה הדבר בפשיעתו אז לא יופטר על הל"ת מחמת אונם. דהא הוא הביא על עצמו האונס. וכיון דיהי' עונש הל"ת בידו וודאי לא אמרינן דיקיים מ"ע ויהי' עונש הל"ת על צווארו כיון דל"ת חמור מעשה אבל כאן במ"ע דפו"ר דוודאי חמירא מתקנת ר"ג של ב' נשים דאינה רק תקנה ולא איסורא ואזלינן בספיקו לקולא כמ"ש הב"ש הנ"ל בשם הד"מ וודאי העשה דפו"ר חמירא וכיון דעכשיו קיימי קמן ביטול פו"ר וביטול תקנת ר"ג וודאי דחינן קילתא מקמי חמירתא. ובזה ישבתי לנכון קושיית השעה"מ ושאר האחרונים על הא דפריך הש"ס זבחים (צ"ז) גבי יקדש וליתי עשה ולידחי ל"ת והוכרח לתרץ משום דהוי ל"ת שבמקדש או דהוי ל"ת ועשה. ואמאי ל"ק משום דהוי עשה דפשיעה. אבל לפי הנ"ל ניחא דמדשני לי' שם לרבא בין ל"ת שבמקדש או לאו ש"מ דס"ל דל"ת דעלמא קיל מעשה כס' הרמב"ן רק דל"ת שבמקדש חמור וא"כ הוכרח לתרץ רק משום ל"ת שבמקדש. דאל"כ דחינן קילתא מקמי חמירתא אף היכא דהוי בפשיעה. אבל התוס' בעירובין דאיירי ג"כ בל"ת שבמקדש דהוי חמירא אבל אזלי למאן דס"ל דגם ל"ת שבמקדש נדחה אף דחמירי משום דאונסא הוי כמאן דלא עביד אבל בפשיעה דל"ש האי טעמא אינו דוחה ל"ת חמור כמש"ל. הדרן להנ"ל דנלע"ד מכל הלין טעמי להתיר להאברך הנ"ל לישא אשה אחרת עפ"י היתר ממאה רבנים מג' מדינות והשלשת גט וכתובה כנהוג והשי"ת יצילנו משגיאות:
והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאנוש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ז

ע"ד הרבני מו"ה חיים יודא מלמד מבעלזא שדר עם אשתו הרבה שנים ולא זכה להבנות ממנה דהיינו שמתחילה הי' להם ילדים ומתו בקטנותם ואח"כ הפילה ג"פ ולבסוף פסקה מלילד לגמרי ערך י"ח שנים ועתה חדל לה אורח כנשים ואיו תקוה עוד שתלד והאיש הנ"ל הוא י"ש ונפשו עליו תאבל לילך עירירי ח"ו ונפשו בשאלתו למצוא לו עזר ותרופה כי היא אין רצונה לקבל ממנו ג"פ. ונדרשתי מאת כ"ק מרן שליט"א מבעלזא לעיין בדינו ולהוציא לאור משפטו:

ונלע"ד דיש להתיר לו לישא אחרת עפ"י היתר מק' רבנים אם לא תרצה לקבל ג"פ. דהנה הרמ"א באה"ע סי' א' ס"י מביא שני דיעות בזה דשהה י' שנים ולא ילדה אם רגמ"ה גזר גם במקום מצוה או לא. עיין באריכות בד"מ שם ועיין בתשו' שב יעקב סי' א' ובנוב"י מהדו"ק סי' א' ומהד"ת סי' ק"ב שחששו לדיעה הזאת דרגמ"ה גזר במקום מצוה היכא דאיהי לא פשעה עיי"ש:

ולכאורה הדבר תמוה אצלי דכיון דעיקר חדר"ג הי' משום תקנה דידה כמבואר באחרונים א"כ מי עדיפא ממתניתין דמי שחציו עבד וחב"ח בגיטין (דמ"א) דקיי"ל כב"ה דמשום מצות פ"ו ולא לתוהו בראה כופין את רבו לשחררו אף דיש איסור דמשחרר עבדו עובר בעשה מכ"ש הכא דבדידה תליא מילתא לקבל ג"פ א"כ אמאי אין כופין אותה על כך משום מצות פ"ו כמו שכופין את רבו להוציאו לחירות ואף היכא דא"א לכוף אותה לקבל גט ומההכרח להתיר לו לישא אחרת אף דזה לא תלוי ברצונה ולא תוכל היא להתיר לו לישא אחרת מ"מ אף אם נאמר דחדר"ג הוי איסור תורה דחרם הוא דאורייתא כמ"ש הנוב"י מהדו"ק סי' ע"ז והחת"ס תשו' ג' מ"מ הא בלא"ה הקשו התוס' שם בגיטין ובב"ב (די"ג) ובכמה מקומות דאמאי אסור לישא בת חורין ליתי עשה דפ"ו ולידחי לאו דלא יהי' קדש ותירצו כמה תירוצים וכל התירוצים לא שייכי בהא. דמה שתירצו דהא היא ג"כ מוזהרת וגבי דידה ליכא עשה דהא לא מיפקדא ועוד דאפשר לה בישראל שמותר לה זה לא שייך כאן דחדר"ג לא חל רק עלי'. כמ"ש בהלכות קטנות הובא בבה"ט סי' א' אות כ' דתקנת ר"ג רק אקרקפתא דגברא מנחא ושני אשכנזיות מותרות לינשא לספרדי אחד עיי"ש א"כ היא אינה מוזהרת כלל. ומה שתירצו דאפשר לקיים שניהם ע"י כפי' שיכופו האדון לשחררו. ג"כ לא שייך דממ"נ אם אפשר לכופה לגרש א"כ א"צ כלל להיתר לישא אחרת ואם אין בידינו לכופה א"כ א"א לקיים שניהם וא"כ נידחי עשה דפ"ו איסור החרם. וליכא רק התירוץ שכתבו התוס' דלא הוי בעידנא דפ"ו אינו מקיים רק בגמר ביאה. אבל התירוץ הזה אינו מוסכם דהא בפסקי תוס' זבחים (דצ"ז ע"ב) מבואר דהיכא דא"א לקיים העשה בלא"ה הוי זה הכשר מצוה והוי בעידנא והוא מחלוקת הראשונים בנחו"י ב"מ פ' אלו מציאות. גבי הא דאמרינן בכהן והאבידה בבית הקברות דאינו מחזיר משום דהוי ל"ת ועשה והא בלא"ה לא הוי בעידנא דמשעה שנכנס לביה"ק עובר והעשה אינו מקיים עד שמחזיר והביא בשם הר"ן דכיון דמתעסק בהשבת אבידה מתחילת הכניסה הוי בעידנא כמו מילה בצרעת דהלאו עובר בשעת החיתוך ומצות מילה אינה נגמרת עד הפריעה. והרב ר' יהוסף חולק ע"ז ואומר דל"ד למילה עיי"ש. וא"כ כיון דבלא"ה איכא דיעות אם החרם הוא דאורייתא עיין בתשו'

המיוחסות להרמב"ן סי' רס"ד. שפיר איכא למיסמך על הדיעות הנ"ל דכה"ג הוי בעידנא. וא"כ אמאי החמירו הנך פוסקים לומר דגם בשהה י"ש ולא ילדה איכא תקנת רגמ"ה לבטל הבעל ממצוות פ"ו כל ימי'. אך צ"ל דמש"ה החמירו בשהה י"ש משום דאינו מבורר דהמניעה ממנה. דילמא המניעה ממנו ודילמא לא יזכה להבנות גם מאחרת. כיון דאין שום סיבה במה לתלות. וא"כ לא עקרינן שום איסור. כיון דאין זה וודאי שאם ישא אחרת יקיים יותר מצוות פ"ו. וא"כ בנ"ד דכבר הי' לו בנים. א"כ הוא ראוי להוליד והיא הפילה ג"פ דזהו הוכחה דיש בגופה ריעותא שאינה יכולה לגמור הריונה כמ"ש הרא"ש פ' הבא על יבמתו הובא בב"י סי' קנ"ד ובפרט עתה שכבר חדל לה אורח כנשים דבוודאי לא תלד ואם ישא אחרת בוודאי אזלינן בתר רוב אנשים דוודאי יוליד דהא לא איתיליד שום ריעותא בגופו והוי ממש כהא דחציו עבד וחב"ח דמשום פיו כופין לשחררו וה"נ או כופין אותה לקבל ג"פ או מתירין לישא אחרת כנ"ל:

איברא דכ"ז לדעת הרא"ש פ' הבע"י הנ"ל דס"ל דמפלת היא ריעותא שבגופה א"כ בדידי' לא איתיליד ריעותא כלל. ואיכא למימר דהוא מרוב האנשים דוודאי יוליד. אבל לפי"ד הרי"ף ורש"י שהביא הרא"ש שם דיש לה כתובה ומותרת לינשא לאחר ותולין הריעותא בו דלא זכה להבנות ממנה א"כ מפלת ג"פ אינה גרועה יותר כלל משאר שהה י"ש ולא ילדה דתולין דלא זכה להבנות ממנה. א"כ לדעת הפוסקים הנ"ל דר"ג תיקן גם במקום מצוה היכא דשהה י"ש ולא ילדה גם בהפילה ג"פ דינא הכי וכיון דהרא"ש עצמו ביטל דעתו שם אצל דעת הרי"ף ורש"י ופוסק להלכה דיש לה כתובה ומותרת לינשא לאחר וכ"פ שם הטור והש"ע בסי' קנ"ד סי"ב. א"כ לכאורה אין לצרף כלל זה להיתר:

אמנם בבה"ט שם ס"ק כ"ח מביא בשם הש"ג דלא תנשא רק למי שקיים פו"ר משמע דס"ל להש"ג כס' הרא"ש בעצמו דבהפילה ג"פ איתחזיק ריעותא בגופה ואסורה לינשא למי שאין לו בנים. ובאמת דברי הבה"ט תמוהים מאוד שמביא דברי הש"ג על הש"ע כאלו אינו חולק כלל על הש"ע והרי מבואר להדיא בהרא"ש הנ"ל דלמסקנתו ביטל דעתו אצל דעת הרי"ף ורש"י. דהטעם רק משום דלא זכה להבנות ממנה ומותרת לינשא גם למי שאין לו בנים כמבואר להדיא בראש הנ"ל ומוכח לעין כל דגם הטור והמחבר ס"ל הכי מדכתבו דיש לה כתובה ומותרת לינשא לאחר משמע דאין תולין הריעותא בה כלל. וגם מדכתבו מותרת לינשא משמע בע"כ דהיינו למי שאין לו בנים. דלמי שיש לו בנים פשיטא דמותרת כמבואר הכל בהרא"ש שם. וגם דברי הש"ג בעצמו צריכים ביאור לכאורה דבש"ג שם פ' הבע"י כתב בעצמו דיש לה כתובה ואפ"ה מסיים וכתב ונראה בעיני שלא תנשא רק למי שקיים פו"ר כמבואר בקו"ה עיי"ש. וזה ג"כ תמוה

דאם אסורה לינשא למי שאין לו בנים בע"כ דתולין הריעותא בגופו א"כ אמאי יש לה כתובה דהא זה תלוי בזה כמבואר ברא"ש הנ"ל. ולכאורה הי' אפשר לומר דדעת הש"ג הוא דכתובה יש לה משום דתולין דברשות הבעל הוא דאיתרע גופה ונסתפחה שדהו כדקיי"ל בש"ס כתובות (דע"ה) ובש"ע אה"ע סי' קי"ז ס"ח דנמצאו מומים ברשות הבעל עליו להביא ראי' משום דאמרינן כנכ"ה ועיי"ש בבית מאיר דדעת רוב הפוסקים דגם בשמא ושמא דינא הכי ואדרבא צריך להבין מה טעמו של הרא"ש שכתב דאם נאמר דהריעותא בגופה אין לה כתובה ואמאי ל"א כנכ"ה והשתא היא דאיתרעי. אך באמת ז"א כלל דהא דקיי"ל דנמצאו ברשות הבעל אמרינן כנכ"ה. היינו משום חזקת הגוף דידה וא"כ זה רק במומין שוודאי לא נולדו עמה מבטן דיש לה חזקת הגוף אז אמרינן דהשתא ברשותה הוא דאיתרע. אבל בכה"ג דנ"ד די"ל דמבטן נולדה במום זה שאיננה ראוי' לגמור הריונה אין לה חזקת הגוף כלל. איברא דבבית מאיר סי' קי"ז ס"א כתב דגם במומין כאלו אמרינן כנכ"ה משום חזקה דאתיא מכח רובא אבל דבריו תמוהים דבממון ל"מ חזקה דאתיא מכח רובא לדידן דקיי"ל דאין הולכין בממון אחה"ר וכ"כ להדיא הפנ"י בכתובות (דע"ו ע"א) ד"ה ואמאי מנה לי בידך וכו' דגם רבא מודה דבמומין שאפשר שבאו מלידה ל"א כנכ"ה ול"מ חזקה מכח רובא משום דא"ה בממון אחה"ר עיי"ש. ומה שהב"מ הביא ראי' מריח הפה אין ראי' כלל דמי יימר דזה ראוי לבוא מבטן וגם אין מבואר כלל להדיא דאמרינן בהא כנכ"ה. ומה שהקשה ההפלאה בקו"א בסי' הנ"ל סקי"א דא"כ אמאי נקיט המחבר בס"ז יתרת דוודאי נולד מבטן והא אף בספק נולד מבטן ל"א כנכ"ה. ומכח זה רצה גם הוא לומר דלרבא אמרינן כנכ"ה גם בכה"ג עיי"ש. אין מזה סתירה כלל לנ"ד דהוא מיירי במום שהיא טוענת ברי שלאחר כך נולד והבעל טוען שמא. א"כ שפיר מהני חזקה מכח רובא דבברי ושמא אזלינן גם בממון אחה"ר כמ"ש שם ההפלאה בעצמו דמה"ט מהני גם ס"ס אבל בנ"ד דהיא ג"כ אינה יכולה לטעון ברי שנתקלקלה אח"כ והוי שמא ושמא וודאי דל"מ חזקה מכח רובא דאל"כ יהי' דברי הרא"ש הנ"ל נגד דבריו. ותמוה ג"כ על הב"מ שלא הביא כלל דברי הרא"ש אלו במפלת דלפי סברת עצמו ס"ל דאין לה כתובה ול"א השתא היא דאיתרעי:

וכדברי הרא"ש אלו מוכח ג"כ בתוס' יבמות (דס"ה ע"א) ד"ה תצא. על הא דקאמרינן שם דניסת לגי' ולא הי' לו בנים תצא בלא כתובה ואיבעיא לי' להש"ס שם מהו דליתבעוה הנך קמאי דאמרי לה איגלאי מילתא דאת הוא דגרמת וכו' ומסיק הש"ס דמצית אמרה השתא היא דכחשי. והקשו בתוס' הנ"ל דא"כ גם לשלישי תימא הכי ולא תפסיד הכתובה ותירצו דטענה דהשתא היא דכחשה לא מהני רק לענין שאם כבר גבתה הכתובה שלא

תחזיר. ולדברי הבית מאיר הנ"ל תקשי. גם משלישי אמאי אין לה כתובה הא כיון דנולד הספק ברשותו דהא הפעם שלישית שאיתחזק שהיא הגורמת הי' ברשות הבעל השלישי א"כ עליו להביא הראי' ואל"כ אמרינן דברשותו היא דכחשה דכנכ"ה כמו דאמרינן לענין הראשון והשני אלא בע"כ דכיון דיש ספק דנולדה מבטן במום זה שאינה יולדת אין לה חזקת הגוף ול"א כנכ"ה וכמ"ש הרא"ש גם לענין הפילה ג"פ:

ויש מקום לפי"ז ליישב קושית התוס' הנ"ל שהקשו מ"ש לענין הראשון והשני דאמרינן השתא היא דכחשה ובשלישי לא אמרינן כן. דהנה כבר כתבתי בשם הפנ"י דמש"ה ל"א בספק נולד מבטן כנכ"ה דנהי דהוי חזקה מכח רובא מ"מ הא אין הולכין בממון אחר הרוב. והנה ידוע דברי ההפלאה ספ"ק דכתובות דהיכא דמחזקינן הרוב לענין אחר מהני גם לממון וא"כ כיון דקיי"ל דאשה שאינה ראוי' לילד אסורה לינשא למי שאין לו בנים א"כ כל אשה שנישאת לאיש בע"כ משום דמחזקינן לה דהיא מרוב נשים שיולדות וא"כ מש"ה מהני הרוב גם לענין כתובה ומש"ה בנישאת לראשון ושני שניסת בהיתר והחזקנו אותה דהיא מהרוב הוי שפיר חזקה דאתיא מכח רובא גם לענין כתובה ושפיר אמרינן השתא היא דכחשה כמו דאמרינן בכל מומין שנמצאו ברשות הבעל דכנכ"ה. אבל לשלישי דלכתחילה לא תינשא א"כ אדרבא לא החזקנו אותה דהיא מהרוב וא"כ בהא לא אזלינן לענין ממון לחוד בתר רובא ולא הוי חזקה דאתיא מכח רובא ולית לה חזקת הגוף ול"א בהא כנכ"ה כס' הפנ"י הנ"ל ומש"ה הפסידה כתובתה אצל השלישי וז"נ מאד בישוב קושית התוס'. ואמנם התוס' דלא תירצו כן וכתבו דגם אצל הראשון והשני ל"א השתא היא דכחשה רק בשכבר גבתה ש"מ דלא ס"ל כחילוקו של המקנה וס"ל כס' הפנ"י הנ"ל דבכל דוכתא היכא דהספק הוא מלידה ל"א כנכ"ה וא"כ ממילא נוכל להבין ס' הש"ג הנ"ל דאף דס"ל דהפילה ג"פ תולין הריעותא בגופה כדעת עצמו של הרא"ש הנ"ל מ"מ ס"ל דיש לה כתובה די"ל דס"ל כס' ההפלאה הנ"ל וא"כ הוי שפיר חזקה דאתיא מכח רובא ואמרינן דהשתא היא דאיתרעי. אבל לאחר שאין לו בנים אסורה לינשא דעכ"פ השתא מחזקינן לה בחזקת ריעותא בגופה שאינה ראוי' לגמור הריונה. וא"כ נהי דהרא"ש ביטל דעתו נגד הרי"ף ורש"י אבל יש לנו סניף לצרף דעת הש"ג דס"ל להלכה כן דהפילה ג"פ איתחזקא בחזקת שלא תלד עוד זש"ק וא"כ מלבד די"ל כסברתי הנ"ל דכיון דהיא איתרעי וגברא לא איתרעי דבגופו לא נולד שום ריעותא מחזקינן לי' דהוא מהרוב שאם ישא אחרת וודאי יוליד ומפקיעין ממנו תקנת רגמ"ה כמו הא דח"ע וחב"ח הנ"ל. אבל מלבד זה הא ידוע מתשו' הרא"ש שהובא במחבר אה"ע סוס"י קי"ז דכל היכא דנולד בה מום אף אם נולד אחר הנשואין דנסתפחה שדהו מ"מ ליכא אצלה

תקנת רגמ"ה דלא עדיפא היא מדידי' כמו דאם נולדו בו מומין כופין אותו להוציא ה"נ אם נולדו בה כמבואר באריכות בתשו' הרא"ש שם וא"כ לדעת הש"ג גם בהפילה ג"פ דאיתחזיק ריעותא בגופה ואין לך מום גדול מזה ובוודאי כופין אותה להוציא:

ולולי דמסתפינא לומר דבר שהוא נגד דברי הרא"ש בפ' הבע"י הנ"ל ה"א דגם הרי"ף אף דכתב בהפילה ג"פ דיש לה כתובה מ"מ אינו חולק על הש"ג דאסורה לינשא למי שאין לו בנים. והא דכתב הטעם דלא זכה להבנות ממנה לאו משום דפשיטא לי' דלא מחזקינן בריעותא בגופה דלעולם י"ל דגם הוא חושש לס' הרא"ש והש"ג דכיון דהפילה ג"פ איכא לספוקי דילמא איכא ריעותא בגופה ומה"ט י"ל דמודה גם הוא דאסורה לינשא לאחר מטעם ספיקא דילמא איכא ריעותא בגופה וספק ביטול פ"ו דהוא דאורייתא וודאי אזלינן לחומרא אלא דמה"ט הי' ס"ל להרי"ף דהי' הדין נותן שלא ליתן לה כתובה דמספק אין מוציאין ממון דאף דאפשר לומר כיון דברשות הבעל נמצאו אמרינן כנכ"ה ועכשיו היא דאיתרעי מ"מ הוה ס"ל כס' הפנ"י דספק מום מבטן ל"א כנכ"ה אלא משום דאיכא עוד ספיקא דילמא המניעה מצידו דדילמא לא זכה להבנות ממנה כדקאמר הש"ס דכיון דאיהו מיפקד אפ"ו איכא למיתלי העונש בדידי' ולכך שפיר כתב הרי"ף דיוציא ויתן כתובה דל"מ להני דסברי דבס"ס מוציאין ממון כאן ג"כ איכא ס"ס דדילמא משום לתא דידי' הוא דלא זכה להבנות ממנה ואף אם תאמר דמחמת ריעותא דבגופה היא מ"מ דילמא עכשיו היא דאיתרעי ונסתפחה שדהו אלא אף להני דסברי דס"ס לא עדיף מרוב ואין הולכין בממון אחה"ר מ"מ כיון דכאן איכא ג"כ חזקה מחמת רובא דרוב נשים ראויות לילד ואיכא למימר עכשיו היא דאיתרעי אלא דכתב הפנ"י דחזקה מחמת רובא ל"מ בממון וא"כ כאן דאיכא עוד ס"ס דהוי ג"כ כרוב ותרי רובי דהוי המיעוט מיעוטא דמיעוטא וודאי דמהני גם בממון ולכך ס"ל להרי"ף דיוציא ויתן כתובה. אבל לעולם מודה ג"כ לס' הרא"ש והש"ג דאיכא ספק דאיכא ריעותא בגופה ואסורה לינשא למי שאין לו בנים מחמת ס' ביטול פ"ו כמ"ש הש"ג וכיון דאיכא למימר דגם הרי"ף ורש"י מודו לזה שפיר הביא הבה"ט דברי הש"ג לפסק הלכה וא"כ מעתה גם בנ"ד כיון דיש לנו דעת הש"ג דס"ל להלכה דתולין הריעותא בגופה ודעת הרא"ש עצמו ג"כ הוא כן אלא שכותב שמוכרח לבטל דעתו נגד דעת הרי"ף וכיון שכ"כ שי"ל שגם הרי"ף סובר דהוה ספק אם הריעותא ממנה וכבר כתב החת"ס בתשו' הנ"ל דאף למ"ד דחדר"ג הוא דאורייתא מ"מ אזלינן בספיקו לקולא שאמרינן שכך התנה בתחילה שספק יהי' מותר עיי"ש בתשו' ג' הנ"ל ה"נ אית לן למיזל בספק לקולא ולתלות דכיון דהפילה ג"פ הריעותא ממנה ואז אינו חל עלי' תקנת רגמ"ה מתרי טעמי חדא דכיון דיש מום גדול בגופה שאינה

יכולה לגמור הריונה אף שנולד המום אחר הנשואין מ"מ כבר הבאתי תשו' הרא"ש הנ"ל שהובאה בסוס"י קי"ז הנ"ל לפסק הלכה שכופין אותה להוציא גם לאחר תקנת רגמ"ה דלא עדיפא היא מדידי' ועוד דכיון דיש לתלות הריעותא בחולשא דידה א"כ הוא מרוב אנשים שמולידין ואיכא וודאי ביטול פ"ו דהיא לא תלד עוד לעולם ואם ישא אחרת וודאי הוא מרוב אנשים שיוליד א"כ הוי כהא דח"ע וחב"ח הנ"ל דמחמת ביטול פ"ו מפקיעין שעבודו של האדון ואיסור דמשחרר עבדו ומכ"ש שמפקיעין תקנת ר"ג שתיקן לטובתה וגם דוחה עשה דפ"ו איסור החרם כמש"ל. וא"כ אף למאן דס"ל דגם במקום מצוה כגון בשהה י"ש ולא ילדה חל תקנת ר"ג היינו כיון דאין במה לתלות בדידה יותר מדידי' א"כ כיון דבע"כ הוא או היא יצאו מרוב בנ"א שיולדים אף דהוה ספק דילמא לא זכה להבנות ממנה ומאחרת יוליד מ"מ הא איכא ספיקי הרבה דילמא הוא מהמיעוט שאינם מולידים ודילמא כמו של זכה להבנות מזה כמו כן לא יזכה להבנות מאחרת או דילמא אף ששהה י"ש ולא ילדה מ"מ דילמא תלד עוד אח"כ. אבל בנ"ד דליתא כל הני דהיא וודאי לא תלד עוד וגם נולד ריעותא בגופה דאיכא למיתלי בדידה ובדידי' לא נולד שום ריעותא שפיר י"ל דכ"ע מודו דמשום מצוות פ"ו מתירין לו תקנת רגמ"ה:

והנה בגוף הדבר שהקשיתי לעיל להסוברים דר"ג גזר אף במקום מצוה מהא דח"ע וחב"ח לכאורה יש לדחות בפשיטות דתקנת חכמים עדיפא בזה דהא קיי"ל דחכמים יכולים לעקור ד"ת בשוא"ת כמבואר ביבמות (ד"צ ע"ב). ומש"ה תקנת ר"ג אלימא ג"כ להפקיע מצוות פ"ו בשוא"ת וא"כ לכאורה נסתר טעם אחד מהיתר הנ"ל. אך באמת ז"א דהנה צריך להבין הטעם מה דיכולין ב"ד לעקור ד"ת בשוא"ת ובקו"ע אין יכולים והא אלו ואלו ד"ת הן:

אך צ"ל דהא באמת איכא על כל מצוה דרבנן לאו דלא תסור ועשה דשאל אביך וכו' וא"כ חכמים יש להם כח הזה שיהי' דבריהם כשל תורה ממש חוץ מלענין ספק דהוי כאלו התנו דספק יהי' מותר כידוע בשיטת הרמב"ם וא"כ בשלמא לענין שוא"ת כמו לולב ושופר וכדומה כיון דיש לפנינו לאו ועשה שלא לעבור על דרבנן אין מ"ע דלולב ושופר דוחה ל"ת ועשה דרבנן דנעשה דבריהם כשל תורה. אבל לענין קו"ע אין יכולים לעקור ד"ת לא מיבעיא היכא דהאיסור תורה הוא איסור שיש בו כרת כמו איסור שחוטי חוץ דאליהו בהר הכרמל או לאפקועי איסור תרומה דהוא מיתה בידי"ש או להתיר איסור א"א היכא דל"ש אפקעינהו מטעם תנאי דמקדש אדעתא דרבנן משום שאמר כדמו"י בלא"ה לא הי' יכולין לעקור ד"ת דאין עשה דשאל אביך וכו' דוחה ל"ת שיש בו כרת או מיתה בידי"ש כידוע אלא אף ל"ת גרידא אין יכולים לעקור אף דאיכא מ"ע דרבנן

דהא הא דעשה דוחה ל"ת הוא רק דחוי' והיכא דאפשר לקיים שניהם אינו דוחה משום דמהדרינן אהיתרא וא"כ אין יכולים ב"ד לעשות תקנה לדחות ל"ת דאורייתא דכיון דחכמים בעצמם יכולים להפקיע התקנה הזאת הוי כעין הא דאמרינן דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל וה"נ החכמים עצמם מוכרחים להדר אהיתרא ולהפקיע התקנה וא"כ כ"ז היכא דאף דהי' דבריהם ד"ת ממש לא הי' יכולים לעקור. אבל כיון דתקנת רגמ"ה לא הי' רק משום תקנתא דידה דלא יוכל לגרשה בע"כ ועשאו משועבד לה וכמו שהביא בתשו' ד"ח הנ"ל דלאו משום גדר איסור גזר וא"כ מי אלימא מחציו עבד דחציו משועבד מדאורייתא להאדון דהתורה קראתו קנין כספו ואפ"ה משום מצוות פ"ו מפקיעין שעבודו מכ"ש שעבודא דהאשה דליתא רק דרבנן וודאי דמפקיעין משום פ"ו דלא אלימא דרבנן משעבוד האדון שהוא מדאורייתא כמש"ל דחכמים אין להם כח יותר משאלו הי' דבריהם ד"ת מלאו דל"ת ולכן כיון דבלא"ה רבו המתירים בשהה י"ש ולא ילדה כמבואר בתשו' ב"י סי' י"ד שהביא כן גם בשם הרא"ם והשב יעקב לא החמיר רק בלא היתר מק' רבנים אבל ע"י היתר ק' רבנים התיר גם הוא כמבואר שם בסי' א' ובחת"ס סי' ג' בשמו ובנוב"י מהדו"ק סי' א' ומהדו"ת סי' ק"ב כתב ג"כ שהעיקר כהמתירין אלא שלא נהגו כן וכתב הטעם משום דאולי ס"ל דישיבת ח"ל אינה מהמנין והיינו משום דס"ל דגם בזה"ז איכא מצוה בישיבת א"י אולם עתה בזמנינו שבעוה"ר באו פריצים וחללוה שבוודאי עתה ליכא מצוה בישיבת א"י עד שישוב ד' וירחם וודאי ליכא למיתלי כלל בישיבת ח"ל. ועיין בתשו' ד"ח ח"ב סי' י"ד שהאריך ג"כ לחזק דעת הסוברים דמתירים בשהה י"ש ולא ילדה אלא שלצאת מידי ספק חידש שם שיתן גט בע"כ על תנאי עיי"ש. אבל משמע שלא כתב כן רק לרווחא דמילתא. ובתשו' הרי"מ חאה"ע סי' ל"ו בגוף הדין החזיק ג"כ בדעת הגאון הקדוש הד"ח זצ"ל שכתב שלכל הדיעות מותר ע"י מאה רבנים אלא שגמגם שם מצד המנהג וכפי הטעמים שכתב שם לישב המנהג לא שייך רק אם יש עוד תקוה שיוכל להיות שיהי' נפקד גם מאשתו הראשונה. אבל בנ"ד שכבר חדל להיות לה אורח כנשים שאין עוד תקוה שתלד ויש ג"כ סניף הנ"ל שמחמת שהפילה ג"פ הוי נולד מום בגופה שהתיר הרא"ש בתשו' הנ"ל. נלע"ד נכון להתיר להאיש הנ"ל לישא אשה אחרת ע"י היתר ממאה רבנים אחר שיתרו אותה עוד איזו פעמים התראות חזקות אולי תתרצה לקבל ג"פ מרצונה ובפרט שכבר נעשה מעשה כזה להתיר בשהה י"ש אצל גדולי הדור בהסכמת הה"צ הקדוש משינאווא זצ"ל והאיש שלפנינו ג"כ כוונתו לשמים כי הוא בר אוריין וי"ש ומצוה להפך בזכותו ולכן הנני מהנמנים הראשונים לדבר המצוה הזאת אחר השלשת גט וכתובה כנהוג כנלפע"ד:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ח

כוח"ט לכבוד ידידי האברך הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי בנש"ק מגזע תרשישים כש"ת מו"ה אשר ישעי' נ"י ראבד"ק ראדיחוב יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. ולא נפניתי עד כה להשיבו ועתה באתי להשיבו בקצרה. הנה כפי מכתבו הבעל טוען ברי שלא בא עלי' כלל והולד אינו ממנו א"כ טוען ברי שזינתה ואף למאן דס"ל דאם היתה טוענת נאנסתי היתה נאמנת מ"מ בכאן לא טענה כך דכאשר בא לביתו וראה הוולד ושאל אותה מה זה היתה בושה להרים פני' ואמרה לו אם אין אתה רוצה לדור עמי הרשות בידך כנכתב במכתבו ולא התנצלה לומר דבאונס הי' וגם אח"כ לאחר זמן כשהתחילה להכחיש אינה אומרת נאנסתי רק אומרת שמהבעל היא ובא עלי' באותו הזמן והוא יודע ששקר הדבר א"כ לפי דבריו אסורה עליו וגם הרי אומר שקינא לה שלא תסתר עם איש פלוני ואח"כ מצא אותה שנתייחדה אתו וא"כ לפ"ד אסורה עליו אף שאין עדים על הסתירה אלא דעיקר החשש הוא רק מחמת דברי הרמ"א שבסי' קע"ח דעכשיו לאחר חרגמ"ה אין הבעל נאמן כמו שהיא אינה נאמנת למ"א לומר טא"ל:

והנה כבר נתחבטו בזה הכל בטעם המ"א דהא מ"מ שואחד"א ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו. ונ"ל בביאור הענין דהנה בנאמנות האדם על עצמו בין באיסור בין בממון יש חילוקי דיעות קצתם אומרים דהוא מטעם נדר או מתנה עיין שעה"מ פ"ט מהא"ב הט"ו וקצתם אומרים שהוא מטעם נאמנות שהתורה האמינה האדם על עצמו כמו שהאמינה ב' עדים על כל העולם עיין בקצוה"ח סי' ל"ד סק"ד שהחזיק בשיטה הזאת והביא דברי רש"י קידושין שזה נלמד מקרא דכי הוא זה עיי"ש. ונלע"ד דכ"ז הוא רק לענין אם רוצה אח"כ לחזור בו לענין שהב"ד יהיו מוזהרים עליו לכופו שלא יחזור בו דאז צריכים בטעמים שיהי' נדר או מתנה או שיהי' כמו נאמנות עדים דקיי"ל כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד. אבל על האדם בעצמו אין צריך שום סברא שכיון שהוא יודע בעצמו שהדבר הזה אסור או שהוא חייב ממון בוודאי הוא מוזהר עלי' דהא קיי"ל דבכל הדברים מהני ידיעה בלא ראי' ובדבר שהוא ידוע בבירור לא מהני שום עדות בעולם להכחישו כמ"ש התוס' ביבמות לענין אם בא הבעל לפנינו ע"ש וא"כ אם האדם יש לו ידיעה שראה הדבר הזה או ידע ממנו אינו צריך עוד לשום עדות. ועיין בבכ"ש יבמות (דפ"ז) דאף לקולא אם שנים מעידים ע"ז שהוא חלב והוא יודע בעצמו בבירור שאינו כן מותר מדאורייתא

לאכלו בינו לבין עצמו אף דאם יאכל בפני עדים ילקה רק מדרבנן אסור עיי"ש וא"כ מכ"ש לחומרא וזה דבר ברור מאד:

ובהיות כן תמוה לי על תמיהתו של השעה"מ הנ"ל על המהרי"ט שהקשה על התוס' רי"ד שכתבו בקידושין (די"ב) בהא דקאמר לאו כמינך דאסרת לך עלוואי דל"א שאחד"א משום דמשעבדא לי'. והקשה המהרי"ט הא מ"מ היא אסורה ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו כמו קונם תשמישך עלי ע"ש. ותמה ע"ז השעה"מ הא כיון דמשום נאמנות קאתינן עלה משום דאדם נאמן ע"ע. אבל כיון דמשעבדא לי' אינה נאמנת עליו. ודבריו תמוהין בעיני דנהי דאינה נאמנת עליו והוא מותר לבוא עלי' מ"מ היא אסורה ליזקק לו ולהניח אותו שיבעול אותה. כיון דעל עצמה נאמנת ועבדה איסורא אם תבעול לו. והנה מטעם נאמנות לחוד נוכל לומר. דהשעה"מ ס"ל כיון דהנאמנות על עצמה הוא מתורת עדות כמ"ש הקצוה"ח הנ"ל. א"כ כיון דמעידה גם עליו ועליו אינה נאמנת. דבדבשב"ע אין ע"א או אשה נאמנת. א"כ גם על עצמה אינה נאמנת. דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. דאף דקיי"ל גבי פלוני רבעני פלגינן דיבורא. היינו כמ"ש הראב"ד דעל עצמו אינו בגדר עד דאין אדם נהרג עפ"י עצמו. וכל שאינו בגדר עד ל"ש עדות שבטלה מקצתה וכו'. אבל כאן נהי דאדם קרוב אצל אשתו ג"כ כדאיתא בסנהדרין פ"ק. מ"מ כאן דאומרת דקיבל בה אביה קידושין מקודם. א"כ אינה אשתו של ר' חייא ולא הוי כגופו. ושייך שוב לומר עדות שב"מ ב"כ. שלא תהא נאמנת גם על עצמה. דהיכא דהיא נאמנת על עצמה כמו לענין איסור או ממון. הוא רק מתורת עדות דאדם נאמן ע"ע כמש"ל. כן אפשר לומר בדעת השעה"מ הנ"ל. אמנם כ"ז היכא דרוצית לחזור בה. אבל היכא דעדיין עומדת בדיבורה ואומרת בבירור שהיא אסורה. א"כ איכא אצלה ידיעה בלא ראי' דא"צ לעדות כלל. ול"ש לומר עדות שב"מ ב"כ. שוב תקשי האיך מותרת לעבור על האיסור ולהניח עצמה שתבעול לו. וזה תמיהא גדולה בעיני על השעה"מ:

ואמנם ליישב דברי השעה"מ נ"ל עפי"ד הש"ס קידושין (דס"ה ע"ב) לענין מקדש בע"א דל"ה קידושין. דפריך הש"ס נהי דילפינן דבר דבר מממון. מ"מ נימא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כמו בממון. ומשני הכא חב לאחריני ועייש"ש ברשב"א. ובפנ"י הקשה ע"ז דהא עיקר דבר גבי ערוה דסוטה כתיב. והתם גופי' גבי אשתו זינתה בע"א קיי"ל דשתיקה כהודאה דמיא. והיכא דמודה בפירוש גם רבא מודה כמ"ש התוס' שם (ס"ו ע"ב) ד"ה רבא. וכדקיי"ל גבי טא"ל למ"א דאמרינן שאחד"א עייש"ש בפנ"י. אך נראה עפי"ד התוס' כתובות (ט' ע"א) ד"ה ומי אמר ר"א שכתבו שם דלהס"ד דהש"ס הי' רוצה לומר דאין אשה נאסרת על בעלה רק בעדים ולא עפ"י עצמו ול"א בהא שאחד"א. אלא דאח"כ משני

הש"ס פ"פ כעדים דמי. ואף דהעדים אינם יודעים מהפ"פ רק הוא עצמו. מ"מ הוא על עצמו כשני עדים דמי כס' הקצוה"ח הנ"ל. וא"כ י"ל דאין להרחיק לגמרי ס' המתרץ מהמקשה. דגם המתרץ ס"ל דגזיה"כ הוא בערוה דבעינן בעדים דוקא כמו גבי קידושין. אלא דהוא על עצמו כשני עדים דמי. דנלמד מקרא דכי הוא זה כמ"ש הקצוה"ח. אבל אם לא מתורת עדות לא היתה נאסרת כלל. אף דבעלמא ידיעה בלא ראי' מהני מ"מ זה רק בד"מ אבל בעריות י"ל דכד"נ דמיא דבעינן עדים דוקא כמ"ש הב"ש בסי' מ"ב סקי"ב ע"ש. וא"כ מיושב קושיית הפנ"י הנ"ל. דכיון דצריך דוקא תורת עדות לזה שפיר משני הש"ס דבקידושין ל"מ הודאת בע"ד כיון דחב לאחריני שאוסרה על כל העולם. מאי אמרת עכ"פ לדידי' תיתסר משום שאחד"א. ז"א דכיון דמתורת עדות הוא אמרינן עדות שב"מ ב"כ ואינו נאמן גם על עצמו. אבל שם בפ"פ וכן אשה שאמרה טא"ל שפיר שייך שאחד"א. כיון דבהודאתם אינם חב לאחרים רק לעצמם דהיינו אם הוא מודה להעד הוא חב לאשתו. ואם היא מודית ואומרת טא"ל היא מחייבת לבעלה. מ"מ הא קיי"ל דאדם קרוב אצל אשתו. ואמרינן פלגינן דיבורי'. דנגד אשתו הוי כבע"ד דל"א בהא עדשב"מ ב"כ כס' הראב"ד הנ"ל. ואף דנאסרת על הבועל ג"כ היינו דאיסור הבועל בבעל תליא. דמשום דאסרה על הבעל נאסרת עליו וא"צ להעיד על הבועל כלל. ועוד דהא כשאומר פ"פ מצאתי אינו מעיד על הבועל כלל. דהא אינו יודע מי הוא הבועל. וכן כשאומרת טא"ל איננה אומרת כלל מי הוא הבועל, ואינה מעידת רק נגד הבעל. ובהא שפיר אמרינן אדם קרוב אצל אשתו וכו'. אבל בקידושין דבא לאוסרה אכ"ע. וכיון דנגדם אינם נאמנים דבדשב"ע בעינן שנים. שוב אמרינן עדשב"מ ב"כ וגם לגבי עצמם אינם נאמנים. וידיעה כראי' ל"מ כאן דכד"נ דמיא כמש"ל:

ובזה מיושב שפיר קושית השעה"מ הנ"ל על התוס' רי"ד דקאמרי גבי דביתהו דר"ח דל"א שאחד"א משום דמשעבדא לי' מהא דאמרינן במ"א דטא"ל אסורה. דז"א דבדביתהו דר"ח דכפ"ד אינה מקודשת לר"ח משום דכבר נתקדשה לאחר שפיר שייך עדשב"מ ב"כ כמש"ל דלפ"ד איננה אשתו כלל. אבל גבי טא"ל דאומרת דזינתה אח"כ. אבל עכ"פ אשתו היא מכבר דקידושין לא פקעי במה דזינתה שפיר אמרינן אדם קרוב אצל אשתו ופלגינן דיבורה שנאמנת עכ"פ על עצמה:

ובזה יש ליישב ג"כ קושית הראשונים על המ"א דהאיך משום תקנה דענ"ב שלא תפקיע עצמה מבעלה מתירין איסור דאורייתא דשאחד"א. דהנה למשנה ראשונה דתנינן דאומרת טא"ל יוציא ויתן כתובה. קשה נהי דנאמנת ע"ע משום שאחד"א. אבל האיך נאמנת עליו שיהי' מוכרח להוציא וליתן כתובה. אך צ"ל דהא מבואר בגיטין גבי ס"ת

גווילין שבהם לא עבדתים לשמן דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן לאוסרה. וכן נפסק הדין ביו"ד סי' קכ"ז ס"ב עיי"ש. וא"כ ה"נ למ"ר דלא הי' עדיין החשש דענ"ב. מה שנאסרת לבעלה בתשמיש הפסד הוא אצלה דאיתתא בכ"ד ניחא לה. שפיר הי' הדין דנאמנת ג"כ נגד בעלה שיוציא ויתן כתובה. דמתוך שנאמנת על עצמה להיות נאסרת בתשמיש מחמת שאחד"א נאמנת ג"כ על בעלה שיהי' הוא ג"כ נאסר בה. וממילא מחויב להוציא וליתן כתובה. אבל למ"א דנתרבו פרוצות ויש חשש דענ"ב. וא"כ איכא למימר דאיסור התשמיש לאו הפסד הוא אצלה דאולי רצונה בכך שוב אינה נאמנת על בעלה שיוציא ויתן כתובה:

באופן שלפי דברינו אלה גם למ"א דאמרינן דאינה נאמנת היינו שאינה נאמנת עליו לענין שיוציא ויתן כתובה. אבל עכ"פ אסורה היא עליו מחמת שאחד"א. ואולם הא ליתא דמבואר בכל הפוסקים דלמ"א האומרת טא"ל אינה נאמנת כלל ומותרת לבעלה. והרבה טעמים נאמרו בזה. הר"ן במשנה שם כתב הטעם משום דאפקעינהו רבנן לקידושין. והתוס' שם כתבו דזונה אינה מוזהרת לינשא לכהן עיי"ש. והנה לתרוויי' אית להו פירכא. דהר"ן בעצמו מקשה על דבריו דתינח היכא דנבעלה לכשר אבל אם נבעלה לפסול אף אם נאמר אפקעינהו מ"מ נפסלה לכהן. וגם ע"ד התוס' אף אם ניישב דבריהם כמו שדחקו האחרונים שלא יוקשה עליהם מיבמות (דפ"ד). מ"מ תינח באשת כהן אבל באשת ישראל אם תאמר טא"ל תהי' נאמנת משום שאחד"א דהיא ג"כ מוזהרת מה איכא למימר. ואמנם בישש"ש יבמות פ"ב דין י"ח יצא לידון בזה בדבר חדש. דגם באשת ישראל שזינתה אין האיסור רק אם נאסרת גם עליו שיש עדים בדבר או שהוא בעצמו ראה. אבל אם אין עדים כלל והבעל ג"כ אינו יודע. אף אם היא אומרת טא"ל. מ"מ כיון דאין הבעל יודע מזה ואינו מחויב להאמין לה דאין דשב"ע פחות מב'. אז אף אם אמת שזינתה התורה התירתה לו. דאשה קרקע עולם היא ומשעבדא לי'. ואם הוא אינו נאסר גם היא מותרת עיי"ש. ואולם הדבר צריך תלמוד מנ"ל לרבנן הא מילתא:

ונלע"ד דהנה ביבמות פ"ד הנ"ל על הא דקאמר הש"ס דזונה אסורה לכהן משום דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה פריך הש"ס דילמא הנ"מ באיסור השוה בכל אבל איסורי כהונה דאשב"כ מנ"ל. וצריך להבין איזו סברא יש לחלק ביניהם. אך הדבר מובן מאליו. דבכל איסורים השווים בכל שפיר שייך לומר דהאיסור גם עלי' דהתורה גם לנשים ניתנה. אבל איסורי כהונה דמחמת קדושת כהונה שעליהם אסרה עליהם התורה זונה או חללה או שאר פסולי כהונה. א"כ נשים דאין קדושת כהונה עליהם. ואף בנות אהרן אין קדושת כהונה עליהם לעבודה ולטמא למתים. אין שום סברא שיהי' רובץ

עליהם איסור שלא לינשא לכהן. אדרבא מעלה היא אצלם. ולכך אצטריך קרא דלא יקחו דהיא ג"כ מוזהרת. והיינו ג"כ משום לתא דידי' כדי שלא תטמא אותו. כמו דמצינו דזר או טמא מוזהרין שלא לאכול קודש ותרומה שלא לפגום קדושתם. וא"כ שפיר מובן תירוצם של האחרונים בס' בני אהובה ועוד אחרונים ע"ד התוס' נדרים הנ"ל. דכיון דהיא אינה מוזהרת משום לתא דידי' משום דהוא מוזהר שלא לפגום קדושתו היא ג"כ מוזהרת עליו לכך היכא דליכא עדים דהוא אינו מוזהר ואינו מחויב להאמין רק לשני עדים. אף דיוכל להיות דהדבר אמת. מ"מ כיון דהתורה אמרה דאינו מחויב להאמין ואינו נאסר מספק. וויתרה עלי' התורה על פגם כהונה שלו אף אם הדבר אמת כמו בכל ספיקי דהתירה התורה דלא עביד איסורא אף שיוכל להיות שהדבר אמת התורה התירה אם ספק הוא לו. א"כ אף דהיא יודעת באמת שנטמאה. מ"מ כיון דאינה אסורה רק משום לתא דידי'. ולו התירה התורה דבר הזה ואינו פוגם בזה קדושת כהונתו כלל. וא"כ מעתה י"ל דגם באשת ישראל שזינתה דאסרתה התורה לבעלה משום טומאתה טומאת עריות. והתורה אמרה דישראל טהורין הם ואינם כדאי ליזקק לטמאה. דמי ממש לאיסורי כהונה. דאין האיסור על האשה משום לתא דידה. דאדרבא אצלה הוא מעלה שתיזקק לטהור. אלא דהתורה הטילה איסור גם עלי' שלא תפגום ותטמא אותו שפיר כתב הישׁ"ש דהיכא דהוא אינו יודע ואינו מחויב להאמין לה דהתורה התירה לו דבר זה גם היא אינה מוזהרת כס' האחרונים הנ"ל לענין פסולי כהונה. ומובנים שפיר דברי הישׁ"ש. וכעין זה מצינו ג"כ לענין רבית בט"ז יו"ד סי' קנ"ט סק"ג. דאף דאיכא לאו מיוחד על הלוה מ"מ האיסור רק משום לתא דהמלוה והיכא דהמלוה אינו מוזהר פטור גם הלוה. והנה לפי טעם זה ניחא רק היכא דהיא אומרת טא"ל והבעל אינו יודע. אבל היכא דהבעל יודע שזינתה. אף לאחר חדר"ג דהבעל משועבד לה ואיכ"ל דענ"ב. מ"מ פשיטא דאסור לו לבוא עלי' דבדידי' לא שייך כל הטעם הנ"ל. דאדרבא עיקר האיסור משום לתא דידי' כמש"ל:

והברוך טעם בסוגיא דטא"ל בסוף הסוגיא כתב ג"כ טעם דמ"א כמ"ש הראשונים דמשום תקנה עקרו רבנן האיסור זונה. ואף דחכמים אינם יכולים לעקור ד"ת רק בשוא"ת ולא בקו"ע. מ"מ אשה קרקע עולם היא וכשוא"ת דמי. ולפי טעם זה ג"כ היכא דהוא אומר דזינתה נאסרת עליו דהא איסור הבעל הוא בקו"ע ואין בכח החכמים להתיר לעבור בקו"ע על איסור תורה:

ואמנם כיון שהרמ"א בסי' קע"ח הביא שני דיעות בזה אין בידנו להכריע אבל מ"מ וודאי ספיקא הוי. וא"כ פשיטא דאם יבוא לפנינו לשאול אם מותר לו לדור עמה. נאמר כיון דאיסור סוטה הוי ספק תורה דהוא לחומרא ובספק חדר"ג אזלינן לקולא כמ"ש הב"ש

בסי' א' סקכ"א עיי"ש. וודאי לדידן דספיקא הוי מחמת פלוגתא דרבוותא אין בידנו להתיר לו לידור עמה. אף דלדיעה אחת שברמ"א כופין לדור עמה משום חדר"ג מ"מ לדידן דספק פלוגתא היא אין אנו אומרים לו לעבור על ספק איסור תורה שהוא להחמיר אלא לעבור על ספק חדר"ג שהוא להקל. ואף אם נאמר דספק חדר"ג ג"כ להחמיר כדעת הסוברים שהוא דאורייתא. מ"מ כיון דלפנינו שני ספיקות הסותרות זו את זו וודאי דאנו אומרים לו שיהי' בשוא"ת שלא לדור עמה ולא להתיר לו ספק איסור תורה בקו"ע. דמה"ט קיי"ל דאין מביאין קרבן על ספק משום ס' חולין בעזרה אף דחיוב הקרבן הוא ג"כ דאורייתא משום דכל כה"ג אמרינן שוא"ת עדיף. עיין ברמב"ם פ"ב מה' שגגות וברי"ט אלגזי בכורות פ"ג אות ל"ט באד"ה גרסינן עיי"ש. וא"כ כיון דאין אנו מתירים לו לדור עמה מוכרחין אנו להתיר לו לישא אחרת אף דזה הוי קו"ע. מ"מ ל"מ להב"ש הנ"ל דס"ל דבספק חדר"ג אזלינן לקולא וודאי דשרי אלא אף למ"ד דאזלינן לחומרא מ"מ כיון דמן הדין אסור לו לדור עם זאת א"כ איכא ביטול פ"ו ובמקום מצוה וביטול פ"ו יש שני דיעות אם גזר רגמ"ה כמובא ברמ"א סי' א' ס"י ובחת"ס אה"ע ח"א תשו' ג' כתב דע"י היתר ק' רבנים מותר לישא אשה על אשתו במקום מצוה עיי"ש באריכות בדבריו. ובפרט לפימ"ש בתשו' שב יעקב חאה"ע תשו' א' דהיכא דהיא פשעה הכריע הרמ"א דל"ג רגמ"ה. א"כ הכא אף אם נאמין לו על כל דבריו עכ"פ הכל מודים דהיא מתנהגת בפריצות עם הנחשד כאשר כתב כת"ה א"כ עכ"פ זאת גרם להבעל שיחשוד אותה ועי"ז נאסרה עליו כפי שכתבתי למעלה א"כ בוודאי כה"ג ל"ג ר"ג ובפרט דאף למאן דס"ל דגם במקום ביטול פ"ו גזר ר"ג היינו רק כמו שהה י' שנים ולא ילדה דליכא רק ביטול מ"ע וגם לא הוי רק ספק דדילמא לא יזכה גם אח"כ לבנים. אבל בכה"ג דכפימש"ל עכ"פ אסור לדור עמה ואיכא וודאי איסור דהרהורי עברה וכדומה וודאי י"ל דכה"ג ל"ג ר"ג ובפרט דכאן איכא היתר יותר ברור עוד דלפימ"ש הרב מלעשנוב דהב"ד התרו לה אח"כ כשפירש ממנה בעלה שלא תתייחד עם אותו האיש והיא עברה ע"ז אף דליכא עדי סתירה מ"מ הא אח"כ נשאו ונתנו בה מוזרות בלבנה שזינתה ושהרתה לזנונים וילדה ואיכא עדות נשים טובא ע"ז שראו אחר לידתה שקשרה דדי' שלא יזיק לה החלב וכה"ג אומדנות והוכחות רבות וגם הודית בעצמה לפני הזענדאר שהפילה וולד רק שאמרה שנעשה ע"י שנפלה להמרתף ואף דעכו"ם אינו נאמן מ"מ ידוע דברי התה"ד בפסקי מהרי"א ותשב"ץ ועוד הרבה אחרונים דהיכא דאיכא אומדנות דמוכחי טובא גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן ועכ"פ מהני לצרף למה שנשאו ונתנו בה מוזרות בלבנה ויצא קדל"פ שזינתה והרתה לזנונים דמבואר באה"ע סי' קע"ח סי"א דהיכא דנשאו ונתנו בה מוזרות

בלבנה אחר הקינוי וסתירה שלא בעדים נאסרת מדינא עליו עיי"ש. וגם איכא בהא סניף דמורדת דהא הזמין אותה הרב הגאבד"ק בראדי ז"ל לדתה"ק ולא רצתה לבוא:

ולכן מכל הלין טעמי גם אנכי מסכים עמהם להתיר לבעל האשה הזאת לישא אשה על אשתו ע"י היתר ק' רבנים יען שכבר סגר החת"ס בתשו' ג' הנ"ל הדרך שלא להתיר לישא אשה על אשתו בשו"א רק ע"י היתר ק' רבנים ועכ"ז יזכה לה גט ג"כ ע"י אחר דאיכא למימר דזכות הוא לה כיון דהיא עומדת במרדה ומחזקת הנואף אצלה עד עתה. עיין באה"ע סי' ק"מ ס"ה בהג"ה עיי"ש. ואף דהיא עומדת וצווחת דאינה רוצה לקבל ג"פ. מ"מ ידוע דברי הרשב"א בחי' קידושין כ"ג דבדבר שהוא זכות גמור וגם יכולין לעשות בע"כ כמו שחרור עבדים יכולין ג"כ לזכות בע"כ ע"ש. וא"כ הכא דזכות גמור הוא לה להצילה מאיסור זנות דא"א וגם יכול לגרש בע"כ כס' החת"ס הנ"ל דלגרש בע"כ לכ"ע מותר במקום מצוה ע"ש. א"כ יכול לזכות הגט ג"כ ע"י אחר. ואף לשיטת הרי"ף בגיטין (ד"י) דבשחרור וגט אף היכא דזכות הוא. מ"מ לא מהני רק לענין שלא יוכל לחזור בו אבל מ"מ אינה מגורשת עד דמטי גיטא לידה ומה"ט לא יתן לאח"מ דאין גט לאחר מיתה מ"מ מלבד דבפלוגתא דרבוותא ולענין חדר"ג יכולין לסמוך על שיטת הפוסקים דלאלתר הוי גיטא אלא דיש ג"כ עוד טעם אחר לומר דבהא גם הרי"ף מודה. דהנה בלימוד עם התלמידים אמרתי טעם לשבח בשיטת הרי"ף דאינה מגורשת רק לאחר דמטי גיטה לידה אף דבעלמא קיי"ל דזכין לאדם שלא בפניו וזוכה לאלתר וגם אם אינה מגורשת לאלתר אמאי אינו יכול לחזור בו:

אמנם נראה דהנה ידוע דברי התוס' ב"מ פ' א"נ דבכל מזכה לאחר בעינן שיהי' שלוחו של הבעל ממון ג"כ וידוע דבגיטין קיי"ל דשליח הולכה של הבעל אינו יכול להיות שליח קבלה להאשה משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל. ופירש הנתיבות בסי' קפ"ה סק"א הטעם דלעולם א"א שיהי' אדם ברגע אחד שלוחו של הבעל ושלוחה של האשה דכיון דשלוחו של אדם כמותו א"א שיהיו שניהם יחד רק דבעלמא כגון במתנה וכדומה אמרינן דמקודם הוא נעשה שלוחו של המזכה ואח"כ נסתלק משליחות של המזכה ונעשה שלוחו של הזוכה. אבל בגט דטלי גיטך מע"ג קרקע פסול דבעינן שיבוא מיד הבעל לידה. א"כ אם נאמר דנסתלק משליחות של הבעל הוי טגמעג"ק עיי"ש. וא"כ מה"ט י"ל דס"ל להרי"ף דל"מ זכי' בגט ושחרור די"ל דס"ל דגם בשחרור פסול טגמענ"ק דילפינן לה לה מאשה דלא כהרמב"ם וא"כ כיון דצריך להיות שלוחו של המזכה לדעת התוס' פא"נ הנ"ל א"י להיות שלוחו של העבד או האשה דלא חזרה שליחות אצל הבעל:

ואמנם מה דא"י לחזור בו י"ל דהנה בקידושין (דנ"ט ע"א) פריך ר"י על ר"ל דס"ל דנתינת מעות ליד האשה כמעשה דמי ולא אתי דיבור ומבטלו אמאי שולח גט לאשתו יכול לבטלו. ומשני ר"ל דכל כמה דלא מטי גיטא ליד אשה כדיבור דמי ואתי דיבור ומבטל דיבור. וק"ל לפימ"ש הקדוש מארדוש הובא ברמ"א סי' ל"ה ס"ו דשליח קידושין אינו יכול לעשות שליח דמילי לא מימסרן לשליח. אבל שליח לגירושין עושה שליח. כיון דבידו לגרשה בע"כ כמעשה דמי. א"כ שוב קשה אמאי יכול הבעל לבטלו הא לא אתי דיבור ומבטל מעשה. אך צ"ל דבלא"ה קשה לפי שיטת הטור באה"ע סי' קכ"א ס"ל דהיכא דנשתטה הבעל לאחר עשיית השליח קודם הנתינה הגט פסול מה"ת. ולא ס"ל דכיון שבשעת עשיית השליח כבר עמד במקום המשלח מה"ת כדעת הרמב"ם. רק דבשעת קיום השליחות דהיינו הנתינה צריך להיות עומד במקום המשלח וכיון דהמשלח אינו יכול לגרש אז כיון דנשתטה גם השליח אינו יכול לגרש. עיין מזה באריכות בקצוה"ח סי' קפ"ח סק"ב. א"כ מאי פריך ר"י לר"ל מהא דהשולח גט לאשתו ובטלו מבוטל נהי דאינו יכול לבטל השליחות והשליח עומד במקומו מ"מ כמו בנשתטה אינו יכול השליח לגרש כיון דהבעל אינו מוציא אלא לדעתו ורצונו ועכשיו אינו בר דעת א"כ נהי דמה שעושה השליח נחשב כאלו עשה המשלח בעצמו. מ"מ הוי כאלו מגרש בלא דעת דל"מ ה"נ כיון דהבעל חזר עתה ואינו רוצה לגרש מדעתו. נהי דאינו יכול לבטל את השליחות ונחשב מעשה השליח של נתינת הגט כאלו נתן המשלח בעצמו. מ"מ הא גם אם נתן בעצמו הגט בעל כרחו שלא ברצונו לא הוי גיטא דגט מעושה פסול היכא דאין הדין לכופו וא"כ מאי פריך ר"י לר"ל:

אך צ"ל משום דבמתניתין סתמא תנינן גם היכא דמבטל רק השליח ואינו אומר דאינו רוצה לגרש כלל. וא דיש גילוי דעת גם על הגירושין מ"מ הא גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא הוא. וא"כ לא הוי בע"כ כלל אלא משום דמבטל השליחות. ושפיר פריך ר"י הא השליחות א"י לבטל דלא אתי דיבור וכו'. וא"כ מיושב קושייתי הנ"ל שהקשיתי על הקדוש מארדוש הא חשוב נתינת גט ליד השליח כמעשה. ז"א דנגד הבעל לא חשיב מה שבא ליד השליח כמעשה כלל. דנהי דבידו לגרש בע"כ של האשה. אבל אינו יכול לגרש בע"כ של הבעל. דאם ירצה הבעל לחזור ולומר בפירוש שאינו רוצה לגרש כלל לא יוכל השליח לגרש. אף אם נאמר דאינו יכול לבטל השליחות. מ"מ אינו יכול לגרש בע"כ של הבעל היכא דצווח בפירוש שאינו רוצה לגרש כמש"ל. והא דקאמר הקדוש מארדוש דבגירושין נחשב השליחות כמעשה היינו לענין הבעל היכא דהבעל רוצה בשליחותו וחזקה בעה"ב עומד בדיבורו ובוודאי לא יחזור בו הוי שליחותו מעשה ולא דיבור לענין

שיכול לעשות שליח אחר כיון שיכול לגרשה בע"כ אבל היכא דהבעל רוצה לחזור בו. אף אם לא יחזור מגוף הגירושין רק שיבטל השליח ג"כ יכול לבטלו דנגדו לא חשיב מה שבא ליד השליח כמעשה דהא אם רוצה יוכל לחזור מגוף הגירושין ולא יוכל השליח ליתן גט בע"כ:

אמנם הנה כ"ז ניחא לשיטת הטור הנ"ל. אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל דנשתטה לאחר עשיית השליח יכול השליח ליתן גט מה"ת דמשעה שעשאו הבעל שליח בכל עמד במקומו ויוכל לגרש מעצמו וא"צ שיהי' הבעל עוד בדעתו שוב תקשי אמאי יכול לבטל השליחות לדעת הקדוש מארדוש הנ"ל הא נתינה ליד השליח כמעשה דמי ולא אתי דיבור וכו':

אך צ"ל דהנה ידוע ד' הנוב"י שרצה לחדש דאף מדין הש"ס א"י לגרש בע"כ ע"י שליח משום דהוי תופס לבע"ח וכו'. אך האחרונים חלקו עליו ואומרים דאינו דומה לתופס לבע"ח. דשם מגיע לשאר הבע"ח ג"כ כזה. ולמה יתערב על ריב לא לו להרע לאחרים. דמה חזית דדמא וכו' אבל האשה נגד בעלה דהתורה זכתה לו דיכול לגרשה בע"כ שלא מדעתה היכא שיש לו טעם בזה. לא מקרי השליח תופס לבע"ח וכו' דהתורה העדיפה זכות הבעל בזה ממנה. ואמנם כ"ז לגרש אותה בע"כ דידה אבל אם הבעל אינו רוצה לגרש אף דהשליח יכול לגרש בע"כ כיון שכבר עשאו שליח אם נאמר דאינו יכול לבטל השליחות מ"מ מה שעושה בע"כ של הבעל וודאי הוי תופס לבע"ח במה שחב להבעל ובכה"ג ל"מ שליחות. וא"כ כיון דא"י לגרש בע"כ של הבעל שוב יכול הבעל לבטל גם השליחות בעצמו משום דלא חשיב כמעשה. והנה ידוע ס' הפנ"י דטעמא דתופס לבע"ח וכו' ל"מ הוא משום דהוי דבר עבירה ואשלד"ע. וא"כ כ"ז היכא דהוא דבר עבירה. אבל בכה"ג בנותן שחרור ליד שליח למ"ד זכות הוא לעבד וודאי דמצוה הוא שיקיים דיבורו דשארית ישראל וכו' לא ידברו כזב. ובפרט לפימ"ש התוס' גיטין (י"א ע"ב) ד"ה ש"מ דוודאי עביד לי' נייח נפשי' וכמ"ש בחי' הרשב"א גיטין (ל"ח ע"א) דאחזוקי אינשי בעוברי על עשה לא מחזקינן ובוודאי עשה לו איזו טובה דאז אינו עובר בעשה משום דעושה לתשלום גמול עיי"ש. ואף דהתוס' הנ"ל כתבו דמ"מ מקרי חב לאחרים היינו להס"ד דתן אינו כזכי א"כ לא גמר בדעתו עדיין לשחררו. אבל לאחר דאמר תן כזכי או דאומר בפירוש זכי. וודאי אם יחזור אח"כ מדיבורו איסורא עביד וא"כ לא מקרי השליח חב לאחרים ויכול ליתן בע"כ. א"כ שוב הוי מה שבא לידו כמעשה וא"י לבטל השליחות דלא אתי דיבור וכו'. וכן בגירושין היכא דזכות הוא לה ושלח לה גט. וודאי דהוי במקום מצוה שמצוה לגרשה. דאל"כ לא הוי זכות לה ולא מקרי השליח תופס לבע"ח. שנאמר

שהוא דבר עבירה. וא"כ שוב א"י לבטל השליחות. ולכך שפיר נכונה שיטת הרי"ף דא"י לחזור בו אף דלא נתגרשה עדיין. כ"ז אמרתי בלימוד עם התלמידים בביאור שיטת הרי"ף ויצא לנו מזה דטעמו של הרי"ף דאינה מגורשת לאלתר משום דהוי כטגמע"ק:

אלא דקשיא לי עדיין ע"כ למאן דס"ל בב"מ (די"ג) עבחז"ל ועיין שם (די"ט ע"א) תוס' ד"ה וליחוש (וד"כ ע"א) ד"ה שובר דגם בגט ושחרור שייך עבחז"ל היכא דזכות הוא להם. א"כ נהי דבעינן מטי לידי' לבסוף. מ"מ כיון דהיכא דמטי לידי' בסוף אמרינן עבחז"ל למפרע. א"כ אמאי לא יוכל ליתן לאח"מ הא נתגרשה למפרע. וכן אפילו לא מטי לידה כלל מ"מ הא פשיטא דמה דבעינן מטי לידה אח"כ מ"מ בזה לא מזיק טגמע"ק. דאף אם בא לידה דרך טנמע"ק ג"כ מהני. דא"א לומר דבעינן שיבוא לידה מיד הבעל. דכיון דהיכא דמטי לידה בסוף מגורשת למפרע משעת החתימה א"כ בשעת הנתינה לא הי' עוד בעלה וכיון דלא איכפת לן בכאן בט"ג מע"ק א"כ מה שנתן ליד השליח כנתן לידה דמי כיון דזכות הוא לה וזכין לאדם וכו' כיון דל"ש בזה ט"ג מע"ק ל"ש לא חזרה שליחות וכו' והוי ככבר מטי לידה ומגורשת למפרע וא"כ אמאי קאמר הרי"ף דלא יתנו לאח"מ ובע"כ צ"ל או דהרי"ף מפרש מתניתין למאן דלא ס"ל עבחז"ל. או כמ"ש התוס' ב"מ (ד"כ) ד"ה שובר הנ"ל דעבחז"ל הוא רק תקנתא דרבנן ולא מהני לענין איסור דאורייתא להתירו בבת חורין עיי"ש, וא"כ כיון דעכ"פ יצא לנו דגם להרי"ף לדידן דקיי"ל עבחז"ל בכה"ג עכ"פ מדרבנן מגורשת למפרע כשבא הגט תיכף ליד השליח. א"כ לענין תקנת רגמ"ה דהוא ג"כ רק תקנתא דרבנן לדעת הב"ש הנ"ל שפיר יכולין לזכות לה גט ע"י אחר לענין שיהי' מותר לישא אחרת. בהא נחתינן ובהא סלקינן דגם אנכי מסכים עם כת"ה להתיר לו לישא אחרת ע"י היתר מק' רבנים וזיכוי גט. אך לדעתי טוב שיתרה בה עוה"פ ויכתוב לה שכבר יש בידו כח לאסוף היתר ק' רבנים ותהי' לבוז שתתפרסם בכל המדינה לזונה אולי תתרצה לקבל ג"פ מרצונה הטוב והשי"ת יצילנו משגיאות:

והנה לענין מש"ל לפרש דברי הרי"ף קשה לכאורה על הב"י שמביא בסי' ק"מ דברי הרי"ף גם לענין גט ובאמת הרי"ף מיירי רק בשחרור וא"כ י"ל דילמא הרי"ף סובר רק בשחרור דאינו יכול לחזור בו. דבשטר שחרור איכא תרי ענינים להתיר האיסור וגם להקנות לו הקנין ממון. ולענין ממון הדין כמו בכל השטרות דאינו מזיק טלי שטרך מע"ק ולכך שפיר זוכה העבד תיכף בקנין ממון. דלענין ממון מהני זכי' ולכך אין האדון יכול לחזור רק לענין איסור בעינן דמטא לידי' משום דהוי כטלי גיטך מע"ק כמש"ל ומנ"ל להב"י דגם בגט הדין כן דא"י לחזור בו אליבא דהרי"ף. ואמנם נ"ל דבלא"ה קשה ע"ד הרי"ף שמפרש סתמא דמתניתין דתנו שחרור זה וכו' דלא יתנו לאח"מ גם למ"ד זכות

הוא לעבד וכו' דא"כ תקשי לשמואל דס"ל דמפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור משום דבעינן עבד איש שיהי' לרבו רשות עליו וכו' והכא כיון דס"ל להרי"ף דאין האדון יכול לחזור בו א"כ אין לרבו רשות עליו ויצא תיכף לחירות ואמאי לא יתנו לאח"מ. אך בע"כ צ"ל דאדרבא מכאן ראי' לפירושי בדברי הרי"ף דמש"ה א"י לחזור בו משום דא"י לבטל השליחות דלא אתי דיבור וכו' כיון דהשליח יכול ליתן בע"כ של האדון כמש"ל. אבל לעולם תלוי הדבר ביד השליח דאם השליח בעצמו ירצה לחזור משליחותו ולהחזיר השחרור להאדון הרשות בידו כיון דעדיין לא זכה בו העבד. וא"כ מיקרי עדיין עבד איש דיש רשות לאחרים עליו. דאם ירצה השליח יחזור השחרור להמשלח ועדיין עבד הוא ומש"ה לא יתנו לאח"מ ומש"ה מייתי הב"י שפיר דברי הרי"ף לענין גט. דטעם זה דלא אתי דיבור וכו' שייך גם בגט היכא דזכות הוא לה. דאין לומר דטעם הרי"ף בשחרור הוא משום דבקנין הממון זכה העבד תיכף כיון דט"ג מעג"ק מהני א"כ שוב אין להאדון רשות עלי' ודמי למפקיר עבדו דיצא לחירות אליבא דשמואל ותקשי מתניתין לשמואל אלא בע"כ דאין העבד קונה גם הממון. והא דא"י לחזור הוא רק משום דלא אתי דיבור וכו' וטעם זה שייך גם בגט. ומיושב קושיתי הנ"ל:

ואי דבאמת טעמא בעי אחאי אינו זוכה העבד בעצמו הקנין ממון כיון דט"ג מעג"ק מהני לקנין ממון ותקשי עדיין לשמואל. ז"א דהנה בחו"מ סי' נ"א ס"ו איתא בכותב נכסיו בשטר אחד לשני בנ"א והעדים קרובים לאחד בטלה המתנה גם להשני וברמ"א כתב דאם נתבטל לדבר אחד לא נתבטל השאר ומחלק שם הסמ"ע בסקי"ג דיש חילוק בין אם נתבטל מחמת פסול העדות או מצד עצמו עיי"ש. ואמנם בשער המשפט שם סק"ה מביא שהוא פלוגתא דר"י ור"ל בירושלמי ולר"י אף היכא דבטל ד"א מחמת גוף הענין בטל גם השאר וא"כ ה"נ דהשחרור נעשה לשני דברים לענין האיסור ולענין ממון וכיון דשליחות השליח בטל לענין האיסור דלענין איסור לא יוכל לזכות תיכף להעבד משום דט"ג מעג"ק פסול בטל ג"כ לענין הממון דשליחות שבטל מקצתה ב"כ. וא"כ י"ל דשמואל סבר בהא כר"י ולכך מיקרי עדיין עבד האיש דלא זכה העבד עדיין גם הקנין ממון. ובזה י"ל קושית הקצוה"ח בסי' ר' סק"ה דאמאי שחרור שנכתב שלא לשמו פסול הא לענין קנין ממון ל"ב לשמה וכיון דזכה הקנין ממון יצא ממילא לחירות לשמואל עיי"ש דז"א די"ל דשמואל ס"ל דכיון דנעשה השחרור להתירו מהאיסור של עבד וכיון דלזה ל"מ כיון דלא נכתב לשמו ממילא בטל גם לענין הקנין ממון ועדיין עבד הוא כנ"ל: והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ט

ע"ד אברך אחד מפה אשר נשא אשה ואיזו שבועות אחר הנישואין יצאה מדעתה ר"ל והיתה דוממת ואינה מדברת ונסע אתה ללבוב לדרוש ברופאים הגדולים ואמרו כי לא נולד הדבר פתאום רק הוחל עוד קודם הנישואין ולא טוב עשה אבי' שהשיאה וכבר עמדו לדין בזבל"א וזבל"א בק"ק לבוב והתפשר עם אבי' שתקבל ג"פ וכשבאו לפני הב"ד לסדר להם ג"פ לא רצו הב"ד דת"ה לבוב כי ראו שאינה שפוי' בדעתה והאברך הנ"ל בא לפני וצועק ככרוכיא כי הוא עומד בעצם מבחר שנותיו וא"א לו להיות שרוי בלא אשה ושלא לקיים פ"ו ומבקש למצוא לו עזר ותרופה להתירו מכבלי העיגון:

והנה מקור הדין הוא ברמ"א סי' א' ס"י שכתב דבמקום שאין הראשונה בת גירושין כגון שנשתטית או שהוא מה"ד לגרשה ואינה רוצה לקבל ג"פ יש להקל לישא אשה על אשתו ואמנם בגדר נשתטית לא ביארו האחרונים אם בעינן נשתטית ממש המבואר בפ"ק דחגיגה ומלשון הרמ"א שאינה בת גירושין משמע דוקא היכא דאינה בת גירושין וודאי ובנ"ד יש להסתפק אולי רק חומרא שהחמירו הבד"צ דק"ק לבוב שלא לגרשה וא"כ אולי אין להתיר שוב לישא אשה על אשתו דאינה וודאי נשתטית. ואולם בשנבין דברי הרמ"א בטעם הדבר שהתיר בנשתטית והרי הוא גופו הביא מקודם שני דיעות אם רגמ"ה גזר גם במקום מצוה וביטול פ"ו ולא הכריע א"כ מ"ט היקל בנשתטית ומאיזו טעם יש להקל יותר בנשתטית לדברי הפוסקים האלו דר"ג גזר גם במקום מצוה וביטול פ"ו כאשר באמת הרש"ל מחמיר גם בזה כמ"ש הח"מ:

אך י"ל דטעמו של הרמ"א הוא עפי"ד הרא"ש בתשו' הובא בסי' קט"ז סי"א דבמומין גדולים שכופין אותו להוציא כופין גם אותה דלא עדיפא תקנת רגמ"ה מדין תורה דהאיש מדאורייתא אינו מוציא אלא לרצונו אפ"ה בנולדו בו מומין כופין אותו והאיך הי' יכול ר"ג להעדיף תקנתו יותר מד"ת וא"כ ה"נ בנשתטית דהוי וודאי מום גדול כמ"ש מהרי"ט בתשו' קי"ג שכופין אותו להוציא וכתב שם דלא תקשי מתשו' הרא"ש שהביא המחבר בסי' קנ"ד ס"ה דשם מיירי שאינו מחמת חולי רק תרבות רעה שהוא רגזן ואינו בר דעת. אבל כל שהוא מחמת חולי כופין אותו להוציא ובפרט בזמנינו שנודע מהרופאים שהיא סכנה גם להולדות שיולדו מהם שהיא חולי מנחלת ח"ו וודאי דהוא מום גדול וא"כ אף להני פוסקים דס"ל דר"ג גזר גם במקום מצוה היינו דעשה תקנתו כשל תורה ואיסור תורה לא דחינן משום מצות פ"ו כמ"ש התוס' בכמה מקומות על משנה דח"ע וחב"ח. אבל היכא דכופין אותו לגרש דגם בשל תורה הדין כן שפיר סמכינן על דברי הרא"ש דלא עדיפא תקנת ר"ג מדינה של תורה וז"ב מאד אצלי בכונת הרמ"א. וא"כ כיון דמתורת

מום אתאינן עלה לא בעינן דיני שוטה לענין גט רק שיהי' חולאת שכפי דברי הרופאים הוא מום כידוע שאין לך מום גדול יותר מזה:

איברא דלכאורה קשיא לי על דברי הרא"ש בתשו' הנ"ל שמדמה דין זה להא דנולדו בו מומין דכופין אותו להוציא והרי התוס' בכתובות (דע"ז ע"א) ד"ה אלו הקשו דאמאי כופין בנולדו בו לאחר הנישואין נימא דנסתחפה שדה שלה ותירצו דהאשה היא שדה של הבעל אבל הבעל אינו שדה שלה וא"כ בנולדו בה מומין נימא דלעולם לא עדיפא תקנת ר"ג מדין תורה רק דגם בדין תורה הא שכופין אותו בנולדו בו מומין היינו משום שלא שייך נסתחפה שדה שלה אבל בנולדו בה מומין אם הי' הדין תורה שאינה יוצאת אלא לרצונה גם אם הי' נולד בה' מומין לא הי' כופין אותה לצאת דהוי אמרינן נסתחפה שדהו וא"כ גם עתה תקנת ר"ג אלים כדין תורה וזה הערה גדולה ע"ד הרא"ש לכאורה. ואף די"ל דהרא"ש לא ס"ל כתי' התוס' רק כמו שתירץ שם השטמ"ק דל"ש נסתחפה שדהו רק לענין כתובה דכבר זכתה בה ואינו יכול להפסידה אבל היא דידה שקלה ונפקא מיני' עיי"ש מ"מ כיון דלדברי התוס' אין ראי' לדינו של הרא"ש אמאי לא הובא דעת התוס' כלל להחמיר בזה:

אך נ"ל ליישב זה דבאמת גוף הדבר דנסתחפה שדהו אינו מובן כלל דהא כ' הנתיבות בסי' שכ"א ס"א בביאור דברי הרמ"א ומהר"ם פדווא שם דבדבר המושכר ל"ש לומר מזלך גרם רק היכא דהפסד רק בפירות המושכרים אבל היכא דהפסיד גם הגוף א"א לומר דמזל דהשוכר גורם דהא גם המשכיר מפסיד הגוף וא"כ ה"נ בנולדו בו מומין דההפסד גם לו היכא אמרינן דנסתחפה שדה שלה וכן להיפך הא מי שהמומין בו מפסיד יותר משכנגדו. אך צ"ל דהנתיבות קאמר רק לענין שאין זה וודאי שמזל השוכר גורם די"ל דגם מזל המשכיר גורם דהא גם הוא יש לו הפסד אבל עכ"פ ספיקא הוי בשלמי הרעה הזאת ושפיר הקשו התוס' דהאיך נוכל לכוף אותו להוציא דילמא מזלה גרם והוה גט מעושה שלא כדין דמדאורייתא הגט בטל וכן היכא דנולדו בה מומין לענין הכתובה כיון דכבר נתחייב לה הכתובה אמרינן מספק אין יכול לפטור דדילמא נסתחפה שדהו אף דגם היא מפסדת ולא אתי ספק פטור ומפקע מידי וודאי חיוב כתובה. אבל לענין תקנת רגמ"ה שפיר כ' הרא"ש היכא דנולד בה מומין ליכא תקנת ר"ג כמו בדידי' מאי אמרת דילמא נסתחפה שדהו ז"א הא בספק תקנה אזלינן לקולא כמ"ש הב"ש כאן בסי' א' ס"ק כ"א וא"כ מספק אמרינן דילמא מזלה גרם דהא היא מפסדת ג"כ בהמומין כמ"ש הנתיבות הנ"ל דהא ההפסד נולד בגופה:

ובזה יסתלק לנכון קושית ההפלאה על הרא"ה בריש כתובות (ד"ב ע"ב) על תירוץ התוס' דהאיש אינו שדה של האשה ולא אמרינן מזלה גרם והקשה הרא"ה מקטלנית דאיכא למ"ד דמזל גורם וכ' ההפלאה שאינו מבין הקושיא הא שם שאני דאיתחזק תלתא זימני וחזינן דמזלה גרם. והוא לכאורה תמיהא גדולה ולא על הרא"ה לבד תלונתו שהרי הקושיא הזאת מביא בשטמ"ק שדחקו בה הרמב"ן והרשב"א והאיך לא הרגישו כולם במ"ש ההפלאה. אך לפי הנ"ל ניחא דהם הקשו מקטלנית דחזינן דעכ"פ לפעמים מזל האשה גורם ואין זה וודאי דהאיש אינו שדהו של האשה דהא חזינן לפעמים היכא דהוחזקה קטלנית תלינן דמזלה גרם וכיון דאפשר רק לומר דמזל האשה גורם שפיר תקשי האיך כופין להוציא הא הוי ספק גט מעושה דילמא מזל דידה גרם וא"כ מאי תירצו התוס' דהאיש אינו שדה דידה דמשמע שזה וודאי דאין מזלה גורם והרי חזינן בקטלנית דלפרקים מזלה גרם והא דבעינן הוחזק ג' פעמים היינו דאחזוקי ריעותא לא מחזקינן ובפעם אחת הוי רק מקרה והמקרה לא יתמיד וכו' ולא חיישינן דילמא ימות גם השני וכו' כמו בווסתות דלא חיישינן על להבא בפעם אחד לבד. אבל אותו הפעם ראשון וודאי דהוי ספק השקול אם נעשה הדבר במזלו או במזלה וכעין שכ' החו"ד בסי' קפ"ג דלענין אותו היום גופי' וודאי לכ"ע אמרינן דהוסת גורם אף למ"ד וסתות דרבנן עיי"ש ודו"ק. וא"כ שפיר הקשו הרא"ה והרמב"ן דנימא דילמא מזל דידה גרם ואין זה וודאי לומר דהאיש אינו שדה דידה וז"ב מאד:

אלא דאפ"ה נלע"ד ליישב דברי התוס' מקושית הרא"ה הנ"ל דאין כונת התוס' דבאיש א"א לתלות במזל דידה. דז"א דהא בקטלנית תלינן במזל דידה רק דכונת התוס' עפ"י דין המבואר בחו"מ סי' של"ג במלמד שחלה שמנכין לו משכירתו מעת חליו והביא שם הש"ק בשם התשב"ץ והריטב"א לחלק מהא דעבד עברי שחלה שאין מנכין לו משום דע"ע גופו קנוי לו והמעיין היטב בדבריהם יראה שכונתם דבע"ע שגופו קנוי לו הוא ככל דבר הנקנה שלאחר המכירה כבר נסתלק המוכר מהלוקח לגמרי ובין שנתן לו הדמים תיכף או לאו נעשה הדמים כחוב עליו ואין לו להלוקח יותר במה שיארע אח"כ במקח הוא כבר זכה בדמי' בין נשרף המקח אח"כ או נאבד וה"נ בע"ע קנה את גופו תיכף לשש שנים אף שיש לו זכות עפ"י תורה שיוצא בגרעון כסף שזה מגזיה"כ. ומעתה אף שיש חיוב עתה על העבד לעשות מלאכתו של האדון שהרי לזה קנה אותו מ"מ אין לזה שייכות עם דמי המקח שקבל בשעת מכירתו אלא רק דהאדון יכול לעשות עמו מלאכה כמו עם פרתו וקנין כספו וממילא כיון שחלה אונס הוא ורחמנא פטרו ונעשה כנשרף ביתו או מתה פרתו דאין לו דין על הלוקח לדמי מכירה. אבל מלמד שאין גופו

קנוי לו רק דמחמת זה שהוא יעשה לו מלאכה שילמוד עם בנו מחמת זה נתחייב הוא בשכירתו א"כ אף אם הקדים לו שכרו מ"מ אינו זוכה בשכרו רק ע"י עשיית מלאכתו וכיון דאינו יכול לעשות מלאכתו אינו יכול לזכות בשכרו דאונס רחמנא פטרי' אבל לא חייבי' לבעה"ב לתת לו שכרו. וז"ב מאד להמעיין בדבריהם כפי שהובאו בש"ך הנ"ל וזה ג"כ כונת המהר"ם פדווא שהובא בסמ"ע סי' שכ"א סק"ו לחלק בין דבר הנמכר לדבר המושכר דבדבר הנמכר אם נעשה מום אחר המכירה אין ללוקח בכך כלום ובדבר המושכר אף אם נעשה אחר השכירות יוכל לחזור בו והוא ג"כ עפ"י הנ"ל דבמכירה כבר זכה הלוקח בדמי' משעת המכירה ונסתלק לגמרי אבל בשכירות דנינן כאלו בכל יום הוי שכירות חדשה עיי"ש. וא"כ שפיר כ' התוס' לחלק בין איש לאשה דבאשה שהיא קרקע של הבעל וגופה קנוי לו לעולם א"כ אם נעשה אונס אח"כ כגון שנולד בה מום לאחר הנישואין אין לו עלי' כלום שהיא כבר זכתה בכתובתה משעת הנישואין ואף אם הי' מתה שעה אחת אחר הנישואין כבר זכתה בכתובתה ומה שאינה יכולה לשמשו אח"כ מחמת חולי' או מום אונס הוא ורחמנא פטרה כמו בע"ע הנ"ל. אבל הוא אצלה שאינו קנוי לה שזה כונת התוס' שהאיש אינו שדהו של האשה והוא שחייב בשאר כסות ועונה הוא רק כמושכר אצלה לעשות לה החיובים האלה והיא נתחייבה כנגדו במלאכות שהאשה עושה לבעלה הוי דינו כמלמד שחלה שאין הבעה"ב מחויב לתת לו שכרו ה"נ אם נולד מום בגופו שאמדו חכמים שמחמת זה אינה יכולה לסבול תשמישו ואינו יכול לעשות לה מלאכתו ה"נ אינה מחויבת היא בחיוב שלה כנגדו ובחזרה קאי כמ"ש המהר"ם פדווא בכל דבר המושכר ולא נקנה אם נולד מום אח"כ בחזרה קאי. והוא אצלה וודאי דאינו רק כמושכר ולא כנקנה דגופו אינו קנוי לה וא"כ אף אם אפשר לתלות במזל דידה עכ"פ אנוסה היא רק דהוי כאונס הנולד בבעה"ב ולא בפועל דמ"מ בכל אונס דלא הו"ל להתנות בין שנולד האונס בגוף הפועל או בבעה"ב בעה"ב פטור משכרו אם לא עשה הפועל מלאכתו כמבואר היטב בש"ע חו"מ סי' של"ד וכמבואר על נכון ביותר בנתיבות שם סי' של"ד וסי' שכ"א. כנ"ל ברור בכונת התוס' להצילם מקושית הרא"ה הנ"ל:

אלא שאעפי"כ נכונים דברי הרא"ש שעכ"פ יכול לגרשה אם נולד בה מום אף לאחר תקנת רגמ"ה ולא אמרינן כיון דהאשה קנינו של בעל נסתחפה שדהו דז"א דנהי דנאמר דהיא זכתה כבר משעת הנישואין בכל החיובים שלה שהוא חייב לה מ"מ גם אם חייב אדם לחבירו איזו דבר וע"י אונס אינו יכול לקיים החיוב ההוא וודאי אונסא רחמנא פטרי' וא"כ ה"נ חיוב עונה שנתחייב לה כיון דנולד בה מום שאינו יכול לסבול המום

ההוא עפ"י אומד דעת חכמים וודאי דאינו מחויב בעונה דאונסא רחמנא פטרי' וא"כ אף דשאר כסות יכול לקיים מ"מ ע"ז שפיר קאמר הרא"ש דלא עדיף תקנת ר"ג מדינא דגמרא דחזינן דאם נולד בו מום אף שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו א"כ נהי דהיא אינה מחויבת לעשות מלאכות שהאשה חייבת לבעלה כמש"ל כיון דהוא אינו יכול לעשות מלאכתו שאינה יכולה לסבול תשמישו אין היא ג"כ חייבת במלאכות שאשה עושה לבעלה מ"מ מאיזו טעם נוכל לכופו לגרשה אם הוא אינו רוצה תשב אצלו עד שתלבין ראשה דהא הוא קנה אותה והתורה אמרה שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו ואפ"ה חזינן דתיקנו בעלי הש"ס דכופין אותו לגרשה כיון דבטל עניני וחיובי אישות שביניהם ראו חכמים לתקן לכופו לגרש ה"נ לא עדיפא תקנת ר"ג מדין תורה דכיון דעכ"פ אינו מחויב בעונתה כיון דנמאסת עליו מחמת מום כנ"ל ואונס רחמנא פטרי' וכיון דבטל עניני אישות שביניהם וודאי דחלה ע"ז תקנת בעלי הש"ס לכופה לקבל גט כמו שכופין אותו מדינא דגמ':

ובזה נכון לי להבין דעת הרש"ל שכתב הב"ח בתשו' דמודה הוא לרמ"א דיכול לישא אשה אחרת. ורק לגרש בע"כ חולק ומ"ש. ולפי הנ"ל ניחא דמהרש"ל בתשו' שם סי' ס"ה סיים משום דאמרינן דנסתחפה שדהו וי"ל דכונתו כנ"ל לדחות דברי הרא"ש עפ"י דברי התוס' הנ"ל דבאשה שאני מאיש. ומה שכתבתי דכונת הרא"ש כיון דעכ"פ הוא אינו מחויב בעונה. אמרינן דלא עדיפא תקנת ר"ג מדינא דגמ'. ע"ז חולק המהרש"ל וס"ל דרק בנולד מום באיש כיון דכבר כתבתי לעיל דהיא אינה חייבת שוב כלל בשום חיובי האשה לבעלה כיון דהוא רק כמושכר אצלה ולא קנוי לה דהוי כמלמד שחלה. א"כ אין לו הנאה ממנה כלום. אף דמדין תורה האיש אינו מוציא אלא לרצונו. מ"מ תקנו חז"ל לכופו לגרש משום דכופין על מדת סדום. אחר דכבר אינה מחויבת לעשות לו שום דבר ואין לו בה הנאה של כלום. אבל היכא דנולד בה מום דהיא קנינו של האיש ונסתחפה שדהו כנ"ל ומחויב בשאר כסות. אף דבעונה אינו מחויב משום דאינו יכול לסבול ואונסא רחמנא פטרי', מ"מ ס"ל להרש"ל דאין יכולים לכופה לקבל גט דתוכל לומר דמוחלת על עונתה ותשב אצלו. ויתן לה עכ"פ שאר וכסות. וא"כ כיון דיש לה איזו זכות ס"ל דאין יכולים לכופה לגרש. דאין כאן כופין על מדת סדום. אבל לישא אשה אחרת עלי' שכבר כתב הגמ' בכתובות הובא בב"ש הנ"ל סי' א' ס"ק כ"א. דעיקר תקנת ר"ג שלא לישא שתי נשים הוא רק משום קטטה. והיינו היכא דאיכא חיוב עונה דחשו חכמים לשלום בית ולבני שנואה. אבל היכא דפטור בעונה ומשום שלום בבית בטל שפיר מודה הרש"ל דחשו חכמים יותר לביטול פ"ו ולא חיישי לקטטה. וגם לא

שייכא לומר נסתחפה שדהו. דרק אם רוצה לגרע זכות דידה. דבזה אמרינן דהוי כנעשה מום במקח לאחר המקח דכבר זכה במקחו. ומש"ה אינו יכול לגרשה בע"כ. דזה איתקן לתקנתא דידה וזכתה כבר בכך אבל התקנה שלא לישא אשה אחרת דלאו לתקנתא דידה איתקן דהא אם גם היא מסכמת אינו יכול לישא אחרת כמבואר בב"ש הנ"ל ס"ק כ' בשם הד"מ. ומשום דלא רצו חכמים שיהי' קטטה משום בני שנואה וגרושת הלב וכהנה. א"כ שפיר י"ל דבכה"ג לא תיקן כנ"ל:

ונקל לי בזה ג"כ להבין דברי הח"מ שהיו תמוהין אצלי תמיד שכתב בסי' קי"ט לענין מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה בנשתטית אם מחויב במזונתה. דהרמב"ם ס"ל כיון דרוצה לגרשה אף דחכמים תקנו שלא לגרשה. מ"מ ממזונות פטור כיון דאנוס הוא עפ"י תקנת חכמים. וכתב הח"מ שם בסק"ט דעכשיו אחר תקנת ר"ג גם הרמב"ם מודה. והוא תמוה דמי עדיף תקנת ר"ג מתקנת חז"ל דאמרינן כיון דאנוס הוא עפ"י תקחז"ל פטור ממזונות. וכן תמה בבית מאיר עיי"ש, וגם הרי הוא גופו כתב אח"כ דאנן מתירין לו לישא אחרת דבכה"ג לא תיקן ר"ג. א"כ הוי כקודם התקנה כיון דבזה לא תיקן ואמאי יתחייב במזונות. אבל לפי הנ"ל יובן שפיר דבאמת צריך להבין דעת הרמב"ם אמאי לא יהי' מחויב במזונותי' הא נסתחפה שדהו. והאשה היא קנינו של האיש שכבר כתבתי שדומה לע"ע. וא"כ אמאי יופטר הוא מחיוב מזונות ומ"ש מכתובה דחייב. אך באמת לק"מ. דבשלמא בכתובה כבר נתחייב בשעת הנישואין וכבר זכתה בה אבל מזונות הא לא נתחייב לעולם דהא בידו לגרשה בכ"ע שירצה. וזה ג"כ טעמא דהש"ס ריש כתובות דאיבעיא לן בחלתה היא אם מעלה לה מזונות אם אמרינן נסתחפה שדהו. וקיי"ל שם דאין לה מזונות. וכתב שם השטמ"ק הטעם אף דלענין כתובה אמרינן נסתחפה שדהו. היינו כיון דכבר זכתה בה. אבל לא לענין מזונות דלא נתחייב עדיין. ה"נ לענין מזונות דלאחר נשואין ג"כ החיוב בא בכל יום דמתחילה לא נתחייב לעולם דהא בידו לגרשה בכ"ע שירצה. אבל השתא דתיקן ר"ג דאינו יכול לגרש בע"כ א"כ מתחילה בשעת נשואין נתחייב במזונותי' לעולם. הוי שפיר כע"ע כיון דגופה קנוי לו אמרינן דנסתחפה שדהו ואיננו נפטר מחיובו שנתחייב מתחילה ונכונים דברי הח"מ:

וא"כ היוצא לנו מזה דדינא דרמ"א שכבר נתפשט כן המנהג להתיר בנשתטית הוא רק משום מום כנ"ל כס' הרא"ש הנ"ל וכן מצאתי שכ' בד"ח ח"א אה"ע תשו' נ"א בסוף התשובה דלאו דוקא נשתטית ה"ה כל מום כיוצא בזה עיי"ש. וא"כ א"צ לסימני שוטה המבוארים בפ"ק דחגיגה. רק כל שוטה שהוא מחמת חולי כמ"ש המהרי"ט וידענו מהל' הרופאים שסכנה הוא לזרעם שיולידו וודאי דאין מום גדול יותר מזה. וגם כמ"ש הרמב"ם

שאין כח בבעל דעת לדור עם השוטים וכל כה"ג דבאיש היו כופין אותו להוציא וה"נ בדידה מתירין לישא אחרת:

ובפרט דבנד"ד דיש עוד ספק אם הי' עוד קודם הנישואין הא כבר כתב הב"ש בסי' קי"ז ס"ק כ"ד דגם בשאר מומין שאין כופין להוציא הוא רק בנולדו אחר נישואין אבל הי' בה מקודם והוא לא ידע כופין אותה עיי"ש בדבריו. ואף דבס' הפלאה שם הניח הדבר בצ"ע דהא כיון דכנסה אחלי' לתנאי'. כבר קיים בס' דברי חיים את דברי הב"ש עיי"ש בח"א סי' נ"א דכמו דלענין כתובה בתנאי' קאי ה"נ לענין גירושין. ואף דלכאו' אין הבנה לדבריו דבשלמא לענין ממון מהני תנאי אבל לענין איסור האיך אפשר שיקדש ע"מ שלא יחול תקנת ר"ג הא הוי מתנה עמ"ש וכו'. י"ל כיון דלענין ממון בתנאי' קאי ואינו מקדש רק שלא יהי' בעילתו ב"ז. הוי כמקדש ע"מ שאין עלי' שאר כסות דבדבר שבממון תנאו קיים. וא"כ כיון דאין לה שאר כסות. ולענין עונה כ' הרמ"א עצמו שם דאף אם נולד מום אחר הנישואין אינו מחויב בעונה. וכמ"ש הב"ש דאין כופין אותו להיות בני שנואה. ועתה דנולד קודם הנישואין גם שאר וכסות אין לה. שוב כה"ג י"ל דכופין אותה לגרש משום דכופין על מדת סדום. דכ"ז דאגידא גבי' לא יהבי לי' אחריתי והיא אין לה שום הנאה של כלום מש"ה כופין אותה. וא"כ מעתה י"ל דאף ההפלאה דמפקפק על הב"ש הוא רק לענין לגרש בע"כ דס"ל דאין לכופה לגרש אף דאין לה שאר כסות ועונה. דמ"מ אולי יש לה הנאה במה דשמו נקרא עלי' אבל לענין לישא אחרת דיש שני טעמים אחד משום קטטה כמבואר בהגמ' הנ"ל. וטעם השני משום דעכשיו אין יכולין לקיים בסיפוקיי' יותר מאשה אחת כמ"ש בתשו' מהר"ם פדווא תשו' י"ד. וא"כ הכא דאין לה שכ"ו לא שייכי שני הטעמים וליכא תקנת ר"ג ומותר לישא אחרת לכ"ע:

ואף דהוי רק ספק אם הי' בה מום הזה עוד קודם נשואין. מ"מ הא כ' הב"ש דבספק תקנת ר"ג אזלינן לקולא דסד"ר לקולא. ולדעת הרבה חדר"ג הוא רק דרבנן וכן מבואר להדיא ברדב"ז ח"א תשו' תשל"ד דלא הוי רק דרבנן ואדרבה כתב שם דקל משאר איסור דרבנן. ואף להאחרונים דס"ל דהוי דאורייתא. מ"מ הא כ' החת"ס אה"ע סי' ג' דאזלינן בספיקו להקל ועיי"ש שכ' הטעם דאמרינן בתחלת התקנה הי' התנאי דעל ספיקו לא גזרו כמ"ש התשב"ץ לענין ספיקא דרבנן אף דאיכא לאו דלא תסור. ובאמת לכאורה אינו מובן דבשלמא התם כיון דמצינו בכל הש"ס דסד"ר לקולא. בע"כ דהכי הי' מקובל להם לחז"ל דעל ספק לא גזרו. אבל כאן בחדר"ג מנ"ל באמת דעל ספק לא תיקן למאן דס"ל דחדר"ג הוא דאורייתא. אך נ"ל דהם ס"ל גם בסד"ר טעם אחר והוא עפי"מ דאיתא בש"ס נדרים (די"ט) דפליגי אם אמרינן מעייל נפשי' לספיקא. ופריך הש"ס מהא דאמר

ר"א ספק משקין ליטמא טמא והא ס"ל לי"א אין טומאה למשקין כל עיקר עיי"ש. והנה דברי הש"ס לכאורה תמוהין דהא הש"ס קאמר לעיל דשאני בין קדושה הבאה בידי אדם לקדושה הבאה מאלי' וא"כ בלא"ה תקשי אמאי אזלינן כאן להקל הא הוי טומאה הבאה מאלי' עיי"ש בר"ן שדחק מאד בזה. ולענד"נ פשוט דהש"ס ס"ל דכל מילי דרבנן הוי כדבר הבא בידי אדם דאמרינן דלא מעייל אינש נפשי' לספיקא דמ"ש אם אדם אוסר על עצמו או ב"ד שאוסרים על כל העולם. כיון דמ"מ בא ע"י אדם אמרינן דלא מעייל אינש נפשי' לספיקא ושפיר מדמה ספד"ר לקדושה הבאה בידי אדם. וא"כ ה"נ בתקנת ר"ג כיון דהוי קדושה הבאה ע"י אדם אזלינן בספיקו להקל משום דלא מעייל אינש נפשי' לספיקא כדקיי"ל בש"ע אה"ע סי' ל"ז סעי' י"ח. אף דבחי' הרשב"א שם מקשה פסקי דסתרי אהדדי להא דקיי"ל סתם נדרים להחמיר. עיין בנד"ז שם מה שמתרץ בזה. ואף דלכאו' כאן הוי ספק נגד חזקת הגוף דאמרינן השתא הוא דאיתרע. מ"מ הא הרמב"ם פוסק דספיקא דרבנן אף ביש חזקה ספיקו להקל עי' מל"מ פ"י מהל' מקואות ה"ו ובפרמ"ג יו"ד סי' ק"י בדיני ס"ס ובפרט דנ"ל דהחולאת הזאת ר"ל כיון דאינו בא בפעם אחת הוי כמקוה דחסר ואתאי שכ' הט"ז ביו"ד סי' א' דלא אוקמינן אחזקה דמעיקרא וכמו בשוחט ששכח הל' שחיטה עיי"ש:

ובדרך החידוד נ"ל ליישב מה שהעירותי על תשו' הרא"ש מדברי התוס' כתובות הנ"ל. דלכאורה קשה מאי קשיא להו להתו' דנימא גם בנולדו בו מומין נסתחפה שדה שלה. הא בלא"ה קשה על הא דאמרינן נסתחפה שדהו הא כתבו התוס' בפ' איזהו נשך (דס"ד ע"א) ד"ה אי תקפה וכו' דאם החמיץ בקנקנים דמוכר הוי מקח טעות. ואף למ"ד מזל דגברא גרים כיון דהתנה עמו אי תקפה ברשותי' א"כ ליכא למימר מזלא דלוקח גרים עיי"ש. א"כ ה"נ אף בלא תנאי הרי ידעינן דלא נחית אדעתא דמומין דהא אם הי' בה המומין קודם הנישואין לכ"ע הוי קידושי טעות וא"כ גם בנולדו בה אח"כ היכא אמרינן דמזלי' גרם. אדרבה כיון דאם נאמר דהדין הוא שתצא שלא בכתובה. א"כ אין לו הפסד כלל בדבר ומנא ידעינן דמזלו גרם. אך צ"ל דהא כיון דגם בלא המומין הי' יכול לגרשה מדינא דש"ס דאשה יוצאת שלא מדעתה. ואפ"ה חזינן דעד שנולדו בה המומין לא הי' חפץ לגרשה א"כ ניחא לי' בגווה. וא"כ עכשיו דמוכרח לגרשה ע"י המומין אף דתצא שלא בכתובה הפסד הוא לגבי' כיון דהי' חפץ בה ושפיר אמרינן דמזלו גרם. וא"כ כ"ז בדידה אבל בנולדו בו מומין דהיא לא היתה יכולה לגרשו שלא מדעתו, א"כ עתה דנולד בו מומין מאי הקשו התוס' נימא דמזלה גרם מאן יימר דיש לה הפסד כלל בדבר כיון דהדין הוא דמוכרח עתה לגרשה דילמא היא חפצה בכך. כיון דאין לנו הוכחה ע"ז כמו

בדידי' דיש לנו הוכחה מדלא גירשה. אך צ"ל דאין זה קושיא דאנן סהדי דאיתתא בכ"ד ניחא לה דטב למיתב וכו'. וא"כ וודאי יש לה הפסד בדבר במה שמוכרח לגרשה ושפיר הקשו דנימא מזלה גרם וא"כ כ"ז בדידי' אבל בנולדו בה מומין לאחר תקנת ר"ג דלא הי' יכול לגרשה בע"כ. ובדידי' לא שייך ג"כ הסברא דבכ"ד ניחא לי'. דרק באשה אמרינן כן. שפיר כ' הרא"ש דכופין אותה לגרש ומאי אמרת מזלו גרם דז"א דמנא ידעינן דיש לו הפסד כלל בדבר דילמא בלא"ה הי' חפץ לגרשה רק דלא הי' יכול משום תקנת ר"ג. ול"ש לומר מזלו גרם כס' התוס' בפ' איזהו נשך הנ"ל:

אשר מכ"ז נראה לי פשוט שיכולין להתיר להאברך הנ"ל לישא אשה אחרת אחר שישליש גט וכתובה כדינא. ויחוד בית לא בעינן כאן דהיא אצל אבי'. ולענין מזונות אף דלפי טענתו שהי' מקודם אין לה מזונות וגם דהוי פלוגתת הרמב"ם והרמ"ה והצ"צ סי' ס"ז כתב די"ל קי"ל כהרמב"ם. מ"מ זה ד"מ ואין שייך להיתר ויקוב הדין ההר ביניהם. ותנאי ההיתר הוא רק השלשת גט וכתובה כמבואר באחרונים:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **מארנאפאל**.

סימן י

שלום אשיב לכבוד הה"ג החו"ב זקן וקנה חכמה מו"ה דובערל **קיממעל** נ"י ראבד"ק **קנעהניטש** יצ"ו:

ע"ד שאלתו באחד שאמר על עובר שבמעי אשתו שאינו ממנו. שמחמת מריבות וקטטות לא קרב אלי'. ואמר ששמע קלא שהוולד הוא מבחור אחד שדר באותו הכפר. וגם שמע שהיא מעוברת מנכרי. ועכ"פ יודע בבירור שממנו אינה מעוברת והאשה הכחישה אותו. ובכ"ז נתגרשה ממנו בג"פ ואח"כ ילדה בת. ועתה נתגדלה אותה הבת ורוצית לינשא לישראל. אם מותרת לבוא בקהל. דאף דהאב נאמן על העובר שאינו ממנו כמבואר באה"ע סי' ד' סכ"ט. מ"מ הא איכא לספוקי דילמא מעכו"ם נתעברה וקיי"ל דנכרי ועבד הבא על ב"י הוולד כשר ובפרט בכפר דהוי רוב נכרים. והנה מה שצידד כת"ה לצרף דעת הש"ג סוף קידושין דהאב אינו נאמן רק לומר על בנו שהוא ב"ג וב"ח. ולא לומר שאינו בנו עיי"ש. הנה אם באנו לצרף איכא עוד לאיצטרופי דעת התוס' בקידושין (דע"ד) ד"ה כשם דאינו נאמן רק דרך הכרת בכורה לומר על הוולד שלאחרי' שהוא בכור וממילא הראשון הוא אינו בנו. ובהגמי"י הובא בב"י סי' הנ"ל מביא כן גם בשם הבה"ג ור"ת. וגם דעת התוס' רי"ד דאינו נאמן רק היכא דהיא אינה מכחישתו. אך כבר סגר עלינו התומים הדרך שלא לצרף דעות שלא הובאו בש"ע. אבל יען שדבר קשה הוא מאד לעגן אשה כל ימי' וגם יש חשש גדול ממכשולות שתכשיל רבים. וגם כתב כת"ה שיש חשש

שלא תצא לת"ר ח"ו לגמרי. לכן מצוה גדול לחפוש לה היתר ומוכרחין לחתור חתירה שלא יהי' נגד הש"ע:

והנה לכאורה קשיא לי לפי"מ דמבואר ביבמות (דמ"ז) ונפסק כן בש"ע הנ"ל. דאם יש בנים לבן גם על הבן אינו נאמן דכיון דאינו נאמן על הבני בנים גם על הבן אינו נאמן. משום דהוי עדות שבטלה מקצתה וכו' וקשה דא"כ גם באומר שהוא אינו בנו הרי עושה אותה זונה ומפסידה כתובתה לפי דבריו. ואנן לא מהימנינן לי' להפסידה כתובתה. דלא מהימן רק באומר פ"פ מצאתי דאאט"ב ומפסידה. אבל לאחר הנשואין אם אומר על אשתו שזינתה פשיטא דאינו נאמן להפסידה כתובתה. וכמבואר להדיא בסי' קט"ו ס"ז דאסור לו לבוא עלי' ויתן כתובה. א"כ נימא דכיון דאינו נאמן עלי' להפסידה כתובתה. לא יהי' נאמן גם על העובר כמו ביש בנים לבן:

אך נ"ל דהא מבואר בסי' ס"ח ס"ט דגם באומר פ"פ מצאתי דנאמן להפסידה כתובתה מ"מ אם היא אומרת משארסתני נאנסתי יש לה כתובה משום דברי ושמא כברי עדיף. כיון דהוא אינו יודע אם באונס אם ברצון. א"כ ה"נ בהא דאומר על העובר שאינו בנו. אינו בא להפסידה כתובתה כלל. דהא יכולה לתרץ עצמה ולומר נאנסתי. וא"כ אינו דומה כלל להא דיש בנים לבן. דשם כיון דאומר על הבן שהוא ממזר בע"כ גם בני בניו הם ממזרים. דא"א שבנו יהי' ממזר ולא בני בניו. וכיון דאינו נאמן על ב"ב. נתבטל עדותו גם לענין הבן. אבל כאן בשעה שאומר על העובר שאינו בנו. אינו מוכרח לומר דמשום זה לא יהי' לה כתובה. דהא יכולה לתרץ עצמה ולומר נאנסתי. וא"כ לא נתבטל כלל אף מקצת דיבורו. דמכח דיבורו לא הי' מוכרח לומר דתפסיד כתובתה. וז"ב מאד. אך תינח לענין הכתובה אבל לענין לאוסרה על בעלה. הא דעת הרבה פוסקים דאף כשאומרת נאנסתי לא מהני לענין איסור. כמ"ש הה"מ פי"ח מהא"ב ה"י בשם יש מהמפרשים. ושכן הוא ג"כ דעת הרמב"ם. עיי"ש בב"י ובש"ע ס"ז. וא"כ בשעה שאומר אינו בנו נאסרה היא עליו תיכף ולא תהא נאמנת כלל לומר נאנסתי דאונס לא שכיח. וא"כ הרי בדיבורה בא ג"כ לאוסרה עליו. וא"כ בשלמא לדינא דהש"ס והש"ע דלאוסרה עליו בלא"ה נאמן משום דשאחד"א שפיר לא נתבטל דיבורו כלל. דהא באמת מהימן גם לאוסרה עליו. וממילא נאמן גם לפסול את בנו. ומה דאינו נאמן להפסיד כתובתה. זה לאו משום דנתבטל דיבורו. רק דמעיקרא לא חל על זה דיבורו כלל. דבדיבורו לא הי' מוכרח להפסידה כתובתה דיכולה תיכף לתרץ עצמה ולומר נאנסתי. אך כ"ז לדינא דהש"ס והש"ע. אבל אנן דקיי"ל בסי' קע"ח דלאחר תקנת רגמ"ה אין הבעל נאמן לומר שזינתה כיון דמשועבד לה. א"כ שוב חזרה קושייתי הנ"ל לדוכתא. הא בשעה שאומר שזה אינו בנו. א"כ מכח

דיבורו אם יהי' נאמן שכן הוא. הרי בהכרח שהיא ג"כ תיאסר עליו כיון דלא תלינן באונס. ולא מהימנא לומר נאנסתי. ואפ"ה אינו נאמן לאוסרה עליו כיון דמשועבד לה. וא"כ כיון דאינו נאמן עלי'. אינו נאמן גם על בנו. ממש כמו ביש בנים לבן. ומעתה אין מסתימת דין הש"ע ראי' כלל לנדון דידן. דשם דאינו מוזכר כלל הדין לענין האם רק לענין הוולד. הרי בע"כ או דאיירי קודם תקנת ר"ג. או במקום שלא נתפשטה התקנה שלו. דאז באמת נאסרת עליו האם מחמת דיבורו משום דשאחד"א. או דאיירי דאינו טוען כלל לענין האם דהוא בעצמו אומר שנאנסה שפיר נאמן על הוולד לפוסלו. אבל בנ"ד דכל עיקר דיבורו הי' ע"י קטטה שרצה לגרשה משום שחשדה שזינתה ברצון. ואדרבא עיקר דיבורו הי' כדי לאוסרה עליו שתהי' מוכרחת לקבל ג"פ. כדמוכח ממכתבו. והיא היתה מכחישתו תיכף. דאז אליבא דכ"ע היתה נאסרת אם הי' מאמינים לו. דאז לכ"ע לא תלינן באונס. כיון דהיא אינה אומרת נאנסתי וליכא ברי ושמא. כמבואר בסי' ס"ח ס"ז. וא"כ כיון דעפ"י דיבורו הי' מוכרח שתהי' היא ג"כ נאסרת. אלא דעליו לא הי' מהימן לדידן אחר תקנת רגמ"ה כיון דמשועבד לה א"כ גם על הבן לא מהימן כמו ביש בנים לבן כנ"ל:

איברא דיש לשדות נרגא בכ"ז. כיון דעיקר הטעם דיש בנים לבן אינו נאמן גם על הבן. הוא משום עדות שבטלה מקצתה כמבואר בישועות יעקב בסי' ד' ס"ק כ"ב בפירוש הקצר עיי"ש. וידוע שיטת הראב"ד הובא באריכות בחי' הר"ן סנהדרין (ד"ט) דרק בקרובים או פסולים אמרינן עדות שבטלה מקצתו אבל לא בבע"ד עצמו שאינו בגדר עדות. ומש"ה אמרינן פלגינן דיבורי' בפלוני רבעני לרצוני ול"א עדות שבטלה מקצתו משום דעל עצמו אינו בגדר עד. וכתב שם הראב"ד דלענין זה אשתו כגופו דלא הוי בגדר עד. ופירש שם דברי הש"ס סנהדרין (ד"י ע"א) בפלוני בא על אשתי דמש"ה מצטרף להורגו אף דאינו נאמן להורגה משום דאשתו כגופו עיי"ש. ודלא כדפירש"י והרמב"ם שם. וא"כ מעיקרא אין כאן קושיא מהא דיש בנים לבן. דשם כיון דאינו נאמן על בן הבן מתורת קרוב ויש עליו גדר עד. אמרינן עדשב"מ בטלה כולה. אבל מה דמעיד לאסור את אשתו. ע"ז אינו כלל בגדר עד. משום דאשתו כגופו והוי כבע"ד. בהא שפיר אמרינן פלגינן דיבורי'. נהי דעליו אינו נאמן מ"מ על הבן נאמן. וא"כ לשיטת הראב"ד נסתר הבנין הנ"ל. אבל באמת שיטת הראב"ד אינה מוסכמת. דהוא מפרש שיטת הש"ס (במכות ד"ז). הא דקאמר במקיימי דבר ולא בעושי דבר. הוא ג"כ מט"ז. דהעושה דבר הוא בע"ד ולא בגדר עד. והתוס' ושאר מפרשים אינם מפרשים כן רק דבמעשה תליא מילתא. עיין תומים ריש סי' ל"ו ולפי"ד הראב"ד יהי' נולד דבר חדש. דאם מעידים על אשה שהרגה את הנפש או חיללה שבת וכדומה. והבעל הי' ג"כ בין אותם העדים לא יפסול משום

נמצא א' מהם קרוב או פסול דהבעל הוא בגדר בע"ד. ובאמת בכל סי' ל"ו ובכל הפוסקים אין זכר מדין זה כלל. ומדסתמו משמע דלא ס"ל כלל כשיטת הראב"ד. ואדרבא רש"י והרמב"ם והתוס' פירשו שם בש"ס סנהדרין להיפך דאדרבא הס"ד דהש"ס דהבעל כנגד אשתו לא יהי' אף כקרוב. דהיינו אם יעיד גם על אחר יהי' נאמן גם על אשתו משום מגו ועדיף משאר קרובים. אלא דמסיק הש"ס דאמרינן אדם קרוב אצל אשתו. דהיינו דהוא כשאר קרובים. אבל לא שיהי' גרוע משאר קרובים. ושיהי' בגדר בע"ד ממש. ומש"ה שפיר סתמו הפוסקים דלענין נמצא א' מהם קא"פ אין חילוק בין הבעל לשאר קרובים. ואמרינן גם בבעל עדות שבטלה מקצתה וכו'. וא"כ ה"נ בנ"ד כיון דבטל מה דמעיד על אשתו בטל גם מה דמעיד על הבן. כמו ביש בנים לבן:

ואל תשיבני מהא דסכ"ז שם בארוסה שעיברה דאם היא מכחישה הוולד ממזר. וכתב הרמב"ם פט"ו מהא"ב הי"ז דהוא משום דאף אם הי' וודאי בנו הי' נאמן לפוסלו. ואפ"ה מסיים דעלי' אינו נאמן ואינה בחזקת זונה ואם ניסת לכהן לא תצא הרי דאף דאינו נאמן עלי' מ"מ על העובר נאמן. דז"א דהא גם בהאי דינא דיש בנים לבן. הוא רק היכא דיש לו בנים באותה שעה. אבל באין לו בנים באותה שעה אף דידעינן בוודאי שיהי' לו בנים אח"כ. לא אמרינן כה"ג שלא יהי' נאמן על הבן דעיקר הוא בשעת הדיבור אם נתבטל מקצתו אז בשעה שאמר. וא"כ ה"נ בארוסה דלע"ע היא אשת איש ואין נ"מ כלל לענין כהן דבלא"ה אסורה משום א"א. ולא אתי איסור זונה הקל וחל על איסור א"א החמור. ואי דנ"מ לאחר מיתתו אם תהי' אסורה לכהן. מ"מ כיון דעכשיו עדיין אין נ"מ הוי כמו אין בנים לבן. אף דאנו יודעין שיוולדו לו אח"כ. וגם בלא"ה אין להביא ראי' כ"כ מארוסה דשם א"צ לבוא לנאמנותו דאב כ"כ. דבלא"ה כיון דעדיין היא ארוסה בבית אבי'. ליכא למימר רוב בעילות אחר הבעל. ואדרבא צריכין לילך אחר רובא דעלמא. וגם בלא נאמנות שנתנה תורה להאב הוי ספק ממזר. לכך נאמן על הוולד אף דאינו נאמן עלי', וק"ל. ויש להסביר החילוק הנ"ל עוד יותר. דביש בנים באותה שעה לבן, אז אמרינן דבשעה שאמר על הבן. כוון גם לבני הבן. והוי כמעיד על כולם. לכך הוי עדות שב"מ ב"כ. אבל באין בנים באותה שעה אז אמרינן דאין דעתו של אדם על מה שיבוא אח"כ כמ"ש הרשב"ם בב"ב (דקכ"ח ע"ב) ד"ה ובנכסים ולא העיד כלל על הבני בנים ומש"ה נמי בארוסה במה שאומר שאין זה בנו לא נתכוון עדיין לאוסרה לכהן. כיון דעדיין אינה עומדת לינשא לכהן. ולאוסרה על עצמו י"ל ג"כ דלא נתכוון דדילמא נאנסה ותאמר דנאנסה וכמש"ל אבל הא וודאי לא אסיק אדעתי' דימות ותרצה אח"כ

לינשא לכהן. אבל בנ"ד דידענו וודאי דהעיקר נתכוון לאוסרה עליו שתרצה להתגרש וודאי אמרינן בכה"ג עדות שב"מ ב"כ כנ"ל:

עוד יש להעיר בזה בהא דמבואר ביבמות (דקי"א ע"ב) בין ביבם בין בטענת בתולים דאחר ל' יום לא מהימן לומר לא בעלתי משום חזקה דלא מוקי אינש אנפשי'. וא"כ מנ"ל דהא דהאמינה תורה לומר שאינו בנו הוא אף נגד חזקה זאת. דילמא לא מהימן רק בתוך ל'. כגון שלא הי' בעיר. או באיזו אופן שיהי'. וכל כה"ג אמרינן שנאמן לומר שלא בא עלי' ואין הוולד ממנו. אבל בהי' אתה בעיר והוא אומר שלא בא עלי'. ובהכרח לומר שלא בא עלי' יותר מל' יום. דפחות מל' יום א"א כלל לידע שלא ממנו נתעברה. דדילמא היתה מעוברת מקודם והוולד אשתהי ובע"כ מוכרח לומר זמן מרובה שא"א עוד להסתפק אם הוולד ממנו. וא"כ בנ"ד דכפי הנראה מתוכן השאלה הי' בעיר. רק שאומר שהי' לו קטטה אתה מנ"ל דמהימן לומר לא בעלתי נגד החזקה דלא מוקי אינש אנפשי' יותר מל' יום. וגם הא מבואר ברמ"א בסי' ד' סכ"ט הנ"ל דאם האב אומר אמתלא אח"כ למה אמר שהוא אינו בנו נאמן אח"כ להכשירו. וא"כ לכאורה יש להבין הא דמבואר במחבר שם ובלשון הרמב"ם דהוא ממזר וודאי ומשמע אף לקולא דמותר לישא ממזרת. והא כתב הריטב"א הובא בשטמ"ק כתובות (די"א) לענין גר קטן דמטבילין אותו ע"ד ב"ד. דמ"מ לענין איסור תורה אין סומכין על גירותו. דכיון שיכול למחות כשהגדיל חיישינן שמא ימחה ונמצא עביד איסורא למפרע עיי"ש. וא"כ ה"נ נימא שמא יחזור בו אח"כ האב ע"י אמתלא ונמצא דעבד איסורא למפרע במה שנשא ממזרת. וצ"ל דשם שאני דיכול למחות בלי שום טעם. חיישינן שפיר שמא ימחה. אבל כאן דצריך אמתלא לדבריו. כ"ז שאין אנו רואין אמתלא לא חיישינן לכך. אבל כאן בנ"ד דהאמתלא היא גלוי' ומבוררת לפנינו. דידוע לנו דכל הענין בא מחמת קטטה דרצה לגרשה. וכמו שאומר הבעל עצמו דמחמת מריבות וקטטות לא קרב אלי'. וא"כ בוודאי אם יאמר דכדי שתהי' אסורה עליו ותרצה לקבל ג"פ אמר דהיא הרה לזנונים. וודאי דיהי' נאמן. וא"כ אף אם הוא לא אמר כלום. מ"מ אנן מי שתקינן ומחזיקין הוולד באינו ממנו בוודאי. ודילמא לא אמר רק מחמת קטטה. והא דלא חזר בו אח"כ אחר שגירשה. דילמא הי' ירא שתתבע ממנו מזונות הוולד או משום דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' וכדומה. וא"כ י"ל דיותר מספק לא הוי. ולכן אף דא"א להעמיד יסוד על סברות בעלמא. מ"מ כיון שראיתי בתשו' הגרע"א תשו' קכ"ח באד"ה אך עכ"ז. שצירף שיטת הפוסקים המתירים הנ"ל לומר שהוי רק ספיקא דדינא. והסכים עמו חתנו הגאון החת"ס ז"ל. ובנ"ד דאיכא ג"כ צירופי היתרא שעוררתי גם אנכי הצעיר למעלה. וודאי י"ל דהוי רק ספק. וא"כ כיון דאיכא עוד ספק דילמא

מנכרי כמו שאמר הבעל בעצמו. ובפרט בכפר שהוא רוב נכרים. א"כ יש להתירה מטעם ס"ס דילמא מבעלה ודילמא מנכרי:

אך מה שעומד לנגדינו בזה הוא. חדא דברי הב"ש שם בסוף סק"ד מ"ד דאף דהיכא דאינה בפנינו הוולד רק ספק ממזר. משום דדילמא מנכרי נתעברה. מ"מ אם היא בפנינו ואינה אומרת דמנכרי נתעברה אלא מכחישתו ואומרת ממנו שוב לא מספקינן בנכרי והוי וודאי ממזר וכ"כ השעה"מ פט"ו מהא"ב. וא"כ הכא היפה בעינינו והכחישתו שאמרה ממנו. השני הוא דברי הב"ש שם בס"ק מ"ג ונ"ב דיש סברא דלא תלינן בעכו"ם כלל עיי"ש. והשלישית דעת הסוברים דבפסול יוחסין ל"מ ס"ס. ואף דהב"ש בסי' ב' סקט"ז כתב דזה רק בפסול כהונה ולא בפסולי קהל דזה הוי כדיעבד. מ"מ הב"מ בסי' ד' סכ"ו מביא דעת הריטב"א והמרדכי דאף לענין דיעבד ופסולי קהל החמירו דל"מ ס"ס עיי"ש. וכמו שהחמירו דלא סגי בחד רובא ביוחסין:

אך נראה דכל השלש סתירות אלו לא יתייצבו לנגדינו כלל. דהנה תיכף בתחלת עיוני הוי קשיא לי טובא ומצאתי אח"כ להב"מ שהקשה ג"כ כן על הא דכתב הב"ש בסקמ"ד הנ"ל דכשהיא בפנינו ומכחישתו שממנו מעוברת גרע טפי דלא מספקא לן תו בנכרי כיון דהיא עצמה הודית דאינה מעוברת מהנכרי והרי הב"ש גופי' בסקל"ט שם הביא דברי הה"מ דבספק ממזר אף דהאם נאמנת להכשירו אבל אינה נאמנת לפוסלו ולישווי' וודאי ממזר. כי דווקא להאב נתנה תורה נאמנות לפסול בנו ולא להאם עיי"ש. ה"נ מאי מהני הודאתה שאינו מנכרי הא היא אינה נאמנת כלל לפוסלו ודיבורה כמאן דליתא ושוב ל"ה רק ס' ממזר. עיין בב"מ סכ"ז ד"ה ותו כתב הב"ש. אך נראה לתרץ דהנה הב"ש שם בסקל"ט הקשה על הה"מ דכתב דאינה נאמנת לפוסלו ולעשותו ממזר וודאי אמאי והא כל הטעם דנאמנת להכשירו הוא משום דכיון דגם בלא דיבורה הוא ס' ממזר ומותר מדאורייתא לבוא בקהל רק דהם החמירו משום מעלת יוחסין והם הקילו להאמין האם א"כ גם לעשותו ממזר וודאי שיהי' מותר בממזרת תהי' נאמנת דהא קיי"ל בקהל וודאי הוא דלא יבוא הא בקהל ספק יבוא ומותר מדאורייתא לישא ממזרת רק מדרבנן אסור א"כ תהא נאמנת האם לפוסלו ולעשותו ממזר וודאי ויהי' מותר בממזרת. עיין בישויע"ק מ"ש ע"ז:

ולענד"נ לתרץ בפשיטות דהנה בהא דעושית אותו ממזר וודאי לפעמים היא חומרא לגבי' כגון אם יוולד בו עוד ספק אחד אם הוא זה אחר כמו באלמנת עיסה דסי' ב' וכדומה אם הי' רק ס' ממזר הי' מותר מטעם ס"ס. אבל אם תהי' נאמנת לפוסלו ולעשותו ממזר וודאי שוב לא יועיל בו עוד ספק אחד ולחומרא וודאי דאינה נאמנת כיון דמדאורייתא

בלא דיבורה הוא כשר ורק מדרבנן פסול לא נתנה תורה וגם חכמים נאמנות להאם לפוסלו לסתור דברי תורה. וכיון דלהחמיר אינה נאמנת לעשותו ממזר וודאי שוב גם להקל ולהתירו בממזרת לא הימנוהו חכמים שזה כתרתי דסתרי ושלא יהי' מילי דחכמים כחוכא וכו'. והנה בב"ש סקמ"ג מביא דעת המהרי"ו דס' ממנו וס' מנכרי מותר משום ס"ס ודחה דבריו מהא דפרוצה ביותר חוששין לבני' והא הוי ס"ס דילמא ממנו ודילמא מנכרי ובע"כ דנכרי לא תלינן וכמ"ש הב"מ הובא בתשו' רע"א סי' ק"ב בשם ס' אורים גדולים ומטעם דאין קירוב דעת כ"כ לבת ישראל עם נכרי וא"כ לפי"ז לא משכחת כלל שתחמיר בדיבורה מה שאומרת שהוא וודאי ממזר משום שאינו מנכרי דהא אף בלא דיבורה שהוא ספק ג"כ לא נתיר משום ס"ס אליבא דהב"ש הנ"ל משום דבנכרי לא תלינן וא"כ שפיר כתב הב"ש דאם היא לפנינו ומודית דאינו מנכרי הוי וודאי ממזר להתירו בממזרת מטעם שכתב הב"ש בסקל"ט כיון דמדאורייתא בלאו דיבורה מותרת דבקהל ספק יבוא שפיר הימנוהו מדבריהם וכאן ל"ש תירוצי הנ"ל משום דלהחמיר לא תהא נאמנת שלא יהא מהני ס"ס דז"א דרק שם בסקל"ט בשאר פסולי קהל אבל כאן בנכרי דאף גם בלא דיבורה לא הי' מועיל ס"ס דילמא מנכרי כמש"ל א"כ דיבורה לא יזיק להחמיר כלל שפיר נוכל לומר דמהני להקל להתירו בממזרת כממזר וודאי משום דהוי רק מילי דרבנן ונכונים דברי הב"ש הנ"ל שכתב דהוי ממזר וודאי. והנה נ"ל לומר סברא אחת בענין זה דנהי דנאמר דלא תלינן בעכו"ם משום דבת ישראל לא שכיחא כ"כ גבי עכו"ם היינו היכא דהוי ספק השקול כגון במחצה נכרים ומחצה ישראל אבל היכא דרובא נכרים שפיר יש לנו לומר דנגד זה מה ששכיח קצת יותר לתלות בישראל מכריע מה שרוב נכרים דשכיחי נכרים אצלה יותר מישראל וזה סברא נכונה לדעתי בפרט דכבר מחו לה מאה עוכלי כו' הב"מ והגרע"א הנ"ל דוודאי נכרים פרוצים יותר בעריות והבו דלא להוסיף בספק השקול ולא ברוב עכו"ם. וא"כ מעתה בנ"ד דאיירי בכפר דרובא נכרים שפיר יש להתיר מס"ס דילמא ממנו ודילמא מנכרי מאי אמרת כיון דהיא הכחישתו הרי הודית דאינו מנכרי ז"א דכבר הוכחתי דל"מ דיבורה רק להקל משום דהוי רק איסור דרבנן אבל להחמיר לא כמ"ש הה"מ הנ"ל דלא נתנה תורה נאמנות לאם לפסול הוולד רק לאב וכמש"ל. נמצא דאזדו להו שנים מסתירות ההיתר דידן ונשאר רק השלישי דעת הסוברים דל"מ ס"ס גם בפסולי קהל אף דהוי כדיעבד. אבל באמת גם ז"א דהנה העיקר מה שהביא להב"ש ויתר האחרונים הנ"ל לומר דלא תלינן בעכו"ם הוא משום קושיית הב"ש בס"ק מ"ג הנ"ל דאמאי בפרוצה ביותר חוששין הא הוי ס"ס

דילמא מבעלה ודילמא מנכרי וכמו שהביא הב"מ בשם הס' אורים גדולים הנ"ל וכמו שהאריכו בזה הגאונים הנ"ל בתשו' רע"א מסי' ק' עד סי' ק"ו:

ואמנם הב"מ בספרו ובתשו' הנ"ל תירץ בפשיטות דהא דאסרינן בפרוצה ביותר הוא משום דס"ל כדעת האוסרים דל"מ ס"ס בפסול קהל וא"כ מעתה הני תרי מילי תלוין זב"ז אם נאמר דל"מ ס"ס בפסולי קהל אין לנו שום הכרח לומר דאין תולין בנכרי נגד הסברא דעכו"ם פרוצים בעריות יותר ואם נרצה להחמיר ולומר דאין תולין בנכרי בע"כ משום הראי' דפרוצה ביותר א"כ בע"כ צריך לתפוס דמהני ס"ס בפסולי קהל. והנה נ"ל ברור דכיון דזה גופא חומרא גדולה הוא לומר דבפסולי קהל דמדאורייתא בס' אחד שריא יחמירו חכמים ביותר דל"מ אף ס"ס יכולין אנו לומר דזה רק היכא דעכ"פ ב' הספיקות שקולות. אבל ברוב עכו"ם דיש בספק השני רוב להיתר וודאי מהני בפסולי קהל. וא"כ מעתה בנ"ד ממ"נ מותר אם תרצה לומר דלא תלינן בעכו"ם א"כ בע"כ משום ראי' דפרוצה ביותר וא"כ מוכח דמהני ס"ס בפסולי קהל וכיון דס"ס מהני גם במחצה על מחצה מאי אמרת דאין תולין בנכרי הא כבר כתבתי לעיל דאף המחמיר דאין תולין בעכו"ם משום דאצל ישראל שכיחא יותר מ"מ היכא דרוב עכו"ם מכריע מה דשכיחי רוב עכו"ם שנתלה בעכו"ם כמו בישראל והוי שוב ספק השקול ולסברא זו מהני ס"ס גם בספק השקול מאי אמרת דנחמיר כמאן דס"ל דל"מ ס"ס בפסולי קהל ז"א דלמאן דס"ל כן אליבא דידי' אין הכרח כלל לומר לתלות בישראל יותר מבנכרי כמש"ל דשוב אין ראי' מפרוצה וא"כ גם אם הי' מחצה על מחצה הוי ס"ס שפיר אלא דתרצה לומר דל"מ ס"ס בפסולי קהל. אבל כ"כ דהיכא דבספק השני הוי רוב להיתר לכ"ע מותר וכאן הא איכא רוב נכרים וא"כ ממ"נ מותר. ודוק היטב בכ"ז כי נכון בעזה"י לדעתי. ולכן נלע"ד דיש לסמוך בנ"ד להתיר ובפרט בעו"ה בזה"ז דקלקלתן תקנתן דידוע דבכפרים שכיח הרבה קריבות דעת עם הנכרים וגם בעיקר נאמנות האב נ"ל דיש לחקור אצל האם אם מעשה הזאת היתה איזו זמן אחר הנשואין ובוודאי א"א לומר דתיכף אחר הנשואין נולד הקטטה שלא קרב אלי' כלל מתחלתו דזה מילתא דל"ש כלל ובוודאי הי' דר עמה איזו זמן ואח"כ פירש ממנה וא"כ כל דיבורו שאמר שאינה מעוברת ממנו א"א לו לידע בבירור ואמר רק ע"צ הדמיון דהא אנן קיי"ל דעד יב"ח יכולין לומר אשתהי וגם מדינא דהש"ס והש"ע אינה מסולקת דמים רק אחר ג' חדשים וא"כ א"א לו לידע כלל מאיזו זמן היא מעוברת. ואף דכתבו האחרונים הנ"ל דעכשיו נשתנו הטבעים מ"מ אין זה דבר ברור שיהי' כן בכל הנשים והדבר ברור אצלי שאם הי' הבעל בפנינו והיינו דורשין וחוקרין אותו היטב הי' נתברר שלא יוכל לומר דבר ברור כלל וא"כ עכשיו שאינו לפנינו עכ"פ

יותר מס' ממזר לא הוי דמדאורייתא שרי ויכולין אנו שפיר לסמוך ע"ד המהרי"ו שבב"ש סקמ"ג הנ"ל דבספק ממנו וספק מנכרי מותרת מכ"ש ברוב נכרים ולכן אם אפשר לכת"ה לחקור עוד הדבר היטב אצל אבי' ואמה הי' מהנכון ושיודיעני בירור הדברים על נכון ואם א"א כ"ז מחמת שהוא דבר חמור אין רצוני לסמוך על עצמי רק ישאל עוד לשני גדולי הדור כמו הרב הגאון הישיש אבד"ק בראדי שליט"א ואחד מגדולי רבני פולין ואם יסכימו להתיר גם אנכי דרינא בהדייהו והשי"ת יצילנו משגיאות:

אחר כתבי זאת ראיתי תשו' חת"ס אה"ע סי' י"ג שהשיב ג"כ על העובדא של הגרע"א. ומתיר ג"כ מטעם ס"ס כזה דס"ל דעל נאמנות האב הוי רק ס' ממזר משום פלוגתת הפוסקים הנ"ל. ועוד ספק דילמא מנכרי. אלא שסותר ד"ע בתשו' ט' וי' דהחזיק בדעת העצי ארזים דלא תלינן בנכרי משום דחרפה היא לה לבעול מנכרי. ואולי כאן בסי' י"ג דאיירי ברוב נכרים ס"ל דעדיף טפי וכמש"ל. וגם בס' נתיבות לשבת מהגאון הפלאה ז"ל בסי' ד' סכ"ט דעתו דאין לתלות בישראל יותר מעכו"ם. ויישב דברי הטור שכתב דהוי ממזר וודאי באו"א עיי"ש:

וגם מה שכתבתי לעיל לסתור הסברא הראשונה שכתבתי בראש מכתבי שלא יהי' נאמן על הוולד משום שנ"מ גם על האם והוי כמו ביש בנים לבן. וכתבתי דלדברי הראב"ד דס"ל דאדם קרוב אצל אשתו והוי כגופו דאמרינן פלגינן דיבורי' ראיתי עתה דאין זה סתירה דהא כתבו התוס' בכתובות בסוגיא דאנוסים היינו בד"ה ואין. דכיון דקיום שטרות מדרבנן ל"א פלגינן דיבורי' לפסול השטר שהוא כשר מדאורייתא. ה"נ כיון דגם לדברי הבעל עצמו יותר מספק ממזר לא הוי דדילמא מנכרי כמו שאמר הוא עצמו ששמע קול שהוא מנכרי והוי רק ס' ממזר וכ"כ גם ההפלאה בחי' קידושין (דע"ד) בסוגיא דנאמן על בנו עיי"ש. וא"כ מדאורייתא מותר דס' ממזר שרי רחמנא ולא הוי רק איסור דרבנן ל"א כה"ג פלגינן דיבורי' היכא דאינו נאמן על אשתו. ויתיישב בזה ג"כ מה שהקשיתי למעלה על דברי מסכ"ז בארוסה דאינו נאמן לפסלה לכהונה ולעשותה זונה. ואפ"ה על הוולד נאמן לעשותו ממזר וודאי. דז"א דשם בארוסה דגם בלא נאמנותו מתורת האב הוי ס' ממזר. כיון דעדיין היא ארוסה ול"ש לתלות בבעל כ"כ. ואף דאם היא אומרת מארוס נאמנת היינו ג"כ משום כיון דבלא"ה הוא ס' ממזר דמותר מה"ת. נתנו חכמים נאמנות להאם להכשירו כמ"ש הה"מ שהבאתי לעיל וא"כ בממזרת ג"כ מותר מה"ת כמ"ש הב"ש הנ"ל דבקהל ספק יבוא. וא"כ אם האב אומר שאינו ממנו שכתב הרמב"ם דהוי ממזר וודאי להתירו בממזרת. שפיר אף דאינו נאמן על האם אמרינן פלגינן דיבורי' לאוקמי על דאורייתא אבל כאן באשתו דאי לאו דיבורו הוי ישראל גמור ומותר

בבת ישראל. וע"י דיבורו בא להחמיר עליו לאוסרו בב"י. שפיר אמרינן כיון דמדאורייתא גם לפי דיבורו מותר. משום ס' דילמא מנכרי ורק מדרבנן אסור. שפיר אמרינן דהיכא דבא לאסור האם ואינו נאמן עלי' אינו נאמן גם על הוולד ול"א פלגינן דיבורו לפוסלו כיון דמדאורייתא בלא"ה מותר הוי כמו בקיום שטרות דל"א פ"ד לפסול השטר כנ"ל נכון:
והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאנוש באבד** אבד"ק **מארנאפאל**.

סימן יא

שלום אשיב אל כבוד הרב החריף ובקי מו"ה **סענדער** נ"י דומ"ץ דק"ק **האלישיץ** ולכבוד ב"ג הרב החריף המופלג מו"ה **אלי'** נ"י:
מכתבי שניכם ע"ד השאלה בבתולה שזינתה ואמרה מפלוני וכהן הוא והוא מודה לדברי' אם מותר לכונסה. לנכון הגיעני. והנה מה שאינכם מסכימים לדעת אחת זה אוסר וזה מתיר אין זה חידוש בעיני כי כך דרכה של תורה זה בונה וזה סותר אך מה שיש שינוי בגוף המעשה בין מכתבכם לפלא זה בעיני. והנה ב"ג נ"י כותב הבועל אומר שמצאה בעולה מכבר והיא מודה לדבריו שזינתה גם עם אחר אך שגם הוא כשר ואותו אחר מכחישה וא"כ אזיל לי' כל הפלפול וההיתר של הרר"ס אם מהני הודאתו ואם חיישינן שמא זינתה עם אחר והרי הוא עצמו אומר שמצאה בעולה ושוי' אנפשי' חד"א ומה שהיא אומרת שגם אותו אחר כשר הרי אותו אחר מכחישה ומבואר בתשו' מהר"ם אלשקר הובא בנוב"י מהדו"ת סי"ד וט"ו דהוי ברי וברי ומיגו דלא נבעלתי לית לה שהרי הוא יודע בשקרה ולא היתה נאמנת להתיר עצמו לו דהא שוי' אנפשי' חד"א כמבואר בסוגיא דפ"פ וא"כ כיון דאין כאן אמירתה כיון דהוכחשה הוי כאלמת דלכה"פ זולת הבעה"מ אף ברובא ישראל לא משתרי אף בדיעבד ומכ"ש דעיקר הדין דשכונת ישראל יהי' כרוב ישראל הוא מפוקפק מאד כמ"ש בב"מ דהא ידעינן דרגלי' מצויות גם בשכונת נכרים ול"ש לומר כאן נמצאה כ"ה דתולין במצוי עיי"ש בב"מ וא"כ היתרה של המדוברת הזאת רופף מאד. ואף די"ל דמה שאומר שמצאה בעולה אולי כוונתו שמצא פ"פ וא"כ הא קיי"ל בסי' ס"ח באה"ע דבוגרת פתחה פתוח דלא כר"ת שבתוס' ואין לה רק טענת דמים וא"כ צריך לחקור אותו ע"ז אם אומר שלא מצאה דם או שהי' פ"פ מ"מ י"ל דכ"ז אם היתה מכחשת אותו לאמור בתולה הייתי אבל כיון דהיא מודית דנבעלה רק אומרת לכשר נבעלתי לית לה מיגו דלא נבעלה דטענה גרועה היא דוודאי גם בבוגרת חילוק יש בין בתולה לבעולה כידוע. אך דאין זה טענה ברורה לאוסרה עליו אם היתה מכחשת כיון דאיכא בוגרת דפתחה פתוח אבל יותר טוב לה לטעון לכשר נבעלתי שאין הוא מכיר

בשקרה משתאמר בתולה הייתי שבעיניו נראה כמשקרת כאשר הוא אומר כן באמת שהכיר בה שהיא בעולה:

ואלא דעכ"ז עדיין יש לדון בזה עפי"ד תשו' מחנ"א ה' אישות שכתב דהפה שאסר הפה שהתיר אמרינן אף במיגו גרוע ובתשובתי לק"ק ליבטשוב חזקתי הדבר בראיות ברורות וא"כ ה"נ איכא הפה שאסר שהודית שנבעלה הוא שהתיר לומר לכשר נבעלתי אלא דא"כ צריך לשאול ולחקור את הבועל במה יודע שהיתה בעולה אם ע"י פ"פ או ע"י דמים ואם יאמר דע"י דמים אף בבוגרת הוי טענה מעלייתא ואז שוי' **אנפשי'** חד"א:

ואמנם גם בזה יש לדון עפי"ד ההפלאה בסוגיא דפ"פ על קושית התוס' שהקשו באשת כהן נוקמה בחזקת היתר ואף בספק א' תשתרי וכתב ההפלאה דאף דבראוה מעוברת בעינן ברי דידה גם לר"ג ולא שרינן משום חזקת היתר לחוד היינו משום דמעלה עשו ביוחסין ואמנם לא עשו מעלה רק באיסור שעפ"י עדים אבל מה שאסור רק לדידי' משום שוי' אנפשי' חד"א בזה לא עשו מעלה עיי"ש בדבריו. א"כ ה"נ אף לדבריו שמצאה בעולה מ"מ היא מותרת לו משום ספק אחד דילמא לכשר נבעלה ומשום דמוקמינן לה אחזקת היתר כיון דהאיסור רק עפ"י דיבורו ל"ש מעלה **עשו** ביוחסין:

איברא דלדידי לא ברירא לי דטעמא דבעינן ברי לי הוא מעלה עשו וכו' והא בירושלמי מבואר דטעמא דר"י דל"מ אף רוב כשרים הוא משום דזנות רצה אחר הפסולים ורק דהוא ס"ל דברי דידה מהני דברי ושמא וגם חזקת היתר מהני. וכעין שכתבו התוס' בסוגיא דפ"פ דמש"ה בס' אונס לא מוקמינן בחז"ה משום דרוב ברצון ואפ"ה כתב שם הר"י הובא ברא"ש דבטענת נאנסתי נאמנת משום ברי ושמא כיון דרוב דברצון הוי רוב גרוע כמ"ש התוס' ה"נ הא דזנות מצוי יותר בפסולים וודאי דהוא רק כמו רוב גרוע והלכך בברי ושמא מהני אבל משום חזקת היתר לחוד לעולם אימא דלא מהני מדינא ולא משום מעלה וא"כ גם עפ"י דברי עצמו נאסרה משום שוי' אנפשי' חד"א:

אלא דבתוס' יבמות (דס"ח ע"א) ד"ה רישא מבואר כההפלאה דטעמא דר"ג דבעינן ברי ולא מוקמינן אחז"ה הוא משום דלכהונה החמירו ולא אוקמינן אחזקה לבד. וא"כ שפיר י"ל כההפלאה דבאיסור שעפ"י עצמו לא עשו מעלה. וגם לשיטת הפר"ח בסי' כ"ט הובא בפמ"ג בפתיחה לה' טריפות דבספק דאורייתא לא מהני חזקת היתר להתיר דרבנן החמירו כמו בתרי ותרי י"ל דזה רק באיסור שאסור לכל משום דכיון דנולד ריעותא יצאה מחזקתה. אבל באיסור שעפ"י עצמו שאינו אסור רק לדידי' אבל לכ"ע שריא א"כ לפימ"ש התוס' בכתובות (כ"ו ע"ב) בשם ר"י בר ברוך דהדבר שיצא בב"ד בהיתר הוי לו חזקת היתר וכעין המבואר ביו"ד סי' י"ח לענין סכין שנאבד ואח"כ נמצא בו פגם

עיי"ש א"כ ה"נ כיון דלכ"ע מתירין אותו הב"ד לא איתרע חזקת היתר דידי' כלל דגם עתה הדבר יוצא מב"ד בהיתר לגבי כ"ע וא"כ אלים חזקת היתר דידי' טובא ולא איתרע כלל וא"כ אף למי דנאמן ע"ע ואומר שיודע שזינתה מ"מ כיון דגם לדידי' מספקא אי לכשר נבעלה שפיר מוקמינן בחזקת היתר ואמרינן דלכשר נבעלה גם מדרבנן ובפרט שהפמ"ג שם הכריע להקל נגד הפר"ח דאף מדרבנן מותר כל ספק דאורייתא היכא דאיכא חז"ה. ועיין בב"מ בסי' ו' באריכות בזה. וא"כ כיון דעפ"י דיבורו לבד שאומר שמצאה בעולה לא היתה נאסרת דהוי מוקמינן לה בחז"ה א"כ גם עתה אף שהודית שנבעלה מ"מ הרי אמרה דלכשר נבעלה ומותרת משום הפה שאסר וכו':

ואמנם שבתי וראיתי דכ"ז אינו כלל בנ"ד דהרי כאן ידוע לכל דהרתה וגם ילדה וולד זנונים הרי איכא עדים דנבעלה ומה שהוא הודה שזינה עמה הרי תברא בצידו שאומר שמצאה בעולה קודם לכן והפה שהתיר הוא שאסר ונאמן מדינא שהיתה בעולה ושוב אי לא ברי דידה לא היתה מותרת משום חז"ה לחוד משום מעלה דיוחסין כנ"ל וברי דידה הא איתרע דהא הבועל מכחישה כס' המהר"ם אלשקר הנ"ל:

והנה בנוב"י מהדו"ת הנ"ל באה"ע סי"ד וס"א פקפק על דינו של מהר"ם אלשקר הנ"ל ואנכי רואה ג"כ שדברי המהר"ם אלשקר אינם מוסכמים שהרי מפורש יוצא מפי המחבר באה"ע סי' ד' סעיף כ"ז בארוסה שנתעברה שמסיים המחבר שם והיא אינה בחזקת זונה אלא נאמנת לומר מארוס נבעלתי ואפילו הוא מכחישה וה"מ לעלמא שאם ניסת לכהן ל"ת אבל להארוס אסורה דשוי' אנפשי' חד"א עכת"ד המחבר והוא מלשון הטור בסי' הנ"ל. והרי דין זה מקורו מעובדא דרב יוסף בכתובות (די"ד) דקאמר חדא והא קמודה ועוד הא הלכה כר"ג ואפילו ברוב פסולים אצלה וא"כ חזינן דאף דהוא מכחישה לא הוי כברי וברי רק לדידי' משום שוי' אנפשי' חד"א אכל לעלמא מהני ברי דידה משום דהלכה כר"ג דנאמנת אף ברוב פסולים משום ברי ושמא וזה מפורש שלא כדעת המהר"ם אלשקר הנ"ל:

ואמנם באמת בב"מ שם הביא שהיש"ש ביבמות תמה ע"ז דהא הוי ברי וברי. ובב"מ מיישב דלא חשבינן רק הברי של הבעל בעצמו אבל ברי של איש שאינו הבע"ד אינו נאמן רק מתורת עד אחד וע"א אינו יכול להוציא אשה מחזקתה:

והנה בר"ן שהביא הב"י שם מבואר ג"כ כדברי היש"ש דמפרש דברי הש"ס ועוד הא הלכה כר"ג היינו אי לא הוי הארוס קמן אבל בישנו כאן ומכחישה הוי ברי וברי משמע להדיא כהיש"ש דמטעם ברי וברי קאתי עלה ולא משום שוי' אנפשי' חד"א וא"כ מוכח לכאורה דדין זה של המהר"ם אלשקר הוא תלוי במחלוקת שבין הטור והמחבר ובין

הר"ן והיש"ש הנ"ל וא"כ כיון דאנו אין לנו אלא דברי הש"ע והרי בש"ע סתם המחבר כדעת הטור דלאוסרה לעלמא לא מיחשב ברי דידי' כלל וה"נ דכוותה. ובפרט שיש מקום אתי להשוות דברי המהר"ם אלשקר עם דעת הטור והמחבר הנ"ל שיהי' מא"ח ומא"ח ולא פליגו והוא. בשנבין מקודם מה שידוע מחלוקת הפוסקים הר"ר יונה וסייעתו ושאר הפוסקים שבסי' ס"ח אם מהני בא"א שידוע שנבעלה ברי לה שאומרת נאנסתי. שדעת הפוסקים החולקים על הרר"י הוא שלא מהני ברי ושמא רק לענין ממון ולהתיר ספק סוטה כמ"ש בהרה"ם שהביא הב"י שם ומ"ש מהא דנאמנת לכהונה אליבא דר"ג לומר לכשר נבעלתי אף ברוב פסולין אצלה דעדיף יותר מברוב דברצון דהוי רוב גרוע כנ"ל ובפסולי כהונה החמירו כמש"ל. וביותר קשה אליבא דהנוב"י שכתב במהדו"ת סי"ד הנ"ל דגם הרר"י לא התיר רק היכא דיש להאשה חזקת כשרות אז מאמינין לה דנאנסה וא"כ הכא דנבעלה והרתה לזנונים דאף לדברי' דלכשר נבעלה מ"מ הא נבעלה באיסור פנוי ואיתרע חזקת כשרות דילה וא"כ אמאי נאמנת. וגם בלא"ה קשה לי הא קיי"ל החשוד על הדבר לא דנין ולא מעידין ובפרט בחשוד לעריות גם במתייחד לחוד פסול לעדות אשה וא"כ אמאי נאמנת כאן להכשירה לכהונה על פי':

והנה בש"ס י"ל דמשום דאיסור פנוי' הוא רק דרבנן וחשוד לדבר קל אינו חשוד לדבר חמור כמבואר בסי' קי"ט. ואף דמתייחד על העריות הוא ג"כ רק דרבנן מ"מ אסור משום לתא דאורייתא דהא הכניס עצמו בחשש לבוא לאיסור דאורייתא אבל איסור פנוי' עיקרו רק דרבנן. ואמנם כ"ז בזמן הש"ס דהי' עוסקין בטהרות והיו כל הנשים בין פנויות בין א"א טובלות לנדתן וליכא רק איסור פנוי' אבל בזמן הזה דכל הבתולות הן נדות וודאית וא"כ כשנבעלה בזנות חשודה על איסור דבכרת האיך נאמנת לומר לכשר נבעלתי להכשירה לכהונה. ואמנם עפי"ד הבית מאיר הנ"ל נוכל להבין הכל דענין ברי ושמא הוא שאנו מהיכא דמהימן בתורת עדות דהיכא דמהימן בתורת עדות אז החשוד על הדבר אינו נאמן אבל לענין ברי ושמא כפי שכתב הב"מ שהוא שייך רק בבע"ד שאין יכולים להוציא מחזקתו מספק היכא דהוא טוען ברי בזה לא שאני לן בין אם הוא חשוד או לא. והגע עצמך למ"ד א"י אם נתחייבתי חייב משום ברי ושמא אטו היכא דהתובע הוא חשוד לא יהא הדין כן אתמהה? אלא דדברי הב"מ צריכין תבלין דבשלמא לענין ממון דאנו נדונין עליו שהוא צועק וצווח להב"ד לעשות לו דין להוציא ממונו שיש לו אצל פלוני בוודאי וחבירו טוען שמא אז שייך לומר על הב"ד ברי ושמא ברי עדיף ואין ספק מוציא מידי וודאי ואין מניחין את הוודאי מפני הספק כיון דעל הב"ד מוטל חיוב לעשות דין והם בין שני טענות הסותרות מבטלין את הספק מפני הוודאי אבל לענין

איסור כמו בנידון דידן ובעובדא דש"ס באשה שזינתה ונולד ספק אם נפסלה לכהונה והכהן מסתפק ושואל אם מותר לישאנה כיון דקיי"ל כל ספיקא דאורייתא לחומרא מה בכך דהיא אומרת בריא אטו אם היא כשירה לכהונה מחויב הכהן לכונסה או יש חיוב על הב"ד לאמר לו לכונסה הוא שואל רק על עצמו אם מותר לכונסה מה לו לבריא דידה אטו הוא מחויב לעשות ספק איסור בשבילה. וא"כ בשלמא היכא דאינה חשודה נאמנת מתורת דקיי"ל בחתיכה ספק חלב וספק שומן נאמן ע"א להתיר אבל היכא דחשודה מהיכא תיתי להאמינה שיאכל ספק איסור על פי':

ואולם נוכל לומר דמש"ה באמת לא מצינו בש"ס ענין ברי ושמא גבי איסור רק כאן גבי פסולי כהונה דמדאורייתא מותרת משום חזקת היתר כמ"ש התוס' יבמות ס"ח הנ"ל רק דרבנן עשו מעלה משום כהונה להחמיר בספק. וא"כ לא מיבעיא לדידן דלא קיי"ל כר"ג רק בדיעבד שכבר נישאת לכהן וא"כ מדינא הוא מחויב בשכ"ו ואף דבידו לגרשה מ"מ היכא דליכא שום ערוה או דבר אסור גם לדידן לגרש כשהכהן בא לפנינו לשאול אם לגרשה מחמת ספק פסול כהונה או לאו והיא אומרת ברי שכשירה לכהונה אז כיון דהב"ד הם בין חלקי הסותר דלדברי' אסורים לומר לו לגרשה ולדבריו הוא שמא אסורה עליו אז ג"כ שייך ברי ושמא דהב"ד אין מניחים את הוודאי מפני הספק כיון דמן התורה מותרת לו משום חזקת היתר כנ"ל ורק משום תקנתא דרבנן וכל תקנת חכמים הבי"ד שבדור הם מיקרי העושים כמ"ש בש"ס ב"מ צ"ו לימעול בי"ד עיי"ש ברש"י וא"כ הם אינם יכולין להכניס עצמם לעשות תקנה שלדברי האשה אסור להם לעשות התקנה הזאת והבעל טוען שמא ואין מניחים הוודאי מפני הספק. אלא אף לר"ג גופי' דס"ל דמהני ברי דידה גם לכתחילה י"ל דה"ט דלא עשו חכמים תקנה היכא דטוענת ברי לפימ"ש התוס' (דל"ד ע"א) ד"ה ולטעמך דבאשה שייך עיגונא גם היכא שמותרת לאחר דשמא לא תמצא אדם שישאנה א"כ היכא דטוענת ברי דנאמנת על עצמה משום ברי ושמא ולפי דברי' יש לה היתר לישא לכהן בוודאי ואם יבואו חכמים לקלקל לה זכות זה הם נוגעים בתקנת עיגון דגבי אשה שייך גם זה עיגון מה שתהי' אסורה לכהן כמ"ש התוס' הנ"ל. לא רצו חכמים לעשות תקנה לקלקל זכות דידה מפני הספק כיון דהיא טוענת וודאי והוה ג"כ כמו בממון דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף כנ"ל. וא"כ כ"ז שייך רק כאן גבי פסולי כהונה. אבל בא"א שנבעלה וס' באונס או ברצון דהוי ספיקא דאורייתא כמ"ש התוס' שם דל"ש חז"ה כיון דרוב ברצון. ואף דכתבו התוס' שם דרוב זה לא הוי רק דרבנן היינו שלא יהי' נחשב לרוב גמור שיהי' כוודאי מחמת רובא וחזקה רובא עדיף ולא יהי' מהני גם ס"ס אבל עכ"פ החזקה איתרע מדאורייתא והוי ספק השקול דאסור

מדאורייתא וא"כ מאי מהני ברי ושמא הא לענין איסור דאורייתא ל"ש ברי ושמא כמש"ל ולכך ס"ל באמת להחולקים על הרר"י דאינה נאמנת לומר נאנסתי והרר"י שמתיר הוא מטעם שכתב הרשב"א הובא בשטמ"ק בסוגיא דפ"פ וכוון לדבריו הנוב"י במהדו"ק תשו' ס"ט משום דהוי כחתיכה ספק חלב דנאמן ע"א להתיר ואף דהוי דשב"ע מ"מ י"ל דס"ל כהמהרי"ק דגם בדשב"ע היכא דליכא חזקת איסור ע"א נאמן ודעת החולקים י"ל דס"ל כהרמב"ן דבדשב"ע אף בלא איתחזק איסורא אין ע"א נאמן כאשר ביארתי כ"ז בתשו' לק"ק ליבאטשוב הנ"ל ועיין בשער המשפט סי' ל"א:

וא"כ מעתה נכון דעת הנוב"י דס"ל דהיכא דאיתרע חזקת כשרות דידה גם הרר"י מודה דאינה נאמנת כמו בסי' קע"ח בנתייחדה עם הערוה. דכיון דכאן עיקר הטעם משום נאמנות בתורת עדות א"כ הא קיי"ל דהחשוד על העריות ומתייחד עם העריות אינו נאמן לעדות כמ"ש בסי' מ"ב באהע"ז אבל כאן גבי פסולי כהונה דהנאמנות הוא מכח ברי ושמא כמש"ל לכך אף דעברה על איסור נדה וחשודה על העריות ג"כ מ"מ הוי כמו בממון דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף אף אם הטוען ברי הוא חשוד כמש"ל ומיושבים ג"כ דברי המהר"ם אלשקר הנ"ל שלא יסתרו לדברי המחבר בסי' ד' הנ"ל דהמהר"ם אלשקר אייריי בא"א שהרתה לזנונים ואומרת נאנסתי מפלוני דנאמנותה רק מתורת עד אחד כמש"ל. וא"כ כיון דבא אותו פלוני ומכחישה הוי כשתי עדים המכחישים זא"ז אם בא השני קודם שהתירה או אף לאחר שהתירה לשיטת הריטב"א שבש"ך יו"ד סי' קכ"ז אוקמינן חד לגבי חד ואסורה מספק אבל בסימן ד' דאסורה רק לכהונה וג"כ משום מעלה דיוחסין דמדאורייתא מוקמינן בחז"ה אף ברוב פסולין משום חזקה דאשה מזנה בודקת ומזנה כמ"ש התוס' ובפרט בארוס דתולין יותר בארוס דהוי היתר ורק משום מעלה דיוחסין א"כ שוב מהני ברי ושמא כמו בממון כמש"ל ובפרט שם דכבר נישאת לכהן שפיר כתב הב"מ אף דהארוס מכחישה מ"מ היא נאמנת משום ברי דידה דברי ושמא שייך רק גבי בע"ד דברי של הבע"ד מהני אבל הארוס לענין לאוסרה לעלמא הוי כע"א דעלמא דאינו נאמן להוציא האשה מחזקתה כמש"ל ויבוא הכל על מקומו בשלום. באופן שי"ל שבנ"ד דהוא מטעם ברי ושמא גם המהר"ם אלשקר מודה דהיא נאמנת לומר מפלוני כשר נבעלתי אף שאותו פלוני מכחישה כפסק המחבר בסי' ד' הנ"ל:

ובדרך הזה יתיישב לנכון קושית הראשונים בכתובות (י"ד ע"ב) על מתניתין דתנוקת שירדה למלאות מים ונאנסה וכו' דפריך הש"ס ריב"נ דאמר כמאן אי כר"ג הא אף ברוב פסולין נמי מכשיר והקשו הא אף אם נפרש דגם כאן מיירי באומרת ברי מ"מ הא ר"ג לא התיר רק משום בודקת ומזנה ובנאנסה ל"ש בודקת ומזנה. אך לפי הנ"ל ניחא דעד

כאן צריכין לחזקה דבודקת וכו' רק היכא דזינתה ברצון דאיתרע חזקת כשרות דידה ואינה נאמנת מתורת עדות רק מכח ברי ושמא וכבר כתבתי דברי ושמא לא מהני רק לענין מעלת יוחסין היכא דמותרת מדאורייתא משום חזקת היתר וכיון דרוב פסולין מרעא לחזקת היתר בעינן בודקת ומזנה לקלקל הרוב דפסולין שיושאר חזקת היתר דידה במקומה אבל כאן בנאנסה דאינה חשודה על העריות ונאמנת מתורת עדות וכבר כתבו האחרונים הפנ"י והנוב"י מהדו"ק סי' ס"ט הנ"ל דע"א נאמן לברר המיעוט מהרוב מש"ה אף דל"ש חזקת בודקת ומזנה נאמנת בתורת עדות לומר לכשר נבעלתי ול"ק כלל קושית הראשונים הנ"ל. רק דלפי"ז צ"ל אף דנקט תנוקת מ"מ איירי בהגיעה לבת י"ב דלא הוי קטנה דאל"כ הא קיי"ל דקטן אינו נאמן רק במידי דרבנן או בדבר שהוא בידו ומצינו כ"פ בש"ס דנקט תנוקת ואיירי בנערה עיין בנדה בפ' תנוקת ועיין בשטמ"ק כאן שכתב שאיירי בתנוקת בת דעת:

אלא דמ"מ בנ"ד מה יושיענו כ"ז דאף אם נתפוס כדעת הב"מ דברי דידה הוי ברי מעלייתא אף דאחר מכחישה מ"מ כיון דהודאת הבועל אזדא לי' דהא אמר שמצאה בעולה וא"כ בברי דידה לחוד הרי לדעת הרמב"ם ופוסק הב"ש כוותי' דבעינן תרי רובא ואף לדעת הפוסקים דסגי בחד רובא מ"מ הא דשכונת ישראל דליהוי כרוב ישראל מפקפק מאד ע"ז בבית מאיר הנ"ל וגם בתשו' ברית אברהם דהא ידעינן דרגלי' מצוי' בכל יום גם בשכונת עכו"ם עיין בר"א תשו' י"ב וגם הא איכא חשש דילמא אזלא איהי לגבי' דהו"ל קבוע. ואף דלדעת הטור ל"ח לזה היינו בתרי רובא כמבואר בב"ש כאן ס"ק ל"ד כיון דהוי רק חומרא בעלמא אבל ברוב אחד וודאי י"ל דהספק דילמא אזלא לגבי' מקלקל הרוב והוי רק ספק כמ"ש הב"ש גופי' בסי' ד' סקל"ט:

אמת דדברי הב"ש הם נגד דברי הרשב"א והריטב"א בקידושין (דע"ג) דקאמר הש"ס דד"ת שתוקי כשר ברוב כשרים אצלה מאי אמרת דילמא אזלא איהי לגבי' דהו"ל קבוע וכמע"מ דמי התורה אמרה לא יבוא ממזר וכו' הא ספק ממזר יבוא עיי"ש ותמהו הרשב"א והריטב"א דהא מ"מ הוי להיתרא דהא אף אם היא אזלא לגבי' הוי מע"מ וכיון דאיכא עוד למימר דאזיל הוא לגבה ומרובא פריש א"כ איכא רובא להיתרא. ותירצו שם דלרווחא דמילתא נקט קרא דבלא"ה מותר משום רובא הרי דס"ל להרשב"א והריטב"א דהוי רובא מעלייתא אף היכא דהוי ספק דילמא אזלא איהי לגבי' ודלא כהב"ש. אלא דפנ"י ובהפלאה שם כתבו שניהם לישב קושית הרשב"א ולדברי שניהם הוי רק מחצה על מחצה ולא רוב דנידון כקבוע אף בספק דילמא אזלא לגבי' עיין בדבריהם שם ונמצא

דלדבריהם לא הוי רוב מעלייתא היכא דהוי ספק דילמא אזלא לגבי' ולכן אין לנו על מה לסמוך אף אם נאמר דשכונת ישראל הוי כרוב ישראל:

ואמנם אי לא היה לנו הריעותא מה שאומר שמצאה בעולה מקודם וא"כ כיון דעפ"י הודאתו רוב האחרונים מתירין אף ברוב פסולים מטעם ס"ס דילמא לא זינתה עוד עם אחר ואף אם זינתה דילמא עם כשר. ואף דהודית בעצמה שזינתה מקודם מ"מ כיון דרק משום הודאתה קאתית עלה א"כ הפה שאסר וכו' עיין בב"מ אלא אף אם נאמר דנגד רוב פסולים לא מהני ס"ס כמ"ש התוס' בסוגיא דפ"פ דאם רוב ברצון הוי רובא מעלייתא לא מהני ס"ס מ"מ כאן בשכונת ישראל אף דרוב כשרים לא הוי רובא מעלייתא משום חשש דילמא אזלא גבי' או כס' הב"מ והבר"א כיון דניידא חיישינן דילמא היתה בשכונת עכו"ם ג"כ כ"ז לענין דלא הוי רוב כשרים אבל עכ"פ רוב פסולים ג"כ לא הוי והוי רק מע"מ וספק השקול א"כ מהני ס"ס גם לענין לכתחילה:

ומה שחששו מקצת מאחרונים לדילמא עיניו נתן בה כמו גבי שבוי' שהמעיד עלי' לא ישאנה איכא לדחויי חדא דגבי שבוי' חזינן דהיא ג"כ אינה נאמנת לומר טהורה אני רק במיגו היכא שאין עדים שנישבת ולא סמכינן אברי דידה כדמקשה באמת ר' יהושע לר"ג ור"א משבוי' שאמרו לו השבתי' מעוברת ואפ"ה לא הודו לו ר"ג ור"א לר"י כמ"ש התוס' שם משום דכאן ברואה מעוברת איכא חזקה דאשה בודקת וחזנית ומש"ה מהני ברי ושמא ולא חיישינן דילמא עיני' נתנה בו בהכהן הזה והיינו כמש"ל דס' ברי ושמא לאו מתורת עדות הוא שיהי' לנו לחוש דילמא אינו נאמן משום הוא חשוד או נוגע דעיני' נתנה בו כמו דבממון מהני ברי ושמא אף דהבע"ד הוא נוגע וגם היכא דהוא חשוד כמש"ל רק דבאיסור דאורייתא לא מהני ברי ושמא כמו שהארכתי לעיל אבל באיסור מעלת יוחסין דכהונה דמהני ברי ושמא דידה מתורת בע"ד כמ"ש הב"מ וכמש"ל מהני ג"כ הודאת הבועל מטעם ברי ושמא כמו בדידה כיון דהוא רוצה לישא אותה ואומר ברי שנבעלה לו ואם הודאתו אמת לא חיישינן לאחר ג"כ משום ס"ס כנ"ל וא"כ אין לנו לחוש דילמא משקר ועיניו נתן בה כיון דהוא אומר ברי ואנן מספקא לן אין אנו יכולים לאסור עליו דברי של הבע"ד עדיף ובברי ושמא לא חיישינן מה שהוא נוגע כמו שלא חיישינן בדידה דילמא עיני' נתנה בו משא"כ בשבוי' דהחמירו חכמים מחמת דרוב עכו"ם פרוצים בעריות והיא מסורה בידיהם ולא רצו חכמים לסמוך על ברי דידה והשוו אותה לאיסור תורה דל"מ ברי ושמא כמש"ל הלכך גם לדידי' לא האמינו משום ברי ושמא רק מתורת עדות ואם בא לישאנה אזלא עדותו דהוא נוגע דילמא עיניו נתן בה כנ"ל ברור:

ועוד מטעם אחר אין לדמות לשבוי' דכאן כיון דהוא מבזה עצמו בב"ד ואומר שנבעלה ממנו כמו דלמשנה ראשונה (בנדרים צ"א) היתה האשה נאמנת לומר טא"ל משום דאשה לא היתה מבזת עצמה בב"ד ה"נ אין לנו לדמות לשבוי' דשם הוא מעיד עלי' שטהורה היא ואינו מבזה עצמו כלום אבל כאן הוא מבזה עצמו ואומר שנבעלה ממנו בזנות וזה אולי עדיף מפדאה דאמרינן חזקה לא שדי אינש זוזי בכדי. ואף דלמשנה אחרונה שם חששו לעיני' נתנה באחר אף דמבזה עצמה בב"ד היינו כמ"ש הר"ן שם דראו חכמים שבנות ישראל פרוצות וכו'. אבל אין לנו לדמות גזירות חכמים זל"ז רק מה שמצינו שגזרו. וגם הא חזי לאצטרופי דעת המרשד"ם הובא בפ"ת סי' ז' דמתיר כהן בשבוי' בכהנים בזה"ז משום ס"ס דילמא לאו כהן הוא ואף דשם חלקו עליו מטעם דהוי ספק א' בגוף וס' א' בתערובות וגם דשבוי' כבר עשאוה כוודאי איסור עיי"ש. כאן ל"ש שני הטעמים דכאן שני הספיקות בגופו דילמא לאו כהן הוא. ואף אם הוא כהן דילמא אינו משקר מה שהודה שצדקה ממנו. וכן עדיין לא עשו אותה לוודאי איסור כמו בשבוי':

ואמנם על זה הטעם לחוד לא הייתי סומך ח"ו כמ"ש בתשו' כנ"י דאין לנו להוציא לעז על הכהנים שבזה"ז עיי"ש הובא בבה"ט סי' ו'. אבל עכ"פ סניף לאצטרופי הוי ולכן בהא נחיתנא שתאבו לכתוב לי באר היטב בהודאות הבועל אם מה שאומר שמצאה בעולה מקודם הוא כדבר ברור בטענת דמים וכדומה או לאו. וגם אז אולי תוכלו לפעול על הבועל השני שהיא אומרת שזינתה מקודם שיקיים מעשה יהודא וכו'. שיאמר גם הוא צדקה ממני והודאתו וודאי יהי' מהני דהא הוא אינו רוצה לישא אותה ואז בהודאת שניהם אולי יעלה בידינו להקל בדבר אבל תודיעו אותי קודם במכתב הכל באר היטב ונחכים עוד בדבר אי"ה:

והנה מקוצר הפנאי לא יכולתי להשיב לכ"א מכם בפרטות וגם לא יכולתי לעיין ולפלפל בדבריכם אבל עכ"פ אני נהנה מאד מה שיגיעתי לא היתה לריק ח"ו. וב"ג ותלמידי מו"ה אלי' נ"י לא עזב את לימודו כן תעשה וכן תוסיף לקבוע לך שיעורין בלימודים וגם אני נהנה מאד מה שאתה כותב מבנך היקר שיחי' י"ר שיתקיים בנו לא ימוש וכו' והתורה תחזור על אכסניא שלה:

כ"ד ידידכם ודודך **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**:

בש"ה.

אחר כתבי עלה בלבי לחלק בין דברי הרמב"ם שכתב דביבום אף אם הודה שזינה עמה חיישינן כמו דאפקרה נפשה וכו' ובין הא דנ"ד. דהנה בח"מ ובב"ש בסי' ד' סכ"ו הביאו הקושיא על הרמב"ם מיבמות דהיכא דלא דיימא מעלמא וכהן מודה שבא עלי' בנו

אוכל בתרומה ומשמש ע"ג המזבח. וכן הרמב"ם גופי' פ"ח מה' תרומות פוסק דאוכל בתרומה ול"ח כמו דאפקה נפשה וכו' ומאחר נתעברה. אך נ"ל עפי"מ שכתבתי בתשו' אחת בענין עגונה עפי"ד התוס' גיטין (כ"ז ע"א) ד"ה כאן למ"ד בהוחזקו שני יב"ש ואין שיירות מצויות מחזירין הגט. מנא ידעינן דשל זה הוא כיון דיש כאן שני יב"ש. ותירצו כיון דידעינן דזה אבד גיטו ואחר לא ידעינן אם אבד כלל תולין יותר דשל זה הוא דיש כאן שני יב"ש. ואמנם צריך להבין דא"כ אף בשיירות מצויות נימא ג"כ כן וביארתי הדבר דס' התוס' הוא כעין ס' מהר"א שהביאו האחרונים דאם ידעינן שבעלה של זה הלך בדרך הזה ואחר לא ידעינן דהלך אמרינן אין ס' מוציא מידי וודאי. וזהו ג"כ ס' התוס' רק דהתוס' ס"ל דזה רק בהוחזקו שני יב"ש ואין שיירות מצויות והוי ספק השקול אז אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי כיון דמזה ידעינן שנאבד גט. אבל בהוחזקו ושיירות מצויות ג"כ דאיכא לספק ברובא דעלמא נגד זה האחד ורוב בכ"מ הוא כוודאי. וא"כ אין זה ספק כנגד וודאי רק וודאי נגד וודאי. וביארתי שם הדבר היטב מכל צד:

וא"כ ה"נ יש לחלוק בכך. דהנה פנוי' שנתעברה ואנו יודעין שמאיש אחד נבעלה ומאיש אחר אין אנו יודעין אז וודאי יש לתלות במה שאנו יודעין כס' התוס' ומהר"א הנ"ל דאין ספק מוציא מידי וודאי. אך שם לענין יבום דיש לספק בכל העולם דהוי רוב כנגד זה האיש ורוב הוי כוודאי. א"כ שוב הוי ספק השקול דהוי וודאי נגד וודאי. אבל לענין תרומה דברובא דעלמא איכא ג"כ מיעוט כהנים. וא"כ אף אם נאמר דלא מזה האיש שידעינן שנבעלה נתעברה רק מאיש אחר מרובא דעלמא. מ"מ גם באותו רובא דעלמא איכא ג"כ כהנים וי"ל דנתעברה מכהן אחר וא"כ סמוך מיעוטא דעלמא לאותו שידעינן שנבעלה ממנו שזה חשוב כפלגא נגד רובא דעלמא כמש"ל כיון דהוא וודאי א"כ שוב יש רובא להיתירא ומש"ה אוכל בתרומה ומשמש ע"ג המזבח. ואף דאם אין יודעין מי הוא הכהן משתקין אותו מכהונה אף אם הוא וודאי כהן כדאיתא בכתובות דבעינן זרעו מיוחס אחריו מ"מ זה רק מדרבנן כמבואר בראשונים ובדרבנן סגי בפלגא ופלגא דהוי ספק השקול ואמרינן דהוא מאותו הכהן שמודה שנבעלה לו דהוא פלגא נגד רובא דעלמא כמש"ל משא"כ לענין יבום דהוי ג"כ פלגא ופלגא דאם הוא מאחד מכל העולם צריכה חליצה וספיקא דאורייתא לחומרא. וא"כ ה"נ בנ"ד אף ברוב פסולים כיון דאיכא עכ"פ מיעוט כשרים לבד אותו שמודה שנבעלה לו א"כ הוי כמו לענין תרומה דאמרינן סמוך מיעוטא לפלגא והוי רוב להיתרא כנ"ל נכון. ולענין דינא יעשה כמש"ל. וכשאשיג תשובת אשיב להם אי"ה כאשר תעלה מצודת שכלי והשי"ת יצילנו משגיאות:

סימן יב

שלום אשיב לכבוד הרב המאוה"ג החריף ובקי מו"ה **משה** נ"י דומ"ץ דק"ק **גארליץ**:
ע"ד השאלה בבחור אחד שנולד עם נקב בתחתית הגיד למעלה מהעטרה ומחמת שהי' קשה לו להשתין הרחיב הרופא הנקב בעת שהי' בן ד' שבועות. אם מותר לבוא בקהל:
הנה מקור הדין הוא בש"ס יבמות (דע"ו ע"א) ת"ר ניקב פסול מפני שהוא שותת נסתם כשר מפני שהוא מוליד. ולעיל (בדע"ה ע"א) איזהו פ"ד וכו' ואפילו ניקבו וכו' וניקב לא מוליד והא האי גברא דסליק לדיקלא וחרזי' סילא וכו' ואוליד. הא שלח שמואל וכו' צא וחזור על בני' מאין הם עיי"ש. ולכאורה צריך להבין הא בקרא אינו מפורש כלל טעם האיסור משום דאינו מוליד. ואדרבא הא פצו"ד ביד"ש וסריס חמה מותרין לבוא בקהל אף דאין מולידין. וא"כ מאי פריך הש"ס וניקב אינו מוליד. וגם למה צ"ל הטעם מפני שהוא שותת ממ"נ אם ניקב הוא פצו"ד או כרות שפכה מה לנו אם הוא מוליד. ואם ניקב לא מקרי פצוע או כרות כדעת הרא"ם באמת. א"כ מה לנו אם אינו מוליד ליהוי כסריס חמה:
ונלע"ד דהנה ענין פצו"ד וכ"ש מצינו בתורה לשני ענינים. האחד לענין לבוא בקהל וזהו בפ' תצא והשני לענין איסור סירוס. ומעוך וכתות וכו' ובארצכם לא תעשו וזה בפ' אמור. ובחינוך מפורש קצת הטעם דאיסור סירוס משום דהי' אנשים שהיו מסרסים א"ע בכוונה שלא להוליד. וזה להיפוך תכלית הבריאה וכמעשה דדור המבול שרצו רק למלאות תאוותם ושלא להוליד. דגם הסריסים הם שטופי זימה כמובא בס' אגרת בקורת בשם הרופאים. וא"כ אמרינן דילמד סתום מהמפורש דגם מה שאסרה אותו התורה לבוא בקהל הוא שלא יועילו מעשיו הרעים שסירס א"ע וגם שלא ירגילו א"ע בזה. וא"כ מש"ה לא אסרה תורה רק מה שנעשה ע"י אדם. אבל מה שנעשה ביד"ש בזה לא אסרה אותו התורה שלא לישא אשה כיון דאיהו לא עביד מידי. ואף להאומרים דגם ע"י חולי הוי כבידי אדם היינו כמ"ש בתשו' ב"א ד"ה דרוב חלאים באים ע"י מעשה אדם עצמו ממאכלים וכדומה. וא"כ לא חילקה תורה משום דאתי לאערומי. אבל ביד"ש ממש כמו ע"י רעם וכדומה לכ"ע כשר לבוא בקהל דאז ליכא חששא דירגיל עצמו בכך. וא"כ לכך פשיטא לי' להש"ס דבהולדה תליא מילתא. ואם מוליד ליכא איסורא כלל דל"ש הטעם הנ"ל:
והנה לפי"ז מי שכבר אינו ראוי להוליד ביד"ש. אף אם נעשה אח"כ פצו"ד בידי אדם. מ"מ ליכא טעם הנ"ל לאיסור דלא יועילו מעשיו הרעים. דהא בלא"ה אינו ראוי להוליד. ולכאורה זה סותר למאי דמבואר בשבת (דקי"א) ובכ"מ דמסרס אחר מסרס חייב. אך

באמת לק"מ דשם גופי' מבואר דמסרס את הזקן שפסק מלהוליד הוי פטור אי לאו דיכול לחזור ולהוליד ע"י רפואה. וכתבו שם התוס' ד"ה אלא דל"ד למסרם אחר מסרס דזקנה לאו סירוס הוא. ודבריהם צריכים ביאור דאדרבא כיון דזקנה לאו סירוס היא הסברא יותר לחייבו על הסירוס דעכשיו הוא דעביד סירוס ומוסיף מעשה חדש שלא הי' בו מקודם. אך באמת כוונת דבריהם הוא דכל שאין בו שם אחר המעכבו להוליד רק מעשה הסירוס שבראשונה וזה אינו מאבד שם סירוס מסירוס האחרון כיון דמעשה שניהם שווים דממ"נ שם סריסות עליו בין מחמת סירוס הראשון בין מחמת סירוס האחרון והשני לא עדיף מהראשון. דומה למטיל מום בבע"מ ולמחמץ אחר מחמץ דחייב. דשניהם שם מחמץ או מטיל מום עליהם. דהי מיניי' מפקית ודומה ג"כ לכורה אחר כורה דחייב היכא דהראשון כרה י' והשני עד עשרים והשלישי עד ל' כמבואר בב"ק (דנ"א) כיון דכ"א עביד מעשה חיוב אף דהשני לא עביד מידי דהא כבר הי' מת ע"י הראשון. מ"מ כיון דהשני עביד ג"כ מעשה חיוב אי לאו מעשה ראשון לא נפקע חיובו ע"י מעשה הראשון כיון דשם אחד להם. ומה"ט אם השני לא כרה רק מר י"א או י"ב פטור כיון דלא עשה מעשה חיוב כמבואר בתוס' ב"ק (י' ע"ב) ד"ה מה קעביד. אבל מסרס את הזקן דאינו ראוי להוליד בלא מעשה סירוס דומה למחמץ את הפסולה דמבואר במנחות (נ"ז ע"א) דפטור דלאו מידי קעביד דבלא"ה פסול וליכא שם מעשה חיוב עליו כלל. ה"נ מסרס את הזקן שאינו ראוי להוליד לאו כלום קעביד ופטור. ונראה דזה ג"כ כוונת התוס' תמורה (דכ"א ע"א) ד"ה המטיל על הא דבעי הש"ס המטיל מום בתמורת בכור ומעשר אם חייב כיון דפסול להקרבה ומסקנת הש"ס דפטור. וכתבו התוס' דל"ד למטיל מום בבע"מ משום דהתם חזיא להקרבה קודם המום הראשון. ואף דעתה בשעת הטלת המום השני כבר ל"ח לקרבן מ"מ כיון דרק ע"י מום הראשון נפסל. כמו דחייב על הראשון כן נמי חייב על השני דשם מום חד הוא. אבל תמורת בכור דל"ח להקרבה בלא מום הוי כמו מחמץ את הפסולה דפטור. וכמו מסרם את הזקן. ואף דכתבו התוס' שם דאיכא ג"כ סברא להיפוך לחייב מטיל מום בתמורת בכור וכו'. מ"מ הא זה הבעיא דש"ס שם והמסקנא דכיון דל"ח להקרבה פטור. וה"נ מסרס את הזקן:

אמנם לכאורה יש סתירה לזה מש"ס ע"ז (י"ג ע"ב) גבי מקדיש בזה"ז דלית בי' משום מטיל מום כיון דל"ח להקרבה. ופריך הש"ס מ"ש ממטיל מום בבע"מ דאע"ג דל"ח להקרבה אסור עיי"ש. ומאי פריך הא שאני מטיל מום בבע"מ מהיכא דפסול מחמת ד"א כמש"ל לענין מחמץ את הפסולה. אך באמת לק"מ. דבלא"ה הקשה השטמ"ק מנחות (נ"ה ע"ב) הא מטיל מום בבע"מ מעיקרו פטור. ובזה"ז הא הוי כבע"מ מעיקרו דמעולם

לא הי' חזי להקרבה. ותירץ דבע"מ מעיקרו אין בו קדוה"ג. אבל מקדיש בזה"ז אית בי' קדוה"ג עיי"ש באות ב'. ולכאורה טעמא בעי אמאי באמת אית בי' קדוה"ג הא כתבו התוס' בכמה דוכתי דכל דיחוי מעיקרא לית בי' רק קדושת דמים עיין זבחים (י"ב ע"א) ד"ה וש"מ וכאן לא הי' חזי מעולם. אך באמת לק"מ דהתוס' בתמורה (דכ"ו ע"ב) ד"ה ש"מ כתבו דמומר שהפריש קרבן לחטאתו אף דהוי דיחוי מעיקרא אית בי' קדוה"ג כיון דאין הדיחוי מחמת הקרבן. אף דכתבו שם מקודם דעשיר שהפריש קן לית בה קדוה"ג היינו דשם הדיחוי מחמת הקרבן דקן אינו ראוי לעשיר רק כבש. אבל מומר דשום קרבן ל"ח לי' אין הדיחוי מחמת הקרבן. א"כ ה"נ במקדיש בזה"ז אין הדיחוי מחמת הקרבן רק משום דליכא מקדש ומזבח לכך קדוש קדוה"ג. וא"כ עד כאן אמרינן דמחמץ את הפסולה או מסרס את הזקן גרע משום דפסולו בגופו ולא חל עליו שם מום או סירוס. דגוף זה לא אסרה תורה. אבל מקדיש בזה"ז דהוי כשאר קדשים ולית ריעותא ופסול בגופו רק דנאמר משום דל"ח להקרבה אין בו משום מטיל מום. א"כ גם בע"מ ל"ח להקרבה ואמאי חייב מטיל מום בבע"מ. ופריך שפיר ומשני דמ"מ ל"ד דבע"מ חזי דמיו להקרבה אבל בזה"ז לא הוא ולא דמיו חזי להקרבה. ובזה מיושב מה שהקשה הרש"ש על התוס' תמורה (כ"א) הנ"ל מש"ס דע"ז (י"ג) הנ"ל דמוכח דאף בפסול שלא ע"י מום אסור אם לאו משום דל"ח בין לגופו בין לדמיו. דז"א דשם שאני דאין הפסול מחמת קרבן משא"כ בתמורת בכור הפסול הוא בהקרבן. ומאי דמסיק הש"ס דכיון דל"ח לא לגופו ולא לדמיו מותר אף דבתמורת בכור ג"כ ל"ח לדמיו דבכור ומעשר אין נפדין. היינו משום דהש"ס דע"ז אזיל בתר מסקנת הש"ס דתמורה. דתמורת בכור ג"כ מותר להטיל מום כיון דל"ח. ול"ק השני קושיות של הרש"ש. ודו"ק:

ובזה י"ל ג"כ קושיית הכ"מ בפי"ב מה' מעה"ק הי"ט על הש"ס מנחות (דנ"ז ע"א) על הא דדריש מאשר תקריבו לרבות מנחת נסכים או לחה"פ לחימוץ. והא האי קרא אצטריך למעט מחמץ את הפסולה כדקאמר הש"ס לעיל מיני'. דלכאורה קשה על מה דפשיטא לי' להש"ס ע"ז הנ"ל. דכל היכא דל"ח לא לגופו ולא לדמיו להקרבה אין בו איסור דמטיל מום. וכן בש"ס תמורה הנ"ל לענין תמורת מעשר. והא חזינן דבעי קרא לפטור מחמץ את הפסולה אף דל"ח להקרבה כלל. וא"כ היכא דליכא קרא מנ"ל דפטור וא"ל דגם שם ילפינן ממחמץ את הפסולה. ז"א דמחמץ את הפסולה איכא פסול בגוף הקרבן משא"כ מקדיש בזה"ז אין הפסול בגוף הקרבן כמש"ל. אך צ"ל דהנה התוס' שם (דנ"ו ע"ב) ד"ה הכל הקשו על הש"ס ע"ז הנ"ל מהא דמחמץ אחר מחמץ דחייב אף דל"ח כלל להקרבה. ונ"ל ליישב די"ל דאיירי שנתחמץ לאחר קידוש כלי דהוי פסולו בקודש ואם עלה לא ירד.

דבכה"ג גם לענין ש"ח חשיב מתקבל בפנים כיון דאם עלה לא ירד. ומקרי גם לענין מטיל מום בר הקרבה. וא"כ מיושב ג"כ קושייתי הנ"ל. דבזה"ז דליכא מזבח כלל ול"ש לומר אם עלה לא ירד ואינו בר הקרבה כלל פשיטא לי' להש"ס מסברא דלית בי' איסור מטיל מום וא"צ קרא כלל. אבל במחמץ את הפסולה דפירש"י שם כגון שנטמאת או שיצאה דהוי פסולו בקודש ואם עלה לא ירד לכך הוא דמקרי בר הקרבה כמו מחמץ אחר מחמץ לכך צריך קרא לפטור. ותמורת בכור ומעשר אף די"ל ג"כ דהוי פסולו בקודש כיון דכשר בשאר קרבנות דתמורות כל הקדשים קרבין. מ"מ הני איכא למילף ממחמץ את הפסולה דגילה קרא דפטור. דהני נמי פסולן בגוף הקרבן. ודמי למחמץ את הפסולה כמש"ל:

וא"כ י"ל ג"כ קושיית הכ"מ הנ"ל. דהנה עדיין תקשי מנ"ל להש"ס תמורה הנ"ל דתמורת בכור ומעשר מותר להטיל מום משום דילפינן ממחמץ את הפסולה. דילמא שאני מחמץ את הפסולה דאינו מוסיף מידי על הפסול דמעיקרא הי' דינו דאם עלה לא ירד. ועכשיו גם אחר החימוץ יהי' דינו כך דמחמץ ג"כ הוי פסולו בקודש כמש"ל. אבל מטיל מום בתמורת בכור וכו' דעד שלא הטיל בו מום הי' דינו דאם עלה לא ירד משום דכשר בשאר זבחים. אבל עכשיו דהטיל בו מום דקיי"ל דבע"מ אם עלו ירדו דלא כר"ע. שפיר י"ל דאסור. אך צ"ל דבאמת האי דינא דמחמץ דאם עלה לא ירד תליא בפלוגתא. דשיטת התוס' בזבחים (דס"א ודפ"ד) הוא דפסולו בקודש היינו מה שיש לו הכשר במק"א. אמנם נשפך הדם אף דאין לו הכשר בשום מקום. מ"מ כיון דנפסל אחר שנתקדש בכלי ג"כ אם עלה לא ירד. וה"ה כל הני דאין להם הכשר במק"א רק דנפסלו אחר קידוש כלי אם עלו לא ירדו. אך בשטמ"ק זבחים (דפ"ד ע"א) אות ז' כתב דסברא זו היא רק לר"ש דס"ל נשפך הדם א"ע לא ירד. אבל לר"י דס"ל נשפך הדם אם עלה ירד לית לי' האי סברא דנתקדש בכלי הוי פסולו בקודש. והעיקר תלוי רק אם יש לו הכשר במק"א. ולדידי' מחמץ דינו דא"ע ירד כיון דאין לו הכשר במק"א. דאף דשתי הלחם וחלות תודה באים חמץ זה לא מקרי הכשרו במק"א כיון דהכשרו בכך כמבואר בזבחים (פ"ד ע"ב) הנ"ל ובתוס' שם באריכות דבעבודות דם וקומץ לא ילפינן מהכשרו. ועוד דשתי הלחם ולחמי תודה אין מהם למזבח כלל דאין נקטרין רק נאכלים לכהנים. אבל למזבח אין הכשר בשום מקום במנחת חמץ. וא"כ לר"י דינו דאם עלה ירד. וא"כ גם במחמץ את הפסולה מוסיף בפסולו ואפ"ה פטרו קרא שפיר ילפינן מזה גם לענין תמורת בכור ומעשר. וא"כ כ"ז רק לר"י דס"ל בכה"ג אם עלה ירד. אבל לר"ש דס"ל דנשפך הדם א"ע ל"י לדידי' גם מחמץ א"ע ל"י כיון דנפסל לאחר קידוש כלי וא"כ לדידי' י"ל דמחמץ את הפסולה א"צ קרא כלל. כיון דאינו מוסיף פסול כלל דגם עתה א"ע ל"י. ואף דגם מחמץ אחר מחמץ או

מטיל מום בבע"מ ג"כ אינו מוסיף בפסולו מ"מ משם ליכא למילף כיון דשם בע"מ ושם מחמץ חד הוא כמש"ל והי מיניי' מפקת, וא"כ מיושבת שפיר קושיית הכ"מ הנ"ל. דלא מיבעיא לר"ע דמרבי מאשר תקריבו לחה"פ לחימוץ דל"ק הא צריך למחמץ את הפסולה. דהא לשי' רש"י מאן דמרבי לחה"פ לא ס"ל לרבות מנחת נסכים. ומנחת נסכים כשירה בחימוץ א"כ כל מחמץ יש לו הכשר במנחת נסכים ואין מצוותן בכך ושוב דינו דא"ע ל"י. וממילא א"צ קרא לפוטרו כיון דאינו מוסיף פסול כלל. אלא אף לריה"ג דמרבה מנחת נסכים לחימוץ ואין למחמץ הכשר במק"א. מ"מ י"ל דס"ל כר"ש דכל שנתקדש בכלי הוי פסולו בקודש וא"ע ל"י. וממילא א"צ קרא כלל למחמץ את הפסולה כיון דאינו מוסיף פסול כמש"ל:

ובלימוד התלמידים אמרתי ליישב קושית הכ"מ הנ"ל באופן אחר קצת. דלכאורה קשיא למ"ל קרא לפטור מחמץ את הפסולה והא כיון דל"ח לא לגופי' ולא לדמי' פשיטא לי' להש"ס בע"ז דפטור מסברא. אך צ"ל דהא הבאתי לעיל קו' התוס' הנ"ל הא מחמץ אחר מחמץ חייב אף דל"ח לא לגופי' ולא לדמי'. ותירצו בתירוץ השני דמחמץ גרע ממטיל מום וא"כ הו"א דגם מחמץ את הפסולה חייב ולכך אצטריך קרא לפטור כמש"ל. אך באמת יש לדחות דהא איתא בזבחים (דע"ז ע"א) דלרבנן דר"א שאור ודבש מותר להעלות לשם עצים ושאר פסולים אסור. א"כ י"ל דמש"ה חייב במחמץ אחר מחמץ משום דעדיין בני הקרבה נינהו לשם עצים. דגם עצים הם הכשר קרבן או אינהו גופייהו קרבן אקרי ולכך עדיין קדושתן עליהם. אבל מחמץ את הפסולה דכל פסול אסור להעלות גם לשם עצים לרבנן וא"כ א"א ללמוד כלל ממחמץ אחר מחמץ. וממילא מצד הסברא פטור. והדק"ל ל"ל קרא. אך נראה דהא דקאמר שם הש"ס דשאור ודבש מותר להעלות לשם עצים הוא רק היכא דלא נתקדשו מעולם לשם מנחה רק מקדישן מתחלה לשם עצים דהו"א דכמו דאסור להקריב על המזבח מנחה של שאור ודבש ה"נ אסור להעלותם גם לשם עצים קמ"ל קרא דשרי אבל אם הקדיש מתחלה לשם מנחה ונתקדשה בכלי ואח"כ נתחמצה דדינם דא"ע ל"י כמש"ל. וא"כ אסור להעלותם גם לשם עצים. דכיון דיעלו אותם למזבח תחזור שוב קדושת מנחה עליהם דהא אם עלו לא ירדו ויעבור משום כל שאור וכו'. א"כ אסור להעלותם גם לשם עצים דהא יגרום לבוא לידי איסור דכל שאור וכו' וז"ב בסברא לענ"ד. וא"כ כיון דגלי קרא במחמץ אחר מחמץ במנחה דחייב אף דאסור להעלותם לשם עצים. א"כ הו"א דגם מחמץ את הפסולה חייב לכך אצטריך קרא. ואמנם כ"ז אם נאמר דמנחה שנתחמצה אם עלתה לא תרד. אבל לפימש"ל דלר"י דל"מ קדושת כלי אם עלתה תרד ושוב מותר להעלות לשם עצים א"כ א"א למילף מנחה פסולה ממחמץ אחר

מחמץ. ואמנם גם לר"י תלוי אם יש לו הכשר במק"א. וא"כ י"ל דהש"ס לעיל דדריש קרא למחמץ את הפסולה ס"ל כר"ע וכפירש"י דלר"ע מנחת נסכים שנתחמצה כשרה וא"כ יש לה הכשר במק"א ודינה דא"ע ל"ת והו"א דחייב דומיא דמחמץ אחר מחמץ. אבל ריה"ג דמשתמע לי' קרא יותר לדרוש לרבות מנחת נסכים וא"כ לית לה הכשר במק"א דאף אם נאמר דלדידי' ליכא קרא על לחה"פ מ"מ לא מקרי הכשר במק"א דהא לחה"פ לא קרב למזבח. וא"ר א"ע תרד ומותר להקריב לשם עצים. א"כ ל"ל קרא כלל למחמץ את הפסולה דמצד הסברא פטור וליכא למילף ממחמץ אחר מחמץ דשם חייב משום דבני הקרבה נינהו לשם עצים כנלע"ד:

והנה יצאתי מענין לענין והארכתי בפלפלת כ"ש ונחזור לענינינו דעכ"פ יצא לנו מכ"ז דמסרס מי שאינו ראוי להולדה כלל לית בי' משום מסרס. וממילא דאינו נאסר לבוא בקהל מה"ט דהא בהא תליא כמש"ל. וכן ראיתי בד"ח ח"א אה"ע תשו' י"א דהיכא דאינו יכול להוליד בלא"ה לית בי' משום פ"ד וכ"ש עיי"ש. וא"כ מעתה צריך להבין לכאורה בתשו' הרא"ש שהביא הב"י במי שנולד בלא נקב בפי האמה רק סמוך לכיס הי' לו נקב. מסתפק הרא"ש אם הוא מוליד או לאו. ומסיים דמ"מ מותר לבוא בקהל משום דנעשה בידי"ש. והא אף אם הי' נעשה הנקב בידי"א. מ"מ כיון דבלאו אותו הנקב וודאי לא הי' ראוי להוליד כיון דלא הי' לו נקב בפי האמה. א"כ לית בי' כלל משום פ"ד אף אם הי' עושה הנקב בידים. וא"ל דזה הוי כמסרס אחר מסרס. דפשיטא דמה שלא הי' לו נקב בפי האמה זה לא מקרי סירוס כמבואר בתשו' ב"א אה"ע סי' ב' (בדף ד' ע"א) בסוף הדף שכתב וז"ל דלא מסתבר שיהי' נקרא כ"ש מחמת סתימת גובתא דש"ז רק החשש כיון דאפיק במקום קטנים ע"כ שניקב מזה לזה היינו המחיצה שבין השתן לש"ז עיי"ש. הרי דמשום סתימה לא מקרי סירוס רק משום נקב או פציעה. וא"כ ה"נ אם נולד בלי נקב כלל פשיטא דאין שם סירוס עלי' ולהוליד וודאי אינו ראוי. א"כ אף אם הי' עושה נקב בידים לא הוי מקרי סירוס כלל. ולכאורה אפשר לומר עפ"י מה דמסיק הש"ס שם בשבת דמסרס את הזקן חייב משום דע"י רפואות יכול להוליד. וא"כ ה"נ י"ל דאיירי דהי' אפשר לעשות לו ע"י רופא הנקב בפי האמה והי' יורה כחץ והי' מוליד. ולכך אם עושה בידים שלא בפי האמה באופן שלא הי' מוליד הוי סירוס. והוי כהא דבכור שאחזו דם דאם אינו יכול להתרפאות רק אם יקיז במקום שעושה מום פטור למאן דס"ל מטיל מום בבע"מ פטור. אבל אם יכול להקיז ולרפאות במקום שאינו עושה מום חייב כדמשמע בתוס' בכורות (דל"ד ע"א) ד"ה אילימא ותוס' מנחות (דנ"ו) ד"ה ר"ש. אמנם זה רק שיטת התוס'. אבל הרא"ש בפסקיו שם ס"ל דאף מום עובר שיש לו רפואה מותר להטיל בו

מום קבוע עיין בריט"א שם באריכות. א"כ להרא"ש עצמו תקשי מדידי' אדידי'. ולדידי' צ"ל דהא דמסרס את הזקן חייב משום דיכול לחזור לנערותו ע"י רפואה. היינו משום דזקן אין לו ריעותא בגופו כלל. לכך אם יכול לחזור לנערותו הוא כמקדם. אבל מום עובר דהשתא אשתני גופו ואינו ראוי עתה להקרבה אין לך אלא מקומו ושעתו ומותר להטיל בו מום קבוע. א"כ ה"נ בנולד בלי נקב דעכשיו אינו ראוי להוליד לשיטת הרא"ש הנ"ל אזלינן בתר השתא ואין בו משום סירוס. וא"כ אף אם הי' בידי"א הי' צריך להיות מותר לבוא בקהל. וי"ל דהרא"ש לרווחא דמילתא כ"כ דבידי"ש לכ"ע כשר בלי פקפוק. אבל גם אי הוי נעשה בידי"א יכול להיות דהי' מתיר כה"ג מטעם הנ"ל:

ואמנם בנ"ד שהי' נקב קטן והרחיבו יש יותר טעם להתיר. דעיקר מש"ל משום דיוכל לעשות הנקב בראש האמה ויהי' מוליד דמי לבכור שיכול הי' להקיז במקום שאינו עושה מום כמש"ל. אבל ראיתי בחת"ס בליקוטים תשו' ס"ד שכתב שאף שאמר הרופא שיכול לעשות נקב בפי האמה שיוכל להשתין. אבל זאת הוא קרוב לוודאי שלא יוכלו לעשות שיהי' שביל לשתן בפ"ע ולש"ז בפ"ע ומחיצה ביניהם כטבע היצירה במקום שהוא נסתם מתולדה עיי"ש שהאריך בזה. וא"כ בשלמא אם נולד בלי נקב כלל אז אם ישאל אותנו הרופא אם לעשות הנקב בפי האמה או בתחתיתו וודאי נורה לו יותר לעשות בפי האמה דאז יש רק ספק חד. דילמא לא יוכל לעשות שיהי' לשתן שביל בפ"ע ולש"ז. משא"כ אם יעשה נקב בתחתיתו יש ג"כ עוד ספק דילמא לא יהי' מוליד משום שהוא שותת. לכך שפיר הי' חשש אם הי' עושה נקב בידי"א בתחתיתו. משום דהי' יכול לעשות באופן שאפשר שלא יהי' סריס. אבל בנ"ד דנולד עם נקב בתחתיתו והי' משתין דרך שם. רק שהי' בדוחק והרחיבו הרופא. וכיון שנוצר כך בטבע הרי לא נסתמו שבילי השתן ומסתמא גם שביל הש"ז לא נסתם. וא"כ אם הי' הרופא שואל אותנו אם להרחיב הנקב בתחתיתו או לעשות נקב חדש בפי האמה. היינו מורים לו יותר להרחיב הנקב דמותר ממ"נ אם נסתמו שבילים הנ"ל א"כ לאו בר הולדה הוא ולית בי' משום סירוס כיון דלית לנו תקנתא לד' החת"ס הנ"ל. ואם לא נסתמו השבילים ובר הולדה הוא וודאי כשירחיב הנקב יהי' יותר בר הולדה דעתה כשהשתן יוצא בקושי הש"ז שהוא עב יותר וודאי לא יצא כשלא ירחיב הנקב. משא"כ אם יעשה נקב חדש בפי האמה אז יש חששא יותר דדילמא מהנקב שהוא רחוק עתה מפי האמה עד פי האמה הוא נסתם לגמרי. דהרי הוא סתום לפנינו שאין אנו רואין שם שום דרך. יציאה בטבע וכשינקוב שם נקב חדש דילמא יקרע בידים המחיצה שבין שני השבילים כשיגיע למקום השבילים ויעשה אותו בידים כרות שפכה. וכיון דאנו אוסרים לו לעשות נקב במקום פי האמה אף אם נאסור

רק מספק הא מבואר בתוס' זבחים (דע"ה ע"א) ובכ"מ דגם אינו ראוי מחמת ספק הוי אינו ראוי. א"כ שוב דומה לבכור שאין יכולים להקיז במקום שאינו עושה מום דיכולים להקיז גם במקום שעושה מום. ה"נ מה שהרחיב הנקב לא מקרי סירוס דממ"נ אם מקודם לאו בר הולדה הוא לאו בר סירוס הוא ואם בר הולדה גם עתה יוליד יותר בריווח:

ובפרט לפימ"ש היש"ש יבמות פ"ח סוף הל' ח' דסומכים על חכמת הרופאים אם אומרים שעשו לרפואה ושיוליד. בנ"ד נמי כיון שצוויתי לשאול בהרופא שם ואמר שיוליד וגם שאלתי פה לרופא מומחה בכך ואמר שיוכל להוליד. ואף אם נשווי דברי הרופאים לספק. מ"מ איכא כמה ספיקות חדא דילמא בלא הרחבת הנקב לא הי' יכול להוליד כלל ולא הי' אפשר ג"כ לעשות תקנה לנקוב נקב בפי האמה שיוליד כד' החת"ס וא"כ כיון דלאו בר הולדה הוא לאו בר סירוס. ואף אם נאמר דהי' יכול לעשות תקנה להוליד. מ"מ דילמא גם עכשיו יוכל להוליד כדברי הרופאים הנ"ל והוי ס"ס מתהפך דנוכל לומר להיפך דילמא גם עכשיו בר הולדה הוא כדברי הרופאים ואינו כרות שפכה כלל. ואף אם עתה לאו בר הולדה הוא. מ"מ דילמא מקודם ג"כ לאו בר הולדה הוא ולית בי' משום סירוס כלל. וגם אינם משם אחד דהא ספק אחד דילמא אינו סריס כלל ובר הולדה הוא. והשני הוא אף אם הוא סריס מ"מ כיון דגם מקודם לא הי' בר הולדה לא איכפת לן. וגם נראה דאם הרופא עושה הנקב כדי לרפאותו שיוליד אף אם באמת לא יוליד לא מקרי בידים. כמ"ש הש"ך בה' מקוואות סקמ"ו לענין שאיבת המקוה לנקותו דהמים שנופל בחזרה אף דבא ע"י אדם. מ"מ כיון דכוונת האדם להוציאו והוא נופל מאליו לא מקרי בידי אדם רק כנופל ממילא. ה"נ כיון דפ"ד ביד"ש כשר רק ביד"א פסול. ואיסור הפ"ד הוא משום הולדה כנ"ל. א"כ אם עושה לרפואה כדי שיוליד. אף אם באמת לא יוליד מ"מ לא מקרי בידי אדם רק כנעשה ממילא:

איברא דיש לשדות נרגא בכ"ז דמ"ש להתיר היכא דלאו בר הולדה הוא מקודם מהא דמסרס הזקן. הנה זה רק לס' התוס' שם בשבת (דקי"א ע"א) ד"ה אלא אבל הרשב"א בחי' שם כתב טעם אחר וז"ל דמסרס אחר מסרס גזיה"כ וכו' משום דכל שכיו"ב כלומר בחור שכמותו מוליד וזה מסרסו אין ניכר שהי' סרים מתחלתו ונראה כמסרסו עכשיו אבל זקן שאינו ראוי להוליד לפי דרכן של בריות לא הקפידה תורה וכו' עיי"ש וא"כ לפי"ד תינוק שאין לו כח הולדה כיון דאין ניכר בו כמו זקן הוי כמסרס אחר מסרס. אבל באמת נלע"ד דהרשב"א קאמר רק לענין חיוב אבל לא לענין לבוא בקהל וכ"כ גם החת"ס אה"ע תשו' י"ז והב"א תשו' ב'. אלא דבתשו' ד"ח הנ"ל הקשה דמ"ש זה מזה ולענ"ד נראה לפימש"ל הוכחה מהש"ס דמדפריך הש"ס וניקב מי לא מוליד הוא מטעם

דאמרינן ילמד סתום מן המפורש יטעמו דקרא דלא יבוא בקהל הוא שלא יועילו מעשיו הרעים שרצה לעשות היפך כוונת הבריאה למלאות רק תאוותו ולא לפ"ו ואסרה עליו התורה לבוא בקהל שלא יועיל כלום במעשיו א"כ זה רק בבר הולדה דנוכל לומר דעשה שלא להוליד דבלא"ה לא הי' מוליד אלא דעשה כן מאיזו טעם אחר וע"ז גזיה"כ דמ"מ חייב כיון שעשה מעשה אף שלא כיוון לטעם האיסור. אבל לקנסו שלא יועילו מעשיו אין ענין רק אם הקנס הוא תועלת לבטל מחשבתו אז לא יעשה כן פ"א. אבל אם חזינן דהוא עושה לאיזו כוונה אחרת ולא שלא יוליד רק למלאות תאוותו מה יועיל הקנס שלא יבוא בקהל לענין זה דילמא אותו טעם והכוונה שיש לו הוא שקול אצלו יותר ממה שנאסור אותו לבוא בקהל. ודו"ק היטב בכ"ז שנ"ל ברור. ואדרבא יוצא לנו קולא מזה דאף בסירוס גמור רק שהי' ביד"ש אם אח"כ מסרס ביד"א אף דלענין חיוב וודאי חייב משום מסרס אחר מסרס מ"מ אין לפוסלו לבוא בקהל משום כך:

וגם מה שיש לפקפק עוד על דברי הנ"ל דאמאי לא ניחוש דילמא דלא כהחת"ס אלא דגם בנולד בלי נקב כלל יכולין הרופאים לעשות לו נקב בפי האמה ולא יקלקלו המחיצה שבין השתן לש"ז וא"כ ע"י הנקב שבתחתיתו הוא כרות שפכה כיון שהוא שותת ובלא הנקב הי' יכול להיות בר הולדה ע"י שיעשה לו רופא נקב בפי האמה וא"כ כיון דהנקב שהי' בתחתיתו הוי סירוס אף דאינו פסול לבוא בקהל מחמתו מ"מ סירוס מקרי וכשהרחיב הנקב אח"כ הוי מסרס אחר מסרס לד' החת"ס הנ"ל דגם ביד"ש מקרי מסרס א"מ ואסור לבוא בקהל. ז"א חדא דהא הב"ש כתב דניקב אינו פסול רק אם יכול לצאת ש"ז ע"י הנקב וכאן כיון דהנקב הי' דק כ"כ דאף מ"ר הי' יוצאין רק בקושי וודאי ש"ז דהוא עב יותר לא הי' יכול לצאת. ועוד הא דעת הש"ג בשבועות ר"פ שבועת העדות דמחמץ אחר מחמץ אינו חייב רק כשעושה מעשה אחר שאינה שוה לראשונה כמו לש ועירב אח"כ או נותק אחר כורת. אבל כשעושה מעשה שוה לראשונה אף שעושה במקום אחר דמי למטיל מום בבע"מ דקיי"ל דפטור א"כ מכ"ש הכא שהי' בראשונה נקב רק שהרחיבו אח"כ דמי למטיל מום בבע"מ ולא למסרס אחר מסרס עיי"ש בש"ג וגם איכא ספיקי טובא דילמא כהחת"ס דלא הי' יכול לתקן מתחלה וגם דילמא כהחת"ס והב"א דמסרס א"מ הוא רק לענין חיוב ולא לבוא בקהל ועוד ספיקי טובי וגם איכא דיעות טובא דספק פ"ד מותר אלא שאין רצוני להאריך בפרט זה שכבר האריכו בזה הרבנים הגדולים מדאמבראווא וטשעבין בתשובותיהם על השאלה הנ"ל:

ועוד נלע"ד לחזק מש"ל דגם להרשב"א הנ"ל מותר לבוא בקהל וליישב באו"א קו' הד"ח הנ"ל. דלכאורה צריך להבין מ"ט דהרשב"א באמת דלא חילק כפשטי' דיש חילוק בין

שם סירוס עליו או לאו בר הולדה כד' הש"ס מנחות הנ"ל דיש חילוק בין מחמץ את הפסולה או מחמץ אחר מחמץ כמש"ל:

אך נראה דהנה באמת יש לחלק טובא בין מסרס את הזקן למחמץ את הפסולה דבאמת מחמץ אחר מחמץ גופא חידוש הוא דבעלמא קיי"ל דכל שעושה מעשה אחר מעשה ואין מעשה השני מחדש כלום לא נחשב למעשה כלל כמו כתב ע"ג כתב דל"מ בין לענין גט בין לענין שבת וה"נ כיון דעיקר פעולת הסירוס הוא לבטל כח ההולדה א"כ כיון דכבר לאו בר הולדה הוא הול"ל דלאו כלום עביד וכן מחמץ אחר מחמץ וא"כ ניהו דחידש רחמנא דחייב י"ל דלא גילה קרא רק במסרס אחר מסרס או מחמץ אח"מ דשם חימוץ וסירוס אתרוויי' וכמו שהארכתי בזה למעלה. אבל מחמץ את הפסולה אין לנו שום טעם לחייבו כמש"ל כיון דאינו מחדש כלום. אך כ"ז במחמץ את הפסולה אבל מסרס את הזקן שאני דהא כתבו התוס' גיטין (די"ט ע"א) ד"ה ר"י דאף דאין כתב ע"ג כתב מ"מ אם כתב הראשון הי' שלא לשמו והעביר קולמוס לשמו מהני כיון דהכתב השני עושה פעולה שמתקנו ומכשירו א"כ ה"נ במסרס את הזקן דמותר לבוא בקהל כיון דהוי ביד"ש ובמה שמסרסו ועושה מעשה בידים פוסלו לבוא בקהל א"כ עושה פעולה חדשה שפוסלו שפיר י"ל דהוי מעשה גם לענין חיוב ושוב אדרבא צריך להבין טעמם של התוס' הנ"ל שכתבנו לעיל דמדמי לה למחמץ את הפסולה. אך נ"ל עפי"ד הש"ס מנחות (מ' ע"ב) גבי הטיל למוטלת דמכשר ר"ז אם התיר את הראשונות ופריך הש"ס דמ"ש מהטיל לבעלת ג' והשלים אח"כ לד' דפסול משום תולמ"ה ומשני השתא בבל תוסיף קאי מעשה לא הוי ופירשו שם רש"י ותוס' דכיון דעושה איסור לאו מעשה הוא. והנה א"א להבין דבריהם כפשטם דא"כ האיך משכחת לאו שיש בו מעשה וגם הא דקיי"ל דהשוחט בשבת שחיטתו כשרה הא קיי"ל דבשחיטה בעינן כח גברא וכל שנשחט שלא ע"י מעשה אדם לאו שחיטה הוא וכיון דעשה איסור בשחיטתו בשבת לאו מעשה הוא וכהנה וכהנה סתירות הרבה. אך עיקר הדברים כך הם דכל שנעשה מעשה ופעולה ניכרת בעשייתו כמו שחיטה וכדומה מה בכך שמעשה איסור לא חשיב מעשה הרי דיבור וודאי לאו מעשה הוא ואפ"ה היכא דבדיבורו עביד מעשה חשיב מעשה כדקאמר ר"י לא תיתני מימר דבדיבורא עביד מעשה. אך שם בהטיל למוטלת דגוף ההטלה בעצם לאו מעשה הוא כיון דכבר יש ציצית בהבגד כמו כתב ע"ג כתב וכדומה רק דהש"ס ר"ל דהוי כמו הטיל לבעלת ג' דפסול משום תולמ"ה דכיון דכתיב תעשה כל שעשה המעשה ההוא בפסול ל"מ שום תיקון אח"כ ע"ז קאמר דכיון דעובר בבל תוסיף ל"ח כעושה מעשה בפסול דלא נחשב כאלו הוא עשה המעשה בפסול. ונהי

דנחשב כאלו לא נעשה מעשה כלל דהא לא נעשה פעולה ניכרת כיון דהטיל למוטלת מ"מ מהני פסיקת הראשונים אח"כ דפסיקתן זו עשייתן. וכללא הוא דכל דעשה הוא מעשה בפסול ל"מ תיקון מבחוץ להכשיר המעשה שנעשה בפסול. אבל היכא דנחשב כלא עשה מעשה כלל מהני אח"כ מעשה קצת להכשיר למפרע מעשה הראשון. וא"כ ניחא הכא שפיר דבאמת מסרס את הזקן כיון דעיקר הסירוס למנוע כח ההולדה א"כ היכא דכבר לאו בר הולדה הוא לאו פעולה ניכרת הוא והמעשה בעצם לא נחשב מעשה רק דנאמר כיון דחילקה התורה בין נעשה מאליו או נעשה ע"י אדם דבנעשה ע"י אדם אסור לבוא בקהל. ועי"ז אתה ר"ל דהיכא דהוסיף מילתא במעשה השני דומה למעביר קולמוס לשמו כמש"ל. ז"א דשוב דומה להטיל למוטלת דהיכא דעושה איסור בשעת מעשה לא חשיב מעשה אדם כיון דבלא"ה אין הפעולה ניכרת וא"כ הכא תלוי אם נאמר דמסרס את הזקן חייב כיון דהוסיף פסול קהל כמו בהעביר קולמוס לשמו א"כ שוב מותר לבוא בקהל דמעשה איסור לא חשיב מעשה ביד"א מאי אמרת אם מותר לבוא בקהל א"כ לא הוסיף מידי וכיון דלא הוסיף שוב צריך להיות פטור וכיון דיהי' פטור שוב צריך להיות פסול וחוזר חלילה הרי זה דומה לד' התוס' ב"מ ופסחים לענין עלה עלי' זכר דמתהפך לכאן ולכאן דכתבו התוס' דאזלינן לחומרא וכתבתי במק"א דזה דומה לספק דבדאורייתא אזלינן לחומרא כמו שכתב הכר"ו לענין ס"ס שאינו מתהפך ובמלקות קיי"ל דספק לקולא ה"נ ס"ל להתוס' דמסרס את הזקן פטור והרשב"א ס"ל דלאו מטעם ספק הוא אלא דכל כה"ג אזלינן לחומרא ולכך לא ניחא לי' להרשב"א בטעם התוס' וס"ל דהי' צריך להיות חייב כיון דהוסיף פסול לקהל וממילא כיון דאתה מחייבו משום מסרס ולוקה שוב א"א לפוסלו לבוא בקהל דכיון דעשה איסור לאו מעשה ביד"א נחשב כמש"ל. ומיושב ג"כ קו' הד"ח הנ"ל ונכונים דברי הב"א והחת"ס דכ"ז במסרס את הזקן דדומה למחמץ את הפסולה דליכא גזיה"כ מקרא לחייבו דא"א ללמוד ממסרס אחר מסרס כיון דלאו שם סירוס עליו רק דאתה רוצה לחייבו משום דהוסיף פסול קהל כיון דנעשה ביד"א דדומה להעביר קולמוס לשמו עי"ז הוא מתהפך לכאן ולכאן כמש"ל דבזה פליגי הרשב"א והתוס' אבל היכא דמעשה הראשון הוא ג"כ סירוס דיש נקב או כריתה בגוף האבר רק דנולד כך או נעשה ביד"ש ואז אם מסרס אח"כ ביד"א פשיטא דחייב מגזיה"כ דמסרס אחר מסרס א"כ וודאי מותר לבוא בקהל דכיון דעושה איסור בעשייתו לא נחשב מעשה ביד"א כנלע"ד:

ומעתה כיון דאיכא כל הני צדדי היתר וכמה ספיקי די"ל אולי כדברי הרופאים דגם עתה ראוי להוליד דהיש"ש סומך ע"ז. ואם נאמר דאינו ראוי להוליד אולי גם מקודם לא הי'

ראוי להוליד דלכמה דיעות אף שנעשה אח"כ ביד"א לא מהני מעשה השני לפוסלו. ויש עוד כדמות ראי' לזה מעירובין (דכ"ה ע"א) דאם הי' מקודם מחיצות שלא הוקפו לדירה והרחיק מהכותל ד' ועשה מחיצה חדשה הוי מוקף לדירה. אבל פחות מג' לא כיון דלא הועיל כלום במחיצתו. הרי אף דעתה הוא דר במחיצה החדשה שעשה בידים לדירה מ"מ כיון דכבר הי' מחיצה מקודם שלא הוקפה לדירה ל"מ מחיצה החדשה ה"נ בכה"ג לא מקרי מעשה השני כלום לפוסלו ע"ז. וגם יש דיעות דאף בניקב בתחתיתו כל שאינו מפולש כשר כמו שהביאו האחרונים בשם היש"ש. והעולה על כולנה איכא דעת הרא"ם דניקב אינו פוסל כלל לבוא בקהל ומצינו בסי' י"ז לענין עגונה דלחד דיעה סמכינן על דעת יחיד כדאיתא בש"ס דלמה נשנו דברי היחיד כדי לסמוך עליו בשעת הדחק עיין ח"מ שם סקל"ק ואין לך שעת הדחק גדול מזה לפסול איש לבוא לעולם בקהל בפרט בדור הזה שאין אדם שליט ביצרו ועלול לבוא למכשול ח"ו שזה לדעתי יותר מעגונה שיש תקוה או שיהי' עדות אחרת או שיבוא בעלה אם הוא חי ובפרט דצערי' דגברא קשה וכו' וגם באמת כל ענין ניקב כה"ג שאין נקב אחר בפי האמה לא הוזכר בש"ס רק ברא"ש הנ"ל ולדבריו ג"כ יש להכשירו לבוא בקהל כמש"ל. ולכן גם אנכי מצטרף עם האחים הרבנים הגדולים דק"ק דאמבראווא וטשעבין להתיר את הבחור לישא אשה והשי"ת יצילנו משגיאות:

והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**

סימן יג

לכבוד ידידי הרב הה"ג הגביר הנכבד ומהולל מו"ה **ליבוש אריק** נ"י (ז"ל).

ע"ד אשר ביקש ממני כתה"ר לעיין בשריותא דהאי איתתא אשת איש פלוני וכהן שאשתקד בעת המלחמה שחיל הפאטלורים עשו שערורות גדולות מאד. באו לביתה הרבה אנשי חיל וכבו הנרות והוציאו בעלה לחוץ ונשארה היא ואמה וילדי'. ושני בנותי' ברחו משם. וכשיצאו באתה לפני בעלה בבהלה גדולה מאד מוכה ופצוע ואמרה לו שנאנסה מהם ובעלה אף שמאמין לדברי' שאינה משקרת אמנם אומר כי לפי הבהלה הגדולה שראה מאתה נראה לו שלא היתה יכולה בעצמה לידע מה נעשה אתה וביקש מכתה"ר להציע הדבר לפני כי קשים מאד הגירושין להפרש מאשת נעורים וגם כי יש לו בנים ממנה. ולמען המצוה הגדולה אמרתי להזדקק לדבר הזה אולי יעלה בידי למצוא איזה צד היתר:

מקור הדין הוא בש"ע אה"ע סי' ו' סי"ב דאשה שאמרה לבעלה כהן נאנסתי אינה נאמנת ואם מאמין לדברי' ה"ז יוציא כדי לצאת ידי ספק. ובסי' קע"ח ס"ט מביא הרמ"א שני

דיעות בזה"ז שיש חדר"ג אם יוכל לומר שמאמינה ולא הכריע בין הדיעות וצריכין אנו לידע הלכתא מהו. ואמנם מקודם אנו צריכין לדעת האי מילתא. דאם מאמין לדברי' דאסורה עליו אם הוא מדאורייתא או לאו והנה דין זה נובע מש"ס קידושין (דס"ו ע"א) בעובדא דהאי סמיא דא"ל אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה. וברי"ף שם מבואר דדין זה הוא שמחויב לצאת ידי שמים וכ"כ הרא"ש שם וכן בתוס' ר"י הזקן ואמנם בש"ג שם כתב דהוא רק משום לזות שפתים וכ"כ הטור בסי' קט"ו ובב"י שם תמה עליו בזה שסותר גם דברי עצמו בסי' קע"ח ובפרישה שם ס"ק כ"א כתב דהם איירי היכא דאיכא ג"כ שתיקה כהודאה. דבלא"ה ס"ל לאביי דבשתיקה כהודאה אף בדשב"ע ע"א נאמן אבל כאן בטור דליכא שתיקה כהודאה דהיינו שלא הי' לו כלל לידע. אז אין האיסור רק משום לזות שפתים וכ"כ הב"ח בשם הרש"ל. אלא דקשה דהא הטור מסיים דאם היא עצמה אומרת שזינתה והוא מאמין לה וסומך על דברי' יוציא לצאת יד"ש ומנ"ל להטור לחלק בין ע"א להיא עצמה הא כל דינא דמאמין לה הוא נובע רק מדין דע"א מעובדא דהאי סמיא. כמ"ש הה"מ בפכ"ד מה' אישות הי"ח. א"כ מנ"ל לחלק בינייהו. ואולם י"ל דמזה ראי' דגם הטור הי' לו הגירסא בירושלמי נדרים כמו שהובא בהג"מ פ"ב דיבמות אות ק"ב דבאומרת טא"ל אם מאמינה חייב להוציא והובא בהגהות על הנמוק"י בהל' נדרים להרמב"ן בסוגיא דטא"ל בהג"ה המתחלת מאמר מרדכי וס"ל להטור דבהאי סמיא דקאמר זיל אפקה הוא רק משום לזות שפתים. אבל שם בירושלמי דקתני חייב להוציא. לכה"פ מוכרח לומר דלצאת יד"ש חייב. ועיין בתוס' חולין (דק"ל ע"ב) ד"ה תנא תני ישלם. ואמנם אם החיוב לצאת יד"ש הוא דאורייתא או דרבנן. משמע מתשו' המיוחסות להרשב"א בסי' קל"ג דהוא רק מדרבנן עיי"ש שכתב וז"ל ומה שאומר שמואל אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה לאו לאוסרה עליו דבר תורה קאמר וכו' אלא כי אמר לי' שמואל זיל אפקה כדי שלא יהי' לבו נוקפו. א"נ חייב לאפוקה בבא לצאת יד"ש וכו' עיי"ש. הרי משמע דגם היכא שחייב לאפוקה לצאת יד"ש לאו דבר תורה הוא. וכ"מ לכאורה מהפוסקים הנ"ל דס"ל דבזה"ז דאיכא חדר"ג אף במאמין לה אינה אסורה עליו משום די"ל דעיניו נתן באחרת. והרי הר"ן בסוגיא הנ"ל כתב דהא דמותרת בטא"ל ולא אמרינן דשאחד"א הוא משום דמשעבדא לה וכל עיקר נאמנותה גם להמשנה הראשונה הוא רק מדרבנן ולא מדינא ולכך משום תקנה שלא תתן עיני' באחר התירוה רבנן. ואם נאמר דמאמין לה הוי איסור תורה האיך התירו הפוסקים בזה"ז משום דענ"ב הרי אסורה עליו מה"ת כיון דלבו נוקפו. אע"כ דהוי רק איסור דרבנן ומשום תקנה שלא יתן ענ"ב ויבטל תקנת ר"ג אוקמוה רבנן על של תורה:

ומה"ט ניחא נמי שלא הביא הרמ"א בסי' קע"ח הנ"ל הדין רק במאמין לה ולא בראה בעצמו שזינתה שעמד בזה בתשו' נוב"י הובא בפ"ת שם. משום דאז אסורה עליו מה"ת כיון דראה בעצמו שזינתה ולא יכלו חכמים לעקור ד"ת בקו"ע. דבשלמא באשה עצמה שאמרה טא"ל. מדאורייתא לא מהימנא כלל. וגם ל"ש שאחד"א דהא משעבדא לי' כמ"ש הר"ן. אבל שיהי' אלים שעבודה כ"כ משום תקנת ר"ג. שלא יוכל הוא לאסור עליו תשמישה וודאי לא. ובפרט למ"ד דחדר"ג הוא רק מדרבנן. וודאי דלא אלים להפקיע איסור דאורייתא מה דשאחד"א. ואף אם דחר"ג הוי דאורייתא והוא משועבד לה ממש מה"ת מ"מ הא באמת דברי הר"ן בעצמם תמוהים מ"ש דמשום דמשעבדא לי' לא תוכל לאסור עליו בשאחד"א והא רק באמרה הנאת תשמישי עליך אינה יכולה לאסור עליו אבל אם אמרה הנאת תשמישך עלי אין מאכילין לאדם דבר האסור לו כדאיתא בנדרים (דט"ו ע"ב) וכתובות (דע"א). וכבר עמד ע"ז המהרי"ט הובא בשעה"מ פ"ט מה"א הט"ו. ומ"ש שם השעה"מ דזה רק אם נאמר דשאחד"א הוי מטעם נדר אבל אם נאמר דהוא מטעם נאמנות וא"כ כיון דהיא משועבדת לו אינה נאמנת עליו עיי"ש. אבל באמת דבריו תמוהים לכאורה דנהי דאינה נאמנת עליו אבל על עצמה נאמנת וא"כ איך יכול לכופה והא אין מאכילין לאדם וכו'. ואף אם נאמר דכיון דהוא אין מאמין לה כלל א"כ הוא יכול לכופה דהוא אומר דהדבר שקר דאין אסור לה כלל. דז"א דעכ"פ כיון דעל עצמה נאמנת והיא מוזהרת על עריות כמותו. א"כ מחויבת לקבל כל כפיות ושלא למסור עצמה לתשמיש כיון דהיא יודעת בנפשה דאסור לה. ואף דאשה קרקע עולם. מ"מ הא מבואר בחי' הר"ן בסנהדרין (דע"ד) הטעם דאשה אינה מחויבת למסור נפשה להריגה משום דלא תוכל להציל עצמה ע"י הריגה דהא יכול לבוא עלי' בע"כ. וזה ל"ש כאן דהא אסור לבוא עלי' בע"כ כדאיתא בעירובין (ד"ק ע"ב) ובש"ע אה"ע סי' כ"ח ס"ב:

וכבר ידוע מ"ש הרמב"ם דאינה כשבוית חרב להבעל לו. ואף החולקים על הרמב"ם היינו שאין כופים אותו לגרש באומרת מאיס עלי. אבל וודאי אינו יכול לבוא עלי' בע"כ. רק שדינה כמורדת שיוכל לפחות לה מכתובתה כמבואר בכתובות (דס"ג ע"ב) בתוס' שם דלא כייפינן לה לכ"ע במאיס עלי עיי"ש. וא"כ וודאי משום הפסד ממון לא חשובה אנוסה שיהי' לה היתר למסור עצמה לתשמיש בדבר שלפי דברי' אסורה עליו באיסור ערוה. ואין לומר דהטעם של השעה"מ הוא משום כיון דאינה נאמנת עליו הוי כעדות שבטלה מקצתה וכו' ובטל גם לגבי דידה. ז"א דהא כתב הרמב"ם פי"ח מהא"ב ה"ט דאשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אף דאינה נאמנת עליו מ"מ אם מת בעלה אסורה לכהן אחר משום דכבר הודית ע"ע ושאחד"א. ואף הראב"ד אינו חולק רק משום דיש

לה אמתלא טובה ולא אמרינן כיון דבטל עדותה לגבי בעלה בטל נמי גבי דידה. וגם הא אסורה לאכול בתרומה אף תחת בעלה לדידן כמפורש בסוגיא הנ"ל. וגם בד"מ לענין הודאת בע"ד דקיי"ל באומר המלוה שטר אמנה דהיכא דחב לאחריני אינו נאמן. מ"מ מבואר בחו"מ סי' מ"ז ס"א. דאחר שפרע לבע"ח אינו יכול שוב לגבות השטר הזה משום הודאת בע"ד אם לא היכא שיש לו אמתלא עיי"ש. ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה וכו'. וא"כ שוב תקשי היכא דאמרה טא"ל איזו היתר יש לה למסור עצמה לתשמיש כיון דעל עצמה נאמנת. וגם דבלא"ה נ"ל דא"צ לבוא כלל לענין הודאת בע"ד ושאחד"א רק היכא דחוזרת בה אח"כ בלא אמתלא אז צריכין לבוא לטעם דשאחד"א. דבין אם הוא משום נדר או משום נאמנות אינה יכולה לחזור דכיון שהגיד וכו' אבל היכא דמחזקת עדיין בדיבורה דאסור לה אף אם כל העולם אומרים שאינו כן. הא אף לקולא רוצה לומר הבכ"ש ביבמות (דפ"ז). דאף אם יש שני עדים על חתיכה שהיא אסורה אם אדם יודע בבירור ששקר הדבר יוכל לאכלה בצינעה. דמה שידוע לאדם בידיעה ברורה אין לו להשגיח על העדים. אף דאם יעשה כן בפרהסיא יהי' לוקה דהב"ד יאמינו להעדים ולא לו מ"מ בצינעה יכול לאכלה מדאורייתא עיי"ש. ואף לענין ממון הדין כן כמ"ש בתומים סי' י"ב עיי"ש בנתיבות סק"ג ועיין בתשו' חו"י סי' קצ"ד וא"כ מכ"ש לחומרא בדבר שהוא יודע בעצמו שאסור מה בכך דלהב"ד אינו נאמן מ"מ הוא בעצמו וודאי אסור לו לעשות הדבר הזה. והוא דבר התמוה באמת:

ואמנם על הר"ן הנ"ל י"ל דלק"מ כיון דאיירי באשת כהן י"ל דס"ל כס' הר"א כפי שהביא הרשב"א דבריו בסוגיא הנ"ל דפסולי כהונה דאינה מוזהרת רק היכא דהוא מוזהר. וא"כ כיון דעליו אינה נאמנת משום דמשעבדא לי' ולא תוכל לאסור עצמה עליו גם היא עצמה מותרת כיון דהוא אינו מוזהר דאם לא היתה משועבדת לו לא היתה יכולה לאסור עצמה גם עליו. דהא אדם אוסר פירותיו על חבירו. אבל כיון דמשעבדא לי' ואינה יכולה לאסור תשמישה עליו רק תשמישו על נפשה כמש"ל שוב באשת כהן גם היא מותרת ולכך צריך הר"ן הטעם דמשועבדת לו. ואולם התינח באשת כהן דבפסולי כהונה לא הוזהרו כהנות אבל באשת ישראל שאומרת לבעלה טא"ל. שמבואר ג"כ בש"ע דאינה נאמנת. תקשי הא שאחד"א. וגם באשת כהן קשה לי על ס' הר"א שברשב"א הנ"ל שכתב דכיון דאינה נאמנת עליו והוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת וקשה לי ע"ז מש"ס כתובות (ד"ט ע"א) דפריך שם כיון דפ"פ כשני עדים דמי מעשה שהי' מפני מה לא אסרוה ומשני התם אונס הוי וכיון דאינה אסורה לבעל אינה אסורה לבועל כמ"ש התוס' יבמות (ל"ה ע"א) ד"ה אעפ"י. והקשו בראשונים הובא בשטמ"ק שם דמאי התחיל כלל הש"ס להקשות.

הא כיון דלאורי' לא הי' נודע כלל ולא הי' עדים בדבר ואינה אסורה לאורי' ממילא לא נאסרה גם על דוד כיון דאינה אסורה לבעל. ותירצו שם כיון דלדוד הי' ידוע דנבעלה ואולי הי' אורי' יודע כמו שהי' דוד יודע היתה אסורה עליו אסורה לבעל קרינן בי'. עיי"ש בשטמ"ק שכפל ושילש הדבר. וא"כ ה"נ כיון דהאשה יודעת בעצמה שנבעלה ואילו הי' בעלה הכהן יודע מזה היתה אסורה עליו הוא מוזהר קרינן בי' וגם היא מוזהרת דדמיין ממש להדדי דכמו דהתם תלוי איסורו של בועל באיסורו של בעל ה"נ תלוי איסור האשה באיסור הבעל. ובשלמא לשי' רש"י התם דפירש דמעשה דדוד בעדים הי' ניחא דהיתה אסורה לאורי' ע"י העדים. אבל להתוס' שם וכל הראשונים שחלקו עליו. ומוכרח בע"כ לומר כתירוץ השטמ"ק הנ"ל א"כ קשה גם כאן באשת כהן כן. ועיין בתשו' שב יעקב סי' ו' וז':

והנלע"ד בישוב הדבר ויתיישב ג"כ הטעם מה דלמשנה ראשונה היתה נאמנת אף דאין דשב"ע פחות משנים ולמ"א לא מהימנא ואם נאמר דטעם המשנה הראשונה משום שאחד"א א"כ מ"ט דמשנה אחרונה כיון דלא ס"ל ס' הר"ן דמשעבדא לי'. א"כ האיך היו יכולין חכמים לעקור ד"ת בקו"ע. ותירוץ הר"ן דגם למשנה ראשונה לא היתה נאמנת ד"ת רק דרבנן דחוק מאד. אך י"ל דבאמת יש להסביר הטעם בסברת הראשונים שבשטמ"ק הנ"ל דמש"ה אסורה לדוד אף דאין עדים ואין אסורה לאורי'. רק כיון דאילו הי' יודע היתה נאסרה עליו. היינו כיון דקיי"ל דגם שוגג הוי איסור וצריך כפרה ובפרט בחלבים ועריות שנהנה גם מתעסק חייב. א"כ מקרי אסורה לאורי' כיון דעכ"פ יש עליו עונש ביד"ש. ולכך היתה אסורה לדוד מדינא דמזיד הוי וא"כ מעתה נכון הכא שפיר. דבאמת הא חזינן דבשוא"ת יכולין חכמים לעקור ד"ת ולהתיר מה שאסרה תורה ואין עליו כלל עונש ביד"ש רק דזה לא יכלו להתיר לעשות מעשה בתחילה. אבל כאן דלכתחילה מותר בעלה הכהן לבוא עלי' דהא עליו אינה נאמנת דאין דשב"ע פחות משנים ואינו מחויב להאמין לה כלל. מאי אמרת הא היא יודעת דאסורה. ולפי דברי' עביד הוא איסור בשוגג וכיון דהוא עושה איסור גם היא אסורה כמש"ל. ז"א דלענין מה שכבר עבר שיהי' נאמר שעשה איסור בשוגג ויש עליו עונש ביד"ש. לזה שפיר מהני מה שעקרו חכמים האיסור ועשו אותה כהיתר כיון דאין נ"מ לענין לעשות מעשה לכתחילה דהא הוא רשאי לעשות המעשה כיון דהוא אין מחויב להאמינה. וא"כ אף אם נאמר דהאמת כדברי' אינו עושה איסור בשוגג דזה הוי כשוא"ת ממש. ויכולים חכמים לעקור ד"ת שיהי' נחשב כאלו לא עשה איסור כלל. ושוב ממילא גם לכתחלה היא מותרת דכל היכא דהוא אינו מוזהר ואינו עושה איסור כלל גם היא אינה מוזהרת בפסולי כהונה. ואמנם כ"ז למשנה אחרונה

דראו חכמים לעקור ד"ת בשוא"ת משום דנפישי נשים שנותנים ענ"ב. אבל למשנה הראשונה דלא היתה תקנה עדיין שוב ממילא מדינא אסורה משום שאחד"א. ואי דהוא אינו מוזהר ז"א הא לפי דברי' גם הוא עושה איסור בשוגג כמו במעשה שהי' דאסורה לדוד כיון דאם הי' אזרי' יודע היתה אסורה עליו. ה"נ אסורה להבעל כיון דאם הי' בעלה יודע היתה אסורה עליו אף שעתה אינו יודע עכ"פ עושה איסור בשוגג ויש עליו עונש בי"ש. ולכך גם היא אסורה:

ויתיישב בזה גם קושיית הברוך טעם שהקשה בסוגיא זו דהא כיון שלא האמינו אותה למשנה האחרונה ואין אנו כופין אותו להוציא. א"כ שוב כשאמרה טא"ל בע"כ קושטא קאמרה דליכא למימר דענ"ב דהא יודעת דלא נכוף אותו להוציא. וא"כ איך שוב מותר לדור עמה. ואין לומר דא"כ אם נאסור אותה שוב שייך ענ"ב ז"א דכל כה"ג דהאיסור כרוך בההיתר וההיתר באיסור אזלינן לחומרא כמ"ש התוס' (פסחים כ"ו) גבי פרה אדומה עיי"ש. אך להנ"ל ניחא. דבאמת אף בלא הטעם דענ"ב אינה נאמנת עליו משום דאין דשב"ע פחות מב'. והעיקר הטעם דמשנה ראשונה הוא משום שואחד"א. ולמשנה האחרונה משום תקנה שלא תפקיע עצמה כל אשה מבעלה עקרו חכמים ממנו האיסור שוגג ועונש בי"ש. שוב אף אם לא שייך עוד ענ"ב מ"מ מותרת דכיון דהוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת בפסולי כהונה כנ"ל:

ואמנם תינח באשת כהן. אבל באשת ישראל דקיי"ל ג"כ דאינה נאמנת למ"א תקשי שפיר נימא שאחד"א. דבכל עריות היא מוזהרת כמותו דהשוה הכתוב וכו'. וא"כ אף היכא דלדידי' מותרת מ"מ הא היא מצ"ע תיתסר משום שאחד"א. אך גם בזה י"ל כעין שכתב הפנ"י בקידושין (דס"ד) דמש"ה ל"מ קידושין בלא עדים. דע"י הקידושין צריכה להיות נאסרת אכ"ע דהקדש קרי' רחמנא. ובעינן שתהי' אסורה אכ"ע כהקדש. וכיון דאין עדים דלא נאסרה אכ"ע דאין דשב"ע פחות מב' אינם חלים הקידושין כלל גם אדידה דאין הקדש לחצאין עיי"ש בדבריו. א"כ ה"נ י"ל להיפך באיסור סוטה דטומאה כתיב בה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל והיכא דאינה אסורה לבעל אינה אסורה לבועל כמש"ל. ה"נ היכא דלא נאסרה לבעל היא ג"כ אינה אסורה דאין טומאה לחצאין. ובפרט לשי' המהרי"ק דעיקר איסור סוטה משום דמעלה בבעלה. דמעלה בו מעל כתיב. א"כ היכא דאינה אסורה לבעל דהוא אין מאמין לדברי' ואין עדים בדבר גם היא עצמה אינה נאסרת דאיסורא דידה רק בדידי' תלוי. ותלי"ת מצאתי און לדברי מדברי הישי"ש יבמות פ"ב דין י"ח שכתב וז"ל בשלמא האשה אינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה שהתורה לא אסרה אותה על בעלה היכא שלא ידע שנטמאה. אם לא בקינוי וסתירה.

וא"כ אפילו את"ל האמת שזינתה התורה התירה לו והיא משועבדת לו וקרקע עולם לפניו עכ"ד הקדושים. ונראה שכיוון למ"ש. וא"כ גם באשת ישראל נכון ג"כ כמש"ל באשת כהן כיון דגם היא אינה אסורה רק היכא דהוא נאסר וכיון דעקרו חכמים האיסור ממנו היכא דאינו יודע גם היא מותרת כמש"ל:

ואולם עדיין לא נתיישב בזה עובדא דיהודית דביתהו דר"ח דפ"ק דקידושין דאמרה אמרה לי אם קיבל ביך אביך קידושין וכו' דקא"ל לאו כ"כ דאסרת לך עלי וכו'. ושם שפיר תקשי קו' התוס' רי"ד הא שאחד"א. דכיון דאסורה משום איסור א"א ל"ש כל הסברות הנ"ל. דאזי אסורה מכח עצמה ולא מכח הבעל. ומה שתירץ השעה"מ פ"ט מה"א הנ"ל דל"ש שאחד"א רק במה שאומר שראה או שיודע בעצמו ולא במה שאומר שמאמין לאחרים עיי"ש בהט"ו. דבריו הם לכאורה נגד ד' התוס' והרשב"א כאן בסוגיא דטא"ל שכתבו להדיא דהיכא דמאמין לדברי' אסורה עליו משום שאחד"א עיי"ש. מבואר שלא כד' השעה"מ. ולכאורה י"ל דס' השעה"מ אם במה שמאמין לאחרים ואינו יודע בעצמו ל"ש שאחד"א. תליא במה שהביא שם מקודם דיעות החלוקות בענין שאחד"א. אם הוא מטעם נאמנות או מטעם נדר. דאם הוא מטעם נדר שפיר שייך לומר דגם במה שמאמין לאחרים ועושה הדבר ע"ע. עכ"פ ספק איסור ג"כ אסור כמ"ש בתוס' ר"י הזקן בקידושין בסוגיא דסמיא הנ"ל. אבל אם הוא מטעם נאמנות שהתורה עשתה את הבע"ד ע"מ כמו שני עדים לכ"ע כמ"ש בקצוה"ח סי' ל"ד. א"כ פשיטא דל"ש עדות רק במה שראה ויודע בעצמו ולא במה שמאמין לאחרים דאטו אם שני עדים יעידו במה ששמעו מפי אחר איש מהימן ממשא אית בעידותן לכך גם אם הבע"ד אומר שמאמין לאחר אין כאן עדות כלל כיון דהוא בעצמו אינו יודע כלל. ולכך שפיר כתבו הפוסקים דהא דאמר שמואל אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה דהוא רק מדרבנן לצאת יד"ש כיון דלבו נוקפו ומש"ה שפיר בעובדא דיהודית הנ"ל אמר לה לאו כ"כ דאסרת לך עלי. כיון דהוא אינו מאמין לדברי' כלל. והיא גופה מה שמאמנת לאמה אין זה רק לצאת יד"ש שפיר אמרינן כיון דמשעבדא ל"ש לצאת יד"ש. דיקדש השם בשלו ולא בשל אחרים. וי"ל דזה טעם שני הדיעות בש"ע סי' קע"ח במאמין לדברי' בזה"ז דאיכא תקנת רגמ"ה אם נאמן דפליגי בזה. הדיעה הראשונה ס"ל דמאמין לדברי' הוא רק לצאת יד"ש כמ"ש הרי"ף לכך בזה"ז דמשועבד לה מחמת תקנת רגמ"ה אינו נאמן. והדיעה האחרונה ס"ל כס' התוס' והרשב"א דמאמין לדברי' הוא מטעם שאתד"א כמ"ש הרשב"א והתוס'. והוא מטעם נדר ולכך גם במשועבד לה אסור דהוה כהנאת תשמישך עלי דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו כמ"ש המהרי"ט הנ"ל:

ואמנם לפי"ז יסתרו דברי הרשב"א מ"ש כאן בחידושיו למ"ש בתשובותיו המיוחסות הנ"ל סי' קל"ג שהבאתי לעיל בשמו דס"ל דהא דאמר שמואל אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה רק לצאת יד"ש קאמר ולא משום שאחד"א. ולכן נ"ל דהרשב"א גם בחידושיו ס"ל הטעם משום נאמנות ורק לצאת יד"ש קאמר והא דקאמר שאחד"א היינו לענין שלא יחזור בו אח"כ ולומר שאינו מאמין לה דכיון דכבר אמר שמאמין לה ולבו נוקפו עכ"פ לזה שאחד"א. שכבר הודה שמאמין לדברי' וצריך לצאת יד"ש להוציאה. ואפ"ה בעובדא דיהודית כיון דהוא אינו מאמין כלל לדברי' רק היא מאמנת לאמה בדידה ל"ש לצאת יד"ש כיון דמשעבדא לי' כמש"ל אין בידה לצאת יד"ש. ומש"ה ס"ל במיוחסות שם דאם אומר הבעל שמאמין לעד שזינתה באחר שיש שם תקנה שלא לגרש בע"כ ג"כ אינו נאמן לומר שמאמין דחיוב לצאת יד"ש ל"ש היכא שהוא משועבד לה כנ"ל. אבל הרשב"א בחידושיו וכן התוס' שם דאיירי שמאמין לדברי' שהיא אמרה טא"ל. שכתבו שם דמש"ה ל"א בדידה שאחד"א כיון דהוא אינו מוזהר כמש"ל. וא"כ היכא דמאמין לדברי' דעכ"פ מחויב לצאת יד"ש אם כן כיון דעכ"פ לצאת יד"ש אסורה עליו. ממילא אסורה היא מדינא לדור עמו משום שאחד"א דהא גם הוא מוזהר לצאת יד"ש ומוזהר קרינן בי' כעין שקאמר הש"ס בב"ק דאתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו משום דמחויב לצאת יד"ש הוי כאלו מדינא מחויב ליתן לה האתנן. ה"נ הוי כאילו הוא מוזהר. וממילא היא אסורה מדינא משום שאחד"א. דהא היא אומרת ברור שזינתה. ואף דמהרשב"א בחידושיו הנ"ל משמע דגם לאחר תקנת ר"ג נאמן לומר שמאמין רק דמנדין אותו ולא אמרינן דכיון דמשועבד לה משום תקנת רגמ"ה לא יהי' מחויב לצאת יד"ש. וא"כ גם היא תהי' מותרת. מ"מ י"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו שכתב בתשו' תקכ"ד דהיכא דיש בה דבר כיעור שרק מדת חסידות הוא שיוציא לא תיקן ר"ג שלא להוציאה ושלא להתנהג במדת חסידות. עיין בתשו' רע"א בכתבים שמביא דבריו עיי"ש. ומכ"ש היכא שמחויב לצאת יד"ש. ודיעה החולקת ע"ז שהובא ברמ"א דס"ל דבזה"ז אינו נאמן י"ל דטעמיי' כיון דהא דמאמין לה הוא רק מדרבנן כמש"ל. וא"כ משום תקנה שלא יתן עיניו באחרת העמידו דבריהם להתיר לו איסור דרבנן. וא"כ ממילא כיון דהוא מותר לגמרי גם היא מותרת אף דהיא אומרת ברי. וא"כ מעתה ניחא מה שלא הביא הרמ"א רק הדין דמאמין לה ולא כראה שזינתה דבזה כיון דלדברי' אסורה לו מה"ת הרי שאחד"א. וחכמים אין בידיהם לעקור דברי תורה בקום ועשה כמש"ל:

ואמנם צריך להבין טעם הסוברים דגם בראה שזינתה אינו נאמן בזה"ז. הלא המה הרמ"א בתשו' סי' י"ב בשם הגמי"י. וטעמא בעי אמאי לא אמרינן שאחד"א עיין בישו"ש הנ"ל

שתמה באמת ע"ז. ונלע"ד דהני פוסקים ס"ל כפשטות התוס' ביבמות (דכ"ד) דלפי שראו חכמים שרוב הנשים משקרות ונותנים ענ"ב נראה לחכמים להתירן. והיינו משום די"ל דהא דאמרינן בכ"מ שאחד"א. היינו היכא שאין לנו שום הוכחה שבשעה שאומר כן יש לו איזו טעם ונגיעה בדבר לומר שקר. דאז נאמן ע"ע כשני עדים אכ"ע. אבל היכא דיש לנו הוכחה שמשקר ואינו אומר כן ע"צ האמת רק משום איזו טעם ונגיעה אז הוי שוברו עמו וגם בשני עדים היכא דאנו יודעים שיש להם נגיעה והנאה לשקר אינם נאמנים ומש"ה בזה"ז שגם הוא אינו יכול לגרש בע"כ וי"ל דמה שאומר שזינתה הוא משום שרוצה לגרשה ל"ש בזה שאחד"א. וזה אפשר כוונת השעה"מ דלמ"ד דשאחד"א מטעם נאמנות היכא דמשועבדת וי"ל דאומרת כן להפקיע עצמה משיעבודו אינה נאמנת. ונוכל להבין בזה הסברות החלוקות שהובא באה"ע סי' קט"ו בח"מ סקכ"א ובב"ש סקכ"ג היכא דיש רגלים לדבר לאיסור ואיכא ג"כ סברא להיתר אם אסורה באומרת טא"ל ובב"ש מביא שם דברי המהרי"א בפסקיו שכתב שדברי התוס' ביבמות סותרים בזה לדברי התוס' בכתובות דלפי"מ דפירשו ביבמות דעובדא דשלהי נדרים איירי באומרת טא"ל רק דאיכא רגל"ד שנתייחדה עם הבועל. ואפ"ה כיון דאיכא ספק דאם איתא דעביד איסורא ארכוסי הוי מירכס מותרת ול"א שאחד"א הרי ס"ל כדברי הח"מ. אבל בכתובות (דס"ג) דפירש ר"ת דשם לא איירי באומרת טא"ל. דאל"כ היתה אסורה באמת משום שאחד"א הרי דס"ל דאף דאיכא טעמא להיתרא דארכוסי הוי מירכס אפ"ה אסורה משום שאחד"א. ולהנ"ל י"ל דפליגי בזה ר"ת ס"ל כשיטת הסוברים דהא דמותר למ"א באומרת טא"ל ול"א דשאחד"א הוא משום תקנת חכמים כדי שלא יתנו כל הנשים ענ"ב ויפקיעו עצמם מבעלה. ויכולים חכמים לעקור ד"ת בשוא"ת כמש"ל. א"כ מש"ה היכא דאיכא רגל"ד דל"ש לומר דכל הנשים יעשו כן דבכולהו ליכא רגלים לדבר וזה הוי רק דבר הבא במקרה א"כ אף דאיכא ג"כ טעמא להיתרא מ"מ כיון דל"ש לתקן משום דכל הנשים יעשו כן שוב אוקמוה אדאורייתא דשאחד"א ולא סמכינן אסברות להיתר. דאדם נאמן ע"ע יותר ממאה עדים וכל סברות שבעולם. אבל התוס' ביבמות דס"ל כמש"ל. דמש"ה ל"ש כאן שאחד"א כיון דאיכא הוכחה דאומרת רק כדי להפקיע עצמה מבעלה ומש"ה היכא דאיכא רגל"ד דהדבר אמת. דאין הדבר מוכח דאומרת רק משום דענ"ב. דהא אדרבא איכא רגל"ד דקושטא קאמרה אסורה משום שאחד"א. אבל היכא דאיכא שוב סברא להיפך להיתר דמקלקל הרגל"ד ואין הוכחה דאומרת אמת שוב אמרינן דאדרבא איכא הוכחה דאומרת כן משום דענ"ב ול"ש בזה שאחד"א כמש"ל:

היוצא לנו מכל המקובץ הזה דטעמי המשנה אחרונה דאינה נאמנת באומרת טא"ל ארבעה הם. א' סברת הר"ן דגם למ"ר לא היתה נאמנת רק מדרבנן משום דלא מזלזלה נפשה. ושאחד"א ס"ל דל"ש היכא דמשעבדא לי' וא"כ משום שלא תהא נותנת ענ"ב התירו חכמים ואוקמוה אדאורייתא. סברא הב' הוא דשאחד"א שייך גם במשעבדא לי' דהוי כהנאת תשמישך עלי. רק דאפ"ה עקרו חכמים ד"ת משום תקנה שלא תתן ענ"ב משום למיגדר מילתא כמ"ש התוס' בנדרים ובריטב"א שם שבהל' נדרים להרמב"ן. ואף דקיי"ל דחכמים אין יכולין לעקור ד"ת בקו"ע. כתב ע"ז הברוך טעם דס"ל דאשה כיון דקרקע עולם כשוא"ת דמי עיי"ש. אף דלכאורה אינו מסתבר כן דאשה קרקע עולם ל"מ רק לענין אונס כמש"ל בשם הר"ן בסנהדרין ע"ד דלמה תיהרג ואל תעבור בחנם הא יכול לבוא עלי' בע"כ אבל מעשה וודאי דנחשב דהא ונכרתו נפשות העושות כתיב. ואף דמסיק הש"ס שם בב"ק (דל"ב) דמעשה איהו קעביד מ"מ הא כתבו התוס' דלענין חטאת ומלקות הנאה חשובה כמעשה וגם כ"פ דהיא עושית ג"כ מעשה ומכינה עצמה לכך. ומ"מ גברא רבא כהברוך טעם אמר מילתא אין מזניחין וכו' ובפרט דפשטות הש"ס בב"ק דקאמר מעשה איהו קעביד מסייע לי'. טעם הג' הוא מש"ל בשם הישש"ש דאיסור דידה בדידי' תליא. ואם הוא אינו אסור גם היא אינה אסורה. וטעם הד' הוא מש"ל בשם התוס' יבמות והוא כפי הנראה שיטת השעה"מ. דכיון דאנן אומרים דעושית זאת משום דענ"ב א"כ אין כאן שאחד"א כלל. דאין כוונתה לקבל ע"ע כן כמש"ל:

ולכן באומר שראה שזינתה אף לאחר תקנת ר"ג. להני טעמים הנ"ל דחשיב האשה לשוא"ת. או לטעם הישש"ש דאיסורה תלוי בדידי'. ובפרט בפסולי כהונה דלכ"ע היכא דהוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת כמ"ש הרשב"א הנ"ל. א"כ אם הוא אומר שראה שזינתה ושאחד"א אין להתיר לו. זולת לטעם הד' דהיכא די"ל דענ"ב אין זה בכלל שאחד"א גם בזה מותר. ואמנם באומר שמאמין לדברי' יש להתיר לכל הטעמים. לפימש"ל דמאמין לדברי' הוא רק דרבנן ואיסור דרבנן יכולים חכמים לעקור גם בקו"ע דהם אמרו והם אמרו. וא"כ מזה גופא דהרמ"א בש"ע מביא הדיעות אם נאמן בזה"ז היכא דמאמין לה ואינו מביא הדין בראה שזינתה מוכח דס"ל דמאמין הוא רק איסור דרבנן כפשטות דברי תשו' הרשב"א במיוחסות הנ"ל. ונהי די"ל דטעם הדיעה השני' דס"ל דגם בזה"ז נאמן הם ס"ל דמאמין לדברי העד הוא דאורייתא מ"מ לענין הלכה י"ל דהוה ס"ס בדאורייתא וס' אחד בדרבנן דדילמא מאמין הוא רק מדרבנן. ובדרבנן הלכה כדברי המיקל שבזה"ז אינו נאמן. ואף את"ל דמאמין הוא מדאורייתא מ"מ דילמא הלכה כדברי האומר דגם בדאורייתא כמו בראה שזינתה אינו נאמן בזה"ז כס' הגמי"י והרמ"א

בתשו' סי' י"ב. ובפרט בנ"ד דהבעל אומר שכפי דברי' היא עצמה אינה יודעת כלל מה נעשה עמה:

ואמנם מה שיש לפקפק ע"ז הוא. דלכאורה אנו צריכין לדון מקודם מדין המבואר בסי' ז' ס"י בעיר שכבשוה כרקום דכל הכהנות הנמצאות בתוכה פסולות לבעליהן. ולדיעה הראשונה הוא רק בחיל של אותה מלכות שמתיישבים בתוך העיר. ולדיעה האחרונה אף גדוד של מלכות אחרת אסור. דלבעול יש פנאי, והנה בכאן חיל הפאטלורים אף שהלכו עם חיל פולין שהוא חיל אותה מלכות. מ"מ כיון דידוע לנו שלא הי' דעתם להתיישב כאן רק לילך להלאה למדינת רוסיא. והיו מתפשטים בכאן לשלול שלל ולבוז בז. א"כ לפי פשטות לשון הש"ע והשלטי גבורים בסוגיא זאת הם בכלל חיל מלכות אחרת. דלדיעה ראשונה מותרת. וגם איכא בכאן עוד היתר דהא חזינן דשני בנותי' ברחו משם. א"כ הוי כיש מקום לברוח דהוי בכלל מחבואה לדעת הרי"ף והרא"ש כמ"ש בב"ש סקי"ז. ואמנם לפי"ד הפוסקים שס"ל דבמחבואה בעינן דווקא שתבוא לב"ד ותאמר טהורה אני. עיין בחמ"ח סק"א ובב"ש סקי"ט. אזיל בכאן היתר זה, דהא אדרבא היא אומרת שנטמאה. אך לדעת הר"ן שס"ל דא"צ לומר טהורה אני. עיין בחמ"ח הנ"ל דלפי"ד הר"ן כשיש מחבואה אינה בכלל עיר שכבשוה כרקום א"כ י"ל דאף אם אומרת שנטמאה הוי כשאר אשה שאומרת טא"ל. וא"כ שפיר יש לסמוך להקל על דיעה הראשונה הנ"ל דבחיל מלכות אחרת מותר. ועיין בב"ש סקי"ח דאיסור כבשוה כרקום הוא דרבנן כמו שבוי'. וסמכינן על המיקל עיי"ש. ואמנם דא עקא דעכ"פ רגלים לדבר הוי כמ"ש הב"ש בסי' ו' סק"י דבידוע שנשבית נאמנת לאסור עצמה על בעלה. כיון דעכו"ם פרוצים בעריות הוי רגל"ד עיי"ש. וקיי"ל בסי' קט"ו ס"ו דברגלים לדבר נאמנת כשאומרת טא"ל. ועיין בהפלאה (דכ"ז ע"א) ד"ה מתניתין מבואר ג"כ מדבריו דבעיר שכבשוה כרקום כשאומרת טא"ל הוי רגלים לדבר ונאמנת. וביותר מבואר בס' נתיבות לשבת מהגאון ההפלאה ז"ל על הא דסי' ז' ס"י הנ"ל ביש מחבואה דכתב המחבר דאירי שאמרה טהורה אני. וכתב הוא דאתי לאפוקי דאם היתה אומרת טמאה אני. אף דבעלמא אינה נאמנת הכא נאמנת משום רגל"ד:

איברא דמה דפשיטא להו להב"ש והפלאה הנ"ל. דגם באשת כהן באונס מהני רגל"ד שתהי' נאמנת לאסור עצמה עליו. נ"ל דיש לפקפק בזה עפי"ד המהרי"א בפסקיו סי' רכ"ב שכתב דרגל"ד לא מהני רק לענין שתהי' אסורה משום שאחד"א. דבלא"ה הקשו הראשונים אמאי אינה אסורה משום שאחד"א ותירצו משום דראו חכמים דרוב נשים משקרות משום שנותנים עיניהם באחר התירוה. אבל ברגל"ד שפיר אסורה משום

שאחד"א אבל לא משום דמחזקינן הדבר לאמת שתהי' אסורה משום לתא דידי' עיי"ש. וא"כ לפי שי' הר"א שהביאו התוס' בסוף נדרים. דבאיסורי כהונה כיון דאינה מוזהרת רק היכא דאיהו מוזהר ל"ש שאחד"א. כמו שהסביר דבריו בס' בני אהובה בפכ"ד מה' אישות הי"ז. וגם הנוב"י כתב טעם אחר במהדו"ק סי' נ' ובמהדו"ב סי"ב דאיסור דלא יקחו לא קאי רק על איסור זונה דכתיב בהאי קרא. כלישנא דהש"ס דאשת כהן באונס אינה אסורה משום זונה רק משום טומאה. וא"כ איכא למימר דהיא אינה מוזהרת כלל וליכא שאחד"א. וא"כ מאי מהני רגל"ד לדעת המהרי"א הנ"ל. ואולי י"ל עפימ"ש בתשו' צ"צ סי' פ"ב דאדרבא באיסורי כהונה יש להחמיר יותר משום מעלת יוחסין עיי"ש. וא"כ י"ל כיון דעיקר טעמו של המהרי"א הנ"ל דמשום רגל"ד לא אסרינן. דאין אשה נאסרת על בעלה רק בקינוי וסתירה ושני עדים ולא בכיעור לחוד. שפיר י"ל דבאיסורי כהונה החמירו כס' הצ"צ הנ"ל. וכמו שאסרו שבוי' על כהן אף דליכא עדים. א"כ י"ל דהמהרי"א מודה דבאשת כהן אסורה ברגל"ד ואומרת טא"ל גם משום לתא דידי'. ונרוויח בזה דלא הוי רק איסור דרבנן. וא"כ אולי י"ל דבאיסורי דרבנן סומכין על הפוסקים דלית להו כלל הא דרגל"ד כמובא באחרונים וכדמשמע בנוב"י סי' ע' הנ"ל. ועיין בספר ישרש יעקב ביבמות (דכ"ד). וגם אולי לא מקרי זה רגל"ד. דהב"ש בסי' ו' איירי רק בשבוי' גמורה. אבל כאן דלדיעה הראשונה דבחיל מלכות אחרת אינה אסורה וגם יכולה לברוח. אולי הב"ש יודה דל"ה רגל"ד. ואף דבס' נתיבות לשבת הנ"ל כתב דגם במחבואה הוי רגל"ד. כאן עדיף יותר דאיכא תרתי לטיבותא. חיל מלכות אחרת וגם יכולה לברוח דהוי כמחבואה, והוי תרתי לטיבותא. י"ל דלכ"ע אין זה בכלל שבוי' ולא הוי גם רגל"ד:

ואמנם קשה הדבר עלי להקל בזה כיון דיש ג"כ קצת איסור דמאמינה. ואף דהוא אומר דכפי דעתו מרוב הבהלה והחרדה לא היתה יכולה בעצמה לידע. עיין בתשו' רע"א סי' קי"א בסוף התשו' שם שכתב דא"א לומר דמכח חרדה תאמר מעשה שלא נעשה. והנה הובא לפני תשו' הרב הגאון אבד"ק בוטשאטש בענין זה והעיר ג"כ בזה אך הביא ראי' להיפוך מהא דפ"ק דסנהדרין פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו ולמה צריך צירוף אחר לס' הנתיבות בשם התשב"ץ דע"א דאינו נאמן הוא רק משום דאומר בדדמי ולא משום שמשקר וכאן שאומר רבעני שנעשה מעשה בגופו ל"ש בדדמי. אע"כ דגם בזה שייך בדדמי. הנה ראייתו איני מכיר. דהא מצינו באה"ע סימן י"ז תרי עניני בדדמי. חד בגוף המיתה דילמא לא מת ממש. וחד דדילמא אינו מכיר אותו יפה בט"ע לחוד ולא זה בעלה. עיין ב"ש סק"ל וס"ק צ"ט ובבית מאיר שם סל"ג בשם הש"ג ובקו"ע סי' קי"א. וא"כ ה"נ נהי דעל גוף הרביעה ל"ש בדדמי. אבל דילמא לא אותו פלוני רבעו.

היכא דליכא רק ט"ע לחוד. וגם א"א לעמוד יסוד על ס' הנתיבות הזאת. דהרי כיון דקרא קאמר לא יקום ע"א באיש. אטו אנן נדרוש טעמא דקרא ולשנות הדין בשביל זה. ולדעתי גם הנתיבות לא כוון לזה. עיין בדבריו באריכות בסי' ל"א וקצת בסי' נ"ו. דוודאי גם הוא מודה דע"א אינו נאמן מגזיה"כ רק כוונתו דהא באמת בממון מצינו כ"פ דעדות מתקיימת בידיעה בלא ראי'. כיון דהדבר ברור לב"ד שדבר אמת. וא"כ כיון דמצינו דלפעמים היכא דמידק דייק טובא האמינו חכמים לע"א כמו בסי' רכ"ב גבי מקח. א"כ מאי טעמא לא האמינו לכל ע"א משום חזקה דא"א חוטא ולא לו. דנהי דמתורת עדות לא מהימן מה"ת. אבל עכ"פ מכח חזקה יהא נאמן כמו כל עדות המתקיימת בידיעה. ולזה כתב דבע"כ הטעם משום דאומר בדמי. אבל בד"נ דקיי"ל דלא מתקיים בידיעה בלא ראי'. שפיר פשיטא דע"א אינו נאמן מדאורייתא מגזיה"כ. ואין שום חילוק בעולם להאמין לפעמים לע"א. וז"ב אצלי:

וגם מ"ש עוד שם הרב הגאון הנ"ל דהא דאמרינן בקידושין אי מהימן לך כב"ת זיל אפקה. היינו אם הדבר וודאי אצלו שהדבר אמת ולא אם הדבר מסופק אצלו. אני תמה עליו ששם במקומו בש"ס ווילנא מבואר בתוס' ר"י הזקן להיפך. שכתב וז"ל אי מהימן לך כב"ת וכו' חייב להוציאה לצאת מידי ספק. דאע"ג דמאמין בדבריו לא מילתא ברירא הוא לגבי' דהא ליכא תרי סהדי וכו' אלא הואיל ומהימן ליה הוי לה הך איתתא לגבי' כחתיכה ס' חלב ס' שומן עכ"ל. ואח"כ כתב שם עוד משום איכא מ"ד דאם חזר ונהפך דעתו שלא להאמין מהני גם בלא אמתלא. דכיון דגם מתחילה ל"ה גבי' רק כחתיכה ס' חלב ס' שומן. הרי כיון דאינו מאמין עתה הוי כאלו התברר לו שהוא שומן עיי"ש בדבריו והביא אח"כ מי שחולק ע"ז דהואיל ומהימן לי' הוי ספק שאינו מתברר. אעפ"י שנהפך דעתו שלא להאמין. עכ"ד הקדושים. הרי מבואר אדרבא להיפך דכל מהימן לי' הוא משום דהדבר ספק אצלו. והנה הראני חתני הרב הגדול מו"ה פייביל נ"י דברי הנוב"י מהדו"ק אה"ע סי' ט"ז וסי' מ' ד"ה אמנם. שכתב ג"כ דהיכא דהי' הדבר מסופק אצלו בתחילה ל"א שאחד"א עיי"ש. אבל באמת אין ראי' כלל דהוא מיירי שם שחזר אח"כ מדבריו כמבואר למעיין שם. וכמו שהביא שם בסי' ט"ז מהא דסימן פ' עיי"ש. וס"ל להנוב"י כדעת האיכא מ"ד שבתוס' ר"י הזקן הנ"ל. דכל היכא שהדבר אצלו בספק מהני חזרה בלי אמתלא. אבל לא כשעומד בדיבורו שמאמין לה. ועיין בשטמ"ק כתובות בסוגיא דפ"פ בד"ה מאי קמ"ל תנינא. שכתב שם בשם הריטב"א דעיקר רבותא דר"א דהשמיענו דשייך שאחד"א אם הדבר אצלו בספק איסור. ועיין עוד שם בד"ה אבל הכא מיקם הוא דלא קים לי'. שכתב שם באה"ד וז"ל ודע שרש"י ז"ל בעי לפרושי דכי קאמר

קמ"ל פירושו דקמ"ל דאע"ג דלא קים לי' אסורה עליו. דכיון דקאמר דקי"ל שאחד"א. וכתב עוד שם בשם השיטה הישינה וז"ל. אבל הכא מיקם הוא דלא ים לי' פירש"י ז"ל משום דספק באונס וכו' דהא לא משוי לה וודאי חתיכה דאיסורא וקשיא עלה וכו' והא בטענת דמים נמי לא משוי עלי' אלא ס' חתיכה דאיסורא עכ"ל. ואף לפירש"י הוא רק תירוץ על הא דהצריך ר"א להשמיענו. אבל אליבא דאמת גם בס' איסור שייך שווי' אנפשי' חד"א. דהא באשת כהן איכא ג"כ ספק דלאו תחתיו ואפ"ה אסורה. וגם על גוף סברא הנ"ל אם שייך בדדמי או מחמת בהלה בדבר שנעשה מעשה בגופו הראני חתני הנ"ל כעין דוגמא בדברי רש"י ביצה (ד"מ ע"א) ד"ה אי את דמידי דעביד אינש בידו לא מנשי ולא מסח דעתו עיי"ש והביא ראי' מזה לדברי הנה"כ בסי' ס"ט לענין אם שכחה אם מלחה. ואמנם בתשו' דברי חיים ח"ב אה"ע סי' ז' משמע דס"ל דאם אמרה דמחמה בהלה אמרה הוי אמתלא עיי"ש. אך איירי שם במורה בעצמה מדברי' הראשונים אבל בנ"ד אינה טוענת כן. וא"כ יש כאן ג"כ איסור דמאמינה. ונהי שכתבתי לעיל דמשום מאמינה לחוד יש לצדד להיתר מטעם ס"ס. דילמא כהפוסקים דבזה"ז אף בראה שזינתה אינו נאמן הם הגמי"י והרמ"א בתשו' הנ"ל ודילמא כל איסור דמאמינה הוא רק מדרבנן כמש"ל. מ"מ כאן נתוסף חומרא. דהא הבית מאיר בסי' קט"ו ועוד הרבה אחרונים חולקים על המהרי"א וס"ל דברגלים לדבר איכא איסור גם משום לתא דידי'. עיין בס' ישרש יעקב ביבמות (דכ"ה). וגם להמהרי"א דס"ל דרגל"ד הוא רק משום לתא דידה משום שאחד"א. אף שצדדתי לעיל לומר דבאשת כהן ל"ש שאחד"א. כיון דהוא אינו מוזהר אבל דין זה אינו מוסכם. דמ"ש הנוב"י הנ"ל הטעם של הר"א שבתוס' משום דס"ל כל"ב דרבה ביבמות (דנ"ו ע"ב) דאשת כהן שנאנסה אינה אסורה משום זונה רק משום טומאה. הרי הרמב"ם לא פסק כן בפי"ח מהא"ב ה"ז עיי"ש בה"ה ובב"ש סי' ו' סקכ"ב דס"ל כל"ק דאסורה גם משום זונה. וגם ס' הבני אהובה דכיון דהוא אינו יודע ואינו מחויב להאמינה ואינו מוזהר עלי' גם בדידה ל"ש שאחד"א דכיון דהוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת. זה ג"כ אינו מוסכם. דהא מבואר ברמב"ם הנ"ל ה"ט ובש"ע סי"ג דלאחר מיתת בעלה אסורה לכל כהן שבעולם משום דשאחד"א. אף דהכהנים אינם יודעים כלל ואין מחויבים להאמין לה כלל. ש"מ דס' זו אינה מוסכמת כלל. וגם התוס' עצמם בנדרים חולקים שם ע"ז. וכן מוכח מהר"ן שם וכל הפוסקים שהקשו הקושיא משווי' אנפשה חד"א ולא תירצו כן. ש"מ דס"ל דגם באשת כהן שייך שאחד"א. ולכן בהצטרף כל אלה קשה מאד להקל:

איברא דיש למצוא עוד צד היתר עפי"ד הרשד"ם בתשו' רל"ה הובא בפ"ת סי' ז' ובבה"ט סי' ו' דמתיר כהן בזה"ז בס' שבוי' עפי"ד הריב"ש דכהנים בזה"ז לא הוי וודאי כהנים ובס' שבוי' איכא ס"ס א"כ ה"נ לפימש"ל בשם תוס' ר"י הזקן דבמאמין להעד ל"ה רק ספק איסור כיון דליכא שני עדים הוי גבי' רק כמו חתיכה ס' חלב ס' שומן א"כ לדעת הרשד"ם הנ"ל בכהנים בזה"ז הוי ס"ס. ואף דבשעה"מ בפי"ט מהא"ב הכ"ג הובא בפ"ת הנ"ל הקשה על הרשד"ם דהא הוי ס"ס בתרי גופים מ"מ הא דעת הר"ת דגם ס"ס בתרי גופים הוי ס"ס ואף לדעת ר"י החולק עליו מ"מ הא כתב הפרמ"ג בדיני ס"ס אות א' דגם לר"י הוי רק מדרבנן ובדרבנן הא חזי לאיצטרופי דעת הפוסקים הנ"ל דבזה"ז דאיכא חדר"ג אינו יכול להאמין לה ואף בראה שזינתה מותרת ואף לגבי דידה דאומרת וודאי שנאנסה ושאחד"א משום וודאי לא משום ספק מ"מ כיון דאינה מוזהרת רק היכא דהוא מוזהר א"כ לגבי דידה איכא ס"ס אחרינא דילמא לאו כהן הוא ואף אם הוא כהן דילמא כל"ק דרבה דכהן אינו אסור משום זונה דנבעלה באונס רק משום טומאה ובלאו דטומאה היא אינה מוזהרת כמ"ש הנוב"י הנ"ל ואדרבא ס"ס זה עדיף דהוי בגוף אחד דהא שני הספיקות הם עלי' דילמא לאו כהן הוא ואף אם הוא כהן דילמא אינו מוזהר משום זונה ע"י בעילת אונס וממילא איסורא דידה בדידי' תלוי דאם הוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת כמש"ל. ואף דבאמת רבו מאד החולקים על הרשד"ם דמשוי לכהנים בזה"ז ספק לענין איסורי כהונה כמובא בפ"ת אה"ע סי' ז' ויו"ד סי' שכ"ב וגם כתבו דהרשד"ם לא הקיל רק בשבוי' דרבנן מ"מ בתשו' בית אפרים אה"ע סי' קכ"ב מצרף דעת רשד"ם לסניף להיתר גם בספק גרושה שהוא דאורייתא. וגם דעיקר חילם של המהרי"ט והחולקים על הרשד"ם הוא משום דכהנים בזה"ז כבר שוו אנפשי' חד"א לאסור בפסולי כהונה א"כ בנ"ד שלפי ס' מהרי"א הנ"ל דרגל"ד אינו אסור משום לתא דידי' דהוי רק כיעור בעלמא רק דהיא אסורה משום שאחד"א וא"כ בדידה איכא שפיר ספק דילמא לאו כהן הוא ולא מהני לגבי דידה מה דהוא אוסר ע"ע פסולי כהונה וא"כ איכא בדידה ס"ס דילמא לאו כהן הוא ואף אם כהן הוא מ"מ דילמא אינה יכולה לאסור עצמה עליו משום דמשעבדא לי' וקרקע עולם היא לגבי' כס' הברוך טעם בביאור דברי הר"ן הנ"ל דהתורה עשתה קרקע עולם אצלו שלא תוכל לאסור עצמה עליו וכס' הישו"ש הנ"ל. וגם באמת גוף דברי המהרי"ט וסייעתו לא אבין דאטו הכהנים בזה"ז אסרו ע"ע איסורי כהונה משום וודאי הא בע"כ נאסרו משום ספק וא"כ יותר מספק איסור ל"ה כס' הר"י הזקן הנ"ל גבי מהימן לי' וכדקיי"ל גם באומר פ"פ מצאתי דמשוי עלי' רק ספק איסור ובס"ס שריא ה"נ דכוותי' וצדקו בזה לענ"ד דברי השבות יעקב שחולק על המהרי"ט

וגם בתשו' בית אפרים הנ"ל החזיק דברי השבו"י וע"ע בתשו' בית אפרים או"ח סי' ו' שהאריך ג"כ בזה לעשות כהנים בזה"ז ספק כהנים וגם בתשו' שאילת יעבץ ח"א כתב לענין פדיון הבן דלא יטול רק במתנה ע"מ להחזיר משום ספק כהונה וא"כ נהי דמסיים שם דלענין פסולי כהונה אין להקל בקדושתו היינו דיש להם דין כהנים לחומרא מספק אבל יותר מספק לא הוי. עיין בש"ך יו"ד סי' רי"ד סק"ב ובמג"א סי' תקפ"א סקי"ב דכל שאינו נוהג יותר מהמנהג אינו צריך התרה דאין דעתו לאסור יותר עליו מהמנהג. וכעין זה בתוס' כתובות (דנ"ד ע"ב) ד"ה ולעוברת דכל שעושה מצד החיוב אין דעתו להתחייב יותר ממה שחייבוהו חכמים ה"נ מה שהכהנים נוהגים איסור בכל איסורי כהונה אין זה קבלה וחיוב כלל רק שעושה מצד החיוב שאסורים מחמת ספק דעכ"פ ספק כהנים הוי. אבל אין לעשותם מחמת זה וודאי כהנים מחמת שאחד"א כס' המהרי"ט הנ"ל ולכן וודאי יש לצרף לסניף בספק פסולי כהונה כדעת הבית אפרים הנ"ל ולכן כיון שיש הרבה צדדים לכאן ולכאן אין בכחי להכריע הדבר ומי שדעתו רחבה מדעתנו יורה בזה כחפצו והשי"ת יצילנו משגיאות:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יד

עוד להנ"ל

ע"ד השאלה הידועה שכבר גליתי דעתי בתשובתי בשנה העברה לכת"ה שקשה עלי להתיר מחמת דברי הב"ש בסי' ז' סק"י דמחמת שרוב עכו"ם פרוצים בעריות הוי רגל"ד וכשאומרת טא"ל אסורה ובס' נתיבות לשבת מבואר דגם באיכא מתבואה דמותרת משום שבוי' אפ"ה הוי רגל"ד שתהי' נאמנת באומרת טא"ל וכן בהפלאה גופי' (דכ"ז ע"א) ד"ה מתניתין מבואר גבי עיר שכבשוה כרקום כשאומרת טא"ל הוי רגל"ד ונאמנת. וכ"ז נגד דברי הרב הגאון מלבוב שכתב דרגל"ד הוא רק כשראו ממנה דבר כיעור שזה ראי' על זנות ברצון. וגם מה שרצה הרב הגאבד"ק לבוב לחדש דזינתה מחמת פחד מיתה מותרת גם לכהן דעיקר הלימוד דאונס אסורה לכהן הוא מקרא דהיא נתפשה ויש לך אחרת שאעפ"י שנתפשה אסורה זו אשת כהן. אבל היכא דלא נתפשה ואפ"ה מותרת לישראל כגון מחמת פחד מיתה גם לכהן מותרת דבריו מרפסן איגרי וחלילה לומר כן חדא דעיקר שצריך לימוד לאסור אנוסה לכהן הוא רק באיסור אשת איש. אבל נבעלה לפסול לה בלא איסור א"א כגון נבעלה לעכו"ם דנלמד מקרא דבת כהן וכו' לאיש זר בזה אין שום סברא לחלק בין אונס לרצון כמבואר להדיא בתוס' יבמות (דנ"ו ע"ב) ד"ה מאי וכן. וע"ז א"צ לימוד כלל. וכן מבואר ג"כ בתוס' שם (דל"ה ע"א) ד"ה אעפ"י באה"ד

שם שכתבו ואי פסולה מקרא דבת כהן פשיטא דאין לחלק בין אונס לרצון וכן מבואר שם בבעה"מ וברמב"ן במלחמות דרק משום זונה הו"א דליכא באונס. אבל מקרא דבת כהן פשיטא דגם באונס אסורה עיי"ש היטב. וכ"מ להדיא בהה"מ פי"ח מהא"ב ה"ו דרק באיסור מחמת א"א הו"א לחלק בין אונס לרצון ולא בנבעלה לעכו"ם עיי"ש וכ"כ שם המל"מ בהל' ב' בד"ה שוב ראיתי וזה אינו נלמד כלל מקרא דהיא לא נתפשה כמבואר למעיין היטב. וא"כ אף אם נניח כס' הגאון מלבוב הנ"ל ל"מ זה בנבעלה לעכו"ם. אבל גם בנבעלה לישראל דבריו תמוהין. וכשאמרו בפ"פ מצאתי דבאשת ישראל מותרת מחמת ס"ס דילמא לאו תחתיו ודילמא באונס ובאשת כהן אסורה דליכא רק חד ספיקא ולדבריו גם באשת כהן איכא ס"ס דילמא לאו תחתיו ודילמא מחמת אונס מיתה דמותרת לדבריו וכן בשבוי' שאסורה לכהן. (ובדכ"ז ע"ב) בכתובות דנחבשה מחמת נפשות דאסורה לבעלה כהן לכה"פ לכ"ע והא איכא ס"ס דילמא לא נבעלה ואף אם נבעלה דילמא מחמת פחד מיתה, ואף דלענין לינשא לכתחלה לכהן גם בס"ס אסרו משום מעלת יוחסין אבל להוציאה מבעלה כהן לד"ה אין מוציאין היכא דאיכא ס"ס. עיין בשעה"מ פי"ט מהא"ב הכ"ג וגם בכתובות (דנ"א ע"ב) דקאמר אבוה דשמואל אשת ישראל שנאנסה אסורה אף לבעלה ישראל שמא סופה ברצון ודחי הש"ס דזה גופא אונס הוא דיצרא אלבשי' א"כ תינח באשת ישראל אבל באשת כהן נהי דזינתה מחמת פחד מיתה מ"מ תהא אסורה משום דילמא סופה ברצון מאי אמרת יצרא אלבשי' זה וודאי לא עדיף מאונס דעלמא דאסור לכהן. ואם תרצה לומר דגם זה מותר לכהן א"א לומר כן דהא הש"ס יליף זה שם מקרא דהיא לא נתפשה וכו' ויש לך אחרת שאעפ"י שלא נתפשה מותרת זו שתחילתה באונס וסופה ברצון וכיון דצריך לימוד ע"ז מקרא והאי קרא לא איירי רק באשת ישראל כדמוכח מסיפא דקרא דהיא נתפשה דאיירי רק בישראל א"כ באשת כהן דליכא לימוד וודאי אסור היכא דיצרא אלבשי' וא"כ גם זינתה מפחד מיתה תיתסר לכהן משום דילמא סופה ברצון כאבוה דשמואל דליכא דפליג עליו בסברא זאת אם לא משום טעם דיצרא אלבשה. ולכן ליכא בכ"ז טעם להיתרא:

ואמנם יען שנשתנה עתה השאלה בשני דברים. חדא דנודע עתה דדבר זה הי' בעת מלחמת הפולנים עם האוקריינים ונעשה זה מחיל האוקריינים בשעה שברחו לפני הפולנים דהוי חיל מלכות אחרת דלדיעה הראשונה בסי' ז' ס"י ליכא בהא איסור שבוי' וגם העיקר שנשתנה לשבח הוא שהאשה עצמה אומרת עתה שאינה יודעת שנבעלה כי העיקר מה שאמרה אז שנבעלה הוא מחמת שנאבק אתה ואח"כ הרגישה הרבה ליחות באותו מקום מזה שפטה שנבעלה אבל דבר ברור לא תוכל לידע מחמת רוב הבהלה

והנה עתה אירע לה ג"כ מחמת פחד שנפלה מעל הטראמוויי נתמלאה ג"כ ליחות הרבה באו"מ והדאקטער אמר לה שיארע זה מחמת פחד פתאום ולכן היא תולה עתה שגם אז הי' זה מחמת פחד ולא מחמת בעילה. והנה זה אמתלא טובה מאד וסיוע לדברי בעלה שאמר גם אז שנראה לו שלא ידעה מאומה ואמרה בדדמי מרוב פחד ובהלה. ומעתה וודאי מספק אין להוציאה מחזקת היתר דידה. והנה גם אז לא החלטתי לאיסור והראיתי פנים לכאן ולכאן כמבואר באריכות בתשובתי הראשונה ולכן עתה אחר שהאשה חזרה בה ונתנה אמתלא טובה כזו גם דעתי מסכמת להתיר האשה הזאת לבעלה כהן. והשי"ת יצילנו משגיאות ויראינו בתורתו נפלאות:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**:

סימן טו

שלום אשיב לכבוד ידידי הרה"צ החסיד בנש"ק מגזע תרשישים הרב המאוה"ג חריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **שלום** שליט"א אבד"ק **פמארין** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני ולא יכולתי להשיב תיכף מחמת טרדה. ועתה הנני להשיב בקצרה. בעובדא באחד שנשא אשת אחיו שהי' לו בנים ומת אם יש לה דין קטלנית שלא לינשא לשלישי. הנה בפ"ת סי' ט' סק"ג הביא דברי הרדב"ז ח"ב סי' תרס"ה דהיכא דמת בעלה וניסת לאחר ואח"כ גירשה שני בגט לזמן ומת אח"כ דאם אמר מעכשיו דחל הגט למפרע לא הוי קטלנית אלא מגורשת ומותרת לינשא לג' עיי"ש. הרי אף דניסת לו דאיכא גם חשש מעיין גורם אפ"ה כיון דבשעת מיתה לא היתה אשתו למפרע משעת גירושין אין לה דין קטלנית מכ"ש כאן דלא היתה אשתו מעולם דלא תפסו בה קידושין משום אשת אח שלא במקום מצוה וודאי דאין לה דין קטלנית. ואף דלכאורה לטעם דמעיין גורם אינו מובן מדוע לא נחוש ומה בכך דנתגרשה ממנו מ"מ י"ל חדא דהב"י כתב דקיי"ל כר"א דמזל גורם וגם כתב השטמ"ק בכתובות (דמ"ג) על הש"ס שם דהשיאה ונתגרשה וכו'. דכל היכא דלטעם מזל גורם שריא גם לטעם מעיין גורם שריא דאל"כ הו"ל להש"ס לומר דאיכא בינייהו הא מילתא עיי"ש, וגם לפימ"ש כתה"ר בשם הס' נו"ח של הה"צ מקאמארנא ז"ל עפי"ד הזהר דהסכנה הוא משום רוח בעלה שהשאיר בה וזה ענין מעיין גורם א"כ פשיטא דזה ל"ש רק בבעלה ולא היכא דלא הוי בעלה כלל דלא תפסי בה קידושין וכמ"ש כתה"ר:

וגם י"ל דהיכא דליכא רק תרי זימני ל"ח רק היכא דאסורה לכ"ע בין למ"ד מזל גורם בין למ"ד מעיין גורם אבל היכא דליכא רק חד טעמא י"ל דאינה אסורה רק בג"פ דהא הא דחיישינן בתרי זימני הוא רק משום ספק דילמא הלכה כרבי עיין בב"ש שם סק"ד

ובברכי יוסף שם באריכות מזה וא"כ כאן דאיכא ג"כ ספק אי כמ"ד מזל גורם או מעיין גורם הוי ס"ס. ועיין באו"ח סי' שכ"ט במחה"ש שם סק"ב דגם בסכ"נ היכא דאיכא ס"ס וגם חזקה מהני וכאן איכא חזקה ג"כ מחמת רובא דרוב לאו קטלנית נינהו והוי רק מיעוטא דמיעוטא כמ"ש האחרונים מדלא חיישי' בסתמא בכל אשה לקטלנית דבפק"נ לא אזלינן בתר רובא עיין בתשו' שם ארי' וכהנה:

ומ"ש כתה"ר לתלות דבחטאו מת משום שנשא אשת אחיו שלא במקום מצוה והביא דברי הרמב"ן פ' וישב שכתב די"ל דבני יהודה חטאו לו ושלחם ביד פשעם ואין לתמר בהם חטא והביא ג"כ תשו' חסל"א ח"ב אהע"ז סי' ו' שחולק ע"ז וכתב דא"א לומר דברשעים בטל דין קטלנית וכתה"ר כתב לחלק בין אם החטא הי' בענין זה דאז תולין דנענשו מדה כנגד מדה עכת"ד. הנה בשטמ"ק כתובות (דמ"ג) הביא שם בשם הראב"ד והרא"ה וכמה גדולי ראשונים להוכיח שלא כשיטת הר"מ מנרבונא דקטלנית אין לה כתובה מבעלה השני משום דלא קרינן בה תו לכשתנשאי לאחר מהא דאלמנה לכ"ג יש לה כתובה פירי ומזוני ומוקי לה הש"ס לאחר מיתה עיי"ש א"כ הרי היא קטלנית ואפ"ה יש לה כתובה עיי"ש בשטמ"ק שהאריך ושקיל וטרי טובא בזה. ולדברי כתה"ר מאי קושיא הא אלמנה לכ"ג שנשא אותה באיסור ודר אתה באיסור לאו נוכל לתלות מכ"מ דבחטאו מת ואין לחלק בין איסור לאו לכרת כמבואר בש"ס יבמות דמה לי איסור לאו וכו'. ועוד דמ"מ מנ"ל להראשונים להקשות מזה על הר"מ מנרבונא הנ"ל כיון דאפשר לתלות בחטאו אע"כ דס"ל דמחמת סכ"נ אזלינן לחומרא ואמרינן דילמא מזלה או מעיינה גרם ומ"מ מדברי הרמב"ן עה"ת פ' וישב הנ"ל אין ראי' דיש לחלק בין הנושאים דשם דבני יהודה שניהם חטאו בחטא אחד שפיר י"ל דאזלינן בתר רוב נשים דלאו קטלנית נינהו ולא נולד בה ריעותא כלל די"ל דשני בעלי' בחטאם מתו. אבל בהא דאלמנה לכ"ג וכן בנ"ד דרק השני חטא ולא הראשון ונולד בה ריעותא ממיתת הראשון שפיר אמרי' יותר דגם השני גם הראשון מחמתה מתו מלומר דהראשון דרך מקרה מת והשני מחמת חטאו. וזה חילוק ברור ונכון להשוות הפוסקים הראשונים שלא יחלקו אהדדי:

ואמנם לפי"ז יש קולא בנ"ד כפי שראיתי אח"כ מכתבו הנספח לקונטרסו דבנ"ד בעלה הראשון הי' חולה על הלב קודם שנשאה ומת ג"כ על חולי הארץ שלאג. א"כ לא נולד בה ריעותא גם במיתת הראשון ושפיר יש לתלות דהראשון מת מחמת מחלתו והשני מחמת חטאו. ועוד יש לצדד בנ"ד דהנה הא פשיטא דאף היכא דמעיינה גורם. דהיינו מחמת איזו חולי שבה גורם לו למות. מ"מ פשיטא דלא בכל האנשים שווים שיתפעל בהם

פעולת איזו מחלה, ואיש בריא ביותר איננו מתפעל כ"כ מחמת איזו חולאת וכדומה ובפרט אדם דאית לי' מזלא. אע"כ כיון דנתחזקה בב' אנשים שאינם שווים וכיון דמחמת ספק סכנה אמרינן דגם בשנים הוי חזקה. א"כ כמו דבשור המועד קיי"ל דהיכא דנתייעד לג' מינים שאינם שווים כמו שור חמור גמל נעשה מועד לכל וכה"ג אמרינן בשבת (דס"א) לענין קמיע דאמרינן מזלא דהאי גברא מקבל כתבא ואפ"ה בשלשה גברי הוחזק לכל ה"נ לענין קטלנית דבתרי הוי חזקה א"כ אם הוחזקה לשני אנשים הוחזקה לכל א"כ כ"ז אם שני האנשים אינם אחים זל"ז אבל בשני אחים דקיי"ל אחיות מחזיקות לענין שלא ישא השלישית דתלינן בטבע המשפחה. ה"נ בשני אחים לא הוחזקה רק ליתר האחים ולא לכל העולם. ואתיא בזה כמין חומר ליישב קושית הראשונים על יהודה דפירש הש"ס בסוטה דלא יסף עוד לדעתה היינו שלא פסק מלדעתה ואמאי לא חש על עצמו על איסור קטלנית כמו שחש על שלה בנו. אבל לפי הנ"ל נכון שפיר דכיון דהוחזקה רק לשני אחים לא חיישינן רק לאח השלישי. כיון דהאחים הוחזקו למות בכך ולא לאיש אחר. וא"כ ה"נ בנ"ד דהוחזקה רק בשני אחים י"ל דל"ח לאיש אחר. כנלענ"ד. וא"כ כיון דאיכא כל הני צדדי היתר שכתב כתה"ר ודידי ג"כ חזי לאיצטרופי. נלע"ד נכון להסכים בזה עם כתה"ר להתירה לינשא:

והנני ידידו דושת"ה דוד **מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן טז

ע"ד השאלה באשה שמת בעלה האחד בדבר ר"ל ובעלה השני מת בן ס"ה שנים. ועתה רצונה לינשא. אם אין בה חשש קטלנית:

הנה הרמ"א באה"ע סי' ט' מביא דעת הי"א דבמת אחד מהם בדבר או נהרג אינו כלום. והנה מדמשוה מת בדבר לנהרג משמע דטעם הי"א דס"ל דהלכה הוא כמ"ד מעיין גורם. ולהכי כתב בלשון י"א משום דהגיה בהמחבר או נתארסה משמע דס"ל כמ"ד מזל גורם. לכך הביא דעת הי"א דס"ל מעיין גורם. ואולם בב"ש שם סק"ו מביא דעת התה"ד והריב"ש דמת בדבר דהוי מכת מדינה אף למ"ד מזל גורם שרי דהיכא דהוי מכת מדינה לא תלינן במזלא דגברא כמבואר בב"מ (דק"ה):

והנה מדכתבו סתם מת אחד מהם במגפה כמבואר בריב"ש סי' רמ"ג. משמע דאין חילוק בין מת ראשון במגפה או השני ולדידי צל"ע טובא מהא דש"ס נדה (די"א) מבואר באריכות בטור וב"י סי' קפ"ט בקפצה בחד בשבתא וחזאי וכו' ובפעם השלישית קפצה ביום אחר וחזאי אמרינן דקבעה ווסת לקפיצות לחוד דהוברר הדבר למפרע שהקפיצות גרמו ולא היום. הרי אף דמתחלה לא הוי ידעינן אם היום גורם או הקפיצה משום דשני

הראיות הראשונות היו בחד בשבתא וע"י קפיצה. ומצד הסברא יותר יש לתלות דהיום גורם דהא בקפיצות איכא דיעה אחת דע"י אונס לא קבעה ווסת. ובימים לכ"ע קבעה כמו שפסק המחבר שם בסעיף י"ז וי"ח ואפ"ה אם ראי' השלישית היתה ע"י קפיצה ביום אחר ס"ל להטור דאמרינן הוברר הדבר למפרע דקפיצות גרמו וקבעה ווסת לקפיצות א"כ ה"נ בנ"ד למ"ד מזל גורם נהי דהראשון מת במגפה ויש לתלות במכת מדינה כמ"ש בפ' המקבל מ"מ כמו כן יש לתלות במזל דידה. וכיון דהשני מת שלא במגפה אמאי לא אמרינן הוברר הדבר למפרע דגם הראשון לא המגפה גרם רק מזל דידה דהא כל מה דבווסתות הוקבע בג' פעמים בנשואין נקבע בב' פעמים. וא"כ אם בווסתות דשני ראיות הראשונות הי' מורכב מימים וקפיצות. אפ"ה הראי' השלישית מכרעת את השני הראשונות מכ"ש הכא דנימא דמיתת השני מכרעת דגם הראשון מזל דידה גרם. וזה דבר הראוי להתעורר עליו לדעתי:

ברם נראה דיש לחלק בין הנושאים לפי"מ דאיתא ביבמות (דל"ח) לענין סבא ויבם ובכמה דוכתי בש"ס דקיי"ל אין ספק מוציא מידי וודאי א"כ בווסתות היכא דבפעם ג' קפצה ביום אחר וראתה הרי הראי' הג' וודאי דקפיצה גרמה לה דהא אין כאן רק קפיצה לחוד ומדראתה בשעת הקפיצה וודאי דהקפיצה גרמה ראייתה וא"כ גם שני ראיות הראשונות שהיו שניהם בחד בשבתא ע"י קפיצה א"כ הימים הוי רק ספק דדילמא הימים לא גרמו כלל רק הקפיצה אבל הקפיצה הוה וודאי דהא בפעם השלישית לא הי' רק קפיצה לחוד וא"כ אמרינן דהוברר הדבר דגם הראשונות הקפיצה גרמה להם ולא הימים דאין ספק מוציא מידי וודאי אבל הכא א"א לומר דהוברר הדבר דגם מיתת הראשון מזלה גרם משום דמכת מדינה הוה רק ספק דדילמא רק מזלה לחוד גרם דז"א דהא הרבה אנשים חוץ מבעלה של זו מתו אז במגפה דלאו מזלה של זו גרם. וא"כ אדרבה אמרינן להיפך דמכת מדינה הוי וודאי ומזלה של זו רק ספק דגם במיתת האחרון איכא למימר דלאו מזלה גרם ותלינן יותר דהראשון מסיבת המגפה מת כיון דהוה וודאי דהרבה מתו אז במגפה. ובהכי ניחא לי מה דאיכא לאקשויי דהאיך מדמו התה"ד והריב"ש דין זה להא דפ' המקבל דבמכת מדינה מנכה לו מחכורו דילמא התם הוה רק משום דמספקא לן אי מזל דידה גרם או מחמת מכת מדינה. הילכך מספיקא לא מפקינן ממונא ואמטי להכי מנכה לו מחכורו. אבל כאן דספק סכנתא לחומרא א"כ מנלן דמכת מדינה גרם דילמא מזלה גרם. אבל לפי דברי ניחא כיון דמכת מדינה הוי וודאי שהרי הרבה אנשים נלכדו בה ולומר דמזלה גרם הוה רק ספק. לכן אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי כדקיי"ל בכל דוכתי:

ועוד יש לחלק דגבי ווסתות שסתם נשים דרכן לקבוע להם ווסת וחזקתן שאינן רואות רק בשעת ווסתן. והווסת נקבע רק בשלש פעמים. וא"כ אם נאמר דהוברר הדבר שגם הראיות הראשונות הקפיצה גרמה לה הרי הוקבע לה ווסת קבוע לקפיצות בשלש פעמים. א"כ הרי אתה מעמידה בחזקת סתם נשים שיש להם ווסת ורואות בשעת ווסתן. אבל אם תרצה לומר ששני הראיות הראשונות היו ע"י הימים עדיין לא הוקבע לה ווסת. דבתרי זימנא לא מיקבע והראי' השלישית שע"י קפיצה אתה מוכרח לומר ג"כ שהוא רק מקריית ואתה מוציאה מכלל חזקת סתם נשים ולהכי כל כמה שאפשר להעמידה בחזקת סתם נשים עדיף טפי אבל כאן דאדרבה רוב נשים אינם בחזקת קטלנית ח"ו ולכך כל היכא דאפשר לתלות מיתתו במכת מדינה ולהעמידה בחזקת שאר נשים שפיר יותר:

ומעתה נחזי לענין דינא כיון דאיכא הרבה פוסקים דס"ל דהלכה כמ"ד מעיין גורם דלדידהו פשיטא דשרי כה"ג ולדעת התה"ד והריב"ש גם למ"ד מזל גורם שרי והתשב"ץ שהוא תמיד בר פלוגתי' של הריב"ש בכאן הביא דבריו בח"ג תשו' י"ד ולא חלק עליו. וגם הרדב"ז ח"ב ת' תרפ"ב הביא דבריהם וסומך עליהם. וכ"כ בתשו' חוות יאיר סי' קצ"ז וכתב דמגפה לאו דוקא אלא בכל חולי המתדבק מאדם לאדם ומתו הרבה אז תולין בזה להקל. אלא שהרדב"ז החמיר שם לומר כיון דמדמינן להא דפ' המקבל לכך אין לתלות גם כאן רק היכא דרוב המתים אז באותה העיר הי' ע"י כך וזה וודאי א"א להוודע עתה:

אמנם הרדב"ז כתב שם עוד טעם להקל בדבר כיון דפשע בנפשו שהכניס עצמו במקום סכנה דהי' לו לברוח דדבר בעיר כנס רגליך כה"ג לא תלינן במזלה ולטעם זה א"צ שיהיו רוב המתים שבעיר ע"ז. וגם יש לנו עוד עמוד חזק לסמוך עליו הוא הגאון מסאנז זצ"ל בד"ח ח"א תשו' י"ג שכתב דלמ"ד מזל גורם גם לרבי בעינן תלתא זימני דווקא וא"כ כאן ממ"נ שריא למאן דס"ל מעיין גורם הרי מת מחמת דבר ולמ"ד מזל גורם הא לא הי' רק תרי זימני. ואף דמתשו' רדב"ז הנ"ל מוכח שלא כדבריו דהתיר שם כדברי הריב"ש רק בשני פעמים ולא בשלשה משמע דגם בשני פעמים שייך מזל גורם. אי לאו טעמא דהריב"ש משום מכת מדינה. וגם הגאון הנ"ל בעצמו מותיב תיובתא לנפשי' מדברי התוס' כתובות (מ"ג ע"ב) ד"ה טעמא ומדברי הריב"ן שם דמוכח להדיא דגם למ"ד מזל גורם סגי לרבי בתרי זימני. עיי"ש. ואני אומר גברא רבה אמר מילתא אין מזחיחין וכו':

ונ"ל דדבריו נכונים ואין קושיא מדברי התוס'. דהנה נ"ל לומר טעם לשבח לדברי הגאון בד"ח הנ"ל מלבד הסברא שכתב שם עפ"י דברי התוס' נדה (ס"ג) עיי"ש. רק עפ"י מימרא דרבא ביבמות שם (דס"ד ע"ב) דקאמר אחיות מחזיקות וכו' והוא דאתחזיק תלתא זימני והקשו הראשונים הא רבא גופי' קאמר לקמן דבנשואין הלכה כרבי ותירצו דס"ל לרבא

דלהחזיק אותו הגוף עצמו סגי בתרי זימני. אבל להחזיק כל המשפחה צריך תלתא. ואולם באמת צריך לדעת מנ"ל לרבא הא כיון דכל עיקר טעמו של רבא דס"ל בנשואין כרבי משום ספק סכנה. א"כ מנ"ל להקל במשפחה. אך נ"ל דהדבר נכון בעזה"י דהנה במאי דקאמר שם הש"ס דבשור המועד סתם לן תנא כרשב"ג כתבו התוס' שם דבשור המועד לא פליג רבי כלל עיי"ש. וצריך להבין כיון דמקרא נלמד דלא מחזקינן רק בתלתא זימני מנ"ל לרבי לחלק בין שור המועד לשאר דברים. ומ"ש התוס' שם דרבי מחלק בין ממון לשאר דברים אינו מובן כלל לכאורה דבשלמא מ"ש הראשונים לחלק בין ממון לשאר דברים הוא משום כיון דמספקא לן הלכתא כמאן אמרינן ספק ממונא לקולא אבל קרא דשור המועד וודאי לא איצטריך קרא לספיקא. אך נ"ל דהדבר נכון דהנה בשור מועד צריך שני מיני חזקות. חדא ליעודי תורא להחזיק השור בחזקת נגחן וחדא שיהי' בחזקת נגחן לאותו מין. דמועד למין אחד אינו מועד לשאר מינים כדאיתא בב"ק (דל"ז) ורק בנגח שור חמור גמל נעשה מועד לכל המינים. והנה בריש ב"ק (ד"ב ע"ב) קאמר דמועד לבהמה אינו מועד לאדם משום דאדם אית לי' מזלא והיינו אף דנגח שור חמור גמל דנעשה מועד לכל שאר מיני בהמות מ"מ לאדם לא משום דאית לי' מזלא כמ"ש התוס' שם ד"ה ומילתא:

והנה הא פשיטא דכיון דבמזלא תלוי. וודאי אין מזל כל האדם שווים. ואפ"ה בנגח שלשה ב"א נעשה מועד לכל אדם. דאדרבה כיון דאין מזלו של אחד דומה לחבירו הרי הוחזק לשלשה מיני מזלות ונעשה מועד לכל כמו בנגח שור חמור גמל דנעשה מועד לשאר מיני בהמות וכה"ג אשכחן בשבת (דס"א ע"ב) לענין קמיע דאמרינן מזלא דהאי גברא מקבל כתבא ואפ"ה בהוחזק לתלתא גברי הוחזק לכל עיי"ש. וא"כ מעתה כיון דבשור המועד מלבד דבעינן שיוחזק השור לנגחן בעינן ג"כ שיהי' מוחזק לכל מיני בני אדם. א"כ כמו דאמרינן לענין אחיות מחזיקות. דכיון דבעינן להחזיק שאר בני המשפחה לכ"ע בעינן תלתא כמ"ש הנמוק"י שם ה"נ בשור המועד דבעינן להחזיק ג"כ שאר בני אדם שיהיו עלולים לקבל נגיחה מודה רבי ג"כ דבעינן תלתא כדרבי קרא. אבל לא ילפינן מזה לשאר חזקות דבעינן להחזיק אותו הגוף לבד לכך ס"ל לרבי דסגי בתרי. וא"כ מעתה לענין נשואין נמי למ"ד מזל גורם דומה ממש לשור המועד דנהי דבתרי זימני איתחזיק מזלא דהאי איתתא שלא יהי' לה בעל מ"מ אדם דאית לי' מזלא וודאי מי שמזלו חזק יוגבר מזלו ממזלה שלא יוזק על ידי' ולהכי בעינן שתתחזק ג"כ לכל מיני מזל של הבעלים. ובזה הא בעינן תלתא דוקא. שתתחזק לכל מיני מזלות של בעלי' כמו בשור המועד הנ"ל ממש. ולכך שפיר קמו כנד דברי הגאון הקדוש מסאנז זצ"ל. דלמ"ד מזל

גורם בעינן תלתא דוקא. ולא קשה מדברי התוס' כתובות הנ"ל. דהנה אף דביבמות הנ"ל כתבו התוס' בפשיטות דרבי מודה בשור המועד. אמנם בב"ק (דכ"ג) כתב השטמ"ק דאביי ורבא דפליגי אם חייב על הנגיחה הרביעית או השלישית פליגי בהא דאביי ס"ל דרבי מודה בשור המועד דבעינן ג"פ. ולכך אינו חייב רק על הנגיחה הרביעית לאחר שנעשה מועד. ורבא ס"ל דרבי ס"ל גם בשור המועד דבתרי זימני נעשה מועד וחייב על הנגיחה השלישית כיון שכבר הוא מועד. וביבמות קאמר רבא רק דהתנא סתם כרשב"ג בשור המועד. אבל רבי גופי' ס"ל דגם בשור המועד סגי בשני פעמים. עיי"ש בשטמ"ק ד"ה ולא ישמרנו בשם הר"ש מדרוויש:

והנה לפי"ז לרבא אליבא דרבי גופי' גם לענין נישואין אף למ"ד מזל גורם סגי בתרי כיון דגם בשור המועד דבעינן שיתחזק לכל מיני מזל של בנ"א סגי בתרי לדבריו. וא"כ מעתה שם בכתובות הנ"ל דמוקי מתניתין אליבא דרבי ורבי גופי' הא ס"ל אליבא דרבא דקיי"ל כוותי' בכל דוכתי נגד אביי דגם בשור המועד סגי בתרי לכך גם באירוסין ולמ"ד מזל גורם סגי בתרי ושפיר כתבו התוס' והרמב"ן שם דבתרי זימני הוי חזקה. אבל לדידן אליבא דהלכתא דמסיק רבא ביבמות דסתם לן תנא כרשב"ג בשור המועד דלאחזוקי גברא בעינן תלתא דוקא דאף דמסתם מתניתין דכתובות מוכח כרבי גם בשור המועד מ"מ סתמא דב"ק שהוא במקומו עדיף טפי. ומה"ט פסק רבא ג"כ לענין אחיות מחזיקות דבעינן תלתא דוקא משום דדמי לשור המועד דבעינן לאחזוקי שאר אנשים של המשפחה א"כ ה"נ בנשואין למ"ד מזל גורם בעינן תלתא דוקא כדברי הגאון מסאנז ז"ל:

ובהכי ניחא מה שקשה לכאורה על דברי הגאון הנ"ל מהא דקאמר שם הש"ס ביבמות מאי ביניי' בין למ"ד מזל גורם וכו' א"ב דאירסה ומת ואמאי לא קאמר דאיכא ביניי' דלמ"ד מעיין גורם סגי בתרי ולמ"ד מזל גורם בעינן תלתא. ולהנ"ל ניחא דהא שם קאי על הברייתא על פלוגתא דרבי ורשב"ג גופיי' ובכל הסוגיא רבא הוא דאיירי שם ולדידי' אליבא דרבי עצמו סגי גם בשור המועד שנים לכך דחיק לאשכוחי נ"מ שיהי' גם אליבא דרבי עצמו כגון אירסה וכו'. אבל אליבא דהלכתא איכא ג"כ האי נפקותא דלמ"ד מזל גורם בעינן תלתא. אבל למ"ד מעיין גורם דאין הדבר תלוי במזל רק בטבע שיש בה חולאת כזה שמזיק לבועלה א"כ זה אינו תלוי במזל שנאמר שמזלו חזק ממזלה ובעינן רק לאחזוקי גופה היא עצמה שמעיינה גורם ולכך סגי בתרי כמש"ל דבמה שתלוי בטבע אין לתלות במזל כמ"ש התוס' בחולין (דמ"ב ע"ב) ד"ה ואמר ר"י שדחו דברי ר"ת שס"ל לחלק בטריפות בין אדם לבהמה משום דאדם אית לי' מזלא והם ס"ל דאין לחלק בין טריפות אדם לבהמה עיי"ש וכ"כ התוס' בזבחים (קט"ז ע"א) ד"ה דילמא. ומעתה אחר

שבעזה"י הראוני פנים לדברי הגאון מסאנז הנ"ל שאינם סותרים כלל לדברי התוס' הנ"ל וודאי שיש לצרף זאת לסניף לנ"ד. ואף דמהרדב"ז הנ"ל מוכח דלא ס"ל כן כמ"ש לעיל מ"מ לדברי הרדב"ז בלא"ה מותר דהוא ס"ל כהריב"ש דמת בדבר איני מצטרף:

וגם החשש שפקפקתי לעיל לומר דהיכא דהשני מת כדרכו הוברר הדבר למפרע דגם הראשון לאו מכת מדינה גרמה לו כמו בווסת דקפיצות וימים הנ"ל ג"כ יש סניף דבעובדא דידן אין זה החשש מחמת שסיפר לי השואל שבעל השני הי' לו חלום לא טוב ר"ל והי' נפשו עגומה עליו כל היום ובלילה מת פתאום בתוך שינתו ר"ל וא"כ לפמ"ש הרדב"ז הנ"ל הטעם דפשע בנפשו שהי' לו לברוח מהעיר בשעת הדבר. א"כ ה"נ כיון דידוע מאמרם ז"ל דיפה תענית לחלום כאש לנעורת א"כ הוא דפשע בנפשו שלא התענה ת"ח או שלא חילק צדקה הרבה ביום החלום וא"כ שני בעלי' לאו מזלה גרם אלא אינהו דפשעו בנפשיי' ולדברי הרדב"ז לית לן בה:

עוד יש לומר סברא אחרת להסיר החשש הנ"ל מה שהקשיתי מווסת דקפיצות וימים. דהנה ידוע מ"ש הרא"ש בתשובה הובא בש"ע סי' ט' דבאיש שמתו שתי נשיו מותר לישא אחרת ולא אמרינן דמזלו גרם שמתו עיי"ש שכתב הטעם דמזל גרם לא שייך רק בדבר הנוגע לפרנסה ואשה הבעל מפרנסה. והדברים תמוהים לכאורה דהרי לענין מומין אשכחן בכתובות (דע"ח) דהיכא דנולדו בה מומין אחר הנשואין אמרינן נסתפחה שדהו ומזלו גרם ואדרבה שם איפכא תניא דאם נולדו בו מומין לא אמרינן דנסתפחה שדה שלה כמ"ש התוס' שם ובריש כתובות משום דהאשה היא שדהו של הבעל וקנינו והאיש אינו שדה של האשה וקנינה. והנה זאת כבר שאילת הראשונים הוא הובא בשטמ"ק בריש כתובות (ד"ב ע"ב). אמאי בחלה הוא לא אמרינן נסתפחה שדה שלה ולענין קטלנית קיי"ל דמזלה גורם ועיי"ש שהביא בשם הרמב"ן והרא"ה שתירצו לחלק בין מת לחלה דבחלה הוא בעודה ארוסה דליכא רק עיכוב פ"ו לא תלינן בה דאשה לא מיפקדא עייי"ש. אבל תירוץ זה לא שייך בכתובות (דע"ח) לענין מומין שאינם לשעה ולאו משום ביטול פ"ו לחוד איכא:

אך נראה דהדבר יובן עפי"ד הנתיבות בסי' שכ"א סק"א ובסי' ש"י סק"ב דלא אמרינן מזלו דהשוכר או החוכר גרם רק היכא דההפסד אינו נעשה בגוף הדבר המושכר רק בהפירות כגון בשדה שאכלה חגב וחמור שנלקח לעבודת המלך. אבל מת החמור או נגזל דנפסד קרנו של המשכיר הרי רואין דמזלו של המשכיר גרם וא"י לומר להשוכר מזלך גרם עיי"ש. וא"כ י"ל דזהו טעם החילוק בין מומין למיתה דכיון דכל קנינו של הבעל באשתו הוא שתדור עמו ותשמשו והמומין באין לבטל קנינו של זה דהא קיי"ל

דחזקה שאין אדם מתפייס במומין ובוודאי יגרשנה כשתמאס עליו מחמת המומין אז שייך לומר דמזלו גרם להפסיד קנינו דאף דגם היא נפסדת ע"י המומין מ"מ אמרינן דרוע מזלו גבר על מזלה וכיון דבלעדי המומין לא הי' חפץ לגרשה מזלו גרם שיוולדו בה מומין להפסיד קנינו זו אשתו. אבל מיתת אשתו בזה שפיר כתב הרא"ש דלא אמרינן מזלו גרם דכיון דהיא נפסדת לגמרי אמרינן יותר דמזלה גרם כמ"ש הנתיבות הנ"ל דאם בא רק לרוע מזלו לבטל קנינו הי' די שיוולדו בה מומין שהי' מוכרח לגרשה והי' ג"כ מפסיד קנינו ובע"כ דמזלה גרם. אבל באיש הוא להיפך דאם נולדו בו מומין ל"ש לומר מזלה גרם כדי שתהי' מוכרחת לכופו לגרשה ולא יהי' לה מי שיפרנסנה שזה תלוי במזל כמ"ש הרא"ש דז"א דהא אשה בכ"ד ניחא לה וטב למיתב טן דו וכו' ובוודאי אף כשיוולדו בו מומין לא תחפוץ להתגרש ולכך שפיר כתבו התוס' בכתובות ע"ח דבנולדו בו מומין ל"א נסתפחה שדה שלה משא"כ גבי קטלנית במיתת הבעל שפיר אמרינן דרוע מזלה שלא יהי' לה מי שיפרנסנה גבר על מזלו של הבעל וגרמה היא מיתתו דלא הי' די במומין לבד כמו באשה כמש"ל דוודאי לא תתגרש דבכ"ד ניחא לה. ואף דיש להסתפק ג"כ לומר להיפך דכיון דגם הוא נפסד לגמרי דילמא רוע מזלו לחוד גרם מ"מ לזה מהני מה שהיא הוחזקה בכך תרי זימני והבעל לא הוחזק תלינן הריעותא בה דמזלה גרם ומיושבת קושיית הראשונים שבשטמ"ק הנ"ל וגם דברי הרא"ש בתשו' נכונים:

ומעתה יש לשאול לשיטת רש"י ביבמות (דכ"ו) דגם בגירושין שייך חזקה ואם נתגרשה ב"פ אסורה לינשא הרי דשייך מזל גורם לענין גירושין דמחמת רוע מזלה גורמת שבעלה ישנאה ויגרשה וי"ל דאף החולקין על רש"י מודו בזה אלא דס"ל דכיון דליכא סכ"נ אין אוסרין אותה לישא עי"ז א"כ תקשי גם בקטלנית נימא דאדרבה מדמת בע"כ דמזלו גרם כמ"ש הנתיבות דאי משום מזלה הי' די שיגרום מזלה שיגרשנה ולא יהי' לה ג"כ מי שיפרנסנה. אך י"ל דז"א דכיון דאסור לגרש אשתו ראשונה בזיווג ראשון א"כ כיון דאדם בעל בחירה הוא שלא יעבור על איסור לכך הי' מההכרח שימות ע"י רוע מזלה. אמנם תינח מיתת הראשון. אבל מיתת השני שכבר הי' זיווג שני וליכא איסור לגרשה אמאי אמרינן דמזלה גרם שימות. אך גם זה ניחא דכיון דידעינן דמיתת הראשון הי' ע"י מזלה אמרינן הוכיח תחילתה על סופו דגם השני מזלה גרם כמו גבי ווסת דקפיצות הנ"ל. אמנם היכא דהראשון מת בדבר דמהראשון ע"כ אין הוכחה דמזלה גרם ל"ש לומר במיתת השני הוברר הדבר כקושיתי הנ"ל דז"א דבשני לחוד וודאי יותר יש לתלות במזלו דאי מחמת מזלה הי' די שתגרום שיגרשנה כיון דהוי זיווג שני כמש"ל:

ואמנם אף שכל מ"ש הוא רק סברות ואין להעמיד יסוד על סברות בעלמא מ"מ כיון דאיכא הרבה צדדים להקל דלדעת הרמב"ם בפכ"א מהא"ב כל איסור קטלנית הוא רק לכתחלה וכמו שהביא בכ"מ שם בשם הרמב"ם בתשו' דאף בב"ד של הרי"ף והר"י מיגאש הי' עושין מעשה להתיר ע"י ערמה עיי"ש. ובתה"ד סי' רי"א מביא תשו' א"ז דהוי רק ספק חששא ומסיק שם דמעשים בכל יום שאנו רואים שנישאת לג' ומאריכין ימים ומולידין בנים ובנות עכת"ד עיי"ש. וגם הא דקיי"ל כרבי גבי נשואין הוא רק משום ספיקא כמ"ש הרשב"א והנמוק"י במקומו דהא בעלמא אין הלכה כרבי רק מחבירו ולא נגד רבו ואביו. ועיין בברכי יוסף סי' ט' באריכות וגם איכא למאן דס"ל דקי"ל מעיין גורם ואז מת בדבר וודאי שרי כמ"ש הרמ"א. ואף למ"ד מזל גורם איכא דעת התה"ד והריב"ש והתשב"ץ והרדב"ז והחו"י דמתירין וגם איכא לאיצטרופי דעת הד"ח הנ"ל דלמ"ד מזל גורם בעינן דוקא תלתא זימני. ובנ"ד יש עוד סניף עפי"מ שהובא בדרו"פ כאן בסי' ט' בשם הרש"ל שמביא בשם קדמון דהטעם דקטלנית דחיישינן שמא נשאת למי שאינו זיווגה מתחלת היצירה ולכן נדחו מפני זיווגה האמיתי. אלא שהרש"ל דחה דבריו בטוטו"ד דא"כ איך גזרו חז"ל שלא תינשא עיי"ש. ובנ"ד י"ל דנצמח קולא עי"ז דבעלמא לא תלינן להקל משום כך כיון דאין לנו הוכחה על זה. אבל בנ"ד סיפר לי השואל ששידכו לו האשה הזאת. עוד כשהי' הוא בחור והיא בתולה. ועתה שנזדמן שמתו בעלי' והוא מתה עליו אשתו ר"ל הלא דבר הוא ויוכל להיות כי היא בת זיווגו מתחלת היצירה ובעלי' לא משום רוע מזלה מתו רק כדי שתינשא לבן זוגה שמהשמים רוצים בזיווגם וזיווגם יעלה יפה לאוש"ט וגם יש כאן משום תק"ע לעגן בת ישראל בחצי שנותי' וכיון דהשואל הוא קרוב לה מצוה עלי' דידי' רמיא יותר מעל אחרים ומבשרך אל תתעלם כתיב וכדאמרינן בש"ס זיל איטפל בקרובותיך וכיון דמצוה קעביד שומר מצוה לא ידע רע. ולכן מכל הני טעמי נ"ל דיש מקום להתיר להשואל שישאנה. אך יען שהגאון הקדוש מסאנז זצ"ל כתב בד"ח ח"ב אה"ע סי' כ"ו בשם רבו שדבר הזה נמסר לשאול לצדיקי הדור לכן יציעו עוה"פ הדבר לפני מרן הקדוש מבעלזא שליט"א וכאשר יגזור אומר כן יקום לטוב:

כ"ד הכותב וחותם אור ליום ב' לסדר גם ברוך יהי' תרפ"ד לפ"ק.

דוד מנחם מאנוט באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יז

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי מו"ה **סענדר** נ"י דומ"ץ כק"ק **האלישיץ**:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. ומחמת ימי החג וגם עתה בהתחלת זמן שצריך לקבוע שיעורין לתלמידים קשה עלי להשיב. ועכ"ז אחר שכותב כת"ה שהדבר נחוץ וגם מבעל המעשה השגתי שני מכתבים. הוא ר"ש האלפער מליבטשוב. כמדומה שזה הוא הענין של כת"ה לכן אני מוכרח להשיב בקצרה. ע"ד השאלה מי שרוצה לישא אשה שמתו שני בעלי' רק א' מת בדבר ר"ל. והשני הי' זקן בן ע"ג שנים. וגם מקודם נתגרשה מאיש אחד אם אין קפידא בדבר. והנה הרמ"א בסי' ט' כתב בשם י"א דנהרג א' מהם או מת בדבר אינו כלום אך הב"ש סק"ה כתב דזה רק למאן דס"ל מעיין גורם וא"כ אין הלכה כן. דבחי' הרשב"א יבמות (דס"ד) מפורש להדיא דהלכה כמ"ד מזל גורם ודברי הב"ש מוכרחים דהא הרמ"א כלל נהרג א' עם מת בדבר. ונהרג מבואר בש"ס הנ"ל להדיא. דלמ"ד מזל גורם לא תינשא כדקאמר הש"ס א"ב דנפל מדיקלא ומת עיי"ש. ואמנם בב"ש שם סק"ו כתב טעם אחר להקל בדבר משום דהוי מכת מדינה ואין תולין במזלה וכן הביא הב"י בשם הריב"ש. ולפי"ז גם למ"ד מזל גורם שרי. אמנם בריב"ש שם מבואר דרק במתו רוב אנשי העיר בדבר ר"ל דאז הוי כאשתדוף רובא דבאגי דפ' המקבל דל"א מזלו גרם וזאת לא היתה ולא תהי' כזאת בימינו ח"ו. אך אח"כ כתב עוד הריב"ש דאפשר דמיקרי דבר כההיא דמס' תענית (די"ט) שיצאו ג' מתים בג"י זאח"ז עיי"ש. אבל לא כתב זאת רק דרך אפשר. ובאמת הדבר תמוה דשם איירי אם מקרי דבר לענין מתריעין וכדומה. אבל כאן דבעינן מכת מדינה שלא נוכל לומר מזלה גרם. א"כ וודאי אין לנו רק כמו שמפורש בפ' המקבל דבעינן אשתדוף רובא דבאני. והדבר מסתבר דא"א לומר דלאו מזלה גרם רק הדבר דהא חזינן דרוב האנשים לא מתו ח"ו בדבר רק מיעוט. ובכל דוכתא אזלינן בתר רובא. דהאי מהרוב דלא הי' מת מחמת הדבר. כדאמרי אינשי שב שני וכו'. ויש לתלות יותר דמזלה גרם דליכא רוב להיפך:

ואמנם נ"ל דבמתו שני בעלי' ולא שלשה יש להתיר בדבר. דהנה בחי' הרשב"א הנ"ל וריטב"א ונמוק"י מבואר דשני פעמים ל"ה חזקה וודאית רק ספק. רק דבסכנה אזלינן לחומרא. ובשור המועד בעינן ג"פ משום דממון אין מוציאין מספק כן מבואר בראשונים הנ"ל. ולכאורה קשה תינח בשור שנגח שור דהוי ממון. אבל שור המועד שהרג את האדם דמשלם כופר ולמ"ד כופרא כפרה לתת פדיון נפשו. וודאי צריך לילך לחומרא כמ"ש התוס' כתובות (ל' ע"ב) ד"ה זר דכפרה צריך להפריש מספק עיי"ש וביבמות (צ"ט ע"ב) ד"ה ואם וא"כ אמאי בעינן ג"פ:

אך י"ל דהנה בחי' הרשב"א שם כתב דלענין אחיות מחזיקות בעינן לכ"ע ג'. משום דדוקא בגוף אחד די ב"פ לרשב"ג אבל להחזיק מגוף לגוף להחזיק כל המשפחה בעינן דוקא ג'.

וא"כ א"ש. דהא כתבו התוס' בחולין ובעירובין לענין טריפה דאין לדמות אדם לבהמה משום דאדם איה לי' מזלא כדקאמר הש"ס בב"ק. וא"כ בשור שהרג אדם נהי דגם בב"פ איתחזיק השור לרשב"ג שהוא נגחן בטבע. אבל אינו מוכרח שיוכל ליגח את האדם. דאדם אית לי' מזלא ולכך צריך ג' בנ"א שראינו ששום מזל אינו מועיל נגדו ושום אדם לא יוכל להשמר ממנו כמו נגח שור חמור גמל. וכיון דבעינן להחזיק כל בנ"א שלא יועיל מזל שלהם נגדו צריך ג"פ. דמגוף לגוף לא מחזקינן רק בג"פ כמו לענין אחיות הנ"ל. אבל משור שנגח שור דבהמה לית לה מזלא א"כ צריך רק להחזיק את השור הנוגח אם טבעו ליגח. שפיר קשיא להו להראשונים דתסגי בשני פעמים לרשב"ג. דלהחזיק אותו הגוף די בב"פ. וע"ז תירצו שפיר דשור שנגח שור הוי ממון ולא כפרה. וממון אין מחייבין מספק. ומשור שנגח אדם בלא"ה ל"ק. דלענין אדם דאית לי' מזלא בעינן ג"פ. אמנם לפי"ז תקשי למ"ד מזל גורם אמאי בב"פ אסורה לינשא הא כתב הרא"ש הובא בב"י דאין הפשט דמזל דידה גורם שימותו בעלי'. דע"ז אין שייך מזל. רק דמזל רע דידה גורם שלא יהי' לה בעל דהוי צער לה. וא"כ כיון דהוא אית לי' ג"כ מזל. א"כ מנ"ל דמזל דידה ינצח מזל דידי' דילמא איפכא. בשלמא במתו ג' בעלי' הרי איתחזקה לנצח מזל של כל אנשים דג"פ הוי חזקה לכל האנשים. אבל בשני פעמים שכבר כתבתי דל"מ רק להחזיק אותו הגוף ולא מאדם לחבירו א"כ ה"נ אמאי אסורה לינשא לשלישי הא לא איתחזקה שינצח מזל רע דידה לכל האנשים רק לשנים. ושנים לא הוי חזקה לכל כמו בשור המועד הנ"ל. אך צ"ל כיון דהיא איתחזקה עכ"פ שיש לה מזל רע שלא יהי' לה בעל אסור הוא להכניס א"ע במקום סכנה ולבטוח על מזלו כמו שאסור לילך תחת קיר נטוי וכל מקום סכנה. דנהי דחזקה וודאית לא הוי שתהרוג גם אותו עכ"פ גם בספק סכנה אסור להכניס א"ע. וא"כ נכונים שפיר דברי הב"ש הנ"ל להתיר בדבר כהא דמס' תענית. ול"ק מה שהקשיתי הא חזינן דרובא לא מתו בדבר. ואיך נתלה סיבת מיתתם בדבר. ז"א דכיון דאיתחזיק הדבר ע"י ג' מתים. הרי עכ"פ איתחזיק דאותו הדבר הוא מסוכן למות על ידו. והא דלא מתו רוב האנשים ח"ו. י"ל משום דאדם אית לי' מזלא ומזל טוב דידהו נצח לשומרם מהדבר. ואותם שמתו משום דהי' להם מזל רעוע. וא"כ י"ל דהריב"ש איירי ג"כ רק במתו שני בעלי'. א"כ לא הוחזקה היא ג"כ לכל האנשים שינצח מזל רע דידה לכל האנשים דשנים ל"ה חזקה לכל. ובע"כ דאותם השנים הי' מזלם רעוע. א"כ מנ"ל דמתו מחמת מזלה. י"ל יותר דמתו מחמת דבר דהא הדבר הוא וודאי סכנה דהא מתו גם שאר אנשים שאינם בעלי האשה הזאת. והיא רק ספק דילמא מזלה בגרם ואין ס' מוציא מידי וודאי. וגם אין לנו להוציא אותה מחזקת רוב נשים. מאי אמרת אין לנו להוציא אותו מחזקת רוב

אנשים שלא מתו בדבר ז"א הא דחזינן שלא מתו הרוב בדבר הוא משום דמזלם יפה. ואם נאמר דהוא מאותם שמזלם יפה. א"כ לא הי' למות גם מחמת מזל דידה. דהא היא ג"כ לא הוחזקה למי שמזלם יפה. אבל היכא דמתו ג' בעלי'. דהיא הוחזקה לכל האנשים. דאנו אומרים גם על כל העולם מי שישא אותה ימות. דהוחזקה לג' מזלות ואין רוב מכחיש אותם. א"כ יותר יש לתלות בדידה ממה שנתלה בדבר. דחזינן רוב האדם לא מתו ובע"כ משום שמזלם יפה. א"כ הדבר וודאי לא הוחזק לכל המזלות. והיא אפשר שהוחזקה לכל המזלות. וא"כ אין שייך לומר מש"ל אין ס' מוציא מידי וודאי. דאדרבא איכא ספק להיפך דדבר וודאי הוחזק שלא יזיק לכל המזלות. דהא חזינן בעינינו ששאר האנשים לא מתו והיא אפשר שהוחזקה לכל המזלות. דאם מתו מחמת מזל דידה. הרי מתו שלשה שהוי חזקה לכל העולם, ומש"ה שפיר הכריעו האחרונים דבדבר לא תלינן רק בשנים ולא בשלשה כמ"ש הפ"ת בשם הרדב"ז. וכ"כ בתשו' ד"ח ובתשו' בי"ש. וגם יש עוד טעם לחלק בין שנים לשלשה. דלפימ"ש דבשנים לא הוחזקה וודאית לכל האנשים. ורק דאסור להכניס א"ע בספק סכנה כמש"ל. א"כ כיון דדבר הוי ג"כ סכנה. א"כ איכא ס"ס להקל. דילמא מחמת הדבר מתו ואת"ל מחמת מזל דידה דילמא רק אותם השנים מתו דמזלם הי' רעוע. אבל השלישי לא ימות דשנים לא הוי חזקה לכל. אבל במתו ג' אין כאן רק ספק אחד דילמא מחמת דבר ובספק אחד לא שרינן. ואמנם בנ"ד אין צריך לכל זה. דהא כיון דאחד הי' זקן בן ע"ג הרי כתב הב"ש בשם תה"ד דבזקן אין לחוש. והסכים ע"י בתשו' חת"ס הובא בפ"ת שם. ובזקן שפיר תלינן יותר בזקנה. ואינו דומה לדבר דשם איכא רובא דלא מתו. אבל כאן אדרבא מיעוטא הוא דחיים יותר מע"ג ואין לנו שום ריעותא לומר דמזלה גרם. ואין לנו להוציא אותה מרוב נשים. ומה שנתגרשה פ"א שפיר כתב כת"ה דמבואר להדיא בש"ס כתובות דמיתה וגירושין לא מצטרפי גם לשיטת רש"י. וא"כ מכל הלין נלע"ד ג"כ להתיר לישא אותה אשה. וי"ר שלא יאונה לו כל דבר ח"ו ויעשה בהסכמת מרן הק' שליט"א. כמ"ש בס' ד"ח שצריך לזה הסכמת צדיקי הדור:
והנני ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבדפ"ק **טארנאפאל**.

סימן יח

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הגאון החריף ובקי משנתו זך ונקי כליל המדעים כש"ת מו"ה **יצחק ציף** נ"י אב"ד דת"ה **לבוב** יצ"ו:
מכתבו במועדו לנכון הגיעני ולא יכולתי להשיב עד כה. כי הי' לי שני שאלות חמורות ונחוצות לשעתן להשיב והוכרחתי להקדימן ועתה באתי להשיבו. ע"ד הר' מנחם מענדיל הלוי אשר אשתו ברחה זה איזו שנים ועקבותי' לא נודעו ויש עידי כיעור שהי' לה היכרות

עם בעל מלחמה מחיל הרוססען וכפי דבריהם ברחה אז עמהם כפי המכתב אשר ראו מהקאזאק הזה אשר הועיד לה מקום לבוא שמה אליו:

והנה מה שדן כתה"ר מצד שיש עידי כיעור וקלא דלא פסיק. דלדעת השאלתות נאסרה לבעלה. הנה מה שהעידו העדים שנשקו זא"ז שמבואר ברמב"ם ובמחבר סי"א שזה הוי עידי כיעור אבל דעת הח"מ וב"ש שם דזה רק כשזה הי' אחר הסתירה שיש להסתפק שמא זינתה אז וכאן הי' בחנות לעין כל שאין להסתפק בזנות אז עיין ח"מ סק"ג וב"ש סק"ד ובישויע"ק שם. ומה שהלכה עמו בלילה למקומות נסתרות. עיין בפ"ת בשם הגר"ע שצריך דוקא במקום שאין רגל אדם מצוי' עיי"ש בפ"ת סק"ו באריכות. אבל כ"ז לאסרה על בעלה שיכופו אותו להוציאה. אבל שיהי' רשות בידו להוציאה אף לאחר חדר"ג כתב הט"ז שם דסגי בע"כ לבד גם בלא קדל"פ וממילא סגי בקדל"פ בלא עידי כיעור עיין בח"מ סק"ו וב"ש סקי"ב ולא גרע מעוברת ע"ד יהודית בסי' קט"ו. ואמנם זה מהני רק לענין לגרש בע"כ אבל לישא אחרת לזה צריך היתר ממאה רבנים כמבואר באריכות בחת"ס אה"ע ח"א סי' ג' וגם משום מורדת צריך היתר ואמנם אם היתה נאסרת על בעלה מדינא כדעת כתה"ר אז יכולין לזכות לה גט ע"י אחר כיון שזכות הוא לה ואזלא לי' איסורא דחדר"ג כיון שכבר נתגרשה מדינא וא"צ להיתר דמאה רבנים. אבל אם לא נאסרה רק שנדונת כעוברת ע"ד יהודית ולזה מהני שתחזור למוטב כמ"ש בנוב"י סי' א'. א"כ הגט אינו זכות לה כל שאפשר שתחזור לבעלה. ואמנם אם יעידו העדים שהלכה בלילה למקומות שאין רגל אדם מצוי' שם כלל. הוי שפיר ע"כ וקדל"פ דבאין לה בנים אסורה לבעלה לדעת השאלתות הנ"ל והחמיר בט"ז שם כוותי' כפסק רמ"א אלא דיש עדיין ריעותא מה שנתקבל העדות שלא בפני':

ומה שהביא כתה"ר בשם תשו' בר"א לדעת הסוברים חדר"ג רק דרבנן הוי כמו בקש"ט דמקבלין עדות שלא בפני ב"ד. לפימ"ש לא יושיענו זה דלענין להתיר חדר"ג מכח זה הלא צריך היתר מאה רבנים וצריך רק שנדע שנאסרה וודאי על בעלה שיוכל לזכות לה גט וזה הוי דאורייתא וצריך לקבל העדות בפני' דוקא:

ומ"ש כתה"ר עפי"ד הא"מ דאיסור משום ע"כ הוא רק דרבנן ודמי ג"כ לקש"ט וזה שגגה דקש"ט כיון דמדאורייתא א"צ קיום כלל די בקיום שלא בפני בע"ד אבל כאן דאדרבא מה"ת לא מהני העדות כלל דמדאורייתא אינה נאסרת ע"י עידי כיעור מכ"ש דצריך לקבל העדות בפני'. וגם גוף דברי הא"מ אף דבתשו' פני משה הובא בתשו' מוהרד"ב בהגאון בעל פנ"י ז"ל הנספח לתשו' ר' חיים כהן כתב ג"כ כן. אבל לדעתי זה רק לדעת הטור והרמ"א דביש בנים אין מוציאין בע"כ דהוי רק דרבנן. אבל לפימ"ש הח"מ והט"ז

שם דלדעת הרא"ש גם ביש בנים מוציאין. משום דע"כ וקדל"פ כפ"פ וכע"א אחר קינוי וסתירה דמי. וודאי דהוי דאורייתא. וראי' לזה דהרי הרא"ש שם בב"י סי' י"א הביא מקודם דברי הר"מ שפירש השאלתות דבע"כ לבד נאסרת. דע"כ כפ"פ דמי ומפרש דברי רב שאמר בעדים היינו עידי כיעור. והקשה דא"כ מאי פריך הש"ס שם ביבמות על רב מהא דבד"א באין לה בנים אבל ביש לה בנים אין מוציאין. ואם יש עדים אף ביש בנים מוציאין ש"מ דבאין בנים אף באין עדים מוציאין וקשיא לרב. ואמאי לא משני דרישא מיירי שאין עידי טומאה אבל יש עידי כיעור דגם לרב מוציאין, ותירץ דעידי כיעור כעידי טומאה דמי ואף ביש בנים מוציאין א"כ מוכח מזה דלהר"מ עידי כיעור דאורייתא דאי רק דרבנן שפיר יש לומר דביש בנים לא גזרו רבנן משום לעז. אלא בע"כ דהוי מדאורייתא להר"מ. וא"כ הרא"ש הא לא פליג על הר"מ רק דלהר"מ סגי בע"כ לחוד ולהרא"ש בעינן גם קדל"פ. אבל באיכא תרתי ע"כ וקדל"פ גם להרא"ש הוי דאורייתא כמו להר"מ לשיטת הח"מ והט"ז הנ"ל. דגם ביש בנים מוציאין. הדרן להנ"ל כיון דנתקבל העדות שלא בפני' א"א לאוסרה על בעלה אלא דהדבר תלוי באשלי רברבי באינו בעיר דבד"מ מקבלין שלא בפני בע"ד אם גם לאסור אשה על בעלה הדין כן עיין באריכות בנוב"י מהדו"ק סי' ע"ב מה שהביא מתשו' הרמ"א והרשב"א. ובתשו' רע"א סי' צ"ט שהדבר תלוי בפלוגתת הרא"ש והרשב"א:

ואמנם בנ"ד נ"ל דלכ"ע מהני שלא בפני'. דהנה הא דבעינן לקבל בפני' הוא רק היכא דצריך שני עדים מתורת עדות. אבל היכא דאמר לו ע"א אשתך זינתה ומהימן לי' כבי תרי. אף באומר חוץ לב"ד ושלא בפני בע"ד מהני. דא"צ תורת עדות כלל כיון דגם חד וקא"פ מהני. ואמנם מבואר בסי' קע"ח דלאחר חדר"ג אין הבעל יכול לומר דמאמין להעד כיון דמשועבד לה עיי"ש. וא"כ כאן בנ"ד דבלא"ה כיון שברחה ולקחה כל אשר לו. א"כ היא מורדת בוודאי. ויכול לגרשה בע"כ או לישא אחרת רק דהוי צריך היתר מאה רבנים. אבל עכ"פ כיון דשוב אינו משועבד לה. א"כ מהני מאי דמאמין להעדים כבי תרי אף דהעידו שלא בפני בע"ד אם האמת כן הוא דמהימני לי' וממילא נאסרת עליו מן הדין. ושוב יכול לזכות לה גט כנ"ל. אלא דזה הוי אם באמת מהימני לי' גם בשאר מילי וגם אם הם מעידים שהלכו במקומות נסתרות במקום שאין רגל אדם מצוי' דהוי עידי כיעור כמש"ל:

ואמנם בלא"ה כיון דלפי דברי העדות שראו המכתב מהקאזאק שכתב לה שתבוא אליו לרוסיא למקום הידוע להם וברחה שמה עם הרוססים. וודאי רגלים לדבר שהיא דרה עתה עם הקאזאק הזה. ואולי ג"כ המירה דתה. וא"כ מספק יכול לזכות לה גט דדילמא

האמת כדברי העדים והוי הגט זכות לה. וא"כ לפימ"ש הב"ש בסי' א' דבספק חדר"ג אזלינן לקולא עיין בח"ס סי' ג' הנ"ל. א"כ ה"נ הוי ספק דדילמא באמת היא מזנה והולכת עם הקאזאק הנ"ל. והוי הגט זכות לה ונתגרשה תיכף א"כ ליכא שוב חדר"ג כנ"ל. וממילא ליכא בהא משום אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דזה היכא דרוצין לחייבו שלא בפניו אבל כאן אנו אומרים רק מספק דילמא הוא כמו שהעדים אומרים והיא אסורה לבעלה ואין לה לע"ע שום חוב בדבר הזה כ"ז שהוא שמה. ואי דילמא שקר הדבר ורצונה לבוא לביתה. ז"א דאם תבוא לביתה באמת לא נאסור אותה על בעלה מכח העדות שהעידו עכשיו ותוכל לחזור רק כיון דהוי ספק בדבר וספק חרם לקולא אמרינן דילמא כבר המירה דתה או נשאת להקאזאק הנ"ל ולא תחזור לעולם לביתה והוי הגט זכות לה והיא מגורשת עכשיו ואין כאן חדר"ג. אלא דעדיין יש לחוש לדעת המחמירין שהביא הרמ"א בסי' ק"מ שחוששין לדעת הרי"ף דכ"ז דלא מטי הגט לידה אינה מגורשת. וא"כ אף דהוי פלוגתא דרבוותא מ"מ שוב הוי ס"ס לחומרא. דדילמא עדיין בכשרותה עומדת ולא נאסרה לבעלה ועדיין אגידא גבי' ואף אם נאסרה מ"מ דילמא לא מהני הגט עד שיגיע לידה. ועדיין אינה מגורשת ואסור לישא אחרת בלי היתר ק' רבנים:

ואמנם גם ס"ס להחמיר בדרבנן אין הדבר מוכרח דאזלינן לחומרא עיין פרמ"ג בש"ד בדיני ס"ס אות כ"ו ובפרט לענין היתר ק' רבנים שכתב הח"ס בסי' צ"ט באה"ע ח"ב שאין זה מגוף החרם וא"כ הוי רק חומרת הגאונים דגרע משאר ס' דרבנן כמ"ש בסי' ס"ט ביו"ד. וגם בלא"ה חולק הט"ז בסי' ק"מ על מה שהביא הרמ"א דעת המחמירין וכתב דהרי"ף כתב כן רק בשחרור ולא בגט אשה ולענד"נ דאף אם נאמר דבמזכה במקום יבם או קטטה ס"ל להרי"ף דצריך שיגיע לידה כמו שהביא המהרי"ק ראי' לזה מדהביא הרי"ף מימרא דמזכה לה גט ליבם סמוך למימרא הנ"ל דלא מהני רק לענין חזרה. מ"מ במומרת או במזנה מודה הרי"ף. דהנה הר"ן שם בפ"ק דגיטין תמה מאד על הרי"ף כמו שתמהו התוס' על רש"י בפ"ק דגיטין (ד"ט ע"ב) דפירש ג"כ כהרי"ף קודם שחזר בו דמה טעם יש בדבר שצריך שיגיע לידה כיון דזכות הוא לה ולהעבד ואם אינו זכות ואינה מגורשת עדיין למה לא יוכל לחזור בו. ודחה שם הראי' של הרי"ף מהא דהולך מנה לפלוני שאני חייב לו עיי"ש בר"ן. ולדידי נראה דכוונת הרי"ף פשוטה דהרי"ף ס"ל הטעם בהולך מנה לפלוני שאני חייב לו שהוא חייב באחריותו ואינו יכול לחזור בו דהסברא היא כיון שהמלוה אינו יודע עדיין מהכסף ששלח לו הלוה ע"י השליח אין לו עדיין שום הנאה מהכסף עד שיגיע לידו. א"כ עדיין אין זה שום זכות לו במה שיזכה עכשיו טרם שיגיע לידו ומה יחסר לו אם לא יזכה בו עד שיביאנו השליח לידו כיון שוודאי

יביאנו ומש"ה כשנאבד קודם הוא עדיין באחריות הלוה כיון דלא זכה בו עדיין. אבל אם בא הלוה לחזור בו ורוצה ליטלו מהשליח ולא יוכל השליח להביאו להמלוה א"כ אז הוא זכות לו שיזכה בו תיכף שלא יוכל הלוה לחזור בו וזוכה אז השליח תיכף בשביל המלוה דזכין לאדם שלא בפניו ומביא הרי"ף ראי' מזה גם לענין גט שחרור דעיקר הזכות מה שיוכל לישא בת ישראל ולפטור משעבוד ולקנות קנין ג"כ הדבר כן דכ"ז שאינו יודע עדיין אין לו שום זכות בדבר דהא אינו יודע מאומה שהוא משוחרר ומתנהג עדיין כעבד לכל דבריו ומה הנאה יש לו מהשחרור. וכיון דהאדון אמר להשליח תן גט שחרור זה לעבדי הוי שליח להולכה ג"כ וישתחרר עכ"פ כשיגיע השחרור לידו ומה הנאה יש לו בדבר שישתחרר קודם שיוודע לו. אבל אם ירצה האדון לחזור בו אז תיכף נעשה לו זכות שיזכה השליח בעבורו. שלא יוכל האדון לחזור בו. וזוכה השליח או תיכף בשבילו. וכן בגט אשה במקום יבם או קטטה דג"כ אין לה הנאה טרם שיוודע לה. ולכך הביא הרי"ף שני המימרות סמוכות זל"ז. אבל באשה מומרת ומזנה שמזנת והולכת ועבדא איסורא אז אף קודם שיוודע לה תיכף שבא הגט ליד השליח זכות הוא לה להתגרש תיכף ותינצל מאיסור א"א ומש"ה זוכה השליח תיכף בשבילה ונתגרשה תיכף כשהגיע הגט ליד השליח כדעת הט"ז הנ"ל:

ובזה יתיישב לנכון מה שקשה לי קושיא עצומה מאד על הרי"ף הנ"ל דס"ל דעד דמטי גיטא לידי' לא משתחרר מהא דב"מ (די"ט) דפריך הש"ס על הא דמצא שחרורי עבדים בזמן שהאדון מודה יחזיר ואמאי ניחוש דילמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל עבדא וקנה לכן וזבנינהו האדון ומפיק העבד לשחרור דמניסן ומוציא מהלוקחים שלא כדין. בשלמא למ"ד זכות לעבד שיצא לחירות ולאביי דס"ל עידיו בחתומיו זכין לו שפיר קטריף עיי"ש בש"ס ולדברי הרי"ף הא ס"ל דאף למ"ד זכות הוא לו לא משתחרר עד דמטי גיטא לידו. וא"כ גם לאביי שלא כדין טריף. וא"ל דלהרי"ף מכי מטי לידי' משתחרר למפרע ז"א כלל דא"כ מאי מייתי הרי"ף ממתניתין דאם מת לא יתנו לאחר מיתה. הא כיון דמשתחרר למפרע גם כשמטי לידו אחר מיתה לישתחרר למפרע כמו מעכשיו ולאחר י"ב חודש ומת בתוך יב"ח דמגורשת למפרע. וגם מה הקשה הר"ן מהא דעבד שאוכל תרומה ואמרו לו שחררך רבך חייב בקרן וחומש. הא אם נאמר דכשמטי לידו משתחרר למפרע. שפיר מתחייב קרן וחומש דאיגלי מילתא למפרע דהוי זר שאכל תרומה. אלא בע"כ דלהרי"ף לא משתחרר רק מכאן ולהבא מכשיגיע השחרור לידו. וא"כ קשה קושיתי הנ"ל מב"מ דא"כ טריף העבד שלא כדין. אבל להנ"ל ניחא דאותו רגע שקנה העבד נכסים נעשה לו אז זכות שיצא לחירות כדי שלא יקנה האדון הנכסים

וא"כ כיון דאז השחרור ביד השליח שהוא הזוכה זוכה אז בשבילו ונגמר השחרור ושפיר טריף כדין:

ברם הא קשיא לי כיון דאמרינן דאינו משתחרר למפרע וכן בגט אשה אינה מתגרשת למפרע רק משעה שנעשה לה הדבר זכות או משעה שמטי לידו. וא"כ בע"כ דהשליח הוי ג"כ שליח להולכה. דאל"כ אמאי כשמטי לידה מתגרשת הא הוי טלי גיטך מעג"ק ובע"כ דהוי שליח מתחילה להולכה ושחרור הא ילפינן לכל מילי לה לה מגט א"כ גם בשעה שקנה העבד הנכסים ונעשה לו אז זכות עכ"פ מתחילה כשבא ליד השליח הוי שליח להולכה. וא"כ היאך נעשה אח"כ שליח לקבלה הא לא חזרה שליחות אצל הבעל כמ"ש בגיטין (ס"ג ע"ב) דשליח להולכה לא מצי למיעבד שליח לקבלה מה"ט:

וגם בלא"ה ראיתי והתבוננתי דקושיתי מב"מ הנ"ל אינה מיושבת כלל. דמאי אמרת דבשעה שקנה הנכסים נעשה לו אז זכות ואז נגמר השחרור. ז"א כלל. דזה שייך היכא דהשחרור ביד השליח הזוכה. אבל כאן דאיירי רק אליבא דאביי דעבחז"ל, אבל השחרור הוא עדיין ביד האדון רק בשעת החתימה אמרינן דעדיו זוכין לו ואז עדיין לא קנה נכסין ולא הוי עדיין זכות לפי פירושי בהרי"ף הנ"ל ובשעה שקנה הנכסים כבר השחרור אינו עוד ביד העדים דנאמר שזכין בשבילו. לכן נ"ל לפרש דברי הרי"ף באופן אחר ויתיישב ג"כ קושית הר"ן עליו מהא דעבד שהי' אוכל בתרומה. דהנה בקצה"ח סי' רמ"ג סק"ח מביא דברי התוס' והרשב"א בנדרים דבשליחות בעינן שיהי' מדעת בעלים ולא סגי בניחותא דידהו. והסביר שם הקצוה"ח ומחלק בין היכא דמזכה משלו לשל חבירו לא בעינן דעת ובין היכא דאינו מזכה שום דבר רק תורם או מפריש חלה לשל חבירו דבעינן שליחות ממש ולא סגי בניחותא וכתב שם דמזכה גט לאשתו ג"כ הטעם משום דמזכה לה הנייר:

ואמנם באמת דבריו דחוקים דהא הנייר לפעמים אינו ש"פ כמ"ש בגיטין (ד"כ) וא"כ ליכא דין זכי' בפחות מש"פ. אך י"ל עפי"ד התוס' בפ' איזהו נשך (דע"א ע"ב) ד"ה בשלמא דבזכיית ממון בעינן דוקא שיהי' שלוחו של בעל הממון. ומבואר הדבר ביותר בחי' הר"ן ב"מ הובא בשטמ"ק ב"מ (די"ב) שכתב דמגביה מציאה לחבירו לא הוי מטעם שליחות רק משום מיגו דזכי' וכו' וטעמא דמילתא לפי שא"א לזכות בשליחות לחבירו אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון וכו' עכת"ד הר"ן שם. ומעתה נ"ל להסביר הדבר כן. דהנה בכל מעשה קנין איכא תרי גווני לפעמים המקנה עושה הקנין כמו בכסף דאמרי' בקידושין (דכ"ג) דקבלת רבו גרמה לו. אף שאין הקונה נותן הכסף כלל רק אחרים נתנו בשבילו מ"מ במה שמקבל האדון הכסף הוא מקנה לו. וכן בקנין מסירה אמרינן

דלא מהני רק במכירה ולא במציאה והפקר דהקנין בא מצד המקנה שמוסר לו ובעינן רק שהקונה יהי' מרוצה כמו בקידושי אשה שכתב הר"ן בנדרים. ומצינו ג"כ קנין מצד הקונה כמו חזקה ומשיכה ובעינן רק שהמקנה יהי' מרוצה. וכן הענין בשליחות כל היכא דהקונה אינו זוכה בעצמו רק שאחד זוכה לו בשליחותו אף דבעינן בשליחות שיהי' מדעת שיעשו אותו שליח בפירוש כמ"ש הרשב"א בנדרים הנ"ל מ"מ אם אין הקונה עושה אותו שליח כגון שאינו יודע כלל מהקנין יוכל המקנה לעשות שליח בעבורו כמו שעושה המקנה גוף הקנין ובעינן רק רצון הקונה. וכל היכא דזכות הוא לו ידעינן בוודאי דהוא מתרצה, וזה כוונת התוס' והשטמ"ק דבעינן שיהי' שלוחו של בעל הממון בכל זכי'. אבל מ"מ בעינן שיהי' ג"כ שלוחו של הזוכה. דאל"כ לא יקנה עד שיבוא לידו אלא דנעשה שליח שניהם ומש"ה נמי במזכה גט לאשתו במקום יבום או במשחרר עבדו ע"י אחר למ"ד זכות הוא לעבד. נעשה השליח שלוחו של הבעל והאדון לזכות בשבילם. ואמנם א"כ תיקשי הא בגט ובשחרור בעינן שיהי' השליחות חוזרת אצל בעלים דאל"כ הוי כטלי גיטך מעג"ק כמו שהסביר הנתיבות בסי' קפ"ה סק"א וא"כ היאך מהני בגט ובשחרור זכי' הא כיון דצריך להיות שלוחו של הבעל היאך יכול שוב לזכות בשביל האשה הא שליח להולכה אינו יכול להיות שליח לקבלה משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל כמש"ל:

ואמנם בש"ס גיטין (דס"ג ע"ב) הנ"ל מבואר דמספקא לי' להש"ס דבר זה ומשום דבר שבערוה אזלינן לחומרא. וכן נפסק בש"ע סי' ק"מ דהוא ספק. וא"כ מעתה י"ל דזהו כוונת הרי"ף שכתב דל"מ זכי' בשחרור רק לענין שהאדון לא יוכל לחזור בו דכיון דהדבר ספק א"כ כיון שהעבד מוחזק בעצמו לא יוכל האדון לחזור בו אבל בן חורין גמור שיהי' מותר בבת ישראל אינו נעשה רק כשמטי גיטא לידו. כיון דספיקא הוא כנ"ל ואזלינן לחומרא. ול"ק קושית הר"ן מעבד שאוכל בתרומה. דשם אדרבא אזלינן מספק לחומרא וחייב בקרן וחומש דדילמא מהני שליחות בכה"ג. ואף דכל ספק ממונא לקולא מ"מ תשלומי תרומה הוי כפרה כמ"ש התוס' בכתובות (ד"ל ע"ב) ואזלינן בספיקא לחומרא. ולא קשה ג"כ קושיתי הנ"ל מב"מ מהא דעבחז"ל. דכיון דאמרינן דהעבד הוא מוחזק בעצמו וזוכה בעצמו מכח ספק ממילא גם הנכסים שלו כמ"ש בב"מ (דק"ג) לענין שכירות בית דצריך להעלות שכר בעבור החודש י"ג במשכיר בי"ב זהובים לשנה בדינר זהב. דכיון דמוקמינן הבית בחזקת המשכיר גם הפירות שלו. וכדאמרינן בב"מ הדרא ארעא והדרא פירי ה"נ כיון דמספק זוכה העבד בעצמו גם הנכסים שלו ושפיר טריף למ"ר זכות הוא לו ועבחז"ל:

ומעתה מיושב ג"כ מה שתמהו האחרונים על מה דבסי' א' באהע"ז מביא הרמ"א דבמומרת מזכה גט ע"י אחר ואינו מביא כלל דעת המחמירין ובסי' ק"מ מביא דעת הי"מ. ולפי"ז ניחא כיון דהמחמירין המה עפ"י שיטת הרי"ף ולהרי"ף גופי' הוי ספק גט מש"ה בסי' א' דאיירי לענין חדר"ג שמזכה לה גט כדי שיוכל לישא אחרת ובזה אזלינן מספיקא לקולא כמ"ש הב"ש הנ"ל אבל בסי' ק"מ בה' גיטין דאיירי לענין הכשר הגט גופו אם הגט כשר שתוכל להנשא בו אם תחזור בתשו'. זה הוי ספק דבר שבערוה ואזלינן מספיקא לחומרא. לכך הביא שם דעת הי"מ:

ואמנם אם גם נאמר כפשיטות דברי הרי"ף דמדינא לא הוי גיטא עד דמטי לידו ונאמר לחלק כדי שלא יקשה מהא דב"מ דעבחז"ל שאני ועדיף משאר מזכה ע"י אחר. ובהא מודה הרי"ף דמשתחרר למפרע משעת חתימה. נוכל ג"כ לישב קושית האחרונים הנ"ל. דהנה מדברי התוס' ב"מ (י"ט ע"א) ד"ה וליחוש דכתבו דמש"ה חיישינן בגט דילמא כתב ליתן בניסן וכו' ולא אמרינן לאביי עבחז"ל משום דגט חוב הוא לה. משמע מדבריהם דאם יהי' משכחת בגט שזכות הוא לה הוי אמרינן לאביי עבחז"ל. ואמרתי ליישב בזה קושית התוס' גיטין (די"ח ע"א) ד"ה הנהו שהקשו על הגיטין הבאין במדה"י דמכשרינן להו אף דלא נמסרו ביום הכתיבה משום דקלא אית להו. והא בהנהו איכא למיחש לזנות דאם תזנה בין הכתיבה להנתינה יתן לה הגט אח"כ והיא תאמר דבא הגט לידה עוד קודם הזנות עיי"ש בדבריהם. אך נ"ל עפי"מ שהקשו התוס' לעיל בריש הסוגיא דאמאי חיישינן שמא יחפה על ב"א הא אם תביא הגט זה לפנינו נוקמה בחזקת א"א ונאמר השתא היא דאיגרשה. ותירצו דכיון שהיא גרושה לפנינו לא נוקמה בחזקת א"א עיי"ש. וקשיא לי לפי מה שכתבו התוס' (בדי"ז) דלכ"ע בעינן בגט עידי מסירה וקיי"ל כן בש"ע סי' קל"ב ורק כל אשה שהביאה גט לפנינו וחתומים עליו עדים כיון דידעינן וודאי דמיד הבעל בא לה הגט מסתמא מסר לה בע"מ כדי שלא להכשילה כמבואר בתוס' וש"ע. וא"כ הכא דרוצה לחפות עלי' בוודאי אינו נותן לה בפני עידי מסירה דהם יזכרו הזמן מתי נתן לידה ולא יוכל לחפות. וא"כ שוב קשיא איך יוכל לחפות הא כשתביא גט שאין בו זמן לפנינו אחר שיהי' עדים שזינתה אנו נאמר אוקמה בחזקת א"א כקושית התוס' מאי אמרת הרי היא גרושה לפנינו ז"א דהא חיישינן דילמא מסר לה כדי לחפות שלא בעדים וליכא עידי מסירה ואינה וודאי גרושה גם עכשיו ושוב אוקמינן בחזקת א"א. אך לפי הנ"ל ניחא דהא קיי"ל דאשה שנאסרה לבעל ע"י זנות הוי הגט זכות לה. והיכא דהוי זכות שוב אמרינן עבחז"ל ול"צ עידי מסירה כלל. ואף דהתוס' ב"מ (ד"כ ע"א) ד"ה שובר כתבו דעבחז"ל הוא רק תקנתא דרבנן ולחד שינויא שם לא מהני להתיר איסור

דאורייתא רק לענין ממונא מ"מ הא כתב המהרש"א שם דזה רק למ"ד ע"מ כרתי אבל לר"מ דס"ל ע"ח כרתי הוי עבחז"ל דאורייתא ומהני גם לאיסור:

וא"כ מעתה מיושבת קושית התוס' (די"ח) הנ"ל. דכ"ז קודם שתקנו זמן בגיטין. אבל לאחר שתקנו זמן העדים אינם חותמים רק כשכתב הזמן בדקדוק. וא"כ מעתה בהני גיטין הבאין ממדה"י דכשרים אף שלא נמסרו ביום הכתיבה מאי אמרת דניחוש שמא תזנה בין כתיבה למסירה והיא תאמר דנמסר לה קודם הזנות ז"א דאז נאמר אוקמה אחזקת א"א ועכשיו הוא דנמסר לידה. מאי אמרת הרי היא גרושה לפנינו ז"א דממ"נ אם תביא ע"מ הרי ידעו העדים מתי נמסר לידה. ואם לא תביא ע"מ נאמר דילמא מסר לה הגט בלא ע"מ כדי לחפות עלי' ואינה מגורשת כלל מאי אמרת עבחז"ל ז"א דהא יש בו זמן כדינו וזמן הכתיבה והחתימה הרי הוא קודם הזנות ואז עדיין לא נאסרה לבעלה והוי הגט חוב לה ול"ש עבחז"ל. וזה נכון מאד בעזה"י:

וא"כ יש ליישב קושית האחרונים הנ"ל על הרמ"א שלא הביא דעת הי"מ כהרי"ף רק בסי' ק"מ ולא בסי' א'. דהנה אנן קיי"ל ע"מ כרתי וא"כ לא אמרינן עבחז"ל רק מתקנתא דרבנן כמ"ש התוס' הנ"ל. וא"כ בסי' א' דאיירי לענין להתיר חדר"ג בלי היתר ק"ר דהוי רק מדרבנן כמש"ל וא"כ אף לשיטת הרי"ף דס"ל דלא הוי גיטא עד דמטי לידה מ"מ כבר כתבתי לעיל דלמ"ד עבחז"ל מודה גם הרי"ף דמתגרשת למפרע. וא"כ איכא לאיצטרופי גם הני פוסקים בח"מ סי' ל"ט שפוסקים כאביי דעבחז"ל ואף דגם לאביי בעינן דמטי לידה לבסוף ואז זוכה למפרע כמבואר שם בש"ע ופוסקים. מ"מ היינו משום דאנן סהדי דהלוה לא רצה לזכות השטר רק על תנאי אם ילוה וימסור לידו השטר אח"כ ואז יזכה למפרע. אבל כאן הבעל רוצה שתזכה תיכף בהגט כדי שינצל מאיסור חדר"ג וודאי דמתגרשת תיכף למ"ד עבחז"ל. ואף דהוי רק תקנתא דרבנן כמ"ש התוס' הנ"ל מ"מ כאן להפקיע חדר"ג דהוי ג"כ רק דרבנן הם אמרו והם אמרו. אבל בסי' ק"מ דאיירי שיהי' הגט כשר לגמרי שתוכל לינשא בו אח"כ אם תחזור בתשובה ל"מ עבחז"ל דהוי רק תקנתא דרבנן להתיר איסור א"א דאורייתא לכך הביא דעת הי"מ כהרי"ף:

הארכתי קצת בפלפול כ"ש אבל בהא סליקנא ובהא נחיתנא דשפיר יש מקום לסמוך על העמוד הגדול החת"ס שהביא כתה"ר שכתב בסי' צ"ט להתיר בלי היתר מק"ר אשה שברחה ולא נודע עקבותי' אף שאין יודעים מאיזו טעם ברחה מכ"ש בנ"ד דאיכא ידים מוכיחות שברחה אל הערל הקאזאק שחשקה נפשה בו והיא הולכת ומזנת תחת בעלה. ואולי כבר המירה דתה ג"כ. ולכן גם ידי תכון עמו להתיר להר' מנחם מענדיל הלוי לישא

אשה אחרת אחר שיזכה לה גט כדינא וכדרך שכתוב בחת"ס ושאר אחרונים והשי"ת יצילנו משגיאות ואסיים בשלום:
הנני בזה ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאנוש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יט

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי מאד נעלה כש"ת מו"ה לוי יצחק שור נ"י אבד"ק **ליבטשוב** יצ"ו:
מכתבו לנכון הגיעני ומחמת כי עמוס טרדות אנכי מאד נתאחרה תשובתי עד כה ועתה באתי להשיבו. והנה עובדא דידי' הוא עסק ביש מאד והנני בין המצרים ורבה מבוכתי מאד כי מצד אחד הוא לאסור אשה בת ארבעה בנים על בעל נעורי' ומצד השני הוא ענין חמור מאד למצוא לה צד היתר. אם כי הרב הגאבד"ק בוטשאטש נטה קו להיתר לדידי צ"ע טובא. ואמנם אחר אשר כבר דפק על פתחי אמרתי לא אמנע מלעיין בזה ולחוות דעי והשי"ת יעזריני לכוון ההלכה לאמיתה ויצילני משגיאות:
הנה משפטה של האשה הזאת יסובב על שני קוטבים. האחד מצד הודאתה בעצמה שהרתה לזנונים גם ילדה אך שאמרה שנאנסה והשני מצד הקדל"פ ועידי כיעור שלדעת השאלתות גם לבעלה אסורה. והנה מצד הודאתה שנתעברה דינה מבואר בסי' קע"ח שמביא הרמ"א שני הדיעות שבמרדכי אם נאמנת לומר נאנסתי במיגו דלא נבעלתי. וידוע מה שתמה ע"ז בתשו' פנים מאירות מסי' ס"ח שהובא דעת רבינו יונה וסייעתו דגם בידוע שנבעלה נאמנת לומר נאנסתי להתירה לבעלה והאריכו בזה האחרונים בתשובותיהם זה בכה וזה בכה:
והנה בפשיטות י"ל עפי"מ שהקשה בנוב"י מהדו"ק סי' ס"ט על החולקים על הר"י דאמאי לא הוי כחתיכה של ס' חלב ס' שומן דנאמן ע"א להתיר ואמאי איהי לא מהימנא. ובאמת מבואר כן להדיא ברשב"א שהובא בשטמ"ק בסוגיא דפ"פ דזה טעמו של הר"י דבמקום שאין הכחשה ע"א נאמן ואף האשה עצמה נאמנת. ואמנם הא קיי"ל דמתייחד עם עריות פסול לעדות אשה בין להכניס בין להוציא עיין באה"ע סי' מ"ב וא"כ מש"ה בסי' קע"ח בנתייחדה עם הערוה מש"ה אינה נאמנת להתיר רק במיגו לדיעה אחת וא"כ לפי"ז כל האיסור הוא רק דרבנן כמבואר בח"מ ובב"ש שם ס"ק כ"א דמתייחד עם הערוה פסול רק מדרבנן לעדות אשה והי' אפשר לצדד בנ"ד לסמוך על ההיתרים שכתב הרב מבוטשאטש כיון דכל האיסור רק מדרבנן:
אבל באמת תמוה לי לכאורה על הנוב"י והרשב"א הנ"ל דהתינח לשיטת המהרי"ק עיין בשער המשפט סי' ל"א דגם בדבר שבערוה ע"א נאמן היכא דלא איתחזק איסורא מש"ה

י"ל דגם האשה נאמנת. אבל לשיטת הרמב"ן וסייעתו דבדשב"ע אין פחות משנים גם היכא דלא איתחזיק איסורא א"כ הכא אמאי האשה נאמנת הא הוי דבשב"ע. ואמנם אפשר לומר בזה עפי"ד הש"ס יבמות (י"א ע"א וע"ב) דסוטה וודאי פטורה מחליצה ומיבום דטומאה כתיב בה כעריות. אבל ספק סוטה חולצת דכי כתיב טומאה אוודאי ולא אספק א"כ מעתה י"ל דבאמת ערות לא מיקרי בכ"מ רק חייבי כריתות ומיתת ב"ד ואהא הוא דכתיב כי מצא בה ערות דבר שנבעלה באיסור א"א דהיא במיתה וע"ז ילפינן דבר דבר מממון דבעינן שני עדים. אבל על בעלה דהוי רק איסור לאו רק משום דטומאה כתיב בה כעריות א"כ זה ניחא בוודאי סוטה אבל בספק סוטה כמו במצא פ"פ ואינו יודע אם באונס או ברצון נהי דאסורה על בעלה מחמת ס' סוטה אבל בספק סוטה לא כתיב בה טומאה כעריות ורק איסור לאו בעלמא הוא דהוי ולא מיקרי דבר שבערוה ולכך שפיר קאמרי הרשב"א והנוב"י דע"א נאמן כמו בחתיכה ס' חלב ס' שומן:

ובזה הי' מקום להשוות דעת הפוסקים שלא יהי' מחלוקת בין הרבינו יונה וסייעתו ובין הגאונים הקדמונים רב האי ורב שרירא גאון שהביא במהר"ם אלשקר שס"ל להדיא דאשה שראוה מעוברת ואמרה נאנסתי דאינה נאמנת. דהנה ביבמות שם (בדי"א ע"א) בתוס' ד"ה צרת סוטה בסה"ד שם הקשה על הא דפריך הש"ס סוטה (ד"ה ע"ב) על ס' סוטה דחולצת ולא מתייבמת דתתייבומי נמי תתייבם והא לרב דוודאי סוטה הוי ערוה וא"כ ס' סוטה הוי עכ"פ ס' ערוה א"כ האיך תתייבם. וכוונתם מבוארת דנהי דקאמר הש"ס דטומאה כעריות אוודאי היא דכתיבה היינו אף דהתורה עשאה ס' סוטה כוודאי ומש"ה אם בא עלי' בעלה בדרך לוקה. אבל מ"מ זה האיסור הוי רק כשאר ח"ל בעלמא וע"ז לא כתיב טומאה כעריות. אבל מ"מ הוא ספק דילמא נבעלה וודאי ואז היא ערוה דאוודאי כתיב טומאה כעריות וא"כ הוי עכ"פ ס' ערוה וא"כ בשלמא חולצת משום דכל הספיקות חולצות משום דאם יבוא אלי' וכו' כמ"ש בש"ס שם (דמ"ד ע"ב). אבל האיך תתייבם הא הוי פוגע בס' מרוה. והנה באמת גוף קושית התוס' י"ל לענ"ד דלכאורה צריך להבין טעמא דרב דסוטה פטורה מחליצה ויבום משום דטומאה כתיב בה כעריות והא התורה לא אסרה סוטה רק לבעלה אבל לכ"ע שריא וא"כ ליבם נמי שריא דמ"ש יבם מאיש אחר ועל היבם לא הוי ערוה כלל ואמאי לא תתייבם. אך צ"ל כמ"ש בש"ס סוטה שם (ד"ה ע"ב) דאמר רב יוסף ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר ולא ליבם הרי דהתורה לא התירה סוטה רק לכ"ע ולא ליבם וליבם אסורה כמו לבעלה כיון דמחמת נשואי הבעל נופלת לפניו וכל האיסור שיש על הבעל מחמת סוטה יש גם על היבם. וא"כ כ"ז לאחר שיש לנו קרא דרב יוסף דלאיש אחר ולא ליבם. אבל בס"ד דהש"ס

דלא ידע עדיין דרב יוסף פריך הש"ס שפיר דתתייבם נמי דעל היבם לא הוי ערוה כלל ול"ק ג"כ קושית התוס' שם בסוטה ד"ה אילו איתא מסוטה וודאי דבעי גט ואפ"ה אינה חולצת דז"א דבאמת אי לאו קרא דלאיש אחר ולא ליבם היתה גם סוטה וודאי חולצת ומתייבמת דטומאה כי כתיבא אבעל ולא איבם. אבל עכשיו דגילה קרא לאיש אחר ולא ליבם ממילא כל האיסור שיש על הבעל יש על היבם ומש"ה סוטה וודאי דעל הבעל הוי ערוה גם על היבם היא ערוה וכל העריות פטורות מחליצה ויבום. אבל ס' סוטה דעל הבעל ג"כ אינה ערוה רק ס' ערוה ואיסור וודאי שעשאתה התורה ע"ז לא כתיב טומאה רק איסור בעלמא כמו כל חייבי לאווין א"כ מש"ה חולצת ולא מתייבמת כמו כל ס' עריות וח"ל וז"ב מאד:

ואמנם היוצא מדברי התוס' אלו דכל ס' סוטה הוא ספק ערוה וגם וודאי איסור חייבי לאווין וא"כ שוב תקשי דאמאי יהי' ע"א נאמן הא הוי עכ"פ ספק דבר שבערוה שאין ע"א נאמן. אך באמת יש לישב דהשטמ"ק שם בסוגיא דפ"פ מביא דברי הריטב"א דעיקר חידושו של ר"א דקאמר דנאמן לאוסרה עליו אף דפשיטא לן בכל הש"ס דאדם נאמן לאסור על עצמו מחמת שאחד"א מ"מ ה"א דזה רק בוודאי איסור. אבל בכאן דאף לפי דבריו הוי רק ספק איסור בזה ל"ש שוי' אנפשי' חד"א וא"כ מעתה י"ל דגם לאחר חידושו של ר"א כן הוא דעל ספק לא שייך שווי' אנפשי' חד"א דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו וודאי ולא ספק. והא דבפ"פ נאמן לאוסרה עליו היינו משום דהוי ס' סוטה וס' סוטה וס' טומאה ברה"י עשאתו התורה כוודאי וא"כ ניחא דברי הרשב"א הנ"ל דמש"ה ע"א נאמן ולא הוי דשב"ע דהא כאן דליכא עדים כלל רק דאסורה עליו מחמת שוי' אנפשי' חד"א וזה שייך רק על וודאי איסור שס' סוטה אסורה כוודאי אבל זה לא הוי דשב"ע דכי כתיב טומאה כעריות אוודאי סוטה ולא על ספק ואי דהוי עכ"פ ספק ערוה כד' התוס' הנ"ל ז"א דבספק לא שייך שאחד"א כנ"ל וא"כ שפיר מכריע הרשב"א כרבינו יונה דבאומר פ"פ מצאתי והיא אומרת נאנסתי דמותרת עלי'. אבל בעובדא דרב האי ורב שרירא גאון דיש עדים שהיא מעוברת רק דלא ידעינן אם באונס או ברצון דהוי ספק דבר שבערוה שפיר קאמרי דאינה נאמנת לומר נאנסתי דבדשב"ע אין ע"א נאמן:

ועוד י"ל טעם אחר להשוות דעת הרבינו יונה וסייעתו עם דעת הגאונים רב האי ורב שרירא בדרך הנ"ל. דלכאורה אינו מובן מ"ש הרשב"א להאמינה כע"א דעלמא הא אנו דנין עלי' בעצמה אם זינתה ברצון או באונס ואם זינתה ברצון הרי היא חשודה לאותה דבר והחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו ואף דבוודאי אינו נאמן עלי' לפוסלה דרק על עצמו נאמן משום דשאחד"א מ"מ לדברי' הרי היא חשודה מספק דלא מוקמינן לה

בחזקת כשרות כמ"ש התוס' שם בסוגיא דפ"פ כיון דרובא ברצון עיי"ש וא"כ האיך תהא נאמנת להתיר לו. אך צ"ל עפי"ד התוס' ב"מ (ד"ו ע"א) שכתבו שם על תירוצא דאביי דחשוד אממונא ל"ח אשבועתא משום ספק מלוה ישינה ואפ"ה גזלן פסול לעדות ולשבועה ול"א דילמא ספק מלוה ישינה יש לו משום כיון דהוחזק גזלן לפנינו אין אנו מכשירין אותו משום ספק מלוה ישינה עיי"ש בשטמ"ק דהוי כאין ספק מוציא מידי וודאי ועיין בסמ"ע בסי' צ"ב ובקצוה"ח שם הרי חזינן. דסתם גזלן אין אנו מכשירין משום ספק מלוה ישינה דאין זה ספק מעליא ואפ"ה נותנין שבועה על הכחשה ואין אנו אומרים להתובע אם אתה חושדו דמשקר הרי הוא חשוד גם על השבועה משום ספק מלוה ישינה כיון דלא הוחזק גזלן בב"ד אף דהוי ממ"נ מ"מ כיון דרק משום טענתו של התובע אתה רוצה לחשדו בספק מעט דמלוה ישינה מכשירין אותו לשבועה ה"נ בנ"ד נהי דלפי דבריו דאומר פ"פ מצאתי נבעלה בוודאי מ"מ לא מחזקינן אותה לחשודה דאמרינן דילמא באונס נבעלה והרי היא כשירה לעדות. אבל בעובדא דרב האי ורב שרירא גאון בראוה מעוברת ונולד בה פסול עפ"י עדים דהוחזקה לחשודה אין אנו מכשירין אותה משום ספק אונס לאוקמה אחזקת כשרות כיון דרובא ברצון כמ"ש התוס' והרי היא חשודה מספק דאינה נאמנת להעיד לאותה דבר ומש"ה שפיר קאמרי הגאונים הנ"ל דאינה נאמנת לומר נאנסתי:

באופן שמכל אלו הדברים נוכל לומר דאם הי' ברור לנו עפ"י עדים שהיא מעוברת גם רבינו יונה וסייעתו יהי' בחדא שיטתא עם הגאונים רב האי ורב שרירא הנ"ל דאינה נאמנת לומר נאנסתי וכל למעוטי במחלוקת עדיף ואי הוה אתא לקדמנא עובדא כזאת לא היינו יכולים לסמוך על הנוב"י מהדו"ת סי' י"ד והחת"ס סי' קל"א שהחליטו להתיר עפ"י שיטת רבינו יונה וכתבו דרוב הפוסקים או כולם ס"ל כהר"י והרי כבר מסור כלל גדול בידינו דאף דהלכה כבתראי היינו היכא דראו דברי הראשונים וחולקים עליהם אבל בכה"ג בנ"ד דאנחנו זכינו לאורו של המהר"ם אלשקר שהביא דברי הגאונים הנ"ל וס"ל כוותי' וכפימש"ל י"ל דגם הר"י וסייעתו אינם חולקים עליהם היכא דהיא מעוברת לפנינו חלילה לנו להתיר מה שאסור לדבריהם:

אך מה שיש לדון בעניינו הוא משום דליכא עדים שהיתה מעוברת רק קדל"פ וגם ע"א שהעיד שראה אותה מעוברת ורק מפיה אנו חיין שהודית לפני בעלה שהיתה מעוברת וא"כ כיון דאמרה שנאנסה י"ל דהפה שאסר הפה שהתיר. והנה עובדא כזאת מצינו במחנה אפרים תשובה ארוכה עיי"ש בה'. איסורי ביאה תשו' מו"ה משה הכהן ומה שהסכים עמו המחנה אפרים בסוף התשו' עיי"ש והמחנה אפרים ירד שם לחקור אם

הטעם דפה שאסר וכו' הוא משום מיגו או לאו ואם משום מיגו בכה"ג ליכא מיגו דהוי כמיגו במקום קול ועדים פסולים ואם א"צ מיגו כלל א"כ בכ"ע היכא דבלאו הודאתה לא היינו יכולים לאוסרה נאמנת ג"כ לתרץ א"ע ולומר אנוסה הייתי עיי"ש והביא שם תשו' הרא"ש על שטר שהי' חתום עליו קרובים והוא אומר אמת שהקניתי לשלם. אבל הדבר הי' ממעות צחוק שעפ"י הדין פטור וכתב הרא"ש דחייב לשלם עפ"י הודאתו אף דהוא עצמו אומר שהוא ממעות צחוק מ"מ אין לו מיגו דלא הודה על הקנין דהוי מיגו במקום עדים פסולים והקשה המחנ"א ע"ז מהא דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לטעון פרוע אף דמיגו דמזויף לא הוי מיגו טוב דהא ירא שמא יבואו העדים ויכחישוהו הרי מוכח דבפה שאסר וכו' לא בעינן מיגו טוב עיי"ש:

אך לענ"ד י"ל לישב דהנה במודה בשטר שכתבו. הטעם דנאמן הוא משום הודאת בע"ד כמאה עדים. והנה בטעם הדבר דהודאת בע"ד יזוע דהטעם הוא או משום מיגו דאיבעי למיתב לי' במתנה. או משום דאדם נאמן ע"ע כמאה עדים ונלמד זה מקרא כמ"ש הקצוה"ח בסי' ל"ד. והנה בכאן דמודה על השטר שכתבו רק דאומר פרוע. בע"כ אין הטעם משום מיגו דמתנה. דהא אדרבא אינו רוצה ליתן במתנה דהא אומר פרוע. ורק מטעם השני דאדם נאמן ע"ע בתורת עדות. ואמנם קשה כשאומר בתכ"ד שהוא פרוע ועל זה אין אתה רוצה להאמינו משום דהוא נוגע וחשדינן לי' דמשקר וא"כ הא קיי"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וליבטל גם הודאתו על קיום השטר. אך ז"א דהא קיי"ל פלגינן דבורי' כידוע שיטת הראב"ד דכיון דאדם קרוב אצל עצמו לא הוי בגדר עדות רק בגדר בע"ד ול"ש בזה עשב"מ בטלה כולה. א"כ ה"נ מה שאומר פרוע דהוא לטובת עצמו לא מהימן מתורת בע"ד. אבל מה שהודה שמקוים נשאר קיים דפלגינן דיבורי'. ואמנם ידוע דברי התוס' בכתובות בסוגיא דאנוסים היינו. דלענין קיום השטר לא אמרינן פלגינן דיבורי' לבטל הקיום כיון דכל הקיום רק דרבנן. א"כ י"ל דכל הפלוגתא דמודה בשטר שכתבו אם צריך לקיימו תלוי בפלוגתת הרמב"ם ושאר פוסקים אם עדות בשטר הוי דאורייתא. מ"ד צריך לקיימו ס"ל דעדות בשטר לאו דאורייתא א"כ לא אמרינן פלגינן דיבורו לקיים השטר כיון דכל השטר לאו דאורייתא כס' התוס' הנ"ל. ומאן דס"ל א"צ לקיימו ס"ל עדות בשטר דאורייתא. ואמרינן פלגינן דיבורו לקיים השטר. וניחא בזה דקדוק הלשון דפליג אם צריך לקיימו. דהול"ל דפליגי אם נאמן לומר פרוע או לאו. אבל לפי"ז ניחא דבאמת פרוע אינו נאמן לומר כלל מצד עצמו. דהא לית לי' מיגו דהא ירא לומר מזויף דילמא יבואו העדים ויכחישוהו. ופה שאסר הוא שהתיר הוא רק מטעם מיגו. ורק מ"ד דנאמן הוא משום דצריך לקיימו. דהקיום שקיימו הוא מה שמודה

שכתבו בטל כיון דבאותו דיבור אומר ג"כ שפרוע וע"ז אינו נאמן דהוא נוגע. א"כ בטל כל העדות וההודאה משום עדות שבטלה מקצתה. ופלגינן דיבורו לא ס"ל כיון דכל השטר רק מדרבנן ולכך צריך קיום אחר. ומ"ד א"צ לקיימו ס"ל דמה שמודה שכתבו הוי קיום מעליא כיון דעדות שבשטר דאורייתא אמרינן פלגינן דיבורו כנ"ל. וא"כ לק"מ מתשו' הרא"ש דשם הא הודה שהקנה בקנין דזה הוי לכ"ע דאורייתא ואמרינן בי' פלגינן דיבורו. דמה שאמר מחמת צחוק אינו נאמן ועל מה שהודה שהקנה נאמן. מאי אמרת דיהי' נאמן מחמת פה שאסר ז"א דהא צריך מיגו. ומיגו במקום עדים פסולין לא מהני. ואמנם יצא לנו מזה דפה שאסר הוא רק מטעם מיגו כפשטות לשון הש"ס בכתובות (דכ"ב ע"א) כמ"ש המחנ"א. וא"כ בנ"ד דליכא מיגו. דהא כיון דהודית שהיתה מעוברת וילדה וודאי יש עדים ע"ז במקום שילדה. דבינה לבין עצמה לא ילדה. ואף אם העדים פסולים. מ"מ גם נגד עדים פסולים ל"א מיגו. ואף דאין העדים עדיין לפנינו מ"מ הא יריאה דילמא יבואו ויכחישוה. כמ"ש התוס' לענין מזויף וגם דהוי מיגו נגד קול וע"א וגם ערלית שידעו שהיא מעוברת. דאזדא לה מיגו דידה. כנ"ל. ופה שאסר הוא רק מטעם מיגו כנ"ל:

אלא דמטעם אחר יש לצדד ולומר דלא בעינן כאן מיגו כלל. עפי"ד הר"ן בנדרים (דצ"א) על משנה דטא"ל שכתב בשם י"מ. דמדינא אין אשה נאמנת לומר טא"ל כיון דמשועבדת לו אינה יכולה להפקיע עצמה ממנו ול"ש שאחד"א. ורק מדרבנן נאמנת משום דאם הי' שקר לא היתה מבזית עצמה בב"ד עיי"ש בדבריו. וא"כ ה"נ כיון דבלא הודאתה לא היינו יכולים לאסרה כיון דליכא עדים כשרים ורק משום הודאתה. וא"כ מאיזו טעם היא נאמנת הא אין אשה נאסרת על בעלה רק בקינוי וסתירה או שני עדים. ואי משום הודאתה דשאחד"א. הא כתב הר"ן דכיון דמשעבדא לי' לא מהימנא. ובע"כ רק מדרבנן משום דאל"כ לא היתה מבזית עצמה לומר נבעלתי. א"כ כיון דכל האיסור הוא רק מדרבנן א"כ כשאמרה נאנסתי אף אם לא נאמין לה עכ"פ ספיקא הוי וספק דרבנן להקל. וגם כיון דהוי רק מדרבנן לא אמרינן פלגינן דיבורו כס' התוס' הנ"ל. וא"כ כיון דאמרה תכ"ד נאנסתי אם לא תאמין לה ע"ז גם מה שאמרה נבעלתי בטל משום עדות שבטלה מקצתה וכו' כנ"ל:

אלא דא"כ תקשי מהא דהמרדכי ור' שמחה שבסי' קע"ח בנתייחדה דהאמינה רק מטעם מיגו. נימא ג"כ דמה"ת הא לא מהימנא משום דמשעבדא לי' ורק מדרבנן. א"כ לשתרי מטעמים שכתבתי לעיל. ובע"כ צ"ל או דמזה מוכח שלא כס' הי"מ שבר"ן הנ"ל רק דמן התורה נאמנת או מאותה החזקה משום דאל"ה לא היתה מבזית עצמה בב"ד. או

משום שאחד"א. ואי משום דמשעבדא לי' מ"מ הוי כהנאת תשמישך עלי דאסור משום דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו. כמ"ש בס' ברוך טעם בסוגיא דטא"ל. וגם בלא"ה היכא דאיכא רגל"ד נאמנת מדינא לומר טא"ל כמ"ש התוס' ביבמות (דכ"ו) ועוד בכ"מ. וכאן איכא רגל"ד שנתייחדה לזנות. ובפרט בנ"ד דאיכא רגל"ד טובא. אז י"ל דנאמנת מה"ת מה שאמרה שנבעלה. וא"כ מה שאמרה אח"כ דנאנסה שוב אינה נאמנת רק מכח מיגו ובנ"ד ליכא מיגו. דהוי כנגד עדים פסולים וכנגד קול. איברא דנלע"ד דדין זה תלוי בפלוגתא שבירושלמי שהביאו האחרונים והר"ן בכתובות. דעל מתניתין דמשארסתני נאנסתי קאמר בירושלמי. ר"י בעי אלא מעתה אין טענת בתולים וכו' לית את יכיל דאמר ר"י האומר פ"פ מצאתי אסורה עליו משום ספק זונה וכו' הכא את אומר נאמנת וכו' תמן שני מודים שהפ"פ עכת"ד הירושלמי. והנה בר"ן בכתובות מוכיח מזה דהירושלמי ס"ל כרבינו יונה דבאומרת ברי שנאנסה נאמנת גם לענין להתירה על בעלה. אבל בענ"ד י"ל דאין ראי' דלכאורה קשה כיון דהוא אומר עד שלא ארסתיך נאנסת. בע"כ לא איירי דקיבל בה קידושין פחות מבת ג' דאל"כ הי' בתולי' חוזרין. ובאשת כהן ג"כ לא מיירי, דא"כ מאי קאמר הירושלמי דנאמנת מה שאומרת משארסתני נאנסתי גם לענין איסור הא אשת כהן שנאנסה אסורה. וא"כ מה צריך לנאמנותה. הא בלא"ה מותרת משום ס"ס כמ"ש בסוגיא דפ"פ. אך צ"ל כיון דהיא עצמה אומרת משארסתני נאנסתי. א"כ הודית דתחתיו נבעלה וליכא שוב רק ספק באונס או ברצון. הלכך אי לאו דמהימנא דבאונס היתה אסורה בספק אחד. ואמנם לפי"ז הא דנאמנת לומר נאנסה. י"ל משום הפה שאסר וכו' דהא אם היתה אומרת עד שלא ארסתני נאנסתי או היתה שותקת היינו מתירין אותה משום ס"ס כנ"ל. אלא דא"כ מוכח מכאן דהפה שאסר מהני גם בלא מיגו דהא כאן ליכא מיגו דהא אם היתה אומרת עד שלא ארסתני נאנסתי היתה מפסדת הכתובה. וכן אם היתה שותקת ולא הי' ברי ושמא ג"כ היתה מפסדת הכתובה משום ס' דלאו תחתיו והי' מק"ט. ואפ"ה מותרת מחמת הפה שאסר. ש"מ דלא בעינן מיגו. ואמנם בירושלמי בריש כתובות שהביא המל"מ דקאמר שם דהא דנאמנת משארסתני נאנסתי הוא רק לענין הכתובה אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה. בע"כ דס"ל דלא מהני הפה שאסר כיון דליכא מיגו. וס"ל דפה שאסר הוא רק מכח מיגו. הרי מצינו דדבר זה תלוי בפלוגתא בירושלמי. ויתיישב בזה מה שהקשו האחרונים על המל"מ דמאי מביא סתירה מהירושלמי נגד שיטת הרבינו יונה. הרי בירושלמי על מתניתין דמשארסתני נאנסתי אדרבא מבואר כר"י כמ"ש הר"ן. אבל לפי"ז ניחא דכל מה שאנו יכולין למעט במחלוקת עדיף. דכיון דהירושלמי דריש כתובות סובר דאינה נאמנת לענין איסור אף

היכא דשייך הפה שאסר רק דאין המיגו טובה. די אם נאמר דהירושלמי דלקמן חולק בזה ומתיר היכא דשייך הפה שאסר אף דאין המיגו טובה. אבל לא שנעשה פלוגתא רחוקה כ"כ דנאמר דהירושלמי דלקמן יסבור דאף היכא דידעינן שנבעלה שתהי' נאמנת לומר נאנסתי. והירושלמי דר"פ יסבור דאף הפה שאסר לא מהני. יהי' איך שיהי' עכ"פ משמע מהירושלמי דפליגי בזה אם נאמנת היכא דבלא הודאתה לא היינו יודעים שנבעלה לומר נאנסה. היכא דאין המיגו טובה כנ"ד. אבל אין מבואר הלכה כמאן:

ונלע"ד דהדבר מוכרע ממקומו. דהא שם גבי בנתי' דמר שמואל דאוקמינהו לשבוייי אבראי. ואמרו נשביתי וטהורה אני והתירו אותם. והא אח"כ שנתגלה שבשעה שאמרו כן בביהמ"ד היו עומדים השבאים בחוץ. וא"כ מאי מיגו איכא. הא יראים לומר לא נשביתי דדילמא יראו אות אח"כ ביד השבאים. ואף דהשבאים הוי נכרים. חדא דמיגו במקום עדים פסולים ל"א. ועוד הא מבואר שם בשטמ"ק דלא היו יכולים להכחיש השבאים. שהיו רואין שהם מחזיקים בהם בע"כ. וגם אח"כ דפריך הש"ס והא איכא עדים במדה"י. ומשני השתא מיהו ליתני' קמן. וכתבו שם התו' לישב קושית התוס' שם דאיירי דיצא הקול קודם שהתירו אותם שיש עדים במדה"י. וא"כ שוב מאי מיגו איכא הא הוי מיגו במקום קול. בשלמא למסקנא דאיירי בעדי טומאה. א"כ לא הוי מיגו במקום קול דהא השתא נמי מכחשת הקול. דהא אומרת טהורה אני והקול יוצא שיש שם עדי טומאה. אבל להס"ד דאיירי בעדי שבוי'. א"כ אין זה מיגו לומר לא נשביתי דיראה להכחיש הקול. והנה לכל זה נוכל לדחות ולומר דרק בשבוי' דרבנן הקילו לומר הפה שאסר וכו' אף היכא דליכא מיגו. ומטעם שאמרתי למעלה. דאמרינן עדות שבטלה מקצתה וכו' ופלגינן דיבורו ל"א במילתא דרבנן כס' התוס' הנ"ל. אמנם בירושלמי מביא מעשה כזאת גם בא"א. על מתניתין דאשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת. קאמר בירושלמי דאם התירוה לינשא ואח"כ באו עדים ל"ת. כל"ק דש"ס דילן דקאי גם אריש ומייתי שם בירושלמי ראי' לזה מעובדא דר"י דאתת לקמי' ואמרה א"א הייתי וגרושה אני והתירוה מן דנפקת אמרי וכו' והא עדיו בלוד וכו' כך אני אומר אפילו עדיו בלוד וכו'. וא"כ כיון דהתלמידים ידעו דיש עדים בלוד וודאי הי' הקול כן. וגם בע"כ צריך גם כאן לפרש כפירוש התו' דאיירי דיצא הקול קודם שיש עדים. דאל"כ מאי הקשו התלמידים. הא מבואר כן בברייתא אף דיש עדים במדה"י. דהא איירי דבאו העדים אח"כ כקושית התוס'. וגם מאי מיגו הוא זה הא חזינן דבאו עדים אח"כ א"כ דילמא גם היא היתה יודעת מהעדים. והיתה יריאה לומר פנוי' אני דילמא יבואו העדים ולכך אמרה גרושה אני. ועובדא דר"י ע"כ לא איירי דיצא קול דיש עדים במדה"י דעדיין היא א"א ולא נתגרשה.

דא"כ מאי ראי' מייתי להא דלעיל דאם באו עדים אחר שנשאת דל"ת. דמיירי רק בעידי אשת איש ולא שעדיין לא נתגרשה דא"כ פשיטא דתצא. וא"כ חזינן דאף דאין המיגו טובה אפ"ה שרינן גם בא"א מטעם הפה שאסר וכו'. וגם ראי' גדולה מהא דפליגי תרי הלשונות בש"ס דילן אם נשאת ואח"כ באו עדים שהיא א"א אם נאמנת. וממ"נ תקשי אם אנן חשבינן זה למיגו טוב. דהיתה יכולה לומר פנוי' אני. משום דאמרינן דהיא לא היתה יודעת מהעדים. וחזינן דוודאי קושטא קאמרה. מדלא אמרה פנוי' אני. א"כ מאי מזיק לן מה שבאו עדים אח"כ שהיתה א"א. מ"מ הרי וודאי אמת היא דנתגרשה. דהרי חזינן דהיא אינה משקרת דהא בשעה שאמרה גרושה אני לא ידעה עדיין מהעדות. ואפ"ה לא היתה רוצית לשקר ולומר פנוי'. וכל מיגו ראי' מעלייתא היא דאומרת אמת. ואם אמרת שאין זה מיגו טוב. דדילמא היא ידעה מקודם שיש עדים ושיבואו ולכך לא היתה רוצית לומר פנוי' שלא יבואו העדים ויכחישוה. א"כ מ"ט באמת בלישנא קמא דמותרת גם בבאו עדים אח"כ. הא נתברר שלא הי' לה מיגו מעולם. ואין לומר דלעולם הוי מיגו מעלייתא. רק דטעמא דל"ב משום דכיון דבאו עתה עדים שהיתה א"א לא מהני גם מיגו להוציא מחזקתה דהוי מיגו במקום חזקה. ז"א כלל. חדא דהא כתבו התו' שם בכתובות (כ"ו ע"ב) בשם ריב"ב דאם הותרה עפ"י ב"ד יצאה מחזקתה וכאן הא התירוה קודם שבאו העדים ויצאה כבר בהיתר. וכעין דמבואר בסי' י"ת ביו"ד לענין אם נאבד הסכין עיי"ש. וגם הא זה גופא בעיא דלא איפשטא אם אמרינן מיגו במקום חזקה. וגם הא הראשונים למדו מכאן גם לענין ממון באומר שדה זו של אביך וכו' ולקחתי ממנו. דאם אח"כ באו עדים שהיתה של אבי' אינו נאמן עיין בשטמ"ק. וכן מבואר בש"ע חו"מ סי' פ"ד דמודה בשטר שכתבו ואמר פרוע ואח"כ מצא עדים לקיימו. דהשטר שוב בחזקתו אף לגבות ממשעבדי. והא בשטר לכ"ע מהני מיגו כמבואר בש"ס ב"ב ושבועות דבשטר פקדון נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו. וגם הרי בפירוש כתבו התוס' דמודה בשטר שכתבו אין זה מיגו טוב דירא לומר מזוייף דילמא יבואו עדים אח"כ לקיימו. הרי מוכח מכל זה דפה שאסר לאו מטעם מיגו הוא. רק כיון דרק על פיו אוסרין מוכרחין להאמין לו גם להתיר. ומש"ה אם באו עדים אח"כ. דאין צריכין עוד להודאתו אנו אוסרין עתה עפ"י העדות. הן בא"א הן בממון כמ"ש השטמ"ק. ורק בשבוי' דרבנן הקילו. והא דלל"ק דהש"ס גם בא"א מותרת אף דבאו עדים אח"כ. י"ל דהיא עפ"י שיטת מהרי"ק דבדבר שבערוה בעינן ג"כ איתחזיק איסורא. וכאן כיון דיצאה מחזקת איסור קודם שבאו עדים דכבר הותרה עפ"י ב"ד כס' הר"י בר ברוך הנ"ל מש"ה נאמנת בדיבורה לבד לומר גרושה

אני ככל עד דעלמא. ולישנא בתרא י"ל דס"ל כהרמב"ן דבדשב"ע אף דלא איתחזיק איסורא אין ע"א נאמן. או דפליגי בס' הר"י בר ברוך הנ"ל:

וא"כ מכל אלו הדברים גם בנ"ד אף דלית לה מיגו. כיון דיצא הקול ויש ג"כ נשים הרבה וערלות שראוה שהיא מעוברת. מ"מ כיון דליכא שני עדים כשרים אמרינן הפה שאסר וכו'. ובפרט שכן פסקו ג"כ בתשו' הר' משה כהן הנ"ל והמחנה אפרים הסכים על ידו שהי' שם ג"כ ע"א ונשים שידעו שהיתה מעוברת. והתירו אותה ע"י שאמרה נאנסתי משום הפה שאסר וכו':

אלא דמ"מ נ"ל דבנ"ד חמור טפי משום דקשיא לי על הני תרי אריוותא הנ"ל שהתירו שם אף דהי' עד אחד וגם נשים הרבה הא הביא שם בתשו' ה"ר משה כהן הנ"ל בשם תשו' פני משה דע"א עם עדות נשים הוי כע"א עם רגלים לדבר. וקשה הא התוס' בקידושין (דס"ו) כתבו על הא דקאמר שם רבא דבאומר לו ע"א אשתך זינתה אף דהוא שותק אינו נאמן דאין דשב"ע פחות משנים והוא משום דשתיקה לאו כהודאה היא רק רגלים לדבר. ומש"ה בשאר איסורין מהני ע"א עם רגל"ד אבל בדבר שבערוה לא (ואף דבריש סוטה אמרינן דע"א לאחר קינוי וסתירה נאמן משום רגל"ד שם התורה האמינתו) וקשה בכאן בע"א עם נשים שאומרים שנבעלה רק שאין יודעין אם באונס או ברצון. מעידים עלי' שהיא ספק סוטה. וספק סוטה לא הוי דשב"ע כמש"ל דטומאה אוודאי היא דכתיבה. וכתבו שם התוס' ביבמות (י"א) הנ"ל דאף דבספק סוטה עשתה התורה הס' כוודאי זה רק להחמיר ולא להקל וכאן אם אנו אומרים שהיא רשב"ע ואין ע"א עם רגל"ד נאמן לאסור הוי להקל ולהקל לא עשתה התורה כוודאי והוי כאיסור דעלמא דנאמן ע"א עם רגל"ד. וכאן דאיכא עוד נשים עם העד הוי כע"א עם רגל"ד כס' הפ"מ הנ"ל דבשאר איסורין נאמן. וא"כ כיון דגם בלא הודאתה היתה אסורה משום ספק סוטה ליכא שוב הפה שאסר ולמה התירו הר"מ כהן והמחנה אפרים. והיא קושיא חזקה לכאורה. אך צ"ל דאדרבה כיון שאין זה דשב"ע א"כ היא עצמה נאמנת לומר נאנסתי כמו בחתיכה ס' חלב ס' שומן כמ"ש הרשב"א והנוב"י הנ"ל שהבאתי למעלה. וגם לטעם שני שהבאתי למעלה להשוות דעת הרבינו יונה עם הגאונים רב האי ורב שרירא משום דבפ"פ נאמן רק על עצמו אבל היא אינה נעשית חשודה על ידו. ה"נ ע"י ע"א עם רגל"ד אין יכולים לפסול גברא ולפוסלה לעדות ולשבועה דכד"נ דמיא. ומש"ה נאמנת לומר נאנסתי:

ואמנם לפי"ז נפלנו באשלי רברבי לשיטת הרמב"ם כפי פירוש הרה"מ ושאר מפרשים שהביא שם דגם בפ"פ אינה נאמנת לומר נאנסתי ה"נ אינה נאמנת. וא"כ לשיטת הנוב"י והפנ"י דגם רבינו יונה אינו מתיר רק משום דיש לה חזקת צדיקת. אבל היכא דאין לה

חזקת כשרות גם רבינו יונה מודה. א"כ הכא דהאשה שלפנינו אין לה חזקת כשרות דהא עכ"פ ראו אותה מתייחדת עם האנשי חיל וכדומה א"כ לס' הנוב"י הנ"ל אינה נאמנת לומר נאנסתי. וגם בלא"ה כיון דעכ"פ חשודה על העריות מיקרי ופסולה לעדות אשה מדרבנן עכ"פ כמש"ל. ובעובדא דמחג"א אין מעידין על האשה שום מעשה פריצות כלל ולא יצאה מחזקתה לא כן בנ"ד שמעידין עלי' הרבה דברי פריצות שאבדה חזקתה וודאי י"ל דאינה נאמנת לומר נאנסתי כיון דאיכא ע"א שראה אותה מעוברת וגם הרבה נשים אומרים כן וגם קדל"פ וליכא הפה שאסר כיון דגם בלא דיבורה נעשית ספק סוטה ע"י ע"א עם נשים ופסו"ע דהוי רגל"ד:

והנה בכל התשובות שראיתי שסומכים להתיר ולהאמינה שנאנסה מיירי אך באשה שלא נשמע ממנה שמץ פריצות ואפשר שהוא עפי"ד רבינו שמחה שבמרדכי דכל שנתייחדה ועברה על איסור יחוד אינה נאמנת שנאנסה וטעם הדבר נ"ל דהא חזינן מ"ש הרמב"ם דכל בעיר חזקה ברצון. והיינו מטעם דכל דיכולה להציל עצמה ולא הצילה מיקרי רצון. והנה מצינו לאבוה דשמואל דאוסר אשת ישראל שנאנסה דחיישינן דילמא סופה לרצון והיינו משום דאמדו חכמים דעת נשים שאינם יכולים לעמוד נגד תוקף היצר בסוף ביאה וחייישי' דדילמא היתה יכולה להציל עצמה ולהשמט מתחתיו בסוף ביאה. ולא עשתה מחמת תוקף היצר. רק דהש"ס מסיק דתקיפת היצר דסוף ביאה הוא חזק כ"כ דמיקרי זה גופה אונס דיצרה אלבשה וא"כ וודאי דגם בתחילה קודם ביאה כשבא אלי' האנס ורוצה לאנסה ג"כ וודאי איכא תקיפת יצר קצת וראוי לחוש דילמא אף דאינה חשודה לזנות ברצון מ"מ היכא דבא לה אונס במקרה תהא שמאל דוחה וימין מקרבת שלא תעשה טצדקאות להציל עצמה בכל כחה כמו אם הי' באים להורגה או לגזלה אך בסתם נשים שמוחזקות לצנועות העמידו חכמים אותם בחזקת צדיקת ואומרים דוודאי היתה עומדת כנגד יצרה והיתה עושה כל טצדקאות להציל אם אפשר ונאמנת לומר דנאנסה אונס גמור להפוסקים הנ"ל. אבל בקלה בדעתה קצת ונשמע ממנה פריצות דברים ואח"כ שנודע לנו שנבעלה. הדברים מוכיחים דוודאי לא הצילה עצמה כלל ונתרצית תיכף ואין מאמינים לה מה שאמרה שהיתה באונס ובכה"ג הוי רובא ברצון רוב מעליא דבוודאי בעיר היתה יכולה להציל עצמה אם היתה רוצה ומסתייע לזה מה שידענו ממנה פריצות דברים גם מקודם וודאי גם עתה שבא מעשה לידה לא עמדה כנגד יצרה להציל עצמה. וזה אפשר שהוא טעמו של ר"ש הנ"ל שאומר שאבדה המיגו שלה היכא דעברה על איסור יחוד ובכל הני מילי אמרינן הוכיח סופו וכו' דהמעשים מכוערים והביאה שלאח"כ מוכיחים ע"ז דנעשה הכל לרצון. וא"כ בנ"ד נמי

שנשמע ממנה כמה מעשים מכוערים שהלכה בלילה מחוץ לעיר עם איש חיל. וקדל"פ הי' שהיא מתנהגת בפריצות ונכנסים ויוצאים אצלה אנשי חיל. ואחי בעלה שהי' דר שם אמר ג"כ שראה ושמע ממנה דברים מכוערים והנשים הדרים שמה ושכני' אומרים ג"כ עלי' דברים מכוערים. וילדה שלה בת י' שנים אמרה שהיתה שוכבת על המטה עם בעל מלחמה אחד ואף שאין עדות לקטן מ"מ מצינו לפעמים דסומכים על פי' כמו בקטן שמצא מחט בכרם בסוס"י מ"ח ובעדות אשה בתנוקת שאמרו באנו מלקבור את איש פלוני דסומכין עליהם. ואף דכל היכא דבעינן עדות גמור כמו בדשב"ע אין סומכים על קטנים ופסולים מ"מ כבר כתבתי בזה בתשו' אחת עפי"ד הנתיבות בסי' כ"ח סק"א שכתב באריכות דהיכא דאין מעידים על גמר הדבר כמו במעידים על הכשר כתיבת הגט דעדיין אינה מתגרשת עד שינתן הגט לידה זה לא מיקרי דשב"ע והביא לזה מדברי הרי"ף לענין ואשתמודעינהו דאחוה דמיתנא הוא וכו' וגבי סימנין דנבדקות עפ"י נשים. דכל שאין עדיין גמר הדבר רק שיוצמח מזה אח"כ נ"מ לענין ד"נ או דשב"ע סומכים על נשים ופסו"ע עיי"ש שהאריך בזה וא"כ ה"נ במה שמעידין עלי' בדברים מכוערים זה לא הוי דשב"ע עדיין דע"ז לבד אינה נאסרת דהא אין מעידים שנבעלה ובעדי כיעור לבד לכ"ע אין אוסרים אשה לבעלה רק אח"כ כשאירע מעשה שנבעלה וא"י אם באונס או ברצון שמצרפים מה שראינו עלי' מתחילה דברי פריצות ומעשים מכוערים. לזה מהני גם עדות נשים וקטנים. ובלא"ה דבר רחוק מאד בעיני שאמרה שסתם פיה בידו שלא תוכל לצעוק שא"א שלא תוכל להסיר ידו מעט אחר שהוא הי' עסוק בתשמיש והיא היתה עם הילדים בבית והי' בתחילת הלילה ובעיר שלא תוכל היא על הילדים לעשות איזו צווחה והרי לא אמרה שהי' כלי זיינו בידו וגזם עלי' להרגה וכדומה וכשהתירו הגאונים רמ"כ ומחנ"א בתשו' הנ"ל מייתי לבסוף שהי' כתוב במעשה ב"ד שהלכו וראו את בית האשה והנה המקום מקום מופנה במסתרים שאם תצעק האשה אינה נענית וכו' עיי"ש בדבריו:

ומלבד כל אלה יש לדון ג"כ באשה הזאת לפי שיטת השאלתות שבע"כ וקדל"פ נאסרה על הבעל כמו על הבועל וכאן יש עדות ר' מרדכי שראה שהלכה בלילה מחוץ לעיר עם בעל מלחמה אחד ועדות ר' מרדכי שמואל שראה בעיניו שהיא מעוברת. דהוי עד זנות ממש ומצטרף עכ"פ לעדות ר' מרדכי שיהי' שני עידי כיעור. וקדל"פ הי' שהיא מעוברת שהיא קול זנות ממש. דלפי פירוש הרא"ש בשאלתות שני ע"כ וקדל"פ הוי כפ"פ. ובפתח פתוח אף שאינו ידוע אם באונס או ברצון אסור היכא דליכא רק חד ספק ולשיטת שבתשו' מהר"ם אלשקר אף אם אמרה נאנסתי אינה נאמנת כנ"ל. וכאן לא מפי'

אנו חיין שנאמר הפה שאסר וכו'. דהא מחזקינן לה לבעולה עפ"י עידי הכיעור והקול. אלא דדעת הרמ"א בסי' י"א דבעינן ג"כ שאין לה בנים. אבל הרי הח"מ והט"ז שם חולקין על הרמ"א וכתבי דלדעת הרא"ש בדברי השאלתות שכתב דע"כ וקדל"פ כפ"פ דמי אף דיש לה בנים אסורה והחזיק דבריהם הגאון בנוב"י בסוף תשובה ע"ב:

ואמנם בבית מאיר דחה ראיית הח"מ והט"ז שהביאו ראי' מדקאמר הרא"ש דע"כ וקדל"פ כפ"פ וכע"א אחר קינוי וסתירה דמי ושם גם ביש בנים מוציאין ודחה הוא דהא הרא"ש כתב זאת לישב קושית הר"ת על השאלתות דהא אין אשה נאסרת לבעלה אלא ע"י קינוי וסתירה ולכך הוכרח הרא"ש לומר דע"כ וקדל"פ כפתח פתוח דמי ופ"פ כעדים דמי כמ"ש הש"ס בכתובות (ד"ט) ואמנם א"כ תקשי על רבי דאתיא הברייתא אליבי' דבאין לה בנים תצא וקשיא ג"כ הא אין אשה נאסרת אלא ע"י קינוי וסתירה. וצ"ל ג"כ דע"כ לבד ג"כ כפ"פ דמי ואפ"ה ביש לה בנים לא תצא ה"נ להרא"ש אף דע"כ עם קלדל"פ כפ"פ דמי מ"מ ביש לה בנים לא תצא דלאו לגמרי דמי כפ"פ עיי"ש בדבריו:

ולענ"ד נראה דדברי הח"מ והט"ז נכונים דבלא"ה דחוק מאד מ"ש הח"מ דאנן קאמרינן הלכתא כרבי ועוד יותר מרבי. דלרבי ביש לה בנים לא תצא ולדידן בקדל"פ אף ביש לה בנים. וזה דחוק מאד דלא מצינו כה"ג שאיתא בש"ס הלכה כפלוני ואנן נאמר מבחוץ דעוד יותר מפלוני. אך נ"ל דהכל נכון דהנה בשאלתות שהביא הב"י כתב ואי איכא דבר מכוער וקדל"פ תצא מבעל ומבועל דתניא רוכל יוצא וכו' רבי אומר הואיל ומכוער הדבר תצא וקשה אמאי לא מייתי השאלתות מברייתא שהובא קודם שם בש"ס בד"א באין לה בנים אבל ביש לה בנים לא תצא ואם באו עדים ב"כ וב"כ תצא ומוקי לה הש"ס כרבי דבכיעור לבד תצא. ולהשאלתות אין חילוק בין בעל לבועל. אך האמת יורה דרכו דהשאלתות גופי' מודה דברייתא קמייתא איירי רק לבועל כמ"ש רש"י דהא קאי אמתניתין דהנטען על א"א אעפ"י שכנס יוציא וע"ז קאמר הברייתא בד"א באין לה בנים. ומתניתין איירי להדיא בבועל. אבל בברייתא שני' דמתחיל רוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר רבי אומר הואיל ומכוער הדבר תצא בהא ס"ל להשאלתות כיון דסתמא קתני ולא קאי על מתניתין מיירי בין מבעל בין מבועל. דסתמא משמע מבעל מדקתני תצא והבועל הא עדיין לא כנסה דנאמר תצא מזה הוכיח השאלתות דמיירי לבעל רק דממילא מכ"ש דאסורה לבועל דהוי קלא דקודם נשואין ורב קאי שם על מתניתין דאיירי בבועל וקאמר רב דרק בעדים תצא מהבועל ופריך הש"ס מהברייתא דבד"א שאין לה בנים דאיירי בלא עדים ואפ"ה תצא וקאמר הש"ס דאתיא כרבי דס"ל דכיעור מילתא הוא מברייתא דרוכל. ואף דברייתא דרוכל איירי לבעל ואיירי רק בע"כ בקדל"פ דהוי כפ"פ דאל"כ הא אין אשה

נאסרת על בעלה אלא ע"י קינוי וסתירה וכאן בע"כ דלא איירי בקדל"פ דאל"כ גם ביש לה בנים תצא דכפ"פ דמי לדברי הרא"ש ובע"כ דאיירי כאן בלא קול או בקלא דפסיק מ"מ מייתי שפיר מדרבי כיון דס"ל דע"י כיעור וקלדל"פ גם מבעל מפקינן ש"מ דכיעור מילתא הלכך מבועל מפקינן בכיעור לחוד או בקלא לחוד כמ"ש הרא"ש וקאמר הש"ס אח"כ הלכתא כרב והלכתא כרבי ופריך קשיין אהדדי ומשני הלכתא כרב בקלא דפסיק דהיינו אף מבועל. אף דלרבי דאתיא ברייתא דבד"א כוותי' ס"ל דמבועל תצא אף בקלא דפסיק בהא הלכתא כרב דאף מבועל לא מפקינן בקלא דפסיק והלכתא כרבי בקדל"פ דהיינו בברייתא שני' דרוכל דאיירי בבעל וס"ל לרבי דבקדל"פ מוציאין אף מבעל בהא הלכתא כוותי' דרבי ומטעם דע"כ וקדל"פ כפ"פ דמי וממילא אף ביש לה בנים כמ"ש הח"מ דכיון דכפ"פ דמי אף ביש לה בנים נמי ובריייתא דמחלק בין יש לה בנים או אין לה איירי בקלא דפסיק ואינה נאסרת באמת רק לבועל ולא לבעל דאין אשה נאסרת לבעלה אלא מ"י קינוי וסתירה וע"כ לבד בלא קלדל"פ לאו כפ"פ דמי כמ"ש הרא"ש. ושפיר צדקו דברי הח"מ והט"ז דבקדל"פ דמפקינן מבעל גם ביש לה בנים דינא הכי ול"ק קושית הב"מ הנ"ל. וגם א"צ לומר כמ"ש הח"מ דהלכתא כרבי ועוד יותר דז"א דהלכתא ממש כרבי דרבי גופי' מחלק בין קלא דפסיק דאז מפקינן רק מהבועל ורק באין לה בנים. ובקלא דלא פסיק מפקינן גם מהבעל אף ביש לה בנים רק דבקלא דפסיק הלכתא כרב דאף מהבועל אין מוציאין והוי ממש כבכל הש"ס דהלכתא כמר בחדא וכמר בחדא. ונ"ל ג"כ לפי"ז דע"כ וקדל"פ לדברי השאלתות דאורייתא דלא כהאבני מילואים בסי' שכתב דהוי רק דרבנן גם להרא"ש דז"א כלל דכמו דלשיטת הר"מ שהביא הרא"ש דפירש דרב איירי בעידי כיעור דכעידי טומאה דמי ומש"ה לא מוקי הברייתא דרישא איירי בעידי כיעור וסיפא בעידי טומאה דס"ל דע"כ כע"ט דמי וגם ביש לה בנים תצא. וא"כ בע"כ ס"ל דעידי כיעור דאורייתא. דאל"כ אלא דהוי רק דרבנן שפיר יש לחלק בין אין לה בנים ליש לה דביש לה בנים לא גזרו רבנן ואמאי לא אוקי רישא בעידי כיעור אע"כ דמדאורייתא כע"ט דמי. ומדאורייתא אין לחלק בין אין לה בנים ליש לה ה"נ להרא"ש כן הוא. דהא הרא"ש אינו מוסיף על הר"מ רק דלהר"מ ע"כ לחוד כע"ט דמי ולהרא"ש בעינן גם קלדל"פ. אבל ע"כ וקדל"פ גם להרא"ש כמו להר"מ כע"ט דמי מדאורייתא כיון דכתב דכפ"פ דמי:

אלא דקשיא לי א"כ אמאי כתב שם הר"מ והרא"ש דבעינן רק עידי כיעור וראיית הבעל ל"מ בשלמא לר"ת דלא הוי כע"ט ממש והוי רק דרבנן משום לעז לכך בעינן רק עדים דהם מפקי ללעז דע"י עדים יוצא קול ולא ע"י ראיית הבעל כמ"ש שם הרא"ש אבל להר"מ

והרא"ש דכפ"פ דמי א"כ כמו דבפ"פ נאסרת עפ"י עצמו דשוי' אנפשי' חד"א כ"כ נימא בראה הכיעור וזה דבר הראוי להתעורר באמת וצ"ל עפימש"ל לענין אונס לחלק עפי"ד התוס' בספק מלוה ישינה דבהוחזק גזלן בפני עדים לא מכשרינן לי' משום ספק מלוה ישינה דהוא רק ע"צ המיעוט ועפ"י הכחשתו בעצמו מכשרינן לי' לשבועה משום ספק מלוה ישינה כמש"ל ה"נ בעידי כיעור דאוסרין אותה רק מצד הרוב. אבל עכ"פ אפשר ע"צ המיעוט דלא נבעלה כיון דלא ראינו הזנות בעינינו מש"ה היכא דהוחזק הכיעור לפני עדים אין מתירין אותה משום צד המיעוט דלא נבעלה והיכא דהוחזק רק עפ"י ראיית הבעל דלעלמא לכהונה וכדומה וודאי דלא מהימן רק על עצמו משום שאחד"א לכך מכשרינן אותה משום צד המיעוט דלא נבעלה כלל. ולהסביר הדבר יותר נ"ל עפימ"ש בתשו' אחת בעגונה לענין סימנים דיש חילוק בין דבר המתקיים בראי' לדבר המתקיים בידיעה דדבר המתקיים בראי' שראו שני עדים שזה כלל ממשפטי התורה עפ"י שני עדים יקום דבר אף דלפעמים נמצאים שני אנשי בליעל שישקרו ולפעמים נמצא אחד כשר שלא ישקר בכל הון אפ"ה התורה נתנה דברי' דרך כלל דעפ"י הרוב שנים לא שכיחי שישקר ואחד שכיח וכן נתנה התורה כלל שידונו עפ"י חזקה בספק בגוף המעשה כמו בבנה מורכב על כתיפה דסוקלין על חזקה זו אף דאינו ידוע בבירור שזה בנה שזה כלל ממשפטי התורה. אבל בדבר המתקיים בידיעה דליכא עדות כלל ובתורה כתיב עפ"י שני עדים וכו' רק דמסברא בחוץ ידעינן כיון דיש לנו דיעה וודאית שהדבר כן למה לנו עדות הא לא איברי סהדי אלא לשקרא אז בזה בעינן שיהי' ידיעה וודאית בבירור בלי שום ספק כלל שלא נצטרך לסמוך על חזקה וכדומה כיון דאין דנין עתה עפ"י כלל משפטי התורה דהא ליכא עדים כלל ורק עפ"י הידיעה אז בעינן שיהי' ידיעה ברורה בלי שום ספק כלל וכמ"ש הב"מ בסי' מ"ב דבדבר המתקיים בידיעה בעינן ידיעה ברורה ביותר עיי"ש. וא"כ ה"נ ביש שני עידי כיעור וקדל"פ וכן בגזל לפני שני עדים דדנין עפ"י ראי' אז סומכין ג"כ על החזקה ואמרינן חזקה מה שתח"י הוא שלו וגזל של חבירו ממש ולא תלינן במציאות רחוק בס' מלוה ישינה וה"נ אמרינן ע"י עידי כיעור וקדל"פ דוודאי נבעלה. אבל היכא דליכא עדים רק הוא עצמו ראה הכיעור דאתאינן עלה מכח ידיעה דלא תהא שמיעה ששמע מעדים גדולה מראי' שראה בעצמו כיון דיש לו ידיעה בוודאי דהדבר כן אז בעינן ידיעה ברורה וודאית כמו פ"פ ולא בע"כ וקדל"פ דאפשר ע"צ המיעוט דלא נבעלה כלל:

אבל עכ"פ בהא סלקינן דלהח"מ והט"ז בע"כ וקדל"פ גם ביש לה בנים תצא מדאורייתא ואמנם בהא לבד לא הוי אסרינן כיון דלדעת המחבר והרמ"א אינה נאסרת לבעלה כלל

היכא דיש לה בנים וגם אין זה ברור שעדות הר"מ הוי עדות כיעור כמ"ש בפ"ת בשם הגרע"א וגם אין זה ברור שמה שראו בטנה גדול שזה הוי עידי טומאה ממש כמ"ש הנוב"י שהובא בפ"ת אבל בצירוף הודאתה שהודית שנבעלה רק שאמרה שהי' באונס שכבר כתבתי הרבה פנים לאיסור מכל הני טעמי אין ביכולתי להצטרף בזה להיתר ובפרט שחביב עלי תמיד מה ששמעתי מהרב הגאון מו"ה דובעריש אבד"ק ראווא זצ"ל שאמר לי בשם רבו הגאבד"ק לובלין ז"ל שכל דבר שבא לפניו הי' שוקל מקודם הדבר במאזני שכלו אם הדבר אמת או לאו ואז הי' מעיין לראות עפ"י משפט התורה מה הוא. ובנדון דידן נראה לי הדבר עסק ביש מאד ומכוער ביותר לכן אף שיש ג"כ צדדים להיתר אנכי לא אצטרף בזה ואינני אומר לא איסור ולא היתר ויוכל לחפש לו בין הרבנים רב אחר שיהי' חבר להגאבד"ק בוטשאטש בהיתר הזה בלעדי והשי"ת יצילנו מכל שגיאה ומכשול:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאלד**:

סימן כ

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב המאוה"ג וכו' אבד"ק **שומסק** נ"י:

בדבר השאלה באיש שנסעה אשתו מביתו על איזו שבועות למקום רפואה וכשחזרה לביתה הכיר בה בעלה איזו סימני מעוברת והוא ידע שא"א ממנו שהי' פרוש מאתה קודם נסיעתה והתחיל לחקור אותה ע"ז עד שהודית בפניו שנתעברה מאחר וכפי דברי הבעל אמרה לו שזינתה ברצון ע"י פיתוי. אך עתה מכחשת אותו ואומרת שנאנסה בדרך כשהיתה הולכת מהכפר להעיר דרך יער והבעל מאמין לדברי' הראשונים שנעשה ברצון:

הנה חזרתי על כל צדדי היתר ולא מצאתי מקום להתיר להאיש הזה שידור עם אשתו דאף דהרמ"א בסי' קע"ח הביא דיעה אחת דבזה"ז דאיכא חדר"ג אין הבעל נאמן לאוסרה עליו מ"מ משמע רק היכא דלא הודית בעצמה שזינתה או שנתנה אמתלא לדברי' כמבואר ברמ"א שם. וטעם הדבר דאם אומר שמאמין לדברי העד אינו נאמן משום דאינו נאמן להפקיע שעבודה כמ"ש הח"ס אה"ע ח"ב תשו' קי"ט דאחר חדר"ג כיון דנושא אותה ע"ד כן משועבד לה מדאורייתא וא"כ כשהיא עצמה הודית שזינתה לענין ממון וודאי מהני הודאת בע"ד שפקע שעבודה ושוב נאמן לאוסרה עליו לומר שמאמין לדברי'. אבל כשאינה מודית שזינתה אינו יכול לומר דמאמין לדברי העד דהא מ"מ כיון שהוא בעצמו אינו יכול לומר ברי שזינתה ומאמין לדברי העד משווי לי' רק ספק כמ"ש בתוס' ר"י הזקן בקידושין (דס"ו ע"א) בש"ס ווילנא עיי"ש ומספק אינו יכול להפקיע שעבודה

כיון דהיא טוענת ברי הוי כאיני יודע אם החזרתי דחייב. ואף דגם באומר שראה שזינתה איכא מ"ד דאינו נאמן בזה"ז כדאיתא בתשו' רמ"א סי' י"ב הובא בנוב"י מהדו"ת תשו' י"א ובאומר שראה שזינתה הוא טוען ברי א"כ ליהוי כטוען פרעתי דנאמן היכא דליכא שטרא ול"ש חזקה שטרא בידך מה בעי. מ"מ רק בטוען פרעתי נאמן דשטר לפרעון עומד. אבל שאר טענות אינו נאמן בלא מיגו כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ע"ב סקי"ד וס"ק קכ"ו וכמו שביאר שם בנתיבות סק"י דהיכא דהטענה היא גרוע צריך מגו וכשטוען מכרת המשכון או פשעת אינו נאמן דהוי טענה גרועה דאחזוקי אינשי בגנבי ופושעים לא מחזקינן ה"נ אינו נאמן לומר שזינתה בלא מיגו. וא"כ בנ"ד הרי הוא אומר שהודית בעצמה שזינתה ברצון ואף דהיא מכחשת אותו ואומרת שלא הודית שנעשה ברצון רק שנאנסה מ"מ הא איכא הרבה פוסקים דס"ל דא"נ לומר נאנסה משום דרובא ברצון כמ"ש הרא"ש פ"ק דכתובות (ד"ט) ואף לשיטת הרבינו יונה שם דנאמנת משום דהוי ברי ושמא מ"מ מודה דנאנסה טענה גרועה היא דהוא נגד הרוב דרצון אבל עכ"פ לא מיחשיב טענתו טענה גרועה מה שאומר שהודית שנעשה ברצון דהא איתרע חזקתה מחמת רובא דברצון וא"כ שפיר נאמן בטענת ברי לומר דאינו משועבד לה מחמת הודאתה שכפי דברי' אומר שהודית שזינתה ברצון וא"כ י"ל דבכה"ג לכ"ע נאמן גם בזה"ז. ובפרט דבלא"ה הרי הרמ"א מביא בעצמו דעת האוסר באחרונה דגם בזה"ז נאמן. וביש"ש יבמות פ"ב הי"ח האריך ג"כ להוכיח דגם בזה"ז נאמן ומסיק דא"א לכופו שישמש עמה כיון דלבו נוקפו ומאמין לדברי' וכיון דאיסורא דאורייתא הוא איך אפשר להקל בספק פלוגתת הפוסקים. ולכאורה אפשר לומר כיון דאין כאן שום עדים רק מה שמאמין לדברי' והאיסור דמאמין לדברי העד הוא רק לצאת יד"ש כמ"ש בתוס' ר"י הזקן הנ"ל ובטור אה"ע סי' קט"ו ובב"ש שם ס"ק כ"ג וא"כ י"ל דאיסור לצאת יד"ש לא עדיף מאיסור דרבנן ואזלינן בספיקו להקל. אבל באמת ז"א דבתוס' ר"י הזקן הנ"ל מבואר להדיא דהוי אצלו כחתיכה ס' חלב ס' שומן דהוי דאורייתא וגם בט"ז שם בסי' קט"ו ס"ק י"א כתב דדין זה דלצי"ש אינו דומה לשאר לצאת יד"ש דבש"ס דשם הוא מחמת קלות האיסור אבל כאן הטעם דבדיני אדם אינו מחויב משום דאין אנו יודעים מה בלבו אם מאמין באמת דהוא דבר המסור ללב. אבל הוא בעצמו שיודע שהוא מאמין בלבו באמת חיוב גמור הוא להוציאה מדאורייתא עיי"ש:

ואפשר לצדד לכאורה כיון דלר"י הזקן כל עיקר מילתא דמאמין לדברי העד הוי רק כחתיכה ס' חלב וא"כ כיון דאיכא מחלוקת הפוסקים ברמ"א הנ"ל אם נאמן בזה"ז א"כ הוי ס"ס דדילמא כמאן דס"ל דבזה"ז אינו נאמן כלל לומר דמאמין ואף אם נאמר דנאמן

מ"מ דילמא היא גופא משקרה ולא זינתה כלל ואמרה כן רק משום דענ"ב למשנה האחרונה. אבל באמת קשה לסמוך ע"ז דהא כתבו התוס' דהיכא דאיכא רגל"ד נאמנת לומר טא"ל וכאן הרי ראה בה סימני מעוברת ומשום כך הוכרחה להודות לו דנתעברה בזנות. ואי דהיתה יכולה לומר דנאנסה הא כיון דרובא ברצון הוי עכ"פ כרגל"ד דנאמנת במה שאמרה שהי' ברצון לפי דברי הבעל וגם הס"ס אינו מתהפך דא"א לומר דילמא לא זינתה ואם תאמר דזינתה דילמא הלכה כמאן דס"ל דבזה"ז א"נ דאם זינתה מאי נ"מ בנאמנותו. וא"כ מכל הלין טעמי אין בידי להתיר האשה הזאת לבעלה ובפרט כי אנכי מיראי הוראה ואם אולי יש לו לכת"ה איזו היכרות עם גדולי פולין או ליטא יוכל להציע גם לפניהם ואם ימצא לו איזו מתירים אינני מוחה בידו:

ועיין בתשו' דברי חיים אה"ע ח"א תשו' י"ז שהביא בשם ארי הט"ג בתשו' גא"ב שהחמיר לאסור גם בזה"ז שלא כדברי הי"א בתראי שברמ"א הנ"ל וגם כתב שם דהיכא דהודית ע"י חקירה מבעלה ל"ש ענ"ב ובכאן דהודית ע"י חקירה מבעלה א"כ היתה נאמנת במאי שאמרה מתחלה לפניו דזינתה ברצון וא"צ למאי דמאמין לה א"כ אין כאן רק ס' אחד דהר"י הזקן לא כתב רק במאמין לדברי העד שמהדין דאינו נאמן דאין דשב"ע פחות מב' לכן כתב דמחמת מה שמאמין לדברי' הוי רק ספק אבל היכא דאומרת בעצמה טא"ל דנאמנת מן הדין היכא דל"ש ענ"ב הוי וודאי איסור וגם בלא"ה אף אם היתה אומרת מתחלה דנאנסה ידוע דברי המהר"ם אלשקר בתשו' צ"ד שהביא בשם גאוני קדמאי ר"ה גאון ורב שרירא שהכריעו דאינה נאמנת לומר שנאנסה ואף האחרונים שהביאו כ"פ להקל באומרת ברי שנאנסה מ"מ זה רק היכא דאית לה מיגו דלא זינתה אבל כאן דהי' לה סימני מעוברת אף דעשתה אח"כ פעולות שהפילה מ"מ אזיל מיגו דילה דהיתה יראה לומר שלא זינתה שלא יתגלה קלונה אח"כ ע"י העיבור כמ"ש בתשו' ד"ח הנ"ל ח"ב תשו' ד' ואכמ"ל. מכל הלין טעמי א"א לי להקל בדבר ומהנכון שיראה כת"ה להתאמץ שתקבל ג"פ מרצון:

ויש להביא ראי' לדברי הר"י הזקן הנ"ל דמהימן לי' כבי תרי נעשה רק ספק איסור אצלו מהא דקשי' לכאורה אמאי לא מצינו דין דמהימן לי' רק באיסור ולא בממון דקיי"ל דא"י אם נתחייבתי פטור ואמאי לא נזכר שם דאם המלוה נאמן עלי' כבי תרי יהי' מחויב לשלם. וא"ל דבעניני ממון החשד יותר גדול ול"ש מהימן לי' ז"א הא מצינו בב"מ (דל"ב) גבי הא דקאמר תהא במאמינו דלוה מקיים בי' במלוה תומת ישרים וכו' וא"כ אמאי לא נתפרש בשום מקום דאם המלוה מהימן בעיני הלוה שאינו שקרן שיהי' מחויב לשלם וא"ל דבמאמינו ג"כ אינו מחויב רק לצאת יד"ש ובא"י אם נתחייבתי באמת איתא בסי'

ע"ה דלצאת יד"ש חייב. ז"א הא כבר כתבתי בשם הט"ז דדין דלצי"ש דכאן אינו דומה לדעלמא דכאן אם בלבו מאמין באמת אסורה עליו מן הדין רק דהב"ד אין יכולין לחייבו מחמת שהוא דבר המסור ללב וא"כ בא"י אם נתחייבתי הי' צריך להיות נזכר החילוק דאם מאמינו בלבו באמת שיהי' מחויב עפ"י הדין כד' הט"ז הנ"ל אך לדברי הר"י הזקן הנ"ל דמאמינו משוי לי' רק כחתיכה ס' חלב א"כ כ"ז באיסור דסד"א לחומרא אבל בממון דספק ממון לקולא אינו חייב מדינא כלל רק לצי"ש וזה ראי' גדולה לדברי ר"י הזקן הנ"ל: כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניט באבד טארנאפאל**.

סימן כא

כוח"ט וכט"ס לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **צבי שענקער** נ"י דומ"צ בק"ק **בעלזא** יצ"ו:

יקרתו הגיע לכאן בעת שלא הייתי בביתי ובש"ז שבתי לביתי ומצאתי מכתבו אשר דרש אם מותר לאב ליקח משודכת בנו שלא רצה הבן לקחתה וביטל השידוכין ואח"כ נפטרה אמו ורוצה אבי' לקחתה מחמת שהיא בת אחות אשתו שהיא טובה לילדים הקטנים והביא כת"ה דברי הברכ"י בשם הס' כלי יקר על נ"ך שהביא הפ"ת בסי' ט"ו דאין ליקח אחות משודכתו משום הרהורי עבירה וה"ה לשאר קרובים עיי"ש:

והנה ראיית כת"ה מקידושי טעות וקידושי תנאי שמותר אח"כ בקרובותי' וודאי ראי' נכונה היא וכן יש ראי' מקידושי מיאון שמבואר להדיא בש"ס יבמות ק"ח דהיוצאת ע"י מיאון מותר בקרובותי' ולא גרעי קידושי קטנה שהם מדרבנן משידוכין בעלמא. ויש לי עוד ראי' מד' התוס' קידושין (נ"ב ע"א) ד"ה והלכתא לענין אם אמר אחת מבנותיך מקודשת לי דכולם צריכים גט והביאו שם מחלוקת ר"ת ור' מנחם מיוני דאם שידך מקודם אחת מהם ואח"כ קידש סתם דדעת ר"ת דמסתמא כוונתו הי' למי ששידך מקודם ור"מ מיוני חולק וס"ל דכולם צריכים גט וכ"פ בש"ע אה"ע סי' ל"ז סט"ז עיי"ש בב"ש ס"ק מ' ומ"ב ואם איתא דאסור ליקח אחות משודכתו וודאי לא שביק היתרא וקידש האסורה לו כדקאמר הש"ס תמורה (כ"ז ע"א) בכה"ג עיי"ש ומ"ט דר"ח היוני. וגם ר"ת גופי' מתיר רק מטעם משום דמסתמא כוונתו למי ששידך תחלה ולא כתב הטעם דמסתמא להיתרא קמכוון ולא לאיסורא א"ו דמותר ליקח אחות משודכתו וכולם היתרא נינהו ולענ"ד ראי' נכונה היא. ואמנם נלע"ד דגם הכלי יקר מודה בנ"ד דטעמא דהכ"י הנ"ל י"ל דדומה להא דהנטען על האשה לא ישא אחותה היכא דרגילה לבוא לביתו עיין אה"ע סי' ט"ו סי"ג וסכ"ז ובב"ש ס"ק כ"א ה"נ ס"ל להכ"י הנ"ל דכיון דרגילה אחותה לבוא לביתו חיישינן שמא יהרהר אחרי' כיון דהי' לבו גס בה בשעה שהיתה משודכת לו וכן בשאר קרובות

שרגילין לבוא לביתו מחמת קורבתם עם אשתו. אבל לא מצינו שיהי' אסור לאדם ליקח אנוסת אחיו וכדומה אף דאחי' רגיל לבוא לביתו ול"ח שמא יהרהר אחיו אחר אשתו שהיתה אנוסתו מקודם וטעם הדבר דאין בידנו לאסור שום אשה על איש רק היכא דאיכא חששא שהוא עצמו יעשה איסור למשל שיהרהר אחר אחות אשתו דתקנתא דידי' ועבדינן לי' תקנתא שינצל מהרהור עבירה אבל לאסור עלי' אשה משום תקנת אחיו או שאר קרובי' שלא יבואו הם לידי הרהור עבירה זאת לא מצינו ובלא"ה מפורש להדיא ביבמות (כ"ו ע"א) דמותרות לבניהם או לאחיהם משום דנשי גבי נשי שכיחי גברי לגבי גברי לא שכיחי או משום דכיון דשכיבתן אוסרתן עלי' קפדי אהדדי עיי"ש. וא"כ נלע"ד ברור דחשש הרהור דמשודכת לא גרע מחשש דאנוסתו או מפותתו דרק אחות או קרובת אנוסתו ומפותתו אסורה מדרבנן היכא דרגילה אצלה אבל משודכת בנו או אחיו דגם אנוסת בנו ואחיו מותרת לו גם משודכתו מותרת לו גם להכלי יקר הנ"ל ולכן כיון דכת"ה כותב לי שדעת מרן הקדוש שליט"א נוטה שטובה היא לפניו שישאנה לדעתי אין שום בית מיחוש בדבר ויכול לישא אותה:

והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כב תק"ע.

שוכט"ס לכבוד חתני הרב הגאון המובהק החריף ובקי משנתו זך ונקי שושילתא דיחוסא מרה **אלימלך** נ"י אבד"ק **יאברוב**.

שאלתו נידון העגונה הא' מאטיל בת ר' שוע דורמאן מק"ק יאברוב שבעלה הי' בשדה המלחמה באיטאליען והי' לו חליפות מכתבים אתה כנהוג ופעם אחת השיגה מכתב מערל אחד בזה"ל:

הייטע האבע איך איהרע קארטע צו איהרעם מאן ערהאלטען אונד שרייבע איהנען אב איהר מאן וואר פאן אנפאנג אין מיינעם צוג ער וואר זעהר גוטער אונד ארדמנטליכער מענש ביידע האבען ווער זעהר פיעל אונד שרעקליכעס דורכגעלעבט. לייידער איהר מאן איזט אם 1/11 אום אוהר נאכמיטאג טויט געפאללען עס טהוס מיר זעהר לייד אבער וואס קאנען מיר מאכען. איך בין איהרעם נאך פאן זאלקיעוו בעקאנט דער בעקאנטער איהרעם מאנעס קאפנאוו. עכ"ל המכתב שהשיגה הא' דען 35/11 1916 למספרם. והנה להתיר עפ"י מכתב הזה יש הרבה פקפוקים. א' מדברי הנמו"י פרק ב' דיבמות דאומר אמרו לאשתו של פלוני לא הוי מסל"ת וכן הוא ברשב"א ובריטב"א שם וכאן דכתב לאשתו בעצמה וודאי הדין כן לסברתם דכל שמודיע להאשה אמרינן דמתכוון להעיד ב' עפי"ד המרדכי פרק בתרא דיבמות אות פ"ז בשם הירושלמי דכל שהזכירו לפניו שם

האשה לא הוי מסל"ת ועיין קו"ע אות קפ"ז בשם תשובות ב"י דרוצה לומר דגם במזכירין לפניו שם האיש כן עיי"ש וכאן איכא תרווייי' דהא מכתבו הוא ע"י שראה מכתב האשה לבעלה השיב לה הוא כן. ועיין בה"ט אות מ"ז שהביא בשם הכנה"ג שכתב בשם תשו' ב"י דהוי מסל"ת כשהזכירו לפניו שם הבעל ובאמת המעיין בתשו' ב"י עצמו יראה דמסתפק בזה. ג' מה שלא הזכיר קברתיו ואף דבגב"ע שהוגבה אח"כ במאסט ששאלו עוה"פ את העכו"ם נזכר שם אז דער ערל הנ"ל האט זעלבסט געהייסען בעערדען מ"מ לא נזכר שראה שהתעסקו בקבורתו ומה בכך שציווה לקוברו וגם תשובתו היתה ע"י שאלה ואף שמתחילה הי' מסל"ת מ"מ דעת מהרשד"ם הובא בב"ש סמק"א דרק באותו מעמד מהני אם חזרו ושאלוהו ולא לאח"ז. ד' מה שהי' ע"י כתב ולדעת הרמב"ם לא מהני בעכו"ם מסל"ת בכתב. כל אלה ארבעה חששות גדולות איכא בהיתר האשה הזאת אשר מתחילת העיון נראה לכאורה הענין חמור מאד ומ"מ יען כי חששו חז"ל מאד לתק"ע וכאן היא אשה ילדה רכה בשנים ואין כאן שום מבוא עוד להמתין על עדות אחרת אמרתי לעיין בדבר ולחפש איזו היתר בדבר:

והנה על החשש הראשון לדעת הנמו"י והרשב"א והריטב"א דבאומר אמרו לאשתו חיישינן דמתכוון להעיד הנה בתשו' מהריב"ל הקשה כבר ע"ז מהש"ס שילהי יבמות דאמר מאן איכא בי חיוואי מאן איכא בי חסא שכיב חוואי שכיב חסא ואמרו חכמים דהוי מסל"ת והוכרח לחלק בין אמר בפירוש לאשתו לאומר סתם לבני ביתו אשר זה הוא חילוק דק מאד כמו שהאריכו בזה האחרונים. ואמנם כתב שם תירוץ אחר די"ל דיש חילוק בין ישראל חשוד לעכו"ם דהנמו"י איירי שם להדיא בלסטים ישראל בש"ס שם יבמות (כ"ה ע"ב) גבי אמרו לאשת שמעון בן כהן עיי"ש וכיון דישראל הוא ויודע בדיני ישראל שאשתו מתעגנת מלישא וגם סובר הוא דיסמכו על עדותו כמ"ש התוס' חולין (ד"ג ע"ב) ד"ה בודק לכך י"ל דמתכוון להעיד אבל בעכו"ם די"ל דאינו יודע בדיני ישראל וגם הוא יודע דישראל לא יסמכו עליו י"ל דהנמו"י מודה בהא דהוי מסל"ת כעובדא דחיוואי וחסא הנ"ל דאיירי בעכו"ם י"ל דמש"ה הוי מסל"ת. ואף דבתשו' מהריב"ל הנ"ל כותב דלמעשה אינו סומך על חילוק זה כמו שהובאו דבריו בתשו' מאיר נתיבים סי' ל"ד סקט"ו מ"מ בתשו' זכרון כהונה להגאון הקדוש מוהר"א מקארץ ז"ל דעתו ג"כ לחלק בכך ולומר דבעכו"ם גם הנמו"י ושיטתו מודים דהוי מסל"ת עיי"ש (בדי"ט ע"ב וד"כ ע"א) ובאמת בעיקר קושית המהריב"ל מהא דבי חיוואי ובי חסא י"ל דהם מפרשים הש"ס כמו שמפרש בתשו' ב"י הובא בקו"ע אות קפ"א דשם אינו מתכוין להודיע כלל לבי חיוואי רק שהי' מתאונן מי יתן וידעו בי חיוואי שמת חיוואי ולא היו שמחים עיי"ש.

אבל היכא דמכוון להודיע י"ל דל"מ. ואמנם אם נאמר דכוונתם כן א"כ בע"כ ס"ל דבעינן קישור דברים כמ"ש בתשו' ב"י שם דהא אם אומר סתם מת פלוני ג"כ מכוון להודיע ואנן הא כבר הלכה פסוקה אצלנו דל"ב קישור דברים ואמנם יען שדבר זה הוא חידוש גדול שלא הובא כלל דעת הנמו"י והרשב"א והריטב"א הנ"ל בש"ע. וכבר ידוע מ"ש הנתיבות בדיני תפיסה סעיף כ' דדיעה שלא הובא בש"ע לא מהני כלל גם למוחזק לומר קי"ל כשתי' ולכן אף דאולי לענין איסור אינו כן מ"מ כל כמה דמצינן לחלק בזה וודאי הרשות בידינו וא"כ י"ל דע"כ לא קאמרי הני רבוותא רק היכא דאומר אמרו לאשת פלוני דנראה בבירור דמתכוון להתירה. אבל בבא בעצמו אצל אשתו וסיפר לה או כתב לה איכא למימר דהכא איתרמי לי' ולא משום שמכוון להתירה. ואף שלכאורה נראין הדברים ק"ו מ"מ כן כתב להדיא המהריב"ל בתשו' ח"ב סי' ט"ו הובאו דבריו בתשו' מאיר נתיבים ח"א (דכ"ו ע"ב) שכתב וז"ל הספק הראשון מה שהלכו וכו' לבית האלמנה וסיפרו לה לכאורה דמיא וכו' למעשה דלסטים וכד מעיינין שפיר איכא למימר דל"ד וכו' עיי"ש בדבריו והביא שם במאיר נתיבים עוד שהביא תשו' סדר אלי' רבא שכתב וז"ל ומ"מ נקיט מהא דהסכימה דעת מורי הר"ם ז"ל שכל שלא שאל העכו"ם בעד האשה הגם שבא לביתה ודיבר עמה חשוב מסל"ת וכן הוא האמת לפענ"ד שמהריב"ל חזר בו וכו' הגם שלא נעלם ממני שיש לדוחה שיאמר דבאותה תשו' דח"ב לא אמרה הרב ז"ל אלא בדרך אפשר וכו' מ"מ המטיב להשכיל יראה כי כל ספיקו אינו וכו' אבל מה שהלכו לביתה ודברו עמה לא נסתפק עלה הרב כלל ועיקר עכ"ל שם. ובנדון דידן אולי עדיף עוד טפי דהא ידוע לנו הסיבה שכתב לה משום שבא לידו מכתבה שכתבה לבעלה הודיע לה שבעלה כבר איננו, ובשגם כי בתשו' מאיר נתיבים הנ"ל סי' ל"ב (דמ"ו אות י"ג) הביא תשובת הרמב"ם ז"ל שחולק להדיא על דין זה וכתב דבאומר יודיעו לאשת פלוני תנשא לכתחילה עיי"ש וכן בתשו' זכרון כהונה הנ"ל הביא ג"כ הוכחה מתשו' מהרשד"ם הובא בקו"ע אות שמ"ח שאמר שיעשה חסד לאמר לאשתו משמע דווקא משום שכבר נקבר ואין שום ד"א לתלות ומשום שאמר עשה חסד אבל כל שלא אמר עשה חסד ל"ח להא דנמו"י הנ"ל. איברא דחפשתי בתשו' מהרשד"ם בעצמו בסי' ע' שם ושם לא איירי כלל באומר להודיע לאשתו רק לחמיו וכבר כתב המהריב"ל לחלק בין אשתו לשאר קרובים ועד כמה צריך ליזהר שלא להורות מקיצורים. שבקו"ע מועתק אשתו במקום חמיו עיי"ש וגם הרשב"א והריטב"א לא כתבו זה בלשון דין רק לתרץ הקושיא בהא דאומר אמרו לאשת שמעון בן כהן אמאי לא מהימן משום מסל"ת וא"כ לענ"ד י"ל דרק הכא אמרינן כן ולא בעלמא עפי"מ שכתב בתשו' זכרון כהונה הנ"ל לישב בהא דמבואר ביו"ד סי' פ"ג

ופ"ו דהיכא דהוי מדעל"ג גם עכו"ם נאמן וא"כ אמאי עכו"ם אינו נאמן בעדות אשה אף שאינו מסל"ת משום מדעל"ג וכתב דבחשוד ועכו"ם דאיכא קרא דלא תשת ידך עם רשע להיות עד גזיה"כ שלא להאמינו מתורת עדות אף היכא דהוי מדעל"ג ולכך בעדות אשה דהוי דשב"ע וצריך עדות ל"מ עכו"ם אבל בשאר איסורין דא"צ תורת עדות רק הוכחה לכך מהימן עכו"ם במדלע"ג עכת"ד עיי"ש ובדרך הזה דרך ג"כ החת"ס בתשו' מ"ו בחלק אהע"ז בד"ה אבל עיי"ש:

והנה מוכח מפי הרבה ספרים המדברים בענינים האלו שעיקר החילוק בין נתכוון להעיד או להודיע שלכאורה אינו מובן כלל דבשלמא היכא דמספר לפי תומו כמו שמספרים איזו מעשה י"ל דוודאי אומר אמת דמה לו לשקר בדבר שאין לו שום כוונה בסיפורו אבל בכגון הא מילתא דמאן איכא בי חיוואי ולמאן דלא בעי קישור דברים וראינו דבא להודיע הדבר לבני ביתו מה לי אם נתכוון להודיע או להעיד דא ודא אחת היא לכאורה. אבל כבר ביארתי בתשו' אחת מפי סופרים וספרים דעיקר החילוק הוא אם העכו"ם בא להעיד על אמיתות הדבר דהיינו שיודע שהם אינם יודעים אם מת האיש ההוא או לאו ורוצים לסמוך על עדותו כגון ששואלין אותו או שבא לפני ב"ד שמזה מוכח שרוצה להעיד על הדבר זה הוי ענין עדות ככל עדות שבעולם שבאים להעיד על אמיתות הדבר ובזה אמרינן דאין עדות לעכו"ם. אבל ענין להודיע הוא ענין אחר לגמרי כדרך מי שבא ממקום שבעל האשה הי' שם והולך להודיע לבני ביתו שמת שם אטו הוא סבור שלא יוודע להם לעולם זולתו והרי בוודאי איכא עוברים ושבים ובוודאי יוודע להם ועיקר כוונתו הוא רק להודיע להם שוודאי הם צריכים לידע כדי שילכו שמה לקוברו או ליקח מה שהי' בידו אתו. אבל אינו חושב שיסמכו עליו כלל ויאמינו לו שמת דוודאי ילכו שמה או יחקרו עליו ועיקר כוונתו רק להודיע להם מהענין והם יעשו מה שצריך להם לעשות בזה זה הוא ענין מכוון להודיע. וזה הוא עובדא דמאן איכא בי חיוואי דרוצה להודיע לב"ב מזה אבל אינו חושב שיסמכו עליו כלל בזה שיהי' הוא העד בדבר הזה אבל כששואלין אותו אז חיישינן כיון דהוא רואה שאינם יכולים בעצמם לידע דילמא חושב שיסמכו על עדותו וכוונתו להעיד ובפרט כשבא לב"ד דמוכחא מילתא דבא להעיד שזה שייך להב"ד לקבל עדות כן היא ברירא דהא מילתא. ואמנם באמת בכגון האי עובדא דמאן איכא בי חיוואי או באומר אמרו לאשתו לכאורה מידי ספק לא נפקא דמאן יימר לן דמכוון להודיע לבד דילמא הוא יודע שאינם יודעים ואינם יכולים לידע זולתו כמו שהוא האמת והוא מכוון להעיד כיון דליכא קישור דברים וסיפור לפי תומו ואנחנו רואים שמכוון שידעו דילמא הוא מכוון ג"כ להעיד על אמיתות הדבר והוא חושב

שיסמכו עליו. אך לפי דרך הזכרון כהונה והחת"ס הנ"ל נכון הדבר דהנה החת"ס כותב עוד בתשו' צ"ה דענין מדעל"ג הוא שייך רק במתכוון להעיד אז כיון דיודע דסומכין עליו כשיוודע שקרו כשיבוא הבעל לא מצי לאשתמוטי כלל. אבל כשאינו מתכוון להעיד שיסמכו עליו ובא רק להודיע מצי לאשתמוטי אח"כ ולומר דלא הוי דייק אז שפיר דהי' נראה לו שמת והי' סומך עליהם שיחקרו הם בעצמם על בירור הדבר עיי"ש שזה כוונתו בקצת תוס' ביאור משלי. וא"כ מעתה י"ל כיון דדבר זה הוא ברור אצלינו דבמדעל"ג לא עביד לשקר רק דגזיה"כ הוא שלא לקבל עכו"ם או חשוד לעדות א"כ כ"ז היכא דהוא וודאי שמכוון להעיד אבל היכא דספק אצלינו אם מכוון להעיד אמרינן שפיר מחמת חזקה הנ"ל דוודאי אינו מכוון להעיד דכיון דיודע שסומכין עליו ירא מלשקר במילתא דעל"ג דלא מצי לאשתמוטי כמ"ש החת"ס ויותר נוכל לומר דאינו מכוון להעיד דאז מצי לאשתמוטי כנ"ל וא"כ ממילא כיון דזאת וודאי אצלינו שאינו מתכוון להעיד א"כ שוב נאמן מכח מסל"ת דבהא הימנוה חז"ל כמ"ש הזכרון כהונה שם דבמסל"ת ל"ש אל תשת רשע עד עיי"ש. ואמנם כ"ז במילתא דעל"ג אבל בעובדא דלסטים באומר אמרו לאשת שמעון וכו' דהוא יוצא ליהרג ול"ש דלא עביד לשקר במה שיתוודע שקרותו דמאי איכפת לי' במה שיהי' אחר מיתתו כיון דמחזקינן לי' ברשע דמה"ט לא מהימנינן לי' וכמ"ש להדיא ג"כ בתשו' חת"ס אהע"ז הנ"ל סי' צ"א ד"ה ואי. דברוצח קודם מיתתו ל"ש הטעם דעל"ג א"כ שפיר כתבו הרשב"א והריטב"א דלא הוי מסל"ת דחיישינן דמכוון להעיד ולא להודיע כיון דליכא חזקה דעל"ג אבל בעלמא היכא דשייך מדעל"ג י"ל דגם הרשב"א והריטב"א מודים דתולין יותר דמכוון להודיע ולא להעיד:

ובלא"ה י"ל בקיצור יותר עפימ"ש הח"ס שם בסי' מ"ו בסוף ד"ה אבל דאף דנתכוון להעיד יצאה מחזקת א"א מדאורייתא לדעת הרמב"ם משום מדעל"ג אלא דאסור לקבל עדותו של עכו"ם ובזה י"ל דספיקו להקל עיי"ש וא"כ שפיר ניחא דגם באומר אמרו לאשתו אף דהוי ספק דילמא מתכוון להעיד מ"מ אמרינן בזה ספיקא להקל אבל ביוצא ליהרג דליכא מדעל"ג ולא יצאה עדיין מחזקת א"א מחמרינן בספיקו דילמא מכוון להעיד:

ברם י"ל דכל דברי הח"ס הנ"ל אמורים רק לשיטת הרמב"ם וכדעת התשב"ץ דעיקר טעם נאמנות בעדות אשה הוא משום מדעל"ג וס"ל דמדאורייתא נאמן משום מדעל"ג כדמוכח מדברי הח"ס שם בסי' מ"ו ד"ה אבל הנ"ל שכתב דבריו לדעת הרמב"ם. אבל לדעת שאר הפוסקים דעיקר נאמנות פסולין בעדות אשה הוא מדרבנן משום דייקא ומינסבא א"כ כיון דלא תקנו חכמים להאמין עכו"ם הוי בחזקת א"א מדאורייתא ואזלינן בספיקו להחמיר. אבל באמת נלע"ד דגם לדעת שאר פוסקים י"ל דהדין כן. דהנה הריב"ש שהוא

החולק על התשב"ץ הנ"ל כתב לדחות ראיית התשב"ץ דמה דמוכח בכמה מקומות בש"ס דבמדעל"ג נאמן אף עכו"ם מדאורייתא הוא רק במדעל"ג בוודאי אבל בעדות אשה אין זה עשוי לגלות בוודאי דדילמא הלך הבעל למרחקים ואין דעתו לחזור לעולם ואולי העד יודע זאת ומש"ה אין זה מדעל"ג שיהי' נאמן מה"ת עיי"ש בדבריו בסי' קנ"ה. והנה ידוע דברי הט"ז בסי' י"ז סק"ה שכתב לדחות ראיית הריב"ש דל"ב ישור דברים מהא דלא פריך הש"ס גבי שמע בת קול ודילמא עכו"ם הוא ש"מ דעכו"ם נאמן משום מסל"ת אף בלא ק"ד וכתב הט"ז דל"ח לעכו"ם דעכו"ם אינו מכוון להכשיל ותמה עליו הב"ש בסקל"ח דא"כ יהי' עכו"ם נאמן אף שלא במסל"ת משום דאינו מכוון להכשיל לישראל עיי"ש. אמנם לדעתי יש ליישב דברי הט"ז בפשיטות דעד כאן לא אמרינן בסי' קי"ח דעכו"ם אינו מכוון להכשיל לישראל היינו דל"ח דילמא החליף לישראל בשר כשר בטריפה כל שלא נהנה בחליפין דלמאי ניחוש דילמא רוצה לצער ישראל הא הישראל לא ידע כלל אם אכל איסור ולא יהי' לו צער כלל ומה שיאכל ישראל איסור בלי ידיעה כלל לא יזיק בזה לישראל מאומה שהוא אינו מאמין בזה שגורם לו רעה בנפש. ואי דילמא דעתו באמת להודיע לישראל אחר שיאכלנו כדי שיצטער הא לאחר שיאכל לא יוכל לברר עוד הדבר ולא יאמין לו הישראל כלל וא"כ אין לו שום הנאה בחליפין כלל מש"ה ל"ח לה אבל בעדות אשה אדרבא חיישינן דילמא רוצה להכשילה ולצערה שתנשא ואח"כ יבוא בעלה ותצא מזה ומזה ויגרום רעה להבעל והאשה ואדרבא אנן סהדי שרצונם תמיד להזיק ולצער לישראל ובידוע שעשו שונא את יעקב ולא אמרינן בסי' קי"ח שאינו מכוון להכשיל לישראל רק היכא שלא יגרום צער ונזק לישראל באכילת איסור בשוגג לפי דעתו. וזה לדעתי סברא ברורה מאד. וא"כ מעתה שפיר נכונים דברי הט"ז דבאמת כיון דעכו"ם אינו מכוון להכשיל לישראל בחנם מאי אמרת דרוצה לצערם כשיבוא בעלה תצא מזה ומזה א"כ הדר הוה מדעל"ג דגם עכו"ם אינו משקר במדעל"ג בוודאי כיון דגם הוא חושב שיבוא בעלה וממ"נ מהימן אם תחוש לס' הריב"ש דלא הוי מדעל"ג דהעכו"ם חושב דלא יבוא בעלה לעולם א"כ לא יזיק לה מאומה מה שתדור באיסור בשוגג עם בעלה השני דאין זה מכשול לישראל לפי דעתו כמו בסי' קי"ח ממש. ואם מכוון שיהי' לה מכשול שהוא חושב שיבוא בעלה א"כ שוב הוה מדעל"ג בוודאי דל"ח דמשקר גם לדעת הריב"ש וא"כ לכאורה הי' צריך להאמין לפי"ז לכל עכו"ם אף שאינו מסל"ת משום ממ"נ זה. אך בע"כ צריך לבוא לס' החת"ס והזכרון כהונה הנ"ל דעכו"ם אינו נאמן אף במדעל"ג ממש רק בשאר איסורין דלא בעינן תורת עדות. אבל בדשב"ע דבעינן עדות אסור לקב עדות עכו"ם משום אל תשת רשע. ואמנם בזה הא כבר כתב

החת"ס דיצאה מחזקת א"א והוי רק איסורא בעלמא ואזלינן בספיקו להקל כמש"ל וא"כ שפיר כתב הט"ז בשמע בת קו לא חיישינן דילמא עכו"ם הוא כיון דאינו מכוון להכשיל בחנם מאי אמרת דרוצה לצערם כשיבוא בעלה א"כ הדר הוה מדעל"ג מאי אמרת אסור לקבל עדות עכו"ם הא כאן הוי רק ספק דילמא הוא עכו"ם ומספיקא ל"ח כס' החת"ס הנ"ל או כתירוצי הראשון הנ"ל דאדרבא כיון דעכו"ם אינו משקר במדעל"ג ובחנם ג"כ אינו מכשיל א"כ זה ראי' דוודאי אין זה עכו"ם אבל כשבא עכו"ם לפנינו ומעיד שלא במסל"ת אף דשייך ממ"נ הנ"ל מ"מ הא אסור לקבל עדותו כס' החת"ס והז"כ הנ"ל:

וא"כ מעתה דברי החת"ס הנ"ל קיימין גם לדעת החולקים על הרמב"ם והתשב"ץ הנ"ל. משום דעכו"ם ממ"נ נאמן זולת משום דאסור לקבל עדותו ובזה אזלינן בספיקו להקל. אלא דא"כ לכאורה יהי' דברי החת"ס נגד פסק הרמ"א בסט"ו שפסק דהי' ספק אם הוא מסל"ת אזלינן בספיקו להחמיר דספיקא דאורייתא לחומרא. אבל באמת ז"א כלל דהחת"ס לא כתב שם רק בספק פלוגתא. דבלא"ה דעת הרא"ם והב"ש בסקמ"ז דאזלינן בספיקא לקולא. ע"ז כתב החת"ס דלדעת הרמב"ם דיצאה מחזקת א"א. ורק משום איסור לקבל עדות עכו"ם אזלינן בספק פלוגתא להקל. אבל בספק במציאות. נהי דיצאה מחזקת א"א. אבל איסור זה דאל תשת רשע עד הוא ג"כ מדאורייתא וספיקו להחמיר. ומ"מ דברי הט"ז הנ"ל נכונים. דבאמת אף למאן דס"ל דבעינן ק"ד ולא סגי במת פלוני היינו רק משום דחיישינן דילמא מכוון להעיד אבל אינו וודאי דמכוון להעיד. ומש"ה באיכא עוד ספק דילמא לאו עכו"ם הוא כלל הוי ס"ס. ואף לדעת האחרונים דל"מ ס"ס בעגונה משום חזקת א"א. עיין פנ"י בקו"א לכתובות. מ"מ כאן דכבר יצאה מחזקת א"א לס' החת"ס הנ"ל שפיר מהני ס"ס. אבל היכא דהוא וודאי עכו"ם ורק ספק אחד לחוד איכא דילמא אינו מכוון להעיד. ל"מ דסד"א לחומרא בספק במציאות כנ"ל. ואמנם יצא לנו מזה. דלפי ס' החת"ס י"ל דבספק פלוגתא בענין מסל"ת וודאי אזלינן לקולא. וא"כ בנ"ד דינו של הנמו"י וודאי דבפלוגתא תליא דבתשו' הרמב"ם מבואר להדיא להיפך כמש"ל. וא"כ כיון דלדעת המהריב"ל והז"כ י"ל דהנמו"י רק במומר ס"ל כ ולא בעכו"ם. וכן ס"ל למהריב"ל וסדר אלי' רבא הנ"ל דבאומר לאשתו עדיף מאומר אמרו לאשתו ובהא גם הנמו"י מודה א"כ בנ"ד נ"ל דלית לן בית מיחוש כלל משיטת הנמו"י הנ"ל ואזיל לי' החשש הראשון. ותמוה לי מאד על הקהלת יעקב שהביא בסעיף י"ד באות ז' בשם הלחם רב סי' ל"ח דכשאומר לאשה מת בעלך לא הוי מסל"ת. ובלחם רב לא כתב כלום רק הביא דברי הנמו"י באומר אמרו לאשתו ולא באומר לאשתו עיי"ש. ועתה נבוא לחשש השני משיטת המרדכי הנ"ל דהזכירו לפניו את אשתו לא הוי כמסל"ת. וכאן

דראה מכתב של האשה לבעלה והשיב לה הוא שכבר מת בעלה. הוי לכאורה כאלו הזכירו לפניו שניהם. הנה בתשו' מאיר נתיבים תשו' ל"ב אות ח' וט'. דעתו להוכיח שם דבמזכיר מעצמו שם אשתו ל"ח דמתכוון להעיד. רק במזכירין לפניו שם האשה. דאז הוי כשואלין אותו. דהעכו"ם חושב דרמיזי מרמזי לי' מה שמזכירין לפניו שם האשה. כדי שיאמר להם מה שהוא יודע מזה. והוה כמשיב ע"י שאלה. ובכאן לא שייך זאת דהא האשה כתבה לבעלה מכתב בחזקת שהוא חי והמכתב בא באקראי ליד העכו"ם. וודאי אין שייך זה החשש דהעכו"ם חושב ששאלוהו ע"ז. ואמנם המאיר נתיבים לא החליט שם זאת ולמעשה אינו סומך ע"ז לבד. א"כ גם אנו צריכין אנו לחוש לכאורה להני דס"ל דהטעם הוא שכשמדבר מהאשה חיישינן דמכוון להעיד:

איברא דלפימש"ל בשם המהריב"ל וסא"ר לחלק בין אומר אמרו לאשתו. בין מדבר עם אשתו עצמה. דכשאומר אמרו לאשתו חזינן דמכוון שיודיעו לה שתנשא. אבל כשבא אל אשתו וסיפר לה אמרינן דבהזדמן אל אשתו סיפר לה. אבל אם הי' מוצא אחר מב"ב ג"כ הי' מודיע. ואין כוונתו כלל להעיד ולהתיר. א"כ גם לדברי המרדכי הנ"ל הוא רק כשמזכיר את האשה או כשמזכירין אותה לפניו ואז מודיע ממיתתו. איכא הוכחה שמכוון להתירה. דאל"כ למה הזכיר שם האשה. וכן למה לא סיפר זאת רק עתה כשהזכירו לפניו שם האשה. ש"מ דלהתירה נתכוון. אבל בנ"ד שלא הי' יכול להודיע לאיש אחר שאולי לא ידע אדרעססי שלהם ורק עתה הסיבה כשראה המכתב שלה לבעלה כתב לה. אין כאן שום הוכחה שמכוון להתיר ולא להודיע. וגם י"ל דדברי המרדכי שייכים רק היכא שכבר נולד הספק ממיתתו שנאבד ולא ידענו מה הי' לו. לכך י"ל כשמזכירין לפניו שם האשה. או כשמזכיר בעצמו שם האשה י"ל דשקורי משקר שאינו יודע כלל ממיתתו. רק כיון שהוא יודע שהאשה מתעגנת ע"י בעלה הוא מכוון להתירה בשקר. דאף דעכו"ם אינו מכוון להכשיל מ"מ אולי רוצה לעשות לה טובה להתירה דהוא ג"כ חושב שמת. אבל כאן דאדרבא האשה כתבה מכתב לבעלה בחזקת שהוא חי ולא נולד אצלה שום ספק. א"כ איך אפשר לומר דע"י שראה מכתבה נתעורר אצלו לומר שמת כדי להתירה. אף שאינו יודע כלל ממיתתו. איזו דבר עורר אצלו להעיד על מיתתו אלא וודאי שהוא יודע באמת ממיתתו ולכך כשראה שהיא אינה יודעת הוא מכוון להודיע לה ולא להתירה. כ"נ לכאורה לחלק:

וראי' לדברי דכל היכא דאיכא טעם להזכרת האשה ל"ח דמכוון להעיד מהא דהובא בקו"ע אות רכ"ז בשם תשו' הר"א ממיץ בעכו"ם שהגיד שהי' בספינה שנשברה והשליך יהודי אחד עצמו לים לשוט ונתייגע ואמר להעכו"ם כשיגיע למקום פלוני יאמר להם

כי יהודי שבמקום פלוני ויש לו בשם אשה ובן ובת נטבע לפניו. ועשה כן העכו"ם וחושב אותו שם המחבר מל"ת. אף דהבעל הזכיר לפניו את אשתו וכן הוא בעצמו סיפר לפניהם דברי הבעל שאמר לו שיש לו שם אשה. אפ"ה ל"ח דמכוון להעיד. כיון שיש טעם להזכרתו שם האשה שרוצה לספר דברי הבעל כאשר אמר. ול"ח ג"כ משום דהזכיר לו הבעל שם האשה נתעורר לבוא להעיד להתירה דל"ח לזה רק היכא דבשעה שהזכירו לפניו שם האשה אמר שמת. אמרינן מדלא אמר מעצמו קודם שהזכירו לפניו שם האשה ולא לאחר מיכן ש"מ דנתעורר להזכרת שמה ומכוון להתירה. אבל כאן דלא הי' אפשר לו לומר קודם שעדיין הי' חי. וכשבא למקום הבעל אמר תיכף. אין לנו שום הוכחה דמכוון להעיד. ה"נ בנ"ד ממש שי"ל שתיכף שראה מכתבה ונודע לו אדרעמסי למי לכתוב כתב לה. אין כאן שום הוכחה דנתעורר להזכרת שמה. וי"ל דבכה"ג כ"ע מודו דהוי מסל"ת. ועיין בתשו' פנ"י ח"ב סוס"י ס"א ד"ה אבל שכתב וז"ל אבל מה שהגיד השופט מיד בבואה לחצר שבעליך הרגו אלו המרצחים בזה אין ספק אעפ"י שחזרה לחצר לתבוע נקמת בעלה מ"מ כיון שלא שאלה אותו הוי כמסל"ת כמבואר במהר"ם ומהרי"ק ודי בזה עכ"ל עיי"ש. וא"כ אחת משתי אלה או שס"ל להפנ"י בפשיטות דלית דחש לה להא דהמרדכי והנמו"י ולא אמרינן דכיון דראה אותה הרי הוא כנזכרה לפניו ונתכוון להעיד או דס"ל ג"כ דאמר להאשה עדיף. וס"ל לחלק כמש"ל דהיכא דיש טעם למה שאמר לה עתה ל"ח דמכוון להעיד ושם הוי עובדא דאותה שעה בא השופט מהכפר ואמר שנמצאו אז המרצחים שהרגו בעל האשה ההיא. ואז תיכף באה האשה לפניו. אין כאן שום הוכחה לומר מדלא הגיד עד שנזכרה לפניו האשה ש"מ דלהעיד נתכוון. דהא לא הי' יודע קודם. ותיכף כשנודע לו נזדמנה לפניו האשה והודיע לה. שפיר י"ל דלהודיע נתכוון ולא להעיד. וה"נ בנ"ד דכוותה. שכתב לה כשראה מכתבה לבעלה י"ל דל"ח כלל:

ובלא"ה נ"ל כיון דעכ"פ האי דינא דהמרדכי פלוגתת הפוסקים כמ"ש בתשו' מאיר נתיבים הנ"ל תשו' ל"ב הנ"ל אות י"ב. ודעת הב"ש והרבה אחרונים להקל בעגונה בספק פלוגתא. דכדאי הוא המקיל לסמוך עליו בשעת הדחק. ואף להחולקים ומחמירים בספק פלוגתא מ"מ בהא נ"ל דמודו והוא. דהנה כבר כתבתי בשם החת"ס והזכרון כהונה שחקרו מ"ט אין עכו"ם נאמן אף במתכוון להעיד משום מדעל"ג כמו ביו"ד סי' פ"ג ופ"ו. ומה שכתבו הם משום דגזיה"כ הוא דאסור לקבל עדות עכו"ם ורשע. קשה למאד הא גם עד אחד ואשה ושאר קרובים ג"כ גזיה"כ לא יקום ע"א וכו'. ואפ"ה בעדות אשה כשרים מדאורייתא לשיטת הרמב"ם וסייעתו. דמדעל"ג ג"כ לאו מתורת עדות היא. אלא

משום דהוה כאלו הב"ד יודעין שאמת הדבר כמ"ש החת"ס בעצמו בתשו' צ"ה הנ"ל. ובתשו' זכרון כהונה הנ"ל בעצמו הרגיש בזה ודחק מאד לחלק בחילוק דק בין שאר פסולי עדות לרשע עיי"ש (בדף ל' ע"א) סד"ה אך ראיתי עיי"ש. ובתשו' פנ"י הנ"ל מצאתי להדיא שרצה לומר כס' החס"ס והזכ"ל ודחה הסברא הזאת מטעם זה עיי"ש בסי' ס"א ע"ב ד"ה ויען שכתב וז"ל דאין לתרץ באם מתכוון להעיד אע"ג דקושטא קאמר לא סמכינן עלי' דאינו בר עדות ולא דמי למעיד וכו' אבל הכא דמתכוון וודאי להעיד אע"ג דוודאי קושטא קאמר אסורה דהתורה פסלתו להעיד אפילו אם מעיד אמת. דז"א דלא פסלו עכו"ם במתכוון להעיד אלא משום דמשקר אבל אי קושטא קאמר סמכינן עלי' דמ"ש מעבד ואשה ושפחה או קרוב דגם הם פסולים וסמכינן עלי' עכ"ל ועיי"ש שהאריך עוד בדבר דבאשה ג"כ לא בעינן רק גילוי מילתא דהדבר אמת וא"כ הדק"ל כיון דקיי"ל דבמדעל"ג גם עכו"ם אינו משקר. א"כ אמאי אין עכו"ם נאמן אף במתכוון להעיד. אך לענ"ד י"ל דבאמת זה תלוי בפלוגתת הפוסקים הנ"ל. דלהרמב"ם וסייעתו. דעדות אשה הוה מדעל"ג גמור ונאמן ע"א ושאר קרובים מדאורייתא. ולדידהו צריך לפרש הא דקאמר הש"ס ר"פ האשה רבה משום עיגונא הקילו בה רבנן כמו שפירשו הריטב"א והנמו"י שם בשם הרא"ה. דמדאורייתא וודאי נאמן משום מדעל"ג רק דהוה קשיא לי' להש"ס מ"ט לא החמירו חכמים כאן משום חומר א"א. כמו שהחמירו במשאל"ס וכדומה. ולזה תירץ הש"ס דמשום עיגונא הקילו בה רבנן שיהי' ע"א נאמן. ולא להחמיר בזה משום חומר א"א. ולפי פירושם צריך ג"כ לפרש הפלוגתא דרבי יודא בן בבא ורבנן לקמן (דקכ"א ע"ב וקכ"ב ע"א). אם ע"א ושאר פסולין נאמנין בעדות אשה הוא ג"כ מדרבנן דמדאורייתא לכ"ע נאמנין משום מדעל"ג דבזה לא מצינו פלוגתא. ופליגי רק אם הימנוה רבנן גם בעדות אשה. וא"כ כיון דריב"ב בעצמו קאמר שם במשנה דשמע מן הנשים. דבישראל אע"פ שהוא מתכוון להעיד. ובעכו"ם אם מתכוון להעיד אין עדותו עדות. י"ל ג"כ דרק מדרבנן קאמר דבעכו"ם מודה לת"ק דחכמים החמירו משום חומרא דא"א. ולא רצו לסמוך על עדותו. רק במסל"ת דאז וודאי קושטא קאמר. כמו דמודה ת"ק דבנשים וקטנים מהימני במסל"ת. כמו שפירש"י שם במשנה (דקכ"א ע"ב) ד"ה אפילו והיינו דרש"י מפרש דת"ק דמתניתין שם הוא רבנן דמשנה (דקכ"ב) דע"א ושאר קרובים ועבד ושפחה אין נאמנים. ואמנם במסל"ת נאמנים לכך פירש"י הטעם דשמע מן הנשים משום דהוי מסל"ת. ובהא פליג ריב"ב ואמר דבישראל א"צ שיהי' מסל"ת ובעכו"ם בעינן שיהי' מסל"ת משום חומרא דא"א. והסברא היא פשוטה. די"ל דאע"ג דאמרינן דבמדעל"ג לא משקרי אף עכו"ם הוא רק ע"צ הרוב. אבל וודאי יש מיעוט חצופים דעבידי לשקר אף

במדעל"ג וא"כ כמו דהחמירו במשאל"ס ולא סמכו על הרוב כמ"ש התוס' בכורות (ד"כ ע"ב) ד"ה חלב ובכ"מ. ה"נ לא רצו לסמוך על רוב. וכאן גרע טפי דאף אם נישאת תצא. משום דכאן הוי מיעוט דשכיח. אבל משאל"ס מיעוט דנמלטים לא שכיח כמ"ש התוס' בכורות שם ובשטמ"ק שם אות ט':

ואמנם כ"ז הוא לשיטת הרמב"ם והרא"ה והריטב"א והנמו"י וסייעתם דס"ל דעדות אשה הוי מדעל"ג ונאמן ע"א מדאורייתא אז י"ל דגם עכו"ם שמתכוין להעיד נאמן מדאורייתא ורק מדרבנן אינו נאמן. אבל לשיטת שאר פוסקים דע"א גופו אינו נאמן רק מדרבנן משום תק"ע ומשום דס"ל דלא הוה מדעל"ג גמור כמ"ש הריב"ש משום דאינו וודאי דעשוי לגלות תיכף א"כ לדבריהם גם עכו"ם מתכוון להעיד אינו נאמן מה"ת ומדרבנן ג"כ לא רצו לסמוך עלי' רק במסל"ת. ומעתה צ"ל דהא דכתב הרמ"א בסט"ו דספק מל"ת הוא סד"א לחומרא שזהו לשון הריב"ש בתשו' שם הובא בב"י עיי"ש הוא משום דהריב"ש לשיטתו דחולק על התשב"ץ וס"ל דע"א א"נ מדאורייתא ולא הוי מדעל"ג גמור ולכך גם גבי עכו"ם הוי ספיקא דאורייתא אבל להפוסקים הנ"ל ספק מסל"ת או מתכוון להעיד הוי ספק דרבנן וא"כ קשיא לכאורה אמאי פסק הרמ"א בפשיטות להחמיר בספק והא הוי לכאורה ס"ס בדאורייתא וספק בדרבנן דדילמא כהני פוסקים דמדאורייתא עכו"ם נאמן גם במתכוון להעיד ורק מדרבנן אינו נאמן ובדרבנן די בספק אחד דילמא אינו מתכוון להעיד. אך באמת לק"מ די"ל דהרמ"א ס"ל כהני דסברי דבעגונה ל"מ ס"ס משום חזקת חי וחזקת א"א עיין פנ"י כתובות בקונטרס אחרון שם. ואמנם זה שייך בספק במציאות. אבל בספק פלוגתא כבר ידוע מה שהביא הפרמ"ג יו"ד סי' י"ח בשם הכנה"ג דבספק פלוגתא לא מוקמינן אחזקה דמשום חזקה לא ישתנה הדין וא"כ בנ"ד דהוי פלוגתא דרבוותא דינו של המרדכי הנ"ל שפיר הוי ס"ס מעליא דילמא כהני פוסקים דזה הוי מסל"ת ואת"ל דלא הוי מסל"ת דילמא כהני פוסקים דמדאורייתא גם מתכוון להעיד כשר רק מדרבנן פסול ובדרבנן די בספק אחד דילמא הוי מסל"ת. אלא דעומד לנגדינו משמעות לשון הרמ"א שם דכתב שם אח"כ וכן בכל מקום דאיכא פלוגתא בדינים אלו אזלינן לחומרא משמע דקאי גם אדלעיל מיני' בפלוגתא בדיני מל"ת ס"ל דאזלינן לחומרא אף דאיכא ס"ס בדאורייתא כנ"ל:

ואמנם נלע"ד דבנ"ד גם הרמ"א מודה. דהנה י"ל דמש"ה לא הוי ס"ס לפימ"ש החת"ס בסי' צ"ה הנ"ל ד"ה אמנם והבאתיו למעלה דהיכא דלא נתכוון להעיד לא הוי מדעל"ג כולי האי דמצי לאשתמוטי ולומר דמשום דלא נתכוון להעיד הוי עלי' מילתא דלא רמיא ולא דייק שפיר וא"כ היכא דהוה ספק מתכוון להעיד או מסל"ת לא יצא מכלל

איסור דאורייתא כלל לכ"ע דאיכא חומרת שניהם ולא הוי מילתא דעל"ג והוי ספק דאורייתא דילמא לא הסל"ת רק נתכוון להעיד מאי אמרת דאז ג"כ מותר מדאורייתא משום מדעל"ג ז"א דאם יבוא בעלה מצי לאשתמוטי ולומר דלא נתכוון מעולם להעיד ולא רמיא עליו למידק כיון דלא העיד להדיא בכוונה ומש"ה שפיר ס"ל להרמ"א דאזלינן בספיקו להחמיר אף בספק פלוגתא. וא"כ בנ"ד דמלבד עדותו שבכתב העיד אח"כ בע"פ ע"י שאלה כפי הגב"ע מק"ק מאסט ונתכוון אז וודאי להעיד דלדעת הפוסקים שהבאתי למעלה יצאה בעדות זה בלבד מכלל איסור דאורייתא וא"כ שוב מהני עדות שבכתב הראשון משום ספק פלוגתא דהוי עדותו אז מסל"ת והוי ס"ס דפלוגתא דילמא הוי מסל"ת ואף אם לא הוי מסל"ת כדעת המרדכי דילמא כהני פוסקים דמדאורייתא מותרת ובדרבנן די בספק אחד דילמא הוי מסל"ת וכמש"ל:

ואמנם גוף דברי החת"ס הנ"ל שכתב דבמסל"ת לא הוי מדעל"ג סותר דברי עצמו למ"ש בסי' מ"ו ד"ה אמנם דלדעת הרמב"ם מסל"ת נאמן מה"ת משום מדעל"ג מבואר דגם מסל"ת הוי מדעל"ג וכן ראיתי עוד באיזו מקומות וגם בתשו' נטע שעשועים דבמסל"ת ג"כ הטעם משום מדעל"ג וא"כ לדבריהם אין לפרש דברי הרמ"א כמ"ש. ועכ"ז מטעם אחר נ"ל דהרמ"א מודה בנ"ד להתיר בספק דהנה כבר הבאתי דברי הט"ז שכתב דמש"ה בשמע קול ל"ח לעכו"ם משום דאינו חשוד להכשיל וקושית הב"ש עליו דא"כ יהי' עכו"ם נאמן אף שלא במסל"ת. דאינו חשוד להכשיל. ואמנם בתשו' ד"ח הטיב אשר דיבר דוודאי היכא דידעינן שהוא עכו"ם ל"מ מה שאינו חשוד להכשיל דאין עכו"ם נאמן להתיר איסור. אבל היכא שספק לנו מי הוא האומר אז מחמת סברא דאינו חשוד להכשיל אמרינן דוודאי לאו עכו"ם אמרו דאין דרכו להכשיל ובוודאי הי' ישראל. עיי"ש באהע"ז ח"א סי' מ'. וכמדומה לי שראיתי תירוץ זה עוד באיזו תשו' ושכחתי מקומו. וא"כ לכאורה קשה אמאי אוסר רמ"א בספק מל"ת דילמא מתכוין להעיד נימא ג"כ מחמת חזקה הנ"ל דוודאי אינו מתכוון להעיד דהא אין דרכו להכשיל ובוודאי אמר כן לפי תומו וממילא נאמן דבמסל"ת הימנוהו רבנן. בשלמא לס' החת"ס והזכרון כהונה הנ"ל היכא דנתכוון להעיד אסור אף אם קושטא קאמר מגזיה"כ א"כ אף אנו נאמר דילמא נתכוון להעיד באמת ולא להכשיל ואפ"ה אסור דהתורה פסלתו מגזיה"כ. אבל לפימש"ל בשם תשו' פנ"י דאם נאמר דקושטא קאמר נאמן כמו שהכשירו לכל פסולי עדות ובע"כ דחיישינן דמשקר א"כ שוב נימא מחמת חזקה דאינו מכשיל דוודאי אינו מתכוון להעיד כלל רק לפי תומו אמר כן:

אך בע"כ צ"ל כס' הישועות יעקב שם על הט"ז הנ"ל דהיכא דבא לפנינו להעיד אף דל"ח דנתכוון להכשיל דילמא מעיד להנאתו שרוצה שהאשה תחזיק לו טובה. אבל בשמע קול ואין אנו יודעין מי הוא דוודאי לא תחזיק לו טובה, ולהכשיל ג"כ ל"ח א"כ מסתמא לאו עכו"ם הוא, ולכך שפיר החמיר בספק מתכוון להעיד דאף דאינו דרכו להכשיל מ"מ דילמא מתכוון להעיד כדי שתחזיק לו טובה, וא"כ כ"ז שייך באשה שכבר נאבד בעלה, והעכו"ם בא להעיד חיישינן דילמא שיקרא קאמר ומתכוון להעיד לה להתירה כדי שתחזיק לו טובה. אבל בנ"ד שהוא כתב לה על מכתבה שכתבה לבעלה שהי' עדיין אצלה בחזקת חי, וא"כ אם איתא דכל הדבר שקר ובעלה הי' חי עדיין. איזה טובה עושה לה במה שמרמה אותה. ושיחשוב שתחזיק לו טובה בעבור זה. ובע"כ אם תרצה לומר דמכוון להעיד הוא רק להכשילה ולצערה ולזה ל"ח לדעת הט"ז ומוכח בע"כ דלפי תומו כתב כן משום שהדבר אמת. וממילא הרי הוא מסל"ת שהאמינוהו חכמים. וא"כ אף אם תרצה לחוש לס' החת"ס והז"כ דחיישינן דמכוון להעיד בקושטא ואפ"ה אסורה מגזיה"כ דאל תשת רשע עד מ"מ ע"ז הא כבר הבאתי בשם החת"ס דספיקו מותר כיון דכבר פלטינן מחזקת איסור א"א וא"כ כאן דאיכא ספק פלוגתא בדידן שפיר יש לסמוך על המקילין דהוה מסל"ת. ואולם אף שחלילה לנו לבנות יסוד על סברות וישוב קושיות. מ"מ לעיקרא דמילתא כיון שאיכא אומדנא גדולה שוודאי הדבר אמת שזה ששה שנים שנאבד ולא נשמע ממנו דבר ורובא דרובא אף אלו שנשבו למקומות רחוקים שקשה לצאת משם כבר נשמע מהם מאלו שהן בחיים. ובפרט אלו שהיו במדינת איטאליען. שבנקל להם לשוב לביתם או לכה"פ לכתוב מכתב. ושלום הי' בינו לבינה שהרי הי' להם חליפות מכתבים עד שעה שנאבד. ובוודאי אומדנא גדולה שמת. ובכה"ג מסיים הרמ"א גופי' שם בסט"ו דאף ע"י עכו"ם שהשיב ע"י שאלה אם נשאת לא תצא. וכתב שם בב"ש סקמ"ט בשם הט"ז דאם הוי ספק אם הוא מסל"ת או מתכוון להעיד. מותרת לכתחלה היכא דאיכא אומדנא. וא"כ פשיטא דבנ"ד אף לדעת המרדכי דנזכרה לפניו האשה ל"ה מסל"ת מ"מ מידי ספיקא לא נפקא. דהוא רק ספק אצלינו אם מכוון להעיד או להודיע כמ"ש בתשו' פנ"י הנ"ל בסי' מ"ו בד"ה ואע"ג. ובדיבור הסמוך לו המתחיל ואע"ג ובסי' ס"א דהירושלמי דקאמר איזו מתכוון להעיד כוונתו איזו דבר חיישינן דנתכוון להעיד. וע"ז קאמר ר"י כל שנזכרה לפניו האשה. ור"ל אמר כל ששואלין אותו ומשיב. אבל מידי ספק לא נפיק:

ובזה ניחא לי מה דהוה קשיא לי על שיטת הנמו"י והמרדכי הנ"ל דכל שמזכיר את האשה ל"ה מסל"ת. מהא דקאמר הש"ס (בדקכ"א ע"ב) הנ"ל גבי נתכוון להתיר היכא

ידעינן אמר ר"י בא לב"ד ואמר איש פלוני מת התירו את אשתו זה נתכוון להתיר מת סתם זה נתכוון להעיד עיי"ש וקשה לדעתם למה לו לומר בא לב"ד והא אף אם אמר שלא בב"ד השיאו את אשתו הוי נתכוון להתיר דאסור לדעתם. וכן אח"כ קאמר הש"ס אלא מתניתין ובעכו"ם וכו' האיך משכחת לה ומשני במסל"ת כי ההוא דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיוואי וכו'. ואמאי לא קאמר בפשיטות דכל שלא בא לב"ד רק אמר לפני אנשים ל"ה נתכוון להעיד. כיון דמתחילה נקט בא לב"ד דווקא. אך לפי"ד הפנ"י הנ"ל ניחא דמתחילה בעי הש"ס איזהו מתכוון להתיר ולהעיד. היינו שהוא וודאי מתכוון להתיר או להעיד ולא ספק דהא מתניתין קולא אתי לאשמעינן דבישראל אף מתכוון להעיד כשר. וא"כ אתי לאשכוחי אף היכא דהוי וודאי מתכוון להעיד כשר. ע"ז קאמר שהוא בא לב"ד ואמר התירו אשתו זה וודאי נתכוון להתיר ובא לב"ד ואמר מת סתם זה וודאי נתכוון להעיד, דכל שבא לב"ד אין כאן שום ספק. שוודאי מכוון להתיר או להעיד. ואח"כ קאמר אלא מתניתין ובעכו"ם וכו' דמותר היכא שאינו מתכוון להתיר דחומרא אתי לאשמעינן דבעכו"ם אינו כשר רק כשאינו מתכוון וא"כ לחומרא בעינן שלא יהי' אף ספק מתכוון לכך קאמר האיך משכח"ל. ולא קאמר כשלא בא לב"ד רק אמר לפני אנשים. דז"א דאם לא אמר לפי תומו רק דרך שאלה. נהי דלא הוי וודאי נתכוון להעיד כיון דלא בא לב"ד כמ"ש הפנ"י הנ"ל מ"מ ספק מיהא הוי כדאיתא בירושלמי והוכרח לומר במסל"ת כמו ההוא דקאמר מאן איכא בי חיוואי, דזה הוי וודאי מסל"ת. אבל היכא דהזכיר את אשתי אף דלא בא לב"ד או השיב דרך שאלה. שפיר י"ל נהי דוודאי מתכוין לא הוי ספק מיהא הוי כדברי הירושלמי הנ"ל. כמו שפירש הפנ"י הנ"ל:

ובזה ניחא ני לישב ג"כ מה שהקשו האחרונים, דאמאי לענין איסור הוי מסל"ת אף בהשיב ע"י שאלה כל שאינו יודע אם שואלין אותו לענין איסור והיתר כמ"ש בסי' צ"ח ביו"ד עיי"ש בט"ז סק"ב ובמשבצות שם ובעדות אשה ע"י שאלה ל"ה מסל"ת. ולפי"ד הפנ"י הנ"ל ניחא דע"י שאלה ספיקא הוי ולכך שם בסי' צ"ח דלא סמכינן רק באיסור דרבנן סגי גם בספק מל"ת. אבל כאן בעדות אשה דסומכין עלי' להתיר איסור תורה בעינן וודאי מל"ת. ועכ"פ אף דמה שתופס הפנ"י דמשיב ע"י שאלה הוי ספק משמעות בעלי הש"ע ויתר פוסקים ל"מ כן לכאורה. אבל בנזכרה לפניו האשה. דזה הוא פלוגתת ר"י ור"ל שם בירושלמי לפירוש המרדכי הנ"ל ור"י הוא המחמיר דאף בנזכרה לפניו האשה ל"ה מסל"ת. ור"ל הוא המיקל דנזכרה לפניו אשה הוי מסל"ת. רק בששואלין אותו ומשיב ל"ה מסל"ת. א"כ אף אם נאמר כמשמעות הפוסקים דמשיב ע"י שאלה הוי וודאי נתכוון להעיד. מ"מ י"ל דנזכרה לפניו אשה דקילא. אף לר"י דמחמיר מ"מ

יותר מספק לא הוי דלמה לנו לעשות פלוגתא רחוקה כ"כ בין ר"י לר"ל. וא"כ יוצא לנו דאף לשיטת המרדכי הנ"ל רק ספק הוה. ובפרט לדידן דאיכא ספק פלוגתא משום דעת החולקין על המרדכי בוודאי יש לסמוך על הט"ז בספק מל"ת היכא דאיכא אומדנא דמת להתיר גם לכתחילה. וחזי לאצטרופי ג"כ דעת הנוב"י מהדו"ק סי' ל"א דהיכא דאיכא רגלים לדבר נאמן עכו"ם אף שאינו מל"ת. ואף דבחת"ס סי' מ"ו דחה דבריו. אמנם כתב שם הטעם דלא חזי לאצטרופי אמירת העכו"ם למה שנאבד זכרו. דהעכו"ם ג"כ מש"ה אמר דכיון שנאבד זכרו סבור שכבר מת ואיננו ירא שיבוא ההרוג ברגליו עיי"ש. אבל בנ"ד דהעכו"ם כתב לה בעוד שהיו סבורין שהוא עדיין חי ולא נאבד עדיין זכרו. ואי לאו דידע שמת הי' ירא דילמא יבוא ברגליו או יכתוב איזו מכתב. ועכשיו שלאחר זה עבר זמן רב שנאבד זכרו. וודאי אומדנא טובא איכא שמה שכתב הי' אמת. ובפרט לפימ"ש הטורי אבן בר"ה (דכ"א) טעמם של הסוברים דבעדות אשה אינו נאמן מדאורייתא משום מדעל"ג. לפי שהוא עומד בחזקת חי וחזקת איסור א"א. א"כ נראה דוודאי בעובדא כהאי שהי' הבעל עומד במקום סכנה גדולה במערכות המלחמה שבאיטאליען ונאבד אח"כ זכרו ששה שנים רצופים, שוודאי עכ"פ איתרע חזקת חי דידי'. וא"כ גם חזקת א"א דידה איתרע כמ"ש הנוב"י מהדו"ק סי' מ"ג דחזקת א"א תלוי בחזקת חי דידי'. וכיון דהא איתרע, איתרע נמי הא ודא ודא אחת היא. וא"כ כיון דליכא חזקה שוב דומה להא דר"ה הנ"ל דמהני מדעל"ג מה"ת. וגם עכו"ם נאמן במדעל"ג היכא דליכא חזקת איסור כמש"ל. וא"כ מכ"ש בספק מסל"ת ספק מתכוון וודאי נאמן באומדנא כהאי. ולכן נלע"ד דאין לחוש לחששות הנ"ל. הראשונה והשני' של הנמו"י והמרדכי:

ולענין חשש הג' שהוא כתב עכו"ם דלדעת הרמב"ם ל"מ. והנה יפה כתבת אהובי חתני. כיון דהעיד אח"כ בע"פ בק"ק מאסט. אף דהי' ע"י שאלה מ"מ מה שכתב תחילה בכתב אף דל"מ לדעת הרמב"ם מ"מ לא גרע מהתחילה לבכות. דמהני מה שאומרת אח"כ ע"י שאלה. ונהניתי מאד מסברתך זאת שהיא ס' מושכלת בעזה"י. ואמנם לדינא תינח לס' הרה"מ דמש"ה ל"מ בכתב דחכמים אמרו רק מסיח לפ"ת ולא כותב לפ"ת. וכן לס' האומרים דהטעם הוא משום דתרי קולי לא מקלינן. מסל"ת ומפי כתבם. שפיר י"ל נהי דעל הכתב עצמו לא נוכל לסמוך. עכ"פ התחלה הוי שנוכל לסמוך על מה שהגיד אח"כ ע"י שאלה כמו בעובדא דפונדקית, אבל להאומרים דטעמו של הרמב"ם הוא כיון דטרח לכתוב הוי כנתכוון להעיד. א"כ גם תחילת הכתיבה לא הי' לפ"ת. וא"כ ל"מ גם מה שהעיד אח"כ בע"פ. איברא דלפימש"ל דבנ"ד דאיכא אומדנא טובא דעת סגי בספק מסל"ת כמ"ש הט"ז וכאן הוי ג"כ רק חשש דילמא נתכוון להעיד כמ"ש החת"ס אהע"ז

תשו' מ"ג ד"ה וממילא. דטעמו של הה"מ משום דבכתב א"א להבחין אם כותב לפ"ת או מתכוון להעיד. וא"כ בנ"ד יש להקל. ובפרט דנלע"ד דהמעיין במקור דינים אלו יראה דבמכתב שכותב עכו"ם לישראל להודיעו כדרך שמודיעו בע"פ גם הה"מ מודה דמהני. דהנה מקור דין זה דעדות בכתב הוא מדברי הירושלמי שהובא ברי"ף שילהי יבמות. מצאו בשטר כתוב איש פלוני מת וכו' רבי ירמי' אמר משיאין את אשתו רבי בון ב"ר אמר אין משיאין מתניתא מסייע לדין ולדין מסייע לר"י דתניא ע"פ עדים ולא עפ"י כתבם ולא עפ"י תורגמן ולא עפ"י ע"א ועכשיו הלא משיאין עפ"י ע"א ועפ"י עמפ"ע ודכוותה עפ"י כתבם. מתניתא מסייע לרבי בון דתניא יפה כח העדים מכח השטר שהעדים שאמרו מת פלוני משיאין את אשתו. מצאו כתוב איש פלוני מת אין משיאין את אשתו. ועיין בהג"מ פרק ב' דיבמות אות ק' פירש דברי הירושלמי דאיירי רק בכותב אצלו לזכרון דאז אין לו דין שטר והוי מפי כתבם ולהכי פליגי וגם לרבי ירמי' דמשיאין הוא רק בראה בעצמו אבל עמפ"ע וודאי לא מהני. עיין ב"ח סי' י"ז שמפרש היטב דברי הג"מ משום דתרי קולי לא מקילינן להכשיר עמפ"ע ומפ"כ. אבל בכותב ושולח עדותו לב"ד הכל מודים דמהני וכ"כ הב"ש ס"ק כ"ז. דרק בכותב אצלו לזכרון פליגי. ועיין בחת"ס תשו' מ"ד ד"ה איברא שכתב דהג"מ ע"כ ס"ל כר"ת דשולח עדותו לב"ד בכתב מהני כשראוי להעיד. ומש"ה כתב דבהא כ"ע מודו דמהני דלא הוי מפ"כ:

ואמנם בקהלת יעקב להגאון מליסא בסי' י"ז סי"א מפרש דהג"מ ס"ל כשיטת הריב"א בתוס' כתובות דיש חילוק בין אם העד כותב מאליו אז הוי מפ"כ לבין אם כותב עפ"י צוואת המלוה והלוה. וה"נ בכותב ע"ד למסור לב"ד ולא לזכרון אצלו יש לו דין שטר וזה שלא כדעת המפרשים דבעינן בצוואת המתחייב דוקא שהוא הלוה עיי"ש שהביא ראי' ממחאה ומודעה. ונראה שזהו ג"כ שיטת הב"ח כאן שכתב דהעיקר תלוי אם כותב לשלוח לב"ד. ולהכי הניח בצ"ע הא דאיתא בת"ה דגם באגרת ששלח אחד לחבירו סומכין עליו. והא כיון דלא הוי למסור לב"ד הוי מפ"כ. ואמנם לדברי החת"ס הנ"ל דהג"מ אזיל בשיטת ר"ת לק"מ. דאף דגם לר"ת דבראוי להגיד בע"פ מהני בכתב וודאי בעינן שיגיע כתבו לב"ד כמ"ש בתשו' רמ"א סי' י"ב הובא בנתיבות סי' כ"ח סק"ו. היינו מטעם דמבואר שם בתשו' רמ"א עצמו דהגדה שבכתב לא עדיף מהגדה שבפה דכל שאמר חוץ לב"ד לאו כלום ויכול לחזור בו. ולא מהני גם כשבא אח"כ הכתב לב"ד כיון דכבר חזר בו מקודם. אבל בעדות אשה דלא בעינן הגדה בב"ד דגם עמפ"ע מהני ומה"ט דעת הב"י בתשו' הובא בקו"ע אות קנ"ט דגם אם חזר בו הראשון קודם שהעידו מפיו בב"ד ל"מ חזרתו עיי"ש. וא"כ כמו כשאומר בע"פ אחד לחבירו יוכל להעיד ע"ז בב"ד.

ה"נ כשכותב לו במכתב דלר"ת כל שראוי להגיד בפה הכתיבה הוי כהגדה. דכל הראוי לבילה וכו'. ולא פליגי בירושלמי רק כשכתב אצלו לזכרון ולא מסרו לשום אדם ואח"כ מצאו כתוב אצלו כשכבר הוא אינו יכול להעיד כגון שמת או שאינו זוכר עוד עדותו אז הוי מפ"כ אבל כשכתב לחבירו דבשעה שבא הכתב ליד חבירו עדיין הי' הוא זוכר עדותו מהני כתיבתו כאמירתו. עיין הג"מ פ"ג דיבמות שכתב וז"ל אבל כתבים שאנו שולחים לדעת אמיתות העדות ואלו העידו כן לפני ב"ד התירוה לינשא גם אנן שליחותי' עבדינן ונתירה לינשא וכה"ג תירץ ריב"א וכו' עיי"ש, וכשאומר לחבירו הוי כאומר לב"ד דלענין עדות אשה גם אמירתו חוץ לב"ד מהני. כיון דעמפ"ע כשר ויכול חבירו להגיד בשמו לב"ד ולא הוי מפ"כ לשיטת ר"ת. אך הב"ח לא אזיל בשיטת ר"ת רק בשיטת הריב"א הנ"ל ובעינן דווקא שיכתוב ע"י צוואת הב"ד ולמסור לב"ד לכך הקשה שפיר מהא דת"ה הנ"ל:

אבל באמת יש לישב דברי הת"ה גם לשיטת הריב"א. דהנה כבר כתבתי דממה שפירש"י במתניתין דשמע מפי נשים דאיירי במסל"ת. וכן ממה שהשיב ר"ע לחכמים שהשיבו אותו מפונדקית והשיב להם הוא דפונדקית מסל"ת הי' מוכח דאף קודם שהוחזקו להשיא עפ"י נשים ועבדים ועמפ"ע מ"מ ע"י מסל"ת הי' משיאין דמסל"ת עדיף להו להוכחה דקושטא קאמר. והנה רבי ירמי' הנ"ל דמכשיר מפ"כ הואיל ומשיאין עפ"י ע"א ועמפ"ע ס"ל כיון דמפ"כ אין הטעם דפסול משום משקר רק משום גזיה"כ דעל פיהם ולא ע"פ כתבם והרי כתיב ג"כ עפ"י שנים עדים כשרים ולא קרובים ואפ"ה בעדות אשה הכשירו עפ"י ע"א ועפ"י קרובים ונשים ה"נ מפ"כ. ואמנם רבי בון דחולק ע"ז ס"ל דמפ"כ גרע מע"א וקרובים ונשים א"כ כיון דקיי"ל בכ"מ דפלוגתא רחוקה לא עבדינן י"ל דאף לרבי בין דאינו מכשיר מפ"כ דזה גרע אצלו מקרובים ופסולים מ"מ מסל"ת דעדיף הרבה מקרובים ופסולים דגם לת"ק דריב"ב ולמשנה ראשונה דלא השיאו עפ"י נשים מ"מ ע"י מסל"ת משיאין דוודאי קושטא קאמר. א"כ ה"נ בכותב מסל"ת דלענין הוכחה דקושטא קאמר מה לי בע"פ מה לי בכתב שפיר י"ל דגם רבי בון מודה דמהני. ובפרט לפימ"ש הזכרון כהונה הנ"ל (בדף ל"ט) ד"ה השתא דאף דגבי נכרי ורשע לא מהני שום סברא להאמינו משום מדעל"ג וכדומה משום אל תשת רשע עד ואפ"ה מסל"ת מהימן דזה אינו מתורת עדות כלל ואינו בגדר עד דנאמר אל תשת רשע עד. רק משום הוכחה דלפ"ת קושטא קאמר א"כ גם פסול דמפ"כ לא שייך בי' דזה נאמר בעדות דכתיב עפ"י שנים עדים ולא עפ"י כתבם. אבל מסל"ת דאינו בגדר עדות כלל כיון דאינו מתכוון להעיד לא שייך בו פסול דמפ"כ. וא"כ שפיר ניחא עובדא דת"ה סי' ר"מ הנ"ל שכתב בחור אחד

לחבירו דרך שמועה והתאוננות שמת פלוני. דהוי מסל"ת ממש בקישור דברים פשיטא דל"ש בו פסול דמפ"כ כלל. ומעתה נבוא לדברי הה"מ הנ"ל דלכאורה תמוהין מאד דמה עלה על דעתו להקשות ע"ד הרמב"ם אמאי לא יועיל כתב עכו"ם הא הוי מסל"ת. הא הרמב"ם כתב מצאו כתוב בשטר כלשון הירושלמי הנ"ל ובין אם נפרש לשון שטר ככל שטרות דעלמא דנכתב בלשון שטר דמהני בד"מ והספק הוא רק דילמא עדות שבשטר הוא דרבנן כשיטת הרמב"ם והספק הוא אם גם בדבר ערוה החמורה הכשירו שטר כמ"ש החת"ס. בין אם נפרש כדברי הג"מ והב"ש דאיירי בכותב לזכרון ב"כ וב"כ הוי מכוון להעיד ולא הוי מסל"ת. דאם נפרש שנכתב כלשון שטר וודאי דהוי עדות גמורה שכתוב אנחנו עדים ונכתב לעמוד לראי' ואם נכתב בלשון זכרון לעצמו כדברי הש"ס כתובות (כ' ע"א) כותב אדם עדותו שפירש"י שם בד"ה כותב אם עשאוהו עד בדבר וירא לשכחו כותבה על חתיכת קלף ומצניעה כדי שיוכל להעיד עלי' לאחר כמה שנים וא"כ הוי מכוון להעיד גמור דכבר כתבתי ובירורתי לעיל דעיקר מכוון להעיד הוא שיודע שצריכין לעדותו ויסמכו עליו וכאן כשהוא כותב לזכרון לעצמו כדי שלא ישכח מלהעיד לאח"ז. הרי ברור הדבר שנתכוון להעיד וא"א לשום מתעקש בעולם לומר באופן אחר וא"כ מה ענין מסל"ת לכאן ושפיר הוכרח הרמב"ם לומר דצריך לידע שהוא כתב ישראל כאשר נראה שלזה כוון ג"כ הב"י בבד"ה עיי"ש:

אך צ"ל דהנה ידוע שיטת המהרי"ק והמ"ב לענין רוצח שהודה שהרג את פלוני אף דהי' ע"י שאלה. מ"מ כיון דמוכח דהודאתו באמת דלמה הי' לו בחנם להודות שהרגו. אי לאו דהאמת כן מיקרי מסל"ת ונאמן. עיין ב"ש סקמ"ט שהביא דעת החולקין בזה ועיין תשו' פנ"י הנ"ל סי' ס"א שהבאתי למעלה שהביא שם דעת המהר"ל מפראג שחולק על המהרי"ק וכתב דכל שאינו מסל"ת ל"מ מה שיש הוכחה שקושטא קאמר וכפי הנראה דפלוגתתם תליא בסברת החת"ס והז"כ הנ"ל דנכרי אינו נאמן בעדות אשה אף דהוי מדעל"ג ואיכא הוכחה דקושטא קאמר משום דגזיה"כ הוא דאל תשת רשע עד וכל שאינו אומר לפ"ת עד מיקרי לכך ל"מ שום הוכחה בעולם להאמין עי"ז לנכרי דקושטא קאמר זולת היכא דיש הוכחה זולת אמירתו דהדבר אמת. והמהרי"ק וסייעתו ס"ל כס' התשו' הנ"ל שהבאתי למעלה דאם ידעינן דקושטא קאמר לא פסלינן לי' משום אל תשת כמו דסמכינן על כל קרובים ונשים ועבדים בעדות אשה אף דהתורה פסלתן לעדות וא"כ בכל ענין שיש הוכחה שאינו אומר שקר כמו ברוצח שהודה סמכינן על אמירתו לבד. וא"כ מעתה י"ל דזהו דהוה קשיא לי' להה"מ על הרמב"ם שמצריך כתב ישראל דגם הוא מפרש כהג"מ דפלוגתא דירושלמי הוא בכותב לעצמו לזכרון כדי שיזכור להעיד

ואינו מוסר הכתב לשום אדם כלשון מצאו כתוב בשטר. וא"כ נהי דבשעת כתיבתו מכוון שיהי' אח"כ עד בדבר זה ושלא ישכח עדותו מ"מ כיון שכותב אצלו ואינו נותן הכתב לשום אדם א"כ בע"כ קושטא כותב דאיזו טעם יש לו בזה לשקר דכל עכו"ם שבא לפנינו להעיד חיישינן או דמכוון להכשיל כמ"ש הח"ס תשו' צ"ה ד"ה אמנם או שמכוון שהישראל יחזיק לו טובה או יקבל איזו הנאה מאתו עי"ז. אבל כשכותב לעצמו בפנקסו מה הנאה יש לו בדבר ובוודאי קושטא קאמר והוי כהא דמהרי"ק דאף דמשיב ע"י שאלה מחשבינן לי' כמסל"ת כיון דוודאי קושטא קאמר ה"נ במצאו כתוב בשטר ושפיר קשיא לי' על הרמב"ם למה הצריך כתב ישראל וע"ז תירץ דחכמים האמינו מסיח לפ"ת ולא כותב לפ"ת והיינו כמו שפירש הלבוש כוונתו דתרי קולי לא מקילינן להתיר מסל"ת ומפי כתבם דהא כאן הוא מתכוון להעיד ויש עליו תורת עדות ורק דחכמים האמינו כל היכא דקושטא קאמר כמו מסל"ת וא"כ מפי כתבם דפסלה תורה אף דקושטא קאמר שפיר הוי תרי קולי לקבל עדות עכו"ם דפסלתו תורה ולקבל עדות מפ"כ דפסלתו תורה דכיון דנתכוון להעיד יש עליו תורת עד כמש"ל בשם הח"ס וז"כ. אבל היכא שעכו"ם שולח מכתב לישראל בדרך מסל"ת עם קישור דברים ונתכוון רק להודיע ולא להעיד כמש"ל דהוי מסל"ת גמור כמו בנ"ד שפיר גם להה"מ נאמן דכיון דלא נתכוון להעיד אינו בגדר עדות כלל ול"ש בי' מפיהם ולא מפי כתבם דכתיב גבי עדות וגם כיון שהכתב כבר בא ליד ישראל בעוד שהעכו"ם הי' זוכר עדותו איכא ג"כ שיטת הר"ת דלא הוי מפי"כ כמש"ל דבעדות אשה דלא בעינן הגדה בב"ד מה שהגיד לפני איזו אדם הוי כנתקבל בב"ד ה"נ מה שנראה כתבו לישראל הוי כהגיד אז בע"פ דאז הי' ראוי עדיין להגדה וליכא קולא דמפי"כ כלל רק קולא דמסל"ת לחוד דבהא הימנוהו חכמים. וא"כ י"ל דגם הה"מ מודה בנ"ד בכותב דרך מכתב לישראל דמהני אף כתב עכו"ם וא"כ כיון דבלא"ה הרבה חולקים על הה"מ והבד"ה מפרש דעת הרמב"ם דאיירי דווקא באינו מסל"ת והב"מ כתב דהרמב"ם לשיטתו דבעינן קישור דברים והכא בכתוב בשטר מת פלוני ליכא קישור דברים אבל לדידן דל"ב קישור דברים גם מסל"ת בכתב מהני א"כ וודאי יש לסמוך על הסברות הנ"ל לצרף לסניף דגם הה"מ מודה בהא. וכפי שכתבת נתקיים ג"כ חתימתו ע"י דימוי א"כ ליכא חשש דקיום ג"כ לדעת הסוברים דבעי קיום:

ועל החשש הג' שכתבתי לעיל לענין קברתיו דלדעת המהרשד"ם לא מהני מה שאמר לאח"ז ע"י שאלה. הנה הב"ש שם סקמ"א מביא דעת החולקים על הרשד"ם ואמנם בפ"ת שם ס"ק ס"ו מביא בשם ס' מה"צ להכריע דכל שהוא מפרש דבריו הראשונים נאמן גם לאח"ז משא"כ באומר דברים אחרים אינו נאמן אלא באותו מעמד ובכה"ג מיירי

הרשד"ם עיי"ש. וא"כ בנ"ד דעדותו על הקבורה היא מילתא חדתא שלא הזכיר מזה כלל במכתבו הראשון יש לנו לחוש לכאורה לדברי הרשד"ם דל"מ מה שאמר לאח"ז ע"י שאלה. ואמנם לעומת זה יש לנו דעת האחרונים דסברי דלענין קברתיו שהוא רק חששא דרבנן משום דילמא אמר בדדמי ואם נישאת ל"ת סגי גם עכו"ם שאינו מל"ת. עיין בתשו' ז"כ (דכ"ז ע"ב) שמביא בשם תשו' מכתב מאלי' דלענין קברתיו כיון דבלא"ה אם נישאת ל"ת סגי גם עכו"ם שאינו מל"ת והביא שם כן גם בשם תשו' מהר"ם מלובלין וכמו שהובא בקו"ע אות רכ"ט בשם המבי"ט דבמשאל"ס נאמן עכו"ם שאינו מסל"ת. ואף דבכל איסורי דרבנן אינו נאמן עכו"ם רק במסל"ת. לק"מ. חדא דהא חזינן דבעדות אשה נאמן עכו"ם במסל"ת גם באיסור דאורייתא ובשאר איסורי תורה אין מסל"ת נאמן בע"כ דעדות אשה עדיפא משום מדעל"ג או דייקא ומינסבא כמש"ל בשם הנט"ש ושאר אחרונים או משום דבעגונה הקילו א"כ היכא דיצאה מאיסור דאורייתא וליכא רק חששא דרבנן נחתינן דרגא שיהי' נאמן כאן עכו"ם גם באינו מסל"ת. ועוד דבאיסורי דרבנן כבר הבאתי לעיל בשם הט"ז והפרמ"ג סי' צ"ח דע"י שאלה לא יצא מידי מסל"ת רק אם אמרו לו בפירוש דנ"מ לענין איסור והיתר וכמש"ל דבמילתא דרבנן בעינן דווקא מתכוון להתיר או משום ע"י שאלה הוה רק ספק כמש"ל בשם תשו' הנ"ל. וכאן כפי המוזכר בגב"ע דק"ק מאסט ששאלת הבתולה להערל לא היתה רק אם הי' ביחד אצל חיל הצבא עם יוזיף הערבסטער. ולא הזכירה לו שם האשה רק אחר שכבר סיפר לה מה שאירע עמו בקשה אותו שיכתוב כן לאשתו אבל מתחילה י"ל דהערל הי' חושב רק שהיא איזו קרובה של ה' יוזיף הנ"ל ושאלה עליו ולא לענין איסור והיתר ושפיר מהני בדרבנן ובפרט דחשש קברתיו קיל עוד ממשאל"ס דבמשאל"ס ליכא מאן דמתיר לכתחילה וכאן הא איכא דעת הראב"ד ושאר פוסקים דמתירים לכתחילה בלא קברתיו י"ל דוודאי סגי שאינו מסל"ת ובכאן דאיכא ג"כ דעת הגדולים שמביא הב"ש דגם לאח"ז הרבה מהני שאלה כל שמתחילה הי' מסל"ת והב"ש סתם ולא חילק בין אם מוסיף בדבריו או מפרש וודאי יש להקל. ואמנם כ"ז אם הי' אומר להדיא קברתיו או ראה שקברוהו אבל כאן שאומר שציווה לקוברו חנא ידעינן דקברוהו ואפשר לומר הא כל הטעם דבעינן קברתיו הוא משום דילמא מחמת יראת החצים ובלסטראות ירא להמתין ולראות אם מת לגמרי ואמר בדדמי וכאן שאמר שציווה לקוברו וודאי הי' נשקט אז לשעה רעש המלחמה מדהי' מציאות לקוברו וא"כ לא הי' ירא ג"כ מלראות אם יצא נפשו וגם כיון שהוא מפקידי החיל וציווה לקוברו אם לא הי' קוברין אותו הי' חוזרים ואומרים לו שלא קברוהו אך כ"ז הוא רק סברות שאין לסמוך עליהם למעשה ואולי יש לסמוך

ולצרף לסניף ג"כ דעת הר"א מוורדון שבמרדכי סוף יבמות שהביא הב"י דבמשאל"ס שעבר יותר מד' שנים שנאבד זכרו ואיכא עוד הוכחות מתירין אותה. ואף דהב"י כתב שם שחלילה לסמוך ע"ז מ"מ חשש קברתיו קיל ממשאל"ס כמש"ל דאיכא דיעות דל"ב כלל קברתיו במלחמה וגם איכא דעת היש מקילין שהביא הרמ"א סוף סעיף נ' דבעכו"ם מסל"ת לא בעינן קברתיו ועכ"ז כיון שאפשר לשאול עוה"פ את העכו"ם ע"ז דהא ידעינן היכן הוא וודאי נכון לשאלו עוה"פ על ענין קבורתו ואחר שיאמר שראה קבורתו אף שהענין זה חמור מאד דליכא כאן רק עכו"ם כותב מל"ת ואיכא הני הרבה חששות שהבאתי מ"מ לגודל המצוה שחשו חז"ל לתק"ע ובפרט דכאן שהיא רכה בשנים הנני גם אנכי להצטרף עמך בשריותא דהאי איתתא באופן ובת"כ שתציע הדבר עוד לפני שני גדולי ישראל מפורסמים בתורה וביי"ש. ואם הם יסכימו עמנו גם אנא דרינא בהדייכו והשי"ת יצילנו מכל מכשול ותקלה ויראיני בתורתו נפלאות:

והנה לענין מש"ל דכיון דהי' בשעה שנשקט מעט המלחמה ולא הי' יראים אז מחצים ובלסטראות ל"ב וקברתיו כמ"ש התוס' שם (דקי"ד ע"ב). נזכרתי אח"כ שדעת הרשב"א בתשו' שזה רק באשתו שאין דרכה להפרד ממנו אם לא מחמת יראת מלחמה אבל באינש דעלמא חיישינן תמיד לבדדמי כמו שהביא בשמו בס' קהלת יעקב בסי' זה סל"ג ובתשו' בית אפרים בתקיע סי' ל"ו. ואמנם הב"א מביא שם תשו' הרא"ש שחולק ע"ז וכן מצאתי ג"כ להדיא בתוס' חד מקמאי שבש"ס ווילנא (דקט"ו ע"א) שס"ל כהרא"ש ופירש הא דהשיא ר"ג נשותיהם עפ"י ע"א וכן באני הרגתי את בעלה משום דלא הי' פחד מלחמה ועיין בבית מאיר סמ"ט שפירש כן גם דעת הרמ"א והמרדכי עיי"ש:

כ"ד חותנו הדוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כג, תק"ע.

שלום וכט"ס לכבוד ידידי הרב הגאון זקן וקנה חכמה יראתו קודמת לחכמתו כש"ת מו"ה **שלום** נ"י אבד"ק **נאראל** יצ"ו:

מכתבו עם שאלת העגונה זה איזו שבועות לנכון הגיעני, ומחמת טרדות שונות לא השבתי עד כה. ואתו הסליחה. והנה בעדותו של הר' דניאל פרידמאנן ראיתי תהויא כי קריתי ושניתי הגב"ע איזו פעמים ואין מוזכר שם כלל שראהו שמת. כי מה שאמר שנפלו איזו שום אין שטערן עכ"פ יוכל לחיות כל שלא נפלו להמוח. ומה שאומר שהסאניטאט האט ארויס גינעמין אללע זאכין אין האט אים אראפ געשלעפט ביי דיע פיס, זה יוכל להיות גם כשרוצה להביאו להשפיטאהל. ומה שאומר שראה בלילה את הקבר מי יודע איזו איש קברו שם וצריך לבוא רק לנאמנות הסאניטאט שכתב על קברו את שמו. ומזה

נדבר אח"כ אי"ה. ואולי יש איזה השמטה בגב"ע ובפה אולי יאמר שראה שמת. דאל"כ לא הי' פשיטא לי' לכת"ה דלעדות הר' דניאל אינו חסר רק מה שלא אמר קברתיו, וזה לא הי' איכפת לי כ"כ, דהרי ראה שהתעסקו בו דהוי כהזזה. ומה שמסתפק כת"ה אולי הזזה מהני רק כשהזיזו הוא בעצמו ולא כשהזיזו אותו אחרים בפניו. דבר זה מבואר להדיא בב"י בשם תשו' הריב"ש באמצע הדיבור המתחיל כתב הרמב"ם יצא ישראל ועכו"ם עמנו וכו' שכתב וז"ל וודאי קברתיו לאו דווקא אלא כל שנתעסק בטלטול וכו' או שהוא לא נתעסק אלא מעיד שנתעסקו בו אחרים בהא סגי עכ"ל עיי"ש. אבל כ"ז אם הי' מזכיר שם מיתה או הריגה דאז אין מדקדקין אחריו אבל כיון שלא הזכיר לשון זה אין כאן עדות כלל. ומה שבא מכתב מהקאנצעלייא שנפל. בזה כבר נפלנו ברבוותא. דהחת"ס מתיר עפ"י עדות הערכאות והגאון ר"ב מלייפניק בס' עט"ח. ובד"ח להגאון מצאנז ז"ל חולקים ואומרים דכיון דהם כותבים עפ"י מה ששמעו מהסאניטאט והם מכוונים להעיד עיי"ש בדבריהם. ומה שנכתב שם בהקארטול גם בכתב עברית באיזו יום יהי' היא"צ ושהבן יאמר קדיש, ואנשים אומרים שאחד מן הראשים של הקאנצעלייא הנ"ל הוא ישראל מכירם, וא"כ יש לכאורה עדות של ישראל בכתב דמהני. מ"מ ע"ז הכתב עברית לא הי' חתום שום שם, ועל כתיבה בלא חתימה אין סומכין כמ"ש הב"י בשם הר"י הובא בב"ש ס"ק כ"ח:

ואפשר לומר עפי"ד הטו"א בר"ה (דכ"א) שהקשה אמאי דאיתא שם דאם בא אחר ואמר קדשו ב"ד את החודש נאמן דהוי מדעל"ג. א"כ אמאי בעדות אשה אינו נאמן ע"א מה"ת לשיטת רוב הפוסקים. ותירץ משום דאיתחזיק איסורא דא"א לכך לא מהני האי חזקה דבמדעל"ג לא משקרי אינשי. וא"כ כאן כיון דעכ"פ הישראל ראה שנפלו החצים למצחו ונפל על הארץ באין נודד. וודאי דעכ"פ יצא מחזקת חי. וא"כ שוב מהני מה דהעכו"ם הסאניטאט העידו בקאנצעלייא שמת אף דלא הוי מסל"ת לדעת הד"ח והעט"ח הנ"ל, מ"מ במדעל"ג גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן כמבואר ביו"ד סי' פ"ו לענין סימני דגים עיי"ש. וגם לפימ"ש הריב"ש קנ"ה לחלק בין הא דקידשו ב"ד את החודש לעדות אשה, דשם הוי מדעל"ג תיכף, אבל בעדות אשה יוכל להיות דבעלה הרחיק נדוד למדה"י ולא יבוא לעולם עיי"ש. א"כ כאן דהעידו תיכף בקאנצעלייא באותו יום, וכפי עדות הישראל ר' דניאל הנ"ל עכ"פ הי' חולה מסוכן ולא הי' אפשר לברוח באותו יום א"כ בשעה שהעידו בקאנצעלייא הי' עדיין באותו מקום והוי מדעל"ג טובא שירא לשקר דילמא יראה אותו אחד מונח חולה באותו מקום, ושיקחו אותו שבוי להאויב ג"כ לא הי' אפשר אז. דכפי עדות ר' אברהם אבא שהלך למחרתו דרך קברו מבואר דעדיין הי'

באותו מקום מערכות החיל שלנו ולא הגיע האויב לשם. וא"א לברוח להאויב כי אם איש בריא ואלם. וגם זה בקושי גדול ודרך סכנה. מה שלא יוכל לעשות זאת איש חולה מסוכן כזה. וגם לפי"ד המהרי"ק והמ"ב שהביא הב"ש בס"ק מ"ט דהיכא דאיכא הוכחה שאומר אמת מהני אף שאינו מסל"ת. וכאן וודאי איכא הוכחה טובא דוודאי מחייב הסאניטאט ראשו למלך בשעת מלחמה אם יאמר דמת וקברתיו ואח"כ יהי' נמצא שחי. כמו בנ"ד דא"א לו לברוח כיון דהי' חולה מסוכן, וגם לא הי' מקום שיהי' נלקח שבוי אז. כיון דלא הגיע עדיין האויב לאותה מקום המערכה כמש"ל. ועיין בתשו' נטע שעשועים סוף תשו' פ' דמביא ג"כ דעת המהרי"ו ודעת המבי"ט והמרדכי דבאומדנות מוכיחות גם שאינו מסל"ת נאמן כדמשמע מפסקי מהרי"א סי' קל"ט ועיין בתשו' ד"ח ח"א תשו' כ"ד שהאריך הרבה בזה. וגם דעת המהר"ם מלובלין בתשו' ק"י וק"ל לפרש עובדא דפונדקית סוף יבמות דמה דבכתה זה לא הוי מסל"ת ממש רק קצת מסל"ת ומהני רק משום דהוציאה להם מקלו ותרמילו ואמרה זה קברו ופירש בזה ג"כ דברי המהרי"ק בהודאת הרוצח דמהני ג"כ בצירוף הוכחות דאח"כ עיי"ש. וא"כ ה"נ אף אם נאמר דבהאי סברא דלא יתחייב ראשו למלכות לא הוי כמסל"ת גמור מ"מ בנ"ד דהביאו להקאנצעלייא החפצים שלו המורה שעות וכיס של מעות. וגם קברו אותו וכתבו על הקבר את שמו הוי ממש כעובדא דש"ס הנ"ל דהראתה מקלו ותרמילו וקבר שלו דסגי גם היכא דאינו מסל"ת גמור. וגם י"ל עפי"מ שכתב בתשו' צ"צ החדש דכל היכא דהי' במקום סכנה כמו במלחמה ונאבד אח"כ זכרו דינו כמשאל"ס דאם ניסת ל"ת עפי"ד התשב"ץ ח"א סי' פ' דהיכא דהפליג בספינה ונאבד זכרו ואיכא אומדנא טובא דאלו הי' חי הי' ידיעה ממנו הוי כמו רובא למיתה דהוי כמשאל"ס עיי"ש וכמ"ש החמ"ח בס"ק ל"ג ובב"ש סק"נ עיי"ש. אלא דבתשו' אחת הארכתי בזה דא"א לומר כן דכל שלא נולד ריעותא בגוף אותו אדם שיהי' עליו איזו עדות או איזו ריעותא. אחזוקי ריעותא לא מחזקינן. כמו שהביא התב"ש בסי' כ"ט בשם הרשב"א חולין מ"ג דאף לחומרא לא מחזקינן ריעותא אלא היכא דהוחל בו מעשה הטורף ואנו מסופקין רק על גמר המעשה. אבל כל שלא נולד ריעותא בגופו ולא איתרע חזקה דמעיקרא חזקה זו היא אלימתא שבכל החזקות ועדיפא מרובא ומוציאין גם ממון על פיו כמ"ש הפנ"י בפ' המדיר. והאריך בזה בש"ש ש"ב פ"ד עיי"ש. וא"כ ה"נ לא מהני גם מה שנאבד זכרו וכדומה אף דהוי רוב וכמה צדדין שמת, אך בנ"ד שעכ"פ העיד העד ישראל שהוכה בכדורים אל מצחו ונפל לארץ, דעכ"פ הוחל בו מעשה הטורף. אלא דהספק הוא על גמרי המיתה. דאז גם באיסור חיישינן ולא אוקמינן אחזקה

קמייתא כמ"ש התב"ש בשם הרשב"א הנ"ל, בכה"ג וודאי י"ל דמהני מה דאיכא אומדנא ורובא למיתה דהוי רק כמשאל"ס דרק מדרבנן חיישינן ואם ניסת ל"ת:

ועיין בתשו' בית אפרים בתק"ע תשו' י"ט ד"ה אבל וכו' שכתב ג"כ דהיכא דהוכה מכת מות אף שלא ראוהו שמת ואין מעידין עליו שמת מ"מ איתרע לי' חזקת תי וגרע מכבשוה כרקום עיי"ש. ואף לדעת הריב"ש בסי' שע"ט דאף דהני דברים דרובן למיתה אסורה משום דאיכא תרי חזקות נגד הרוב. חזקת חי וחזקת א"א, מ"מ י"ל דבנ"ד מודה. דהא הנוב"י מהדו"ק בתק"ע סי' מ"ד חולק על הריב"ש ותמה ע"ז דהא חדא חזקה תלוי' בחברתה. ונלע"ד דטעמו דהריב"ש הוא משום דחזקת חי דידי' מהני לענין ממון. לענין שאין יורשיו יורדין לנחלה מספק. וחזקת א"א דידה מהני לדידה לאיסורא. ולכך מקרי שני חזקות דכל אחת עושה פעולה מיוחדת. וא"כ כאן בעדות ערכאות דלענין ממון לכ"ע מהני משום תקנת חכמים או דד"מ כמ"ש בעט"ח תשו' ח'. וא"כ כבר חזקת חי דידי' לא מהני מידי לענין ממון. דכבר יורדין האחין לנחלה עפ"י עדות הערכאות. דגם אותם הסאניטאט שמעידים לפני שרי הקאנצעלייא כיון דממונים לכך דין ערכאות יש להם כמ"ש בתשו' שו"מ מהדו"ק ח"א תשו' קפ"ח. וא"כ שוב לא הוי רק כחד חזקה ומהני רובא להוציאה מאיסור דאורייתא ובפרט שבלא"ה חולק הנוב"י שם על הריב"ש. וא"כ שפיר י"ל דבכה"ג דנ"ד קמו דברי הצ"צ החדש והתשב"ץ הנ"ל דדמי למשאל"ס. ובמשאל"ס דעת המבי"ט בקו"ע אות רכ"ט דנאמן אף אינו מסל"ת. וא"כ וודאי דיש לסמוך בכה"ג על החת"ס והשו"מ והרבה אחרונים דמהימני ערכאות בעדות אשה. ועיין בתשו' בית אפרים תשו' ל"א הנ"ל ד"ה דאתיין דכתב ג"כ הסברא דהמשמשים שם נאמנים. משום דיראים שלא יתחייבו ראשן למלכות. אלא דכתב דיש לחוש אדרבא דילמא האי גברא עריק ואזיל לעלמא. וירא מפני המלכות אשר לא שמרו יפה ולכך הוא אומר שמת. וזה החשש אין שייך בנ"ד כמש"ל דהא עכ"פ הי' חולה מסוכן גם לפי עדות הישראל ולא הי' יכול לברוח. וא"כ וודאי דהסאניטאט קושטא קאמר דמת. ואף דבהקארטיל של הקאנצעלייא לא נזכר מהקבורה. מ"מ ע"ז הא איכא עדות הישראל שראה את קברו שהי' כתוב עליו משה טהלבוים. ואף דלא הוזכר שם עירו על הקבר מ"מ כבר הארכתי בזה בכמה תשובות דהיכא דידעינן דבעלה של אשה זאת הי' וודאי באותו מקום ל"ח לאחר וסגי בשמו ושם אביו לבד. כמ"ש הח"מ בס"ק י"ח לפרש כן דברי התשו' הרא"ש. ואף בשיירות מצויות האריך בתשו' פני יהושע סי' נ"ד דל"ח לאחר משום דכנכ"ה עיי"ש. ובפרט לענין קברתיו דהוי רק חששא דרבנן. דבגוף העדות של

הקאנצעלייא הוי כשם עירו ג"כ כיון דכתבו כן לביתו הוי כאומר לכשתלך למקום פלוני דסעיף י"ח דהוי כשם עירו עיי"ש:

ונלע"ד דאף לדעת האחרונים דס"ל דמש"ה לא מהני ערכאות אף דלא מרעי נפשייהו מ"מ בדבר דצריך עדות א"א לקבל עדות עכו"ם משום אל תשת רשע עד. וכתבו דזה ג"כ טעם החולקין על המהרי"ק הנ"ל והמ"ב שבב"ש סקמ"ט הנ"ל. עיין בתשו' זכרון כהונה ובחת"ס תשו' מ"ג. מ"מ איכא לאצטרופי דעת מהרי"ק דס"ל דדשב"ע לא הוי רק היכא דאיתחזיק איסורא. אבל היכא דלא איתחזיק איסורא הוי ככל האיסורים דלא בעינן עדות. וכיון דכבר איתרע חזקתו חזקת חי עפ"י העדות הישראל שראה שנפלו כדורים על מצחו ונפל לארץ. י"ל דלכ"ע ערכאות נאמנים משום דל"ב עדות כלל רק הוכחה כמו בכל האיסורים.

והנה במה שהבאתי לעיל דברי התשו' פנ"י דאם ידוע שהבעל הלך באותו הדרך סגי בשמו ושם אביו לבד והבאתי כמה תשובות מגדולי הספרדים דס"ל כוותי'. עתה ראיתי בתשו' הר"ן שהביא הב"י במעשה דמונפלייר שכתב וז"ל עוד אמרתי אגלה אזנכם שאף אם הי' כאן עכו"ם מסל"ת בכל דיניו שאומר איש פלוני ששמו כך וכך שהי' דר במקום פלוני מת שם אין מתירין את אשתו עד שנדע שבעלה של זו הי' דר באותו מקום דאלה כיון ששיירות מצויות חיישינן דילמא איכא גברא אחרינא דשמי' הכי. והא דאמרינן בפ' הא"ש דלתרי יצחק ר"ג ל"ח התם משום דהוחזק חד יצחק ר"ג דדר שם אמרינן כנכ"ה עכ"ל הר"ן ז"ל. והנה שם בתחילת התשובה מפורש להדיא שידוע שהלך בעלה של זו זה כמה שנים למונפלייר והמיר שם. וגם מדבריו שבכאן מוכח כן. דאל"כ מאי נ"מ אם שיירות מצויות או לאו. כמו שאפשר שבעלה של זו הלך שם כמו כן אפשר שאיש אחר ששמו כך הלך שם. אלא וודאי ברור כשמש דזאת הי' נודע שבעלה הלך שם זה כמה שנים אך לא נודע אם הי' דר שם עכשיו. וס"ל להר"ן כפירושן של האחרונים הש"ש והישויע"ק והקהלת יעקב. בס' כנכ"ה דאמרינן דזה האיש שהלך עתה מקורטבא זה האיש שהי' דר כבר בקורטבא מכמה ימים. ולא זה שעתה מקרוב בא והלך דרך קורטבא עיין בדבריהם. ולא כס' התשו' פנ"י דמפרש דאם הי' נודע שזה האיש הלך לשם אמרינן דוודאי זהו האיש שנמצא עכשיו. וז"ב מאד דהר"ן לא ס"ל כס' התשו' פנ"י:

כ"ד הדושת"ה באה"ר דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאפאל.

סימן כד תק"ע.

שלום אשיב לכבוד נד"ז הרב הגדול החריף ובקי משנתו זך ונקי שושילתא דיחוסא וכו' כש"ת מו"ה **יוסף חיים הכהן** נ"י **ראפאפורט** ולמשנהו כבוד ב"ד הרב הה"ג וכו' מו"ה שלמה נ"י ד' עליהם יחי':

ע"ד העגונה מ' חנה בת מו"ה חיים מדעניסק אשר הוגבה עדות על הריגת בעלה בבד"צ דק"ק הובניב וק"ק ראווא נלע"ד להסכים בשריותא דהאי איתתא עפ"י אשר יבואר. הנה היתרי האשה יסובבו על שלשה פרטים. האחד על אשר הכירו אותו העדים בט"ע דגופו בקומתו ובעוביו ובשערות ראשו אף שאין פ"פ וחוטמו קיים עפ"י שיטת הר"ת ז"ל. והשני על אשר העיד האיש חיל מאונגארן הישראלי שראה אותו ביום ש"ק שהוליכו אותו דרך כפר קארליפקע ואח"כ נמצא ההרוג ביער סמוך לכפר הזה. עפ"י שיטת המבי"ט והשב יעקב ומהרי"א דתלינן דזה שהלך שם הוא שנהרג. והשלישי הכי נכבד על שהכירו כל מלבושיו אחת לאחת. עפ"י ס' המהרי"ט דבכל כליו לא חיישינן לשאלה ובפרט דאיכא ביניהם הרבה כלים דלא מושלי:

וזה יצא ראשונה. מבואר במתניתין יבמות (ק"כ ע"א) אין מעידין אא"כ פרצוף פנים וחוטם קיים וכתבו שם התוס' בשם ר"ת דזהו רק בליכא אלא פ"פ לחוד אבל בכל גופו קיים ומכירין בט"ע מעידין אף בליכא פ"פ וחוטם ואף לאחר כמה ימים. והנה הראשונים חלקו עליו והרבו להקשות עליו וכבר רבו בספרי ראשונים ואחרונים פירושים לדבריו. ואולם ביותר כיוון האמת בדברי ר"ת החת"ס בתשו' ח' אה"ע סי' נ"א ונ"ג ונ"ד. וכדבריו מוכח בהדיא באור זרוע סי' תרצ"ב שהביא תשו' ר"ת בארוכה דמתניתין איירי רק באומר שמכיר שזה הפרצוף פנים דומה לפרצופו של פלוני ועושה זה לסימן שזה פלוני. וכל כי האי לאו מכח ט"ע קאתי עלה אלא מכח סימן ובעינן שיהי' פ"פ עם החוטם קיים שזה סימן מובהק ביותר. דלא איתרמי שיהי' הפרצופים שווים. אבל באומר ידענא בי' דפלניא הוא מותרת בכל ענין מכח ט"ע עיי"ש בדבריו הנעימים. ומצאתי תלי"ת חבר לדבריו בדברי רבינו חננאל בפירושו לב"מ הנדפס בש"ס ווילנא, שפירש כן המשנה שכתב שם (בדכ"ז ע"ב) ד"ה ת"ש ואל כלומר אם נותנים העדים סימן פרצופו ואומרים מי שפרצופו כך וכך ראינו שמת מתירים את אשתו עכ"ל משמע להדיא דמתניתין לא איירי בט"ע. ומה שקשה ע"ז מש"ס בכורות (מ"ו ע"ב) דמביא הש"ס ראי' מזה לענין בכור דאם לא יצא פ"פ וחוטמו לאו בר הכרה הוא. אף שאביו מכירו ורואה אותו בעצמו. וא"צ לעשות אותו סימן לאחר לתארו שלא בפניו. כבר השיב ע"ז החת"ס לדודי הגאון מהר"ז מרגליות ז"ל שם בתשו' נ"ד דגם לפירוש ר"ת איירי מתניתין במכיר היטב את

הפרצוף שראה אותו בחייו. ומכיר את הפרצוף בט"ע שזה הוא הפרצוף שראה בחייו אפ"ה אינו נחשב אלא כסימן לכל הגוף. כאדם שיש לו ט"ע גמור בשומא ידוע. ומוצא השומא הזאת בגופו של אדם. ומזה ישפוט שזה הוא פלוני בעל השומא דלא נקרא ט"ע אלא סימן עי"ש בדבריו:

ונראה מזה דהחת"ס לא ס"ל כהנוב"י מהדו"ק בתק"ע סי' נ"א. דאם מכיר הסימן בט"ע. הוי כט"ע בכל הגוף. ומותר מכח ט"ע לאו מתורת סימן עיי"ש. ובאמת דברי החת"ס צריך להבין. והסברא מוכחת לכאורה כהנוב"י. דכיון דמכיר בט"ע שזה היא השומא שראה בגופו של פלוני הרי בע"כ מוכח דזה הוא פלוני. דהאיך אפשר לחלק ולומר דהשומא הוא של פלוני ושאר הגוף לא.

ונ"ל להסביר דברי החת"ס אליבא דר"ת ז"ל. דהנה מצינו עדות המתקיימת בראי' ועדות המתקיימת בידיעה בלא ראי'. ובד"נ איכא מאן דס"ל דל"מ ידיעה בלא ראי'. עיין ב"ש סי' מ"ב לענין קדושין. ועיין בב"מ שם ובהגהות אמרי ברוך על הב"מ. דעכ"פ בעינן ידיעה ברורה לגמרי. וא"כ י"ל דבהא שניא ידיעה מראי' דבראי' סומכין כ"פ על רוב ומצוי אף בד"נ כמבואר בסנהדרין אבל בידיעה בלא ראי' י"ל דבעינן ידיעה מעלייתא דלית בה ספיקא כלל. דידיעת ספק לא שמה ידיעה. ורוב הוי ג"כ רק ספק כידוע מדברי השטמ"ק ב"מ. וא"כ שפיר נכונים דברי החת"ס. דהיכא דמכיר בט"ע הכולל כל הגוף ואומר ידענא בי' דפלניא הוא. שע"ז אנו דנין אם הוא פלוני או לאו. הוי עדות בראי'. ולא חיישינן לצד רחוק ואינו מצוי. אבל במכיר את השומא בט"ע. דבשומא עצמה אין לנו נפקותא כלום. רק דמזה אנו רוצין לשפוט שזה פלוני שראו השומא הזאת בגופו. א"כ מה שאנו מכריחין שזה פלוני הוא רק מכח ידיעה בלא ראי'. משום שא"א לומר שהשומא של פלוני ושאר הגוף לא כנ"ל ובעדות המתקיימת בידיעה בעינן שלא יהי' בה שום ספיקא כלל אף ע"צ המיעוט. וכאן דלמ"ד סימנים לאו דאורייתא חיישינן דילמא איתרמי סימן כזה באיש אחר א"כ לא הוי ידיעה גמורה דלית בה ספיקא. ולכך אין מעידין רק אם פ"פ וחוטם קיים דהוי סימן מובהק ביותר דלא איתרמי כלל שיהי' הפרצופים שווים. דזה הוי ידיעה מעליותא:

וא"כ מעתה הרי לנו סניף גדול להיתר עפ"י שיטת הר"ת הנ"ל אלא דנ"ל דאף להחולקים על ר"ת יש למצוא היתר בנ"ד. דלכאורה צריך להבין סברתם כיון דט"ע הוא דבר שהכל מודים ועדיף מסימנים. דהא קטלינן עלה גברא משא"כ בסימן. כמ"ש בחולין (צ"ו). א"כ למה לנו לתת גבול ולהצריך שיהי' הפ"פ וחוטם קיים. הרי כיון דהתורה האמינה להעדים. א"כ כל היכא דהעדים יאמרו שמכירים בט"ע. וודאי אמת אומרים שזה באמת

סברתו של הר"ת. וטעמא בעי על סברת החולקים עליו. אך צ"ל עפ"י דברי הרשב"א בחי' לחולין (דצ"ו) שכתב וז"ל ומיהו נראה שהבא להתיר בט"ע צריך לדקדק יפה שפעמים שהעין משקרת וסבור שמכיר ואינו מכיר וכו' וכ"ש בחתיכת בשר ופקיע תכלת שאין טב"ע יפה בהן כמו בכלי עכת"ד. וא"כ לכאורה הי' מקום לומר דמה דקאמרי מתניתין אין מעידין אלא על פ"פ וחוטם. הוי רק מדרבנן דחשו חכמים משום חומר א"א דילמא לא דייקי יפה. לכך בעינן שיהי' פ"פ עם החוטם. דהוי דבר מסוים יותר כמו כלי. וכמשמעות דברי הרמב"ם בפ"ב מה' נחלות דכל דיני דמתניתין הוא רק מדרבנן. אלא דמכל הפוסקים משמע שהוא מדאורייתא והיינו משום דשיערו חכמים דבפ"פ בלא חוטם א"א להיות ט"ע יפה. ואולם עכ"פ י"ל דלא גרע מסימן אמצעי. דכמו דבסימנים מצינו סימן מובהק ביותר דמהני גם מדאורייתא ואיכא סימן אמצעי דלא הוי רק מדרבנן. ה"נ י"ל דט"ע בגוף בלא פ"פ וחוטם. נהי דלא הוי ט"ע יפה כנ"ל מ"מ טב"ע אמצעי הוי ודינו כמו סימן אמצעי. וא"כ הא כבר ידוע דברי הח"צ בתשו' קל"ד דסימן אמצעי דומה ליב"ש. דהתיר הרא"ש בתשו' בעובדא דמכלוף בן מלול היכא דידעינן דהלך בדרך הזה ונמצא ביער במקום שאין שיירות מצויות, עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד דמעידין דראו אותו מקודם שהוליכו אותו דרך כפר קארליפקע ונמצא אח"כ סמוך לשם ביער כעובדא דהרא"ש הנ"ל. שפיר י"ל דלכ"ע מותר. דגם להחולקים על ר"ת י"ל דעכ"פ מודים דט"ע אמצעי הוי ולא גרע מסימן אמצעי. ואף דהח"צ הנ"ל איירי דידעינן דהלך ביער. וכאן לא ידעינן רק שהי' בדרך על הכפר ששם אולי שיירות מצויות ונמצא אח"כ ביער במקום שאין שיירות מצויות מ"מ הא מייתי ראי' מהרא"ש והרא"ש מיירי ג"כ בכה"ג. דהא הרא"ש כתב רק דמסתמא אין דרך ההורגים להרוג על הדרך ובוודאי איירי דנמצא מהצד. ורק דזאת ידעינן דהלך לפאס כמ"ש הח"מ ונמצא סמוך שם. דהוי ממש כנ"ד דזאת ידעינן דהלך בדרך הסמוך שם ונמצא אח"כ ביער. ובפרט דבש"ש כתב על הח"צ דבסימן אמצעי לא בעינן כלל דידעינן דהלך דרך שם. אף דבאמת אין נ"ל כן דהח"צ י"ל דאזיל בשיטת הח"מ בסעיף י"ח ס"ק ל"ח דגם להרא"ש בעינן הוכחה דידעינן דהלך דרך שם. אבל מ"מ הא הוא גופא כתב שם מקודם בשם הפסקי מהרי"א דמפרש דברי הרא"ש בפשיטות דכל שלא הוחזקו שנים שנתכסו מהעין מתירין ביב"ש לחוד ולא בעינן דידוע דהלך דרך שם. וא"כ י"ל דאף להח"מ דחולק מ"מ היינו ביב"ש דשכיחי טובא כמ"ש שם וכן בסימן אמצעי דקיי"ל סי' דרבנן דשכיח דמתרמי. אבל בט"ע בגוף כנ"ל דלהר"ת שרי לגמרי י"ל דגם הח"מ מודה במקום דל"ש שיירות כמו בנמצא ביער ולא הוחזקו שנים שם שנתכסו מהעין דלא חיישינן עוד:

ועתה נבוא להיתר השני עפ"י שיטת המבי"ט והשב יעקב אה"ע סי' י"א דבידוע דהלך דרך שם מתירין אף בלא שום סימן כלל. והנה בשב יעקב מייתי ראי' מפלוגתא דרשב"ג ורבנן דאמרינן זהו שנאבד זהו שנמצא. ובאמת לענ"ד אין ענין כלל לשם. דידוע ס' הר"י בר ברוך בתוס' כתובות (כ"ו ע"ב) דכל דבר שיצא בהיתר כבר אית לי' חזקת היתר. וא"כ בשדה שנאבד בה קבר. כיון דקודם שנאבד הקבר הי' מחזקינן השדה בחזקת היתר ולא הי' צריך בדיקה כלל אף דדרך לקבור שם כמ"ש בבכורות (כ"ו ע"ב). וא"כ בנמצא אח"כ קבר בע"כ אמרינן דזהו שאבד. דאין אתה יכול לומר דאחר הוא דהרי כבר החזקת השדה בחזקת היתר דאין שם קבר איך אתה יכול שוב לומר דזה שנמצא עתם כבר הי' מקודם. ובע"כ אמרינן דזהו אותו שנאבד. וכן לענין בדיקת חמץ דהבית כבר הי' בחזקת בדוק ושאין שם ככר כלל. בע"כ צ"ל דהככר שנמצא עתה הוא הוא שנאבד אח"כ. אבל כאן דאין דנין על המקום כלל. ולא הי' לנו ענין להחזיק המקום מקודם בחזקת שאין שם הרוג. א"כ עתה שהלך שם אדם ואח"כ נמצא הרוג מי מכריח אותנו לאמר דזהו אותו שהלך שם מקודם. דילמא הוא אזיל לעלמא וההרוג אחר הוא וז"ב מאד:

ואמנם העיקר בס' המבי"ט י"ל כמ"ש הש"ש דהוא כס' השואל שבתשו' מהרי"ו. דכיון דהוא וודאי אזיל באותו דרך ומאיש אחר לא ידעינן דהלך שם ונתכסה מהעין אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי. ואף שבתשו' מהרי"ו שם הקשה על ס' השואל. מיבמות (קט"ז) מהא דחייש רבא דילמא אזיל בגמלא פרחא. ולא אמרינן אין ספק מוציא וכו'. לענ"ד נ"ל לישב דברי השואל. דהנה ס' השואל מוזכרת ג"כ בתוס' גיטין (כ"ז ע"א) שהקשו ללישנא דרבה דבעינן תר"ל והוחזקו שני יב"ש ול"ש שיירות שרינן. דמ"מ מנא ידעינן מאיזו נפל כיון דאיכא שנים. ותירצו כגון דידעינן דמאותו יב"ש וודאי נאבד גט שוב לא חיישינן שמא גם מהאחר נאבד. והוא ג"כ מטעם אין ספק מוציא וכו'. והנה שם בעובדא דרבא דגמלא פרחא כתב במלחמות שם דאירי דאין שיירות מצויות דאל"כ היאך אמר אביי דלא חיישינן הא בשיירות מצויות סובר אביי דחיישינן גם בלא הוחזקו עיי"ש בתוס' (דקט"ו ע"ב). וא"כ ס"ל לרבא דבהוחזקו שני יב"ש אף באין שיירות מצויות חיישינן כמ"ש המהרש"א שם ועיין בישרש יעקב שם שהאריך בזה. וזה דלא כלישנא דרבה בגיטין דבעינן תרתי לריעותא. וא"כ לא ס"ל כס' התוס' הנ"ל. כיון דידעינן דמזה נאבד ל"ח לאחר. ולא ס"ל הס' דאין ספק מוציא וכו'. אבל אנן דקיי"ל לשיטת הרי"ף דבעגונה בעינן תר"ל כלישנא דרבה שם דבהוחזקו לחוד ל"ח. ובע"כ משום דאין ספק מוציא וכו'. א"כ שפיר כתב השואל להתיר היכ' דידעינן דזה הלך שם משום דאין ספק מוציא וכו'. וגם אף להמפרשים דברי רבא דאירי בשיירות מצויות וודאי דלק"מ דהא

חזינן שם בגיטין דהיכא דאיכא תרתי לריעותא הוחזקו ושיירות מצויות לכ"ע חיישינן. אף דידעינן דמזה נאבד ול"א אין ספק מוציא וכו'. ובע"כ דל"ש הס' הזאת רק בספק השקול. כמו בהוחזקו שנים ואין שיירות מצויות. אבל היכא דהוחזקו שנים וגם שיירות מצויות. דגם מאותם השיירות יוכל להיות דיש יב"ש הוי רוב נגד יב"ש האחד שבכאן. ואף דאין ספק השקול מוציא מידי וודאי. אבל רוב מוציא מידי וודאי. א"כ ה"נ בעובדא דרבא דהוחזקו שני ענן וגם שיירות מצויות דהוי רובא. שוב ל"א אין ספק מוציא וכו'. והא דשרינן בשיירות מצויות לחוד. אף דדילמא איכא שני יב"ש מעלמא דהם הרוב נגד יב"ש האחד שבכאן. ז"א דעל יותר מאחד ל"ח מטעם ספק ספיקא דדילמא אין כאן אף יב"ש אחד באותם השיירות ואף אם יש דילמא אין שם רק אחד. והוי רק פלגא ופלגא נגד האחד שבכאן ושוב אמרינן אין ספק וכו'.

ואמנם באמת דברי המבי"ט תמוהים מאד אף לס' השואל שבמהרי"ו הנ"ל. דכיון דס' זו דאין ספק מוציא וכו' נלקחת מדברי התוס' הנ"ל גבי גט ושם גופא קיי"ל דבהוחזקו וגם שכיח שיירות ל"א ס' זו כמש"ל דרוב וודאי מוציא מידי וודאי וא"כ בעובדא דמבי"ט דאין בו סימן לא בשמו ולא בגופו ולא בכליו ושיירות מצויות שם. מה בכך דבעל האשה הלך בדרך הזה הא גם הרבה אנשים הלכו שם ומנא ידעינן דהוא הוא דילמא אחר הוא דהם הרוב נגדו. ואף דידעינן דזה נאבד מ"מ בכה"ג הוי כהוחזקו וגם שיירות מצויות דל"מ ס' זו. כנ"ל:

ואמנם בנ"ד דט"ע שבגופו חשוב כמו סימן אמצעי כנ"ל והוי כיוסף בן שמעון. וא"כ אף אם הי' שיירות מצויות מ"מ הוי כלא הוחזקו שני יב"ש ושיירות מצויות דמותר לדעת הרי"ף והרא"ש כנ"ל ומכ"ש כאן דנמצא במקום שאין שיירות מצויות ובפרט כיון דראו אותו שהלך בדרך הזה נלע"ד להתיר אף אם היו שיירות מצויות אף לדיעה הראשונה שבטור דבעינן תרתי לטיבותא דהא התוס' בב"מ (י"ח ע"ב) ד"ה נפק הקשו לאביי דס"ל ביבמות (דקט"ו ע"ב) דחיישינן לתרי יצחק אף בלא הוחזק א"כ אמאי בלי מעשה ב"ד יחזיר הא בב"ד הוי כשיירות מצויות ותירצו בתירוצם השני דכאן כיון דאותו יב"ש ידעינן שנאבד ממנו גט והוא שואל את הגט ואחר אין אנו מכירין ואין אנו יודעין שנאבד ממנו ל"ח לאחר אבל בתרי יצחק דאין אנו יודעין אם אותו יצחק או אחר מעיר אחרת ס"ל לאביי דחוששין לדבריהם עכת"ד והוא כס' התוס' בגיטין (כ"ז) הנ"ל משום דאין ספק מוציא וכו':

והנה התוס' תפסו במושלם דבעגונה ל"ש הס' הזאת אף דלכאורה אינו מובן דהא כמו בגט שהשליח מחפש אחר הגט וידעינן שנאבד ממנו גט. ומאיש אתר לא ידעינן שנאבד

אמרינן אין ספק מוציא וכו'. כמו כן בעגונה שהאשה מחפשת אחר בעלה וידעינן שנאבד ונתכסה מהעין ומאיש אחר לא שמענו כלל שנאבד איש ששמו יב"ש. אמאי לא אמרינן אין ספק מוציא וכו'. בע"כ צ"ל דהתוס' ס"ל לחלק דדווקא גבי גט דאנו מסופקין בגט שנמצא אם הוא של יב"ש זה שלפנינו. וידענו דהוא וודאי כתב גט רק שנאבד. אמרינן דהוא וודאי שהי' לו גט ואחר לא ידעינן אין ספק מוציא וכו'. אבל באדם שנאבד דאנו דנין אם הוא חי או מת. א"כ ממה שנאבד אין זה וודאי שמת. ואבידה אין זה ראי' על המיתה. דאדם בכל מקום שהוא הוא ברשותו ובחזקת חי. ואינו דומה לחפץ שנאבד שיוצא מרשות בעליו. וכן מוכח מהאחרונים הש"ש והישרש יעקב שתפסו בפשיטות בדברי התוס' דס' זאת שייך רק בגט ולא בתרי יצחק דיבמות. והנה בגיטין שם בפלוגתא דרבה וחד לישנא דר"ז כתב הרשב"א דקיי"ל כרבה דעבד מעשה וגם דלישנא קמא דר"ז ס"ל כוותי'. ואף הרי"ף דפסק שם כל"ב דר"ז כבר כתב הרא"ש דהוא רק משום דאפשר בגט אחר. והנה הטור כאן בסי' י"ז דמביא הדין היוצא מעובדא דיצחק ריש גלותא מביא ע"ז וי"א דדווקא בלא הוחזקו שנים ואין שיירות מצויות. ובאמת התוס' שם ביבמות הכריחו דהסוגיא איירי דווקא בשיירות מצויות וכ"כ הרשב"א והריטב"א שם. והי"א שכתב הטור הוא בע"כ כפי דברי התוס' ב"מ (י"ח ע"ב) הנ"ל דעפ"י דבריהם יתפרשו דברי אביי אף באין שיירות מצויות וגם לא הוחזקו. ואף דבגט כ"ע מודו דבתרתי לטיבותא אין חוששין. שאני שם משום דידעינן דוודאי נאבד מזה כנ"ל וכ"כ הישרש יעקב שם במקומו. עיי"ש. אבל בעובדא דיצחק אין כאן אין ספק מוציא כנ"ל. אבל בגט י"ל דגם הי"א אלו מודו להרשב"א בגיטין דהלכה כרבה ולישנא קמא דר"ז. כיון דשייך שם אין ספק מוציא כנ"ל. וא"כ בנ"ד דבעל האשה הזאת וודאי הלך בדרך הזה. ואיש אחר שיש לו סימן כזה דהיינו ט"ע בגוף שהוא כסימן אמצעי כנ"ל וגם סימן במלבושיו לא ידענו שהלך בדרך הזה. דשייך אין ספק מוציא כס' מהרי"ו הנ"ל י"ל דגם הי"א אלו מודים דגם בשיירות מצויות אין חוששין ואף להרי"ף דבגט חוששין גם כה"ג היינו משום דאפשר לכתוב גט אחר כמ"ש הרא"ש הנ"ל:

ובדרך הזה נוכל להבין בניקל דברי הטור בשם הרי"ף דבעינן תר"ל. והוחזקו לבד ואין שיירות מצויות אין דתמהו מאד הדרו"פ והב"ח וח"מ כיון דהוחזקו שני יב"ש האיך יכולין להתיר מנ"ל דהוא בעלה של האשה הזאת דילמא אחר הוא כיון דהוחזקו שני יב"ש. אבל לפי הנ"ל לק"מ די"ל דהטור ס"ל כסברתי הנ"ל דגם בעגונה שייך לומר אין ס' מוציא וכו'. כיון דידעינן דבעל האשה הזאת ששמו יב"ש ידעינן שנאבד ונתכסה מהעין. ויב"ש האחר אין אנו יודעין שנאבד ונתכסה מהעין הוי כמו בגט. דאף בהוחזקו שני

יב"ש מותר משום דאין ס' מוציא. ולא ס"ל כהתוס' לחלק בין גט למיתה כנ"ל. ומצאתי אח"כ להב"מ שמפלפל בזה שכתב בסי"ח וז"ל מ"מ י"ל דהעדר מציאת זה האיש בעולם הוי דומיא דנפילה ושפיר אמרינן אחר דידוע שזה הי' באספמיא וזכרו נאבד מאספמיא אין לחוש שגם האחר נאבד זכרו משם עכת"ד עיי"ש:

ונרוויח בזה לישב קושית הנוב"י מהדו"ק סי' נ"א בתק"ע על הא דחולין (צ"ו) תדע דאלו אתי סהדי ואמרי האי דאית בי' האי סימנא קטל גברא לא קטלינן לי' וכו' אמאי באמת לא קטלינן לי' למ"ד סימנים דאורייתא ומתירין איסור א"א ע"י סימן. ולפי הנ"ל ניחא דבאמת י"ל דגם למ"ד סימנים דאורייתא וודאי מודה די"ל דאיתרמי כהאי סימנא בגברא אחריני רק דבאבידה וכן בעגונה ובגט דבכולהו ידעינן דאיש הזה אבד ומאחר לא ידעינן דנאבד א"כ בשלמא אם אין סימן כלל א"כ איכא רובא דעלמא נגד האיש הזה ל"א אין ספק מוציא וכו'. אבל בסימן אף דאפשר דמיתרמי עוד אחד בכהאי סימנא מ"מ רובא לא הוי כמש"ל ולא גרע מהוחזקו שני יב"ש דאמרינן אין ספק מוציא כנ"ל. אבל בסהדי דאמרי דהאי דאית בי' סימנא קטל גברא. כיון דאפשר דיש עוד אחד בכהאי סימנא ואין לנו הוכחה על אחד יותר מחבירו. שפיר אמרינן דלא קטלינן לי'. דאף למ"ד סימנים דאורייתא מודה דאפשר דיש עוד אחד שיש בו הסימן הזה:

ויתישב בזה לנכון קושית התוס' ביבמות (דף ק"כ) הנ"ל על מתניתין דאין מעידין אף שיש סימנים בגופו ובכליו פריך הש"ס למימרא דסימנים ל"ד והתניא מצאו קשור בכיס ובארנקי ומכירו אף לזמן מרובה כשר ומשני שם אבייי ורבא תירוצים ואח"כ קאמר הש"ס וא"ד אמר רבא לכ"ע סימנים דרבנן והקשו שם בתוס' ד"ה אמר רבא דא"כ ברייתא דמצאו קשור בכיס וארנקי כמאן מתוקמא כיון דלכ"ע סימנים דרבנן עיי"ש ולפי הנ"ל יש לישב שפיר דלכאורה קשה לפימש"ל דסימנים אף למ"ד דרבנן מ"מ הוי כשמו ושם אביו כמ"ש הח"צ ולס' התוס' ב"מ (די"ח) הנ"ל דרק בגט כיון דידעינן דמזה נאבד אמרינן אין ספק וכו' אבל במיתה ל"ש זאת כמש"ל. וא"כ מאי מקשה הש"ס מגט דבגט אף דבלא סימן פסול היינו משום דאיירי אליבא דרבה בהוחזקו וגם שכיח שיירות דהוי רובא לאיסורא א"כ אף דידעינן דמזה נאבד לא אמרינן אין ספק וכו' אבל ביש עוד סימן בכיס או בארנקי אף למ"ד סימנים לאו דאורייתא מ"מ שוב וודאי לא הוי רובא כנגדו ולכך כשר משום דאין ספק וכו' כנ"ל אבל במתניתין דאין מעידין דלגבי מת ל"ש הס' דזה וודאי נאבד אליבא דהתוס' ב"מ הנ"ל לכך אין מעידין. אך צ"ל דסתמא דהש"ס מקשה כאן אליבא דכ"ע דהיינו אף ללישנא בתרא דר"ז דבעינן תרתי לטיבותא ובהוחזק לבד או שיירות לבד ג"כ פסול ובע"כ דלא ס"ל הס' דאין ס' מוציא וכו' א"כ שפיר פריך הש"ס

דא"כ גם בסימן יהי' פסול למ"ד סימנים ל"ד אבל רבא י"ל דאזיל לשיטתו ביבמות הנ"ל דס"ל דאין חוששין משום יב"ש וס"ל כל"ק דר"ז וכרבה כמ"ש הראשונים. וס"ל שפיר הס' דאין ספק מוציא וכו' וא"כ אף דס"ל סימנים דרבנן ל"ק מברייתא דמצאו קשור דכיון דאיכא סימן אף דהוחזקו תרי יב"ש ושיירות מצויות מ"מ לא הוחזק עוד בסימן אחר כה"ג שיהי' הרוב כנגדו ושוב אמרינן אין ספק וכו'. כנ"ל נכון בישוב קושית התוס':

אלא דקשה ע"ז הא בעובדא דענן בר חייא כתב המלחמות דאיירי דאין שיירות מצויות ואפ"ה חש לה רבא משום דהוחזקו שנים וס"ל לרבא דבהוחזקו שנים חיישינן אף באין שיירות מצויות אף דשייך אין ס' מוציא כמ"ש התוס' בגיטין וש"מ דלא ס"ל לרבא הסברא דאין ספק מוציא וכו' והדרא קושית התוס' לדוכתה:

ובדרך הפלפול נ"ל לישב קושיא זאת דלכאורה קשה על ס' הנ"ל דאין ספק מוציא וכו' דא"כ בשדה שנאבד וכו' דפליגי רבי ורשב"ג אם אמרינן זהו שאבד וכו' נמי תקשי דנימא כמו גבי גט הנ"ל הא זהו הקבר ידענו שנאבד שם. ומקבר אחר אין אנו יודעין אם נאבד כלל. עכשיו שנמצא נימא דוודאי זהו שנאבד אליבא דכ"ע משום דאין ספק וכו'. ולכאורה הי' אפשר לומר דכל עיקר הסברא דאין ספק וכו' הוא מטעם ס"ס דכיון דידעינן דהשליח אבד הגט של יב"ש ועכשיו נמצא גט אמרינן דהוא של זהו שלפנינו ואין לנו לחוש דילמא דאחר הוא דהא איכא ס"ס דילמא יב"ש האחר לא כתב גט כלל ולא נאבד ואף אם הוא ג"כ אבד מ"מ דילמא זה הגט שנמצא הוא של השליח וא"ל דהוי משם אחד חדא אולי ס"ל למהרי"ו דאף משם אחד הוי ס"ס כמו שהביא בכו"פ סי' ק"י הרבה חולקים על התוס'. ועוד דכאן הספק הוא על מה שמוליד הריעותא דאולי לא כתב יב"ש האחר שום גט כלל ובכה"ג כתב החוו"ד דהוי ס"ס כמו בספק על:

וא"כ כיון דעיקר הטעם משום ס"ס א"כ שם בקבר שאבד וכן בככר בבית ליכא ס"ס דמאי אמרת דילמא לא נאבד קבר אחר כלל. ואף אם נאבד מ"מ אולי הקבר שנמצא עתה הוא שאבד ז"א דאם נתפוס דנאבד קבר אחר א"כ השדה צריך בדיקה משום קבר אחר שנאבד. אך דא"כ לפי"ז תקשי בש"ס יבמות הנ"ל מאי פריך ממצאו קשור בכיס. נימא דבאמת שם הטעם משום דאין ספק וכו' אבל במשנה דאין מעידין אין להתיר משום ס"ס דהא כתב הפנ"י בקו"א דבעגונה דאיכא חזקת א"א וחזקת חי לכ"ע ל"מ ס"ס וכן קשה בעובדא דיצחק ריש גלותא דס"ל לרבא דאין חוששין אף בשיירות מצויות ובע"כ משום דאין ספק וכו' והא בעגונה ל"מ ס"ס:

ובע"כ צ"ל דס' דאין ספק מוציא וכו' לאו משום ס"ס רק דסברא זו לקוחה מיבמות (דל"ח) מהא דספק ויבם דהוי יבם וודאי וספק ספק ואין ספק מוציא וכו'. וכתבו התוס'

שם דלאו משום דהוא מוחזק בחצי רק כיון דהוא וודאי יורש בכל הנכסים דאם לא הי' הספק הי' הוא יורש כל הנכסים והספק הוא רק ספק יורש אין ספק מוציא וכו'. וא"כ ה"נ בשליח שאבד גט. דאי לאו שגם אחר אבד. אם הי' נמצא גט הוי ידעינן וודאי דהוא של השליח. דאם שום אדם לא אבד שם והשליח ידעינן דאבד א"כ השליח הוא וודאי והאחר הוא רק ספק דאף אם האחר ג"כ אבד מ"מ כיון דהשליח וודאי אבד א"כ אם נמצא גט אחד הוי ספק אם הוא של זה או של זה. ולכך אמרינן אין ס' מוציא וכו':

אך דא"כ הדק"ל א"כ גם בקבר שאבד נימא אין ס' מוציא כנ"ל. אמנם באמת ז"א דלכאורה אינו דומה כלל לספק ויבם דשם אף אם נאמר דהספק הוא בנו של מת אינו מוציא את היבם מחזקת יורש רק דיורשים שניהם וא"כ כיון דהיבם ממ"נ הוי יורש והספק רק מספק שפיר אמרינן אין ספק מוציא וכו'. אבל כאן בגט דאם נאמר דגם אחר אבד גט וזה שלו הוא א"כ אינו של הראשון דא"א שיהי' של שניהם. וצ"ל עפ"י שיטת הרמב"ם בסי' קל"ב דבגט לא מהני ט"ע וגם למ"ד סימנים דרבנן א"כ אף אם יתברר שהאחר אבד ג"כ גט מ"מ זאת א"א להתברר לעולם אם הגט הזה של אחר הוא או של השליח כיון דט"ע ל"מ וגם סימן ל"מ וא"כ השליח הוי וודאי יותר מהשני דאם יתברר דהשני לא אבד הוי וודאי של השליח ואף אם יתברר דגם השני אבד מ"מ הוי ספק אם הוא של הראשון דמידי ספק לא נפיק לעולם והשני הוי לעולם רק ספק וא"כ שם בקבר שאבד ונמצא אח"כ קבר אין זה וודאי מה שקבר האחר וודאי נאבד דהא אם יתברר דהוא קבר שהי' שם מקודם א"כ אז וודאי שאינו זה שאבד ולא' הוי זה וודאי כלל:

וא"כ מיושבת קושיא הנ"ל די"ל דכאן ביבמות בעובדא דענן בר חייא אזיל הש"ס ללישנא דלקמן (דק"כ) דס"ל לרבא סימנים דאורייתא וא"כ יוכל להתברר דהגט הוא של שני ולא של השליח ע"י סימן וא"כ אין השליח וודאי כלל ול"ש אין ספק מוציא וכו' ושפיר ס"ל לרבא דחוששין בהוחזקו שנים. ולא קשה קושית התוס' הנ"ל ללישנא דס"ל לרבא סימנים דרבנן ברייתא דמצאו קשור בכיס כמאן מתוקמא דז"א דכיון דס"ל סימנים דרבנן וא"א לברר לעולם שהגט הוא של שני ולא של השליח א"כ הוי השליח וודאי כיון דהוא וודאי אבד והשני הוא ספק ואין ספק מוציא וכו' ומש"ה הגט כשר כנ"ל:

וא"כ מעתה בנ"ד דהוי וודאי שבעל האשה הלך בדרך הזה ונאבד ואיש אחר שיש לו ט"ע בגוף כזה וסימני כליו. לא ידענו שהלך בדרך זה כלל ולא שמענו שאבד. הוי בעל האשה וודאי דלעולם א"א להתברר עוד שזה שנמצא לא הי' בעל האשה כיון דכבר נקבר ונרקב ואין עוד מציאות בעולם שיתברר ע"י ט"ע וסימן שפיר אמרינן אין ספק מוציא וכו' כנ"ל:

ומעתה נבוא להיתר השלישי מסימני כליו שהכירו כל מלבושיו וכליו בט"ע רק דחיישינן לשאלה. והנה הרבה פוסקים ראשונים ס"ל דקיי"ל דל"ח לשאלה והש"ך בח"מ סי' ס"ה פסק כמותם והמהרי"ט ס"ל דבכל כליו וודאי ל"ח לשאלה והח"צ ס"ל דהיכא דאיכא סימן בגופו הוי כמו שאלה דיחיד וה"נ כבר כתבתי לעיל דט"ע בגוף הוי כמו סימן אמצעי, ומה שהבית מאיר חולק עליו דרק בנפילה דל"ש אמרינן לנפילה דיחיד ל"ח אבל שאלה דשכיחא י"ל דגם לשאלה דיחיד חיישינן. בנ"ד דשאלה דכל כליו אף למאן דלא ס"ל כמהרי"ט עכ"פ מילתא דל"ש טובא הוי והוי כנפילה דיחיד ובפרט בצירוף תרוויי' י"ל וודאי דל"ח לשאלה דהא דהקשה הבית מאיר מנ"ל לדמות שאלה לנפילה י"ל לפימ"ש המהר"ל מפראג הובא בב"ש בשם התוס' דרק למ"ד סימנים דאורייתא דקשה ממתניתין דל"מ סימני כליו דאז מההכרח לומר דחיישינן לשאלה אז חיישינן אבל אם אין לנו הכרח ע"ז אז מצד הסברא לא חיישינן לשאלה א"כ ממילא כיון דמתניתין לא הוי שאלה דיחיד א"כ אין לנו הכרח רק על שאלה דרבים ולא על שאלה דיחיד וא"צ ללמוד מנפילה כלל רק כיון דאין לנו הכרח ע"ז לומר דחיישינן לשאלה דיחיד ממילא לא חיישינן רק לשיטת הב"ש דלמ"ד סימנים דרבנן ובעינן סימן מובהק ביותר דאל"כ אמרינן דאפשר דמיתרמי א"כ כיון דחיישינן למיתרמי חיישינן ג"כ לשאלה מצד הסברא אף בלא הכרח והחזיק בדבריו ביותר בנוב"י מהדו"ק בתק"ע תשו' נ"א דכליו הוי רק כסימן על גופו וכיון דלמ"ד סימנים דרבנן חיישינן למיתרמי אף דלא שכיח ה"נ חיישינן לשאלה וכיון דמצד הסברא היה אפשר לומר דאף לשאלה דיחיד חיישינן דאין לנו לימוד ע"ז לחלק ביניהם מ"מ כיון דכמה דיעות סוברים דשנים ושלשה סימנים אמצעים מצטרפים יחד להיות סימן מובהק דאורייתא וא"כ כיון דהכירו כל כליו דהוי הרבה סימנים אמצעים וגם יש ט"ע בגופו דכולם יחד וודאי רחוק אחד מאלף שיתרמו באיש אחד וא"כ אתה מוכרח לומר דמש"ה חיישת לשאלה לאותו לשון דבגמרא דאף למ"ד סימנים דאורייתא חיישינן לשאלה מצד ההכרח בפירושא דמתניתין וא"כ כיון דמצד הסברא לא הוי לנו לחוש לשאלה רק מצד ההכרח שוב אמרינן דאין לנו הכרח רק על שאלה דרבים ולא על שאלה דיחיד כנ"ל. וגם איכא הרבה מהאחרונים דהיינו הפנ"י בב"מ והגאון מוהר"י מפוזנא והגאון מהר"ם ברב"י שהובאו בנוב"י שכולם ס"ל דל"ח לשאלה רק בהכירו הכלים בסימנים ולא בט"ע ובנ"ד הכירו העדים הכלים בטב"ע אשר בהצטרף כל הנ"ל ובפרט בנ"ד דאיכא אומדנות דמוכחות טובא שראו אותו ביד האנשי חיל שהעידו עליהם הקאממאנדע שמוחזקים לרוצחים ומאז שהי' ביד הרוצחים אבד זכרו ונמצא אח"כ באותו הדרך לבוש כל מלבושיו ונמצאו כל כליו אצלו. והרמ"א כתב

דבשמו ושם אביו היכא דאיכא אומדנות מוכחת סומכים עליהם וסימני אמצעים לא גרע משמו ושם אביו כמ"ש הח"צ וכאן היכר בגדיו אף אם נחוש לשאלה מ"מ סימן אמצעי הוי כמ"ש הנוב"י סי' ל"ב וגם בצירוף היכר ט"ע בגופו כנ"ל. נלע"ד להתיר האשה הזאת להתנסבא ובלבד שיסכימו בשריותא דידי עוד שני רבנים מפורסמים ומובהקים בהוראה:

והנני ידידם דושת"ה **דוד מנחם מאניה באבד** אבד"ק **טארנאפאלי**.

סימן כה תק"ע.

שלום וכט"ס לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי, מפו' לשבח מגזע תפארה כש"ת מו"ה **לוי יצחק שור** נ"י אבד"ק **ליבטשוב** יצ"ו.

מכתבו במועדו הגיעני. והנה בדבר העגונה אשת ר' מרדכי הארטמאן מקהלתו. אשר יהודי אחד מקהלתו העיד ששמע מערל אחד בתחלת המלחמה במסל"ת שמרדכי הארטמאן מליבטשוב נפל במלחמה וכמדומה לו שהערל אמר אז עוד איזו דברים מענין מיתתו אך שאינו זוכר היטב. ועתה הביאו את הערל לפני כתה"ר וסיפר ממיתתו באריכות. וכפ"ד עתה שאמר שמשמש בגידי הדפק והלב וראה שמת וגם הי' מצונן כבר ובזה רצה כתה"ר לצאת גם מחובת קברתיו. ואף שאמר ע"י שאלה מ"מ כיון שמתחלה הי' מסל"ת והביא כתה"ר בזה דברי הרשד"ם דבעינן דוקא באותו מעמד:

והנה אנכי רואה ריעותא אחרת בדברי הערל שהעיד עכשיו. דהא לא אמר שראה שנפל רק שמצאו הרוג וכבר הי' מצונן. וא"כ הוי ספק שהה ג' ימים דיש הרבה אוסרים בזה. וגם עכשיו אמר הארטמאן מאיבטשוב וליכא שמו ושם אביו וא"כ כיון דהיהודי העיד משמו של העכו"ם ועכשיו בא העכו"ם והגיד בשינוי ממה שאמר בראשונה. אף אם הי' היהודי מכחישו ואמר שלא אמר לו כן מתחלה רק שנפל סתם הי' סברא לומר דהעכו"ם נאמן יותר כיון דהיהודי העיד רק בשם העכו"ם. עיין בחמ"ח סקי"ז ובב"ש סקכ"ג ובק"ע אות קנ"ט וק"ס וש"ה ובפרט בכאן דאין כאן הכחשה כלל דהיהודי עצמו אומר שכמדומה שאמר לו אז דברים מענין מיתתו. א"כ י"ל דגם מתחלה אמר לו כן שמצא אותו בין ההרוגים. ואיכא שפיר למיחש דלמא כבר שהה ג"י. וגם זה הי' מלתא דלא רמיא אם אמר לו אז מרדכי הארטמאן או הארטמאן לחוד. ואמנם לפענ"ד יש די להתיר בעדותו של השני שהעיד ששמע מיהודי מיערסלאוו שמרדכי הארטמאן בן שמואל יאנטשע מליבטשוב נפל במלחמה. וגם אמר ששמע מפי עכו"ם אחד מכפר ליבעלי במסל"ת שמרדכי הארטמאן בן שמואל יאנטשע שהי' סוחר מסיד נפל במלחמה וכיון דאמרו סתם דבר ברור שנפל במלחמה אין לנו לחוש דילמא מצאו אותו הרוג לאחר ג"י. דהרי

אמרו דבר ברור שפב"פ נפל אין אנו צריכין לדקדק האיך ידעו שהוא פב"פ כמבואר בכמה דוכתי דלא מחזקינן ריעותא. עיין בב"ש סק"מ. ואף דדעת התשב"ץ דבמלחמה ל"מ עמפ"ע מ"מ כבר הסכימו האחרונים דלית דחש לה להא דתשב"ץ. עי' בתשו' נט"ש סי' ס"ו וכבר הארכתי בזה הרבה בתשובה. אלא דחסר עדיין קברתיו. ואמנם הא קיי"ל דבמעיד מפי שנים ל"ח לבדדמי ול"ב קברתיו. ועיין בקו"ע אות רל"א דאף באחד מעיד בשם אחד ובשם מל"ת הוי כשנים ול"ב קברתיו. וזה ממש כנ"ד. ועיין בתשו' מהר"ם מלובלין סי' קכ"ח:

איברא דבעדות המסל"ת לא הזכיר שם עירו רק שמרדכי הארטמאן בן שמואל יאנטשי סוחר מסיד נפל במלחמה מ"מ כפי הנראה שסיפר זאת לאיש שהי' יודע שהוא מליבטשוב מסתמא כוון ג"כ לאיש מליבטשוב עי' בב"ש ס"ק נ"ז. ועיין בב"ש שם ס"ק נ"ח שהביא בשם הרשד"ם דאם אמר ראובן העוסק במלאכה בעיר מת וודאי כוונתו עיר הסמוכה לשם וה"נ דהעכו"ם הי' מכפר ליבעלי הסמוך לליבטשוב. ואמר שמרדכי הארטמאן סוחר מסיד נפל במלחמה מסתמא להסוחר מסיד שבעיר הסמוכה קאמר ובעיירות הסמוכות לשם לא נמצא בוודאי מרדכי הארטמאן בן שמואל יאנטשע סוחר מסיד. ועיין בב"י בשם תשו' מהרי"ק גבי דוד בן שלמה מרוסיא דכל שיש הוכחות רבות שלזה כוון א"צ שם עירו. ובפרט לענין קברתיו שהוא רק דרבנן. וודאי יש לסמוך על הדיעה שהביא הרמ"א בסי"ח דסגי בשמו ושם אביו בלא שם עירו. עי' בב"ש שם סק"ס בשם הרשד"ם ועיין בתשו' מאיר נתיבים תשו' פ"ד ד"ה ואי משום שלא אמר קברתיו דתופס להלכה כהסוברים דעמפ"ע לא בעינן קברתיו. ועיין בתשו' משיב כהלכה אה"ע סי' ה' דכתב דנהוג עלמא דעד מפי מסל"ת ל"ב קברתיו. ועיין בט"ז ס"ק ס"ז דנעשה מעשה בימי הגאון ר"י ב"ר בצלאל ורש"ל להתיר במסל"ת בלא קברתיו. וגם הא חזי לאצטרופי העכו"ם הראשון שאמר שמשש הדפק וגידי הלב דהוי כהזזה. ואף שכבר כתבתי דיש ספק דילמא שהה ג"י מ"מ בכאן דכבר יצאה מאיסור דאורייתא ע"י עדות הישראל העמפ"ע אלא לענין קברתיו לחוד. וודאי יש לסמוך על הפוסקים דמקילין בספק ג"י. ואף אם נאמר דהוי הגדה ע"י שאלה כיון שלא הי' במעמד הראשון כדעת הרשד"ם. מ"מ בס' ז"כ (דכ"ז ע"ב) מביא בשם תשו' מכתב מאלי' שמביא ג"כ דברי המבי"ט ותשו' מהר"ם מלובלין להקל לענין קברתיו לסמוך על עכו"ם אף ע"י שאלה וגם בתשו' הב"ח סי' ע' מקיל בלא"ה בעובדא דשם שעבר תשעה שנים משעה שנאבד ולא נשמע ממנו דבר להקל בלא קברתיו עיי"ש. ולכן מכל הלין טעמי דעתי נוטה ג"כ להקל להתיר לאשת

ר' מרדכי ב"ר שמואל יאנטשי מליבטשוב להתנסבא לכל גבר דיתיצביין אך משום חומר א"א אבקש שיסכים לזה עוד רב מובהק אחד והשי"ת יצילנו משגיאות:
והנני ידידי דושת"ה **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כו, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הגדול מובחר במעלות איש תבונות כש"ת מו"ה **גדלי'** נ"י אבד"ק **זבאראז** יצ"ו:
הגיעני קונטרסו בדבר העגונה. והנה לא יספיק עמדי העת לעיין בכל דבריו. יען כי בא בארוכה מאד. ואמרתי אנקוט נפשי בקצרה לעיין בגוף הדין הנוגע להלכה למעשה. ואבוא ראשונה אל עדות הישראל ר' בנציון בר"י שהעיד ששאל לאיש חיל ישראל שעבד בלאנדוועהר רעגימענט 35 על מיודעו ר' משה צימרינג שעבד ג"כ ברעגימענט הזה. והשיב לו שר' משה צימרינג נפל במלחמה. והנה בעדות זה יש שני חששות חדא שלא הזכיר שם מקומו. וגם שלא אמר קברתיו:
ולכאורה י"ל דמה שהזכיר הרעגמענט שעבד בו הוי כשם מקומו. אבל באמת לא דמי דהא דשם עירו סגי וא"צ לחפש בעיר אם יש שם עוד אחד ששמו כזה. הוא משום דבעיר אחת אם הי' שם עוד איש ששמו ושם אביו כן. הי' יודעים מזה והי' לו קול כמ"ש הראב"ד הובא בריטב"א ובשטמ"ק ב"מ (די"ח ע"ב) ובחי' הרמב"ן גיטין (דכ"ז) עיי"ש. וא"כ ברעגימענט ל"ש זאת דילמא באמת הי' שם שנים והי' להם קול ואנו אין יודעין מזה כיון דהיו רחוקים מאתנו ולא הי' לנו עסק בהם. ואף אם נאמר דאם איתא דשם הי' ידוע שיש שנים כאלו א"כ הי' האיש חיל הנ"ל שואל להעד הנ"ל על איזו משה צימרינג הוא שואל. מ"מ אולי רעגימענט אינו דומה כלל לעיר כיון דיש הרבה אבטהיילונגען ולפעמים אינם עומדים כלל במק"א ואין יודעים זמ"ז. א"כ י"ל דהי' שנים והאיש חיל הנ"ל לא הי' יודע מזה:
איברא דכבר ישבתי על מדוכה זו. מה שפשוט בטוש"ע סי' י"ז סי"ח דבשמו ושם אביו ושם עירו סגי ומשמע דא"צ שוב לחפש אם נמצא עוד בעיר איש כזה אף אם העיר גדולה מאד. דאם נאמר דמפשפשין עוד בעיר אם לא נמצא איש ששמו כזה. א"כ גם בשמו ושם עירו לחוד סגי. כמבואר בתוספתא הובא בהה"מ פי"ג מה"ג הכ"ז. וביותר בריא"ז שעל הרי"ף בפ' בתרא דיבמות בד"ה ואם אמרו שכתב שם דבעינן שמו ושם אביו ושם עירו. ואם הזכיר רק שמו ושם עירו לבד מפשפשין באותה העיר עיי"ש. משמע דבשמו ושם אביו ושם עירו א"צ לפשפש עוד כלל. וכן מבואר במהרי"ט ח"ב אה"ע סי' ל' ד"ה ומעתה עיי"ש וכן מבואר בקו"ע אות שס"ז ושע"ד עיי"ש. ובאמת דבר זה במחלוקת

שנוי' דבתוס' גיטין (דכ"ז) ד"ה חיישינן כתבו דהא דחייש ר"ה לשני שווירי ולא חייש שמא יש באותה שווירי עצמו עוד יב"ש. דאיירי דיודעין הי' שאין שם עוד יב"ש אחר עיי"ש. וכ"כ שם גם בחי' הרמב"ן ד"ה אר"ה. וזה דלא כפירושו של הראב"ד שבשטמ"ק ב"מ הנ"ל. ובחי' הרמב"ן שם אח"כ בד"ה אר"י הביא באריכות דברי הראב"ד וחולק עליו. ופירש גם בעובדא דיצחק ר"ג דאיירי דידוע שבקורטבא לא הי' שני יצחק ר"ג וכן פירש ג"כ במלחמות ביבמות (דקט"ו) בעובדא דיצחק ר"ג הנ"ל שכתב וז"ל ולחוש לתרי יצחק ר"ג בקורטבא עצמו הדבר ידוע שאין שם אלא אחד עכ"ד וכ"כ שה אח"כ וז"ל אבל לא הי' צריך לבדוק אלא עיר נהרדעא ומוחזקין הי' בה שאין שם אנדרלאי אחר עיי"ש והרי שם הגירסא בש"ס ווילנא דוד בר אנדרולאי. דהוי שמו ושם אביו. וכן יצחק ר"ג בר אחתי' דרב ביבי דעדיף משמו ושם אביו. ואפ"ה הצריך שיהי' ידוע שאין שם בנהרדעא ובקורטבא עוד אחד ששמו כן. וכן פירש"י שם דאביי דאמר חיישינן היינו שמא יש שם בקורטבא עוד יצחק ר"ג אחד עיי"ש בד"ה מי חיישינן ובד"ה תיבדק. ואף דרבא ס"ל שם דלא חיישינן היינו בע"כ כפירושם של התוס' שם והרא"ש בגיטין (דכ"ז) דרבא סובר כרבה דל"ח רק בתרתי לריעותא דהוחזקו שני יב"ש ושכיח שיירות עיי"ש. וכן פירש"י ג"כ בב"מ (די"ח וד"כ) בד"ה חיישינן דאיירי שיודעין הי' שאין שם בשווירי שנים ששמותיהן שווים. עיי"ש. ומה שדבריו סתורים לפירושו בגיטין הנ"ל בד"ה ואפילו כבר הרגיש בזה הרמב"ן בחידושיו הנ"ל או דשם איירי אליבא דרבה. ועיין בישרש יעקב יבמות (דקט"ו) הנ"ל בד"ה בא"ד ואי שכיחי ובש"ש פ"ז וא"כ קשה מאד על מה שפשוט כ"כ דבשמו ושם אביו ושם עירו א"צ לפשפש עוד בעירו אם נמצא שם כזה אחר דאיכא כל הני רבוותא דלא ס"ל כן. ונצטערתי הרבה בזה עד שאיקלע לידי ספר בית אפרים ומצאתי שהרגיש בזה עיי"ש בתק"ע תשו' כ"ט באריכות ובתשו' ל"ב ד"ה ועוד נראה לצדד עיי"ש. ומה שתירץ שם שייך רק לשיטת הרא"ש דבעגונה הקילו כרבה דבעינן תרתי. אבל לשיטת הרמב"ן ושאר פוסקים דקיי"ל כר"ז גם בעגונה תיקשי כנ"ל:

אך נלע"ד די"ל דהא חזינן דרבה מקיל כולי האי דאף בהוחזקו שני יב"ש בעיר אחת ל"ח מטעם שכתבו התוס' בגיטין (דכ"ז) הנ"ל ד"ה כאן. דכיון דזה וודאי אבד ומהאחר לא ידעינן אם כתב גט כלל אמרינן אין ספק מוציא וכו' וכן בעגונה אף דהוחזקו מ"מ אם יודעין דזה הלך לשם והאחר לא ידעינן דהלך למקום ההוא מותר לרבה מה"ט כמ"ש החמ"ח סקל"ח עיי"ש. ואמנם היכא דאיכא תרתי כגון הוחזקו ושיירות מצויות גם רבה מודה ומטעמא דכיון דבעיר עצמה איכא שני יב"ש הוי מחצה על מחצה ושיירות מצויות ג"כ דאיכא למיחש לחד מעלמא דהוה רובא לאיסורא. לא אמרינן בהא אין ס' מוציא

וכו' דרוב הוי כוודאי. וא"כ אין לנו לעשות פלוגתא רחוקה כ"כ ונאמר דאף ר"ז דחוושש בחדא לריעותא. היינו בהוחזקו תרי יב"ש דהוי עכ"פ פלגא על פלגא לאיסורא. אף באין שיירות מצויות. וכן בשיירות מצויות. כיון דבעלמא וודאי איכא חד ששמו יב"ש כמ"ש החמ"ח והוי כמו הוחזקו שני יב"ש ס"ל לר"ז דאף בפלגא ופלגא כיון דאיכא חזקת איסור א"א הוי ג"כ כוודאי ול"א בהא אין ס' מוציא וכו' אבל היכא דליכא למיחש לרובא דעלמא. כגון שמעידין שהוא מתושבי העיר הזאת ובעיר עצמה ג"כ אין אנו יודעים אם יש שם עוד יב"ש אין לנו לחוש דילמא יש כאן. דהא יש כאן שני צדדים להיתר. דילמא אין כלל בעיר עוד יב"ש. ואף אם יש עוד אחד בעיר. מ"מ דילמא הגט הוא מאותו יב"ש שאנו יודעין. או זה האיש הנמצא הרוג הוא אותו יב"ש הידוע לנו. בכה"ג גם ר"ז מודה לרבה דאמרינן אין ס' מוציא וכו' וא"צ לחפש כלל. כיון דהחיפוש הוא דבר קשה וטירחא גדולה א"צ לברר כלל. או כמ"ש הבית אפרים הנ"ל ונמצא ג"כ בנוב"י בענין אחר דהיכא שלא יתברר הכל א"צ לברר כלל וכאן אף אם ימצא עוד יב"ש מ"מ לא יתברר שהוא אבד וכו'. וא"כ אין כאן סתירה כלל מהראשונים הנ"ל. דהם לא איירי שידוע שהוא מתושבי העיר כמו שם ביצחק ר"ג כפי פירושו של הרמב"ן. דאיכא למיחש לחד מעלמא. וא"כ אם לא הי' ידוע שאין בעיר עוד יצחק ר"ג. הי' לפנינו תרי חששות דילמא יש בעיר עצמה עוד יב"ש ואף אם אין בעיר מ"מ דילמא חד מעלמא אתי כאן ששמו כן. א"כ איכא שני צדדים לאיסור לא הי' מהני כלל חזקת כנכ"ה שכתב הרמב"ן וכן שם בעובדא דר"ה דשני שווירי. וכן בגיטא דאנדרולאי. דאם לא הי' ידוע שאין בעיר עוד אחד ששמו כן. איכא תרי ספיקות שמא בעיר עצמו או חד מעלמא. וזה הוי כעין שני צדדים להחמיר. כעין הא דכתובות רוב סיעה ורוב עיר שיש לכ"א שם בפ"ע. בכה"ג שפיר אית לן למיחש אליבא דר"ז. אבל באומר פלוני שהוא מתושבי העיר הזאת נהרג דליכא רק ספק אחד באותה העיר שפיר אמרינן כיון דאחד ידוע שיש כאן אמרינן דהוא וודאי אותו הידוע משום דאין ס' מוציא וכו'. א"כ לפי"ז כיון דעיקר טעמן בשמו וש"א ושם עירו לאו משום דשני יב"ש בעיר אחת קלא אית להו כס' הראב"ד. דהא הרמב"ן לא ס"ל הכי. רק משום דהיכא דליכא אלא צד ספק אחד לאיסור גם ר"ז מודה דל"ח. א"כ גם בנ"ד דהעדות הוא עכ"פ על משה צימרינג מן 35 רטגימענט שנפל א"כ אין לספק כלל על איש מעלמא רק מאותו רעגימענט. א"כ אין כאן רק ספק אחד דילמא הי' באותו רטגימענט עוד משה צימרינג אחד בכי האי הא אמרינן דגם ר"ז מודה דל"ח כמש"ל:

ואמנם אף אם נאמר דלא הוי רק כשמו וש"א. מ"מ הא החמ"ח שם בסקל"ח פירש דעת הרא"ש בעובדא דמכלוף בן מלול. דאף דבעלמא איכא וודאי עוד יב"ש. מ"מ כיון דידעינן

דבעלה הלך לאותו מקום. ואחר ששמו יב"ש לא ידעינן שהלך שם ל"ח לי' עיי"ש. א"כ ה"נ בנ"ד כיון דעכ"פ אנו יודעין שבעלה של זו ששמו משה צימרינג הלך לרעגימענט הזה. ואיש אחר ששמו כן אין אנו יודעין אם הלך שם בכה"ג סגי בשמו ושם אביו לחוד לדעת הרא"ש. ואף שבקהלת יעקב מהגאון מליסא תמה שם על החמ"ח דמה בכך שידעה שבעלה מכלוף בן מלול הלך לפאס. ונמצא אחד ששמו כן הרוג שם. מ"מ כיון דשיירות מצויות לפאס מהרבה עיירות יש לחוש שמכלוף אחר מעיירות הסמוכות הלך לשם ג"כ והוא נהרג. וכל שיש לחוש מהרבה עיירות לא שייך לומר לא הוחזקו כיון דהוחזקו הרבה הולכין דשיירות מצויות עכת"ד. ונראה מדבריו שהוא תופס שזה הוי כתרתי לריעותא ש"מ והוחזקו כיון דבעלמא וודאי איכא תרי יב"ש. דבחדא לחוד לא הי' מקשה כלום דהא הרא"ש אזיל שם בשיטתו דבעגונה פסק הרי"ף כרבה. אבל באמת לא ראה דברי התשו' פנ"י שלא נדפס עדיין בימיו שהוא בח"ב בתק"ע תשו' נ"ד ד"ה ולפי"ז האריך להוכיח בראיות ברורות דכל שלא הוחזקו שנים במקום מציאות ההרוג אף שהוחזק במקום אחר מיקרי לא הוחזקו. עיי"ש בעובדא דאחד מאנשי קראקא שהלך מיערסלאב לקראקא דרך כפר גרושקא ונמצא אח"כ הרוג שם ושמו לא נודע כלל. רק שידוע שהי' מקראקא והלך דרך שם. מש"ה אף דוודאי הוחזקו כמה וכמה אנשים שיצאו מקראקא מ"מ כיון דבמקום שנמצא לא נודע מאחר רק מאיש הזה מיקרי לא הוחזקו. ולא איכפת לן מה שבמקום אחר הוחזק. וזה כעין שכתב הרא"ש בתשו' שם הובא בב"י דכיון שבוודאי לא נהרג באם הדרך דוודאי גררוהו אל הצד למקום מוצנע כדרך הלסטים ושם אין שיירות מצויות. אזלינן בתר המקום ההוא ומיקרי אין ש"מ משום דאין לנו אלא מקומו ושעתו עיי"ש. ה"נ לענין הוחזקו. כיון דעל הבעל אין לנו להסתפק ולדון דהא הוא וודאי הי' שם. אלא דאתה רוצה להסתפק דילמא גם אחר ממקומות אחרים שהוחזק שם שני יב"ש בא לכאן. מ"מ כיון דאין אנו יודעין בוודאי שבא לכאן מיקרי כאן לא הוחזקו. וא"כ ה"נ בנ"ד אף דבעלמא וודאי יש לחוש לשני משה צימרינג מ"מ כיון דברעגעמענט ההוא לא נודע לנו ממשה צימרינג אחר. מיקרי לא הוחזקו:

ובתשו' פנ"י הנ"ל הוסיף אח"כ בד"ה הנה לשיטת הרא"ש ובד"ה וברור בעיני דאף לשיטת הרמב"ן וסייעתו דס"ל דגם בעגונה קיי"ל לחומרא כר"ז דגם בש"מ לבד או הוחזקו לבד חיישינן מ"מ היכא דידוע לנו דבעלה הי' במקום הזה מותר משום כנכ"ה כמ"ש הרמב"ן במלחמות לענין יצחק ריש גלותא כיון דידוע דבעלה וודאי הי' כאן אין לנו לחוש דילמא הוא הלך למקום אחר ואחר בא לכאן ונהרג כמו דלא חיישינן שם בתרומה שמא פינן עיי"ש היטב בדבריו. וכבר ביארתי בתשו' שפירושו של הפנ"י בדברי הרמב"ן

הוא שלא כמו שתפסו האחרונים הש"ש בש"ז פי"ז והישועי"ק סי' י"ז סקט"ו דכנכ"ה שכתב הרמב"ן הוא כמו הא דכתובות דאמרינן דזה שראינו יוצא מקורטבא הוא שכבר הי' שם שהוא מתושבי העיר ההיא משום דמחזקינן מזמן לזמן ול"א דאחר הוא שמקרוב בא לשם ממקום אחר. דבעובדא דתשו' פנ"י א"א לומר כן דהא שם גם בעל האשה זה מקרוב בא ועבר דרך שם ומנ"ל דל"ח דילמא אחר ג"כ עבר שמה באותו הזמן גופי' או עוד קודם לו אלא דהפנ"י מפרש כוונת הרמב"ן דענין כנכ"ה הוא כיון דידעינן דזה וודאי הי' שמה ל"א דהוא הלך לדרכו ואחר בא שמה ונהרג אלא כיון דכאן נמצא זה האיש אמרינן דזהו שידוע לנו שהלך לכאן עיי"ש היטב בדברי התשו' פנ"י הנ"ל וגם בתשו' מהרי"ט ח"ב סי' ל' הנ"ל בד"ה לכך נ"ל מבואר ג"כ ככל דברי הפנ"י הנ"ל דמפרש עובדא דמכלוף בן מלול כפירושו של החמ"ח שידוע שבעלה הלך דרך שם לפאס וכתב דההיתר הוא משום כנכ"ה כפירושו של הרמב"ן ביצחק ר"ג מוכח ג"כ שלא כדברי האחרונים הנ"ל דהא שם ג"כ אין לנו ידיעה בקדימת הזמן וכן נראה ג"כ משמעות הב"ש סקנ"ו שסתם וכתב דיב"ש הלך מכאן לאותה העיר ולא פירש דאיירי דוקא דיודעין שיב"ש הי' תושב בכאן זה זמן מוקדם ודו"ק. וא"כ נהי דלפי פירושו של החמ"ח בדברי הרא"ש בעובדא דמכלוף בן מלול משמע דלא ס"ל להרא"ש כהרמב"ן להתיר משום כנכ"ה לחוד דהא הרא"ש תלה היתרו רק משום דבעגונה קיי"ל כרבה דבשיירות מצויות לחוד ל"ח ומבואר בדבריו דלמאן דפסק כר"ז הוה חיישינן לאחר מ"מ כיון דלדברי הפנ"י הנ"ל גם הרמב"ן וסייעתו שפוסקים כר"ז מודו בהא משום כנכ"ה א"כ כיון דבין להרא"ש בין להרמב"ן לא חיישינן בהא נהי דלא שוו בטעמא לית לן בה ובפרט דלפי פירושו של החמ"ח גם הרמ"א מסיק דהיכא דיש אומדנות המוכיחין סומכין להקל כדיעה הראשונה עיי"ש:

ובפרט דלפי"מ שנראה מדברי התוס' ב"מ (ד"כ ע"ב) ד"ה איסורא בתירוצם השני דכל החשש דשני יב"ש הוא רק מדרבנן ונ"ל דטעמם הוא כיון דידעינן דהשליח הי' שם ואבד גט אלא שתרצה לחוש כיון דשיירות מצויות דילמא אתי איניש מעלמא משווירי אחרת ששמו ג"כ יב"ש ואבד כאן גט א"כ כיון דוודאי רוב העולם אין שמם יב"ש וקיי"ל כל דפריש מרובא פריש א"כ מדינא לא הי' לנו לחוש דילמא בין השיירות שבאו לכאן בא גם אחד ששמו יב"ש דנהי דבעלמא וודאי איכא עוד יב"ש מ"מ כיון דרובא דעלמא אינם יב"ש הי' לנו לומר דכל דפריש לבוא לכאן הוא מהרוב שאין שמם יב"ש ולכך כתבו דהוי רק חששא דרבנן דמשום חומרא דא"א חוששין גם למיעוטא כחו במשאל"ס או מטעם סמוך מיעוטא לחזקת א"א דהוא ג"כ דרבנן לדידן דלא קיי"ל כר"מ כמבואר בתוס' חולין (דפ"ו ובכורות דכ"א). ובזה תתיישב תמיהתו של הש"ש והקהלת יעקב על הח"צ שכתב

בתשו' קל"ד דסימן שאינו מובהק דומה ליב"ש א"כ אמאי חשש דיב"ש כתבו התוס' שהוא רק דרבנן וסימנים קיי"ל דמדאורייתא אין סומכין עליהם וחיישינן דילמא אחר ג"כ יש בו סימן כזה. עיי"ש בקהלת יעקב סו"ס י"ח בד"ה עוד כתב הש"ש. ולפימ"ש לק"מ דוודאי אם נמצא הרוג אחד ששמו יב"ש או שיש בו סימן וודאי מדאורייתא לא נאמר דהוא בעל האשה ששמו כן או שיש בו סימן כזה דכיון דשכיח בעלמא אנשים ששמותיהם כן או שיש בהם סימן כזה למה לא ניחוש דילמא אחר הוא ומאי חזית לומר טפי דהוא בעל האשה הזאת מאיש אחר דאף דרוב אנשים אין שמם כן ואין בהם סימן כזה ובעלמא ל"ח למיעוטא מ"מ הא גם אם תרצה לומר שהוא בעל האשה אתה מוכרח לומר שהוא מן המיעוט ששמותם כן א"כ הרי הרוב מסולק מכאן ואי אתה דן אלא על המיעוט ובין המיעוט הזה אדרבא הבעל הוא רק יחיד ורוב מן המיעוט הזה הוא כנגדו ולכך שפיר גם מדאורייתא חיישינן. אבל היכא דידוע לנו דהבעל וודאי הי' כאן במקום הזה ואין אנו מסופקין על זה כלל רק דאתה מסתפק כיון דשיירות מצויות לכאן דילמא בין השיירות אתי לכאן גם איש ששמו יב"ש או יש בו סימן כזה על זה הדרינן לכללא דכל שיש לנו ספק בדבר אזלינן בתר רובא וכ דפריש מעלמא לבוא כאן מרובא דעלמא פריש שאין שמותם כן א"כ הרי ברור לנו שאיש אחר ששמו כן לא בא לכאן וכיון שמ"מ נמצא כאן הרוג ששמו כן בע"כ הוא הבעל דעליו אין ספק שהוא הא ידוע לנו וודאי שהי' כאן ולכך שפיר כתבו התוס' דבכה"ג חששא דיב"ש הוא רק דרבנן דחיישינן למיעוטא במקום חזקה כמש"ל וניצולים דברי הח"צ מתמיהת הקהלת יעקב הנ"ל:

ובזה יתיישב ג"כ לנכון קושית הנמו"י שם ביבמות (דקט"ו) על הרמב"ן שהתיר בעובדא דיצחק ר"ג משום כנכ"ה והא בפ' המדיר קיי"ל כרב אשי דל"א כנכ"ה ולפי הנ"ל לק"מ דהא בפלוגתא דרשב"ג ורבנן בקבר שאבד הוא שנמצא קיי"ל שם דבדרבנן אזלינן לקולא כמו שפסק הטור באו"ח סי' תל"ט דיש חילוק בין ביטלו או לאו עי"ש. וכאן החזקה דכנכ"ה דלפי פירושו של התשו' פנ"י הנ"ל הוא ממש בדומה לזהו שאבד זה שנמצא כמבואר להמתבונן לכך שפיר כאן בחששא דיב"ש דהוא חששא דרבנן כמו שכתבתי שפיר אזלינן לקולא משא"כ בכתובות לענין דאורייתא ולענין ממון ל"מ חזקה דכנכ"ה לאפוקי ממונא. וא"כ מעתה אחר שזכינו לדין דכל כה"ג הוי רק חשש דרבנן א"כ יש לנו בנ"ד פתח פתוח להתיר דהנה בכאן העיד ר' בנציון בשם איש חיל אחד שהי' ג"כ מגליל זבאראז ור' בנציון שאל אותו על מיודעו ר' משה צימרינג והשיב לו שנפל במלחמה ומוזכר בגב"ע של רב"צ שבוודאי שאל אותו על כל פרטי דברים האיך נפל ואנה נפל אך מחמת שכבר עברו שבעה שנים מאז איננו זוכר עוד הכל ולכן מצד הסברא וודאי יכול

להיות ששאל אותו בפירוש על ר' משה צימרינג מגליל זבאראז כיון שגם האיש חיל הי' מגליל הזה וודאי ידע למי נתכוון אלא אף אם נאמר דהדבר ספק אם שאל אותו ע"ז מ"מ הא ידוע שיטת המהריב"ל דעמפ"ע ולא אמר הראשון שראוהו בשעתו דל"ח שמא אשתהי והקשה עליו המהרי"ט בח"א סי' קל"ט בד"ה והנה ראיתי דמה לנו אם הראשון לא ביאר דבריו להדיא או אמר בפירוש איני יודע דהוי ספק אשתהי דאזלינן לחומרא דהוי ספיקא דאורייתא עכת"ד עיי"ש. משמע מזה דהיכא דלא הוי רק ספיקא דרבנן גם הוא מודה למהריב"ל דעמפ"ע תלינן להקל א"כ ה"נ בנ"ד דהוי רק חשש דרבנן דהא כיון דידוע דמשה צימרינג הי' וודאי ברעגימענט הנ"ל אלא דתרצה לחוש כיון דהרעגימענט הנ"ל נלקט מעיירות הרבה כידוע דילמא גם משה צימרינג אחר הי' שם אבל כיון דרוב אנשים אין שמם משה צימרינג א"כ אמרינן מדאורייתא כל דפריש ובא להרעגעמענט הזה מרובא פריש והוי רק חשש דרבנן דמשום חומרת א"א חיישינן למיעוטא א"כ כיון דיש ספק בדבר תלינן ששאל להראשון בפירוש על משה צימרינג מגליל זבאראז מהכפר שהי' משם והוא השיב לו ע"ז שנפל דגם מהרי"ט מודה בכה"ג למהריב"ל דתולין להקל בדרבנן וגם איכא לצרף לזה עדות העכו"ם שכתב לב"ב שבכפר שהי' ר' משה צימרינג משם שמשה צימרינג חתן האשה סג"ל נפל במלחמה דאף דכתה"ר חשש לזה דמסל"ת בכתב ל"מ מסל"ת כס' הה"מ מ"מ הא ידוע ס' המבי"ט הובא בקו"ע אות רכ"ט דבמשאל"ס כיון דיצאה מחזקת א"א דאורייתא מהני גם עכו"ם שאינו מסל"ת עיין בתשו' זכרון כהונה מדף כ"ז והלאה שהאריך בזה א"כ ה"נ דגם ע"י עדות ר' בנציון יצאה מחשש דאורייתא מהני עדות העכו"ם לענין חשש שם עירו. ואף דהעכו"ם ג"כ לא הזכיר שם עירו מ"מ כיון שכתב לאשתו שבכפר ההוא הוי כהא דהרמב"ם שכשאמר כשתלך למקום פלוני אמור להם וכו' דהוי כאומר על האיש שבמקום הזה כמ"ש בתשו' מהרי"ק שורש קע"ד. ועיין בב"ש סקנ"ז ובפרט שהזכיר ג"כ שם חמותו שכתב המהריב"ל הובא במהרי"ט ח"ב סי' ל' הנ"ל דביצחק ר"ג הטעם כיון דהזכיר שמו וכינויו ובר אחתי' דר"ב ושהלך מקורטבא לאספמיא דכולי האי ל"ח לאחר כמ"ש המהרי"ק בשורש קפ"ה בעובדא דדוד ב"ר שלמה מרוסיא עיי"ש וה"נ שצריך לחוש דילמא הי' עוד איש אחד ששמו משה צימרינג והי' חתן אשה סג"ל ועבד ג"כ ברעגימענט לאנדוועהר 35 כולי האי וודאי ל"ח. באופן דמחשש משה צימרינג אחר יצאנו ולית למיחש לה כלל ויצאה מאיסור א"א דאורייתא עפ"י עדותו של רב"צ אלא דנשאר עדיין חשש השני שלא אמר קברתיו וחיישינן לבדדמי. ונלע"ד דגם להא ליכא למיחש ומקודם נבוא לעדותה של הערלית שסיפרה להאשה העגונה הנ"ל שבא מכתב מאיש חיל לאנשי ביתו שבזבאראז

ברחוב פרעראדיג וחשב שם כל אנשי צבא שבגלילות אלו שנפלו במלחמה וחשב בתוכם גם משה צימרינג חתן סג"ל:

והנה מה שהערלית אמרה להאשה עצמה יש לחוש לכאורה לדברי הנמו"י פ"ב דיבמות באומר אמרו לאשתו של פלוני לא הוי מסל"ת. אמנם מכמה טעמים אין לחוש לזה חדא דהא דעת המהריב"ל דהנמו"י לא איירי רק בישראל חשוד די"ל דמכוון להעיד ולא בעכו"ם והחזיק בדבריו בתשו' זכרון כהונה (בדי"ט ע"ב וד"כ ע"א) ועוד דכבר כתוב בתשו' מאיר נתיבים בח"א (דכ"ו ע"ב). דבאומר לאשה עצמה עדיף טפי והביא שם כן בשם תשו' מהריב"ל ותשו' סדר אלי' רבא דבבא לבית האשה עצמה וסיפר לה הוי שפיר מסל"ת וגם בנ"ד כיון דהערלית אמרה שבזבאראזו בא מכתב כזה א"כ הוא דבר שעשוי להגלות תיכף דהא הי' לה לחוש דהאשה תלך תיכף לשאול על המכתב הזה. וכבר ידוע דברי הריב"ש דעד כאן לא מהני מדאורייתא עד אחד בעדות אשה משום דלא הוי מדעל"ג כ"כ דמי יודע מתי יבוא הבעל לביתו ודילמא הרחיק נדוד אבל בדבר שעשוי להגלות תיכף לכ"ע ע"א מהני וגם עכו"ם נאמן כמו בסי' פ"ג ופ"ו באומר מדג פלוני וכו'. ועיין בתשו' מהר"ם שהובא בב"י באומר שלמה אינכם מביאים אותו לקברו והוא שוכב במקום פלוני דזה עדיף טפי דהוי מדעל"ג עיי"ש. ומה שקשה ע"ז מסוף יבמות בהא דקאמרה זה קבר שקברתיו כבר ישבתי זאת בתשו' אחת בטוטו"ד וא"כ על עדות הערלית עצמה אין להסתפק אך על עדות שבכתב עצמו וודאי יש להסתפק לשיטת הרמב"ם דבעינן שיהי' כתב ישראל דווקא ולפי"ד הה"מ שם בפי"ג מה"ג הל' כ"ח נראה דאף מסל"ת ל"מ בכתב אך בבד"ה שבב"י סי' י"ז השיג עליו וכתב שאין טעם כלל לחלק בין מסיח לפ"ת לכותב לפ"ת ובאמת דברי הה"מ מרפסין איגרי מאד דמנ"ל להה"מ דהרמב"ם איירי בכותב לפ"ת והרי איירי בנמצא כתוב בשטר ובין אם נפרש לשון שטר הוא שטר ממש ככל השטרות שהעד חותם להעיד ע אמיתות הדבר ובין אם נפרש כמו שפירש בהג"מ פ"ב דיבמות והר"ן פ"ב דכתובות הובאו בב"ח סי' י"ז אות ו' דלשון מצאו כתוב בשטר משמע שכתב אצלו לזכרון ולראי' שלא ישכח עדותו לאח"ז דלשון מצאו משמע דלאח"ז הרבה מצאו כך כתוב עיי"ש באריכות דבריהם. הרי דכוון להעיד ולכך שפיר כתב הרמב"ם דבעינן שיהי' ניכר שהוא כתב ישראל דעכו"ם המכוון להעיד אינו נאמן ומנ"ל להה"מ להוציא דברי הרמב"ם מפשטן דאיירי במסל"ת הא א"א לפרש כלל לשון שטר כדבריו:

ובאמת לולי דברי האחרונים הי' נלע"ד שגם הה"מ לא כיוון לכך ומ"ש הח"מ בשמו שלא הוכשר כותי אלא מל"ת ולא כותב לפ"ת. השני תיבות האחרונות לא נזכר כלל בדברי

הה"מ. וכוונת הה"מ נ"ל דהנה ידוע מ"ש המהרי"ק בשרש קכ"א ברוצח שהודה שהרג את היהודי אף דלא הוה מסל"ת שהא הודה ע"י שאלה מ"מ כיון דמוכח דקושטא קאמר דאל"כ לא הי' מחייב ראשו למלך משיאין האשה עפ"י דבריו. ובב"ש ס"ק מ"ט מביא חולקין ע"ז. וכן בתשו' פנ"י ח"א תק"ע סי' ס"א מביא בשם תשו' מהר"ל מפראג שחולק ע"ז וטעם מחלוקתם נראה עפימ"ש בס' זכרון כהונה (בדל"ו ול"ז ול"ח) דהטעם שאין עכו"ם נאמן בעדות אשה במכוון להעיד אף דבשאר איסורין נאמן במדעל"ג מ"מ בעדות אשה דהוי דשב"ע ובעינן עדות והתורה אמרה אל תשת רשע עד ואף אם ידענו דקושטא קאמר מ"מ כיון שמכוון להעיד התורה אסרה שלא לקבל עדותו אם לא במסל"ת דאינו מכוון להעיד ואין מקבלין אותו בתורת עד עיי"ש ובחת"ס אה"ע ח"א סי' מ"ו ד"ה אבל משמע ג"כ שדרך בדרך הזה. וסברא זו מרומזת ג"כ בתשו' פנ"י הנ"ל בסי' ס"א שכתב שם וז"ל דאין לתרץ דאם ראינו דמתכוון להעיד אע"ג דקושטא קאמר לא סמכינן עלי' דאינו בר עדות וכו' דז"א דלא פסלו במתכוון להעיד אלא משום דמשקר אבל אי קושטא קאמר סמכינן עלי' דמ"ש מאשה ועבד וקרוב דגם הם פסולים וסמכינן עליהם עיי"ש באריכות דבריו. הרי דגם הוא רצה לומר כס' הזכרון כהונה אלא שדחה הסברא הזאת. משום דאין לחלק בין פסולו דעכו"ם לפסול אשה ועבד ושפחה:

ומעתה י"ל דבזה פליגי ג"כ המהרי"ק והמהר"ל מפראג. המהרי"ק ס"ל כס' הפנ"י דהיכא דליכא חשש משקר גם עכו"ם נאמן בעדות אשה. ומהר"ל מפראג ס"ל כס' הז"כ והחת"ס הנ"ל דבעכו"ם אף דקושטא קאמר היכא דמכוון להעיד פסלה התורה עדותו. וא"כ מעתה י"ל דזה הוא דהוה קשי' לי' להה"מ בדברי הרמב"ם דגם הוא מפרש לשון מצאו כתוב בשטר כמו שפירשו הר"ן והג"מ והב"ח הנ"ל שאיירי שכתב עדותו אצלו לזכרון כדי שלא ישכח לאח"ז והי' הסברא נותנת להאמינו דעד כאן אין מאמינים להעכו"ם היכא דמתכוון להעיד הוא רק משום דחיישינן דמשקר וזה וודאי דאין אדם עשוי לשקר בחנם רק היכא דיש לו איזו טעם בזה כגון שרוצה שיחזיקו לו טובה בעבור עדותו או משום שרוצה לעשות טובה להאשה דהוא אינו מאמין בחוקי ישראל וסובר דמעגנים את האשה בחנם. לכך הוא רוצה לעשות לה טובה ולהעיד וכדומה. אבל בכותב אצלו לזכרון ואינו מוסר הכתב לשום אדם מה שייך לומר בזה דכותב אצלו לזכרון כדי שלא ישכח אח"כ לשקר. דממ"נ אם כל הדבר שקר ובדוי מלב הלא שקר יוכל לבדות תמיד מלבו. ואם רוצה לעשות לה טובה ולשלוח לה עדותו בכתב הי' שולחה לה תיכף. וגם הי' כותב בלשון העדאת עד כדרך שמודיעין לאחרים ולא בנוסח שכותבים אצלו לזכרון שאינו בנוסח למסור עדותו לאחרים. וגם הוכיח סופו על תחילתו שהי' נמצא אצלו

לאח"ז רב כמ"ש הב"ח הנ"ל שלא הי' דעתו גם מתחילה למסרו לה כדי להעיד לה עדות שקר. אע"כ מוכח מזה הוכחה גמורה דהמעשה הוא אמת. והוא רוצה להעיד על אמיתות הדבר כשיהי' לו הזדמנות לזה. וירא שישכח אח"כ המעשה לכך כותב אצלו לזכרון כדי שיזכור להעיד אח"כ המעשה כהוויתה. לא כן אם כל הדבר שקר. וודאי אין אדם כותב אצלו לזכרון מה שבודה מלבו כדי שלא ישכח דאם דעתו לומר שקר בכל עת יוכל לבדות מלבו שקר כאשר ירצה וזה דבר ברור מאד שיודה בזה כל הבלתי מתעקש. וא"כ הי' הס"ד של הה"מ להאמינו בזה כס' המהרי"ק הנ"ל. דהיכא דאיכא הוכחה דקושטא קאמר אף אם מכוון להעיד נאמן. דגם זה לפ"ת מיקרי דענין לפי תומו הוא שעושה בתמימות לא לשום הערמת שקר. וע"ז קאמר הה"מ דבמה שכתב הרמב"ם דבעינן שידעו שהוא כתב ישראל בא להוציא מס' הזאת והטעם לפי שלא הכשירו אלא משיח לפ"ת. דלשון משיח הוא שאומר בדרך שיחה כדרך המשיח ומספר שמועות. אבל לא כתבו דכיון שכתב כן בכתבו לזכרון אצלו בע"כ דמכוון להעיד. וא"כ אף דאיכא הוכחה דקושטא קאמר כמש"ל מ"מ בא הרמב"ם ללמד כס' המהר"ל מפראג וס' זכרון כהונה הנ"ל. דכל עכו"ם שמכוון להעיד פסלה התורה לקבל עדותו אף דקושטא קאמר. כנ"ל נכון בכוונת הה"מ. דאם כפי שפירשו האחרונים דבריו. דגם במסל"ת ממש בכתב כגון בכותב דרך סיפור ג"כ ל"ח כיון דהוא בכתב מלבד שאין טעם לדבר כמ"ש הבד"ה אך גם מהיכן למד זאת הה"מ מדברי הרמב"ם הא וודאי לשון נמצא כתוב בשטר מורה להדיא דכתב כן בשטר לזכרון עדות וא"כ נמצא דהיכא דכתב בדרך סיפור כנ"ד שכתב הערל לאשתו אגרת וסיפר בתוך מכתבו מכל האנשים שמגליל זבאראז שנפלו במלחמה דהוי מסל"ת גמור י"ל דגם הה"מ מודה דמהני. ואף להגמ' שבב"ח הנ"ל שכתב דבכותב לזכרון ל"מ עמפ"ע דלא הקילו תרי קולות להכשיר עמפ"ע ומפי כתבם. עיין ב"ש ס"ק כ"ז. מ"מ זה דווקא בישראל שמכוון להעיד ובעדות אמרה תורה על פי עדים ולא עפ"י כתבם וגם לא עמפ"ע. לכך גם בעדות אשה לא הקילו תרי קולות. אבל בעכו"ם מסל"ת שאינו מכוון להעיד. ואינו נאמן מתורת עדות כלל רק הוכחה בעלמא דבתורת עדות אסור לקבל עדות עכו"ם כלל כמ"ש בס' ז"כ הנ"ל. וא"כ ל"ש לומר כלל בזה תרי קולא לא מקילינן. דמפי כתבם הוא רק גזיה"כ בעדות וכן עמפ"ע אבל כל שאינו בתורת עדות רק מתורת אומדנא מה לנו אם אומר בע"פ או בכתב או אם אחר אומר משמו וז"ב מאד בסברא:

איברא שבפ"ת סקנ"ג מביא בשם הלבוש שכתב שטעמו של הה"מ שאינו מכשיר כותב לפ"ת משום דהוי תרי קולא הרי דסובר דגם במסל"ת שייך פסול דמפ"כ אך נ"ל דגם הוא לא כתב כן רק משום דהה"מ אזיל לפרש דברי הרמב"ם שם ולכן י"ל דהרמב"ם לשיטתו

דס"ל דמדאורייתא נאמנים הכל משום מדעל"ג והא דעכו"ם פסול במתכוון להעיד הוא משום אל תשת רשע כמ"ש החת"ס בסי' מ"ו ד"ה אבל הנ"ל. וכמ"ש ג"כ בס' ז"כ הנ"ל. אלא דצריך להבין כוונתו דא"כ אמאי במסל"ת ל"ש הטעם דאל תשת רשע דמ"ש הז"כ דמסל"ת אינו בתורת עדות. לכאורה צריך טעם. דאי משום דנאמן מצד הסברא ולא בתורת עדות הרי גם מדעל"ג סברא הוא להאמינו ואפ"ה עכו"ם במכוון להעיד פסול לדידהו משום אל תשת וכו'. אך צ"ל עפי"ד התוס' ב"ב (דקט"ו ע"א) לענין עד נעשה דיין דכל שאינו מכוון להעיד לאו עד מיקרי ומה"ט גם נמצא אחד מהם קא"פ כשאינו מתכוון להעיד כשר דלאו עד מיקרי וא"כ מה"ט גם מסל"ת כיון שאינו מכוון להעיד ל"ש בו איסור דאל תשת רשע עד. אמנם עיין שם בראשונים ובש"ע ח"מ סי' ל"ו דבחד מינייהו עד מיקרי או כשמכוון להעיד או כשמעיד בב"ד. ומשמע דכשבא לב"ד והעיד דעשה מעשה עדות אף אם לא נתכוון בשעת עדותו בב"ד להעיד רק כמספר דברים בעלמא. מ"מ עד מיקרי לדעת הפוסקים שם דבחדא סגי. דסגי או מחשבה או מעשה. וא"כ במצאו כתוב בשטר כיון דקיי"ל דשטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד הוי כאלו העיד בב"ד. נהי דהוא לא נתכוון רק בדרך סיפור מ"מ כיון דבמעשה חתימתו נעשה עד בדבר הרי זה פסלה תורה משום אל תשת רשע עד. וא"כ י"ל דזהו כוונת הלבוש דלענין לקבל עדות עכו"ם יש שני ענינים חדא דאין לו נאמנות וגם אף אם נאמר דאינו משקר מ"מ אסור לקבל עדותו משום אל תשת וכו' אלא דבמסל"ת דאינו מכוון להעיד ליכא איסור דאל תשת אבל בשטר שוב איכא איסור דאל תשת כיון דהוי כאלו העיד בב"ד. וידוע ג"כ דברי הריטב"א ביבמות פ"ח דהא דקאמר הש"ס משום עגונה הקילו אף דנאמן מדאורייתא היינו דמשום חומרא דא"א הי' להם לחכמים להחמיר אלא משום עגונה הקילו וא"כ היינו דקאמר הלבוש דחדא קולא הקילו היינו להאמין עכו"ם אבל שני קולות דהיינו לעבור על לאו דאל תשת בזה לא הקילו ולכך בשטר דאיכא תרתי לא הקילו. אלא דלפי"ז צריך לפרש דהרמב"ם אינו מפרש נמצא כתוב בשטר כמו שמפרש הגמ' דכותב אצלו לזכרון דבזה ל"ש כמו שנחקרה וכו' אלא דמפרש שטר כפשוטו שחתם עליו ושלחו ליד אחר דכיון שיצא מתח"י נעשה כנחקרה עדותו וכו' כס' הרי"ף בפד"א. ואמנם מעתה כ"ז שייך רק לשיטת הרמב"ם אבל לשיטת שאר פוסקים דהא דהאמינו חכמים עבד ואשה וקרוב ועמפ"ע הוא רק מדרבנן משום תק"ע. א"כ כיון דחזינן במתניתין דהאמינו חכמים עמפ"ע מפי עבד ושפחה וקרוב. הרי דהקילו שלש קולות ע"א ועמפ"ע ואשה דכל אחד הוא פסול בפ"ע אין שייך לחלק ג"כ בין מפי כתבו דהוי ג"כ תרי קולי. אבל להרמב"ם דבמדעל"ג הכל נאמנים מדאורייתא. א"כ חכמים לא הקילו כלל. רק אוקמוהו

אדאורייתא. אבל לקבל עדות עכו"ם בכתב דהוא פסול מדאורייתא משום אל תשת וכו' כיון דנעשה כמי שנחקרה וכו' בזה לא הקילו חכמים:

ובזה מיושב לנכון קושית כתה"ר וגם קושית המה"צ שם בפ"ת על הלבוש. דאם לא הקילו שני קולות א"כ גם כתב ישראל ששמע מכותי מסל"ת לא ליהני וכן ישראל שהעיד בע"פ ששמע מכותי מסל"ת לא ליהני. דהוה תלתא קולא ע"א ועמפ"ע ומסל"ת. אלא בע"כ דלא פלוג רבנן דהרי זה מצינו להדיא במתניתין דעמפ"ע מפי עבד ושפחה מהני דכולן חד שמא נינהו דלא חיישי רבנן בהא שישקר או מחמת מדעל"ג או מחמת דייקא ומינסבא אבל עכו"ם חתום בשטר דאיכא איסורא אחריני לקבל עד רשע זה לא התירו רבנן מעולם כלל. וא"כ כיון דלרוב הפוסקים דס"ל דכל עיקר נאמנות ע"א ועבד ואשה הוא מדרבנן. אמרינן דלא פלוג רבנן. וגם לדעת הרמב"ם הרי איכא הב"י בבד"ה שחולק על הה"מ וכתב דהרמב"ם לא איירי במסל"ת וגם איכא דעת הרבה האחרונים שכתבו דעכו"ם שכותב לחבירו בדרך מסל"ת ממש גם הה"מ מודה כמ"ש בס' ע"נ הובא בקהלת יעקב הנ"ל וכתב עליו שיפה כיוון ומצאתי ג"כ בתשו' עבוה"ג סי' קי"ב שכתב ג"כ ככל דברי הנ"ל דעכו"ם מסל"ת דאין לו תורת עדות כלל ל"ש לחלק אצלו בין בכתב או בע"פ. דמפי כתבם נאמר רק בעדים עיי"ש ופירש ג"כ דהרמב"ם לא איירי במסל"ת. אמנם כיון דהוא גופי' לא רצה לסמוך שם על דבריו נגד דברי הה"מ. וגם בתשו' מהר"ם אלשיך סי' קי"ח החזיק בדברי הה"מ וכן בתשו' מהר"ם אלשקר סי' ס"ו. וטעם דבריהם נ"ל בפשיטות דס"ל כדעת הנוב"י סי' בדברי הרמב"ם דמסל"ת ועמפ"ע וכל הני חוץ מע"א נאמנותם הוא רק מדרבנן גם לדעת הרמב"ם וא"כ ס"ל כיון דחידוש הוא שהתירו חכמים א"א דאורייתא משום תק"ע אין לך אלא מה שמנו חכמים במתניתין סוף יבמות הוחזקו להיות משיאין עמפ"ע מפי אשה ועבד ושפחה. אף דהוי תרי קולא מ"מ לא חילקו בתקנתם. וכן עכו"ם מסל"ת אף דלא הוזכר במתניתין מ"מ מוזכר בש"ס שם פונדקית עכו"ם ומסל"ת היתה. וגם במתניתין דלעיל (דקכ"א ע"ב) ובעכו"ם אם הי' מתכוון וכו' משמע הא מסל"ת נאמן. ומפי כתבם הוזכר ג"כ בירושלמי והכריעו הראשונים כמאן דס"ל התם דנאמן מפ"כ אבל מסל"ת ומפי כתבם דלא הוזכר בש"ס ס"ל להגדולים הנ"ל דאין לנו להקל במה שלא הוזכר בש"ס והבו דלא לוסיף עלה וא"כ בוודאי עפ"י כתב עכו"ם לחוד לא הי' אפשר לעשות מעשה נגד הגדולים הנ"ל:

אך יען שכבר יצאנו מחשש דאורייתא ע"י עדות הישראל נשאר לנו רק חשש קברתיו דהוא רק דרבנן כמ"ש ברמב"ם פ"ו מה' נחלות ובב"ש ס"ק קמ"ג. ובדרבנן אין זה חידוש שמסל"ת נאמן דהא בכל איסורי דרבנן מסל"ת נאמן כמ"ש ביו"ד סי' צ"ח עיין ש"ך וט"ז

שם ול"ש הבו דלא לוסיף ומצד הסברא וודאי אין לחלק בין בכתב לבע"פ כמ"ש הב"י בבד"ה הנ"ל דאין שום טעם לדבר. וא"כ וודאי יש לצרף ג"כ עדותו של העכו"ם לעדותו של הישראל הנ"ל. וא"כ אף דהעכו"ם ג"כ לא הזכיר קברתיו מ"מ הא קיי"ל דבתרי ל"ח לבדדמי אף בשני פסולים כמ"ש בקו"ע אות י' ואות רל"א עיי"ש דבאחד ישראל ואחד כותי מל"ת ל"ח לבדדמי ואף לדעת הב"ש שם ס"ק קנ"ג דבעינן שני כשרים דווקא מ"מ י"ל דבעכו"ם מסל"ת מודה. דהאיכא דעת המרדכי דבמסל"ת ל"ח כלל לבדדמי עיי"ש בח"מ ס"ק ק"ד ובב"ש ס"ק קנ"ה. ועיי"ש בט"ז סקס"ז שהביא דהגאון מהר"י בר' בצלאל והרש"ל הביאו דברי המרדכי להלכה. וא"כ עכ"פ בהצטרפות עד ישראל דאיכא ג"כ דעת המהריב"ל והמבי"ט הנ"ל דגם בשני פסולין ל"ח לבדדמי וודאי יש להקל. ואף דבבה"ט ס"ק קנ"ב מביא בשם תשו' ב"י. דרק בשנים שראו בעצמם ל"ח לבדדמי אבל לא בששמעו מאחרים. וא"כ י"ל דילמא בין הישראל בין העכו"ם לא ראו בעצמם רק שמעו מאחרים או מפי אחד. מ"מ חדא דדברי הב"י סותרין זא"ז שבתשו' י"א בדין עכו"ם מסל"ת כתב להיפך דבמעיד ששמע ל"ח כלל לבדדמי. עיי"ש בסד"ה ועוד נוסף שכתב בזה"ל וכבר נתבאר שהאומר ששמע שפלוני מת או נהרג ל"ח שאמרו לו בדדמי. עיי"ש והובאו דבריו בקצרה בקו"ע אות ר"ג. וגם הא מבואר בתשו' מהר"ם מלובלין תשו' קכ"ח בד"ה אך אמנם שכתב שם דכיון שהעיד משה בר' פסח בשם שני אנשים שבאו מסטאליצע וכו' א"כ יש לתלות שאותם שני היהודים ראו ההריגה ובשני עדים ל"ש בדדמי וסיים שם וז"ל וא"כ בנ"ד נמי אין לתלות להחמיר ולומר שמא לא הי' בעת ההריגה וכו' לא תלינן לומר כך אלא תנינן להקל לומר שהיהודים עצמם ראו עכת"ד עיי"ש. וא"כ ה"נ יש לנו לתלות להקל דלא שמעו מפי אחרים רק ראו בעצמם. כיון דהוי רק חשש דרבנן. וגם האיכא דעת המהריב"ל דבעמפ"ע ל"ח לבדדמי. ותולין דהראשון אמר קברתיו או הזיזו ממקומו עיין בקו"ע אות מ' ואות מ"ח ובע"א מפי מל"ת הרבה מהאחרונים פוסקים כוותי'. עיין תשו' מאיר נתיבים סי' פ"ד. ותשו' משיב כהלכה אה"ע סי' ה'. ולכן אף אם נאמר דהעכו"ם והישראל שהעיד העד ר' בנציון בשמו שמעו מפי אחרים אף דרוב אנשי חיל היו עכו"ם. מ"מ ל"מ עכו"ם ששמע מפי עכו"ם וודאי דאמרינן דהראשון הי' מל"ת כמבואר בסט"ז ברמ"א ועיין בב"ש סק"מ. אלא אף הישראל ששמע מעכו"ם דעת הט"ז שם דאמרינן דמסתמא הי' מל"ת וכן הוא דעת המהרי"ט הובא בקו"ע אות שע"ב. ואף להב"ש שם ס"ק נ"א דחולק ע"ז מ"מ זה דווקא בידעינן דשמע מפי עכו"ם. אבל בסתמא כיון דאין דרך העכו"ם להכשיל בחנם אמרינן וודאי דשמע מישראל או מעכו"ם מסל"ת כמ"ש בתשו' ד"ח ח"א סי' מ' וכבר קדמו בזה בס' נתיבות לשבת סמ"א אות

י"ח ובתשו' גבעת פנחס סי' ל"א ד"ה ונלענ"ד עיי"ש. ובמק"א הארכתי בזה לחזק דיעה הזאת דבעמפ"ע מפי מל"ת ל"ח לבדדמי. עפי"ד המהרי"ט שהבאתי למעלה שחולק על המהריב"ל בעמפ"ע ולא אמר בשם הראשון שראוהו לשעתו. שכתב המהרי"ט דהוי ס' אשתהי דאין חילוק בין אם הי' הראשון לפנינו ואמר שמספקא לי' אם אשתהי. בין אם אינו לפנינו ומספקא לן אם ראוהו לשעתו דעכ"פ מידי ספיקא לא נפקא. ואיהו ס"ל כשיטת הפוסקים דספק אשתהי הוי ספיקא דאורייתא. וא"כ קשיא מ"ט של החולקין על המהריב"ל בעמפ"ע לענין קברתיו הא חשש בדדמי לא הוי רק דרבנן כמש"ל. ובעמפ"ע דעכ"פ ספיקא הוי כמ"ש המהרי"ט הנ"ל אמאי לא נימא סד"ר לקולא. ואין לומר דס"ל דכיון דאיכא חזקת א"א אזלינן גם בסד"ר לחומרא כמ"ש הש"ך בדיני ס"ס. ז"א דהאיכא הרבה ספיקות דהא בלא"ה איכא דעת הרבה מהראשונים הראב"ד ורמב"ן דס"ל דל"ב קברתיו כלל. ולדברי שאר הראשונים לבד מהרמב"ם הוי איבעיא דלא איפשטא ומה"ט קיי"ל דלא תצא. וא"כ הוי ס"ס בדרבנן דהוי כמו ג' ספיקות בדאורייתא דס"ל להש"ך בדיני ס"ס דמהני גם נגד חזקה. אך צ"ל דכיון דכל עיקר הדין של בדדמי הוא רק בע"א. וי"ל דחששו אלו האחרונים לדעת הפוסקים הקדמונים דכל נאמנותו של ע"א בעדות אשה הוא רק דרבנן. וא"כ אף דחשש בדדמי הוא ג"כ רק מדרבנן מ"מ הם אמרו והם אמרו. דמדאורייתא בלא"ה אינו נאמן וא"כ הוי ספיקא דאורייתא ולכך אזלינן לחומרא. וכה"ג כתב הח"ס בסי' מ"ח ד"ה ברם ועיין בתשו' ברית אברהם בתק"ע תשו' כ"א באריכות מזה. אלא שבאות י"ב חולק שם דהיכא דאין הריעותא בנאמנות העד כמו במשאל"ס. דאין אנו מסופקין על נאמנות העד רק ספק מבחוץ דילמא ניצול ויצא במקום רחוק. א"כ כיון דכבר נתאמת אצלינו נאמנות העד. אז החשש דמשאל"ס הוא רק דרבנן. וכתב שם דחשש בדדמי הוא ג"כ רק חומרא דרבנן כיון דאין אנו אומרים דהעד משקר רק שאומר בדדמי א"כ כבר מאומתין אצלינו דברי העד ואין עוד חשש דאורייתא ולכך קיי"ל דאם ניסת ל"ת עיי"ש היטב:

אבל באמת בזה אין דבריו ברורין. דהא מדאיבעיא לן בש"ס בהחזיקה היא מלחמה אם מהני מיגו בע"כ דהוי חשש משקר וכמ"ש התוס' בשבועות (דמ"ו ע"ב) ד"ה מתוך. דחשדינן לי' דמשקר וטוען ברי אף דמספקא לי'. ומש"ה מהני שם מיגו. ולכך גם במלחמה הבעיא הוא כך אם החשש בדדמי אינו כ"כ שיהי' נדמה לה וודאי שמת. רק דבאמת גם היא מסופקת. אלא דמחמת ספק מורית היתר לנפשה לומר דוודאי מת. וכה"ג איתא ברמ"א יו"ד סי' קכ"ז ס"ג דבספק איסור אין אשה נאמנת דמורית היתר לנפשה ולכך היכא דאיכא מיגו אזדא לי' חשש משקר או דילמא טעמא דבדדמי גבי

מלחמה הוא גרוע מהא דבעה"ב טרוד בפועליו. אלא דחיישינן לי' דחזיא דמחו לי' בגירא וכו' ונפל ונתעלף ונדמה לה וודאי שמת ואין שום ספק אצלה ואינה משקרת כלל ולכך ל"מ מיגו. וא"כ ס' הבר"א הנ"ל ל"ש רק אם החשש בדדמי הוא דאינה משקרת כלל אבל לא אם החשש הוא דמשקר. ויהי' נקל להבין בזה דעת המרדכי דס"ל דבמסל"ת ל"ח לבדדמי דהא דעת הרבה מהראשונים הם הראב"ד וסייעתו. דבע"א ל"ח לבדדמי. דרק האשה מתוך שהיא מתאוית לינשא אומרת בדדמי. אבל העד שאין לו נפקותא בדבר אינו אומר רק אם ברור אצלו. אלא דשאר פוסקים לא ס"ל כוותי'. וחוששים גם בעד כיון דעכ"פ הוא מכוון להעיד ולהתיר. חיישינן דמחמת שנראה לו שמת מורה לו היתר להעיד שוודאי מת לעשות טובה להאשה. וא"כ לפי"ז מסתברא מאד כדעת המרדכי דבמסל"ת כיון דאינו מתכוון כלל להעיד ולהתיר מאיזו טעם יוסיף לומר דבר שלא ראה אמנם אם נאמר כצד האיבעיא דל"מ מיגו ובע"כ דחשש בדדמי הוא דטועה באמת וסבור שכך הוא שמת וודאי, זה שייך גם במסל"ת דנהי דאין לו טעם לשקר מ"מ יש לחוש דגם הוא טועה בכך. אלא כיון דספיקא היא ואיבעיא דלא איפשטא א"כ בע"כ הוי ספק דרבנן. דממ"נ אם תרצה לומר דחשש בדדמי הוא משום דמשקר. ולס' הברית אברהם הנ"ל היכא דיש חשש דהעד הוא משקר אף דהחשש הוא רק דרבנן. מ"מ שוב מדאורייתא אינו נאמן כיון דכל עדותו של ע"א הוא רק מדרבנן. זה אינו שייך במסל"ת. דמסל"ת וודאי אינו מוסיף לשקר. ובע"כ דתרצה לומר דהחשש הוא דילמא טועה הוא ואינו משקר כלל. א"כ כיון דאין ריעותא בנאמנות שלו וכבר נתאמת אצלינו עדותו שאומר אמת. ואז הוי רק חששא דרבנן בעלמא לס' הברית אברהם הנ"ל. וא"כ כיון דזה גופו ספק אצלינו אם מהני מיגו דלא נפשט האיבעיא. ואם נאמר דמהני מיגו דחשש בדדמי הוא רק משום חשש משקר. א"כ מסל"ת נאמן כמו אית לי' מיגו ול"ח דמשקר כמש"ל. מאי אמרת דילמא כצד האיבעיא דל"מ מיגו. ואז גם במסל"ת שייך בדדמי. א"כ שוב הוי ספיקא דרבנן לקולא דחשש דאורייתא ליכא רק אם נאמר דמשקר ובמסל"ת ליכא חשש משקר כנ"ל. וא"כ לכאורה דינו של המרדכי טעם חזק יש לו לדידן דלא איפשטא האיבעיא ובע"כ צ"ל דדעות החולקים על המרדכי הוא או משום דס"ל דאיבעיא דלא איפשטא גם בדרבנן לחומרא. עיין בב"י או"ח סי' תל"ז ד"ה השוכר. ובד"מ סי' תל"ח אות ב'. או משום דאיכא חזקת א"א. וסד"ר באיתחזיק איסורא הוא לחומרא. וא"כ כ"ז במסל"ת בעצמו אבל עמפ"ע במסל"ת דאיכא ס' במציאות דילמא המסל"ת ראה הקבורה או הזיזו ממקומו. ובס' במציאות לכ"ע סד"ר לקולא. ומשום סד"ר במקום חזקה ג"כ ליכא לדידן דהא איכא ספיקות טובא דילמא כצד האיבעיא הנ"ל דמהני מיגו

וא"כ גם מסל"ת נאמן. ודילמא כדעת הראב"ד וסייעתו דבדדמי ליכא רק באשה עצמה. ודילמא הראשון שהוא העכו"ם ראה הקבורה ובהרבה ספיקות פשיטא דאזלינן גם בא"א כיון דליכא חשש דאורייתא כנ"ל. וא"כ שפיר נכון פסקו של הס' משיב כהלכה להגאון החסיד מהר"ז פרענקיל מפשעווארסק ז"ל דבעמפ"ע מפי מסל"ת ל"ח לבדדמי. ואמנם אף להחולקים ע"ז י"ל דבנ"ד מודו כ"ע. דהנה כבר הבאתי לעיל דיעות החולקות בזה אם גם בשני פסולים ל"ח לבדדמי והב"ש בס"ק קנ"ג הנ"ל מביא בשם הרא"ש ראי' חזקה דבשני פסולים חיישינן לבדדמי מהא דקאמר הש"ס והא מאה נשים כע"א דמיין עיי"ש. וטעם המחלוקת בזה י"ל דאיכא תרי טעמי בהא דבשנים ל"ח לבדדמי. חדא טעמו של הרמב"ן במלחמות ביבמות (דקט"ו) הנ"ל דשנים כיון דנאמנים מן התורה לא דייקינן בתר סהדותיי' במ"ש שם וז"ל מאחר דהתורה האמינתם אתם מה לכם בכך. ואמנם טעם זה ל"ש רק בשני כשרים ולא בשני פסולים שאין נאמנים מה"ת עיין רשד"ם תשו' ס"ט בסוף התשובה ונוב"י מהדו"ק בתק"ט תשו' כ"ח. אמנם יש עוד טעם דשני עדים אינם מצויים לטעות. דרחוק הוא ששניהם יטעו בדבר. כמ"ש התוס' בפסחים (די"ב) דלא תלינן הטעות בשנים. וגם לענין מילתא דלא רמיא מצינו כה"ג עיין פרמ"ג יו"ד בש"ד סי' י"ח סק"ח עיי"ש. אך דיש סתירה לדבריו מש"ך חו"מ סי' ע' סק"ו. דלדעת המפרשים שם דאעדים קאי מוכח דגם בשנים אמרינן מילתא דלא רמיא וכו':

והנה הרמב"ן הנ"ל שכתב רק הטעם משום דשנים נאמנים מה"ת. בע"כ דס"ל דגם שנים מצוים לטעות דאל"כ למה צריך הטעם דנאמנים מה"ת. וא"כ תיקשי תינח למש"ל דבדדמי הטעם משום דמשקר ומיגו מהני. א"כ מכ"ש שנים דנאמנים מה"ת דעדיף יותר ממיגו ול"ח לבדדמי. אבל לטעם השני משום דטועה בדמיונו וסובר דהאמת הוא כן. א"כ כיון דס"ל דגם שנים עשויים לטעות א"כ מאי מהני מה דנאמנים מה"ת. אך לפימש"ל נכון שפיר דהא באמת מיבעיא לן בש"ס אם מהני מיגו. אם הטעם משום דמשקר או לאו. וכתבתי לעיל דמש"ה לא אמרינן סד"ר לקולא משום דכל עדותו של ע"א הוא רק דרבנן. אבל בשני עדים כשרים דנאמנים מה"ת. נהי דאיכא ספיקא דילמא טעו וסברו דבוודאי מת. מ"מ כיון דזה ספק הוא בש"ס אם חוששין לזה. וכל החשש בדדמי הוא רק דרבנן. א"כ הוי סד"ר לקולא. וא"כ מעתה י"ל דגם בשני פסולין הדין כן. דהא באמת מיד כשבא אחד מהפסולין לפנינו ומעיד שמת במלחמה נולד לנו ספק אם ע"א במלחמה נאמן ול"ח לבדדמי או אינו נאמן דחיישינן לבדדמי. לשיטת המפרשים הבעיא דע"א במלחמה בלא קברתיו. וא"כ נהי דאין מתירין מספיקא. ותופסין זה לספיקא דאורייתא כמש"ל. מ"מ כבר נעשית האשה הזאת רק ספק א"א. דאם נאמר דבע"א ל"ח לבדדמי הרי התירוה

חכמים לגמרי. ועכשיו דמספ"ל אם התירוה חכמים הוי ספק א"א. וא"כ לפימ"ש הש"ך בדיני ס"ס דמש"ה מהני ג' ספיקות. משום דספק אחד מסלק החזקה. א"כ יצאה אשה זו כבר מחזקת א"א. ואח"כ כשבא עוד ע"א פסול ומעיד ג"כ שמת הבעל כבר הוא נאמן מה"ת דל"מ לדעת המהרי"ק דגם בדשב"ע נאמן ע"א היכי דליכא חזקה דפשיטא דנאמן. אלא אף לדעת הרמב"ן ביבמות (פ"ז) שם דבדשב"ע גם בליכא חזקה ע"א אינו נאמן מ"מ הא כבר כתב הט"א בר"ה (דכ"א) גבי בא א' ואמר קדשו ב"ד את החודש דמדאורייתא ע"א נאמן במדעל"ג. והא דע"א בעדות אשה הוא רק דרבנן משום דאיכא חזקת א"א. א"כ היכא דיצאה כבר מחזקת א"א ע"י הראשון. הרי השני נאמן מה"ת אף אם פסול הוא דבמדעל"ג גם עכו"ם נאמן כמ"ש ביו"ד סי' פ"ג וסי' פ"ו. וכיון דכבר נאמן מה"ת. א"כ אף אם לא אמר קברתיו. מ"מ כיון דזה היא איבעיא אם בעינן קברתיו. א"כ כאן דכבר הותרה מה"ת ע"י עד הפסול השני. וליכא רק חשש בדדמי דהוא מדרבנן א"כ הוי סד"ר ולקולא. וא"כ נדחית שפיר הראי' שהביא הרא"ש דבשני פסולים חיישינן לבדדמי. מהש"ס דמאה נשים כע"א דמיין. דז"א דבס"ד דהש"ס דרוצה לפשוט זה גופו אם בע"א חיישינן לבדדמי. מביא שפיר מהא דמאה נשים כחד דמיין. דהא בפסולין איכא חשש בדדמי דמשקר כמש"ל. אבל אנן להלכה אחר דלא איפשטא לן הבעיא. ומספקא לן אם בע"א חוששין לבדדמי. שפיר אמרינן דגם בשני פסולין ל"ח לבדדמי דכיון דע"י שני פסולין הותרה מה"ת א"כ שוב החשש דבדדמי הוי סד"ר ולקולא. וצ"ל לפי"ז הטעם של הני דס"ל דבשני פסולין חיישינן לבדדמי הוא משום דס"ל דספק איבעיא גם בדרבנן אזלינן לחומרא כמ"ש בב"י סי' תל"ז הנ"ל. וא"כ בנ"ד דאיכא חד ישראל עמפ"ע. וגם עד כותי מסל"ת. דע"י עד האחד כבר נעשית ס' א"א. ואז ע"י עכו"ם השני שמעיד בכתב הותרה מה"ת משום מדעל"ג אף אם בכתב ל"ה מסל"ת מ"מ במדעל"ג נאמן אף עכו"ם שאינו מסל"ת היכא דליכא חזקה. וכיון דכבר הותרה מה"ת הרי יש לנו ספק במציאות דילמא הראשון שהעיד העד בשמו ראה בעצמו הקבורה או הזיזו ממקומו כס' המהרי"ק. והוי סד"ר לקולא דמותר לכ"ע. ולכן מכל הני טעמי כיון דכל מה דצריך קברתיו הוא רק חששא דרבנן נלע"ד דיש לסמוך על כל הני צדדי דהיתרא ובפרט במקום עיגון גדול כזה שיושבת עגונה זה תשעה שנים יש לסמוך ע"ד הב"ח בתשו' סי' ע' שכתב וז"ל ועוד נראה עיקר וכך קבעתי הלכה למעשה בעגונה דק"ק יערסלאב והוא דכל היכא דאפשר לידע וכו' אבל היכא דא"א בעולם שיעיד עוד אחר על אשה זו ואם לא תאמין לזה לא תמצא עדות ותשב עגונה כל ימי' התם סמכינן וכו' ול"ח דילמא קאמר בדדמי וכו'. וה"נ בנ"ד דאשה זו יושבת עגונה י"א שנה וכו' דידוע דלא תמצא עדות אחרת דכשעת הסכנה

דמיא דידוע דלא תמצא עדות אחרת וכו'. אבל היכא דידוע דליכא עדות אחרת ל"ח לבדדמי וכו' הלכך לא בעינן קברתיו עכת"ד עיי"ש. וה"נ בנ"ד דיושבת עגונה זה זמן רב כ"כ ולא הי' עדות אחרת וודאי לא תמצא עוד עדות שיעידו בקבורתו. ובכי הא ל"ג רבנן לס' הב"ח הנ"ל. ולכן הנני גם אנכי להסכים עם כתה"ר בשריותא דהאי איתתא א' משה צימרינג אך באופן שיסכים אתנו עוד אחד מהרבנים השנים האלו. הרב הגאבד"ק בראדי. או הרב הגאבד"ק טארנא. ואז גם ידי תכון עמו והשי"ת יצילנו מכל מכשול ושגיאה. ובזה הנני ידידו דוש"ת כו"ח אור ליום ד' וישלח תרפ"ד לפ"ק:

הק' **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כז, תק"ע.

שלום אשיב לככוד ידידי הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי וכו' כש"ת מו"ה **מנחם מענדיל** נ"י אבד"ק **קרעשוב** יצ"ו:

יקרתו הגיעני במועדו. ומאפס הפנאי לא עיינתי במכתבו עד כה והלום ראיתי שאלת העגונה אשת ר' מאיר וואלמאן. וצר לי מאד על העלובה הזאת כי ההיתר שלה נבוך מאד כי אם כי הקילו חכמים הרבה בדיני עגונה היינו על נאמנות העד אבל לא על גוף המיתה כדאיתא בבכורות (מ"ו ע"ב) כי אקילו רבנן בסופה ולא בתחילתה עיי"ש. וכאן ליכא עדות כלל על גוף המיתה. שמה שאמר הערל כי הגראנאט האט פערשיט מאיר'ן. הרי מעיד רק על שנפלה עליו מפולת ומצינו שמחללין שבת על מי שנפלה עליו מפולת מוכח דיש ספק דילמא עדיין הוא חי. ועובדא ידענא שאיש אחד מפה שהי' ג"כ במלחמה בתוך השוצענגראבען ונפלה עליו מפולת ע"י גראנאט והי' שוכב כחצי שעה תחת המפולת ואח"כ נשאר חי. והנה בתשב"ץ ח"א תשו' פ' האריך להוכיח דכל דאיכא אומדנות טובות דמת וגם נאבד זכרו אח"כ יצאה מדאורייתא מאיסור א"א ורק מדרבנן אסורה כמו משאל"ס. אבל מי יוכל לדמות האומדנות זל"ז הא גם בממון לא סמכינן אאומדנא מה"ט דאין להעמיד על דעתינו. והנה אם נאמר דמטעם רובא קאתינן עלה א"צ לזה אומדנא גדולה דכל שאין הספק שקול ומצוי להיתר יותר הוי רובא להיתרא. ואף דאיכא כאן חזקת איסור א"א ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה מ"מ כיון דלדידן דלא קיי"ל כר"מ סמוך מיעוטא לחזקה הוי רק דרבנן ובדרבנן שוב אפשר לומר דסמכינן על דעתינו באומדנא מבוררת גדולה לומר דלא הוי רק מיעוטא דמיעוטא כמו משאל"ס. אבל הא איכא דעת הריב"ש דס"ל דבמגונה לא מהני רוב למיתה מדאורייתא משום דאיכא שני חזקות חזקת חי וחזקת איסור א"א. ואף דהנוב"י מהדו"ק בתק"ע תשו' מ"ג חולק ע"ד הריב"ש מ"מ בפנ"י בקו"א לכתובות מביא דברי הריב"ש ואינו חולק עליו:

איברא דמדברי התוס' בכורות (ד"כ ע"ב) ד"ה חלב משמע לכאורה שלא כדברי הריב"ש. דהר"ת האריך שם לומר דקיי"ל סמוך מיעוטא לחזקה ומקשי אדנפשי' מהא דמשאל"ס אם ניסת ל"ת ומתרץ דמיעוט הנמלטים הוי מיעוטא דל"ש וגם לכתחלה לא חשו רק משום חומרא דא"א. משמע מדבריהם דאם נאמר דל"א סמוך מיעוטא לא הוי צריך לתרץ דמיעוט הנמלטים ל"ש. והא בלא"ה קשה הא בא"א איכא תרי חזקות ול"א בתר רוב כלל מדאורייתא ובע"כ הטעם שם רק משום דנמלטים הוי מיעוט דלא שכיח. משמע להדיא דר"ת לא ס"ל כהריב"ש:

ברם נ"ל לתרץ ולומר דהר"ת אינו חולק על הריב"ש. דהנה צריך להבין לפי"מ דמצינו בפ"ק דכתובות פלוגתא למאן דמכשיר בה אם פוסל בבתה משום דחזקת האם ל"מ להוולד. א"כ כמו דשם אמרינן כן לחומרא ה"נ נימא לקולא בעגונה דלא יזיק חזקת חי של הבעל להאשה. אך לפימ"ש שם ההפלאה לחלק בין אם דנין גם על האם או לא דאם דנין גם על האם ומוקמינן לה אחזקה מועיל אז גם להוולד עיי"ש. א"כ ה"נ כיון דלענין נחלה דנין גם על האב אם הוא עדיין חי דאז הנכסים הם שלו ואין מורידין היורשין לנחלה לכך מהני שפיר החזקה גם להאשה. אמנם כ"ז אם אמרינן סמוך מיעוטא אז אין מורידין לנחלה עפ"י רוב למיתה כיון דאיכא חזקת חי. אבל אם לא נאמר סמוך מיעוטא. א"כ מורידין לנחלה עפ"י הרוב. דלענין נחלה ליכא רק חדא חזקה חזקת חי דחזקת ממון ליכא כאן דאין כאן מוחזק בממון כלל כיון דהאב נאבד זכרו ומה"ט ל"ש כאן אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דליכא מוחזק כמ"ש התוס' לענין אבידה וליכא רק חזקת חי. וא"כ שפיר י"ל דהר"ת ס"ל כהריב"ש ואפ"ה אי לאו דאמרינן סמוך מיעוטא לא הי' קשה מהא דמשאל"ס אם ניסת ל"ת אף דאיכא שני חזקות מ"מ כיון דלענין נחלה שנוגע להאב גופי' לא מוקמינן לי' אחזקת חי כיון דאיכא רוב נגד החזקה ומורידין לנחלה כיון דל"א סמוך מיעוטא וכו'. וכיון דאין דנין על האב להעמידו בחזקת חי לא מהני חזקתו גם להאשה וליכא אצלה רק חזקת א"א ולכך אם ניסת ל"ת כיון דל"א סמוך. אבל כיון דס"ל לר"ת דאמרינן סמוך וכו' שפיר קשיא לי' דאמאי אם ניסת ל"ת דכיון דגם לענין נחלה אין מורידין ברובא לחודיי' משום דאמרינן סמוך וכו'. וא"כ מעמידין אותו בחזקת חי לענין נחלה וממילא מהני חזקתו גם לדידה. ואיכא תרי חזקות דלא מהני רוב נגדם מדאורייתא כשיטת הריב"ש. והוכרח לתרץ דמיעוטא דנמלטים לא שכיח. ולא מצטרפינן לי' לחזקה כלל. רק לענין לכתחלה משום חומרא דא"א:

ובהכי ניחא מה דקשיא לכאורה מה קשה לי' לר"ת מהא דאם ניסת ל"ת. והא הא דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה הוא רק דרבנן נימא דבעגונה העמידו דבריהם על ד"ת

לומר דבדיעבד ל"ת. אבל להנ"ל ניחא דאם נאמר סמוך וכו' אז לענין עגונה מדאורייתא לא סמכינן ארוב כיון דאיכא שני חזקות וכמש"ל:

וא"כ מעתה כיון דלשיטת הריב"ש הוי דאורייתא ברוב למיתה. א"כ שוב יש לחוש מלסמוך על דעתינו לומר איזו אומדנא גדולה ומבוררת דעדיפא מרוב דלא ליתי ליגע באיסור דאורייתא. ובפרט דגם באומדנא היותר מבוררת עכ"פ לכתחלה לא תינשא דלא גרע ממשאל"ס כמ"ש התשב"ץ גופי':

איברא דאם נאמר דליכא רק איסור דרבנן לכתחלה הי' מקום לצדד ולומר עפי"ד מהריב"ל דס"ל דעמפ"ע לא בעינן קברתיו דתלינן דאם הי' הראשון לפנינו הי' אומר קברתיו. ובתשו' מהרי"ט ח"א תשו' מ"ח האריך שם בזה. ומשמע מדבריו דבספק דאורייתא כגון לענין חזי' בשעתי' לא תלינן לומר דאם הי' הראשון בפנינו הי' אומר דחזי' בשעתי'. אבל לענין קברתיו דהוי רק חשש דרבנן ואם ניסת ל"ת. אז בעמפ"ע תלינן דאם הי' הראשון לפנינו הי' אומר קברתיו. א"כ ה"נ י"ל כיון דהעד העיד מפי עכו"ם מל"ת שאמר לו אז הגראנאט האט פטרשיט מאיר"ן. אולי הי' לפנינו הי' אומר דבר ברור אופן המפולת שנפל עליו ע"י הגראנאט שהי' דבר ברור למיתה שלא הי' פשר לו להנצל כלל. כמו ששמעתי מאנשי חיל שבשוסצענגראבען שהם עמוקים יש לפעמים שכשנעשה מפולת ע"י גראנאט א"א להנצל כלל. או הי' אומר שראה שנהרג ממש ע"י הגראנאט באופן דליכא חשש דבדמי. והרבה אחרונים כתבו דמפי עכו"ם מסל"ת עדיף יותר מעחפ"ט לענין זה. עיין בתשו' כנ"י תשו' ח"ח וכ"ה בתשו' משיב כהלכה סי' ה'. ואמנם כ"ז אי הוי כאן לפחות רק חשש דרבנן הי' דומה לקברתיו. אבל כאן דגוף הדבר אינו מבורר עדיין שנסמוך על אומדנות לומר דוודאי מת כל דליכא עדות על גוף הריגתו קשה עלי להצטרף להתיר בזה. והשי"ת ירחם עלי' שתמצא עדות מבוררת. לדעתי נכון לחקור במקומות הגבוהות. אולי נרשם באיזו פנקסו של המלכות מהריגתו. ויפנה בזה אל לשכת עגונות שבק"ק ווארשא. אולי יוכלו לחקור בזה ע"י הממשלה. ואסיים בשלום:

כ"ד ידידו הדוש"ת **דוד מנחם מאנוט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כח תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי בש"ת מו"ה אהרן נפתלי נ"י מו"צ לעדתו בק"ק ווארשא יצ"ו:

מכתבו בדבר העגונה בצירוף הפ"ש מש"ב הרב הגאון אבד"ק פלונסק נ"י לנכון הגיעני והנה היתר העגונה הזאת רופף מאד מכמה צדדים. אבל מריש כל אמינא להו מה ששמעתי מפי הרב הגאון מו"ה דובעריש ראפיפורט ז"ל אבד"ק ראווא שהי' מקובל

מפי רבו הגאון בעהמח"ס נודע בשערים אבד"ק לובלין ז"ל, שבבוא לפניו איזו שאלה, מקודם הוא שוקל בשכלו על אמיתות הענין לפי שכל האנושי האיך הוא ואם נראה לו לפי שכל האנושי שהדבר אמת, אז הוא מעיין עפ"י חוקי תוה"ק מה משפטו. וכן הוא אצלי בבוא לפני שאלת עגונה וכדומה אם ברור הדבר בעיני לפי השכל ודעת בני אדם שהדבר אמת, אז אנכי מייגע א"ע למצוא צד היתר עפ"י חוקי ומשפטי תוה"ק, לא כן אם אמיתות הדבר מסופק אצלי, וכן הוא בדבר הזה שאין כאן רק ע"א, שכפי הנראה הוא מקלי הדעת וכבש העדות אצלו איזו שנים. ועתה כשקרה מקרה שהי' לו מו"מ עם האשה הזאת, וקראה אותו לביתה, נכנס אתה בדברים, ודיבר אתה מבעלה. ולכן ירא אנכי אולי רצה להחניף אותה ולהקל ראשו אתה. ולכן בדה מלבו הדברים האלה. ולכן יען שאנכי מבחוץ ואולי אני חושד בכשרים לכן הנני סומך על דעתיכם, שאם כפי חוו"ד נראה הדבר אמת. כי ניכרים דברי אמת, ואין כאן מקום לחשוד, אז תוכלו לצרף את דברי שאציע לפניכם פה, ואם לאו דברי בטלים, וכאין נחשבו:

ועתה נבוא לדבר מה שיש לעיין בזה עפ"י משפטי תוה"ק. הנה מקודם העיקר חסר שאין כאן שמו ושם אביו ושם עירו, דאף אם נאמר דשם משפחתו הוי כשמו, עיין ב"ש סקנ"ח בשם המהרשד"ם מ"מ יותר משמו ושם עירו לא הוי, ואף דלדעה אחת ברמ"א שם סגי בשמו ושם עירו, מ"מ מבואר שם בב"ש סקנ"ט דהיינו דאינו מוחזק באותו עיר עוד יב"ש, ובע"כ צ"ל הכוונה דידוע לנו דאין שם עוד בשם זה, דאין לומר דכוונתו למעט רק שלא יהי' ידוע בודאי דיש שם עוד אחד בשם זה, דזה אף בשמו ושם אביו לא מהני. ובע"כ צ"ל דאיירי בסתמא. דאם מזכיר שמו ושם אביו ל"ח בסתם דילמא יש עוד יב"ש דלא שכיח כולי האי. ובשמו לבד חיישינן. וצריך לחפש באותו עיר אם נאבד עוד אחר בשם כזה כמבואר בריא"ז סוף יבמות, ובהה"מ פי"ג מה"ג הכ"ז בשם התוספתא. ובמהרי"ט ח"ב אה"ע תשו' ל"ו ד"ה מעתה. ובקו"ע אות ק"א וק"ד וקכ"ט ושמ"ד ושס"ז עיי"ש. (שו"ר בתשו' בית אפרים תשו' כ' דרוצה לפרש דגם בלא חיפוש מתירין ע"ש) ואף בשמו ושם אביו ושם עירו איכא דיעות הרבה דצריך חיפוש. כאשר הארכתי בזה הרבה באיזו תשובות. ועיין תשו' בית אפרים תשו' כ"ט ול"ב בתק"ע. אבל בשמו ושם עירו וודאי צריך חיפוש אם יש שם עוד בשם כזה. אלא דכאן י"ל כיון דכאן הזכיר קצת סימנים בקומה ובשערות. אף דהוי סימנים גרועים, מ"מ מצטרפי להיות כשמו ושם אביו כמבואר בתשו' מהר"ם אלשקר תשו' ס"ז דמדקדק מתשו' הרמב"ם דבשמו ושם עירו וסימנים גרועים דהיינו שהי' בינוני בקומה וזקנו שחור מתירין עיי"ש הובאו דבריו בתשו' ב"א הנ"ל תשו' כ'. וכן הביא שם כן בשם הרח"ש ובשם המהר"ם מלובנין. וגם

מה שאמר שיש לו אשה וילד אחד ג"כ חזי לאצטרופי כמו שצירף כה"ג בתשו' מהרי"ק בב"י בעובדא דר' דוד שלמה מרוסיא עיי"ש:

ועוד נלע"ד לצרף לזה להתיר עפי"ד הב"ש בס"ק פ"ד שהקשה על הא דקיי"ל ספק ג"י לחומרא מדברי המהר"ם מינץ לענין אבילות דאוקמינן אחזקה דהשתא הוא דמת. ותירץ דאדרבא אוקמינן בעלה בחזקת חי דעדיין הוא חי, וזה איש אחר הוא אשר לא ידעינן אותו ול"ש לומר אוקמינן אחזקתו. אמנם בתשו' נוב"י מהדו"ק בתק"ע תשו' ל"א חולק עליו וס"ל דגם למאן דלא ידעינן לי' מוקמינן לי' בחזקת חי עיי"ש. וא"כ הכא דבעל האשה הזאת נאבד זכרו זה כמה ורובו למיתה וודאי דעכ"פ איתרע חזקת חי דידי', א"כ אם אנו מסופקים ע"ז האיש מינץ שהעיד העד אם הוא בעל האשה הזאת, או איזו מינץ אחר שוודאי שכיחי בווארשא עוד אנשים ששמם מינץ, מ"מ כיון דבאנשים אחרים ששמם כן לא נולד ריעותא בחזקת חי דידהו, ואין אנו יודעים כלל אם נאבד זכרם, א"כ אדרבא אוקמינן כל הני מינץ אחריני בחזקת חי ואמרינן דהם חיים וקיימים, אבל בעל האשה הזאת שאנו יודעים שנאבד זכרו ויצא מחזקת חי. אמרינן דהוא הוא הנהרג. כנ"ל לדעת הנוב"י הנ"ל. ואף לדעת הב"ש הנ"ל דלשאר אנשים לא מוקמינן בחזקת חי. מ"מ י"ל דזה רק על אנשים דעלמא. דא"א לומר דלכולם יש להם חזקת חי. דוודאי איכא מתים ג"כ בעולם וכמ"ש הישויע"ק בסי' י"ז סקכ"ה בפירוש דברי הב"ש הנ"ל. אבל כאן דאין אנו מסופקין רק על אותן שמווארשא ששמם מינץ ויש להם ג"כ אשה וילד אחד וסימנים גרועים כנ"ל. דאף אם נרצה יש לחוש רק אולי נמצא עוד אחד או שנים כה"ג, ובין איש אחד או שנים אינו מוכרח שיהי' ח"ו אחד מהם מת, ויש להם שפיר חזקת חי גם לדברי הב"ש הנ"ל. א"כ שפיר תולין רק בבעל האשה שידוע לנו שעכ"פ כבר יצא מחזקת חי. ושאר אנשים ששמם כן מוקמינן להו בחזקת חי ואמרינן שוודאי הם חיים עדיין, כס' הב"ש הנ"ל לענין ספק נ"י:

ועוד י"ל טעמא להיתרא. דהנה במ"ש כת"ה בשם התשו' גא"י דבנאבד זכרו אחר הפרסום במכ"ע בזה לבד מותר מה"ת דהוי רובא למיתה, בדבר זה הארכתי כבר באיזו תשובות. ולא רציתי להקל מטעם זה כלל. דאף דדבר זה יסודו הוא מהתשב"ץ ח"א תשו' פ' דכל כה"ג שיש אומדן דעת חזק שמת. מחמת שנאבד זכרו הוי כמשאל"ס דמדאורייתא מותרת עיי"ש. משום דהוי רובא למיתה. ועיין בתשו' ח"ס אה"ע ח"א תשו' נ"ח. מ"מ בתשובותי הארכתי בראיות ברורות. דזה רק בנולד ריעותא בגופו, שנולד בלא"ה ריעותא בחזקת חי שלו. וכעין ס' הרשב"א חולין הובא בת"ש סי' כ"ט שהוחל בו מעשה טורף. אז אזלינן בתר רובא. אבל אם באדם הזה לא נולד שום ריעותא קודם

שנאבד זכר ויש לו חזקת הגוף וחזקת חי מעלייתא. אז לא אזלינן בתר רובא. כמו שהשריש לנו הפנ"י בכתובות בסוגיא דמומין בפ' המדיר וקו"א שם (די"ג). דחזקת הגוף עדיפא מרובא ומוציאין ע"י ממון עיי"ש ובש"ש ש"ב פי"ד. ועיי"ש שביאר דהעיקר תלוי אם נולד ריעותא בחזקת הגוף שמביא לנו להסתפק. וכלשון הרשב"א הנ"ל לענין סירכה תלוי' עיי"ש בת"ש הנ"ל. וכ"כ ג"כ בישויע"ק אה"ע סי' י"ז סקכ"ה הנ"ל דחזקת הגוף עדיפא מכל החזקות שבעולם דמהכ"ת לומר דנשתנה עיי"ש. והנה ידוע דכל שנולד הספק בין שנים מקרי איתחזק איסורא כמו אשתו ואחותו עמו בבית בכריתות. ומה"ט קיי"ל דתערובות חד בחד מקרי אתחזיק איסורא ונראה דכל תערובות כיון דידעינן דיש בין אותם הדברים דבר אחד של איסור. איתרע עכ"פ חזקת ההיתר. אף היכא דאיכא רובא דהיתרא. אלא דבאיכא רובא דהיתרא מותר מטעם ביטול. אבל היכא דל"ש ביטול איתרע חזקת היתר, כיון דוודאי יש כאן דבר האסור. ובחד בחד מיקרי איתחזק איסורא. וא"כ מעתה כאן עוד קודם שנאבד זכרו תיכף כשראה העד שמינץ אחד מווארשא נהרג. נולד הספק על כל אנשים ששמם מינץ בווארשא איזו מהם נהרג. וכולם בספיקא קיימי. כיון דוודאי אחד מהם נהרג ולמש"ל כיון דיש כאן עוד סימנים גרועים. וגם הסימן שיש לו אשה וילד אחד. א"כ וודאי דאין לספק דילמא יש עוד הרבה בווארשא ששמם כן ויש להם סימנים כאלו. ואף אם נסתפק דילמא יש עוד אחד ששמו כן ויש לו סימנים כאלו. מ"מ יותר ממחצה ע"מ לא הוי והוי ספק השקול. דילמא מת בעל האשה ונתקלקל חזקת חי דידי'. דאדרבא הוקבע הדבר דאחד מהם בוודאי מת. ובלא"ה דעת הש"ך בדיני ס"ס דמש"ה מהני ג' ספיקות נגד חזקה. דס' אחד מקלקל החזקה. אלא אף אם נרצה לחוש דילמא יש עוד שנים או שלשה בסימנים כאלו. אף דהוי מילתא דל"ש לגמרי מ"מ כבר כתבתי דבכל תערובות היכא דל"ש ביטול מ"מ איתרע החזקה דמעיקרא. כיון דוודאי יש כאן אחד שנשתנה מחזקתו. וא"כ ממילא כיון דנאבד אח"כ זכרו ואיכא רובא למיתה. שפיר מדאורייתא אזלינן בתר רובא דהוא גופא חידוש הוא מה דחדית לן הפנ"י דנגד חזקת הגוף ל"מ רוב. דאדרבא בכל דוכתי משמע דרובא וחזקה תמיד רובא עדיף, ולכן אף לד' הפנ"י דחזקת הגוף עדיף. מ"מ זה רק כשלא נולד ריעותא בחזקת הגוף. אבל כיון דכבר נולד ריעותא בחזקה דגופא קודם שנצטרף הרוב. שפיר מהני הרוב אח"כ מדאורייתא. ושפיר יש לצרף בכה"ג דברי הנא"י הנ"ל וד' התשב"ץ ועוד הרבה אחרונים. דבכה"ג דמי למשאל"ס דמדאורייתא מותרת. וכיון דאיכא רק איסור דרבנן שפיר יש לסמוך על יתר צדדי היתר הנ"ל:

וגם על הפאטאגראף דעיקר החשש של התשו' ברכת רצ"ה לענין הפאטאגראפיע משום דמדמה לי' לקיום של החתימות ע"י דימוי, דל"מ רק מדרבנן. וכיון דכבר הראיתי פנים דהוי ג"כ רק חשש דרבנן שפיר י"ל דמהני הפאטאגראפיע. אלא דבגוף הפאטאגראפיע נ"ל אף דלכאורה יש להביא ראי' דמהני מהא דר"ה (דכ"ד וע"ז דמ"ג) בר"ג שהי' לו דמות צורות לבנות בטבלא בכותל. שבהן מראה ההדיוטות כזה ראיתם או כזה. ועיי"ש ברש"י שזה הי' לבדוק העדים אם מכוונים עדותם, וע"ז הי' סומך לענין קידוש החדש שהוא דאורייתא. הרי דהי' סומכין על הט"ע של הדמות של הלבנה ג"כ, ועיין בב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ח דט"ע שבגוף אדם עדיף טפי מט"ע שבגט. א"כ ה"נ אם סומכין על דמות של הלבנה מכ"ש על ט"ע שבגוף אדם. מ"מ אני חושש אולי לענין א"א החמורה אין אנו סומכין ע"ז. דהא חזינן דהחמירו חכמים לענין ג"י. דאחר ששהה ג"י אין אנו סומכין על ט"ע דחיישינן דילמא נשתנה. אף דהעד אומר דמכיר בטב"ע. אמרינן כיון דאנו חוששין משום דדרכו להשתנות אמרינן דהעד טועה בדמיונו כמ"ש בס' קהלת יעקב להגאון מליסא שם במקומו בסי' י"ז. דוודאי אין החשש דילמא מחמת דאשתהי נשתנה צורתו לצורת המת. דאין שני פרצופים שוים באדם. אלא כיון דדרכו להשתנות אמרינן דזה העד שאומר שמכירו הוא משקר וטועה בדמיונו. ה"נ כיון דידעינן דלפעמים אין הפאטאגראפיע נעשית יפה ואינה דומה ממש לצורת האדם. א"כ חיישינן דטועה ואומר בדדמי. ובפרט בנ"ד שכבר עברו שבעה שנים מעת שראהו והשכחה מצוי'. וודאי קשה לסמוך ע"ז לבד אם לא בכל הני סניפים דלעיל. ועכ"ז לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. ונלע"ד לסמוך רק על חיפוש ובדיקה דהיינו שיתנו פלאקאטען בכל בתי כנסיות. בתי מדרשות ובתי תפלות שבווארשא. בין בעזרת אנשים ובין בעזרת נשים. שכל מי שיודע מאיש ששמו מינץ שנאבד והניח אשה וילד אחד. שיבוא עד שלשה יום לוועד הרבנים שבווארשא ויודיע להם. וכן יתנו על כל מכה"ע העבריים. ואף שהחמ"ח בס"ק מ"ז הביא בשם התשו' ב"י דבדיקה זו קשה מאד. דצריך לשאול כל הזקנים דילמא זה זמן רב שנאבד משם איש כזה. מ"מ בקו"ע אות ק"ד ואות שס"ז כתב דבשמו ושם עירו מהני חיפוש כה"ג. ול"ח לשכחה שמא יצא זה זמן רב. וכינויו ושם עירו עדיף משמו ושם עירו כמ"ש שם באות שס"ו. ובתשו' בית אפרים בתק"ע סוף תשו' ז' (דף כ"ט ע"ג) ד"ה גם וד"ה ולפ"ז החזיק ג"כ בזה להתיר ע"י חיפוש ממש כנ"ד שהזכיר שמו ושהניח אשה וילדה והי' סימנים קצת בצורתו. ול"ח לשכחה דילמא מזמן רב נאבד עיי"ש:

ולענין החשש על העד שהוא מגולח זקן. הנה כפי הגב"ע שהעתיק כת"ה הוא מסל"ת. שהיא לא התחילה לשאול אותו כלל רק הוא שאל אותה אם היא אשת מינץ וסיפר לה

כל המעשה. ואף דדעת הנמוק"י בפ"ב דיבמות דהאומר אמרו לאשתו של פלוני לא הוי מסל"ת. מ"מ במדבר עם אשתו עצמה עדיף טפי. כמ"ש בתשו' מאיר נתיבים (דנ"ו ע"ב) בשם הסדר אלי' רבא. וכתב שם דמהריב"ל שנסתפק בזה חזר בו עיי"ש עיין קו"ע אות ס'. אמנם בקהלת יעקב מביא בשם הלחם רב שהחמיר בזה. וגם בתשו' מאיר נתיבים תשו' ל"ב אות י"ד מביא בשם המהריב"ל לחלק דבישראל מומר גרע טפי. וכ"כ בתשו' זכרון כהונה (די"ט ע"ב וד"כ ע"א). אך במאיר נתיבים שם סק"ו מביא דדעת הרמב"ם דאין לחלק בכך. ובתשו' הארכתי בזה:

ואמנם י"ל דכ"ז היכא דבא סתם לבית האשה וסיפר לה אז י"ל דנתכוון להעיד. אבל כאן דידעינן דבא לבית האשה בענין מסחרו. וכשאמרה לו שיבוא לביתה שאל אותה מה שמה ואי' מקום דירתה. וכשאמרה לו ששמה מינץ שאל אותה אם היא אשת מינץ הנ"ל. א"כ נראה דכל הענין הוא מסל"ת ומהני גם בפסולי עדות. ובפרט דכבר נקטו להקל במגולח זקן עפ"י דברי תשו' רעק"א:

ולענין החשש משאל"ס שכתב כת"ה הנה עיני כת"ה שפיר חזו בפ"ת ס"ק קל"ג שהביא שם דכיון דהוכה כנגד לבו מכה חזקה ע"י קורה ואח"כ נטבע במשאל"ס דמותר מטעם תרי רובא. וכאן אף דלא שהה עד שת"נ. מ"מ הא נאבד זכרו אח"כ דהוי ג"כ רובא למיתה. והוי שוב תרי רובא. ובפרט לפימ"ש דהיכא דהוחל מעשה טורף שפיר מהני הרוב אח"כ כמש"ל. אין לך מעשה טורף יותר מזה. ובפרט דמצד הסברא הדעת נוטה דבירי' בקנה רובה ע"י איש חיל שעפ"י פקודה ירה להרוג אותו, והם מלומדים לכך. אין ספק דוודאי מת. ואם הי' רואה שלא הרג אותו בפעם הראשון הי' מורה עליו בקשתו עוה"פ. כיון דעשה הכל עפ"י פקודה. ולכן כיון דנאבד זכרו אח"כ וודאי ברור שמת. וקברתיו א"צ כאן דהוי כמלחמה קטנה. דהם לא היו יראים כיון דהי' להם פשעפוסקעס כמבואר בהגב"ע. ולענין ההכחשה שפיר י"ל כמו שמתרץ את עצמו דמאורך הזמן י"ל דאינו זוכר אם הי' הדבר קודם שבועות או אח"כ:

ואמנם בהא נחיתנא ובהא סליקנא דכיון דהיתר האשה הזאת רופף מאד. העיקר הוא אצלי מה שכתבתי בתחלה האיך נראה הדבר בעיניכם. אם אין לחוש לשקר ולרמאות בזה. ואז אבקש להציע הדבר עוד לפני שני גדולים מפורסמים בתורה וביראה וכשיסכימו שניהם להתיר וישלח לי כת"ה תשובתם ואראה טעמם ונימוקם. אז מצטריפנא גם אנא בהדיי'. ואם לאו דברי כאין נחשבו. והשי"ת ירחם ויצילנו משגיאות ויורינו בתורתו נפלאות:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניט באאבד** אבד"ק **טארנאפאל**:

סימן כט

ב"ה ג' יתרו תרפ"ד לפ"ק **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **צבי הירש** נ"י ראבד"ק **שעברשין** יצ"ו:

שאלתו בדבר העגונה מ' בינא בת המנוח מו"ה ארי' ליבוש מקהלתו לנכון הגיעני. והנה עדותו של ר' יוסף ב"ר אברהם אביגדור סותר קצת לעדותו של ר' ברוך אייבלבוים. שר' יוסף אמר שהלכו אז על אסטאפלעניא ושמע מאנשי חיל ערלים שהלכו אצל ר' שלמה קויל שאמרו שנהרג. משמע שנהרג בעת שהלכו על אסטאפלעניא. ור' ברוך העיד ששאל את האנשי חיל שהיו אתו בהקאפעס ואמרו שנהרג בעת שהלך להקעך ליקח אוכל. וצריך לחקור ע"ז שם אצל אנשי חיל שהיו בחיל רוסיא. ובקיאים במנהג החיל ולשונם. אם אין הדברים סתורים. ועיין בזה בסי' י"ז ס"ט בח"מ שם סקי"ט ובב"ש סקכ"ה. ולדעתו שם אף אם הוכחשו בחקירות אינו מזיק בעדות אשה. דהא עכ"פ עדות אחת אמה. עיי"ש. ובפרט דר' ברוך אמר ששאל את הערלים. א"כ לא הוי מסל"ת והכחשה דידהו הוי כמו הכחשה דצרה דל"ה הכחשה. וכ"כ הב"י בשם תשו' הר"ן עיי"ש בסד"ה כתב הרמב"ם שמע מערכאות וכו'. וגם אם שניהם מסל"ת איכא למ"ד דל"ה הכחשה דאין העכו"ם נאמן לאסור. עיין מרדכי סוף יבמות אות צ"ג ובד"מ אות מ"א. והנה יש עוד חשש מה שאמר ששמע מפי אנשי חיל. ובחת"ס סי' ע' מביא בשם תשו' מבי"ט לחלק בין שמע מפי יחיד לשמע מפי רבים דיש לחוש לקול הברה עיי"ש. אבל כבר הארכתי בזה בתשו' אחת והוכחתי בראיות ברורות דלית דחש לה להא מילתא. וקשה עלי לכפול הדברים. ושמע מן הנשים מת איש פלוני יוכיח עיין ח"מ סקי"ח. ועיין תשו' הב"ח סי' ע' ד"ה ובענין וסי' ע"ג ד"ה ועוד דגדולה מזו. ותשו' פנ"י סי' ס"ג (דמ"ז ע"א) ד"ה וע"ד העגונה מ' צירל עיי"ש:

ואמנם עיקר החשש הוא שהעד ר' יוסף לא אמר שהערלים היו מסל"ת ואיכא למיחש דילמא השיבו על שאלתו. כמ"ש הב"ש בס"ק נ"א בשם המ"ב אלא שהביא שם דברי הט"ז דמקיל בהא גם בישראל שהגיד בשם עכו"ם וכת"ה תמה ע"ז מדברי הב"ש בסק"מ שכתב דבעכו"ם מפי עכו"ם הוה לן למיחש דילמא השיב ע"י שאלה שכן דרך האנשים אלא דעכו"ם מפי עכו"ם אף ע"י שאלה הוה מסל"ת וא"כ בישראל מפי עכו"ם דאם הי' ע"י שאלה ל"ה מסל"ת יש לנו שפיר לחוש דילמא הי' ע"י שאלה ואמאי הקיל הט"ז. ובאמת לק"מ דבישראל טעמא אחרינא איכא כמ"ש בקו"ע אות ר"ס בשם הראנ"ח דישראל מסתמא יודע שהעכו"ם צריך להיות מסל"ת ואם הי' בדבר ספק לא הי' מעיד

בסתם עיי"ש. ובנ"ד טעמא אחרינא איכא. די"ל דאף המ"ב מודה בהא דהא עיקר טעמו של המ"ב הוא משום דדרך ישראל לשאול על ישראל חבירו וא"כ לפימ"ש הב"ש בסק"מ דאין לנו לחוש לשום ריעותא רק מה שיש רגל"ד לזה וא"כ כאן וודאי דהי' אז עם העד ר' יוסף הרבה יהודים בין אנשי החיל לבד מר' שלמה קויל הנ"ל וא"כ ל"מ לדעת הר' בצלאל אשכנזי הובא בקו"ע אות רמ"ה שחולק על הרדב"ז וס"ל דכשאינו שואל על אדם פרטי אותו האיש בעצמו שהשיב עליו לא הוי כמשיב ע"י שאלה. א"כ ה"נ בוודאי לא שאל ר' יוסף את הערלים על ר' שלמה קויל ביחוד דלמה הי' לו להעלות על דעתו על ר' שלמה יותר מיהודים אחרים. ובוודאי או ששאל בסתם מי נפל במלחמה או ששאל איזו יהודים נפלו במלחמה דלדעת ר"ב הנ"ל הוה מסל"ת וכ"כ בתשו' מהר"ם אלשיך סי' קי"א דכששאלו על כללות הספינה והוא השיב על אחד ביחוד הוה שפיר מסל"ת. אלא אף לדעת הרדב"ז שם דס"ל דמסתמא שאל על היהודים ול"ה מסל"ת היינו כיון שמשיב שכל היהודים נהרגו אמרינן דשקורי משקר ומשיב רק על שאלתו. אבל אם שאלו סתם על היהודים והוא משיב איש פרטי שלמה קויל וודאי האמת קאמר דידוע לו שאותו שלמה נהרג דאל"כ מ"ש האיש שלמה דנקיט. וא"כ י"ל דבנ"ד לכ"ע הזה מסל"ת ואין לנו לחוש דילמא שאל על אותו שלמה בפרט. דאין לנו רגל"ד לזה. דאדרבא יותר הדרך לשאול בסתם מי ומי מיהודים נפלו שמה דוודאי היו שם הרבה יהודים. וכל שאין לנו רגל"ד אין לנו לחוש כמ"ש הב"ש בסק"מ הנ"ל. וגם איכא כעין ס"ס דילמא לא שאל כלל רק הם בעצמו סיפרו מהריגתו ואף אם שאל אותם מ"מ דילמא לא שאל על האיש הזה ביחוד רק דרך כלל דבכה"ג הוי מסל"ת כמש"ל. וא"כ כיון דבלא"ה יש לנו שלשה עמודי עולם המה הט"ז והראנ"ח והמהרי"ט הובא בקו"ע אות שע"ד שכולם ס"ל דישראל מפי עכו"ם ל"ח דילמא השיב ע"י שאלה ובכה"ג דנ"ד י"ל דגם המ"ב והב"ש מודו כמש"ל וסברא ברורה היא לענ"ד. א"כ שפיר יש לנו לסמוך ע"ז ולומר דהוה מסל"ת. ובפרט שמ"ש הב"ש דהמתירין עכו"ם מפי עכו"ם מסל"ת הוא רק משום דעכו"ם שמשיב על שאלת חבירו עכו"ם הוי מסל"ת. אבל לעולם חיישינן דילמא שאל אותו משום שכן דרך לישאל. באמת אין הדבר פשוט כ"כ דבתה"ד סי' רל"ט מבואר להיפך. אחר כתבי זאת ראיתי שגם כת"ה הרגיש בזה שבתה"ד מבואר להיפך מדברי הב"ש שכתב שם וז"ל ואפילו לפי הירושלמי וכו' דכששואלין אותו והוא משיב ל"ח מסל"ת וכו' וא"כ נ"ד דילמא ע"י שאלה סיפר העכו"ם הראשון מ"מ נראה דהיינו כששואלין אותו ישראל וכו' ותו נראה דכיון דהעכו"ם האחרון לא ביאר דבריו אם העכו"ם הראשון סיפר דבריו מעצמו או ע"י שאלה לא תלינן להחמיר ולומר ע"י שאלה סיפר וכו' עכ"ל עיי"ש הרי דמסקנתו דלא

חיישינן דילמא שאל אותו וא"כ אף בישראל מעכו"ם דינא הכי. וכך מבואר ג"כ בתשו' מהר"ם אלשיך ס' מ"ד שכתב שם וז"ל ועוד ראי' שהרי בתה"ד סי' רל"ט כתב על תוגר מפי תוגר דנאמן וכו' וא"כ לפי"ז אצ"ל כשאומר היהודי שהתוגר אמר לו במל"ת אלא אפילו לא אמר אלא סתם וודאי סגי לדעתו דלא עדיף תוגר מפי תוגר מישראל המעיד מפי תוגר וכמו שהתוגר אעפ"י שלא יפרש שהראשון הי' מל"ת סגי כ"ש בישראל האומר מפי תוגר דלא חיישינן דילמא לא הי' התוגר האומר מסל"ת עכ"ל. הרי מפורש יוצא מפי רבינו משה אלשיך ז"ל דישראל מפי עכו"ם עדיף יותר מעכו"ם מפי עכו"ם דל"ח דילמא לא הי' מסל"ת. וכן בתשו' דברי ריבות סי' רע"א מביא ג"כ לפסק הלכה טעם השני של התה"ד דלא תלינן להחמיר דהעכו"ם ע"י שאלה סיפר. הרי דאיכא כל הני גדולי עולם דס"ל דל"ח להכי וטעם דבריהם נ"ל דאף דלכאורה הוי ספיקא דאורייתא דילמא לא הי' מסל"ת וכמ"ש הרמ"א בסט"ו דספק מל"ת הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא וכבר כתב המהרי"ט בח"א סי' מ"ח בתמיהתו על המהריב"ל לענין עמפ"ע דכל שאם הי' לפנינו והי' לנו ספק בהגדתו הוי אזלינן לחומרא גם אם אינו לפנינו וספק לנו בדבריו אית לן למיזל לחומרא עיי"ש. וא"כ מ"ט של התה"ד וסייעתו הנ"ל דסוברים דתלינן בהא לקולא. אך נ"ל דהנה כבר עמדו האחרונים ע"ז דהא לענין שאר איסורין היכא דמהני מל"ת אף אם משיב ע"י שאלה הוי מסל"ת ובלבד שלא ידע אם נ"מ לענין או"ה כמבואר ביו"ד סי' צ"ח ולגבי עדות אשה בעינן דווקא שיאמר מעצמו שלא ע"י שאלה:

אמנם היטב אשר דיבר בזה בס' זכרון כהונה להגאון מהר"א מקאריץ ז"ל דהא זה גופא הוא פלוגתא דאמוראי בירושלמי שלהי יבמות. אם שואלין אותו ומשיב הוי מסל"ת וכעין פלוגתא דבש"ס דידן סוף יבמות (דקכ"א ע"ב) אם בעינן מתכוון להעיד או מתכוון להתיר עיי"ש. וא"כ לכך בעדות אשה דהוי איסור דאורייתא אזלינן לחומרא ומתכוון להעיד לחוד או משיב ע"י שאלה לא הוי מסל"ת. אבל בשאר איסורין ביו"ד הנ"ל דל"מ מסל"ת רק באיסור דרבנן שפיר אזלינן לקולא ולא יצא מידי מסל"ת רק במתכוין להתיר עיי"ש בס' ז"כ הנ"ל (ד"ל ע"ב) ד"ה אך מה שהאריך בזה (ובדל"ח ע"ב) ד"ה נקטינן. ומתבאר מזה דמשיב ע"י שאלה הוי ספק אם הוא מסל"ת או לאו דהוי רק כמתכוון להעיד וכ"כ בתשו' פנ"י ח"ב סי' מ"ו (בדכ"ד ע"ב) ד"ה ואע"ג דהתם ובד"ה ואע"ג דהירושלמי. דע"י שאלה הוי רק ספק נתכוון להעיד ולא וודאי עיי"ש. וא"כ מעתה שפיר כתבו הגדולים הנ"ל דמסתמא לא חיישינן דילמא שאלו אותו משום דהוי ס"ס דדילמא לא שאלו איתו כלל. ואף את"ל דשאלו אותו דילמא לא נתכוון להעיד כס' הפנ"י הנ"ל או אף מתכוון להעיד לא יצא מידי מסל"ת כמאן דס"ל הכי בש"ס דידן הנ"ל וכמ"ש הז"כ הנ"ל דמידי

ספיקא לא נפיק ואף דלא נעלם ממנו דאיכא כמה אחרונים דס"ל דל"מ ס"ס בעדות אשה משום דהוי במקום חזקה עיין בפנ"י בקו"א דכתובות ועיין נוב"י מהדו"ק תק"ע סי' מ"ג (בדל"א ע"ב) מ"מ נ"ל דבנ"ד י"ל דשפיר מהני ס"ס. דהנה ראיתי לשני נביאים שמתנבאים בסגנון אחד הגאון בס' ז"כ הנ"ל באריכות (בדל"ו ודל"ז ודל"ח ודל"ט) דכיון דקיימ"ל ביו"ד סי' פ"ג וסי' פ"ו דבמדעל"ג נאמן גם עכו"ם שאיני מסל"ת מדאורייתא א"כ הא דבעדות אשה בעינן מסל"ת הוא רק משום דדבר שבערוה בעינן עדות והתורה אמרה אל תשת רשע עד יכתב שם (בדל"ט ע"א) ד"ה והשתא (ובדל"ט ע"ב) ד"ה והרווחנו. דעכ"פ משום חומרא דא"א אין להחמיר עוד בזה דהא מחזיקין דהדבר אמת רק דגזיה"כ הוא שלא לשית יד עם רשע לקבל עדותו והוי רק לאו בעלמא. ודברים כהווייתן כתב החת"ס אה"ע ח"א סי' מ"ו ד"ה אבל דמחזקת א"א יצאה גם ע"י עדות עכו"ם שאינו מסל"ת. אלא דאיכא איסור לאו דאל תשת רשע עד עיי"ש. וא"כ כיון דאיסורא בעלמא היא ומחזקת א"א כבר יצאה א"כ שפיר מהני ס"ס לכ"ע כמו בכל איסורי תורה ולכך ס"ל להני אריוותא הנ"ל דתולין להקל דלא הי' ע"י שאלה מחמת ס"ס כנ"ל. ואף דבחת"ס הנ"ל כתב שם דזה רק למאן דס"ל דע"א בעדות אשה נאמן מה"ת משום מדעל"ג אז גם עכו"ם שאינו מסל"ת ג"כ הי' דינו כן אי לאו משום אל תשת וכו' אבל למ"ד דכל נאמנות דע"א בעגונה הוא רק דרבנן אז ע"י עכו"ם שאינו מסל"ת דלא האמינוה חכמים בחזקת א"א קיימא עיי"ש. מ"מ נלע"ד דבהא כ"ע מודו. דהנה הוה קשיא לי' עפי"ד הט"ז בסי' י"ז סק"ה שיישב קושית הריב"ש דאמאי לא פריך הש"ס וניחוש דילמא עכו"ם הוא משום דעכו"ם אינו מכוון להכשיל היכא דאין לו הנאה. ודחה דבריו הב"ש בסקל"ח דהא חזינן דעכו"ם שאינו מסל"ת אינו נאמן ול"א דעכו"ם אינו מכשיל בחנם. ואמנם בגבעת פנחס ובנתיבות לשבת להגאון הפלאה ז"ל שם בס"ק י"ח ובתשו' ד"ח אהע"ז ח"א סי' מ'. שניהם לד"א כוונו בישוב דברי הט"ז. דלעולם היכא דהכותי בא לפנינו להעיד אין מאמינין לו. דאף דאינו מכשיל בחנם מ"מ אין נאמנות לכותי אבל היכא דספק לנו מי הי' האומר אם ישראל. או כותי אז ודאי אמרינן דמסתמא ישראל הי'. דאלו כותי אין דרכו לבוא להכשיל בחנם. ואם אתה רוצה לחוש דילמא כותי הוא ומעיד שקר זה נגד החזקה דכותי אין דרכו להכשיל בחנם ובע"כ דלא הי' כותי כלל רק ישראל עכת"ד ודפח"ח:

וא"כ מעתה קשיא לי לפי דבריהם אלו א"כ כל היכא דמספקא לן אם הכותי הי' מסל"ת או לאו נימא ג"כ דמסתמא הי' מסל"ת דמאי אמרת דלא הי' מסל"ת רק נתכוון להעיד והעיד שקר. ז"א דהא אנן אמרינן דאין דרך כותי להכשיל וא"כ בוודאי הי' מסל"ת. דזה ממש כמו ספק ישראל או כותי. דתלינן בישראל לס' הגאונים הנ"ל וזה לענ"ד דומה

ממש לס' מסל"ת או נתכוון להעיד ואיני מוצא מקום לחלק כלל ביניהם. אך לפי דברי הז"כ והחת"ס הנ"ל דעכו"ם פסול מגזיה"כ דאף אם אומר אמת אסור לקבל עדותו משום אל תשת וכו' לא קשה קושיתי זאת דאנן שפיר חיישינן דילמא לא הי' מסל"ת רק נתכוון להעיד ולא נתכוון להכשיל די"ל דהדבר אמת וקושטא קאמר. ואפ"ה אסור לקבל עדותו ולעשות מעשה על פיו משום גזיה"כ דאל תשת וכו'. וא"כ כיון דבע"כ צריך לבוא רק לגזיה"כ דאל תשת וכו' א"כ עכ"פ בס"ס מותר דליכא חזקת א"א כס' החת"ס הנ"ל כיון דקושטא קאמר ושפיר מותר מטעם ס"ס לכ"ע דלהא לא חיישינן דילמא העכו"ם משקר ועדיין בחזקת א"א קאי דז"א דכיון דאין דרכו להכשיל בחנם הי' לנו לומר דמסתמא הי' מל"ת כס' הגבעת פנחס והד"ח הנ"ל. אלא מאי אמרת דילמא אינו מכוון להכשיל כלל וקושטא קאמר רק דאסור לקבל עדותו מגזיה"כ דז"א דא"כ יצאה מחזקת א"א וליכא רק איסורא בעלמא ומהני ס"ס דדילמא לא שאלו אותו כלל. ואף את"ל דהשיב ע"י שאלה מ"מ דילמא לא נתכוון להעיד כס' הפנ"י הנ"ל וגם דילמא נתכוון להעיד גופא נאמן כיון דאינו מתכוון להתיר דמידי ספיקא לא נפיק כס' הז"כ הנ"ל וארווחנא בזה דאף דדברי הז"כ והחת"ס הנ"ל שכתבו דעכו"ם פסול מגזיה"כ ולא משום דמשקר. אינם מוסכמים דבתשו' פנ"י ח"ב סי' ס"א (דמ"ד ע"ב) ד"ה ויען רצה לומר ג"כ הסברא הזאת ודחה אותה דבעדות אשה הכשירו כל הפסולים שהם פסולים מגזיה"כ כמו עבד ושפחה ועכו"ם דאינו נאמן הוא רק משום חשש משקר מ"מ בנ"ד בספק מסל"ת ממ"נ נאמן דאם נאמר דאינו פסול רק משום חשש משקר א"כ היכא דספק לנו אם הי' מסל"ת בע"כ מחמת חזקה דאין דרך העכו"ם להכשיל מוכרחין אנו לומר דהוא מסל"ת ולא נתכוון להעיד כלל כמש"ל אליבא דהגבעת פנחס והד"ח הנ"ל ולפי"ז נהי' מוכרחין לומר דהא דכתב הרמ"א דספק מל"ת הוי סד"א ולחומרא הוא רק היכא דיש ספק דילמא אמר מחמת איזו הנאה למירמי אימתא או להתפאר אבל היכא דליכא הני חששא רק דילמא נתכוון להעיד שקר בזה שפיר אמרינן דמחמת חזקה דאינו מכשיל בחנם וודאי דהי' מסל"ת כמש"ל לס' הפנ"י הנ"ל ולס' הז"כ והחת"ס הנ"ל עכ"פ בס"ס מותר:

ואף דלכאורה יש לומר דלא הוי ס"ס מעליא דהוי מש"א דבין אם לא השיב ע"י שאלה בין שלא נתכוין להעיד ולהתיר הכל למק"א הולך אם הי' מסל"ת ודומה לשם אונס חד הוא. מ"מ חדא הא הכו"פ בסי' ק"י בדיני ס"ס שדא נרגא בגוף הסברא הזאת דל"מ ס"ס משם אחד וגם הפרמ"ג שם כתב דהוה רק דרבנן וגם אולי דומה לדברי המהרי"א שהביא הש"ך שם דיש חילוק במציאות בין הספיקות וה"נ אם נאמר ע"י שאלה או לאו יש חילוק במציאות דלס' הראשון לא שאלו אותו כלל. ולס' השני השיב ע"י שאלה אלא

שלא נתכוון להעיד וגם הוי ס"ס המתהפך דהא יכולין להפך הספיקות ולומר דילמא קיי"ל כמ"ד דנתכוון להעיד ולא להתיר הוי מסל"ת ואף את"ל דמתכוון להעיד לא הוי מסל"ת מ"מ דילמא הי' מסל"ת ממש שלא שאלוהו כלל ולא נתכוון להעיד כלל:

ועפ"י הדברים האלה נ"ל דבנ"ד יש עוד טעם לומר דגם המ"ב והב"ש מודים בהא. דהנה צריך לומר טעמם אמאי אין מתירין משום ס"ס הנ"ל הוא משום דס"ל כשיטת הפוסקים דכל עיקר נאמנות ע"א באשה הוא רק מדרבנן והם ראו שלא להאמין עכו"ם שאינו מסל"ת כמ"ש החת"ס הנ"ל וא"כ ל"מ ס"ס מתרי טעמי חדא משום דעדיין לא יצאה מחזקת א"א לדבריהם והוי ס"ס במקום חזקה ומש"ל להתיר משום ס' הט"ז לפי פירושם של הגבעת פנחס והד"ח הנ"ל דע"י שאין דרכו להכשיל יש לנו לומר דוודאי הי' מסל"ת לא ס"ל להמ"ב והב"ש דהרי הב"ש חולק להדיא על הט"ז בסקל"ח הנ"ל. ולכך כיון דחיישינן דהעכו"ם משקר ועדיין חזקת א"א במקומו עומד ל"מ ס"ס כס' הפנ"י בקו"א הנ"ל. וגם עוד איכא טעמא דל"מ ס"ס דכמו דקיי"ל דספק דרבנן לקולא ואיכא מאן דס"ל דגם ס"ס להחמיר ל"א בדרבנן עיין מל"מ בפ"ח מה' שאה"ט ופרמ"ג סוס"י ק"י ובפתיחה כוללת ובשושנת עמקים ובראש יוסף חולין בסוגיא דאזלינן בתר רובא. הרי דחכמים לא אמרו דבריהם אף להחמיר רק ע"צ הוודאי ולא היכא דאיכא ספק אף ס"ס. וא"כ מכ"ש להקל היכא דהדבר אסור מדאורייתא והם תקנו להקל דאמרינן דלא תקנו רק היכא דהדבר וודאי ולא בספק ואף ס"ס לא מהני ולכך בנאמנות פסולים בעדות אשה דהוא רק מדרבנן למאן דס"ל כן ל"מ גם ס"ס להקל:

ואמנם טעם הדבר של הפוסקים דס"ל דמדאורייתא אין ע"א נאמן אף דמבואר בר"ה (דכ"א) ובכמה דוכתי דבמדע"ג נאמן ע"א ואף עכו"ם מדאורייתא הוא או מטעם שכתב הט"א בר"ה שם דהיכא דאיכא חזקת איסור ל"מ מדע"ג דהוא ג"כ רק כעין חזקה דבמדע"ג לא משקרי אינשי או כמ"ש הריב"ש בסי' שע"ח דמדע"ג לא הוי רק היכא דעשוי הדבר לגלות בשעתו אבל באשה שנאבד בעלה מי יודע מתי יבוא עוד לביתו ולא הוי מדע"ג כ"כ עיי"ש. ובנ"ד נראה דתרוויי' ליתנהו דאי משום חזקת א"א כבר ראיתי בתשו' בית אפרים ואין עתה התשו' תח"י לציין מקומו דהיכא דידעינן דהי' במלחמה במקום סכנה שנהרגו שם רבים איתרע חזקת חי דידי' ונותנים עליו חומרי חיים ומתים כמו עיר שכבשוה כרקום. וא"כ הכא שהעד מעיד שהלכו יחד על אסטאפלעניא במקום שנופלים חצים ובלסטראות עד אין מספר עכ"פ איתרע חזקת חי דידי' ושפיר י"ל דנאמן גם עכו"ם שאינו מסל"ת מדאורייתא לס' הט"א הנ"ל כיון דליכא חזקת איסור כנגדו וגם מהני ס"ס דלא הוי ס"ס במקום חזקה. וטעם השני עפי"ד הריב"ש דעדות אשה לא הוי

מדעל"ג בשעתו הנה כאן העיד העד ר' יוסף שהי' בלילה בפרעקאז שנהרג שלמה קויל והנה ל"מ אם זה הוא עדות העד ר' יוסף ששמע בעצמו הפרעקאז הרי הפרעקאז נעשה בפקודת שרי החיל ולא גרע מערכאות דלא מרעי אנפשיי' שדעת החת"ס להתיר על פיהם אף שלא במסל"ת ובפרט להכריז בפומבי בפני רבים וכדאי הוא החת"ס להיות סניף לכל היתרים הנ"ל:

אלא אף אם נאמר שזה הוא הכל מסיפור הערלים שסיפרו לר' יוסף הנ"ל שהי' כן בפרעקאז אבל הוא לא שמע בעצמו מכ"מ זה הוי מדעל"ג טובא כהא דקידשו ב"ד את החודש ואיך יבדו מלבם לומר שנכרז ברבים לפני עם רב דבר שלא הי' ולא נברא וגם הריב"ש יודה בזה דהוי מדעל"ג טובא ומהני מדאורייתא ג"כ וא"כ יש לנו סניף גדול לצרף דעת החת"ס שהתיר מחמת עדות ערכאות בסי' מ"ג עיי"ש וכדאי הוא להיות סניף לכל הני טעמים הנ"ל:

ולענין החשש שלא הזכירו מקבורתו ובמלחמה בעינן קברתיו הנה כבר הארכתי בזה בכמה תשובות וקשה עלי מאד לכפול הדברים ומיגמר בעתיקא קשה מחדתא וכשיהי' בניקל אצוה להעתיק לו מ"ש בזה זה לא כביר בתשובה אחת. אמנם לענין הלכה העליתי דבכה"ג דאיכא כמה דיעות להיתר חדא דעת המהריב"ל דבעמפ"ע ל"ב שיזכיר מקבורתו וגם דעת המרדכי דבעכו"ם מסל"ת ל"ח לבדדמי והט"ז בס"ק ס"ז מביא שזקינו הגאון מהר"י בצלאל והרש"ל ז"ל סמכו על המרדכי הזה להלכה ובפרט כאן דאיכא תרתי לטיבותא עמפ"ע ומפי מסל"ת. ובס' מאיר נתיבים תשו' פ"ד הביא ג"כ דהמנהג להקל, בכה"ג וכ"כ ג"כ בס' משיב כהלכה להגאון החסיד מהר"ז פרענקיל ז"ל עיי"ש בח' אהע"ז סי' ה'. ובפרט כה"ג דהעיד בשם שנים ואיכא הרבה דס"ל דאף בשני פסולים ל"ח לבדדמי ובנ"ד איכא עוד צד להיתר עפי"ד הט"ז סקמ"ד שכתב וז"ל וההיא דפ' האשה שלום וודאי לא מיירי במחי לי' בגירא במקום שחיות יוצא בו כגון שהחץ נכנס למוח או ללב בזה וודאי כאלו אמרה קברתיו דהא איתא לעיל בהג"ה סי"ז דלאו דווקא קברתיו אלא כל שרואין בוודאי מת עכ"ל עיי"ש. וכ"כ ג"כ בתשו' צ"צ סי' ק"ו דבמעיד על מיתה וודאית ל"ב קברתיו וא"כ כאן דר' ברוך העיד בשם הערלים בזה"ל אין עס האט געטראפען אשראפנעל אין דיא קעך איז צעשמעטערט געווארען מיט איהם. הלשון צי שמעטערט מורה שנקרע לרסיסים והוה מיתה וודאית דל"ב קברתיו לדעתם. ואף דהערלים השיבו ע"י שאלה מ"מ כבר הביא בס' ז"כ הנ"ל (בדכ"ז ע"ב) בשם המכתב אלי' והמהר"ם מלובלין דבחשש קברתיו דהוא רק דרבנן סגי גם בעכו"ם שאינו מסל"ת שהשיב ע"י שאלה ובפרט שהעידו על דבר שנעשה בפרסום בפני רבים מאנשי חיל

שנתרוססה הקעך והוא עמדה דזה הוי מדעל"ג טובא די"ל דבכה"ג גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן לס' הריב"ש הנ"ל ועכ"פ רגל"ד טובא איכא ובכה"ג איכא דעת התה"ד והנוב"י מהדו"ק דברגל"ד טובא וגם נשקע זכרו זה תשעה שנים מהני גם עכו"ם שאינו מסל"ת ובתשו' הב"ח סי' ע' מתיר בלא קברתיו כלל אשה שישבה עגונה י"א שנה כיון דוודאי לא תמצא עוד עדות אחרת הוי כשעת הסכנה דל"ח לחששות עיי"ש וא"כ כיון דכל החשש בדדמי הוא רק דרבנן ואיכא דעת הראב"ד וסייעתו דל"ב כלל קברתיו וודאי בצירוף כל הנ"ל יש להתיר גם בנ"ד. ואמנם הדבר הקשה עלי הוא יען שהעד ר' יוסף הוא קרוב לגבולו בק"ק זאמושטש ואפשר לשאלו אם העכו"ם הי' מסל"ת או לאו אולי הוה כדבר שיכול להתברר דל"מ שום ספק. אבל יראתי ג"כ אולי יקלקל בעדותו יען שהוא איש פשוט ולכן יען שבלא"ה אינני רוצה לסמוך על דעתי לבד עד שיסכימו לזה עוד שני רבנים גדולים ומפורסמים ואחד מהם יהי' הרב מטארנא לכן יציע כתה"ר הדבר לפניהם ואם יסכימו שלא לחזור עוד אחר העד לשאלו יודיעני בטובו ואתיישב בזה והשי"ת יצילנו משגיאות ויורנו מתורתו נפלאות:

כ"ד ידידו הדוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ל תק"ע.

להנ"ל.

מכתבו השני עם העתק מתשו' הרב הגאון מטארנא שיחי' לנכון הגיעני. והנה רואה אנכי כי גם הוא תופס שאם אפשר לשאול את העד צריך לשאלו אלא שהוא סמך יסודו על שני דברים. האחד הוא הפרעקאז והשני הוא עדות ר' ברוך שאמר מתחלה ששמע מיהודים ושוב אינו חוזר ומגיד. ואנכי לבי נוקפי על שניהם כי הפרעקאז גם הוא בספק אצלי אם כוונתו ששמע בעצמו או שהערלים גם הם סיפרו לו מהפרעקאז ושוב חוזר וניעור הספק אם לא השיבו ע"י שאלה ולא הי' מסל"ת. ועל עדות ר' ברוך שגם כת"ה תמה מדוע לא סמכתי ע"ז בתשובתי הראשונה אל ישכח כת"ה מה שכתב לי במכתבו הראשון שמש"ה חזר וקיבל העדות משום שמקבלי העדות היו הדיוטות שנים מהם אינם יודעי ספר כלל והשלישי הוא איש מבוהל וגם אינו בקי בהלכה ויוכל להיות שלא דקדק היטב ומבואר בח"מ סי' כ"ח סכ"א דקבלת עדות צריך להיות בג' מומחים יודעים הלכות עדות זהירין בקבלתן לכוון עדות כ"א ואם לאו אין סומכין על קבלתן אלא על העדים עצמם והוא מתשו' הרי"ף סי' ר"א:

ואעתיק לו לשון תשו' הרי"ף כי אולי אינו ת"י וז"ל ממש. שאלה אם הוציאו בפני ב"ד שטר במקבלי עדות והעדים אשר נתקבלה העדות מצויין אם צריך הב"ד להזמינם כדי

שישמעו מהם העדות ע"פ או לא ואם באו לב"ד והחליפו העדות המקובלת בפניהם אם נקבל מהם ונניח אותם המקבלין שקבלו מהם או נדון בזה כדין עדים החתומים שנעשה כש"ע בב"ד ולא יתכן לחזור במה שקבלו וכתבו על פיהם מקבלי העדות. תשובה. אם יהי' אותם מקבלי העדות בקיאים בדקדוק עדות ומבינים בחקירת עדים יפה יפה סומכין עליהם ועל הכתב ואין חוששין לעדים ואם לאו אין סומכין עליהם ולא בכתיבתן אלא סומכין על העדים עכ"ל הרי"ף. הרי מלשון התשובה הסובב על השאלה יוצא להדיא דבאינה בקיאים אם החליפו העדים עדותן סומכין על העדים ולא על הכתב ועל קבלת עדות הראשון וגם צריך להזמינם מתחלה ולשמוע מהם העדות מחדש כמבואר בלשון השאלה ובפרט לענין עדות עד אחד בעדות אשה דלא הוי רק מדרבנן שדחק מאד החת"ס בתשו' ע"ה למצוא טעם מנ"ל להר"ן בתשו' סי' ל"ד ומ"ז דאמרינן גם בזה אינו חוזר ומגיד וכתב החת"ס הטעם דזה ג"כ מתקנת חכמים שאין זה מדרכי נועם שנתיר את האשה לינשא ותנשא עפ"י העד ואח"כ יהא יכול העד לחזור בו ותצא מבעלה וא"כ י"ל דכ"ז היכא שנעשה קבלת העדות כראוי וכתיקון חכמים אבל היכא שנתקבל העדות ע"י הדיוטות שאינם בקיאים בכי הא לא תקנו חז"ל:

ובפרט דהא בלא"ה איכא דעת השטמ"ק ב"ב (דמ"ח) גבי מודעה הי' דברינו דהא דאינו חוזר ומגיד הוא רק דאין הב"ד נזקקין לקבל עדותו מחדש. אבל גבי מודעה שכתבו מעצמם כבר המודעה ועדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד הוי כאילו כבר חזרו והעידו בב"ד מחדש דנעקר עדותן הראשון עיי"ש. ואף שדברי השטמ"ק לכאורה תמוהין מאד כמו שתמה עליהם החת"ס בתשו' הנ"ל סי' ע"ה דלא לישתמיט תנא לכתוב בשום מקום דאם כבר קבלו הב"ד עדותן מחדש מהני מה שחזרו בהם מ"מ גברא רבה אמר מילתא אין מזחיחין אותו די"ל דהא וודאי היכא דאין העדים נותנים שום טעם ואמתלא לדבריהם למה אמרו בתחלה כן וודאי אין יכולים לחזור בהם דאמע"ר לומר שהעיד שקר מתחלה וגם ממ"נ אם מה שאמר בתחלה הי' שקר א"כ נפסל לעדות כמו מעיד עדות שקר וא"כ אינו נאמן במה שאומר עכשיו דהרי הוא פסול לעדות כדאיתא בש"ס יבמות מ"ז כה"ג לדבריך עכו"ם אתה עיי"ש וא"כ אדרבא מוקמינן לי' אחזקת כשרות ואמרינן דעד עתה כשר הי' ועכשיו הוא דאיתרע שרוצה להעיד שקר בב"ד ולעקור עדותו הראשון. אך כ"ז כשאינו נותן אמתלא טובה לדבריו אבל כשנותן אמתלא טובה לדבריו כגון שאומר אנוסים היינו מחמת נפשות וכדומה שאינו משים עצמו רשע ואינו מוציא עצמו מחזקת כשרות כלל למה לא יהי' נאמן כאשר תמה באמת כן הפנ"י שם בסוגיא דאנוסים היינו וצ"ל בע"כ כס' החת"ס הנ"ל שהוא ג"כ ס' השואל

בתשו' הר"ן סי' ל"ד הנ"ל שאין זה דרכי נועם שיעיד העד בדבר ויעשה מעשה על פיו להוציא ממון או לפטור ממון וכדומה ואח"כ יבוא העד ויחזור בו ונמצא שאכל הלה וחדי שלא כדין ולכן ס"ל להשטמ"ק כיון דאין זה רק תקנתא בעלמא לא העמידו חכמים דבריהם בזה אלא בשוא"ת שלא יזקקו הב"ד לקבל עדותו מחדש וכל שלא נתקבל עדותו מחדש וודאי דעדותו הראשון קיים ומוציאין ממון או פוטרין כדין. אבל היכא שכבר נתקבל ונחקר העדות בב"ד מחדש באמתלא נכונה כמו מודעה דאיירי בי' השטמ"ק הנ"ל דמצוה קעביד להציל הנאנס מאונסו דעפ"י דין נאמן בעדותו האחרון בכי הא לא יכלו הב"ד להעמיד תקנתם מחמת דרכי נועם לעבור על ד"ת בקו"ע לדון עפ"י עדות הראשונה שהוא עדות שקר שלא כדין והפקר ב"ד ל"ש בזה דמה פשע הבע"ד שיפקירו הב"ד ממונו בשביל שעד שקר ענו בו כמ"ש התוס' ביבמות (ד"צ ע"א) סד"ה אזיל כהן עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד היכא דנתקבל העדות מתחלה שלא עפ"י בקיאים והעד אומר שמעולם לא אמר ששמע מיהודים כמו שכתבו הם בקבלת עדות ואינו שישים עצמו רשע כלל אף אם נאמר דשייך גם בהא דרכי נועם ואינו חוזר ומגיד מ"מ היינו דאין הב"ד נזקקין לו לקבל עדותו מחדש כס' השטמ"ק הנ"ל והעמידו דבריהם להיות שוא"ת אבל בכגון דא שכבר קבל כת"ה עדותו מחדש והוא אומר שלא שמע רק מערלים וודאי דיש מקום לחוש לדברי השטמ"ק דעדותו האחרון מתקיים:

איברא די"ל דדברי השטמ"ק אינם ענין כלל לנ"ד דהשטמ"ק איירי דאינו מכחיש לומר שלא אמר כן בראשונה והוא מודה שאמר כן אלא שאומר שהי' מוכרח לומר שקר ונותן אמתלא לדבריו למה אמר כן לכן שפיר קאמר דבדיעבד מהני חזרתו. אבל בנ"ד דהוא מכחיש את המקבלי עדות ואומר שלא אמר כן מעולם א"כ נהי דכיון שהם הדיוטות ואינם בקיאים בדין קב"ע אין להם דין דיינים וב"ד לענין קבלת עדות אבל עכ"פ עדים כשרים המה ואיך נאמן להכחישם ולומר שלא אמר כן מעולם ואף דכיון דאין להם דין דיינים רק עדים א"כ הו"ל עמפ"ע דהראשון נאמן כס' הרמב"ן מ"מ זה רק בחד לגבי חד אבל שנים שהעידו בשם אחד אינו יכול להכחישם כמ"ש הח"מ בסי' י"ז סקי"ז והב"ש בסקכ"ג:

ועפי"ז י"ל דגם דברי תשו' הרי"ף הנ"ל הוא רק היכא שאינו מכחיש להדיא את מקבלי העדות רק בדבר שי"ל שלא דקדקו יפה אם כתב דסומכין על העדים אבל היכא דמכחיש להדיא את מקבלי העדות וודאי י"ל דאין דבריו של אחד במקום שנים דנהי שאינם בקיאים מ"מ עדים כשרים הם ומ"מ פשטות דברי תשו' הרי"ף אינו מורה כן וגם בנ"ד גרע טפי דכיון דשנים אינם יודעים ספר כלל והם אנשים פשוטים וא"כ כיון דוודאי רק

האחד כתב הגב"ע והוא כתב תיבת שיהודים וי"ל דהשנים שחתמו לא ידעו לקרות כלל ולא השגיחו בתיבת "יהודים" ולדעת כמה פוסקים נאמנים העדים לומר ע"ז לא חתמנו עיין ש"ך ח"מ סי' מ"ג סקי"ז וי"ל דאם הי' מקבלי עדות החתומים לפנינו הי' מודים דע"ז לא דקדקו בשעת חתימתן וליכא רק האחד הכותב הגב"ע שהוא כתב תיבת יהודים ול"ש לומר דע"ז לא חתם אבל אינו רק אחד וחד מפי חד בעמפ"ע הראשון נאמן כשיטת הרמב"ן הנ"ל. ואף דוודאי יש סברות לומר לכאן ולכאן מ"מ אינו מלתא דפשיטא כ"כ כמ"ש כת"ה והה"ג מטארנא שליט"א דאמרינן בזה אינו חוזר ומגיד ויוכל להיות שלא כתב כת"ה להרב הגאון הנ"ל כמו שכתב אלי שמקבלי העדות הראשונים היו אנשים פשוטים והדיוטות ואינם בקיאים בהלכות וכהנה שכתב כת"ה:

ובגוף דברי השטמ"ק הנ"ל הנה זה כביר בלמדי מס' ב"ב והגעתי לד' השטמ"ק האלו הי' אצלי חידוש גדול דלא מצינו בשום מקום דאם בדיעבד קבלו הב"ד עדותו מחדש שיהי' חזרתו מעדותו הראשון חזרה. והי' מוסכם אצלי אז דכוונת השטמ"ק הוא רק כעין מודעה שמה שכותבין מודעה ברשות כותבין דהם יודעין בעצמם שהדבר אמת שנעשה באונס וכשכותבין המודעה הזאת על שטר מודעה וחותמין עליו ועדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי אלים עדות האחרון כמו עדות הראשון וכשנים אחרים דמי כמבואר בלשון השטמ"ק עיי"ש. אבל אם בא לב"ד להגיד עדותו מחדש לפני הב"ד דהב"ד אין להם רשות לקבל עדותו מחדש א"כ אף אם עברו וקבלו כיון דשלא כדין עבדו לא אלים קבלתן כלום לעקור הגדה הראשונה שהיתה כדין. ועכשיו מצאתי שגם החת"ס בתשו' הנ"ל הרגיש בזה ואמרתי אז ליישב בזה קושיית התוס' בכתובות בסוגיא דאנוסים היינו דאמאי נאמנין באין כת"י יוצא ממק"א ומשמע דמשום מגו מהימני והא הוי מגו במקום עדים עיי"ש בתד"ה הרי אלו נאמנים. אבל לפי דברי השטמ"ק הנ"ל י"ל דהחילוק בין כת"י יוצא ממק"א או לאו לאו משום מגו הוא אלא דבכת"י יוצא ממק"א דא"צ עוד להגדת העדים כלום דכבר נחקרה עדותן בב"ד בחתימתן וא"כ אם יבוא לפני ב"ד לעקור עדותו ולומר אנוסין היינו הדין הוא דאינו חוזר ומגיד דאין רשות לב"ד לקבל עדותו כלל ואם קבלו קבלתו לאו קבלה אבל באין כת"י יוצא ממק"א דמוכרחין לקבל עדותו שיקיים חתימתו לומר שזה הוא כת"י וא"כ אם רוצה לומר עוד איזו דבר בתכ"ד מוכרחין הב"ד לשמוע מה שרוצה להגיד דהא בתכ"ד יכולים העדים לחזור מדבריהם וא"כ דילמא הוא רוצה לחזור מדבריו ולומר דאין זה כת"י. וא"כ אף דאינו חוזר רק אומר דבר אחר אנוסים היינו מ"מ כיון דהב"ד ברשות קעבדי לקבל עדותו ומוכרחין עפ"י הדין לקבל עדותו א"כ נאמן בכל מה שהוא אומר אף שעוקר עדותו הראשונה כיון דכבר

נתקבל עדותו האחרון ברשות עפ"י ב"ד אלים הגדתו כעדים אחרים כמו במודעה לדברי השטמ"ק הנ"ל ומיושבת קושיית התוס' הנ"ל דלאו מטעם מיגו קאתינן עלה כלל שיהי' מיגו במקום עדים:

ויתיישב בזה על נכון קושיית ההפלאה שם ד"ה אלא אי אתמר הא כיון דרבא לא סתר דברי רמב"ח אלא מחמת דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. א"כ די הי' לרמב"ח לחזור ממה שאמר בראשונה דאנוסים מחמת נפשות נאמנים אף בכת"י יוצא ממק"א. אבל מי הכריחו לחזור מסברתו הראשונה מה שאמר דבאין כת"י יוצא ממק"א נאמנים אף אנוסים מחמת ממון. הא בזה לא סתר רבא דבריו כלום. עיי"ש שהוא תמיהא חזקה לכאורה. אבל לפי הנ"ל יתיישב שפיר. דבאמת בהס"ד דרמב"ח דלא הוה שמיעא לי' כלל הדין דאינו חוזר ומגיד. ועדותו האחרון הוא אלים כעדותו הראשון דיכול לעקור עדותו. אלא דאנוסים מחמת ממון אינו נאמן משום חזקת כשרות כמ"ש רש"י שם. לכך הוה ס"ל דהיכא דאין כת"י יוצא ממק"א נאמן במיגו דס"ל דאמרינן מיגו במקום חזקה. ומיגו במקום עדים לא הוה דהא לפי הס"ד יכול לעקור עדותו הראשון. אבל לאחר שקיבל מרבא דאינו חוזר ומגיד. ומחמת נפשות ג"כ אינו נאמן רק באין כת"י יוצא ממק"א ולאו משום מיגו דהא כיון דאינו יכול לעקור עדותו הראשון הוי מיגו במקום עדים. אלא מהטעם שכתבתי למעלה עפי"ד השטמ"ק דכיון דמוכרחין לקבל עדותו לקיים השטר. מוכרחין ג"כ לקבל ולשמוע כל מה שגומר דבריו בתכ"ד. וכיון דכבר נתקבל עדותו בב"ד ברשות ובהיתר. אלים הגדתו לעקור הגדה הראשונה. כמו מודעה לדברי השטמ"ק. א"כ כ"ז באומרים אנוסים מחמת נפשות. אבל אם אומרים אנוסים מחמת ממון א"א לומר כלל דהגדה האחרונה אלים כראשונה. כיון דנתקבל בב"ד ברשות. דז"א דכיון דרשעים הם והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע ואסור לקבל עדותו כלל. א"כ אף שכבר קבלו לא הוי קבלתן קבלה כלל. כיון דהקבלה הוא שלא כדין. ונשאר עדות הראשון בתוקפו ואינו חוזר ומגיד. ולכך אף במיגו אינו נאמן דהוי מיגו במקום עדים כקושיית התוס' הנ"ל. ולכך הוכרח רמב"ח לחזור מסברתו ולומר דאנוסים מחמת ממון אף באין כת"י יוצא ממק"א אינו נאמן. ומיושב קושיית ההפלאה הנ"ל כנ"ל נכון. ויש להוציא הרבה ציצים ופרחים בסוגיא הזאת בדרך הזה ואכ"מ:

הארכתי קצת בפלפלת כ"ש והדרן לדינא שמאד קשה עלי לדון להקל עפ"י הגדת העד היכא שאנו מסופקין בדבריו מה הי' כוונתו. והוא קרוב אלינו בתוך ג' פרסאות ויכולים לשאול את פיו. וכאשר הביא כת"ה ג"כ בשם השעה"מ ריש ה' מקוואות. וא"צ להביא ממרחק לחמינו דבדין זה גופי' מבואר כן בט"ז סקי"ז שהוא הוא המקיל בישראל ששמע

מפי עכו"ם ולא אמר שהי' מסל"ת דסגי בהכי ואפ"ה כתב דאם העד לפנינו שואלים אותו ע"ז האיך שמע אם הי' במסל"ת או לא עיי"ש:

ואמנם יען שחשו חכמים מאד לתק"ע ובפרט בזמנים הללו שראוי לחוש מאד שלא לעגן בת ישראל וידוע מ"ש הרמב"ם בתשו' הביאו הב"י שכל המחמיר ודורש וחוקר בדברים אלו לא יפה הוא עושה ואין רוח חכמים נוחה הימנו. לכן שמתי אל לבי להתבונן בזה. וראיתי שיש לצדד איזו קולא בנ"ד. והוא עפי"ד המהרי"א הובא ברמ"א סט"ו דכל היכא שהגיד העכו"ם אומדנות ומאורעות שאירע בהריגתו שנראה שאומר אמת אף שאינו מסל"ת אם ניסת ל"ת עיין בגוף התשו' במהרי"א שם סי' קל"ט שהר"ת התיר אף לכתחלה והמהרי"א החזיק עכ"פ דבריו לענין דיעבד. ובנ"ד אין לך אומדנות גדולות מזה שהערלים סיפרו לר' ברוך כמה מאורעות שבהריגתו שהתרו בו שלא לילך להקעך ששעת סכנה הוא ולא שמע להם. והלך ונפל שראפנעל שמה ונקרע לרסיסים הוא עם הקעך ומני אז אבד זכרו זה תשעה שנים ונשתקע שמו ולא נשמע ממנו עד היום שכ"ז וודאי אומדנא גדולה על אמיתות הדבר. שבוודאי אם ניסת ל"ת. וא"כ י"ל דעד כאן לא כתב הט"ז שאם העד לפנינו צריך לשאול אותו אם הגיד העכו"ם במל"ת אלא היכא דאם לא הי' מסל"ת אין לה צד היתר ואף אם ניסת תצא. אבל היכא דאף אם אינו מסל"ת אם ניסת ל"ת א"צ לשאול ע"ז (עיין מוצל מאש סי' כ"ד שנסתפק בדבר שבדיעבד מותר אם צריך להודיעו מכ"ש שא"צ לברר) והטעם לזה דהא אף היכא דאיכא טירחא טובא א"צ לשאול ומכ"ש היכא דאיכא פסידא בדבר א"צ לרדוף אחריו ולשאול כמ"ש כת"ה בשם התב"ש. וא"כ עאכ"ו אם תוכל האשה לבוא לידי עיגון אם נצטרך לשאול וודאי אין לך פסידא גדולה מזה. דהא עכשיו אם מתירין אותה לינשא אף אם יתברר אח"כ שלא הי' מסל"ת לא תצא. ואם נצטרך לשאול את העד דילמא יאמר שלא הי' מסל"ת ולא נניח אותה לינשא ותתעגן כל ימי'. דבשלמא אם אסורה מן הדין ואף אם ניסת דינה שתצא. א"כ ל"ש לומר דיש פסידא אם נשאל אותו דדילמא יאמר דלא הי' מסל"ת. דז"א דאם אתה חושש שיאמר כן א"כ אין זה פסידא דהא מן הדין אסורה ואדרבה מצילין אותה מאיסור. אבל היכא דמדאורייתא גם אם לא הי' מסל"ת מותרת. ואם ניסת אף מדרבנן לא תצא. א"כ כיון דעכשיו אם לא הי' העד לפנינו היינו יכולים להתירה לינשא מטעם דמסתמא הי' מסל"ת או משום ס"ס כמו שביארתי בתשובתי. ואחר שהי' מתירין אותה לינשא אף אם הי' מתברר אח"כ שלא הי' מסל"ת הדין הוא דאם ניסת ל"ת משום אומדנא כנ"ל. א"כ אף אם העד לפנינו א"צ לשאלו דהא תוכל לבוא לידי פסידא ע"ז. דדילמא יאמר שלא הי' מסל"ת ותתעגן כל ימי' כנ"ל נכון. ובזה נוכל

להבין ג"כ ס' הנוב"י מהדו"ק יו"ד סי' נ"ז שכתב דבס"ס א"צ לברר רק היכא שיתבררו שני הספיקות אבל לא היכא שיתברר רק ספק אחד. די"ל ג"כ מטעם הנ"ל. דבשלמא היכא שיתבררו שני הספיקות ויהי' וודאי איסור. א"כ אין זה פסידא מה שנצטרך לברר. דהא אם יתברר שהוא וודאי איסור אינו מפסיד כלום דהרי מן הדין הוא אסור ואדרבא זכות הוא לו שינצל מאיסור. אבל אם לא יתברר רק ספק אחד. וספק אחד עדיין יושאר. וא"כ י"ל דדילמא באמת אין כאן איסור כלל ויש באן ספק פסידא דדילמא ע"י הבירור נאסור הדבר שלא כדין. וכיון דאף משום טירחא א"צ לברר. מכ"ש משום ספק פסידא. ועאכ"ו בנ"ד דאיכא וודאי פסידא דמן התורה מותרת לגמרי ואם ניסת ל"ת וע"י בירור תוכל להתענן כ"י וודאי י"ל דא"צ לשאול. ובפרט דאיכא עוד כמה צדדי היתר כמ"ש בתשובתי הראשונה. דמה שהי' בפרעקאז אף אם נאמר דהיהודי לא שמע בעצמו רק הערלים אמרו ששמעו. מ"מ אף אם אמרו שלא במסל"ת מ"מ הוי כהא דאמרו קדשו ב"ד את החודש. דהוי מדעל"ג טובא. דהא כרוז כזה נעשה ברבים וגם נרשם בפנקסאות. ויראים שיכולים לשאול בקאממאנדא ועביד לגלויי תיכף דבכה"ג. כתב הריב"ש דלכ"ע נאמן מה"ת. וגם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן במדעל"ג כהאי וגם עכ"פ חזי לאיצטרופי עדות של ר' ברוך שכפי כתב של מקבלי עדות אמר ששמע מיהודים, ולכן דעתי נוטה שישאל עוה"פ את הרב הגאון אבד"ק מארנא שליט"א ולעורר אותו על הספיקות הנ"ל. שלא נמצא די סיפוק מ"ו בתשובתו הראשונה. ואם גם הוא יסכים להתירה בלי שאלת פי העד גם אנכי דרינא בהדי' ולימטיין שיבא מכשורי והשי"ת יצילנו משגיאות ויורנו מתורתו נפלאות. ולא יקמץ כת"ה את טרחתו בזה. כי לא דבר קל הוא להתיר ספק א"א לעלמא ומוכרחים לעשות במתינות:

ומה שהעיר כת"ה על הס"ס שכתבתי מדברי הרא"ם שכתב דמש"ה טומטום אינו מוציא את מינו אף דאיכא ס"ס משום דהוי ס"ס בתרי גופים. עיין פר"ח סי' תקפ"ט ומוצל מאש סי' נ"ג. וה"נ ספק אחד הוא אם הישראל שאל אותו מתחלה והספק השני הוא בגוף העכו"ם אם נתכוון להעיד. עכת"ד. הנה מדברי הרא"ם אין כאן קושיא כלל. דשם יש לחלק הספיקות זמ"ז. ובכל גוף ליכא רק חד ספק. דבגוף הזה אזלינן לחומרא כיון דאין כאן רק ספק אחד כמו בטומטום שהספק אחד הוא אם הטומטום הרוצה להוציא את חבירו הוא זכר. ובדידי' אזלינן לחומרא בדבר שאין כשר לו אלא זכר אמרינן דילמא, לאו זכר הוא כיון שאין כאן רק ספק אחד א"כ גם להוציא חבירו אינו יכול אף דאיכא ס"ס דילמא חבירו ג"כ אינו זכר מ"מ כיון דאפשר לחלק בין הספיקות בדבר שלא יסתפק אלא בגופו בלבד. ובדידי' אזלינן לחומרא א"א שוב לדון לקולא ולהתיר להוציא חבירו מטעם

ס"ס ודומה ממש לספק טריפה שנתערב דכיון דאוסרין הספק טריפה כשהוא בפ"ע אוסרין התערובות ג"כ אף דאיכא ס"ס לדעת ר"י. אבל בנ"ד דאין ספק אחד נולד בלא חבירו. דהספק הראשון אם שאל הישראל לעכו"ם מתחילה על השאלה לבדה אין שום נ"מ לדינא. רק על התשובה שהשיב העכו"ם אם השיב ע"י שאלה ואז נולד גם הספק השני אם נתכוון להעיד. וכיון דא"א לחלק כלל בין הספיקות ולאסור ספק אחד לבדו. ל"ש כלל בהא דינו של הרא"ם של ס"ס בשני גופים. ומה"ט לא קשה ג"כ הקושיא של הס' לימודי ה' בהשמטות סי' קפ"ד שהביא כת"ה מהא דחולין (פ"ג) דאם יש ריוח א"צ להודיעו. ובע"כ מטעם ס"ס דילמא לא שחט האם היום ואף את"ל ששחט האם היום דילמא לא ישחוט הבת היום. ולס' הרא"ם תיקשי הא הוי ס"ם בשני גופים אבל לפימ"ש לק"מ דהספק שנולד על האם אם נשחטה היום או אתמול אין בו שום נ"מ לדינא לענין האם ולא נאסור האם כלל משום ספק זה. ונולדו ב' הספיקות רק לענין הבת. לכך שפיר הוי ס"ס טוב:

ואי איכא לאקשויי על דברי יותר יש להקשות מלשון הש"ך בדיני ס"ס סק"ד שכתב דבאשה שנמצא דם בספל הוי ס"ס כשני גופים דילמא מן האיש. ואף אם מן האשה דילמא מהפרוזדור. אם לא משום שמקודם צריך לחקור מאיזו מקום בא הדם והא שם ג"כ על האיש אין שום נ"מ כלל ואין אוסרין אותו או מטמאין אותו בשביל שיצא ממנו דם ואפ"ה חשיב לי' הש"ך לשני גופים אם לא מטעם הנ"ל. וגם משמע משם דלא ככת"ה שכתב דגם לענין זה אמרינן דבהמה לא חשיבי גופים מוחלקים רק באדם. והרי מדברי הש"ך שם מוכח דגם בביצה ספק מעוף הכשר או מעוף של הס' טריפה הוי שני גופים עיי"ש. ואמנם עכ"ז אין זה סתירה לדברי כלל דכאן כל הספק הוא רק על גופו של העכו"ם לבד. אם תשובתו היתה ע"י שאלה. ואף אם ע"י שאלה דילמא לא נתכוון להעיד. וז"פ מאד:

ואשר הודיעני שהאשה היא בחזקת זקוקה ליבם. וא"כ לשיטת רש"י דס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור. האשה עדיין בחזקת איסור עומדת. עיין תוס' יבמות (ל' ע"ב) ובש"ש ש"א פ"ה. עיי"ש. ג"כ אין כאן חשש כלל. דרש"י כתב רק כמו שם ביבמות שנולד הספק (אם גירש בעלה צרתה) בחיי בעלה. דאז היא בחזקת א"א ובחזקת איסור א"א עומדת חיישינן ג"כ דילמא לא גירש הערוה ואסורה הצרה משום צרת ערוה דמחזיקין מאיסור לאיסור. וכן בנולד ס' דרוסה בחיי' דעומדת בחזקת איסור אמ"ה חיישינן דילמא הוא ג"כ בחזקת איסור טריפה. אבל כאן דזקוקה לחלוץ. אין לומר דכמו שהיא אסורה משום איסור יבמה לשוק אסורה ג"כ משום ספק איסור א"א. ז"א דהני הוי תרתי דסתרי דאם

אתה אומר שהיא עדיין א"א א"כ אינה זקוקה לחלוץ דכל שאינו ליבום וכו' וליכא בה איסור יבמה לשוק כלל. וז"פ מאד:

ומ"ש כת"ה שאינו מבין תירוצו של הנתיבות לשבת והג"פ והד"ח על קושיית הב"ש סקל"ח נגד הט"ז. דבריהם מובנים שפיר. דניחזי אנן למשל קרוב שפסלה תורה לעדות מגזיה"כ אפי' כמשה ואהרן אף דאינו חשוד לשקר. מ"מ מחמת גזיה"כ אינו נאמן. ובע"כ צ"ל דחיישינן דהדבר שקר. דאם הדבר אמת מה בכך דהעדות הוא פסול הא לא איברי סהדי אלא לשקרי ועדות ממון מתקיים בידיעה בלא ראי'. ואף דמצ"ע אינו חשוד למשקר מ"מ כיון דהוא פסול מגזיה"כ הוי כאילו אין כאן עדות כלל. וחיישינן אנן דילמא הדבר שקר. ומחמת גזיה"כ מוכרחים אנו לחוש דהקרוב אומר שקר אף דאינו חשוד בכך. וא"כ ה"נ בעכו"ם שאינו מסל"ת כיון דהתורה פסלתו לעדות הוי כאילו אין כאן עדות כלל. וחיישינן אנן דילמא הדבר שקר. אף שאין דרך העכו"ם לשקר כדי להכשיל. מ"מ מחמת גזיה"כ חיישינן דילמא העכו"ם משקר אף שאין דרכו בכך. וא"כ כ"ז אם ידעינן שהוא עכו"ם. אבל אם הוא ספק אז מחמת שאין דרך העכו"ם להכשיל במכוון. אמרינן דוודאי אין זה עכו"ם אלא ישראל הוא ואומר אמת. זהו המכוון בדבריהם:

ואשר נסתפק אם ישבו ב"ד של שלשה להתירה קודם חליצה אף שאין יכולים לומר מותרת אתה. דהא עדיין אסורה על כל העולם משום יבמה לשוק. או ישבו אחר החליצה. וודאי ישבו קודם החליצה ויאמרו לה מותרת אתה לחלוץ ואח"כ לישא לשוק. דאם לא נתירו אותה קודם חליצה יש חשש חליצה פסולה שתהא צריכה לחזור על כל האחין. וכן מה ששאל לענין מינקת בהעגונה של אשתקד. אם ישבו עתה להתירה בתוך ימי הנקתה או דילמא לא יוכלו לומר מותרת אתה דעדיין אסורה משום מינקת. אין זה חשש כלל. דאל"כ בכל גירושין שאומר לה הרי את מותרת לכל אדם. וצריך שלא יהי' שום שיור אף לזמן והרי עדיין אסורה ג"ח משום הבחנה. אע"כ דהאי איסורא לחוד והאי לחוד:

כ"ד ידידו הדוש"ת **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לא, תק"ע.

רב שלום וכט"ס לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי שושילתא דיחומא כש"ת מו"ה יונה נ"י אבד"ק **וויעלקאטש** יצ"ו:

יקרתו ע"ד העגונה לנכון הגיעני. והנה ע"ד עדות הרופא ישראלי שהוא מפסולי עדות דאורייתא שפסולין לעדות אשה. הנה יען שהדבר שכיח הרבה בעוה"ר. ואם נפסול עדות כאלה כמעט לא נמצא היתר לבנות ישראל אמרתי לעיין בזה קצת:

והנה אשר תלו עצמם איזו גדולים ע"ד הנמו"י פז"ב שהובא בקצה"ח סי' מ"ו דרשע שאינו של חמס כשירין לאיסורין שע"א ואשה נאמנת בהם. ואף דבנתיבות שם סקי"ז כתב בפשיטות דלעדות אשה פסול מ"מ הוא עצמו בספרו קהלת יעקב צידד וכתב דאין חולק על הנמו"י. אבל באמת הדבר שגגה דהנמו"י איירי רק באוכל נבלות להכעיס. אבל באוכל לתיאבון מבואר שם להדיא בש"ס בז"ב דכ"ג דגם רבא מודה וכמ"ש רש"י שם ד"ה מומר שכיון דמשום ממון קעביד דשכיחא בזול הוי כרשע דחמס וכ"כ התוס' שם בפ"א (ד"ט ע"ב) ד"ה לרצונו דכיון שעובר להנאתו ע"ד קונו כמו כן הוי מעיד שקר בשביל הנאה וכ"כ המרדכי שם בז"ב אות תרצ"ה. ואף דמרש"י שם (דכ"ו ע"ב) ד"ה כשר לעדות לענין חשוד על העריות דבעינן רשע דחמס משמע דס"ל דלא כהתוס' דעושה להנאתו הוי רשע דחמס היינו משום דס"ל דאמרינן דגופו חביב עליו מממונו. ואף דחשוד לעבור משום הנאת הגוף מ"מ לא יעיד שקר משום הנאת ממון. ונבילה שאני דהוי הנאות ממון שקונה בזול עיין בחי' הר"ן שם. ואמנם לעדות אשה דאיכא למימר דעיני' נתן בה גם לרש"י פסול דאיכא ג"כ הנאת הגוף וא"כ בהני רשעים דידן דעוברים הכל להנאתן פשיטא דהוי כרשע דחמס ובפרט במחללי שבת דהוי מומר לכה"ת הרי מפורש להדיא במחבר סי' י"ז ס"ג דבמומר לכה"ת בעינן מסל"ת. ובב"י שם גבי תשו' הרא"ש שהביא שם לענין אנוסים משמע דגם משום אכילת נבילות נפסלים אי לאו דעבדי תשובה אח"כ עיין בב"ש סקי"ט:

ומה שהביא כתה"ר דברי התשב"ץ בשם העיטור דרק בעבודת קרקע הוי מומר לכה"ת הדברים מרפסין איגרי לכאורה דהרי בעירובין (דס"ט) משמע להדיא דגם משום איסור הוצאה הוי מומר לכה"ת עיי"ש בע"א ובע"ב ובדברי התוס' שם וכ"מ להדיא מדברי התוס' חולין ומכל הראשונים שהקשו לענין שוחט בשבת דניהוי מומר אף דלא הוי עבודת קרקע. וגם מ"ש כתה"ר דאינם מחללים שבת רק באיסור דרבנן מבואר ג"כ מדברי התוס' עירובין הנ"ל ד"ה כאן דגם באיסור דרבנן הוי מומר עיין בהוריות (די"א) ואמנם בתב"ש סי' ב' אות כ"ח פסק דרק בדאורייתא הוי מומר ואמנם ידוע דחשודין גם על הדלקת הנר ועישון טיטון דהוי דאורייתא ועיין בפמ"ג בש"ב סי' ב' סקי"ז דמומר לשלש עבירות מפורסמות הוי מומר לכה"ת. והוי כולהו איתנהו בהו הקפת הראש והזקן ואכילת טריפות ואיסור נדה וכהנה וכהנה דמכל הני משמע לכאורה דאין שום מקום להקל כלל:

ואמנם נ"ל קצת ללמד זכות בדבר דהנה שם בפז"ב בפלוגתא דאביי ורבא אם בעינן רשע דחמס קאמר שם נימא כתנאי עד זומם פסול לכה"ת דברי ר"מ וכו' ר"י אומר הוזם לד"מ

כשר לד"נ וכו' ורבא ע"כ לא קאמר ר"מ בהוזם בד"מ דרע לשמים ורע לבריות אבל הכא דרע לשמים ולא לבריות לא עכת"ד הש"ס וקשה לי מאד דא"כ אמאי מודה שם רבא לעיל דמומר אוכל נבילות לתיאבון פסול דהוי רשע דחמס כמ"ש רש"י הנ"ל הא מ"מ לא הוי רק רע לשמים ולא לבריות דלרבא לא פסול ותמיהני שלא ראיתי לע"ע מי שיתעורר בזה. אך צ"ל דאדרבא באוכל נבילות לתיאבון כיון דחזינן דהיכא דאית לי' היתרא לא אכיל איסורא ואינו עובר רק להנאתו א"כ חזינן דהוא מאמין שדבר זה הוא עבירה והתורה אסרתו רק דאינו יכול לשלוט ביצרו. ומשום הנאה עובר ועושה מה שהוא יודע בעצמו ומאמין שזה אסור. א"כ חיישינן דיעיד ג"כ שקר משום איזו הנאה דכיון דהוא עושה מה שהוא יודע שהוא עבירה ומאמין שיש שכר ועונש ואפ"ה איננו שליט ביצרו משום איזה הנאה שבא' לידו א"כ אם על חייו ועל כבוד קונו איננו חס על חיי אחרים לא כ"ש וכמ"ש התוס' (בד"ט ע"ב) הנ"ל דכיון דעובר להנאתו ע"ד קונו מכ"ש שיעיד שקר ג"כ. אבל באוכל נבילות להכעיס דאין לו הנאה כלל בדבר ובע"כ הוא משום דכופר ואומר שאין זה איסור כלל ואינו מאמין בתורת משה אבל אם הי' מחזיק הדבר לעבירה יוכל להיות דלא הי' עובר משום איזו הנאה לעשות דבר שאינו נכון. וא"כ איננו חשוד על דבר שהוא רע לבריות שזה מצוה שכליות ונמוסית ומדת ישרה שאף כל הכופרים ופוקרים במציאות הש"י ובתורה מן השמים מ"מ מחזיקים במדות ונמוסים שהם לקיום העולם כמו גזילה וגניבה ועדות שקר ולהרע לחבירו בכי איזו ענין. א"כ אף שהוא רע לשמים ואוכל נבילות להכעיס היינו שאינו מחזיק הדבר זה לעון כלל כיון שאינו מאמין בתורת השם אבל דבר שהוא עצמו מחזיק לעון כגון להיות רע לבריות זה לא ראינו שיעבור ע"ז משום איזו הנאה ומש"ה הוא כשר לעדות לרבא:

וא"כ נ"ל דהני רשעים דידן דידעינן דנתגדלו מקטנותן על לימודי החיצוניים ואינם מאמינים כלל בשום דבר ועוברים בשאט נפש על כל התורה בין להנאתם בין שלא להנאתם משום דאינם מאמינים כלל בתורת השם. א"כ קלקולם זה תיקונם דהוי כאוכלי נבילות להכעיס דכשר לרבא לעדות דהוא רע רק לשמים ולא לבריות דאדרבא מתפארים בה במדות הנמוסיות וטוב לבריות ולא ראינו שיעידו שקר להרע לאחרים בשביל איזו הנאה וא"כ אף דאנן קיי"ל כאביי דפסול לעדות ולא בעינן רשע דחמס היינו רק מגזה"כ דאל תשת רשע עד דלאביי ל"ב רשע דחמס אבל באיסורין דלא בעינן תו"ע ואף עבד ואשה נאמנים שכבר כתב הנמו"י הנ"ל דגם לאביי בעינן רשע דחמס א"כ הוי דינו כמו לרבא דהני דידן חשיבי כאוכל נבילות להכעיס דלא חשידי על דבר שהוא רע לבריות להעיד שקר לאשה שמת בעלה ולהוציאה ממנו. ובזה אני אומר שרוח נבואה היתה

על לשונו של הס' בנין ציון שכתב כתה"ר שאיננו תח"י שכותב דהני מחלל שבת דידן הוי כאומר מותר שזה תמוה לכאורה שהרי כולם לומדים רעליגיאן בשוהלען שלהם ויודעים שחילול שבת הוא מעשרת הדברות ומועתק הכל בלשונם וזיל קרי בי רב הוא אך כוונתו ג"כ למ"ש כיון דבעוה"ר נתפקרו ואינם מאמינים בתורת משה כלל א"כ להם הדבר הוא מותר ואינם מחזיקים זה לעון כלל אבל דבר שגם להם נחשב לעון כגון דבר שהוא רע לבריות גם עכו"ם גמורים היו נאמנים בדבר שא"צ תורת עדות כגון בעדות אשה רק דהם נחשדו גם על דבר שהוא רע לבריות כדמצינו בש"ס סתם עכו"ם גזלי ארעתא נינהו וכן חשודים על שפיכת דמים שכתב הנמו"י בפ"ב דיבמות דרוצח פסול גם לעדות אשה וא"כ מש"ה לא האמינו אותם חז"ל רק במסל"ת וא"כ אף אם אולי בזמנינו נשתנה הדבר והרבה מהם אינם חשודים על גניבה וגזילה ועדות שקר מ"מ דבר שכבר במנין אין בנו כח להתיר ולא פלוג חכמים בתקנתן אבל הני רשעי ישראל מעולם לא היו בכלל התקנה והגזירה דרוב ישראל כשרים הי' תמיד לכל דבריהם. כנ"ל נכון להמציא קצת זכות והיתר על קבלת עדותם לעדות אשה. אבל מ"מ לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה לסמוך ע"ז לבד והרי בחי' הר"ן בסנהדרין הנ"ל (דכ"ו ע"ב) בשמעתתא דחשוד על עריות. כתב דחשוד על עבירה חמורה כמו חייבי כריתות ומיתות ב"ד גם לרבא פסול לעדות אף דאינו רע לבריות א"כ משמע דאינו מפרש כפירושי הנ"ל:

אבל מ"מ בעיגונא דאיתתא דהקילו חכמים הרבה בדבר יש לצרף זה ג"כ היכא דאיכא עוד טעמים להיתרא וכאן בנ"ד איכא טעמי טובא להיתרא. חדא עפי"ד הט"ז בסי' י"ז סק"ה שכתב לישב קושית הריב"ש דשמע בת קול פב"פ מת משיאין אשתו ואמאי ל"ח דילמא עכו"ם הוא למ"ד דבעינן קישור דברים ותירץ הטו"ז דעכו"ם אינו חשוד להכשיל היכא דלא נהנה כלום עיי"ש. ולכאורה קשה מהש"ס סנהדרין (כ"ו ע"ב) הנ"ל דחשוד לעריות פסול לעדות אשה דחיישינן דעיניו נתן בה א"כ אמאי לא חיישינן גם בעכו"ם כן דרוצה לאוסרה על בעלה שתצא מזה ומזה ותהי' שכיחא לי' שלא תשב תחת בעלה שמשמרה. אך צ"ל דכיון שלא בא בעצמו להעיד לה. והאשה אינה יודעת כלל מי שהעיד לה מוכחא מילתא דלא כיוון לכך דאל"כ הי' רוצה שתדע האשה מזה שעשה לה טובה שיהי' לו שייכות אצלה ועל סברות כאלו סמכינן בסוף נדרים עיי"ש אם איתא דעביד איסורא וכו' וא"כ גם בנ"ד דהעיקר דאנו רוצין לפסול פסולי עדות מחמת רשעים לתיאבון דחיישינן דיעידו ג"כ שקר מחמת שענ"ב כמ"ש הנתיבות בסי' מ"ו סקי"ז הנ"ל וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז וא"כ בנ"ד דהרופא לא בא כלל להאשה ולא הודיע גם את שמו רק שאמר להישראל שבכפר שיודיע להאשה והאשה אינה יודעת ע"ע מי הוא הרופא

ההוא הוה ממש כנידון דהט"ז דאין לו הנאה של כלום וא"כ אף דבנידון הט"ז חולק שם הב"ש סקל"ח היינו דעכו"ם אינו נאמן להעיד אף היכא דאין לו הנאה כלל כמ"ש שם הב"ש. אבל ישראל פסול מחמת רשעו דבעינן רק רשע דחמס וא"כ אף דכל ישראל רשע דלהנאתו קעביד הוי רשע דחמס כמש"ל מ"מ להעיד לאשה שמת בעלה דל"ח להנאת ממון דהא האשה לא חשידא שתשכור עדים משום חומר שהחמרת עלי' והיא בעצמה נאמנת לומר מת בעלי ועיקר החשש רק משום דענ"ב רוצה שתהי' פנוי' כנ"ל א"כ בכאן דהעלים עצמו ממנה שהיא אינה יודעת כלל מי שהעיד לה לא שייך החשש הזה כנ"ל שפיר מהימן כנ"ל:

וגם עוד יש טעם להתיר עפי"ד הריב"ש בתשו' קנ"ה שכתב לחלק בענין מילתא דעל"ג דהיכא דבידינו לגלותו בקרוב כמו קדשו ב"ד את החודש נאמן לכ"ע. אבל דבר שאין בידינו לגלותו וגם אינו וודאי שיתגלה בקרוב כמו במת פלוני שאף אם הוא חי אולי לא יבוא לביתו וירחיק נדוד לקצה הארץ ולא יהיה בידינו לגלות בזה אינו נאמן מה"ת. והקשיתי ע"ד הריב"ש האלה מש"ס סוף יבמות שהביאו ראי' דע"א נאמן מפונדקית. והא איתא שם דאמרה זה קבר שקברתיו א"כ בידינו לגלות תיכף ולפתוח קברו דמותר לצורך עגונה כידוע ואף דאפשר דאיירי לאחר ג' ימים מ"מ אין זה וודאי שלא יכירוהו והיכא דהוא שלם דעת הר"ת דגם לאחר ג"י מכירים. וא"כ דילמא מש"ה מהימנא דהוי מדעל"ג טובא. אך נ"ל דאדרבא מהש"ס הזה ראי' להריב"ש דכבר הקשו הכל על מה שהביאו הפוסקים מכאן ראי' דהתחילה לבכות הוי מסל"ת והא כתבו התוס' ד"ה פונדקית דכאן לא היתה מסל"ת ממש ומהני רק משום דהוציאה מקלו ותרמילו. וא"כ מנ"ל היכא דליכא הני הוכחות דהתחילה לבכות הוי מסל"ת:

אך באמת הכל ניחא דהנה הגירסא הישינה במשנה הוא לכשתהא פונדקית נאמנת ולא יותר רק בברייתא איתא שהוציאה להם מקלו ותרמילו ואמרה זה קבר שקברתיו וא"כ י"ל דהפירוש במשנה הוא כדברי הצ"צ בתשו' מ"ב דחכמים שהביאו ראי' מכאן הוה ס"ל דנאמנת רק משום מסל"ת ומביאין ראי' דהא בכל העדיות אין עכו"ם מסל"ת נאמן וע"ז דחה ר"ע לכשתהא פונדקית נאמנת דשם אינה נאמנת משום מסל"ת רק משום דאמרה זה קבר שקברתיו והוי מדעל"ג שבידינו לגלות תיכף שנאמנת מה"ת לדברי הריב"ש הנ"ל. וא"כ מעתה בנ"ד נמי שהרופא מסר המת להישראל שבכפר לקוברו שם וציווה לו בשם המת להודיע תיכף לאביו ולאשתו והי' לו לירא שיבואו תיכף אביו ואשתו להוציאו לקוברו בקברות ישראל כאשר באמת כן הי' ויכירו אותו תיכף שלא זה הוא ויתברר שקרו על פניו דבכה"ג נאמן להריב"ש הנ"ל מה"ת כיון דבידינו לגלות שקרו ולא

בעינן כלל מסל"ת כה"ג כמו בעכו"ם שנאמן לומר דג פלוני וטהור הוא בסי' פ"ג כיון דבידינו לגלות שקרו כנ"ל נכון. ואף דבב"י סי' י"ז מביא בשם תשו' שבמיימור שכתב וז"ל למה לא יחשב מל"ת אי משום דקאמר למה אינכם מביאין אותו האיש שמונח שם במקום פלוני ואני הייתי לוקח ליטרא מכם ומביאו בעגלה שלי וחיישיתו משום שהזכיר ממון בעדותו ואדרבא כ"ש דאלים סהדותי' טפי משאר מל"ת האומר פלוני מת או נהרג דלא עביד לגלויי עכ"ל ומשמע דאעפי"כ לא התיר רק משום מל"ת. אין זה ראי' חדא דילמא הי' מתיר גם בלא מסל"ת רק לרווחא דמילתא נקט מסל"ת דהמעשה הי' שם דהי' מסל"ת. ועוד דשם דילמא כל המעשה שקר דאינו מונח שם ההרוג כלל. ואינו ירא דילכו ולא ימצאוהו דיוכל להשתמט ולומר דב"כ וב"כ כלבים גררוהו משם או דע"י אדם נלקח לקבורה וכהנה. אבל כאן דאדרבא מסר המת הזה לקבורה ואם יבואו אביו ואשתו ויכירו דאיננו זה האיש שאומר ויתברר שקרו ולא יוכל להשתמט כלל:

ועוד יש טעם להתיר עפי"ד הנוב"י מהדו"ק סי' ל"א דהיכא דיש רגל"ד נאמן גם עכו"ם שאינו מסל"ת ואף דבחת"ס אה"ע סי' מ"ו דחה דבריו בשתי ידים מ"מ הוא גופא כתב שם דהיכא דיש רגל"ד שדבריו אמיתים י"ל דנאמן רק דמה שנאבד זכרו אין זה הוכחה לדבריו דאיכא למימר דאדרבא משום זה משקר ואינו ירא שיבוא לביתו וא"כ כאן דאדרבא יש הוכחה טובה בסופו דראש דבריו אמת דהא הוציאו המת מקברו והכירו אותו קצת בשיניו וגם בבגדו דזה הוא אף אם נאמר דסימניו וסימני כליו לא מהני עכ"פ הוכחה ורגל"ד טובא איכא דזה הוא המת שאמר אותו הרופא. וגם דיחוי של החת"ס הוא חוזר ונראה מדברי התה"ד בפסקים וכתבים סי' קל"ט שמביא דברי החכם ר' טעביל שרצה ג"כ להתיר עכו"ם שאינו מסל"ת ע"י הוכחות ואומדנות והוא חולק שם עליו רק משום דכל האומדנות הוא רק עפ"י העכו"ם ואיכא למימר דהכל שקר אבל היכא דיש הוכחה ואומדנא בלא דברי העכו"ם אינו דוחה דברי הרופא שפיר יש לצרף לסניף דברי הר"ט והנוב"י הנ"ל להתיר כנ"ל. ולדברי החת"ס בלא"ה שרי כאן עפ"י עדות הקאמאנדא דהוא ס"ל דסמכינן אערכאות אף שלא במסל"ת כמ"ש בתשו' מ"ג וצ"ה. ואף לדעת הגאון ר"ב פרענקיל בעט"ח והגאון מצאנז בד"ח שחלקו ע"ז נ"ל להמציא כאן היתר בדבר דעיקר טעמם שחולקים הוא משום דהשנים הגדולים אינם יודעים בעצמם מהמיתה רק מה שבאים המשרתים משפיטאהל ומודיעים להם שפלוני ופלוני מת והם אין להם דין ערכאות רק דין עכו"ם בעלמא שמכוונים להעיד כמבואר כ"ז בתשו' עט"ח סי' ח' ובתשו' ד"מ בכ"מ. וא"כ כ"ז על גוף המיתה אבל הא פשיטא דוודאי האיש הזה הי' מונח בהשפיטאהל. דהא כיון דמקפידים ע"ז דתיכף כשהובא לישפיטאהל נרשם שמו בספר

החולים וודאי לא יעיז אחד מהמשרתים לאמר להממונה לרשום בספר החולים איש אחד שלא הי' שם מעולם דהא ירא לשקר בדבר העשוי לגלות תיכף דילמא יבוא הממונה להשגיח ולא ימצא כלל איש עם שם כזה שמה ויתחייב ראשו למלך דבשלמא להעיד על חולה שהי' שמה שמת זה מצוי' ע"י שוחד שיעשה זאת דאינו ירא שיתברר שקרו כ"כ דהא הוא יאמר דכבר מת או נקבר אבל לרשום בספר איש שלא הי' שם מעולם ע"ז וודאי ירא דילמא יבוא הממונה תיכף ולא ימצא אותו שמה בזה וודאי דבר שעשוי לגלות תיכף דלא חציף לשקר וא"כ כיון דידעינן וודאי דאותו האיש הי' שמה ועתה נמצא איש עם סימן אמצעי או בסימן כליו דאף דחיישינן לשאלה עכ"פ סימן אמצעי הוה כמ"ש הב"ש דרק משום דסימנים לאו דאורייתא חיישינן לשאלה עיין נוב"י סי' ל"ב ד"ה ואפילו וכבר ידוע דברי הח"צ סי' קל"ד דסימן אמצעי הוי כיב"ש ואם ידוע שהאיש שהי' לו הסימן הזה הלך בדרך הזה ואחר עם סימן כזה לא הוחזק שם לא חיישינן כמו שלא חיישינן לשני יב"ש. ואף דבח"צ כתב שם מדברי תשו' הרא"ש דרק בלא שכיח שיירתא מ"מ המעיין בתשו' הרא"ש יראה שם דלא כ"כ רק לרווחא דמילתא לחוש גם לדברי הפוסק בש"ס גיטין (דכ"ז) דבשיירות מצויות לבד אף בלא הוחזקו תרי יב"ש חיישינן לתרי יב"ש. אבל אליבא דהלכתא קיי"ל דבעגונה לא חיישינן רק בתרתי לריעותא שיירות מצויות והוחזקו שני יב"ש כמ"ש הטור בסי' י"ז בשם הרי"ף והרא"ש ועיין בש"ע שם בסעיף י"ח וכ"כ שם הח"מ בס"ק ל"ח בביאור דברי תשו' הרא"ש הנ"ל דמכלוף בן מלול דאם ידוע דיב"ש הלך בדרך הזה שנמצא שם לא חיישינן ליב"ש אחר אף בשיירות מצויות וגם מצטרף לזה דברי המהרי"ו סי' ע"ט שהובא בש"ש פי"ט דבידוע שהלך בדרך הזה מתירין משום דאין ספק מוציא מידי וודאי ואף דאיירי שם באין שיירות מצויות היינו משום נמצא רק הרוג בלי שום סימן. א"כ אם הי' שיירות מצויות הוי וודאי דוודאי דגם איש אחר הלך שם. אבל אם נמצא בו איזו סימן אז בעל האשה הזאת שיש בו סי' הזה הוא וודאי שהלך שם. ואיש אחר עם סימן כזה לא ידעינן שהלך שם דאף דשיירות מצויות מ"מ אין זה וודאי שאיש אחר עם סימן כזה הלך שם ומותר לדעת המהרי"ו משום דאין ספק מוציא מידי וודאי וכבר הארכתי בזה הרבה בתשו' אחרת ומבואר ג"כ בכמה תשובות מזה:

וגם יש כאן מקום להתיר ע"מ שאמר אביו ר' אברהם שהכיר אותו בשיניו ואף דז"א אמר סימן מובהק בשיניו מ"מ הא ידוע דברי הנוב"י מהדו"ק סי' נ"א ד"ה ונלע"ד וקיימתי מסברא בעזה"י דהיכא דמכיר הסימן בט"ע מהני לכ"ע ואין זה שייכות כלל לפלוגתא דסימנים דאורייתא וכו'. וא"כ ה"נ הרי האב שהי' מכירו מחיים וראה אותו עתה והכירו בשיניו הרי יש לו ט"ע בשיניו ועדיף מסימנא. ואף דבתשו' חת"ס סי' ע' בעמוד ד' ד"ה

והנה ראיתי מוכח להיפך עיי"ש במ"ש דאף אם מכיר השומא בט"ע גמור לא הוי רק סימן ולא ט"ע מ"מ כבר הוכחתי בתשו' אחת דמדאורייתא מהני רק מדרבנן לא מהני דרבנן לא רצו לסמוך רק על ט"ע של כל הגוף ומה"ט אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אף דוודאי אומר דמכיר הפ"פ לחוד מ"מ לא סמכינן על זה להתיר וכבר כתבתי טעם לזה עפי"ד הרשב"א חולין צ"ו שהבא להתיר איסור בט"ע צריך לדקדק יפה וכו' וכ"ש בפקיע תכלת או חתיכת בשר שאין ט"ע ניכר בהם יפה כמו בכלי עיי"ש בדבריו. והוכחתי שזה דעת הרמב"ם שכתב בפ"ד מה' נחלות הובא בח"מ סי' רפ"ד ס"ד שכתב וז"ל מי שטבע במשאל"ס וכו' או נהרג ולא הכירו פניו אבל הי' לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותן וכו' שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת וכו' עכת"ד. ותמהו עליו הכל דהא אנן קיי"ל דסימנים ל"ד עיין בקצוה"ח סי' ר"ס ובנוב"י מ"ש בזה:

ולהנ"ל הכל נכון עפ"י דקדוק עצום שראיתי בדברי הרמב"ם דהתחיל וכתב ולא הכירו פניו שהוא לשון יחיד ומסיים שהי' לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותן שהוא לשון רבים. אע"כ שהרמב"ם כיוון לדברי הנוב"י הנ"ל שהכירו הסימנים עצמם בט"ע שראו בו הסימנים האלו בחייו וראו גם עכשיו הסימנים האלו בו שיש לו ט"ע בסימנים האלה וס"ל להרמב"ם דט"ע בסימנים עצמם ולא בכל הגוף הוי כמו בחתיכת בשר שכתב הרשב"א הנ"ל דלא סמכינן ע"ז רק דהרמב"ם ס"ל דזה רק מדרבנן משום חומרא דאיסור א"א אבל מדאורייתא אם הוא אומר שמכיר בט"ע מה לנו בכך כס' הנוב"י הנ"ל. וזה פלאי בעזה"י בדברי הרמב"ם:

וא"כ גם בנ"ד יצא מחשש דאורייתא אליבא דהרמב"ם הנ"ל וא"כ יכולים לסמוך על כל היתרים הנ"ל במילי דרבנן והטעם היותר חזק להתיר הוא צירוף סימני כליו שלרוב הפוסקים לא חיישינן לשאלה ובפרט בצירוף סימן בגוף לדעת המהר"ל מפראג ולדעת הח"צ דהוי שאלה דיחיד שכבר האריכו בזה כל האחרונים בתשובותיהם ואין עוד מקום להאריך. אשר מכל אלה הטעמים נ"ל נכון להסכים עם כת"ה ועם חתני הגאבד"ק יאברוב שהייתם הראשונים הפותחים בזכות האשה והנני מצטרף עמכם להתיר האשה כלתו של ר"א וואלער מכבלי העיגון אחר שיושיב ב"ד של ג' להתירה והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לב, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי ממנתו זך ונקי מפו' לשבח ולתהלה מגזע אפרתים כש"ת מו"ה לוי **יצחק** נ"י אבד"ק **ליבטשוב** יצ"ו:

מכתבו ע"ד העגונה אשת ר' מאיר בריעפוועקסלער מכפר הסמוך לקהלתו לנכון הגיעני. והנה אין עתותי בידי להשיב בארוכה. רק בקצרה ככל האפשר והשי"ת יצילנו משגיאות:

הנה בראשונה צריך לראות אם יצאה עכ"פ מידי איסור תורה עפ"י העד שהעיד שראה שנטבע במשאל"ס. דאם העד העיד ששהה עד שתצא נפשו יצאה מידי איסור תורה אפילו עפ"י ע"א ואם ניסת ל"ת כמבואר בסי' י"ז סל"ד. ואף לשיטת הפוסקים דע"א אינו נאמן מה"ת רק מדרבנן וא"כ במשאל"ס דהחמירו חכמים נימא דשוב חוזר לאיסור דאורייתא. וכעין מ"ש הב"ש ס"ק ק"ס לענין מת בדבר. מ"מ כבר ישב על מדוכה זו בתשו' ברית אברהם אה"ע תשו' כ"א עיי"ש באריכות. ומסקנתו באות י"ב שם דבמשאל"ס גם עפ"י ע"א יצאה מידי איסור תורה. אך שיעור השהי' עד שתצא נפשו יש בזה הרבה דיעות. איכא מ"ד ג' שעות ואיכא מ"ד ב' שעות. ומתשו' הב"ח מובא רק שעה אחת כמבואר הכל באריכות בפ"ת ס"ק קל"ד. ומביא שם תשו' חת"ס סי' ס"ה שכתב שלפ"ד המהרי"ט דהנך שעות שעות קטנות קאמר. שכל שעה היא עשרים מינוט. יהי' השיעור של ב' שעות ארבעים מינוט. ובס' קהלת יעקב להגאון מליסא סל"ד משמע דעתו בכוונת הריב"ש על ב' שעות. וכ"כ הישויע"ק בפיה"ק סקמ"א על ב' שעות ובנ"ד כפי שאומר העד שאשתהי יותר משעה וחצי שחפשוהו ואח"כ ראה מרחוק כשהוציאו אותו ואשתהי חצי שעה עד שבא אצלו. משמע שהעד הי' בכל העת הזאת במעמד הדבר הזה. ולא ראה שיצא משם רק אותו איש שמצאו משמע שהי' לפחות ב' שעות. ואם נרצה לספק בדבריו אם עמד שם כל אותו הזמן וראה. הרי בתשו' חת"ס הנ"ל סי' ס"ה יצא לידון בדבר החדש דכל שחפשו אותו תיכף במקום שנפל די ברביעית שעה. דכיון דשם לא נמצא ובע"כ אתה רוצה לחוש דהובילוהו המים למקום אחר א"כ תו מדאורייתא אין חשש כיון דהטרידוהו המים בשטף נהר העצומים עיי"ש בדבריו והוכחתו חזקה מאד דאל"כ מאי מהני מה ששהה עד שתצא נפשו דילמא יצא רחוק מכאן במקום שלא יוכל העומד כאן לראות לשם. והוכחה זאת כתב ג"כ בס' קהלת יעקב הנ"ל סוף אה"ד המתחיל ולענד"נ עיי"ש ודעתו ג"כ דאם ראו שם שלא צף ע"ג המים כלל באותו מקום די בשעה מועטת ועיין עוד בח"ס סי' ס"א באהד"ה:

והנה פלוגתתי חיזק דעת הסוברים דבמשאל"ס לא בעינן שיהוי עד שת"נ. וכ"ה ג"כ דעת הרד"ך בתשו' בית כ"א הובא בתשו' לחם רב סוס"י ל"ט. וגם יש כאן עוד סברא להקל כפי מה שהעיד העד שהוכה מכה רבה מהקורה שנדחפה בחזרה. וודאי דלא הי' לו כח לשוט ולהציל עצמו בתחבולות ובוודאי נטבע תיכף ונפל לארץ כעופרת ולא צריך רק

שיעור שתצא נפשו. וזה הוי שעה מועטת כמ"ש הח"ס והקהלת יעקב הנ"ל. ועיין בפ"ת ס"ק קל"ג באה"ד המתחיל והנה ג"כ מעשה כעין זה. וכתב שם בשם גדול אחד דבהנהו רפסודות דהמים מתגלגלים תחתיהם הוי כהנהו עקולי ופשורי שבתלמוד דאמרינן דא"א שיצא משם ובוודאי נטבע בשם. וגם הא ידוע דעת התשב"ץ סי' פ' דכל שנאבד זכרו במדינות אלו שאינו מצוי לתלות סיבת אבידת זכרו רק במיתה הוי כמשאל"ס. ונהי שכבר הארכתי בתשו' שכל שלא נולד ריעותא בגוף האדם אין מצרפין זאת אף לסניף כלל. דחזקת הגוף אלימתא היא ועדיפא מרוב כמ"ש הפנ"י בסוגיא דנמצאו בה מומין. וכ"כ הש"ש. וגם אחזוקי ריעותא לא מחזקינן רק היכא דנולד בו ריעותא מהתחלת מיתה הוי כעין הוחל בו מעשה טורף שכתב בחי' הרשב"א חולין (דמ"ג) הובא בתב"ש סי' כ"ט. דאז חיישינן דאיתרע החזקה. ואז שפיר אזלינן בתר רובא. וא"כ הכא דנולד בו ריעותא בגופו שהוכה מכה רבה בקורה שיש בו כדי להמית. דבכה"ג הוי ריעותא לענין טריפה בסי' נ"ח. וגם נפל אח"כ למים. אף אם נאמר דלא ראה עד שתצא נפשו. מ"מ עכ"פ הוחל בו מעשה טורף. ואינו חסר רק גמר המיתה כמ"ש בחי' הרשב"א הנ"ל. וא"כ בכה"ג בנ"ד שאבד זכרו כמה שנים. ובמדינות אלו שיש בי דואר וט"ג וט"פ וודאי הוי רובא למיתה יותר ממשאל"ס. ויצאה בוודאי מדאורייתא מאיסור א"א בלי שום ספק כלל. וא"כ מעתה נראה מה דינה להתירה לכתחלה וכבר עורר כתה"ר בזה כיון דהעד ראה הטביעה לא סגי מה שאומר שהכירו בטב"ע לחוד ובעינן סימנים דווקא כשיטת הרא"ש והתוס' וכמ"ש הרמ"א בסכ"ח. אלא דכאן העיד שהוא ועוד יהודי אחד הכירו אותו. ובשנים ל"ח לבדדמי גם בהכרה דטב"ע כמ"ש הב"ש בס"ק פ"ז אלא דיש לספק דילמא עד הראשון שהוא אומר בשמו לא ראה אותו תיכף כשהעלו אותו מהמים. ואשתהי יותר משעה. דל"מ עוד הכרה בטב"ע ואף ספק אשתהי שיעור שעה אסור כמ"ש הרמ"א בשם הריב"ש בסכ"ו עיי"ש בב"ש ס"ק פ"ג. ואף דדעת המהריב"ל דבעמפ"ע עדיף טפי. ותולין דהראשון ראה אותו תיכף כמ"ש בקו"ע אות ג'. אך כבר חלקו עליו כל הבאים אחריו כמ"ש בתשו' מהרי"ט תשו' ל' ועיין קו"ע אות רפ"א:

אמנם בתשו' לחם רב להגאון בעל לח"מ ז"ל תשו' ל"ד כתב דבמשאל"ס דלא הוי רק איסור דרבנן. שפיר יכולין לסמוך בזה על המהריב"ל דבעמפ"ע תולין להקל. דהראשון ראה אותו לאלתר בתוך שיעור שעה עיי"ש בסוף אהד"ה ויש להסתפק. וגם איכא לאיצטרופי דעת הסוברים דבשנים ל"ב לאלתר כמ"ש הב"ש ס"ק צ'. ובתשו' לחם רב הנ"ל תשו' ל"ז כתב דבמשאל"ס שהוא רק דרבנן יש לסמוך על דעת כל הקדמונים דלא ס"ל כהרא"ש בהא דבראו הטביעה לא מהני טב"ע. ובפרט בגופו שלם. ועיין ברשד"ם

תשו' נ"א שהביא הרבה פוסקים קדמונים דלא ס"ל כהרא"ש בהא. וסגי בהכרה דטב"ע גם בראו הטביעה. ואף דמ"ש כת"ה דבקברתיו סגי בטב"ע אין בזה כדי סמיכה דלהדיא מפורש בקו"ע בתשו' ר"א מזרחי אות צ"ט דקברתיו ל"מ לענין הכרה דטב"ע מ"מ סגי בכל הני טעמי הנ"ל צירופי היתר וגם הא איכא טב"ע דבגדים דדעת הנוב"י דטב"ע דבגדים כיון דאין משתנים מחמת המים ל"ש הטעם דבדדמי וכן החזיק בסברא זו בס' קהלת יעקב הנ"ל. וגם הדאקומענטען שלו שנמצאו אצלו שזה הוי דבר דלא מושלי אינשי ובבגדים בכה"ג וודאי דל"ח לשאלה. חדא כיון דהוי כל בגדיו. ועוד דבמים כה"ג ל"ח לשאלה דא"א לומר בשעה קטנה כזאת שיצא מהמים והשאיל מלבושיו לאחרים כמבואר ברמ"א סל"ב עיי"ש בב"ש ס"ק צ"ח. ומ"ש כתה"ר לפלפל בזה בדברי הנוב"י דאמרינן זהו שאבד זה שנמצא עיין בש"ש ובס' קהלת יעקב הנ"ל שדחו זאת וכתב שם בקהלת יעקב דבנהר כיון דשכיחי נטבעים הוי כשיירות מצויות ועיין בכורות (דכ"ה ע"ב) בשלמא שדה וכו' אבל קדשים כיון דמנגחי אהדדי שכיחי בהו מומא עיי"ש. מ"מ גם בל"ז איכא צדדי היתרא טובא ולכן מצטריפנא בהדי' להתיר האשה הזאת ובלבד שיצטרף עמנו עוד אחד מהרבנים המפורסמים ואז יושיב ב"ד של ג' להתירה והשי"ת יצילנו משגיאות:

והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לג, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי ותיק וחסיד יראתו קודמת לחכמתו כש"ת מו"ה **אהרן שמואל** נ"י אבד"ק **לאבאווע** יצ"ו:

ע"ד שאלת עגונה שהציע לפני כתה"ר שאין שום עדות על מיתת בעלה רק מה שבא מהקאממאנדע להשופט של אותו הכפר שאותו האיש נפל במלחמה וכבר דשו רבים בענין זה יש מתירין ויש אוסרין. וראש המתירין הוא הכנ"י והחת"ס שהתירו עפ"י עדות ערכאות אף שאינם מסל"ת ובס' פרשת מרדכי להגאון מהר"ם בנעט והבית אפרים הם מהחולקים. והאחרון הכביד שהגאון הקדוש מסאני זצ"ל הוא ג"כ מהמחמירים. והנה ממקום שבא הכנ"י להביא ראי' לדבריו מגיטין (דכ"ח ע"ב) על הא דשמע מקומנטריסין של עכו"ם איש פלוני מת וכו' לא ישיאו את אשתו ופריך הש"ס האי מסל"ת נינהו והקשה הריב"ש למאן דס"ל דבמסל"ת בעינן קישור דברים מאי פריך הש"ס הא כאן לא הי' קישור דברים אלא ע"כ דכאן עיקר הנאמנות מכח ערכאות ולא בעינן מסל"ת. אלא דפריך מכח קל"ו כיון דמסל"ת מהימן מכ"ש ערכאות עכת"ד הכנ"י. וע"ז תמהו הב"א והפרשת מרדכי דאדרבא מכאן ראי' להיפך דמה הי' לו להש"ס לדון דיני ק"ו ואמאי

לא פריך בפשטות והא ערכאות נינהו אלא בע"כ אדרבא מכאן ראי' דערכאות לא מהני בעדות אשה עכת"ד:

ולכאורה ראי' חזקה היא דמפשטות הש"ס משמע להדיא דאי לאו מסל"ת לא הי' מהימני. ואולם בפשיטות יש ליישב. דהא עיקר טעמו של החת"ס להאמין ערכאות הוא. דכיון דהאמינו חז"ל בעדות אשה כל הקרובים והפסולים להעיד מגזיה"כ דא"צ כאן תורת עדות ולא פסלו רק פסולים מחמת עבירה דאיכא חשש דמשקרי ובערכאות כיון דלא משקרי משום דלא מרעי אנפשי' נאמנים עיי"ש בחאה"ע תשו' מ"ג. והנה בשילהי יבמות (דקכ"ב ע"א) איתא שם במתניתין דר"ע ס"ל דאין משיאין לא עפ"י אשה ועבד ולא עפ"י קרובים ואמרו לו הא מעשה בבני לוי שהשיאו עפ"י פונדקית ואמר להם משם ראי' פונדקית נכרית היתה ומסל"ת היתה עיי"ש ברש"י ובגמ' דעיקר ההיתר משום מסל"ת וא"כ ש"מ דאף לר"ע דלא הי' משיאין עפ"י קרובים ומשמע דאף כמשה ואהרן דלא משקרי מ"מ כיון דפסלינהו תורה מגזיה"כ גם בעדות אשה לא מהימני מ"מ בעכו"ם מסל"ת מהימן והטעם צ"ל דכל היכא שמכוונים להעיד גזיה"כ הוא דקרובים פסולים להעיד. אבל מסל"ת שאינו מכוון להעיד אינו בגדר עדות רק מכח סברא והוי כמו ידיעה בלא ראי'. וכן כתב ג"כ בס' זכרון כהונה דבמסל"ת לא שייך ג"כ אל תשת רשע עד כיון דאינו מגיד בתורת עדות עיי"ש. יהי' איך שיהי' עכ"פ מוכח ממתניתין דאף לר"ע דאין משיאין עפ"י קרובים מ"מ במסל"ת משיאין. וא"כ מש"ה לא פריך הש"ס שם הא ערכאות נינהו דדילמא אתיא מתניתא כר"ע דאין משיאין עפ"י קרובים ופשיטא דאז גם עפ"י ערכאות אין משיאין דאף דלא משקרי מ"מ כיון שמכוונים להעיד לא עדיפי מקרובים דפסולים לר"ע ולכך פריך ממסל"ת דגם לר"ע מהימני וא"כ הראי' הנ"ל אינה חזקה כ"כ ואדרבא יש לחזק דברי הכנ"י ליישב בזה קושיית הריב"ש הא ליכא קישור דברים. דהנה מבואר בכמה תשו' דאף למאן דבעי קישור דברים הוא רק משום ספק דבלא קישור דברים חיישינן דילמא מתכוון להעיד. והנה זכורני שבתומים כתב באיזו מקום ואינני זוכר עתה מקומו לענין עדות מפ"כ דכל שהפסול מחמת גזיה"כ מכשרינן בספק. כיון דליכא חשש משקר. שוב הראה לי תלמידי הב' החריף כמר ישעי' שטערנקיקער מלובאטשוב שהוא בתומים סי' ל"ט ס"ק כ"א. וכעין זה כתב ג"כ החת"ס אה"ע תשו' מ"ו בסוף התשובה באה"ד המתחיל אבל מ"מ. דהיכא דליכא חשש שקר רק משום דאסור לקבל עדותו מגזיה"כ עכ"פ מאיסור א"א יצאה ואזלינן בספיקו להקל עיי"ש. וא"כ שפיר פריך הש"ס הא מסל"ת נינהו דהא כאן חשש משקר ליתא דהא ערכאות נינהו ולא מרעי אנפשי' אלא דלר"ע דאין משיאין עפ"י קרובים גם עפ"י ערכאות אין משיאין וא"כ שפיר

קשה הא מסל"ת נינהו מאי אמרת דליכא קישור דברים עכ"פ ספק הוי. וכיון דערכאות נינהו ולא משקרי אלא דפסול משום גזיה"כ דילמא מתכוון להעיד בכה"ג הי' אזלינן בספיקו להקל כנ"ל:

ועוד י"ל בישוב הקושיא הנ"ל. דהנה בתשו' זכרון כהונה הנ"ל הקשה דאמאי לא האמינו בעדות אשה עכו"ם שאינו מסל"ת הא כיון דע"א נאמן משום דהוי מדעל"ג גם בעכו"ם שאינו מסל"ת ליהימן כמבואר ביו"ד סי' פ"ו לענין ביצי עוף פלוני דגם עכו"ם נאמן במדעל"ג עיי"ש שתירוצו דחוק מאד. אך בפשיטות י"ל דהא הריטב"א ביבמות (דפ"ח) פירש דהא דקאמר הש"ס בנאמנות ע"א דמשום עיגונא הקילו. היינו דאף דהחמירו תמיד בחומר א"א כאן משום עיגונא לא רצו להחמיר ואוקמוה אדאורייתא דע"א נאמן משום מדעל"ג עיי"ש. וא"כ י"ל דהא דעכו"ם שאינו מסל"ת אינו נאמן לאו דאורייתא היא. דמדאורייתא גם עכו"ם נאמן משום מדעל"ג כמו בביצי עוף פלוני. אלא אף דבישראל בע"א לא רצו חכמים להחמיר בעכו"ם שאינו מסל"ת החמירו ולא רצו להאמינו. וא"כ מעתה לפי"ז שפיר י"ל דערכאות נאמנים אף שאינם מסל"ת. דהא בפ"ק דגיטין אמרינן דשטרות העולים בערכאות ש"ג כשרים וכתבו התוס' שהוא מדרבנן דחכמים חזו להאמינם. וא"כ גם לענין עדות אשה כיון דמדאורייתא בלא"ה כל עכו"ם נאמן משום מדעל"ג אלא דחכמים החמירו. א"כ בערכאות שפיר אמרינן האמינוהו רבנן בדרבנן אך כ"ז למאן דס"ל דע"א נאמן מדאורייתא משום מדעל"ג. אבל לשיטת הפוסקים דעדות אשה הוא רק דרבנן. ומדאורייתא אינו נאמן כלל. א"כ י"ל דגם ערכאות אינם נאמנים. והנה התשב"ץ בסי' פ"ב כתב דהא מילתא תליא באיבעיא דהש"ס יבמות (דקט"ו ע"א) בנאמנות ע"א במלחמה אם הטעם משום מדעל"ג גם במלחמה נאמן או הטעם משום דאשה דייקא ומינסבא. דאי הטעם משום מדעל"ג אז י"ל דהוא מדאורייתא. אבל אי הטעם משום חומר שהחמרת עלי' וכו' הוא רק דרבנן. וא"כ שפיר ניחא הא דפריך הש"ס כאן והא מסל"ת נינהו ולא פריך הא ערכאות נינהו. דהיינו יכולים לומר דילמא הברייתא ס"ל דטעמא לאו משום מדעל"ג ואין הנאמנות רק מדרבנן. וא"כ י"ל דבעכו"ם לא האמינו כלל אף בערכאות. אבל למאי דאיפשט האיבעיא דע"א במלחמה נאמן. ובע"כ הטעם משום מדעל"ג כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג א"כ גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן דאורייתא רק דמדרבנן אינו נאמן שפיר י"ל דערכאות האמינו רבנן. כן י"ל בישוב קושיית הב"א והפרשת מרדכי הנ"ל:

ואמנם לפי תירוץ זה השני יהי' נאמנות הערכאות תליא במחלוקת הפוסקים אם ע"א נאמן מדאורייתא משום מדעל"ג ובפרט לפימ"ש התשב"ץ הנ"ל והנוב"י מהדו"ק תשו'

ל"ג דאף לדעת הרמב"ם דס"ל דנאמן מדאורייתא הוא רק בעד ישראל. אבל עכו"ם אפילו מסל"ת הוא רק דרבנן. א"כ מכ"ש שאינו מסל"ת דאינו נאמן מדאורייתא. וא"כ י"ל דגם ערכאות אין נאמנים. אבל באמת י"ל דאף לדברי התשב"ץ והנוב"י הנ"ל ערכאות נאמנים. משום דיש ליישב קושיית הז"כ הנ"ל שהקשה מסי' פ"ג ופ"ו דגם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן במדעל"ג עפי"ד הטו"א בר"ה (דכ"א) שהקשה על הא דקאמר שם הש"ס דאם בא אחד ואמר קדשו ב"ד את החדש נאמן משום מדעל"ג. א"כ אמאי בעדות אשה אינו נאמן ע"א רק מדרבנן. ותירץ משום דבעדות אשה איכא חזקת איסור א"א עיי"ש. וצריך להבין א"כ מאי טעמו של הרמב"ם דס"ל דע"א נאמן בעדות אשה מה"ת לדעת הנוב"י הנ"ל משום מדעל"ג והא מדעל"ג הוא רק כמו חזקה דמדעל"ג לא משקרי אינשי. ואיך מהני זה נגד חזקת א"א כמ"ש הט"א הנ"ל. אך צ"ל דבאמת עד אחד כשר דבממון מחייב שבועה י"ל דגם בדשב"ע עכ"פ מרע להחזקה כיון דיש לו נאמנות במק"א וכיון דמרע חזקת א"א אף אם הי' מעיד במילתא דלא עבידא לגלויי א"כ במדעל"ג נאמן לגמרי כמו בסי' פ"ג וסי' פ"ו הנ"ל. אבל עכו"ם או שאר פסולים דבמילתא דלא עבידא לגלויי אין להם נאמנות כלל ולא מרעי להחזקה כלל. לכך גם במדעל"ג לא מהימני היכא דאיכא חזקת איסור כס' הט"א הנ"ל. וא"כ מעתה י"ל בערכאות דאיכא חזקה דלא מרעי אנפשיי' אף במילתא דלא עבידא לגלויי. עכ"פ מהני זאת לגרע חזקת א"א. א"כ במדעל"ג נאמנים לגמרי כן י"ל:

והנה בגוף החשש שחשו בס' עט"ח ובס' ד"א להגאון הקדוש מסאנז ז"ל מפני שהמנהג במלחמה שהממונה לכך שואל את אנשי החיל מי נפל במלחמה והם משיבים לו פלוני ופלוני. וא"כ הערכאות עצמם אינם יודעים. רק מה ששומעים מפי עכו"ם שמשיב ע"י שאלה ואינו מסל"ת. ואף לדעת הת"ה דעכו"ם ששואל עכו"ם חבירו הוי מסל"ת. מ"מ הא כתב הב"ש בס"ק מ"ח דשאלת השופט גרע דהוי כמו מתכוון להעיד עיי"ש. זהו תוכן החשש של כנאונים הנ"ל. והנה כפי הנשמע בזמנינו אין הדבר כן רק הסאניטטט הולכים במקום המערכה לחפש אחר החללים. ומי שמוצאים מת קוברים אותו ורושמים אצלם בכתב שמות ההרוגים ואח"כ נותנים להקאנצלייא הרשימה. וא"כ לא הוי ע"י שאלה. ואף דיוכל להיות דלפעמים משיבים ע"י שאלה ג"כ מ"מ בסתמא אין אנו מחויבים לחוש כמ"ש הב"ש בסק"מ. דכל שאין רגל"ד שהי' כן א"צ לחוש. וכאן עפ"י רוב הם אומרים בלי שאלה. שהם ממונים לכך להודיע זאת להגדול שבהם. אלא דנשאר עדיין החשש מה שמעידים לפני הגדול שבהם דהוי כמו מתכוון להעיד. ובאמת מדברי הב"י והח"מ משמע דאין חוששין לזה, דהא הב"י כתב דהר"ן חולק על הת"ה וס"ל

דעכו"ם ששואל את חבירו לא הוי מסל"ת, והח"מ כתב בס"ק ל"ב דהר"ן אינו חולק רק דשם שאני ששואל בשם הישראל, ואמאי לא כתבו בפשיטות דשם העידו לפני השופט. אלא בע"כ דאם הגידו בלא שאלה הוי מסל"ת אף אם העידו לפני השופט. אם לא שבאו לפני ב"ד ישראל להעיד דאז מוכח שמכוונים להעיד וג"ז רק כשאין טעם על ביאתו לב"ד. עיין תשו' רשד"ם תשו' ר"מ ובקהלת יעקב להגאון מליסא סי"ד אות ג'. וא"כ בנ"ד שהם מספרים להגדול שבהם בלי שאלה מספר ההרוגים לדעת הב"י והח"מ הנ"ל הוי שפיר מסל"ת. וגם כאן איכא טעם למה שאומרים לפניו. דהא הם מוכרחים לכך וממונים המה ע"ז להודיע זאת. ואין כאן הוכחה שמכוונים להעיד. אך מלבד כ"ז נ"ל לפי"מ שפירש הישויע"ק בס"ק י"ב דברי הט"ז שהובא בב"ש סקל"ח שכתב דאין העכו"ם מכוון להכשיל ישראל שתמה עליו הב"ש דהא מ"מ חזינן דעכו"ם שאינו מסל"ת אינו נאמן ופירש הישויע"ק שם במאמר המוסגר דכל שא"א לומר שהעכו"ם יסבור שהאשה תחזיק לו טובה. דהא יודע שלא ידעו כלל אם הוא הי' המעיד בכה"ג נאמן. דאין לו שום טעם לשקר ולהכשיל אין חוששין עיי"ש. וא"כ ה"נ אותם הסאניטעט שמעידים לפני הגדול שבהם יודעים שהאשה לא תדע כלל אם הם היו המעידים דהא אין שמם מוזכר כלל בהקאנצלייא. ל"ח דיכוונו לשקר בחנם ושפיר נאמנים. וא"כ אין החשש עוד רק על הכותב שהודיע להשופט שהוא חתם את שמו. ואיכא למיחש דילמא משקר בכוונה שיחזיקו לו טובה. אבל הוא הרי כתב מעצמו בלי שאלה והוי מסל"ת ממש:

אלא דאיכא למיחש לדעת הרמב"ם שסובר דמסל"ת בכתב לא מהני כמ"ש הה"מ והרמ"א בסי"א חשש לדבריו. וכן הרבה מתשו' ספרדים חששו לדבריו בתשו' מהר"ם אלשקר ומהר"ם אלשיך. אך בס' קהלת יעקב להגאון מליסא כתב דזה רק בכותב לישראל ולא בכותב לעכו"ם חבירו. וכאן הרי כתב להשופט מהכפר שהוא עכו"ם. אולם הוא איירי רק בכותב לעכו"ם חבירו עם איזו קישור דברים כגון לתבוע חובו וכדומה. אבל כאן כתב רק להודיע ונראה כמתכוון להעיד:

והנה רבים דחקו למצוא טעם לדברי הרמב"ם שכתב דמסל"ת בכתב לא מהני, והבד"ה כתב עליו שאין טעם לדבריו. ולענ"ד י"ל עפימש"ל קושיית הז"כ אמאי אין עכו"ם נאמן משום מדעל"ג כחו בביצים ודגים והוא תירץ דבעכו"ם דאיכא חיסור על הב"ד לקבל עדותו משום אל תשת רשע עד זה לא רצו חכמים להתיר גם בעגונה. וזה רק במתכוון להעיד. אבל מסל"ת אינו בגדר עד כיון שאינו מתכוון להעיד עכת"ד:

והנה ידוע מחלוקת הראשונים לענין עד נעשה דיין ולענין נמצא א' מהם קא"פ. דלחד דיעה עד המתכוון להעיד בשעת ראי' אף דלא העיד עדיין בב"ד מקרי עד. ולחד דיעה לא

מקרי עד רק בבא לב"ד והעיד. עיין תוס' ב"ב (דקי"ד ע"א) ד"ה אבל. ועיין בש"ך חו"מ סי' ל"ו סק"ט שהביא בשם מהר"ם אלשקר דבמעיד בב"ד לא בעינן ג"כ שהי' מתכוון מתחלה להעיד. ואף להש"ך החולק עליו שם היינו משום דלענין צירוף קא"פ בעינן לדידהו שנצטרף בין בשעת ראי' בין בשעת הגדה. ובשעת ראי' אין עליו תורת עדות אם אינו מתכוון. אבל בשעת הגדה וודאי אם העיד בב"ד אף שלא נתכוון להעיד רק בדרך סיפור וודאי הגדה מקרי ועדותו הוי עדות ותורת עד עליו. דלההגדה כיון דעביד מעשה שמעיד לפני ב"ד לא בעינן כוונה. וז"פ מאד אצלי. וא"כ הא דמסל"ת מהני בעדות אשה וליכא איסור דאל תשת וכו' כיון דאינו מתכוון להעיד היינו משום שאינו בא לב"ד להעיד דכל שבא לב"ד לא הוי מסל"ת כמבואר בתשו' הרשב"א והריב"ש והרא"ש. עיין קהלת יעקב סי"ד אות ב'. וא"כ כ"ז כשמסל"ת בע"פ. אבל בכתב דקיי"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בבי"ד דמי. א"כ אם נאמר דמקבלין עדותו הוי כמעיד בב"ד בשעה שחתם ומעיד בב"ד אף שלא נתכוון להעיד עד מקרי כמש"ל. ועובריו על אל תשת רשע עד מש"ה ל"מ מסל"ת בכתב לדעת הרמב"ם. וא"כ מעתה לפי"ז י"ל בערכאות דכבר התקינו חכמים בדיני ממונות דשטרות העולים בערכאות של עכו"ם כשרים. והתירו לקבל עדותו של עכו"ם. א"כ גם לענין עדות אשה כן. ואף אם נאמר דערכאות לא מהימני לענין עדות אשה היכא דאינם מסל"ת. היינו לדידן דס"ל דעד אחד אינו נאמן מדאורייתא בעדות אשה דלא הוי מדעל"ג גמור כמ"ש הריב"ש דהעד חושב דהבעל לא יבוא לביתו עוד עיי"ש. וא"כ אף דלענין ממון האמינו ערכאות משום דלא מרעי אנפשיי'. מ"מ לענין עדות אשה משום חומר איסור א"א דהוא איסור מיתה לא רצו לסמוך על ערכאות וחיישינן דמשקרי. אבל במסל"ת דליכא חשש דמשקר דעכו"ם אינו מכוון להכשיל היכא דלית לי' הנאה. וליכא אלא איסור לאו דאל תשת רשע היכא דמעיד בב"ד. ולענין איסור לאו דאל תשת רשע. אם התירו לענין ממון משום תיקון עולם ועקרו הלאו הזה מכ"ש לענין עדות אשה משום תק"ע. כיון דאיסור עריות ליכא דהא קיי"ל דאינו משקר וליכא רק לאו בעלמא וזה כבר התירו חכמים בערכאות. ועיין בחת"ס תשו' מ"ו באד"ה אבל מ"מ ובתשו' ז"כ הנ"ל. דמשום לאו דאל תשת רשע כבר יצאה מאיסור ערוה החמורה וליכא רק לאו בעלמא עיי"ש. וא"כ לפי"ז י"ל דגם הרמב"ם מודה דמסל"ת בכתב מהני כיון דליכא טעם דאל תשת וכו':

היוצא לנו מכ"ז דלדברי הח"מ והב"י הנ"ל דמוכח מדבריהם דס"ל דמעיד לפני שופט עכו"ם כל שאינו שואלו בשם ישראל הוי מסל"ת אף דמתכוון להעיד כיון דאינו מעיד לפני ישראל א"כ ה"נ גם בלאו הטעם דערכאות לא מרעי אנפשיי' מהני כאן כיון דלא הי'

כאן שאלת ישראל כלל. ונלע"ד להסביר דבריהם אף דלכאורה הא מבואר בש"ס דכל שנתכוון להעיד פסול. א"כ מ"ש אם מתכוון להעיד לפני ישראל או לפני שופט עכו"ם: **אך** נ"ל דהא כבר הבאתי קושיית הב"ש על הט"ז דס"ל דעכו"ם אינו מכוון להכשיל לישראל בחנם כשאינו מגיע לו הנאה. א"כ גם עכו"ם שאינו מסל"ת יהי' נאמן. אבל באמת לק"מ ועיקר הדבר כך הוא. דהא כבר כתב הב"ש בסק"מ דכל שאין רגל"ד לא חיישינן לשום דבר. וא"כ עכו"ם הבא לפנינו ומסיח לפי תומו דרך סיפור פלוני מת כיון דעכו"ם אינו מכוון להכשיל בחנם ואין לנו שום הוכחה דאומר לשום איזו כוונה דהא כן דרך כל אדם לספר מה שראה אמרינן שפיר דמגיד האמת מה שראה בלי שום כוונה אבל היכא דחזינן דמכוון להעיד. א"כ בע"כ איזו כוונה והנאה יש לו במה שבא להעיד דאל"כ מה הכריחו להעיד דוודאי עכו"ם אינו מכוון לשם מצוה לעשות טובה לישראל דסתמן רשעים נינהו. ובידוע שעשו שונא ליעקב. וכיון דיש רגל"ד והוכחה דבע"כ מחמת איזו כוונה בא להעיד שפיר חיישינן דילמא משקר מחמת איזו הנאה. דדילמא אחד שנתן עיניו בה שכרו. או דילמא חושב שהאשה תתן לו איזו מתנה בעד זה וכדומה ולכך לא מהימן. וכן אם הישראל שואלו ומשיב על שאלת ישראל. י"ל דדרכם להתל בישראל. דכיון שהוא שואלו הוא משקר ומשיב לו כדאמרינן לענין משטה כשם שהשטית בי לשואלני וכו'. וא"כ כ"ז בבא ומתכוון להעיד או שמשיב ע"י שאלת ישראל. אבל במשיב על שאלת השופט שלהם דליכא שום הוכחה דמעיד לאיזו כוונה דהא מוכרח הוא להעיד על פקודת השופט דאימת השופט עליהם ולהתל ג"כ אין דרכם להתל בשופט שלהם רק בישראל. א"כ כיון דאין לנו שום הוכחה ורגל"ד דמעיד לשום איזו הנאה וכוונה שפיר הוי כשאר מסל"ת דל"ח דמשקר. וא"כ ה"נ בנ"ד דהמחאונים על כך מוכרחים להודיע להגדול שבהם שמות ומספר ההרוגים. וכן בעלי הקאנצלייא מוכרחים לכתוב הכל בפנקס שלהם ולהודיע למקום מולדתו. א"כ אין לנו שום הוכחה דמעיד לשום איזו הנאה רק דמוכרח הוא לכך עפ"י פקודתו לא יצא כלל משאר מסל"ת ומהימן:

ומעתה כיון דלדעת הב"י והח"מ הנ"ל יש בנ"ד דין מסל"ת ולדעת החת"ס והכנ"י ועוד הרבה אחרונים ערכאות עדיפי ומהימני גם בלא מסל"ת. אף דיש חולקים ג"כ מ"מ ספק פלוגתא מיהא הוי ובספק פלוגתא בד"ז דעת הב"ש בעצמו סקמ"ח דאזלינן לקולא בהא. וגם בכל ספק מל"ת הביא שם הב"ש בסקמ"ט בשם הט"ז דהיכא דאיכא אומדנות המוכיחות אזלינן לקולא. וגם באינו מסל"ת גמור דעת המ"ב תשו' ס"ח ותשו' מהר"י דבאומדנות המוכיחות מהימן. עיין קהלת יעקב סי"ד אות י"ג. ותשו' נטע שעשועים סוף תשו' ע"ט. וגם בלא"ה מוכח מפסקי מהרי"א סי' קל"ט בסוף דבריו דכל משיב ע"י

שאלה אינו רק דרבנן דכתב שם דקיל ממשאל"ס עיי"ש. וגם כל מתכוון להעיד ואינו מתכוון להתיר לא הוי רק ספק כדמוכח מתשו' פנ"י אה"ע תשו' מ"ז בח"ב באד"ה ואע"ג דהתם עיי"ש. והכא איכא אומדנא דמוכח טובא. דמאז שבא המכתב אבד זכרו ונשתקע שמו ולא נשמע שום דבר ממנו זה עדן עדנים שעברו משנות המלחמה. ובכה"ג שהי' במלחמה במקום סכנה ונשתקע שמו דעת התשב"ץ בתשו' פ' דבלא"ה יצאה מדאורייתא מחזקת א"א כמו משאל"ס. ובמלתא דרבנן וודאי י"ל דערכאות מהימני כמו שתקנו בממון בר"פ דגיטין (די"א) עיי"ש בתוס' וברשב"א. וא"כ מכל הלין טעמי נ"ל לסמוך על המקילים ולהתיר:

ומה שיש לחוש עוד בזה הוא במה שלא נזכר כאן קברתיו ובמלחמה בעינן קברתיו. הנה כבר הסכימו הרבה מהאחרונים דבעמפ"ע ובפרט בעד מפי מסל"ת עכו"ם ל"ב קברתיו. וכבר הארכתי בענין זה בכמה תשובות. ועיין בתשו' משיב כהלכה אה"ע תשו' ה'. וגם מה שלא ראה הישראל הכתב מהקאממאנדע רק מה שהשופט מהכפר הגיד לו. נראה ברור דהשופט הוי מסל"ת. דהוא בא רק להודיע ולא להעיד. ואף שבא והגיד לאבי האשה. מ"מ עיין בתשו' מאיר נתיבים סי' ל"ב אות י"א דאומר אמרו לחמיו של פלוני הוי מסל"ת. ובפרט בבא בעצמו לחמיו דעדיף דאף למאן דס"ל דאומר אמרו לאשתו של פלוני ל"מ מ"מ בבא בעצמו לאשתו וסיפר לה עדיף יותר כמ"ש בתשו' מאיר נתיבים הנ"ל (בדכ"ו ע"ב) בשם תשו' סדר אלי' רבא סי' ז' עיי"ש. וגם לפי"מ שחילק הריב"ש דמש"ה ל"ה בעדות אשה מדעל"ג ממש. דדילמא לא יבוא הבעל לעולם לביתו או לזמן רחוק. אבל היכא דיכול להתברר הדבר תיכף כסו בקדשו ב"ד את החודש דר"ה (דכ"א) לכ"ע מהני. ה"נ מה דאמר השופט דבא מכתב מהקאממאנדע זה דבר העומד להתברר תיכף דיכולין לשאול תיכף בקאממאנדע דשם נכתב הכל בפנקס. ובאמת אנכי תמה על גוף הענין הזה דהא יכולין גם עתה לשאול בוויען ע"ז שידוע לי בבירור שיש גם עתה עדיין בוויען אווסקונפטס קאנצלייא שיש למצוא שם כל שמות הנופלים במלחמה כי לא נאבדו כלל הפנקסאות. ולכן לדעתי טוב ונכון לראות להשתדל להשיג זאת. כי כל מה שיכולין לברר נכון לברר. ועפ"י הרוב נכתב שם גם מקום קבורתו. ועכ"ז אם א"א לברר הדבר הנני מסכים גם אנכי להתיר האשה הזאת מכבלי העיגון באופן שיסכים עוד רב אחד גדול לזה כדי דלימטי' שיבא וכו'. וידוע לי ששם באותו הגליל הי' רגילין תמיד לשאול את הרב הגאון אבד"ק ראדאמישל הדר כעת בקאשוא. נכון גם עתה להציע השאלה הזאת לפניו ג"כ. והשי"ת יצילנו משגיאות ויראינו מתורתו נפלאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לד, תק"ע.

לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי וכו' כש"ת מו"ה **אברהם ראזענבערג** נ"י אבד"ק **קופיטשיניץ**:

ע"ד העגונה מ' ווילציא צירל בת ה' חיים מקאפיטשיניץ אשר הוגבה עדות על בעלה מו"ה משה בעזנער בר' אנשיל מקריפטש שנפל במלחמה בשנת תרע"ד. כאשר נשלח לידי העתק מהגב"ע מהבד"צ דק"ק קאפיטשיניץ. שבעל מלחמה אחד יהודי מקאפיטשיניץ ראה אותו מונח הרוג על שדה המלחמה והכירו בטב"ע גמור. והי' בו ביום שנהרג וגם הי' לו סימן בשיניו שהיו רחוקים זמ"ז וגם לקח מעליו הלעגיטימאציע והי' נרשם שמו שמה:

והנה על הכרת טב"ע יש לפקפק לכאורה עפ"י דברי הש"ג ר"פ האשה שהלכה באשה שאמרה מת בעלי במלחמה וקברתיו דבעינן הכרה ע"י סימנים כמו במים. ועפ"י שיטת התוס' והרא"ש שם בש"ס (דקט"ו) גבי אסקינהו קמן וקאמרי סימנים דלא סגי בט"ע משום דקאמרי בדדמי עיי"ש בתוס' ד"ה וקאמרי. ובח"מ ובב"ש סעיף כ"ח עיי"ש בס"ק פ"ז בב"ש. וכיון דמלחמה כמים דמי א"כ לעולם במלחמה לא מהני ט"ע לחוד. ומצאתי בבית מאיר שהעיר בזה עיי"ש בסעיף ל"ג וסעיף מ"ט מה שכתב בזה. ותמה על הב"ש בס"ק צ"ט שמשמע מדבריו דרק במים בעינן סימנים ולא במלחמה:

ואולם לענ"ד נראים דברי הב"ש נכונים. דמסתימת דברי הפוסקים דלא הביאו דין זה רק במים משמע דבמלחמה לא חיישינן רק לחשש דבדדמי דילמא מחו לי' בגירא וסבור שמת ולא חשש דדילמא אינו מכירו יפה. ואף דבש"ס שם מדמה מים למלחמה. מ"מ לענין היכר בטב"ע יש לחלק. דהנה בח"מ סקמ"ה ובב"ש סקע"ו כתבו דבט"ע בעינן עיון יפה. אך בנוב"י מהדו"ק סי' ל"ט כתב דאינו מוכרח. וסגי בעיון כל דהוא. ואולם בחי' הרשב"א בחולין (צ"ו) מבואר להדיא דהבא להתיר בט"ע צריך לדקדק יפה משום שפעמים שהעין משקרת עיי"ש באריכות דבריו וא"כ מה"ט ס"ל להתוס' והרא"ש דבידע שנטבע אינו מדקדק יפה וכיון דנראה לו קצת שהוא דומה להאיש שנטבע אומר בדדמי. והנה וודאי צ"ל דהאיש שנטבע דומה במקצת להאיש שנמצא. ובעיון כ"ד נדמה לו שהוא הוא. ואם הי' מדקדק יפה הי' רואה שאין זה שנטבע רק שדומה לו במקצת דאם אינו דומה לו כלל וודאי דלא הי' טועה:

וא"כ י"ל בזה סברא מחודשת דכמו דמצינו בסימנים שיש סימן מובהק ביותר שסומכין עליו גם באיסור א"א דלא חיישינן דילמא איכא עוד אחד בסימן זה ויש סימן אמצעי דל"מ רק באבידה מדרבנן ובאיסור א"א לא. משום דשכיחי סימנים טובי כה"ג וחיישינן

לאחר. כמו כן בט"ע בעיון כ"ד. נהי דל"מ כטב"ע גמור להתיר עליו איסור. מ"מ לא גרע מסימן אמצעי דכמו דבסימנים איכא סימן מובהק וסימן אמצעי כמו כן איכא בט"ע טב"ע יפה וט"ע כ"ד. ובטב"ע כ"ד חיישינן דילמא איכא אחר דדומה לו בצורתו קצת ויש לטעות ביניהם אם לא בדקדוק יפה. וכבר כתבתי כה"ג לענין היכר ט"ע בגוף בלא פ"פ וחוטם לשיטת ר"ת ז"ל. והנה ידוע דברי הח"צ בתשו' קל"ד דדומה סימן אמצעי לחששא דתרי יב"ש. עיי"ש בסוף התשובה שכתב דילמד מדברי תשו' הרא"ש גבי מכלוף בן מלול. דאפילו ביב"ש דחיישינן לשני יב"ש משום דאינו סימן מובהק היכא דברי לן שהי' במקום פלוני יב"ש והוא אתרא דל"ש שיירות ולא הוחזק לן באחר דשריא איתתא לכ"ע ה"נ היכא שהי' בו סימן שאינו מובהק וידעינן שהלך בדרך הזה ולא שכיח שם שיירות ולא הוחזק איש אחר שם בסימן הזה איתתא שריא. וא"כ מעתה ניחא בנ"ד דבשלמא במים כהאי עובדא דשני ת"ח שהלכו בספינה ונטבעו שפיר ס"ל להתוס' והרא"ש כיון דידע שנטבעו במקום הזה הני תרי ת"ח ונמצאו שם שני אנשים לא סגי בטב"ע דכיון דידע דנטבעו שם ורואה שהאנשים שנמצאו נדמו להם בצורתם אינו מדקדק יפה. ואומר בדדמי שהם הם. ובאמת חיישינן דילמא אחרים הם דדומים להם בצורתם. דהא במים הוי כמו שיירות מצויות ע"י ספינות כמ"ש בס' קהלת יעקב להגאון מליסא בסוף סעיף י"ח עיי"ש כיון דאיכא הרבה נטבעים בים. וא"כ אף דבמקום הזה לא הוחזקו עוד אנשים שיהיו דומים לאלו בצורתם. מ"מ בשכיח שיירות חיישינן דילמא מעלמא אתו. אבל במלחמה דאם תרצה לחוש דאמר בדדמי. בע"כ אירי דראה או ידע שירד למלחמה באותו מקום. כמו במים דבעינן שידע או שראה הטביעה. דאל"כ ל"ש בדדמי. וא"כ כיון דבשדה המלחמה וודאי ל"ש שיירות. דוודאי אין הולכין שם רק אנשי החיל שעמדו שם בשדה המלחמה וביניהם לא הוחזק עוד אחד שדומה לו בצורתו. הוי כמו יב"ש דל"ש לאחר כל שלא הוחזק ול"ש שיירות. וידעינן דהוא הי' במקום הזה. ואדרבא זה עדיף מסימן שאינו מובהק. דעל סימן שאינו מובהק מפקפק בס' ש"ש על הח"צ דאינו דומה ליב"ש דהוי דבר ידוע ומפורסם ושייך לומר לא הוחזקו אבל בסימן בגופו שהוא תחת בגדיו מי יודע אם אין שם עוד אחד בסימן כזה:

וא"כ הכא בצורת הפנים דמי שפיר ליב"ש. דהיכא דלא הוחזק לא חיישינן דילמא איכא עוד אחד שדומה לו בצורתו. וא"כ מש"ה סתמו הפוסקים ולא הביאו החשש דבדדמי לענין היכר בטב"ע רק במים ולא במלחמה כדברי הב"ש הנ"ל. והשתא דדלינא חספא אשכחינא מרגניתא טובא לישב שיטת התוס' בסוגיא זאת התמוהים מאד. חדא מה שהניח הב"ש גופו בצ"ע בס"ק קמ"ג דלשיטתם דהבעיא הוא רק אם חיישינן דהעד

משקר אבל בדדמי לא יאמר העד א"כ מאי משני דקאמרי סימנים אכתי י"ל דילמא משקר דהא הם אינם סוברים כס' הרה"מ דאיירי בסימן מובהק במקום מוצנע. וא"כ ניחוש דילמא משקר עיי"ש שהניח בצ"ע. וגם קשה דמנ"ל להתוס' והרא"ש להוציא מסוגיא זאת דט"ע לא מהני דאומר בדדמי מדצריך לסימנים הא י"ל כס' הרה"מ דסימנים צריך רק דאל"ה חיישינן דילמא משקר אבל בסימנים מיירי בסימן מובהק במקום מוצנע דמוכרח לומר דאומר אמת. וא"כ כ"ז בס"ד דהש"ס דאיבעיא לן בע"א במלחמה דילמא משקר. אבל לדינא דהאיבעיא כבר איפשטא מעובדא דדיגלת דע"א נאמן ול"ח למשקר א"כ דילמא באמת גם בט"ע נאמן ול"ח לבדדמי ומנ"ל לחדש סברא כזאת כיון דאינו מוכרח בש"ס וגם דברי התוס' בעצמם תמוהים מאד דכאן בד"ה וקאמרי פירשו הטעם דמש"ה ל"מ טב"ע דיאמרו בדדמי ולעיל (בדקט"ו ע"א) ד"ה טעמא פירשו להדיא דהעד לא חיישינן דיאמר בדדמי. רק דחיישינן למשקר וכדומה שהרגיש בזה בהגהות הגר"א וכן בס' ישרש יעקב הרגיש בזה:

אך לפי הנ"ל י"ל כ"ז דהנה במש"ל דה"ט דתוס' והרא"ש דבים הוי כשיירות מצויות קשה לכאורה דהא הרא"ש פוסק כרבא דל"ח לתרי יב"ש אף בשיירות מצויות היכא דלא הוחזקו כמ"ש בפ' האשה שלום. והובא בטור בסי' י"ז ובח"מ ובב"ש בסעיף י"ח. אך נ"ל לישב כ"ז דהנה צריך להבין ס' התוס' לעיל בד"ה טעמא. דלא יאמר בדדמי כיון שהדבר יהי' גלוי דהא כיון דס"ל להתוס' השתא דלמשקר לא חיישינן. ובאומר בדדמי הוא סובר דאומר אמת. א"כ מאי מהני שהדבר יהי' גלוי. דזה שייך רק היכא דחיישינן דמשקר. אז אמרינן דבמילתא דעבידא לגלויי לא עביד דמשקר אבל לא היכא דסובר דאומר אמת. אמנם נ"ל דהנה לעיל איבעיא לי' להש"ס בהחזיקה היא מלחמה אם נאמנת במיגו דאי בעיא אמרה שלום בעולם. והקשו בתוס' משבועות דאמרינן דשכיר היכא דלא שכרו בעדים דנאמן במיגו דלא שכרתיך מעולם אף דבעה"ב טרוד בפועליו ואומר בדדמי והכי מיבעיא לי' להש"ס אי אמרינן מיגו היכא דאומר בדדמי ותירצו דשא"ה דנהי דטרוד בפועליו מ"מ נחשב קצת שקרן במה שטוען דרך וודאי שפרעו ולכך יש להאמינו במיגו דלא שכרתיך כיון שטוען שבריא לו שפרעו ואינו תולה בשכחה וגם יש לו מיגו עכ"ל:

ודבריהם מבוארים ביותר בשבועות (מ"ה ע"ב) ד"ה מתוך שכתבו וז"ל דהכא כיון דאינו טוען שמא אלא ברי ואומר וודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו כמשקר כיון דאית לי' מיגו אבל כשאין לו. מיגו אינו נאמן דשמא שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו ומחמת שסבור שפרע טוען ברי אע"פ שמסופק עכ"ל והמובן מדבריהם דאם נאמין לו מה שאומר בריא שפרעו שכן הוא האמת שאצלו בריא שפרעו. א"א לומר שלא פרעו רק שנדמה לו כן

מחמת שטרוד בפועליו דמחמת דמיון בעלמא הי' לו להיות עכ"פ מסופק קצת ולא לטעון בריא. רק דאין אנו מאמינין לו מה שאומר בבריא ואנו אומרין דהוא בעצמו מסופק בדבר ומחמת ספק הוא מורה לו היתר ואומר בריא. וא"כ כ"ז כשאין לו מיגו אבל כשיש לו מיגו הרי הוא נאמן במה שאומר שבריא לו מחמת מיגו. וא"כ כיון דנאמן שאצלו הוא בריא שפרעו. וודאי כן הוא האמת. דא"א לומר ששכח מחמת שטרוד בפועליו. דא"כ הי' לו להיות מסופק קצת. כן הוא כוונת דבריהם. אלא דעדיין אינו מובן דא"כ גם בהחזיקה מלחמה נימא הכי דהרי היא אומרת בריא שמת ואם מחמת בדדמי הי' לה לומר בלשון מסופק וא"כ היכא דיש לה מיגו תהא נאמנת במה שאומרת בריא. ומ"ש במהרש"א שם בשבועות ט"ז דההוא וודאי באומרת דמת במלחמה בדדמי הוא איני מובן לכאורה החילוק ביניהם. אמנם נלע"ד עפ"י דברי הנתיבות בסי' ע"ה סק"ה דהא דא"י אם פרעתי חייב הוא רק באם הספק לבע"ד מחמת טענותיהם אבל היכא דהספק לב"ד בלא טענותיהם כמו בס' זינתה דאינה נוטלת הכתובה ככל ספק הנולד בשטר. וכן בלא הו"ל למידע כתב הנתיבות שמה דפטור:

וא"כ הכא בשכיר דכל חיובו רק משום דטרוד בפועליו הו"ל כא"י אם פרעתי כמ"ש התוס' שם בשבועות. וא"כ כ"ז כשהוא טוען ספק או היכא דאינו נאמן במה שאומר בריא ואמרינן דהוא בעצמו מסופק אז חייב אבל אם יש לו מיגו דנאמן במה שאומר בריא דאצלו אין שום ספק כלל. אף דאפשר לומר כס' המהרש"א דמחמת בדדמי הוא אצלו וודאי. מ"מ כיון דכ"כ הוא אצלו וודאי. אף דאנו מסופקין דילמא זה מחמת טרדת פועליו. מ"מ הוי שוב כספק לב"ד בלא טענת הבע"ד דפטור מלשלם. וגם דזה הוי וודאי לא הו"ל למידע כיון דחרדת הפועלים גרמו לו כ"כ עד שנעשה לו כוודאי. אבל בהחזיקה מלחמה אמרינן נהי דאצלה הוא וודאי מ"מ אנן מספקא לן דילמא מחמת בדדמי הוא וודאי אצלה ומחמת הספק לב"ד ג"כ אסורה לכל העולם משום ספק א"א. וא"כ זהו באמת בעיית הש"ס אם מחמת בדדמי יוכל להיות שאצלה יהי' כוודאי. וא"כ ל"ש מיגו כלל. או דמחמת בדדמי א"א שלא יהי' אצלה קצת ספק כס' התוס' שבועות הנ"ל. וא"כ היכא דיש לה מיגו דנאמנת שאצלה הוא בריא א"כ שוב ליכא למיחש לבדדמי. וא"כ מעתה י"ל דגם ס' התוס' הנ"ל שכתבו שבדבר שיהי' גלוי לא יאמר בדדמי תלוי ג"כ בזה. דאם נאמר דמהימנא במיגו. א"כ בע"כ דמחמת בדדמי צריכה להיות מסופק עכ"פ ומה שאומרת בריא אמרינן דמשקרת א"כ במילתא דעבידא לגלויי יריאה לשקר והוי כמיגו. אבל אם נאמר דאינה נאמנת במיגו וא"כ דאין חוששין כלל למשקרת רק דמחמת בדדמי סוברת וודאי דהאמת הוא כן כס' המהרש"א בשבועות א"כ ל"מ ג"כ מה שעשוי

להתגלות דאינה יריאה כלל לומר כן דהא היא חושבת בדעתה דהאמת הוא כן וזה ברור מאד בסברא:

וא"כ מעתה ממילא רווחא שמעתתא. דבאמת הא דכתבו התוס' בד"ה טעמא דהעד לא יאמר בדדמי הוא רק כמ"ש מקודם דבדבר העשוי לגלות לא יאמר בדדמי ואזיל לצד האיבעיא דבהחזיקה מלחמה מהימנא במיגו והבעיא בע"א במלחמה הוא רק אם ע"א נאמן משום מילתא דעל"ג לבד ובמלחמה נמי נאמן או דמילתא דעל"ג לבד ל"מ באיתחזיק איסורא דא"א כמ"ש הטורי אבן בר"ה (דכ"ב). ורק משום דצירוף דדייקא ומינסבא מהימן ובמלחמה ליכא דייקא אבל העד עצמו וודאי לא יאמר בדדמי משום מילתא דעל"ג:

וא"כ כ"ז במלחמה. אבל במים שאל"ס י"ל אדרבא שם ליכא מילתא דעל"ג דהעד סומך ע"ז דכל הנטבעים במשאל"ס רובם למיתה דהא יורדין לנחלה ע"ז ורק משום חומרא דא"א חיישינן למיעוטא כמ"ש התוס' בבכורות ובכמה דוכתי. אבל אצל העד וודאי ברור שלא יבוא לביתו ואינו ירא מלשקר ואומר בדדמי ולכך שפיר כתבו התו' דבמשאל"ס ל"מ טב"ע דחיישינן דאומר בדדמי ול"ק קושית הגהות הגר"א וישרש יעקב הנ"ל ולא קשה ג"כ מה שהניח הב"ש בצ"ע על התוס' דכיון דהבעיא הוא אם לא מהימנינן לי' א"כ מאי מהני דקאמרי סימנים ז"א די"ל דהתוס' ס"ל דהא דע"א אינו נאמן בדבר שבערוה הוא רק משום איתחזיק איסורא כשיטת המהרי"ק וא"כ במשאל"ס דאיתרע חזקת חי דהא יורדין לנחלה עי"ז וגם איתרע חזקת איסור א"א דהא אם נישאת ל"ת ורק דאדרבא לבדדמי חישינן דלא הוי מילתא דעל"ג דסומך בלבו דוודאי נטבע. אבל נאמנות ע"י סימנים וודאי יש לו דהיכא דליכא חזקה ע"א נאמן כנ"ל. ובפרט דכה"ג דהוי רק חומרא דרבנן י"ל דגם הרמב"ן מודה למהרי"ק דהיכא דליכא חזקה ע"א נאמן ול"ח למשקר ומיושבים כל הקושיות הנ"ל וק"ל:

וא"כ מעתה נכונים ג"כ דברי הב"ש הנ"ל בסקצ"ט. דבמלחמה לא חייש רק לחשש בדדמי דמחו די' בגירא וכו' וסגי בקברתיו ובמים חייש ג"כ לבדדמי דחילוף וצריך סימנים והיינו דבאמת אנן קיי"ל דבעיא דהחזיקה מלחמה לא איפשטא ואזלינן לחומרא דלא מהימנא במיגו. וא"כ ממילא גם מילתא דעל"ג לא מהני כמש"ל וחיישינן דאומר בדדמי ולכך צריך לומר קברתיו. ואמנם כ"ז לענין חשש דסבור דמת די"ל דאצלו הוא וודאי שמת כמ"ש המהרש"א בשבועות וא"כ לא מהני מיגו וגם מילתא דעל"ג כמש"ל. אבל לענין היכר בט"ע לחשש חילוף. אז ממ"נ אם נאמר דאומר בדדמי כ"כ שאצלו אין ספק כלל שזה הוא א"כ בע"כ שדומה לו בצורתו. א"כ הוי שוב כסימן אמצעי

כמש"ל ודמי לחשש דיב"ש דהיכא דלא הוחזק שיהיו שנים שווים ודומים בתוארם זל"ז דלהרא"ש אף בשיירות מצויות ל"ח כמו בתרי יב"ש ולדידן עכ"פ באין שיירות מצויות וא"כ בע"כ דחיישינן רק דהי' דומה לו קצת ורק דמחמת דידע שנטבע אומר דזה הוא. אבל לא הוי אף ט"ע אמצעי רק גרוע ביותר כסימן גרוע. א"כ ממילא שוב א"א לומר דהוי וודאי אצלו כס' מהרש"א כיון דאידמי לי' רק במקצת ודי אם נאמר דהוא ג"כ מסופק קצת רק מחמת דמסופק ויודע ג"כ שנטבע הוא מורה היתר ומשקר ואומר בבריא וכמ"ש התוס' בשבועות וא"כ שוב במילתא דעל"ג אינו אומר בדדמי כמ"ש התוס' הנ"ל דירא לשקר וא"כ לכך רק במים שאל"ס דל"ש מילתא דעל"ג כמש"ל לא מהני היכר דטב"ע וחיישינן לבדדמי. אבל במלחמה דאין רובן למיתה והוי מילתא דעל"ג שוב ל"ח לבדדמי לענין היכר ט"ע דאף דהוא מסופק לא יאמר בבריא דירא דהדבר עשוי לגלות וכנ"ל והכל נכון בעזה"י:

והעולה מזה דשיטת הב"ש נכונה דבמלחמה מהני שפיר היכר טב"ע. ובפרט דבנדון דידן י"ל דגם הבית מאיר יודה דרק דומיא דשני ת"ח שירדו בספינה ונשברה הספינה דמשמע שלא נאבדו יהודים יותר שיסתפק על נשותיהם רק הם. וא"כ כשהוציאו אח"כ שני אנשים והנשים הכירו בטב"ע שהם השני ת"ח י"ל דילמא קאמרי בדדמי מחמת שידעו שהם נטבעו שם. אבל בנדון דידן שהעד משה בערגמאן סיפר להעד יצחק אייזק שנפל במלחמה בעזנער מקאפיטשיניץ א"כ בשעה שראה ה' משה בערגמאן את ההרוג מה הי' לעלות על דעתו כלל לומר דבעזנער נפל אטו לא הי' שם עוד הרבה יהודים במלחמה ורק משום דראה אותו והכירו בטב"ע אמר שזה נפל א"כ מאי שייך חשש בדדמי כלל. וזה ברור מאד לכל בר דעת עד. שאין לפקפק כלל בזה לענ"ד. וגם דבלא"ה אף במים מחלוקת הפוסקים הוא אם ל"מ ט"ע דלחד תירוצא דהתוס' והר"ת איירי הסוגיא רק בנשחתה צורתו ואינו שלם אז בעינן סימנים עיין ב"ש סק"צ. אשר מכל זה בהיכר טב"ע שפיר מהני בנ"ד:

ועלה בדעתי בתחילת השקפה לפקפק עוד על הטב"ע דהא אין מעידין רק על פ"פ וחוטם ופדחת וכאן באומר דנהרג ע"י חץ במצחו א"כ אין הפדחת שלם. אבל מצאתי אח"כ בקהלת יעקב להגאון מליסא בסעיף כ"ד שנסתפק בזה אם יש חבלה במקצת אחד מאלו אם מהני ט"ע ומסיק להלכה דחבלה בדבר מועט לא מזיק דרובו ככולו בכה"ת עיי"ש. באופן דט"ע לחוד סגי ובפרט דנתן ג"כ סימן בשיניו התחתונים שרחוקים זמ"ז דלדעתי הוי עכ"פ סימן אמצעי דהא אינו שכיח ברוב בנ"א דמהני לכ"ע בצירוף הט"ע כמו שפירשו התוס' (בדקט"ו) הנ"ל ד"ה דקאמרי סימנים בסוף הדיבור עיי"ש

וכמו שהובא בב"ש ס"ק פ"ח ופ"ט להלכה למעשה. וביותר חזי לאצטרופי כאן היכר הלעגיטימאציע. ואי משום חשש שאלה האיכא דעת המהר"ל מפראג דהיכר בבגדיו וסימן אמצעי לכ"ע מהני מכח ממ"נ. וגם הא ידוע דברי הח"צ דסימן אמצעי בגופה ל"ח לשאלה דהוי שאלה דיחיד וגם הלעגיטימאציע וודאי לא מושלי אינשי. ונ"ל דאף לשיטת הב"י דגם בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה היינו משום דיוכל להיות עכ"פ צד המועט דמושלי. אבל הלעגיטימאציע דעיקרה עשוי לכך שאם יפול ח"ו במלחמה ידעו מי הוא. איך אפשר דישאיל אותה לאחר ולילי דמסתפינא אמינא מילתא חדתא דאותה הלעגיטימאציע הנקרא קאפסעל שנותנים לאנשי חיל אינו נכנס תחת גדר כלים דניחוש לשאלה עפי"מ דאיתא בש"ס ב"ב (דקע"ב) ההוא שטרא דכתוב אני פב"פ לוויתי ממך מנה אמר רב הונא ממך אפילו מריש גלותא וכו' ה"נ ממך מההוא גברא דנפיק מתותי' ידי' משמע ופריך אביי דליחוש לנפילה ורבה השיב והביא ראי' דל"ח לנפילה ודחי אביי דילמא לנפילה דיחיד ל"ח לנפילה דרבים חיישינן. והנה בהא קיי"ל להלכה לנפילה ל"ח. ולכאורה קשה לשיטת הב"י והריטב"א הובא בב"ש ס"ק ס"ט דלמ"ד סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה אף דאינו עשוי להשאיל ואדרבא הוא מקפיד שלא להשאיל כדאיתא בש"ס ומדוע יגרע מנפילה דקיי"ל דל"ח משום דבנפילה מיזהר זהיר וא"כ בכלים דקפדי מלהשאיל מנ"ל להב"י והריטב"א לחדש דמצד הסברא ניחוש לשאלה וגם בכל דוכתי קיי"ל דבכלים העשוים להשאיל ולהשכיר ל"ח לשאלה. אבל האמת יורה דרכו דאין ענין כלל זה לזה דהנה בנוב"י מהדו"ק סי' נ"א הסביר היטב דברי הב"ש אליבא דהב"י והריטב"א עיי"ש בד"ה תו שכתב בזה"ל אבל כוונת הב"ש הוא שמה שאנו רוצים להתיר ע"י הבגד שאנו מכירין את הבגד שעל המת שהוא בגד של ראובן. הנה בהכרת הבגד אין אנו מכירין שזה הבגד הי' לבוש בו ראובן והבגד הוא כדמות סימן בבעליו כמו שאנו מתירין ע"י סימנים לומר ראובן הי' בו סימן זה וזה הנמצא יש בו סימן זה מסתמא הוא ניהו וכן הוא הבגד הוא סימן על בעליו וכו' ולמ"ד סימנים דאורייתא אין חוששין שמא אירע סימנין כזה באיש אחר אף דהוא אפשר מ"מ לא שכיח כן בבגד וכו' אף שיש לחוש שהשאילן מ"מ לא שכיח וכו' אבל אי סימנים דרבנן א"כ חיישינן שמא איתרמי וכו' אף דלא שכיח וכו' א"כ אין הבגד סימן על הלובשו כי חיישינן לשאלה אף דלא שכיח עכת"ד הנוב"י. והנה בחת"ס אה"ע סי' נ"א ונ"ד גם בסימן בגוף האדם לא בכליו מחלק בין אם עושה אותו לסימן על האדם אף דמכיר הסימן בט"ע מ"מ רק סימן יחשב ובעינן שיהי' מובהק ביותר ובין אם מכיר את האדם עצמו בט"ע ואומר ידענא בי' דפלניא וביאר כן דברי הר"ת שכתב דאף אם אין פ"פ וחוטם קיים מהני אם מעיד בתורת

ט"ע על כלל הגוף ודבריו מוכרחים בפירוש דברי הר"ת שכן מבואר להדיא בא"ז סי' תרצ"ב בארוכה ועיי"ש בחת"ס סי' נ"ד ד"ה והנה ראיתי שכתב בזה"ל דר"ת מיירי שיש לו ט"ע גמור בג' אלו וכו' והט"ע בשלש אלו אע"ג שהוא מכירו בטוב אינו נחשב אלא כעין סימן לכל הגוף כאדם שיש לו ט"ע גמור בשומא ידוע ומוצא השומא הזאת בגופו של זה ומזה ישפוט שזהו פלוני בעל השומא דלא נקרא ט"ע אלא סימן וה"נ כשאין לו ט"ע בכל גופו או פרצופו רק בשלש אלו אעפ"י שיש לו בהם ט"ע גמור מ"מ לא הוי אלא סימן לגבי הגוף עכת"ד (וזה נגד דברי הנוב"י סי' נ"א ד"ה ונלע"ד עיי"ש ודו"ק) ובמק"א הסברתי דברי החת"ס אלו היטב:

וא"כ ה"נ נ"ל דע"כ אמרינן דחיישינן לשאלה אף היכא דלא שכיח זה רק היכא דעושה היכר הכלי רק לסימן על גוף האדם כמו שהסביר הנוב"י וא"כ כיון דמתורת סימן קאתי עלה אז למ"ד סימנים לאו דאורייתא היכא דאפשר אף בצד הרחוק ביותר לומר דהסימן איתרמי באיש אחר והכלי הוא של אחר לא מהני מדאורייתא. אבל היכא דלאו מתורת סימן קאתי עלה רק דהדבר מעיד על עצם האדם כמו בשטר הנ"ל שהשתעבד עצמו למי שיתן הוא את השטר ומאן דנפיק שטרא מתותי ידו השטר מעיד עליו שאליו השתעבד דמסתמא נתנו לו דמאליו לא בא אצלו אז אף דאפשר דנפל מאיש אחר שנתנו לו הלוה מ"מ כיון דנפילה לא שכיח לא חיישינן כמו דבעלמא לא חיישינן בשום דוכתא למילתא דלא שכיחא וספק שאינו מצוי לא מיקרי ספק כמ"ש המ"א בה"פ סי' תס"ז. וא"כ ה"נ בהני לעגיטימאציעס שנותנים לאנשי החיל להניח בבגדיהם וכותבים עליהם שמם ושם משפחתם ועירם שזה יעיד עליו שמי שנמצא אצלו אותו הקאפסעל והלעגיטימאציעס שהוא הוא והוי עדות שבשטר ממש שמעיד על מי שמוציאו דלאו מתורת סימן אתאינן עלה רק מתורת עדות גמור על עצם האדם שזה הוא דלא חיישינן לנפילה ושאלה דלא שכיחא דלאיזו ענין ישאיל אותו לאיש אחר דיבוא לידי קלקול ובכה"ג דאין דנין מתורת סימן ל"ח למילתא דלא שכיחא. ולענ"ד הוא דבר שראוי לעשותו סניף להיתר אף דהיא מילתא חדתא ובפרט דבלא"ה נראה דזה עדיף טובא מכלים דלא מושלי דזה הוי כמו סימן מובהק ביותר דאף באחד מאלף לא יתרמי דישאיל דמי פתי ישאיל דבר שיקלקל לו ולאחר באין צורך.

ומה שחששו מקצת האחרונים בכלים דלא מושלי דילמא הי' זה בתוך בגדיו ושכחו זה דבר תמוה אצלי כיון דקיי"ל דלנפילה לא חיישינן משום דמיזהר זהיר. אטו מצייר הש"ס באיזו אופן תהי' הנפילה אם מידו או מכיסו או דרך שכחה. כלל הדבר הוא רק דבדבר שיש לו הפסד מיזהר זהיר מאבידה וגניבה ולא חיישינן רק לשאלה דעושה

בכוונה לגמול חסד לחבירו וכדומה שאינו מגיע לו הפסד. אבל היכא שמגיע לו קלקול והפסד וודאי מיזהר זהיר שלא ישכח בבגדו ויבוא לידי הפסד וז"ב אצלי. ובפרט דהרבה פוסקים ס"ל דל"ח לשאלה כלל וכ"ה דעת הש"ך בחו"מ סי' ס"ה והבית מאיר מביא בשם המהרש"ח דהמקיל בחשש שאלה לא הפסיד:

והנה בהיכר ט"ע הנ"ל יש לפקפק עוד מחשש ספק ג' ימים. דאף דכפי הנראה מהגב"ע הי' הכל ביום אחד דהגעפעכט הי' בבוקר ובו ביום אומר העד שראה את בעזנער הרוג על פני השדה. מ"מ כיון דחיישינן דאחר הוא א"כ דילמא אותו האחר נהרג לפני ג' ימים ומחמת כן נשתנה צורתו ונדמה לבעזנער כמ"ש הח"מ בס"ק מ"ז בתשו' שם:

אמנם נראה דבמלחמה דידוע דמקפידים לקבור בכל יום את ההרוגים. הוי כהא דאמרינן בב"מ (דכ"ו) בשוקי ירושלים דעשוין להתכבד בכל יום אמרינן קמאי קמאי אזלי להו והני אחריני נינהו. וגם בלא"ה הרבה מקילין בספק ג"י ובש"ע עצמו הובא ב' דיעות וכתב הט"ז שם ס"ק ל"ט דיש לסמוך להקל. ובנוב"י מהדו"ק סי' כ"ט דהיכא דאיכא עוד סימן דל"ה רק דרבנן הוי ספיקא דרבנן לקולא. ובסי' ל"ז כתב דבכלים דלא מושלי לכ"ע הוי חשש שאלה רק דרבנן. ובסי' ל"ב רצה לומר דאף בוודאי אחר ג"י אם איכא עוד סימן בגופו ובכליו מתירין. ובכאן איכא כל הני מילי לקולא. ובפרט שביארתי לעיל דכאן בסימן לבד ובצירוף הלטגיטימאציע יש די להקל. אשר מכל אלה נראה דלענין חששא דדילמא אחר הוא אין לחוש:

אך עדיין יש חשש דע"א במלחמה דצ"ל קברתיו להרבה פוסקים משום חשש בדדמי ואמנם בח"מ בס"ק ק"ג מפרש דעת הי"א שברמ"א דבלא ראה ההריגה רק שראה בעת המלחמה הרוג אחד ואמר הכרתי שהוא פלוני וכו' לא שייך כאן לומר בדדמי. ואף להב"ש שם ס"ק קנ"ד דמפרש דעת הרמ"א דאיירי כמ"ש בסעיף י"ז בשם תשו' הר"ן והריב"ש. והיינו כמובא בב"י בארוכה דאיירי שאומר נגעתי בו או הזזתיו. ובנ"ד נמי אף דהסרת הכובע דומה להסרת הפאטשיילע שהביא בח"מ בתשו' בס"ק ק"ח דאינו דומה להזזה מ"מ מה שהעד העיד שחפש בתוך הלעגיטימאציע שלו. וידוע דהלעגיטימאציע תחובה בבגדו זה וודאי א"א בלא הזזה ונגיעה וגם שנתן סימן בשיניו משמע לכאורה שפתח פיו וראה בשיניו. ובר מן דין הא הביא הב"ש בס"ק קנ"ג בשם המהר"ם והצ"צ דבעד המעיד בשם שנים הוי כאלו היו השנים בפנינו ול"ח לבדדמי וכאן העיד העד שהוא ומשה בערגמאן ראו אותו שמת וגם יש לנו עמוד גדול לסמוך עליו הראב"ד ז"ל שפוסק דע"א במלחמה נאמן אף בלא קברתיו. ומבואר בירושלמי כדבריו כמו שהביאו הרשב"א והריטב"א (בדף קט"ו). וכן פסק הרמב"ם בס' מלחמות:

ומתורתו של הרמב"ן ז"ל שם למדנו ישוב נכון לסתירת דברי התוס' הנ"ל שבתחלת דברינו. דז"ל הרמב"ן שם אבל אנו היינו סבורין שלעולם אין חוששין לעדים שיאמרו בדדמי ל"ש ע"א ול"ש שנים שאם אין הדבר ברור להם כשמש מה להם ולצער הזה וכו' הלכך לא בעינן מת וקברתיו אלא באשה אבל לא בעד אחד וכ"ש בשתים שהתורה האמינה אותם אתם מה לכם עליהם עכת"ד. ונראה דהתוס' אף דלא ס"ל טעם הראשון של הרמב"ן. אבל טעם השני שכתב הרמב"ן שלא לחוש בשני עדים לבדדמי מטעם כיון דהתורה האמינה אותם אין לנו לדקדק אחריהם יותר בהא כ"ע ס"ל כהרמב"ן. רק דהתוס' ס"ל דגם בע"א לפעמים שייך טעם הזה. והיינו דכל היכא דע"א נאמן מדאורייתא מתורת עדות כמו ע"א לשבועה או עד באיסורים דילפינן כ"ז מקרא ולא משום איזו סברא רק דהתורה נתנה לו נאמנות אז דינו כמו בשנים דל"ח לבדדמי כמ"ש הרמב"ן כיון דהתורה האמינה אותו אנן מה יש לן עליו. אבל היכא דנאמן מכח איזו סברא כגון משום מילתא דעל"ג או איזו רגלים לדבר דאו לא נתנה התורה נאמנות להעד כלל מפאת עצמו רק דיש לנו ידיעה דהדבר אמת משום חזקה דלא עביד לשקר משום מילתא דעל"ג או דיש לנו רגלים לדבר ואומדנות אחרות דהדבר אמת. דאז אין הנאמנות מפאת העד, רק משום ידיעת האמת. אז שפיר יש לחוש לבדדמי ואיתרע לן הידיעה על אמיתות הדבר דיש לתלות בדדמי. ואתיין שפיר דברי התוס' הנ"ל (בדקט"ו ע"א) ד"ה טעמא שלכאורה סתורין מיני' ובי' שכתבו מתחילה דמילתא דעל"ג לא משקר ולא יאמר בדדמי כיון שהדבר יהי' גלוי משמע דגם בעד אחד חוששין לבדדמי במילתא דלא על"ג ותיכף אח"ז כתבו או דילמא טעמא דנאמן משום דדייקא ומינסבא והכא לא דייקא כלומר לעולם לא יאמר עד אחד בדדמי וכו' ומ"מ אין להאמינו דנהי דלא אמר בדדמי האשה לא דייקא כאן וכו' עכת"ד. חזרו תיכף מדבריהם דגם בלא טעמא דעל"ג ל"ח דיאמר העד בדדמי. אלא הוא הדבר אשר דברתי דהנה בע"א בעדות אשה יש הרבה טעמים בנאמנותו. טעם אחד משום מילתא דעל"ג. וטעם שני הוא עפ"י שיטת מהרי"ק וסייעתו דגם בדבר שבערוה דבעינן שנים הוא רק באיתחזיק איסורא. וא"כ כיון דחזקת דייקא ומינסבא מרע לחזקת איסור א"א כמ"ש התוס' בכתובות ובכמה דוכתי וא"כ שוב נאמן העד מה"ת כמו בשאר איסורין דילפינן מקרא דוספרה לה. ונ"מ דלטעמא דעל"ג אז הוה לן לחוש לבדדמי כיון דאין נאמנות להעד מפאת עצמו והוצרכו התוס' לטעם אחר דבדבר העשוי לגלות לא יאמר בדדמי. ואח"כ כתבו או דילמא טעמא משום דדייקא והיינו כנ"ל. דלא מהימן רק היכא דדייקא ואזלא לי' חזקת א"א דאז שוב מהימן מה"ת בתורת עדות דע"א נאמן באיסורין וא"כ שפיר כתבו התוס' דבלא שום סברא ל"ח לבדדמי כס' הרמב"ן הנ"ל דכיון

דהתורה האמינתו אנן מה לן עליו. ויתישב ג"כ בזה קושית הגהות הגר"א והישרש יעקב על סתירת התוס' דבע"ב שם ד"ה וקאמרי כתבו התוס' דמש"ה צריך סימנים דבט"ע לחוד חיישינן לבדדמי כנ"ל. והרי כתבו התוס' דהעד לא יאמר בדדמי. ולפי"ז ניחא. דהנה הש"ס רצה לפשוט מעובדא דשני ת"ח דע"א נאמן אף במלחמה דהא מים כמלחמה דמי ודחי הש"ס ותסברא והא משאל"ס הוי אלא הבמ"ע דאסקינהו קמן וקאמרי סימנים:

והנה במשאל"ס כבר כתבתי דלא הוי מילתא דעל"ג. דכיון דרובן למיתה העד סומך ע"ז ובטוח שלא יתגלה לעולם ואולם לעומת זה יש סברא להאמין העד אף בלא טעמא דדייקא ואף לא לשיטת מהרי"ק אלא אף לשיטת הרמב"ן דעד אחד אינו נאמן בדבר שבערוה אף היכא דליכא חזקת איסור מ"מ יש סברא להאמין לעד משום דאיכא רגלים לדבר טובא דהדבר אמת שמכיר אותו שזה הוא שראהו מת דהא ידענו דאותו האיש נטבע במים שרובן למיתה וברגלים לדבר מצינו בסוטה בעד טומאה דנאמן. כיון דכבר קינא לה ואח"כ נסתרה איכא רגלים לדבר דהדבר אמת כמ"ש שם בש"ס (בדף ב' ע"ב ודף ג' ע"א) וא"כ כיון דהעד אינו נאמן רק משום רגלים לדבר דהדבר אמת וגם לא הוי מילתא דעל"ג שוב אזדו להו שני הטעמים הנ"ל ושפיר כתבו התוס' דחיישינן לבדדמי ולא סגי בט"ע ובעינן סימנים. ומיושב ג"כ מה שהניח הב"ש בצ"ע. דא"כ מאי מהני סימנים כיון דחיישינן למשקר כמ"ש התוס' לעיל כיון דליכא טעמא דדייקא דז"א דבמשאל"ס אף בלא טעמא דדייקא מהימן משום רגלים לדבר כנ"ל. ומיושב ג"כ מה שהקשו התוס' שם אח"כ בד"ה וקאמרי דהאיך משיאין נשי אנשים שטבעו ע"י ט"ע בלא שום סימנים. דז"א דכל הנ"ל הוא רק קודם דאיפשטא הבעיא בטעמא דע"א דמהימן. אבל כיון דבעיין איפשטא מעובדא דדיגלת דע"א מהימן במים בלא שום סימנים. ובע"כ דהטעם משום דס"ל דבמשאל"ס דאיתרע לי' חזקת איסור א"א דהא אם נשאת לא תצא ומדאורייתא תינשא לכתחילה וש"מ דס"ל כשיטת מהרי"ק הנ"ל דהיכא דליכא חזקת איסור ע"א נאמן אף בדבר שבערוה וא"כ כיון דמהימן מתורת עד שוב ל"ש בדדמי כס' הרמב"ן הנ"ל. ולכך סגי בט"ע ולא חיישינן לבדדמי. ולפי"ז נראה דגם התוס' ס"ל להלכה דבעד ל"ח לבדדמי וא"כ כיון דקיי"ל דע"א במלחמה נאמן בע"כ דאיפשטא האיבעיא באיזו מקום כמ"ש הרמב"ן ובע"כ הטעם משום מילתא דעל"ג כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג. ובמילתא דעל"ג כבר כתבו התוס' דל"ת לבדדמי ומוכח דגם להתוס' לא בעינן במלחמה וקברתיו והוה להו התוס' והראב"ד והרמב"ן בחדא שיטתא וכל הענין הוה רק חששא דרבנן דהא פסק המחבר בסעיף נ' לפסק הלכה דאם נישאת ל"ת והרמ"א לא הביא כאן שום דיעה החולקת כלל. וידוע דמאורייתא אין חילוק בין לכתחילה לדיעבד כמ"ש

התוס' בכמה מקומות. ובפרט די"ל דאין הטעם כמ"ש הרה"מ דהוי בעיא דלא איפשטא. דקשה באמת אם הוי ספיקא דאורייתא אמאי לא תצא כמו שפריך הש"ס בכתובות וכאן לא נישאת לאחד מעדי' ולא אמרה ברי לי וא"ל דהרמב"ם לשיטתו דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא דהא באיתחזק איסורא גם הרמב"ם מודה. אך דבאמת מלשון הרמב"ם משמע דס"ל דכל החשש רק דרבנן דז"ל בפי"ג מה' גירושין הי"ט ע"א אומר ראיתיו שמת במלחמה או במפלת או שטבע בים הגדול ומת וכיוצא בדברים אלו שרובן למיתה אם אמר קברתיו וכו' ואם לא אמר קברתיו לא תנשא ואם נישאת ל"ת עכ"ל ולכאורה הדבר תמוה דבשלמא משאל"ס רובן למיתה אבל במלחמה היכן מצינו שרובן למיתה:

אבל האמת יורה דרכו דכוונת הרמב"ם היכא שראה אותו העד שמת במלחמה רק דההחששא דילמא עבדי לי' סמתרא וחי. וזה רק חששא דרבנן. דמדאורייתא הוה להו רובן למיתה. אחר שכפי דברי העד ראה אותו שמת. וכ"כ הרמב"ם להדיא בפ"ו מה' נחלות הל' ג' מי שטבע במשאל"ס וכו' או שראוהו צלוב או שנדקר במלחמה ומת וכו' בכל אלו הדברים וכיוצא בהן וכו' יורדין לנחלה וכו' שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת וכו' עכת"ד. הרי מפורש יוצא מדבריו דנדקר במלחמה ומת הוי דומיא דראוהו צלוב או משאל"ס דהוי רק חששא דרבנן. עד שאני תמה מאד שלפום ריהטא לא מצאתי מי שהעיר בזה. ואף שיש לפרש דברי הרמב"ם בדוחק דאו שנדקר במלחמה ומת נמשך אלבתרי' דנהרג ולא הכירו פניו אבל הי' בו סימנים מובהקים. אבל ז"א כלל דאו הפסיק הענין ובפרט דנראה דדברי הרמב"ם בפ"ו מה' נחלות ובפי"ג מה' גירושין הל' י"ט הנ"ל אחד הם. ובפרט דמפסק הלכה של המחבר אין לנטות דעכ"פ יהי' איך שיהי' הוה מדרבנן דאל"כ אמאי לא תצא. וא"כ כיון דמילתא דרבנן וודאי יש לסמוך להקל מכל הני טעמי דכתיבנא לעיל ובפרט שראוים המה הרמב"ן והראב"ד לסמוך עליהם במילתא דרבנן עם כל הני סניפים דלעיל:

ובנדון העדות של הבע"מ שהם קלים בדעתם שהעיר כתה"ר בזה אם באנו לחוש לכך לא נמצא היתר ח"ו לשום בת ישראל וצריכים לסמוך על דברי הגרע"א שבפ"ת. והעיקר תלוי בכתה"ר כפי ראות עיני הדיין אם ניכרים דברי האמת בלי שום רמי' כמ"ש הרמ"א בסעיף ו' עיי"ש. וגם אולי בשעה שבא לביתו סיפר מקודם הענין לפני אנשים במסל"ת בלי שאלה. ובפרט דיש לצרף לסניף דברי הנוב"י במהדו"ק סי' ל"א דהיכא דיש רגלים לדבר יש לסמוך על עכו"ם אף שאינו מסל"ת. ואף שבתשו' חת"ס אה"ע סי' מ"ו דחה דבריו בשתי ידים והביא ראי' לדבריו מעובדא דפונדקית דסוף יבמות דיחוי כזה חוזר ונראה מדברי המהרי"א בפסקיו סי' קל"ט. הובא בקצרה ברמ"א סוף סעיף ט"ו. ועיינתי

במהרי"א עצמו ורצה שם החכם ר' טעביל להתיר מחמת שהעכו"ם הי' מראה פנים לדבריו לפי שהגיד כמה מאורעות וסימנים שאירעו בגופו בהריגה ההוא. וכתב דעדיף מהא דפונדקית. והמהרי"א דחה דבריו דכיון דהישראל אינו יודע מאומה רק הכל הגיד לו העכו"ם אמרינן דפיהם דברי שוא ואולי בדה הכל מלבו כל ההוכחות והסימנים עי"ש בדבריו. וא"כ הכא דאית לן הוכחות ואומדנות לבד העד דהא ידעינן דהי' במלחמה במקום סכנה ואבד זכרו זמן רב כזה. וגם הזכיר העד כמה עדים דיודע דנוכל לשאול את פיהם והוי רגלים לדבר טובא. בוודאי יכולים לצרף לסניף ולסמוך על דברי העד הבעל מלחמה. דאף אם הי' מפסולי עדות דאורייתא לא גרע עכ"פ מעכו"ם:

אבל עיקר הדבר אצלי כפי ראות עיני הדיין אם הכיר בסיפור דבריו שניכרים דברי האמת. ואין לב כתה"ר נוקף כלל בזה שהענין כזה אם הי' מספרים לפניו. שלא הי' נוגע לענין איסור והיתר. רק במילי דעלמא שהי' תופס הדבר לאמת. ומקובלני מפי גדול אחד שהי' בדורינו וכבר הוא בעלמא דקשוט שקיבל מרבו שהעיקר כשבא לפניו איזו ענין לראות מקודם בשכל הפשוט שהענין אמת בלתי ספק ואז מחפש בתוה"ק לשפוט מה דינו עפ"י דברי תורה:

ובכן אם דעת כתה"ר מסכמת לזה גם אנכי מצטרפינא בהדי' להתיר האשה מכבלי העיגון ובתנאי כפול ומכופל שיסכים לדברינו עוד שנים או לכה"פ אחד מהרבנים הגדולים המפורסמים והי' בזה שלום על דייני ישראל:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניעט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לה, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי מאוד נעלה כש"ת מו"ה **לוי** נ"י דומ"צ דק"ק **בעלזא** ואתו עמו ידידי הרב הה"ג החריף ובקי וכו' מו"ה **בנציון** נ"י:

מכתבם ע"ד העגונה במועדו לנכון הגיעני ואולם מחמת ימים הקדושים לא יכולתי לקחת פנאי להשיב עד כה. ואתם הסליחה בזה. ועתה באתי לעשות רצונם אשר הוא גם רצון צדיק מרן הק' שליט"א לחוות דעי בדבר הזה. ואמנם לא אכחיד תחת לשוני כי קשה עלי מאוד היתרה דהאי איתתא מחמת הפקפוק שפקפק בזה ידידי הרב ר' בנציון נ"י מדברי הח"ס אהע"ז סי' ע' בשם המבי"ט דכל ששמע מפי רבים שמספרים יש לחוש לקול הברה שפסק הרמ"א בס"ג דל"מ. וכאן רוב העדות הוא ששמע מפי רבים. ומי יבוא אחר גאון עוזינו החת"ס ז"ל שחש לדבר הזה לחלק בין ששמע מפי יחיד או מפי רבים. ואולם יען כי חשו חכמים מאוד לתקנת עגונות ובפרט בעגונה רכה בשנים. אמרתי לעיין בדבר והשי"ת יצילנו משגיאות ויראינו מתורתו נפלאות:

הנה גוף הדין דל"מ קול בעדות אשה שמת בעלה לא נמצא ברוב פוסקים הקדמונים וגם הטור לא הביאו רק הוא נובע מתשו' המיוחסות להרמב"ן בסי' פ' עיי"ש. ולכאורה נראה שאין הדבר מוסכם שהרי התוס' בכתובות (דכ"ו ע"א) ד"ה והאמר כתבו דע"א גרע מקול שהקול פוסל וע"א אינו פוסל עי"ש וא"כ בעדות אשה דע"א מהני מכ"ש קול דעדיף מע"א. וגם גוף הדין אינו מובן לכאורה כיון דקיי"ל דמשיאין על פי בת קול ולא חיישינן לצרה או לשאר פסולין א"כ גם עפ"י קול דעלמא למה אין משיאין. הא ע"כ יצא הקול מפי אחד שאמר כן וכיון דבעדות אשה הכל נאמנין ולא חיישינן לפסולין למאי ניחוש לה והראי' שמביא המהריב"ל הובא בח"ס הנ"ל מדברי הרא"ה שבנמו"י הובא בש"ע סי' י"ז סכ"ז בספק ג"י ויצא קול קודם ג"י דמותרת ממ"נ עיי"ש משמע דעל קול לבד אין סומכין עיי"ש. אדרבא לענ"ד נראה משם ראי' להיפך. דידוע מה שהכל תמהו על דברי הרא"ה והמחבר בזה דמאי ממ"נ איכא. אדרבא איכא למיחש דהקול שקר וההרוג הוא איש אחר שנהרג לפני ג"י לדבריהם דספק ג"י אסור עיי"ש בח"מ ס"ק נ"ב וב"ש ס"ק פ"ד:

ואמנם לענ"ד יש לישב דהנה הטעם דלאחר ג"י אין מעידין לאו משום דחיישינן דנשתנה צורתו ונעשית כצורתו של הנאבד דודאי זה דבר רחוק דא"א לשני פרצופים להיות שווים כמ"ש בס' קהלת יעקב כאן במקומו רק כיון דקים להו לחז"ל שדרך המת להשתנות אחר ג"י וחזקה אלימתא הוא א"כ מכח זה אין אנו מאמינין למי שאומר שמכירו בט"ע שהוא הנאבד דכיון דאנן סהדי דצורתו נשתנית א"כ מה שאומר שמכירו חיישינן דמ"ל הדמיון אומר כן עיי"ש בקהלת יעקב והני פוסקים ס"ל דגם בס' ג"י חיישינן לזה ואין מתירין מספק דדילמא הוא לאחר ג"י וא"כ וודאי נשתנה וא"א להעמיד על ההכרה. וא"כ מעתה י"ל דכונת הרא"ה והמחבר כן הוא דוודאי מחמת הקול בעצמו הי' ראוי להתיר כיון דע"כ יצא הקול מפי אחד א"כ הא משיאין עפ"י ב"ק. אלא דהא איכא הוכחה שהקול אינו אמת דאיך אפשר שנהרג לפני ג"י א"כ אנן סהדי דהי' צריך להיות נשתנה צורתו דחזקה אלימתא דאחר ג"י צורתו נשתנית והרי העד המכירו אומר שמכירו בט"ע שהוא פלוני ולא נשתנה. וא"כ זה מרע הקול דהרי איכא ראי' דהקול שקר שנהרג לפני ג"י דא"כ היתה צורתו משתנית. וע"ז שפיר קאמרו הרא"ה והמחבר דמותרת ממ"נ. דמאיזו טעם אתה רוצה לגרע כח הקול משום דאתה מאמין להעד שמכירו ואומר שלא נשתנית צורתו ובוודאי נהרג בתוך ג"י א"כ הרי היא מותרת עפ"י העד. אלא מאי אמרת דחיישינן דילמא הוא לאחר ג"י והעד שמכירו אומר ע"צ הדמיון. וא"כ שוב אינו מגרע כח הקול ואיכא שפיר למימר דמותרת עפ"י הקול בעצמו כיון דליכא ריעותא מאי דלא נשתנית

צורתו דהרי אדרבא אתה אומר שנשתנית צורתו והעד אומר בדדמי א"כ הקול בתקפו עומד ומותרת עפ"י הקול לבד וא"כ אדרבא מזה ראי' דקול מהני היכא דליכא ריעותא לגרע כח הקול. והוא תירוץ נכון לדעתי:

ואמנם להשוות כל הפוסקים הנ"ל לדעת אחת שלא יהי' סתירה מדברי התוספות כתובות הנ"ל ומדברי הרא"ה לדברי רמב"ן הנ"ל שמביאם הרמ"א לפסק הלכה. נ"ל דהא הרמב"ן וגם הרמ"א שהביאו כתבו להדיא קול הברה. וא"כ נראה דכמו דקיי"ל בש"ס גיטין (דפ"ט) לענין יצא עלי' קול מקודשת או מגורשת דחיישינן לה וקאמר שם עולא לא ששמעו קול הברה אלא כדי שיהי' נרות דולקות וכו' ור"א אר"ה אמר רב לא ששמעו קול הברה אלא שיאמרו פלוני שמע מפלוני ופלוני מפלוני והלכו להם למדינת הים א"כ ה"נ לענין עדות אשה יש לחלק דקול הברה בעלמא וודאי לא מהני אבל קול כי הא שחיישינן לה שמה י"ל דבעדות אשה מהני לס' התוספות כתובות הנ"ל דקול עדיף מע"א. דעפ"י קול מוציאין האיש מחזקתו ועפ"י ע"א לא. ובודאי כוונת התוס' לקול כהאי דחיישינן לה במס' גיטין דעפ"י קול הברה בעלמא אין מוציאין האשה מחזקתה כמש"ל אבל קול דחיישינן לה כיון דכתבו התוס' שהוא עדיף מע"א א"כ כיון דמשיאין האשה עפ"י ע"א מכ"ש עפ"י קול כהאי:

וא"כ מעתה נחזי אנן בנ"ד למאי נדמהו הנה כפי המתבאר שם מדברי התוס' ד"ה עד דעולא ור"א לא פליגי אהדדי וכל חד לחוד מהני או רגל"ד כמו נרות דולקות או ששמעו מפי פלוני שהלכו למדה"י וכ"כ כל הפוסקים זולת הרמב"ם דמצריך תמיד רגל"ד עיין בטוש"ע אהע"ז סי' מ"ו וא"כ כיון דפלוני שמע מפלוני וכו' ל"צ רגלים לדבר לד' התוס' ופוסקים הנ"ל צריך להבין איזו הוי קול הברה דהא וודאי גם בקול הברה כ"א אומר ששמע מחבירו. אך הענין כן. דהא בכל קול שיצא מחויבין הבי"ד לחקור אחר הדבר כמבואר בטוש"ע סי' מ"ו וא"כ כיון דחוקרין באותה העיר שיצא הקול ואין הקול גומר לדבר ברור. דהיינו שכל אחד אומר ששמע ואינו יודע ממי שמע ואין מגיעין לדבר ברור א"כ קול רעוע הוא ואין חוששין לו דאם איתא דיש ממש בדבר מי לא הוי משכח אחד שאומר שראה או ידע אבל אם מגיעין לדבר ברור דהיינו שאומר ששמע מפלוני ופלוני הלך למדה"י ליכא כאן ריעותא בהקול די"ל דאם הי' אותו האיש כאן הי' אומר דבר ברור שראה או ידע שנתקדשה וכיון דליכא ריעותא בקלא שפיר חיישינן לה. וא"כ בנ"ד נמי אף אם נאמר דמה שאומר ששמע במסיבה מבעלי מלחמה ששמואל לאנג נפל במלחמה כיון דרבים נינהו הוי כמו קול לס' הח"ס הנ"ל מ"מ כיון דעכשיו אינם לפנינו והלכו להם למדה"י ליכא כאן ריעותא כלל די"ל דאם היו עכשיו לפנינו היו אומרים ממי שמעו או

שראו וידעו בעצמם וא"כ אף דשם בעינן שנים ששמעו מפי שנים כמבואר שם בש"ע היינו משום דע"א אינו נאמן בדשב"ע וא"כ גם להחזיק הקול בעינן שנים אבל בעדות אשה שמת בעלה דע"א נאמן א"כ גם להחזיק הקול סגי בע"א ואף להרמב"ם שם דס"ל דגם בשמע מפלוני שהלכו למדה"י בעינן ג"כ רגל"ד כמו נרות דולקות עיי"ש מ"מ הכא ג"כ איכא רגל"ד טובא ממה שנאבד זכרו זה איזו שנים כמבואר בכ"מ:

אמנם איתא בש"ס שם עוד גוונא חדא דלא חיישינן לקלא ביצא לה שם מזנה בעיר דל"ח לקלא. אף היכא דהוחזק בב"ד ואף בהגיע לדבר ברור. דתלינן דמשום פריצותא בעלמא קרי לה אינשי מזנה כמבואר בראב"ד פי"ז מה' איסורי ביאה ה"כ הובא בב"ש בסי' ו' ס"ק ל' עיי"ש. מוכת דהיכא דאיכא למיתלי באיזו אמתלא דקאמרי אינשי הכי ל"ח לקלא וא"כ גם בקול שמת הבעל היכא דאפשר לומר שהוציאו הקול משום שנאבד זה זמן רב או איזו אמתלא אחריתא י"ל דלא מהני גם בקול שאמרו בשם פלוני שהלך למדה"י כמו ביצא לה שם מזנה בעיר לדברי הראב"ד הנ"ל וזה טעמו של הח"ס בתשו' הנ"ל בשם המבי"ט ותה"ד וכן הוא ג"כ בתשו' ב"י סי' ד' דחיישינן דבדמי אמרו אינשי הכי. ואמנם נראה בנ"ד דעדיף טובא מדינו של הח"ס הנ"ל דאז בשעה ששמע מהאנשי חיל הי' תיכף באותו הזמן שהי' בשדה המלחמה ולא נאבד עדיין זמן רב. וגם ידוע לכל דבשעת המלחמה לא יאמרו שנפל משום שנחסר מהצבא דוודאי יוכל להיות שנשבה או שברח וכדומה וגם על מי שנפצע לא יאמרו שנפל רק "פערוואונדעט" וכדומה שזה שכיח ביותר:

וא"כ וודאי מדחשבו בשמות שפלוני ופלוני נפלו במלחמה משמע שוודאי שמעו מאחד שאמר שראה שנפל ואם הי' לפנינו הי' אומר איך ראה שנפל שפיר גם קלא כה"ג מהני וליכא רק חששא דדילמא מחו לי בגירא וכו' כמו בכל ע"א במלחמה מזה נדבר אח"כ אי"ה. באופן דמחשש דלא הוי רק קלא בעלמא לית לן למיחש בנ"ד ובפרט דבלא"ה מבואר בקו"ע אות רכ"ג בתשו' המבי"ט בשם הרא"ש דגם בקול הברה לאחר י"ב חודש יש להתיר כמו שהביא הרב ר' בנ"צ נ"י וגם בתשו' הרדב"ז ח"א סי' תקנ"ו הביא בשם אחד הרבנים בעובדא שהי' קלא דלא פסיק על אחד שמת או נהרג ואח"כ נשתקע שמו איזו שנים והתיר עי"ז עיי"ש. ואף דהרדב"ז עצמו חולק עליו שם. ומשמע שם מהרדב"ז דגם קלא כהאי דמהני להחמיר ביצא שמה מקודשת. מ"מ להקל להתיר אשה לעלמא לא סמכינן ע"ז וזה סותר לדברי הנ"ל דבהנך גוונא דקאמר הש"ס בגיטין דחיישינן לקלא גם בעגונה סומכין ע"ז להקל עפ"י ד' התוס' כתובות הנ"ל דקול עדיף מע"א ומהרדב"ז משמע דלא ס"ל הכי. ואמנם בע"כ א"א לומר דכוונת הרדב"ז דכל קלא דחיישינן לה

להחמיר לא מהני להקל בעדות אשה שמת בעלה דהרי קלא דר"ה אמר רב דאמר כדי שיאמרו פלוני מהיכן שמע מפלוני ופלוני מפלוני והלכו להם למדה"י. זה פשיטא דמהני בעדות אשה דהיינו עמפ"ע חפי עבד מפי שפחה דמהני בעדות אשה אף שאין העד הראשון לפנינו כמבואר בש"ע בסי' י"ז ס"ח עיי"ש בח"מ סקי"ח ובב"ש ס"ק כ"ד. ועיקר חומרת הח"ס הוא רק דשמע מפי רבים גרע משמע מיחיד. והרי בש"ס מוזכר לשון יחיד פלוני שמע מפלוני ופשיטא דמהני בעדות אשה אף להקל ולא איצטריך הש"ס לאשמעינן רק לענין קידושין וגירושין דעמפ"ע לא מהני אפ"ה כיון דיצא הקול ע"י זה חיישינן. והקול לעדיפותא קאתי. אבל בעדות אשה דעמפ"ע לחוד מהני וודאי דהקול אינו מגרע כמבואר בט"ז סק"ז שם. דהקול אינו מגרע רק היכא דאם הקול הוא אמת איכא ריעותא כמו ביצא הקול שנטבע במשאל"ס עיי"ש. ולכן נ"ל ברור דלענין עדות אשה. אף אם נאמר דאין מתירין ע"י שום קול היינו קלא דעולא. דאיכא רק קלא בעלמא בעיר ואיכא ריעותא דאם איתא שהדבר אמת מי לא הוי משכח אחד מכל אנשי העיר שהי' יודע או ראה בעצמו דהב"ד דורשין וחוקרין הדבר ולכך אף דאיכא רגל"ד כמו נרות דולקות וכו' ע"ז שפיר קאמר הרדב"ז דרק להחמיר חיישינן ולא להקל. אבל באומרין ששמע מפי אנשים שהלכו למדה"י דאפשר שאם היו כאן היו אומרים שראו וידעו בבירור וודאי פשיטא דגם הרדב"ז מודה דמהני להקל בעדות אשה כמו כל עחפ"ע והחומרא שהחמיר הח"ס לחלק בין שמע מפי יחיד למפי רבים תמוה מאוד דהרי הח"מ בסקי"ח הנ"ל מפרש הדין דשמע מפי נשים או מפי תנוקת דאיירי שהם במדינה אחרת ואינם לפנינו שנשאל אותם עיי"ש. הרי דמפורש להדיא נשים לשון רבים ואפ"ה מהני ול"א דהוי רק קלא בעלמא. כיון דליכא ריעותא לפנינו ואנו אומרים דאם היו לפנינו היו אומרים שראו או שידעו. ונידן דידן להא ממש דמיא. ששמע מפי אנשי חיל במדינה אחרת. ולכן כיון שפסק הרמ"א בפשיטות בס"ה דאומר שמעתי סתם מהני ול"ח דהוי רק קלא כדעת הב"י בתשו' עיין בקו"ע ס"ק קמ"ח לית לן למיחש יותר בהא מילתא כלל:

איברא דלכאורה יש חששא אחרת דהא עיקר הטעם דמשיאין עפ"י בת קול ול"ח לצרה או פסולין הוא משום דרוב כשרים הם כמ"ש הח"מ בתשו' בסוף ס"ק כ"א דתלינן ברוב ישראל הכשרים לעדות זו וא"כ כאן במקום המלחמה דרוב אנשי החיל היו עכו"ם א"כ ניחוש דילמא היהודים שסיפרו מנפילתו שמעו מעכו"ם. דבשלמא בשמעו קול פלוני מת ל"ח לעכו"ם משום דהוי מסל"ת כמ"ש הב"ש בסקל"ח בשם הריב"ש דמביא ראי' מזה דל"ב קישור דברים. אבל ביהודים שסיפרו מפי עכו"ם ניחוש דילמא הי' ע"י שאלה כמ"ש הב"ש בס"ק נ"א דדרך ישראל לשאול על ישראל חבירו. ואמנם כיון דבלא"ה דעת

הט"ז שם סקי"ז דגם בישראל שאמר ששמע מעכו"ם לא חיישינן דילמא לא הי' מסל"ת. נהי דנראה דהב"ש לא ס"ל הכי מ"מ יש לסמוך בזה על מה שכתב הדברי חיים בח"א באהע"ז תשו' ח' דכל היכא דאין אנו יודעין אם שמע מפי עכו"ם או מפי ישראל לא חיישינן דילמא שמע מפי עכו"ם שאינו מסל"ת כיון דעכו"ם אין דרכו להכשיל בחנם היכא שאין לו הנאה בדבר. עיי"ש שדבריו נכונים מאוד בישוב דברי הט"ז מקושית הב"ש. וגם אי הוי ספק מסל"ת הרי דעת הט"ז הובא בב"ש סקמ"ט דהיכא דאיכא אומדנות מוכיחות סמכינן להקל והכא מי איכא אומדנא יותר מזה שנשתקע שמו וזכרו זה כמה שנים:

עתה נבוא לחשש השני דאיכא בהאי מילתא מה שלא אמרו קברתיו. והנה ראיתי להרב ר' בנ"צ נ"י שצידד בזה עפי"ד המהריב"ל דבעמפ"ע אנו תולין דוודאי הראשון ידע שפיר שמת שהזיזו ממקומו וכדומה עיין בקו"ע שק"ח אלא דיש הרבה חולקים עליו. ואמנם קשה לי לכאורה דבתשו' מהרי"ט ח"א סי' קל"ט חולק ג"כ על המהריב"ל היכא דלא אמר העד שהי' בתוך ג"י בעמפ"ע כתב שם בד"ה והנה ראיתי וז"ל ואני איני רואה סברא להקל בשומעים מפי עד שני וכו' מפי עד ראשון ולא ביאר דבריו וכו' דמה לי לא ביאר דבריו ומה לי שהוא עצמו מסופק אם תוך שלשה דכי היכא דבאינו יודע הוי ספק דאורייתא ולחומרא ה"נ כשלא הספקנו לחוקרו וגם כשלא הספיק עד השני לחקור את הראשון מידי ספק לא נפיק עכת"ד עיי"ש:

וא"כ העיקר שחולק הוא רק משום דס"ל דספק ג"י הוי ספיקא דאורייתא ולא ס"ל כהרשב"א דחשש תפח הוי רק דרבנן אבל לענין קברתיו דמלחמה דמבואר ברמב"ם פ"ו מה' נחלות להדיא דחשש בדדמי הוא רק דרבנן וכמ"ש ג"כ הב"ש בס"ק קמ"ג א"כ שפיר נוכל לומר דבעמפ"ע תולין מספק דהראשון ראה הקבורה או הזיזו ממקומו והוי ספק דרבנן ולקולא וא"כ מ"ט של החולקין על המהריב"ל גם בקברתיו דמלחמה ומ"ש מספק ג"י למאן דס"ל דחשש תפח הוא דרבנן דמתירין משום ספק דרבנן. ואף דאיכא חזקת איסור. מ"מ בע"כ או דס"ל דספיקא דרבנן לקולא גם באיתחזק איסורא כמ"ש הנוב"י בתק"ט סי' מ"ט או די"ל כס' הר"ש בטהרות דדבר שהי' מתחילה דאורייתא ואח"כ נעשה דרבנן אזיל חזקת איסור דידי' דהא איתרע חזקתו וא"כ ה"נ בחשש בדדמי דהוי רק דרבנן נימא ספק דרבנן לקולא:

אך צ"ל דהנה בח"ס סי' נ"ח הובא בפ"ת ס"ק קל"ח מבואר דס"ל דחשש בדדמי הוא ספיקא דאורייתא אלא דבפ"ת שם תמה עליו מדברי הרמב"ם פ"ו מה' נחלות הנ"ל דמבואר דהוי רק חומרא דרבנן. אבל לענ"ד יש לחלק בין הענינים דהנה בלא"ה דברי

הרמב"ם קשים שם כמו שתמה הלח"מ דהא שם איירי בשני עדים דלענין נחלה ע"א אינו נאמן. ובשנים הא כתב הה"מ בפי"ג מה"ג דגם הרמב"ם ס"ל כדעת הסוברים דבשנים לא חיישינן לבדדמי מדנקט שם דווקא ע"א במלחמה עיי"ש. אמנם נ"ל דיש תרי גווני בדדמי דהנה בש"ס שם (דקט"ו ע"ב) קאמר הש"ס מ"ט דבדדמי משום דקאמרה קס"ד בכל הני דאיקטיל הוא פליט ואת"ל כיון דשלום בינו לבינה נטרה עד דחזיא זימנין דמחו לי' בגירא וכו' וסברה וודאי מת ואיכא דעביד סמטרא וחי עיי"ש. וברמב"ם פי"ב מה"ג ה"ב מביא רק טעם הראשון שהיא אומרת מאחר שנהרגו אלו ואלו נהרג הוא בכללן עיי"ש ונראה דיש נ"מ בין הטעמים. דלטעם הראשון דלא חזיא כלל התחלת המיתה. אלא משום דחושבת כיון דכל הני איקטול גם הוא נהרג בכללן. ולכך משקרת לומר שראתה שמת. זה וודאי י"ל דהוה חששא דאורייתא. כיון דלא חזיא התחלת מיתה כלל. יש לנו לחוש גם מדאורייתא דניצול. דעפ"י הרוב הם ניצולין במלחמה. ולא גרע מעיר שכבשוה כרקום. דנותנים עליהם חומרי חיים מדאורייתא לדעת הריב"ש בסי' שע"ח. עיין בנוב"י מהדו"ק סי' מ"ג. ובתשו' בית אפרים בתק"ע סי' ל'. אבל לטעם השני דמחו לי' בגירא וכו' וסברה וודאי מת. אז י"ל דאינה משקרת כלל רק דטעתה בדמיונה שראתה שנפל לארץ ומחמת פחד המלחמה לא המתינה יותר. וגם מחמת הבהלה דעת האדם אינו חזק כ"כ. וטעתה שמת ממש. ובאמת הי' בו עדיין חיות קצת. ועבדו לי' סמטרא וחי אח"כ. ואמנם כיון דתפסינן דלא משקרת כלל. רק שטעתה באמת. א"כ בע"כ דהי' קרוב למיתה כ"כ שהי' מקום לטעות ואח"כ נאבד ג"כ זכרו וודאי קרוב הדבר מאד שמת. ולא חיישינן לי' עוד מדאורייתא. ורק חומרא הוא שהחמירו חכמים משום חומר א"א כמ"ש הרמב"ם. וכמו שהחמירו במשאל"ס. וא"כ מעתה מיושב קושית הלח"מ הנ"ל דהרמב"ם י"ל דס"ל ג"כ כהרי"ף רבו דגם בשנים חיישינן לבדדמי. ואמנם זה רק היכא די"ל שטעו. דס"ל דמחמת הבהלה גם שנים עבידי למיטעי. אבל לומר דמשקרי לאמר מה שלא ראו כלל משום אמתלא דמחמת שנהרגו הרבה וודאי גם הוא נהרג. זה וודאי לא אמרינן בשנים. וכמ"ש הרמב"ן במלחמות כיון דהתורה האמינתן אין לנו לחוש כלל דמשקרי. ורק באשה עצמה או ע"א דבאמת מה"ת אין להם נאמנות כלל ורק דחכמים האמינו אותן בעגונה משום סברא דמדעל"ג לא משקרי וכדומה. אז היכא דיש איזו אמתלא. דהוא סובר שוודאי מת ולא יבוא עוד לעולם. מורה לו היתר ומשקר לומר שראה שמת. אבל שני עדים דנאמנים מה"ת בכל דיבורם וודאי לא שייך כלל לומר דחיישינן דמשקרי מחמת איזו אמתלא. ולית בהו רק חשש השני שטעו בדמיונם וסברו שוודאי מת. היכא דיש מקום לחוש כן. ומעתה נכון שפיר דהרמב"ם פי"ג מה"ג דמביא הדין

דע"א במלחמה דאיבעיא הוא בש"ס אם דומה לאשה עצמה. ובאשה עצמה כבר הביא בפי"ב מה"ג הטעם הראשון הנ"ל כיון דנהרגו אלו ואלו. ולטעם הזה החשש בדדמי הוא דאורייתא כמש"ל דחיישינן דמשקרי. ולכך שפיר כתב הרה"מ דהרמב"ם נקט ע"א דווקא. דבשנים ל"ח דמשקרי. אבל בפ"ו מה' נחלות דאיירי בשנים דווקא דעפ"י ע"א אין יורדים לנחלה לכך מדייק שם הרמב"ם בלשונו שכתב או שנדקר במלחמה ומת. דאז שייך חשש השני דמחמת שראו שנדקר ונפל לארץ כמת טעו וסברו שוודאי מת. ובאמת י"ל דהי' בו עדיין חיות קצת. ועבדו לי' סמטרא וחי. ולכך שפיר מסיים שם הרמב"ם דהוי רק חומרא דרבנן כמש"ל דבכה"ג דהי' קרוב כ"כ למיתה עד שהי' מקום לטעות שכבר מת. א"כ אם נאבד אח"כ זכרו וודאי הוכיח סופו על תחלתו דוודאי מת. ורק חומרא היא שהחמירו משום חומר א"א כמו משאל"ס. אבל החת"ס דאיירי בע"א ובע"א איכא ג"כ חשש הראשון דמחמת בדדמי משקר. שפיר כתב דהוי חשש דאורייתא כמש"ל. וא"כ י"ל דזה ג"כ טעמם של החולקים על המהריב"ל דס"ל דגם בחשש בדדמי בע"א הוא מדאורייתא כמו ס' ג' ימים לדעת הסוברים דספיקא לחומרא. ולכך גם בעמפ"ע חיישינן מס' דילמא הראשון לא אמר קברתיו כפ' המהרי"ט הנ"ל:

ואמנם לפי"ז שפיר יש לחזק דעת האומרים דבעמפ"ע היכא דהראשון הי' מסל"ת. גם החולקים על המהריב"ל מודו לי'. דכבר ידוע שיטת המרדכי שהביא הב"י דסברת הלב הוא דבמסל"ת לא שייך בדדמי. ועפימש"ל יש להסביר היטב סברתו. דכיון דזה הוי איבעיא דלא איפשטא אם ע"א במלחמה דומה לאשה חיישינן דאמר בדדמי. ס"ל להמרדכי דמעתה אין לנו לחוש לחשש השני הנ"ל דמחו לי' בגירא וכו' דחשש טעות הוא רק דרבנן כמש"ל. ואיבעיא דלא איפשטא ס"ל דבדרבנן אזלינן לקולא. עיין ב"י וד"מ או"ח סי' תל"ב אות ב'. וליכא רק חשש הראשון דמחמת בדדמי משקר לומר מה שלא ראה. דזה הוי חשש דאורייתא כמש"ל ואזלינן בספיקו להחמיר. אמנם במסל"ת שפיר כתב המרדכי דוודאי לא שייך חשש משקר. דבשלמא במ"א או באשה המכוונים להעיד ולהתיר שפיר י"ל דמחמת שחזק אצלם שוודאי מת ולא יתעביד איסורא על ידם משקרים להוסיף ולומר שראו שמת. אבל במסל"ת דנאמנותו הוא משום דכיון דאין לו נ"מ בדבר וודאי אינו משקר. א"כ ל"ש כלל שיוסיף לשקר לאמר מה שלא ראה. וא"כ נהי דחשש השני דמחו לי' בגירא וכו'. שטעה וסבר שמת שייך גם במסל"ת דהוא דבר שכל אדם מצוי לטעות מחמת פחד מלחמה. אמנם כיון דמחמת חשש זה הוא רק חומרא דרבנן כמש"ל. א"כ באיבעיא דלא איפשטא אזלינן לקולא. וא"כ מעתה י"ל דגם החולקים על המרדכי הוא רק משום דס"ל דאיבעיא דלא איפשטא גם בדרבנן אזלינן לחומרא כדעת

הרא"ש שבד"ח הנ"ל סי' תל"ב. אבל וודאי מודים דבמסל"ת החשש בדדמי הוא רק דרבנן. ולכך בעד מפי מסל"ת דאיכא ספק מעליא דילמא הראשון ראה הקבורה או הזיזו ממקומו. וודאי אמרינן ספיקא דרבנן לקולא:

ואולם בנ"ד נראה דכ"ע מודו להמהריב"ל. אף אלו הסוברים דגם בעד מפי מסל"ת בעינן קברתיו מ"מ יש לחלק בין שמע מעכו"ם מסל"ת לישראל מסל"ת. דהנה ראיתי לידידי הרב רב"צ שמביא דברי העצי ארזים שתירץ קושית הראב"ד מעובדא דחסא דלא אמר קברתיו ואפ"ה לאו משאל"ס הי' מתיר לכתחלה משום דשם הי' מסל"ת והוכיח מזה העצי ארזים כדעת המרדכי דבמסל"ת ל"ש בדדמי. אלא דתיקשי ע"ד הסוברים דגם במסל"ת שייך בדדמי האיך יתרצו קושית הראב"ד. ונלע"ד לתרץ דהנה כבר הבאתי שיש שני חששות בדדמי חדא דילמא משקר להוסיף להגיד מה שלא ראה וחדא דטעה וסובר שבאמת הוא כן. ואמנם נראה דזה תלוי במה דאיבעיא לן שם בש"ס (דקט"ו) בהחזיקה היא מלחמה אם נאמנת במיגו והקשו התוס' שם משבועות בסוגיא דקציצה דנאמן הבעה"ב במיגו אף שטרוד בפועליו וחושב שהוא אומר אמת ועיי"ש מה שתירצו. והמובן מכוונת תירוצם הוא דשם א"א לומר דמחמת שהוא טרוד בפועליו שכח לגמרי וסובר בבירור שפרע ואין שום ספק אצלו דזה לא שכיח כלל אלא דאמרינן דמחמת טירדא דומה לו שפרע. אבל אין זה וודאי אצלו וגם לדידי' מספקא לי'. אלא דמחמת הספק הוא מורה לו היתר ומשקר לומר שוודאי פרע דהא יודע דאם יאמר שמספקא לי' יחייבוהו לשלם. וא"כ כיון דצריכין לומר דמשקר שפיר מהני מיגו. דאז וודאי אומר אמת מה שטוען ברי שפרע דאם הי' רוצה לשקר הי' טוען טענה אחר שהי' נאמן אבל כאן במלחמה החשש הוא שהיא טועה וסוברת שוודאי מת בלי ספק ולכך ל"ש מיגו עיין בדבריהם היטב שכוונתם כן הוא:

ומעתה כיון דהש"ס איבעיא לי' הא מילתא כאן אם נאמנת במיגו. א"כ הרי זה גופה הוא האיבעיא אם החשש בדדמי הוא מחשש הראשון דמשקרא. אבל זה לא חיישינן שתטעה לומר וודאי מת. שזה ל"ש כמו שם בקציצה ולכך מהני גם כאן מיגו. או דכאן הטעם דמחו לי' בגירא וטעתה וסברה שבאמת וודאי מת בלי שום ספק. ולכך לא מהני מיגו. ובש"ע סעיף מ"ט פוסק האיבעיא לחומרא דלכ"ע לא תנשא לכתחלה ולחד דיעה גם אם נישאת תצא. וקשה לכאורה לפימש"ל דלטעם השני חשש בדדמי הוא לכ"ע רק חומרא דרבנן. א"כ נפשוט לקולא. ואם יש לה מיגו תהי' נאמנת דחשש משקר לא שייך כיון דיש לה מיגו והחשש רק דילמא טעתה דהוי רק דרבנן. א"כ כיון דזה גופא איבעיא לי' להש"ס אם כטעם הראשון או כהשני נימא ספיקא דרבנן לקולא וליהני מיגו. אך צ"ל

כמ"ש הב"ש בס"ק ק"ס כיון דמדאורייתא אין האשה נאמנת כלל לומר מת בעלי ורק מדרבנן הימנוה וא"כ היכא דיש ספק אם בהא הימנוה רבנן שוב הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא. עיין בחת"ס סי' מ"ח ד"ה ברם ובתשו' ברית אברהם בתקיע סי' כ"א. ולפי"ז יש להוכיח מכאן כדעת הנתיבות לשבת בסק"ג דע"א לכ"ע נאמן במיגו היכא דהחזיק הוא מלחמה. דהא עיקר הטעם דע"א אינו נאמן מדאורייתא בעדות אשה הוא משום דאיתחזיק איסורא ל"מ לדעת המהרי"ק דגם דשב"ע בעינן דאיתחזיק איסורא אלא אף לדעת הרמב"ן דדשב"ע אין ע"א נאמן אף בלא איתחזיק איסורא מ"מ משום מדעל"ג הי' לו להיות נאמן מה"ת אי לאו משום דאיתחזק איסורא כמ"ש הט"א בר"ה (דכ"ב ע"ב):

והנה בתוס' קדושין (דס"ד ע"ב) ד"ה רבי כתבו דאף דאסור לגרש בגט ישן לכתחלה. מ"מ כיון דבדיעבד הגט כשר מיקרי מיגו שבידו לגרשה. ועפי"ז נ"ל דכל היכא דהדין הוא דרק לכתחלה לא תינשא אבל אם נישאת לא תצא כבר אזלא לי' ואיתרעי לה חזקת א"א דהא בידה לעבור ולינשא. ויהי' הדין שלא תצא. וא"כ מעתה שוב ע"א נאמן מדאורייתא כיון דליכא חזקת א"א. וא"כ הכא בע"א במלחמה כיון דהדין הוא דאף היכא דאין לה מיגו אם נישאת ל"ת בלא אמר קברתיו כמ"ש המחבר בסעיף נ' א"כ איתרע לה חזקת א"א והעד נאמן מדאורייתא. א"כ היכא דיש לו מיגו דיש ספק איבעיא דילמא מהני מיגו. הוי ספיקא דרבנן ולקולא ול"ד לאשה עצמה דהדין אצלה היכא דלית לה מיגו גם אם נישאת תצא ויש לה עדיין חזקת א"א לכך אזלינן בספיקא להחמיר. אבל בע"א דאם נישאת ל"ת אזלינן בספיקו להקל דאזיל לי' חזקת א"א כנ"ל לכך שפיר כתב בנתיבות לשבת דע"א נאמן במיגו:

וא"כ מעתה נחזי אנן במסל"ת דהנה כבר כתבתי לעיל דבמסל"ת ל"ש חשש דמשקר דכיון דאינו מתכוון להעיד ולהתיר למה לו להוסיף להגיד מה שלא ראה בבירור ואמנם חשש טעות שייך גם במסל"ת כמש"ל. אך לפימ"ש דבעיית הש"ס תלוי בזה. ואם נאמר דמהני מיגו. בע"כ דל"ש רק לחשש דמשקר ולא לחשש טעות. דאל"כ לא הי' מהני מיגו כמש"ל, וא"כ לפימש"ל דבעד במלחמה נקטינן לקולא דמהני מיגו כמ"ש הנתיבות לשבת. א"כ הי' לנו לומר דהדין עם המרדכי דבמסל"ת ל"ח לבדדמי. דכמו דבעד אחד יצאנו מחשש משקר ע"י המיגו. ה"נ במסל"ת בלא מיגו וא"כ מ"ט של החולקים על המרדכי. אך באמת ז"א דלפי ההקדמה שהקדמתי דמש"ה לא הוי ספיקא דאורייתא כיון דחכמים אמרו דאף היכא דשייך בדדמי מ"מ אם נישאת לא תצא. א"כ אזיל לי' חזקת איסור א"א כיון דבידה לינשא. א"כ שוב ע"א נאמן מדאורייתא הן לשיטת המהרי"ק הנ"ל או לס' הטורי אבן הנ"ל. א"כ זה שייך בעד ישראל. דנאמן מדאורייתא היכא דליכא

חזקה או במדעל"ג. אבל עכו"ם מסל"ת דבאיסור דאורייתא אינו נאמן כלל אף היכא דליכא חזקת איסור. וכל נאמנות בעדות אשה הוא מדרבנן כמ"ש הנוב"י סי' ל"ג גם לדעת הרמב"ם עיי"ש. א"כ היכא דאיכא ספק אם האמינוהו רבנן כגון במלחמה דהוי איבעיא דלא איפשטא הנ"ל א"כ שוב הוי ספיקא דאורייתא דאם חכמים לא האמינוהו חוזר לאיסורו דאורייתא. דאף דאזיל לי' חזקת א"א משום דאם נישאת ל"ת. מ"מ גם בליכא חזקה מסל"ת אינו נאמן מדאורייתא. ואמנם הדבר תלוי במחלוקת הט"ז והש"ך ביו"ד סי' צ"ח אליבא דהרא"ש. דהט"ז ס"ל דכל היכא שצריך עדות. מל"ת אינו נאמן כלל בדאורייתא. והש"ך מביא שם דיעות דהיכא דלא איתחזיק איסורא נאמן גם באיסור דאורייתא ולדבריו שוב גם כאן מל"ת צריך להיות נאמן מדאורייתא כיון דאיתרע חזקת א"א. ואולם נראה די"ל דלעולם כללא היא דבאיסור דאורייתא מסל"ת אינו נאמן אלא כיון שהדבר ספק אצלינו י"ל דס"ל להני דיעות דספד"א מה"ת לקולא רק מדרבנן לחומרא לכך גם מסל"ת נאמן. כיון דבלא"ה נולד ספק אצלינו וליכא ג"כ חזקת איסור. וא"כ מעתה מיושבת קושית הראב"ד אליבא דהחולקים על המרדכי וס"ל דגם במסל"ת בעינן קברתיו מעובדא דחסא הנ"ל. כיון שכבר כתבתי דהם מוכרחים לסבור דאף דתלוי באיבעיא דלא איפשטא. מ"מ אזלינן לחומרא כיון דהוי ספק דאורייתא ובט"כ דמסל"ת אינו נאמן בספק איסור דאורייתא אף דליכא חזקה והיינו משום דס"ל דסד"א מה"ת לחומרא. אבל בעובדא דחסא דאזיל אליבא דר"נ. ור"נ הא ס"ל דספד"א מה"ת לקולא עיין מלוה"ר כלל סד"א אות י'. וא"כ מסל"ת נאמן מה"ת בספק איסור וליכא חזקה. וא"כ שוב הוי סד"ר לקולא דל"ב קברתיו וכמש"ל:

וא"כ מעתה כ"ז שייך בעכו"ם מסל"ת. אבל בישראל מסל"ת דגם בלא מסל"ת נאמן מדאורייתא כיון דליכא חזקת א"א כמש"ל אלא דאיכא חשש בדדמי וכיון דהוא מסל"ת ג"כ ליכא חשש דמשקר כמש"ל וליכא רק חשש דטעה. וא"כ כיון דהוי בעיא דלא איפשטא אם נאמן במיגו וכבר כתבתי דבע"א נקטינן לקולא כמ"ש הנתיבות לשבת. א"כ במסל"ת גם בלא מיגו נאמן דהא נקטינן לקולא דל"ח לטעות רק היכא די"ל דמשקר. וא"כ בנ"ד דשמע ממסיבה מפי ישראל אף אם נאמר דרק אחד הי' המספר וליכא שנים מ"מ הא סיפר רק בדרך שיחה והוי מסל"ת ממש. ולקמן אכתוב בשם תשו' מהרמ"ל דלא חיישינן ששמע מפי אחרים רק תולין דהוא עצמו ראה. וא"כ בהא שפיר יש לסמוך על המהריב"ל בעד מפי ישראל מסל"ת וודאי ל"ח לבדדמי. והנה על מש"ל עפי"ד התוס' קידושין (דס"ד) דהיכא דבדיעבד כשר אמרינן מיגו דבידו לעשות. יש להעיר דזה רק היכא דתלוי הדבר בו לבדו כמו שם גבי גט ישן דביד הבעל בעצמו לגרשה בע"כ. אבל

הכא דתלוי בדעת אחרים י"ל דילמא לא תמצא מי שירצה לעבור על איסור לישא אותה. וכ"כ בס' ישרש יעקב יבמות (נ"ב ע"ב) ד"ה ליבמתו בשם הרמב"ן עיי"ש. אולם מטעם אחר י"ל דהיכא דאם ניסת ל"ת ליכא חזקת א"א דהא הא וודאי דהיכא דהדין הוא דאם ניסת ל"ת גם בנכנסה לחופה ולא נבעלה הדין כן. וא"כ לא מיבעיא למ"ש הנוב"י תשו' פ"ב אות ט"ז דבא"א ליכא רק איסור דרבנן בקידושין לחוד בלא בעילה א"כ באיסור דרבנן וודאי מסל"ת נאמן ומותרת לכתחילה להתקדש לאחד ע"י עכו"ם מסל"ת רק דהבעילה אסורה אבל אחר שכבר נתקדשה כבר התירו רבנן גם הבעילה כיון דאמרו אם ניסת ל"ת וליכא רק כמו מבטל איסור לכתחילה דהוי רק איסור דרבנן. וא"כ היכא דיש ספק אם מותרת גם לכתחילה הוי ספיקא דרבנן ולקולא. אלא אף לפימ"ש הישרש יעקב ביבמות (דנ"ו ע"ב) בד"ה תניא באריכות שם דמדברי רש"י קידושין (ס"ז) מוכח דאיכא איסור דאורייתא בקידושין לחוד בכל איסורי ערוה מלאו דלא תקח. מ"מ כוון דליכא כרת רק לאו בעלמא לא הוי דבר שבערוה והוי ככל האיסורין דלא בעינן עדות דנאמן מסל"ת מה"ת לדעת הט"ז בסי' צ"ח. וא"כ כיון דמותרת להתקדש לכתחילה מה"ת ע"י מסל"ת ואם כבר נתקדשה ל"ת א"כ היכא דספיקא היא כמו בבעיא דלא איפשטא הנ"ל גם מדרבנן מותרת לעשות כן לכתחילה. וא"כ נהי דאנן קיי"ל דמסל"ת אינו נאמן מה"ת גם בשאר איסורין דלאו עריות. כמו שמסיק הט"ז שם בסי' צ"ח הנ"ל. אשר י"ל דזה טעמם של החולקים על המרדכי הנ"ל. מ"מ בישראל מסל"ת דעד ישראל וודאי נאמן בכל האיסורין שאינם דבר שבערוה. א"כ היכא דהוא ג"כ מסל"ת נקטינן ספיקא לקולא. דהיכא דליכא חשש משקר ל"ח לבדדמי:

והנה הארכתי קצת בפלפלת כ"ש. אבל לדינא ג"כ נ"ל סברא זו מעלייתא. דלדעת הגאון בעל נתיבות לשבת הנ"ל. דע"א במלחמה נאמן במיגו. בע"כ דהיכא דליכא חשש משקר ל"ח לבדדמי. א"כ וודאי גם מסל"ת ישראל כיון דבשעת הסיפור לא עלה על דעתו כלל להתכוון להתיר כמבואר מתוך הגב"ע דהי' רק שיחה בעלמא במסיבה. א"כ ליכא למיחש כלל דהוסיף להגיד מה שלא ראה ול"ח לבדדמי:

וגם למ"ש הברית אברהם בתשו' כ"א הנ"ל אות י"ב לחלק דהיכא דאין הריעותא בנאמנות העד רק חשש דרבנן מבחוץ כמו משאל"ס אז אף דליכא רק עד אחד דאין נאמן מה"ת מ"מ כיון שכבר האמינו חכמים להעד בענין זה הוי כאלו אין לנו ספק עוד באמיתות הדבר. וא"כ אם יש אח"כ ספק בענין זה בענין החשש של משאל"ס או בחשש דבדדמי. אז אמרינן ספק דרבנן לקולא. כיון דאין החשש דמשקר רק שמא טעה בדמיונו. אז כבר מאומתין דברי העד אצלינו כשני עדים. אז כל ספק שנולד אח"כ הוי ספק דרבנן

ולקולא. זולת אם נולד חשש דילמא העד משקר אף היכא דהחשש הוא מדרבנן מ"מ כיון דגוף נאמנות העד הוא רק מדרבנן. הם אמרו והם אמרו. והוי שוב ספק דאורייתא עכת"ד עיי"ש. א"כ ג"כ יש מקום לקיים דברי המרדכי הנ"ל. כיון דלרוב הפוסקים הבעיא דע"א במלחמה הוא אם לא אמר קברתיו. דדילמא ל"ח בדדמי רק בהאשה עצמה משום שמתאווית לינשא. מורה היתרא לאמר בדדמי. כמבואר בראשונים. א"כ הא דלא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא דהא האיבעיא לא נפשטה בע"כ משום דאיכא חשש דמשקר ושייך ס' הבר"א הנ"ל דהוי ספיקא דאורייתא. דבכה"ג לא האמינו חז"ל להעד ומדאורייתא בלא"ה אינו נאמן. אבל במסל"ת דליכא חשש משקר. רק משום דטעה בדמיונו כמש"ל.

א"כ לס' הבר"א הנ"ל ליכא חשש דאורייתא עוד וא"כ אמרינן ספיקא דרבנן לקולא:

ובלא"ה י"ל אף אם נאמר דכל חשש. בדדמי הוא דאורייתא כס' החת"ס הנ"ל מ"מ בלא"ה קשה האיכא ס"ס דילמא הראשון ראה הקבורה או הזיזו ודילמא הלכה כהראב"ד וסייעתו דלא בעינן קברתיו כלל. ומ"ש ידידי הרב רב"צ דדיעה שלא הובאה בש"ע לא מצרפינן לספק י"ל כיון דהמחבר פוסק בס"כ דאם נישאת ל"ת. והרמ"א אינו מביא כלל דיעה החולקת. והרי הח"מ כתב שם בס"ק ק"ב דלדעת הרא"ש שהביא הרמ"א בסמ"ט בהחזיקה היא מלחמה דאם נישאת תצא משום דהוי איבעיא דלא איפשטא גם בע"א במלחמה הדין כן והב"ש שם ס"ק קמ"ד דחק לחלק בזה. ולענ"ד י"ל בפשיטות דהרמ"א מצרף ג"כ דעת הראב"ד דבע"א במלחמה פשיטא לן דל"ח לבדדמי כלל ותנשא לכתחילה. וא"כ כיון דהרמ"א גופי' משוי לי' לספק ומש"ה סתם כהמחבר דאם נישאת ל"ת שפיר מצרפינן לי' לספק שיהי' ס"ס. ובע"כ צ"ל דמש"ה ל"מ ס"ם. משום דהוי ס"ס במקום חזקה חזקת א"א. כמ"ש הפ"י בקו"א דכתובות. וא"כ כאן דעכ"פ מדברי כולם נודע שהי' שם אז מפלה גדולה ונפלו הרבה חללים. א"כ לדעת הנ"ל הוי רובם למיתה ומבואר בתשו' בית אפרים דדומה לעיר שכבשוה כרקום. דיהבינן להו גם חומרי מתים ואיתרע חזקת א"א. א"כ יכולין להתיר בעמפ"ע משום ס"ס. ובפרט דבנ"ד איכא עוד ספק אחד דילמא אותם השנים ששמעו מהם ראו בעצמם ההריגה. דהרי העד ר' אהרן קלמן שמע במסיבה אחרת ור' חיים יאקאבזאהן במסיבה אחרת א"כ עכ"פ שמעו משנים. ובשנים ל"ח לבדדמי. וא"כ איכא ג' ספיקות ובזה ס"ל להש"ך בסי' ק"י בדיני ס"ס דמהני גם במקום חזקה. ואף דאיכא ג"כ ספק דילמא כדעת הרי"ף דגם בשנים שייך בדדמי מ"מ הא כבר כתבתי דבשנים לכ"ע הוי רק חשש דרבנן כמבואר ברמב"ם פ"ו מה' נחלות. וכמש"ל דבשנים ל"ח למשקרי רק לטעות וזה הוי רק דרבנן. וא"כ הוי ס"ס בדאורייתא וספק אחד בדרבנן דהוי ס"ס כמ"ש האו"ה לענין ציר דגים:

ומלבד כ"ז הרי מבואר להדיא בתשו' מהר"ם מלובלין סי' קכ"ח דבאומר ששמע משנים תולין להקל דאותם השנים בעצמם ראו ההריגה ול"ח שמא שמעו מאחרים. או תלינן דמצאוהו אח"כ מונח הרוג דל"ש בדמי. עיי"ש מ"ש לענין עדותו של ר' משה בר' פסח ששמע משני היהודים שבאו מסטאליצא עיי"ש:

ואיכא לאצטרופי ג"כ עדותו של ר' שמואל איידעלשטיין ששמע מהפעלדווטבעל ממדינת אוסטרייך ששמואל לאנג מגאליציע נפל במלחמה. ואף שכפי הנראה יוכל להיות שהוא מפסולים מחמת עבירה מ"מ הא הגיד במסל"ת. דמה ששאל אותו העד מה נשמע. עי"ז לא יצא מכלל מסל"ת כמ"ש בקו"ע אות רמ"ה. ועיין בס' קהלת יעקב סי' י"ז סי"ד אות ט"ו. ובלא"ה י"ל עפי"מ דקיי"ל דחשוד על הדבר דנו ומעידו. כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז סק"כ דחשוד אינו נאמן רק לאיסור ולא להתיר עיי"ש. ובע"כ הא דקיי"ל בסי' י"ז דפסולים מחמת עבירה פסולים לעדות אשה. הוא כמ"ש הנתיבות בסי' מ"ו סקי"ז דחיישינן שמא עיניו נתן בה. וזה ל"ש בנ"ד שהפעלדוועבעל לא הי' מכיר כלל את ר' שמואל ואשתו. דהא לא ידע כלל שם עירו. והוא ממדינה רחוקה ולא בא לב"ד להעיד כלל. ואין יצה"ר שולט אלא במה שעיניו רואות:

ומה שלא הזכיר שם עירו יפה כתב בזה ידידי הרב רב"צ דבכה"ג דידעינן שבעלה הי' באותו מקום. ואיש אחר אין אנו יודעין שהי' שם מבואר בחמ"ח סקל"ח דאמרינן אין ספק מוציא וכו' ודי בשמו ושם אביו לחוד. וזה עובדא דמכלוף בן מלול שבתשו' הרא"ש. עיי"ש. ובתשו' פנ"י חייב אה"ע סי' נ"ד (בדל"ב ע"ב) ד"ה הנה (ובדל"ג) ע"א ד"ה וברור בעיני כתב להתיר היכא דידעינן דהבעל הי' במקום זה. אף להאומרים דבחדא לריעותא. דהיינו הוחזקו ב' יב"ש לחוד. או שכיח שיירות לחוד חיישינן. מ"מ היכא דידעינן דבעלה הי' במקום זה אמרינן כנכ"ה. ול"ח שבעלה הלך לו למקום אחר ואיש אחר בא לשם ונהרג. כמו שפירש הרמב"ן במלחמות עובדא דיצחק ריש גלותא. דהוה כמו הא דאמרינן שם דל"ח שמא פינן עיי"ש. וכ"כ בתשו' מהרי"ט אה"ע ח"ב סי' ל'. ומבואר דהם אין מפרשים דברי הרמב"ן שם. דכנכ"ה הוא דמחזקינן מזמן לזמן. דמסתמא זה הוא שהי' שם מכבר ולא זהו שבא בזמן קרוב. כפירושם של האחרונים הש"ש פי"ז והישועיע"ק סי' י"ז סקט"ו. דבעובדא דתשו' פנ"י ומהרי"ט ל"ש כלל סברתם. רק הם מפרשים דס' כנה"כ הוא על המקום. דכיון דהוחזק דבמקום הזה הי' בעל האשה הזאת. ועתה ידוע שנהרג שם אחד ששמו כשמו. ל"ח שמא זה הלך למק"א ואחר בא לכאן. אלא זה שנמצא בראשונה גם עתה הי' שם. וכ"ה הוא ג"כ בתשו' מהר"ם אלשיך סי' קכ"ו עיי"ש. וכבר הארכתי בענין זה בתשו'. וקשה עלי להעתיק מ"ש שם. וגם במהרי"ו הובא בש"ש שם

מתיר בידוע שהלך בעלה בדרך הזה משום אין ספק וכו' וא"כ אף דלא אמר קברתיו מ"מ אף אם נרצה לחוש להחשש של הרב רב"צ על עדותן של ר' אהרן קלמן ור"ח יאקאבזאהן משום קול הברה. מ"מ לפימש"ל בשם התשו' מהרי"ט דמשוי החשש של עמפ"ע ולא אמר בשם הראשון שהי' בתוך ג"י. לספק ג' ימים. והרי הט"ז בסק"מ מפרש דברי המחבר דמ"ש מותרת לד"ה הוא משום דכיון דיצא קול ג"כ שנהרג אף דמחמת הקול עצמו לא הי' מתירין מ"מ מצטרף הוא להתיר בספק ג"י עיי"ש. א"כ ה"נ בספק קברתיו וודאי מצרפינן הקול לעדותו של הפעלדוועבעל אף דספק לנו אם ראה הקבורה או הזיזו ממקומו. דהוי עמפ"ע ומסל"ת דמתיר המהריב"ל. ועיין בתשו' בית אפרים סי' ל"ג ד"ה ואפשר לצדד. דרוצה לומר דהיכא דאיתרע חזקת א"א ל"ח עוד לבדדמי. וא"כ הכא דהקול עכ"פ מהני לגרע החזקה כמו ביצא שמה מקודשת או מגורשת בגיטין פ"ט הנ"ל דמוציאין אותה מחזקתה ע"י הקול שוב י"ל דל"ח לבדדמי:

והנה אחר כתבי זה מצאתי בתשו' בית אפרים סי' כ' ד"ה וגם י"ל שהעיר ג"כ מדברי התוס' כתובות שהבאתי בראש מכתבי. דקול עדיף מע"א. וא"כ בעדות אשה דע"א נאמן מכ"ש קול צריך להועיל. אלא שהביא מהתה"ד דמש"ה אינו מועיל הקול. משום דיש לבעל חזקת חי. ולא אבין התירוץ כלל דהא ע"א ג"כ אינו נאמן היכא דאיתחזיק איסורא. ואפ"ה האמינוהו בעדות אשה משום עגונה. מכ"ש קלא דעדיף לדברי התוס' כתובות הנ"ל. ואין לומר דבע"א הטעם משום מדעל"ג. ובקול ל"ש מדעל"ג כמ"ש בביאור הגר"א. ז"א דהא משיאין עפ"י קול ששמע איש פב"פ נהרג. וכתב בס' קהלת יעקב בסי' י"ז סי"א ד"ה שם אפילו אינו מקוים דגם בזה שייך מדעל"ג דהוא ירא דילמא רואה אותו אחד מרחוק ומכירו וכשיהי' נמצא שקר יחזיקוהו לשקרן א"כ בכל קול דוודאי איש אחד הוציא הקול. והוא וודאי ירא דילמא יבוא הבעל ויהי' נמצא שקרן הוי שפיר מדעל"ג. ועיין עוד שם בתשו' בית אפרים סי' כ"א שמביא בשם ס' בני יעקב שמצדד ג"כ לומר דיש מקום לומר דמהני קול בעדות אשה. וא"כ תו ליכא להחמיר רק היכא דוודאי הוי קול. אבל לא לחוש עוד לומר דשמע מפי רבים הוי רק קול הברה. ואף אם נאמר דבקול בעלמא לא הוי מדעל"ג. מ"מ לפי"מ שרוצה החת"ס לומר בתשו' צ"ה חאהע"ז דכל מסל"ת ל"ש גבי מדעל"ג עיי"ש בד"ה אמנם ובד"ה ומה. דלענין מדעל"ג עדיף מתכוון ממסל"ת. וכן ראיתי לידידי הרב רב"צ שמביא כן בשם תשו' תפארת צבי דבמסל"ת אין הטעם משום מדעל"ג. רק דכל מסל"ת חזקתו שאינו משקר, א"כ הכא ששמע מהם דרך שיחה דהוי מסל"ת א"צ כלל להטעם דמדעל"ג:

וראה זה מצאתי בתשו' הב"ח סי' ע"ג בעובדא דשם ששמע ביוה"כ בביהכ"נ שכתב שה בד"ה ועוד דגדולה מזו וז"ל אפילו הכי מאחר שלא היתה קול הברה וכו' אלא שמע כך בוודאיות מפי היהודים בתוך סיפורו עמם וכו' אין ספק דמשיאין את אשתו עכת"ד עיי"ש. נשמע דאין חילוק כלל בין שמע מיחיד או מרבים ליחוש לקלא רק עיקר החילוק בין אמרו כן דרך וודאי או לא וכן מבואר כן עוד בדבריו בסי' ע' ד"ה ובענין. ובדברי מזה עם כבוד אחי הרב הגאבד"ק פאדוואלאטשיסק אמר ג"כ שענין קול הברה הוא ששמע שאומרים מיזאגט שפלוני מת או נהרג. או מען שמועסט שפלוני מת וכו' שמשמע שאינם אומרים בתורת וודאי. אבל כל ששמע שאומרים סתם שפלוני מת או נהרג. אנו תולין דמסתמא יודעים וודאי שכן הוא כמ"ש בתשו' ב"י הנ"ל. ואיך אפשר לומר דשמע מרבים גרע משמע מיחיד יציבא בארעא וכו'. וא"כ הכא דבעדותו של ר' אהרן קלמן מוכח שאמרו לו בתורת וודאי. שהרי אמרו אותות ומופתים להזכיר בדיוק המקום והזמן שנפלו הר' שמואל לאנג ור' שמחה פריינדליך וודאי אין לחוש לקול הברה כלל כמ"ש בתשו' הב"ח הנ"ל. ולכן מכל הלין טעמי הנני גם אנכי להסכים עמהם בשריותא דאשת הר' שמואל לאנג אחר שיושיבו ב"ד של ג' להתירה והשי"ת יצילנו משגיאות:

דברי ידידם הדושת"ה **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לו, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד הרב המאוה"ג החו"ב וכו' מו"ה **מנחם מענדיל** נ"י דומ"ץ בק"ק **ווארשא**:

מכתבו עם שאלת העגונה במועדו לנכון הגיעני ומאפס הפנאי לא יכולתי להשיב עד כה:

והנה לכאורה היתר האשה פשוט מאד. דכיון שהעד אמר לה שראה הריגתו וקבורתו יכולה לבוא לב"ד בעצמה ולהעיד כן וא"צ להמתין על העד כמבואר בסי' י"ז ס"ח:

ואמנם יש להסתפק לדעת הרמב"ם דס"ל דבמלחמה בעולם אם אמרה מת בעלי במלחמה אף קברתיו אינה נאמנת. וטעם אחד הוא משום כיון דחזק בלבה שמת משקרת ואומרת קברתיו כמ"ש בב"ש ס"ק קמ"ו. א"כ ה"נ ניחוש כיון דהי' אז מלחמה בעולם. נימא כיון דחזק בלבה שמת משקרת ואומרת שאמר לה עד אחד שמת אף שלהד"מ. ובשלמא אם היתה מזכרת העד בשמו הי' אפשר לחלק דיריאה לשקר דילמא יבוא העד ויכחישה. אבל באמרה סתם אמר לי אחד נימא דמשקרת כמו בקברתיו:

אבל נראה דז"א דא"כ תיקשי גם על הא דנאמנת במלחמה בעולם לומר מת על מטתו נימא ג"כ כיון דחזק בלבה שמת במלחמה משקרת ואומרת מת על מטתו. ובע"כ צ"ל דל"ח להא רק אם אמרה מת במלחמה. וקברתיו. כיון דהיתה במקום המלחמה וראתה

דמחו לי' בגירא או רומחא סברה דוודאי מת או כמ"ש הרמב"ם בפי"ג מה"ג ה"ב דאיירי שנהרגו הראשונים והאחרונים שהי' בעלה באמצען דאז אומרת מאחר שנהרגו אלו ואלו וודאי נהרג גם הוא בתוכן. ובכה"ג שייך לומר דמחמת שחזק בלבה שמת משקרת ואומרת קברתיו. אבל באומרת מת על מטתו ולא היתה במקום המלחמה כלל ולא ראתה דמחו לי' בגירא או ברומחא. וגם לא ראתה שנהרגו הראשונים והאחרונים שהי' הוא באמצען אז וודאי ל"ש לומר דחזק בלבה שמת שתשקר מחמת זה. אף דיש מלחמה בעולם. ואין לומר דניחוש דילמא היתה באמת במקום המלחמה וראתה כדברים הנ"ל דמחו לי' וכו' ומחמת זה משקרת ואומרת מת על מטתו. ז"א כיון דכל החשש דבדדמי הוא רק מדרבנן כמ"ש הרמב"ם א"כ ל"ח רק אם היתה עכ"פ וודאי במקום המלחמה וראתה כדברים הנ"ל. אבל ליחוש עוד מספיקא דילמא היתה במקום המלחמה לא חיישינן. וא"כ ה"נ בנ"ד כיון דלא היתה במקום המלחמה כלל לא חיישינן דמשקרא לומר בשם העד דבר שלא הי' בעולם. וכן מבואר להדיא בתשו' פנ"י ח"ב תשו' ס"ח (ד"נ ע"ב) שכתב וז"ל ומדברי הרמב"ם נראה מבואר דהיא צריכה ג"כ שתראה המלחמה אבל אם ישבה בביתה אע"ג שבעלה הלך למלחמה לא תלתה בדדמי כמ"ש הרמב"ם וכו'. אבל אי ידעינן שלא ראתה כלום לא אמרינן דמסברת הלב אמרה בדדמי. עיי"ש שהאריך בזה בהרבה ראיות. ואף דמדברי הש"ס בבעיא דע"א במלחמה לכאורה לא משמע הכי. דהא קא בעי אי טעמא דע"א מהימן משום דדייקא ומינסבא והכא לא דייקא דאמרה בדדמי מסתמא מת עיי"ש (בד' קט"ו ע"א). והא הכא לא היתה היא כלל במלחמה ואינה יודעת רק מה שאומר העד ואפ"ה חיישינן לבדדמי. אך באמת ז"א דהכי אמרינן רק דלא דייקא וסומכת על העד כיון דמלחמה בעולם. אבל היא עצמה וודאי לא תשקר לומר דבר שלא ראתה בבירור או שמעה דזה לא קעבדה רק היכא דחזק בלבה שמת כגון שהיתה בעצמה במלחמה וראתה דמחו לי' בגירא וכו' או שנהרגו הראשונים והאחרונים וכו' כמש"ל:

אך לפ"ז קשה לי דמאי קמבעיא לי' להש"ס אם ע"א טעמא משום מדעל"ג או משום דדייקא ובמלחמה לא דייקא הא וודאי דאשה עצמה לא עדיפא מע"א וא"כ תפשוט מהא דנאמנת לומר מת על מטתו אף במלחמה בעולם בע"כ דמשום מדעל"ג לחוד נאמנת. דאין לומר משום דיריאה מתוך חומר שהחמרת וכו' ודייקא יותר ז"א דהא אומרת דע"א מה"ט לא יהא נאמן במלחמה משום דהיא לא דייקא ואינה יריאה מחומר שהחמרת וכו' דכיון דאיכא מלחמה סברה דוודאי מת וא"כ גם במת על מטתו לא תהא נאמנת כיון דלא מסייע דיוקא דידה משום דאיכא מלחמה סברה וודאי מת אלא בע"כ דמשום

מדעל"ג לחוד מהימני וא"כ גם ע"א יהא נאמן במלחמה ומאי קמב"ל, וצ"ל לפי שיטת הרמב"ן בחי' יבמות (דפ"ח) דמש"ה לא ילפינן דע"א נאמן באיסורין מוספרה לה משום דהיא גופה שייכא בדבר ועושית האיסור אם היא אסור נאמנת יותר מע"א דעלמא דלא עביד מעשה. וכ"כ ג"כ הפנ"י ריש גיטין:

ונראה דזה ג"כ דעת הבעה"ת הובא בש"ך חו"מ סי' נ"ו סק"ה דשליש נאמן אף שהבע"ד מכחישו ואומר שלא עשאו שליש מעולם רק בגזילה בא לידו אפ"ה השליש נאמן. כיון דאינו אומר דידי הוא רק ליתנו לאיש אחר נאמן משום דאין אדם חוטא ולא לו וכתב שהוא מקובל כן מס' ראשונים עיי"ש. וקשה דא"כ כל ע"א יהי' נאמן בממון מה"ט משום דאא"ח ולא לו. אלא בע"כ דשליש שאני כיון דהוא גופא עושה מעשה שמחזיק החפץ ונותנו לאחר בכה"ג מהימן יותר דחזקה שלא יעשה איסור בידים כמ"ש הפנ"י הנ"ל וא"כ תיקשי לכאורה דנילף עכ"פ מוספרה לה דאשה עצמה שאמרה מת בעלי תהא נאמנת. כיון דהיא גופה תהי' העושה מעשה שתינשא לאחר כמו בנדה ואי משום דהוי דשב"ע הא נדה הוי ג"כ דשב"ע כמ"ש התוס' בגיטין (ד"ב ע"ב) ד"ה הוי דשב"ע. וגם לפימש"ל ס"ל לבעה"ת גם בממון הסברא זאת. וצ"ל כתירוץ השני שבחי' הרמב"ן יבמות הנ"ל דנדה לא מיקרי איתחזיק איסורא משום דלטבילה קיימא. וא"א הוי בחזקת איסור. וא"כ ל"ק קושיתי הנ"ל דליפשוט דע"א נאמן במלחמה מהא דנאמנת במת על מטתו. דז"א די"ל דלעולם ע"א אינו נאמן משום מדעל"ג לחוד. כיון דהוי דשב"ע ואיתחזק איסורא וצריכין ג"כ לטעמא דדייקא. אבל באשה עצמה דילפינן מוספרה לה דגם בדשב"ע נאמנת היכא דהיא שייכה בגווי' ועושית בעצמה מעשה. רק די"ל דשא"ה דאיתחזק איסורא י"ל דנגד זה סגי חזקה דמדעל"ג לא משקרי אינשי כמ"ש בט"א ר"ה (דכ"א) ודו"ק:

יהי' איך שיהי' נ"ל ברור דאשה נאמנת לומר ששמעה מע"א שמת בעלה במלחמה אף לשיטת הרמב"ם דס"ל דאינה נאמנת לומר קברתיו. ומכ"ש לשאר הפוסקים דלמשקרת לעולם ל"ח רק לבדדמי. וזה ל"ש כאן. דהא העד העיד ג"כ על קבורתו. ולכאורה יש לפקפק כיון דלא אמרה האשה ממי שמעה ולא הזכירה שמו מי יוכל להכחישה נהי דמבואר ברמ"א סי' י"ז ס"ה דאף באמרה ששמעה סתם סגי היינו שלא במלחמה דאיכא ג"כ טעמא דדייקא. אבל במלחמה דליכא רק טעמא דמדעל"ג לחוד איזו מילתא דעל"ג היא כשאמרה ששמעה מפי אחד ולא הזכירה שמו ומי יוכל להכחישם ולא תיתפס בשקרה לעולם וכבר הערותי בזה כ"פ בתשו' מדברי התשב"ץ תשו' פ' ופ"א דבמלחמה לא יהא מהני עמפ"ע מה"ט. ומכ"ש בכה"ג שלא הזכירה שם העד כלל:

אך עתה נ"ל סברא מושכלת דלית למיחש לזה כלל. דהרי כל הטעם דע"א בעלמא אינו נאמן אם לא משום דבעגונה הקילו. הוא משום דהוי דשב"ע וגם נגד חזקת חי וחזקת א"א. ואולם עיין בנתיבות סי' כ"ח שהאריך לבאר דכל היכא דאינו מעיד על גמר הדבר לא הוי דשב"ע ונאמן גם ע"א ומה"ט כתב הרי"ף דע"א נאמן לומר שזה אחוה דמיתנא שיחלוץ. כיון דבמה שמעיד שהוא אחיו אינה ניתרת עדיין רק שהוא יכול לחלוץ או לגרש לא הוי דשב"ע עיי"ש באריכות, וא"כ ה"נ כיון דמדאורייתא אין עד המעיד על מיתת הבעל נאמן להתיר האשה לדעת רוב הפוסקים. רק מדרבנן הימנוהו או מטעם אפקעינהו או משום היכא דאיכא טעם נכון יכולים לעקור ד"ת גם בקו"ע כמ"ש התו' יבמות (דפ"ח ע"א). וכבר הארכתי בזה דכל מילתא דחכמים תקנוה מתחיל ההיתר רק ע"י ב"ד שמתירים הדבר כמ"ש רש"י ב"ח (דצ"ו ע"ב) בהא דלמעול ב"ד עיי"ש. ומה"ט צריך ג"כ בניסת ע"פ ע"א שיתירוה בב"ד של ג' דווקא. וא"כ אותו עד המעיד ששמע מפי עד אחר שמת בעלה אינו מעיד עדיין על היתר האשה. דכיון דהוא עצמו אינו יודע שמת רק ששמע מפלוני בזה אינה ניתרת עדיין דמדאורייתא ע"א אינו נאמן ואינו מתיר עדיין דשב"ע. רק שהב"ד יעקרו הקידושין ויתירו אותה. א"כ דמי ממש לאחוה דמיתנא דפ"א נאמן שהוא מעיד רק שהוא יכול להתירה. ה"נ הוא מעיד ששמע מפלוני דבר שהב"ד יכולים להתירה עי"ז וזה ל"ה דשב"ע כמ"ש הנתיבות. וגם אין זה נגד חזקת חי דמה שנעמיד אותו בחזקת חי אין זה מכחיש במה שהוא אומר ששמע מפלוני שמת שיוכל להיות ששניהם אמת ואפ"ה תיקנו חכמים להפקיע הקידושין כיון שעכ"פ זה אמת שאותו פלוני אמר כן. וא"כ בשלמא התשב"ץ לשיטתו דס"ל דע"א נאמן בעדות אשה מה"ת משום מדעל"ג שפיר כתב דעד מפ"ע ל"מ דבעד השני לא הוי מדעל"ג ואינו נאמן לומר ששמע מפלוני דזה לא יוכל להתברר שהוא שקר. והוא מעיד על דשב"ע דבמה שאומר ששמע מפלוני שמת רוצה להתירה תיכף מה"ת. והוי כמעיד בעצמו על מיתת הבעל כיון דחזקה אלימתא הוא מדאורייתא דמדעל"ג לא משקרי. הרי בא להוציא תיכף האשה מדשב"ע והבעל מחזקת חי שפיר ס"ל להתשב"ץ דאינו נאמן במלחמה דליכא דייקא ומינסבא. אבל לדידן דא"נ מה"ת א"כ אדרבה קלקלתה תקנתה דשפיר נאמן עד המעיד בשמו. משום דאין זה דשב"ע וגם אינו מעיד נגד חזקת חי. ודו"ק היטב בכ"ז:

ומ"ש כת"ה לצרף המכתב. הנה כפי שנכתב בגב"ע דעל המכתב לא הי' נזכר שום שם לא בתחלתו ולא בסופו א"כ הי' בלי חתימה כלל ומבואר בב"י סי' י"ז שם במקומו שהביא בשם רבינו ירוחם בשם הירושלמי דשטר שאינו חתום כלל לכ"ע לא מהני. ול"פ רק בשטר שאינו מקוים משום דקיום שטרות מדרבנן עיי"ש:

ומה שהקשה כת"ה דא"כ נפל דינא דבת קול בבירא. דלא הוי מדעל"ג. כבר הרגיש בזה הגאון קהלת יעקב מליסא בעצמו ויישב שם כמ"ש כת"ה עיי"ש בסי' י"ז סוף סעיף י"א. ומה שחשש כת"ה לחשש בדדמי איני יודע מה בדדמי שייך כאן הא העיד על קבורתו. ואי משום חשש דילמא לא הכיר אותו שכתב כת"ה. הנה בש"ס וש"ע לא מצינו חשש בדדמי דחילוף צורה רק במים אבל לא במלחמה. עיין בב"ש ס"ק צ"ט. ואמנם בד"מ סוף ס"ק מ"ה מביא בשם הגהת אלפסי דגם במלחמה בעינן הכרה ע"י סימן דומיא דמים. עיין בבית מאיר סוף סעיף ל"ג ומ"ט. ובקו"ע אות קי"א. וכבר הארכתי בזה בתשו'. ואמנם כשלא ראה את הריגתו רק מצאו לאחר מיתה וצריך להכיר אם זה הוא אז מחמת חשש בדדמי דמלחמה או מים לא סגי בט"ע לחוד כיון דדרך האדם להשתנות לאחר מיתה. אבל בעומד ורואה מרחוק את הריגתו שרואה אותו בעודו בחיים לא עלה על לב אדם להסתפק ולומר דילמא אינו מכירו יפה. בפרט באדם שרגיל בו והי' אתו יחד קודם הריגתו. ועיין בבית מאיר סמ"ח סד"ה הג"ה קודם ד"ה ואם אמרה שכתב וז"ל ועוד יש לדחוק בדעתם דנהי דאמרינן דאינה עומדת בקשרי המלחמה כדברי התוס' הנ"ל היינו בקירוב וכו' אבל מ"מ אם אמרה שהיתה עומדת בכדי שהיתה יכולה להביט עליו משם וראתה זורק בו חצים ולא העלימה עין ממנו עד תום המלחמה ואח"כ הלכה אל מקום המלחמה ומצאה זה בעלה שראתה בחיים זורק בו חצים זה שהי' מת וקברתיו דבזה א"צ להכרה דט"ע אחר המיתה ואז נאמנת עכ"ל. מבואר להדיא דרק בהכרה דט"ע לאחר מיתה שייך חשש בדדמי ולא בראתה מחיים וכ"מ להדיא בלשון הש"ג בעצמו ר"פ האשה שהלכה שכתב וז"ל אמרה מת בעלי במלחמה ואחר שפסקה המלחמה מצאתיו וקברתיו נראה בעיני שאינה נאמנת הואיל ולא יכלה לראות בשעת מיתתו. שמא אחר הוא וכו' עד שתאמר הכרתיו ע"י סימנים עכ"ל. משמע להדיא דאם היתה רואה אותו בשעת מיתתו ל"ח דילמא אחר הוא דהכרה דמחיים עדיפא טפי ול"ח לבדדמי לכ"ע ובפרט דבלא"ה איכא כמה חולקים על כל חשש דבדדמי בחילוף צורה עיין בישו"ש פ' הנ"ל:

ומה שלא הזכיר שם אביו, כיון שהזכיר כינוי משפחתו יודל מרקום הוי כשם אביו כמ"ש הב"ש ס"ק נ"ח בשם הרשד"ם והסכימו כן האחרונים. וגם על שם עירו אין להסתפק כיון דבא לבית האשה ושאל אם שמה חי' מרקום שהי' בעלה ברוסלאנד. וגם העיד שבעלה אמר לו שהשאיר בווארשא אמו חולנית על חולי ראק ר"ל וגם יש לו שני בנות שם בווארשא ושהוא משתוקק תמיד והאשה אומרת שהכל אמת. כל הני מילי הוי כעובדא דמהרי"ק בדוד בר' שלמה מרוסיא. וגם הרי האשה אומרת שבעלה נסע לרוסיא והי' לה

מכתבים ממנו שהוא עוסק שם עם שותפים שכ"ז מתאים לדברי העד הנ"ל. לכן נלענ"ד ברור שיכולין לסמוך ע"ז להתיר האשה הנ"ל. רק באופן שיסכימו לזה עוד שני רבנים מפורסמים ואז מצטריפנא בהדי' והשי"ת יצילנו משגיאות כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לז תק"ע.

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החו"ב וכו' מו"ה **יוסף שמעון פאללאק** נ"י ראבד"ק סאטמור יצ"ו:

יקרתו לנכון הגיעני ומחמת הטרדות שסובבוני לא יכולתי להשיבו עד כה. ובדבר המגונה א' הר' שמואל זעריקער הנה כפי עדותו של הרב ממאנאטש בשם הד"ר שטויבער העיד על שמו ושם משפחתו ושם עירו שאמר שנכתב שם בהליססוע זטריקער שאנדאר אואגארזע. וכפי הנראה שם שאנדאר הוא כינוי לשמואל בלשון אונגארן. וגם שהי' עובד בווייססמאנן פריפדער פאבריק בפעסט. וגם שהי' לו קול כקול אשה. וכפי דברי אשתו כל אלה נמצאו בבעלה א"כ ע"ז אין ספק שהוא בעלה. אך עיקר הספק בכאן שהר"ר הנ"ל שאל את הנכרים שמה ע"ז והשיבו ע"י שאלה. א"כ אין כאן מבל"ת:

ואמנם יש לצדד בזה עפי"ד התשו' מ"ב סי' ק"ט שכתב וז"ל אכן נראה דלא דמי דאלו התם כשאמרו לה אי' חברנו פשיטא שלא שאלו אלא אם הוא חי או מת. ואילו בנ"ד פשוט שלא שאלו אלא לפדיון אם נפדה או לאו והאיך נפדה אבל מיתה או הריגה מאן דכר שמי' שהרי בריא הי' כשהלך עם הנכרי. ותשובת הנכרי ג"כ מוכח הכי שהרי השיב לו מתחלה על הפדיון ואח"כ הסיח לפ"ת שנהרגו וכו'. הרי שהוכחנו יפה שבנ"ד הוי מל"ת גמור עכ"ל המ"ב. ומבואר עוד יותר בתשו' מהר"ם מלובלין סי' ק"ל באמצע התשו' שם שכתב וז"ל ועוד דלא שאל אותו על שום אדם אם מת או חי. אלא ששאל אותו אם ראה שם עוד יותר שבוים מאוסטראפאליא כמוהו. והא"י מעצמו אמר לו מקלמן זה וממיתתו מה שלא שאל אותו היהודי. וא"כ פשיטא שלא שייך כאן לומר שנתכוון הא"י להעיד על מיתת קלמן הנ"ל. ואעפ"י שכתב הר"ן וכו' דיש לנו לומר דכי היכא דכל שהתחיל לומר במל"ת אעפ"י ששאלוהו לבסוף והגיד עפ"י שאלתם נאמן. כן נאמר דכל שאומרים לו א"י פלוני וכו' מה שישיב להם מכאן ואילך אינו נידון כמסל"ת וכו'. נראה לומר שלא כתב כן הר"ן אלא היכא ששאל לו היהודי אי' פלוני כלומר אי הוא או מת והוא משיב לו מת. ואח"כ אומר הא"י דברים בעצמו בלי שאלה כך וכך הי' מיתתו אין אומרים שיהי' לאותן דברים דין מסל"ת וכו'. אבל היכא ששאלת היהודי מתחלה לא הי' כלל על אותו הענין שהגיד הא"י אח"כ לפ"ת כמו בנ"ד שהיהודי שאל את הא"י אם

לא ראה עוד שם שום אדם מאוסטראפאליע ולא שאל אותו על שום יהודי בפרט ולא על שום איש אם חי או מת וכו'. גם הר"ן יודה לזה שיש לאותם דברים שהגיד הא"י אח"כ ממיתת האיש קלמן דין מסל"ת וכו' עכת"ד. ומסיים שם אח"כ וגם לא שאל כלל על שום מיתה והריגה נראה דפשיטא ופשיטא דזה הוי מסל"ת לכל הדיעות וכו'. עכ"ל המהר"ם מלובלין:

הרי מבואר מדבריהם דכל שלא שאל כלל מתחלה על היהודי אם חי או מת הוי מסל"ת. ועיין בתשו' פנ"י ח"ב סי' נ"ח (דמ"א ע"א) הביא ג"כ הרבה תשובות דבכה"ג הוי מסל"ת עיי"ש. וא"כ בנ"ד דבשעה ששאל הד"ר את הנכרי לא עלה אז על דעתו כלל ממיתה רק שאל להוואכע שיאמר לו למי ציערו כל הלילה כמבואר בהגב"ע. והנכרי השיב לו שהביא יהודי אחד ושמו זמריקא וכו' וציערו אותו כל הלילה. ולמחר אסרו אותו לסוס אחד והרדיפוהו דרך היער וקברו אותו שם בחייו. א"כ כל הסיפור ממיתתו לא הי' תשובה כלל על שאלתו שהוא שאל רק למי ציערו כל הלילה. א"כ לפי"ד המ"ב והמהר"ם מלובלין הנ"ל הוי מסל"ת גמור. ואין לפקפק ולומר דהא מ"מ מה שהעידו על שמו ושם עירו הי' ע"י שאלה דהא שאל אותם למי ציערו כל הלילה. והשיבו ליהודי אחד ששמו כן וא"כ אין כאן עדות של מסל"ת על שמו ושם עירו. ז"א דהא הד"ר היהודי הנ"ל אמר שראה בעצמו בהליסטע בוואכציממער שנרשם שמו כן וא"כ כל מה שהעידו אח"כ ממיתתו הוי מל"ת לדעת המ"ב ומהר"ם מלובלין הנ"ל. ולכאורה יש לחוש דילמא הישראל הד"ר הנ"ל אחר שאמרו לו שם היהודי אולי שאל להם אח"כ מה נעשה ממנו אם הרגו אותו או לאו וע"ז השיבו שנהרג ושוב לא הוי מסל"ת. ז"א דהא כתב הב"ש בסק"א דלחשש שאינו רגל"ד לא חיישינן. אלא דזה הוא רגיל ששואלין ומשיבין. אבל כאן דמה ששאלו מתחלה לא איכפת לן כמש"ל כיון דלא שאל אם חי או מת וא"כ ממילא רגיל יותר שיספר לו אח"כ הכל בלי שום שאלה חדשה ואין לנו לחוש דילמא שאל. ול"מ לדעת הט"ז סקי"ז בשם כתבי מהרי"א דגם ישראל שהעיד ששמע מכותי ל"ח דילמא העכו"ם לא הי' מסל"ת וודאי דגם כאן ל"ח אלא אף לדעת המ"ב שהביא הב"ש בסקנ"א דבישראל ששמע מכותי חיישינן דילמא שאלו היינו כמ"ש הב"ש בסק"מ הנ"ל דרגיל לשאלו. אבל כאן דכבר שאלו אלא דהשאלה הזאת לא איכפת לן שוב אין שום רגל"ד ששאלו מחדש כמש"ל ושפיר י"ל דכ"ע מודו בהא להט"ז דל"ח דילמא שאלו מחדש:

ואולם אף דכל הנ"ל אינו ברור אם זה מקרי מסל"ת כיון דהי' מתחלה ע"י שאלה דיש בזה סתירות הרבה בתשובות מ"מ נ"ל דעכ"פ מידי ספק מל"ת לא נפיק. והט"ז סקט"ו הובא בב"ש סקמ"ט כתב דבס' מל"ת ואיכא אומדנות מוכיחות שמת סומכין להקל

וגם וודאי אינו מסל"ת ואיכא הרבה אומדנות המוכיחות שמת סומכין להקל כמ"ש במהרי"א בסי' קל"ט ובנטע שעשועים סי' ע"ט בסוף התשובה שם מביא כן גם בשם המרדכי והמבי"ט דבאומדנות מוכיחות סמכינן גם אעכו"ם שאינו מסל"ת. וזה כעין דעת הנוב"י. ואף דהחת"ס חולק עליו כבר הארכתי בזה בתשו' אחת דממהרי"א הנ"ל מוכח להדיא כדעת הנוב"י ואף שהבאתי שם בשם הרדב"ז תשו' תקכ"ו שחולק על המהרי"א מ"מ בספק מל"ת וודאי יכולין לסמוך על הט"ז דמתיר. וכאן ליכא אומדנא גדולה יותר מזה. שזה יותר מעשר שנים שנאבד זכרו וידעינן דהי' במקום סכנה דהא הדיר היהודי שמע מחדש השני איך הי' מייסרין אותו וראה אח"כ בוואכצימער נרשם שמו ושם עירו וגם בקולו הי' ניכר קצת שזה בעל האשה. ואז הי' שכיח סכנתא טובא כנודע שאז נהרגו כמה מאלו שהי' חושדין אותם בקאמוניסטען בלי שום עדים והתראה. וגם מבואר בהגב"ע דהנכרים שבכפר סיפרו מסל"ת להיהודי קרויז דעזשע ולעוד כמה יהודים שראו שעינו יהודי וקברוהו שם. ואף שהם לא ידעו מי הוא היהודי מ"מ כיון דהרופא יהודי הנ"ל יודע שבעל האשה הי' שם ועינו אותו כל הלילה ולמחרת לא ראה אותו שם והי' נכתב שם שהוליכוהו לקאנפראנטירען והי' נשמע מהשומרים שהוליכוהו להיער ואח"כ נשמע מערלים אחרים מסל"ת שראו איך עינו יהודי אחד וקברוהו שם א"כ אומדנא דמוכח טובא שזהו אותו היהודי שהוליכוהו מכפר שאשד הנ"ל ששפיר יכולין לסמוך על השומרים והאסיר שהי' שם שאמרו ששמעו חפי הבעלי מלחמה שקברו האיש זעריקיער שם אף אם נאמר שהם ספק מסל"ת כדעת הט"ז הנ"ל:

והנה בגב"ע נכתב שהנכרים שבכפר סיפרו שראו שעינו יהודי ביער אצל קיש-האימאש וקברו אותו שם. ואם ידוע שהיער שבכפר שאשד ששם הי' הבית אסורים שאמרו השומרים שמשם הוליכוהו להיער שאם הדרך מיער הנ"ל מוליך ג"כ להיער שאצל קיש-האימאש שאמרו הנכרים מהכפר שראו ששם קברוהו. יש מקום בלא"ה להתיר עפי"ד המבי"ט והמהרי"ו שהביא הש"ש ש"ז פי"ז וי"ט דאם מוצאים הרוג בדרך שאנו יודעין שבעל האשה הלך באותו דרך אמרינן דוודאי הוא נהרג משום דהוא וודאי הלך שם ומאחר לא ידעינן אמרינן אין ס' מוציא מידי וודאי עיי"ש. אלא דהש"ש הצריך שלא יהי' שיירות מצויות וכאן וודאי נראה דלא הי' שיירות מצויות באותו היער דהא נראה בעליל שרצו לעשות במחשך מעשיהם שלא יהי' נתפרסם לכל דאל"כ הי' הורגין אותו שם במקומו בהמאסר הנ"ל. וא"כ לדבריהם יש להתיר עי"ז לבד האשה הנ"ל. ועכ"פ חזי לאיצטרופי לסניף להנ"ל. ואף דעל זה שהוליכוהו להיער ליכא עדות ישראל רק השומרים הנ"ל שהשיבו ע"י שאלה דיש חשש שאין להם דין מסל"ת כמש"ל מ"מ

נראה דבר חדש דע"ז סגי גם עדות שע"י שאלה עפי"ד הנתיבות סי' כ"ח סק"ז שהוכיח מדברי הרי"ף דאישתמודעינהו דאחוה דמיתנא דכל שאינו מעיד על גמר הדבר רק על ההתחלה לא הוי דבר שבערוה וגם אין לו דין ממון שיהי' צריך עדות גמורה רק כמו בכל האיסורים דסגי בע"א וקא"פ ומהני גם מפ"כ וחוץ לב"ד עיי"ש. ובט"ז יו"ד סי' צ"ח כתב דבאיסורין מהני מסל"ת גם באיסור דאורייתא. דהא דאמרינן דמסל"ת ל"מ רק בעדות אשה או באיסור דרבנן הוא רק היכא דצריך עדות כמו דשב"ע או ד"מ. אבל באיסורין סגי בהוכחה בעלמא ומסל"ת הוי הוכחה מעלייתא. ושם הוי מסל"ת גם ע"י שאלה ובלבד שלא יתכוון להתיר דרק בעדות אשה ל"מ ע"י שאלה כמבואר כ"ז באריכות בתשו' זכרון כהונה עיי"ש. וא"כ בנ"ד שמה שמעידין השומרים שהוליכוהו להיער אין מעידין בזה על גוף המיתה שהוא גמר הדבר ובזה הוי ככל האיסורין דסגי בהוכחה לבד ומהני גם מסל"ת ע"י שאלה כל שלא נתכוון להתיר. וא"כ כיון דכבר אנו מאמינים לאותם השומרים שהוליכו בעל האשה שם להיער א"כ שפיר מהני עדות הנכרים שבכפר שאמרו מסל"ת שאותו שהוליכו דרך היער נהרג ונקבר שם. ובצירוף שני העדיות אלו שפיר עלתה ארוכה להיתר האשה הנ"ל. וגם יש לצרף דברי התשב"ץ ח"א תשו' פ' דכל שיש אומדנות הרבה המוכיחות שמת אם אבד זכרו מהעולם יצאה מדאורייתא מחזקת א"א ודינה רק כמשאל"ס שרק מדרבנן חוששין. ובדרבנן מהני מסל"ת אף ע"י שאלה כמ"ש בתשו' זכרון כהונה. וה"נ דמלבד מה ששמעו מאנשי המלחמה שקברו אותו איכא אומדנות המוכיחות הרבה שמת כמש"ל וכבר אבד זכרו מהעולם יותר מי' שנים ומדאורייתא יצאה מאיסור א"א לד' התשב"ץ שפיר יכולין לסמוך על עדות הנכרים שהעידו שנקבר אף שהי' ע"י שאלה:

כ"ד ידידו דוש"ת דוד מנחם מאנישו באבד אבד"ק טארנאפאל.

סימן לח, תק"ע.

שלום תנינא אשיב לכבוד הרב החו"ב וכו' מו"ה **יוסף שמעון** נ"י **פאלאק** ראבד"ק **סאטמאר** באונגרן:

מכתבו קבלתי, והנה טרידנא עתה טובא בנשואי בתי ה"ת ולא יכולתי ליקח מועד לעיין בזה. ואמנם עתה בבוא מכתבו האחרון אמרתי לעיין בזה ככל האפשר לפי רב טרדותי. והנה אמת הדבר כי בשעה שהשבתי בראשונה לא עלה על דעתי להסתפק על כשרות העד יען כי כת"ה לא עוררני ע"ז ובכאן אומרים כי באונגארן ובאשכנז נמצא בין הירא'ם דאקטורים כשרים שומרי הדת. חשבתי שגם הוא מהם. ואפריון נמטי' להרב הגה"צ מאורשאווע שעורר בזה. ואמנם יען כי הוא מקום עיגון גדול מאד שבאם לא ע"י העד

הזה היא אבודה ח"ו לעולם כפי תוכן הענין שעשו אז במחשך כל מעשיהם. א"א שימצא לה עדות אחרת. אמרתי לחתור חתירה להמציא לה איזו היתר. ואם ייטב הדבר בעיני הרב הגה"צ הנ"ל להסכים לזה. גם אנא מצטריפנא בהדי' ואם לאו דברי יהיו בטלין כי בלעדו לא אעשה מאומה יען שהוא במקומו. ואפתח פתחא לנפשאי:

הנה בתשו' זכרון כהונה מן דף ל' עד סוף התשו' פלפל הרבה בהא דפסולי עדות מדאורייתא פסולין לעדות אשה הא באמת בכל האיסורים קיי"ל דהחשוד על הדבר דנו ומעידו דנהי דחשוד לעשות הדבר לתיאבון אבל אינו חשוד להכשיל לאחרים בדבר שהוא לא נהנה רק בממון ובכל מקום דבעינן עדות פסלתו התורה משום אל תשת רשע וכו'. אבל בעדות אשה דהאמינו קרובים ואשה ועבד דל"ב תורת עדים רק בפסולי מחמת עבירה לא האמינו משום דחיישינן למשקר ובאמת בכל האיסורים קיי"ל דדנו ומעידו ול"ח למשקר ובפרט בחשוד לד"א דקיי"ל דאינו חשוד לכה"ת וודאי קשה. וגם במנ"ח במצו' לא תענה האריך בזה ודחק למצוא טעם לזה. אמנם הז"כ הנ"ל אחר האריכות העלה דעיקר הטעם בזה משום דבפס"ט מחמת עבירה איכא לאו דאל תשת ידך וכו' דלאו זה עוברים כשמקבלים עדותו ועושים מעשה ע"פ אף אם הדבר אמת ולאו זה לא התירו חכמים גם בעדות אשה וסברא זאת מוזכרת גם בחת"ס אה"ע תשו' מ"ו ד"ה אבל עיי"ש:

ובאמת הדבר צריך תבלין דמ"ש דאיסור א"א התירו עפ"י עדות קרובים וע"א אף דמדאורייתא לא מהימני והוי א"א גמורה והבא עלי' בחנק ואפ"ה התירו חכמים משום תק"ע ומ"ש לאו דאל תשת דלא רצו חכמים להתיר:

אך אמרתי בזה תרי טעמי לשבח. חדא עפי"מ שכתבו התוס' ביבמות (פ"ח ע"א) ד"ה מתוך דאין זה עקירת דבר מה"ת מה שהאמינו חכמים ע"א. כיון שדומה הדבר הגון להאמין שבדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מה"ת. ושאלני תלמיד אחד פירוש דברי התוס' הא כתב רש"י במנחות (ד"מ ע"א) ד"ה לפי וז"ל ואי קשיא כיון דמדאורייתא חייב היכי מצי רבנן לעקור דבר מה"ת וכו' הא אותיבנה ביבמות ומשנינן דכל דבר שאמרו וכו' שב ואל תעשה וכו' וראו טעם לדבריהם אין זה עוקר דבר מה"ת וכו' עכת"ד רש"י. הרי דגם היכא דראו טעם לדבריהם אין יכולין לעקור רק בשוא"ת ולא בקו"ע ואמאי כתבו כאן התוס' שבדבר שיש קצת טעם וסמך ל"ח עוקר דבר אף בקו"ע דהא מתירין איסור בעילת א"א שהוא קו"ע. והשבתי לו דהפירוש בדברי התוס' הוא כן דוודאי היכא דבאין להתיר מה שאסרה תורה כמו שם בבגד פשתן דמה"ת חייב בציצית וחכמים עקרו ד"ת ממש זה א"י לעקור רק בשוא"ת וכן שאסור לתקוע בר"ה

שחל בשבת או ליטול לולב בשבת דבזה עוקרין ד"ת ממש זה א"י רק בשוא"ת אבל כאן דהתורה אסרה א"א שבעלה חי וחכמים נראה להם טעם הגון להאמין להעד שבעלה מת א"כ לפי דבריהם אין עוקרים דברי תורה דהם אומרים דאין זה א"א שאסרה תורה דהם אומרים שבעלה מת א"כ אין עוקרים ד"ת להדיא וזה שפיר יכולין לעשות אף בקו"ע. וכן שם (דפ"ט ע"ב) ד"ה כיון גבי קטנה דכיון דירית לה בעל קרי' ולא ענו לה הוי כמת מצוה ג"כ הוי כעין זה כיון דמה"ת מת מצוה שאין לו קוברים כהן מטמא לו א"כ בקטנה נמי אף דהיא בעיר דיש לה קוברין מ"מ כיון דנראה לחכמים דמשום דירית לה בעל לא ימצאו לה קוברים אין זה עוקר דבר מה"ת אם אמרו שמטמא לה דהם אומרים שהיא מת מצוה ומת מצוה מותר מדאורייתא לטמא לו. כנ"ל ברור פירוש דברי התוס':

ומעתה מובנים שפיר דברי הז"כ והחת"ס הנ"ל. דבשלמא מה שהתירו לינשא עפ"י עדות קרובים או ע"א ליכא איסור רק אם הדבר שקר שבעלה חי. אבל אם האמת כדבריהם שבעלה מת ליכא איסורא כלל. שפיר כיון שנראה לחכמים להאמין להם שמת אין עוקרין דבר מה"ת. אבל בפס"ע מחמת עבירה דאיכא לאו דא"ת ידך עם רשע אף אם הדבר אמת כמ"ש הז"כ א"כ כשנקבל עדותן עוקרין ד"ת ממש בקו"ע. וזה אין בכח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקו"ע ונכונים שפיר דברי הז"כ והחת"ס הנ"ל:

אמנם טעם זה נכון רק לדברי הסוברים דצריך ב"ד להיתר עגונה והוי דין ממש לכל דבר כדעת הרמ"א בסי' י"ז סל"ט וצריך להגיד עדותן לפני ב"ד דווקא עיי"ש בב"ש ס"ק קכ"ד. א"כ שפיר י"ל דהב"ד א"י לעשות מעשה עפ"י עד פסול משום א"ת רשע וכו'. אבל לדברי הח"מ שם סקע"ח שהאריך להוכיח דהיתר עגונה הוא ככל הוראת איסור והיתר שיכול להורות לעצמו. וא"צ קבלת עדות בב"ד כלל. וא"כ כיון דקיי"ל דבכל האיסורים החשוד בדבר דנו ומעידו משום דל"ב תורת עדות כלל. ל"ש א"ת רשע עד כמ"ש הז"כ הנ"ל שם בעצמו. א"כ לדבריו הדק"ל אמאי פס"ע מחמת עבירה פסולים לעדות אשה יותר מלשאר איסורין:

אמנם י"ל דהנה לכאורה י"ל דהא גופא אם צריך כ"ד או לאו תליא בתרי טעמי דהתירו חכמים עפ"י ע"א וקרובים. דאם נאמר דטעמא משום דאפקעינהו רבנן לקידושין כדברי רש"י בשבת. א"כ אין זה דבר שבערוה לומר דבעינן עדות כמו בממון. דהא חכמים הפקיעו הקידושין למפרע משום דאדעתא דרבנן מקדש ולא היתה א"א מעולם. א"כ כיון דנראה לחכמים טעם בדבר להפקיע הקידושין משום דיבורו של העד או הקרוב. א"צ כלל ב"ד לזה. ודינו ככל איסורין שבתורה כס' הח"מ הנ"ל. אך לטעם התוס' הנ"ל דאין הטעם משום אפקעינהו וכו' רק דיש כח ביד חכמים לעקור ד"ת ולהאמין ע"א משום

דנראה להם שהוא אומר אמת. אבל אין מפקיעין הקידושין ומתירין א"א שהוא דבר שבערוה עפ"י עדותו. ואף דבדבר שבערוה בעינן שנים. מ"מ כיון דנראה להם שהוא אומר אמת הוי כאלו ראו שמת דבזה אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי' דמ"מ יש לזה דין עדות ודין ב"ד דקיי"ל ב"ד שראו החודש בלילה צריך להעיד לפניהם מחדש ביום. דאין קבלת עדות בלילה. ואם ראו ביום אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי'. ש"מ דמה שדנין עפ"י ראי' הוי כקבלת עדות ממש וא"כ שפיר יש לזה דין עדות וצריך ב"ד של ג' ולכך גם אם יש להם הידיעה הזאת עפ"י פס"ע מחמת עבירה עוברים משום א"ת רשע עד. אלא דאכתי לפי טעם דאפקעינהו הי' צריך להיות גם פס"ע מחמת עבירה נאמנים כמו בכל האיסורים רק דנראה דהני תרתי טעמי צריכי להדדי משום דיש להבין ל"ל להתוס' ביבמות הנ"ל לדחוק ולומר דיכולין חכמים לעקור דבר תורה בכה"ג ואמאי לא קאמרי בפשיטות הטעם משום אפקעינהו כדקאמר הש"ס בכמה דוכתי. אך צ"ל עפי"מ שכתבו התוס' שם (ד"צ ע"א) ד"ה אזיל לענין תרומה דכיון דלא פשע הכהן א"י להפקיר ממונו. א"כ ה"נ בכל דוכתי ל"א אפקעינהו רק היכא דהסיבה בא ע"י מעשה הבעל. אבל הכא שמא הבעל עדיין חי א"כ מאי פשע שיפקיעו ממנו שיעבודו על האשה. וא"כ לכך צריכין לומר הטעם דנראה לחכמים להאמין להעד אף שמה"ת אינו נאמן. ויכולים חכמים לעקור ד"ת ולהאמין להעד אף בלא הפקעת הקידושין. אלא דרש"י בא להוסיף דהא קיי"ל דכל דמצי לעשות בהיתר מהדרינן בתר היתרא. א"כ אין צורך לחכמים לעקור ד"ת דהא יכולין לעשות בהיתר ולהפקיע הקידושין למפרע משום דאדעתא דרבנן מקדש ול"ש לומר דמה פשע שיפקיעו ממנו הקידושין. דז"א דאף בלא הפקעת הקידושין כבר נראה לחכמים להאמין שכבר מת ומותרת לעלמא. ואם לא הי' אפשר להפקיע הקידושין הי' ג"כ מתירין אותה וא"כ מאי איכפת אם נעשה בהיתר יותר לצאת גם ד"ת ולהפקיע הקידושין למפרע:

וארווחנא בזה ליישב מה דקשיא לי תמיד מאי מהני טעמא דאפקעינהו הא קיי"ל דאם בא הבעל תצא מזה ומזה והוולד ממזר ובע"כ דלא הפקיעו רק על תנאי אם לא יבוא הבעל כמ"ש הריטב"א במקומו. וא"כ האיך מתירין אותה לינשא. ולא חיישינן דילמא יבוא הבעל ואז לא יפקיעו הקידושין ונמצא דעוברת בכל יום על איסור א"א כדחיישינן כה"ג בקידושין לענין תרומה דילמא יבוא אבי' וימחה. וכבר אמרתי בזה תירוצים שונים. ולפי הנ"ל ג"כ ניחא דבאמת חכמים לא היו יכולין להפקיע רק על תנאי. דכיון דלא האמינו רק משום חומר שהחמרת וכו'. א"כ בע"כ היו מוכרחין לומר דאם יבוא אז אדעתא דהכי לא הפקיעו הקידושין. ובפרט לפימש"ל דלא הפקיעו לגרוע שעבודו של

בעל כיון דלא פשע. א"כ אם יבוא איגלאי דלא היו יכולין להפקיע שעבודו כיון דעדיין הוא חי ובא אח"כ לביתו ולכן לא הפקיעו רק אם לא יבוא לעולם לביתו. ואז אף דהוא תי באיזו מקום כיון דלא יבוא לביתו לא איכפת לי' בשעבודה של האשה ויכולין להפקיע הקידושין. מאי אמרת ניחוש דילמא יבוא ז"א דהא באמת כבר כתבתי דגם בלא הפקעת קידושין יכולין להתירה כדברי התוס' הנ"ל דחכמים יכולין לעקור ד"ת היכא דנראה להם טעם להאמין. רק כדי לעשות בהיתר הפקיעו הקידושין. א"כ כ"ז רק היכא דאפשר כגון אם לא יבוא לעולם. אבל היכא דלא אפשר להפקיע הקידושין בלא"ה יכולין חכמים לעקור ד"ת ולהאמין להעד שמת ובוודאי לא יבוא לעולם כמש"ל. וא"כ ניחא ג"כ שפיר הא דפס"ע מחמת עבירה פסולין לכ"ע אף לטעם דאפקעינהו דהא חיישינן דילמא יבוא הבעל. ואז אין ההיתר משום אפקעינהו רק משום נאמנות העד וא"כ איכא איסור דא"ת רשע עד. והא דא"צ ב"ד רק לקבלת העדות ולא להתירה היינו משום כיון דראו חכמי הש"ס להאמין להעד שמת ומה"ט התירוה. א"כ תפסו בבירור דלא יבוא לעולם כיון שמאמינים שמת ואם לא יבוא לעולם אז וודאי אפקעינהו כמש"ל. וא"כ א"צ ב"ד כלל כיון דאין מתירין דבר שבערוה לדעתם ודו"ק:

ומעתה יש למצוא היתר בנ"ד כיון דהוכחתי דלטעם אפקעינהו היו כשרים גם פס"ע כמו בכל האיסורים רק כתבתי דחכמים לא היו מפקיעים הקידושין אם לא שיש להם טעם להאמין שמת. משום דאם הוא חי מאי פשע דליפקעינהו לקידושין מיני'. ובנ"ד שכבר עבר עשר שנים שנאבד זכרו ולא נשמע ממנו מאומה דכבר רצה החת"ס לומר דבזה"ז שיש באהנען ופאסטען וטעלעגראפען אין שום סברא לומר שהוא חי באיזה מקים ולא בא או לא הודיע לביתו אך עיקר החשש דילמא עיניו נתן באחרת ובגד באשתו ועשה בכוונה שלא ידעו מקומו. כמו ששכיח זה בעוה"ר. א"כ הרי הוא מורד באשתו דהי' מן הדין לכוף אותו להוציא. בוודאי אין שייך ס' התוס' דמאי פשע דלפקעינהו דוודאי פשע ופשע. וא"כ סגי בטעם דאפקעינהו לחוד וא"צ עדות כמו דבר שבערוה רק כמו בכל האיסורין שבתורה דפס"ע מחמת עבירה ג"כ נאמנים. ואף לטעם שכתבתי לעיל דחיישינן לשמא יבוא הבעל ואז ליכא הפקעת קידושין. מ"מ הנה כבר הוכחתי בתשו' אחת דבכה"ג שאבד זכרו זה זמן רב ל"ח שמא יבוא. משום דהוי קשיא לי הא דחייש הש"ס בקידושין שמא יבוא האב. הא כתבו התוס' במכות (דט"ו ע"ב) ד"ה במאי דמש"ה ל"ח שמא ישאל על נדרו דלעולם מוקמינן לי' אחזקתו כמו שהוא עומד עתה ול"ח שמא יעשה מעשה ה"נ אמאי חיישינן שמא יבוא האב. אך באמת לק"מ דשם כיון דבשעה שנודר וודאי דעתו שלא ישאל עליו. דאל"כ לא הי' נודר א"ע ל"ח שמא ישתנה דעתו

דמוקמינן לי' בחזקתו שהוא עומד עכשיו. וכמ"ש התוס' שם אח"כ בד"ה ועבר היום די"ל שלא ישאל כאשר אינו נשאל עכשיו. ואין דרך בנ"א לשנות דעתם. אבל בהלך אבי' למדה"י אטו ידעינן דהלך ע"מ שלא לחזור. דילמא מתחלה הי' דעתו לחזור ושפיר חיישינן שמא יבוא. אבל בנ"ד דעבר כמה שנים שאבד זכרו דאין לנו לחשוב. רק דבכוונה מעלים מקומו משום שאינו רוצה לחזור לאשתו א"כ מוקמינן לי' בחזקתו שהוא עומד עכשיו דוודאי לא יחזור לעולם ושפיר יכולין חכמים להפקיע קידושין. וא"כ אין כאן דבר שבערוה שיהי' צריך תורת עדות ולכך גם פס"ע מחמת עבירה נאמנים. כן אפשר לצדד ולפתוח פתחא דהיתרא להאי איתתא:

ועוד אפשר לומר עפי"ד זכרון כהונה הנ"ל שהאריך שם להוכיח דבמשאל"ס כיון דהוי רק דרבנן גם פס"ע מחמת עבירה נאמנים. וידוע דברי התשב"ץ ח"א תשו' פ' שכתב דהיכא דאיכא אומדנות דמוכח שמת כגון שיצא ולא חזר ואבד זכרו ואיכא אומדנות רמת יצאה מדאורייתא מאיסור א"א. ורק משום חומרא דא"א החמירו כמו משאל"ס עיי"ש. וכבר השתמשו בס' התשב"ץ הזאת גדולי דורינו בעת המלחמה הזאת והארכתי בזה במק"א. וא"כ בנ"ד שיצא קודם ר"ה מביתו לחזור תיכף ולא חזר ונאבד זכרו מאז זה עשר שנים. ואז היתה העת מסוכנת כנודע לכל. ואיכא בזה לבד אומדנות מוכיחות שאינו בעולם עוד. ובפרט לפי עדות הד"ר שלדבריו ייסרו אותו קרוב למיתה והוליכוהו לדונו ונאבד זכרו מני אז. וידוע דאז כל שנחשד לקאמוניסט דנו אותו במיתה תיכף כנודע מכמה וכמה מעשיות. ואף אם נאמר דהד"ר הוא מפס"ב מחמת עבירה מ"מ כבר הבאתי בתשו' הראשונה דברי הנתיבות סי' כ"ח דכל שפסולים מחמת גזיה"כ אינם פסולים רק אם מעידים על גמר הדבר. וכאן הוא אינו מעיד רק על שייסרו אותו והוליכוהו לדונו. ואז לא הי' עדיין גמר עדות. רק עכשיו שנאבד זכרו אח"כ כמה שנים מזה איכא האומדנא דמת כמבואר בתשב"ץ הנ"ל. אבל הד"ר לא העיד ע"ז. ועל תחילת העדות ליכא איסור דא"ת רשע עד כיון שאינו מעיד על גמר דבר כס' הנתיבות הנ"ל. וראוי הוא לסמוך על דבריו אף שלא במקום עיגון באופן שמדאורייתא כבר יצאה מאיסור א"א. וליכא רק איסור דרבנן. ומדרבנן שוב נאמן מה שהעיד ששמע מפי השומרים מסל"ת שקברוהו שם דע"ז גם פס"ע מחמת עבירה נאמנים לדעת הז"כ הנ"ל כיון דל"ה רק דרבנן וגם איכא עדות הנכרים שבכפר שסיפרו שראו שעינו יהודי ביער אצל קיש האימאש וקברו אותו שם שכתבתי בתשו' הראשונה שלדעת המבי"ט ומהרי"ו שמביא הש"ש ש"ז פי"ז וי"ט יש סניף להתיר ואין מהצורך לכפול הדברים:

וגם י"ל עוד טעם להא דפס"ע מחמת עבירה אין נאמנים לעדות אשה. משום דעיקר מה שהאמינו ע"א ואשה וקרובים הוא משום מדעל"ג כדקיי"ל לפסק הלכה לענין ע"א במלחמה עיין בב"ש ס"ק קמ"ג. וא"כ י"ל דקי"ל לחכמים דמדעל"ג לא משקרי הוא רק באיש שיש לו בושה שלא לחטוא בוש ג"כ לומר דבר שיתגלה שקרו. אבל מי שעובר עבירות ואינו בוש מבנ"א ל"ש גבי' מדעל"ג לא משקרי. וא"כ י"ל דאדרבא אלו הפושעים שבזמנינו שנעשה להם הדבר כהיתר ואומרים שבשביל פרנסה מותר הכל וזה מחמת הלימודים החיצוניים והתערבותם בין העכו"ם שגרם להם כפירה שלא להאמין בדברי חז"ל וד"ת. אבל לעולם הם אנשי נימוס ואנשי בושה. דהיינו בדבר שמודים שהוא חטא ועוול בזה יש להם בושה כשאר אנשים. וי"ל דשפיר שייך בהו לומר מדעל"ג לא משקרי. דוודאי יבוש לומר דבר שיתגלה שקרו ברבים וזה קרוב ג"כ לדברי הגאון מהר"י עטלינגער בתשו' בנין ציון שהביא כת"ה במכתבו שפושעים שבזמנינו המה כאומר מותר. והנה בנ"ד לדעתי נכון לחקור עוה"פ אצל הרב ממאגאטש איך הי' המעשה עם הד"ר כי לפי תוכן הגב"ע יוכל להיות שהד"ר סיפר בעצמו בעיר בעת בואו לביתו מענין היהודי שראה ושמע. דלולי זאת מנין עלה ע"ד הרב לשאול את הד"ר ע"ז. ובוודאי נראה כי הד"ר סיפר קודם לזה בין האנשים מכל הענין כי בוודאי דבר מוזר כזה דרך אנשים לספר לכל. ואם הי' הדבר כן כיון שהתחיל לספר במסל"ת. אז אף אם שאלו אותו אח"כ לזמן מרובה דעת המ"ב בשם מהרא"ם וב"ז הובא בב"ש סקמ"א דהוי מסל"ת. ואף דבקו"ע אות ס"ג ופ"ב מסתפק הריב"ל היכא דנתכוון אח"כ להתיר אם אמרינן הוכיח סופו על תחילתו. וכאן בשעה שהעיד אח"כ לפני הרב וודאי נתכוון להתיר. מ"מ חדא עכ"פ כיון דספק הוי הרי ידוע דברי הט"ז הובא בב"ש סקמ"ט דבספק מל"ת ואיכא אומדנות מוכיחות מתירין לכ"ע. ובנ"ד איכא אומדנות דמוכיחות טובא וגם זה נראה לפי הענין אם אפשר לומר הוכיח סופו על תחילתו דבוודאי היכא דסיפר זה לפני איזו שנים מעשה שראה במאסר, ולא הי' ידוע לו אז מהאשה כלל. ל"ש לומר דכיוון אז להתיר:

ואמנם הרי יוכל להיות ג"כ דהוא לא סיפר כלל מעולם לשום אדם מזה. רק עתה שבוודאי הכריז הרב ממאנאטש עפ"י בקשת האשה אם יודע איזה איש מבעלה הכריז שם בעלה. ואז בא הד"ר והעיד וא"כ לא הוי מסל"ת כלל. ולכן טוב לכתוב תיכף להרב ממאגאטש ולשאלו ע"ז. ואז יהי' מקום יותר להתיר. והנה מעת התחלתי לכתוב מכתבי זה הי' כמה סיבות שהוכרחתי להפסיק בין הפרקים. וגם עתה אינני מסיים עדיין רק יאבה לעשות כהנ"ל ולכתוב תיכף להרב ממאנאטש ולשאלו על גופא דעובדא ולהודיעני תשובתו ואז אדע מה להשיבו אי"ה:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן לט, תק"ע.

כוח"ט לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי וכו' כש"ת מו"ה **שמעון הדאלאך** נ"י ראבד"ק **דאלינא**:

מכתבו ע"ד העגונה לנכון קבלתי. והנה מה דפשיטא לי' לכת"ה דמה שלקח מעליו הקאפסעל הוי כהזזה. מספקא לי' להח"מ בסי' י"ז ס"ק ק"ח בתשו' שם שכתב וז"ל ומה שלקחה הפרטשילה מראשו מאן לימא לן דזה הוי כמו הזזה עיי"ש. וגם כפי שנכתב בהגב"ע שראה שנפצע ואח"כ מת באותו יום וראה אותו לאחר מותו. הנה אין משמעות הגב"ע שלא זז ממנו משעה שראהו שנפצע עד שמת. אלא שראה אותו אח"כ אחר מותו. ובע"כ דהכיר אותו בטב"ע שזה הוא. א"כ לפי דעת הש"ג הובא בד"מ סקמ"ה ובבית מאיר סל"ג וסמ"ט דמלחמה דינו כמו משאל"ס. דלא סמכינן אט"ע לחוד מחשש בדדמי של חילוף צורה עיי"ש. א"כ גם כאן ל"מ ט"ע. וגם י"ל דאותו שראה מת דילמא מת זה ג"י דנשתנה צורתו. עיין בח"מ סקמ"ז מה שהביא שם שהמ"ב טעה בזה עיי"ש. וא"כ לכאורה אין פשוט כ"כ היתר האשה הזאת:

ואמנם עכ"ז לדינא נלע"ד ג"כ להתיר האשה הזאת מכבלי העיגון, דלענין חשש קברתיו אף אם נאמר דלקיחת הקאפסעל ממנו לא הוי כהזזה. מ"מ מהני מה שהפיאניטער לקחו אותו בפניו וטלטלוהו לקוברו וכמ"ש כת"ה וכמבואר להדיא בתשו' הריב"ש שהביא הב"י שכתב וז"ל או שהוא לא נתעסק אלא שמעיד שנתעסקו בו אחרים לפניו בהא סגי. דהשתא ליכא למיחש למידי עיי"ש. וכ"מ בתשו' הר"ן שהביא שם אח"כ שהביא מהא דאסקינהו קמן וחזינוה וכו' עיי"ש:

ולענין החשש של בדדמי של חילוף צורה להש"ג הנ"ל הנה הא מבואר שם בש"ס דגם במשאל"ס מהני ט"ע עם סימנים ואף סימנים שאינם מובהקים כמבואר בב"ש סקפ"ז. וא"כ כאן הקאפסעל שנכתב שמו עליו שלקח מעליו זה גופה הוי סימן. ואף דחיישינן לשאלה דילמא השאיל בגדיו לאחרים מ"מ חדא דזה הוי ככיס וארנקי דלא מושלי אינשי כמ"ש האחרונים לענין פאסם. ועוד דחשש שאלה משוי לי' רק לסימן שאינו מובהק כמ"ש הב"ש סקס"ט ובפרט בכלים דלא מושלי עיי"ש. וכאן דסגי בסימן שאינו מובהק בצירוף עם הט"ע מהני גם סימן הקאפסעל הנ"ל. ובפרט דגון דינו של הש"ג דבמלחמה ל"מ ט"ע אינו מובא בש"ע כלל. ובב"ש סקצ"ט מוכח להיפך כמ"ש הב"מ שם. וכבר הארכתי בזה בתשו':

ולענין החשש של ג' ימים הנה בספק ג' ימים הרבה מקילין כמ"ש הח"מ סקמ"ז בשם המהר"א ששון ומהריב"ל דיצא מפי האחרונים להקל בספק ג"י וכאן איכא עוד טעמא למעליותא. כיון דעכ"פ ראה מקודם שבעל האשה נפצע שם. א"כ אם מצאו אח"כ מת שם אמרינן זהו שאבד זהו שנמצא כמ"ש הנוב"י בתשו' מ"ו בענין צלוב. וגם כיון דאיכא סימן מהקאפסעל כבר ידוע דברי הח"צ תשו' קל"ד דסימן אמצעי עדיף מיב"ס וביב"ש כתב הח"מ סקל"ח דהיכא דידוע דיב"ש הלך בדרך זה ויב"ש אחר לא ידעינן שהלך בדרך זה מתירין אף בשיירות מצויות. וא"כ ה"נ כיון דסימן כיב"ש דמי ל"ח לאחר. כיון דנודע דהוא הי' באותו מקום. ואף דהח"צ כתב שם רק באין שיירות מצויות היינו משום שרוצה לומר שיהי' מותר לכ"ע גם למ"ד דחיישינן לתרי יב"ש בחדא לריעותא היינו שיירות מצויות או הוחזקו. אבל להרא"ש בפסקיו ובתשו' דמכריע דבאשה משום עגונה בעינן תרתי לריעותא ובשיירות מצויות לחוד ל"ח לתרי יב"ש. ה"נ כיון דסימן כיב"ש דמי אף בשיירות מצויות ל"ח דילמא עוד אחד הי' שם עם אותו סימן. וגם איכא לצרופי דעת התשו' פנ"י בתק"ע תשו' נ"ד ונ"ו שהאריך דהיכא דידעינן דבעל האשה הלך באותו הדרך ומאיש אחר לא ידעינן מותרת לדעת הרמב"ן והנמוק"י משום כנכ"ה. כמו דל"ח שמא פינן. ה"נ ל"ח דילמא בעלה הלך משם למקום אחר ואיש אחר בא לכאן. ורוצה להתיר שם אף בהוחזקו ב' יב"ש ושכיחי שיירתא עיי"ש. והארכתי בתשו' בדברי הפנ"י האלו. ולכן מכל הלין טעמי מסכים גם אנכי להתיר האשה הזאת מכבלי העיגון. אך באופן שיצטרף עוד אחד מהרבנים המובהקים אתנו להיתרא. אז יושיב ב"ד של ג' להתירה:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מ, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הגדול החריף ובקי משנתו זך ונקי איש האשכולות וכו' כש"ת מו"ה **גדלי'** נ"י אבד"ק **זבאראז** יצ"ו:

יקרתו לנכון הגיעני בעת דהוי טרידנא טובא במילי דפסחא ולא יכולתי אף לעיין בו. ובמועד לאו זמן כתיבה לכל הוא ונשארה תשובתו עד כה. והנה אשר יתפלא כתה"ר על הפקירות בענין סידור קידושין אשר ישתרר פ"ק גם בעיני יפלא ומה אעשה ואין בידי לתקן כי היא מחלה נושנת. ועכ"ז קראתי לפני את המסדר קידושין והראיתי לו מכתב כתה"ר ונתן כמה אמתלאות לדבריו שאין האשם בו. וגם הביא לפני את הבעל האשה. ואמרתי לו שתסע לע"ע האשה לביתו עד שיצא היתרה לאור ולא אבה שמוע באומרו כי כתה"ר השמיט אותה הרבה. ולקחה מילים מפי כתה"ר כי אין פקפוק וספק בדבר שבוודאי יתיר אותה ולכן שפטה בדעתה כי אך מילתא יתירתא וחומרא בעלמא היא

להמתין על ההיתר. ואיתרמי לה שידוך שהמדובר לא חפץ להמתין ועמדה ונישאת. ועתה לא יניח אותה להפרד מאצלו בשום אופן והוא איננו גברא שיציית דתה"ק. ולא יכולתי לעשות מאומה:

ובגוף ההיתר הנה אשר יפלפל כתה"ר בדין עמפ"ע שלא העיד ממי שמע. מי יבוא אחר המלך הוא הרמ"א שפסק בפשיטות בסי' י"ז סעיף ה' שכשר ואף הש"ג שהביא הב"ש שם בס"ק ט"ז חושש רק דילמא שמע ממי שאינו ראוי להעיד אבל בנ"ד שהעיד בשם ישראל רק שלא הזכיר שמו לית דחש לה. איברא דבנ"ד יש לפקפק בדבר דהנה כבר העירותי בתשובה אחת. בע"א במלחמה אמאי יועיל עמפ"ע לפמ"ש הנוב"י מהדו"ק סי' ל"ג בביאור שיטת הרמב"ם דע"א נאמן משום מילתא דעל"ג. אבל עמפ"ע לא הוי מילתא דעל"ג שלא יתברר שקרו שיוכל להכחישו ולומר ששמע מפיו עיי"ש. וא"כ הא איבעיא לן ע"א במלחמה אם נאמן. עיין בש"ס יבמות (דקט"ו) דהאיבעיא הוא אם נאמנות העד הוא משום מילתא דעל"ג ונאמן גם במלחמה או משום דדייקא ומינסבא ובמלחמה לא דייקא. עיי"ש בש"ס ואנן קיי"ל לקולא דע"א נאמן במלחמה היכא דאמר קברתיו ובע"כ הטעם משום מילתא דעל"ג כמ"ש הב"ש ס"ק קמ"ג וא"כ כיון שכתב הנוב"י דעמפ"ע לא הוי מילתא דעל"ג א"כ מנלן באמת דבמלחמה בעולם מהני עמפ"ע. ויגעתי ומצאתי אח"כ בתשב"ץ ח"א סי' פ"ב ופ"ג שכפל ושלש דלשיטת הרמב"ם עמפ"ע לא מהני במלחמה עיי"ש בסי' פ"ב שכתב וז"ל ונ"מ דכל היכא דעמפ"ע או שפחה ופי' כגון משאל"ס ומלחמה שאינם נאמנים להתירה וכ"כ עוד יותר להדיא בסי' פ"ג (בדף מ"ז ע"ג) אבל בע"א במלחמה דטעמא דדייקא ליתא ומיבעיא לן אי מהימן וכו' ובעמפ"ע דאיכא למיחש לשקר היכא דאיכא למימר דדייקא מהימן ובמלחמה דלא דייקא לא מהימן עיי"ש בדבריו. ואף דלדינא חלילה לנו לחוש לדברי הרשב"ץ דנראה דיחידאי הוא ולא לישתמיט לשום חד מהפוסקים ולבעלי הש"ע לחלק בזה דבמשאל"ס ומלחמה לא יועיל עמפ"ע ואדרבא מבואר במקומות אין מספר להיפך ויש הרבה דיעות דעמפ"ע עדיף דא"צ לומר קברתיו עיין בק"ע אות ח' ואות רע"ד ור"פ ורפ"א ורצ"א ומקומות עצמו מספר ובתשו' מהר"ם אלשקר סי' קי"ג הביא דברי הרשב"ץ בחילוקו דעמפ"ע לא הוי מילתא דעל"ג שפיר דיכול להשתמט ואפ"ה כתב בפשיטות דמדרבנן מהני. אף דאיירי שם ג"כ במים דכמלחמה דמי ולא הביא כלל סוף דברי התשב"ץ דבמים ומלחמה לא יועיל עמפ"ע אף מדרבנן משמע דלית דחש לה כלל. והטעם נ"ל דנהי דעמפ"ע לא הוי כ"כ מדעל"ג חזק כמו העד עצמו. מ"מ מידי מדעל"ג לא נפיק דהא ירא לבדות מלבו דילמא יבוא אותו האחר ויכחישנו ומ"ש התשב"ץ והנוב"י דיכול להשתמט ולומר

שהראשון משקר מ"מ הרי מבואר להדיא בש"ס בכורות (דל"ו) דאם אמר לקחתי מאיש פלוני נאמן דהוי מדלע"ג עיי"ש. ואף למאי דמחלק הש"ס דהתם איכא תובע. ה"נ אין לך תובע גדול מזה אם יבוא הבעל לביתו וירצה להחזיר את אשתו ויתברר שקרותו. וכמו דל"ח שם דיכחיש אח"כ את הראשון בפניו ויאמר שלקח ממנו ה"נ אין לנו לחוש דישתמיט ויכחיש את הראשון דלא חציף איניש לשקר בפניו. וא"כ נהי דנתפוס כדברי התשב"ץ והנוב"י בשיטת הרמב"ם דמדאורייתא אינו נאמן רק העד עצמו. ועמפ"ע לא הוי רק דרבנן. היינו דמדאורייתא בעינן כ"כ חזקה דעל"ג שלא יוכל להשתמט כלל בשום אופן אבל עכ"פ מדרבנן גם עמפ"ע מהני דהוי עכ"פ מילתא דעל"ג זוטא. וא"כ נהי דע"א במלחמה רק מטעם מדעל"ג מהימן. מ"מ מאן לימא לן דבעינן מדעל"ג רבא ולא סגי בעמפ"ע. וראי' גדולה לזה דהרי כל ע"א במלחמה לא הוי מדעל"ג כ"כ כמו ע"א בעלמא. דדילמא אינו ירא לשקר כ"כ דאומר בדדמי ס"ד דכולי האי אקטיל ואיהו פליט כמו דקאמר הש"ס לגבי האשה וכן יוכל להשתמט ולומר דחזי דמחו לי' בגירא וכו' ואף בקברתיו מכל מקום כיון שחזק בלבו שמת משקר כמ"ש הב"ש ס"ק קמ"ח וכל כה"ג ואפ"ה פשיטא לי' להש"ס דנאמן דמ"מ מידי מדעל"ג לא נפיק מדרבנן עכ"פ א"כ גם בעמפ"ע מהני מה"ט דהוי ג"כ עכ"פ מדעל"ג קצת דירא לשקר דילמא יבוא אח"כ הראשון שאומר משמו ויכחישנו כבש"ס בכורות הנ"ל. וא"כ כ"ז כשמזכיר שם העד הראשון אבל אם אינו מזכיר ממי שמע נהי דבעלמא מהני מטעם דייקא וכו' אבל במלחמה דלא דייקא ומהימן רק מטעם מדעל"ג וכאן לא הוי מדעל"ג כלל. כיון דאין כאן מי שיכחישנו. לכאורה בכאן סברת התשב"ץ חזקה היא דלא יועיל עמפ"ע במלחמה כה"ג:

ומ"מ נראה כיון דלא אשתמיט בשום פוסקים לחלק בזה ואדרבא משמע מסתימת דבריהם דאין לחלק בכך. וכפי דברי השארית יוסף שהביא כתה"ר דמדמה היכא דלא הזכיר שם הראשון למעיד מפי שפחה דאינו ג"כ בהכחשה. והרי משמע בכמה מקומות דגם במים ומלחמה מהני עד מפי עכו"ם מסל"ת עיין בקו"ע אות מ"א ואות רצ"ג לענין קברתיו ועיין בתשו' מבי"ט סי' מ"ט. וא"כ כיון דמפי עכו"ם מהני אף דאינו ירא שיכחישנו דוודאי נאמין לו יותר מלעכו"ם א"כ ה"נ בלא הזכיר שם הראשון כמ"ש הש"י הנ"ל. ודעת התשב"ץ יחידאי הוא וכבר ידוע דלדיעה שלא הובא בש"ע ל"ת אף לענין קום לי. וטעם הדבר נ"ל דגם זה הוי מדעל"ג דכיון דאם יבוא הבעל יתברר שקרותו. נהי דהוא יוכל להשתמט ולומר ששמע כן מפי אחר. מ"מ בעיני העולם יהי' מוחזק לשקרן ויאמרו הרוצה לשקר ירחיק וכו'. וגם כיון דידוע דלא חיישינן אף בעכו"ם שיתכוון

להכשיל בחנם. וא"כ אם נרצה לחשוד אותו שמשקר בע"כ יש לו איזו הנאה מזה או שרוצה לעשות טובה להאשה. א"כ שפיר אמרינן כיון דאם יבוא הבעל ויתברר ששקר הדבר לא הועיל כלום בעדותו ואדרבא גרם לה קלקול שתצא מזה ומזה. אין דרך האדם להעיד בכך בדבר שיתברר השקר ולא יועילו מעשיו כלל. זה הוא הפשט דמילתא דעל"ג בעדות אשה:

ונרווח בזה לישב דעת הרמב"ם שכתב טעם נאמנות ע"א משום מדעל"ג ובעגונה הקילו והשיג עליו הראב"ד דהא הטעם הוא משום דדייקא ומינסבא עיי"ש בסוף הלכות גירושין. וגם קושית הראשונים שהובא בתשב"ץ הנ"ל בסתירת הסוגיא דבר"פ האשה רבה קאמר הש"ס הטעם משום דייקא ומינסבא (ובדף קט"ו) איבעיא לי' להש"ס אם הטעם משום על"ג או משום דייקא ומינסבא עיי"ש גבי ע"א במלחמה. וכפי שיטת הרבה פוסקים איפשטא האיבעיא לקולא דמהני משום על"ג וזה נגד סתמא דהש"ס ר"פ האשה רבה הנ"ל דהטעם משום דייקא. ולפי הנ"ל י"ל דל"ק כלל דבש"ס אינו מוזכר כלל ר"פ האשה רבה הלשון דדייקא ומינסבא. רק מתוך שהחמרת עלי' בסופה הקלת בתחילתה ורש"י הוא דמפרש הטעם דמש"ה דחוששת שלא תתקלקל דייקא ומינסבא. אבל הרמב"ם י"ל דמפרש דזה הוא הטעם לנאמנות העד דלא משקר. והיינו לפי"מ שפירשו התשב"ץ והנוב"י גופי' דהרמב"ם מפרש הסוגיא גם לענין עמפ"ע דיוכל להשתמט ולהתנצל על שקרותו. מ"מ האמינו אותו חז"ל כיון דהדבר עומד להתברר. והוא העד וודאי אין כוונתו להכשיל בחנם. רק רוצה לעשות לה טובה יהי' משום איזו הנאה שיהי'. א"כ בשלמא אם לא הי' מחמירין בסופה. היינו יכולין לחשוד אותו למשקר שאינו יודע כלל. ורוצה לעשות לה טובה על ספק דילמא לא יבוא הבעל. ואף אם יבוא מאי איכפת לו כיון דיוכל להתנצל ולהשתמט ולומר ששמע כן מפי אחר כס' התשב"ץ והנוב"י הנ"ל. וגם לא יקלקל לה מאומה דאז תהי' מותרת לבעלה הראשון ויהי' עדותו קרוב לשכר ורחוק להפסד. אבל כיון שהחמירו עלי' בסופה. א"כ שוב החזקה דאין עד בא להעיד בדבר שיוכל להתברר אח"כ ונמצא שקלקל עוד בעדותו. ולפי"ז פירוש הסוגיא דמתוך חומר שהחמרת עלי' סובל שני פירושים. או כפירוש רש"י דמש"ה דייקא ומינסבא או כפירוש הרמב"ם דמש"ה העד אינו משקר בדבר שיתברר אח"כ ויקלקל בעדותו. וזה גופי' הוא דמיבעיא לי' להש"ס (בדף קט"ו) אם טעם נאמנות העד משום מילתא דעל"ג כפירוש הרמב"ם ומהני אף במלחמה. או כפירוש רש"י דהטעם משום דדייקא ובמלחמה לא דייקא. והאיבעיא איפשטא לקולא לדעת הרבה פוסקים ומש"ה

נקט הרמב"ם רק הטעם דעל"ג וניצל הרמב"ם מהשגת הראב"ד וגם הסוגיות אינן סותרות זל"ז ודו"ק בכ"ז:

ובלא"ה נלע"ד לתרץ קושית הראשונים הנ"ל בסתירת הסוגיא. ולישב ג"כ דברי הרמב"ם שכתב דחכמים האמינו עבד ושפחה ועמפ"ע והשמיט ע"א אשר ע"ז בנו התשב"ץ והנוב"י יסודם לחלק דע"א נאמן מה"ת ועמפ"ע רק מדרבנן וזה הצריכם לומר דעמפ"ע לא הוי מילתא דעל"ג אשר כבר כתבתי שזה נגד סוגית הש"ס דבכורות. ולענ"ד נ"ל לישב בדרך אחר דלכאורה קשה לשיטת המהרי"ק אשר זה הוא ג"כ ס' התוס' ריש גיטין דהא דע"א אינו נאמן בדבר שבערוה הוא רק באיתחזיק איסורא. א"כ לפימ"ש התוס' בכתובות (דכ"ב ע"ב ודכ"ו ע"ב) ובב"ב (דל"ג ע"א) דחזקת דייקא ומינסבא מרעא לה לחזקת א"א א"כ אמאי ע"א אינו נאמן מה"ת להשיאה. ורק משום עגונה הקילו כיון דליכא חזקת א"א כס' התוס' הנ"ל דמש"ה לאו בחטאת קיימא בתרי ותרי מה"ט נמי יהא ע"א נאמן כיון דליכא חזקת א"א. וצ"ל דבאמת לדידהו ע"א נאמן מה"ת בע"א והא דקאמר בעגונה הקילו היינו דמש"ה לא החמירו משום חומרא דא"א כמ"ש הריטב"א במקומו. והני פוסקים דס"ל דע"א אינו נאמן מה"ת. י"ל דס"ל כשיטת הרמב"ן ביבמות (פ"ז) שם דבדבר שבערוה אף בליכא חזקת איסור ע"א אינו נאמן מה"ת ומש"ה צ"ל דרק מדרבנן משום תקנת עגונה הקילו:

אך עדיין תקשי לשיטת המהרי"ק הנ"ל לפימ"ש התוס' בכתובות (דכ"ו ע"ב) הנ"ל ד"ה אנן בישוב קושיתם מיבמות בהא דאמרו לה מת בנך ואח"כ בעלך ונתייבמה ואח"כ אמרו לה חילוף הדברים דהוולד ממזר ופריך הש"ס ה"ד אי בתרי ותרי מאי חזית דסמכית אהני וכו' והא בחזקת איסור ליבם קיימא והכא ליכא דייקא דהא זימנין דרחמא לי' ליבם וכו' דמה"ט איבעיא לן ע"א ביבמה אי נאמן. עיי"ש. ותירצו דמ"מ מהני דייקא זוטא דידה דמרעא לחזקת איסור ליבם. וא"כ תקשי דמאי מיבעיא לי' לש"ס אי ע"א ביבמה או ע"א במלחמה נאמן אי טעמא משום דדייקא והכא לא דייקא והא כיון דמ"מ מהני גם דייקא זוטא להוציא מחזקת א"א שוב לס' המהרי"ק ע"א נאמן מה"ת גם בדבר שבערוה:

אך נ"ל לישב דהנה ידוע ס' הריב"ש דבעדות שמת בעלה איכא תרי חזקות לאיסור. חזקת איסור א"א וחזקת חי שיש לבעלה. ובע"כ צ"ל דחזקת דייקא ומינסבא אלים טובא ושקול כשני החזקות דמה"ט לאו בחטאת קיימי. והנה שם במת בנך ואח"כ בעלך וכו' ליכא רק חזקת איסור ליבם. אבל חזקת חי ליכא דכמו שיש להבן חזקת חי כמו כן יש להבעל ומאי חזית לומר דמת הבעל קודם להבן וז"ב מאד. ומש"ה סגי גם בדייקא

זוטא כמו ביבמה דרחמא לי'. אבל לענין נאמנות ע"א ביבמה לומר שמת בטלה או בע"א במלחמה. לא אלים דיוקא זוטא דידה רק לדחות חזקה אחת כמו במת בנך. אבל להעיד במיתת בעלה דאיכא תרי חזקות חזקת חי וחזקת א"א וודאי כיון דלא אלים דיוקא דידה כיון דרחמא לי' או במלחמה דאמרה בדדמי שפיר מיבעיא לי' להש"ס אם ע"א נאמן דהא עדיין איכא חזקה לאיסור כנ"ל:

והנה אם נאמר דבעדות שמת בעלה איכא ג"כ טעמא דחזקה דבמילתא דעל"ג לא משקרי אינשי. שוב א"צ לומר דחזקת דייקא אלים טובא לדחות שני חזקות רק דכמו שיש שני חזקות לאיסור איכא נגדם שני חזקות להיתר. חדא דדייקא ומינסבא וחדא דבמדעל"ג חזקת אדם דלא עביד לשקר. והיינו דמיבעיא לי' להש"ס בע"א ביבמה וע"א במלחמה. אם טעמא דע"א נאמן הוא משום דייקא לחוד והיינו דחזקת דייקא וכו' אלים טובא לדחות שני חזקות כנ"ל. וא"כ ביבמה ומלחמה דליכא רק דיוקא זוטא לא אלים לדחות רק חזקה אחת כנ"ל. או דלעולם חזקת דייקא לא אלים לדחות שני החזקות רק עיקר הטעם משום מדעל"ג ואיכא תרי חזקות להיתר ג"כ וא"כ ה"נ במלחמה ויבמה דגם דיוקא זוטא דידה מהני לדחות חזקת א"א כס' התוס' כתובות הנ"ל ואיכא ג"כ חזקה דמדעל"ג שפיר גם במלחמה ע"א נאמן:

וא"כ מיושב קושית הראשונים הנ"ל בסתירת הסוגיא דלעולם לכ"ע צריכין טעמא דדייקא ומינסבא דבטעמא דמדעל"ג לבד לא סגי דזה הוי רק חזקה לבד דחזקה שאין אדם משקר במדעל"ג וזה לא מהני להוציא משני חזקות דחזקת חי וחזקת איסור א"א. ולכך הוצרך ג"כ חזקה דדייקא וכו' ואזדא לי' השגת הראב"ד על הרמב"ם הנ"ל דגם להרמב"ם דטעמא משום מדעל"ג מ"מ צריך ג"כ הטעם הייקא וכו' והיינו דמיבעיא לי' להש"ס לקמן כיון דבר"פ אינו מבואר הטעם רק משום דדייקא מספקא לי' להש"ס אח"כ בע"א ביבמה ובמלחמה אי הטעם דדייקא לחוד והיינו משום דאלימא טובא נגד שני חזקות. וביבמה ומלחמה דליכא רק דיוקא זוטא ל"מ. או הטעם ג"כ משום דעל"ג אף דאינו מוזכר בסוגיא דר"פ האשה רבה הוא משום דהוי מילתא דפשיטא. ומחדש רק הטעם דמתוך חומר וכו' דאיכא ג"כ חזקה דדייקא וחזקה דמדעל"ג נגד שני חזקות לאיסור וא"כ גם במלחמה נאמן. ואין הסוגיות סותרות כלל אהדדי רק דהאחרונה מיבעיא לה הפירוש בסוגיא הראשונה כנלע"ד:

ומעתה נבוא ג"כ לישוב דברי הרמב"ם הנ"ל שמחלק בן ע"א לעמפ"ע ועבד ושפחה. דהנה הרמב"ם י"ל דס"ל כשיטת הרמב"ן דבדבר שבערוה גם בליכא חזקה לאיסור ע"א אינו נאמן מה"ת. והא דקאמר הש"ס הטעם דאיתחזיק איסורא. חדא ועוד קאמר כמ"ש

הרמב"ן ביבמות שם ר"פ האשה רבה. ועיקר הטעם דמתוך חומר וכו' היינו כיון דמחמת דייקא וכו' אזיל לי' חזקת איסור דבעלמא בכל איסורים כה"ג ע"א נאמן. א"כ גם בעדות אשה משום תק"ע אף דהוי דבר שבערוה האמינו חכמים כיון דמצינו דוגמתו בתורה בשאר איסורים דע"א נאמן מה"ת היכא דליכא חזקת איסור יכולים חכמים להעמיד דבריהם בדבר הדומה כמ"ש התוס' שם. והנה במדעל"ג י"ל דע"א נאמן מה"ת כמו בקידוש החודש. רק שכבר כתבתי דמדעל"ג הוי רק כמו חזקה בעלמא וכאן איכא שני חזקות לאיסור. ודי בחזקה דמדעל"ג וחזקת דייקא להוציא משני החזקות האלה. ונשאר רק נאמנות העד לבד דבדבר שבערוה ל"מ מה"ת כנ"ל:

ואולם ס"ל להרמב"ם דבע"א י"ל דליכא רק חזקה אחת לאיסור וחזקת איסור א"א איתרע לה. והיינו דהא מבואר בש"ס כתובות הנ"ל דבנישאת לאחד מעדי' כיון דהוא אומר בריא לי והיא גם היא אומרת בריא לי דלא תצא. ועיין ברש"י שם שפירש דבריא דידה היינו דאומרת בריא לי שאין לבי נוקפי שאילו הי' קיים וודאי הי' בא. וביארתי בתשו' אחרת דהיינו ג"כ טעמא דחזקת דייקא ומינסבא דאין הפשט דאינה נישאת עד שתדע וודאי שמת בעלה. דהא חזינן דלאו הכי דהא אנו מתירין אותה לישא אף שידעינן בוודאי שא"א לה לידע כלל ממיתת בעלה לבד ממה ששומעת מהעד. רק דאנן הכי קאמרינן. כיון דוודאי אין זה רגילות בעולם שהבעל יהי' תי באיזו מקום ולא יבוא לביתו או יודיע לאשתו ויאבד זכרו לגמרי. אחר שוודאי האשה דורשת וחוקרת אחריו. ונהי דאין זה עדות מיתה אבל עכ"פ הי' לנו לומר דאיתרע לפחות חזקת חי דידי'. רק דאנן מספקא לן דילמא היא באמת יש לה איזו ידיעה ממנו ומכחשת ומסתרת הדבר או הי' קטטה בינו לבינה. ומשנאתה הרחיק נדוד ואינו מודיע לביתה. אשר כל זה א"א לשום אדם לידע זולתה. וא"כ כיון שהחמרנו עלי' בסופה שפיר אמרינן דהיא דייקא טובא ולא תנשא עד שיהי' בריא לה ולא תהי' לבה נוקפה. רק חזק ובטוח שאילו הי' קיים הי' בא. ומש"ה וודאי איתרע חזקת חי דידי'. ומה"ט האמינו חכמים ע"א. דבעלמא היכא דליכא חזקה ע"א נאמן כנ"ל. וידוע ס' הרשב"א והמהרש"א ביבמות פ"ח דברי מהני גם נגד חזקה. דאדם נאמן על עצמו גם נגד חזקה:

וא"כ נחזי אנן היכא דאיכא ע"א במיתת בעלה. אם תרצה לינשא להעד הזה. אז אף אם לא הי' חזקה דדייקא וכו' מ"מ כיון דהיא אומרת בריא לי ואין לבי נוקפי שאילו הי' חי הי' בא. לדברי' איתרע חזקת חי דידי'. ולדברי' העד נאמן. דהא היא אומרת בריא לי דליכא חזקת חי וליכא חזקת א"א. והיכא דליכא שום חזקה ואיכא ג"כ מילתא דעל"ג ע"א נאמן מה"ת כמו בקידוש החודש כנ"ל. וא"כ להעד וודאי היתה מותרת לינשא

מה"ת אף בלאו מתוך חומר דייקא. דאף אם לדידן לא הי' ברור דדייקא מ"מ היא על עצמה נאמנת שאין לבה נוקפה שחזקת חי של בעלה איתרע. והעד ג"כ מותר לישא אותה מה"ת דהא הוא אומר בריא לי שמת. וא"כ גם לעלמא מותרת מה"ת, דהא כיון דאיתרע חזקת איסור א"א דידה דהא יצאה מחזקתה דכל א"א אסורה לכל העולם והיא מותרת לישא להעד שמעיד במיתת בעלה וכיון דאיתרע חזקת איסור א"א שוב ליכא רק חזקה אחת דחזקת חי. ונגד זה הא איכא חזקה דדייקא ומינסבא. וא"כ כיון דליכא שוב שום חזקה כלל לאיסור. שוב ע"א נאמן מה"ת משום מדעל"ג כמו בקידוש החודש. וא"כ כ"ז בעד אחד. אבל בעד מפ"ע. דלא איתרע כלל חזקת איסור א"א. דהא להעד שבא לפנינו אסורה לינשא דהא הוא אינו אומר בריא לי דמעיד רק מפי אחר ואותו אחר שאינו לפנינו דילמא באמת שקר הדבר שהוא לא אמר כן מעולם. ואותו שבא לפנינו ואמר משמו משקר. וא"כ כיון דשוב איכא חזקת איסור א"א שוב ל"מ מדעל"ג רק לסלק החזקה ונשאר ע"א בדבר שבערוה דאינו נאמן מה"ת. וכן בעבד ושפחה בעצמה כיון דלהעבד אסורה לינשא מה"ת לא איתרע חזקת א"א דידה כלל כנ"ל. ומש"ה השמיט הרמב"ם עד אחד דע"א נאמן מה"ת משום מדעל"ג. כיון דאיתרע חזקת איסור א"א וכנ"ל. אבל עמפ"ע ושפחה ועבד אף דהוי ג"כ מדעל"ג כנ"ל מ"מ נגד חזקת איסור ל"מ מדעל"ג כנ"ל. ודוק היטב בכ"ז כי הוא לענ"ד עצה נכונה:

והנה עפ"י דברינו אלה יש לנו מקום לומר דאף אם נתפוס כס' הנוב"י דעמפ"ע לא הוי מדעל"ג מ"מ ניחא דסתמו כל הפוסקים דנאמן אף במלחמה. עפי"מ שהקשיתי למעלה מדברי התוס' כתובות דגם ביבמה דלא דייקא כולי האי מ"מ להוציא מחזקת א"א די בדיוקא זוטא. א"כ אמאי מיבעיא לי' להש"ס בע"א במלחמה אם מהימן הא עכ"פ כיון דמהני דיוקא דידה להוציא מחזקת א"א שוב ע"א נאמן מה"ת לס' המהרי"ק הנ"ל ולהרמב"ן עכ"פ מדרבנן כמש"ל ותירצתי עפ"י ס' הריב"ש דבעגונה איכא שני חזקות לאיסור חזקת חי דידי' וחזקת א"א דידה ולא אלים דיוקא זוטא להוציא משני החזקות כמש"ל. והנה עיין בנוב"י סי' מ"ג מה שחולק על הריב"ש הנ"ל והפנ"י. ולענ"ד נראה דס' הריב"ש תלוי במחלוקת רש"י ור"י בקידושין (ס"ז) וכתובות (כ"ו ע"ב) וב"ב (דל"ג) בעובדא דינאי מלכא דלרש"י ל"מ חזקת אמו של ינאי לבנה ולהר"י מהני עיי"ש בדבריהם. וא"כ כמו דלקולא לא מהני לרש"י חזקת כשרות של האם לבנה אף דזה תלוי בזה דאם האם כשירה גם בנה כשר כמ"ש הר"י. א"כ ה"נ לחומרא כיון דאנו דנין על האשה לא מהני חזקת חי של הבעל לאסור האשה לינשא. ולהר"י כמו דשם מהא לקולא ה"נ מהני לחומרא כיון דזה תלוי בזה דאם הבעל חי הרי היא אסורה כמ"ש הנוב"י. וז"ב

לדעתי. והנה בהפלאה כתובות (די"ג) כתב ליישב קושית הר"י על רש"י מהא דאמרינן שם למאן דמכשיר בה מכשיר בבתה. דשם כיון דנולד הספק גם על האם ואנו דנין גם עלי' ומכשירין אותה משום חזקת כשרות מהני חזקתה גם להוולד. אבל אם אין דנין כלל עליו רק על בתה ל"מ חזקתה לבתה עיי"ש בדבריו. וא"כ ה"נ י"ל דרק בעובדא דהריב"ש בג' דברים שנותנים עליהם חזקת חיים ומתים שהקשה הריב"ש הא רובם למיתה. שפיר מתרץ משום דאיכא שני חזקות חזקת חי דידי' דהא דנין גם עליו לענין נחלה אם בניו יורדין לנחלה. ואי לאו חזקת חי דידי' הי' יורדין לנחלה מש"ה מהני החזקה הזאת גם לאסור האשה. וה"נ בעד אחד דהספק גם לענין נחלה ואי לאו חזקת חי היינו יורדין לנחלה משום מדעל"ג כמ"ש התשב"ץ. או כמ"ש השער המשפט בסי' ל"ג דגם בממון היכא דליכא חזקה וליכא הכחשת בע"ד ע"א נאמן. וא"כ כיון דמהני חזקת חי של האב לענין נחלה מהני ג"כ לאסור האשה אבל עמפ"ע ועבד ושפחה דלכ"ע לענין חמון לא מהני דבממון בעינן הגדה בב"ד והראשון שהגיד שלא בב"ד יכול לומר מבודה הייתי. וליכא כלל מדעל"ג ורק באיסור לא בעינן הגדה בב"ד עיין חיו"ד סי' צ"ח. וא"כ לענין נחלה פשיטא דענפ"ע לא מהני גם בלאו חזקת חי של האב. וא"כ כיון דבעדות עמפ"ע אין דנין כלל לענין נחלה ול"צ להשתמש כלל בחזקת חי של הבעל. לא מהני ג"כ לענין האשה לשיטת רש"י הנ"ל. וליכא רק חזקת איסור א"א לבד. וא"כ היינו דמיבעיא לי' להש"ס רק בע"א במלחמה דהנ"מ גם לענין נחלה כנ"ל ואיכא גם לגבי האשה שני חזקות כס' הריב"ש הנ"ל מש"ה לא סגי בדיוקא זוטא דידה להוציא משני החזקות כנ"ל וצריך לטעמא דמדעל"ג. אבל בעמפ"ע דאין דנין כלל על הנחלה ולא מהני חזקת חי של הבעל לגבי האשה ואיכא רק חזקת איסור א"א א"כ סגי גם בדיוקא זוטא דידה להוציא מחזקת א"א כס' התוס' כתובות ושפיר עמפ"ע מהימן כמו בכל איסורין שבתורה היכא דליכא חזקה ול"צ כלל לטעם מדעל"ג. עכ"פ בהא נחתינן ובהא סלקינן דאין לנו לזוז מסתימת כל הפוסקים דגם במלחמה מהני עמפ"ע. אף בלא הזכיר שם הראשון ואינו ירא שיכחישנו. ובפרט בנ"ד שאומר העד שר' שמואל זוואלאבמר אמר לו שיהודי שואל על איש מזבאראז שיגיד לו ממיתת הנ"ל. ואמר לר' שמואל שישלח אליו היהודי ובא אליו א"כ ירא לשקר דאף דהוא לא הגיד עכשיו שם האיש ששמע ממנו מ"מ ירא שמא ישאלו את הר' שמואל ור' שמואל זוכר עדיין שם האיש הנ"ל ויודע ממנו. ויוודע לנו על ידו שם העד הראשון. ואז כשיבוא ויכחישנו יתפוס בשקרו. והוי כהגיד ממי שמע. וכבר הוכחתי שזה הוי מדעל"ג לכ"ע. מש"ס בכורות הנ"ל:

וגם חזי לאצטרופי לזה מה שהביא כתב מאותו האיש שכתב לו כן בכתב. דלמ"ד בכתב ישראל לא בעינן קיום. הכתב שבא לפנינו הוי כמו שהעיד אותו האיש שכתב הכתב בעצמו לפנינו והוא ירא לשקר דהוי מדעל"ג דהא הוא בעת שכתב ומסר הכתב הי' סובר דוודאי לא ישכח האיש את שמו. וכשיתברר ששקר הדבר יתפוס בשקרו. או דירא דימצאו קיום להכיר את כתב ידו ויוודע מי הוא. וכשיבוא הבעל יתברר ששקר העיד מאי אמרת דאותו העד שהעיד לפנינו זייף בעצמו וכתב בשם האחר ולא אמר ולא כתב לו כן שום אדם מעולם ז"א חדא דמדאורייתא לא חיישינן שזייף וכתב בשם אחר דלא חציף איניש לזייף כמבואר בראשונים. ועוד הא הוא ירא ג"כ דילמא יכירו את כתב ידו אותם שמכירין כתבו ויתברר שקרו שהוא בעצמו כתב כן והוי שפיר מדעל"ג דמהני גם במלחמה. ועוד נ"ל לומר דע"א בכתב נאמן במלחמה אף אי ליכא מדעל"ג והוא עפי"מ שקשה לי לפימש"ל לפי ס' התוס' בכמה מקומות דחזקת דייקא ומינסבא מרעא לחזקת א"א רק דאפ"ה ע"א אינו נאמן מה"ת בעדות אשה דבדבר שבערוה אף בלא איתחזיק איסורא ע"א אינו נאמן כמ"ש הרמב"ן הנ"ל. וקשה לכאורה לפימ"ש הפנ"י בקידושין (ס"ד) בהא דאם בא אחר ואמר אני קדשתי' נאמן ליתן גט משום דאין אדם חוטא ולא לו והקשה הפנ"י דא"כ ע"א למה אינו נאמן באיתחזיק ובדבר שבערוה. ומחלק דשם באומר אני קדשתי' ליכא חזקת איסור לכן אף דהוי דשב"ע נאמן אבל היכא דאיכא חזקת איסור לא מהני החזקה דאא"ח ולא לו עיי"ש בדבריו. וא"כ תיקשי בעדות אשה שמת בעלה דחזקת דייקא מרעא לחזקת אר"א יהי' ע"א נאמן מה"ת משום דאאחו"ל. אך נ"ל ליישב עפ"י דברי הש"ס גיטין באומר אמרו דלא תעשה זאת בישראל דחיישינן שמא תשכור עדים ופריך הש"ס ומי חיישינן והתניא עדים החתומים על שדה מקח וגט אשה לא חשו חכמים בדבר. ומשני מעשה לא עבדי דיבורא עבדי עיי"ש:

והנה לכאורה דברי הש"ס תמוהים להבין דאמאי פריך רק מעדים החתומים על המקח ולא פריך מכל עדיות שבתורה שמא שכר המלוה העדים וכן בעידי קידושין דילמא שכרם המקדש וזה באמת תמוה מאד לכאורה. אך בשעת למדי הש"ס הזה פירשתי לעצמי דבאמת כל היכא דהעדים מעידים בב"ד ונאמנים בתורת עדות שהתורה האמינתם עפ"י שנים עדים יקום דבר ל"ש כלל להקשות דהרי התורה האמינתם. רק התם באומר אמרו דאומרים כן חוץ לב"ד וכבר הקשו שם התוס' והרמב"ן הא הוי עמפ"ע ותירצו ותירוצם מבואר באריכות בנתיבות סי' כ"ח סק"ז דכל שאין מעידים על גמר הדבר אין להם תורת עדות וא"צ הגדה בב"ד ומהני גם מפי כתבם. עיי"ש. דלאו מעל פי שנים עדים ילפינן לה. ודומה לאיסורין. עיי"ש. וא"כ בע"כ הא דנאמנים הוא רק כיון דיוצמח

עפ"י דבריהם מכשול איסור או גזל אמרינן אאחו"ל ע"ז שפיר חיישינן שמא תשכור עדים ול"ש אאחו"ל דהא משום הנאה דמטיא להו עבדי. וע"ז פריך הש"ס מעדים החתומים על המקח ועל גט אשה. דכבר כתב שם הנתיבות הנ"ל דבשטרי קנין וגט אשה ג"כ אינם מעידים על גמר הדבר. דהא הקנין והגט אינו נגמר בחתימתם רק בשעת המסירה והם אינם מעידים כלל שנקנה המקח או שנתגרשה האשה. רק שהבעל והמוכר ציוה להם לחתום. ומה"ט כתב שם דמהני מפי כתבם חוץ לב"ד מדאורייתא גם לשיטת הרמב"ם עיי"ש. וכיון דאינם נאמנים מתורת עדות. אמאי לא חיישינן שמא תשכור עדים כמו באומר אמרו. וע"ז משני הש"ס מעשה לא עבדי דיבורא עבדי. וזה לענ"ד ברור בפירוש הגמ' הזאת ויתיישב בזה קושית התוס' שם ד"ה דיבורא מהא דמיאנה או שחלצה בפניו עיי"ש ודו"ק. וא"כ מעתה מיושבת קושיתי הנ"ל דמש"ה בעדות אשה לא סמכינן על חזקה דאאחו"ל דחיישינן שמא שכרתם האשה. אבל באומר אני קדשתי' נאמן ליתן גט. דמעשה לא עביד כמ"ש בש"ס גיטין הנ"ל. וא"כ ה"נ בנ"ד דכבר כתבתי דגם במלחמה או ביבמה כתבו התוס' דחזקת דיוקא זוטא דידהו מרעא לחזקת א"א. וא"כ הי' צריך העד להיות נאמן משום דאאחו"ל. כיון דליכא חזקה לאיסור. ורק משום דחיישינן שמא שכרתם האשה. אבל היכא דכתב בכתב ידו ועביד מעשה הרי אמרינן דמעשה לא עבדי. וא"כ למאי ניחוש בנ"ד דילמא לא מסר לו העד הראשון כתב כלל. רק הוא בעצמו כתב כן. ז"א דהא מעשה לא עביד להכשיל אחרים. כנ"ל:

ואודות שלא הזכיר שם אביו הנה הב"ש הביא בפשיטות דברי המהרשד"ם דשמו ושם משפחתו הוי כשמו ושם אביו. וכדבריו י"ל בשנבין הטעם דשמו ושם עירו לבד לא מהני ובעינן גם שם אביו היינו דבשמו ושם עירו איכא וודאי עוד אחד ששמו כן כעיר הזאת. דזה א"א כלל שלא יהי' שני אנשים ששמותיהם שווים בעיר אחת. וא"כ ליכא רק ספק אחד אם זה שמת בעלה של אותה האשה הוא או אחר. אבל בשמו ושם אביו ושם עירו. דכל שלא הוחזק איכא ספק גדול אם הי' עוד יב"ש בעיר הזאת וא"כ איכא ס"ס להיתרא דילמא לא הי' כאן בעיר הזאת עוד אחד ששמו ושם אביו כן ואת"ל הי' דילמא לא הוא זה שמת רק בעל האשה הזאת שלפנינו מת. ואף שהפנ"י בקו"א לכתובות חילק על הרבנים הספרדים שמתירין בעגונה משום ס"ס דהוי ס"ס במקום חזקה. מלבד שלא אבין מאי קשי' לי' הא חזקת דייקא מוציא מידי חזקת א"א כמש"ל מ"מ גם לדבריו ניחא כאן דמ"ש דבעגונה איכא תרי חזקה לאיסורא חזקת א"א וחזקת חי כאן ל"ש זאת דאם אתה רוצה לומר דאחר הוא הרי אתה מוציא האחר מחזקת חי כמ"ש הנוב"י סי' מ"ג הנ"ל וגם מ"ש דגם בחזקה אחת עכ"פ מדרבנן ל"מ ס"ס במקום חזקה דס"ס לא עדיף מרובא ומדרבנן

אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה עיי"ש. מ"מ כאן לא שייך זאת דהא גם בשמו ושם אביו ולא הזכיר שם עירו מתיר בתשו' הרא"ש והביא בד"מ ס"ק כ"א הטעם דכיון דידעינן דאחד וודאי נאבד לא חיישינן דילמא עוד אחר נאבד אף דאיכא יב"ש טובא בעלמא. וכעין ס' התוס' גיטין (כ"ז ע"א) ד"ה כאן ומטעם דאין ספק מוציא מידי וודאי. וטעם החולקים ביארתי בתשו' דכיון דאיכא רובא דעלמא כנגד לא אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי דרוב הוי כוודאי וכעין ס' הפני' לענין אבידה. ואמנם בכה"ג דהזכיר שמו ושם אביו ושם עירו דאיכא ס"ס להיתרא אף דאיכא חזקת א"א ונאמר סמוך מיעוטא לחזקה מ"מ יותר מפלגא ופלגא לא הוי א"כ שוב כאן דבעל האשה הזאת ידעינן וודאי שנאבד ומאחר לא ידעינן שנאבד כלל שוב לכ"ע אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי כיון דליכא רובא דעלמא כנגד וא"כ מה"ט גם בשמו ושם משפחתו כיון דאין זה וודאי דהי' בעיר הזאת עוד אחד ששמו פרידעל קעללער שוב הוי ס"ס מעליא כנ"ל. ובלא"ה כאן לית בית מיחוש כלל דמאי דבעלמא חיישינן אף דעתה תפשנו ולא מצאנו בעיר הזאת עוד אחד ששמו כן מ"מ חיישינן דילמא זה זמן רב שאין אדם זוכר יצא מכאן איש אחד ששמו כן והוא מת שם כמ"ש האחרונים. אבל בנ"ד שהוא עצמו אמר שיודיעו לאשתו וששמו פרידעל קעללער מלוביאנקע סמוך לזבאראז הוי כאלו אמר שאשתו דרה עכשיו בלוביאנקע והרי לא נמצא אחר שתדור אשתו עכשיו שם רק הוא והוי כעין שכתב הרמב"ם שתלך למקום פלוני דהוי כהזכיר שם עירו דוודאי כוונתו על בן אותו העיר וה"נ כה"ג:

ועל חשש קברתיו מילתא דפשיטא הוא כיון דאמר דיודע מקום קבורתו באיזו גן אין לך העיד על הקבורה יותר מזה וגם כיון שחי אח"כ עוד שני ימים וודאי מת בשפיטאהל על מטתו דל"ב קברתיו ובפרט בעמפ"ע דאיכא הרבה מקילים דל"ב קברתיו ובפרט בנ"ד שכבר נישאת דהמחבר פוסק בפשיטות כשיטת הרמב"ם דבלא אמר קברתיו אם נשאת לא תצא. ולכן מכל הלין טעמי הנני מסכים והולך עם כתה"ר בשריותא דהאי איתתא שתשאר תחת בעלה האחרון עם ששלא כהוגן עשתה לינשא שלא ברשות ב"ד:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

בש"ה לפימש"ל י"ל ג"כ מה שפקפק הנוב"י סי' ל"ג בהתחלת התשו' בע"א בשטר כיון דבגוף עדות שבשטר פליגי בירושלמי אם מהני בעדות אשה מנ"ל דגם בעד אחד דגם בע"פ אינו נאמן רק מדרבנן שיהי' נאמן גם בכתב דאקילו רבנן כולי האי עיי"ש. דהנה לפימש"ל י"ל דהפלוגתא בירושלמי תלי' בבעיא דידן בגמ' בע"א במלחמה אם טעמא דע"א משום על"ג או משום דייקא. דהנה בשני עדים לא שייך דייקא דהא ליכא חומר

בסוף ורק בתרי ותרי איכא חומרא כמ"ש התוס' כתובות (כ"ו ע"ב) הנ"ל וא"כ בשטר בשני עדים דליכא דייקא ולא איתרע חזקת א"א הוי ככל דבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון דבעינן ע"פ שני עדים ולא מפי כתבם. אבל לטעמא דעל"ג א"כ גם בתרי הוי על"ג וחזקה שאינם משקרים בעל"ג מרעא עכ"פ חזקת א"א. ולשיטת המהרי"ק הנ"ל היכא דליכא חזקה והכחשת בע"ד הוי ככל איסורין דל"ב הגדה בב"ד ומהני גם מפ"כ ומה"ט פסקו הפוסקים כמ"ד בירושלמי דמהני מפ"כ דהא קיי"ל דאיפשטא הבעיא בע"א במלחמה דטעמא משום על"ג. וא"כ לפי"ז בשטר בע"א אף לשיטת הרמב"ן דע"א בדבר שבערוה אינו נאמן מה"ת אף היכא דליכא חזקה מ"מ כיון דכל שני החזקות דחזקת חי וחזקת א"א איתרע ע"י שני החזקות דעל"ג ודייקא ומינסבא דבעד אחד דאיכא חומר דייקא שוב הי' צריך ע"א להיות נאמן משום דאאחו"ל רק משום דחיישינן שמא תשכור עדים כנ"ל כ"ז בע"פ אבל בשטר קיי"ל דדיבורא עביד ולא מעשה כנ"ל וא"כ שוב אדרבא בע"א בכתב נאמן מה"ת וק"ל:

סימן מא תק"ע.

כוח"ט וכט"ס לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי ותיק וחסיד בש"ת מו"ה **צבי הירש שענקער** נ"י ראבד"ק **שעברשין** יצ"ו:

מכתבו במועדו נכון הגיעני. ויען כי אנכי מוטרד מאד הנני להשיבו בקצרה כפי הנראה לפי חוו"ד בדבר העגונה אשת ר' שלמה פרענקיל שהלך מביתו לסחור על הכפרים ביום ב' פ' קרח ויען כי לא בא לביתו ביום ג' וד' נבהלו משפחתו והתאספו אנשים הרבה ליללך לחפשו ומצאו ביער הסמוך לעיר הרוג והכירו כי הוא האיש שלמה הנ"ל הנאבד ומטעם הממשלה לא יכלו אז להביאו העירה לקבורה עד יום א' פ' חקת ואז בשעת הקבורה באה גם האשה שמה והכירה אותו ואת מלבושיו כולם וגם אחי הנאבד הי' שם והכיר את מלבושיו:

והנה הספק בזה מחמת שהוא ספק ג"י דאף שהוא הלך משם יום ב' ולא עברו עוד ג"י מ"מ הא הספק דילמא הנאבד הלך לעלמא וזה אחר הוא וכבר עברו עליו ג"י כמ"ש הח"מ סקמ"ד עיי"ש. והנה כפי המבואר בגב"ע שהי' שלם בכל גופו וגם בפניו לא הי' שום חבלה דלשי' ר"ת מעידין עליו אפילו לאחר ג"י ובספק ג"י כתב הב"ש סקפ"ד דמצרפין דעת ר"ת להתיר וכתב דאפשר אפי' המחמירין מודו בספק ג"י. וגם בלא"ה דעת הרבה אחרונים להקל בספק ג"י. ולדידי נ"ל בזה מלתא חדתא משום דקשיא לי דמסתימת הש"ע והאחרונים משמע דבהא דאין מעידין אחר ג"י אין חילוק בין ע"א לשני עדים ואמאי והא הא ודאי דאשתהי אחר העלתו מהמים חמור מג"י ביבשה כמבואר

בריב"ש סי' שע"ח הובא בח"מ סקנ"ד ובתשו' הארוכה שם סקנ"ה דגם ר"ת דמיקל ביבשה מודה במים עיי"ש וכן בתשו' פנ"י ח"ב סי' נ"ט כתב ג"כ דאשתהי חמור יותר דהוי ודאי וביבשה הוי רק ספק עיי"ש. והרי במים דעת הר' בצלאל הובא בח"מ שם בפירושו לד' הרא"ש דמי שלא ראה הטביעה א"צ לאלתר ורוצה שם הח"מ לומר דגם להר"י בן לב החולק ע"ז מ"מ בשני עדים י"ל דא"צ לאלתר דשני עדים אין אומרים בדדמי וכ"כ ג"כ הב"ש בסק"צ עיי"ש. ועיין בדרישה סקמ"ט שהביא בשם הרש"ל שמפרש ג"כ דברי הרא"ש דמי שלא ראה הטביעה א"צ לאלתר. א"כ מבואר ג"כ דעיקר הטעם דאין מעידין באשתהי הוא משום בדדמי עיי"ש. וזה כבר הלכה פסוקה היא דבשנים ל"ח לבדדמי כמבואר בסעיף מ"ט ובב"ש ס"ק קנ"ג וא"כ כיון דבמים באשתהי דחמור מג"י ביבשה לדעת הריב"ש הנ"ל מותר בשנים מעידין אף באשתהי וכן מי שלא ראה הטביעה לדעת הר"ב מכ"ש בג"י ביבשה הי' לנו להתיר בכה"ג ובאמת מסתימת כל הפוסקים לא משמע כן וגם א"א כלל לומר כן דהא לדעת ר' בצלאל גם ע"א מעיד דלא ראה הטביעה וא"כ איך משכחת לה כלל כל דינא דג"י ביבשה דאין מעידין הא שם ל"ש כלל ראה הטביעה כמובן ובע"כ צ"ל דסברות חלוקות הן דמאן דמפרש בהרא"ש דלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר ס"ל דג"י ביבשה חמור מאשתהי דמים והיינו דאין לנו בכל ענינים האלו אלא מה שמצינו להדיא בש"ס ומש"ה הא דאין מעידין אלא תוך ג"י דמתניתין הוא וסתמא קתני דאין מעידין משמע בכל ענין אף היכא דל"ש בדדמי וכן גם בשנים דהא משנה זאת נשנית בראשונה קודם שהוחזקו דמשיאין עפ"י אשה ועפ"י ע"א והי' צריך עדיין שני עדים ואפ"ה לאחר ג"י אין מעידין. אבל אשתהי דמים דלא הוזכר כלל במשנה רק בש"ס (דקט"ו ע"ב) בעובדא דשני ת"ח (ובדף קכ"א) בעובדא דדיגלת דהוי משאל"ס דכמלחמה דמי דשייך בדדמי א"כ שפיר ס"ל להרא"ש דאין לך בו אלא חידושו דהיינו מי שראה הטביעה דשייך בדדמי. והחילוק ביניהם הוא דג"י ביבשה קים להו לחז"ל דודאי אשתני' צורתו ולכך אפילו שני עדים אומרים דמכירין אותו בט"ע מ"מ מחמת קבלת חז"ל אמרינן דסהדא שקרי נינהו כמ"ש בס' קהלת יעקב בסי' י"ז או אמרינן דטעו ונדמה להם כך דאף דשני עדים אין אומרים בדדמי מ"מ כיון דקים להו לחכז"ל דודאי נשתנה א"כ בע"כ דהעדים טעו או משקרי. אבל באשתהי דמים כיון דמים מצמת צמתי נהי דבאשתהי אח"כ קאמרינן בש"ס דמתפח תפח מ"מ ס"ל להרא"ש דאין זה ודאי ולכך היכא דלא ראה הטביעה דל"ש בדדמי ומדייק שפיר סומכין עליו כשאומר שהכירו. אבל ראה הטביעה דשייך בדדמי אמרינן דלא דייק שפיר אם נשתנה צורתו וזה היפך מד' תשו' פנ"י הנ"ל דס"ל דבמים הוי ודאי וביבשה הוי ספק:

והנה בס' קהלת יעקב הנ"ל רצה להכריח כס' המקילין בספק ג"י מטעם הנ"ל דבשלמא בודאי לאחר ג"י אמרינן דכיון דקים לן דבודאי נשתנה א"כ בע"כ צ"ל דהעדים משקרי. אבל בס' ג"י אדרבא כיון דהעדים בחזקת כשרים וגם שני עדים לא עבידי למטעי מזה גופא מוכח דלא עברו עליו ג"י דא"כ לא היו העדים מכירין אותו עיי"ש שדבריו נכונים. וכ"מ להדיא בריטב"א יבמות (דקכ"א) כדבריו. וא"כ צריך להבין טעמו של הרשב"א דמחמיר בספק ג"י ובע"כ צ"ל דגם הרשב"א אינו מחמיר רק בע"א דמצינו דבמלחמה ובמשאל"ס דאומר בדדמי א"כ גם בספק ג"י חיישינן דילמא כבר עברו עליו ג"י והעד שאומר דמכירו הוא טועה ואומר בדדמי כיון דנדמה לו במקצת אף שנשתנה קצת. אבל בשני עדים דגם במלחמה מהימני ולא חיישינן דאומרים בדדמי כ"ז שאין לנו הכרח ע"ז א"כ שפיר י"ל דגם הרשב"א מודה דמותר בספק ג"י דאדרבא מחמת העדאת העדים דאומרים שמכירים אותו מכרחינן דעדיין לא עברו עליו ג"י כס' הקהלת יעקב והריטב"א הנ"ל. וכיון דמצאנו סברא זו לחלק בין ע"א לשני עדים באשתהי דמים לדעת הח"מ וב"ש אליבא דהריב"ל והרד"ך והר"ב י"ל דבספק ג"י ביבשה כ"ע מודים ובנ"ד דהי' הרבה עדים שהכירו אותו ואומרים שהוא האיש שלמה בלי ספק שפיר יש סניף גדול להתיר בספק ג"י:

ובפרט שהכירו ג"כ מלבושיו שהי' לבוש בשעה שהלך לדרכו. נהי דחיישינן לשאלה מ"מ מזה מוכח שעדיין לא עברו עליו ג"י. שהרי עדיין לא עברו עליו ג"י משעה שהלך לדרכו. א"כ אף אם נאמר דתיכף השאיל את מלבושיו לאחר והאחר נהרג. מ"מ בע"כ עדיין לא עברו ג"י משעת השאלה כמ"ש ג"כ כת"ה. ומה שחשש כת"ה כיון שביום ד' הניחוהו כך מונח במקומו מחמת פקודת הממשלה עד יום א' חקת ואז הביאו אותו לעיר והכירה אז אשתו מלבושיו. ובאמצע הא מונח בלי שמירה. א"כ דלמא נתחלף שהאיש שמצאו אותו ביום ד' סחבוהו כלבים. ואיש אחר שהי' לבוש מלבושיו של הבעל בא למקומו ונהרג שמה. והראשון לא הי' לבוש מלבושים אלו כלל. וחוזר וניער החשש דילמא כבר עברו עליו ג"י. אבל באמת עיני כת"ה שפיר חזו בנוב"י סי' מ"ו בעובדא דצלוב דל"ח לאחר דאמרינן כנכ"ה. וכ"מ להדיא ברמב"ן ונמוק"י ביבמות (דקט"ו) בעובדא דיצחק ר"ג דל"ח לאחר מס' זאת דכנכ"ה ול"ח שמא פינן עיי"ש. ובפרט דנ"ל דכיון דעיקר הטעם דאין מעידין לאחר ג"י. הוא משום דנשתנה קצת ואין להעמיד על הט"ע דדילמא נדמה לו כך והוי ט"ע גרוע. א"כ י"ל דעכ"פ לא גרע מסי' אמצעי דקיי"ל ג"כ דאין סומכין עליו מדאורייתא, ואפ"ה כתב הח"צ סי' קל"ד דאם ידוע דהי' במקום הזה ואין שיירות מצויות ל"ח לאחר מחמת דאין ספק מוציא מידי ודאי כמ"ש הח"מ

בסעיף י"ח בעובדא דמכלוף בן מלול, ה"נ כיון דהאיש שעכ"פ דומה במקצת צורתו אל האיש שלמה וודאי הי' מונח במקום הזה והוא ביער מקום שאין שיירות מצויות ל"ח שמא סחבוהו כלבים. ואיש אחר שנדמה צורתו לצורת שלמה ג"כ בא לכאן ונהרג דאין ספק מוציא מידי ודאי כס' מהרי"ו כאשר האריכו בזה הרבה בש"ש ובקהלת יעקב בסי' י"ז:

ועוד דבגוף הדין דחיישינן לשאלה הרבה מקילין וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ס"ה ובב"מ סי' י"ז כתב דהמיקל לא הפסיד. ובנ"ד בצירוף ט"ע אף בספק ג"י. דהא כבר ידוע קו' האחרונים אמאי לא אמרינן בספק ג"י דמוקמינן לי' בחזקת חי והשתא הוא דמת, ותירץ בתשו' פנ"י ובנוב"י משום דאדרבא אוקמינן האשה בחזקת א"א. ובחשש שאלה הקשה ג"כ הנוב"י דאמאי לא אמרינן ג"כ כאן נמצאו הבגדים כאן היו ותירץ ג"כ משום דאיכא לאשה חזקת א"א, וא"כ כיון דאיכא תרתי. חזקה דהי' חי עד עכשיו ועתה הוא שמת וחזקת כנכ"ה של הבגדים לא אלימא חזקת א"א נגדם דהוי חדא במקום תרתי. ואי דאיכא חזקת חי של הבעל. א"כ אתה מוכרח לומר דשני אנשים נהרגו. האחד שראו אותו ביום ד' קרח והשני שראו אותו ביום א' חקת במלבושיו של הבעל ואיכא שני חזקת חי נגד חזקת חי של הבעל. ואף להב"ש בס"ק פ"ד דס"ל דחזקת חי של איש אחר שאין דנין עליו ל"מ כמו שהחזיקו בסברתו בס' ישועות יעקב שם ובס' ישרש יעקב יבמות (דקכ"א). מ"מ כאן י"ל דגם הב"ש מודה. דעיקר טעמם הוא משום דעל האחר שאינו בעלה אין אני דנין ואין לנו נ"מ בו מתי מת לא מהני חזקת חי דידי' לענין היתר האשה. ונ"ל דסברתם הוא כעין ס' ההפלאה בכתובות (דכ"ו) בד"ה בא"ד ואמרינן נמי וכו' למאן דמכשיר בה ופוסל בבתה דיש חילוק דאם דנין גם על האם אז מהני חזקתה גם לבתה אבל היכא דאין דנין על האם לא מהני חזקתה לבתה עיי"ש היטב. וא"כ היכא דמכירין בגדיו שהם של הבעל רק דחיישינן לשאלה. א"כ נחזי אנן אם נבוא לדון על ההרוג הזה אם מותר לקברו בבגדיו. א"כ אם נאמר שאין זה הבעל א"כ אין הבגדים שלו והבגדים שייכים ליורשי מי שהכירו שהם בגדיו. דהא רק לשאלה חוששין ולא למכירה כמ"ש האחרונים ועי' בישויע"ק ובתשו' פנ"י הטעם דלמכירה ל"ח עיי"ש, א"כ אין יכולין לקברו בבגדיו ההם. ויורשיו אינם כאן שנכוף אותם שיתנו צרכי קבורתו. דהא לא ידעינן מי הוא. וא"כ הדבר נוגע לכבודו של ההרוג בעצמו. בפרט לפי המנהג שבש"ע שהנהרג ע"י עכו"ם קוברים אותו בבגדיו א"כ הדבר נוגע לכבוד ההרוג ואנו דנין עליו בעצמו. דאם נאמר דמוקמינן אותו אחזקת חי ועכשיו הוא שמת א"כ הוא עדיין בתוך ג"י. והוא בעל הבגדים עפ"י הט"ע שמכירין אותו וקוברין אותו בבגדיו. ואם נאמר דלא מהני הכרה משום חשש

דלאחר ג"י. א"כ בגדיו המה שאולים ושייכים ליורשי בעליהם ואין רשות לקוברו בהם. דעליהם אין מוטל לקברו. וא"כ כיון דדנין עליו בעצמו ואנו מוקמינן אותו בחזקת שהי' חי עד עכשיו, א"כ מהני חזקתו גם להתיר האשה כסברת ההפלאה הנ"ל. ובפרט שהוא שלם בפרצופו דלר"ת מעידין גם לאחר ג"י שפיר י"ל דבס' ג"י ומכירין ג"כ בגדיו כ"ע מודו. דהא הב"ש כתב להתיר מטעם ס"ס דילמא הוא תוך ג"י ודילמא הלכה כר"ת עיי"ש בס"ק פ"ד. וי"ל טעם המחמירין דל"מ ס"ס עפי"ד התוס' ב"ק (די"א) גבי שליא דהיכא דלפעמים נאמר הספק להיפך ל"מ ס"ס. וא"כ הכא דההרוג הזה שמכירין אותו בט"ע והוא בס' ג"י ואתה רוצה לומר שהוא בעל האשה מחמת ס"ס. משכחת לה שתבוא אשה אחרת שנאבד בעלה ותכיר מלבושיו שהוא לבוש בהם בט"ע. דלדעת הרבה אחרונים הוא הגאון מוהר"י מפוזנא ומהר"ם ברבי שבתשו' נוב"י. טב"ע שבבגדים לכ"ע מהני. ובפרט אם תכיר כל מלבושיו דלדעת האחרונים הוי ככלים דלא מושלי אינשי ודאי דמהני מדאורייתא לכ"ע. ובפרט אם תנשא דלכ"ע בכה"ג אם ניסת ל"ת. ואז אף שיש עדים שהכירו אותו בט"ע שהוא בעל אשה אחרת אלא שהוא ספק ג"י נאמר לקולא דהכרת ט"ע לא מהני לאסור האשה שהכירה הבגדים. די"ל דנשתנה מחמת שעברו עליו ג' ימים. דזה שהכירה המלבושים הוא וודאי. וזה שהכירה בט"ע הוא ספק דדילמא נשתנה ואין ספק מוציא מידי ודאי. וכה"ג כ' הח"מ בס"ק ק"ח דלפעמים משתמשין לקולא במה שנשתנה לאחר ג"י. וא"כ הוי שפיר כעין שכתבו התוס' בשליא דל"מ ס"ס. אבל היכא דמכירין אותו בט"ע וגם מכירין המלבושים בט"ע. דאז לא משכחת שאשה אחרת תכיר המלבושים שפיר י"ל להתיר מחמת ס"ס כסברת הב"ש. ואף דדעת הרבה אחרונים דאין מתירין בס"ס בעגונה כמ"ש הפנ"י בקו"א לכתובות דהוי ס"ס במקום חזקה. מ"מ כאן הא איכא ג' ספיקות דדילמא הוא בתוך ג' ימים ודילמא כר"ת דבשלם בפרצופו גם לאחר ג"י מעידין ודילמא כהני פוסקים דל"ח לשאלה כהכרעת הש"ך בסי' ס"ה. ובפרט בכל הבגדים ובג' ספיקות מהני גם נגד חזקה כמ"ש הש"ך יו"ד בדיני ס"ס. וגם בלא"ה בספק פלוגתא לא מוקמינן אחזקה כמ"ש הפמ"ג יו"ד בשם הכנה"ג דמשום חזקה לא ישתנה הדין:

ובלא"ה נ"ל להמציא קולא דכיון דלא נשמע בכל הגליל שיהי' נאבד איזה איש באותו זמן. ואין לחוש רק אולי בא איש ממקום רחוק ונהרג שם. וא"כ לכאורה הי' לנו לתלות בקרוב רק דרובא דעלמא עדיף דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב. אבל כיון דהכירו מלבושיו. וכפי ס' הב"ש הא דחיישינן לשאלה הוא משום דסימנים לאו דאורייתא. דחשש שאלה משוי להו להבגדים רק כסימן אמצעי. וכמו שהסביר הנוב"י תשו' נ"א

ד"ה תו חזינא עיי"ש. וכבר ביארתי בתשו' אחת בביאור תשו' הרא"ש דמכלוף בן מלול והח"מ סקי"ח דביב"ש אף דשיירות מצויות לא הוי רובא דעלמא. דכיון דרוב העולם אין שמם יוב"ש וקיי"ל כל דפריש מרובא פריש. א"כ אדרבא מכח הרוב הוא דלא בא לכאן מרחוק איש ששמו יב"ש ורק מיעוטא הוא דאיכא. וכבר כ' הח"צ דסי' אמצעי הוי עכ"פ כיוב"ש. וא"כ כיון דכאן בגליל הזה נאבד איש שיש לו סימן כזה. וממקום רחוק הוא חשש מיעוט. דרוב העולם אין להם סימן כזה וכל דפריש מרובא פריש. וא"כ אין כאן רק חשש מיעוט דילמא מהמיעוט בא. א"כ אדרבא אזלינן בתר קורבא. דכל דליכא רוב כנגדו ודאי אזלינן בתר קורבא:

ומה שחשש כת"ה לענין חצי דבר. כבר הכריע גם הישויע"ק בסי' י"ז סק"ו דלית דחש לה להא. דכמו שהכשירו קרובים ופסולים בעדות אשה. כמו כן אין לחוש לכל הפסולים שפסולין מגזיה"כ. ובפרט בנ"ד אין צריך לזה דהא עכ"פ עדות המכירין בט"ע לחוד בלא הבגדים מהני לענין שאם ניסת ל"ת. דבספק ג"י לכ"ע אם ניסת ל"ת. וא"כ כיון דעדותן מהני לשום דבר ל"ה חצי דבר כמ"ש התוס' לענין שני חזקה כיון דמהני לענין פירות עיי"ש בב"ב (דנ"ו ע"ב) ד"ה אלא:

כללא דמלתא בהצטרף כל הני מילי ס' ג"י ופרצופו שלם דלשי' ר"ת בלא"ה שרי והיכר מלבושיו וכל הני טעמי דכתיבנא נלע"ד דאיתתא דא שריא. ומצטריפנא גם אנכי בשריותא דא באופן שיסכים עוד רב אחד מפורסם בזה. ויושיב ב"ד של ג' להתירה. והנה מ"ש כת"ה דפצע אחורי האוזן אינו מזיק. ומביא ד' הח"ס בסי' נ"א. לכאורה יש לעיין קצת מד' הט"ז סקל"ג בנחבל אחורי הראש במכת חץ. אלא דשם הטעם דחשש אולי מגיע המכה בעומק בפנים סמוך לצד הפנים עיי"ש ודו"ק:

כ"ד ידידו דוש"ת מברכו בכתיבה וחתימה טובה וכט"ס **דוד מנחם מאניט באאד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מב, תק"ע.

ב"ה א' וירא תרפ"ה לפ"ק **טארנאפאל יצ"ו**.

שלום אשיב לכבוד הרב ההה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מוה"ר **ליב** נ"י דומו"ץ דק"ק **סיקאהל יצ"ו**:

מכתבו בצירוף תשובות הרב הגאבד"ק טארנא אודות העגונה אשת ה' חיים ליב בערגער לנכון הגיעני והנה יראה כת"ה שגם הרב הגאבד"ק טארנא הבין מעדותו של ה' הירש סאפקעס שלא ראה אותו רק מאחוריו אך מה שהרב הגאון הנ"ל העמיד יסוד על המכתב מהקאמאנדע עפי"ד החת"ס מלבד מה שבדורו רבו החולקים עליו כמבואר בתשו' ד"ח

בכ"מ אך לא אדע מה מציאה מצא במכתב הקאמאנדע יותר מהעדות של העדים הרי כאן שהעד הירש סאסקעס העיד בראשונה שהצוגספיהרער לא הניחו להזיזו ממקומו ואח"כ באו הסאניטאט וראו אותו והלכו ממנו וזה הי' בבוקר בשעה 12 כמבואר בעדותו של ה' דוד גאטליעב ובשעה 4 אחה"צ הלך ר' דוד לשם ומצא אותו עדיין מונח על פניו ובמכתב הקאמאנדע לא נזכר הקבורה כדרך כל המכתבים שבאים משם שראיתי שנכתב שנפל באותו המקום ונקבר שם באיזה יום ובאיזה מקום ואדרבה נכתב שם שלא יוכלו להודיע מן עפעקטען שלו מחמת הגיפעכט והפארמארש מוכח להדיא שלפני הממונה ע"ז לא העידו הסאניטאט ג"כ רק שראו אותו שנפל כמו שהעיד ה' הירש סאסקעס בראשונה שהסאניטאט ראו אותו והלכו ממנו וא"כ עדות הקאמאנדע אינו מועיל יותר מעדותן של העדים הנ"ל. ומה שהעיד עתה ה' הירש סאסקעס בנויארק שבאו הפיאנער וקברו אותו הרי הוא סותר ממש דבריו הראשונים שהעיד שהסאניטאט ראו אותו והלכו ממנו ופשיטא שאינו יכול לחזור ולהגיד ובפרט שאם ה"נ עדיין כשר להעיד ועדותו הראשונה הי' עוד בשנת תרע"ט סמוך להמעשה ועדותו עתה בשילהי שנת תרפ"ב ואפשר לתלות הסתירה מחמת השכחה שכבר עבר זמן רב כזה ולכן פשיטא שאין בדבריו האחרונים כלום ועל ההכרה לא הוסיף עתה בעדותו כלום רק שראה אותו מונח מת מהחץ שמחצה גלגלתו והרי הר"ד גאטליעב העיד שנפל על פניו א"כ ה' הירש סאסקעס ג"כ לא ראה אותו רק מאחוריו וא"כ לכאורה אין כאן עדות מספקת להתיר האשה הזאת אך יען שחשו חז"ל מאד מאד לתקנת עגונות ובפרט מדבר הזה מאשה צעירה לימים אמרתי לחפש צדדי היתר להתיר האשה הזאת מכבלי העיגון:

דהנה העד הירש סאסקעס העיד בראשונה שה' חיים ליב הניח אצלו הכלי זיין והלך להכין א"ע ואח"כ ראה תיכף שמונח מת וידוע דברי המבי"ט שכתב דאם ידוע שבעל האשה הלך בדרך זה ואח"כ נמצא שם הרוג תלינן מה"ת דהוא בעל האשה ואף שתמהו עליו כל האחרונים בש"ש פי"ז שמעתתא ז' מ"מ זה רק בדרך שש"מ שם אבל במקום שאין שיירות מצויות שם הוא עצמו החזיק שם בפי"ט דברי המבי"ט עפי"ד המהרי"ו משום דאין ספק מוציא מידי וודאי עיי"ש. וכאן שמבואר בעדותו של ה' הירש סאסקעס הראשונה והאחרונה שהיו מונחים אז בשוטצענגראבען והצוגספיהרער הזהיר אותם שלא יגביהו ראשם למעלה מחמת הסכנה וידוע שאז בשעת יריית החצים אינו מצוי שם אדם לילך שם אף אנשי חיל רק לפרקים בשעה שהמשמורות מתחלפות שהם יוצאים מהשוטצענגראבען ובאים אחרים במקומם ובנפשו הוא מי שהולך לשם בעת ההוא מחמת יריית החצים כאשר הוכיח סופו על תחלתו וכאן שזה היה תיכף שראה אותו

אחר שהלך מאתו וודאי לא מיקרי שיירות מצויות באותו העת וגם לענין גט היכי שמצאו לאלתר לא חיישינן לאחר ובפרט לפימ"ש בתשו' מהר"ם אלשיך סי' מ"ב דל"ח ש"מ רק היכי שבאים שם ריבוי עם עיי"ש:

ואמנם אף אם נאמר דזה מיקרי ש"מ מ"מ י"ל להמציא היתר בנ"ד עפי"ד הח"מ בסי' י"ז ס"ק ל"ח דמפרש פלוגתת הפוסקים אם סגי בשמו ושם אביו בלחוד בלא שם עירו או שמו לבד איירי דידעינן דבעלה הלך באותו דרך דאז אף דאיכא יב"ש טובא בעלמא מ"מ הא לא ידעינן דאותו ששמו יב"ש הלך בדרך הזה עיי"ש. ומפרש כן ג"כ עובדא דמכלוף בן מלול שבתשו' הרא"ש. ובתשו' הרא"ש שם מבואר דתלי לה במחלוקת הפוסקים אם בעינן תר"ל הוחזק ושיירות מצויות ובש"מ לחוד או הוחזק לחוד ל"ח דלמאן דס"ל דבשיירות מצויות לחוד ל"ח לתרי יב"ש הי' מתיר עובדא דמכלוף בן מלול גם בשיירות מצויות וא"כ לפימ"ש הח"צ בתשו' קל"ד דסימן אמצעי הוי כשמו ושם אביו ובתשו' אחרת ביארתי דאף דאין מעידין אלא על פ"פ וחוטם ולא קיי"ל כר"ת להתיר בט"ע דגוף בלא פ"פ וחוטם מ"מ ט"ע דגוף כסימן אמצעי חשיב א"כ בנ"ד דכולם העידו על בעלה שהכירו אותו בט"ע עכ"פ מאחוריו והעד הירש סאסקעס העיד שבעלה הלך בדרך הזה ל"ח לאיש אחר שיש לו ג"כ ט"ע כזה הלך שם כיון דלא ידעינן שמי שיש לו ט"ע כזה הלך שם כלל ולמ"ד דבעינן תר"ל גם בש"מ ל"ח א"כ אף אם נאמר דכאן מיקרי שיירות מצויות מ"מ מותרת לדעת הרא"ש אליבא דהרי"ף דבעינן תרווייהו הוחזק וש"מ ואף לדעת הסוברים דבש"מ לחוד חיישינן מ"מ הא בלא"ה דעת התשו' פנ"י ח"א אה"ע סי' נ"ד דהיכא דידעינן דבעלה הלך בדרך הזה אף בהוחזק וש"ח ל"ח דילמא הוא הלך לעלמא ואחר ששמו כן בא לכאן דכאן נמצא כאן הי' עיי"ש בד"ה וברור בעיני ובד"ה וכן נראה לדקדק. ואף בשם עירו לחוד או שמו לחוד מתיר שם בכה"ג כמו עובדא ביהודי מקראקא ועובדא דתשו' ב' דלא הזכירו רק שם אביו דרק אם לא הזכירו שום סימן כלל אז כיון דאיכא רובא דעלמא שהלכו ג"כ בדרך זה ל"מ חזקה דכנכ"ה כנגד רובא אבל אם נאמר איזה סימן קצת שם עירו או שחו דאז ליכא רובא דעלמא דאף דהרבה אנשים הלכו שם ג"כ מ"מ הא אין זה וודאי דמי ששמו כן הלך לשם וא"כ ליכא רובא נגד החזקה דכנכ"ה עיי"ש בדבריו בתשו' ח' שהאריך בזה והארכתי הרבה בזה באיזה תשובה שכן ג"כ דעת המהרי"ט ומהר"ם אלשיך וא"כ פשיטא דט"ע דגופא דהר"ת מתירו לגמרי לא גרע משמו לחוד או שם עירו לחוד דשכיחא טובא בעלמא. ואף דבס' קהלת יעקב כתב דהר"ת אינו מתיר רק היכא דראה אותו ערום בלא מלבושים מ"מ בתשו' חת"ס אה"ע ח"א סי' נ"ג בד"ה מתוך הדברים מבואר אדרבא להיפוך דיותר יש ט"ע באדם גם מאחוריו

היכא דהוא מלובש במלבושים מהיכא שהוא ערום כיון שלא הורגל לראותו כשהוא ערום עיי"ש ומסתברא כדבריו ואף הקהלת יעקב י"ל דהיינו רק שגם ר"ת אינו מתיר בט"ע לחוד בכה"ג אבל עכ"פ סימן קצת הוי כמו שמו לחוד או שם עירו לחוד להתיר היכא דידעינן שמי שיש לו ט"ע כזה הלך לשם:

אמנם גם להח"מ הנ"ל דגם דידעינן שבשעה שבעלה הלך שם תלה לה בפלוגתא דלמ"ד דס"ל דבחדא למעליותא חיישינן. חיישינן גם כאן בשיירות מצויות לחוד. מ"מ בנ"ד יש להתיר דהנה בתוס' ב"מ (ד"כ ע"ב) ד"ה איסורא כתבו דהא דחיישינן לתרי יב"ש בש"מ ולא הוחזקו הוא רק דרבנן ובש"ש הקשה מזה על הח"צ שכתב דסימן אמצעי לא גרע מיב"ש דהא חזינן דגרע דלתרי יב"ש מדאורייתא ל"ח וסימן אמצעי ל"מ כלל מדאורייתא למ"ד סימנין לאו דאורייתא עיי"ש אבל לפיענ"ד לק"מ לפימ"ש הח"מ הנ"ל דהא דמתירין בשמו ושם אביו לחוד הוא רק היכא דאיכא הוכחה דבעלה וודאי הלך שם אבל בלא"ה וודאי איכא יב"ש טובא בעלמא א"כ אף היכא דשיירות מצויות ליכא למיחוש מדאורייתא כלל דהא וודאי רובא דעלמא אין שמם יב"ש וכלל גדול בידינו דכל דפריש מרובא פריש א"כ וודאי אף דבאו לכאן הרבה שיירות מ"מ אית לן לומר מדאורייתא דלא בא כאן אחד ששמו יב"ש דכל דפריש לבוא כאן ממק"א מרובא דעלמא פריש דאין שמם יב"ש. דבשלמא היכא דאינו ידוע אם הבעל הלך לשם כלל ונמצא אחד הרוג שם שידוע שהי' שמו יב"ש רק שאינו ידוע אם הוא בעל האשה או אחר ששמו כן אין שייך כלל לומר כל דפריש מרובא פריש דהרי בע"כ זה הנמצא הוא מהמיעוט ששמם יב"ש א"כ מנ"ל דהוא הבעל דילמא הוא אחר ששמו יב"ש. אבל היכא דהבעל וודאי הי' כאן וכשנמצא הרוג א"כ כיון דאם לא הי' שיירות מצויות לא הוי חיישינן לאחר גם עתה שש"מ מ"מ כיון דרוב העולם אין שמם יב"ש א"כ כל דפריש מרובא דעלמא פריש שאין שמם יב"ש וא"כ כיון דזה הנמצא שמו יב"ש בע"כ איננו מהש"מ רק הוא הבעל שאנו יודעין שהי' כאן במקום הזה. וא"כ לכך ס"ל להתוס' דגם מאן דחייש לתרי יב"ש בכה"ג הוא רק מדרבנן דמדאורייתא אמרינן כל דפריש וכו' רק מדרבנן מחמת חומרא דא"א או מחמת חזקת איסור שבה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וחיישינן מדרבנן וא"כ לק"מ קושיית הש"ש על הח"צ דשפיר מדמה סימן אמצעי ליב"ש והא דלא סמכינן מדאורייתא אסימן היינו היכא דאינו ידוע אם הבעל הלך כלל בדרך הזה ובכה"ג מודו התוס' דגם לתרי יב"ש חיישינן מדאורייתא כמ"ש הח"מ דוודאי טובא יב"ש איכא בעלמא רק היכא דידוע דהבעל הלך בדרך הזה אז ס"ל להרי"ף דאף מאן דחייש לתרי יב"ש הוא רק מדרבנן מחמת כל דפריש וכו' ובכה"ג י"ל דגם בסימן אמצעי הוה רק מדרבנן וא"כ מעתה בנ"ד

כיון דכ"כ דט"ע שבגוף הוי עכ"פ כסימן אמצעי וכיון דידוע דהבעל הי' שם באותו מקום א"כ אף אם נאמר דזה מיקרי שיירות מצויות מ"מ ל"ה רק חששא דרבנן:

וא"כ בנ"ד דהר' דוד העיד שבא איש חיל ואמר לי' מסל"ת שהקאליגא שלו כבר נפל וידוע דעת המהריב"ל דבעד מפי עד אף שלא אמר לו הראשון דחזי' לשעתי' תלינן להקל אלא שבתשו' מהרי"ט חלק עליו מטעם דכיון דאם הי' לפנינו והי' אומר לנו שספק אצלו אם שהה ג' ימים אזלינן לחומרא לדעת הפוסקים דהוא ספיקא דאורייתא גם עכשיו שאין הראשין לפנינו הוי ספיקא דאורייתא אם הראשון ראה אותו בתוך ג"י או לאו משמע הא אי הוי דרבנן הוי מודה לו ומה"ט מקילין ג"כ כל האחרונים בעד מפי עכו"ם מסל"ת שלא אמר קברתיו כאשר הארכתי בזה הרבה בתשו' א"כ ה"נ דחשש דילמא אחר שיש לו ט"ע כזה הוא רק חששא דרבנן שפיר איכא למיתלי לקולא דילמא העכו"ם המסל"ת הגביה ראשו קצת והכיר אותו בט"ע בפניו שזה האיש הנ"ל. ובלא"ה יש מקום לומר דאפי' ט"ע דגופא לחוד בלא פ"פ אף להחולקים על ר"ת מ"מ לא הוי רק מדרבנן דקשיא לי מאד כיון דט"ע עדיף מסימנא דעפ"י ט"ע קטלינן גברא כמבואר בחולין (ד' צ"ו) א"כ למה אין מעידין אלא על פ"פ וחוטם הא כיון דהתורה האמינה להעדים שאין משקרים א"כ אי איכא שני עדים שמכירין אותו הרי כבר כתב הרמב"ן במלחמות ביבמות דמה"ט בתרי סהדי ל"ח לבדדמי דבתר סהדותא דתרי סהדי לא דייקינן כיון דהתורה האמינתם אתם מה לכם בכך עיי"ש וה"נ מה לנו ליתן גבול בדבר כיון דתרי סהדי אומרים שמכירים אותו בט"ע אנו מה לנו בכך. ואין לומר דבלא פ"פ עם החוטם ליכא ט"ע כלל ז"א דהא שם בחולין מבואר דאף בחתיכת בשר בעלמא מהני ט"ע ומצאתי אח"כ ג"כ בתשו' פנ"י ח"א תשו' נ"ח בד"ה והא דתנן שהעיר בזה עיי"ש בכל התשובה באריכות ורציתי לומר ומצאתי אח"כ ג"כ בתשו' חת"ס אה"ע ח"א סי' נ"ו בד"ה שוב כתב ר"ת שמחלק כן דרק באדם שהרגלנו לראותו תמיד עם הפ"פ והחוטם ועיקר לתת עין באדם הוא בפרצופו לכן אם נשחת פרצופו אנן סהדי דא"א להכירו בט"ע שהרי נשתנה לגמרי אבל בחתיכת בשר שנתן עינו בה כמות שהיא ולא נשתנית כלל שפיר מהני ט"ע. ולפי"ז הי' נ"ל לכאורה שט"ע מאחוריו עדיף טפי שכמו שהי' רגיל לראותו מחיים ונתן עיניו בו כן הוא רואה אותו גם עכשיו דלא נשתנה ואמנם לא נמצא חילוק זה בשום מקום וגם גוף הסברא הנ"ל משמע לכאורה בש"ס בכורות (מ"ה) להיפוך דפריך שם על הא דפדחת פוטר דקרינן בי' יכיר מהא דאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם ומאי קשיא הא שם ראה הפדחת לחוד כשהוציא פדחתו וא"כ שייך בי' יכיר שיכירנו אח"כ שפיר בט"ע. ויש ליישב קצת דשם נשתנה להיפוך דמתחילה ראה אותו בפדחת לבד ואח"כ

כשיצא כולי עם כל הפרצוף פנים אף דנשתנה למעליותא מ"מ נתקלקל הט"ע ועכ"ז חלילה לחדש דבר מדעתינו אבל הא שפיר נ"ל ליישב הקושיא הנ"ל שהיא ג"כ קושית התשו' פנ"י דאמאי ל"מ ט"ע נ"ל דזה הכל רק מדרבנן משום שבט"ע צריך דקדוק יפה כמ"ש בחי' הרשב"א חולין שם צ"ו ולכך חשו רבנן לומר בלא פ"פ עם החוטם שמא לא דקדק יפה ואין זה דוחק לומר דהא דאין מעידין הוא רק מדרבנן דהא בש"ס בכורות שם (דמ"ה ע"ב) קאמר דלענין בכור סגי בפ"פ לחוד ובעדות אשה בעינן חוטם ג"כ דבעדות אשה החמירו רבנן בתחילתו הרי דאנו מפרשין המשנה דאין מעידין אלא עם החוטם הוא דרבנן א"כ י"ל דכולו מדרבנן ומדאורייתא מהני טב"ע בכ"ע. ואף דלכאורה משמע בש"ס הנ"ל להיפוך דהא רק לר"י דקאמר שם דלענין בכור סגי בפדחת בלא חוטם קאמר הש"ס דבעדות אשה החמירו חכמים אבל לר"ל שם דקאמר דאף לענין בכור בעינן עם החוטם משמע דהוי מדאורייתא דדרשינן לי' מקרא דיכיר וכן לר"י גופי' בפדחת בלא חוטם מ"מ נ"ל דאין הדבר מוכרח דהא בלא"ה הקשו האחרונים לשיטת הר"ת בספר הישר דטב"ע לכ"ע מהני והא דאין מעידין אלא על פ"פ היינו באדם שלא הכירו מעולם רק שנותן זה לסימן שמצא הרוג שצורת פניו כך וכך ואנו יודעין שבעלה הי' כך אז כיון דבעינן סימן מובהק ביותר אמרינן דלא הוי סימן מובהק ביותר רק אם מעיד על הפ"פ עם החוטם עיי"ש בש"ש ש"ד פי"ג וי"ד וט"ז ומצאתי ג"כ בר"ח שבש"ס ווילנא בב"מ (דכ"ד) כדבריו ועי' בחת"ס סי' נ"ג ונ"ד עיי"ש שהקשה שם ע"ז בש"ש והגאון דו"ז ר"ז מרגליות ז"ל מש"ס בכורות הנ"ל דגם לענין בכור לא הוי הכרה עד שיצא פדחתו עם החוטם אף שאביו רואה אותו אח"כ בט"ע עיין בחת"ס סי' נ"ד ד"ה והנה ראיתי הד"ק מתלהב וכו' ותירוצו של החת"ס קשה מעט להבין כי איך אפשר לומר שמכיר הפרצוף בט"ע ולא יהי' לו רק דין סימן דממ"נ כיון דט"ע מהני ויודעין אנו שזה אמת שהפרצוף ההוא ראה אותו מחיים באיש הזה ועכשיו לא יהי' לו רק דין סימן דממ"נ אם זה אמת שהוא מכיר הפרצוף ההוא היטב בט"ע מחמת שראה אותו כבר א"כ בע"כ האיש הזה שנמצא הוא מי שראה אותו כבר שהפרצוף הי' נקבע דהא א"א לחלק שיהי' הפרצוף לחוד והגוף לחוד וכבר הארכתי בזה בתשו' והבאתי דברי הנוב"י שכתב אדרבא להיפוך דגם בסימן שומא וכדומה מ"מ אם זה המעיד רואה עתה הסימן ומכירו בטב"ע שהוא זה שראה אותו מכבר מהני לכ"ע מדאורייתא מתורת טב"ע ולא מתורת סימן ודבריו מסתברים ופירשתי בזה דברי הרמב"ם בפ"י מה' נחלות שתמהו עליהם הכל שכתב דסימנים מהני מדאורייתא עיין בקצה"ח סי' רנ"ט דשם כתב ברמב"ם והכירו אותם בלשון רבים היינו

שהכירו עתה הסימנים בט"ע דאז לכ"ע מהני מדאורייתא וא"כ תירוצו של החת"ס אינו מעלה ארוכה לקושיתו של דו"ז הר"ז מרגליות ז"ל:

אך לפענ"ד בפשיטות לק"מ דהנה הא וודאי ידוע לכל דעפ"י הרוב וודאי העיקר שמכירין את האדם הוא רק בפניו ובפרצופו ואף שלפעמים מכירין את האדם גם מאחוריו בט"ע שבגופו זה רק ע"צ המיעוט ולכך ס"ל לר"ת דאף שע"צ הרוב אין מכירין את האדם אף בפרצוף מ"מ אם באו ב' עדים ואומרים שמכירים אותו בט"ע שבגוף וודאי נאמנים דשני עדים נאמנים נגד רוב ונגד חזקה וע"א אף שאינו נאמן נגד חזקה אבל נגד רוב נאמן כמ"ש הפנ"י ק"א לכתובות משום דמברר שהוא מן המיעוט אך בבכור גבי יכיר דגזה"כ הוא דלא מיקרי בכור רק כשאביו מכירו לכך לא מיקרי לידה כשיצא פדחתו לחוד לר"ל דכיון דבכל מילי אזלינן בתר רובא אמרינן דוודאי אביו לא יכירנו אח"כ כיון שלא ראה כל הפרצוף ולא קרינן בי' בלידה הזאת יכיר דעפ"י הרוב אין מכירין אותו רק בפ"פ עם החוטם אבל אם באו עדים אח"כ ואומרים שמכירים אותו בטב"ע לחוד וודאי שנאמנים אבל כיון דזה הוא ע"צ המיעוט ולא שכיחא שפיר בעת לידתו לא מיקרי לידה לענין בכור דגזה"כ דבעינן אז יכיר ואנן אזלינן בתר רוב דע"צ הרוב אין מכירין רק בפ"פ עם החוטם ולכך פריך שם על ר"ל דס"ל דפדחתו לחוד הוי ג"כ לידה לענין בכור דס"ל דעיקר ההיכר הוא בפדחתו ש"מ דס"ל דגם בפדחתו ניכר ההיכר שבין אדם זה לאיש אחר דמה שנאמר שאין פרצופו של אדם דומה לחבירו גם על הפדחת נאמר א"כ למה תנן דאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם דלפי פירוש ר"ת בספר הישר הכוונה הוא דלא הוי סימן מובהק ביותר שאינו שכיח בשאר בנ"א רק פ"פ עם החוטם ולא בפדחת לחוד והא לר"י גם בפדחת הדין כן מדקרינן בי' יכיר לענין בכור אבל בהא כ"ע מודים לפי פירוש ר"ת דאם באו עדים ומכירים אח"כ בט"ע דגם בלא פ"פ עם החוטם איכא טב"ע ול"ק קושית הש"ש ודו"ז הגאון מהראז"מ ז"ל ומיושב ג"כ מה שקשה על שיטת ר"ת מה דהביא שם הש"ס ביבמות מהא דאבא בר מניומי דדבק דלייתא באפרותי' וחליף קמיי' ולא דשקרוה אף בטב"ע מהני לר"ת מ"מ מביא ראי' דעפ"י הרוב אין מכירין רק בפ"פ כמו דלא הכירוה שם דבי ר"ג ומש"ה ג"כ לא מיקרי סימן מובהק ביותר דעיקר ההיכר והחילוק שבין אדם לחבירו שלא שכיח שיהי' אחר דומה לו הוא רק בפ"פ וכו'.

ומעתה כיון שבכל מקום אנו רגילין שלא לעשות פלוגתא רחוקה בין הפוסקים אף אנו נאמר דאף דהפוסקים חולקים על ר"ת וס"ל דגם ט"ע לא מהני רק בפ"פ עם החוטם משום דס"ל דפשטא דמתניתין דאין מעידין אלא על הפ"פ עם החוטם משמע דגם בטב"ע אינן נאמנין מ"מ י"ל דמודו דמדאורייתא נאמנים ורק מדרבנן אין נאמנים דחשו חכמים

לומר כיון דע"צ הרוב אין מכירין רק בפ"פ עם החוטם א"כ אף אם העדים אומרים שהם מכירים חיישינן דילמא טועים בדמיונם וכדקאמר הש"ס אליבא דר"י שם בבכורות דמשום חומרא דא"א החמירו דבעינן גם החוטם אף דדעת רוב הפוסקים דבתרי עדים לא חיישינן לדדמי היינו בדדמי במלחמה דל"ש כולי האי אבל הכא כיון דע"צ הרוב אין מכירין חשו חז"ל גם בתרי עדים שמא טועים בדמיונם וכמ"ש בחי' הרשב"א (חולין צ"ו) הנ"ל דט"ע צריך דקדוק יפה וכבר פירשתי בתשו' אחת דברי הרמב"ם בפי"ג מה"ג מה' נחלות דאיכא גוונא דבדדמי דגם שני עדים אין נאמנים ואכ"מ להאריך וא"כ כיון דיצא לנו מזה שיש פנים בהלכה לומר דט"ע שבגופו כ"ע מודו דמדאורייתא מהני א"כ מכ"ש בכה"ג דידעינן שבעל האשה הלך שם באותו מקום וודאי מדאורייתא יצתה מחזקת א"א ול"ה רק חששא דרבנן וא"כ ממילא יש לסמוך על דברי מהריב"ל דעמפ"ע עדיף ותולין דמה שאמר לו העכו"ם מסל"ת שהקאלעגא שלו כבר נפל היינו שהגביה ראשו והכיר אותו בפניו. מכל הלין טעמי נ"ל דבנ"ד דאיכא עוד אומדנא טובא שזה עשר שנים שנאבד ונשתקע שמו וודאי דאיכא למיסמך על דעת ר"ת בצירוף כל הני טעמי הנ"ל כמ"ש בח"מ בסקא"ו והב"ש בסקע"ד. ואף דאיכא דעת הש"ג דבמלחמה ל"מ ט"ע לחוד משום בדדמי דשמא טועים בדמיונם הובא בד"מ מ"מ מדברי הב"ש ס"ק צ"ט מבואר דלא ס"ל כן עיי"ש בב"מ שהאריך בזה ובפרט בכאן דאיכא שני עדים על הט"ע דלכ"ע בשני עדים כשרים ל"ח לבדדמי ומה"ט אין לחוש ג"כ למאי שלא אמרו קברתיו דלענין בדדמי דבלא"ה דעת הראב"ד והרמב"ן דלא בעי קברתיו ואף לדעת החולקים הוי רק חששא דרבנן כמ"ש בב"ש סקקמ"ג וא"כ וודאי איכא לאיצטרופי דסמכינן על הט"ע ועל הט"ע הא איכא ב' עדים כשרים דאז בשעה שהעידו הוי עדיין ה' הירש סאסקעס כשר לעדות ובתרי עדים ל"ב קברתיו לכ"ע זולת דעת הרי"ף שכבר רבו החולקים עליו וגם ע"מ שאנו סומכין על מה שהעיד ר' דוד ג"ל בשם העכו"ם מסל"ת שהבאתי למעלה שאנו תולין שהעכו"ם ראה אותו בפרצופו וע"ז ליכא רק העכו"ם לחוד מ"מ בזה יש להצטרף ג"כ דעת המרדכי דבעכו"ם מסל"ת לא בעינן קברתיו הוא ברמ"א סעי' נ' עיי"ש בח"מ וגם איכא למיסמך על הב"ח בתשו' סי' ע' שהביא גם כת"ה דבעברו הרבה שנים כנ"ד ואין עוד תקוה להשיג עדות אחרת מתירין בלא קברתיו וכבר צרפתי דברי הב"ח אלו לסניף כ"פ:

ויש עוד מקום לפקפק בנ"ד על חשש ספק שהה ג"י דדילמא אין זה בעלה ונהרג שם זה יותר מג"י אך באמת גם זה לאו חששא הוא. חדא דהרי כבר הביא הב"ש בסקע"ד וסקפ"ד דעת הרשד"ם דבספק ג"י סמכינן על ר"ת להתיר ע"י טב"ע והא דכתב שם הב"ש

בסקפ"ד דהיינו בפ"פ שלם ולא נחבל היינו היכא דמכירו בפרצופו אבל בטב"ע שבגופו כמו בנ"ד מהני לדעת ר"ת גם לאחר כמה ימים וגם הרי העד הירש סאסקעס העיד עתה באמעריקא מסל"ת שראה שהי' עדיין זב ממנו דם הרבה למאד מחמת החץ שפצעה את מוחו א"כ זה וודאי שלא הי' רק שעה קלה משעה שנהרג ולאחר ג"י א"א שיזוב עוד דם הרבה וגם יש סברא דשם על שדה המערכה שהולכים הסאניטעט והפיאנער בכל שעה אין מניחים שיהי' מונח הרוג שם יותר מג"י והוה כעין הא דאמרינן שוקי ירושלים עשוים להתכבד בכל יום דל"ח לטומאה למפרע. ואם נאמר דשם לא היו האנשי חיל מצוים אז א"כ ממ"נ אם לא שכיחא שם עוברים ושבים הוי כאין ש"מ דבלא"ה יש להתיר עפ"י דברי המבי"ט דכיון דבעלה הלך שם ומאחר לא ידעינן דהלך שם אמרינן זהו שאבד זהו שנמצא והאחרונים לא חלקו עליו רק בש"מ עיי"ש בש"ש הנ"ל. ומה שאני מצרף דברי הירש סאסקעס שהעיד עתה באמעריקא אף שהוא. עתה חשוד הוא משום שהעיד מסל"ת ואף שכבר העיד כאן בסיקאהל בבי"ד מ"מ כבר כתב הב"ש בסקמ"א שחומרא גדולה הוא לחוש דכיון שאמר אשתקד ע"י שאלה לא יהי' אחר זמן נאמן כשהסיח אז לפ"ת ובפרט בכאן שעבר יותר מה' שנים וגם י"ל דהמחמירין לא קאמרי רק בעכו"ם שאמר מתחילה ע"י שאלה דאז לא הי' נאמן אבל כאן דבשעה שהעיד בבי"ד הי' ישראל כשר והי' נאמן אז אלא שלאח"כ נתקלקל י"ל דלכ"ע מהני אם אח"כ אמר במסל"ת. ולכן מכל הלין טעמי דעתי נוטה ג"כ להצטרף להתיר א' הר' חיים ליב בערגר אך באופן שיציע ג"כ הענין לפני הרב הגאון אבד"ק בראדי ואז כשיצטרף גם הוא מצטריפנא גם אנכי בהדי' להתירה ויושיב אז ב"ד של ג' כדין הנשאת שלא עפ"י שנים ויתירה לחלוץ והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מג, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי בנש"ק כש"ת מו"ה **נפתלי צבי** נ"י אבד"ק **בילקע** יצ"ו.

יקרתו במועדו לנכון הגיעני. ומעוצם טרדותי לא יכולתי להשיב על אתר. וגם עתה אנכי מוכרח לקצר. בדבר השאלה באשה שהותרה לינשא ע"י גדולי תורה עפ"י גב"ע ממדינת אמעריקא. ונשאת לאחד ונתארמלה ונשאת לשני ועתה נודע שבעלה הראשון חי עדיין במדינת אמעריקא. ורוצה לגרשה וליתן לה ג"פ. והשאלה אם מותרת לדור עם בעלה השני אחר שישלח לה הראשון ג"פ. והנה מה שרוצה כת"ה לצדד ולומר דהא דקיי"ל תצא מזה ומזה הוא רק בניסת שלא בהוראת והיתר ב"ד רק ברשות ב"ד אבל בהוראת

ב"ד לא. ישתקע הדבר ולא יאמר להוציא דברי כל הפוסקים מפשטן וסתמא אמרו ניסת ברשות ב"ד תצא וגם מפורש בש"ס (דצ"ב ע"א) על מתניתין דניסת עפ"י ב"ד תצא מייתי הש"ס מזה לענין הורו ב"ד ששקעה חמה אם הוי הוראה או טעות ולמ"ד הוראה הוכרח הש"ס לומר דאתיא כר"א דיחיד שעשה בהוראת ב"ד חייב. ולדבריו מתניתין לא איירי כלל בהורו ב"ד רק שעשתה ברשות ב"ד. וגם איך אפשר לומר שב"ד יתנו רשות בלא הוראה להיתר. והט"ז והב"ש בסוס"י י"ז הקשו על תשו' הרשב"א בניסת בטעות עפ"י הוראת ב"ד דל"ת. מהא דניסת עפ"י ע"א תצא והוכרחו לומר משום קנסא על דלא דייקא. ולא תירצו דשם איירי בלא הוראה. וממילא גם מה שרצה לומר דעכ"פ בניסת עפ"י שני עדים והוי ברשות ב"ד דל"ת. ליתא דהרי מפורש במחבר בסנ"ו דניסת ואח"כ בא בעלה ל"ש ניסת עפ"י ע"א ל"ש ניסת עפ"י שנים תצא. ובניסת בע"א בע"כ מיירי ברשות ב"ד כמ"ש המחבר בסל"ט ממילא גם בשנים הדין כן. דהא כתב ל"ש ניסת עפ"י ע"א או שנים. וגם מה שרצה לומר דהקנס הוא רק שיוציאה בג"פ אבל אח"כ מותרת לחזור לו. שרא לי' מרא לומר כן דא"כ מה זה חומר שהחמרת עלי' בסופה וכי הפסד שכר הגט הוי חומר כ"כ. ואי משום הפסד הכתובה הא אם יחזירנה אח"כ וודאי מחויב לכתוב לה כתובה אחרת. ועיין בתוס' יבמות (פ"ז ע"ב) ד"ה הוולד דגם לאחר שנתן הראשון גט הוולד מהשני ממזר מדרבנן ואם איתא דצריך רק גט בעלמא משום קנסא אבל שרי להחזירה איך אפשר לומר דהוולד ממזר. ולכן מכל אלו הטעמים א"א כלל להקל:

אך מ"ש לצדד עפי"ד המהר"א ששון דלבועל שני לא נאסרה כיון דהיתה אסורה כבר לבעל אף שאין אנו פוסקין כד' המהר"א ששון מ"מ בנ"ד יש לצדד. דהנה כתבו האחרונים דדברי המהר"א ששון תלוים בשני תירוצי הש"ס כתובות (ד"ט) לענין מעשה דבת שבע. אם הטעם משום דאונס הוי. או משום דגט כריתות כותב לאשתו. עיין ב"ש סי' י"א סק"ג. דלמאן דס"ל דאנוסה מותרת גם לבועל משום דלא אסרה על בעלה. יש מקום גם לדברי המהר"א ששון דהיכא דכבר היתה אסורה לבעל לא תיאסר לבועל. אבל למאן דס"ל דאנוסה אסורה לבועל אף דלא אסרה לבעלה ה"נ גם לבועל שני אסורה. והנה בב"ש שם מביא מד' הירושלמי דמשמע דאנוסה אסורה לבועל וז"ל הירושלמי שהובא ג"כ בתוס' סוטה ר"פ כשם. תניא שם הוא שוגג והיא מזידה אסורה לו הואיל ותצא מחמתו. הוא מזיד והיא שוגגת מותרת לבעלה. ואם גירשה אסורה לזה. עכ"ל. מבואר בירושלמי דלבועל אסורה אף אם היא שוגגת דמותרת לבעלה. ואמנם לכאורה דברי הירושלמי סותרים קצת זא"ז דבהוא שוגג והיא מזידה כתב הטעם הואיל ותצא מחמתו. משמע דהאיסור רק משום דאסרה על בעלה כתירוץ הראשון דהש"ס כתובות. ואח"כ מסיים

להיפוך דהיא שוגגת אף דמותרת לבעלה מ"מ אסורה לבועל ש"מ דאין תלוי האיסור משום שאסרה על בעלה. אבל באמת דברי הירושלמי ברור מללו דהיכא דהוא מזיד שייך לקונסו משום דעביד איסורא אז אסורה לו אף היכא דלא אסרה על בעלה אבל אם הוא שוגג ולא עביד איסורא אז לא קנסה אותו התירה רק היכא דנאסרה על בעלה כיון דמ"מ בא לבעל תקלה על ידו. אף דהוא שוגג אסרה אותה התורה עליו כמו שאמרה הבהמה תהרוגו משום דבא תקלה על ידה ולכך שפיר ברישא בהוא שוגג קאמר הירושלמי הטעם רק משום הואיל דתצא מחמתו. ואין לומר דמ"מ לקנוס אותה כיון דהיא מזידה. ז"א דאין אוסרין אותה על האיש אלא משום לתא דידי' ולא משום לתא דידה. דאשה קרקע עולם כמבואר בישש"ש יבמות פ' כיצד דהיכא דהיא מותרת לבעל כגון דליכא עדים וקינוי וסתירה דאינה נאמנת על בעלה אף דהיא יודעת בעצמה שזינתה מותרת לדור עמו. כיון דעליו אין איסור וה"נ על הבועל. ומש"ה היכא דהבועל לא עביד איסורא כגון דהוא שוגג ול"ש לאוסרה עליו אף דהיא עבדה איסורא לא קנסינן לה לאוסרה עליו א"ל היכא דאסרה לבעלה כיון דאהני מעשיו. וכיון דיצא לנו מזה דהיכא דהוא שוגג אין לאסור עליו רק היכא דאסרה לבעלה א"כ קם דינו דמהר"א ששון בבועל שני היכא דהוי שוגג דמותרת לו כיון דלא אסרה על בעלה דכבר היתה אסורה לו מקודם. ובש"ס סנהדרין דקאמר הש"ס לאוסרה על בועל שני באנו היינו היכא דהוי מזיד וא"כ בנ"ד דבאמת הוי שוגגין עפ"י הוראת ב"ד רק הטעם דאסורה משום דלא דייקא כמ"ש הט"ז וב"ש הנ"ל וא"כ רק היא עבדה איסורא אבל הבעל הוי שוגג גמור דסמך על דברי חז"ל דאשה דייקא ומינסבא והוי כהוא שוגג והיא מזידה דאין אסורה רק משום הואיל דתצא מחמתו. א"כ לבעל שני דבלא"ה כבר נאסרה לבעלה י"ל דלכ"ע מותרת כמשמעות דברי הירושלמי הנ"ל:

עוד י"ל טעם אחר לצדד בנ"ד דהנה י"ל הטעם דלא קיי"ל כמהר"א ששון כדמוכח מסנהדרין (דמ"א) הנ"ל. אף דבכתובות (ד"ט) הנ"ל לחד תירוצא משמע דאיסור הבועל רק משום שנאסרה לבעל. מ"מ י"ל דבנטמאה שנית מבועל השני ניתוסף ג"כ איסור על הבעל. והוא עפי"ד הש"ס חולין (דפ"ב ע"א) במתניתין שחט פרה וכו' שחט שני בני' ואח"כ שחט אותה סופג את הארבעים וכו' סומכוס אומר סופג שמונים. וכתבו שם רש"י ותוס' דסומכוס גם אריסא פליג וסופג שמונים בשחט שני בני' ואח"כ שחט אותה עיי"ש. ושם בע"ב שקיל הש"ס וטרי אם טעמא דסומכוס דס"ל אוכל שני זיתי חלב בהעלם אחד חייב שתים. או משום דקאתי מגופין מחולקין. שע"י שתי פרות באין לו שני מלקיות האלו כמ"ש רש"י שם ד"ה דאע"ג. דאף דהשני בנים שחט בהיתר. מ"מ

האם ששוחט אח"כ נאסרה משום שני בנים ששחט קודם אף דמעשה האיסור הוא רק מעשה אחת. דמה"ט ס"ל לחכמים דסופג רק ארבעים. מ"מ סומכוס מחייב בכה"ג. וא"כ נ"ל ברור דלסומכוס גם בנ"ד היכא דאשה נבעלה ברצון לשני בועלים דנאסרה לבעלה משום שני הבועלים לוקה עליו משום טומאה שמונים. אף דעושה רק מעשה אחת מ"מ היא נטמאה ני פעמים משני בועלים דהוי גופין מחולקין ודומה ממש לשם דשחיטת האם נאסרה ע"י שני בני' ששחט קודם. אמנם אנן לא קיי"ל כסומכוס רק כרבנן דא"ח רק אחת:

והנה לפי"ז כבר הי' מקום ליישב מה שהקשו על המהר"א ששון מש"ס סנהדרין הנ"ל די"ל דהש"ס אזיל שם אליבא דסומכוס דלוקה כה"ג שתים. א"כ ניתוסף איסור לבעל מחמת הבועל שני דלוקה עליו שתים משום טומאה א"כ גם בבועל שני קרינן ונטמאה ונטמאה אחת לבעל ואחת לבועל. אבל לדידן דקיי"ל כרבנן דעל מעשה אחת אינו לוקה שתים. א"כ מחמת בועל שני לא ניתוסף איסור לבעל. לכך שפיר אפשר לומר כמהר"א ששון דאינה נאסרת גם לבועל שני. אך באמת א"א לתרץ כן. דהרי בסנהדרין שם הוא מימרא דרב חנן דהוא אמורא וסתמא דש"ס שקי וטרי אליבי'. א"א לומר שיהי' שלא אליבא דהלכתא. דוודאי אנן קיי"ל כרבנן ולא כסומכוס דהוא יחיד. אולם נלע"ד דכיון דסומכוס סובר דלוקה שתים לא משווינן פלוגתא רחוקה לומר דלרבנן ליכא איסורא כלל. אלא אף לרבנן נהי דמלקות ליכא אבל עכ"פ איסור ניתוסף. ונ"מ לקוברו בין רשעים גמורים כדקאמר הש"ס ביבמות (דל"ג). וטעמא דידי דכיון דהש"ס מדמה הא דסומכוס לאוכל שני זיתי חלב בהעלם אחד אף דשם הוי שני מעשים והכא מעשה אחד עיין בראש יוסף שם ד"ה קסבר סומכוס עיי"ש. ופשיטא דאוכל ב' זיתי חלב בהעלם אחד אף דאינו חייב רק אחת. מ"מ איסור גדול יש יותר באוכל שני זיתים מאוכל זית אחד. דהא קיי"ל ריבוי בשיעורא אסור. ולדעת קצת פוסקים ריבוי בשיעורא הוא דאורייתא. וא"כ ה"נ גם אליבא דרבנן יש איסור יותר בשחט שני בני' ואח"כ אותה מאותו ואת בנו לחוד. דכמו דבב' זיתי חלב איכא ריבוי בכמות האיסור ה"נ בנאסרה שני פעמים משום שני בני' איכא ריבוי באיכות האיסור. וא"כ לפי"ז גם בנ"ד בנבעלה לבועל שני ניתוסף איסור גם להבעל על ידו גם אליבא דרבנן וקרינן ונטמאה ונטמאה גם לבועל השני. ואזדא לכאורה טעמו של המהר"א ששון:

אך באמת הדבר במחלוקת שנוי דהנה איסור סוטה הוא משום טומאה כדקרינן ונטמאה וכו' ויש לה כל דיני טומאה כמו לענין ספק טומאה ברה"י או ברה"ר. ועיין במנחות (כ"ד ע"א) דבעי רבא עשרון שחלקו ונטמא אחד מהם והניחו בביסא וחזר טבול יום ונגע

באותו טמא מהו מי אמרינן שבע לה טומאה ולא נטמא חבירו מחמת צירוף כלי. שהרי בשעת טומאה הראשונה לא הי' יחד בכלי. וטומאה חדשה אין כאן דאינו מקבל טומאה חדשה משום דשבע לה טומאה. ואביי חולק עליו שם וס"ל דל"א שבע לה טומאה וחל טומאה חדשה. ועיין בתוס' שם (דכ"ה ע"א) ד"ה בשני סדינים בסה"ד מ"ש וי"ל דאביי הי' יודע. ובמל"מ פי"ב מס' אה"ט באריכות דכ"ע מודו דבזא"ז אמרינן שבע לה טומאה. ובב"א ל"א שבע לה טומאה. אלא דעיקר ספיקו דרבא כיון דבמגע השני נ"מ לטמא החצי עשרון אחר. הוי כתוס' טומאה ודמי לב"א דל"א שבל"ט או גם בכה"ג אמרינן שבל"ט. ואביי ס"ל דבכה"ג כיון דמהני מגעו לחצי העשרון האחר וודאי הוי כב"א דל"א שבל"ט:

וא"כ מעתה בנ"ד דנטמאה מבועל שני. דכבר נטמאה לבעלה מחמת הראשון הוי ממש כספיקו דרבא ופשיטותו דאביי דכיון דנ"מ מטומאה השני' לענין הבועל השני אם נאסרה עליו מחמת טומאה. הוי ממש כמו שם דנ"מ במגע השני לחצי העשרון האחר דלרבא ספוקי מספקא לי' אם אמרינן שבל"ט ולאביי דמי לב"א דל"א שבל"ט. וא"כ מעתה לאביי פשיטא דאסורה גם לבועל שני דקרינן ונטמאה ונטמאה גם לבועל השני. וא"כ י"ל דסוגית הש"ס דסנהדרין אזיל אליבא דאביי. ולכך פשיטא לי' דאסורה לבועל שני ומהר"א ששון דמספקא לי' ד"ז היינו משום דאנן קיי"ל כרבא דד"ז ספק הוא כמ"ש הרמב"ם שם גם כאן ד"ז ספק הוא אם מותרת לבועל שני. והמל"מ כתב שם דבטומאה דרבנן אמרינן סד"ר לקולא. א"כ ה"נ באשה שניסת ובא בעלה. דהא דתצא מזה ומזה הוא רק מדרבנן משום קנסא דמדאורייתא מותרת משום דהם שוגגים ועשו ברשות ב"ד. וכיון דרק איסור דרבנן הוא שפיר י"ל דלבעל שני תהי' מותרת דדילמא אמרינן גם בכה"ג שבל"ט ולא קרינן כלל גבי בועל שני ונטמאה ונטמאה דכבר שבע לי' טומאה. ושפיר אפשר לומר דבכה"ג כ"ע מודו דמותרת לבועל שני:

אלא דלכאורה כ"ז שייך רק למ"ד דניסת עפ"י שני עדים מותרת לחזור. ורק בניסת עפ"י ע"א דחשבינן לה למזידה משום דלא דייקא אסורה לבעל ולבועל. אז שפיר יש מקום לחלק דלבועל שני תהי' מותרת כיון דכבר היתה אסורה מקודם כד' המהר"א ששון הנ"ל. אבל לדידן דקיי"ל כר"ה דגם בניסת עפ"י ב' עדים תצא מזומ"ז. ואין הטעם משום דאסרה על בעלה דהא שניהם אנוסים גמורים הם. רק משום גזירה שלא יאמרו גירש זה וכו' ונמצא מחזיר גרושתו משנשאת כמבואר להדיא בהרא"ש בשם הראב"ד ביבמות (צ"ד ע"א ה"ו), וכ"כ הב"ש בסי' ט"ו סקכ"ג עיי"ש. וא"כ מה"ט אף לבעל שני תהי' אסורה כיון דאין הטעם כלל משום דאסרה על בעלה. ברם כד מעיינין ליתא להא מילתא דלכאורה הא דבב' עדים אסורה משום גזירה להרא"ש הנ"ל קשיא תינח לבעלה הראשון

דנאסרה. היינו כיון דאם בעלה ירצה להחזירה צריכה גט משני שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט. וכיון דצריכה גט משני ממילא אסורה לראשון שלא יאמרו דהחזיר גרושתו משניסת. וא"כ כ"ז היכא דבעלה הראשון אינו רוצה לגרשה. אכל אם הראשון רוצה לגרשה אמאי תהי' אסורה לשני הא ליכא שום גזירה כלל. כיון דהשני לא יגרשה כלל אין כאן שום גזירה אצלו. אך צ"ל דז"א דהא כבר כתבתי בשם הירושלמי דכל היכא דיוצאת מחמתו מבעלה אסורה לבועל אף שהוא שוגג גמור משום דבא לבעל תקלה ע"י. ה"נ כיון דלבעלה נאסרה מדרבנן משום גזירה דמחזיר גרושתו. אף דהבועל הוא שוגג גמור כיון דניסת עפ"י ב"ט. מ"מ כיון דנאסרה לבעלה ע"י מדרבנן משום גזירה אסרוה חכמים גם לו דכל דתיקן רבנן כעין דאורייתא תיקון וא"כ כ"ז לבועל ראשון דהוא הבעל השני אבל בנ"ד דניסת שני פעמים דכבר נאסרה לבעלה ע"י בועל הראשון שפיר חוזר היתר הנ"ל למקומו דלבועל שני שהוא הבעל השלישי תהי' מותרת כיון דלא נאסרה על הבעל מחמתו רק מחמת הראשון כד' המהר"א ששון הנ"ל וכמש"ל:

ובזה נ"ל לפרש על נכון סוגית הש"ס (דפ"ח ע"ב) על מתניתין דתצא מזומ"ז. פריך הש"ס למה צריכה גט מהשני הא זנות בעלמא היא. ומשני שלא יאמרו גירש זה ונשא זה ונמצאת א"א יוצאה בלא גט א"ה סיפא דקתני אמרו לה מת בעלך וכו' ונתקדשה וכו' נימא גירש זה וכו' לעולם בעיא גט א"ה נמצא זה מחזיר גרושתו וכו'. וכתבו בתוס' שם ד"ה א"ה דהא דלא מייתי רישא דמתניתין דניסת שלא ברשות דמותרת לחזור משום דאיכ"ל דבגט איירי. ותמהו שם הרש"ל והרש"א ומהר"ם מלובלין והגהות הב"ח. דא"כ אמאי מותרת לחזור. הא נמצא מחזיר גרושתו מהנשואין. וכן אח"כ משני הש"ס על קושיא הנ"ל דמש"ה בנתקדשה א"צ גט משום דיאמרו קידושי טעות הי' רישא נמי אמרו נשואי טעות הא קנסוה רבנן סיפא נמי ליקנסו רישא דעבדה איסורא קנסוה סיפא דלא עבדה איסורא לא קנסוה רבנן עכת"ד הש"ס. ולכאורה אינו מובן ג"כ דכיון דהש"ס משום גזירה קאמר שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט. א"כ אין זה קנס רק גזירה. ומאי נ"מ בין עבדה איסורא או לא עבדה איסורא:

ואמנם לפי הנ"ל י"ל די"ל דהא דחיישינן שיאמרו גירש זה וכו' ונמצא מחזיר גרושתו וכו' זה רק כשמגרש בעצמו בלא כפיות ב"ד או כשנאמר דא"צ לגרש כלל ומותרת לחזור בלא גט. אז י"ל דהעולם לא ידעו מפני מה הוא מגרש ויסברו דמסתמא כיון שנשא אותה דרך נשואין וגירשה אח"כ בסתם יאמרו דגירש ראשון ונשא שני ואח"כ כשיגרשה השני ותחזור לראשון יאמרו דהוא מחזיר גרושתו דסתמא דמילתא כשמגרש ברצונו אינו מפרש בשעת הגט סיבת הגירושין דחרפה הוא לו שנשא או שקידש א"א. וא"כ יסברו

דהי' נשואין גמורים וגירושין גמורים ויאמרו דהראשון מחזיר גרושתו. אבל היכא דכופין אותו להוציא ומגרש ע"י כפיית ב"ד אז אומרים לו מפני מה צריך לגרש משום שבא בעלה ממדה"י א"כ מי שידע מהגט יודע ג"כ שבעלה חי ושעדיין היא א"א גמורה והגט הוא רק לחומרא בעלמא. ולא הי' הראשון מחזיר גרושתו. דהא לא נתגרשה ממנו כלל דאל"כ לא הי' צריך לכוף להשני לגרש אם נשאה אחר גירושי ראשון. וד"ז ברור מאד בסברא. וא"כ מעתה הנה בנתקדשה דמותרת לחזור לראשון וקס"ד דהש"ס דצריכה גט מהשני שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט. א"כ בע"כ הא דקאמר דמותרת לחזור לראשון היינו היכא דהשני גירשה מרצונו דאין שום טעם להב"ד לכוף אותו לגרש כיון דלא עביד איסורא כלל מאי חזית שיגרש הוא וישא הראשון יגרש הראשון והוא ישא אותה כיון דמותרת לשניהם. ובע"כ איירי רק כשמגרשה ברצונו שפיר פריך הש"ס יאמרו דהראשון מחזיר גרושתו כיון דלא נודע סיבת הגירושין משום שלא היתה ע"י כפי'. אבל במתניתין דניסת שלא ברשות דהיינו עפ"י שני עדים דמותרת ג"כ לחזור משום שהם שוגגים. מ"מ אם נאמר דצריכה גט משני שלא יאחרו א"א יוצאה בלא גט א"כ בע"כ דכופין את השני לגרשה כדי שיוכל הראשון להחזירה. מאי אמרת הוא יאמר מאי חזית שהוא יגרשה. יגרשה הראשון וישא הוא. ז"א דאם לא ירצה הוא לגרש רק שיגרש הראשון א"כ הרי מחמתו היא יוצאת מהראשון בע"כ. וכבר כתבתי דכל כה"ג אמרינן כל דתיקון רבנן וכו'. וכמו דבדאורייתא אף היכא דהוי שוגג גמור. מ"מ אם יוצאת מחמתו מבעלה אסורה לו כד' הירושלמי הנ"ל. ה"נ אם תיאסר לראשון ע"י שלא ירצה, השני לגרשה ויאמרו דא"א יוצאה בלא גט. א"כ אף דהשני בא עלי' בשוגג. מ"מ אסורה עליו מדרבנן כיון דנאסרה מחמתו על בעלה מדרבנן וכל דתיקון רבנן וכו'. וכיון שלא נוכל לומר שיגרשה הראשון וישא הוא. א"כ שוב כופין אותו לגרש כדי שישא הראשון. דכל כה"ג כופין על מדת סדום דעליו אסורה ב"כ וב"כ דאם לא ירצה לגרשה ותהי' אסורה על הראשון תהי' אסורה עליו ג"כ. משא"כ אם נכוף אותו לגרש תהי' מותרת לראשון. דהראשון לא עביד איסורא כלל מאי אמרת תיאסר לראשון משום מחזיר גרושתו. ז"א כיון דמגרש ע"י כפי' קלא אית לי' דמגרש משום שבא בעלה ועדיין היא א"א ואין זה מחזיר גרושתו. ומיושבת שפיר קושיית התוס'. דמתניתין איירי שפיר בגט. ואפ"ה מותרת לראשון ואין כאן משום מחזיר גרושתו כיון דמגרש ע"י כפי' כיון דנשאה באיסור. אבל בנתקדשה דליכא כאן לתא דאיסור סוטה כיון דלא הי' ביאה אסורה כלל. א"כ אף אם לא ירצה השני לגרש ויהי' הראשון מוכרח לגרשה. מ"מ לא תיאסר להשני ע"י שיוצאה מחמתו דזה רק היכא דהי' ביאה אסורה והוי כעין דאורייתא דסוטה. אבל ע"י קידושין לבד ל"ש לאוסרה עליו.

וא"כ שוב אין לכוף אותו לגרש דיאמר מה חזית וכו' יגרש הראשון וישא הוא. וכיון דאין לכוף לגרש רק אם ירצה אז שפיר פריך דהראשון הוא מחזיר גרושתו דלא ידעו אם אין זה גירושין גמורים כמש"ל, ומה"ט ניחא נמי הא דקאמר הש"ס רישא דעביד איסורא קנסוה רבנן היינו דבאמת לא הי' חשש שיאמרו א"א יוצאת בלא גט דאדרבא יאמרו דנשואי טעות הוי כמ"ש התוס' דהיינו דיאמרו האמת שאמרו שמת בעלה וניסת ואח"כ בא בעלה. אך כיון דאוסרין אותה על בעלה לא יתלו בטעות, דהא בשוגג מותרת לבעלה ולאו כ"ע ידעו דמשום דלא דייקא אסרוה ויתלו יותר דגירש זה ונשא זה ומש"ה אסורה לבעלה משום מחזיר גרושתו. ואם יראו אותה נשאת בלא גט יאמרו דא"א יוצאת בלא גט ויאמרו על בני' דהם ממזרים. אבל בסיפא בנתקדשה דלא עבדה איסורא ומותרת לבעלה הראשון א"צ ג"כ גט משני דיאמרו קדושי טעות הוי דנתקדשה בטעות. ומש"ה מותרת לראשון וא"צ גט כלל משני:

הדרן לקמייתא דכבר הראיתי פנים לצדד. דבנ"ד י"ל דכ"ע מודו למהר"א ששון דמותרת לבועל שני. ואמנם כ"ז אמינא רק כמצדד אבל למעשה לא קאמינא דבפ"ת מביא בשם ברכ"י ג"כ להסתפק אם הי' שוגג הבועל השני תהי' מותרת ועיינתי בברכ"י דמסיק לדינא דאין חילוק וגם בשוגג אסורה לשני. אלא די"ל דשם שאני דהוי איסורא דאורייתא דהיא היתה מזידה. אבל בנ"ד דכל האיסור רק מדרבנן. דהא היא ג"כ שוגגת ורק משום קנסא היא דאסורה י"ל אולי בכה"ג דהוא בועל שני והוא שוגג גמור י"ל דמותרת. אבל מסתפינא לומר דבר חדש. ולכן אינני אומר בזה לא איסור ולא היתר. רק אם ימצאו שני גדולי רבנים ממדינתו שיפתחו פתחא להיתרא וישלח לי כת"ה תשובתם לראות טעמם ונימוקם. ואם יוטב בעיני דרינא גם אנכי בהדם. והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מד, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החו"ב מו"ה **זאב שאול** נ"י:

יקרתו עם שאלת העגונה לנכון הגיעני. והנה מצד שהכירה כל הבגדים לבד יש צד היתר גדול דדעת הש"ך בסי' ס"ה סקכ"ו נוטה דלמסקנא דהש"ס קיי"ל דל"ח לשאלה כלל וכן דעת מהר"ל מפראג ועוד הרבה אחרונים כמבואר בפ"ת ס"ק צ"ה ולשאלת כל הבגדים איכא הרבה מהאחרונים דס"ל דלכ"ע ל"ח כמבואר בבה"ט ובפ"ת שם אלא דהנוב"י מהדו"ק תשו' ל"ב שדא נרגא בזה דנהי דאין דרך אדם להשאיל כל בגדיו מ"מ ניחוש לגניבה דילמא בשעת שינה או רחיצה גנבו ממנו כל כליו. ולדעת הח"מ ל"ד לשאלה רק למכירה וגניבה ג"כ חיישינן. ואף שהנוב"י בעצמו הקשה ע"ז א"כ מאי משני הש"ס

בב"מ גבי חמור בסימני אוכף דמש"ה ל"ח לשאלה דאוכף לא מושלי אינשי וכו' מ"מ ניחוש לגניבה אי משום הא לא איריא דאיכ"ל עפי"מ שהקשה הפנ"י דמה צריך באבידה סימנים כלל הא כיון דאומר שהוא שלו והמוצא אינו יודע נימא ברי ושמא ברי עדיף. ותירץ משום דאימר מרובא דעלמא נפל ונגד רוב ל"מ בו"ש עיי"ש. וקשה לדבריו אכתי אמאי חיישינן לשאלה הא בעל אבידה אמר ברי דלא השאיל כליו ומוצא האבידה אומר רק שמא. נימא בו"ש ב"ע. ובזה ל"ש רובא דעלמא. כיון דנתן סימנים וודאי זה האוכף הי' שלו. והספק רק אם נאבד ממנו או השאיל לאחר. בזה שפיר שייך לומר בו"ש ב"ע. אך צ"ל דא"א לומר ברי שלא השאיל האוכף. דאם נאמר דאוכף ג"כ מושלי אינשי א"כ הוי מילתא דלא רמיא. דדילמא השאיל ולאו אדעתי' ושכח. וא"כ כ"ז בשאלה אבל גניבה וודאי הוי מילתא דרמיא עליו לחפש אחר גניבתו. א"כ אם אומר ברי דלא נגנב ממנו האוכף וודאי נאמן. ואף דבתוס' גיטין (דכ"ח ע"א) ד"ה מצאו כתבו די"ל דאומר קים לי' בנפשי' דלא השאילה משמע דנאמן לומר דלא השאיל ול"א דהוי מילתא דלא רמיא. הא התוס' תירצו שם תירוץ אחר. י"ל דהוא מה"ט גופי' משום מילתא דלא רמיא וי"ל דתירוץ ראשון ס"ל דגם במלתא דלא רמיא מהני ברי. עיין ש"ך יו"ד סי' צ"ד סקכ"ח במ"ש ודברי הרב עיקר ועיין פ"ת שם סק"א. ואמנם אף לתירוץ זה דמהני ברי כה"ג. מ"מ עכ"פ ברי גרוע הוא ול"א בו"ש ב"ע רק בברי טוב כמ"ש התוס' בכמה דוכתי אבל באומר ברי לא נגנבו ממני הוי ברי טוב ואמרינן בזה דברי עדיף:

ועוד י"ל בע"א ג"כ בדרך הנ"ל. דלכאורה קשיא מאי פריך הש"ס וניחוש לשאלה. הא כיון דעיקר תירוצו של הפנ"י הוא רק משום דאיכ"ל דמרובא דעלמא נפיל. א"כ כאן כיון דהוא מכיר גם את החמור בט"ע ואומר ברי שהוא שלו נימא בו"ש ב"ע. מאי אמרת מרובא דעלמא נפל. ז"א כיון דהוא מכיר את האוכף ונתן סימן דהאוכף הוא וודאי שלו רק דניחוש דילמא השאילה. א"כ ליכא למימר דהחמור נאבד רק ממי ששאל האוכף וא"כ אין ספק על כל העולם רק על אותו ששאל האוכף וליכא רובא דעלמא א"כ שוב יהי' נאמן לומר דהוא מכיר החמור בט"ע ואומר ברי שהחמור שלו. וזה הוי ברי טוב מה שהוא מכיר בט"ע. אך צ"ל כיון דהשאלה הוא מילתא דלא רמיא. איכ"ל דהשאיל לאיזו אנשים בזא"ז. ואיכא שוב להסתפק על איזו אנשים ממי נאבד החמור והוא מי שהוא נותן הסימן הוא רק אדם אחד שייך שפיר תירוץ הפנ"י דנגד רוב ל"א בו"ש ב"ע. וא"כ כ"ז בשאלה אבל בגניבה וודאי דלא נגנב ממנו רק פ"א. וליכא רק אדם אחד שהוא הגנב. שוב שפיר אמרינן בו"ש ב"ע כיון דליכא רובא דעלמא. ומיושב שפיר קושיית הנוב"י:

וא"כ לפי"ז בעגונה שוב י"ל גם בכל בגדיו נימא דחיישינן לגניבה כמ"ש הנוב"י כיון דהראי' מגמ' ליתא דשם שייך בו"ש אבל באיסור ל"ש בו"ש. ומ"מ מטעם אחר נ"ל לומר דאף בעגונה אף להחמ"ד דס"ל דחיישינן גם למכירה ואבידה מ"מ לגניבה ל"ח עפי"מ שהקשה הנוב"י בעצמו בתשו' מ"ג אמאי חיישינן לשאלה והא קיי"ל דאמרינן חזקה כל מה שנמצא תח"י האדם הוא שלו ולדעת כמה פוסקים אף מגו ל"מ נגד חזקה זו כמבואר בחו"מ סי' צ"ט. וא"כ ה"נ אמאי ל"א דחזקה הבגדים שנמצא על המת הזה הוא שלו ולא שאולים הם בידו עיי"ש בנוב"י עצמו. אך י"ל דהא פליגי אמוראי בר"פ דכתובות אם מהני חזקה דאם לגבי הבת חד מ"ד ס"ל למאן דמכשיר בה מכשיר בבתה אף דהבת לית לה חזקת כשרות מ"מ כיון דהאם היא כשירה גם הבת כשירה ולחד מ"ד אמרינן לדברי המכשיר בה פוסל בבתה דהאם אית לה חזקת כשרות והבת איכ"ל דנולדה בפסול. והטעם הוא כיון דחזקה זאת אינה מצד הסברא והוכחה דדבר אמת רה דאין יכולין להוציא דבר מחזקתו מספק. א"כ הבת דלא היתה מעולם בחזקת כשרות פסלינן לה. אף דהאם מוקמינן אחזקת כשרות. וא"כ ה"נ י"ל דהא דאמרינן חזקה מה שתח"י הוא שלו. היינו אם דנין על החפץ של מי הוא אמרינן דא"י להוציא החפץ מחזקת בעליו. אבל כאן דאין דנין על גוף הבגדים של מי הוא. רק דע"י חזקת הבגדים שהוא שלו נתיר האשה ולומר דמת בעלה בזה שפיר אמרינן דחזקת הבגדים ל"מ להבעל. ול"ק קו' הנוב"י. ואמנם תינח למאן דס"ל דהמכשיר בה פוסל בבתה ול"מ חזקת האם להבת. אבל לר"י דס"ל התם דהמכשיר בה מכשיר בבתה דמהני חזקת האם גם להבת. א"כ שוב תקשי אמאי חיישינן לשאלה נימא דנוקמי הבגדים בחזקתן דכל מה שנמצא תח"י הוא שלו ונתיר גם האשה. אך צ"ל עפי"ד ההפלאה בכתובות דאף למאן דמכשיר בבתה היינו היכא דהאם עדיין קיימת וצריכין לדון גם על האם אז מכשרינן גם הבת. אבל אם אין נ"מ על האם כגון שכבר מתה ואין דנין רק על הבת לבד לכ"ע לא מכשרינן דהבת אין לה חזקה. א"כ ה"נ דעל הבגדים אין לנו שום נ"מ כלל. דהבגדים וודאי שייכים לאותם היורשים שמכירים אותם בט"ע. דאף אם המת אין אביהם והבגדים היו רק שאולים אצלו מ"מ צריכים להחזירם לבני המשאיל. דשאלה בחזקת בעלי' עומדת ואין אנו דנין על הבגדים כלל רק על המת אם הוא בעל האשה או לאו להתיר האשה בזה לכ"ע ל"א שיועיל חזקת הבגדים להאשה ושפיר חיישינן לשאלה וכן למכירה דג"כ אין דנין עכשיו על הבגדים. דהא אין אנו יודעין מי המת ואין באין היורשין לדון על הבגדים. אבל לגניבה וודאי ליכא למיחש. דהא קיי"ל סתם גניבה יאוש בעלים. וא"כ אם נאמר דזה שלפנינו אינו בעל האשה ובעל הבגדים רק שגנבם מבעל האשה. א"כ כיון דכבר נתייאש מהם

בעל האשה בשעה שנגנבו מאתו דהא סתם גניבה יאוש בעלים. א"כ הבגדים הם של מוצאם דהיינו מי שמצא המת הזה עם הבגדים. וא"כ דנין עכשיו תיכף על הבגדים. דאם זה שלפנינו הוא בעל האשה צריך להחזיר הבגדים ליורשיו. ואם אינו בעל האשה רק שגנבם מבעל האשה אין המוצא צריך להחזירם ליורשי בעל האשה. דהא זכה בהם מחמת יאוש ושינוי רשות כמו כל דבר הנמצא לאחר יאוש. וכיון דצריך לדון על הבגדים. אמרינן וודאי דהבגדים שייכים ליורשי בעל האשה משום דחזקה כל מה שתח"י הוא שלו ולא בא לידו בתורת גניבה וא"כ שוב כיון דמהני החזקה להבגדים מהני גם להבעל ואמרינן דזה בעל הבגדים ובעל האשה ולכך שפיר רק לשאלה ולמכירה או לאבידה חיישינן דסתם אבידה לא הוי יאוש בעלים אבל לגניבה ל"ח. ולכך בכל בגדיו דל"ש שאלה ומכירה ואבידה רק גניבה ולגניבה ל"ח:

באופן שמצד שמכרת כל הבגדים ע"י ט"ע יש צד גדול להתיר ואולם אף להמחמירין דגם בכל בגדיו חיישינן לשאלה מ"מ הא איכא כאן הרבה סימנים בגופו. דאף אם נאמר דאינם סימנים מובהקים. מ"מ הא איכא דיעות דהרבה סימנים שאינם מובהקין מצטרפין שיהיו כסימן מובהק ביותר כמבואר בב"ש סקע"ג וגם איכא דעת מהר"ל מפראג דט"ע בבגדים וסימנים בגופו מצטרפין שלא ניחוש לשאלה מחמת ממ"נ כמ"ש הב"ש בשמו בס"ק ס"ט. אך הב"ש דחה דבריו משום די"ל דלמ"ד סיד"ר מצד הסברא חיישינן לשאלה כמו דחיישינן בסימנים דילמא איתרמי עיי"ש:

והנה אינני כדאי וראוי כלל להכריע נגד הב"ש אבל מ"מ תורה היא ורשות נתונה לכ"א ללמוד. שלדעתי אין שום דמיון כלל חשש שאלה לסימנים. דאם מכירים הבגדים בט"ע הוי וודאי דבגדים האלו הי' לבוש בהן הבעל. דעל ט"ע קטלינן גברא כמ"ש בחולין צ"ו. וא"כ מאי ניחוש דילמא הי' עוד אחד שהי' לבוש בגדים אלו דהיינו ששאלם מהבעל. ז"א דהא קיי"ל דהיכא דלא הוחזקו פרי יב"ש בעיר ול"ש שיירתא לכ"ע ל"ח לתרי יב"ש. כיון דבעלה הי' וודאי שמו יב"ש ומאחר לא ידעינן אמרינן אין ס' מוציא מידי ודאי. והא דבשכיח שיירתא חיישינן לחד מ"ד היינו דילמא מעלמא אתי ובעולם וודאי יש יב"ש טובא כמ"ש הח"מ בס"ק ל"ח. ומה"ט ג"כ לא סמכינן אסימנים למ"ד סימנים לאו דאורייתא משום דחיישינן דילמא יש בעולם הרבה עם סימנים כאלו או קרוב לוודאי דיש בכל העולם עוד אנשים עם סימנים. ונגד רוב ל"א אין ס' מוציא מידי וודאי כמו דל"א בו"ש נגד רוב כמש"ל בשם הפנ"י. אבל בבגדים שמכירים אותם בט"ע שזה כעדים דמי שאותם הבגדים הם של בעל האשה וליכא כלל חשש דילמא הם בגדים של איש אחר רק דניחוש דילמא שאל אחד אותם הבגדים. א"כ כיון דלא הוחזק ששאל וגם אם

שאל ליכא למיחש רק לאיש אחד ששאלם. וליכא רובא כנגד הבעל שהי' וודאי לבוש בהם. והוי ממש כיב"ש דהיכא דלא הוחזק עוד יב"ש ל"ח לתרי יב"ש. וכאן לא הוחזק כלל עוד אחד עם אלו הבגדים ולמאי ניחוש לה. ודוק היטב בכ"ז כי ברור מאד. וגם עוד איכא טעמא למעליותא דלא ניחוש לשאלה עפי"ד התשו' פנ"י ח"א סי' נ"ד דהיכא דידעינן וודאי דהבעל הי' באותו מקום ונמצא אח"כ הרוג באותו המקום אף בשכיח שיירתא ל"ח לאחר משום דאמרינן כנכ"ה ול"ח דילמא בעלה הלך משם ואחר בא לאותו מקום. כמו דל"ח דילמא פינן משום דכנכ"ה עיי"ש. א"כ ה"נ כיון דבעלה וודאי הי' בתוך אותם הבגדים כשיצא מביתו. ועכשיו מצאנו אחד שוכב מת באותם הבגדים למה ניחוש דילמא בעלה פשט אותם הבגדים והלך לו ואחר שאלם ונכנס באותם הבגדים ולמה לא נאמר כנכ"ה אותו שהי' לבוש בהן בתחלה הוא לבוש בהן עד עכשיו. ומכל אלו נראין נכונים דברי המהר"ל מפראג דמצד הסברא ל"ח לשאלה. רק אם נאמר סיד"א דאז מוכרח לומר דחיישינן לשאלה. דאל"כ א"א לתרץ המשנה דאין מעידין אף שנמצאו סימנים בכליו וא"כ שפיר קאמר המהר"ל הנ"ל דהיכא דאיכא סימנים בגופו ובכליו ממ"נ מותרת. ואמנם חלילה לי להעמיד על דברי נגד הב"ש אך בכאן איכא צדדים הרבה דדעת המהר"ם ברבי שהובא בנוב"י ס"ל דהא דחיישינן לשאלה הוא רק ביש לו סימנים בכלים. אבל לא היכא דאית לי' טב"ע בהכלים. והכריע עי"ז בס' ישרש יעקב להגאון בי"ש ביבמות (דק"כ) דאף דבב"ש עצמו שם סקס"ט מבואר להדיא בהיפך. מ"מ היכא דאית לי' טב"ע בכלים וסימנים בגופו. וודאי יכולים לסמוך על מהר"ל הנ"ל. ובפרט הכא בכל מלבושיו. וגם איכא לצרופי דעת הח"צ דבסימנים בגופו וט"ע בבגדים מט"א ל"ח לשאלה משום דהוי שאלה דיחיד. וכמו דל"ח לנפילה דיחיד ל"ח לשאלה דיחיד. ואף שבב"מ חולק עליו משום דנפילה מצ"ע ל"ש מ"מ שאלת כל בגדיו וודאי לא שכיחא ומה"ט התיר גם החת"ס בתשו' נ"ז בשאלה דל"ש עם צירוף סימנים. וכאן איכא למימר דיש כאן סימן מובהק ביותר לפ"ע הר"ח בר"מ רייבער שהצרירות אצבע תחת הצפורן הי' באותו אצבע שאמרה לו האשה א"כ הוי צ"מ דהוי סימן מובהק ביותר. אך עיקר החשש בכאן מחמת העד שאמר שהאשה אמרה לו שהצלקת מהלאסטענבראך הוא בצד ימין ונמצא שהוא בצד שמאל ולדעת הנוב"י סי' ל"ו שהביא הפ"ת ס"ק צ"ח הוי א"א גמורה ול"מ מה שתאמר עכשיו שטעתה. דחיישינן דאומרת כך משום שראתה שאין לה היתר מחמת דברי' הראשונים אומרת עכשיו להיפך עיי"ש:

אמנם בנ"ד שלפ"ע הר"ח אמרה שהי' בצד שמאל ולפ"ע הר"י בר"מ וואקסמאן אמרה שאינה זוכרת באיזו צד. א"כ אם היו כולם במעמד אחד הרי נעשו כולם מוכחשים וכ"א

מוכחש משנים דעדותן בטילה. וצריך לשמוע מה שהאשה אומרת עכשיו. ואז תהי' ניתרת עפ"י עדות הר"ח ברמ"ד מאנדעלבוים שראה הסימנים ולא אמר משם האשה כלום ולא הוכחש בעדותו. ואמנם כפי הנראה שלא שמעו כולם במעמד אחד מהאשה. ואין כאן הכחשה אצל העדים. רק שהאשה פעם אמרה כך ופעם כך. א"כ צריך עתה לשאול אותה שתאמר אמתלא לדברי' מפני מה שינתה דברי' ואם תאמר שלא היתה זוכרת יפה וודאי הוי אמתלא טובה, ול"ש חשש הנוב"י דהא שינתה דברי' עוד קודם שראתה שהוכחשה ובפרט דהוא דבר דעבידא למטעי. ולכן כיון דיש כאן הוכחות ברורות מכל צד שזה הוא בעל האשה גם אנכי מצטריפנא בהדיי' להתיר א' הר"ז חילאוויטש לינשא לאיש והשי"ת יצילנו משגיאות:

והנה אנכי מסיים בחפזון מחמת טירדת עיו"ט. אבל נ"ל דאין כאן בית מיחוש מחמת ההכחשה הנ"ל דהנוב"י בעצמו באותה תשובה סי' ל"ו כתב דבין ימין לשמאל עבידי למטעי רק דכתב דכיון דהאשה אמרה כן מקודם ואח"כ כשנתוודע לה רוצה לחזור אינה נאמנת. אמנם כאן שאני מלבד שגם קודם שנודע לה יש שינויים בדברי'. אמנם הא מבואר בחו"מ סי' ל' ס"ז וסי' ס"ט ס"א דהיכא דיש הכחשה בין העדים מטרחינן להשוות דבריהם ולתרצם אף בדרך רחוק שלא יהיו מוכחשים וכאן כיון שעפ"י ט"ע בכל הבגדים והסימנים רבים שנמצאו בו ומהם מובהקים הרי מוכח בעליל שהוא בעלה וכיון שנמצא הצלקת בשמאל והיא אמרה שהיא בימין הרי היא מוכחשת מהט"ע בבגדים וסימנים בגופו שפיר מודה הנוב"י דבכה"ג מתרצין דברי' לומר דדרך לטעות בין ימין לשמאל. ולכן וודאי פשיטא דאם תאמר עתה אמתלא זאת ותאמר שהי' בשמאל או שאינה זוכרת וודאי תהי' נאמנת דבאמת הרי האמינו אותה חכמים משום חומר שהחמרת וכו' ואמאי לא תהא נאמנת על האמתלא ג"כ. וגם נראה דזה דומה להא דחו"מ סי' פ' דמפטור לפטור יכולין לחזור כיון דהוא סברא דבאמת היא בשמאל. ואין שייך לומר שאחד"א כיון דסברה דמותרת בזה. עיין קצוה"ח סי' פ' סק"ב בשם הכנה"ג והש"ד. ואף להקצות שחולק עליהם משום דהיא נאמנת ע"ע בתורת עדות ולא מחמת שאחד"א. ז"א דאם מחמת עדות קאתי עלה הרי חוץ לב"ד יכולה לומר מבודה הייתי. וכאן חזרה עוד קודם שבא הדבר לב"ד. וגם כבר כתבתי דבהכחשת עדות מתרצין דבריהם בכל האפשרי. לכן לענ"ד ברור להתיר האשה הזאת. והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מה, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב מופלא ומופלג בתו"י מגזע תפארה כש"ת מו"ה **אברהם יעקב** נ"י אבד"ק **הובניב** יצ"ו:

מכתבו אודות שאלת העגונה נכון הגיעני. ואמנם שאלתו חמורה מאד. דלכל העדיות עכ"פ נטבע במשאל"ס דלכתחלה לא תנשא דמה שהעידה אשת חמיו ששמעה מבעלה שאמר ששמע בראווא שבנו נפל במלחמה. הנה בא זה ולימד ע"ז שהרי ר' יצחק סענדר העיד ג"כ ששמע מפיו כדברים האלה. ואפ"ה כששאל אותו איך הוא יודע פירש דבריו ששמע מפי ערל ולהבדיל מיהודי שנפל למים ולא ראה אותו יותר. א"כ כל שאפשר שלא לעשות הכחשה בין העדים עבדינן ואמרינן דגם מה שהעידה אשתו משמו ששמע שנפל. היינו לפי השערת דעתו שוודאי נפל כשנטבע במשאל"ס. כמו שאמר בתחלת דבריו לר' יצחק סענדר וא"כ יותר מעל משאל"ס אין כאן עדות כלל:

ואמנם מה שיש לדון בענין זה הוא עפ"י עדות העד שכתב לי כת"ה עוד בחורף העבר. שנאבד ממני המכתב. אבל זכורני שהי' כתוב שמה שהעד ראה שהלך בעל האשה בין אנשי החיל על הגשר שעל הפרוט. ומחמת מינע פרחה הגשר באויר ונפלו כולם למים וראה בעיניו שגם בעל האשה נפל לתוך המים. וא"כ לפימ"ש התוס' בבכורות (כ' ע"ב) דמשאל"ס חומרא בעלמא הוא דמדינא מותרת דל"ש לומר סמוך מיעוטא לחזקה. דרק מיעוטא דמיעוטא הוא דניצולין. וא"כ י"ל דחכמים לא החמירו רק דעבדי לי' כמיעוטא לחוד. ואסור משום סמוך מיעוטא לחזקה. וא"כ כ"ז היכא דקודם שנפל למים הי' בחזקת חי. אבל כאן דגם קודם שנפל למים נולד ספק אולי נהרג ע"י המינע. דידוע לכל דע"י העקספלאזע פורחים זיקי הפילוועך מכל צד וכן החתיכות מרסיסי הגשר שפורחים בכל צד והורגים כל הפוגעים בהם. א"כ כבר נולד ספק נהרג על הבעל קודם שנפל למים ואיתרע חזקת חי דידי'. בפרט לס' הש"ך בסי' ק"י דמש"ה מהני ג' ספיקות במקום חזקה דספק הראשון מרע החזקה. א"כ ה"נ כאן דכבר קודם שנפל למים נולד ספק דילמא נהרג ע"י העקספלאזע איתרע חזקת חי דידי'. ושוב י"ל דלא החמירו חכמים היכא דנפל אח"כ למשאל"ס דרובא דרובא אין ניצולין כס' התוס' הנ"ל. וגם י"ל כיון דמשאל"ס הוא רק דרבנן. א"כ אם יש ספק דילמא כבר נהרג קודם הוי ספיקא דרבנן לקולא. ואף דהוי כעין ספק ע"י גלגול דספק הראשון נולד קודם שנפל למים ונעשה דרבנן. מ"מ זה רק היכא דהספק הראשון נאסר מדאורייתא. אבל כאן לפימ"ש התשב"ץ ח"א סי' פ' דהיכא דהי' במקום סכנה ואבד זכרו ואיכא אומדנות מוכיחות דמת מדאורייתא מותרת דהוי כמשאל"ס. וא"כ ה"נ דאף אם הי' הגשר של על פני המים והי' נעשה שם עקספלאזע

במקום שהוא הי' עומד ואח"כ הי' נאבד זכרו זמן רב כזה היתה מותרת מדאורייתא לדברי התשב"ץ הנ"ל והביאו להלכה גם בס' נטע שעשועים. וא"כ עתה שאיכא עוד העד ישראל והערל מסל"ת שאמרו שנפל למשאל"ס. א"כ וודאי עדיף מס"ס. דהוי שתי ספיקות שכ"א הוא רוב להיתרא:

איברא דלפי עדות העד ישראל שראה בשעת העקספלאזט שנפל לים הא לא העיד ששהה עד שיעור שתצא נפשו. דבזה אין לו עדיין דין משאל"ס עד שישהה ג' שעות לדברי הריב"ש הובא באחרונים וראה שלא יצא. מ"מ לפימ"ש הריב"ש גופי' בסי' שע"ט הובא בנוב"י מהדו"ק בתק"ע סי' מ"ג דכל ספינה שנשברה בים הוי רוב להיתרא. אך דל"מ רובא כיון דאיכא שני חזקות חזקת חי וחזקת א"א. וא"כ ז' רק בנשברה הספינה ולא ראו שנפל לים דליכא רק חד רובא כמ"ש הריב"ש. אבל כאן דאיכא תרי רובא. חד מחמת העקספלאזע ואבידת זכרו וחד מחמת שנשברה הספינה ונפל לים דאף אם לא שהה עד שתצא נפשו עכ"פ רובא להיתרא הוי כמ"ש הריב"ש רק דל"מ חד רוב כנגד שני חזקות. אבל כאן דאיכא תרי רובא נגד שני החזקות שפיר מהני גם לדעת הריב"ש:

וגם י"ל ס' קצת דבנ"ד ליכא שני חזקות. דלכאורה יש להבין ס' הריב"ש דמשווי שני חזקות מחמת חזקת חי והא פלוגתא הוא בכתובות (י"ג) אם המכשיר בה מכשיר בבתה. ורבה קאמר שם הטעם משום דחזקת האם ל"מ להוולד אף דא"א לחלק בינייהו א"כ ה"נ גם לחומרא אמאי יועיל חזקת חי דידי' לאסור האשה. ואף דאנן קיי"ל שם כר"י דמכשיר בבתה. מ"מ הא כתב ההפלאה (בדכ"ו) על התוס' ד"ה אנן אחתינן. דזה רק היכא דהאם לפנינו ודנין גם על האם אז מהני גם להוולד. וא"כ הכא דאין הבעל לפנינו ודנין רק על האשה. אמאי יועיל חזקת חי דידי' לאסור האשה. אך צ"ל כיון דהאשה היא משועבדת להבעל לתשמיש ולמלאכה. אם אנו רוצין להפקיע שעבוד הבעל ולהתירה לינשא הוי כאלו דנין על הבעל. ומחמת חזקת חי דידי' א"י להפקיע שעבודו. וא"כ מעתה בנ"ד שנאבד זכרו זה כמה שנים. ובזמן הזה שיש באהנען ובי דואר וטעלעגראפען וכדומה. וודאי א"א לומר שהוא חי באיזה מקום ואינו יכול להודיע לביתו או לבוא בעצמו. רק שיש חשש דילמא מחמת שבגד באשתו ולקח אחרת אינו רוצה שידעו מקומו א"כ הרי בעצמו מחל שעבודו. וגם דינו כמורד דכופין אותו להוציא. וגם לד' התשב"ץ הנ"ל דהיכא דהי' במקום סכנה ונאבד זכרו יורדין בניו לנחלה ורק משום איסור א"א מחמרינן כמו במשאל"ס ולא לענין ממון. א"כ ה"נ שעבוד הבעל על אשתו אינו אלא דין ממון. ולענין ממון סגי במה שהי' במקום סכנה ואבד זכרו. ואין אנו דנין רק עלי' משום איסור א"א. בכה"ג ל"מ חזקת חי דידי' לגבי דידה וליכא רק חזקה חדא. וא"כ

כיון דמחמת העקספלאזע ומה שאבד זכרו הוי רובא להיתרא כמ"ש התשב"ץ. אף אם נאמר דלא כהתשב"ץ בזה דהוי מיעוטא דמיעוטא כמשאל"ס. רק דהוי כחד מיעוטא דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. מ"מ כיון דלדידן דלא קיי"ל כר"מ הוי רק דרבנן כמ"ש התוס' בכ"מ. וא"כ כיון דמה"ת יצאה מחזקת א"א מהני עתה העדות דנפל לים אף דלא המתין עד שתצא נפשו דלא הוי כמשאל"ס עכ"פ ספיקא הוי גם לדעת הנוב"י שחולק על הריב"ש הנ"ל והוי סד"ר לקולא כמש"ל. ובפרט דדין זה דבמשאל"ס בעינן ששהה עד שת"נ אינו מוסכם. עיין בפ"ת ס"ק קמ"ד שמביא הרבה דיעות החולקים ומביא שם בשם איזו אחרונים דאם העד אינו לפנינו לשואלו מקילין ואומדים דמסתמא שהה עד שת"נ. וא"כ לפי עדות אבי הבעל ששמע מהערל שנפל למים וחיפש אותו ולא ראה אותו עוד. הדברים מוכיחים ממש דלא זז משם וחיפש אותו ולא מצאו. א"כ הוי דין משאל"ס ממש. ובכאן בצירוף העקספלאזע ואבידת זכרו דהוי תרי רובא להיתרא שפיר יש לדון להקל. ועיין בח"ס תשו' ס"א ועוד איזו תשובות מצדד ג"כ דמדאורייתא ל"ב שהה עד שת"נ עיי"ש. וא"כ איכא שפיר לצדד כמ"ש בתחילת תשובתו כיון דמדאורייתא מותרת מחמת שנפל למים. א"כ כאן דאיכא עוד ספק דילמא נהרג ע"י העקספלאזע מקודם והוי סד"ר לקולא. או ס"ס דילמא נהרג קודם ואת"ל לא נהרג דילמא מת במים דספק לכ"ע הר כמו ספינה שנשברה וכו' ולא הוי ס"ס משם אחד דספק אחד מתיר יותר דיצאה מאיסור א"א קודם נפילתו למים:

ומה שצידדתי להחמיר מחמת ספק ע"י גלגול או שספק אחד נולד קודם ואסור מדאורייתא והיכא דהספק הראשון אסור מדאורייתא ל"מ ס"ס. מלבד הטעמים שכתבתי לעיל דליכא כאן דאורייתא. מ"מ י"ל דל"א דל"מ ס' ע"י גלגול או ספק אחד בגוף וכו' רק היכא די"ל דנעשה כוודאי איסור תורה כס' הר"ן בתשובה דמיקרי חל הנדר וכיון דהספק הא' נעשה כוודאי שוב א"י לדונו לספק. וא"כ כ"ז בספק דלא הי' עומד להתברר אבל כאן בשעה שנעשה העקספלאזע ונולד ספק דילמא נהרג אז. א"א לומר דנעשה כוודאי דקודם שנפל לים הי' יכולין לראות אם נהרג. וא"כ לא נאסרה עדיין מכח וודאי. ואח"כ כשנפל לים וא"א להתברר עוד. כבר נולד אז גם הספק השני ומותרת או מחמת סד"ר או מחמת ס"ס כמש"ל. ואף דהפנ"י בקו"א בכתובות חולק על המתירים בעגונה משום ס"ס. היינו משום חזקת איסור א"א והוא מכריע כהסוברים דל"מ ס"ס במקום חזקה. אבל כאן שכבר כתבתי לעיל דלכל הדיעות יצאה מידי איסור דאורייתא. כבר איתרע חזקתה כס' הר"ש במקוואות ובלא"ה נ"ל ליישב דעת המתירים בעגונה משום ס"ס אף דאיכא חזקת איסור. די"ל דס"ל כשיטת רש"י שבת (קמ"ד) דהיכא דהקילו בעגונה הוא

משום אפקעינהו וכו'. א"כ לא הי' כאן חזקת איסור א"א מעולם. ואף דמבואר בבכורות (דמ"ו ע"ב) דכי אקילו רבנן בסופה לא בתחלתה עיי"ש. הענין הוא כך דכל היכא דמצד הסברא והשכל נראה לחכמים דהענין הוא אמת דבעלה מת. רק דאין יכולין להתירה מחמת חוקי התורה. כמו בעד אחד דסברא הוא דמדעל"ג לא משקרי אינשי. או דהאשה בעצמה וודאי דייקא ומינסבא מחמת חומר וכו'. אלא דגזיה"כ הוא דאין דשב"ע פחות משנים. בזה כיון דנראה לחכמים דתתעגן בחנם חשו חכמים לתקנתה ואפקעינהו לקידושין דידי'. אבל היכא דאיכא ספק במיתתו כמו בהכהה או בגוף המיתה. בזה לא רצו חכמים להפקיע הקידושין. ונוכל ליישב בזה מה שהקשו התוס' בבכורות (כ' ע"ב) הנ"ל. אמאי במשאל"ס אם ניסת ל"ת. נימא סמוך מיעוטא לחזקה. די"ל דכיון דהרוב הוא מצד הסברא דרוב הנופלים במשאל"ס ונתכסו מהעין אין ניצולים. והחזקה אינה מצד הסברא כלל. דאטו מי שהוא חי מוכרח להיות חי לעולם. ורק מגזיה"כ אסור דאין יכולין להוציא דבר מחזקתו רק בעדות וראי' ברורה. ורוב לא הוי כעדות וראי'. א"כ בזה שפיר כיון דנראה לחכמים שוודאי מת. הפקיעו חכמים הקידושין ואין כאן חזקה מעולם. רק לכתחלה חשו לדבר אבל בדיעבד ל"ת. וא"כ ה"נ בנ"ד ובכל ס"ם. דכיון דאיכא שני צדדים להקל הדעת והסברא מכרעת דקרוב הדבר יותר שמת. מאי אמרת ס"ס במקום חזקה ל"מ. כיון שכבר כתבתי דחזקת חי אינה סברא המכרעת מצד השכל. אלא דא"א לנו להוציא דבר מחזקתה. בזה שפיר חשו חכמים לתקנתה והפקיעו הקידושין ואין כאן חזקת א"א מעולם. זה צ"ל להציל דברי הגאונים הספרדים מהשגת הפנ"י הנ"ל בק"א:

והנה אנכי כותב כ"ז בחפזי כי טרידנא טובא בנשואי בתי תחי' שתהי' אי"ה בשבוע הבע"ל. ולכן לא אוכל להעמיד יסוד על דברי להלכה למעשה כי לא אוכל לעיין כל הצורך. אך למען תקנתה של בת ישראל אמרתי לפתוח פתח כחודה של מחט. ואולי יתגלגל זכות ע"י שיבואו אחרים לגמור לפתוח שער ההיתר כפתחו של אולם. ולכן יציע הדבר לפני גדולי הדור. היינו הגאון מו"ה יוסי ראזען מדווינסק. והרה"ג ר' שמואל ענגיל הדר כעת בקאשויא. ואחי הרה"ג אבד"ק פאדוואלאטשיסק. כי לשאלה זו צריך ת"ח ובעל שכל. וכשישיג מהם תשובה להיתר יאבה לשלוח לי תשובתם. ואם יוכשרו בעיני אצטרף גם אנכי אי"ה בזה. אך אל יתעצל בדבר ואל ימנע טרחתו עד שיוציא כאור משפטה לגודל המצוה שאמרו שנעשה כבונה אחת מחרבות ירושלים:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מו

שפעת שלומים לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **אהרן נפתלי זאבלאדאווער** נ"י מו"צ בק"ק ווארשא יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני ואם כי מאד הייתי חפץ שיציע הדבר עוד לפני גדול אחר כאשר כתבתי במכתבי הראשון אליו עכ"ז אחר שכתב כת"ה שקשה לפניו הדבר מוכרח אנכי לבטל דעתי וגם נצטרף עוד איזו סניף מ"ש בשם ש"ב הרב הגאון מפלונסק ששמע מאבי הנאבד שעוד לפני איזו שנים שמע קול שנהרג בנו בין הבאלשעוויקים דהב"י בריש סי' י"ז מביא בשם רבינו משולם באחד שהלך לסחורה ולא חזר ושמעו שנהרג ולא בא אפי' עכו"ם מסל"ת נאמן לו' אני ראיתי שנהרג כיון ששמע מפי עכו"ם שנהרג ולא נשמע עליו שהוא קיים משיאין את אשתו עכת"ד. אלא שהב"י מביא ע"ז דברי הרמב"ן בתשו' המיוחסת סי' פ' דבקול הברה לחוד אין משיאין עיין חזה באריכות בתשו' ב"י בדיני מסל"ת תשו' ב' ובס' בני דוד לגאון ספרדי מוהר"ר דוד פלקון ז"ל בקונטרס עיגונא דאיתתא אות תצ"ה ותצ"ו עיי"ש:

ולענין קול הברה כתב הב"ח בתשו' סי' ע' בסוף התשובה בא"ד המתחיל ובענין ובסי' ע"ג שם באה"ד המתחיל ועוד דגדולה מזו וכו' עיי"ש דעיקר החילוק אם הי' הסיפור בדרך וודאית עיי"ש דמשמע דהחילוק אם אמרו סתם ששמעו שנהרג או אם אמרו עוד דברים בענין המיתה עיי"ש וא"כ ה"נ י"ל כיון דאמרו שנהרג ע"י הבאלשעוויקים י"ל דמהני ולא הוי קול הברה. ואף דעל הא גופא וודאי לא הייתי סומך מ"מ סניף מיהא הוי:

ויש לדמות דין זה להא דמבואר בסי' י"ז סכ"ז ביצא קול איש פלוני נהרג ואחר ג"י מצאוהו מת והכירוהו אשתו מותרת לדברי הכל ומפרש הט"ז שם בסקל"ט הטעם דמותרת לד"ה משום דכיון דשמא נתפח מששא רחוקה היא מצרפינן הקול להכריע להקל ה"נ כיון דכבר כתבתי דע"י העדות על העד שמינץ מווארשא שיש לו אשה וילד אחד וסימנים גרועים קצת שבו כך וכך נהרג ונאבד ג"כ זכרו זה כמה שנים שעכ"פ י"ל דמדאורייתא הוי רובא למיתה וחשש רחוק הוא לומר שאין זה בעלה של האשה הזאת בכה"ג ג"כ מצרפינן הקול שבנו הר' אהרן נהרג ע"י הבאלשעוויקים להכריע להקל שזה שהעד מעיד עליו הוא בעלה של האשה הזאת שיצא עליו הקול ג"כ שנהרג כנ"ל. ואף שהמעיד על הקול הוא אבי הנאבד. מ"מ הא הביא הח"מ סק"י והב"ש סקי"ד בשם הש"ג דחמיו נאמן להעיד עיי"ש. ולכן מצטריפנא בהדייכו להתיר האשה הזאת לינשא לאחר שיושיבו ב"ד של ג' להתירה כדת. אך עוד אופן אחד אנכי מטיל בדבר. דהנה ראיתי מ"ש כת"ה לחדש דבר דנוגע בעדות אשה יהי' נאמן בשבועה. כמו בממון דנאמן הבע"ד

בשבועה אף דהוא נוגע אף דעד שהוא נוגע אינו נאמן בשבועה היינו משום דעד הצריך שבועה אינו עד. אבל בעדות אשה דא"צ כל דיני עדות כמ"ש האחרונים לענין חצי דבר ונמצא א' קא"פ ורק בנאמנות תליא מילתא שפיר י"ל דגם נוגע יהי' נאמן בשבועה עכת"ד כת"ה. ואני אינני מודה לו כזה. דלא מצינו כלל שהשבועה יהי' בירור גמור לומר בתורת וודאי דוודאי הדבר אמת מטעם דאינו חשוד לישבע לשקר דא"כ אמאי בא"י אם נתחייבתי פטור הלוה יהי' המלוה נאמן בשבועה לומר דוודאי חייב לו כיון דטוען ברי והלוה אינו מכחישו בברי ואינו יכול לישבע אלא ע"כ דהשבועה אינו בירור גמור ומה"ט לא מצינו מדאורייתא כלל לישבע וליטול רק לפטור דבלא"ה הממע"ה אלא היכא דריעא טענתי' קצת כמו מודה במקצת או עד אחד מכחישו או בשבועת השומרים החמירה עליו התורה שלא להאמינו בדיבורו לבד רק בשבועה אבל גם אחר השבועה אין הדבר מבורר שהוא אמת רק דהדרינן לכללא הממע"ה. ואף דמדרבנן מצינו נשבעין ונוטלין ג"כ היינו מתק"ח והיכא דתקנו תקנו ואין לדמות תק"ח זל"ז וא"כ באיסור א"א ג"כ א"א להאמין עד נוגע בשבועה דגם ע"י השבועה אין הדבר וודאי רק ספק וא"א להתיר א"א מספק. אף די"ל קצת באופן אחר דהא חזינן דע"א נאמן מדאורייתא כל שאין נשבע להכחישו. כמ"ש התוס' בסוגיא דנסכא דר"א ואפ"ה מהני שבועה להכחישו. חזינן דבשבועה נאמן יותר מע"א. וא"כ בעדות אשה דע"א נאמן מכ"ש דבשבועה יהי' נאמן דהא שבועה עדיף מע"א. אבל באמת ז"א דממקומו הוא מוכרע דהא ע"א נאמן היכא דהלוה טוען ספק דהוי משואיל"מ ואפ"ה בא"י אם נתחייבתי אין המלוה נאמן בשבועה לחייבו א"כ אדרבא חזינן דע"א עדיף משבועה והא דהבע"ד נאמן בשבועה להכחיש העד היינו דהשבועה מגרע קצת לנאמנות העד והורע כח עדותו של העד להוציא ממון והדרינן לכללא דהממע"ה וע"א אינו חשוב ראי' היכא שהבע"ד מכחישו אבל עכ"פ יותר מספק לא הוי וא"כ הדבר פשוט דא"א להאמין באיסור ע"י שבועה היכא דאינו נאמן בלא שבועה. אמנם הא הש"ך ביו"ד סי' קי"ט סקכ"ב הביא בשם הרש"ל דחשו, על סתם יינם דקילא להו לאינשי בדור הזה נאמן עליו בשבועה והטעם הוא דהא באיסורין ע"א נאמן אלא דחשוד אינו נאמן משום דחשוד הוא לאותו דבר ויאמר ג"כ שקר על הדבר הזה לכך נאמן בשבועה דאינו חשוד לישבע לשקר והוי כשאר עד אחד דנאמן. וא"כ ה"נ בנ"ד דיש לנו פקפוק על העד דהוא מגולח זקן ואף דקילא להו לאינשי מ"מ להעיד שקר בלא שבועה ג"כ קיל להו לאינשי ובפרט בעדות אשה דסבור מצוה קעביד להוציא אשה מכבלי העיגון דאצלו הדבר ברור כיון דכבר נאבד זכרו כמה שנים וודאי מת. אבל זאת ידוע דשבועה חמירא להו לאינשי ואף קלי הדעת ביותר חמור אצלם שבועת שקר.

לכן בזאת נ"ל ג"כ לעשות כדעת כת"ה להשביעו להעד אלא דלאו דוקא שבועה קאמינא דאינו נכון ליתן שבועה כ"כ בניקל אך די שיתן העד ת"כ בפני ארון הקודש בהדלקת שתי נרות ובאיום גדול שלא ישקר כאשר אנכי רגיל לעשות תמיד אצל ההמונים אם צריך לחייבם לתת ת"כ שאנכי עושה איומים כאלה בפני אה"ק והדלקת נרות. ובלא"ה מבואר בח"מ סי' כ"ח ס"ב בהגה דיכולין להשביע העדים אם רואין שהשעה צריכה לכך עיי"ש בסמ"ע וה"נ בנ"ד. ולכן אחר שיתן העד ת"כ באופן הנ"ל לאמת את דבריו גם אנכי מצטריפנא בהדייכו להתיר והשי"ת יצילנו מכל מכשול ושגיאה:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניט באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מז, תק"ע.

ב"ה ה' עקב תרפ"ב **טארנאפאל**

לכבוד ידידי הרב החריף ובקי מאד נעלה וכו' מו"ה **שלום פעלמאנן** נ"י דומ"צ דק"ק **פאדוואלאטטיסק** יצ"ו.

מכתבו ע"ד העגונה במועדו לנכון הגיעני ויסלח לי כי לא השבתי לו עד כה יען כי הייתי טרוד מאד במילי אחריתי ולא יכולתי לעיין בדבריו עד כה. ועתה באתי להשיבו ע"ד האשה מ' גיטל בת אלימלך אשר בעלה וואלף בן משה האלפערן מפאדוואלאטשיסק הי' במלחמה והעידו עליו שנפל במלחמה אצל עיר פאדהייצע כפי הגב"ע שהעתיק לי כת"ה שהוגבה בעיר פאדוואלאטשיסק הנה העדות של ר"א זיידלער וה' נחום לינשיטץ שהעידו ששמעו מפי אנשים מפאדוואלאטשיסק שה' וואלף בר' משה הנ"ל נפל במלחמה עדות מספקת היא לכאורה בעצמה להתיר על ידה את האשה הנ"ל. ומה שחשש כת"ה לדעת המ"מ שהביא בט"ז סק"ח שחיישינן שמא שמע קול הברה הרי הט"ז בעצמו חולק שם עליו וכתב דלית מאן דחש לה. ואף דבתשו' מהר"י בכר שמואל מסתפק בזה כמובא בקו"ע סי' קל"ט הרי הב"י בתשו' שם חולק עליו בזה כמובא בקו"ע שם סי' קמ"ח וכן בסי' רל"ג שם בשם תשו' הר"א ממיץ ולא שבקינן פשיטותיי' של הני רבוותא משום ספיקו של הר"י בכר שמואל ובפרט שכן סתם הרמ"א בס"ה שכתב דאפילו לא אמר ממי שמע אלא אמר סתם ששמע כשר עיי"ש, ומי יבוא אחר דבריו:

ואף דיש לפקפק לכאורה במלחמה דעיקר הטעם דנפשט הבעיא דע"א במלחמה נאמן הוא משום מדעל"ג כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג וא"כ היכא דאמר ששמע מאנשים ולא אמר ממי שמע לכאורה לאו מדעל"ג היא. מ"מ כבר הרגיש בזה בתשו' גבעת פינחס סי' ט' ופירש משום זה דאין הפשט דירא לשקר שמא יותפס בשקרו ויהי' נחשב שקרן אלא דאין אדם עשוי לשקר בדבר שיתברר אח"כ אף דלא יותפס בשקרו. ואף שכבר הבאתי

בכמה תשובות דברי התשב"ץ שכתב דבמלחמה ל"מ עפמ"ע דלא הוי מילתא דעל"ג שפיר וכדמוכח סברתו גם בנוב"י סי' ל"ג מ"מ הרי הבאתי שם להוכיח מכמה ראיות מתשו' הקדמונים דלית דחש לה להא מילתא ועמפ"ע נאמן בין במלחמה בין במשאל"ס. ומצאתי אח"כ בתשו' נטע שעשועים בסי' ס"ו שמביא ג"כ דברי התשב"ץ אלו וחולק עליו והביא ג"כ ראיות דל"ח לה כלל וממילא דלא חיישינן ג"כ למה שלא אמרו קברתיו כפסק הב"ש בס"ק קנ"ג בשם תשו' מהר"ם מלובלין והצ"צ דאף שמע מפי שנים ל"ח לבדדמי. ואף דבנוב"י סי' כ"ח בד"ה ומ"ש הרב מטארניגראד רוצה לומר דאחד מפי שנים כיון שלא העידו בב"ד ואינם נאמנים מה"ת רק מדרבנן אמרינן גם בשנים בדדמי. מ"מ הא בסוף התשו' חזר בו עיי"ש בד"ה אמר הכותב משום דגם בשני פסולים ל"ת לבדדמי עיי"ש. ואף די"ל דאולי גם המהר"ם מלובלין והצ"צ לא התירו רק כשאומר ששמע מפי שנים שהם עצמם ראו המיתה דאז אמרינן דשנים לא עבידי למיטעי ולומר בדדמי אבל כששמע סתם מפי אנשים שנהרג פלוני אולי לא שמעו כולם רק מפי אחד והוא אמר בדדמי. מ"מ בתשו' מהר"ם מלובלין הנ"ל סוס"י קכ"ח מבואר להיפך שכתב וז"ל יש לצדד עוד היתרא מתוך העדות שהעיד משה בר' פסח ששאל שני יהודים מעיר סטאליצא אם ראו את דניאל והשיבו בל"א ער איז אום געקומען וא"כ יש לתלות ולומר שהי' בשעה שנהרג וראו שנהרג ובשנים ל"ח לבדדמי וכו' וא"כ בנ"ד נמי אין לתלות להחמיר שמא לא הי' שם וכו' ומה שהגידו שנהרג לא אמרו זה אלא עפ"י הקול וכו' ומוציא הקול אמר בדדמי וכו' לא תלינן לומר כך אלא תלינן להקל שהיהודים עצמם ראו: עכת"ד בקצרה עיי"ש. הרי שכתב להדיא דתלינן להקל שראו בעצמם ההריגה והטעם משום דהחשש בדדמי הוא רק חשש מדרבנן כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג ולכך תולין להקל וא"כ ה"נ בנ"ד תולין דשמע משנים שראו בעצמם:

ואולם מ"ש כת"ה להתיר עפ"י עדותו של מיכל סג"ל לבד משום דבעדות הראשונים אף אם נאמר כדעת המ"מ והר"י בכר שמואל הנ"ל דל"מ שמע מפי אנשים סתם. עכ"פ חזקת א"א איתרע כיון דלרוב הפוסקים הותרה לגמרי והיכא דליכא חזקת א"א דעתו לומר דע"א נאמן מה"ת גם בדבר שבערוה מדקאמר הש"ס ר"פ האשה רבה שא"ה דאיתחזק איסורא דא"א והוי דשב"ע משמע דהיכא דלא איתחזיק איסורא גם בדשב"ע ע"א נאמן מה"ת. הנה זו סברא של כת הקודמין היא דבחי' הרמב"ן שם כתב דהגירסא היא, ועוד הא הוי דשב"ע. דבדשב"ע אין ע"א נאמן אף בלא איתחזיק, איסורא וכ"כ הר"ן בגיטין פ' התקבל (דס"ד) עיי"ש, ואולם המהרי"ק בשורש ע"ב הולך בשיטה זו דהיכא דלא איתחזיק איסורא ע"א נאמן גם בדשב"ע. ועיין בשער המשפט סי' ל"ג שהאריך בזה. והנה

אין תח"י תשו' מהרי"ק לעיין בו. אבל לענ"ד י"ל דבעדות מיתה גם המהרי"ק מודה דהוי דשב"ע אף בלא איתחזיק איסורא. דהנה י"ל דמחלוקת הרמב"ן והמהרי"ק תלוי בשיטת הרמב"ם והראב"ד אם ס"ד מה"ת לקולא או לאו דלפי שיטת הרמב"ם וכפי, שפירש דבריו בחוו"ד דכל היכא דכתיב איסור באורייתא איירי רק בוודאי ולא בספק א"כ כל הני עריות דכתיבי באורייתא איירי רק בוודאי ערוה וא"כ נהי דהרמב"ם מודה בספק כרת דאזלינן לחומרא מה"ת היינו דילפינן מאשם תלוי דחייב על ספק כרת א"כ זה איסור אחר שכתוב בתורה דמביאין קרבן על הספק. אבל מה שכתוב בתורה ומצא בה ערות דבר דמזה ילפינן דבר דבר מממון דבעינן שנים זה איירי רק בוודאי ערוה ככל האיסורין שבתורה שכתובין סתם דאיירי רק בוודאי ולא בספק ובזה הוא דילפינן דבר דבר מממון דבעינן שנים. אבל ספק איסור דלא איירי בי' קרא כאן אף דידעינן איסורו ממקום אחר מקרא דאשם תלוי מ"מ אינו בכלל עריות שבתורה דהא איקלש איסורו דלית בו כרת אם אוכל במזיד ספק חלב או בא על ספק ערוה ובכלל עריות הוא רק חייבי כריתות או סוטה דטומאה כתיב בה כעריות ובספק סוטה לא כתיב טומאה דליהוי כערוה כמ"ש התוס' יבמות (די"א) ד"ה צרת וכמ"ש הרא"ש שם דלא הוי רק איסור עשה דהכתוב נתקו לעשה עיי"ש בק"נ אות י' עיי"ש בישרש יעקב וא"כ ממילא דינו ככל האיסורין שבתורה דע"א נאמן בהא מה"ת ולכן שפיר קאמר המהרי"ק דדבר שבערוה דבעינן שנים הוא רק היכא דאתחזיק איסורא דאז הוי וודאי איסור ולא ספק דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא ובחטאת קאי כמ"ש התוס' בכתובות (דכ"ב) לכך בעינן שנים להתירו כמו בממון. אבל היכא דליכא חזקת איסור כמו ספק חלב ספק שומן. אף בערוה כה"ג די בע"א דזה לא נכלל בקרא דערות דבר דילפינן מממון. אבל הרמב"ן והר"ן י"ל דאזלי בשיטת הראב"ד והרשב"א דסד"א מה"ת לחומרא דכל איסור הכתוב בתורה גם ספיקו אסור דהתורה לא משתעי דווקא בוודאי וא"כ קרא דכתיב כי מצא בה ערות דבר גם בספק ערוה משתעי וילפינן גם בהא מממון דבעינן שנים ולכך שפיר הוכרחו לומר דגם היכא דליכא חזקת איסור רק כל ספק ערוה שבעולם אינו נאמן ע"א להתירו ובעינן שנים כמו בממון:

ובהכי ניחא מה דצריך הש"ס לטעם הראשון דאיתחזיק איסורא והא בטעם האחרון דדשב"ע סגי לדעת הרמב"ן ואולם לפימ"ש המלוה"ר באות ס' דמחלוקת הרמב"ם והרשב"א תלוי בפלוגתא דתנאי ואמוראי עיי"ש לכך צריך הש"ס לשני הטעמים כדי שיהי' ניחא גם למ"ד סד"א מה"ת לקולא אפ"ה אין ע"א נאמן כאן משום דאיתחזיק איסורא וא"כ מעתה י"ל לפימ"ש הרשב"א דהרמב"ם מודה בדבר שעשוי להתברר

דספיקו להחמיר עיין ראש יוסף (חולין י"א) וטעמו מובן שפיר דבאמת הא דלהרמב"ם ספק מותר מה"ת בע"כ צ"ל דהתורה לא אסרה את הספק ואף אם באמת הוא אסור מ"מ כיון דלדידן הוא ספק התירה אותו רחמנא דאל"כ האיך יכול להכניס א"ע בספק איסורי וא"כ בשלמא בדבר שאינו עשוי להתברר ספיקו לעולם אמרינן דנעשה היתר אבל בדבר שאפשר שיתברר איסור. א"כ כשיתברר איסורו וודאי יהי' איגלאי למפרע דהי' איסור מעיקרא וא"כ איך יוכל להכניס א"ע בספק דילמא יעשה איסור וא"כ בספק מת בעלה דיוכל להיות שלמחר יבוא הבעל ויתברר איסורו למפרע ל"א בהא סד"א לקולא לד"ה וא"כ אף היכא דלא איתחזיק איסורא אינו נאמן ע"א לכ"ע מדאורייתא כמש"ל משום דהוי דשב"ע:

וגם בגוף הסברא שכתב כת"ה דאם נאמר דע"א נאמן בכאן מה"ת משום מדעל"ג לא חיישינן לבדדמי כמ"ש הרמב"ן במלחמות גבי שני עדים דמאחר שהאמינתן התורה לא דייקינן בתריי' עיי"ש, אין הנדון דומה לראי' דהיכא דהאמינתן התורה מצ"ע לא משום איזו סברא אז שייך לומר דלא דייקינן בתריי'. אבל היכא דנאמן רק משום דאיכא הוכחה דאומר אמת כמו במדעל"ג אז היכא דשייך חשש דבדדמי א"כ איתרע הטעם והסברא שיש לנו להאמינו דאינו מכוון לשקר כלל דנאמר במדעל"ג לא משקרי אינשי וא"כ ממילא אינו נאמן:

ואמנם גוף ס' הרמב"ן במלחמות הנ"ל דשני עדים שהתורה האמינתן לא דייקינן אם אמרי בדדמי לכאורה אינה מובנת כ"כ שיהי' בזה די השגה על הרי"ף דנהי שהתורה האמינתן היינו שאומרים אמת אבל מה שאפשר לומר שטעו ואמרו בדדמי האיך האמינתו תורה. ואמנה באמת דברי הרמב"ן נכונים מאד. דהנה הש"ס איבעיא לי' שם החזיקה היא מלחמה בעולם אם נאמנת במיגו או כיון דאיחזקה דאמרה בדדמי לא אתי מה לי לשקר ומרע לחזקה. והקשו שם בתוס' ובכל הראשונים האיך שייך מיגו בדבר שאין חושדין אותו למשקר רק שטועה ואומר בדדמי וכן הקשו עוד שם ובשבועות (דמ"ה ע"ב) גבי שכיר דהיכא דלא שכרו בעדים נאמן במיגו והא כיון דבעה"ב טרוד בפועליו אמרינן דילמא שכח. ואמנם מתבאר שם מתירוצים הנאמר ביותר ביאור בתוס' שבועות הנ"ל דכיון שהוא טוען וודאי שפרע אם היינו יודעין שהוא איש שאינו משקר לא היינו יכולים לחייבו משום דילמא מחמת טרדה דומה לו שפרע דא"כ הי' לו להיות מסופק עכ"פ ואמנם היכא דאין לו מיגו אמרינן דבאמת הוא מסופק בדבר ומה שטוען וודאי הוא שקר רק כיון שהוא מסופק והוא יודע שאם יאמר שהוא מסופק יחייבו אותו לשלם לכך הוא מורה לו היתר לטעון וודאי שפרע. אבל היכא דיש לו מיגו א"כ מה שהוא

אומר הוא אמת דאם הי' רוצה לשקר הי' טוען טענה מעלייתא וכיון שאמת מה שטוען וודאי שלא פרע ליכא למימר כלל דילמא מחמת טרדה דומה לו שפרע ז"א דא"כ הי' צריך להיות מסופק בדבר שכן הוא הדרך להיות נולד עכ"פ ספק אצלו ולא שיהי' אצלו וודאי גמור שלא פרע. וכיון דהוא טוען וודאי שאין ספק אצלו שוודאי פרע וא"א לחושבו במשקר דמה לו לשקר הא יש לו מיגו דטען טענה מעלייתא מזה מש"ה נאמן לפטור. כן מתבאר מד' התוס' כאן ובשבועות שם. ואמנם טעם החילוק דגבי שכיר פשיטא לי' להש"ס דמהני מיגו ובמת בעלי במלחמה איבעיא לי' להש"ס יש לפרש בשני דרכים או כמו שפירש שם המהרש"א בשבועות דבדמי דמלחמה הוא יותר חזק מדדמי דפועלים דכאן במלחמה אפשר להיות שיהי' נדמה לה כ"כ חזק שמת שלא יהי' שום ספק אצלה כלל שמת רק תדמה בדעתה שבוודאי מת ותטעון וודאי באמת בלי שום שקר שמת ואפ"ה אנן אמרינן דמחמת בהלת המלחמה לא כיוונה יפה אבל אצלה אין שום ספק כלל שוודאי מת ל"ש כלל מיגו בזה דהא היא סבורה שאומרת אמת. וזה גופה הוא דאיבעיא לי' להש"ס אם בדדמי דכאן דומה לשכיר שאין וודאי אצלה רק ספק ומה שאומרת וודאי היא משקרת ומורה לה היתר כיון שהיא מסופקת וא"כ מהני מיגו או דכאן גרע שאפשר לומר שטעתה כ"כ שהדבר וודאי אצלה וא"כ לא מהני מיגו כלל. זה הוא לפי שיטת המהרש"א שם. ואמנם לפי פשטות הש"ס ביבמות דקאמר כיון דאיחזקה אמרה בדדמי לא אתי מה לי לשקר ומרע לחזקה משמע דמתורת מיגו במקום חזקה קאתי עלה. וא"כ משמע דשייך כאן מיגו. ובע"כ דכאן דומה ג"כ להא דפועלים שמחמת בדדמי הדבר מסופק אצלה ומה שטוענת וודאי שקורי משקרא. אלא דבשבועות פשיטא לי' להש"ס דמהני מיגו דאין זה מוכרח כלל שישכח מחמת טרדות הפועלים דכמה פעמים שאין לו הרבה פועלים כ"כ ואינו טרוד כ"כ ואין לנו חזקה אלימתא כ"כ שישכח רק דמספקא לן הדבר לכך מהני מיגו להאמינו. אבל כאן דאנן מחזקינן דוודאי בשעת בהלת ופחד המלחמה אינה ממתנת עד יציאת הנפש וחזקה דאמרה בדדמי ומה שאומרת וודאי הוא שקר ואיבעיא לן אי אמרינן היכא דאית לה מיגו נאמנת או דילמא מיגו במקום חזקה ל"א. ומה שיש לחלק מכאן לכל מיגו במקום חזקה דעלמא עיין בחי' הריטב"א שם בשם ויש מתרצים. ולשיטת המהרש"א הנ"ל נהי' מוכרחים לפרש דלשון מיגו במקום חזקה דכאן הוא לשון מושאל ועיקר הטעם כיון דאיתחזקא אמרה בדדמי היינו שהדבר וודאי אצלה כ"כ שסבורה שאומרת אמת ולא אתי מה לי לשקר ומרע זה כלל וכמו שפירש הרשב"א כאן להדיא בסוף ד"ה הא דאיבעיא לו עיי"ש:

וא"כ מעתה נראה דבהא פליגי הרמב"ן והרי"ף דהרמב"ן מפרש כפשטות דברי הש"ס דמכח מיגו במקום חזקה קאתי עלה אלמא דעיקר הטעם דחשדינן לה למשקרת מה שאומרת וודאי מה דמחמת בדדמי צריך להיות עכ"פ מסופק אצלה ואיבעיא לן אם מהני מיגו או לאו משום דהוי מיגו במקום חזקה. וא"כ שני עדים שאומרים מת דנאמנים מה"ת ולא חשדינן להו למשקרים ועדיפי טובא ממיגו דמיגו במקום עדים לא אמרינן וגם עדיפי טובא מחזקה דנגד שני עדים לא מהני שום חזקה ורוב וא"כ כיון דהם אומרים מת בוודאי וא"כ כיון דהש"ס רוצה לומר דאף במיגו נאמנת ול"ח לבדדמי כש"כ שני עדים וודאי נאמנים ואין בזה ספק כלל לבדדמי דא"כ היו אומרים בלשון ספק וכאן דאומרים בתורת וודאי והתורה האמינתם אין חשש לומר דמשקרי והדבר רק מסופק אצלם. אמנם הרי"ף י"ל דמפרש כפירוש המהרש"א שהיא שיטת הרשב"א ג"כ דהאיבעיא היא אם. שייך כאן מיגו כלל דדילמא מחמת בהלה נדמה לה כ"כ שמת עד שהדבר וודאי אצלה ולכך אומרת וודאי ואינה חשודה למשקרת כלל וא"כ מש"ה ס"ל להרי"ף דגם בשני עדים אמרינן כן דנהי דהתורה האמינתן היינו שאין אומרים שקר אבל כאן הרי סבורים לומר אמת דכן נדמה להם שמח. ואמנם יצא לנו מזה דדינו של הרי"ף אף להרי"ף עצמו הוא רק בעיא דלא איפשטא בהחזיקה היא מלחמה אם מהני מיגו דאם מיגו מהני פשיטא וודאי דשני עדים ג"כ מהני דעדים עדיפי ממיגו וא"כ קשה לכאורה לפי"מ שמוכח מדברי הרמב"ם פ"ז מה' נחלות ה"ג דראוהו שנדקר במלחמה וכדומה הוא רק חומרא מדרבנן משום חומרא דא"א לחוש לבדדמי. אבל מה"ת דברים אלו שחזקתן למיתה מחזקינן לי' לוודאי מת. וא"כ לשיטת הסוברים דאיבעיא דלא איפשטא בדרבנן אזלינן לקולא כמו שהביא הב"י בה"פ סי' תל"ז בשם הרבה פוסקים א"כ ה"נ בהחזיקה היא מלחמה הי' לנו לפסוק להקל כיון דהיא איבעיא דלא איפשטא. אך צ"ל כמ"ש הב"ש בס"ק ק"ס דכיון דמת בעלי מן התורה אינה נאמנת רק מדרבנן לכך היכא דהוי ספק איבעיא הוא ספק תורה דמדאוריתא אינה נאמנת כלל עיי"ש. אבל א"כ תקשי על הרי"ף בשני עדים דנאמנים מה"ת וחשש בדדמי הוא רק דרבנן א"כ לפימ"ש דדינו של הרי"ף תלוי בע"כ דאיבעיא דלא איפשטא א"כ הי' לנו לפסוק להקל. ובע"כ צ"ל דהרי"ף ס"ל כשיטות הסוברים שם בב"י דאיבעיא דלא איפשטא גם בדרבנן לחומרא. א"כ מעתה כיון דהב"י שם בסי' תל"ז כתב דנקטינן כדברי האומרים דספק בעיא בדרבנן לקולא מש"ה גם כאן קיי"ל כהחולקים על הרי"ף דבשנים לא אמרינן בדדמי. ואמנם זה ניחא בשני כשרים. אבל אם גם בשני פסולים ל"א בדדמי שיש בזה חילוקי דיעות עיין ב"ש ס"ק קנ"ג ובקו"ע אות י' ורל"א נראה לומר דתלוי במחלוקת הפוסקים אם ע"א וקרובים ופסולים נאמנים

מה"ת או מדרבנן דלמאן דסובר דנאמן מה"ת א"כ הוי כשני עדות דנאמן מה"ת ולא חשוד למשקר ותלוי באיבעיא הנ"ל ואזלינן לקולא (ועפי"ז צ"ל דהיא גופה שאמרה מת בעלי לכ"ע אינה נאמנת מדאורייתא וצ"ע) אבל למאן דס"ל דרק מדרבנן מהימן אזלינן לחומרא כמו במת בעלי כנ"ל אלא דאינו מובן לפי"ז איך זיכה הב"ש שטרא לבי תרי דמביא שם בס"ק קנ"ג בסתם דבשני פסולים חיישינן לבדדמי ומסיים בשם המהרמ"מ וצ"צ הנ"ל דשמע משנים ל"ח לבדדמי והרי עמפ"ע אינו נאמן מה"ת ואמאי ל"ח לבדדמי כס' הנוב"י הנ"ל:

ואמנם י"ל דהני דס"ל דגם בשני פסולים ל"ח לבדדמי יכולים לסבור ג"כ כהפוסקים דע"א באשה רק מדרבנן כפשטות הש"ס (דפ"ח) דמשום תק"ע הקילו ואפ"ה לק"מ. דהנה החת"ס בסי' צ"ה ועוד איזו אחרונים כתבו דהא דלא האמינו לע"א משום מדעל"ג הוא משום כיון דערוה ילפינן דבר דבר מממון דבעינן תורת עדות ממש. ובעדות אמרה תורה בפירוש לא יקום ע"א. א"כ גזיה"כ הוא דאין להאמין ע"א אף היכא דיש סברא דאומר אמת כמו מדעל"ג וכדומה ולכך לא הוי רק דרבנן משום תק"ע. והנה בח"ס שם בסי' מ"ו ד"ה אבל כתב גם לענין עכו"ם שמכוון להעיד דכיון דמדאורייתא נאמן משום מדעל"ג. רק דאסור לקבל עדותו משום אל תשת רשע א"כ עכ"פ כיון דהדבר אמת יצאה מחזקת א"א והבא עלי' פטור רק דהוי איסור בעלמא לקבל עדות משום אל תשת רשע. וכ"כ בתשו' זכרון כהונה דהוי רק איסור לאו בעלמא. וא"כ שוב לא הוי דשב"ע וע"א נאמן כמו בכל איסורין שבתורה ואף קרובים ופסולין, וא"כ היכא דאיכא שני פסולין דע"י האחד כבר יצאה מאיסור ערוה. שוב השני נאמן מה"ת כמו בכל האיסורין. וכיון דנאמן מה"ת בכל מה שהוא אומר והרי הוא אומר וודאי מת ול"ח שוב לבדדמי כיון דאינו חשוד לשקר כמש"ל. ואמנם דברי הב"ש באחד ששמע מפי שנים לא יתיישבו בזה. דאכתי ליכא לפנינו רק ע"א דא"א להאמינו מדאורייתא. ובאמת אם נאמר כמש"ל דלמ"ד ע"א נאמן מה"ת ל"ח לבדדמי. ואשה עצמה גריעא מע"א דבע"א איכא ג"כ טעמא דאא"ח ולא לו כמ"ש הפנ"י בקידושין (דס"ג ע"א). אבל בדידה עצמה ליכא האי טעמא. הי' אפשר לומר דההחזיקה היא מלחמה דמסופק הש"ס אי מהני מיגו. הוא משום די"ל דאף דמת בעלי לחוד אינה נאמנת מה"ת דחיישינן למשקרת מ"מ היכא דאומרת דמת במלחמה א"כ חזינן דאינה רוצית לשקר דהא היתה יכולה לשתוק מלהודיע כלל שהי' במלחמה. א"כ המיגו מעיד עלי' שאינה משקרת. וי"ל דנאמנת שוב מה"ת למ"ד מיגו דאורייתא. דהמיגו מעיד עלי' שאינה משקרת. וא"כ כיון דמדאורייתא יצאה מאיסור א"א שפיר לא החמירו חכמים לחוש לבדדמי דהוא רק חומרא מדרבנן. ובעגונה לא החמירו

חכמים על ד"ת כמ"ש הריטב"א בר"פ האשה רבה ולא החמירו רק היכא דמדאורייתא בלא"ה אסורה כגון מת בעלי לחוד היכא דלית לה מיגו דמדאורייתא אינה נאמנת כלל: **ובהכי** ניחא לי ליישב הסוגיא שם דאיבעיא להו ע"א במלחמה מהו אם טעמא משום מדעל"ג ונאמן או משום דאשה דייקא ובמלחמה לא דייקא. וכתבו התוס' שם ד"ה טעמא דהעד וודאי לא יאמר בדדמי כמו האשה עצמה רק דאינו נאמן משום דהאשה לא דייקא. דא"ל דהעד עצמו אומר ג"כ בדדמי. א"כ ל"ל טעמא דהאשה לא דייקא. ע"ש בדבריהם וקשה דדברי התוס' סותרים עצמם למ"ש אח"כ ד"ה והא מים דחיישינן דהנשים עצמן אומרים בדדמי. ובלח"מ שם רצה לדחוק דלאו אנשים המעידות קאי. אמנם בישרש יעקב כתב דא"א לפרש כן דברי התוס'. וגם לפי פי' התוס' דהעד אינו נאמן כיון דהאשה לא דייקא. א"כ מאי משני דאסקינהו קמן וקאמרי סימנים. מ"מ דילמא שקר קאמרי. ועיין בב"ש ס"ק קמ"ג מביא פירוש הראשונים דהני סימני הוו כמו סימני אבידה שהם במקום מוצנע דא"א לידע מחיים וזה דחוק מאוד להמעיין. ואמנם לפי דרך הנ"ל יש ליישב דהנה בש"ס לעיל קאמר רבא מ"ט דמלחמה משום דקאמרה בדדמי ס"ד כל הני אקטול והוא פליט ואת"ל כיון דשלום בינו לבינה נטרא עד דחזיא זימנין דמחו לי' בגירא או ברומחא וסברה וודאי מת וזימנין דעבדי לי' סמתרי וחי. והנה ברמב"ם פי"ג מה"ג הל"ב מביא רק טעם הראשון דכיון דהראשונים והאחרונים נהרגו והוא באמצען. אמרה וודאי דגם הוא לא ניצול ואינו מביא טעם האחרון כלל. ובתשו' בית אפרים בתק"ע סי' ל"ג עמד על זה הא אדרבא את"ל שבש"ס תמיד הלכתא היא ואמאי פסק הרמב"ם כלשון ראשון. אמנם נראה דהנה החילוק שבין שני טעמים אלו הוא דלטעם הראשון החשש הוא דמשקרת דהא לא ראתה כלום ממיתתו רק עפ"י אומדנא. ויודעת בעצמה שאינה יודעת כלום ממיתתו. רק כיון שעפ"י אומד דעתה הוא מת מורית היתר בעצמה לומר שראתה שמת. וגם החשש הוא דאורייתא דוודאי בזה שנהרגו הרבה אנשים אין זה דבר ברור שמת גם הוא. ולא גרע מעיר שכבשוה כרקום דנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים ואסורה מדאורייתא. ואמנם לטעם השני דהחשש הוא דילמא מחו' לי' בגירא וסברה וודאי מת בזה אין חשש משקרת דמה שראתה אותו נפל לארץ דומם סבורה היא שוודאי מת ואומרת אמת לפי"ד כמש"ל בשם המהרש"א בשבועות והרשב"א כאן ביבמות. וגם אין החשש אלא מדרבנן כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מה' נחלות דראוהו שנדקר במלחמה ונאבד זכרו אמרינן דרובו למיתה. ויורדין לנחלה על פי'. ורק חומרא היא דהחמירו בא"א ע"ש. ועיין בלח"מ שם שתמה הא כיון דיורדין לנחלה ע"פ וודאי איירי בשני עדים ובשני עדים הא ס"ל להרמב"ם דאין אומרים בדדמי ותנשא על פיהם:

ואמנם לדידי לק"מ דהא דבתרי ל"ח לבדדמי היינו היכא שהם אינם אומרים בלשון מסופק. רק אומרים בלשון וודאי שמת. אלא דנחוש אנחנו דלמא נדמה להם כך שמת בזה אמרינן דתרי לא עבידי דטעו. אבל אם העדים בעצמם באים ואומרים בלשון מסופק שראו שנדקר במלחמה ונפל לארץ ונדמה להם בוודאי שמת. אז אף דלענין נחלה כיון שראינו שאבד זכרו אח"כ אמרינן דאיכא אומדנא טובא וגילוי מילתא שמת אז בשעה שנדקר ולא חי אחר נפלו לארץ. ואמנם משום חומרא דא"א החמירו בזה כמו במשאל"ס אף דג"כ רובו למיתה. אבל מ"מ לא הוי רק חששא דרבנן. ואולי י"ל דלזה כיוון גם הלח"מ בתירוצו שם עיי"ש:

והנה כבר כתבתי דמחמת חששא דרבנן בחשש הזה דבדדמי לא היו חכמים מחמירין. רק היכא דגוף הנאמנות הוא רק מדרבנן. אבל היכא דנאמן מדאורייתא לא היו חכמים מחמירין משום תק"ע. והנה ידוע שיטת הרמב"ם דע"א נאמן באשה דאורייתא משום מילתא דעל"ג. והקשו עליו דהא בש"ס ר"פ האשה רבה קאמר הטעם משום דייקא ומינסבא. ותירצו דסוגיות חלוקות הם דכאן בע"א במלחמה הוי זה איבעיא בש"ס אם הטעם משום מדעל"ג ואז נאמן מה"ת כמו בר"ה (דכ"א) לענין קידוש החודש. או משום דייקא ומינסבא ואז הוי רק מדרבנן. וכיון דאיפשט הבעיא בעובדא דדגלת דנאמן ובע"כ הטעם משום מדעל"ג כמ"ש הב"ש בס"ק קס"ג הנ"ל לכך שפיר פסק הרמב"ם דנאמן מה"ת. ואמנם שם (בדקטאו) עד דלא איפשט הבעיא שפיר הוצרך רבא לומר שני הטעמים על בדדמי. דאם נאמר דנאמנת מה"ת משום מדעל"ג אז צ"ל טעמא דמתניתין דבמלחמה אינה נאמנת משום טעם הראשון כיון דאיקטול כל הני ס"ד דהוא פליט דזה הוי חשש דאורייתא כמש"ל. אבל טעם השני דילמא מחו לי' בגירא וכו' זה א"א לומר להאי לישנא דכיון דנאמנת מה"ת אין לנו לחוש להחמיר משום חומרא דרבנן דבדדמי. כיון דהיא אומרת דוודאי מת ולכך הוצרך לומר טעם הראשון. אבל להאי לישנא דדייקא ומינסבא דכל נאמנותה אינו מה"ת רק דחכמים האמינו אותה. אז שפיר י"ל דהם אמרו והם אמרו לחוש מדרבנן לחשש דבדדמי. וזה עדיף יותר מלומר דמשקרת כיון שראתה ראשונים ואחרונים נהרגו וודאי גם הוא נהרג. דזה אין סברא כלל כולי האי דוודאי אנו רואים הרבה אנשים נמלטים במלחמה ואין אומרים הסברא הזאת רק מהכרח למ"ד דנאמנת מה"ת ואין לחוש לטעם השני וא"כ בע"כ טעמא דמתניתין משום טעם הראשון:

וא"כ מעתה הרמב"ם לשיטתו דפוסק דאיפשטא האיבעיא וע"א נאמן מה"ת לכך לא הביא כלל טעם השני רק טעם הראשון. והנה י"ל עוד נ"מ בין הטעמים לענין עד אם אומר בדדמי דבש"ג כתב דרק בדידה חיישינן לבדדמי דמשום תאוותה לינשא תאמר בדדמי

ולא העד. י"ל דזה שייך רק לטעם האחרון דל"ח למשקר רק דהיא טועה ונדחה לה באמת שמת. וידוע מ"ש הסמ"ע לענין אוהב ושונא דפסול לדון ולא להעיד דדבר התלוי בדעת האדם מחמת נטי' קלה נשתנה דעתו ונוטה לרצונו. ה"נ י"ל דמשום תאוותה לינשא נוטה דעתה ונדמה לה שוודאי מת. אבל העד דאין לו שום נטי' לא יטעה כלל. אמנם לטעם הראשון דחיישינן למשקר. אז כיון דהתורה לא האמינה לע"א בכל מקום רק הכא בעדות אשה. לא האמינתו תורה יותר ממנה. כמו דהיא גופה ג"כ נאמנת. מ"מ היכא דאיכא למימר דמחמת שחזק בלבה שמת משקרת ואומרת שראתה שמת ה"נ י"ל בע"א. וא"כ א"ש הסוגיא הנ"ל. דלהך צד האיבעיא דר"ל משום דייקא ומינסבא. דנאמנותו רק מדרבנן ואז הטעם דבדדמי הוא רק מטעם השני דמחו לי' בגירא וכו' כמש"ל. וא"כ הטעם דטועה בדעתה וסברה שוודאי מת. וזה הטעם שייך רק בדידה ולא בהעד. וא"כ שפיר כתבו התוס' דלעולם אינו אומר העד בדדמי כמו האשה עצמה ולכך הוצרך הש"ס לומר דכיון דהיא לא דייקא ועיקר נאמנות העד הוא רק משום דהיא דייקא ואז הוא ירא לשקר. ומש"ה הכא במלחמה דהיא לא דייקא. חיישינן דהוא משקר וכשרואה שנדקר ונפל לארץ מוסיף לשקר ולומר שוודאי מת ואינו ירא שתדייק. דאף אם תדייק ויוודע לה שנדקר תתלה היא ג"כ לומר שמת. אבל לקמן גבי מים שטבעה הספינה והוי ס"ד לומר דחיישינן שלא ראו הנשים כלל שנפלו אלו האנשים לים. רק דמחמת שראו שטבעה הספינה אומרים בדדמי שוודאי נפלו לים כמבואר בראשונים עיי"ש. א"כ זה הוי חשה דאורייתא דמשקרים לומר שמת אף שלא ראו כלל וזה שייך גם בעדים. ולכך שפיר כתבו התוס' דחיישינן דגם הנשים אומרים בדדמי. ומשני הש"ס שפיר דאירי דאסקינהו קמן וקאמרי סימנים דליכא חשש בדדמי. וגם לא ראו כלל בטביעת הספינה רק מעידים שמכירים את האיש הזה א"כ ליכא למימר דמשקרי דהא היכא דהאשה דייקא ל"ח דמשקרי דיראים שתדייק אחריהם. ואם זה שקר ואינו זה האיש א"כ אינם יודעים שבעלה נפל לים מעולם. וא"כ יראים דילמא תדייק האשה ויוודע לה שלא הי' בעלה בספינה כלל בשעה שנטבעה. דבשלמא בהס"ד דהנשים העידו על הטביעה בים. א"כ כיון דיודעים שזה וודאי אמת שנטבעה הספינה שהיו אלו בתוכה גם כשיוודע זאת להאשה לא תדייק יותר ותאמר בדדמי שוודאי מת אבל היכא שהנשים המעידות אינם מעידים רק על ההכרה ואינם יודעים כלל שהי' בספינה שנטבעה. יראים לומר שקר שמכירים אותם. דדילמא תדייק האשה ויוודע לה שלא הי' מעולם בספינה ותהי' מוכרחת לדייק לידע אם מת דלא יהי' לה במה לתלות בדדמי:

ומעתה נראה דגם מחלוקת האחרונים הנ"ל. אם בתרי פסולים חיישינן לבדדמי תלוי בזה. דהא עיקר טעם הסוברים דגם בתרי פסולים ל"ח לבדדמי הוא משום דשנים לא עבידי דמיטעי דאין הטעות מצוי בשנים. א"כ כ"ז היכא דהחשש הוא דילמא מחו לי' בגירא דאמרינן דטעו וסוברים שבוודאי כן הוא אז שפיר אמרינן דבתרי אין טעות מצוי'. ואין חילוק בין כשרים לפסולים. אבל לטעם הראשון שבש"ס דהטעם הוא דמתוך שחזק בלבם שוודאי מת משקרים ואומרים שראו שמת. זה שייך גם בשנים אלא דבתרי כשרים דנאמנים מה"ת ול"ש חשש משקרי. וכיון דגם מיגו מהני להטעם דמשקרי כמ"ש הבית אפרים בריש תשו' ל"ג הנ"ל מכ"ש עדים דעדיפי ממיגו כמש"ל אבל שני פסולים דלא עדיפי מע"א לענין חשש שקר שפיר חיישינן לבדדמי. ונדחה בזה הראי' שהביא הב"ש בשם הרא"ש מהא דשני נשים כע"א דמי וחיישינן לבדדמי. הרי דבשני פסולים חיישינן לבדדמי. דז"א דשם בספינה שנטבעה דהס"ד הי' על חשש בדדמי דמשקרי ולא ראו כלל שנפלו לים ושהו כדי שתצא נפשם רק דאומרים מאומד זה שייך גם בשני פסולים:

ולפי"ז הי' נראה לכאורה להשוות הדיעות ולומר דבמלחמה כ"ע מודו דבשני פסולים ל"ח לבדדמי דהא הבית אפרים שם בתשו' הנ"ל כתב דלטעם הראשון לא חיישינן רק באשה עצמה דחיישינן דמשקרת דמה"ט ס"ל להרמב"ם דגם אם אמרה קברתיו אינה נאמנת. אבל בע"א דגם הרמב"ם מודה דבאומר קברתיו נאמן ול"ח דמשקר א"כ בע"כ בעד חיישינן רק לטעם השני דילמא מחו לי' בגירא וסובר וודאי מת כאת"ל דרבא אף דבאשה גופה חיישינן לטעם ראשון היינו דבאשה שייך יותר לומר דמורית היתר לנפשה לומר מת כיון דעפ"י אומדן דעתה כן הוא ואמנם במים דכמלחמה דמי מוכח בש"ס דגם בעד חיישינן דמוסיף לשקר מה שלא ראה דהא בס"ד הי' החשש דילמא לא ראו כלל שנפלו אלו האנשים למים או שלא שהו עד שתצא נפשם דוודאי לא ראו מיתתם. אלא דמשקרים ואומרים בדדמי. ולאו משום טעות. ובע"כ החילוק דבמלחמה מה שראה שהרבה נהרגו אין ראי' שגם הוא נהרג כיון דלא נולד ריעותא בגופו ורבים הם הנמלטים במלחמה. ולכך לא יאמר העד מספק שנהרג. אבל ספינה שטבעה בים ונפלו לים אף בלא שהו עד שתצא נפשם כבר נולד הריעותא בכולם ואומר העד בדדמי שמת אף שלא ראה מיתתו דבלבו חזק שמת וודאי. וא"כ שפיר במים אף בתרי פסולים חיישינן לבדדמי. כיון דאין הטעם משום טעות. אבל במלחמה דבעד ל"ח לטעם הראשון רק לטעם השני דילמא מחו לי' בגירא ובזה החשש משום טעות דהוא סובר שוודאי מת כמ"ש המהרש"א והרשב"א הנ"ל ואינו מכוון לשקר כלל. א"כ בתרי פסולים ל"ח לזה דאין טעות מצוי בשנים כמש"ל:

ואמנם אף אם נאמר דלא כהבית אפרים וגם בעד החשש דבדדמי להרמב"ם הוא מטעם הראשון כיון דאיקטול כל הני ס"ד דהוא פליט מ"מ בע"כ מוכרח לומר דאף דגוף הדבר אם הי' כן שלא ראה רק מה שנהרגו הראשונים והאחרונים והוא באמצען וודאי היתה אסורה עדיין מדאורייתא מ"מ אם העד אומר שמת הא דאנן חיישינן דאמר בדדמי הוא רק חששא מדרבנן כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג דאל"כ אמאי פסק הרמב"ם בעד שלא אמר קברתיו אם ניסת לא תצא עיי"ש. ואף דבחת"ס סי' נ"ח כתב דהוי ספיקא דאורייתא היינו באשה עצמה דחשודה יותר לשקר באומדן הדעת עיין פ"ת ס"ק קל"ח. וא"כ כיון דלשני הטעמים בעד אחד הוי רק חשש דרבנן. א"כ ממ"נ מהני שני פסולין דאם כדעת הסוברים דנאמנות ע"א באשה היא רק דרבנן א"כ כבר כתבתי דלשיטתם הלכה כאת"ל דל"ח כלל לטעם הראשון דאיקטול כל הני רק לטעם השני דמחו לי' בגירא וכו' ובזה החשש הוא דטועה וסבור באמת שמת א"כ כבר כתבתי דלטעם זה גם בשני פסולים ל"ח לבדדמי דאין הטעות מצוי בשנים. ואם כדעת הסוברים דנאמנות ע"א באשה הוא מה"ת כדעת הרמב"ם. ואז בע"כ החשש הוא רק מטעם הראשון דלטעם שני ל"ח דהיא גופה הוי רק דרבנן אף אם העד אינו אומר וודאי והוי כמשאל"ס דרובן למיתה. ולטעם הראשון דחיישינן למשקר גם בשני פסולין שייך חשש זה מ"מ מטעמא אחרינא יש להקל לשיטה זו לפי"מ שכבר הבאתי דברי הב"ש ס"ק ק"ס דהיכא דמדאורייתא מותרת והחשש הוא רק מדרבנן אז לכ"ע ספק פלוגתא להקל והא דבדבר אזלינן להחמיר משום דנאמנותה אינו מה"ת. עיי"ש. וא"כ בעד אחד לשיטות אלו דנאמן מה"ת והחשש בדדמי הוא דרבנן. א"כ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הראב"ד וסייעתו דס"ל דבעד ל"ח כלל לבדדמי וא"צ קברתיו סמכינן עלייהו בדרבנן דספק פלוגתא להקל. אלא דאתה רוצה לחוש לשיטות הפוסקים דע"א באשה הוא רק דרבנן. אבל לדידהו בע"כ בשני פסולים ל"ח לבדדמי ולכן כדאי המה המהר"ם מלובלין והצ"צ והב"ש שהביאם. שמתירים בשמע מפי ב' לסמוך עליהם בשעת הדחק. ואמנם בנ"ד א"צ לכל זה דהרי איכא עדות ה' אברהם פאפער שהעיר בשם הירש ערליך אשר וואלף האלפערן הזובח מפאוואלאטשיסק נהרג והוא עצמו הי' אצל קבורתו. א"כ איכא קברתיו ג"כ. ומה שחשש כת"ה דילמא לא הי' בעת הריגתו רק בשעת קבורתו ולא הכיר אותו רק בטב"ע דאיכא חשש בדדמי דחילוף או דילמא כבר הי' אחר ג' ימים. חששות כאלו לא מצינו בשום מקום רק אם אמר דמצא אותו הרוג. אבל במעיד שנהרג אמרינן דוודאי העיד על דבר ברור שנהרג וואלף האלפטרן ואין אנו צריכין לידע האיך ידע וכמ"ש הב"ש בסק"ח דלא חיישינן לשום חשש היכא דליכא רגלים לדבר. וכמו שהבאתי לעיל בשם תשו' מהר"ם מלובלין דכל כה"ג

תולין להקל ובפרט דחשש בדדמי דחילוף במלחמה לא ס"ל להב"ש כדמוכח מדבריו בס"ק צ"ט עיי"ש בבית מאיר סל"ג וסא"ט וכבר הארכתי בזה במק"א. וגם חששא דספק ג' ימים הרבה מתירין:

ולכן לדינא דעתי ג"כ מסכמת עם כת"ה להתיר האשה גיטל בת אלימלך מקהלתו מכבלי העיגון. אחר שיסכים לזה גם כבוד אחי הרב הגאון אב"ד דקהלתכם שיחי'. ואז יושיב ב"ד של ג' להתירה והי' בזה שלום. ומה שהקשה לשיטת הרמב"ן שבקצוה"ח סי' ל' סק"ט דע"א פסול מה"ת מגזיה"כ כמו קרוב ולא משום דחיישינן למשקר. וא"כ מאי מהני מדעל"ג או דייקא ומינסבא. כיון דגזיה"כ הוא דאינו נאמן מה"ת. יאבה לעיין בח"ס סי' צ"ה ד"ה וכשאני לעצמי וד"ה לפי"ז דכל שהדבר מבורר לב"ד מכח איזו סברא א"צ לגדר עדות ואין זה בכלל לא יקום ע"א:

והנה בסתירת דברי התוס' הנ"ל שמתחילה כתבו דהעד לא יאמר בדדמי. ואח"כ במים כתבו דהנשים יאמרו בדדמי י"ל עפי"ד הרמ"א ביו"ד סי' קכ"ז ס"ג דאשה אינה נאמנת בספק איסור ויש צדדים להקל משום דנשים דעתן קלות ותתלה תיכף להקל עיי"ש. וא"כ י"ל דגם התוס' ס"ל כן דחשש בדדמי לומר כיון דאקטול כל הני וודאי הוא לא פליט שייך רק באשה דדעתה קלה לתלות להקל היכא שיש צד לומר כן ולכך כתבו דע"א לא יאמר בדדמי. אבל לקמן דאיירי בנשים שפיר כתבו התוס' דיאמרו בדדמי אלא דקשה לפי"ז כיון דבש"ס ליכא חשש דבדדמי רק באשה עצמה מנ"ל לומר דגם בעד בעינן קברתיו משום חשש דבדדמי. דילמא אשה שאני כס' הרמ"א הנ"ל דכיון דדעתן קלות תתלה להקל כל היכא שיש צד לתלות ומאיבעיא דע"א במלחמה לא מוכח מידי אם חיישינן בדדמי בע"א דהא הם מפרשים האיבעיא אם חיישינן דמשקר כיון דליכא דייקא ומינסבא. אבל בדדמי אימא דל"ח כלל בע"א וצ"ע והנה נתאחר תשובתי מאד ע"י אפס הפנאי וגם ממניעת המעתיק ואתו הסליחה בזה:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מח, תק"ע.

ב"ה אור ליום ד' בא תר"פ טארנאפאל.

שוכט"ס לכבוד הרב החריף ובקי מופלא ומופלג מו"ה **צבי הירש ריינמאנן** נ"י אבד"ק **נאראל**:

מכתבו עם השאלה ע"ד העגונה מ' בילא ריזיל בת ר' נתן וועקער מקהלתו לנכון הגיעני. ומרוב טרדותי לא יכולתי לעיין בשאלתו עד כה. ועתה הנני להשיבו. הנה היתרא דאיתתא דא רופף מאד מתרי טעמי. חדא דהעד אינו זוכר אם שמע מבעלי מלחמה

יהודים או ערלים. וכיון דהי' ע"י שאלה איכא לספוקי דילמא שחט מערלים ולא היו מסל"ת. ועוד דלא הזכירו קברתיו ובמלחמה בעינן קברתיו. והנה בשילהי יבמות על מתניתין דמשיאין עפ"י בת קול פריך הש"ס וניחוש דילמא צרה היא. והקשה הריב"ש הובא בב"ש סי' י"ז סקל"ח דאמאי לא פריך הש"ס דילמא עכו"ם הוי. והוכיח מזה דהוי מסל"ת אף בלא קישור דברים והט"ז שם דחה ראייתו משום דלא חיישינן לעכו"ם. דעכו"ם אינו מתכוין להכשיל לישראל בחנם והב"ש דחה דבריו. וכן הכל מקשים על הט"ז דא"כ יהי' עכו"ם נאמן אף באינו מסל"ת משום דאינו מתכוון להכשיל עיי"ש בב"ש:

ואמנם ההפלאה בס' נתיבות לשבת סי' י"ז סקי"ח ובס' ד"ח להגאון מצאנז זצ"ל באה"ע ח"א סי' מ' שניהם לדבר אחד כיוונו דהיכא דידעינן שהוא עכו"ם וודאי ל"מ מה דאינו מכוון להכשיל דמ"מ מה"ת עכו"ם פסול להעיד. אבל אם שמע ואינו יודע חמי שמע אמרינן מחמת טעם דעכו"ם אינו מכוון להכשיל. דוודאי לא אמר זה עכו"ם מעולם ולא מפי עכו"ם שמע. דעכו"ם אינו מכוון להכשיל בחנם. עיי"ש בדבריהם ביתר ביאור. וא"כ לפי דבריהם י"ל גם בנ"ד דוודאי לא מפי עכו"ם שמע אלא מישראל דעכו"ם אינו מכוון להכשיל. וכדבריהם נראה לכאורה. דהא קו' הריב"ש קשה גם בש"ס גיטין גבי השומע קולי יכתוב גט לאשתי דפריך הש"ס דילמא צרה היא וכו' אמאי לא פריך נמי דילמא עכו"ם הוא. ומזה הביא הב"ח ראי' דבשעת הדחק ל"ח לא לעכו"ם ולא לצרה, אבל באמת קשה דהא לומר נתגרשה גם עד אחד ישראל לא מהימן דלא האמינו חכמים רק עד מיתה משום תק"ע אבל עד גירושין לא. וא"כ למה לא חיישינן דילמא לא בעלה הי' אלא איש אחר מישראל ואפ"ה אינו נאמן דע"א בגירושין אינו נאמן וכיון דאיכא רובא דעלמא נגד הבעל וודאי ל"ש תירוצו של הב"ח דבשעת הדחק ל"ח לצרה ולעכו"ם דוודאי לרובא דעלמא אית לן למיחש. גם תירוץ השני של הב"ח שתירץ דאירי דאמר בלשון קודש ולכך לא חיישינן לעכו"ם. דז"א דעדיין ניחוש לישראל דג"כ אינו נאמן. אלא בע"כ כדברי ההפלאה והד"ח הנ"ל. דבאמת כל ישראל בחזקת כשרות הם ואין שום אחד מישראל חשוד להעיד שקר ולהכשיל באיסור א"א. אלא דאפ"ה אם בא ע"א לפנינו והעיד שנתגרשה או שבעלה ציוה לכתוב לה גט אינו נאמן. דאין דשב"ע פחות משנים וגזיה"כ דבממון ובדשב"ע בעינן שני עדים. אבל כשאנו מסופקים אם הבעל עצמו אמר הדברים האלה כל השומע קולי יכתוב גט או איש אחר מישראל אמר כן ושקורי משקר אמרינן וודאי דמחמת חזקת כשרות דישראל שאינו חשוד לשקר אמרינן וודאי דלאו איש אחר מישראל אמר כן אלא הבעל בעצמו הוא דאמר כן. וא"כ ה"נ לענין עכו"ם

היכא דספק לנו אם אמר כן עכו"ם או ישראל דנאמן בעדות אשה שפיר אמרינן כיון דעכו"ם אינו חשוד להכשיל בחנם. אמרינן וודאי דישראל הוא דאמר כן דנאמן בעדות אשה ולמצוה נתכוון להתיר האשה מכבלי העיגון:

ואמנם מה שקשה על דבריהם הוא ממה שכתב הרמ"א בסט"ו דספק מסל"ת הוי ספיקא דאורייתא ואין משיאין את אשתו ונימא ג"כ דכיון דעכו"ם אינו חשוד להכשיל וודאי דהוי מסל"ת ולסיפור נתכוון ואז הוא נאמן דמסל"ת האמינו חכמים בעדות אשה ואין לנו לחוש דילמא נתכוון להעיד ולהכשיל דהא עכו"ם אין דרכו להכשיל. ואמנם י"ל בזה עפי"מ שכבר הקשיתי בתשו' אחת ע"ד הט"ז אלו דמה הביא ראי' מסי' קי"ח דעכו"ם אין דרכו להכשיל בחנם. דזה הדין הוא בסי' קי"ח ס"י שם דלא חיישינן שמא החליף העכו"ם בשר כשר על בשר נבילה כשהניחו בביתו דשם כיון דחושב העכו"ם דהישראל לא יכיר ולא יוודע לו לעולם אם החליף. וא"כ אם אינו נהנה בחליפין לאיזו תכלית יעשה זאת. ואי משום ששונא לישראל וירצה להכשילו הא הוא אינו מאמין כלל בדת משה וישראל שיהי' חושב שיהי' לישראל צער ועונש ע"ז בד"ש. וכיון שלא יוודע לו לעולם ולא יהי' לישראל שום צער בזה. א"כ לאיזו טעם יעשה כן. אבל בעדות אשה אדרבא הא בידוע שעשו שונא ליעקב. וא"כ דילמא עושה בכיוון להעיד שקר שבעלה מת ותנשא. ואח"כ כשיבוא בעלה תצא מזה ומזה ויגרום צער לה ולבעלה הראשון והשני. אך צ"ל דהא ידוע ס' הריב"ש בסי' שע"ח שחולק על הרשב"ץ דס"ל דע"א בעגונה נאמן מדאורייתא משום מדעל"ג. וכתב הריב"ש דאין זה דומה לשאר מדעל"ג בש"ס דכאן אין הדבר ברור שיתברר דדילמא הלך הבעל למדה"י ואין דעתו לחזור לעולם ולכך אינו ירא העד לשקר, וא"כ כאן שפיר כתב הט"ז דממ"נ ל"ח לעכו"ם. דאם יחשוב העכו"ם דבעלה לא יבוא לעולם ולא יתברר הדבר. א"כ לא יגרום שום צער ונזק לאשה דהא תדור עם בעלה השני ולמכשול עונש בידה"ש לא חייש העכו"ם כמו בסי' קי"ח. ואי דהעכו"ם חושב שבעלה יבוא תיכף ורוצה להכשילה שתצא מזה ומזה. א"כ הוא מדעל"ג. ובמדעל"ג גם עכו"ם לא משקר כמבואר ביו"ד סי' פ"ג ופ"ו. ובאריכות בס' ז"כ וח"ס. וא"כ שפיר כתב הט"ז דממ"נ לא חיישינן לעכו"ם:

וא"כ מעתה יש ליישב ג"כ קושייתי הנ"ל מד' הרמ"א בספק מל"ת. דהנה כ"ז ניחא אם נאמר כדברי הריב"ש דבמדעל"ג ממש נאמן בעדות אשה מה"ת. אבל לפימ"ש הטו"א בר"ה (דכ"א) על הא דבא אחד ואמר קדשו ב"ד את החודש נאמן משום מדעל"ג. דמש"ה בעדות אשה אינו נאמן כיון דאיכא חזקת איסור א"א. ולהוציא מחזקה ל"ח חזקה דבמדעל"ג לא משקרי אינשי. א"כ מכ"ש בעכו"ם לא מהני מדעל"ג להוציא מחזקת א"א

והדרא קושייתי הנ"ל לדוכתה אך צ"ל דהא הט"ז קאי שם לדחות ראיית הריב"ש דלא בעינן קישור דברים. והא פשיטא דאף למאן דס"ל דבעינן קישור דברים היינו שיהי' וודאי מסל"ת. אבל ספק מסל"ת פשיטא דהוי אף בלא קישור דברים. דהא אביא לקמן אי"ה דברי התשו' פנ"י דגם נתכוון להעיד אלא שלא נתכוון להתיר לא הוי רק ספק. וא"כ שם דלא ידעינן כלל אם עכו"ם הוי. לכאורה הוי ס"ס דילמא הי' ישראל. ואת"ל דהי' עכו"ם דילמא הי' מסל"ת ולא נתכוון כלל לא להעיד ולא להתיר כדקיי"ל באמת דגם בלא קישור דברים הוי מסל"ת וא"כ הוי ס"ס אלא דבעגונה ל"מ ס"ס כמ"ש הפנ"י בקו"א לכתובות. אלא דכתב שם הטעם משום דהוכיח שם מש"ס דס"ס לא עדיף מברי ושמא. וברי ושמא ג"כ ל"מ נגד חזקה:

ואמנם ידוע דברי הש"ך חו"מ סי' צ"א בשם האבן פלאט דבחנווני ופועלים מש"ה מהני ברי ושמא אף נגד חזקת ממון כיון דמסייע להחנווני חזקת שע"ש עיי"ש. וא"כ ה"נ היכא דאיכא ג"כ חזקה דמדעל"ג לא משקרי אינשי. מהני שפיר ס"ס כמו בברי ושמא כיון דנגד חזקת איסור א"א איכא חזקה דמדעל"ג לא משקרי אינשי אלא דאיכא למיחש לס' הריב"ש דבעגונה ל"ה מדעל"ג כ"כ דדילמא לא יתברר לעולם. אהא שפיר כתב הט"ז דכאן ממ"נ לא חיישינן לעכו"ם. דאם יחשוב דלא יתברר לעולם א"כ לאיזו תכלית יעשה זאת הא בחנם אין דרכו להכשיל. ואי דאדרבא יחשוב שיבוא בעלה ותצא מזה ומזה. א"כ הוי מדעל"ג. ואי דמדעל"ג לא מהני נגד חזקת איסור א"א כמ"ש הטו"א. ז"א כיון דאיכא ס"ס דהוי כמו ברי ושמא מהני חזקת מדעל"ג לא משקרי נגד חזקת איסור א"א. וא"כ כ"ז היכא דאיכא ס"ס. אבל בדברי הרמ"א דוודאי עכו"ם אמר אלא דאיכא ספק מסל"ת וליכא אלא חד ספק. נהי דעכו"ם אין דרכו להכשיל חנם. מ"מ אדרבא דילמא חושב שיבוא בעלה ותצא מזומ"ז. ואי דהוי מדעל"ג ז"א דמדעל"ג לחוד לא מהני נגד חזקת א"א כמ"ש הט"א הנ"ל. כיון דליכא אלא חד ספיקא. ומה"ט ניחא ג"כ ונקל להבין דברי הט"ז שהביא הב"ש בסקמ"ט דספק מסל"ת היכא דאיכא אומדנות המוכיחות מהני. ולכאורה אינו מובן הטעם אך לפי הנ"ל דס"ל להט"ז דהיכא דאיכא אומדנות המוכיחות איתרע עכ"פ חזקת חי דידי' וליכא ג"כ חזקת איסור א"א כמ"ש הנוב"י דהא בהא תליא. וכיון דליכא חזקת איסור א"א שוב הט"ז לשיטתו אזיל דכיון דל"ח שהעכו"ם יכוון להכשיל בחנם בע"כ דליכא אלא חשש דאדרבא הוא חושב שבעלה יבוא וודאי ותצא מזומ"ז א"כ הוי מדעל"ג מעליא. אלא דאיכא ס' הטו"א דנגד חזקת א"א ל"מ גם מדעל"ג מעליא. אבל כאן דאיכא אומדנות המוכיחות שמת אזדא לי' חזקת חי וחזקת א"א א"כ שפיר מהני מדעל"ג:

וא"כ מעתה נבוא לנדון דידן דהעד אומר שבחזירתו ממדינת רוסיא מהשבי' הי' ביעריסלאב ופגע בבעלי מלחמה שהיו מכיריו ושאל אותם מה נעשה עם יתר בעלי מלחמה מכיריהם. והשיבו לו על כל אחד איזו נפל ואיזו ניצול. ושאל ג"כ על אותו איש בעל האשה הנ"ל והשיבו לו שנפל אלא שאינו זוכר אם מישראל שמע או מעכו"ם. דבאמת לפי הענין נראה שהי' מסל"ת ולא נתכוון כלל להעיד או להתיר דהא כיון שהעד בא משבי' מרוסיא ופגע במכיריו ושאל אותם כאדם החפץ לדעת מה נעשה בחביריו שהשאיר פה במלחמה. נראה בחוש שלא עלה כלל על דעת השואל והמשיב שיהי' להם שום נ"מ כלל בזה הענין רק סיפור דברים. אלא שכבר סגרו עלינו חז"ל הדרך ואמרו דכל שהיא ע"י שאלה לא הוי מסל"ת. אמנם בתשו' זכרון כהונה הקשה מהא דבאויה נותנים לעכו"ם לטעום וסומכין עליו משום מסל"ת אף דהוי ע"י שאלה עיי"ש (בדכ"ח ע"ב) ד"ה אך. ואחר כל האריכות שם מבואר מדבריו (בד"ל ע"ב) ד"ה אך (ובדל"א ע"ב) ד"ה נקטינן דמשיב ע"י שאלה הוי רק כנתכוון להעיד ולא להתיר דפלוגתא היא בירושלמי וספיקא הוי. עיי"ש. וכן כתב עוד יותר בתשו' פנ"י אה"ע ח"ב תשו' מ"ו (בדכ"ד ע"ב) ד"ה ואע"ג דהתם ובד"ה ואע"ג דבירושלמי דלא הוי וודאי מתכוון להעיד אלא דחיישינן שמא נתכוון להעיד ומידי ספיקא לא נפקא. וא"כ כיון דזה גופא ספק הוא אם שמע מעכו"ם או מישראל הוי ס"ס שמא מישראל שמע. ואף אם שמע מעכו"ם מ"מ דילמא גם ע"י שאלה הוי מסל"ת. והוי מתהפך ג"כ שמא ע"י שאלה הוי מסל"ת ואף את"ל דלא הוי מסל"ת מ"מ דילמא לאו נכרי הוי אלא ישראל דגם באינו מסל"ת נאמן. וא"כ ל"מ להפר"ח ושאר אחרונים דס"ל דס"ס מהני גם בעגונה וודאי דמותרת אלא אף לשיטת הפנ"י ושאר אחרונים דס"ל דס"ס ל"מ בעגונה מ"מ בכה"ג כבר כתבתי דמהני מטעם ס' הט"ז דכיון דאינו מכוון להכשיל ליכא רק חשש דחושב שיקלקלה ע"י שיבוא בעלה. וא"כ שוב הוה מדעל"ג מעליא ומהני חזקה מדעל"ג דלא משקר נגד חזקת איסור א"א. ונשאר ס"ס דמהני כמו ברי ושמא וכמש"ל. וגם איכא לאיצטרופי ס' הנוב"י דהיכא דאיכא אומדנות דמוכחא גם באינו מסל"ת נאמן. עיין שם במהדו"ק סוס"י ל"א ובמהדו"ת סי' מ"ג. ואף דבחת"ס אה"ע תשו' מ"ג דחה לגמרי דברי הנוב"י מ"מ בתה"ד שהביא הרמ"א סוף סט"ו דבאומדנות דמוכחי אם ניסת ל"ת. א"כ מוכח דס"ל דמדאורייתא מהני. עיין בפ"ת אות ע"ז בשם המה"צ. וא"כ כיון דיצאה מאיסור א"א דאורייתא. וודאי דמהני ספק שמא ישראל הוי להתירה לגמרי. וא"כ בנ"ד דאיכא אומדנא טובא דידענו דהי' במלחמה במקום סכנה ועברו ח' שנים שלא נשמע דבר ממנו. ובתשו' ב"א רוצה ג"כ לומר דכה"ג איתרע לה חזקת איסור א"א. והרי הט"ז הנ"ל מתיר גם בספק אחד אם הי' מסל"ת היכא

דאיכא אומדנא דמוכח. והכא איכא ספק דילמא שמע מישראל. וגם איכא דעת הב"ח דל"ח כלל לעכו"ם כמו דל"ח לצרה למסקנת הש"ס דבשעת הסכנה ל"ח לספק. ואף דהב"ש סקל"ח דחה דבריו דל"ד לצרה משום דלא שכיחא. וכן בח"מ בס"ק כ"א בסוף התשובה כתב ג"כ דהא דל"ח לצרה ולפסול משום דהוי רוב ישראל. מ"מ גם הב"ח לאו קטיל קניא וכו'. וחזי לאצטרופי דעתו לסניף עכ"פ דגם לעכו"ם ל"ח. ובפרט דגם בתשו' מהרלב"ח סי' קל"ו כתב ג"כ כהב"ח דלהמסקנא דל"ח לצרה גם לעכו"ם לא חיישינן. ובפרט שעיינתי בפסקי מהרא"י גופי' סי' קל"ט וסיום דבריו שם בתשו' ס"ל להדיא דסהדותא דעכו"ם ע"י שאלה לא גרע ממים שאל"ס כיון דאיכא רב אחא בירושלמי דלא קפיד אשאלה עיי"ש ומש"ה אם ניסת ל"ת. וא"כ כיון דס"ל להתה"ד דלא הוי רק מילתא דרבנן. א"כ בדאיכא עוד ספק דילמא מישראל שמע יש להקל. והובאו דברי התה"ד אלו בתשו' הרי"מ בתק"ע סי' ד' בד"ה עוד נראה. וגם י"ל לפי הדיעה שהובא ברמ"א שם דאם עכו"ם שואלו הוי שפיר מסל"ת. ובע"כ דרק אם ישראל שואלו הוא חושב וודאי שיש לישראל נ"מ לענין איסור והיתר או לשאר דברים וחיישינן דמשקר בכוונה. או משום דנתכוון להעיד ופסול מגזיה"כ. אבל בשואלו עכו"ם חושב דוודאי אין להעכו"ם שום נ"מ בזה רק דשואל לפי תומו כשואל לידע חדשות. א"כ ה"נ כיון דסיפר להם שבא מרוסיא מהשבי' ולא ידע עדיין מה בביתו של האשה הנ"ל. אם יש להם ידיעה ממנו או לאו שיחשבו שיש לו נ"מ בזה. וגם הרי שאל ג"כ על אחרים יראה בחוש שכל שאלתו הוא לפי תומו. שחפץ לדעת מה נעשה במכיריו שנשארו פה במלחמה. א"כ גם תשובתם הוא לפ"ת. ולא נתכוונו כלל לא להעיד ולא להתיר ולא עלה על דעתם כלל שיהי' לו נ"מ בזה ושיסמוך על עדותם וכבר כתב הב"ש בסק"מ דכל שאין רגל"ד ל"ח לחששא עיי"ש. וע"ד החשש השני שלא הזכיר קברתיו. הנה דעת מהריב"ל דעמפ"ע ל"ד קברתיו אך כבר חלקו עליו כל האחרונים. אך בנ"ד דהעיד ששמע מפי בעלי מלחמה ובשנים ל"ב קברתיו. ועיין בתשו' מהר"ם לובלין סי' קכ"ח. ואעתיק לשונו. ויש לצדד עוד היתרא מתוך העדות שהעיד משה בר' פסח שכשבאו שני יהודים מסטאליצא שאלו אותם אם ראו את דניאל והשיבו בל"א סתמא ער איז אומגעקאממען. וא"כ יש לתלות ולומר שאותם יהודים היו ג"כ שם בשעה שנהרג וראו שנהרג ובשני עדים הסכימו כל הפוסקים דאפילו אמרו מת במלחמה נאמנים. דבשני עדים ל"ש לומר בדדמי וכו'. וא"כ בנ"ד נמי אין לתלות להחמיר ולומר שמא לא היו שם אותם שני היהודים בשעת ההריגה וגם לא מצאוהו אח"כ הרוג והכירוהו. ומה שהגידו שנהרג לא אמרו זה אלא עפ"י הקול שיצא שם באותו החיל שנהרג וכו'. ואותם הנכרים שהוציאו קול זה שמא אמרו בדדמי.

לא תלינן לומר כך אלא תלינן להקל לומר שהיהודים עצמם ראו כנזכר בההוא דתשו' מיימוני עכ"ל המהר"ם מלובלין. ואיכא למשמע מתשו' הזאת לנ"ד ג"כ דאף דשמע סתם מפי אנשי חיל שבעל האשה הנ"ל נפל במלחמה ל"ח שמא לא ראו בעצמם רק אמרו עפ"י הקול או בדדמי. וגם ל"ב קברתיו דבשנים ל"ח לבדדמי. כ"ז נלע"ד לבקש צדדי היתר להא' בילא ריזל הנ"ל. אבל יען שאין ההיתר מרווח כ"כ לכן אינני רוצה לפתוח ראשון בדבר הזה רק ישאל מקודם עוד לשני רבנים מפורסמים לגדולים וירא' ד'. וכשאראה שעוד שני רבנים מובהקים דנים דינה לזכות. אראה גם אנכי להצטרף עמהם אי"ה:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן מט, תק"ע.

ב"ה ג' ראה תרפ"ב טארנאפאל.

שלום אשיב לכבוד הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **יחזקאל** נ"י דומ"צ בק"ק גרינא יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ולא יכולתי להשיבו עד כען מהטרדות אשר סביב שתו עלי ועתה באתי להשיבו ע"ד האשה מ' שלאמי בת שמואל שהיא עגונה זה איזו שנים ועתה נגבה גב"ע מאשה אחת שהעידה בשה איש חיל אחד ממדינת אונגארן שאמר לה שהי' ברוסלאנד בשבי' והי' שם האיש נוסיא העכט מוויזלין ומת שם בעת שהי' שולט שם חולאת שמתו אנשים הרבה ואמר שיש לו אשה ושני בנים וגם צייר דמותו וביקש כת"ה לחוות דעתי בזה:

הנה עיקר החשש בזה הענין הוא מחמת שיטת הר"ן בתשו' הובא בב"י סי' י"ז ובכ"מ פי"ג מה"ג הי"ט דע"א בדבר דינו כע"א במלחמה ובעינן קברתיו. ואולם בש"ע השמיטו המחבר והרמ"א דין ע"א ולא הביאו רק הדין דמת בעלי בדבר עיי"ש בסנ"ה שהובא שני דיעות בזה. וידוע דע"א קיל מאשה עצמה דבאשה עצמה במלחמה כ"ע מודו דאינה נאמנת והיא משנה מפורשת (בדקי"ו ע"ב) ביבמות ואף אם נישאת תצא דאף בהחזיקה היא מלחמה איכא דיעות דאם נישאת תצא עיי"ש בש"ע סמ"ט ובע"א במלחמה איכא דיעות הרבה פוסקים דס"ל דנאמן וא"צ קברתיו הלא המה הרמב"ן והראב"ד כמובא בחי' הרשב"א יבמות (דקט"ו) ובטור ובב"י כאן. ולכ"ע אם נישאת ל"ת כמ"ש המחבר בסל"ג ועיין ב"ש ס"ק קמ"ג וא"כ אם איתא דהמחבר חש לס' הר"ן בתשו' הי' לו להביאו כאן בש"ע כמו שהביאו בב"י א"ו כיון דאיכא הרבה ספיקות להקל ובע"א במלחמה גופה הוא רק חששא דרבנן כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג הנ"ל דמה"ט אם נישאה ל"ת. לכך בדבר דאיכא עוד שני דיעות אם דבר כמלחמה בע"א הוי ספק פלוגתא בדרבנן דלכ"ע לקולא.

ועיין בב"ש ס"ק ק"ס דרצה להביא ראי' מזה דבדבר אינה נאמנת אף דאיכא תרי לשונות דגם בפלוגתת הפוסקים יש להחמיר ודחה דשאני כאן דמה"ת בלא"ה אינה נאמנת לומר מת בעלי ורק מדרבנן הקילו לכן בספק פלוגתא אסור עיי"ש:

ואמנם בתשו' ברית אברהם סי' כ"א באהע"ז הוכיח מכמה מקומות דבמשאל"ס דמקילין דל"ת או בחשש בדדמי דמקילין דל"ת משום דהוי רק חומרא דרבנן אף דליכא רק ע"א על גוף העדות מקילין ולא אמרינן דלא יצאה עדיין מאיסור דאורייתא כיון דע"א אינו נאמן מה"ת עיי"ש באות י"א וי"ב. וא"כ הדרא קושית הב"ש לדוכתה אמאי לא התירו בדבר משום ספק פלוגתא הא כל החשש דבדדמי הוא רק דרבנן. אך דבאמת לק"מ דכל היכא דאינו נולד הספק על נאמנות העד רק ספק אחר מבחוץ כמו במשאל"ס דהספק הוא אף אם נפל למים כדברי העד מ"מ דילמא ניצול אח"כ. א"כ כיון דנאמנות העד בתוקפו קאי וחז"ל עקרו ד"ת להאמין העד או שהפקיעו הקידושין א"כ כבר הותרה מה"ת ומה שנולד אח"כ ספק שמא ניצל זה הוי רק חששא דרבנן דהרוב אינם ניצולים ומקילינן בו היכא דאפשר אבל היכא דהספק נולד על הנאמנות כמו בדבר דהספק הוא אם אשה נאמנת לומר מת בעלי בדבר א"כ כיון דמה"ת בלא"ה אין אשה נאמנת לומר מת בעלי אלא דחכמים הוא דהאמינו אותה וע"י תקנת חכמים הותרה גם מה"ת דחכמים יכולים לעקור ד"ת בכה"ג אמנם היכא דנולד ספק אם בכה"ג האמינו חכמים א"כ הוי ספק תורה ולא ספק דרבנן:

ואמנם לפי"ז נ"ל להמציא קולא בנ"ד. דהנה לכאורה לא נתיישבו עדיין דברי הב"ש דהא החשש דלא תהא נאמנת בדבר הוא רק משום חשש בדדמי כמו במלחמה ובחשש בדדמי מקילין ג"כ בספק כמ"ש הברית אברהם שם באות י"ב דאין הספק אם הוא נאמן משום דמשקר אלא דילמא טעה בדמיונו עיי"ש. אמנם י"ל עפי"מ שביארתי בתשו' אחת לישב דברי הרמב"ם מקושית הבית אפרים בתק"ע סי' ל"ג דבש"ס יבמות שם (דקי"ד ע"ב) קאמר רבא מ"ט דמלחמה משום דאמרה בדדמי כיון דאיקטול כל הני ס"ד דהוא פליט ואת"ל כיון דשלום בינו לבינה נטרא עד דחייא זימנין דמחו לי' בגירא או ברומחא וסברה וודאי מת ואיכא דעבדי סמתרא וחיי עכ"ד. וברמב"ם שם אינו מביא רק טעם הראשון. והקשה בתשו' בית אפרים דהא בכל דוכתי אמרינן דהלכה כאת"ל וא"כ נדחה טעם הראשון והול"ל טעם השני עיי"ש. ואמרתי לישב עפי"ד הרמב"ם בפ"ז מה' נחלות דראוהו שנדקר במלחמה ואבר זכרו אח"כ יורדין לנחלה ע"פ דרק חומרא היא שהחמירו בו משום חומרא דא"א ולא לנחלה ותמה שם הלח"מ הא בע"כ איירי בשני עדים דעפ"י ע"א אין יורדין לנחלה וא"כ משיאין ג"כ על פיהם דבשני עדים ל"ח לבדדמי כמ"ש הרה"מ

אליבא דהרמב"ם. אך באמת לק"מ דהא דאמרינן דבשני עדים מותר גם במלחמה היינו היכא דהעדים אומרים וודאי שמת רק אנן חיישינן דילמא טעו וסברו שמת בזה אמרינן דשנים לא עבידי דמיטעי דאין טעות מצוי בשנים. אבל שם בה' נחלות איירי דהעדים לא העידו כלל שראו שמת רק שראו שנדקר במלחמה וכיון דאבד אח"כ זכרו אמרינן דזהו מדברים שרובן וודאי למיתה לכך החמירו משום חומרא דא"א שלא להשיאה ע"פ:

ומעתה עפ"י הקדמה זו רואין אנו חילוק גדול בין שני הטעמים של רבא הנ"ל דטעם הראשון הוא חשש על איסור דאורייתא דאם היתה אומרת האמת שלא ראתה שנהרג האיש ההוא רק שנהרגו הראשונים והאחרונים והוא הי' עומד באמצען וודאי לא היתה יוצאת מחזקת איסור א"א כלל מדאורייתא דודאי רבים הם הנמלטים במלחמה. וא"כ אף דהיא אומרת וודאי שמת חששו חז"ל דילמא שקורי משקרא מחמת דחזק בלבה שוודאי גם הוא לא פליט אמרה שראתה וודאי שמת. אבל לטעם השני דמחו לי' בגירא אז ליכא כלל חשש דרר דאורייתא. דאף אם היתה אומרת האמת שראתה שנדקר והוכה מכת מות ולא היתה אומרת שראתה שמת היתה מותרת מדאורייתא לדברי הרמב"ם בה' נחלות הנ"ל דכיון שאבד אח"כ זכרו וודאי שלא חי עוד אחר נפלו והוי מדברים שרובן למיתה דרק משום חומרא דא"א החמירו בו לחוש למיעוט. וא"כ עכשיו שהיא אומרת שראתה וודאי שמת. אם נרצה לחוש שטעתה ונדמה לה שהוא כן זה הוי חומרא על חומרא. ולא הי' להם לחכמים להחמיר כ"כ בשגונה. אם לא מטעם של הב"ש בס"ק ק"ס הנ"ל דמדאורייתא בלא"ה אסורה דמדאורייתא אינה נאמנת לומר מת בעלי אף שלא במלחמה. אבל אם נאמר דמדאורייתא נאמנת אשה לומר מת בעלי משום מדעל"ג. אז א"א לחוש כלל לטעם השני ובע"כ טעמא דמתניתין דבמלחמה אינה נאמנת הוא מטעם הראשון דאמרה כיון דאיקטול כל הני ס"ד דהוא פליט דזה הוא חשש מאיסור דאורייתא כמש"ל ולכך ס"ל להרמב"ם דרבא דקאמר שני הטעמים היינו משום דמספקא לי' כדבעי לה הש"ס שם לקמן טעמא דע"א נאמן אם הוא משום מדעל"ג ונאמן מה"ת או משום דייקא ומינסבא ונאמן רק מדרבנן לכך קאמר שני הטעמים דאם נאמר דנאמן רק מדרבנן ואפשר לפרש טעמא דמתניתין כטעם השני ניחא לי' יותר טעם השני מטעם הראשון כדקאמר את"ל כיון דשלום בינו לבינה ובלא עד דחזיא אבל הרמב"ם לשיטתו דמפרש דאיפשטא האיבעיא דע"א במלחמה נאמן משום מדעל"ג כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג. וס"ל דנאמן מדאורייתא כמו שפירשו התשב"ץ והנוב"י דעתו. לכך הוכרח לומר רק טעם הראשון בלבד וסרה קושית הבית אפרים הנ"ל:

ומעתה אחר שיצא לנו דבמלחמה איכא תרי טעמי על בדדמי ותליא במחלוקת מאן דאית לי' האי טעמא לית לי' האי טעמא ומאן דאית לי' וכו' נחזי אנן בדבר דאמרי לה כמלחמה דמי איזו מהטעמים שייכים בה. ולכאורה מפשטות לשון הש"ס דקאמר ואמרי לה אינה כמלחמה דסמכה אדאמרי אינשי שב שנין הוה מותנא ואיניש בלא שני לא אזיל משמע דשייך רק לטעם הראשון דס"ד כיון דאיקטול כל הני הוא איך פליט בזה שייך דסמכי דאינש בלא שני לא אזיל. אבל לטעם השני דחזיא דמחו לי' בגירא וכה"ג היכא דחזיא לי' דשכיב כמת מחולי הדבר וטעתה בדמיונה וסברה דוודאי מת מה שייך לזה סמכה אדאמרי אינשי איניש בלא שני לא אזיל הא היא סברה באמת דראתה אותו כבר מת. ואמנם י"ל לפימ"ש התוס' בד"ה זימנין. דרק היכא דיריאה לעמוד מפני פחד החצים ובלסטראות. אמרינן דמחמת הבהילות והמהירות לברוח לא עיינה שפיר וסברה שמת. אבל היכא דאינה יריאה לעמוד נטרה עד דלית שום ספק כלל דוודאי מת. א"כ ה"נ י"ל דלעולם גם בדבר ס"ל להש"ס טעם השני דחזיא לי' דשכיב כמת אלא דאמרי לה ס"ל דסמכה אדאמרי אינשי. היינו דאינה יריאה לעמוד שם עד דחזיא דוודאי מה דאינה מתפחדת כ"כ להשתהות שם מפני הדבר דסמכה דאיניש בלא זימני' לא אזיל. ונראה דאף שכתבתי דלמ"ד נאמנות ע"א לאו דאורייתא לית לי' במלחמה טעם הראשון רק טעם השני כמש"ל מ"מ בדבר כ"ע מודו דשייך גם טפם הראשון. דהא קאמר שם הש"ס דמים כמלחמה דמי גבי שני ת"ח שבאו בספינה שטבעה והתירו חכמים נשותיהם עפ"י ע"א. וכתבו שם התוס' בד"ה והא מים דהשתא ס"ד שלא ראו שהעלום מן המים אלא שראו שטבעו ולכך אמרו בדדמי עיי"ש. והאי בדדמי ע"כ לאו מטעם שני שנדמו להם כמו שמתו דהא לא העלו אותם מהמים כלל ולא ראו אותם אחר שמתו ולא ראו רק הטביעה והבדדמי הוא רק דילמא לא ראו רק שטבעה הספינה ולא ראו שנפלו אלו לים רק מחמת שראו טביעת הספינה אמרו בדדמי מסתמא גם אלו השני ת"ת נטבעו ולא ניצלו ע"י משוט או קרש והוא ממש כטעם דס"ד כל הני איקטול והוא פליט. וא"כ בע"כ צריך לחלק אף דשם קאמר הש"ס ואת"ל משמע דלא ניחא לי' בטעם ראשון וכאן ס"ל כטעם ראשון. היינו משום דבמלחמה שכיח הרבה שהרבה נחלטים ואין החצים והבלסטראות הורגים כל אנשי המלחמה, ולא יאמרו בדדמי רק אם ראו דמחו לי' בגירא וכו'. אבל בספינה שטבעה שכיח יותר שנפלו כולם לים ותאמר בדדמי. וא"כ גם בדבר למ"ד כמלחמה דמי שייך בדדמי גם מטעם הראשון דדילמא ראתה שנחלה גם הוא על חולאת הזאת ואמרה בדדמי ס"ד כל הני מתו מהחולאת הזאת והוא פליט. ולכן אף שלא ראתה שמת מחמת שחזק בלבה שוודאי מת משקרת ואומרת שראתה שמת כמו בספינה

הנ"ל. ולכך כ"ע מודו דבדבר ובמים שייך שני הטעמים של בדדמי. אחד דמחמת שחזק בלבה שמת משקרת ואומרת שמת אף שלא ראתה מיתתו. וטעם השני דילמא ראתה אותו קרוב למיתה ומחמת הבהלה והמהירות שיריאה לעמוד במקום שהדבר שולט לא עיינה שפיר וטעתה וסברה שמת לגמרי כטעם השני הנ"ל:

וא"כ נכונים שפיר דברי הב"ש וגם דברי הברית אברהם הנ"ל. דהא דמקילין בע"א במלחמה ואמרינן דאם ניסת ל"ת דלא הוי רק חומרא דרבנן אף למאן דס"ל דע"א אינו נאמן מה"ת היינו דלמ"ד דאינו נאמן מה"ת הוא ס"ל דבמלחמה ל"ש טעם הראשון רק טעם השני כמש"ל. ולטעם השני אין הטעם משום דמשקר. אלא דטועה וסובר שוודאי מת. וא"כ אין הספק על הנאמנות של העד. וכיון דכבר האמינו חכמים את העד ועקרו ד"ת או הפקיעו הקידושין כבר הותרה מה"ת. והחשש בדדמי מטעם השני הוא רק דרבנן ומקילין בו. אבל בדבר שכתבתי למעלה דשייך גם טעם הראשון לכ"ע. ולטעם הראשון החשש הוא שלא נאמין העד דדילמא משקר. וא"כ נולד הספק על הנאמנות של העד א"כ שפיר כתב הב"ש בס"ק ק"ס דכיון דמדאורייתא בלא"ה אינה נאמנת לומר מת בעלי רק מדרבנן וכאן דאיכא ספק אם נאמנת הוה ספק בדאורייתא. דאף דחשש בדדמי הוא רק דרבנן מ"מ הא הנאמנות הוא ג"כ רק מדרבנן. והם אמרו דשלא בדבר נאמנת. והם אמרו דבדבר אינה נאמנת. ולכך אזלינן להחמיר:

ואחר שזכינו לכ"ז יצא לנו קולא בנ"ד. דהנה כאן העד שאומר שהי' שם דבר ומת בדבר הוי כאלו החזיק הוא דבר בעולם. דהא אנן אין יודעין כלל שהי' שם דבר במקום שהי' שם. ואף דבלא"ה הי' מלחמה בעולם. מ"מ הוא הא אומר דמת על מטתו במקום שלא הי' שם מלחמה. ויש לו מיגו טובה דהי' שותק מלומר שהי' שם דבר כלל. ובש"ס איבעיא לן החזיקה היא מלחמה בעולם מה אם אמרינן מה לה לשקר עיי"ש. ואיכא שם שני גירסאות. חד גירסא היא כיון דאיחזקא אמרה בדדמי לא אתי מה לי לשקר ומרע לחזקה. מלשון זה משמע דשייך בהא מיגו כמו גבי שכיר שכתבו התוס' בשבועות (דמ"ה ע"ב) ד"ה מתוך וכאן ביבמות דשייך מיגו אף דאומר בדדמי דמחמת בדדמי עכ"פ קצת מסופק בדבר. ומה שטוען וודאי שקורי קא משקר כדי שיאמינו לו יותר. ולכך היכא דיש לו מיגו דמוכח דאינו משקר במה שאומר שוודאי הוא אצלו באין ספק ול"א תו דאמר בדדמי רק דהכא במלחמה גרע טפי דאנן סהדי וחזקה אצלינו דאמרה בדדמי והוי מיגו במקום חזקה. אבל יש עוד גירסא אחרת דלא גרסי הא דלא אתי מה לי לשקר ומרע לחזקה כדמשמע מלשון רש"י כאן ומפרשי דלאו מטעם מיגו מחמת חזקה אתי עלה. אלא דאין שייך כאן מיגו כלל דאנן אומרים דאומרת אמת ואצלה הוא וודאי באין ספק שמת רק

אנן אומרים שהיא טועה מחמת בהלת פחד המלחמה. וזה פירוש הרשב"א בחידושיו והמהרש"א בשבועות הנ"ל. וכבר הארכתי בתשו' דבזה תלוי מחלוקת הרי"ף והרמב"ן אם בשני עדים שייך בדדמי ואכ"מ:

והנה מצאתי בתוס' לחד מקמאי ביבמות כאן (דקט"ו) בש"ס ווילנא שמוכח מדבריו דס"ל כגירסא דקאתי עלה משים מיגו במקום חזקה. והקשה מקידושין פ' האומר דמי שאומר בשעת מיתתו יש לו בנים נאמן דאמרינן מיגו במקום חזקה. ותירץ דשם איכא ג"כ חזקה דא"א חוטא ולא לו וכתב דלפי"ז בעד אחד שהחזיק מלחמה בעולם שפיר אמרינן מיגו משום אא"ח ולא לו עיי"ש וא"כ לפי"ד הי' צריך להיות הדין גם בע"א במלחמה אם החזיק הוא מלחמה צריך להיות נאמן במיגו. וכאשר מצדד בס' נתיבות לשבת ס"נ לומר כן. ואמנם במלחמה צריכין אנו לחוש לשיטת הרשב"א והמהרש"א דמפרשים דלפי מסקנא ל"ש כאן מיגו כלל דסוברת דאומרת אמת. אבל בדבר ממ"נ מותר אם ס"ל דחיישינן דמשקר א"כ מהני מיגו בנ"ד דהחזיק הוא הדבר וכמ"ש ג"כ בס' בית אפרים ריש סי' ל"ג. ואי חיישת לשיטות האומרים דל"ש מיגו דהוא אומר אמת רק אנן אמרינן שטועה א"כ אין הספק על הנאמנות כלל. כמ"ש הברית אברהם הנ"ל. והותרה מדאורייתא דכבר עקרו חכמים ד"ת בהא והאמינו אותה וחשש בדדמי הוא דרבנן וכיון דיש פלוגתא בזה אם דבר כמלחמה בע"כ אזלינן לקולא כקושית הב"ש בסי' ק"ס הנ"ל. כיון דכבר יצאה מאיסור מדאורייתא לס' הבר"א הנ"ל:

וגם בלא"ה י"ל כן עפי"ד המהריב"ל הובא בתשו' בית אפרים סי' ל"ו בד"ה אמנם מצאתי בתשו' תולדות אדם וכו' דעד קיל מאשה עצמה ולא חיישינן אצלו רק לטעם הראשון כיון דאקטול כל הני וכו'. אבל לטעם השני דילמא מחו לי' וסובר באמת שמת זה ל"ח רק באשה ולא בעד. כיון דלא שכיח כולי האי עיי"ש. וא"כ שייך מיגו כמ"ש הבית אפרים הנ"ל דלטעם הראשון שייך מיגו. אלא דהוי מיגו במקום חזקה. אבל בע"א דמהני מיגו במקום חזקה לשיטת התוס' חד מקמיא הנ"ל משום דא"א חוטא ולא לו. וא"כ נ"ל דבדבר וודאי יכולין לסמוך עליו דבלא"ה דעת המ"ב הובא בט"ז לפסוק להקל דדבר לאו כמלחמה דמי ובמלחמה גופא איכא דעת הראב"ד והרמב"ן דבע"א ל"ש בדדמי ובהחזיק הוא מלחמה דאף באשה גופה ובמלחמה הוא איבעיא דלא איפשטא וודאי יש לסמוך עכ"פ בדבר ובעד דמהני מיגו:

ומה שחושש כת"ה למה שלא הזכיר שם אביו כבר נקטינן כדברי הרשד"ם דשם משפחתו הוא כשם אביו. ובפרט שאמר ג"כ הסימן שיש לו אשה ושתי ילדים. ואמנם לבי נוקפי להתיר עפ"י עד בעל מלחמה לחוד כידוע שהחמירו בזה הגדולים אשר

לפנינו. ובפרט שכתב דהאשה היא חשודה קצת ואולי הי' לה אתו איזו מגע ומשא ועצת חטאין הי' ביניהם. אף שאין בכ"ז כדאי פקפוק כלל מצד הדין מ"מ לבי נוקפי. ודבר זה תלוי בראות עיני הדיין במקומו שם. וכפי הגדת האשה שהעידה לפניו. ולכן אם נראה לכת"ה שאין שום חשש מרמה בדבר דעתי ג"כ מסכמת עמדו להתירה אך באופן שיסכים בשריותא הדא עוד אחד מגדולי הדור המפו' לבעלי הוראה. ואז יושיב ב"ד של ג' להתירה כדין הנישאת עפ"י ע"א והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נ, תק"ע.

לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מוה"ר **ארי' ליב** נ"י דומ"ץ דק"ק **סקאהל** יצ"ו:

מכתבו בדבר העגונה א' ר' יוסל קאהן לנכון הגיעני. ואמנם ימים האלה ימי טירדא הם מאד מקודם פסחא. ואין אתי פנאי לעיין בדבריו. אך יען כי כבוד חתני הרה"ח שיחי' כתב לי כי הדבר נחוץ מאד לשעתו כי מתרמי לה שידוך ויוכל להתקלקל הדבר ע"י השמטה. לכן אמרתי להשיב בקיצור נמרץ. הנה לכאורה עדות הבחור יהושע מוואריז לחוד יספיק להיתרא דאיתתא דא. שהרי העיד בשם יהודים וערלים שהעידו על מיתתו וקבורתו. אלא שבגב"ע אינו מוזכר שם עירו רק יוסיל קאהן לבד דהוי כשמו ושם אביו. אך כיון שאמרו דער יוסל קאהן משמע שעל יוסיל הידוע לו אמרו והוא הא הזכיר מקודם שם עירו ג"כ. א"כ על בעלה של האשה הזאת כיוונו וכמ"ש הב"ש בס"ק נ"ח בשם תשו' מהרשדם סי' נ"ב. וגם בלא"ה כבר הארכתי זה באיזה חשובות דהיכא דידעינן שהאיש הזה הי' שם ומאיש אחר ששמו כן לא ידעינן גם בשמו ושם אביו סגי. עיין בחמ"ח סקל"ח ובתשו' פנ"י ח"א סי' נ"ד ובתשו' מהרי"ט ח"ב סי' ל'. והארכתי בזה הרבה במק"א. וה"נ כיון דהעד אומר שהאיש הזה הלך עמו יחד למקום ההוא כשהלכו על אפפנזיווע, וכשאמרו אח"כ שיוסיל קאהן נפל ל"ח לאחר:

וגם אין לפקפק בנ"ד עפי"ד החת"ס סי' ע' בשם תשו' מבי"ט דכשאומר העד ששמע מרבים גרע מאומר ששמע סתם או מפי יחיד משום דחיישינן לקול הברה עיי"ש וה"נ הרי אומר ששמע מפי הרבה יהודים וערלים. דז"א דכבר הארכתי בזה ג"כ דלית דחש לה להא מילתא כלל. והבאתי ע"ז כמה ראיות ברורות בעזה"י. ומהא דשמע מפי נשים וכו' ביבמות (דקכ"א) עיין בחמ"ח סקי"ח. ובפרט בנ"ד שסיפרו בדקדוק היטב כל עניני מיתתו וקבורתו דליכא למיחש כלל לקול הברה. עיין תשו' הב"ח סי' ע' בד"ה ובענין מה שהעיד כמר ניסן ובסי' ע"ג ד"ה ועוד דגדולה מזאת עיי"ש:

וגם אין לפקפק עפי"ד התשב"ץ סי' פ"ג ד"ה קשיא דבע"א במלחמה לא מהני עמפ"ע. דבע"א במלחמה דל"ש דייקא דאמרה בדדמי. אלא הטעם רק משום מדעל"ג. ובעמפ"ע ל"ש מדעל"ג דאינו ירא לשקר. דאם יתבדה יאמר שהראשון רימה אותו עיי"ש. דכבר הארכתי ג"כ בזה במק"א דל"ח כלל לדברי התשב"ץ האלו וכ"כ ג"כ בתשו' נט"ש ובתשו' תפ"צ ובהרבה תשו' אחרונים:

ובפרט בנ"ד דאיכא ג"כ עדות העכו"ם במסל"ת אלא שהעיד בכתב שלדעת הה"מ ל"מ מסל"ת בכתב וחשו לדבריו חכמי הספרדיים בתשו' מהר"ם אלשקר ומהר"ם אלשיך עיי"ש. מ"מ בצירוף שניהם יחד נלע"ד דשפיר מהני. דהנה בשו"ת זכרון כהונה (בדף ל') ולהלאה וכן בשו"ת חת"ס סי' מ"ו שניהם לד"א כיוונו. דמצד הדין הי' לנו להאמין עכו"ם גם שאינו מסל"ת בעדות אשה משום דהוה מדעל"ג ובמדעל"ג גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן באיסורים כדאיתא ביו"ד סי' פ"ג ופ"ו לענין ביצי עוף טמא. אלא כיון דעדות אשה הוה דשב"ע ובעינן עדות והתורה אמרה אל תשת רשע עד מש"ה עכו"ם אינו נאמן רק במסל"ת שאינו מכוון להעיד ואינו בגדר עד עיי"ש בתשו' זכרון כהונה באריכות בזה. ועפי"ז כתב בחת"ס סי' מ"ו הנ"ל בד"ה אבל מ"מ. דמחזקת א"א יצאה עפ"י עדות עכו"ם והבא עלי' פטור. דהא אנן אמרינן דוודאי הדבר אמת דבמדעל"ג לא משקר אלא דאסור לנו לקבל עדותו מחמת לאו דאל תשת. א"כ הוי זה איסור ככל איסורין שבתורה ומאיסור א"א יצאה עיי"ש. וא"כ לא הוי דשב"ע עוד רק ככל איסורין שבתורה. וא"כ מעתה אם איכא עוד עד אחד ישראל. הוא נאמן גם בלאו הטעם דאשה דייקא ומינסבא דהא ע"א נאמן באיסורין כיון דלא הוי עוד דשב"ע. וא"כ אזלא לי' חששא דהתשב"ץ הנ"ל. דנהי דבמלחמה ליכא טעמא דדייקא ומינסבא. ובעמפ"ע לא הוי ג"כ מדעל"ג לדעת התשב"ץ הנ"ל. מ"מ כיון דהערל מיחאל וארעמציק העיד שהוא בעצמו ראה וברתו. נהי דנאמר דעפ"י כתב לא הוי מסל"ת כס' הה"מ מ"מ אף שאינו מסל"ת מן הדין מהני משום מדעל"ג. דהא העכו"ם אמר שבעצמו ראה אלא דלא מהני משום אל תשת רשע וכו' וא"כ יצאה מחזקת א"א עכ"פ לס' החת"ס הנ"ל אלא דאיכא איסורא בעלמא משום לאו דאל תשת. א"כ הוי ככל איסורין שבתורה דנאמן עד אחד אף בעמפ"ע. ואיכא כאן עדותו של הבחור יושיע הנ"ל שהעיד מפי יהודים על מיתתו וקבורתו. באופן שגם לדעת התשב"ץ מהני עמפ"ע בכה"ג בצירוף עכו"ם שאינו מסל"ת. בפרט דאיכא ג"כ עדות הערכאות שבא להמאגיסטראט מבעלזא מהקאממאנדא. דלדעת החת"ס ערכאות מהימני בעדות אשה גם שאינם מסל"ת. ואף להאחרונים החולקים עליו מ"מ כיון דשלחו בחזרה הכיס והבלעכיל ושבעה עשר כתרים שנמצא אצלו הוי כזה

מקלו ותרמילו דשלהי יבמות דאיכא מ"ד בירושלמי שם דס"ל דאף דהפונדקית לא היתה מסל"ת מ"מ עשו אותה כמסל"ת וכחי' דנאמנת לאלתר משום דהוציאה מקלו ותרמילו. עיי"ש בירושלמי ובמרדכי סוף יבמות אות פ"ז. ואיכא ג"כ עוד עדות הפעלדראבינער שכתב ג"כ להאשה הנ"ל שמת בעלה. ואף דלא הזכיר קבורתו מ"מ הא מבואר ברמב"ם פ"ז מה' נחלות דחשש בדדמי הוא רק דרבנן וכ"כ הב"ש בס"ק קמ"ג דאינו אלא חשש לדעת הרמב"ם ומש"ה אם ניסת ל"ת עיי"ש. ובחשש דרבנן די בעדות הבחור עמפ"ע שהעידו ג"כ על קבורתו. וא"כ מכל הלין טעמי גם דעתי נוטה להתיר לאשת ה' יוסל קאהן לינשא לכל מי שתרצה אחר שיושיב ב"ד של ג' להתירה כעין הנשאת עפ"י ע"א. אך באופן שיסכים אתנו עוד אחד מהרבנים המובהקים המפורסמים בהוראה. ואז מצטריפנא גם אנא בהדייכו:

דברי הדוש"ת דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאפאל.

סימן נא, תק"ע.

ב"ה ד' תשא תרצ"א **טארנאפאל**.

שוכט"ס לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי חסיד וירא ד' מו"ה **צבי** נ"י דומ"ץ בק"ק **בעלזא**:

יקרתו לנכון הגיעני. ומה שכותב עתה כת"ה בשם הרב הגאון מפראבוזנא נ"י. כפי הנראה לא עיין היטב בהגב"ע כי ההכחשה אינו כלל בין לבוב לוויען שדימה זאת לעמפ"ע דהראשון נאמן. אבל ההכחשה היתה בוויען עצמו. כי ההעתק שנשלח מוויען ללבוב הי' עוד בשנת 1926 מן קריענס מעטריקען-אמט. והי' חתום עליו אחר. והטאטענשיין שנשלח עתה מוויען נחתם 19/2 ש"ז ונחתם עליו אחר שמו יוליוס נארנהאפער. ואותו שחתם בשנת 1926 שנשלח לוויען הוא אינו מכחיש כלל את מה שכתבו מלבוב משמו. ואותו שחתם עתה הוא המכחיש את הטאטענשיין הראשון שנשלח מוויען ללבוב. וגם אותו עווידענצקארטע שנעתק מוויען ללבוב בשנת 1926. נראה שזה ההעתק שנשלח לוויען מרוסלאנד שהועתק מהליסטע של הד"ר איינענפעלד מאמסק. איננו זה ההעתק שהועתק בהשטערבע רעגיסטער של רוסלאנד שמזה הועתק הטאטענשיין שנשלח עתה מוויען שלא נכתב בסגנון אחד כלל ויש כמה שינוים והוספות מזה לזה, שבהאחרון נכתב שמת על פלעקטיפוס ונקבר שמה על הפריעדהאף ושהוא מבעלז סאקאל. ובעווידענצקארטע הראשונה אין כ"ז. רק יש הוספות אחרות המקום והזמן שנשבה. ובאיזו מקום ובאיזו ארמעע אבטיילונג הי' וכהנה. מזה נראה בחוש שלא ממקום אחד ואיש אחד יצא הכל. שהי' ע"ז פקודות ומשמרות שונות שאצל

כ"א נכתב שם המת ונשלח אח"כ לוויען ג"כ לא למקום אחד ולכן אין מקום לד' הרה"ג מפראבוזנא בזה. והעיקר צריך להעמיד יסוד על זה שעכ"פ כולם העידו על מיתתו ויש סימנים מוכיחים בבירור שכולם לאיש אחד נתכוונו. יש לסמוך על ההיתרים שכתבתי במכתבי הראשון:

ויען שאין ביהמ"ד בלא חידוש. נ"ל להוסיף עוד טעם לשבח בנאמנות הערכאות. דהנה התוס' ביבמות (דפ"ח ע"א) ד"ה מתוך כתבו דהא דע"א נאמן בעדות אשה הוא רק דרבנן. ואין זה עקירת דבר מן התורה. כיון שדומה הדבר הגון להאמין וכו' שבדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מה"ת עיי"ש. ולכאורה אין דבריהם מובנים דהא בקו"ע אין חכמים יכולים לעקור ד"ת רק בשוא"ת כמבואר שם לקמן. ובשוא"ת דיכולין לעקור וודאי יש ג"כ איזו טעם הגון לדבריהם. דאל"כ וודאי דלא הי' עוקרין דבר מה"ת כמבואר ברש"י מנחות (מ' ע"א) ד"ה לפי עיי"ש. ואם איכא טעם וסמך הרי כתבו התוס' הנ"ל דגם בקו"ע יכולין לעקור. ודבר זה שאל אותי אחד מתלמידי והשבתי לו דכוונת התוס' כך הוא. דוודאי לעקור דבר מה"ת לגמרי דהיינו לעשות היפך ממש ממה שציוותה התורה. כמו שהתורה אמרה לתקוע שופר בר"ה וליטול לולב ביום ראשון. והם אמרו שאם חל בשבת לא יתקע שזה עוקר בוודאי ד"ת זה אין יכולים לעשות רק היכא דהוי שוא"ת אף דיש להם טעם הגון. אבל כאן דראו חכמים להאמין העד משום דייקא ומינסבא. אף דמה"ת אין זה עדות ממש. מ"מ חכמים ראו טעם להאמין לדברי העד:

ואם כדברי העד אין זה עוקר דבר תורה. דהרי אומר דמת בעלה ואינה אסורה כלל מה"ת דאינה א"א והתורה לא אסרה אשה שמת בעלה ואין זה עוקר בוודאי ד"ת ולכך גם בקו"ע יכולים לתקן. והיינו שציינו התוס' (לדפ"ט ע"ב) ד"ה כיון דשם ג"כ לענין קטנה שמטמא לה בעלה כיון דירית לה והוי מת מצוה דקריא ולא ענו לה כתבו ג"כ התוס' דמשום דירית לה לא הויא מת מצוה אלא משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בדבר הדומה כדפי' לעיל דכיון דלא ירתי לה דומה למ"מ עכ"ל התוס'. כוונתם ג"כ כמש"ל דבזה אין עוקרים ד"ת לגמרי. דהתורה עצמה אמרה דלמת מצוה מטמא. והחכמים ראו דכיון דהבעל יורש אותה ימנעו הקרובים ממנה והויא מת מצוה. כנ"ל ברור מאד בפי' דברי התוס':

ובזה יתיישב שפיר מה שהקשו האחרונים דאמאי גזלן דאורייתא וכן כל פס"ע מחמת עבירה פסולין לעדות אשה. הא הא דגזלן פסול הוא לאו מחמת משקר דהא קיי"ל דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת ורק משום גזיה"כ דאל תשת רשע וכו' עיין קצוה"ח סי' נ"ב. אבל בעדות אשה דהכשירו כל הפסולין שמחמת גזיה"כ אף פס"ע מחמת עבירה יהיו

כשרים. ותירץ ע"ז בס' זכרון כהונה דלאו דאל תשת וכו' שאני דזה איסור על הב"ד אם מקבלין עדותו ועושין מעשה עפ"י משא"כ שאר פסולי קורבה וכדומה דאין איסור על הב"ד עיי"ש (בדף ל"ז ל"ח ל"ט) שהאריך בזה. ולכאורה תירוצו אינו מובן כלל דכמו שהחכמים היו יכולים לעקור דבר מה"ת איסור א"א מחמת טעם וסמך כחו כן יכולין לעקור לאו דאל תשת רשע דקיל יותר דאין בו מיתה. אבל לפימ"ש נכון מאד דאיסור א"א אין עוקרים כלל. דראוי להאמין שהדבר אמת שמת בעלה ואין כאן איסור כלל אבל לאו דאל תשת דהאיסור על הב"ד שלא יקבלו עדות הרשע אף אם אומר אמת. זה עוקרין בידים איסור וודאי כמו שופר ולולב וזה א"י לעקור בקו"ע לכך לא הי' יכולים לתקן לקבל פס"ע מחמת עבירה:

והנה בס' ז"כ הנ"ל הקשה דאמאי הכשירו שטרות העולים בערכאות הא עוברים על לאו דא"ת רשע עד עיי"ש. ולענ"ד י"ל דהנה פשוט ומפורש בחו"מ סי' כ"ב דבע"ד יכול לקבל עליו קא"פ לעד אף פסול מחמ"ע. ובע"כ דאל תשת רשע וכו' הוא רק אם הב"ד מקבלים אותו. אבל הבע"ד בעצמו יכול לקבל עליו. ואז יכולין הב"ד לדון עפ"י עדותו. וא"כ כיון דכתבו התוס' בגיטין (ד"ט ע"ב) דשטרות של ערכאות כשרים משום תקנתא דרבנן. דראו שהוא תקנת העולם. וכל דבר שהוא לתיקון העולם כל העולם ניחא להו בהכי כדקאמר הש"ס (ב"מ כ"ז) ניחא לי' לבעל אבידה עיי"ש. א"כ הוי כאלו קיבל עליו הבע"ד בעצמו. דיכולין הב"ד לדון ע"פ. וא"כ מעתה יש ג"כ טעם נכון לקבל עדות ערכאות גם לענין עדות אשה. דאף דכאן ל"ש קיבל עליו הבע"ד. דזה שייך רק בממון ולא באיסור. מ"מ הא לכאורה יש להבין בכל עדות של פסולין בכתב דכבר נתקבל עדותן דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד. א"כ נימא נהי דלכתחלה אסור לקבל עדותן מחמת לאו דא"ת רשע וכו'. מ"מ אם כבר נתקבל נימא אי עביד מהני וידונו הב"ד עפ"י עדותו. אך בע"כ צ"ל כד' הרשב"א גבי שופר של ע"ז דכיון דאם נאמר דלא יצא לא עביד איסורא כלל מוכרחין לומר דלא יצא כדי לתקן האיסור ה"נ כיון דאם לא ידונו הב"ד עפ"י עדותו לא נעשה איסור כלל דדיבור בעלמא הוי א"כ אין יכולין לדון עפ"י אותה העדות כדי שיתבטל האיסור. וא"כ מעתה זה בעדות של כל הפסולין. אבל עדות של ערכאות המעידים על מיתת הבעל. דנ"מ ג"כ לענין נחלה ודיני ממונות. ולענין ממון הכשירו שטרות העולים בערכאות משום תיקון עולם. וא"כ אף אם לא נרצה לקבל עדותן לענין איסור להתיר האשה מ"מ לא יתבטל עדותן עי"ז. דמ"מ כבר נתקבל לענין ממון לענין נחלה. וכיון דמ"מ כבר נתקבל עדותו. מהני ג"כ לענין היתר האשה, כיון דמצד הסברא מהימני ואומרים אמת מחמת דלא מרעי אנפשיי' כמ"ש התוס'. אלא דאתה רוצה

לומר דאסור לקבל עדותן מחמת גזיה"כ דא"ת רשע וכו' בזה שפיר אמרינן כיון דבלא"ה כבר נתקבל עדותן לענין ממון ולא יתוקן הדבר. מהני גם לענין איסור. ושפיר קאמרי הח"ס ושאר אחרונים דמהני עדות ערכאות לענין עדות אשה:

וא"כ מעתה לפי"ז י"ל ג"כ טעם בנ"ד לומר דאין נפסל עדותן מחמת הכחשתן זא"ז בחקירות. דכבר נתבאר הטעם בשם הנתיבות והקה"י. דמה"ט נתבטל כל העדות אף דאחד וודאי אומר אמת. דגזיה"כ הוא דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וא"כ מה שאתה רוצה לבטל עדות של א' מהם. הוא ע"י עדות של חבירו שמכחישו. וא"כ אדרבא אם נעשה כן הרי אנו מקבלין עדות עכו"ם ועוברים על לאו דא"ת רשע וכו'. מאי אמרת דבלא"ה כבר נתקבל עדותו לענין ממון. ז"א דלממון א"צ העדות של העד המכחיש דדי בעד הראשון. מאי אמרת דאדרבא נבטל גם לענין ממון את העדות מחמת עדות שבטלה מקצתה. ז"א כיון דעדות שב"מ הוא רק משום גזיה"כ ולא משום שהענין שקר. א"כ ליכא תיקון עולם בזה. דאדרבא תיקון העולם הוא דאם אמת שחייב שישלם. וכן אם אמת שמת ירדו בניו לנחלה. וא"כ כיון דליכא תיקון עולם בקבלת עד הערכאי המכחיש הראשון. שוב אסור לקבל עדותו ולעשות מעשה על פיו להכחיש הראשון. וממילא נתקיים עדות הערכי הראשון בין לענין נחלה בין לענין היתר האשה. ודו"ק היטב בכ"ז:

והנה בס' ז"כ הנ"ל תירץ על קושייתו דאמאי הכשירו שטרות של ערכאות הא עוקרים לאו דאל תשת וכו'. משום דלענין ממון אמרינן הפקר ב"ד הפקר. ויכולים הב"ד להפקיר נכסיו בלא טעם. וא"כ נהי דהם מפקירים רק ע"י עדות הערכאות. מ"מ אין זה מקרי דן עפ"י עדותן. דבלא"ה יכולים להפקיר. אלא דהם הגורמים לזה דע"י עדותן מסכימים הב"ד להפקיר ולא מקרי דן עפ"י עדותן עיי"ש בדבריו היקרים. אלא דלפי דבריו לא יועיל רק לענין ממון אבל לענין עדות אשה דכבר הסברתי לעיל ד' התוס' יבמות דהב"ד אין יכולין להתיר איסור תורה בקו"ע. רק דהם אומרים שהעד אומר אמת. וממילא אין כאן איסור תורה. א"כ בעדות רשע אם נאמר כן הרי הם עוברים על לאו דא"ת. דהרי א"י להתיר רק אם יאמרו דהעד נאמן בעדותו. הרי הם דנים עפ"י עדות רשע. ואולם זה רק לשיטת תוס'. אבל לשיטת רש"י בשבת (קנ"ד) דהטעם משום אפקעינהו. שוב דומה ממש להפקר ב"ד. דכיון דאדעתא דרבנן מקדש יכולין ב"ד תמיד להפקיע קידושיו. וא"כ אף אם עושין כן עפ"י עדות הרשע מ"מ הוי רק גורם כמ"ש הז"כ הנ"ל. והדק"ל אמאי פס"ע מחמת עבירה פסולים לעדות אשה. ובע"כ צ"ל לשיטת רש"י הא דפס"ע מחמ"ע פסולים לעדות אשה הוא משום דחיישינן דמשקרי. ואף דחשוד לד"א ל"ה חשוד לכה"ת. מ"מ להתיר אשה חשוד משום דחיישינן שמא ענ"ב. דהוי כמו חימוד

ממון כמ"ש הנתיבות בסי' מ"ו. וכן עדות עכו"ם שלא במסל"ת פסול משום דרגילין לשקר דפיהם פי שוא. וא"כ בוודאי נכונים ד' הח"ס להאמין עדות ערכאות דכיון דאינהו לא משקרי משום דלא מרעי אנפשיי' ורק משום גזיה"כ דא"ת וכו' בזה לא איכפת לן דעפ"י עדותן ב"ד יכולין להפקיע הקידושין דהוי רק גורם כמ"ש הז"כ. ואמנם גם עפי"ז מסתעף דבנ"ד אינו מזיק הכחשת הערכאות. דכיון דאסור לדון עפ"י עדותו רק להפקיע הקידושין יכולין לקבל דהוי רק גורם כמש"ל. וא"כ כ"ז הערכי הראשון. אבל השני שבא להכחישו. אם נאמר דמהני הכחשתו הרי אנו מקבלין עדות עכו"ם ועוברין על א"ת רשע וכו'. דכיון דאנו תופסין לאמת דוודאי מת דהא לדברי שניהם הוא מת רק משום גזיה"כ דעשב"מ ב"כ אתה רוצה לבטל עדותן. וא"כ באמת היא פנוי' דהא בעלה מת לדברי שניהם. ונהי דבכח הב"ד לעשות מא"א פנוי' ע"י הפקעת הקידושין אבל מפנוי' א"א אין יכולין לעשות. אלא מאי אמרת דמשום גזיה"כ יהי' כח בערכי המכחיש לבטל כל העדות כמש"ל. וא"כ הוי רק מכח עדותו ולא משום גורם. ובכה"ג אסור לקבל עדותו. ואין רשאין לעשות מעשה עפ"י עדותו. משא"כ אם נאמין להראשון אין אנו עושין מעשה עפ"י הערכאי רק הפקעת הקידושין. וזה יכולין לעשות בלא"ה והערכאי הוא רק גורם כמש"ל:

והנה כ"ז לפלפולא ואולם לגוף הענין וודאי מוכיחין הדברים דהערכאות אין מכחישין זא"ז רק איזו טעות נמשך ממה שנעשה הדבר ע"י פקודים שונים. ובגוף עדות הערכאות כבר התירו הרבה מהאחרונים. וכאן איכא סניף הגב"ע ממאסט. ובאמת עיקר החשש מהערכאות הוא רק לדעת הרש"ך שהביא הב"ש בס"ק מ"ט דל"מ האומדנות שאומר אמת משום דאסור לנו לקבל עדות עכו"ם. אבל לדעת המהרי"ק והמ"ב שהביא שם הב"י והב"ש דאם יש הוכחה שאומר אמת כגון רוצח שהודה בלא עינוי מקבלין גם עדות עכו"ם. א"כ גם ערכאות כיון דלא מרעי נפשיי' בפרט בשעת מלחמה דמתחייב ראשו למלכות אם עושין איזו שקר בדברים הללו וודאי נאמנים. אלא דהוי קשיא לי ע"ז מהא דפריך הש"ס ביבמות (דכ"ה) על מתניתין דהרגתיו לא ישא את אשתו הא לאחרים תנשא והא רשע פסול לעדות דהא רוצח הוא. ומאי קושיא דכיון דאומר הרגתיו וודאי קושטא קאמר דאל"כ לא הי' עושה עצמו רוצח בחנם כמו רוצח שהודה בלא עינוי. א"ו דרשע א"נ אף היכא דאיכא הוכחה. ועיינתי בספרים ומצאתי בתשו' פנ"י ח"ב תשו' ס"א (דמ"ד ע"ב) שהקשה זאת. עיי"ש במה שהאריך בזה:

ולענ"ד י"ל בפשיטות דע"כ קאמר הב"י והמ"ב דרוצח שהודה וודאי קושטא קאמר היכא דאין שום טעם למה הודה. אבל כאן דרוצה אח"כ לישא את אשתו אמרינן דענ"ב כמ"ש

הנתיבות בסי' מ"ו סקי"ז הנ"ל ומש"ה אומר שקר. והא דפריך הש"ס אח"כ בהא דיצא ליהרג במניזת וכו' ואומר אני הרגתי את בעלה וכו' אמאי נאמן. אף דשם אינו שייך שמא ע"ב דהא הוא יוצא ליהרג. איכא למימר דגם המהרי"ק והב"י לא קאמרי רק היכא דמחייב את ראשו בכך. או דמחזיק עצמו ברוצח ועדיין אינו מוחזק בכך דלא עביד אינש לבזויי נפשי' כמ"ש הר"ן בשלהי נדרים במשנה הראשונה. אבל כאן דבלא"ה כבר יצא ליהרג ומוחזק ברוצח אין שום הוכחה לומר דקושטא קאמר במה שאמר שהרג את בעלה ופריך הש"ס שפיר. ואמנם לדינא מסיק שם גם בתשו' פנ"י דהיכא דאיכא הוכחה דקושטא קאמר מהימן גם עכו"ם שאינו מסל"ת. דבעדות אשה בעינן רק גילוי מילתא דהדבר אמת. ומה"ט ערכאות ג"כ מהימני משום דלא מרעי אנפשייי'. עיי"ש. שו"ר בתשו' פנ"י הנ"ל תשו' מ"ו (דכ"ד ע"ב) הקשה גם שם הקו' הנ"ל. ומחלק עי"ז דהיכא דמכוון רק להעיד ולא להתיר אז מהני הוכחה דקושטא קאמר. אבל היכא דמכוון להתיר ל"מ הוכחה עיי"ש. וא"כ גם בעדות הערכאות דמכוונים רק להעיד מהני שפיר הוכחה דקושטא קאמרי. ולדינא כבר כתבתי בתשובתי הראשונה שמסכים אנכי ג"כ להתיר א' אברהם נעביל אחרי שיושיבו ב"ד של ג' להתירה. והשי"ת יצילנו משגיאות:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נב, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד תלמידי הרב החריף ובקי מופלג בתו"י כש"ת מו"ה **משה** נ"י דומ"צ בק"ק **צעשנוב** יצ"ו:

מכתבו עם השאלה בדבר העגונה אשת ר' יונה לאנגענטמיל מקהלתו לנכון הגיעני. ומחמת טרדה לא השבתי עד כה. הנה אשר פקפק כת"ה על עדות הספר באשר הוא מגולח זקן וגם מגלח זקן אחרים והביא כת"ה דברי הגרע"א בתשו' הובאו בפ"ת אה"ע סי' מ"ב סקי"א דכיון דנתפשט הדבר בין ההמון קיל להו לאינשי וסבורים שאין איסור לא נפסל משום כך. וכת"ה מסתפק אם גם לענין מגלח זקן אחרים מהני זאת. ובתשובה שהשיב לו הגאון האבד"ק טארנא פשיטא לי' דזה קיל יותר דאתיא רק מדרשה דמקיף לניקף. ולדידי אינו פשוט כ"כ לשיטת רש"י בסנהדרין (דכ"ז ע"א) ד"ה ה"ג דלא מיקרי רשע דחמס רק היכא דעושה מחמת חימוד ממון. ומומר אוכל נבילות לתיאבון דמיקרי רשע דחמס הוא משום דשכיח טפי בזול ולא משום דעושה להנאת עצמו כס' הר"ת ושאר פוסקים שם עיין בחי' הר"ן שם. וא"כ לשיטת הנמו"י פז"ב הובא בקצוה"ח ובנתיבות סי' מ"ו דלענין עדות אשה אינו פסול רק רשע דחמס א"כ מגלח אחרים בשכר חמור יותר דהוי רשע דחמס דעושה מחמת ממון אבל מגלח זקן עצמו אינו רשע דחמס:

ואמנם עכ"ז אף דאינו כ"ש כס' הרב מטארנא. אבל עכ"פ מסתברא דגם ברשע דחמס היכא דקיל להו לאינשי אינו נפסל עי"ז לעדות אשה כס' הגרע"א ז"ל וכמ"ש השיך ביו"ד סי' קי"ט סקי"ט לענין לא תחמוד. ובאמת בגוף הדין במימרא דרב מנשיא ביבמות כ"ד דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה קשה לי מאד כיון דהכשירו חכמים כל הפסולים כמו אשה ועבד וקרוב. ורק פסולי עדות מחמת עבירה פסולים משום דחיישינן דמשקרי כמבואר בראשונים. והא קיי"ל דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת כמבואר ביו"ד שם ס"ד וס"ז. ואף בחשוד לאותו דבר קיי"ל דדנו ומעידו כמבואר שם בס"ז. ורק לממון פסול משום גזיה"כ דאל תשת ידך עם רשע כמ"ש בתשו' הרשב"א הובא בב"י שם שכתב וז"ל ומה שאמרו גזלנין פסולין וכו ההוא לעדות דעלמא שצריך עדים כשרים וכתיב אל תשת ידך וכו' אבל באיסורים שעבד ושפחה כשרים בהם אף מומר לד"א כשר עיי"ש, וא"כ בעדות אשה דהכשירו ג"כ עבד ושפחה. אמאי גזלן פסול להעיד. ואין לומר דחיישינן דילמא יעיד שקר מחמת ממון שתתן לו. ז"א דהיא גופה מהימנא לומר מת בעלי ול"ח דמשקרא מחמת חומר דהחמרת עלי' בסופה וק"ו דלא תשכור עידי שקר. והא דחשוד על עריות פסול לעדות אשה היינו משום דחיישינן דרוצה שתהי' פנוי' כי היכא דליהוי שכיחא לי' כמ"ש בפז"ב (דכ"ו ע"ב) אבל חשוד לשאר עבירות אמאי לא יהי' נאמן לעדות אשה. אמנם לפי המתבאר בש"ך יו"ד סי' קכ"ז סק"כ דפסולי עדות אינם נאמנים באיסורים והא דקיי"ל דחשוד על הדבר ומעידו הוא רק להתיר ולא לאסור. והחילוק בין להתיר או לאסור בע"כ הוא או כמ"ש הש"ך שם בס"ק כ"ג. דלאסור בע"כ איירי בדבר שהוא עומד בחזקת היתר דאל"כ בלא"ה אסור. לכן אינו נאמן להוציא מחזקתו. אבל להתיר דאיירי בדבר שאינו לא בחזקת איסור ולא בחזקת היתר לכן גם פסולי עדות נאמנים א"כ הכא דאיתתא בחזקת איסור א"א קיימא אין נאמנים פסולי עדות מחמת עבירה להוציאה מחזקת איסור. וגם אם נאמר דהא דנאמן להתיר יותר מלאסור הוא משום חזקה דא"א חוטא ולא לו. כמ"ש הנתיבות בסי' מ"ו סקי"ז אבל בלא"ה כללא הוא דכל החשודים לעבור איסור תורה חשודים לשקר עיי"ש בנתיבות א"כ הא כבר כתב הפנ"י בקידושין (דס"ד) דחזקה דא"א חוטא ול"ל ל"מ נגד חזקת איסור א"א א"כ מש"ה גזלן דאורייתא פסול לעדות אשה כיון דעומדת בחזקת איסור א"א:

אלא דלפי"ז צריך להבין שיטת הנמו"י פז"ב הנ"ל דכל היכא דל"ב עדות כמו בעדות אשה ושאר איסורים אינו פסול רק רשע דחמס. דממ"נ אם נאמר כס' הש"ך והנתיבות הנ"ל דכל רשע חשוד להעיד שקר. א"כ אף רשע שאינו של חמס ליפסל. ואם נאמר דרשע אינו חשוד להעיד שקר משום דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת. א"כ בשלמא לענין

ממון שפיר יש לחלק בין רשע דחמס דכיון דחשוד גזו ממון של חבירו חשוד ג"כ להעיד שקר משום ממון. והוי חשוד לאותו דבר. אבל בעדות אשה דל"ח שיעיד משום ממון דאשה לא תשכור עד שקר משום חומר שהתמרת עלי' בסופה. א"כ כיון דליכא נגיעות ממון. מה גריעותי' דרשע דחמס משאר רשעים לעדות אשה. ואם נאמר דסתם רשעים חשודים להעיד שקר כס' הש"ך והנתיבות הנ"ל א"כ כל רשעים ליפסלו לעדות אשה:

גם גוף ס' הש"ך והנתיבות הנ"ל קשה להבין. כיון דקיי"ל להלכה דלא כר"מ וחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת א"כ אמאי נאמר דחשוד להעיד שקר ומנ"ל להש"ך הא. ואי מהא דהר"ן פ' האומר שהביא שם גבי אשתך זינתה דאף לאביי אי הוה גזלן לא מהימן. התם דומה לממון די"ל דמעיד שקר מחמת ממון דדילמא ערמה היא מהאשה שנתנה עיני' באחר ושכרתו להעיד שקר שזינתה וכדומה ולכך נקט הש"ס דווקא גזלן ולא שאר רשע ופסולי עדות ומנ"ל להש"ך בשאר פסולי עדות מחמת עבירה. ואפשר לומר דראיית הש"ך הוא מהא גופה דמימרא דרב מנשיא דגזלן דאורייתא פסול להעיד שמת בעלה אף דל"ש נגיעת ממון כמש"ל. ובע"כ דלענין להעיד שקר כל שחשוד לעבור איסור תורה חשוד להעיד שקר וגזלן דנקט לאו דווקא. כסתימת כל הפוסקים כמ"ש בס' קהלת יעקב הנ"ל. וגם דלענין עדות שמת בעלה אין נ"מ בין גזלן לשאר פסולים מחמת עבירה כמש"ל. אך באמת מנ"ל לרב מנשיא הא כיון דכללא הוא דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת מ"ש דלעדות שקר חשוד היכא דלא בעינן עדות וליכא גזיה"כ דאל תשת רשע עד:

ונלע"ד דדבר זה תליא באשלי רברבי דהנה בסנהדרין פכ"ג ד' קאמר הש"ס דאף ר"י מודה לר"ש דהיכא דמפורש בקרא הטעם לכ"ע דרשינן טעמא דקרא אף דנשתנה הדין עי"ז עיי"ש. וא"כ לכאורה הכא פשטא דקרא דאל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. לאביי דס"ל דלא בעינן רשע דחמס. בע"כ דלהיות עד חמס הוא טעמא דקרא דמש"ה אל תשת ידך עם רשע לקבלו לעד משום דהוא מעיד שקר ויהי' עדותו חמס דכל עד שמעיד שקר בעדותו זה נעשה עד חמס כדמצינו להדיא דעד המעיד שקר נקרא עד חמס אף שהי' כשר עד עכשיו גבי עדים זוממין דכתיב בקרא כי יקום עד חמס באיש לענות בו סרה והוזם דדנין בו דין עד זומם הכתוב שם ובע"כ דהי' כשר עד עכשיו ולא הוי גזלן דאל"כ לא הי' מקבלין עדותו בלא"ה ול"ש בו דין זוממין. אלא בע"כ דבעדות שקר זה שמעיד נקרא עד חמס וא"כ כיון דהזהיר קרא להב"ד שלא יקבלו עדות רשע להיות עד חמס הרי מפורש הטעם בקרא דמש"ה אין מקבלין עדות רשע משום דחשוד להעיד שקר ולהיות עד חמס. וא"כ הא כבר ילפינן דכל העובר על עבירה שיש בו מלקות נקרא רשע מקרא דאם בין הכות רשע כמבואר בראשונים ובסמ"ע סי' ל"ד. א"כ הרי גילה קרא דאף

דקיי"ל דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת. היינו לעשות בעצמו איסור אבל להעיד שקר הוא חשוד וכס' הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז והנתיבות בסי' מ"ו הנ"ל. וא"כ כיון דהכא לכ"ע דרשינן טעמא דקרא א"כ גם באיסורין דלא בעינן דין עדות לענין אשה וקרוב. מ"מ פסול מחמת עבירה אינו נאמן משום דחשוד לשקר. זה י"ל בטעמו של הש"ך והנתיבות הנ"ל אליבא דהר"ן בקידושין הנ"ל

אבל הרמב"ם בע"כ דלא ס"ל כן דהא בפ"י מה' עדות ה"א הוא מפרש קרא דאל תשת ידך עם רשע הוא אזהרה על עד הכשר שלא ישית ידו עם הרשע להצטרף עמו להעיד אף שהעדות הוא אמת והרשע ראה ג"כ העדות כמבואר שם ברמב"ם ובש"ע סי' ל"ד ובש"ך שם עיי"ש. וא"כ בע"כ אין הטעם דרשע פסול להעיד משום דחשדינן לי' למשקר. דהא כיון דהכשר יודע שהוא אומר אמת א"כ אינו משקר ובע"כ דהוא פסול מגזיה"כ כמו קרוב דאף כמשה ואהרן פסולים אף דאינו משקר. וכיון דהרשע הוא פסול להעיד הוא גורם שיוציאו ממון עפ"י ע"א כמפורש שם בכ"מ ובאורים סי' למ"ד. א"כ בע"כ האי להיות עד חמס אינו טעמא דקרא משום דמשקר רק דילפינן מיני' מילתא אחריתא דעד חמס דהיינו גנב וגזלן פסולים אף היכא דלית בהו מלקות ואינו בכלל רשע כמ"ש הרמב"ם שם בהלכה ד' ובטור ח"מ סי' ל"ד אות י"ב. ואף דהרמב"ם שם מביא קרא דכי יקום עד חמס. מ"מ הא באמת כבר תמה שם הלח"מ ע"ז אמאי שביק הרמב"ם קרא דלהיות עד חמס דאיירי בי' ומביא קרא אחרינא. וגם תמוה מאד דוודאי קרא דכי יקום עד חמס לא איירי בגנב וגזלן דא"כ לא הוה שייך בו דין הזמה כיון דהעדות בלא"ה בטל אף בלא הזמה ובפרט להרמב"ם דס"ל דהיכא דהוה הכחשה והזמה בב"א לא נעשה זומם אלא בע"כ דהרמב"ם מייתי קרא דכי יקום רק לגילוי מילתא. והיינו דכיון דהוא קם להעיד סרה בחבירו ולהוציא ממנו ממון בשקר בזה גופו נקרא עד חמס שחומס את חבירו. וא"כ אין חילוק בין אם מוציא ממנו ע"י עדות שקר שנותן על ידו שלא כדין לחבירו. או שחומס ממנו לצורך עצמו כמו גנב וגזלן. ואמנם מקרא דכי יקום לחוד מזה לא מוכח כלל דעי"ז נפסל להעיד לעולם. דקרא איירי רק לענין הזמה ולאותו עדות וזה ילפינן רק מקרא דלהיות עד חמס דהוא סוף הקרא דאל תשת ידך רק דמזה לחוד לא הוה ידעינן היכא דהוא עד חמס ואינו בר מלקות שיפסול להעיד דה"א דסופי' דקרא דלהיות עד חמס קאי על רישא דקרא דכתיב אל תשת רשע עד ורשע לא מיקרי רק כשהוא בר מלקות או מיתה כמ"ש הרמב"ם שם ה"ב לכך כאן בהלכה ד' כשרוצה הרמב"ם לחדש דרשע דחמס פסול אף שאינו בר מלקות הוצרך להביא קרא דכי יקום עד חמס דשם לא

הוזכר כלל תיבת רשע רק עד חמס לחוד שזה גילוי מילתא על קרא דלהיות עד חמס דבזה לחוד נפסל אף היכא דלא מיקרי רשע:

וא"כ מעתה נראה דשיטת הש"ך אליבא דהר"ן הנ"ל הוא רק להמפרשים. דהא דהכשר חסור להצטרף עם הפסול אף שהעדות אמת נלמד מדבר שקר תרחק כפשטות הש"ס דשבועות (ד"ל ע"ב) וכמ"ש הכ"מ. וקרא דאל תשת רשע עד אינו להזהיר את הכשר. רק קאי על הב"ד שלא יקבלו רשע לעד. ולהיות עד חמס הוא טעם שמש"ה אין מקבלין רשע לעד משום דחשוד להעיד שקר. וא"כ גילה קרא דאף דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת מ"מ חשוד להעיד שקר ולכך גם באיסורין דא"צ עדות אינו נאמן. אבל לשיטת הרמב"ם והטור דקרא דלא תשת רשע קאי אף היכא דהעדות אמת דמ"מ פסול מגזיה"כ כמש"ל. ולהיות עד חמס מילתא אחריתא היא להורות דרשע דחמס פסול אף היכא שאינו בר מלקות. וכפשטא דלישנא דהש"ס סנהדרין (דכ"ז) דאל תשת רשע עד אל תשת חמס עד ש"מ דתרי מילי נינהו א"כ י"ל דשפיר הדרינן לכללא דרק היכא דבעינן עדות פסול מגזיה"כ. אבל באיסורין דא"צ עדות גם רשע לד"א כשר דחשוד לד"א אינו חשוד לשאר דברים כמ"ש בתשו' הרשב"א הנ"ל וכמ"ש הרמ"א בסי' קכ"ז הנ"ל:

וא"כ שוב תקשי על מימרא דרב מנשיא דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה. אמאי כיון דהכשירו עבד ואשה וכל פסולי עדות א"כ גם גזלן ליתכשר. דמשום דחשוד על הגזילה לא חשוד להתיר א"א לעלמא וחימוד ממון ג"כ לא שייך דאשה אינה חשודה לשכור עידי שקר משום חומר שהחמרת עלי' בסופה. ואף די"ל דחיישינן דילמא איש אחר נתן עיניו בה והוא שכרו להעיד שקר שמת בעלה כדי שישאנה והוא עצמו לא הי' יכול להעיד דהא המעיד על האשה לא ישאנה מ"מ מנ"ל הא גופה דנהי דחשוד על לאו דגזילה מחמת חימוד ממון מי יימר דחשוד להתיר א"א לעלמא מחמת חימוד ממון הא כללא הוא דחשוד לד"א אינו חשוד לד"א. וגם בלא"ה נ"ל דלא חיישינן כלל להא דילמא איש אחר שכרו וראי' מד' הט"ז בסי' י"ז סק"ה הובא בב"ש סקל"ח שכתב דמש"ה לא חיישינן דילמא כותי הוא דעכו"ם אינו עושה להכשיל ישראל בחנם. ואמאי ל"ח דילמא איש אחר שרצה לישא את האשה שכרו שיעיד שקר. וכן בפנ"י קידושין (דס"ד) דחק אמאי אין ע"א נאמן בעדות אשה בחזקה דאא"ח ולא לו ולא כתב דאיש אחד שכרו וליכא חזקה דאא"ח ול"ל. ואף דבקטטה בינו לבינה חיישינן שמא שכרה העד להעיד שקר היינו כמ"ש הב"ש בסק"מ דלא חיישינן לשום חששא רק היכא שאיכא רגלים לדבר ומצוי ורגיל להיות כן. וא"כ מש"ה היכא דקטטה בינו לבינה וודאי איכא רגל"ד טובא דתעשה כל טצדקאות דאפשר להוציא עצמה מעינון ולא תחוש לחומר

שהחמרת וכו' דלא איכפת לה אם תצא מזה ומזה כיון דסניא לי'. אבל לחוש שמא יש איש אחר שרוצה לישא אותה וישכור עדות שקר. שלא ראינו ולא שמענו שיש איש כזה שנתן ענ"ב. וליכא שום רגל"ד לכך. ואינו דבר המצוי ושכיח. דכמה נשים שכיחי בהיתר. וודאי דלא חיישינן לחששא בעלמא כמ"ש הב"ש הנ"ל. וא"כ טעמא בעי למה גזלן דאורייתא פסול לעדות אשה הא חשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת, ובפרט מאיסור קל דגזילה לאיסור חמור דעריות. אך י"ל דזהו באמת טעמו של הנמו"י שמחלק לענין עדות אשה בין רשע דחמס לשאר פסולי עבירה. דכיון דלהרמב"ם והטור קרא משתעי בשני מיני פסולי עדות רישא דאל תשת רשע משתעי ברשע שחייב מלקות או מיתה וסיפא דלהיות עד חמס משתעי ברשע דחמס אף שאין בו מלקות לכן ס"ל דבאמת כל כמה דמצינו לאוקמי קרא במילתא דמסתבר שלא יהי' גזיה"כ מוקמינן ולכך בסיפא דעד חמס מוקמינן טעמא דקרא משום דמחמת חימוד ממון חיישינן שמעיד שקר כמו כי יקום עד חמס דעדים זוממין דנתברר שהעיד שקר. וגילה כאן קרא דחשוד על הגזילה חשוד ג"כ להעיד שקר ולכך גם באיסורין דלא בעינן דלא בעי עדות ממש. כגון בעדות אשה שמת בעלה מ"מ פסול דגלי קרא דחשוד להעיד שקר אבל רשע דרישא דקרא דכתיב אל תשת ידך עם רשע דלפי פירוש הרמב"ם והטור האזהרה קאי על עד הכשר שלא יצטרף עם הרשע להעיד אף דהעדות אמת כמש"ל. וא"כ בע"כ אין הטעם משום דחשוד לשקר דהא עד הכשר יודע בעצמו שהעדות אמת ובע"כ דהוא פסול מגזה"כ פסול הגוף כמו אשה ועבד וקרובים וא"כ זה רק היכא דבעינן עדים כשרים אבל בעדות אשה ושאר איסורים דכל הפסולים כמו קרובים ונשים כשרים גם רשע דלאו דחמס כשר ולכך לא משתמיט הש"ס לומר רק דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה. וכן בקידושין פ' האומר אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא הא אם הי' גזלן לא הי' נאמן אף לאביי דבגזלן דהוא רשע דחמס גילה קרא דחשוד להעיד שקר. אבל רשע דלאו דחמס דהקרא אינו פוסלו משום משקר רק משום גז ה"כ אף אם העדות אמת א"כ שוב הדרינן לכללא דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת ולא ישקר להתיר איסור דאורייתא והיכא דאשה ועבד כשרים גם הוא כשר. הארכתי לבאר כ"ז משום שהוא אצלי מהלכות עמומות:

ועתה נתברר ששיטת הנמו"י הנ"ל יש לה מקום עפ"י שיטת הרמב"ם והטור הנ"ל והרמ"א בסי' קכ"ז סוס"א דכל פסולי עדות נאמנים להעיד באיסורים דאינו חשוד לשקר. ואף דהרמ"א אינו מחלק כלל ומשמע דאף רשע דחמס כשר מ"מ אפשר לדחוק ולפרש דבריו דמיירי בפסולי עדות שלא מחמת חמס שלא יקשה עליו קושית הש"ך מפ' האומר דקאמר אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא. והנה מי לנו גדול מהגאון מליסא

ז"ל שאף שבספרו נה"מ בחו"מ סי' מ"ו סקי"ז דחה דברי הנמו"י בשתי ידים מ"מ בספרו קהלת יעקב בסי' י"ז ס"ג תמה על האחרונים שלא הביאו דברי הנמו"י וכתב שלא מצא חולק עליו ואף דסיים דיש להחמיר מ"מ וודאי סניף גדול הוא להיתר. והספר הזה עשה באחרונה כאשר מביא שם כ"פ דבריו בנתיבות:

ואמנם בנ"ד אין נ"מ בזה דהא כיון דהוא מגלח אחרים בשכר א"כ הי' רשע דחמס שעושה בשביל חימוד ממון. כמ"ש רש"י גבי אוכל נבילות לתיאבון אבל מ"מ נראה דקלקלתו תקנתו. דבשלמא אם איסור גילוח זקן הי' חמור אצלו ולעצמו לא הי' מגלח רק לאחרים בשכר א"כ חזינן דמשום חימוד ממון הוא עובר על איסור הוה רשע דחמס וחשוד להעיד שקר ג"כ משום חימוד ממון אבל כיון דכל איסור גילוח קיל להו לאינשי וגם לעצמו מגלח א"כ מה שמגלח אחרים בשכר אינו משום חימוד ממון דהא גם לעצמו מגלח. ולשיטת רש"י בסנהדרין (כ"ז) וחי' הר"ן שם מה שעושה להנאת עצמו לתיאבון לא מיקרי רשע דחמס רק באוכל נבילות לתיאבון משום דהוא בזול יותר והוי הנאת ממון וא"כ כיון דגם לעצמו מגלח בלי הנאת ממון בע"כ דאינו מחזיק זה לאיסור כמ"ש הגרע"א הנ"ל א"כ גם מה שמגלח אחרים הוא רק משום דקיל אצלו איסור זה. אבל איסור גמור לא יעשה להתיר א"א לעלמא משום חימוד ממון:

ובנ"ד נ"ל עוד טעם אחר להיתר דהנה הא כבר כתבתי לעיל דאף הש"ך ס"ל דאף דפסולי עדות אין נאמנין באיסורין הוא רק לאסור אבל להתיר נאמנין. וכתבתי לעיל דהוא מתרי טעמי או משום דלאסור אין נאמנים משום דאיתחזיק היתרא אבל להתיר דאיירי בדבר שאין לו חזקה לכאן ולכאן לכך נאמנין. או משום דאין אדם חוטא ול"ל. כמ"ש הנתיבות בסי' מ"ו סקי"ז ומש"ה להעיד לאשה שמת בעלה אינו נאמן דהא עומדת בחזקת איסור א"א ותרוויי' טעמי ליתנהו כמש"ל בשם הפנ"י דחזקה דאא"ח ול"ל לא מהני נגד חזקת איסור א"א. (ומ"ש הנתיבות שם דלעדות אשה פסול משום דחיישינן שמא עיניו נתן בה דבריו תמוהין דזה רק בחשוד על העריות אבל חשוד לשאר דבר אינו חשוד לעריות ורק להעיד פסול לס' הש"ך הנ"ל דחשוד לשקר כיון דהוא עצמו אינו עושה איסור) והנה כבר הקשה בתשו' זכרון כהונה (בד' ל"ו) למאן דס"ל דע"א נאמן בעדות אשה משום מדעל"ג א"כ גם עכו"ם שאינו מסל"ת אמאי אינו נאמן הא מבואר ביו"ד סי' פ"ג וסי' פ"ו לענין דגים וביצים דגם עכו"ם נאמן לומר מעוף פלוני וטהור דירא שמא יתבדה. וא"כ אמאי גם בעדות אשה אינו נאמן. ותירץ שם דכיון דפסולו משום אל תשת רשע עד דפסול אף אם אומר אמת כמש"ל לכך לא רצו חכמים להכשיר עדות עכו"ם אף במדעל"ג דמדעל"ג

הוא רק ראי' דאומר אמת ולעדות הא פסלתו התורה אף דאומר אמת עיי"ש בדבריו. וסברא זו הוזכרה ג"כ בתשו' חת"ס אה"ע סי' מ"ו ד"ה אבל:

אמנם ראיתי בתשו' פנ"י להגאון מג"ש ז"ל באה"ע סי' ס"א ד"ה ויען שרצה לומר ג"כ ס' זו דעכו"ם המתכוון להעיד אף אם יש הוכחה דקושטא קאמר פסול דהתורה פסלתו להעיד אף אם אומר אמת ואח"כ דחה ס' זו דכיון דהכשירו חכמים עדות קרובים ופסולים גם עכו"ם הי' כשר. ואינו פסול רק היכא דחיישינן דמשקר משום דפיהם דיבר שוא עיי"ש. וא"כ שוב הדק"ל הא במילתא דעל"ג גם עכו"ם אינו משקר. אך צ"ל דבאמת הא כתב הטורי אבן ר"ה (דכ"ב ע"ב) ד"ה כי אתא דהא דע"א נאמן במדעל"ג הוא רק היכא דלא איתחזיק איסורא אבל נגד חזקת איסור ל"מ חזקה דלא משקר במדעל"ג. וא"כ בע"כ צ"ל הטעם של הרמב"ם והתשב"ץ דס"ל דע"א נאמן בעדות אשה מה"ת משום מדעל"ג אף דאיכא חזקת א"א היינו דהא בלא"ה צריך הי' מן הדין להאמין ע"א משום חזקה דא"א חוטא ול"ל כמ"ש הפנ"י קידושין (דס"ד) הנ"ל. אלא מ"ט לא מהימן משום דחזקה דאא"ח ול"ל לא מהני נגד חזקת איסור א"א כמ"ש הפנ"י. אבל כיון דאיכא חזקה דבמדעל"ג לא משקרי אינשי. א"כ חזקה דאא"ח ול"ל מסלק חזקת איסור א"א. ושוב נאמן משום מדעל"ג לחוד. כיון דכבר נסתלק חזקת איסור א"א. וא"כ כ"ז בישראל אבל בעכו"ם דליכא חזקה דאא"ח ול"ל וליכא רק טעמא דמדעל"ג לחוד וזה לא מהני נגד חזקת איסור א"א כס' הט"א הנ"ל ומש"ה עכו"ם לא מהימן במתכוון להעיד. ול"ק קושית הזכרון כהונה. ואמנם תקשי דזה ניחא בעכו"ם אבל בפסולי עדות מחמת עבירה דשייך בהי ג"כ חזקה דאא"ח ול"ל דמה"ט קיי"ל דחשוד על הדבר דנו ומעידו כמש"ל. דמש"ה כתב הש"ך דפסולי עדות נאמנים להתיר. א"כ נהי דבעדות אשה איכא חזקת איסור א"א דלא סגי בחזקה דאא"ח לחוד להתיר כס' הפנ"י הנ"ל. עכ"פ שוב תקשי דיהי' נאמן מטעם מדעל"ג. דלא גרעי מעכו"ם דאינו משקר במדעל"ג כקושית הז"כ הנ"ל. מאי אמרת כס' הט"א דנגד חזקת איסור ל"מ מדעל"ג. ז"א הא חזקה דאא"ח ול"ל מסלק חזקת איסור א"א ושוב תסגי טעמא דמדעל"ג לחוד לשיטת הרמב"ם והתשב"ץ הנ"ל:

אך צ"ל די"ל דהם סברי כשיטת המהרי"ק דהא דאין דשב"ע פחות מב' הוא רק היכא דאיתחזק איסורא. אבל היכא דליכא חזקת איסור ע"א לחוד נאמן גם בדשב"ע, ולא כס' הרמב"ן. עיין שער המשפט סי' ל"ג. וגם ס"ל כס' הריב"ש הובא בפנ"י בקו"א למס' כתובות דבעגונה איכא שני חזקות לאיסור חזקת חי של הבעל וחזקת א"א דידה. ואמנם בעד כשר דאיכא שני חזקות לנגדם. חזקת אא"ח ול"ל וחזקה דבמדעל"ג לא משקרי אינשי הני תרתי חזקות מסלקי תרתי חזקת איסור שיש בכאן. והוי כליכא חזקה כלל

דע"א נאמן לשיטת המהרי"ק. אבל בפסול מחמת עבירה דחשוד לשקר ואתה רוצה להאמינו רק משום חזקה דאא"ח ול"ל א"כ שוב איכא נגדה שני חזקות לאיסור הנ"ל. והוי כליכא חזקה כלל. ובלא חזקה דאא"ח ול"ל עד פסול מצ"ע לא מהימן דחשוד לשקר. זה י"ל בטעם הדבר דפסולי עדות לא מהימני להתיר במיתת הבעל אף דהוי מדעל"ג. וא"כ מעתה לפי"מ שהובא באחרונים. וכבר דיברתי מזה באיזו תשובות דבירר למלחמה שהי' במקום סכנה הרבה פעמים ונאבד אח"כ זכרו כמה שנים דוודאי יצא מחזקת חי דאיתרע חזקת חי דידי'. נהי דנאמר דאיכא עדיין חזקת איסור א"א דידה מ"מ נגד חזקה אחת לחוד מהני מדעל"ג לסלקה ונשאר חזקה דאא"ח ול"ל דמהני גם בעד פסול כס' הש"ך הנ"ל. וא"כ י"ל דבנ"ד אף אם הי' עד פסול מחמת עבירה גמורה הוי נאמן כיון דכבר איתרע חזקת חי דידי'. מחמת שהי' במקומות הסכנה ונאבד זכרו זה כמה שנים. דקרוב לוודאי שמת ועכ"פ יצא מחזקת חי:

ועוד איכא טעמא להיתרא די"ל טעם פשוט על הא דגזלן פסול לעדות אשה אף לס' הרמ"א דפסולי עדות כשרים לכל האיסורים מ"מ כיון דמדאורייתא עדות אשה הוי דשב"ע ובעי שנים ורק דחכמים התקינו משום תק"ע להאמין לאשה ועבד ושפחה. א"כ י"ל דלא הקילו רק בדבר דשכיח טובא כמו אשה וקרוב ושייך בזה תק"ע. אבל גזלן ופסולי עדות מחמת עבירה דלא שכיחי כולי האי וליכא תק"ע אם לא נאמין להם לא הקילו חכמים בהא ואוקמוהו אדאורייתא דלא מהימני וכ"כ החת"ס בתשובה באה"ע סי' מ"ג ד"ה שוב שכתב וז"ל והטעם כיון שמה"ת פסול אין לנו אלא מה שהתירו חכמים להדיא כי אולי ראו שסגי בתק"ע עפ"י ע"א ואשה ושפחה או עכו"ם מסל"ת וכו'. אבל להשית רשע עד וכו' זה לא צריך וסגי בהכי עכ"ל. וסיים שם כ"ז בימים הראשונים וכו' אך עתה ידוע וכו' ואם לא נכשיר עדות ערכאות שלהם איכא חשש עיגונא יותר ויותר מכל הנ"ל, ע"כ במקומי אני עומד לזכות עכ"ד שם. וכ"כ בקצרה בסי' צ"ה ד"ה והנה היש"ש עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד בזה"ז דבעו"ה שכיחי טובא מגולחי זקן. ובפרט במלחמה בין אנשי חיל ואם לא נקבל עדות מגולחי זקן יושארו בנות ישראל עגונות טובא שפיר שייך גם בהו תק"ע כס' החת"ס הנ"ל:

וגם יש עוד לצדד דנראין הדברים דהעד בוודאי לא בא מתחילה להעיד ובוודאי סיפר מקודם לאחרים מה ששמע ורק אח"כ כשנודע להאשה הביאה אותו לב"ד להעיד דכן הוא הרגילות ומתחילה י"ל דהי' מסל"ת ואף שבא אח"כ לב"ד להעיד לא אמרינן בזה הוכיח סופו על תחילתו. ואף במתכוון אח"כ להתיר מסתפק בזה בקו"ע סי' ס"ג ופ"ב עיי"ש. וחזי לאצטרופי עכ"פ להני היתרים הנ"ל:

ומ"ש כ"ת לחוש ולומר דגם פסול מחמת עבירה דרבנן אינו נאמן רק היכא דאיכא שני עדים דמהני העדות מדאורייתא אבל בע"א דאף כשר אינו נאמן רק מדרבנן היכא דהוא פסול מדרבנן בטל עדותו לגמרי דאם אזלינן בתר דרבנן הרי מדרבנן פסול מחמת עבירה, ואם ניזול בתר דאורייתא בלא"ה ע"א אינו נאמן מדאורויתא. הנה כבר התעורר בזה בתשו' ברית אברהם אהע"ז סי' כ"א אות ד' ובאות י"ב שם מחלק דהיכא דאין הריעותא בנאמנות העד רק מצד אחר כמי במשאל"ס דהריעותא דילמא ניצל ויצא מהמים אז אף שהוא רק ע"א דאינו נאמן מדאורייתא מ"מ כיון דכבר האמינו אותו חכמים ודבריו מאומתין אצלינו שזה נטבע במשאל"ס אז שפיר אמרינן דחששא דדילמא ניצל הוא רק חשש דרבנן ואם ניסת ל"ח. וכן בחשש בדדמי דמלחמה. אבל היכא דהריעותא הוא בנאמנות העד כנדון דהב"ש בסי' קמ"א להרמב"ם דעדות בשטר הוא רק דרבנן אז היכא דאינו מקוים דרבנן חששו דילמא הוא מזויף דבין מדאורייתא בין מדרבנן החשש הוא דלא נאמין לדברי השטר בטל הגט מדאורייתא עיי"ש שדבריו נכונים. וא"כ מה שכתבת בישוב קושית האחרונים על המקילין בס' ג"י משס"ס יבמות (קכ"א) לומר דס' ג"י אין מקילין רק היכא דאיכא ב' עדים על גוף הדבר אז חשש דתפח הוא רק דרבנן וספיקו להקל אבל שם (דקכ"א) דאיירי בע"א או עכו"ם מסל"ת דאינו נאמן רק מדרבנן. אז ספק תפח מדאורייתא אסור. ולס' הבר"א הנ"ל ליתא לכ"ז דחשש דתפח הוא כחשש דמשאל"ס. דאין הריעותא על נאמנות העד רק על גוף הדבר. וכיון דכבר מאומתין אצלינו דברי העד הוי כאלו שני עדים מעידים על הטביעה דיצא מחשש דאורייתא:

איברא דמדברי הב"ש סי' י"ז ס"ק ק"ס מוכח להדיא שלא כדברי הבר"א שכתב דבמת בעלי בדבר הוי ספיקא דאורייתא אף דחשש בדדמי הוא רק דרבנן. מ"מ כיון דמדאורייתא אין האשה נאמנת הוי ספיקא דאורייתא. וא"כ לכאורה בנ"ד דבריך נכונים דכאן גם לדברי הבר"א יש לחוש. דהא הריעותא הוא בנאמנות העד דמדרבנן פסול מחמת עבירה דרבנן אינו נאמן להעיד. אבל באמת נלע"ד דאין זה דמיון כלל לד' הבר"א דבשלמא אם הי' הדין דפסול מחמת עבירה דרבנן גם לעדות אשה פסול עכ"פ מדרבנן אז היינו יכולים לומר דהיכא דליכא רק ע"א גם מדאורייתא אינו נאמן דאם ניזיל בתר דרבנן אינו נאמן מחמת שהוא פסול מדרבנן. ואם ניזיל בתר דאורייתא ע"א אינו נאמן מה"ת. אבל כיון דהדין דפסולי עדות מחמת עבירה דרבנן. כשרים לעדות אשה גם מדרבנן. כדקאמר רב מנשיא גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה א"כ ליכא כאן ממ"נ כלל דאזלינן בתר דרבנן ורבנן הא האמינו בין לע"א בין לפסול דרבנן. ואם תרצה לומר דחכמים לא האמינו רק בחדא לריעותא כגון ע"א לחוד או פסול דרבנן לחוד אבל תרוויי' בהדי

הדדי דאיכא תר"ל לא הכשירו זה א"א לומר כלל. דא"כ נאמר ג"כ דע"א והוא קרוב לא הכשירו דהוי תר"ל וז"א כלל דהא לא הוציאו מהכלל רק חמשה נשים כגון חמותה וכו' אבל אחותה ואמה נאמנת אף דאיכא ג' לריעותא אשה וקרוב וע"א. שכולם הם ריעותות דאורייתא. ומכ"ש פסול דרבנן דמדאורייתא אין זה ריעותא כלל וודאי פשוט דמהימן. ובפרט שכבר ביררתי דגם פסול מחמת עבירה דאורייתא חידוש הוא שאינו נאמן לעדות אשה דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת הבו דלא לוסיף עלה גם בפסול דרבנן. ובפרט דלפי"ד הגרע"א דמדמה לה לקושר ומתיר בשבת וסבור שאין זה איסור. אינו פסול גם מדרבנן אף לשאר עדיות כמבואר בחו"מ סי' ל"ד. לכן לענ"ד אין לחוש לזה כלל. ולענין חשש קברתיו צדקו דבריך דכיון שאמר לשון ער איז צערשמעטערט געווארען אין עוד חשש בדדמי ולכן הנני גם אנכי להצטרף בשריותא דא להתיר לאשת ר' יונה לאנגענטאל מצעשנוב להתנסבא לכל גבר דיתיצביין אחר שיושיב ב"ד של שלשה להתירה כדין הנישאת עפ"י ע"א. והשי"ת יצילנו משגיאות ויורינו מתורתו נפלאות:

כ"ד דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נג. תק"ע.

ע"ד העגונה מ' יודית בת ר' יעקב ברומם מפ"ק. הנה זה שהעיד אחי אבי' ר' משה שעוד בשנת תרע"ז בהיותו בוויען כתב מכתב לבעלה לשדה המלחמה אשר הי' שם. והשיג המכתב בחזרה והי' נכתב על המכתב תיבת "טאדה" יש כאן שתי ריעותות גדולות חדא דלדעת הרמב"ם בעינן שיהי' ניכר שהוא כתב ישראל כמ"ש בסי' י"ז סי"א. ועוד דהי' בלא חתימה ומבואר בב"י שם בשם רבינו ירוחם שכתב בשם הירושלמי דכתב בלא חתימה לא מהני. ובאמת לכאורה אינו מובן הטעם. דהא קיי"ל דמשיאין עפ"י בת קול ול"ח לצרה ולשום אחד מהפסולין כמ"ש בסעיף י'. ובח"מ בתשו' בס"ק כ"א מדמה כתב לבת קול, וא"כ למה לנו חתימה. וצ"ל עפימ"ש בנחלת יעקב להגאון מליסא דהא דעיקר ונאמנות העד הוא רק משום מילתא דעל"ג ובבת קול הוא קורא שמא רואה אותו אחר מרחוק או מכירו בט"ע דקלא ירא מלשקר במילתא דעל"ג שלא יתפוס בשקרו אבל בכתב שאינו מקוים דחיישינן לזיופא א"כ לא יוודע כלל מי הי' החתום ול"ש מילתא דעל"ג עיי"ש בדבריו בסי"א. וא"כ אף להחולקים דלא בעינן קיום היינו כיון דעכ"פ איכא חתימה ומדאורייתא ל"ת לזיופא. א"כ וודאי שהחתימה אמת א"כ החותם לא הי' חותם ע"ד שקר במילתא דעל"ג. אבל בליכא חתימה כלל ולא ידעינן כלל וגם לא יוודע לעולם מי הי' הכותב אינו ירא לשקר דלעולם לא יתפוס בשקרו. אלא דא"כ קשה להחולקים מל הה"מ וס"ל דמהני מסל"ת גם מפי הכתב. והא דכתב הרמב"ם דצריך שיהי' כתב

ישראל. היינו דהרמב"ם ס"ל דבעינן קישור דברים כמ"ש בבית מאיר. והנה כל מסל"ת דמהימן בע"כ לאו משום מדעל"ג. דהא כיון שאינו מכוין כלל להעיד ל"ש לומר דירא שלא יתפוס בשקרו כמ"ש בחת"ס אה"ע ח"א סי' צ"ה בד"ה אמנם עיי"ש וכ"מ בש"ך יו"ד סי' צ"ח יעו"ש. וא"כ כיון דאין הנאמנות משום מדעל"ג רק דמסל"ת לא חיישינן דמשקר. א"כ גם בכתב בלא חתימה לדידן דס"ל דלא בעינן קישור דברים ומהני מסל"ת גם בכתב לדברי הבד"ה והב"מ הנ"ל. אמאי לא מהני כתב בלא חתימה כמו קול כיון דאזיל לי' הטעם של הנחלת יעקב הנ"ל:

אך צ"ל דהנה לכאו' קשה מאי פריך הש"ס על הא דמשיאין עפ"י בת קול וניחוש דילמא צרה היא. מנ"ל להש"ס דניחוש למיעוטא הא רובא דעלמא לאו צרות נינהו כמ"ש בח"מ סקכ"א הנ"ל. ואף דבמשאל"ס חיישינן למיעוטא מדרבנן. כמ"ש התוס' בבכורות ובכמה דוכתי. היינו על סוף העדות החמירו חכמים דבעניני המיתה צריך שיהי' דבר ברור. אבל לענין הכשר העדות לא החמירו חכמים והקילו משום תקנת עגונות כמבואר בקדמונים. וע' בריטב"א ר"פ האשה (בדף פ"ח). וא"כ מנ"ל להש"ס להקשות כן בפשיטות. אך צ"ל דכיון דיש ריעותא שלא בא לפנינו להעיד או להגיד לאיזו אדם. רק צעק מרחוק שלא יראוהו אדם זה מוליד ריעותא שהיא צרה או אחד מהפסולין והי' יודע שאם ידעו מי הוא לא יהי' מקבלין עדותו לכך עשה באופן שלא ידעו מי המעיד ולכך חיישינן אף למיעוטא מחמת דאיכא הוכחה לזה. ואפ"ה משני הש"ס דבשעה הסכנה לא חיישינן לצרה והיינו משום דאיכא סברת הנחלת יעקב הנ"ל דהא אף בבת קול הוא חושש דילמא רואה אותו מרחוק או מכירו בט"ע דקל ויותפס בשקרו ולכך לא חיישינן. וא"כ בכתב בלא חתימה דג"כ איכא ריעותא מה דלא חתום הוא מוכיח דאדרבא הי' רוצה להעיד בכוונה לשקר. רק דהי' ירא שלא יתפוס בשקרו כשיבוא הבעל לכך עשה בכוונה והעלים שמו. דאיכא הוכחה שנתכוון להעיד בשקר ולא יתפוס בשקרו. מדלא חתם על הכתב. שוב חיישינן לצרה כיון דליכא ס' הנחלת יעקב דבכתב בלא חתימה לא יוודע לעולם מי הכותב:

ובזה י"ל על נכון ד' הטו"ז התמוהים שכתב בישוב קושית הריב"ש אמאי לא פריך הש"ס דניחוש לעכו"ם. ותירץ הט"ז דעכו"ם אינן מכוון להכשיל בחנם כמ"ש ביו"ד סי' קי"ח ותמהו הכל דא"כ נאמין לכל עכו"ם אף באינו מסל"ת משום דאינו מכוון להכשיל. ע' בב"ש ס"ק ל"ח. אך לפי הנ"ל י"ל דבאמת משום דאינו מכוון להכשיל לחוד אין להאמינו דהא ישראל וודאי דאינו מכוון להכשיל ואפ"ה אינו נאמן בדבר שבערוה ואיתחזק איסורא. רק משום דהוי מדעל"ג או משום דדייקא ומינסבא. ועיקר הדין דאינו מכוון להכשיל הוא רק היכא דא"צ לעדותו ונאמנותו. כגון בהניח עכו"ם בביתו דאי

לאו העכו"ם לא הי' כאן שום ריעותא ואחזוקי איסורא לא מחזקינן. רק דע"י העכו"ם נולד ריעותא דילמא החליף בשר כשר בנבילה ע"ז אמרינן דהיכא דאינו נהנה בחליפין לא חיישינן דילמא מכוון להכשיל. אבל היכא דצריך לעדות אז גם ישראל ל"מ משום ה"ט לחוד כנ"ל. וא"כ נכון הכא שפיר דמש"ה לא פריך הש"ס דילמא עכו"ם הוא די"ל דאיירי היכא דרוב ישראל מצוין. ואין אנו צריכין לעדות של העכו"ם כלל דאמרינן דרוב מישראל הוא רק דניחוש דילמא עכו"ם עשה כן בכוונה כמו דחיישינן לצרה כיון דאיכא ריעותא דהעלים את עצמו וצעק מרחוק שלא יראוהו תאמר דאיכא הוכחה דעשה כן בכוונה שלא יתפוס בשקרו שפיר אמרינן דעכו"ם אינן מכוון להכשיל. ושוב וודאי דאחד מישראל הוא דנאמן בעדותו אי לאו דחיישינן לצרה דמכוונת להכשיל וז"נ מאד בכוונת הט"ז. אבל היכא דידעינן וודאי דעכו"ם הוא אינו נאמן משום דאינו מכוין להכשיל. וא"כ יצא לנו מזה דהא דכתב הרבינו ירוחם דל"מ כתב בלא חתימה הוא רק משום חשש צרה אבל לעכו"ם לא חיישינן דאינו מכוון להכשיל כמ"ש הט"ז. וא"כ לדידן אף היכא דרוב עכו"ם מצוין ואינו מכיר שהוא כתב ישראל. מ"מ כיון דלא בעינן קישור דברים תולין בסתם עכו"ם מסל"ת בלא שום כוונה להעיד כמו בכל עכו"ם מסל"ת למאן דס"ל דמהני בכתב כנ"ל. מאי אמרת דאיכא הוכחה מדלא חתם בע"כ דנתכוין להעיד ולהכשיל. ז"א דעכו"ם אינו מכוון להכשיל ובוודאי לפי תומו עשה כן וסמכינן עליו כמו על כל עכו"ם מסל"ת:

וביותר צ"ל כן לס' הישועות יעקב דמתרץ דברי הטו"ז דהא דלא מהימנינן לכל עכו"ם שאינו מסל"ת הוא משום דחיישינן דאומר כן בשביל איזו הנאה ותועלת שישיג מעדותו. אבל היכא דאינו ידוע מי הוא לא יגיע לו שום תועלת ומש"ה מהימן עיי"ש בס"ק י"ב וא"כ תקשי מאד בכתב בלא חתימה דעדיף עוד מבת קול דליכא ט"ע דקלא ולא יוודע לעולם מי הוא ולא יגיע לו שום תועלת אמאי לא סמכינן. אע"כ דעיקר הטעם דחיישינן לצרה כנ"ל דמכוונת להכשיל. ואף דאיכא למימר דגם לס' הישויע"ק משום דלא יגיע לו שום תועלת מ"מ לא עדיף מישראל דאינו חשוד לשקר בשביל הנאה ואפ"ה לא מהימן בדיבורו לחוד בדבר שבערוה רק משום מדעל"ג. וכאן אינו ירא לשקר כיון דלא יוודע מי הוא כנ"ל. ז"א דעכ"פ מכח מסל"ת יהי' נאמן למאן דלא בעי קישור דברים ומהני מסל"ת בכתב. ול"ל לטעם דמילתא דעל"ג כנ"ל. ובע"כ עיקר הטעם רק משום צרה כנ"ל:

וא"כ נ"ל דבנ"ד יש סניף גדול להתיר עפ"י עדות הר' משה הנ"ל על מה שנשלח המכתב בחזרה ונכתב עליו תיבת "טאדטה" דאף דלא ניכר דהוא כתב ישראל ושכיחי עכו"ם יותר וגם דלא הי' חתום מ"מ אליבא דהב"מ הנ"ל לדידן דלא בעינן קישור דברים מהני

מסל"ת בכתב. ואי מאי דלא הי' חתום בזה לא חיישינן רק לצרה דמכוונת להכשיל ולא לעכו"ם מסל"ת כנ"ל וא"כ במלחמה במקום הפעלדפאסט באיטאליען וודאי דלא הי' החמשה נשים הפסולות לה וליכא למיחש למידי. ובחשש קברתיו נדבר אח"כ אי"ה:

ואף דלכאו' י"ל דכאן לא הוי מסל"ת דכיון דנשלח להם המכתב שהי' מוטל עליהם למסרו ליד בעל האשה הנ"ל וכשהשיבו שמת אולי הוי כמו ע"י שאלה. ז"א דמוכח מתשו' הר"ן שבב"י בעובדא דמונפלאיר שמסיים שם הר"ן וז"ל ודברי השליח אצלי אינם דברי מסל"ת כלל כיון דשייך האי שליח בהאי מילתא וכו' עביד הוא לאחזוקי ולומר שהוא נאמן לשלוחי' וכו' עכת"ד. הרי דשם הא איירי ששלחה מכתב ע"י השליח הזה לבעלה. ובא בחזרה ואמר שמצאו מת דחושבו הר"ן מסל"ת ולא הוי כע"י שאלה אי לאו משום דעביד לאחזוקי ולומר שנאמן לשולחי'. וזה לא שייך כאן דהא לא ידעינן כלל מי הוא שכתב כן דנאמר שרוצה שיחזיקו אותו לנאמן וגם איננו רק שליח דהממשלה בעל הבית דואר ול"ש כלל שיעשה לתועלת זה כמובן. ואדרבא נ"ל דגם הרמ"א דמחמיר כדעת הרמב"ם וס"ל דבעינן שידעו שהוא כתב ישראל דל"מ מסל"ת בכתב מודה כאן דעיקר הטעם הוא ובכתב נראה כמתכוון להעיד מדהטריח לכתוב וגרע מאמר בלא קישור דברים לחוד כיון דכתב בלא קישור דברים לאיזו שיבה כתב בע"כ כוונתו להעיד אבל בנ"ד דסיבה שכתב הוא כיון דהי' מוכרח לשלוח המכתב בחזרה הי' צריך לכתוב הטעם ששולח בחזרה משום שמת מי שנשתלח לו. א"כ זה גופה הוי קישור דברים דאמרינן דמכווין לספר אותו הקישור דברים שמספר. ה"נ כוונתו לפרש הטעם ששולח בחזרה. וז"ב אצלי מאד שזה עדיף מקיטור דברים ומהני גם בכתב כנ"ל. וגם נ"ל דגם לטעמא דהנחלת יעקב דבבת קול שייך מילתא דעל"ג דירא דילמא ראה אותו אחד מרחוק וידעו מי הוא האומר ויותפס אח"כ בשקרו. וא"כ ה"נ עדיף זה מכתב בלא חתימה די"ל שכתב בינו לבין עצמו ולא ידעו מי הכותב כיון שלא חתם. וכמ"ש הנחלת יעקב בכתב שאינו מקוים. אבל בכאן דנשלח לבי דואר של אותו המקום. א"כ בין אם כתב בעל הבית-דואר בעצמו התיבה הנ"ל על המכתב או אחד ממשרתיו. מ"מ לא גרע מבת קול דעביד לגלויי דהא בניקל לדעת מי הי' בעל הבית דואר באותו עת באותו מקום. וגם מי ממשרתיו שכתבו היו יראים מבעל הבית-דואר לכתוב דבר שעשוי לגלות שקרו. ולדעתי דומה זה ככתב חתום דהוי כמו שבעל הבית-דואר חתום עליו די"ל דמהני לכ"ע כנ"ל.

ומעתה נבוא לעדותו של העד הראשון שהוגבה בחראסטקיב מו"ה אליעזר בר' משה ארי' שהוא הי' אז הממונה על זה לרשום בספר הערכי שמות החללים שנפלו במלחמה. והוא הי' בקאמפאניט אחת עם בעל האשה הנ"ל אברהם העפטער מטארנאפאל והי'

מכירו היטב שהי' נכנס ויוצא בביתו. ולא הי' בקאמפאניע הזאת איש אחר העפטער מטרנאפאל וביום אחד נודע לו מפי הקאממאנדאנט של הקאמפאניע עם עוד שני אנשי צבא כי האיש ההיא מטרנאפאל מת בשדה ההריגה והסירו מבגדיו את הפתקא שנרשם שם שמו ושם עירו. וע"פ העדות הזאת רשם העד הנ"ל את שמו בספר המתים. והנה הרב מחראסטקיב תפס את עדות העד הזה כמעיד מפי עכו"ם מסל"ת. ולדידי מספקא לי טובא דכיון דהעד הנ"ל הי' הממונה ע"ז לרשום בספר מספר ושמות החללים. א"כ כשבא אליו הקאממאנדאנט ושני אנשי צבא לאמר לו מהריגת האיש הנ"ל הוי כבאו לפני ב"ד דהיו מתכוונים להעיד דלא מהני דכיון דהי' הממונה ע"ז הרי באו לפניו להעיד כדי שירשום אותו בפנקס המתים עפ"י עדותם. וראי' לדברי מדברי הב"ש ס"ק מ"ח דכתב דאף לדברי הת"ה דס"ל דעכו"ם ששאל את חבירו הוי מסל"ת מ"מ מודה בהא דתשו' הר"ן דלא הוי מסל"ת כיון דהגידו לפני השופט הוי הגדה לשם עדות. וכן מבואר בלשון הר"ן גופי' שהביא הב"י שכתב וז"ל כי אין ספק שכל מה שהשיבו האנשים לפני הגזבר שנתכוונו להעיד וכו' עיי"ש. ואף דשם איירי ע"י שאלת השופט. מ"מ לדברי התה"ד והב"ש שאלת העכו"ם לחבירו לא מגרע כח מסל"ת והעיקר רק משום דמה שאמרו לפני השופט והגזבר הוי כבא לפני ב"ד להעיד דמה לו להעכו"ם אם בא לפני ב"ד ישראל או להבדיל לפני ב"ד שלהם, כיון דנתכוין להעיד הוי כנתכוון להתיר והא דנקט ששאל השופט היינו משום דמעשה שהי' כך הי'. אבל גם בבאו מעצמם לפני השופט הממונה על כך דינא הכי, ובפרט בנ"ד דהוא פקודה חזקה אצל אנשי החיל דמי שרואה אותו מת מחויב להסיר הפתקא ולהעיד לפני הממונה אח"כ כדי שירשמו את שמו בפנקס החתים וודאי דלכך נתכוונו. ואמנם כיון דבעוה"ר עתה בעת המלחמה רוב העדיות הוא רק מפי ספרי הערכי נלע"ד לדון בזה להתיר מטעם אחר לבד מ"ש החת"ס דהערכאות נאמנים דלא מרעי אנפשיי' נ"ל מטעם אחר להתיר. חדא עפימ"ש הריב"ש בסי' קנ"ה לחלק בין מילתא דעל"ג דבוודאי תגלה ובידו להתוודע תיכף כמו בקידוש החודש. וכן בש"ס גיטין דנותנין לשני עכו"ם לקרותו זה שלא בפ"ז דבידו לשאול לאחר. וכן בסי' פ"ג ופ"ו ביו"ד דאמר מדג ועוף פלוני דטהור דנאמן אף עכו"ם בכל אלו הוי משום דהוי עבידא לגלויי בוודאי. אבל בעדות אשה שמת בעלה דיכול להיות דלא יתגלה בזמן קרוב או אף לעולם דדילמא הלך למדינה אחרת ולא יבוא לביתו עוד מש"ה אינו נאמן עכו"ם רק במסל"ת. א"כ י"ל דזה רק בבא להעיד על אשה שמת בעלה. דבע"כ איירי דאבד זכרו מדצריכין לעדותו. דאם הוא מכוון להעיד בע"כ דיודע דבלתי עדותו אינן יודעים שמת וכיון דזה מילתא דלא שכיחא טובא הוא שאדם חי יאבד זכרו ולא

יהי' ממנו שום ידיעה מש"ה אינו ירא העד לשקר כ"כ ולומר שהוא מת דהוא סובר כיון דאין לנו ידיעה ממנו שאין הדרך כן סובר אחת משתי אלה או שוודאי מת או שאינו רוצה לשוב לביתו ומעלים עצמו במכוון או שהוא במקום שאינו יכול לבוא לביתו. וא"כ מש"ה סובר העד דלא יתפוס כ"כ מהרה בשקרו ואומר שמת אף שאינו יודע בברי. אבל כאן במלחמה דבאותו יום שראו אותו מקודם הכל. בא העכו"ם ואומר שראה שנהרג אי לאו דהדבר אמת האיך לא ירא לשקר דילמא יבוא ההרוג ברגליו כיון דלא נולד שום ריעותא שיאבד זכרו. א"כ אם לא נהרג וודאי דיביא לפנינו או אף אם נשבה יודיע וודאי לבני ביתו ויתגלה הדבר בטח ויחייב זה העד ראשו למלכות על שהעיד שקר. דבשלמא באבד זכרו יש להעד ע"מ לסמוך דכמו דלא נתגלה עד עכשיו כ"כ לא יתגלה עוד כ"כ מהרה. אבל לא באותו יום שראינו אותו מקודם ולא נולד שום ריעותא שאבד זכרו וודאי ירא העכו"ם לומר שקר והוי כדבר שעשוי לגלות תיכף דכתב הריב"ש דנאמן עכו"ם אף שלא במסל"ת. אלא דלכאורה קשה ע"ז מעובדא דפונדקית דסוף יבמות דבני לוי שהלכו לצוער וכו' ובחזירתם אמרו אי' חבירנו. דבזמן קרוב כזה לא נולד עוד ריעותא שיאבד זכרו. ואפ"ה קאמר הש"ס דרק משום מסל"ת מהימנא עיי"ש. אך צ"ל דבעכו"ם דמכוון להעיד איכא עוד טעמא דלא מהני עבידא לגלויי כמ"ש החת"ס באה"ע ח"א סי' צ"ה ד"ה אמנם. דאדרבא העכו"ם אינו ירא שיתפוס בשקרו ויחזיקו אותו לשקרן. דיאמר אדרבא נתכוונתי להכשיל לישראל כמ"ש התוס' בע"ז (דף כ"ז) לענין רופא עיי"ש דיתנצל לומר כוונתי להרוג ישראל. וא"כ כ"ז במעיד לישראל. אבל כאן דמעיד למלך בדבר הנוגע למלחמה לידע מספר האנשי חיל ומתחייב בנפשו אם יעיד בשקר. ולא יוכל להתנצל כלל דנתכוון להכשיל ישראל. וודאי דירא לשקר בדבר העשוי לגלות תיכף כס' הריב"ש הנ"ל:

ולכאורה קשי' לי על ס' הריב"ש הנ"ל מהא דפונדקית הנ"ל דאיתא בברייתא דאמרה זה קברו. וא"כ מאי פריך הש"ס והא אי' חברינו קאמרו לה ולא הוי מסל"ת. מאי בכך והא בכאן עביד לגלויי תיכף ובידם לגלות הדבר דהא יכולים לפתוח את קברו ולראותו. דמותר לצורך הכרה כמ"ש בתשו' כנסת יחזקאל הובא בפ"ת סי' שס"ג ובכה"ג לדברי הריב"ש הנ"ל דנאמן אף באינו מסל"ת. ואולי י"ל דאיירי לאחר ג' ימים דיכולה להתנצל ולומר דנשתנה צורתו ואין מכירין אותו:

ובלא"ה נ"ל טעם אחר דבכה"ג לא מזיק מה שבאו לפני הממונה על כך. דהנה עיקר הסברא דמשיב ע"י שאלה לא מהימן. ובלי שאלה מהימן. הוא דאם אין שואלין כלל אמרינן אי לאו דראה שמת אותו פלוני מה עלה על דעתו כלל לומר על אותו פלוני

שמת. דבשלמא במשיב ע"י שאלה. כיון דשאלו אותו על אותו האיש. ועכו"ם הא פיהם דברי שוא. לכך מאי איכפת לי' אף ששקר הדבר אומר שמת וכעין שאיתא בסי' פ"א בחו"מ לענין משטה דכעין שהשטית וכו'. אבל בלא שאלה כלל. מה עלה על דעתו לומר כלל על אותו האיש הא איכא כמה אלפים ורבבות אנשים בעולם. א"ו דאמת הדבר. ואי דניחוש דילמא יש לו איזו הנאה וטעם בדבר לזה לא חיישינן כל דלא איכא רגל"ד כמ"ש בב"ש סק"מ. אבל בבא לב"ד אמרינן אף דהדבר אמת מי הכריחו לזה לבוא לב"ד להעיד. דבשלמא במספר או מודיע לפי תומו. כן דרך האדם שמספר מה שראה. אבל בבא לב"ד ועכו"ם וודאי אינו מכוון למצוה. ובע"כ דיש לו איזו טעם או הנאה בדבר. שוב אמרינן אולי כל הדבר שקר. רק דיש לו איזו טעם והנאה להעיד שקר דהא איכא הוכחה לזה דאל"כ אף אם הדבר אמת לאיזו צורך בא לב"ד להעיד דעכו"ם לא מכוון למצוה. וא"כ בנ"ד אין כאן הוכחה כלל לזה דהא אם אמת הדבר מחויב הוא מחוקי המלכות להודיע להממונה על כך. וא"כ כיון דלא שאלו שום אדם על אותו פלוני. מה עלה על דעתו פתאום לומר כלל שראוהו מת. א"ו דאמת הדבר שראוהו מת. מאי אמרת דמ"מ לאיזו צורך בא להממונה וודאי דיש לו איזו טעם. ז"א דאם אמת הדבר מוכרח הי' לבוא להממונה להודיע מחוקי המלכות. כנ"ל נכון. ובפרט דגם גוף הדבר דבא לב"ד בלי שאלה ל"מ אינו מוסכם. עיין בתשו' רד"ק בית י"ז. דפירוש הש"ס דבא לב"ד הוא רק משום דלא הי' קישור דברים ובנ"ד הי' קישור דברים:

ובשגם דהא חזינן דלענין משיב ע"י שאלה יש חילוק בין אם ישראל שואלו בין אם עכו"ם שואל לחבירו כס' הת"ה הנ"ל. א"כ י"ל דגם לענין ב"ד הדין כן. דרק בא לפני ב"ד ישראל ולא לפני שופט עכו"ם. ואף דבתשו' הר"ן הנ"ל ובב"ש סקמ"ח הנ"ל מבואר דגם בשופט עכו"ם אמרינן דנתכוון להעיד היינו היכא דאיכא תרתי לריעותא דהשיב ע"י שאלה וגם לפני השופט כמבואר שם. אבל בבא לפני שופט עכו"ם בלא שאלה י"ל אף דבבא לפני ב"ד ישראל מיקרי מתכוון להעיד כמובא בס' נחלת יעקב בשם תשובת הרשב"א והרא"ש והריב"ש. מ"מ בבא לפני ב"ד עכו"ם לא אמרינן כן וטעם הדבר דבב"ד של ישראל דיודע דאין דנין רק על עסקי ישראל א"כ יודע דהדבר נוגע רק לצורך ישראל חיישינן דמשקר אבל שופט עכו"ם די"ל דאין העדות לצורך ישראל כלל כמו בנ"ד דהדבר נוגע גם לצרכי המלחמה לידע מספר החללים וכדומה. הוי כמו עכו"ם השואל לחבירו דאינו מעלה על דעתו דשואל לצורך ישראל ולכך לא חיישינן דמשקר:

ובפרט דיש לנו עמוד גדול לסמוך עליו החת"ס שהאריך בתשובותיו בסי' מ"ג וצ"ה דערכאות נאמנים גם בלא מסל"ת. ובנ"ד העיד ר' משה אחי של הר' יעקל הנ"ל שהי'

לו שלשה מכתבים מהקאמאנדא והראטהענקרייץ והזעעלזארגער ובכולן נכתב המקום שנהרג ונקבר שם. וודאי חזי לאצטרופי לכל מש"ל:

והנה בעדותו של העד ר' אליעזר הנ"ל יש לפקפק עוד. שאמר שנודע לו מפי הקאממאנדאנט ושני אנשי הצבא כי האיש ההוא מטרנאפאל מת בשדה ההריגה והסירו מבגדיו הפתקא שהי' כתוב בה שמו ושם עירו. ויש להסתפק אם הכירו הקאממאנדאנט ואנשי הצבא את האיש ההוא מקודם. והכירו אותו גם עתה בט"ע. או דהם ידעו רק ע"י הפתקא שנכתב שם שמו. ואם כן יש לכאורה חשש שאלה. ואף דפתקא הזאת וודאי לא מושלי אינשי מ"מ הא ידוע שיטת הריטב"א שבב"י הובא בב"ש סק"ע דלמ"ד סימנים דרבנן גם בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה. ואמנם הנה הארכתי בזה כבר באיזו תשובות שהי' לי בעניני עגונה דלענ"ד הפתקא הזאת שנושאים אנשי החיל לעדות עדיף טפי והוא עפ"י דברי החת"ס בתשו' סי' נ"א ונ"ג ונ"ד שהאריך לבאר שיטת ר"ת בהא דאין מעידין אלא על פ"פ עם החותם דמה לנו בכך כיון שהוא מעיד שמכירו בט"ע. ובין אם מעיד רק על אבר פרטי. דמכיר האבר ההוא בט"ע. אז כיון דאינו מעיד על האיש בכלל רק על אבר הפרטי זה הוי רק מתורת סימן דהאיש הזה הי' לו אבר כזה. ובסימנים בעינן סימן מובהק ביותר. ומש"ה לא מהני רק בפ"פ עם החותם דזה סימן מובהק ביותר דל"ש אף אחד מאלף שידמה בפרצופו לחבירו. עיי"ש בדבריו היקרים שכיוון לאמיתה של תורה שכן מוכח להדיא כדבריו בא"ז הגדול סי' תרצ"ב שהביא לשון ר"ת בארוכה. ועיין עוד בדבריו בסי' נ"ד ד"ה והנה ראיתי שכתב וז"ל והט"ע בשלש אלו אע"ג שהוא מכירו בטוב אינו נחשב אלא כעין סימן לכל הגוף כאדם שיש לו ט"ע גמור. דשומא ידוע ומוצא השומא הזאת בגופו של זה וכו' דלא נקרא ט"ע אלא סימן וכו' עיי"ש בדבריו ויוצא מדבריו דיש חילוק בין אם מעיד על כללות האיש שזה פלוני דזה מהני בתורת ט"ע ובין אם מעיד רק על אבר פרטי זה הוי רק מתורת סימן ובעינן שיהי' מובהק ביותר אף דמכיר האבר ההוא בט"ע. וזה דלא כהנוב"י מהדו"ק בתק"ע סי' נ"א ד"ה ונלע"ד עיי"ש. וא"כ ה"נ נלע"ד דע"כ אמרינן דחיישינן לשאלה אף בכלים דלא מושלי. הוא רק בהיכר כלים דהם רק כסימן להגוף כמ"ש הנוב"י הנ"ל בסי' הנ"ל בד"ה תו חזינא שכתב וז"ל הנה בהכרת הבגד וכו' והבגד הוא כדמות סימן בבעלי' וכו' אבל למ"ד סימנים דרבנן א"כ חיישינן שמא איתרמי סימן כזה באדם אחר אף דלא שכיח כל כך ובעינן מובהק ביותר דלא שכיח כלל וכו' א"כ אין הבגד סימן על הלובשו כי חיישינן לשאלה וכו' ולא מיקרי הבגד סימן מובהק בבעלי' עכת"ד עיי"ש. וכ"ז שייך בכלים דעלמא דאינם מעידים עדות גמורה על האדם דזהו רק מתורת סימן קאתינן עלה אבל בהני

פתקאות דנכתב עליהם שמו ושם משפחתו ושם עירו. ומעידין עדות גמורה שזה הוא אותו האיש והוי עדות בשטר ממש דקאמרי ידעינן בי' דפלניא הוא שכתב החת"ס הנ"ל. ומצינו עדות כזה בב"ב (דף קע"ב) ההוא שטרא דכתוב בי' אני פב"פ לוויתי ממך מנה דאמרינן ממך מההוא גברא דנפיק מתותי' ידי' משמע. ופריך דליחוש לנפילה ומשני לנפילה לא חיישינן. ודחקו הרבה באחרונים לחלק דאמאי חיישינן לשאלה ולנפילה לא חיישינן ואי דנפילה לא שכיח הרי בכלים דלא מושלי שאלה ג"כ לא שכיח ואפ"ה חיישינן לשיטת הריטב"א הנ"ל. ולפימ"ש נכון מאוד. דכאן בההוא שטרא לא מכח סימן אתאינן עלה דסימנים לא מהני להוציא ממון כמ"ש התוס' בחולין (דצ"ו) עיין קצוה"ח סי' רנ"ט. רק דזהו עדות גמורה שנכתב מתחילה להעיד ע"ז שמי שיוציא השטר מידו ממנו לוה. ובכל עדות גמורה לא חיישינן למילתא דלא שכיח. וה"נ הוי פתקאות דניתנו מתחילה להעיד שמי שימצא הפתקא עליו שמו ושם משפחתו ושם עירו כך וכך. ומי שמוצא הפתקא הזאת על איזו הרוג מעיד עדות גמור על כללות האיש הנמצא. ידענא בי' דפלניא הוא ואין זה מתורת סימן דניחוש למילתא דלא שכיחא לומר דעי"ז לא הוי סימן מובהק דניחוש לשאלה. ודוק היטב כי ז"ב מאוד לענ"ד ונכון לאמיתתה של תורה ויכולין לסמוך ע"ז בחשש שאלה דבלא"ה הרבה פוסקים והש"ך בסי' ס"ה מכללן ס"ל דלא חיישינן לשאלה כלל ובפרט בכלים דלא מושלי. דהנוב"י מחה לה מאה עוכלי וכו' על שיטת הב"י והריטב"א הנ"ל. וע' בב"מ סעיף כ"ד שכתב דהמקיל בחשש שאלה לא הפסיד עיי"ש:

ועוד מה שיש לפקפק בעדות ה' אליעזר הנ"ל שלא הזכיר בשם האנשי חיל הנ"ל שקברוהו ובמלחמה בעינן וקברתיו. אבל כבר הארכתי בזה. דנטילת הפתקא מבגדיו וודאי אי אפשר רק ע"י הזזה דהוי כקברתיו. ואף דהח"מ בס"ק ק"ח פקפק לומר דהסרת הפאטשיילע לא מיקרי הזזה. מ"מ וודאי נטילת הפתקא התחובה בתוך בגדיו צריך יותר להזיזו מהסרת הפאטשיילע שעל ראשו. וגם כבר כתבתי דנלע"ד דבמלחמות שלנו כיון דזה רק קבוע שמחויבים לקבור החללים מחשש עיפוש ר"ל ע' בקו"ע סי' קס"ה כעין סברא זו. וא"כ כיון דאנשי החיל הנ"ל התעסקו עמו ולקחו ממנו הפתקא. מאי אמרת דילמא רק אידמו להו שמת. מ"מ כיון דלפי מחשבתם מת וודאי דקברוהו כיון דזה חיוב גדול עליהם. וגם בלא"ה דעת הראב"ד והרמב"ן והרבה גדולי הפוסקים דלא בעינן וקברתיו. וגם בכאן עדות הר' משה הנ"ל שהעיד מפי השלש מכתבים שהי' לו מהקאממאנדא כנ"ל נזכר שקברוהו. ולדעת החת"ס הנ"ל מהימני אף שלא במסל"ת. וא"כ וודאי דבחשש קברתיו יכולין לסמוך עליהם:

ויתר על כל אלה ראוי לאיצטרופי עדות העד השני ר' יונה וועבער שאמר ששמע מפי אנשי צבא יהודים שנהרג אותו האיש העפטער מטרנאפאל. ורימז עליו על אותו שהי' רגיל לראותו בבית העד הראשון והוא הי' האיש אשר העד הראשון העיד על שמו ושם משפחתו ושם עירו דהוי כשמו ושם אביו ושם עירו לדעת הב"ש בשם המהרשד"ם וכיון דהעיד מפי שנים כבר ידוע דעת המהר"ם מלובלין והצ"צ שהובא בב"ש ס"ק קנ"ג דא"צ קברתיו. לכן מכל אלה נכון להתיר האשה יודית בת ר' יעקב לישא לכל איש שתרצה בלבד שיסכים אתי לפחות עוד אחד מהרבנים המפורסמים בהוראה. והשי"ת יצילנו משגיאות ויורינו מתורתו נפלאות:

וע"ד העגונה השנית א' הר' יוסי פידלער מפה. אשר העיד איש א' מזבאראז שהי' אתו יחד בשבי' בעיר קאקאנד במדינת קוקאז. והעד נחלה שם על חולי הטיפוס ר"ל שהי' שורר שם מאד בעת ההיא והי' מונח בשפיטאהל שהי' משמש שם ה' יוסי פידלער הנ"ל. ואח"כ הוטב לו מחליו וה' יוסי נחלה על חולי הנ"ל והי' עומד מטתו בחדר אחד עם מטתו של העד הנ"ל. ונתגבר חליו מאד. ופעם אחת בבקר השכים העד הנ"ל ומצאו לה' יוסי הנ"ל מת. ובאו המשמשים שם ולקחו אותו במטה המיוחדת לכך והניחוהו בחדר מיוחד וכפי דבריו הי' מונח שם כ"ד שעות ואח"כ באו מהעיר ולקחוהו לקבורה אך הוא לא ראה כ"ז שלא הניחוהו ללכת לחוץ. וגם העיד איש אחד מפה. שגם הוא הי' בשבי' בעיר הנ"ל והי' ביחד עם ה' יוסי הנ"ל. ואח"כ הלך ה' יוסי הנ"ל לשפיטאהל הנ"ל להיות משמש והעד נשאר בהלאגער. ואח"כ שמע מהרבה אנשים כי מת ה' יוסי הנ"ל והלך להיות אצל הלוי' וכשבא שם אמרו לו שכבר נקבר. והנה בעדות עד הראשון הנ"ל יש להסתפק ג"כ לדעת הר"ן בתשובה דע"א בדבר כע"א במלחמה דמי ובעינן וקברתיו ואז הי' עת דבר ר"ל מחולי הטיפוס. והנה באמת תמי' לי לכאורה שלא הובא בש"ע כלל דינו של הר"ן דע"א בדבר יהי' צריך קברתיו ומובא רק הדין של האשה עצמה אם אמרה מת בעלי בדבר. שהובא בסעיף נ"ה שני דיעות. אבל לענין ע"א לא הובא בש"ע כלל. רק בב"י מביא דעת הר"ן בתשו' דדמי לע"א במלחמה. וזה תמיה לכאו' מה שהשמיט כ"ז בש"ע. והנה י"ל בפשיטות דהא באמת בש"ס איכא ב' לשונות אם דבר כמלחמה. ופליגי הפוסקים כמאן ס"ל דהרמב"ם פוסק כל"ק דדבר אינו כמלחמה. והרא"ש פוסק לחומרא ועכ"פ מידי ספק פלוגתא לא נפקא. ובע"א במלחמה ג"כ פליגי הפוסקים. דלדעת הרמב"ם הוא בעיא דלא איפשטא דהוא מפרש האיבעיא בש"ס אם בע"א במלחמה חיישינן לבדדמי וצריך קברתיו או לאו ואיכא ג"כ דעת הראב"ד והרמב"ן דס"ל דגם בע"א במלחמה לא בעינן קברתיו. וא"כ בע"א בדבר איכא ס"ס. דילמא דבר אינו

כמלחמה ואף את"ל דדבר כמלחמה מ"מ דילמא ע"א גם במלחמה נאמן וא"צ קברתיו. ואף דכבר ידוע דברי הפנ"י בקו"א בכתובות שחולק על חכמי ספרד שמתירין בעגונה משום ס"ס. משום דהוי ס"ס במקום חזקה. מ"מ הא כתב הפרמ"ג ביו"ד סי' י"ח בשפ"ד בשם הכנה"ג דבס"ס בפלוגתא דרבוותא או באיבעיא דלא איפשטא לא אוקמינן אחזקה דמשום חזקה לא ישתנה הדין עיי"ש. והא דהר"ן החמיר בע"א בדבר אולי י"ל דס"ל כדעת הרי"ף דהאיבעיא דע"א במלחמה הוא רק בקברתיו אבל בלא קברתיו פשיטא דחיישינן לבדדמי וא"כ ליכ' ס"ס כלל. אבל לדידן דקיי"ל כהרמב"ם דהיא איבעיא דלא איפשטא אף בלא קברתיו ואם ניסת ל"ת. וגם איכא דעת הראב"ד והרמב"ן דס"ל דא"צ קברתיו בע"א במלחמה. א"כ הוי ס"ס גמור בפלוגתא דרבוותא. ולכך השמיט בש"ע הדין דע"א בדבר:

וגם י"ל דהנה בב"ש בס"ק קמ"ג רצה לפרש בדעת הרמב"ם דס"ל דע"א במלחמה אם לא אמר קברתיו דאם ניסת ל"ת לאו משום דהוי איבעיא דלא איפשטא. רק דכל החשש דבדדמי בע"א הוא רק חששא בעלמא ובדיעבד לא חיישינן לה. ומשמע דהוא רק חששא מדרבנן דמדאורייתא אין חילוק בין לכתחילה לדיעבד כידוע. והנה מצאתי תלי"ת ראי' מפורשת לדברי הב"ש מדברי הרמב"ם בפ"ו מה' נחלות דחושב שם כל הני דהחמירו חכמים רק משום חומר איסור א"א. ובנחלה לא חיישינן להו וקחשיב ביניי' או שנדקר במלחמה. מפורש להדיא דחשש בדדמי הוא רק חששא דרבנן עיי"ש וכן מפורש שם בלח"מ בא' שנדקר במלחמה הטעם משום דבדדמי עיי"ש. רק שתמה ע"ז דהא שם איירי בשני עדים דלענין נחלה ע"א אינו נאמן ובשנים הא ל"ח לבדדמי. ובאמת נראה מוכח מכאן להדיא דהרמב"ם ס"ל כדעת הרי"ף דגם בשנים חיישינן לבדדמי. דמה שדחק הלח"מ שם לפרש ולחדש דהיכא שנדקר במלחמה לכ"ע חיישינן אף בשנים לבדדמי. זה נראה דוחק מאד. ואם נרצה ליישב דעת הרה"מ דס"ל בדעת הרמב"ם דבשנים ל"ח לבדדמי. נהי' מוכרחים לומר דהרה"מ ס"ל כשיטת התשב"ץ בדעת הרמב"ם דע"א נאמן משום מדעל"ג מדאורייתא גם לענין נחלה עיי"ש בסי' פ"ב ופ"ג בח"א. וא"כ אף דהרמב"ם שם בפ"ו מה' נחלות הנ"ל התחיל לומר דהעידו שני עדים מ"מ י"ל דזה קאי רק אשאר דברים שכתב כאן אבל דין דנדקר במלחמה צ"ל דאיירי בע"א. ב"כ וב"כ עכ"פ מפורש בדברי הרמב"ם והלח"מ כהב"ש דהוא רק חששא דרבנן. וא"כ בדבר דאיכא פלוגתא דרבוותא אם דבר כמלחמה. א"כ בדרבנן קיי"ל כדברי המקיל. ולכך השמיט בש"ע כלל הדין דע"א בדבר:

ובלאה"כ בנ"ד א"צ לכ"ז דהא מבואר בפוסקים דטלטול ממקום למקום מהני כמו קברתיו. כדמוכח מהא דאסקוהו קמן אגישרא דשביסתנא. וא"כ כאן הא העיד העד דטלטלוהו ממטתו לחדר המיוחד לכך. וגם נלע"ד דכל עיקר החשש דצריכין קברתיו. הוא רק באומר שראוהו הרוג והלך לו והניחו שם. שוב מצאתי כס' זו בקו"ע סעיף ק"ט. אז איכא למיחש דילמא אידמי לי' רק דמת ואח"כ נשאר חי. אבל בנ"ד דהעד נשאר שם בשפיטאהל איזו ימים אם איתא דחי אח"כ ונתרפא קלא הוה לי' למילתא והי' צריך ג"כ העד לשמוע מזה. דחידוש גדול כהאי וודאי דהי' נודע לכל ופשיטא דלא חיישינן למילתא דל"ש כ"כ שיהי' נעשה דבר זה בחשאי ולא הי' העד שהי' שם כל שעה יודע או שומע מזה. וגם בט"ז סנ"ה מביא דברי המ"ב דמקיל וגם עדות העד השני מפ"ק מעלייתא הוא. דהא קיי"ל בש"ע ס"ה דבאומר בדבר בחשש קברתיו שמעתי סגי אף דאינו יודע ממי שמע ועי' בקו"ע שם ס"ק קמ"ח בתשובות ב"י. ולכן נלע"ד דיש להתיר אשת ה' יוסי פידלער לינשא לכל גבר שתרצה אחר שתחלוץ מיבמה. באופן שיסכים עמי ג"כ בהיתרה עוד אחד מהרבנים המובהקים:

והנה לענין מ"ש למעלה דעד המעיד שמעתי מפי שנים דל"מ לבדדמי. אף דבנוב"י מהדו"ק סי' כ"ח בד"ה ומ"ש הרב מטארניגראד כתב להיפך. דרק היכא דהראשונים העידו בב"ד דנאמנים מה"ת אמרינן דבתר סהדותא דתרי סהדי לא מדייקינן אחר שהתורה האמינתם כמ"ש הרמב"ן וקיימתיו מסברא בעזהשי"ת. מ"מ הוא גופי' משוי נפשי' הדרנא בסוף התשובה שם בד"ה אמר הכותב. עפ"י דברי המהר"י בן לב והמבי"ט דגם בעדים פסולים ל"ח לבדדמי. ובאמת כפי הנראה הי' אז בהעלם עין מהנוב"י ז"ל דברי הב"ש הנ"ל בס"ק קנ"ג דמביא בשם שני גדולי עולם. המהר"ם מלובלין והצ"צ. דאף דבפסולים חיישינן לבדדמי. מ"מ בעד המעיד מפי שני עדים כשרים ל"ח לבדדמי. והסברא שדחה שם הנוב"י. דבתרי לא חיישינן ולא שכיח שיטעו בכח המדמה ע"כ אמיתית היא. דהא ידוע דברי הפנ"י והנתיבות בסי' ל"א ובכמה מקומות דכל עד אחד שלא האמינה תורה גם בדיני ממונות לאו משום דחיישינן דמשקר רק משום דאומר בדדמי. וא"כ ע"כ זה סברא מבחוץ דחד שכיח דאומר בדדמי ותרי לא. דמה"ת לא חיישינן דאחד משקר כמו שנים. וכה"ג מצינו לענין מילתא דלא רמיא עלי' דאינש דחד לא מהימן ובתרי לא אמרינן כן כמ"ש הפ"ת הובא בפרמ"ג יו"ד בשפ"ד סק"ח בסי' י"ח. ושם בע"כ אין הטעם משום דשנים נאמנים מה"ת. דשם לענין איסור מיירי דגם ע"א נאמן מה"ת בדבר שבידו אף באיתחזיק איסורא. ועי' בפמ"ג שם דמדמי לה ג"כ לענין בדדמי דמלחמה. ובאמת יש סתירה לכאורה לדברי הפ"ת האלו מדברי הש"ך בחו"מ

סי' ע' סק"ו דמביא שיטת הפוסקים דאעדים קאי מבואר להדיא דגם בשני עדים אמרינן מילתא דלא רמיא לאו אדעתא ואכ"מ. ועכ"פ סברא זו אמיתית דבשנים לא חיישינן שיארע להם טעות ע"י דמיון כמו אחד. ומה שקשה לי' להנוב"י דא"כ גם בשני פסולים נאמר כן זה הי' קשה גם לי. וצ"ל עפ"י דברי הש"ס יבמות (קי"ז ע"ב) דקאמר ואב"ע כל היכא דאתי עד כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כחד דמיין וכו' אבל שתי נשים באיש אחד כפלגא ופלגא דמי ונפסק כן בטוש"ע סעיף ל"ז. וא"כ לא היו חכמים יכולים לחלק בדבריהם דכיון דגם לענין הכחשה אמרו דשני פסולים כחד כשר דמי. א"כ כיון דבחד חיישינן לבדדמי לא היו יכולים להעדיף כח שני פסולים מחד כשר. דלא חילקו חכמים בתקנותיהם.

וגם יש עוד להעיר על מה דפשיטא להו למהר"ם מלובלין וצ"צ והב"ש דבמלחמה מהני עפמ"ע מדברי התשב"ץ ח"א תשו' פ"ב ד"ה כתב וז"ל בתשו' פ"ג ד"ה קשיא. דלדעת הרמב"ם שמפרש שם דס"ל לחלק דעמפ"ע לא הוי מילתא דעל"ג כמו מעיד מפי עצמו. וא"כ במלחמה ובמשאל"ס דעיקר נאמנות העד הוא רק דאיפשט בעיין דטעמא משום מילתא דעל"ג כמ"ש הב"ש בס"ק קמ"ג א"כ עמפ"ע דל"ש גבי' מילתא דעל"ג לס' התשב"ץ הנ"ל לא מהימן במלחמה. כ"כ שם התשב"ץ וכפל דבריו דלדעת הרמב"ם ל"מ במלחמה עמפ"ע. אך כבר הארכתי בזה באיזו תשובות דלית דחש לה לס' התשב"ץ הזאת דא"כ ח"ו נפל כל היתר עגונות שבזה"ז בבירא. ואחר שבש"ע אין רמז לדעה הזאת ואדרבא מבואר בכמה מקומות להיפך ועיין בקו"ע בתשו' מהר"א בן חיים אות ר"פ ורפ"א. ואדרבא איכא הרבה דס"ל דעמפ"ע עדיף דל"צ קברתיו. וא"כ כיון דדעת התשב"ץ אין זכר לה בש"ע כבר מסור כלל זה בידינו דדיעה שלא הובאה בש"ע לא חיישינן לה. וא"כ לדעתי אין לפקפק בהיתר אשה הנ"ל:

והנה לענין העגונה השנית הנ"ל לענין חשש בדדמי בדבר נ"ל עוד סניף לדבר. דידוע מפי הרופאים דמי שחלה כבר בחולי טיפוס ר"ל אין לו לירא עוד שיתדבק בו החולאת הזאת ר"ל עד זמן מרובה וכבר כתב הב"ח בסוס"י י"ז דהיכא דהעד אינו בסכנה לא אמר בדדמי כמו במלחמה קטנה באשה דלא מסתפי מלסטים. וא"כ ה"נ העד הראשון הנ"ל שכבר חלה מקודם בחולי הנ"ל ונתרפא לא הי' בסכנה ולא אמר בדדמי. ואף שבאמת דברי הב"ח אינם מוסכמים דהרי במשאל"ס ג"כ אין העד בסכנה ואפ"ה מבואר ברמב"ם ובמחבר סעיף ל"ג דבעינן קברתיו. ועי' בב"ש שם ס"ק צ"ט דבעינן ג"כ סימן מובהק משום חשש חילוף ואפ"ה צריך קברתיו משום חשש בדדמי דילמא לא מת. ובאמת בח"מ שם ס"ק ס"ב משמע דמשיא דעת המחבר לכוונה אחרת. אבל בנוב"י

סי' כ"ח דחה דבריו עיי"ש בד"ה דרך כלל ובד"ה ומ"ש התה"ד. שמביא תשו' הרשב"א שמפורש להדיא משום חשש דלא מת. ועי' בקהלת יעקב להגאון מליסא בסעיף ל"ג הנ"ל שמתחלה החזיק בדעת הח"מ. דבמים ליכא חשש בדדמי דלא מת כמו במלחמה קטנה. ובסוף מביא מס' תולדות אדם להרשב"א שמחלק בין אשה גופה דנטרה עד דמת בין איניש דעלמא דמה לו להמתין עיי"ש ומסיק דצדקו דברי הנוב"י. איברא דמצאתי בתוס' חד מקמיא במס' יבמות בש"ס ווילנא (דקט"ו) שכתב להדיא דגם בעד אחד דעלמא במלחמה קטנה לא אמר בדדמי ומביא מהא דנהרגו הרוגים בתל ארזא. ומהא דאני הייתי עם הורגי' עיי"ש שכתב דכיון דלא הי' לו פחד לאו מלחמה מיקרי ודבר ברור הוא זה. מבואר להדיא כדעת הב"ח. וע' בקו"ע סי' ק"צ מבואר ג"כ כן בתשו' ב"י ועיין בח"מ ס"ק ק"ח שמביא דברי המהריב"ל דמספקא לי' גם במלחמה קטנה באשה גופה אם צריך קברתיו. ואולי י"ל דס"ל כדעת הרמב"ם דאשה במלחמה גם באומרת קברתיו אינה נאמנת ובמלחמה קטנה נאמנת. אבל קברתיו משום חשש בדדמי צריך. ועיין ח"צ סי' צ"ה ובב"מ סמ"ט ובישויע"ק סקמ"ג. ועכ"פ הדבר תלוי באשלי רברבי. וא"כ בנ"ד חזי עכ"פ לאצטרופי לסניף ככל הני היתרים דלעיל:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נד, תק"ע.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי מו"ה **צבי הירש** נ"י דומ"ץ דק"ק **בעלזא** יצ"ו:

יקרתו לנכון במועדו הגיעני ומה אעשה כי קשה לי עתה להשיב לשואלי דבר ולעיין כראוי. ועכ"ז למען תקנות בנ"י מוכרח אנכי להשיב לו בקצרה. הנה ע"ד הכרה מפאטאגראף אין תח"י ספרי האחרונים שכותב כת"ה. אך זוכר אנכי שזה כמה שנים בהיותי עוד ביאברוב ראיתי בס' ברכת רצ"ה להגאון הר' הירשלי ארנשטיין אבד"ק לבוב ז"ל שפלפל בזה ואין הס' הזה עתה תח"י אך זוכר אני שרצה לדמות ד"ז לקיום שטרות ע"י דימוי החתימות זל"ז דקיי"ל דלא הוי קיום רק מדרבנן עיין בסי' מ"ו וה"נ דימוי הצורה ואף דבעגונה הקילו חכמים מ"מ זה רק בסוף העדות שהאמינו קרובים או פסולים אבל בתחלת העדות לענין הכרה או גוף המיתה לא הקילו כמבואר בש"ס בכורות (דמ"ו ע"ב) ובד"מ סי' י"ז וא"י להתיר רק ע"י הכרה שהוא מדאורייתא. ואמנם באמת אין ראי' כ"כ מדימוי דשם ע"י אדם וודאי בניקל לזייף לעשות חתימה שדומה לחתימת חבירו קצת אם לא שמכיר בט"ע והכרת הט"ע היא חזקה ביותר. אבל מה שנעשה בטבע כמו ענין הפאטאגראף שהוא ענין טבעי שע"י קוי השמש נחקק מעצמו צורת האדם ותמונתו

בהגליון הנעשה לכך אולי י"ל שזה כרואה את האדם בעצמו ומכירו. אלא שיש סתירה לכאורה לזה מש"ס ר"ה (דכ"ד) לענין ראיית הלבנה במים או בעששית דאין מעידין ובעששית היינו שרואה בעששית צורת הלבנה כמו במראות הצובאות שקורין שפיגעל כמבואר בתשו' שבו"י ח"א אה"ע תשו' קכ"ו ואין לך חקיקה טבעות חזקה יותר משפיגעל שמצייר התמונה ממש כתוארה ואפ"ה אין סומכין ע"ז לענין עדות. ואמנם קשה לקבל זאת בשכל שאם יראה בשפיגעל אחד שמקדש אשה או שהרג נפש שלא יוכל להעיד ע"ז שאין לך הכרה ברורה יותר מע"י שפיגעל. ואולי י"ל דזה הוי רק כמו ידיעה בלא ראי' דל"מ בד"נ וגם בקידושין עיין בב"ש סי' מ"ב. ואולי בעדות החודש בעינן ג"כ ראי' ולא ידיעה. והראני חתני הרב הה"ג דק"ק בוזנאב בירושלמי סנהדרין פ"א דעדות החודש נ"מ ג"כ לד"נ ומדקדקין בה עיי"ש. אבל לענין עדות אשה שמת בעלה דמהני הוכחה ומתקיים בידיעה בלא ראי' כמבואר בחת"ס לענין ערכאות ובתשו' פנ"י לענין עכו"ם רוצח שהודה שהרג את פלוני עיי"ש. י"ל דמהני גם כה"ג דהוי ידיעה ברורה. אבל באמת ז"א דהא עדות אשה דומה ג"כ מן הדין לד"נ כמו בגיטין וקידושין כמ"ש הב"ש הנ"ל אלא דחכמים הקילו משום עגונה. וא"כ כבר כתבתי מש"ס בכורות הנ"ל דלא הקילו רק בסופה לענין נאמנות אם הדבר שקר או אמת בזה הקילו חכמים דסגי בידיעה והוכחה אבל אם אין דנין על נאמנות הענין רק על ההכרה או המיתה אם מת ממש או עדיין הי' חי בזה י"ל דבעינן ראי' ולא ידיעה דבזה לא הקילו כלל כמ"ש רש"י שם עיי"ש:

אך באמת הא מסקנת הב"ש שם בסוס"י מ"ב דאם בקידושין לא בעינן דו"ח דלד"מ דמיא ולא לד"נ סגי ג"כ ידיעה בל"ר כמו בד"מ. וכיון דקיי"ל בסי' י"ז סכ"א דבעדות אשה ל"ב דו"ח סגי ג"כ בידיעה בל"ר. ואף דקאמר הש"ס בבכורות הנ"ל דבתחלתה לא הקילו זה הוי כמו בסופה דהקילו דל"ב עדות ממש של שני עדים רק בע"א קרוב או אשה ג"כ סגי. א"כ ה"נ ל"ב עדות של ראי' רק בידיעה ג"כ סגי. ועוד דהא דלא הקילו בתחלה הוא רק בדבר דבעלמא ל"מ מה"ת ג"כ אלא דבסופה הקילו גם בדבר דבעלמא ל"מ מה"ת אבל ידיעה בלא ראי' דמהני בכל העדיות רק בד"נ ל"מ א"כ באמת מעיקר הדין עדות אשה לאו ד"נ הוא כלל. דבזה"ז ליכא ד"נ כמ"ש הב"ש בסי' י"ז ס"ק ס"ג. והא דהוצרך לענין דו"ח הטעם דהקילו משום דאית בה כתובה היינו דגם בד"מ צריך מה"ת דו"ח אלא דחכמים הקילו משום נעילת דלת א"כ אין להקל רק היכא דאיכא ממון ומה"ט לענין לאסור אשה על בעלה צריך דו"ח כיון דממ"נ לא שקלה הכתובה כמ"ש הב"ש שם בס"ק הנ"ל ומה"ט עדות מיוחדת כשר גם לענין לאסור אשה על בעלה כיון דבד"מ ג"כ מהני מדאורייתא כמ"ש הב"ש בסי' י"א ס"ק י"ג. וטעמא דמסתבר הוא דהא אי לאו דילפינן דבר דבר

מממון הו"א דדשב"ע לאיסורין דמיא דע"א נאמן וא"צ תורת עדות כלל וא"כ כיון דילפינן מממון אין להחמיר יותר מממון ומה דמהני מה"ת בממון כגון עדות מיוחדת וידיעה בל"ר מהני גם בדשב"ע. ובזה אני תמה על הנוב"י מהדו"ק בתק"ע והקצוה"ח שהקשו למ"ד סימנים דאורייתא ומהני גם לאהדורי גט אשה א"כ אמאי קאמר הש"ס בחולין (דצ"ו ע"א) דאם אתו תרי סהדי ואמרו האי דאית בי' האי סימנא קטיל גברא לא קטלינן לי' גם למ"ד סיד"א הא כיון דמתירין א"א לעלמא עפ"י סימנים אלמא דהוי כוודאי א"כ אמאי לא קטלינן גברא. ולפימש"ל לק"מ דבאמת עדות של ראי' הוא רק כשמעידין על הראי' ממש על אותו איש שרואין אותו בעיניהם אומרים איש זה קטל גברא אבל היכא דאין מכירין כלל את האיש הזה ששמו ראובן למשל ואין יכולים לומר שראו שראובן הרג את הנפש רק שמעידין שראו שמי שיש בו סימן פלוני הרג את הנפש ואנו יודעין שראובן יש בו סימן זה שאמר העד ועי"ז אנו מבינים ויודעים שראובן הרג את הנפש א"כ זה הוי עדות ידיעה בל"ר ממש דבד"מ ובדשב"ע מהני ובד"נ ל"מ דבד"נ בעינן ראי' ולא ידיעה. וז"ב בעיני מאד:

עכ"פ יוצא לנו מזה דכל דאינו נוגע לד"נ ממש סגי בידיעה. וא"כ י"ל דבעדות אשה מהני גם ראי' בעששית ומראות הצובאות ופאטאגראף. והא דבעדות החדש ל"מ היינו משום דאז בזמן המקדש הי' נ"מ גם לד"נ כמ"ש הירושלמי סנהדרין הנ"ל. דמדקדקין שיועיל העדות גם לד"נ ובד"נ בעינן ראי' ולא ידיעה. ונלע"ד דאף דידוע שלפעמים התמונה של הפאטאגראף לא עלתה יפה בדיוק מ"מ אין לחוש דתמונה הזאת הוא של איש אחר רק שלא עלתה יפה בדיוק ונשתנית לצורת של בעל האשה דזה הוא דבר זר ורחוק. כמ"ש בס' קהלת יעקב להגאון מליסא בסי' י"ז סכ"ז דגם לאחר ג"י או אשתהי בנטבע ל"ח לזה שהוא דבר זר ורחוק אם לא מטעם שקים להו לחז"ל דבנ"י או אשתהי בנטבע א"א שלא ישתנה צורתו קצת ובע"כ מה שאומר שהוא מכירו בטב"ע שקורי משקר ואומר כן רק מכח המדמה וכאן שאין לנו שום הכרח לומר שנשתנית ודומה לצורת בעל האשה וודאי ל"ח לכך. ואף אם נאמר דאם יבואו עדים ויאמרו ראינו אחד שמת ואין אנו מכירין אותו ויראו להם תמונת הפאטאגראפיע של בעל האשה ויאמרו שזה דומה לאותו שראו שמת דלא יועיל כיון שאין עתה המת לפנינו לדמותו זה נגד זה להתמונה י"ל שכבר נשכח מהם קצת צורתו. אבל בכגון דא שכפי הנראה מתוך הגב"ע שלקח השוטר הפאס עם הפאטאגראפיע ודקדקו על הפאטאגראפיע ביה זה נגד זה וודאי סברא גדולה דיועיל ועדיף מסימן מובהק:

ואף אם נאמר דגם בכל אלה יש חשש דאומרים רק בדדמי מ"מ יש תקנה קצת שכיון ששלחו הפאטאגראפיע לאשתו שיקחו עתה הב"ד הפאטאגראפיע ויראו אותה לשני עדים שהי' רגילין אצלו והי' מכירין אותו יפה בחייו וידקדקו עתה היטב בהתמונה אם היא דומית ממש לבעל האשה ובשני עדים ל"ח לבדדמי ובפרט שני עדים כשרים דל"ח כמ"ש הרמב"ן התורה האמינתם אתם מה לכם בכך:

ועכ"ז אף שאנו מדמין חלילה לנו לעשות על זה לחוד אמנם בנ"ד יש בלא"ה צדדי היתר הרבה חדא מה שהעד אמר שאמר לו הנפטר שאמו היא משרתת אצל הרב הר"י ביעריסלאב א"כ אם אמת הוא ואמו תאמר שהי' לה בן עם כל הסימנים הללו ה"ז דומה לתשו' הרמב"ם שהביא הב"י בסי' י"ז שאמרה הנכרית שאותו יהודי שהרגו הי' עושה מלאכתה בעכו ונודע להם שאותו היהודי הי' עושה מלאכתה אף שלא אמרה שמו ושם אביו כלל התירה הרמב"ם עפ"י אותה הנכרית לחוד. ה"נ בנ"ד ממש כיון שאמר שאמו היא משרתת שם ונודע שכך הוא ושאין לה בן אחר שנאבד זולתו ה"ז עדות ברורה כעובדא דהרמב"ם הנ"ל. אך צריך לשאול את האשה אם אין לה בן אחר שנאבד וגם הט"ע שבכליו וסימן שבגופו. דאף אם נאמר דהסימן כוי' בלא צ"מ אינו סימן כלל מ"מ הפאטאגראפיט סימן אמצעי וודאי הוי ומצטרף עם ט"ע דכלים בפרט בכלים דלא מושלי כמו הקמיע. וא"צ להאריך בזה כי כבר הלכו נמושות בענין זה לצרף דעת המהר"ל מפראג שהביא הב"ש ודעת החכ"צ דהוי שאלה דיחיד ודעת המהר"ם ברבי שבנוב"י דט"ע בכלי מהני ויען שכבר הארכתי הרבה בענינים האלה קשה עלי לחזור ולשנות ולחכם כיו"ב די בקצרה. ולכן מכל אלה גם אנא מצטריפנא בהדי המתירין האשה הזאת אחר בירור כל הנ"ל חפי האשה אמו של הנפטר ויושיב ב"ד של ג' להתירה. והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נה, תק"ע.

ב"ה פ' ראה תרפ"ב **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי וכו' כש"ת מו"ה **מאיר ליבוש** נ"י שו"ב וממלא מקום רב בק"ק **בארשטטוב** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ואל יפלא בעיניו על אחירת תשובתי עד כה. כי בעת בוא מכתבו הי' אצלי כבר מכתבים קדומים בשאלות חמורות בעניני עגונה וכהנה. והוכרחתי להשיב מקודם על אשר באו בראשונה. וגם כי מעט עת לפני לעיין ולהשיב מטרדא דמתא וכדומה. ולכן נתאחרה תשובתו עד כה:

ע"ד העגונה מ' טשאפא בא ר' דוד פישלער מקהלתכם. אשר הוגבה עדות מר' יעקב בר' ישראל. שהי' מכיר את ה' יודל בעלה של האשה הנ"ל. וראה אותו בקיעוו. והתאונן לפניו שיש לו איזו מיחוש ושרוצה לילך לשפיטאל. ואשה אחת שהיתה מכירתו ג"כ אמרה לר' יעקב הנ"ל. שהי' לה ידיעה מאתו שהוא בשפיטאל הסימפעראפעליע. והלכה שמה והביאה לו מיני מזון להשיב נפש. והי' חולה על פלעקטיפוס ר"ל. ופעם א' הביאה לו מזון לא רצו המשרתים לקבל ממנה באמרם לה כי יודיל פארער כבר מת. והעד ר' יעקב בר' ישראל הנ"ל בעצמו אומר כי הי' דרך מקרה על הבית עלמין בק"ק קיעוו וראה בקאנצלייא שם רשימת הנפטרים. ונכתב שם בין שמות הנפטרים יודא פארער שהובא מבית החולים האמימפעראפעליא. כ"ז העיד ר' יעקב בר"י הנ"ל בתו"ע באליונ"ע:

הנה היתר האשה הנ"ל סובב על שני צירים. על אמירת האשה הנ"ל שאמרה שלא רצו לקבל ממנה המזון באמרם לה שהוא כבר מת. אלא שיש ריעותא בזה. שהמשרתים ההם הם בלתי ישראלים ואין נאמנים אלא במסל"ת וכאן הי' כמו ע"י שאלה מה שהביאתה לו לחם ומזון. והציר השני הוא מה שהעיד העד ר"י בר"י הנ"ל שראה בפנקס המתים שמו של הבעל הנ"ל יודיל פארער. אלא שיש ריעותא בזה. שאין כאן אלא שמו ושם משפחתו ולא שם עירו:

ובמה דסיימתי אפתח. הנה בש"ע סי' י"ז סי"ח הובא ברמ"א שם חילוקי דיעות בזה ולחד דיעה שהוא דעת הרא"ש בתשו' סגי בשמו ושם אביו לחוד. ובב"ש שם סק"ס מביא בשם הרשד"ם דס"ל להלכה דדי בשמו ושם אביו. ואמנם בח"מ שם סקל"ח תמה מאד על זה דאיך אפשר להתיר בשמו ושם אביו לחוד. אטו לא ידעינן דשכיח בעולם יב"ש טובא. ומנ"ל דעל בעלה של אשה זו העיד. ולכך כתב דאין כאן מחלוקת כלל בין הפוסקים. וכ"ע מודו דבעינן שמו ושם אביו ושם עירו. רק דהרא"ש בתשו' בעובדא דמכלוף בן מלול. איירי דידעינן דבעלה של זו הלך באותו הדרך לפאס. ודומה ד"ז לעובדא דיצחק ריש גלותא דכיון דידעו דהלך מקורטבא לאספמיא ל"ח ליצחק ריש גלותא אחר דאע"ג דשכיח שיירות טובא לאספמיא מ"מ אין זה וודאי שמי ששמו כשמו הלך באותו דרך. ולכך ה"נ אף דיב"ש שכיחי טובא. מ"מ לא ידענו שהלך באותו הדרך. ובעלה של זו יודעין שהלך שם לכך מתיר הרא"ש. עכת"ד הח"מ. וה"ז דומה קצת לס' המהרי"א בתשו' הובא בש"ש ש"ז פי"ט דקאתי עלה משום דאין ספק מוציא מידי וודאי:

והנה לדברי הח"מ האלו דמשווה כל הדיעות וכתב דאין כאן רק דיעה אחת משמע דבנדון זה שהוא מפרש דברי הרא"ש כו"ע מודו בזה. והלכתא היא. א"כ בנ"ד נמי דנודע עפ"י עדות האשה הנ"ל דבעל העגונה הנ"ל הי' באותו שפיטאל. שהיא הכירה אותו

והביאה לו לחם ומזון. ומאיש אחר ששמו יודא פארער לא ידענו שהי' בשפיטאל הזה א"כ הוי ממש דינו של הח"מ דס"ל דכ"ע מודו בזה דמהני. ואף למ"ש בס' קהלת יעקב להגאון מליסא דלא סגי במה שיודעין שבעלה הלך לפאס. ומפרש דברי הרא"ש דמיירי שידעו מפי אנשים שבעלה הי' מתגורר בפאס. והעד שהעיד על מיתתו לא העיד ע"ש עירו שהי' דר שם עם אשתו רק שמכלוף בן מלול שהי' מתגורר בפאס נהרג. ועל זה הביא הרא"ש מעובדא דיצחק ר"ג דלשני מכלוף בן מלול שהיו מתגוררים בפאס לא חיישינן. ותורת אמת היתה בפיו של הגאון מליסא הנ"ל שכן מפורש להדיא ברבינו ירוחם חלק חוה נכ"ב ח"ג שכתב וז"ל עדות שבא וכו' שמכלוף בן מלול שהי' אדם שחור וכו' ומהיום כך וכך ימים הי' דר במקום פלוני ויצא משם ובדרך הרגו אותו וכו'. אך אמנם יש להתירה כיון דידוע שהי' שם בעלה כך ולא הוחזק מכלוף אחר מותרת לינשא וכו' וראי' ממ"ש שלחו מתם יצחק ר"ג וכו' עכת"ד עיי"ש הובאו דבריו בבד"ה שבב"י סי' י"ז ובתשו' ב"י שהובא בקו"ע אות קכ"א. הרי ממש כפירושו של הקהלת יעקב בעובדא דמכלוף וכו' שפירש שהי' מתגורר שם בפאס. וברי"ו נמי מפורש שהי' דר שם זה איזה ימים. וא"כ ה"נ בנ"ד דידעינן שזה איזו ימים שיודיל פארער בעלה של העגונה הנ"ל הי' מונח בשסיטאל ולא הוחזק אדם אחר שם בשם זה אף דשיירות מצויות שמביאין שם אנשים ממק"א ל"ח לזה. כיון דהוא וודאי הי' שם ומאיש אחר בשם הזה שהי' שם לא ידענו. הוי ממש כעובדא דיצחק ר"ג שכתב שם הרי"ו לעיל מיני' דכיון דלא הוחזקו שם שני אנשים ששמותם כך א"צ לבדוק בעיר אם יש ששמותם כך אעפ"י דשכיחי שיירות. עיי"ש. אף דבחי' הרמב"ן בגיטין (דכ"ז ע"א) ד"ה אר"ה מביא בשם רש"י פ"ק דב"מ דלא הוחזקו. היינו שמוחזק וידוע שאין באותה העיר אלא יב"ש א'. נדבר מזה אח"כ אי"ה דתלוי באשלי רברבי. באופן דלפי פירושו של הח"מ ברא"ש וכן לפי פירושם של הרי"ו והב"י בבד"ה ובתשו' והקהלת יעקב הנ"ל איתתא דא שריא. וכ"כ בתשו' צ"צ סי' נ"ח:

אלא דתמוה לי מ"ש הח"מ שאין מחלוקת בין הפוסקים משמע דלפי"מ שפי' הוא דברי הרא"ש כ"ע מודו בהא והרי המעיין בתשו' הרא"ש גופי' יראה דעיקר ראייתו מסוגיא דגיטין (דכ"ז) וב"מ (די"ח) בההוא גיטא דאשתכח בב"ד דר"ה. דאע"ג דשכיחי שיירות כיון דלא הוחזקו שני יב"ש ל"ח וכן עובדא דיצחק ר"ג כתב שם דפלוגתת אביי ורבא תלוי בפלוגתת רבה ור"ז דאביי ס"ל כר"ז דבשכיח שיירות לבד או הוחזקו לבד חיישינן ורבא ס"ל כרבה דבעינן תרתי לריעותא שכיחי שיירות והוחזקו שני יב"ש. אלא דהרא"ש פוסק דהלכה כרבא וכתב דאע"ג דבגיטין פוסק הרי"ף כר"ז מ"מ מחלקינן בין גט למיתה. וא"כ כ"ז לשיטתו אשר כן היא גם שי' התוס' ביבמות (קט"ו ע"ב) ד"ה יצחק. וכ"ה שי'

הרז"ה בבעה"מ שם דפירשו דפלוגתת אביי ורבא תלוי בפלוגתא דרבה ור"ז. אבל הרי הרמב"ן שם במלחמות חולק עכ"ז ופי' דעובדא דיצחק ר"ג מילתא אחריתא היא. ומשום כאן נמצא כאן הי' אתינן עלה ובזה פליגי אביי ורבא ואיירי דיודעין וודאי שלא הי' בין תושבי קורטבא רק יצחק ר"ג א' והוא הלך מקורטבא לאספמיא. והעידו עדים שיצחק ר"ג הלך אתם מקורטבא לאספמיא ומת. וא"כ אם תרצה לומר דאיש אחר בא מעלמא לקורטבא ששמו ג"כ יצחק ר"ג. והוא הלך אתם מקורטבא לאספמיא ואותו יצחק ר"ג שהי' דר בקורטבא הלך לעלמא זה לא אמרינן דאמרינן מי שראו אותו יוצא מקורטבא הוא הי' מכבר בקורטבא דכאן נמצא וכאן הי' ולא מחדש מקרוב בא ובזה הלכתא כרבא. אבל בפלוגתא דרבה ור"ז קיי"ל כר"ז לחומרא דבחדא לריעותא לחוד חיישינן לשני יב"ש. וכ"כ הרמב"ן בחי' גיטין ויבמות וכ"ה ג"כ שי' הרשב"א והריטב"א והנמו"י ביבמות שם. והרא"ש עצמו בתשו' הנ"ל שהתיר צירף לזה מה שוודאי נהרג בצידי הדרך במקום שאין שיירות מצויות דבהא כ"ע מודו היכא דלא הוחזק ול"ש שיירות עיי"ש. וא"כ בנ"ד בשפיטאל כזה בק"ק קיעוו ובשעת המלחמה שהי' מביאים בוודאי מהרבה עיירות לשפיטאל שם וודאי דהוי כשכיח שיירות ואית לן למיחש לשי' הרמב"ן וסייעתו הנ"ל דפוסקים כר"ז דחיישינן לשני יב"ש היכא דשכיח שיירות אף דלא הוחזק וגם הא איכא למיחש לדעת רש"י בב"מ שהביא הרמב"ן הנ"ל שמפרש דלא הוחזק היינו שיודעין בוודאי שאין עוד יב"ש בעיר ואתי לאשמעינן דל"ח לשני שוירי. וא"כ אף למאן דפוסק כרבה בעינן שיהי' ידוע וודאי שאין עוד יב"ש בעיר ולדבריו צריך לפרש הא דפריך הש"ס ביבמות על רבא מהא דשלח תיבדק נהרדעי כולה כמ"ש הרמב"ן במלחמות שם דעיקר הקושיא מסביבות דנהרדעי אבל נהרדעי עצמה וודאי צריכה בדיקה אם אין שם עוד יב"ש אחר. ואף לשי' התוס' הנ"ל דרבא ס"ל כרבה דהיכא דלא הוחזק אף דשכיח שיירות ל"ח. מ"מ לס' רש"י הנ"ל לא הוחזק היינו דיודעין וודאי שאין שם עוד יב"ש. וא"כ בנ"ד דא"א לנו לידע אם הי' שם בשפיטאל עוד אחד ששמו כן. אית לן למיחש ליב"ש אחר לשי' רש"י הנ"ל אף למאן דפוסק כרבה במיתה:

איברא דנ"ל דרש"י לאו לכ"ע קאמר כן דאל"כ דבריו סותרין זא"ז למ"ש להדיא בגיטין (דכ"ז ע"א) ד"ה ואפי' דהוחזקו היינו דיודעין שיש שני יב"ש אבל אם לא הוחזקו מספיקא לא אמרינן דילמא איתנהו ולא ידעינן ע"ש. עיין בש"ש ש"ז פ"כ וישרש יעקב ביבמות שם (דקט"ז ע"א). אך נ"ל דהנה צריך להבין במאי פליגי רבה ור"ז דלרבה אין חוששין רק בתרתי לריעותא. ולר"ז בחדא לחוד חיישינן:

ונלע"ד דהנה התוס' ב"מ (ד"כ ע"ב) ד"ה איסורא כתבו דמדאורייתא ל"ח לתרי יב"ש רק מדרבנן. והטעם נ"ל פשוט דהא קיי"ל בכ"מ דאזלינן בתר רובא ורובא דעלמא וודאי אין שמם יב"ש. וא"כ כשיש יב"ש בעיר ואנו מסופקין על אנשי העיר שאין ידוע לנו שמם אם יש עוד יב"ש הול"ל כיון דרוב אנשי העולם אין שמם יב"ש יש לנו לומר דאנשי העיר הן מרוב העולם דאין שמם יב"ש אלא כיון דמיעוט המצוי הוא בעולם שיש מיעוט אנשים ששמם יב"ש חיישינן לה מדרבנן כדקיי"ל בעלמא דלמיעוט המצוי חוששין מדרבנן. והנה התוס' גיטין (כ"ז ע"א) הנ"ל ד"ה כאן וב"מ (י"ח ע"א) ד"ה והוא שהוחזקו. הקשו לרבה אמאי בהוחזקו לחוד לא חיישׁ. הא כיון דיש שני יב"ש מנא ידעינן של מי הוא. ותירצו כיון דידעינן דזה וודאי אבד גט. והאחר לא ידעינן כלל דאבד ל"ח מספק. וזהו ג"כ מטעם דאין ספק מוציא מידי וודאי. אבל קשה דא"כ גם באיכא תרתי הוחזקו ושיירות מצויות נימא אין ספק מוציא מידי וודאי. כיון דהוא וודאי אבד והאחר לא ידעינן דאבד. אך צ"ל כמו שביארתי כבר במק"א דבשיירות מצויות דאיכא רובא דעלמא נגד יב"ש הזה. ל"ש אין ספק מוציא. דרוב הוי כוודאי ול"א אין ספק מוציא רק בספק השקול כמו הוחזקו שני יב"ש אבל לא נגד רוב אלא דא"כ בשיירות מצויות לחוד בלא הוחזקו היו לנו לחוש משום רובא דעלמא. אלא דכבר כתבתי דרובא דעלמא אין שמם יב"ש וליכא רק מיעוטא גם בכל השיירות ששמם יב"ש. ולכך בהוחזקו שני יב"ש וגם שכיח שיירות אז אמרינן סמוך מיעוטא דשיירות למחצה של שני יב"ש שהוחזקו בעיר הו"ל רובא. ונגד רוב ל"א אין ספק מוציא וכו'. אבל בהוחזקו לחוד דהוי רק פלגא. וכן בשיירות מצויות לחוד דליכא רק מיעוט דשמם יב"ש. בזה אמרינן אין ספק מוציא כו'. ור"ז ל"ל כלל הסברא דאין ספק מוציא וכו' ולכך בין בהוחזקו בין בשיירות מצויות חושש לשני יב"ש. דעכ"פ מיעוט המצוי איכא כמש"ל ואולי בעלמא ס"ל גם לר"ז אין ספק מוציא וכו' והכא שאני כיון דאיכא חזקת א"א הוי כמו וודאי:

וא"כ מעתה יהיו נכונים דברי רש"י שלא יסתרו זל"ז כלל. דזה גופא תלוי בפלוגתא דרבה ור"ז. דלרבה דס"ל דל"ח רק היכא דאיכא רובא לאיסורא. בע"כ צריך לפרש הוחזקו שני יב"ש היינו שיודעין וודאי שיש שני יב"ש דאז הוי פלגא ופלגא וכשיש עוד שיירות מצרפינן מיעוטא דעלמא לפלגא והוי רובא. אבל כשאינו ידוע אם יש כלל עוד יב"ש אדרבה מה"ת אית לן למימר דבני העיר הם מרובא דעלמא דאין שמה יב"ש אלא דמיעוט המצוי מיהא הוי מ"מ אף אם תצרף מיעוטא דבני העיר למיעוט דשיירות דהו"ל תרי מיעוטא דמרעי לי' לרובא כמ"ש הר"ן בפא"ט מ"מ יותר מפלגא ל"ה נגד רוב. ובפלגא ופלגא אמרינן אין ספק מוציא וכו' אליבא דרבה. ולכך נכונים ד' רש"י בגיטין הנ"ל דקאי

שם אליבא דרבה דבעי תרתי לריעותא הוכרח לפרש דהוחזקו היינו שוודאי יש שני יב"ש. אבל בב"מ (די"ח ע"ב וד"כ ע"ב) ד"ה חיישינן שמשם הוציא הרמב"ן דלרש"י בעינן שיהי' ידוע לנו שאין שם שני יב"ש ע' ישרש יעקב הנ"ל. אבל שם קאי על הס"ד דר"ה ס"ל דבחדא לחוד חיישינן כגון בשיירות לחוד אע"ג דלא הוחזקו וכס' ר"ז דל"ל הס' דאין ס' מוציא מידי וודאי. א"כ כמו דבשיירות לחוד חיישינן. אף דליכא רק מיעוטא דרובא דעלמא אין שמם יב"ש. מ"מ חיישינן למיעוט המצוי דילמא איכא בעיר גופא א' ששמו יב"ש ומדרבנן חיישינן למיעוט המצוי ולכך הוכרח רש"י לפרש דיודעין וודאי שאין שם עוד יב"ש. וניחא השתא ביבמות דפריך הש"ס לרבא מהא דתיבדק נהרדעי כולה דכיון דרבא ס"ל כרבה לפ"ד התוס' שם דל"ת רק בתרתי לריעותא א"כ קשה דאף נהרדעי גופא לא ליצטרך בדיקה דלדידי' ל"ח ליב"ש רק היכא דיודעין וודאי כמ"ש רש"י בגיטין הנ"ל. והוכרח לתרץ דמשום כבודו דשמואל אמרו כן ע"ש. וזכינו לדין דהדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא למאן דפוסק במיתה כרבה שהם הרא"ש והטור ורי"ו ל"ח ליב"ש אא"כ הוחזק בוודאי כמפורש להדיא בתשו' הרא"ש ורי"ו הנ"ל וכ"ה להדיא שי' הראב"ד הובא בחי' הרמב"ן בגיטין כ"ז הנ"ל שמפרש כן הסוגיא דיצחק ר"ג ע"ש שכתב וז"ל ואין חוששין לשני יב"ש בעיר א' אא"כ הוחזקו שאלמלי הי' שם שני מוחזקים הי' ידוע עכ"ל וכ"כ שם אח"כ וז"ל וידע נמי שכשהצריכו בדיקה באותה עיר לא אמרו אלא כשהוחזקו שם ב' והא דאמרינן וכו' לאו למימרא שבמקום שלא הוחזקו יהי' צריך בדיקה אלא הוחזקו הוי והצריכו בדיקה כמה הי' וכו' כגון שיבואו עדים ויעידו. עכת"ד שמפורש להדיא כשי' רש"י גיטין הנ"ל וכ"כ גם בפרישה בסי' י"ז ס"ק כ"ח דמסתמא ל"ח רק בידוע דהוחזקו אבל לשי' הרמב"ן וסייעתו הנ"ל מסתמא חיישינן לשני יב"ש וצריכה העיר בדיקה. וא"כ בנ"ד בשפיטאל דאין אנו יודעין אם הי' שם עוד יב"ש תלוי בפלוגתת הפוסקים האלה. ואמנם לפי"ד התוס' ב"מ הנ"ל גם למ"ד חיישינן לשני יב"ש הוא רק חששא מדרבנן כמש"ל:

ואולם תמוה לי לפירושו של הרמב"ן בחי' גיטין הנ"ל בדברי רש"י ב"מ דלא הוחזקו היינו שידוע וודאי שאין שם רק יב"ש א'. וא"כ לדידהו דס"ל דקיי"ל כר"ז לחומרא דבעינן לא הוחזקו ול"ש שיירות היינו שידוע וודאי שאין שם עוד איש א' ששמו כשמו. א"כ האיך משכח"ל מה דקיי"ל דשמו ושם אביו ושם עירו לכ"ע מהני ושמו ושם עירו לחוד לא מהני ממ"נ אם איירי דבדקו באותה עיר ואין שם עוד יב"ש אחר א"כ אף בשמו לחוד סגי כיון דבדקו ואין שם עוד אחר בשם כזה מאי אית לן למיחש. ואי דלא בדקו א"כ אף שמו ושם אביו ושם עירו לא מהני לשי' הרמב"ן בד' רש"י הנ"ל דלא הוחזק היינו

שבדקו וידוע וודאי שאין שם עוד א' בשם כזה. וגם זה מילתא חדתא ולא שמענו מעולם דבשמו ושם אביו ושם עירו יהי' צריכין עדיין בדיקה אולי יש שם עוד אחר בשם כזה ומה יעשו בעיירות גדולות שא"א לידע ובלא"ה כמה קשה בדיקה זו כמ"ש הב"י בתשו' הובא בח"מ בתשו' ס"ק מ"ז ע"ש:

ובאמת לולי דברי קדשו של הרמב"ן ז"ל שהעמיס כן בד' רש"י והוציא מזה דכל לא הוחזקו שבש"ס פירושו כן. הי' נ"ל דאין מד' רש"י ראי' כלל דרש"י פי' כן בב"מ על הא דאר"ה חיישינן לשני שוירי וכתב שם רש"י (בדי"ח ע"ב) ד"ה חיישינן וז"ל אע"פ שבא א' לפנינו וכו' ויודעין אנו שאין שם בשוירי שני אנשים ששמותיהן שווים חיישינן שמא שוירי אחרת יש ויש בה יב"ש אחר עכ"ל ומזה הוציא הרמב"ן דס"ל לרש"י דבעינן שיהי' ידוע שאין שם עוד יב"ש אחר:

ואולם בשטמ"ק שם ד"ה אר"ה כתב בשם הריטב"א וז"ל דר"ה אינו חושש לשני יב"ש בעיר א' כיון שלא הוחזקו דאלו איתנהו קלא אית להו. אבל חושש לעיר אחרת שיש בה יב"ש וכו'. אבל רש"י ז"ל ובתוס' כתבו דלרבותא נקט ר"ה שני שוירי דאפי' לשני שוירי אית לן למיחש וכ"ש לשני יב"ש בעיר א' עכ"ל הריטב"א ז"ל. הרי דעיקר מה שדחקו לרש"י ז"ל לפרש דאיירי דידוע שאין שם עוד יב"ש. הוא דאל"כ ל"ל לר"ה לומר חיישינן לשני שוירי. ולמה לא אמר דחיישינן לשני יב"ש בעיר א'. א"כ י"ל דכל כמה דאפשר שלא לעשות פלוגתא רחוקה עבדינן. וכיון שכבר כתבתי דלרבה דס"ל דל"ח רק כשהוחזקו שני יב"ש וגם שכיח שיירות דטעמו דכל כמה דליכא רובא לאיסורא אמרינן אין ספק מוציא וכו'. ותולין יותר בזה שידעינן דוודאי אבד גט. א"כ י"ל דאף לר"ז דמחמיר וס"ל דבחדא מינייהו חיישינן היינו עכ"פ היכא דליכא רובא להתירא דאז הוי איסורא מדאורייתא וגם איכא חזקת איסור ל"א אין ספק מוציא וכו'. ולכך בשכיח שיירות אף דלא הוחזקו שני יב"ש היינו דאין יודעין וודאי שיש עוד יב"ש דאז הו"ל למיזל בתר רובא דוודאי ליכא בבני העיר עוד יב"ש דאמרינן דהם מרובא דעלמא שאין שמם יב"ש. אבל עכ"פ מיעוט איכא וא"כ הוו תרי מיעוטי. מיעוט מאנשי העיר ומיעוט מבני שיירא דשכיחי בעיר ותרי מיעוטי מרעי לרוב והוי פלגא ופלגא כמש"ל. לכך מחמיר ר"ז. אבל היכא דידעינן וודאי דבעיר ליכא עוד יב"ש אלא דשכיחי שיירות. א"כ ליכא רק מיעוט דשיירות. וכן היכא דלא ידעינן אם יש עוד יב"ש בעיר אבל ל"ש שיירות דאז ליכא רק מיעוט דבני העיר אז נהי דמדרבנן חיישינן למיעוט המצוי אבל כאן דאיכא סברא דאין ספק מוציא וכו' גם ר"ז מודה דל"ח דכיון דמדאורייתא כבר יצאה מחזקת א"א באיסור דרבנן לבד לכ"ע אמרינן אין ספק מוציא וכו'. ור"ה דאמר חיישינן לשני שוירי בע"כ

ס"ל דבשני שוירי ל"ש לילך בתר הרוב. דבשלמא כשאנו מסופקין על אנשי העיר או על שיירות הבאות אם יש בהם מי ששמו יב"ש אמרינן כיון דרובא דעלמא אין שמם יב"ש אזלינן בתר רובא לומר דאין העיר או השיירא הם מרוב אנשים דאין שמם יב"ש כמו דאנו מניחין קטנים ליבם משום דרוב לאו סריסים ואיילונית נינהו ואמרינן על מי שבא לפנינו ליבם דהוא מהרוב. אבל חשש דשני שוירי הוא אם יש בעולם עוד שוירי א'. הרי אין אנו דנין על שום עיר או עיירות בפרטות שנאמר דהם מהרוב דלאו שמם שוירי הא אנו דנין רק אם נמצא בעולם איזה עיר ששמה שוירי. וכיון דנאמר דנמצא בעולם עוד עיר א' ששמה שוירי הרי הוי ספק השקול על הגט שכתוב בו שוירי אם הוא משוירי זו או שוירי אחרת ול"ש לילך בזה אחר הרוב. ולכך חייש ר"ה לשני שוירי:

ואף אם לא נאמר כס' הזאת ונאמר דגם לענין חשש שני שוירי שייך לילך בחר הרוב מ"מ יהי' איך שיהי' הא ר"ה אמר בהדיא דחייש לשני שוירי אף דלא הוי רק מיעוט לס' הזאת ולכך קאמר שפיר רש"י דקמ"ל רבותא דאף היכא דל"ש חשש דשני יב"ש כגון דיודעין בוודאי שאין שם עוד יב"ש מ"מ לשני שוירי חיישינן אבל באמת אליבא דהלכתא לא קיי"ל כר"ה רק כרבה ור"ז ואליבא דידהו כבר כתבתי דלא משוינן פלוגתא רחוקה ושניהם מודים דהיכא דליכא רק מיעוט לאיסורא ל"ח לה משום דאין ספק מוציא מידי וודאי כנ"ל ול"ח רק היכא דאיכא מיעוט אנשי העיר ומיעוט אנשי שיירא גם לר"ז כמש"ל. וא"כ שפיר ניחא הא דמהני שמו ושם אביו ושם עירו היינו דהעד מעיד שהוא מתושבי עיר הזאת. וכיון שהוא מתושבי העיר הזאת ליכא חשש דשיירא דאנשי השיירא אינם דרים שמה. וא"כ אף דאין יודעין אם יש שם עוד יב"ש ל"ח לכ"ע דכיון דליכא רק מיעוט אנשי העיר ומדאורייתא אזלינן בתר רובא כנ"ל. אף דמדרבנן חיישינן למיעוט המצוי מ"מ הכא ל"ח משום דאין ס' מוציא כנ"ל:

וא"כ אפשר לכאורה לומר דבשפיטאל שאנו דנין אם נמצא שם עוד יב"ש א' ליכא רק חד מיעוטא ואינו דומה לעיר הנ"ל דיש תרי מיעוטי מיעוט מאנשי העיר התושבים ומיעוט מהעוברים שם ממקומות אחרים דרך העברה אבל הנמצאים ומונחים בשפיטאל שם א' לכולם והוי רק חד מיעוטא דל"ח לה. ובפרט דאיכא כל הני רבוותא הראב"ד והריטב"א הנ"ל דכתבו דשני יב"ש קול יש להם. ובפרט בשפיטאל שאמרה האשה הנ"ל שהיתה מביאה לו מזון. ידוע לכל כשבאין לכנוס לשפיטאל מוכרחין לשאול להשומרים על המקום שמונח שם החולה ההוא ואומרים שם החולה ההוא ואם הי' שם אז עוד יודא פארער א' כשהיתה שואלת על יודא פארער היו השומרים שואלים אותה אל איזה יודא

פארער היא מבקשת והי' קול להדבר. ועכ"ז בהנהו סברות לחוד אין די להתיר דלא מפני שאנו מדמים ואומרים סברות נעשה מעשה:

ואמנם הא איכא לאצטרופי לזה מה שהאשה העידה כשבאה לשם עם מזון אמרו לה השומרים שכבר מת. והחשש הנ"ל שאינם מסל"ת שפיר כתב כת"ה דמה שיכולים לברר שקרו תיכף מרתת לשקר. ומה שדחה דבריו הרב הגאבד"ק זאלישטשיק. דהא כל נאמנות דע"א באשה משום מדעל"ג ואפ"ה עכו"ם שאינו מסל"ת לא האמינו ש"מ דבעכו"ם כיון דפיהם שוא ידברו אינם נאמנים אף במדעל"ג. אין הדבר כן דכבר כתב הריב"ש בסי' קנ"ה שהוא ראש החולקים על התשב"ץ בנאמנות ע"א וכתב לחלק דעדות אשה ל"ה מדעל"ג תיכף דדילמא הלך בעלה למרחקים ולא יבוא כ"כ מהרה לביתו וגם אינו ברור שיבוא דדילמא יש לו איזו סיבה וטעם שאינו רוצה או שלא יוכל לבוא לביתו. אבל דבר שיוכל להתברר תיכף זה הוי מדעל"ג גמור דלכ"ע נאמן מדאורייתא אף עכו"ם כמבואר ביו"ד בסי' פ"ג ופ"ו גבי אומר אני מלחתים ומדג או עוף טהור הוא דנאמן משום דבקל יכול להתבדות ע"ש. וה"נ היכן מצינו דבר שיכול להתברר תיכף יותר מזה דהא היתה יכולה לכנוס בע"כ ע"י שתקבול עליהם להדירעקטאר שיניחוה לכנוס לבקרו ואיך הוי דבר שיכול להתברר תיכף יותר מזה שהוא הי' מונח עדיין בחדרו חי ויאמרו לאשה שעומדת בחוץ שכבר מת, ואם תרצה לחוש שכבר הי' בריא אז ויצא כבר מהשפיטאל והלך למרחקים והוי ככל עדות אשה שלא יתברר תיכף זה דבר שא"א לאומרו שהוא הניחה אותו מסוכן על חולי פלעקטיפוס ופתאום הבריא בפ"א והלך לו. ולא בא כלל אל בית האשה להחזיק לה טובה על שהביאה לו אינו מזון בכ"ע. וכבר ידוע דלדבר שאינו מצוי כלל ל"ח כמ"ש המג"א בסי' תס"ז דדבר שאינו מצוי אינו נכנס בגדר ספק כלל. ואם חששו משום חומרא דא"א לדבר שרובן למיתה כמו משאל"ס וכדומה הוא רק חומרא מדרבנן וכמה קולות הקילו בו והאמינו בזה אף עכו"ם שאינו מסל"ת ע' בקו"ע סי' רכ"ט בשם המבי"ט ובס' זכרון כהונה (דכ"ז ע"ב) בשם ס' מכתב מאלי'. ולכן דברי כת"ה בזה אין מזניחין אותן:

ומה שהקשה הרב מזאלישטשיק משילהי יבמות בעובדא דפונדקית שאמרה זה קבר שקברתיו ואפ"ה פריך הש"ס והא אי' חבירנו קאמרו. משמע דאף בכה"ג דיכולין לגרר תיכף לפתוח את קברו לא מהימנא רק במסל"ת. כבר עמדתי על זה זה כביר לשי' הריב"ש הנ"ל מאי פריך הש"ס. וגם בלעדי ד' הריב"ש תיקשי דמאי פריך הש"ס בפשיטות והא וודאי דמצד הסברא י"ל דמדעל"ג כהאי עדיף כמ"ש בתשו' מהר"ם שבמימוני לסדר נשים הובא בב"י בעניני מסל"ת שכתב שם וז"ל למה לא יחשב מסל"ת

אי משום דקאמר למה אינכם מביאים אותו יהודי שנהרג כי הוא שוכב באותו מקום וכו' אדרבה כ"ש דאלים סהדותי' טפי משאר מסל"ת האומר פלוני מת או נהרג סתמא דלא עביד לאגלויי עכ"ל ע"ש:

ואמנם נלע"ד לתרץ דהנה בתשו' ח"ס אהע"ז סי' מ"ו בד"ה אבל ובתשו' זכרון כהונה להגאון ר"א מהארץ ז"ל (דף ל"ו) שניהם כוונו לד"א. לתרץ מהא דבסי' פ"ג וסי' פ"ו הנ"ל דקיי"ל דעכו"ם נאמן במדעל"ג אף באינו מסל"ת. א"כ להרמב"ם והתשב"ץ דכל עדות אשה הוי מדעל"ג אמאי אין עכו"ם נאמן רק במסל"ת. וכתבו דמדעל"ג ל"מ רק באיסורין דלא בעינן תורת עדות. אבל לענין עדות אשה דהוי דשב"ע ובעינן עדות גזיה"כ הוא דאסור לקבל עדות עכו"ם היכא שמכוון להעיד דכתיב אל תשת רשע עד ואף דהסברא גוזרת דאמת הדבר דלא עביד אדם לשקר בודעל"ג מ"מ גזיה"כ הוא שלא להאמינו ע"ש בדבריהם באריכות, ואמנם אנכי מצאתי בתשו' פנ"י להגאון מגיני שלמה ז"ל סי' ס"א ד"ה ויען שרצה ג"כ לומר כסברתם ודחה אותה ע"ש שכתב וז"ל דא"ל דאם מתכוין להעיד אע"ג דקושטא קאמר לא סמכינן עליו דאינו בר עדות וכו' דהתורה פסלתו להעיד אף אם מעיד אמת דז"א דלא פסלו עכו"ם וכו' אלא משום דמשקר אבל אי קושטא קאמר סמכינן עליו דמ"ש מעבד ושפחה או אשה וקרוב דגם הם פסולים וסמכינן עליי' עכת"ד ע"ש. ודבריו נראים נכונים מאד דכיון דהאמינו חכמים בעדות אשה כל פסולי עדות כמו אשה ועבד גם עכו"ם אין לפסול מגזיה"כ רק היכא די"ל דמשקר. וא"כ בע"כ הא דעכו"ם נאמן בסי' פ"ג ובסי' פ"ו באומר מעוף פלוני משום מדעל"ג ובעדות אשה אינו נאמן בע"כ צריך לחלק כס' הרב"ש והפר"ח הנ"ל דעדות על מיתת הבעל ל"ה מדעל"ג כולי האי דאינו עתיד להתברר תיכף ואין בידם לברר כמש"ל. אבל היכא דבעדות אשה ג"כ יכולים לברר תיכף כמו עובדא דתשו' מהר"ם במימוני הנ"ל וודאי עכו"ם נאמן אף באינו מסל"ת. ולא אמרינן דעכו"ם פסול מגזיה"כ דהא חכמים האמינו בעדות אשה כל פסולי עדות עבד ואשה וקרובים כס' הפנ"י הנ"ל. ואמנם כ"ז לאחר שהכשירו חכמים קרובים לעדות אשה. אבל שם ביבמות דקאי הש"ס על ר"ע דס"ל אין משיאין לא עפ"י אשה ולא עפ"י עבד וקרובים א"כ הדרא סברת הח"ס והז"כ לדוכתה דאף במדעל"ג אינו נאמן דכל שמכוין להעיד גזיה"כ הוא דפסלתו תורה משום אל תשת וגו'. אם לא במסל"ת דאז אינו בתורת עדות כמ"ש בז"כ הנ"ל. א"כ שפיר אמרו לו חכמים שם והא מעשה בפונדקית שהאמינוה חכמים ומשני ר"ע לכשתהא פונדקית נאמנת. התם טעמא משום מסל"ת ובמסל"ת מודינא דכל הפסולים כשרים דלאו מתו"ע מהימן. ופריך הש"ס והא אי' חבירנו קאמר דלא הוי מסל"ת. מאי אמרת דתהא נאמנת משום זה קברו דהוי מדעל"ג

ז"א לר"ע דאשה וקרובים פסולים גם עכו"ם פסול אף במדעל"ג מגזיה"כ דכל שמכוין להעיד התורה פסלתו. וא"כ כ"ז לר"ע אבל לדידן דאשה ועבד כשרים אף עכו"ם כשר היכא דיכול להתברר תיכף כמו עובדא דידן ודתשו' מהר"ם הנ"ל. וזה לדעתי תירוץ נכון בעזה"י על הקושיא הנ"ל למעיין היטב. וגם בלא"ה י"ל דל"ק כ"כ דנהי דבדינא דידן מותר לפתוח הקבר לצורך עדות אשה כמ"ש בתשו' כני"ח. מ"מ אולי היא לא היתה יריאה מזה דהא בידה שלא להניח לפתוח קברו כמו שהוא בדיניהם שאין מניחין לפתוח קבר מפני הסכנה וב"כ וב"כ עכ"פ סברא גדולה היא דבכה"ג גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן: **ואף** אם נרצה לחוש לדברי הח"ס והז"כ דעכו"ם במתכוין להעיד לעולם אינו נאמן בעדות אשה אף במדעל"ג מגזיה"כ דאל תשת וגו' ואינו דומה לשאר קרובים ופסולים כמ"ש בז"כ הנ"ל (בד"ל ע"א) ע"ש. מ"מ הא כבר כתב הח"ס בסי' מ"ו בד"ה אבל הנ"ל. דכל היכא דאית לן סברא דהדבר אמת והאיסור הוא רק מגזיה"כ דאל תשת רשע יצאה מחזקת א"א דאורייתא והוי רק איסורא בעלמא איסור לאו דאל תשת אזלינן בספיקו להקל בספק פלוגתא עכ"פ. וא"כ בנ"ד דבלא"ה יש פלוגתת הפוסקים להתירה משום שמו ושם אביו לחוד עפ"י הכתב של הח"ק הנ"ל וכיון דהוי מדעל"ג טובא. ומה שאין אתה רוצה להאמינו הוא רק מגזיה"כ א"כ כבר יצאה האשה הזאת מחזקת א"א ואיסורה רק משום לאו דאל תשת אזלינן בספיקו להקל וסמכינן על ס' הפוסקים דבלא"ה מותרת משום העדות של הח"ק כנ"ל. ובפרט לפימש"ל בשם התוס' ב"מ דחשש שני יב"ש הוא רק חששא דרבנן ובמילתא דרבנן מבואר בטו"ז בסי' צ"ח ביו"ד דמיקרי מסל"ת אף ע"י שאלה ובלבד שלא ידע שתלוי בזה איסור והיתר. והטעם הוא דהא פלוגתא הוא בסוף יבמות אם תלוי במתכוין להתיר או להעיד. וע"י שאלה הוי רק נתכוין להעיד ובמילתא דרבנן אזלינן להקל כמ"ד דבעינן מתכוין להתיר כמ"ש בס' ז"כ (בדכ"ח ובדל"ב). והכא אף אם נאמר דמה שהביאה האשה מזון ורצתה לכנוס אליו והם אמרו לה שמת הוי כע"י שאלה מ"מ נתכוין להתיר לא הוי ובמילתא דרבנן כגון דא בעינן דווקא נתכוין להתיר כמש"ל:

ובלא"ה יש צירוף גדול בנ"ד שהעיד העד בשם האשה הנ"ל שבקשה מאת הד"ר הראשי שיחזרו הכסף והבגדים שלו ועשה על זה דו"ח מפי הרופאים והטיב לה שכסף לא נמצא אצלו ובגדים א"א להחזיר מחמת שהם מחולי טיפוס ר"ל ואמרה שאח"כ הובילו אותו לקברו בב"ע היהודים פבקימוו. והנה הד"ר הראשי וודאי דין ערכאות יש לו. שלדעת הח"ס נאמן אף שלא במסל"ת. והאשה הא הכירה את יודל פארער שהוא מבארשטשוב כמבואר בגב"ע וכשהיתה אצלו לבקרו ודיברה אתו הרי ראתה שהוא הוא היודל פארער

מבארשטשוב וכשביקשה אח"כ מהד"ר על הכסף ועל המלבושים וודאי סיימה אותו בשמו ובחדר ובנומר שהי' מונח שם כנהוג והוא השיב לה שעשה דו"ח ולא נמצא אצלו כסף אף שהי' ע"י שאלה מ"מ לדברי הח"ס נאמן אף שלא במסל"ת. וא"כ אף אם נאמר דמה שאמרה שהובילו אותו אח"כ לב"ע היהודים לא ראתה בעצמה שהוא הוא דוודאי הובילו אותו מכוסה. אבל עכ"פ דברי הד"ר מועילים לס' החת"ס הנ"ל ובצירוף כל הלין הטעם שכתבתי למעלה דכיון שידוע שיודל פארער מבארשטשוב הי' שם בשפיטאל ההוא ל"ח ליב"ש אחר לשי' הרא"ש וסייעתו הנ"ל. ובפרט שראיתי בתשו' מהרי"ט אה"ע ח"ב סי' ל' וכן בתשו' פ"י ח"ב אה"ע סי' נ"ד (בדל"ב ע"ב) ד"ה הנה דס"ל דהיכא דידעינן דאיש הזה הי' שמה ל"ח דילמא אחר הוא אף לשי' הרמב"ן והרשב"א והריטב"א הנ"ל משום כנכ"ה. אף דקצרה דעתי להבין דבריהם בזה דהרמב"ן וסייעתו הנ"ל דמפרשים כן הסוגיא דיצחק ר"ג הם מפרשים דאיירי דידוע דיצחק ר"ג בעלה של האשה הזו הי' תושב קורטבא מעולם ותושב אחר יצחק ר"ג לא הי' שם כמבואר ברמב"ן שם. וידוע ג"כ דיצחק ר"ג שיצא מקורטבא לאסמפיא מת אך דיש לחוש דילמא יצחק ר"ג אחר מאיזו מקום בא לקורטבא ויצא משם לאסמפיא ומת. בזה שפיר קאמר הרמב"ן דס"ל לרבא דל"ח לזה משום כנכ"ה דאמרינן אותו שראו העדים יוצא מקורטבא איננו איש אחר שבא מקרוב לקורטבא רק כנכ"ה מכבר וזהו היצחק ר"ג שדר כאן מכבר וזה כהא דכתובות (דע"ה) דכנכ"ה דמחזקינן מזמן לזמן שהי' בה מומין אלו מכבר ברשות אבי' וכמבואר בסי' תס"ז. ובנמו"י שם ביבמות הביא להדיא דזה תלוי בפלוגתא דכנכ"ה בכתובות הנ"ל. אבל בכגון עובדא דתשו' פנ"י הנ"ל שנמצא הרוג על הדרך שידוע שבעלה של האשה שיצא מקראקא הלך דרך שם ואיכא לספוקי דילמא איש אחר יצא ג"כ מקראקא והי' שם ושניהם היו תושבי קראקא מה זה שייך לכנכ"ה בזה שייך רק לומר זה שאבד זה שנמצא וזה אינו מוסכם דהיא פלוגתא דר' ורשב"ג ולא ידעינן הלכה כמאן בדאורייתא ע' בתשו' נו"ב מהדו"ק סי' מ"ב וש"ש ש"ז פי"ז או מטעם המהרי"ו משום דאין ספק מוציא וכו' יכולין לבא בזה כמש"ל. אבל שי' הרמב"ן היא רק משום כנכ"ה. וזה ל"ש רק בא' שהי' שם תושב מכבר. וכ"כ להדיא בס' ישויע"ק בסי' י"ז סקט"ו דטעמו של הרמב"ן משום כנכ"ה ולא משום זה שאבד ע"ש. וכ"מ בס' קהלת יעקב בסי' הנ"ל סי"ח ד"ה וי"א דכ"ז ע"ש וע' בש"ש ש"ז פי"ז ופי"ח שתמה על זה דהא אנן לא ס"ל כלל הא דכנכ"ה אף באיסורא רק בתרומה וקדשים ע"ש ופי' דברי הרמב"ן דמטעם קורבא דמוכח אתי עלה ע"ש:

ובאמת כל ענין הזה הוא מהלכות עמומות וצריך ביאור רחב עדיין ואם נרצה לומר שד"ז יהי' מותר לכל הפוסקים הוא רק אם נאמר דשפיטאל הוי כאין שיירות מצויות. וכמ"ש שם בתשו' פנ"י בשם תשו' מהר"ם אלשיך סי' מ"ב דל"מ שיירות מצויות רק אם באים שם בריבוי עם. אבל אם באים שם י' אנשים בשבוע או בב' ל"מ ש"מ. ואם נאמר דגם שפיטאל הוא כן והוי אין ש"מ א"כ הוי לא הוחזקו ואין ש"מ ואיש זה וודאי הי' שם דלכ"ע שרי. ועי' בזה היטב בס' קהלת יעקב הנ"ל ובתשו' ח"צ סי' קל"ד. ואמנם בנ"ד דאיכא כל הנהו טעמי דכתבתי לעיל נלע"ד דיש להתיר האשה הזאת באופן שיסכים עוד אחד מגדולי דורינו המפורסמים לבעלי הוראה ויראי ה' ואז גם ידי תכון עמו. והנה יש אתי לדבר בזה עוד הרבה אך מחמת כי נתאחרה תשובתו עד כה וכת"ה דופק עלי במכתביו מוכרח אנכי לקצר וכאשר תשיג ידו עוד הסכמה כנ"ל יושיב ב"ד של ג' להתירה והי' בזה שלום על ישראל:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נו, תק"ע.

לחכם אחד מק"ק **קיטב**:

ע"ד העגונה מ' סאליא בת ה"ר ישראל מקיטב. אשר בעלה הי' במלחמה ובחודש אקטאבער שנת 1918 למספרם השיגה מכתב ממנו שהוא מוטל חולה בשפיטאל בק"ק תעלם. ומאז אבד זכרו. וחקרה האשה אחריו שם ובא מכתב מהרב דק"ק תעלם כי מצא כתיב בפנקס המתים של עדת יהודים דשם אשר בחודש דעצעמבער שנה הנ"ל נפטר בבית השפיטאל יהודי אחד מגאליציען ושמו חיים שעריל (שהוא בעלה של האשה הנ"ל) אך שם עירו לא נזכר מה משפטה של האשה הזאת:

הנה בש"ע בסימן י"ז סי"ח מביא הרמ"א דיעות בזה אי בעינן שמו ושם אביו ושם עירו או סגי בשמו ושם אביו מבואר דשמו ושם אביו ושם עירו לכ"ע מהני ומשמע דא"צ לחפש כלל בעיר אם נמצא עוד יוסף בן שמעון. דאם נאמר דעכ"פ צריך לידע שאין בעיר עוד אחד ששמו כשמו. א"כ גם בשמו ושם עירו לבד סגי כיון דידוע שאין בעיר עוד אחד בשם כזה וכ"מ מהתוספתא שהביא הב"י כאן בשם ה"ה אין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו אבל אמרו יצא א' מעיר פלוני מפשפשין באותה עיר אם לא יצא אלא הוא משיאין את אשתו עכ"ל. משמע דברישא א"צ לפשפש כלל. וכ"מ מל' הריא"ז שממנו מקור דין זה עיי"ש בפ' אחרון דיבמות בד"ה ואם אמרו שכתב שם ואם לא הי' מיוחד בשמו צריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו ואם הזכיר שמו ושם עירו ולא הזכיר שם אביו מפשפשין באותה העיר ואם לא יצא משם מי ששמו כך אלא הוא תנשא אשתו

עכ"ל. מבואר דברישא א"צ לפשפש ופוק חזי מאי עמא דבר דבמעידין על שמו ושם אביו ושם עירו מתירין אף בעיירות גדולות ואין חוששין דילמא יש עוד איש ששמו ושם אביו כן. וקשה לי לכאורה מש"ס גיטין (דכ"ז) וב"מ (די"ח) גבי ההוא גיטא דאשתכח בב"ד דר"ה דקאמר ר"ה חוששין לשני שוירי וכתבו שם התוס' בגיטין ד"ה חיישינן דהא דלא חשש לשני יב"ש בעיר אחת שמא ידוע הי' להם דבאותה שוירי לא הי' כי אם אחד. וכ"כ ג"כ רש"י בב"מ (די"ח וד"כ) ד"ה חיישינן וז"ל אעפ"י שבא אחד וכו ויודעין אנו שאין שם בשוירי שנים ששמותיהן שוין חיישינן שמא עיר אחרת יש וכו' עכ"ל. וכ"כ ג"כ בחי' הרמב"ן לגיטין ד"ה אמר ר"ה ע"ש שכתב וז"ל וק"ל לר"ה דחייש ליחוש לשני יב"ש בעיר אחת ולאו מילתא היא שהוא בא לומר שאין לו בדיקה עולמית. ואם לא חשש אלא לשני יב"ש הי' לו בדיקה באותה העיר עכ"ל. הרי מדברי כולם מוכח דגם בעיר אחת חיישינן לשני יב"ש. ואף דבגיטין שם ברש"י ד"ה ואפילו כתב באה"ד וז"ל והוא שהוחזקו שני אנשים בשם זה אבל אם לא הוחזקו מספיקא ל"א דילמא איתנהו ולא ידעינן עכ"ל. היינו לרבה דס"ל דבעינן תר"ל הוחזקו שני יב"ש ושיירות מצויות ובלא"ה לא חיישינן לא לשני יב"ש ולא לשני שוירי אבל לר"ה ולר"ז דס"ל כותייהו דבחדא מינייהו נמי חיישינן צריך נמי בדיקה לשני יב"ש בעיר אחת ולא לבד בגט אלא אף בעדות אשה נמי כמ"ש להדיא הרמב"ן במלחמות ביבמות (דקט"ו) בעובדא דיצחק ריש גלותא עיי"ש בד"ה אמר הכותב באה"ד שם שכתב וז"ל ורבא אמר כיון שעדים מעידים שיצא מקורטבא וכאן הי' אדם אחד ששמו כן אומרים כנכ"ה וכו' ולחוש לתרי יצחק ר"ג בקורטבא עצמו. הדבר ידוע שאין שם אלא אחד עכ"ל. משמע דאם לא הי' ידוע הי' חוששין לשני יב"ש בעיר אחת והיינו משום שהוא פוסק שם לחומרא כר"ז וכ"כ שם אח"כ באה"ד וז"ל אלא משום כבודו דאבוה דשמואל הוא דשלחו ליה וכו' אבל לא הי' צריך ליבדק אלא עיר נהרדעא ומוחזקין היו בה שאין שם אנדרילאי אחר עכ"ל. ושם הגירסא בש"ס דוד בר אנדרילאי. ובפרט ביצחק ר"ג בר אחתיה דר"ב דעדיף טפי משמו ושם אביו ואפ"ה כתב הרמב"ן דצריך שיהי' ידוע שאין שם עוד אחר בעיר הזאת. וא"כ לדעת אלו הפוסקים אם שמו ושם אביו ושם עירו לא מהני למאן דפוסק כר"ז דבחדא לריעותא לבד חיישינן. איברא דבשטמ"ק ב"מ (די"ח) שם מביא דברי הריטב"א בשם הראב"ד דהא דאמר ר"ה חיישינן לשני שוירי דוקא לשני שוירי חייש אבל לשני יב"ש בעיר אחת לא חייש כיון דלא הוחזקו. דאלו איתנייהו קלא אית להו. וכן הובא ג"כ דברי הראב"ד בחי' הרמב"ן גיטין הנ"ל דאין חוששין לשני יב"ש בעיר שאלמלי הי' שם הי' ידוע וכן הובא דבריו בספר הזכות להרמב"ן גיטין הנ"ל:

אבל הרמב"ן חולק עליו גם שם וכתב דאם חוששין לשני שוירי כ"ש שיש לחוש לשני יב"ש בעיר אחת. ומביא ראי' מפ' ג"פ דחוששין לשני יב"ש בעיר אחת. וא"כ קשה מאוד מדוע לא הובא דיעה זו בש"ע כלל ובפרט להחמיר. והנה נצטערתי מאד על זה עד שמצאתי תלי"ת את שאהבה נפשי לדו"ז הגאון מוהראז"מ ז"ל בתשו' בית אפרים בק"ע סי' כ"ט שהתעורר קצת בזה עיי"ש. ולכאורה אפשר לישב. דהנה אף ר"ז דמחמיר ביותר מ"מ עכ"פ חדא לריעותא בעינן הוחזקו או שיירות מצויות. אבל לא הוחזקו ואין שיירות מצויות לכ"ע לא חיישינן. ולדברי הרמב"ן הנ"ל דיותר יש לנו לחוש לשני יב"ש משני שוירי א"כ כיון דבשיירות מצויות לחוד חייש לשני שוירי אף היכא דידעינן בודאי דאין עוד יב"ש בעיר כמו שפירשו הרמב"ן ורש"י ותוס' דברי ר"ה דאיירי בידוע שאין שם עוד יוסף ב"ש ואפ"ה חיישינן לשני שוירי א"כ מכ"ש דהי"ל לחוש לשני יב"ש בעיר אחת אף היכא דאין שיירות מצויות. וא"כ אף דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות ליחוש עדיין לשני יב"ש בעיר אחת דמאי מהני דאין שיירות מצויות לחשש דיב"ש באותה העיר. ובע"כ צ"ל עפי"מ שבארתי בתשו' א' ס' התוס' בגיטין (דכ"ז) הנ"ל ד"ה כאן. דטעמא דרבה דבהוחזקו שני יב"ש לבד ל"ח דכיון דידעינן דזה אבד והאחר לא ידעינן שאבד ל"ח לי'. וא"כ תקשי דגם בשיירות מצויות נימא כן. ומה ענין צירוף הוחזקו לשיירות מצויות הא אין חשש שניהם שוה וכבר נדחק בזה מאד בחי' הרשב"א שם:

ואמרתי דס' התוס' הוא כס' מוהרי"ו בסי' ע"ט דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ כ"ז היכא דהוחזקו לחוד א"כ הספק ממי נפל הוא ספק השקול. שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי. אבל היכא דאיכא עוד חשש מעלמא כגון בשיירות מצויות דאף דהחשש דמעלמא הוא רק מיעוט דרוב העיירות שבעולם אין שמם שוירי וכן אם נאמר דהחשש דשיירות מצויות הוא דלמא יב"ש מעלמא בא וכתב כאן גט הוא ג"כ מיעוטא דרוב האנשים אין שמם יב"ש מ"מ כיון דהוחזקו שני יב"ש באותה העיר דהוה פלגא ופלגא היכא דאיכא עוד שיירות מצויות ויש לחוש למעלמא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא והוי רובא לאיסורא. וא"כ ל"ש בזה אין ספק מוציא מידי ודאי. דודאי וודאי הוא דרוב הוי כודאי. וא"כ מעתה י"ל דאף ר"ז דמחמיר בחדא לריעותא. היינו היכא דהויא עכ"פ ס' השקול. ס"ל דל"א אין ספק מוציא מידי ודאי כיון דאשה בחזקת א"א עומדת. אבל היכא דהוי רובא להיתרא גם הוא מודה דל"ח ומש"ה מחמיר בהוחזקו לחוד דהוה ספק השקול מאיזה יב"ש נפל. וכן בשיירות מצויות לחוד. אף דחשש שיירות הוא רק מיעוט כמש"ל. דרוב העיירות שבעולם אין שמם שוירי ורוב האנשים שבעולם אין שמם יב"ש. מ"מ כיון דאיכא תרי מיעוטא. מיעוט אותה העיר דלמא יש שם עוד יב"ש לשיטת

הרמב"ן הנ"ל. ומיעוט שני שוירי ויב"ש דעלמא. ושני מיעוטי מרעי לרובא כמ"ש הר"ן בפא"ט והוי כפלגא ופלגא. מש"ה חייש ר"ז. אבל היכא דליכא רק מיעוט אחד כגון היכא דאין שיירות מצויות ולא הוחזקו דאיכא רק מיעוט אחד דילמא יש עוד יב"ש באותה העיר נהי דהו"ל לחוש למיעוטא מחמת חזקת איסור ונימא סמוך מיעוטא לחזקה מדרבנן. מ"מ כיון דהוי רובא להיתרא גם ר"ז מודה דמהני ס' מוציא מידי ודאי כיון דזה ודאי אבד והאחר לא ידענו דאבד כס' מוהרי"ו הנ"ל. והא דחייש ר"ה לשני שוירי אף דהוי רק מיעוט אחד לשיטת רש"י ותוס' דאיירי דיודעין וודאי שאין עוד יב"ש בעיר מ"מ ר"ז דס"ל דבעינן או הוחזקו או שיירות מצויות בע"כ פליג עלי' בהא או דר"ה איירי היכא דאין יודעין ודאי שזה אבד דליכא ס' דאין ס' מוציא מידי ודאי, אבל לדידן למאן דס"ל כר"ז. שפיר אמרינן דהיכא דליכא תרי מיעוטא כגון בלא הוחזקו ואין שיירות מצויות ל"ח משום דהיכא דליכא רק חד מיעוט לאסור לכ"ע אמרינן אין ס' מוציא וכו' כיון דידעינן שזה ודאי אבד:

וא"כ מעתה י"ל דהא דקי"ל בש"ע דבשמו ושם אביו ושם עירו ל"ח יותר. היינו באומר שהוא מתושבי העיר הזאת. דאז ליכא חשש דשיירות מצויות דמעלמא אתא וליכא רק חשש דילמא יש באותה העיר עוד יב"ש. ולחדא מיעוטא ל"ח כמש"ל. כיון דזה ודאי נתכסה מן העין והאחר לא ידעינן מה הי' לו. כן הי' נלענ"ד לכאורה. אבל באמת זה אינו. דהא הרמב"ן במלחמות שם ביבמות וכן בר"ן גיטין כתבו דמש"ה דחקו ר' ירמי' ור"א לפרש מתניתין בע"א ולא רצו לפרש דאיירי בלא הוחזקו ואין שיירות מצויות וס"ל כר"ז. דזה מילתא דפשיטא דאין לחוש יותר. ומאי פשיטותו הא צריך לאשמעינן דאין חוששין דילמא יש עוד יב"ש בעיר הזאת מטעם הנ"ל דלא הוי מילתא דפשיטא כ"כ. ובע"כ דלר"ז הא דקאמר דבעינן או הוחזקו או שיירות מצויות. אבל לא הוחזקו ואין שיירות מצויות ל"ח. הוא כמו שפירש הרמב"ן בחי' גיטין הנ"ל על ר"ה דנקט חיישינן לשני שוירי דזה הוי חשש גדול ואין לו בדיקה. אבל חשש דיב"ש באותה עיר יש לו בדיקה בנקל אבל בדיקה באותה עיר מיהו בעינן אף היכא דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות. ומש"ה הוי מילתא דפשיטא. וכ"מ ג"כ ברמב"ן במלחמות הנ"ל ביבמות שפירש עובדא דההוא גיטא דאשתכח בסוריא שם (דף קט"ז) דהי' שם עוד ענן בר חייא אחר. אלא דאותו היום לא הי' התם. וחייש רבא דילמא אתא בגמלא פרחא. וכתב הרמב"ן שם דשם איירי באין שיירות מצויות וקשה דהא ודאי דחשש דילמא אתי בגמלא פרחא הוא רק מיעוט דל"ש וכיון דאין שיירות מצויות ליכא רק חד מיעוטא ואמאי חייש רבא א"ו דגם לחד מיעוטא חיישינן והא דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות דל"ח ר"ז היינו ודאי שאין שם עוד יב"ש

אחר. וא"כ שוב תקשי גם בשמו ושם אביו ושם עירו ליבעי גם בדיקה אם יש עוד יב"ש באותה העיר. אך צ"ל עפימ"ש בשו"ת פנ"י לזקיני הגאון מגיני שלמה ז"ל בח"ב בתק"ע סי' נ"ד (בדל"ב ע"ב) ד"ה הנה (ובדל"ג ע"א) ד"ה וברור בעיני ולהלן שמה דגם לרמב"ן וסייעתו דבחדא לריעותא ג"כ חיישינן מ"מ אם ידעינן דהבעל הי' במקום הזה ושמו כן ואיש אחר ששמו כן לא ידענו שהי' במקום הזה ל"ח שמא הבעל הלך לו ואיש אחר ששמו כן בא שמה ונהרג. ומותר גם להרמב"ן משום כנכ"ה. ע"ש בדבריו היטב שלמדנו מהם שאין הפירוש בדברי הרמב"ן כפירוש שתפסו האחרונים הש"ש והישי"ע בסי' י"ז ס"ק ט"ו משום דמחזקינן מזמן לזמן ומש"ה כיון דיצחק ר"ג בעלה של זו הי' תושב קורטבא מכבר אין לנו לומר דאותו שראו יוצא מקורטבא אחר הוא משיירות המצויות שזה מקרוב בא לקורטבא. דאדרבה אמרינן כאן נמצא כאן הי' מכבר שמסתמא זה הוא תושב קורטבא. כן הוא תורף כוונתו של הגאון ישויע"ק שם. והש"ש בתחילת דבריו שם בש"ז פי"ז. אבל מדברי הגאון פנ"י מוכח שאינו מפרש כן דברי הרמב"ן. דהא הוא מתיר שם מכח דברי הרמב"ן אלו בעובדא דידי' שהי' ידוע שבעלה של זו הי' מקראקא שהי' הולך מיערסלאב לקראקא דרך כפר גרושקי אף שהוחזקו עוד שיצאו מקראקא מ"מ כיון שאין אנו יודעין שהלכו דרך כפר הנ"ל ובעלה של זו ידוע שהלך דרך כפר ההוא שנמצא שם ההרוג שהעידו שהקראקאוער נהרג שם. אמרינן שההרוג הוא בעלה של זו שידוע שהלך שם ולא אמרינן שמא בעלה הלך לדרכו ואיש אחר מקראקא עבר דרך שם ונהרג משום דאמרינן כנכ"ה אף דבעלה לא הי' תושב שם ולא הי' שם מכבר רק זה מקרוב הלך דרך שם וכמו כן איכא לספוקי דילמא איש אחר עבר דרך שם שלא שייך לומר כנכ"ה. ואפ"ה כתב לדעת הרמב"ן שרי כאן:

ומבואר מדבריו שם שהוא מפרש כנכ"ה על המקום. כיון דבמקום זה הי' בעל האשה ודאי. ואם תרצה לומר דזה אחר הוא. אתה מוכרח לומר דהבעל הלך לדרכו ואחר בא לכאן. בזה אמרינן כאן נמצא עתה ההרוג כאן הי' מה שראינו אותו קודם כאן. ולא אמרינן דאותו שהי' הלך לדרכו ובא אחר במקומו כמו דל"ח שם ביבמות גבי תרומה שמא פינן כיון דבמקום הזה הי' בעלה בודאי ואחר לא ידעינן דהי' שם. ול"ד לגט דהגט לא נמצא במקום שנכתב א"כ במקום שנמצא אין כאן ודאי דהשליח הי' שם מעולם דדילמא מאחר שעבר שם נאבד עיי"ש בתשו' פנ"י הנ"ל. ועי"ש בד"ה וברור דאפילו הוחזקו שני יצחק ר"ג בקורטבא ושכיח שיירות מ"מ אם הי' יודעין דבעלה של זו הלך מקורטבא לאספמיא ואחר לא ידענו שהלך לשם מותר לדעת הרמב"ן כיון דבמקום שנמצא לפנינו הי' הבעל בודאי שם והאחר לא ידענו וכאן ל"ש כלל ס' הישיע"ק והש"ש מחמת דזה

מוקדם שם בזמן דהא כאן הוחזקו שני יצחק ר"ג בקורטבא ושניהם היו תושבים שם והספק הוא רק במקום שנמצא דהיינו על הדרך לאספמיא או באספמיא עצמה ומתיר משום שהבעל הלך לשם ודאי והאחר ספק אף דהספק דלמא האחר הי' שם ג"כ באותו הזמן שהי' זה וליכא קדימה ודאי בזמן כס' הישיע"ק הנ"ל וכן בעובדא דתשו' ב"י שמביא שם אח"כ שהרגו אותו שהלך ממיצקא לווירבוצא שהי' שמו חביב. שכ' שאם הי' ודאי שבעלה הלך ודאי דרך זה הי' מותר לכ"ע מטעם כנכ"ה אף דל"ש כלל קדימה בזמן. אע"כ דהוא מפרש דברי הרמב"ן דהעיקר תלוי במקום שנמצא שם ההרוג דאם במקום הזה הי' הבעל בודאי והאחר ספק אם הי' שם אמרינן כנכ"ה זה שידענו שהי' כאן ולא מחזקינן מספק דילמא איש אחר ששמו כן בא למקום הזה דהמקום הזה אינו מוחזק רק באיש הזה ששמו כן וידענו שהי' שם. וכ"כ שם לעיל הפנ"י בתשו' הנ"ל בד"ה דאף לר"ז דס"ל דבהוחזקו שני יב"ש חיישינן ולא ס"ל להתיר כס' רבה דזה ודאי אבד והאחר ספק אם אבד ואין ספק מוציא מידי ודאי היינו כיון דעכ"פ הי' במקום הזה רק דלא ידעינן שאבד. אבל אם אחד הי' ודאי במקום הזה והאחר ספק גם ר"ז מודה דאמרינן בהא אין ספק וכו' דהעיקר תלוי במקום עיי"ש. וכן משמע ג"כ בב"ש סי' קל"ב סוף סק"ד. וכן מבואר להדיא בתשו' מהרי"ט ככל דברי הפנ"י הנ"ל. דלהרמב"ן כשידוע שהבעל הלך לשם ונמצא שם במקום ההוא הרוג אמרינן דזה הוא שידוע לנו שהי' שם. ופירוש עובדא דמכלוף בן מלול שבתשו' הרא"ש שהי' ידוע שמכלוף בן מלול בעלה של זו הלך לפאס ואם הי' נמצא הרוג בפאס הי' מותר גם לדעת הרמב"ן. אבל כיין שנמצא חוץ לפאס לדעת הרמב"ן לא הי' ברור שמותר. והרא"ש לבד הוא שמתיר גם בכה"ג עיי"ש:

הרי כהדא דהשוו הני אריוותא המהרי"ט והגאון מגי"ש ז"ל לדעה אחת דהפירוש בהרמב"ן אינו כפירושן של האחרונים הנ"ל משום וקדמה בזמן. דעובדא דמכלוף בן מלול לא הי' תושב בפאס רק שידוע שהלך לשם. וא"כ דילמא גם האחר הלך שם קודם לו. אלא העיקר דבמקום שידוע לנו שבעלה הי' שם אמרינן דשם נשאר עד ההריגה. ולא חיישינן דהלך לו ובא אחר למקומו. ומיושב קושית הש"ש שם בפי"ז הנ"ל שהקשה על ס' זו של הרמב"ן דכנכ"ה והא כתבו התוס' בכמה דוכתי דהא דאמרינן הכל כשעת מציאתן ומחזיקין למפרע הוא רק בתרומה וקדשים. וא"כ ס' זו דכנכ"ה לאו דהלכתא היא. ולפמ"ש לק"מ דהא דכתבו התוס' דבחולין לא מחזקינן למפרע הוא רק משום חזקה דמעיקרא. דאדרבה אמרינן דהשתא הוא דנולד הדבר הזה שלא להוציא הדבר מחזקתו הראשונה. דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא כידוע. אבל כאן לפי פירוש המהרי"ט והמגי"ש הנ"ל לא מחזקינן כלל למפרע בזמן רק אדרבא אמרינן מי שהי'

שם פעם אחת נשאר בחזקתו שנשאר במקום ההוא גם להבא. ולכן נלפע"ד דלדברי הראשונים אלו המהרי"ט ומגי"ש שומעים בפירוש דברי הרמב"ן הנ"ל. וכ"מ ג"כ בתשו' צ"צ סי' נ"ח ד"ה לכך נ"ל שמפרש ג"כ דברי הרא"ש במכלוף בן מלול כפירוש המהרי"ט ומגי"ש הנ"ל. וכתב וז"ל לפי שאשה זו יודעת שבעלה מכלוף בן מלול הלך לשם וכו' אע"ג דשכיח שיירות אמרינן דודאי הוא מכלוף בן מלול זה שיודעין בו שהלך דרך מקום ההוא וכו' לא תלינן באחר דכאן נמצא כאן הי' עכת"ד. הרי הזכיר הוא ג"כ בזה הסברא דכאן נמצא כאן הי'. ואף דאינו מביא שם דברי הרמב"ן מ"מ כיון דראינו דנקט גם בהא ס' דכאן נמצא כ"ה אף דל"ש הקדמה בזמן כמש"ל מה חסר לנו אם נפרש גם דברי הרמב"ן כן:

והנה יצא לנו מדברי הגאון מגי"ש ז"ל שני דברים. חדא דאף לר"ז שחולק על רבה וס"ל דבהוחזקו לבד חיישינן אף דידעינן שזה ודאי אבד ולא ס"ל הס' דאין ס' מוציא וכו'. היינו משום דודאי הי' במקום הזה וספק אם אבד גם הוא. אבל היכא דאחד הי' ודאי במקום הזה ואחר ששמו כן אין אנו יודעין שהי' גם ר"ז מודה בהא דל"ח ואמרינן אין ס' מוציא מידי ודאי. ונראה די"ל הסברא ג"כ דהוי כעין ס' ביאה דקיל מספק נגע לענין רה"י עיין ב"ב (דנ"ה ע"ב) בתוס' שם דלשיטת רש"י אף ס' אחד מותר. וגם לענין דריסה ספק על קיל יותר ועיין חוו"ד סי' ק"י בדיני ס"ס דס' על גוף הריעותא קיל עי"ש. וגם שמעינן מדברי הפנ"י הנ"ל דס' הרמב"ן דכנכ"ה הוא לא מטעם שדבר זה ודאי קודם בזמן אלא אף אם אפשר שבאו שניהם יחד מ"מ אם אחד הי' ודאי כאן אמרינן דזהו שנמצא גם עכשיו ולא אמרינן דזה הלך לו ואחר הוא שבא לכאן ונהרג כמש"ל:

וא"כ מעתה לכאורה קשה איך אפשר לומר כס' הרמב"ן שהבאתי למעלה דגם בעיר אחת חוששין לשני יב"ש הא כיון דיודעין דאחד ודאי הי' כאן ומאיש אחר אין אנו יודעין. הא כתב הפנ"י הנ"ל דבזה גם ר"ז מודה דל"ח כיון דספק אם הי' כאן כלל עוד יב"ש. אך י"ל בזה סברא מחודשת. דהא דאחד ס' ואחד ודאי אין ס' מוציא מידי ודאי היינו משום דהספק נחשב כמו מיעוט נגד הודאי. דיש שני צדדים לתלות יותר בודאי. חדא דלמא לא הי' כאן מעולם רק הודאי ואף אם המצא לומר דיש כאן עוד אחד מ"מ דילמא ההרוג הוא הודאי שידוע לנו. ולכך הס' נגד הודאי הוא כמיעוט נגד הרוב. ולכך י"ל היכא דגם רובא לא מהני כגון אם הס' הוא במקומו ולא פירש למקום אחר דאז דינו דכל קבוע כמע"מ דמי. ל"א ג"כ בזה אין ס' מוציא מידי ודאי. עיין פמ"ג יו"ד סי' ק"י בש"ד סקי"ד בחקירה האחת שם. וא"כ שפיר ס"ל להרמב"ן ורש"י ותוס' הנ"ל דלר"ז חיישינן לשני יב"ש בעיר אחת. אף דהאחד ודאי והשני ספק מ"מ אף אם הי' לנו ספק על שנים של היתר ואחד

של איסור. הוה אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי וכו'. וה"נ שהספק לנו במקומו מי כתב הגט הודאי או הספק הוי קבוע דאם יש כאן עוד יב"ש אחד מבני העיר הוא קבוע. וכן בעובדא דענן בר חייא דדילמא בגמלא פרחא אתא. ויש כאן שני יב"ש ואין ידוע מי כתב הגט אזלינן לחומרא. אבל בעובדא דתשו' פנ"י שהי' נמצא הרוג בדרך וידוע לנו שהוא מאנשי קראקא. אלא דחיישינן דילמא עוד אחד מקראקא בא לכאן ודילמא אותו שהי' ידוע לנו הלך לו ואח"כ בא זה והרגו אותו. עכ"פ זה ודאי ששניהם ביחד לא היו כאן דזה דבר רחוק מאד שנחוש דילמא אתרמי שניהם בשעה אחת לכאן והרגו את האחד אלא דהספק הוא דילמא אותו שראינו מקודם שהי' כאן הלך לו ואח"כ בא אחר. א"כ אין שייך בזה דין קבוע כלל דהא לא הי' בשעת ההריגה רק אחד ולא ידענו מי הוא בזה שפיר כתב הפנ"י דאין ס' מוציא מידי ודאי וא"כ שפיר ניחא הא דסתמו בעלי הש"ע. דשמו ושם אביו ושם עירו מהני לכ"ע ול"ח לשני יב"ש באותה עיר ולא בעי חיפוש כלל משום דממ"נ היכא איירי אם בנמצא הרוג במקום אחר ומעידין עליו שהוא יב"ש מעיר פלוני. א"כ כיון דידוע דבעלה הי' דר במקום פלוני ואיש אחר ששמו כשמו לא ידענו. הוי הס' נגד הודאי כמו מיעוט נגד הרוב וכיון דלא נמצא במקום הקביעות רק בטור אחרת שבא במקומו שם. א"כ אמרינן כל דפריש מרובא פריש. ואי בנמצא בעירו ממש ואין מכירין אותו. ומי שראה ההריגה ג"כ לא הי' מכיר אותו רק ששמע ששמו יב"ש שזה נולד הס' במקום הקביעות מ"מ כיון דאנו מסופקין בבעל האשה הזאת בע"כ שאינו עתה לפנינו בעיר דאם הי' חי לפנינו לא הי' ספק בדבר. וא"כ אם תרצה לומר שההרוג אינו בעלה של האשה הזאת רק יב"ש אחר הי' כאן ונהרג. א"כ בע"כ אתה צריך לומר דבעל שהי' כאן הלך לו למק"א וחי עדיין שם. א"כ בזה שוב שייך ס' הרמב"ן דכנכ"ה ול"ח שמא פינן ואמרינן מי שהי' ידוע לנו שהי' בכאן הוא זה שגם עתה הוא בכאן ונמצא הרוג לפנינו ולא הלך למקום אחר. דכמו שהי' קודם במקום הזה מסתמא גם עכשיו הוא כאן לפנינו ולא נשתנה מחזקתו לילך למקום אחר כמש"ל. ולכך סתמו בש"ע דשמו ושם אביו ושם עירו מהני לכ"ע דכיון שאנו יודעין שבעל האשה הי' כאן במקום הזה ואיש אחר בשם יב"ש אינו ידוע כאן אמרינן זהו שהי' כאן זה נהרג כס' הפנ"י ומהרי"ט הנ"ל. הארכתי בזה לבאר הדבר שהוא לכאורה מהלכות עמומות:

ומעתה נבוא לנדון שלפנינו. הנה לפי"מ שתפסו האחרונים דשם כינוי המשפחה הוא כשם אביו וא"כ כשנמצא כתוב בפנקס המתים שהאיש חיים שעריל שהי' בשפיטאל בחעלים מת והאשה אומרת שבעלה הי' בשפיטאל בחעלים הרי מגידין על שמו ושם משפחתו שהוא כאביו ושם עירו. דהוא השפיטאל. דמ"ש השפיטאל מעירו שהי' דר

שם. ואף שלא הי' דר שם בקביעות הרי בתשו' ב"י הובא בקו"ע אות קכ"א מביא בשם הרבינו ירוחם שעובדא דתשו' הרא"ש במכלוף בן מלול איירי שהי' ידוע שהי' דר בפאס והוי שם עירו ג"כ וברבינו ירוחם עצמו מפורש שהעידו שמכלוף בן מלול מהיום כך וכך ימים הוא דר שם בפאס עיי"ש בחלק חוה נכ"ג ח"ג וכן הביא בשמו בבד"ה להב"י בסי' י"ז, ורוח ד' נוססה בקרב הגאון מליסא ז"ל, שבספרו קהלת יעקב בסי' י"ז סי"ח מפרש בעצמו כן דברי התשו' הרא"ש הנ"ל. אף שלא ראה דברי הרי"ו שלא הביאם שם כלל. ומפרש דברי תשו' הרא"ש הנ"ל. שאיירי שידעה שבעלה הי' מתגורר בפאס ולא הי' דר שם כלל עם אשתו. וכיון שהעידו שמכלוף בן מלול שמתגורר בפאס נהרג לשני מכלוף בן מלול ל"ח. עיי"ש. הרי זה ממש כנ"ד. שמעיד הפנקס של מתים שהאיש חיים שעריל מגאליציע שהי' מונח בשפיטאל בק"ק תעלם מת. ואשתו אומרת שבאותו עת הי' שם בשפיטאל בעלה מו"ה חיים שעריל. לא חיישינן דילמא הי' שם עוד חיים שערל מגאליציען כמו דל"ח לשני יב"ש בעיר אחת:

ואף דלכאורה אפשר לחלק דאולי רק בעיר שייך הס' שכתבתי למעלה בשם הראשונים דאם הי' שני יב"ש קלא אית להו. אבל בשפיטאל אולי כיון דכ"א מונח בחדרו ואין להם מו"מ זה עם זה אין שייך לומר אם הי' שני יב"ש הי' ידוע. אבל בלא"ה הא כתבתי למעלה דרש"י ותוס' והרמב"ן לא ס"ל הסברא דקלא אית להו וס"ל דלר"ז חוששין לשני יב"ש בעיר אחת ואפ"ה היכא דידוע דאחד הי' שם ועוד מאיש ששמו כשמו לא ידעינן אמרינן דאין ס' מוציא וכו' ול"ח דהאיש שהי' ידוע לנו הלך לו וזהו אחר משום כנכ"ה. ובפרט דבלא"ה פשיטא דהרמב"ן ורש"י ותוס' הנ"ל דס"ל דחיישינן לשני יב"ש. היינו לר"ז דס"ל דאף בלא הוחזקו חיישינן. אבל לרבה דס"ל דבעינן שיירות מצויות וגם הוחזקו פשיטא דכל זמן שאינו ידוע שיש עוד אחר לא הוחזקו מיקרי כמ"ש רש"י בגיטין (כ"ז) הנ"ל. וכ"כ דודי הגאון מוהרא"ז בתשו' בית אפרים סי' כ"ט בד"ה אמנם במוסגר המוקף בשני חצאי לבנה דדברי רש"י בב"מ קאי רק למאן דס"ל דאף בלא הוחזקו חיישינן ודלא כש"ש ע"ש. וא"כ פשיטא דלהרא"ש והרי"ף והטור דס"ל דקי"ל במיתה כרבה פשיטא דמותר כאן כיון דלא הוחזקו אף דשכיח שיירתא. אלא אף להרמב"ן וסייעתו דס"ל כר"ז מ"מ מותר דהא לדעת מהרי"ט והמגי"ש הנ"ל דכיון דידעינן דבעלה הי' שם מותר משום כנכ"ה. וכן מוכח להדיא דעת הח"מ בסי' י"ז סי"ח ס"ק ל"ח שאין כאן רק דיעה אחת ואין פלוגתא בין הפוסקים דשמו ושם אביו לחוד לא מהני דודאי יש עוד יב"ש בעולם. ועובדא דמכלוף בן מלול הוא משום כיון דבעלה ודאי הלך אף דשכיח שיירות מ"מ אין זה ודאי שמי ששמו כשמו הלך ג"כ שם לכך ל"ח לאחר. ומדכתב דאין כאן

כי אם דיעה אחת משמע דכ"ע מודו בהא אף הרמב"ן וסייעתו וה"נ דכוותי' הוא. ואף למה שחולק הקהלת יעקב שם על הח"מ ומפרש עובדא דהרא"ש כמו שהבאתי לעיל משום דידוע שבעלה הי' מתגורר בפאס ואיש אחר ששמו כשמו לא הוחזק שם ל"ח אף בשכיח שיירות עיי"ש. ה"נ ממש דכוותי' הוא. ובפרט דשם חיים שעריל הוא שם שאינו שכיח כ"כ וא"כ רחוק הוא לומר שהי' שם בשפיטאל הזה בחעלים עוד חיים שעריל מגאליציען. ושהי' חולה באותו הזמן ממש. ומונח בשפיטאל הזה כמו שהי' בעל האשה הנ"ל. ובעלה הבריא והלך לו ואותו האחר מת שם אשר כ"ז מציאות רחוק מאד. והוה כעין עובדא דתשו' מהרי"ק במעשה דר' דוד בן שלמה מרוסיא עיי"ש בב"י. וא"כ מכל הלין טעמי נ"ל דמחשש זה מה שחסר שם עירו אין לחוש כ"כ כיון דהזכיר שם מקומו שהוא השפיטאל וידענו מפי האשה שהוא הי' שם באותו העת בשפיטאל. ובלא"ה דעת מהרי"ו ומבי"ט הובא בש"ש שם דאם נמצא הרוג במקום שידוע שהלך לשם ומאיש אחר לא ידענו שהלך לשם דאמרינן אין ס' מוציא מידי ודאי אלא דהאחרונים חלקו בזה היכא דשיירות מצויות ואומרים דכיון דשכיח שיירות הוי כמו ודאי דיש בדרך שהלכו שם עוד בני אדם ול"ש בהא אין ס' מוציא וכו'. אבל בהזכיר שמו ושם אביו דאף דשיירות מצויות מ"מ אין זה ודאי שהי' בשיירות האלו איש ששמו ושם אביו כזה. ועיין בקהלת יעקב סוף סעיף י"ח. דמתיר ג"כ היכא שידוע שבעלה הי' מתגורר שם ואמרו אח"כ מי ששמו ושם אביו כך והי' מתגורר במקום הזה נהרג ל"ח לשנים ששמם שוה:

ואמנם הריעותא שכ' הה"ג אבד"ק קיטוב מחמת שקובר המתים אומר שדרכו הי' שכשנמסר לו מת מהשפיטאל לקוברו הוא שואל לאחד ממשמשי השפיטאל מה שמו והוא מודיע זה להגמינא היהודית ואותם משמשי השפיטאל הם עכו"ם וכיון דמשיב ע"י שאלה לא הוי מסל"ת. הנה כבר עוררתי בתשו' א' עפי"ד הריב"ש בסי' קנ"ה לחלק במדעל"ג דעדות על מיתת הבעל לא הוי כ"כ מלדעל"ג דאין הדבר עומד להתברר תיכף ואין בידינו לברר דדילמא הבעל הלך לו לדרך רחוקה וכה"ג מש"ה ל"ה מלדעל"ג גמור ואין ע"א נאמן מדאורייתא. אבל במעיד על דבר שבידינו לברר תיכף לכ"ע הוי מלתא דעל"ג ונאמן ע"א מדאורייתא עיי"ש. וא"כ גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן כמבואר ביו"ד סי' פ"ג ופ"ו דבאומר מדג פלוני ועוף פלוני שיוכל הדבר להתברר גם עכו"ם שאינו מסל"ת נאמן. וא"כ ה"נ בשעה שהמת עדיין הי' מונח ושאל להמשמש שם ע"ש. בודאי לא משקר בדבר שבידינו לברר תיכף שבוודאי הי' עוד שם אנשים בשפיטאל שהיו מכירין אותו וגם הי' יכול לשאול אז הממונים דהוי כערכאות דלא מרעי נפשייהו וא"כ הי' ירא גם המשמש לשקר בדבר שהי' אז אפשר תיכף לברר, ועיין תשו' מהר"ם

שבהגמי"י ה' אישות הובא בב"י סי' י"ז בעכו"ם שאמר למה אינכם מביאים אותו פלוני שנהרג ושוכב במקום פלוני שכ' דזה עדיף משאמר מסל"ת משום דהוי מלדעל"ג אלא שהי' קשה לו ע"ז וכן הקשה ג"כ אחד מהרבנים מסוף יבמות בפונדקית דאמרה וזה קבר שקברתיו ואפ"ה פריך אח"כ הש"ס והא אי' חברנו קאמרי ומאי קושיא הא שם ג"כ אפשר לברר ולפתוח קברו לראותו דמותר לצורך עגונה כמ"ש הכני"ח בשו"ת שלו:

וישבתי קושיא זאת בטוטו"ד בעזה"י דהנה בח"ס אה"ע סי' מ"ו בד"ה אבל ובתשו' זכרון כהונה (דל"ו) כתבו לתרץ הא דקשה לדעת התשב"ץ והנוב"י בפירוש דברי הרמב"ם דע"א נאמן בעדות אשה מה"ת משום מדעל"ג וא"כ גם עכו"ם שאינו מסל"ת יהי' נאמן כמו בסי' פ"ג ופ"ו הנ"ל. ותירצו דל"מ מדעל"ג רק לענין איסור. אבל בעדות אשה דבעינן עדות גמורה דאין דבר שבערוה פחות משנים בזה ל"מ עכו"ם אף במדעל"ג דגזיה"כ הוא דאל תשת רשע עד. והא דנאמן במסל"ת משום דכיון שאינו מתכוין להעיד לאו תורת עד עליו עיי"ש. ואמנם אנכי מצאתי בשו"ת פני יהושע ח"ב סי' ס"א ד"ה ויען שרצה לומר ג"כ סברא זאת ודחה אותה ע"ש שכתב וז"ל דא"ל דאם מתכוין אע"ג דקושטא קאמר לא סמכינן עלי' ודאינו בר עדות וכו' דהתורה פסלתו להעיד אף אם אומר אמת דז"א דלא פסלו עכו"ם וכו' אלא משום דמשקר אבל אי קושטא קאמר סמכינן עלי' דמ"ש מעבד או שפחה אשה וקרוב דגם הם פסולין וסמכינן עלייהו עכת"ד ע"ש. ודבריו נראים נכונים מאוד דכיון דהאמינו חכמים כל פסולי עדות גם עכו"ם אין לפסול מגזיה"כ רק היכא די"ל דמשקר. וא"כ בע"כ הא דעכו"ם נאמן בסי' פ"ג וסי' פ"ו ובעדות אשה אינו נאמן במתכוין להעיד בע"כ צריך לחלק כס' הריב"ש הנ"ל וכמ"ש כן גם הפר"ח דעדות על מיתת הבעל לא הוי מדעל"ג כלל כמש"ל אבל היכא דהוי מדעל"ג גמור כמו בעובדא דתשו' מהר"ם הנ"ל שהי' שוכב עדיין והי' יכולים לילך ולראותו ודאי עכו"ם נאמן אף במתכוין להעיד. ואמנם כ"ז לאחר שהכשירו חכמים קרובים ופסולים בעדות אשה. אבל שם ביבמות דאזיל הש"ס אליבא דר"ע דס"ל דאין משיאין לא ע"פ אשה ולא עפ"י עבד וקרובים. א"כ הדרא ס' הח"ס והז"כ לדוכתה דגם עכו"ם המכוין להעיד פסול לדידי' משום גזיה"כ אף במדעל"ג ומש"ה פריך הש"ס שפיר והא אי' חברנו קאמרי ולא הוי מסל"ת מאי אמרת דתהא נאמנת משום מלדעל"ג דיכולין לפתוח קברו ז"א דלר"ע כמו שכל הפסולים אין משיאין ע"פ כן נמי עכו"ם במדעל"ג. אבל לדידן דקי"ל דאשה ועבד וקרובים כשרים גם עכו"ם נאמן במלדעל"ג אף במתכווין להעיד כס' הפנ"י הנ"ל בדבר העומד להתברר תיכף, וא"כ ה"נ בנ"ד דשאל את המשמשים שם קודם הקבורה דהוי מלדעל"ג גמור מה שאמרו שהוא חיים שעריל דהא הי' יכול לילך ולראותו וגם לשאול את פי הממונים

שנאמנים מדין ערכאות ובמלדעל"ג גם עכו"ם נאמן לדידן. וגם לדעתי בלא"ה ודאי שאל אחד מהממונים דאותם המשמשים שאינם ממונים האיך הי' יודע שמות המונחים שם בדקדוק ובודאי שאל אותו שבידו פנקס החולים המונחים שם הוא ג"כ לא מרע נפשי' ויש לו דין ערכאות לדעת הח"ס דס"ל דערכאות נאמנים אף ע"י שאלה. וגם אם ספק הוא אם שאל אחד מהממונים או המשמשים יש להתיר ע"פ ס' הד"ח ח"א ס' מ' דכל שספק לנו אם עכו"ם או ישראל אמרינן מסתמא דלאו עכו"ם הוא דעכו"ם אינו מכשיל בחנם כס' הט"ז ע"ש היטב. ודכירנא שראיתי הס' הזאת באיזה ספר הקדום עוד מהד"ח ונשכח ממני מקומו. א"כ ה"נ דספק לנו אם אחד מהממונים הנאמנים משום דלא מרעי נפשייהו או עכו"ם אחר אמרינן מחמת ס' דעכו"ם אינו מתכוין להכשיל דוודאי הוי אחד מהערכאות דמעידים אמת וגם יש ס' דילמא באמת ישראל הי' שמצוים לרוב בבתי החולים. וגם בודאי הקובר מתים הנ"ל בעצמו לא בא שם רק אם קראוהו ליקח הנפטר לקברו וא"כ אם שאל אותו שקראוהו והודיעו אותו מהנפטר הוי כמו התחיל כעין שכ' הרי"ף כיון דחזינהו בכיא דמהני מה שאומר אח"כ גם ע"י שאלה. וגם אולי יש לצרף גם דברי הנו"ב דהיכא דאיכא אומדנא וראיות נאמן גם עכו"ם שאינו מסל"ת והכא כיון דידוע דבעלה הי' חולה באותו עת וכתב לה מכתבים ופתאום הפסיק מלכתוב ואבד זכרו עד היום. וידוע דבאותו זמן מת יהודי בשפיטאל הנ"ל דאיכא ידים מוכיחות טובא ורגל"ד שהוא בעלה. נאמן גם עכו"ם שאינו מסל"ת לד' הנוב"י הנ"ל והיא דיעה קדומה עוד דעת הר"ט בתשו' מהרי"א בפסקיו סי' קל"ט ע"ש. ואמנם כתבתי כ"ז רק לעורר משום דצר לי מאוד על האשה הזאת שבאם לא נתיר לה ע"י העדות הזאת אבד תקוותה ח"ו ולדעתי נכון הדבר לשלוח איש ת"ח ובר דעת לק"ק חעלים לדרוש ולחקור היטב מקובר מתים הנ"ל את מי שאל והיכן הי' אולי יהי' בירור יותר מזה. ובודאי אם יאמר ששאל למי שבא והודיע מהנפטר ודאי אינו מזיק מה ששאל אותו על שמו כיון דהתחיל העכו"ם בדבר. יהי' איך שיהי' נחכים אח"כ אי"ה בדבר כי יש צדדים גדולים להתיר את העלובה הזאת. אבל לע"ע לא קאמינא מידי והשי"ת יצילנו משגיאות ויראנו בתורתו נפלאות:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נז, תק"ע.

רב שלומים לכבוד ידידי הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי ותיק וחסיד **מהר"צ** נ"י דומ"ץ בק"ק **בעלזא**:

יקרתו עם שאלת עגונה לנכון הגיעני. והנה אנכי עתה מוקף טרדות. ולא אוכל לטייל ארוכות וקצרות כמקדם. ואכתוב דעתי בקצרה. והשי"ת יצילנו משגיאות. והנה במה

דסיים אפתח. במה שכתב כת"ה שיש להתיר גם ע"י הגב"ע ממאסט. מה שאמר העד ששמע שמת ואינו יודע אם שמע בבעלז או במקום אחר. וכתב דל"ד להא דמובא בקו"ע אות רל"ג בשם המבי"ט דאם אמר שמעתי וא"י ממי שמעתי אין מתירין על פיו. התם משום דחיישינן דילמא שמע מפס"ע. אבל כאן דאמר א"י אם שמע בבעלזא מה לי בעלז או מק"א. עכת"ד. ודבריו אינם מובנים לי כלל. דאם חיישינן דילמא שמע מפס"ט א"כ גם בשמעתי סתם ניחוש. וגם הא קיי"ל דכותבין אע"פ שאין מכירין ול"ח לצרה ולפס"ע עיין ח"מ סקכ"א. ועיין בחת"ס אה"ע ח"א סוף תשו' ע' ד"ה אמנם כתב דהועתק ד' המבי"ט בשבוש. ועיינתי במבי"ט עצמו. ולענ"ד אין כאן שבוש כלל. דעיקר מה שרוצה לחוש שם הוא משום דילמא שמע רק קול הברה שכתב הרמ"א ס"ג בשם המיוחסות להרמב"ן דל"מ. ולכאורה טעמא בעי. כיון דע"א ועבד ושפחה וקרובים נאמנים לעדות זו. א"כ מאי שייך קול הברה הא עכ"פ הקול יוצא מאיש אחד שאמר שמת. וכיון דהכל כשרין לעדות זו למאי ניחוש לה. ולפס"ע מחמת עבירה ג"כ ל"ח כמש"ל:

ואמנם נ"ל ברור דהטעם הוא משום דהעיקר סמכינן על ע"א משום מדעל"נ. א"כ כ"ז שאמר ששמע מאדם אחד מיוחד שפיר שייך מדעל"ג דהוא ירא לשקר לומר דבר שלא שמע דילמא יבוא ויכחישנו והראשון ירא לומר בשקר שמת דילמא יבוא הבעל ויתגלה שקרו. אבל אם אמר ששמע קול הברה שרבים מדברים וא"י ממי שמע. א"כ ל"ה מדעל"ג דא"י להכחיש אותו דיאמר ששמע מאיש אחר. ואף לדעת הב"י בתשו' והרמ"א בס"ה דשמעתי סתם מהני היינו כמ"ש הב"ש בסק"מ דל"ח לחשש בלא רגל"ד. ול"ח דילמא שמע קול הברה אלא אמרינן ששמע מאדם מיוחד והוי שפיר מדעל"ג דירא לשקר דילמא ישאלו אותו ממי שמע. וא"כ ממ"נ אם יאמר דא"י ממי שמע יאמרו דהרוצה לשקר מרחיק עדותו. ואם יאמר ממי שמע ירא דילמא יבוא ויכחישנו. כמ"ש בס' קהלת יעקב סי"א ד"ה שם ואפילו אינו מקוים. אבל אם אמר בעצמו מתחלה שאינו יודע ממי שמע. ולא חשש לזה שיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו. א"כ אינו ירא עוד משום דבר דאם יבוא הבעל יאמר דמי שאמר לו כן שיקר. וזה ג"כ טעם דקול הברה ל"מ משום דל"ה מדעל"ג כמש"ל. וא"כ ה"נ בנ"ד דאומר ששמע וא"י אם שמע בבעלז או במק"א. הרי בעצמו אומר שאינו יודע ממי שמע ול"ה מדעל"ג דא"נ לדעת המבי"ט הנ"ל. ואין זה כלל נגד דברי הב"י והרמ"א. וצריכין א"כ לחוש לזה:

ברם נ"ל דדין זה תלוי באשלי רברבי. לפימ"ש הקהלת יעקב הנ"ל דטעם הפוסקים דס"ל דבעינן שטר מקוים הוא משום דאל"כ ל"ה מדעל"ג דדילמא חתם בשקר איש אחר ואין אנו יודעין כלל מי כתב זאת באמת. א"כ איננו ירא שיתברר שקרו עיי"ש. וא"כ

לכאורה צריך טעם מ"ט דהני פוסקים דס"ל דלא בעינן שטר מקוים. והחמ"ח הכריע דסומכין עליהם בשעת הדחק והא ל"ה מדעל"ג. אך נלע"ד בשנבאר מקודם מה שעמדו ע"ז הראשונים סתירת דברי הש"ס דבר"פ האשה רבה קאמר הש"ס רק הטעם משום חומר שהחמרת עלי' וכו' הקילו בה משום תק"ע ודייקא ומינסבא. ואינו מביא כלל הטעם דמדעל"ג. (ובדקט"ו) בע"א במלחמה מספקא לי' להש"ס אם ע"א נאמן משום מדעל"ג או משום דייקא ומינסבא. וגם דברי הרמב"ם התמוהים שתמה עליהם הנוב"י והתשב"ץ דארכבי' אתרי רכשי משום מדעל"ג משמע שמדאורייתא. ואח"כ קאמר הקילו בה רבנן וכו' עיי"ש בתשב"ץ תשו' פ' ובנוב"י מהדו"ק תשו' שתמהו ע"ז דמתחלה קאמר לא הקפידה תורה וכו' שרחוק שיאמר שקר בדבר העומד להתברר וכו' משמע דמה"ת נאמן. ואח"כ קאמר לפיכך הקילו חכמים בדבר והאמינו עד אחד וכו' משמע דרק קולא דרבנן היא:

ונלע"ד ליישב דצריכי תרווייהו להדדי. דהנה כבר הקשיתי לשיטת האומרים דע"א נאמן רק מדרבנן וההיתר רק משום אפקעינהו וכו' כמ"ש רש"י בשבת. והקשה ע"ז הריטב"א דא"כ אמאי אם בא בעלה תצא מזומ"ז והוולד ממזר. והא כבר היא פנוי' ע"י הפקעת הקידושין. ותירץ כיון דההיתר הוא רק משום חומר שהחמרת וכו' דייקא ומינסבא. א"כ ההפקעה הי' רק על תנאי אם לא יבוא הבעל לעולם ולא יוודע שהוא חי. אז אף אם הוא חי באיזו מקום הפקיעו הקידושין. אבל אם יבוא לביתו או שיתוודע כי הוא חי אדעתא דהכי לא אפקעינהו וכו'. וקשה הא קיי"ל בקידושין (דמ"ה ע"ב) דנתקדשה לדעת אבי' וניסת שלא לדעת אבי' דאינה אוכלת בתרומה דשמא יבוא אבי' וימחה ונמצאת זרה אוכלת תרומה למפרע. ואף למ"ד התם אוכלת הוא רק משום דנתקדשה לדעת אבי'. וד"ת ארוסה אוכלת בתרומה. אבל באיסור דאורייתא וודאי חיישינן דילמא יבוא וכו'. וא"כ ה"נ אמאי מתירין אותה לינשא עפ"י ע"א דילמא יבוא אח"כ הבעל ואז לא הפקיעו הקידושין ונמצאת א"א למפרע. וזה דבר הראוי להתעורר עליו:

אך י"ל דהנה הא איכא ג"כ טעמא דעל"ג. והטו"א בר"ה (דכ"א) הקשה הא בבא אחד ואמר קדשו ב"ד את החודש מהימן משום מדעל"ג. ואמאי אין ע"א נאמן לומר שמת בעלה מדאורייתא כמו בקידוש החודש. ותירץ דהכא דאיתחזיק איסורא דא"א א"נ גם במדעל"ג. אך כ"ז אם לא אמרינן אפקעינהו. אבל כיון דאמרינן דמשום עיגונא הקילו והאמינו ע"א משום חומר שהחמרת וכו' ואפקעינהו לקידושין. מאי אמרת ניחוש דילמא יבוא הבעל ותהי' א"א למפרע דאדעתא דהכי לא אפקעינהו. א"כ שוב אין כאן חזקת איסור א"א. דדילמא לא יבוא ולא היתה א"א מעולם דהא אפקעינהו לקידושין. ואין כאן

רק ספק איסור בעלמא אם יבוא או לא יבוא שוב ע"א נאמן משום מדעל"ג כמו בקידשו ב"ד את החודש. וא"כ שפיר נכונים דברי הרמב"ם דארכבי' אתרי רכשי. דבאמת טעמא דמדעל"ג לא סגי לחוד נגד חזקת א"א כס' הטו"א. אבל טעמא דהקילו משום תק"ע ג"כ לא סגי. דכיון דלא הקילו רק משום חומר שהחמרת והי' צריכין להתנות שאם יבוא הבעל לא יופקעו הקידושין. אם כן שוב תמיד ניחוש דילמא יבוא הבעל כמש"ל. ולכך הוצרך הרמב"ם להקדים הטעם שלא הקפידה תורה על העדאת ב' עדים היינו אף היכא דליכא חזקת איסור. אלא היכא דאין הדבר עומד להתברר. אבל במדעל"ג בעלמא א"צ עדות. אלא דהכא דאיכא חזקת א"א לא סגי בזה. אלא דהקילו חכמים שלא יושארו בנות ישראל עגונות. וא"כ שוב ליכא למיחש דילמא יבוא הבעל. דכיון דאזדא לי' חזקת א"א אם לא יבוא הבעל ע"י הפקעת הקידושין שוב ליכא רק ספק איסור. וממילא שוב ע"א נאמן משום מדעל"ג:

וא"כ מעתה נכון ג"כ ליישב שתי סוגיות הש"ס דיבמות הנ"ל. דהנה בר"פ האשה קאמר הש"ס הטעם דהקילו רבנן משום חומר שהחמרת. וקשה קושייתי הנ"ל ניחוש דילמא יבוא הבעל וכו' וצריך לתרץ כמש"ל משום מדעל"ג. אלא דלפי"ז הי' צריך שיהי' מדעל"ג. ובגוונא דלעיל שאמר שמעתי וא"י ממי שמעתי או בשטר שאינו מקוים דל"ה מדעל"ג לא הי' נאמן. אלא די"ל טעם אחר וליישב קושייתי הנ"ל דהנה הריב"ש כתב דעדות שמת בעלה לא הוי מדעל"ג שפיר דאין זה ברור שהבעל יבוא לביתו. ולכאורה אינו מובן וכי העד נביא הוא דמ"מ הוא ירא לשקר דדילמא יבוא הבעל. אך צ"ל דהנה רש"י בכתובות (כ"ב) גבי אומרת ברי לי פירש דאומרת אין לבי נוקפי שאילו הוא חי הי' בא. מוכח דהאשה יכולה לידע זאת אם יש אהבה בינו לבינה. ואז וודאי אם הוא חי הי' בא. ואם לפעמים אינו יכול לבוא מחמת איזו סיבה, הי' משתדל להודיע לה מרחוק שהוא חי אלא שיש לו סיבה שאינו יכול לבוא כדרך איש ואשתו ששלום ביניהם. וא"כ זה טעמו של הריב"ש. דהוא סובר כיון שהעד רואה שהאשה מתאוננת על בעלה ומחפשת עדות לינשא. א"כ הוא רואה דהאשה וודאי אין לה שום ידיעה מבעלה. א"כ ממ"נ אם הי' לו אהבה עמה וודאי שמת דאילו הי' חי הי' בא או הי' מודיע לה הסיבה שלא יוכל לבוא ואם אין מודיע לה בע"כ שיש לו שנאה עמה ואינו רוצה לבוא אצלה א"כ וודאי לא יבוא עוד. וע"ז סומך העד ואינו ירא להעיד אף שאינו יודע בבירור דאצלו הוא וודאי או שכבר מת או שאינו רוצה לבוא ולא יבוא ולא הוי מדעל"ג להריב"ש הנ"ל:

וא"כ יש ליישב ג"כ קושייתי הנ"ל דלכאורה קשיא במה דקיי"ל בקידושין דחיישינן שמא יבוא אבי' וימחה. והא כתבו התוס' בגיטין (דל"ג) ד"ה ואפקעינהו ומכות (דט"ו ע"ב)

ד"ה במאי דמה"ט ל"ח שמא ישאל דמחזקינן לי' שיעמוד במה שהוא עומד עכשיו ולא ישאל. וכ"כ עוד שם בד"ה ועבר דיש לנו לומר שלא ישאל כאשר אינו שואל עכשיו. וא"כ אמאי חיישינן שמא יבוא אבי' וימחה ולא נימא דמחזקינן לי' שלא יבוא לעולם כאשר אינו בא עכשיו. אך באמת לק"מ דכאן בנדרים או בנזירות הוא רוצה עכשיו בנזירות או בנדר דהא קיבל עליו מרצונו ל"ח שישתנה דעתו וירצה להתחרט ממה שהוא עושה עכשיו דלשינוי רצון ל"ח אבל בהלך אבי' למדה"י דלא הלך ע"ד שיושאר שם לעולם ולא גילה דעתו שאין רצונו לבוא לביתו ואדרבא דעת ההולכים למדה"י הוא ע"מ לחזור שפיר חיישינן דילמא יבוא אבי' וא"כ מיושבת שפיר קושייתי הנ"ל מה דל"ח דילמא יבוא בעלה דכיון דאמרינן דייקא ומינסבא דהיינו דאם הי' לה איזה ידיעה מבעלה שהוא חי לא היתה ניסת משום חומר שהחמרת וכו' וא"כ זה דבר רחוק המציאות שיהי' בעלה חי ולא יבוא או לא יודיע לה סיבת מניעת ביאתו ולמילתא דלא שכיחא ל"ח ובע"כ אחת משתי אלה או שבאמת אינו חי או שהוא חי ואינו רוצה לבוא אצלה משום דסני לה ונשא שם אחרת ואינו רוצה שיהי' לה ידיעה ממנו א"כ ממ"נ אם אינו חי וודאי מותרת ואם הוא חי אלא שאינו רוצה לחזור לביתו ולבוא אצלה שפיר התירו חכמים משום אפקעינהו ול"ח שמא יבוא לביתו דכיון דעכשיו חזינן דאינו רוצה לחזור אצלה עוד לשינוי רצון ל"ח כס' התוס' גיטין ומכות הנ"ל ואמרינן כמו דעכשיו סני לה ואין רצונו לחזור אלי' כן יעמוד בדעתו ורצונו זה לעולם כמו דל"ח שמא ישאל כיון דעכשיו אינו נשאל לס' התוס' הנ"ל:

וא"כ לפי"ז יש לפנינו שני דרכים בטעם שהקילו חכמים בעגונה להאמין ע"א. הא' משום חומר שהחמרת וכו' דייקא ומינסבא ואפקעינהו רבנן וכו' ול"ח דילמא יבוא דאם הי' רצונו לבוא הי' בא עכשיו א"ו דאינו חי או דאין רצונו לבוא א"כ בוודאי לא יבוא לעולם וא"כ ההיתר משום דייקא לחוד ולא משום מדעל"ג דאין כאן מדעל"ג לס' הריב"ש הנ"ל דהעד אינו ירא כלל דכיון דרואה שאינו בא והאשה מחפשה עדות לינשא בע"כ דאין לה שום ידיעה ממנו דאל"כ היתה חוששת שלא לינשא משום חומר שהחמרת וכו'. וא"כ העד סובר ג"כ או דוודאי מת או שאינו רוצה לבוא. וא"כ לא יבוא לעולם ולא יתברר שקרו. ולפי"ז הטעם גם בשמעתי וא"י ממי שמעתי או בשטר שאינו מקוים דליכא מדעל"ג כלל מותרת. אבל י"ל גם כדרך הראשון שכתבתי דצריכין לשני הטעמים. אחד משום מדעל"ג אלא דזה לחוד לא סגי כיון דאיכא חזקת א"א כס' הטו"א הנ"ל וצריך לטעם דהקילו חכמים משום חומר שהחמרת וכו' שיופקע חזקת א"א, וזה לחוד ג"כ לא סגי משום דניחוש דילמא יבוא הבעל ותהי' א"א למפרע דאדעתא דהכי לא

הפקיעו כמש"ל. אך כיון דליכא כאן חזקת א"א בוודאי רק ספק קידושין. שפיר סמכינן אטעם דמדמל"ג כיון דליכא חזקת איסור. ולפי הטעם הזה אין מתירין רק היכא דאיכא תרתי היינו דייקא ומדעל"ג. אבל בשמעתי וא"י ממי שמעתי ושטר שאינו מקוים דל"ה מדעל"ג אינה מותרת. אלא דנראה דזה הוא בעיא בגמ' (דקט"ו) הנ"ל בע"א במלחמה אם ע"א נאמן משום מדעל"ג ובמלחמה נמי נאמן אף דלא דייקא משום דסברה וודאי מת במלחמה. מ"מ נאמן משום מדעל"ג. דאף דבעלמא צריכין לס' דדייקא דאל"כ ל"מ מדעל"ג היכא דאיכא חזקת א"א. מ"מ במלחמה הא כבר כתבו האחרונים דהיכא דהי' במקום סכנה במלחמה איתרע לי' חזקת חי דידי'. וא"כ ממ"נ אם הי' במקום סכנה איתרע חזקת חי וסגי בטעמא דמדעל"ג לחוד. ואם לא הי' במקום סכנה אינה סוברת דוודאי מת ולא אמרה בדדמי ודייקא ומינסבא ומותרת שפיר. או טעמא דע"א משום דייקא ומינסבא היינו דטעמא דמדעל"ג לא מהני כלל. דאין זה מדעל"ג כס' הריב"ש הנ"ל וכמו שהסברתי לעיל. רק עיקר הטעם דע"א נאמן משום דייקא לחוד. וא"כ במלחמה דלא דייקא אין ע"א נאמן:

ובזה יש ליישב שיטת הרי"ף דס"ל דבעיא דע"א בקטטה לא איפשטא ואין ע"א נאמן כיון דלא דייקא משום דסניא לי'. והקשו עליו כיון דס"ל דע"א במלחמה איפשטא האיבעיא וע"א נאמן משום מדעל"ג אף דלא דייקא. א"כ גם בע"א בקטטה יהא נאמן. ולפימ"ש לק"מ דבעיא במלחמה שפיר מהני טעמא דמדעל"ג לחוד. דאם לא דייקא ואמרה בדדמי משום דיודעת דהי' במקום סכנה. א"כ איתרע חזקת חי ומהני מדעל"ג לחוד. אבל בע"א בקטטה דלא איתרע כלל חזקת חי. ל"מ מדעל"ג לחוד כיון דאיכא חזקת איסור א"א כס' הט"א הנ"ל. וא"כ מעתה נחזי אנן לדינא תליא אם נפשטא האיבעיא דע"א בקטטה. דלפימ"ש הרה"מ דהרמב"ם ס"ל דמדינא בע"א בקטטה ג"כ נאמן משום מדעל"ג אלא משום חומרא לא תנשא אבל אם ניסת ל"ת. א"כ טעמא דמדעל"ג לחוד סגי. וא"כ הא דקאמר הש"ס בר"פ האשה רבה הטעם דדייקא. בע"כ איירי היכא דל"ה מדעל"ג כגון בשטר שאינו מקוים וכדומה. דהיכא דהוי מדעל"ג גם בלא טעמא דדייקא מותרת. וזה דוחק לומר דנקט טעמא דדייקא לענין דתנשא לכתחלה. דז"א דהא דלא תנשא לכתחלה הוא רק מדרבנן. וא"כ ל"ל לומר הטעם דדייקא משום חומר ומשום עיגונא הקילו. שמוכח שצריך לומר טעם למה התירו חכמים איסור דאורייתא. ואם אין כאן רק איסור דרבנן די בטעם דמשום עיגונא הקילו לחוד. ובע"כ דאיירי הש"ס היכא דליכא כלל מדעל"ג כמו באומר שמעתי וא"י ממי שמעתי ודי בדייקא לחוד. ומה"ט לא הזכיר כאן כלל הש"ס טעם דמדעל"ג רק טעם דדייקא לחוד. רק לקמן גבי ע"א במלחמה וקטטה

אם נימא כמו דדייקא לחוד מהני בלא מדעל"ג כמו כן במלחמה וכו' דליכא דייקא מהני טעם דמדעל"ג או מדעל"ג ל"מ מידי כס' הריב"ש הנ"ל דל"ה מדעל"ג ועיקר הטעם רק משום דייקא ועכ"פ דייקא לחוד וודאי מהני:

ולטעם זה אתיא שפיר פסקא דפסקו קצת פוסקים דשטר שאינו מקוים מהני אף דל"ה מדעל"ג כלל כס' הקהלת יעקב הנ"ל. משום דל"ח כלל למדעל"ג וטעם דייקא לחוד סגי. אמנם להרי"ף והרא"ש דבעיא דע"א בקטטה לא נפשטא ול"מ טעם דמדעל"ג לחוד רק במלחמה דליכא חזקת חי כמש"ל. או כמ"ש קצת פוסקים דגם במלחמה איכא דיוקא זוטא א"כ י"ל כמו דמדעל"ג לחוד ל"מ ה"נ דייקא לחוד לא סגיא ובעינן דווקא תרוויי'. וא"כ לדידהו היכא דליכא מדעל"ג בגוונו דלעיל לא מהני. וא"כ לפימ"ש הח"מ בס"ק כ"א דבמקום עיגון מתירין בכתב שאינו מקוים ול"ח למדעל"ג י"ל דגם בשמעתי וא"י ממי שמעתי מותרת. וגם במבי"ט גופי' הנ"ל מבואר דשמעתי וא"י ממי שמעתי חושש משום קול הברה. ובס' בני דוד לגאון ספרדי בסופו בקו"ע אות תצ"ה ותצ"ו רוצה לומר דגם בקול הברה גופי' אם ניסת ל"ת. ומביא שם דיעות דמהני קול הברה. וא"כ בנ"ד וודאי איכא סניף גדול מעדות העד הישראל שאמר ששמע שמת וחזי לאצטרופי לעדות הערכאות. שיש כתב מהערכאות שמעידים על מיתת בעל האשה הזאת. ובענין זה קשה לי להאריך ולהכפיל בדברים שכבר הארכתי בהם בתשו' שאלה. ומיגמר בעתיקי קשה וכו'

אך בנ"ד י"ל יותר דאף אם נאמר דאין זה וודאי דערכאות יהי' נאמנים אף שלא במסל"ת. מ"מ בנ"ד דאיכא אומדנות מוכיחות טובא דדברי הערכאות אמת. דהא האשה אומרת דעד שנת 18 הי' לה מאתו מכתבים מאמסק. ומני אז נסתם ממנו כל חזון. וכפ"ד הערכאות מת בשנת 18. וגם זה שנים עשר שנה שנאבד זכרו. ובאומדנות מוכיחות דעת התה"ד הובא ברמ"א סט"ו דאף בעכו"ם שאינו מסל"ת אם ניסת ל"ת. ובע"כ דהוי רק איסור דרבנן ומש"ה כתב הט"ז שם הובא בב"ש סקמ"ט דאם ספק אם הסיח לפ"ת תנשא לכתחלה. א"כ ה"נ בערכאות דלדעת כמה אחרונים נאמנים עכ"פ מידי ספק לא יצא ומותרת לפ"ד הט"ז הנ"ל. ובענין הריגיתות שיש בהמכתבים מהערכאות דבאחד נאמר שמת דעאז"י. ובאחד נאמר דען 7/7. וגם באחד נאמר שהוא מבעלז סאקאל. ובאחד נאמר שהוא מסקאהל. ונראה שמכחישות זא"ז. נלע"ד דג"כ אין בית מיחוש דממ"נ אם נאמר דזה שנאמר עליו שהוא מסקאהל אחר הוא. א"כ וודאי דאין כאן הכחשה די"ל דשניהם אמת. זה מת דען 17/8 והשני דען 7/7 כמ"ש כת"ה. ואם נאמר דאחד הם רק שנשמט מילת בעלז מההעתק. וא"כ יש כאן הכחשה בחקירות. ז"א דכיון דלדברי שניהם

מת אף אם מכחישים זא"ז מ"מ אחד מהם אומר אמת כמ"ש הב"ש בס"ק כ"ה בשם תשו' פני משה. דרק בד"מ דבעינן שנים בטל העדות ע"י הכחשה בחקירות. אבל בעדות אשה דסגי בע"א. נהי דמכחישין זא"ז. מ"מ איכא אחד דאומר אמת. ואף לדעת הש"ג שהביא שם הג"ש דגם בעדות אשה נתבטל כל העדות ובנוב"י החזיק בדבריו עיי"ש בבית מאיר באריכות. אמנם כיון דהנוב"י מביא ראי' מד' הסמ"ע בסי' ל' דעדים המכחישין זא"ז אף שבועה אינו חייב נגד העד ש"מ דאמרינן עדות שניהם בטלה ולא אמרינן דעכ"פ נשאר אחד. ובאמת התומים בסק"ד שם חולק על הסמ"ע וס"ל דצריך לישבע. ואמנם בנתיבות שם יישב דברי הסמ"ע באריכות והעלה להלכה דהעיקר תלוי אם העידו שניהם ביחד בתכ"ד בב"ד דאז גזיה"כ הוא דעדות שמכחישין זא"ז עדות כולם בטלו. אבל בלא העידו יחד בתכ"ד בב"ד לא נתבטל כל העדות וחייב שבועה נגד אחד עיי"ש. וא"כ ה"נ י"ל דהצ"צ אייריי ג"כ בהעידו שניהם יחד בב"ד דאז נתבטל כל העדות. ואף דלכאורה י"ל דבעדות אשה דנשים וקרובים כשרים ואינו פסול רק פסולים מחמת עבירה דחיישינן דמשקרי לא בעינן דיני עדות. ז"א חדא הא חזינן דבעינן קבלת עדות בשלשה כשרים דווקא כמו שמסיק הב"ש בס"ק קכ"ד. וכן בט"ז שם אף דס"ל דלהתירה א"צ ב"ד אבל לקב"ע בעינן דווקא שלשה. וכ"ד הגרע"א הובא בפ"ת. וגם רוצה הש"ס לומר דבעינן דו"ח אי לאו משום דגביא כתובה כד"מ דמיא עיי"ש סוף יבמות ובב"ש הנ"ל. א"כ חזינן דבעינן קב"ע ממש. ונהי דהקילו בעמפ"ע וקרובים ונשים וע"א היינו משום תק"ע. דאולי לא יהי' בעת מיתתו שני עדים כשרים ותשאר עגונה כל ימי'. אבל אם העדים מכחישים זא"ז זה לא שכיח וא"צ לתקן בזה משום תק"ע. ושוב הוי הדין כבכל העדות. דאם נתבטל העדות ע"י הכחשה נתבטל כל העדות. ואף אם העדים קרובים או נשים מ"מ כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון. אך כ"ז בהעידו שניהם יחד בב"ד כמ"ש הנתיבות הנ"ל ודבריו נכונים מאד. אבל בנ"ד דעדות הערכאות לא נתקבל יחד בב"ד תכ"ד ל"ש נתבטל כולה. ואף הש"ג מודה בזה להב"ש דעכ"פ נשאר אחד שאומר אמת. ובפרט במילתא דעבידא למטעי לא משווינן העדים למוכחשים כדקיי"ל אדם טועה וכו'. וה"נ נראה בחוש הטעות מבעלז לסקאהל שבוודאי הוא אמר שהוא מבעלז פאוויאט סקאהל. ועי"ז נמשך הטעות, וכן בהזמן לפי ריחוק המקום משם והעתק הפנקסאות יוכל להיות שנשתרבב הטעות. אבל מ"מ נראה בחוש לפי כל הסימנים שנכתב שם שהוא אותו בעל האשה הנ"ל. ע"כ נלע"ד ברור להתיר האשה הזאת:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נח תק"ע.

ע"ד העגונה מ' עטיא אשת ה"ר שלמה רייס מווישנאווטשיק אשר נגבה עדות פ"ק והעיד ר' אהרן שעי' ב"ר אברהם צבי שהוא הי' מהמתעסקים לחפש אחר ההרוגים בתחילת חודש אלול תרע"ד בעת שכבשו הרוסים עיר טארנאפאל. ונמצא בין ההרוגים איש אחד שהי' תחוב בבגדו צעטיל הנהוג בין אנשי החיל רשום בשמו סאלאמאן רייז מעיר ווישנאווטשיק. וגם נמצא אצלו קארטעל שכתבה לו אשתו הנ"ל. וחשש השואל לשיטת הב"י הובא בב"ש ס"ק ס"ט דגם בכלים דלא מושלי אינשי חיישינן לשאלה. ואם כי כבר פלפלו הרבה בזה האחרונים. מ"מ יען כי בעוה"ר עתה במלחמה הנוראה הזאת ימצאו הרבה הרבה שכל הסמיכות יהי' רק על הצעטלין האלה. אמרתי לפתוח בזה איזו פתחא להיתרא לענ"ד:

והנה כבר יצא הנוב"י לידון דהב"י רק מדרבנן הוא דחש לה עיין בתשובותיו מהד"ק סי' ל"ז אבל לא כתב טעם בדבר ולי נראה הדבר פשוט דהא לכאורה קשה מה"ת נחוש במילי דלא שכיח דמושלי הא קיי"ל דתולין במצוי בין להקל בין להחמיר כמ"ש ביו"ד סי' נ"ז סעיף י"ג ובמג"א סי' תס"ז סקי"ח וא"כ מ"ט ניחוש בכאן לדבר שאינו מצוי שישאיל. אך צ"ל עפ"י ס' המהרי"ק דבספק בשחיטה אין תולין בשום דבר דכל להוציא מחזקה אין תולין במצוי. ועיין בפרמ"ג במשבצות סי' כ"ד סקי"ג שכתב בטעמו דהוי כמו רובא וחזקה דמדרבנן חוששין לה מחמת סמוך מיעוטא עיי"ש. וא"כ ה"נ כיון דאיכא חזקת א"א אף דאינו מצוי להשאיל מ"מ עכ"פ ע"צ המיעוט יוכל להיות מקרה שיבוא לידי שאלה או חילוף וגניבה וכדומה לכך לא מפקינן לה מחזקתה דכל לאפוקי מחזקה בעינן ברי כמ"ש המהרי"ק הנ"ל. וא"כ ממילא הוא רק דרבנן כמ"ש הפרמ"ג הנ"ל. ואזדא לה קושית הנוב"י בתשו' ל"ב על הב"י מהא דחמור בסימני אוכף היכא מהדרינן אף אם נפרש בעידי אוכף מ"מ הא חיישינן לשאלה עיי"ש ואם נאמר דהב"י רק מדרבנן הוא דחש לה ומשום חזקת איסור א"כ באבידה דליכא חזקה שפיר לא חיישינן לדבר שאינו מצוי. וא"כ נלע"ד דבמלחמה י"ל דגם להב"י לא חיישינן. דיש לי לומר דבמלחמה גם בכלים דמושלי חשש שאלה רק דרבנן. דהנה אף אם חיישינן לשאלה מ"מ אין הספק רק בין שני אנשים המשאיל או השואל דאחד מהם בוודאי נהרג דהא לא הי' יכול להשאיל רק לאדם אחד וא"כ הוי כמו ראינו שני אנשים שאחד מהם וודאי נהרג ולא ידעינן איזו דהוי ספק השקול מחצה על מחצה ובמלחמה אותם שידענו שעמדו בשדי המלחמה בשעת המלחמה חזינן קמן דאיכא מיעוט הנהרגין. וא"כ כל איש שנאבד במלחמה יש ספק אם הוא ממיעוט הנהרגין דהוי מיעוט המצוי בעוה"ר ולא הוי כסתם מיתה דנהוי

רק מיעוטא דמיעוטא דזה הוא מיעוט ממש דאיתא קמן. וא"כ הוי כמ"ש בר"פ האשה בתרא דאמרינן סמוך מיעוטא דמהילות למחצה דנקיבות והוי רובא ה"נ דאיכא ספק השקול אם זה הנמצא לפנינו הוא המשאיל או השואל דהוי פלגא. ואיכא עוד מיעוטא דאף אם זה הנמצא לפנינו הוא השואל מ"מ הא המשאיל ידעינן דירד למלחמה. וא"כ דילמא הוא ממיעוט הנהרגין והוי רובא. אך כיון דאיכא חזקת א"א אמרינן סמוך מיעוטא וכו' וחיישינן מדרבנן. וא"כ כ"ז בכלים דמושלי אבל כלים דלא מושלי דאיכא רובא דלא מושלי מאי אמרת סמוך מיעוטא דאיכא דמשאיל לחזקת א"א. אדרבא הרי איכא מיעוט דנהרגין נגד החזקה ונגד המיעוט דמושלי. וא"כ שוב נשאר רק רובא וחזקה דרובא עדיף. ושפיר לא חיישינן לדבר שאינו מצוי כמו בכל איסורין וכנ"ל:

אלא דלכאורה יש סתירה לזה שחידשתי דבמלחמה איכא מיעוט דנהרגין מהא דבעי ע"א במלחמה אם נאמן אם טעמא דע"א משום דייקא ומינסבא והכא לא דייקא עיי"ש בש"ס יבמות (קט"ו ע"א) ובתוס' ד"ה טעמא וקשה לפי"מ שידוע דברי הפנ"י בקו"א לקידושין דע"א נאמן לברר המיעוט מהרוב וא"כ הכא במלחמה נימא דע"א מדינא נאמן לומר דהוא ממיעוט הנהרגין. אבל באמת לק"מ דהפנ"י לא קאמר רק בחנות דאיכא רוב טריפות ומיעוט כשירות דליכא חזקת איסור אבל הכא דאיכא חזקת איסור א"א אינו נאמן העד אף דמיעוט מסייע לו וז"פ:

ולפימ"ש דהב"י רק מדרבנן קאמר יתיישב ג"כ קושית הב"ש שם על הב"י מהא דבש"ס מדמי עדות אשה לגט ולקמן בסי' קל"ב פסק המחבר דבגט בכלים דלא מושלי לא חיישינן לשאלה. ולפימ"ש יתיישב הדבר דלכאורה קשה דעיקר חילי' דהב"י הוא רק מדהשמיטו הרי"ף והרא"ש ולא כתבו חילוק בין כלים לכלים ש"מ דבכל כלים חיישינן לשאלה. וקשה דמנ"ל להני פוסקים באמת לעשות פלוגתא חדשה בש"ס דהא בש"ס סתמא קאמר ארנקי וכיס לא מושלי אינשי. ומ"ש הב"ש דלמ"ד סימנים דרבנן סברא מבחוץ היא דחיישינן ג"כ לשאלה. קשה לפימ"ש כאן דהוי דבר שאינו מצוי לכ"ע רק מדרבנן חיישינן וא"כ כיון דלמ"ד סימנים דאורייתא קאמר הש"ס בפשיטות דלא חיישינן והא מילתא גופי' אם סימנים דאורייתא או דרבנן עלתה בספיקא כמבואר בפוסקים ורק דאזלינן לחומרא באיסור דאורייתא וא"כ בכלים דלא מושלי דלכ"ע הוי רק דרבנן א"כ אית לן למיזל בתר המיקל כמאן דס"ל דסימנים דאורייתא בהא מילתא כיון דהוי רק מדרבנן בכלים דלא מושלי. וגם הסברא מבחוץ אינה מובנת דמאי ענין כלים דלא מושלי דאינו מצוי שישאיל לסימנים דהוי רק דרבנן הוא משום דאמרינן דשכיחי טובא בכהאי סימנא ומנ"ל לדמות מילתא למילתא כיון דבש"ס סתמא קאמר. אך נ"ל לישב כ"ז

בשנקדים ג"כ לישב מה שקשה לכאורה בכל הני מילתא דמצינו דהחמירו חכמים בעדות אשה כגון במשאל"ס ובכל הני טובא דמצינו בסי' י"ז עיי"ש וקשה לפימ"ש הריטב"א בפירושא דמילתא ביבמות (דף פ"ז) דהא דע"א נאמן בע"א דמשום עיגונא אקילו רבנן ומפרש הריטב"א דבאמת מדאורייתא נאמן משום דעבידא לגלויי כיון דדייקא רק דקשה לי' להש"ס דאמאי לא החמירו רבנן משום חומר איסור א"א וע"ז קאמר הש"ס דמשום עיגונא לא רצו חכמים להחמיר א"כ אמאי לא קאמרינן כן בכל הני מילתא דרבנן דמשום עיגונא לא גזרו חכמים:

אך באמת לק"מ דאדרבא היא הנותנת דמשום דרצו חכמים להתיר משום עיגונא בעד אחד ועדות קרובים ופסולים דעיקר הטעם רק משום דעבידא לגלויי ומשום חומר שהחמרת עלי' תידוק שפיר א"ר אדרבא בכל הני מילתא דאין הדבר ברור שמת רק ע"צ הרוב אבל איכא צד ספק שבעולם לומר שלא מת אף ע"צ המיעוט שוב לא הוי עבידא לגלויי. דעיקר הטעם דלא חציף אינש לשקר בדבר דעבידא לגלויי שקרותו. וכאן לא יתברר לעולם שקרותו דאם יבוא הבעל יאמר דהוא לא העיד שקר כלל רק למשל במשאל"ס יאמר דיצא אח"כ מהמים וכן בהני סימנים או בכלים דלא מושלי יאמר דוודאי הי' מקרה בדבר שהשאיל או שנחלפו כליו וכדומה ולא יתברר לעולם שקרותו. וכן לא שייך מתוך חומר שהחמרת עלי' דבכה"ג לא נוכל להחמיר עלי' דהא תאמר דהיתה אנוסה דבשלמא אם יתברר הדבר שהעד העיד שקר א"כ לא תוכל לומר דהיתה אנוסה דסמכא על העד דאנן הכי קאמרינן דהא קיי"ל דאין אדם חוטא ולא לו א"כ מסתמא העד לא העיד בחנם רק דהיא שכרה אותו או איזו תשלום גמול ושפיר קנסינן לה. אבל אם לא יתברר ששיקר בכוונה ויוכל לתרץ עצמו דהי' מקרה בדבר ע"צ המיעוט שנחלף וכדומה. לא נוכל לאסור אותה. דהא אשת ישראל שנאנסה מותרת. וא"כ לא היו יכולים חכמים להתיר בעד אחד או בפסולים. וכיון דראו חכמים דזה טובה משום עיגונא להתיר בע"א או בקרובים ופסולים. דבאמת לא שכיח כלל שימצאו שני עדים כשרים להעיד. א"כ אף היכא דאיכא עדים כשרים לא פלוג רבנן וגזרו בכל אופן שלא להתיר רק היכא דליכא ספיקא כלל במילתא אף ע"צ הרחוק דאז שוב הוי עבידא לגלויי וממילא יכולים להתיר בעד אחד וקרובים וכדומה ואזלא לה קושיתי דאמאי לא הקילו רבנן משום עיגונא דאדרבא זה תקנת עגונה שלא להתיר בהני מילתא במשאל"ס וכלים דלא מושלי וסימנים שאינם מובהקים וכדומה כנ"ל:

וא"כ נכון הכל שפיר דבסוגיא (דף ק"כ) הנ"ל דאזיל לישב המשנה דאין מעידין וכו' אף שיש סימנים בגופו ובכליו דבסיפא דמתניתין קאמר ר"י בן בבא אומר וכו' א"כ הת"ק

הוא ת"ק דר"י בן בבא. ואיתא שם (בדף קכ"ב) דבראשונה לא הי' משיאין עפ"י ע"א רק ר"י בן בבא ולא קיבלו את דבריו עד שבא אח"כ ר"ג והשיא עפ"י ע"א והוחזקו להיות משיאין עפ"י ע"א ועפ"י אשה עיי"ש במשנה. וא"כ כאן דאזיל לת"ק דר"י בן בבא דעוד לא היתה התקנה להשיא עפ"י ע"א ולא הי' תוברים הסברא דעל"ג כדס"ל באמת להרבה פוסקים. וא"כ שפיר קאמר הש"ס דאירי רק בכלים דעבידי למושלי דאז איכא חששא מדאורייתא אבל בכלים דלא מושלי דאיכא רק חששא מדרבנן כנ"ל לא הי' לנו לחוש דמשום עיגונא לא יחמירו חכמים. ואין לומר דזה תקנתה כדי שיתירו בע"א ז"א דאז לא התירו עדיין עפ"י ע"א. וא"כ לא רצו להחמיר בדבר שאינו מצוי כלל. אבל עכשיו שכבר התירו עפ"י ע"א. ואם נתיר בדבר שאינו מצוי שוב יפול כל ההיתר דעל"ג וחומר שהחמרת כנ"ל. שפיר החמירו חכמים לגזור גם בדבר שאינו מצוי משום חזקת איסור א"א וכנ"ל. ואי דנתיר משום עיגונא ז"א דזה תקנתה שלא נתיר. וממילא משום לא פלוג לא חלקו בתקנתם וגם היכא דאיכא עדים כשרים לא התירו בדבר שאינו ברור דלא ליהוי מילי דחכמים כחוכא וכו' וא"כ שפיר השמיטו הרי"ף והרא"ש החילוק בין כלים לכלים דלדידן חיישינן גם בדבר שאינו מצוי שישאיל וכנ"ל ומיושבים כל הקושיות הנ"ל כמובן דלא תלוי כלל בפלוגתא דסימנים דאורייתא או לאו רק כס' מהרי"ק הנ"ל דבכל להוציא מחזקת איסור בעינן דבר ברור מדרבנן כמ"ש הפרמ"ג הנ"ל. ומיושב ג"כ קושית הב"ש מגט דבאמת גם בגט מצינו דהקילו חכמים משום עיגונא כמבואר בש"ס גיטין (דף ג' ע"א) וא"כ מש"ה לא רצו חכמים להחמיר בכלים דלא מושלי משום עיגונא ורק בעדות אשה שמת בעלה דמתירין עפ"י ע"א ג"כ זה תקנתה שלא נתיר רק בדבר ברור כנ"ל אבל בגט דלא התירו בע"א וקרובים ופסולים שוב הוי תקנתה שלא להחמיר בדבר שאינו מצוי משום תקנת עיגון וכנ"ל. וזה נכון מאד לדעתי:

ויהי' נכון בזה ליישב ג"כ דברי הרמב"ם התמוהים שכתב בפ"ז מה' נחלות ה"ג דבסימנים מובהקים יורדין לנחלה ע"פ והא דאין משיאין את אשתו הוא רק משום חומר איסור כרת. ותמהו הכל דהא קיי"ל סימנים לאו דאורייתא ובאבידה רק משום תקנתא כמבואר בש"ס ב"מ עיין בקצוה"ח סי' רנ"ט. והנה כבר אמרתי בזה דבר פלא דברמב"ם יש דיוק שלא דייקו בזה האחרונים כלל דברמב"ם כתב בזה"ל או שהי' לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותם עכ"ל וקשה דלמה אמר לשון רבים דפתח בלשון יחיד הי' לו וסיים והכירו אותם. אלא דתרי גווני איכא היכא דבאו להעיד אותם שלא הכירו אותו בחייו ולא ראו הסימנים כלל בחייו רק דמצאו הרוג וראו בו אותם סימנים ובאו להעיד לפני אשתו והיא אומרת דבעלה הי' לו אותם הסימנים אבל היא אינה רואה אותם עכשיו בזה

קיי"ל דסימנים לאו דאורייתא. אבל היכא דמצאו הרוג שאין מכירין פרצוף פניו שנשחת וכדומה. רק דהי' לו סימנים בחייו ורואין עכשיו הסימנים ומכירים הסימנים שאותן הסימנים ראו אצלו בחייו זה הוי טב"ע ועדיף מסימנים ובכה"ג לכ"ע הוי מדאורייתא דמה לי אם יש טב"ע באיזו חפץ או שיש לו טב"ע באלו הסימנים ומכיר אותן שהן הן שהיו לו בחייו וקיימתי הדבר מסברא בעזה"י ומצאתיו אח"כ בנוב"י מהדו"ק תשו' נ"א ד"ה ונלע"ד שכתב כך והבאתי ראי' לדבר מדברי רבינו חננאל בפירושו לב"מ בש"ס ווילנא (דף כ"ז) שפירש המשנה דאין מעידין אלא על פ"פ וכו' אעפ"י שיש סימנים בגופו שכתב וז"ל כלומר אם נותנים העדים סימני פרצופו ואומרים מי שפרצופו כך וכך ראינו שמת וכו' עיי"ש משמע דרק בכה"ג שלא היו העדים מכירים אותו אבל היכא דמכירין הסימנים סומכים עליהם לכ"ע. אלא דהרמב"ם ס"ל דמשום חומר איסור כרת החמירו בדבר מדבריהם. וא"כ ניצול הרמב"ם מקושית הקצוה"ח. אבל הא קשיא טובא דא"כ מאי פריך הש"ס ביבמות ובב"מ למ"ד סימנים דאורייתא הא קתני אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו ומאי קושיא דילמא רק מדרבנן החמירו משום חומר א"א כמ"ש הרמב"ם. אך לפי דרכי הנ"ל לק"מ דהא כבר כתבתי דבאמת משום תקנת עיגונא לא היו חכמים מחמירין בעדות אשה בכל דבר שמדאורייתא שרי. רק דזה גופא תקנת עיגונא שלא להתיר בדבר שאינו ברור בוודאי דיש לומר דאתרמי סימנים כאלו באיש אחר כדי שלא להורע המילתא דעבידא לגלויי ולהתיר בעד אחד כנ"ל. וא"כ כאן בש"ס דאזיל לפרש מתניתין דהוא ת"ק של ר"י בן בבא. דלא התירו עדיין בע"א א"א לומר דחכמים החמירו. אבל הרמב"ם אזיל למסקנא דקיי"ל דמשיאין עפ"י ע"א. שוב הוכרחו החכמים שלא להתיר רק בדבר ברור דאל"כ לא יהי' מילתא דעל"ג דאם יבוא הבעל לא יתברר שקרותו. די"ל דאיתרמי סימנים כאלו באיש אחר. כנ"ל נכון בדברי הרמב"ם:

וא"כ לפי"מ שביארתי דגם לשיטת הב"י הוא רק חשש מדרבנן וא"כ בדרבנן שומעין להקל להני אחרונים שכתבו דהב"י רק בסימני כלים מחמיר אבל אם מכיר הכלים בט"ע גם הב"י מודה כמ"ש הגאון מהר"י פוזנער הובא בתשו' נוב"י מהדו"ת תשו' ס' ונלע"ד דיש להוכיח מסוגית הש"ס כוותי' ובשנקדים מקודם לברר הדבר כל עיקר הא מילתא דסימנים דאורייתא שנתקשו בזה האחרונים עיין בקצוה"ח סי' רנ"ט מהא דקאמר הש"ס בחולין (צ"ו) תדע דאלו אתו בי תרי ואמרי האי דאית בי' האי סימנא וכו' קטיל גברא לא קטלינן לי' וכו' עיי"ש ואם סימנים דאורייתא להתיר א"א א"כ בע"כ עכ"פ הוי רובא להיתרא א' אמאי לא קטלינן גברא על סימנים והא גם בד"נ אזלינן בתר רובא כמבואר בש"ס סנהדרין:

אבל באמת נלע"ד דלק"מ דהנה התוס' בגיטין (כ"ז ע"א) על הא דקאמר רבא דבעינן הוחזקו שני יב"ש וגם שיירות מצויות הקשו התוס' שם בד"ה כאן כיון דהוחזקו וכו' היכי מהדרינן מנא ידעינן דשל זה הוא ותירצו כגון דידעינן דמזה יב"ש נפל וכו' ואין לחוש שגם אחר אבד כאן כיון דאין השיירות מצויות עכת"ד. וביאור דבריהם כיון דמזה ידעינן דנפל והאחר לא ידעינן דאבד אין ספק מוציא מידי וודאי וכ"ז היכא דהוי רק הוחזקו דהוי פלגא על פלגא אבל היכא דהוחזקו וגם שיירות מצויות דאיכא גם רובא דעלמא שוב לא אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי וכעין שכתב הפנ"י לענין ברי ושמא גבי מוציא אבידה. אבל בשיירות מצויות ולא הוחזקו כיון דיב"ש לא הוי רובא דעלמא דהא הרוב אין שמותם יב"ש והוי רק מיעוט וכל דפריש מרובא פריש. ולמיעוטא לבד לא חיישינן. אבל אם המיעוט הזה מצטרף עם פלגא דהוחזקו שני יב"ש. הוי רובא ולנגד הרוב לא אמרינן אין ספק מוציא וכו'. וז"ב מאד בפירוש דברי התוס'. ולס' הזאת רמז ג"כ הד"מ באות כ"א בישוב תשו' הרא"ש בהזכיר שמו ושם אביו ולא הזכיר שם עירו כיון דידעינן דאחד ששמו כן נאבד ל"ח לאחר עיי"ש. וא"כ מעתה רווחא שמעתתא שפיר דבאמת כ"ע מודו דלא קטלינן גברא על סימנים. דוודאי המציאות יעיד ע"ז דאף דבר שיש לו סימן מ"מ וודאי יוכל למצוא עוד אחד בעולם בסימן ההוא בפרט בסימנים אמצעים. וא"כ כיון דאין לנו שום סברא לומר דהאי גברא קטיל רק עפ"י העדים שאמרו הסימן שפיר מספקא לן דילמא יש ברוב העולם עוד איש אחד עם סימן כזה. אבל באבידה וכן בגט והיתר אשה לבעלה דאנן ידעינן וודאי דאותו האיש אבד אבידה רק חיישינן דילמא עוד אחד אבד כמ"ש התוס' ב"מ (דכ"ב ע"ב) ד"ה אי וכן בגט ידעינן דהשליח אבד הגט רק חיישינן דילמא אחר ג"כ אבד וכן בנמצא הרוג דידעינן וודאי דבעל האשה שאנו דנין עליו נאבד ורק מספקא לן דילמא נאבד עוד איש אחד דכל כה"ג כבר כתבתי בשם התוס' דאף בהוחזקו שני יב"ש דהוי ספק השקול מ"מ כיון דאחד וודאי אבד אמרינן דאין ספק מוציא מידי וודאי. ורק היכא דאיכא רובא דעלמא כנגד ל"א אין ספק מוציא וכו' כנ"ל. וא"כ ביש בו סימן נהי דאפשר דאיתרמי עוד איש אחר בסימן כזה. אבל עכ"פ רובא דעלמא וודאי לא הוי וכמ"ש הח"צ בתשו' דשני יב"ש הוי כסימן אמצעי עיין בש"ש ובקהלת יעקב. וא"כ כמו דבהוחזקו שני יב"ש ל"ח מה"ט ה"נ בסימן אמצעי. ובזה הוא דפליגי מאן דס"ל סימנים דאורייתא נהי דמודה דמ"מ אפשר דאיתרמי עוד אחד כזה ומש"ה לא קטלינן ואין מוציאין ממון על סימן מ"מ יותר מפלגא על פלגא לא הוי ומש"ה מהני באבידה ובגט ובהיתר אשה מדאורייתא. ומאן דס"ל סימנים דרבנן ס"ל דשכיח

הרבה בסימנים כאלה. וא"כ שוב ל"מ ס' דאין ספק מוציא וכו' כיון דיש רוב נגדו. דהא שכיח הרבה בסימנים כאלה:

ובזה יתיישב לנו לנכון קושית הקדמונים על הא דקיי"ל סימנים דרבנן. מהנהו תרי ת"ח וכו' ואסקינהו קמן וקאמרי סימנים וכו' הרי דסמכינן אסימנים עיי"ש בתוס' (קט"ו ע"ב) ד"ה וקאמרי. ולפי הנ"ל נכון לפימ"ש הח"מ בסקל"ח בישוב תשו' הרא"ש הנ"ל דוודאי ביב"ש לחוד לא סגי דוודאי יש בכל העולם עוד יב"ש רק דאיירי דומיא דיצחק ריש גלותא דידעינן דהלך בדרך הזה. שוב לא חיישינן דילמא הוא אזיל לעלמא ויוסף ב"ש אחר הלך ג"כ בדרך הזה ונאבד אף דשיירות מצויות. מ"מ כיון דידעינן דזה וודאי הלך ומאחר לא ידעינן דהלך לא חיישינן דילמא אחר ששמו כשמו הלך ג"כ בדרך הזה עיי"ש:

ויובן הדבר היטב עפ"י שהסברתי דברי התוס' דנגד ספק השקול מהני אין ספק מוציא מידי וודאי ולא כנגד רוב וא"כ אם נמצא אחד הרוג שלא ידענו שהלך כלל בדרך הזה אף דבעל האשה שאנו דנין עליו ידענו שנאבד ומאחר לא ידענו שנאבד. מ"מ כיון דיב"ש טובא איכא בעלמא אמרינן דילמא אותו הנמצא הוא יב"ש אחר דהם הרוב נגד הנאבד. אבל אם ידעינן דהוא וודאי הי' באותו מקום רק כיון דשיירות מצויות תרצה לחוש דילמא בא גם אחר לכאן. א"כ כיון דקיי"ל כל דפריש מרובא פריש ורוב העולם אין שמם יב"ש. א"כ עפ"י הרוב לא בא לכאן יב"ש. ובעל האשה וודאי הי' בכאן. א"כ נגד מיעוט כ"ע מודו דאין ספק מוציא וכו'. וא"כ ה"נ בסימנים אף דסימנים דרבנן. היינו דאמרינן דילמא איכא עוד טובא מ"מ רובא דעלמא וודאי אין להם אותם סימנים וכל היכא דשיירות מצויות לית לן למיחש רק לרובא דעלמא. א"כ עד כאן לא שרינן ע"י סימנים רק היכא דנמצא אחד עם סימנים דלא ידענו שהלך בדרך הזה כלל א"כ מנ"ל דהוא אותו האיש כמו דתרצה לתלות דהוא אתי מעלמא לכאן כן ניחוש דילמא איש אחר עם אותם סימנים בא לכאן כיון דיש הרבה עם אותם סימנים והם הרוב נגד אותו האחד למאן דס"ל סימנים דרבנן. אבל אם אחד הוחזק שהלך בכאן או הי' נמצא בכאן וודאי ותרצה לחוש דילמא גם אחר אתי לכאן מחמת שיירות מצויות וכיון דחיישת דילמא אתי מעלמא אז אמרינן כל דפריש מרובא דעלמא פריש ורובא דעלמא וודאי אין להם אותם סימנים ומש"ה בהנהו תרי ת"ח כיון דטבעי קמן במשאל"ס רק דחיישת דילמא הני אזלי לעלמא ואחר בא לכאן וכמ"ש הקהלת יעקב דמשאל"ס כשיירות מצויות דמי. מ"מ כיון דיהבי סימנים שוב ל"ח לרובא דעלמא כנ"ל וכ"ז ברור מאד:

ובזה יתיישב ג"כ לנכון מה שתמה הש"ך בחו"מ בסי' ס"ה ס"ק כ"ו על הרי"ף והרמב"ם שלא הביאו כלל הדין דחיישינן לשאלה. ורק הביאו המשנה כצורתה דאין מעידין אף

שיש סימנים בגופו ובכליו ולפי הנ"ל נכון דלפימ"ש תיקשי מאד מאי קאמר הש"ס ללישנא דרבא דס"ל סימנים דאורייתא. מתניתין בכליו דחיישינן לשאלה. והא רבא גופי' הוא דס"ל דל"ח לתרי יב"ש רק בתרתי לריעותא בשיירות מצויות והוחזקו כמ"ש התוס' (דף קט"ו ע"ב) דאביי ורבא פליגי בפלוגתא דרבה ור"ז בגיטין (דף כ"ז). וא"כ כבר הוכחתי מתוס' גיטין הנ"ל דרק נגד רוב ל"מ הס' דזה וודאי אבד אבל בהוחזקו תרי יב"ש לבד דהוי פלגא ופלגא לא חיישינן. א"כ בכלים נהי דחיישינן לשאלה מ"מ כיון דשוב אין ספק רק בין השואל והמשאיל ולא נגד רוב לא גרע מהוחזקו תרי יב"ש דלא חיישינן לרבא כיון דזה וודאי נאבד וכנ"ל. ובע"כ צ"ל כס' הפנ"י ב"מ כ"ז דחשש שאלה הוא רק בסימני אוכף ולא בעידי אוכף. והיינו טעמא לפימש"ל דגם למ"ד סימנים דאורייתא ג"כ חיישינן דילמא איכא עוד אחד בעולם בסימן הזה רק דהוי פלגא על פלגא דלא חיישינן לה כנ"ל. וא"כ כיון דמצטרף עוד חשש שאלה הוי רובא נגד אותו האיש שאנו דנין עליו. אבל בעידי אוכף דאין שום ספק רק בינו ובין השואל למאן דס"ל כרבא לא חיישינן לה. וא"כ הרי"ף והרמב"ם שכתב הרא"ש דס"ל דלהתיר אשה לבעלה רק בתרתי לריעותא אסרי וס"ל כרבא דהוחזקו לבד לא חיישינן. וא"כ למה הוצרכו להביא כלל החשש דשאלה אי בסימני כלים לבד הא אינהו ס"ל דסימנים בלא"ה לא מהני דסימנים לאו דאורייתא ואי במכירים הכלים בטב"ע או סימן מובהק ביותר דכעדים דמי כמ"ש הב"י א"כ שוב לא חיישינן לשאלה ג"כ כנ"ל:

ואמנם כ"ז למאן דס"ל דרבא לא חיש גם בהוחזקו שני יב"ש. אבל לשיטת הרמב"ן והרשב"א שהביא הב"ש בסקנ"ו דבגט חיישינן גם בהוחזקו לבד. ורבא דקאמר דל"ח הוא רק בעובדא דיצחק ריש גלותא משום כנכ"ה עיי"ש. א"כ לדידהו בע"כ למאן דס"ל סימנים דאורייתא הפירוש הוא דע"צ הרוב אינו נמצא כלל בסימן כזה דאם הי' מחצה על מחצה הוה חיישינן כמו בהוחזקו שני יב"ש או שכיח שיירות דלדידהו לא ס"ל ס' התוס' הנ"ל דאין ספק מוציא כנ"ל נגד ספק השקול. ומאן דס"ל סימנים דרבנן ס"ל דיוכל דאיתרמי עוד כזה והוי ספק השקול כנ"ל ולדידהו שפיר י"ל דחיישינן לשאלה דנהי דאין הספק רק בין השואל להמשאיל מ"מ גם בהוחזקו שני יב"ש אסור לדידהו כנ"ל. וא"כ גם היכא דמכירין הכלים בטב"ע חיישינן לשאלה לדידהו:

ויתיישבו בדרך הזה על נכון דברי הש"ס (בדף ק"כ ע"א) הנ"ל התמוהים מאד כמ"ש התוס' דעל הא דמתניתין דאין מעידין אף שיש סימנים בגופו ובכליו פריך הש"ס למימרא דסימנים לאו דאורייתא ורמינהו מצאו קשור בכיס וארנקי וטבעת אף לזמן מרובה כשר אמר אביי לא קשיא הא ר"א בן מהבאי הא רבנן דתנן אין מעידין וכו' מאי

לאו וכו' דמ"ס סימנים דאורייתא ומ"ס דרבנן אמר רבא דכ"ע סימנים דאורייתא וכו' ואיכא דאמרי אמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן וכו' והקשו בתוס' ד"ה אמר רבא דא"כ תיקשי ברייתא דמצאו קשור בכיס כמאן מיתוקמא כיון דלכ"ע סימנים דרבנן. עיי"ש מה שדחקו מאד בזה. ולהנ"ל הדבר נכון דהנה התוס' לעיל בד"ה מצאו הקשו דמאי קושיא דילמא ברייתא דמצאו קשור בכיס איירי דמכיר הגט או הכיס בטב"ע עיי"ש שדחקו ג"כ לישב. אך לענ"ד לק"מ לפימ"ש הב"ש בסקס"ט הנ"ל דלמ"ד סימנים מדרבנן אז מצד הסברא מבחוץ חיישינן לשאלה א"כ שפיר מקשי דא"ל דמכיר הגט בטב"ע א"כ למה הזכיר כלל דמצאו קשור בכיס ובע"כ דבגט עצמו לא שכיח טב"ע. אלא מאי אמרת דמכיר הכיס בטב"ע ולעולם סימנים דרבנן ז"א דא"כ חיישינן לשאלה. ואי דכיס וארנקי לא מושלי אינשי אכתי לא ידע הש"ס מזה דאח"כ הוא דחידש זאת הש"ס ובפרט להב"י דלמ"ד סימנים דרבנן גם בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה. ואמנם כ"ז מקשי סתמא דהש"ס ואביי הוא המתרץ א"כ י"ל דאזיל הכל אליבא דר"ז ואביי דס"ל דחוששין לשני יב"ש אף בהוחזקו לבד או שיירות מצויות לבד ול"ס כס' התוס' הנ"ל. ושפיר י"ל דחיישינן לשאלה אף דאין הספק רק בין השואל והמשאיל מ"מ הוי כהוחזקו שני יב"ש. אבל אח"כ דרבא הוא המתרץ ורבא לשיטתו לשיטת התוס' והרי"ף והרא"ש ס"ל דאף בהוחזקו לא חייש לתרי יב"ש ובע"כ כס' התוס' הנ"ל כיון דזה וודאי אבד אין ספק מוציא וכו' וא"כ לדידי' בע"כ הא דחיישינן לשאלה הוא רק היכא דסמכינן על סימן דאינו מכיר הכלי רק ע"י סימן אז מצרפינן חשש שאלה למאי דאיכא דמתרמי בהאי סימנא גם למ"ד סימנים דאורייתא כנ"ל. אבל אם מכיר הכלי בטב"ע בע"כ אין חוששין לשאלה לרבא כנ"ל. וא"כ ממילא לא קשה כלל אליבא דידי' ברייתא כמאן מתוקמא נהי דסימנים דרבנן מ"מ י"ל דאיירי דמכיר הכיס והארנקי בטב"ע כמ"ש התוס' לעיל ושוב לא חיישינן לשאלה. ואמנם כ"ז ללישנא דרבא דס"ל דסימנים דרבנן א"כ ליכא למיטעי כלל דמצאו קשור בכיס דאיירי דיש לו רק סימן בכיס. דהא סימן לא מהני גם בגוף הגט. ובע"כ נהי' מוכרח לפרש דאיירי דמכיר הכיס בטב"ע וא"כ לא חיישינן לשאלה. אבל אח"כ דפריך הש"ס ללישנא דרבא ס"ל דסימנים דאורייתא וקשה ממתניתין דיש לו סימן בכליו והוכרח לתרץ דחיישינן לשאלה שפיר פריך ממצאו קשור בכיס וכו' ניחוש לשאלה. דהא מתניתין סתמא קתני ונוכל לטעות ולפרש דאיירי דמכיר הכיס ע"י סימן כיון דסימנים דאורייתא וא"כ שוב קשה ניחוש לשאלה כיון דההיכר רק ע"י סימן. ומתרץ דכיס וארנקי לא מושלי. וכ"ז נכון מאד בעזה"י בישוב כל הקושיות האלו:

ובדרך הזה יתיישבו ג"כ דברי הרמב"ם הנ"ל פ"ו מה' נחלות שכתב דבסימנים רק מדרבנן הוא דחיישינן והחמירו בה משום חומר איסור א"א א"כ מאי מקשה כאן הש"ס למימרא דסימנים דרבנן ודילמא רק מדרבנן הוא דהחמירו. ומה שתירצתי לעיל דכאן דאזיל הש"ס לת"ק דר"י בן בבא לא הי' להם להחמיר משום תקנת עגונה יש לשדות נרגא להמעיין בדברי הרמב"ם שם. שנראה שמפרש כל המשנה דאין מעידין על המגויד וצלוב וחי' אוכלת שרק חומרא מדרבנן והרמב"ם חידש זאת מסברתו הזכה כמ"ש שי"ל שכיון שאבד זכרו וכל הדברים הללו וודאי מסייעין שחזקתן למיתה מדאורייתא לא חיישינן עוד רק מדרבנן הוא דהחמירו. הרי דהרמב"ם מפרש כן המשנה. וא"כ שוב מה פריך הש"ס למימרא דסימנים דרבנן כמו שתמהו האחרונים עיין בתשו' זקיני הגאון בעל ספר יהושע המובא ג"כ בסוף ספר אבני מילואים. אך להנ"ל נכון הכל שפיר לפי"מ שפירשתי אם הא דחיישינן לשאלה תלי' בפלוגתת אביי ורבא. ולהרמב"ם דפוסק כרבא אז ממ"נ לא שייך חשש שאלה דאם אין רק סימנים בכלים סימנים בלא"ה לאו דאורייתא ואי דמכיר הכלים בטב"ע שוב ל"ח לשאלה כיון דאין הספק רק בין השואל והמשאיל לא גרע מהוחזקו שני יב"ש. ורק לאביי ור' זירא חיישינן כה"ג לשאלה. וא"כ נכון הכל שפיר דמתחילה מקשה הש"ס שפיר למימרא דסימנים דרבנן ורמינהו מצאו קשור בכיס כשר. וא"כ אין לתרץ דרק מדרבנן החמירו משום חומר א"א דא"כ גם בגט הי' להם להחמיר דשם ג"כ איכא חומר איסור א"א. ואין לתרץ דשם איירי דמכיר בטב"ע ז"א דהא אם סימנים מדרבנן מצר הסברא חיישינן לשאלה כמ"ש הב"ש. והש"ס בס"ד אזיל אליבא דר"ז ואביי דגם במכיר בטב"ע איכא חשש שאלה. ואח"כ מקשה הש"ס ללישנא דרבא דסימנים דאורייתא אמאי לא מהני במתניתין ביש סימנים בגופו ובכליו. וע"ז אין לתרץ דמדרבנן החמירו. דז"א דע"כ לא קאמר הרמב"ם דרבנן החמירו רק משום דס"ל דסימנים לאו דאורייתא. ובעלמא לא הי' לנו למישרי רק כאן כיון דאבד זכרו ואיכא ג"כ סימנים ס"ל להרמב"ם דוודאי כיון דאבד זכרו זה מסייע טובא להסימנים ומדאורייתא וודאי לא חיישינן עוד ורק מדרבנן החמירו. אבל אם נאמר דסימנים דאורייתא וא"צ להוכחה דאבד זכרו שנתיר מצד הסברא מבחוץ דוודאי מת ורק מדינא סמכינן אסימנים וודאי לא הי' להם לחכמים להחמיר כאן. אבל אליבא דהלכתא דהרמב"ם פסק כמ"ד סימנים דרבנן פסק שפיר דאפ"ה רק מדרבנן אסור דמדאורייתא וודאי שרי כיון דמסייע לזה ההוכחה דאבד זכרו ואם הי' חי הי' נשמע ממנו זה מעיד דהסימנים אמת ורק מדרבנן הוא דהחמירו כמו בראוהו צלוב וחי' אוכלת כבו דג"כ קרוב הדבר יותר שמת כמ"ש הרמב"ם. ולא תיקשי ממצאו קשור דאיכא ג"כ איסור א"א ואמאי לא החמירו שם. דז"א

די"ל דשם איירי במכיר בטב"ע ולשאלה לא חיישינן כמש"ל דלהרמב"ם דפסק כרבא לא חיישינן לשאלה במכיר בטביעות עין:

ומעתה כיון דיצא לנו מזה דדבר זה אם חיישינן לשאלה היכא דידוע בוודאי דהכלים שלו תלי' באשלי רברבי בפלוגתת הפוסקים הנ"ל בהוחזקו שני יב"ש. א"כ בכלים דלא מושלי שכבר הוכחתי לעיל דגם לשיטת הב"י הוא רק מדרבנן. א"כ פשיטא דבדרבנן שומעין להקל לסמוך על הפוסקים דגם בכלים דמושלי בכה"ג לא חיישינן לשאלה. ובלא"ה נ"ל דכל דינו של הב"י תלי' בפלוגתת הפוסקים האלה אם הלכה כרבה או כר"ז. דהא לכאורה צריך להבין דמ"ש לענין חוששין לשני יב"ש הכל מודים דאם לא הוחזקו ואין שיירות מצויות ל"ח דילמא יב"ש אחר אבד ול"ח למיעוטא שאינו מצוי דילמא בא יב"ש אחר לכאן ומ"ש בכלים דלא מושלי שג"כ אינו מצוי שישאיל וחיישינן למיעוטא. ואמנם צ"ל דעיקר סברת הב"י הוא כמו שהסביר הנוב"י את דבריו דבאמת הכרת הכלים הוא רק סימן על הגוף דמ"ש אם אומר שהי' לו שומא וכדומה או שאומר שהי' לבוש מלבוש כזה אידי ואידי סימנא בעלמא היא וכיון דסימנים לאו דאורייתא ואין סומכין רק על סימן מובהק ביותר וכיון דלפעמים מושלי אינשי אף דאינו מצוי עכ"פ סימן מובהק ביותר לא הוי עיי"ש במהדו"ק תשו' ל"ב ותשו' נ"א ומהדו"ת תשו' ס' וא"כ אין זה דומה לשני יב"ש דשם אין דנין כלל על הכרת הגט רק דאין כאן עוד יב"ש ואינו מצוי שיבוא לכאן בע"כ הגט מזה השליח נאבד אבל כאן דאנו דנין דזהו הנאבד מחמת שמכירין כליו לא עדיף מסימן וכיון דאתרמי לפעמים דמושלי לא הוי סימן מובהק ביותר מ"מ עכ"פ הא שוב אין ספק בעולם על זה האיש רק אם הוא השואל או המשאיל ויותר מבין שני אנשים א"א להסתפק כלל אם מכירים הכלים בט"ע או בידיעה ברורה אחרת:

וא"כ לשיטת הפוסקים כרבה דגם בהוחזקו שני יב"ש ממש וליכא שום הוכחה על אחד יותר מחבירו מ"מ מתירין משום ס' התוס' כיון דזהו וודאי אבד אין ספק מוציא וכו' א"כ ה"נ כיון דכבר אין שום ספק בעולם רק בין שניהם אז כיון דבעל האשה הזאת שאנו דנין עליו וודאי נאבד ואבד זכרו ומאחר דחיישינן עליו שנתחלפו מלבושיו לא ידענו שנאבד שוב אין ספק מוציא מידי וודאי. ויתישב בזה מאד על נכון קושית הנוב"י על הב"י מהא דחמור בסימני אוכף אף אם נפרש בעידי אוכף מ"מ להב"י מדאורייתא אין להחזיר דהא סימנים לאו דאורייתא וכיון דלפעמים מושלי אינשי אוכף לא הוי סימן מובהק ביותר ולהנ"ל לק"מ דהא כבר ידוע קו' הפנ"י אמאי לא מהדרינן לכל בעל אבידה בלא סימן כלל הא כל היכא דליכא חזקת ממון לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף. וכיון דהמוצא טוען שמא ובעל האבידה ברי ברי עדיף. ומתרץ דאזלינן בתר רובא דעלמא דעדיף מחזקה וא"כ

כאן בחשש שאלה דאזלא רובא דעלמא ואין הספק רק בין שנים דהא א"א לומר דאבד אחד מסתם בני אדם רק אותו ששאל האוכף והוי כעין נפילה דיחיד שכתב הרשב"א גבי יב"ש שוב ברי עדיף:

ואמנם זאת מצינו דשיטת הב"י אזלא רק להפוסקים כר"ז דבחדא לריעותא חיישינן. והנה לפי"מ שביארתי שמההכרח לחלק בין גט דבאין שיירות מצויות ל"ח דילמא הגט זה מאיש אחר שאבדו כאן כיון שאין מצוי שיבוא כאן איש אחר. ובין כלים דלא מושלי דחיישינן משום סברת הנוב"י דכלים לא הוי רק סימן על האיש וכיון דאיתרמי דלפעמים מושלי הוי כסימן שאינו מובהק ביותר א"כ נראה דהני צעטלין שמשימים להם אנשי חיל בלבושיהם וכתוב עליהם שמותם אין זה ענין כלל להיכר כלים וזה דמי ממש לגט שהרי זה הצעטיל עשוי להעיד על זה האיש ששמו כך והוי כהא דמצינו מי ששומעין שאמר אני פב"פ נשכני נחש וכו' דמשיאין את אשתו א"כ מאי ניחוש דילמא איש אחר השאיל לו מלבוש זה שזה לא חיישינן כיון דאינו מצוי שמשאיל הוי ממש כלא הוחזקו ואין שיירות מצויות דלכ"ע ל"ח דילמא הגט זה בא מאיש אחר וז"ב מאד לדעתי:

והנה לענין מ"ש לעיל לתרץ הקושיא מחמור בסימני אוכף משום דשאלה הוי שוב רק ספק בין השואל והנשאל ולא הוי רובא דעלמא מצאתי אח"כ הסברא הזאת לענין אחר בנוב"י מהדו"ק תשו' מ"ג שהשואל כתב הסברא הזאת לענין ס"ס דבעגונה ל"מ ס"ס דהוי נגד הרוב דילמא הוא מרובא דעלמא אבל היכא דליכא רק חשש שאלה אזיל לי' רובא דעלמא דאין הספק רק בין שניהם. והנוב"י דחה סברתו. דמה שאומר דהוי נגד רובא דעלמא הרי גם זה הנאבד הוא מרובא דעלמא ואם זה חשוב רובא דעלמא גם לענין שאלה נימא דאחד מרובא דעלמא שאל. והנה מה שדחה הרי הנאבד ג"כ הוא מרובא דעלמא כבר אתה רואה שאדונינו הפנ"י חידש הסברא הזאת דזה הוי נגד רובא דעלמא דאם אתה רוצה לומר שזה הוא בעל האבידה הרי איכא רובא דעלמא כנגד דילמא חד מרובא דעלמא. ומה שדחה דא"כ גם לענין שאלה נימא דילמא חד מרובא דעלמא שאל ג"כ לק"מ דכל שאין אתה יכול לומר דילמא חד מרובא דעלמא הוא דהא רובא דעלמא אין להם הכלים האלו ומוכרח אתה לומר מקודם ששאל המלבושים או הכלים האלה שוב אין אתה יכול לומר על אותו הנמצא או בעל האבידה שהוא מרובא דעלמא דהא מוכרח אתה לומר שהוא מי ששאל הבגדים והוא כבר רק יחיד ולא רובא דעלמא ודו"ק היטב:

ואחר כל אלה הנה נתברר שבדבר הזה אם חיישינן לשאלה בכלים דלא מושלי יש הרבה ספיקי פלוגתא דרבוותא. חדא דהא כ"ז הוא רק אם סימנים דרבנן והא גופא הוי ספיקא אם סימנים דאורייתא וכו' וגם הא הרבה פוסקים דס"ל דל"ח כלל לשאלה ובכלים דלא

מושלי רובם ככולם סברי כן ורק הב"י והריטב"א ס"ל דחיישינן וכבר כתבתי וכן כתב הנוב"י דרק מדרבנן החמירו בזה ואיכא הרבה מהאחרונים דסברי דהב"י מודה היכא דמכירין הכלים בטב"ע או בידיעה אחרת וגם הא איכא דעת הרמב"ם דהיכא דאבד זכרו אף בסימנים לבד הוי רק חומרא דרבנן. וכבר כתבתי דיש מקום לומר דבנ"ד במלחמה וגם משום דשאני הני צעטלין דהוי עדות ממש ולא סימנא גם הב"י מודה. א"כ מכל הני טעמי נ"ל להתיר האשה עטיא אשת הר' שלמה לינשא לכל גבר דתצביין ובלבד שיציעו הדבר עוד לפני שני גדולי הדור שיסכימו לזה:

והנה ע"ד הפלפול אמרתי לישב עוד באופן אחר קושית התוס' הנ"ל בסוגיין דלילישנא דרבא דסימנים דרבנן מתניתין דמצאו קשור בכיס כמאן תוקמה:

ונלע"ד דהנה לכאורה קשי' לפי"מ שמבואר בתוס' ב"מ (דף כ') ד"ה שובר דגם לענין גט שחרור דהוי איסור אמרינן עבחז"ל אף דהוי רק תקנת חכמים גבי' מ"מ כיון דתיקון רבנן לא פלוג בתקנתייהו גם לגבי איסור וחכמים יכולים לעקור דבר מה"ת עיי"ש וא"כ ה"נ מאי בכך דסימנים דרבנן מ"מ כיון דתקינו רבנן לענין אבידה נימא לא פלוג גם לענין איסור. אך נ"ל לישב דהנה ידוע כבר סברת הרבה מראשונים גם לענין עגונה דהקילו בע"א הוא משום דאפקעינהו רבנן וכו' כמ"ש רש"י בשבת (דף קמ"ה). וידוע שנתקשו בזה הרבה מראשונים דא"כ אמאי הוי הוולד ממזר כשבא הבעל הא היא פנוי' למפרע וכתבו דחכמים הפקיעו רק באופן כשלא יבוא הבעל אבל אם יבוא הבעל לא הפקיעו אדעתא דהכי עיין בס' ישרש יעקב מזה. והוי קשי' לי טובא ע"ז הא קיי"ל בקידושין (מ"ה ע"ב) דלענין אכילת תרומה חיישינן שמא יבוא אבי' וימחה ובפרט לענין איסור דאורייתא עיי"ש וא"כ קשה מאד האיך היא ניסת עפ"י ע"א דילמא יבוא הבעל ואדעתא דהכי לא הפקיעו נמצא היתה א"א למפרע וזה דבר התמוה מאד לכאורה. אמנם נראה דלק"מ דהא עיקר הטעם דע"א אינו נאמן מה"ת הוא משום דאיתחזיק איסורא דא"א וידוע דברי התשו' מהר"ם שבהנמי"י ה' אישות דכל היכא דלדברי העד לא הי' כאן חזקה נאמן. וא"כ ה"נ כיון דהעד אומר שמת וודאי לא יבוא לעולם לביתו ושפיר אפקעינהו רבנן ולא היתה א"א מעולם וליכא חזקת איסור א"כ שוב ע"א נאמן מדינא דלא יבוא ויכולה לינשא עי"ז. וא"כ כ"ז בע"א אבל כאן בסימנים דלמ"ד סימנים דרבנן אף אם לא הי' חזקת איסור ל"מ הסימנים וא"כ שוב אסורה לישא עפ"י סימנים ואין יכולים להתיר מחמת דאפקעינהו דדילמא יבוא הבעל ואדעתא דהכי וודאי לא הפקיעו דאל"כ לא יהי' חומר בסופה ולא הי' יכולין להתיר בע"א דזה יותר תקנת עגונות כמש"ל. וא"כ שוב גם באיכא שני עדים על הסימנים לא הפקיעו משום לא פלוג כנ"ל. אלא דלפי"ז לכאורה

תיקשי מאי פריך הש"ס למימרא דסימנים דרבנן והתניא מצאו קשור בכיס וכו' ומאי רומיא מגט אמיתה והא בגט ע"א אינו נאמן וא"צ לבוא למתוך שהחמרת עלי' בסופה שפיר י"ל דאפקעינהו רבנן ומש"ה סמכינן אסימנים אבל במיתה לא כנ"ל:

אמנם באמת גם ז"א דהא עיקר ס' התוס' הוא רק משום דלא פלוג בתקנתייהו בין ממון לאיסור וא"כ כיון דבמיתה לא הי' יכולין לתקן שוב ממילא גם בגט לא תקנו. אמנם עדיין תקשי לרבא דס"ל בגיטין (דף ל') אף דלשמא מת לא חיישינן לשמא ימות חיישינן דלזה ל"מ חזקת חי עיי"ש ברש"י. וא"כ לעולם נימא דליתקנו לסמוך על סימנים משום אפקעינהו מאי אמרת דילמא יבוא הבעל כנ"ל ז"א דהא איכא ס"ס להיתרא דילמא זה הנמצא הוא בעל האשה. ואת"ל איננו בעלה דילמא בעלה ימות ולא יבא לביתו ואז שרי' משום אפקעינהו. אך גם זה לק"מ דהא ס"ם במקום חזקה לא אמרינן ואיכא כאן חזקת איסור א"א. ואמנם כ"ז לענין סימנים אבל לענין שאלה דקאמר רבא חיישינן לשאלה שפיר תיקשי לפימ"ש התוס' כאן דלענין ממון תקנו דל"ח לשאלה כמו שהוכיחו מהא דמצא בחפיסה או בדלוסקמא א"כ תקשי נימא דלא פלוג בתקנתייהו ויהי' מהני התקנה גם לענין איסור מכח אפקעינהו. ואי דחיישינן שמא יבא הבעל ז"א דהא איכא ס"ס כנ"ל מאי אמרת ס"ס במקום חזקה לא אמרינן ז"א דהא כבר הקשה הנוב"י אמאי חיישינן לשאלה הא איכא חזקה דכאן נמצא וכו'. ותירץ דנגד זה איכא חזקת איסור א"א וא"כ ממילא כיון דאיכא נגד חזקת איסור א"א חזקה דכנכ"ה א"כ שוב היכא דאיכא ס"ס כנ"ל לישתרי. אך צ"ל דלישנא דרבא דס"ל סימנים דאורייתא ס"ל דגם בממון חיישינן לשאלה ולא תיקנו חכמים כלל בזה. וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ס"ה. והא דמצא בחפיסה וכו' הוא משום דתפיסה ג"כ לא מושלי אינשי עיי"ש בש"ך. וא"כ מעתה הכל יבוא על מכונו ולא תיקשי קושית התוס' הנ"ל דהא כבר הבאתי למעלה קושית התוס' דמאי פריך הש"ס ממצאו קשור בכיס נימא דאיירי דמכיר הכיס בטב"ע ותירצתי דכיון דסימנים דרבנן א"כ גם בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה כמ"ש הב"ש אליבא דהב"י וא"כ מאי בכך דמכיר בטב"ע ליחוש לשאלה. אך קשה כיון דגם בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה א"כ שוב מוכח דבממון תיקנו דלא חיישינן לשאלה כמ"ש התוס' מהא דמצא בחפיסה וכו' וא"ל כמ"ש הש"ך דתפיסה לא מושלי דהא למ"ד סימנים דרבנן גם בכה"ג חיישינן לשאלה וכיון דתיקנו דבממון ל"ח לשאלה נימא דגם לעני איסור תיקנו משום אפקעינהו ואי דניחוש לשמא יבא הבעל הא איכא ס"ס כנ"ל. אך צ"ל דקושית הש"ס אזיל אליבא דאביי כאשר אביי הוא המתרץ וכמ"ש התוס' בריש אלו מציאות גבי קב בד' אמות ובכמה מקומות ואביי לשיטתו דגם שמא ימות לא חיישינן בגיטין (דף ל') הנ"ל וליכא ס"ם

וא"כ ל"ק קושית התוס' ללישנא דרבא דס"ל סימנים דרבנן ברייתא דמצא קשור וכו' כמאן מיתוקמא ז"א דלרבא לשיטתו ל"ק כלל דהוא יתרץ כמ"ש התוס' דאיירי דמכירו בטב"ע ואי דניחוש לשאלה ז"א דלדידי' להאי לישנא דסימנים דרבנן בע"כ דתיקנו לענין ממון דל"ח לשאלה וא"כ ממילא תיקנו ג"כ לענין איסור. ואי דניחוש דילמא יבוא הבעל כנ"ל דהא כיון דס"ל דשמא ימות ממילא איכא ס"ס להיתרא ותיקנו ג"כ לענין איסור גבי מיתה וכן לענין גט ול"ק כלל. כנ"ל נכון ע"ד הפלפול וקושית הש"ס אזיל רק אליבא דאביי דל"ח לשמא ימות וכנ"ל:

דוד מנחם מאנוש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן נט תק"ע.

השאלה חסר.

יש לדון להיתר עפ"י עדותו של ר' משה שהעיד שהכירו ע"י שני שיניו העליונים ששוכבות זע"ז ואמר כן מקודם שראה אותו שיש לו סימן זה ואח"כ ראה השינים ואמר שכן הי' לו בחייו. א"כ אף דשינים שוכבים זע"ז אולי לא הוי רק סימן אמצעי כמ"ש הב"ש בתשו' לאהע"ז סי' מ"מ זה רק שמי שיודע מהסימן לא ראה עכשיו הסימן אבל מי שראה הסימן בחייו ורואה עכשיו הסימן זה הוי ט"ע דע"י הסימן מכיר בט"ע כמ"ש התוס' גיטין (כ"ז ע"ב) ד"ה סימנים וכ"כ הב"י בסי' י"ז בד"ה אין מעידין אלא על פ"פ וכו' אחר שהביא שם דברי הת"ה סי' רל"ט במל"ת אם מהני טב"ע כתב וז"ל אמנם כי דייקינן שפיר נוכל לומר דעם סימנים שאינם מובהקין קאמר ור"ל דע"י אותם סימנים הכירו בטב"ע דכה"ג גבי ישראל סמכינן עלי' עכ"ל וכ"כ בתשו' ב"י אהע"ז סי' ו' וסי' ז' ומובא בדרישה סקל"ט עיי"ש שכתב דטב"ע הוא ע"י הכרתו אותו בסימניו בחיים וכן מצאוהו עתה בשעת מותו עיי"ש. וכ"כ בתשו' ח"צ סי' קל"ד עיי"ש מה שהביא דברי הרמב"ן וכן מבואר ביותר בנוב"י מהדו"ק סי' נ"א ד"ה ונלע"ד שכתב וז"ל וכן בכל הסימנים ורשומים שבאדם אם יש לו טב"ע ממש בהם מה לי ט"ע בכלי מה לי ט"ע ברושם שבאדם ואין בזה לדעתי שייכות לפלוגתא אי סימנים דאורייתא שזהו בכלל טב"ע הוא עכ"ל עיי"ש מה שהאריך בזה. ואף שכתב שם להסתפק שט"ע זה אולי משתנה אחר ג"י כמו טב"ע של צורה מ"מ זה רק בסימן ורושם שבעור או בבשר דעשוי להשתנות ע"י ניפוח אבל שינים שהן עצמות ל"ש כלל לומר דעשוי להשתנות וא"כ לכאורה הי' בזה לבד די היתר. אבל מ"מ יש לפקפק בזה מדברי הרשב"א (חולין צ"ו) שכתב וז"ל ומיהו נראה דהבא להתיר איסורין בטב"ע צריך לדקדק אם יש לו טב"ע יפה מפני שפעמים שהעין משקרת וסבור שמכיר ואינו מכיר ולפיכך אם לא ראיהו תחילה היטב ודקדק בראייתו שמא

סבור שזהו ואינו אלא אחר וכדתנן בב"מ כל כלי אנפוריא וכו' אלמא כי לא שבעתן העין לא סמכינן אט"ע ולא משום דמשקר אלא דסבור להכיר ואינו מכיר עכת"ד עיי"ש. וא"כ כאן בשינים דפעמים מיכסי ופעמים מיגלי אולי אין לסמוך אטב"ע דידהו אף דזה האיש משה העיד שהי' רגיל בו בהנטבע מקטנותו מ"מ יש לחוש בדבר:

ולכאורה הי' נ"ל דזהו ג"כ טעמא דמתניתין דאין מעידין אלא על פרצוף פנים וחוטם דלכאורה אינו מובן דמי לא משכחת דיש לו טב"ע באחד משאר אברים ומי גרע טב"ע באחד משאר אברים מט"ע בחתיכת בשר דמהני שם בחולין (צ"ו) הנ"ל וכמ"ש התוס' והריטב"א והר"ן שם דבאיסורין סגי גם בטב"ע גרוע. אך לפימ"ש הריטב"א הנ"ל דבטב"ע פעמים העין משקרת. א"כ בעדות אשה דחשו חכמים כ"פ לחשש דאומר בדדמי כמו בע"א במלחמה ובמים. א"כ לכך גזרו ג"כ דל"מ טב"ע רק בפרצוף פנים עם החוטם דזהו טב"ע היותר טוב ורגילין בני אדם להכיר בו אבל שאר טב"ע חשו לבדדמי משום דאין העין שבעתן כ"כ. ואף דגוף דבר זה דבעינן שבעתן העין אינו מוסכם כ"כ דלפי שיטת התוס' ב"מ (כ"ד ע"א) ד"ה ומודה. רבנן פליגי ארשב"א וס"ל דל"ב שבעתן העין ורבב"ח דסובר דבגט מהני טב"ע ע"כ פסק כחכמים דגט לא משהה איניש גבי' ולא שבעתו העין וכ"כ שם ג"כ בחי' אנשי שם על הרי"ף וכ"כ להדיא השטמ"ק בשם השיטה דהלכה כת"ק. מ"מ הא המחבר פסק בפשיטות בחו"מ סי' רס"ב סכ"א כהרי"ף והרמב"ם דבעינן שבעתן העין ואינו מביא כלל דעת החולקים. אבל מ"מ נ"ל דט"ע כה"ג שמכיר הסימן בטב"ע אף אם נאמר דמתניתין סתמא קתני אין מעידין אלא פ"פ עם החוטם אף שיש סימנים בגופו דמשמע אף עם טב"ע לא מהני כל דליכא פ"פ עם החוטם וכמו שפירשתי לעיל מ"מ נ"ל דבצירוף הסימן הוי רק דרבנן וחילי דידי מדברי הרמב"ם בה' נחלות פ"ז הובא בב"י אהע"ז סי' י"ז דהיכא דלא הכירו פניו ונמצאו בו סימנים מובהקים יורדין לנחלה על פיהם אף דאין משיאין את אשתו דלא החמירו בזה רק משום איסור כרת. ובקצוה"ח סי' רנ"ט תמה עליו דהא קיי"ל סימנים לאו דאורייתא עיי"ש ובנוב"י מהדו"ק בתק"ט סי' כ"ט ד"ה ואחר דחק מאד בכוונת דברי הרמב"ם:

אבל באמת תמה אני מאד על הנוב"י שרגיל תמיד לדקדק במלות ולספור התיבות בדברי הרמב"ם ז"ל וכאן השמיט בהעתקתו דברי הרמב"ם שני תיבות שלימות אשר לדעתי הם העיקר בדברי הרמב"ם שכתב וז"ל שם בהל' ג' או שנהרג ולא הכירו פניו אבל הי' לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותם בכל אלו הדברים וכו' יורדין לנחלה וכו' שלא החמירו וכו' אלא מפני איסור כרת עכ"ל והקצוה"ח והנוב"י השמיטו בהעתקתם אלו השני מלות "והכירו אותם" אבל האמת יורה דרכו דכוונת הרמב"ם דמי שראה אותן

הסימנים הכיר אותם גם בט"ע שאינו מעיד על הסימנים מבחוץ רק מי שראה אותם בחיים ראה אותם גם עכשיו כמו שכתב להדיא הי' לו סימנים בגופו והכירו אותם. וכן הב"י באהע"ז הנ"ל והמחבר בחו"מ סי' רפ"ד סעיף ד' שמרו אלו המלות בהעתקתם. וכן מורה ביותר דקדוק לשון הרמב"ם דהתחיל בלשון יחיד ולא הכירו פניו וסיים בלשון רבים והכירו אותם. א"ו פשוט דקאי על מ"ש היו לו סימנים מובהקים דהם לשון רבים וסיים ע"ז והכירו אותם דהיינו שהכירו הסימנים. ובכה"ג כבר הבאתי בשם הנוב"י גופי' דס"ל דאין זה שייך כלל להא דסימנים דרבנן או דאורייתא שזה בכלל טב"ע. ואמנם הרמב"ם ס"ל דגם זה בכלל דאין מעידין על טב"ע רק היכא דאיכא פ"פ עם החוטם וכמש"ל אבל טב"ע באיזו אבר פרטי או בסימן זה הוי כלא שבעתן העין דל"מ אליבא דהרמב"ם רק בצירוף עם הסימן מהני מדאורייתא. ורק מדרבנן החמירו ע"ז. ויצא לו להרמב"ם דין זה דמדאורייתא מהני כה"ג צירוף הטב"ע להסימן. מהא שהקשו כל הראשונים למ"ד סימנים לאו דאורייתא שמלה דכתב רחמנא למאי הלכתא כמ"ש התוס' ב"מ (דף כ"ז). ובגיטין (כ"ז ע"ב) ד"ה סימנים תירצו דע"י סימן מכירים העדים הטב"ע כמש"ל. אלא דלכאורה קשי' ע"ז דא"כ לא תליא בסימנים כלל אלא בטב"ע ולמה פרט הכתוב שמלה שיש בה סימן. והא בכל איזו אופן שיאמרו העדים שמכירים בטב"ע הם נאמנים. וא"כ לעולם אינו מייאש. אבל באמת לק"מ עפי"מ שהובא בתשו' איזו מהאחרונים דאין לאדם ט"ע בבגדיו של חבירו. ואף דדבר זה סתור מכמה מקומות דמהני טב"ע אף בבגדי אחר. מ"מ היינו היכא שמעיד שמכיר בטב"ע אבל לעולם אין רגילות שיהי' לאדם טביעות עין בכליו של חבירו וא"כ היכא דליכא סימן כלל שפיר מייאש דלא שכיח שימצא עדים שיכירו בטב"ע ויאמרו ששבע עינם בכליו של חבירו. ולכך פרט הכתוב שמלה שיש בה סימן. ואז בצירוף עם הטב"ע שיכירו העדים הסימן אף דלא שבעתן העין ובעלמא ט"ע כה"ג ל"מ אבל בצירוף הסימן מהני מדאורייתא ג"כ. ומכאן יצא לו להרמב"ם ד"ז דמכיר הסימנים בטב"ע מהני מה"ת. ורק החמירו משום איסור כרת שלא לסמוך אטב"ע כלל היכא דליכא פ"פ עם החוטם כמשמעות לשון המשנה. דהא היכר דפ"פ עם החוטם הוא בטב"ע וע"ז האמר מתניתין דהיכא דליכא פ"פ עה"ח אין מעידין אעפ"י שיש סימנים בגופו. משמע דאלפניו קאי דגם בטב"ע עם הסימנים אין מעידין היכא דליכא פ"פ עה"ח. דמשום חומר איסור כרת החליטו שלא לסמוך אטב"ע כלל משום חשש בדדמי כמ"ש הרשב"א הנ"ל:

ובזה יתיישב לנכון דעת הרמב"ם בפ"ג מה' גירושין ה"ט באבד הגט ומצאו במקום ששיירות מצויות דבעינן שיהי' מכיר הגט וגם שיהי' לו סימן בחפיסה או בדלוסקמא

עיי"ש במ"מ ובר"ן הובא בב"י סי' קל"ב תמה ע"ז דתרתי ל"ל והא טב"ע בכ"מ לחוד מהני וחילוק דבין ע"ה לצורבא מרבנן שכתב ה"ה תמה הר"ן עיי"ש ולפי הנ"ל נכון מאד דהא כבר כתבו התוס' ב"מ כ"ד הנ"ל שהבאתי לעיל דגט הוי לא שבעתן העין דלא משהה איניש גיטו. וסימנים לבד סובר הרמב"ם כמסקנא דש"ס דסימנים לאו דאורייתא. רק בצירוף שניהם מהני מדאורייתא מקרא דשמלה כנ"ל. ולכך שפיר פסק הרמב"ם בגט דבעינן שיהי' מכיר גוף הגט בטב"ע וגם שיהי' לו סימן בחפיסה או בדלוסקמא ואז מהני מדאורייתא כנ"ל גם בגט. ובזה יתיישבו ג"כ קושיות התוס' ביבמות (ק"כ) הנ"ל ד"ה מצאו דפריך הש"ס למימרא דסימנים ל"ד והתניא מצאו קשור בכיס וכו' כשר ומאי קושיא דילמא איירי דמכיר בטב"ע וגם בב"מ (כ"ז ע"ב) ד"ה וניחוש הקשו ולוכח מהכא דסימנים דאורייתא כדפריך הש"ס ביבמות וכן הקשו קושיא זו בגיטין (כ"ז ע"ב) ולפי הנ"ל הכל ניחא דלכאורה צריך להבין לפימ"ש דהרמב"ם ס"ל דסימנים בצירוף טב"ע מהני מדאורייתא ומדרבנן גזרו משום חומרא דא"א. א"כ גם בגט אמאי מהני מכירו לגט בטב"ע וסימני הכיס עכ"פ מדרבנן ליתסר כמו הא דסימני גופו ובע"כ צריך לחלק דרק הטב"ע והסימנים הם בגוף אחד כמו הא דאין מעידין היכא דליכא פ"פ עה"ח אף שיש סימנים בגופו ומכיר ג"כ הגוף בטב"ע מ"מ תרוויי' כחד נחשבו דטב"ע דגוף ג"כ מחמת הסימנים בא כמש"ל בשם תשו' ב"י. אבל מכיר לגט בטב"ע ובכיס יש סימנים. אז בט"ע דגט לחוד הוי סגי ורק משום דלא שבעתן העין איכא חשש בדדמי א"כ היכא דאיכא עוד סימנים בגוף מצטרפי להדדי וגם מדרבנן מהני. וא"כ לק"מ כל הנ"ל דבברייתא דמצאו קשור בכיס דליתא בברייתא כלישנא דמתניתין גיטין (כ"ז ע"א) אם מכירו כשר. דמזה דייק הרמב"ם דאיירי דמכירו לגט בטב"ע וגם איכא סימן בכיס אבל בברייתא דליתא לישנא דאם מכירו רק קשור בכיס לחוד א"כ אינו מכיר רק להכיס בלבד א"כ פריך הש"ס ביבמות שפיר על מתניתין דאין מעידין שכבר פירשתי לעיל דל"מ בין טב"ע בין סימנים רק פ"פ עה"ח פריך הש"ס שפיר מהא דמצאו קשור בכיס וליכא לתרץ כמ"ש התוס' דאיירי דמכיר לכיס בטב"ע דהא השתא קיימינן דגם טב"ע לא מהני. אבל בב"מ בבעיא דש"ס סימנים דאורייתא או דרבנן לא מצי להוכיח מהא דמצאו קשור בכיס כלום דדילמא איירי דמכיר להכיס בטב"ע כמ"ש התוס'. ורק ביבמות פריך על מתניתין דאין מעידין פריך שפיר דשם מבואר דגם טב"ע ל"מ וכנ"ל:

עכ"פ יצא לנו מכ"ז דעכ"פ סימנים ומכירם בטב"ע להסימנים עכ"פ מדאוריתא מהני לכ"ע ובפרט דהרבה פוסקים ס"ל דטב"ע לחוד מהני ופירשו כן דעת ר"ת דמתניתין דאין מעידין הוא רק בלא הכירו בחייו ולית לי' טב"ע ורוצה לעשות הטב"ע לסימן לאחרים

שמצייר אדם שצורתו כו"כ ראהו מת ואחרים מעידים שהי' לו צורה כזה בחייו דמהני רק מתורת סימן בזה אמרה מתניתין דאין מעידין עיין בס' ש"ש שמעתתא ז' פי"ג וי"ד ובתשו' בית אפרים שפירש כן ומביאים כן בשם איזו מהקדמונים. וגם אנכי תלי"ת מצאתי כן להדיא בחי' רבינו חננאל הנדפס בש"ס ווילנא בב"מ (כ"ז ע"ב) הנ"ל שמפרש כן להדיא שכתב וז"ל ת"ש דתנן וכו' אין מעידין אלא על פ"פ עה"ח כלומר אם נותנין העדים סימני פרצופו ואמר מי שפרצופו כך וכך ראינוהו שמת משיאין את אשתו עכ"ל. הרי מפרש להדיא כפירושו של תשו' מיימוני שהביא בש"ש הנ"ל דלא איירי בטב"ע כלל וי"ל דכ"ע מודו דטב"ע מהני בכל ענין כפירוש ר"ת. ואף לפירושו של ח"ס בדברי ר"ת עיין בתשו' נ"ד בתק"ע מה שהביא שם דברי דודי הגאון מוהרא"ז ז"ל פירש ג"כ דטב"ע מהני רק דבנשאר פ"פ לחוד בלא החוטם ובלא שאר הגוף מאבד הטב"ע וא"א שיהי' לו טב"ע. אבל היכא דיש לו טב"ע באיזו אבר מיוחד י"ל דמהני ולא גזרו כלל. ואמנם אף לפי"מ שפירשתי אנכי דברי הרמב"ם הנ"ל עכ"פ מדאוריתא מהני ורק דחכמים גזרו. וא"כ כיון דל"ה רק מדרבנן שיב יש להתיר מטעם אחר דכיון דנמצא פה בנהר וידוע לכל שלא נאבד פה ובגלילותינו שום אדם זולתו י"ל זהו שאבד זהו שנמצא כמ"ש בתשו' מבי"ט ובתשו' שב יעקב סי' ובנוב"י מהדו"ק סי' מביא דעת הרמב"ם דלא פסק כרשב"ג רק באיסור דרבנן וכן בישוי"ע אהע"ז סי' י"ז סקכ"ט עיי"ש. אבל עכ"פ בנ"ד דכבר יצאנו מאיסור דאורייתא ע"י סימנים וט"ע הנ"ל שוב יש לסמוך ע"ז. ואף דבאמת יש לחלק הרבה בין קבר שאבד כמ"ש באחרונים הנ"ל ואין להאריך בדבר שכבר האריכו בו. מ"מ בכאן ממקומו הוא מוכרע מהא דיצחק ריש גלותא המבואר בש"ע סי' י"ז סי"ח ול"מ לדעת הפסקי מהרי"א שהביא שם הח"מ בס"ק ל"ח דבשמו ושם אביו לבד סגי. ומה שתמה הח"מ שם דכיון שלא הזכיר שם העיר דילמא יש עוד אחד ששמו כן. כבר יישבו זאת בפסקי מהרא"י הנ"ל ובד"מ במלות קצרות דכיון דלא ידעינן שנאבד רק זה אין ספק מוציא מידי וודאי ואמרינן דזה שאבד זה שנמצא וכמ"ש התוס' גיטין (כ"ז ע"א) ד"ה כאן: **ומה** שכתב בקהלת יעקב סי' י"ז בישוב קושית הש"ש דמדברי התוס' מבואר דבשיירות מצויות חיישינן דילמא אחר ג"כ אבד נלע"ד לחלק דהנה י"ל דסברת התוס' הוא דבשיירות מצויות חיישינן לאחר אף דאחר לא ידעינן דאבד וזה וודאי אבד מ"מ הא מבואר בש"ס חולין (דף י' ע"א) דספק אינו מוציא מידי וודאי ל"מ נגד חזקה וא"כ מכ"ש נגד רובא דעדיף מחזקה. וא"כ בשיירות מצויות איכא רובא דעלמא ונימא דמרובא דעלמא אבד כמ"ש הפנ"י לענין אבידה. ואמנם בנוב"י מהדו"ק סי' דוחה סברא זאת דרובא דעלמא דהא גם אותו שנמצא הוא מרובא דעלמא. ואמנם בתשו' ברית אברהם

אה"ע סי' מ"ג משווה דברי הפנ"י והנוב"י ומחלק דבאבידה דאנו דנין על החפץ שנמצא אנו אומרין דנפל מרובא דעלמא אבל בנדון דנוב"י דאנו דנין על האיש שנמצא אם הוא אותו שאנו דנין עליו ל"ש לומר דהוא מרובא דעלמא עיי"ש בברית אברהם שהאריך להטעים הדבר. וא"כ שפיר נכון בגט כתבו התוס' דבשיירות מצויות ל"א אין ספק מוציא וכו' כיון דאיכא רובא דעלמא נגדו ואנו דנין על הגט ממי נפל הוי כמו אבדה שכתב הפנ"י. אבל בנדון דידן דאנו דנין על האיש ל"ש לילך בתר רובא דעלמא כמ"ש הבר"א ושפיר אמרינן דזהו שאבד זה שנמצא דאין ספק מוציא מידי וודאי כיון דליכא רובא דעלמא נגדו. ובזה נכון לישב ג"כ מה שקשה לכאורה בהא דכתב הרשב"א גיטין (כ"ז) דהיכא דאין שיירות מצויות ל"ח דילמא מיב"ש אחר נפל דלנפילה לחוד לא חיישינן אבל בשיירות מצויות הוי נפילה דרבים וקשה לכאורה ע"ז מש"ס יבמות הנ"ל בעובדא דיצחק ריש גלותא דקאמר הש"ס בהני שטרי דנפקי במחוזא וכתיב בהו חבי בר ננאי ואגבי בהו רבא אף דשכיחי טובא במחוזא דל"ח לנפילה וכתבו התוס' שם (דף קט"ז ע"א) ד"ה למאי אף דבג"פ חיישינן לנפילה שם הוי נפילה דרבים אבל כאן הוי נפילה דיחיד לחוש שיפול מיב"ש וימצאנו יב"ש אחר. והא לדברי הרשב"א הנ"ל בשיירות מצויות חיישינן וקארי לי' נפילה דרבים אף בנמצא ג"כ ביד יב"ש דהא על מתניתין דאבד הימנו ומצאו הוא עצמו מחלק רבה בין שיירות מצויות וט' הרי דחיישינן דנפל מיב"ש ומצאו יב"ש אחר כיון דשיירות מצויות ובהני שטרי דחבי בר ננאי דשכיחי במחוזא טובא הוי ג"כ כשיירות מציות ואמאי קארי לי' נפילה דיחיד. אך לפי הנ"ל ניחא דבגיטין עיקר הטעם דאזלינן בתר רובא כ"ק דשיירות מצויות כמש"ל אבל בהני שטרי דמחוזא דהשטר יוצא מיד יב"ש והוא מוחזק בו ל"ש לילך בתר רובא ולהוציא מידו דהא בממון לא אזלינן בתר רובא. וא"ל דאדרבה הלוה מוחזק בממונו ולא יוכל המלוה להוציא מידו דז"א דהלוה כיון דוודאי חייב לאחד מהם לית בי' חזקת ממון כמ"ש הש"ך בסי' צ"א סקי"א. ועדיף מיני' דכאן ליכא רק חד תשלומין דהא עכ"פ יהי' מוכרח לשלם אם יכתבו כל החבי בר ננאי דבמהווא הרשאה זל"ז ודו"ק:

הדרן להנ"ל דשפיר מובן סברת הפסקי מהרא"י והד"מ הנ"ל בביאור תשו' הרא"ש. דאף בלא שם עירו יש להתיר כיון דבעל האשה ידעינן שנאבד ואחר לא ידענו שנאבד אין ספק מוציא מידי וודאי וליכא רובא דעלמא נגדו כמש"ל בשם הברית אברהם בביאור דברי הנוב"י. ואף דלפי"ז לכאורה קשה כקושית הש"ש באבידה דא"כ גם בלא שמו ושם אביו נתיר אם נמצא אחד מת משום אין ספק מוציא וכו'. נ"ל דלק"מ דאם נמצא סתם מת י"ל דאין זה ספק כלל דוודאי אי אפשר דלא נמצא עוד אחד בעולם שנאבד והוי

כוודאי וודאי דאף דבעל האשה ידעינן וודאי שנאבד מ"מ קרוב לוודאי דיש עוד אחד בעולם שנאבד וכיון דשיירות מצויות ובפרט בלא ידעינן שם עירו כמעשה דתשו' הרא"ש חיישינן לאחר. אבל בידעינן שמו ושם אביו אף דשכיח בעולם עוד יב"ש מ"מ אין זה קרוב לוודאי דעוד יב"ש אחר נאבד ולכך שוב אמרינן כיון דבעל האשה הזאת ששמו יב"ש ידעינן דנאבד ומיב"ש אחר שנאבד לא ידענו שפיר אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי. כנ"ל ודו"ק בכ"ז. וא"כ פשיטא דלפי פסקי מהרא"י והד"מ האלה בנ"ד דאיכא עכ"פ סימן אמצעי דעדיף משמו ושם אביו כמ"ש הח"צ בתשו' ואין זה קרוב לוודאי דאיש אחר עם סימן כזה נאבד שוב אמרינן אין ספק מוציא וכו':

ובזה יהי' מקום לישב קושית התוס' יבמות (קט"ו ע"ב) ד"ה דקאמרי סימנים דקשי' להו למ"ד סימנים ל"ד אמאי סמכינן הכא אסימנים ודחקו לישב עיי"ש ולפי הנ"ל י"ל דלכאורה לס' הפסקי מהרי"א הנ"ל והד"מ בתשו' הרא"ש תקשי אמאי אין מעידין על סימן אף אי סימנים ל"ד מ"מ כבר כתבתי בשם הח"צ דסימן עדיף משמו ושם אביו ולדידהו בשמו ושם אביו לחוד סגי משום דאין ספק מוציא וכו' כנ"ל. אך צ"ל דמתניתין דקאמרי אין מעידין היינו דהסימן לחוד ל"מ כלישנא דאין מעידין דיהי' הסימן לבד המועיל אבל היכא דמסייע הס' דאין ספק וכו' מזה לא מיירי המתניתין ומיירי בגוונא דל"ש הס' הזאת כגון היכא דנאבדו הרבה ב"א באותו זמן כמו שהי' שכיח אז בשעת חירום ואותן שנאבדו עוד לא ידעינן אם הי' להם אותו הסימן כגון שהי' במקום מוצנע. ולכך שפיר קאמר דאין מעידין וכו' דסימן לחוד בלא ס' דאין ספק מוציא וכו' ל"מ למ"ד סימנים ל"ד וא"כ שפיר ניחא שם (ד' קט"ו) בעובדא דב' ת"ח י"ל דלא נאבדו באותה ספינה רק אותן הב' ת"ח ויותר לא ידעינן שנאבדו ולכך שפיר בצירוף סימן מהני כמו שמו ושם אביו אליבא דמהרי"א הנ"ל. ואמנם באמת נ"ל דא"א לישב כן קושית התוס' דא"כ קשי' אמאי לא התיר רבי נשותיהם בלא סימנים כלל מחמת זה שאבד זהו שנמצא כדס"ל בקבר שאבד וכו' אע"כ לומר דאיירי דנאבדו באותה הספינה עוד הרבה ב"א כמ"ש הנוב"י מהדו"ק בתק"ע תשו' מ"ו ועיי"ש בתשו' מ"ז בפלפולו עם השואל בזה ואזדא לי' תירוצי הנ"ל:

וגם בגוף סברתי הנ"ל לדמות סימן אמצעי לשמו ושם אביו אליבא דמהרי"א נ"ל דיש לשדות בי' נרגא דלפי"ז יהיו דבריהם סתורים ממשנה הנ"ל דאין מעידין על סימן ותירוץ שכתבתי הוא דחוק. ולכן נ"ל דאין לדמותם כלל דס' דאין ס' מוציא וכו' הוא כעין ס' דברי ושמא ברי עדיף. וא"כ י"ל עפ"י סברת התוס' בפ"א דכתובות ובכמה מקומות דל"א כן רק היכא דהשמא גרוע והברי טוב. ולא להיפך כגון היכא דלא ה"ל למידע עיי"ש. וא"כ

ה"נ בשלמא בשמו ושם אביו דזה דבר המפורסם וידוע לכל בשמו. וא"כ כיון דבאותו גליל שנאבד לא שמענו מעוד יוסף בן שמעון שנאבד ומזה שמענו שנאבד שפיר אמרינן אין ס' מוציא וכו'. אבל בסימן אמצעי דרוב הסימנים הם במקום מוצנע ואינם ידועים לכל אדם. א"כ מה שלא שמענו שעוד אחד עם סימן כזה נאבד זה ספק שאינו גרוע דלא הוה לן למידע אם יש לו זה הסימן ול"א בכה"ג אין ס' מוציא מידי וודאי. ולכך שפיר סתמה מתניתין דאין מעידין על סימן למ"ד סימנים ל"ד. ואמנם בנדון דידן שפיר יש להקל לס' המהרי"א הנ"ל דהא כיון דלא שמענו כלל שנאבד עוד איש אחד וזה הוי שמא גרוע גם בלא הסימן. דהיה לן למידע אם נאבד עוד אחד דבזה"ז ידוע לכל אם נאבד איזו אדם קלא אית לי' בזה שפיר בצירוף הסימן אמרינן אין ס' מוציא וכו' (חסר הסיום):

דוד מנחם מאנוש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ס

לכבוד הבחור החריף ובקי מאד נעלה כמר **אלעזר** נ"י בק"ק **סקאהל**:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. ע"ד קושיתו בסנהדרין (ד"פ ע"ב) על הא דנסקלין בנשרפין שנתערבו ידונו בסקילה. למ"ד דבעי' קרא כדכתיב ונקטטה יד העדים פטור. דבעינן יד העדים תהי' בראשונה והכא דאין מכירין אותם לא ידעו העדים מי הם לקיים יד העדים תהי' בראשונה כאשר האריך בדבריו:

נלע"ד ליישב קושיתו דהנה הש"ס פריך שם למ"ד מותרה לדבר החמור לא הוה מותרה לדבר הקל אמאי ידונו בסקילה ופרש"י שם ד"ה ש"מ דהו"ל למיפטרי' לגמרי כיון דלא הוי התראה. וקשה הא ידוע קושית התוס' שם ובחולין (די"א ע"ב) דהא כיון דנשרפין רובא נינהו וקיי"ל דגם בד"נ אזלינן בתר רובא אמאי לא ידונו בשריפה ותירצו התוס' בחולין שם דכיון דחייב מיתה בלא"ה לא אזלינן בתר רובא לדונו בחמורה עיי"ש. וא"כ למ"ד מותרה לדבר החמור לא הוי מותרה לקל ואתה רוצה לפוטרו לגמרי שוב נימא דניזול בתר רובא ולחיובי' שריפה. אך צ"ל דרש"י דפירש דהקושיא היא דליפטרי' לגמרי ס"ל כהני תירוצים אחרים שכתבו התוס' שם בסנהדרין. אבל להתירוץ הנ"ל שתירצו בחולין דממיתה למיתה לא אזלינן בת"ר. יהי' הקושיא למ"ד מותרה לדבר החמור ל"ה מותרה לקל ניחייבי' שריפה כמש"ל. אך עדיין קשה דהתוס' כאן ולעיל (דמ"ה ע"ב) הקשו דמאי בכך דלא הוי מותרה לדבר הקל הא קיי"ל דאם אי אתה יכול להמיתו במיתה הכתובה בו. דאתה ממיתו בכל מיתה שאתה יכול. ותירצו התוס' שם לעיל דבורח שאני עיי"ש. וצריך להבין הסברא דמ"ש בורח. או שאינו יכול להמיתו מחמת תערובות. אך נ"ל עפי"מ דאיתא בחולין (ד' ק"מ ע"א) דאמר רבינא הבמ"ע בעוף שהרג את הנפש. היכי

דמי אי בגמר דינא בר קטלא הוא. אלא קודם גמר דינא ולמאי אי לשילוח בעי לאתויי לבי דינא וקיימי ובערת הרע מקרבך אלא לשחיטה ועיי"ש ברש"י ד"ה בר קטלא וד"ה אלא לשחיטה דמתבאר משם דאחר גמר דין מחויב לסקלו דווקא וקודם גמר דין דאיכא רק חיובא דובערת הרע מקרבך סגי בכל מיתה שיהי' מבוער ע"י מהעולם. והנה אמת שזה שייך רק בעוף או בהמה שרשות בידו לשוחטו לצורכו וכדומה אבל באדם דאסור להורגו עד שיגמור דינו אז ממילא מחויב לדונו באותו מיתה שנגמר דינו לה:

ואמנם הנה מבואר במכות (ד"ה ע"א) ובתוס' סנהדרין (פ"א ע"א) ד"ה ונגמר דמי שנגמר דינו למיתה הוי גברא קטילא וההורגו פטור. וא"כ ממילא כיון דרשות להורגו. הוי דינו כמו עוף הנ"ל שיכול לקיים ובערת הרע מקרבך בכל מיתה שהוא מבוער ע"י מהעולם. וא"כ מובן שפיר תירוצו של התוס' הנ"ל דבורא שאני, דהיינו כיון דנגמר דינו למיתה. א"כ גברא קטילא הוא דהא עומד למיתה דאף שברח מ"מ בכל עת שנמצא אותו נמיתהו א"כ יכולין ג"כ להמיתו במיתה אחרת לקיים ובערת הרע מקרבך דהא אין איסור להורגו דבלא"ה גברא קטילא הוא. אבל בנסקלין שנתערבו בנשרפין דלשורפו א"א דבהא לא אזלינן בתר רובא לכל התירוצים שבתוס' ואם נאמר דבסקילה ג"כ א"א לדונו דמותרה לדבר החמור לא הוי מותרה לדבר הקל. א"כ מוכרח אתה לפוטרו לגמרי משורת הדין וא"א לעולם לדונו במיתה עוד ולאו גברא קטילא הוא וא"כ אין לנו רשות לקיים בו ובערת הרע מקרבך כיון דעפ"י הדין אין אנו יכולים לדונו במיתה שנגמר דינו לה. א"כ בטל גמר דין שלו. כיון דא"א לקיימו לעולם עוד ואינו עומד לקטלא עוד ואין לנו רשות להרוג אדם בלא גמר דין ואינו דומה לבורח דאף אם לא נהרוג אותו עתה מ"מ לא בטל גמר דין דידי'. דבכל עת ובכל מקום שנמצא אותו נדונו במיתה שנתחייב בה וא"כ גברא קטילא הוא ואינו חייב מיתה ההורגו. ולכך נוכל לקיים בו ובערת הרע מקרבך בכל מיתה שהוא מבוער ע"י מהעולם כמו בעוף שהרג את הנפש:

ובזה יש ליישב הא דאיתא בסנהדרין (דע"ת ע"א) דטריפה שהרג בפני ב"ד חייב משום ובערת הרע מקרבך. שלא בפני ב"ד פטור דהוה עשאי"ל. והקשו הראשונים ממכות (די"ב ע"א) דסנהדרין שראו אחד שהרג את הנפש דאין הורגין אותו עד שיעמוד לפני ב"ד אחר דכתיב עד עמדו לפני העדה וכו' עיין ברמב"ן שם במכות. ולהנ"ל ניחא דבאמת כל היכא דאסור להורגו בלא גמר דין אז גזיה"כ הוא דאין אותו הב"ד שראו שהרג גומרין דינו רק מוכרח לעמוד לפני ב"ד אחר. אבל טריפה שהרג דמדינא ההורג את הטריפה פטור. ונהי דאסור לכתחלה מ"מ משום מצות ובערת הרע מקרבך רשאין להורגו גם בלא גמר דין. ואמנם זה רק בהרג בפני ב"ד דהב"ד יודעין באמת שהוא רוצח ויש מצוה

להורגו ולבערו מן העולם. וכיון דבלא"ה הוא טריפה ואין חייבין עליו מיתה. רשאים להורגו גם בלא גמר דין. אבל הרג שלא בפני ב"ד. דאין הב"ד יודעין כלל אם מצוה לבערו מהעולם והעדים אין נאמנים משום דהוי עשאי"ל שוב אסור להורגו אף דטריפה הוא מ"מ איסורא איכא:

ואמנם מעתה הדק"ל מאי פריך מותרה לדבר החמור לא הוי מותרה לדבר הקל. ובע"כ הקושיא היא דכיון דבסקילה א"א לדונו א"כ שוב ניזל בתר רובא וידונו בשריפה כיון דלא הוי ממיתה למיתה כמש"ל. ומאי קושיא הא כיון דבע"כ תדון אותם בשריפה. א"כ גברא בר קטילא הוא ודמי לבורח והדרא קו' התוס' לדוכתה הא יכולין להמיתו בכל מיתה שאתה יכול משום מצות ובערת הרע מקרבך. דכיון דאם לא תדון אותם בסקילה תהי' מוכרח לדונם בשריפה מחמת רובא א"כ עומדים לקטלא ורשאים לבער אותם מהעולם בסקילה ג"כ. וכיון דאיכא מיעוט נסקלים אין לנו לילך בתר רובא לדון בשריפה כיון דב"כ וב"כ יהיו חייבים עכ"פ סקילה. ואנו יכולים לדונם בסקילה משום ובערת הרע מקרבך אין לנו לדונם בחמורה כתירוץ התוס' חולין הנ"ל. ומאי פריך הש"ס מותרה לחמור לא הוי מותרה לקל. אך בע"כ צריך לתרץ כתירוץ הראשון שבתוס' (בדמ"ה ע"ב) הנ"ל ד"ה משום דדייק מדקתני כל חייבי מיתות אפילו בהנך דלא דרשינן דיכולין להמיתו בכל מיתה שאתה יכול. וא"כ מעתה מיושבת קושיתך היטב שהקשית דאיך אפשר לדונן בסקילה הא בעינן קרא כדכתיב שתהי' יד העדים בראשונה דז"א דהאי קרא רק בסקילה הוא דכתיב ואם תרצה לפוטרם מסקילה שוב אתה מוכרח לדון אותם בשריפה מחמת רובא כמש"ל וא"כ שוב גברא בר קטילא הוא ואתה יכול להמיתו בכל מיתה שאתה יכול משום ובערת הרע מקרבך אף דלא אפשר לקיים יד העדים בראשונה מ"מ משום מצות ובערת די בכל מה שהוא מבוער ע"י מהעולם ונסקלין הם מהנך דדרשינן בהן דיכולים להמיתו בכל מיתה שאתה יכול כמבואר בתוס' הנ"ל בריש הדיבור. ודו"ק היטב בכ"ז כי הוא דרך חריף ועמוק בעזה"י וצריך להתבונן בו היטב:

ובפשיטות יש ליישב קושיתו דבחי' הר"ן בסנהדרין שם (ד"פ) הקשה דאף אם אמרת דמותרה לחמור הוה מותרה לקל מ"מ הא לא הוי קרא כדכתיב. דהא מיתה הכתובה בו שריפה היא דרובן נשרפין נינהו. ותירץ דלמ"ד מותרה לחמור הוה מותרה לקל הקלה הוא בכלל החמורה וכחלק ממנה וכאילו מקיימין בו שריפה עיי"ש. וא"כ כיון דמאי דאנו דנין אותן בסקילה לאו משום מצות סקילה הוא רק משום מצות שריפה אלא דיש בכלל מאתים מנה א"כ לא בעי' יד העדים דזה בסקילה הוא דכתיב ולא בשריפה. וכאן אין אנו באין מכח מצות סקילה אלא מכח שריפה. ובפרט לתירוץ השני שבר"ן שם

דכי אמרינן דבשאר מיתות דלא כתיב. אין ממיתין אותם אלא במיתה הכתובה בהן היינו במיתה החמורה מהן אבל להשנותן למיתה הקלה יכולין תמיד לשנות היכא דא"א בחמורה רק אם מותרה לחמור לא הוי מותרה לקל אין אנו יכולין לדון אותו בקלה דבלא התראה אין אנו רשאים להרוג אדם. כצ"ל בביאור דבריו עיי"ש. וא"כ השתא דקיי"ל מותרה לחמור הוי מותרה לקל מה דממיתין אותם בסקילה הוא משום דכיון דאין אתה יכול להמיתו במיתה החמורה דנין אותו בכל מיתה ובלבד שלא יהי' חמורה הימנה. א"כ מאי בכך דא"א לקיים יד העדים הא זה רק בסקילה כתיב וכאן אנו חייבין להמיתו בכל מיתה שאתה יכול ובלבד שלא תהי' חמורה משריפה והא בנקטעה יד העדים פטור הוא רק היכא דנתחייב סקילה. וכיון דאמרינן דבעינן קרא כדכתיב. א"כ אינו בר חיוב מיתה כלל דבנקטעה יד העדים לא כתבה בו התורה סקילה כלל ואינו מחויב מיתה כלל שתהא אתה יכול להמיתו בכל מיתה שאתה יכול אבל כאן דרובן נשרפין ונתחייב שריפה רק דאין אתה יכול להמיתו בשריפה מחמת התערובות. עכ"פ אתה יכול להמיתו בסקילה שהיא קלה ממנו לס' הר"ן הנ"ל וז"ב מאד ודו"ק:

ואשר תמה על הכו"פ בסי' ס"ב שכתב לישב קושיתו על הרמב"ם דאין ב"נ מוזהר על אמה"ח של עוף מפסחים ע"ג דקאמר הש"ס שתיקן להוציא מידי אמה"ח והרי הש"ס בחולין מ' מוקי לה בחטאת עוף ותירץ דהרמב"ם מפרש דהתיקון הוא לישראל דע"י אמה"ח הי' לוקה על משהו בשר וגידין ועצמות ומשום תקרובת ושאר איסורים אינו לוקה רק בכזית בשר ותמהת דהא מפורש ברמב"ם פ"ז מה' עכו"ם הט"ו דעל תקרובת לוקין בכ"ש. יפה תמהת וגם בעיני יפלא. ואולי י"ל דהכו"פ לשיטתו בסי' ד' דלפי המסקנא דס"ל לצעורי קמכוון בע"כ הא דע"י מעשה נאסר דשא"ש הוא רק דרבנן. ואמנם ידוע שיטת הרא"ה והר"ן הובא בט"ז סי' ד' דעכ"פ באכילה נאסר לכ"ע מה"ת דנהי דאינו אוסרה אבל עכ"פ לא שרי לה והוי כשאר נבילה. והסברתי הדבר בתשובה אחת דכיון דלענין שחיטה הכל כבעלים דכל השוחט בהמת חבירו ניתרת על ידו וא"צ לביא לשליחות בעלים כמ"ש הרשב"א בחי' חולין (י"ב ע"ב) ד"ה מאן תנא עיי"ש. וא"כ כיון שיש לו זכות באותה בהמה להתירה באכילה מה שהיתה אסורה מקודם אותו הזכות נחשב כשלו ויכול לאוסרה במוזשבי לע"ז וכעין שאמרה הש"ס בנדרים ל"ו לענין פיגול דתלתה תורה במקריב דמי שמקריב ועושה העבודה הוא יכול לחשב ה"נ מי ששוחט ובידו נעשה היתר הבהמה לאכילה יכול לאסרה במחשבו לאכילה אבל לא בהנאה דהיתר הנאה אינו תלוי בו שהוא לא התירה בהנאה וא"כ כיון שאינו יכול לאסור רק מה שהתיר א"כ על תקרובת כזה אינו לוקה רק בכזית כמו בנבילה כמו שהיתה בלי שחיטתו

וא"כ שפיר קאמר הכו"פ בחטאת העוף דהוי דשא"ש דמדאורייתא אינו אוסר אף ע"י מעשה וליכא מלקות כלל רק משום דלאכילה יכול לאסרה כמש"ל לשיטת הרא"ה וא"כ תיקן שפיר דמשום זה אינו לוקה רק בכזית כמו בנבילה. כנ"ל לומר בישוב דברי הכו"פ משום חומר הנושא:

ובגוף קושית הכו"פ הנ"ל נ"ל לישב באופן אחר דהנה בחולין (דק"ד ע"א) מביא הש"ס דר"מ ס"ל דאמה"ח אינו נוהג אלא בבהמה טהורה בלבד דוזבחת מבקרך ומצאנך כתיב סמוך לקרא דלא תאכל הנפש עם הבשר. והנה זה כתיב בקרא דפ' ראה אך בקרא דפ' נח דאך בשר בנפשו דמו לא תאכלו דאיירי ג"כ באמה"ח שם אינו מוזכר בקר וצאן. והנה בסנהדרין (דנ"ט ע"א) קאמר הש"ס דכל דבר שנאמר לב"נ ונשנית בסיני לזה ולזה נאמרה וכל שלא נשנית בסיני אף שעד מתן תורה הי' נאסר אף לב"נ מ"מ משניתן תורה ניטלה וניתנה לישראל דווקא עיי"ש ברש"י ד"ה לזה ולזה וא"כ לכאורה קשה כיון דבקרא דב"נ נאסר הכל גם בהמה וחי' ועוף בין טמאה בין טהורה ובקרא דסיני לא נאמר רק בהמה טהורה אליבא דר"מ א"כ קשה ממ"נ אם נאמר דרק בהמה טהורה נישנית בסיני אבל חי' ועוף לא א"כ הי' לנו לומר דחי' ועוף דלא נשנה בסיני לישראל נאמרה ולא לב"נ והי' לנו לומר להיפך דישראל מצווה גם על אבמה"ח דחי' ועוף וב"נ לא. ואם נאמר דנשנה בסיני רק לחידושו לומר דאינו נוהג רק בבקר וצאן א"כ הי' צריך להיות דינו כמו מילה דקאמר הש"ס שם בסנהדרין (נ"ט ע"ב) דלמלתי' הוא דנשנית והוי כאילו לא נשנית בסיני דרק לישראל נאמר ולא לב"נ והול"ל דלר"מ אין ב"נ מצווה על אמה"ח כלל מה שאין הדבר כן ובע"כ צ"ל דר"מ לא ס"ל כריב"ח בסנהדרין שם אלא כקושית הש"ס דאדרבא דבר שלא נשנית בסיני רק לב"נ נאמרה ולא לישראל ולית לי' מי איכא מידי ודבר הנאמר ונשנה לשניהם נאמר ולכך שפיר קאמר ר"מ דישראל אינו מצווה רק על בהמה טהורה בלבד. אבל לב"נ מודה דהכל נאסר מקרא דפ' נח הנ"ל. וא"כ מעתה לדידן דקיי"ל כריב"ח בסנהדרין שם דכל שלא נשנית בסיני רק לישראל נאמר כסתמא דהש"ס שם א"כ מן הדין הי' לנו לומר דחי' ועוף שלא נשנית בסיני לא יהא נאסר רק לישראל ולא לב"נ רק דבחי' מסתבר לי' להרמב"ם דלא קיי"ל בהא כר"מ דהא קיי"ל בחולין (דע"א ודפ"ד) דחי' בכלל בהמה וגם שם בהאי קרא בשר כתיב בכל אות נפשך תאכל בשר וגם בשר חי' בשר מיקרי אבל עוף לא כדמוכח בחולין (דק"ד ע"א) ובתוס' שם ד"ה הא עוף ולכך פסק הרמב"ם דעל עוף אין ב"נ מוזהר כיון דלא נשנית בסיני ולא קשה קושית הכו"פ מש"ס פסחים ע"ג הנ"ל דשם קאזיל הש"ס לפרש סתמא דמתניתין דהשוחט בשבת בחוץ וכו' וקיי"ל סתם מתניתין ר"מ ור"מ הא ס"ל דאדרבא רק לב"נ

נאמרה וא"כ ב"נ מצווה גם על אמה"ח של עוף כיון דלא נשנה בסיני ושפיר קאמר דתיקן להוציא מידי אמה"ח כנ"ל נכון:

והנה אין להקשות לדידן נימא אדרבא להיפך כיון דבקרא דסיני כתיב רק בקר וצאן או בשר נימא דלגוילתי' הוא דנשנית כמו במילה לחדש דאינו נוהג רק בבקר וצאן וא"כ ליהוי כמו מילה דאינה נוהגת בב"נ. נלע"ד דלק"מ דבשלמא במילה דכתיב ביום אפילו בשבת א"כ שפיר אמרינן דלעולם לא הי' נשנה כלל משום דאינו נוהג רק בישרא משעת מתן תורה ואילך. והא דנשנה דאתי לחדש דדוחה שבת. ואין לומר דהוי לכתוב זה החידוש בקרא דפ' לך. ז"א דאז לא הי' שייך ליאמר שיהי' דוחה שבת דהא לא נצטוו עדיין על שבת כלל ואדרבא ב"נ ששבת חייב מיתה אבל כאן באמה"ח דנכתב קרא לאחר מתן תורה בבהמה טהורה שפיר אמרינן בבהמה טהורה נאמרה ונשנית כדי שיהי' נוהג בין בישראל בין בב"נ דאין לומר דאינו נוהג רק בישראל והא דנשנית כדי לומר דאינו נוהג רק בבקר וצאן דא"כ הי' לו לכתוב בקרא דפ' נח בקר וצאן ולא לשנות כלל בסיני והוה ידעי' ג"כ דאינו נוהג רק בישראל ורק בבקר וצאן ככל דבר הנאמר ולא נשנה כנ"ל:

ואשר כתב לישב דברי תשו' הרשב"א סי' אלף קס"ד הובא בתשו' מהר"ם מינץ האחרון סי' כ"ה לענין אם קידש א"א ואח"כ גירשה בעלה שאין חלים קידושין הראשונים שתמה עליו המהר"ם מינץ למה לא הביא הרשב"א ש"ס מפורש קידושין (דס"ג) במקדש לאחר שימות בעלה או לאחר שיגרשה דאין הקידושין חלים. וכתבת ליישב דאיירי כשנתבטלו קידושין הראשונים למפרע ע"י אפקעינהו ואפ"ה לא תפסי בה קידושין כ"ז שלא נודע שנפקעו עפי"ד הצ"צ בסי' ס"ט לענין ביצה מס' טריפה דהוי דשיל"מ אחר יב"ח אף דאז איגלאי למפרע דכשירה הי' מ"מ כל זמן שלא נודע לו ההיתר עביד איסורא. ומש"ה גם הכא אין קידושין תופסין בה עכ"ד. באמת אין זה דמיון כלל דהצ"צ קאמר רק דגברא איסורא קעביד. דאיהו מיהא לאיסורא קמכוון. אבל לא שתהא נחשבת כא"א שלא יהי' קידושין תופסין בה. והרי מפורש בש"ס שבועות (דכ"ז ע"ב) גבי שבועה שלא אוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה וכו' דאין שבועה חלה על שבועה ואפ"ה קאמר רבא שם דאם נשאל על הראשונה חלה שני' תחתי' ומביא שם מנדר ב' נזירות והפריש קרבן על הראשונה ואח"כ נשאל על הראשונה דחלה שני' עיי"ש. ועיין בר"ן סוף נדרים במשנה דטמאה אני לך שכתב הר"ן הטעם דמותרת לבעלה משום דאפקעינהו וכו' והרי שם היא מיהא לאיסורא קמכוונה ואף ברצון מבואר שם דלא מהימנא אף דמעלה מעל באשה. אפ"ה כיון דאיגלאי אח"כ למפרע דאינה א"א אינה נאסרת. וכהנה וכהנה אין מספר. וגם בדברי הפמ"ג בשעה"ת בחלק דשיל"מ שהבאת תמיהא קחזינא דדחה ראיית הצ"צ

מאשם תלוי ונודע לו שלא חטא. דמה אית לי' למיעבד מה דהוה הוה. ואי בנודע לו קודם זריקה אולי באמת אסור לזרוק עכת"ד הפרמ"ג. והדבר תמוה שהוא משנה מפורשת בכריתות (דכ"ג ע"ב) בהביא אשם תלוי ונודע לו שלא חטא עד שלא נשחט תצא ותרעה בעדר. ואם משנשחט נודע לו ישפך הדם ואם משנזרק הבשר יאכל דכופרה ספיקה והלכה לה עיי"ש. והדבר תמוה מאד על בעל הפמ"ג ז"ל שלפום שעה העלים עין ממשנה זו. ואמנם בגוף דברי תשובת הרשב"א הנ"ל הנה באמת אין זה פלא שמצינו כ"פ בתשו' הראשונים שהשואל שאל דבר שהוא פשוט בש"ס והמשיב השיב לו ג"כ בפשיטות כהלכה ואינו מביא ראיות ע"ז מש"ס כלל משום דהוה מילתא דפשיטא לי'. ואמנם י"ל ג"כ דדבר גדול דיבר הרשב"א ז"ל דלכאורה קשה לפי"ד התוס' קידושין (דס"ג ע"א) ד"ה וידים דלמסקנת הש"ס בכתובות (דנ"ט ע"ב) דשאני קונמות דקדוה"ג נינהו ומפקיעין מידי שעבוד גם על דשלבל"ע חלין. והובא ג"כ ס' זאת בשטמ"ק כתובות (דנ"ט) הנ"ל במקומה ועיין בפנ"י כאן ובהפלאה כתובות (די"א ודנ"ט) עיי"ש וא"כ לפימ"ש הפנ"י כאן לענין מקדש מעוברת. דגם קידושין דינם כקונמות דקדוה"ג נינהו וחלין גם על דשלבל"ע וא"כ גם במקדש לאחר שימות בעלך או לאחר שיגרשך יהא חלין הקידושין. כיון דקידושין חלין על דשלבל"ע. ומ"ש ההפלאה בכתובות נ"ט הנ"ל דמ"מ בעינן עבידי דאתי. אין ס' זו מוכרחת. וגם כתבו התוס' בכ"מ דהיכא דהגוף בעולם עבידי דאתי עיין תוס' ב"ב (ע"ט ע"ב) ד"ה אימר בשם הר"א מפלירא. וכ"כ התוס' ביבמות (צ"ג ע"ב) ד"ה לאחר עיי"ש אך צ"ל עפי"ד הר"ן הידועים בנדרים (ד"ל ע"א) ד"ה ואשה. ע"מ דקאמר הש"ס דאשה כפדאוה אחרים דמי. והא כמו שהוא מקדש אותה על לאחר שיגרשה. ה"נ היא מקדשת עצמה לו על אחר הגירושין. והיא איננה יוצאת מרשותה עיי"ש. ותירץ דבאשה אין אנו דנין מצדה דהיא אינה עושה מעשה הקידושין כלל דכי יקח כתיב. רק דבעינן רצון דידה שתהא מפקרת עצמה לגבי בעלה. ול"מ מה שהיא מתרצית עכשיו על לאח"כ. ומציד הוי כאינה ברשותו דדילמא לא תסכים אח"כ עיי"ש בדבריו היקרים. וס' זו מוכרחת ג"כ בקידושין (ד"ז ע"א) דפריך ונפשטו קידושין בכולה ומשני הכא דעת אחרת מעכבת וקשה הלא גם הוא לא קידש רק חצי' ואפ"ה אמרינן דגזיה"כ דפשטה בכולה א"כ גם בדידה נימא הכי אע"כ דהוא עביד מעשה קידושין שדינן כהקדש ופשטה בכולה. אבל היא לא עבדה רק מעשה הפקר ובהפקר אין דינו כהקדש שיהי' נפשט בכולה. וא"כ ה"נ נהי דקידושין חלין על דשלבל"ע כמו קונמות אבל הפקר אינו חל בדבר שאינו ברשותו. עיין קצה"ח סי' רי"א סק"ד מה שחולק על תשו' הב"ח עיי"ש. וא"כ כיון דהיא עתה א"א והיא ברשות בעלה אינה יכולה עתה להפקיר עצמה לגבי השני ולהסכים

לקידושיו גם לאחר גירושין מהראשון. דהוי דבר שאינו ברשותה שהיא עומדת ברשות בעלה כמ"ש הפנ"י בגיטין (דמ"ג ע"א) סד"ה אמר רב חסדא דכל שהיא ברשות בעלה אין לה יד לקבל קידושין מאחר שאיננה ברשותה עיי"ש והא דכתב הפנ"י דעובר במעי אמו יכול לקדש לשיטת התוס' הנ"ל היינו משום דבעובר לא בעינן דעתה דידה דהוא מקדשה מדעת אביה. ובאבי' י"ל דמודה הר"ן דהקידושין באים גם מכחו משום דכתיב את בתי נתתי לאיש דמשמע דהוא הנותן. וא"כ מעתה נכונים ד' הרשב"א בתשו' הנ"ל דברשב"א מפורש שם דהשאלה היתה בארוסה וארוסה עדיין לא משעבדא לי' כלל לשום דבר לא לתשמיש ולא למע"י ולא לפירות ולא לשום דבר בעולם והחופה צריכה להיות מדעתה דווקא. וא"כ כיון דאיננה ברשות בעלה כלל. הוה ס"ד דיכולה להסכים לקבל קידושין מהשני אף לאחר הגירושין. דנהי דגזיה"כ הוא דאין קידושין תופסין בא"א כדיליף הש"ס מקרא בקידושין (דף ס"ז). מ"מ הקידושין הא באים מצידו והוא יכול לקדש על אחר הגירושין דהא קדוה"ג נינהו כקונמות וחל אף על דשלבל"ע לסברת התוס' והפ"י הנ"ל. מאי אמרת הפקר דידה אינה חל בדבר שאינו ברשותו. ז"א דהארוסה ל"ה אינה ברשותה כמש"ל. דלא משעבדא לי' עדיין כלל. וה"א דהש"ס דקאמר דמקדש לאחר שימות בעלך אינה מקודשת הוא רק בנשואה לא בארוסה. לכך קאמר הרשב"א דאינו כן או משום דל"ס לי' כסברת תוס' כלל דקונמות חלין על דשלבל"ע כמובא בשטמ"ק הנ"ל שהרבה חולקים ע"ז. או די"ל דגם התוס' מודו בקידושין דאינם דומין לקונמות כלל דלא כהפ"י הנ"ל והוא משום דקונמות דהיא איסורא בעלמא ואינו יוצא מרשות לרשות כלל לכך חל על דשלבל"ע. אבל הקדש או קידושי אשה דהוא ענין קנין דבהקדש יוצא מרשות הדיוט לרשות גבוה. ובקידושין יוצאת מרשותה לרשות בעלה לכך ל"מ בדשלבל"ע. דבהקדש בעינן מה ביתו ברשותו וכו' וקידושין דומה להקדש. וכעין זה השיג הפמ"ג על התב"ש בסי' ה' במ"ז ס"ק ז' לענין דשא"ש. דאף דיכול לאסור ע"י מעשה דשא"ש מ"מ להקדיש א"י. והוא ג"כ מטעם שכ' דהקדש הוא ענין קנין וא"י להקנות דשא"ש אף ע"י מעשה. וא"כ טובא אשמעינן הרשב"א בתשובה הנ"ל להוציא מס' הפ"י בקידושין ס"ג הנ"ל שכ' דיכול להקדיש ולקדש עובר במעי אמו משום דהקדש וקידושין חלין אף על דבר שלבל"ע. וא"כ הי' יכול לקדש ג"כ ארוסה על אחר גירושין כמש"ל:

ואמנם לפי"ד הפ"י בגיטין (מ"ג) הנ"ל שהבאתי דבח"ש וחב"ח שנתקדשה אף דליכא מיתה בקידושין הללו רק לאו בעלמא. ובעלמא קידושין תופסין בח"ל הכא כיון דהיא מקודשת לראשון שוב איננה ברשותה לקבל קידושין מיד אחר. אמרתי לתרץ זה כביר קושית התוס' ביבמות (דט"ז ע"א) בד"ה בני צרות על הא דאמר ר"י בני צרות אני מעיד

שכשרים לכהונה אף לב"ש. והא בלא"ה לשמואל דס"ל דקידושין תופסין ביבמה א"כ בשעה שקידשה פקעה לה זיקה כמו שומרת יבם שקידש את אחותה עיי"ש. ולס' הפ"י הנ"ל ניחא דלכאורה קשה היאך קאמר דקידושין תופסין ביבמה לשוק כיון דלא הוי רק בלאו. והא מ"מ אינה ברשותה לקבל קידושין דהא זקוקה לייבם לס' הפ"י הנ"ל. אך צ"ל דשמואל ס"ל אין זיקה. דזיקה ל"ה ככנוסה וא"כ נהי דמדאורייתא משעבדא לי' להתיבם דיבמה יבא עלי' בע"כ מ"מ הא קיי"ל דקדוה"ג מפקיעה מידי שיעבוד וא"כ משעה שקידשה השני פקע שיעבודו של היבם ואמנם ר"י לשיטתי' דס"ל בנדרים (דע"ד) לענין הפרת נדרים דיש זיקה וזיקה ככנוסה ולאו שיעבוד בעלמא אית לי' בגווה רק קנין דאשה הקנה לו מהשמים. וא"כ נהי דאין חייבין עלי' מיתה כדקאמר הש"ס שם (דע"ה ע"א) מ"מ לא גרעה מח"ש וחב"ח דלא תפסי בה קידושין אחרים לס' הפ"י הנ"ל וזה תירוץ נכון לקו' התוס' הנ"ל. וגם אליבא דמ"ד אין זיקה יש ליישב דלכאורה י"ל דנהי דהקדש מפקיע מידי שיעבוד מ"מ הא מצינו בבע"ח ובמע"י דקאמר הש"ס בכתובות (נ"ט ע"ב) ובנדרים פ"ו דאמרינן אלמוהו רבנן לשיעבודא דבעל ובע"ח כמ"ש תוס' שם. ומשום דאל"כ כ"א יפקיע חובו. וא"כ ה"נ נימא אלמוהו רבנן לשיעבודא דיבם דאל"כ כל יבמה תפקיע עצמה מהיבם ע"י קידושין. אך צ"ל דכיון דיש תקנה בקידושין דהא היכולת ביד חכמים לכוף את המקדש שיגרש כמו בכל הני דכופין להוציא וא"כ לא הי' צריכין להפקיע קידושין וא"כ כיון דבע"כ הא דלשמואל קידושין תופסין ביבמה לשוק הוא רק משום דהחכמים יכופו אותו לגרש א"כ ממילא לא פקעה עדיין זיקה מהיבמה דהא זקוקה ועומדת עדיין ליבם ע"י שמקדש יהי' מוכרח לגרשה וא"כ עדיין איסור דלא תהי' אשת המת החוצה במקומה עומדת וה"א דהבנים פגומים לכהונה ושפיר אשמעינן ר"י דכשרים לכהונה ולא קשה קושית התוס' הנ"ל:

ואשר הבאת קושית ההפלאה בריש כתובות דהא יוכל לבוא לידי תקלה ע"י אפקעי' אם קיבלה קידושין מאחר דאמרנו דאין קידושין תופסין ולאחר זמן אם נאמר אפקעינהו א"כ חלים הקידושין הראשונים יש ליישב עפי"ד התורת גיטין בסי' קמ"ג סט"ז באה"ד שם מ"ש ולפ"ז נ"ל החילוק פשוט וכו' משא"כ בע"מ שתשמשי אבא וכו' שאין ביד הבעל לבטל הגט ואין בידו שתהי' אשתו אין יכול לגרשה עכשיו כשיתבטל התנאי ותהי' אשתו דהוי כדשלבל"ע גמור כיון דאינו בידו עכת"ד עיי"ש. דמתבאר מדבריו דאף דאח"כ כשנתבטל התנאי איגלאי מילתא למפרע דהיתה אשתו מ"מ כיון שלא הי' הדבר בידו לבטל התנאי שתהי' אשתו אין בידו לגרשה ג"כ דהוי דשלבל"ע וא"כ ה"נ כיון דאין ביד האשה לעשות דבר שתפקיע הקדושין דביד הבעל תליא מילתא א"כ אין בידה לקבל

קידושין מאחר אף כשנתגלה אח"כ למפרע שנפקעו הקידושין. דהוי דשלב"ע כיון דלא הי' הדבר בידו. אמת דכבר העירותי בזה שדברי התו"ג הם לכאורה נגד דברי הרמ"א בחו"מ סי' רמ"ח סוף סעיף ז' בראובן שנתן מתנה ללוי על תנאי. ואם יעבור יהי' של שמעון ואח"כ נתן שמעון זכותו ללוי אע"פ שעבר לוי על התנאי זכה מכח שמעון. וכתב שם בסמ"ע ס"ק ל"ב דאע"ג דבשעה שנתן שמעין ללוי עדיין לא זכה שמעון דהא לא הי' בידו שיעבור לוי על התנאי. מ"מ כיון דעבר לוי אח"כ על התנאי איגלאי מילתא למפרע שהי' של שמעין ונתקיימה מתנתו שנתן ללוי עיי"ש. הרי דאף שלא הי' בידו לזכות בהמתנה מ"מ כיון דאח"כ נתברר דזכה במתנה למפרע אמרינן דגם מה שנתן ללוי זכה בה ולא אמרינן דהוי דשלבל"ע כיון דלא הי' בידו ודלא כס' התו"ג הנ"ל. ואף דיש לחלק דכאן שנתן ללוי שאני דהא ביד לוי הי' שיעבוד על התנאי ושיזכה שמעון מ"מ ז"א כלל דהא הב"ש בסי' כ"ח בס"ק ט"ז הביא דברי הש"י דמוכח מדבריו דהנגזל אינו יכול להקנות הגזילה אף להגזלן עצמו כיון דאינו ברשותו דנגזל. הרי דבעינן שהמזכה יהי' הדבר ברשותו ולא מהני מה שהיא ברשות הזוכה וא"כ הכא אין הדבר ביד שמעון המזכה דהא אין בידו שיעבור לוי על התנאי ואין יכול לזכותו אף ללוי עצמו ומוכח מזה דלא ס"ל להסמ"ע ורמ"א ס' התו"ג הנ"ל:

ואשר הבאת קושית הגאון מקאמינקא זצ"ל בכתובות (כ"ג) אחד אומר נתגרשה וא' אומר לא נתגרשה תצא דתרוויי' בא"א קמסהדי. ולס' הר"ן דמיירי בא' אומר קרוב לה וכו' תקשי הא כתב הרשב"א בגיטין (דע"ח ע"ב) דקרוב לה הוא רק מכח אפקעינהו. וא"כ זה שאומר קרוב לה אינו מעיד בא"א דהא לדבריו היא פנוי' למפרע. נלע"ד ליישב בפשיטות דהרשב"א כתב שם דקרוב לה הוא משום תקנת עגונות ומש"ה היו צריכין רבנן להפקיע הקידושין דמשום תקנתא דרבנן לבד לא היו יכולין להתיר לינשא דאין חכמים יכולין לעקור ד"ת בקו"ע ולכך הוצרכו להפקיע הקידושין למפרע. וא"כ כ"ז בוודאי קרוב לה דהתירוה לינשא ע"י גט זה. אבל ס' קרוב לו ס' קרוב לה. דדינה דהוי מגורשת ואינה מגורשת ואסורה לינשא דלחומרא דינה כא"א וגם דינה כמגורשת לחומרא דאזלינן הכא והכא לחומרא וא"כ כיון דאין באין לעקור ד"ת בקו"ע למה להם להפקיע הקידושין ולעשות בעילת זנות למפרע הא בלא"ה הכח ביד חכמים להחמיר על ד"ת משום לא פלוג. ובע"כ צ"ל דהא דהוי מגורשת ואינה מגורשת הוא רק מדרבנן ומדאוריי' הוי א"א גמורה דבכה"ג לא הפקיעו הקידושין וא"כ שפיר קאמר אביי תרוויי' בא"א קמסהדי וזה תי' פשוט ונכון לדעתי:

ואשר הקשה ע"ד הצל"ח פסחים (ע"ג) דכתב דמשה"כ לא קאמר הש"ס בשחטו ונמצא בע"מ דתיקן להוציא מאמה"ח לב"נ משום דב"נ אסור לאכול ק"פ דכתיב כל ב"נ לא יאכל בו. וא"כ מאי פריך הש"ס בחולין (ד"מ) מאי איריא דקתני חטאת ליתני זבח. והא רש"י כתב שם דזבח כל זבחים משמע וא"כ ק"פ נמי בכלל ותקשי שוב מאי תיקן כיון דלב"נ אסור עכ"ד קושיתך. נלע"ד ליישב עפ"ד התוס' קידושין (נ"ז ע"ב) בשם הר"מ דש"ח מותרין לגמרי באכילה דמידי הקדש יצאו מטעם קדשים שמתו והשחיטה מתירתן באכילה עיי"ש והמקנה הרבה להקשות על דבריהם וביארתי בתשובה אחת דהדבר תלוי בפלוגתא דקדוה"ג פקעה בכדי או לאו בנדרים (כ"ט). דהנה המהר"ם מלובלין כתב שם במקומו דמדברי הש"ס ריש מעילה גבי קדק"ד ששחטן בדרום מוכח דרק מידי מעילה יצאו דלא איקרי תו קדשי ד'. אבל מ"מ אסורין בהנאה מדאורייתא. ולכאורה הדבר מסתבר כן דהא גם קדשים קלים אין בהם מעילה משום דלא איקרי קדשי ד' ואפ"ה מבואר בכ"מ דאסורין בהנאה מדאורייתא. אך נ"ל דהנה מבואר במעילה (די"ב ע"ב) גבי חלב מוקדשין וביצי תורין דכל המקדיש למזבח אין דעתו רק על מה שראוי למזבח דהמקדיש קרבן כוונתו רק לעשות צרכי מזבח וא"כ ממילא גם כשנפסל אח"כ ואינו ראוי לשום דבר למזבח כגון בהני דאם עלו ירדו כיון דאמרינן דהוא לא הקדישן רק לעשות מהן צרכי מזבח א"כ הוי כאומר נטיעות אילו קרבן עד שיקצצו דהא לא אקדשן רק למלתי' וכיון דלא חזי תו לכך פקע הקדישן. אך למ"ד קדוה"ג לא פקעה בכדי ואם אמר שור זה ל' יום עולה לא פקע קדושתו לעולם א"כ מאי בכך דלא הקדישן רק עד שיעשו צרכי מזבח הא קדוה"ג לא פקעה בכדי ושפיר יכולין לומר כס' המהר"ם מלובלין הנ"ל דרק מידי מעילה יצאו משום דלא איקרי קדשי ד'. אבל איסור הנאה מכח הקדישן לא פקע דקדוה"ג לא פקעה בכדי. אבל למאן דס"ל דקדוה"ג פקעה בכדי ואם אמר שור זה ל' יום עולה יוצא אחר ל' לחולין בלא פדיון הדין ג"כ כן היכא דנפסל ואינו ראוי עוד למזבח נפקעה קדושתו לגמרי דמעיקרא לא אקדשי' רק כ"ז שיוכל לעשות בו צרכי מזבח. וא"כ שפיר נכונים ד' הר"מ בתוס' הנ"ל דשם בעל המימרא הוא ר' יוחנן ור"י ס"ל דשור זה ל' יום עולה יוצא אח"כ לחולין כמבואר בירושלמי שהביא הר"ן בנדרים (דכ"ט ע"א) ד"ה א"ל אביי לכך שפיר קאמר דשחוטי חוץ מותרין לגמרי אף באכילה ויתיישב בזה קושית המקנה כאשר ביארתי בתשובה אחת:

ואמנם נ"ל דכ"ז בשחוטי חוץ אבל קרבן שנפסל בפנים י"ל דכ"ע מודו דלא פקעה קדושתה מתרי טעמי חדא דהא כתב הר"ן שם לחלק בין הקדש לקידושי אשה דבהקדש דמצינו לפעמים הקדש דמים יש ג"כ הקדש לזמן אבל קידושי אשה דלא מצינו בה

הקדש דמים אין בה ג"כ קנין לזמן ולא פקעה קידושי בכדי לכ"ע וא"כ גם בהקדש מזבח נ"ל דהיכא דנתקדשה בכלי שרת דאחר קדושת כלי לא מצינו הקדש דמים עוד דאחר שנתקדש בכ"ש אין לה פדיון עולמית דמיא שוב לקידושי אשה דלא פקעה קדושתה בכדי ולכך שפיר קאמר המהר"ם מלובלין דקדק"ד ששחטן בדרום אסורין בהנאה כיון דנשחטו בפנים וסכין מקדש ככ"ש כמו דמבואר בסוטה (די"ד ע"ב) ובכ"מ עוד, לכך א"א שתופקע קדושתן:

וגם עוד טעם נ"ל דבשלמא קדושת פה אמרינן דאינו מקדש רק הראוי למזבח. אבל כ"ש קיי"ל דמקדשין ליפסול ג"כ גם היכא דלא חזיין בשעת קדושת כלי למזבח. מקדשתן כ"ש ליפסל ולצאת לשריפה וא"כ אף אם נפסל אח"כ לאחר קדושת כלי אין יוצאין מקדושתן משום דלא חזיא למזבח דכ"ש גם מתחלה מקדשין ליפסל שיהי' דינן בשריפה כמבואר במנחות (ד"ז ע"א). וא"כ מעתה מיושבת קושיתו דאף דהצל"ח כתב דאף שחטו ונמצא בע"מ דהפסח פסול אפ"ה אסור לנכרי לאכול הימנו היינו כיון דקדושת פסח עליו דלא פקעה קדושתו כיון דנשחט בכ"ש בפנים אבל בשוחט בחוץ דכ"ש אין מקדשין אלא בפנים ליכא עליו רק קדושת פה והוי כקדשים שמתו שיצאו מקדושתן ואין עליו עוד קדושת פסח כלל ומותר לנכרי לאכול הימנו אף להצל"ח. דאף לפי"מ דקיי"ל דלא כהר"מ שבתוס' הנ"ל אלא דשחוטי חוץ אסורין באכילה ובהנאה היינו מטעם שכתב המקנה משום ל"ת כל תועבה או מטעמא אחרינא שכתב אבל לעולם קדושתה פקעה למ"ד קדוה"ג פקעה בכדי וא"כ ליכא איסור לב"נ משום כל ב"נ לא יאכל בו דכבר אין עליו קדושת פסח כמש"ל. ונ"ל עוד דגם למ"ד קדוה"ג לא פקעה בכדי מ"מ שחוטי חוץ שאני עפי"מ שהקשו התוס' ב"ק (ע"ו ע"א) ד"ה שחיטה שא"ר דאמאי אינו יכול לפדות ש"ח בעודה מפרכסת הא אין לך מום גדול מזה ותירצו בסה"ד דמום שאינו מחיים לא חשיב מום. וא"כ לפי"ז בתחלת שחיטה וודאי הוי מום כמ"ש התוס' בחולין (דכ"ח) ד"ה אתא דאף הפרדת העור הוי מום ואז הי' עדיין מום מחיים. ואם הי' רוצה לעשות העמדה והערכה תיכף אחר התחלת השחיטה הי' יכול לפדות אז. עיין תוס' חולין (ד"ל ע"א) ד"ה מדמו וא"כ כיון דבר פדיון הוא. הוי רק קדושת דמים לענין זה דלכ"ע פקעה בכדי כמ"ש הרא"ש בנדרים (דכ"ט) דעיקר הטעם דקדושת דמים פקעה בכדי הוא משום דיש לו פדיון עיי"ש בד"ה קדושת דמים וא"כ לכך שפיר כשנגמרה השחיטה וא"א לפדות עוד משום דבעי העמדה והערכה פקעה קדושתן כיון דלא חזי תו לגבוה ולא הוי ג"כ קדוה"ג דכבר אחר התחלת השחיטה נעשה רק קדושת דמים כמש"ל:

ונרוויח בזה ליישב מה דקשה לי עפי"מ שחידש דו"ז הגאון במנ"ח זצ"ל מצוה י"ד דב"נ חייב מיתה על אכילת קדשים משום גזל גבוה עיי"ש וא"כ מאי קאמר הש"ס תיקן להוציא מידי אבמ"ה לב"נ. הא הקדש אסור לב"נ משום גזל. אך לפי הנ"ל ניח' דמבואר בחולין (דקל"ט ע"א) דיוני שובך של קדשי מזבח שמרדו לא פקעה קדושתם. דקדוה"ג לא פקעה בכדי ותרנגולת של בעה"ב שמרדה פקעה קדושתה כיון דנעשה הפקר וקדושת דמים פקעה בכדי. וא"כ כיון דקיי"ל דכל איה"נ נעשה הפקר. א"כ שחוטי חוץ שבגמר שחיטתה נאסרה בהנאה ואין לה עוד תקנה בפדיון. כיון דהתחלת השחיטה כבר נעשה קדושת דמים כמש"ל. א"כ פקעה קדושתה בכדי. עיין פסחים (דכ"ט) לענין הקדש של חמץ ועיין תוס' ישנים כריתות (די"ד) ד"ה ואשם שהקשו מחמץ של הקדש על נותר ומחלקים בין קדושת דמים לקדוה"ג ולפי הש"ס חולין הנ"ל מובן חילוקם היטב. דלעולם בין חמץ בין נותר כשנאסר בהנאה נעשה הפקר רק דבנותר דהוא קדוה"ג ל"ה קדושתם ע"י הפקר ובחמץ של הקדש שהוא בדה"ב הוי כתרנגולת בעה"ב שמרדה שפקעה קדושתה וא"כ ה"נ תו ליכא גזל גבוה כיון דנעשה הפקר. ובזה נ"ל ליישב עוה"פ קושית הכו"פ הנ"ל על הרמב"ם שפסק דב"נ אינו מצווה על אמה"ח של עוף שהבאתי למעלה. דהנה זה כבר ביארתי בחי' דברי רש"י התמוהים בב"מ (דנ"ז ע"ב) דקאמר הש"ס ריבית דהקדש האיך משכחת לה אי דאוזפי' ק' בק"כ והלא מעל הגזבר ונפקו לחולין והו"ל דהדיוט וכו' ומשני הכא באבני בנין המסורות לגזבר וכדשמואל דאמר בונין בחול ואח"כ מקדישין. וכתב רש"י בד"ה דאמר שמואל וז"ל כשהן בונין בנין הקדש לא היו קונין אבנים וטיט ממעות הקדש כדי שלא יבאו העם לידי מעילה וכו' אלא לוקחין בהקפה והרי הן חול עד שנבנו בחומה וכו' או אם התנדב אדם אבנים נותן לבנאי ואינו קורא עליהן שם הקדש עד שינתנו בבנין הלכך לא מעל הגזבר עכת"ד רש"י ז"ל. וקשה לי מאד דא"כ האבנים עדיין הם של בעליהם הראשונים וא"כ שוב הו"ל ריבית דהדיוט. דהו"ל כמלוה מעות הדיוט ע"מ שיתנו ריבית להקדש דהוי איסור דאורייתא כמ"ש התוס' שם בד"ה לספק. ואי משום דנעשה ע"י שליח שהוא הגזבר הלא כבר מחו לה מאה עוכלי בעוכלי הב"י בסי' ק"ס והט"ז בשם ס"ק י"א על מה שהביאו בשם תשו' רש"י דמותר להלוות בריבית ע"י שליח וכתבו שלא אמרו רש"י מעולם עיי"ש ומה יענו לדברי רש"י אילו. ואין לומר דכאן שאני דהגזבר מלוה שלא ברשות בעלים ואינו נעשה שליחם כלל. ז"א דא"כ ל"ל קרא למעוטי ריבית דהקדש הא זה אינו ריבית כלל מה"ת דהא לא זכה בהם הלוה דהא יכולים בעליהם הראשונים לבוא ולעכב כיון דהאבנים עדיין הם שלהם והגזבר לא עשה בשליחותם וליכא אגר נטר כמ"ש התוס' שם בד"ה כיון. וגם מה ענין זה

לריבית דהקדש כלל דממעט מקרא והא עדיין הכל של הדיוט וזה דבר התמוה באמת. ואמרתי בזה עפי"ד הרמב"ן בב"ב פ' הספינה הובא בקצה"ח סי' ר' סק"א לענין הקדיש בור דאינו מועיל במה שבתוכו שכתב וז"ל והא דאין מועלין במה שבתוכן שמעתי משום דאין חצר להקדש וכו' אי נמי קני לה אין מעילה בזכייתה עכת"ד ודחק שם הקצה"ח מאד בטעמו דכיון דקני לה אמאי אין מעילה עיי"ש:

ואמנם לענ"ד נראה דס"ל להרמב"ן ורש"י דבהקדש יש שני ענינים קנין ממון וגם איסור הקדש ומעילה וכל אחד אינו תלוי בחבירו לענין קנין חמון לא גרע הקדש מהדיוט דכמו שהדיוט זוכה מתורת הפקר דבר שבא בחצירו כמו כן הקדש נמי אמנם איסור הנאה ומעילה אינו בא רק על ידי קריאת שם הקדש שבזה חל עליו איסור הנאה וזה צריך דווקא שיבוא ע"י אדם שנקרא עליו שם הקדש. אבל דבר שהקדש קונה ממילא מתורת חצר נהי דנעשה ממון גבוה מ"מ איסור הנאה מעילה לית בו דהא ליכא מי שיקרא עליו שם הקדש. דלזה בעינן בעלים איש כי יקדיש ביתו שיהי' שלו וברשותו ואז יכול לקרות עליו שם הקדש. וא"כ מה מאד נעמו דברי רש"י בב"מ (דנ"ז) הנ"ל דזה הי' התקנה שהי' בונין בחול שהי' הבעלים נותנין אבנים לבנין היינו שהי' מקנין אותם תיכף להקדש בתורת קנין כמו כל לוקח בהקפה או אם נתנן להקדש בלא כסף הי' נותנן תיכף במתנה להקדש אך לא הי' קורא עליהם שם הקדש עדיין כדי שלא יבואו לידי מעילה וא"כ כבר הי' להקדש באבנים האלו קנין ממון כמו בהפקר הנ"ל שכתב הרמב"ן אבל קנין איסור עדיין ליכא כיון דלא קרא עליהם עדיין שם הקדש. וא"כ שפיר ממעט מריבית דכתיב אחיך וזה אינו של אחיך דכבר הם קנין ממונו של גבוה. והגזבר לא מעל ג"כ במה שמלוה אותם. דעדיין אין בהם מעילה ואיסור הנאה כלל דעדיין אין שם הקדש עליהם כלל (והא דכתב רש"י דהקדש לא נתן מעות עד שיתנם בבנין היינו דהקדש לא הי' רשאי לתת מעות תרומת הלשכה שהוא הקדש שיצאו לחולין עד שיכנס דבר אחר לקדושה כמו כל פדיון הקדש. וכיון דלא הי' קוראין על האבנים שם הקדש עדיין לא הי' יוצא מעות תרומת הלשכה לחולין והי' מועל בהם המוכר ולכך לא הי' נותנין המעות עד אחר הבנין שאז הי' קוראין עליהם שם הקדש ונותנין המעות בעבורם להמוכר) וזה דבר יקר מאד לדעתי בביאור דברי רש"י והרמב"ן. ובזה יש ליתן טעם ג"כ להא דקיי"ל דבאתי ליד גזבר ל"מ שאלה די"ל דלקנין ממון ל"מ שאלה כמ"ש הר"ן בנדרים (דפ"ה) ולכך כשבא ליד הגזבר דנעשה קנין משיכה או חצר שקנה הקדש קנין ממון ממש כמו הדיוט ל"מ תו שאלה. אבל בלא אתי ליד גזבר דליכא רק קדושת פה וקדושת פה ל"מ רק לענין איסור. ולא קנה ההקדש עדיין בקנין ממון לכך מהני שאלה כמו בנדר ושבועה.

ומה"ט י"ל ג"כ הא דהקדש שוה מנה שחללו על ש"פ מחולל שכתבו האחרונים עיין רי"ט אלגאזי בכורות (ד"י) ד"ה איבעיא אות א' דבבא ליד גזבר אינו מחולל בש"פ. הוא ג"כ מה"ט דבאמת בקרא לא מצינו רק דאין אונאה להקדש מקרא דעמיתו. אבל נחזי אנן הרי בקרקעות ג"כ אין אונאה ואפ"ה וכי יכולין ליקח קרקע של חבירו שלא מדעתו בש"פ. וא"כ ה"נ לכאורה בהקדש אם פודה לעצמו בש"פ נהי דבשוי' יוכל לפדותו דזה זכות להקדש והגזבר נעשה שליח של הקדש ואף מעצמו יכול לפדותו בשוי' דניחא לי' לרחמנא בכך דכל הקדש עומד לפדות אבל אם יפדה בפחות משוי' אמאי לא אמרינן לתקוני שדרתיך והוי גוזל ממש אם הי' כן בקרקעות. לכן נ"ל דהיכא דכבר קנה ההקדש קנין ממון כגון בבא ליד גזבר לא יכול לפדות פחות משוי' כמו שאינו יכול ליטול קרקע של חבירו בש"פ. אבל היכא דלא קנה עדיין ההקדש לקנין ממון וליכא רק קדושת פה דזה רק קנין איסור ולא קנין ממין. א"כ כיון דאמרה תורה דע"י פדיון יכולין להפקיע האיסור בזה לא נתנה התורה שיעור משום דאימעטו הקדשות מאונאה ובעינן רק ממון ש"פ דפחות מפרוטה לא מיקרי ממון אבל בפרוטה יכול להפקיע האיסור דליכא מאן דמעכב עליו בדיעבד דההקדש אינו עדיין בעלים של הדבר לקנין ממון וזה חילוק ברור לדעתי:

ומעתה נבוא ליישב קו' הכו"פ הנ"ל דלכאורה צריך להבין ס' התוס' קידושין הנ"ל דמש"ה ש"ח מותרין דהוי כקדשים שמתו לשיטת רש"י במעילה (ד"ב ע"א) ד"ה כמאן דחנקינן שכתב דמש"ה קדשים שמתו יצאו מידי מעילה כיון דלא חזי לא לגבוה ולא להדיוט משום דאין פודין קדשים להאכילם לכלבים עיי"ש וא"כ לס' התוס' הנ"ל דשחוטי חוץ מותרים באכילה א"כ יוכל לפדות להאכילם לישראל ואמאי אין בהם מעילה. אך צ"ל דהתוס' אזלי כאן לשיטתם בב"ק (דע"ו) הנ"ל דהטעם דל"מ פדיון לש"ח הוא או מטעם דקדשי מזבח היו ג"כ בכלל העמדה והערכה. או דמום שאינו מחיים ל"ח מום לפדות ע"י עיי"ש. והנה זה שייך רק לענין הפקעת איסור הקדש שיצא לחולין ע"י פדיון גזיה"כ הוא דבעינן העמדה והערכה או שיהי' בו מום. שאז נכנסו דמי הפדיון לקדושה והבהמה יוצאת לחולין. אבל אחר שכבר אמרנו שלא מהני הפדיון לצורך הקדש. משום דבעינן העמדה או מטעם אחר ומשה"כ אתה רוצה לומר דהוי קדשים שמתו שאין בהם עוד צורך גבוה. שא"א שיכנס דמי הפדיון לקדושה ונפקעה קדושתם ממילא כמ"ש התוס' דש"ח מותרין לגמרי להדיוט מטעם זה. עכ"פ קשה נהי דאיסור ההקדש פקע אבל קנין ממון שהי' להקדש בבהמה זו מי הפקיע. ומי יוכל לומר דהדיוט יוכל לאכלו בלי תשלומין להקדש. כיון דהשתא הוא מותר באכילה ובהנאה הרי יכול

ההקדש למכור להדיוט הזכות הזה דנהי דלא יהי' בתורת חילול ופדיון שיכנס המעות לקדושה מ"מ קנין ממון בעלמא בלא איסור יש עדיין להקדש כמו באבנים של בנין שבב"מ (דנ"ז) הנ"ל, וגזל גבוה עדיין איכא. אך צ"ל דאה"נ דלשיטת התוס' קידושין צריך לשלם באמת להקדש מתורת גזל אך התוס' כתבו רק דאיסור ליכא עיי"ש דזה עיקר מה שצריכין שם. ואמנם א"כ תקשי מאי קאמר הש"ס בפסחים דתיקן להוציא מידי אבמה"ח לב"נ הא עדיין אסור לב"נ משום גזל גבוה כס' המנ"ח הנ"ל ולא שייך תירוצי הנ"ל דמשום איסור הנאה נעשה הפקר דהא עכשיו אזלינן בשיטת התוס' דש"ח אין אסורים בהנאה כלל. אך באמת ז"א דהא אסור בהנאה משום תקרובת ע"ז ונעשה ג"כ הפקר דאיה"נ של ע"ז שייך גם נגד גבוה. ואמנם זה רק למאן דס"ל דאדם אוסר דשא"ש במעשה אבל למ"ד דאינו אוסר דשא"ש אף במעשה א"כ לא מיתסר בהנאה ואיכא עדיין גזל גבוה ואסור לב"נ:

וא"כ הכל ניחא דבחולין דמוקי הש"ס בחטאת העוף דאזיל למ"ד דאדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה. הא שפיר מתקן לענין ב"נ, אף דב"נ אינו מצווה על אמה"ח של עוף לדעת הרמב"ם מ"מ מתקן לענין גזל דאי לאו דשחטו לע"ז הי' אסור לב"נ משום גזל ככל הקדשים כס' המנ"ח הנ"ל. ואיירי כשכבר בא ליד גזבר שיש להקדש קנין ממון כמש"ל והשתא ששחטו לע"ז דנאסר בהנאה נעשה הפקר ומותר משום גזל. ואיסור תקרובת ליכא גבי ב"נ כמ"ש הט"א בחגיגה (די"ג ע"א) ד"ה א"מ ד"ת עיי"ש וא"כ א"צ כלל לטעם דמתקן לענין אבמ"ה. ובפסחים דקאמר דמתקן לענין אבמ"ה י"ל דאיהו לא מוקי בחטאת העוף כלל וס"ל דא"א דשא"ש אף ע"י מעשה וא"כ לא נאסר בהנאה כלל ולא נעשה הפקר ואיכא עדיין גזל גבוה וא"כ תקשי מאי מתקן לב"נ איכא הא אסור לו משום גזל. ובע"כ צ"ל דאיירי שלא בא ליד גזבר עדיין ואין להקדש קנין ממון עדיין וליכא גזל גבוה דליכא רק איסור הקדש ומעילה וע"ז ב"נ אין מצווה ואי דאם אינו של הקדש א"כ עדיין הוא של בעלים לענין קנין ממון. ז"א כלל כיון דלהבעלים אסור בהנאה משום הקדש א"כ אינו שלו דאיה"נ אין להם בעלים. וא"כ שפיר הוכרח לומר דמתקן לענין אבמ"ח אלא דלדידי' שפיר איירי בבהמה דהוא ס"ל א"א דשא"ש אף ע"י מעשה ומיושבת שפיר קושית הכו"פ הנ"ל:

כ"ד המחכה להרמת קרן התורה והיראה במהרה **דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאפאל**.

סימן סא

שלום אשיב לכבוד ש"ב הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי, מגזע יוחסין כש"ת מו"ה מרדכי **ארי'** נ"י אבד"ק **גאלאגורי** יצ"ו:

מכתבו עם הגב"ע של הקידושין לנכון הגיעני. והנה לכאורה כיון דלפי דברי כל העדים והמקדש והמתקדשת לקח אצבעה בחוזק בע"כ ותחב עלי' הטבעת. הרי זה הדין המבואר בסי' מ"ב ברמ"א ס"א בשם הגמ"ר דאם לא דיבר עמה מתחלה מהקידושין אף שלא זרקה הקידושין אינה מקודשת. וכמ"ש שם הב"ש סק"ג דעיקר תלוי אם הי' מתחלה ברצון. עיי"ש. אלא דמדברי הח"מ שם בסק"ב משמע דס"ל דלאו דוקא הוא מ"ש הגמ"ר והרמ"א הואיל ודיבר עמה תחילה. דאל"כ לא הוי קשיא לי' מדברי הרמ"ה שבסי' כ"ח. ולא הי' צריך לומר שהרמ"ה והגמ"ר פליגי כיון דהגמ"ר איירי בנתרצית מתחלה. והרמ"ה איירי בלא נתרצית מעולם. כמו שתירץ הב"ש בסק"ג הנ"ל באמת. אע"כ משמע דס"ל דלא תליא בהא מידי. ולרווחא דמילתא כתב כן. והעיקר הוא רק כמ"ש הח"מ בסוף דהגמ"ר חש לה לחומרא לדר"ה בקידושין (די"ב) דכיון דבא לידה בתורת קידושין אמרינן אי לא ניחא לה לישדינהו עיי"ש. וא"כ אף אם לא דיבר עמה מתחלה נמי. אך באמת אין נראה לפרש כן דברי הח"מ. דאם נאמר דזה כוונתו. וודאי הי' דברי הב"ש נכונים יותר. דלמה לנו לעשות מחלוקת בין הרמ"ה והגמ"ר. כיון דבהגמ"ר גופי' מפורש הואיל ודיבר עמה מתחלה מנ"ל לומר דלאו דווקא הוא ולומר שחולק עם הרמ"ה. וכ"כ ג"כ הישויע"ק בסי' מ"ב סק"ג בפיה"ק. ואמנם כוונת הח"מ הוא כמ"ש המגיה בט"ז סי' ל' סק"ב דכיון דזרק לה קידושין בתורת קידושין והיא שתקה ולא אמרה כלום. זה עדיף מדיבר עמה מתחלה מהקידושין דכיון דשתקה מתחלה ועד סוף הוי כהודאה עיי"ש. ולכך הוכרח לומר דהרמ"ה חולק עם הגמ"ר. אבל היכא דתחב באצבעה בחוזק ובע"כ. אז וודאי פשיטא דאם לא דיבר עמה מתחלה מקידושין ולא נתרצית מעולם. לית מאן דפליג על הב"ש דאין כאן חשש כלל. אף דלא השליכה אח"כ. ובפרט דבלא"ה כתב הח"ס באה"ע תשו' פ"ד דנראין יותר דברי הב"ש מדברי המגיה הנ"ל. ואמנם בנ"ד א"צ לכל זה. כיון דעיקר הטעם של הח"מ והמגיה והב"ח שם בסי' כ"ח והט"ז דפירשו דברי הרמ"ה דווקא בהשליכה. הוא משום דאל"כ הוי הוכחה מעליא דנתרצית. דאל"כ למה החזיקה בשל אחרים בחנם. אבל כאן דלקח תיכף הטבעת מאצבעה והחזירה להנער ששאל ממנה, נהי דהיא לא השליכתה רק הוא בעצמו לקח תיכף בחזרה ממנה. מ"מ הוכחה ג"כ ליכא דנתרצית דהא לא החזיקה כלל בשל אחרים. וא"כ כיון דלא נתרצית מעולם והוכחה בסוף ג"כ ליכא. נראה ברור דאין כאן חשש כלל. דעיקר כתב שם המגיה

הנ"ל משום דאינה נחשדת ליקח בגזילה. וכאן לא הי' עוד פנאי לומר למה החזיקה בשל אחרים. כיון דתיכף לקח ממנה בחזרה:

וגם יש כאן היתר מצד שהטבעת הי' שאול דאף לדעת הרא"ש בסי' כ"ח סי"ט דהוי קידושין ודאי כששאל ע"מ לקדש. היינו משום דניחא לי' לאינש ליעבד מצוה בממוני' לכך אמרינן אומדנא דודאי נתן לשם מתנה. אבל כאן דאדרבא איסורא עביד דקידש בלא שידוכין כמבואר בסי' כ"ו ס"ד. וגם בע"כ ושלא מדעת אבי' בכה"ג וודאי ל"ש ניחא לי' וכו' וגם בלא"ה נ"ל לומר דבכאן ל"ש ס' הרא"ש. דהנה כבר ידוע מה שהקשו הט"ז באו"ח סי' י"ד והמג"א בסי' תרנ"ח. דאמאי בקידושין ובציצית אמרינן דמהני שאלה. משום דודאי נתן לו במתנה עמ"ל. ואמאי באתרוג קיי"ל בסי' תרנ"ח דאינו יוצא ביוט"ר בשאול עיי"ש. ונ"ל ליישב דלכאורה יש להבין מאי מהני אומדנא דאלו הוי ידע דלא מהני שאלה הי' נותן לו במתנה עמ"ל. מ"מ עכשיו שניהם לשאלה נתכוונו ולא נתכוון לקנות ובקנין בעינן כוונה:

אך בנתיבות סי' קצ"ו סק"ד התעורר ג"כ בכה"ג על הא דאמרינן נעשה כאומר לכשתגנוב וכו' תהי' פרתי קנוי' לך. ועיי"ש שכתב דאף אם נאמר דמהני אומדנא שיהי' דעת מקנה אבל לדעת קינה וודאי לא מהני אומדנא. עיי"ש סברתו. (ועיין בנתיבות סי' ר' סוס"ק י"ד דדבריו נראין סותרין לזה עיי"ש). ותירץ הנתיבות דקונה בחצר. ובחצר לא בעינן כוונת קנין דחצר קונה שלא מדעתו עיי"ש. וא"כ ה"נ כשלוקח הטבעת בידו. ידו קונה לו מטעם חצירו כמ"ש הנתיבות בסי' קצ"ח סק"ג. ול"ב כוונת קנין:

והנה בפנ"י ב"מ (די"א ע"א) ד"ה בגמרא כתב דהא דבחצר ל"ב כוונה. היינו היכא דהחצר הוא מטעם שליחות והשליח א"צ דעת בעלים, אבל היכא דמשום ידה איתרבי בעינן כוונת קנין כמו בכל הקנינים עיי"ש. וכ"כ ג"כ בנתיבות סי' ר' סקט"ו עיי"ש. וידוע דברי הרשב"א בקידושין (דכ"ג ע"ב) ד"ה הא בשם הראב"ד דמש"ה במקנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו קנה רבו. משום דהעבד ידו כיד רבו לזכות ולא לחובה. א"כ כיון דמקנה להעבד תיכף קנה רבו. והתנאי שמתנה עם העבד לא הוי כמתנה עם רבו. דלחובה אין ידו כיד רבו. לכך התנאי בטל ומעשה קיים. עיי"ש. ונראה דלדבריו גם בחצר דינא הכי. היכא דמשום שליחות איתרבאי. כיון דרק לזכותו הוי שליח ולא לחובתו כדאיתא בב"מ (די"א). א"כ היכא דמונח דבר בחצירו שלא מדעתו מאי דהקנה לו אחר ע"מ להחזיר. דינא הוא כמו בעבד לדעת הראב"ד דהתנאי בטל והמעשה קיים. ופשיטא דהאומדנא בשואל ע"מ לקדש הוא רק למתנה ע"מ להחזיר. דאז לית לי' פסידא ואמרינן ניחא לי' לאינש וכו', אבל היכא דלא יחזור לו דאיכא הפסד ממון ל"א ניחא לי' לאינש וכו'. כמ"ש

באו"ח סי' י"ד ובמג"א שם. ועיין בתשו' ש"א או"ח סי' ב'. וא"כ תקשי כיון דליכא כאן כוונת קנין. ול"מ רק מטעם חצר ומטעם שליחות. א"כ לא יהי' צריך להחזיר לד' הראב"ד הנ"ל דבכה"ג התנאי בטל והמעשה קיים. וא"כ בטלה האומדנא לגמרי. דאדעתא דהכי וודאי לא הקנה ואמאי מקודשת. אך צ"ל דהרא"ש ס"ל דמתנה עמ"ל ל"מ משום תנאי רק משום קנין לשעה. דלא הוקנה לו רק לזמן מועט עד שיחזיר לו. כמ"ש הקצוה"ח בסי' רמ"א בשם ר' אביגדור הכהן. וא"כ החצר אינו קונה לו רק לשעה ול"ש בזה ס' הראב"ד הנ"ל. אבל א"כ תקשי דא"כ יהיו דברי הרא"ש סותרין זא"ז למ"ש בפ' לולב הגזול לענין אתרוג הובא בקצוה"ח הנ"ל דל"מ משום מתנה לזמן רק משום תנאי ולכך בעינן קנין בחזרה עיי"ש. ושוב תקשי כנ"ל. אך נלע"ד להשוות הדיעות שבקצוה"ח הנ"ל. דהנה וודאי יש סברא מעליא לומר כמ"ש הקצוה"ח בשם ר"א הכהן. דמתנה עמ"ל הוי קנין לזמן. אך דהרא"ש ס"ל דקנין לזמן הוי כמו שותפות. דמה לי אם הם שותפים לחצאין. או שהם שותפים בזמן. דבזמן זה הוא שלו. ובזמן אחר של חבירו. וכיון דקיי"ל בב"ב (דקל"א ע"ב) דאתרוג של שותפין אין יוצאין בו וכמ"ש הרשב"ם שם בד"ה ואם לאו. דהיכא דכתב לכם בעינן שיהי' כולו שלו. לא מהני ג"כ אם בזמן אחר הוא של חבירו. ולכך הוצרך הרא"ש לומר באתרוג דהוא משום תנאי:

וא"כ מעתה נכון הכל שפיר בס"ד. דמש"ה רק בקידושין ובציצית כתב הרא"ש דמהני שאלה משום אומדנא. דבקידושין לא איכפת לן בשותפות דפשיטא דשותף יכול לקדש בחלקו. וכן בציצית דקיי"ל באו"ח סי' י"ד הנ"ל ס"ה דטלית של שותפין חייבת בציצית דכתיב על בגדיהם. שפיר כתב הרא"ש דמהני אומדנא דאלו ידע הי' נותן לו במתנה עמ"ל. דהיינו מתנה לזמן דמהני היכא דמהני שותפות. ושפיר קונה לו ידו וחצירו אף בלא כוונת קנין משום שליחות כנ"ל. אבל לענין אתרוג דל"מ שותפות וא"כ גם קנין לזמן ל"מ. ולא מהני מעמ"ל באתרוג רק בתורת תנאי כמ"ש הרא"ש פ' לולב הגזול הנ"ל. א"כ כ"ז כשמקנה לו בפירוש במתנה עמ"ל דאיכא כוונת קנין. אבל בשואל מחבירו דאף אם איכא אומדנא מ"מ ליכא כוונת קנין מאי אמרת דחצירו יהי' קונה לו בלא כוונת קנין. ז"א דלזה צריך לבוא רק משום שליחות והכא דהוא נותן על תנאי ל"מ בשליחות כמו בעבד לסברת הראב"ד דלחובתו אין החצר שליח ויהי' התנאי בטל והמעשה קיים ולא יהי' צריך להחזיר וא"כ בטלה האומדנא לגמרי. דאדעתא דהכי וודאי לא ניחא לי' כמש"ל. ומיושב שפיר קושית הט"ז והמג"א הנ"ל:

וא"כ מעתה י"ל בנ"ד ג"כ כיון דצריך לבוא רק מכח קנין חצר א"כ כ"ז בשואל מתחלה ע"מ לקדש דמשום אומדנא אמרינן דתחלת הנתינה הי' משום מתנה עמ"ל. אבל כאן

דלא הודיע כלל להמשאיל שרוצה לקדש. אלא דעיקר החשש הוא כיון דראתה אח"כ שמקדש בטבעת הזאת נימא דאיכא אז אומדנא. ז"א כיון דכבר בא לידו בתורת שאלה. ידוע דברי הט"ז בחו"מ סי' קפ"ט בשם הרשב"ם דחצר הנפקד אינו קונה לו דכל מקום שהוא ברשות המפקיד הוא עיי"ש. וה"נ כה"ג. ולכך י"ל דבנ"ד גם הרא"ש מודה ובפרט דאיכא ג"כ דעת הבעה"ט הובא בטור סי' כ"ח דל"מ שאלה בקידושין:

ועוד בה שלישי' מה שלפי העדאת העדים לא אמר תיבת לי. הנה מה שחושש כת"ה לדין מרומה שלמדו את העדים לומר שקר זה שייך לומר היכא דאנו רוצין לדון עפ"י עדים מה שבלא עדותן לא היינו עושין כן. אבל כאן ממ"נ אם העדים העידו שקר א"כ הרי פסולים המה ובעינן תחלתן וסופן בכשרות וקיי"ל דאין דשב"ע פחות משנים. וא"כ אין יכולין לאסור אשה שהיא בחזקת פנוי' עפ"י עדים פסולים. ומ"ש כתה"ר הטעם דבאמר הריני נותנו לך בתורת קידושין אמרינן דלא שביק נפשי' ומקדש לאחריני וא"כ גם באמר הרי את וכו' ולא אמר לי נימא ג"כ דוודאי לעצמו כיון אלא בע"כ משום די"ל דהטבעת אינו שלו אלא של האחר. וא"כ כאן דהטבעת הי' שאול כאשר ראו העדים. א"כ הי' יכול לקדש לעצמו ג"כ ואמרינן לא שביק וכו' עכת"ד, ודבריו אינם מובנים לי. וכי ליכא שום טעם אחר לומר שלא הי' יכול לקדשה לעצמו רק משום שאין לו טבעת לקדשה. וכי לא יוכל להיות דלדידי' לא היתה רוצית להתקדש רק לאחר. או שהוא לא רצה לקדשה לעצמו. שלא נשאה חן בעיניו וכדומה ומש"ה קידשה לצורך אחר. ואי משום דהיא לא השאילה הטבעת רק לו. ז"א דהא שאלה ל"מ מידי בקידושין. רק דאמרינן דניחא לי' לאינש ליעביד מצוה בדבר שאין לו הפסד אמרינן דנתן במתנה עמ"ל. א"כ ה"נ אטו בשביל אחר ליכא מצוה. ואי משום דאין השואל רשאי להשאיל וכו'. ז"א כלל דהא עכ"פ ראתה הבתולה המתקדשת והסכימה לתת לידה במתנה עמ"ל. א"כ מאי קפידא שייך כאן אם לקח לצורך עצמו או לצורך אחר. כיון דהטבעת באה ליד אותה הבתולה שהסכימה. וגם מ"ש דהאחר צריך למשוך. ז"א דכיון דהוא שליחו של אותו אחר לקדשה בשבילו א"כ זכות הוא לו. והי' יכול למשוך ג"כ הטבעת מיד המשאיל בשביל המשלח דזכין לאדם וכו'. אלא ברור דכ"ז ליתא ועיקר הטעם דלשון הרי את מקודשת בלא לי אינו לשון טוב וברי. ולא מהני אף אם כיוון לעצמו כמ"ש הח"מ סקי"א משא"כ באומר הריני נותן וכו':

ועוד נ"ל דאף לדעת המחמירין שברמ"א סי' כ"ז ס"ד דגם בלא אמר לי מקודשת. מ"מ בנ"ד מודו. דבע"כ טעמם הוא משום דאיכא הוכחה דלעצמו קידש. חדא משום דלא שביק אינש וכו' כמש"ל. ועוד דאי קידשה בשביל אחר. הי' לו לפרש למי קידש.

דמנא אית לו למידע למי קידש. אבל בקידש לעצמו סמך ע"ז שסבור דבוודאי דלעצמו קידש משום דהוא הנותן והאומר מסתמא כיוון לעצמו. ואף דלא הוציא בפיו לפעמים מהני הוכחה. כמו במדברים בעסקי קידושין. א"כ כ"ז היכא דליכא הוכחה דלא כוון לקידושין אבל בנ"ד אדרבא איכא הוכחה דכיוון לשתוק וגם שניהם אומרים כן דלא כיוונו לקידושין. אלא דהנוב"י הובא בפ"ת סי' מ"ב סק"ג כתב דמה"ט ל"מ מה שאומרים שכוונו לשתוק משום דדברים שבלב אינם דברים. וא"כ כאן בלא אמר לי ממ"נ אינה מקודשת. אי אזלינן בתר דברים שבלב הרי לא כוונו לקידושין. ואי אזלינן אחר מה שהוציא בפיו. הרי לא אמר לי. ובפרט האיך נאמר דאיכא הוכחה דלעצמו כיוון. אדרבה הא איכא הוכחה דלא כיוון לקידושין כלל. וגם יש להסביר עוד ביותר. עפי"ד הפנ"י בפ' השולח דמש"ה דברים שבלב אינם דברים. דלא אתי מחשבה ומבטל דיבור. וא"כ כאן אדרבא דדיבור ליכא דבפיו לא הוציא שקידשה לו. אלא דנאמר דאיכא הוכחה דמחשבתו היתה לעצמו. א"כ הרי הוא אומר דמחשבתו הי' רק לשתוק. א"כ אתי מחשבה ומבטל מחשבה כנ"ל:

ומה שחושש כת"ה לקלא שיצא הקול שנתקדשה. ואף דבעינן דהוחזק הקול בב"ד כמבואר בסי' מ"ו. ע"ז כתב כת"ה דמה שקרא לפניו אחד מאנשי הכפר. ואמר לו ששמע מהעדים פו"פ שנתקדשה. והעדים לא רצו לבוא. זה הוי כאומר ששמע מפו"פ והלכו להם למדה"י. ומבואר בש"ס גיטין (דפ"ט) ובש"ע סי' מ"ו דזה הוי כהגיע לדבר ברור. הנה מלבד מה שאינו נ"ל דזה הוי כהלכו למדה"י. דהרי כתה"ר הי' עסוק בזה ומשתדל שיבואו להעיד כאשר הוכיח סופו על תחלתו שהעידו לפניו. א"כ לא הוחזק הקול עדיין בהחלט דהא הי' עומד בכל יום להתברר. ועוד דהא מבואר שם בס"ב ברמ"א דבעינן דוקא תרי ששמעו מתרי. וכאן לא הי' לפי כת"ה רק אחד ששמע משנים. ועוד והיא העיקר דהא אותו שהעיד לפני כת"ה הי' קול ושוברו עמו. דהא אמר ששמע שקידש בטבעת שאולה. והוי כעובדא דההיא דנפיק עלי' קלא דאיקדשא באציפא דתוחלי דש"ס גיטין. דאמרי עיינו בה רבנן דלית בה ש"פ עיי"ש. ול"מ להני פוסקים דס"ל דבכה"ג ל"מ לקלא אף אם לא נתברר אח"כ שלא הי' ממש בקידושין. ע"ש בב"ש סקי"א ובב"י אריכות מזה. והטעם דזה לא מקרי קול שהוחזק. כיון דתיכף היו מסופקים ואמרו דעיינו רבנן במילתא ואמרי דלית ממש בקידושין. וה"נ בנ"ד. אלא אף לשיטת הפוסקים שם דבעינן דוקא שיתברר אח"כ שכן הוא. מ"מ הא בנ"ד נתברר ג"כ עכשיו לפנינו שאין ממש בקידושין מהני טעמי שכתבתי למעלה. ואזיל לי' החשש שכתב כתה"ר די"א דבזה"ז לא מבטלינן קלא כמ"ש הרמ"א בס"ד עיי"ש. דז"א דבכה"ג לכ"ע מבטלין קלא כמבואר

בש"ס שם גבי עובדא דאוצפא דתוחלי. ועיקר הטעם דבזה"ז לא מבטלין קלא הוא רק משום דילמא הוא מאותן המקומות. דבזמן הש"ס לא הי' מבטלין קלא. ובכה"ג דגם בזמן הש"ס לכ"ע מבטלין קלא ליכא עוד חששא. ובפרט דאיכא עוד צדדים להקל. דהא איכא מ"ד דל"ח לקול היכא דלא ראו שמחת אירוסין עיין בח"מ שם סק"ד. ובד"מ פסק דגם בזה"ז מבטלינן קלא. כיון דכל עיקר דחיישינן לקלא הוא רק מדרבנן. ובדרבנן קיי"ל כדברי המיקל. מכל הלין טעמי נ"ל דאם יצטרף אתו עוד רב אחד מפורסם להתיר בנ"ד בלא גט גם אנכי מצטריפנא בהדי' והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן סב

לכבוד הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה קלמן נ"י דומ"ץ דק"ק שאטץ:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. והנה אנכי בעתים הללו אין בכחי להשיב לשום אדם. אך אחר שנתעוררתי ע"ז כ"פ גם ע"י אחר. וכפי הנראה הענין נחוץ. הוכרחתי לעיין בזה ולהשיב בקצרה. והנה הענין חמור מאד. ופחד יסובביני להשיב בזה להקל בזה בחשש איסור א"א. והיתר של הא' הזאת רופף מאד. כי אשר כת"ה בנה כל בנינו על לאשר לא שמעו העדים מפיו שאמר הרי את וכו'. הנה גם בלא אמר כלל יש כאן חשש גדול כמבואר בריב"ש שהביא הב"י באה"ע סוס"י כ"ז שכתב וז"ל על אירוסין שנעשו בנימוסי העכו"ם אין ספק שאין בהם חשש קידושין וכו' ואף אם נאמר שכיון שנתקבצו יחד להתארס הוי כמדבר עמה על עסקי גיטה וקידושי' וכו' מ"מ בכאן הרי לא נתן להם כלום. רק שהכהן מברך אותם ונותן טבעת לכ"א עכ"ל. הרי שהעיקר היתרו רק משום שלא נתן אבל בכאן שנתן א"צ אמירה דהוי כמדבר על עיסקי וכו' כיון דנתקבצו לכך. איברא דיש לצדד בזה עפי"ד הר"ן בקידושין (דכ"ו) הובא בב"י בחו"מ סי' ק"צ על הא דאמרינן דבאתרא דכתבו שטרא אינו קונה בכסף שכותב שם וז"ל ואיכא מ"ד דהכא בשטר קנין עסקינן וכו' וטעמא דמילתא דכל שיש לפניו ב' קניות אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל ושטר יותר מועיל וכו' עכת"ד ע"ש. וא"כ אינו דומה להא דהריב"ש הנ"ל דשם לא הי' דעתם כלל לישא אח"כ בדיני ישראל כמבואר בגוף התשו' שם בריב"ש. אבל כאן דהי' דעתם לישא אח"כ בחופה וקידושין בדיני ישראל כמנהג ישראל. וודאי דאצל בני אדם יותר מועיל ועיקר אצלם החופה וקידושין שנעשו כדמו"י. ואין דעתה להתקדש עכשיו רק ע"י הקידושין שיהיו נעשים אח"כ כדמו"י כמנהג כל ישראל וכה"ג כתבו התוס' בקידושין (ד"י ע"א) ד"ה כל הבועל וכו' דאף דקיי"ל דהעראה קונה זה רק כשלא גמר ביאתו. אבל אם גמר ביאתו אמרינן דאין דעתו לקנות רק בסוף ביאה

ע"ש. ועיין בט"ז אה"ע סי' נ"ב סקי"ב כה"ג דבמקום שהמנהג לכתוב תנאים לא נגמר השידוך ע"י ראשי הפרקים ויכולים לחזור בהם אף דלא הי' תנאי מפורש לכתוב תנאים ע"ש. והנה כיון דהמנהג הוא לעשות עיקר הנשואין והקידושין אח"כ בשעת החופה. אין דעתם לקנות עכשיו רק אח"כ. כן הי' אפשר לומר. אבל אין די סמיכה בזה להתיר עי"ז איסור א"א. דנראה דאין הדבר מוסכם כ"כ. דבשטמ"ק ב"מ (ד"י ע"א) על הא דקאמר שם הש"ס כיון דנפל גלי דעתי' דבנפילה ניחא לי' דליקני ולא בד"א כתב השטמ"ק שם וז"ל איכא מ"ד דדוקא בקנין דרבנן אמרי הכי וכו' משום דהו"ל כאומר א"א בתק"ח. אבל בתקנות דאורייתא אע"ג דגלי אדעתי' קנה. אבל הרשב"א כתב דה"ה בקניות דאורייתא חדא דאינו קונה בע"כ ועוד דגרסינן ביבמות העודר בנכסי הגר כסבור דשלו הן לא קנה. אבל הרא"ה חולק בדבר אף בקניות דרבנן וכו' עכת"ד ע"ש. הרי דאיפלגו בס' זו רבוותא. ובעניי נראה דראיית הרשב"א יש לדחות. דשם בעודר בנכסי הגר וכסבור ששלו הם אינו מכוון לכוונת קנין כלל. וכל קנין בעינן כוונה ובפרט בע"כ וודאי לא מהני. אבל כאן בנפל עלי' דרוצה עתה לקנות ומכוון לקנות באותה שעה רק דאינו רוצה לקנות בד"א רק בנפילה שפיר י"ל דאם הי' הקנין ד"א דאורייתא לא הי' מהני כוונתו שלא לקנות בהם דהוי מתנה עמ"ש בתורה דהתורה אמרה דד"א הוא קנין והוא אומר שלא יקנה בזה. עיין קצוה"ח סי' ר"ט סקי"א דמתנה עמ"ש בתורה לאו דוקא במתנה דרך תנאי בשעת מעשה אלא כל שאומר נגד ד"ת לא אמר כלום כמו באומר פלוני יורשני במקום שיש בן ע"ש וה"נ דכוותי'. אבל בקנין דרבנן קיי"ל דלא הוי מתנה עמ"ש בתורה במילי דרבנן וכמ"ש שם השטמ"ק דיוכל לומר א"א בתק"ח:

ואם נאמר כן א"כ אפשר להשוות דעת הר"ן עם דעת הפוסקים שבשטמ"ק הנ"ל. דשם בנפל עלי' דבאותו רגע גופו הוא מכוון לקנות אלא דאינו רוצה בקנין זה שהוא מדאורייתא זה לא מהני משום דהוי מתנה עמ"ש בתורה. דהתורה אמרה שזה קנין אבל באתרא דכתבי שטרא דאין כותבין השטר רק לאחר זמן. ובשעה שנותן הכסף אין דעתו לקנות אז כלל וכס' הר"ן הנ"ל דוודאי דעתו על קנין המועיל יותר. שפיר אינו קונה עכשיו בכסף דהא עתה אינו רוצה לקנות כלל לגמרי רק לאח"כ. ובזה שייך שפיר ס' הרשב"א דאין אדם קונה בע"כ. וגם אין כאן עתה כוונת קנין כלל ודמי לעודר בנכסי הגר וכו'. וא"כ ה"נ בנ"ד דהחופה והקידושין העיקרים הי' מדובר שיהיו נעשים לאחר י ימים. שפיר י"ל דעכשיו בשעת הנשואין הנימוסים לא היתה אז דעתה שיהיו נגמרים אז הקידושין כס' הר"ן הנ"ל דוודאי דעתה לקנין היותר מועיל. ואולי כ"ע מודו בהא. ועוד יש לחלק דנהי דס"ל להפוסקים הנ"ל דל"א בזה דגלי דעתי' דא"ר לקנות היינו כיון

דעושה קנין גמור בפנינו אז עפ"י אומדנא אין מבטלין קנין ברור שלפנינו. דאולי אין האומדנא ברורה. וכבר כתבו התוס' בקידושין (דמ"ט ע"ב) דכל שאין האומדנא ידועה לכל העולם הוי רק דברים שבלב ואזלינן בתר מעשיו ולא בתר מחשבתו. אבל בכאן נ"ד דבשעת הנתינה לא אמר כלום. ואין כאן קידושין ברורים בדיבור ובמעשה כלל. רק ע"י שהיו עוסקין בעניני קידושין מקודם אמדינן דעתיי' דמסתמא כוונו בשעת הנתינה לשם קידושין ומכח אומדנא דמוכח קאתינן עלה. א"כ כיון דאדרבא איכא הוכחה להיפך דכיון דיש עדיין קנין יותר מועיל אח"כ בשעת החופה. וודאי כוונתה להתקדש אח"כ בעיקר הקידושין. א"כ ההוכחה הזאת מוציאה שפיר מידי ההוכחה הראשונה ממה שהיו עוסקין בעניני קידושין ונתקלקלה האומדנא ראשונה דהא אינה ברורה לכל העולם כלל. דאדרבא איכא הוכחה להיפך דמסתמא דעתה על הקידושין שיהיו אח"כ. וכל כה"ג אמרינן בעלמא מחשבה מוציא מידי מחשבה ולא מידי מעשה. ה"נ אף דבנעשה מעשה קנין גמור לא מבטלינן ע"י האומדנא. אבל היכא דהקידושין לא היו רק ע"י אומדנא שפיר מהני אומדנא אחרת לבטל האומדנא הראשונה. ודו"ק בזה:

והנה יש עוד צד היתר שהטבעת קידושין לא הי' שלו רק אבי הכלה הביא טבעת קידושין של אשתו ונתן לו לעשות הקידושין החוקיים הנ"ל. והנה מקודם צריך לדעת אם העדי קידושין ראו זאת שהטבעת קידושין השאיל לו אבי הכלה שאל"כ י"ל דכל מה שתח"י הוא בחזקת שהוא שלו ואף הוא עצמו אינו נאמן לומר שאינו שלו אף במיגו כמבואר בחו"מ סי' מ"ז וסי' צ"ט משום דחזקה כל מה שתח"י הוא שלו. ואמנם הגאון חת"ס ז"ל כתב בזה דבר חדש עיין בתשו' פ' בח"א של אה"ע דחזקה שתח"י הוא שלו אינה חזקה כלל רק לענין שלא להוציא ממנו בלא ראי' דגזיה"כ הוא דהמוציא מחבירו עליו הראי'. אבל לשאר מילי אין זה חזקה לומר דוודאי מה שתח"י הוא שלו כל היכא דליכא חזקה דמעיקרא דהיו יודעין מתחלה שהי' שלו דאין כאן חזקת הגוף ולא חזקה דאתיא מכח סברא עיי"ש בדבריו הנכוחים וא"כ ה"נ אף אם העדים ראו שהטבעת יוצא מתח"י מ"מ אם הכלה אומרת שזה הטבעת של אמה נאמנת על עצמה כיון דאין העדים יודעים ההיפוך:

איברא דדברי החת"ס בעובדא דידי' אינני מבין כיון דהוא עצמו מודה דלענין שלא להוציא מהמוחזק מהני החזקה הנ"ל מגזיה"כ ומש"ה איננו נאמן הלוה ג"כ לומר על דבר שתח"י שהוא שאול אצלו לקלקל להמלוה שלא יוכל לגבות ממנו משום דהמלוה הוי כמוחזק בזה וא"י להוציא מידו ע"ש בחת"ס הנ"ל. וא"כ בנדון דהחת"ס הנ"ל דהמקדש אומר שהטבעת לא הי' שלו כיון שעכ"פ אם הי' בא לפנינו לדון עם המתקדשת להוציא

מתח"י הטבעת באומרו שאינו שלו לא הי' נאמן לענין ממון כיון דהעדים ראו שהוציאה מתח"י ונתן לה בתורת מתנה בשביל הקידושין הוא בחזקתה לענין ממון דהממע"ה וא"כ מאיזו טעם לא תהי' מקודשת כיון דהדבר שוה אצלה שו"פ דהא תוכל להחזיק בו בהיתר ושלא להוציא ממנה עולמית כיון דלענין ממון מהני החזקה מה שתח"י הוא שלו מה בכך דלענין איסור לא מהני מ"מ כאן האיסור תלוי רק בממון אם קדשה בדבר ששוה אצלה שו"פ או לאו:

ואמנם בנ"ד ל"ש זה דכאן אם הכלה יודעת בבירור דאינה שלו ומכרת דהטבעת של אמה א"כ אינה יכולה להחזיק בטבעת כלל ומוכרחת להחזיר לאמה כיון דיודעת בעצמה דזה של אמה וא"כ מקדשה בדבר שאינו שו"פ אצלה. ואמנם איכא לאסתפוקי בנ"ד אולי נתן לו אבי הכלה הטבעת במתנה ואף אם נתן לו סתם כבר איפלגו בה רבוותא אם י"ל למתנה אתכוון אי לאו. עיין ר"ן נדרים ועיין מזה בקצוה"ח סי' שס"ג סק"ט ובאבני מילואים סי' כ"ז סק"ט באריכות ועיי"ש מ"ש בשם מהר"ש יפה דבמשודכתו דמקרבא דעתי' לגבי' י"ל יותר דלמתנה איכוון וה"נ במשודך של בתו ולקח הטבעת כדי לקדש בתו י"ל יותר דלמתנה נתכוין. ואמנם צריך לחקור בזה שם כיון דלקח הטבעת קידושין של אשתו ואם גם שם המנהג דהנשים מקפידות שלא ליתן הטבעת קידושין שלהם במתנה לאחר או למכרו ומקפידות להתקשט בה בעצמם א"כ וודאי לאו במתנה נתנה ויפה כתב כת"ה בזה דזה ל"ד למאי דאמרינן דהשואל טבעת לקדש מסתמא יהיב במתנה או במתנה ע"מ להחזיר כמ"ש הרא"ש היינו בשואל לקדש קידושין כדמו"י דהדין הוא דצריך לקדש דוקא בטבעת שלו אמדינן דעת המשאיל דמסתמא יהיב באותו אופן שיהי' מועיל עפ"י דתה"ק ואף אם הוא לא נתכוון לזה מ"מ בדעת המקנה מהני אומדנא דאם הי' יודע הי' מתכוון להקנות הוי הקנאה כמ"ש הנתיבות בסי' קצ"ז סק"ד אבל כאן להקידושין הנימוסים דאין אנו צריכין שיהי' הטבעת דוקא שלו ליכא אומדנא כלל דהי' נותן במתנה וא"כ הוי כמקדש בדבר שאינו שלו והעיקר צריך לחקור אצל הכלה בהשכל ובמסיח לפי תומה איך הי' באמת המעשה אם בשעה שבאתה בחזרה מבית הדיין החזירה הטבעת לאמה או החזיקה בה באמת לעצמה דלמתנה נתכוונו שיאבה כת"ה לחקור זאת היטב:

ועוד נלפע"ד דאף אם נאמר דמסתמא מתנה יהיב לי' כיון דהוא משודך של בתו כס' המהר"ש יפה הנ"ל מ"מ כיון דיהיב לי' כדי לקדש את בתו בנימוסים כדי לישא אותה אח"כ כדמו"י והרי לא בא לידי כך דכבר גירש אותה בנימוסיהם ולא בא לידי נשואין נתבטלה המתנה למפרע כדאמרינן בש"ס נזיר (דכ"ד ע"א) האשה שנדרה בנזיר והפרישה בהמתה ואח"כ הפר לה בעלה אם שלו היתה הבהמה תצא ותרעה בעדר ואם

שלה היתה תמות וקאמר שם הש"ס הטעם דאף דאקני לה בעלה אליבא דרבנן מ"מ כי אקני לה במלתא דצריך לה וכיון דהפר לה בעלה ולא צריכא לי' לא אקני לה. ולעיל (דכ"א ע"ב) קאמר הש"ס דקיי"ל דבעל מיגז גייז מכאן ולהבא ומש"ה אם שלה היתה הבהמה תמות כיון דאינו עוקר הנזירות למפרע ואפ"ה אם שלו היתה הבהמה תצא לחולין דאדעתא דהכי לא נתן לה. ועיין מזה בתוס' סוטה (ד"ו ע"ב) ד"ה כי. והחילוק בין שלו היתה או שלה נ"ל עפי"ד הש"ס ב"ק (דק"ו ע"ב) דפריך גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין וחטאת שמתו בעלי' נימא אדעתא דהכי לא אקדיש ועפי"מ שביאר הדבר היטב הנתיבות בסי' ר"ל דאף בדבר שנעשה מכאן ולהבא מ"מ אם לא נשתמש במקח עדיין ול"ש לומר ג"כ נסתפחה שדהו אם נולד דבר מום אח"כ אמרינן אדעתא דהכי לא הקנה וא"כ ה"נ דלא הי' ראוי עדיין להקריב קרבנות עד תשלום ימי הנזירות ולא נשתמשה עדיין במקח ואם נולד דבר שהפר לה בעלה וא"צ כפרה אף דבעל מיגז גייז מ"מ שפיר אמרינן דאדעתא דהכי לא הקנה לה הקרבנות ואינם שלה ולא חל עליהם ההקדש. אבל אם שלה היתה הבהמה ל"א אדעתא דהכי לא אקדשה דהא הש"ס בב"ק הנ"ל פריך אכל חטאת שמתו בעלי' נימא אדעתא דהכי לא אקדשה ומשני דהלכתא גמירי לה וא"כ מאי בכך דהפר לה בעלה מ"מ בחטאת גלי רחמנא דל"א אדעתא דהכי לא אקדיש. אבל אם שלו היתה דהוא אינו מחויב להקדיש לרבנן רק דאקני לה בתורת מתנה ובמתנה אמרינן דאדעתא דהכי לא נתן מתנה וא"כ ה"נ בנ"ד אף אם נימא דאבי' נתן לו הטבעת במתנה כדי לקדשה בנימוסיהם מ"מ כיון דלא נשתמש עדיין במקח דעיקר ההנאה היא הנשואין שאח"כ שתדור אתו כאיש ואשתו ולא הי' ראוי ליהנות עדיין במקח קודם החופה והקידושין כדמו"י וכיון דנולד דבר שלא בא לידי כך ונתבטלו הקידושין הנימוסיים ע"י גט מקודם החופה נתבטלה המתנה למפרע כמבואר היטב בנתיבות הנ"ל ודמיא ג"כ להא דכתובות (דמ"ז) בתוס' שם לענין נדוניא דלא נתן אלא ע"ד שתהנה בתו וכיון דנתבטלה המתנה למפרע נתבטלו ג"כ הקידושין דנמצא דקידשה בדבר שא"ש:

ועפי"מ שהסברתי ס' הש"ס נזיר הנ"ל י"ל קושיית התוס' סוטה (ד"ו ע"ב) ד"ה כי שהקשו אמאי אם באו לה עדים דנטמאה מנחתה נשרפת הא כיון דהמנחה הוא של הבעל דמיא להא דנזיר דאם שלו היתה הבהמה תצא ותרעה בעדר אף דבעל מיגז גייז ומעיקרא בר מיקדש הוא עייש"ש. ולהנ"ל י"ל דהנה בש"ס ב"ק הנ"ל פריך רק מחטאת שמתו בעלי' נימא אדעתא דהכי וכו' ולא פריך מכל הקרבנות או מנחות שנפסלו בעזרה נימא אדעתא דהכי וכו'. והנה מקרבנות שנשחטו בעזרה לק"מ דא"א לומר דיצאו לחולין דהא נאסרו

בלא"ה משום חשנב"ע ומקרבנות שנפל בהם מום ג"כ ל"ק כיון דאפשר בפדיון ל"ש לומר אדעתא דהכי וכו'. אבל ממנחות שנפסלו בעזרה שפיר קשיא. אך צ"ל כמו דלא קאמר הש"ס רק ביבמה שנפלה מן האירוסין אבל מן הנשואין לא פריך דבע"כ הי' מוכרח להכניס א"ע בספק דאל"כ אסור לבוא עלי' משום איסור פנוי' וא"כ ה"נ במנחות שנפסלו אחר שקדשו בכלי ובאו לעזרה דמתחיל איסור להכניס לעזרה היכא דעביד קצת עבודה כגון קידוש כלי כמ"ש התוס' ב"ב (דפ"א ע"ב) ועוד כמה מקומות ע"ש א"כ א"א לומר אדעתא דהכי לא קידש דהא בע"כ מוכרח להכניס א"ע בספק דאל"כ הי' אסור לו להכניסה לעזרה ולקדשה בכלי ודעת שכינה איכא שלא להכניס חולין לעזרה ולעשות דרך עבודה ולכך לא פריך רק מחטאת שמתו בעלי' דלא היתה עדיין בעזרה וא"כ ל"ק קושיית התוס' סוטה הנ"ל דשם דהמנחה כבר נתקדשה בכלי אף אם שלו היתה המנחה אינה יוצאת לחולין דעיקר הטעם בנזיר הוא רק משום דאדעתא דהכי וכו' ובמנחה אחר קידוש כלי ל"ש זאת:

ובמה שאמרנו דבכל פסול שאירע קודם שבא לעזרה ואין לו תקנה אמרינן אדעתא דהכי וכו' י"ל בזה דברי הש"ס גיטין (דכ"ח ע"ב) גבי השולח חטאתו ממדה"י דמקריבין אותו בחזקת שהוא קיים ומוקי לה הש"ס בחטאת העוף וקאמר דאי אשמעינן תרומה משום דזימנין דלא אפשר אבל חטאת הו"א מספיקא לא ליעול חולין לעזרה ע"ש. והדבר תמוה מה חולין בעזרה שייך כאן הא בעידן דאקדשה שפיר אקדשה ואח"כ מתו הבעלים שייך רק איסור חטאת שמתו בעלי' דלמיתה אזלא ולא משום חולין בעזרה. ולפי הנ"ל ניחא דהנה השעה"מ פ"ד מה' פסה"מ הקשה מכאן ע"ד הי"מ שהביא רש"י בנזיר (דכ"א ע"ב) דבחטאת העוף לא גמרינן הלכתא דבמיתה וא"כ בכאן דמוקי הש"ס בחטאת העוף מה איסור יש כאן אם מתו בעלי'. אך נ"ל דנחזי אנן אם לא היתה הלל"מ דחטאות המתות מ"מ פשיטא דחטאת שמתו בעלי' או שנתכפרו באחרת דא"א להקריבה דהא חטאת אינה באה בנדבה רק לכפרה וכיון דנתכפרו הבעלים או מתו דשוב אין כפרה למתים וודאי א"א להקריב החטאת. אלא אי לאו הלל"מ הו"א דתרעה עד שתסתאב ויפלו דמי' לנדבה כדקיי"ל דמותר חטאות הוא לנדבה. אבל כ"ז בחטאת בהמה אבל עוף דאין לו פדיון ולית בי' תקנתא דרעי' ולהקריב היא גופא עולה א"א כיון דנתקדשה לחטאת א"א לשנות מחטאת לעולה וא"כ לא הי' לחטאת העוף שום תקנה בעולם אלא למיתה. אלא דכאן שוב תקשי קו' הש"ס ב"ק הא אדעתא דהכי לא אקדשה כיון דנפסלה קודם שבא לעזרה ולית לה תקנתא ול"ש תירוץ הש"ס שם חטאת שמתו בעלי' הלכתא גמירי לה דהא בחטאת העוף ליכא הלכה כמ"ש הי"מ שברש"י הנ"ל ולכך שפיר קאמר הש"ס

בגיטין דהאיסור משום חשנב"ע ולא משום חטאות המתות כשיטת הי"מ הנ"ל ואדרבא מכאן ראי' לדבריהם דבעוף ליכא הלכתא אלא דאמרינן אדעתא דהכי לא אקדשה ונעשית חולין למפרע והי"מ שם בנזיר שפיר קאמרי על הא דקאמר שם הש"ס דאם שלה היתה הבהמה תמות ע"ז קאמרי דרק בבהמה אמרינן דמתה אבל בעוף כה"ג הוי אמרינן אדעתא דהכי וכו' והיתה יוצאת לחולין:

הדרן להנ"ל דבנ"ד שפיר י"ל ג"כ דאדעתא דהכי לא נתן אבי' הטבעת במתנה כמש"ל וגם בגוף החשש שלעיל דהוי כמדברים בעסקי קידושין אף דלא אמר כלום נ"ל לפי"מ שהביא המל"מ דברי תשו' הרשב"א סי' תקנ"ח בשידוכין ונתן ולא אמר אין זה כמדבר עמה על עסקי קידושי' כיון דהמנהג דמסבלי והדר מקדשי מסתמא לא שינה ממנהג מקומו עיי"ש פ"ג מה"א ה"ח וא"כ ה"נ כיון דהמנהג שם דעושים קודם הנשואין החוקיים ואח"כ החופה והקידושין כדמו"י א"כ בשלמא אם הי' אומר בפירוש לשון קידושין הא"מ לי אף דידעינן כוונתו רק לנשואין החוקיים מ"מ כיון דאמר בפירוש לשון קידושין לא אזלינן בתר כוונתו דדברים שבלב אינם דברים אבל אם ל"א כלום נהי דבעלמא מהני עסוקים בקידושין היינו משום דעי"ז ידעינן כוונתו דנתן לשם קידושין ובכוונה לחוד עם הנתינה סגי כיון דהכל יודעין כוונתו ע"י שדיבר מקודם בע"ק. אבל כאן דלא אמר כלום נהי דבאו לעשות הנשואין החוקיים ונתן לה אח"כ הטבעת מ"מ אמרינן דמסתמא לא שינה ממנהג מקומו והכוונה היתה רק על הנשואין החוקיים שיהי' להם תוקף עפ"י דינא דמלכותא אבל הקידושין שעפ"י התורה יעשה אח"כ כנהוג וליכא לא כוונה של קידושין גמורין ולא דיבור כנ"ל ולא דמי להא דהריב"ש שהבאתי למעלה דשם דרוב האנוסים הי' משמרים ג"כ דת ישראל כל היכא דאפשר להו ולא עבדי רק לתיאבון שפיר כיון דלא אפשר להו לעשות אח"כ חופה וקידושין כנהוג אמרינן מסתמא כיוון בנתינת הטבעת לפני העדים לשם קידושין כיון דנתקבצו לקידושין ע"ש:

ועוד י"ל דהא מבואר בש"ס קידושין (ד"ו) ובש"ע סי' כ"ז ס"ג דבאמר לשונות המסופקין אף בדיבר עמה על עסקי קידושין לא הוי רק ספק קידושין וגרע מנתן בשתיקה דכיון דדיבר לשון מסופק אמרינן דילמא חזר בו מעניני הקידושין ודעתו לכוונה אחרת ע"ש. ה"נ כיון דלא נתן בשתיקה רק אמר איזו דברים רק דהעדים לא שמעו מה שאמר. וגם היא לא שמעה מה שאמר. א"כ אדרבא דילמא אמר איזו דיבורים להיפוך מקידושין ולבטל הקידושין או איזו דברי שחוק בעלמא כאשר הוכיח סופו על תחלתו שברח תיכף. וכאשר אמרה הכלה שגם בשעת מעשה לא אמר דבר רק הי' משחק. ואולי אמר דיבורים של שחוק. וא"כ כיון דהעדים אין יכולין להעיד בבירור אם כיוון לקידושין הוי

כמקדש בל"ע. כיון דלא שמעו מה שאמר אז. ודילמא אמר דיבורים לבטל הקידושין. הוי ספק להעדים עצמם. דכתב הב"ש בסי' ל' סק"ט בשם הג"א דל"ה קידושין כלל. ועיין בקהלת יעקב להגאון מליסא שם דכתב דתלוי אם העדים היו יכולים אז לידע ולא ידעו אז הוי כחצי דבר וה"נ היו יכולים לשמוע אם הי' מטים אזנם אל דבריו והוי כספק קרוב לה דלדעת הג"א הנ"ל ל"ה קידושין כלל. ועיין בישויע"ק שם ובתשו' נוב"י. ואף לדעת הסוברים דהוי ספק קידושין וצריכה גט מ"מ בנ"ד איכא למימר טעמא לשבח דלא ליהוי קידושין. דהנה כבר הקשו הכל לדעת הרמ"א דפסק בסי' נ' ס"א כהמרדכי דכל ספק קידושין צריכה להחזיר הכסף קידושין א"כ במאי מתקדשה כיון דצריכה להחזיר הכסף. ועיין בישויע"ק אה"ע סי' כ"ז שהביא לתרץ דהוי כמתנה ע"מ להחזיר. אבל איני מבין דבריו דבמתנה ע"מ להחזיר יודעת מתחלה דצריכה להחזיר ונחתא אדעתא דהכי אבל בקידושי ספק דהיא סברה דתתקדש בוודאי והכסף יהי' שלה לגמרי, ולא תהי' צריכה להחזיר לעולם דקיי"ל קידושין לטיבועין ניתנו ועכשיו שאנו אומרים דל"ה רק ספק קידושין וצריכה להחזיר הכסף אדעתא דהכי לא נחתא וכמו בחפץ שאול דאם לא הודיע לה שהיא שאול דאינה מקודשת וכהא דסי' כ"ח ס"ו דאם יודעת סכום הפקדון ונאבד ולא נשתייר רק שו"פ דאינה מקודשת משום דהיא סברה להתקדש בהרבה ואינו אלא מועט וכמ"ש התוס' לענין איה"נ דאף דהאפר שו"פ כיון דהיא סברה דשוה הרבה אינה מקודשת כלל. וכהנה אין מספר.

אך לענ"ד יש ליישב הקושיא בפשיטות דהנה בקצוה"ח בקוו"ה כ"א אות ח' חקר בכל ספק ממון דצריך להחזיר ול"מ תפיסה אם קידש בו אשה אם צריכה גט. והוא רוצה שם לומר דכיון דאין לו בממון זכות כלל וצריך להחזירו ול"מ תפיסה כלל. א"כ במאי מקדשה הא לית בי' הנאה של כלום וא"צ גט כלל. אלא שמביא סתירה ע"ז מדברי הרא"ש פ' מרובה ומד' התוס' רי"ד עיי"ש. ולענ"ד נראה להכריע כדברי הרא"ש והתוס' רי"ד דצריכה גט. עפי"ד הש"ס יבמות (דמ"א ע"ב) דמחלק בין קידושי ספק דשתי אחיות דמקרי עולה ליבום כיון דאם יבוא אלי' ויאמר דהא מקדשא לבין איסור דרבנן דאף אם יבוא אלי' אין שומעין לו ע"ש. א"כ ה"נ בשלמא איה"נ בין דאורייתא או דרבנן כיון דלעולם אין לה בהם הנאה של כלום. אבל בקידושי ספק דאף דעתה הב"ד פוסקין דצריכה להחזיר משום דמוקמינן אחזקת מ"ק מ"מ אם יבוא אלי' ויאמר דהי' קידושין טובים. יהי' הב"ד צריכים להחזיר הדין ולהחזיר לה הכסף קידושין. א"כ שפיר צריכה גט מספק. דדילמא יבוא אלי' ויאמר דהכסף שלה ויהי' לה הנאה שלימה בהכסף קידושין:

והנה בש"ס ב"ב בפלוגתא דקידושין לטבועין ניתנו קאמר שם ר"פ הלכתא דהדרא בה איהי קידושין נמי הדרי. ואמימר מסיק דקידושין לא הדרי שלא יאמרו קידושין תופסין באחותה עיי"ש. והמעיין שם בש"ס בכל הסוגיא יראה דכל הפלוגתא דקידושין לטבועין הוא רק מן האירוסין. ומן הטעם דלא נתן אלא ע"ד שיהנה במקחו כדברי הש"ס כתובות (מ"ז) הנ"ל. אלא דבכסף קידושין מסקינן דלא הדרי משום גזירה הנ"ל. ואמנם בקידושי ספק קיי"ל דגם הקידושין הדרי וכמו שהסביר הישויע"ק בסי' נ' הנ"ל דכאן אדרבא אם נאמר דלא הדרי יאמרו דקידושין וודאין הם ואין תופסין קידושין באחותה ובאמת ל"ה רק קידושי ספק. וקידשין תופסין באחותה עיי"ש. וא"כ מעתה שוב תקשי קושיא הנ"ל אמאי הוי ספק קידושין כלל הא אין לה הנאה של כלום. מאי אמרת אם יבוא אלי' ויאמר דהוי קידושין יהי' צריך להחזיר לה הכסף. ז"א תינח אם הי' נושאה אח"כ בקידושין וודאי. אבל כאן דגירשה מן האירוסין ולא נתן לה אלא ע"ד לכונסה וקידושין נמי הדרא. א"כ אף אם יאמר אלי' דהוי וודאי קידושין. מ"מ לא יאמרו הב"ד להחזיר לה הכסף קידושין כיון דנתגרשה מן האירוסין. ומשום גזירה דשלא יאמרו קידושין תופסין באחותה ליכא בהא. דהא מתחלה בקידושי ספק לא גזרו כמ"ש הישויע"ק הנ"ל. ואף דיבוא אלי' אח"כ ויאמר דהוי קדושין וודאי. מ"מ בהא וודאי לא גזרו רבנן. דמילתא דל"ש הוא שיבוא אלי'. ובמלתא דל"ש לא גזרו רבנן. ושוב הדק"ל אמאי הוי קידושי ספק. הא לית לה הנאה של כלום בכסף הקידושין:

אך צ"ל דהא רק בהדרא בה היא צריכה להחזיר הכסף קידושין. אבל לא בחוזר בו הוא אף להס"ד דהש"ס כמ"ש הישויע"ק בסי' נ' הנ"ל. ובהדרא בה היא בלא"ה לק"מ דהא מ"מ הכסף קידושין הי' אצלה שו"פ. דהא בדידה תליא מילתא דאם היא לא תרצה לחזור בה לא תהא צריכה להחזיר הכסף קידושין. ואי אמרת מחמת ספק מחויבת לחזור דמוקמינן אחזקת מ"ק. ז"א דבהא שוב אמרינן אם יבוא אלי' ויאמר דהוי קידושין וודאין יהי' הכ"ק שלה ולא תהא צריכה להחזיר אם היא לא תחזור מהקידושין. וא"כ כ"ז בעלמא דהבעל נתן לה כ"ק משלו. אבל כאן דאבי הכלה נתן לו הטבעת ע"מ לקדשה קידושין חוקיים. והבעל חזר בו וברח לאמעריקא. א"כ עתה בקידושי ספק דמוקמינן הכסף בחזקת מ"ק שהוא האב. דהא לא נתן אלא לצורך קידושין וא"כ אף אם יבוא אלי' ויאמר דהוי קידושין וודאי. מ"מ אם ירצה האב מחויבת היא להחזיר לו הטבעת. דהאב לא נתן רק ע"מ לעשות נשואין החוקיים. וזה כבר נתבטל בסיבת הבעל. ולאו בדידה תליא מילתא. וא"כ במאי מתקדשה כיון דהטבעת צריכה להחזיר לאב וכמש"ל. ובלא"ה דעת הר"ן פ"ק דקידושין גבי נתן הוא ואמרה היא דכל ספק קידושין א"צ גט

רק מדרבנן דמדאורייתא אוקמינן לה אחזקת פנוי'. ודעת המהרי"ק בשורש קע"א הובא באו"מ סי' נ' דאם ניסת לית עיי"ש. וא"כ בדרבנן אפשר לסמוך על כל הני צדדי היתר. ואמנם לא אמינא דבר ברור בזה דמחמת חומר א"א א"א להקל על סברות ולכן יציע הדבר עוד לפני שני רבנים גדולים בתורה וביראה דהיינו אי הרב הגאון ר' שמואל ענגיל אבד"ק ראדמישלא החונה כעת בקאשוא. או אחי הרב הגאון מו"ה ליבוש באבד אבד"ק פאדוואלאטשיסק או הרב הגאון ר' אברהם יעקב הורוויץ אבד"ק פראבוזנא. ואם שנים מהם יסכימו להתיר העלמה הזאת בלי גט. גם אנכי מצטרפינא בהדיו'. ואם לאו דברי כאין. ולא דרינא בזה אף שיבא מכשורי והשי"ת יצילנו משגיאות ויורינו מתורתו נפלאות:

ובדברי הישויע"ק שהבאתי לעיל שמתרץ דהוי כמתנה ע"מ להחזיר יש לתמוה עוד יותר דהא עיקר הטעם דמתנה ע"מ להחזיר מהני מה"ת משום דקודם שמחזיר הוא שלו לגמרי ויכול להשתמש בו וא"כ כ"ז בוודאי קידושין אבל בס"ק דאף אם נתן מתנה גמורה צריכה להחזיר משום דמוקמינן אחזקת מ"ק ואסורה להשתמש בו אף רגע אחד דגזילה הוא בידה מכ"ש במתנה ע"מ להחזיר דחזקת מ"ק דידי' אלים עוד יותר דמעיקרא היתה שלו וגם סופה להחזיר. וא"כ לא חל המתנה אף רגע אחת ובמאי מתקדשא. וצריך רק לתירוצי הנ"ל. דאם יבוא אלי' ויברר שהיו קידושין וודאי יהי' מחויב להחזיר. וא"כ שפיר הקשיתי כיון דנתבטלו הקדושין ע"י גט מהאירוסין וצריכה להחזיר כס' המרדכי הנ"ל. א"כ אף אם יבוא אלי' וכו' במאי מתקדשא הא בשעה שהי' בידה לא היתה יכולה להשתמש ולהנות בו דכ"ז שלא בא אלי' וכו' והוא ספק אצלנו מוקמינן בחזקת מ"ק והוי גזל אם תשתמש. ולא היתה יכולה להנות אף בשו"פ וצריכה להחזיר לו תיכף הכסף קידושין. וא"כ אף אם יבוא אלי' אח"כ וכו' נהי דמתברר דהיתה מתחלה שלה. אבל הא לא הי' שלה לגמרי דהא צריכה להחזיר ע"י החזרה מהקידושין כס' המרדכי הנ"ל. דבכה"ג לאו לטבועין ניתנו וגזירה דשמא יאמרו קדושין תופסין וכו' ג"כ ל"ש בהא דמילתא דל"ש היא שיבוא אלי' וכו' וא"כ אף אם יבוא אלי' וכו' לא יהי' צריך להחזיר לה מה שפסקו הב"ד להחזיר לו. וא"כ במאי מתקדשא אף ס"ק כיון דליכא הנאה. וצריך לומר רק כמש"ל דכיון דהחזרה מהקידושין בדידה תליא. א"כ בידה ליהנות מהטבעת שלא תחזור בה מהקידושין. וא"כ אף הוא יחזור וירצה לגרשה מ"מ כיון דהחזרה אינה באה מצידה אז אם יבוא אלי' ויאמר דהוי קידושין יהי' צריך להחזיר לה הטבעת דבחוזר בו הוא לכ"ע קידושין לטבועין ניתנו כמש"ל ולכך הוי ס"ק וא"כ כ"ז היכא דתליא בדידה אבל כאן דהטבעת של אבי' ואם הוא אינו רוצה עוד בהקידושין ע"י סיבת הבעל שברח

מחויבת להחזיר לו הטבעת ואף אם יבוא אלי' א"צ להחזיר לה וא"כ אין כאן ס"ק כלל ודוק בכ"ז כי הוא ענין עמוק. אכפול דברי שאינני מסכים בשום אופן להתיר רק אם יסכימו שנים מהשלשה רבנים הנ"ל בזה:

והנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

בש"ה. אחר זמן מה הי' לי סיבה שחזרתי מהיתר הנ"ל והודעתי תיכף להשואל הנ"ל שאני חוזר מהיתר הנ"ל וכן הודעתי להרב אב"ד דשם שלא יתלו בי שום דבר כי אנכי אינני למנה מן המתירים ונהניתי שמכתבי שחזרתי בי הגיע לשם טרם שנעשה מעשה והי' לי אח"כ עוה"פ מכתב מהשואל הנ"ל והפציר בי להסכים להיתר ולא רציתי:

סימן סג

שלום אשיב לכבוד ש"ב הרב הה"נ החו"ב מו"ה **אלעזר** נ"י ראבד"ק **סאניק** ומשנהו הרב החו"ב מו"ה **מרדכי** נ"י דומ"ץ דק"ק הנ"ל:

מכתבם לנכון הגיעני. ומחמת אפס הפנאי אנכי משיב בקצרה. הנה לענין טענת מאיס עלי בעינן טענה מבוררת כמ"ש הב"ש בסי' נ' סוס"ק ט"ז והרמ"א ביו"ד סי' רכ"ח סוף ס"כ. ועיין בחת"ס תשו' קל"ד ונוב"י מהדו"ת סי' ס"ד. ואף דמהדו"ק סי' ס"ח רוצה לומר דדוקא לענין קנס אבל לענין חרם נאמנת ע"ע. הא מחלק שם דזה רק היכא דאומרת דלא נתרצית מעולם ברצון טוב. אבל היכא דנעשה מתחלה ברצון טוב א"נ לומר מאיס עלי רק בטענה מבוררת עיי"ש. וענין טענה מבוררת מציין הרמ"א לסי' ע"ז עיי"ש. ושם מבואר דצריך שיהי' נראה לב"ד דמשום זה ראוי להיות מאיס עיי"ש. ובנ"ד אינני רואה שיהי' זה טענה מבוררת לב"ד לומר שתהי' ראוי' להיות מאוסה עליו משום זה ובפרט שבעצמו אומר שאין ניכר בה כלל והיא נראית כבת כ"ב או כ"ג. ואם יש אנשים שמקפידים ע"ז לכתחלה. הוא רק כמו שמקפידים על יופי אבל לא לומר שמשום זה תהי' מאוסה עליו כ"כ שלא יוכל לסבלה ולהתיר עי"ז חרם הקהלות ולבייש בת ישראל. ודברי החת"ס עצמו בתשו' סי' מ"ז שהביאו כתה"ר מוכיחים ע"ז שלא דן כלל רק משום שהיא יותר מארבעים שאינה יולדת עוד ואסור משום פ"ו. אבל משום מום או מאוסה עליו לא דן כלל:

ואולם לענין מום הנה מבואר בסי' רל"ב בחו"מ ס"ו דכל מום שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו מקח זה מחזירין. והוא לשון הרמב"ם וה"ה כתב ע"ז וז"פ שהכל כמנהג המדינה. ובנ"ד א"א לעמוד על המנהג אם מקפידים כ"כ לבטל גם שידוך שכבר נעשה עי"ז וגם תלוי בשנות החתן אם הוא צעיר ממנה הרבה. ולפלא שלא כתבו במכתבם כמה שנות החתן כי בוודאי אם אינה גדולה ממנו רק בד' או ה' שנים אין

קפידא כלל. ואמנם אם גדולה ממנו הרבה. שאז אף דוודאי רוב בני אדם מקפידים ע"ז מ"מ אין מבורר אם הקפידא גדולה כ"כ לבטל גם שידוך שכבר נעשה עי"ז. וכדמוכח מדברי המחבר בסי' רל"ב ס"ו הנ"ל דבעינן שיהי' מום שמחזירין מקח זה עי"ז. וא"כ כיון דא"א לברר הדבר נלע"ד דנהי דלענין חנ"ק דהחתן הוא מוחזק א"א לחייבו מספק אם ישבע שמאוסה עליו עי"ז ושלא ידע כלל מזה ששנותי' מרובים כ"כ אבל עכ"פ מידי החרם לא יצא שבזה ספיקו להחמיר לדעת האומרים דחרם הוא דאורייתא. ואף לפימ"ש הסמ"ע בסי' רמ"ה דהקנס פוטר את החרם אף במקום שכותבין וקנס לא יפטור וכו'. מ"מ זה רק כשנותן את הקנס. אבל אם ירצה לישבע ולא ליתן קנס שוב לענין החרם הוי ספיקא דאורייתא דילמא יש כאן חרם וקנס ליכא דליפטרי':

ובפרט שכבר העירותי בזה דבר חדש. דהנה טעמו של הסמ"ע שכתב דאף שנכתב וקנס לא יפטור וכו' אפ"ה פוטר אף דקיי"ל דכל תנאי שבממון קיים. מ"מ כיון דחרם זה הוא חרם הקהלות ואינם מקבלים עליהם חרם מעצמם מחדש וחרם הקהלות נעשה רק על אופן זה אם לא יתן הקנס. א"כ ל"ח תנאי ע"ז. דאין בידנו לשנות חרם הקהלות מכפי אשר נעשה מתחלה. ומה"ט כתב הב"ש בסי' נ"א סק"י דאם מקבלים עליהם חרם מחדש וכותבים הקנס אל יפטור וכו' וודאי אינו פיטר. וא"כ מעתה תקשי עפי"מ שהובא בש"ך חו"מ סי' ע"ח סקי"ג דעת הב"ח בהאמינו כבי תרי אז אף אם פרע לו פעם אחת לפני עדים אם הוא כופר מחויב לפרוע לו פעם שנית ואינו יכול לתבוע אח"כ פרעון הראשון לומר דנעשה מלוה למפרע כדאמרינן פ' הכותב משום דמכח התנאי אמרינן דהפרעון הראשון הוא מתנה או מחילה עיי"ש. וא"כ ה"נ נימא דמכח התנאי דהתנה הקנס לא יפטור. יהי' הקנס שנתן לו כמו מתנה או מחילה ולא בתורת קנס וא"כ ממילא נשאר חרם הקדמונים בתקפו דהרי נעשה כאלו לא שילם לו קנס כלל ועדיפא הא מדהב"ח. דשם לא הי' התנאי רק שיהי' נאמן כשנים לומר שלא נפרע. אבל לא נדבר כלל מהפרעון שיפרע שלא יהי' פרעון. אבל כאן דאמר הקנס לא יפטור. יש לפרש שפיר כהב"ח. דהקנס לא יהי' נחשב כלל לפרעון קנס רק כמתנה בעלמא וי"ל דבהא גם הש"ך שחולק שם על הב"ח מודה:

אך י"ל דהסמ"ע איירי רק היכא דתובע אותו ליתן הקנס וגם שיהי' החרם בתקפו בהא שפיר כתב הסמ"ע דאינו יכול לתבעו שניהם. דהא באמת כל קנם דשידוכין הוא אסמכתא ורק מכח הבושת חייב ליתן ולא הוי אסמכתא. וא"כ ממ"נ אם יתבע אותו תן לי הקנס מכח קנס משום הבושת. א"כ נפטר מהחרם כיון דשילם הקנס. ואם יתבע אותו תן לי הקנס מתורת מתנה מכח התנאי. ז"א דאף אם התחייב עצמו ליתן לו מתנה אם יחזור מ"מ הוי אסמכתא וקנין אתן ואינו מחויב ליתן לו. אלא אם יתבע אותו מכח קנס

דמחמת הבושת אין בו דין אסמכתא. א"כ שוב תורת קנס עליו ונפטר מהחרם. וא"כ כ"ז אם הוא תובעו ליתן לו קנס ומחייבים אותו ליתן שפיר נפטר מהחרם. אבל אם צד שכנגדו אין תובעים הקנס כלל ורוצים להחזיק השידוך. א"כ אף אם הוא ירצה ליתן להם הקנס בע"כ ולפטור עצמו מהחרם. אז שוב שייך ס' הב"ח דמכח התנאי נעשה כאלו נתן בתורת מתנה כיון דמעצמו נתן ואין עליו תורת קנס כלל ונשאר החרם בתוקפו. ודוק היטב כי הוא עצה נכונה בעזה"י. וא"כ אף אם ירצה ליתן חנ"ק אם צד הכלה אינם תובעים אותו ע"ז רק הוא ירצה ליתן מעצמו י"ל דאינו נפטר מהחרם:

ומלבד זה נ"ל דלפימ"ש הסמ"ע בסי' רל"ב סק"י דכל היכא דהי' יכול להבחין אם יש בו מום ולא בחן א"י לחזור א"כ אף דיש חולקין ע"ז כמו שהובא שם בפ"ת בשם המל"מ מ"מ כאן בספק חרם יש להחמיר. וגם לפימ"ש הנתיבות שם דהיכא דכבר השתמש במקח אחר שהי' יכול להבחין כ"ע מודו בזה להסמ"ע. והנה הטעם דנשתמש במקח הוא דאם לא מחל הי' אסור לו להשתמש בשל חבירו בלא דעתו עיי"ש בנתיבות ובפ"ח. וא"כ בשידוכין נראה דההתקשרות עצמה מקרי משתמש במקח דאין לו רשות לבייש את בת ישראל בחנם ולגרום לה היזק רב שיהי' קשה לה לעשות שידוך אחר. וזה היזק יותר מהיזק ממון. וא"כ אם הי' יכול להבחין כמו הכא דהי' יכול לבדוק בהמעטריקא ולא בדק א"י לחזור בו וא"ל דהיא גרמה לעצמה במה שלא הגידה לו. דז"א דזה לא יאמר שום בר דעת דהיא מחויבת להגיד לו מספר שנותי' אם אינו שואלה. ומלבד זה הנה בש"ס כתובות פ' המדיר דחושב שם המומין הפוסלין בנשים וכן בש"ע אה"ע סי' ל"ט ולא אשתמיט לכתוב בחד דוכתא דאם היא גדולה בשנים יותר ממנו הוי מום וע"ז נאמר בלוים פוסל שנים ולא בנשים. ואחר שדין זה אצל הכלה הוא ד"נ ממש שתצטרך עתה לחפש שידוכין אחרים ואצל החתן הוא רק תאוה בעלמא חלילה לנו להקל בזה לבייש בת ישראל ודעתי נוטה שא"א לו להחתן לבטל השידוך מט"ז ואם לאו יירא לנפשו. שעניינים הללו לא ניתנו למחילה. והשי"ת יצילנו משגיאות. ויורנו בתורתו נפלאות:

כ"ד ידידם דוש"ת **דוד מנחם מאנוש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן סד

לכבוד הרב החריף ובקי כש"ת מו"ה **יודיל** נ"י אבד"ק **וייזשיגראדיק** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. ולא יכולתי להשיבו תיכף כי לא הייתי בכל השבוע בביתי. ועתה באתי להשיבו בקצרה. שגם דעתי מסכמת עמדו שאין לחוש לקידושין הללו. דאף אם נחוש לדעת המרדכי שהביא הב"ש בסי' מ"ב סקי"ב דבראו דבר המוכיח יכולין להעיד. מ"מ בנ"ד אין כאן דבר המוכיח כלל. דנהי דאיכא הוכחה דרצה לקדשה

במה שקנה מטבע לקדשה ויחד עדים לכך. מ"מ אין כאן הוכחה דהיא נתרצית לקבל קידושין וא"כ י"ל דהיא לא רצתה לקבל הקידושין כלל. ואדרבא איכא הוכחה דלא נתרצית דאם היתה מרוצה הי' נושאה בחופה וקידושין כדרך העולם. וידוע לכל דכל עיקר התחבולה הי' משום שלא רצתה לישא אותו. וא"כ איזה אומדנא דמוכח יש שקיבלה המטבע של קידושין וליכא כאן עידי נתינה. ועוד דהא שני העדים מעידים שצווחה תיכף. ומה שחשש כת"ה דילמא הי' אחר כ"ד. הנה מה דפשיטא לי' לכת"ה דלאחר כ"ד לא מהני מחאתה. הגאון מליסא בספרו קהלת יעקב לא כ"כ עיי"ש בסו' ל' ס"ז דאף לאחר כ"ד מהני זריקתה עיי"ש. ואף דכל האחרונים לא ס"ל כן כמ"ש בתשו' ח"צ סי' קט"ו ובמקנה בקו"א לה' קידושין בסי' הנ"ל. ובחת"ס אה"ע תשו' פ"ד. מ"מ י"ל דבהא כ"ע מודו. דהנה טעמו של הקהלת יעקב דכיון דלא הי' מתחלה שום גילוי דעת מריצוי דידה אמרינן הוכיח סופו וכו'. והוכיח שם דאף לאחר כ"ד אמרינן הוכיח סופו וכו'. ואף שהחת"ס בתשו' הנ"ל באד"ה והנה כתב דגם שם בשוחט ואח"כ זרק אירי שלא הי' הפסק זמן בנתיים. אמנם בתב"ש בסי' ד' סק"ה ובשמ"ח ס"ג ס"ל דהוכיח סופו וכו' הוא גם לאחר כ"ד עיי"ש. ואמנם טעמם של האחרונים הנ"ל דס"ל דהא דזרקתו בפניו אירי רק בתכ"ד. הוא משום דבאמת דברי הקהלת יעקב הנ"ל תמוהים לכאורה דהא אנן קיי"ל כרבנן דרשב"ג דל"א הוכיח סופו וכו' כדאיתא בחו"מ סי' רמ"ה סי"א עיי"ש בסמ"ע סק"כ ובטו"ז יו"ד סי' ד' סק"ב. ואף לדעת הרמב"ם שם ספיקא הוא ולא וודאי. ולכך ס"ל להנך אחרונים הנ"ל דרק תכ"ד מהני זריקה כמ"ש בח"צ הנ"ל דכיון דלא נגמר עדיין הענין וודאי מהני הגילוי דעת דלאח"כ. וי"ל עוד יותר כיון דלדעת הרשב"ם בב"ב (דקכ"ט) הא דבקידושין ל"מ תכ"ד הוא רק מדרבנן לכך סמכינן בזה אדרשב"ג דאמרינן הוכיח סופו וכו'. ואף לשיטת הר"ן שהביא הב"י באה"ע סוס"י קל"ד הובא בב"ש סי' ל"ח סקנ"ו דמדאורייתא ל"א תכ"ד בקידושין. מ"מ י"ל עפימ"ש הב"ש בסי' ל"ז סקנ"א דהא דבקידושין ל"מ תכ"ד היינו דהמקדש או המתקדשת אינם יכולים לבטל מעשה הקידושין. אבל המעיד על עניני קידושין נאמן לחזור בו תכ"ד עיי"ש. וא"כ בשתקה מתחלה דהעדים אינם יכולים לידע כלל אם היא מתרצית או לאו אלא דשתיקה הוי כהודאה דהוי כמודית בפני העדים דמתרצית. א"כ אם תכ"ד אומרת דמעולם לא נתרצית ושתיקתה הי' מטעם אחר וודאי דנאמנת ע"ע בתכ"ד כמו כל עד שיכול לחזור בו תכ"ד. וכמ"ש הנוב"י מהדו"ק אה"ע תשו' צ"ט דבכל דבר שאין העדים יכולים להכחישם נאמנים המקדש והמתקדשת ע"ע עיי"ש. והא דתכ"ד לא מהני בקידושין היינו היכא דנתרצית מתחלה בפירוש. אלא שאח"כ חוזרת בה. אבל אם מפרשת דברי' דמה ששתקה

משום דלא נתרצית וודאי נאמנת תכ"ד. כנ"ל טעמם של האחרונים הנ"ל. אבל לאחר כ"ד אין שום עד יכול לחזור בו, ואי משום הוכיח סופו וכו'. הא אנן לא קיי"ל כרשב"ג: **ואמנם** בש"ס חולין (ל"ט ע"ב) מביא הש"ס מהא דגיטין (דט"ו) בבריא שאמר כתבו גט וכו' ועלה לגג ונפל. אם מעצמו נפל ה"ז גט. משמע דאמרינן הוכיח סופו וכו'. ומשני שא"ה דאמר כתבו. והיינו משום דאיכא גילוי דעתא מתחלה וגם בסוף להכי לכ"ע אמרינן הוכיח סופו. וכן קימ"ל להלכה באה"ע סי' קמ"א סי"ז. ועיי"ש בב"ש סקכ"ד דהיכא דידוע דהפיל א"ע לא בעינן מיד עיי"ש. הרי דאיכא גילוי דעת מתחלה לכ"ע אמרינן הוכיח סופו אף לאחר כ"ד עיי"ש. וא"כ ה"נ דהמקדש בעצמו מודה דלא רצתה להתקדש לו שאמרה לו כן בפירוש שאינה רוצית לינשא לו וכן אומרת היא ג"כ. א"כ לכ"ע אם צווחה אח"כ איגלאי מילתא דמעולם לא נתרצית כמו שגילתה דעתה מתחלה שאינה רוצית. ואף דאין העדים יודעים מזה. מ"מ הא כבר כתבתי בשם הנוב"י דנאמנים ע"ע כשאין העדים מכחישים. ובלא"ה בנ"ד נ"ל דא"צ לכ"ז. דכ"ז היא אם היינו יודעין דמתחלה קיבלה הקידושין בידים ואח"כ זרקתן בעינן תכ"ד אבל כאן דשמעו העדים דאמר לה שרוצה ליתן לה חובה וע"ז פשטה ידה לקבל אף אם נאמר דלאחר שאמר לה ה"א מקודשת שתקה. מ"מ הוי שתיקה דלאחר מ"מ דל"מ. וכמ"ש כת"ה גופי':

והנה מה שהעירותי לעיל על דברי הקהלת יעקב שכתב הטעם משום הוכיח סופו וכו' הא אנן קיי"ל כרבנן דל"א הוכיח סופו וכו'. הנה ראיתי במרדכי קידושין פ' האומר אות תקל"א כתב ג"כ הטעם משום הוכיח סופו וכו' וכתב דכ"ע מודו היכא דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא מוכחת אמרינן הוכיח סופו וכו'. עיי"ש. משמע דס"ל דנטלתו וזרקתו לים או בפניו הוי אמתלא מוכחת. ואולי משום דאין דרך לקדש בלא שידוכין או ריצוי מקודם. וא"כ כוון בזה הקהלת יעקב לדעת גדול קדמון המרדכי ז"ל. ואמנם בתוס' ר"י הזקן שבשם ווילנא בקידושין (ד"ח ע"ב) על הא דנטלתו וזרקתו לים מביא בשם רבינו נסים פירוש אחר דאיירי דנטלתו בכעס וזרקתו מיד. אבל אם לקחה סתם ואח"כ זרקתה צריכה גט. משמע דבעינן הוכחה בשעת הנטילה שנטלה בכעס. אבל בלקחה סתם ל"מ זריקה אף תכ"ד והיינו משום דתכ"ד בקידושין ל"מ. וזה שלא כדברי כל האחרונים הנ"ל הח"צ והמקנה והחת"ס והקהלת יעקב. וגם שלא כדברי המרדכי וזה פלאי ואמנם בנ"ד ל"ש כ"ז כיון דלא ראו שנטלה כלל וליכא עידי נתינה וגם הוי שתיקה דלאחר מ"מ. או אולי צווחה ג"כ תיכף בשעת הנטילה ולכן נ"ל ברור להתיר העלמה הזאת בלא גט והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן סה

לכבוד תלמידי הרב החו"ב מו"ה **משה** נ"י דומ"ץ דק"ק **צעשנוב**:

באחד שנתן תק"כ לבתולה שישאנה ואח"כ נשתדך עם אחרת ושתיהן תובעות אותי לדין מה דינו. הנה כפי הנראה אין כאן עדים שתקע כפו אלא מה שהוא מודה. וא"כ לפי המבואר באה"ע סי' קע"ח דבזה"ז דאיכא חדר"ג אינו נאמן לומר שמאמין להעד. וגם איני נאמן לומר שראה שזינתה כמבואר בתשו' רמ"א סי' י"ב עיין בנוב"י מהדו"ת אה"ע סי' י"א והטעם הוא דהיכא דמשועבד אינו נאמן להפקיע שעבודה אף דחדר"ג לדעת הרבה אחרונים אינו רק דרבנן ול"ש שאחד"א היכא דמשועבד לה. עיין בשעה"מ פ"ט מה"א הט"ו ובכמה אחרונים. וה"נ דעם השני' התקשר עצמו בתנאים ואיכא חרם הקהלות וודאי דאינו נאמן ג"כ לדיעה הנ"ל לאסור עצמו עלי' ולשיוי' אנפשי' חד"א. ואף די"ל דהכא שאני דאינו משועבד להשני' כ"כ דהא יכול ליתן חצי נדן קנס ולפטור. ז"א חדא דהא דעת הט"ז והב"ח יו"ד סוס"י רל"ו דהיכא דכתיב בתנאים וקנס לא יפטור וכו' כמו שכותבין בתנאים דידן אינו יכול לפטור עצמו עם הקנס. ואף לדעת הסמ"ע בחו"מ סי' רמ"ה דפטור בנתינת הקנס מ"מ מי יודע אם יש בידו ליתן סך רב כזה. דנלע"ד דאף דלענין פריעת שאר חובות א"צ לשלם רק כפי המטבע היוצאת משום דד"מ כמבואר בסוס"י ע"ד בחו"מ לענין פריעת קנס ליכא דינא דמלכותא כעין שכתב הח"ס באהע"ז סי' קכ"ו לענין כתובה עיי"ש כל התשובה. וא"כ כיון דליכא בזה דינא דמלכותא. יש מקום גדול לומר דצריך ליתן כפי שיווי המטבע אז בשעת השידוך. לפימ"ש הצ"צ תשובה ק"ב הובא במסגרת השלחן סי' ר"ז ס"ק ל"ז בענין החנ"ק הוא משום דבושת העשיר מרובה. לכך השוו מדותיהם ליתן לפי ערך הנדן. ומש"ה אם החתן חוזר בו אף דסכום הנדן שהתחייב א"ע הוא מועט מ"מ חשבינן לפי ערך הנדן של אבי הכלה כיון דהנדן שלו יותר גדול א"כ בשתו יותר מרובה עיי"ש במסגה"ש בהג"ה שהוציא דין אחר מזה עיי"ש. וא"כ כיון דהחצי נדן הוא שיווי של המתבייש א"כ למשל מי שהתחייב א"ע בשעה שהמטבע הי' טובה אלף מארק הוא מתחייב א"ע עתה מאה אלף דאז הי' האלף שוה כמו המאה אלף עכשיו. וא"כ צריך ליתן מטבע שהיא שוה כמו שהי' שוה אז שזה ערך בושתו שאז הי' נחשב זה הנדן של עשיר. ודו"ק היטב בזה. וא"כ אף אם הדבר ספק מ"מ כיון דרוצה לפטור בזה מהחרם עפי"ם הסמ"ע דכן הי' חרם הקהלות מתחילה דאם יתן הקנס יפטור מהחרם. א"כ היכא דספק הוא שמה יתן הוה ספק חרם דהוא לחומרא ואינו יוצא עד שיתן סך כזה שאין בו ספק. ומי יודע אם יש בידו. וא"כ הוא משועבד לה ואינו נאמן להפקיע שעבודה. וכעין עובדא דבת רב חסדא דאינה נאמנת לומר דנתקדשה

מקודם לאחר. ובפרט לפי"מ שאמר לי המדובר שהוא אינו זוכר כלל אם נתן לה ת"כ והוא מסופק בזה. אך היא לא רצתה לירד אתו לדין עד שיבטיח לה שיאמר לפני הב"ד כדברי' שנתן לה ת"כ אבל באמת הדבר ספון אצלו מפני אריכות הזמן. וא"כ אם נאמין לו ע"י אמתלא הזאת שהדבר אצלו רק ספק. א"כ יש לו עצה להתיר לו הת"כ ע"י פתח וחרטה כמבואר בסי' רל"ט ס"ב:

ואף דהנשבע לטובת חבירו אינו יכול להתיר בלי דעתו. מ"מ כיון דאיכא שני דיעות בזה בסי' רכ"ח ס"כ אם יכולין להתיר כשמודיעין לו. א"כ בנידן דידן דהוי ספק נדר הוי ס"ס לקולא. וגם בלא"ה דעת המהר"ם פדווא הובא בש"ך שם בס' רכ"ח ס"ק נ"ה במה שנתרצית האשה להאיש לא מיקרי טובה להאיש דאיתתא בכ"ד ניחא לה ויכול להתיר בלי רצונה. ואף להש"ך שם שכתב דאין לחלק מ"מ בזה משמע שם דמודה לו דבעינן שנשבעו שניהם לישא זא"ז. דמה שנשבעת לו הוא הטובה ולא הריצוי לבד וכמשמעות לשון הרמ"א שם וא"כ כאן דמשמעות לשון השאלה שנתן לה ת"כ שישאנה. לא נשבע רק הוא. א"כ יכולין להתיר לו בלי דעתה. וא"כ נלע"ד כיון דההתקשרות של השני' הוא וודאי בתנאים וק"ס כנהוג והראשונה הוא ספק נכון להכניס א"ע שיפייס את הראשונה ברצי כסף שתתרצה להתיר לו הת"כ כי על חצי נדן קנם אין לה שום טענה כיון דלא הי' התקשרות בתנאים או ר"פ בפרהסיא רק נתן לה ת"כ בסתר וליכא בזה משום בושת כמ"ש הב"ש בסי' נ' ס"ק ט"ו וסוס"י ט"ז עיין שם. וא"כ כמה שאפשר לו ליתן לה נכון לראות שיתן לה. ותתיר לו הת"כ. ואם לא תרצה בשום אופן לדעתי יש להתיר לו הת"כ בפתח וחרטה בב"ד של שלשה וישא השני' כנלע"ד ועכ"ז הכל כפי ראות עיני הדיין בזה:

כ"ד דוש"ת דוד **מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן סו

ב"ה אור ליום ג' שלח תרפ"ז **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד מחו' ידידי הרב הה"ג החו"ב בנש"ק מגזע תרשישים כש"ת מו"ה **מנשה הורוויטץ** נ"י אבד"ק **זאליען** יצ"ו:

ע"ד השאלה שביקש כת"ה להשיב לו. בדבר איש אחד שלא הי' מפרנס את אשתו ולא נתן לה מזונות איזו שנים ועתה מתה מהו לענין ירושתה. וגם מורה שעות נתן לה משלו. אם מחויבים יורשי' להחזיר לו. הנה לענין ירושתה מבואר באהע"ז סי' צ' ס"ה דהרמ"א הביא בשם י"א דהמורד על אשתו או מדירה ואינו נוהג עמה מנהג אישות אינו יורשה עיי"ש. ואמנם בח"מ וב"ש שם סקכ"ג חולקים ע"ז. וב"ש כתב דנראה דדעת הש"ג יחידאי היא עיי"ש. ועיין בהפלאה בקו"א על חי' אה"ע סי' הנ"ל סקי"ד שהסכים ג"כ לדבריהם

וכתב דהרמ"א ג"כ לא איירי רק במורד ואין ביד ב"ד לכפותו לגרש ע"ש. ובנ"ד לא ידענא אם היא היתה תובעתו בדין אולי הוי ציית דינא או לזונה או לגרשה. וגם בב"ש בריש סי' ע"ז הביא מחלוקת הפוסקים ודעת כמה פוסקים דמורד לא הוי רק מתשמיש ולא ממזונות עיי"ש וכאן כפי הנראה לא היתה המרידה מצדו רק לענין מזונות. וא"כ בנ"ד דבלא"ה דעת כולם נוטה דהמורד על אשתו יורשה י"ל דהבו דלא להוסיף עלה ורק במורד ואינו נוהג עמה מנהג אישות אבל באינו מורד מתשמיש י"ל דיורשה לכ"ע:

וגם נ"ל דלמ"ד ירושת הבעל דאורייתא כ"ע מודו דיורשה בכ"ע. דכיון דהוי יורש מדאורייתא משום שאירות ודאי כ"ז שאינו מגרשה לא פקע שאירות. ואטו הבן היורש אם אינו נוהג כיבוד אב אינו יורשו. ושיטת הי"א הם רק לדעת הרמב"ם דירושת הבעל דרבנן אז י"ל דבכה"ג לא תיקנו רבנן. ואמנם כ"ז לענין ירושת נכסים שלה אבל המורה שעות שנתן לה משלו זה לא קנתה האשה כלל דלא נתן לה אלא ע"מ להתקשט כמבואר בסי' צ' שם סט"ו דכלי זהב ובדולח יוכל הבעל למכור דלא קנתה אותם כלל וכמבואר בחו"מ סי' צ"ז סכ"ו דבע"ח גובה מהם ועיין מזה באריכות בס' עט"ח להגאון מלייפניק ז"ל בתשו' ט"ז מחאה"ע דתכשיטין לכ"ע לא הקנה לה הבעל וא"כ פשיטא דצריכין להחזיר לו. אמנם הא מבואר שם בח"מ הנ"ל דזה רק בידוע שנתן לה הבעל אבל בסתמא נאמנת האשה לומר דהיא הכניסה לו משלה בשעת הנשואין. וא"כ הכא אם היורשין שלה מוחזקין י"ל דטוענין בעבורם דהיא הכניסה משלה המורה שעות הנ"ל. אמנם לפימ"ש הפנ"י בכתובות (ר"ט ובדי"ד ע"א) ד"ה הלכך לר"ג דבס"ס ובריש ושמא לכ"ע מוציאין ממון א"כ הכא איכא ס"ס דילמא המורה שעות נתן לה משלו דהא היורשין אינם טוענין ודאי ואף אם הי' שלה דילמא הלכה דהבעל יורשה אף דהוא מורד כשיטת הב"ש והח"מ. אך זה ניחא אם נאמר דטענת היורש מיקרי ספק כדמשמע מדברי המהר"א בן חיים שהביא הקצוה"ח בסי' ע"ה ס"ק ט"ז וכ"מ מדברי האמרי ברוך שם וכ"מ ג"כ מדברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ג דהיכא דאין היורשין יודעין מקרי טענת ספק אף דטוענין ליורש. אבל לפימ"ש הקצוה"ח בסי' ע"ה ס"ק ט"ז דמה דטוענין ליורש מיקרי טענת ודאי ונראה דהוא מחלוקת ישינה וכ"כ ג"כ הקצוה"ח בסוס"י קל"ג שהוא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דבתוס' כתובות (דל"ו ע"א) גבי החרשת וכו' אין להם טענת בתולים משמע דאף דאמרינן פתח פיך וכו' וטוענין בעבורם הוי טענת שמא. ובשטמ"ק שם בשם הריטב"א משמע דהיכא דטוענין בעבורם מקרי טענת ברי כד' הקצוה"ח א"כ ליכא ס"ם וגם איכא כאן ס"ס לטובתם דכיון דלא נתן לה מזונות הי' לה חוב על מזונותי' דאף דמבואר בסי' ע' סוס"ח דהיכא דלא לוותה רק מכרה נכסי' ופרנסה עצמה אין לה עליו

כלום דוודאי מחלה. מ"מ מלבד שאין זה דין ברור כמ"ש הח"מ והב"ש שם. דהר"ן הניח דין זה בצ"ע. מ"מ כאן דהי' לה משלו בידה המורה שעות הנ"ל י"ל דוודאי לא מחלה רק וודאי נתכוונה להחזיק לה עכ"פ המורה שעות בשביל מזונותי'. וא"כ אף דהוי רק ספק דדילמא ספקה במעי' עבור מזונותי'. מ"מ שוב איכא ס"ס להיפך דילמא המורה שעות הכניסה לו משלה ואף אם הוא נתן לה מ"מ טוענין להם עד כדי דמיהם שמגיע לה עבור מזונות. ואף דהש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ג כתב דבמשכון אין טוענין ליורש כמש"ל. מ"מ הא כבר הכריע שם הנתיבות דזה רק אם באים היורשין לתובעו החוב. אבל אם רוצים רק להחזיק המשכון בידם טוענין בשבילם עד כדי דמיהם. ה"נ בנ"ד יכולים עכ"פ להחזיק המורה שעות עבור המזונות. וא"כ מכל הלין טעמי אם אמת היא ששלא כדין לא נתן לה מזונות קשה להוציא מיד היורשין שום דבר מהתכשיטין:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאנוש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן סז

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **אברהם אבוש מרדכי** נ"י אבד"ק **וויברניווקע** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. ומחמת שהייתי עוסק בתשו' אחת נחוצה לא יכולתי לעיין בדבריו עד כה. ועתה הנני להשיבו:

בדבר אחד שנשא אשה ואיזו זמן אחר הנשואין אמר שראה בה שהיא נכפית ר"ל ורוצה לגרשה. והיא מכחשת ואומרת שתואנה הוא מבקש. כמבואר באריכות בלשון השאלה. הנה גם אם הי' הדבר ידוע בבירור שהוא כן. דעת הח"מ בסי' קי"ז סק"כ וכ"א. דאין זה מוכרח בדעת הרא"ש שיכול לגרשה בע"כ. אלא שיכול למנוע ממנה שכ"ו. ובנוב"י מהדו"ת אה"ע תשו' ק"ד מודה לו עכ"פ בזה שאינו יכול לזרוק לה גט בע"כ. אלא שס"ל דכופין אותה לקבל גט עד שתאמר רוצה אני דלא עדיפא איהי מדידי'. עיי"ש. אבל לדבריו העיקר חסר מן הספר דלא הוזכר כלל בדברי תשו' הרא"ש שם הסברא דצריכה שתאמר רוצה אני. וגם לא מסתבר כלל לחלק בכך. דבשלמא הוא שמדאורייתא אינו מוציא אלא לרצונו לכך היכא דראו חכמים שהדין נותן לגרשה מוכרחין לכוף אותו עד שיאמר רוצה אני. דזה מיחשב כרצון. דהוי כתליוה וזבין דמצוה לעשות כדברי חכמים כמ"ש התוס' ב"ב (דמ"ח). אבל היא שרק מתקנת ר"ג אתאינן עלה שתיקן שלא לגרשה בע"כ א"כ היכא דהדין נותן שיגרשה בע"כ למה לנו שתאמר רוצה אני. כיון דבכה"ג לא תיקן ר"ג. א"כ אוקמוה אדאורייתא דיכול ג"כ לזרוק לה גט. ודברי הב"ש מורין יותר כדברי הח"מ. דלא ברירא לי' כולי האי אם בכה"ג לא תיקן ר"ג ולכך קאמר דאף אם ר"ג

השוה מדותיו שלא לגרש בע"כ עכ"פ יוכל למנוע ממנה שכ"ו. וטעם הדבר אף דנראה מדברי הרא"ש דבעלמא היתה תקנת ר"ג שלא יוכל למנוע ג"כ שכ"ו. דלא כהתשו' מזרחי כמ"ש הח"מ בסי' ע"ז סק"ג ובסי' קי"ז ס"ק כ"א. מ"מ בכה"ג ס"ל להרא"ש דעכ"פ בהא שנמצא בה מום כה"ג וודאי דיכול למנוע ממנה שכ"ו. והוא משום דלכאורה קשיא על הא דכתב הרא"ש דלא תיקן ר"ג שתהי' היא עדיפא מדידי'. וכמו דבנולדו בו מומין גדולים כופין אותו להוציא. ה"נ בדידה. עיי"ש. והא התוס' בכתובות (ע"ז ע"א) ד"ה אבל כתבו דמש"ה בנולדו בו מומין כופין אותו להוציא ולא אמרי' דנסתחפה שדה של האשה. כמו דאמרינן בדידה משום דהאשה היא שדהו של הבעל ואין הבעל שדה של האש עיי"ש. משמע דאם הי' שייך לומר נסתחפה שדה של האשה לא הי' כופין אותו להוציא. וא"כ בנולד בה מומין. דהאשה היא שדהו של הבעל ושייך לומר נסתחפה שדהו. א"כ לאחר תקנת ר"ג אמאי כתב הרא"ש שיוכל לגרשה בע"כ. משום דלא עדיפא מדידי'. והא לא עדיפא כלל ממנו. דגם הוא אם הי' שייך לומר דנסתחפה שדה של האשה לא הי' כופין אותו להוציא. אלא משום דאין האיש שדה של האשה. ול"ש לומר נסתחפה שדה דידה. אבל בנולד בה מומין דהאשה היא שדהו של הבעל ושייך לומר נסתחפה שדהו. שפיר תיקן ר"ג שתהי' היא כמותו דבמקום דשייך לומר נסתחפה שדהו לא יוכל לגרשה בע"כ:

ואמנם בשטמ"ק ריש כתובות גבי חלתה היא. כתב דיש לחלק דלא אמרינן נסתחפה שדהו אלא לענין כתובה כיון דכבר נתחייב לה וזכתה כבר בהכתובה. ואם הוא בא ליפטר תולין המקרה במזלו. אבל לענין מזונות שצריך שיתחייב עכשיו תולין המקרה במזלה עיי"ש ריש ע"ב ד"ה מציא. וא"כ ה"ט דתשו' הרא"ש הנ"ל דמתחילה רוצה לומר דר"ג לא תיקן כלל שתהי' היא עדיפא מדידי'. וכיון דבנולדו בו מומין כופין אותו להוציא. גם בנולד בה מומין לא תיקן כלל. דלא תיקן רק שתהי' היא דומיא דידי'. וא"כ אף דבדידה שייך לומר נסתחפה שדהו. מ"מ ר"ג לא רצה לתקן כה"ג שתהי' היא עדיפא מדידי' יהי' מאיזו טעם שיהי'. ואח"כ כתב ואף את"ל שר"ג השווה מדותיו. דהיינו שעשה תקנה שלו דומיא דאורייתא. דכמו שהוא מדאורייתא לא הי' מוציא לרצונו אף בנולדו בו מומין אם הי' שייך לומר נסתחפה שדה דידה. ה"נ היא כיון דשייך לומר נסתחפה שדהו. דהא האשה היא שדהו של הבעל. אין יכולין לכופה שתתגרש. מ"מ יוכל למנוע ממנה שכ"ו. והיינו משום דחיוב מזונות הוא חיוב חדש בכל יום כמ"ש הפנ"י ריש המדיר. ל"ש לומר נסתחפה שדהו. כמ"ש השטמ"ק הנ"ל. דמשום זה אין יכולים לחייבו חיוב חדש בכל יום ליתן שכ"ו. משום דבכה"ג תולין המקרה במזלה כמ"ש השטמ"ק. או משום דהוי כעין

אונסא רחמנא חייבי' ל"א. אבל לענין שלא לגרשה בע"כ. דחל עליו התקנה בתחילת הנשואין ולאחר תקנת ר"ג. אדעתא דהכי נישאת לו שלא יוכל לגרשה עילמית בע"כ. א"כ אם הוא בא ליפטר עצמו מחיובו זה מחמת דנולד בה מום. בזה שוב אמרינן דאינו יכול לפטור דתולין המקרה במזלו דנסתחפה שדהו:

ובזה יהי' נכון ליישב דברי הב"ש שם בסי' קי"ז סקכ"ד. גבי שאר מומין דאין כופין אותה להתגרש מ"מ אם הי' בה המומין קודם הנשואין כופין אותה כמ"ש בתשו' הרא"ש כלל ל"ה עיי"ש. והקשה עליו ההפלאה בקו"א אות י"ח. הא הרא"ש לא איירי שם רק בקידושין. אבל בנשואין דא"א עבב"ז ומוחל התנאי. א"כ י"ל דתו אין יכול לגרשה בע"כ עיי"ש. ולפימ"ש יתיישב שפיר. דלכאורה צריך להבין דברי הרמ"א שם דמחלק בין מומין גדולים לשאר מומין. הא החילוק בין גדולים לקטנים היא רק באיש כדאיתא שם בכתובות (דע"ז) ובשטמ"ק שם משום דאשה לא קפדה אמומין דניחא לה בכ"ד. וא"כ כיון דעיקר טעמו של הרא"ש דלא העדיף ר"ג בתקנתו כחה מכחו. א"כ באשה דבעל קפיד גם אשאר מומין. אמאי אינו יכול לגרש בע"כ גם בשאר מומין. אך לפי הנ"ל ניחא דאדרבה באמת היינו צריכים לומר דנולדו בה מומין אינו יכול לגרש משום דנסתחפה שדהו. משום דהיא שדהו של הבעל. אלא דס"ל כמ"ש הרא"ש בתחילה. דר"ג לא רצה לתקן שתהי' היא עדיפא מדידי' יהי' מאיזו טעם שיהי' אף דבדידה שייך נסתחפה שדהו ובדידי' לא. מ"מ לא רצה להעדיף כחה יותר. וא"כ במומין קטנים דגם בדידי' אין כופין. אף בדידה אין כופין. דאף דהוא קפיד יותר. מ"מ הא אמרינן נסתחפה שדהו. אלא דבעינן שיהיו שוים לגמרי. א"כ עכ"פ בכה"ג דגם בדידי' אין כופין. יהי' מאיזו טעם שיהי'. גם בדידה אין כופין. וא"כ כ"ז בנולדו אחר הנשואין. אבל קודם הנשואין דל"ש לומר נסתחפה שדהו. גם במומין קטנים כופין אותה שתקבל גט. משום דבעל קפיד גם אשאר מומין. ומיושב שפיר קושית ההפלאה הנ"ל. דלכאורה צריך להבין קושית ההפלאה מהא דמחלי' לתנאו משום דא"א עבב"ז. והא שם הדין רק דצריכה גט. אבל כתובה אין לה דלענין ממון בתנאו קאי. עיין רש"י כתובות (ע"ג ע"א) ד"ה אבל. וא"כ ה"נ נימא נהי דאינו רוצה לעשות בב"ז מספק ורוצה שיחולו הקידושין מ"מ. אבל לענין תקנת ר"ג נימא דבתנאו קאי ובאם יתוודע לו שיש בה מום יהי' יכול לגרשה בע"כ:

אך באמת לק"מ דבשלמא לענין ממון י"ל דבתנאו קאי, דכל תנאי שבממון קיים. אבל לענין איסור תקנת ר"ג א"א לומר דמקדש ע"מ שלא יחול עליו תקנת ר"ג. דזה אין בידו לעשות והוי מתנה עמ"ש בתורה, ואמנם לפי ס' הרא"ש הנ"ל. דלא העדיף ר"ג בתקנתו אותה מאותו. א"כ מן הדין הי' צריך להיות דכמו אם נולדו בו מומין גדולים כופין אותו

להוציא. משום דעל מומין גדולים קפדה גם היא. א"כ ה"נ אם נולדו בה מומין. אף שאר מומין. יהי' יכול לכופה להתגרש דהא הבעל קפיד גם אשאר מומין. אלא שכבר כתבתי טעם הרמ"א משום דבלא"ה צ"ל נסתחפה שדהו כמש"ל. וא"כ כאן דהי' בה המומין קודם הנשואין דל"ש נסתחפה שדהו. לא חל כלל תקנת ר"ג. דלא התקין ר"ג שתהי' עדיפא מדידי' כמש"ל. ודו"ק היטב בכ"ז כי הוא כפתור ופרח בעזה"י. ובדברי הב"ש דס"ל דאם היו המומין קודם נשואין גם בשאר מומין כופין אותה להתגרש. דבכה"ג אין כלל תקנת ר"ג:

והנה יצא לנו מזה דאם היינו יודעים בוודאי שהאמת כדבריו שאומר שראה בעצמה שנכפית ר"ל. אז לדעת הב"ש מותר לגרשה בע"כ. ולדעת הח"מ יכול רק למנוע ממנה שכ"ו. וכאן שי"ל שספק דילמא הי' עוד החולאת קודם הנשואין. י"ל דגם הח"מ מודה. חדא דהא אחד מטעמו של הח"מ הוא דאין זה ברור דנכפה הוי מום באיש. ובכה"ג שהי' קודם הנשואין גם מום דלא הוי רק באשה כופין להוציא כמש"ל. ונכפה לכ"ע הוי מום באשה כמ"ש הב"ש סי' קנ"ד סק"ט. ועוד דהא טעם השני של הח"מ הוא משום דהרא"ש גופי' לא ברירא לי' אם כופין להתגרש. וכבר כתבתי לעיל הטעם דלענין חיוב שכבר נתחייב בשעת נשואין שלא לגרשה בע"כ לא יוכל לפטור עצמו כשנולדו בה מומין משום דתולין המקרה במזלו ואמרי' נסתחפה שדהו כמ"ש השטמ"ק הנ"ל. וא"כ כאן שיש ספק דילמא הי' עוד קודם נשואין דל"ש נסתחפה שדהו. לא חל עליו תקנת ר"ג. וא"כ אף דהוי רק ספק מ"מ תקנת ר"ג הוא לקולא כמ"ש הב"ש בסי' א'. עיין בחת"ס סי' ג' באה"ע:

אולם באמת אין זה ספק השקול דהא הספק נולד ברשות הבעל ואמרינן כנכ"ה. כדאיתא בש"ס כתובות (ע"ה). ובש"ע אה"ע סי' קי"ז ס"ח. ואף דבמום שי"ל שנולד מבטן ס"ל להפנ"י שם (בדע"ו ע"א) ד"ה ואמאי דל"א כנכ"ה. היינו דכיון דליכא רק חזקה מכח רובא ולא עדיף מרוב גמור דל"מ לענין ממון. אבל כאן לענין איסור תקנת ר"ג שפיר מהני חזקה מכח רובא לומר דהשתא הוא דנולד בה המום. ועיין בקו"א להפלאה כאן ס"ז ובב"מ כאן ס"א עיי"ש. באופן שגם אם היינו מאמינים להבעל שראה אותה נכפית ר"ל. לא הי' הדבר ברור אם מותר לגרשה בע"כ. אבל באמת לא מפיו אנו חיין ומאיזו טעם יהי' נאמן לומר כן היכא דהיא מוכחישתו. והא גם בטוען פ"פ מצאתי דטוען על מום ברור שהיתה בעולה אינו נאמן מעיקר הדין לענין הכתובה רק משום דכתובה היא דרבנן והם האמינוהו משום דא"א טורח בסעודה ומפסידה. וזה שייך רק בבעילה ראשונה דלא הי' פנאי עדיין שיתחרט על הנשואין ויתן עיניו באחרת. וכמ"ש בשטמ"ק בכתובות (ר"י

ע"א) ד"ה וחכמים בשם הרא"ה וז"ל שם והכי מוכח טעמא דלא הימנוהו אלא לפי שא"א טורח בסעודה ומפסידה. וכיון דכן לאלתר הוא דאיכא למימר ה"ט. אבל בתר הכי לא דאמלוכי הוא דאימלך. ושמא עיניו נתן לגרשה ורוצה לפוטרה בלא כלום. וכל היכא דטען לאלתר שבעל אפילו אם לא בעל אלא לאחר כמה ימים אכתי איתא לה"ט וכו'. עכ"ד עיי"ש. הרי דלא מהימן אלא בבעילה ראשונה דאז עדיין לא אמרי' דנמלך ושייך לומר א"א ט"ב ומפסידה. אבל היכא שטען אחר זמן על מום אחר דשייך נמלך אינו נאמן כלל. ומזה אני תמה מאד על הישועות יעקב סי' ס"ח סק"ו שהקשה על הא דסתמו בעלי הש"ע דנאמן גם בזה"ז לומר פ"פ מצאתי. והא בסי' קע"ח כתב הרמ"א דבזה"ז דאיכא חדר"ג והוא משועבד לה שאינו נאמן לומר שזינתה. וא"כ אמאי לא הגיה גם כאן הרמ"א דבזה"ז אינו נאמן לומר פ"פ מצאתי כיון דמשועבד לה מחמת חדר"ג. וכתב שמי שיתרץ דברי הרמ"א שכר הרבה יטול מן השמים. ואנכי לא אדע מאי קשיא לי' כלל. הא שם בסי' קע"ח עיקר הטעם דלאחר חדר"ג לא עדיף הוא ממנה דאינה נאמנת לומר טא"ל ובש"ס מבואר עיקר הטעם דאינה נאמנת לומר טא"ל למשנה אחרונה משום דענ"ב. וא"כ כאן בפ"פ שכתב הרא"ה דבבעילה ראשונה ל"ח עדיין לנמלך ושעינו נתן לגרשה. מש"ה נאמן גם בזה"ז. אבל בסי' קע"ח דאומר לאח"ז שראה שזינתה חיישינן דענ"ב ומש"ה אינו נאמן. ודברי הישועות יעקב יש להם מקום רק לדברי האחרים שמביא הר"ן שם במשנה דנדרים דטא"ל. דס"ל דמדינא גם למשנה הראשונה לא היתה נאמנת גם בלאו טעמא דענ"ב. דכל היכא דמשעבדא לי' אינה נאמנת להפקיע עצמה ממנו גם ע"י שאחד"א. אלא דבמשנה הראשונה האמינוה מדרבנן דאי לאו דקושטא קאמרה לא היתה מזלזלת עצמה לומר טא"ל. ובמשנה האחרונה חשו דילמא ענ"ב. וא"כ בדידי' דאומר שהיא זינתה דלא מזלזל עצמו כלל אינו נאמן כלל גם בלאו ה"ט דענ"ב. אלא דכיון דמשועבד לה ע"י חדר"ג. לא מצי לאסרה על נפשו. אך לפי"ז אין קושיתו על הרמ"א קושיא. דהא הרמ"א כתב להדיא בסי' קע"ח הנ"ל הטעם דמש"ה לא מהימן משום דחיישינן דילמא ענ"ב. וזה ל"ש כאן בסי' ס"ח בבעילה הראשונה לדברי הרא"ה הנ"ל. וגם דברי האחרים עצמם אינם מוסכמים והתוס' חולקים עליהם כמו שהאריך בזה בשער המלך פ"ט מה' אישות הט"ו עיי"ש. וגם האחרים עצמם י"ל דמודו כאן בבעל. דבאמת דבריהם אינם מובנים כלל דהא מבואר בר"ן נדרים (דט"ז ע"א) דאף דאם אומר הנאת תשמישי עליך לא מתסרא משום דמשועבד לה מ"מ אם אומר הנאת תשמישך עלי אסור דאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו. א"כ ה"נ כיון דשוי' אנפשי' חד"א. הוי כאומר הנאת תשמישך עלי דאין מאכילין דבר האסור לו אך צ"ל דס"ל כס' היש"ש בפ"ב דיבמות דין י"ח שכתב

וז"ל שהאשה אינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה שהתורה לא אסרה אותה על בעלה היכא שלא ירע שנטמאה ואפילו את"ל שהאמת אתה שזינתה התירה התורה לו והיא משועבדת לו וקרקע עולם לפניו עכת"ד עיי"ש. הובא בברוך טעם בסוגיא דטא"ל. וא"כ כ"ז באשה אבל היכא דהבעל שאחד"א ואומר שראה שזינתה אף דמשועבד לה מ"מ יכול לאסור תשמישה עליו ואין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו. דכיון דהוא ידע שנטמאה אסורה לו מה"ת. ובע"כ הטעם דמשום דחשש דענ"ב הפקיעו חכמים הקידושין כמ"ש הר"ן ותוס' בסוף נדרים הנ"ל. וא"כ זה רק היכא דשייך ענ"ב אבל בבעילה ראשונה דל"ש ענ"ב כמ"ש הרא"ה הנ"ל שפיר מהימן. ול"ק קושית הישויע"ק. וא"כ בנ"ד דאמר לאח"ז דמצא בה מום שפיר י"ל דעיניו נתן לגרשה ומה"ת יהי' נאמן:

איברא די"ל עפי"מ שהקשו הרמב"ן והרא"ה הובא בשטמ"ק הנ"ל דאמאי הוצרכו לומר בפ"פ דנאמן משום דא"א ט"ב ומפסידה. והא בלא"ה כיון דהוא מוחזק והיא באה להוציא ממנו הכתובה. אמאי לא יהי' מהימן בטענת ברי שלו לפטור עצמו והא הממע"ה. ואמאי ל"א לה קיים תנאיך ושטריך וחות לדינא. ותירצו דמן הדין היא מהימנא משום דיש לה חזקת הגוף וגם רוב נשים בתולות נישאת עיי"ש וא"כ כ"ז לענין פ"פ דיש לה חזקת הגוף בהדי הרוב דהא וודאי נולדה בתולה ורוב וחזקה מהני גם להוציא ממון. אבל כאן באומר שנמצא בה מום דנכפה. שי"ל דמום זה נולד עמה מבטן וליכא חזקת הגוף. רק רוב לחוד. שפיר י"ל דעכ"פ יוכל למנוע ממנה שכ"ו דכיון דהוא מוחזק ל"מ רובא להוציא מיד המוחזק. כמו דאין הולכין בממון אחה"ר מה"ט כמ"ש התוס' ר"פ המניח:

ואמנם מלבד די"ל דזה אינו שייך רק לענין שאר וכסות דזה הוי דבר שבממון. ובממון ילפינן בב"ק (דס"ב) מקרא דהמע"ה. וגילה קרא להדיא דספק ממונא לקולא. ולכך גם רוב לא מהני. כמ"ש האחרונים דכיון דבעינן ראי' ורוב לאו ראי' היא דרוב ג"כ מטעם ספק כמ"ש השטמ"ק בב"מ. אבל לענין עונה דלא הוי דבר שבממון ולא גילה בזה קרא כלל. י"ל דהוה ככל מצוות שבתורה או ככל חיובים שבתורה כמו מלקות וקרבן. דספיקו לחומרא ואזלינן בתר רובא. אמנם גם בלא"ה הרבה תירוצים נאמרו על קושית הרמב"ן והרא"ה הנ"ל. הר"ן תירץ שם דאי לאו חזקה דאאט"ב הוי האשה מהימנא כדקאמר הש"ס דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם. כ"א יאמר פ"פ מצאתי. כיון דא"א לברר הדבר. וא"כ ה"נ אם כל בעל יהי' נאמן לומר מום שבסתר מצאתי. מה הועיל ר"ג בתקנתו שתיקן שלא לגרש בע"כ. ושיהי' מחויב ליתן לה שכ"ו. הא יוכל לטעון מום שבסתר מצאתי. ובזה יתיישב ג"כ מה שיש להעיר לפי שיטת הרמב"ם והרשב"א שהובא בסי' ע"ז דטוענת מאיס עלי כופין את בעלה לגרשה. וא"כ לפימ"ש בתשו' הרא"ש הנ"ל. דלא

העדיף ר"ג בתקנתו כחה מכחו. א"כ גם אם הוא טוען מאוסה עלי יהי' הדין דיוכל לכופה להתגרש. א"כ נהי דשם פליגי כל הפוסקים על הרשב"ם והרמב"ם וקיי"ל כוותייהו. משום דחיישינן שלא יהי' גט מעושה שלא כדין שהיא מדאורייתא באיסור א"א מ"מ בתקנת ר"ג דהוא רק מדרבנן ואזלינן בספיקו לקולא כמ"ש הב"ש בסי' א' הנ"ל. א"כ נסמוך על הרמב"ם והרשב"ם דאם טוען מאוסה עלי יהי' מותר לגרשה בע"כ. אך לפי הנ"ל ניחא דהנה התוס' בכתובות (דס"ג ע"ב) ד"ה אבל אחר שהביאו דברי הי"מ דבטענת מאיס עלי כופין אותו להוציא רצו להקשות ע"ז מהא דאמרי' בגיטין פ"ח דגט מעושה ע"י עוב"כ פסול שלא תהא אשה תולה עצמה ביד עו"כ ותפקיע עצמה מבעלה. ואם איתא דבטענת מאיס עלי כופין אותו להוציא מה הועילו חכמים בתקנתם הא יכולה להפקיע עצמה מבעלה בטענת מאיס עלי. וקשה לכאורה למה הוצרכו להביא הא דגיטין. למה לא הקשו על גוף דבריהם דס"ל דבטענת מאיס עלי כופין אותו להוציא מה הועילה תורה במה שאמרה דהאיש אינו מוציא אלא לרצונו הא יכולה להפקיע א"ע ממנו בטענת מאיס עלי. אלא ע"כ דעל דבר שהוא מן התורה אין אנו צריכים חיזוק. ואין לנו להקשות מה הועילה תורה בתקנתה. דאנחנו לא נוכל לירד לסוף דעתה של תורה. אבל תקנה שתיקנו חכמים. אין לנו לומר שיעשו חכמים תקנה שלא תתקיים כלל ולא יועילו בתקנתן כלום ולכך הקשו רק על הא דגיטין שתקנו חכמים שגט מעושה ביד עכו"ם יהי' פסול מה הועילו בתקנתן אבל לא על גוף ד"ת דהאיש אינו מוציא אלא לרצונו. וא"כ מה"ט ניחא אף לדברי הרמב"ם והרשב"א דאשה שטוענת מאיס עלי כופין אותו להוציא. מ"מ אם הוא טוען מאוסה עלי אינו יכול לגרשה בע"כ אחר תקנת ר"ג. דאל"כ מה הועיל ר"ג בתקנתו. הא בכ"ע יכול לטעון מאוסה עלי כמו שהקשו התוס' הנ"ל אבל הוא שמדאורייתא אינו מוציא אלא לרצונו לא קשה מה הועילה תורה בתקנתה דעל ד"ת אין שייך לומר כן כמש"ל. וא"כ ה"נ בנ"ד אם נאמר דהבעל נאמן לומר מום שבסתר מצאתי לא הועיל ר"ג. בתקנתו כלום במה שתיקן בין לענין גירושין בין לענין שכ"ו:

איברא דלכאורה יש לפרש דברי התוס' הנ"ל באופן אחר והוא עפי"ד הטו"ז או"ח סי' תקכ"ד שכתב לתרץ הקושיא על הא דאמרי' התם דאף דאין מפרישין תרו"מ ביו"ט ואין מקדישין וכו' מ"מ כולם אם עשאן בין שוגג או מזיד מה שעשה עשוי מ"ש מהא דאמרינן בכתובות (פ"א ע"ב) בנכסים מועטים כיון דאמרו רבנן לא תזבין אי זבין לאו זבינא. ותירץ הט"ז דהתם הטעם משום דאם נאמר דבדיעבד הוי זבינא. לא הועילו חכמים בתקנתם דכ"א ילך ויזבין כיון דלאו איסורא הוא אלא ממונא אבל שם בשבת ויו"ט דאיכא איסורא אף אם נאמר דבדיעבד מהני שפיר הועילו חכמים בתקנתם דכיון דאסרו

חכמים לכתחילה אין אדם חשוד שיעשה איסור לכתחילה עכת"ד עיי"ש. וא"כ מש"ה לא הקשו התוס' על גוף הדבר דאם נאמנת בטענת מאיס עלי מה הועילה תורה במה שאמרה דאין האיש מוציא אלא לרצונו ז"א דכיון דאם אומרת שקר הוי גט מעושה שלא כדין דהגט בטל מדאורייתא ואיכא איסור א"א מדאורייתא לא חיישינן דילמא תעשה איסור ומש"ה הקשו רק על הא דתיקנו חכמים דגט מעושה ביד עכו"ם פסול שלא תהא כל אשה הולכת ותולה עצמה ביד עכו"ם ומפקעת עצמה מבעלה. הרי דחיישת דילמא תעשה איסור ותתלה עצמה ביד עכו"ם שיהי' ג"כ גט מעושה שלא כדין ויש איסור א"א א"כ שפיר הקשו דמה הועילו חכמים בתקנתם הא אכתי תוכל להפקיע עצמה מבעלה ע"י שתטעון מאיס עלי וא"כ לפי פירוש זה בדברי התוס' יש לנו לומר דבתקנת ר"ג שפיר נאמן לומר דמצא בה מום בסתר ול"ש לומר מה הועילו חכמים בתקנתם דז"א דכיון דאיכא איסור חרם בדבר לא חיישינן שיעבור על איסור חרם לכתחילה כמ"ש הט"ז הנ"ל. אבל באמת ז"א דא"כ גם בכתובה הנ"ל אמאי קאמר הש"ס והחזיק הר"ן בתירוץ זה גם להלכה דמש"ה אי לאו דאאט"ב ומפסידה לא הי' נאמן דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן הא וודאי אף אם נאמר דנאמן משום דהממע"ה מ"מ וודאי צריך לישבע עכ"פ שבועת היסת דהא היא טוענת ברי וא"כ האיך חיישינן דיעשה איסור ויעבור על שבועת שקר. אלא על כרחך כיון דתקנו חכמים כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה צריכין שלא יוכל להפקיע עצמו מהכתובה בשום אופן אף אם ירצה לעשות איסור דחיישינן דמשום שיתן עיניו לגרשה לא ישגיח על שום דבר. ה"נ כיון דתיקן ר"ג שלא יוכל להוציאה בע"כ צריכין שלא יוכל להפקיע עצמו בשום אופן אף אם ירצה לעשות איסור ולטעון שקר דמצא בה מום. באופן שלפי שיטת הר"ן הנ"ל גם בתקנת ר"ג אינו נאמן לומר מום מצאתי בה לפטור עצמו משכ"ו. וגם לפי"מ שתירצו שם הפנ"י וההפלאה קושית הרמב"ן והרא"ה הנ"ל דמש"ה אי לאו דאאט"ב ומפסידה לא הי' נאמן דמשום חזקה דאין אשה מעיזה פני' בפני בעלה היא נאמנת יותר ממנו א"כ הכא ג"כ נאמנת היא יותר ממנו לומר שאין בה מום:

ואמנם להוציא ממון מהבעל קשה לדון כן כיון דבלא"ה איכא דעת הרא"מ והב"ח דגם לאחר תקנת ר"ג אין כופין אותו על מזונות וגם לדעת הרמב"ן והרא"ה הנ"ל שכל עיקר נאמנות האשה הוא רק מחמת חזקת הגוף כבר כתבתי דבכה"ג די"ל דהמום נולד עמה מבטן ליכא חזקת הגוף רק חזקה דאתיא מכח רובא וזה ל"מ לענין ממון כמ"ש הפנ"י הנ"ל וגם כמו שהביא כת"ה בשם הישויע"ק דבכה"ג דאיכא קצת רגל"ד ע"י עדות העמפ"ע אין יכולים לכופו על מזונות וכיון דהבעל הוא מוחזק קשה להוציא ממנו אבל

עכ"פ כיון דהיא מכחישתו בברי צריך לישבע ע"ז שכדבריו כן הוא שראה אותה נכפית ר"ל. והעד לא יוכל לפוטרו משבועה כיון דהוי רק עמפ"ע דל"מ בממון וגם מפ בתולה דפסולה לעדות ואחר כ"ז יופטר רק מחיובי ממון אבל להפקיע ממנו תקנת ר"ג לגרשה בע"כ או לישא אחרת לזה לא יועיל לו מאומה דלענין איסור סגי ברוב ג"כ וכיון דרוב אנשים אין להם חולאת הזה ח"ו וודאי דאינו נאמן להפקיע ממנו איסור תקנת ר"ג. ואף לדעת הב"ח בסי' ע"ז שהביא גם כת"ה דמאיס עלי ע"י מום הוי טענה מבוררת אף שאינה מבוררת ע"י עדות מ"מ הא הח"מ כתב שם בשם הב"ח גופי' דמפרש דברי התוס' דצריך רגל"ד הוא לדעת הי"מ דכופין אותו להוציא. וא"כ ל"מ לפימש"ל דלענין מאיס עלי עדיפא היא מדידי' דהיא דאתיא מכח תקנת ר"ג אמרינן דבע"כ אינו נאמן לומר מום שבסתר מצאתי דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כ"א יאמר כן אבל הוא דאתי מכח דאורייתא דאין האיש מוציא אלא לרצונו ל"א מה הועילה תורה בתקנתה דד"ת א"צ חיזוק כמש"ל. אלא אף אם באנו להשוות היא לדידי' מ"מ כיון דלענין לכוף אותו לגרש גם הב"ח מודה דאינה נאמנת רק בטענה מבוררת עפ"י ב"ד ה"נ הוא אינו נאמן להפקיע עצמו מתקנת ר"ג רק בטענה מבוררת עפ"י ב"ד ולא שיהא נאמן לומר מום שבסתר מצאתי. ובפרט דבלא"ה דחה הח"מ לגמרי דברי הב"ח הנ"ל וס"ל דגם לענין ממון צריך טענה מבוררת עפ"י ב"ד דווקא ובאמת אף אם נאמר דגם לדעת הרמב"ם והרשב"ם דמאיס עלי כופין אותו להוציא ונאמר ג"כ דנאמנת לומר מאיס עלי גם באומרת מום שבסתר מצאתי מ"מ י"ל דהיינו דווקא היא נאמנת משום דאם אומרת שקר היא באיסור א"א כל ימי' דנמצא שכפו אותו שלא כדין והוי גט מעושה שלא כדין דהגט בטל וכמ"ש בתשו' הרא"ש הובא בברוך טעם באריכות בסוגיא דטא"ל. אבל הוא דאם נוציאה עפ"י טענתו אף אם שקר הוא ועבר על תקנת ר"ג מ"מ הגט כשר בדיעבד לדעת הרבה אחרונים א"כ ליכא טעמא הנ"ל. ובוודאי אינו נאמן. ולכן הוא ברור שאינו יכול להפקיע ממנו איסור תקנת ר"ג ולענין ממון ישבע על טענתו כמש"ל:

והנה אחר כתבי כ"ז ראיתי בנוב"י מהדו"ת אה"ע סי' ח' סוף התשובה שרוצה לומר דבחדר"ג כיון שהוא דרבנן הבעל עצמו נאמן לומר שמתה אשתו ול"ח שמא ענ"ב ומביא ראי' מדברי הב"ש סי' י"ג לענין איסור מינקת חבירו דנאמן לומר ממנו נתעברה עיי"ש וגם חולק שם ובתשובות הקודמות על הב"ש בסי' קע"ח דר"ל דע"א אינו נאמן בחדר"ג כיון דאיתחזיק איסורא. דכיון דהוי רק איסור דרבנן נאמן גם באיתחזיק איסורא. ועיין בפ"ת סי' א' שהביא ג"כ הרבה החולקים על הב"ש ולפי"ד הי' מקום לומר דגם כאן שיש עמפ"ע וגם הבעל עצמו אומר ברי שיהיו נאמנים. אלא דלפי"ז תקשי על הרמ"א

בסי' קע"ד שכתב דלאחר תקנת ר"ג אין הבעל נאמן לומר שמאמין לדברי העד שאומר שראה שזינתה ולדעת הרבה אחרונים גם אם הבעל עצמו אומר שראה שזינתה אינו נאמן. ולדברי הנוב"י הנ"ל אמאי אינו נאמן להתיר מעליו חדר"ג דלפי דבריו שזינתה אין כאן חדר"ג ואמאי אינו נאמן. אבל באמת לק"מ דהנוב"י לא קאמר רק אם אומר שמתה אשתו ואין כאן מי שיכחישנו אבל אם אומר שזינתה והיא מכחישתו בברי לא מיבעיא ע"א דאינו נאמן דהוי ע"א בהכחשה אלא אף הוא עצמו שאומר שראה שזינתה ואיכא עוד אחד שאומר כדבריו שלכאורה הי' צריך להיות הדין שיהי' נאמן אף דהיא מכחישתו דהא בפסולים הלך אחר רוב דעות מ"מ נ"ל דבהכחשת בע"ד גם שני פסולים אינם נאמנים דהא מבואר בתשו' הרשב"א סי תקמ"ד הובא ברמ"א סי' קכ"ז סוף ס"א דשני אחים כע"א דמי לענין איסור. וברשב"א עצמו מבואר שם דבין לענין הכחשה בין לענין העדאה כע"א דמי. א"כ נגד הבעלים גם שני עדים פסולים אין נאמנים. ואין לומר דאדרבא הבעל נאמן על עצמו לומר שאין כאן איסור כלל ואף נגד חזקה צריך להיות נאמן באומר ברי לי כמ"ש המהרש"א ביבמות (דפ"ח) עיי"ש דכ"ז אינו כלל דכיון דהוא משועבד לה מחמת תקנת ר"ג אינו נאמן להפסיד זכותה הוי כמו לענין ממון דע"א אינו נאמן וכ"מ מלשון המצאתי כתוב שהביא הב"י בסי' קכ"ז דע"א שאמר נתנסך יינך והוא מכחישו דאינו נאמן משום דמפסידו ממון ועד כאן לא קאמר המהרש"א דמהני ברי לי נגד חזקה משום שאינו משועבד לשום אדם ואינו מפסיד רק לבעל האשה דאם יבוא אח"כ תצא ממנו והוא אינו כאן שיכחישו אבל באומר על אשתו שזינתה לאחר תקנת ר"ג דמשועבד לה ורוצה להפסיד זכותה והיא מכחישתו אינו נאמן ואף אם יש עוד אחד פסול עמו אינו נאמן דשני פסולים כחד דמי וא"כ ה"נ בנ"ד אינו נאמן לומר שיש בה מום:

איברא דלפמש"ל דכאן דטוען על מום שאפשר שנולד עמה מבטן דליכא חזקת הגוף רק חזקה דאתיא מכח רובא לא מהני לענין ממון כמ"ש הפנ"י הנ"ל וא"כ לכאורה הכא מהימן ג"כ דממ"נ אם נאמר כסברא הנ"ל דהיכא דהבע"ד מכחיש ויש לו הפסד ממון אינו נאמן ע"א להפסידו הכא אף לענין ממון ממש נאמן הבעל דכיון דהוא מוחזק בעצמו וטוען ברי דאינו משועבד לה אין יכולים לחייבו מכח רובא כמו דאין הולכין בממון אחה"ר ואם נאמר דנדון ע"ז מכח איסור גרידא הרי כבר ידוע דברי הפנ"י בקו"א דע"א נאמן נגד רוב אף למ"ד דנגד חזקה אינו נאמן וא"כ מכ"ש מי שטוען ברי לי דנאמן נגד החזקה כמ"ש המהרש"א הנ"ל מכ"ש דנאמן נגד הרוב וא"כ נהי דהבעל בעצמו לא הי' נאמן מטעם אחר שכתבתי לעיל דא"כ מה הועיל ר"ג בתקנתו מ"מ אי איכא עד אחד עמו כמו בנ"ד דל"ש מה הועיל וכו' דהא הועיל שפיר היכא דליכא ע"א עמו דאם הוא חשוד

כל ישראל מי הוחשדו וא"כ הי' סברא לומר דמהימן. אבל באמת ז"א דהחת"ס אה"ע בתשו' ה' בסוף התשובה והש"ש ש"ו פ"ז בחדא שיטתא קיימי דלענין זה רובא דליתא קמן עדיף מרובא דאיתא קמן ול"מ ברי או ע"א נגד רובא דליתא קמן אף לס' הפנ"י הנ"ל עיי"ש שביארו כ"א טעם הדבר בטוטו"ד. וכתב שם הש"ש דאף למאן דס"ל דע"א נאמן גם נגד החזקה כמ"ש הש"ך בסי' קכ"ז מ"מ נגד רובא דליתא קמן י"ל דאינו נאמן דרובא עדיף מחזקה ואמנם אף לד' הנוב"י סי' ס"ז שהביא החת"ס הנ"ל שס"ל דברי מהני נגד רובא דליתא קמן מ"מ י"ל דכאן מודה דהנה לענין הכתובה כיון דאין הבעל יוכל לטעון ברי שהי' עוד קודם הנשואין וודאי אמרינן דכנכ"ה כיון דברשותו נולד הספק ונסתחפה שדהו. ואף שכתבתי לעיל דלהפנ"י ל"א בהא כנכ"ה דלא הוי רק חזקה מכח רובא ול"מ לענין ממון מ"מ זה רק בטוען הבעל ברי אבל בטוען שמא לכ"ע חייב כמ"ש ההפלאה בקו"א לכתובות על ש"ע סי' קי"ז סקי"א וגם הרי ידוע דברי הפנ"י דברי ושמא ורוב מהני גם לענין ממון וא"כ גם העד מפ"ע ל"מ דכיון דלענין ממון עד פסול כמאן דליתא וא"כ כיון שהחזקנו הרוב דרוב נשים אין להם חולאת הזאת ח"ו לענין הכתובה שפיר י"ל דמהני ג"כ לענין האיסור דלא יהי' נאמן נגד הרוב כמ"ש התוס' בכורות (די"ט), ד"ה ור"י דתימא לומר תרתי דסתרי בגוף אחד דלענין איסור יועיל הרוב ולענין ממון לא עיי"ש ברי"ט אלגאזי פ"ג דבכורות אות כ"ה באריכות וה"נ להיפך כיון דמועיל הרוב לענין הכתובה א"א לומר דלא יועיל לענין האיסור. ועיין ישויע"ק אה"ע סי' קע"ח כעין. זה ואתי עלה מטעם דברי הרדב"ז לענין בהמ"ז. ואמנם כיון דלע"ע אין נ"מ בזה דהא עכ"פ כתבתי לעיל דצריך הבעל לישבע לענין המזונות ובוודאי לא שכיחי בזה"ז שיניחו אותו לישבע ובוודאי יבוא לידי פשר. אבל אם יתעקש וישבע דווקא אז עדיין יהי' צריך לעיין בזה אולי יהי' נאמן להפקיע ממנו תקנת ר"ג שאין עדיין הדבר אצלי בהחלט וצ"ע בזה:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**,

סימן סח

שלום אשיב לכבוד ח"א הרב הה"ג החו"ב בנש"ק מו"ה **אלכסנדר ליפא** נ"י אבד"ק **סטריסיב**.

ע"ד השאלה בעתים חלים עתים שוטה שבעלה רוצה לגרשה והיא מתרצית ג"כ לגירושין אם מותר לגרשה בעת חלימותה שהרמ"א בסי' קי"ט ס"ו פסק דאינה מתגרשת אלא שהדבר תמוה למה השמיטו הרמב"ם והטור והמחבר דין זה לגמרי ודין זה הוא נובע מהירושלמי ר"פ חרש הובא בתוס' ובראש"ש שם (בדקי"ג ע"ב) ובד"מ בסי' הנ"ל סק"ד כתב דמהתוס' והרא"ש הנ"ל משמע דעתים חלים וע"ש יכול לגרשה ובבית מאיר תמה

עליו דמתוס' ורא"ש לא משמע מידי עיי"ש. ואולי י"ל שכוונת הד"מ על מה שהביאו התוס' והרא"ש דברי ר"ת דעשה הלכה למעשה לגרש קטנה שיש לה אב ובקרבן נתנאל שם סק"ו כתב דמסתימת דבריהם משמע דאף שוטה יכול לגרש כשיש לה אב דהאב משמרה מהפקר ובע"כ דס"ל דאף דבירושלמי קאמר דלטעם גרירה גם ביש לה אב אסור מ"מ כיון דבירושלמי הוא פלוגתא וא"כ כיון דגרירה הוא רק חששא דרבנן ובדרבנן אזלינן בתר המקיל דל"ח כלל לגרירה. ואף דבשוטה גמורה כל ימי' קיי"ל דאינה מתגרשת אף אם יכולה לשמור גיטה אלא דאינה יכולה לשמור עצמה מטעם גרירה היינו כיון דבש"ס דילן ליכא פלוגתא כלל והובא מימרא דר' יצחק בסתמא דאינה מתגרשת משום גרירה וקיי"ל כש"ס דילן. אבל יש לה אב וע"ח ע"ש דלא מוזכר כלל בש"ס דילן רק בירושלמי ובירושלמי גופא איכא פלוגתא בגוף הדבר אם חיישינן לגרירה א"כ בדרבנן אזלינן לקולא א"כ ממ"נ אם נרצה להחמיר כהירושלמי הרי אליבא דהירושלמי גופא להלכה קיי"ל כדברי המקיל. ויש להסביר הדבר עוד יותר עפי"ד הב"ח דס"ל דאף למאן דס"ל דשוטה אף בדיעבד אינה מגורשת מ"מ בע"ח וע"ש לכ"ע מגורשת בדיעבד והשואל בנוב"י מהדו"ק סי' פ"ג תמה עליו מדברי המהרי"ו:

ובאמת י"ל דהב"ח ס"ל דמוכרח לומר כן דהא לכאורה קשה דמש"ס דילן מוכח דלא ס"ל כהירושלמי דע"ח וע"ש אינה מתגרשת דאל"כ קשה מאי פריך הש"ס על ר"י דס"ל דמה"ת מגורשת רק משום שלא ינהגו בה הפקר אינה מגורשת ה"ד אי דאינה יכולה לשמור גיטה אמאי מגורשת ד"ת והאמרי דבי ר' ינאי ונתן בידה מי שיש לה יד וכו' ואי דיכולה לשמור גיטה ועצמה מי נהגי בה הפקר וכו' אמאי לא מתרץ בפשיטות דאיירי בע"ח וע"ש ונתן לה גט בשעת חלימותה דאז יכולה לשמור גיטה ואפ"ה משום מנהג הפקר חיישינן שלא ינהגו בה הפקר בעת שטותה כדקאמר הירושלמי וכן התוס' שם הקשו הא יכול לאוקמי ביש לה אב ותירוצם דחוק מאד עיי"ש. אך אם נאמר דבהני תרי חומרי דמוזכר בירושלמי יש לה אב וע"ח וע"ש כ"ע מודו דבדיעבד מגורשת. לק"מ דהא הגירסא בש"ס דילן ומ"ט אמרו אינה מגורשת דמשמע דאף בדיעבד אינה מגורשת כמ"ש הנוב"י בסוף תשו' הנ"ל א"כ אינו יכול הש"ס לאוקמי מילתא דר' יצחק ביש לה אב ובע"ח וע"ש דבהני תרי מגורשת בדיעבד והוכרח לתרץ באינה יכולה לשמור עצמה כל ימי' דאז אף בדיעבד אינה מגורשת וא"כ להכי שפיר כתב הד"מ דמתוס' ורא"ש מוכח דע"ח וע"ש יכול לגרשה דכיון דס"ל דביש לה אב קיי"ל כדברי המקיל בירושלמי דל"ת גרירה ה"נ בע"ח וע"ש דהני תרי חומרי מיתניי' בירושלמי וליתנייהו בש"ס דילן וכיון דבירושלמי איכא פלוגתא אזלינן לקולא בתרוויי' ומה"ט ניחא נמי הא דהשמיטו

הרמב"ם והטוש"ע דין זה דס"ל ג"כ דבהא הלכה כדברי המקיל בירושלמי ובפרט לפי"מ שהביאו האחרונים דברי הפ"ת דס"ל דכל דבר שהוא רק לכתחילה אסור ובדיעבד מותר אזלינן בספיקו לקולא ה"נ כיון דלדעת הירושלמי לפי גירסת התוס' בדיעבד מגורשת לטעם דגרירה א"כ כיון דאיכא פלוגתא בהא אזלינן בספיקו להקל דהא לא איפסקא בירושלמי הלכתא כמאן ובש"ס דילן דקיי"ל דחיישינן לגרירה היינו בשוטה גמורה דבהא אף בדיעבד אסור ולא בע"ח וע"ש או יש לה אב:

וי"ל עוד טעם להרמב"ם והטוש"ע שהשמיטו ד"ז. דוודאי פשיטא דבע"ח וע"ש לא שייך כ"כ טעם דגרירה. דכמ"ש המהר"ם מלובלין ע"ד התוס' הנ"ל דבקטנה שיש לה אב מה"ט ל"ש מנהג הפקר משום דתינשא לאיש אחר אבל שוטה אין שכיח מי שישא אותה עיי"ש. וע"ח וע"ש שכיח הרבה שנושאין אותה דהא רוב ימי' היא בחלימותה ונחתא חד דרגא ונסבה גברא. כידוע דשכיח הרבה שנושאין אותה. א"כ ל"ש בה כ"כ טעמא דגרירה. וכן ביש לה אב דהאב משמרה ג"כ מהפקר כמ"ש הק"נ הנ"ל ג"כ ל"ש כ"כ טעם גרירה. אלא דבירושלמי דפליגי בגוף הטעם דמתניתין דשוטה אינה מתגרשת. דלמ"ד דס"ל משום גרירה לית לי' כלל הא דר' ינאי דבעינן מדאורייתא שיהי' לה יד לשמור גיטה או שלא תהא משולחת וחוזרת. וכל מילתא דשוטה הוא רק מדרבנן משום גרירה. א"כ כיון דהוצרכו לתקן בשוטה גמורה ואין לה אב. שלא תתגרש משום שלא ינהגו בה מנהג הפקר. לא פלוג רבנן במילתייהו וגזרו אף ביש לה אב ובע"ח וע"ש דעכ"פ קצת חשש גרירה שייך גם בהו. אלא משום הא לחודא לא הוי גזרו רבנן. וא"כ כ"ז להירושלמי אבל אנן דס"ל כהש"ס דילן. דברוב שוטות שבעולם מדאורייתא אינם מתגרשות. משום דאינן יכולות לשמור גיטן. אלא דאיכא קצת שוטות דיכולות לשמור גיטן ואינן יכולות לשמור עצמם דהוצרכו חכמים לגזור בהם משום הפקר. לא שייך לומר דמשום הני קצת לגזור רבנן גם בע"ח וע"ש או יש לה אב. כיון דלא שייך לומר לא פלוג. דהא בלא"ה אינם שוות כלל דהא איכא שוטות דאינן מתגרשות מדאורייתא כגון א"י לשמור גיטן. ואף בדיעבד אינן מגורשות. ואיכא קצתן דרק משום הפקר אינן מתגרשות. ובדיעבד הוי מגורשת כמ"ש הרמב"ם והמחבר להדיא וכגירסת הרי"ף דגרם בש"ס דילן אינה מתגרשת ולא אינה מגורשת עיין נוב"י סוף תשו' הנ"ל. וכיון דל"ש לא פלוג ממילא ביש לה אב או ע"ח וע"ש לא גזרו כלל. דבהו ל"ש כ"כ טעם דגרירה כמש"ל. וי"ל דזה ג"כ טעמו של הב"ח דס"ל דאף להירושלמי ולמאן דס"ל דאף דיעבד אינה מגורשת מ"מ בע"ח וע"ש ויש לה אב בדיעבד מגורשת דהא ידוע מה שהביא המג"א בסי' תמ"ז סק"ה בשם פסקי מהרי"א דלא החמירו בלא פלוג כמו בגוף הגזירה א"כ ה"נ אף דבכל שוטות

דעלמא שהם גוף הגזירה החמירו דאף בדיעבד אינה מגורשת. מ"מ בהני דהוי רק משום לא פלוג דיין שהחמירו לכתחילה ולא להחמיר אף בדיעבד:

ומעתה אחר דאיכא דעת הרבה פוסקים הנ"ל דלא ס"ל כלל הא מילתא דע"ח וע"ש. נהי דאיכא ג"כ הרבה רבוותא דס"ל דע"ח וע"ש אינה מתגרשת וכמ"ש הרמ"א, מ"מ ניתן רשות לחפש צדדי היתר בזה. והנה הט"ז בסי' הנ"ל סקי"ד כתב דבזה"ז דאיכא חדר"ג שלא לישא ב' נשים ונמצא שיהי' מעוגן כל ימיו. לא העמידו חכמים תקנתן בזה בחששא בעלמא לבטלו ממצות פ"ו. עיי"ש בדבריו. וכן בתשו' הב"ח סי' צ"ג הביא בשם הספרדים מסלנוקי דיותר טוב להתיר לגרשה בשעת חלימותה. משישא אחרת ויניח אותה עגונה. ועיין בתשו' רח"כ אפ"פ סי' נ"ד שהחזיק ג"כ בדברי הט"ז וכתב דאף שנוכל להתיר לו לישא אחרת כמו בשוטה גמורה מ"מ אין זה תקנה דכל כמה דאגידא גבי' לא יהבו לי' אחריתא עיי"ש. וגם בתשו' בש"א החזיק בדברי הט"ז. אלא שראיתי לזקיני בספר יהושע שחולק עליו ודחה דברי הט"ז מטעם זה. דמה לנו בחדר"ג בזה"ז הא באמת שרינן לי' לישא אחרת ע"י היתר ק' רבנים. ושוב חוזר כמו שהי' הדין בימי התלמוד. ובאמת גם אנכי אינני מבין דברי התשו' רח"כ הנ"ל מ"ש דמשום דאגידא גבי' לא יהבי לי' אחריתא הא זה הדין הי' גם בימי הש"ס כמבואר בכתובות (דס"ד) עיי"ש. ואפ"ה גזרו חז"ל בנשתטית דלא יוציאנה משום מנהג הפקר. ולענ"ד י"ל בכוונת הט"ז דהנה כשאנו מתירים ע"י ק"ר לישא אחרת. בעינן שישליש לה גט. כדי שיהי' מזומן תיכף לכשישתפה שיגרשנה. ועיין בנוב"י מהדו"ק אהע"ז תשו' ג' שכתב דאף שאין אנו מתירין לגרש בגט זה מטעם שפקפק ע"ז המגיה במל"מ עיי"ש מ"מ אין מתירין בל"ז דדילמא כך היתה התקנה להתיר דווקא בהשלשת גט אלא דצריכין ג"כ שישליש כסף או שטר לבטחון או שישבע ע"ז שכשתשתפה יתן לה גט אחר. והטעם שהצרכנו לכל זה הוא דכיון שעיקר תקנת ר"ג היתה משום קטטה כמבואר באחרונים. ואף היכא דאין אנו צריכין לתקנת הראשונה כגון בעוברת על דת וכדומה מ"מ צריכין לחוש לתקנת האחרונה ואף מחילתה ל"מ לזה. עיין בתשו' אמרי אש אה"ע סי' א'. וא"כ כשהתירו ע"י היתר ק"ר לישא אחרת לא התירו ח"ו שידור עם שתיהם ויהי' כל ימיו באיסור זה ובקטטה. ולא התירו לו רק שיעבור פעם אחרת וישא אחרת. אבל מעת שנשא אחרת בהיתר חזר להשני' דין שהי' להראשונה ואסור שוב לדור עם הראשונה מכח תקנת רגמ"ה ולכך צריך יחוד בית בפ"ע שלא יהי' רגיל אצלה וצריך ג"כ השלשת הגט כדי שידע שאסור לדור עם הראשונה שאסור לדור עם אשה שדעתו לגרשה. ומעת שנשא

האחרת שוב אינו עובר בכל יום על תקנת ר"ג דהא לא יהי' קטטה כלל כיון דאסור לו לדור עם הראשונה ולהביאה לביתו:

והנה הא דמבואר בירושלמי דלענין גרירה לא מהני יש לה אב דהאב אינו יכול לשמרה כמו הבעל. צריך תבלין לכאורה דהסברא אדרבא נותנת דהאב יותר ידאוג לשמרה ממנהג הפקר. אך הדבר נכון דהנה החשש דמנהג הפקר הוא בשני אופנים או שמחמת שאין לה דעת לשמור א"ע יבואו עלי' בע"כ או שמחמת שאין לה דעת להתגבר על תאוותה שלא לעשות איסור חיישינן דתהדר אחר אחרים לזנות. וא"כ נהי דמזה יכול אבי' לשמרה שלא ינהגו בה אחרים מנהג הפקר שלא לרצונה אבל אם תרצה היא להדר אחר אחרים לזנות ע"ז נאמר אין אפוטרופוס לעריות וא"א לשמרה כידוע. אבל בעלה כיון שיהי' מצוי לה ויהי' פת בסלה לא תהדר אחר אחרים לזנות. ולכן גזרו חז"ל שלא לגרשה כדי שיהי' בעלה מצוי לה:

וא"כ מעתה אחר שזה ברור שבזה"ז אף שמתירין לישא אחרת ע"י ק"ר אין מתירין רק באופן שלא לדור עוד עם הראשונה רק עם השני'. דהא בלא"ה איכא הרבה פוסקים דר"ג גזר אף במקום מצוה וביטול פ"ו. וחכמים יכולים להעמיד דבריהם אף במקום תורה בשוא"ת. וכיון דלא מצינו להמתירין ג"כ רק באופן שישליש גט ושייחד לה בית. הרי דלא התירו שיעמוד בכל יום באיסור שתי נשים. ולא התירו לו רק שיעבור פ"א בשעת נשואי האחרת. ואחר שנשא האחרת קמה עליו הראשונה באיסור. ומחויב תיכף למסור גט ליד שליח בעבורה. א"כ שוב אזלא חששא דקטטה. דזה שייך רק אם דר עם שניהם יחד ואיכא קנאת אשה מרעותה ונעשות צרות זל"ז. וא"כ ממילא אם אסור לבוא על הראשונה. ליכא שוב טעמא דבעלה משמרה מגרירה במה שיהי' מצוי אצלה ויהי' לה פת בסלה דז"א דהא אסור לו כלל לבוא עלי'. וליכא רק טעם הראשון דיוכל לשמרה שלא יבואו עלי' אחרים בע"כ שלא לרצונה ולזה הא מהני ג"כ שימור דאב. ונרוויח בזה דבזה"ז היכא דיש לה אב שפיר יוכל לגרשה דהא השימור דבעל לא יועיל יותר משימור דאב. וא"כ מעתה שפיר כתב הט"ז דגם בע"ח וע"ש לא גזרו בזה"ז. דהא בזה יוגרע עוד יותר. דכיון דגם בשעת חלימותה תהי' עגונה מבעלה איכא למיחש יותר דתכשיל אחרים בזנות כיון דבעלה אינו מצוי לה. ואין לה פת בסלה והרי כל מה דחששו חכמים לתקנת עגונות הוא רק מטעם זה ובפרט בילדה כמ"ש בח"מ סי' י"ז סקל"א. ובשלמא בזמן הש"ס דבמה דגזרו שלא לגרשה הועילו דאף אם ישא אחרת ידור עמה גם להבא. ויהי' בעלה מצוי אצלה וישמרה מגרירה. אבל בזה"ז ממ"נ אם נתיר לו לישא אחרת. הרי יהי' נאסר לדור עם זו ותגרור יותר אחרים לזנות. ואם לא נתיר לו לישא אחרת הרי שפיר כתב

הט"ז דא"כ נמצא שיהי' מעוגן כל ימיו דהרי הוא אומר דא"א לו לדור עם זאת בקביעות ואין אדם דר עם נחש וכו'. וא"כ אדרבא טוב יוקר שנתיר לו לגרש את זאת דכיון שהיא ע"ח וע"ש תוכל להיות דתינשא לאחר כיון דרוב ימי' בחלימות. א"כ טוב לנו לעזוב את הוודאי שלא לעגן את הבעל ושלא לעגן גם אותה. ונביא שניהם לידי עבירה. ולאחוז את הספק לגרש שיוכל להיות שתינשא לאחר שלא יקפיד ע"ז וידור עמה בקביעות כאשר שכיח הרבה ונציל את שניהם מחטא. וכל זה בע"ח וע"ש אבל מי שהיא בחזקת שוטה כל ימי' דאם יגרשנה לא תנשא לאחר דאין מי שישאנה כמ"ש המהר"ם מלובלין הנ"ל. וגם לא תקנו נשואין לשוטה כלל. א"כ שפיר תקנו חכמים גם בזה"ז שלא יגרשנה. דיהי' לה עכ"פ קצת שימור דבעל שלא יבואו עלי' בע"כ שלא לרצונה. אבל אם יגרשנה תשאר וודאי בלא שימור כלל היכא דלית לה אב. דלאחר וודאי דלא תנשא כמש"ל:

ולכן וודאי נראים דברי הט"ז נכונים מאד וגם לא מסתברא כלל דנתיר יותר להבעל לישא אחרת ותשאר היא אלמנה חי' כל ימי'. אסורה בכבלי העיגון גם בימי חלימותה דלבעלה תהי' אסורה כמש"ל ולאחרים ג"כ לא תוכל לינשא. ונחטיא אותה בימי חלימותה כדי שתזכה בימי שטותה. שבעלה ישמרה שלא יבואו עלי' בע"כ. דע"ז היא אינה חוטאת כלל מה שתעשה בימי שטותה באונס. ואי שנציל אחרים מידי חטא. ז"א כיון דלא נציל רק מאותם שיבואו עלי' בע"כ ולא מאותם שהיא תהדר אחריהם. דע"ז לא יהי' מהני שימור דהבעל כמש"ל. ואותם שיבואו עלי' בע"כ הם פושעים. דל"א בהו חטא בשביל שיזכה חבירך כמ"ש התוס' בגיטין (דמ"א ע"ב) ד"ה כופין עיי"ש. ובפרט דאין זה דרכי נועם כלל לעשות אשה שהיא חלומה רוב ימי' אלמנה חי' כל ימי' צרורה בכבלי עיגון:

וא"כ מעתה נוכל לומר דכל הני פוסקים ואחרונים דאוסרים גם בזה"ז לגרש ע"ח וע"ש. כמו בתשו' הב"ח ותשו' מהרש"ל ע"ה ושאר אחרונים. היינו היכא דנולד בה מום זה לאחר הנשואין. די"ל נסתחפה שדהו דאז י"ל דלא נתיר לו כלל לישא גם אחרת. דבשלמא היכא דנשתטית לגמרי ולא יוכל לדור עמה כלל דאז הוי מהמומין גדולים דכופין גם אותו להוציא. ואז לא עדיפא היא מדידי' ולא חל עליו תקנת ר"ג כמ"ש בתשו' הרא"ש הובא במחבר באה"ע סוס"י קי"ז. אבל היכא דרוב ימי' חלומה ויוכל לדור עמה י"ל דלא הוי כלל מאותן שכופין להוציא. ואין אנו מתירין לו כלל לישא אחרת אז מקיימין שפיר תקנתא דרבנן שלא יוכל לגרשה ויהי' מוכרח לדור עמה וישמרה גם בימי שטותה. אבל היכא דנודע אחר הנשואין שהי' בה מום זה עוד קודם הנשואין. דאז ל"ש נסתחפה שדהו. ואם הבעל לא ידע מזה לא חל עליו תקנת ר"ג והוי מהכופין להוציא כמ"ש הב"ש שם בסוס"י קי"ז ס"ק כ"ד א"כ בכה"ג י"ל דכ"ע מודו לחכמי הספרדים שהביא הב"ח

דטוב יותר לגרשה אם תרצה בגירושין ממה שנתיר לו לישא אחרת ותשאר היא עגונה כל ימי':

ובנ"ד אף דכפי הנראה ידע הבעל מזה קודם הנשואין שהי' לה כן פעם אחת. אלא דלא איתחזקא עדיין שיהי' לה ווסת לכך והי' אומרים לו שבמקרה היתה זאת. מ"מ בנ"ד בלא"ה כיון דיש לה אב. ובתשו' רש"ל שהוא ראש המחמירין מסיים להדיא א"ל ועוד אני אומר אפילו היא לפעמים חלומה ממש ומתרצה לגט וכל קרובי' מסכימים לכך אפ"ה אין לגרשה בלי רשות ב"ד שידעו באמיתת הדברים שיכולים לשמור אותה שלא ינהגו בה מנהג הפקר אבל בלתי רצונם ועת שפוי' היא חלומה ממש אין היתר בעיני עכת"ד הרש"ל. ובנ"ד שאנכי בקי באבי' ונראה לי אמיתת הדבר שאבי' משמרה יותר מבעלה. והוא איש צעיר לימים. וגם כפי שאומר אבי' ושאר אנשים גם בימי שטותה איננה שוטה לגמרי. והיא בחזקת שיכולה לשמור את עצמה גם אז בימי שטותה. וגם יש עוד קולות אחרות שאין לה ווסת קבוע לזמנים שוים ועוד סניפים אחרים ואחר שהסכימו להתיר לגרשה הרב הגאון אבד"ק בראדי נ"י ואחי הרב הגאון מפאדוואלאטשיסק נ"י גם אנכי הנני מסכים להתיר לגרשה והשי"ת יצילנו משגיאות:

והנני דו"ז הדוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן סט

ב"ה י"ז תמוז תרפ"ח **טארנאפאל**.

הצום הזה יהפך לנו במהרה לשמחה ולששון, ויזכה לחזות עבודת ביהמ"ק ברצון כבוד ידידי הרב הגאון בנש"ק מו"ה **שרגא פייבוש** נ"י אבד"ק **ברעזאן** יצ"ו:

מכתבו הגיעני במועדו. ואל יחרה בעיניו אשר לא השבתי לו עד כה כמבוקשו כי אנוס אנכי בדבר כי אינני בקו השלימות, ומוכרח אנכי לנוח עתה יותר מכאשר הורגלתי, ואין לי פנאי להשיב ואינני משיב עתה כמעט לשום אדם. ואולם למען כבודו מוכרח אנכי להשיב ולקחתי לי היום מעט פנאי להשיב. בדבר האשה שכפי דברי כת"ה היא כאחד האדם עושית מלאכה בביתה. ועושית כל צרכי הבית כראוי. אך על מה שהתקוטטה עם בעלה תמיד. באמרה שהוא אוהב נשים אחרות ומזנה עמהם. והוא איש כשר שאין ראוי לחשוד אותו כלל בזה אומרים אנשים שדיבורים שלה שחושדת אותו הם דברי שגעון. ואמנם כותב כתה"ר שנראה לו שמעת שרוצית להתגרש ואמרו לה שזאת מזיק לה להגירושין שומרת עצמה מלדבר עוד דיבורים כאלה. ומזה שפט כתה"ר שאין בה שום שגעון ח"ו, רק היא פתאית וקבעה לה בלבה חשד על בעלה ושאל כתה"ר אם לסדר לה ג"פ. ומביא דברי תשו' בית שלמה אה"ע שדן בענין כזה:

והנה צר לי שלא נמצא בעירנו התשו' הזאת על אה"ע. כי הוא בר סמכא גדול וראוי לסמוך עליו ומוכרח אנכי לדין מעצמי בדבר הזה. הנה כל החשש בכאן הוא רק אם נידון אותה כשוטה לדבר אחד שהוא מחלוקת הרמב"ם ור' אביגדור הכהן והר' שמחה משפירא שהובא בב"י אה"ע סי' קכ"א וקי"ט וכבר הי' מבוכה רבה בזה בין גדולי הדור בהגט מקליווא שבס' אור הישר. ועיין מזה באריכות בתשו' בית אפרים אה"ע תשו' פ"ט. ותשו' ד"ח ח"א אה"ע תשו' נ"ג וח"ב אה"ע תשו' ע"ד ע"ה וע"ו. אך כ"ז לענין נשתטה הבעל וכדומה אבל לענין נשתטית נלע"ד ברור דשיטה לד"א לא הוי שוטה לענין זה כפשטות דברי הש"ס יבמות (קי"ג ע"ב) דקאמר ר"י ד"ת שוטה מתגרשת מידי דהוי אפיקחת בע"כ ומ"ט אמרו אינה מגורשת שלא ינהגו בה וכו' ופריך ה"ד אילימא דיודעת לשמור גיטה וכו' ל"צ דיודעת לשמור גיטה וא"י לשמור עצמה. ד"ת שוטה מתגרשת דהא יודעת לשמור גיטה ואמור רבנן לא ליפקא וכו'. הרי מפורש להדיא דאיירי שהיא שוטה לכל הדברים שבעולם. ולא נשאר לה רק דעת לשמור גיטה דזה הוא החילוק בין הבעל להאשה. דהבעל שהוא שוטה בכה"ג א"י לגרש והיא מתגרשת בכה"ג מידי דהוי אפיקחת בע"כ. ומיירי בשוטה שהוא שוטה מדאורייתא לכל מילי. דאל"כ גם הבעל הי' יכול לגרש ואפ"ה היא מתגרשת ד"ת. וא"כ עאכו"כ היכא דהיא שוטה לד"א שאינם מהדברים האמורים בפ"ק דחגיגה שלדעת כמה פוסקים אין לה דין שוטה כלל. וודאי דלענין דידה אינה נחשבת כלל שוטה וז"ב מאד:

אמנם י"ל דכ"ז מדאורייתא. אבל אחר דגזרו רבנן ואמרו דנשתטית לא יוציא משום דאינה יכולה לשמור עצמה שפיר י"ל דכל שהיא נחשבת שוטה לשאר דברים גם לענין זה נחשבת שוטית כדמשמע פשטא דמתניתין ביבמות שם דקתני נשתטית לא יוציא נתחרש או נשתטה הוא לא יוציא. משמע דהיא דומיא דידי' וכל דמקרי שוטה לגבי דידי' מקרי שוטה גם בדידה. וא"כ כיון דלדעת הרמב"ם שוטה לד"א הוי שוטה לכל מילי גם בדידה הדין כן. אמנם כיון דיצאנו מחשש מדאורייתא באיסור דרבנן שפיר י"ל כיון דהוא פלוגתא דרבוותא בזה אם כדעת הרמב"ם או כשאר פוסקים כמבואר בספרי האחרונים הנ"ל דחושבים זאת לספק. א"כ י"ל דבדרבנן אזלינן לקולא. ואיכא לאצטרופי ג"כ דעת המהרי"ט אה"ע תשו' מ"ו דהרמב"ם קאמר רק לענין עדות אבל לענין גירושין וקנין כל דמסברו לי' וסביר והבין הענין מהני. והתו"ג סי' קכ"א סק"ב משמע דלדינא ס"ל כוותי' עיי"ש:

וגם איכא עוד לאצטרופי מ"ש כת"ה שכפי הנראה היא פתאית ביותר וזה גרם לה מה שהוקבע בלבה לחשוד אותו בדבר שאין בו. וידוע מ"ש התב"ש בסי' א' סקנ"א דענין

שגעון הוא דבר שאינו נולד עמו רק נתהוה אח"כ. אבל ענין פתאית הוא דבר שנולד כך ואינו משתנה לעולם. וא"כ הי' כן גם קודם הנשואין ויכול לגרשה כן. ובפרט כפי שכותב כת"ה אומרים עלי' באמת כן שכן היתה מעולם. וא"כ מכל הלין טעמי נ"ל להסכים עם כת"ה לסדר ג"פ להאשה הזאת. ואף דבתשו' רש"ל סי' ס"ה משמע דס"ל דסתם שוטה הוי ג"כ בכלל אינה יכולה לשמור גיטה ולא מהני הסימן דצרור וזרקו וכו' דזה מהני רק בקטנה ולא בגדולה שוטית דגרע טפי עיי"ש בסוף התשו'. מ"מ זה רק בשוטה לכל מילי אבל בשוטה לד"א ובשאר הדברים היא פקחת וודאי דברור הדבר מש"ס הנ"ל דיכולה לשמור גיטה כמש"ל וא"כ איפה דעתי מסכמת אתו כנ"ל:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ע

רב שלומים לכבוד הרב הה"ג החו"ב וכו' מו"ה **אהרן נפתלי** נ"י מו"צ בק"ק **ווארשא**:

מכתבו לנכון קבלתי וע"ד השאלה באשה שניסת בטעות מחמת שבעלה ציווה קודם לכתו למלחמה לסופר ולעדים לכתוב וליתן ג"פ לאשתו. ומחמת שערורות המלחמה לא סידר הרב הגט. והיא סברה שכבר נתגרשה בזה לחוד. ואחר עבור זמן רב כזה ונשכח זכרו הלכה וניסת לאיש דהיינו שנכנסה לחופה ולא נבעלה דבתוך כך נודע להרב דשם מהדבר והפרישם וגירשה השני ועתה מצא הרב הגב"ע מהשליחות שעשה הבעל וסידר עכשיו הגט מבעלה כדת וכהלכה. וחוזר השני ורוצה להחזירה. וכת"ה כתב שיש מצוה בדבר כי היא אחות אשתו ונשארו ילדים ממנה. ויהי' טובה בזה להילדים. וגם הדבר נעשה בשוגג גמור כי היא ובעלה השני הם אנשים כשרים ולא עשו במרד כלל. עכת"ד שאלתו. והנה לכאורה יש פקפוק קצת על מה שסידרו הגט. כיון שכבר עבר זמן רב כזה. והבעל הי' במקומות הסכנה. וקרוב הדבר שמת כבר. ואז יש חשש לסדר הגט עפי"ד הרמב"ם ספ"ו מה' גירושין דאלו שנותנין עליהם חומרי חיים וכו' אם הי' גט ביד שליח אינו נותנו לה וכו' ומסתימת הלשון משמע דאף שלא במקום יבום. וכבר האריכו בדברי הרמב"ם האלו המהרי"ט בח"א בסי' ק"ג וק"ד ובסי' ס"ו. ובתשו' לחם רב סי' ל"ג ובתשו' ברית אברהם אה"ע סי' ס"ד. ובמהרי"ט סי' ק"ד הנ"ל כתב דהטעם הוא משום דיאמרו דיש גט אחר מיתה גם במקום יבום. ובתשו' ברית אברהם הנ"ל רוצה לומר טעם אחר עפי"ד המהר"ם שהובא בב"ש סי' ל' סק"ט דכל שיש ספק להעדים הוי מקדש בלא עדים. וה"נ כיון דיש ספק להעדים אם הוא חי או מת הוי כמגרש בלא עדים עיי"ש. ולדעתי נראה דל"ש כאן טעם הזה דהנה בח"מ שם סק"ח מביא דבתשו' מהר"ם הנ"ל

כתב ג"כ הטעם משום דאוקמה בחזקת פנוי'. ולכאורה קשה תרתי למה לי. כיון דס"ל דזה הוי מקדש בלא עדים למה לו לומר דאוקמה אחזקת פנוי':

אך נ"ל דהנה הפנ"י בקידושין דס"ד על הא דקאמר הש"ס דבקידושין לא מהני הודאת בע"ד משום דהוי חב לאחרים. ולכאורה הטעם תמוה דאטו היא משועבדת לאחרים הא היא ברשות עצמה. ואמאי לא יועיל אצלה הודאת בע"ד כמו בממון. והסביר הפנ"י כיון דענין הקידושין הוא לאוסרה אכ"ע כהקדש. וכיון דעל אחרים אינה נאמנת לחייבם ולאסור עליהם ביאתה שתהי' עליהם בחזקת א"א דאין דשב"ע פחות משנים. א"כ גם היא עצמה אינה נאסרת מחמת הודאתה דאין קידושין לחצאין עיי"ש שדבריו נכונים מאד. וא"כ היכא דהספק הוא להעדים. עכ"פ נאסרת היא לכ"ע מכח ספק עפ"י העדים. וידוע סברת הר"ן בתשו' דאם נודר שלא לשתות יין בלילה יכול להתיר לו ביהש"מ דמיקרי חל הנדר כיון שנאסר מחמת ספק הוי כוודאי חל הנדר עיי"ש ואזלינן לקולא ג"כ דיכול להתיר אז. א"כ ה"נ אם הי' ספק לעדים אם הוא קרוב לה אז אסורה לכ"ע מחמת ספק. ולא הוי מקדש בלא עדים כיון דמהני עדותן לאסרן אכ"ע הוי קידושין מעליא. לכך הוצרך לומר ג"כ הטעם דאוקמה אחזקת פנוי' וא"כ אף דמדרבנן עדיין אסור ולא מוקמינן אחזקה כמ"ש הפרמ"ג בפתיחה לה' טריפות בשם הפר"ח מ"מ כיון דמדאורייתא מותרת לכ"ע א"כ מדאורייתא לא חלו הקידושין כלל. אף אם נאמר דהי' קרוב לה מ"מ כיון דלהעדים ספיקא הוא ומחמת העדאת העדים לא תיאסר אכ"ע. כיון דלהעדים גופי' מספקא להו וספד"א במקום חזקת פנוי' מותר מדאורייתא. א"כ אין כח בקידושין אלו לאסרם אכ"ע מדאורייתא ולא הוי קידושין כלל כס' הפנ"י הנ"ל. מאי אמרת דמדרבנן עכ"פ אסורה אכ"ע מחמת ספק והוי קידושין דרבנן לפחות. ז"א דכיון דאף אם האמת הוא דהי' קרוב לה מ"מ לא הוי קידושין דאורייתא כיון דלהעדים מספקא להו כמש"ל. וליכא רק חשש קידושין דרבנן. א"כ עכשיו דספיקא הוא דדילמא באמת הי' קרוב לו ולא לה. א"כ הוי ספיקא דרבנן ולקולא. ולכך הוצרך המהר"ם שבמרדכי הנ"ל להרכיב שני הטעמים יחד שיהי' מותר אף מדרבנן. ודוק היטב בכ"ז כי נכון בעזה"י:

וא"כ מעתה כ"ז בספק קידושין אבל כאן בגירושין דנהי דמספקא להו להעדים אם הוא חי או מת. מ"מ כיון דעיקר פעולת הגירושין הוא להתירה לכ"ע מאיסור א"א וכאן בלא עדותן היתה אסורה אכ"ע מחמת ספק חי והיא עומדת בחזקת איסור א"א והיתה אסורה מדאורייתא ועכשיו דהעדים יאמרו דנתגרשה אף דספק הוא אם הוא גט כשר דדילמא כבר מת ואין גט לאח"מ. מ"מ הספק הזה יועיל להתירה לכ"ע דמתחלה היתה אסורה מחמת ספק חי ועכשיו ממ"נ מותרת. דאם הוא חי הרי הגט כשר. ואם כבר מת א"צ גט

כלל והותרה ממ"נ. וכיון דיועיל עדותן שנתגרשה להתירה ממה שהיתה אסורה ע"ע. הרי עשה הגט פעולה להתיר והוי גט מעליא. באופן דליכא כאן האי חששא דמגרש בל"ע. וגם בבר"א עצמו דחה שם הטעם הזה מהלכה:

אך בלבי עלה חשש אחר עפי"מ שכתב הג"פ בסי' קכ"ט ובנוב"י מהדו"ק אה"ע תשו' צ' דבנותן שני גיטין היכא דהסופר והעדים יודעים מתחלה שנותנים שני גיטין מספק איכא חשש ברירה. ועיין תוס' גיטין (דכ"ד ע"ב) ד"ה לאיזו שארצה דבגט דבעינן לשמה בעינן שיהי' מבורר בשעת כתיבה. עיי"ש. וא"כ כאן דמספקא להו להסופר ולהעדים אם חי הוא או לאו איכא חשש דלא הוי לשמה. כיון דאינו מבורר להם בשעת כתיבה. ואף דיש לחלק כס' התוס' בעירובין (דל"ו) ובכ"מ דברירה שייך רק בשני דברים כמו בשני גיטין. אבל כאן דהספק הוא על דבר אחד אם הוא חי או מת. וזה וודאי יתברר בהא אמרינן יותר ברירה. מ"מ התוס' לא כתבו כן לכ"ע עיי"ש. ועיין קצוה"ח סי' ס"א סק"ג מ"ש בזה בשם הר"ן והרמב"ן. וגם בלא"ה ל"ש בזה אין ברירה דא"צ שיתברר אח"כ דהוי רק חסרון ידיעה אם הוא חי או מת וכדאיתא בש"ס עירובין (דל"ו ע"ב) הנ"ל דקאמר ר' יוחנן וכבר בא חכם ופירש"י שם בד"ה אר"י וכו' שבא חכם כבר גלויי מלתא בעלמא היא וכו'. ואין זו סמך על ברירת ספק אלא קני' וודאית שהרי אמר וכו' והחכם כבר בא קודם קניית העירוב. עכת"ד רש"י. וה"נ ממש דכוותה היא. דאם הוא חי הרי הי' חי עוד בשעת כתיבת ונתינת הגט אלא דלא הי' ידוע לנו. ואין זה תלוי בברירה. ואדרבא גם על הנוב"י קשה לי כיון דנתינת ב' גיטין הוא משום ספיקא דדינא. וא"כ אם יבוא אלי' ויאמר איזו גט כשר הרי נתגלה למפרע שזה הוא הכשר. דהתורה אינה מתחדשת ח"ו א"כ הוי כהא דכבר בא חכם דמהני גם למ"ד אין ברירה. אלא די"ל דכוונת הנוב"י דילמא יאמר אלי' דשניהם כשרים. ובב' גיטין א"א לגרש דספר אחד אמר רחמנא. ובע"כ דהכוונה דבאיזו שירצה יגרש וזה הוי ממש ברירה כמו לאיזו רוח שארצה עיי"ש. אבל בנ"ד וודאי הוי גילוי מלתא בעלמא ואי דצריך לשמה גם מספק יכול לכוון לשמה כמ"ש הב"י באו"ח סי' תק"צ בסד"ה ומ"ש רבינו דמסתפקא לן עיי"ש. ובפרט שאין לפקפק כלל על מה שיצא כבר בהיתר מהמהרי"ט ותשו' לחם רב וכהנה דמותר לסדר הגט כה"ג:

ודאתאן עלה אם מותרת לבעלה השני דניסת לו באיסור אלא דנכנסה רק לחופה ולא נבעלה שהי' חופת נדה ולנו אנשים באותו חדר. והנה עיני כת"ה שפיר חזו בנמוק"י ובקרבן נתנאל דאוסר גם בנכנסה לחופה ולא נבעלה עיי"ש ביבמות בפ' האשה רבה. וכ"פ הרמ"א בסי' י"ז סנ"ו בשם הריב"ש והריטב"א. וכ"פ בישו"ש בפ' הנ"ל. אלא דקשה לי לכאורה לפי"מ דמשמע מכל הפוסקים הנ"ל דאיסור דנכנסה לחופה ולא נבעלה הוא

רק מדרבנן משום דקרובה לביאה. ובדרבנן הא קיי"ל בגיטין (דנ"ג ונ"ד) כר"י דבדרבנן לא קנים שוגג אטו מזיד עיי"ש. ואמאי כאן קנסינן גם בשוגג. ועיין בישרש יעקב יבמות (דנ"ו ע"ב) ד"ה שם תניא דאף דמספק"ל להתוס' ביבמות (ד"י) אם יש בקידושין איסור דרבנן. בחופה וודאי יש איסור דרבנן עיי"ש. אבל עכ"פ יותר מאיסור דרבנן לא הוי. ואף דבסוף דבריו שם חולק על הנוב"י מהדו"ק אה"ע תשו' פ"ב דפשיטא לי' דבא"א ליכא איסור בקידושין. והוא רוצה להוכיח מרש"י קידושין (דס"ז ע"ב) דאיכא איסור דאורייתא בקידושי ח"כ וח"מ ב"ד. כדקאמר שם הא לכתחלה וכו' דפירש"י דאסור לקדש לכתחלה עיי"ש. מ"מ מודה שם בסוף דהאשה לא עבדא איסורא משום דכי יקח כתיב עיי"ש. דהא מבואר להדיא ביבמות פ' האשה רבה הנ"ל דבקידושין לא עבדא איסורא עיי"ש. וא"כ שוב תקשי כיון דליכא גבה רק איסור דרבנן הא לא קנסינן בדרבנן שוגג אטו מזיד. ואפשר לומר משום דלכאורה הוי קשיא לי ע"מ דקאמר הש"ס שם ביבמות (דפ"ט ע"א) רישא דעבדא איסורא קנסוה רבנן דתצא. דבשלמא מבעל שני דתצא שייך שפיר קנס דהוא ג"כ עביד איסורא אבל מבעל ראשון למה תצא. האי עניא מאי קעביד שנאסור עליו אשתו. כיון דעפ"י דין היא מותרת לו משום דהוי אונס:

והנה אח"כ מצאתי בירושלמי פרק הנ"ל בתחלת הפ' דפריך כן ויקנסו אצל השני ולא יקנסו אצל הראשון ופירש שם הפני משה בד"ה ולא יקנסו דמאי שייך גבי' קנס ואמאי לא תחזור לו עיי"ש והוא כקושייתי הנ"ל. אך התירוץ שם אינו מובן כלל דקאמר דמריח ערוה נגעו בה ומאי ערוה שייך כיון דהי' באונס. והא מוכח בש"ס דהוי רק קנס. וא"כ הדק"ל דאמאי קנסו לראשון. ואמנם בחי' הרשב"א יבמות ר"פ הנ"ל ראיתי דמביא הירושלמי הנ"ל בגירסא אחרת דפריך ויקנסו אצל הראשון ולא אצל השני וגירסא זו נראית מוכרח בירושלמי. דעל מה דמתרץ הירושלמי מריח ערוה נגעו בה פריך מעתה לא תהא צריכה ממנו גט. וזה בע"כ על השני קאי דמראשון פשיטא דצריכה גט וא"כ מוכח כגירסת הרשב"א. דהקושיא והתירוץ על השני קאי. וע"ז פריך דמעתה לא תהא צריכה ממנו גט עיי"ש:

וכוונת הירושלמי נראה דמקודם פריך הש"ס מהא דפר"א דשני אחיות שנתחלפו בכניסתן לחופה דמפרישין אותן ג"ח דילמא מעוברות הן משמע דמותרות לחזור לבעליהן. ומשני התם אחרים הטעו אותה והכא לא אחרים הטעו בה קנס קנסו חכמים שתהא בודקת יפה. וכוונת הירושלמי נראה בפשטות דבאמת בכה"ג דהוי טעות לא הוי שייך קנסא כלל. אך כאן דהעיקר מה דהתירוה לינשא עפ"י ע"א הוא משום חומר שהחמרת עלי' וכו' ומש"ה דייקא ומינסבא. וא"כ תלוי הדבר בה שהיא תידוק שפיר.

לכך היכא דבא בעלה וחזינן דלא דייקא שפיר קנסינן לה וכ"כ בב"ש סוס"י י"ז ס"ק קע"ב. ואף דהב"ש הקשה ע"ז מהא דנשאת עפ"י שנים. מ"מ כבר ישב זאת הב"מ שם דגם בב' עדים שייך דייקא עיי"ש. וע"ז פריך שפיר הירושלמי עפ"י גירסת הרשב"א ויקנסו אצל ראשון ולא אצל שני. והיינו עפי"ד הש"ס ב"מ (דכ"ז) לענין סימנים דקאמר הש"ס דאף דסימנים לאו דאורייתא מ"מ בעל האבידה גופי' ניחא לי' שיחזרו עפ"י סימנים עיי"ש ברש"י. וה"נ תינח אצל ראשון דניחא לי' בהאי קנסא וטובתו הוא שנחמיר עלי' בסופה כדי שתידוק בתחלתה ולא תמהר לינשא לאחר. אבל השני דאין זה טובתו כלל אמאי קנסינן לי' הא שוגג גמור הוא כמו באחיות שנתחלפו. וע"ז מתרץ שפיר מריח ערוה נגעו בה. והיינו הא ידוע דעיקר לשון טומאת ערוה מצינו בסוטה לענין הבעל והבועל דונטמאה ונטמאה אחת לבעל ואחת לבועל. ומצינו דעיקר מה דאסרה תורה על הבועל הוא משום דאסרה על הבעל. עיין מזה באריכות בב"ש סי' י"א סק"ג ומביא שם בשם הירושלמי דאם הבועל הוא שוגג והיא מזידה אסורה על הבועל משום דאסרה על הבעל עיי"ש. וא"כ ה"נ כיון דעל הבעל אסורה כאן משום קנס חכמים שתידוק שפיר א"כ ממילא אסורה על הבועל מכח ריח ערוה כיון דהוא גרם לאוסרה על בעלה. כנ"ל נכון בפירוש דברי הירושלמי. וא"כ מיושב ג"כ מה שהקשיתי בנכנסה לחופה דהוי רק מדרבנן הא בדרבנן לא קנסינן שוגג אטו מזיד. דז"א דכאן אינו דומה לקנס דעלמא ולשון מושאל הוא לשון קנס. דאדרבא טובת הבעל והאשה היא דמשום חומר שהחמרת בסופה תהי' דייקת בתחלתה, ומש"ה האמינו אותה וגם הוא חפץ בטובתה. ואף דאצל הבועל דהוא הבעל השני לא הוי טובה כלל. מ"מ כיון דאסורה על הבעל ממילא אסורה על הבועל מדינא כיון דבגרמתו נאסרה על הבעל כמש"ל. וא"כ כ"ז כשבא הבעל לביתו ואסרינן לה על הבעל. מש"ה אסורה גם על השני אף בנכנסה לחופה לחוד. כיון דאסרה מל הראשון. אבל בנ"ד דהבעל לא בא עדיין ואיכא כמה ספיקות דילמא כבר מת. ואף אם הוא חי דילמא לא יבוא עוד לביתו. כמו דחזינן דכבר עברו כמה שנים ולא בא. ואף אם יבוא הא עתה כבר נתגרשה ממנו ברצונו שציווה ליתן לה ג"פ. וא"כ כיון דהשני לא גרם לאוסרה על הראשין שפיר הדרינן לכללא דבדרבנן וודאי לא קנסינן שוגג אטו מזיד. כגון הא דנכנסה לחופה דלא הוי רק דרבנן כמש"ל:

והנה בראשית העיון ראיתי שיש לכאורה מקום חומרא בכאן עפי"ד הב"ש בסי' קנ"ט סק"ח בשם הת"ה דאם נתקדשה עפ"י קול בעלמא תצא מן המקדש ול"ד לסי' י"ז דשם נתקדשה עפ"י ע"א עיי"ש. וראיתי אח"כ במכתב כתה"ר שכבר עורר אותו רב אחד ע"ז. אמנם בב"מ שם ובישויע"ק שניהם לד"א כיוונו דאין לדמות כלל הא דסי' קנ"ט לסי' י"ז

דשם בקידושי יבמה דקידושין תופסין ביבמה לשוק דאהני מעשיו לאוסרה על היבם יש לקנוס יותר. ואמנם בחי' הרשב"א עצמו לא משמע כן עיי"ש ביבמות (דצ"ב) ד"ה איתגורי שכתב דל"ד להא דאשה שהלך בעלה למדה"י ונתקדשה דמותרת היא משום דהוי בשוגג אבל כאן במזיד גם למקדש אסור משמע דלא ס"ל לחלק כלל בין יבמה לא"א רק בין שוגג למזיד וא"כ להב"ש דשוגג לא הוי רק נישאת עפ"י ע"א א"כ י"ל דבנ"ד גם בקידושין לחוד מיתסר ומכ"ש בנכנסה לחופה. וכדברי הרשב"א כתב ג"כ הה"מ בשם הרמב"ן הובא בב"י סי' קנ"ט וכ"כ גם הריטב"א שם:

אך נלע"ד דלדבריהם צ"ל דרק במזיד גמור ס"ל כן אבל לא בטעות יהי' איזה טעות שיהי' משום דלכאורה צריך להבין הטעם דבניסת לא מחלקינן בין שוגג למזיד ובשוגג ג"כ אסורה ובנתקדשה מחלקינן בין שוגג למזיד. אך נ"ל לפימ"ש הישרש יעקב ביבמות (דנ"ו) הנ"ל דבכל עריות איכא איסור תורה גם בקידושין לחוד. והקשה ע"ז מהא דקאמר הש"ס הנ"ל בסיפא דלא עבדא איסורא לא קנסינן לה הא גם בנתקדשה לחוד עבדא איסורא. ונלע"ד ליישב דהנה בכתובות (דק"א ע"ב) קאמר הש"ס דחייבי לאוין שלא הכיר בהן אין להם כתובה. וכ"פ בש"ע סי' קט"ז. וכתב שם הר"ן דעכ"פ גיטא בעי. וקשה לכאורה אמאי תיבעי גיטא ונימא איסורא לא ניחא לי' דליקני ויהי' קידושי טעות. אך צ"ל דעד כאן אמרינן איסורא לא ניחא לי' דליקני היכא דעושה איסור בזה גופא דקונה כמו במעילה בנדרים (דל"ה) וקונה חמץ בפסח בטעות וכדומה אבל כאן דבקידושין לחוד ליכא איסור בח"ל רק בבעל א"כ ל"ש כלל לומר איסורא לא ניחא לי' דליקני דהא לא עשה איסור כלל במה דקנה אותה ויוכל לגרשה אח"כ שלא תבוא לידי ביאה וכתובה ג"כ לא יהי' מחויב ליתן דהא בלא הכיר בה לית לה כתובה. ואף דהתוס' ביבמות (ד"י ע"א) מספקא לי' אם יש עכ"פ איסור דרבנן במקדש ח"ל. מ"מ הא כבר ידוע דברי הנתיבות בסי' רל"ד דאיסור דרבנן בשוגג לא עביד איסור כלל עיי"ש. א"כ ל"ש לומר לא ניחא לי' דליקני כדי שלא יעשה איסור הא לא עשה איסור כלל כיון דהי' בשוגג. אך כ"ז בח"ל דליכא איסור תורה בקידושין לחוד אבל בעריות דח"כ ומיתת ב"ד דאיכא איסור תורה לדעת הישרש יעקב הנ"ל וכפשטות לשון רש"י בקידושין (דס"ז ע"ב). א"כ פשיטא דבשוגג שייך לומר איסורא לא ניחא לי' דליקני שלא יעשה איסור תורה. ואף אם הי' קידושין תופסין בח"כ מ"מ בלא הכיר לכ"ע לא הי' תופסין. א"כ מעתה י"ל דהא דאיכא איסור תורה לדעת רש"י הנ"ל במקדש ח"כ היינו במקדש במזיד דאי לאו דגילתה תורה דאין קידושין תופסין בח"כ היו הקידושין תופסין א"כ גם עכשיו דגילתה תורה דאק"ת מ"מ איסורא עביד דעבר אמימרא דרחמנא. אבל בשוגג דגם בלאו קרא דאק"ת לא היו

תופסין. ל"ש כלל לומר דעביד איסורא דעבר אמימרא דרחמנא כיון דלא אהני מעשיו כלל גם בלאו קרא. וכ"כ ההפלאה בקידושין (דס"ז ע"ב) ד"ה עוד נלע"ד עיי"ש. וא"כ מיושב שפיר קושיית הישרש יעקב הנ"ל דשפיר קאמר הש"ס סיפא דלא עבדא איסורא בקידושין לחוד דכיון דנתקדשה בשוגג א"כ ליכא איסורא כלל בקידושין לחוד. אבל מזיד אה"נ דאיכא איסורא בקידושין לחוד. ונכונים שפיר דברי הראשונים הנ"ל שכתבו דבמזיד גם בנתקדשה קנסינן כיון דעבדא איסורא בקידושין דביבמה לשוק איכא איסור תורה בקידושין כמ"ש התוס' ביבמות (דמ"ט) עיין ישיע"ק הנ"ל. אבל בשוגג לא עבדא איסורא כלל. דלא הי' שום חלות להקידושין דאיסורא לא ניחא לי' דליקני. אבל בניסת דגם בביאת שוגג איכא איסורא דהא הצריכה התורה קרבן שפיר קנסינן גם בשוגג כיון דעבדא איסורא. וא"כ כ"ז במזיד גמור. אבל היכא דהי' איזה טעות נהי דהי' קרוב למזיד ושייך לקנוס מ"מ כיון דהקידושין לא הי' חלין כה"ג משום דאיסורא לא ניחא לי' דליקני. א"כ לא עבדא איסורא כלל ול"ש לקנוס:

ולפ"ז בנ"ד אף דנכנסה לחופה ג"כ מ"מ לפימ"ש דל"ש לקנוס רק היכא דעבדא איסורא בהחופה. ואיסור ליכא רק היכא דהחופה היתה קונה אי לאו דאין קידושין תופסין בח"כ ומב"ד. א"כ הכא דהיתה חופת נדה דאינה קונה לדעת הרבה פוסקים. לא עבדא איסורא כלל ול"ש לקונסה:

ובגוף קושיית הב"ש בסי' קנ"ט הנ"ל שהקשה על המחבר דס"ל כאן דגם בשוגג אסורה למקדש א"כ אמאי בסי' י"ז פסק דנתקדשה לחוד מותרת עיי"ש. י"ל עפימ"ש הושרש יעקב שם בישוב קושייתו הנ"ל דאף לדעת רש"י דס"ל דאיכא איסור תורה במקדש ח"כ. מ"מ רק המקדש עושה איסור ולא היא משום דכי יקח כתיב ואין האשה עושה מעשה קידושין כלל. עיי"ש. ולכאורה אינו מובן דמ"מ תהי' אסורה להמקדש כיון דהוא עביד איסורא. אך צ"ל עפימש"ל לדעת הפוסקים דאינה אסורה לבועל רק היכא דאסורה לבעל ואם הי' הוא מזיד והיא שוגגת או אנוסה מותרת גם לבועל עיי"ש בב"ש סי' י"א הנ"ל. א"כ הכא כיון דלבעל מותרת דלא עביד איסורא והיא ג"כ לא עבדא איסורא בקידושין מותרת גם לבועל. וא"כ כ"ז באיסור א"א דהאיסור והקנס הוא משום לתא דאורייתא דאסורה לבועל. גם חכמים לא גזרו רק כעין דאורייתא. אבל ביבמה דמותרת ליבם תמיד דשומרת יבם שזינתה מותרת ליבם וא"כ מעיקרא לא הי' הקנס כלל משום דאסרה על היבם רק משום דעביד איסורא לכך גם בקידושין לחוד אסורה לו. דהא המקדש עושה איסור גם בקידושין לחוד כמש"ל:

ואמנם אף לדעת הב"ש דס"ל דשוגג לא הוי רק בניסת עפ"י ע"א ולא ע"י קול. מ"מ מודה בטעות דנ"ד דשם ידוע לכל דאין לסמוך על קול בעלמא שיצא שמת כמ"ש בת"ה שם בסי' רכ"ב אבל כאן דטעתה והיתה סבורה דנתגרשה לא גרע מטעות שנתחלפו שני האחיות בכניסתן לחופה דקרוב יותר למזיד ואפ"ה מותרין לבעליהן. כנלע"ד. ובפרט בחששא דרבנן בעלמא דיש לסמוך ע"ז:

וגם יש לצרף דברי הב"ש בסי' מ"ו ס"ק י"ח שכתב דהיכא דהקידושין דהראשון לא היו רק ספק והשני כנסה בחופה לחוד מותרת. א"כ ה"נ בנ"ד דאיכא אומדנא טובא דכבר מת וגם הי' במקום סכנה הרבה א"כ יש להתיר בנכנסה לחופה לחוד. ולכן מכל הני טעמי נלע"ד להסכים עם כת"ה להתירה לחזור לבעלה השני. כיון דאיכא מצוה בדבר כמ"ש כת"ה. אבל רצוני שיסכים לדבר עוד רב אחד גדול מפורסם בהוראה דלימטיין שיבא מכשורא:

והנה במ"ש לעיל דליכא כאן חשש ברירה דהוי ככבר בא חכם. הראה לי אחד בתשו' דברי חיים להגאון הקדוש מסאנז זצ"ל דבגט דבעינן לשמה ל"מ ברירה אף בכה"ג. עיי"ש בח"א אה"ע סי' צ"ד ס"ב ומביא ראי' לזה מדברי הש"ס גיטין (דפ"ו) בשנים ששלחו ב' גיטין ונתערבו נותן שניהם לזו ושניהם לזו וקאמר שם הש"ס דאתיא דלא כר"א דלר"א דס"ל ע"מ כרתי הא לא ידעי בהי מינייהו מיגרשא ופירש"י שם דכיון דלא ידעה בהי מיגרשא אין זו נתינה לשמה מבוררת עיי"ש. והרי שם במקום הכתיבה גם עתה ידוע לאיזו שייך הגט דהא איירי במשולשין כמ"ש התוס' שם (דכ"ד ע"ב) והוי ככבר בא חכם ואפ"ה כיון דהעדים אינם יודעין בשעת הנתינה בהי מיגרשא אין זו נתינה לשמה. עכת"ד הד"ח וכ"כ עוד שם בענף ד' עיי"ש. ולכן החזיק בדברי התוס' (בדכ"ה) דס"ל דבגט דבעינן לשמה גם כה"ג ל"מ. ודחה דברי הפנ"י והיש"ש שם. אמנם נראה בנ"ד גם הד"ח מודה דבשלמא שם בשני גיטין שנתערבו לא מיבעיא לפי"ד הסוברים באה"ע סי' קכ"ט סי"ט דבנותן שני גיטין צריך ליתן בזאח"ז משום דספר אחד אמר רחמנא וכו' א"כ בנותן קודם גט אחד לאשה אחת א"א לכוין מחשבה מבוררת לשמה דדילמא אין זה גיטה. וגם אין זה מחשבה מבוררת לשם גירושין דדילמא אין זה גיטה ואינה מתגרשת בו ואין ניתרת בו אלא אף לדעת הסוברים שם דיכול ליתן שני הגיטין בב"א מ"מ א"א לכוון מחשבה מבוררת דבשניהם מגרשה דזה וודאי אסור משום שני ספרים וע"כ צריך לכוון דאינו מגרשה רק באחד אותו שהוא שלה הרי אינו יודע בעצמו איזו היא שלה וא"א לכוון בו לשמה. וגם שייך לומר כל שאינו בזאח"ז וכו'. אבל בנ"ד דמגרש אשה אחת בגט אחד הנכתב לשמה רק שהוא ספק אם היא א"א או כבר מת בעלה יוכל שפיר

לכוון בשעת הכתיבה והנתינה מחשבה מבוררת לשמה ממש. וגם הוי לשם גירושין כיון דעכ"פ מחמת ספק צריך לגרשה ובאותו הגט מתירה מספק א"א דהוי כוודאי לדעת הר"ן בתשו' הנ"ל א"כ הוי מחשבה שלימה לשמו ולשמה ולשם גירושין לכך שפיר פסקו המהרי"ט וסייעתו הנ"ל דכה"ג הוי גיטא מעליא. ולכן אם כת"ה יודע שהמסדר הוא ת"ח וי"ש. וגם שיש מצוה להתירה לבעל אחותה לטובת הילדים גם אנכי דרינא בהדי' באופן שיצטרף עמנו עוד רב אחד מפורסם והשי"ת יצילנו משגיאות ויראינו מתורתו נפלאות: כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עא

שפעת שלומים לכבוד ידידי הרב הגאון המובהק המפו' לשבח ולתהלה ותיק חסיד ועניו וכו', כשית מו"ה **חנוך צבי** שליט"א אבד"ק **בענדין** יצ"ו. בצירוף הדיינים מומחים הרבנים המובהקים מו"ה **יהושע** ומו"ה **דוב יצחק** נ"י:

מכתבם במועדו לנכון הגיעני ומחמת שלא הייתי בקו הבריאה ועוד לא חזרתי לאיתני בשלימות לכן נתאחרה תשובתי קצת ואתם הסליחה ועתה באתי להשיבם והשי"ת יצילנו משגיאות. ע"ד הפס"ד שיצא מאתם אודות קשר שידוך ובקשו לחוות דעתי בזה. הנה בראשונה ראיתי מה שכתבו בתחלת דבריהם וז"ל. כי הדבר פשוט שלו יהא כדברי אבי הכלה שקנה סחורה בעד הנדן והוזלה לא מיקרי עי"ז שסילק הנדן. כי הסחורה לא יצאה מרשותו ולא מסרה לאחר ולא זכה בה החתן עכ"ל. ולדידי אין הדבר פשוט כ"כ ותורה אמת כתיב בה ואסור לחנוף לשום אדם. דלדידי נראה פשוט להיפך דהא מבואר בחו"מ סי' קפ"ג ס"ד דראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי וזבין לי' סתמא קני' ראובן משעת משיכת שמעון וכו' אע"ג דיהיב שמעון דמים שלו קניא ראובן ויהיב לשמעון זוזי עכת"ד ודבר זה מתורת שליחות נגעו בה דבמשיכת השליח קנה המשלח. ואף דהש"ך שם בסק"ב מביא דברי הרי"ו דבקנה במעותיו ומתכוון לזכות לחבירו לא קנה חבירו עיי"ש מ"מ מלבד שהב"י חולק שם על דברי הרי"ו אבל גם הש"ך גופי' כתב לחלק שם מדברי הטור שהם דברי המחבר בס"ד דשא"ה דאמר זבין לי האי מידי עיי"ש. וה"נ בנ"ד הרי צד החתן אמרו לו בעצמם שיקנה סחורה עבור הזוג. והנה בקצוה"ח ובנתיבות שם שניהם לד"א כוונו דבאמר לי' זבין לי וכו' הרי נתן המעות על פיו ונתחייב המשלח על המעות בתורת ערבות. כמו באומר תן מנה לפ' וכו' ולכך הוי כמאן דאוזפינהו. ובאמת אינני מבין דבריהם דנהי דנתחייב לשלם. אבל במה קנה המשלח המעות הא לא בא לידו עדיין. ואינו דומה להא דב"ק (דע"ט ע"א) דנתנו לבכורות בנו או לבע"ח דנתחייב הגנב על משיכת הכהן או הבע"ח ללשון שני שברש"י שם. היינו כיון דהכהו או הבע"ח

יודע שלוקחו בשביל הגנב. הוא נתכוון לקנות בשביל הגנב ואח"כ לעצמו. אבל כאן דאינו מודיע להמוכר שנותן המעות בשביל המשלח לא נתכוון לקנות בשבילו והמעות עדיין של השליח. אף דהמשלח נתחייב לשלם לו בעדם:

ולכאורה אפשר לומר עפי"ד המבי"ט שהביא הש"ך בסי' ל"ט סקמ"ה בקנה צמר מחבירו ונתן לו שט"ח על המעות דקנה הצמר אעפ"י שלא משך כיון שנתחייב לשלם בעדה. וה"נ כיון דנתחייב לשלם בעבורו מתורת ערבות כנותן שטר דמי וקנה המעות. ואף דהש"ך גופי' חילק שם על המבי"ט וס"ל כדעת החולקים דאינו קונה אותה הצמר רק דמחויב ליתן לו איזו צמר שירצה. י"ל דשם שאני דהא השט"ח קונה רק מתורת כסף כמ"ש הש"ך בסי' ק"צ דקונה קרקע ונתן שט"ח על הדמים קונה מתורת כסף. וא"כ שם בצמר דהם מטלטלין וקיי"ל דמטלטלין נקנין במשיכה דווקא ולא בכסף. וא"כ כ"ז שם דשייך חשש נשרפו חיטך בעלי'. אבל כאן דנותן מעות להמוכר בשביל המשלח. כיון דהמשלח נתחייב לשלם לו בעדם. קונה אותם המשלח בהחיוב שנתחייב אף דהוי כמו כסף מ"מ כיון דהחיוב בא רק אחר שנתן השליח המעות ליד המוכר ואז כבר אינם ברשותו ול"ש לומר נשרפו חיטך בעלי' והוי כמו עליתו מושכר לו בחצירו. ועוד דבמעות ל"ש לומר נשרפו חיטך כמ"ש התוס' משום דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע עיי"ש. אך גוף הדין אינו מוסכם שיהי' קונה מתורת כסף בשטר שנותן על עצמו כיון דעדיין אגיד גבי' לשיטת הפוסקים דבמשכון אינו קונה דמנה אין כאן משכון אין כאן כיון דאגיד גבי'. עיין בקצוה"ח שם סי' ל"ט סק"ח ובתשו' נט"ש חו"מ סי' ל"ד. ועיקר הטעם בזה נ"ל כיון דאזלינן בתר כוונת המוכר דדעתו להקנות לבעל המעות כמו שהאריך שם הקצוה"ח בסי' קפ"ג הנ"ל דס"ל כבני מערבא בב"ק (דק"ב). והטעם כיון דאנו יודעין דעיקר כוונתו למכור משום שצריך לו להכסף א"כ כוונתו להקנות למי שנותן לו הכסף. וא"כ כיון דהשליח אינו נותן הכסף מכיסו דהמוכר נתחייב להחזיר לו. והקרן הוא שלו כמו דאמרינן לענין שעבודא דר"נ. כוונת המוכר להקנות לו דמכחו בא לו הכסף. אבל בלא א"ל זיל זבין לי רק כמו עובדא דרי"ו דאיירי דמזכה לו ונותן לו הכסף במתנה ולא יחזיר לו הכסף כמ"ש הקצוה"ח שם באהד"ה ועוד. א"כ כיון דהמשלח לא קנה עדיין הכסף. הרי נותן השליח להמוכר הכסף. ומכחו בא לו הכסף. כוונתו להקנות לו ולא להמוכר. כנ"ל ברור. וא"כ בנ"ד דאבי הכלה הי' מחויב ליתן להחתן הנדן והוא אומר לו זיל זבין לי סחורה בהכסף. דנותן לו בשליחותו דנפטר בכך מהחתן ומקנה המוכר הסחורה לבעל המעות שהוא החתן. ועיין בחוו"ד סי' קס"ח קס"ט סק"ח דבאומר תן הלוואתי לפלוני דנפטר בכך מהמלוה אף דלא אמר והפטר. ואף דלא קנה עדיין המלוה הכסף כיון דלא

בא לידו עדיין והלוה יוכל לחזור ולזכות בו כמ"ש הריטב"א בקידושין מ"מ אם נתנו כבר לאותו פלוני ואינו חוזר ונוטלו ממנו. נפטר בכך מהמלוה עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד תיכף כשקנה הסחורה עפ"י ציווי החתן נפטר בכך מהנדן. וממילא נקנית הסחורה להחתן. כיון דהוא בעל המעות. שהי' חייב לו אבי הכלה עבור הנדן:

ואמנם בנ"ד א"צ לכ"ז. דהא כאן נתן לו החתן ג"כ הנדן שלו לקנות בשני הנדנים סחורה. א"כ הוי כקנה במעות המשלח ובמקצת דמים קונה ג"כ בתורת כסף. א"כ לכ"ע נקנית הסחורה להחתן ושלו הוזל, ומה שהביא כתה"ר מהתשו' זכרון יוסף שהובא בפ"ת חו"מ סי' ע' סק"ג דאם השליש הנדן ביד שליש ונאנס הנדן דצריך ליתן נדן אחר דלא נכנס עדיין הנדן לרשות החתן. מלבד דדברי הזכרון יוסף עצמם נראה ג"כ דבר התמוה לרבים שלא יעלה על לב אדם לומר דאם השלישו הנדן ביד אחד ופשט אח"כ רגלו להנושים ואינו משלם שיהי' מחויב ליתן נדן אחר ופוק חזי מאי עמא דבר. אמנם בנ"ד שציווה לקנות סחורה לטובתו יודה גם הזכרון יוסף. עיין בב"ש סי' נ"א סקי"א לענין ירושה. דמחלק בין אם הושלש ביד שליש סתם. או אם הושלש לטובת הזוג שירוויח לטובתם. דעומד ברשות הבעל והוי ככבר בא לידו דיורש אותה. וכתב שם בשם הג"מ דאף אם נתרצה שחמיו ישא ויתן במעות נדוניא לטובתו זכה הבעל עיי"ש. וזה ממש כנ"ד דנתרצה שמחו' ישא ויתן בהנדן לטובת הזוג דהוי ככבר בא ליד הזוג. וממילא דנפטר כבר מהנדן. ולכן נלע"ד ברור דאם יברר אבי הכלה או ישבע דקנה במעות הנדן של שניהם סחורה והוזלה דנפטר בכך מהנדן. ואף דידוע דעת הר"ן דכל תנאי שהוא בקו"ע מספק אמרינן דלא נתקיים התנאי. וא"כ ה"נ יש לנו לומר כיון דהשידוך הוא על תנאי שיסלק הנדן. איכא למימר דאף בשבועה לא יהא נאמן לומר דסילק. כמו בא"י אם נתחייבתי דאינו נאמן לחייב את הלוה אף בשבועה. מ"מ י"ל דדמיא להא מילתא דחנווני עם פועלים שכתב הש"ך בסי' פ"ט דגם החנווני נוטל מדין בשבועה. כיון דהבעה"ב טוען שמא וחנוני יש לו חזקה שע"ש. לכ"ע מהני ברי ושמא כה"ג. ה"נ בנ"ד דומה לחנווני דנאמן לומר בשבועה דקנה סחורה עם הנדן מחמת חזקה שע"ש והחתן טוען שמא אמרינן כה"ג ברי עדיף. וגם האי מילתא הוי ספק איסור. דהא יש חרם הקדמונים על שידוכין. וא"כ הוי ספק חרם דדילמא קיים אבי הכלה את התנאי וקנה הסחורה כמדובר. ולכן כיון דנתרועע היסוד נפל גם הבנין שבנו כתה"ר דעבר הזמן ולא סילק נתבטל השידוך. דהא י"ל דכבר סילק מה שהי' מחויב. שוב ראיתי בר"ן פ' האומר שכתב הטעם דבתנאי בקו"ע אינו נאמן הוא משום דדמי לא"י אם הלוויתני. וחנווני על פנקסו רק משום תקנה נאמן בשבועה עיי"ש:

וא"כ שפיר כתבתי דלדעת האבן פלאט שהביא הש"ך בסי' צ"א דחנוני על פנקסו מדינא נאמן משום חזקה שע"ש מסייע לבו"ש. ה"נ בנ"ד כיון דהחתן טוען שמא ואבי הכלה טוען ברי. ויש לו חזקה שע"ש דמסתמא קנה הסחורה כמו שציווה לו אבי החתן. דמי ממש לחנווני על פנקסו דמסתמא נתן להפועלים. וגם לפי"מ שהביא האבני מלואים סוס"י ל"ח דברי המהרי"ט בטעם החילוק שבין תנאי קו"ע לתנאי שוא"ת דבתנאי קו"ע מסתמא דעתם הי' בשעת התנאי שיביא ראי' על קיום התנאי. דכל קו"ע אפשר לו להביא ראי' שקיים התנאי. אבל בתנאי שוא"ת דא"א לו להביא ראי' שלא עבר דלא ראינו אינו ראי'. ובע"כ הכוונה הי' דהוא יהי' נאמן אם לא שכנגדו יביא ראי' שעבר על תנאו בקו"ע עיי"ש. א"כ בנ"ד אף בונא דקו"ע מ"מ בשעה שאמרו לו צד החתן שיקנה הסחורה עבור הנדן. הם היו יודעים שא"א לו להביא ראי' ע"ז. דהא הוי מדברים המסורים ללב. דמי יוכל לידע באיזו כוונה קנה הסחורה. אם בשביל הזוג או בשביל עצמו. ומה נעשה מהסחורה. דאטו עדים בכיפי תלי לי' שלא יהא זזה ידם מתוך ידו לידע איזו סחורה קנה בשביל הזוג. ואם מכר אותה הסחורה בשעת היוקר או הזול ומוכחא מילתא דסמכו על נאמנותו. ונחתו מתחלה לכך שיהי' הוא נאמן על כך בכמה קנה וכמה הי' ריווח. ודמי שוב לתנאי שוא"ת דנאמן לומר שנתקיים התנאי. ובפרט דבלא"ה דעת הרמב"ן הובא גם ברמ"א סוס"י ל"ח. דגם בתנאי קו"ע נאמן לומר דנתקיים התנאי אם אין שכנגדו מכחישו בברי. ולכן מכל הלין טעמי קשה לי להסכים להפס"ד שלכם. ואתם הסליחה:

כ"ד ידידם דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עב

כבוד הבחור כהלכה חריף ובקי מופלא ומופלג בעל שכל וסברא ישרה מר **דוד שידלאווסקי** נ"י:

הנה בחפשי עתה באמתחת הכתבים שלי מצאתי מכתבך עוד מפ' אמור העבר שלא השבתי לך עלי' מפאת כמה הרפתקאות דעדו עלי, ולכן אמרתי עתה להשיבך למען שקידתך על לימודך:

בראשונה יצאת להקשות דברי רש"י אהדדי ביבמות (דפ"ח ע"ב) על הא דדרשינן שם מנין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו בע"כ וכו' ה"ד וכו' אלא לאו דניסת לא' מעידי' וקאמרה ברי לי וקתני דפנו אלמא מפקינן לה מיני' וכתב רש"י שם ד"ה וקתני וז"ל וקשיא לרב ובעד א' לא מצית לאוקמי' דא"כ ל"ל קרא הא אין דבריו של אחד במקום שנים עכ"ל. משמע מזה טעמא דאיכא שנים כנגדו הא לא"ה עד אחד נאמן בעדות אשה מדאורייתא. והרי רש"י גופי' (בדצ"ב ע"א) ד"ה תדע כתב להדיא דרק מדרבנן נאמן דהם

הימנוהו. עיי"ש. ובפנ"י כתובות (כ"ב) בד"ה אמר רבא כתב להדיא דהך דרשא דוקדשתו הוה דרשא גמורה ולא אסמכתא. עכת"ד קושיתך. והנה בפשיטות ל"ק קושיתך דמאן דס"ל דע"א אינו נאמן בעדות אשה מדאורייתא הוא משום דאין דשב"ע פחות משנים. וא"כ כ"ז היכא דאנן דנין על איסור א"א דהוא דבר שבערוה מחייבי מיתות ב"ד או כרת. אבל כאן דאיירי לענין איסורי כהונה מחמת זונה כמ"ש רש"י שם (דפ"ח ע"ב) ד"ה אלא לאו. דאיירי דבאו עדים שהי' חי אז ואח"כ מת דאסורה משום זונה ולא הוי רק ח"ל דאינו דשב"ע. עיין בתשו' נוב"י מהדו"ק אה"ע סי' י"א ובאבני מילואים סי' י' סק"ב. וא"כ הוי ככל האיסורין דע"א נאמן באיסורין. ואף דכאן איתחזיק איסורא מ"מ כיון דנישאת לא' מעידי' ושניהם אומרים ברי. כבר ידוע דברי הרשב"א והמהרש"א דברי מהני נגד חזקה. וגם בלא"ה כיון דהעדים מעידים דעכשיו מת ויצאה מאיסור א"א. ואין אנו דנין רק על איסור זונה והרי בחזקת זונה לא היתה מעולם ומאיסור א"א לאיסור זונה לא מחזקינן כמ"ש התוס' פד"א (ד"ל ע"ב) ד"ה אשה זו. וא"כ פשיטא דע"א נאמן כאן מדאורייתא לומר שאינה זונה. ועוד י"ל מילתא חדתא דגם לענין איסור א"א. היכא דנישאת להעד והיא אומרת ג"כ ברי לי כ"ע מודים דנאמנים מדאורייתא. דהא באמת כבר הקשה הט"א בר"ה (דכ"א) על הא דקאמר שם הש"ס דאם בא אחד ואמר קדשו ב"ד את החדש נאמן דמדעל"ג לא משקרי אינשי א"כ אמאי בעדות אשה ג"כ אינו נאמן משום מדעל"ג. אך צ"ל דכבר הקשו האחרונים גם בעכו"ם אמאי אינו נאמן אף באינו מסל"ת. והא מבואר ביו"ד סי' פ"ו דבמדעל"ג גם עכו"ם נאמן. אך בתשו' זכרון כהונה וחת"ס שניהם לד"א נתכוונו דכיון דאיכא גזיה"כ דאל תשת ידך עם רשע ואסור לב"ד לקבל עדות רשע א"כ בכל מילי דבעינן עדות כמו דשב"ע וממון. אסור לנו לקבל עדות עכו"ם אף היכא דיש סברא להאמינו דקושטא קאמר. עיין בתשו' ז"כ הנ"ל (ד"ל ע"א) שדחק לחלק בין לאו דאל תשת ובין לאו דלא יקום ע"א דהרמב"ם מחשבו ג"כ ללאו שאסור לב"ד לקבל ע"א. ובתשו' חת"ס אה"ע סי' צ"ה האריך ג"כ בזה לומר טעם איך התירו לקבל ע"א בעדות אשה. וא"כ מעתה י"ל דזה באמת טעמם של הפוסקים דס"ל דמדאורייתא אין ע"א נאמן אף דהוי מדעל"ג דבדבר הצריך עדות אסור לקבל ע"א. אף אם יש סברא לומר דקושטא קאמר כמו במדעל"ג:

ואמנם כ"ז היכא דצריכין להעיד כגון אם בא לישא אותה איש שאינו יודע ממיתת בעלה או שהיא עצמה אינה יודעת וצריכין לקבל עדות ע"ז. בזה אמרה תורה שאסור לקבל ע"א להעיד. אבל היכא שהוא והיא יודעין האמת שמת הבעל וא"צ שיבוא מי להעיד ע"ז. כיון דהם עצמם יודעים האמת. ואינם צריכים לבוא לישאל כלל והוה כהא דאמרינן

בסנהדרין דטריפה שהרג בפני ב"ד נהרג. דכיון דהם עצמם בעלי המעשה שמצווים להרוג הרוצח. והם ראו שהרג וחייב מיתה וא"צ לקבל עדות ליכא בזה משום עדות שאי"ל. עיי"ש. וה"נ דכוותה הבעל והאשה שיודעים האמת א"צ לקבלת עדות כלל. ולא שייך בזה איסור לאו דלא יקום וכו'. וא"כ נהי דבעלמא הב"ד מצווים להפריש אדם מעבירה. וכיון דהאשה בחזקת א"א קיימא. לכאורה הב"ד מצווים להפריש אם יבוא מי לישא אותה. אף דהם אומרים שיודעים שמותרת. מ"מ הא הב"ד אינם יודעים. מ"מ נגד הב"ד לא הוי דשב"ע דעליהם ליכא כרת ולא מיתת ב"ד רק מצוה בעלמא להפריש אדם מעבירה. בין בעריות בין בשאר איסורין. וא"כ הוי ככל איסורין שבתורה דלא בעינן העדאת שני עדים רק הוכחה על אמיתת הדברים. כמ"ש הט"ז ביו"ד סי' צ"ח. וכיון דבעלמא אמרינן דמדעל"ג מהימן אף ע"א ה"נ כלפי הב"ד מהני העדאת העד והאשה משום דהוה מדעל"ג. ולכך שפיר י"ל דכ"ע מודים דבכה"ג מהני ע"א גם מדאורייתא והא דלא מצינו חילוק זה בשום מקום היינו משום דלדידן לא משכח"ל בעד אחד שישא אותה דהא קיי"ל דע"א המעיד באשה לא ישאנה משום חשדא. ואולם כ"ז מדרבנן אבל מדאורייתא על קרא דוקדשתו שפיר קאמר רש"י דרק משום דאיכא שנים המכחישים אותו אין ע"א נאמן. אבל אם לא הי' שנים המכחישים אותו. וודאי דאם היא אומרת ג"כ ברי לי הי' מדאורייתא מותר לישא אותה דמדאורייתא ל"ח לחשדא. וכ"ע מודים דבכה"ג עד אחד נאמן מדאורייתא, וז"ב בעיני:

אלא דלכאורה יש לסתור דברי אלה בישוב דברי רש"י דהרי רש"י עצמו פירש שם מה דאומרת ברי לי היינו שאין לבה נוקפה וזה מהני רק בתרי ותרי שלא תתחייב אשם תלוי דאין אשם בא אלא היכא דלבו נוקפו. אבל וודאי בלא העדאת עד אינה יכולה לינשא על מה שאין לבה נוקפה וכיון שמוכרחת לסמוך על העד וצריך לקבל עדות. שוב אין יכולים לקבל עדות עד אחד. אך באמת ז"א דבלא"ה קשה שם ע"ד רש"י שפירש דאירי דהעדים מעידים שעד עכשיו הי' חי ועכשיו מת. דא"כ גם בלאו איסור זונה אסורה עליו. מחמת דכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל. ומה זה ענין לקרא דוקדשתו הא גם אם אינו כהן אסורה עליו וכבר העיר בזה הרש"ש במקומו שם ותירץ דמדאורייתא היא אנוסה דהא ניסת בטעות עפ"י העד. והא דאמרינן תצא מזה ומזה הוא רק מדרבנן שלא יאמרו גירש זה וכו'. וידוע דברי הנוב"י מהדו"ק אה"ע תשו' ע' ומהדו"ת תשו' דנבעלה באונס אינה אסורה משום זונה רק משום טומאה. וע"ז אין היא מוזהרת רק הוא עיי"ש. א"כ אין האיסור כלל על האשה רק על הנושא אותה שהוא כהן. והוא הרי אומר ברי לי. ומיושבים שפיר דברי רש"י מקושיתך. אבל מה שחידשתי גם לענין איסור א"א דמהני

ברי לי מדאורייתא היינו היכא ששניהם אומרים ברי לי ממש שראו שמת. דבאיסור א"א היא מוזהרת כמוהו. וצריך שתאמר בעצמה ברי לי שראיתי שמת. וז"פ:

ומ"ש לישב קושית המהרש"א ע"ד התוס' שם שהקשו הא בחטאת קאי דהא בחזקת א"א קיימא ואמאי אם ניסת ל"ת אף באומרת ברי לי. והרי התוס' בעצמם (בדצ"ג ע"ב) תירצו זאת דברי לי מהני נגד חזקה כדברי הרשב"א הנ"ל. ודבריהם סותרים זל"ז. ותירצת עפי"ד הריב"ש דבא"א איכא תרי חזקות ולכך לא מהני ברי לי. דבריך נכונים בחילוק זה. ולע"ד יש לישב בפשיטות עפי"ד הפנ"י בגיטין (די"ז). דסברא זו דברי מהני נגד חזקה. הוא רק היכא דיש עוד חזקה גרועה בהדה דליהוי חדא במקום תרתי עיי"ש בד"ה בתוס' בד"ה משום ב"א. וא"כ דווקא לקמן (בדצ"ג) דאיכא חזקה דהשתא דעכשיו אין לה בנים שהרי מת הבן. והוי אשת אח שאין לה בנים שהיא בחזקת מותרת ליבם מצטרף בהדי ברי דידה שיועיל נגד חזקת איסור ליבום שהי' לה מעיקרא. אבל כאן (בדפ"ח) דהתוס' הקשו על הא דשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דלדבריהם גם עכשיו היא עדיין בחזקת איסור א"א. לא מהני ברי לי דידה לד' הפנ"י הנ"ל. ויתיישב עוה"פ קושיתך הנ"ל מדברי רש"י דוקדשתו. דשם דאיירי דעדים מעידים דעכשיו מת. וא"כ איכא עכ"פ חזקה דהשתא וודאי שמת. שפיר הי' מהני מדאורייתא גם ע"א שאומר מת. אף דהוי איתחזיק איסורא. כיון דאומר ברי לי ואיכא גם חזקה דהשתא מהני נגד חזקה דמעיקרא:

ועוד י"ל לפי"ד הפנ"י האלו דאתי עלה מכח ברי ושמא. וסברתו מובנת שפיר דכיון דלהב"ד שרוצים להפרישם הוא ספק. והם אומרים ברי אמרינן בכה"ג גם לענין איסור ברי ושמא ברי עדיף. אבל ידוע דברי התוס' בכתובות ובב"ק שמחלקים בין אם הברי הוא טוב שיודע שחבירו מכיר בשקרו או לאו עיי"ש. וא"כ כאן (בדפ"ח) דאיירי אליבא דר' מנחם בר' סימאי. שניסת ואח"כ באו עדים האחרונים. א"כ הראשון שהעיד קודם שבאו האחרונים לא הוי ברי שלו ברי טוב. דלא הי' ירא לשקר. דאין הב"ד יכולים להכחישו ואין יודעים אם אומר אמת או לאו. אבל (בדצ"ג) י"ל דאיירי דבאו שני כיתי עדים ביחד והוי ברי של הראשון ברי טוב דהא יודע שהשנים יכחישו אותו לכך שפיר כתבו התוס' דמהני ברי דידהו משום ברי ושמא:

ולפי דברינו אלה דדבר זה הוי כמו ברי ושמא. א"כ זה תלוי בפלוגתא דר"י ור"ה ור"נ ור"י בכתובות (די"ב ע"ב) אם א"י אם נתחייבתי פטור או חייב דפלוגתתם הוא ברי ושמא מהני נגד חזקה עיי"ש. א"כ בלא"ה ל"ק קושית מהרש"א הנ"ל דהתוס' (בדצ"ג) דרצו לתרץ דברי רב ששת דפריך תרי ותרי נינהו מאי חזית וכו' והוקשה להו להתוס' דמאי קושיא הא בתרי ותרי מוקמינן מדאורייתא אחזקה. ע"ז שפיר תירץ הר"י דכיון דאומרים

ברי לא אוקמינן אחזקה והיינו די"ל דר"ש ס"ל כר"י ור"ה דא"י אם נתחייבתי חייב. דאמרי' ברי עדיף אף נגד חזקה וכדקאמר הש"ס ג"כ אליבא דר"ע בב"מ (דל"ח ע"ב) אבל (בדפ"ח) דקאמר הש"ס הלכה פסוקה דשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אם ניסת ל"ת ואף ר' מנחם בר"י לא פליג אלא אם באו עדים ואח"כ ניסת. ע"ז הקשו התוס' שפיר דגם לפי"מ דפירש הש"ס דאיירי בניסת לא' מעידי' ואומרת ברי לי. מ"מ אליבא דהלכתא הא קיי"ל דא"י אם נתחייבתי פטור ול"מ ברי ושמא להוציא ממון מחזקתו ה"נ ל"מ ברי ושמא להוציא האשה מחזקת א"א כנ"ל פשוט:

ועוד י"ל דגם למ"ד ברי ושמא ל"מ נגד חזקה מ"מ החזקה מיהא איתרעי והוי ספק השקול אלא דבממון כל ספק ממונא לקולא כדילפינן מקרא דהממע"ה. בב"ק (דס"ב) עיי"ש. אבל לענין איסור י"ל דספד"א מה"ת לחומרא. ותתיישב בזה גם כן קושית המהרש"א דהא וודאי מה דב"ר מצווין להפריש מאיסור הוא דאורייתא מקרא דהוכח תוכיח או מאיזו לימוד אחר. ולכך ס"ל להתוס' (דפ"ח) דל"מ ברי נגד חזקה. דכיון דספיקא עכ"פ הוי הב"ד מצווין להפריש אותם מספק. אבל (בדצ"ג) דאיכא ספק אם הבן מת ראשון ויש כאן מצוות יבום או האח מת ראשון ואסורה להתייבם וא"כ שפיר תירץ שם הר"י דמהני ברי דכיון דהוי ספק לב"ד אם חייבין להפריש א"כ דילמא הבו מת ראשון ויעשו הב"ד איסור אם יבטלו אותם ממצוות יבום. וא"כ אין שייך כאן לומר ספד"א לחומרא. דאדרבה נימא לחומרא שלא יבטלו אותם ממצות יבום. וכמ"ש הרי"ט אלגאזי בבכורות דספק מ"ע חמור מספק ל"ת דאף להרמב"ם הוא לחומרא מה"ת. וגם כיון דב"כ וב"כ איכא ספק איסור אמרינן דשוא"ת עדיף. שהב"ד יהי' בשוא"ת ולא יפרישו אותם כדאמרינן בעירובין (ד"ק) בפלוגתא דר"י ור"א. עיי"ש. כיון דלהבעל והאשה אין ספק דהרי הם אומרים ברי רק דלהב"ד הוא ספק אמרינן דיותר יהי' הב"ד בשוא"ת שלא להפרישם מלבטל מצוות יבום בידים. ואף דאיירי דכבר ניסת ונתקיים כבר מצוות יבום בביאה ראשונה. מ"מ כיון דאם הי' באים לפנינו קודם ביאה ראשונה לא הב"ד יכולים להפרישם מספק כמש"ל כבר היתה הביאה ראשונה בהיתר והותר איסור אשת את לגמרי דכיון שיבמה נעשה כאשתו לכל דבר. אבל לעיל (דפ"ח) בשנים אומרים מת וכו' דליכא מצוות יבום. ומצוות פו"ר יכול לקיים באשה אחרת שפיר אמרינן דגם מספק מחויבים הב"ד להפרישם:

או יאמר די"ל דמה"ט מהני ברי נגד חזקת איסור דהא ידוע דברי הבכ"ש יבמות (דפ"ז ע"ב) דמדאורייתא אף דבר ששנים מעידים שאסור והוא יודע שמעידים שקר מותר לאכול מדאורייתא בינו לבין עצמו אף אם יעשה כן בפני עדים יהי' חייב מיתה או מלקות עיי"ש. וא"כ מכ"ש דבר שיש חזקה לאיסור אם הוא יודע שמותר מותר לעשות בינו

לבין עצמו וא"כ ממילא איתרע החזקת איסור דהא נקלש איסורו מכמות שהי' מקודם דהא הותר קצת לאותם האומרים ברי לי וכידוע דכל כה"ג דא"א להעמידו על חזקתו הראשונה לומר שיהי' כמקודם איתרעי חזקתו דהא הותר איסורו במקצת. אבל בא"א דאיכא ג"כ חזקת חי ואין אנו דנין לענין איסור רק אם הוא חי ע"ז שפיר תי' כיון דתרי ותרי נינהו ומספ"ל הי מינייהו קושטא קאמרי מוקמינן לי' אחזקתו ואמרינן דהוא חי עד עכשיו. וא"כ לכך שפיר בשנים אומרים מת וכו' ל"מ ברי נגד ושמא חזקת חי. ולכך הוצרכו לתרץ דמחמת דייקא ומינסבא איתרע גם חזקת חי. אבל (בדצ"ג) דליכא חזקת תי דעכשיו וודאי כבר הוא מת והספק הוא רק מי מת ראשון וליכא רק חזקת איסור ליבם ע"ז אמרי' דחזקת איסור ליבם כבר איתרע דהא הותר להם עכ"פ בינו לבין עצמו. כמש"ל. וזה ג"כ כחילוקך אבל לא מטעמך דשתי חזקות עדיפי דע"ז חולק הנוב"י שם אך מטעם שכתבתי דחזקת איסור איתרע בברי לי כנ"ל:

ואשר הקשה על ר' ירוחם שהביא הב"י בריש סי' י"ז דהא דאשה נאמנת לומר גרשתני הוא רק כשהבעל אינו מערער. דא"כ מה פריך הש"ס ביבמות (דקט"ז ע"א) על הא דקטטה בינו לבינה דהיינו דאומרת גרשתני וליהימנה מדר"ה. דילמא איירי כשהוא מערער דאז אינה נאמנת להר"י הנ"ל. וגם הקשה על האו"ח שהביא שם הב"י דר"ה איירי רק היכא דאינו ידוע בעדים דהיתה א"א רק הוחזקה בעלמא עיי"ש דא"כ לוקמה הש"ס כאן דאיירי דידוע בעדים דהיא א"א עכת"ד. והנה קושיא כזו כבר הקשה הרשב"א על שי' הפוסקים דאינה נאמנת רק לחומרא להצריך גט משני ולא שתוכל לינשא לשוק דא"כ מאי פריך הש"ס וליהימנה מדר"ה הא לינשא לשוק אינה נאמנת כלל. וגם הב"ש בסק"מ הקשה על המחבר דכתב דאיירי דווקא דאמרה גרשתני בפני פו"פ ובאו ואמרו דלא נתגרשה דאל"כ הא נאמנת מדר"ה. והא אנן קיי"ל דבזה"ז אינה נאמנת. ולפי תירוצו של הב"ש שם מיושבים כל הקושיות הנ"ל דנהי דאינה נאמנת מ"מ כיון שלא הוחזקה שקרנית נאמנת לומר מת בעלי עיי"ש אלא שכבר תמהו עליו שם הב"מ והישויע"ק על דבריו דא"כ מה צריך הש"ס להקשות וליהימנה מדר"ה הא אף אם אינה נאמנת מ"מ כיון דלא הוחזקה שקרנית נאמנת לומר מת בעלי. ומה שנ"ל לישב דברי הב"ש אכתוב אח"כ:

אך בישוב כל הקושיות הנ"ל נ"ל דהנה בקו"א בפנ"י פ"ק דכתובות הביא דעת הרבה אחרונים אם מהני ס"ס בעגונה והוא הכריע דל"מ משום דהוי ס"ס במקום חזקה. ואמנם אשה שאמרה לבעלה גרשתני דנאמנת מדר"ה. משום חזקה דאין אשה מעיזה וכו' אף לדברי האומרים דאינה נאמנת לינשא לשוק היינו דלא אלים חזקה דא"א מעיזה להוציאה לגמרי מחזקת א"א. אבל מ"מ חזקת א"א וודאי דאיתרעי ע"י חזקה דאינה

מעיזה. ומה"ט ס"ל ג"כ להאו"ח דל"מ חזקה דאינה מעיזה רק כשאינו ידוע בעדים דהיתה א"א רק ע"י חזקה דאז אתיא חזקה דאינה מעיזה ומפקא מהאי חזקה. אבל כשידוע בעדים לא אלימא חזקה דאינה מעיזה להוציא מידי וודאי א"א. אבל עכ"פ חזקת א"א וודאי דאיתרעי ג"כ והוי רק ספק א"א. וכן בזה"ז שאינה נאמנת הוא ג"כ רק לחומרא כמ"ש הרמ"א בעצמו בריש סי' י"ז. וכן הא דס"ל לרי"ו דאם הוא מערער אינה נאמנת היינו ג"כ לחומרא דחוששין לדבריו. אבל וודאי איכא חזקה דאינה מעיזה דמרעא לחזקת א"א. וא"כ לכך פריך שפיר הש"ס אמאי בקטטה בינו לבינה אינה נאמנת לומר מת בעלי וליהימנה במאי דאומרת גרשתני מדר"ה. מאי אמרת אף לר"ה רק לחומרא נאמנת ולא לינשא לשוק. או היכא דידוע בעדים אינה נאמנת. ז"א כיון דחזקת א"א איתרעי ע"י חזקה דר"ה. א"כ עכשיו דאומרת דמת ג"כ א"כ נאמנת מכח ס"ס דדילמא האמת הוא כדברי' שכבר גירשה ואף אם נאמר דלא גירשה מ"מ דילמא האמת הוא מה שאומרת דאח"כ מת ומותר מס"ס דדילמא גירשה או דילמא מת. ואי דאיכא חזקת חי מ"מ הא הפנ"י בקו"א הנ"ל כתב דרק משום דאיכא תרי חזקות. חזקת חי וחזקת א"א לא מהני ס"ס כס' הריב"ש סי' שע"ח. ובפרט דאיכא ג"כ חזקה דמדעל"ג לא משקרי אינשי. ולכך הכא דאיתרעי חזקת א"א משום חזקה דאינה מעיזה שפיר מהני ס"ס ולכך הוצרך הש"ס לתרץ דאמרה נתגרשה בפני פו"פ. ובאו והכחישוה דהוחזקה שקרנית. וליכא ס' גירושין כלל. ולכך שפיר אינה נאמנת לומר גם מת בעלי. ומיושבים כל הקושיות הנ"ל. אך בישוב דברי הב"ש מקושית הישויע"ק והב"מ הנ"ל נראה. דהנה עיקר טעמא דאמרי' דייקא ומינסבא הוא משום חומר שהחמרת עלי' בסופה. שתצא מזה ומזה. וסתם אשה רחמא לבעלה ואינה רוצה שתצא ממנו:

והנה נחזי אנן באשה שאמרה לבעלה גרשתני אי לאו דרב המנונא היתה קרח מכאן ומכאן. לעלמא אינה יכולה לישא, דהא לא מהימנא. ובעלה ג"כ אם ירצה יוכל למנוע ממנה שכ"ו. ושלא לגרשה ג"כ דהא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. ויכול הוא לומר הא את עצמך אמרת שכבר גרשתיך ואין לך עלי כלום. ולעלמא ג"כ אסורה דלא מהימנא להוציא עצמה מחזקת א"א אי לאו דר"ה. וא"כ אם היתה אשה אומרת גרשתני היתה מכנסת עצמה בסכנה גדולה דהבעל יוכל לעגנה כל ימי'. ובע"כ דסניא לי' לבעלה כ"כ דאף ע"מ שתתעגן כל ימי' רוצית להפקיע עצמה ממנו. דאין לומר דאומרת כן משום דהאמת הוא כן. דז"א דמ"מ כיון דאיירי דאומרת כן בפניו והוא מכחישה כמו שפירשו רוב הפוסקים דאם הוא הי' מודה לה אדרבא לא היתה נאמנת דכיון דמסייע לה מעיזה ומעיזה עיין בח"מ וב"ש סי' י"ז סק"ב. וכיון דהוא מכחישה ואם הי' הדין דאינה נאמנת

אם איתא דרחמא לי' יותר הי' לה לשתוק ושלא להכחיש אותו מלהכניס עצמה לסכנה שתהי' עגונה כל ימי'. ואי משום דהיא יודעת האמת דנתגרשה ואינה רוצית לעשות איסור לדור עמו בלא קידושין חדשים וכתובה. ז"א דבכה"ג דהוא מכחישה לא עבדא היא איסורא כלל כיון דאינה נאמנת נגדו. ול"ש שאחד"א כיון דאשה קרקע עולם כמ"ש הראשונים בסוגיא דטא"ל עיין בברוך טעם. וא"כ מדקאמרה גרשתני בע"כ דסניא לי' כולי האי דגם ע"מ שתתענן לעולם אינה רוצית לדור עמו. ותדע שלא יוכל לכופה לדור עמה בע"כ דאסור לבעול בע"כ. ולא יוכל לעשות יותר רק לדונה כמורדת להפקיע כתובתה ולעגנה כל ימי'. וע"ז היא מכנסת עצמה משום דסניא לי'. ומה דאומרת גרשתני ואינה אומרת סתם דאינה רוצית לדור עמו דהכי שפיר לה מילתא טפי שלא תהי' בפני העולם כמורדת על בעלה ואומרת גרשתני וא"כ כיון דסניא לי' כולי האי שפיר הוי קטטה דאינה נאמנת לומר ג"כ מת בעלי אח"כ. דהיא אינה יריאה משום חומר שהחמרת וכו' דהא בלא"ה משעה שאמרה גרשתני היתה נכנסת לכך להתעגן כל ימי'. ואמנם כ"ז אי לאו דר"ה דמדאורייתא לא היתה נאמנת לומר גרשתני אז שפיר הדין דאין כופין אותו ליתן לה שכ"ו. וגם שלא לגרשה מחמת הודאת בע"ד. דהרי היא אומרת שכבר נתגרשה. ואף שהיא מעוכבת לינשא לעלמא משום דלא מהימנינן לה ומוכח מש"ס קידושין (דס"ה ע"א) דאי לאו משום דנאסר בקרובותי' הי' כופין על מדת סדום לגרשה. עיין בסי' מ"ח באה"ע ובסי' קס"ז שם. מ"מ היינו משום דלא פשעה נגדו במה דאומרת קדשתני. אבל אם אומרת גרשתני. ואנו אומרים דמדאורייתא אינה נאמנת כלל אלא דנתכוונה למרוד בו ולהפקיע עצמה ממנו בכה"ג מבואר ביבמות (דקי"א ע"ב) דיבמה שנדרה הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה או אף בחיי בעלה. אם נתכוונה לאסור עצמה על היבם אין כופין אותו לחלוץ. אבל עכשיו דכבר אמר רב המנונא דמדאורייתא נאמנת משום חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה. והא דאסורה לינשא לדעת קצת פוסקים הוא רק מדרבנן עיין ישויע"ק בסי' הנ"ל סק"ב. וכן בזה"ז דאינה נאמנת לינשא ורק לחומרא נאמנת ג"כ פשיטא דהוא רק מדרבנן וכיון דמדאורייתא מחמת חזקה דאינה מעיזה נאמנת אלא דמעוכבת לינשא מחמת תקנתא דרבנן וודאי דכופין אותו להוציא. וכ"מ להדיא בשטמ"ק כתובות (בדכ"ג ע"א) בד"ה וז"ל הריטב"א שהביא בשם מורו הרב ז"ל שהי' אומר בשם אחיו ז"ל שלא האמינה ר"ה להינשא אלא להוציאה מרשות בעלה ושלא לדונה למורדת וכהאי דג' נשים יוצאות ונוטלות כתובה דהתם מדמי להו לדר"ה והתם צריכות גט עיי"ש. ועיין בברוך טעם בסוגיא דטא"ל באריכות דכל כה"ג דנאמנת מדרב המנונא כופין אותו לגרש. וא"כ שפיר כתב הב"ש דאף בזה"ז דאינה נאמנת

לינשא לכ"ע מ"מ אי לאו דבאו עדים והכחישוה היתה נאמנת לומר מת בעלה דהא לא הוחזקה שקרנית. ואיכא למימר דמאי דקאמרה גרשתני קושטא קאמרה. ולא דסניא לי' לבעלה ומכוונת להפקיע עצמה ממנו. מאי אמרת דחזינן דבע"כ סניא לי' מדמכנסת עצמה שתתעגן כל ימי', ז"א כלל דהא יהי' מוכרח לגרשה ואינה מכנסת עצמה לעיגון כלל. אבל מת בעלי בשקר לא תאמר דלא חזינן דסניא לי' כולי האי לאסור עצמה עליו ועל הנושאה לצאת מזה ומזה בשקר. אבל הש"ס הוכרח לומר וליהימנה מדרב המנונא דאי לאו דר"ה ולא היתה מדאורייתא נאמנת כלל לומר גרשתני והוה מחזקינן לה במה דאמרה גרשתני למורדת דלא הי' מחויב לגרשה. והרי היא מכנסת א"ע במה דאמרה גרשתני להתעגן כל ימי'. וזה בע"כ משום דסניא לי' כולי האי. ואז גם מת בעלי אינה נאמנת לומר. כנ"ל נכון לישב דברי הב"ש מקושית הב"מ והישויע"ק:

ומה שהקשית ע"ד הב"ש סקכ"ט שכתב לפרש קישור דברי התוס' שהביאו הא דהירושלמי שאם נמצא כתב פב"פ מת משיאין את אשתו שהביאו ראי' דכמו דל"ח שם לפסול ה"נ ל"ח לשד. והקשית דראי' גופא זו יכולין להביא מש"ס שלנו דמשני דבשעת סכנה ל"ח לצרה וה"נ ל"ח לשד. כמו שבאמת כתבו כן הרבה פוסקים. הנה מה שתירצת יפה תירצת. ויש להוסיף עוד על דבריך דבאמת מש"ס דילן הי' יכולין לומר דהא דל"ח לצרה הוא משום דל"ח למיעוטא. ואף דיש ה' מיני נשים שאינם מעידות והוי כמו תרי מיעוטי שכתב הר"ן פא"ט דמרעי לרוב. מ"מ י"ל כמ"ש המגיה במל"מ דבמסל"ת אין ראי' מהש"ס שלא להאמין רק לצרה לבד אבל שאר מיני נשים י"ל דמהימני במסל"ת עיי"ש בפי"ב מה' גירושין סוף דין ט"ז. וא"כ י"ל דלצרה לבד ל"ח. אבל אם לא חזו לבבואה וכו' דאיכא למיחש לשד דהוי תרי מיעוטי שד וצרה שפיר חיישינן ולכך מייתי מהירושלמי דל"ח לפסולים דבכתב ל"מ מסל"ת כמ"ש. ואיכא תרי מיעוטי פסולים מחמת עבירה וצרה ואפ"ה ל"ח. ה"נ ל"ח לשד. ואיכא למימר עוד תירוץ אחר עפי"מ שרצה המל"מ בה' הנ"ל לומר דהא דחמש נשים אין נאמנות הוא רק ספק ולא וודאי ואם קיבלה קידושין מאחר צריכה גט. וא"כ י"ל דהא דקאמר הש"ס דבשעת הסכנה ל"ח לצרה. היינו משום דהוי כעין ס"ס דילמא לאו צרה היא ואף אם הצרה היא מ"מ דילמא הצרה בעצמה אומרת אמת. ואף דס"ס ל"מ נגד חזקה כמש"ל. מכל מקום כיון דאיכא רובא ג"כ דרובא דעלמא כשרים הן ולאו צרה. ורובא וס"ס וודאי מהני. אבל לשד י"ל דחיישינן דשד לאו ספק הוא דוודאי אין לו שום נאמנות מה"ת וליכא ס"ס. ולא הוה ילפינן מצרה. לכך הביאו התוס' דברי הירושלמי במצאו כתוב בכתב דאיכא ג"כ חשש פסולים מחמת עבירה. כיון דבכתב ל"מ מסל"ת. ופסולי עבירה אין להם ג"כ שום נאמנות מה"ת ולאו ספיקא

היא כלל ואפ"ה קאמר דל"ח. שפיר ילפי התוס' דגם לשד לא חיישינן. כנ"ל בישוב קושיתך הנ"ל:

וכדי שלא להוציא הנייר חלק וגם יען כי חזיתי דלחדודי שמעתתא הוא דבעית. אכתוב לך מה שאמרתי להתלמידים בימים האלו בשעת לימודי עמהם לישב קושית התוס' ב"מ (דמ"א ע"ב) ד"ה קרנא שהקשו לר' יוחנן דס"ל דעבדינן פירכא מכפל ולא אמרינן קרנא בלא שבועה עדיפא וגם ס"ל דלסטים מזויין גנב הוא א"כ שואל דחייב בגניבה ואבידה מנ"ל דבקו"ו משומר שכר א"א ללמוד דמה לש"ש שכן משלם כפל בטוען טענת גנב בלסטים מזויין ובשואל כה"ג ליכא כפל דהא חייב לשלם בלסטים מזויין כיון דחייב באונסים. כדפריך כ"ז הש"ס בפ' השואל (דצ"ה) עיי"ש בדבריהם. ואמרתי לישב דהנה הכ"מ בפ"ד מה' גניבה ה"י פירש בכוונת דברי הרמב"ם שם דהא דשומר אינו משלם כפל רק בטוען טענת גנב ונשבע. היינו כשמונח הפקדון במקומו אבל אם לקח השומר קצת מהפקדון דרך גניבה חייב בכפל עכ"ל. ודבריו נכונים מאד דכיון דקיי"ל דרשות שומר כרשות בעלים והגונב מבית השומר חייב כפל כאלו גונב מבית בעלים וא"כ מ"ש שומר מאיש אחר. אך כיון דכל גנב וגזלן צריך קנין כדאיתא בירושלמי הובא בר"ח על ש"ס ווילנא סוף מס' שבועות וכמ"ש רש"י כאן בב"מ (דמ"א ע"א) ד"ה הא לא משכה לכך כ"ז שמונח הפקדון במקומו ולא לקחו השומר לידו לא עשה שום קנין. ולא מתחייב משום גניבה. אלא דלכאורה קשה הא חצרו דגנב קונה לו ג"כ לענין גניבה כדאיתא בב"מ (די"א) דילפינן מאם המצא תמצא בידו גנו חצרו וקרפיפו. וא"כ כיון דהפקדון מונח בחצירו של השומר א"כ כיון דרוצה להעלימו ולגנבו לעצמו במה שטוען נגנבה. א"כ ליקני לי' חצרו תיכף הגניבה וליחייב כפל בטוען נגנבה אף בלא שבועה. אך צ"ל כמ"ש הרשב"ם. דהשומר אינו יכול לקנות הפקדון מתורת חצרו במקום שמונח שם הפקדון חצירו של המפקיד הוא. כיון דהשאילו לו שיונח שם הפקדון. עיין בזה בקצוה"ח סי' קפ"ט ובנתיבות בסי' ר'. ואמנם המקו"ח כתב בסי' ת"מ סק"ה דבמשכון ל"ש לומר דכיון דהשאיל לו ביתו לשמירת ממונו ביתו של המפקיד קרינן בי'. דהמלוה לצורך עצמו מחזיקו בביתו. עיי"ש. וא"כ מכ"ש בשואל דכל השאלה לצורך עצמו היתה. ל"ש לומר דביתו של המפקיד קרינן בי'. דלטובת עצמו מניחה בביתו. וא"כ קשה דמאי פריך הש"ס בפ' השואל הנ"ל דמה לש"ש שכן משלם כפל בטוען טענת לסטים מזוין משא"כ בשואל הא גם שואל חייב כפל בטענת לסטים מזוין דנהי דצריך לשלם ואין שייך שבועה אצלו מ"מ על שכפר בו לבד ורוצה לגנבו הוי כמו גנב דעלמא וקנאו במה שמונח בחצירו דחצר השואל לא הוי של משאיל כמש"ל. אך צ"ל דבאמת כל חידושו של הכ"מ לכאורה

יש לשדות בו נרגא. למ"ד בב"ק (דקי"ח ע"ב) דשומר שגנב מרשותו מהני חזרה למקום שגנב משום דלא כלתה שמירתו והוי דעתו כדעת בעה"ב. א"כ כיון דלבסוף בשעת חזרה אמרינן דמה שידע השומר בחזרתו הוי כאלו ידעו הבעלים. והוי כחזרה מדעת הבעלים. א"כ ה"נ נימא מתחילת גניבה דכיון דדעת שומר כדעת בעלים דמי הוי כמו שהבעלים יודעים מהגניבה א"כ אין זה גניבה אלא גזילה. וליכא כפל ולא דו"ה. אך צ"ל דבאמת למ"ד כן בב"ק ל"ש כלל חידושו של הכ"מ. והכ"מ אזיל רק אליבא דר"ע דס"ל דל"מ חזרה למקום שגנב משום דכלתה שמירתו ודעתו לא הוי כדעת בעה"ב. וא"כ גם בתחילת הגניבה הוי גניבה ולא גזילה. כיון דאין הבעלים יודעים מזה. ודעת השומר ל"מ כלום. והנה פלוגתא זו בב"ק שם שהוא מחלוקת ר"י ור"ע לכאורה הלכה כר"ע דהא הלכה כר"ע מחבירו. ואמנם למאן דאמר בב"מ (דמ"א) דמוקי כולי מתניתין דחבית אליבא דר' ישמעאל דא"צ דעת בעלים. משום דדעת שומר כדעת בעלים. א"כ הוי סתם משנה כר"י והלכה כסתם משנה. אך לר' יוחנן דקאמר שם מאן דמוקי חבית כחד תנא מובילנא וכו' ומפרש מתניתין רישא כר"י וסיפא כר"ע א"כ ליכא סתם משנה ושוב הדרינן לכללא דהלכה כר"ע מחבירו. וא"כ מיושב שפיר קושית התוס' הנ"ל. דהש"ס דפריך בפ' השואל מה לש"ש שכן משלם כפל וכו' אזיל רק אליבא מאן דס"ל כר"י דלא כלתה שמירתו והוי דעתו כדעת בעלים ולכך לא משכחת דשואל יהי' חייב כפל. אבל ר' יוחנן לשיטתו דלדידי' הלכה כר"ע דדעת שומר לא הוי כדעת בעלים וא"כ גם שואל בטענת לסטים מזוין הוי גנב ומשלם כפל גם בלא שבועה וליכא לדידי' כלל פירכא דכפל כנ"ל נכון:

וי"ל עוד באו"א קצת דהנה מה שהקשיתי לעיל דשואל יקנה הגניבה בחצירו. י"ל עפימ"ש הקצוה"ח בסי' שמ"ח סק"ב דחצר דגזילה אינה קונה במחשבה גרידא היכא שנכנסה לרשותו ונתכוון לגוזלה אם לא שעשה מעשה שהכניסה לרשותו או שנעל בפני'. א"כ ה"נ שואל שנתכוון לגנוב כ"ז שהחפץ מונח במקומו ולא עשה מעשה לא קנאו בחצירו. והנה אם טוען בב"ד נגנבה ממנו והוא שקר א"כ לא הוי מחשבה גרידא דאיכא דיבור ג"כ. ובסנהדרין פליגי בזה ר"י ור"ל אם עקימת שפתיו הוי מעשה. וא"כ הא דפריך הש"ס מה לשואל שכן משלם כפל בלסטים מזוין משא"כ בשואל בע"כ אזיל רק למ"ד עקימת שפתיו לא הוי מעשה. ולא נעשה גנב במה שטען שנגנבה. אבל ר' יוחנן לשיטתו דס"ל דעקימת שפתיו הוי מעשה א"כ לדידי' בלא"ה לק"מ. דגם שואל משלם כפל בטוען נגנבה בלא שבועה כלל. ואף למ"ש התוס' שה בסנהדרין דגם לר"י בעינן שבדיבורו יעשה מעשה כמו בתרומה. מ"מ כאן נמי בדיבורו איתעביד מעשה דעי"ז נכנסה לרשותו ומתחייב באחריותו:

כתבתי לך כ"ז לחדודי שמעתתך והשי"ת יעזור לך שתצליח בלימודך ותעלה מעלה מעלה כאוות נפשך ונפש המשתוקק להרמת קרן התורה במהרה:
דוד מנחם מאניש באבד אנד"ק **טארנאפאל**.

סימן עג

שלום אשיב לכבוד הבחור מאד נעלה חריף ובקי מוכתר במדות כ' **דוב** נ"י **קארניאל**:
מכתבו עם ח"ת לנכון הגיעני. והנה יען כי הייתי מוטרד לא יכולתי להשיבך על אתר ונתאחרה תשובתך עד כה:
ע"ד אשר הקשית ביבמות (ד' ל' ע"ב) בהא דקאמר הש"ס ואולי בגירושין ס' קרוב לו וכו' לא קתני מ"ט אמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת אל תאסרנה מספק הא לפי דברי הרשב"א בגיטין (ע"ח) דהא דמהני בגירושין קרוב לה הוא רק מדרבנן. ומשום אפקעינהו רבנן לקידושין. א"כ לא הוי לצרתה מעולם חזקת היתר דהא איגלאי עכשיו דלא היתה הערוה מקודשת מעולם עכ"ד:
ונלע"ד לישב דהנה לקמן (בד' מ"א ע"ב) פריך הש"ס בהא דהספיקות חולצות ולא מתייבמות. הא כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה ומשני הכי השתא אילו יבוא אלי' ויאמר דהא קידש בת יבום היא מש"ה עולה לחליצה ג"כ עיי"ש. ואולם (בד' ל"ה ע"ב) ד"ה תיגלי בפלוגתא דחולץ למעוברת והפילה דקאמר ר"ל דלא אמרינן תיגלי מילתא למפרע כתבו התוס' דלא תיקשי (מד' מ"א) הנ"ל דס"ל לר"ל דלא אמרינן אלו יבוא אלי' רק בספק שאפשר להתברר באותה שעה. אבל בדבר שצריך לידע עתידות בזה לא אמרינן אלו יבוא אלי' עיי"ש. והנה הא דאמרינן כאן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת היינו דכ"ז שלא זרק גט להערוה היתה צרתה בחז"ה לשוק אולי ימות בעלה אז כמ"ש רש"י שם בד"ה אמר רבה:
וא"כ מיושבת קושיתך היטב. דאף דעתה אחר שזרק לה הגט נעשה ס' מקודשת למפרע. דדילמא הי' הגט קרוב לה ונפקעו הקידושין למפרע מ"מ הא גם הספיקות צריכין להיות פטורין מחליצה דכל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה. ומותרת לשוק כיון דאינה בת חליצה ג"כ מאי אמרת אולי יבוא אלי' כמ"ש הש"ע (בד' מ"א) גבי ספיקות ז"א דעד עכשיו קודם שזרק לה הגט לא היינו יכולים לומר אם יבוא אלי' דהא לזה צריך לידע עתידות אם יזרק לה גט אח"כ ובזה לא אמרינן אולי יבוא אלי' כמש"ל. וא"כ הרי היתה עומדת בחז"ה לשוק אולי הי' מת בעלה באותה שעה דהא לאו בת חליצה ויבום היא. ודוק היטב בזה כי הוא תי' מושכל בעז"ה. ואמנם זה ניחא לר"ל דס"ל בחולץ למעוברת

דל"א תיגלי מילתא למפרע אבל לר"י דחולק שם וס"ל דגם בדבר שצריך לידע עתידות אמרינן אולי יבוא אלי' הדק"ל:

אך נ"ל לישב גם אליבא דר"י לשיטתו דלכאורה צריך להבין בהא דאמרינן בגיטין (ע"ח) הנ"ל דס' קרוב לו וס' קרוב לה מגורשת ואינה מגורשת הא כיון דעיקר קרוב לה הוא רק משום תקנות עגונות אפקעינהו רבנן לקידושין כמ"ש הרשב"א הי"ב וא"כ השתא דליכא תקנת עגונות דהא הגט לא מהני לה מידי דהא צריך גט אחר מספק א"כ אין שום טעם שיפקיעו החכמים הקידושין וא"כ מדאורייתא אין כאן גט כלל ואמאי קתני דמגורשת מס'. אך צ"ל כעין תירוץ הש"ס שם ביבמות (מ"א) הנ"ל. דמש"ה בספיקות חולצות אף דאינה עומדת ליבום. כיון דאם יבוא אלי' וכו' ה"נ מה"ט מגורשת מספק דדילמא יבוא אלי' ויאמר דהי' קרוב לה ויהי' דינה דמגורשת וודאי מחמת תק"ע א"כ גם עכשיו ספיקא הוי. ואמנם כ"ז בחיי בעלה אבל ביבמות כאן דנולד הספק לאחר מיתת בעלה דאין לנו שום נ"מ על הערוה גופה דבלא"ה מותרת לשוק במיתת בעלה והנ"מ רק על צרתה. וא"כ גם אם יבוא עכשיו אלי' ויאמר דהי' קרוב לה אין שום טעם להפקיע הקידושין ממנה ע"י הגט הזה דהא ליכא תק"ע כלל גבה דהא לא בא לידי כך שתהי' ניתרת ע"י הגט וא"כ מאי צריך רבה לתרץ כלל דמש"ה לא חשיב ס' גירושין משום דאשה זו בחז"ה לשוק קיימא והרי בלא"ה אין כלל גט מדאורייתא דבכה"ג אין כאן קום להפקעת קידושין כנ"ל:

אך צ"ל דלכאורה קשה למה לי' להרשב"א הטעם בקרוב לה משום דאפקעינהו ואמאי לא נימא דחכמים הקנו לה המקום שנפל שם הגט ובממון קיי"ל דהפקר ב"ד הפקר והוי קנין דאורייתא. ואף דכבר ידוע דברי הג"פ דחכמים עושים רק הפקר ולא קנין מ"מ כבר ידוע דברי המקו"ח בסי' תמ"ח דזה רק לחד לישנא בגיטין (ד' ל"ו). אבל ללישנא בתרא שם דראשי אבות מנחילין הוי קנין ממש. וא"כ נימא דמש"ה מהני הגט מדאורייתא:

אך צ"ל דז"א דהא דמהני קנין דרבנן כה"ג לדאורייתא היינו בזה רוצה לקנות אבל הא פשיטא דאין מקנין לאדם בע"כ. וא"כ כיון דגט אשה חוב הוא לה והיא אינה רוצה לקנות א"א לומר דקנתה המקום שמונח הגט משום הפקר ב"ד. ואמנם זה ניחא בקרוב לה אליבא דר' יוחנן דמפרש בהיא יכולה לשמרו אף מחוץ לד' אמות דאין לה שום זכות וקנין במקום הזה רק לענין הגט לבד וכיון דהגט חוב הוא לה אין רצונה לקנות המקום אבל אליבא דרב דמפרש שם דקרוב לה הוא בתוך ד' אמות שלה דזה מהני גם לענין מציאה והפקר וא"כ הא מבואר בחו"מ סי' ס"ז דהמלוה יכול לזכות להלוה קרקע כדי לכתוב עלי' פרוזבל אף דזה הוי חוב להלוה שלא תשמטנו שביעית. מ"מ כיון דזכיית הקרקע תחלתו הוא זכות אף דסופו הוא חוב אזלינן בתר תחילתו עיי"ש. א"כ ה"נ כיון

דמשעה שהיא באה לתוך ד' אמות הללו הקנו לה המקום ההוא גם לענין מציאה והפקר דהוי זכות כבר זכתה במקום ההוא ונעשה חצר שלה וכשיזרק שם אח"כ הגט הוי כזורק לתוך חצירה. ומהני מדאורייתא למאן דס"ל דמקנין דרבנן נעשה דאורייתא. ובע"כ צ"ל דהא דהצריך הרשב"א לס' אפקעינהו הוא רק אליבא דר' יוחנן כמפורש להדיא ברשב"א דהעמיד דבריו על מימרא דר"י. אבל אליבא דרב א"צ כלל לטעמא דאפקעינהו. וא"כ מעתה הכל ניחא דכאן ביבמות דבעל המימרא דאשה זו בחזק"ה עומדת הוא רבה ובש"ס גיטין מביא שם רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו בחר דברי רב קודם דברי ר"י משמע דס"ל כרב שפיר הוצרך לומר הטעם משום דאשה זו בחזק"ה עומדת. דהא אליבא דרב ל"צ כלל לטעם דאפקעינהו והוי ספק מגורשת מדאורייתא אלא דאפ"ה צרתה פטורה משום דע"ע היתה בחזק"ה לשוק ולא קשה קושיתו כלל על אפקעינהו והופקעו הקידושין למפרע דהוא לא ס"ל כלל דאפקעינהו. ואי אליבא דר"י דס"ל הטעם של אפקעינהו כמש"ל. לדידי' בלא"ה לא קשה למה לא קתני בגירושין ס' רוב לה דכיון דאנו דנין עתה לאחר מיתת בעלה דאין לערוה גופה נ"מ בחלות הגט ואין כאן תק"ע ול"ש אפקעינהו א"כ הרי היא א"א מדאורייתא ופוטרת צרתה. כנ"ל נכון בישוב קושיתך:

ואשר הקשה ע"ד התוס' שם ד"ה אשה שכתבו דגירש ואח"כ כנס לא הי' לה חז"ה לשוק והרי הי' לה חזקת פנוי' קודם שנתקדשה ודומה לס' בכור. כבר העיר בזה בס' שב שמעתתא ש' ה' פ"ה עמ"ש שדחה דברי המהרי"ט שרצה לומר דמוקמינן אחזקתה קודם שנתקדשה והביא ראי' מדברי התוס' אלו דכיון שנתקדשה פקע חז"ה דידה. ואף דאין מחזיקין מאיסור לאיסור מ"מ גם חזק"ה ליכא עיי"ש בדבריו. ועיין בישרש יעקב שם במקומו שהביא דברי הש"ש אלו וגם דברי הנוב"י עיי"ש. ועכ"פ לא דמי לבכור דשם לא איתרע חזקת חולין דידי' מעולם דכשהי' במעי אמו הי' חולין וכשנולד כיון שיש ס' אולי ביכרה אמו קודם הרי הוא בחזקת חולין כמו שהי' אבל כאן כשנתקדשה יצאה מחזקת פנוי' שהרי נעשית א"א. וכשמת בעלה אתה רוצה להתירה הרי כבר נולד הספק דילמא זקוקה ליבום. ואף דאין מחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק מ"מ גם חזקת היתר ליכא כדברי הש"ש הנ"ל:

ואשר הקשה ע"ד התוס' יבמות (צ"ז) וכפי שהבין השעה"מ בחופת חתנים ס"ה את דבריהם דאשה ובתה אינן אסורין רק כשנכנסה הראשונה לחופה. דשאר כתיב וארוסה לא מיקרי שאר. והקשה מש"ס נזיר (ד' י"ב) מהא דהאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה אסור בכל הנשים שבעולם מלבד אשה שאין לה אם או בת והא אף אם יש לה אם מ"מ הא לא הי' רק קידושין גרידא בלי חופה. וזה באמת תמי' עצומה. והנה במושכל הראשון

עלה על דעתי לומר דהתוס' לא כתבו רק דלמיתה בעינן נכנסה לחופה. אבל איסורא בעלמא איכא אף בקידושין לחוד. כעין דקאמר הש"ס ביבמות (צ"ד ע"ב) לענין חמותה לאחר מיתה. אף דמיעטה קרא משריפה. מאיסורא מי מיטטי':

אמנם לא נח דעתי בזה דיש לי תמי' יותר גדולה ממשנה מפורשת קידושין (ד' נ' ע"ב) המקדש אשה ובתה אינם מקודשות וקאמר שם רבא הטעם דכל שאינו בזא"ז גם בב"א אינו. והא שם לא הי' רק קידושין גרידא. דחופה לכ"ע לא מהני באינה ראוי' לביאה. וא"כ אמאי אינו בזא"ז. הא בראשונה לא הי' רק קידושין גרידא. וא"כ ליכא בשני חיוב מיתה וכרת. ואף אם נאמר דאיסורא בעלמא איכא עכ"פ לא גרע מח"ל דקידושין תופסין. ותמי' לי על הב"מ בסי' ט"ו שהביא ג"כ דהתו"ס הנ"ל. וכן בס' ישרש יעקב (בדף ג') ביבמות ולא הרגישו בתמיהות האלה:

ולכן נ"ל לחומר הנושא. דהנה בס' ישרש יעקב (בד' ג') הנ"ל תמה עוד דאמאי שביק רבא לימוד דברייתא שם דיליף מקיחה וקיחה קידושין משמע. אך נ"ל דהנה שם (בד' צ"ז) בלימוד דברייתא דקאמר וכאן נאמר קיחה דהיינו איש אשר יקח את אשה ואת אמה דרך ליקוחין אסרה תורה. ופירש"י בד"ה דרך ליקוחין שהיתה ראשונה לקיחתו חייב על השני כשבא עלי' דבשני ליכא למימר ליקוחין דהא לא תפסו בה קידושין עכ"ל רש"י ז"ל. והיינו משום דבקידושין (דס"ז ע"ב) יליף הש"ס מהיקישא דר' יונה מאיש אשר יעשה את כל התועבות האלה דהוקשו כולן לאחות אשה דאין קידושין תופסין בהן. והנה קרא זה דר' יונה כתיב בפ' אחרי ששם נאמר ג"כ הלאו דערות אשה ובתה לא תגלה. וא"כ זה ניחא לתנא דברייתא דלא יליף משם דדרך ליקוחין אסרה תורה דל"ס לי' דרשה דשאר. וא"כ כבר ילפינן משם דאין קידושין תופסין באשה ובתה. ובע"כ קרא דקדושים אשר יקח על הראשונה קאי. אבל רבא דס"ל דשם גופה בפ' אחרי קרא, דערות אשה ובתה שאר כתיב בהו. ולא אסר רק דרך שאירות דהיינו ע"י חופה. א"כ שוב אין לנו קרא דאין קידושין תופסין בשני' רק היכא דהראשונה היתה שארו כגון נשואה בחופה ולא ארוסה. דהא היקישא דר' יונה אשר יעשה מכל התועבות האלה על הני עריות דפ' אחרי כתיב. וא"כ ממילא בקרא דקדושים דאשר יקח את אשה ואמה דאיירי בקידושין גרידא דקיחה קידושין לחוד משמע כמש"ל. שוב י"ל דליקוחין גם על השני' קאי דהיכא דהראשונה לא היתה רק ארוסה לחוד אין לנו קרא דאין קידושין תופסין בשני' וא"כ י"ל דהוי כמו כה"ג באלמנה דאינו חייב רק בקידש ובעל. ה"נ בערות אשה ובתה אף דחייב על השני' גם היכא דהראשונה היתה ארוסה לבד מקרא דאשר יקח מ"מ אז אינו חייב רק היכא דעל השני' בא ג"כ דרך קידושין. די"ל דליקוחין גם על השני' קאי.

וא"כ מעתה רבא שם (בד' צ"ז) דרוצה לפרש מתניתין שם דהאונס והמפתה על הנשואה חייב שביק בע"כ קרא דברייתא דקיחה דשם י"ל דקיחה על השני' כתיב. ומביא קרא דאחרי דערות אשה ובתה לא תגלה דלא אסר רק דרך שאירות דהיינו נישואין. ושם א"א לומר דשאירות גם על השני' קאי. דהא שם כתיב היקישא דאשר יעשה מכל התועבות האלה דאין קידושין תופסין בהם כלל. ומיושב שפיר קושית הישרש יעקב הנ"ל למה שביק רבא קרא דברייתא. אבל יוצא לנו מזה. דוודאי א"א לרבא לחלוק לגמרי על קרא דברייתא דאשר יקח דדרך ליקוחין אסרה תורה דהיינו גם בארוסה לחוד רק דאז אינו חייב על השני' רק היכא דהשני' היתה ג"כ דרך ליקוחין דהיינו קידש ובעל דהא י"ל דבכה"ג דהראשונה היתה ארוסה לבד קידושין תופסין בשני'. ולקיחה גם אשני' קאי:

ויוצאה לנו הדין דהיכא דהראשונה היתה נשואה חייב על השני' גם דרך אונס ופיתוי. והיכא דהראשונה היתה ארוסה חייב על השני' רק דרך ליקוחין מקרא דאשר יקח. וא"כ סרה קושיתך מש"ס נזיר דאסור באשה שיש לה אם ובת. דאף דהראשונה לא היתה רק ע"י קידושין. מ"מ כיון דעתה רוצה ליקח השני' ג"כ ע"י חופה וקידושין מודה רבא דחייב מדאורייתא מקרא דאשר יקח:

ומיושב נמי קושיתי הנ"ל מש"ס קידושין (ד"נ) במקדש אשה ובתה. דאף דשם איתא דאין קידושין תופסין בשני' מ"מ י"ל עפי"מ שהקשה בהפלאה כתובות (דכ"ט) וקידושין (ד' נ"א). לרבא דס"ל דקידושין שאין מסורין לביאה ל"ה קידושין נהי שכתבו התוס' שם דל"א כן רק היכא דאיסור הביאה בא ע"י הקידושין מ"מ בכה"ג לאלמנה או מחזיר גרושתו דאינו אסור אלא בקידש ובעל נימא דהוי קשאמס"ל. ותירץ בשם המקנה בקידושין דאיירי בקידושי ביאה וקידושין שאמס"ל ל"ש רק בקידושי כסף או שטר עיי"ש. וא"כ ה"נ אם נאמר דקרא דאשר יקח קאי גם על השני' מ"מ בע"כ מוכרח לומר דאיירי רק בקידושי ביאה. אבל בקידושי כסף או שטר א"א לומר לקיחה בשני'. דהא הוי קשאמס"ל דלא הוי קידושין כלל לרבא ושייך שפיר שם בקידושין במקדש אשה ובתה בב"א. דאיירי בע"כ בקידושי כסף או שטר. דא"א לומר בב"א בקידושי ביאה. רק בכסף או שטר שעשו שניהם שליח לקבל הקידושין שפיר קאמר רבא כל שאינו בזא"ז משום קשאמס"ל גם בב"א אינו. אבל בש"ס נזיר דאזיל אליבא דהלכתא דקיי"ל כאביי דקידושין שאמס"ל הוי קידושין. איכא שפיר איסור בשני' גם בקידושי כסף או שטר. ושפיר קאמר דאסור באשה שיש לה אם או בת:

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה בס' ישרש יעקב (בד' ג') הנ"ל בהא דקאמר הש"ס (ד' י"ב) ואי אמרת קטנה מיעברה מצינו חמותו ממאנת הא כיון דבתה לא משכחת לה רק

בפחות מבת ג' דאין בה חופה הראוי' לביאה. וא"כ הוי רק ארוסה לחוד ולא הוי אמה ערוה כלל. ולפימ"ש ניחא דעכ"פ אמו אסורה עליו ביבום משום ערוה דהא יבום הוא כמו קידושין. וע"י קידושין אסורה עליו אף דבראשונה לא הי' ג"כ רק קידושין כנ"ל:

וגם מה שהקשה הבית מאיר בסי' ט"ו סי"ג הנ"ל על התוס' הנ"ל מהא דשומרת יבם שמתה מותר באמה אלמא אין זיקה. והא אף אם יש זיקה הא זיקה לאו ככנוסה הוא. ולהנ"ל ניחא דאף דזיקה לאו ככנוסה דמיא. מ"מ אסור באמה דרך קידושין ונשואין כמש"ל. ויתיישב נמי מה שקשה לי עוד מש"ס מפורש יבמות (צ"ד ע"ב) דפריך שם אליבא דר"ע דס"ל חמותה לאחר מיתה מותרת ליתני קידש אשה והלכה למדה"י ואמרו לו שמתה ונשא אמה דצריכה גט עיי"ש. ולדברי התוס' הנ"ל מדאורייתא מותר באמה ותפסי בה קידושין והיא תמי' גדולה מש"ס מפורש ושם אזיל ג"כ אליבא דרבא דאמר חמותה לאחר מיתה איכא ביניהו. אבל להנ"ל ניחא. דאדרבה לרבא דס"ל קשאמס"ל ל"ה קידושין. א"כ אין תופסין קידושין בשני' דהא ע"י הקידושין יהי' אסור בביאתה כמש"ל:

ואמנם כ"ז לפלפולא אבל אליבא דהילכתא באמת מסתפינא לחדש דין חדש כזה. שיהי' חילוק באשה ובתה. דאם היתה הראשונה נשואה אסור בשני' אף בלא קידושין. ואם קידש הראשונה אינו אסור בשני' רק דרך קידושין. ולכן נלע"ד דהעיקר כמ"ש בהראשונה דנהי דקאמרי התוס' דקרא דערות אשה ובתה לא תגלה הוא רק דרך שאירות דהיינו נישואין אבל איסורא איכא גם דרך קידושין. והיינו כמ"ש הש"ס לענין חמותו לאחר מיתה דאיסורא מיהו איכא ופירשו בתוס' ישנים כאן ביבמות הנ"ל וכן פירש"י בסנהדרין (ד' ע"ו ע"ב) דהאיסור הוא מקרא דארור שוכב עם חותנתו עיי"ש. א"כ ה"נ בקידש אשה אסור ליקח אמה משום דהיא חותנתה ובהאי קרא לא כתיב שאירות וה"נ להיפך קידש אשה אסור ליקח בתה. דהא הש"ס בסנהדרין יליף בג"ש זימה זימה אשה ובתה מאשה ואמה. וא"כ אין גז"ש למחצה. כמו דבאשה ואמה איכא איסורא אף בקידושין לבד מקרא דארור וכו'. ה"נ באשה ובתה:

ואף דמהאי קרא לבד צריך להיות קידושין תופסין בשני' כיון דליכא כרת כמ"ש להדיא בחי' הרמב"ן יבמות (צ"ח ע"ב) מ"מ לא קשה מהא דפריך הש"ס הנ"ל אליבא דר"ע. ליתני קידש אשה והלכה למדה"י. דמשמע דמדאורייתא לא תפסי קידושין בשני'. דז"א דכיון דהש"ס פריך אליבא דר"ע ור"ע הא ס"ל דכל שאין לו ביאה בישראל הוולד ממזר אף מח"ל וח"ע. וא"כ אין קידושין תופסין באחותה אף היכא דליכא רק איסור לבד:

אך עדיין לא תתיישב בזה קושיתי מקידושין (ד' נ') במקדש אשה ובתה דקאמר רבא דאינו בזא"ז והא שם לא קאי אליבא דר"ע. וא"כ אמאי אין קידושין תופסין בזא"ז. ולכן נלע"ד לישב באופן אחר ולישב ג"כ קושית הישרש יעקב הנ"ל דאמאי שביק רבא קרא דברייתא מאיש אשר יקח. וקיחה קידושין לבד משמע. דהנה קרא דאשר יקח באשה ואמה כתיב. וקרא דערוה אשה ובתה דכתיב בו שאירות באשה ובתה הוא דכתיב. והנה בקרא דאשה ואמה כתיב עונש שריפה אבל אזהרה לא כתיב בו. ובקרא דערות אשה ובתה אזהרה כתיב ועונש לא כתיב. אך הש"ס בסנהדרין (דע"ה ע"א) יליף להו מהדדי מקרא דזימה זימה:

והנה לענין חמותה לאחר מיתה מובא ברמב"ן ובריטב"א ביבמות הנ"ל ובהה"מ פ"ב מה' א"ב ה"ז ח' דלענין איסור תלוי בפלוגתא דדון מינה ומינה או אוקי באתרה עיי"ש וא"כ ה"נ לענין קידש הראשונה בלא נישואין דבקרא דאשה ואמה כתיב קיחה לבד ובקרא דאשה ובתה כתיב שאירות. הנה אם נאמר דון מינה ואוקי באתרה. א"כ אף דלענין שריפה ילפי' אשה ובתה מגז"ש דאשה ואמה מ"מ היינו צריכים לומר אוקי באתרה דלא לחייב רק דרך שאירות דכתיב בה בגופה. אך א"כ היינו צריכין לומר ג"כ באשה ואמה. דילפינן לאו ואזהרה מאשה ובתה. דאשה ואמה יהי' חייב דרך קידושין לחוד משום דאוקי באתרה דכתיב בה קיחה. ואף דקיי"ל דלא ענש הכתוב אא"כ הזהיר מ"מ שפיר ילפינן אזהרה מאשה ובתה. רק דאמרינן אוקי באתרה. דאזהרה דאשה ואמה הוא אף בקידושין לחוד כמו עונש דכתיב בגופה. וא"כ יהי' הדין דאשה ובתה ליכא עונש ואזהרה רק דרך שאירות ובאשה ואמה איכא עונש ואזהרה אף דרך קידושין לחוד דקיחה כתיב:

ואמנם כ"ז למאן דס"ל דון מינה ואוקי באתרה אבל מאן דס"ל דון מינה ומינה. א"כ אם תרצה ללמוד אשה ואמה לענין אזהרה מאשה ובתה בע"כ ליכא אזהרה. רק דרך שאירות כמו באשה ובתה. דהא אמרינן דון מינה ומינה. וא"כ היאך משכחת עונש דכתיב באשה ואמה דרך קיחה הא קיי"ל דלא ענש אא"כ הזהיר. ואזהרה ליכא בקידושין רק בנכנסה לחופה דשאירות כתיב בה. ובע"כ מוכרח לומר דמאן דס"ל דון מינה ומינה ליתי לי' כלל דרשה דשאירות רק דרשה דקיחה לבד כדס"ל לאביי שם ביבמות (צ"ז) הנ"ל באמת ולא ס"ל כלל דבאשה ובתה בעינן דרך שאירות רק דרך קיחה. ואף דשם לא כתיב קיחה. מ"מ כיון דלא כתיב בה כלום ילפינן בג"ש דזימה זימה מאשה ואמה דרק דרך קיחה כמ"ש להדיא בחי' הרמב"ן יבמות הנ"ל (דצ"ז ע"א) ד"ה ודאמרינן. ורבא דקאמר דשאר כתיב בה אזיל רק אליבא דמ"ד דס"ל דון מינה ואוקי באתרה. דלדעת הרמב"ן

והרשב"א שבהה"מ הנ"ל קיי"ל כוותי'. ולא קשה ממילא קושית הישרש יעקב אמאי שביק ברייתא דדריש קיחה דז"א דזה באשה ואמה כתיב. אבל באשה ובתה שאירות כתיב. ואף דילפינן מהדדי לענין עונש ואזהרה. מ"מ לענין מה דכתיב בגופי' אמרינן דון מינה ואוקי באתרה:

וא"כ יצא לנו מכ"ז. דאליבא דמ"ד דון מינה ומינה. א"א לומר כלל דרשה דשאירות. וס"ל בין באשה ובתה בין באשה ואמה. דחייב בקידש הראשונה לחוד. אבל למאן דס"ל דון מינה ואוקי באתרה. אז באשה ובתה אינו חייב רק בנשא הראשונה בחופה. אבל באשה ואמה חייב גם בקידש הראשונה. וא"כ מעתה הכל ניחא. דבקידושין (ד' נ' ע"ב) הנ"ל שפיר קאמר הש"ס דליתא בזא"ז. דאף אם תרצה להעמיד המשנה גם אליבא דמ"ד דון מינה ואוקי באתרה. מ"מ הרי גם אליבא דידי'. באשה ואמה חייב בקידושין לחוד א"כ במקדש אשה ובתה כאחת. אין קידושין תופסין בשניהן דהא ליתא בזא"ז דהיינו אם נקדש הבת לא יוכל לקדש אח"כ האם דהוי אשה ואמה וא"כ גם בב"א אין קידושי שניהם תופסין:

ומיושב ג"כ קושיתך מש"ס נזיר. דשם רוצה הש"ס לומר דגם אליבא דר"י אף אם נרצה לומר דס"ל דון מינה ומינה כדמשמע מדברי המל"מ על הה"מ הנ"ל. דאין הדבר מוכרע להלכה כמאן קיי"ל. וא"כ אף בקידושין לחוד אסור בכל הנשים מ"מ מודה באשה שאין לה בת ואם דמותרת. וכן קושית הישרש יעקב הנ"ל מחמותו דממאנת וקושיתי (מד' צ"ב ע"ב) הנ"ל דליתני קידש אשה ונשא תמותה לק"מ דבחמותה דהיינו אשה ואמה אליבא דכ"ע חייב גם בקידש הראשונה לבד. כנ"ל נכון בביאור הענין אליבא דהאמת:

ואשר הקשה בדברי התוס' מנחות (י"ח ע"ב) שכתבו אליבא דר"ש דאף דלא בלל כלל כשר מ"מ בלל זר או בחוץ גרע טפי ופסול. א"כ קשה בהא דקאמר הש"ס בזבחים (ד"ה ע"ב) דבאשם אף דכתיב בו הוא מ"מ כשר שלא לשמו. דהוא לאחר הקטרת אימורין הוא דכתיב והוא עצמו שלא הקטיר אימורין כשר. ומה בכך נימא נהי דאם לא הקטיר כלל כשר מ"מ שלא לשמו גרע כמו בלילה עכ"ד:

הנה בפשיטות י"ל דאין דמיון זל"ז כלל. דשם עושה פסול בגוף המנחה בסלת ובשמן במה שבלל הזר. וא"כ נפסלו מלעשות בהם אח"כ הכשר מנחה קמיצה והקטרה. אבל כאן דעיקר הכפרה והכשר הקרבן הוא בדם והדם הרי זרק כהלכתו. ובמה שמקטיר האימורין שלא לשמן עושה פסול רק באימורין ובזה אינו יכול לפסל הדם. ואף אם נאמר שהאימורים נפסלים לא נפסל הקרבן בכך. ובפרט לפימ"ש בטה"ק בזבחים (ד"ה ע"ב) בד"ה בא"ד ונ"ל דגריס וחטאת בוא"ו וכו'. דהא דהאימורים עצמם אינם נפסלים

הוא כמ"ש התוס' ואיתא שם בש"ס דהוא בפסח אתי לגלויי על הוא דאשם דאינו מעכב. א"כ עיקר הטעם משום דגלי קרא בהדיא דלא מיפסל ואין הש"ס סומך העיקר על הטעם דהקטרת אימורין אינו מעכב וזה רק לסניף עמ"ש בדבריו. וא"כ ממילא לא קשה קושיתו:

ואמנם גם בדרך הפלפול קצת נ"ל לישב קושיתו. דידוע קושית הש"ס בנדרים (ד' ל"ו) דפריך הש"ס דאם נאמר דכהנים שלוחי דידן היאך פיגולן פיגול נימא לתקוני שדרתיך וכו' והוי קשיא לי תמיד דגם אם נאמר שלוחי דרחמנא נימא לתקוני שדרתיך דלא עשאן רחמנא שליח לעוות ומצאתי אח"כ בס' נדרי זריזין שעמד בזה:

אך נ"ל ליישב דידוע ס' הר"ן הובא בט"ז יו"ד סי' ד' דשוחט בהמת חבירו לע"ז אף למ"ד דא"א דשא"ש מ"מ באכילה מיהא אסורה. ותמהו עליו הכל מש"ס חולין (ד' מ') בסוגיא דרבוצה דפריך הש"ס מהא דשוחט חטאת בשבת בחוץ לע"א דחייב שלש. ואם איתא דאוסר דשא"ש ע"י מעשה כיון דשחט בה פורתא אסרה ותו אינו מתקבל בפנים ולד' הר"ן הנ"ל אף אם אינו אוסר דשא"ש מ"מ ג"כ לא מתקבל בפנים דהא אסורה באכילה משום נבילה. ונלע"ד דלא קשה כ"כ דבאמת ס' הר"ן לכאורה אינה מובנת דכיון דמחשבתו לע"ז לאו כלום הוא. א"כ איך אפשר לאוסרה משום נבילה. דהא עכ"פ נשחטו הסימנים בהכשר ושחיטה א"צ כוונה. אך נ"ל דכוונתו פשוטה דנהי דא"א דשא"ש אבל עכ"פ אם יש לו איזה זכות בדבר הזה הוי כבעלים לאותו דבר ויכול לאסור הזכות הזה. כעין דקאמר הש"ס כיון דקניא לי' לכפרה כדידי' דמי. וא"כ ה"נ לפי"ד הרשב"א חולין (די"ב ע"ב) דלענין שחיטה הכל בעלים. והשוחט בהמת חבירו אף בלא שליחותו מהני שחיטתו להתירה באכילה. א"כ שפיר אמרינן דאותו הכח שיש להשוחט בבהמה ההיא להתירה באכילה. כששוחטה לשם ע"ז יכול לאסור אותו הכח דהיינו היתר אכילה. דע"ז הוא בעליו. אבל בהנאה אינו יכול לאסור דהרי אין לו זכות בבהמה ההיא רק היתר אכילה ולא היתר הנאה. וא"כ אינו יכול לאסור יותר ממה שיש לו בגווה. וזה סברה נכונה אליבא דהר"ן הנ"ל:

וא"כ כ"ז בבהמת חולין דהכל בעלים לענין שחיטה. אבל בבהמת קדשים שכתב הפנ"י והמקנה ר"פ האיש מקדש דבעינן שליחות בעלים בשחיטה. וא"כ אם עמד אחר ושחטה בחוץ לאו הוא בעלים כלל לענין שחיטה דהא הבהמה אינה עומדת לשחוט רק בפנים ע"י שליחת הבעלים. וא"כ לאו בעלים הוא כלל לענין שחיטה ואינו יכול לאסור במחשבתו כלל. ולכך פריך הש"ס רק אליבא דמ"ד דע"י מעשה יכול לאסור דשא"ש:

וא"כ מעתה יתיישב שפיר קושית הנדרי זריזין הנ"ל. דהנה לכאורה קשה מאי פריך הש"ס נימא לתקוני שדרתיך אמאי לא נימא כיון דהכהנים בעבודתן מתירין הקרבן באכילה ובהנאה בין קדשי קדשים ובין קדק"ל וגם גורמים עיקר כפרה בזריקתם. וא"כ נימא דלענין זה יהי' נחשבים כבעלים שיהיו יכולים לאסור כח הזה במחשבתם גם בלא שליחת הבעלים כס' הר"ן לענין שחיטה:

אך באמת ז"א דרק בשחיטת חולין דא"צ שליחות מהבעלים כס' הרשב"א הנ"ל נחשב השוחט עצמו כבעלים לענין זה אבל בקדשים למ"ד שלוחי דידן הוי. א"כ כל עבודתם שעובדים עושים רק בשליחות הבעלים ואין להם כח בעצמם. וא"כ אינם נחשבים כבעלים ואינם יכולים לאסור רק מדעת הבעלים. אבל למ"ד שלוחי דרחמנא שכתב הרא"ש שם בד"ה אא"ב וז"ל א"א בשלמא שלוחי דרחמנא נינהו היינו שפיגולן פיגול שהרי הפקיעה התורה קרבנו מרשות בעלים ונתנו לכהן עכ"ל. ונ"ל דכוונתו דא"א לומר דהוי שלוחי דרחמנא ממש. דשליח אינו עושה רק בעל המעשה שמוטל עליו לעשות איזו דבר יכול לעשות שליח במקומו שיהי' נחשב כאילו עושה בעצמו. וזה לא שייך בקרבן שמביאים בעלים לצורך גבוה שבעלי המעשה המה מביאי הקרבן. ורחמנא לאו כלום עביד רק שמקבל ברצון קרבנם. ומה שייך שליחות בזה. ולכן קאמר הרא"ש דמאי דקאמר שלוחי דרחמנא היינו שבא לשלול שאינם שלוחי דידן אבל שלוחי דרחמנא ג"כ לא הוי. רק שהתורה הפקיעה הקרבן מרשות הבעלים ונתנו לכהן והכהנים המה הבעלים לענין זה שהעבודה מוטלת עליהם לעשות ולא ברשות דשליחות בעלים כלל:

וא"כ שוב ממילא יכולים לאסור במחשבתם כח הזה שיש להם בהקרבן להתירו באכילה ובהנאה כס' הר"ן הנ"ל. ולכך לא פריך הש"ס רק אליבא דמ"ד שלוחי דידן. דעושים רק בשליחות בעלים נימא לתקוני שדרתיך וכו'. ומשני דגלי קרא המקריב לא יחשב דמחשבה תלוי' בהמקריב. ואמנם זה רק למ"ד שלוחא דידן אבל למ"ד שלוחי דרחמנא לא גילה קרא כאן שום חידוש דבלא"ה תלוי' מחשבה במקריב. דכיון דהוא שרי לה דע"י עבודה בא היתר אכילתה והנאתה יכול לאסור ההיתר הזה במחשבתו כיון שבא רק מכחו. והקרא איננו מיותר כלל. ועיין בר"ן שם שכתב דבעיין איפשט דשלוחי דרחמנא נינהו. וא"כ הא דכהנים יכולים לאסור במחשבתם הוא רק שיכולים לאסור ההיתר שבא מכחם:

וא"כ כ"ז בד' עבודות שמעכבות כפרה אבל בהקטרת האימורין דבלא הקטרתם כבר הותר הקרבן באכילה והנאה וגם נתכפר א"כ הכהן המקטיר לאו כלום עביד להתירה וא"כ אינו יכול לאסור ג"כ במחשבתו דא"א אדשא"ש. ואף למ"ד דע"י מעשה אוסר זה

רק מדרבנן כמ"ש הכו"פ בסי' ד'. וא"כ שפיר קאמר הש"ס דא"א לומר דהוא דכתיב באשם אתי לומר דשלא לשמו פסול. דהא בהקטרת אימורין הוא דכתיב. והוא עצמו שלא הקטיר האימורין כשר והכהן המקטיר לאו כלום עביד בהיתירה. וא"כ אינו יכול לאסור ג"כ במחשבתו דא"א אדשא"ש. אבל בבלילת זר או בחוץ. ובלילה דלאו פסול מחשבה הוא ל"ש בזה א"א אדשא"ש כמ"ש התוס' ביבמות (ד' פ"ג ע"ב) כמו במשליך חלב לתוך קדירת חבירו שפיר נפסל אף בדבר דלא מעכב כפרה ומיושב קושיתך הנ"ל:
דוד מנחם מאנוש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עד

בעזה"י אור ליום ה' ואתחנן תרע"ב לפ"ק **טארנאפאל**.
כבוד ידידי הרב הגאון החו"ב משנתו זך ונקי כש"ת מוהר"ר **מאיר שפירא** נ"י אבד"ק **גלינא** יצ"ו:
הנה עוד לא נתנני עתי לעיין בדברי כת"ה כאשר נדרתי מחמת מט"ב וט"ב אולם בדבר הנוגע למעשה אודות הגט יען אשר לא נראו לי דברי הדומ"צ לכן אמרתי להודיע דעתי לכת"ה טרם יעשה מעשה. הנה בזה אשר כתב לכתוב בא' לבסוף בזה גם דעתי נוטה לכך כיון דכן היא חתימתה כדברי הט"ז וגם א' במקום ה"א אינו מעכב בדיעבד כמ"ש הב"ש סוס"י קכ"ט. אמנם אשר כתב לכתוב בלא י' אחר הצ' בשם צפרא אין נ"ל כיון דהיא חותמת בי' ציפרא ובד"ח בסדר שמות אות צ' דעתו לכתוב תמיד בי' כדי שלא לטעות בין צפורה לצפרה כמ"ש המ"ב גבי מילכה אך שכתב שאינו רוצה לחדש דבר חדש. אבל בנ"ד דהיא חותמת ג"כ כן. אף שבס' חמדת שלמה המובא בב"ש כתב לכתוב בלא י' איירי באינה חותמת כן דבאמת אלו הנקודות של אותיות אי"ו שהם במקום נקודות קמץ חירק וכו' מעכבים בדיעבד כמ"ש בתשו' בן לב הובא באחרונים ואף דהרבה פעמים משחיטים הנקודות היינו היכא דהוא שם הקודש שמצינו נכתב בספרים בלא אותיות הנקודות וכדומה אבל בנ"ד והיכא דחותמת ג"כ כן וודאי אזלינן בכה"ג בתר חתימתה וכמ"ש הט"ג בש"נ אות מ' סק"ט בשם מינציא דאם רגילה לחתום כן כותבים כן אף היכא דאין מדגישין הי' דתולין דמחמת מהירות המבטא אין מדגישין הי'. ואדרבא אם נאמר דחירק י' מורה על דגישת הי' ובלא י' נקרא בלא דיגוש דמי ממש למ"ש הנוב"י בטאלצא היכא דחותמת טאלצי הוי שינוי כיון דאם נכתב בי' הקורא ידגיש הי' עיי"ש בדבריו במהדו"ת סי' קכ"ד א"כ ה"נ כיון דחותמת בי' הוי ממש דכוותי' וכמ"ש בתשו' בית שלמה תשו' קי"ג באשה שחותמת רייזיל בשני יודי"ן דעפ"י הדין נקודת צירי הוא רק חד י' אפ"ה כיון דחותמת כן צריך לכתוב כן ולכן לדעתי לרווחא דמילתא נכון לנהוג

כמ"ש בד"ח וביתר אחרונים במעשה דנוב"י הנ"ל לכתוב שני גיטין האחד צפרה לאה והשני ציפרא לאה דמתקריא צפרה לאה וכת"ה יעשה בזה כטוב בעיניו:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עה

כבוד הרב הגדול חו"ב משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **נפתלי הירץ באמבאך** נ"י **ראב"ד** בק"ק **סאמבור** יצ"ו:
יקרתו לנכון השגתי והנה אנכי עמוס טרדות מאוד וא"א לי להשיב על אתר. ועתה עיינתי מעט במכתבו. ואשיב בקיצור נמרץ מאפס פנאי. הנה אשר כתב כת"ה דאם הוא שם עברי אף שהמבטא הוא שונה שנקרא עמאנאעל צריך לכתוב דמיתקרי. לשיטתו הוא הולך שכתב אח"כ דאם הוא שם עברי אף שנקרא עמאנאעל צריך לכתוב עמנואל. ממילא צריך ג"כ לכתוב דמיתקרי. אבל באמת אנן נהיגין בכל כה"ג ביוסף. יאסיל. יאסקי. יאסיא. וכדומה היכא דצריך לכותבו כגון ביש לו ב' שמות ונקרא בשם אחד דצריך לכתוב כמו שהוא נקרא כותבין בא' ולא בוא"ו אף דיוצא משם יוסף. וכותבין ג"כ המכונה יאסילי וכדומה כמבואר כ"ז בספרי האחרונים. עי' ט"ג ש"א אות י' סקי"ז ובד"ח שם סק"ח ובאהלי שם כלל ו' אות כ' האריך בזה וכתב דנוהגין לכתוב המכונה בכה"ג וכ"כ שם בש"נ אות ר' סק"ב. ואף בשם ריווא חולק הד"ח על הט"ג שכ' דצריך לכתוב ריבה דווקא. והוא כתוב בלקוטי שמות אות י"ג דכשר בדיעבד בכתב ריווא. אף דיוצא מרבקה. ובס' אה"ש כל לי' סק"ה יעיי"ש. ואולם באותיות הנקודות כתב ג"כ הט"ג בהרבה מקומות דאף דקיצה"ש משם הקודש דצריך לכתוב כמו שנקרא וכיון דכותבין בנקודה אחרת מכפי שם הקודש כותבין ג"כ המכונה:
ואמנם מטעם אחר יש להסתפק אם לכתוב המכונה עפי"ד הג"פ הובא באה"ש כלל י' סקכ"ג דהא דכותבין על שם הלעז המכונה היינו היכא דשם הלעז אינו שם בפ"ע כלל בשום פעם רק נגרר משם העברי כמו יודא ליב וכדומה. אבל היכא דשם הלעז הוא שם בפ"ע לגמרי. רק דיש לאדם זה ב' שמות אחד שם עברי ואחד שם לעז כמו אברהם אידאל דאידאל הוא שם בפ"ע בכה"ג צריך לכתוב אברהם דמיתקרי אידאל עיי' שם שמיישב בזה דברי הרמ"א והא"ש החזיק בידו. וא"כ בנ"ד דנראה לכל שם עמאנאעל לא מתורת שם הקודש עמנואל דהרי רואין דלשם הקודש קבע שם אלימלך שמעון אלא דבמעטריקא כתב תחת אלימלך עמאנאעל וכן קורין אותו מן המתחדשים שבוחרים להם שמות האשכנזים ושם של עמאנאעל הוא שם של עכו"ם ואשכנזים והוא שם לעצמו. והוא ג"כ בחר לעצמו שם הזה כדרך המתחדשים שבושים בשם ישראל. ובנקודות ג"כ

הוא משונה משם הקודש כל כה"ג נראה דדומה לדברי הג"פ דצריך לכתוב דמיתקרי ואמנם לצאת מידי ספק נכון לעשות כמ"ש כת"ה שכן דעת הט"ג בליק"ש בכ"מ לכתוב מקודם שם עמאנאעל שרוב קורין אותו כן ודמיתקרי ע"ש שקורין אותו לתורה ולכן דעתי נוטה לכתוב עמאנאעל דמיתקרי אלימלך שמעון ומתקרי שמעון:

ולענין אם לכתוב א' אחר המ' במקום פתח. הנה אף דאין נוהגין לכתוב א' במקום פתח וכותבין בלא נקודה כלל בשם של אשכנז נכון לכתוב כמו שרגילין לחתום באיגרת. ואם נכתוב בלא א' יהי' נגרר המ' אחר הע' ולא יהי' קורין בדגישת נקודות הפתח תחת המ' ובאמת בפי העולם נקרא בדגישת פתח וגם אין כאן מקום טעות בשם אחר אם יכתבו בא' דאף אם יטעו לקרות גם הא' שתחת המ' בקמץ לא יטעו ג"כ לומר שהוא שם אחר דאין העולם מדקדקין כ"כ בהנקודות במבטא וגם הרי יכולין לקרות כהלכתו כמו שנקרא באמת דהכל יודעין דא' נקרא במקום פתח ג"כ ומבואר בכ"מ דאם כותבין א' במקום פתח כשר ועכ"ז יתיישב כת"ה בזה ויעשה כדעתו כי אנכי נחפז להשיב כרצונו ואין לי פנאי לחפש בספרי אחרונים ואנכי סומך בזה על כת"ה וד' יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאפאל.

סימן עו

שלום אשיב לכבוד ידידי ש"ב הרב הה"ג וכו' מו"ה אלעזר נ"י ראבד"ק סאניק יצ"ו:

מכתבו קבלתי. ובאמת קשה עלי להשיב בדברים כאלו. שאין להם יסוד רחב בש"ס והחילוקים באחרונים רבים מאד. וקשה לעמוד על עיקרן. ואמנם דבר שהוא להלכה ולמעשה מוכרח אנכי להשיבו בדבר נחוץ כזה. כמ"ש כת"ה. ואולם אשיב בקצרה מקוצר הפנאי. הנה מה שחשש כת"ה דאם נכתב דמתקרי' צבי' יאמרו דשמה צבי'. לכאורה י"ל כיון דיכולין לקרות כתקנה ג"כ דהא גם שס' צבי' מצינו בקרא. דומה לשלני שלני. או לשמשון שמשון דל"ח כיון דיכולין לקרות כתקנה ג"כ ל"ח דיטעה לקרות שלא כתקנה כיון דידוע ששמה כך. עיין ט"ג שם. אלא דנוכל לומר דכאן גרע טפי כיון דנכתב ציביא דמתקריא צבי' יאמרו דמסתמא יש חילוק במבטא. דאל"כ למה כתב שניהם. ואמנם לפי"ז יש האי חששא גופה אם נכתב ציביא לבד כחתימתה דהא ידוע דבמקום שאין מדגישין החירק אין אנו כותבין י' רק ו' שהוא מלאפום. אלא דבדיעבד אין קפידא כמ"ש האחרונים לענין זושא זישא. עיין ד"ח משום דרגילין קצת לכתוב גם י' אף אם אין מדגישין החירק. אבל כאן דבקרא נכתב צבי' בלא י'. ואם כאן נכתב י' יאמרו דמסתמא היא נקראת בחירק דגושה. ובאמת אינו כן ויאמרו דאחרת היא. וגם מ"ש דהב"ש כתב כאן דבנודע חתימתה יכתבו ציביא. היינו משום דבקרא מצינו ציביא ג"כ כמ"ש הרש"ל.

אבל כאן דחותמת ציביא בי' אחר הצ'. אין זה כשם הנכתב בקרא. כיון דחותמת בטעות והוי כלא נודע חתימתה. ואף לדעת הט"ז בחותם עצמו יהודא דצריך לכתוב היינו משום דהמבטא שוה. אבל כאן דע"י הי' שאחר הצ' נקראת בחירק דגושה. וכפי שנכתב במקרא קורין במלאפום היינו שאין מדגישין החירק. וא"כ בשלמא אם באמת היתה האשה הזאת נקראת בחירק דגושה הי' יותר צריך לכתוב כחתימתה כמ"ש הב"ש לענין יאודה. ועיין באה"ש כלל ט' ס"ק י"ג אבל כאן אדרבה נקראת בלא דגישת חירק. ואם נכתב בי' יהי' טעות בין במבטא בין בכתיבה:

ולכאורה הי' יותר נכון לכתוב צבי' כלשון המקרא. דהא דעת המהרח"ש והרבה אחרונים דלא כהט"ז הנ"ל דמשגיחין על חתימתו. עיין ט"ג אות י' ס"ק כ"ב. ואף להט"ז כתב הט"ג דבאשה דמסתמא אינה עושה בכוונה רק דאינה יודעת מקרא ועושה בטעות אין משגיחין על חתימתה בפרט היכא דאינה רגילה לחתום הרבה. ואם כותבת אגרת שלומים ברור בעיני שחותמת צעלא כדרך בעתים הללו וודאי י"ל דאין משגיחין על חתימתה. ואמנם גם לדעת הט"ז דאזלינן בתר חתימתו היינו משום דבחחימתו קובע לו השם הזה. וא"כ י"ל דדמי למי שיש לו שני שמות דוודאי השם שנכתב במקרא הוא כמו השם שחותם בו. ואינו יכול לעוקרו. וא"כ לכאורה הי' נכון תמיד לכתוב גם אליבא דהט"ז יהודא דמתקרי יהודה כמו שנכתב בקרא. אלא כיון דבקריאת בני אדם ומבטא שלהם אינו ניכר החילוק רק מה שנכתב כן בקרא. א"כ י"ל דהט"ז לשיטתו דע"ש החתימה אין כותבים דמתקרי כיון דאינו נקרא כן רק נכתב כמו כן על מה שנכתב בקרא אין כותבין דמתקרי. אבל לפי"מ שמפקפק החת"ס בתשו' כ' על הט"ז וכתב דגם על מה שנקרא בסופר כותבין דמתקרי. י"ל דשפיר דמי לכתוב יהודא דמתקרי יהודה ע"ש הקרא. ועיין באה"ש כלל ב' סקט"ז דבדיעבד לכ"ע כשר כשכותבין דמתקרי ע"ש החתימה. כמו כן על מה שנכתב במקרא. וא"כ ה"נ כשכתב ציביא דמתקריא צבי' כמו שנכתב במקרא ג"כ כשר ומה"ט י"ל דאזיל לי' ג"כ החשש שכתב כת"ה דיאמרו מדכתב ציביא דמתקריא צבי' מסתמא נקראת צבי' ז"א דהרי כבר כתבתי דהיכא דיכולין לקרות כתקנה כמו שלני שלני או שמשון שמשון כשר דמסתמא יקראו כתקנה ה"נ כיון דידעו שהאשה חותמת כך יאמרו דנכתב כתקנה לדעת הט"ז דצריך לכתוב שם החתימה לכך כתבו שניהם ציביא דמתקריא צבי' כמו שנכתב במקרא וכדעת החת"ס הנ"ל ועוד אחרונים וחשש של כת"ה הוא רק אם נאמר דלא כהט"ז אלא דא"צ לכתוב שם החתימה כלל. וא"כ אם נכתב ציביא דמתקריא צבי' דמסתמא החילוק במבטא דנקראת צבי':

וא"כ מעתה בנ"ד דעתי נוטה לצאת ידי שניהם. היינו לסדר קודם הגט שנשלח לידו. ולא יודיע להשליח והעדים והאשה שדעתו לסדר עוד גט אחר. רק יאמר שכן התיישב שגט הזה כשר. ואח"כ אחר נתינת גט זה. יכתוב להמסדר שיסדר גט אחר ויכתוב רק צבי' לבד כמו שנכתב בקרא דממ"נ לדעת הט"ז יצא בגט הראשון ולדעת החולקים דאין משגיחין על החתימה יתכשר בגט השני. וגם יתקן בההרשאה השני' מקום דירת השליח כי זה אצלי חשש גדול ונכון שהבעל והסופר ועידי חתימת הגט השני לא ידעו כלל שסידרו גט הראשון. רק יאמר להם שגט הראשון נפסל וצריך גט אחר. ואף דע"י שליח אין שולחין שני גיטין היינו לשלוח שניהם ע"י השליח. אבל כאן דגט הראשון יהי' ניתן כהלכתו ע"י שליח הראשון ולא ידעו כלל שיסדרו עוד גט אחר. וכן אח"כ בגט השני יוכל לעשות שליח אחר. ויאמרו שגט הראשון נפסל וודאי אין בית מיחוש. ולכן דעתי העני' נוטה לעשות כן ובוודאי הי' נוח לי אם ישאל בזה עוד איזו רב מפורסם דלימטי' שיבא מכשורא. שקשה מאד להכריע בדברים כאלה והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ש"ב דוש"ת **דוד מנחם מאנוש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עז

ב"ה אור ליום ה' בשלח תרפ"ו לפ"ק **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד מחו' הרב המאוה"ג החו"ב משנתו זך ונקי בנש"ק מגזע תרשישים בש"ת מו"ה **יחיאל מיכל** נ"י אבד"ק **קאזליב** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגעתי. אשר דרש חוו"ד בדבר הגט שנשלח אליו מאמעריקא ועורר בו כת"ה כמה חששות. הנני בזה להשיב על דבריו על ראשון ראשון וכו'. והשי"ת יצילנו משגיאות:

א) אשר עורר על אשר נכתב שם ריבציא וכפי דעתו הי' צריך לכתוב ריבטשא. הנה אמת שמגליל לבוב ולהלאה כותבים מט"ש. אבל פה בגליל פאדאליע ופה עירנו טארנאפאל כותבין כל השמות הללו בצי"א כמו ריבציא מלציא חייציא וכדומה. וזה כפי המבטא המשתנה ממקום למקום:

ב) אשר כתב בא' לבסוף וכפ"ד הי' צריך לכתוב בה"א כיון שנגזר משם רבקה שיש ה' בסופה. יעיין כת"ה בתשו' בית אפרים אה"ע סי' צ"ד לענין שם חנציא אף שמן הדין הי' לכתוב בה' לבסוף כיון שנגזר מחנה. מ"מ ציוה לכתוב בא' מחמת דאנו מקפידין משום כבוד השם שלא לכתוב אות ה' סמוך לאות י' עיי"ש. וכ"כ גם בט"ג בש"נ אות ש' סק"ז בסוף הס"ק שם וכן החזיק על ידו בס' אהלי שם בכלל י' סקל"א בסוף הס"ק בד"ה הארכתי עיי"ש. וכן אנכי נוהג תמיד:

ג) על אשר כתב רבקה דמתקריא ריבציא ולא כתב המכונה בזה צדקו דברי כת"ה דלא יפה עשה המסדר ובפרט מה שבשם הבעל כתב המכונה איציא ובדידה כתב דמתקריא דזה תרתי דסתרי והתנצלות המסדר מע"ז במכתב תשובתו לכת"ה אין בהם ממש כלל ואנו נוהגין בכל כה"ג לכתוב המכונה. עיין באהלי שם בש"נ אות ר' בס"ק ב' שם. ובפנים שחושב שם כל השמות חנה ריבצה ריבציא ומסיק דבכולם כותבין רבקה המכונה וכו' עיי"ש. ועיי"ש בכלל ו' סק"כ וכ"מ להדיא בב"ש בש"א אות י' לענין יוסף יאסקא יוסל דכולם הוי קיצוה"ש דמבואר שם דאם כותבין אותם כותבים המכונה עיי"ש ובכמה מקומות:

ואמנם אם הי' כותב בשניהם דמתקרי לא היינו מזחיחין אותו כיון דדעת הגאון מהרש"ק בחי' אנשי שם הובאו דבריו בס' אה"ש הנ"ל בכלל ו'. דביצחק איצי או יוסף יאסיל צריך לכתוב דמתקרי עיי"ש. והגאון דברי חיים לא השיג עליו רק במה שרוצה לפסול אף דיעבד אם כתב המכונה משמע עכ"פ דמסכים לדבריו דלכתחלה יכתוב דמתקרי עיי"ש בד"ח על שמות בשער התשובות בהשגותיו ע"ס אנשי שם (בדף ס"ו ע"ג) בד"ה הג"ה עיי"ש. אבל במה ששינה לכתוב בשם הבעל המכונה איציא ובשם האשה דמתקרי לא יפה עשה ויש חשש גם על דיעבד כמ"ש המג"ש לענין שם ליבא. עיין בתשו' בית אפרים סי' צ"א משום דסתרי אהדדי. אלא דיש לחלק דשם בשם הבעל עצמו כתב שני לשונות הסותרות זא"ז. משא"כ הכא דאחד בשם הבעל ואחד בשם האשה ומ"מ צ"ע בזה. ומ"ש כת"ה לצדד כיון דיש לה שני שמות רבקה מטיל נכון יותר לכתוב דמתקריא דקאי על האשה. ואם הי' כותב המכונה הוי קאי רק על שם מטיל דסמוך לו כמ"ש הב"ש לענין משה יהודא משה ליב. אינו דומה כלל דשם שפיר כתב הב"ש דקאי על דסמוך לו דליב הוא כינוי של יהודא. אבל איך אפשר לומר דריבציא הוא כינוי למטיל דידוע לכל דאין להם שייכות כלל. וגם לא הי' טועה לכתוב המכונה דהא מטיל היא שם לעז. ובשם לעז כותבין גם על כינוי שלו דמתקרי כיון דשניהם הוי של לעז כידוע. ויותר יש לומר דאי הוי כתב המכונה ה"א דקאי על שם רבקה דכינוי של רבקה הוא ריבציא והוי אמרינן דנקראת בשני השמות ריבציא מטיל. ובאמת אינה נקראת רק ריבציא לבד. משא"כ אם כותבין דמתקריא דאז קאי על האשה שהיא נקראת ריבציא ואז משמע דנקראת ריבציא לבד. אבל באמת גם ז"א דלא חיישינן להא כלל כמ"ש הט"ג בליקוטי שמות סעיף ה' במי ששמו אליעזר זאב ונקרא ליבר לבד. דכותבין אליעזר זאב המכונה ליבר ול"ח שיסברו שנקרא אליעזר ליבר עיי"ש בסק"ו. ובפרט כאן דיהי' צריכין לומר דלא

קאי על דסמוך לו רק על רבקה שלפני פניו בזה י"ל דלכ"ע ל"ח כמ"ש הב"ש שם בסי' קכ"ט סוף סקכ"ד. עיי"ש:

ד) **ומ"ש** דמטיל הוא שם שנשתקע. הנה יאבה כת"ה לשאול את האשה אם היא רגילה ליתן קוויטליך לצדיקים בשם רבקה מטיל. דבזה אנכי נוהג לכתוב שניהם כיון דבמעטריקא ג"כ נכתב כן. כמו שצירף הכל בתשו' ד"ח ח"ב אה"ע תשו' קנ"ה ועוד כמה תשו' שם עיי"ש, ובס' דברי חיים על שמות שער שינוי השמות אות מ"ז בסופו שם. ואמנם אם אין האשה הזאת רגילה ליתן קוויטליך כלל וודאי יש חשש שם הנשתקע. ומה שהשיב לו המסדר שטעה טעות גדול דחשש שם הנשתקע הוא רק בכותב שם הנשתקע לבד ולא כשכותב גם של עכשיו. הוא טעה טעות גדול דמבואר ההיפך בכמה מקומות. ועיין בד"ח באות י"ז הנ"ל ובב"י סי' קכ"ט לענין בובאנט חיים דאם נשתקע שם חיים כותבין בובאנט לחוד. ואם כתב גם שם חיים משמע דאינה מגורשת עיי"ש. מבואר להדיא דגם אם כותב שניהם יש חשש דאינה מגורשת אף בדיעבד עיי"ש:

ה) **ומה** שחשש על ההרשאה שעדי הגט הם עידי הרשאה שזה נגד דברי הד"מ בסי' קמ"א סקי"ז וי"ח. הנה כפי הנראה נוהגין באמעריקא כן. או משום דלא הי' שכיח שם כ"כ עדים כשרים. או משום דעיקר טעמו של הד"מ שם משום דצריכין לשנות נוסח ההרשאה עיי"ש. ובזה"ז בגט שנשלח ע"י הבי דואר בלא"ה משנים נוסח ההרשאה שכותבין ויוכל לעשות שליח שלא בפניו ע"י הבי דואר. א"כ אין קפידא אם משנים ג"כ בזה. ואמנם בדיעבד אין קפידא:

ו) **אך** מה שנמצא בההרשאה טעות בשם השליח דמקודם כותב אליעזר ליפא בן יעקב צבי ואח"כ כותב אליעזר ליפא בן חיים צבי. דא וודאי עקא דההרשאה היא פסולה. ונהי דכתב הרמ"א סי' קמ"א סכ"ד דבשעת הדחק נותנין בלא ההרשאה. מ"מ חדא כאן ליכא שעת הדחק דאפשר להשיג הרשאה אחרת. ועוד נראה דבנ"ד גרע טפי, דהא עיקר הטעם דא"צ הרשאה מדינא הוא משום דהשליח בעצמו נאמן לומר לגירושין נתנו לי כיון דהגט בידו כמ"ש הרא"ש ר"פ דגיטין וכמ"ש הב"י שם בסי' קמ"א ובש"ע שם סכ"ד. וא"כ כ"ז אם השליח בא לפנינו והגט בידו. אבל כאן שאין השליח בא לפנינו ורק מפי ההרשאה אנו חיין. א"כ וודאי אם ההרשאה פסולה ל"מ. אך באמת ז"א דכ"ז אם הי' נמצא פסול בהרשאה השנית שהוא מעשה ב"ד שמן השליח הראשון לשליח השני. אבל כאן שהפסול נמצא בהרשאה הראשונה. והרשאה שני' היא כתיקונה. א"כ הרי יש לנו עדות מעליא מהב"ד שמקיימים בחתימתם שבא לפניהם השליח והגט בידו ואמר לפניהם בפנ"ח ומינה השליח השני. ואז הי' נאמן כיון דהגט הי' אז בידו ואין אנו צריכין

כלל להההרשאה ראשונה. ואמנם נראה דכ"ז אם הי' איזו פסול אחר. אבל כאן דיש שינוי השם דמקודם נכתב בן יעקב צבי ואח"כ חיים צבי ומבואר בח"מ סי' מ"ב ס"ה דהכל הולך אחר התחתון. א"כ עדי הרשאה מעידין דאליעזר ליפא בן חיים צבי נעשה שליח וי"ל דהוא איש אחר. א"כ גם המעשה ב"ד אינו שוה כלום. דשם נאמר שבא לפניהם אליעזר ליפא בן יעקב צבי ובידו גט והרשאה מקוימת. והרי ההרשאה מכחשת אותו שאין הוא השליח רק איש אחר ששמו א"ל בן חיים צבי. ובוודאי דאינו נאמן נגד העדים לומר שהוא השליח אף דהגט בידו. וא"כ וודאי יש חשש פסול גדול על שליחות הגט. ולכן ישלח לו כת"ה ההרשאה בחזרה שיראה שיש בה פסול ויצוה לכתוב ג"כ גט אחר. ואם האשה הנ"ל נותנת קוויטליך בשם רבקה מטיל נכון לכתוב בגט ריבציא דמתקריא רבקה מטיל כיון דרבקה מטיל נשתקע קצת ובכה"ג אין קפידא להקדים שם הלעז או הטפל וכמ"ש הט"ג בלה"ש אות ה' גבי ליבר דמתקרי אליעזר זאב מהטעם שכתב שם בסק"ו. וזה החשש שייך גם כאן וכמש"ל:

דברי מחו' הדושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עח

שלום וכט"ס לכבוד הרב המאוה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **צבי הירש** נ"י מו"צ דק"ק **שעברשין** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני. ויסלח לי כי לא השיבותי לו עד כה. כי הייתי טרוד בענינא אחריתא שאלה חמורה מאד בעסק עגונה. ולא יכולתי להפסיק באמצע הענין. ועתה כשנפניתי עיינתי במכתבו. ע"ד שאלתו בענין כתיבת שם יוכבד בגט ששם במדינתם נקראים בפ"כ יאכבד בקמץ תחת היו"ד ושוא תחת הכ"ף. אם הוי קיצוה"ש שא"צ לכתבו ואיך לכתבו:

הנה בס"ג בש"נ אות ה' כתב בשם הדסה ונקראת בפ"כ האדסה בקמץ. א"צ לכתוב רק הדסה. כיון ששם זה מוזכר בקרא. והמהר"ם בביאורו הובא באה"ש סק"ג כתב בטעמו. דכיון דאין שינוי מעיקר השם שנכתב בקרא למה שקורין אותו במבטא רק בנקודות א"צ לכתוב רק עיקר השם. ואמנם בט"ג שם סק"ב חולק ע"ז ודעתו דכיון דקורין אותה בקמץ. ואם נכתוב הדסה יהי' נקרא בפתח כמו שנכתב בקרא. הוי שינוי וצריך לכתוב גם קיצוה"ש. וכדעת הט"ז בסוס"י קכ"ט גבי שרה שערלין. ופסק כמותו הב"ש בס"ג בש"נ אות ב' עיי"ש. וכ"כ עוד הט"ג בסקי"א גבי הגר. ובאות ח' סק"א גבי חוה חאווה עיי"ש. ולדעת הב"ש צריך לחלק דגבי שרה שערלין השינוי בשניהם במבטא ובנקודות. ובהדסה שקורין אותה בקמץ ואידך השינוי רק בנקודות דהאותיות הן שווין כמ"ש באה"ש באות

ה' סק"ג. ובד"ח שם אות ה' סק"ב גבי הדסה חולק על הט"ג ומסיים דאין לשנות מדעת הב"ש וכותבין הדסה בלא אל"ף וכ"כ שם גבי הגר. ובאות ח' סק"א מביא ג"כ דגבי חוה שקורין אותה בקמץ כותבין חוה בלא אל"ף הכל כדעת הב"ש וכן ג"כ דעת האה"ש בכל הני מקומות שלא כדעת הט"ג רק כדעת הב"ש זולת בשם הדסה משום דאיכא ג"כ שם הדס שמצוי יותר ואתי למיטעי עייי"ש. וא"כ בנ"ד ביוכבד שקורין בקמץ. ג"כ הדין כן. דלדעת הב"ש והד"ח והאה"ש. כיון דשם יוכבד מוזכר בקרא. ובקריאתו אין שום שינוי במבטא רק בנקודה א"צ לכתבו כלל. ואף לדעת הט"ג י"ל לכאורה. דהשינוי בנקודה בין ו' לאל"ף לא חשיב שינוי כולי האי. כמ"ש הט"ג בש"נ אות ד' סק"ב גבי דבורה דבארציא. דמחמת מהירות המבטא מפילין החולם ונשמע כמו קמץ עייי"ש. אלא דיש עוד שינוי בנקודה באות כ'. דיוכבד המוזכר בקרא נכתב הכ"ף בסגול. וכן נקרא. וכפי שקורין במדינתו יאכבד בקמץ נקרא הכ"ף בשוא ולא בסגול. ואף דגם אם נכתוב יוכבד אין שום סגול תחת הכ"ף ואין כותבין ג"כ בעיין. יוכעבד. וא"כ הקורא יוכל לקרותו בשוא תחת הכ"ף. מ"מ ידוע לכל שאם נכתוב יוכבד כמו שכתוב בתורה יהי' הכל קורין אותו בסגול כמו שרגילין לקרות כשקורין בתורה. ובאמת המגורשת היא נקראת בפ"כ בשוא ולא בסגול. והוי שינוי בנקודה. אבל כשנכתוב יאכבד שאין כתוב כן בתורה. יהי' קוראין כמו שקוראין תיבה של לעז בשוא. כשאין שם עי"ן שהוא במקום סגול. וא"כ לפי"ד הט"ג צריך לכתוב לכאורה גם השם שנקראת. אלא דיהי' לנו ספק איך לכתבו. דלדעת הט"ג בלק"ש סקמ"ב גבי ריבה ריווא כל שמקורו משם הקודש צריך לכתוב כעיקר השם. והי' צריך לכתוב כאן יאכבד:

ואמנם בד"ח אות ח' סק"ב גבי יוכבד שנקראת חעווד כתב לכתוב כעווד בשני ווי"ן ולא בב' דלא לטעות לקרות בדגש אף דגבי ריבה מודה הוא עצמו בלק"ש שם לכתוב לכתחילה ריבה ורק בדיעבד מכשיר בכותב ריווא. ובע"כ צריך לחלק. דשם כיון דחסר אות ראשון בקריאתו אינו דומה לקיצוה"ש כולי האי מיוכבד כמ"ש הוא עצמו שם שאינו נראה לקיצור בפי העולם. ולכך כשיהי' נכתב כעבד אה למטעי לקרות בדגש שלא הכל ידעו שזה שם יוכבד אבל בריבה הכל יודעין שהוא קיצוה"ש מרבקה. ולא אתי למטעי כלל. ויקראו הבי"ת רפוי' כמו ברבקה. וה"נ במקומם שקורין יאכבד בקמץ הכל יודעין שמקורו משם יוכבד. והוי כמו ריבה וריבולה וריביציא שכותבין בב', ובפרט דאם יכתבו יוכבד המכונה יאכבד ממ"נ יצאו ידי כולם דאם כדעת הט"ג דהוי שינוי בנקודה וצריך לכתבו. הרי לדעתו וודאי צריך לכתוב בב' כמו גבי ריבה שכתב דאף בדיעבד פסול כשכותב ריווא. ואם תרצה לחוש לדעת הד"ח ולדמותו לכעווד הרי לדעתו א"צ לכתוב

רק יוכבד לבד כמו גבי הדסה וחוה. וכל שא"צ לכתבו וכתבו באופן שאפשר לקרותו הכי והכי הוה כאלו לא נכתב כלל וכשר כמ"ש הב"ש ביו"ד ח"ב סי' ס' בשם המהריב"ל ומהרי"ט. וא"כ היכא דיודעין דשם העריסה הוא יוכבד. וודאי אם רוצין להחמיר די לכתוב יוכבד המכונה יאכבד. ויוצא ממ"נ כנ"ל. דכיון דנכתב אצל שם יוכבד. וודאי יקראו גם יאכבד בבי"ת רפוי' כמו יוכבד אלא היכא דשם העריסה אינו ידוע מ"מ נ"ל פשוט דעדיף יותר מחוה שנקראת בקמץ שמביא הט"ג בשם ס"ג דאף אם לא נודע שם העריסה כותבין חוה דוודאי נקראת ע"ש חוה שבתורה ופסק כן בס' אה"ש לפסק הלכה. ואמנם אולי נשתרבב כ"כ במדינתו שלפעמים שם יאכבד הוא מהעריסה ואז א"א לכתוב יוכבד המכונה יאכבד דע"ש העריסה אין כותבין המכונה כמ"ש הנוב"י מהדו"ת סי' קי"ט גבי הינדל. וגם איך אפשר לכתוב יוכבד המכונה יאכבד. הרי לא הי' לה מעולם שני שמות. ואז אפשר דאין נכון לכתוב יאכבד לבד בב' דאולי יש לחוש לדעת הד"ח והאה"ש גבי כעוד לכתוב בשני ויו"ן דל"ש שוב שני הטעמים שכתבתי למעלה:

ואמנם כיון דבזה א"א לצאת כל הדיעות. הי' נ"ל נכון לדינא יותר לכתוב יוכבד לבד. מטעם שכתב כת"ה כמו יוסף יוסל וכמש"ל בשם הט"ג גבי דבורציא. ומוסיפנא בה טעמא לשבח שיהי' די לכתוב יוכבד לבד גם לדעת הט"ג הנ"ל בהדסה האדסה. דהנה נחזי אנן איך הי' הדין במדינתינו שקורין יוכבד בחולם אך שהי' לה שם דנערות כמו יוכבדל. והיכא דצריכין לכתוב שם דנערות כגון ששמה מעריסה מרים יוכבד ונקראת בפ"כ יוכבדל לבד הי' מוכרחין לכתוב מרים יוכבד המכונה יוכבדל. ול"ח דכיון דאינו נכתב כמו שכתוב בתורה מחמת הלמ"ד דבסוף א"כ אתי למטעי ולקרות הב' בדגש כמו דל"ח בריבציא וריבה דצריך לכתוב דווקא בב', ואם כתב ריווציא או ריווא אף דיעבד פסול לדעת הט"ג בלק"ש סקמ"ב הנ"ל. וא"כ כן הדין ג"כ במדינתו שקורין יוכבד בחטף קמץ ובשוא תחת הכ"ף. אף שהוא כעין כינוי נגד שם הקודש יוכבד הכתוב בתורה. מ"מ אם נרצה לכתבו. ולדעת הד"ח הנ"ל בתשו' ח"ב קכ"ה גבי יוסף יוסיל, דמחזיק דעת הנ"ש דחולם הוא לפעמים כמו חטף קמץ. או מטעם הט"ג הנ"ל גבי דבורציא דמאר מהירות המבטא נשמע החולם כמו קמץ. הי' צריכין כאן לכתוב ג"כ יוכבד כמ"ש בתורה. דאם הי' זה שם לעז שנקרא בשוא. הרי הוא נכתב כך לכתחילה בלי שום אות נקודה באמצע. ושם יוכבד שבתורה שנקרא בסגול. אעפי"כ נכתב ג"כ בתורה באותיות אלו לבד רק שנקרא בסגול. וא"כ מעתה הרי יש לפנינו שני שמות שוות. אחד של תורה שנקרא בחולם ובסגול. ואחד של כינוי שנקרא בחטף קמץ ובשוא. ואפ"ה נכתבין באותיות שוות ממש אתוון דדין כאתוון דדין. ואין ניכר ביניהם שום שינוי כיון שאין כותבין נקודות בגט

והרי זה דומה ממש לשלום ושלום ששניהם שמות הקודש ואין נקודותיהם שוות זל"ז ואפ"ה נכתבין בשוה. ולא איכפת לן מה שאינו ניכר בגט איך שמו. כיון דעכ"פ נקרא הגט כשמו ג"כ. לא איכפת לן כמ"ש הט"ג שם במקומו. ה"נ יוכבד של תורה ויוכבד של לעז שבמדינתם אף שאין נקודותיהם שוות. מ"מ אותיותיהם שוות. ולא איכפת לן מה שאחד יקרא בחולם ובהגול כמ"ש בתורה. כמו דלא איכפת לן במי ששמו שלום בפתח. ומי שיקרא בגט שלום וודאי יקרא בקמץ דעפ"י רוב שכיח יותר שלום בקמץ. מ"מ כיון דנוכל לקרות בגט שלום בפתח ג"כ כיון דאין כתוב נקודה לא איכפת לן כלל. ואין זה שינוי שמו כלל כמ"ש הט"ג שם גבי שלום. ה"נ במדינותיכם דגם כשנכתב יוכבד. יוכל הקורא לקרות בחטף קמץ ובשוא כמו שנקראת שם. אין זה שינוי שם כלל ושפיר דמי לכתוב יוכבד. ועיין עוד בד"ח גבי שאול שואל דחושבו ג"כ קיצוה"ש עיי"ש. ולכן נלע"ד דאם אין נודעים שם עריסה מעיקר הדין הי' די לכתוב יוכבד לבד. אך הרוצה לצאת מידי ספק. יכתוב שני גיטין באחד יכתוב יוכבד. ובשני יכתוב יאכווד לצאת ידי הד"ח גבי כעווד דלדידי' אף בריבה אם כתב ריווא כשר בדיעבד כמ"ש שם בלק"ש ס"ק י"ג:

ובשם נתנאל סניא או סנא נראה לכאורה כדברי הבר לוואי לכתוב בס'. דאם יכתוב תנא או תניא יקראו בדגש כדרך שרגילין לקרות בש"ס תנא או תניא. ואינו דומה לדברי הב"ש גבי תנילא דשם לא מצינו בש"ס תיבה זאת ולא אתי למטעי. ועכ"ז אין דעתי מכרעת בכל הנ"ל כי מיראי הוראה אנכי ואני כותב רק להלכה ולא למעשה:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן עט

כבוד ידידי הרב הגדול החריף ובקי משנתו זך ונקי מו"ה **גדלי'** נ"י אבד"ק **זבאראז** יצ"ו:

יקרתו לנכון הגיעני וע"ד השאלה באחד שירד למלחמה ולא נודע פ"ע מה הי' לו. ואחיו השתדך מקודם עם אחות אשתו. אם מותר עתה לישא אותה משום ספק אחות זקוקתו:

הנה באה"ע סי' קנ"ט ס"ה מביא הרמ"א דגם ספק אחות זקוקתו אסורה ועיין ב"ש סקי"א דדבריו לקוחים מדברי המרדכי פ' החולץ במת הוא ובנו וספק איזו קודם. וחלץ האח לאשתי. דאסור באחותה. וכתב הד"מ דגם קודם חליצה אסור משום ספק אחות זקוקתו. והנה במרדכי שם פלפלו בזה דמדינא יש להתיר משום דהוי ספק דרבנן. רק דמ"מ מסיק להחמיר. וכבר תמהו ע"ז האחרונים דהא דין דספק אחות זקוקה ואחות חליצה דאסורה הוא משנה מפורשת ביבמות (דכ"ג ע"ב) בקידש אחת משתי אחיות אם לו אח אחד חולץ לשתיהם אבל מיחלץ חדא ויבומי חדא לא משום ספק אחות חליצה ואחות זקוקה עי"ש. ואמנם בצלעות הבית אשר להבית מאיר בסי' ב' היטב אשר דיבר בזה.

דהמרדכי ס"ל לחלק דמתניתין בספק דשתי אחיות הוי כמו תערובות חד בחד דהוי איתחזיק איסורא דגם בדרבנן לחומרא. אבל בעובדא דמרדכי דלא איתחזיק איסורא הי' רוצה להקל מחמת ספק דרבנן ואפ"ה מסיק לחומרא והיינו משום די"ל דטעם דמתניתין לאו משום איתחזיק איסורא רק מטעם שכתבו הרמב"ן והנ"י שם עיי"ש:

והנה נחזי אנן בנ"ד ל"ש טעם הרמב"ן. דזה לשונו שם בחידושיו (דכ"ד) וכן עיקר אע"ג דשאר ספק של דבריהם אפי' לכתחילה לקולא כיון דאיכא מעשה רבה שחלץ לה בב"ד אין מתירין אותה לא היא ולא צרתה וכו' וה"ט כיון דחלץ לאידך נראית כיבמה ומפרסמה מילתא בב"ד טובא הלכך חיישינן שמא יאמרו אחות זקוקה מותרת לכתחילה עכ"ל. וא"כ כ"ז במתניתין וכן בעובדא דמרדכי דחלץ לאידך או דעומדת לפנינו לחלוץ דבוודאי יחלוץ לה א"א להתיר את אחותה. וי"ל דהוי ג"כ תרתי דסתרי. דלענין יבמה גופה אזלינן בספיקא לחומרא ומצריכין אותה לחלוץ א"א להקל באחותה משום ספק דרבנן. וכעין ספק בברהמ"ז דצריך לברך גם ברכה רביעית. אבל בנ"ד דהיבמה גופה אינה עומדת לפנינו לחלוץ דאדרבא מחזקינן לה בחזקת איסור לשוק. וי"ל דלעולם לא תבוא לידי חליצה או דדילמא בעלה חי עדיין או דדילמא ח"ו נהרג ואין רואה דלא יהי' לעולם עדות מבוררת דתבוא לידי חליצה וא"כ בכה"ג שפיר אין לאסור אחותה משום אחות זקוקה דהוי ספיקא דרבנן ממש באיתחזיק היתרא. דמשודכת זו בחזקת היתר היתה עומדת לו בשעה ששידכה:

ואולם לטעם הנ"י במשנה הנ"ל שכתב וז"ל ואע"ג דספיקא דרבנן הוא וכו' אפ"ה קנסו רבנן בדיעבד דגזרו באחות זקוקה אטו אחות אשה שהוא מדאורייתא בכרת. וכן באחות חליצה אטו אחות גרושה. ואלמוה רבנן לגזירתם להוציא אף בדיעבד עכ"ל. טעם זה לכאורה שייך גם בנ"ד לגזור באחות זקוקה אטו אחות אשתו:

ואמנם נלע"ד לדון להקל גם לדעת הנ"י. והוא עפ"י דברי הב"ח בסי' קע"ג בקידש אשה ספק קידושין ונפלה לפניו אחותה דדן הב"ח להקל לישא את אשתו אחר שיחלוץ לאחותה. משום דספק אחות חלוצה דרבנן עיי"ש. ותמהו עליו האחרונים ג"כ ממשנה הנ"ל דחולץ לשתיהם ואסור ליבם השני' גם אחר שחלץ לראשונה משום ספק אחות חלוצתו. עיין בצלעות הבית הנ"ל. וזה תימה לכאורה שיעלים הב"ח עיניו ממתניתין אחר שהוא עצמו מביאה שם באותו מקום גופי' לענין אחות זקוקה וגם טעמא בעי אמאי הקיל הב"ח באחות חלוצה יותר מאחות זקוקה הא תרוויי' דרבנן נינהו. וגם בב"ש שם סק"ג תמה עליו מדברי הנ"י הנ"ל שהחמיר בספק דרבנן עיי"ש. אך לענ"ד יש לישב דברי הב"ח. דהנה בהג"מ בכתובות אות רצ"א לענין אם החולץ מותר לישא משודכתו קודם

חליצה משום חדר"ג ע"י זיקה. פלפל שם לחלק לענין זיקה ככנוסה בין זקוקה העומדת ליבום או העומדת רק לחלוץ. עיי"ש דכתב דזה הוי זיקה קלושה. עיי"ש בדבריו. ודבריו נראים נכונים מאד דהא כל ענין הזיקה דשוי' רבנן ככנוסה הוא רק משום דעומדת לכנוס ככנוסה דמי וא"כ אם איננה עומדת ליבם כלל לכאורה אין שייך זיקה כלל אך טעמא דגם בעומדת לחלוץ איכא זיקה קצת י"ל עפ"י הפלוגתא דאיתא בירושלמי יבמות סופ"א ה"א ובפ"ג ה"א אם חליצה כקנין או כפטור עיי"ש באריכות ובש"ס דילן ג"כ ס"ל לר"ע דאחות חלוצה הוי דאורייתא עיי"ש (בדף מ"ד ע"א) דטעמא דר"ע משום בית חלוץ הנעל הכתוב קראו ביתו. אף דר"ע עצמו ס"ל בנדרים (דע"ד) דאין זיקה ואחות זקוקתו מותרת מדאורייתא אפ"ה אחות חלוצתו דאורייתא אסורה. דחליצה כקנין מה"ת. וא"כ אף לדידן דלא ס"ל כר"ע ואחות חלוצתו מדרבנן הוא ג"כ מטעם דעכ"פ מדרבנן הוי כקנין מאסמכתא דביתו. וא"כ מובנים שפיר דברי הג"מ הנ"ל דיבמה העומדת לייבם ותהי' אשתו ממש. א"כ אלימא זיקה דידה דזקוקה לקנין דאורייתא אבל זיקה העומדת לחלוץ דחליצה גופא הוי רק קנין דרבנן דמה"ת חליצה הוא פטור. א"כ קלישא זיקא דידה טובא מזקוקה לייבם. ונכונים שפיר דברי הב"ח הנ"ל דא"כ גם באחות חלוצה איכא לפלוגי שפיר בין היתה מקודם זקוקה ליבם. דאלימא זיקא דידה לשוי' ככנוסה ואח"כ כשחלצה הוי כגרושה. ואחותה אסורה משום גזירת אחות גרושתו דהוי מה"ת בכה"ג כתב הנ"י דגם ספיקא אסורה אבל אחות חלוצה דלא היתה עומדת מעולם ליבם רק לחלוץ דלא היתה מעולם כאחות אשתו דתהוי אח"כ אחות גרושתו דחליצה גופא הוא רק קנין דרבנן ולית לה עיקר מה"ת בכה"ג פשיטא דמודה הנ"י דספיקא להקל. וא"כ בשלמא במתניתין בספיקא דשני אחיות דא"א לחלוץ לראשונה ואח"כ ליבם שני' דהא הראשונה היתה זקוקה מה"ת ליבם דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא לדידן ורק מדרבנן אסורה ליבם משום ספק אחות זקוקתו עכ"פ מדאורייתא ראוי' ליבם. וגם מדרבנן אם תרצה לתפוס דספיקא דרבנן לקולא גם מדרבנן עומדת ליבם. א"כ אלימא זיקא דידה טובא לשוי' ככנוסה ואח"כ כשחלץ לה שפיר כתב הנ"י דאסורה משום לתא דאחות גרושתו דספיקא לחומרא אבל בנדון דהב"ח דקידש אשה ספק קידושין ואח"כ נפלה לפניו אחותו דאסורה מדאורייתא ליבם משום ספק אחות אשה דאורייתא. וזקוקה מתחילתה רק לחליצה מדאורייתא. וחליצה מה"ת לא הוי קנין רק פטור וליכא לתא דאחות גרושתו כלל מה"ת בכה"ג שפיר פסק הב"ח דספיקא לקולא:

וא"כ בנ"ד נמי דמדאורייתא אסורה ליבום משום ספק איסור א"א דילמא בעלה חי עדיין בוודאי י"ל דגם להנמו"י אחותה מותרת משום ספיקא דרבנן לקולא. ואף דהב"ח מסיק

להחמיר לכתחילה בספק היינו דשם שייך טעמא דהרמב"ן כיון דאחותה חלצה בב"ד אבל בנ"ד דאחותה אינה מתייבמת ואינה חולצת ודילמא לא תבוא לידי חליצה לעולם וליכא טעמא דהרמב"ן כלל כמש"ל י"ל דלכ"ע שרי:

ועוד טעמא אחרינא אמינא לישב שאילת הראשונים ז"ל הנ"ל אמאי החמירו כאן בספיקא דרבנן. והוא עפ"י דברי הר"ן בתשו' לענין נודר משתיית יין בשבת דביה"ש חל הנדר מיקרי כיון דעכ"פ מחמת ספק אסור למ"ד סד"א מה"ת לחומרא וא"כ ה"נ לענין זיקה כיון דמדאורייתא זקוקה ליבם מספיקא לא הוי כספק זקוקה רק כודאי זקוקה כיון דעכ"פ מחמת ספק מוכרחת להתייבם וא"כ אחותה אסורה מחמת וודאי ולא מחמת ספק. וכן אחות חלוצה כיון דמדאורייתא היתה זקוקה ליבום והחליצה הוא פטור מדאורייתא כנ"ל הוי כאחות גרושה וודאי לא ספק ומיושבים שפיר דברי הב"ח הנ"ל דרק במתניתין בשני אחיות דיכול ליבם הראשונה מדאורייתא דאינה ספק ערוה עדיין וא"כ ממילא מחויב מה"ת ליבם דספק מצוה מה"ת להחמיר הוי כזקוקה וודאי אבל בנדון דהב"ח דהוי ספק איסור אחות אשה דלא רמי' קמי' מדאורייתא ובפרט בנ"ד דהוי ספק איסור א"א דדילמא בעלה חי עדיין דלא רמי' לא ליבום ולא לחליצה ואסורה רק מספק שוב י"ל דכ"ע מודו דספיקא מדרבנן לקולא. ובזה נלע"ד לתרץ קושית הישרש יעקב על הרמב"ן הנ"ל דס"ל דרק היכא דחלצה בב"ד אסרינן מספק א"כ קשה ברישא דמתניתין הנ"ל למה באח אחד חולץ לשתיהן הא יוכל ליבם הראשונה והשני' תשתרי בלא חליצה ויבום. דממ"נ אם הראשונה היא היבמה בוודאי השני' פטורה. ואף אם הראשונה איננה היבמה מ"מ תצא השני' משום אחות אשה וא"כ כיון דהשני' אינה חולצת שוב ליכא איסור בראשונה משום אחות זקוקה לדעת הרמב"ן. ולפימ"ש יש לישב דבאמת י"ל דגם הרמב"ן מודה לס' הנמו"י דספק אחות זקוקה אסור מדרבנן. ורק בחלץ לראשונה קשי' לי' להרמב"ן כיון דהראשונה אינה עומדת להתייבם רק לחלוץ נהי דרק מדרבנן אסורה להתייבם מ"מ ס"ל לרמב"ן דגם אינו ראוי מדרבנן הוי אינו ראוי מדאורייתא וא"כ כיון דאינה עומדת ליבום כלל אף דהוי מחמת ספק מ"מ הוי כוודאי אינה זקוקה ליבום לס' הר"ן הנ"ל ואינה עומדת רק לחליצה דקלישא זיקתה כס' הגה"מ הנ"ל וגם להנמו"י שרי ספיקא כמש"ל. והוצרך הרמב"ן לתרץ ולפרש הטעם דחולצת בב"ד ומפרסמה מילתא ולכך החמירו בה. אבל אם נאמר דיכול ליבם אחת מהם שוב זקוקה מספיקא ליבום דאסורה משום לתא דאחות אשתו כמש"ל לכך גם הרמב"ן מודה דגם בלא טעמא דחליצה אסורה משום אחות זקוקה כס' הנמו"י הנ"ל ודוק היטב:

ועוד נלע"ד טעם אחר דבנ"ד ל"ש ס' הנמו"י ושרי לכ"ע. דהא הנמו"י דייק בלשונו משום דהוי כאחות אשה דהיא בכרת לכך החמירו בספיקא. והנה ז"פ דכרת ליכא רק בביאה. אבל בקידושין או נשואין לחודיי', אף למ"ד דאיכא איסור תורה לשיטת רש"י קידושין (דף ס"ז) מ"מ איסור כרת וודאי ליכא ואדרבא איכא מאן דס"ל דלא הוי רק איסור דרבנן וא"כ כאן בנ"ד עיקר החשש הוא רק על הקידושין והנשואין אם מותר לקדש ולישא אחות זקוקתה. אבל לאחר שישא אותה פקעה זיקתה דכבר נפטרה אחותה משום אחות אשה ופקעה זיקתה כשיטת התוס' (דף י"ח ע"ב) ד"ה שומרת הובא דעתם בסי' קנ"ט ס"ה. וא"כ כיון דאין האיסור רק על הקידושין והנשואין דליכא לתא דאיסור כרת גם באחות אשתו ממש שוב היכא דהוי רק ספק אחות זקוקה מותרת גם לדעת הנמו"י משום ספיקא דרבנן לקולא. ואף דלכאורה יש לפקפק לשיטת התוס' דלא סגי בקידושין רק בנשואין א"כ לכאורה הוי חופה פסולה מ"מ כיון דרק מחמת איסור דרבנן אסורה י"ל דלכ"ע יש חופה לפסולות:

ובזה יש לישב מה דקשיא על הד"מ והרמ"א הנ"ל בסי' קנ"ה ס"ט דדייק מהמרדכי דגם קודם חליצה אסורה משום אחות זקוקה והא היא משנה מפורשת (בדף כ"ג) הנ"ל דספק אחות זקוקה אסורה ולפי הנ"ל ניחא דבמתניתין דשניהם הם בספק יבום אצלו דביאה לחוד סגי שפיר אסור ליבם. דבביאה דאיכא לתא דאיסור כרת באחות אשתו גזרו רבנן אף בספיקא כמ"ש הנמו"י. אבל בעובדא דרמ"א דאחות הזקוקה אינה נופלת לפניו ליבום רק דרוצה לישא אותה בחופה וקידושין. שפיר הוי אמרינן דשריא לס' הנמו"י הנ"ל ואפ"ה מסיק להחמיר והיינו לאו משום ס' הנמו"י רק משום ס' הרמב"ן כיון דחולצין לאחרת העומדת לפנינו לחלוץ מפרסמא מילתא בב"ד וא"א להתיר אחותה מספיקא ואי דהיא גופא קשי' ישא את אחותה ואז תצא האחרת בלא חליצה דפקעה זיקתה לשיטת התוס' הנ"ל. ז"א חדא דילמא מיירי דאיכא עוד אח אחר שתהי' זקוקה לו לחליצה. ועוד די"ל דאסור מטעם אחר כיון שהספק נולד בהשומרת יבם אם צריכה חליצה או לאו ואצלה הספק בדאורייתא וא"א להתירה לשוק רק או ע"י חליצה או ע"י שישא אחותה ותצא משום אחות אשה שוב הוי כמו ספק בברהמ"ז דצריך לברך גם ברכה ד' כיון דהספק נולד בדאורייתא ובדרבנן יחד כמש"ל. ויתיישב בזה קושית הישרש יעקב הנ"ל על הרמב"ן במתניתין אמאי אינו מייבם אחת ותצא השני' משום אחות אשה כנ"ל והראשונה אינה אסורה משום ספק אחות זקוקה כיון דלא יחלוץ להאחרת לס' הרמב"ן הנ"ל. אבל לפי"ז ניחא דלכאורה קשה למה לי' להרמב"ן טעמא דחליצה אמאי לא קאמר בפשיטות כיון דהספק נולד בדאורייתא כמו בברהמ"ז. אך צ"ל כיון דכבר חלץ

להאחרת א"כ אין הספק נולד עתה על האחרת דכבר נעשה בה מעשה שחלץ לה והספק רק על אחותה משום ספק אחות חלוצה אינו דומה לברהמ"ז שהספק נולד עתה על דאורייתא ודרבנן יחד והוצרך הרמב"ן לטעמא דחליצה שנעשה בב"ד מפרסמא מילתא כנ"ל. אבל לכתחילה שבאו לפנינו קודם שנעשה מעשה מאי אמרת דייבם לחדא ואידך תשתרי ז"א דכה"ג כיון שהספק נולד בדאורייתא ובדרבנן יחד בלא"ה אסור כנ"ל:

ובמה שכתבתי לעיל בישוב דברי הראשונים לס' הר"ן בתשו' הנ"ל דכיון דמספק דאורייתא צריך ליבם או לחלוץ הוי כוודאי זקוקה ולא ספק יתיישב לנכון קושית הישרש יעקב על הנמו"י מסוגיא דלקמן (דכ"ח) בד' אחין ושנים נשואין לשני אחיות ומתו בעלי האחיות דקאמר הש"ס ולימא דלא ידעינן הי מינייי' נפיל ברישא אי הכי היינו דקתני קדמו וכנסו יוציאו בשלמא לראשון וכו' אלא שני' לימא חבראי שני' ייבם אנא ראשונה מייבם עיי"ש. ולדברי הנמו"י הנ"ל אמאי לא יוציא גם השני הא הוי ספק דילמא שני' ייבם ואסורה עליו לעולם משום יבמה שנאסרה שעה אחת וכו' עיי"ש בישרש יעקב. אבל לפימ"ש ניחא דרק בספק דשני אחיות (בדכ"ג) דהספק הוא איזו צריכה חליצה ויבום שוב כיון דמספיקא דאורייתא מוכרח לחלוץ לה או ליבם אסורה אחותה משום וודאי אחות זקוקה אבל (בדף כ"ח) דאיירי דנפלו משני יבמין דשניהם צריכים חליצה ויבום והספק הוא רק איזו נפלה בראשונה דמותרת דהוי יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה או דילמא היא השני' דהוי יבמה שנאסרה שעה אחת ואסורה לעולם שוב השני דנסיב שפיר נסיב דאמרינן דראשונה נסיב דהוי כשאר ספיקא דרבנן דאזלינן לקולא. וא"כ מעתה בנ"ד דלא שייכי כל הטעמים לאיסורא הן לדעת הרמב"ן והן לדעת הנמו"י כמש"ל והן לטעמא דידי א"כ יש לדון להקל בספיקא דרבנן כהאי וגם יש לצרף מה שהיא משודכת לו כבר דהגמ"ר בכתובות הנ"ל דן להקל דזיקה דשידוכין דוחה זיקה קלישא דלא קיימא רק לחליצה עיי"ש וגם י"ל דלא החמירו כל הני פוסקים רק היכא דליכא חשש עיגון והיינו עפימ"ש התוס' יבמות (דצ"ד ע"א) ד"ה וליטעמיך דע"א מעיד שמתה אשתו שתכנוס אחותה לביתו דחשיב עיגון גבי דידה דדילמא לא תמצא איש אחר שישאנה. אבל מתה אשתו שישא אחותה התם לא חזינן דבעי' לנסובי לי' דהא משום גברא קאתי האי עד עכ"ל עיי"ש בדבריהם. וא"כ י"ל דרק במתניתין דהשאלה נולד רק לענין יבום דלא חזינן דהיא רוצה להנשא לו וכן במרדכי וברמ"א הנ"ל דדנין רק עליו דבדידי' לא שייך עיגון אבל בנ"ד דהיא משודכת לו כבר וכפי שאמר לי ידידי הר' נחמי' גראסקאפף מפה מצוה גדולה מצד המשודכת שישאנה. ובדידה שייך עיגון כמ"ש

התוס'. וכבר כתב הריטב"א ביבמות (דפ"ח) דמשום עיגונא לא החמירו רבנן גם במילתא דהי' להם להחמיר בלא"ה א"כ שפיר י"ל דכ"ע מודו בכה"ג דלא החמירו בספיקא דרבנן: **ויתיישב** בהכי ג"כ תמיהת האחרונים על המרדכי והד"מ הנ"ל שלא הביאו המשנה הנ"ל די"ל דמתניתין דאיירי לענין יבום לא שייך עיגון דהנושא לשם אישות פוגע באיסור אשת אח לאבא שאול ובע"כ דמכוון רק למצוה בלבד וא"כ כיון דמצות יבום בדידי' תליא רחמנא אם חפץ לחלוץ או ליבם היכא דיש חשש איסור בדבר מלמדין אותו לחלוץ כעין שכתבו התוס' ישנים בכתובות (ד"מ) דמלמדין אותה שלא תחפוץ משום איסור וחשש עיגון א"א לצרף דל התירה התורה רק משום מצוה ולא לצורך אישות לאבא שאול אבל בנדון דמרדכי דחפץ לקחתה לשם אישות דלא רמיא קמי' ליבום כיון דספק דרבנן שריא לכל דבר צורך ה"נ שריא ובפרט בנ"ד דאיכא עיגון דידה דילמא לא תמצא מי שישאנה כמ"ש התוס' הנ"ל. ועוד יותר יש לומר בטעמא דמילתא דהחמירו חז"ל כאן בספק דרבנן עפימ"ש התוס' בסוכה (ד"ג ע"א) ד"ה דאמר לך דהיכא דחכמים החמירו שלא לעשות המצוה בכה"ג לא קיים המצוה דאורייתא א"כ בספק ביבום לא הוי ספק דרבנן דאם הוי וודאי זקוקתו ואסרו חכמים ליבם לא קיים מדאורייתא מצות יבום ופוגע באיסור אשת אח שהוא בכרת אבל בנדון דמרדכי דרוצה ליקח אחותה שלא במקום יבום שפיר י"ל דשרי ככל ספק דרבנן וא"כ כיון דאין זה דינא דמתניתין רק דינא דהמרדכי הנ"ל שכתב שם בעצמו דמדינא שריא רק דהחמיר בדבר א"כ בנ"ד דאיכא כל הני טעמי להיתרא יש לסמוך להתיר ואחר כתבי זאת מצאתי בישועות יעקב אה"ע סי' קנ"ט שכתב ג"כ כסברתי הנ"ל דעיקר טעמא דמרדכי כיון דהספק נולד בדידה שהוא מדאורייתא ומזקיקין אותה לחלוץ מחמירין גם לענין אחותה ושמחתי שכיוונתי לדעתו וא"כ בנ"ד דאדרבא אין מזקיקין אותה לחליצה גם אחותה אין לאסור ולכן אם עיני כתה"ר רואות שיש מצוה ועיגון בדבר גם אנכי מצטרפנא להיתר והשי"ת יצילנו משגיאות. ומאד הייתי חפץ שיציע כתה"ר הדבר עוד לפני רב גדול ומובהק שיסכים בדבר כדי היכא דלימטי' שיבא וכו' והשי"ת ישפות שלום על ישראל ודיינא:

כ"ד ידידו דוש"ת דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאפאלי.

סימן פ

שוכט"ס לכבוד הרב הה"ג החו"ב משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **יחזקאל** נ"י ראבד"ק **גלינא**. **מכתבו** לנכון הגיעני בדבר השאלה בענין חליצה שהאח הגדול הוא זקן בן פ"ח שנים וכבדו אזניו משמוע וצריך לצעוק אליו בקול גדול ויש אח צעיר ממנו לימים איך לנהוג עם החליצה. גם האח הגדול הנ"ל מבקש מאתה סך גדול והקטן אין מכביד עלי' עול

וכת"ה דן בזה מכמה טעמים שיחלוץ לה הקטן. והנה הטעם הראשון שכתב כת"ה דכיון שהוא זקן כ"כ ותש כחו שדינו שאינו מייבם כמו סריס אדם כמבואר באה"ע סי' קע"ב ס"י עיי"ש וכיון דלכתחלה אינו ראוי ליבום עדיף יותר שיחלוץ הקטן שהוא ראוי ליבום כמ"ש הב"י בסוס"י קס"א בשם הריב"ש לענין האנוסים עכת"ד:

והנה לכאורה גוף הדבר תמוה על הרמב"ם שכתב שזקן אינו מייבם לכתחלה לפימ"ש הב"ש שם בסי' קע"ב סקי"ב לחלק בין זקן לזקינה. דזקינה עכ"פ ראוי' לביאה אלא דאינה ראוי' להתעבר. אבל זקן אינו ראוי לביאה כלל עיי"ש. והנה ידוע דמצוות יבום מקיים בהעראה ג"כ עיין תוס' יבמות (ד"כ ע"א) ד"ה יבוא עשה וא"כ בע"כ דזקן שתש כחו אינו ראוי גם להעראה. א"כ איזו איסור יש בזקן לייבם. ממ"נ אם יבעול או יערה עכ"פ הרי יקיים מצות יבום ואי לא יבעול ולא יערה ג"כ. א"כ מאי איסור יש בדבר. ואי משום קריבה דעריות. ז"א הא האיסור רק משום סחור סחור וכו' כמבואר במדרש פ' נשא וא"כ עיקר האיסור רק משום דילמא יבוא לידי ביאה. וכאן דאדרבא אם יבוא לידי ביאה יקיים מצוות יבום. מאי איסור יש בדבר. ואף לשיטת הרמב"ם רפכ"א מהא"ב דעל קריבה דעריות איכא מלקות מה"ת. מ"מ כיון דהוא מהדרש דלא תקריבו לדברים המביאים לידי ג"ע כמ"ש הרמב"ם שם. א"כ מפורש הטעם בקרא משום דיוכל לבוא לידי ביאה. וממילא היכא דהביאה עצמה מותרת ליכא איסורא. וזה דבר הראוי להתעורר מאד על הרמב"ם. ועל הגמ' לק"מ דהא בע"כ הא דקאמר שם הש"ס (בד"כ ע"ב) דאם בעלו קנו ואסור לקיימן לא קאי אזקן כמ"ש הת"י שם דבזקן ליכא איסור דלא יבוא פחד וכו'. כן י"ל דהא דקאמר ולא מייבמין לא קאי אזקן רק אסריס אדם עיי"ש. אבל על הרמב"ם שמפרש בהדיא דזקן אינו מייבם קשיא כנ"ל:

אך י"ל בפשיטות דהא דכתב הרמב"ם דאינו מייבם לאו משום איסור. אלא כיון דקיי"ל דביבמה אינו קונה רק ביאה. וקידושי כסף או שטר לא מהני מידי ביבמה מדאורייתא. כמבואר ביבמות (די"ב) עיי"ש ברש"י ד"ה נתן א"כ אין נותנין רשות לזקן שתש כחו לייבם. דדילמא לא יוכל לבוא עלי' ולא יהי' יבומו כלל ויבוא לידי מכשול. דאם ימות הזקן או יגרשה תנשא לשוק. ובאמת עדיין היא צריכה חליצה כדמעיקרא. וא"כ כיון דליכא איסור כלל ביבום. דאדרבא אם ייבם אותה כראוי דהיינו שיבוא עלי' יקיים שפיר מצוות יבום. אלא דחיישינן דילמא לא יוכל לבוא עלי'. א"כ ל"ש בהא כל שאינו עולה ליבום שלא תהא חליצה מעלייתא. דהא בר יבום הוא. אלא שחלש הוא ואינו יכול לייבם כמ"ש התוס' יבמות (דמ"ד ע"א) ד"ה כל דחרש וחרשת אף שאין עולין לחליצה עולין ליבום כיון דבני חליצה נינהו אלא דפומיי' הוא דכאיב להו עיי"ש וה"נ בנ"ד ממש:

ואמנם כיון דאיכא חשש חליצה פסולה דלפי משמעות לשון הד"מ בסי' קע"ב אות ד' דזקן אסור לייבם. וא"כ לדעת הרמב"ם ולפי"מ שפירש הב"ח דבריו בסי' קע"ד דכל היכא דאיכא איסורא דרבנן לייבם הוי חליצה פסולה עיי"ש. וגרע מאיסור דאורייתא דשם גילה קרא בפירוש דח"ל עולין ליבום עיי"ש. וגם לשיטת התוס' (בדכ"ו ע"ב) דתלוי הדבר באם קלשה הזיקה. ומפרשים דבריהם משום דבשעת הנפילה היו ראוים ליבום ואח"כ נפסלו לייבם זה מקרי חליצה פסולה כמ"ש הה"מ פ"ז מה' יבום ה"י ובש"ג פד"א אות א' עיי"ש. א"כ ה"נ הרי כל אשה מותרת לינשא לזקן וכאן י"ל ג"כ אולי בשעת נפילה הי' ראוי עדיין לביאה ואח"כ תש כחו ובכה"ג הוי ח"פ לדעת המפרשים הנ"ל. ועיין בתשו' ד"ח ח"ב אה"ע תשו' קע"ו שמחמיר ג"כ מאד שלא להכניס עצמו בחשש ח"פ:

ומה שעורר כת"ה מהא דש"ס יבמות (דכ"ז ע"ב) דמחלק הש"ס בין איסור אחות אשה דאורייתא לזיקה דרבנן לענין אם נאסרה בשעת נפילה עיי"ש. ורצה כת"ה לומר דגם לענין חליצה פסולה נאמר כן. הנה מפורש בש"ס שם (דמ"א ע"ב) לענין תוך ג' דאינה חולצת אף דאיסור הבחנה הוא רק דרבנן. מ"מ מיקרי אינו עולה ליבום ובע"כ כמ"ש רש"י שם ד"ה הרי קטנה דאף דאחות חלוצתו וזקוקתו חולצות היינו משום דא"כ לעולם תאסר. הלכך כיון דמדאורייתא בת יבום היא חולצת אבל היכא דאפשר לשהויי משהינן ויצא הדבר בהיתר עכ"ל עיי"ש. וא"כ ה"נ כיון דאפשר בהיתר שיחלוץ השני. גם באיסור דרבנן מהדרינן אהיתרא. משא"כ שם (בדכ"ז) דתאסר לעולם משום שנאסרה בשעת נפילה. אז היכא דלא אסירא רק מדרבנן לא מדחינן משום הא מצוות יבום לגמרי כשהותרה אח"כ:

ומה שעושה סתירה מדברי התוס' זבחים (דע"ט) דכל דאם עלה לא ירד הכשרו קרינן בי' ובכתובות (ד"ל ע"א) כתבו דכל דמדאורייתא אסור לכתחלה מקרי אינו ראוי. הנה בזבחים (ע"ט) ליכא מידי מהא. אבל הוא (בדס"ט ע"א) סד"ה ואין אבל שם טעמא אחרינא איכא כמ"ש השטמ"ק שם אות כ"ה כיון דמתרת האיסור לענין דאם עלה לא ירד תו א"א שתטמא כדיליף שם דבעינן דומיא דטריפה שאינה מתרת האיסור דאל"כ תקשי מד' התוס' שם (דס"ח ע"ב ופ"ד ע"ב) דמש"ה ילפינן דם מאימורין ואימורין מבשר ולא ילפינן דם עצמו מבשר משום דבדם לא ילפינן מהכשירו. ולכך ילפינן מאימורין דהוי שלא בהכשירו. דאירי שנפסלו בעמוד השחר. ואפ"ה אמרינן בהו אם עלו לא ירדו. ואם איתא דכל דאם עלו לא ירדו הכשירו קרינן בהו. א"כ כיון דהאימורין שנפסלו אם עלו לא ירדו הוי ג"כ הכשירו בכך אלא בע"כ כמש"ל דשם שאני דבעינן דומיא דטריפה כמ"ש השטמ"ק. ויותר הי' לו לעורר מהא דכתבו התוס' בחולין (ד"מ ע"א) דהשוחט קרבן יחיד

בשבת בחוץ חייב. אף דלכתחלה אסור לשחוט בשבת בפנים. מ"מ כיון דבדיעבד כשר מתקבל בפנים קרינן בי'. ותקשי ע"ז מהא דכתובות הנ"ל דכל דאינו ראוי מדאורייתא לכתחלה מקרי אינו ראוי. א"כ גם קרבן יחיד בשבת אינו ראוי לבוא לפנים ואמאי חייב בחוץ. אבל באמת גם משם לק"מ דבהדיא מרבינן בזבחים (דק"ט ע"א) מקרא דלא יביאנו לעשות דכל שבפנים אם עלה לא ירד חייב בחוץ עיי"ש. ואדרבא מזה ג"כ נשמע דכל דא"ר מדאורייתא לכתחלה מקרי אינו ראוי דאל"כ קרא בש"ח ל"ל:

אבל באמת כד מעיינין בזה איכא לדחויי הראי' הזאת דהא התוס' בזבחים (דנ"ט ע"ב) בסה"ד כתבו דל"א כן רק לענין העלאה ולא לענין שחיטה. וצריך להבין החילוק. אבל הדבר מובן שפיר דלא מרבינן מקרא לחייב בחוץ רק אם הי' עושה הדבר הזה בפנים הי' מתקבל שם. וא"כ בשלמא לענין העלאה דמעלה בחוץ על מזבח שעשה שם שפיר מרבינן אף אם מעלה שם לן או טמא. מ"מ כיון דאם הי' עושה המעשה הזה ממש בפנים. דהיינו דהי' מעלה הלן או הטמא על המזבח שבעזרה הי' מתקבל כיון דהמזבח מקדש פסולין שעלו כבר שלא ירדו שפיר מתחייב בחוץ. אבל בשוחט בחוץ דבר פסול כגון קודם שנפתחו דלתות ההיכל. דאם הי' עושה כן בפנים דהיינו שהי' שוחטן אז בפנים. היו פסולים והי' אסור לכתחלה לזרוק דמן ולהעלותן לכתחלה. דאף דבדיעבד לא ירדו מ"מ כיון דעדיין לא העלה אותן רק ששחטן לחוד ואסור לכתחלה להעלותן מדאורייתא שפיר מקרי א"ר לפנים כס' התוס' בכתובות הנ"ל. וא"כ אף אם הי' עושה המעשה שעושה עתה בחוץ דהיינו השחיטה בפנים שהי' שוחטן בפנים ג"כ לא הי' מתקבלים עדיין לזרקן לכתחלה ולהעלותן אבל אם מעלה בחוץ דאם הי' מעלה בפנים כה"ג כבר הי' מתקבלים דהא אם עלו לא ירדו. ודוק היטב בזה. וא"כ עדיין תקשי ע"ד התוס' חולין הנ"ל לענין קרבן יחיד בשבת דאיירי לענין שחיטה. אמאי חייב בחוץ. הא אף אם הי' שוחט בפנים כה"ג לא הי' מתקבל עדיין דהא אסור לזרוק הדם כמבואר בביצה (ד"כ) דאם היתה שבת לא יזרוק עיי"ש ברמב"ם. ואמנם ג"ז לק"מ. דהא איסור הזריקה בשבת הוא רק שבות ואסור רק מדרבנן כמבואר בפ"י שם וא"כ כיון דרק מדרבנן א"ר לכתחלה ודאי מקרי ראוי לענין חיוב דאורייתא ולק"מ מכתובות דאיירי מאיסור דאורייתא:

ולפי דברינו אלה בכוונת דברי התוס' זבחים (נ"ט ע"ב) הנ"ל יתיישב שפיר מה שתפסו הכל על דבריהם שהם נגד ש"ס מפורש בכורות (דט"ז ע"א) דקתני ר"ה מתני חייב. ומוקי לה בדוקין שבעין ואליבא דר"ע דס"ל אם עלו לא ירדו. ומש"ה השוחטן בחוץ חייב. והא התם בשחיטה קאי ואפ"ה מחייב כיון דבפנים אם עלו לא ירדו והוא תמיהא גדולה ע"ד התוס' הנ"ל. ולפימש"ל י"ל דהנה שם בזבחים ר"פ השוחט והמעלה פליגי

ת"ק וריה"ג בשוחט בחוץ ומעלה אח"כ בחוץ דלת"ק חייב על העלאה ג"כ. וריה"ג פוטר כיון דלא העלה אלא דבר פסול. ואמרו לו חכמים אף השוחט בפנים והעלה בחוץ כיון שהוציאו פסלו. והשיב ע"ז ראב"ש בברייתא שם (דק"ח ע"א) דשוחט בפנים והוציאו הקודש מקבלו דאם עלה לא ירד. אבל השוחט בחוץ אין הקודש מקבלו דאם עלה ירד ומש"ה פוטר ריה"ג. וצריך להבין ס' הת"ק דהא פשיט בכל הש"ס דאם שחט בחוץ דבר שא"ר לבוא לפנים פטור. א"כ אמאי חייב על ההעלאה על מה ששחט בחוץ. הא בפנים אם העלה ממנו ירד. ובע"כ צ"ל דס"ל להת"ק כעין הס' שכתבתי למעלה דכיון דהוא עשה הכל ששחט בחוץ והעלה בחוץ. ואם הי' עושה זאת הכל בפנים הי' כשר. ואנן מרבינן מקרא דחייב על השחיטה ועל ההעלאה ג"כ דכתיב אשר ישחט ואשר יעלה. ס"ל לת"ק דגם בחדא בהמה מחייב תרתי. כיון דאם הי' עושה זאת הכל בפנים הי' כשר. אבל היכא דבשחיטה גופי' אינו מתקבל בפנים דהי' פסול כבר מקודם שחיטה. או שהוא לא שחט כלל בחוץ רק מעלה לחוד דבר שהוא פסול ואינו מתקבל בפנים פשיטא דגם ת"ק מודה דפטור:

וא"כ לפ"ז אליבא דת"ק שפיר ניחא דאם שוחט דוקין שבעין בחוץ אליבא דר"ע ומעלין ג"כ בחוץ כיון דאם הי' שוחט ומעלה בפנים על המזבח הי' דינו דאם עלה לא ירד לכך חייב גם בחוץ על שניהם. כמו כל שוחט ומעלה בחוץ דחייב שנים אליבא דת"ק אף דמעלה דבר פסול, כיון דאם הי' עושה הכל בפנים הי' כשר ה"נ בשוחט ומעלה דוקין שבעין בחוץ דאם הי' שוחט ומעלה בפנים הי' מתקבל דלא הי' מורידין אותו, לכך חייב על שניהם בחוץ, אבל אליבא דריה"ג, דאם שוחט ומעלה בחוץ פטור על ההעלאה אף דאם הי' שוחט ומעלה בפנים הי' כשר, מ"מ כיון דכבר שחט בחוץ ואינו מתקבל שוב בפנים אינו חייב על ההעלאה. א"כ ה"נ בשוחט ומעלה פסולים בחוץ, נהי דעל ההעלאה לחוד הי' אפשר לחייבו, דאם כבר הי' מעלהו בפנים לא הי' יורד, מ"מ אם שחטו קודם בחוץ א"א לחייבו על השחיטה דגם אם הי' שוחטו בפנים אסור להעלותו לכתחלה. וכל דלכתחלה אסור מדאורייתא אינו ראוי לבוא לפנים מקרי כמש"ל, ופטור לריה"ג על השחיטה ומכ"ש על ההעלאה אחר השחיטה בחוץ, דגם בכל שוחט ומעלה פטור לריה"ג על ההעלאה. וא"כ מעתה ל"ק על התוס' מבכורות הנ"ל דשם שפיר מתני ר"ה חייב. דהיינו דמתניתין אתי לאשמעינן החומרא שיש בקדשים שקדם הקדשן למומן יותר מקדם מומן להקדשן. וקאמר דמשכחת אליבא דר"ע אם שוחט דוקין שבעין בחוץ, והיינו כגון שהעלן בחוץ ג"כ, ועבודה קמייתא נקיט. ואז חייב גם על השחיטה אליבא דת"ק כמש"ל. אבל התוס' באו לתרץ הא דשלמים ששחטן בחוץ קודם פתיחת דלתות

ההיכל דפטור וא"כ י"ל או דס"ל כריה"ג ואינו חייב גם כשמעלה אח"כ בחוץ כמש"ל או דאיירי כשלא העלן כלל רק שחטן לחוד ואז גם אליבא דת"ק פטור דכה"ג אם הי' שוחט בפנים הי' פסול והי' אסור לזרוק דמן מדאורייתא כיון דנפסל בשחיטה קודם פתיחת דלתות ההיכל:

וכעין זה מצינו ג"כ בתוס' חולין (ד"פ ע"ב) ד"ה דכמה באה"ד שם דלהמסקנא בשוחט מחו"ז הוי התר"ס דדילמא לא יזרוק הדם והוי שחיטה שא"ר, כיון דאסור לכתחלה לזרוק מחמת מחו"ז, ואפ"ה כשזורק אח"כ נעשה שחיטה ראוי' למפרע עיי"ש. וה"נ כעין זה דבשחיטה לחוד מקרי אינה ראוי' לפנים אבל כשמעלה אח"כ הוי מתקבל בפנים דבכה"ג בפנים אם הי' שוחט ומעלה ע"ג המזבח הי' המזבח מקדשו והי' דינו דלא ירד. ודוק בכ"ז:

הנה יצאתי מענין לענין, ונחזור לקמייתא, דכל שיש קצת חשש ח"פ, וודאי מהדרינן שיצא הדבר בהיתר יותר כמ"ש רש"י הנ"ל. ועיין עוד בריטב"א שהביא הב"י בסי' קס"ה שכתב וז"ל ומה שאמרת שיש לו אשה ובנים, מ"מ אינו מאותן שכופין להוציא אלא דכל שיש יבם אחר שאין לו אשה בו המצוה יותר ובו משיאים עצה ומבקשים אע"פ שאינו גדול עכ"ל הביאו הב"ש בסוס"י קס"א. ומבואר שם מדבריו דגם לענין חליצה הדין כן. דחליצת קטן שאין לו אשה עדיף. ומלשון הריטב"א משיאין לו עצה משמע דאזיל בשיטתו שכתב בחי' יבמות (דכ"ד) בשם מורו הר"ם דהא דמצוה בגדול הוא כשהגדול הגון לה אבל אם אינו הגון לה וא' מן האחרים הגון מצוה בו יותר וכו' וכל שיש לגדול אשה אחרת בזה"ז אין המצוה בו, וקטטה ומריבה איכא בבית וכיבם שאינו הגון דמי לגבי אידך עכ"ל. ומדבריו מוכח דלא משום חדר"ג נגע בי', רק משום דקטטה ומריבה איכא בבית. הוי אינו הגון לה. ואיירי במקום דלא נתפשט חדר"ג. ובד"ח הנ"ל תשו' קע"ו מביא דברי הריטב"א האלו ומפרש לה גם לעינן חליצה:

והנה עצה זו מבואר להדיא ביבמות (מ"ד ע"א וק"א ע"ב) דגם בזקן וילדה משיאין לו עצה הוגנת ואומרים לו כלך אצל כמותך ואל תכניס קטטה וכו' עיי"ש. וא"כ בנ"ד דהוא זקן בן פ"ח וודאי דאינו הגון לה, כיון דאינו ראוי לביאה וגם קטטה יהי' ביניהם, ולפי"ד הד"ח והב"ש דמפרשי דברי הריטב"א לענין חליצה ג"כ. א"כ גם בנ"ד חליצת הקטן עדיפא. אך באמת תמהני מאד על הד"ח הנ"ל שהביא דברי הריטב"א לענין חליצה. ובאמת בריטב"א עצמו משמע להיפך שכתב באמצע דבריו הנ"ל וז"ל שזהו כשגדול הגון לה וכו' ואם אינו הגון מצוה באחרים וכו' ומיהו אם רצה הגדול לחלוץ חולץ למ"ד מ"ח קודמת וכל שיש לגדול אשה וכו' כיבם שאינו הגון דמי עכת"ד. מבואר להדיא דרק

לענין יבום מצוה באחר יותר ולא לענין חליצה עיי"ש. ועל הב"ש לא קשיא דהב"ש קאי ביש לו אשה וי"ל דאיירי היכא דנוהג חדר"ג דאז איכא איסור אם נושאה והוי ח"פ לקצת פוסקים הנ"ל. והא שכתב עיין בב"י סי' קס"ה בשם הריטב"א לדוגמא נקטה. אבל לא שיפרש דברי הריטב"א כן. ומ"מ מי יבוא אחר הגאון ד"ח הנ"ל שמפרש דברי הריטב"א לענין חליצה, ומזהיר מאד בתשו' הנ"ל להקדים חליצת קטן בכה"ג, וכדאי הוא לסמוך עליו. ולכן דעתי ג"כ נוטה שיחלוץ האח השני:

ומה ששאל אם יסדר החליצה יען שהוא קרוב קצת רביעי בשני. דעתי נוטה שלא ישגיח על כבודו. ולא יהי' מהב"ד, כי בחליצה אנו מחמירין הרבה משום שיסודתה בהררי קודש עפ"י נסתר. וראיתי למו"ח הגאון ז"ל אבד"ק יאברוב שהי' זקן ומגדולי המורים ומשום חשש קל לא הי' מצטרף להב"ד בחליצה. ואודות המנעל שהוא לבן, פלא הוא בעיני לעשות נגד דברי הרמ"א בשם הגמ"ר ושהעיד שכן נוהגין. ואי לדידי הי' ציית הי' עושה מנעל חדש, או ישאול לו באיזו עיר אחרת מנעל של חליצה, דבזה ליכא הוצאת לעז דאמרי שנתקלקל מיושן, או שאינו למדת רגלו. והשי"ת יצילנו משגיאות ויתקיים וראה בנים וכו' שלום על וכו':

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן פא

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החו"ב מו"ה **יהושע פרענקיל** נ"י אבד"ק **סעלעטין** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני ואולם עתה טרידנא טובא בהתחלת הזמן בלימוד התלמידים ולא אוכל ליקח לי פנאי לעיין במכתבים. ואולם יען כי שאלתו כדמותה וכצלמה הובאה בשו"ת בית שלמה אה"ע סי' ק"נ. היינו שהורגל אצל אנשי החיל לעקור רגלו השמאלית קודם וכל כחו הוא ברגל ימין ומכה ברגלו בימין. ועכ"ז לא רצה לזוז מדברי הישׁ"ש דהעיקר עקירת רגלו לילך. והעלה לחלוץ בשניהם. והוא הי' בר סמכא גדול. לכן לדעתי אין לזוז מדבריו. רק לעשות כמנהג העולם לחלוץ בשניהם:

ובאמת ראיתי חידוש בס' כנפי יונה סי' מ"ו שמביא בשם המחקרים שבאיטר האברים הפנימיים ג"כ מהופכים. היינו שהכבד היא משמאל והטחול מימין. וכתב בשמם שעמדו בזה על הנסיון. וא"כ לפי"מ דמבואר בסנהדרין (כ"א ע"ב) שהרצים היו נטולי טחול. שהטחול מכבידו לאדם עיי"ש ברשׁ"י ד"ה נטולי טחול. וא"כ י"ל דמשום זה כח ההילוך יותר ברגל ימין משום דהטחול שהיא בשמאל מכביד יותר הרגל השמאלי. וא"כ כ"ז כשנולד כך דאז הטחול היא בימין ומכביד הרגל הימיני. אבל כשהורגל אח"כ אחר שנולד וודאי דהאברים מסודרים כהלכתן כשעת לידה וא"כ לא תשׁש כח רגל הימיני

כלל. כיון דהטחול היא בשמאל. ולפ"ז לכאורה אין ראי' מסי' כ"ז מדברי המרדכי שהביא המג"א דגם בהרגיל עצמו הוי איטר דיש לחלק בין יד לרגל עפ"י סברא הנ"ל. מ"מ חלילה לנו להוציא דינים מסברות. ואין לזוז ממנהג העולם לחלוץ בשניהם. וי"ר שיהי' שלום על דייני ישראל:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן פב

שלום אשיב לכבוד האי שיננא חריפא. יניק וחכים טובא מאד נעלה. לפי מעט שנותיו ורב מקנתו כמר **אברהם צבי** נ"י בק"ק **יאברוב** וכעת הרב הה"ג דומ"ץ בק"ק **וואדאוויץ**: **מכתבו** עם ח"ת במועדו לנכון הגיעני. ולא נפניתי להשיבו עד כה. ועתה לקחתי מועד לעיין במכתבו. ועברתי בין בתרי אמרותיו. והוטב בעיני פלפולו. אשר הוסד על אדני שכל וסברא ישרה. והנני להשיבו את אשר מצאה ידי בענין הזה. בראשונה אשר יצא לישב קושית התוס' כתובות (די"א ע"א) ד"ה אביי. דהכא לית לי' לרבא טעמא דשלא יהא חוטא נשכר. ובב"ק (דל"ח) קאמר הש"ס דהבא על הכותית משלם קנס שלא יהא ח"נ וכתבת לתרץ דרבא ס"ל דל"א שלא יהא ח"נ רק היכא דעשה איסור דאורייתא. כמו בעילת זנות דלדעת הרמב"ם הוא מדאורייתא משום ל"ת קדישה. אבל בגיורת דלדעת הרמב"ם דס"ל דביאת שפחה הוא רק מדרבנן אף דרך זנות דל"ת קדישה בבנות ישראל כתיב. כמ"ש בב"ש סי' ט"ז סק"ו עיי"ש. גם גיורת שהורתה ולידתה שלא בקדושה הוא רק דרבנן. אבל בכותים למ"ד גירי אמת דהורתן ולידתן בקדושה. בת ישראל קרינן בהו ושייך בהן איסור קדישה מדאורייתא. וישבת בזה קושית המהרש"א (בדל"ט ע"ב) בד"ה אין לי דאמאי מקשו התוס' רק לאביי והא גם רבא מודה במפותה דלא משלם קנס. אמרינן שלא יהא ח"נ. עיי"ש. וישבת די"ל דאיירי בפיתה לשם אישות דליכא איסור דאורייתא ול"ש שיהי' ח"נ. עכת"ד בתוס' ביאור קצת. ודבריך בנוים ע"ד התוס' סנהדרין (דפ"ו ע"א) ד"ה בנ"י ותוס' כתובות (מ"ד ע"ב) ד"ה ואימא. דגיורת שהורתה ולידתה בקדושה לא הוי בכלל בנ"י רק היכא דאיכא ריבויא. והיכא דהורתה ולידתה בקדושה הוי בכלל בנ"י אם לא היכא דאיכא מיעוטא. עיי"ש:

ואמנם יש מקום לפקפק על כל דבריך לפימ"ש ההפלאה בקו"א לה' קידושין סי' כ"ו בתירוצו לקושית הראשונים על הרמב"ם דעל ביאת פנוי' לוקה. א"כ האיך משלם אונס ומפתה קנס הא אינו לוקה ומשלם. ותירץ הוא דמשום קדישה אינו לוקה רק על גמר ביאה שראוי להוליד דאז איכא איסור דמלאה הארץ זימה שיהי' אח נושא אחותו וקנס משלם על תחילת ביאה. ובא חיוב ממון מקודם עכת"ד. וא"כ לדידך דלא יהא ח"נ לא

שייך רק היכא דעביד איסור דאורייתא. א"כ איך אמרינן דבא על הכותית משלם קנס משום שלא יהא ח"נ. הא איסור דאורייתא ליכא רק בגמר ביאה דאיכא איסור קדישה ואז א"א לחייבו שוב קנס דהא אינו לוקה ומשלם. דעל תחילת ביאה א"א לחייבו בכותית דאז ליכא עדיין איסור דאורייתא ול"ש שלא יהא ח"נ. ובסוף ביאה כבר איכא מלקות ואינו לוקה ומשלם. ואף דשם בבב"ק אזיל הש"ס אליבא דר"מ ור"מ ס"ל לוקה ומשלם. מ"מ עיין בתוס' שם דלרבא דס"ל דעבד ושפחה נטמעו בהם לכ"ע צריך הטעם שלא יהא חייל עיי"ש וכ"כ התוס' בר"פ אלו נערות ד"ה ועל הכותית. והא אנן קיי"ל דאינו לוקה ומשלם וקשה קושיא הנ"ל לדבריך. וגם לפימ"ש התוס' בסנהדרין (דע"ג ע"ב) ד"ה ממונא דלמ"ד הראה זו הכנסת עטרה שכבר שיבר בתולי' א"א לחייב על גמר ביאה. רק אם נאמר דאינו משלם קנס בהראה דאז בע"כ בהכי חייבי' רחמנא. אבל לדידן דקיי"ל כהירושלמי דמשלם קנס בהראה. א"כ אין לנו הוכחה לחייב על גמר ביאה. שהיא כבר בעולה. וא"כ בכותית דעל תחילת ביאה א"א לחייבו דל"ש עדיין שלא יהא ח"נ לדבריך. כיון דלא עביד עדיין איסור דאורייתא. א"כ גם על סוף ביאה א"א לחייבו דכבר היא בעולה. וגם מה שתירצת בזה קושית המהרש"א דרק באונס שייך שלא יהא ח"נ כיון דעבר על איסור קדישה אבל במפותה י"ל דאיצטריך קרא היכא דפותה לשם אישות דליכא איסור קדישה. ג"כ יש לפקפק. דהנה לפי"מ שביאר ההפלאה הנ"ל דעיקר איסור דקדישה הוא רק משום שלא יהא אח נושא אחותו. א"כ לכאורה באונס דשותה בעציצו בע"כ ומוכרח לישא אותה. א"כ ליכא לכאורה איסור קדישה כלל כיון דתהי' לו לאשה. אך באמת ז"א דכיון דאבי' יוכל לעכב. א"כ עביד איסור בשעת ביאתו דילמא יעכב אבי' מלישא אותה. וא"כ כ"ז לפי המסקנא. אבל השתא בהס"ד דעדיין אין לנו קרא שאבי' יכול לעכב. ורק מסברא אתה רוצה לומר שיוכל לעכב משום שלא יהא ח"נ. א"כ לדבריך דל"ש שלא יהא ח"נ רק היכא דעובר על איסור קדושה והא אם נאמר שבע"כ ישא אותה ואין אבי' יוכל לעכב ליכא איסור קדישה כלל לס' ההפלאה הנ"ל. ואין לומר דהא מ"מ איכא קרא דולו תהי' לאשה דהיא עצמה יכולה לעכב. דז"א דהא באמת הקשו התוס' האיך היא יכולה לעכב. הא נערה אבי' יכול לקדשה בע"כ. וכאן אין שייך תירוצם שם דיכולה לעכב רק לענין שישלם קנס. דזה שייך רק במפותה. אבל באונס ב"כ וב"כ משלם קנס. ובע"כ צ"ל כמ"ש התוס' בקושיתם. דאיירי ביתומה או שבגרה אח"כ דיצאה מרשות אבי'. וא"כ ה"נ באונס. הא דהיא יכולה לעכב הוא רק כשאינה ברשות אבי'. אבל כ"ז שהיא ברשות אבי' י"ל דכל היכא דאבי' אינו יכול לעכב גם היא אינה יכולה לעכב. וא"כ שפיר היינו יכולים לומר דאבי' אינו יכול לעכב. ואז גם היא אינה יכולה

לעכב כ"ז שהיא ברשותו. וא"כ ליכא איסור קדישה. כיון דמוכרח לישא אותה ול"ש אין חוטא נשכר לדבריך:

ובאמת אם נאמר דשייך במפתה איסור קדישה י"ל אדרבא להיפוך בישוב קושית התוס' הנ"ל. דהנה הא פשיטא דבאונס וודאי ל"ש איסור קדישה. דהא האיסור בדידה כתיב דלה אזהר רחמנא ל"ת קדישה. רק דהוא ממילא נאסר דכיון דהיא אסורה גם הוא אסור. אבל באונס דהיא לא עבדה איסורא גם הוא אינו מוזהר ובפרט לטעמא שלא תהא הארץ מלאה זימה ל"ש באונס דל"ש. כמ"ש התוס' בסוגיא דפ"פ. וא"כ מעתה י"ל הא חזינן דרבא ס"ל דהיכא דמשלם קנס ל"ש שלא יהא ח"נ. וא"כ י"ל דאף אביי דפליג עלי'. היינו בממון י"ל דשוה אצלו שיתן ממון כדי שישא אותה. אבל מלקות דחמיר. ואלמלא נגדוה וכו' י"ל דגם אביי מודה דהיכא דלקי דל"ש שלא יהא ח"נ. וא"כ שם דאיירי במפותה דאיכא מלקות דקדישה ל"ש כלל שלא יהא ח"נ ול"ק קושית התוס' הנ"ל בין לאביי בין לרבא. ואף אם נאמר דמלקות וממון שווין מ"מ לרבא דס"ל דגם היכא דמשלם ממון ל"ש שלא יהא ח"נ א"כ גם במלקות ל"ש שלא יהא ח"נ. וא"כ מיושב קושית המהרש"א דלרבא ליכא להקשות כלל במפותה דאיכא מלקות. אבל באמת כ"ז אינו כלל דהאיך נוכל לומר נגד דברי הרמב"ם עצמו שכתב בפ"ב מה' נערה בתולה. דבאונס ומפתה ליכא איסור קדישה כלל כיון דלא הכינה אבי' או היא עצמה לכך. וכתב שם מפורש דהיכא דאיכא איסור קדישה אינו משלם קנס עיי"ש:

ואמנם באמת נ"ל לישב קושית המהרש"א בפשיטות. דלכאורה דברי הש"ס אין להם הבנה כלל. דאיצטריך קרא באונס שתוכל היא או אבי' לעכב. משמע דבלאו קרא היינו אומרים דאם אנסה בע"כ יהי' מחויב אבי' להשיאה לו. והאיך אפשר לומר כלל כן הא לקתה מדת הדין. דאם יבוא איש בליעל ויאנס בתולה בת טובים וגדולים. יהי' מחויב אבי' להשיאה לו. והא דרכי' דרכי נועם כתיב ואין בנות ישראל הפקר ח"ו. וכן הא דקאמר רבא כיון דמשלם קנס לאו חוטא נשכר הוא. אינו מובן כלל וכי לא ידענו דלפעמים שוה אצלו חמשים כסף שישא נערה בת גדולי ארץ. ולכן י"ל דהא וודאי לא עלה על דעת הש"ס כלל שיהי' צריך קרא שלא ישא אותה בע"כ שלא מדעת אבי' והיא. רק דהא באונס הדין דמחויב לישא אותה וגם לשלם קנס. וא"כ ה"א היכא דאבי' רוצה שישלם קנס יהי' מחויב להשיאה לו. דהא וודאי דאם האב אומר שקיל טיבותיך וכו' ואינו רוצה לא בהקנס ולא שישאנה וודאי דיכול לומר כן. אבל היכא דתובע הקנס. ה"א דכיון דנוטל קנס יהא מחויב להשיאה לו דע"ז כתיב ולו תהי' לאשה. וע"ז קאמר אביי דא"כ חוטא נשכר דאי לאו דאנסה בע"כ לא הי' יכול לישא אותה בע"כ אף אם הי'

נותן נ' כסף. ועכשיו יהי' כופה הר כגיגית על אבי'. שיהי' מוכרח או להשיאה אליו. או שלא לתבוע הקנס. שלפעמים הזיק אותו יותר מהקנס. שאולי לא ימצא מי שישאנה. דנמאסת משום שנאנסה ונבעלה. ובזה שפיר פליג רבא ואמר כיון דמשלם קנס לאו ח"נ הוא. והיינו דהא חזינן דביד אבי' שלא להשיאה אליו ושלא לתבוע הקנס. ואפ"ה הוא רוצה לתבוע הקנס אף שעי"כ יהי' מוכרח להשיאה לו. בע"כ דשוה הקנס אצלו כמו מה שמשיאה לו. א"כ גם הוא אינו נשכר כלל. דהא משלם קנס שהוא השיווי של הנשואין דאם היתה שוה יותר לא הי' אבי' משיאה לו כדי שיקח הקנס. דהא הי' בידו שלא להשיאה ולא ליקח הקנס. וא"כ מעתה מיושב קושית המהרש"א הנ"ל דמעתה גם במפותה שצריך קרא שיכולים היא ואבי' למאן. בע"כ הכוונה כמו באונס דכשרוצה ליטול קנס ה"א דמחויב להשיאה לו. וא"כ הקשו שפיר רק לאביי דבשלמא לרבא דס"ל דהיכא דמשלם קנס לאו ח"נ הוא. ה"נ כשאבי' רוצה ליטול קנס ולהשיאה לו אין זה ח"נ כמש"ל. אבל לאביי דס"ל דגם כשמשלם קנס אמרינן מצינו חוטא נשכר. א"כ ל"ל קרא לזה דאף כשרוצה ליטול קנס אינו מחויב להשיאה לו. ותירצו התוס' דאיצטריך קרא היכא דנישאת לו מדעת אבי' רק שלא ברצונה. דאבי' יכול למוסרה לקידושין בע"כ דהא עדיין היא ברשותו. וכן כשנישאת לו מדעתה שלא ברצון אבי' כגון שבגרה אחר שעמדה בדין ונישאת לו. או לר"ל דס"ל בקידושין (דמ"ג ע"ב) דכמחלוקת בגירושין כך מחלוקת בקידושין ויכולה להשיא עצמה גם כשהיא נערה שלא מדעת אבי' אליבא דרבנן. דאעפי"כ משלם קנס. כיון שהי' הנשואין שלא מדעת אחד מהם. וכן מדוקדק היטב בלשון התוס' בתירוצם שכתבו וז"ל ואומר ר"י דנהי שאינה יכולה לעכב על אבי' שלא יקדשנה מ"מ מועיל מיאונה שישלם קנס. וכן במיאון אבי' עכ"ל. משמע דמיאון אבי' דומיא דמיאון דידה שנישאת לו רק שלא ברצון אבי'. ומש"ה משלם קנס. כנ"ל אליבא דהאמת ותורה אמת כתיב בה:

וע"ד קושית התוס' (בדי"א) הנ"ל מב"ק (דל"ח) נ"ל ג"כ לישב דהנה התוס' תירצו שם על קושיתם דבכותית דמדינא הוא שישלם קנס. דהא גירי אמת הן רק משום קנס שלא יטמעו בהן אתה רוצה לומר שלא ישלם קנם בזה אמרינן דמשום שלא יהא ח"נ אוקמי אדינא. אבל בגיורת דאם תגדיל ותמחה מדינא אין לה קנס. ל"א דמשום שלא יהא ח"נ ישלם עיי"ש בדבריהם. וקשה לי על דבריהם דהנה בשטמ"ק מביא בשם הרשב"א והריטב"א. דהא דמותרת לישא לישראל וליגע ביי"נ וכל דיני ישראל עלי' ולא חיישינן שמא תמחה כשתגדיל משום דכיון שגדילה בין ישראל אמרינן דוודאי לא תמחה.

והקשה שם הרשב"א דא"כ גם לענין ממון. מאי פריך הש"ס יהבינן לה ואזלא ואכלה בגיותה. מ"ש לענין איסור דל"ח. ולענין ממון חיישינן שמא תמחה:

ונלע"ד דהנה המחנ"א בה' זכי' ומתנה הקשה לפי"מ שחידש שם דהא דמבואר בב"ב (דקל"ח) דבזיכה לו מתנה ע"י אחר וצווח כששמע דלא קנה הוא רק משום דלא הוי זכות גמור דאיכא קצת חובה דשונא מתנות יחי'. אבל היכא דהוי זכות גמור אמרינן דמעיקרא וודאי הוה ניחא לי' ודילמא השתא הוא דנשתנה דעתו. וא"כ לפימ"ש התוס' כאן דבגיורת הוי זכות גמור א"כ אמאי קאמר דהגדילו יכולין למחות. אך באמת לק"מ דהא אנן קיי"ל דהא מילתא דהוכיח סופו על תחילתו ספיקא הוא מחמת פלוגתא דרשב"ג וחכמים בחולין (דל"ט) כמבואר בסי' רמ"ה ובט"ז יו"ד סי' ד' וא"כ י"ל דמה דקאמר הגדילו יכולין למחות לאו דתהי' אז וודאי נכרית רק דתהי' ספק נכרית דדילמא אמרינן הוכיח סופה על תחילתה כמו דהשתא אינה רוצית מעיקרא נמי לא היתה רוצה. וא"כ שפיר ניחא לענין איסור לא חיישינן כלל כ"ז שלא גדלה דהא איכא ס"ס דדילמא לא תמחה כלל אף כשתגדיל ואף אם תמחה מ"מ דילמא ההלכה דל"א הוכיח סופה על תחילתה ומעיקרא היתה רוצה כיון דזכות גמור היא ואינה יכולה שוב לחזור בה משתגדיל. ואמנם כ"ז לענין איסור אבל בממון קיי"ל דאין מוציאין ע"י ס"ס כמו ע"י רוב. לכך שפיר פריך דלא ניהיב לה קנס דילמא תמחה:

ואמנם א"כ שוב קשה על תירוץ התוס' הנ"ל. דהא ידוע דהא דלא אזלינן בתר רובא בממון הוא רק מדרבנן משום סמוך מיעוטא לחזקה. כמ"ש התוס' בר"פ המניח ועיין בתוס' חולין (דפ"ו ע"ב) דלדידן דלא קיי"ל כר"מ הא דסמוך מיעוטא לחזקה הוא רק דרבנן. וא"כ שוב תקשי כיון דמדאורייתא יש לה קנס מחמת ס"ס דהוי כרוב ורק מדרבנן אתה רוצה לומר שלא תטול קנס א"כ שוב נימא דמשום שלא יהא ח"נ יהי' מחויב ליתן קנס כמו בכותית. כיון דמדאורייתא בלא"ה צריך ליתן. אך צ"ל דהנה לכאורה יש להבין מאי שייך כאן חוטא נשכר. הא בלא החטא ג"כ לא הי' משלם קנם ומאי חוטא נשכר שייך. אך צ"ל דהא החמשים כסף הם הנאת שכיבה. ואם תאמר דלא ישלם קנס נשכר הנאת שכיבה. ואמנם ידוע מה דקיי"ל בחו"מ סי' רל"ד דאם אוכל איסור דאורייתא בשוגג א"צ לשלם דע"י עונש השוגג אינו חשוב אצלו הנאה עיי"ש בנתיבות. וא"כ שפיר פריך הש"ס כאן דלמה יהבינן לה הקנס תיכף בקטנותה הא ידוע דעת הר"ן בסנהדרין דביאת נכרית אסורה מדאורייתא אף בצינעה. עיין בבאה"ג באה"ע סי' ט"ז שמביא בשם הגאון מהר"ר שאול שהכריח כן בראיות ברורות שהוא דאורייתא. וא"כ עתה שבא עלי' בקטנותה אינו עושה איסור דאורייתא כמש"ל דגם הרמב"ם מודה באונס ומפתה שהוא

רק דרבנן וא"צ לחוש כלל מדאורייתא שמא תמחה כמש"ל בשם הרשב"א. וא"כ למה יהבינן לה קנס הא לענין ממון לא מהני ס"ס מאי אמרת שלא יהא ח"נ הנאת שכיבה ז"א כלל דהא אם תגדיל ותמחה ותהי' נכרית למפרע או עכ"פ ס' נכרית כמש"ל א"כ נמצא שעשה איסור דאורייתא למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא. ונמצא שלא נהנה כלל כמו באכילת איסור בשוגג. וא"כ למה ישלם עכשיו ימתין לכשתגדיל וממ"נ אם תמחה א"כ לא נשכר כלל. דהא עשה איסור דאורייתא בשוגג. ואם לא תמחה לא יהי' נשכר כלל דהא יהי' מחויב אז לשלם. ומשני הש"ס שפיר דהאמת הוא כן דישלם לכשתגדיל עיי"ש: **ואמנם** בגוף קושית המחנ"א הנ"ל שהקשה אמאי הגדילו יכולין למחות הא ל"א איגלאי מילתא למפרע נלע"ד לישב באו"א. דהנה ביבמות (דל"ה ע"ב) בפלוגתא דר"י ור"ל בחליצת מעוברת והפילה דר"י ס"ל איגלאי מילתא למפרע דלא הוה וולד של קיימא והוי חליצה מעלייתא. הקשה בס' ישרש יעקב הא לשיטת הנמו"י די"ל דנולד אח"כ סיבה שהפילה. א"כ צריך לבוא רק לטעם הוברר הדבר ור"י הא ס"ל דאין ברירה. וגם צריך להבין טעמא דר"ל באיזו סברא פליגי. ונ"ל בזה סברא מחודשת. דהנה הא דעובר פוטר מיבום מקרא דעיין עליו. י"ל שני סברות. או דעובר פוטר תיכף כמו שהוא. דעכ"פ חיותא זוטרא אית בי'. או דעכשיו אינו נחשב לכלום. ופוטר רק על שם סופו דכיון דעומד לכך שסופו להיות וולד הוי כאלו כבר הוא וולד מעליא ופוטר. עיין ביבמות (דס"ז) וב"ב (דקמ"א וקמ"ב) לענין אם עובר פוסל. ואם יש לעובר חלק בוולדות. עיי"ש ודו"ק. ועיין בנדה (דמ"ד ע"א) בתוס' ד"ה כנעורי' ובתוספי הרא"ש שם. והנה אם נאמר דפוטר ע"ש סופו נלע"ד דאף למ"ד דס"ל בעלמא אין ברירה. היינו בדבר שאינו נידון ע"ש סופו. לא אמרינן הוברר הדבר למפרע. אבל בעובר אם נאמר דעכשיו כמות שהוא אינו פוטר. רק משום דסופו להיות וולד קיימא. א"כ כיון דלא בא לידי כך דהיינו שהפילה קודם כ"ע מודו בהא דאמרינן הוברר הדבר דכיון דמתחילה הי' נידון רק על שם סופו. וכיון דלא בא לידי כך מאיזו טעם יפטור. וא"כ מעתה נלע"ד דבהא פליגי ר"י ור"ל ר"י ס"ל דעובר כמות שהוא לאו כלום הוא דזה מיקרי בן אין לו דהא אינו בן. רק כיון דסופו להוולד א"כ אין שמו מחוי. כמ"ש התוס' שם ד"ה והא. וא"כ מעתה כיון דלא בא לידי כך. בזה לכ"ע אמרינן הוברר הדבר דלא הי' סופו להוולד אף דבעלמא ס"ל אין ברירה. ור"ל ס"ל דעובר כמות שהוא היכא דהוא ראוי להתקיים היינו כשאין עתה שום חסרון ביצירתו דעובר כזה ראוי להתקיים בן מיקרי. ואף אם הפילה אח"כ. י"ל דזה הי' מאיזו סיבה כמ"ש הנמו"י. אבל עכ"פ בעוד שלא הפילה עדיין בן הי' ולאו בר חליצה ויבום הוא. ולא אמרינן בזה הוברר הדבר למפרע כלל. ואמנם כיון דאמרה התורה בן איז לו עיין עליו.

דאם לא יצא הוולד לאויר העולם. תהי' עדיין זקוקה ליבום כמ"ש התוס' בד"ה ור"ל. א"כ זה חידוש הוא שחידשה תורה בכאן. אף דבעלמא כיון שנפטרה שעה אחת תו לא חזיא ליבום. כאן גילה קרא עיין עליו דאם תפיל הוולד תהי' מאז ואילך ראוי' להתייבם כיון דעתה שמו מחוי. ובפרט לס' התוס' בריש יבמות ד"ה ואחות. דהטעם משום דרכי' דרכי נועם. וכאן ל"ש זה דהא יכולה להמתין עד שתלד או תפיל. אבל בעוד שלא הפילה הוולד מיקרי בן. ולאו בת חליצה ויבום היא. ומש"ה ביאת מעוברת וחליצת מעוברת אינה פוטרת. ואמנם אח"כ כשהפילה זקוקה מעתה להתייבם מגזיה"כ דעיין עליו. ואם בא עלי' בעודה מעוברת נהי דלא קנאה. מ"מ אם הפילה אח"כ פטור מקרבן על ביאתו. כמ"ש התוס' כאן בסוף ד"ה תגלי דהוי כמו יבם קטן שבא על הגדולה דתגדלנו. דכיון דאח"כ תהי' מותרת לו. לא הוי א"א שלא במקום מצוה. ה"נ אף דבעודה מעוברת לא קנאה בביאתו ולא קיים מצות יבום אבל איסור אשת אח ג"כ ליכא דהא מותרת היא לו ובת יבום הוא אח"כ כשהפילה מקרא דעיין עליו. ומיושב בזה קושית הראשונים שהביא בישרש יעקב על שיטת הנמו"י דאמאי כונס מעוברת והפילה פטור מאשם תלוי. ואמאי יקיים הא לא היתה ראוי' שעה אחת ולפימ"ש הכל נכון כמו שביארתי לעיל ודוק היטב בכ"ז ובשיטת הנמו"י והתוס' שם ובס' ישרש יעקב שם בר"פ החולץ בד"ה תגלי:

ועכ"פ יצא לנו מזה סברא מחודשת דבדבר שאנו דנין על שם סופה לד"ה אמרינן איגלאי מילתא למפרע. וא"כ מעתה מיושב כאן קושית המחנ"א הנ"ל דכאן בגר קטן שמטבילין אותו דהטעם רק משום זכי'. והטעם דזכין לקטן הוא משום דאתי לכלל שליחות כמ"ש בב"מ (דע"א). וכמ"ש התוס' כאן בכתובות (די"א) ד"ה מטבילין. וא"כ כיון דמהני רק על שם סופו משום דאתי אח"כ לכלל שליחות כשיגדיל. א"כ אם מוחה קודם שהגדיל ונעשה נכרי ולא אתי לכלל שליחות שפיר לכ"ע אמרינן איגלי מילתא למפרע דלא הי' ראוי לבוא מעולם לכלל שליחות ואין לו זכי' ולא הי' ממש בגירות שלו. כנ"ל נכון בישוב קושית המחנ"א הנ"ל:

ובסברא זו אמרתי לפרש ג"כ דברי הש"ס חולין (דל"ו ע"א) בשוחט והתיז דם על הדלעת. ונתקנח בין סימן לסימן. דרבי ס"ל דהוכשר משום דישנה לשחיטה מתוע"ס. ורבי חייא ס"ל דתולין משום דמספ"ל אי ישנה לשחיטה וכו' או אינה אלא לבסוף. אבל בלא נתקנח הדם כ"ע מודו דהוכשר. והקשה בחי' הר"ן דמדקאמר דהיכא דאיתא לדם מתוע"ס כ"ע מודו דהוכשר מוכח דגם למ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף מ"מ כי נגמרה שחיטה איגלאי מילתא דהוה לה שחיטה מתחילה. וא"כ אמאי פריך לעיל (בדכ"ט ע"ב) למ"ד אינה אלא לבסוף ליפלוג בהכשירה דפרה היכא דשחטוהו בתרי גברי דהראשון אינו טמא. והא

הכא אמרינן דאיגלאי למפרע דהוה שחיטה מתחילה. עיי"ש. וכן הקשו שם על הרמב"ם שפסק בנתקנח הדם וכו' דתולין. והא הוא פוסק כר"י דישנה לשחיטה וכו' וא"כ הי' צריך לפסוק כאן כרבי דהוכשר בוודאי. וגם צריך להבין. דהא לעיל (בדכ"ט ע"ב) קאמר הש"ס דגם למ"ד ישנה לשחיטה מתוע"ס. מ"מ אם נתנבלה בשחיטה מודה דלמפרע לא הוי שחיטה כלל. וא"כ לדברי הר"ן הנ"ל מה חילוק יש בין ישנה לשחיטה וכו' או אינה לשחיטה וכו' דאם נגמרה השחיטה בהכשר לכ"ע אמרינן איגלי למפרע דגם מתחילה הוי שחיטה. ואם נתנבלה לבסוף לכ"ע אמרינן דלא הוי שחיטה למפרע וא"כ במאי פליגי. אך לפי הנ"ל יתפרש שפיר. דצריך ג"כ להבין. האיך אמרינן בהא איגלאי מילתא למפרע הא למ"ד אין ברירה ל"א כלל הוברר הדבר כקושית הישרש יעקב הנ"ל. אך י"ל דפלוגתא דישנה לשחיטה וכו' הוא ממש כעין פלוגתא דר"י ור"ל בחליצת מעוברת. רק דכאן החליפו שיטתו. דהא וודאי לכ"ע כששוחט שני הסימנים. שם שחיטה על כל מקצת מהם דכמו שסוף השחיטה מתרת. כן תחילת השחיטה מתרת. דאינו ניתר רק בשחיטת שני הסימנים. וגם מה שנשחט בתחילה הי' ראוי לשחוט בסוף אם הי' מהפך הסימנים. ולכך וודאי דשם שחיטה על כולה. רק דמ"ד ישנה לשחיטה וכו' ס"ל דתיכף כשהתחיל לשחוט שם שחיטה על אותו המקצת. כיון דראוי הוא להצטרף לשחיטה שלימה כמו למ"ד דעובר עכשיו כמות שהוא שם בן עליו. אם רק ראוי להתקיים. ומ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף אף דמודה גם הוא דכשנשחט הכל שם שחיטה גם על קצתו. מ"מ דומה למאן דס"ל בעובר דנידון רק על שם סופו. ה"נ אין תחילת השחיטה מצ"ע עדיין שחיטה כלל. רק דסופו לבוא לידי שחיטה. ואז יהא גם על אותו מקצת שם שחיטה. והנ"מ ביניהם הוא לפימש"ל דבדבר שנידון ע"ש סופו. לכ"ע אמרינן הוברר הדבר למפרע. א"כ למ"ד אינה לשחיטה וכו' ורק סופה לבוא לידי שחיטה. א"כ כשנתנבלה לבסוף כגון שלא גמר השחיטה. אף למ"ד אין ברירה. לא הוי שחיטה למפרע דהא לא בא לידי שחיטה. ולהיפך כשגמר השחיטה מוכרח לבוא לידי ברירה. דלמ"ד יש ברירה. הרי הוברר הדבר דהי' סופו לבוא לידי שחיטה ושם שחיטה עליו למפרע. ולמ"ד יש לשחיטה מתוע"ס הוא להיפך דשם שחיטה עליו תיכף והיכא דנתנבלה לבסוף אז למ"ד יש ברירה אמרינן הוברר למפרע דלא הי' ראוי מעולם להצטרף לשחיטה שלימה ולאו שחיטה הוא כלל אבל למ"ד אין ברירה לא אמרינן בהא הוברר למפרע כיון דאינו נידון משום סופו. והנה בחי' הר"ן הנ"ל כתב דמש"ה בנתקנח בין סימן לסימן אינו מכשיר למ"ד אינה לשחיטה וכו' אף דאם נגמר השחיטה אמרינן איגלמ"ל מ"מ לענין הכשר דדם דמכשיר הוא משום דאיתקש למים בעינן דומיא דמים שיהי' וודאי מכשיר.

ולא כשהוא עדיין בספק ולא נתברר עדיין אם הוא מכשיר עיי"ש. והנה בתוס' גיטין (ע"ג ע"ב) ד"ה תנא כתבו דכל מעשה שתלוי בברירה שלא נתברר עדיין הדבר ואח"כ נתברר. למ"ד אין ברירה. לא אמרינן דהוה עכ"פ ספק רק דאין המעשה חל כלל. עיי"ש במה שהביאו מפ' בכל מערבין דלמ"ד אין ברירה לא חל העירוב כלל. אמנם נ"ל דזה רק למ"ד גם מדרבנן אין ברירה. א"כ תפסינן זה לוודאי עפ"י משפטי התורה. דמה שנעשה אח"כ לא אמרינן הוברר הדבר למפרע כלל. אבל למה דקי"ל בביצה (דל"ח) דבדרבנן ולפימ"ש הפנ"י בביצה שם ובגיטין פ' כל הגט דהטעם הוא דבדרבנן אזלינן לקולא וחולק על הישׁ"ש שכתב להיפך א"כ ענין הברירה ספק הוא. אם אמרינן הוברר למפרע. וגם בדאורייתא דאין ברירה עכ"פ ספק הוי. וא"כ מעתה ניחא הכל שפיר בעזה"י. דהא דקאמר הש"ס כאן (בדל"ו) דבנתקנח פליגי ולמ"ד ישנה לשחיטה מכשיר ולמ"ד אינה לשחיטה אינו מכשיר הוא משום דהש"ס כאן אזיל אליבא דמאן דס"ל אין ברירה אף בדרבנן ואינו ספק כלל. ולכך אם ישנה לשחיטה מתוע"ס מכשיר אף בנתקנח. אף דיוכל להיות דלא יגמור השחיטה וכשתתנבל בסוף איגלמ"ל דגם תחילתה לא הי' שחיטה וא"כ הרי הדם עומד עדיין בספק ולא הי' לו להכשיר דלא הוי דומיא דמים כמש"ל בשם הר"ן. ז"א דכיון דאין ברירה כלל וא"א כלל שיתברר למפרע. וא"כ עכשיו כמו שהוא הוא מכשיר ואינו עומד בספק כלל. אבל הרמב"ם דפוסק כמו דקיי"ל להלכתא דבדרבנן יש ברירה. ובע"כ דזה הוי ספק אם יש ברירה. לכך אף דס"ל ישנה לשחיטה מתוע"ס מ"מ הוא רק תולין דדילמא הלכתא דיש ברירה. וכשנאמר יש ברירה. הדם עומד בספק דילמא לא יגמור השחיטה וכשתתנבל בסוף גם למפרע לא הוי שחיטה ולא הוי דומיא דמים ואינו מכשיר ולכך פסק הרמב"ם דתולין משום דהוי ספיקא דדינא אם יש ברירה או אין ברירה. ואמנם לעיל (דכ"ט) בפרה דאירע פסול בשחיטה דגם הראשון לא נטמא שגם הרמב"ם פוסק כן. הוא משום דבשעה שעוסקין בפרה וודאי רבים מצוים והוי כעזרה דהוי ראה והוי ס"ט ברה"ר דספיקו טהור. ואמרינן לקולא דיש ברירה והוברר הדבר למפרע דלאו שחיטה הוא. וכן הא דפריך שם הש"ס אליבא דמ"ד אינה לשחיטה וכו' ליפלוג בהכשירה דפרה כששחטוהו שנים דהראשון יהי' טהור. היינו גם כשגמר השחיטה בהכשר מאי אמרת איגלמ"ל דהוי שחיטה הא ס"ל אין ברירה ואמרינן כאן לקולא אין ברירה משום דהוי ס"ט ברה"ר. או משום דהאדם יש לו חזקת טהרה. והא דקאמר כאן הש"ס (בדל"ו) דבלא נתקנח הדם לכ"ע מכשיר אף אם אינה לשחיטה וכו'. הוא מטעם שכתבתי לעיל דבגמר השחיטה לכ"ע חל שם שחיטה על כולו. על הסימנים ועל הדם שיש אז בעין. וראי' לזה ממה דהדין בשחיטת קדשים דצריך לקבל כל דם הפר

ולא אמרינן דמה שיצא בתחילת השחיטה אין שם שחיטה עליו למ"ד אינה לשחיטה וכו'. א"ו דמשעת גמר שחיטה ואילך חל שם שחיטה על כולו גם על חתיכת הסימנים שנשחטו מתחילה ועל הדם. רק דלמפרע לא הוי שחיטה לענין אם נתקנח הדם או לענין ש"ח ועשיית מלאכה בפרה וכדומה. וגם הר"ן שם מביא ראי' מהא דכל הדם טעון כיסוי אף מה שיצא בתחילת השחיטה אף למ"ד אינה לשחיטה וכו'. כנ"ל:

ובדרך הזה יש לי לישב ג"כ סתירת דברי רש"י אהדדי במס' ביצה. לענין מת בבית דכל הפתחים טמאים וכשנפתח אחד מהם כולם טהורים מכאן ולהבא ולא למפרע משום דאין ברירה. וכתב רש"י (בד"י ע"א) ד"ה כולם דגזרו חכמים טומאה על מקום שסוף טומאה לצאת. (ובדל"ח ע"א) ד"ה בדאורייתא. כתב דהלל"מ הוא דטמא עיי"ש וכבר עמד בזה הפנ"י עיי"ש. ולהנ"ל י"ל דהנה גם הפנ"י כתב שם דמה שהכריחו לרש"י לפרש כן. הוא דהא (בדל"ח) בע"כ מוכרח לומר כן דהא שם ס"ל להש"ס דרק בדאורייתא אין ברירה. וא"כ בע"כ צ"ל דהא דמטהר רק מכאן ולהבא הוא משום דהלל"מ מסיני הוא. אבל (בד"י) דאיירי לענין מוקצה דהוי מדרבנן ומביא ראי' מרב אושעיא דאין ברירה גם בדרבנן בע"כ דשם הוי ג"כ דרבנן. אבל באמת הא גופה קשיא. כמ"ש המהרש"א (בדל"ט). הא מוכח שם דהוי דאורייתא ומאי מייתי הש"ס (בד"י) מינה לדרבנן. אבל לפי הנ"ל ניחא. דוודאי י"ל דהא דסוף טומאה לצאת הוא הלל"מ מסיני רק דזה שייך באין שם רק פתח אחד. דוודאי עתיד להוציאו דרך שם. ואף די"ל דילמא ישרף המת במקומו מ"מ כבר ידוע ס' התוס' בעירובין דבדבר העומד להתברר בוודאי לכ"ע אמרינן ברירה. וכאן דאין ספק בשני דברים רק בדבר אחד אם יוציא דרך הפתח הזה או לאו. הוי כמו אם יבוא חכם או לא יבוא דלכ"ע אמרינן הוברר הדבר למפרע ולכן אם יוציא אח"כ המת דרך הפתח ההוא נטמאו כל הטהרות שבשם למפרע. אבל ביש הרבה פתחים דצריך לברר באיזו פתח יוציאנו. וי"ל דילמא לא יוציאנו כלל ג"כ דישרף במקומו הוי כמו אם יבוא חכם למזרח עירובו למזרח ולמערב עירובו למערב דלא הוי עירוב כלל למ"ד אין ברירה. וא"כ ממ"נ קשיא אם ס"ל יש ברירה. א"כ אם נפתח אחד מהם אמאי אין כולם טהורים. ואם ס"ל אין ברירה א"כ גם הפתח ההוא אמאי טמאה למפרע כיון דל"א הוברר הדבר למפרע. אך לפימש"ל בביאור דברי התוס' גיטין (ע"ג ע"ב) הנ"ל דהא דכתבו התוס' שם דלמ"ד אין ברירה אין הדבר חל כלל. הוא רק למ"ד דגם בדרבנן אין ברירה. וא"כ מילתא דברירה לאו ספיקא הוא רק דוודאי לא אמרינן הוברר הדבר למפרע. א"כ גם כאן ביש פתחים הרבה הי' צריך להיות הדין דכולם טהורים אף הפתח שהוציאו דרך שם. והלל"מ הוא רק באין שם אלא פתח אחד לבד. אבל לפי"מ דקאמר

הש"ס כאן בביצה דלרב אושעיא רק בדאורייתא אין ברירה אבל בדרבנן יש ברירה א"כ מילתא דברירה ספיקא הוא כמ"ש הצל"ח כאן (בדל"ח) דספיקא הוא דילמא אינו כן והי' עומד מתחילה לצאת דרך פתח אחר. א"כ שפיר מדאורייתא כל הפתחים טמאים. דכל פתח ופתח עומד בספק דילמא הי' עתיד לצאת דרך שם וטמא מחמת הלל"מ. אלא דא"כ מוכרח לומר דרב אושעיא לא ס"ל הסברא שכתבתי לעיל דבדבר שנידון ע"ש סופו לכ"ע אמרינן איגל"מ למפרע. וכאן הא טמא רק משום דסוף טומאה לצאת. ואפ"ה אינו מטהר ר"א שאר הפתחים למפרע משום דאין ברירה. אבל סתמא דהש"ס (בד"י) הנ"ל ס"ל כהש"ס יבמות הנ"ל בחליצת מעוברת שביארתי לעיל דבין ר"י בין ר"ל ס"ל דבדבר שנידון ע"ש סופו אמרינן לכ"ע הוברר הדבר למפרע וא"כ א"א לטמא מדאורייתא כל הפתחים בנפתח אחד מהם. ובע"כ צ"ל כמ"ש בחי' רע"א בדרוש וחידוש בביצה (ד"י) דכיון שאינו ידוע באיזו פתח יוציאנו כולם טמאים מוודאי וכתב שכן מורה לשון הרא"ש והר"ש באהלות שגזרו טומאה על כולם מתורת וודאי, כיון שראוי לצאת דרך כולם ואינו ידוע באיזו פתח יוציאנו וזה וודאי רק גזירת חכמים דהלל"מ הוא רק על אותו הפתח שוודאי יוציאנו דרך שם. ולכך שפיר כתב רש"י (בד"י) דמדהביא שם ראי' דאין ברירה גם לענין מוקצה דהוי דרבנן. היינו משום דס"ל להסתמא דהש"ס כאן דמדאורייתא וודאי א"א לטמא כולם בנפתח אחד מהם דבדבר הנידון ע"ש סופו לכ"ע אמרינן איגל"מ למפרע. ורק הא דטמאים כולם בתורת וודאי כיון דאינו ידוע באיזו פתח יוציאנו זה מתורת גזירת חכמים. וא"כ אם איתא דבדרבנן יש ברירה הי' לו לטהר שאר הפתחים בנפתח אחד מהם דהא הוברר הדבר דשאר הפתחים לא היו בספק זה. אלא ש"מ דגם בדרבנן אין ברירה:

ויש להסביר עוד יותר דדמיא הא מילתא להא פלוגתא דישנה לשחיטה. או לפלוגתא דר"י ור"ל בעובר. אם הטעם משום סופו או דכמו שהוא עכשיו שם בן עליו או שם שחיטה. רק דאם נתנבל בסוף אתה רוצה להוציאנו ממה שהי' בראשונה דנתברר הדבר שלא הי' ראוי מתחילה להיות כן וזה רק למ"ד יש ברירה כמש"ל. וא"כ ה"נ י"ל דמתורת הלל"מ אינו טמא רק ע"ש סופו אם עתיד להוציאו דרך שם. אבל חכמים גזרו עליו תיכף טומאה כיון דראוי להוציאו דרך שם. ואמנם למ"ד יש ברירה אמרינן הוברר הדבר דלא הי' ראוי כלל, וזה רק למ"ד יש ברירה. ולכך מוכח דס"ל להש"ס דגם בדרבנן אין ברירה. ולכך לא מהני למפרע מה שנפתח אחד מהם. ולכך כתב רש"י (בד"י) דרק גזירה דרבנן היא. כנ"ל:

הדרן לדברי המחנ"א הנ"ל דל"ק מהא דהגדילו יכולין למחות אבל לענ"ד בגוף חילוקו שהוציא זה מש"ס ב"ב (דקל"ח) הנ"ל. דבזיכה לו ע"י אחר ושמע ושתק ואח"כ צווח באנו למחלוקת רשב"ג ורבנן. אבל בצווח תיכף כששמע לכ"ע ל"ק. וקשה לי' להמחנ"א למ"ד ל"א הוכיח סופו וכו' גם כשצווח כששמע מ"מ כיון דזכות הוא לו נימא דעד השתא הוה ניחא לי' והשתא הוא דאינו רוצה. ומשום זה הוכרח לומר דשם איכא קצת חוב דשונא מתנות יחי'. ולענ"ד בלא"ה לק"מ לפי"מ שהאריך הנתיבות בסי' ר"ל והוכיח עפי"ד התוס' כתובות (מ"ז) דכל היכא שאירע דבר אחר המקח שעי"ז אינו חפץ בהמקח אם עדיין לא הי' ראוי להשתמש במקח אמרינן אומדנא דאלו הי' יודע מזה מתחילה לא הי' קונה, אף דהדבר אירע אח"כ עיי"ש. וא"כ ה"נ אף אם נאמר דל"א הוכיח סופו על תחלתו. ומתחילה הי' רוצה לזכות רק השתא הוא דנשתנה דעתו אבל עכ"פ עכשיו חזינן דאינו רוצה, וא"כ כיון דלא שמע כלל עד עכשיו שזיכה לו ע"י אחר ולא הי' ראוי להשתמש במקח כלל דהא לא ידע עדיין שזיכה לו. א"כ אמרינן אף דאולי אם הי' יודע הי' רוצה לזכות אז מ"מ אדרבא אם הי' יודע שאח"כ ישתנה דעתו ולא ירצה כאשר אנו רואין עכשיו שאינו רוצה לא הי' רוצה גם בתחלה דהא בלא"ה לא הי' ראוי להשתמש עד עכשיו ועכשיו הא אינו רוצה. אבל אם שתק כששמע והי' ראוי אז להשתמש במקח. ואז הוי ניחא לי'. אף דאח"כ נשתנה דעתו ואינו ריצה. מאי אמרת אם הי' יודע מתחילה שאח"כ ישתנה דעתו ולא ירצה לא הי' רוצה גם מתחילה. ז"א כיון דהי' ראוי להשתמש במקח תיכף כששמע ל"מ אומדנא במה שיארע אח"כ אם לא נאמר הוכיח סופו וכו' ושפיר קאמר הש"ס דבזה באנו למחלוקת רשב"ג ורבנן אם אמרינן הוכיח סופו וכו'. ועוד יותר י"ל עפי"ד הש"ך בחו"מ סי' שנ"ח סק"א שכתב לחלק דמותר ליקח דבר בלי דעת חבירו. היכא דאם יוודע לו יתרצה. אף דבאבידה קיי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש שם שאני דהשתא אינו יודע. מאי אמרת לכשיוודע לו שנאבד ממנו יתייאש. אדרבא עכשיו כבר מצאו ישראל. וא"כ אם יוודע לו שנאבד ויוודע לו ג"כ מי שמצאו לא יתייאש. ואף דאם יודע שנאבד ממנו הוי יאוש אף דהוי יאוש בטעות דאינו יודע שנמצא מ"מ כיון דיודע ומתייאש הוי יאוש. אבל אם אינו יודע כלל שנאבד רק אתה רוצה לדון משום דכשיוודע לו יתייאש אדרבא ניזל בתר סופו דכשיוורע לו מי שמצאו לא יתייאש עיי"ש שדבריו מתוקים מאד. וא"כ ה"נ אם זיכה לו ע"י אחר והוא אינו יודע כלל ותיכף כששמע צווח. א"כ שפיר אמרינן דל"ק. דהא עכשיו אינו יודע כלל. מאי אמרת זכין לאדם שלא בפניו. היינו משום דאמרינן דכשיוודע לו וודאי יתרצה. וא"כ כיון דאזלינן לו רק על מה שיוודע לו. הרי עכשיו כששמע אינו רוצה. וא"כ אדרבא אמרינן דאם הי' יודע דכשישמע

לא ירצה גם עכשיו לא הי' רוצה כמו ביאוש של"מ לדידן. אבל בשתק כששמע הוי כמו שיודע מהאבידה ומתייאש דהוי יאוש אף שהוה בטעות דהא נמצא ביד ישראל שחייב להחזיר. ה"נ כיון דשמע ושתק ואנן אמרינן דוודאי ניחא לי' כיון דזכות הוא לו לא מהני מה שאח"כ נשתנה דעתו ואינו רוצה אם ל"א הוכיח סופו וכו' כנל"ב:

וע"ד אשר כתב לישב דברי הרמב"ם בפכ"ג מה' שבת שכתב הטעם דאין מגביהין תרו"מ בשבת הוא משום מתקן ומשום מקדיש שתמהו דל"ל תרי הטעמים וכתבת עפ"י שפירשת דברי התוס' חגיגה שכתבו דבמעשר בהמה ל"ש מקדיש כיון דחייב להפריש שתמה הטו"א ע"ז. וכתבת עפי"ד המחנ"א בה' צדקה דהיכא שרוצה לשאול על הקדש שמחויב להפרישו גם אחר שישאל די בחרטה מעיקרא ול"צ פתח. ולכך אמרינן בזה דהוה עדיין ברשותו משום הואיל וא"ב מיתשל ולכך אינו אסור משום מקדיש דהוה רק מטעם מו"מ כיון שיוצא הדבר לרשות הקדש וכאן דעדיין ברשותו משום הואיל אין איסור משום מקדיש. וא"כ גם בתרו"מ איכא תרי גווני היכא דמפריש בשבלים דמותר לאכול בלא הפרשה אז ליכא טעמא דמתקן. אבל איכא טעמא דמקדיש דאז אם ישאול לא יהי' צריך להחזיר ולהפריש כיון דלא נגמרה מלאכתו ועוקר כל הדבר מהקדישו וצריך פתח ול"ש הואיל וא"כ שייך טעם מקדיש. אבל מפריש לאחר שנגמרה מלאכתו איכא איסור מתקן. אבל מקדיש ליכא כיון דשייך הואיל עכת"ד. והנה אם כי דבר חכמה אמרת מ"מ אם לדין יש תשובה חדא מה דפשיטא לך דבמעשר בהמה מהני שאלה העירני חתני הרה"ח מו"ה פייוויל נ"י דאין הדבר כן כיון דעשירי מאליו קדוש וכ"כ במנ"ח מצוה ש"ס דמעש"ב ליתא בשאלה. וגם מה דפשיטא לך דמפריש בשבלים לא הוי מתקן כיון דלא הי' צריך להפריש. עיין במגיה למל"מ פ"ה מה' מעשר שפירש דעת הרמב"ם דשבת קובע אפי' לדבר שלא נגמרה מלאכתו לענין שעכ"פ בו ביום אסור רק דאחר השבת חוזר להיתרו עיי"ש בסוף דבריו. וא"כ כיון דאיירי כאן בשבת. שוב הוי מתקן. ואם נאמר כס' המגיה שם שכתב בראש דבריו דהיכא דהאיסור רק משום דשבת קובע מותר להפריש בשבת משום עונג שבת עיי"ש בדבריו. א"כ שוב א"א לומר כדבריך דהרמב"ם כה"ג אוסר משום מקדיש. דהרי הביא שם ראי' מד' הרמב"ם דכה"ג מותר באמת להפריש. שהרי כתב בשבת לא יאכל עד שיעשר ולמו"ש חוזר להיתרו א"כ בע"כ כוונתו דבשבת יעשר. דלאח"ש מותר בלא הפרשה. ולענ"ד ראי' חזקה היא מד' הרמב"ם. דאף דאפשר לדחוק ולפרש בהרמב"ם. דעד שיעשר דקאמר דצריך לעשר קאמר ואין לו תקנה כדמצינו כה"ג בש"ס. מ"מ כאן א"א לומר כן. עפי"מ שכבר הוכחתי מד' הש"ס בכורות (די"ד ע"ב) גבי עיסת שביעית ומרש"י שם ד"ה ואמאי. דהיכא דלא הי' ראוי

מעולם להפרשה אין בו איסור טבל כלל דאיסור טבל בעתיד לתרום מדבר. וא"כ כאן אם נאמר דבשבת אינו יכול להפריש ובמוצ"ש לא יהי' צריך להפריש. א"כ לא חל עלי' איסור טבל מעולם. ואף דמדאורייתא רשאי להפריש בשבת מ"מ כאן הא מדאורייתא א"צ להפריש כלל דשבת אינו קובע רק מדרבנן. ואף אם נאמר בדעת הרמב"ם שלא כדעת המגיה הנ"ל. רק דהרמב"ם איירי בדבר שנגמרה מלאכתו רק שלא ראה פני הבית כפשטות ד' הש"ס ביצה (דל"ו) דשבת אינו קובע כלל בדבר שלא נגמרה מלאכתו. מ"מ זה הרי מוכח מד' הרמב"ם דבכה"ג דליכא איסור מתקן כס' המגיה הנ"ל מותר לעשר בשבת כמו שהוכחתי מד' הרמב"ם הנ"ל דיעשר בשבת קאמר. אף דאיסור מקדיש איכא לדבריך. דהא בכאן לא יוכל לשאול בלי פתח. דהא אם ישאול יעקור ההקדש לגמרי דלמו"ש יהי' מותר לאכול בלא הפרשה כלל לדעת הרמב"ם ובע"כ צ"ל דהרמב"ם מטעם מקדיש לחוד לא הי' אוסר רק היכא דאיכא ג"כ טעם מתקן. וא"כ גם במפריש בשבלים ליכא איסור להפריש:

ויכולני לדחוק לישב דבריך לפי"ד התה"ד דפסיק רישא בדרבנן מותר. א"כ י"ל דטעם מקדיש אינו אסור רק היכא דמכוון לכך אבל היכא דמתכוון להתיר הטבל ואינו מתכוון כלל לזה שהתרומה תהי' קדושה אף דממילא נעשה קדושה מ"מ הוי פס"ר באיסור דרבנן דל"ח לה. ולכך שפיר קאמר דלא יאכל עד שיעשר דהיינו שיכוון במעשר רק כדי להתיר הטבל. ואף דמצות צ"כ והמצוה להפריש וליתן לכהן אף היכא דאינו רוצה לאכול הטבל כמ"ש הט"ז ביו"ד סי' א' סקי"ז. מ"מ הא ידוע דמצות דרבנן אצ"כ. וכאן דשבת אינו קובע רק מדרבנן ליכא מצוה דאורייתא וא"צ לכוון לכך וא"כ יתכנו דבריך במפריש בשבלים דשבת אינו קובע כלל ושלא כדעת המגיה הנ"ל דאז אף מדרבנן א"צ לתקן הטבל. ואם רוצה להפריש אז רק כדי להקדיש התרומה וליתנה לכהן איכא איסור מקדיש כיון דמכוון לכך. אבל אם נאמר כן א"כ דברי הרמב"ם אתיין כפשטן. דצריך להרכיב שני הטעמים. דאם ירצה לכוון רק להתיר הטבל. יהי' אסור משום מתקן ולא משום מקדיש. ואם ירצה לכוון רק להקדיש התרומה כגון ביש לו מה לאכול אז ליכא איסור משום מתקן כעין הא דקאמר הש"ס בסוכה דאית לי' הושענא אחריתי ואז האיסור משום מקדיש:

ועוד י"ל בפירוש דברי התוס' חגיגה הנ"ל ובדברי הרמב"ם בפשיטות משום דקיי"ל דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין וא"כ גם קודם ההפרשה בין בתרו"מ בין במעשר בהמה חלק התרומה והמעשר אינו שלו ובעת ההפרשה אינו רק כמברר חלק הכהן וחלק גבוה מחלקו. והתורה גילתה כאן דיש ברירה מכאן ולהבא עכ"פ. וא"כ אינו דומה

למקח וממכר כלל. דאינו נותן עכשיו להכהן או לגבוה במעשר בהמה. רק חלקם שהי' להם מקודם. והטעם דמקדיש שכתב הרמב"ם הוא במפריש קודם מירוח או ראיית פני הבית דלא נתחייבו עדיין בתרו"מ ואין לכהן בהם כלום. ואז אם מפריש הוי מקדיש ומתקן אין כאן כמ"ש אתה. וגם י"ל עוד בפשיטות דתרוויי' צריכי דבאמת בתרומה ומעשר ראשון ליכא טעם דמתקן דהא עדיין אסורה משום טבל עד שיפריש מעשר שני ובע"כ ליכא רק איסור מקדיש. וכשיפריש מע"ש אז איכא איסור מתקן. ומקדיש ליכא דהא מע"ש הוא ממון הדיוט לדידן ואינו יוצא כלל מרשותו. כן י"ל באופנים פשוטים:

ואמנם גם ע"ד הפלפול קצת נ"ל לישב דברי הרמב"ם ולישב ג"כ מה שהקשיתי לעיל על דברי הרמב"ם הנ"ל שמוכח מדבריו דבדבר שאינו חייב עדיין במעשר רק משום ששבת קובע מותר לעשר בשבת דכיון דהאיסור בא רק ע"י שבת מהני מצות עונג שבת להתירו כס' המגיה שבמל"מ הנ"ל. דהתינח לטעמא דמתקן אבל לטעמא דמקדיש דגם בחול אם מפריש בשבלים חל התרומה ויש עליו שם מקדיש. א"כ אין האיסור בא משום סעודת שבת ול"מ עונג שבת להתירו כמש"ל. אך י"ל דבאמת י"ל כדבריך דכ"ז שיכול לשאול דלא יצא עדיין הדבר מרשותו לגמרי לא הוי דומיא דמו"מ וליכא איסור משום מקדיש. רק דהא ידוע קושית הרשב"א והר"ן במקדש ע"מ שאין עלי' נדרים ונמצאו עלי' נדרים דאינה מקודשת ומותרת לינשא לשוק דאמאי לא חיישינן דילמא תשאל אח"כ על נדרה ונמצאת מקודשת למפרע. ותירץ הר"ן דהא וודאי לא מקלקלה אנפשה לישאל על נדרה אחר שתנשא. וא"כ ה"נ הא בע"כ הא מילתא דמגביהין תרו"מ בשבת איירי כשרוצה לאכול מהפירות בשבת. דלצורך חול אף טלטול בעלמא כמו להדיח כלים או לסדר השלחנות אסור לצורך לילה. וא"כ כשיאכל מהפירות בשבת שוב יהי' אסור לשאול עליו דנמצא אוכל טבלים למפרע וכל דבר שהוא אסור לאו בידו מיקרי (וגם הדיינים לא יתירו לו בדבר עבירה כמבואר בסוגיא דנודרת) וא"כ נגמר ההקדש בשבת ואסור משום מקדיש. אך כ"ז בפירות שהגיעו לעונת מעשר בלי קביעות שבת. אבל בפירות האסורים רק משום דשבת קובע וקביעות שבת הוא רק מדרבנן. א"כ עדיין בידו לשאול על התרומה דאף דנמצא דעביד איסור דרבנן למפרע מ"מ מיקרי בידו כדמוכח מד' התוס' ישינים שבת (דמ"ג ע"א) דאיסור דרבנן מיקרי בידו לעבור ואיסור דאורייתא לא מיקרי בידו. ואי משום הדיינים. יוכל לשאול ע"י דיינים שלא ידעו שכבר אכל מהפירות:

ועוד י"ל עפי"ד הנתיבות בסי' רל"ד שהוכיח מהא דבדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא דבדרבנן ליכא עונש על מה שעבר קודם שידע א"כ ה"נ לא יהי' עליו עונש למפרע על מה שאכל קודם ששאל על תרומתו כיון דליכא רק איסור דרבנן. ולכך

שפיר ניחא דברי הרמב"ם שבפ"ה מה' מעשר שבכה"ג מותר לעשר בשבת וליכא איסור מקדיש. וא"כ נכונים ג"כ דברי הרמב"ם דהצריך לשני הטעמים דהנה הא פשיטא דטעמא דמקדיש לבד וודאי לא סגי דהא הדין דכהן עצמו מפירות שלו אסור לאכול עד שיתרום והתרומה תהי' שלו וכן בישראל שנפלו לו טבלים מאבי אמו כהן דמפריש והן שלו לדידן דקיי"ל דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין בקידושין (דנ"ח) וא"כ איסור מקדיש ליכא דהא גם אח"כ תהי' שלו ואיסור מתקן איכא. אך דקשה ל"ל איסור מקדיש בטעם דמתקן לבד סגי. אך י"ל דהרמב"ם ס"ל לפימ"ש התוס' בריש ביצה דמיו"ט לחול ל"ש הכנה דסעודת חול א"צ הכנה וא"כ י"ל דלא הוי מתקן רק אם מתקן לצורך סעודת שבת דחשיבא זה מיקרי מתקן אבל לסעודת חול דלאו מצוה לא חשיב מתקן דמאי אמרת דמשוי לי' אוכלא הא גם בלא"ה הוי אוכל דחזי לנכרים ואוכל שאתה יכול להאכילו לאחרים מיקרי אוכלא. ולדידן דלא קיי"ל כר"ש בהא דאוכל שאי אתה יכול להאכילו גם איסור הנאה מיקרי אוכל לענין טומאה. וא"כ שפיר י"ל דלא מיקרי מתקן רק אם מתקן לצורך סעודות שבת דהוא מצוה. אך דא"כ לפי ס' המגיה שבמל"מ הנ"ל. דכל דבר שנאסר רק משום חשיבות סעודת שבת. שוב מותר לתקן משום עונג שבת. א"כ לכאורה אין מקום כלל לאסור משום מתקן. אך באמת ז"א דהא כמו דמתקן השירים מתקן ג"כ התרומה עצמה דקודם שתרם הי' הכל אסור אף לכהן ועתה מתירו לכהן ואכילת תרומה חשיבא עבודה כדאיתא בפסחים (דע"ב ע"ב). אלא דהא אין מוליכין תרומה לכהן בשבת ואף בביתו אסור אם אין למוד לאכול עיין תוס' ביצה (י"ב ע"ב) ד"ה אין מוליכין בשם הירושלמי. אמנם אם הכהן מפריש תרומה מכרי של עצמו וודאי דיכול לאכלו בשבת. דהא אף אם הוא למוד לאכול אצל ישראל מותר ליתן לו בביתו:

וא"כ מעתה הכל נכון שפיר דצריך שני הטעמים. טעם דמתקן צריך לכהן שמפריש תרומת עצמו דבזה ל"ש מקדיש כמש"ל דהא אין מוציא מרשותו. ואיכא איסור מתקן דהא מתקן התרומה עצמה שיוכל לאכלו ואכילת תרומה חשיבא תיקון כמו סעודת שבת. וטעם דמקדיש צריך לישראל שמפריש תרומה מפירותיו דאיסור מתקן ליכא. דאם תרצה לאסור משום דסעודת שבת חשוב תיקון א"כ אדרבא צריך להתיר משום עונג שבת. כס' המגיה שבמל"מ הנ"ל. אבל איכא איסור מקדיש דכיון דדעתו לאכול השירים בשבת א"כ שוב לא יוכל לשאול דהא נמצא אוכל טבל למפרע ואיכא איסור מקדיש ולכך הצריך הרמב"ם לשני הטעמים. והנה הא דכתבתי לעיל להחזיק סברתו דבדבר שיכול לשאול אין לאסור משום מקדיש אף דבביצה שם (דל"ו) במשנה דאין מקדישין משמע גם בכל הקדישות דשייך בהו שאלה. מ"מ י"ל כמ"ש התוס' בפסחים

(מ"ו ע"ב) ד"ה דבכל הני דכתיב לד' חשבתן הכתוב של גבוה אף דיכול לשאול וא"כ ה"ה נמי בכל הני דאיקרי קדשי ד' כגון קדשי קדשים. וי"ל דשם בביצה איירי ג"כ בהני או בקדשי בה"ב. ויתיישב ג"כ מה שהקשו משוחט עולת נדבה ביו"ט שהקשו נימא הואיל אי בעי מיתשל. דעולה דהוי קדק"ד ואיקרי קדשי ד'. הוי לכם ולא לגבוה אף דיכול לשאול וגם בגוף סברתך שהבאת בשם המחנ"א דהיכא דמחויב להקדיש אחרת מהני יותר שאלה וסגי גם בחרטה דמעיקרא. הנה סברת אחד מהקדמונים כמדומה לי שהוא מהר"י קורקוס הובא בס' איגרא רמא בר"פ השולח בסוגיא דביטלו מבוטל, שאין הספר עתה תח"י הוא להיפך שהוא כתב שם דבדבר שמוכרח לעשותו לא אמרינן בי' אתי דיבור ומבטל דיבור. דכיון דאף אם יבטל הדיבור מוכרח לעשות פעם אחרת הדיבור ההוא חשוב כמעשה. וא"כ ה"נ לפי הידוע ס' הר"ב אשכנזי דשאלה הוא משום אתי דיבור ומבטל דיבור א"כ בדבר שמוכרח להקדישו ויצטרך להקדיש אחרת. הסברא נותנת דיותר ל"מ שאלה מהיכא דאינו מחויב להקדיש עיי"ש בס' הנ"ל ותמצא:

ואשר כתב לפלפל בסוגיא דמפני מה תקנו זמן בגיטין ולישב דברי פיה"מ להרמב"ם שכתב דטעמא דר"ש ג"כ שמא יחפה רק דבין יום ולילה לא חיישינן שתזנה עי"ש ודבריו נגד דברי הש"ס שם דקאמר ר"י אליבא דר"ש לא קאמינא עיי"ש בסוגיא. וכתבת לתרץ קושית התוס' דאמאי לא מוקמינן לה בחזקת א"א עפי"ד הנמו"י בסנהדרין פאד"מ דגט שאין בו זמן מדאורייתא פסול דהא הוי עשאי"ל רק מדרבנן הכשירום משום אפקעינהו. וא"כ נהי דהיכא דעושה כן כדי לחפות לא הפקיעו חכמים. מ"מ שוב ספיקא הוי דילמא כדברי' שנתן לה הגט קודם שזינתה. ואז הפקיעו חכמים הקידושין ולית לה חזקת א"א מעולם. עכת"ד. ועפי"ז תירצת דברי הפיה"מ הנ"ל. הנה אם כי בהשכל דברת. אבל אין די בזה לתרץ קושית התוס'. מדא דבע"כ הש"ס כאן לא ס"ל דבגט בעינן זמן דאורייתא. כמ"ש הנחו"י דא"כ מאי פריך הש"ס מפני מה תקנו זמן בגיטין הא מדאורייתא צריך זמן ואדרבא צריך טעמא למה גט שאין בו זמן כשר בדיעבד. ובע"כ כמ"ש הפנ"י כאן בסוגיא או דהש"ס אזיל למ"ד ע"מ כרתי ושפיר יכולין להזימם. או דס"ל דבגט ל"ב מדאורייתא עשאי"ל עיי"ש וא"כ אין מקום כלל לדבריך. וגם מה דפשיטא לך דאם נאמר אפקעינהו אין לה חזקת א"א אין נ"ל כן עפימ"ש התוס' בכתובות (דכ"ו ע"ב) בשם הר"י בר ברוך דע"י שהעידו שני עדים להתירה יצאה מחזקה הראשונה אף שבאו אח"כ שנים ואמרו לא מת. הרי דענין החזקה הוא כפי מה שמוחזק לנו אף שאינו ידוע אם האמת כן כפי שנולד אח"כ הספק מ"ח אזלינן בתר נוה שהוחזק לנו וכ"מ כה"ג ביו"ד סי' י"ת סי"ג ובט"ז שם סק"ט דמה דיצא בהיתר זה הוי חזקה טובה עיי"ש. וא"כ ה"נ להיפך

כיון דהיא מוחזקת תמיד בעינינו בחזקת א"א. ומספק אתה רוצה לומר ע"י שנתן לה אח"כ גט דאיננה א"א אמרינן בספיקא אוקמינן לה אחזקה ואין ס' מוציא מידי וודאי א"א. ויתיישב בזה מה שמקשים ביבמות (דל"א ע"ב) גבי זרק לה גט ס' קרוב לו או לה דמוקמינן לה בחזקת א"א והא דעת הרשב"א בגיטין דקרוב לה הוא ג"כ משום אפקעינהו וא"כ ליכא מעולם חזקת א"א. אך לפימ"ש נכון. דבתר מה דמוחזק לן אזלינן וגם בלא"ה נראה מלשון התוס' (בדל"ג ע"א) ד"ה ואפקעינהו בסה"ד שם דבעינן שיהי' וודאי לנו שלא נתכוון לחפות. משמע דכל שהדבר ספק ל"א אפקעינהו כעין הא דאמרינן דכל ספק בתקנה אוקמינן אדינא אף להוציא מן המוחזק. וכעין הא דאמרינן דסד"ר לקולא אף למ"ד דאיכא לאו דלא תסור דהוא דאורייתא מ"מ חכמים לא אמרו דבריהם על הספק דכל שתלוי בדעת בנ"א או בדעת החכמים בעלי מתקני התקנה אמרינן דלא מחתי נפשייהו לספיקא. ובמק"א פירשתי בזה דברי הש"ס נדרים (די"ט ע"א) דפריך הש"ס על ת"ד לא מחית אינש נפשי' לספיקא מהא דספק משקין ליטמא טמא והדבר תמוה מאד דהא הש"ס כבר קאמר שם דאין מדמין קדושה הבאה מאלי' לבאה ע"י אדם. והר"ן שם בד"ה מא"ל דחק מאד בזה. ולהנ"ל נכון דכיון דטומאת משקין בדרבנן. הוי כאיסור הבא ע"י אדם דאמרינן דחכמים לא מחתי נפשייהו לאסור על הספק. וה"נ לא אמרו חכמים להפקיע קידושין על הספק היכא דאיכא ספק דילמא גירשה אחר הזנות וכוונתו לחפות. ועיין ברש"י ב"מ (דצ"ו ע"ב) ד"ה נמעלו ב"ד שכתב שם בזה"ל נמעלו ב"ד של ישראל שבאותו הדור שכל תקנות משפט תלוי' בהן ועל ידיהם נוהגים חוקות המתוקנות לציבור מאז והוי כמו שתיקנו לו הם קנין זה עכ"ל עיי"ש. ופירשתי בזה הטעם דאשה הנישאת עפ"י ע"א צריכה היתר ב"ד כדאיתא באה"ע סי' י"ז סל"ט משום דכיון דצריך לטעם דאפקעינהו מיני' כמ"ש רש"י בשבת לכך צריך ב"ד שבאותו הדור דהם שלוחים של בעלי מתקני התקנה. וא"כ ה"נ כיון דלא באה לב"ד עם הגט שאין בו זמן עד עכשיו שכבר ידוע שזינתה ואי לאו טעם דאפקעינהו רק אם הגט הי' גט כשר מדאורייתא רק שאינו ידוע אם נתגרשה קודם זנותה או לאו הי' הורגין אותה מספק משום דמוקמינן אותה אחזקת א"א לס' התוס' הנ"ל והוה תפסינן לוודאי דהיא זונה גמורה אי לאו אפקעינהו. א"כ היכא דהיא זונה וודאי לפי משפטי התורה לולי דהפקיעו חכמים. לא באו חכמים דהיינו הב"ד שבאותו הדור להפקיע קידושין מזונה. ולא עשו חכמים תקנה לזונה שתהי' פרוצה בעריות כמ"ש התוס' (בדל"ג) הנ"ל וז"ב מאד בעיני: **ואמנם** לישב דברי פיה"מ להרמב"ם שהבאתי נ"ל דרך נכון מאד בעזה"י ע"ד הפלפול. דהנה בלא"ה דברי הרמב"ם תמוהים שכתב דזנות דבין יום ללילה ל"ש. והרי ר"י גופי'

קאמר לקמן (בדי"ח) דר"ש מכשיר אפילו מכאן ועד עשרה ימים. אך נלע"ד לישב ונקדים לישב קושית המהר"ם שיף שהקשה בריש ע"ב דמי דחקו להש"ס לומר טעם חדש בדרבי יוחנן דס"ל יש לבעל פירות עד שעת נתינה מה דלא ס"ל לר"ל וגם לר"ש ואמאי ל"ק דגם ר"י ס"ל כוותי' דמשנתן עיניו לגרשה אין לו פירות רק מדפסלו חכמים דפליגי על ר"ש נכתב ביום ונחתם בלילה בע"כ הטעם משום שמא יחפה. וכיון דהלכתא כוותיי' קאמר ר"י ג"כ הטעם משום שמא יחפה. אך נ"ל לישב ובהקדם ג"כ קושית התוס' (די"ח ע"א) ד"ה הנהו דבגיטין הבאים ממדה"י אמאי ל"ח לזנות נהי דקלא אית להו דלא נמסרו ביום החתימה מ"מ מספק לא נוכל להרוג אותה דהיא תאמר דנמסר לה קודם שזינתה עיי"ש. ונלע"ד לישב דהנה התוס' תירצו על קושיתם דלמעלה אמאי לא אוקמינן לה אחזקת א"א משום דאמרינן הרי היא גרושה לפנינו וקשה לשיטת הפוסקים דס"ל דאף למ"ד ע"ח כרתי מ"מ בעינן עדים למסירת הגט דאין דשב"ע פחות משנים. והא דמכשרינן גט שהביאה אשה לפנינו ולא חיישינן דילמא לא מסר לה לפני עדים משום דוודאי עשה בהכשר שלא להכשילה באיסור א"א. וא"כ כאן בזינתה שכתבו התוס' דבמכוון אינו מוסר לה לפני ע"מ שלא יתוודע ט"י עדים שנמסר לה לאחר הזנות. א"כ אף אם תבוא לפנינו בגט הזה מ"מ נהרוג אותה מספק דנאמר דמוקמינן לה אחזקת א"א. מאי אמרת הרי גרושה לפנינו דז"א דדילמא נעשה אחר זנות וא"כ לא מסר לה בעדים ואינה מגורשת כלל. וראיתי אח"כ בביאור למהרמ"ש אות ס' שהרגיש בזה ותירוצו דחוק מאד עיי"ש:

אך נ"ל לישב דהנה בב"מ (די"ט ע"א) גבי מצא שחרורי עבדים קאמר הש"ס דלמ"ד זכות הוא לעבד נשתחרר משעת החתימה למ"ד עדיו בחז"ל. ועיי"ש בתוס' (בד"כ ע"א) ד"ה שובר בזמנו דגם להתירו בבת ישראל אמרינן עבחז"ל והנה ידוע דשחרור ילפינן לה לה מאשה וכל דיני שחרור הו' כדיני גט וכיון דבשחרור מהני עבחז"ל למ"ד זכות הוא לו הוה מהני גם בגט רק דגט אשה חוב הוא לה משום דטב למיתב וכו'. ואמנם בכה"ג דנותן לה גט לאחר שזינתה שכבר אסורה עליו ואין לה עליו שום חיוב מחיובי אשה. א"כ הגט הוא זכות לה דתהי' מותרת עכ"פ לינשא לאחרים. עיין בסוף יבמות מהו לזכות גט במקום וכו'. ובפרט כאן דע"י הגט רצונה להציל עצמה ממיתה למפרע. וא"כ מיושבת שפיר קושית התוס' דוודאי גרושה היא לפנינו דאף אם נאמר דלא מסר לה בפני עדים מ"מ כיון דכתב הגט לאחר שזינתה א"כ בשעת החתימה זכות הוא לה. וא"כ כיון דמטא גיטא לידה בסוף דהא הרי עכשיו הגט בידה לפנינו. א"כ נתגרשה עוד משעת חתימה משום דעבחז"ל. וא"כ שוב מספק אין להורגה דדילמא גירש אותה קודם שזינתה ואז וודאי שנתן לה בפני עדים כדי שלא להכשילה דאז לא הי' צריך עדיין

להעלים זמן המסירה כיון שלא זינתה עדיין מאי אמרת נוקמה אחזקת א"א ועכשיו הוא שנתן הגט לאחר זנותה א"כ עכ"פ הרי היא גרושה לפנינו דאם כתב לה הגט לאחר זנותה הוי גירושין גם בלא עידי מסירה משום דעבחז"ל. וקם שפיר תירוץ התוס' דהרי גרושה לפנינו. וא"כ מיושב ג"כ קושית התוס' (בדי"ח) בגיטין הבאין ממדה"י שיש קול שלא ניתנו ביום שנחתמו דחשש זנות דשם הוא רק שמא זינתה בין החתימה למסירה משום דלא ידעינן זמן המסירה. אבל על זנות דקודם החתימה ליכא חשש דיום החתימה ידוע דהא איכא זמן בגט. וא"כ לא שייך כלל חשש חיפוי. דאם לא תביא עידי מסירה לפנינו. נאמר אוקמה אחזקת א"א ועדיין לא נתגרשה דלא נתן לה בפני עדים. מאי אמרת עדים בחז"ל ז"א דהא בשעה שחתמו עדיין לא הי' זכות לה דהא עדיין לא זינתה ול"ש עבחז"ל כיון דחוב הוא לה. וא"כ מיושב קושית המהרח"ש שהקשה דנימא דר"י ס"ל דטעמא דרבנן דפליגי על ר"ש ופסלי גט שנכתב ביום ונחתם בלילה משום זנות. דז"א דהנה התוס' (בדי"ז ע"א) ד"ה ור"ש דהעדים כשחותמין על גט שנכתב ביום צריכין לידע וודאי שנכתב אז. כדי שלא להוציא תקלה מידם. וא"כ אם תזנה בין כתיבה לחתימה ממ"נ אם ידעו בשעת חתימה שזינתה א"כ וודאי לא יחתמו דהרי רואין שהזמן מיום שלפניו. ואם יחתמו גט זה יחפה עלי' שלא כדין שיאמרו שנחתם ביום שנכתב. ואם לא יודיע להם שזינתה. א"כ לא ידעו שזכות הוא לה. ולא יכוונו העדים לזכות לה בחתימתם דכיון דזכי' הוא מטעם שליחות פשיטא דהזוכה צריך לכוון לזכות לחבירו וליעשות שלוחו. וא"כ ל"ש לפסול נכתב ביום ונחתם בלילה משום חיפוי. דהא המהרש"א ומהרמ"ש שניהם כתבו על התוס' ד"ה עד שעת נתינה דבנכתב ביום וכו' עכ"פ יוצא הקול שלא נמסר ביום שנכתב רק שאין לידע זמן המסירה בבירור כיון שלא ניתן ע"י שליח. עיי"ש. וא"כ אם זינתה ביום שנחתם ותביא הגט לפנינו שזמנו מיום שלפניו. אנן נימא לה שתביא עידי מסירה מתי נמסר לה ואם לא תביא נוקמי אותה בחזקת א"א. מאי אמרת הרי גרושה לפנינו משום עבחז"ל, ז"א דהא העדים אם היו יודעים בשעת החתימה שזינתה לא היו חותמים. ובע"כ שלא ידעו שזינתה. ולא ידעו שהגט זכות הוא לה. ולא היו יכולים לזכות להם בחתימתה. וא"כ בלא עידי מסירה הגט אינו כלום ול"ש גרושה לפנינו. דבשלמא בגט שאין בו זמן דאם לא הי' מתקנים כלל זמן וכותבין תמיד הגט בלא זמן. שפיר שייך שמא יחפה דאחר שזינתה יכתוב גט בפני עדים ויאמר להם שמגרשה משום שזינתה כאשר הוא האמת. והעדים יחתמו שפיר דהא אין רואין שום ריעותא בגט דכל גט הוא בלא זמן וכיון דיודעים שזינתה שייך עבחז"ל. אבל אחר שתקנו זמן אם יראו העדים שנכתב ביום שלפניו וירצה שיחתמו בלילה א"כ אם ידעו שזינתה בוודאי אינם רשאים

לכתוב כיון דרואין הריעותא שהזמן נכתב ביום שלפניו ורואין שיש חשש חיפוי, ובע"כ לא יודיע להם שזינתה. וא"כ ל"ש עבחז"ל. ואין ממש בגט עד שתביא עידי מסירה. ועידי מסירה הא יודעים מתי נמסר וליכא חשש חיפוי כלל, ול"ק קושית המהרמ"ש הנ"ל:

אך דא"כ תקשי א"כ מאי פריך הש"ס מ"ט דר"ש דמכשיר והוכרח ר"י לומר דאליבא דר"ש לא קאמר דילמא גם ר"ש ס"ל דתיקנו זמן משום ב"א. רק דאפ"ה נכתב ביום וכו' כשר דבזה ל"ש חשש דב"א כמש"ל כיון דל"ש עבחז"ל אך צ"ל דהנה התוס' בב"מ (ד"כ) ד"ה שובר הנ"ל כתבו דמבחז"ל הוא רק תקנת חכמים. אך דהמהרש"א שם כתב דזה רק אליבא דמ"ד ע"מ כרתי. אבל למ"ד ע"ח כרתי מדאורייתא אמרינן עבחז"ל. וא"כ לר"ש דקאמר הש"ס לעיל (בד"י ע"ב) דירד לשיטתו של ר"א דע"מ כרתי א"כ לדידי' ל"ש כלל עבחז"ל מדאורייתא. ואף דהתוס' בב"מ שם קאמרי דגם בשחרור אמרינן עבחז"ל מדרבנן עכ"פ. וא"כ בגט נמי י"ל כן משום אפקעינהו. ז"א דממ"נ אם נאמר דגם היכא דיש ספק אם עשה כדי לחפות אמרינן ג"כ אפקעינהו א"כ כדין יחפה. דנמצא שאינה א"א למפרע. ואם נאמר כמש"ל דהיכא דיש לנו ספק אם עשה כדי לחפות ל"א אפקעינהו. א"כ ל"ש כלל חיפוי דאם תביא לפנינו גט בלא ע"מ אחר שזינתה לא נכשיר מספק כיון דעבחז"ל הוא רק מטעם אפקעינהו. ומספק לא נפקיע הקידושין כמש"ל. וא"כ לר"ש אם נאמר דלדידי' ג"כ הא דתיקנו זמן הוא משום ב"א לדידי' שוב תקשי קושית התוס' דנוקמה בחזקת א"א. וליכא הרי גרושה לפנינו כיון דל"ש עבחז"ל. ובע"כ נהי' מוכרח לומר דס"ל כתירוץ השני של התוס' דאיכא חזקת צדיקת נגד חזקת א"א או איזו תירוץ אחר לקושית התוס' דלא נהרוג אותה מספק. וא"כ שפיר פריך ר"ל לר"י לדידך דאמרת משום ב"א מ"ט דר"ש דמכשיר בנכתב ביום דלר"ש דס"ל ע"מ כרתי וליכא עבחז"ל. ואם נאמר דטעם תקנת זמן הוא רק משום ב"א. א"כ בע"כ דס"ל דלא נוקמה אחזקת א"א א"כ גם בנכתב ביום וכו' יופסל דהא שייך חיפוי דשמא זינתה בין כתיבה לחתימה והעדים לא ידעו מזה. ואם תביא לפנינו הגט שזמנו ביום שלפניו בלא עידי מסירה אף דיש קול שלא נמסר בזמנו מ"מ הא הוי ספק מתי נמסר כמ"ש המהרש"א ומהרמ"ש ומספק לא נוכל להרוג אותה דהיא תאמר דהי' ע"מ שנמסר קודם הזנות והלכו להם כיון דלא נאמר אוקמה אחזקת א"א לס' זו. ולכך הוכרח ר"י לומר אליבא דר"ש לא קאמינא דאנא ס"ל כתירוץ הראשון של התוס' דהטעם משום דהרי גרושה לפנינו ומשום עבחז"ל וכיון דלר"ש דס"ל ע"מ כרתי ליכא למימר כן בע"כ דלר"ש הטעם דתיקנו זמן הוא משום פירי וס"ל דמשעה שנתן עיניו לגרשה אין לו פירות וא"כ מש"ה ס"ל דר"ש מכשיר אפילו מכאן עד עשרה ימים כיון דליכא חשש דפירות ולחשש דשמא פייס ג"כ לא חייש. וא"כ

מעתה י"ל ג"כ דברי הרמב"ם בפיה"מ הנ"ל. דהנה הרמב"ם בפכ"ג מה' מלוה ולוה פסק דלא כאביי ול"א עבחז"ל כדאיתא בחו"מ סי' ל"ט סי"ג. וגם ס"ל דהלכה כר"י נגד ר"ל ויש לבעל פירות עד שעת נתינה. ובע"כ הא דתיקנו זמן הוא רק משום ב"א דמשום פירי ליכא למימר כיון דיש לו פירות עד שעת נתינה. וא"כ שוב תקשי קושית התוס' דנוקמה בחזקת א"א כיון דליכא הרי גרושה לפנינו כמש"ל כיון דלא ס"ל עבחז"ל:

אך באמת הרמב"ם לשיטתו דס"ל בפ"א מה"ג כהרי"ף דגט שלא נמסר בע"מ ג"כ כשר עיין באה"ע סי' קל"ג ושפיר הוי גרושה לפנינו. ואמנם נראה דכיון דעיקר ראיית הרי"ף הוא רק מהא דאמר ר"א דאין עדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון עולם דילמא ימותו עידי מסירה, ש"מ דסגי בע"ח לחוד. א"כ רק לר"א מוכרח לומר כן דס"ל דע"מ כרתי ולא בעינן מדאורייתא ע"ח. אבל לר"מ דס"ל ע"ח כרתי דהאי וכתב וחתם הוא א"כ אין הכרח לומר דלא בעינן ע"מ כס' התוס' דאין דשב"ע פחות מב'. וע"ח אינם מעידים שנתגרשה. וא"כ כיון דכתבתי דר"י אזיל למ"ד ע"ח כרתי שפיר הוכרח להטעם דטבחז"ל. אבל הרמב"ם לשיטתו א"צ כלל לטעם דעבחז"ל וא"כ שפיר י"ל דגם לר"ש הטעם דתיקנו זמן משום ב"א. אלא דא"כ תקשי מ"ט מכשיר בנכתב ביום. כיון דאין הטעם משום עבחז"ל והוכרח לומר דזנות בין יום ולילה ל"ש, ולפי"ז אינו מכשיר ר"ש רק בנחתם בלילה אבל ר"י לשיטתו דתקנת זמן משום ב"א הוא רק משום עבחז"ל ולר"ש דס"ל כר"א ל"ש עבחז"ל לדידי' תקנת זמן לאו משום ב"א כלל רק משום דס"ל דמשנתן עיניו לגרשה אין לו פירות והטעם משום פירי דר"י ס"ל כס' התוס' דלכ"ע בין למ"ד ע"ח כרתי ובין למ"ד ע"מ כרתי בעינן עדים בשעת מסירת הגט כדיעה השני' שבסי' קל"ג. וליכא חשש ב"א למ"ד ע"מ כרתי ואין עבחז"ל לדידי' רק מדרבנן כמש"ל. וא"כ דהטעם משום פירי שפיר קאמר דר"ש מכשיר אף לאחר י' ימים דמשעה שנתן עיניו אין לו פירי ולשמא פייס ל"ח ואתיא הכל על נכון. כנ"ל ע"ד הפלפול והחריפות:

ומה שהקשית בכתובות (דל"ה ע"ב) דקאמר לי' אביי לר"פ אלא לר"י קשיא ממזרת וקאמרי התוס' דהא דלא קאמר דס"ל כעולא דמשלם ואינו לוקה דהא אביי ס"ל דתחת תחת דריש לדרשא אחריתא והקשית דהא לח"ל לחוד סגי ללמוד אליבא דעולא מחובל ועדים זוממין דליכא פירכא בצד קל רק בח"כ עיי"ש (בדל"ב) בתוד"ה שכן בשם ר"ת. נלע"ד לישב ג"כ ע"ד הפלפול קצת. דהנה התוס' שם הקשו למ"ד ממונא לקולא וכי איתגורי איתגר ותירצו דחס רחמנא אממונא דנחבל. וכתב שם במהרמ"ש דזה שייך רק על בושת ופגם דממונא היא ומפסדת אבל בקנס דאינה מפסדת כלום כיון דמשלם לה כל היזקה ל"ש ס' זו רק כיון דמשלם בושת ופגם שוב אינו לוקה וממילא גם קנס משלם כיון

דליכא מלקות עיי"ש. והנה הפנ"י הקשה למ"ד מיתה לזה ותשלומין לזה חייב מאי פריך הש"ס מאינו לוקה ומשלם הא התשלומין הן לאב ובע"כ צ"ל דלדידי' אינו פוטר באמת רק היכא דהתשלומין שייך לה כגון ביתומה וכדומה. והנה ר"פ מוקי בסנהדרין (דע"ג ע"ב) מתניתין דאלו נערות במפותה והקשו שם התוס' הא קתני אשת אחיו דבע"כ איירי בנתארסה ונתגרשה דקנסה לעצמה ומפותה הא מחלה. ותירצו התוס' לחד תירוצא בשם הירושלמי דקנס אינה יכולה למחול. וזקיני הגאון בעל ס' יהושע אמר הטעם דקנס רצון התורה לקנוס אותו שלא יעשה כן ולאו משום לתא דידה ולכך אינה יכולה למחול. וא"כ לר"פ דמוקי מתניתין במפותה וכיון דסיפא דמתניתין דאשת אחיו איירי היכא דקנסה לעצמה גם רישא דאלו נערות יש לה קנס איירי ג"כ היכא דקנסה גם לעצמה ולכך פריך שפיר בממזרת הא אינו לוקה ומשלם דכיון דלעצמה הוי תשלומין ומלקות לאחד וא"כ מאי אמרת דס"ל משלם ואינו לוקה הא אם ממונא לקולא היא קשיא איתגורי איתגר מאי אמרת חס רחמנא אממונא דנחבל הא כיון דאיירי במפותה ויתומה ליכא רק קנס דאינה יכולה למחול ובקנס ל"ש חס רחמנא כמ"ש המהרח"ש. וא"כ בע"כ אתה רוצה לומר דממונא לחומרא א"כ ליכא למילף מחובל ועדים זוממין דמה להני שכן יש להם צד חמור כמו דקאמר הש"ס שם. ואי מגז"ש דתחת תחת הא אביי לית לי' גז"ש זאת. ומיושב שפיר קושיתך דקושיא דידך הוא רק על פירכא דצד קל וזה רק למ"ד ממונא לקולא אבל כאן בע"כ צ"ל דממונא לחומרא כמש"ל. כנ"ל נכון ע"ד הפלפול:

ומה שהקשית על הרמב"ם שפסק דמכשירי אוכל נפש דוחה יו"ט כר"י בביצה (דכ"ח ע"ב) והרי ר"י דריש זאת מקרא דלכם לכל צרכיכם ולרבנן קאמר שם דצריך לכם ולא לעכו"ם והרמב"ם מזכה שטרא לבי תרי עכ"ד. עיין בשטמ"ק שם במקומו שכתב דר"י דרש תרוויי' מקרא זה. לריבויא לישראל ולמיעוטא לעכו"ם ולק"מ. כ"ז אמרתי להשיבו וי"ר שיאחז בדרכו זה להקדיש עתותיו רק לתורה ולי"ש ואז יעלה ויצליח ויהי' לגפן תפארת לשמח ד' ואנשים. כ"ד הכותב ומברכו שיצליח בתורה וי"ש.

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

אח"כ בא לידי ס' טיב גיטין ומצאתי שהרגיש בקושיתו ע"ד הנמו"י בסוגיא דמפני מה תיקנו זמן הנ"ל אך הוא מקשה להיפך עיי"ש וגם הרגיש בס' ה"ר בר' ברוך שהבאתי עיי"ש:

סימן פג

ב"ה ב' יתרו תרפ"ג **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד הבחור המופלא ומופלג חריף ושנון כמר **שמשון** נ"י **שטאקדאממער** דומ"ץ **בווארשא**:

מכתבו הגיעני במועדו לנכון ולא יכולתי להשיבו עד כה. אשר הקשה במכות (דט"ז) דקאמר הש"ס דבאונס שגירש ל"מ ביטלו והא משכחת לה כשעשה עצמו פ"ד או כרות שפכה דא"א שוב להחזירה וביטל העשה בידים. נלע"ד לישב בפשיטות דהא הש"ס בכתובות (ד"מ) מקשה על ממזר דניתי עשה ולדחי ל"ת ומשני דהא אי אמרה ל"ב ליתא לעשה כלל. ופירשו שם בתוס' ובשטמ"ק מבואר יותר היטב כיון דהיא ג"כ מוזהרת והעשה ליתא בדידה כייפינן לה עד דאמרה לא בעינא. וכי אמרה הכי אנן סהדי דניחא לה שהרי אסורה לו. כן מפרש להדיא בשטמ"ק עיי"ש. וא"כ ה"נ בפ"ד או כ"ש דהיא ג"כ מוזהרת כמו בממזר דכתיב ג"כ לא יבוא בקהל ד' ואפ"ה היא ג"כ מוזהרת דהשוה הכתוב אשה לאיש עיין יבמות (פ"ד). וא"כ כמו דקאמר הש"ס במכות שם דאי שוויתי' שליח איהי קא בטלה ולא הוא ה"נ בפ"ד וכ"ש אין הוא מבטל דהא מצידו יכול להחזירה מחמת דאתי עשה ודחי ל"ת רק המניעה מצידה משום דכופין אותה לומר לא בעינא משום דהיא ג"כ מוזהרת וא"כ הביטול מצידה ולא מצידו ולא הוי ביטלו כנלע"ד נכון:

ומה שהקשה הא משכחת לה כשקידשה קטן שיחולו הקידושין לכשיגדיל דלדעת המל"מ פ"ד מה"א ה"ז חלים הקידושין לכשיגדיל ובנתים אנס אותה זה ונשאה וגירשה בסוף יום של שנת י"ב של הקטן דתיכף כשגירשה חלו קידושי הקטן ולא יכול עוד להחזירה וביטל העשה בידים עכ"ד. הנה גוף הדין מספקא לי אם בכה"ג חלו קידושי הקטן ולא יכול עוד להחזירה. דעיקר טעמו של המל"מ דלא הוי דשלבל"ע. הוא משום דאינו מחוסר רק זמן וזמן ממילא קאתי ול"ד לאחר שאגרשך וכו' עיי"ש וא"כ כאן דכבר נתקדשה בנתיים והי' מחוסר גירושין נהי דבגדול כה"ג אם קידשה לאחר שתתקדש לאחר ותתגרש מקודשת כיון דבידו לקדשה עכשיו כמ"ש האבני מילואים סי' מ' סקי"א מ"מ בקטן דאינו יכול לקדשה עכשיו דאין קידושין לקטן אף לכשיגדיל לא חלים דהא הוי דשלבל"ע. מאי אמרת מחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי ז"א דהא בנתיים היתה מחוסרת מעשה ג"כ שיגרשה השני ול"ש בהא זמן ממילא קאתי. ואמנם באמת לא אדע למה לך לצייר בציור רחוק בקידושי קטן והא גם בגדול משכ"ל שקידשה על לאחר ל' יום ובא זה ואנסה וכנסה וקידשה בסוף ל' כמ"ש בשם הבי"צ וכמ"ש אתה שגירשה שיחולו הגירושין בסוף היום ואז תיכף חלו קידושי הראשון:

ואמנם נלפע"ד דג"ז לק"מ חדא דאם נאמר דהיכא דמגרשה וידע שלא יוכל להחזירה עוד זה מקרי ביטלו א"כ מאי פריך הש"ס בתמורה (ד"ד ע"ב) על הא דאמרינן דלאו

הנל"ע אין לוקין עליו והא אונס שגירש וכו' ואם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר ולא אמרינן דהעשה מנתק להלאו עיי"ש. ואם איתא מאי קושיא והא כ"ע מודו דהיכא דביטלו לעשה לוקין. וכאן בשעה שמגרש יודע הוא שאסור להחזירה דגרושה אסורה לכהן. וא"כ הוא מבטל העשה בידים במה שמגרשה לדבריך. א"ו דלא מיקרי ביטלו רק אם בשעת עבירת הלאו יוכל לקיים עדיין העשה ואח"כ מבטלה זה מקרי ביטלו. אבל אם אינו מבטל העשה בידים רק דבמה שעובר על הלאו שוב לא יוכל לקיים העשה זה לא מקרי ביטלו. וא"כ ה"נ דכוותה דבשעה שעובר על הלאו ומגרשה שוב א"א כלל לקיים העשה משום דחלו קידושי הראשון ולא חלה העשה כלל ול"ש בזה ביטלו כלל כמו בכהן שגירש. ואין לומר דבכהן שגירש ל"ש ביטלו כלל מחמת עדל"ת כמש"ל לענין פצוע דכא. ז"א חדא דהא כתבו התוס' יבמות (דפ"ד ע"א) ד"ה והא דבחללה לכה"ד איכא ג"כ עשה דקדושים יהיו וכתב שם בישרש יעקב דלדבריהם גם בגרושה לכה"ד איכא עשה ול"ת עיי"ש (דפ"ה ע"א) ד"ה בגמרא. וא"כ אין עשה דולו תהי' לאשה דוחה ל"ת ועשה. ולא דמי לפ"ד דליכא רק לאו לחוד. ותו לפימ"ש הבני אהובה בפכ"ד מה' אישות בפירוש דברי הר"א ממיץ שבתוס' ורשב"א סוף נדרים דבאיסורי כהונה אין האשה מוזהרת רק היכא שהוא מוזהר אבל היכא דלדידי' הוי היתר משום שאינה נאמנת עליו לומר טא"ל אף דעל עצמה נאמנת מ"מ כיון דהוא מותר היא ג"כ מותרת עיי"ש בדבריו. וא"כ אם נאמר בדידי' איכא עדל"ת. אף דבדידה ליכא עשה משום דאי אמרה לא בעינא וכו' מ"מ ל"ש ס' התוס' והשטמ"ק דכיון דהיא אינה מוזהרת היכא דהוא מותר א"כ אין כופין אותה כלל לומר ל"ב ול"ש תירוצי הנ"ל ובע"כ צ"ל כס' התוס' הנ"ל דאיכא עשה ול"ת. אבל בפ"ד דהיא מוזהרת משום דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה א"כ אף דלגבי דידי' דחי עשה לל"ת מ"מ בדידה דליכא עשה אסורה כדקאמר הש"ס כתובות גבי ממזר וא"כ הביטול מצידה ולא מצידו:

ועוד י"ל דהנה בתמורה שם (ד"ה) פריך הש"ס לרבא דס"ל דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא א"כ אונם שגירש אמאי אינו לוקה והקשו שם בתוס' ד"ה מיתבי דלרבא תקשי יותר דלא תיחול הגט כלל ותהי' א"א וגם כהן אמאי לוקה ואינו מחזיר לא ליחול הגט משום דאעל"מ ולא תהי' גרושה ויהי' מותר לקיימה ותירוצם דחוק מאד ואמנם בשטמ"ק שם תירץ וקיימתי' מסברא דכיון דקאמר קרא לא יוכל לשלחה כל ימיו ודרשינן מזה כל ימיו בעמוד והחזר קאי הרי גלי קרא להדיא דהגט חל אלא דצריך להחזירה עיי"ש:

ואמנם קושיא דכהן עדיין אינה מיושב דנהי דגלי קרא בישראל היינו משום דלא מבטל אלא הלאו לחוד אבל העשה יוכל לקיים שיכול להחזירה. אבל בכהן דמבטל ג"כ העשה

דהא לא יוכל להחזירה ולרבא גם באיסורי עשה אמרינן אעל"מ. א"כ נהי דגלי קרא בלאוי אבל בכהן דאיכא לאו ועשה נימא דאעל"מ ויתבטל הגט. ובפרט לפימ"ש הישרש יעקב ביבמות (דק"ג ע"ב) ד"ה ברש"י דג' חילוקים יש בדבר וגם אביי לא קאמר דאע"מ רק היכא דהאיסור מפורש בתורה באותו דבר עצמו כמו לא ימיר דאז אף אם היינו אומרים דלא מהני מ"מ היינו מוכרחים להודות דלקי ועביד איסורא דעבר על מימרא דרחמנא דהרי מפורש בתורה לא ימיר ולא יתוקן במאי דלא מהני אז ס"ל לאביי דהסברא יותר לומר דמהני דאל"כ לא היתה התורה מחייבתו מלקות ולא היתה אוסרת מילי דכדי. אבל היכא דאין מפורש בתורה המעשה שעושה עכשיו כמו באיה"נ דהאיסור נאמר בדרך כלל שלא יהנה מאיסורי הנאה והוא תוקע או נוטל סנדל לחליצה מאיה"נ דאם נאמר דיצא וקיים המצוה הרי נהנה מאיה"נ למ"ד מצוות ליהנות ניתנו ועביד איסורא ואם נאמר דלא מהני ולא יצא א"כ לא נהנה כלל ולא עביד איסורא ולא עבר אמימרא דרחמנא כלל דהא לא נאמר בתורה שלא יתקע או לא יחלוץ באיה"נ רק שלא יהנה וכיון דאמרינן דלא יצא הרי לא נהנה ולא עבר אמימרא דרחמנא כלל בהא לכ"ע בין לרבא בין לאביי אמרינן דלא מהני כדי שלא יעבור אמימרא דרחמנא עיי"ש שדבריו נכונים מאד. וא"כ מעתה באונס שגירש נהי דהלאו מפורש שלא יוכל לשלחה ואם שלחה בע"כ עבר אמימרא דרחמנא מ"מ הרי נאמר בצידו כל ימיו דהטיל עלי' קרא מ"ע דבעמוד והחזר קאי. וא"כ למה לא נאמר דעד כאן לא גילה קרא דבמה דמשלח עבר אמימרא דרחמנא ואהני מעשיו דהגט חל רק דמחויב להחזירה בקידושין חדשים רק היכא דעבר על הלאו דלא יוכל לשלחה לחוך אבל העשה יקיים אח"כ וא"כ אין כאן חידוש כלל לאביי דהרי הוא ס"ל בכל מילי דהיכא דעבר אמימרא דרחמנא אמרינן דמהני אבל בכהן שגירש שידוע דמבטל ג"כ המ"ע דלו תהי' א"כ כיון דאין מפורש בתורה בכהן גופי' שלא יוכל לשלחה רק דמסברא כהנים חייבים בכל המצוות כישראל מ"מ הרי לא גילה קרא דעבר אמימרא דרחמנא רק היכא שלא עבר אלא על הלאו לחוד דהא נאמר בצידו דבעמוד והחזר קאי אבל בכהן שעובר גם על העשה א"כ אדרבא אנו צריכין לומר שלא יועילו מעשיו ושהגט לא יהי' גט כלל גם לאביי כדי שיתוקן האיסור מכל וכל שיוכל לקיים מ"ע דולו תהי' לאשה. וממילא גם על הלאו לא עבר דהרי לא נאמר לא יוכל רק היכא דאהני מעשיו דאז הסברא דעביד איסורא ולקי כדקאמר אביי אבל בכהן דלא אהני מעשיו משום דמבטל המ"ע א"כ גם על הלאו לא עבר דלא אסרה תורה מילי דכדי לאביי ואפילו לרבא כתב המקנה בקידושין (דס"ז ע"ב) דלא קאמר רבא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא רק היכא דרק משום דעבר על הלאו ההוא הוא דלא מהני אבל היכא דלא מהני

מטעם אחר גם לרבא לא לקי ולא עבר אמימרא דרחמנא כלל וא"כ הכא נהי דגלי קרא כאן חידושא בישראל דאהני מעשיו אף דעבר על הלאו ולרבא בכל דוכתא לא מהני מ"מ בכהן דעבר גם על עשה הרי בעשה לא גלי קרא וא"כ אם נתבטלו מעשיו משום העשה א"כ ממילא על הלאו לא עבר דהא נתבטלו מעשיו וא"כ נאמר דבכהן לכ"ע לא אהני גט ולא ליקי כלל ויהי' מותר לדור עמה ולקיים ולו תהי' לאשה דהגט לא חל כלל:

אך צ"ל דהנה בש"ס הנ"ל דפריך אמאי כהן לוקה ואינו מחזיר והא הוי לאו הנל"ע והיינו בע"כ דהש"ס ס"ל כיון דאיכא עשה בהא מילתא אף דאחר שעבר על הלאו אינו יכול שוב לקיים העשה דהא גרושה אסורה לכהן מ"מ הוי לאו הנל"ע וכעין לאו דנבילה שרוצה הש"ס ביומא (ל"ה) לומר דהוי להנל"ע אף דלאחר שאכלה אינו יכול שוב לקיים העשה דמכור לנכרי ועיין תוס' חולין (ד"פ ע"ב) ד"ה הנח. וע"ז משני הש"ס שם שאני כהונה דריבה בהן הכתוב קדושה יתירה עיי"ש ברש"י. ותוס' ד"ה כהנים הביאו בשם הר"י שפירש דכיון שאסר הכתוב גרושה לגבייהו אינו מינתק הלאו לעשה. ונראה כונתם דנהי דעשה דלו תהי' איכא גם בכהנים מ"מ העשה הזאת כיון דכנסה פעם אחת כבר קיים העשה ואזדה לה ושוב כשמגרשה אח"כ תו ליתא לעשה הנ"ל כמו בעשה דיבום. רק דהרחמנא ריבתה עוד עשה גם לאחר השילוח דכתיב לא יוכל לשלחה דכל ימיו בעמוד והחזר קאי ועשה זאת ליתא בכהנים כלל דלא משכחת לה כלל דהא כשגירשה אסורה לו. וחידש הש"ס דלא תימא דעשה זו שייכא גם בכהנים. רק דלא יוכל לקיימה והוי נל"ע למאן דלית לי' לקיימו ולא קיימו רק דעשה זו לא נאמר לכהנים כלל דכיון דבע"כ קרא לא איירי הכא בכהן דהא כהן אסור להחזיר גרושתו א"כ כעין דקאמר הש"ס בכמה דוכתי דכהנים עם בפני עצמן ה"נ אמרינן דכהנים לא הוי כישראלים בכמה מילי וריבה בהן הכתוב קדושה יתירה לא נאמר בהן כלל הציווי הזאת ולא הוי אצלו להנל"ע כלל. וג"כ ממילא לא קשה גם קושיתי הנ"ל דנימא דבכהנים אעל"מ משום דבגירושין מבטל העשה דכל ימיו דלא יוכל להחזירה דז"א דבכהן ליכא העשה הזאת כלל. וא"כ ממילא מיושבת גם קושיתך דכ"ז בכהנים דהם עם בפ"ע ולא נצטוו כלל בעשה דכל ימיו בעמוד והחזר קאי אבל בישראל דמצווה ע"ז א"כ אם מגרש באופן דלא יוכל להחזירה אח"כ כגון שקידשה לאחר ל' יום כקושיתך א"כ הוא מבטל העשה בגט הזה א"כ שוב אמרינן אעל"מ ואינו חל הגט כלל וכיון דאין הגט חל והוי א"א מעיקרא א"כ לא חלו קידושי הראשון ויוכל לקיימה כמדעיקרא וליתא ללאו כלל ולא לקי בין לאביי בין לרבא כמש"ל בשם המקנה. כנ"ל נכון בישוב קושיתך וקושית הבי"צ:

ומה שהקשית דאמאי לא תירצו התוס' דמש"ה ל"א בגירושין אעל"מ משום דאיתקש יציאה להווי' ובקידושין גילה קרא באלמנה לכ"ג דל"א אעל"מ וילפינן כל מילי דקידושין מינה כמ"ש בחי' הרשב"א קידושין (דס"ז) וכמ"ש כ"ז הנוב"י מהדו"ת אה"ע סי' קכ"ט עיי"ש. נלע"ד ליישב דהנה כבר הקשיתי על הא דפריך הש"ס באלמנה לכה"ג נימא אעל"מ ובע"כ דאיכא איסור גם בהקידושין כמ"ש התוס' ב"מ (ד"מ ע"ב) ד"ה דא"ל עיין שעה"מ פ"ג מה' גירושין פי"ט. וא"כ קשה לפימ"ש הישרש יעקב יבמות (דנ"ו ע"ב) בסוף ד"ה שם תניא דכל היכא דאיכא איסור בקידושין אין האיסור רק עליו ולא על האשה דבקידושין איהי לא עבדה כלל דכי יקח כתיב ולא כי תלקח עיי"ש. א"כ לפימ"ש הפמ"א דבנשבע שלא למכור לא אמרינן אעל"מ כיון דאין הלוקח עושה האיסור לא קנסינן ללוקח לומר אעל"מ א"כ ה"נ באלמנה לכ"ג דבקידושין לא עשה האיסור רק המקדש ולא היא. א"כ אמאי נימא אעל"מ. וגם בלא"ה תקשי לדבריו דעל"מ הוי רק קנס ולא קנסינן רק למי שהאיסור נעשה מצידו. א"כ באלמנה לכ"ג דאם נאמר דל"מ ואין הקידושין תופסין א"כ יהי' הולד ממזר ולמה קנסינן להולד משום האב. וא"ל דקושית הש"ס הוא רק היכא דליכא וולד דז"א דא"כ מאי משני הש"ס חילולין הוא עושה ואינו עושה ממזרין נימא ממזר אינו עושה מה"ט דלא קנסינן להולד משום דידי' אבל היכא דליכא וולד נימא דבאמת אין קידושין תופסין משום דאעל"מ:

אך צ"ל דבאמת דהש"ס לא הוי ידעינן מעצמינו לחלק כלל כס' הפמ"א דמנ"ל לחלק ולומר דטעמא דעל"מ הוא משום קנס אבל אחר דגילה קרא באלמנה לכה"ג דאינו עושה ממזרין אמרינן דהוא באמת מהאי טעמא דל"מ לקנוס אותו שלא עשה איסור וילפינן מינה לכל הקידושין דעלמא דל"א אעל"מ כיון דהוא עושה איסור ולא היא כס' הישרש יעקב הנ"ל. וא"כ גם לענין גירושין לא ילפינן רק כעובדא דהנוב"י דנשבע שלא לגרש דהיא לא עבדה איסורא והגירושין הי' לטובתה דהיא רצתה בגירושין כמבואר שם בנוב"י. א"כ ילפינן לגירושין מענין דקידושין דהיכא דהיא לא עבדה איסורא לא מבטלינן המעשה שהוא לטובתה משום שהוא עושה איסור אבל בכהן אונם שגירש דהגירושין הם לחובתה דהא באמת נישאת לו מרצונה והוא הוציאה בע"כ דמרצונה פשיטא שמותר לגרשה א"כ ביטול הגירושין אינם לחובתה רק לחובתו דיהי' מחויב להחזירה א"כ כיון דהוא עביד איסורא שפיר קנסינן לי' שלא יועילו מעשיו וליכא למילף מקידושין שאינם לחובתה ולכך הוצרך התוס' לתרץ תירוץ אחר ולא תירצו משום דאיתקשה יציאה להווי' כקושיתך:

ויש לתרץ עוד באופן אחר לומר דליש כלל בהא איתקש יציאה להוי' דהנה התוס' כאן בתמורה (ד"ה ע"ב) ובכתובות (דכ"ט ע"ב) ד"ה חילולין הקשו על הא דמשני הש"ס חילולין עושה ולא ממזרין תינח למ"ד דממזרות ותפיסות קידושין תולין זב"ז אבל לר' יהושע דס"ל דח"כ אין הוולד ממזר אף דאין קידושין תופסין לכ"ע. וא"כ נהי דגילה קרא באלמנה לכה"ג דאינו עושה ממזרין. אבל לעולם נימא דאעל"מ ואין הקידושין תופסין עיי"ש. אך י"ל דבאמת לכאורה הי' מקום לומר דל"ש לומר כלל בזה אעל"מ. דעיקר הטעם דאעל"מ הוא רק שלא יועילו מעשיו הרעים. א"כ באלמנה לכה"ג אף אם נאמר דקידושין תופסין מ"מ הוא בעמוד והוצא קאי דהא אסור לקיימה וא"כ לאיזו ענין נאמר אעל"מ שלא יתפסו הקידושין והא אף אם יתפסו הקידושין לא יועילו מעשיו הרעים כלל דהא מוכרח לגרשה ומה יוסיף תת בזה שלא יתפסו הקידושין. אך צ"ל דלהס"ד דכיון דאין קידושין תופסין הוולד ממזר. וזה חומרא אצלו ג"כ דמשום זה מונע יותר מהאיסור כדמוכח ביבמות (דפ"ה ע"ב) דהיכא דזרעה נפסל לא מרגלא ליה עיי"ש. וא"כ י"ל דהתורה החמירה עליו שלא יתפסו הקידושין ויהי' הוולד ממזר וע"ז משני הש"ס שפיר חילולין הוא עושה ואינו עושה ממזרין. וא"כ ממילא כיון דאין הוולד ממזר. א"כ בלא"ה ל"ש אעל"מ דלא יתפסו הקידושין דבמה דלא יתפסו הקידושין לא יהי' על חומרא אצלו יותר. ולמה לנו לומר דל"מ הא בלא"ה א יועילו מעשיו דהא יהי' מוכרח לגרשה. ומיושב שפיר קושית התוס' הנ"ל אליבא דר' יהושע. דאדרבא כיון דס"ל דאין הוולד ממזר אף היכא דלא תפסו קידושין א"כ ל"ש כלל לומר אעל"מ כנ"ל. וא"כ לא קשה ג"כ קושיתך דאמאי לא תירצו התוס' דמש"ה ל"א בגט אעל"מ משום דאיתקשי לקידושין דז"א דתינח באינם ישראל שגירשו דיכול להחזירה אז הוי שפיר דומיא דקידושין דל"א אעל"מ דבלא"ה לא יועילו מעשיו כיון דצריך להחזירה לאחר שגירשה ולמה לי' לומר דלא יחול הגט. אבל בכהן שגירש דאם נאמר דהגט חל יועילו מעשיו ולא יוכל להחזירה שפיר הי' לנו לומר דאעל"מ והוכרחו לתרץ תירוץ אחר:

ומה שתמהת על ס' התוס' דאיתקש גירושין למיתה דמה סברא הוא זו הא במיתה לא נעשה שום עבירה. כבר תמה ע"ז הנו"ב בתשובה הנ"ל. ולענ"ד י"ל בכוונת התוס' דהנה בקידושין (י"ד ע"ב) קאמר הש"ס מיתת הבעל מנ"ל דשריא סברא היא. הוא אסר לה והוא שרי לה. ופריך הש"ס והרי קרובים דאסר לה ולא שרי לה. ומסיק הש"ס דמקשינן מיתה לגירושין. ענה יש לחקור ענין גירושין דמתיר אם הוא מכח הבעל שנתנה לו התורה כח להתיר האיסור שבה ע"י גט. או ענין הגט הוא רק שמסלק כחו ממנה ופוטרה מכל חיובי אישות שנשתעבדה לו וממילא הותר גם האיסור שבה כיון דנסתלק כח הבעל ממנה.

כעין דקאמר הש"ס בגיטין (ל"ח) לשמואל דהמפקיר עבדו א"צ גט שחרור דעבד שאין רשות לרבו עליו אינו קרוי עבד. ה"נ כיון דנסתלק רשות הבעל ממנה אינה קרוי' אשתו עוד. והנ"מ הוא לענין מיתה דאם נאמר דבמה שנסתלק כחו ממנה הותרה א"כ כ"ש במיתה דנסתלק כחו ממנה דהותרה. וכדקאמר הש"ס בס"ד סברא הוא. הוא אסר לה והוא שרי לה. ואמנם אח"כ כשדחה הש"ס הסברא זאת וראינו דסילוק כח הבעל אינו מתיר א"כ בע"כ הגט דמהני הוא משום דהבעל מתיר אותה בגט. ואמנם למסקנת הש"ס דאיתקש מיתה לגירושין דמיתה מתיר כמו גירושין שוב מקשינן גירושין למיתה כמו מיתה דמתרת הוא בלא שום דעת אחרת רק מכח סילוק כח הבעל כמו כן גירושין אין הבעל המתיר רק במה שמסלק כחו הימנה ע"י ספר כריתות שנתן לה לפוטרה מחיובה ממילא הותרה מאיסורה. כיון דנסתלק כח הבעל ממנה. והנה התוס' בתמורה שם הקשו צורם אוזן בכור ליתסר משום דאעל"מ ותירצו כיון דגם אם נפל בו מום מאליו שלא ע"י מעשה מותר ל"ש בזה אעל"מ וא"כ שפיר קאמרי התוס' כיון דעיקר היתר הגירושין הוא משום כיון דנסתלק כח הבעל ממנה הותרה ממילא כמו מיתה א"כ כיון דמותרת ע"י מיתה דנעשה מאליו והיתר הגירושין הוא בדומה לו משום דנסתלק כח הבעל אבל לא מכח שהוא מתירה א"כ הוי כמו צורם אוזן בכור דל"ש אעל"מ כיון דהסילוק הזה גם אם הי' בא מאליו כמו ע"י מיתה היתה מותרת. כנ"ל נכון בכוונת דברי התוס':

ומה שהקשה ביומא (די"ג ע"א) בסוגיא דמתקינין לו אשה אחרת דדחיק הש"ס למצוא אוקימתא שלא יהי' שני בתים והא לפי"ד הפרמ"ג בפתיחה להי' טרפות משכח"ל בשני קדירות וכו' ונפל איה"נ דרבנן דתולין וכו' וקידשה באותה של היתר ואח"כ ליוה"כ יפיל לאותה הקדירה עוד איה"נ דרבנן אינו מינו של ראשון דאז אמרינן למפרע דבאותה נפל איה"נ הראשון ונמצא שקידשה באיה"נ דרבנן דלא הוי קידושין מדאורייתא ואיסור אין מבטלין לכתחילה הוא רק דרבנן ובמקדש ל"ג עכת"ד. הנה לא אבין קושיתך דהטעם דאיה"נ דרבנן אינה מקודשת מדאורייתא הוא מתרי טעמא או משום דמ"מ אינו נותן ש"פ כיון דמדרבנן אסור בהנאה כמ"ש הב"ש בסי' כ"ח סכ"א או משום דגם איה"נ דרבנן מקרי אינו ברשותו כדברי הש"ס ריש פסחים. ואינו ברשותו להקנות לה שתתקדש. וכיון דבשעה שקידשה לא הי' נודע עדיין שיפול אח"כ השני והי' מותר אז משום תולין א"כ תרתי טעמי ליתנייהו דהא הי' ש"פ אצלה שהיתה יכולה אז ליהנות ממנה. וגם מקרי ברשותו דבידו לאכלה אז ולעשות מה שירצה טרם נפילת השני. וגם ידוע דאיסור דרבנן כל שלא נודע האיסור עדיין כהיתר דמי כמ"ש הנתיבות בסי' רל"ד סק"ג וגם ידוע דברי השטמ"ק ב"ק דכל דבר שאינו ברשותו כשבא אח"כ לרשותו אמרינן דנעשה

למפרע כאלו הי' ברשותו ויכול להקדישו עיין שטמ"ק ב"ק (דל"ג ע"א) סד"ה מתניתין בשם הרמ"ה א"כ ה"נ גם אח"כ כשנפל השני מ"מ הוא מתבטל בס' כמ"ש הפרמ"ג הנ"ל דאיסורין מבטלין זא"ז וא"כ הי' למפרע כאלו הי' ברשותו והי' יכול להקדישה ולהקנותה לה:

ומה שהקשה ליתני בין חמש פרוטות פרוטה של צדקה לא ידעתי מי הגיד לו דצדקה ל"ש אלא בפרוטה ואדרבא לפי"ד התוס' גיטין (ד"כ) שהביא הוא בעצמו מבואר דנתינה הוי בכ"ש ובצדקה נתינה כתיב. ואף לפי"ד התוס' שבת (כ"ה ע"ב) בד"ה תתן שכתבו דנתינה לא הוי אלא בפרוטה עיין מל"מ פ"ו מהמ"ע ה"ז. מ"מ בכלי גם התוס' שבת מודי דל"ב ש"פ כמ"ש הנוב"י מהדו"ת סי' ר"א ד"ה והנה וא"כ א"א לחשוב צדקה בין ה' פרוטות דצדקה יכול לקיים ליתן כלי לעני אם העני צריך לכך אף שאין בו ש"פ:

ומה שהביא מפרוטה דר"י אין ראיה דלענין שיהי' שומר שכר לכ"ע בעינן פרוטה כמבואר בש"ך חו"מ סי' ש"ג סק"א. ובכל דוכתי שהבאת שנקט פרוטה אורחא דמילתא קתני התם. ויותר לא אוכל להאריך מקוצר הפנאי:

כ"ד דו"ש מברכו שיעלה ויצליח בלימוד תוה"ק.

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן פד

שלום אשיב לכבוד הבחור המופלא ומופלג חריף ובקי כ' **אלעזר** ג"י בק"ק **סיקאהל**:

מכתבו עם ח"ת לנכון קבלתי ואם כי לא עת השב עתה מחמת טרדות דקודם חה"פ עכ"ז למען חזק ידי שוקדי על דלתי התורה לקחתי מעט מועד להשיבו בקיצור נמרץ. אשר הקשה בכתובות (כ"ב ע"ב) על מימרא דר"י דשנים אומרים נתגרשה וכו' דפריך הש"ס מ"ש רישא מ"ש סיפא תרגמא אביי בא' אומר וכו' וכדעולא דכ"מ שהאמינו ע"א הרי הוא כשנים ומש"ה אם ניסת ל"ת והקשית דל"ל טעמא דעולא והא בלא"ה הקשה הר"ן בע"א אומר נתגרשה וכו' דתרוויי' בא"א קמסהדי והא הוי עדות מוכחשת שא' מהם וודאי פסול וליכא רק ע"א שהיא א"א ותי' שאיירי שזרק לה גט וא' אומר קרוב וכו' דעבידי דמיטעי ולא מיפסל בהכי וא"כ תינח בגירושין אבל במיתה דלא עבידי דמיטעי הוי עדות מוכחשת ומש"ה אם ניסת לא תצא דליכא רק ע"א שהיא א"א וכתבת שאמרת קושיא זו לפני הרבה לומדים וקלסוהו ולדידי נראה דלק"מ חדא דא"כ תינשא לכתחלה דע"א אינו נאמן להוציא אשה מחזקת פנוי' ועוד דא"א לפרש כלל דאיירי שהיא בחזקת פנוי' דא"כ תיקשי קו' התו"י שם שהקשו דיהי' העד שאומר נתגרשה נאמן במיגו דאי בעי שתיק ותירצו דרצה לפוסלה מן הכהונה וא"כ תינח בנתגרשה דפוסלה לכהונה

אבל באומר מת דאינו פוסלה מן הכהונה יהי' נאמן במיגו דהי' שותק ולא יהי' העד שאומר לא מת נאמן להוציאה מחזקת פנוי' ומגופא דש"ס מוכח דאיירי שהיא מוחזקת בא"א דאל"כ אמאי קאמר כדעולא דכ"מ שהאמינו ע"א הרי הוא כשנים דהרי מבואר בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד דל"ש לומר שיהי' נאמן כב' רק בדבר שבערוה דבעינן שנים א"כ כאן דבשעה שבא הראשון ואמר מת דלא היתה עדיין בחזקת א"א והיתה מותרת בלא"ה לכ"ע ל"ש לומר שיהי' נאמן כשנים דהא לא היינו צריכין כלל להאמינו אף כע"א דבלא"ה היתה מותרת ובכה"ג גם החולקים שבש"ך שם מודים דאין הראשון נאמן כב' וז"ב מאד. ובע"כ רישא איירי במוחזקת בא"א. דבשלמא סיפא דאיירי בע"א אומר נתגרשה בע"כ איירי דאינה מוחזקת בא"א כמ"ש הת"י שם דאל"כ ל"ל העד שאומר לא נתגרשה אין ע"א נאמן להוציאה מחזקת א"א אבל ברישא בע"א אומר מת וודאי איירי שפיר אף שהיא בחזקת א"א ואפ"ה האמינו חכמים ע"א לומר שמת בעלה כמבואר בסוף יבמות ושפיר קאמר הש"ס וכדעולא דכ"מ שהאמינו ע"א הרי הוא כשנים דחכמים בע"כ האמינוהו כשנים דאין דשב"ע פחות מב' כד' הריטב"א שבש"ך הנ"ל ואי דתקשה דא"כ רישא וסיפא לא איירי בחד גוונא י"ל דאר"י שפיר בחד גוונא כגון שאינה מוחזקת בא"א רק ע"פ עצמה שהיא עצמה אומרת א"א אני רק דבסיפא דבע"כ איירי ג"כ דאומרת גרושה אני דכיון שזרק לה גט בע"כ היא יודעת ג"כ מהגירושין ובוודאי אורחא דמילתא שהיא אומרת שזרק קרוב לה וא"כ שפיר אי לאו שני העדים היתה נאמנת לומר א"א הייתי וגרושה אני דהפה שאסר וכו' ולכך הוצרך לומר דתרוויי' בא"א קמסהדי ואין היא עצמה עם ע"א נאמנים להוציאה מחזקת א"א אבל ברישא דאומרת א"א אני וממיתת בעלה וודאי דאינה יודעת דאל"כ בלא"ה אשה שאמרה מת בעלי נאמנת אף היכא דהיא בחזקת א"א וכיון דאיירי דהיא אינה יודעת והרי היא בחזקת א"א ע"פ עצמה מחמת שאחד"א ולכן בלאו העד היתה אסורה וצריכין להאמין העד כשנים דאין דשב"ע פחות מב' והוצרך לכדעולא:

ואמנם לו אף אם יהיבנא כדבריך דהוה מצי לאוקמי רישא דהיתה בחזקת פנוי' מ"מ יש ליישב קושיתך עפי"מ שהביא הקצה"ח בסי' נ"ב דברי המהרש"ך שכתב דהעדים אינם נפסלין באותו עדות עצמה שעברו האיסור רק מכאן ולהבא נפסלין כעין שכתבו התוס' חולין (די"ד) דבאותו מעשה עצמה לא נעשה מומר אלא שהביא שם דהמהרי"ט הקשה עליו מב"ק (ע"ד) דקאמר הש"ס דאם הוזמו על הטביחה נפסלו ג"כ לעדות של הגניבה שהעידו בתכ"ד עיי"ש בדבריו. ובאמת אישתמיטתי' להקצות דברי המהרש"א שם במקומם שכתב דאין הטעם משום דהעדים נפסלין דבתכ"ד חין העד נפסל עדיין

דהא יכול לחזור כמ"ש התוס' שם אלא דהטעם הוא משום עדות שבטלה מקצתה ב"כ עיי"ש. וא"כ לפמ"ש בחי' הרשב"א גיטין (ד"ח) אחר כל האריכות שם סיים דל"א עשב"מ רק בחד גברא אבל בתרי גופי ובתרי דיבורי אמרינן דפלגינן דיבורא עיי"ש וא"כ שפיר מיושבת קושיתו דבשלמא בא' אומר נתגרשה הקשה הר"ן שפיר דבמה שמעיד שנתגרשה בזה גופא מעיד שהיתה א"א דאם אין קידושין אין גירושין והוא מעיד בחד דיבורא ובחד גופא שהוא מעיד על האשה שהיתה א"א ונתגרשה וא"כ כיון שנפסל באותו מעשה ממש לא אמרינן פלגינן דיבורא וע"ז תירץ הר"ן דאיירי בספק קרוב לה דעבידי דמיטעי שאינו נפסל בכך ול"א עדשב"מ רק היכא שנתבטל מחמת פסול דאז ילפינן מדמקשינן שנים לשלשה דנמצא א' מהם קרוב או פסול דנתבטל כל העדות מחמת עשב"מ אבל לא היכא דנתבטל העדות שלא מחמת פסול עי' חו"מ סי' נ"א ס"ו ובסמ"ע שם סקי"ג ובש"ך שם סק"ז אבל באחד אומר מת וכו' דבאותו דיבור שאומר מת פב"פ אינו מעיד בזה שהי' בעלה רק שהוא דיבור בפ"ע שמת פב"פ ושהי' בעלה של פלונית והוי העדות בתרי גופי שהוא מעיד שמת הבעל ושהיא היתה א"א א"כ הוי תרי גופי ותרי דיבורי דאמרינן דפלגינן דיבורא ול"א עשב"מ ב"כ והעד אינו פסול אז עדיין דבאותו העדות עצמו אינו נפסל מכאן ולהבא וז"ב מאד:

ומה שהקשה ביבמות (ד"ט) דקאמר דבשיתא בבא דרישא לא משכחת אסורה לזה דאסורה משום גרושת אחיו ולשיטת הסוברים דבזה"ז דליכא סמוכין ל"מ גירושין רק משום אפקעי' וא"כ לא היתה גרושת אחיו מעולם והביא ג"כ קו' הגאון מקאמינקא ז"ל על הר"ן הנ"ל דע"א אומר נתגרשה איירי בקרוב לה והרשב"א בגיטין ע"ח כתב בקרוב לה הוא רק מכח אפקעי' וא"כ מאי קאמר תרוויי' בא"א קמסהדי הא לדברי העד דאומר קרוב לה לא היתה א"א מעולם דאפקעי' וכו'. הנה בפשיטות יש ליישב עפ"ד הש"ס נדרים (דכ"ט) דמשמע דלמ"ד קדוה"ג פקעה בכדי גם בקידושין אם אמר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי יוצאת בלי גט וא"כ לכאורה למה קאמר הש"ס בכ"מ דאפקעי' לקידושין למפרע ולעשות כל בעילותיו ב"ז הא העיקר הוא משום דמקדש אדעתא דרבנן והוי כאומר ע"מ שירצו רבנן כמבואר באחרונים וא"כ נימא דהתנאי הי' שלא יהי' קידושין רק עד אותו זמן שירצו חכמים ומאז ואילך יפקעו הקידושין ולא יהיו בעילותיו למפרע ב"ז. אך צ"ל דהש"ס אזיל אליבא דהילכתא דקיי"ל בנדרים שם כרבא דקדוה"ג לא פקעה בכדי אבל בכתובות שם דבעל המימרא אביי אליבא דר"י ואביי הא ס"ל בנדרים שם דלא שאני בין קדושת דמים לקדוה"ג וכן ס"ל לר"י שם בירושלמי

שהביא הר"ן שם בשור זה ל' יום עולה דגם קדוה"ג פקעה בכדי וא"כ לדידי' י"ל דהתנאי דאפקעי' הוא רק מכאן ולהבא כמש"ל לכך שפיר קאמר תרוויי' בא"א קמסהדי:

ואמנם תירוץ וה אינו מעלה ארוכה על הר"ן דהרי הר"ן גופי' מסיק שם בנדרים דגם למ"ד קדוה"ג פקעה בכדי מ"מ בקידושין כ"ע מודים דל"פ בכדי. ולכן נלע"ד לתרץ ע"ד הפלפול קצת גם לדעת הר"ן דהנה התוס' בב"ב (דמ"ח ע"ב) ד"ה תינח כתבו דמש"ה ל"ק שם הלשון כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש משום דבשעת הקידושין עשה שלא כהוגן ולא עשה אדעתא דרבנן אלא דצ"ל דיש כח ביד חכמים לעקור ד"ת כיון דאפקעי'. והדבר תמוה לכאורה דהא קיי"ל דחכמים אינן יכולין לעקור ד"ת בקו"ע וכאן הלא בכל יום יהי' חייב הבא עלי' משום א"א. אך נלע"ד עפ"ד הפנ"י בקידושין (דס"ה ע"ב) שהסביר הטעם דמקדש בלי עדים ל"ה קידושין אף דאיכא הודאת בע"ד כיון דענין הקידושין הוא שתאסר אכ"ע כהקדש א"כ בלא עדים דאינה נאסרת אכ"ע דכ"ע אינם מחויבים להאמין לה שנתקדשה דאין דשב"ע פחות מב' א"כ גם לגבי דידה אין איסור דאין קידושין לחצאין ולא חלו הקידושין כלל עיי"ש בדבריו היקרים. וס' כעין זו מוזכרת בראשונים כ"פ וא"כ מעתה אני אומר ה"ה להיפך היכא דכ"ע אסורים בה רק שהיא אינה אסורה בהם באופן שאכתוב לקמן נ"כ הוי קידושין לחצאין ואינם יכולין לחול דענין הקידושין הם שהיא ג"כ תאסר בכל העולם דהשווה הכתוב אשה לאיש וכו' כדאיתא ביבמות (פ"ד ע"ב).

והנה ידוע דברי הר"ן שלהי נדרים שכתב דבטמאה אני לך אמרינן ג"כ דחכמים עקרו ד"ת והקשה ג"כ דהא חכמים א"י לעקור ד"ת בקו"ע ותירץ הברוך טעם כיון דשם אין ה איסור רק עלי' שאחד"א הוי שוא"ת דאשה קרקע עולם היא ולא עבדה מעשה עיי"ש בסוף הסוגיא. וא"כ ניחא הכל שפיר דחכמים יכולין לעקור ד"ת בשוא"ת שהיא לא תאסר אכ"ע מחמת קידושין הללו דאשה שוא"ת היא וממילא גם הוא אינו נאסר דאין קידושין לחצאין כדברי הפנ"י הנ"ל. ואמנם כ"ז שם בב"ב דתחילת הקידושין היו שלא כהוגן שפיר כתבו התוס' דחכמים עקרו הקידושין גם בלי טעם דמקדש אדעתא דרבנן רק דעקרו הקידושין מעלי' דהוי שוא"ת וממילא לא חלו הקידושין גם אכ"ע דאין קידושין לחצאין אבל בכל דוכתי דמזכיר הש"ס דאפקעי' כגון מבטל הגט וכדומה דהחכמים באים לעקור הקידושין אח"כ בשעה שמבטלו א"כ נהי דיכולין לעקור אצלה דהיא שוא"ת אבל לגבי כ"ע דהוי קו"ע אינם יכולין לעקור וכאן א"ל דהוי קידושין לחצאין דהא הקידושין היו מתחלה טובים שהיתה גם היא נאסרת ופשיטא כיון דחלו פ"א שוב לא פקעי אף שנולד עתה דבר שאין הקידושין חלין בענין כדמוכח בתוס' יבמות (מ"ט

ע"ב) ד"ה סוטה דלא ניחא להו בפרש"י שם ד"ה סוטה עיי"ש ודו"ק ולכך בעלמא הוצרך הש"ס לטעמי דמקדש אדעתא דרבנן מקדש דהוי מתורת תנאי:

ומעתה נבא לישוב קושיות הנ"ל דהנה הר"ן פ' המגרש (דפ"ג) על הא דאמרינן ע"מ שלא תנשאי לפלוני ועמדה ונישאת שהגט בטל שהקשו התוס' וכל הראשונים הא כיון שהגט בטל היא א"א למפרע ולא חלו נישואי' השני כלל וא"כ לא עברה על התנאי כלל ותי' הר"ן וז"ל ול"נ כיון שא"א לגט להתבטל אלא מחמת הנישואין ע"כ הנישואין חלו וכו' והרי הוא כאילו אמר לה הרי את מותרת לכל אדם וכו' אלא שאם תנשאי לפלוני הרי את אשתי עד שעת נישואין ומשעת נישואין ואילך אלא שבשעת נישואין אי את אשתי ואע"ג דקיי"ל בהיום אי את אשתי ולמחר וכו' כיון דפסקה פסקה ה"מ היכא דפסקה יום א' לגמרי אבל הכא לא פסקה אלא לענין שאפשר לנשואי אותו פלוני לחול עכתו"ד עיי"ש. הרי כיון דבשעת התנאי הזכיר לשון שלא תנשאי לפלוני אין התנאי מתבטל רק אם נישאת לו ממש וחלו הנישואין שעה אחת וא"כ ה"נ דאמרינן דאדעתא דרבנן מקדש כיון דלא הזכיר בהדיא התנאי ע"מ שירצו חכמים רק שאומר כדת משה וישראל אמרינן דהיתה כוונתו דהיכא דהדין הוא דחכמים יפקיעו הקידושין הוא מקדש ע"ד כן שאם הם יפקיעו הקידושין שיהי' כרצונם שיפקעו הקידושין. והנה הפקעת קידושין כבר כתבתי שחכמים יכולין לבטל ד"ת ולהתיר הקידושין אצלה דהיא קרקע עולם והוי שוא"ת ואז אם הם מפקעי הקידושין נתבטלו הקידושין לגמרי מחמת תנאי וא"כ שוב תיקשי כקושיית הראשונים הנ"ל בע"מ שלא תינשאי לפלוני דכיון שהתנאי הי' שלא תינשא ואם נתבטלו הקידושין למפרע לא חלו נישואי' כלל ולא נתבטל התנאי ה"נ נימא כיון שהתנאי הי' שיהי' כדמו"י והדין הוא שאם יעשו כן יפקיעו החכמים הקידושין ואם הם מפקיעים הקידושין נתבטלו הקידושין למפרע דע"מ כן קידשה וא"כ שוב לא הי' מקום להפקעתם לחול כלל דכיון דאין קידושין אין גט ולא עבר על תקנתא דרבנן במה שביטל הגט וכן לא תלה הוראתם כלל במה שזרק הגט קרוב לה דאין כאן גט כיון דאין כאן קידושין ובע"כ צ"ל כתי' של הר"ן דנתן מקום להקידושין לחול רגע אחת על שעת הגט ושעת השליחות כדי שיוכל תקנת חכמים לחול אבל קודם זה ולאחר זה לא יחולו הקידושין דאף דבקידושין ג"כ אינו יכול לומר היום את אשתי ולמחר א"א אשתי כמש"ל בשם הר"ן נדרים הנ"ל מ"מ שם ג"כ הטעם משום דאיתקש הוי' ליציאה דאמרינן כיון דפסקה פסקה כמ"ש התוס' והרא"ש שם בנדרים (דכ"ט) הנ"ל והרי כבר כתב הר"ן דבכה"ג ל"ש כיון דפסקה. שלא פסקה יום אחד לגמרי רק כדי שיהי' אפשר להגט ולתקנת חכמים לחול אבל לאחר הגט מתבטלין הקידושין. וא"כ סרה מהר קושית הגאון

מקאמינקא הנ"ל דמ"מ תרווייהו בא"א קמסהדי דהא רגע אחת היתה א"א דהיו מוכרחין הקידושין לחול לשעת הגט שוב אית לה חזקת איסור א"א ואינה יוצאת מחזקתה ע"י ע"א האומר קרוב לה דאין דשב"ע פחות מב' ומתיישבת ג"כ קושיתך דכיון דנתבטלו הקידושין למפרע לא היתה אשת אחיו מעולם דז"א דהרי היתה שעה אחת אשת אחיו בשעת חלות הגט וא"כ אסורה לעולם דאשת אחיו אינה היתה לעולם ודו"ק היטב כי כ"ז עמוק בעזה"י:

ובדרך יותר קצרה י"ל עפ"י דרכי הנ"ל דחכמים מפקיעים הקידושין מאצלה וממילא נפקעין כל הקידושין משום דאין קידושין לחצאין אלא שהקשיתי ע"ז שזה תינח היכא שהפקיעו תיכף בשעת חלות הקידושין כמו בב"ב הנ"ל אבל היכא שנולד אח"כ סיבה להפקעת קידושין כיון שחלו הקידושין פעם אחת שוב אין נפקעין ורמזתי שזה מחלוקת רש"י ותוס' ביבמות (מ"ט) הנ"ל גבי סוטה ועכשיו נזכרתי שי"ל שהוא ג"כ פלוגתא דאמוראי בגיטין (מ"ג ע"ב) בחצי' שפחה והב"ח שנתקדשה ונשתחררה וחזרה ונתקדשה דר"י ב"ח אר"נ פקעי קידושי ראשון ור"ז אר"נ גמרי קידושי ראשון ועיי"ש בתוס' ד"ה גמרו שמתבאר מתוך דבריהם להמתבונן בהם דכיון דהמקדש חצי אשה אינה מקודשת וח"ש וחב"ח דמקודשת הוא רק משום דלא שיירי בקנינו כמבואר שם בש"ס (מ"ג ע"א) א"כ עכשיו דנשתחררה ויש עכשיו שיור בקנינו דראוי להתקדש כולה ואם הי' עכשיו מקדש חצי' לא היתה מקודשת ס"ל לרב יוסף ב"ח דגם קידושין ראשונים פקעי כשי' רש"י ביבמות הנ"ל גבי סוטה ור"ז ס"ל כשי' התוס' דלא פקעי קידושין הראשונים וא"כ ממילא גמרו דכיון דאין קידושין לחצי' ממילא פשטו בכולה כיון דא"א לומר פקעי:

וכבר כתבתי באיזה תשובה דגם בהקדש מצינו מחלוקת בכה"ג בקדשים שמתו דיצאו מידי מעילה כיון דעכשיו אינם ראוים לגבוה כיון דאין פודין קדשים להאכילם לכלבים כמ"ש רש"י בריש מעילה ומצינו להתוס' בקידושין (נ"ז ע"ב) ד"ה מה שלי בשלך וכו' דמבואר שם דמותרים לגמרי גם באכילה והנאה דקדושה שבהן פקעה לגמרי כיון דעכשיו אינם ראוים להתקדש. ובמהר"ם מלובלין שם הקשה ע"ז וכתב דבריש מעילה משמע דבהנאה אסורין דלא פקעי קדושתן הראשונים אלא דמעילה אין בהם דלא אקרו קדשי ד' וכתבתי באותה תשובה די"ל דזה תלוי אי קדוה"ג פקעה בכדי. ולכך נכונים דברי התוס' דבריש מעילה קאזיל הש"ס אליבא דהלכתא דקדוה"ג ל"פ בכדי אבל בקידושין דבעל המימרא שם הוא ר' יוחנן אליבא דר"מ ור"י הא ס"ל דקדוה"ג פקעה בכדי כמו שהובא בר"ן הנ"ל מהירושלמי לכך שפיר כתבו התוס' אליבא דידי' דמותרין גם באכילה דפקעה קדושתן לגמרי וא"כ מעתה גם ענין זה דאפקעי' לקידושין תליא

בפלוגתא הזאת דלמ"ד דהיכא דאין ראוי עתה לקדושה גם קדושה ראשונה פקעה א"כ אצ"ל דהפקעת קידושין יהי' משום תנאי שיתבטלו למפרע אלא דכח ביד חכמים לעקור הקידושין מינה כמ"ש התוס' בב"ב הנ"ל והוי קידושין לחצאין שאם הי' עכשיו מקדש בענין זה לא היו הקידושין חלין לכך גם קידושין ראשונים פקעי. אבל למ"ד דקידושין ראשונים ל"פ בע"כ צ"ל הטעם דאפקעי' משום דהוי קידושין על תנאי ומתבטלין למפרע וא"כ ממילא מיושבת קו' הגאון מקאמינקא זצ"ל דשם בכתובות מתרץ אביי אליבא דר"י ור"י ס"ל דקדוה"ג כה"ג פקעה בכדי בקידושין (דנ"ז) הנ"ל ואליבא דידי' אצ"ל דעשאו חכמים בעילותיו ב"ז למפרע רק דהקידושין מכאן ואילך נפקעין א"כ ממילא היתה פ"א בחזקת א"א ושפיר קאמר הש"ס תרוויי' בא"א קמסהדו. ואף דבהא ס"ל להתוס' והרא"ש והר"ן בנדרים דבקידושין לכ"ע ל"מ היום את אשתי וכו' היינו משום דמקשינן הוי' ליציאה כיון דפסקה פסקה וזה רק היכא שאפשר שיחולו הקידושין או הגירושין גם אח"כ אבל בכה"ג דאין הקידושין ראוין לחול אח"כ י"ל שפיר דגם קידושין ראשונים נפקעו כדס"ל לר"י ב"ח בגיטין (מ"ג) הנ"ל וכשיטת רש"י יבמות (מ"ט) הנ"ל ודו"ק היטב:

ובעיקר קושיתך ביבמות (ד"ט) שהבאת מדברי הרמב"ן והרשב"א דבכל גט בעינן סמוכין לא הוזכר ד"ז בדבריהם דאנן קיי"ל דבגט לא בעינן ב"ד כלל ובמגרש בפני שני עדים סגי ואינהו מיירי לענין גט מעושה דבעינן דוקא ב"ד של סמוכין כמבואר בגיטין (דפ"ח) עיי"ש:

ואשר רצית לומר עפ"ד הרדב"ז דבדבר דאיתא בשאלה יכולין ב"ד לעקור ד"ת בקו"ע והבאת מד' הנוב"י מהדו"ק או"ח סי' ל"ה דאיסור א"א כיון דמשכחת דאפקעי' רבנן הוי כמילתא דאיתא בשאלה ולכן יכולין חכמים לעקור הקידושין גם בקו"ע. דבריך הם נגד הש"ס מפורש יבמות (צ' ע"ב) דע"מ דמסיק דבקו"ע אינם יכולין לעקור פריך מהא דביטלו אינו מבוטל ושרינן א"א לעלמא הרי דאף באיסור א"א אינם יכולין לעקור בקו"ע. ואולם יש ליישב דבריך דשם לא ידע הש"ס עדיין מסברא דאפקעי' כיון דעכ"פ אפשר להפקיעי' הוי כמילתא דאיתא בשאלה אלא דזה נגד דברי התוס' שם (דפ"ח ע"א) ד"ה מתוך וכל הראשונים שם שדחקו למצוא טעם האיך התירו מחמת תק"ע להאמין ע"א ולהתיר א"א לעלמא אמאי ל"ק דבאיסור א"א יכולין לעקור ד"ת גם בקו"ע אליבא דמסקנא. ואמנם נראה לפרש דברי הרדב"ז וליישב גם מה שהקשיתי עליו מנדה (דמ"ו) דפריך הש"ס למ"ד דמופלא הסמוך לאיש הוא מדאורייתא מברייתא ויתומה שנדרה דבעלה מפר לה דהאיך אתי נשואין דרבנן ועקרו לנדרא דאורייתא ומאי קושיא הא נדר איתא בשאלה. וליישב ג"כ מה שהקשית לשיטת הסוברים דכל מילי דרבנן הוי

דאורייתא ממש מלאו דל"ת א"כ אמאי אינם יכולין לעקור ד"ת גם בקו"ע. ונלע"ד דחדא מיתרצא בירך חבירתה דמה בכך דאיסורי חכמים הם ג"כ מדאורייתא מ"מ הא גם במילי דאורייתא אין איסור דוחה חבירו רק היכא דשייך לומר עשה דוחה ל"ת וכדומה וא"כ שפיר קאמר הש"ס העמידו דבריהם רק בשוא"ת כמו באכילת בשר קרבן ביבמות שם ושופר ולולב דכיון דבמילי דרבנן איכא עשה ול"ת. לאו דל"ת ועשה דשאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך לא אתי עשה דואכלו אשר כופר בהן ועשה דשופר ולולב ודחי ל"ת ועשה דדבריהם וכן בערל והזאה אף דפסח הוי עשה שיש בו כרת ודחי עשה הקל דעלי' השלם מ"מ ל"ת ועשה אינו דוחה לדעת התוס' חולין (דע"ח) עיין מלוה"ר באות עדל"ת אות ה' אבל בקו"ע כמו איסור דא"א אינו נדחה מפני מילי דרבנן חדא דהוי ל"ת שיש בו כרת ומיתה ואינו נדחה מחמת עשה ועוד אטו מדרבנן החיוב הוא שתנשא הא רבנן לא קאמרו רק שמותרת לינשא וליכא עשה דלידחא דא"א ל"ב ליתא לעשה. והא דקאמר שם הש"ס דלא הורצה להתיר בשר לאכילה אבל בעלים נתכפרו מחמת חולין אף דחולין בעזרה הוא רק לאו הבמ"ע מ"מ לא דחי לי' עשה דשאל אביך דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש. וא"כ מיושב שפיר קושיתך על הרדב"ז מיתומה שנדרה דבשלמא נדר להתענות בחנוכה ופורים דאיכא עשה כל"ת דרבנן שלא להתענות רק לאכול א"כ נהי דבנדר איכא ג"כ עשה כל"ת כמ"ש הרא"ה מ"מ כיון דנדר ישנו בשאלה א"כ כמו דאמרינן דעשה החמור דוחה עשה הקל ונדר דישנו בשאלה הוי עשה ול"ת הקל ונדחו מפני ל"ת ועשה דל"ת ושאל אביך אבל ביתומה שנדרה נהי דמחמת נישואין דרבנן יכול להפר מ"מ אין כאן מצוה שיפיר ולא שתבטל היא את נדרה וליכא כלל עשה ול"ת שידחה העשה ול"ת דנדר ושפיר קאמר הש"ס דבכה"ג אין חכמים יכולין לעקור ד"ת:

ומה שהקשה בתוס' ב"ק (דקי"א) שהקשו התוס' דל"ל קרא דאם הביא אשמו עד שלא הביא את גזילו בהדיוט דלא יצא אמאי לא ילפינן מנהנה מן ההקדש דאם הביא האשם קודם המעילה דלא יצא כדילפינן לענין חומש ושאר דברים עיי"ש והא כתב הט"ז ביו"ד סי' ג' דלחומרא לא ילפינן חולין מקדשים ולא לקולא וא"כ לענין חומש שאינו מעכב שפיר ילפי' דאם בקדשים אינו מעכב כ"ש בחולין אבל לחומרא לא ילפינן ואמרי' דדוקא בהקדש אם הביא אשמו קודם גזילו לא יצא עכת"ד. ולא אבין קושייתו דהא דאם הביא אשמו קודם גזילו לא יצא דהוי כטובל ושרץ בידו ולא יוכל להביא אשמו לכפר כ"ז שלא תיקן האיסור והחזיר הגזילה וא"כ כיון דעיקר הקפידא הוא על האשם דגריעותא וגנאי הוא להאשם שיהי' קרב כ"ז שלא תיקן את האיסור והאשם בין בנהנה מן ההקדש בין בגזל הגר קדשים הוא ולא ילפינן חולין מקדשים רק קדשים מקדשים ואדרבא גזל

דהדיוט חמור מגזל דהקדש דלמ"ד גזל עכו"ם לאו דאורייתא משום דרעך ואחיך ממעט עכו"ם כמו כן הקדש דכל הני מילי דממעטינן מרעך ורעהו גם הקדש ממעטינן ועי' לב ארי' ר"פ שילוח הקן דר"ל דהשבת אבידה ל"ש בהקדש מה"ט דכתיב אחיך וא"כ ל"ש לומר כלל בזה דלא ילפינן חולין מקדשים לחומרא כנ"ל. ועיין שטמ"ק בכורות (י"ג ע"ב אות א') דמשמע מדבריו דבגזל לא ילפינן הקדש מעכו"ם וצ"ע:

והנה בעת סיימתי המכתב הי' לפני אברך אחד והקשה אותי קושיא אחת ואמרתי להעלות על המכתב בשולי היריעה מה שתירצתי לו בקצרה. אשר הקשה ביו"ד סי' ס"ט לענין בשר ששהה ג' ימים שבטל ברוב שכ' הב"י דל"ה דשיל"מ מה שמותר לצלי דלצלי לא נאסר מעולם והקשה אותי לפי"מ דמבואר בסי' ק"ב ובפרמ"ג שם דאף אם למחר לא יותר לגמרי רק שיהי' קל יותר ג"ז מקרי דשיל"מ וא"כ כאן דלבשל אחר צלי יש דיעות הרבה שמותר אלא שאנו מחמירין גם בהא א"כ הוי שפיר דשיל"מ דהא עכשיו הוא אסור לבשל ויש לו היתר לבישול אחר שיצלנו ותירצתי לו דלכאורה אינו מובן מ"ש הב"י דל"ה דשיל"מ דלצלי לא נאסר והא מ"מ לדברי הר"ן דטעם דשיל"מ כיון דיהי' לו היתר שם היתר עליו והוי מב"מ א"כ מכ"ש מה שיש לו היתר תיכף לצלי. אך צ"ל עפי"מ דקאמר הש"ס בחולין (דט"ו) דלמ"ד בהמה לגדל וולדות עומדת מה דשחטי' בהמה ביו"ט הוא משום דכיון דעומדת לשני הדברים א"כ ביו"ט כששוחטין אותה הוברר הדבר דמעיקרא לאכילה עומדת ובשבת דאסור לשחוט כשהגיע בהש"מ ולא שחטה הוברר דלאו לאכילה עומדת עיי"ש אלא דמסיק הש"ס דתלוי בפלוגתא דברירה א"כ ה"נ בשלמא בדשיל"מ שתלוי בזמן כגון ביצה שנולדה ביו"ט דלמחר תהי' מותרת כבר ידוע מ"ש הר"ן בנדרים (דף ע"ב) דמה שתלוי בזמן הוי כאילו כבר חל דזמן ממילא קאתי אבל דבר שתלוי במעשה ובדשיל"מ דהוי דרבנן ואמרינן הוברר הדבר שפיר קאמר הב"י כיון דבע"כ השאלה עכשיו בבשר זה שנתערב אם מותר לבשלו ולאוכלו ע"י בישול דלצלי לא הי' בא לישאל דלזה לא נאסר מעולם ובע"כ דרוצה לאוכלו ע"י בישול וכיון דיאכלנו ע"י בישול ולא יבוא לידי צלי לעולם א"כ הוברר הדבר דלבישול הי' עומד ולא לצלי וא"כ אינו דשיל"מ כלל ולא נקרא עליו שם היתר שיהי' מב"מ וא"כ גם קו' הנ"ל ל"ק דמאי אמרת דיהי' מותר בבישול אחר הצלי' הא מ"מ עכשיו הוא השאלה לבשלו ולא בלא צלי וא"כ הוברר הדבר דלא יבוא לידי בישול אחר צלי' לעולם ולא יהי' עליו שם היתר לעולם ואולם נזכרתי שבדברי הר"ן עצמו בנדרים (דנ"ב) מוכח שאינו סובר הסברא הזאת ולא עיינתי היטב כי כותב אנכי בחפזון:

כ"ד דושת"ה דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאמאל.

סימן פה

שלום אשיב להעלם המופלג היקר כמר **אהרן יעקב מענש** ג"י בק"ק **לבוב**.

מכתבו במועדו הגיעני ומחמת טרדותי נתאחרה תשובתי עד כה. אשר הקשה לפי"ד התוס' יבמות (די"א ע"א) דלא עשתה התורה בסוטה ספק כוודאי אלא להחמיר ולא להקל וא"כ בספק טומאה ברה"י דגמרינן מסוטה ג"כ דינא הכי. א"כ אמאי כתבו התוס' בחולין (ד"ט ע"ב) (וכ"ה ג"כ בנזיר נ"ז ע"א) דנזיר טמא מספק ברה"י מביא קרבן טומאה ודלמא הוא מביא חולין בעזרה דלהקל לא עשאתו תורה כוודאי. הנה יעיין בזה באריכות ברי"ט אלגזי בכורות פ"ה אות מ"ג שמאריך מאוד בפרט הזה. אם ספק טומאה הוא כוודאי לכל מילי או רק לענין טומאה וטהרה בלבד. ויעיין ג"כ במנ"ח מצוה רס"ג בד"ה והנה לא אמנע שמאריך ג"כ בזה וכפי הנראה לא ראה דברי הריט"א הנ"ל. וכן מה שמסתפק שם אם חייב על טומאת מקדש וקדשיו על ס"ט ברה"י לפלא הוא שהדבר מבואר בת ס' שבועות (די"ט ע"א) ד"ה הלך שחייב על ביאת מקדש וכבר רשמתי זאת על גליון המנ"ח שלי. וקושייתך שהקשית הא לקולא לא עשאתו התורה כוודאי לק"מ דהתוס' כתבו רק שספק סוטה לא תיפטר בלא חליצה דאין לה היתר לינשא לשוק בלא חליצה. דלקולא איננה כוודאי וחיישינן דלמא לאו סוטה היא וצריכה חליצה, ובזה לא תעבור על מימרא דרחמנא כלל. דנהי דלהחמיר עשתה התורה כוודאי מ"מ גם וודאי סוטה אין איסור בדבר אם תחלוץ דבחליצה אין שום איסור אלא דקולא היא בוודאי סוטה דא"צ חליצה. אבל ספק סוטה לא עשתה תורה כוודאי לקולא שלא תצטרך חליצה. אבל ספק נזיר טמא וכן ספק טמא שנכנס למקדש שוודאי טמא מוכרח להביא קרבן וחומרא הוא גבי' שמוכרח להביא קרבן. וא"כ כיון דספק עשאתו תורה כוודאי לחומרא הרי מוכרח הוא להביא קרבן ואם לא יביא יעבור אמימרא דרחמנא. א"כ ל"מ דליכא איסור דחב"ע אם יביא קרבן. דהא כיון דאמרה תורה שמחויב להביא קרבן כוודאי. א"כ מאי חולין בעזרה יש כאן. הא נתפס שפיר הקרבן בקדושה דהרי התורה החמירה עליו וחייבתו בוודאי בקרבן. א"כ הרי הוא מחויב קרבן וחל קדושה על הקרבן וליכא איסור חב"ע כלל. אלא אף לענין תגלחת טומאה דאיכא איסור הקפה ואיסור גילוח דנזיר טהור דדילמא הוא טהור מ"מ כיון דבוודאי טמא אמרה תורה שיגלח אף דאיכא איסור הקפה ואיסור גילוח דנזיר מטעם דעשה דתגלחת טומאה דוחה הנך איסורא ה"נ בספק טומאה דחייבתו התורה לגלח הרי שוב רמיא עליו חיוב תגלחת כמו בוודאי א"כ מצוות תגלחת זאת דוחה איסורי הנ"ל

ובזה אפשר ליישב קושיית התוס' בנזיר (דנ"ז) הנ"ל ובחולין (ד"ט) על מתניתין דראיתי טומאה שנזרקה ביניכם קאמר שם הש"ס דהוי רה"י. א"כ אמאי צריכין להביא דוקא על תנאי הקרבנות הא ס"ט ברה"י כוודאי חשבינן לי' וחייב להביא קרבן טומאה בוודאי. ולפי הנ"ל י"ל כיון דלקולא לא עשאתו תורה כוודאי. ועדיין הוא בכלל ספק טמא. נהי דהחמירה עליו התורה שיהי' דינו כוודאי ולהביא קרבנות של וודאי מ"מ זה רק היכא דא"א בענין אחר. אבל בראיתי טומאה שנזרקה ביניכם דאחד וודאי טמא. ויכולים להביא בשותפות על תנאי כדקאמר שם במתניתין וודאי די בקרבן אחד דכיון דבכלל ספק הוא אלא שראתה התורה להחמיר עליו שיהי' כל דינו כוודאי. א"כ וודאי לא הצריכה התורה להחמיר עליו יותר מוודאי טמא וכל וודאי יוצא בקרבן אחד וא"צ שני קרבנות. א"כ למה יהי' צריך כאן ששניהם יביאו כ"א קרבן ויהי' קרבן אחד לבטלה:

אלא דלפי"ז תקשי קושיא עצומה על מה דפריך שם הש"ס (דנ"ז ע"ב) טל הא דשניהם מגלחין כ"א שני תגלחות. א' לסוף ל' ואחד לסוף ששים והא קעביד הקפה ואצטריך לשנויי בנשים. ומאי קושיא והא באמת מן הדין הי' מחויב כ"א לגלח תיכף בסיף ח' תגלחת טומאה כיון דס"ט ברה"י כוודאי חשבינן לי'. אלא כיון דרק להחמיר חשוב כוודאי א"כ כל היכא דאפשר לעשות בהיתר. ולכך אסור לגלח בסיף ח' דדילמא אינו טמא ואסור בתגלחת תוך ל' לנזרו ומחויב להשלים נזירותו ולגלח לסוף ל' על תנאי שיהי' או תגלחת טומאה או תגלחת טהרה ויתחיל למנות מחדש ל' יום ויגלחו שניהם לבסוף עוה"פ תגלחת טהרה דממ"נ יעשה כדין כמבואר שם במתניתין. וא"כ כ"ז לצאת מידי ספק לענין איסור תגלחת בימי נזרו שיש עצה לעשות בהיתר אבל לענין איסור הקפה דא"א לעשות בהיתר כלל דכל אימת שיגלח יהי' איסור הקפה ואין עצה רק לומר שלא יגלחו כלל רק פ"א וזה א"א דהא יעבור על דברי תורה שהתורה אמרה שכל נזיר טמא מוכרח לגלח שני תגלחות תגלחת טומאה ותגלחת טהרה ולהחמיר הרי הוא כטמא וודאי כמש"ל וזה קושיא עצומה לכאורה:

אך נראה דהנה בנזיר שם (דנ"ח) ויבמות (ד"ה) פריך הש"ס דנילף בעלמא דעשה דל"ת ועשה מתגלחת מצורע דדוחה ל"ת ועשה דנזיר ומשני שאני נזיר דישנו בשאלה. ולכאורה קשה דנילף מתגלחת טומאה דדוחה ל"ת ועשה דנזיר, וע"ז אין לשנות דישנו בשאלה, דהא גם העשה דתגלחת טומאה ישנו בשאלה, וכמ"ש המהרש"א ביבמות (ד"ד ע"א) ד"ה בא"ד לענין לתו"ע שאשב"כ, דהיכא דגם העשה אינו שוה בכל, דינו כמו אם שניהם היו שווים בכל. א"כ ה"נ כיון דעשה דתגלחת טומאה דישנו ג"כ בשאלה דוחה לתו"ע דנזיר דישנו בשאלה, ה"נ נילף בעלמא דעשה דליתא בשאלה דוחה לתו"ע

דליתנייהו בשאלה. אך צ"ל כמ"ש התוס' ביבמות (ד"ג ע"ב) ד"ה ל"ת דמש"ה לא ילפינן דע"ד ל"ת שיש בו כרת מיבום דאשת אח, כיון דלא משכחת יבום בענין אחר, א"כ ה"נ א"א למילף מתגלחת טומאה דדוחה איסור גילוח דנזיר, כיון דא"א לקיים מצוות תגלחת טומאה בענין אחר. וא"כ לפי"ז בנזיר שנטמא בס"ט ברה"י נהי דלהחמיר עשאתו תורה כוודאי, ויש בו עשה דתגלחת טומאה כמו בוודאי, מ"מ כיון דלקולא צא עשאתו תורה כוודאי, א"כ איכא בו איסור דגילוח נזיר, אי משום לתו"ע דנזיר, ואי משום לאו דהקפה, וכיון דבעלמא קיי"ל דאין עשה דוחה לתו"ע ה"נ אין עשה דתגלחת טומאה דוחה לתו"ע דאיסור תגלחת דנזיר, ואף דישנו בשאלה הא גם העשה דתגלחת טומאה איתא בשאלה וגם לאו דהקפה אינו דוחה אף ל"ת גרידא כיון דהעשה דתגלחת טומאה ישנו בשאלה א"ד ל"ת גמורה כמו הקפה דליתא בשאלה, ונהי דנזיר וודאי מגלח בטומאה היינו משום דגלי קרא, אבל בנזיר טמא בס"ט ברה"י דלא גלי קרא ולא עשאתו תורה כוודאי אלא להחמיר, נהי דאיכא בו עשה דתגלחת טומאה כמו בוודאי, אבל יש בו ג"כ איסור תגלחת דנזיר טהור, דלקולא אינו נעשה כוודאי, והדרינן לכללא דאין ע"ד לתו"ע, וגם עשה דישנו בשאלה כמו תגלחת דנזיר טמא א"ד לאו דהקפה. ולכך פריך הש"ס שפיר והא קעביד הקפה. ויצא לנו מזה דנהי דס"ט ברה"י מביא קרבן טומאה בוודאי, אבל לגלח תגלחת טומאה אינו יכול מספק משום איסור הקפה או איסור גילוח דנזיר אך נראה דז"א ג"כ רק בטומאה שבין שני נזירים. אבל נזיר אחד שנטמא בס"ט ברה"י שפיר מותר לגלח, דכיון דלהחמיר הוא כוודאי והרי הוא וודאי מחויב בתגלחת טומאה, ואיסור גילוח דנזיר הוא רק ספק, דנהי דלקולא אינו כוודאי אבל עכ"פ יותר מספק לא הוי, וא"כ וודאי דאינו נדחה חיוב תגלחת טומאה שחייבתו התורה בוודאי מפני ספק איסור גילוח, דאף למאן דס"ל ספד"א מה"ת לחומרא מ"מ איננו חמור כוודאי ואין מניחין וודאי מפני ספק, רק בשני נזירים שנטמא אחד מהם ואחד הוא וודאי טהור, א"א להתיר לשניהם לגלח תגלחת טומאה בתוך ל' לנזירותם, דהא אחד מהם וודאי יעשה איסור. ואין עשה דתגלחת טומאה שישנו בשאלה דוחה איסור תגלחת נזיר שהוא לתו"ע כמש"ל. ומעתה יהי' יותר דרך מורווח ליישב קושיית התוס' הנ"ל. דאמאי הצריכה המשנה להביא קרבנותיהם בשותפות דרך תנאי, והא בלא"ה כ"א יוכל להביא קרבן טומאה, דס"ט ברה"י חשוב כוודאי, דז"א דכיון דאין יכול לגלח בשמיני, דלהקל באיסור תגלחת לא עשאו תורה כוודאי, ומוכרת להמתין עד יום ל' לגלח ממ"נ או בתורת תגלחת טומאה או בתורת תגלחת טהרה, ומוכרח להביא אז מקרבנות טהרה כדי לגלח על אחת מהדמים א"כ אם

יביא כ"א גם קרבנות טומאה יהי' תרתי דסתרי, דאם הוא טמא איננו טהור ואם טהור איננו טמא ובע"כ מוכרחים להביא שניהם בשותפות דרך תנאי:

אלא דתקשי ע"ז מסיפא דמתניתין שם (דנ"ט ע"ב) דמת אחד מהם מהב' נזירים הי"ל דפליגי שם תנאי מה יעשה השני, ולפימ"ש אדרבא אם מת אחד מהם יכול השני לבדו לגלח ולהביא קרבן טומאה, דכיון דליכא תרתי דסתרי א"כ כיון דמחויב לגלח מתורת וודאי אין זה נדחה משום ספק איסור תגלחת דנזיר כמש"ל, וממילא יוכל להביא גם הקרבנות טומאה ג"כ בלי שום תנאי. ואולי י"ל עפי"מ דמשמע בהוריות (די"א) גבי נשיאות מהו שתפסיק ובזבחים (די"ב ע"ב) בתוס' ד"ה הכא דגם בגברא שייך דיחוי, דאף דלא הפריש קרבן עדיין מ"מ אם הגברא נדחה פ"א מקרבן שוב אינו חוזר ונראה. וכה"ג מצינו בסנהדרין (דמ"ז ע"ב) דהואיל ונדחה בתחלת אבילות שוב אינו חל עליו אבילות ופטור מלהתאבל לגמרי עיי"ש. וא"כ ה"נ כיון דבתחלה בשעה שנולד ביניהם הס"ט ברה"י לא נתחייבו אז שיביא כ"א מהם קרבן טומאה מטעם שכתבתי למעלה דכיון שהיו שנים לא היו יכולין לגלח ולהביא קרבן טומאה וקרבן טהרה יחדיו משום דהוי תרתי דסתרי, וא"כ אותו שהוא טהור באמת נדחה מקרבן טומאה אף דאצלינו הוא בספק. א"כ גם עתה שמת אחד מהם. אינו חל עוד חיוב על אותו שהוא טהור באמת רק על הטמא לחוד, וכיון דלא ידעינן מאן הוא, שפיר פליגי שם תנאי מה יעשה בקרבנות עיי"ש. ול"ד למ"ש התוס' בזבחים הנ"ל דהיכא דנדחה מחמת טעות ל"ה דיחוי, דזה רק היכא שעכשיו נתברר שבטעות ושלא כדין נדחה, אבל הכא אדרבא הרי גם עכשיו אין אנו יודעין מי הטמא והטהור, אלא דאמרינן דהטהור שבהם שנדחה מלהביא קרבן טומאה, אף דהי' ס"ט ברה"י, כיון דלא אפשר מחמת תרתי דסתרי אינו חוזר ונראה לעולם, זה לא חשיב נדחה מחמת טעות, דאדרבא אם אנו יודעין שהוא טהור לא הי' מחויב מעולם בקרבן טומאה. ודוק היטב בכ"ז:

ואשר הקשה ביבמות (דפ"ח) דאמרינן דע"א אינו נאמן באיתחזק איסורא והא קרא דלא יקום ע"א באיש דאינו קם לממון ג"כ יש חזקת ממון ובכה"ג אף באיסורין אינו נאמן. עכ"ד. הנה אם נאמר דבממון דע"א אינו נאמן הוא רק היכא דאיכא חזקת ממון אז וודאי לק"מ דזה גופא ילפינן מממון דהיכא דהוי נגד חזקה לא מהימן וזה הוא באמת דעת המהרי"ק דגם לענין דשב"ע בעינן דווקא איתחזק איסורא דומיא דממון אבל באמת לענין ממון גם היכא דליכא חזקת ממון ע"א אינו נאמן. כמבואר להדיא בש"ס ב"מ (דכ"ח ע"א). וסימנין ועד אחד עד אחד כמאן דליתא דמי. הרי באבידה דליכא מוחזק כלל ואפ"ה ע"א ל"מ בממון וא"כ ל"ק קושיתו כלל דקרא דממון איצטריך דגם היכא דליכא

חזקה ע"א אינו נאמן. ובאיסורין נאמן היכא דליכא חזקה. ויעיין בזה בשער המשפט סי' ל"ג וירוה צמאונו ויותר אין בידי להאריך:

כ"ד הכותב למען כבוד תוה"ק.

דוד מנחם מאניט באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

דרוש לנשואין עם תלמיד אחד (שייך להלכות קידושין)

הרא"ש פ' מרובה הל' ב' כתב דקידש בגזל לאחר יאוש צריכה גט לחומרא. דמדרבנן יאוש קונה. ותמה שם ע"ז בפלפלא חריפתא הא איכא יאוש ושינוי רשות אצל האשה. דכתב הרא"ש עצמו בקידושין גבי האי איתתא דהוי מזבני וורשכי דמקודשת מדאורייתא ע"י יאוש וש"ר. ונ"ל לישב. דהנה הכל תמהו דאמאי מקודשת ע"י יאוש וש"ר. הא בש"ר האשה היא דקנתה משום דבהיתרא אתי לידה זוכית היא מהפקר כיון דנתייאשו הבעלים. וא"כ הבעל אינו נותן לה כלום משלו. ואנן בעינן ונתן הוא שצריך שהכסף קידושין יהי' שלו עיין בא"מ ובקצה"ח סי' שנ"ג. וכה"ג הקשה הרשב"א ועוד ראשונים בב"ק והרמב"ן במלחמות בסוכה על הא דגנב ונתייאשו הבעלים והקדיש אח"כ דהקרבן כשר משום יאוש וש"ר ביד הקדש והא הוי הקדש בלא בעלים דהגזלן שהוא המקדיש לא קנה הדבר מעולם. ונ"ל לישב. דהנה ידוע שיטת הרמב"ן במלחמות פ' מרובה הובא בקצה"ח סי' רס"ב סק"א וכ"מ שהיא ס' התוס' ב"ק (דס"ז ע"א) ד"ה הא לא"ה דהא דיאוש ושינוי השם או ש"ר קונה. לאו דבעינן הצטרפות תרוויי' דאי כל חד לחודי' לא קני בהדי הדדי נמי לא קני. אלא דעיקר הקנין הוא השינוי. דשינוי קונה כתיבא ותנינא. רק אי לאו יאוש מה שהגזלן שינה שמו אינו כלום דכיון דהבעלים מרדפים אחריו כשיבואו הבעלים ויקחוהו ממנו יחזירו שמו כבראשונה אבל לאחר יאוש שהבעלים כבר נתייאשו מלבקשו ולא ירדפו עוד אחריו ויושאר שמו שקרא לו הגזלן הוי שינוי מעלייתא וקנה ומה"ט באמת שינוי מעשה שאינו חוזר קונה בלא יאוש עיין תוס' סוכה (ל' ע"ב) ד"ה וליקנייה. והנה בתוס' ב"ק הנ"ל מבואר דה"ט ג"כ דשינוי רשות בהדי יאוש אך כד מעיינין שפיר לא דמיין להדדי דבשלמא שינוי השם דתלי רק בשם שקוראין לו וכיון דהבעלים כבר נסתלקו מכאן ויהי' נקרא בשם שקבע לו הגזלן הוי שינוי מעלייתא אבל שינוי רשות דצריך שיהי' מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון וזה לאו בקריאת שם תליא מילתא רק בענין אמיתי שישתנה ויכנוס לרשות אחר דמעיקרא יהי' קנינו של ראובן והשתא קנינו של שמעון ובעינן שיהי' יוצא לגמרי מרשות הראשון, ומה"ט ס"ל להנ"י הובא בחו"מ סי' שס"א ס"ה בהגה. דאם מוכר באחריות ל"ה ש"ר א"כ כיון דיאוש לחוד אינו קונה ואינו של הגזלן עדיין ומה שמכרו להלוקח לאו כלום הוא דאין

אדם מוכר דשא"ש. א"כ ליכא ש"ר כלל כיון דהלוקח לא קנה אותו. וא"ל דמטעם שינוי השם קאתי עלה דמעיקרא נקרא תורא דראובן והשתא נקרא תורא דשמעון ז"א כלל דאין לו דמיון כלל דשינוי השם הוי רק כשצורת החפץ מורה על שמו ויהי' הכל קורין אותו כך כמו הוצי ועשאן הושענא ע"י איגוד כל הרואה אותו קורא אותה הושענא וכן חולין ועשאן תרומה דבהכרח קורין אותה תרומה כדי שלא יבואו זרים לאוכלה ובכל מקום שהיא אחד מודיע לחבירו שהיא תרומה והכל קורין אותה תרומה והוי שינוי השם ובפרט שהיא שם שהתורה קבעה לה שם זה משא"כ אם ימכור אדם שלחן או תיבה או מנורה וכדומה לחבירו לא ישתנה שמו בשביל כך ואין שום אדם קורא אותו שלחן של שמעון או שלחן של ראובן רק שלחן סתם פשיטא דאין זה שינוי כלל. וגם דא"כ למה חלקו אותו חז"ל לשנים. שינוי השם ושינוי רשות הרי הכל הוא רק שינוי השם לחוד. אלא ע"כ דשינוי רשות מילתא אחריתי היא שהיא שינוי בעצם ובאמת שמעיקרא הי' קנינו של ראובן והשתא נעשה קנינו של שמעון וא"כ שוב קשיא במה נעשה קנינו של שמעון הא מכירתו של הגזלן אינו מכירה כלל. ואין לומר ג"כ דהטעם הוא כמש"ל דיאוש הוא הפקר רק דהגזלן אינו יכול לזכות מההפקר כיון דבאיסורא אתי לידו ונתחייב בהשבה אבל הלוקח זוכה מהפקר כמו אבידה דבהיתרא אתי לידי'. ז"א חדא דא"כ קשה קושיות הנ"ל אמאי האשה מתקדשת בגזל משום יאוש וש"ר כיון דהיא מעצמה זוכית מההפקר א"כ אין הכסף של המקדש כלל ובמה מקדשה וגם איך מהני הקדש כה"ג לענין קרבן הא לא הוי קדשי בני ישראל והוי הקדש בלא בעלים כמש"ל. ועוד דא"כ אמאי קרי לי' הש"ס יאוש וש"ר דמשמע דהקנין הוא להגזלן מתורת שינוי דילפינן מקרא דגזלן קונה בשינוי והא אין כאן קנין להגזלן כלל בתורת שינוי רק הלוקח קונה מהפקר ומאי זה ענין לשינוי:

ולכן נלע"ד בזה דהנה קשה לפימש"ל דשינוי רשות הוא עיקר הקנין משום דהגזלן קונה בשינוי מקרא דוהשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר וכו' ושינוי רשות הוא ג"כ שינוי א"כ קשה הא כל יאוש הוא הפקר והפקר הוא ג"כ רשות אחר דיצא מרשות בעלי' לרשות הפקר לכל העולם (וזכורני שראיתי ברשב"א ב"ק שהפקר הוי ג"כ רשות אחר ואיני זוכר את מקומו) וא"כ יאוש כדי אמאי לא קנה הא איכא ג"כ שינוי רשות דיצא מרשות בעלי' להפקר אך צ"ל עפי"ד הנתיבות בסי' רס"ב והקצוה"ח בסי' ת"ה דיאוש לדידן הוי כמו הפקר לר"י בנדרים דבעינן אתי לרשות זוכה עיי"ש וכ"ז דלא אתי לרשות זוכה לא נגמר ההפקר. א"כ יאוש כדי דהגזלן אינו יכול לזכות בו משום דבאיסורא אתי לידו ונתחייב בהשבה א"כ לא נגמר ההפקר וליכא שינוי רשות. והנה המעיין בנדרים

ס"פ אין בין המודר בסוגיא דהפקר בכל הסוגיא שם יראה ויבין דגם לר"י דבעינן אתי לרשות זוכה מ"מ כשזכה מתורת הפקר נגמר ההפקר למפרע והוי כזוכה מהפקר ולא מתנה היא דאל"כ לא הי' משכחת לר"י שהפקר יהי' פטור ממעשר עיי"ש בר"ן (דמ"ד ע"א) ד"ה רישא רבנן באה"ד מש"ש וכ"ת וכו' ופטור מהמעשר היכי אתיא לי' שפיר וכו' ואפשר לומר וכו' דאי זכה בה אחר זכה מהפקירא ולא ממתנה וכו' עיי"ש היטב בדבריו ותמצא כמ"ש. וא"כ נכון הכל שפיר דאחר יאוש כשמכרו הגזלן או נתנו לאחר האחר זוכה בו מתורת הפקר כמו יאוש דאבידה כיון דלהלוקח בהיתרא אתי לידי' אחר יאוש אך כיון דהלוקח זוכה בו הוי אתי לרשות זוכה ונגמר ההפקר למפרע וא"כ הי' עוד שינוי רשות ביד הגזלן דהפקר הוי ג"כ שינוי רשות וא"כ קנה אותו עוד הגזלן בשינוי נמצא דע"י קנין של הלוקח בא קנינו של הגזלן למפרע. ומיושב שפיר כל הקושיות הנ"ל דמש"ה יכול הגזלן לקדש בו אשה או להקדישו לשמים דע"י קנין האשה או ההקדש נגמר ההפקר למפרע וקנאו הגזלן בשינוי רשות ונותנו הוא להאשה או להקדש והוי שפיר הכסף של המקדש והקרבן של הגזלן שהוא המקדיש:

ובזה יובן מאד היטב מה דמבואר בסי' שס"א ס"ה דשינוי רשות בע"כ של הגזלן ל"מ ולפי"ד המפרשים הנ"ל דש"ר קונה רק הלוקח לחוד משום דבהיתרא אתי לידו א"כ מאי איכפת לן אם נוטלו מהגזלן בע"כ הא איהו מהפקירא קזכי וגם הנתיבות שם תמה ע"ז מהא דסי' שס"ח דמציל מהגייס או מהלסטים הרי הוא שלו משום דנתייאשו הבעלים וקנה ביאוש וש"ר, והא הוי בע"כ של הגזלן. אך לפי הנ"ל הכל נכון דלפימ"ש דכשהקונה זוכה בו קנאו הגזלן למפרע ע"י שינוי רשות של ההפקר דגזלן קונה בשינוי א"כ הרי הוא של הגזלן ואם הקונה רוצה לזכות בו שלא מדעת הגזלן אינו יכול דאין אדם יכול לזכות בשל חבירו בע"כ ואם הוא לא זכה א"כ גם הגזלן לא זכה דהא לא אתי לרשות זוכה ולא נגמר ההפקר ולא הוי שינוי רשות ונמצא דקנינו של הלוקח וקנינו של הגזלן תלוים זב"ז וא"א לזה בל"ז. ולכך כשהגזלן נותנו להלוקח מדעתו אז מקודם זוכה הלוקח מתורת הפקר ואחר שקנאו מתורת הפקר ונגמר ההפקר למפרע קנאו הגזלן למפרע בשינוי ואז קנאו הלוקח ע"י מה שהגזלן מוכרו או נותנו לו. אבל אם לוקחו מהגזלן בע"כ שלא מדעתו. א"א לשני הקנינים לחול כלל דממ"נ אם נאמר דהלוקחו זוכה בו מההפקר ונעשה ש"ר וקנאו הגזלן בשינוי. ונעשה הלוקח כלוקח חפצו של הגזלן שלא מדעתו דאיני קונה וכיון דהוא אינו קונה הרי לא אתי לרשות זוכה וצא ונגמר מהשקר וליכא ש"ר ולא קנה גם הגזלן לכך נשאר כמו שהי' ברשות הנגזל ונכון הדין שבסי' שס"א דש"ר בע"כ לא מהני. ויש לישב ג"כ קושית הנתיבות ע"ז מהא דמציל מהגייס וכו' דלפימ"ש עיקר

הטעם דש"ר בע"כ ל"מ משום דנעשה של הגזלן למפרע וא"י הקונה ללקחו שלא מדעתי וא"כ כ"ז כשהגזלן הוא לפנינו או גם הנגזל ובאים שניהם לתבוע מהלוקח אז שייך סברתי הנ"ל דקנין הלוקח וגם הגזלן בטל מכח ממ"נ ונשאר ברשות בעליו אבל בהא דסי' שס"ח שהוא מהש"ס ב"ק (דקי"ד ע"א) במשנה המציל מהנהר מהגייס או מלסטים משמע לסטים דומיא דגייס ונהר שהמציל מהם ידו תקיפה והלסטים והגייס עצמם ודאי מייאשי מליקח בחזרה מהמציל וא"כ שפיר קונה המציל כיון דהבעלים כבר נתייאשו מאי אמרת א"כ קנאו הלסטים בש"ר למפרע ז"א דמהלסטים עצמם קנאם המציל ביאוש דהם עצמן נתייאשו ואי דאצל הלסטים ליכא עדיין שינוי רשות אצל המציל וליכא רק יאוש לחוד ז"א הרי הא דיאוש לחוד אינו קונה הוא רק משום דבאיסורא אתי' לידי' וכאן ל"ש זאת חדא דהא המציל מצוה קעביד ולמאן דמפרש הטעם דבא לידו קודם יאוש ל"מ משום דכבר נתחייב בהשבה לא מצי תו לזכות בו ג"כ לא שייך כאן דהמציל מעולם לא נתחייב בהשבה דכשבא לידו כבר נתייאש הנגזל מאי אמרת דכיון דהוא קנאו קנאו הגזלן למפרע ונעשה כגוזל מהגזלן ז"א דהא קנינו בא קודם להגזלן דכל דלא אתי לרשות זוכה לא נגמר ההפקר ול"ה ש"ר ולאחר שזכה הוא אף שאח"כ קנאו הגזלן מ"מ הרי הגזלן ג"כ נתייאש אז ונמצא דבא קנינו או קודם הקנין של הגזלן או עכ"פ בב"א ולא נתחייב רגע אחת בהשבה וקנאו מהגזלן ג"כ ביאוש כנ"ל נכון בישוב קו' הנתיבות:

ועפי"ז י"ל ג"כ קושית התוס' ב"ק (דס"ז ע"א) ד"ה אמר עולא על ר"ת דמפרש דעולא ס"ל בכל דוכתי דיאוש כדי קנה רק לענין קרבן פסול משום מהב"ע. דא"כ לעיל דפריך הש"ס על רבה דס"ל דיאוש קונה מהא דקרבנו ולא הגזול דבע"כ מיירי לאחר יאוש ואי אמרת יאוש קנה אמאי פסול. ואמאי לא מתרץ דפסול משום מהב"ע כמו לעולא. וכן לעיל (ס"ו ע"ב) ד"ה ש"מ דחקו עצמם לפרש מה דקשה מאי אמרת יאוש ל"ק. אמאי צריך קרא קרבנו ולא הגזול הא לא מצי מקדיש לי' כלל. דעדיין לא אסיק אדעתי' דהש"ס כלל דהוי יאוש ושינוי השם עיי"ש. ולפימ"ש יתיישב הכל דהנה לפימ"ל הא דהגזלן עצמו אינו קונה ביאוש אף דאם יזכה בו הוי אתי לרשות זוכה ונגמר ההפקר ונעשה ש"ר אצל הגזלן גופי' וכל דקונה מטעם שינוי א"צ להשיב מ"מ א"א להתחיל קנינו כלל דהא השינוי א"א לבוא רק אם יקנה מקודם בלא טעם דשינוי כדי שיבוא לרשות זוכה ואז יהי' נגמר ההפקר ויהי' נעשה השינוי. והגזלן א"א שיזכה בו קודם השינוי דאז מתחייב עדיין בהשבה ואסור לו לזכות בו ואף בדיעבד לא מהני זכייתו דכיון דעדיין יהי' צריך להשיב מחמת מצות השבה הוי דבר שאינו ברשותו דכל שמחמת איזו איסור או מצוה לא יהי' יכול להחזיק בו הוי אינו ברשותו כמ"ש הקצוה"ח בסי' רע"ג לענין

הפקר והמק"ח סי' תל"א לענין חמץ לריה"ג וכ"מ וכמו דא"א מקנה דבר שא"ב כ"כ אינו יכול לזכות בדשא"ב כמ"ש האחרונים והר"ן בע"ז לענין דילמא מגבה לה עיי"ש. ואמנם בש"ס ב"ק (ס"ח ע"ב) מוכח דמאן דס"ל יאוש כדי קנה מוכרח לסבור כצנועין דאדם יכול להקנות דשא"ב עיי"ש וא"כ מצי לזכות נמי וא"כ י"ל דזה גופא טעמא דמאן דס"ל דיאוש קונה לאו משום דיאוש כדו קנה דאיהו נמי מודה דכיון דכבר נתחייב בהשבה לא יוכל היאוש לפוטרו מהשבה אלא כיון דס"ל דיוכל לקנות אף דאינו ברשותו דיהי' צריך לחזור כדי לקיים מצוות השבה מ"מ עכ"פ לע"ע זוכה בו וקנהו כיון דס"ל דיכול לזכות בדבר שא"ב. וממילא כשזוכה בו ואתי לרשות זוכה נגמר ההפקר למפרע וקונה בש"ר וכל שקונה בשינוי פטור מלהחזיר גוף החפץ דכתיב אשר גזל וכו' אם כעין שגזל יחזיר וכו'. וא"כ מעתה יתיישבו הקושיות הנ"ל דהנה התוס' שם ובסוכה כתבו שיטת ר"י דרק היכא דקונה ביאוש וש"ר שייך מצהב"ע אבל אם נאמר יאוש כדי קנה ל"ש מהב"ע ודלא כר"ת הנ"ל. ויש להסביר סברתם דכל ענין מהב"ע הוא רק היכא דהעבירה מסייע להמצוה משום דאין קטיגור נעשה סניגור כמבואר במד"ר פ' אמור. וידוע דשינוי אינו קנין בשום מקום רק בגזלן דגזלן קונה ע"י שינוי משום דכתיב אשר גזל אבל אדם דעלמא ואפילו שומר אינו קינה בשינוי כמ"ש התוס' ב"ק (די"א ע"א) ד"ה אין (ודנ"ו ע"ב) ד"ה פשיטא לכך היכא דקונה ע"י שינוי הוי מהב"ע דקונה רק ע"י שנעשה גזלן עליו אבל למ"ד יאוש כדי קנה דזוכה משום דהבעלים הפקירו אותו ואיהו מהפקירא קזכי נהי דהוא גרם שהבעלים יפקירו אותו ע"י שגזל מהם מ"מ זה הוי רק גרמא בעלמא וגרמא לאו מילתא הוא ועתה זוכה מהפקר וההפקר הי' יכול להיות גם שלא ע"י גזילה דהי' יכול להפקיר מדעתו ואין קנין המצוה בא ע"י העבירה עצמה רק ע"י גרמא דידה משא"כ כשקונה בשינוי דא"א לקנין שינוי בעולם רק ע"י גזילה זה הוי מהב"ע. וא"כ מיושבת שפיר קושית הר"י על ר"ת הנ"ל די"ל דהא דסובר הר"ת דלעולא יאוש קני לאו משום דיאוש לחוד קונה רק משום דע"י היאוש נגמר ההפקר וקונה בשינוי רשות ועי"ז נפטר מהשבת גוף החפץ וכיון דהקנין הוא ע"י שינוי שפיר כתב הר"ת דהוי מהב"ע. אבל לעיל דפריך אביי לרבה דמספקא לי' שם אי יאוש קונה משום דגמר מאבידה ולא שאני לי' בין בהיתרא אתי לידי' או לאו ואז קונה מטעם יאוש לבד ולא מטעם שינוי רשות כמו באבידה דל"ש ש"ר וכיון דאינו קונה משום שינוי ל"ש מהב"ע ושפיר פריך דא"כ אמאי אמרינן קרבנו ולא הגזול כיון דקנאו ביאוש דידי' הוי ומהב"ע נמי ליכא כיין דאינו קונה ע"י שינוי. ומיושב נמי קושית התוס' שם דאי יאוש לא קנה ל"ל קרא ז"א דאינו רוצה לומר דאינו קונה כלל דלעולם קונה משום דע"י יאוש נעשה ש"ר כמו לעולא

אליבא דר"ת ומש"ה קאתי קרא לפוסלו משום מהב"ע כיון דהקנין בא ע"י שינוי משא"כ אם יאוש הי' קונה כדי כמו באבידה לא הוי שייך מהב"ע וז"נ בעזה"י. ובזה יש לישב ג"כ קושית מו"ח הגאון מוהרימ"ל ז"ל על הקצוה"ח בסי' רס"ב שחידש דלפי"ס הרמב"ן הנ"ל דעיקר הקנין הוא השינוי שם אלא דיאוש בעינן שלא יהי' הבעלים מרדפין אחריו להכי גם יאוש שלא מדעת סגי עיי"ש בקצה"ח דא"כ מאי פריך הש"ס בב"ק על ר"ל דס"ל יאוש כדי קנה וטובח ומוכר אחר יאוש פטור מדו"ה דשלו הוא טובח וכו' מהא דתנן גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר אינו משלם תשלומי דו"ה אימת אילימא לפני יאוש מי קדוש וכו' אלא לאחר יאוש וטעמא דהקדיש וכו' דהקדש טבח אבל לא הקדיש משלם דו"ה ואי ס"ד יאוש כדי קנה שלו הוא טובח עכת"ד הש"ס. ומאי קושיא נימא דאירי ביאוש שלא מדעת דכי לא הקדיש וודאי משלם דו"ה דיאוש של"מ לא הוי יאוש אבל כי הקדיש דהוי נמי שינוי השם ושינוי השם קונה גם עם יאוש שלא מדעת ולכך פטור מדו"ה דשל הקדש קטבח עכת"ד קושית מו"ח הגאון זצ"ל והיא קושיא נפלאה באמת. אך לפימש"ל ניחא דכבר כתבתי לעיל קושית הראשונים והרמב"ן בחי' גיטין (נ"ה ע"ב) אמאי מהני לענין הכשר קרבן יאוש וש"ר הא ההקדש הוא דקני והוי קרבן בלא בעלים ותירצתי דע"י שההקדש קונה אותו הוי אתי לרשות זוכה ונגמר ההפקר למפרע וקנאו הגזלן בש"ר א"כ כ"ז שייך דוקא ביאוש מדעת דהוי הפקר אבל יאוש של"מ דלא הוי הפקר וגם באבידה לא קנה א"א שהגזלן יקנה למפרע דלא הוי ש"ר מעולם ורק לענין תרומה או שאר דברים שפיר כתב הקצוה"ח דשינוי השם עם יאוש של"מ סגי אבל לענין הכשר הקרבן דבעינן שיהי' לו בעלים יאוש של"מ לא מהני ולכך שם על הא דגנב ואח"כ הקדיש ואח"כ טבח דמייתי עלה הש"ס בגיטין (דנ"ה) דבחוץ כה"ג ענוש כרת וכרת משום ש"ח א"א לחייב רק היכא דמתקבל בפנים ואם איירי ביאוש של"מ הוי קרבן בלא בעלים דפסול ובע"כ איירי ביאוש מדעת ושפיר פריך א"ה לא הקדיש נמי ומיושב שפיר קושית מו"ח הגאון זצ"ל:

ובדרך הזה י"ל ג"כ קושית התוס' בגיטין (דנ"ה ע"א) בד"ה מ"ט על הא דעולא דחטאת הגזולה בין נודעה וכו' אינה מכפרת דיאוש כדי לא קנה ופריך עלה הש"ס מהא דגנב והקדיש וכו' ותני עלה בחוץ כה"ג ענוש כרת ואי יאוש ל"ק כרת מה עבידתי' ותמהו התוס' דהסוגיות הפוכות דכאן קשיא לי' על מ"ד יאוש ל"ק משמע למ"ד קני ניחא ובב"ק הנ"ל פריך איפכא למ"ד יאוש קני ל"ל הקדיש וכו' משמע דאם יאוש ל"ק ניחא עיי"ש בדבריהם. וגם בלא"ה קשה הא התוס' כתבו כאן דר"י דאמר דמדאורייתא אפי' נודעה מכפרת הוא משום דלא חייש למהב"ע וא"כ קשה שם בב"ק דבעל המימרא הוא ר'

יוחנן ור"י ס"ל להדיא בסוכה (ד"ל) דגם לאחר יאוש פסול להקרבה משום מהב"ע וא"כ לדידי' ג"כ קשה נהי דאיירי לאחר יאוש מ"מ אמאי ענוש כרת בחוץ הא אינו מתקבל בפנים משום מהב"ע. אך לפי הנ"ל י"ל דהנה הסברא שכתבתי לעיל דכל הקנין בא ע"י שינוי הוי מהב"ע הנה להר"י שבתוס' סוכה וגיטין הנ"ל הוא רק אם הקנין בא בשעה שהקדיש אבל אם קנה קודם שהקדיש אף שהקנין בא ע"י שינוי לא הוי מהב"ע כמו שהביאו שם מהא דר"ה באוונכרי דאמר ולקנינהו בשינוי השם ול"ה מהב"ע כיון דהקנין כבר בא קודם המצוה עיי"ש אך לשיטת ר"ת הנ"ל דמפרש דעולא ס"ל בעלמא יאוש כדי קנה והכא פסול משום מהב"ע נהי דפירשתי לעיל הטעם דגם הא דיאוש כדי קני אליבא דעולא הוא משום ש"ר כמש"ל ומש"ה הוי מהב"ע אבל עכ"פ מוכח דאף דהקנין שינוי בא קודם הרבה למצוה הוי מהב"ע דהא תיכף בשעת יאוש קני אליבא דעולא מטעם ש"ר של הפקר כמש"ל וההקדש בא לאח"ז ומ"מ מיפסל משום מהב"ע. והנה הא שהבאתי לעיל קושית הראשונים הא הוי הקדש בלא בעלים הוא רק למאן דמפרש דקנין ההקדש הוא משום שינוי רשות א"כ חצר ההקדש הוא הקונה משום דבהיתרא אתי לידו שפיר שייך הקושיא הא המקדיש לא קנה אותה רק ההקדש כמבואר ברמב"ן במלחמות בסוכה אבל למ"ד דקנין ההקדש הוא משום שינוי השם ל"ש קושיא זאת כלל דהמקדיש הוא עושה השינוי שם וקונה אותו המקדיש בעצמו דקנינו והקדישו באין כאחת:

וא"כ מעתה הכל על מקומו יבוא בשלום דהנה לפי"ס הר"י הנ"ל דהיכא דהקנין בא קודם המצוה אף אם הקנין בא ע"י שינוי ל"ה מהב"ע א"כ אם נאמר דהקדש קרבן הוא ש"ר ל"ש מהב"ע. דלפימש"ל כיון דאתי לרשות זוכה שהוא ההקדש נגמר ההפקר למפרע וקנהו הגזלן עוד קודם משום ש"ר דהפקר א"כ הקנין בא קודם ההקדש נהי דההקדש גרם להשינוי שתבוא מ"מ הוי רק גרמא בעלמא ועכשיו נתברר דקנה עוד קודם להקדישו י"ל דל"ה מהב"ע. אלא דלזה בעינן יאוש גמור שיהי' הפקר ולא סגי ביאוש שלא מדעת גם להקצוה"ח הנ"ל דיאוש של"מ אינו הפקר כלל ולכן אף אם נאמר דהקדש בצירוף ש"ר קונה גם יאוש של"מ מ"מ ההקדש הוא הקונה והוי קרבן בלא בעלים דא"א למפרע נעשה הפקר כיון דאתי לרשות זוכה דיאוש של"מ אינו הפקר כלל כמש"ל בישוב קושית מו"ח הגאון זצ"ל. אמנם אם נאמר דהקדש קונה מטעם שינוי שם ולא משום ש"ר א"כ סגי גם ביאוש של"מ לדעת הקצוה"ח הנ"ל. אך למ"ד מהב"ע פסול ע"י שינוי השם א"א להכשיר דהוי מהב"ע כמש"ל כיון דהקנין בא בשעת ההקדש וא"כ סרה מהר קושית התוס' בגיטין הנ"ל והסוגיות אין סותרות זא"ז כלל דבב"ק דבעל המימרא הוא ר"י דס"ל בסוכה מהב"ע פריך שפיר לר"ל מהא דגנב והקדיש טעמא דהקדיש וכו' בלא הקדיש

נמי כיון דיאוש קני לר"ל. וא"א לתרץ דאיירי ביאוש של"מ דא"כ אמאי ענוש כרת בחוץ הא אינו מתקבל בפנים משום מהב"ע. בשלמא לדידי' ניחא דאיירי ביאוש גמור שהוא הפקר וכיון שבא ליד הקדש נגמר ההפקר למפרע וקנאו הגזלן מקודם ההקדש ע"י ש"ר ול"ה מהב"ע אבל לר"ל אי איירי ביאוש גמור א"כ מאי איריא הקדיש לא הקדיש נמי דהא ר"ל ס"ל דחיוב דו"ה אינו לאחר יאוש דיאוש כדי קני אבל בגיטין דאזיל הש"ס לרב יהודא דפירשו שם התוס' דאיהו לא חייש כלל למהב"ע פריך שפיר לעולא דבשלמא לדידי' י"ל דאיירי ביאוש של"מ דבלא הקדיש לא הוי יאוש אבל בהקדיש בצירוף השינוי שם מהני כס' הקצה"ח. ואי דהוי מהב"ע איהו לא חייש כלל למהב"ע אבל לעולא דס"ל דמדאורייתא אינה מכפרת משום מהב"ע תקשי שפיר אמאי חייב כרת וזה כפתור ופרח בעזה"י בישוב קושית התוס' גיטין הנ"ל:

ובזה אפשר לישב ג"כ דברי הרמב"ם התמוהים שפסק בפ"ה מה' איסורי מזבח ה"ז כרב יהודא דחטאת הגזולה מדאורייתא אפילו נודעה מכפרת משום דנתייאשו הבעלים ובפי"ח מה' מעה"ק הי"ד כתב דגנב והקדיש לאחר יאוש ושחט בחוץ חייב משום דאוקמוה ברשותו כי היכי דליחייב עלי' ותמה הלח"מ שם דהא התירוץ דאוקמוה ברשותו קאמר הש"ס רק לעולא דס"ל דמדאורייתא פסול אבל לרב יהודא דמדאורייתא כשר אצ"ל דאוקמוה ברשותו וכיון דהרמב"ם פסק כר"י למה צ"ל דאוקמוה ברשותו וגם תמה שם הכ"מ דלמה פסק הרמב"ם כר"י הא הוא פוסק בפ"ה מה' גניבה דיאוש כדי ל"ק. ואין לומר דכאן הטעם משום דהוי יאוש וש"ר או שינוי שם זה ניחא לר"י דל"ח למהב"ע כמ"ש התוס' הנ"ל אבל הרמב"ם פוסק שם בהל' ט' דאין מביאין מנחה וכו' מכה"כ משום מהב"ע שהקב"ה שונאה ומ"ט פוסק כאן כר"י שבאמת לכאורה דברי הרמב"ם תמוהים:

אך לפי הנ"ל י"ל דהנה לפימ"ש יש חילוק דאם נאמר דהקדש הוי שינוי רשות לא הוי מהב"ע רק אי לא הוי רק שינוי השם אז הוי מהב"ע. והנה בתוס' ב"ק (ס"ז ע"א) ד"ה מעיקרא כתבו דהא דהש"ס צ"ל הטעם דשינוי השם משום דאיירי בקדשים שחייב באחריותם ול"ה שינוי רשות כיון דעדיין חייב באחריותם עיי"ש אמנם ד"ז אינו מוסכם דכל שחייב באחריותו ל"ה ש"ר דהרמ"א בסי' שס"א ס"ה מביא זה בשם י"א והש"ך שם ובסי' ל"ז סקכ"ט חולק ע"ז ונ"ל דאף להש"ך החולק ע"ז י"ל דגם הוא מודה דלענין ש"ר בעינן שיצא מרשותו לגמרי דאין לנו לעשות פלוגתא רחוקה כ"כ רק דהש"ך ס"ל דחיוב אחריות לא משוי לי' ברשותו כלל כדקאמר הש"ס פסחים (ד"ו ע"א) דאף גורם לממון לא הוי כיון דעדיין לא מיגנב ולא מיתביד עיי"ש אמנם בהקדש דיכול לשאול עליו ובידו

להכניסו בחזרה לרשותו גם הש"ך מודה דאף למאן דלית לי' הואיל ואי בעי מיתשל שיהי' כשלו אבל עכ"פ שינוי רשות ל"ה כיון שלא יצא מרשותו לגמרי כמו באחריות לדעת הי"א הנ"ל ולכך לא רצה הש"ס לומר בהקדש הטעם דש"ר רק שינוי השם כיון דבידו לשאול ושינוי השם הוי שפיר כמו חיוב אחריות לדעת התוס' הנ"ל דש"ר לא הוי ושינוי השם הוי כמ"ש שם התוס' (דס"ז) ד"ה מעיקרא טיבלא דל"ה שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה כיון דלא שכיח עיי"ש. והנה דעת הרבה ראשונים דגם הקדש דאתי ליד גזבר מהני שאלה רק התוס' בכריתות (די"ד) כתבו דנשחטו ונזרקו כהלכתן ל"מ שאלה ומשמע דאחר שחיטה לחוד מהני שאלה ולכאורה קשה למאן דס"ל דסכין הוי כ"ש ולמ"ד כ"ש מקדשין שלא מדעת מאי מהני שאלה. אך ז"א דהא מבואר במנחות דמהני לב ב"ד מתנה אף בכ"ש וכתבו שם התוס' הטעם דאף דכ"ש מקדשין שלא מדעת היינו מה שקדוש עכ"פ קדושת דמים אבל חולין גמורין לא מקדשי ה"נ כיון שישאול עליו יוצא לחולין לגמרי אין הכ"ש מקדשתן. ואמנם אנכי הסברתי הטעם שאין מקדשין שלא מדעת רק מה שקדוש קדושת דמים משום דכי יקדיש ביתו כתיב מה ביתו ברשותו וכו' ה"נ אין הכ"ש יכולין לקדש חולין שיש להם בעלים שלא מדעתם אבל מה שהוא קדוש קדושת דמים ששייך להקדש יכולים הכ"ש לקדשם קדוה"ג שלא מדעת. ואמנם ידוע מדברי התב"ש בסי' ה' דס"ל דכמו דיכול לאסור דשא"ש ע"י מעשה ה"נ כששוחט בהמת חבירו לשם קרבן נתפס קדושתה ע"י מעשה רק שהקרבן פסול משום דכתיב קרבנו ולא הגזול אבל עכ"פ ההקדש נתפס א"כ לפי"ז אחר שחיטה לחוד לא תועיל שאלה למ"ד כ"ש מקדשין שלא מדעת דנהי דע"י שאלה נעשה חולין למפרע מ"מ השחיטה בסכין שהוא מעשה מקדשת אף שלא מדעת בעלים כמו שוחט בהמת חבירו דנאסר להתב"ש ע"י מעשה ול"ד להא דמהני במנחה לב ב"ד מתנה דמה שמונח בכ"ש לאו מעשה בגופו הוא ולא דמי לניסך יין בין קרני' דחשיב מעשה בע"ז (דנ"ד) עיי"ש בתד"ה היתה דשם חשיב מה שהמנסך ניסך בידיו בין קרני' למעשה משא"כ כאן דמה שעשה הוא שהניח בכלי זה לא חשיב מעשה דהא הי' בטעות רק שהכלי עצמה יש לה כח דמה שמונח בתוכה נתקדש בזה ליכא מעשה דאין פעולת הכלי ניכרת כלל בהמנחה משא"כ בשחט בסכין דנעשה מעשה בגוף הבהמה שנחתכו הסימנים דידה ע"י הסכין וודאי חשוב מעשה. ולכן וודאי ל"מ שאלה אחר שחיטה למ"ד כ"ש מקדשין שלא מדעת אליבא דהתב"ש הנ"ל. ויתיישב בזה מה שקשה על מה שתירצתי לעיל דלרבי יוחנן ניחא הא דגנב והקדיש כשר לקרבן ולא הוי מהב"ע משום דע"י ש"ר קונה למפרע דתקשי הרי ר"י גופי' קאמר בסוכה (ד"ל) דגם לאחר יאוש פסול משום מהב"ע אך לפי"ז ניחא דרבי יוחנן

אזיל לשיטתו דס"ל במנחות (ז' ע"א) דכ"ש אין מקדשין אלא לדעת א"כ מהני שאלה גם לאחר שחיטה נמצא דליכא בשעת שחיטה שינוי רשות כלל כיון שאפשר לשאול וליכא רק שינוי השם מש"ה הוי מהב"ע דהקנין לא בא קודם ההקדש אבל המשנה דגנב והקדיש וכו' מוקים לה ר"י אליבא דרבי יוסי דס"ל במנחות (ד"צ ע"א) דכ"ש מקדשין שלא מדעת וא"כ לפימש"ל לא מהני שאלה ולכך תיכף כשהתחיל לשחוט ועשה מעשה כל דהוא נעשה ש"ר גמור ונגמר ההפקר למפרע ולא מיפסל משום מהב"ע:

וא"כ מעתה נכונים שפיר דברי הרמב"ם הנ"ל. די"ל דהרמב"ם אזיל בשיטת הסוברים דכל שבא ליד גזבר תו לא מהני לי' שאלה א"כ אדרבה הוא ס"ל דהא דאמר עולא ד"ת אפילו לא נודעה אינה מכפרת משום דעולא לשיטתו דיליף מקרא דוהבאתם את הגזול והפסח גזול דומיא דפסח דלית לי' תקנתא בין לפני יאוש בין לאחר יאוש ואף דס"ל בב"ק (דקי"ד) דיאוש כדי קני לי"מ יליף מקרא דלקרבן פסול משום מהב"ע אבל הרמב"ם פ"ה מה' איסורי מזבח ה"ז מביא רק הקרא דשונא גזל בעולה דהיינו קודם יאוש. וכתב בפירוש דלאחר יאוש כשר דקשה לכאורה למה הביא הקרא דשונא גזל בעולה על קודם יאוש הא ע"ז קאמר הש"ס מי קדוש כלל מה ביתו ברשותו וכו'. אך לפימ"ש יתיישב זה דקרא איצטריך היכא דאיכא יאוש של"מ והקדישו דאז הוי יאוש ושינוי השם דקני אף עם יאוש של"מ כס' הקצוה"ח הנ"ל דההקדש חל אלא דפסול להקרבה משום שונא גזל בעולה דהיינו כה"ג דבשעה שהוא עושה אותו עולה הוא עדיין גזל אף דאז קונה אותו בשינוי השם מ"מ כיון שאינו קונה אותו עד שעה שעושה אותו עולה זה מיקרי שונא גזל בעולה וזה פסול משום מהב"ע וע"ז מסיק הרמב"ם אבל לאחר יאוש גמור דנעשה הפקר וקונה משום שינוי רשות למפרע קודם ההקדש זה באמת כשר ול"ה מהב"ע ולכן פסק כרב יהודא דבין נודעה ובין לא נודעה מדאורייתא מתכפר אבל לא מטעמו דר"י לא חייש כלל למהב"ע כמ"ש התוס' אבל הרמב"ם ס"ל דמהב"ע פסול רק לאחר יאוש ושינוי רשות ליכא מהב"ע:

וממילא מיושבת קושית הלח"מ הנ"ל על הרמב"ם פי"ח מה' מעה"ק דכתב דשחט בחוץ משום דאוקמוה ברשותו הא כיון דפסק כר"י א"צ לטעם דאוקמי ברשותו דהש"ס קאמר זה רק לעולא דז"א דעיקר הטעם שכתבתי שכשר לדעת הרמב"ם הוא משום שינוי רשות וכתבתי דזה רק כיון דבא ליד גיזבר או לעזרה תו לא מצי מיתשל עליו והוי שינוי רשות א"כ תינח היכא דשחטו בפנים אבל בשוחטו בחוץ דלא בא לעזרה עדיין ומצי מיתשל עלה לא הוי ש"ר רק שינוי השם ובשינוי השם עדיין מיפסל משום מהב"ע וא"כ כיון דבפנים אם הי' משכחת כה"ג הי' פסול לא מיחייב עלה בחוץ והוכרח

לומר הטעם דאוקמה ברשותו כמו לעולא אבל לרב יהודה דלית לי' כלל מהב"ע וכשר בפנים כמו שהוא שפיר חייב בחוץ בלא טעם דאוקמה ברשותו וז"נ מאד בעזה"י בישוב דברי הרמב"ם:

ובאופן אחר יש לישב קושית התוס' גיטין הנ"ל מסתירת סוגיא דב"ק לסוגיא דגיטין דהנה לפי"ד התב"ש הנ"ל דע"י מעשה יכול להקדיש ג"כ דשא"ש כמו לאסור ומבואר דגם תחילת השחיטה דהיינו מעשה כל דהוא סגי ולדעת הב"ח בט"ז סי' ב' סקי"ד אפילו בדבר שאינו עושה נבילה סגי ולדעת הט"ז בעינן דבר העושה נבילה אבל עכ"פ מקצת הוושט סגי וא"כ קשה מאי פריך בב"ק ר"י לר"ל מהא דגנב והקדיש ואח"כ טבח אימת אי לפני יאוש מי קדוש נימא לעולם איירי לפני יאוש רק דהתחיל לשחוט לשם קרבן נאסר ונתפס בקדושה. וידוע שיטת התוס' שבת (דנ"ח) דכל איסור הנאה חשיב שינוי מעשה א"כ תיכף קנאו הגנב בשינוי וכיון דקנאו ממילא מתכשר הקרבן וליכא משום קרבנו ולא הגזול דהא בגמר השחיטה כבר קנאו בשינוי ומתכשר לקרבן בגמר השחיטה כמבואר בחולין (ד"ל ע"א) למ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף והקושיא היא לר"ל ור"ל הא ס"ל שם דאינה לשחיטה אלא לבסוף והשינוי נעשה כבר בתחילת השחיטה דהא דנאסר וה"ה להתב"ש דנתקדש במעשה כל דהוא הוא אף למ"ד אינה לשחיטה אלא לבסוף כדמוכח בסוגיא דרבוצה ודברתי מזה במק"א דלאסור דשא"ש לאו בשחיטה תליא מילתא אלא במעשה כ"ד וז"ב מאד. וא"כ קשיא כנ"ל. אך לפימש"ל דר"י ס"ל מהב"ע ולא מצא לר"ל שיחלוק עליו בזה לכך פריך לי' שפיר דא"א לומר דלא הי' יאוש מקודם רק דקנאו עתה בשעת השחיטה בשינוי א"כ פסול משום מהב"ע ואינו מתקבל בפנים ואמאי תני עלה ואם שחטו בחוץ חייב אע"כ דאיירי לאחר יאוש וכבר קנאו למפרע בש"ר וליכא משום מהב"ע וא"כ קשיא לר"ל הא ר"ל ס"ל דלאחר יאוש פטור מדו"ה וא"כ ממילא מיושבת קושית התוס' בגיטין הנ"ל דכבר כתבתי בשם התוס' שם דרב יהודא לא חייש כלל למהב"ע וא"כ לדידי' שפיר ניחא הא דתני גנב והקדיש משום דאיירי לפני יאוש ואי לאו דהקדיש הי' חייב בדו"ה רק כיון דהקדיש ושחט לשם קרבן נאסר בתחילת השחיטה ונתפס בקדושה וקנאו בשינוי מעשה דהוא איסור הנאה ומיתכשר בסוף השחיטה כיון דלית לי' מהב"ע מש"ה שחטו בחוץ חייב משום דמתקבל בפנים ולכך פריך לעולא לדידך דפסלת חטאת הגזולה אף דסבירא לך בעלמא יאוש כדי קני רק הכא פסול משום מהב"ע כמ"ש התוס' שם וא"כ אמאי תני שחטו בחוץ חייב והכל כמש"ל. ובזה יתיישב לנכון ג"כ מה שתמהתי לעיל על הרמב"ם שכתב דלפני יאוש פסול משום דהקב"ה שונא גזל בעולה והא לפני יאוש לא קדיש כלל דלפי"ז ניחא

די"ל דהרמב"ם ס"ל כס' התב"ש הנ"ל דבתחילת מעשה כ"ד של השחיטה נאסר ונתפס בקדושה והוי שינוי מעשה משום שנאסר בהנאה ומיתכשר בסוף השחיטה דהרמב"ם ג"כ פוסק דאינה לשחיטה אלא לבסוף אלא דפסול משום מהב"ע כיון דהקנין בא בשעת המצוה ולכך כתב הרמב"ם דפסול משום שונא גזל בעולה דמשם נלמד דין דמהב"ע וכ"ז נכון מאד בעזה"י:

ובדרך הזה אפשר לישב מה שהקשה אותי תלמידי הרב החריף ובקי מו"ה יודל דלונאטש נ"י מבראדי ע"ד התב"ש הנ"ל א"כ מאי דייק רבא לעיל (דס"ו ע"ב ודס"ז ע"ב) דיאוש לא קני מהא דאמר קרא קרבנו ולא הגזול אימת אילימא לפני יאוש מי קדיש איש כי יקדיש את ביתו כתיב וכו' אלא לאו לאחר יאוש ש"מ יאוש לא קני ומאי דיוקא נימא דלעולם איירי לפני יאוש אלא דשחטו לשם קרבן וא"כ אי לאו קרא דקרבנו ולא הגזול הוי קדוש ע"י מעשה שחיטה ואתי קרא למימר דעכ"פ פסול משום קרבנו ולא הגזול משום מהפ"ע כמ"ש התב"ש גופי' בסי' ה' אות כ"ז והיא קושיא חמורה באמת על התב"ש. אך לפי הנ"ל י"ל דהנה כבר הקשיתי כעין זו על הא דגנב והקדיש ואח"כ טבח נימא דאיירי לפני יאוש אלא שנאסר בתחילת השחיטה וקנאו בשינוי ומתכשר בסוף השחיטה אלא דתירצתי לעיל דעכ"פ פסול משום מהב"ע. אמנם תקשי עדיין לפימש"ל דמהב"ע לא הוי רק כשקונה ע"י שינוי משום דשינוי אינו קונה אלא גזלן. אבל היכא דקונה מטעם יאוש שזה כל אדם יוכל לקנות לא הוי מהב"ע וא"כ נימא כיון דהתחיל לשחוט פורתא ונאסר מחמת הקדיש וודאי אילו הוי ידעו הבעלים הוי מייאשי מיני' כדפריך הש"ס לעיל לענין חמץ אלא דשם משני דזה אינו רוצה לקנות אבל כאן דהגזלן בעצמו מקדישו והוא רוצה לקנותו נימא דקנה ביאוש והוא שלו ויהא הקרבן כשר אך צ"ל כיון דבשעה שהקדישו ומקריבו אין הבעלים יודעים מזה הוי יאוש של"מ והאי תנא ס"ל דיאוש של"מ לא הוי יאוש וא"כ שפיר מיושבת קושית תלמידי הנ"ל דהא שם קאי הש"ס לרבא וגם (בדס"ו ע"ב) גורס הרש"ל רבא ורבא הא ס"ל דיאוש של"מ הוי יאוש לכך שפיר פריך אי ס"ד יאוש כדי קנה א"כ בכל ענין ליתכשר אף בלא יאוש דע"י השחיטה גופי' נעשה יאוש אע"כ דגם יאוש לא קני ולכך שפיר פסול אף אם נאמר דהוי שינוי מ"מ פסול משום מהב"ע וכמש"ל. ואין לדחות תירוצי זה משום די"ל דכאן אף אי הוי ידעי הבעלים מהשחיטה לא הוי מייאשי דהם עצמם היו מקריבין אותו לקרבן שלהם ז"א דאי הוי גומרין השחיטה לשם קרבן שלהם הי' חוזר הקרן לבעלים כדקאמר הש"ס שם (בדע"ו ע"א). ולא היו יכולים הבעלים לתבוע מהגזלן דמי הגזילה ולאו כל

אדם רוצה להקריב נדבה ובוודאי לא הי' מרוצה להתקדש רק דמגוף הגזילה הי' מוכרח להתייאש כיון דנאסר בהנאה והדמים יוכל לתבוע מהגזלן ככל גזילה לאחר יאוש:

ועוד באופן אחר י"ל קושית תלמידי הנ"ל דהנה הפמ"ג חולק שם על התב"ש וסובר דאין לדמות איסור להקדש וסברתו מבוארת דלהקדיש הוא ענין קנין ולא מצינו שיוכל לקנות או להקנות דשא"ש ע"י מעשה ואמנם הנה כבר ביארתי במק"א באריכות דבהקדש יש שני קנינים קנין ממון וקנין איסור. קנין איסור הוא שיהי' אסור בהנאה ושיהי' בו כל חומרות של הקדש לענין טומאה וגיזה ועבודה ושאר דברים וקנין ממון שנעשה ממון גבוה ויצא מרשות הבעלים לרשות גבוה כדאמרינן בעלמא קד"ק ממון גבוה וא"כ דברי התב"ש ודברי הפמ"ג אלו ואלו דא"ח דלענין איסור הקדש שפיר אפשר לומר כדברי התב"ש דע"י מעשה נאסר אבל לענין קנין ממון צדקו דברי הפמ"ג דלהקנות דשא"ש אין יכולים אף ע"י מעשה וכבר הבאתי לעיל דעת הסוברים דקרבן שאין לו בעלים כלל פסול דאף דהרמב"ן במלחמות בסוכה סובר כן רק בחטאת דשחטו שלא לשם בעליו פסול מ"מ הרבה סוברים דגם בשאר קרבנות דכשר שלא לשם בעלים אבל אי ליכא בעלים כלל פסול וא"כ הכא דע"י מעשה השחיטה נהי דנתקדש ונאסר אבל עכ"פ קנין ממון א"א שיוכל להקנות ולקנות א"כ הוי קרבן בלא בעלים ופסול גם אי לאו קרא דקרבנו ולא הגזול ומש"ה קאמר התב"ש דרק איסור יש בו אבל לקרבן וודאי דלא מתכשר כיון שאין לו בו קנין ממון כנ"ל. ובפשיטות י"ל הקושיא הנ"ל לדעת הכו"פ דהא דיכולין לאסור דשא"ש ע"י מעשה הוא רק דרבנן וא"כ התב"ש רק מדרבנן קאמר ושפיר פריך ל"ל קרא דקרבנו ולא הגזול על לפני יאוש הא מדאורייתא לא קדוש כלל אף ע"י מעשה. ולא אמנע לכתוב מה דקשיא לי בסוגיא דגיטין הנ"ל לפי"ד הש"ס תמורה (ד"כ ע"ב) דאין אדם מתכפר בדבר הבא בעבירה וכן מבואר ברש"י ר"פ וולד חטאת דהא דתמורת אשם אינה קריבה ותמורת עולה קריבה משום דאשם בא לכפר על חטא ואין אדם מתכפר בדבר הבא בעבירה עיי"ש וא"כ מאי פריך הש"ס על עולא מהא דשחטו בחוץ חייבין עליו הא עולא איירי רק בחטאת ונימא דבעלמא ס"ל ג"כ כרב יודא דל"ח למהב"ע רק בחטאת ואשם ס"ל דאין אדם מתכפר בדבר הבא בעבירה. וידוע דבקדשים כל שיש לו הכשר במק"א מיקרי פסולו בקודש ואם עלה לא ירד וכל שאם עלה לא ירד חייבין עליו מבחוץ כדקאמר הש"ס בבכורות (דט"ז ע"א) דדוקין שבעין אליבא דר"ע דס"ל אם עלה לא ירד הואיל וכשר בעופות חייבין עליו מבחוץ וא"כ מש"ה תני והשוחטן בחוץ אף אם נאמר דסתמא קאמר בכל הזבחים אף חטאות ואשמות מ"מ כיון בעולה ושלמים כשר חייבין על הכל מבחוץ כיון דבפנים אם עלה לא ירד וצ"ע:

ומעתה נסיים מעין הפתיחה לישב דברי הרא"ש שבריש דברינו אמאי כתב בקידשה בגזל לאחר יאוש צריכה גט רק מדרבנן משום דמדאורייתא יאוש אינו קונה והא איכא יאוש וש"ר גבי דידה דז"א דהא כבר כתבתי דעיקר הקנין דיאוש וש"ר משום דהיא קונה מקודם מן ההפקר ואח"כ נעשה ש"ר למפרע וקונה גם היא. אמנם הב"ש בסי' כ"ז סק"ג מביא בשם הרש"ך דבקידושין טלי קידושך מע"ג קרקע הוי ספק קידושין וא"כ הכא דבתחילה כשנותן לה הגזילה עדיין לא קנאה ואינה שלו רק אחר שבא לידה וזכתה מתורת הפקר הוי בא לרשות זוכה ונגמר ההפקר וקונה גם הוא בש"ר ומתחילין הקדושין והנתינה שלו אחר שכבר הוא בידה הוי לי' טלי קידושך מע"ג קרקע וי"ל דס"ל להרא"ש דטלי קידושך מע"ג קרקע אינה מקודשת כלל ומקודשת רק מדרבנן משום יאוש לחוד כנ"ל:

מפתחות לחלק אה"ע

סי' א'. אם להתיר לא' לישא אשה על אשתו המורדת. פלפול בדברי הנח"י דאף אם גזר רגמ"ה במקום מצוה מ"מ יכולים חכמים לעקור גם ד"ת היכא דאיכא טעמא ובדברי הגא"י דבעובר רק בעת התקנה ל"ש אין ב"ד וכו':

סי' ב'. אופן ההיתר של ק"ר בנשתטית:

סי' ג'. באשה מורדת וגם שהוחזקה בתרי זימני במיתת ילדים אם להתיר לבעלה לישא אשה על אשתו. פלפול איזה חרם חמור אם גירושין בע"כ או נשיאת שתי נשים:

סי' ד'. באשה שתפרה בשבת אם חשיבה עוברת על דת לענין יוצאת שלא בכתובה ולהתיר לבעלה לישא אשה אחרת. פלפול בדברי הש"ס כתובות (דע"ג) בקידשה על תנאי ובעל:

סי' ה'. באשה בעלת מריבה שמתקוטטת תמיד עם בעלה ומבזה אותו אם חשיבא המקללת לצאת שלא בכתובה ואם יוכל לכפותה לקבל גט ולהתיר חרדר"ג:

סי' ו'. באשה המסרבת לעמוד לדין עם בעלה וגם בעלה טוען מאוסה עלי אם יוכל להתיר חרדר"ג:

סי' ז'. בזוג שהי' להם ילדים ומתו בקטנותם ואח"כ הפילה אשתו ג"פ ולבסוף עבר י"ח שנים ולא ילדה וחדל לה אורח כנשים אם להתיר להבעל לישא אחרת. פלפול בדברי הרא"ש פ' הבע"י דמפלת היא ריעותא שבגופה. דבר נחמד בישוב מדוע לא אלימא תקנת ר"ג לעקור מצות פ"ו בשו"ת

סי' ח'. כאחד שטוען על הולד שילדה אשתו שאינו ממנו והיא מכחישתו ואינו רוצה משום זה לדור עמה אם יכולין להתירו לישא אחרת. מיישב בטו"ט דברי השעה"מ

בפ"ט מהא"ב הט"ו בענין שאחד"א. פלפול בטעם המ"א בסוגיא דטא"ל ובדברי הש"ס קידושין נ"ט:

סי' ט'. בנשתטית שלפי דברי הרופאים הותחל הדבר עוד קודם הנשואין אם להתירו לישא אחרת. פלפול בדרך החידוד ליישב דברי הרא"ש בתשו' הובא בסי' קט"ז ס' י"א דבמומין גדולים כופין אותה להוציא:

סי' י'. באחד שטוען על עובר שבמעי אשתו שאינו ממנו וע"כ נתגרשה ממנו ואח"כ ולדה בת אם מותרת לבא בקהל. פלפול ארוך בדברי הש"ס יבמות (מ"ז וקי"א):

סי' י"א. בבתולה שזינתה ואמרה מפלוני וכהן הוא והוא מודה לדברי' אם מותר לכנסה. פלפול ארוך בדברי המהר"ם אלשקר הובא בנוב"י מהדו"ת סי' י"ד וט"ו ובזה מיישב בטו"ט קושית הראשונים בכתובות י"ד על מתניתין דתינוקת שירדה למלאות מים מן המעיין ונאנסה:

סי' י"ב. בבחור אחד שנולד עם נקב בתחתית הגיד למעלה מהעטרה ומחמת שהי' קשה לו להשתין הרחיב הרופא הנקב בעת שהי' בן ד' שבועות אם מותר לבא בקהל. פלפול אם זה מיקרי ביד"ש או ביד"א ובענין מטיל מום בבע"מ. דבר חידוד בישוב קושית הכ"מ בפי"ב מה' מעה"ק הי"ט על הש"ס מנחות (דנ"ז). מביא דבר חדש בשם החת"ס בלקוטים תשו' ס"ד. ומיישב באופן מחודד קושית הד"ח על פירוש החת"ס והב"א בדברי הרשב"א שבת (קי"א) גבי מסרס אחר מסרס:

סי' י'. באיש אחד וכהן שבעת המלחמה אנשי חיל שדרו בביתו בעת שאשתו היתה בלבדה שש עם אתה ואמרה שנאנסה ובעלה מאמין לדברי' אך אומר שמחמת בהלה לא היתה יכולה לידע מה נעשה. פלפול ארוך בדברי הש"ס קידושין ס"ז בעובדא דהאי סמיא ומיישב לנכון קושית הב"ט על הש"ס נדרים בסוגיא דמ"ר ומ"א. ופלפול בדברי הפלאה כתובות (ד' כ"ז):

סי' י"ד. עוד בענין הנ"ל:

סי' ט"ו. באחד שנשא אשת אחיו שהי' לו בנים ומת אם יש לה דין קטלנית:

סי' ט"ז. באשה שמת בעלה הראשון בדבר ר"ל ובעלה השני מת בן ס"ה שנים אם יש בה חשש קטלנית. קושיא עצומה על הרמ"א אה"ע סי' ט' מש"ס נדה י"א. פלפול בדברי התשו' ד"ח ח"א סי' י"ג דלמ"ד מזל גורם גם לרבי בעינן תלתא זימני דוקא:

סי' י"ז. באשה שמת בעלה הראשון בדבר ר"ל והשני מת זקן בן מ"ג וגם נתגרשה מקודם מאיש אחד אם שייך בה חשש קטלנית. פלפול בדברי הרשב"א וריטב"א יבמות דשני

פעמים לא הוי חזקה וודאית רק ספק אמנם בסכנה אזלינן לחומרא ולכך בעינן בממון ג' פעמים:

סי' י"ח. באשה אחת שיש עלי' עדי כיעור שהי' לה היכרות עם בעל מלחמה וכפי דבריהם ברחה עמו כי ראו מכתב ממנו שהועיד לה מקום לבוא אליו. פלפול ארוך בדברי הרי"ף במה דכתב דעבד אינו משתחרר עד דמטי גיטו לידו:

סי' י"ט. באשה שהרתה לזנונים גם ילדה אך שאמרה שנאנסה וגם היו עידי כיעור. פלפול ארוך בדברי הרבינו יונה וסייעתו שכתבו דגם בידוע שנבעלה נאמנת לומר נאנסתי להתירה לבעלה:

סי' כ"א באשה שהרתה לזנונים ומקודם אמרה לבעלה שברצון ואח"כ אמרה שנאנסה והוא מאמין לדברי' הראשונים מהו דינה:

סי' כ"א. אם מותר לאב ליקח משודכת בנו שניתק הקשר:

סי' כ"ב. באשה שהשיגה מכתב מערל אחד שהי' ביחד עם בעלה במלחמה כי נפל במלחמה אם להתיר עפי"ז. מפלפל בדברי הנמ"י פ"ב דיבמות דאומר אמרו לאשתו של פלוני לא הוי מסל"ת. אם בנתכוין להעיד יצאה מחזקת א"א מדאורייתא. חידוש דאם איכא טעם לדברי העכו"ם שמזכיר שם האשה לא מיקרי שוב מתכוין להעיד. מיישב בטו"ט קושית האחרונים דאמאי לענין איסור מיקרי מסל"ת אף בהשיב ע"י שאלה. פלפול בדברי הגמ' פ"ב דיבמות דפירש דברי הירושלמי גבי מצאו בשטר כתוב איש הפלוני מת:

סי' כ"ג. עגונה שלא אמר העד רק שראה כי נפל שוט בראשו ובלילה ראה את הקבר. בדברי הטו"א ר"ה כ"א:

סי' כ"ד. הרוג בלא פ"פ וחוטם שמכירין אותו העדים בט"ע וגם יש סימנים בכל בגדיו. בדברי החת"ס בפירוש דברי הר"ח. וגבי אין מעידין אא"כ פ"פ וחוטמו קיים. ראי' נכונה לדבריו מצא באור זרוע סי' תרצ"ב ובר"ח בפירושו לב"מ (דכ"ז). פלפול ארוך בדברי המבי"ט והש"י דבידוע דהלך דרך שם מתירין אף בלא סימן ומיישב בטו"ט קושית הנוב"י מהדו"ק סי' נ"א על ש"ס חולין צ"ו וקושית תוס' יבמות ק"כ:

סי' כ"ה. בערל אחד שסיפר מסל"ת על אחד שיצא למלחמה שמת וגם הי' ממששו בגידי הדפק אם מהני זה לענין החשש קברתיו ואם ליכא חשש דשהה ג' ימים וגם במה דלא הזכיר שם עירו:

סי' כ"ו. בעגונה שהעד לא הזכיר שם מקומו ולא אמר קברתיו. פלפול ארוך אם מהני הזכרת הריגימענט. ישוב לתמיהת הש"ש והקהלת יעקב על הח"צ דסימן שאינו מובהק

דומה ליב"ש וגם ישוב נכון לקושית הנומ"י על הרמב"ן שהתיר משום כנכ"ה. אם מהני אמירת העכו"ם להאשה עצמה. פלפול בדברי הה"מ דכותב לפ"ת ל"מ ובפלוגתת המהרי"ק והמהר"ל מפראג אם ביש אומדנות מוכיחות מהני אף בלא מסל"ת. פלפול ארוך בענין קברתיו ומחדש דבהצטרפות כתב עכו"ם לפ"ת לעוד עד בודאי מהני אף בלא קברתיו כיון דקברתיו דרבנן ובדרבנן בכל איסורים מהני לפ"ת ובשנים לא צריך קברתיו:

סי' כ"ז. עסק עגונה שהעיד הערל כי נפל עליו מפולת. בדברי הריב"ש דשני חזקות הוי כרוב:

סי' כ"ח. עסק עגונה אם מהני שמו ושם משפחתו. פלפול בדברי התשו' גא"י דבנאבד זכרו אחר הפירסום במכ"ע מותרת מה"ת דהוי רובא למיתה. ראי' נכונה מר"ה כ"ד דמהני הכרה ע"י פאטאגראף:

סי' כ"ט. עגונה שהי' הכחשה בין העדים רק דאחד הי' עכו"ם ולא הי' מסל"ת. פלפול בענין מסל"ת. דבר נחמד עפי"ד הטו"ז סי' י"ז סק"ה דעכו"ם אינו מכוין להכשיל בחנם:

סי' ל'. עוד בענין הנ"ל. פלפול בדברי השטמ"ק ב"ב מ"ח ומיישב קושית התוס' כתובות י"ח ובדברי הפלאה שם:

סי' ל"א. בעגונה שהי' העד אחד מפס"ע דאורייתא כגון רופא ישראל. בדברי הנומ"י פ' ז"ב דרשע שאינו של חמס כשרין לאיסורין שע"א ואשה נאמנין. מלמד זכות על פס"ע הנ"ל ומביא ראי' מש"ס פרק ז"ב:

סי' ל"ב. עסק עגונה פלפול בענין משאל"ס.

סי' ל"ג. בעגונה שאין שום עדות רק שבא מהקאמאנדע שנפל במלחמה. פלפול אם מהני עדות ערכאות ומיישב קושית הב"א והפרשת מרדכי דלא מהני כותב לפ"ת:

סי' ל"ד. בהרוג שהכירו אותו בט"ע בעת שהי' מונח על שדה המלחמה והי' לו ג"כ סימן בשיניו וגם לטגיטימאציע נמצא אצלו. פלפול בדברי הב"ש ס"ק צ"ט דרק במים לא מהני ט"ע ולא במלחמה. סברא מחודשת דט"ט בעיון כ"ד לא גרע מסימן אמצעי. ישוב לתמיהת הב"ש על דברי התוס' ביבמות (דף קט"ו). מילתא חדתא דלעגיטימאציע לא נכנס בגדר כלי דניחוש בה לשאלה:

סי' ל"ח. בעסק עגונה שנשמע מפי רבים מספרים שנהרג בעלה. פלפול ארוך בדברי המהריב"ל והמחבר בסעיף כ"ז דבספק ג' ימים מותרת ממ"נ. בדברי הסוברים דגם בעד מפי מסל"ת בעינן קברתיו. מחדש דהיכא דליכא חשש משקר ל"ח לבדדמי:

סי' ל"ו. בעגונה שאמר לה העד שראה הריגתו וקבורתו אם יכולה לבא בעצמה לב"ד להעיד כן כיון דהמעשה הי' במלחמה. פלפול בשי' הרמב"ם דבמלחמה בעולם אם

אמרה מת בעלי במלחמה אף קברתיו אינה נאמנת. סברא מושכלת מדוע מהני עמפ"ע אף במלחמה:

סי' ל"ז. בהרוג אחד שסיפרו הנכרים ע"י שאלה, פלפול בדברי המ"ב סי' ק"ט והמהר"ם מלובלין סי' ק"ט דאם לא שאלו בפירוש להנכרי על מיתת פלוני חשוב מלפ"ת:

סי' ל"ח. עוד בענין הנ"ל שהשואל התעורר דהעד הוא מפס"ע. בדברי התשו' ז"כ דכתב הטעם דפס"ע פסולין לע"א משום אל תשת ידך. פלפול בטעם של רש"י דע"א כשר משום אפקעינהו:

סי' ל"ט. בהרוג במלחמה שהעד לא אמר קברתיו רק לקח מעליו הקאפסעל. פלפול אם זה חשוב כהזזה:

ס' מ', בדין עמפ"ע שלא העיד ממי שמע. פלפול בדברי הנוב"י מהדו"ק סי' ל"ג בביאור שיטת הרמב"ם דע"א נאמן משום מילתא דעל"ג ומקשה לפי"ז אמאי מהני עמפ"ע במלחמה ומיישב בד"ז דעת הרמב"ם שכתב טעם נאמנות ע"א משום מדעל"ג וגם קושית הראשונים בסתירת הסוגיא דבר"פ האשה רבה קאמר הש"ס משום דייקא ובדף קט"ו קאמר הטעם משום על"ג:

סי' מ"א. אודות העגונה שהלך בעלה ביום ב' מביתו לסחור על הכפרים וביום ד' מצאו הרוג ביער ואחר כך ביום א' באה האשה שמה והכירה אותו ואת מלבושיו וחלק אמאי במים באשתהי דחמור מג"י ביבשה מותר בשנים מעידין אף באשתהי והג"י לא מהני:

סי' מ"ב. אודות העגונה שהעיד אחד שבעלה הי' עמו ביחד והלך ממנו ואח"כ ראה אותו שמונח מת ולא ראה אותו רק מאחוריו. מיישב בטו"ט מה שהקשו האחרונים לשיטת ר"ת בספר הישר דהא דאין מעידין אלא על פ"פ היינו באדם שלא הכירו מעולם:

סי' מ"ג. האשה שהותרה לינשא ע"י גדולי התורה ונשאת לאחד ונתארמלה ממנו ואח"כ נשאת לשני ועתה נודע שבעלה הראשון חי עדיין ורוצה לגרשה אם מותרת לדור עם בעלה השני אחר שישלח לה ג"פ. פלפול ארוך בדברי המהר"א ששון דלבועל שני לא נאסרה כיון דהיתה אסורה כבר לבעל:

סי' מ"ד. אודות העגונה שהכירה כל הבגדים של בעלה וגם הי' לו סימן בגופו. בדברי הנוב"י מהדו"ק תשו' ל"ב דכתב דנהי דאין דרך להשאיל בגדיו מ"מ ניחוש לגניבה:

סי' מ"ה. אודות העגונה שהעד ראה שהלך בעלה בין אנשי החיל על הגשר שעל הפרוט ומחמת מינע פרחה הגשר באויר ונפלו כולם למים וגם בעלה נפל עמהם:

סי' מ"ו. אודות העגונה שהעיד אבי הנאבד שעוד לפני איזה שנים שמע קול שנהרג בנו בין הבאלשעוויקים. מברר אם נוגע יהי' נאמן בשבועה בעדות אשה:

סי' מ"ז. אודות העגונה שהעידו עדים ששמעו מפי אנשים שבעלה נפל במלחמה וגם אחד העיד ששמע מפי ע"א שהוא עצמו הי' אצל קבורתו. מברר בטו"ט פלוגתת הרי"ף והרמב"ן אם גבי שני עדים דייקינן אם אמרו בדדמי ובדרך זה מיישב סוגית הש"ס גבי ע"א במלחמה מהו וגם מברר מחלוקת האחרונים אם בתרי פסולים חיישינן בדדמי:

סי' מ"ח. אודות העגונה שהעיד ע"א ששמע מבעלי מלחמה שבעלה מת ואינו זוכר אם שמע מיהודים או מערלים וגם איכא לספוקא דילמא שמע מערלים ולא היו מסלפ"ת. דבר חידוש בישוב קושית הב"ש סקל"ח על הט"ז במאי שדחה ראיית הריב"ש דמסל"ת לא בעינן קישור דברים:

סי' מ"ט. אודות העגונה שהעיד ע"א שהי' בשבי עם בעלה ומת שם בעת שהי' שולט שם חולאת ר"ל. פלפול בדברי הב"ש ס"ק ק"ח דרצה להביא ראי' דבדבר אינה נאמנת אף דאיכא שתי לשונות:

סי' נ'. אודות העגונה שהעיד ע"א ששמע מפי רבים שהעידו על מיתתו וקבורתו וגם הי' עדות עכו"ם במסל"ת ע"י כתב:

סי' נ"א. בענין נאמנות ערכאות. דבר חידוש בכוונת דברי התוס' יבמות (דפ"ח ע"א) ד"ה מתוך ומיישב בזה קושית אחרונים דאמאי עלן פסול לעדות אשה:

סי' נ"ב. בענין אם העד הוא מגולח זקן וגם מגלח זקן אחרים אם הוא כשר לעדות אשה. פלפול ארוך בדברי הש"ס יבמות כ"ד דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה. ובדברי הש"ך יו"ד סי' קכ"ג סק"ב וגם בדברי הנתיבות בסי' מ"ו סקי"ז:

סי' נ"ג. אודות המגונה שכתבה מכתב לבעלה לשדה מלחמה והשיגה המכתב בחזרה והי' נכתב עליו תיבת "טאדה" וגם העיד ע"א שהוא הי' אז הממונה לרשום שמות החללים שנפלו במלחמה וביום א' נודע לו מפי הקאממאנדאנט עם עוד שני אנשי צבא שבעלה מת במלחמה והסירו מבגדיו את הפתקא שנרשם שם שמו ושם עירו. פלפול בדברי הירושלמי דכתב בלא חתימה לא מהני ומיישב בד"ז דברי הט"ז התמוהים הובא בב"ש ס"ק ל"ח:

סי' נ"ד. בענין הכרה ע"י פאטאגראף:

סי' נ"ה. ע"ד העגונה שהעיד ע"א שהי' עם בעלה בשבי' והתאונן לפניו שיש לו איזו מיחוש ושרוצה לילך לשפיטאל ושהיתה שם אשה אחת שהביאה לו מיני מזון להשיב נפשו ופעם א' הביאה לו מזון ולא רצו המשרתים לקבל ממנה באמרם לה כי הוא כבר מת. וגם העיד העד הנ"ל כי הי' דרך מקרה על הבית עלמין וראה שם בין

רשימת הנפטרים גם שמו ושם משפחתו אבל לא שם עירו. פלפול ארוך בדברי הרמב"ן במלחמות יבמות קט"ו ובדברי הח"מ סקל"ח. ישוב לקושית השואל משילהי יבמות:

סי' נ"ו. אודות העגונה שבעלה הי' במלחמה והשיגה מכתב ממנו שהוא מוטל חולה בשפיטאל בעיר א' ומאז אבד זכרו. וחקרה האשה אחריו שם ובא מהרב דק"ק הנ"ל כי מצא בפנקס המתים של עדת יהודים כי נפטר שם בבית החולים יהודי א' ושמו כשם בעלה אך שם עירו לא נזכר. עוד פלפול בדברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל ובדברי המגיני שלמה בח"ב בתקיע סי' נ"ד:

סי' נ"ז. אודות העגונה שאמר העד ששמע שמת בעלה אבל אינו יודע אם במקום זה או במקום אחר. ישוב בדרך הפלפול לקושיית הראשונים בסתירת דברי הש"ס דבר"פ האשה רבה קאמר הש"ס רק הטעם משום דייקא ומינסבא ובדקט"ו מספקא לי' להש"ס אם ע"א נאמן משום מדעל"ג או משום דייקא:

סי' נ"ח. בענין העגונה שהעיד ע"א שהוא הי' מהמתעסקים לחפש אחר ההרוגים ונמצא בין ההרוגים איש אחד שהי' תחוב בבגדו צעטיל הנהוג בין אנשי החיל רשום בשמו ושם עירו וגם נמצא אצלו מכתב שכתבה לו אשתו. ישוב נכון בדרך הפלפול לדברי הרמב"ם התמוהים שכתב בפ"ז מה' נחלות ה"ג דבסימנים מובהקים יורדין לנחלה ע"פ ותמהו הכל דהא קיי"ל סימנים לאו דאורייתא וגם מיושב בד"ז כמה קושיות:

סי' נ"ט. אודות העגונה שאמר ע"א עוד מקודם שראה אותו שיש לו סימן בשיניו ואח"כ ראה השינים ואמר שכן הי' לו בחייו. פלפול בדברי הש"ס גבי אין מעידין אלא על פ"פ וחוטם:

סי' ס'. פלפול בדברי הש"ס סנהדרין (ד"פ ע"א) גבי הא דנתערבו נסקלין בנשרפין. ישוב נכון לקושית הכו"פ סי' ס"ב. דבר חידוד בכוונת דברי הרשב"א סי' אלף קפ"ד. ישוב נחמד בדרך הפלפול לקושיית השואל ע"ד הצל"ח פסחים ע"ג:

סי' ס"א. באחד שלקח אצבעה של אשה בחוזק ותחב עלי' הטבעת וקידשה והטבעת הי' שאול. ישוב לקושית הט"ז באו"ח סי' י"ד והמג"א בסי' תרנ"ח דאמאי בקידושין אמרינן דמהני שאלה ובאתרוג קיי"ל דאינו יוצא ביוט"ר בשאול:

סי' ס"ב. בענין קידושין והשאלה מובן מתוך התשובה. בדברי הר"ן בקידושין (דכ"ו). פלפול בדברי הש"ס נזיר (דכ"ד ע"א) באשה שנדרה בנזיר. ישוב לקושית האחרונים על הרמ"א סי' נ' ס"א דפסק כהמרדכי דכל ספק קידושין צריכה להחזיר הכסף א"כ במאי מתקדשה:

סי' ס"ג. בענין טענת מאיס עלי. בדברי הסמ"ע בסי' רמ"ה:

סי' ס"ד. באחד שקידש אשה ואיכא שני עדים המעידים שצווחה תיכף. פלפול בדברי הקהלת יעקב בס' ל' ס"ז דכתב דאף לאחר כ"ד מהני זריקתה:

סי' ס"ה. באחד שנתן תק"כ לבתולה שישאנה ואח"כ נשתדך עם אחרת ושתיהן תובעות אותו לדין:

סי' ס"ו. בדבר איש אחד שלא הי' מפרנס אשתו ולא נתן לה מזונות איזו שנים ועתה מתה מהו לענין ירושתה:

סי' ס"ז. באחד שנשא אשה ואיזו זמן אחר הנשואין אמר שראה בה שהיא נכפית ר"ל ורוצה לגרשה והיא מכחשת. פלפול ארוך בדברי תשובת הרא"ש כלל מ"ב הובא בח"מ סי' קי"ז ס"ק כ' וכ"א. ובדברי התוס' כתובות (דס"ג ע"א) ד"ה אבל:

סי' ס"ח. באשה שהיא עתים חלים ועתים שוטה שבעלה רוצה לגרשה והיא מתרצית ג"כ לגירושין אם מותר לגרשה בעת חלימתה. פלפול בדברי הירושלמי ר"פ חרש הובא בתוס' ובראב"ש שם:

סי' ס"ט. בענין שוטה לדבר א' אם הוי דינה כשוטה לענין גירושין:

סי' ע'. באחד שציוה קודם לכתו למלחמה לסופר ולעדים לכתוב וליתן ג"פ לאשתו ומחמת שערורות המלחמה לא סידר הרב הגט והיא סברה שכבר נתגרשה בזה לחוד והלכה וניסת לאיש אחר וכנסה לחופה לבד ולא נבעלה כי בתוך כך נודע להרב מהדבר והפרישם וגירשה השני. ועתה סידר הרב הגט מבעלה הא' כדת וכהלכה אם מותר להשני להחזירה. דבר חידוד דגבי גירושין לא אמרינן דכל שיש ספק להעדים הוי כמגרש בלא עדים כמו גבי קידושין. פלפול בדברי הב"ש בסי' קנ"ט סק"ח:

סי' ע"א. אודות קשר שידוכין והשאלה מובן מתוך התשובה:

סי' ע"ב. מיישב דברי רש"י ביבמות דסתרי אהדדי דבדפ"ח משמע מדבריו דע"א נאמן לעדות אשה דאורייתא ובדצ"ב כתב להדיא דרק מדרבנן נאמן. ישוב לקושית המהרש"א ע"ד התוס' ביבמות שם. ישוב לקושית הישויע"ק והב"מ על הב"ש בריש סי' י"ז. ישוב נכון לקושית התוס' באח (דמ"א) ד"ה קרנא:

סי' ע"ג. פלפול בדברי הרשב"א גיטין פ"ח דהא דמהני בגירושין קרוב לה הוא רק מדרבנן. ומיישב כזה קושית השואל ביבמות (דף ל' ע"ב). פלפול נחמד בדברי הש"ס קידושין (דף ז' ע"ב). ומיישב בד"ז כמה קושיות אחרונים. דבר חידוד בדברי הש"ס נדרים (דף ל"ו)

סי' ע"ד. איך לכתוב השם ציפרא:

סי' ע"ה. בשם עברי שהמבטא הוא משונה אם צריך לכתוב דמיתקרא או המכונה:

סי' ע"ו. איך לכתוב את השם צבי'
סי' ע"ז. בענין השם ריבציא איך לכתבו:
סי' ע"ד. בענין כתיבת שם יוכבד:
סי' ע"ט. באחד שהלך למלחמה ולא נודע ע"ע מה הי' לו ואחיו השתדך מקודם עם אחות אשתו אם מותר עתה לישא אותה משום ספק אחות זקוקתו. פלפול ארוך בדברי המרדכי בפ' החולץ ובדברי הנ"י ביבמות (דכ"ג):
סי' פ'. בענין חליצה שהאח הגדול הוא זקן וכבדו אזניו משמוע וצריך לצעוק אליו בקול וגם הוא מבקש מאתה סך גדול ויש אח צעיר ממנו והוא אין מכביד עלי' עול איך לנהוג עם החליצה. מברר בטוב דברי הרמב"ם במה שכתב שזקן אינו מייבם לכתחלה. דבר נאה ומתקבל בכוונת דברי התוס' זבחים (דף נ"ט ע"ב):
סי' פ"א. באחד שהורגל עצמו לעקור רגלו השמאלית קודם וכל כחו הוא ברגל הימין באיזו צריך לחלוץ:
סי' פ"ב. ישוב לקושית המהרש"א בכתובות (דל"ט ע"ב) בד"ה אין לי. פלפול ארוך בדברי המחנ"א בה' זכי' ומתנה. ומיישב בד"ז קושית התוס' כתובות (די"א) וסתירת דברי רש"י אהדדי במס' ביצה (מד"י ע"א) ד"ה כונס (אדל"ח ע"א) ד"ה בדאורייתא. ומפרש ג"כ בסברא זו דברי הש"ס חולין (דל"ו ע"א). ישוב נכון לדברי הרמב"ם בפר"ג מה' שבת שכתב הטעם דאין מגביהין תרו"מ בשבת הוא משום מתקן ומשום מקדיש. פלפול נחמד בישוב דברי פיה"מ להרמב"ם בגיטין שכתב דטעמא דר"ש ג"כ שמא יחפה וכו' ודבריו הם נגד הש"ס שם דקאמר ר"מ אליבא דר"ש לא קאמינא:
סי' פ"ג. פלפול בדברי הש"ס מכות (דט"ז) ותמורה (ד"ד וד"ה):
סי' פ"ד. ישוב לקושית השואל בדברי הש"ס כתובות (דכ"ב ע"ב). תירוץ מספיק לקושית הגאון מקאמינקא ז"ל על הר"ן בסוגי' הנ"ל:
סי' פ"ה. פלפול בדברי הש"ס נזיר (דנ"ז ע"ב):

השמטות

מחמת שהשגתי השאלה הזאת בגמר הדפסת הספר ע"כ נדפסה שלא במקומה אך בסוף הספר:

ב"ה א' תצא תרצ"א פה מרחץ קריניצא.
כוח"ט וכט"ס אל כבוד ידידי הה"צ החסיד המאוה"ג לממשלת התורה חריף ובקי משנתו זך ונקי זקן וקנה חכמה בנש"ק מגזע תר שישים בקש"ת מו"ה **אלישע** שליט"א אבד"ק **נארליץ** יצ"ו:

ע"ד שאלתו ע"י בנו הרב הה"ג ג"י. באשה שהרופא ציוה עלי' שתראה שלא תתעבר עכ"פ שנה אחת שלא תסתכן חייו מחמת חלי'. וציוה עלי' לתת בשעת תשמיש איזו מין בורית באותו מקום שזה משחית את הזרע שלא תהי' ראוי' להתעבר והוא מבטיח שבמשך שנה אחת תתחזק ותתרפא ותוכל לשמש אח"כ כדרכה. והיא מוכרחת לעשות זאת שלא בידיעת בעלה. שאם יוודע לבעלה יוכל לצמוח מזה פרישה ביניהם ח"ו. ושאל כתה"ר אם רשאה לעשות כן:

הנה החת"ס תשו' קע"ב בחלק יו"ד כתב דלפי פשטות הסוגיא דיבמות (די"ב ע"ב). אין מי שמתיר לשום מוך בשעת תשמיש רק אחר התשמיש עיי"ש. ובאמת עפר אנכי תחת כפות רגלי החת"ס ז"ל ואינני כדאי להשיב על דבריו. ועכ"ז תורה היא וללמוד אני צריך. ולענ"ד בכאן יש להשיב על דבריו. דהנה נראה דדבריו בנוין ע"ד התוס' יבמות (י"ב ע"ב) הנ"ל ד"ה שלש. שהביאו דברי רש"י שם שפירש ג' נשים מותרים לשמש במוך אליבא דר"מ משום סכנה. משמע דשאר נשים אסורות משום השחתת זרע אע"ג דלא מיפקדא אפ"ו. ור"ת מחלק בין קודם תשמיש לאחר תשמיש. דקודם תשמיש נהי דהיא לא מיפקדא מ"מ אסור משום השחתת זרע דהבעל דהוי כמטיל זרע על העצים והאבנים. אבל לאחר תשמיש דהבעל כדרכו משמש. והאשה היא דעושית מעשה אח"כ לשום מוך לשאוב הזרע והיא מותרת משום דלא מיפקדא אפ"ו. ומשמע לי' להחת"ס דהא דכתב ר"ת דלפני תשמיש לכ"ע אסורה. היינו אף בהני ג' נשים שסכנה להם. והכריחו להחת"ס לפרש כן. דאל"כ למה לי' להר"ת לחלוק על רש"י ולפרש דמשמשות במוך היינו שצריכין לשמש במוך ולא שמותרות ואמאי לא ניחא לי' לפרש כרש"י דמותרות קתני אלא שאיירי בשעת תשמיש א"ו דבשעת תשמיש לכ"ע אסור אף בהני ג' נשים. דאף דסכנה להם אליבא דר"מ ואין לך דבר שעומד בפני הסכנה. ז"א דמי הכריחו לשמש אז. ולכך כתב החת"ס דלפני תשמיש ליכא מאן דמתיר דאף לרש"י דמותרות קתני ובע"כ אייר לפני תשמיש מ"מ כיון דלחכמים אסור וודאי דר"מ וחכמים הלכה כחכמים שהם רבים. זה טעמו של החת"ס. אמנם המעיין בשטמ"ק כתובות (דל"ט ע"א) ד"ה משמשות יראה שאין הדבר כן ששם הביא לשון הרמב"ן שהוא כשיטת ר"ת דנהי דלא מיפקדא אפ"ו מ"מ זרע הבעל אסור להשחית אלא דקשיא לי' כיון דלר"מ מותרות בהני ג' נשים חכמים במאי פליגי עלי' דר"מ וכו' ומ"ט רבנן דאסרי אלא ה"פ חייבות לשמש קאמר כי היכא דלא ליתי לידי סכנה. הרי מפורש יוצא דהא דלא ניחא לי' לפרש כפרש"י דמותרות קאמר. לא משום דא"כ מ"ט דר"מ דשרי כדברי החת"ס. אלא משום דמ"ט דרבנן דאסרי. ולכך פירש דחייבות קאמרי. אבל איסור אין כאן אליבא דכ"ע. וכן הביא

שם בשם הרא"ה. וכן מפורש יותר בלשון הריטב"א שהביא שם שכתב וז"ל פרש"י ז"ל רשאות לשמש במוך ואפילו שמשחיתות זרע בעליהן שרינן להו משום סכנה דידה או דעובר כלומר דאע"ג דאתתא לא מיפקדא אפ"ו אסורה להשחית זרע בעלה וכולן לקו בדור המבול דאע"ג דלגבי דידי' שרינן לבעול בעילה שאין בה זרע כגון קטנה או מעוברת או זקינה ועקרה ולא חשוב השחתת זרע שאני איהו משום מצות עונה ועוד דהוי דרך תשמיש. אבל להשחית זרע הראוי להוליד ולאבדו במוך אסור אפילו לדידה ואפילו הי' המוך מונח בשעת תשמיש. כ"ז למדנו מדברי רבינו ז"ל אבל מ"מ אין פירושו מחוור חדא דא"כ כי קתני פחות מכן משמשת כדרכה אסורה לשמש במוך קאמר והא אמאי הא אין כאן השחתת זרע (דפחות מי"א בלא"ה אין ראוי' להתעבר כלל) ותו רבנן דאמרי אחת זו ואחת זו משמשת כדרכה והולכת היינו שאסורה לשמש במוך והא אמאי כיון שיש סכנה בדבר וכי משום שומר פתאים ד' תהא אסורה בזה ותכניס עצמה בסכנה לכך פירשו בתוס' ג' נשים חייבות לשמש במוך וכו' עכ"ל הריטב"א ז"ל. הרי מפורש להדיא בריטב"א דלרש"י איירי אפילו הי' המוך מונח בשעת תשמיש דהוי השחתת זרע ממש ומש"ה בשאר נשים אסור אלא בהני ג' נשים שרי ר"מ משום סכנה דידה או הוולד וחכמים אוסרים וע"ז כתב הריטב"א דאין פירושו מחוור דכיון דאיכא סכנה בדבר מ"ט דרבנן דאסרי ולכך הביא פירוש התוס' שהם דברי ר"ת הנ"ל דהני ג' נשים חייבות לשמש במוך אליבא דר"מ. אבל איסורא לכ"ע ליכא בהני ג' נשים אפילו כשהמוך מונח בשעת תשמיש. רק בשאר נשים אסור לכ"ע כה"ג. וזה היפוך מדברי החת"ס הנ"ל. ובוודאי נאמנים עלינו דברי הרמב"ן והרא"ה והריטב"א בפירושן לדברי התוס'. וילמד סתום מהמפורש. שגם כוונת התוס' ביבמות (די"ב) הנ"ל הוא כן. והא שכתבו התוס' דקודם תשמיש וודאי אסור לשום מוך היינו בשאר נשים שאין סכנה. אבל בהני ג' נשים אף קודם תשמיש שרי כמפורש בריטב"א הנ"ל. אלא דהר"ת מיקל יותר דלאחר תשמיש בכל הנשים מותר. כיון דהבעל כדרכו משמש. והאשה שנותנת אח"כ המוך לא הוזהרה על השחתת זרע כיון דלא מיפקדא אפ"ו. וז"ב מאד:

ומ"מ לא הי' מלאני לבי לחלוק על החת"ס ולהתיר מה שהוא אוסר ח"ו. דודאי הי' מכוון הוראתו אליבא דהאמת. דמשה אמת ותורתו אמת. אך נראה דהחת"ס בנדון דידי' שפיר אסר. ומ"מ בנ"ד מודה דשרי. דהנה צריך להבין מ"ט של הפוסקים הנ"ל דמתירין גם קודם תשמיש משום סכנה. דנהי דאיכא סכנה אם תשמש ותתעבר מ"מ מי הכריחו לשמש כלל בעודה קטנה ולעבור על השחתת זרע. ימתין עד שתוגדל וכן כל ימי עיבורה והנקתה יואסר מלשמש משום סכנה אליבא דר"מ ומנ"ל להתיר תשמיש ע"י השחתת

זרע. וביותר תקשה עמ"ש הריטב"א שם בתירוץ אחד דמש"ה מותר לשמש בקטנה ועקרה משום מצוות מונה וקשה נהי דמשמע דאיסור השחתת זרע הוא רק מדרבנן וקרא דלא תנאף דדרשינן דגם ביד אסור הוא רק אסמכתא בעלמא עיין בהגהות עזר מקודש לבעל הדעת קדושים בסי' כ"ג. מ"מ הא בשוא"ת העמידו דבריהם לעקור ד"ת. ואמאי משום מצוות עונה מותר בהשחתת זרע. ולכן נלע"ד דאיסור הוצאת ז"ל הוא דומה למה דהביא המ"א בה' ציצית בשם המרדכי דהא דאסור ללבוש בגד בלא ציצית אין האיסור מטעם שאסור לילך בבגד בלא ציצית אלא כיון דהתורה אמרה גדילים תעשה לך וקיי"ל דכלי קופסא פטור. ואין החיוב חל עליו רק בשעה שלובשם. א"כ בשעה שלובש הבגד נתחייב תיכף להטיל ציצית וכשאינו מטיל עובר בכל רגע על מ"ע דגדילים תעשה לך. ומה"ט ס"ל שם דבשבת כיון דאסור להטיל ציצית בבגד וליכא עלי' אז חיוב דהטלה. מותר ללבוש בגד בלא ציצית מדאורייתא דאין איסור בלבישה רק משום דאינו מקיים אז מצוות ציצית. ובשבת דא"א להטיל ציצית מותר ללבוש בגד בלא ציצית. ה"נ איסור דהוצאת ז"ל הוא משום דמבטל בזה מצוות פרי' ורבי'. דהי' יכול עם הזרע ההוא לקיים מצוות פ"ו ואף אם כבר קיים מצוות פ"ו מ"מ מצוה מיהא איכא דגם לערב אל תנח ידך. ומה"ט ס"ל להתוס' הנ"ל דאשה דאינה מצווה בפ"ו ליכא אצלה איסור דהשחתת זרע. ועיין בהגהות עזר מקודש הנ"ל ברישׁ סי' כ"ה משמע ומוכח דהולך ג"כ בדרך הזה. וא"כ כ"ז היכא דאשתו בת לידה היא ויכול לקיים בביאתו אצלה מצוות פ"ו. אז איכא איסור דהשחתת זרע. וכן אם אין לו אשה כלל דמחויב ליקח אשה ולקיים מצות פ"ו. אם אינו עושה כן ומשחית זרעו בחנם מבטל בזה מצוה דפ"ו. אבל ביש לו אשה קטנה או עקרה או זקינה דמחויב בעונתה ואף אם אינה ראוי' להוליד דמחויב לישא אחרת כדי לקיים מצוות פ"ו מ"מ מדינא דש"ס קודם חדר"ג לא הי' מחויב לגרש את זאת. וממילא מחויב מדאורייתא בעונתה. א"כ ליכא איסור דהשחתת זרע בחנם ואינו מבטל בזה מצוות פ"ו. דהא ישא אחרת ג"כ. וביאה זאת אינה לבטלה דמקיים בזה מצוות עונה. ומש"ה שפיר כתבו התוס' דבשאר נשים דליכא סכנה עושה הבעל איסור כשמשמש במוך דיכול בביאה ההיא לקיים מצוות פ"ו אם ישמש כדרכו. וכשמשמש במוך הוא מבטל מצות פ"ו. אבל היכא דאיכא סכנה דאסור לשמש כדרכו ולהכניס אשתו בסכנה. ואינו יכול לקיים בביאה הזאת מצות פ"ו מותר לבוא עלי' ע"י מוך משום מצוות עונה ומצוות פ"ו יקיים אחר שתעשה גדולה או לאחר שיעברו ימי עיבור והנקה. וכן אם היא עקרה שלא תלד לעולם מחויב לישא אחרת כדי לקיים מצוות פ"ו אבל עכ"פ אינו מחויב לגרש את זאת ומחויב בעונתה וליכא איסור הוצאת ז"ל. וא"כ מעתה החת"ס בדין שלו

דאיירי דהיא חולנית והתשמיש הוא סכנה לה לעולם. דאז לאחר חדר"ג מחויב לגרשה ולישא אחרת. וליכא עלי' חיוב בעונתה וכשמשמש במוך מבטל בזה מצוות פ"ו כמו באין לו אשה כלל. דאסור בהשחתת זרע. דהי' יכול בזרע הזאת לקיים מצות פ"ו. אבל בנ"ד דהרופא אומר רק להמתין שנה אחת ואח"כ תוכל לשמש כדרכה. וודאי דומה לקטנה ומעוברת ומניקה. דמשום סכנה אין איסור לשמש במוך לדעת התוס' והרמב"ן והרא"ה והריטב"א הנ"ל. ועיין בתוס' יבמות (ס"ג ע"ב) בשם הריצב"א דגם באומרת נשען על ביתו ולא יעמוד ממתינין ג' או ד' שנים ואין ממהרין לסתור בנינה דרחמי ד' מרובים עיי"ש. ה"נ חלילה לגרום פירוד ביניהם וכיון דאין מחויב לגרשה ולישא אחרת מותר לשמש במוך משום מצוות עונה כמש"ל. ואמנם מ"ש דמשום מצות עונה מותר לשמש במוך נ"ל דזה תלוי בשני תירוצים הנ"ל שבריטב"א דלתירוץ הראשון דמש"ה שרי לבעול עקרה או זקינה משום מצות עונה ואינו מחלק כלל בין משמש כדרכו או לא. מוכח כמ"ש דהיכא דאיכא מצות עונה ליכא משום השחתת זרע. אבל לתירוץ השני דעקרה או זקינה שאני משום דמשמש כדרכו. אבל ע"י מוך הוי כזורע על העצים ואבנים. א"כ י"ל דגם משום מצות עונה אסור לשמש במוך. ונ"ל דזה היא שיטת הרא"ש בתשו' שהביא הב"י בסוס"י כ"ג דאשה שיש לה אוטם ברחם והוא זורה בחוץ אסור וגרוע ממשמש במוך דהתם הוא משמש כדרכו מידי דהוי אעקרה וזקינה עכת"ד עיי"ש. והא במקום הרא"ש לא נתפשט תקנת ר"ג כדמשמע בב"י בסי' א' עיי"ש. ויכול לישא אחרת ושלא לגרש את זו ואיכא מצות עונה. ואפ"ה אסור אם אינו משמש כדרכו. ואמנם לפי"ז לתירוץ השני שבריטב"א שוב הדק"ל אמאי בהני ג' נשים מותר לשמש במוך משום סכנה מאי סכנה איכא הא אפשר שלא לשמש כלל כיון דמשום מצות עונה לא שרי לתירוץ הזה. ועקרה וזקינה דמותרים הוא רק משום דמשמש כדרכו. אבל לשמש במוך קודם תשמיש דלא הוי כדרכה רק כמטיל זרע על עצים ואבנים אמאי מותר להריטב"א והרמב"ן הנ"ל. וצ"ל דסברתם היא כמש"ל דכל בעילה שא"א בלא"ה לקיים מצות פ"ו. כמו קטנה ומניקה ומעוברת דאיכא סכנה. ליכא איסור גם לשמש במוך כמש"ל. והא דהצריך בתירוץ השני הנ"ל הטעם משום דמשמש כדרכה. היינו אליבא דרש"י דלרבנן לא שרי בהני ג' נשים לשמש במוך אף דאיכא סכנה. לכך הוצרך לומר הטעם דבעקרה וזקינה או קטנה ומעוברת מותר בלא מוך משום דמשמש כדרכו. אבל להתוס' והרמב"ן והריטב"א דגם לרבנן ליכא איסור. בע"כ הטעם דכיון דא"א לקיים בבעילה זו מצות פ"ו מותר גם לשמש במוך בלא"ה מותר בעקרה וזקינה כיון דלאו בר הולדה נינהו ליכא בבעילה זו איסור השחתת זרע:

וא"כ לכאורה הם חולקים גם על תשו' הרא"ש בהא דאשה שיש לה אוטם ברחם. דלדידהו גם שם צריך להיות מותר כיון דלאו בת הולדה היא. וא"כ ממילא י"ל דלהרא"ש אסור גם בהני ג' נשים לשמש במוך. והא דמסיים שם וכתב דמשמש במוך משמש כדרכו מיקרי י"ל דכוונתו אם משימה המוך לאחר התשמיש לקלוט הזרע דאז בשעת תשמיש הוא משמש כדרכו כמפורש בתוס' יבמות הנ"ל:

ואמנם נראה דכל למעוטי במחלוקת עדיף. וי"ל דאין כאן מחלוקת כלל בין הרא"ש לשאר פוסקים הנ"ל. דהנה בסי' כ"ה באה"ע שם ס"ג מביא רמ"א דעת המקילין דמותר לבוא על אשתו שלא כדרכה אף בהוצאת זרע אם עושה כן באקראי ואינו רגיל בכך ועיי"ש בהגהות עזר מקודש שכתב דמשמע דהרמ"א ס"ל להלכה כהמקילין. וטעם המקילין משום דמפרשים דברי הש"ס נדרים דכל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה כפשטן דאף בהוצאת זרע מותר. וכתבו התוס' ביבמות (ל"ד ע"ב) ד"ה ולא דאף דשלא כדרכה הוי מעשה ער ואונן היינו במתכוון להשחית זרעו שלא להוליד תמיד. אבל עושה באקראי שמתאוה לכך ואינו מכוון להשחית זרעו שרי. משום דהתורה שרי' לעשות באשתו כרצונו. וא"כ ה"נ בקטנה ומניקה ומעוברת. דלאחר זמן היא ראוי' להוליד ואשתו היא ויש לו אישות בה אם מתאוה לבוא עלי' עכשיו. ומוכרח לשמש במוך משום סכנה שרי. אבל בהא דהרא"ש באשה שיש לה אוטם ברחם דאינה ראוי' להוליד גם לאח"ז ואין זה באקראי. וגם לא שייך לומר כל מה שרוצה לעשות עם אשתו עושה. דאין זה אשתו שהתירה לו התורה י"ל דבהא כ"ע מודו להרא"ש דאסור. והיכא דראוי' לאח"ז גם הרא"ש מודה דמותר. וא"כ הכא בנ"ד דלפי"ד הרופא אין זה רק על משך איזו זמן ואח"כ תהי' ראוי' לשמש כדרכה י"ל דכ"ע מודו בהא דשרי:

ועוד נלע"ד להתיר בנ"ד מטעם אחר. דהא כבר הבאתי בשם הר"ת דמשום לתא דידה ליכא איסורא דהשחתת זרע משום דאינה מצווה אפ"ו. והאיסור הוא רק משום דידי' דעביד איסורא כשמשמש ע"ג מוך דהוי כמטיל זרע על עצים ואבנים. והנה בנ"ד דא"א להודיע להבעל דיוכל להוולד עי"ז פירוד כמש"ל ונמצא דהבעל יהי' שוגג בדבר וכבר הבאתי לעיל בשם העזר מקודש דכל האיסור הזה הוא רק מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא. וידוע דברי הנתיבות בסי' רל"ד דשוגג דרבנן היתר גמור הוא וא"צ כפרה. ולכאורה קשה לדבריו מדברי התשו' פנ"י דס"ל דגם באיסור דרבנן איכא איסור דלפ"ע ל"ת מכשול וכ"ה בתוס' פ"ק דע"ז. ומשמע דגם היכא דחבירו אינו יודע מהאיסור והוי שוגג ואמאי הא שוגג דרבנן לא עביד איסורא וליכא מכשול. וצ"ל דאדרבא באיסור דרבנן היכא דחבירו שוגג מדינא אסור להמציא לו. דהא קיי"ל דכל היכי דהשליח לאו בר

חיובא המשלח חייב על מעשה השליח. ואף להש"ך דס"ל בסי' רצ"ב דשוגג הוי בר חיובא היינו בשוגג באיסור דאורייתא דהוי איסור כמ"ש התוס' בריש שבועות (וחולקים על הרמב"ן והר"ן בסנהדרין דשוגג דלאו א"צ כפרה) אבל בשוגג בדרבנן דלהנתיבות דהוי היתרא א"כ מי שממציא לו לעשות שהוא מזיד ויודע שאסור מתחייב הוא על מעשה השליח כיון דהשליח הוא שוגג בדרבנן דהוי היתר לדידי' להנתיבות הנ"ל. ואמנם כ"ז היכא דהדבר אסור להמשלח. אבל בכאן דהאשה בעצמה אינה מצווה אפ"ו. וליכא איסור לדידה. ומה שממצאת להבעל לעשות ג"כ ליכא מכשול להמשלח כיון דהוי שוגג דרבנן. וידוע דבלא"ה ס"ל להאמונת שמואל דליכא איסור דלפנ"ע היכא דשרי לדידי' ונהי דחלקו עליו האחרונים היינו באיסור דאורייתא או מזיד דרבנן אבל שוגג דרבנן י"ל דלכ"ע מותר מטעם הנ"ל ולכן דעתי העני' נוטה להתיר בנ"ד לעשות כפי שאמר לה הרופא עד שתתרפא ותשוב לאיתנה והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד הדוש"ת מברכו בכתיבה וחתימה טובה וכל טוב סלה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

(נשמט מלמעלה) **לפימ"ש** בנו הרב נ"י. שעתה משימין באותו מקום איזו מין בורית שמפסיד את הזרע שלא תהא ראוי' להוליד. בודאי אין זה דומה למשמש במוך דשם אינו משמש כדרכו ושופך הזרע על המוך ודומה למטיל על עצים וכו' כמ"ש הר"ת אבל עתה שמשמש כדרכו והזרע נכנס למעי האשה אך שנפסדת ע"י הבורית ששמה שם א"כ הוא משמש כדרכו ודומה לעקרה וזקינה שמותר לכ"ע. וא"כ זה ודאי הוי סניף גדול להתיר כנ"ל:. שרכב עליו לראות מי הוא ההרוג וראה כי הוא ה' מאיר מינדעלגרין מווישניצא והביט עליו איזו מינוטין והלך לו. ושאלו אותו הב"ד אם הזיזו ממקומו. והשיב שהי' ירא ליגע בו מפני חולאת המתדבקת שנתפשט אז ר"ל עכת"ד הגב"ע. ושאל כת"ה חוו"ד בשריותא דהאי איתתא:

הנה בגב"ע הזה יש שלש ריעותות שצריך לעיין בהם. אחד שמא כבר הי' מונח יותר מג' ימים. ובספק ג"י יש שני דיעות בש"ע סי' י"ז סכ"ז אם מותרת. השני שלא אמר קברתיו וע"א במלחמה צ"ל קברתיו כמבואר שם ס"נ. והשלישי שלא הזכיר שם אביו רק שמו ושם משפחתו דמשמע מהנוב"י סי' מ"ב גבי מאיר וועלי דלא הוי כשם אביו. ונתחיל בקמייתא הנה לענין ס' ג"י מביא הח"מ בס"ק מ"ז בשו"ת שם בשם הר"א ששון והריב"ל דכבר יצא הדבר מפי האחרונים להקל בס' ג"י. וי"ל הטעם משום דהרשב"א דאוסר בס' ג"י הוא משום דמספקא לי' דילמא החשש דמחמת ג"י נשתנה צורתו הוא דאורייתא כמ"ש בחי' הרשב"א יבמות (קכ"א). אמנם דעת הריטב"א שם דהוא רק

דרבנן. וא"כ עכ"פ מידי ספק לא נפקא אם זה חשש דאורייתא וכיון דאיכא עוד ספק אם הוי תוך ג"י הוי ס"ס בדאורייתא וס' אחד בדרבנן דמתירין כמו בציר דגים. ואף לדעת הסוברים דבעגונה אין מתירין משום ס"ס משום דאיכא חזקת איסור א"א עיין בפנ"י בקו"א בכתובות. מ"מ כאן הא איכא קושית הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז והב"ש כאן ס"ק פ"ד בס' ג"י אמאי לא אוקמינן אחזקת חי ולומר השתא הוא דמת והוי תוך ג"י ומתרץ שם הנה"כ וכן הנוב"י מהדו"ק סי' ל"א משום דאיכא כנגדה חזקת איסור א"א של האשה. א"כ כ"ז לתרץ דעת האוסרין דהם ס"ל דהוי דאורייתא אבל לדידן דיש שני דיעות בש"ע דעת האוסרין והמתירין בלי הכרעה ומחלוקתם תליא אם הוא חשש דאורייתא או לאו א"כ הוי ס"ס שפיר כמש"ל מאי אמרת דהוי ס"ס במקום חזקת א"א ז"א דנגד חזקת א"א איכא חזקת חי עד עכשיו והשתא הוא דמת והוי תוך ג"י:

ואולם בנ"ד יש לפקפק דהא איכא עוד ריעותא דלא אמר קברתיו ואיכא חשש בדדמי ונהי דבתשו' הב"ח סי' ע' התיר אשה שישבה י"א שנים גלמודה אף דל"א קברתיו כיון דא"א למצוא עוד עדות אחרת דהא חזינן דלא נמצא עדות אחרת כל משך הזמן הארוך הזה עיי"ש. מ"מ חדא דהב"ח לא אירי במלחמה רק בעכו"ם מל"ת דלהרמב"ם בעינן קברתיו אבל רוב הפוסקים חולקים עליו בכה"ג הוא דהקיל הב"ח אבל בע"א במלחמה דפסק הלכה הוא דבעינן קברתיו מנ"ל להקל. וגם יש מקום לומר דיש מזה סתירה להיתר הנ"ל דס' ג"י דהנה בחת"ס תשו' נ"ח הובא בפ"ת ס"ק קל"ח כתב דחשש דבדדמי הוא דאורייתא אך בפ"ת שם תמה עליו מדברי הרמב"ם פ"ז מה' נחלות ומהב"ש ס"ק קמ"ג דהוי רק דרבנן. אבל באמת מדברי הרמב"ם אין ראי' כ"כ דברמב"ם מבואר להדיא דאחר שראוהו נדקר במלחמה ונאבד זכרו זה מסייע לעשות אומדנא גמורה דנהרג אז ממש ול"ח לבדדמי מדאורייתא כהא דהב"ח הנ"ל. אבל החת"ס י"ל דאיירי דהשאלה בא לפנינו תיכף שלא הי' שהות עדיין לידע מזה שנאבד זכרו בכה"ג י"ל דמדאורייתא הוי ס' דילמא אחר בדדמי. והנה בב"ש תירץ על קושיא הנ"ל דנוקי אותו בחזקת חי ועכשיו הוא דמת משום דאדרבא מוקמינן בעל האשה בחזקת חי שהוא חי עדיין ואותו דראה מת אחר הוא ואין לו חזקת חי ותמה עליו הנוב"י אמאי האחר אין לו חזקת חי הא וודאי הי' חי מתחילה ואמאי ל"א השתא הוא דמת והוי תוך ג"י ולכך הוצרך לתרץ בתירוץ אחר הנ"ל משום חזקת א"א ואשר לפי"ז אמרתי דמש"ה מהני ס"ס כמש"ל. אבל בנ"ד שפיר שייך תירוץ הב"ש דמחמת חשש דג"י אמרינן דנשתנה צורתו. ואין זה הבעל רק איש אחר דלא ידעינן מאן הוא וכיון דלא ידעינן מי הוא ל"ש לומר דאבד זכרו וכיון דליכא אומדנא דאבד זכרו אמרינן דגם אותו אחר חי עדיין דכיון דהי' מלחמה אמר

בדדמי כיון דל"א קברתיו ועדיין חי הוא עד עכשיו כס' החת"ס הנ"ל דבדדמי הוי ספק דאורייתא כיון דליכא אומדנא דאבד זכרו דאותו אחר לא ידעינן אם אבד זכרו או לאו ול"ש לומר השתא הוא דמת דאדרבא אמרינן דעדיין הוא חי וא"כ נהי דאיכא עדיין הס"ס הנ"ל דילמא הוא בתוך ג"י וזה הוא הבעל וממילא מותרת מדאורייתא דהא הבעל אבד זכרו וכל דאבד זכרו ל"ח מדאורייתא לבדדמי ואף את"ל דהוא לאחר ג"י מ"מ דילמא כהריטב"א וש"פ דמדאורייתא ל"ח שנשתנה צורתו אף לאחר ג"י והוי ס"ס בדאורייתא וספק בדרבנן מ"מ הא איכא חזקת א"א ול"מ ס"ס כנגד חזקה מאי אמרת נגד חזקת א"א יש חזקה דהשתא הוא דמת והוי תוך ג"י כמש"ל ז"א דכאן אדרבא אמרינן דאיש אחר הוא והוא עדיין חי ולא אבד זכרו ושייך תירוץ הב"ש הנ"ל:

אך באמת ז"א כלל דא"א לומר דחיישינן לבדדמי משום דדילמא איש אחר הוא ולא אבד זכרו והוא חי עדיין דא"כ לא נשתנה צורתו כלל. דרק אחר מיתה חיישינן דע"י שיהוי ג"י נשתנה צורתו אבל כ"ז שהוא חי מהני ט"ע אף אם מסוכן למות כמבואר בתשו' שבח"מ בסק"ח שכתב וז"ל ותולין להקל אף שהקבורה היתה זמן מרובה אחר הריגה י"ל דלא מתו מיד רק היו מתמצים משך כמה ימים שלא יצאו נשמתם וכו' עכ"ל הרי מוכח דהחשש שיהוי ג"י הוא רק אחר יציאת נשמה ולא מחיים אף שהוא מתמצה למות וא"כ א"א לאחוז החבל בתרי ראשין ולומר דילמא אמר בדדמי והוא עדיין חי ואין זה בעל האשה כלל ולא אבד זכרו דזה א"א דאם הוא עדיין חי א"כ לא נשתהה ג"י אחר מותו ולא נשתנה צורתו. והרי הוא מכירו בט"ע שהוא וודאי בעל האשה שאבד זכרו. וכיון דאבד זכרו א"כ איכא אומדנא טובא שוודאי מת ולא אמר בדדמי ומדאורייתא ל"ת לה רק מדרבנן כמ"ש הרמב"ם הנ"ל ואיכא שפיר ס"ס הנ"ל. ומה"ט ניחא נמי דלא נאמר דאיכא ס"ס להחמיר דילמא אמר בדדמי והלא חי עדיין ואף את"ל דמת דילמא נשתנה צורתו ע"י ג"י. משום דא"א להתהפך דא"א לומר דילמא הי' אחר ג"י ונשתנה צורתו ואחר הוא ואת"ל דהוא עדיין תוך ג"י דילמא אמר בדדמי והוא עדיין חי. דז"א דאם הוא בתוך ג"י א"כ ברי הוא שהוא בעל האשה ובעל האשה אנו יודעין דאבד זכרו א"כ מדאורייתא שריא כמ"ש הרמב"ם הנ"ל דאומדנא טובא היא דוודאי מת וליכא רק חששא דרבנן כמ"ש הב"ש הנ"ל בס"ק קמ"ג אבל לא חזי לאצטרופי לספק ג"י לעשות עי"ז סד"א. דא"א לאחוז החבל בשני הראשין:

ומלבד כ"ז יש כאן ג"כ שני ההיתרים שכתב הנוב"י בסי' כ"ט ובסי' ל"א דהיכא דבלא"ה מותרת מדאורייתא או שאיתרע חזקת איסור דידה שריא לכ"ע בס' ג"י וכאן לפי"מ ששמשו הרבה אחרונים בס' התשב"ץ מ"א סי' פ' דכל היכא דאיכא אומדנות דמת ואבד

זכרו אז מדאורייתא יצאה מחזקת איסור א"א רק מדרבנן אסורה כמו במשאל"ס. וה"נ כיון דיודעין דהי' אז במלחמה בשעה שנעשה אפענזיווע. והעד שהי' מכירו ראה אותו מונח הרוג שזה דבר רחוק ג"כ שנשתנה צורתו מחמת ג"י ואח"כ נאבד זכרו ולא נשמע ממנו מאומה זה י"ד שנים שעפ"י רובא דרובא אף אותם שנשבו למדינות רחוקות כבר באו לביתם או לפחות נודע מהם באיזו מקום הם אף דאפשר ג"כ לומר שבכוונה הוא מסתיר א"ע ואת מקומו שאינו רוצה לשוב לביתו ולאשתו עכ"פ אומדנא טובא איכא דיותר קרוב הדבר שמת שלפי"ד התשב"ץ יצאה מדאורייתא מידי איסור א"א ולפי"ד הנוב"י הנ"ל מתירין כה"ג בס' ג"י. ואמנם אף לפי"מ שבתשו' אחת דחיתי זאת וכתבתי שחלילה לסמוך ע"ז שכל שלא נולד ריעותא בגוף האדם כמו נפל למשאל"ס או שהוכה ונדקר במלחמה שלא הוחל בו מעשה מיתה לא מהני שום אומדנא להתירו מדאורייתא כעין שכתב הרשב"א בחי' חולין (דמ"ג) הובא בתב"ש סי' כ"ט דכל שלא הוחל מעשה המטריף בגוף הבהמה ל"ח שנטרפה עיי"ש אבל הא וודאי מודינא דעפ"י הוכחות כאלה נהי דלא מישתרא מדאורייתא עכ"פ מחזקת חי וחזקת א"א יצאה דבלא"ה דעת איזו אחרונים דבמה שירד למלחמה לחוד איתרע חזקת חי דידי'. ולפימ"ש הנוב"י הנ"ל בסי' ל"א כל היכא דאיתרע חזקת חי מתירין בס' ג"י ובפרט דבלא"ה הרי הח"מ הוא מגדולי המחמירין בעגונה כמבואר בתשובותיו ואפ"ה בד"ז מביא בתשו' שבס"ק מ"ז ובתשו' שבס"ק ק"ח שכבר פסקו האחרונים להקל בס' ג"י. וגם הגאון מליסא בס' נחלת יעקב סכ"ז פוסק לקולא בס' ג"י וכן מביא בפ"ת ס"ק קכ"ג בשם תשו' גאוני בתראי שהגאון מהר"י הלוי אחיו של הט"ז התיר בס' ג"י. וכן גם הגאון רע"א עיי"ש. וא"כ מכל הלין טעמי נ"ל להקל בזה בענין החשש של ג"י ובפרט שבמלחמה הדרך שהולכים אנשי חיל אחר החיל לקבור תיכף ההרוגים י"ל דאין לנו לחוש שהניחו אותו כך יותר מג"י וכהא דאמרינן שוקי ירושלים עשויין להתכבד בכל יום ואף דבשעת יריית הקאנאנען ואש המלחמה וודאי אין הולכים אז הקוברים מ"מ בכאן נראה שאז לא הי' שעת ירי' דאל"כ לא הי' העד מסכן בנפשו לירד מהסוס ולהביט איזו מינוטען בפני ההרוג להכירו. ואף שי"ל שאותה שעה נשקט הורי' ולא הי' עדיין עת לקבור מ"מ לדעתי זה אינו מצוי כ"כ שיהי' הירי' ג' ימים רצופים לילה ויום בלי השקט שלא יהי' עת לקבור ההרוגים בינתיים. באופן שלענין החשש הראשון של ס' ג"י נ"ל דיש להקל:

ולענין החשש השני שלא אמר קברתיו ואיכא למיחש לבדדמי הנה הרמ"א בס"נ מביא י"א שהוא המרדכי דאם אמר ראיתיו אח"כ והכרתיו היטב בטב"ע וראיתיו שמת נאמן והוי כאלו אמר קברתיו. ופירש הח"מ שם ס"ק ק"ג והב"ש ס"ק קנ"ד דאיירי דלא ראה

ההריגה רק אח"כ מצאו הרוג דאז ל"א בדדמי. אמנם הב"מ שם פקפק ע"ז ופירש דברי המרדכי דעיקר החילוק בין ראה בשעה שהוא עומד עדיין בקשרי המלחמה שאז ירא לנפשו לעמוד לראות עד שתצא נפשו בין בא בתום המלחמה והכיר הרוג אחד והעיד שמצאו מת דמסתמא ראה היטב שמת עיי"ש ובאמת בקו"ע אות רפ"ט פירש דברי המרדכי שראה שהי' נחתך ראשו וכה"ג דל"ש בדדמי אבל בלא"ה ל"מ אף במקום שאינו ירא לנפשו עיי"ש. אך אח"כ ראיתי בב"מ שהוא בעצמו הרגיש בזה ומביא דבריו אך כתב דמ"מ דעת המרדכי והרמ"א הוא כמ"ש הוא דאיירי דווקא בבא בשעת המלחמה. וא"כ בנ"ד דנראה שבא בשעת תום אש המלחמה שלא הי' ירא לנפשו אז לעמוד שם מדירד מהסוס והביט עליו איזו מינוטען רק שהי' ירא ליגע בו מפני חולאת המתדבקת א"כ נראה דזה דינו של הב"מ דלדעת המרדכי שהביא הרמ"א ל"ח בכה"ג לבדדמי וא"כ כיון דבלא"ה איכא דעת גדולי הראשונים הובא בריטב"א וחי' רשב"א ביבמות הנ"ל (דקט"ו). ובתשו' הר"ן שהביא הב"י. דס"ל דאיפשטא האיבעיא דע"א נאמן במלחמה אף בלא קברתיו והר"ן כתב שם על דבריהם שדברים נכונים הם וקרובים אל הדעת אלא שא"א להקל נגד הרי"ף והרמב"ם א"כ בנ"ד דאיכא ג"כ דעת המרדכי שברמ"א הנ"ל דבכה"ג נ"ב קברתיו א"כ וודאי יש לסמוך כה"ג ע"ד הב"ח בתשו' סי' מ' שהבאתי למעלה שהתיר באשה. שעברו י"א שנה מעת שנאבד בעלה דכיון דלא נמצא לה עדות אחרת כי אם זאת וודאי לא ימצאו לה עוד עדות אחרת. והוי כשעת הסכנה דמעידין ול"ח לחששות בעלמא עיי"ש. ואף שכתבתי למעלה דהוא מיירי שם בקברתיו של הרמב"ם שאינו מוסכם מכל הפוסקים. מ"מ הא גם בנ"ד איכא הרבה מקילים כמש"ל. וא"כ אחר שבנ"ד עבר יותר מי"ד שנים מעת שהיא יושבת גלמודה ולא נמצא לה עדות אחרת יש לסמוך ע"ז להתירה שלא תתעגן כו' בפרט דכל חשש בדדמי הוא רק דרבנן בכה"ג כמש"ל בשם הב"ש ס"ק קמ"ג:

ולענין חשש הג' שלא הזכיר שם אביו רק שם משפחתו. הנה הב"ש בס"ק נ"ח מביא בסתם בשם הרשד"ם שסגי בשם משפחתו. וכן נהוג עלמא. וכאן יש עוד סניף שאמר שהוא או חותנו הי' קצב אף שלא חותנו רק אביו הי' הקצב היינו שלא הי' זוכר היטב. אבל מ"מ איכא עוד הוכחה שלזה כיוון. והוי כהא דאמר דהי' משרת פלוני שהביא הבה"ט שם בסעיף י"ח בשם הרא"ש בתשו':

והנה איכא עוד חששא מה שלא הכיר רק בט"ע בלבד ודעת הש"ג הובא בד"מ סוף ס"ק מ"ה דמלחמה כמים דמי דלא סגי בהכרה דט"ע רק עם סימן משום דאומר בדדמי הובאו דבריו גם בב"מ סל"ג וסוף סמ"ט. ואמנם דיעה זו לא הובאה כלל וכלל בש"ע ומפרשיו

דהיינו הח"מ והב"ש ואדרבה בב"ש בס"ק צ"ט מבואר להיפך דרק אם נטבע במשאל"ס צריך שיהי' לו סימן מובהק מבואר להדיא דבמלחמה איכא רק חשש בדדמי דמיתה ולכך צריך קברתיו וסגי בקברתיו ובמשאל"ס צריך סימן דוקא ול"מ קברתיו דקברתיו אינו מוציא מידי ספק דילמא אחר הוא כדמוכח בש"ע דלענין משאל"ס לא הוזכר כלל דין דקברתיו רק במלחמה וכן מוכח להדיא בח"מ ס"ק ש"ב על דברי המחבר שכתב ע"א אמר ראיתיו מת במלחמה וכו' או נטבע בים הגדול וכו' אם אמר קברתיו נאמן וכתב הח"מ וז"ל כלומר שראוהו מיד בשעה שעלה מהמים באופן שנאמן אף שראה הטביעה עכ"ל והוציא דברי המחבר מפשטן לומר דאין הכוונה קברתיו ממש רק שראוהו מיד. משמע דבמים קברתיו לא מועיל מאומה דבמים ס"ל דהחשש הוא רק מחילוף צורה ולזה ל"מ קברתיו. ובנוב"י סי' כ"ח השיג עליו רק בזה דס"ל דבמים איכא ג"כ חשש דילמא לא מת ולזה מהני קברתיו. אבל לענין הכרה מודה לי' דל"מ קברתיו וכ"כ להדיא בס' נחלת יעקב להגאון מליסא בסל"ג וכ"מ להדיא בקו"ע סי' צ"ט, וא"כ כיון דהמחבר בס"נ וכל הפוסקים כתבו סתמא דע"א במלחמה אם אמר קברתיו נאמן משמע דבמלחמה ליכא חשש דהכרה רק במים ולכך סגי קברתיו. וכיון דלא הובא דעת הש"ג בש"ע ומפרשיו לא חיישינן לה כמ"ש התומים בדיני קי"ל דדיעה שלא הובאה בש"ע אין חוששין לה ובפרט אף אם נרצה לדמות מלחמה למים מ"מ במים גופה דעת הרא"ש דמי שלא ראה הטביעה סגי בט"ע ול"ח לבדדמי של חילוף צורה. כמ"ש הרמ"א בסכ"ח. והא דבעינן שם שיהי' שלם ג"כ היינו דוקא במים משום דמיא מרזו מכה ולא במלחמה ועוד מי יימר דהכא לא הי' שלם דכיון דכל בדדמי הוא רק דרבנן בספק לא חיישינן כמ"ש בחי' הרשב"א הנ"ל דאם שהה ג"י הוא רק מדרבנן מספיקא לא חיישינן שמא שהה. בפרט דלדעת הרא"ש עצמו שם במים אם לא ראה הטביעה לחוד סגי בט"ע אלא שחושש שם לחומרת שני התירוצים הצריך גם שלם כמ"ש הב"ש שם בס"ק צ' וא"כ כאן דלדעת רוב הפוסקים וכמעט כולם במלחמה סגי בט"ע לחוד חוץ מהש"ג א"כ י"ל דבלא ראה ההריגה כמו בנ"ד לכ"ע שרי ועיין קו"ע סי' קי"א שכתב ג"כ כן דבלא ראה הטביעה ליכא חשש בדדמי של חילוף צורה. ומ"ש שם דתרי גווני בדדמי יש אין כוונתו דבמלחמה איכא ג"כ חשש דהיכר הצורה רק דאיכא תרי בדדמי היינו במלחמה החשש בדדמי הוא על המיתה ובמים על הצורה כן מוכח מדבריו להמעיין בהם. אף שמדברי הגהות ר"ב פרענקיל ז"ל על הב"מ סל"ג הנ"ל משמע שלא הבין כן בדברי הקו"ע אלו לענד"נ כמ"ש ובפרט לפימש"ל דבנ"ד אף לקברתיו דמלחמה ל"ח וצרפתי ג"כ דעת הב"ח הנ"ל לזה מכ"ש בחשש דצורה שהפוסקים לא חששו לה. ולכן מכל הלין טעמי נלענ"ד להתיר האשה

הזאת א' ר' מאיר מינדעלגרין מקהלתו מכבלי העיגון באופן ובתנאי כפול שיסכימו לזה עוד שני רבנים גדולים מפורסמים ויראי ד' והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

ב"ה אור ליום ד' האזינו שנת "שובו לבצרון" **טרנאפאל**.

גמר חתימה טובה לכבוד ידידי הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי פלפלא חריפתא כש"ת מו"ה **נטע שלמה** נ"י **מקרעניץ**:

יקרתו עם ברכת השנים לנכון קבלתי. וברך לקחתי ברך לו אשיבנה י"ר ויתברך גם הוא בגח"ט וש"ט ומבורכת בכל מילי דברכתא ותתקבל תפלתו ברצון ויתמלאו כל משאלותיו לטובה בתוך כלל ישראל:

וע"ד ח"א שהקשה על ס' לקט הקמח שהביא המנ"ח בהשמטות למצוה שס"ח דהא דלא מהני שאלה לנזירות שמשון הוא רק בהותחל נזירותו אבל אם עדיין לא התחיל למנות נזירותו מהני שאלה. והקשה כת"ה ע"ז מש"ס נזיר (י"ד ע"א) הריני נז"ש לאחר כ' יום ומעכשיו נזיר סתם הכא וודאי לא מצי לאתשולי עלה וכו' הרי דאף דלא הותחל עדיין נזירותו כלל דהא לאחר עשרים קאמר ואפ"ה לא מצי לאתשולי בנז"ש עכת"ד.

ולענ"ד נראה דלק"מ דכוונת הלקט הקמח וסברתו הוא עפי"ד הש"ס נדרים (ד"ג ע"ב) דפריך שם בל תאחר דנזירות היאך משכח"ל כיון דאמר הריני נזיר חל נזירותו תיכף ואם אכל עובר בבל יחל וכו' אחר רבא כגון דאמר לא איפטר מהעולם עד שאהא נזיר דמן האי שתא וכו' ועיי"ש בר"ן ד"ה בל תאחר ומתבאר מדבריו שכוונת הש"ס הוא שאינו דומה נזירות לקרבנות דבקרבנות כשנודר להביא קרבן מחוסר עדיין מעשה ההבאה וההקדש שייך ב"ת אבל אמר הריני נזיר דתיכף חל נזירותו בלי שום מעשה ומיתסר תיכף ביין ותגלחת ל"ש ב"ת רק בל יחל. ומשני באומר לא איפטר מהעולם עד שאהי' נזיר דאז אינו חל עדיין הנזירות מאליו דהא לא קיבל נזירות מהיום עדיין. ואם אינו רוצה לקבל נזירות מהיום אינו עובר אם ישתה יין דעדיין אינו נזיר רק מחשש דילמא ימות ולא יקיים נדרו מחויב לקבל עליו למנות מהיום. וכיון דבקבלתו תליא שייך ב"ת. עיי"ש בר"ן ותראה שכן כוונתו וכן מבואר יותר בראש"ש שם שכתב וז"ל ולא מסתבר שיהי' נזיר בלא קבלה דמשום חשש שמא ימות לא הוי כאלו קיבל עליו עכ"ל. וכ"מ שם בתוס' ד"ה מידי דהוה בתירוץ הראשון. וכ"ה בראש"ש ובחי' רשב"א שם והתירוץ השני של התוס' שכתבו ועוד י"ל אינו מובן כמו שתמה שם בגליון הש"א עיי"ש. וא"כ מעתה זה כוונתו של הלקט הקמח דהא דנז"ש אין לו שאלה היינו כשכבר חל הנזירות וא"צ שום קבלה אבל היכא

דצריך קבלה זה הוי כמו נדר שנודר לעשות דבר כמ"ש התוס' הנ"ל דזה דומה לנדר ולכך שפיר יכול לשאול עליו:

וא"כ מעתה ל"ק קושית כת"ה עליו כלל. דהנה בנדרים (ד"צ ע"ב) גבי הא דאמרינן דאין מתירין הנדר עד שיחול מביא הר"ן שם שני דיעות. לדיעה קמייתא זה רק בתולה נדרו במעשה דאפשר שלא יחול בהא הוא דאין מתירין אבל תולה נדרו בימים דזמן ממילא קאתי מיקרי חל הנדר ודיעה בתרייתא ס"ל דג"ז מיקרי לא חל הנדר עיי"ש. ולפי"ז קושיתו ממ"נ לא קשיא לא מיבעיא לדיעה בתרייתא דנודר לאחר כ' יום אינו יכול להתיר עדיין א"כ קשה מאי קאמר שם הש"ס בנזיר דהריני נזיר שמשון לאחר כ' יום לא מצי לאתשולי משום נז"ש הא בלא"ה לא מצי מיתשל עדיין דהא לא חל הנדר עדיין ובע"כ הכוונה דאי לאו נז"ש הי' יכול לשאול כשיגיע יום שלאחר כ' ויחול נזירותו. וא"כ אז גם הלקט הקמח מודה דכשכבר הותחל נזירותו א"י לשאול בנז"ש. ואי לדיעה קמייתא דכיון דזמן ממילא קאתי מיקרי חל הנדר ובע"כ דא"צ קבלה חדשה רק ביום עשרים ממילא נעשה נזיר ואסור ביין דאם הי' צריך קבלה הרי לא חל הנדר עדיין דמחוסר קבלה ואפשר שלא יקבל עליו כלל ובע"כ דכוונתו דכשיגיע יום עשרים יחול הנזירות מאליו א"כ כמו דמחשיב לי' הר"ן כאלו חל כבר לענין שיכול לשאול עליו עכשיו משום דזמן ממילא קאתי כמו כן מיחשב כאלו חל כבר לענין שבנז"ש אינו יכול לשאול לכ"ע והלקט הקמח איירי רק כעין דקאמר הש"ס כשאומר לא איפטר מהעולם וכו' או כשאומר הרי עלי לקבל נזירות כמ"ש התוס' בתירוץ הראשון דדא ודא חד הוא דהחיוב חל עליו תיכף לקבל נזירות ולהכי יכול לשאול עליו תיכף דהא חל עליו חיוב נדר תיכף לקבל עליו ומיקרי חל הנדר ולא דמי ג"כ לנז"ש דהחיוב שיקבל עליו נז"ש דומה לשאר נדר דיש לו שאלה. והדברים ברורים בעזה"י אקוה שגם כת"ה יודה עליהם וממילא אפשר הנוסח של נז"ש בהתרת נדרים דאיירי בקיבל עליו לקבל עליו נז"ש דלזה מהני שאלה לס' הלקה"ק הנ"ל:

וע"ד קושיתו השני' למה ביטלו מצות תק"ש ולולב שמא יעבירנו הא אפשר לתקן שיתקע סומא שמחויב רק מדרבנן ובמצוה דרבנן לא בהול כ"כ שנגזור שמא יעבירנו כמ"ש הט"א (מגילה ד'). ואפ"ה יוציא אחרים ידי חובתן לשיטת רש"י ברכות (מ"ח) דגם המחויב מדרבנן מוציא אחרים אף שמחויבים מדאורייתא עיי"ש עכת"ד:

לענ"ד גם קושיתו זאת לא קשיא דלדבריו יהי' רש"י נגד ש"ס מפורש פסחים (קט"ז) דקאמר מאן קאמר אגדתא בי רב יוסף וכו' משום דמצה בזה"ז דרבנן אבל אי הוה דאורייתא לא הי' רב יוסף יכול להוציא אחרים. הרי מבואר להדיא דסומא אינו יכול

להוציא את המחויב דאורייתא אף דמדרבנן מחויב כמו שהוכיחו התוס' בעירובין (דצ"ו) מכאן. ואם נאמר דרש"י סובר דסומא גם מדרבנן אינו מחויב כ"ש דלא קשיא קושיתו. אבל האמת יורה דרכו. דרש"י יודה בסומא ל"מ לפימ"ש הרא"ש שם ליישב שלא תקשי על רש"י מהא דקאמר דאם נשים בבהמ"ז לאו דאורייתא אינן מוציאין אנשים יד"ח משום דרש"י לא קאמר רק משום ערבות ונשים אינן בכלל ערבות עיי"ש. וענין ערבות הוא מה שקבלו עליהם בברית להיות ערבים זל"ז כמבואר במס' סוטה א"כ כיון דלדברי התוס' סומא אי לאו דמחויב מדרבנן הי' כנכרי לכל דבריו ואינו מחויב מדאורייתא בשום מצוה כלל אף בל"ת כמ"ש הנוב"י. א"כ אינו מחויב כלל לקיים גם דברי הכריתות ברית ואינו בכלל ערבות כלל ודומה לנשים דאין מוציאות אחרים יד"ח. אלא אף אם נאמר דטעמו של רש"י לאו משום ערבות. ובע"כ הטעם דכל מצוה דרבנן מחויבים לקיים מדאורייתא משום לאו דלא תסור כמו שהאריך בזה מגילת אסתר. אמנם סומא דגם ממצות ל"ת פטור ליכא עליו לאו דלא תסור ומדאורייתא הוא בר פטור לגמרי. א"כ א"י להוציא מי שמחויב מדאורייתא ול"ק קושית כת"ה. ובלא"ה בפשיטות לק"מ דהא הש"ס קאמר דהכל מחויבין בתק"ש ואין הכל בקיאין. חיישינן שמא ילך אצל בקי ללמוד וכו' ויעבירנו ד"א ברה"ר וקשה יתקנו שילך אצל בקי לשמוע תק"ש ולא יצטרך ליטול השופר שיהי' חשש שמא יעבירנו כמו שהקשה כת"ה שילך אצל סומא לשמוע ולא יצטרך לטלטל השופר כמו כן תקשה יותר למ"ל סומא ילך אצל בקי לשמוע ממנו תק"ש. אלא בע"כ דחיישינן שירצה לקיים המצוה בעצמו דמצוה בו וכו' וילך עם השופר בידו ללמוד וכו' וישכח ויעביר ד"א ברה"ר א"כ ליכא כלל תקנתא בסומא דמ"מ מחמת טירדת המצוה ישכח וירצה לקיים המצוה בעצמו וילך אצל חכם ויעבירנו ד"א וכו':

ולא אמנע מלהודיע לכת"ה מה שהעירותי היום בלמדי עם התלמידים בענינא דיומא ביומא (דמ"ח) חישב בחתיית גחלים מהו מכשירי מצוה כמצוה דמי או לאו. והרמב"ם בפ"ה מה' עבודת יוה"כ הכ"ז כתב דנפסל במחשבה. וכתב הכ"מ משום דהיא איבעיא דלא איפשטא פסק לחומרא והקשה הלח"מ דא"כ אמאי לא כתב דהוא ספק ונ"מ שאם הקטיר הורצה ואסור להקטיר קטורת אחרת מספק כמ"ש שם בהכ"ח. ולע"ד נראה דצדקו דברי הכ"מ. דהנה רש"י בלשון ראשון כתב דהאיבעיא היא אם הקטורת נפסל במחשבת חתיית הגחלים ובלשון שני פירש דהבעיא לענין הגחלים עצמם אם נפסלו. ובאמת לשון הראשון א"א להבין דהא לפי סדר עבודה הנחשב שם במשנה הקודמת חתיית הגחלים הוא קודם חפינת הקטורת וקודם חפינה הכל מודים דלא נתקדשה עדיין הקטורת ליפסל בלינה דאף על החפינה גופא מספקא לי' אם הוא ככ"ש שתפסל

בלינה כמ"ש התוס' שם בד"ה מדפסיל בהנמשך צע"ב דבקטורת דיוה"כ דל"ח קידושי כלי דידה וכו' הו"א דלינה לא פסלה וכ"כ שם בתו' ד"ה מדפסול. ואף לאחר דפשיט מר"ע דגם קטורת דיוה"כ פסלה לינה היינו אחר חפינה וקידוש כף. כמו שסיימו שם בת"י דחפניו חשובי ככ"ש או ע"י קידוש כף אבל קודם חפינה וקידוש לכ"ע לא פסלה לינה עיין במהרש"א שם. וכיון דלינה לא פסלה מחשבה נמי לא פסלה. ואף אם הי' מחשב בקטורת עצמה לא הי' נפסל קודם חפינה מכ"ש אם חישב בגחלים דלא מיפסלא הקטורת דעדיין אין עליהם קדוה"ג גמורה ואין לומר דאיירי בשהקדים חפינת הקטורת לחתיית הגחלים ז"א דעתה דהש"ס רוצה לומר דחפינת קטורת הוי עבודה דמחשבין בה וכן חתיית הגחלים א"כ סדרן מעכב דחוקה כתיב בהו דאף דנעשין בחוץ מ"מ הא קאמר הש"ס שם (ד"ס ע"ב) דצורך פנים כפנים דמי:

וא"כ מה"מ י"ל דהרמב"ם ס"ל כלשון שני של רש"י דהאיבעיא היא רק אם הגחלים נפסלים ולא לענין הקטורת. אם נימא מכשירי מצוה כמצוה דמי או לאו. וא"כ מעתה נחזי אנן הא דאמרינן בעלמא דגחלים או עצים שנטמאו לדברי רבנן דדרשי והבשר לרבות עצים ולבונה פשיטא דאסור לשורפן ע"ג המזבח כמ"ש בפיה"מ להרמב"ם בזבחים (מ"ה ע"ב) ובברטנורא שם. אמנם אם עבר והקטיר עליהם קומץ או לבונה אינו מפורש הדין אם עלתה ההקטרה והורצה או לאו. ובהדיוט כה"ג מצינו בפסחים אם בישל או אפה פת בעצים של איה"נ אם יש שבת עצים. אבל זה לא שייך כאן דמלל"נ. ונ"ל להביא ראי' דההקטרה כשירה מהא דאמרינן בזבחים (דע"ז) בנתערב אברי בע"מ בתמימים ס"ל לר"א דיקרבו ורואין את הבע"מ כאלו הם עצים ופירש"י שם משום דאינו מכוון להקרבה שרי. וקשה הא קאמר הש"ס בע"ז (דמ"ו) דמשתחווה להר אבניו אסורים למזבח דמכשירי קרבן כקרבן. א"כ איך מותר ליקח אברי בע"מ לעצים להקריב עליהם אברים תמימים הא עצים מכשירי קרבן נינהו ואף רובע ונרבע פריך הש"ס שם אמאי לא יקרבו לשם עצים ומשני משום דמאיסי והא רובע ונרבע ונעבד מחד קרא נפקי. ואם נעבד אסור למכשירי קרבן אף רובע ונרבע אסור ואיך ס"ד דיקריב אותם לשם עצים. אך צ"ל דבלא"ה קשה אמאי פליגי רבנן על ר"א ואסרו להקריב התערובות אמאי לא נימא ליתי עשה דהקרבת תמימים ולידחי ל"ת דהקטרת בע"מ כדפריך הש"ס בזבחים (דצ"ז) לענין יקדש להיות כמוה שאם פסולה תפסל ותירוץ של רב אשי דמשני יקדש עשה ול"ת הוא ל"ש כאן דכאן ליכא עשה כלל וצ"ל דכאן לא הוי בעידנא דדילמא ישלוט האש קודם בבע"מ ויעבור על הקטרת בע"מ והקטרת תמימים לא קיים עדיין כ"ז שלא משלה בהם האור אך כ"ז כשמכוון להקטרה אבל אם מכוון לעצים נהי דאסור ליקח עצים של

איסור להקריב עליהם קרבן משום דמכשירי קרבן כקרבן דמי מ"מ אימתי הם מכשירי קרבן כשנקטר הקרבן עליהם דהיינו כשמשלה האור בהתמימים וא"כ אז מקיים ג"כ המצוה והוי בעידנא דבשעה שעובר על האיסור מקיים ג"כ המצוה דבאים ביחד ואמרינן עדל"ת. אך כ"ז אם נאמר דאסור רק לכתחילה לעשות מעצים פסולים מכשירי קרבן אז שייך עדל"ת. אבל אם נאמר דאף בדיעבד פסולה ההקטרה ע"ג עצים פסולים ל"ש עדל"ת כמ"ש התוס' במנחות (דמ"ט ע"ב) לענין עשה דהשלמה עיי"ש ואמאי קאמר ר"א יקרבו לשם עצים. ואין לומר משום דאיכא ג"כ עצי המערכה והוי זוז"ג ז"א דהא ר"א ס"ל בתמורה דזוז"ג אסור אלא בע"כ דבדיעבד אם הקטיר ע"ג עצים פסולים ההקטרה כשירה:

וא"כ מיושב שפיר קושית הלח"מ על הכ"מ דשפיר קאמר הכ"מ דאין נ"מ אם הגחלים פסולים מספק או מוודאי דלכתחילה גם מספק אסור להקריב דכאן ל"ש פדצ"ת דהא אפשר ליקח גחלים אחרים לקטורת משא"כ שם שנתערבו לא יוכל להקריב התמימים לבד ובדיעבד בלא"ה כשר דכיון דהקטורת לא מיפסלא כמש"ל רק הגחלים אף אם היו פסולים והקטיר עליהם הקטורת בדיעבד כשר. כנ"ל נכון בישוב דברי הב"מ:

ומחמת טירדא דיומא אקצר והנני בזה ידידו מברכו בגח"ט וכט"ס **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

שו"ת חו"מ

סימן א

ב"ה א' לסדר כי מעשה הטוב תר"צ פה מארנאפאל יצ"ו.

שלום רב. לגבר טב. נולתא דדהב. בחכמה אב. ובפעלים רב. ה"ה האברך החריף ובקי. מוכתר במעלות ומרוה ענף עץ אבות איש חמודות כש"ת מו"ה **יהושע העשיל בוימיננער** נ"י התנא דבי נשיאה שליט"א:

יקרתו לנכון הגיעני. ואפריון נמטי' על טובו וחסדו עם תלמידי היקר נ"י אשר הוא לו כאח לצרה בארץ נכרי'. ואמינא לפעלא טבא יישר חילי'. ישלם ד' פעלו ומשכורתו כפולה. אך טוב וחסד ירדפהו ובאורך ימים ושנות חיים יעטרוהו. כעץ רענן יפריח. ואור שמשו יהל ויזריח. נוכח ד' יהי' דרכו בטוח. במסילות ישרים ידריך. ובמעלות התורה והיראה יעלה ויצליח. ורב טוב ועושר באהלו ינוח. ואבותיו ימצאו בו נחת רוח. זאת תגמולו על העבר. ועל העתיד כמו כן לבי נכון ובטוח. כי לא יעזוב חסדו ולא ישכון ולא ינוח. עד כי ישלח ד' עזרתו מקודש להעלם נכה הרוח. וירפאהו מכובד חליו וכדשן

עצמותיו יפריח. וישוב לביתו ברפואת גוף ונפש ורוח. ואז בפי כל יהי' שמו מהולל. ויאמרו כולם כי אך ע"י זכאי זכות מגולל. ואנכי גם מצידי ברכתי אליו לא אמניע. ותודתי מקרב לבי לו אביע. ובקשתי על העתיד לפניו אציע. בתקוה חזקה כי לרצון לפניו יגיע:

ועתה אבוא אל ד"ת אשר שאל ע"ד הלח"מ בפ"י מה' שבועות הל' י"ב אשר הקשה על הרמב"ם שם דמשביע עד כתובה חייב רק בתפשה מטלטלין והא לאחר תקנת הגאונים כתובה ניגבת ממטלטלי. וע"ז הקשה כ"ת וז"ל ולא הבנתי קושיתו הא מבואר בהדיא בלשון הרמב"ם דהא דעד מיתה חייב היינו דוקא ביש מטלטלין לגבות. אבל אם אין לה לגבות כתובתה אלא מן הקרקע ה"ז פטור וכו' והיינו באמת לפי תקנת הגאונים ולא מיירי כלל הרמב"ם בתפשה. עכת"ד כ"ת בקושיתו:

ודע כ"ת שדברי הלח"מ נכונים. דיעיין בטובו בשבועות (ד' ל"ז ע"ב) דקאמר הש"ס דר"י דס"ל משביע עדי קרקע פטור לשיטתו דס"ל הכופר במלוה שיש עליו שטר פטור דהוי כפירת שעבוד קרקעות והקשו שם בתוס' ד"ה ואין הא ר"י גופי' ס"ל בב"ב דשעבודא דאורייתא וא"כ אפילו בע"פ היאך משכח"ל שבועת העדות ושבועת הפקדון. ותירצו שם במסקנא דאיירי דמחל השעבוד קרקעות ובב"מ הוסיפו עוד שם דאיירי דאין לו קרקע מבואר דאם יש לו קרקע ולא מחל השעבוד קרקע אף דיש לו מטלטלין ג"כ ובע"ח גובה מיני' אף מטלטלין ומבואר בכמה מקומות ובח"מ סי' ק"א ס"א וס"ב דהיכא דיש לו מעות או מטלטלין וקרקעות דמחויב ליתן לו מעות או מטלטלי דוקא וא"י לדחותו אצל קרקע אפ"ה מיקרי שעבוד קרקעות אף דהוא תובע מעות או מטלטלין. והטעם י"ל עפ"י התוס' כתובות (צ"ב ע"ב) ד"ה אי פקח דהיכא דיש לו להלוה פסידא עי"ז יוכל להגבותו קרקע דוקא ולא מעות או מטלטלין עיי"ש. וא"כ ה"נ כיון דאם יהי' מוכרח ליתן לו מטלטלין יהי' לו ללוה פסידא ע"י כך שיהי' מחויב שבועה דאורייתא וכן העד יהי' מחויב להעיד ע"י השבועה אבל אם יוכל לסלקו בקרקע לא יצטרך לישבע דהוי שע"ק מה"ט גופי' יכול לסלקו בקרקע. או י"ל טעם אחר דהא בש"ס שם (דל"ח ע"ב) לענין בושת ופגם קנס ס"ל לרבנן דכי אמר אנסת וכו' סתמא דמילתא בושת ופגם קתבע ולא קנם דלא שביק איניש וכו' ותבע מידי דאי מודה מיפטר ה"נ כשתובע חובו סתמא דמילתא דעתו אקרקע ולא אמטלטלין דיכול להבריחם ולמכרם משא"כ מקרקעי דאף אם ימכרם יגבה ממשעבדי מש"ה א"נ שעבודא דאורייתא הוי כפירת שע"ק:

היוצא לנו מזה דהיכא דיש לו חוב בשטר או בע"פ למ"ד ש"ד אז מדאורייתא הוי תמיד כפירת שע"ק אף דיכול לגבות ממטלטלין ג"כ מ"מ כל שיוכל לגבות ממקרקעי ג"כ הוי שע"ק אם לא היכא דאין לו קרקע או שמחל שע"ק כמ"ש התוס' הנ"ל. וא"כ מעתה

בע"כ הא דקאמר הש"ס הנ"ל דתפישא מטלטלין היינו או דאיירי דליכא קרקעות או כיון דתפשא מטלטלין מחיים והם בידה למשכון שוב דעתה על אותן מטלטלין כיון דאין ביד היתומים להבריחם ולמכרם וגם לטעם הראשון הנ"ל א"ש דאז וודאי אין היתומים יכולים להוציא מידה המטלטלין ולסלקה בקרקע לכ"ע כיון דכבר מוחזקת במטלטלין בתורת משכון לא הוי שע"ק:

וא"כ מעתה לפי"ז נכונים דברי הלח"מ דבע"כ צ"ל דכוונת הרמב"ם במ"ש ביש מטלטלין לגבות היינו שתפשה המטלטלין כמ"ש הלח"מ דאין לומר דאיירי לאחר תקנת הגאונים ובדלא תפישא מטלטלין דז"א דוודאי לא עדיפא כתובה אחר תקנת הגאונים ממלוה בשטר מיני' דידי'. דאף דיכול לגבות ממטלטלין ג"כ מ"מ כיון דיכול לגבות מקרקע ג"כ הוי שע"ק כמש"ל. וא"כ מה זה שכתב הרמב"ם דלא הוי שע"ק אלא אם אין לה לגבות אלא מן הקרקע אבל אם יכולה לגבות מטלטלין ג"כ לא הוי שע"ק והא לאו דינא הכי כמש"ל ואדרבא איפכא מיבע"ל לכתוב דאם אין לו קרקע כלל או שמחלה שע"ק אז הוא דלא הוי שע"ק אבל אם יש לו קרקע אף דיכולה לגבות מטלטלין ג"כ הוי שע"ק. ולכך הוכרח הלח"מ לפרש ד' הרמב"ם כדברי הש"ס דמ"ש דיש לה לגבות מטלטלין היינו דתפישא מטלטלין דאז לא הוי שע"ק כמש"ל. אבל באם אין לה לגבות אלא קרקע דהיינו היכא דלא תפישא מטלטלין דאז מדינא דהש"ס א"י לגבות אלא מקרקעי הוי שע"ק ולכך הקשה הלח"מ דלמה לא כתב הרמב"ם דעכשיו לאחר תקנת הגאונים משכחת שפיר דלא הוי שע"ק אף היכא דלא תפשה מטלטלין והיינו כמו שציירו התוס' היכא דלית להו קרקע או שמחלה שע"ק ודברי הלח"מ כראי מוצקים:

ומה דקשיא לי' על הלח"מ דקאמר דהרמב"ם לדינא דגמ' קאי ונ"מ לכשיבנה המקדש ומנ"ל דלע"ל יתבטלו תקנת הגאונים. הנה וודאי דברי הש"ס לא יתבטלו לעולם ח"ו אבל תקנת הגאונים הא וודאי דב"ד שגדול בחכמה ובמנין יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו וא"כ לע"ל כשיהי' משה ואהרן ויהיו ישראל על אדמתם ויהי' ב"ד גדול בחכמה ובמנין וודאי יוכלו לבטל תקנת הגאונים כשיראו שיש צורך בדבר ותל"מ:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ב

שלום אשיב לכבוד הרב החריף ובקי וכו' מו"ה **יצחק** נ"י דומ"צ דק"ק **בילגורייא**:

יקרתו לנכון הגיעני. ואף שטרידנא טובא מאד עכ"ז למען בקשת ידינ"פ הרב הגאב"ד דקהלתכם. אמרתי להשיבו בקצרה. ע"ד השאלה בראובן שחתם לשמעון וועקסיל ללוות עליו מעות. ועתה הווועקסיל הוא ביד אחד והוא תובע את ראובן עם הווועקסיל באמרו

שהוא נתן עתה מעות על הוועקסיל הזה והלוה אינו משלם ותובע את ראובן החתום וראובן משיב כי הוא נתן את הוועקסיל לשמעון עוד זה איזה שנים ללוות באיזה באנק ולוה עליו שמעון וגם פרט אז רק שראובן שכח לקבל ממנו בחזרה הוועקסיל ולוה עליו עתה מחדש בלא ידיעת ראובן. לכן אינו מחויב לשלם כי השטר הזה כבר נמחל שעבודו. וחיוב חדש לא התחייב ראובן. כן הוא טענת ראובן כפי הבנתי מדברי כת"ה וע"ז דן כת"ה מדברי הרשד"ם המובא בש"ך סי' קכ"ט סק"ו שכיון שפרע פעם אחת נפטר מערבותו:

הנה מטעם הזה וודאי הי' הדין כן. אבל יש לדין הזה מקור מוצא ממקום אחר בסי' נ' סק"ז בש"ך באיש אחד שלוה מחבירו על ממרני ופרע לו ולקח ממנו שובר ולא לקח בחזרה הממרני והמלוה מכר הממרני לאיש אחר ופסק הש"ך דאם לא ידע הלוקח שהלוה פרע למלוה צריך הלוה לשלם להלוקח פעם שנית מתרי טעמי. חדא כיון דנתחייב הלוה לכל מי שמוציאו הרי עתה מוציאו הלוקח ונתחייב לו הלוה והשני דהוי כלוקח חפץ גנוב מגנב שאינו מפורסם דצריכין הבעלים ליתן לו מה שנתן משום תקנת השוק. ה"נ כיון שהלוקח לא ידע שהוא פרוע מ"מ צריך להחזיר לו מעותיו משום תקנת השוק. והתומים והנתיבות חולקים על טעם הראשון של הש"ך דמ"מ השטר חספא בעלמא כיון דנמחל שעבודו. אבל מחמת תקנת השוק פוסק הנתיבות ג"כ דצריך להחזיר מה שנתן הלוקח. וא"כ ה"נ בנ"ד דהבאנק שנתנו מעות על הוועקסיל הזה לא הי' להם לדעת שהוועקסיל הזה כבר נפרע פעם אחת וודאי מחויב להחזיר להם מה שנתנו. ונ"ל דזה עדיף מלוקח חפץ גנוב מגנב שאינו מפורסם. דשם הנגנב לא פשע מידי במה שנגנב ממנו ולא גרם הוא ההיזק להלוקח אבל כאן גרם ראובן ההיזק להלוקח במה שלא לקח מידו הוועקסיל בחזרה י"ל דלכ"ע חייב:

וכ"ז אם הי' ראובן מברר הדבר שכן הוא. אבל אם אין לו עדים ע"ז וודאי אינו נאמן לומר על שטר ברור שביד חבירו שלא לוה ממנו כשאין לו מיגו דפרעתי כמבואר שם בסי' נ' במחבר ס"א וכאן בממרני שאין נאמן לומר פרעתי אינו נאמן לומר שנמחל שעבודו ושלא נתנו לשמעון עתה ללוות עליו. ולכן לענ"ד הדין עם הבאנק. דכאן י"ל דאף התומים מודה לחייב מטעם הראשון של הש"ך דשם כיון דהלוה בעצמו פרע את חובו ולא לוה עליו יותר רק שהשאיר השטר ביד המלוה משום שלא הי' אז שטרו בידו ולקח שובר שפיר תמה התומים דהא נמחל שעבודו לגמרי. דודאי א"א לומר דהלוה הי' דעתו להתחייב לפרוע שני פעמים. ואי משום דגרם היזק להלוקח במה שהשאיר שטרו ביד המלוה זה הוי רק גרמא בניזקין. אבל כאן הלוה לוה בעצמו עוה"פ על השטר הזה ומבואר בש"ך

סי' מ"ח סק"ב דבכת"י שנכתב לכל המוציאו. ובפרט בממרמות שלנו חוזר ולוה עליו עיי"ש א"כ פשיטא דהלוה עצמו נתחייב במה שחזר ונתן הממרמי וממילא נתחייב גם הערב דמדלא תבע בחזרה את הממרמי ש"מ דלא הקפיד עליו אם יחזור וילוה עליו. ואין כאן נמחל שעבודו כמו בדינו של הש"ך. וא"כ בוודאי אין לנו לעשות פלוגתא רחוקה בין הש"ך והתומים:

ובפרט דנ"ל דבערב יש לחייב מטעם אחר לכ"ע. דהנה י"ל דבערב לא שייך כלל נמחל שעבודו דענין נמחל שעבודו י"ל דהוא מטעם שהביא הר"ן בנדרים (דכ"ט ע"א) בשם הרשב"א דקנין אחד לא יוכל להועיל שני פעמים דהיינו עכשיו ואחר שימכור עוה"פ עיי"ש. וא"כ ה"נ השטר שהוא קנין שבו נתחייב לא מהני רק פעם אחד. אבל לאחר שפרע וחזר ולוה כבר אזדא לי' קנין ראשון רק בממרני כשחזר ומסר לו הכת"י או הממרמי פעם שנית המסירה הוי קנין חדש כמ"ש הש"ך שם בסי' מ"ח. אך כ"ז לענין הלוה אבל הערב לא נתחייב מעולם רק כשלא ישלם הלוה ואף בקבלן דיכול לתבוע הערב תחילה היינו שיש לו שני חיובים או על הלוה או על הערב ויכול לתבוע מי שירצה אבל החיוב על שניהם יחד וודאי אין לו דיותר ממנה אחד אין מגיע לו ושני חיובים בבת אחת וודאי אין לו רק או על זה או על זה וא"כ כשפרע הלוה בעצמו ולא תבע את הערב איגלאי למפרע דלא הי' חיובו על הערב כלום. וא"כ בכה"ג בשטר שנתחייב סתם לכל המוציאו והערב חתום עליו ג"כ סתם אם לוה הלוה פעם אחד ופרע ורוצה ללוות פעם אחרת עליו נהי דנגדו לא יוכל לחול חיוב חדש דהקנין הראשון כבר עשה פעולתו ולשני פעמים אינו מועיל קנין אחד כס' הרשב"א הנ"ל מ"מ חתימת הערב שהוא הקנין שנתחייב הערב על ידו לא עשתה עדיין פעולתה כלל. דכששילם הלוה איגל"מ למפרע דלא נתחייב הערב עדיין ויכול ללוות עליו פעם אחרת דאצלו הוא החיוב הראשון ולכך שפיר כשאחד מוציא שטר ששנים חתומים עליו והאחד כבר לוה עליו ופרעו וחזר ולוה נגד השני א"צ למסור מחדש. דקנין הראשון עדיין קיים נגד השני ויועיל על ההלוואה השני' שאצלו היא ראשונה. ואם הערב יאמר דההלוואה שני' היתה שלא בידיעתו והוא לא נתחייב רק על ההלוואה ראשונה הרי כיון דבשטר סתמא כתיב שמתחייב לכל המוציא עליו שטר זה. והרי המלוה מוציא עליו עכשיו שטר הזה וחיובו ברור. אינו יכול לומר כוונתי הי' רק כשילוה פעם אחת דדברים שבלב אינם דברים נגד חיוב ברור שבשטר. בשלמא הלוה עצמו מוכרח לעשות מסירה חדשה. כיון דהמלוה עצמו מודה שלוה ופרע פעם אחת אף דהלוה הי' מתחייב מתחילה לשלם לכל מי שיוציא תמיד השטר הזה מ"מ הקנין כבר עשה פעולה פעם אחת ונסתלק לו ולא יכול להועיל להתחייב עוה"פ ושפיר

כתב הטעם דהשטר חספא בעלמא. אבל בערב שעדיין הקנין קיים וחיובו ברור. אלא שיאמר שהי' כוונתו שלא יתחייב רק בראשונה ע"ז אמרינן דדברים שבלב אינם דברים ואף אם יאמר דהתנה כן בפירוש מ"מ כשאין לו מיגו אינו נאמן לומר תנאי הי' בדבר ודו"ק היטב בכ"ז. ולכן מכל הלין טעמי נלע"ד דבנ"ד צדקו דברי הש"ך וגם התומים מודה לו דחייב לשלם ואמנם אם ירצו הבע"ד לשמוע לו לפשר ביניהם וודאי יותר נכון דצריכין להתרחק בכל היכולת מלדון ד"ת כמ"ש המחבר בסוס"י י"ב והוא מהירושלמי דלית דחכים למידן ד"ת. אבל אם ירצו דוקא ד"ת דעתי נוטה כמ"ש:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ג

שלום וכט"ס לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי חו"ע בנש"ק מגזע תרשישים כש"ת מו"ה **מנחם מענדיל הורוויץ** נ"י אבד"ק **לירקא** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ומחמת כי ראשי בל עמי מהרפתקא דעדו עלי וגם מחמת טירדא לא יכולתי להשיב אך בבוא מכתבו שנית אמרתי ליקח לי מועד להשיבו. בדבר שאלתו בענין פרעון החובות שקודם המלחמה יען שנוגע לכלל המדינה אמרתי לבאר הדבר קצת:

הנה בש"ס ב"ק (דצ"ז ע"א) איתמר המלוה על המטבע ונפסלה המטבע רב אמר נותן לו המטבע היוצא באותה שעה ושמואל אמר יכול לומר לך הוציאו במישן וכו' והוא דאית לי' אורחא למיזל למישן עיי"ש. והנה הרמב"ם פ"ד מה' מלוה ולוה הי"ב מפרש פלוגתייהו דאיירי גם בסתם הלוואה. ואפ"ה בעינן דוקא דאית לי' אורחא למישן. אבל רש"י והתוס' ד"ה המלוה פירשו הסוגיא דאיירי דווקא שהי' תנאי לשלם במטבע. אבל בסתם הלוואה משלם לו אף מטבע שנפסלה לגמרי. אלא שהתוס' כתבו שם דזה רק לרב הונא דס"ל שם דפסלתו מלכות לאו היינו נסדק ויוכל לומר הרש"ל, אבל לרב יהודא דס"ל שם דנפסל היינו נסדק משום דמינכרא היזיקא וא"י לומר הרש"ל ה"נ בהלוואה אינו יכול לשלם מטבע שנפסלה לגמרי וכ"כ הרא"ש שם אות י' אלא דהרא"ש ס"ל שם להלכה כרב הונא. אבל דעת הרמב"ם פ"ג מה' גזילה הל"ד דהלכה כרב יהודא וכ"נ דעת המחבר בסי' שס"ג ס"א דמביא דיעה הראשונה בסתם ודעת הרא"ש באות י"א משמע דס"ל דהלכה כדיעה הראשונה דנפסל לגמרי היינו נסדק וא"כ בהלוואה ג"כ אינו יכול לשלם מטבע שנפסלה לגמרי. אמנם הרמ"א בח"מ סי' ע"ד ס"ז כתב דאף אם נפסלה לגמרי משלם לו אותה המטבע בסתם הלוואה עיי"ש בסמ"ע. וא"כ לכאורה לפי פסקו

של הרמ"א גם בלאו דינא דמלכותא אין לחייב את הלוה לשלם מטבע טובה ויוכל לפטור עצמו לשלם בכתרים שלוה:

אך יש להסתפק בענין זה דהנה התוס' שם הקשו דמ"ש מגזל דאם אין הגזילה בעין צריך לשלם לו השיווי כשעת הגזילה. והלוואה תמיד ליתא בעינה דמלוה להוצאה ניתנה. ותירצו דיש לחלק בין הלוואה לגזילה דמטבע שנפסלה דמיא להוזל וכמעיקרא שוה ד' ועכשיו א' דבגזילה היכא דליתנהו בעין משלם כדמעיקרא. אבל בהלוואה היכא דהוזל משלם כזולא דהשתא כדאמרינן בא"נ מלוה אדם כור חטין הוזלו נותן חטין וכו' עיי"ש. ולכאורה אינו מובן כלל תירוצם. דזה גופו טעמא בעי כיון דהלוואה ליתנהו בעין אמאי אינו משלם כדמעיקרא בשעת הלוואה. וגם סוף דבריהם אינם מובנים כלל. שכתבו דאע"פ דר"ה מדמה מטבע שנפסלה לתרומה ונטמאת וחמץ שעעה"פ והא פשיטא שאין הלוה יכול לפטור עצמו בתשלומי תרומה טמאה תחת טהורה וחמץ אסור בתשלומי היתר לא דמי לגמרי דמטבע שנפסלה דמיא להוזל והני ל"ד להוזל ומ"מ כשהוא בעין יכול לומר הש"ל. וכשאינו בעין אפילו בהוזל משלם כדמעיקרא עכ"ל. ודבריהם אין להם הבנה כלל לכאורה דאמאי מטבע שנפסל יותר דומה להוזל מתרומה ונטמאת דהא התוס' איירי בנפסלה לגמרי כדתלי לה בפלוגתא דר"ה ור"י וא"כ אדרבה נפסלה דומה יותר לתרומה ונטמאת ולא להוזל כמ"ש הפנ"י שם. וגם כיון שהתוס' מחלקים בין הלוואה לגזילה דבהלוואה אף דליתא בעינא דומה לגזילה דאיתא בעינה דנותן לו חטים אף כשהוזלו וא"כ כמו דבגזילה אף אם גזל תרומה טהורה ונטמאת אומר לו הש"ל דכיון דאין ההיזק ניכר הוי כעין שגזל כמ"ש התוס' בגיטין (דנ"ג ע"ב) ד"ה גזלן עיי"ש וכשגזל תרומה ומחזיר תרומה אף דנטמאת הוי השבה כעין שגזל א"כ ה"נ בהלוואה כשלוה חטים ומחזיר חטים אף דאינם אותם החטים עצמם שלוה מ"מ כיון דאינו מחויב רק לשלם חטים. א"כ אף אם הם תרומה ונטמאו מ"מ שם חטים עליהם. ואינו מובן שום טעם כלל לחלק ביניהם בין נטמאת להוזלו דמה לי הפסד מרובה מה לי הפסד מועט דין פרוטה כדין מאה:

אך יש לפרש דברי התוס' בשני דרכים די"ל דעיקר תירוצם לחלק בין הלוואה לגזל דגזל עיקר החיוב להחזיר הגזילה עצמה דכשהגזילה בעין אינו יכול להחזיר דבר אחר רק כשנאבדה הגזילה או נשתנית דאינו יכול להחזיר הגזילה עצמה דבעינן כעין שגזל. אז הוא דנתחייב לשלם דמים כפי שיווי הגזילה ויוכל לשלם מה שירצה רק שיהי' שוה כמו הגזילה דשוה כסף הוא ככסף ואז אמרי' דהשומא הוא כפי שהי' שוה בשעת הגזילה דאז חל עליו החיוב משעה שהוציאה מרשות בעלים. דאז הוא דנתחייב משום שעשה

איסור והוציא דבר מרשות בעליו. אבל על שעת האבידה או האונס ליכא לחייבו דאז לא עביד מידי דאונס הוא וכיון דהחיוב הוא רק על שעת הגזילה צריך לשלם כפי שהי' שוה אז ובין הוזלו ובין הוקרו לית לן בה. ומה"ט נמי אמרינן דתברה או שתיה צריך לשלם כדהשתא דכיון דיש לחייבו על מעשה שעושה עכשיו אז דל החיוב הראשון שנתחייב ע"מ שגזל הא איכא לחייבו ג"כ על מה ששברו או שתאו לכך אם שוה עכשיו יותר צריך לשלם כדהשתא. וזה מתבאר היטב מש"ס ב"ק (דס"ה ע"א) ומרש"י שם ד"ה תברה עיי"ש:

נמצא כלל הדבר דכל שמחזיר הגזילה עצמה שגזל ומתקן האיסור שעשה במה שהוציאו מרשות בעלים אז אין עליו שום חיוב תשלומין ואומר לו הש"ל בין הוזלו או תרומה ונטמאת או חמץ שעעה"פ דכל שהדבר לא נשתנה והרי הוא כמות שהי' דהיזק שא"נ ל"ש היזק הרי הוא מקיים והשיב את הגזילה ולא רמיא עליו שום חיוב תשלומין. אבל כשנאבדה או נשתנית דילפינן מקרא דבעינן כעין שגזל ואינו יכול להחזיר עוד את הגזילה וגם אינו מחויב למ"ד שינוי קונה ואז חוזר עליו חיוב דמים על שעת הוצאה מרשות בעלים ומשלם כשעת הגזילה. וא"כ שפיר מביאים תוס' ראי' מהא דמלוה אדם כור חטים הוזלו נותן חטים. דכיון דלוה חטים ע"מ לשלם חטים וכיון דהלוה אותם ע"מ לאכלם ולהוציאם ולשלם חטים אחרים ולא קבע לו איזו חטים רק סתם חטים דעלמא ובלבד שישלם לו חטים. דהמלוה לא רצה בפרעון דמים רק חטים דווקא א"כ כל מין חטים שישלם לו אינו מתורת חיוב דמים ותשלומים רק מחזיר לו זה בעצמו שהתנה עמו מתחילה שישלם לו איזו חטים שירצה. וא"כ כיון דלא מתורת חיוב דמים ותשלומין אתאינן עלה אין אנו משגיחין על שיווי הדמים אם הוזלו או הוקרו. דזה ממש כמו בגזילה אם מחזיר הגזילה אין אנו משגיחין אם הוא שוה הדמים שגזל רק דשם אין לו רשות לשלם לו דבר אחר רק הגזילה עצמה ולכך כשנאבד חל עליו חיוב דמים ותשלומים אבל בהלוואת חטים לשלם חטים דנחית ע"ד כן מעיקרא לשלם לו סתם חטים דעלמא. א"כ כל חטים שמשלם יוצא בין הוזלו או נתייקרו. דלא רמיא עליו חיוב דמים ותשלומים כלל וז"ב מאד:

ובזה נוכל להבין דברי הריב"ש שהביא הב"י ביו"ד סוס"י קס"ב על ראובן שלוה משמעון כור חטים וכשתבעו החטים לא רצה ליתן לו מחמת איזו טענה שהי' לו שעפ"י הדין אין זה טענה ואח"כ נתייקרו החטים ופסק הריב"ש דצריך לשלם לו החטים אף שנתייקרו עיי"ש. וקשה לכאורה הא בשעה שלא רצה ליתנם לו הוי כגזלם באותה שעה וכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ולמה הצריך הריב"ש ליתן לו כשעת היוקר. אך עפ"י

הנ"ל ניחא דכיון דלא גזל דבר מיוחד דהרי הי' לו רשות ליתן איזו חטים שירצה. וגם אח"כ בשעה שעיכב ולא רצה ליתן לו מ"מ כשחוזר אח"כ ורוצה לשלם לו עדיין הוא כדמעיקרא שיוכל ליתן לו איזו חטים שירצה דהא ליכא כאן חטים מיוחדים כלל ובכל חטים שישלם לו יוצא ידי חיובו א"כ אין כאן חיוב דמים כלל שיהי' שייך לומר ליתן לפי השיווי רק משלם לו חטים כדמעיקרא בין הוזלו או הוקרו:

ונראה דזה כוונת הה"מ שהביא הסמ"ע בסי' ש"ד סק"ט גבי הני שקולאי דתברי חביתא דחמרא לחנווני דדעת הרמב"ם הוא דאזלינן בתר החזרה דאם החזיר ביומא דשוקא ואו שוה ה' אף דתברוה בשאר יומי דלא שוה אז אלא ד' משלם ה' כשמת החזרה ותמהו עליו הכל דהא כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. וכתב הה"מ וז"ל והכוונה שהסבלים יש להם לשלם לו חביות יין לפיכך כל שמשלמים דמים רואים כמה הי' שוה בשעת החזרה אם החזירה ביום השוק נותנים דמי שוויים ביום ההוא לפי שאם ישלמו וכו' וכשהם מחזירין בשאר הימים אם היו מחזירין היו נפטרים ביין כשהם מחזירין דמים מחזירים בשוויים דשאר הימים עכ"ל הה"מ. ופירש הסמ"ע כוונתו דאע"ג דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מ"מ זה לא מיקרי גזלן אלא פושע וכו'. ובקצה"ח תמה עליו דהא גם שומר משלם כשעת ההוצאה מן העולם ולא כשעת החזרה כמבואר בס"פ המפקיד דקיי"ל כב"ה ולא כר"ע עיי"ש והניח הדבר בצ"ע:

ולענ"ד י"ל דכוונת הה"מ הוא דמדכתב הרמב"ם דמשלמין לו חבית יין משמע דלא הי' קפידא על החבית ויכולין לשלם לו חבית יין כמותה. והיינו דלפי"מ דמשמע בפ' איזהו נשך החנווני הוא שמוכר יין לאחדים בחנות והם הי' לוקחים אצל הבעה"ב חביתי יין ומשמע שם (בדס"ה ע"ב) בתוס' ד"ה האי דלא הי' לוקחים חבית ידוע אלא שהיו קונין בסתם חבית יין אצל הבעה"ב והבעה"ב יוכל ליתן לו איזו חבית שירצה כנהוג. וכששולח הסבל להביא לו היין ושבר הסבל החבית יוכל הסבל ליתן לו חבית אחר כשירצה דכמו דמתחילה לא הי' קפידא והי' יכול הסבל ליקח איזו חבית שירצה גם עכשיו ששבר החבית שלקח יוכל ליקח לו חבית אחרת ודומה ממש לדין הלוואה של התוס' הנ"ל. דאף דלהוצאה ניתנה ומשלם חטים אחרים מ"מ דינם כדין החטים אלו הי' בעין דמשלם לו החטים אף כשהוזלו או הוקרו דמתחילה אדעתא דהכי נחית ליקח חטים אחרים ואין זה מתורת תשלומי דמים רק חזרת הגזילה או ההלוואה בעצמה כמש"ל. וא"כ ה"נ כאן כיון דאין קפידא על החביות. יוכל ליקח לו חבית אחרת ולשלמה לו בין הוזלו או הוקרו. וא"כ שפיר כתב הה"מ דכיון דבשעה שמשלם אם משלם לו אז חבית בעין הי' שוה החבית כפי השער שבאותו יום. אף אם הוזל או הוקר משעת הגזילה או הפשיעה.

א"כ גם כשמשלם דמיהם צריך לשלם כפי שיווי היין דמה לי הן מה לי דמיהן ומהיכי תיתי נאמר דאם ישלם דמים ישלם פחות או יותר ממה שהי' שוה אם הי' משלם יין דבשלמא אם גזל חפץ ידוע שאין יכול להחזיר חפץ אחר דכ"א מקפיד על חפץ שלו ואין דינו כלל להחזיר חפץ אחר ומחויב לשלם דמיו כפי שוויו אז חל החיוב בשעה שהוציאה מרשות הבעלים וצריך לשלם כפי שהי' שוה אז כיון דאינו יכול לתקן להחזיר אותו דבר בעצמו אבל כשאין קפידא על החפץ ויוכל וגם חיוב עליו להחזיר לו חפץ אחר כמותו ובשעה שנאבד או נשבר אותו חפץ לא חל עליו אז חיוב תשלומי דמים אחר רק להחזיר חפץ אחר א"כ בשעה שמשלם אף אם אין מצוי לו אז ליקח יין ומוכרח לשלם דמיו מ"מ שוה כסף הוא ככסף ואין לו לשלם פחות או יותר ממה שהי' שוה היין באותה שעה כיון דבאותה שעה גופו עדיין יוכל וגם חיוב רמיא ליתן יין אם יש לו א"כ מה לי הן מה לי דמיהן. וז"ב מאד לענ"ד בכוונת דברי הה"מ ושפיר כתב דצריך לשלם כפי השיווי שבשעת החזרה וכללא הוא דכשגוזל או מזיק דבר שאין קפידא על אותו הדבר בעצמו כמו חטים או יין או מטבעות אז צריך להחזיר אותו הדבר בעצמו בין הוזל או הוקר וכשאין מצוי לו אותו הדבר משלם לו דמיו כפי שווייו בעת התשלומין:

ונלענ"ד דאף הרא"ש דחולק שם על הרמב"ם וס"ל דצריך לשלם כשעת השבירה היינו משום דהחנוני יוכל להקפיד ולומר דבשלי אני רוצה ואיני רוצה יין אחר וחל עליו חיוב תשלומין בשעת השבירה דאף אם אין דרך בנ"א להקפיד מ"מ כל מקום שמצאה הקפידא מקום לנוח חלה אבל בהלוואת חטים וכדומה דהתנאי הי' מתחילה לשלם איזו חטים שירצה כ"ע מודו דמשלם חטים בין הוזלו או הוקרו כמ"ש התוס' הנ"ל וכמבואר להדיא בפא"נ (דע"ה) הנ"ל:

ובזה נסתר מחמתו דברי השער המשפט סו"ס ע"ד סק"ה שדחה דברי הש"ך במה שחולק על הרש"ל שם והוציא דין חדש דבהלוואת חטים לזמן ועיכב מלשלם בזמנו והוזל אח"כ דצריך לשלם כפי שהי' שוה בשעת זמן הפרעון דדמי כמו שגזלם אז ולפי דבריו גם אם הוקרו אח"כ א"צ לשלם אלא כפי שעת העיכוב שהי' אז בזול כדמוכח להדיא מהראי' שהביא מאה"ע סי' קי"ד ע"ש. ובאמת מדברי הריב"ש הנ"ל שהביא הב"י יו"ד סוס"י קס"ב מבואר להדיא להיפך והטעם הוא כמש"ל. דכיון דיכיל לתקן ולשלם הגזילה בעצמה דהא הי' יכול ליתן איזו חטים שירצה לא נפקע מחיובו ואין כאן חיוב תשלומי דמים כלל רק לשלם חטים בין הוזלו או הוקרו. והראי' שהביא שם מהירושלמי שהביאו הרא"ש והר"ן הובאו באה"ע שם סי' קי"ד דפסק לזון בת אשתו ה' שנים ולא זנה אם העיכוב ממנו צריך לשלם כפי השיווי אז בין הוזלו או הוקרו ועיי"ש בט"ז דמדמה

לה לגזילה דמשלם כשעת הגזילה דשם וודאי הי' קפידא על הזמן דוודאי על ה' שנים הראשונים נתכוונו ואין לו רשות לדחות על אחר הזמן דודאי הזמן הוא קפידא גדולה דלפעמים אחר ה' שנים תרצה לינשא לאיש ולא תצטרך למזונותיו וכדומה וא"כ כשעבר ולא זנה בזמנו הוי כגוזל ממש דאינו יכול לתקן שוב הדבר לזון בזמן אחר רק צריך לשלם דמיו וחל עליו תיכף חיוב תשלומי דמים ולכך משלם כשעת הגזילה כמש"ל. באופן שדברי התוס' שרירין וקיימין גם בהלוואת מטבע דאף דכבר הוציא אותה מטבע מ"מ כיון דמתחילה נחית לשלם מטבע אחרת כמו שהלווהו הוי כמו אותה המטבע עצמה עדיין בעין דיכול לשלם לו אף כשנפלה כמו גוזל מטבע ונפסלה דאומר לו הש"ל:

ונוכל להבין מעתה ג"כ סוף דברי התוס' שהלוה אינו יכול לשלם תרומה טמאה וחמץ שעעה"פ דזה אינו דומה להוזל דאינו מובן כלל הטעם כמש"ל. ולפי"ז יובן שפיר דכיון דעיקר הטעם דיכול לומר הש"ל אף דאין המעות הראשון בעין משום דההלואה היתה לדעת כן לשלם לו מין שהלוהו וא"כ כל מה שמשלם לו הרי הוא כמחזיר לו מה שלוה ממנו. ואם נפסל או הוזל כיון דלא נשתנה כלום הרי מחזיר לו מה שלוה ממנו ואין עליו חיוב דמים ותשלומים כלל. א"כ כ"ז בהוזל או נפסל שכל המין שלוה ממנו נפסל או הוזל וא"כ כיון דלא רמיא עליו רק להחזיר חטים או מטבע שלוה ממנו והרי הוא מחזיר לו כמו שהלוהו. אבל תרומה ונטמאת או חמץ שעעה"פ אינו דומה כלל להוזל דהא לא כל המין נטמא או נאסר מחמת חמץ שעעה"פ וא"כ כיון שהוא הלוהו תרומה טהורה או חמץ של היתר מה"ת ישלם לו דבר של איסור. הרי החיוב רמיא עליו לשלם לו מאותו המין שהלוהו וא"כ יכול המלוה לומר תן לי מאותו המין שנתחייבת לי אך של היתר. דאף דמן התורה הברירה ביד הלוה לתת לו איזו דבר שירצה. כדילפינן מקרא מה"ט דבע"ח דינו בזיבורית. משום דכתיב האיש וכו' יוציא אליך העבוט וכו' ומה דרכו של אדם להוציא פחות שבכלים. דמשמע דהברירה ביד הלוה ליתן איזו דבר שירצה. מ"מ חדא הא תיקנו רבנן דבע"ח דינו בבינונית ואינו יכול ליתן לו זיבורית א"כ מכ"ש שאינו יכול ליתן לו דבר שאינו שוה כלום. כיון דבאותו מין שנתחייב לו יש ג"כ דבר של היתר. ואף דמטלטלי מיקרי עידית היינו משום דיכול להוליכם למכור לאיזו מקום שירצה אבל תרומה ונטמאת או חמץ שעעה"פ דבשום מקום אינו שוה מה שהלוהו פשיטא דאינו יכול לשלם לו בהם. ואדרבה נראה דאף מן התורה דהברירה בידו לשלם זיבורית היינו היכא שעכ"פ שוה כדמי החוב רק דלא שכיח קופצים עליו. אבל דבר שאינו שוה מה שהלוהו פשיטא דאינו יכול לשלם לו כיון שיש באותו מין ג"כ דבר ששוה מה שהלוהו. אבל בגוזל תרומה או חמץ דהחיוב להחזיר רק אותו דבר עצמו כשהוא בעין ולא דבר

אחר אף שהוא מאותו המין. וא"כ כשאותו הדבר נטמא או נאסר יכול לומר לו הש"ל דדבר אחר אין עליו החיוב ליתן כלל. וז"ב ונכון מאוד בכוונת דברי התוס' הנ"ל:

והנה לפי פירושינו זה בדברי התוס' יוצמח לנו דין חדש לענינינו לענין הכתרים שנפסלו שידוע שקודם המלחמה הי' כתרים של נייר של כסף ושל זהב ודמי כולם הי' שוים ולא הי' שום חילוק אז בין הכתרים של זהב או של נייר ולכולם שם מין אחד. ועתה הרי לא נפסלו רק אותם של נייר אבל הכתרים של זהב עדיין בשוויין הן עומדין. א"כ שוב דומה ממש לתרומה טמאה או חמץ שעעה"פ דאינו יכול לשלם בהם חובו. כיון דיש באותו המין תשלומים של היתר ולא כל המין נטמא או נאסר. א"כ ה"נ מהיכי תיתי יהי' הברירה ביד הלוה ליתן לו כתרים של נייר. והרי המלוה יוכל לומר תן לי של זהב או של כסף שהם כולם מין אחד וכה"ג הי' לנו לומר עבד לוה לאיש מלוה לשלם לו מטבע שירצה הוא שלא יהי' לו הפסד מכפי שהי' שוה המטבע שנתן לו אז וכמש"ל. וכעין זה מצינו בחוו"ד סי' קע"ג סקי"ז גבי מקדים מעות על היין בשעת בציר דאף דהלוקח מקבל עליו קלקול אחר בר מחימוץ. ואם נתקלקל כל היין של הבעה"ב מוכרח הלוקח לקבל כמות שהיא כיון שלא הי' יכול ליתן לו יין אחר שאינו שלו מ"מ אם נתקלקל רק מקצת יין שלו אינו יכול ליתן לו המקולקל כיון דמתחילה הי' יכול ליתן לו איזו חביות שירצה א"כ אינו יכול ליתן לו המקולקל דלאו של הלוקח נתקלקל עיי"ש. וה"נ דכוותה דנהי דאם נפסלו כל המטבעות יוכל לומר לו הש"ל היינו כיון דמוכרח ליתן לו רק מאותם מטבעות והרי נפסלו כולם אבל אם נפסלו רק מקצת מטבעות דהיינו של נייר ומתחילה הי' יכול ליתן לו של נייר או של זהב א"כ אין חלק המלוה מבורר ולא יוכל לומר לו חיוב דידך נתקלקל כנ"ל ונכון:

ואולם יש לפרש פירוש אחר בדברי התוס' הנ"ל דעיקר קושית התוס' דהלוואה הוי' תמיד כליתא הגזילה בעין ואם אין הגזילה בעין ומשלם דבר אחר צריך לשלם כשעת הגזילה וט"ז תירצו דהלוואה אינו דומה לגזילה דבגזילה הדין היכא דמעיקרא שויא ד' והשתא שויא א' משלם כדמעיקרא ובהלוואה מביאין מפ' איזהו נשך דאם לוה חטים והוזלו משלם כדהשתא. וא"כ לעולם גם בהלוואה מה שמשלם הוא רק בתורת תשלומי דמים ולא הוי כמחזיר הגזילה בעצמה כמש"ל בפירוש הראשון רק דבהלוואה אף אם משלם דמים אינו משלם כדמעיקרא רק כדהשתא והיינו משום דבאמת בגזילה גופה חידוש הוא דהא היכא דהגזילה הוא בעין מחזירה כמות שהוא אף אם הוזלה א"צ לשלם כדמעיקרא. וא"כ אף אם נאבדה הגזילה כיון דקיי"ל בכל דוכתי שוה כסף הוא ככסף. א"כ נימא כשמשלם דמים כמה ששוה הגזילה עכשיו הרי הוא כאלו מחזיר הגזילה

עצמה רק דחידוש הוא שחידשה תורה בגזילה וילפינן לה מקרא בב"ק (דס"ה ע"א) ממה דכתיב חיים דאחיי' לקרן כעין שגנב עיי"ש בגמ' ובתוס'. וא"כ אין לך בו אלא חידושו. דהיינו בגניבה או גזילה דעביד איסורא אבל בהלוואה חשבינן תמיד התשלומין כגוף הדבר דכמו שאם היתה ההלואה עדיין קיימת הי' מחזירה כמות שהיא שוה עכשיו בשעת התשלומין ה"נ התשלומין דידי' א"צ לשלם רק כמה שהיתה שוה גוף ההלוואה עכשיו וא"כ שפיר כתבו התוס' דנפסלה המטבע דומה להוזל דכיון דכל המטבעות נפסלו א"כ אם היתה ההלוואה עדיין קיימת היתה נפסלה ג"כ ואפ"ה הי' מחזירה כמות שהיא כמו גבי גזילה דגזל מטבע ונפסלה אומר לו הש"ל. א"כ גם התשלומין א"צ לשלם רק כמה ששוה מטבע שנפסלה. ולכך יתן התשלומין ג"כ במטבע שנפסלה. ואמנם כ"ז במטבע שנפסלה דכל המטבעות נפסלו שפיר דומה להוזל. אבל לוה תרומה טהורה אינו יכול לשלם תרומה טמאה דהא לא נטמאו כל התרומות. ואם היתה ההלואה עדיין בעין היתה תרומה טהורה והיתה שוה כתרומה טהורה אינו יכול לשלם תרומה טמאה שאינה שוה אלא דמי עצים להסקה דעכ"פ צריך לשלם כדהשתא. ולכן שפיר כתבו התוס' דתרומה טמאה אינה דומה להוזלה כיון דלא כל המין נטמא ואם היתה ההלוואה עדיין בעין לא היתה נטמאת. והא שכתבו דגם חמץ שעעה"פ אינו יכול לשלם היינו אם לא לוה חמץ רק חטים דעלמא דאם היו בעין לא היו נאסרין וכן משמע לשון התוס' שכתבו חמץ אסור בתשלומי היתר דמשמע דההלוואה לא היתה חמץ כלל. אבל אם לוה חמץ דגם אם היתה ההלוואה בעין היתה נאסרה מחמת חמץ שעעה"פ אינו מחויב לשלם רק חמץ שמעה"פ. אלא דיש לחלק לפי המבואר באו"ח סי' תמ"ג במג"א סק"ה דנפקד שלא מכר חמצו של המפקיד לעכו"ם חייב באחריותו כמו שומר שהי' יכול להציל ברועים ומקלות ולא הציל עיי"ש וא"כ י"ל גם בלוה חמץ אף אם הי' החמץ עדיין בעין ועעה"פ הי' מחויב לשלם דמיו משום שפשע ולא מכרו לעכו"ם ול"ד לגזל חמץ ועעה"פ דאומר הש"ל משום דגזלן אינו שומר דלא קיבל עליו שמירה כמ"ש התוס' פ' הכונס (דנ"ו ע"ב) ד"ה פשיטא דיש דברים שהשומר חייב וגזלן לא אף כשפשע משום דלא קיבל עליו שמירה כלל. וחיובו דהגזלן הוא רק להחזיר הגזילה, ולא מהני לי' גם אונם לפוטרו מהשבה. אבל אם הגזילה בעין ויוכל לקיים והשיב את הגזילה כעין שגזל דהיזק שאינו ניכר לא חשיב שינוי אינו חייב לשלם אף כשנאסרה בפשיעתו. אבל לוה דלא גרע משואל דחייב באונסים משום דכל ההנאה שלו. א"כ מחויב לשלם כשנאסרה בפשיעתו והי' יכול להציל. וא"כ אינו יכול לפטור עצמו בחמץ שעעה"פ. דגם אם הי'

החמץ בעין הי' מחויב לשלם משום דלא מכרו לעכו"ם ולכן שפיר כתבו התוס' דא"י לשלם חמץ שעעה"פ:

ומעתה לפי פירוש זה בדברי התוס' גם במטבעות דידן שנפסלו התינח אם הלוה לו מעיקרא מטבעות של כסף או של זהב שפיר צריך לשלם גם עכשיו שוויים כמו אם היו בעין אבל בלוה לו מטבעות של נייר דאם היו עדיין בעין היו ג"כ נפסלים א"כ א"צ לשלם לו רק שיווי מטבעות שנפסלו דלוה אינו משלם כדמעיקרא רק כדהשתא:

ואמנם לפי"ז א"כ פשיטא דאם עיכב מלשלם לו בזמנו ובנתיים נפסל המטבע דזה מפורש יוצא בדברי הירושלמי והרא"ש והר"ן והט"ז באה"ע סי' קי"ד הנ"ל דבמה שעיכב מלשלם בזמנו דינו כגזלן דמשלם כשעת הגזילה. א"כ צריך לשלם כפי' שהי' שוה בעת שהי' זמנו לשלם דבגרמתו נפסד וכדעת המהרש"ל והשעהמ"ש הנ"ל:

ואף לדעת הריב"ש הנ"ל שהבאתי למעלה. דבמה שעיכב לשלם בזמנו החטין אין דינו לשלם דמים כשעת הגזילה רק צריך לתת חטים בין הוזלו או הוקרו אח"כ. היינו משום דס"ל דכל שמתחילה הי' צריך לשלם חטים הוי כגזילה עדיין בעינא דהא יש חטים בעולם. וכל חטים שיתן לו הוי כמשיב הגזילה בעינה. וכל שהגזילה קיימת צריך להחזיר כמות שהיא בין הוזל או הוקר. דאין זה מתורת תשלומי דמים רק מכח השבת הגזילה בעינה. אבל כבר כתבתי דלפ"ז נהי דאם הגזילה בעינה אף שנפסלה יוכל לומר לו הש"ל היינו אם כל המין נפסל ואינו יכול לקיים השבת הגזילה רק באותו המין אבל אם יש באותו המין מטבעות שלא נפסלו אינו יכול לשלם לו כמ"ש התוס' הנ"ל דאינו יכול ליתן לו תרומה טמאה כיון דלא כל המין נפסל אמרי' דצריך לקיים השבת הגזילה באותו מין שלא נפסל וכמש"ל והבאתי סמוכין מדברי החוו"ד הנ"ל. וא"כ בין לפירוש הראשון בדברי התוס' הנ"ל בין לפירוש האחרון הדין שוה לשניהם דבנ"ד דאיכא מטבעות של זהב שלא נפסלו אם עיכב מלשלם עוד קודם המלחמה דאז המטבע לא נפסלה עדיין אינו יכול לשלם עכשיו מטבעות של נייר שנפסלו רק מטבעות של זהב או שוויים. ובזה גם הש"ך והתומים בסי' ע"ד שחולקים על הרש"ל יודו בדבר:

ובר מן דין עלה מתחילה ברעיוני דמטבעות של נייר דידן אין להם כלל דין מטבעות שנפסלו רק דין שטרות ומצאתי אח"כ בהגהות חכמת שלמה להגאון מהרש"ק בחו"מ סוס"י ע"ד שמביא כן בשם הגאון מוהר"ר משולם פרעסבורגמר זצ"ל אך לא כתב שום טעם לדבר ולענד"נ טעם נכון לדבר דהנה בש"ס כתובות (דפ"ו ע"א) מביא הש"ס דברי אמימר לענין מוחל שט"ח דצריך לשלם מדינא דגרמי. ובב"ק (דצ"ח ע"ב) מביא הש"ס דברי אמימר האלו לענין שורף שט"ח של חבירו עיי"ש ברש"י משמע דמוחל ושורף

דין אחד להם וכמבואר ג"כ בח"מ סי' שפ"ו ס"א. וקשה כיון דשורף שט"ח גופי' לא מיקרי רק גרמי משום דעי"ז לא יוכל לגבות החוב. א"כ מוחל שט"ח דדומה לכאורה למטבע שנפסל דהוי היזק שאינו ניכר וגרע עוד מדינא דגרמי. דד"ג איכא למ"ד דהיא דאורייתא והיזק שא"נ אליבא דהלכתא הוא לכ"ע רק משום קנס וכדי שלא יהי' כ"א הולך וכו' א"כ לפי"מ דפסק הש"ך שם בס"ק ג' דגורם דגורם פטור בדד"ג א"כ כיון דשורף שט"ח גופי' לא הוי רק גרמי א"כ מוחל שט"ח דהוי היזק שאינו ניכר גרוע יותר מגורם דגורם ואמאי מחייבינן במוחל שטרו לשלם מדד"ג. וגם הא בהיזק שאינו ניכר קיי"ל דהוי רק קנסא ולא קנסו בנו אחריו. ובמוחל שט"ח מבואר בח"מ סי' ס"ו סל"ב דאם מת משלמין יורשיו עיי"ש בש"ך ס"ק ק"ד משום דד"ג חייב מדינא ולא משום קנסא. הרי מוכח להדיא דמוחל שט"ח לא הוי היזק שאינו ניכר וטעמא בעי מ"ש ממטבע שנפסל דקיי"ל כר"ה דגם נפסל לגמרי לא הוי כנסדק ואומר הש"ל לדעת הרא"ש שהבאתי לעיל. אבל באמת לק"מ דשטר שאין גופו ממון רק יש בו שעבוד נכסי לגבות בו מנכסי הלוה וכשמוכר שט"ח לחבירו עיקר הכוונה על שעבוד נכסים וכשמוחל השט"ח ונפקע השעבוד הוי מזיק שעבודו של חבירו דמבואר להדיא בש"ס גיטין (דמ"א ע"א) עיי"ש בתוס' ד"ה בהיזק שא"נ דשחרור רבו ראשון דהוא דאורייתא הוי היזק ניכר אף דלא הוי רק שעבודו של חבירו כמבואר שם בש"ס והיינו כיון שאינו יכול לגבות אותו בחובו ולהכניסו לרשותו זה מיקרי היזק ניכר דרק בתרומה ונטמאת או חמץ שעעה"פ שמוסר הדבר לרשותו ואומר לו הש"ל רק שהוא אינו יכול ליהנות ממנו זה מיקרי היזק שא"נ אבל כל שהוציא דבר מרשותו ואינו יכול להחזירו לרשותו זה מיקרי היזק ניכר כמו לקח ממנו חפץ והשליכו למקום האבוד ומה"ט ג"כ מבואר בתוס' ב"ק (דמ"ה ע"א) ד"ה השתא דמה שנפל ליד ב"ד הוי היזק ניכר עיי"ש. וא"כ ה"נ בהני מטבעות של נייר דידן דהוי רק שטרי חובות של המדינה וכתוב בהן שמחויבים לפרוע לכל מי שמוציאם סכום זהב כו"כ וכשנותן אדם מטבע כזאת לחבירו מקנה לו השעבוד שבהם שיוכל לגבות בו מאוצר המדינה עפ"י דינא דמלכותא כו"כ זהב. וכידוע שקודם המלחמה הי' מוכן באוצר המדינה משקל זהב כפי חשבון השטרות שהוציאו. ועכשיו שנפסלו ולא ניתנו עוד לגבות בהם והורק ונלקח במשך המלחמה כל זהב האוצר. והשטרות האלה עכשיו הם ניירא בעלמא ואין יכולים לגבות בהם מאומה הוי היזק ניכר דא"א לומר עוד הש"ל כמבואר בש"ס גיטין (דנ"ג ע"ב) ובתוס' שם ובב"ק (דצ"ז ע"א) הנ"ל גבי מטבע שנפסלה דאם מינכר היזקו ל"א הש"ל ושפיר קאמר הגאון מו"ה משולם פרעסבורגער ז"ל דמטבעות דידן דשטרי נינהו אם נפסלו לא אמרי' בהו הש"ל. וכיון שגם הגאון מהרש"ק

הסכים לזה עמדו היכא שנפסל לגמרי. הרי לנו שני גאוני ארץ דס"ל דעפ"י הדין א"א לשלם החובות במטבעות שנפסלו ובפרט דבתשו' מהרשד"ם סי' ע"ה הסכים להלכה דגם במטבע שנפסלה והוקרו הפירות עי"ז אינו יכול לשלמם בחובו וא"כ לפי שורת הדין הי' נראה להכריע כן להלכה שצריך לשלם כפי שיווי מטבעות טובות אך למעשה להוציא ממון עי"ז קשה הדבר כיון דבס' בית אפרים חו"מ סי' ד' כתב דא"א להכריע והוי ספיקא דדינא ומשמע דאיירי ג"כ במטבעות שבזה"ז דשטרות נינהו:

ואמנם זאת נראה ברור דאם הגיע זמן הפרעון עוד קודם המלחמה. והי' המניעה מצד הלוה שלא פרע אז. דבכה"ג וודאי יש לפסוק כהרש"ל וכשער המשפט הנ"ל וכן מבואר ג"כ במח"א ה' מלוה ולוה סי' ר' ובצירוף כל הני טעמי שכתבתי למעלה נ"ל דיש לפסוק כן גם למעשה לשלם כפי שיווי זמן עיכוב הפרעון:

ועוד זאת נ"ל דבמלוה בשטר בעדים שגובין בו ממשעבדי שכתב הנתיבות בדיני תפיסה אות כ"ד דאם יש ס"ס שהוא ספק פרעון כמו ספק זינתה מוציאין ממונא בס"ס כזו עיי"ש והוא עפי"ד התומים דאף דלא קיי"ל כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי היינו דאין בעל השטר מוחזק אבל עכ"פ הלוה ג"כ לא מיקרי מוחזק ומהני ס"ס להוציא וקיי"ל דגם ס"ס פלוגתא דרבוותא הוי ס"ס כמ"ש הפרמ"ג בדיני ס"ס במחודשים אות ג' וכמבואר בב"ש אה"ע סי' נ"ב סקי"ב. וכאן איכא ספיקא טובא דילמא כהרמב"ם דמפרש הש"ס גם בסתם הלוואה דהיכא דא"א להוציאו במישן אינו יכול לשלמם בחובו ודילמא כשיטת הפוסקים דקיי"ל כר"י דנפסל לגמרי היינו נסדק דגם בגזילה אין יכול לומר הש"ל, ודילמא כס' הגאון ר"מ מפרעסבורג והגאון מהרש"ק ז"ל דמטבעות דידן דשטרות נינהו ל"א בהו הש"ל ודילמא כפירושי הראשון בתוס' הנ"ל דעפי"ז במטבעות דידן דאיכא מין מטבעות אלו שלא נפסלו דומה לתרומה טמאה שאינו יכול לשלמה בחובו ומחויב ליתן של זהב. דכל הני הוי ספק בפרעון. ושורת הדין הי' נוטה מכמה ספיקות האלו להוציא ממון גם במלוה ע"פ. אבל עכ"פ במלוה בשטר וודאי ברור הדבר דמוציאין ממון בס"ס אלו כס' הנתיבות הנ"ל. ועיין שעהמ"ש סי' ע"ה סק"ח מה שמפרש דברי הרשב"א דכל ספק פרעון שאין השטר עומד לכך אף ששניהם טוענים ספק חייב הלוה עיי"ש:

וא"כ מעתה בנדון שאלתו כיון דהוא איש אמוד דיש ספק בדד"מ אם כה"ג מחויב לפרוע וכל דיש ספק בדד"מ מוקמינן אדין בפרט דדינא דמלכותא אין זה כדינא דמלכותא של מטבע שהכריע הש"ך שכיון שנוגע לטובת מלכות הוי דינא. דזה רק אם יקבלו המטבע מזה טובת המלכות שיהי' מטבע שלו יוצאה בהוצאה. כמ"ש החת"ס בכמה מקומות. אבל דינא דמלכותא דידן בפרעון חובות אין זה נוגע לטובת המלכות כלל דאין נ"מ

באיזו מטבע ישלם ורק בין אדם לחבירו שחסו על הלוה שלא ישלם הרבה ובכה"ג הוי ספיקא דדינא אם קיי"ל בזה דד"מ דינא עיין בח"מ סי' שס"ט וע"ד ובכ"מ. ובאיש אמוד דאיכא ספק בדינא דמלכותא בוודאי מוקמינן אדינא. ולכן אם הי' המעשה שהי' עיכוב מהלוה לפרוע עוד קודם המלחמה וודאי דמחויב לשלם במיטב כפי שיווי המטבע אז. אבל אם לא הי' עיכוב מצד הלוה בפרעון קודם המלחמה שורת הדין ג"כ נוטה שישלם במיטב אלא שקשה לעשות מעשה להוציא ממון עי"ז ומצוה לבצוע באופן שהפשר יהי' יותר נוטה לטובת המלוה כנלענ"ד. והשי"ת יצילנו משגיאות. הארכתי בכ"ז יען כי הוא נוגע להכלל:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ד

ב"ה ה' במדבר מ"ב למב"י תרצ"א **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד הרב הגדול החריף ובקי משנתו זך ונקי וכו' כש"ת מו"ה **אברהם שלמה הירש** נ"י החונה בק"ק **בערנסאס** יצ"ו:

יקרתו לנכון הגיעני ומחמת טרדותי לא יכולתי להשיב בבד כה ואתו הסליחה. ע"ד שאלתו בקהלה אחת שהי' ריב בין אנשי העיר ובין ראשי הקהל. וקראו אנשי העיר אותם לדון בזבל"א וזבל"א כפי חוקי הקהלות דשם ולא רצו. ומחמת זה העביר אותם הממשלה ממשמרתם. והעמידה אחרים תחתיהם לנהל עניני הקהלה. ואותם אחרים רוצים עתה לעשות בחירה לקבלת רב שצריך שם. והבחירה תהי' עפ"י תקנות הק"ק עפ"י רוב דיעות אנשי העיר הכל כפי תקנת הק"ק דשם ועמדו איזו מערערים לומר שהרב יהי' אסור לו להתקבל עי"ז מחמת שהוא גד תקנות הקדמונים שאסור לקבל התמנות עפ"י שר העיר ומביאים דברי החת"ס בח"מ סי' י"ט ושאל ממני חוו"ד

הנה כפי מ"ש כתה"ר שרוצים לעשות הבחירה עפ"י רוב דיעות מאנשי העיר לא אבין מה ענין זה לדברי החת"ס. דשם שהשר בעצמו רוצה למנות אותו הרב שלא מדעת אנשי הקהל אז אף דדמ"ד מ"ח לא עדיף דינא דמלכותא בארעא מדינא דמלכותא דרקיעא דדרשו חז"ל מקרא דראה וכו' את בצלאל וכו' ששאל הקב"ה הגון עליכם בצלאל מכאן שאין ממנים פרנס על הציבור עד שנמלכין עם הציבור. וממילא כשהשר עושה מה שממ"ה הקב"ה בעצמו אמר שאין נכון לעשות כן בכח מלכותו וודאי איסורא קעביד מה שמתמנה ע"י. אבל בנ"ד שמינוי הרב תהי' בבחירת רוב דיעות אנשי העיר הכל כתקנות הק"ק דשם. וראשי הקהל רק מעשה קוף בעלמא עבדו וזה ענין זה לדברי החת"ס. וגם לענין מינוי הראשים בעצמם עפ"י הממשלה לדעתי שייך גם בזה דדמ"ד כי הוא תקנת

המדינה שבמקום שיש רוב בין אנשי הקהל לבין ראשי הקהל באמרם שראה"ק אין מנהלים בטוב עניני הקהל וכדומה וודאי תקנה גדולה הוא לפני המדינה שכשהממשלה רואה שיש ממש בתלונת אנשי העיר נגד הראשים של צורך שפה תמנה ראשים אחרים שלא יתנהגו עניני וצרכי הקהל בלי סדר ומשטר עד שיבחרו ראשים אחרים וכל כה"ג וודאי דדמ"ד שא"א שברגע אחת יעשו בחירה חדשה למנות הראשים עפ"י רוב דיעות וב"כ תהי' העיר כצאן בלי רועה ולהיות הכל הפקר ולצורך שעה כיון שא"א להיות נמלך עם כל הציבור לא שייך הטעם שכתבתי למעלה דאין ממנין וכו' עד שנמלכין בציבור:

ואף דשכיח הרבה פעמים דהמתמנים עפ"י הממשלה הוא ע"י איזה נטי' צדדית מ"מ נלע"ד ראי' מהש"ס דכל שיש כח להמלך לעשות אף אם עושה ע"י איזו נטי' מ"מ בדיעבד מה שעשה עשוי. דידוע דברי התוס' יומא (די"ב ע"ב) ד"ה כה"ג דכה"ג מתמנה בפה ע"י המלך ומביאים ראי' מהא דינאי המלך אוקמי' ליהושע בן גמלא בכהני רברבי. ואיתא שם (די"ח) דמרתא בת בייתוס עיילא לי' לינאי מלכא תרקבי דדינרא דלוקמי לי' וכו' הרי דמינה אותו ע"י ממון ואפ"ה הי' עובד ככה"ג עבודת יוהכ"פ ומשמש בשמונה בגדים. ואם איתא דגם בדיעבד אין מינויו מינוי א"כ היתה עבודתו ביוה"כ פסולה וחייב מיתה על ביאתו לפנים. והתוס' בב"ב (דכ"א ע"א) ד"ה זסר כתבו דצדיק גמור הי' אלא משום שהיו חשובין ממנו ונתמנה ע"י מומין קאמר הש"ס קטיר קחזינא הכא ואיך הי' עושה כל האיסורים האלו לכנוס לפני ולפנים ולעשות עבודת יוה"כ שלא כדין וכהנה וכהנה א"ו דמה שיש רשות להמלך לעשות אף אם עושה ע"י איזו הנאה מ"מ מה שעשה עשוי. וטעם הדבר נ"ל כיון דעיקר הטעם שנתנה התורה כח להמלך הוא משום תיקון העולם שלא יהי' איש את רעהו חיים בלעו. א"כ בע"כ נתנה לו התורה כח דבאיזו אופן שיעשה יהי' עשוי דאל"כ כ"א יאמר שעשה שלא כדין ולא יהי' קיום לדבריו. ואף דאמרי' לענין שטרות העולות בערכאות ש"ע דבעינן דידוע דלא מקבלי שוחדא היינו שם לענין נאמנות שנאמן להם שזה לוה מזה דהטעם דמהימני משום דלא מרעי אנפשיי' אז אם מקבלי שוחדא אמרי' דמעידין שקר. אבל מה שיש כח להמלך משום תיקון העולם אז בכ"ע מה שמשה עשוי וה"נ בכל דינא דמלכותא דינא:

אמת שקשה לי לכאורה ע"ד התוס' הנ"ל דכה"ג מתמנה בפה ומסתלק בפה ע"י המלך או אחיו הכהנים. א"כ מאי פריך הש"ס ביומא (די"ט) על מתניתין דאומרין לו אנו שלוחי ב"ד ואתה שלוחינו ושליח ב"ד וכו' ותאמר ר"ה בדר"י הני כהני שלוחי דרחמנא וכו' עיי"ש ומאי קושיא דילמא לעולם כהן הדיוט שקדושתו מרחם י"ל דהוא שלוחא דרחמנא אבל כה"ג שנתמנה ע"י מלך ואחיו הכהנים שפיר משביעים אותו שאדעתא

דהכי מינוהו שלא ישנה דבר מכל מה שאומרים לו ואם ישנה יתבטל מינויו ויהי' נעשה כהן הדיוט ומוכח מזה לכאורה שלא כד' התוס' הנ"ל דמתמנה בפה ע"י המלך וכו' אלא דקדושת כה"ג בא מעצמו במה שנמשח בשמן המשחה או שלבש שמונה בגדים או שעבודתו מחנכתו כדאמרי' בעלמא דכ"ש מקדשתו או ע"י העבודה של כ"ג נתקדש אלא דלא ליתי לאינצויי שלא יהי' כל הרוצה ליטול את השם וכו' לכך תקנו שלא יוכל לעשות כן שלא מדעת המלך אבל מ"מ אם המלך מינוהו ונכנס לעבודה ושימש בח' בגדים אף אם מינוהו ע"י ממון שמינויו בטל מ"מ נתקדש ע"י המשיחה או ע"י הבגדי כהונה שלו או ע"י עבודתו כמו כל כ"ש שמקדשים ויהי' קשה מזה ע"ד התוס' הנ"ל שכתבו שמסתלק בפה ולפימ"ש דקדושתו בא ע"י כ"ש כבר נתקדש לגמרי בקדוה"ג ואיך יכול להסתלק מקדושתו ולשמש בד' בגדים ונסתלקה ג"כ ראיית הנ"ל דלעולם י"ל בכל דד"מ דאם נתמנה מחמת ממון ל"מ והכא שאני דנתקדש קדוה"ג מאליו כמש"ל:

אך ז"א כלל דאטו משום קושיא נדחה דברי התוס' הנ"ל ובפרט דהתוס' הביאו ראי' לדבריהם מהא דיוסף בן אלם מציפורי וגם אם כן הדרא קושית התוס' לדוכתיה מהא דקאמר דמשום איבה אינו משמש בכה"ג, והי' דינו להיות כהן הדיוט לשמש בד' בגדים והא כיון דמדאורייתא הוא כה"ג א"כ אם משמש בד' בגדים הוי מחוסר בגדים. ולכן וודאי העיקר כד' התוס' דעיקר קדושת הכה"ג הוא ע"י מינוי המלך ומתמנה בע"פ ומסתלק בפה. ומ"מ יש לישב קושיתי הנ"ל על דבריהם (מדי"ט). דבלא"ה הוי קשיא לי תמיד ע"ד התוס' הנ"ל מהוריות (די"ב ע"ב) דכה"ג שעבר מחמת מומו אסור באלמנה. הרי דאף דנסתלק מחמת מום שאינו חוזר לכהונתו לעולם אפ"ה אסור באלמנה ול"א דנסתלק בע"פ כד' התוס' הנ"ל ואמרו לי אח"כ תלמידי שהט"א במגילה מקשה זאת:

אך נ"ל ליישב דבלא"ה ד' התוס' אינם מובנים לכאורה דנהי דמתמנה בפה אבל עכ"פ כיון דנתמנה ומשמש אח"כ בבגד"כ וודאי דנתקדש קדוה"ג כדקיי"ל בכל הזבחים ומנחות דע"י קדושת הפה מתקדשים אח"כ קדוה"ג בכ"ש. ואם לא קדושת הפה דקדים לא הי' מתקדש בכ"ש כמ"ש התוס' במנחות (דף ע"ט ע"ב) ד"ה וליתני ה"נ דמתמנה בפה אבל מ"מ כיון דנתקדש אח"כ קדוה"ג איך מסתלק בע"פ הא קיי"ל קדוה"ג לא פקעה בכדי והאומר שור זה עולה לי' יום לא פקעה קדושתו לעולם היכי דל"א לדמי כמבואר בנדרים (דכ"ט). אך צ"ל עפי"מ שאני רגיל לומר דענין קדוה"ג לא פקעה בכדי הוא כעין הא דאמרי' דמקדיש אבר אחד פשטה קדושה בכולה דכמו דהתם נתפשטה קדושה על שאר הבהמה שלא הקדיש ה"נ פשטה הקדושה טל הזמן שלא הקדיש. וא"כ כמו דאמרינן דבהמה של שני שותפין שהקדיש אחד חצי' לא פשטה קדושה בכולה משום

דדעת אחרת מעכבת. ה"נ היכא שהקדיש לזמן ואיכא דעת אחרת המעכבת שלא יתפשט יותר אינו חל הקדושה רק על הזמן ההוא ואח"כ פקעה קדושתו. וא"כ שפיר קאמרי התוס' דהם איירי היכא דנתמנה האחר משום שאירע קרי לראשון ביוה"כ דהדין דאח"כ הראשון חוזר לעבודתו והשני אסור לשמש בכה"ג משום איבה דראשון. א"כ מתחילה כשנתקדש השני הי' דעת אחרת של הראשון מעכבת שלא יהא כה"ג אח"כ משום איבה לא פשטה קדושתו יותר ומסתלק אחר יוה"כ ומותר לשמש ככהן הדיוט בד' בגדים אי לאו משום דמעלין בקודש וכו' ומותר באמת באלמנה. אבל כל כה"ג שנתמנה ע"י המלך להיות כה"ג ולא הי' אז כהן אחר אז וודאי נתקדש לעולם בקדוה"ג ולא פקעה קדושתו ובכה"ג הוא דקאמר הש"ס בהוריות דאף דנסתלק אח"כ מחמת מומו אסור באלמנה דקדוה"ג לא פקעה בכדי כד' הט"א הנ"ל:

וא"כ מיושב ג"כ קושיתי הנ"ל (מדי"ט) דשם ג"כ כיון דאיירי בכהן ראשון שנתמנה שפיר פריך הש"ס שלוחא דרחמנא נינהו כיון דנתקדש בזמן שאין כהן אחר נתקדש קדוה"ג לעולם ואין תלוי ביד ב"ד לסלקו אף דנתמנה ע"י הבי"ד. והנה אח"כ הראני אחד מתלמידי בחת"ס בתשו' אחת שפירש באמת דברי הש"ס דאתה שלוחינו משום דמתמנה בפה ומש"ה היו יכולין להשביעו שלא ישנה דאם הי' משנה הי' יכולין לסלקו והדבר תמוה דא"כ מאי פריך הש"ס עלה והאר"ה בדר"י דכהנים שלוחי דרחמנא הא הכה"ג הוא באמת שלוחי דידן כמש"ל אע"כ כמ"ש דממינוי הפה בתחלה נמשך מה שנתקדש אח"כ בעבודתו ולבישת ח' בגדים קדוה"ג גמורה שאין רשות עוד ביד הב"ד לסלקו והוי אח"כ שלוחא דרחמנא דאל"כ אלא דהוא עדיין שלוחא דידן תקשי מי איכא מידי דהוא לא מצי עביד כו'. באופן שדברי התוס' שרירין וקיימין דתחילת מינוי הכה"ג הוא ע"י המלך וע"כ שזה ג"כ ממשפטי המלוכה שהוא ימנה את כל המינוים שבישראל וכה"ג בכללם. וחזינן דאף דמינוי של יהושע בן גמלא הי' ע"י ממון מ"מ מינויו מינוי. א"כ ה"ה לפי דינא דמלכותא אין אנו מדקדקין אח"ז אם עשה להנאתו אם לאו דבכ"ט מה שעשה עשוי דתיקון ושלום המדינה תלוי בזה וכעין הא דאמרי' אתם אפילו מזידין וכו' ועכ"ז לענין דינא דמלכותא א"א לומר דבר ברור דהדבר תלוי בראות עיני הדיין ובתוכן הענין. אבל בנידון ששאל כתה"ר לענין בחירת הרב עפ"י רוב דיעות וכפי תקנת הקהלות דשם וודאי אין ח"ו שום מיחוש ופקפוק מצד תקנת הקדמונים שהביא החת"ס בסי' י"ט. כ"ז נלע"ד להשיבו ויותר א"א לי להאריך מחמת טרדותי המרובים והנני בזה דוש"ת בלתי מכירו:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ה

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **יעקב שלום** נ"י אבד"ק **ניזאנקאוויץ** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ויסלח לי על מניעת תשובתי עד כה וכו'. הנה בענין דד"מ כבר הלכו בו נמושות ואמנם לענין נ"ד מספיק לנו דברי החת"ס חו"מ תשו' מ"ד דבדבר שאינו נגד ד"ת והוא לתקנת וטובת בני המדינה אמרינן דדמ"ד וה"נ חילוק הגבולים בין עיר לעיר הוא תקנה מעולה מאד דאל"כ יתרבו המחלוקת בעניני הכפרים שבין העיירות זה יאמר כולה שלי וכו'. וודאי תקנה טובה הוא מאד מה שחלקה הממשלה בעצמה הגבולים שבין עיר לעיר ואמרינן בזה דדמ"ד. ומ"ש כתה"ר בשם איזו תשו' אחרונים דכל הבא להוציא ממי שהחזיקו באיזו מקום ע"י דד"מ הוי משיג גבול. אין תח"י התשו' האלה ונראה ברור דהם לא איירי רק במי שהחזיק מקודם בהיתר ואח"כ נולד הדד"מ כדשכיח הרבה פעמים שנולד חק לשנות הגבולים שמקודם. אבל כאן כפי שכתב כת"ה שהכפר איוואניטש הי' מקדמת דנא שייך לדוקלא עפ"י דד"מ. אלא שזה ארבעים שנה שהחזיקו בו אנשי רימאנוב. א"כ החזקה היתה באיסור. אלא דהעיקר יש לדון במה שלא מיחו אנשי דוקלא כל הזמן הזה דהוי מחילה. ומה שטוענים שלא מיחו מפני יראת הצדיק שהי' דר שם. אין שום ממש בטענה זאת. ואף דאין מחזיקין בשל קהל עי' ח"מ סי' קמ"ט סל"א מ"מ עיין שם בנתיבות סקט"ו מה שהאריך שם בביאור תשו' הרשב"א שהביא הב"י. ומסקנתו שם דבזה"ז שהכל נעשה עפ"י מנהיגי העיר וא"צ למעמד א"ה כמ"ש הש"ך ביו"ד רכ"ח עיי"ש. כשלא מיחו המנהיגים הוי חזקה מעלייתא. ואף דהוי חזקה שאין עמה טענה. עיין בחו"מ סי' קנ"ג ובסמ"ע שם סקל"ב ובנה"מ שם דלהלכה קיי"ל דבמחילת שעבודים והיזקות כל שאינו מחזיק בגוף קרקע חבירו לא בעינן חזקת ג"ש וטענה עיי"ש:

אך כד מעיינא שפיר נראה לקושטא דמילתא דל"מ כאן מה ששתקו ולא מיחו. דבתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' תי"ז כתב ליישב סתירת הש"ס ב"ב (דכ"ג) לדף ס' דבדכ"ג משמע מסקנת הש"ס דגם ברה"ר אמרינן דפיוסי פייס להו ומחלי ובדף ס' קאמר ר"א דברה"ר ל"מ מחילה. ומחלק הרשב"א שם דבדף כ"ג אמרינן דפיוסי פייס ומחלי בפירוש זה מהני. אבל בד"ס איירי במחילת שתיקה וזה ל"מ ברבים ע"ש. וטעם הדבר נ"ל עפי"ד המהרי"ט הובא בקצוה"ח סי' י"ב סק"א ובנתיבות שם סק"ה דל"מ מחילה בלב רק היכא דאיכא אומדנא דמוכח לכל העולם על המחילה עיי"ש וכס' התוס' קידושין (ד"נ) לענין דברים שבלב. וא"כ מש"ה ביחיד מהני מחילה בשתיקה דמוכח לכל העולם. דאם לא

דמחל לא הי' רואה מחזיקין בשלו או גורמים לו היזק ושותק. אבל ברבים בזט"ה איכא למימר דשתיקתן הוא משום קדירא דבי שותפי או משום דאין רוצין לטרוח ולעמוד בדינא ודיינא ולריב עם אחרים בדבר שאינו שלהם ומש"ה ל"מ מחילה בשתיקה רק אם מחלו בפירוש ועוד הא כתב הרשב"א בתשו' הובא בב"י סי' י"ג דל"מ רוב רק מתוך כולו ומתוך מו"מ עם הכלל. א"כ מחילה בשתיקה דלא נתוועדו כלל ביחד ולא נשאו ונתנו בזה אם הוא לטובת א"ה וכדומה. וודאי ל"מ שתיקת הזט"ה. ומ"ש הנתיבות דעכשיו מהני חזקה נגד זט"ה היינו חזקה שיש עמה טענה שאומרים שמחלו בפירוש אבל מחילה בשתיקה נ"ל דל"מ בזט"ה. וגם נ"ל דעכשיו נשתנה ממה שהי' בימי הנתיבות דאז הי' זט"ה מתמנים בסתם והי' להם כח לעשות בשל קהל כל מה שירצו. אבל עכשיו שיש שטאטוטען וכח הזט"ה מוגבל לפי השטאטוטען ועל דעת כן נבחרו. וכפי הנראה אין כח לראשי הקהל עפ"י השטאטוטען למחול זכות של אנשי העיר לעולם בלי שום התוועדות והתייעצות יחד וצריך לשאול ע"ז ליודעי דת ודין שלהם הבקיאים בחוקי השטאטוטען ולכן קשה בעיני לומר שיהיו אנשי דוקלא נדונים כמשיגי גבול אם באים בכח הדד"מ ונכון מאד לבצע על הריב ולפשר ביניהם:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ו

שלום אשיב לכבוד הרב המאוה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **שלמה** נ"י אבד"ק **פאלאנקא** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני. והנה ראשי בל עמי עתה לטייל ארוכות וקצרות מחמת כי זה"ת היא חולה מאד השי"ת ישלח לה מהרה רפ"ש. לכן נתאחרה תשובתי קצת. וגם לא אאריך הרבה בדבר. אשר שאל באחד שמכר סחורה לאיש אחד באמעריקא עוד עשר שנים לפני המלחמה. ונשאר חייב לו לדמי המקח סך חמש מאות וחמשים דאללאר ע"מ לפרוע לזמן קצר. ולבסוף עיכב הקונה המעות ולא שילם לו עד כה. ועתה תובע המוכר הסך הנ"ל בדתה"ק לשלם לו הסך הנ"ל באמרו כי הי' המדובר בפירוש לשלם דאללאר והלוקח מכחיש דבריו ואומר שלקח על קראנען ורוצה לשלם לו קראנען ושאל כת"ה חוו"ד עפידתה"ק:

הנה מקור דין זה הוא בב"ק (דצ"ז) המלוה את חבירו על המטבע ונפסלה המטבע רב אומר נותן לו המטבע היוצא באותה שעה ושמואל אמר יכול לומר לו לך הוציאו במישן. והנ"מ דאית לי' אורחא למיזל למישן עיי"ש. ופירש"י ז"ל דאיירי במוכר לו פרקמטיא ע"מ לשלם במעות לכך צריך לשלם במטבע היוצא אפילו אמר סתם כך וכך מעות תתן

לי. והתוס' חלקו עליו וכתבו דרק במתנה ע"מ שישלם לו מעות דכיון שפירש לו כך סתמא דמילתא לכך פירש שאם יופסל יתן לו מטבע היוצא עיי"ש בדבריהם. ומסיימי התוס' שם דלכל הפירושים אם הלווהו מעות סתם בלי שום תנאי לכ"ע אם נפסל המטבע אינו נותן לו מטבע אחרת זהו שיטת התוס' וכ"כ הרא"ש ג"כ:

אמנם דעת הרמב"ם אינו כן כמ"ש הה"מ בפ"ד מה' מלוה ולוה הי"ב והוא ס"ל דפלוגתת רב ושמואל הוא אף בהלוואה סתם ולכ"ע אם אין לו דרך למישן נותן לו מטבע החדשה. אך כ"ז אם המטבע עדיין יוצא במק"א אבל בנפסלה לגמרי גם התוס' ס"ל דנותן לו מטבע היוצא כמ"ש התוס' שם דנפסל לגמרי דומה לנסדק לדברי רב יהודא שם וקיי"ל כוותי' דאף באיתא לגזילה בעינה ל"א כה"ג הרי שלך לפניך כיון דמינכרא היזיקא דהכל מכירין דאותה צורה אינה יוצאת עוד עיי"ש ברש"י בד"ה הכא מינכרא היזיקא. אך בראש"ש מבואר להדיא דבהלוואה סתם בלי שום תנאי אף בנפסלה לגמרי נותן לו אותה המטבע עיי"ש בראש"ש בפ' הגוזל עצים אות י"א בסה"ד שם. וכן כתב הה"מ הנ"ל בשם קצת מפרשים אלא דלדבריהם קשה קושית התוס' הנ"ל דמ"ש מגזילה דל"א כה"ג הש"ל ומחויב לשלם כשעת הגזילה. וצ"ל דהרא"ש יש לו שיטה אחרת בזה דעיקר טעמם של התוס' הוא משום דהקשו שם מקודם דמ"ש מגזלן דקיי"ל דהא דגוזל מטבע ונפסלה אומר לו הש"ל הוא רק באיתא לגזילה בעינה. אבל ליתנהו בעין משלם כשעת הגזילה והלוואה ליתנהו בעין דהא מלוה להוצאה ניתנה. ותירצו דמטבע שנפסל דומה להוזל ובהוזל קיי"ל בהלוואה דהלווהו חטים והוזלו נותן לו חטים. ויש חילוק בין גזילה להלוואה עיי"ש. ודבריהם צריכים ביאור דמ"מ מאיזו טעם יש לחלק בין גזל להלוואה:

ונ"ל בהבנת דבריהם דבגזילה כל היכא דאין הגזילה בעין. דא"א עוד לקיים והשיב את הגזילה וחייבתו התורה לשלם שיווי אותה הדבר כפי שהי' שוה בשעת הגזילה כדנפ"ל לה לעיל בב"ק (דס"ה ע"א) מקרא דאחיי' לקרן כעין שגנב עיי"ש בתוס' ד"ה גופא. וכיון דצריך לשלם שיווי אותה הדבר ולא קצבה תורה במה לשלם אם בכסף או בזהב או במטבע רק דצריך לשלם שיווי הגזילה במיטב. א"כ מה לו להנגזל במה דנפסל המטבע. הא לא רמיא מתחילה חיובא דידי' על מטבע דווקא ובפרט על אותה מטבע. והתורה רמיא חיובא על הנגזל לשלם לו שיווי הגזילה כמו שהי' שוה בשעת הגזילה וכיון דהמטבע נפסלה ואינה שוה כמו הגזילה אין זה תשלומין דידי'. אבל הלוואה דמתחילה להוצאה ניתנה ע"מ לשלם אותו דבר שלוה ואם לוה חטים מחויב לשלם חטים דווקא. ואם לוה מעות מחויב לשלם מעות. ודבר אחר אין הלוה מחויב לשלם לו. וגם אין יכול ליתן לו דבר אחר כשיש לו אותו דבר כמ"ש התוס' בכמה דוכתי עיין תוס' כתובות

(דצ"ב ע"א) ד"ה א"י. וא"כ כשלוה מטבע של אותה מדינה רמיא חיובא דידי' באותה שעה על אותה מטבע שהיתה אז ולא על דבר אחר. א"כ אף אם נפסלה אותה מטבע אלא דיוצאה במדינה אחרת דמיא להוזל דלא מינכרא היזיקא ודומה לתרומה שנטמאת דאומר לו הרי שלך לפניך דכמו בגזילה היכא שהגזילה בעין כיון דחיובא דנגזל רמי על הגזילה גופה אז אף דהגזילה הוזלה או המטבע נפסלה אומר הרש"ל. ה"נ בהלוואה אף דלהוצאה ניתנה מ"מ לא רמיא חיובא רק על מין אותו דבר. וכשכל אותו המין הוזל אומר לו הש"ל. וה"נ מטבע שנפסלה דדמיא להוזל. ומזה למדו התוס' שפיר דלר"י דס"ל פסלתו מלכות ואינו יוצא בשום מדינה דמיא לנסדק דאף בגזילו בעינו אינו יכול לומר הש"ל. א"כ גם בהלוואה אינו יכול ליתן לו מטבע שנפסלה לגמרי:

ובזה יובן סיום דברי התוס' שכתבו דהא פשיטא דאין לוה יכול לסלק בתרומה ונטמא וחמץ שעעה"פ. דהני לא דמיא להוזל ומ"מ כשהוא בעין יכול לומר לו הש"ל דאינו מובן כלל טעם דבריהם בכ"ז. אבל לפי הנ"ל מובן שפיר דהלוואה דמיא רק בהא לגזילה. דכמו דבגזילה כשהוא בעין רמיא חיובא רק על אותו דבר המיוחד לבד. כמו כן בהלוואה דלהוצאה ניתנה רמיא חיוב תשלומין על מין אותו הדבר ולא על דבר מיוחד בלבד. וא"כ בהוזל דכל המין הוזל. וכן מטבע דכל מין המטבע פסלתו מדינה שפיר יוכל לומר לו הש"ל כמו בגזילה בדבר מיוחד. אבל תרומה טמאה דלא כל המין נטמא וכל חמץ שעעה"פ דלא כל המין עעה"פ. א"כ בשלמא בגזילה בדבר המיוחד כשהוא בעין דלא נתחייב לו רק באותו דבר כשנטמא או שעעה"פ אומר לו הש"ל כיון דהוא היזק שא"נ. אבל בלוה ממנו חטים או ככר דנתחייב לשלם לו ממין חטים או איזו ככר שבעולם. א"כ אינו יכול ליתן לו תרומה שנטמאת או חמץ שעעה"פ דאיך יכול לומר לו הש"ל מאן יימר דאותו ככר נתחייב לו הרי כמה ככרות וכמה תרומה יש בעולם שלא נטמאו ושלא עעה"פ ול"ש כלל לומר בזה הש"ל. וז"ב מאד ומובנים שפיר דברי התוס'. ואמנם דברי הרא"ש ושאר מפרשים דס"ל דבהלוואה סתם יכול ליתן לו אף מטבע שנפסלה לגמרי ולדידי' צ"ל דלא ס"ל כשיטת התוס' דדמיא לגזילה אלא טעמא אחרינא אית לי' והוא. דהנה לקמן בע"ב איתא שם המלוה על המטבע והוסיפו עלי' מהו א"ל נותן לו מטבע היוצא באותה שעה א"ל אפילו כנפיא וכו' וכטרטיא. א"ל אין והא קזיילין פירא וכו' ופירש"י שם בד"ה והא קזיילין וכו' נמצא שמשתכר זה בתוספת ואינו דומה לראשונים והוי רבית. וקשה לכאורה דמאי פריך רק משום איסור רבית ואמאי לא פריך על גוף הדין דאמאי חייב ליתן לו כלל יותר ממה שהלווהו והא הוי גזל וכמו שנתעורר בזה במח"א ה' מלוה ולוה דין כ"ב. וכן לשיטת הראב"ד שם דבפחתו אף ביותר מחומש נותן

לו מטבע החדשה. תקשי נמי והא גזל הוא גבי הלוה דבשלמא אם המטבע עצמה עדיין היא הראשונה אלא דפסלתו מדינה איכא למימר דכיון דלוה ממנו אותה המטבע משלם לו אותה המטבע. ומה דנפסלה הוי כמו הוזלה והוי היזק שא"נ דאומר לו הש"ל. אבל אם משלם לו מטבע חדשה. וזה המטבע לא נתחייב לו מעולם דמיא ממש לגזילה היכא דאין הגזילה בעין דמשלם לו כפי שיווי הגזילה בשעת הגזילה בין הוזל או הוקר. א"כ ה"נ אם הוסיפו ואתה מכריחו לשלם מטבע החדשה עם התוספת הוי גזל גבי המלוה דלוקח יותר ממה שמגיע לו. ואם נפחת והוא מוכרח לקבל מטבע פחותה הוי גזל גבי הלוה:

לכך נ"ל די"ל דהש"ס ס"ל דבאמת מצד הדין הלוואה דמיא לגזילה או גניבה דצריך לשלם השיווי שהי' בשעת הלוואה. והי' הדין נותן דאם הלוה חטין והוזלו או מטבע ופסלתו מדינה דיהי' צריך לשלם כשעת הלואה אלא דמכח תנאי ומנהג המדינה אתאינן עלה משום דכבר נהוג עלמא דמשלם מה שלוה דווקא לכך אמרי' דכל המלוה ע"ד המנהג הוא מלוה לשלם לו מה שהלווהו בין יוזל בין יתייקר וגם במטבע כן הוא דסתמא דעתו על המטבע שיצא באותה שעה שיפרע לו בין אם יוסיפו על המטבע בין יופחתו דאף דבפסלתו מדינה ס"ל לשמואל דא"ל לך הוציאו במישן היינו כשיוצא עדיין במישן אבל אם מוסיפין על המטבע או פותתין דאז המטבע הישנה אינו יוצא עוד בשום מקום והוי כפסלתו מלכות ואז דעתו רק על המטבע החדשה. ומסתמא כאלו הותנו דמי שישלם לו המטבע החדשה בין יוסיפו או יופחתו וליכא משום גזל כלל לא לגבי המלוה ולא לגבי הלוה דכל תנאי שבממון קיים. אלא דהש"ס פריך היכא דקזיילין פירא ולוקח יותר ממה שהלוה הוי רבית דלענין רבית לא מהני תנאי. ולכך הוצרך לתרץ דאירי דלא זיילי פירא מחמת המטבע וליכא רבית. אבל היכא דזיילי פירא אינו נוטל רק כפי שיווי בשעת הלוואה אלא דבזה פליגי הרי"ף והראב"ד דהרי"ף ס"ל דלהמסקנא דאם הוסיפו והוזלו פירי מחמתו אינו נותן לו יותר ממה שהלווהו משום רבית. גם אם פחתו המטבע ונתייקרו הפירות מוכרח ליתן לו כשעת הלוואה דאמדינן לדעתי' דהמלוה דלא נחית לכך דאם יוסיפו על המטבע לא יקח יותר משום רבית. ואם יופחתו יהי' מוכרח ליקח פחות ויפסיד מכיסו וודאי אינו שוטה שיעשה כן. והראב"ד ס"ל כיון דלא התנה כלום מסתמא דעתו למטבע שיצא אז וכל תנאי שבממון קיים אלא דאם הוסיפו אף דהי' דעת שניהם לשלם לו ממטבע שיצא באותה שעה מ"מ אנן לא שבקינן לי' משום איסור רבית. אבל בפחתו בתנאו קאי דנוטל ממטבע החדשה. והרא"ש ס"ל בזה כהרי"ף כמ"ש שם באות י"ב. אך ס"ל להרא"ש דזה שייך רק במטבע חדשה שפחתו שאותה המטבע לא הלוה לו כלל. וכיון דההלוואה היתה סתם בלי שום תנאי כלל מהיכי תיתי נימא

דדעתם הי' כן שאם יעשו מטבע חדשה שיהי' מוכרח המלוה לקבלה כשתהי' פחותה ויהי' קרוב להפסד ורחוק משכר דכשיוסיפו עלי' יהי' אסור לקבלה משום איסור רבית וכשתופחת יהי' מוכרח לקבלה. אבל אם אותה מטבע עצמה שלוה לו נפסלה ורוצה לשלם לו באותה מטבע ס"ל להרא"ש דכיון דהיתה ההלוואה סתם בלי שום תנאי כלל בע"כ דדעתם הי' דמה שהלוה לו ישלם לו. א"כ אף אם נפסלה לגמרי ע"י מלכות מחויב לקבלה מכח תנאי הראשון וכמו דהלוה לו חטין והוזלו דמשלם לו חטין. ולא ס"ל לחלק כלל בין הוזלו לנפסל לגמרי דמה לי הפסד מרובה או הפסד כולה. וארווחנא בזה ליישב מאי דהוה קשיא לי על הא דקיי"ל דהלוואת סאה בסאה אסור שמא יתייקרו והוי רבית. לפי"מ שהביא הב"י ביו"ד סי' קס"ה לענין אם גזר המלך שישלמו ממטבע השני' מותר לשלם אף שהוסיפו ולא הוי רבית דדינא דמלכותא דינא. שהוא לכאורה תמוה מאי מהני דינא דמלכותא לענין איסור רבית. וכתב הרמב"ן וז"ל ואין כאן משום רבית שהתוספת זה שלא מרצון הבעלים הוא נפרע ואלמלא דינו של מלכות אינו בכלל רבית אלא בכלל גזל אלא שדינו של מלכות דין. ואין כאן גזל ואין כאן רבית. עכ"ל. ומבואר כוונתו דכל שאין נותן מרצונו רק שמוכרח מכח הדין אין זה רבית דאין זה אגר נטר. וא"כ בהלוואת מב"ס דלס' התוס' הנ"ל דין תורה הוא דמה שלוה מחויב לשלם בין הוזלו בין הוקרו. א"כ מי גרע דין תורה מדינו של מלכות. וכיון דמחויב עפ"י התורה לשלם חטים דווקא אין כאן גזל ואין כאן רבית. אך לפי הנ"ל ניחא דבאמת מדין תורה לא הי' מחויב לשלם חטים כשתייקרו דמדין תורה חיוב פרעון מלוה הוא כחיוב תשלומי הגזילה דאינו משלם רק כפי שהי' שוה בשעת הגזילה אלא דמכח תנאי משלם מה שלוה אף אם הוקרו או הוזלו וכיון דמשום תנאי הוא שפיר אמרינן דלענין רבית ל"מ תנאי דהוה מתנה עמ"ש בתורה: **ובדרך** הזה יש ליישב ג"כ מה שהביא כת"ה מדברי התוס' ב"מ (דמ"ד ע"ב) בד"ה ונ"מ לענין מו"מ שכתבו דנ"מ אם מכר לו בכ"ד איסרין בשעה שהי' כ"ד בדינר והוזלו אח"כ ועמדו ל"ב בדינר דצריך ליתן ל"ב. וזה נגד דברי התוס' ב"ק הנ"ל. וכבר עמדו ע"ד התוס' אלו המח"א בה' רבית והחוו"ד סי' קס"ה ובתשו' בית אפרים חו"מ סי' ד' והובאו ג"כ ד' התוס' אלו ברשד"ם חו"מ סי' ע"ה. ולפי הנ"ל י"ל דהנה המח"א שם רצה לפרש דדברי התוס' אלו שיש חילוק בין אם מוכר בהקפה לזמן בין אם אומר עד שיבא בני וכו' והוזל תיכף אחר המכירה דהוי אונאה. ובתשו' בית אפרים הנ"ל תמה עליו דמה חילוק בין אם לזמן הרבה או לזמן מועט כל שהוזל או הוקר רגע אחת אחר המכירה אין שייך אונאה. והנה בפשיטות יש לחזק חילוקו של המח"א עפימ"ש הנתיבות בסי' ק"צ סק"ז דכשקונה חפץ במשיכה ולא נתן דמים ולא זקף במלוה על זמן תיכף כשתובע אותו ליתן מעות

ואינו נותן המכירה בטילה עיי"ש שהביא כן בשם הח"מ והב"ש. ואנכי רשמתי שם מל הגליון דבשטמ"ק ב"ק (דק"ה ע"ב) ד"ה אתה מכרתו משמע שהוא פלוגתת הפוסקים. וא"כ חילוקו של המח"א בד' התוס' הנ"ל נכון וברור בפשיטות דכיון דכל שלא נתן מעות לא נגמר המקח. אם כן כשהוזלו האיסרין ורוצה לשלם לו אז שזה גמר המקח הוי בכלל אונאה דעדיין לא נגמר המקח. אך לפי דרכי הנ"ל יש לחזק חילוקו של המח"א בדרך יותר מרווח. דהנה הרשד"ם בתשו' ע"ה הנ"ל יצא לידון בדין זה מטעם אומדנא דאף שהי' שם תנאי מפורש שישלם לו אותה מטבע. מ"מ אמרינן אילו הוה ידע שתרד המטבע כ"כ לא הי' מתנה כן. ולכאורה דבריו אינם מובנים דהרי ע"ז הקשו התוס' בכתובות (דמ"ז). דא"כ הלוקח פרה ונטרפה יאמר אדעתא דהכי לא מכרתי'. ואמנם עיין בנתיבות סי' ר"ל שהאריך בדברי התוס' אלו. והיוצא מדבריו שם הוא כן דהיכא דשייך לומר נסתחפה שדהו כמו לוקח פרה ונטרפה פשיטא דל"ש אומדנא דהא מזלו גרם. ואמנם גם היכא דל"ש נסתחפה שדהו כגון במכת מדינה אלא דכבר נשתמש במקח ונהנה ממנו ג"כ ל"ש אומדנא עיי"ש. וא"כ שפיר צדקו דברי הרשד"ם דכאן ג"כ ל"ש נסתחפה שדהו דירידת מטבע הוא מכת מדינה ונשתמש ונהנה במקח ג"כ לא הוי דהא לא באו עדיין לידו דמי המקח מעולם ולא נהנה מהם כלל. אך בנתיבות שם כתב עוד דאף אם לא נשתמש ונהנה עדיין מהמקח מ"מ אם הי' זמן שהי' ראוי להשתמש וליהנות חשיב כאלו כבר נהנה ול"מ אומדנא. וא"כ מעתה חילוקו של המח"א מובן שפיר דשם בתוס' ב"מ דאיירי דהוזלו תיכף האיסרין לאחר המכירה מיד ולא הי' זמן עדיין שיהנה מדמי המקח אמרינן שפיר אומדנא. אבל אם הוזל אחר זמן וכבר הי' ראוי שישלם לו ושיהנה מדמי המקח אז בכה"ג איירי התוס' בב"ק הנ"ל דמשלם מטבע שלוה ול"מ אומדנא כנ"ל:

ומעתה נבוא לנידון שלפנינו שהי' צריך לשלם עוד זמן הרבה לפני המלחמה והשמיט מלשלם. והנה הש"ך בח"מ סי' ע"ד הנ"ל ס"ק כ"ז הביא דברי הרש"ל דאם השמיט מלשלם ונפסל המטבע צריך לשלם לו מטבע היוצא. והש"ך חולק עליו. וגם בתומים שם החזיק בדברי הש"ך דמה שהשמיט מלשלם והוי רק גרמא דפטור. אך בשער המשפט שם החזיק בדברי הרש"ל ומביא ראי' מדברי הירושלמי הובא בראש והר"ן ר"פ הנושא ונפסק להלכה באה"ע סי' קי"ד ס"א דאם פסק לזונה בשעת היוקר והוזל אם הי' המניעה ממנו צריך לשלם כשעת היוקר עיי"ש וכ"כ במח"א ה' מלוה ולוה סי' י' ואמנם אנכי כתבתי על גליון השעהמ"ש שלי וז"ל אלא דמשמע מדבריהם דה"נ אם הי' בזול בשעת התביעה והוקר אח"כ א"צ לשלם אלא כשעת התביעה והעיכוב כיון דמדמה לה לגזילה וכמבואר להדיא באה"ע שם ובט"ז סק"ג עיי"ש. ובאמת מבואר להיפך בריב"ש הובא

בב"י יו"ד סוף סי' קס"ב דאף שבשעה שעיכב הי' בזול והעיכוב הי' שלא כדין אפ"ה צריך לשלם החטין כשנתייקרו ומשמע דס' הריב"ש הוא דהוי כאלו הגזילה בעין דהא לא נתחייב בחטין אלו מיוחדים רק לשלם חטים סתם וזה יכול עדיין לקיים. והוי כאלו הגזילה בעין דצריך להחזיר לו הגזילה כמות שהיא בין הוזלו או הוקרו. ולהרא"ש לא דמי כולי האי דשם כיון דנתחייב לזונה חמש שנים הראשונות כמבואר שם ועכשיו שעבר הזמן ולא זנה דמחויב לשלם רק דמי מזונות הוי כאלו אין הגזילה בעין דא"צ לשלם אלא דמי' כשעת הגזילה. אבל כאן בהלוואת חטים סתם חיובו עדיין קיים ול"ש שעת הגזילה כלל. ודו"ק בזה דמשמע דתשו' הריב"ש הוא נגד דברי המח"א והשעהמ"ש בין בהוזלו בין בהוקרו וצ"ע בזה עכ"ל שם שכתבתי על גליון השהמ"ש. וא"כ לכאורה א"א להוציא מיד המוחזק כיון דלדעת הש"ך והתומים ולפימ"ש גם מדברי הריב"ש מוכח הכי דלא דמיא הא לדברי הירושלמי שבאה"ע סי' קי"ד הנ"ל:

אמנם נ"ל דבנ"ד כ"ע מודי דכיון דעיקר הטעם דהוי כאלו הגזילה בעין ואומרים הש"ל בהוזלו א"כ כ"ז בלא נפסל לגמרי אבל בנ"ד דהכתרים הישנים נפסלו לגמרי דבכה"ג כתבו התוס' דלכ"ע הוי היזק ניכר דל"א הש"ל לדברי רב יהודא כמו בנסדק דהא כ"ע מכירין בצורת הכתרים הישנים דאינם שווים כלום. וכל הכתרים החדשים אף במדינת טשעכין ואונגארן צורה אחרת להם ול"א בכה"ג הש"ל ואף לס' הרא"ש הנ"ל שהבאתי למעלה דס"ל דאף בנפסל לגמרי משלם אותה המטבע היינו משום דהוי כאלו התנה וא"כ כ"ז כשמקיים התנאי ומשלם במועדו אבל אם משמיט מלשלם בזמנו ואינו משלם אף כשתבעו דוודאי ברור דאדעתא דהכי לא התנה. ועיין טו"ז יו"ד סוס"י רל"ו, דבעבר הזמן נתבטל התנאי ובפרט בכה"ג וודאי כ"ע מודו דדמי לדברי הירושלמי באה"ע הנ"ל. דמי שהי' המניעה ממנו דומה לגזלן אלא דכתבתי טעמו של הש"ך דגם בגזלן ממש אמרינן הש"ל. וא"כ כ"ז בלא נפסל לגמרי דדמי להוזל דאמרי' הש"ל. אבל בנפסל לגמרי דדמי לנסדק וודאי די"ל דכ"ע מודו כה"ג דבשעה שהשמיט מלשלם נעשה כגזלן מחדש ובגזלן ליכא תנאי. וכשנפסל לגמרי אינו יכול לשלם אותה המטבע דל"ש הש"ל כנ"ל ברור. וא"כ כיון דבלא"ה איכא דעת רש"י ובמכירה אינו דומה להלוואה וצריך לשלם לו מטבע היוצא כמ"ש בסה"ת ובשטמ"ק הנ"ל. ודעת הרשד"ם דבכל גווני צריך לשלם מטבע היוצא. ולדעת הרש"ל והמח"א והשעהמ"ש היכא דהשמיט לשלם בזמנו צריך לשלם לו ג"כ במטבע היוצא. ובכה"ג דנפסלה לגמרי דהתוס' בלא"ה ס"ל דמשלם מטבע היוצא. וא"כ בהשמיט לשלם בזמנו י"ל דכ"ע מודו בכה"ג. ולכן נ"ל דבנ"ד צריך לשלם לו כפי שיווי הכתרים שהי' אז ואינו יכול לשלם לו בכתרים כיון דהכתרים הישינים

נפסלו לגמרי והכתרים החדשים שיוצאים עתה אותם לא הלוה לו ולא נתחייב לו בהם. א"כ הוי כאלו אין הגזילה בעין דצריך לשלם כשעת הגזילה. אף אם לא הי' תנאי מפורש על דאללאר כמו שאומר המוכר. ומה שחשש כתה"ר לאיסור ריבית ז"א דגם בהלואת סב"ס דמדינא יכול לשלם חטים כשהוזלו רוצה המח"א בסי' כ"ז לומר דמ"מ אם ירצה לשלם לו דמיהם אין כאן ריבית כיון דאיכא פסידא להמלוה אין כאן ריבית. ואף להבית אפרים שחולק עליו ביו"ד תשו' מ"ג מ"מ הוא רק מטעם דכיון דמדינא א"צ לשלם לו דמיהם כשמשלם לו מדעתו הוי מתנה וחשיב ריבית. אבל בנ"ד דלרוב הפוסקים צריך לשלם דמיהם וודאי אין כאן ריבית:

והנה כת"ה לא הזכיר מאומה מדינא דמלכותא שלפי"מ שמבואר ברמ"א בסוס"י ע"ד הולכין בזה אחר דינא דמלכותא ובחת"ס האריך בזה בכמה תשובות דלענין תשלומי חובות במטבע שנפסלה הולכין אחר דד"מ אם יש דד"מ על פרעון חובות בפרטות. אך בכאן יש להסתפק כיון דהנתבע הוא ממלכות אחרת אולי אין להתנהג אתו עפ"י דד"מ שבמלכות התובע אך יען שלא הזכיר כת"ה מזה אולי אין שם דד"מ כלל בזה וגם יען כי טרידנא עתה לכן הנחתי הדבר הזה בלי בירור על נכון:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ז

כבוד הרב החריף ובקי מו"ה **חיים אורי בונשטאק** דומו"צ דק"ק **פאדקאמין**:

ע"ד שאלה בא' שהלוה לחבירו מאה דאלאר והלוה שלח המעות להבאנק ושלחו לו בחזרה עשרה דאלאר באמרם שהם מזויפים והלוה והמלוה שניהם א"י אם היו מזויפים מתחלתו או החליפו בהבאנק עכת"ד. הנה טענת הלוה הוא א"י אם נתחייבתי ומה שדן כת"ה מד' הט"ז ס"ס ע"ה דבמצא מטבע מזויפת הוי חזקת פטור וה"נ לענין הלואה הוי חזקת חיוב אף אם נימא כן מ"מ הט"ז איירי רק במלוה טוען בריא ולוה שמא דמן הדין הי' לנו לומר ברי ושמא ברי עדיף. אלא דאנן קי"ל דא"י אם נתחייבתי פטור משום דמוקמינן ממונא בחזקת מרי' וכנגד חזקה ל"מ בו"ש ולכך בא"י א"פ כיון דהי' בחזקת חיוב איתרע חזקת ממונא והוה כליכא חזקה כלל ואמרינן בו"ש ב"ע וע"ז קאמר שפיר הט"ז דאם פרע ומצא מטבע מזויפת כיון דנסתלק מהמלוה בחזקת שפרע איתרע חזקת חיוב ונשאר חזקת ממון בתוקפה ול"מ בו"ש נגדה וא"כ מאי אמרת דאם לוה ומצא מטבע מזויפת דעכ"פ בשעת הלואה נכנס הלוה בחזקת חיוב מאי בכך זה ניחא אם הי' המלוה טוען ברי והלוה שמא הו"א כיון דנגד חזקת ממון איכא חזקת חיוב אזלינן בתר

בו"ש אבל כי טוענין שניהם שמא אף בא"י א"פ גופא פטור אם טוענין שניהם שמא. ואף לצאת יד"ש איכא פלוגתא עיין ש"ך סע"ה ס"ק ס"ה מכ"ש בכה"ג:

ומה שהקשה כת"ה טל הש"ך סי' רל"ב מהא דיו"ד סי' י"ח סי"ג דאם נאבד הסכין של שחיטה לאח"ש ונמצא אח"כ פגום כשר דמוקמינן אחזקת היתר כיון שיצא כבר בהיתר עכת"ד. לענ"ד לק"מ דשם שפיר כיון דחזקנו הסכין בשעה שנאבד והכשרנו אז אף אם נמצא אח"כ פגום מ"מ חזקה שנתחזקה אלימא טפי כמ"ש ההפלאה בספ"ק דכתובות לענין רוב ומה שנמצא אח"כ פגום אינו מרע החזקה ואמרינן דאח"כ נפגמה ולא היתה החזקה בטעות אבל במטבע מזויפת א"א לומר כן דנתזייפה אח"כ וא"כ לפי טענת המלוה החזקה שהחזקנו בחזקת פרוע היתה בטעות. ואי איכא לדמויי מחלוקת הט"ז והש"ך איכא יותר לדמויי לדברי תוס' כתובות (כ"ו ע"ב) בשם הריב"ב דכתב שם דתיכף שבאו שנים ואמרו מת ואף באו שנים אחרים ואמרו לא מת לא מוקמינן לה בחזקת א"א כיון דכבר יצאה בהיתר אף דשם א"א לומר דנשתנה אח"כ הענין ואם נמצא עכשיו חי מכ"ש דהי' מעיקרא חי וא"כ לפי"ד העדות השניים הי' בחזקת טעות ואפ"ה מהני להריב"ב:

אמנם לפי"ז אינו דומה דינו של הט"ז לדין של כת"ה דהא בש"ש מביא חד סברא דס"ל להריב"ב דמה שיצא בחזקת היתר מהבי"ד אין לה עדיין חזקת היתר אלא דאין לה חזקת איסור ג"כ דחזקת א"א איתרע לכך שפיר כתב הט"ז כיון דנסתלק ממנו בחזקת חיוב נהי דאין זה חזקה וודאי שפרע אבל עכ"פ חזקת חיוב איתרע ונשאר חזקת ממון לבדה ול"א בו"ש ב"ע נגד חזקת ממון אבל היכא דהלוה מצא מטבע מזויפת נהי דנסתלק בחזקת חיוב אבל כיון דאמרינן דאין כאן חזקת חיוב רק דהוי כליכא חזקה לא לחיוב ולא לפטור ושוב אזלינן בתר חזקת ממון ול"א בו"ש ב"ע כמו בכל א"י אם נתחייבתי ולכך נלפענ"ד דהלוה פטור ואף לצי"ש אינו חייב דבא"י א"פ גופא איכא פלוגתא כמ"ש וכאן דומה יותר לא"י אם נתחייבתי רק שצריך לקבלת חרם אם לא החליף הוא בעצמו המטבע אם המלוה חשדו בכך:

ועל שאלתו השני' באשה שנשבעת שבתה לא תעשה בצורכי הבית דהיינו לרחוץ כלי הסעודה וכיבוד הבית וכדומה אם יש היתר לשבועתה דהי' שבועת שוא. הנה מה שרוצה כת"ה לומר דבשבועת שוא ג"כ מהני שאלה מדברי ש"ך יו"ד ברל"ח ס"ק כ"ב וחו"מ סי' ע"ג ס"ה. אין הנידן דומה כלל דשם אינו שואל על השבועה השני' כלל שהיא שבועת שוא רק שואל על הא' שהיא ביטוי וכיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו חזרה שני' משוא לביטוי. אבל שישאל על שבועת שוא גופא מאן שמעית לי', וכ"מ להדיא בסמ"ע

סע"ג ס"ק ט"ז דבהתרת השני' לא ינצל ממלקות יעו"ש. ומה שהביא ספר עצ"ל אינו ת"י ומה שהביא מהרש"א וט"ז יו"ד שכ"ג אינו ענין לכאן דשם מיירי שנשבע להבא ואח"כ עבר אשבועתו ומהני שאלה ולדידן אף באכלה כולה כשלא הביא קרבן עדיין אם בשעה שנשבע למה מפיו לשקר או לשוא ל"מ שאלה. ויותר דעת המנ"ח בדבר שחל להבא מ"מ היכא דבשעת הנדר או השבועה עושה איסור בנדרו או בשבועתו ל"מ שאלה ומש"ה ס"ל דמקדיש בע"מ דלוקה ל"מ שאלה על הקדישו וטעם הדבר נ"ל עפי"ד ש"ס מנחות מ"א גבי הטיל למוטלת דקאמר הש"ס השתא בב"ת קאי מעשה לא הוי עיי"ש ברש"י ותוס' דלחד פירושא כל דעביד איסורא חשיב כמעשה וידוע דברי הר"ב אשכנזי שבש"ך חו"מ סי' נ"ה דבמעשה ל"מ שאלה דל"א דיבור ומבטל מעשה וה"ה י"ל בזה ג"כ דהיכא דחייבה התורה מלקות על הדבר בשעה שעושהו כמו מקדש בע"מ חשיב כמעשה ול"מ שאלה. יהי' איך שיהי' וודאי לשבועת שוא ל"מ שאלה שישאל עלי' בעצמה:

אמנם בגוף הדבר אם זה חשיב שבועת שוא הנה בדברי הש"ע עצמו בסי' רל"ו ס"ב שהביא כת"ה שכתב המחבר דאין לישבע על חבירו שיעשה שום דבר שאינו ברשותו שיעשנו עכ"פ וכו' שם גופא כתב הש"ך סק"ה בשם הב"ח דאף לכתחלה אין לעשות כן מ"מ שבועת שוא לא הוי ללקות עליו כיון דקרוב הדבר שחבירו יעשנו. ולדבריו צריך לחלק בין האי דיזרוק פלוני צרור לים היינו דשם וודאי לא יעשנו חבירו. ואין הב"ח ת"י לעיין בו וגם סיום דברי המחבר שכתב דמ"מ הוי משובח זה חבירו הקיימו צריך להבין אם נאמר דכבר עבר אשבועתו משום ש"ש א"כ מאי מהני שחבירו יקיימנה אח"כ ומאי יתקן בזה וכן מ"ש המחבר בס"ג והוא מלשון הרמב"ם דאם משביעו על דבר שהוא שלו כגון שלא יכנוס לביתו צריך ליזהר בשבועתו ג"כ טעמא בעי הא איסור שבועה איסור גברא ואיך יכול לאסור חבירו בשבועה וכבר תמה בטור בזה על הרמב"ם ועיין בט"ז ס"ק ז' כתב הטעם שאסור משום קונם דהוי כנדר שאמרו בלשון שבועה. ולשון הרמב"ם והמחבר משמע דמדין שבועה קאתינן עלה ולא משום שבועה והב"י כתב דאפשר ס"ל לרמב"ם דאף דאין שבועה חלה על חבירו לענין מלקות מ"מ איסורא מיהא איכא וכ"ז טעמא בעי:

והנלע"ד בזה דבשבועות (ד"כ וכ"א) פליגי רב דימי ורבין אליבא דר"י ר"ד אמר אוכל ולא אוכל שקר והזהרתו מלא תשבעו בשמי לשקר ואכלתי ולא אכלתי הוי שוא ורבין ס"ל דאכלתי ולא אכלתי שקר אבל אוכל ולא אוכל עובר בבל יחל. והנה סברת רבין מובנת דאוכל ולא אוכל ל"ש לא תשבעו לשקר דבשעה שנשבע לא נשבע לשקר דכוונתו היתה לקיים אלא משום בל יחל עובר דהתורה אמרה דכל שמקבל עליו בנדר ושבועה

צריך לקיים ואם לאו עובר בב"י. והנה רש"י (בד"כ ע"ב) ד"ה ואזהרתי' מל"ת לשקר כתב בדברי רבין וז"ל וה"ק ל"ת בשמי כדי לשקר לאחר זמן עכת"ד. ואם נפרש דברי רש"י דמשנינן לישנא דקראי ולא לשקר בסגול כי אם בפתח דמשמעותא להבא זה דחוק מאד דהי' צריך להיות בפתח:

ולכן אמרתי זה כביר דכוונת רש"י קרינן בסגול אלא כיון דרחמנא אזהר שלא ישבע לשקר א"כ אם נשבע על להבא ובידו לקיים שבועתו ואח"כ עבר על שבועתו איגלאי מילתא למפרע דנשבע לשקר. הגע עצמך אם הי' נביא לפנינו והי' יודע בשעה שנשבע שיאכל שוודאי לא יאכל הי' יודע שנשבע לשקר ה"נ כלפי שמיא גליא כיון דבאמת עבר אח"כ גליא קמי שמיא שנשבע לשקר ולפי"ז עיקר החיוב הוא על השבועה אלא שבשעת השבועה עדיין יכול לקיימה ומה שאינו מקיימה אח"כ זה הוא הסיבה שמביאתו שיתגלה שנשבע לשקר והפנ"י (בד"ד ע"א) מביא דברי הרמב"ם דבנשבע על הככר שיאכלנו וזרקו לים הוי לאו שיש בו מעשה כיון דהסיבה שעבר על השבועה יש בו מעשה ה"נ אם נשבע שלא יאכל ואח"כ אכל דהוי כן ולכך בלא אוכל ואכל לוקה אבל אם נשבע שיאכל ולא אכל דבין השבועה והסיבה המביאתו לזה אין בו מעשה אינו לוקה והא דאכלתי ולא אכלתי לוקה היינו כדאמר רבא בפירוש ריבתה תורה שקר דומיא דשוא דכתיב לא ינקה ובעינן שבשעת השבועה יהי' ידוע שנשבע לשקר דומיא דשוא עיי"ש. ובזה יש ליישב קו' תוס' שבועות (כ"ד ע"ב) ד"ה שלא אוכל על הא דפריך הש"ס על רבא דס"ל דשבועה חלה על שבועה בכולל דתקשי מהא דיש אוכל אכילה א' וכו' דתיקשי דלחשיב נמי שבועה שלא אוכל חלב ותמרים ואמאי לא פריך הש"ס ג"כ על ר"י דס"ל ג"כ כרבא יעו"ש:

ולהנ"ל יש ליישב דעל ר"י עצמו אין להקשות די"ל דס"ל כר"ד דהחיוב הוא משום ל"ת בשמי לשקר וא"כ בנשבע שלא יאכל חלב ותמרים ואכל חלב אינו עובר בשעה שאוכל החלב רק דאז איגלאי מילתא למפרע דבשעה שנשבע עבר וא"כ למ"ב לחכמים דפליגי על ר"מ דאמרו דהוצאה לאו מן השם הוא דהחיוב אינו על האכילה רק על הוצאה וודאי ל"ק על ר"י דשם לא חשיב רק הני לאווין דמתחייב על האכילה ובשעת אכילה אלא אף לר"מ דחשיב הוציאו בפיו היינו כמ"ש תוס' שם דבליעתו הוא הנחתו ובא חיוב אכילה והוצאה ביחד אבל בשבועה אינם באים ביחד דעל חלב ונותר חייב בשעה שאוכל ואיסור שבועה איגל"מ שעבר בשעה שנשבע ואינם באים ביחד ולכך ל"פ הש"ס על ר"י אבל על רבא פריך שפיר דהא קאמר דכ"א בפירוש ריבתה תורה שקר דומיא דלשוא מה שוא לשעבר אף שקר לשעבר ומרבינן מלשוא ב"פ דלוקה לשעבר וא"כ מוכח דס"ל כרבין

דאכלתי ולא אכלתי הוא שקר וא"כ אוכל ולא אוכל עובר בב"י וא"כ האיסור בא בשעה שאוכל דאז לוקה כמו בקונמות ולכך פריך שפיר לרבא דלחשב ג"כ שבועה שלא אוכל ואכל דהחיוב בא בשעת אכילה כמו חיוב דנותר וחלב. ואף דתוס' כתבו שם (ד"כ ע"ב) ד"ה קונמות דגם לר"ד איכא ב"י בשבועה ג"כ מ"מ חדא מדברי רש"י שם ד"ה קונמות לא משמע כן ומ"מ אף לדברי תוס' י"ל דס"ל דקרא דקרבן עולה ויורד לא קאי רק על לאו דל"ת בשמי לשקר ועל בל יחל ליכא רק מלקות כמו בקונמות למ"ד אין מעילה בקונמות אבל לרבא ורבין ל"ת בשמי לשקר קאי רק על אכלתי וכו' שהוא לשעבר ואוכל ולא אוכל ליכא רק בל יחל א"כ קרא דקרבן עולה ויורד דקאי על להבא דכתיב להרע או להיטיב ע"כ קרבן קאתי על בל יחל ושפיר פריך לרבא כמש"ל:

ובזה יש ג"כ לתרץ קו' הגרע"א בשבועות (ד"כ) הנ"ל לשיטת הסוברים דהא דנשבע לקיים את המצוה פטור הוא רק מקרבן משום דליתא בלאו והן אבל לענין מלקות חל דלמלקות ל"ב לאו והן כמ"ש תוס' (בדכ"ד ע"א) סד"ה אלא וא"כ מאי משני הש"ס במכות על קו' הש"ס על מתניתין דיש חורש וכו' דפריך דלחשיב נמי שבועה שלא אחרוש ביו"ט. ומשני הש"ס דהוא מושבע ועומד וכו' והא במלקות חייב גם על קיום המצוה:

ולפי הנ"ל י"ל דהנה תוס' שבועות (דכ"ז) דמ"ט לריב"ב נשבע לקיים חייב מק"ו והא בכל דוכתא אמרינן דא"א חל על איסור ול"א ק"ו ומ"ש הכא במצוה דחל השבועה מכח ק"ו אך לפי הנ"ל שכתבתי דלר"ד אוכל ולא אוכל האיסור איג"מ למפרע דנשבע על שקר א"כ אדרבה לכאו' ק' למפרע על הא דפריך הש"ס (בדכ"ג ע"ב) בנשבע שלא יאכל נבילות והא מושבע ועומד מהר סיני הא מ"מ נשבע לשקר ומ"ש מנשבע שלא אכלתי נבילות ונתברר שאכל דחייב בדכ"ד משום דמ"מ נשבע לשקר ה"נ בנשבע שלא אוכל ונתברר דאכל נתברר אח"כ למפרע דנשבע לשקר ומאיזו טעם לא יתחייב. אך באמת לק"מ דהא בפירוש גלי קרא דלהרע או להיטיב דבעינן הרעה דומיא דהטבה שיהי' הרשות וכיון דנשבע לבטל פטור גם נשבע לקיים פטור דבעינן שיהי' לאו והן. אמנם כ"ז לר"ד דאוכל ולא אוכל אזהרתי' מל"ת בשמי לשקר אבל לרבין דל"ת בשמי לשקר קאי על לשעבר דבשעה שנשבע יצאה שבועה מפיו לשקר אבל אוכל ולא אוכל ליכא רק ב"י דבמה שנשבע חל עליו איסור שלא יחל דברו פשיטא דבנשבע לקיים איסור ליכא מלקות ג"כ משום דא"א חל ע"א כס' תוס' הנ"ל:

וא"כ שפיר מיושב קו' הגרע"א הנ"ל דהש"ס דפריך במכות הנ"ל ולחשוב נמי שבועה שלא אחרוש ביו"ט בע"כ הק' רק לרבין דאסור משום ב"י דאיסור החרישה והאיסור ב"י באין כאחד אבל למ"ד דהחיוב הוא משום שנשבע לשקר א"כ לק"מ ולחשיב נמי שבועה

דהא לאו מן השם הוא זה דהשמונה לאוין חייב על שעת החרישה ומשום שבועה חייב על מה שנשבע קודם כשנ"ל. וא"כ כיון דהקו' קאי רק אליבא דמ"ד דחייב משום בל יחל שפיר משני מושבע ועומד הוא משום דא"א חע"א וליכא חיוב מלקות ג"כ והא דס"ל להפוסקים דמלקות חייב היינו רק משום ל"ת לשקר דבזה אין שייך א"ע חע"א דהא מ"מ נתברר למפרע דנשבע לשקר כמש"ל ועוד הוצאתי בזה ציצים ופרחים:

ומעתה נוכל להבין פלוגתת הרמב"ם והטור בנשבע שלא יכנוס חבירו לביתו דזה תלוי ג"כ בפלוגתא דר"ד ורבין דלרבין דס"ל דאוכל ולא אוכל אינו שקר רק דמוזהר שלא יחל דברו א"כ פשיטא דיוכל לקבל רק על עצמו דשבועה הוא איסור גברא וא"י להטיל שבועה על חבירו וכמו נשבע ומת דאין היורשין מחויבים לקבל שבועתו ולכך שפיר קאמר הטור דנשבע שחבירו לא יכנוס לביתו אין השבועה חלה. אבל הרמב"ם לשיטתו דפוסק כר"ד דאוכל ולא אוכל אזהרתי' מל"ת לשקר [אין הרמב"ם ת"י אך כן מציין מסורת הש"ס אות א'] והיינו משום דכשאוכל אח"כ איגלאי למפרע דנשבע לשקר א"כ ה"נ בנשבע שלא יכנוס חבירו לביתו אם מניחו אח"כ לכנוס איגלאי מילתא למפרע דנשבע לשקר דבשלמא אם אין הדבר ברשותו שלא להניחו לכנוס א"כ הוי שבועת שוא דכבר עבר בשעת השבועה ואין נ"מ אם יכנוס אח"כ אם לאו אבל היכא דברשותו שלא להניחו א"כ לא יצאה השבועה לשוא ואם מניחו אח"כ לכנוס עושה איסור דעי"ז גורם ששבועתו היתה שקר. והא דכתב הב"י אליבא דרמב"ם דרק איסורא איכא ולא מלקות היינו משום דבלא אוכל ואכל גופי' ק' לפימש"ל לר"ד אין האיסור במה שאוכל אלא דזה גורם שנשבע לשקר א"כ נהי דהוי לאו שיב"מ כמש"ל בשם הפנ"י בזורק ככר לים אבל עכ"פ התר"ס הוי דהא מפורש להדיא בש"ס (דכ"ח ע"ב) דהתראה בשעת האיסור בעינן ולא בשעת התנאי והיכא שתלוי בתנאי הוי התר"ס וא"כ הכא דהאיסור הוי מה שנשבע והתנאי שמביא להיות עובר על השבועה הוא האכילה אח"כ א"כ בשעת השבועה הוי התר"ס אך לר"י ל"ק דהא ר"י ס"ל התר"ס שמה התראה אבל הרמב"ם אליבא דהלכתא ס"ל התר"ס ל"ש התראה א"כ ליכא מלקות בלא אוכל וא"כ רק משום ב"י כמ"ש תוס' ד"ה קונמות דגם לר"ד איכא ב"י ג"כ אבל בנשבע על חבירו דליכא ב"י רק משום שנתברר שנשבע לשקר א"כ הוי התר"ס וליכא מלקות רק איסורא לחוד. וא"כ מעתה בנ"ד האשה צריכה התרה לחוש לדעת הרמב"ם דזה דומה לשבועה דלהבא דאסור משום שקר כשעוברת אח"כ ומניחה לעשות צרכי הבית ובשבועה דלהבא מהני שאלה ולדעת הטור א"צ התרה כלל וא"כ נהי דבשבועה קיי"ל דאין נשבעין אלא מדוחק מ"מ בכה"ג דלדעת הטור אין איסור כלל וודאי מהני שאלה ואם נחוש לומר דהוי שבועת שוא שלא כדעת

הב"ח מ"מ וודאי יכולה להניחתה לעשות דאיסורא דעבדה עבדה ואין נ"מ אם תעשה אח"כ או לאו כנלפענ"ד. הנה מש"ל דצריך ליזהר קאי על המשביע יש לפרש ג"כ דקאי על המושבע וצריך ליזהר משום דבזה מביא את המשביע לידי שקר ואסור משום ערבות או משום לפ"ע וזה ג"כ אין בו מלקות רק איסורא:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ח

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החו"כ וכו' לא ידעתי אכנהו בנש"ק מגזע יוחסין כש"ת מוהר"ל **איגר** נ"י בק"ק **לובלין** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ומרוב טרדותי לא אוכל להשיב במהרה. ע"ד הד"ת שהציע כתה"ר לפני בראשונה מה שדן אם הדין עם התובע שרוצה להעלות בדמים חלק של האחים הנתבעים או הנתבעים יכולים לומר דרוצים דוקא בגורל שהובאו שני הדיעות בחו"מ סוס"י קע"ד. הנה ידוע דהיכא דהובא בש"ע דיעה אחת בסתם והשני' בלשון י"א הלכה כדיעה ראשונה. ואמנם לענין ממון המוחזק יכול לומר קי"ל כדעת הי"א כמ"ש הנתיבות בדיני תפיסה אות כ' ולענין קרקע הביא הקצוה"ח בקונטרס הספיקות כלל ה' אות ח' דיעות חלוקות אם יכולין לומר קי"ל בקרקע. והוא הכריע שם באות ט' דבפלוגתא דרבוותא שאחר הש"ס אין מוציאין מהמוחזק ויכול לומר קי"ל. וכן דעת הנתיבות שם בדיני תפיסה אות כ"ב. ברם איכא לספוקי בהא. דהנה הב"י הביא דברי הרמב"ן שהיא הדעה השני' שכתבו וז"ל שאין שום עילוי משבית הגורל שהגורל דין והעילוי אינו אלא הסכמה ולא אמרוה אלא בגוא"א שאין בו דין חלוקה. עכ"ל שם. והנה אף שעפר ואפר אנכי ואינני כדאי והגון כלל לדון בדברי הרמב"ן ז"ל מ"מ תורה היא וכו'. ונראה דס' הזאת אינה מוסכמת דאדרבא לפימ"ש רש"י בחולין (דקל"ה) וגיטין (דמ"ז) דישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות דאמרינן דכל חטה וחטה היא חצי' של ישראל וחצי' של כותי עיי"ש. ה"נ הסברא יותר נותנת דקרקע שנופלת בירושה להיורשים יש לכל יורש חלק בכל קורט וקורט של הקרקע וא"כ איך נאמר דהחלוקה הוא דין דמאיזו טעם יוכל לכוף את חבירו על החלוקה הרי הוא אומר בכל חלק שיפול לחלקך גם חלקי מעורב ואינני רוצה למכור לך או להחליף אתך ומאיזו כח יוכל לכופו עפ"י דתה"ק למכור את שלו או להחליף אתו אלא ע"כ לומר דהחלוקה תקנתא היא ולא דינא. ומטעמא דאם לא ירצה לחלוק א"כ כל אחד לא יניח את חבירו להשתמש כלום באותו קרקע דהא א"א לו להשתמש בחלקו לבד אם לא ישתמש גם בחלק חבירו דבכל קורט וקורט מעורב גם חלק חבירו ויאמר לו אינני נותן לך רשות להשתמש בשלי ובכגון דא שהוא לטובת שניהם

אמרו כופין על מדת סדום וראו חכמים לתקן שיחליף כ"א עם חבירו היינו שיחלקו לחלקים שוים ויוותר כ"א על חצי חלקו המעורב בחלק חבירו וכנגדו יוותר חבירו על חלקו המעורב בשלו ותקנה זאת עדיפא להו לחז"ל מתקנתא דגוא"א דתקנתא דחלוקה עכ"פ בכל חלק שיקח כ"א הרי יש לו בתוכו חצי' שהוא שלו ועומד בירושת אבותיו ואין אנו כופין על המכירה רק על חצי' משא"כ בתקנתא דגוא"א דיהי' אחד מוכרח למכור כל חלקו ולהכי אמרו דהיכא דאפשר בחלוקה דהיינו בדבר שיש בו כדי חלוקה אז כופין על החלוקה ובדבר שאין בו דין חלוקה אז התקינו דין גוא"א אבל לעולם הכל תקנתא הוא בין חלוקה בין גוא"א:

ובזה יש ליישב על נכון דברי הרמב"ם התמוהים המפורסמים שפסק דאחין שחלקו לקוחות נינהו דאין ברירה וס"ל ג"כ דק"פ לאו כקה"ג דמי וא"כ תסתער עליו קושיית הש"ס בגיטין (דמ"ח) דלא משכחת לה ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון. אך לפי הנ"ל יש ליישב על נכון. דהנה לפימש"ל מדין תורה יש לכל אחד חלק בכל פורתא ופורתא שבקרקע אלא שחכמים הפקיעו כחו של כאו"א שכופין אותו ליתן לחבירו חלק שלו שהוא מעורב בתוך החלק של חבירו וכן להיפך וכיון דקיי"ל הפקר ב"ד הפקר א"כ ממילא תיכף בשעת נפילת הירושה מחמת תקנת חכמים אין לכל אחד רק חלק מחצה במקום אחד וכן לחבירו ואין מעורב עוד חלקו בשל חבירו דהא הפקיעו חכמים חלקו אלא דהספק הוא איזו חלק יהי' שלו ואיזו חלק של חבירו ובזה פליגי תנאי אם יש ברירה. דמאן דס"ל יש ברירה כשחלקו אח"כ בגורל אמרינן דהוברר הדבר למפרע משעת מיתה דחלק זה יפול לחלקו וזכה בו מעכשיו. ומאן דס"ל אין ברירה אמרינן דילמא בשעת מיתת המוריש אדרבא הי' עתיד החלק שנפל בגורלו ליפול לחלק חבירו וחלק שנפל לחבירו הי' ראוי להיות שלו ומה שכל אחד נוטל הוא כלוקח מעכשיו דדילמא עד עכשיו הי' כל החלק הזה של חבירו מחמת תקנת חכמים דהפקיעו החלקים המעורבים. וא"כ מעתה יקשה לכאורה מאי פריך הש"ס האיך משכח"ל ביכורים הא קיי"ל דרק בדאורייתא אין ברירה אבל מדרבנן יש ברירה וכאן הא מדאורייתא יש לכאו"א חלק בכל קורט וקורט של הקרקע וא"כ השדה שנפל לחלקו מדאורייתא עכ"פ חצי' שבתוכו וודאי הוא שלו והביכורים שיביא גדלו חציים בתוך שדה שלו והחצי השני יוכל להקדיש כדי שלא יהי' חב"ע כדאיתא בב"ב (דפ"א ע"ב) ובתוס' גיטין (דמ"ז ע"ב) ד"ה טבל. ומאי אמרת הא חכמים כבר הפקיעו חלק המעורב וא"כ מה שנפל עתה לחלקו דילמא הוא הכל של חבירו מחמת דאין ברירה ז"א כלל דהא בדרבנן יש ברירה וא"כ אדרבא הוברר הדבר דמה שנטל עכשיו הי' שלו מעיקרא ומאי פריך הש"ס. אך באמת ז"א. דקושיית

הש"ס הוא על ר' יוחנן כדקאמר שם אי לאו דאמר רבי יוחנן ק"פ כקה"ג דמי לא מצא ידיו וכו' ור"י לשיטתו דס"ל בביצה (דל"ז ול"ח) דגם בדרבנן אין ברירה. וא"כ ממילא נכון פסקו של הרמב"ם דהא הרמב"ם פוסק דבדרבנן יש ברירה כר' הושעיא במס' ביצה הנ"ל וא"כ שפיר משכח"ל הבאת ביכורים דהא מדאורייתא החצי הוא שלו בוודאי ושפיר קרינן בי' מארצך מאי אמרת מדרבנן אינו שלו דחכמים הפקיעו חלקו כמש"ל ז"א דבדרבנן שוב אמרינן יש ברירה והוברר הדבר דחלק זה הי' שלו מעיקרא והא דלא הזכיר הרמב"ם דעכ"פ יקדיש חצי' השני' שלא יהי' חולין בעזרה ז"א די"ל דהרמב"ם ס"ל דאף למ"ד חשב"ע דאורייתא היינו אם נשחטו בעזרה אבל כאן ההבאה לחוד י"ל דהוי רק דרבנן אף דהוי כעין עבודה קצת עיין תוס' ב"ב (דפ"א) הנ"ל וכיון דליכא רק איסור מדרבנן בדרבנן שוב אמרינן ברירה דהוברר הדבר דהכל שלו וליכא כאן חולין מעורבין כלל ודו"ק היטב בכ"ז כי הוא ענין עמוק בדברי הרמב"ם בעזה"י:

אמנם יש לשדות נרגא בדברינו אלה דא"כ אף למ"ד יש ברירה נהי דהוברר הדבר למפרע דזה חלקו הראוי לו מתחלה מ"מ לענין הבאת ביכורים דבעינן מארצך שיש לו בירושה ולא בלקוח וכאן בתורת ירושה אין לו רק חצי בכל חלק וחלק וחצי' השני הפקיעו חכמים מחבירו שיהי' מוכרח למוכרו לו א"כ שוב הוי רק לקוח דאינו במקרא ביכורים וצריך תקנתא להקדיש חצי' השני' וזה לא מצינו דלכ"ע יהי' צריך להקדיש מחצה. אך י"ל עפי"ד השטמ"ק כתובות (ד"ל ע"ב) ד"ה ואי לא מצי לאהדורי שכתב שם דבר מחודש מאד וז"ל כמו שנים שהגביהו מציאה פירוש שמפני שזה זוכה בכולה וזה זוכה בכולה יחלוקו וכו' ומיהו לא בעי למימר וכו' אלא וודאי כדכתיבנא שזה זוכה בכולה וזה זוכה בכולה ולפיכך בעלמא קונה מחצה והכא כשבלע אותו לגמרי הרי למפרע איהו קנאו מעיקרא עכ"ל. ומתבאר מדבריו דשנים שהגביהו מציאה כיון ששנים עשו קנין שיכולין לזכות בכולה כ"א זוכה בכולה אלא כיון דא"א שיהי' של שניהם תקנו חכמים שיחלוקו אבל עכ"פ קה"ג יש לכ"א בכולו עיי"ש היטב בדבריו. וא"כ ה"נ י"ל בכל ירושה דעלמא דבאמת כל בן קם במקום אביו וזוכה בכל נכסיו ואם יש הרבה יורשים כולם עומדים במקום אביהם ולכל אחד יש קה"ג בכל הנכסים כמו בשנים שהגביהו מציאה אלא כיון דא"א שיהי' לכל או"א כולו שלא יניח אחד את חבירו להשתמש שיאמר שהוא רוצה להשתמש בכולו תקנו חכמים שיחלוקו וממילא פקע קנינו במחצה דהפקר ב"ד הפקר אבל כשחולקים ולמ"ד יש ברירה דהוברר הדבר דמה שנוטל עכשיו הי' ראוי להיות שלו מתחלה ולא הפקיעו ממנו חכמים אותו חלק כלל מעולם א"כ נשאר קה"ג שהי' לו מתחלה בכולו כבראשונה ושפיר יכול להביא ולקרות אף למ"ד בדאורייתא א"ב

כיון דמדרבנן יש ברירה. והכא דמדאורייתא יש לו קנין הגוף בכולו כס' השטמ"ק. אלא דחכמים הפקיעו ממנו חלק מחצה מדרבנן שוב אמרינן י"ב והוברר הדבר דאותו החלק לא הפקיעו ממנו. וקם שפיר פסקו של הרמב"ם דיכול להביא ולקרות וא"צ להקדיש כלל דהוברר הדבר דאותו החלק שנטל כולו הוא שלו ודוק היטב:

ויצא לנו מכל המקובץ בזה דנראין הדברים דלדעת הרבה פוסקים ענין החלוקה תקנתא היא ולא דינא כמ"ש הרמב"ן וא"כ שפיר יכול להעלות בדמים ולומר דאותו חלק שוה אצלי יותר, ואיני רוצה למכור חלקי שבו לחבירו, ואין בידינו לכפותו, שכיון דעיקר תקנתא הוא משום דהוא לטובת שניהם וכופין על מדת סדום, וכאן הוא צוות וקאמר דלדידי' שוה לו יותר ואינו רוצה למוכרו בפחות, אין יכולין לכופו. ואמנם כדי שלא לעשות פלוגתא רחוקה בין הראשונים. י"ל דגם הרמב"ן וסייעתו מודים בהא דחלוקה לאו דינא דאורייתא היא רק תקנתא דרבנן היא, אלא דהרמב"ן קרא לי' דינא, דעכ"פ דינא דרבנן הוי והרמב"ן ס"ל דעכ"פ הוי יותר דינא מעילוי, וכמ"ש הרמב"ן דעילוי הוא כמו גוא"א, וגוא"א לא אמרינן אלא היכא דא"א בחלוקה, ש"מ דחלוקה בגורל עדיפא להו לחז"ל ולכך העילוי אינו משבית הגורל. אבל לעולם החלוקה ג"כ אינו מן התורה רק תקנתא דרבנן, ואם נאמר כן א"כ איכא למימר דל"א בהא דיכול לומר קי"ל. דהא ידוע דברי המל"מ פכ"א מה' מלוה באד"ה ועוד יש לחקור, דס"ל דבפלוגתא דרבוותא בדבר שהוא רק תקנה אינו יכול לומר קי"ל, דמוקמינן אדינא אף להוציא מיד המוחזק עיי"ש ועיין בסמ"ע סי' י"ח סק"י ובפ"ת שם סק"ח, ובפרט בקרקע דבלא"ה הביא הקצוה"ח הנ"ל דיעות דא"י לומר קי"ל. כן יש מקום להסתפק. אבל באמת ז"א כלל, דנהי דספק תקנתא אוקמינן אדינא. היינו היכא דאפשר לאוקמי אדינא, אבל כאן הא העילוי ג"כ אינו דין תורה, דמד"ת אין אחד יכול לכוף את חבירו לא לקנות ולא למכור, ואדרבא חלוקה עדיפא מעילוי כמש"ל. ואין שייך כאן לומר כלל אוקמה אד"ת:

ואמנם בלא"ה נ"ל דנדון דידן אינו תלוי כלל במחלוקת הפוסקים דסוס"י קע"ד הנ"ל, רק העיקר תלוי אם אמרינן בלאקאטארען שוץ דינא דמלכותא דינא או לאו. דממ"נ אם אמרינן דדמ"ד, א"כ יהיו נשארים האחים ראובן ולוי דרים בדירתם כמקדם. ואז וודאי לא ירצה שמעון להעלות דירתם בדמים כלל. ואם לא אמרינן בזה דדמ"ד, א"כ לכ"ע מוכרח להעלות חלקם בדמים. דכיון דאינו יכול להוציא שאר הלאקאטארען מדירתם דוודאי לא ייצייתו כלל אף אם אין הדין עמהם עפידתה"ק, והאחים לוי וראובן הם צייתו דינא, דהא באים לפנינו לדון. ומוכרחים אנחנו לומר להם איך הדין עפ"י דתה"ק, ועפיד"ת אם ל"א דדמ"ד מחויבים לעקור דירתם, א"כ אין החלקים שווים, דחלק המושכר לאחרים

אינו עומד רק לשכר דירה, והחלק שביד ראובן ולוי עומד לדור בו בעצמם, ובכה"ג שאין החלקים שווים וראוים לתשמיש אחד, אין חולקין חלק נגד חלק כמבואר בש"ע סי' קע"א סס"ג, והי' צריך להיות החלוקה באופן אחר, דהחלקים המושכרים לאחרים ומקבלים שכר דירה, יחלוקו כל השלשה אחים ביניהם עם השכר דירה, ואותן הדירות שדרים בהם ראובן ולוי, אם יש בהם דין חלוקה שיהי' לכ"א מהאחים כדי חלוקה לדור בהם כפי חלקו המגיע לו, ולא יעלה הוצאות סתירת הבנינים יותר מחומש כפי המבואר בש"ע סי' קע"א ס"ה וסי"ד, אז צריכים לחלק הדירות ביניהם כל האחין, ואם אין בו דין חלוקה אז ידונו ביניהם דין גוד או אגוד. וכיון דעיקר תלוי אם אמרינן בזה דדמ"ד, נחזי אנן האיך נידייני'. הנה הב"י בסי' שס"ט בח"מ הביא דיעות שונות בזה. ולדיעה אחת ל"א דדמ"ד רק במסים וארנוניות שהוא דבר הנוגע למלכות בעצמה, ולחד דיעה גם בדברים הנוגעים לתקנת בני המדינה וכדומה אמרינן דדמ"ד. וברמ"א שם בס"ח הביא ב' הדיעות בזה, ובש"ך חו"מ סי' ע"ג סקל"ט האריך להוכיח דגם דבר שהוא לתקנת בני המדינה ל"א דדמ"ד רק בדבר שאין מפורש בדיננו איך דינו, אבל בכמו נ"ד דבדיננו איסורו לדור בחצר חבירו בע"כ שלא מדעתו ל"א בזה דדמ"ד לדעת הש"ך. ואמנם כיון דיש דיעה אחת שהובא ברמ"א הנ"ל דבכל מילי אמרינן דדמ"ד. א"כ וודאי במטלטלין המוחזק בהם יוכל לומר קי"ל. אך בנ"ד נ"ל דאף לדעת הקצוה"ח והנתיבות הנ"ל דגם בקרקע אמרינן קי"ל, מ"מ בשכירות י"ל דכ"ע מודו דל"א קי"ל. דהא להדיא כתב הש"ך בסי' שי"ב סקט"ו דגם בפלוגתא דרבוותא אמרינן דהמשכיר מקרי מוחזק והשוכר הוי הממע"ה אף בבא בסוף החודש ול"א דהשוכר יכול לומר קי"ל:

ובע"כ צריך לחלק כס' המל"מ והמהר"ש יפה שהביא הקצוה"ח בקו' הספיקות כלל ח' אות ו' בד"ה ודע דשאני שכירות כיון דסופו לחזור לבעלים שיש להם בו קה"ג הרי הוא המוחזק עיי"ש. וכעין ס' הראנ"ח שהביא הקצות בסי' מ"ב סק"ב שהוא ג"כ ס' התוס' ב"ב (דס"א) ד"ה ארעתא בשם ר"י דהואיל וסופו לחזור לבעלים הוי הבעלים מוחזקים כדקאמר ר"נ קרקע בחזקת בעלי' עומדת עיי"ש. והא דמשמע בסי' שי"ב סי"ט גבי ספק בעלי' עליונה או בבית דלא ידור ואם דר אין מוציאין מידו כבר עמד ע"ז התומים בקיצור ת"כ אות ע' באד"ה שוב חפשתי שישב זאת בטו"ט, וגם בקצוה"ח בסי' שי"ב סק"ט עמד ע"ז עיי"ש. ועיין בשער המשפט סי' שט"ז סוף סק"ב מביא ג"כ בפשיטות דבשכירות בספק פלוגתא מוקמינן הבית בחזקת הבעלים עיי"ש:

ואף אם יהי' איזה חולק בזה הא כתב הקצות בקה"ס הנ"ל כלל ד' סק"ג דלדעת המהרי"ט דהיכא דהוי ספק בגוף התפיסה אם מהני לא מהני התפיסה. ה"נ היכא דיש מחלוקת

הפוסקים בהא גופא אם מהני תפיסה ויכול לומר קי"ל. אז אזלינן בתר רוב הפוסקים ולא קיי"ל כמיעוט עיי"ש. ובפרט דבנ"ד טעמא אחרינא איכא דאינו יכול לומר קי"ל דהא כבר הבאתי לעיל דברי המל"מ בפכ"א מה' מלוה דבמחלוקת בתקנה מוקמינן אדין והא וודאי דכל עיקר דד"מ רק תקנתא כמ"ש הרשב"ם ב"ב (דנ"ד ע"ב) ד"ה והאמר שמואל דטעם דדמ"ד הוא משום דבני המדינה מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלכות ותקנותיו וא"כ וודאי דלא עדיף תקנת המלך מתקחז"ל ותקנות הצבור ועיין ב"ש סי' כ"ח סוסק"ג משמע ג"כ דדד"מ ל"ה דאורייתא ועיין שטמ"ק ב"ב (נ"ד ע"ב) ד"ה מלכא (ונ"ה ע"א) ד"ה עלה בידינו דדד"מ הוא כמו הפקר ב"ד שמפקיע הנכסים מבעליהם. א"כ לד' המל"מ היכא דאיכא פלוגתא אם שייך בהא דד"מ אוקמינן אדינא אף להוציא מיד המוחזק. א"כ מכל הלין טעמי נ"ל דאין בלאקאטארען-שוץ משום דדמ"ד, וכן אנכי רגיל לומר תמיד. ולכן נ"ל ודעתי העני' נוטה דהדין עם התובע לעשות חלוקה עפ"י דין כפי שכתבתי למעלה שיחלקו עם כל הדירות. ואודות דינא דבר מצרא לא רציתי להאריך יען שראיתי שכת"ה בעצמו עיקר חילו רק מכח דזכו בדירותיהם משום דדמ"ד ובא ע"ז משני צדדים משום דהם מצרנים גם מכח הדירות וגם מה שלא רצו לקנות הוא משום שראובן עשה שלא כדין שלא רצה לעשות אקט פאדזילאנט כפי הפס"ד עד שיאמרו שיעקרו דירותיהם. ולדידי דאין להם טענות עפ"י דתה"ק על הדירות נפל עוזר וכו'. וכיון ששמעון קדם וקנה אין מוציאין מידו. כנ"ל בדין זה עפ"י שפלות דעתי. ועכ"ז נכון מאד לפשר הדבר בדרך פשר כמבואר במחבר סי' י"ב ס"כ דצריכים להתרחק בכל היכולת מלדון דין תורה ובפרט בענין הלאקאטארען-שוץ שנעשה בעיני העולם כדין גמור וודאי דנכון מאד להתאמץ ולעשות פשרה:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאמאל**.

בש"ה. אחר כתבי כ"ז הראו לי בתשו' אמרי יושר מהרב הגאון דק"ק טארנא ז"ל. שהשואל כתב ג"כ דבדד"מ הוי ספק תקנה ואוקמינן אדינא, והוא דחה דבריו מדברי הקצוה"ח בסי' ק"ג סק"ו דמחלק בין ספק פלוגתא לספק בגוף המציאות. ותמהני עליו שלא הביא דברי המל"מ בפכ"א מה' מלוה הנ"ל דפשיטא לי' דגם בס' מחלוקת הפוסקים בתקנה אוקמינן אדינא. ומדברי הקצות אין ראי' כלל. דשם אין ספק בהתקנה דהא הקרקע וודאי חוזרת להלוה אלא דהספק אם צריך ליתן למלוה עבור הוצאותיו ובזה שפיר כתב שם הט"ז דדמי להא דר"פ דב"ב כיון דאין הספק אלא בדמים מקרי הלוה מוחזק כיון דאין ספק על השדה שהוא וודאי שלו. וקושיית הקצוה"ח מסי' קע"ה ס"ג לענין מצרנות מלבד שכבר תירץ התומים קושיא זאת וגם שלענ"ד בלא"ה ל"ק כלל.

די"ל דשם הטעם כמ"ש הסמ"ע שם בסי' קע"ה סי"ב משום דאין דרך העולם למכור בפחות משוי' אלא גם כוונת הקצוה"ח דמחלק בין ס' פלוגתא לס' במציאות י"ל דכוונתו כמ"ש הנתיבות שם בסי' ק"ג סק"ט דהקרקע שביד המלוה או המצרן הוי כמשכון בידו שהמלוה נקרא מוחזק כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב סקצ"ד. אמנם מבואר להדיא ברמ"א סי' ע"ב סי"ד דאם המלוה טוען ספק ל"מ אף שהוא מוחזק כיון דאין לו רק שעבוד לא יוכל להחזיק מספק. ואף דדעת הש"ך בת"כ. עיין בקצוה"ח בק"ה כלל ח' סק"י דטענת קי"ל הוי כטענת ברי מ"מ עיין בתומים בקיצור ת"כ ס"ק ע"ט פ' פ"א דחולק ע"ז ואומר שרחוק לומר כן. לכך שפיר פסק המחבר בסי' ק"ג דאין המלוה נוטל הוצאה כיון דא"י לטעון ברי אבל בסי' קע"ה דחולקין במציאות דהלוקח אומר ברי לי שמכרו לי בזול מחמת חביבות אצלי שפיר נאמן כמו מלוה על המשכון דטוען ברי. כן יש לפרש כוונת הקצוה"ח. אבל וודאי בפלוגתא בגוף התקנה לא מצינו חולק על המל"מ דאוקמינן אדינא:

ועוד י"ל בישוב קושית הקצוה"ח הנ"ל עפ"י ס' התוס' המפורסמת בפסחים (ד"ו ע"א) ד"ה התם לענין בהמת ארנונא דמחלקים בין מי שהיתה הבהמה שלו מתחלה ע"ש וא"כ ה"נ בסי' ק"ג לענין שומא הדרא דהקרקע היתה שלו מתחלה וגם אח"כ כשטרפה המלוה נשאר להלוה הזכות עפ"י תקנת חז"ל שיוכל לסלקו בזוזי מקרי הוא המוחזק דעדיין לא יצאה הקרקע מרשותו לגמרי ויש לו חזקת מ"ק. אבל בסי' קע"ה דהקרקע לא היתה של המצרן מעולם. ואדרבא הלוקח היתה שלו מתחלה בשעה שקנאה אלא שתקנו חז"ל שהמצרן יוכל לסלק להלוקח בזוזי מ"מ כ"ז שלא סילקו איננו מוחזק כלל בקרקע כיון שלא היתה שלו מעולם עדיין ואינה נעשה שלו עד שמסלקו בזוזי וע"ז גופי' חולקין שהלוקח אומר שמגיע לו מאתים וכ"ז שאינו נותן לו המאתיים לא סילקו עדיין שפיר מקרי הלוקח מוחזק והמצרן המוציא כנלע"ד ברור. ולכן תמה אני על הרב בעהמ"ס אמרי יושר שנטה קו כאן לגבב קולות. שלדעת המל"מ ל"מ קי"ל בתקנה. ופשטות דברי הש"ך בסי' שי"ב סקט"ו דבשכירות קרקע בפלוגתא דרבוותא המשכיר הוי מוחזק והוא מעמיד יסוד ע"ד הנתיבות בדיני תפיסה סקכ"ב שמיישב בזה הקושיא מסי' שי"ב סי"ט והרי כבר הבאתי למעלה שזה נגד התומים והקצוה"ח שדחקו לתרץ הקושיא הזאת באופן אחר. וממ"נ אם הוא רוצה לפסוק דוקא כהנתיבות הרי לדברי הנתיבות כאן בסי' ק"ג שמיישב קושיית הקצוה"ח הנ"ל מסי' קע"ה באופן אחר מוכח דלא ס"ל כחילוקו של הקצוה"ח בין ס' פלוגתא לס' במציאות, וא"כ ממילא בס' תקנה כמו דינא דמלכותא קם דינו של המל"מ דגם בפלוגתת הפוסקים מוקמינן אדינא. ולכן אנכי על משמרתי אעמודה דאין בלאקאטארען-שוץ משום דדמ"ד:

ונראה דהרב מטארנא ז"ל הי' כותב זאת בשעת המלחמה דאז הי' באמת עת לחץ ודוחק גדול. והוצרך להפך בזכותם של השוכרים. אבל עכשיו השכל גוזר להיפך שזה עוול גדול נגד בעלי בתים שמתקיים בהם שורך טבוח וכו' וזרים שולטים ברכושם ואין להם מושיע. וגם להשוכרים אין זה תקנה רק להשוכרים הישנים אבל הרי בכל יום מתרבים אנשים חדשים שצריכים לשכור דירות. ולהם התקנה הוא קלקלה שעי"ז מתייקרים הדירות ביותר ואין למצוא דירה מה שלא היתה זאת קודם המלחמה. ובפרט שידוע לנו שעיקר החזקת החוק הזה הוא בא ע"י איזו נבחרים חפשיים שיש בהם דיעות ושיטות הקאמוניסטען וסאציאליסטען. ללחוץ את העשירים ולקחת ממונם שכל אלו השיטות הם נגד דעת תורה. וחלילה לומר בזה שזה יהי' מקרי דין גמור עפידתה"ק. ואף שכבר נהגו כן אין זה מנהג וותיקים. רק משום שאין יד ב"ד תקיפה. וגם האנשים היראים רגילים עד היום להתפשר שלא להעמיד הכל על החוק. לכן אינני זז מדעתי בזה. גם בלא"ה נ"ל דאין סברא לחלק בין ספק פלוגתא לס' במציאות כד' הקצוה"ח הנ"ל, דהנה בהא דספק בתקנה מוקמינן אדינא כמ"ש המל"מ הנ"ל. י"ל דהנה נודע קושיית מהר"י באסן ז"ל על הא דאמרינן בכ"מ ספק ממונא לקולא הרי הוי ספק גזל. ותירץ משום דכל ספק איסורא אזלינן לחומרא דאם אנו מחמירין יוצאין אנו מחשש עבירה. אבל בספק ממונא אם ניזול לחומרא לחייבו. דילמא האמת עם הנתבע א"כ שוב יהי' איסור גזל ביד התובע לכך אמרינן כל היכא דקאי ממונא תיקום. וא"כ כאן בספק תקנה לא שייך לומר דאזלינן לקולא דק' קושיא הנ"ל הא הוי ספק גזל. ואין לומר דגם ביד התובע יהי' ספק גזל כנ"ל. ז"א דהא מדאורייתא בדין שייך להתובע רק דרבנן משום תקנה הפקיעו ממנו. וא"כ כשנולד ספק בתקנה הוי ביד התובע ספק דרבנן דלקולא. משא"כ גבי הנתבע דלמא לא התקינו רבנן בכה"ג ולא הפקיעו הממון מיד התובע והוי בידו ספק גזל דאורייתא דלחומרא. ונכון הוא בסברת המל"מ הנ"ל דס' תקנה אוקמינן אדינא. ולפי"ז אין חילוק בין ס' פלוגתא לס' במציאות ושלא כד' הקצוה"ח הנ"ל כנ"ל:

סימן ט

ב"ה ב' מ"מ תרפ"ג לפ"ק **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב המאוה"ג החריף ובקי משנתו זך ונקי מגזע קדושים כש"ת מו"ה **אלכסנדר סענדער** נ"י אבד"ק **זלאזיץ** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני. וע"ד השאלה בראובן שקנה עבור שמעון שני כור תבואה ושמעון הניחם ברשות ראובן ואמר שיבוא לקחתם למחרתו או ביום שאחריו. ואח"כ מכר ראובן התבואה שלו ומכר גם השני כור של שמעון ואומר כי יען שעברו איזה ימים שלא בא

שמעון לקחתם נשכח הדבר מלבו שהם של שמעון ומכרם בין התבואה שלו. ועתה עלה השער הרבה ותובע שמעון התבואה דווקא או כפי השער של עכשיו זה תורף השאלה:
הנה בחו"מ סי' קע"ו סעיף י"ד מבואר דשותף שמכר קודם זמנו הוי פשיעה וחייב לשלם מה שנתייקר אח"כ. אמנם בקצוה"ח שם סק"ז תמה על זה דהא קיי"ל דכל הגזלנים אינם משלמין רק כשעת הגזילה, וע"ש שכתב די"ל דתלוי במחלוקת הפוסקים בסי' ש"ד ושם בסק"א האריך בזה וכתב דאי תפיס התובע לא מפקינן מיניה. ואמנם לפי דבריו שם הוא רק היכא דברי היזקא דלקח ביומי דשוקא שוה חמשה דאז חייב משום דינא דגרמי. אבל בנ"ד דלא הי' ברי שיתייקר אח"כ. והא ראי' שהרי מכר גם תבואה שלו אין לחייבו מדינא דגרמי. ובפרט לפי מה שכתב הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק ל"א דעיקר הטעם הוא משום דשותף כיון דמחויב לעשות לטובת השותפות הרי הוא כקבלן דחייב לשלם אף מניעת השבח כמו אם אוביר ולא אעביד דמשלם במיטב אף בלא תנאי עיי"ש בסי' קפ"ג סק"א וסי' ש"ד סק"ה וסי' ש"ו סק"ו שהאריך בזה. וא"כ כאן דלא היו שותפים שיהי' משועבד כל אחד לעשות לטובת השותפות רק קנה השני כורים אלו בעבורו הוי כמו שליח בחנם שכתב הנתיבות בסי' קפ"ג סק"א הנ"ל דפטור עיי"ש. וכ"כ ג"כ בחוות דעת ה' ריבית סי' קע"ג ס"ק כ"ב דאף באומר לו בהדיא אל תמכרנה פחות משנים והוא מכר בפחות דאינו מחויב לשלם רק כפי שווי' דכל הגזלנים אינם משלמין רק כשעת הגזילה אם לא בשותף או פועל. עיי"ש מה שתמה על הט"ז ס"ק כ' דמשמע מדבריו דבכל ענין משלם כיוקרא דלקחי':
ואמנם לענ"ד יש ליישב דברי הט"ז דהנה ידוע מחלוקת הפוסקים בחו"מ סי' ע"ב ס"כ אם יכול לומר לדידי שוה לי עיי"ש בש"ך ס"ק ק"א ובסי' קט"ו סק"כ ועיין ב"ש אה"ע סי' ל"א סק"ו שמביא בשם הר"ן דהיכא דידעינן דש"פ במדי מקודשת דאורייתא אף דאין להקדש אלא מקומו ושעתו כמ"ש הרמב"ן הובא בר"ן קידושין (די"ב). מ"מ מקודשת משום דהוה כאומרת לדידי שוה לי. ואף דהיכא דאינו שוה פרוטה בשום מקום מסופק הר"ן אם מהני לדידי שוה לי מ"מ אם ש"פ במדי מהני לדידי שוה לי. וטעם הדבר י"ל עפי"ד הש"ס שבת (קמ"ד ע"ב) דס"ל לר"א המקיים קוצים בכרם קידש משום דבערביא מקיימין קוצים לגמליהם עיי"ש ברש"י ד"ה ואמר ר"ח משום כיון דחשוב בחד אתרא לא אמרינן בטלה דעתו אצל כל אדם. ה"נ י"ל דאינו יכול לומר לדידי שוה לי דבטלה דעתו אצל כל אדם. אבל אם שוה בחד אתרא כמו במדי לא אמרינן בטלה דעתו אצל כל אדם:

והנה לפי"ז י"ל דכמו דאם שוה באיזה מקום בעולם יכול לומר לדידי שוה לי. ה"נ היכא דשוה באיזה זמן אף דעכשיו אינו שוה כיון דשוה בזמן דלקמי' יכול לומר לדידי שוה לי. ואמנם הא פשיטא דלדידי שוה שייך רק בדבר שתלוי בדעתו לחוד כמו בקידושין דאם היא מסכמת ליקח פחות מש"פ ואומרת לדידי שוה שפיר מהני דבדידה תליא מילתא. וכן שם בסי' מ"ב וסי' קט"ו הנ"ל דלפי דבריו מגיע לו יתר ממה ששוה החפץ יוכל לומר דלדידי' שוה לו כפי חובו. אבל הא פשיטא דאינו יכול לחייב אחרים בזה כגון שאם יאמר לדידי שוה לי חפץ זה כך וכך ואחד יבוא וישרוף החפץ הזה או יגזול אותו וודאי אינו מחויב לשלם רק כפי מה שהוא שוה לכל אדם:

ואמנם שם בנדון דהט"ז דבעל החבית אמר לו שלא ימכור בפחות משנים כפי שיהי' שוה אח"כ בקיץ והוא מוכר מעצמו בפחות ומקבל עליו לשלם לבעל החבית כיוקרא דלקמי' ליכא בהא משום ריבית דבריבית בעינן מדאורייתא נשך ותרבית וכאן ליכא תרבית. דהא לבעל החבית אינו משלם יותר משוויו דהא הוא אמר לדידי שוה לי כיוקרא דלקמי' והרשות בידו לומר כן כמש"ל ונכונים שפיר דברי הנ"ל:

ובזה יש ליישב ג"כ מה שקשה לי ע"ד החוו"ד היא בסוף ס"ק כ"ב הנ"ל שכתב דבסיפא דנותן לו שכר בעבור טיפול המכיבה הוי כפועל ומחויב לשלם כפי מה ששוה למכור בקיץ דפועל מחויב לשלם השבח שהי' יכול להשביח. ולכך ליכא בהא משום ריבית. וקשה לי ע"ז מהא דמבואר שם בסי' קס"ח בסוף סעיף י"ג ברמ"א בשם תשו' הרשב"א דאם נתן לו מעות להלוותן לעכו"ם בריבית והלך ולוה אותם לעצמו דאינו נותן הריבית לבעל המעות עיי"ש. ואמאי הא כיון דהוי קבלן שקיבל עליו להלוותן לו לעכו"ם בריבית א"כ אם לוה אותם לעצמו הוי כאם אוביר ולא אעביד דמשלם במיטב אף בלא תנאי כל מה שהי' יכול להרוויח כמ"ש בנתיבות סי' קפ"ג הנ"ל ומבואר כן ביותר בשטמ"ק ב"מ (דע"ג ע"ב) ד"ה האי מאן שכתב וז"ל ומורי הרב תירץ דהכא אעפ"י שלא קיבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו ואלמלא הוא הי' לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו הרי הוא חייב לשלם מה שהפסיד בהבטחתו עיי"ש מה שתירץ בזה הקושיא ממבטל כיסו של חבירו. וא"כ לפי"ד החוו"ד הנ"ל דהיכא דמחויב לשלם מתורת קבלן מה שהי' יכול להשביח גם משום ריבית ליכא ומותר ליתן השבח. א"כ גם שם בסי' קס"ח דנתן לו המעות להלוותן לעכו"ם והוא לא עשה כן ולוה אותם לעצמו הרי הוא מחויב לשלם לו מה שהפסיד לו שלא הלוה אותם לעכו"ם וליכא משום ריבית לדברי החוו"ד הנ"ל:

אך לפי הנ"ל שפיר ניחא דלעולם י"ל דמודה החוו"ד דנהי דבעלמא קבלן שקיבל עליו לעשות דבר לחבירו ולא עשה מחויב לשלם אף מניעת הריווח היינו היכא דלא שייך איסור ריבית אבל היכא דשייך איסור ריבית ואגר נטר כגון היכא דהשתמש עם המעות בתורת הלוואה וודאי אסור ליתן לו מה שהי' יכול להשביח. וכמבואר בב"י סוף סי' ק"ס שהביא דברי הגמי"י שחולק על הר"א מטוק שמתיר בזה ועיי"ש שהב"י מסיק שאין לסמוך על הר"א מטוק בזה. ועיין בחת"ס חו"מ סי' קע"ח שמסיק שם דלוה שעיכב מעות המלוה וביטל כיסו אסור לשלם לו משום ריבית עיי"ש. ועיין בתשוו' שבות יעקב ח"א סי' ס"ד הובא בפ"ת סי' קס"א סק"א במה שחולק על הסמ"ע סי' פ"א עיי"ש. והא דמתיר החוו"ד הכא בחבית ליתן לו כפי יוקרא דלקמי' היינו משום דבעל החבית אמר לדידי שוה לי החבית יין כיוקרא דלקמי' ואינו נותן לו כלל יותר משווי' וליכא תרבית אצלו. אבל בסי' קס"ח שקיבל אצלו מעות ומחזיר לו מעות ואם הי' נותן לו הריבית שהי' יכול ליקח אצל העכו"ם הרי הי' נותן לו יותר ממה שקיבל אצלו דבמעות לא שייך לומר לדידי שוה לי יותר וא"כ איכא נשך ותרבית ולכך אסור ליתן הריבית:

וארווחנא בזה ליישב קושית השער המשפט על הש"ך חו"מ סי' ס"א סק"י שכתב שם דהיכא דכתוב בשטר דהלוה קיבל עליו לשלם הוי כאם אוביר ולא אעביד דמחויב לשלם כל הריווח אף דהוי רק מבטל כיסו כיון שקיבל עליו כן ולא הוי אסמכתא עיי"ש. אבל להנ"ל יש ליישב שפיר דברי הש"ך דכאן בהלוואה אסור ליתן לו הריווח משום איסור ריבית. והא דהוצרך הש"ך לטעם דמבטל כיסו של חבירו פטור היינו משום דאם הי' הדין דמבטל כיסו של חבירו חייב אף בלא קיבל עליו כן מדעתו לא הי' שייך בזה איסור ריבית דכל שאינו משלם מרצונו מחמת שקיבל עליו רק משום דכן הדין ליכא איסור ריבית כמ"ש הרמב"ן לענין מטבע הובא בב"י סי' קס"ה שכתב וז"ל ושכן השיב הרמב"ן שנוהגים בעניני המטבע עפ"י דינא דמלכותא ואין כאן משום ריבית שהתוספת הזה שלא מרצון הבעלים הוא נפרע ואלמלא דינא של מלכות אינו בכלל ריבית אלא בכלל גזל אלא שדינו של מלכות דין ואין כאן גזל ואין כאן ריבות עכ"ל וא"כ מכ"ש היכא דמחויב לשלם עפ"י ד"ת מדין מזיק לא הי' כאן איסור ריבית דלא גרע דינא של תורה מדינא דמלכותא. ולכך הקדים הש"ך לומר דמבטל כיסו של חבירו פטור מדין מזיק מאי אמרת דיהי' חייב משום שקיבל עליו לשלם כקושית השעהמ"ש הנ"ל ז"א דאם מדין תורה אינו מתחייב שלא מרצונו רק משום שקיבל עליו א"כ בהלוואה שוב אסור משום ריבית כיון דקיבל עליו מדעתו לשלם כמו כל ריבית דמקבל עליו מדעתו לשלם. וז"ב

מאד. הדרן לקמייתא דגם בנ"ד אין לחייבו לשלם יותר ממה שהי' שוה בשעת המכירה בין להקצות בין להנתיבות כמש"ל כיון דאינו קבלן ולא שותף כמש"ל:

ואם נאמר לחייבו משום שקיבל אז דמי המקח שהי' שווים המארקען יותר ועכשיו הוזלו. הנה מבואר בח"מ בסי' ע"ד ס"ז דאף דנפסל המטבע היכא דשוה עדיין באיזה מקום משלם מטבע שהלווהו עיי"ש בסמ"ע סקי"ז בשם התוס' דנפסל הוי כהוזלו דאינו משלם רק כעין שהלווהו מכ"ש בהני מארקען דידן דלא נפסלו כלל רק הוזלו ממש דפשיטא דאינו משלם יותר כמו בהלוואת סאה בסאה דאם הוזלו משלם לו סאה שהלווהו כמ"ש ביו"ד סי' קס"ב ועמ"ש בח"מ סי' מ"ד בשעהמ"ש שם בתק"ד וסק"ה ודו"ק. ולכן מצד הדין אינני רואה מקום לחייב את ראובן ובפרט להוציא ממון מהמוחזק. אמנם בכגון דא אני רגיל לבצע על הריב ולהתאמץ בכל היכולת לפשר ובפרט אם השתמש ראובן בהמעות וקנה אז איזה סחורה בשעה שמארקען היו עוד שווים יותר וודאי אין מהיושר שישלם עתה לשמעון מעות שאינם שווים אף החצי שהי' שוה אז ומהנכון להכריח הבע"ד לפשר בזה. והנה כל הנ"ל הוא רק אם אין הכחשה ביניהם ושמעון מאמין שמכר בזמן הזול כמחיר שאומר ובאם לאו מובן מאליו שצריך לקב"ת ע"ז ואולי יש ג"כ שבועה דאורייתא ככל שומר שטוען שאינו ברשותו:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאלי**.

סימן י

שלום אשיב לכבוד האברך הרב החריף ובקי מו"ה **יעקב ישראל פיהרער** נ"י:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני אבל מביתי לא הי' אפשר לי להשיב מפני טרדתי קודם נסיעתי. ועתה אשוב בקצרה מחמת חוסר ספרים. הנה מה דדן כת"ה מדין שותפים אם חולקים הריוח לפי מעותיהם אם לאו. שם איירי בריוח הבא מעלמא אבל כאן דהריוח בא ע"י הפסד שמתחלה יש לדון בזה מדברי התוס' ב"ק (דכ"א) שתירצו מהא דאלו נערות דתחב לו חבירו בבית הבליעה דחייב לשלם ההנאה אף דעכשיו כבר אינו שוה לחבירו כלום מ"מ כיון דהנאתו בא לו ע"י ההפסד שהי' לחבירו מתחלה הוי זה נהנה וזה חסר עיי"ש. וא"כ ה"נ כיון דזה שחלקו הי' גדול הי' לו היזק יותר גדול בעת שנשרף. לא יכול חבירו ליהנות מחלקו בחנם כיון דלזה הי' חסרון. איברא דהתוס' בכתובות פ' אלו נערות תירצו באו"א דאיירי דהי' שוה עוד פרוטה מה שבלע ודומה לשחרורתא דאשייתא ועיין מזה באריכות בס' שער המשפט סוס"י ע"ב ושם חולק ע"ד המחבר בסמ"ד בהא דפוטר בלוה על משכון של חבירו שאצל עכו"ם ונשרף וחולק השעהמ"ש שם ג"כ ע"ז מטעם הנ"ל דהוי זה נהנה וזה חסר:

אלא שאנכי בגליון השעהמ"ש שלי רשמתי לי שלכאורה קשה ע"ד התוס' ב"ק הנ"ל מהש"ס ב"מ דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו דלדעת הרבה ראשונים הטעם דהשואל משלם להבעלים משום דנעשה כהשואל של הבעלים והשוכר שליחותו דבעלים קעביד וגם בזה פליגי ר"י ות"ק. ואמאי אינו חייב השוכר לכ"ע להחזיר להבעלים מה שנהנה מהשואל משום דזה נהנה וזה חסר דהא הבעלים מפסידין הפרה לגמרי ובע"כ צ"ל דיש לחלק דהא דזה נהנה וזה חסר חייב היינו היכא דנהנה מממון חבירו ממש כמו נפלה לגינה ונהנית דנהנה מגוף הזרעים ממש וכן בהא ותחב לו חבירו בבית הבליעה דנהנה ממאכל עצמו אבל בהא דהשוכר פרה והשאילה לחבירו דאינו נהנה מגוף הפרה דהפרה כבר מתה רק דהיזק חבירו גרם לו שיתבע עי"ז מהשואל שקיבל עליו אחריותה א"כ כמו דקיי"ל בעלמא דגורם לממון לאו כ"ד ה"נ מה שממון חבירו גרם לו הנאה זה לא הוי כנהנה מממון חבירו ואינו מחויב לשלם. וכה"ג כתב המק"ח בה"פ כמדומני בסי' ת"נ לענין איסורי הנאה דאף דאסור ליהנות מאיסורי הנאה היינו ליהנות מגופן אבל גרמא בעלמא דהיינו דאיה"נ גורמים לו הנאה זה מותר. ה"נ י"ל לענין ליהנות מממון חבירו היכא דחבירו חסר דצריך לשלם לו היינו כשנהנה מגופן וכמש"ל:

ונתיישב בזה קו' השעהמ"ש הנ"ל על המחבר בסמ"ד דשם במשכון ג"כ כיון דהמשכון כבר נשרף רק דעי"ז דנשרף המשכון נפטר הוא מחובו מן העכו"ם זה הוי ג"כ גרמא ופטור מלשלם. ואף דהנתיבות בסי' קצ"ד לענין אם קנה קרקע מעכו"ם בכסף ובא אחר והחזיק בה מביא שם בשם ראשונים דצריך להחזיר עכ"פ הכסף להלוקח הראשון משום דזה נהנה וזה חסר אף דשם ג"כ אינו נהנה מממון חבירו דהא לא קנה הקרקע ואינו שלו. רק דממון חבירו גרם לו דעי"ז הפקיר העכו"ם הקרקע וזכה בה הוא. מ"מ שם שאני דחסרון חבירו בא ע"י הנאתו דאי לאו דהחזיק הוא הי' יכול חבירו שנתן הכסף להחזיק בה ולא הי' חסר כלום וכה"ג לר"ע שייך זה נהנה וזה חסר (ולזה העירני תלמידי החריף כ' צבי אליעזר נ"י דמהנתיבות אין ראי' לסתור) וא"כ בנ"ד נמי י"ל דהוי רק גרמא כיון דכבר נשרף הבית וכאן החסרון לא בא ע"י הנאתו של זה. ובפרט דלפי"ד התו' כתובות הנ"ל אף בהנאה ממש היכא דהחסרון אינו בא ע"י הנאתו פטור. וא"כ מטעם זה לכאורה אין לחייב את בעל חלק הקטן דיוכל לומר דמחמת השוחד וההשתדלות בא ולזה היו שלשתן שוה:

אמנם לשיטת הראשונים בהא דכיצד הלה עושה סחורה וכו' בפשטות ולא משום שליחות אלא שאינו יכול לעשות לו ריוח בממון חבירו וכל שהרויח בממון חבירו צריך לחזור לו וא"כ ה"נ מה בכך דעשה הוא השתדלות ומחמת השתדלותו בא הריוח לא עדיף

ממה דהשאיל פרתו של חבירו דעי"ז בא לו הריוח שהשואל נתחייב באונסין ואפ"ה שייך הריוח לבעלים ה"נ אם נימא דההלואה באה מכח הבית ההלואה שייך לבעל הבית ולא למי שעשה ההשתדלות ובפרט לפ"מ שביאר הנתה"מ בסי' קע"ח וכמדומה גם בסי' קע"ו דכל דבר שצריך לטובת השותפות וא"א לאחד לעשות לעצמו רק אם יעשה גם בשל חבירו כופין זא"ז לעשות ה"נ הי' יכולין לכוף זא"ז לעשות השתדלות וליתן שחדים להשיג הלואה:

ומה"ט נדחה נמי מה שטוען לוי שאינו רוצה לקבל עליו ערבות מכל הלואה ועי"ז אינו רוצה לקבל ההלואה כלל דז"א דכיון דע"פ דין כופין זא"ז א"כ שוב דומה להדין של סל"ז וסל"ח בסי' קע"ו דכל שירא שיבא לו אח"כ הפסד מחמת עכו"ם מחויבים רק לעשות לו שעבוד בעדים או בשטר שישלמו לו מה ששילם עבורם ואינם מחויבים לעשות לו שעבוד יותר גדול ממה שנשתעבד הוא ה"נ כיון שהוא נשתעבד ע"י הטאבעלי על חלקו מחויבים לעשות לו טאבעלי על חלקם שישלמו לו מה ששילם בעבורם כפי ערך חלקם וא"כ מכל זה הי' נראה לזכות את ראובן ושמעון בטענתם:

אך הטענה אחרונה שטוען לוי שאמר לו האינזינער שמה שנתנו חמשת אלפים הוא לא משום גדלות הבית רק משום שהם שלשה שותפים וצריך לכ"א לבנות לו עכ"פ דירה מצומצמת א"כ לפ"ז אינו מקבל כלום משל חבירו דמשלו הוא נוטל וא"כ לפ"ז לכאורה הי' הפשר של כת"ה ד"ת דעד ג' אלפים שנותנים שם לכל בית יחלקו לפ"ע והמותר יטלו שלשתם בשוה אלא כיון דלא מפי האינזינער אנו חיים וא"א לברר דין זה בעולם כמ"ש כת"ה בעצמו הוה ספק בדבר שאין שום אחד מוחזק ואין כ"א טוען ברי דיהי' שייך לומר כל דאלים גבר ודנים בו דין חלוקה כמבואר בחו"מ סוס"י קל"ט. ובפרט אם נאמר דהשליש הוא מוחזק משניהם עי' סי' נ"ב נ"ג ודאי דנים בו דין חלוקה. וא"כ לכאורה הי' הדין נותן דעד ג' חלקים חולקים לפ"ע והמותר יחלקו חצי לפ"ע חלקם וחצי לשלשתם בשוה. ואמנם כיון שכבר נתפשרו לפני כת"ה בקגא"ס שבכל הסך היותר מג' אלפים יחלקו בשוה נלע"ד דאינם יכולים לבטל הפשר דאין כאן קנין בטעות דמתחלה לא נחתו לד"ת ממש עי' סוס"י כ"ה לענין פשרה בטעות היינו שגילו דעתם בפירוש דמחמת השבועה נתפשרו ואח"כ נתברר דאין כאן שבועה עיי"ש וכאן אין שום טעות וגם לוי אינו יכול לבטל הפשרה דמה שטוען שלא ידע שיצטרך לעשות טאבעלי כבר כתבתי דע"פ דין יכולין לכופו לחתום כמבואר בנתה"מ הנ"ל בסי' קע"ח ובטחון יתנו לו כפי מה שנשתעבד הוא כמ"ש לעיל מסל"ז וסל"ח בסי' קע"ו ואף דלענין זה הוא מוחזק מ"מ כיון דעכ"פ הוא מוכרח לחתום רק דהטענות כמה יהי' מגיע שוב דומה להא דב"ב

גבי אילן כיון דלמיקץ קאי אלא הספק על הדמים לא מקרי מוחזק ולכן לפענ"ד הפשרה של כת"ה בתוקפה קאי והשי"ת יצילנו משגיאות:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבר** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יא

לכבוד הבחור הנעלה חריף ובקי כמר **דוד שידלאווסקי** נ"י **מלבוב**:
מכתבו הגיעני במועדו ומעוצם טרדותי לא יכולתי לעיין בו ועתה בקחתי מועד אמרתי להשיבו למען הגדיל כבוד תוה"ק. ע"ד אשר הקשה על הנוב"י מהדו"ק סי' ע"ז מה שתירץ על קושית הגאון מוהר"י מהאמבורג ז"ל בקידושין מ"ב בהא דאיש מקדש בו ובשלוחו דקאמר הש"ס דאית בי' איסורא דאסור לקדש אשה עד שיראנה. וא"כ אמאי לא אמרינן אשלד"ע ותתבטל השליחות. ותירץ הנוב"י דכיון דכל האיסור הוא משום שמא יראה בה דבר מגונה וא"כ אפשר דאיירי שמחליט בדעתו שלא תתגנה עליו עיי"ש ופ"ז הקשית דמ"מ משום לא פלוג ליתסר ככל איסורי דרבנן. ולענ"ד לק"מ חדא דהא בלא"ה דעתי הרבה מהאחרונים דבאיסור דרבנן ל"א אשלד"ע כמ"ש הנוב"י שם בסוף התשו'. וא"כ י"ל דאף למאן דלא ס"ל הכי מ"מ הא כתב המג"א בסי' תמ"ז סק"ה בשם המהרי"א דלא החמירו בלא פלוג כמו גוף הגזירה עיי"ש. וא"כ ה"נ לא החמירו בלא פלוג לומר אשלד"ע. וגם בלא"ה לק"מ דהא כיון דאין זה איסור פסוק לגמרי דהא אם רואה אותה מותר לקדשה אף שיש בה דבר מגונה משום דסבר וקיבל א"כ אם רוצה לקדשה בלא ראות ואומר דהוא מחליט בדעתו לקדשה בכל ענין הרי זה הוי כמו שרואה אותה וז"ב מאד:
ואמנם בגוף קושית מוהר"י הנ"ל נ"ל בלא"ה לישב דנחזי אנן ממ"נ היכא איירי אם יודע השליח דהמקדש לא ראה אותה מעולם ואינו יודע מדבר המגונה שבה. א"כ פשיטא דאם ימצא בה הבעל דבר מגונה יוכל לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ויתבטלו הקידושין מעיקרא כדקיי"ל דשליח שטעה או שינה השליחות בכ"ש בטילה השליחות כמבואר בח"מ סי' קפ"ב. וא"כ כיון דכל האיסור רק שמא יראה בה דבר מגונה ויעבור על ואהבת לרעך וכו' וזה שייך רק אם הקידושין חלין ויהי' מוכרח לדור עמה דאסור לגרש אשתו ראשונה אא"כ מצא בה ערות דבר כמבואר באה"ע סי' קי"ט במחבר שם שייך האיסור דלא יוכל לקיים ואהבת לרעך וכו'. אבל אם נאמר דאם ימצא בה דבר מגונה יתבטלו הקידושין מעיקרא לא עביד איסורא כלל. וא"כ מאי קאמר הש"ס בהא איסורא נמי אית בה מאי איסור יש כאן לקדש ע"י שליח ממ"נ אם ימצא בה דבר מגונה לא יחלו הקידושין ואי לא ימצא בה דבר מגונה וודאי ליכא איסורא כלל. אך צ"ל דאיירי דאינו

מודיע להשליח דלא ראה אותה עדיין כלל. וא"כ כ"ש כשאומר לו צא וקדש לי אשה פלונית אין לו לשליח לדייק כלל אם יש בה דבר מגונה או לאו דהוא סובר דוודאי כבר ראה אותה המקדש וסבר וקיבל. ול"ש כלל דהא לתקוני שדרתיך וכו':

וא"כ ל"ק כלל קושית הגאון מוהר"י הנ"ל דהא כבר כתבו התוס' ב"ק (דע"א) דהיכא דהשליח אינו יודע שאסור ל"ש אשלד"ע. והכא דהשליח סובר דהמשלח כבר ראה אותה כמש"ל וליכא איסורא כלל ל"ש כלל אשלד"ע. ובזה יתיישב ג"כ קושיתך השני' שהקשית דמאי קאמר הש"ס דהיכא דהיא עושית שליח ליכא איסורא כלל דאיתתא בכ"ד ניחא לה והא מ"מ איסור דלפ"ע משום לתא דידי' דהוא עביד איסורא דז"א דהנה בדידה עצמה וודאי דלק"מ די"ל דיודעת בנפשה שאין בה דבר מגונה כלל וליכא איסורא כלל אלא על שלוחה תיקשי דהאיך יוכל להיות שליח לקבלה והא הוא מכשיל את הבעל ואיכא לפ"ע. אבל לפי הנ"ל לק"מ דממ"נ אם הוא יודע דהבעל לא ראה אותה ועביד איסורא א"כ אם ימצא בה אח"כ דבר מגונה דנתברר דאיכא איסורא. א"כ שוב אמרי' אשלד"ע והשליחות תיבטל. כקושית הגאון מוהר"י הנ"ל ואי דהשליח סובר דהבעל כבר ראה אותה והיכא שהשליח אינו יודע שיש איסור אמרי' ישלד"ע. א"כ שוב ל"ש לפ"ע כלל דהא לפי ידיעתו ודעתו הבעל אינו עושה איסור כלל ומאי לפ"ע שייך בו. כנ"ל בישוב קושיתך:

וע"ד חקירתך אם שייך ביטול בהפקר למאן דס"ל דידיעה גורמת הביטול כמ"ש הרא"ש בס"פ ג"ה. הנה לפי"ד הירושלמי שהובא בר"ש פ"ב דערלה ה"ג דבעינן דווקא ידיעת בעלים לענין ביטול וידיעת אחרים לא מהני. א"כ הי' נראה לכאורה דבהפקר דליכא בעלים ל"ש ביטול. אלא דאם נאמר כן יהי' דברי הירושלמי נגד הש"ס שלנו דהרי בסוף ביצה (דל"ח ע"ב) מוכח להדיא דעיקר הביטול הוא באיסור שאין לו בעלים ואדרבה הוה ס"ד דהש"ס דאיסור שיש לו בעלים לא בטל עיי"ש ובמהרש"א שם ד"ה שם א"ל. והנה משם איכא לדחויי דאיירי דההיתר יש לו בעלים. ודילמא גם להירושלמי סגי אם נודע להבעלים של ההיתר שנתערב בו האיסור ואמנם בזבחים (דע"ח) דקאמר דפיגול נותר וטמא שבללן זה בזה בטל והא כולם איסורי הנאה נינהו שאין להם בעלים ואפ"ה בטלין זב"ז. וגם קשה בפלוגתא דר"י ורבנן בדם הפר ודם השעיר. דלר"י ילפינן דמב"מ לא בטל ולרבנן דעולין אין מבטלין זא"ז ודילמא שם הטעם משום דהוה קדשי קדשים שהם ממון גבוה ואין להם בעלים ומש"ה לא בטל אלא דבזה י"ל דדעת שכינה מיהא איכא ולכך בטל כעין דקאמר הש"ס ב"ק (דכ"א):

ואמנם תקשי מזבחים ר"פ כל הזבחים גבי קדשים שנתערב בהם חטאות המתות וכו' דפריך הש"ס וליבטול ברובא ודילמא איירי בקדק"ד שהם ממון גבוה מאי אמרת דעת שכינה מיהא איכא ז"א דכיון דנתערב יבש ביבש א"כ כלפי שמיא דליכא ספק הרי ניכר האיסור ול"ש ביטול וידיעת ספק של הכהנים לא מהני מידי דהם אינם בעלים ובשלמא בדם הפר והשעיר ודהוי לח בלח דיש בילה וא"א להפרידם זמ"ז שפיר י"ל דדעת שכינה מיהא איכא דכלפי השכינה ג"כ הוי תערובות דשייך ביטול אבל יבש ביבש דמחוסר רק הכרה משום דלא ידעינן מאן הוא האיסור א"כ כלפי שמיא ליכא ספק תערובות כלל. וכיון דידיעת ספק של אחרים לא מהני מאי פריך הש"ס וליבטול ברובא. והנה למ"ד בחולין (דמ"א ע"א) דכיון דקורא לי' לכפרה כדידי' דמיא לענין דיכול לאסרו י"ל דה"נ לענין ביטול מהני דעת בעלים דכדידי' דמיא. אבל למאן דחולק שם ע"ז עיי"ש בתוס' ד"ה כיון תקשי. ובע"כ צ"ל או דהש"ס אזיל כאן בשיטת מאן דס"ל דכיון דקורא לי' לכפרה כדידי' דמי או דכיון דהאיסור בא ע"י המקדיש שנאסר מכח פיו מיקרי הוא בעלים. לענין ביטול אף דגוף הדבר אינו שלו:

ונרוויח בזה ליישב קושית התוס' והשטמ"ק בזבחים (דע"ז) גבי פלוגתא דר"א ורבנן באברי בע"מ שנתערבו בתמימים דר"א מפיק מקרא דע"י תערובות ירצו והא בלא"ה בטל מדאורייתא ברובא עיי"ש בתוס' (דע"ז ע"ב) ד"ה הא עבר מומם. בסה"ד. וכן בתוס' ישנים יומא (דס"ד) חתרו מאד למצוא טעם שלא יתבטלו אברי בע"מ בתמימים מדאורייתא ולא מצאו שום טעם לזה. ולהנ"ל נכון שפיר דהנה טעמא משום דקניא לכפרה כדידי' דמי שייך רק קודם זריקה ומשעת זריקה ואילך כבר נתכפרו בעלים ואין להם בקרבן של קדשי קדשים כלום. דאף דקאמר הש"ס דכהנים אוכלים ובעלים מתכפרים וכל כמה דלא מתקטרי אימורים לא אכלו כהנים זה רק למצוה. אבל אינו מעכב כפרה דהוא גופו שלא הוקטרו אימורים כשר. ואם נאבדו או נטמאו האימורין הבשר נאכל בלא הקטרה. וא"כ פשיטא דמשעת זריקה ואילך לא שייכי הבעלים בקרבן קדק"ד עוד. ושוב ל"ש ביטול כמש"ל. וגם לטעם השני דכיון דהאיסור בא מכח פה של הבעלים מיקרי הם בעלים גם לענין ביטול זה שייך ג"כ רק עד זריקה כמפורש בר"ן נדרים (די"א ע"ב) ד"ה בעיקרו דכל קרבן עד שעת זריקה מיקרי דבר הנדור שמכח נדרו הוא שנאסר ומשעת זריקה ואילך מיקרי דבר האסור שאז נפקע נדרו ואסור מחמת איסור התורה דדמי עלה עיי"ש. וא"כ לא מיקרי הם כלל בעלים של האיסור. וא"כ שפיר מש"ה אברי בע"מ שנתערבו באברי תמימים לא בטלו מדאורייתא. דכיון דלענין ביטול בעינן ידיעת בעלים. והאימורין הוי ממון גבוה. וא"כ ממ"נ י"ל אם אזלינן בתר דעת שכינה הא

ליכא ספיקא כלפי שמיא וניכר האיסור ול"ש ביטול. ואי מה שלכהנים לא ניכר האיסור ונודע להם התערובות הא בעינן ידיעת בעלים והאימורין הוי של גבוה ולכך ל"ש בהו ביטול כלל מדאורייתא:

ובזה יתיישב ג"כ על נכון קושית הפר"ח שהובא בטה"ק שם על הרמ"א דס"ל בסי' ק"י בדברים החשובים שנפל א' מהם לים דהותר לאכול הנשארים שנים שנים. הוא רק לשני ב"א אבל אדם אחד אסור לאכלם. א"כ באברי בע"מ אמאי מתיר ר"א במתניתין בקרב ראש אחד מהם להקטיר הנשארים ב' ב' הא מזבח כאדם אחד דמי. ולהנ"ל יש לישב דהנה בש"ס שם פריך על ר"א דברייתא דמתיר בבע"מ ולא ברובע ונרבע משום דרבינן מקרא דמום בם דע"א תערובות ירצו א"ה ל"ל רואין הא רחמנא אכשרי' וקשה לי לפי"מ דקאמר הש"ס לקמן (פ"ה ע"ב) דאף לר"ע דס"ל בדוקין שבעין אם מלו לא ירדו משום דכשר בעופות מ"מ בבע"מ מעיקרו מודה עיי"ש ברש"י ד"ה והוא שקדם דכל שלא חלה עלי' קדושת מזבח מעולם אין המזבח מקדשן עיי"ש. וכעין זה קאמר שם הש"ס (דפ"ג ע"ב) לענין קמצין שלא קדשו בכלי ובלא"ה וודאי פשוט דכל דבר שלא נתקדש קדוה"ג אסור להקריבו על המזבח אף שאינו בע"מ דאף דכבר כתבו התוס' בכ"מ דבקדושת דמים לבד ליכא איסור תולין בעזרה מ"מ הא כבר כתבו התוס' מנחות (ד"פ ע"ב) ד"ה וכי מכניסין ובב"ב (דף פ"א ע"ב) דלעשות עבודה כעין קרבן אסור בקדושת דמים לבד עיי"ש. וא"כ הכא להקטיר ע"ג המזבח וודאי אסור דבר שלא נתקדש קדוה"ג. וא"כ נהי דאיכא ריבוי מקרא להכשיר בע"מ ע"י תערובות. היינו איסור בע"מ ובקדם הקדישן למומן דאית עליו קדוה"ג אבל קדם מומן להקדישן דאיכא איסור חולין לד' התוס' הנ"ל דהא ליכא קרא לרצות וא"כ מש"ה צריך ר"א גם לטעם רואין דנהי דר"א גופו לית לי' רואין ברובע ונרבע ובע"מ היינו משום דמאיסי כדקאמר שם הש"ס אליבא דרבנן. אבל בחולין לכ"ע אית להו רואין כמ"ש התוס' זבחים שם (ע"ז ע"ב) ד"ה רואין וא"כ מש"ה צריך ר"ע לשני הטעמים דמשום רואין לבד אינו מכשיר בבע"מ משום דמאיסי וצריך קרא דמום בם הא ע"י תערובות ירצו. אלא דבהא לבד ג"כ לא סגי היכא דנודע שקדם מומן להקדישן דאיכא ג"כ איסור חולין דבזה ליכא ריבויא דקרא. אלא דבזה שפיר מהני רואין דל"ש מאיסי כיון דאיסור בע"מ כבר נפקע דגלי קרא דע"י תערובות מרצה. ובאיסור חולין לבד לכ"ע אמרי' רואין כמש"ל. וא"כ מאי פריך הש"ס ל"ל רואין הא רחמנא אכשרי' הא שפיר צריך רואין בקדם מומן להקדישן:

אך לפי דרכי הנ"ל נכון שפיר. דבלא"ה כבר קשיא להו להתוס' ל"ל קרא הא בטל ברוב דר"א איירי בנתערב ברוב כדמוכח ממתניתין דקרב ראש אחד מהם דל"ש רק בביטול

ברוב. אלא שכבר כתבתי דהאימורין שהם לגבוה ואחר זריקה דאיסור נדר של הבעלים כבר פקע. וליכא רק איסור תורה לבד דרמי עלה. ל"ש ביטול כלל דבעינן ידיעת בעלים וכלפי שמיא ליכא ספק תערובות כלל. וא"כ כ"ז בקרבן שיש בו קדוה"ג דנחית עלי' איסור תורה ע"י קדושת סכין וכ"ש ומזבח ונתקדשו האימורין לגבוה שלא מחמת פיו כס' הר"ן הנ"ל. אבל בקדם מומן להקדישן דלא קידשו הסכין וכ"ש והמזבח מעולם כמש"ל דאינם מקדשין חולין ליכא רק קדושת הפה של הבעלים. וא"כ שפיר מיקרי הם בעלים גם לענין ביטול כמש"ל. וגם בלא"ה י"ל דבבע"מ מעיקרו כשנשחט בעזרה לא הוי ממון גבוה דלא גרע מקדשים שמהו דיצאו מידי מעילה כיון דלית בהו צורך גבוה. ואף לדעת המהר"ם מלובלין בקידושין (נ"ח ע"ב) שחולק שם על התוס' לענין ש"ח וס"ל דרק מעילה לית בהו דלא מיקרי קדשי ד' אבל קדושתן לא פקעה י"ל דשאני שם בש"ח דהי' עליהם מקודם קדוה"ג וקדוה"ג לא פקעה בכדי כדקאמר הש"ס חולין (קל"ט) לענין יוני מזבח שמרדו. אבל בבע"מ מעיקרו דלא הי' עליו מעולם רק קדושת דמים היכא דנשחט בעזרה ול"ח שוב לקדושת דמים או משום דאין פודין להאכילן לכלבים או משום דבעינן העמדה והערכה י"ל דגם המהר"ם מלובלין מודה דפקעה קדושתן לגמרי דקדושת דמים פקעה בכדי כדקאמר הש"ס שם גבי תרנגולת בה"ב שמרדה בחולין (קל"ט) הנ"ל וא"כ לא הוי תו ממון גבוה רק איה"נ בעלמא מחמת חשב"ע. וכל איה"נ יש להם ביטול כמש"ל מהא דפיגול נותר וטמא וכמ"ש לקמן אי"ה. וא"כ שפיר פריך הש"ס לר"א ל"ל רואין הא רחמנא אכשרי' דע"י תערובות ירצו מאי אמרת בבע"מ מעיקרו דאיכא איסור חולין ז"א לזה ג"כ א"צ רואין דלזה מהני ביטול ברוב ולמה לי רואין והוכרח לתרץ דלדבריהם דרבנן קאמר:

ובזה מיושב ג"כ קושית התוס' כאן והת"י יומא. דלמה הוצרך ר"א דמתניתין קרב ראש אחד מהם ולהתיר הנשארים משום ביטול ברוב. הא ס"ל דרחמנא אכשרי' דע"י תערובות ירצו. ולפי הנ"ל י"ל דהנה אף דגלי קרא דע"י תערובות ירצו הנה מצינו כה"ג דהציץ מרצה על הטומאה ואפ"ה קיי"ל דרק בדיעבד מרצה ולכתחלה לא יזרוק. ובמהרש"א פסחים (ע"ב) כתב דלשיטת רש"י מדאורייתא לא יזרוק לכתחילה עיין טה"ק זבחים (צ"ב ע"א) ד"ה תוס' וא"כ היינו יכולים לומר גם כאן דרק בדיעבד אם עלו לא ירדו ולא להקטיר לכתחילה. והנה נ"ל ברור דהא דקאמר בירושלמי דלענין ביטול איסורין בידיעת בעלים תליא מילתא היינו רק לענין ביטול ברוב דאנו רוצין לומר דהאיסור גופי' יתהפך להיתר דמדאורייתא גם הרשב"א מודה דהאיסור נהפך להיתר ומותר לאכלו בב"א דאל"כ האיך משכחת מדאורייתא ביטול ברוב בלח בלח מב"מ כמ"ש המשבצות

סי' ק"ט סק"א וכיון דאנו דנין כאן על החפץ עצמו שהוא האיסור דכל איסורי תורה הם איסור חפצא וידיעת הביטול גורמת להפכו לאיסור שפיר י"ל דבידיעת בעלים תליא מילתא שהחפץ שלהם אבל לענין ליזול בתר רובא לומר כל דפריש מרובא פריש דאין אנו מתירין עצם האיסור רק אנו אומרין מספק שזה שאוכל עכשיו זה האיסור וספק כזה היכא דאיכא רובא להתירא התיר רחמנא וודאי דתליא בידיעת מי שרוצה לעשות הדבר ולא בידיעת בעל החפץ דהא אנו דנין על האיש אם מותר לאכול דבר זה ולסמוך שאינו אוכל עתה האיסור כלל או לאו ובידיעתו תלוי. וזה סברא ברורה מאד:

וא"כ מעתה יבוא הכל על נכון. דבאמת אי לאו דגלי קרא דע"י תערובות ירצו. לא היינו יכולין להתיר מטעם ביטול ברוב. דהא כיון דרוצה להקטירן כולן על המזבח ומזבח כאדם אחד דמי. דוודאי יוקטר שם גם האיסור ומוכרחין לבוא מצד ביטול ברוב דהאיסור יתהפך להיתר שפיר שייך הס' שכתבתי לעיל כיון דהאימורין הם של גבוה ובדעת שכינה תליא מילתא וכלפי שמיא ליכא ספיקא והוי כניכר האיסור דל"ש ביטול ולכך מוכרחין לבוא להההיתר דקרא דע"י תערובות ירצו. וא"כ אף שכבר כתבתי דהותר זה הוא רק דיעבד כשבא על המזבח הוא מרצה אבל לכתחילה אסור להעלותו מ"מ כיון דאנו דנין עתה על הכהן אם מותר להעלות בע"מ ע"ג המזבח שפיר יכולין להעלותו ע"י שני כהנים. וכל אחד יאמר דהוא מקטיר ההיתר דתלינן דהוא מרוב ההיתר ולא יעשה איסור כלל. מאי אמרת דעכ"פ על המזבח יתקטר וודאי דבר איסור ז"א דכשיבוא על המזבח כבר הוא מרצה מקרא דע"י תערובות ירצו. וא"כ מעתה כיון דצריך לשני הטעמים מריבויא דקרא ומתורת רוב. שפיר החמיר ר"א במתניתין כיון דכבר גזרו רבנן דבדברים חשובים נתנו עליהם תורת קבוע ולא אזלינן בתר רובא רק בנפל אחד מהם לים. לכך קאמר דרק בקרב ראש אחד יקרבו כל הראשים. דאז גם בדברים חשובים נאמר מה שיקריב מעתה הוא מההיתר. ויעשה כן בשני כהנים להקטיר הנשארים. ומיושב שפיר קושית הת"י הנ"ל. דאף דס"ל לר"א ריבויא דקרא צריך ג"כ קרב ראש אחד מהם. ומיושב ג"כ קושית הפר"ח הנ"ל על הרמ"א דס"ל דבנפל א' מהם לים לא הותר לאכול הנשארים רק לשני ב"א. ומזבח כאדם אחד דמי. דז"א דלאחר שיבוא על המזבח בלא"ה ירצה מריבויא דקרא. ולא יתעביד איסורא כלל. והאיסור רק על הכהן המעלהו דלכתחילה אסור להעלותו. וא"כ הא יכול להעלותם ע"י שנים או שלשה כהנים. וז"נ מאד לענ"ד בעזה"י:

הדרן לקמייתא דנהי דנאמר דלענין ביטול ידיעת בעלים בעינן כהירושלמי הנ"ל היינו היכא דיש להם בעלים או של הדיוט או של גבוה אבל חפצי הפקר דאין להם בעלים

נראה וודאי דבידיעת אחרים ג"כ בטל. כמו שהבאתי מפיגול נותר וטמא הנ"ל ומש"ס ביצה הנ"ל. וטעם הדבר נ"ל דיש להסביר הדבר למה בלא נודע התערובות ל"ש ביטול עפי"ס הרא"ש פא"ט הובא בב"י יו"ד סוס"י ל"ט דהא דאזלינן בתר רובא הוא רק היכא דהמיעוט והרוב מכחישין זא"ז. אז אין המיעוט יכול לגרע כח הרוב ושבקינן המיעוט ואזלינן בתר הרוב. אבל היכא דאין המיעוט מגרע כח הרוב לא. וא"כ כ"ז בשכבר נודע התערובות ואינו יכול לאכול רוב ההיתר ע"י מיעוט של האיסור שפיר בטל המיעוט לגבי הרוב. אבל כ"ז שלא נודע התערובות כלל. שלא הי' המיעוט מגרע את הרוב כלל מה ביטול שייך. וא"כ מה"ט י"ל נמי דבידיעת בעלים תליא מילתא. דכל דבר שיש לו בעלים ואין יכול לשום אדם לאכלו בלי רשות בעלים א"כ אצלו אין המיעוט והרוב מכחישין זא"ז דאין לו נפקותא בדבר ל"ש ביטול אצלו. רק כשנודע להבעלים שאצלם המיעוט מגרע כח הרוב ובטל אצל הרוב שוב מותר גם לכל אדם כיון דכבר נתבטל ונתהפך להיתר. וא"כ מה"ט גם בחפצי הפקר שאין דעת בעלים מעכבת על שום אדם שיוכל לעשות בו מה שירצה. ורק האיסור הוא שמעכבו שפיר אמרינן דהאיסור המיעוט אינו יכול לגרע כח הרוב ובטל שפיר כנ"ל ברור. ובסברא זו יש לישב ג"כ מה שהעירותי לעיל איך שייך ביטול ברוב לגבי מזבח הא כלפי שמיא ליכא ספיקא והוי כניכר האיסור דלפי"ז מובן שפיר הטעם הא דבניכר האיסור ל"ש ביטול הוא משום דהאיסור אינו מגרע כח מהרוב ההיתר כיון דניכר ויכול להפרידו וא"כ בתערובות פסולי מזבח בכשרין כיון דהכהן עושה מצוה בהקרבת כשרין ואינו יכול לעשות המצוה הזאת דרמיא עלי' ע"י תערובות מיעוט הפסולין. א"כ המיעוט מגרע לו את הרוב שפיר אמרינן דבטל המיעוט לגבי הרוב. וכיון דבטל לגבי הכהן בטל גם לגבי המזבח כמש"ל:

וע"ד אשר חקר אם הותר ביו"ט מלאכת או"נ לפחות מכשיעור אוכל הנה אדרבא כל מלאכת שבת באוכלין שיעורן בכגרוגרת אלא דגם בשבת ויו"ט ח"ש אסור מה"ת כידוע. וטעם איסור ח"ש הוא משום דחזי לאצטרופי וא"כ ביו"ט ממ"נ מותר ח"ש דא"א לאצטרופי לשיעור שלם דאז אדרבא יהי' מותר משום מלאכת או"נ ואמנם משכחת לה ספיקו במבעיר או לצורך בישול חצי זית. ונראה דתליא במה שחקר הרא"ם אם סתם אכילה שבתורה בכזית או סתם אכילה בכ"ש. ורק דאתי הלכתא ואוקמא לשיעור איסורין בכזית. ואם סתם אכילה בכ"ש גם מלאכת או"נ הוא בכ"ש דבהא ליכא הלכתא על כזית ולמאן דאית לי' מתוך וודאי מותר דגם כ"ש צורך קצת מיהא הוי. ומעוצם טרדותי לא אוכל להאריך יותר:

סימן יב

גח"ט וכט"ס לכבוד הרבנים הה"נ החו"ב וכו' מו"ה **מאיר** נ"י אבד"ק **לוטאוויסק** ומו"ה **אברהם עפשטיין** נ"י דומ"צ דשם:

מכתבם במועדו לנכון הגיעני ולא יכולתי להשיבם על אתר. ועתה באתי להשיב אך בקצרה מחמת טרדת הימים. הנה מה שר' אברהם קנה המקום על שמו ואמר שבאם יחזרו לו מעותיו יעלה בערכאות ע"ש אנשי המקומות יש לדון בזה שני אופנים או שלע"ע קנה המקום לעצמו רק שאם יתנו לו מעותיו יחזור וימכור לבעלי המקומות או שהקנין הי' תיכף בשבילם ומה שכתב הקאנטראקט על שמו הוא רק בתורת משכון על המעות עד שיחזרו לו המגיע לו:

והנה באופן הראשון דמקום הבנין הוא עדיין של היורשים פשיטא דהם נקראו מוחזקים ועל בעל המקומות להביא ראי' שקיימו תנאם והחזירו המעות דכל תנאי שהוא בקו"ע צריכין להביא ראי' על קיום התנאי כמבואר בר"ן קידושין פ' האומר ונאמנים היורשים במה שאומרים שאביהם ציווה להם שמגיע לו עדיין כו"כ וא"צ אף לישבע שבועת היורשים כיון דאינם באים ליטול רק לפטור עצמם מליתן טאבפללע כמבואר בח"מ סי' ס"ט ס"ה ובש"ך שם ס"ק כ"ה רק קב"ח יש להם לקבל אם אינם יודעין להיפך אם אנשי הקלויז חושדין אותם בכך:

ואמנם אם נאמר כאופן השני דהוי רק משכון על המעות הדין מבואר בסי' מ"ב סל"ה דאם היורשים טוענים דאביהם ציווה להם שמגיע לו כו"כ נשבעין שבועת היורשים וניטלים ועיי"ש בנתיבות סק"נ ע"ד הש"ך שם דס"ל דרק אם טוענים כן אבל אנן לא טענינן להו ותמה התומים ע"ז ומחלק הנתיבות בין אם היורשים רוצים לגבות מהמשכון או רוצים רק להחזיק המשכון דאז טוענין בעבורם. וא"כ לפי"ז בכה"ג גם שבועת היורשים א"צ לישבע כיון דאינם באים ליטול רק להחזיק וכדמוכח מדברי הש"ך בש"ק פ"א דגם במלוה גופי' כה"ג א"צ לישבע בנק"ח רק שבועת היסת כיון דאינו בא ליטול. וא"כ ביורשים גם שבועת היסת ליכא כיון דאין עליהם טענת בריא שיודעים וליכא רק חרם סתם. וה"נ בנ"ד דכוותי' הוא דהא היורשין אין תובעין כלל רק רוצים להחזיק ושלא ליתן טאבעללע אין להם דין נשבע ונוטל כלל. אלא דאיכא לספוקי דהא וודאי גם מאנשי הקלויז ובעלי המקומות יש הרבה מאותם שהיו בשעת תחלת הבנין שאינם חיים עוד רק יורשיהם ובוודאי יש ג"כ כאלו שמתו בחיי ראובן. וא"כ הוי כמת לוה בחיי מלוה דא"א מוריש שבועה לבניו. ואף דבמשכון ל"א א"א מוריש שבועה לבניו כמבואר בסי' ע"ב סי"ז ובש"ך שם סקע"ב ובסי' ק"ח בש"ך סקכ"ה באריכות שם מ"מ דעת קצת

מהאחרונים דזה רק במשכנתא מוחזקת שהיא עומדת תח"י המלוה לא כן בנ"ד שאינם מוחזקים בגוף הקרקע רק מה שנכתב על שמם. עיין מזה בתשו' מאמר מרדכי להגאון מהרמ"ז איטינגא תשו' מ"ד שמסתפק בזה בכה"ג שהי' החוב אינטאבעלירט על קרקע אם אינה מוחזקת ביד המלוה אם אמרינן בהא א"א מוריש שבועה לבניו ומסיק להלכה דגובין היורשים שפיר בשבועה עיי"ש:

ואמנם בנ"ד בלא"ה ל"ש כ"ז כיון דעיקר טעמו הוא רק משום דממון שאינו יכול לגבותו רק בשבועה לא מקרי ממון להורישו לבניו. וכאן שכבר כתבתי דלד' הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"א א"צ בכה"ג לישבע בנק"ח רק שבועת היסת וכל שבועת היסת הוא רק אחר הפרעון עיין ש"ך סי' צ' סקכ"א. וגם בשבועת היסת ל"א כלל הדין דא"א מוריש שבועה לבניו. דהא גם בפוגם שטרו וע"א ל"א א"א מוריש כיון דאין השבועה חמורה כמו בבא לגבות מהיורשים והבו דלא להוסיף עלה מכ"ש היכא דא"צ לישבע רק היסת דוודאי לכ"ע ל"א א"א מוריש וכו'. בפרט דהעיקר נ"ל כאופן הראשון דאין זה משכנתא כלל רק לע"ע הי' הקרקע של אביהם לגמרי דאף אם כיוון לקנותו בעבור הצבור מ"מ הא ידוע דברי הרי"ו הובא בש"ך סי' קפ"ג סק"ב דבקנה מעותיו אף שמכוון בפירוש לקנות לצורך חבירו לא קנה חבירו. ואף דהש"ך מסיק שם דזה אם לא א"ל זיל זבין לי' מ"מ הא כתב שם הנתיבות סק"ב הטעם דכיון שנתן המעות על פיו נתחייב לו המעות וכאוזפינהו דמי עיי"ש. וזה ל"ש בכאן דוודאי לא רצה שום אחד מהצבור להתחייב לשלם מכיסו ולא הי' יכול לתבוע כלל המעות משום אחד מהם ולא לוה רק על בטיחות זה שקנה הקרקע על שמו. אבל לא ע"מ לתבוע אחד מהצבור לשלם לו ול"ש טעם הנתיבות כלל וא"כ לא נקנה הקרקע להם כלל כיון דקנאה במעותיו. ואף אם מסתפקא לן בזה היכא הוי עובדא אם קנה לעצמו או קנה בשבילם מ"מ בעל הטאבעללא מקרי מוחזק כמ"ש בתשו' שו"מ מהדו"ק ח"ג תשו' קי"א עיי"ש ואמרינן דבוודאי קנה לעצמו ופשיטא דאין יכולים לכופם לחזור ולמכור ולעשות הטאבעללא ע"ש בעלי המקומות עד שיתנו להם מה שציווה להם אביהם אחר שיקבלו בק"ח שכן אמר להם אביהם אם אין אנשי הקלויז מאמינים להם ע"ז שכן ציווה להם אביהם:

ולענין הפרעון הנה לדון בזה מצד דינא דמלכותא כבר מלתי אמורה בתשו' אחת דזה אין לו דין מטבע דאזלינן בתר דד"מ דזה אינו נוגע לטובת המלוכה כלל רק בין אדם לחבירו ותלוי בפלוגתת הפוסקים שהביא הש"ך בסי' ע"ג סקל"ט אם שייך בהא דד"מ ועיין בתשו' השיב משה חו"מ תשו' צ' שהעלה דהעיקר הוא דאין דד"מ רק מה שנוגע להמלוכה. ולענין ד"ת כבר הארכתי בתשו' אחת בביאור רחב דשורת הדין נוטה

דמטבעות שלנו שהם רק כשט"ח מהמלוכה אם נפסלו לגמרי אינו יכול לשלם אותם המטבעות ומחויב לשלם כפי שווים בשעת הלואה אלא כיון דבתשו' בית אפרים חו"מ סי' ד' כתב דהוי ספיקא דדינא א"א לזוז מדבריו. אבל עכ"פ בנ"ד דהיורשים המה מוחזקים נלע"ד דא"א לכופם ליתן טאבעללע עד שישלמו להם כפי שיווי המטבע אז. כנלע"ד נכון ומ"מ כל מה שאפשר לבצוע ולעשות קצת פשרה בדבר וודאי נכון כדי להתרחק ולדון ד"ת.

כ"ד ידידם דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יג

ב"ה בדר"ח אייר ט"ז למב"י תרפ"א טארנאפאל.

שלום אשיב לכבוד הרב המאוה"ג החריף ובקי וכו' מו"ה **נחמן זאב אויערבאך** נ"י אבד"ק **גוואדזיץ** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני ומקוצר הפנאי מוכרח אנכי להשיבו בקצרה. הנה בענין מחילת התנאי כבר מבואר באריכות בר"ן פ' המדיר שיטות הפוסקים בזה. דלדעת הר"ן מהני בכל התנאים מחילה דהוי כאלו התנה מעיקרא רק אם יקפיד ולדעת הרשב"א מהני רק בתנאי ממון משום הריני כאלו התקבלתי. ושם במומין הטעם הוא רק דבעל לשם קידושין והוי קידושין חדשים. וא"כ הכא ששלח לו ביום ה' שיקח הקטניות והוא השיב לו שימתין עד שיבוא הסוחר שלו והוא שתק ולא שלח כספו בחזרה ואמר דנתרצה להמתין לא מבעיא לדעת הר"ן דמהני כיון דלא הקפיד אלא אף לדעת הרשב"א נמי מהני דכאן ג"כ שייך הריני כאלו נתקבלתי לפי"מ שהביא הר"ן בנדרים (דכ"ד ע"א) ד"ה הריני בשם הרשב"א. בטעם דהריני כאלו נתקבלתי דכיון דיכול לחזור וליתן לו במתנה לאחר שנתן לו הוי כאלו כבר קיבל ממנו והחזירה לו והפוכי מטרתא ל"ל עיי"ש. א"כ ה"נ כיון דנתרצה הוי כאלו כבר קיבל ממנו הקטניות בזמנו וקיים התנאי וחזר והפקידם אצלו בתורת פקדון. ואולם לפי שיטת הרא"ש בתשו' הובא בא"מ סי' ל"ח סקי"ד. דטעם דמהני מחילת התנאי הוא משום דתנאי מילתא אחריתא הוא והוי רק דיבור ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל הדיבור של התנאי ונשאר המעשה קיים עיי"ש. א"כ כ"ז אם מחל בפירוש התנאי אבל כאן דהי' רק שתיקה ודברים שבלב י"ל דלא אתי מחשבה ומבטל דיבור כמ"ש האבני מילואים שם בישוב קושית הר"ן מהא דבלבו הי' להתקדש לו עיי"ש וכמ"ש הפנ"י בגיטין (ל"ב ע"א) ד"ה שם בא"ד עיי"ש:

ואולם י"ל דגם לדעת הרא"ש מהני כאן מחילת התנאי מטעם אחר. דהא כיון דאיכא כאן קנין כסף לדידן דתופסין הכסף לקנין סיטומתא ובכסף קיי"ל דגם לאחר ל' יום

אף בנתאכל הכסף הוי קידושין ולא הוי מלוה דהני זוזי לא למלוה דמי ולא לפקדון עיי"ש בקידושין (דף נ"ט פ"א) בש"ס וברש"י שם. וא"כ ה"נ משעה שנתרצה אף אם נאמר דאין המחשבה מבטלת הדיבור והתנאי קיים ונתבטל קנין הראשון מ"מ נעשה עתה קנין חדש עם הכסף שתח"י כמו בכנסה סתם דאמרינן דבעל לשם קידושין ונעשה עתה קידושין חדשים דמהני לכ"ע ובפרט כאן דהמוכר מוחזק פשיטא דיכול לומר קי"ל כהר"ן והרשב"א דס"ל דאם נתרצה שלא להקפיד בטל התנאי. ואף דשלח מתחילה ביום ה' שיקח התבואה הרי דהקפיד פ"א וכבר כ' הר"ן שם דלאחר שהקפיד פ"א ל"מ שוב מחילה מ"מ הא כתב הב"ש בסי' ל"ח ס"ק נ"ז דבתנאי ממון גם לאחר שהקפיד מהני מחילה דהוי כאלו נתקבל עיי"ש. ואף דבקצוה"ח סי' רמ"ג סק"ב חולק על הב"ש מ"מ בנתיבות שם סקי"א קיים דברי הב"ש דאם הקפיד קודם שעבר הזמן שהי' עדיין ביד שכנגדו לקיים התנאי מהני מחילת התנאי כיון שלא נתבטל עדיין המכירה עיי"ש. ובנ"ד ג"כ הרי כל היום של יום ה' הי' יכול עדיין הלוקח לקיים התנאי וכיון שהלוקח השיב לו שימתין עד שיבוא הסוחר והוא אומר דנתרצה לזה מהני מחילתו לדברי הנתיבות הנ"ל ובפרט דכבר הותחל לירד המקח. א"כ אנן סהדי דוודאי נתרצה כמ"ש הסמ"ע בסי' רכ"ז ס"ק כ"א וז"ל אפילו לדעת הי"א וכו' דס"ל דאף המאנה יכול לחזור בו אא"כ נתרצה המתאנה שא"ה דמיד שהוקר מסתמא לא יחזור בו עוד הנתאנה עכת"ד עיי"ש:

וה"נ בנ"ד כיון דהוזל וודאי דנתרצה המוכר שלא לחזור בו והוי כנתרצה קודם שעבר הזמן ואמנם אין מבואר במכתב כת"ה אם כבר ביום ה' הותחל לירד המקח או אח"כ. אבל עכ"פ כיון דהמוכר מוחזק והוא אומר דנתרצה להמתין אף אם נאמר דשתיקתו אינה מוכחת שנתרצה ואף שלא החזיר ג"כ תיכף הכסף מ"מ אולי הוי כשתיקה דלאחר מתן מעות דל"מ מ"מ נאמן לומר דנתרצה וכיון דהלוקח אינן יודע להכחישו סגי בקבלת חרם שיקבל שכשהשיב לו ביום ה' שימתין עד שיבוא הסוחר שנתרצה להמתין עוד אותו היום לפחות והרי ביום ו' שוב שלח מוכח וודאי דלא ביטל עדיין המקח ואח"כ כשהוזל וודאי דלא הי' רוצה לבטל המקח כמ"ש הסמ"ע הנ"ל. וא"כ יכול להחזיק בסך ש"ג אלפים מארק שתח"י אחר שיקבל בח"ח כנ"ל. ועיין בסי' ר"ז בפ"ת ס"ק י"ג דהמוחזק יכול לומר קי"ל כהמחבר דהערבון נחלט. וא"כ הוי כטוען על גוף הדבר דנאמן כנ"ל. ומ"מ כל מה שיוכל כת"ה לעשות ולבצע על הריב ולעשות פשרה יעשה דלית אנן חכימין למידן ד"ת:

והנה אחר כתבי זאת ראיתי שיש לפקפק ולומר דגם להרשב"א ולהר"ן הנ"ל לא מהני מחילת התנאי. רק אם מוחל בפירוש דבשעה שנתרצה נגמר המקח. אבל בשתיקה אף

אם נאמר דבלבו נתרצה. מ"מ כיון דאין הדבר ידוע לכל. ואם הי' נתייקר אח"כ הי' יכול המוכר לחזור בו ולומר דלא נתרצה מעולם לבטל התנאי וכיון דהמוכר יכול לחזור בו גם הלוקח יכול לחזור כמבואר כה"ג בירושלמי הובא בנוב"י ובשטמ"ק ב"ב (דף פ"ג) כשם שהמקח בטל מאצל זה בטל מאצל זה וע' בסמ"ע סי' רכ"ז סקי"ח שירד לחלק בין הא דנתאנה יותר משתות דמהני אף אם נתרצה המתאנה אח"כ הוי כנתרצה מעיקרא ואין המאנה יכול לחזור בו ובסי' ק"ץ גבי עייל ונפיק אזוזי אז נגלה שלולי צורך המעות לא הי' מוכר ונתבטל המקח מיד כשלא נתנו לו מ"ה אף שנתרצה אח"כ לקיים המקח כיון שכבר נתבטל יכול הלוקח לחזור בו אבל הכא דלא גילה המתאנה מתחילה דעתו שרוצה לחזור בו מ"ה שכשנתרצה אח"כ הוי כנתרצה מעיקרא מ"ה אין המאנה יכול לחזור בו עכ"ל הסמ"ע. וא"כ בנ"ד איכא לספוקי אולי דומה ג"כ להא דסי' ק"ץ דשם עייל ונפיק שיתן לו מעותיו וכאן ג"כ שלח לו שיקח התבואה וגילה דעתו שמשום כך מכר: **ואמנם** עכ"ז כיון דהמוכר מוחזק א"א להוציא ממון מסברות האלו דהמעיין בשטמ"ק ב"ב (פ"ג ע"ב) יראה דכלל הדבר דכל היכא שאין הדבר ברור שהמוכר מקפיד אינו יכול הלוקח לחזור בו עיי"ש בד"ה ואמאי באה"ד והנ"ל בפירושה של שמועה וכו' שכתב וז"ל ומוכח לה ר"ח ממתניתין דכל שאפשר שהלוקח רוצה במקחו אע"ג דאיכא ביטול מקח אין המוכר יכול לחזור בו דת"ת יפות ונמצאו רעות וכו' והא הכא דאיכא ביטול מקח וכו' ואפ"ה אין המוכר יכול לחזור וכו' משום דבמתניתין וכו' וכיון דאפשר שהלוקח רוצה במקחו לאו כ"כ דהמוכר למיהדר בי' עכת"ד עיי"ש ובפרט להסוברים דגם בביטול מקח באונאת דמים אין המאנה יכול לחזור בו רק אם הנתאנה תובע אונאתו. ואף דשם איכא טעמא אי לאו דאוניתין וכו' שלא יהא חוטא נשכר מ"מ מדברי הר"ן הנ"ל בפ' המדיר גבי קידשה שאין עלי' מומין שהבאתי למעלה שכתב דכל שלא הקפיד פעם אחת בפירוש לאחר שנודע לו מהמומין יכול עדיין למחול ולא אמרינן דהקידושין נתבטלו משעה ראשונה כיון דאגלאי מילתא למפרע דהי' בה מומין והי' הבעל יכול לחזור בו יכולה לחזור גם היא והקידושין בטלין מעיקרא. והרי מומין וודאי דרכן להקפיד עליהם ושם אין שייך טעמא שלא יהא חוטא נשכר דזה שייך רק בממון דשייך הפקר ב"ד אבל בקידושין אם עפ"י הדין יכולה לחזור והוי קידושי טעות משום שרימתה אותו ועשתה שלא כהוגן אינו שייך לומר שיהי' הקידושין קיימין דמצינו רק אפקעינהו רבנן לקידושין ולא לקיים הקידושין. וא"כ גם בנ"ד וודאי אין זה ברור דהמוכר הי' מבטל משום זה המקח וודאי דאין הלוקח יכול לחזור ובפרט דכאן שייך ג"כ שלא יהא חוטא נשכר דהא הלוקח התחייב א"ע ליקח ביום ה' ולא עמד בדיבורו:

ואין לדמות לסי' ק"ץ דשם מצינו בש"ס דהיכא דמוכר משום דוחק דמים. הוא וודאי דהמוכר יקפיד אם לא נתן לו הדמים כמבואר בטור ובמחבר שם דרק היכא דידוע שמוכר משום דוחק מעות וא"כ אין לנו לדמות מילתא למילתא רק מה שמצינו בש"ס ובפרט כאן דאיכא עוד סברא דחזינן דהמוכר לא החזיר לו הדמים והלוקח לא תבע הדמים בחזרה מוכח דשתיהם נתרצו בקיום המקח ודבר זה מבואר בבעה"מ במלחמות שם בב"ב (דפ"ג) שכתב וז"ל דאע"ג דא"ל לוקח למוכר תן לי מעותי סד"א משעת אמירה נתבטל קמ"ל דלא נתבטל עד שיקבל מעותיו עכ"ל. ואף דהרמב"ן שם חולק עליו היינו משום דהקפיד להדיא אחר שנודע לו מהאונאה ואמר תן לי מעותי אבל לא בשתיקה וכ"מ להדיא בפסקי הרא"ש שהביא השטמ"ק שם בד"ה ואמאי הנ"ל שכתב וז"ל ועוד בר מן דין איכא למימר לאלתר שנתרצה זכתה לו חצירו ברצון המוכר דמסתמא נתרצה דהא שביק לי' גבי' וכדתנן וכו' אלא כיון דאפשר דמקפיד לוקח כיון דהטעהו ואפשר דלא מקפיד וכו' אין המוכר יכול לחזור בו וכו' עכת"ד עיי"ש. ולכן קשה מאוד להוציא מיד המוחזק ובפרט אם יאמר המוכר שכבר הותחל אז ביום ה' לירד המקח וודאי דהי' נתרצה המוכר בקיום התנאי כמ"ש כל הראשונים שם בסוגיא הנ"ל היכא דהוקר אח"כ. ועכ"ז מהנכון לעשות פשרה כל היכא דאפשר:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יד

ב"ה ד' חוקת תרפ"ו לפ"ק **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד הרב הגאון החו"ב משנתו זך ונקי ותיק וחסיד בנש"ק מגזע תרשישים מו"ה **יחיאל נתן האלבערשטאם** נ"י אבד"ק **בארדיוב** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ויסלח לי על אחירת תשובתי כי מתחלה לא הייתי בביתי. ואח"כ בבואי לביתי הייתי מוטרד מאד. ולא יכולתי להשיבו עד כה:

ע"ד הד"ת שהציע לפני כתה"ר שבין ראובן לשמעון והטענות באו באריכות מאד שא"א להעתיקם פה הנני להשיב לו חוו"ד בקצרה. הנה כפי טענת ראובן נתן לו שמעון הוועקסלין ע"ס שלשים אלף כתרים בתורת חיוב גמור שהוא ישלם לו הסך הזה. ועתה ששמעון טוען שהי' בטעות כי היין שקנה אצל ר' פנחס אלימלך לא הי' שלו כלל. ורימה אותו שמכר לו דשא"ש. וממילא לא נתחייב שמעון בדמי היין. א"כ דין זה הוא עובדא דהני גינאי בפ"ק דגיטין. דלשיטת הרבה ראשונים אף דנתחייב בקנין נאמן אח"כ לומר טעיתי במגו דפרעתי. עיין ש"ך חו"מ סי' פ"א ס"ק מ"ג וס"ק ע"ז וע"ט ובסי' קכ"ו ס"ק ס"א. ואף דבוועקסלין א"נ לומר פרעתי כמ"ש התומים והנתיבות בסי' ס"ט עיי"ש

בנתיבות סק"ד. מ"מ כאן אין הוועקסלין כבר ביד ראובן. דהוועקסלין הראשונים החזיר לו תיכף. והוועקסלין האחרונים בחת"י הר' פנחס אלימלך שנתן שמעון זשירא עליהם. ג"כ כבר נתפרעו ומסתמא נקרעו ולא נשאר עוד בשעה שהשלישו הוועקסלין לדון בד"ת. רק וועקסלין ע"ס פשעה אלפים שהי' בהבאנק. שעל זה נפלו אז הטענות ביניהם. ואז הי' נאמן לומר פרעתי. ואף די"ל דוועקסלין שלנו שניתנו למכור וליקח מעות עליהם אולי י"ל דהוי כנותן מעות מזומן דגרע לענין טענת טעיתי. עיין בסי' פ"א שם ס"ל השני דיעות בש"ע וע"ש בש"ך סקע"ט דהנותן מעות וודאי מדקדק קודם לראות אם חייב. מ"מ חדא דהא עדיף מטענת טעיתי. דלענין טעות אמרינן דוודאי דקדק שפיר קודם שנתן. אבל כאן י"ל דלא עלה על דעתו שר' פנחס אלימלך לא יתן לו היין. ועדיף יותר ממ"ש שם הש"ך בסוף סקע"ט דהי' סבור שיפרעו לו הבע"ח עיי"ש:

והנה הי' נ"ל דאף אם לא נאמין לשמעון שהיין לא הי' של רפנ"א כלל. מ"מ אם יוכל לברר שהרפנ"א לא נתן לו היין אח"כ ג"כ י"ל דלא נתחייב לשלם הוועקסלין דהא הש"ך בסי' ל"ט ס"ק מ"ט באה"ד המתחיל עוד נחלקו הסכים להחולקים על המבי"ט שם במוכר צמר לחבירו ונתן לו הלוקח ש"ח על דמי המקח ואח"כ מת הלוקח. ובא בע"ח של הלוקח ותפס הצמר מיד המוכר דל"מ תפיסתו משום דאדעתא דהכי לא מכר הצמר כלל אף דהצמר כבר הי' נקנה ללוקח דאינו קנין וכ"כ הב"מ באה"ע סי' צ' ס"ט באה"ד שם וז"ל ולפ"ז יפה לומד הב"ח וכו' דה"ה במכר סחורה בהקפה שאין לשאר ב"ח זכות בה וכו' דאנן סהדי דלא מכר אלא ע"מ להשתלם בזמנו. ועתה שאחרים יקחו את שלו וכל אשר ללוה וכו' המכירה בטילה מעיקרא וכו' ואין לך ג"ד ואומדנא דמוכח יותר מזה עכ"ל עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד להיפוך דקנה היין ולא לקחו עדיין לרשותו. והאמין ונתן וועקסלין לשלם לבע"ח של המוכר מחיר היין. אם אח"כ לא נתן לו המוכר היין ולקחו אותו אחרים וודאי דאמרינן דאדעתא דהכי לא נתחייב במחירו. דאם אמרינן כן לבטל מכירה שכבר הי' גוף הדבר של לוקח. מכ"ש לבטל חיוב הגוף שנתחייב הלוקח לפרוע שעדיין לא יצא הדבר מרשותו דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה:

ואף דלכאורה דברי הש"ך והב"מ תמוהים הם דכל אומדנא הוא רק בדבר שנתברר שהי' עוד קודם המכירה ולא במה שנולד אח"כ וכקו' התוס' כתובות (דמ"ז ע"ב) דהלוקח פרה ונטרפה נימא דאדעתא דהכי לא קנה. אך באמת הדבר נכון ואדרבא משם ראי' לדברי הש"ך והב"מ. דהנה הרבה תירוצים נאמרו על קו' התוס'. התוס' עצמם תירצו דשאני לוקח פרה ונטרפה דאנן סהדי דבאותו ספק הי' רוצה לכנוס ופירש בשטמ"ק שם כוונת דבריהם דבלוקח פרה ונטרפה כבר נשתמש הלוקח בהמקח ונהנה ממנו אמרינן דהי'

רוצה להכניס א"ע באותו ספק דאל"כ לא הי' מניחו המוכר להשתמש בו מספק. אבל בכתובה שלא נכנסה עדיין לחופה. וודאי אמרינן דלא כתב אלא ע"מ לכנסה. ולחילוק זה כיוון גם הנתיבות בסי' ר"ל מדעתו. וא"כ ה"נ בנ"ד ובנידון דהש"ך והב"מ דלא בא עדיין דמי המכירה ליד המוכר ולא נהנה עדיין כלל. אמרינן דוודאי אדעתא דהכי לא מכר ולא הי' רוצה להכניס א"ע לספק כלל. ובנ"ד ג"כ כיון דלא בא עדיין היין לידו ולא נשתמש בו עדיין וודאי אמרינן דאדעתא דהכי לא נתחייב במחירו. תירוץ השני תירץ הנתיבות בסי' ר"ל הנ"ל דלוקח פרה ונטרפה אמרינן כיון דהפרה כבר שלו אמרינן נסתחפה שדהו ומזלו גרם אבל בכתובה וכן ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דהבעל מת. דל"ש לומר נסתחפה שדה שלה דאין הבעל שדה של האשה שפיר אמרינן אדעתא דהכי לא נחית עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד ובנידון של הש"ך והב"מ דהלוקח מת או העני דל"ש מזלו של המוכר גרם דאין הלוקח שדה של המוכר שפיר אמרינן אדעתא דהכי לא מכר ולא קנה וה"נ מה שהעני רפנ"א ולא נתן היין ל"א נסתחפה שדהו ובטל המקח והחיוב תשלומים: **עוד** כתבו שם התוס' בכתובות לחלק בין אם הדבר תלוי בדעתו לבד או תלוי גם בדעת אחרים וביבמה תלוי בדעתה לבד דלא איכפת לי' להבעל במה שיהי' אחר מיתתו ולכך אמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. א"כ בנ"ד ובנידון דהש"ך והב"מ דמת הלוקח או העני דמה נפקא לו בזה אם יקח הבע"ח הצמר או המוכר. דב"כ וב"כ יהי' לוה רשע וכו' או אצל הבע"ח או אצל המוכר. וכן בנ"ד מה איכפת לי' לרפנ"א אם יהי' לוה רשע אצל ראובן או אצל שמעון שפיר אמרינן דשמעון אדעתא דהכי לא קנה היין כיון דבדעתו לחוד תלוי. דלרפנ"א המוכר לא נ"מ מידי בזה וכיון דבטל קנין היין למפרע ממילא בטל חיוב תשלומי הוועקסיל במחיר היין כיון דלא קנה היין כלל. וכן לפי חילוק של המל"מ פ"ו מה' זכי' הובא בנתיבות הנ"ל דיש חילוק בין יש הפסד לחבירו כמו בלוקח פרה ונטרפה דיש הפסד למוכר אם נאמר שהמכירה בטילה. דיהיב לי' פרה טובה ומחזיר לו פרה טריפה. אבל בכתובה דכשימות תחזור היא ותעשה פנוי' כבראשונה. וכן בזבין ולא איצטריכא לי' זוזי דזוזי יהיב וזוזי שקיל שפיר אמרינן אומדנא. וא"כ ה"נ דאם תתבטל המכירה לא יהי' הפסד ללוקח כלל דהא לא יהיב זוזי וכן בנ"ד דלית להמוכר פסידא במה שתתבטל מכירת היין דהא נשאר היין אצלו שפיר אמרינן אומדנא ונתבטל המכירה. וממילא אזדא חיוב דמי המכירה באופן דנ"ל שפיר לומר דאף אם נתן הוועקסלין הראשונים ע"ס שלשים אלף בתורת חיוב ג מור מ"מ כיון דראובן עצמו מודה דעשה זאת משום שקנה היין. וכיון דנתברר דלא נתן היין נתבטל המכירה והחיוב:

אמנם מה שיש לדון בזה על החילוף שנעשה אח"כ שראובן החזיר לו הוועקסיל ושמעון נתן לו וועקסלין של רפנ"א ובנו ע"ס שלשים אלף כתרים ונתן עליהם זשירא. דזה הי' אחר שכבר נודע לו שלא יתן רפנ"א היין. וכבר התפשר עמו על מעות וקיבל ממנו ווטקסלין ונתנם לראובן בשביל חובו ונתן זשירא שלו. א"כ נעשה אז ערב על הסך הזה. ויתחייב עכ"פ מדין ערבות. ומה שטוען שמעון שהוא ערבות לאחר מ"מ הנה אם ערב אחר מ"מ משתעבד בשטר הוא מחלוקת הפוסקים הרמב"ם והראב"ד והרמ"ה עיין בחו"מ סי' קכ"ט ס"ד אבל מ"מ נראה דאינו ענין לכאן דשם הוא משעבד עצמו לטובת הלוה. לכך אחר מ"מ דלאו על אמונתו הלוהו לא משתעבד אלא בקנין. אבל כאן דהי' וועקסלין שלו ביד ראובן שהי' חתום עליהם בתורת לוה (אקצעפטאנט) והתפשר עמו שיחזור לו הוועקסלין האלו. ונתן לו וועקסלין של רפנ"א ובנו. וחתם הוא עליהם בתורת ערב. ואם לא הי' נותן לו הזשירא על הוועקסלין השניים לא הי' מחזיר לו הראשונים א"כ אף אם נאמר דעפ"י דין הי' מוכרח להחזיר לו הוועקסלין הראשונים מטעם שכתבתי לעיל דהוי חיוב בטעות. מ"מ כיון דאין הדין ברור כ"כ. אמרינן בכה"ג עביד אינש דזבין דינא והוי כפשרה שהתפשרו הבע"ד בעצמם דלא בעינן קנין אף לענין להתחייב. כמו שהאריך בזה השער המשפט בסי' י"ב סק"ב. ומסיים שם ג"כ דאף אם טעה בדין לא מתבטל הפשר מה"ט דעביד אינש דזבין דינא. וא"כ א"צ כאן קנין מתורת ערבות רק מתורת מכירה. כמו שהסביר השעהמ"ש שם לענין פשרה כמה שזכה במקצת התביעה שוויתר לו חבירו נתחייב בדמיהם שהתחייב ליתן לשכנגדו בעבור זה. ה"נ במה שזכה בהוועקסלין שהחזיר לו ראובן. נתחייב לקיים מה שהתחייב להיות ערב בעד הוועקסלין של ר' פנ"א ובנו. כמו בכל הקנינים דבמה שקנה החפץ נתחייב בדמיו וא"צ לקנין ערבות כלל. ועיין בב"ש אה"ע סי' קס"ט סקנ"ב. דהיכא דמן הדין צריך לחלוץ אינה חייבת ליתן מה שהבטיחה לו ומסתפק שם הב"ש היכא דאיכא פלוגתת הפוסקים אם צריך לחלוץ האיך הדין אם מתחייבת במה שהבטיחה לו. ולפי הנ"ל לכאורה קשה. כיון דאין הדין ברור אם צריך לחלוץ. א"כ נימא עביד אינש דזבין דינא:

ואולי יתיישב בזה תמיהת הב"מ שם וס' ק"נ שהובא בפת"ש שם על הב"ש דמסיים כיון דהוי ספיקא דדינא אם צריך לחלוץ יכול לומר קים לי כהני פוסקים דא"צ לחלוץ ותמהו הב"מ והק"נ הנ"ל הא היא מוחזקת בשכירות והאיך הוא יכול לומר קי"ל להוציא ממנה. ולפי הנ"ל ניחא דכיון דאין הדין ברור דצריך לחלוץ. אמרינן עביד אינש דזבין דינא ומתחייבת בשכר שהבטיחה לו. וא"כ גם בנ"ד כיון דאין הדין ברור כ"כ אם שמעון הי' פטור מהוועקסלין הראשונים. מ"מ נהי דמן הדין לא היו יכולין לחייבו לשלם כיון

דהוא מוחזק. מ"מ בכה"ג אמרינן עביד אינש דזבין דינא. ומ"מ נראה דגם מטעם זה א"א להוציא ממון משמעון. דנהי דזה הוי כמכירה וכפשרה. מ"מ כ"ז ניחא אם הי' מתחייב א"ע בדבר ברור. אבל אם התחייב א"ע בדבר שהוא רק אסמכתא אם לא ישלם רפנ"א ובנו. א"כ לא גרע מהא דהלוהו על שדהו ואמר אם לא אפדה וכו' יהי' שלך דהוי אסמכתא. אף דקיבל מחבירו מעות הלוואה מ"מ לא נתחייב בזה בדבר שהוא אסמכתא. ה"נ לא נתחייב בקבלת הוועקסלין הראשונים לשלם הוועקסלין האחרונים של רפנ"א כיון דהוי אסמכתא. ודמי שוב לערב שלא בשעת מ"מ. דאינו מתחייב בשטר להני פוסקים הנ"ל ובשום קנין רק בק"ס משום דהוי אסמכתא:

ואמנם עדיין יש להסתפק בזה דהא מבואר בלח"מ פי"א מה' מכירה סוף הט"ו. דערבות ל"ה אסמכתא גמורה. מדמהני קנין ובאסמכתא גמור ל"מ קנין רק בבד"ח עיי"ש. ובסמ"ע סי' כ"א סק"ו לענין אמר אם לא אבוא עד זמן פלוני ליבטלן זכותי'. מחלק באם הנתבע אומר ליבטל זכותו דאז התובע בא ליטול צריך קנין בבד"ח. ואם התובע אומר כן דאז הוי לפטור סגי בקנין לחוד. ונראה טעמו בחילוק זה דאם הנתבע אומר כן דאז אף אם לא הי' אסמכתא הי' צריך קנין. לכך כיון דהוי אסמכתא ג"כ צריך קנין בבד"ח. אבל לפטור דאם לא הי' אסמכתא לא הי' צריך קנין כלל. דמחילה א"צ קנין. ולכך סגי בקנין לחוד לסלק האסמכתא. וא"כ מעתה נראה בערב ג"כ כיון דלא הוי אסמכתא גמורה וסגי בקנין לחוד לסלק האסמכתא אף לאחר מ"מ. אף דבלא קנין כלל לא הי' מתחייב אף אם לא הי' אסמכתא. כיון דלא על אמונתו הלוהו. א"כ היכא דגם בלא קנין הי' מתחייב כמו בנ"ד דהי' מתחייב ע"י החזרת הוועקסלין משום פשרה שנתפשרו בעצמם כמש"ל. א"כ אף דאיכא אסמכתא דערבות נחתינן דרגא אף דבערבות בעלמא בעינן קנין הכא סגי גם בשטר בלא קנין. וא"כ כיון דבלא"ה לדיעה אחת שבחחבר משתעבד בשטר לחוד לאחר מ"מ הכא דגם בלא השטר הי' מתחייב אי לאו משום אסמכתא. השתא מהני השטר לסלק האסמכתא. וי"ל עוד דהוי כעין ס"ס דילמא כדעת הסוברים דבשטר לחוד משתעבד. ואף לדיעה הב' דבשטר לא משתעבד. מ"מ הכא י"ל דגם דיעה השני' מודה והיכא דאיכא שטרא מוציאין ממון מס"ס. כמ"ש הנתיבות בדיני תפיסה כלל כ"ד ובביאורים שם אות כ"ד. ובפרט לפימ"ש המחנ"א ה' ערב סי' א' וב' דקבלן ליח בי' משום אסמכתא. דרק בערב י"ל דהי' סומך על מה שוודאי יתפרע מן הלוה. אבל קבלן כיון דיכול ליפרע ממי שירצה לא הוי אסמכתא ולכך כתב שם בסוס"י ב' דבקבלן לכ"ע משתעבד בשטר לחוד אף לאחר מ"מ עיי"ש:

וא"כ בהני וועקפלין דידן דאם ירצה ליפרע מהזיעראנט כמו מהאקצעפטאנט. אף דל"ד לקבלן ממש. דהא מתחלה צריך לעשות פראטעסט על האקצעפטאנט מ"מ לערב ג"כ לא דמי. דמהערב אינו יכול ליפרע רק אחר שיעמוד לדין עם הלוה ואינו מוצא מקום לגבות ממנו אף מזיבורית וממטלטלין. לכך הוא יותר אסמכתא משום דהי' בוטח ע"ז דוודאי ימצא לגבות אצל הלוה. אבל בהני זיערעס דידן דא"צ רק לעשות פראטעסט על הלוה ואז אם הלוה אינו משלם א"צ כלל לעמוד עמו בדין רק יוכל לתבוע ולגבות מהזיעראנט תיכף אף אם יש נכסים ללוה שפיר י"ל דל"ה אסמכתא כלל. וכיון דבלא"ה כבר כתבתי בשם הלח"מ דערבות ל"ה אסמכתא גמורה י"ל דכה"ג כ"ע מודו דל"ה אסמכתא ומשתעבד בשטר לחוד כן הי' נראה לכאורה לומר. אבל כ"ז אם הי' שמעון מודה שנתן הזיערע שלו בתורת ערבות לראובן בעד רפנ"א. אבל באמת הא שמעון טוען שלא הי' ערב כלל לראובן. ונתן לו הוועקסלין של רפנ"א בעבור חלקו. והזיערע נתן רק נגד הבאנק. שהבאנק לא הי' מחזירים הוועקסיל שלו עד שיהיו כל החתומים הראשונים. ובעבור זה נתן ראובן ג"כ זיערע שלו. וא"כ לא הי' שמעון ערב רק להבאנק שהבאנק היו יכולים לתבוע אותו ולא ראובן שהוא הלוה שהוא קיבל המעות לפימש"ל דהוועקסלין שנתן שמעון בראשונה לא הי' מחויב כלל לשלמם משום דנעשה הכל מחמת מכירת היין שהיתה בטילה מעיקרא כמש"ל. וא"כ נמצא דהסך שלשים אלף כ' שקיבל ראובן בהבאנק בראשונה הוא מחויב לשלמם. והוא לוה עליהם ושמעון הוא רק ערב. וא"כ בוודאי אין הלוה יכול לתבוע הערב שישלם בעדו. ואף דראובן מכחיש כ"ז בוודאי אינו נאמן להוציא משמעון דהממע"ה. שוב ראיתי דז"א כלל דהרי כיון דהוועקסלין שלנו יש להם דין שטר דאינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש התומים והנתיבות בסי' ס"ט. א"כ אינו נאמן הלוה או הערב החתום עליו לומר ג"כ אמנה או איזו תנאי כיון דאין לו מגו דפרעתי עיי"ש בסי' ס"ט ס"ב. וכיון דשמעון חתום על הוועקסיל בתורת זיעראנט בסתם ואם הי' ראובן מוסר הוועקסיל עם הזיערע של שמעון לשום אדם הי' שמעון מחויב לשלם דנתחייב דכל מי שמוציאו. גם עכשיו שהוא ביד ראובן אינו נאמן שמעון לומר שלא הי' ערב לו רק נתנו לו שיתנו לבאנק כטענתו. וא"כ שוב חוזר הדין למש"ל. דאף דלא הוי בשעת מ"מ מתחייב מהטעמים שכתבתי לעיל. ונ"ל לחזק עוד ולהוסיף טעמים דלא הוי אסמכתא עפי"ד תשו' הרשב"א שהובא בקצרה ברמ"א סי' ר"ז סט"ו דאם השלישו משכונות ושטרות במשפטי עכו"ם זנג"ז ל"ה אסמכתא דדמ"ד. ולכאורה הדברים תמוהים דהא קיי"ל בסי' שס"ט ובסי' ע"ג בש"ך דבדבר הנוגע בין אדם לחבירו ל"א דדמ"ד. אך בב"י שם הובאו דברי הרשב"א באריכות עיי"ש במחו' מ"ו ומ"ז

שהמעשה הי' בשנים שנתעצמו בדין על בנין אחד והסכימו ביניהם כמו שגזרו עליהם אומני העיר בקנס כ' דינרים מחצית לבנין העיר ומחצית לחבירו ונתנו משכנות ע"ז וגם עשו שטר עשוי בגופן שלהם וכתב הרשב"א טעמים לומר דל"ה אסמכתא חדא כיון דתלוי בדעת אחרים וכו' עיי"ש ועוד כיון דנתן משכנות ע"ז שחצי' יהי' לבנין העיר וידוע באמת שיפרע חלק בנין העיר ולא ינצל מטעם אסמכתא א"כ בדווקא התנה ומחויב ליתן גם המחצה לחבירו. דאין לומר דבמחצית התנה בדווקא והמחצית האחר באסמכתא כיון דבדיבור אחד אמרה ואין דיבור אחד מתחלק לב'. ועוד שכל שאומר מעכשיו אין בו אסמכתא. וכיון שיש כאן שטר הוי כמעכשיו. דזמנו של שטר מוכיח כדר"י. ואית במה נתחייב זה הא ליכא קנין וכו'. אין זה כלום שהרי נתקיימו חיוביהם בשטר אעפ"י שנעשו בגופן של עכו"ם דדמ"ד עכת"ד. וא"כ הא דקאמר דדמ"ד לאו לענין אסמכתא רק להכשיר השטר העשוי בגופן של עכו"ם. ובזה קיי"ל גם אנן בסי' ס"ח דכשרים. ועיקר טעמו לסלק האסמכתא מטעמים שכתבתי ולפלא מאד על הרמ"א שקיצר בהעתקתו ונתן מקום לטעות:

אמנם בנ"ד איכא ג"כ תרי טעמים של הרשב"א הנ"ל. חדא כיון דזה מודה דנתן הזיערע בשביל הבאנק. וא"כ לענין זה לא הי' מועיל לו שום טענה של אסמכתא דהבאנק לא הוי צייתי לדיני ישראל הוי ממש כמו שם כיון דהמחלה של בנין העיר הי' יודע שיהי' מוכרח לשלם דהעכו"ם לא ישמעו לדיני אסמכתא ונכנס ע"מ לשלם גם מחצה של חבירו בדווקא. ה"נ כיון דידע דבחתימתו יהי' מוכרח לשלם להבאנק. א"כ גם נגד ראובן חייב דנחית ע"מ לשלם. וגם טעם השני איכא. כיון דיש זמן בהוועקסיל הוי כמעכשיו. ואף דבמעכשיו גופא איכא שני דיעות שם בסי' ר"ז סי"ד אם מסלק האסמכתא. מ"מ שוב איכא ס"ס מעליא דילמא כדעת הסוברים דערב לאחר מ"מ משתעבד בשטר לכ"ע דל"ש אסמכתא בערב. ודילמא כדעת הסוברים דהיכא דאיכא זמן דהוי כמעכשיו ל"ש אסמכתא. ובס"ס מוציאין ממון היכא דאיכא שטרא כמש"ל בשם הנתיבות. וגם י"ל עוד דהא מבואר שם ברמ"א סט"ו דאם כתוב בשטר דקנו בבד"ח. אף דידעינן דלא הי' בבד"ח מ"מ מהני מטעם הודאת בע"ד והסביר שם הסמ"ע בסקמ"ב דאף דידעינן בבירור דלא הי' בבד"ח מ"מ אנן סהדי דגמר והקנה עיי"ש באריכות. וסברתו נראה דאף דעכשיו אנו יודעין בבירור דלא הי' בבד"ח דהיינו ע"י הודאת בע"ד חבירו וכדומה מ"מ כיון דבשעה שציווה לכתוב שהקנה בבד"ח הי' לו לחשוב דילמא יבוא השטר אח"כ לפני ב"ד שלא ידעו שלא הי' בבד"ח. ובע"ד חבירו ג"כ לא יודה בזה ויהי' מחויב לשלם מחמת הודאתו א"כ בע"כ דנחית ע"מ לשלם וגמר והקנה. א"כ ה"נ כיון דחתם על הוועקסיל בסתם

ונתחייב לכל מי שמוציאו ואם הי' ראובן מוסר הוועקסיל ליד אחר הי' מחויב לשלם גם בדיני ישראל דהא בהוועקסיל לא נזכר שחתימתו הי' לאחר מ"מ. שחוב זה כבר הי' חייב רפנ"א ובנו. דהוועקסיל הרי הוא ככל הוועקסלין. ופשיטא דהי' מחויב לשלם כדין ערב בשעת מ"מ. א"כ אף דאנן ידעינן דהמעשה הי' שרפנ"א נתן הוועקסיל הזה על חוב ישן. מ"מ כיון דשטרא סתמא כתיב נחית שמעון ע"מ לשלם וגמר והקנה. ונ"ל דזה טעמו של הרא"ש בתשו' שהביא הרמ"א שם בסט"ז דיש מקומות שהי' נוהגין לכתוב שני שט"ח גמורים והשלישו ביד שליש שמי שיעבור יתן שני השטרות לשכנגדו. דבזה ל"ה אסמכתא. כיון דנתחייב סתם. אלא שהתנו שהשליש יוכל למחול. עיי"ש בתשו' הרא"ש בעצמו שלכאורה אין הדבר מובן כלל. דהא מ"מ אנן ידעינן דלא נתחייב בקנס אלא אם יחזור והוי אסמכתא. אלא בע"כ ג"כ מטעם הנ"ל כיון דשטר סתמא כתיב בלי שום תנאי. ויודע שאם יתן השליש השטר לשכנגדו. יהי' מחויב לשלם ולא יהי' לו שום טענת אסמכתא. דהא בשטר לא הוזכר כלל התנאי. א"כ גמר והקנה בדוקא כנ"ל. וא"כ מכל הלין טעמי לכאורה שורת הדין נוטה שמחויב שמעון לשלם מחמת הערבות אחר שישבע ראובן שנתן לו הזיערע בתורת ערבות גמורה שיתחייב לשלם לראובן אם לא ישלם הרפנ"א ובנו ולא רק בתורת אמנה ליתנו להבאנק, אלא שקשה מאד להעמיד על סברות. ולית מאן דחכים למידן. ונכון מאד להכניס א"ע בפשר בכל היכולת רק קרוב לד"ת:

וזאת לדעת כי מה שבניתי לעיל על דברי הנתיבות דבשטר מהני ס"ס. היינו אם השטר עוד בתוקפו כפי שנראה מהטענות שחתנו של ראובן לקח בחזרה מהבאנק הוועקסיל של הסך 21000 כ'. ויש עוד הוועקסיל תח"י וכן הוועקסיל השני של תשעה אלפים דכפי הנראה מחמת המאראטאריום יש להם עדיין תוקף וועקסיל עפ"י דד"מ אבל אולי כבר אבדו הוועקסלין תוקפם עפ"י דד"מ אזדא לי' טעם הנתיבות הנ"ל ואין להוציא ממון מס"ס. עיין פ"ת חו"מ סי' ס"ט סק"ד בשם תשו' נוב"י סי' י' וגם נאמן שמעון בטענתו שלא נתן הזימרע בתורת ערב נגד ראובן במגו דפרעתי כיון דהכת"י אבד תוקפו עפ"י דד"מ כמ"ש הנוב"י הנ"ל:

ועל מה שטוען ראובן שיודא אחיו של שמעון אמר לו שנתן לשמעון על החוב של ראובן סך חמשה ועשרים אלף כ'. הרי שמעון אומר להד"ם. ומה שתפס מאחיו יודא על חובו תפס וודאי דנאמן ע"ז בטענתו. ואם צריך לישבע ע"ז או רק קב"ח כטענת ספק. עיין חו"מ סי' מ"ה סכ"ג בהג"ה ובש"ך שם ס"ק פ"ב ופ"ג לענין הוגד לו מפי קרוב. אך בלא"ה

צריך לישבע שבועת השותפות על היין שקנו מטענבים. שטוען ראובן שלא נתן כ"כ מעות וממילא יגלגלו עליו גם הטענה הנ"ל:

אך מה שתובע עוד שמעון בחזרה סך שמונה אלפים כ' ששילם בעד ראובן הנה בהא וודאי כיון דראובן מוחזק יכול לומר קי"ל כדעת הפוסקים הנ"ל דערב לאחר מ"מ משתעבד בשטר ג"כ:

העולה מדברינו אלה. דאם יש ביד ראובן הוועקסלין הנ"ל שנתן שמעון זשירא שלו עליהם שורת הדין נוטה לענ"ד דמחויב שמעון לשלם מתורת ערבות אחר שישבע ראובן שהזיערט של שמעון הי' בתורת ערבות ואם אין הוועקסלין ביד ראובן או שאינן בתוקפן ישבע שמעון שלא נתן הזיערא רק נגד הבאנק ויכלול ג"כ בשבועתו שלא נתן לו יודא אחיו בשביל ראובן הסך 25000 כ' שטוען. וגם שנתן לטענענבוים כל הסך 26000 כ' ויופטר מכל טענות ראובן וראובן ג"כ ישבע ששמעון נעשה ערב לו ויופטר מהסך שתובע ממנו שמעון בחזרה כמש"ל. כ"ז נלע"ד לדינא. אבל יען שאנכי בורח תמיד בכל היכולת מלדון ד"ת לכן אבקש גם מכתה"ר שיראה בכל היכולת לפשר בזה להקל מעלי עול המשפט זה. שלא יכולתי להשיב פני כתה"ר למנוע תשובתי ממנו:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן טו

בעזה"י בסוגיא דפרה וטלית ב"ב (דף מ"ד)

שייך לחו"מ סי' ל"ז:

עיי"ש בש"ס משום דבעי למיתני סיפא מכר לו פרה וכו' דהוה לי' יאוש וש"ר וכו' תנא רישא נמי עיי"ש ובתוס' ד"ה דווקא הקשו למאי דמשמע בירושלמי דגם בקרקע שייך יאוש א"כ גבי בית ושדה נמי מייאש ולאו נוגע הוא. ונלע"ד ליישב. וניישב ג"כ תמיהת הש"ך בסי' ל"ז ס"ק כ"ט על התוס' והרשב"ם דכתבו דאיירי רק שלא באחריות אבל באחריו' כיון דלית לי' פסידא מפיק לי' מלוקח. מאי טעם יש לזה עיי"ש בתמיהתו:

אך נ"ל לישב דהנה כבר ידוע תמיהת הראשונים על הרמב"ם דגם ביאוש וש"ר צריך הלוקח ליתן דמיו א"כ שוב הוי נוגע. ואמנם בש"ך סי' שנ"ג ס"ק ה"ו כתב דהרמב"ם מודה בלוקח מגנב שאינו מפורסים ורק בגנב מפורסם כיון דבאיסורא אתו לידו מה שקנאו מגנב לכך לא הוי יאוש וש"ר מעליא וצריך להחזיר דמיו ול"ק מש"ס הנ"ל דשם איירי בגנב שאינו מפורסים:

אבל לדידי קשי' עדיין דכיון דוה מיקרי באיסורא אתי לידי' וכדמבואר בסי' שס"ט דאסור לקנות מגנב ולסעדו על שינויו עיי"ש בסמ"ע סק"א דגם ע"י ש"ר אסור לקנותו. וא"כ

לפי"מ שמבואר בראשונים הטעם דשינוי רשות קונה לאחר יאוש הוא משום דלהלוקח בהיתרא אתי לידי' זוכה מהפקר. א"כ שוב היכא משכחת דבגנב שאינו מפורסים לא יהי' צריך להחזיר דמיו לשיטת הרמב"ם הנ"ל הא ממ"נ קודם שנודע לו שגזולה היא לא קנה לי' כלל דאיסורא לא ניחא לי' דליקני כיון דאסור לקנות גם לאחר יאוש כדברי הסמ"ע הנ"ל. ואי לאחר שנודע לו שגזולה היא ורוצה לקנותו אז. א"כ אז שוב הוי כמו בלוקח דבר שיודע שהוא גנוב דצריך להחזיר דמיו לשיטת הרמב"ם דלענין זה הוי כבאיסורא אתי לידי' לדברי הש"ך הנ"ל:

אך נ"ל לחלק בזה דלכאורה אינו מובן אמאי לאחר יאוש דהוי הפקר אסור לאדם לזכות בו מ"ש מיאוש דאבידה דמותר כל אדם לזכות לאחר יאוש. ומאי מסייע ידי עוברי עבירה איכא הא הגזלן צריך ב"כ וב"כ להחזיר הדמים שקיבל בעד הגזילה. וגוף הגזלה אמאי לא יוכל הלוקח לזכות מהפקרא דהא הוא לא עביד איסורא. ומ"ש מאבידה. אך נ"ל עפימ"ש התוס' בקידושין וב"ב. לענין עני המהפך בחררה דלזכות מהפקר מותר כיון דאינו מצוי לו במקום אחר. אבל בדמים כיון דיכול לקנות במק"א אסור. א"כ נכון שפיר דבאמת לעולם בין באבידה בין בגזילה יש סברא לומר דבעליו קודמים כיון דיצא מרשותם שלא מדעתם אסור לכל אדם לזכות בו רק להחזירו לבעליו וכעין שכתב הט"ז בהלכות פסח לענין חמץ שמכרו לנכרי. רק כ"ז בגזילה דאינו יכול לקחתו מיד הגזלן בלי דמים וכמבואר בש"ע חו"מ שם סי' שס"א סעיף ה'. דאינו יכול ליקחו מהגזלן בע"כ. וכמבואר בתוס' ב"ק (דף ס"ט ע"א) ד"ה כל דצריך עכ"פ ליתן להגזלן דמיו. וא"כ כיון דב"כ וב"כ צריך ליתן דמיו שוב אסור לזכות בו כיון דיוכל לקנות במק"א אבל ביאוש דאבידה דהמוצאו זוכה בו וא"צ ליתן דמיו שוב שפיר מצי לזכות בו כיון דמהפקירא זכי ואינו מצוי במק"א כס' התוס' וזה סברא ברורה מאד לענ"ד:

וא"כ נכונים שפיר דברי הרמב"ם וגם דברי התוס' והרשב"ם דלכך פירשו דאיירי במכר שלא באחריות וא"כ אף כשנודע לו שהיא גזולה לא יהי' צריך המוכר שהוא הגזלן להחזיר לו דמיו כיון דלקח שלא באחריות. א"כ בע"כ דעתו לזכות בו מתורת הפקר לאחר יאוש. מאי אמרת איסורא לא ניחא לי' דליקני ז"א הא כיון דא"צ ליתן דמים דהא כבר נתן דמיו ואם לא ירצה לזכות יהי' דמיו נחלטים ואדרבא אית לי' פסידא שפיר עדיף יותר מס' התוס' הנ"ל בהפקר ומותר לזכות בו. אבל באחריות דאף אם לא ירצה לזכות כשיוודע לו שהיא גזולה לא יהי' לו פסידא ויהי' צריך המוכר להחזיר לו דמיו. א"כ שוב כיון שנותן דמיו ויכול לקנות במק"א שוב אסור לו לקנות ואמרינן איסורא לא ניחא לי' דליקני ואי דאמר בפירוש שרוצה לזכות בו אף לאחר שנודע לו ז"א דאז שוב

צריך להחזיר דמיו לשיטת הרמב"ם והש"ך הנ"ל כיון דיודע שהוא גזול ורוצה לזכות בו הוי באיסורא אתי לידי' ונכונים שפיר דברי התוס' והרשב"ם הנ"ל דכתבו דאיירי רק שלא באחריות:

ולפי"ז א"כ יש לישב קושית התוס' מקרקע לשיטת הירושלמי הנ"ל דהנה עדיין צריך לישב תמיהת הש"ך השני' על ס' תוס' הנ"ל דהא גם בלוקח שלא באחריות לית לי' פסידא דהא הנגזל צריך להחזיר דמיו משום תקנת השוק. אך לפי הנ"ל ג"ז לק"מ לפימ"ש הרמ"א בסי' רל"ז דגם בלוקח בזול הוי כמציאה והפקר וא"כ לכאורה כיון דסתם גזלן מוכר בזול א"כ גם באחריות אמאי אסור לזכות לפי הנ"ל. אך באמת ז"א דהא באחריות קיי"ל דאף לוקח מגזלן יש לו שבח, וא"כ בלא"ה אף אם לא יזכה בו מחויב המוכר ליתן לו כל דמי שוויו כמבואר בסי' קי"ו בחו"מ ועיין בסי' שע"ג בש"ך בשם הראב"ן ובש"ך בסי' ס"ו ס"ק קי"ב. וא"כ אינו מפסיד מידי ובדמים האלו יוכל לקנות במקום אחר. אבל שלא באחריות דמשום תקנת השוק אינו מחויב הנגזל לו רק מה שנתן להמוכר א"כ שוב כיון דהגזלה שוה יותר מותר לזכות בו מהפקר דדמי למציאה לשיטת הרמ"א הנ"ל:

וא"כ נכון שפיר קושית התוס' הנ"ל מקרקע דהנה הא ידוע דקרקע אינה נגזלת ואין הגזלן חייב בדמי' רק כל שהיא בעין נוטלה הנגזל בחזרה וא"כ לכאורה נראה לשיטת הירושלמי דקרקע נקנה ביאוש וש"ר א"כ לא מיבעיא אם בא אחד וזכה בה לאחר יאוש ולא נתן דמים להגזלן בוודאי דהנגזל מפסיד גם דמי הגזילה דהא הגזלן לא נתחייב בדמי' וגם ל"ש ס' התוס' דהזוכה מחויב ליתן דמים להגזלן כיון דצריך לפטור בו מהנגזל דז"א דכאן הגזלן אינו מחויב כלל בדמים בקרקע אלא אף אם הגזלן מכרן שלא באחריות א"צ להחזיר הדמים דהא באמת המכירה לא היתה מכירה כלל דהא מכר דבר שאינו שלו ורק הלוקח זכה בעצמו מתורת הפקר בה לאחר יאוש אבל המעות הוי מתנה ומה לו להנגזל בזה. כן הי' נראה ברור בסברא. אך באמת ז"א כמ"ש הנתיבות בסי' שנ"ו סק"ד דבכה"ג יכול הנגזל לומר דניחא לי' בהמקח ואין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו והוי כאלו עשה בשליחותו עיי"ש ואמנם לפי"ז א"כ פשיטא דכשבא הנגזל להוציא מיד הלוקח דצריך ליתן לו כל שוויו דהא כיון דבע"כ אמרינן דהוי כאלו עשה בשליחותו א"כ הא אמרינן דאף בלא אחריות דעכ"פ אחריות דנפשי' קיבל עליו וא"כ אם הוא עצמו רוצה להוציאו מיד הלוקח אף אם הלוקח לא ירצה לזכות בו מהפקר יהי' צריך הנגזל ליתן לו כל דמי שוויו מחמת אחריות דמשלם גם שבח וא"כ שוב לית לי' פסידא ואסור לזכות בו כלל ודו"ק בכ"ז:

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשו כולם על הרשב"ם והתוס' דהא הש"ס מוקי בדמית הגזלן ובע"כ לא הניח אחריות נכסים דאל"כ שוב הנגזל אינו מייאש מדמיו וגובה מהיורשים כמבואר ר"פ הגוזל ומאכיל. וא"כ כיון דלא הניח הגזלן אחריות נכסים שוב גם באחריות אית לי' להלוקח פסידא דהא אין לו ממי לגבות דמי האחריות וגם הקשה הש"ך הנ"ל דמדברי הרמב"ם והמחבר מוכח דאף באחריות יוכל להעיד:

אך לפי הנ"ל ניחא דהא ידוע שיטת הרמב"ן דבאבידה באתי לידי' קודם יאוש אף דל"ש באיסורא אתי לידי' דהא לא עביד איסורא מ"מ אינו קונה אח"כ ביאוש כיון דכבר נעשה שומר עליו וידו כיד הבעלים ול"ש יאוש. וא"כ ה"נ כיון דקנה קודם שמת הגזלן ואז הי' אסור לזכות בו עדיין כיון דיכול לגבות דמי אחריותו מהגזלן ולית לי' פסידא. וא"כ כיון דאז אמרינן דוודאי איסורא לא ניחא לי' דליקני א"כ נעשה אז עליו כשומר אבידה כמבואר בסי' שמ"ח בהג"ה. וא"כ אז אף דמית גזלן שוב אינו יכול לקנותו ביאוש דהא כבר נעשה עליו שומר. ואמנם כ"ז למאן דס"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל גם שינוי רשות ואח"כ יאוש קונה. א"כ בע"כ דלא ס"ל כנ"ל וקונה אף שבא לידו קודם וא"כ לכך לא מחלק שפיר בין קנה באחריות או לא כיון דאח"כ מית גזלן ואין לו ממי לגבות אז ממילא שוב יוכל לזכות בו בתורת יאוש וכנ"ל:

ומדוקדק בזה דקדוק נכון בדברי הרשב"ם הנ"ל בסד"ה ופרקינן שכתב דאיכא למ"ד בהגוזל דש"ר ואח"כ יאוש ל"ק אבל ביאוש וש"ר הכל מודים דקנה לוקח ודבריו לכאורה אינם מובנים לענין מה הביא זאת ולפי הנ"ל ניחא דכתב לפרש דבריו דמש"ה מוקים רק שלא באחריות דאי באחריות אף דאח"כ מית גזלן מ"מ הוי כש"ר ואח"כ יאוש דל"ק וכנ"ל כיון דבשעה שבא לידו לא יכול אז לקנות. ואדרבא נ"ל דסברת הרשב"ם הוא עוד יותר מהרמב"ם. דלהרמב"ם לפי שיטת הש"ך גם בגנב מפורסם רק דמים צריך ליתן כיון דבאיסורא אתי לידי' אבל גוף החפץ קנה (דהוא דחוק באמת דאם מיקרי באיסורא לידי' אף גוף החפץ לא ליקני) והרשב"ם ס"ל באמת מה"ט באחריות דאסור לזכות בו כנ"ל אף גוף החפץ ל"ק דל"ש ש"ר כיון דבאיסורא אתי לידי'. וכמובא באמת בסי' שס"א דיעה זו ורק שלא באחריות כיון דמותר לזכות בו אז הוי שינוי רשות שפיר:

סימן טז

שלום אשיב לכבוד נכד גיסי ומילחי"ב הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי שושילתא דיחוסא מו"ה **נפתלי הירץ** סג"ל **לנדא** אבד"ק **בורשטין** יצ"ו:

מכתבך לנכון הגיעני וע"ד שאלותיך הנה אודות הלעטות העופות נשתרבב הדבר הזה מעת המלחמה שהי' הרבה מאנשי מדינתינו מגורשים בארצות אונגארן בעהמען

מעהרען. וראו שם הדבר הזה והתחילו לנהוג כן גם בבואם לביתם. וגם כאן הי' כאלו ונודע לי מזה ונתתי פקודה חזקה להשובי"ם שלא ישחטו עופות כאלה שיהי' נראה להם שהלעיטו אותם כי השובי"ם מבינים ע"ז ובעזה"י נשתקע הדבר ובתחילה סיפרו לי השובי"ם שהי' אנשים כאלה שהי' אומרים שאם לא ישחטו להם ינחרו העופות ואמרתי להם שלא ישגיחו ע"ז הלעיטהו לרשע וכו'. וכן השבתי לאיזו מקומות וחלילה לנו לחפש שום קולות בדבר שאבותינו ואבות אבותינו נהגו איסור:

וע"ד שאלתך השני' במי שהי' לו דו"ד עם חבירו בערכאות ונשבע שם על טענתו ואח"כ בא הדבר לד"ת ונתחייב שבועה אם נפטר בהשבועה שנשבע בערכאות. והבאת ע"ז מספרי האחרונים שאינם תח"י וגם הבאת משם הגאון מהרש"ם שבא בדרך מט"ב דאם לא נאמינו על השבועה הראשונה בע"כ אתה מוכרח לומר דנשבע לשקר. א"כ הרי הוא חשוד על השבועה ומה תועיל השבועה האחרונה עכת"ד. ואמנם אי משום הא לא איריא. דטענה זו הוא טענת התומים בסוס"י פ"ז על הדין דאם נשבע שלא בנק"ח צריך לישבע עוה"פ בנק"ח טורח שבועה זו למה אם תרצה לומר דנשבע לשקר הרי הוא חשוד לעבור על השבועה מה תועיל השבועה השני'. אך לענ"ד יש לישב עפי"מ שאמרתי לישב דברי המהרי"ק שהביא המחבר ביו"ד סוס"י א'. דאחד שהעיד שראה השוחט שחט שלא כהוגן הוא עצמו מותר מכאן ולהבא לאכול משחיטתו דכיון דבדעת השוחט תליא מילתא ובתשובה מיתכשר עיי"ש. ותמהו הפר"ח והתב"ש. דמ"מ שאחד"א דהרי הוא אומר שהוא רשע ולע"ע לא עשה תשובה. אך י"ל עפי"ד הסמ"ע סי' צ"ב סק"י לענין ספק מלוה ישינה. דאף דכופר בפקדון שהפקיד אצלו בעדים פסול לעדות ושבועה. ולא מכשרינן לי' משום ספק מלוה ישינה. מ"מ אם תבעו הפקדתי בידך או לקחת ממני ממון או חפץ והוא כופר משביעין אותו ול"א מיגו דחשוד אממונא. משום שמא מלוה ישינה יש לו עליו. ומ"ש ביש עדים ל"א ס' מלוה ישינה עיי"ש וצ"ל הטעם דבדבר שהוחזק בעדים והעדים מעידים בב"ד שגנב או שכופר בפקדון הוא וודאי חשוד דהתורה אמרה להאמין לשני עדים. א"כ א"א להכשירו משום ס' מלוה ישינה דאין ס' מוציא מידי וודאי. וכעין שכ' הרמב"ן במלחמות ביבמות דבשני עדים ל"א בדדמי. משום דהתורה האמינתם אתם מה לכם בכך עיי"ש. משום דכשהתורה אמרה עפ"י שני עדים יקום דבר. התורה נתנה גבול שעפ"י שני עדים יתקיים כל דבר. ואין לנו לחפש ספיקות וחששות לבטל דבריהם. דאל"כ לא יהי' קיום לשום דבר בעולם לא יהרג אדם לעולם ולא יופסל לעולם ולא יתחייב לשלם לעולם דבכל דבר אפשר למצוא חששות וספיקות דילמא אמרו בדדמי ודילמא הי' לו ס' חלום ישינה וכהנה וכהנה. ולכן נתנה התורה גבול דעפ"י שני עדים

בהכרח יתקיים דבר. ומתוקים מאד דברי הרמב"ן הנ"ל דאף דבע"א במלחמה חיישינן לבדדמי. מ"מ בשני עדים דרצון התורה הי' שיהי' גבול לדבר שעפ"י שני עדים יקום דבר. אמרינן התורה האמינתם אתם מה לכם בכך לחפש חששות דילמא אמר בדדמי ולכן ל"א ג"כ להכשירו משום ס' מלוה ישינה. אבל היכא דליכא עדים רק הוא עצמו אמר שהפקיד אצלו והוא כופר דכאן לא הי' רצון התורה להאמינו לפוסלו. דהא אדרבא אינו נאמן עליו כלל כיון דאינו רק ע"א וגם הוא נוגע. רק דתרצה לומר דלא ניתן לו שבועה ג"כ משום דאם הוא חשוד אממונא חשוד אשבועתא. בזה אמרינן אדרבא כיון דכ"א יש לו חזקת כשרות אמרינן דילמא הא דכפר אממונא הוא משום ס' מלוה ישינה וכשיזכור עצמו יחזיר אבל על שבועה וודאי לא יעבור משום דליתא בחזרה:

וא"כ נכונים ג"כ דברי המהרי"ק הנ"ל דלעולם גם היכא דאיכא שני עדים שהוא רשע לא הי' לנו לפוסלו משום דילמא עשה תשובה כדאמרינן גבי מקדש אשה ע"מ שאני צדיק ונמצא רשע אמרינן דילמא הרהר תשובה בלבו אלא היכא דאיכא שני עדים לפוסלו אמרינן כיון דהתורה אמרה עפ"י שני עדים יקום דבר הוי כוודאי ואין ס'

סימן יח

שלום אשיב לכבוד הרב החריף ובקי וכו' מו"ה **בנציון** נ"י מו"צ ומ"מ בק"ק **הרובשוב** יצ"ו:

מכתבו במועדו לנכון הגיעני ויסלח לי על מניעת תשובתי עד כה כי אז הייתי טרוד בתשובה נחוצה בשאלת עגונה ואח"כ הייתי מוטרד בנסיעתי לכאן ועתה פניתי לעיין בשאלתו. ונלע"ד דהדין עם הלוקח שקנה בכסף דאף דהוי באתרא דכתבי שטרא מ"מ צדקו בזה דברי כת"ה דהא עשה חזקה בגופו של הבית בתיקון הכתלים והגג וכדומה מה שאינו שייך לשוכר. ומה שדן כת"ה בזה מדברי הרדב"ז שהביא המחנ"א שהשוכר שדר בה לא מהני לו חזקה נלע"ד דכ"ז היכא דקונה בחזקה לחוד אבל כאן באמת יש כאן קנין כסף דשטרי דידן שטרי ראי' נינהו דהא נעשו בערכאות דהיינו הנאטאהר ועידיו כותים דא"א להיות שטר קנין כמבואר בח"מ סי' ס"ח. ובשטרי ראי' מבואר בב"י סי' ק"צ הובא בחי' נתיבות שם סק"י דקונה למפרע משעת נתינת הכסף דעיקר הקנין הוא נתינת הכסף והשטר הוא רק כמו תנאי דלא סמכא דעתי' בלא שטרא אבל עכ"פ עיקר כוונת הקנין הוא בכסף בזמנינו שהשטר הוא רק שטר ראי' כמש"ל וא"כ לפי"מ דאמרינן דבחזקה לא בעינן שטר בע"כ דבחזקה כיון דהחזיק בגוף הקרקע סמכא דעתי' לקנות גם בלא שטר כמו שכתב הסמ"ע בסי' קצ"ב וא"כ היכא דאיכא קנין כסף אז החזקה דאח"כ א"צ שיהי' גופה קנין דא"צ רק שיהי' סמכא דעתי' ואז נגמר הקנין כסף למפרע וא"כ אין שייך כלל

כאן ס' הרדב"ז דלהשוכר שדר בה מעיקרא לא מהני החזקה דז"א דזה רק היכא דליכא קנין כסף וצריך שתהי' החזקה גוף הקנין אז צריך שתהי' החזקה מוכחת על הקנין וכיון דכבר דר בה מעיקרא בתורת שכירות ועושה בלא"ה החזקה הזאת אין החזקה מוכחת שהיא קנין אבל כאן דיש כאן קנין כסף מעיקרא והחזקה בעינן רק כדי שיהי' סמכא דעתי' יותר א"כ מכ"ש בדר בה מעיקרא ועושה מעתה תיקונים כדבר העושה בשלו כמו בנ"ד שכתב כת"ה וודאי יותר סמכא דעתי' ולא גרע משטרא דידן דא"א ג"כ להיות שטר קנין כיון דנעשה ע"י עכו"ם ואפ"ה מהני בתורת תנאי כיון דסמכא דעתי' עי"ז ה"נ לענין החזקה שעושה בגוף הבית דמהני אח"כ הקנין כסף גם להרדב"ז וזה סברא ישרה לכל מוצאי דעת ובפרט כיון דבלא"ה המחנ"א חולק על הרדב"ז הנ"ל ובפרט בנ"ד שתיקן הכתלים והגג שזה אינו עושה השוכר מעצמו בלא רשות הבעה"ב גם בדיניהם כידוע וא"כ החזקה הזאת מוכחת שפיר שקנה ועשה כאדם העושה בשלו וכיון דהיא שתקה ולא מיחתה הסכימה להקנין וארווחנא בזה שאין לפקפק ג"כ על החזקה הנ"ל הא בכל הקנינים צריך כוונת קנין דווקא חוץ מחצר עי' בנתיבות סי' ק"צ סק"ד דגם אומדנא דמוכח לא מהני בקונה ואף לדעת הראב"ד דדעת אחרת מקנה ל"ב כוונת הקונה היינו כיון דאיכא כוונת המקנה כמ"ש הקצה"ח בסי' ער"ה סק"ד וא"כ הכא בשעה שעשה הלוקח התיקונים בבית אולי לא היתה כוונתו לקנות בזה דהוא הי' סבור שכבר קנה הכסף ודומה לעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו והיא וודאי לא היתה כוונתה להקנות לו אז בשעה שעשה התיקונים להבית וליכא לא כוונת קונה ולא כוונת מקנה אבל לפימ"ש דכאן עיקר הקנין הוא הכסף שנתן מתחילה והחזקה הוא רק כמו תנאי שיהי' סמכא דעתי' ובשעת קיום התנאי וודאי לא בעינן כוונה כיון דבשעת עיקר הקנין דהיינו נתינת הכסף נתכווין לקנות דאדעתא דהכי נתן הכסף:

ועוד נלע"ד עפי"ד הש"ך בחו"מ סי' קי"ב סק"ב שכ' להכריע דמש"ה א"י לחזור משיעבוד דאקני כיון דאינו יכול לבטל גוף ההלוואה דהא אינו מחזיר לו מעותיו אינו יכול לחזור בו גם משיעבוד דאקני עיי"ש ובתומים תמה עליו דא"כ מוכר לחבירו דבר שלבל"ע ואינו מחזיר לו דמי המכירה ג"כ נימא דא"י לחזור מהמכירה עיי"ש ובנתיבות ונלע"ד דכוונת הש"ך הוא כעין דברי הקצה"ח בסי' רע"ח סק"ט דבכל דבר שא"א לבטל המעשה כגון שלא היו דיני תנאים שאין המעשה מתבטל ע"י ביטול התנאי מחויב לקיים התנאי מדין שכירות כמ"ש הרשב"א ביבמות לענין חליצה מוטעת עיי"ש וזה הטעם ג"כ דקיי"ל הזהב מחייב את הכסף דכיון דבמשיכת הזהב קנה הלוקח את הזהב דמטלטלין נקנין במשיכה ממילא אף דהמוכר לא משך את הכסף ולא קנה את הכסף בשום קנין מ"מ

כיון דהלוקח קנה את הזהב מחויב ליתן את הכסף כמו שכירות דמתחייב בלא שום קנין רק בגמר הפעולה:

וא"כ י"ל דזה ג"כ כוונת הש"ך דבשלמא במוכר דבר שלבל"ע וקיבל מעות כיון דקיי"ל דיכול לחזור בו ואם חוזר מחויב להחזיר הכסף א"כ לא נגמר שום קנין כלל דהמוכר לא קנה הכסף ומחויב להחזירו כשיהי' לו וממילא לא נתחייב בתורת שכירות לחת הפירות לכשיבוא לעולם דהלא לא נגמר הפעולה כלל דהפעולה היתה נגמרת אם הי' קונה הכסף לגמרי ולא הי' צריך להחזירו אז וודאי הי' נתחייב מתורת שכירות ליתן הפירות משא"כ כאן בהלוואה דמתחילה הי' לוקח בהלוואה ע"מ להחזיר הכסף לזמן הפרעון והנאתו היתה רק שימוש בהמעות כל משך הזמן וכשמשעבד לו נכסיו שיקנה אין זה מחייבו שיתן דווקא הנכסים האלו דהא יכול לסלקו במעות בכל עת שירצה וא"כ פשיטא דתיכף כשלוקח המעות בהלוואה מותר תיכף להשתמש במעות הלוואה דהא קנה המעות לכל משך הזמן שישתמש בו מאי אמרת אם יחזור משיעבוד דאקני יהי' מחויב להחזיר כסף ההלוואה דז"א דכל התנאי הי' רק שישלם לו לזמן הפרעון וכשלא ישלם לו לזמן הפרעון יגבה מהנכסים שיקנה וא"כ אף אם יחזור בו מהשיעבוד מה בכך שיהי' צריך להחזיר לו אז המעות הא בזה גופו שיחזיר המעות יקיים התנאי ונמצא שהי' מותר להשתמש בכל הזמן וקנה לכל זמן ההלוואה וממילא כיון דקנה הכסף לכל זמן ההלוואה שיהי' מותר להשתמש בו ודבר זה א"א שיתבטל לעולם נגמר פעולתו ממילא מחויב בתורת שכירות להגבות לו חובו מהנכסים שיקנה דשכירות מחייב גם בדבשלבל"ע וכן בלוקח שדה באחריות ומשעבד לו על האחריות דנכסים שיקנה הוי כמו הלוואה ממש דהא דמי המכירה קנה תיכף והמכירה אינה מתבטלת לעולם דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכיון דקנה המעות להשתמש בו עד שעת טריפת הבע"ח מתחייב ממילא באחריות גם מהנכסים שיקנה מתורת שכירות ול"ק קו' התומים ממוכר דשלבל"ע דשם המכירה היתה שיהי' המעות שייך לחלוטין להמוכר וא"כ כיון דאין קנין לדשלבל"ע ל"ק הכסף ג"כ לחלוטין וצריך להחזירו א"כ לא נגמר כאן פעולתו ואינו מתחייב בתורת שכירות אבל בהלוואה דמתחלה לא נחית אדעתא לקנות המעות לחלוטין רק להשתמש בו כל זמן ההלוואה וזה הרי נגמר פעולתו דהא השתמש בו ממילא נתחייב בתורת שכירות על השעבוד דאקני. ודוק היטב בכ"ז כי היא סברא עמוקה:

וא"כ י"ל גם בנ"ד כן דהא דאמרינן באתרא דכתבי שטרא ל"ק בכסף היינו דהי' הדין דאם שניהם חוזרים חוזר הכסף לבעליו ולא נגמר הפעולה כלל אבל כאן כפי שכתב כת"ה שנכתב בשטר שעשוי ביניהם שאם יחזור הלוקח נחלט הסך מאתים אלף שנתן

ואם יחזור המוכר יכפול ערבונו ואז וודאי הי' אם חוזר הלוקח הי' נחלט הערבון דאף דהוי אסמכתא מ"מ הא מביא הפ"ת בסי' ר"ז דהמוכר יכול לומר קי"ל כהרמב"ם דבמה שנותן ליד חבירו ל"ש אסמכתא עיי"ש וא"כ ממילא כאן דהמוכר קונה הכסף בע"כ של הלוקח ונגמר פעולתו ממילא מחויבת מתורת שכירות לתת הבית להלוקח באופן שמכל הטעמים י"ל דהדין עם הלוקח ומה שטוענת האשה שהיתה מוכרחת למכור משום שלא רצה לעקור דירתו ז"א כלום דבזבינא בעינן מסירת מודעה ואם לאו אמרינן תלוי' וזבין הוי זבינא ואף דכפי מכתב כת"ה היו המאתים האלפים הראשונים רק בתורת ערבון דהתנה שאם תחזור תכפול ערבונו וכן להיפך וכל כה"ג אינו קונה רק נגד מעותיו כמבואר בסי' ק"צ ס"ו עיי"ש בסמ"ע סקי"ד מ"מ הא נתן אח"כ עוד מאה אלף מרק השלשיים וזה הי' וודאי מקצת פרעון וקנה הכל כיון דלא עיילא ונפקא אזוזי דאדרבה הוא רצה ליתן והיא השמיטה א"ע מלקבל ומה שיש להסתפק בזה הוא רק על מאה אלף שנ"ח עוד אם הוא מחויב ליתן לה כפי הדולרים אז או כשאר חוב דעלמא דלפימ"ש שנגמר הקנין הוא רק כשאר חוב דעלמא ואמנם יש לי תשובות ארוכות מכבר הן לענין מטבע שנפסלה הן לענין חוקי המדינה בעני תשלומי החובות אם דנין בזה דינא דמלכותא ולפימ"ש בתשו' האלו הוי בכל גווני ספיקא דדינא ועתה בחוסר הספרים לא אוכל לומר דבר ברור בענין תשלומי הסך מאה אלף הנ"ל אבל זאת נ"ל ברור דגוף המכירה קיימת אם עשה חזקה המועלת כמ"ש כת"ה ואם ירצה שתתן לו אצל הנאטאהר כיון דהיא מוחזקת בזה תוכל לומר שיתן לה הסך הנשאר חייב לה כפי שיווי הדולרים אז כיון דהוי ספיקא דדינא ואף דהיא גרמה לו ההפסד במה שלא רצתה לקבל אז המארקין מ"מ זה הוי רק גרמא דפטורה ואף דהוא אנוס דהא לא הי' המניעה מצדו מ"מ אמרינן רק אונסא רחמנא פטרי' ולא שתתחייב היא עי"ז ליתן לו קונטראקט ואונסא כמאן דלא עביד אבל אם יתן כפי שיווי הדולרים וודאי לדעתי נגמר המקח לגמרי והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן יט

כבוד הרב המאוה"ג החריף ובקי מו"ה **נחמן זאב** נ"י אבד"ק **גוואדזיץ** יצ"ו.

מכתבו לנכון הגיעני והנני לתשובתו. הנה אשר תפס כת"ה שקנין בסף הוא רק למי שפרע ידוע שאנחנו דנין עתה קנין כסף לסטימתא שכבר נתפשט המנהג כן בין כל הסוחרים והוא סטימתא אלימתא שקונה קנין גמור. ואדרבה בקצת מקומות נוהגין שגם בלי כסף אך גמר המקח שאומרים "געמאכט" דנין לסטימתא ובפרט בנ"ד שלקח ממנו הפשתן הגרוע ועירבו עם שלו ומכרו אח"כ וא"א בחזרה. עוד נלע"ד דוודאי נתחייב

ליתן לו הפשתן הטוב שהבטיח לו וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' קי"ב סק"ב דכל שאינו יכול להחזיר הדבר נתחייב במה שהבטיח אף בדשלבל"ע ואף דבתומים תמה עליו דא"כ בקונה פירות דקל ונתן מעות וכלה המעות יקנה הפירות אינני מבין תמיהתו דמ"מ המעות אפשר בחזרה דהא יכול לחזור מעות אחר דבזוזי ליכא קפידא ובכל קנין כסף אף דקיי"ל דכסף אינו קונה מ"מ מותר המוכר להשתמש במעות ולהחזיר מעות אחר כמ"ש התוס' בב"מ (דמ"ג ע"א) אליבא דרבי יוחנן. ואף להחולקים שם בסי' קי"ב הנ"ל וס"ל דבדאקני יכול לחזור בו קודם שקנה מ"מ י"ל דוודאי מודו דנתחייב הוא לקיים תנאו כיון שא"א להחזיר הדבר כמ"ש הרשב"א ביבמות (ק"ט) גבי חליצה מוטעת הובא בקצה"ח סי' רמ"א סעי' י"ב דכל היכא שאינו יכול להחזיר הדבר נתחייב בתנאו מתורת שכירות רק דאפ"ה לענין דאקני לא מהני דכל הענין בדאקני הוא רק נ"מ לענין קדם ומכר אבל כל דאיכא עדיין ביד הלוה פשיטא דגובה אפי' מגלימא דכתפי' וא"כ בקדם ומכר נהי דנתחייב גופו לקיים תנאו מכח שכירות מ"מ זה אינו עושה קנין בגוף החפץ או הקרקע וכעין שכתב הריטב"א לענין רבית קצוצה אף דמחויב מדאורייתא להחזיר מ"מ לע"ע הוא שלו ואם קדם וקידש בו אשה מקודשת ואינה מחוייבת להחזיר החפץ ה"נ נהי דהחיוב רמיא על גופו דאם יקנה הקרקע יקיים תנאו ליתנו להמלוה מ"מ אם קדם ומכרו זכה בו הלוקח דקנין מפקיע החיוב. אבל מ"מ חיוב הגוף רמיא עליו לקיים תנאו לשלם החפץ או דמיו כמ"ש הרא"ש גבי פועל בע"ז (דף ס"ג) בסוגיא דאתנן ע"ש ועיי' בחו"מ סי' קע"ו בסמ"ע סק"ח דעירבו עם פירותיו עושה קנין לענין שותפים עיי"ש. וא"כ וודאי פשיטא דאם הי' הפשתן הטוב בעין דהי' מחויב ליתנו לו ולא הוי סגי במי שפרע רק אם מכרו ואח"כ נתייקר בהא לכאורה צדקו דברי כת"ה דכל הגזלנין אינם משלמים רק כשעת הגזילה. וא"צ לשלם רק כפי שהי' שוה מעטער מהפשתן הטוב בשעה שמכרו:

ואמנם הדבר תלוי אם הלוקח הקפיד דווקא על הפשתן הטוב שהי' לו אז בחנות ולא הי' המוכר רשאי למכרו וליתן לו מפשתן אחר ממין הזה ממש שיקנה אח"כ דאז אם הי' נאבד כל הפשתן שהי' אז בחנות מחמת איזו אונס דהי' הפסד של הלוקח אם הי' קנין גמור ואז דומה לכל הגזלנים דאינם משלמין רק כשעת הגזילה. אבל אם נאמר דלא הי' עליו רק חיוב הגוף ליתן לו ממין פשתן הטוב הזה והי' רשאי למכור הכל וליתן לו מפשתן אחר שקנה אח"כ וכמ"ש התוס' בפ' איזהו נשך (דס"ד ע"ב) ד"ה האי א"כ אם מכר הפשתן לא נעשה עדיין גזלן כלל ולא נפקע עדיין חיובו ומחויב ליתן לו מפשתן אחר שיקנה דלא קנה דבר מיוחד כלל וא"כ כיון דלדברי הלוקח לא קבע שום זמן כלל א"כ בכ"ע שיבוא וירצה ליקח מחויב ליתן ממה שיש לו אז או דמי שיווי בעת ההוא ורק

מעת שעיכב ליתן אחר תביעתו הוא דנעשה גזלן וצריך לשלם כפי שוויו אז וכעין הדין המבואר באה"ע סי' קי"ד סעי' א' ובט"ז שם סק"ג. ונהירנא שבתשו' בית שלמה חו"מ האריך בזה דכל עניני הקניות שקונין תבואות וכדומה אצל תגרים או י"ש וכדומה כל שלא קנה סחורה מיוחדת הקנין הוא רק מתורת חיוב והביא ג"כ התוס' דפ' איזהו נשך הנ"ל אך אין הספר הזה עתה תח"י ואין בנמצא פה כמדומה שהוא בתשו' פ"ג או פ"ב באריכות מאד ע"ש. ואמנם בנ"ד יש הכחשה דלפי דברי המוכר התנה בפירוש ליתן רק מהוואגאן הראשון א"כ עכ"פ א"צ לשלם רק מה שהי' שוה אז שלא מכר לו רק הסחורה הזאת ומכרה דאינו משלם רק כשעת הגזילה ויהי' צריך לישבע או לקבל בח"ח על דבריו שכן הוא ולכן נכון לבצע ולעשות פשרה בדבר:

ומה שהביא כת"ה מדברי הט"ז באה"ע דביוקר דל"ש אמרינן דאדעתא דהכי לא נתחייב אינו ענין לכאן דשם נתחייב במזונות על שנים הבאות ונתייקר אח"כ דבזמן שנתחייב לא הי' יכול אז לסלק כל המזונות משנים הבאות י"ל דאילו הוה ידע שיהי' ביוקר כ"כ לא הי' מתחייב אבל בדבר שיכול לצאת תיכף מידי חיובו ולתת תיכף עתה בשעת הזול רק דע"י סיבה נתאחר שלא נתן עד זמן היוקר מה אומדנא יש כאן:

ולכאורה יש לדמות זה למ"ש הקצה"ח בסי' של"ב דאם נתחייב לפועל בשכרו פירות דקל שלבל"ע עדיין דאין שמין עכשיו קודם שגדלו הפירות שהם בזול רק כפי שוויים אחר שיגדלו ובנתיבות שם חולק ע"ז וס"ל דא"צ לשלם רק כפי שוויים בעת זמן פרעון השכירות עיי"ש. אך נראה דזה רק בפועל דהדין הוא אף שנתחייב ליתן חפץ יוכל ליתן דמיו וא"כ שפיר פליגו הקצה"ח והנתיבות אם השומא הוי כשעת פרעון או לאו אבל היכא דנתחייב ליתן החפץ גופו אין לנו שום נ"מ בזה דהרי יוכל לומר איני רוצה רק החפץ אף דנתייקר אלא דזה גופא צריך לבאר מ"ש דבחיוב שכירות יוכל לתת דמיו ובמקח היכי דנתחייב ליתן חפץ אינו יכול ליתן דמיו. ומ"ש הנתיבות בסי' ר"ג סק"ז לחלק בזה דחוק הוא אצלי:

אך הנ"ל בזה הוא דהנה בע"ז (דפ"ג) גבי נתן לה ואח"כ בא עלי' וקדמה והקריבתו דקאמר הש"ס דאיירי דאמר לה קני מעכשיו הקשה שם הרשב"א דלמה לי מעכשיו הא כיון דמשכתי' קנתי' במשיכה ואי משום דלא בא עלי' עדיין אין הבעילה אלא דמים וכל שמשך קנה ואין הדמים אלא חוב עיי"ש בחי' הריטב"א שתופס שטלה הוא החפץ והבעילה הוא הדמים ותמה ע"ז בחי' חתם סופר דאדרבה איפכא מסתברא דהביאה הוא החפץ והטלה הוא הדמים וכל שלא משך החפץ לא קנה הדמים עיי"ש. אך י"ל בהבנת הדבר ולהסביר היטב עניני הקנינים דהנה בכל קנין נעשה שני ענינים דהלוקח קונה

החפץ והמוכר קונה הדמים והנה כיון דגילתה התורה דבדיבור לבד לא נקנה שום דבר וצריך איזו מעשה קנין א"כ לכאורה הי' ושניהם צריכים לעשות מעשה קנין דהלוקח ימשוך החפץ המוכר ימשוך המעות אלא דאפ"ה קיי"ל דבמשיכת הלוקח החפץ לבד נתחייב בדמיו היינו משום דעל חיוב דמים א"צ שום קנין דממילא כיון דקנה הלוקח החפץ ולא יחזירנו עוד למוכר מעצמו נתחייב בדמיו כמו אם הי' גוזל החפץ ואכלו דמתחייב מה"ת לשלם דמיו בלי שום תנאי וקנין כלל ה"נ כיון דמשך החפץ ועשה בו מעשה קנין וקנאו ולא יחזירנו עוד לעולם והמוכר לא הסכים לזה רק אם יתן דמיו חיוב הדמים בא ממילא בלא שום קנין מצד המוכר. והנה זה למ"ד משיכה קונה אבל למ"ד כסף קונה דבקבלת המוכר הכסף נקנה החפץ להלוקח. הנה אין הלוקח עושה שום קנין רק דהמוכר בקבלת הכסף עושה שתי הענינים שקונה הכסף ומקנה החפץ להלוקח כדאי' בקידושין (דכ"ג) דקבלת רבו גרמה לו עיי"ש. ולפי"ז י"ל דבהא פליגי דמ"ד כסף קונה ס"ל דסגי אם המוכר לבד עשה הקנין וקונה ומקנה כאחד. ומ"ד משיכה קונה ס"ל דאינו יכול לעשות שני דברים כאחד וכ"א מוכרח לעשות קנין בשלו ולכך הלוקח שעשה משיכה קונה החפץ אבל המוכר אינו קונה הדמים שיהי' מעכשיו הדמים שלו רק דהלוקח נתחייב בדמיו ולזה א"צ המוכר לעשות שום קנין כלל דחיוב בא ממילא כמש"ל. אלא דלפי"ז צריך להבין מ"ש הנמו"י דאם בשעת משיכה נתחייב ליתן לו חטים בדמיו מחויב ליתן לו חטים דווקא הובא בנתיבות סי' ר"ג סק"ז הנ"ל במה נתחייב ליתן חטים דווקא הא מכח חיוב דממילא אינו מחויב לשלם רק דמים כמו בגזילה היכא דהגזילה אינו בעין ואי מכח תנאו שנתחייב בפיו לזה הא צריך קנין כמבואר בש"ע סי' ס' ס"ו. וא"כ במאי זכה המוכר בחיוב החטים כיון דהמוכר לא עשה שום קנין. אך צ"ל דהא כבר כתבתי לעיל דלמ"ד כסף קונה עושה המוכר שני קנינים שקונה ומקנה כאחד וא"כ י"ל דאף מאן דפליג עליו וס"ל דרק משיכה קונה ובעינן שהלוקח יעשה הקנין בשלו היינו רק היכא דיכול הלוקח לעשות קנין אבל במקום דל"ש קנין מצד הלוקח מודה גם הוא דסגי בקנין שעושה השני וכעין ס' התוס' בע"ז דהיכא דליכא כסף לכ"ע משיכה קונה. וא"כ ה"נ בחיוב שהלוקח נתחייב ליתן לו חטים ואינו נותנם לו עדיין וי"ל שאינם בעולם עדיין דהמוכר אינו יכול לעשות קנין למשוך החטים שעדיין אינו יכול לזכות בהם והחיוב הוא דבר שאין בו ממש ול"ש בו משיכה א"כ שוב לכ"ע מהני משיכת הלוקח החפץ שיעשה הוא שני הקנינים ביחד שיקנה החפץ ויתחייב בחטים להמוכר ושפיר כתב הנמו"י דנתחייב לו חטים וא"כ לא קשה קושי' הנתיבות מפועל שאם נתחייב בעה"ב ליתן לו חטים דיכול ליתן לו דמיו כמ"ש הרא"ש דשם כיון דבעה"ב

אינו עושה שום מעשה קנין דהא הבעה"ב אינו עושה כלום א"כ במה נתחייב ליתן חטים דהא כל חיוב צריך ג"כ קנין וא"צ לשלם רק דמים דזה נתחייב מאליו בלא שום התחייבות כיון דחבירו עשה לו מלאכה ואמר לו שמלאכתו שוה אצלו סכום הזה והסכים לזה מחויב ליתן לו מה"ת שכרו כיון דא"א להחזיר הדבר וכנ"ל ולזה ההתחייבות א"צ שום קנין כלל דבא מאליו כמש"ל:

ויתיישב ג"כ קושית החת"ס הנ"ל בע"ז דהנה לפי"ז צריך להבין כיון דמצינו דבמשיכת הלוקח בחפץ יוכל להתחייב בדבר מיוחד ליתן חטים דווקא א"כ נימא דגם בכסף דינא הכי דבקבלת המוכר הכסף נימא נהי דהלוקח לא קנה החפץ מ"מ יתחייב המוכר ליתן לו החפץ דלענין חיוב יוכל להיות קונה ומקנה כא' כנ"ל כמו דבמשיכת החפץ נתחייב ליתן לו חטים כנ"ל:

אך צ"ל דז"א דהנה כל קנין הוא דעושה איזו מעשה שזה מוכיח על הקנין כמו משיכה דמושך החפץ אצלו ובזה עושה מעשה מוכיח שיהא שלו דכל דבר שהוא שלו הוא מכניסו לרשותו וכדומה וא"כ בשלוא בחפץ דצריך שומא ושייך בו קפידא שאינו יכול מעצמו ליקח חפץ של אחר וליתן לו חפץ אחר תמורתו וא"כ כשמושך איזו חפץ מחבירו לקנותו זה מוכיח דוודאי חבירו הקנה לו אותו החפץ דמעצמו לא הי' רשאי ליטלו. וא"כ זה וודאי דבחנם לא הי' חבירו מסכים על קנייתו ובוודאי התחייב הוא לנגדו איזו דבר תמורתו א"כ שפיר שייך לומר דבמשיכת הלוקח החפץ נעשה ג"כ קנין שיתחייב ליתן תמורתו איזו דבר שהבטיח לו ועושה הלוקח גופו שני הקנינים להיות קונה ומקנה להתחייב בתמורתו אבל בקבלת המוכר הכסף דבזוזי אין קפידא ויכול מעצמו ליקח מעות חבירו וליתן לו מעות אחר דכל דבר שאין בעה"ב מקפיד עליו יכול לעשות מעצמו. וא"כ אין בקבלת הכסף שום הוכחה דהבטיח ונתחייב לחבירו באיזו דבר דמעצמו יוכל לעשות כן כנ"ל. א"כ קבלת הכסף אינו עושה שום קנין על ההתחייבות כלל וליכא רק חיוב דממילא שמחויב להחזיר כסף אחר. אבל שיתחייב בדבר מיוחד דזה אינו מתחייב ממילא רק מכח תנאו דצריך קנין ע"ז ולא עשה כאן שום קנין כלל. ולכך בקבלת הכסף לא נתחייב ליתן את החפץ. וא"כ אזדא לי' קושי' החת"ס הנ"ל דכ"ז בזוזי דליכא קפידא אבל שם בטלה שקבלה הזונה דאית בי' קפידא וצריך שומא שפיר מקשה הרשב"א דנימא דבמשיכת הטלה דעשתה מעשה קנין בגופו קנאתו תיכף ונתחייבה בביאה ע"י משיכת הטלה והוי כמו מושך החפץ ולא נתן דמים דקנה החפץ תיכף והדמים רק חוב עליו כנ"ל. אבל הביאה אינו עושה קנין לקנות הטלה דהביאה אינו מעשה מוכיח שהבטיח לה דבר דלפעמים היא שוכרתו והוה הנאת שניהם וכמו כסף שכתבתי לעיל

דהוה דבר שאין בעה"ב מקפיד ושפיר כ' הריטב"א דביאה הוי כמו כסף. וא"כ ה"נ בנ"ד במשיכת הפשתן הגרוע נתחייב עכ"פ ליתן לו הפשתן הטוב כמש"ל זולת אם ישבע או יקבל בח"ח על טענתו כנ"ל ועכ"ז יראה כתה"ר לפשר כמבואר בש"ע דצריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת מלדון ד"ת:

ובזה הנני ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

בש"ה. ובגוף קושיית הרשב"א והריטב"א הנ"ל אמאי אינה קונית הטלה תיכף כמו בכל משיכת החפץ נ"ל ליישב עפי"ד הטור הובא בקצה"ח סי' ר"ג סק"ב דכל היכא דאינו קונה או דלא נתחייב הלוקח בדמים במשיכת החפץ לא קנה את החפץ. וא"כ לפי"מ שבארתי כ"פ ודכירנא להתומים שכ"כ באיזו מקום ואיני זוכר עתה מקומו דאף דמצינו דמקח שנעשה באיסור המקח קיים מ"מ חיוב הגוף אינו חל על דבר שהוא אסור וכעין החילוק שבין נדרים לשבועות לחול על דבר מצוה. דנדרים דהוי איסור חפצא חל לבטל מצוה דהחפץ אינו מצוה כמ"ש הר"ן בנדרים. ושבועות דהוא איסור גברא אינו חל לבטל מצוה שהוא חובת גברא. ה"נ קנין שהחפץ הוא נקנה הוי הקנין אף בדבר האסור. אבל חיוב הגוף א"א שיחול עליו חובת גברא לקיים דבר שהוא אסור מה"ת. והוא מילתא דמסתברא מאד. ואמרתי ליישב בזה דברי רש"י בקידושין (ו' ע"ב) על הא דאמר אביי המקדש בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן משום הערמת ריבית ופריך הש"ס ה"ד אי דאזקפה וכו' ריבית מעליא היא ופירש"י ואמאי קרי לי' הערמת רבית והקשו האחרונים דאמאי לא פירש"י כפשוטו רבית מעליא היא ואמאי מקודשת כדס"ל להרי"ו הובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק כ"ו דהמקדש בר"ק אינה מקודשת:

אך לפי הנ"ל י"ל דהנה המחייב עצמו בשעת הלואה ליתן במאה מאה ועשרים. אי לאו דאסרה תורה משום איסור רבית הי' מתחייב ליתן מן הדין מתורת שכירות כמו במשכיר כלים ולמ"ד שעבודא דאורייתא גם במלוה ע"פ הי' נכסיו משתעבדין על הרבית כמו על הקרן. ואמנם עתה דאסרה התורה משום רבית גם אם לקח הרבית מחויב להחזיר. והנה ברי"ט אלגזי בכורות (דמ"ח) חקר בטעמא דשעבודא דאו' אם הוא מתורת ערבות דכיון דהגוף נתחייב הנכסים המה ערבים בעד הגוף או מתורת קנין דדמי הלואה קונים להמלוה שעבוד בנכסי הלוה וכתב שם דתליא בפלוגתא דרבא ורבי ירמי' שם. ורבא ס"ל דהוא מטעם ערבות. והנה אביי דס"ל למפרע גובה וודאי דהוא משום קנין דהוה כאלו קנה בשעת הלואה דאי משום ערבות וודאי דאינו מתחיל החיוב עד זמן שאין ללוה לפרוע. וא"כ מעתה לפימ"ש. גם לענין רבית תלוי בזה. דאם נאמר דשעבוד הוא קנין א"כ בשעה שלוה ברבית ושעבד לו נכסיו על הרבית אף דהוי מקח שנעשה באיסור

המקח קיים. רק דאינו רשאי ליטול הרבית ומחויב למחול השעבוד כמו כל ר"ק שאף אם נטל יחזיר. אבל עכ"פ יכול לקדש בו האשה. דלע"ע השעבוד נכסים הוא שלו. רק דמצוה עליו משום וחי אחיך שימחול השעבוד והוי כמו גלימא של רבית שכ' הריטב"א שיכול לקדש בו את האשה. אבל למ"ד דשעבוד הוא רק חיוב הגוף והנכסים נתחייבו מתורת ערבות. א"כ כבר כתבתי דעל דבר האסור אינו יכול לחול חיוב הגוף כמש"ל ולא נשתעבדו הנכסים מעיקרן כיון דהגוף לא נתחייב וממילא אינו יכול לקדש בהם אשה. וא"כ מעתה שפיר פירש"י שם על הש"ס דהוא מימרא דאביי ולאביי השעבוד הוא קנין. וא"כ אף ברבית קצוצה יכול לקדש את האשה ומוכרח רש"י לפרש רק דאמאי קרי לי' הערמת רבית אבל רי"ו אזיל אליבא דהלכתא דקי"ל כרבא דשעבוד נכסי הוא רק משום ערבות כמ"ש בש"ע חו"מ סי' מ"ט לענין קרקע של שני יב"ש וא"כ בר"ק לא נשתעבדו הנכסים כלל ואינו יכול לקדש בו האשה. וא"כ מיושב ג"כ קו' הרשב"א והריטב"א הנ"ל דמש"ה לא קנתה הטלה משעת משיכה כיון דמשיכת הטלה א"א שתתחייב בדמי' שהיא הביאה דהא אתנן שייך רק בביאה האסורה מה"ת ואינו חל עלי' חיוב. וכיון דלא נתחייבה בדמי הטלה אינה קונית הטלה כמ"ש הטור הנ"ל ולכך אצטריך מעכשיו:

סימן כ

ב"ה ד' בלק תרמ"ד לפ"ק **טארנאפאל**.

שלום אשיב לכבוד האברך הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי מאד נעלה כש"ת מו"ה **יעקב ישראל פיהרער** נ"י ממלא מקום רב בק"ק **זלאזיץ** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני. בדבר השאלה בשני שותפים שהי' להם בשכירות סקלאד בשותפות מאדון אחד. וכלה זמן השכירות ועתה בא איש אחר לשכרו וגם בן אחד מהשותפים (שאביו נפטר בתוך זמן השכירות וירשו בנו) רוצה לשכרו ג"כ מהו הדין וכת"ה הביא דברי הנתיבות סי' רל"ז דמלבד תקנת רגמ"ה שמביא שם הרמ"א איכא ג"כ דינא דבר מיצרא אלא שהביא ג"כ דברי הב"י המובאים בנתיבות סוס"י קע"ה שלאחר שכלה זמן השכירות ולא השכירו לו המשכיר מחדש ובא אחר ושכרו אין בו משום דדב"מ. ועיין בס' משפט שלום להגאון מברעזאן ז"ל שפקפק בזה. ובנ"ד נראה דל"ש האי דינא דעיקר הטעם כיון דדינא דבר מיצרא הוא רק נגד השוכר השני ולא כנגד המשכיר דאם אינו רוצה להשכיר אין עליו חיוב להשכירו. א"כ ממילא כשכלה זמן השכירות נסתלק השוכר מהאי ביתא לגמרי וכשבא אח"כ השוכר השני לשכור אין עוד לשוכר הראשון שייכות בהאי ביתא שיוכל לסלקו. אבל הכא כיון דמכח תקנת רגמ"ה אין רשאי שום אדם לשכור עד מלאת שנה משיצא השוכר מהבית כמבואר בחת"ס חו"מ סי' ק"ד.

א"כ יש להשוכר עדיין זכות בהאי ביתא ובפרט בנכסי עכו"ם דהרי הן כהפקר וודאי אלים תקנת רגמ"ה שיהי' נחשב שיש להישראל עדיין זכות בהאי ביתא א"כ שוב חוזר וניעור ג"כ דינא דבר מיצרא ובפרט דמי לא סגיא לן בתקנת ר"ג לחוד שנתקבל בינינו כמ"ש החת"ס והד"ח בתשובותיהם:

ומה שעורר כת"ה דכיון שהיו שני שותפים ועתה אינו בא לשכור רק בן אחד מהשותפים לכל היותר אין לו חזקה רק על חלק מחצה ויוכל אחר לשכור עכ"פ חלק מחצה של השותף השני. ז"א לענ"ד דכיון דעכ"פ חלק מחצה נשאר שלו א"כ ממילא יש לו דינא דב"מ על המחצה השני דשותף עדיף ממצרן ואף למ"ד דבשכירות ליכא דדב"מ מ"מ בשותף מודה כמבואר בסי' קע"ה ס"א ובפרט דהא עיקר התקנה הי' שלא לגרע זכות ישראל שזכה בנכסי עכו"ם וא"כ כיון דבעניני שותפות אין כל השותפים דומים זל"ז וי"ל הראשון נוח לי והשני קשה הימנו דמה"ט יכול השותף לסלק הלוקח כמ"ש ברמ"א כאן סנ"ג א"כ לענין זה זכה ג"כ השוכר הראשון בנכסי העכו"ם שלא ישכור אחר חלק השני שיהי' מוכרח להיות שותף עם מי שאינו נוח לו:

ומה שהביא כת"ה דברי הר"ן ר"פ השותפין דשותף בשעה שמשתמש הוברר הדבר דאז הוי כולו שלו. ומה"ט רוצה כת"ה לומר דיש לו חזקה בכולו. אי משום הא לא איריא דזה רק בשעה שהוא משתמש בו. וא"כ יכול אחר לקנות חלק חבירו שישתמש בו גם הוא בחלוקה לזמן וכדומה. אבל י"ל עפ"י דברי השטמ"ק כתובות (ד"ל ע"ב) ד"ה ואי לא מצי לאהדורי שכתב וז"ל כמו שנים שהגביהו מציאה פירוש שמפני שזה זוכה בכולה וזה זוכה בכולה לפיכך יחלוקו וכו' א"ו כדכתיבנא שזה זוכה בכולה וזה זוכה בכולה ולפיכך בעלמא קונה מחצה והכא כשבלע אותו לגמרי הרי למפרע איהו קנאו מעיקרא עכת"ד עיי"ש בדיוק היטב ותמצא שדבריו יקרים מאד דס"ל דכל היכא שקנו שניהם בהגבהה כל אחד קונה כולו ויש לו קנין בכולו. אלא משום דבא חבירו בטענה שגם הוא קנה כולו כופין אותם הב"ד שיחלוקו. אבל היכא שאכלו האחד כולו שלו אכל עיי"ש היטב איך שמתיישב בזה ס' התוס'. וא"כ ה"נ בשותפים בשכירות דירה מעכו"ם הרי יש לכ"א קנין בכולו מחמת תקנת ר"ג אלא שאם בא חבירו לשכור גם הוא כיון דכ"א יש לו קנין בכולו מוכרחים הב"ד לומר שיהי' בשותפות דהי מינייהו מפקת אבל היכא דהאחד נסתלק מכאן ואינו רוצה לשכור השותף השני זכה בכולו דמעיקרא הי' שלו כולו לפי"ס השטמ"ק הנ"ל ודוק היטב בזה. ולכן מכל הלין טעמי נ"ל לומר דאין שום אדם רשאי לשכור מהעכו"ם הסקלאד הזה רק אחד מהשותפים לבדם:

ומה שהקשה כת"ה על הנתיבות ריש סי' קפ"ב שכתב דכל שליחות מתרומה גמרינן ולכך בעינן דומיא דתרומה והרי בש"ס קידושין (מ"א ע"ב) מסיק דשליחות אתיא מבינייהו דגירושין והקדש ולא מתרומה עיי"ש הנה ברי"ט אלגזי בכורות (ד"י ע"ב) אות ז' הקשה ג"כ כן על המל"מ פ"ד מה' תרומות שכתב ג"כ דכל שליחות מתרומה ילפינן אבל באמת הרי בתוס' גיטין (כ"ג ע"ב) ד"ה מה אתם כתבו ג"כ בישוב קושייתם לר"ש מנ"ל בעלמא דאין שליחות לעכו"ם וז"ל דמ"מ כיון דדרשינן שליחות בתרומה מגם אתם ומינה ילפינן בעלמא מסתמא דלא מרבינן בעלמא אלא דומיא דאתם עכ"ל. הרי שכתבו ג"כ דשליחות מתרומה ילפינן. איברא דבמהר"ם מלובלין דחק שם לפרש דברי התוס' בזה אבל בפני יהושע שם פירש דברי התוס' כפשטן. דס"ל דהא דקאמר הש"ס בקידושין דאתיא מגירושין וקדשים היינו דלא ליכתוב בתרומה אבל לאחר שנכתב שליחות בתרומה שוב ילפינן בכל התורה מגירושין ותרומה עיי"ש וכדמורה ג"כ פשטות הש"ס בב"מ (דע"א) כקושיית הרשב"א בחי' קידושין (דמ"א) וא"כ אין תימא אם גם המל"מ והנתיבות ס"ל כן וגם ברש"י חגיגה (ד"י ע"ב) ד"ה מעילה כתב דשליחות ילפינן מתרומה ובטו"א שם הקשה עליו ג"כ מש"ס קידושין הנ"ל. עיי"ש בט"א מ"ש בזה. ויען אשר נמצא בכ"מ ד"ז דמתרומה ילפינן היפך הש"ס קידושין וכמשמעות הש"ס ב"מ נלע"ד ליישב דסוגיות חלוקות הם. דהנה מה דקאמר הש"ס בקידושין דמש"ה לא ילפינן מתרומה משום דישנה במחשבה. לכאורה קשה לפי"מ שהביא במח"א ה' שלוחין דברי המהרי"ט דס"ל דאינו יכול לעשות שליח להקדיש דמילי לא מימסרן לשליח אלא דאנן לא קיי"ל כן כדמוכח בתמורה דקאמר הש"ס דשוו שליח לאקדושי. אך י"ל דהטעם משום דבדיבורא עביד מעשה דנעשה הקדש ע"ז. ואמנם בסנהדרין (דס"ה) קאמר הש"ס דהיכא דישנו בלב עקימת שפתיו לא הוי מעשה וא"כ מאי קאמר הש"ס שאני תרומה דישנו במחשבה מש"ה מהני שליחות אדרבא כיון דישנו במחשבה א"כ גם הדיבור לא הוי מעשה והוי רק מילי ומילי לא מימסרן לשליח ואפ"ה גלי קרא דמהני שליח בתרומה. א"כ מכ"ש בעלמא (איברא דבמהרי"ט עצמו שם בח"א סי' קכ"ט כתב דאף דלהקדיש אינו יכול לעשות שליח דהוי מילי מ"מ תרומה עדיפא דהמחשבה נחשב כמעשה אבל דבריו תמוהים מאד דאדרבא בסנהדרין הנ"ל מוכח דהיכא דמהני מחשבה גם הדיבור ל"ח כמעשה וגם קשה הא הקדש ג"כ חשבה תורה מחשבה כמעשה כדאיתא בשבועות (דכ"ו) דילפינן מנדיב לב עולות) אך י"ל דהנה הנתיבות בסי' הנ"ל סק"ב כתב דהא דצריכין בתרומה לשליחות וע"י קטן או ע"י עכו"ם לא מהני היינו היכא דא"ל צא תרום אבל אם ציוה לקטן לתרום ואמר המשלח התבואה שיפריש הקטן ויקרא לו שם תרומה

יהי' תרומה הוי תרומה כאילו הפריש בעצמו והקטן מעשה קוף עביד. ואף למ"ד אין ברירה מ"מ כיון דאינו רוצה שיחול מעכשיו רק משעת הפרשה בכה"ג לכ"ע יש ברירה עיי"ש. וקשה לי מאד לדבריו הא כל תרומה מהני במחשבה אף בלא דיבור כלל כמ"ש התוס' בגיטין (ל"א) וכ"מ. וא"כ איך משכחת שליחות בתרומה כלל. וגם ממעטינן שליח שאינו ב"ב והא כיון דא"ל צא תרום הרי רצונו שמה שיפריש השליח יהי' תרומה וא"כ כיון דלדעת הנתיבות אם אמר בדיבור כל שיפריש השליח יהי' תרומה מהני אף בקטן או בעכו"ם. א"כ גם סתם שליחות הרי מחשבתו הוא כן ובתרומה סגי מחשבה לחוד. וזה הערה גדולה ע"ד הנתיבות. אך צ"ל כעין דאמרינן בב"מ לענין קנין ד"א דלא קנה היכה דנפל עלי' משום דגלי דעתי' דבד"א לא ניחא לי' דליקני ועיי"ש בשטמ"ק דלחד דיעה גם בקנין דאורייתא הדין כן וא"כ כעין זה ה"נ נהי דבתרומה סגי במחשבה לחוד היינו כשלא עשה רק מחשבה לחוד כמו נותן עיניו בצד זה וכו' אבל היכא דאמר לשליח צא תרום הרי רצה שהשליח יפריש ויקרא לו שם תרומה א"כ הרי גלי דעתי' דבמחשבה לחוד לא ניחא לי' שיהי' תרומה רק בהפרשה או לפחות בקריאת שם. וא"כ היינו דקאמר הש"ס דמתרומה לא ילפינן שכן ישנו במחשבה דהא אי בעי הוה מפריש במחשבה לחוד ולא הי' צריך לשליחות כלל וכיון דאי בעי הוה סגי לי' בלא מעשה השליח והפרשתו אין זה עיקר ולכך יכול לעשותו ע"י שליח ג"כ אבל בעלמא דבעינן מעשה או דיבור והכל נעשה ע"י שליח א"א למילף מתרומה דיהי' סגי ע"י שליח. והוצרך למילף מגירושין וקדשים עיי"ש. והנה דברי הנתיבות הנ"ל שכתב דאף למ"ד אין ברירה מהני מכאן ולהבא אינם מוסכמים. דהקצוה"ח בסי' ס"א סק"ג הביא בשם הרשב"א דגם כה"ג לא מהני למ"ד אין ברירה רק למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע עיי"ש. וא"כ לפי"ז למ"ד א"א מקנה דשלבל"ע ול"מ מחשבה כה"ג אזלא לי' תירוצי הנ"ל. ואין הפירכא דישנו במחשבה כלל. והנה הש"ס שם דיליף שליחות מגירושין קשה נ"כ לכאורה איך יליף בעלמא מגירושין או מקדשים לפימ"ש הרמ"א בסי' ל"ה בשם הקדוש מארדוש דשליח דקידושין הוי מילי דהא אין בידו לקדשה בע"כ ובגירושין לא הוי מילי משום דבידו לגרשה בע"כ וא"כ לפי"ס המהרי"ט הנ"ל דבמילי אף שליח ראשון אינו יכול לעשות א"כ דילמא מש"ה מהני שליחות בגירושין וקדשים דביד השליח תליא מילתא ואינו תלוי בדעת אחרים ולא הוי מילי אבל לענין למכור ולקנות וכדומה דתלוי בדעת אחרים דלמא באמת ל"מ שליחות. אך צ"ל כמ"ש התוס' שם בקידושין (דמ"א ע"ב) ד"ה מה לגירושין דכיון דילפינן קידושין מגירושין מקרא דויצאה והיתה וקידושין ליתא בע"כ ותלוי בדעת האשה א"כ שפיר אפשר שליחות בעלמא במה הצד דגירושין וקידושין. והנה בקידושין

(דמ"ד) פליגי ר"י ור"ל בנערה אם היא ג"כ יכולה לקבל קידושי' דר"י ס"ל אבי' ולא היא וקאמר הש"ס דצווח ר"ל ויצאה והיתה ולית דמשגח בי' וקאמר שם בתוס' ר"י הזקן דר"י ס"ל דלאו לכל מילי איתקש קידושין לגירושין דכיון דאיכא שם סברא לחלק ביניהם דבקידושין מוציאה א"ע מרשות אבי' ובגירושין מכנסת עצמה לרשותו לא ילפינן מהדדי וא"כ אליבא דר"י ה"נ דיש סברא לחלק בין גירושין לקידושין דבגירושין דיכול לגרש בע"כ לא הוי מילי ובקידושין הוי מילי אפשר לומר דל"א בהא ויצאה והיתה. וא"כ מעתה ניתר כל הקשר הנ"ל דשפיר י"ל דסוגיות חלוקות הם דהסוגיא דקידושין ס"ל כר"ל דמקשינן תמיד ויצאה והיתה וילפינן קידושין מגירושין וא"כ איכא למילף בעלמא שליחות מגירושין וקידושין ומתרומה א"א למילף דס"ל כמ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע ומהני מחשבה אף דאין ברירה כמש"ל. ואיכא פירכא דמה לתרומה שישנו במחשבה. אבל סוגית הש"ס דב"מ הנ"ל י"ל דאזלא אליבא דהלכתא דקיי"ל כר"י דלא אמרינן כה"ג ויצאה והיתה ולא ילפינן קידושין מגירושין וא"כ א"א למילף בעלמא שליחות מגירושין וקדשים דאיכא למיפרך כמש"ל מה להני דלא הוי מילי דהשליח יכול לעשות שליחותו ואינו תלוי בדעת אחרים. וגם מ"ל אליבא דהלכתא דאין אדם מקנה דשלבל"ע וא"כ ל"מ מחשבה כה"ג כיון דקיי"ל אין ברירה וליכא פירכא דישנו במחשבה ושפיר ילפינן מתרומה. ואף דתרומה תלוי ג"כ בדעת עצמו מ"מ תרומה בלא"ה לא הוי רק מילי דהא סגי בדיבור לחוד ובע"כ דיכול לעשות שליח ראשון גם במילי דלא כמהרי"ט וא"כ שפיר ילפינן בעלמא מתרומה דיכול לעשות שליח גם במידי דתלוי ביד אחרים. דנהי דמה שאינו יכול לעשות בעצמו הוי רק מילי כדעת הקדוש מארדוש הנ"ל מ"מ הא כל ענין תרומה הוי רק מילי ואפ"ה יכול לעשות שליח. וא"כ שפיר כתבו תוס' ורש"י בהני דוכתי הנ"ל וגם המל"מ והנתיבות דשליחות ילפינן מתרומה דאליבא דהלכתא אדרבא סוגית הש"ס דב"מ עיקר דילפינן שליחות מתרומה. כנ"ל:

ומה שהקשה דלקטן א"צ למילף מגם אתם דבלא"ה מצד הסברא אינו נעשה שליח כיון דאינו באותו דבר עיין תוס' גיטין (דכ"ב ע"ב) ד"ה והא לאו וכו' דקטן הוי בר כריתות כיון שאם יגדיל יהי' באותו דבר. ובעיקר הדבר אם הא דאין שליחות לקטן ילפינן מתרומה הוא מחלוקת הראב"ד והרמב"ם בפ"ו מה' גירושין עיין קצוה"ח סוס"י קפ"ח ומה שהביא שם שיטת רש"י ג"כ דמאיש ילפינן דבכל דוכתי דשליחות איש כתיב ודעת התוס' גיטין (ס"ד ע"ב) ד"ה שאני כהראב"ד. ויש להאריך הרבה בפרט זה ואין הזמן מסכים:

ומה שהקשה על הנתיבות ממעילה (דכ"א) גבי שולח ביד חשו"ק דפריך הש"ס והא לאו בני שליחות נינהו ומאי קושיא הא במעילה גופי' שליחות כתיב ולא ילפינן מתרומה.

הנה כבר תמהו בזה על הנתיבות דהרי מפורש בש"ס קידושין (מ"ב ע"ב) דשליחות דמעילה מתרומה ילפינן. ומה שהקשה מדהתו"ס שם שהקשו דנילף מעילה מתרומה דבעינן שיהי' השליח דוקא בר דעת ולדברי הנתיבות הנ"ל גם בתרומה ל"ב בר דעת כה"ג. לפי מש"ל דהדבר תלוי בפלוגתא דלס' הרשב"א דלמ"ד אין ברירה ל"מ כה"ג בתרומה. א"כ י"ל דהתוס' ס"ל כהרשב"א דל"מ בתרומה כה"ג למ"ד אין ברירה. ומה שהקשה לס' הנתיבות הנ"ל מאי פריך הש"ס שם והא לאו בני שליחות נינהו ומאי קושיא הא בכה"ג לא בעי שליחות זה טעות דס' הנתיבות אזלא רק למסקנת הש"ס דכה"ג מעשה קוף עביד אבל הס"ד דהש"ס לא ידע עדיין מזה. ודוק היטב. כ"ז חזיתי להשיבו בקיצור ובמהירות כי אנכי מוטרד עתה מאד שמונח אצלי כמה תשובות הנחוצות להלכה:

כ"ד ידידו דושת"ה **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כא

שלום אשיב לכבוד הרב הה"ג החו"ב וכו' מו"ה **שלום** נ"י אבד"ק **ברעזוב**:

מכתבו לנכון הגיעני. ומה אעשה לא יכולתי להשיבו מהרה כ"כ מפאת מצב בריאתי ורב טרדותי ועכ"ז למען כבוד התורה אמרתי להשיבו בקצרה. הנה מ"ש כת"ה כי ראובן טוען ברי ששמעון החליף הביצים בשלו שהיו מקולקלים. ועפי"ז דן כת"ה שהי' צריך שמעון לישבע. והנה מדהצריך כת"ה שיהי' ראובן טוען ברי משמע דמטענת כפירה והודאה אתי עלה וכיון דליכא הודאה במקצת אין כאן רק שבועת היסת וא"כ אין ליתן רשות ב"ד לילך בערכאות דבשבועת היסת לא נחתינן לנכסיו. אבל האמת יורה דרכו דאיכא כאן שבועת השומרים דשמעון הוא שומר שכר וחייב שבועה דאורייתא שלא שלח יד להחליפם בשלו ושאינם ברשותו. וא"כ אדרבא אם ראובן הי' טוען ברי שהחליפם לא הי' כאן שבועת השומרים כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב סקט"ו. אבל באמת א"א כלל שיטעון ברי דאטו אפשר לומר שראה בעיניו שהחליפם וא"כ אפשר לומר דשלו נתקלקלו וגם בלא"ה כתב הש"ך בסי' צ"ב סקי"ב דלא משכחת כלל שיהי' רק טענת ברי רק כשמאמינו על שליחות יד דאל"כ איכא שבועת השומרים שלא שלח יד וממילא מגלגלין גם על טענת ברי עיי"ש. ובנ"ד דאדרבא חושדו על שליחות יד וודאי איכא שבועת השומרים וא"כ מן הדין הי' צריך הדיין לפסוק שבועה דאורייתא להנפקד וממילא הי' צריך המפקיד לקבל בחרם וכשפסק להנפקד קב"ח במקום ש"ד לא ידענא מה שחלק עליו הרב הגדול שכתב כת"ה משום דאינו חוזר וטוען וחוזר ודן. והא הוי טעה בד"מ דהדין חוזר ואף אם לא הי' כאן רק טעות בשקה"ד כבר הכריע הש"ך בסי' כ"ה ס"ק כ"ט דכ"ז שלא נעשה מעשה הדין חוזר עיי"ש וא"כ אם הי' רוצה הדיין לחזור וליתן שבועה להנפקד וקב"ח

להמפקיד הי' עושה כשורה אבל מה שרצה ליתן קב"ח על קב"ח זה דבר שאין לו שחר כמ"ש כת"ה. והנה לפי"ז שכתבתי שיש כאן ש"ד ונחתינן לנכסיו א"כ הי' יכולין ליתן לו רשות לילך בערכאות דאף בשבועת היסת איכא דעת איזו אחרונים דנותנים רשות ללילך בדיניהם דזה הוי כמו כפי' שמתא כיון דאין בידינו לשמתו עיין תשו' ד"ח ח"ב סי' ט':
אמנם לענין ההוצאות צ"ע כיון דדין תשלומי ההוצאות הוא רק מכח דד"ג. ודעת הש"ך שפי' דלמ"ד דד"ג דרבנן בשוגג לא קנסו ושם בסק"א הכריח דד"ג הוא רק דרבנן א"כ הכא דכ"א עשה ברשות הדיין שלו ועשה בשוגג ע"פ חכם אין דנין בכה"ג דד"ג וא"כ אין מחויב לשום אחד מהם לשלם ההוצאות כנלע"ד. כ"ז חזיתי להשיבו בקצרה:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כב

שלום אשיב לכבוד ידידי מחו' הרב הה"ג המפו' לשכה בנש"ק מגזע תרשישים חכם ואיש תבונות כשית מוהר"ר **שמחה** נ"י אבד"ק **סקאווין** יצ"ו:
מכתבו לנכון הגיעני והנני לתשובתו. הנה כפי שיש הרבה אומדנות לאמת טענתו של המשכיר. א"כ הוי עכ"פ רגל"ד. וכבר עלה על רעיוני לומר עפימ"ש הראשונים דעד מסייע פוטר משבועה משום ק"ו. דאם ע"א מחייב שבועה את המוחזק מכ"ש שיוכל לפוטרו כמ"ש הרא"ש פ"ק דב"מ ה"ג בשם הר"מ מרוטנבערג עיי"ש. א"כ כיון דקיי"ל דע"י רגל"ד משביעין שבועת היסת כמ"ש הרמ"א בחו"מ סי' ע"ה סי"ז. מכ"ש דע"י רגל"ד פוטרין מש"ה וכה"ג כתב שם השער המשפט דע"י קרוב פוטרין מש"ה כיון דע"י קרוב יכולין להשביע ש"ה עיי"ש. ואף דבתשו' בית אפרים חו"מ תשו' י"ד חולק עליו היינו משום דלפטור הוי הקרוב יותר נוגע מלחייב עיי"ש אבל ברגל"ד דל"ש זאת שפיר איכא ק"ו. דאם רגל"ד מביא לשבועה מכ"ש שפוטר. וגם הא הביא הש"ך בסי' ק"מ סק"ה דברי הג"א בשם הר"א חדליק. דאם טוען על חבירו מכרת לי קרקעך ואין לו שטר וחברו מוחזק בקרקע אין משביעין אותו אף ש"ה ומשמע דכיון דרגילין לכתוב שטר והוא אין לו שטר וחבירו מוחזק אינו יכול להשביעו כמ"ש בתשו' רמ"א סי' צ"ה. א"כ ה"נ כיון דהמשכיר מקרי מוחזק כמבואר בסי' שי"ב סט"ו ובש"ך שם סקט"ו. וכיון דהוא נתן שטר שכירות להמשכיר. וודאי דאם הי' מתנה איזו טובה לטובתו הי' כותבו בשטר א"כ הוי כהא דר"א חדליק דאין נותנין שבועה ע"ז. ואף דהש"ך הניח זה בצ"ע מ"מ הא בשבועה אזלינן בספיקא להקל דאין משביעין כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז סק"י. ואף דהנתיבות שם סק"ב הכריע דצריך לישבע היינו משום דגם בדין הראשון במחלוקת שהביא המחבר בס"א וס"ב הכריע כס' הראשונה דחייב לישבע. אך בשער המשפט שם סק"ב חולק על הש"ך

שהכריע כס' הראשונה וס"ל דמספק א"צ לישבע א"כ מכ"ש בדינו של הר"א חדליק שהש"ך גופי' הניחו בצ"ע. וכן בתומים באורים שם סק"ה מביא דברי הש"ך סתמא שהניח בצ"ע ואינו מכריע כלל. וכן בס' שושנת יעקב חולק על הנתיבות בזה דהא עיקר חילי' דהנתיבות הוא רק משום דברי הב"י שכתב דהמרדכי לשיטתו דס"ל דא"ח ש"ה רק בדררא דממונא ואנן לא קיי"ל כן והביא הוא דברי הרמ"א בתשו' צ"ה שחולק על הב"י בזה יכתב דעיקר טעמו של הר"מ הוא משום דכל קונה דרכו לכתוב שטר וכיון שאין לו שטר גרייע טענתו עיי"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד. ועיין ברמ"א חו"מ סי' פ"ז סל"ח שכתב דהיכא דנראה לו להדיין דהטענה גרועה אין נותן שבועה. ואף דהרמ"א איירי שם רק בליכא דרד"מ כמ"ש שם הפ"ת סקל"ט וכמבואר בד"מ סק"ג. מ"מ הא כתבו התוס' בב"ב (דמ"ה ע"ב) ד"ה המפקיד. באומן דאף דבא צידו טליתו של חבירו. כיון דאומר לקוח הוא בידי ולא בתורת אומנות ולא נתחייב לו מעולם לא מקרי דרד"מ דדרד"מ לא הוי רק באומר לויתי ופרעתי דהי' חייב עכ"פ פ"א וא"כ הכא דאומר דלא השכיר לו מעולם על אחר זמן השכירות לא מקרי דרד"מ ובטענה גרועה אין להשביע ובפרט דבלא"ה נ"ל דאין כאן כפירת ממון כלל דלא מיבעיא מה שטען שהתנה שיהי' לו דין בית ישן וודאי אינו כלום דבבית ישן גופי' דד"מ הוא דאינו יכול להשכיר לאחר כמ"ש גם כת"ה בעצמו. אלא אף לפי מה שטען ששכר הדירה על כל זמן שיהי' החוק של הלאקאטארען-שוץ מ"מ כיון שלא הי' קצבה אז ביניהם כמה יתן לו שכירות לשנה אחר כלות הג' שנים אין כאן קנין כלל כמבואר בסי' ר' ס"ז דבלי פסיקת דמים אין שום קנין קונה דלא סמכא דעתי'. דהמשכיר יכול להעלות כמה שירצה והשוכר יכול להוריד הדמים. ולא סמכה דעת שניהם כלל כיון דאין דמיו קצובין. ואין לומר דכוונתם הי' כפי החוק של עכשיו שנישום עפ"י הקומיסיאן המיוחדת לזה והוי כאומר כפי שומת ג' בקיאים דאז קודם ששה שנים בשעה ששכר זה השוכר עדיין לא הי' החוק הזה כפי המדומה בטח. וגם בלא"ה אף אם הי' שכירות מעליא מ"מ אין זה ברור שיכול להשכיר לאחר. דהנה בסי' שט"ז ס"א מבואר דהא דיכול להשכיר לאחר הוא רק אם המשכיר תובע אותו השכירות אבל אם פוטר אותו מהשכירות אינו יכול להשכיר. ואמנם בנתיבות שם סק"א מביא בשם הפרישה דאם השוכר השני רוצה ליתן לו יותר ממה שנותן הוא למשכיר. מחויב המשכיר ליתן לו אותו התוספת. כיון דלא הוי רק משום אל תמנע טוב עיי"ש:

ולענ"ד נראה דד"ז תלוי באשלי רברבי. דהנה הסמ"ע הביא דברי המרדכי דמחלק בין כבר הקדים לו דמי שכירותו או לאו ובנתיבות שם סק"ב הביא דבמרדכי מבואר דהיכא דכבר נתן לו דמי שכירותו אינו יכול להשכירו לאחרים ולכאורה אינו מובן כלל דאדרבא

כשהקדים לו שכרו אמרינן יותר שכירות ליומא ממכר הוא. עיין נתיבות סי' שי"ב סקי"ג. ואמאי אינו יכול להשכיר זכותו לאחרים כשהקדים שכרו. ובלא הקדים יכול להשכיר. אמנם המעיין בלשון המרדכי עצמו פ' חזקת הבתים אות תקכ"ט יראה דס"ל דמדינא יכול המשכיר לסלק השוכר השני מהבית דא"ל זיל לאו בע"ד דידי את דלא שכרת ממני. אלא היכא דהשוכר הראשון לא נתן עדיין השכירות למשכיר. אתאינן עלה מהא דפ' האומנין (דע"ט) בהשוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך דאי משכח לאוגירי אינו נותן לו אלא שכר חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומות משום שינוי דעתא ושם לא מצינו רק היכא דלא נתן לו עדיין השכירות. וטעם החילוק הוא דבאמת איכא אינשי דקפדי אשינוי דעתא ואיכא אינשי דלא קפדי. ולכך היכא דהשוכר מוחזק דלא נתן עדיין השכירות יכול לומר דאין המשכיר מקפיד כלל על שינוי דעתא והי' משכיר גם לזה. ומה שאומר עתה שהוא מקפיד הוא רק להוציא ממון מהשוכר שיודע שאין לו ברירה. אבל היכא דכבר נתן לו השכירות דהמשכיר מוחזק יכול לומר להשוכר השני זיל לאו בע"ד דידי את שאנכי מקפיד על שינוי דעתא:

ועוד י"ל טעם אחר דהנה קיי"ל דבע"ח מדאורייתא דינו בזיבורית ויכול להגבותו איזו זיבורית שירצה וכן אפילו סובין. אף דיש למלוה תרעומות גדול עליו שהלוה לו מעות והוא מכריחו ליקח סובין. מ"מ כך הוא דינה של תורה. וא"כ ה"נ היכא דהשוכר לא נתן עדיין השכירות יכול לומר טול שכירותך מאגר ביתך שתשכירו אתה או אנכי אשכירנו בעבורך. אף שיש לו תרעומות משום שינוי דעתא. מ"מ לא גרע מזיבורית דיכול לפרוע מהם חובו. אף דאיכא תרעומות טובא. ואף דהיכא דאית לי' זוזי מחויב ליתן זוזי. מ"מ כבר כתבו התוס' בכתובות (דצ"ב ע"א) דהיכא דאית לי' פסידא יכול לסלק בקרקע אף היכא דאית לי' מעות עיי"ש. וה"נ אין לך פסידא גדול מזה שיהי' מחויב לשלם שכר דירה מכיסו. אבל היכא שכבר הקדים לו השכירות וודאי דאינו יכול לעבור על דעתו ולהשכיר ביתו לאחר כמו דאינו יכול ליקח בע"כ מעות של חבירו וליתן לו זיבורית תחתם. כנ"ל נכון בטעמו של המרדכי. וא"כ מעתה אף היכא דלא הקדים לו שכירות. מ"מ אם המשכיר אינו תובע אותו שכירות ופוטרו מכל וכל. וודאי דאינו יכול להשכיר ביתו לאחר משום שינוי דעתא לדעת המרדכי הנ"ל. וא"כ כיון דגם בתשו' מהר"א בן ששון ס"ל כהמרדכי הנ"ל דהיכא דהמשכיר כבר קיבל שכירותו יכול למחות בהשוכר מלהשכירו לאחר כמו שהובא במל"מ פכ"ג מה' מכירה. וגם בגוף הדין של הרמב"ם דיכול להשכיר לאחר הביא הראב"ד בפ"ה מה' שכירות דיש חולקין ע"ז. א"כ וודאי. דהמשכיר דהוא מוחזק יכול לומר קי"ל שאינו יכול להשכירו כיון שאיני פוטרו מהשכירות. ועכ"פ סניף

הוי לכל הני טעמי דלעיל. ולכן נלע"ד ג"כ לדינא דאין על המשכיר שום שבועה וקב"ח ופטור מן השוכר מכל וכל כנ"ל והשי"ת יצילנו משגיאות:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבר** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כג

ב"ה עש"ק בהר ל"ד למב"י **טארנאנפאל** תרפ"א.
רב שלומים לכבוד המיל"ח ח"ג החריף ובקי מאור נעלה איש חמודות תורה ומדע בו צמודות ויראתו גם היא אל חכמתו קודמת מגזע הפרתומים כש"ת מוה"ר **אליעזר מיעזעש** נ"י וכעת הוא הרב הגדול אבד"ק **סאמבור**:
נועם מכתבו אלי נכון הגיעני וכו' והנה אשר כתב בישוב דברי רש"י ז"ל עפ"י שיטת הר"ן יפה העיר בזה אבל באמת א"א לפרש כן דברי הש"ס דאם נאמר דזה סברא מבחוץ דאם הי' בטל מסלע מותר ליטול שכרו כמו באבידה רק דאם לא הי' נכתב תרווייהו פריקה וטעינה הו"א דגם על פריקה מותר ליטול שכרו א"כ מאי קאמר הש"ס דלר"ש דס"ל דלא מסיימי קראי לכך זה וזה בחנם אדרבה כיון דליכא קרא מיותר א"כ זה וזה בשכר הי' לו לומר ולשיטת הר"ן בע"כ צריך לפרש דמסברא בחוץ טעינה הוא בחנם גם אם הי' בטל מסלע וא"כ שוב קשיין דברי רש"י הא אי לא נכתב פריקה ה"א דגם טעינה בחנם כמו לר"ש. ואמנם יען כי חביבים עלי דבריו וגם מצוה מאוד לישב דברי רש"י התמוהים לעין כל רואה אמרתי לאמשוכי נפשאי לקיום דבריו בישוב דברי רש"י ז"ל ומיני' ומיני' תסתיים שמעתתא, דהנה גם שיטת הר"ן תמוה מאוד דהאיך אפשר לומר דאי לאו קרא ה"א דטעינה בחנם גם בבטל מסלע וכי עדיף מאבידה דאית בה חסרון כיס ואפ"ה נוטל שכרו כפועל בטל:
ואמנם נ"ל ליישב כ"ז ואקדים לזה ב' הקדמות. חדא לפי המבואר ברא"ש ובטור חו"מ סי' רע"ב דאף למ"ד טעינה בשכר אין לו ליטול יותר ממה שראוי לו בשכרו וא"כ למ"ד מצות ליהנות ניתנו דשכר מצוה חשיב הנאה ומה"ט אסור ליטול לולב או שופר של איסה"נ דהוי נהנה מאיסורי הנאה וא"כ היאך נאמר דמצות טעינה בשכר הא כיון דיש לו שכר מצוה ושכר מצוה שוה כמו שכר טרחו ולמ"ד מצוה חשוב הנאה א"כ אם נוטל עוד שכר מבעל האבידה הרי נוטל יותר משכרו הראוי לו וזה אין לו ליטול לכ"ע. הקדמה השני' לפימ"ש המחנ"א בה' שילוחין סי' י"א דהעושה מעקה ע"י פועל נכרי יכול לברך עלי' דפועל ידו כיד בעה"ב וחשוב כעושה בעצמו עי' ברי"ט אלגזי פ"ד מבכורות אות נ' ובנתי' סי' קפ"ח סק א עיי"ש וא"כ למ"ד טעינה בשכר כיון דנוטל שכרו כפועל איך מקיים מ"ע דהקם תקים הרי ידו כיד בעה"ב ומה שהוא עושה נחשב כמו שהבעה"ב

עשה בעצמו ולא קיים הוא המ"ע כלל. ועפ"י הקדמות האלה רווחא שמעתתא שפיר דבאמת באבידה היכי דנוטל שכר כגון שהוא בטל מסלע אז אינו מקיים המ"ע כלל כיון דידו כיד בעה"ב רק דהתורה פטרתו מהשבת אבידה כמו זקן ואינו לפ"כ ומצות השב תשיב אינו מקיים רק כשאינו נוטל שכר כגון בבטל ממלאכה. ואמנם מחלוקת ת"ק ור"ש בטעינה הוא בכך. והנה בעירובין (דכ"ו) גבי נתן עירובו בבית הקברות דפליגי שם ת"ק ורבי יהודא איכא חד אוקימתא דפליגי אם אמרינן מצות ליהנות ניתנו או לאו דר"י ס"ל מללה"נ ות"ק ס"ל מלה"נ וידוע דבר פלוגתי' דר"י הוא ר"ש וא"כ מש"ה קאמר ר"ש זה וזה בחנם היינו דמצות טעינה הנאמרת בתורה הקם תקים הוא בחנם היכא דאינו נוטל שכר דאם נוטל שכר א"כ כיון דס"ל מלה"נ הרי שכר הנאת המצוה נחשבת שכר ואם יטול שכר גם מבעה"ב הרי נוטל יותר מהראוי בשכרו וזה אין לו רשות כמש"ל. ובאמת גם ר"ש מודה דאם הי' בטל מסלע רשאי ליטול שכר גם לשי' הר"ן דלא גרע מאבידה דמותר ליטול כפועל בטל משום לא יהי' בך אביון שלך קודם רק דא"כ אינו מקיים המצוה כלל כיון דנעשה ידו כיד בעה"ב כמו בפועל וכיון דאינו מקיים המצוה אין לו שכר קיום המצוה ורשאי ליטול שכרו מבעה"ב דהתורה פטרתו אז מקיום המצוה דהקם תקים אבל סתם טעינה הנאמרת בתורה ס"ל לר"ש דהוא בחנם דכיון דנאמר הקם תקים הרי התורה אמרה שהוא מקיים המצוה דהקם תקים ואם הי' נוטל שכר לא הי' נחשב כאלו הוא עושה כלל כיון דידו כיד בעה"ב. ובע"כ איירי הקרא היכי דעושה בחנם כגון כשאינו מתבטל אז ממלאכתו. ות"ק ס"ל דמלל"נ. וא"כ גם כשמקיים הוא בעצמו המצוה רשאי ליטול שכר מבעה"ב דשכר הנאת המצוה אינה נחשבת הנאה כלל. וגם י"ל דס"ל כס' הרי"ט אלגזי הנ"ל החולק על המחנ"א הנ"ל וס"ל דלא אמרינן בהא דפועל ידו כיד בעה"ב עיי"ש שכתב דזה תלוי אם אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא וא"כ י"ל דת"ק ס"ל כמ"ד בע"ז דשכירות לא קניא וא"כ שפיר קאמר דטעינה הנאמרת בקרא הוא בשכר כגון שהוא מתבטל ממלאכתו ואפ"ה מקיים הוא בעצמו מ"ע דהקם תקים דלא אמרינן ידו כיד בעה"ב וגם רשאי ליטול שכר מבעה"ב אף דהוא מקיים מ"ע דשכר מצוה לא חשיבא הנאה דמלל"נ וא"כ כיון דס"ל לת"ק דמסיימי קראי וקרא דפריקה מיותר בע"כ דאתי לגלות דפריקה הוא בחנם אף כשמתבטל ממלאכתו כשי' הר"ן. ומיושבים ג"כ דברי רש"י הנ"ל דאי לאו קרא דפריקה ה"א דפריקה ג"כ בשכר כמו בטעינה היכא שהוא מתבטל ממלאכתו. והא דקאמר הש"ס דלר"ש דקרא אינו מיותר הכל בחנם היינו לר"ש דווקא כיון דס"ל מצות ליהנות ניתנו בע"כ דקרא דטעינה איירי רק בחנם כמש"ל, וא"כ מדברי כ"ת ומדברינו נכונים דברי רש"י עפ"י שיטת הר"ן הנ"ל. אבל השתא דאתאינן

להכי יש ליישב דברי רש"י גם לשי' שאר הפוסקים דקיי"ל כוותי' דטעינה הוא בשכר גם כשאינו מתבטל ממלאכתו ולא נהי' צריכין לומר ג"כ דת"ק ור"ש פליגי בס' המחנ"א הנ"ל רק די"ל דבאמת ס"ל להני פוסקים דגם מצד הסברא מבחוץ מצות טעינה הוא בשכר אף כשאינו מתבטל ממלאכתו דאינו דומה לאבידה דבא לו הפסד בלי דעתו וכן פריקה אבל טעינה דעושה כדי להשתכר א"כ כמו דמתחילה כשטען על החמור בביתו וודאי הי' בשכר דאין שום אדם מחויב לטעון לו בחנם כדי להשתכר ה"נ כשרבץ תחת משאו בדרך נהי דפריקה צ"ל בחנם אבל הטעינה לא עדיפא סופה מתחילתה דיכול ליטול שכר רק כיון דאמרה תורה הקם תקים אף דאיכא ג"כ לאו דוחדלת דהוסיפה התורה עשה על ל"ת שיקיים גם מ"ע שוב א"א לומר דיעשה בשכר דא"כ הרי הוא כפועל וידו כיד הבעה"ב לס' המחנ"א הנ"ל ואינו מקיים הוא המ"ע כלל. דבשלמא אם אינו נוטל רק כשמתבטל ממלאכתו כמו באבידה א"כ י"ל דקרא דהקם תקים איירי כשאינו מתבטל ממלאכתו אבל אם נאמר כשיטת הפוסקים הנ"ל דטעינה היא תמיד בשכר א"כ שוב קשיא הא אינו מקיים העשה כלל כיון דידו כיד בעה"ב אך צ"ל דע"כ אמרינן דידו כיד בעה"ב היכא דהבעה"ב רוצה וניחא לי' בכך שיהי' נחשב עשיית הפועל כעשייתו כמו במעקה דוודאי רוצה שיקיים הוא בעצמו המצוה אבל כיון דטעינה דהבעה"ב אינו עושה מצוה כלל בטעינה דאצלו הוא דבר רשות דעושה רק להשתכר ואצל האחר הוא מצוה שמקיים מצות הקם תקים א"כ כיון דקיי"ל דניחא לי' לאינש שיעשו אחרים מצוה בממונו וודאי ניחא לי' להבעה"ב שטעינת הפועל לא יהי' בשליחותו ושיהי' ידו כיד בעה"ב דאז לא יקיימו שניהם המצוה כלל אבל אם יעשה הפועל לדעת עצמו יקיים הפועל המצוה ולכך אף דנוטל שכר מקיים המצוה דל"א בזה ידו כיד בעה"ב ולכך בפריקה דאיכא ג"כ איסור דצעב"ח דגם אם הבעה"ב בעצמו עושה הפריקה מקיים המצוה דצעב"ח וודאי ניחא לי' להבעה"ב שיעשה בעצמו מצוה ולכך פריקה בחנם דאם יטול שכר הרי ידו כיד בעה"ב ולא יקיים הוא המצוה כלל רק הבעה"ב. וא"כ נכונים שפיר דברי רש"י הנ"ל. דהנה (בדף ל"א ע"א) ד"ה גמרא כתב דגם בטעינה איכא קצת צעב"ח כמ"ש התוס' ד"ה לר"ש דע"י שאין הרבה לטעון מכביד המשא על הבהמה עיי"ש ואמנם בס' יד יוסף כתב דזה רק אליבא דר"ש אבל ת"ק ס"ל דבטעינה ליכא צעב"ח כלל עיי"ש (בדל"א ע"א) ד"ה גמרא ואי אשמעינן וכו' וא"כ לפי"ז לר"ש שפיר בע"כ צ"ל דלא מסיימי קראי וליכא קרא מיותר בע"כ דזה וזה בחנם דאם נאמר דטעינה בשכר א"כ הוי כפועל וידו כיד בעה"ב מאי אמרת דניחא לי' להבעה"ב שיעשה הפועל המצוה ז"א כיון דאיכא גם בטעינה צעב"ח א"כ אדרבא ניחא לי' שיהי' יד הפועל כידו שיקיים

בעצמו המצוה להציל הבהמה מצעב"ח אבל לת"ק דס"ל דליכא בטעינה צעב"ח א"כ שפיר אף בלאו קרא מיותר הו"א דטעינה בשכר כמש"ל מאי אמרת דיהי' ידו כיד בעה"ב ז"א דלא ניחא לי' לבעה"ב כלל דהוא לא יעשה בזה שום מצוה כיון דליכא צעב"ח ולכך שפיר כתב רש"י דאי לאו קרא דפריקה הו"א דגם פריקה בשכר דדיו לבא מן הדין להיות כנידון ואי דיהי' ידו כיד בעה"ב דבפריקה הא איכא צעב"ח מ"מ כיון דלא הי' נכתב מ"ע דפריקה הוה אמרינן דבאמת אין מוטל כלל על שום אדם לקיים מ"ע דפריקה רק ל"ת איכא דוחדלת ושפיר יכול לעשות בשכר ואף דלא יקיים בזה מ"ע מה בכך הרי לא נכתב כלל מ"ע לגבי' רק בק"ו מטעינה ודיו לבא מה"ד להיות כנדון ודו"ק היטב:

ובזה יתיישב לנכון קושית התוס' (בדל"ב ע"ב) ד"ה ואמאי על הא בהמת עכו"ם ומשאוי ישראל וחדלת. וא"א צעב"ח דאורייתא אמאי וחדלת. והקשו התוס' נימא דלישראל בחנם ולעכו"ם בשכר וכן אח"כ בד"ה מה לי על הא דקאמר הש"ס בשונא עכו"ם דפריך הש"ס וא"א צעב"ח דאורייתא מה לי שונא ישראל או עכו"ם. הקשו התוס' ג"כ נימא דלעכו"ם בשכר אבל לפימ"ש ניחא דבבהמת עכו"ם אם יטול שכר מן העכו"ם יהי' ידו כיד העכו"ם ולא יקיים המצוה כלל כמ"ש המג"א דגם בעכו"ם דל"ש שליחות אמרינן יד פועל כיד בעה"ב. ובעכו"ם ל"ש לומר ניחא לי' לאינש לעשות מצוה בממונו שיהי' ניחא לי' שיקיים הפועל המצוה דעכו"ם וודאי לא ניחא לי' בכך וא"כ אם יטול שכר יתבטל המצוה לגמרי דיהי' נחשב כאלו עושה העכו"ם בעצמו כיון דנוטל שכר אצלו ואינו מקיים הישראל המצוה כלל:

ובזה יתפרשו לנכון דברי הרא"ש והטור בסי' רע"ב שכתבו דהיכא דפטור מפריקה כגון הלך וישב לו וכו' דעכ"פ חייב משום צעב"ח רק דמותר ליטול שכרו אם בעה"ב רוצה ליתן לו. ותמה ביד יוסף דמ"ש מטעינה דבשכר דאם אינו רוצה בעה"ב ליתן שכרו אינו מחויב כלל. וכאן כתבו רק דאם בעה"ב רוצה ליתן רשאי ליקח. וגם תמה שם על גוף הש"ס דמ"ש מצות צעב"ח ממצות אבידה ופריקה דהוי דווקא בחנם. ולפי הנ"ל נכון הכל שפיר דוודאי באבידה דנתנה התורה מ"ע על ל"ת ויש מ"ע בדבר דהשב תשיב וודאי מש"ה הקפידה תורה שלא יטול שכר דאם יטול שכר יתבטל המ"ע דיהי' נעשה ידו כיד הבעה"ב ויהי' נחשב כאילו הבעל אבידה עושה בעצמו ואצל בעל האבידה ליכא מצוה כלל מה שעושה לטובת עצמו. ואמנם בפריקה דאיכא צעב"ח ולמ"ד צעב"ח דאורייתא אי לאו דאיכא קרא מיותר דפריקה צריך להיות בחנם הי' רשאי ליטול שכר מאי אמרת דיהי' ידו כיד בעה"ב א"כ יקיים הבעה"ב מצוה להציל מצעב"ח ולא יתבטל המצוה כלל רק דגילה קרא דפריקה בחנם דווקא. אבל היכא דליכא מצות פריקה כגון בהלך וישב

לו וכדומה וליכא רק צעב"ח בלבד וודאי רשאי ליטול שכר אם ירצה הבעה"ב ואז יהי' נחשב כאלו הבעה"ב מקיים המצוה והתורה לא הקפידה רק שהמצוה יהי' נעשית ולא תתבטל לגמרי. אבל אין נ"מ ע"י מי תהי' נעשית. אבל אם הבעה"ב אין רוצה ליתן שכר וודאי מחויב הרואה לקיים המצוה ולהציל מצטב"ח דזה חיוב על כל איש מישראל. ואמנם כ"ז בבהמת ישראל. אבל בבהמת עכו"ם שפיר פריך הש"ס אי צעב"ח דאורייתא אמאי פטור. וליכא למימר דפטור רק בחנם אבל בשכר מחויב. ז"א דבשכר יהי' נעשית ידו כיד בעה"ב ויהי' נחשב כאלו עושה העכו"ם וא"כ תתבטל המצוה לגמרי דעכו"ם לאו בר מצות הוא והתורה חפיצה שתתקיים המצוה ע"י ישראל לזכותם ולא לעכו"ם ומיושבת שפיר קושית התוס' הנ"ל כמש"ל:

ומה שהקשה ע"ד התוס' דעוקרין על המלכים משום דכתיב ואת סוסיהם והא אין נביא רשאי לחדש רק להוראת שעה. הנה לא על התוס' לבד תסוב קושיתו רק על דברי הש"ס ע"ז (די"ג ע"א) דקאמר הש"ס גופי' האי טעמא דמש"ה בהמה תיעבד דכתיב ואת סוסיהם ופירש"י שם ג"כ דאלמא דמותר לרדותם בכך ובתוס' שם ד"ה אמר אביי הקשו באמת דילמא שם הי' עפ"י הדיבור. אבל לענ"ד נראה עפימ"ש הנ"י כאן בב"מ דמש"ה בזקן ואינו לפ"כ אינו פורק אף דצעב"ח דאורייתא. דאם הותר צעב"ח להנאתן ותשמישן של ישראל כ"ש לכבודם דגדול כבוד הבריות עיי"ש. וא"כ ה"נ מייתי ראי' מקרא דמותר לעבור משום לרדותם דזה הוי לטובת ישראל ולהנאתן שיגירו מהם דכל כמה דיש לתלות שיש טעם להיתרו לא אמרינן שהוראת שעה הי' עפ"י הדיבור ומשה"נ לכבוד מלכים. וכן בקונה ביריד של עו"כ שלא ירגילו הוי כמו לטובתן והנאתן של ישראל דהותר צעב"ח כמ"ש הנמ"י הנ"ל:

כ"ד דו"ז מוקירו ומכבדו **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כד

ע"ד השאלה באחד שחלה אחיו חולי מסוכן והפצירו הקרובים באשתו שתשלח לטרנאפאל אחר רופא כי הרופא דעירם הוא שונא מוחלט להחולה ולא רצתה והלך אחיו הנ"ל והביא רופא מטרנאפאל ועד שבא הרופא כבר הוטב לו מעט ועתה אינם רוצים לשלם להאח הנ"ל מה שהוציא סך שלשים אלף מרק. ובקשת ממני לכתוב חוו"ד:

הנה בחו"מ סי' רס"ד ברמ"א ס"ד בשנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות להוציאם ממאסר ויצא האחד מאליו דאינו מחויב לשלם לו כלום כיון דלא התנה עיי"ש דמדמה לה לדין הקודם שם במחבר בירד להציל ולא הציל דיש חילוק בין התנה ללא התנה ואמנם בסמ"ע שם סקי"ד כתב דבלא היו הבעלים שם ולא הי' לו עם מי להתנות כהתנה דמי. גם

בדין זה דירד להציל ולא הציל אף דרמ"א אינו מביא הדין זה רק בס"ג בירד להציל והציל מ"מ ס"ל להסמ"ע דאין לחלק והביאו הש"ך בסק"ד לפסק הלכה ואינו חולק עליו. ובנ"ד נראה בעיני דהוי כלא היו הבעלים שם דאף דאשתו מחתה מ"מ בזה צדקו דברי כת"ה דבסכנות נפשות אף אם הוא בעצמו הי' מוחה לא היו שומעין לו כמבואר בארוכה בתשו' מהר"ם ב"ב סי' ל"ט וא"כ וודאי הוי כאין הבעלים כאן דאף דלא התנה כהתנה דמי ואף לפני ב"ד לא הי' צריך להתנות דהא קיי"ל השואל ה"ז שופך דמים באו"ח סי' שכ"ח ולא הי' רשאי להשהות כלל עד שילך וישאל וא"כ מה שעשה ברשות עשה וה"ז דומה בעיני למה דקאמר הש"ס בכתובות (י"ט ע"א) השתא אילו אתו קמן לאמלוכי אמרינן להו זילו חתימו דאין לך דבר עומד בפני פק"נ השתא דחתמו אמרינן להו אמאי חתמיתו בתמיהה עיי"ש. וא"כ מעתה דנחשב כאן כאלו התנה לכאורה תלוי הדבר אם כבר יצא מכלל סכנה קודם שבא הרופא ובמצבו אז לא הי' נחוץ כפי ראות עיני הדיין לשלוח עוד אחר רופא ממקום אחר א"כ בה"ג אף בהתנה א"צ לשלם הפסדו כמבואר ברמ"א שם דאם עלה החמור מאליו הוי כירד להציל ולא הציל. ואף דהסמ"ע שם בסקי"ד הנ"ל חולק על הרמ"א ומהר"ם פדווא וס"ל דבעלה מאליו צריך לשלם לו הכל. וכן ס"ל גם להרש"ל הובא בש"ך סק"ד. וכבר הובא מחלוקת הקדמונים בזה בשטמ"ק ב"ק (דקט"ז) ועיין בס' מחנה אפרים הלכות שכירות סי' כ"ג ובס' שושנת יעקב בסי' רס"ד הנ"ל ובהגהות פתחי תשובה שם אבל וודאי דא"א להוציא מיד המוחזק במחלוקת הפוסקים כהאי ובפרט דהנתיבות שהוא גדול האחרונים כתב דהעיקר כהרמ"א ואף דמבואר בש"ע דבהתנה עכ"פ שכרו הראוי לו נוטל. והיינו מה שהי' ראוי ליתן לפועל אחר שלא הי' לו הפסד חמור וכאן וודאי דלא נתן יותר ממה שהי' ראוי ליתן לרופא אחר מומחה כמותו ממקום אחר וא"כ הי' מן הדין להחזיר לו:

אבל באמת ז"א דבאמת הוי קשיא לו כיון דהטעם דבירד להציל ולא הציל אף בהתנה א"צ לשלם לו עבור חמורו דאמרינן דהתנה רק על דעת שיציל וכיון דלא הציל הוי התנאי טעות ובטל תנאו והוי כלא התנה וא"כ אף שכרו אמאי יתן לו הא ס"ל להרמ"א דבלא התנה אף שכרו אין לו בלא הציל. ואמנם אח"כ מצאתי להנתיבות שם סק"ג שהרגיש בזה ותירץ דכיון דהתנה הרי גילה המציל דעתו שרוצה לשכור מצילין ואם לא הי' הוא מציל הי' שוכר מצילין אחרים ונותן להם שכרם וא"כ במה שהלך זה להציל הרוויח המציל השכר שהי' נותן למצילין אחרים מש"ה נותן לזה שכרו עכ"ד עיי"ש והיטב אשר דיבר בזה כי מבואר כדבריו בתשו' מהר"מ פדוואה סכ"ג שכתב וז"ל הרי משפטנו יצא לאור היות ראובן אשר יצא חפשי ממאסרו בלי סעד המציל פטור מלשלם ואפילו שכר

אפשר דלא משלם דהא לא נהנה דאלו מתניתין ששטף נהר נהנה מיהא כדי שכרו דהא הי' צריך לשכור אחר אם לא ירד זה דלא ידע דיעלה ממילא עכת"ד עיי"ש. הרי מבואר כדברי הנתיבות. וא"כ בנ"ד דאדרבא אנו יודעין דאם לא הביא הוא לא היו בני בית החולה מביאין אותו דהא בפירוש מיחו מלהביא וא"כ לא נהנה כלל וא"כ אף שכר הראוי אין לו ליתן ואמנם כ"ז הי' נראה לי לפום ריהטא:

אבל אח"כ ראיתי שאין זה הנידן כלל דבש"ס שם בב"ק (דקט"ז) על הא דקאמר דירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו פריך מהא דתניא השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקנין לחולה והלך ומצאו שמת או שהבריא נותן לו שכרו משלם. א"ל מי דמי התם עביד שליח שליחותו הכא לא עביד שליח שליחותו עיי"ש ועיין בשטמ"ק שם ד"ה וזו שאלה באמצע הדיבור שכתב וז"ל ואסיקנא התם גבי פועל עביד שליחותו דלאתויי אגרי' והא אייתי' הכא גבי הצלה לא עביד שליחותו דלאצולי אגרי' ולא אציל עכת"ד ע"ש. והמובן מדבריו דהיכא דאגרי' לדבר מסוים לעשות דבר זה ועשאו אף דנמצא דלא הי' צריך לאותו דבר שהבריא החולה מקודם צריך לשלם לו כל מה שהתנה דהא השליח עשה שליחותו אבל בשטף נהר חמורו דלא אגרי' לדבר ידוע ולא הי' מלאכה מסוימת רק סתם להציל דהיינו כל מיני הצלה שיוכל א"כ כיון דלא הציל לא נתקיים תנאו. ועיין בחו"מ סי' של"ה ס"ב וס"ג ובסמ"ע שם סק"ח וט' ותמצא מבואר כדברי. ועיין בנתיבות שם סק"ב ועיין עוד בתוס' שם ד"ה להביא ובנמו"י דאף אם הבטיח לו יותר מהראוי כגון שהי' לו פסידא מחויב לשלם לו הכל כיון דעשה השליח שליחותו. וא"כ בנ"ד נמי כיון דכבר כתבתי דכאן הוי כמו לא היו הבעלים שם וכהתנה דמי כיון דברשות עשה והי' זריז ונשכר בפקוח נפש א"כ כמו דאם היו שוכרין אותו להביא רופא ממקום אחר והלך והביא נוטל שכרו משלם דהרי עשה השליח שליחותו אף דהחולה הבריא מקודם כמו בכרוב ודורמסקנין ה"נ אף דלא שכרו אותו הרי הי' מצווה מעצמו וברשות התורה עשה להביא רופא ממקום אחר כפי עצת כל הקרובים. וא"כ הרי עשה שליח שליחותו ומגיע לו כל מה שהוציא:

ואף דמצינו בסי' שע"ה לענין מוציא הוצאות על נכסי אשתו ובשותף דהוי ג"כ כיורד ברשות ב"ד ואפ"ה היכא דליכא שבחא אינו נוטל אף ההוצאות אף דשם ג"כ עשה שליחותו דהרי הוא חרש וזרע ועשה כל מלאכתו ומה שלא השביח אח"כ זה נעשה ביד"ש מ"מ אין לדמות הענינים דשם הוא נכנס מתחילה אדעתא דשבחא דאם ישביח יטול הוא ג"כ חלק יותר על ההוצאה ויהי' לו ריווח בדבר א"כ אמרינן דהרשות ב"ד דהוא מטעם דזכין לאדם שלא בפניו הוא רק אם ישביח ואם לא ישביח לא יטול וימצאו

מ"מ מי שיכניס עצמו לכך דהוא נכנס ע"ד להרוויח דעפ"י הרוב יהי' ריווח ושבח בדבר יכניס עצמו בקרוב לשכר ורחוק מהפסד. אבל בנ"ד דעושה לשם מצוה ולא להרוויח ואם לא יהא הרשות ב"ד רק אם יתרפא החולה וודאי לא הי' איש משוגע בעולם שיכניס עצמו לכך להביא רופא לחבירו בהוצאה מרובה ואם ימות החולה או יבריא מקודם יניח מעותיו על קרן הצבי וכן וודאי דרשות התורה שהוא מחויב מוהשבותו לו לרבות אבידת גופו הוי כרשות החולה בעצמו וכמו שכתב הסמ"ע הנ"ל דגם בכה"ג אם אין בעלים שם עם מי להתנות כהתנה דמי והוי כשוכר פועל להביא לו כרוב ודורמסקנין הנ"ל דמחויב לשלם לו כל שכרו ובפרט בנ"ד דכפי הנראה לא יצא עדיין מהסכנה כשבא הרופא והרופא שבא נתן לו סמים אחרים ממה שנתן לו הרופא הראשון וי"ל דעל ידו נתרפא ובפרט דלדעת הסמ"ע והרש"ל וכפי סתימת דברי הש"ך נראה ג"כ שהסכים לדבריהם בלא"ה חייב אף אם הי' נתרפא מקודם לגמרי לכן נ"ל דמשורת הדין יש לחייבו לשלם הכל אך יען כי צריכים אנחנו להתרחק מלדון ד"ת כמבואר בסוס"י י"ב לכן יראה כת"ה להתאמץ לעשות איזה פשרה ומהיושר הי' לשלם הכל בת"ח כי כן לא יעשה והוא נעילת דלת בפני עושה מצוה וכת"ה יעשה בזה כשכלו הזך:

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק טארנאפאל.

סימן כה

שלום אשיב וברכת כוח"ט וכט"ס לכבוד הרב הה"ג החסיד המפו' וכו' בנש"ק מגזע תרשישים כש"ת מו"ה **ארי' ליבוש** שליט"א ראבד"ק **טאמשוב** יצ"ו:

מכתבו לנכון הגיעני ואם כי טרידנא טובא עכ"ז למען כבודו הקדמתי תשובתו. ע"ד אחד אשר שכר דחיים משותפים. והניח מעות בתיקון הרחיים ושכר לשלשה שנים בסכום ידוע לחדש. ומחמת קטטה שבין השותפים המשכירים לא הי' יכול לטחון בהרחיים ונתפשרו שיחזירו לו הכסף שהניח בהרחיים אלא שהוא תובע צינזען מהסך הנ"ל ובאו ע"ז לדון לפני כתה"ר וכתה"ר דן בזה מדברי הסמ"ע והנתיבות סי' רצ"ב לענין ביטול כיסו של חבירו. והביא דברי השו"מ מהדו"ב והתשו' הזאת אינה תח"י. והנה אינו מבואר היטב בלשון השאלה אם הסך שהניח בהוצאת תיק"ן הרחיים הי' הלוואה שאחר כלות הג' שנים מחויבים להחזיר לו הסך הזה או הי' זה הקדמת שכירות ובכלות הג' שנים יחזיר להם הרחיים חנם. ואם הי' באופן ראשון שהמעות נזקף במלוה א"א לדון בזה משום ביטול כיסו. כמבואר בחת"ס חו"מ תשו' קע"ח באריכות. ובדינים היוצאים שם אות א' כתב וז"ל אין בהלואה דין ביטול כיס ואסור להזדקק לזה משום רבית עכת"ד. אלא שאם הי' נעשה בדרך היתר כגון בנכייתא דהמנהג להתיר כמ"ש הרמ"א ביו"ד סי'

קע"ב ס"א אז אם אח"כ הי' מוכרח להסתלק משכירותו בגרמתם הי' אפשר לדון שצריכין לשלם לו כל שיווי שכירות הרחיים. עפי"ד הרשב"א שהביא הב"י והרמ"א בסוס"י קע"ב דאם הוציאו המלוה מהבית צריך הלוה לשלם לו השכירות. כיון דכבר זכה לדור בבית בהיתר נכייתא עיי"ש. ואף דהט"ז מסיק שם דזה רק כשהלוה קיבל עליו אחריות בפירוש. מ"מ י"ל דזה רק כשהוציאו אחר מהבית. אבל כאן שבגרמת הלווים עצמם הוכרח להסתלק הוי כעין הא דאמרינן נהי דאחריות דעלמא וכו' אחריות דנפשי' מי לא קיבל עיין חו"מ סי' רכ"ו. ואף דנועל ביתו או חנותו של חבירו ולא הניחו לכנוס פטור מלשלם משום דהוי רק מבטל כיסו וכו' ואין שבח בכלים רק באדם כמ"ש הקצוה"ח סי' שס"ג סק"ג מ"מ כאן כיון דהוא גופו השכירו לו איכא למימר דעכ"פ אחריות דנפשי' קיבל כמש"ל וגם הא כתב הנתיבות בסי' שי"ב ס"ב סק"ה בפירוש דאם המשכיר עצמו גרם שלא ידור משום שמכרו לעכו"ם חייב להשכיר לו בית אחר משום דכל משכיר איכא עליו חיוב הגוף להעמיד לו הדבר שהשכיר לו. וגם הו"ל כקבלן דמחויב לשלם כמו אם אוביר ולא אעביד כמ"ש הנתיבות בסי' קע"ו סקל"א ובסי' ש"ו עיי"ש. אך כ"ז אם הי' בהיתר כגון בנכייתא. אבל כאן דאין מנכה לו מהחוב רק דהי' צריך לשלם לו בכל חדש שכירות והחוב במקומו עומד זה אסור אם משכיר לו בפחות משוי' מחמת החוב כמ"ש הנמו"י הובא בחוו"ד סי' קע"ב סק"ג. וא"כ כיון דהי' איסור בהפסיקה אינו מחויב ליתן לו שכרו כמ"ש הש"ך בסוס"י קע"ב סקל"ג. אך כ"ז אם הי' באופן שהמעות נשאר חוב עליו. אבל אם הי' באופן שהמעות שנתן השוכר לתקן הרחיים הי' לחלוטין עבור הג' שנים שהשכיר לו. ולאחר ג' שנים יוצא מהרחיים בלי שום החזרת מעות א"כ לא הי' כאן הלואה מעולם ועדיף ממשכנתא דסורא. א"כ וודאי פשיטא דאם בפשיעת המשכיר לא הי' יכול לטחון ברחיים. מחויב לשלם לו לכל הפחות הצינזען מהסך שהוציא מטעם אחר. דאף אם נאמר דמבטל כיסו של חבירו פטור. מ"מ אם הוא מרוויח בכך חייב. כמ"ש הנתיבות סי' רצ"ב סקי"ג. וכאן הא המשכיר מרוויח במה שתיקן לו הרחיים. והי' צריך לשלם צינזען מהסך הזה אם הי' מלוה לו אצל אחר. וכיון דלא הי' הלואה כלל ליכא משום רבית כה"ג כמ"ש בחת"ס הנ"ל:

ולכן היוצא מזה אם הי' באופן שני מחויב ליתן לו הצינזען אבל אם הי' באופן ראשון שהסך שהוציא נשאר הלואה על המשכיר להחזיר לו אחר כלות זמן השכירות. אינו מחויב ליתן לו צינזען. וגם איסורא איכא בדבר. אלא דאם רוצה יכול לבטל כל הפשר ולומר דאדעתא דהכי אינו רוצה לבטל השכירות ורוצה להחזיק הרחיים על ג' שנים כמו שהשכיר לו. ואי משום דהשכירות נעשה באיסור כמש"ל. מ"מ השכירות אינו בטל

רק שיעשה בדרך היתר כמ"ש בחו"מ סי' ר"ח ע"ש כנלע"ד ומחמת הטירדא לא אוכל להאריך יותר:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כו

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב הה"ג החריף ובקי ותיק וחסיד בנש"ק מגזע תרשישים כש"ת מו"ה **ליבוש** נ"י ראבד"ק **טאמאשוב**:

יקרתו לנכון הגיעני. וע"ד השאלה בשלשה יורשים שחלקו ביניהם הבית שירשו. וכ"א נטל חלקו בפ"ע רק המדריגות להעלי' נשאר בשותפות שילכו להעלי' דרך המדריגות האלו. אבל מקום המדריגות הוא לאחד מהם. ועתה נשרף הבית עם המדריגות ואינו רוצה עתה בעל מקום המדריגות להניח לבנותם כבראשונה באומרו כי כיון שנשרפו המדריגות אבדו חזקתם ואין להם טענה עוד כהא דתשו' הרשב"א שהובא בחו"מ סי' קנ"ג ס"כ בהחזיק בנעיצת קורות בכותל חבירו אם נפל הכותל אזדא לי' חזקתא. עכת"ד כתה"ר:

הנה שם בסי' קע"ג ס"ג בהג"ה לענין אחין שחלקו ונשאר להם באר מים חיים שהי' בחלק של א' מהם רק נשאר זכות גם להשני להשתמש בו ושיהי' לו דרך ג"כ להבאר ונפל הבאר לא אבד חזקתו מהבאר רק מהדרך אל הבאר אבל אם נפל הבאר לא' מהם לבדו רק אח"כ נתן רשות להשני להשתמש בו אז אם נפל הבאר אזדא חזקתו עיי"ש. מבואר להדיא דיש חילוק בין מוכר או נותן לחבירו לבין אחין שחלקו. דרק במוכר או נותן לחבירו אמרינן דנפל אזדא חזקתו אבל באחין שחלקו ל"א כן. והא דגם ברישא אמרינן דעכ"פ מהדרך אבד חזקתו. עיין בנתיבות שם סק"ב דמשמע דאיירי דהבאר נשאר בתחלה בשותפות והדרך לבאר קנה ממנו אח"כ. מש"ה אם נפל אבד חזקתו עכ"פ מהדרך שקנהו אח"כ. וא"כ הכא דנשאר מתחלה המדריגות בשותפות ל"א בהא אם נפל אזדא חזקתו וכן מבואר ג"כ ברשב"ם ב"ב (דס"ג ע"ב) ד"ה ר"פ שהקשה על הא דדיוטא דבלא תנאי אמרינן דאם נפל אזדא חזקתו ואמאי בבית ועלי' של שנים שנפל הבית אמרינן בב"מ (דקי"ז) דלא אזדא חזקתו ומתרץ דהתם באחין שחלקו אפילו אם לא אתנו מסתמא ע"ד כן חלקו שיושאר לו זכות העלי' לעולם. ובחי' הרמב"ן הוסיף עוד בדברי הרשב"ם משום דא"ל אידור כדדרו בי' אבהתי עיי"ש. וכן בשטמ"ק הביא ג"כ דברי הרשב"ם בארוכה והוסיף ג"כ בדבריו דמסתמא ע"ד כן חלקו דכמו שיש לזה בית לעולם כן יהי' לזה עלי' לעולם עיי"ש. ואף דבתוס' שם ד"ה שאם מחלק הר"י חילוק אחר בין עלי' לדיוטא וכתב על הרשב"ם דבחנם דחק לפרש בע"א. מ"מ משמע דלענין דינא

אינו חולק עליו. ואמנם בחי' הרמב"ן הנ"ל נראה דחולק עליו שכתב וז"ל ופירושו תמוה בעיני שאף באחין שחלקו יחויב הרב ז"ל לומר כן שאם נפל לזה בית ולזה עלי' ונכל אור וכו' הרי אמרו לקוחות הם ואין להם דרך זע"ז. אלמא זו היא עין יפה שלא יהי' לאחד בחלקו של חבירו כלום עיי"ש בדבריו. ואמנם י"ל דגם הרמב"ן אינו חולק רק בחלקו סתם ונטל כ"א חלקו בפ"ע אז אמרינן דזו היא עין יפה שלהם שלא יהי' לאחד בחלקו של חבירו כלום. אבל כאן דנשאר להם המדריגות בשותפות להילוך להעלי' שפיר י"ל דגם הרמב"ן מודה דא"ל אידור כדדרו בי' אבהתי. וכמו שיש לכ"א חלקו לעולם כן דברי המשותף ביניהם יהי' ג"כ לעולם. ובפרט שהרמ"א בסי' קע"ג כתב כן בפשיטות בשם תשו' הרשב"א ואינו מביא שום חולק משמע דהכי הלכתא. ועיין בחי' הרמב"ן הנ"ל במה שחולק על הרשב"ם הנ"ל וס"ל דגם במוכר עלי' ע"ג ביתו לחבירו דאם נפלה חוזר ובונה אותה שכתב וז"ל ועוד שלפי דברי הרב ז"ל אף הלוקח עלי' מחבירו ונפלה אינו חוזר ובונה וכו' וא"ת כן לקתה מדת הדין וכו' אלא וודאי לא נאמרו דברים אלו אלא בלוקח אילנות וכו' כורכמא רישקי נינהו וא"ל עקור כורכמך וכו' עכת"ד. עיי"ש בדבריו דמוכח דעיקר כוונתו דכל היכא די"ל דלא קנה מתחלה קנין עולם כמו אילנות די"ל דלא קנה רק גוף האילנות לקוצצן שפיר אמרינן דאם נתייבשו לא יוכל ליטע אחרים תחתיהן. וכן משכיר בית זה לחבירו דלא קנה קנין עולמית אמרינן אם נפל אזדא לי'. אבל מוכר עלי' ע"ג ביתו דקנה לה לדירה לקנין עולמית וקנה גם חלק בקרקע כדאיתא פ' הבית והעלי'. דעלי' מפסדת בקרקע שליש. ואם נפל יש לו שליש בקרקע. לכך שפיר יוכל לבנותה ג"כ מחדש ע"ג הבית אם נפלה. ועיין עוד שם בשטמ"ק בזה. וא"כ ה"נ דקנה כ"א מהיורשים חלקו בהעלי' לקנין עולמית ואם לא יהי' לו דרך לילך להעלי' ל"ל העלי' שפיר אמרינן וודאי דגם הדרך נתן לו לקנין עולמית לילך להעלי' דאל"כ לקתה מדת הדין שיפסיד חלקו שקנה לקנין עולמית. ודוק בזה. ועיין בתשו' שבות יעקב ח"ג סי' קס"ג לענין ביהכ"ס ל"א נפל אזדא לי' כיון דהוא עיקר צורך תשמיש הבית ה"נ במדריגות דהם עיקר צורך העלי' וגם הביא שם בשם המהר"ם גלאנטי דל"א כן רק אם נתן לו בחנם או מוותר כנגדו. אבל במוכר ל"א נפל אזדא לי' ומכ"ש בכה"ג באב שחולק הבית בין יורשיו. מכל הלין טעמי נ"ל דוודאי יכול לכופו לבנות המדריגות בשותפות כבראשונה ועיין בנתיבות סי' קע"ח סק"ג אימת כופין זל"ז לבנות שם עיי"ש. כ"ז נלפע"ד והשי"ת יצילנו משגיאות:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כז

שלום אשיב לכבוד ידידי הרב החריף ובקי משנתו זך ונקי כש"ת מו"ה **סענדר** נ"י ראב"ד **האלישיץ**:

מכתבו לנכון הגיעני. ע"ד הדברי ריבות שבא לפני. וביקש ממני לחוות דעתי בזה. הנה לכאורה לא אדע במה נתחייב ראובן להחזיק את חמותו כיון שלא הי' שום קנין כמ"ש כת"ה. אלא בדבר אשר טען שמעון שהתפשר עמו בשנה העברה שיתן לו עשרה ר"כ לשבוע. וא"כ הוי כפשרה שעשו הבע"ד בעצמם שהביא הש"ך בסי' י"ב בשם המהר"ם מלובלין דא"צ קנין ודעת השער המשפט דאף מי שנתחייב ליתן אינו יכול לחזור דהוי כמקח דעביד אינש דזבין דינו עיי"ש. וא"כ ה"נ כאן דהי' לשמעון טענה שראובן התחייב א"ע מתחלה להחזיקה כל ימי חיי' וא"כ אח"כ כשהתפשרו בעצמם ל"צ קנין לדעת השעה"מ:

אבל באמת גם זה אינו כלום דעיקר טעמו של השעהמ"ש שם הוא משום כיון דהתובע וויתר על קצת תביעתו ומחל להנתבע וזכה הנתבע במה שבידו כיון דמחילה א"צ קנין הוי כמכירה שבמה שמשך הלוקח המטלטלין וזכה בהן נתחייב ליתן דמיו עיי"ש בדבריו א"כ כ"ז אם זכה הנתבע במה שבידו אבל כאן עיקר התביעה שייכת לחמותו דהיא יכולה לתבוע את ראובן שיחזיק אותה אם אמת הוא כדברי בנה שנתחייב א"ע ראובן חתנה בכך והפשרה החדשה עשה שמעון לבד עם ראובן והוא אין בכחו לוותר על תביעת אמו כלל ולא זכה ראובן עדיין מאומה ובמה יתחייב עתה לקיים הפשר החדש בלי קנין וגם אינו דומה כלל לשאר פשרה שאיירי דרך משל שתבע ראובן משמעון מנה והתפשרו א"ע בחמשים שמחל ראובן לשמעון חמשים זוז י"ל דבזה נתחייב ליתן החמשים הנותרים. אבל כאן שתביעת שמעון היתה שיחזיק את חמותו אצלו רק עבור הסך העיסקא והתפשרו א"ע שיתן לו עוד סך עשרה ר"כ לשבוע אבל לא נמחל לראובן כלל שלא יהי' מחויב להחזיק את חמותו באיזו זמן מהזמנים ולא זכה בשום דבר דנאמר דעי"ז יתחייב בשום דבר ואם נאמר דנמחלו לו שאם לא יתן שמעון הסך עשרה ר"כ לשבוע לא יהי' מחויב להחזיק אותה. ז"א חדא דלא הי' מדובר מזה בשעת הפשרה. ועוד דמחילה כה"ג שעדיין תלוי בתנאי אם לא יתן שמעון הסך עשרה ר"כ לא יהי' מחויב להחזיקה ל"ש בזה מחילה א"צ קנין כמ"ש בתשו' בית שמואל אחרון ובנוב"י מהדו"ק חו"מ סי' ל"א דמחילה שאינה מבוררת ותלוי' עדיין בתנאי צריכה קנין כעין שכתב הש"ך בסי' מ' סק"ד לענין אתם עדי עיי"ש וא"כ לא זכה ראובן עדיין במה שנמחל לו כיון שהי' בלא קנין ממילא לא נתחייב לקיים הפשר אף לדעת השעהמ"ש בשגם

שהשעהמ"ש גופו הניח הדבר בצ"ע. ובנתיבות שם כ' בפשיטות בבאורים ובחידושים דרק מהתובע להנתבע א"צ קנין דמחילה א"צ קנין. אבל לא שיתחייב הנתבע לשלם עיי"ש. א"כ פשיטא דלא שבקינן וודאי של הכנה"ג ושל הנתיבות משום ספיקו של השעהמ"ש להוציא מיד המוחזק וגם מטעם שנתייקרו המזונות כ"כ ביוקר דל"ש ג"כ יוכל ראובן לחזור כשיטת הט"ז והב"ש באה"ע סי' קי"ד:

ואף השער המשפט שחולק בסי' ס' ע"ז נלע"ד דיודה בכאן דגוף טעמו הוא שם כיון דנתחייבו נכסיו תיכף ליתן המזונות א"כ אם נתייקרו אח"כ ברשותו נתייקרו דהוי כמו שכבר זכה בהמזונות ול"ש לומר אדעתא דהכי לא נתחייב רק במה שיבא החיוב אח"כ עיי"ש בדבריו. וא"כ נלענ"ד דזה רק בנתחייב בחיוב גמור בקנין ליתן מזונות דיכול לחייב עצמו ליתן מזונות ממש. א"כ הוי כמו שכבר זכה הלה במזונות ונתייקרו אח"כ ברשותו. אבל בנ"ד דליכא שום קנין רק מכח הפשרה לדעת השעה"מ הנ"ל בסי' י"ב ולכאורה דבריו צריכין ביאור דמה שכתב דכיון שזכה במה שמחל לו התובע הוי כמו מי שמשך מטלטלי דנתחייב ליתן דמיהם וקשה דאם יטעון עתם הנתבע דלא נתחייב מעולם מה שתבע אותו חבירו ויתברר שהדין כדבריו. א"כ לא זכה בכלום ובמה יתחייב לשלם דמיו. אך צ"ל דזה גופו מה שהי' צריך לילך אתו בדינא ודיינא וזה מחל לו שלא יצטרך לדון עמו ומחמת זה נתחייב ליתן לו איזה סך מחויב מכח שכירות כמו רקוד לפני וכמ"ש הרשב"א ביבמות (קיט) לענין חליצה מוטעת הובא דבריו בקצה"ח סי' רמ"א סק"ט עיי"ש. וא"כ לפימ"ש הקצה"ח בסי' ר"ג סק"ד בישוב קושית הב"מ על הנמו"י לחלק דבפועל אם נתחייב ליתן לו כור חטים אינו מחויב ליתן רק דמיו משום דשכירות פועל הוי רק כמו מעות ומעות אינו קונה את הפירות וגם אינו מחויב. רק במשיכת המטלטלין מחויב ליתן מה שפסק דמטלטלי הוי כמו זהב שמחייב את הכסף עיי"ש בדבריו. וכ"כ המחנ"א הובאו דבריו בנתיבות שם. וא"כ הכא בפשרה דדמיא לשכירות פועל דהוי רק מעות א"כ מעולם לא נתחייב ליתן המזונות רק דמי המזונות והדמים הא לא נתייקרו ובשעה שנתחייבו נכסיו ונשתעבדו לא נשתעבדו רק לדמי המזונות ואז לא הי' דמי המזונות ביוקר מה אמרת דנתחייב לשלם דמים כפי שיתייקרו המזונות אח"כ ז"א דא"כ בע"כ צ"ל דנתחייב ליתן אח"כ דמיו כפי שנתייקרו א"כ שוב אמרינן כדברי הט"ז דלא עלה על דעתו יוקר כזה ואדעתא דהכי לא נתחייב כיון דלא שייך לומר כס' השעהמ"ש דנתחייב תיכף במזונות והמזונות ממילא נתייקרו ברשותו כיון דלא זכה במזונות כלל רק בדמי מזונות כנ"ל ודו"ק היטב בזה:

וגם בלא"ה י"ל דדברי השעהמ"ש בסי' ס' אינם מוכרחים עפי"ד הנתיבות סי' ר"ל שהאריך בענין אומדנא בהפסד שנולד אחר המכירה עפי"ד התוס' והשטמ"ק בכתובות (דמ"ז). ועולה מדבריו דהיכא דכבר התחיל להשתמש או שהי' ראוי להתחיל להשתמש במקח. אז ל"ש אומדנא כלל. אבל אם נולד הפסד קודם שהי' ראוי להשתמש במקח וגם הי' מכת מדינה דל"ש לומר מזלו גרם אז אמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא קנה עיי"ש בדבריו. ולכאורה יסתרו דבריו למ"ש בסי' שי"ב סקי"ג במ"ש הרמ"א דאם נשרף הבית דינו כנפל משום דשכירות ליומי' ממכר היא רק במכת מדינה דל"ש לומר מזלו גרם אז צריך לנכות לו מהשכירות עי"ש. ולכאורה כיון דס"ל דשכירות ליומא ממכר היא א"כ במכירה הא פשיטא דהפסד שנולד אחר המכירה אף במכת מדינה אינו יכול לבטל המקח כיון דכבר נשתמש במקח. ולזה העירני אחד מתלמידי בעת לימודינו חו"מ סי' שי"ב הנ"ל ואמרתי לו דדברי הנתיבות שם נובעים משטמ"ק כתובות ח"ז הנ"ל שכתב בביאור דברי התוס' והרא"ש שכתבו לחלק בין אם הי' רוצה להכניס עצמו בספק או לאו וכתב הוא דעיקר החילוק בין אם כבר נשתמש במקח דאז וודאי הי' מכניס עצמו בספק. דכן דרך כל הלוקחים וכוונתו הוא דאם רוצה להשתמש במקח מוכרח הוא להכניס עצמו בספק הפסד דוודאי חבירו לא יניח אותו להשתמש במקח על ספק דאם יופסד אח"כ יתבטל המקח למפרע וכיון דהוא צריך הדבר ורוצה להשתמש במקחו מוכרח להכניס עצמו בספק הפסד. אבל בדבר שלא נשתמש עדיין ולא הי' ראוי עוד להשתמש א"כ וודאי איכא אומדנא טובא דהוי קנין בטעות דאם הי' יודע שיופסד לא הי' קונה כלל. וא"כ כ"ז במקח שלוקח הדבר לחלוטין ואין דרך למכור מטלטלין לזמן א"כ אם הי' רוצה להשתמש במקח הי' מוכרח להכניס עצמו בספק הפסד. אבל בשכירות ששכר דרך משל על שנה ונשרף הבית בחצי השנה אף דהשתמש בחצי השנה מ"מ כיון דהי' יכול לשכור על חצי שנה ג"כ דבית עומד לשכור לזמן א"כ איכא אומדנא טובא דאם הי' יודע שיושרף לא הי' שוכר על כל השנה ואי דהי' צריך להשתמש בחצי השנה הי' שוכר על חצי השנה לבד ועל חצי השנה השניי' לא הי' מכנים עצמו לספק כלל. ואינו דומה כלל לנשתמש במקח דבשכירות כל חודש וחודש הוי שכירות בפ"ע ובחצי השנה השני' שנשרף לא הי' משתמש עדיין כלל. וא"כ ה"נ מעתה במזונות בדברי הטו"ז שנתחייב לזון חבירו חמש שנים ונתייקרו המזונות ביוקר דלא שכיח והוי מכת מדינה דל"ש לומר מזלו גרם. שפיר יש לחלק בין אם נתחייב לזון את חבירו בשביל שכר לשנה כך וכך דאז אם נתייקר אח"כ ביוקר דלא שכיח אמרינן דאיכא אומדנא דאם הי' יודע שיתייקר לא הי' מקבל על עצמו רק עד שיתייקר וא"כ י"ל דגם השעהמ"ש אינו חולק

רק על הט"ז בסי' קי"ד דאיירי במקבל עליו בשעת נשואין לזון בת אשתו חמש שנים דהיא לא רצתה לינשא אליו רק בתנאי שיזון בתה חמש שנים א"כ כיון דרצה לישא אותה ולהשתמש במקחו הוכרח להכניס עצמו בספק הפסד אם יתייקר דלא הי' יכול להתנות רק עד שיתייקר דלא היתה רוצה לינשא אליו באופן זה. [וטעמו דהט"ז י"ל משום דאיתתא בכ"ד ניחא לה כמ"ש בש"ם ב"ק קי"א]. אבל בנ"ד שהתחייב א"ע רק בשכר לשנה מתחלה בעבור הסך העסקא ואח"כ בשעת הפשר החדש בשביל השכר עשרה ר"כ לשבוע ואז לא הי' עולים המזונות יותר א"כ וודאי אמרינן דאם הי' יודע שיתייקר אח"כ לא הי' מכניס עצמו בספק כלל רק הי' מקבל עליו בפירוש עד שיתייקר כמו בשכירות בית הנ"ל וגם השער המשפט מודה בזה. ול"ד למה שהביא דאם התחייב עצמו ליתן נדוניא וירד מנכסיו דל"א אומדנא דשם כיון דלא הי' מכת מדינה אמרינן דמזלו גרם כמ"ש השעהמ"ש הנ"ל וגם עשיית שידוך הוי כמו ראוי להתחיל להשתמש במקח דבעשיית שידוך איכא בושת ואיבוד זמן שלא יוכל לעשות שידוך אחר א"כ וודאי מוכרח להכניס עצמו בספק כמו במקח דחבירו לא יעשה עמו שידוך באופן זה שאם ירד מנכסיו יופטר מחיובו וז"ב מאוד:

באופן שעל להבא אין נ"ל שום אופן לחייב את ראובן להחזיק את חמותו אך מה שתובע על לשעבר הדבר תלוי באשלי רברבי ועי' בח"מ סי' רמ"ו בפתחי תשובה סק"ג שהביא דברי הנוב"י ותשו' רעק"א ותשו' חו"י לענין פרנס יתומה ואלמנה בתוך ביתו והי' תח"י חפצים שלה שיכול לומר שלא דרך מצוה פרנס רק ע"ס החפצים שתח"י ודברי החו"י שם הם ממש כנ"ד. ונ"ל לדון כמ"ש בשם הנוב"י שם שיקבל ראובן בח"ח שהי' דעתו בשעה שפרנסה לגבות מהחפצים שתח"י ואז יוכל לגבות כפי שומת ב"ד על דמי המזונות שעברו:

וע"ד השאלה השני'. הנה דין גרמא בניזקין הוא מהלכות עמומות מאד וכפי המתבאר בסי' שפ"ו בסמ"ע ובש"ך שם יש שלש שיטות בדבר. דיעה הראשונה שהיא דעת הרמב"ם והמחבר דמחייבי בכל הני בדוחק דינר לים וכו' לפי"מ שפירש הסמ"ע ס"ל דאין לחלק כלל בין גרמא לגרמי רק למאן דדאין דינא דגרמי בכולהו חייב וכן היא שיטת רש"י לדעת הש"ך שם סק"ד ומ"מ גם לדידהו וודאי איכא כמה דברים דפטור בדיני אדם כמו בשיסה כלבו וכו' כמ"ש בקצוה"ח דמבואר ברמב"ם גופי' כמה דברים לפטור וכמבואר בסי' שצ"ה ושצ"ו ותי"ח. ודיעה השני' שהיא דעת הר"י והרא"ש והטור והרמב"ן שהביא הרמ"א בשם י"א שס"ל לחלק בין גרמא לגרמי ומבואר ברמב"ן בדיני דגרמי וברא"ש שהביא הסמ"ע סק"א החילוק שביניהם שבענין שיעשה בעצמו מעשה

בממון של חבירו ושיהי' בריא היזיקא וגם שיהי' נעשה ההיזק תיכף בשעה שעשה המעשה. ודיעה השלישית היא שיש לחלק בין שכיח או לא שכיח והיא הדיעה שהכריע הש"ך כמותם שדיני דגרמי היא רק מדרבנן משום קנס והיכא דשכיח ורגיל קנסו רבנן והיכא דהוא שוגג פטור עיין ש"ך בסק"א שם. והנה נ"ד לדיעה השלישית דבעינן מצוי ורגיל כבר כתב הש"ך בס"ק כ"ד דדוקא מילתא דמצינו בש"ס דקנסו אמרינן משום דהי' נ"ל דשכיח וכו' וכיון דדיני דגרמי אינו אלא קנסא הבו דלא להוסיף עלה ואין לך אלא מה שאמרו הם עכ"ל הש"ך יעו"ש. וא"כ אין בידינו לחייב בנ"ד. וגם לדיעה השני' דיש חילוק בין גרמא לגרמי הנה בנ"ד לא נעשה ההיזק תיכף בשעה ששלח הסחורה על שם חבירו וגם לא בריא היזיקא שאין זה ברור מתחלה שיקחו אויסצוג מהבאהן לשום מס עי"ז וגם לא עשה מעשה בממון של חבירו כמו במסור שהראה על ממון חבירו ושורף שטר ואינך עי"ש ברא"ש שהביאו בסמ"ע ובתשו' שהביא הפ"ת בסק"א דאין לחייבו רק באיכא הני תרתי עי"ש. וגם לדיעה הראשונה שהוא שיטת רמב"ם ורש"י הנ"ל דאזיל לחלק בין גרמא לגרמי מ"מ כאן דגם לדידהו איכא כמה מילי דפטור בדיני אדם דעתינו קצרה לדמות בזה מלתא למלתא ומנ"ל דנ"ד חמור משיסה את הכלב דפטור לכ"ע בדיני אדם כמבואר בסי' שצ"ה וגם כיון דמסור עצמו שהראה לאנס על ממון חבירו אינו רק גרמי כמבואר בסי' שפ"ח וכאן שהוא רק גרם במה ששלח הסחורה ע"ש שיבוא לידי כך שיוודע למלך הוי גורם דגורם שהכריע הש"ך בסק"ג דפטור. וא"כ הי' נראה פשוט דאין לחייב את הנידון משום זה. אך במה שהגיעני מכתבו האחרון שהתובע הוא תפוס בדבר הזה ולא אדע אם תפס עתה ממון הנתבע אחר שכבר נולד הספק ביניהם ואז פשיטא דל"מ התפיסה דבתפיסה לאחר שנולד הספק בעינן שיטעון ברי ובטענת שמא ל"מ תפיסה לאחר שנולד הספק כמבואר בקדמונים בסוגיא דתקפו כהן ובסוגיא דמרחץ בנתעברה השנה בסוף ב"מ ובתומים ובנתיבות בסי' כ"ה בדיני תפיסה וכאן מלבד פלוגתת הפוסקים הא איכא ספק במציאות דילמא לא משום כך נתנו עליו המם הזה והעכו"ם שקורי משקר והוא עצמו אינו יכול לטעון ברי ואף אם הי' נעשה בוודאי בשביל כך מ"מ משום ספיקא דדינא ל"מ תפיסה לאחר שנולד הספק דעיקר הטעם דס"ל להש"ך בס' תקפו כהן דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה דהוי כטוען ברי עפי"ד הפוסקים דאומר דקי"ל כפוסק הזה עיין בנתיבות בדיני תפיסה סק"כ וכיון דאנן עצמן מספקא לן לכל הדיעות אם יש לדמות מילתא למילתא וזה הוי מהנימילי דחייב משום גורם או לאו. וי"ל דלכ"ע פטור בנ"ד האיך יכול התובע לטעון ברי ובפרט דמבואר שם בנתיבות סק"כ וסקכ"ב דבעינן שיטעון בעצמו קי"ל כההוא פוסק ואנן לא טענינן לי'

והוא וודאי בכאן אינו טוען קי"ל א"כ ל"מ תפיסתו כלל מכח ספק. ואמנם אם התפיסה הי' עוד קודם שנולד הספק דאז מהני תפיסה גם בטוען שמא כמ"ש בנתיבות שם סי"ב. ע"כ אולי מהני ג"כ תפיסה דדילמא רק משום זה נתנו עליו המס ואולי זה הוי מהני מילי דחייב בהם משום גורם לדעת הרמב"ם ופרש"י הנ"ל אלא דלדעת הש"ך שהכריע דהבו דלא להוסיף עלה דהוי רק משום קנסא וגם הוי גורם דגורם וגם אולי הוי רק כשוגג בדבר דפטור לדעת הש"ך וכבר כתב בנתיבות שם סעיף כ' דנגד הכרעת הש"ך אין יכולים לומר קי"ל א"כ משורת הדין הי' נראה להוציא מיד התופס אלא כאן דאין זה מוכרח כ"כ דראיתי בנוב"י שמביא הפ"ת כאן בס"ס ק"א דיכול לומר קי"ל כהרמב"ם ולכן הי' ראוי לבצע על הרוב ולעשות קצת פשרה בדבר ובפרט דאולי י"ל דבדיני שמים יהי' חייב אף דל"מ תפיסה בכך כידוע מדברי הרש"ל. עכ"פ לצאת י"ש נכון לעשות איזו פשר אבל אם לא יהי' אפשר להביא לידי הפשר אז אם התפיסה היתה לאחר שנולד הספק יוכל לפטור את הנידון ולהוציא מיד התופס ואם התפיסה היתה קודם שנולד הספק יודיעני עוד ונתיישב בדבר אי"ה. אבל נכון שבכל היכולת יראה להביא הדבר לידי פשר. ומה נקרא קודם שנולד הספק יאבה לעיין בנתיבות הנ"ל בדיני תפיסה סט"ו:

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כח

ב"ה עש"ק תז"מ ט"ו למב"י תרפ"ה **טארנאפאל**.

שלום וברכת מז"ט וכט"ס לכבוד תלמידי הרב החריף ובקי מופלא ומופלג בתו"י מאד נעלה מו"ה **אהרן** נ"י אבד"ק **אזיפאלייע**.

מכתבו לנכון הגיעני ואברך אותו בברכת מז"ט מקשר החיתון שלו י"ר שיהי' למז"ט ובשטו"מ וזיווגם יעלה יפה לאויוש"ט ויוגמר הדבר בשטו"מ וברב נחת והרחבה ויעלה ויצליח בלמודו ללמוד בהרחבת הדעת ולהיות לגפן תפארת:

וע"ד שאלתו הנה ראשי אין אתי בעת הזאת לטייל ארוכות וקצרות. אך א"צ להכניס עצמו בספיקות רק כיון דעכ"פ בין אם נתייאשו הבעלים או לא לא גרע מאבידה דאם מצא תפילין שם דמיהם ומניחם כיון דתפילין בי חבו משכח שכיחי כמבואר בש"ס פ' אלו מציאות ובש"ע חו"מ סי' רס"ז סכ"א ועיי"ש בש"ך סקט"ז דכל שאינו עשוי רק למצוותו אין הבעלים מקפידים בכך א"כ בטלית נמי דינא הכי וא"כ יוכל לקנותם ולשום דמיהם ולהניחם וכדי לקיים מצוות השבת אבידה יתן על מכתבי-העתים שמצא טו"ת כנהוג דזה במקום מודיע לשכיני' שבזמן הש"ס וכשיבוא מי ויתן סימנים יחזירו לו הדמים משום תקנת השוק דהא אף אם יש יאוש וש"ר צריך להחזיר משום המנהג כמ"ש בסי'

שנ"ו ס"ז ובסי' שס"ח בהגהה ס"א ובש"ך בסי' שנ"ו סק"י כתב שהוא מנהג ותיקין ואף נאבד במקום שרוב עכו"ם צריך להחזיר משום ועשית הישר וכו' כמ"ש בסי' רנ"ט ס"ה עיי"ש בש"ך סק"ג דכופין להחזיר ובפרט בטו"ס דדומה לספרים שכ' שם הרמ"א בס"ג דלא הוי יאוש. וגם בלא"ה דעת הש"ך בסי' שס"ח סק"ב דסתם גניבה לא הוי יאוש בגנב עכו"ם עיי"ש וגם איכא דעת הלבוש שהבאת אתה ג"כ דגם ביאוש וש"ר אינו יוצא היכא דצריך לכם כגון ביו"ט א':

וטעמו נ"ל דהא מבואר בסי' שס"ט ס"א דאסור לסייע להגזלן על השינוי עיי"ש בסמ"ע סק"א דקאי בין על שינוי שם בין על ש"ר. וא"כ כל הלוקח מהגזלן אחר יאוש עובר באיסור זה דע"י קנין הלוקח קנאו הגזלן בש"ר ומקנהו להלוקח וקנין הגזלן והלוקח באים כאחת כמ"ש הראשונים לגבי הקדיש קרבן לאחר יאוש דאי לאו משום מהב"ע הי' נגמר ההקדש משום יאוש וש"ר או שינוי שם ולא הוי קרבן בלי בעלים דקנין הגזלן וההקדש באים כאחת וא"כ הלוקח שמסייע להגזלן לקנותו בשינוי איסורא קעביד כמ"ש הסמ"ע הנ"ל וכבר ידוע לך דברי התוס' ע"ז (דף ע"ב) דלמ"ד משיכה אינו קונה מדאורייתא אף היכא דליכא מעות אינו קונה היכא דאיכא איסורא וא"כ כיון דאנן קיי"ל כר"י דד"ת מעות קונות ולא משיכה א"כ מן התורה שינוי רשות אינו קונה כלל, דהא ענין ש"ר הוא דכיון דע"י יאוש נעשה הפקר זכה הלוקח מתורת הפקר ונעשה שינוי רשות וכיון דאיכא ש"ר שוב נקנה גם להגזלן מתורת שינוי דגזלן קונה בשינוי וקנין של הלוקח והגזלן באים כאחת כמש"ל דמה"ט מהני גבי הקדיש קרבן ולא הוי קרבן בלי בעלים. דליכא למימר דענין שינוי רשות הוא מה שהלוקח קונה מהגזלן בכסף דהא מכירת הגזלן לאו כלום הוא עדיין לפי שאינו שלו רק אחר שקנה הלוקח מכח הפקר קנאו הגזלן למפרע כמו שביארתי זה היטב במק"א. וא"כ הכסף שנותן הלוקח לא תהני מידי לקנייתו וקונה רק מכח משיכה או הגבהה ככל הפקר דעלמא וכיון דהלוקח איסורא קעביד כמש"ל שמסייע לקנין הגזילה ובמקום איסור משיכה אינו קונה לדידן מדאורייתא גם היכא דליכא כסף כמ"ש התוס' בע"ז הנ"ל וא"כ ביו"ט א' דבעינן מדאורייתא לכם שפיר כתב הלבוש דאינו יוצא מדאורייתא דבעינן לכם וקנין שינוי רשות דמהני בעלמא הוא רק מדרבנן לאחר שתקנו שמשיכה קונה ואף למאן דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא כמבואר באה"ע סי' כ"ח היינו משום הפקר ב"ד וכאן אין לנו לומר שהב"ד הפקירו ממונו של הנגזל שלא פשע מידי לטובת הגזלן דעביד איסורא כמ"ש התוס' ביבמות (דף צ' ע"א) ד"ה אזיל עיי"ש. ובזה יובן ג"כ טעמו של הלבוש שם שכתב לחלק מהא דאוונכרי דאמר ר"ה ליגזזו אינהו דליהוי שינוי רשות ביד דידן דמשמע דמהני גם ביו"ט

א' היינו משום דלא גזל ההדס עצמו רק שגדל בקרקע גזולה עיי"ש בפרמ"ג ובמחצית. ולכאורה אינו מובן כלל טעם החילוק בזה:

ולפי הנ"ל יובן שפיר דהנה הטעם דאמרינן דקנין הלוקח לאחר יאוש הוא מכח שינוי רשות וקנינו וקנין הגזלן באים כאחת דמשמע דהקנין הוא מכח שינוי דגזלן קונה בשינוי ושינוי רשות ושינוי שם או שינוי מעשה חדא היא. ואמאי לא אמרינן בפשיטות דיאוש הוי הפקר אלא דהגזלן אינו יכול לזכות בו כיון דבא לידו קודם יאוש וכבר נתחייב בהשבה דאף באבידה אינו קונה כה"ג אבל הלוקח שזוכה בו לאחר יאוש שפיר זוכה מתורת הפקר כדס"ל באמת לקצת מפרשים כן. אבל באמת לשון שינוי רשות דנקט הש"ס משמע דמכח שינוי קאתי עלה דגזילה נקנית בשינוי וטעמא בעי אמאי לא קני בפשיטות מתורת הפקר. אך צ"ל כמ"ש התוס' בב"ק (דס"ט ע"א) ד"ה כל. דיאוש לא הוי הפקר מעליא כיון דאסור לכל אדם לזכות בו לצורך עצמו משום דהיא צריכה להגזלן שיפטור א"ע בה מהנגזל עיי"ש. עיין בזה היטב בנתיבות סי' שנ"ג סק"ג וסי' שס"א סק"ב שכ' שם דהיכא דלא נתחייב הגזלן בתשלומין הוי יאוש הפקר מעליא ויוכל כל אדם לזכות בו כמו יאוש דאבידה ועיין בש"ס ר"פ הגוזל ומאכיל דגזל ונתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו פטור וביארו שם התוס' ד"ה גזל. דאף היכא דליכא ש"ר כגון ביורש דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ואם הגזילה קיימת צריכין להחזיר מ"מ כשאכלו פטורים דלאחר יאוש לאו ברשות מרא קמא קאי ואינו נעשה גזלן עלי' רק אי איכא בעיניה נוטל אותה הנגזל עיי"ש היטב בדבריהם. וא"כ שפיר נכונים דברי הלבוש דשם באוונכרי דכבר נתייאשו הבעלים אלא דיאוש לא מהני בקרקע כמ"ש התוס' בסוכה שם בסוגיא דאוונכרי דקרקע אינה נגזלת אבל עכ"פ בשעה שגוזז ההדס מהקרקע אינו נעשה גזלן לענין שיתחייב באחריות כיון דהוי לאחר יאוש כמ"ש התוס' בר"פ הגוזל ומאכיל הנ"ל רק היכא דהגזילה בעינה צריך להחזיר. וא"כ שפיר יכול אחר ליקח הימנו דנהי דהראשון הגוזז בעצמו אינו קונה ביאוש כיון דבאיסורא אתי לידי' שגוזז מהקרקע וקרקע אינה נגזלת ולא נקנית לו עדיין ביאוש מ"מ כיון דלא נתחייב באחריות וא"צ לשלם רק אם הגזילה קיימת שפיר יוכל אחר לזכות מתורת הפקר כיון דאינה צריכה להגזלן לפטור עצמו מתשלומין וא"כ האחר בהיתר זוכה בה וקונה שפיר בהגבהה או משיכה ככל הזוכה מהפקר כיון דלא עביד איסורא דע"כ קיי"ל בסי' שס"ט דהמסייע לקנות בשינוי עביד איסורא אלא בש"ר דעלמא דהגזלן הוא הקונה דשינוי הוא רק קנין דהגזילה דהגזלן הוא דקונה בשינוי כמש"ל והוי קנין הנעשה באיסור דמחמת איסור הגזילה הוא דקונה. אבל אחר הזוכה לאחר יאוש היכא דהגזלן לא נתחייב בתשלומין

דקונה בעצמו מההפקר וא"צ ליתנה להגזלן והוי כמו יאוש דאבידה ממש דהיתרא הוא שפיר קונה מדאורייתא בהגבהה מההפקר יוצא שפיר גם ביו"ט א'. ויש להאריך בזה הרבה. והנה דעת הלבוש לאו יחידאה הוא דגם הב"י ס"ל כן דביאוש וש"ר לא מקרי עדיין לכם. עיין מזה באריכות בכפ"ת בסוגיא הנ"ל ולכן מחוורתא שיעשה כמש"ל שישום דמיהן עפ"י ג' בקיא"ת ויניח המעות אצלו אלא שיפרסם ג"כ על מכה"ע אולי יבואו הבעלים ויתנו סימן:

ובזה הנני דוש"ת מברכך בברכת מז"ט וכט"ס.

דוד מנחם מאניש באבד אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן כט

לכבוד הרב הה"ג החו"ב וכו' מו"ה **שלמה** נ"י אבד"ק **דאבראמיל** יצ"ו.

מכתבו לנכון הגיעני וע"ד עסק הד"ת שבא לפניו שבאו הטענות בארוכה ותמצית הדבר באחד שעיכב מעותיו של חבירו שבאו לידו ע"י אחר ששלח לקנות אצלו יי"ש שהי' עומד להתייקר ע"י השטייער שהי' עתיד להנתן. והוא עיכבם באומרו שיש לו טענה על שותפו וחישב שהמעות הוא של השותפות. ועי"ז הביא אותו לידי היזק שהי' מרוויח ביוקר השער של היי"ש ומחמת זה לא קנה י"ש אחר. והובא הדבר בפלילים מחמת שסירב לילך לד"ת ומשם יצא המשפט שמחויב לשלם הקרן עם צינזען כפי החוק. ועתה אינו רוצה ליתן צינזען ובאו לפניו לדון בזבל"א וזבל"א ושאל כת"ה את חוו"ד:

והנה עיני כת"ה שפיר חזו את דברי החת"ס חו"מ סי' קע"ח שהכריע בכה"ג שצריך ליתן מה שהרוויח במעותיו של חבירו אף דהוי רק מבטל כיסו של חבירו. מ"מ כיון דהוא הרוויח ונהנה וחבירו הפסיד בדבר חייב משום זה נהנה וזה חסר. אלא שכת"ה הביא דברי הנ"ל שבסוף ס' פ"ת חו"מ לסי' רצ"ב שכתב שהחת"ס אזיל בשיטת הרמ"א שבסי' רצ"ב ס"ז. אבל הש"ך הביא שם בסקט"ו דברי הרש"ל בישו"ש פ' הגוזל קמא סי' ל' דפוטר וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל כהרש"ל עיי"ש:

והנה בישו"ש שם עיקר טעמו דאינו משלם מה שנהנה משום דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה. רק בגזלן עתיק חייב משום קנס עיי"ש וכוונתו לדברי הש"ס ב"ק (צ"ו) גבי ההוא דגזל פדנא דתורי וכריב בי' כרבא דפטור משום דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה חוץ מגזלן עתיק עיי"ש. אבל שם גופי' טעמא בעי הרי הא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה היינו היכא דאין הגזילה בעין אבל היכא דהגזילה הוא בעין ברשותא דמרא קאי בין ליוקרא בין לזולא ומה"ט תברא או שתיא משלם כדהשתא משום דברשותא דמרא קאי והאי שעתא דתברא או שתיא הוא דגזל לה כמ"ש רש"י בב"ק

(דס"ה ע"א) ד"ה תברא עיי"ש ומש"ה משלם כיוקרא דהשתא וא"כ מה"ט גופי' יתחייב כשנהנה ממנה היכא דהנגזל חסר משום זה נהנה וזה חסר כמו בכל חפץ של חבירו ובע"כ צ"ל דזה הוי כשבח של הגזילה שהוא של הגזלן משום תקנת השבים כמבואר בב"ק (צ"ד ע"א) וכ"כ להדיא בשטמ"ק ב"ק (צ"ז ע"ב) הנ"ל ד"ה סוף סוף דמש"ה אינו משלם מה שנהנה דשבחא הוא ושבח הוא של הגזלן משום תקנה"ש וכ"מ בש"ג שם אות א' דאם נחית אדעתא דגזלנותא אית לן לפוטרו מלשלם מה שנהנה משום תקה"ש עיי"ש. וכ"כ להדיא בסמ"ע בסי' שס"ג ס"ק י"ג דהיכא דנחית לגזלנותא ועשה מלאכה הפטור הוא משום תקה"ש וכ"כ הט"ז שם ע"ש:

וא"כ י"ל דמה"ט הכריע החת"ס כהרמ"א ולא כהיש"ש משום דכל ספק תקנתא אוקמא אדינא אף בספק פלוגתא דרבוותא כמ"ש הסמ"ע בסי' י"ח סק"י בשם הרשב"א עיין שם בפ"ת ובמל"מ פכ"א מה' מלוה ולוה באריכות ול"ק קו' הנ"צ אמאי לא אמרינן קי"ל כהרש"ל. ואף דבפ"ת שם סק"ח מביא בשם הנוסגה"ש דזה דווקא בתקנתא דגאונים אבל תקנה המבוארת בש"ס הוי כספק דין מ"מ אין מזה תפיסה על החת"ס אם לא יסבור כן. ובמל"מ הנ"ל ד"ה עוד יש לחקור מבואר להיפוך דהא הביא שם בשם ה"ה דגם בספק תקנתא דנגזל או שכיר אוקמינן אדינא אף דהיא תקנה המבוארת בש"ס. וכן הביא שם ממזונות הבנות דהיא תקנתא דבש"ס וא"כ שפיר כתב החת"ס להכריע כהרמ"א ולא כהרש"ל אף להוציא מהמוחזק:

אבל מ"מ תמיהא לי טובא דאם נאמר דטעמא דאינו משלם מה שנהנה הוא משום תקה"ש. א"כ קשה הא המחבר גופי' סתם בסי' שס"ב ס"ב כהרמב"ם דתקה"ש הוא רק לאחר יאוש ולא קודם יאוש ולא הביא דעת החולקין כלל וא"כ אמאי סתם וכתב בסי' שס"ג ס"ג בסתם דאינו משלם על מה שחרש בה או דש בה ולא חילק בין קודם יאוש לאחר יאוש כבסי' שס"ב. ואפשר ליישב דהנה הרמב"ם הובא בסי' שס"ב ס"ז סובר דאם השביח הגזלן ומכר ללוקח או השביח הלוקח השבח הוא שלו אף קודם יאוש ותמהו הכל מאי חילוק יש בין גזלן עצמו דאינו קונה השבת קודם יאוש ללוקח:

אך נ"ל דצריך להבין מ"ט של הרמב"ם שחידש דדין הש"ס דגזלן קונה השבח משום תקה"ש הוא רק אחר יאוש והכל עמדו ע"ז. ונלע"ד דהוא כעין ס' התוס' בכתובות (די"א ע"א) ד"ה אבייי. שחילקו לענין חוטא נשכר בין הי' חייב מדינא או לאו עיי"ש כעין זה. ס"ל להרמב"ם ג"כ כאן דהוה קשיא לי' איך אמרו חכמים שיהי' השבח להגזלן נמצא חוטא נשכר דע"י שעבר על איסור גזילה מרוויח השבח לכך ס"ל להרמב"ם דזה רק אחר יאוש ואחר יאוש כל אדם יכול לזכות בהגזילה. רק הגזלן עצמו אינו יכול לזכות

משום דבאיסורא אתי לידי' נתחייב לתקן האיסור ע"י השבה. א"כ שפיר תיקנו חכמים שהשבח לא יהי' צריך להחזיר משום תקה"ש מאי אמרת נמצא חוטא נשכר ע"י החטא ז"א הא אי לאו החטא הי' יכול לזכות עכשיו בכולו כיון דנתייאשו הבעלים. וא"כ נהי דגוף הגזילה צריך להחזיר כיון דעביד איסורא אבל עכ"פ השבח תיקנו חכמים דלא יפסיד ע"י החטא ול"ש אין חוטא נשכר דהרי אינו נשכר ע"י החטא רק אינו מפסיד. אבל קודם יאוש דאינו יכול לזכות כלל לא בגוף הגזילה ולא בהשבח לא הוא ולא אחר דברשותא דמרא קאי. א"כ אם תאמר דתקנו שיזכה בהשבח הרי חוטא נשכר דאי לאו דגזיל ועביד איסורא השבח הוא של בעלים. ואמנם כ"ז בגזלן עצמו דעביד איסורא אבל הלוקח מהגזלן דלא עביד איסורא שפיר תקנו חכמים דלא יחזיר הלוקח השבח משום תקה"ש כדי שאם יוודע לו יודיע להנגזל ול"ש אין חוטא נשכר דהוא לא עביד איסורא כלל ולכך שפיר ס"ל להרמב"ם דהשבח של לוקח גם קודם יאוש:

וא"כ מעתה יש ליישב ג"כ קושייתי הנ"ל אמאי סתם המחבר בסי' שס"ג היכא דהגזלן חרש בה או דש בה ולא חילק בין קודם יאוש לאחר יאוש דהנה עיקר החיוב שאפשר לחייבו בעשה מלאכה הוא רק דמבטלה ממלאכת בעה"ב דהבעה"ב הי' יכול לעשות בה מלאכה והוי זה נהנה וזה חסר כמו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דב"ק (דכ"א ע"א). והנה זה פשיטא דאם אחד גזל פרה ולא רצה להחזירה לבעלים ובא אחר ועשה בה מלאכה ולא הכחישה דאינו חייב לשלם להנגזל מה שנהנה דהרי לא חסרו מידי דהוא לא הי' יכול לעשות בה מלאכה כיון שהיתה עומדת ברשות הגזלן ולא הי' בידו לעשות בה מלאכתו וכעין שכתב הרמ"א בסי' שס"ג ס"י דאם אין הבעלים בעיר ואין מי שישתדל בעבורו להשכיר. הוי כחצר דלא קיימא לאגרא דפטור הדר בה. וא"כ לפי"ז לכאורה גם הגזלן עצמו היכא דמתחלה נחית לגזלנותא ולקחה ע"מ לגוזלה ולא להחזירה אם אח"כ נשתמש בה ועשה בה מלאכה א"א לחייבו לשלם עבור ההנאה דהא לא חסרו מידי דכבר היתה עומדת ברשותו ולא הי' הבעלים יכולים לעשות בה מלאכתם. אך ז"א כיון דהחיוב עליו להחזירה לתקן הלאו. א"כ הרי נהנה במה שמחסר את חבירו שאינו מחזיר לו לעשות בה מלאכתו. וא"כ שוב שייך כאן תקה"ש שתקנו שלא להחזיר השבח מה שנהנה במלאכתו מאי אמרת נמצא חוטא נשכר ז"א דאי לאו החטא דהיינו אם הוא לא הי' הגזלן שאיסורא עביד אם אינו מחזיר אלא שהיתה עומדת ברשות אחר באותו אופן שהיא עומדת עכשיו שאין הבעלים יכולים לעשות בה מלאכתם הי' הוא פטור אם הי' עושה בה מלאכה משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר אלא שאתה רוצה לחייבו משום שהוא בעצמו הגזלן והחיוב עליו להחזיר ולתקן האיסור א"כ אם אתה

פוטרו משום תקה"ש אין זה חוטא נשכר רק אינו מפסיד כמו בגזילה אחר יאוש הנ"ל וא"כ לכך שפיר סתם המחבר דכאן אף לפני יאוש פטור:

יהי' איך שיהי' עכ"פ לא מצינו חולק על השטמ"ק והסמ"ע והש"ג והט"ז דעיקר הפטור כאן משום תקה"ש וא"כ כיון דמילי דרבנן הוא וודאי כדאי הוא הת"ס לסמוך עליו במה שהכריע כהרמ"א דהיכא דאין כוונתו לגזול לגמרי ל"ש בזה לומר דשבח דגזילה דגזלן הוא משום תקה"ש ובפרט די"ל דבנ"ד גם הרש"ל מודה דהרש"ל קאי רק היכא דמתחלה נחית עכ"פ לגזול הריווח לעצמו וא"כ כיון דמשום הנאת ריווח ירד לגזול דחף דדעתו להחזיר הקרן עכ"פ גזלן הוי דאף גוזל ע"מ להחזיר וגם שואל שלא מדעת הוי גזלן. וא"כ חיישינן דאם יהי' מוכרח להחזיר הריווח ישמיט א"ע ויכפור ולא ישלם גם הקרן משום דיהי' קשה להחזיר הריווח שכבר נאכל ונחית מתחלה ע"מ לעכבו לעצמו. אבל בנ"ד דעיקר כוונתו הי' לתפוס על חובו ואמר בפירוש שאם ישבע שאין חלק להשותף בו יחזיר הכל ולא הי' כוונתו על הריווח כלל דבשביל הצינזען לחוד שלא לשלם לא הי' תופס כלל דכל סוחר ברצון הי' משלם געריכטליכע צינזען שיתנו לו מעות וא"כ ל"ש בזה תקה"ש שניחוש דאם נצריכו לשלם געריכטליכע צינזען לא ישלם גם הקרן דלא חזינן כלל גילוי דעת ממנו דנחית לגזלה בשביל ריווח הצינזען ולא יהי' זה מעלה ומוריד כלל לענין השבת הגזילה. וגם בלא"ה י"ל דבנ"ד ל"ש תקה"ש דבאמת משום תקה"ש לא הי' מפסידין להנגזל כדאמר הש"ס ב"מ (דכ"ז ע"ב) דאין עושין טובה לזה בממון של חבירו אלא היכא דאיכא טובה לבעל הממון עצמו עיי"ש. וה"נ תקה"ש הוא טובה גם להנגזל כדי שלא יחפש טצדקאות שלא להשיב גוף הגזילה. וא"כ כ"ז היכא דצריך הנגזל שהגזלן יחזיר לו עכ"פ גוף הגזילה אבל כאן דגוף המעות א"צ יהודא שלא יחזיר לו כיון דהוא נתן המעות לראובן השליח וקיבל עליו אחריות וא"כ למה יפסיד יהודא השבח משום תקה"ש הא הוא א"צ כלל לתקנה הזאת שלא יחזיר לו מעותיו דב"כ וב"כ ישלם לו השליח וא"כ לפענ"ד הי' הדין ברור כהח"ס דלוי צריך לשלם ליהודא מה שנהנה משום דזה נהנה וזה חסר כמש"ל:

אך גם לפי"ד הנ"ל שהוא ספיקא דדינא מחמת מחלוקת הרמ"א והרש"צ מ"מ כאן הא יהודא הוא מוחזק ויוכל לומר קי"ל כהח"ס והרמ"א ומ"ש כת"ה דראובן יהי' מוכרח לנכות ללוי מחובו משום דהתפיס מעותיו ביד יהודא שא"י להוציא ממנו בדיינים כדקאמר הש"ס ב"ק (מ"ה וצ"ח) אתפסתי' לתוראי וכו' וכיון דראובן השליח יהי' נפסד א"י לתפוס כבסי' נ"ח בהג"ה עיי"ש, הנה אף אם נאמר דראובן יהי' נפסד מ"מ ל"ש כאן דינא דסי' נ"ח כמ"ש הנתיבות שם סק"ד דרק היכא דהי' הדבר ברשות הנפקד וקנאו

במשיכה דכדרך שתקנו משיכה וכו' ומה"ט קאמר הש"ס ר"פ המפקיד דקנאו משעת גניבה מש"ה כשתופס הוי כתופס חפץ של הנפקד ולא של המפקיד והנפקד אינו חייב לו שיוכל לתפוס משלו. אבל כל שלא הי' החפץ ברשות הנפקד עדיין אף שקיבל עליו אחריות יוכל הבע"ח של המפקיד לתפסו אף שמגיע הפסד לאחר עיי"ש. וא"כ בנ"ד דראובן הי' לו רק חוב על לוי ואף גם רק ע"י ערכאות ואין לו קנין עפ"י דין בהחוב עדיין ואף אם הי' לו שטר ממש מ"מ הא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ובע"ח מכאן ולהבא גובה וא"כ כשתפס יהודא מעות מיד לוי משל לוי תפס ולא משל ראובן דאף דלוי נתן ליהודא המעות על חשבון החוב שהי' חייב לראובן מ"מ הא מבואר בסי' פ"ג ס"ב בהג"ה דאם הלוה שלח ע"י המלוה מעות לאחרים יוכל המלוה לתופסם לעצמו אף דקיבל בשתיקה ה"נ מכ"ש דהא ידוע שקיבלם על הצינזען וא"כ פשיטא דיוכל יהודא לתפוס ולומר קי"ל כהרמ"א והחת"ס:

אלא דנראה בעיני דראובן ג"כ יוכל לגבות חובו מלוי וא"י לומר אתפסתי' למעותי' וכו' מכמה טעמים. חדא הא דמחייב שם הש"ס בב"ק (דמ"ה וצ"ח) הוא רק בשומר דשומר חייב בפשיעה וכן גזלן נתחייב בהשבה ולכך חייב גם על גרמא דמ"ט לא החזיר הפקדון לבעליו וכל פשיעה לא הוי רק גורם ולכך שאינו שומר פטור וכ"מ שם להדיא ברמב"ן במלחמות ובס' תו"ח ובשטמ"ק, ועיי"ש ב"ק (צ"ח ע"א) גבי הזורק מטבע לים דיש חילוק בין אדי' אדויי דחיובו רק מכח מזיק וזורק לים הוי רק גורם כמ"ש רש"י שם ובנטל בידו והגביהו דנתחייב בהשבה חייב עיי"ש אבל הכא דממונו של לוי לא הי' מעולם בידו של ראובן ולא נעשה שומר עליו אלא שנתן שטר ביד יהודא שיגבה מלוי אף אם הי' עושה שלא כדין מבואר בסי' שפ"ו ס"ג בהגה דסופר שכתב בשטר מאתיים במקום מנה או שליש שהחזיר שטר שלא כדין וגבה בו הוי רק גרמא ופטור עיי"ש בש"ך מכ"ש הכא דיהודא תפס כדין. ועוד לפימש"ל דמדאורייתא לכ"ע צריך הגזלן ליתן הריווח ורק משום תקה"ש פטור להרש"ל כמש"ל וכיון דרק תקנתא היא ודינא דגרמי הוא ג"כ רק דרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן כמבואר בסי' ק"ז סקט"ו בסמ"ע לענין יתומים שמכרו מטלטלין וכתב שם בתומים סק"ו הטעם משום תקנתא לתקנתא וה"נ בנ"ד ועיין בתוס' גיטין (דמ"א ע"א) ד"ה בהיזק שא"נ דשחרור רבו שני כיון דלא הוי אלא מדרבנן חשיב היזק שאינו ניכר עיי"ש ודו"ק. ועוד טעם אחר י"ל דהא באמת ראובן הי' שלוחו של יהודא שמסר לו מעותיו לקנות לו יי"ש וכל שליח נעשה שומר על המעות ומבואר בסי' רצ"ד ס"ו דבנגנב מיד השומר והוכר הגנב השומר מוטל עליו הטירחא לעשות דין עם הגנב עיי"ש ברמ"א ובסמ"ע דכל שהרוויח בדבר מוטל עליו הטירחא להוציא מיד הגנב.

וא"כ כיון דאם הי' לוי חוטף מעות מיד יהודא ונשתמש בו ונהנה ויהודא הפסיד בדבר הי' מהני תפיסה אם הי' יהודא תופס מיד לוי משום דיוכל לומר קי"ל כהרמ"א והח"ס הנ"ל ה"נ החיוב על ראובן כיון דהי' שופר ושלוחו של יהודא והרוויח בדבר שקיבל נ' זהובים לטרוח ולתפוס מיד לוי ולא הוי תופס לבע"ח וכו' כיון דחיוב רמיא עליו דהא הפנ"י כתב הטעם דתופס לבע"ח משום דהוי שלד"ע דמתערב על ריב לא לו אבל כאן דהי' שומר עליו והחיוב עליו עפי"ד לטרוח ולהוציא פשיטא דיכול ראובן לתפוס מיד לוי בשביל ראובן וא"כ כיון דאם הי' תופס בעצמו הי' התפיסה כדין מכ"ש שאין לחייבו משום גורם במה שנתן צעסיאן ליהודא לתפוס כיון דעשה ברשות ב"ד. וא"כ מכל הלין טעמי נלע"ד דאם הרוויח לוי במעות הללו וליהודא הי' היזק אף מניעת הריווח שפיר מהני תפיסתו משום זה נהנה וזה ל"ח כמ"ש בנמוק"י ב"ק כ"א ואף אם הי' החסרון מעט חייב בכל מה שנהנה כמו בשחרורתא דאשייתא לדעת כמה פוסקים:

והנה ראיתי לכפ"ה שמביא דברי הבית אפרים חו"מ תשו' כ"ח שהוכיח מש"ס דמכות מעידין אנו באיש פלוני וכו' דמבטל כיסו אינו פטור רק מהריווח שהי' עתיד להרוויח. אבל מה שהי' יכול ליטול תיכף שכר בעבור שימוש מעותיו זה מחויב לשלם לו עכת"ד. והנה אם הי' דו"ז הגאון מהרא"ז ז"ל אומר זאת מסברת עצמו וודאי עפר ואפר אנכי תחת כפות רגליו לפקפק על סברת ארי' דבי עילאי כמוהו אבל כיון שהוכיח זאת רק מכח קושייתו על הש"ס הנ"ל שהוא קושיית הקדמונים והעמיס דבריו בדברי הרמב"ן והריטב"א מכות שם לומר שזה כוונת תירוצם:

ולענ"ד הקלושה א"א להעמיס זאת כלל בדברי הריטב"א שדברי הריטב"א עצמם משוללים הבנה. שכתב וז"ל מעידין אנו באיש פלוני שחייב לחבירו אלף זוז עד ל' יום והוא אומר לאחר י' שנים והוזמו אומדין כמה אדם רוצה ליתן וכו' אין לפרש שישלמו מה שהי' יכול להרוויח וכו' שזה גרמא בעלמא וכמו שאמרו במבטל כיסו שהוא פטור וכו' אלא פירוש שישומו מה הי' נותן הלוה למלוה עתה מחוב זה אם יפרענו עתה ומה הי' מניח לו המלוה מזה מנכין שומא זו והשאר ישלמו לו כשיעור האומד שהי' נותן לסלק שעבוד זה מעליו לא הי' מפסידין אותו עכת"ד הריטב"א. והנה לדעת דו"ז הגאון ז"ל דמה שהי' הלוה נותן להמלוה עתה פחות מהסך אלף בשביל שנותן לו עכשיו מעותיו זה מקרי היזק ברור ולא מקרי מבטל כיסו וכו' א"כ למה לו להריטב"א להאריך ולומר שמנכין שומא זו והשאר ישלמו כשיעור האומד שהי' נותן לסלק שעבוד זה מעליו וכו' והרי כל הדברים האלו מיותרים לפירושו של דו"ז הגאון ז"ל וגם משוללים הבנה והי' לו

לומר רק שהעדים מחויבים לשלם אותו השומא שהי' הלוה נותן פחות ומה זה שכתב שזו השומא מנכין והשאר ישלמו:

אבל לדעתי נראה דתירוצו של הריטב"א עם הרמב"ן אחדים הם דהרמב"ן הקשה ג"כ הקושיא הנ"ל ממבטל כיסו וכו' ותירץ וז"ל ולאו קושיא היא דהכא כיון דהשתא לא מחייב לי' כלום כמאן דאפסידו לי אלפא זוזי דמי דהא איהו לא מחייב עכשיו כלום ואינהו מחייבי לי' אלפא זוזי מה דמהני לי' דפרעו ההיא שעבודא דאיכא עלי' אומדין כמה אדם רוצה ליתן וכו' עכ"ל הרמב"ן ז"ל. ועיין קצוה"ח סי' ע"ג סק"ד דמה"ט איכא ש"ד על כפירת הזמן ע"ש וא"כ זה כוונת הריטב"א ג"כ שדברי הרמב"ן רגילין תמיד על לשונו שבאמת גוף החיוב על העדים זוממין לשלם לו כל הסך אלף זוז שמחייבים אותו לשלם תיכף דהרי הוא עכשיו אינו מחויב כלום והוי היזק ממש מכיסו אלא דאם ישלמו לו כל האלף זוז הרי מהנים אותו שמסלקים מעליו השעבוד שלא יצטרך לשלם אחר י' שנים וא"כ לחה יהי' הוא נשכר בחנם והם מפסידים לכך מנכין מהאלף זוז הסך שהי' הוא נותן להמלוה תיכף שיפטרנו מחובו. דרך משל אם הוא חייב אלף זוז לשלם לאחר י' שנים אם ירצה לשלם תיכף וודאי יניח לו המלוה מחובו ולא יקח ממנו רק תשעה מאות זוז אותם התשעה מאות מנכים העדים מהסך אלף דהרי מהנים אותו זה הסך ולא יצטרכו ליתן רק מאה זוז:

ומעתה דברי הריטב"א והרמב"ן כזהב מזוקקים שכתב להדיא דאינהו מחייבי לי' אלף זוז אלא דמהני לי' דפרעו ההיא שעבודא דאיכא עלי' אומדין כמה אדם וכו' וזה שכתב גם הריטב"א וז"ל שישומו מה הי' נותן הלוה למלוה עתה מחוב זה אם יפרענו עתה ומה הי' מניח לו המלוה (שזה דרך משל שהי' נוטל ממנו בעבור האלף רק ט' מאות) מנכין שומא זו (ר"ל מהאלף זוז) והשאר ישלמו לו כשיעור האומד שהי' ניתן לסלק שעבוד זה מעליו (שזה) לא הי' מפסידין אותו עכ"ל הריטב"א. הרי מפורשים דברי הריטב"א כמין חומר ממש כדברי הרמב"ן כמו שרגיל תמיד שהעיקר החיוב על העדים לשלם מה שמפסידין אותו לשלם מכיסו הסך אלף שהוא עתה אינו מחויב אלא שמנכים זה מה שמהנים אותו מה שהי' נותן עכשיו ברצונו לפטרו מהחוב שלאחר עשר שנים וא"כ אין שום ראי' מזה לדינו של דו"ז שאם מפסידו מה שהי' יכול להרוויח תיכף מחויב לשלם שכאן אין החיוב רק על מה שצריך לשלם האלף זוז מכיסו והרי חצר דקיימא לאגרא ובא זה וסגרו ולא דר בו פטור כמ"ש הרא"ש בפ"ב דב"ק (דכ"א). אף דמפסידו תיכף שהי' יכול תיכף להשכיר החצר וליטול בעבורו סך פלוני. א"ו דמונע מליקח שכר הוי מבטל כיסו ומדברי המשנה מכות הנ"ל אין ראי' כלל כמו שתירצו הרמב"ן והריטב"א הנ"ל.

ואמנם כ"ז אם לא השתמש בו אבל אם השתמש בו כנ"ד שלוי השתמש עם הכסף אף אם לא הרוויח בהם אח"כ וכן אף אם אינו רגיל ללוות לו ולשלם עיסקא מ"מ כיון דידוע דבזה"ז מעות עומדים ליתן בעיסקא ובפרט צינזען ומטים כמו גמריכטליכע צינזען הוי ממש כמו חצר דקיימא לאגרא ודר בו גברא דלא עביד למיגר דאף דלא נהנה כלום שהי' מוצא דירה בחנם מ"מ כיון דדר ואכל חסרונו של חבירו חייב לשלם כמבואר ברא"ש הנ"ל ה"ו ד"ה אילימא ונפסק כן בש"ע סי' שס"ג ס"ו וה"נ כאן דנשתמש לוי בהמעות ויהודא הי' יכול ליתן המעות אלו בעיסקא וליקח צינזען דסתם מעות בזה"ז הוי כחצר דקיימא לאגרא דמחויב לשלם הדר בו אף שלא נהנה שהי' מוצא דירה בחנם עיין ברא"ש הנ"ל ותמצא הדברים מבוארים:

וחזי לאצטרופי ג"כ מה שהביא הרב ר"פ בשם איזו אחרונים דהיכא דלא בא לידו בהלוואה ועיכב מעות חבירו נהגינן בזה כתקנת הבי"ה שהביא בס' יד אפרים סי' קס"ט לשלם העיסקא. ונ"ל ליתן טעם לשבח לדבר זה דהנה הש"ך בחו"מ סי' ס"א סק"י כתב דאם קיבל עליו הלוה לשלם למלוה כל הפסידו מ"מ אם הי' מזדמן למלוה לקנות סחורה ולהרוויח וזה עיכב מעותיו פטור דאין זה קרוי הפסד דהוי רק מבטל כיסו של חבירו והקשה ע"ז בס' שעהמ"ש סק"ב הא כיון דהתנה לשלם הוי כאם אוביר ולא איעבד אשלם במיטב דמחויב לשלם אף דהוי רק מניעת הריווח כיון דהתנה. ונלע"ד ליישב דהנה קשה עוד מה צריך הש"ך להטעם דמבטל כיסו וכו' הא בלא"ה אסור לו ליקח ריווח משום רבית כיון דבהלוואה אתי לידי' כמ"ש הש"ך עצמו בסי' פ"א סקפ"א עיין בתשו' שבות יעקב ח"א תשו' ס"ד. אך נ"ל דהכל ניחא דהנה הב"י ביו"ד סי' קס"ה מביא דברי הרמב"ן לענין אם הוסיפו על המטבע וגזר המלך שישלמו החובות ממטבע החדשה דאין בזה משום רבית וכתב הרמב"ן הטעם וז"ל ואין כאן משום רבית שהתוספות הזה שלא ברצון הבעלים הוא נפרע ואלמלא דינו של מלכות אינו בכלל רבית אלא בכלל גזל אלא שדינו של מלכות דין ואין כאן גזל ואין כאן רבית עכ"ל. וא"כ ה"נ בהאי דינא דעיכב מעות חבירו תח"י אם הי' הדין שמחויב לשלם מחמת שמפסידו הריווח שהי' יכול המלוה להרוויח אז לא הי' כאן איסור רבית כיון דאינו משלם מרצונו רק מחמת הדין תורה והשתא אם משלם מחמת דינא דמלכותא כתב הרמב"ם דאין זה רבית מכ"ש אם מוכרח לשלם מחמת דין התורה ולכך הוצרך הש"ך לומר דהוי מבטל כיסו של חבירו ואינו מחויב לשלם מדין תורה מאי אמרת דמחויב לשלם מחמת התנאי כקו' השעהמש"פ הנ"ל ז"א דאם אינו מוכרח לשלם מחמת דין תורה רק מחמת שהתנה בעצמו א"כ שוב אסור ליקח משום רבית כמו כל רבית דמשלם מחמת התנאי שהתנה עמו מתחלה הוי

רבית קצוצה וקושיא חדא מתורצת בחברתה וז"נ מאד בעזה"י. אלא דא"כ קשיא דיהי' מזה סתירה למה שהוכחנו למעלה דאם עיכב מעות חבירו והשתמש בו חייב לשלם ולא הוי מבטל כיסו של חבירו כיון דהשתמש בו אך באמת ז"א דכיון דבהלואה אתי לידו ומלוה להוצאה ניתנה ומעות שביד הלוה שלו הן ולא של המלוה ובשלו הוא משתמש אלא שמונע מלפרוע להמלוה להחזיר לו כספו שהי' יכול להרוויח בו זה הוי כסוגר חצירו של חבירו שפטור כמש"ל בשם הרא"ש דעל מה שנשתמש אין לחייבו דהמעות כ"ז שהוא ביד הלוה שלו הן ויכול לקדש בהן האשה ולעשות כל מה שירצה וז"ב מאד ונכון. וא"כ כ"ז כשבא לידו בהלואה אבל אם עיכב מעות חבירו תח"י של פקדון דגוף המעות עצמו הוא של חבירו וכשהוציאן להשתמש בהם שלא מדעת חבירו מחויב תיכף לשלם מה שהי' יכול חבירו ליקח בשכרן כמו חצר דקיימא לאגרא וא"כ כיון דמחויב לשלם בד"ת אין כאן איסור רבית ג"כ דלא גרע ד"ת מדינא דמלכותא לד' הרמב"ן הנ"ל. וא"כ לכך היכא דבהלוואה אתי לידי' לא נקטינן כתקנת הבי"ה משום דאיכא איסור רבית אבל עיכב מעות פקדון שפיר אמרינן דמחויב לשלם כמו חצר דקיימא לאגרא וליכא איסור רבית ג"כ. לכן מכל הלין טעמי נ"ל דהדין עם יהודא וראובן ולוי צריך לשלם לראובן חובו:

ואמנם איכא כאן עוד מקום עיון במה שכבר עמדו לדין לפני ב"ד של ג' וקבלום עליהם וא"כ אולי י"ל דזה הוי כשיקול הדעת דדיניהם דין ופטורים מלשלם והם פטרו את לוי מראובן ואמנם לענין יהודא אין נ"מ מכל זה חדא דיהודא לא דן לפניהם ולא היו יכולין לדונו שלא בפניו ועוד כיון דיהודא כבר הוא מוחזק ולא עשו מעשה עדיין להוציא ממנו ובלא נעשה מעשה גם בשיקול הדעת ל"א קם דינא עיין ש"ך סי' כ"ה סקכ"ט באריכות וא"כ ממילא לפימש"ל דכיון דיהודא יש לו טענה על לוי נהי דלוי נתן לו הסך 700 ע"ח של ראובן מ"מ הוא יכול לתופסם בשביל חוב של עצמו כבסי' פ"ג ס"ב הנ"ל א"כ ל"ש כאן קם דינא כלל. דהנה שני טעמים יש בהא דשיקול הדעת קם דינא חדא משום קנס כדי שיהי' מחויב לשלם כמ"ש הטור והרא"ש הובא בש"ך הנ"ל וזה ל"ש כאן דהא ג' וקבלום פטורים מלשלם והטעם השני דבע"ד יוכל לומר כיון דפלוגתא הוא וכיון דקבלום עליהם אני אומר שהדין כדבריכם הראשונים כיון שכבר פסקו כן וא"כ כ"ז כשפסקו אותו הדין שיש מחלוקת בזה אמרינן קם דינא אבל כאן דעיקר מחלוקת הרש"ל והרמ"א לד' הח"ס הוא רק משום זה נהנה וזה חסר והטענה הזאת יש רק ליהודא והוא לא דן בפניהם וראובן לא הי' לו טענה זאת על לוי דהוא לא חסר כלום ושפיר פסקו דלוי פטור מראובן אבל יהודא שפיר הי' יכול לתפוס כיון דחסר כמש"ל וממילא כשתפס יהודא

הסך הנ"ל על ריווח שלו נשאר ממילא חוב של ראובן על לוי בתוקפו ונהי דפסקו דאם יגבה יהודא מכח הצעסיאן מלוי הרבית מחויב ראובן להחזיר ללוי היינו אם יגבה על חשבון ראובן וכאן דפסקו דלוי פטור מראובן ממילא אם יגבה ע"ח ראובן הי' גבי' שלא כדין אבל לפימש"ל דיהודא מכח עצמו תפס מ"ז לא פסקו כלום ומהני תפיסתו וממילא נשאר חובו של ראובן עליו בתוקפו ועוד הא פסק הש"ך בסקי"ך אות י"א דהיכא דאיכא בינייהו חד דגמיר וסביר יכול גדול מהם להחזיר הדין א"כ ל"ש בכאן קם דינא. וא"כ מכל הלין נלע"ד דהדין עם יהודא לראובן. ועכ"ז יען כי צריך להתרחק בכל היכולת מלדון ד"ת הי' נכון מאד לפשר קרוב לד"ת היינו בדבר מועט להניח מסך 700-200 ולא יתן רק 500 אבל אם לא יתרצו הבע"ד בשוא"א על פשר דעתי נוטה לפסק הנ"ל שכתבתי עפידתה"ק:
כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

סימן ל

ב"ה אור ליום ועש"ק יתרו תרע"ה **טארנאפאל**.
רב שלום וכט"ס לכבוד ידידי הרב המאוה"ג החריף ובקי החסיד המפו' מו"ה **נחום** נ"י דומ"צ בק"ק **מיקילינץ**.
הנה בא לפני הנגיד המפו' הר' דוד פאגעלמאן עם מכתב מכת"ה להשיב לו על שאלתו אודות הדו"ד שיש לו עם השוכר מחנות שלו ע"ד תיקון הראללע ששברו הרוססים בימי השלל וגם השאבען שנשברו מכדור הכלי תותח שהשוכר תיקן הכל ורוצה לנכות לו עתה מדמי השכירות. והנה אמת הדבר שהי' הדבר למרות חפצי להשיב לו כי אנכי מונע עצמי תמיד בכל היכולת מלדון ד"ת רק לעשות פשרה אך לא יכולתי להשיב פניו. ואמנם אמרתי לו יען כי אין משיבין בד"מ לצ"א אכתוב חוו"ד לכת"ה להלכה וכת"ה ישפוט כפי דעתו ושכלו אחר שמוע טענות שני הצדדים:
והנה לכאורה הדין מבואר בסי' שי"ד ס"א בהג"ה בדברים שעל המשכיר לתקן אם נשברו בתוך ימי השכירות אם אמר בית זה א"צ להעמיד לו אחר ואמנם כבר תמה בזה הקצוה"ח דזה סותר למ"ש בסי' שי"ב סי"ז בשם תשו' הרא"ש דדוקא כשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שנתקלקל ועדיין שמו עליו חייב המשכיר לתקן ועיי"ש שכתב שכפי הנראה הוא מחלוקת הפוסקים והניח הדבר בצ"ע. והנה גם לפ"ד דהוי מחלוקת הפוסקים הי' הדין עם המשכיר דהא המשכיר מיקרי מוחזק ועיין מ"ש בסוף דבסי' שנ"ז מבואר שיש לחלק כמבואר בסי' שי"ב סט"ו ובש"ך שם סקט"ו בסופו דבמחלוקת הפוסקים אף בבא בסוף החודש השוכר הוי המע"ה עיי"ש:

ואמנם בזה יש לדון עדיין כיון דהמנהג ידוע דכל התיקונים ורופעראציעס שבכל ימי משך השכירות הוא על המשכיר רק דעיקר טענת השואל הוא דבאונסא כה"ג דלא שכיח כלל אין בזה מנהג ידוע מ"מ שוב לא דמי לבית זה דהא באמת מתחילה נחית ע"ד המנהג לתקן לו כל מה שיתקלקל ולהעמיד לו אחרת ול"ש נפל אזדא לי' דהא נשתעבד לו מתחילה להעמיד לו אחרת כשיתקלקל ושוב הוי כבית סתם דהא לא הי' השכירות דווקא על הדלתות או החלונות האלו וא"כ ממילא כשנשברו יהי' מחמת איזו אונס שיהי' מ"מ דמי למשכיר בית סתם דמדינא חייב להעמיד לו אחרת כשנפל או נשרף ולא מחמת המנהג לבד שיהי' שייך לומר דבזה אין מנהג ידוע וז"ב מאד למעיין. ואמנם מטעם אחר נ"ל דהדין עם המשכיר לכאורה דהא מבואר בסי' ש"י בשוכר בהמה וחלתה ועדיין ראוי' למלאכה או נלקחה לעבודת המלך אף באנגריא שאינה חוזרת אם נלקחה בדרך הליכה אומר לו המשכיר הרי שלך לפניך ונותן לו שכרו משלם ועיי"ש בסמ"ע סק"ב דשיטת הרמב"ם עפ"י שיטת ר"ח דגם כשאינה חוזרת כלל מ"מ כיון דנלקחה דרך הליכה נעשה האונס בסיבת השוכר ולכן אמרינן דמזלו גרם עיי"ש בטור ובתוס' ב"מ (ע"ח ע"ב) ד"ה אם ובשטמ"ק שם. וא"כ ה"נ שבירת הראללע דהיתה רק לשלול שלל ובאו על דעת הסחורה שביתה בחנות ולא היתה כוונתם לשבירתה בעצמה דוודאי אם לא היתה סחורה בחנות לא הי' שוברים אותה א"כ נעשה האונס בסיבת השוכר שהחזיק שם הסחורה ולא בסיבת המשכיר א"כ אמרינן דמזלו גרם ופטור המשכיר וגם השאעמן שנשברו ע"י כדור התותח מ"מ זה פשוט דגם בלי שאבען עדיין ראוי החנות למלאכתה א"כ דמי להבריקה או נשתטית דצריך לשלם שכרו משלם ובכל זה אין חילוק בין מכת מדינה או לאו דבראוי לעשות מלאכתו רק דצריך טירחא יותר וכדומה מבואר בתוס' ב"מ (ק"ד ע"א) ד"ה דאפשר דלא מהני מכת מדינה וגם לענין שבירת הראללע דנעשה בסיבת השוכר כנ"ל ג"כ ל"מ מכת מדינה דעיקר הטעם דמכת מדינה מבואר בראשונים דאז אין לתלות במזל השוכר דהא חזינן דנעשה ההפסד לעוד הרבה אנשים א"כ אין לתלות במזל השוכר וא"כ כ"ז אם רוצין לתלות במזל השוכר בלי שום טעם אבל אם נעשה בסבתו וגם כל שאר הראללעס שנשברו בהעיר כולם באו רק ע"ד לשלול הסחורה א"כ סיבת כל השוכרים גרמו ולא סיבת המשכירים וז"ב:

ועוד מטעם אחר יש לזכות את המשכיר עפ"י שיטת המהר"ם פדווא הובא ברמ"א סי' שכ"א דעיקר ניכוי השכירות הוא רק על לשעבר דא"א בחזרה אבל להבא בדין חזרה קאי כיון דנולד מום יוכל לחזור בו עיי"ש בסמ"ע באריכות ובנתיבות ובתשו' ח"ס חו"מ סי' קס"א שביארו דבריו היטב ועפי"ז כתוב שם דאם שתק ולא חזר בו א"י שוב לחזור

דדמי כמשתמש במקח אחר שנודע לו המום א"כ ה"נ כיון דשתק ולא תבע עד עכשיו מחל. ואמנם לשיטת תשו' הרא"ש שבסי' שי"ב סי"ז הנ"ל דאם לא נפל כולו רק נתקלקל על המשכיר לתקן א"כ לא הוי שתיקתו כמחילה דהא באמת עשה תיכף התיקון ולא השתמש כלל בלי תיקון יוכל לומר דעשה התיקון על חשבון המשכיר כיון דעפ"י הדין מחויב המשכיר לתקן אבל כבר כתבתי כיון דהמשכיר מיקרי מוחזק יכול לומר קי"ל כהנמו"י שברמ"א סי' שי"ד דגם כה"ג דומה לבית זה שנפל דאזדא לי' רק שנאמר דעכ"פ ינכה השכירות להבא כמו בנפל שמבואר בסי' שי"ב סי"ז הנ"ל דאינו משלם השכירות להבא אבל אינו יכול לכוף המשכיר לתקן וא"כ שוב כיון דלמהר"ם פדוואה רק מטעם חזרה אתאינן לה א"כ כיון דשתק מחל כנ"ל:

אלא דכבר שדיתי נרגא בזה די"ל דכאן מחמת המנהג הוי כבית סתם וגם בבית זה לכאורה ל"ש סברתי הנ"ל רק לשיטת הח"ס בפירוש מהר"ם פדוואה הנ"ל דמה"ט ביבש המעיין או נקצץ האילן אינו מנכה לו מחכורו כיון דעל לשעבר לא שייך חזרה ליתא בדין ניכוי כלל דעיקר הניכוי הוא רק מטעם חזרה עיי"ש אבל לשיטת הנתיבות שם דביבש המעיין הטעם כיון דלא נעשה היזק בגוף השדה אבל היכא דנעשה ההיזק בגוף שדה המשכיר מנכה משכרו דל"ש מזל דהשוכר גרם כיון דאיכא פסידא גם למשכיר עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דנשברו הדלתות שמחובר לבית הרי הוא כמוהו ונעשה ההיזק בגוף בית המשכיר צריך לנכות משכרו אף היכא דליתא בחזרה א"כ לא שייך שוב לומר כיון דשתק והשתמש מחל כיון דאין הטעם משום חזרה כלל כמבואר והי' לו רשות להשתמש ולנכות אח"כ משכרו אבל באמת דברי הנתיבות תמוהים כמו שתמה הח"ס שם דהא גם ביבש המעיין ונקצץ האילן איכא פסידא להמשכיר ובאמת גם דברי החת"ס לא זכיתי להבין כיון דס"ל למהר"פ דבשכירות אף שנולד מום אח"כ דמי לנודע לו שהי' מום מקודם א"כ גם בשנה הראשונה של החכירות נהי דכבר הי' לו טורח עבודה והוצאות זריעה וכדומה מ"מ יחזור מהשכירות והוא ישלם לו ההוצאות והשבח כמ"ש בסי' רל"ב סי"ד בקנה סדין וקרעו ועשה חלוק ותפרו ואח"כ נודע שהי' בו מום דחוזר בו ונוטל השבח מהמוכר עיי"ש דדומה ממש לדין זה:

ובאמת לולי דבריהם הי' נ"ל בפשיטות לישב עיקר הסתירה דאמאי כאן אינו מנכה לו מחכירתו ובנפל הבית או מת החמור וטבעה הספינה בסי' ש"י ושי"א ושי"ב דאינו נותן השכר על להבא עפי"מ שידוע קושית התוס' כתובות (מ"ז ע"ב) בהא דאמרינן שלא כתב אלא ע"מ לכונסה א"כ הלוקח פרה ונטרפה נימא שאדעתא דהכי לא קנה ובנתיבות סי' ר"ל יישב קושיתם דפרה י"ל נסתחפה שדהו ומזל דהלוקח גרם משא"כ במת הבעל דאין

הבעל שדה של האשה כמ"ש התוס' ריש כתובות עיי"ש וא"כ לפי"ז בשוכר חמור או בית ומת או נפל שייך שפיר קושית התוס' דאדעתא דהכי לא קנה וכאן ל"ש נסתחפה שדהו כמ"ש הנתיבות כיון דאיכא הפסד גם להמשכיר ואין החמור או הבית שדהו של השוכר כיון דהגוף הוא של המשכיר. וא"כ שפיר כתב המהר"פ דבשוכר שנולד אח"כ מום יכול לבטל השכירות מחמת מק"ט:

ואמנם התוס' בעצמם בכתובות הנ"ל כתבו לישב קושייתם דיש חילוק בין היכא שהי' רוצה להכניס עצמו בספק או לאו וא"כ נכון הכל דבמת החמור או נטבעה הספינה ונפל הבית דנפסד הכל לגמרי הדבר ידוע לכל דאדעתא דהכי לא הוי שוכר ולא הי' מכניס עצמו לספק כלל אבל ביבש המעיין ונקצץ האילן וכל כה"ג דלא נפסד הכל רק דשוה פחות מאן יימר דלא הי' מכניס עצמו על הספק דהרבה פעמים שוה החכירות גם עכשיו וגם מתחילה סי' שוה אצלו יותר שהי' מכניס עצמו ע"י כך לספק הפסד קצת כיון דלא נפסד הכל ולכך שפיר כה"ג אינו מנכה לו מחכורו כלל כיון דליכא אומדנא דמוכח לכל העולם דאדעתא דהכי לא קנה ועמדו שפיר דברי המהר"פ דעיקר הטעם משום חזרה וכנ"ל וא"כ היכא דשתק מחל וזה נכון מאד לדעתי. וא"כ בנ"ד נמי כיון דלא נפסד הכל ובדבר מועט יכול לתקן שפיר י"ל דהי' מכניס א"ע על הספק וליכא דין חזרה וניכוי כלל כמו ביבש המעיין ונקצץ האילן. והי' אפשר לכאורה לישב בזה ג"כ קושית הקצוה"ח הנ"ל בסתירת דברי הרמ"א מסי' שי"ד לסי' שי"ב מתשו' הרא"ש הנ"ל. דהנה לכאורה דברי הרא"ש צריכים להבין שז"ל שם בכלל ל"ה סי' ה' אבל יש להביא ראי' מההיא דהשוכר את האומנים וכו' ואי דאמר לי' חמור זה אם יש בדמי' ליקח יקח וכו' ודקדק הר"י ז"ל מ"ש מבית זה דאי נפל אזדא לי' וכו' ותירץ דל"ד דחמור וכו' אבל בית שנפל העצים והאבנים אינם עומדים למכור וכו' וכיון דאמר לי' בית זה לא קיבל עליו להוסיף דמים וכו' וכי נפל אזדא לי' ומזה יש ללמוד דאם נתקלקלו הקורות מסתמא עומד הוא ליתקן ול"ש למימר אזדא לי' דעדיין נקרא בית אלא שמסוכן לדור בו הלכך חייב המשכיר ליתן עכת"ד הרא"ש ז"ל. וקשה לכאורה הרי בפירוש כתב בשם הר"י דלא קיבל עליו להוסיף דמים מביתו וא"כ מאי בכך דעומד ליתקן הא מ"מ לא קיבל עליו להוסיף דמים מביתו ולא שעבד לו רק הבית הזה. ובאמת המחבר תיקן זה שהוסיף אם יש בידו שכירות מוקדם. דמשמע דאינו מחויב לבנות רק מדמי השכירות וכמ"ש הנתיבות אבל באמת הרא"ש הא כתב סתמא משמע אף היכא דעולה התיקון יותר מדמי השכירות מחויב לתקן וכמ"ש הסמ"ע וא"כ באמת טעמא בעי:

אך נ"ל דהנה בשטמ"ק בס"פ השואל מביא דאף בבית זה ונפל אם רוצה השוכר לבנות משלו ולדור בו אין המשכיר יכול לעכב אך בב"י מביא בשם הרשב"א להיפך ודמהו למדור האלמנה שנפל עיי"ש בסי' שי"ב כיון דנפל אזדא לי' כל השכירות ואין כאן הדבר שהשכיר לו אין להשוכר שוב שום עסק עליו. ואמנם כ"ז בנפל לגמרי אבל בנתקלקל ועדיין שם בית עליו אף להנמו"י שחולק על תשו' הרא"ש הנ"ל וס"ל דאין המשכיר חייב לתקן עכ"פ אם השוכר רוצה לתקן וודאי אינו יכול המשכיר לעכב כיון דהדבר שהשכיר לו עדיין קיים ושמו עליו מי יוכל למחות בידו שיתקנו וז"פ מאד. והנה אם יתקן אותו השוכר יהי' טובה גם להמשכיר כי יועיל לו התיקון על אחר זמן השכירות ומבואר בחו"מ סוס"י קע"ח דבשותפין שבנה אחד בנין אף שחבירו מוחה בו אם הוא דבר שא"א בלתי לבנות מחויב חבירו לתת חלקו עיי"ש בנתיבות סק"ג שביאר הדבר היטב דכל היכא שבית המשותף עומד ליפול והאחד אינו יכול לבנות חלקו בלתי אם יבנה גם חלק חבירו וחבירו אינו רוצה לבנות כופין אותו ליתן חלקו ויורדין לנכסיו עיי"ש וא"כ ה"נ ממש בנ"ד כיון דשכירות השוכר קיים על משך זמן השכירות כיון דעדיין שמו עליו רק דנתקלקל וצריך לתקנו והשוכר אינו יכול לתקן חלקו לבדו בלתי אם מתקן גם חלקו של המשכיר שהוא על אחר זמן השכירות מחויב המשכיר ליתן חלקו כיון דהבית עומד ליתקן וא"א להשוכר לתקן חלקו לבדו כמ"ש הנתיבות הנ"ל:

וא"כ שפיר נכונים דברי הרא"ש בתשו' הנ"ל דהעיקר בא הרא"ש רק להוכיח דכיון דלא נפל כל הבית ועדיין שמו עליו מה שנשאר קיים משועבד להשוכר שעדיין יהי' שכירותו קיים ויוכל לעשות בו מה שירצה להעמיד שכירותו כמו בחמור שנשאר הנבילה והעור שעדיין שמו עליו כמ"ש הרמב"ן הובא בשטמ"ק וא"כ שוב ממילא אף דלא קיבל עליו המשכיר להוסיף דמים מביתו ולבנות מ"מ מחויב הוא לתקן מטעם אחר כיון דהשוכר רוצה לתקן חלקו וממילא יהנה גם המשכיר על אחר זמן השכירות וכנ"ל דומה לשותפין שיכול לכוף השותף ליתן חלקו כמ"ש הנתיבות הנ"ל ואי דא"כ יהי' מחויב גם השוכר ליתן לסייע להבנין מה שנהנה על זמן השכירות והרא"ש הא כתב דהמשכיר בעצמו מחויב לתקנו ז"א דהא השוכר כבר נתן השכירות על כל הזמן ואי לאו שהמשכיר יתקן יהי' מחויב להחזיר להשוכר השכירות מלהבא ואם יתקן יהי' נשאר בידו השכירות א"כ השוכר א"צ ליתן יותר דהא אינו נהנה יותר משיווי דמי השכירות דהא מעיקרא לא נתן עבור כל הבית רק סכום השכירות הזה הרי דאינו שוה הנאתו יותר ובוודאי בשותפים הנ"ל ואחד יש לו חלק גדול מחבירו כ"א אינו מחויב ליתן רק כפי חלקו ודוק היטב בכ"ז כי הוא בעזה"י עצה נכונה בישוב דברי הרא"ש:

וא"כ לפי"ז י"ל דהנמו"י שהביא הרמ"א בסי' שי"ד הנ"ל אינו חולק כלל ע"ד הרא"ש רק דהרא"ש הא איירי במסוכן לדור בו. וא"כ בלא התיקון לא יוכל השוכר לדור בו כלל וא"כ פשיטא דאם לא יתקן המשכיר עכ"פ מחויב להחזיר להשוכר שכירותו וא"כ מחויב המשכיר לתקן בעצמו אבל הנמו"י דאיירי בנשברו הדלתות וכדומה דכבר כתבתי לעיל דבכה"ג כיון דלא נפסד לגמרי א"צ להחזיר השכירות כלל כמו ביבש המעיין ונקצץ האילן א"כ פשיטא דהמשכיר אינו מחויב לתקן הכל רק השוכר מחויב ליתן כפי הנאתו על משך זמן השכירות אם ירצה לתקן דדמי השכירות כבר נחלט בידי המשכיר כנ"ל וא"כ שפיר כתב הנמו"י דא"צ המשכיר להעמיד לו אחרת. ואי דלאשמעינן דאם ירצה השוכר לבנות מכיסו מחויב המשכיר ליתן לו כפי חלקו זה א"צ להשמיענו כלל די"ל דהנמו"י ס"ל כדעת השטמ"ק הנ"ל דאף בנפל כולו אם ירצה השוכר לבנות אין המשכיר יכול לעכב על ידו. וא"כ ממילא א"צ ג"כ להשמיענו דהמשכיר מחויב ליתן גם חלקו דזה אינו שייך לכאן וזה כלל גדול תמיד שכיון שהוא נהנה ג"כ מהבנין מחויב ליתן כמ"ש הנתיבות בסי' קע"ח סק"ג הנ"ל:

אך מה שיש לדון בזה דזה רק היכא דצריך להוציא יותר בבנין חלק חבירו משהי' בונה חלקו לבדו אבל בכה"ג בנ"ד דמה שהוציא בשביל לתקן לצורך עצמו למשך זמן השכירות אף דחבירו נהנה ג"כ אחר זמן השכירות י"ל דהוי זה נהנה ולא חסר וכמבואר בסי' רס"ד ס"ד בהג"ה דהיכא דלא הוצרך לרבות בהוצאה בשביל חבירו הוי זה נהנה וזה ל"ח:

אך באמת הדבר תלוי באשלי רברבי לשיטת המרדכי הובא ברמ"א סי' קנ"ז סעיף י' דאם נהנה בבנינו אעפ"י שלא עשה היכר שניחא לי' חייב ליתן כפי מה שנהנה וס"ל כתירוץ ראשון שבתוס' ב"ב (ד"ה ע"א) ד"ה אעפ"י דבבנה הכותל גבוה מד' אמות אף דלא גרם לי' היקף יתירה ל"ה זה נהנה וזל"ח כיון דגלי דעתא דניחא לי' כמובא דבריו בישש"ש ב"ק פ"ב סי' ט"ז. וא"כ ה"נ אף בלי גילוי דעת מ"מ הא גלוי וידוע לכל העולם דוודאי לא יניח ביתו מקולקל כמו שהוא ואם לא הי' חבירו מתקנו הי' הוא עצמו מתקן לאח"ז השכירות אבל לשיטת הישש"ש שחולק על המרדכי וס"ל דהעיקר כתירוץ שני של התוס' שם דבהגביה הכותל הוי כגורם לו הוצאה יתירה דהא עושה רק שלא יהי' לו ממנו היזק ראי' נמצא דהוא גרם לו הוצאה יתירה ולכך חייב אבל בלא"ה לא וא"כ ה"נ בכה"ג דהי' צריך הוצאה לצורך עצמו על משך זמן השכירות אף דהמשכיר נהנה אח"כ אח"ז השכירות י"ל דהוי זה נהנה וזל"ח ופטור וא"כ י"ל דהרא"ש ס"ל ג"כ כהמרדכי

ובפרט לפימ"ש שם הנתיבות בסי' קנ"ז סק"ז דהיכא דמשתמש ממש בחלק חבירו כגון מעמיד עליו תקרה וכדומה א"כ רוצה לזכות בו שיהי' שלו כ"ע מודו דחייב ול"ש בזה זה נהנה וזל"ח עיי"ש בדבריו וכ"כ הקצוה"ח בסי' קנ"ח סק"ז וא"כ ה"נ דלאחר זמן השכירות משתמש המשכיר בכולו וזוכה בו ממש ונעשה קניינו וודאי מחויב לשלם וא"כ דברי הרא"ש אתיין אליבא דכ"ע:

אלא דלפי"ז גם בנ"ד נהי שכתבתי לעיל דהמשכיר אינו מחויב לתקן להשוכר כלל אבל היכא דהשוכר תיקן בעצמו מחויב המשכיר לשלם לו כפי מה שנהנה עכשיו לאחר זמן השכירות. אלא דבאמת דברי הנתיבות והקצוה"ח אינם מוסכמים דבישו"ש הנ"ל מבואר להיפך דהא כתב דהעיקר כתירוץ השני שבתוס' דהגביה כותלו למעלה מד"א חייב רק משום שהוא גרם לו ולא משום שרוצה להשתמש בו. מבואר דאף בכה"ג בזה נהנה וזל"ח פטור וכ"מ שם ממה שהביא בשם המרדכי ראי' לדינו מהגביה כותלו ומאי ראי' הא שם רוצה להשתמש בו ובדינו של המרדכי ל"ש זאת כמ"ש הנתיבות בעצמו ושם הטעם רק משום שחרוריתא דאשייתא כמ"ש הנתיבות. וא"כ כיון דבמחבר ורמ"א איננו מבואר להיפך מהיש"ש די"ל דס"ל כתירוץ השני שבתוס' ודינו של המרדכי שהביא הרמ"א י"ל משום שחרוריתא דאשייתא וא"כ בנ"ד דל"ש כל הני טעמא י"ל דוודאי אין להוציא מהמוחזק נגד דברי היש"ש דהא אינו מבואר בש"ע להיפך ואי משום דברי הנתיבות סי' קע"ח דכל כה"ג דידעינן דעומד וודאי לבנות ואחד אינו יכול לבנות לעצמו רק כשיתוקן ג"כ חלק חבירו כופין את השני לתת חלקו ז"א די"ל דזה רק כשעומד תיכף לבנות ואנן סהדי דהוא טובת חבירו גם עכשיו ואנן סהדי דאי לאו דרוצה לסמוך על חבירו הי' בונה הוא בעצמו תיכף רק דזה ערמה ממנו שרוצה שחבירו יבנה כולו. אבל בנ"ד דכל משך זמן השכירות א"צ המשכיר לזה ואדרבא אנן סהדי דבכל ימי השכירות לא הי' מתקן כלל דל"ל והא אין לו הנאה עכשיו כלום ואדרבא יוכל להיות דיתקלקל או יארע איזו אונס עד זמן שיצטרך וא"כ וודאי דאין לכופו עכשיו לתקן וא"כ כשהשוכר עשה בעצמו אז י"ל דשוב הוי זה נהנה וזל"ח כמ"ש הישו"ש:

ועכ"ז ישוב שכתבתי לדעת תשו' הרא"ש נכון עדיין דכיון דשם איירי דמסוכן לדור בו ולא יוכל לדור בו כלל א"כ אם השוכר רוצה יוכל לחזור מכל השכירות להבא אם לא ירצה המשכיר לתקן וא"כ אז אנן סהדי דהמשכיר יתקנו תיכף לעצמו כשיסתלק השוכר דהא עומד לתקן כנ"ל וא"כ מאי דאינו רוצה לתקן הוא רק שסומך על השוכר שיתקן שוב דמי להא דסי' קע"ח בנתיבות הנ"ל דכופין אותו ליתן חלקו כנ"ל ולא קשה מסי' שי"ד שהקשה הקצוה"ח כפית"ש ששם איירי שלא נתקלקל לגמרי ולא יוכל לחזור בו

השוכר כנ"ל כמו בנקצץ האילן ואינו יכול לנכות לו משכירותו שוב אין נפקא מיני' עכשיו שהמשכיר אין רוצה בתיקונו ואינו יכול השוכר לכופו לתקן וממילא כשמתקן הוא בעצמו אז הוי המשכיר זה נהנה וזל"ח לפ"ד היש"ש הנ"ל:

ואולם יש להסתפק עדיין דכל ענין זה נהנה וזל"ח הוא רק כה"ג במקיף את חבירו או בחצר דלא קיימא לאגרא דבעת שזה רוצה ליהנות אין זה נפסד מאומה דהרי הוא צריך המחיצה שהקיף לצורך עצמו וכן החצר לא הי' משכיר בלא"ה מרצונו אבל כאן נהי דהשוכר עשה התיקון לצורך עצמו היינו בתוך זמן השכירות אבל עכשיו לאח"ז השכירות שוב אינו צריך לזה כלל ובוודאי אם הי' יכול ליטול מה שתיקן הי' נוטל דהא א"צ לו עכשיו כלום וזה אינו יכול למחות בידו מליטול את שלו וא"כ גם כשאין יכול ליטול כגון בנ"ד שתיקן הראללע שאינו יכול ליטול לעצמו מה שהשביח שאין הדבר בעין כגון שכר מלאכה וכדומה ואם יקלקל עכשיו כמקדם לא יהי' לו הנאה של כלום וא"כ למה יגרע זה מהא דסי' קס"ח דשטף הנהר זיתיו ונשתלו בשדה חבירו דמחויב לשלם לו דמי עציו כפי מה שנהנה אף דאינו דומה ליורד שלא ברשות דהא לא עשה בכוונה להשביח לחבירו דהא הנהר שטפן וכן בהא דכריא דכשותא בפ' המפקיד דאי לאו דפסיד שיכרא הי' צריך לשלם מה שנהנה אף דבעל הכישות אינו יכול עוד ליטול הכישות מהשכר שכבר אינם בעין אפ"ה צריך בעל השיכרא לשלם מה שנהנה וכהא דסוף ביצה בנתערב חטין שלו בשל חבירו עיי"ש בשטמ"ק דכל כה"ג שחבירו נהנה מממונו אף דלא עשה בכוונה מחויב לשלם הנאתו כיון דזה חסר וה"נ אחר זמן השכירות מה שנשאר מתיקונו של חבירו הוי ממונו של חבירו ואם הי' יכול ליטלו הי' נוטלו א"כ כשאינו יכול ליטלו האיך אפשר דהוא יפסיד עי"ז וחבירו יהנה:

איברא לפימ"ש התוס' ב"ק (ק"א) ד"ה או דילמא בפירוש הבעיא דצבפו קוף דהיכא דגופו אינו נהנה רק ממונו נהנה משל חבירו שלא ע"י מעשיו פטור עיי"ש וביש"ש שם סי' כ"ח והש"ך חו"מ סי' שצ"א סק"ב ורק אם יש שבח סימנים ע"ג הצמר דאז הוי כאלו הסממנים בעין ונהנה גופו בשעה שלובש ע"י מעשיו מממונו של חבירו אבל אם אין שבח סימנים ע"ג הצמר דהוי כליתנהו רק שיהי' חייב משום שצמרו נשבח מממונו של חבירו אז כיון דלא הוי ע"י מעשיו פטור רק היכא דחבירו עשה בכוונה להשביח אז מחויב לשלם כיורד שלא ברשות כמ"ש בש"ך שם ובנתיבות סי' ש"ו וסי' שע"ג דבצבע וכל דבר שאינו יכול לסלקו לא יוכל לומר טול עציך וכו' ומחויב לשלם מה שנהנה אבל בנעשה מאליו לא וא"כ ה"נ כיון דהשוכר עשה התיקון לצורך עצמו ולא ע"מ להשביח להמשכיר ועכשיו אין השבח עוד בעין דהא אנן קיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי כמ"ש

בסי' ש"ו ואף לדעת הש"ך שם הוי ספיקא דדינא א"כ כיון דכבר אין הדבר בעין אינו מחויב המשכיר לשלם הנאתו:

ואמנם זה פשוט דמה שיש עדיין בעין כגון השאבען שהעמיד השוכר או אם נתן כוסי ברזל משלו על הראללע וכדומה אז אם יכול לסלקם אז או דיאמר לו המשכיר טול עציך ואבניך כמ"ש בסי' שע"ג או שישלם לו דמיהם ואם לא יוכל לסלקם שיופסדו עי"ז מחויב לשלם לו כפי הנאתו כמ"ש בנתיבות שם וכיון דעדיין הם בעין הוי כיש שבח סממנים ע"ג צמר דמחויב לשלם אף כשצבעו קוף אבל מה שאין עומד בעין רק השביח מחמת מלאכת האומן כיון דאין אומן קונה בשבח כלי א"צ המשכיר לשלם לשיטת התוס' הנ"ל והש"ך פסק שם דהוי ספיקא דדינא עיי"ש בסי' שצ"א סק"ב:

ומה שעלה על דעת הר' דוד שהשוכר הי' מחויב לתקן הכל מממונו ולהחזיר לו החנות כחו שהי' בעת שמסרו לו זה וודאי אינו דאף במטלטלי הא שוכר פטור מאונסין ומכ"ש בקרקעות דאין דין שומרים בקרקעות ואף לפימש"ל דנעשה בסיבת השוכר שבאו לשלול סחורתו ודמי לאנגריא שנטלו בדרך הליכתו מ"מ זה רק לענין שלא יופטר מלשלם דמי השכירות אבל דמי החמור וודאי אינו מחויב לשלם כמבואר שם וזה פשוט אף לדרדקי ומי לנו גדול משואל דחייב בכל האונסין ואפ"ה במתה מחמת מלאכה פטור דלאו לאוקמי בכילתא שאלו וה"נ הרי שכרו להניח בו סחורה ולא פשע מאומה והשוללים באו לאונסו וז"פ מאוד:

ואמנם שיצטרך הוא לשלם להשוכר או שהשוכר ינכה לו משכירותו כל מה שנתן בעד התיקון אז מכל הני טעמים שכתבתי לעיל אם הוא מוחזק אין יכולים להוציא ממנו הכל ואף שכתבתי לעיל דהמשכיר מיקרי מוחזק אף בבא בסוף החודש נזכרתי אח"כ דזה רק במסופקים על זמן השכירות דאז קרקע בחזקת בעלי' קיימא אבל לענין דמי השכירות אם נולד ספק אז רק בתחילת החודש מיקרי המשכיר מוחזק כמ"ש הש"ך בסי' שי"ז סק"ה וא"כ כיון דלפ"ד הר' דוד לא ניכה לו עדיין כלום ורק עתה שצריך לשלם לו במוקדם עבור ג' חדשים שצריך לדור עוד והוא רוצה לנכות מזה דמי התיקון א"כ הוי כבא בתחילת החודש דמיקרי המשכיר מוחזק דקרקע בחזקת בעלי' קיים ומ"מ מה שיש עדיין מהשאבען שהעמיד או עצים וטסי ברזל שנתן לתיקון הראללע אם יוכל לומר טול עציך ואבניך שומעין לו אם יוכל השוכר לסלקם ואם לאו מחויב המשכיר לשלם דמי שוויים כפי ששווים עכשיו כמ"ש הנתיבות בסי' ש"ו סק"ז עיי"ש:

ומ"מ כיון שטוען ה"ר דוד שהשוכר לא הי' בדעתו לתובעו כלל ורק עכשיו כיון שתבעו לשלם רובעל כועס עליו ועי"ז רוצה לנכות דמי התיקון א"כ דמי להא דהרש"ל הובא

במסגרת השלחן סי' י"ב דהוי מחילה ואינו יכול שוב לתובעו ואף דהקצוה"ח והנתיבות שם חולקים עליו מ"מ הא כתב הנתיבות שם דזה רק מחילה בדבר שכבר נתחייב לו אבל בדבר שהוא להבא כמו דור עמי או אכול עמי פטור עיי"ש בסק"ה א"כ ה"נ אם בשעה שעשה התיקון הי' שלא ע"ד לתובעו וודאי פטור מלשלם. ואם השוכר מכחיש זה יוכל ליתן לו קבלת חרם ע"ז כמו בכל טענות ספק ובפרט דאיכא הוכחה דלא הזכיר לו מאומה כל הזמן. כ"ז נלפענ"ד ועכ"ז ישפוט כת"ה כשכלו וטוב יותר שיבצע ביניהם בדרך פשרה כי לית מאן דחכים וכו':

כ"ד ידידו דוש"ת **דוד מנחם מאניש באבד** אבד"ק **טארנאפאל**.

בש"ה. לענין מה שהבאתי לעיל המבוכה שבין הפוסקים לחלק בין חמור וספינה לבית שנפל או נשרף דס"ל לכמה פוסקים דשכירות ליומא ממכר הוא והוי הפסד של השוכר וכתב בהגמי"י דיש לחלק בין חמור וספינה לבית ולא כתב הטעם עיין נתיבות סי' שי"ד הנ"ל וכן בהא דמקבל שדה בסי' שכ"א הנ"ל דאינו מנכה מחכירותו נ"ל דיש לחלק בין שכרו לעשות מלאכה מיוחדת כמו בסי' שי"א וסי' ש"י בחמור ששכר להוליך עלי' משא וכן בספינה לבין בית ששוכר לזמן. דבזה י"ל שכירות ליומא ממכר. אבל אם אינו יכול לעשות בו רק מלאכה מיוחדת ל"ש לומר ממכר הוא. וחילוק כזה מבואר בראב"ד הובא בשטמ"ק ב"מ (דע"ט) על קושית התוס' דאמאי בחמור אם יש בדמי' ליקח יקח. (זה סיום התשובה):

פלפול בסוגי' כהן גדול ביוה"כ יוכיח גיטין דף נד ע"ב:

אמר ר' יוחנן משום ר"י מה אעשה שהתורה האמינתו היכן האמינתו וכו' כהן גדול ביוה"כ יוכיח דכי אמר פיגול מהימן וכו' ודלמא דחזי בפישפש קשיא עיי"ש. וברש"י ד"ה הי"ג דהקושיא קאי על הזאות דהיכל וגבי עבודות דלפני ולפנים נמי איכא לאקשויי דחזיניה דרך לול ולכאורה דבריו תמוהים דאמאי שביק הש"ס עבודות דלפני ולפנים שקודמות להזאות דהיכל. ונראה לישב. דהנה האחרונים הקשו על רש"י הא כל שבידו לפגל עדיין פשיטא דנאמן וא"כ על עבודות דלפני ולפנים פשיטא דנאמן דהא בידו לפגל עדיין בהיכל ושם יכולים לראות בפשפש עיין בקרני ראם על מהרש"א:

והנה יכולין היינו לומר דרש"י פירש אליבא דהלכתא דקיי"ל אין מפגלין בחצי מתיר. וי"ל דרש"י ס"ל דגם פסול אינו מדאורייתא כשיטת התוס' זבחים (מ"א ע"ב). אמנם לפ"ז תיקשי שוב קושית האחרונים לפי מה שהקשה הראב"ן הא הפר הוא שלו ופשיטא דנאמן כה"ג לפסול את שלו. ותירץ דהקושיא הוא מהשעיר ואם נאמר דאין מפגלין בחצי מתיר צריך לפגל בכל המ"ג מתנות ונפסל ממילא גם הפר דהא מערבין לקרנות אף

למ"ד אין מערבין לקרנות מ"מ מערבין להזאות דטהרו של מזבח עיין בטיב גיטין הדף זה שהכריח מזה דעכ"פ פסול הוי ואם נאמר דרש"י ס"ל דגם פסול אינו שוב קשה ממ"נ או קושית הקרני ראם או קושית הטיב גיטין. ונראה לישב כל זה ובהקדם סוגית הש"ס זבחים (מ"א ע"ב) תנן התם פיגל בקומץ ולא בלבונה וכו' ר"מ אומר פיגול וחייבין עליו כרת וחכ"א אין כרת עד שיפגל בכל המתיר אמר ר' שמעון בן לקיש ל"ת טעמא דר"מ משום דמפגלין בחצי מתיר וכו' אלא כל העושה על דעת הראשונה הוא עושה ממאי מדקתני נתן כולן כתיקונן ואחת שלא כתיקונן פסול ואין בו כרת הא כולן שלא כתיקונן ואחת כתיקונן פיגול וחייבין עליו כרת מני אילימא רבנן הא אמרו אין מפגלין בחצי מתיר אלא ר"מ וכו' אפילו כדקתני נמי אלא לאו משום דכל העושה על דעת הראשונה הוא עושה וכו' עיי"ש והקשו בתוס' דמשמע דעכ"פ פסול הוי והא בפ' תמיד נשחט גבי שחט סימן ראשון למולים וכו' משמע דלרבנן כשר לגמרי. ונ"ל ליישב כ"ז וליישב ג"כ קושית הש"ס לקמן על רשב"ל מברייתא דבד"א בקמיצא וכו' אבל בא לו להקטרה נתן את הקומץ בשתיקה והלבונה במחשבה רמ"א פיגול וחייבין עליו כרת הרי דר"מ אף באחרונה במחשבה מחייב משום מפגלין בחצי מתיר ושביק לה הש"ס בקשיא וידוע דכל קשיא שבש"ס יכולין לתרץ:

ונ"ל לתרץ דהנה לעיל מיניה פריך הש"ס על הא דקאמר רבי מאיר על פר ושעיר של יוה"כ דפיגולם בין בראשונה בין בשניה וכן חייבין עליו כרת מכדי כרת לא מיחייב עד שיקרבו כל מתיריו וכו' והא כיון דחשיב בפנים פסליה אידך מיא בעלמא קמדי. והקשו רש"י ותוס' דהא כל פיגול בשחיטה וקבלה ג"כ הכי קשיא כיון דחשיב פסליה והזריקה כבר נעשית בפסול עיי"ש שדחקו מאד ליישב דהוי גזרת הכתוב:

ונ"ל ליישב בטוב טעם ודעת דהנה לכאורה קושית הש"ס אינה מובנת כלל לפי שיטת התוס' מעילה (דף ג') (עיין בטה"ק זבחים כ"ט ע"ב ד"ה רש"י) דאין שום פסול ואיסור פיגול עד אחר הזריקה א"כ עדיין הזריקה כשרה ול הוי מיא בעלמא. עיין גם בטה"ק כאן:

ונ"ל דהנה בזבחים (דף ק"מ) איתא בעי ר' יצחק נפחא קומץ מהו שיתיר כנגדו בשמרים מישרא שרי או מיקלש קלוש אליבא דמאן אי אליבא דר"מ דאמר מפגלי בח"מ מישרא שרי עיי"ש היטב ברש"י ותוס'. דרש"י ס"ל דבהקרבת חצי מתיר יכול לאכול תיכף חצי שירים אליבא דר"מ. והתוס' חלקו דהא אינו מבורר איזה מותר ואיזה אסור רק החילוק דאי מישרי שרי אידך פלגא באיסורא קיימא ולקי עליה. ואי מיקלש קליש ליכא מלקות בכולל רק איסורא וא"כ לכאורה קשה מאי פריך כאן הש"ס מכדי כרת לא מיחייב עד שיקרבו כל מתיריו הא כיון דר"מ דס"ל מפגלין בחצי מתיר ס"ל דאותו חצי מתיר מישרא

שרי השירים תיכף באכילה או להקטיר האימורין א"כ הרי נקבע שפיר הפיגול על אותו החלק השירים דהא על זה הוי הרצאת כשר דכבר הותר באכילה וא"כ חייב שפיר כרת ומאי קמקשו מכדי כרת לא מחייב וזה הוא דבר הראוי להתעורר עליו:

אך צ"ל דהא ע"כ הא דקאמרי התוס' דאי מישרי שרי לקי אף שמעורב בו איסור והיתר לא מיירי אלא או באוכל שני זיתים יחד דודאי איכא כזית איסור או משום דבקדשים היתר מצטרף לאיסור. וא"כ כל זה בקומץ ולבונה דליכא רק שני מתירים וכשקרב אחד חצי אסור וחצי מותר אבל הקרבנות יוה"כ דאיכא שלש כפרות בין הבדים ופרוכת ומזבח הפנימי וכשזרק ופיגל בראשונה מישרא שרי רק כפי חלקו שליש אחד. וא"כ אף אם נאמר דחלק זה כבר קרבו כל מתיריו ונקבע בפיגול מ"מ פריך שפיר כרת אמאי מיחייב הא בטל הפיגול ברובו וא"כ נהי דאם קרבו אח"כ כל מתיריו היינו עבודות האחרונות אף בשתיקה הוא נקבל כולו בפיגול דהא אף אם פיגל בזית אחד נעשה כולו פיגול וכדאיתא במנחות (דף י"ג וי"ד) דבחד גופא לכ"ע נתפגל כולו מ"מ כאשר חשב בראשונה נקבע לכל הפחות חלק שליש בפיגול ונפסל גם חלק הדם וא"כ אידך מיא בעלמא קמדי דהא נתערב דם פסול בדם כשר וקיי"ל (בדף ע"ח) דישפך לאמה אף ברוב כשר ואף דכשר בדיעבד כתב בטה"ק שם דקאי רק לחנן המצרי דאין דיחוי בשחוטין אבל לדידן פסול אף בדיעבד א"כ לא קרבו כל מתיריו נשאר בפיגול רק חלק המועט שכנגד מתנות דלפנים וא"כ אמאי מחויב כרת הא בטל ברובו דהא על השאר א"א לחול הפיגול דהא לא קרבו מתיריו שהרי נפסל כבר הדם. ולפ"ז לא קשה כבר קושית רש"י ותוס' מכל פיגול בשחיטה וכו' דשם לא נקבע שום איסור פיגול כלל עד אחר הזריקה אבל בזרק מקצתו אליבא דר"מ מישרא שרי נגד חלקו להתירו לגמרי באכילה ובהקטרה ונקבע שפיר אותו חלק בפיגול ונפסל ממילא כל הדם מחמת התערובות פסול בכשר ודו"ק היטב בכ"ז:

ובזה מיושב ג"כ קושית התוס' דאמאי לא פריך הש"ס כן על קומץ ולבונה דס"ל לר"מ פיגל בקומץ חייב כרת. כיון דנפסל הקומץ לבונה עפרא בעלמא מקטיר ואמאי מחייב ר"מ כרת. אבל לפי הנ"ל לא קשה מידי דהא הקומץ והלבונה אינם מעורבים זה בזה ובפיגול נקבע רק הקומץ מחמת דאותו החלק כבר קרבו מתיריו ומישרי שרי אבל הלבונה עדיין לא נקבע בפיגול (וגם לא נפסל דהא אינה מעורבת עם הקומץ) רק אחר הקטרתה כמו בזריקה שאחר שחיטה וק"ל:

אך לפ"ז קשה לכאורה מש"ס מנחות (דף ק"א) דאמר רבי אושעיא פיגל במנחה לר"ש אינו מטמא טומאת אוכלין וכו'. מיתיבי ר"ש אומר יש נותר וכו'. פיגל במנחה מטמאה

טומאת אוכלין. לא קשיא כאן שהיתה לו שעת הכושר וכו' ה"ד דלא היתה לו שעת הכושר עיי"ש בש"ס שדחק לתרץ. והא לפי מה שכתבתי שפיר יכול לאשכוחי במנחה חילוק בין היתה לו שעת הכושר או לא לפימ"ש התוס' שם ד"ה פיגל דלס"ד דרבי אושעיא בעינן שעת הכושר רק אחר שהוקדשה. א"כ י"ל דגם אליבא דאמת כן הוא. ואמנם רבי אושעיא איירי בפיגל בקומץ דלא היתה לו שעת הכושר אבל ר"ש י"ל דאיירי בפיגל בלבונה וס"ל כר"מ דמפגלין בחצי מתיר דלדידיה מישרי שרי חציו כנ"ל. א"כ כשקרב קומץ בשתיקה הותר חצי שירים באכילה ואח"כ כשפיגל בלבונה נתפגל כולו וכאן קרבו כל מתיריו בהכשר דהא פיגל באחרונה א"כ חצי השירים שהותרו כבר היתה להם שעת הכושר ונפסלו אח"כ ושפיר מטמאי טומאת אוכלין ונטמאו כולם דהא יש בכביצה גם בחצים:

אך באמת זה אינו דהא קאמר הש"ס לעיל (דף כ"ט) אליבא דר"א דאי אפשר לומר באוכל ביום השלישי הכתוב מדבר דלאחר שהוכשר איך יחזור ויפסול ואף ר"ע שחולק לעיל עליו מכל מקום י"ל דקיבל מיניה אחר שהביא לו הקרא דמקריב בהקרבה נפסל ואינו נפסל בשלישי דמבואר מכל זה דאם אינו נפסל בשעת הקרבה והוכשר כבר אינו יכול אח"כ לחזור ולפסול וא"כ באמת בפיגל בלבונה ולא בקומץ חצי השירים שהותרו כבר לא יחזרו ויפסלו ונפסל רק חצי השיריים האחר ואותו לא הי' לו שעת הכושר מעולם:

ובזה יש לישב סוגית הש"ס בכריתות (י"ד) על מתניתין יש אוכל אכילה אחת וכו' פריך נימא סבר רבי מאיר איסור חל על איסור וכו' איסור כולל ואיסור מוסיף אית ליה וכו'. ונוקמא כגון דאכיל כזית פיגול וכו' פיגול ונותר בחדא בהמה לא משכחת לה עיי"ש ברש"י דבקרבן פסול לא שייך פסול נותר ולכאורה תמוה דמאי מקדים הש"ס קודם הא דר"מ הא הקושיא קאי על התנא קמא והי' יכול להקשות הקושיא הזאת מעיקרא על הת"ק ניתני ה' חטאות כגון שאכל פיגול, אך לפי הנ"ל מיושב היטב דלכאורה קשה מאי קאמר פיגול ונותר בחדא בהמה לא משכחת לה הא שפיר משכחת כגון שפיגל במתנה שניה דחצי כבר הותר בראשונה ואחר שהוכשר לא יחזור ויפסול כנ"ל. ואח"כ הותירו עד אחר זמנו דמעורב בקרבן זה פיגול ונותר דחצי הראשון איננו פיגול וחל עליו שפיר פסול נותר וחצי השני הוי פיגול ואם אכל שני זיתים חייב משום פיגול ומשום נותר. אך באמת זה אינו דהנה התוס' ישנים הקשו שם קושיא תמוה דמאי פריך וניתני פיגול הא חד מהחטאות הוא טמא ומבואר להדיא במנחות (כ"ה ע"ב) דעל פיגול וכל פסול שלא הי' לו שעת הכושר שאינו ניתר לטהורים אינו חייב עליו משום טומאה. אך לפי הנ"ל יש לישב דאדרבא הש"ס דפריך וניתני פיגול היינו בכה"ג שהיתה לו שעת הכושר כגון

שפיגל בשניה ולמאן דס"ל דגם לאחר שהוכשר יחזור ויפסול. כפשטות דברי ר"י בזבחים (דף כ"ט) הנ"ל או כסברת ר' יוחנן במעילה (דף ו' ע"ב) אליבא דר"ע דזריקה מועלת ליוצא דקאמר ר"י דהיינו דוקא ביצא מקצתן מיגו דמהניא זריקה למקצת שבפנים מהני נמי להאי מקצת שיצא. וא"כ ה"נ כשפיגל בשניה. דפיגל אבר אחת צריך להתפגל כולו כמש"ל. רק דבכל מקום אמרינן אחר שהוכשר לא יחזור ויפסול משא"כ כאן מיגו דחל על אותו חצי שלא הוכשר עדיין חל כולו בא כולו גם אותו שכבר הוכשר וזה הי' לו שעת הכושר אחר מתנה ראשונה קודם שנתפגל כולו דאז מישרא שרי כנ"ל. ושפיר חייב עליו משום טומאה כמו לן ויוצא. וא"כ שפיר משני הש"ס פיגול ונותר בחדא בהמה לא משכחת לה דאם נאמר דס"ל דאותו שכבר הוכשר אינו חוזר ונפסל וע"ז חל נותר ופיגול לא יחייב רק על החצי השני ז"א דאותו החצי לא הי' לו שעת הכושר כלל ואינו חייב עליו משום טומאה. וע"כ מוכרח הש"ס להקשות זאת רק אליבא דר"מ דס"ל מפגלין בחצי מתיר אבל על ת"ק לא קשה כלל כיון דלית ליה מפגלין בחצי מתיר לא אמרינן מישרא שרי ולא משכחת פיגול דהי' לו שעת הכושר וא"כ לא משכחת ה' חטאות דהא לא יתחייב משום טומאה כקושית התוס' ישנים הנ"ל. ודו"ק בכל זה:

אמנם לפמ"ש קשה בש"ס זבחים (דף מ"ב) הנ"ל דקאמר התם ר"מ פיגל בין בראשונה בין בשניה בין בשלישית חייב כרת האוכלו. הא כיון דס"ל מישרא שרי וכבר הותר רובו בזריקת הראשונים וא"כ אף שפיגל בשלישית אבל אותן שכבר הוכשרו אינם יכולים לחזור ולפסול ונפסל רק מעוטו האחרון ואיך מיחייב כרת באכילתו הא מיבטל ברובו. בשלמא למאי דמשני דמשכחת בשלשה פרים שפיר דחייב כרת על הפר האחרון אבל לרבא דמשני אפילו תימא בפר אחד לפגולו מרצה קשה הלא לא נתפגל רק חלק האחרון ומעורב פסול ברוב כשר ומאי החיוב כרת. אך צ"ל דהואיל ובפרים הנשרפים אינו חייב בפיגול על הבשר רק האימורים כמ"ש הרמב"ם ובזבחים (דף ק"ט ע"ב) קאמר הש"ס כמאן מהדרינן פוקעין למזבח דלא כרבי יוסי עיי"ש. דלר"י הקטרה שלמה בעינן כל האימורים עיי"ש בטה"ק דע"כ יחלוק ר"י על רבי יהושע דנשתייר כזית חלב זורק את הדם וא"כ א"א לומר דבזריקת חצי מתיר הותרו חצי האימורין בהקטרה דהא א"א להקטיר חצי אימורין ומיתלי תלי עדיין היתר בזריקת מתנות האחרונות ולא הוכשרו עדיין עד שזרק את האחרונות וכשפיגל בזריקתן נפסל ממילא כולו וחייב שפיר כרת דרק הדם או הבשר אפשר לומר דהותר מקצתו דהא לא בעינן כל הדם וכן שירים שחסרו אחר הקטרה לא נפסלו אבל האימורים שחסרו אינם ראוים להקטרה וא"כ לא הותר מקצתן בזריקת חצי מתיר. אך לפי זה תיקו קושיא עצומה דמאי פריך ר"ל לעיל מדקתני

נתן אחרונה שלא כתיקונן פסול ואין בו כרת משמע הא ראשונה שלא כתיקונן חייב כרת אליבא דמאן אי אליבא דר"מ הא אית ליה מפגלין בחצי מתיר א"כ אף אחרונה נמי ורבא דחיק ליישב זאת ואמאי לא משני דהאי תנא ס"ל כר"מ בחדא דמפגלין בחצי מתיר וכרבי יהושע בחדא דגם בנשתייר כזית חלב יכול להקטירו וא"כ נתן ראשונה שלא כתיקונן חייב כרת דהא כיון דקרבו אח"כ כל מתיריו אליבא דרבא דלפיגולו מרצה שפיר נתפגל כולו במחשבת חצי מתיר וחייב שפיר כרת אבל אם האחרונה שלא כתיקונן דכבר הותר רובו בזריקת מתנות הראשונות ונתפגל רק מעוטו האחרון דהא רוב האימורין כבר הותר להקטרה בזריקת מתנות הראשונות אליבא דרבי יהושע ואליבא דידן דמהדרין פוקעין וא"כ מש"ה פסול ואין כרת באכילתן דהא איבטל ברובא. ואף לשינויא דהש"ס דמשכחת אף בג' פרים ולא ס"ל לפיגולו מרצה ג"כ קשה דלכאורה צריך להבין מאי קא פריך הש"ס מכדי כרת לא מיחייב. ועפי"מ שפירשתי לעיל דהקושיא הוא כיון דמישרא שרי ונתפגל חלק הראשון במתנות הראשונות שוב לא קרבו כל מתיריו מחמת דהדם נפסל בתערובות ונשאר בפיגול רק מיעוט הראשון ואינו חייב כרת דבטל ברובו דז"א לכאורה עפ"י חילוק האחרונים אליבא דהמרדכי דהיכא דהאיסור בא לעולם קודם וההיתר בא ע"י תערובות לא בטל מדאורייתא כמו יבמה שרקקה דם דכשר הואיל ויש צחצוח רוק וא"כ בפיגל בראשונה דמיעוט הראשון נתפגל קודם שהי' לו היתר כלל דהא הי' אסור מחמת בשר שלא נזרק דמו וא"כ אף כשזורק אח"כ בטל ברובו דהא הוי תחילת ביאתו ע"י תערובות אך י"ל דהש"ס סבירא ליה כאן דאיסורין מבטלין זה את זה וא"כ נהי דהי' אסור מחמת שלא נזרק דמו אבל לא מחמת פיגול ופיגול בא אח"כ ע"י תערובות ובטל שפיר ברובו אף דהוי איסור מחמת חסרון זריקת דמו. אבל מ"מ קשה מאי פריך ר"ל הא י"ל דתנא דמתניתין סבר דאיסורין אין מבטלין זו את זו וא"ב מש"ה בנתן האחרונה שלא כתיקונן אינו חייב כרת דהא כיון דכבר הותר רובו בראשונה ואח"כ בא איסור פיגול ע"י תערובות בטל ליה ברובו. אבל נתן ראשונה שלא כתיקונן דאיסור פיגול בא בראשונה וא"כ אף דהאחרונות כבר הי' בהיתר מ"מ הוי תחילת ביאת ההיתר ע"י תערובות ולא בטל החלק שנקבע בפיגול ומ"ה חייב כרת וגם בלאו הכי כיון דמיא בעלמא קמדי אף דלא הוי פיגול עכ"פ אסורים מחמת שלא נזרק דמם בכשרות ואיסורים אין מבטלין זה את זה:

אך לישב כל זה נקדים ש"ס דמנחות (דף ט"ז ע"ב) איבעיא להו פיגל בהולכה מהו אמר ר' יוחנן הולכה כקמיצה ור"ל אמר הולכה כהקטרה בשלמא לר"ל איכא נמי הולכה דלבונה אלא לר"י מאי טעמא אמר רבא קסבר ר' יוחנן כל עבודה שאינה מתרת עבודה

חשובה היא לפגל עליה בפני עצמה וברש"י שם ד"ה חשובה כתב וז"ל דליכא למימר עד שפיגל בכל המתיר דהא לאו מתיר הוא ואין כח לאחרת לעכב עכ"ל. ובאמת גוף הסברה צריך תבלין וגם במאי פליגו ר"י ור"ל. ונלע"ד לומר דהנה בסוגיא דזבחים הנ"ל (דק"י) דקאמר הש"ס אי אליבא דר"מ מישרא שרי צריך ג"כ להבין מנא ליה דאם מפגלין בחצי מתיר מישרא שרי דהא חזינן דבעבודה שאינה מתרת יותר מפגלין בחצי עבודה אליבא דר"י וא"כ מנ"ל דגם בעבודה המתרת אי לאו דמישרא שרי לא הי' יכולין לפגל כמ"ש רש"י. אך יש ליישב זאת עפ"י מה דאיתא בש"ס זבחים (דף כ"ח ע"ב) דבנתן הדם שלא במקומו דהבעלים נתכפרו רק דהבשר אינו נאכל. ואפ"ה קאמר הש"ס דהזריקה הזאת לא מייתי לידי פיגול מקרא דאם האכל יאכל וכו'. דכל זריקה שאינה מתרת הבשר לאכילה לא מייתי לידי פיגול עיי"ש בתוס' דרק היכא דהחסרון בזריקה אמרינן כן ולפי"ז קאמר הש"ס שפיר לדר"מ דמפגלין בחצי מתיר בע"כ דאותו חצי העבודה מישרא שרי השירים באכילה דאל"כ נהי דנאמר דגם חצי עבודה יש עליה חשיבות עבודה לפגל בה אבל על כל פנים גם זריקה כשרה אם אינה מתרת הבשר לא מייתי לידי פיגול. וגם בלא"ה מצינן כה"ג במנחות (דף ה') דכל הבא להתיר ולא התיר פסול הוא אליבא דרב אלא דאיתותב רב התם אבל עכ"פ בחצי עבודה י"ל דכ"ע מודי דפסול. וא"כ מעתה י"ל דבהא פליגו ר"י ור"ל. דר"ל י"ל דלא סבירא ליה כלל הסברא דמישרא שרי דבאמת זה דבר חידוש מאד. ולא מצינן כה"ג בשום מקום. דאל"כ נאמר בשחיטת בהמה דבעינן שני סימנים ואליבא דר"מ מפגלין בסימן אחד כמ"ש בפסחים (דף ס"ג) הכי נימא דבעלמא בחולין שוחט סימן אחד מתיר חצי בשר מאיסור נבלה. אתמהה? וס"ל לר"ל דאף למאן דס"ל מפגלין בחצי עבודה היינו בחצי עבודה יש לה ג"כ חשיבות כיון דחזי לאצטרופי לכולה אבל לא שיתיר חצי בשר ומה"ט הוכרח באמת ר"ל לפרש לשיטתו במנחות גם בזבחים דטעמא דר"מ הוא משום דכל העושה על דעת הראשונה הוא עושה. דאין לומר משום מפגלין בחצי מתיר דכיון דאינה מתרת א"כ הוי זריקה דלא מכשיר הבשר ולא מייתי לידי פיגול ור"י ס"ל אליבא דר"מ דמישרי שרי אבל רבנן פליגו מה"ט גופא על ר"מ דלית להו מישרא שרי והויא זריקה דלא שריא בשר באכילה. וא"כ כ"ז בזריקה או בהקטרה דקומץ דבמקום זריקת הדם קאי אבל פיגל בהולכה או בקמיצה דהעבודה הזאת לא באה מתחלה להתיר בזה ס"ל גם לרבנן דחצי עבודה חשובה היא לפגל עליה דהא ליכא טעמא דלא שרי הבשר באכילה דהא היתר הבשר אינה תלויה בהולכה כלל רק בהקטרה שלאחריה ואז כשיקרבו כל מתיריו נתירו באכילה אבל לא בהולכה ושפיר גם חכמים מודים דמפגלת. וא"כ מעתה י"ל דלר"ל אליבא דר"מ הוי כמו לרבנן אליבא

דר"י דגם ר"ל מודה דבהא פליגו ר"מ ורבנן דר"מ ס"ל דחצי עבודה חשובה היא לפגל רק דאינה יכול לבוא לידי פיגול כיון דלא שריא הבשר באכילה כיון דס"ל דלא מישרי שרי ומוכרח לומר הטעם דע"ד הראשונה הוא. אבל בעבודה שאינה מתרת כמו הולכה יודה ר"ל דאליבא דר"מ דמפגלין בחצי עבודה בלא טעם דע"ד הראשונה הוא עושה כמו לר"י אליבא דרבנן רק דר"ל ס"ל דרבנן פליגו על ר"מ בתרתי חדא דלא אמרינן ע"ד הראשונה הוא עושה שנית חצי עבודה אינה חשובה לפגל כלל אף בהולכה דהוי עבודה שאינה מתרת:

ומיושב שפיר קושית הש"ס הנ"ל בזבחים דשביק בקושיא. דהנה שם במנחות פריך הש"ס גם על ר"ל מברייתא הנ"ל דבד"א בקמיצה ומתן כלי והילוך מאי לאו הילוך דמתן כלי א"ה וכו' בא לו להולכה וכו' כיון דצורך הקטרה היא קרי לה הקטרה אלא נתן את הקומץ בשתיקה הוליך מיבעיא ליה קשיא. אך באמת י"ל הקושיא דהא איתא בש"ס דזבחים (דף ט"ו) דגם הולכה זוטרתא פוסלת במחשבה ואדרבה לחדא גירסא יותר פוסלת מהולכה רבתא וא"כ בשעה שנתן הקומץ על האש להקטירה איכא אז ג"כ הולכה זוטרתא וא"כ להכי נקט נתן דאיכא תרתי הולכה והקטרה וא"כ לר"י דמודו חכמים בהולכה ופליגו רק בהקטרה בע"כ איירי כשחשב אחר שנתן את הלבונה על האש כל שלא משלה האור ברובו דלא אתעביד עדיין מצותו או אפילו קודם שהגיע על המערכה משיצאה מתחת ידו כמ"ש בש"ס זבחים הנ"ל דהזאת חטאת העוף דרק בכה"ג משכחת לה מחשבה דפוסלת. וה"נ אם מחשב בשעה שנותן על המערכה אז אליבא דר"י גם חכמים מודו דיכול לפגל דאיכא אז הולכה ג"כ. וא"כ לפי מ"ש דר"מ אליבא דר"ל ס"ל כמו לרבנן אליבא דר"י. דבהולכה ס"ל לר"מ גם אליבא דר"ל דמפגלין בחצי עבודה לא קשה קושית הש"ס מנתן את הקומץ בשתיקה והלבונה במחשבה דחייב כרת דהא איכא ג"כ הולכה וגבי הולכה ס"ל לר"מ אף אליבא דר"ל דמפגלין בחצי עבודה אפילו בדוכתא דליכא למימר על דעת הראשונה הוא עושה אבל במתניתין דפיגל בקומץ ולא בלבונה. בלבונה ולא בקומץ דלא הוזכרה כאן נתינה רק לשון פיגל בלבונה דאיירי רק בהקטרת לבונה ומשמע גם היכא דליכא הולכה כגון שכבר הונחה על המערכה. הוכרח ר"ל לומר דר"מ ס"ל דאין מפגלין היכא דליכא למימר ע"ד הראשונה הוא עושה כיון דהוה עבודה המתרת ההקטרה הזאת והוא ס"ל לסברא מוחלטת דלא אמרינן מישרא שרי א"כ הוי זריקה דלא שריא בשר באכילה ולא מייתי לידי פיגול. ומ"ה צריך לטעם דע"ד הראשונה. וממילא מיושבת ג"כ קושיא הנ"ל. דמאי קשיא ליה לר"ל ממתניתין דנתן את האחרונה שלא כתיקונה דאין בו כרת משמע דבנתן את הראשונה שלא כתיקונן חייב

כרת. דהא י"ל דס"ל דמהדרינן פוקעין והותר כבר רובו הראשון ולא יוכל לחזור ולפסול ובטל מיעוטו ברובו. אך לפי זה ניחא. דכיון דס"ל לר"ל לסברא מוחלטת דלא אמרינן מישרא שרי מסברא שבחוץ והא לא הוי מספקא כלל לר"י דמה"ט אמר במנחות דרבנן פליגו גם בהולכה. רק אם הי' מוכרח לומר דר"מ ס"ל בכל ענין דמפגלין בחצי עבודה הוא רק משום דחצי עבודה יש לה חשיבות לפגל ולא הוי סבירא ליה הא דשמואל בכ"ז דזריקה דלא שריא בשר באכילה לא מייתי לידי פיגול אבל עכ"פ מישרא שרי חצי פשיטא ליה דלא אמרינן א"כ לא שייך כלל לומר דעל חציו חל פיגול והחצי שהותר כבר לא דהא לדידיה לא הותר כלל ומיושב ג"כ קושית התוס' הנ"ל מפסחים דמשמע שם דלמ"ד אין מפגלין בחצי מתיר גם פסול אינו דהנה לפי מה שכתבנו מצינן מקור נפתח לטעם דפסול עכ"פ הוי אליבא דר"י דס"ל דרבנן פליגו רק בעבודה המתרת ומטעם דלא ס"ל מישרא שרי והוי זריקה דלא שריא בשר באכילה ומ"ה אין מפגלין בחצי מתיר. וא"כ הא מבואר ברמב"ם פט"ו מהלכות פס"ה ה"ו דזריקה דלא שריא באכילה עכ"פ פסול הוי אף אליבא דרבנן דלא פסול מחשבת הינוח עיי"ש בכסף משנה ובטה"ק (דף כ"ו) וא"כ מה"ט גם אליבא דרבנן דאין מפגלין בחצי מתיר עכ"פ פסול הוי. אבל לר"ל אליבא דחכמים דס"ל דגם בהולכה פליגי אף דאינה מתרת משום דס"ל חצי עבודה לא חשובה כלל א"כ אף לפסול אינה פוסלה. אבל לר"ל אליבא דר"מ שכבר כתבתי לעיל דלר"ל אליבא דר"מ הוי כמו לרבנן אליבא דר"י דרק בעבודה המתרת מוכרח לומר הטעם דע"ד הראשונה הוא עושה אבל בהולכה מודה דמפגלין בחצי מתיר אליבא דר"מ וא"כ גם בעבודה המתרת דאינה מפגלת בחצי מתיר דלא שריא הבשר באכילה עכ"פ פסול הוי. וא"כ שפיר קאמר ר"ל אליבא דר"מ נתן האחרונה שלא כתיקונה פסול ואין בו כרת. אבל בפסחים י"ל דאזיל אליבא דר"ל ג"כ אבל אליבא דרבנן דר"ל ס"ל דלדידהו אף פסול ליכא וכנ"ל:

ובזה נבוא ג"כ ליישב דברי רש"י בגיטין הנ"ל דהנה יש עוד סברא לומר דאף אליבא דרבנן דר"ל עכ"פ פסול הוי דנהי דס"ל דחצי עבודה לא חשובה לפגל מ"מ הא קיי"ל כהרצאת כשר כך הרצאת פסול ובהרצאת כשר אם תרצה לומר דכשר כולו כשגומר אח"כ כל המתיר בע"כ מצטרף גם חצי מתיר הראשון ומסייעה לריצוי וא"כ האיך אפשר לומר דאין מפגלין חצי מתיר וכשר אח"כ כשקרב כל מתיריו דהא אם נאמר דכשר גם החצי מתיר הוא המרצה וכהרצאת כשר כך הרצאת פסול אע"כ דכי מצטרף דוקא כששניהם כשרים אבל אם תרצה לומר דפסול כשר ופסול אין מצטרפי דזיל הכא ליכא שיעורא וזיל הכא ליכא שיעורא וא"כ בע"כ נהי דאין מפגלין עכ"פ בחצי המתיר כמאן

דליתא הוי ולא עביד עבודה דאם נאמר דאין מפגלין וכשר ג"כ כמאן דעביד עבודה הרי מיחשיב החצי מתיר שיסייע לרצות וכהרצאת כשר כך הוי הרצאת פסול ואיך נוכל לומר תרתי דסתרו שלא יפגל ושיהא כולו כשר וזהו סברא עמוקה לדעתי ולכך מוכרח לומר דפסול עכ"פ הוי דהא חסר חצי עבודה והוי כמאן דלא עביד רק חצי עבודה דלמ"ד אין מפגלין בחצי מתיר לכ"ע לא מישרא שרי ואינה מרצה כלל כמ"ש בזבחים (דף ק"ו) הנ"ל, ומיושב קושית התוס' מפסחים הנ"ל דשם דמפגל בשחיטה בסימן אחד דשחיטה לאו עבודה הוא וכמ"ש התוס' בזבחים דמה"ט כששוחט עומד בחוץ והשחיטה הוא רק להוציא מידי נבלה וגם לקדש הדם בסכין דהוי כלי שרת כדאיתא במנחות (דט"ז) הנ"ל דדם סכין מקדשא ליה וא"כ עכ"פ כששוחט סימן אחד בכשרות קידש הסכין אותה החצי דם נהי דנאמר דבסימן שני לא נתקדש הדם דהוי כמאן דלא עביד כיון דעביד לה במחשבת פיגול הוי עכ"פ כדם קדשים וחולין שנתערבו זב"ז דלכ"ע כשר אם הי' בו מראות דם כמ"ש (בזבחים ע"ח) עיי"ש:

והנה לכאורה צריך להבין לפי מ"ש לעיל דרבנן דפליגו על ר"מ אליבא דר"י הוא רק מטעם דס"ל דלא אמרינן מישרא שרי הא לכאורה בפר ושעיר של יוה"כ לכ"ע אמרינן מישרא שרי דהא קיי"ל אם נשפך הדם אחר מתנות שבפנים יביא פר אחר ויתחיל מבחוץ ולפעמים מביא ג' פרים. ובע"כ דכולם כשרים רק דהכפרה נגמרת בכולם דאם נאמר דהראשון פסול הוי צריך להתחיל מתחילה וז"ב מאד. וא"כ מ"ט פליגי רבנן. אך באמת ז"א דרק בנשפך הדם אמרינן דהוכשר הראשון במתנה אחת דבאמת בכל הקרבנות אין מעכבת רק מתנה אחת רק בקרבנות שנעשו בפנים גלי קרא דכולן מעכבות וגלי קרא דיכול לגמור גם הכפרה להביא אחרת וא"כ הכשרו של הראשון מיתלי תלי וקאי דאם לא נשפך הדם דעומד לעשות כל המתנות בפר הזה לבדו לא נגמר הכשירו והיתר אימורין ובשר שלו רק כשגומר כל המתנות ואם מפגל באחת מהם אף מהאחרונות אם נאמר דמפגלין בחצי מתיר הי' נפסל כולו והי' צריך להביא פר אחר להתחיל מתחלה דכהרצאת כשר כך הרצאת פסול. אבל כשנשפך הדם דלא נעשה פסול בעצם הקרבן רק שחסר הכפרה ולא יוכל להשלים המתנות שוב נגמר הכשר אותו הקרבן במתנה אחת ומביא פר אחר לגמור הכפרה וז"פ וברור מאד. ואמנם כל זה אם נאמר דמפגלין בח"מ דחצי עבודה חשובה עבודה רק דרבנן בעינן זריקה המתרת וכאן אי לאו דנתפגל לא היתה הזריקה מתרת כיון דלא מישרא שרי א"כ כיון דלדעת הרמב"ם פסול מיהא מחמת מחשבת פסול כמ"ש הטה"ק שוב הוי אמינא דנפסל כולו עכ"פ אבל לרבנן אליבא דר"ל דחצי עבודה לא חשיבא כלל לפגל נהי דהוי כמאן דלא עביד עבודה לא גרע שוב

מנשפך הדם דבפר ושעיר של יוה"כ אמרינן דנגמר הכשירו של ראשון וצריך רק קרבן אחר להתחיל ממקום שפסק. וא"כ נכונים דברי רש"י בגיטין הנ"ל. דבאמת שם בע"כ מוכרח לומר דפסול מיהא הוי במתנות הראשונות של השעיר קודם שמערב לקרנות. דאל"כ מפגל גם הפר ונאמן עליו כיון דבא משלו כמ"ש הראב"ן. רק רש"י רצה לפרש אליבא דכ"ע גם לר"ל אליבא דרבנן דפסול הוי רק דמיחסר חצי העבודה דהוי כמאן דלא עביד עבודה וא"כ שפיר קשיא ליה לרש"י נהי דבהיכל יכולין לראות בפשפש מ"מ על מתנות דלפני ולפנים אמאי נאמן מאי אמרת כקושית הקרני ראם דנאמן כיון דבידו לפגל במתנות דפרוכת ז"א דגם אם יפגל בפרוכת לא יפסול השעיר דהוי כמו נשפך הדם דיביא אחר ויתחיל ממקום שפסק ואין בידו כלל לפסול השעיר ולכך הוכרח רש"י לומר דחזיני' בלול. אבל הש"ס דאזיל אליבא דר"י דהא ר"י הוא דאמר ליה בשם רבי יוסי ורבי יוחנן אזיל לשיטתיה דס"ל אליבא דרבנן דחצי עבודה חשיבא לפגל ונהי דאינו חייב כרת דלא שריא באכילה אבל עכ"פ הקרבן פסול הוי מחמת מחשבת פיגול כשיטת הרמב"ם הנ"ל וכמו שהסביר הטה"ק הנ"ל ונפסל כל השעיר אף במתנה שניה שבהיכל ולכך לא פריך רק מהיכל דילמא דחזיניה בפשפש. וא"כ שוב נאמן גם על מתנות שלפני ולפנים כיון דבידו לפגל בהיכל כקושית קרני ראם הנ"ל. ודו"ק היטב בכל הדברים האמורים כי הנם יקרים וכבירים:

ח"ת פסחים ס"ט ע"א:

על הא דקאמר הש"ס דהזאה אינו דוחה שבת דשמא יעבירנו הקשו שם בתד"ה שמא וא"ת ואמאי חיישינן להכי והא נושא מי החטאת טמא ויחזור ויטמא את המים. והקשה הצל"ח שם הא נושא לצורך הזאה לא נטמא דאל"כ איך משכחת הזאה טהורה לעולם עיי"ש, ונלע"ד לישב דהנה הריטב"א הובא בשעה"מ ה' שופר הקשה לפי"מ דמשמע מהש"ס סוכה דל"ג בלולב ושופר שמא יעבירנו רק משום דיש ספק בקביעא דירחא א"כ בהזאה דליכא ספק אמאי גזרינן שמא וכו'. ונ"ל לתרץ עפי"ד התוס' כתובות (קי"ב) דצדיקים לא מטמאי. ואיכא בכל הזאה ספק שמא המת הי' צדיק. דמה"ט כתב הרמב"ן דצריך הזאה שלישי ושביעי. אלא דדברי הרמב"ן אינם עולים להלכה שכתב דהזאה שני' משום דילמא נטמא בהזי' ראשונה שהיתה שלא לצורך דדילמא הי' צדיק וזה א"א לומר דהא מי חטאת אינם מטמאים רק טומאת ערב וא"צ הזאה וטבילה והע"ש הי' צריך בלא"ה אחר הזאה. ולמה צריך הזאה שני'. ובע"כ דגזיה"כ דבעי שני הזאות אבל הא וודאי הלכתא היא לדעת התוס' וא"כ כל הזאה הוא רק משום ספק ודמי לספק דקביעא דירחא ולכך גזרינן שמא יעבירנו. והנה מה שהקשו התוס' דיחזור ויטמא את המים צריך

הבנה דמאי בכך דיחזור ויטמא מ"מ הא חיישינן דמחמת טירדא ישכח ויעבירנו ויעבור על איסור הוצאה. אך צ"ל דהקושיא היא דאם יטמא את המים הוי מקלקל בהוצאה ופטור וא"כ שפיר מיושב קושית הצל"ח הנ"ל שהקשה הא בע"כ נושא לצורך הזאה לא נטמא דאל"כ איך משכחת לה הזאה טהורה. ז"א דלעולם המים טמאים מספק דילמא המת לא הי' מטמא משום דהי' צדיק ולא הוי צורך הזאה אבל ההזאה כשירה ממ"נ דאם המת הוא מטמא א"כ הוי צורך הזאה ולא נטמאו המים ואם המת אינו מטמא א"כ א"צ הזאה ומאי איכפת לן אם ההזאה אינה כשירה וטבילה צריך בלא"ה דכל המזין צריכין טבילה גם לאחר הזאה עיין תוס' מגילה (כ' ע"א). ולכך הקשו התוס' ממ"נ למה גזרינן שמא יעבירנו. אם המת לא הי' צדיק ומטמא א"כ כיון דההזאה היא וודאית לא גזרינן שמא יעבירנו כקושית הריטב"א הנ"ל. מאי אמרת דאיכא ספק דילמא הי' צדיק וא"צ הזאה. דז"א דאז כיון דלא הוי צורך הזאה א"כ נטמאו המים. והוי מקלקל בהוצאה ופטור. ולא שייך לגזור שמא יעבירנו. וז"נ בעזה"י:

גיטין (דמ"ג ע"א) בעי הש"ס חציו עבד וחב"ח שקידש אשה מהו וכו' ורצה לפשוט מהא דתנן המית חציו עבד וחב"ח נותן חצי כופר ליורשיו וא"א קידושיו לאו קידושין יורשין מנ"ל, והקשו שם בתד"ה וא"א תמיהה גדולה מה שייך יורשין לקידושין אטו בנו מהפנוי' אינו יורשו. ונ"ל לישב דהנה קשיא לי על הא דקאמר הש"ס דהמית ח"ע וחב"ח נותן ח"ק לרבו דהנה המעיין ובקי בסוגיא דעבד בגיטין מן דף ל"ט עד מ"ב מתבאר שם דבעבד יש קנין ממון וקנין איסור. קנין ממון הוא נפקע אף ע"י הפקר וקנין איסור נפקע רק ע"י שטר שחרור או מיתת האדון דילפינן מאשה דיוצאת מאיסור א"א או ע"י גט או ע"י מיתת הבעל. ולשחרר אינו יכול רק רבו הראשון שהי' לו קנין ממון וקנין איסור וקנין איסור לבד אינו במכירה. רק עם הקנין ממון ביחד נמכר גם קנין האיסור דהא הדין דיכול למכור עבד כנעני וכשמכרו לשני השני משחררו דכיון שקנה קנין ממון קנה ג"כ הקנין איסור ומיקרי הוא האדון שלו ויכול לשחררו ומה"ט הי' ס"ד דהש"ס דהמפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה משום דאיסורא לבד אינו בירושה אבל אם לא הפקירו ומת יכולין היורשין לשחררו דבהדי הממון יורשים גם קנין האיסור ויכולים לשחררו. ומבואר שם (בדל"ט) בגר שמת והי' לו עבדים גדולים קנו עצמם בנ"ח דזוכין בעצמם מהפקר ופריך הש"ס מי כתב גט שחרור לאלו. ומשני דעבדו דגר כאשתו ויוצאין במיתת האדון משמע דאי לא"ה אף שזוכין בעצמם מהפקר מ"מ זה רק לענין קנין ממון יכול לזכות אבל לענין שחרור אין אדם יכול לשחרר א"ע דבעינן דומיא דאשה שהבעל כותב גט שחרור ונותן להאשה וה"נ אם הי' אחר זוכה בהעבדים הי' דינו כמו לוקח והי' יכול לכתוב

להם גט שחרור. אבל אם זכו בעצמם מתורת הפקר פריך הש"ס מי כתב גט שחרור לאלו דלעצמם אין יכולים לכתוב שחרור והוצרך לומר דיוצאין במיתת האדון. ועפ"י הקדמת כל אלה נבא להתבונן בח"ע וחב"ח דלמשנה האחרונה כבר הפקיעו חכמים והפקירו קנין ממון של האדון. ומה"ט קרי לי' הש"ס רק מעוכב גט שחרור. אבל מעשה ידיו הוא שלו תיכף. עיין בתוס' (מ"ב ע"א) ד"ה יום ומה"ט קשיא לי' להרש"ל שם בד"ה בא"ד וא"ת להתוס' שם דלמא ח"ע וחב"ח דאין להאדון קנין פירות אינו יוצא בשן ועין דל"ה עבדו המיוחד לו א"כ איך יכול לשחררו עיי"ש. וא"כ תקשו אמאי המית ח"ע וחב"ח נותן ח"ק לרבו למ"א. הא מיד ששחרר חציו נעשה חציו השני של צד עבדות הפקר מצד תקנת חכמים דהפקר ב"ד הפקר וא"כ יזכה הצד חירות בהצד עבדות מתורת הפקר דהא הוא מוחזק בעצמו כמו בעבדים גדולים של גר. ונמצא דהצד חירות יהי' האדון של הצד עבדות דמי שזוכה בקנין ממון זוכה ג"כ בקנין איסור כמו מוכר עבד לחבירו. אלא דגט שחרור אינו יכול לכתוב לעצמו כמו דקאמר הש"ס לעיל מי כתב גט שחרור לאלו. דשחרור הוא דומיא דגט דבעינן וכתב ונתן שיהי' נותן ומקבל ולעצמו אינו יכול להיות הוא הנותן והוא המקבל. אבל כבר ילפינן דבמיתת האדון הוא יוצא בלא שחרור. וא"כ הכא בהמית ח"ע וחב"ח נימא דחלק חבירו זכה בחלק העבדות והוא אדונו. וכשהמית הצד חירות יוצא הצד עבדות במיתת האדון לחירות. וא"כ אמאי נותן ח"ק לרבו אף אם נאמר דמעוכב גט שחרור יש לו קנס מ"מ הא אינו מעוכב גט שחרור עוד דהא יצא במיתת האדון שהוא החצי צד חירות:

אך צ"ל דבחיים אינו רוצה לזכות בעצמו מההפקר. דאם יזכה החלק חירות בחלק העבדות דהיינו שצד העבדות יהי' משועבד להצד חירות הן בקנין ממון הן בקנין איסור דקנין האיסור נגרר עם הקנין ממון כשקונה אותם שניהם יחד. א"כ שוב לא יהי' האדון הראשון יכול לשחררו כמו מוכר עבדו לחבירו. דהשני יכול לשחררו ולא הראשון. והוא עצמו אינו יכול לשחרר את צד העבדות שלו בגט כמ"ש דבעינן נתינה מידו ליד העבד וליכא. ונמצא שלא יהי' לו תקנה כל ימי חייו לישא בת חורין. ואין זה זכות לו שיזכה בצד העבדות שבו. דאם אינו זוכה בצד העבדות שבו נשאר ברשות האדון הראשון וכופין אותו הב"ד לשחררו להתירו בב"ח. ולכך הוא מעוכב גט שחרור ויש לו קנס לאדון הראשון מש"ה נותן חצי קנס לרבו:

וא"כ מעתה נבוא לישוב קושית התוס' הנ"ל. דהנה הר"ן הקשה דאמאי בחצי' שפחה וחב"ח פשיטא לי' שם להש"ס דהוי קידושין משום דלא שייר ובח"ע וחב"ח מיבעיא לי' להש"ס. ונ"ל לישב דהנה הש"ס שם (מ"ג ע"ב) מביא פלוגתא במקדש ח"ש וחב"ח

ונשתחררה אח"כ דר"נ ס"ל פקעי קידושי ראשון וכו' עיי"ש וידוע דברי הר"ן נדרים (דכ"ט) דקידושין צריך שיהי' קדושת הגוף לעולם אבל קידושין לזמן א"א. עיין באבני מילואים בסי' וידוע דח"ע וחב"ח למ"א כופין את רבו לשחררו. אבל ח"ש וחב"ח אין כופין רק היכא דעבדי בה אינשי איסורא. משום דלא מיפקדא אפ"ו. וא"כ לכך מיבעיא לי' להש"ס בח"ע וחב"ח אם תפסי בי' קידושין משום דהש"ס מספקא לי' בהא כיון דהב"ד כופין אותו וודאי לשחררו וכשישחררו יופקעו הקידושין לר"נ הנ"ל משום דאז הוי שיור בקנינו. וא"כ נמצא דלא הוי קידושין רק לזמן וקידושין לזמן ל"מ. אבל בח"ש וחב"ח דאין כופין לשחררה ואין הדבר וודאי שישחררה. לא הוי קידושין לזמן דדילמא לא ישחררה לעולם ויהי' הקידושין הראשונים קיימים לעולם.

והנה לפימש"ל דח"ע וחב"ח הי' יכול הצד חירות לזכות בהצד עבדות לגמרי אלא דאין זכות לו דאז לא יהי' לו תקנה כמש"ל. א"כ נחזי אנן אם אותו הח"ע וחב"ח נשא אשה והי' לו ממנה וולד נראה דלדעת רש"י על התורה והרא"מ שם הובא באריכות ברי"ט אלגזי בכורות (דמ"ח) דלמ"ד נכרי ועבד הבא על ב"י הוולד כשר. היינו דהוולד כמותו וצריך גירות ושחרור. א"כ ח"ע וחב"ח שהוליד וולד הוי הוולד ג"כ ח"ע וחב"ח. ואמנם כאן שפיר נימא דכשהוא קטן והוא ברשות אביו ובחצר של אביו נימא דהחצר יזכה לו להצד חירות של אביו שיזכה בצד חירות של הוולד או במה שמשתמש בו בקטנותו יזכה בו מתורת חזקה. וכאן שפיר זכות הוא לו דכשיזכה בו האב יוכל ליתן לו גט שחרור כשיוגדל דהא איכא נתינה מיד ליד מיד אביו ליד בנו, והנה רש"י שם בד"ה פקעי כתב הטעם דפקעי משום דע"י השחרור נשתנה גופו וכקטן שנולד דמי הרי דס"ל לרש"י דע"י השחרור גם החלק חירות כקטן שנולד דמי כיון דנשתנה גופו. והנה כבר כתבתי לעיל דהבעיא דח"ע וחב"ח אם תופסין קידושין תלי בהא אם נאמר פקעי או לאו. דאם נאמר פקעו הוי רק קידושין לזמן. וגם כתבתי דח"ע וחב"ח כשיש לו וולד הוי הוולד ג"כ ח"ע וחב"ח. אלא דצד חירות של האב זוכה בצד עבדות של הוולד. ויכול לשחררו ע"י גט שחרור. ואם לא שחררו מ"מ כשמת האב יוצא הוולד לחירות במיתת האדון דעבדו דגר כאשתו וא"כ שפיר רוצה הש"ס לפשוט מהא דהמית ח"ע וחב"ח נותן חצי כופר ליורשיו ואי אמרת קידושיו לאו קידושין יורשין מנ"ל. דהא בע"כ הטעם דאין קידושיו קידושין משום דכשישתחרר פקעי קידושיו והוי קידושין לזמן והטעם דפקעו הוא משום דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי כמ"ש רש"י דגם צד חירות כנולד דמי כיון דנשתנה גופו מח"ע וחב"ח לב"ח גמור. וידוע דמה"ט גר אונו יורש את אביו דכקטן שנולד דמי. וא"כ ה"נ כיון דהמית את אביו שהוא הח"ע וחב"ח. יוצא הוולד לחירות ונשתחרר והוי כקטן

שנולד וא"כ יורשין מנ"ל כיון דכקטן שנולד דמי. ודו"ק היטב בכ"ז כי הוא בעזה"י ענין עמוק וחריף:

נדרים ר"פ נערה המאורסה יליף הש"ס מקרא דארוס מיפר בקודמין וקשה לי לפימ"ש התוס' בכתובות (דע"ב ע"ב) ד"ה ע"מ דכנסה סתם ונמצאו עלי' נדרים הוי ספק קידושין. ועיי"ש בשטמ"ק דהביא דיעות הפוסקים דלאו דוקא בג' נדרים דחשיב שם הש"ס אלא בכל נדרים דינא הכי א"כ האיך משכח"ל הא דארוס מיפר בקודמין אי דלא ידע בשעת הקידושין מהנדרים א"כ הוי קידושי טעות ולא הוי קידושין מספק ואי דידע ואפ"ה קידשה א"כ הוי הקמה דהא גלי דעתי' דלא איכפת לי' בהנדרים ולא גרע מגירושין דס"ל להש"ס שם (דע"ב) דכהקמה דמיא משום גילוי דעתא כמה דגירשה ולא יוכל להפר אח"כ אף די"ל דוודאי מקפיד על הנדרים אלא כיון דגירשה תו לא איכפת לי' מכ"ש כאן שקידשה וידע שיש עלי' נדרים דגילה דעתו דאינו מקפיד על הנדרים דוודאי הוי כהקמה ותו לא מצי מיפר. ואין לומר דקידשה ע"ד כן שיפר לה אח"כ. ז"א דהא הארוס אינו מיפר לבדו רק בשותפותי' דאב וא"כ דילמא לא ירצה האב להפר אח"כ ואין לומר דבאמת ע"ד כן מקדשה שיפר לה אבי' ג"כ. ואם לא ירצה האב להפר אח"כ יהי' קידושי טעות ויתבטלו הקידושין משום דאנן סהדי דלא ניחא לי' בנדרים. ז"א דהא קאמר שם הש"ס (בדע"ד ע"ב) דשומרת יבם לשני יבמים אינו יכול להפר. כיון דאחוה מצי פסיל עלי' בגיטא. והוי אשה שיש רשות לאחרים עלי' אינו יכול להפר וא"כ ה"נ אם הקידושין יהי' תלוין בדעת האב שאם לא ירצה האב להפר יהי' הקידושין בטלין א"כ הוי אשה שיש רשות לאחרים עלי' דא"י להפר. וא"כ איך משכח"ל הא דארוס מיפר בקודמין. וזה קושיא מושכלת:

בב"ק (דמ"ח ע"ב) הי' אביו או בנו לתוכו משלם את הכופר אמאי הא תם הוא אמר רב במועד ליפול אל בנ"א בבורות א"ה בר קטלא הוא אר"י דחזא ירוקא ונפל עיי"ש ודברי הש"ס לכאורה תמוהים דהא האי קושיא בר קטלא קשיא בכל מועד שמשלם כופר איך משכח"ל כדמקשה הש"ס לעיל (דמ"א ע"א) וכי מאחר דמתם קטלינן לי' מועד איך משכח"ל מ"ט דחוזר הש"ס להקשות קושיא הזאת עוה"פ וגם אמאי לא תירץ התירוצים דמשני שם עיין ברש"י ד"ה בר קטלא שדחק מאד לישב זה. ונלע"ד לישב דהנה הפנ"י הקשה שם (בדמ"א) על הא דמתרץ הש"ס כגון דקטל וערק לאגמא או שהוזמו זוממין פריך הש"ס הניחא אי ליעודי תורא שפיר וכו' עיי"ש והקשה הפנ"י דאי ליעודי תורא למה צריך לומר דקטל וערק לאגמא או שהוזמו וכו' הא בלא"ה יכול לומר דאיירי דבאו כל השלש כתי עדים בב"א דלא נגמר דינו עד נגיחה האחרונה. ונ"ל לישב דלכאורה

קשה לפי"מ דבעי הש"ס (בד"מ ע"א) שור של שני שותפים איך משלמים כופר עיי"ש וקשיא לפי חד תירוצא בתוס' (דמ"א ע"ב) ד"ה נקי וכן היא שיטת הראב"ד ספ"י מה' נזקי ממון באמת דנהי דתם פטור מחצי כופר אבל דמי שווי' משלם דיש דמים לבן חורין. ולר"ע דס"ל דשותפים נינהו המזיק והניזק ועיין תוס' לעיל (ל"ג ע"ב) דמשעת נגיחה קם לי' ברשות המזיק ונעשה שותף א"כ מועד איך משכחת דלישלם כופר שלם הא משעת נגיחה ראשונה נעשה הניזק שותף והוי שור של שותפין דמיבעיא לי' להש"ס האיך משלם כופר והא כל מועד הוי שור של שותפין. ואין לומר דאיירי דהמזיק שילם להניזק חצי דמים מכיסו והקנה לו חלקו שבשור ז"א דהא השור לקטלא עומד ותם אינו משתלם אלא מגופו. א"כ לאו בשופטני עסקינן שישלם לו המזיק מכיסו והשור ילך לקטלא. מאחר שיכול לפטור א"ע ולומר הרי השור לפניך. אך צ"ל עפי"ד הש"ס כריתות (כ"ד) דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בו משום דהבעלים מתייאשין ממנו א"כ ה"נ הניזק מתייאש מחלקו כיון דיודע דעומד להריגה והשור מסתמא דמילתא עומד בחצר המזיק א"כ זוכה המזיק בחלקו של הניזק ונעשה כולו של המזיק. וא"כ מיושב שפיר קושית הפנ"י הנ"ל דא"א לומר דבאו כל הג' כתי עדים בב"א דא"כ דלא נגמר דינו אחר נגיחות הראשונות לא נתייאש הניזק מחלקו וא"כ הו"ל שור של שותפין לר"ע דס"ל דמשעת נגיחה עומד ברשות הניזק ולכך הוצרך לומר דקטל וערק לאגמא אחר גמ"ד דנתייאש הניזק מחלקו:

אך לפימ"ש הקצוה"ח בסי' ת"י דהא דשור הנסקל כל הקודם בו זכה היינו דוקא כשהוזמו עדיו אח"כ דאיגל"מ למפרע דלא הי' אסור בהנאה מהני ההפקר אבל אם לא הוזמו עדיו דאסור בהנאה לא נעשה הפקר דאין אדם מפקיר דשא"ב ואיסור הנאה הוי דשא"ב עיי"ש. א"כ כאן שוב הדק"ל דתיכף בשעת נגיחה זכה הניזק בחלקו לר"ע דעדיין אינו אסור בהנאה עד שעת גמ"ד וכשנגמר אח"כ דינו ונאסר בהנאה לא מהני היאוש וההפקר לדעת הקצוה"ח ונמצא דחלקו של הניזק נשאר ברשותו דאיה"נ נהי דהוי אינו ברשותו ואינו יכול להקנותו ולהפקירו אבל שלו הוי כמ"ש הקצוה"ח בסי' רע"ג וא"כ שוב הוי שור של שותפים והאיך משלם כופר:

אך צ"ל עפי"מ דאיתא בש"ס שם (נ"ג ע"ב) דשור ואדם שדחפו לבור. לענין כופר משלם השור כולו. כיון דאדם ובור לאו בר כופר נינהו משלם השור הכל. וגם איכא פלוגתא (בדל"ט וד"מ) אם רשות משנה דהיינו אם נמכר השור ונכנס לרשות אחר נגיחתו. הרשות משנה שאינו מועד אצל השני וצריך שיגח ברשותו מחדש ג' נגיחות ואם לאו הוא תם. וא"כ ניחא הכא שפיר דכאן דחיוב כופר בא בנגיחה שלישית. אצל הניזק הוא

עדיין נגיחה ראשונה או שני'. דהא לרשותו נכנס ונעשה שותף אחר נגיחה ראשונה. א"כ ברשותו לא נגח עדיין שלשה נגיחות ועדיין הוא תם אצלו כיון דרשות משנה וכיון דתם אינו בר כופר דנקי מחצי כופר כתיב ואצל המזיק הוא מועד דברשותו נגח חלקו שלש נגיחות וא"כ הוי כשור ואדם שדחפו לבור דמשלם השור כל הכופר כיון דאדם ובור לאו בני כופר נינהו. ה"נ כיון דחלק הניזק לאו בר כופר הוא וחלק של המזיק הוא בר כופר משלם המזיק כל הכופר לחודי':

וא"כ מעתה י"ל ג"כ דברי הש"ס הנ"ל. דהנה שם (בדמ"ח) כתב בשטמ"ק בשם הראב"ד דהא דמועד ליפול על בנ"א בבורות הוא תולדה דשן דלהנאתו עביד לאכול ירק והוי מועד מתחילתו. אלא דגזיה"כ הוא דלענין מיתה וכופר בעינן שלש נגיחות. אף בשן ורגל דהוי מועד מתחילתו עיי"ש. והנה הא דרשות משנה אינו מביא הש"ס שום לימוד ע"ז רק מסברא בעלמא. והטעם מובן דהא סתם שוורים בחזקת שימור קיימי ואינם נוגחים. רק אם נגח ג' פעמים הוחזק להיות נגחן. וזה תלוי בשמירת הבעלים דהא איכא מ"ד דס"ל דליעודי גברא בעינן. וא"כ לכך רשות משנה. דהשני יכול לומר אנכי הייתי שומרו יפה יותר ולא הי' נוגח. אך כ"ז בתולדה דקרן דסתם שוורים לאו נוגחים נינהו אבל תולדה דשן דהוא מועד מתחלתו. רק דגזיה"כ בעלמא היא לשיטת הראב"ד דבעינן ג' פעמים. א"כ וודאי לא שייך לומר רשות משנה. וכיון דהרג ג' פעמים חייב כופר. וא"כ לכך פריך הש"ס שפיר הא בר קטלא הוא ולא שייך תירוץ הש"ס (דדמ"א) דקטיל וערק לאגמא או שהוזמו וכו' דמ"מ קשיא קושיא הנ"ל הא שותפין נינהו המזיק והניזק כיון דל"ש התירוץ דרשות משנה. דבשלמא אי לא הוי בר קטלא הי' אפשר לומר דאיירי דאחר נגיחה הראשונה שילם המזיק להניזק עבור חלקו והקנה לו חלקו. אבל כיון דבר קטלא הוא וודאי לאו בשופטני עסקינן שישלם לו עבור חלקו שעומד לקטלא כמש"ל וא"כ הוי שור של שותפין. וזה היא איבעיא איך משלמין כופר ואיך קאמר המשנה סתמא דמשלם כופר. והוצרך לתרץ דאיירי דחזי ירוקה והרג שלא בכוונה מתחילה דלאו בר קטלא הוא כלל. ושייך שפיר לומר דאחר הריגה הראשונה שילם להיורשין חלקם עבור החצי דמים. והקנו לו חלקם בהשור והוי כולו של המזיק ומש"ה משלם כופר ככל שור המועד. כנ"ל נכון בעזה"י והוא דבר חריף:

אמת שתמוה לי מאד על דברי הראב"ד הנ"ל דתם שהמית ב"ח משלם חצי דמים דיש דמי לבנ"ח מש"ס מפורש ערכין (די"ד ע"ב) על המשנה דבשור המועד וכו' קאמר הש"ס שם דמתניתין אתיא אף אליבא דר"ע אלא דבסיפא גם המית עבד או ב"ח במועד משכחת לה בתם לא משכח"ל והא מתניתין קתני בהדיא דמי שווי' דהיינו דמים וא"כ גם בתם

יש חצי דמים אליבא דהראב"ד הנ"ל וצע"ג. יוכל להיות שכבר תמה מי מהאחרונים ע"ז אבל אינו ידוע לי מקומו קשיא לי ע"מ דקאמר הש"ס ב"מ (ס"ג) וערכין (ל"א). דלר"י צד אחד ברבית מותר מה"ת ומוכר בית בבתי ערי חומה לא הוי רבית דאורייתא. ועיין ברי"ט אלגזי בכורות פ"ח אות ס"ט בד"ה איך שיהי' דלרבי ירמי' אליבא דעולא ענין שעבודא דאורייתא היא שבשעת הלוואה נותן המעות ע"ד כן. שבאם לא ישלם לו יקנו לו מעותיו חלק בנכסיו. דד"ת מעות קונות בין בקרקע בין במטלטלין ועיי"ש שכתב דאמרינן דנעשה כאומר לו אם לא אפרע לך עד זמ"פ זכי בנכסי שיעור מעותיך בין בקרקע בין במטלטלי ולאביי דאמר למפרע גובה הוי כתנאי דמעכשיו ונעשה מכירה למפרע. וא"כ לדידי' איך משכחת כלל רבית דאורייתא הא כל הלוואה היא צד אחד ברבית דאם לא יפרע לו נעשה מכירה למפרע והוי ממש כמוכר בית עיר חומה. דאף אם פודה הבית אינו מנכה שכר הדירה משום דהוי צד אחד ברבית אף דבסוף איגלי מילתא דלא הוי מכירה כיון דפודהו מ"מ כיון דהי' אפשר לבוא לידי מכירה. זה הוא צד אחד ברבית דלא אסרה תורה. א"כ הא כל הלוואה כן הוא. ואיך משכח"ל רבית דאורייתא. וצ"ע:

הש"ך בחו"מ בסי' ל"ט סק"ב הקשה על הב"ח דכתב דהרא"ש ס"ל שעבודא דאורייתא. וכתב הש"ך דמהרא"ש מוכח להיפך מדכתב דב"ח אינו גובה מעבדי דיתמי משום דעבדי כמטלטלי. והרי רק במילי דרבנן עבדי כמטלטלי ש"מ דס"ל שעבודא ל"ד עיי"ש. ונלע"ד לישב דהנה התוס' ב"ב (דקע"ה ע"ב) ד"ה לא הקשו דשם מדברי הש"ס מוכח דמיתומים גובין טפי מלקוחות ובב"ק (די"א) לענין עבדים משמע דגובין מלקוחות ולא מיתומים עיי"ש ונלע"ד לישב דהנה קשיא לי לפימ"ש התוס' בגיטין (ד"מ ע"ב) ד"ה הקדש הטעם דהקדש קדיס"ו מפקיע מידי שעבוד משום דקיי"ל דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. נמצא דלע"ע יוכל ההקדש לחול. דלע"ע הוא עדיין שלו. וכיון דחל רגע אחת תו לא פקע דקדוה"ג לא פקעה בכדי עיי"ש. והנה שם (בדף קל"ג) איתא אמר נכסי לך ואחריך לפלוני אם הי' הראשון ראוי ליורשו אין לשני אחריו כלום כיון דאמר בלשון ירושה ולא בלשון מתנה וירושה אין לה הפסק עיי"ש ודעת הרבה ראשונים דלאו דוקא שהוריש בירושה אלא גם ירושה ממילא אין לה הפסק עיין בקצה"ח סי' רנ"ג וא"כ קשה מ"ט גובה ב"ח מהיורשים אף למ"ד שעבודא דאורייתא כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה א"כ בשעת מיתה חלה ירושת היורשים וזכו בהו היורשים וכיון דחל הירושה תו לא פקע דירושה אין לה הפסק. ודמיא לקדוה"ג דמפקיע מידי שעבוד מה"ט. אך צ"ל דהנה כבר הבאתי למעלה דברי האבני מילואים סי' י"ח שכתב דלדברי הר"ן דקידושי אשה כ"ע מודו דלא פקעה בכדי דבעינן קנין עולמית. א"כ היכא נמי דא"א שיחול לעולם

לא חל כלל עיי"ש. והמקנה בקידושין (ד"ז) כתב דהא דאמרינן פשטה קדושה בכולה הוא רק היכא דאף אם נאמר דלא פשטה בכולה עכ"פ אותו האבר קדוש אז אמרינן פשטה בכולה. אבל בקידושי אשה דהמקדש חצי אשה אינה מקודשת אז לא אמרינן דפשטא בכולה עיי"ש האיך פירש דברי הש"ס שם עפי"ז. ובר"ן שם בנדרים (דכ"ט) כתב דהקדש למזבח יכול לחול לזמן כיון דלפעמים פקע ע"י מום ופדיון. ועיי"ש דאזיל אליבא דמ"ד הקדיש שור לעולה ל' יום פקע בכדי. אבל לפי"מ דקיי"ל שם דרק בהקדיש לדמיו פקעה בכדי ולא לגופו דאז לא פקעה בכדי. י"ל דזה הטעם דהקדושה לא פקעה וחלה לעולם. דכיון דאף אם לא תחול לעולם עכ"פ עכשיו חל. אז אמרינן כיון דחל תו לא פקע. ומש"ה קדוה"ג מפקיע מידי שעבוד. אבל בירושה אדרבא כיון דירושה אין לה הפסק. דמיא לקידושי אשה. דאם נאמר דלא תחול לעולם לא חלה כלל כס' האבני מילואים הנ"ל. וא"כ כיון דמצד הדין חל שעבוד הבע"ח על הנכסים שיגבה מהם למ"ד שעבודא דאורייתא. מאי אמרת כיון דבשעת מיתה חל רגע אחת הירושה תו לא פקע ז"א אדרבא נימא להיפך כיון דמצד הדין מכאן ולהבא הוא של הבע"ח לא חלה הירושה כלל. דירושה צריך להיות עולמית כס' האבני מילואים. ומש"ה בע"ח גובה מהיורשים ולא מההקדש. דההקדש חל רגע אחת. וכיון דחל תו לא פקע. וא"כ מעתה מיושבת ג"כ קושית התוס' הנ"ל וקושית הש"ך הנ"ל על הב"ח דהנה כבר הבאתי למעלה בחי' לגיטין (מ"ג) הנ"ל. דעבדו דגר כאשתו שיוצא במיתת האדון ופריך שם הש"ס (דל"ט) א"ה דישראל נמי ומשני אמר קרא והתנחלתם אותם לבניכם ועיי"ש בש"ס (ע"ב) דמסיק דאמרינן דומיא דאשה איסורא ולא ממונא. היוצא משם דמש"ה יורשין הבנים דלענין קנין ממון אינו יוצא ע"י מיתה וכיון דיורשין הקנין ממון נגרר גם קנין האיסור אחריו. אבל המפקיר עבדו או עבדו דגר דליכא ממון רק איסור אז יוצא במיתת האדון כמו אשה עיי"ש. וא"כ הכא לענין ב"ח דהטעם דהב"ח גובה מהיורשים דירושת היורשים לא חלה כלל. א"כ ליכא קנין ממון ודמי לעבדו דגר דיוצא לחירות במיתת האדון וכיון דיוצא לחירות אינו יכול הבע"ח לגבות ממנו דשחרור מפקיע מידי שעבוד, וא"כ מיושב קושית התוס' והש"ך דאף דשעבודא דאורייתא ובע"ח גובה מהנכסים אבל מהעבדים אינו גובה משום דיוצאים לחירות. וכיון דהבע"ח מוכרח להסתלק מכאן ושעבודו נפקע. אז יוכל שוב ירושת היורשים לחול לעולם ולכן נשאר אצל היורשים ואין הבע"ח גובה מהם ולכך אין גובים מהעבדים אף דמלקוחות גובה ודוק היטב בכ"ז כי נכון בעזה"י:

למזכרת נשמת תלמידי הבחור החריף המופלג ירא ד' כמר אברהם אריק ע"ה בהרב הה"ג החו"ב החסיד מו"ה ליבוש אריק ע"ה מפה. שנקטף בעו"ה בעודנו באבו. והנני מזכיר בשמו מה שחידש בשעת לימוד השיעור שיהי' שפתותיו דובבות וכו':

ביבמות דפ"ח) בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אם ניסת לא תצא. סוף סוף תרי ותרי נינהו הבא עלי' באשם תלוי קאי. אמר ר"ש בניסת לאחד מעדי' וכו' באומרת ברי לי. ובתוס' שם הקשו לפי"מ דמסקינן בפ' ד' אחין דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומוקמינן לה אחזקה אמאי נקט אשם תלוי הא אפילו חטאת איכא. דאוקמה בחזקת א"א. וכן מאי משני הש"ס בניסת לאחד מעדי' היכי שבקינן לי' הא מיחייב מיתת ב"ד דאוקמה אחזקה, ותירץ במהרש"א שם דל"א דתרי ותרי אוקמינן אחזקה אלא למאן דמספקא לי'. אבל לגבי האומר ברי לי לא אוקמה אחזקה עיי"ש, ועיין בחי' הרשב"א ובפנ"י (כתובות כ"ז). וקשה דלכאורה למאי דאמרינן בכתובות (דע"ה) רישא מנה לי בידך וסיפא מנה לאבא בידך וכו' דלא מהני ברי דידי' לאחרים עיי"ש ברש"י ותוס' א"כ מה משני הש"ס דמש"ה ל"ת דהיא אומרת ברי לי. הרי ברי דידה לא מהני להבנים שיוולדו לה ויהיו ממזרים גמורים. א"כ תצא שלא להרבות ממזרים בישראל. אך צ"ל דהא בתרי ותרי איירי. א"כ אף דאנן לא מהימנינן לה להיות וודאי מותר. אבל עכ"פ ספק הוא דתרי ותרי. א"כ הבנים ממילא יהיו מותרים בלא הימנותא דידה. דספק ממזר מותר. והיא אינה באשם תלוי דאומרת ברי לי. וא"כ לפי"ז קשה לפי"מ שהקשו התוס' דנימא בחטאת קאי דמדאורייתא מוקמינן אחזקה והבנים שיוולדו לה המה ממזרים וודאין דאוקמינה אחזקת א"א. מה מתרץ המהרש"א דאומרת ברי לי מהני גם נגד החזקה. הא ברי דידה לא מהני נגד הבנים. ויהיו ממזרים וודאין כהא דכתובות הנ"ל ואמאי ל"ת שלא להרבות ממזרים בישראל. וכנ"ל:

ואפשר ליישב. דהנה הא דבני' יהיו ממזרים גמורים אף דהוי תרי ותרי ואינו רק ספק. הוא מכת דאוקמינן אחזקה חזקת א"א. ומהני חזקה דידה להוולדות כמ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה. דחזקת האם מהני להוולד. עיין פ"ק דכתובות. וידוע דברי ההפלאה שכתב שם דכי אמרינן דחזקה דידה מהני לגבי הוולד נמי הוא רק היכא דאנו באין לדון על שניהם בב"א. אבל אם כשבאין לדון על הוולד אין שום נ"מ אז לגבי האם לא מהני חזקתה להוולד ע"ש. וא"כ ניחא הכא. דלגבי דידה דליכא נ"מ כלל לאוקמה אחזקה. דהיא אומרת ברי לי דמהני נגד החזקה כמ"ש המהרש"א. א"כ שוב הוולדות

ממילא מותרים. דלגבי דידהו ל"ש לאוקמי אחזקת א"א דלא מהני להו חזקת האם כמ"ש ההפלאה. והוי רק ספיקא דתרי ותרי ומותרים דספק ממזר התורה התירה:

ובזה אתי שפיר דברי הש"ס שם דמקשי מהא דאם לא רצה דפנו וכו' אלא לאו דניסת לאחד מעדי' וקאמרה ברי לי וכו' אלמא מפקינן לה מיני'. ומשני איסור כהונה שאני. וצריך להבין הטעם להחמיר באיסורי כהונה דלא מהני אומרת ברי לי. ולפי הנ"ל נכון דהרי הא דמהני אומרת ברי לי. אף דברי דידה לא מהני נגד הוולדות. והול"ל תצא שלא להרבות ממזרים בישראל. הוא רק משום דכיון דבתרי ותרי איירי הבנים הוי ממילא רק ספק ממזרים דהתורה התירה. וא"כ באיסורי כהונה דגם ספק חלל אסור. והבנים בוודאי יהיו פגומין לכהונה, לא מהני אומרת ברי לי וכנ"ל. ודו"ק:

מפתחות לחלק חו"מ

סי' א'. ישוב לקושית השואל על הלח"מ בפ"י מה' שבועות הל' י"ב:

סי' ב'. בראובן שחתם וועקסיל לשמעון ללוות עליו מעות ועתה הוועקסיל הוא ביד אחר ותובע את ראובן באמרו שהוא נתן עתה מעות עליו וראובן משיב כי הוא נתן את הוועקסיל מכבר ללוות עליו ולוה עליו שמעון וגם פרע אז רק שכחו לקבל ממנו ועתה אינו רוצה לשלם כי חיוב חדש לא התחייב:

סי' ג'. בענין פרעון החובות שקודם המלחמה. פלפול ארוך בדברי הש"ס ב"ק (ד' צ"ז) ובתוס' שם:

סי' ד'. בקהלה אחת שהי' ריב בין אנשי העיר ובין ראשי הקהל ומחמת זה העביר אותם הממשלה ממשמרתם והעמידה אחרים תחתיהם ורוצים עתה לעשות בחירה לקבלת רב עפ"י רוב דיעות אנשי העיר ועמדו איזו מערערים לומר שהרב יהי' אסור לו להתקבל עי"ז מחמת שהוא נגד תקנות הקדמונים שאסור לקבל התמנות עפ"י שר העיר. דבר חידוד בדברי התוס' יומא (ד' י"ב):

סי' ה'. בענין דינא דמלכותא:

סי' ו'. עוד בענין פרעון החובות שקודם המלחמה על איזו מטבע צריכין לשלם:

סי' ז'. באחד שהלוה לחבירו מאה דאללער והלוה שלח המעות להבאנק ושלחו לו בחזרה עשרה דאללאר באמרם שהם מזויפים והלוה והמלוה שניהם א"י אם היו מזויפים מתחלתו או החלפו בהבאנק. עוד בענין אשה שנשבעת שבתה לא תעשה בצורכי הבית אם יש היתר לשבועתה. פלפול בדברי הש"ס שבועות (ד"כ) ומיישב בד"ז קושי' הג' רע"א דשם:

סי' ח': **בתובע** שרוצה להעלות בדמים חלק של האחים הנתבעים והם רוצים דוקא בגורל, פלפול בהיש חולקים שהביא המחבר בחו"מ סוס"י קע"ד שהוא שיטת הרמב"ן. וישוב נכון לדברי הרמב"ם התמוהים שפסק דאחין שחלקו לקוחות נינהו וס"ל ג"כ דק"פ לאו כקה"ג דמי. ומברר אם אמרינן בלאקאטארען שוץ דינא דמלכותא דינא:

סי' ט'. **באחד** שקנה עבור חבירו תבואה והניחם בביתו ואחר זמן מכר את התבואה שלו ביחד עם תבואת חבירו כי שכח שהתבואה אינו שלו ועתה עלה השער הרבה וחבירו תובע התבואה דווקא או כפי שער של עכשיו. פלפול בדברי החוו"ד בה' ריבית בסי' קפ"ג ס"ק כ"ב ובדברי הט"ז ס"ק כ' שם:

סי' י'. **בדין** שותפים אם חולקים הריוח לפי מעותיהם אם לא. והשאלה מובן מתוך התשובה. בכוונת דברי התוס' ב"ב (דכ"א) ומיישב בד"ז קו' השער המשפט על המחבר בסו"ס ע"ב:

סי' י"א. **ישוב** לקושית המוהר"י מהמבורג ז"ל בקידושין מ"ב. פלפול ארוך בדברי הירושלמי שהובא בר"ש פ"ב דערלה ה"ג דבעינן דוקא ידיעת בעלים לענין ביטול וידיעת אחרים לא מהני ומיישב בד"ז כמה קושיות:

סי' י"ב. **באחד** שקנה מקום על שמו ואמר שבאם יחזרו לו מעותיו יעלה בערכאות פ"ש אנשי המקומות. מסתפק אם קנה המקום לעצמו רק שאם יתנו לו מעותיו יחזור וימכור לבעלי המקומות או שהקנין הי' תיכף בשבילם ומה שכתב הקאנטראקט על שמו הוא רק בתורת משכון על מעותיו:

סי' י"ג. **בענין** מחילת התנאי והשאלה מובן מתוך התשובה:

סי' י"ד. **באחד** שנתן לחבירו וועקסלין בעד יין שמכר לו ואח"כ טוען שהיין לא הי' שלו ומכר דשא"ש ולא נתחייב בדמי המכירה. פלפול בדברי הש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"ט. ביאור בדין ערב לאחר מ"מ אם משתעבד בשטר:

סי' ט"ו. **פלפול** נחמד בסוגיא דפרה וטלית ב"ב (ד' מ"ד):

סי' ט"ז. **בא**' שהי' לו דו"ד עם חבירו בערכאות ונשבע שם ואח"כ בא הדבר לד"ת ונתחייב שבועה אם נפטר בהשבועה שנשבע בערכאות. פלפול בדברי המהרי"ק שהביא המחבר ביו"ד סוס"י א' ומיישב בד"ז כמה קושיות:

סי' י"ז. **באם** נאמר בקאמפראמיס שאם לא יתנו האורטייל עד זמן פלוני יאבד הקאמפ' כחו:

סי' י"ח. **בענין** קנין כסף במקום דכתבי שטרא והשאלה מובן מתוך התשובה. ישוב לקושית התומים על הש"ך סי' קי"ב ס"ק ב':

סי' י"ט. אם קנין כסף הוי בזמן הזה קנין מעליא. דבר נחמד בדברי הש"ס ע"ז (דס"ג) וישוב נכון לקושית הרשב"א והריטב"א שם:

סי' כ'. בשני שותפים שהי' להם בשכירות סקלאד בשותפות מאדון אחד וכלה זמן השכירות ועתה בא איש אחר לשכרו וגם בן אחד מהשותפים עם מי הדין. דבר חידוד בדברי הנתיבות סי' קפ"ב שכתב דכל שליחות מתרומה גמרינן:

סי' כ"א. באחד שהפקיד אצל חבירו ביצים וטען הנפקד שהחליפם בשלו שהיו מקולקלים:

סי' כ"ב. אם השוכר יכול להשכיר לאחר את הבית שהוא דר. ויתר הטענות מבוארים בפנים:

סי' כ"ג. ישוב נכון בדרך הפלפול לדברי רש"י התמוהין בבבא מציעא (דל"ב) ד"ה לומר לך. דבגמרא משמע דאי לא הוה כתיב בי' אלא טעינה הוה אמינא דטעינה ופריקה בחנם. ורש"י פי' דאי לא כתיב פריקה ה"א מה טעינה בשכר אף פריקה בשכר ועיין במהרש"א ובמהר"ם שיף שם ומיישב בדברי הר"ן צ"ו בד"ה לפרוך בחנם עיי"ש:

סי' כ"ד. באחד שהוציא הוצאות והביא לחולה מסוכן רופא ועד שבא הרופא הוטב לו מעט ואינם רוצים לשלם לזה שהוציא ההוצאות עבור הרופא. פלפול בדברי הרמ"א חו"מ סי' רס"ד ס"ד:

סי' כ"ה. באחד ששכר רחיים משותפים והוציא סכום מסויים לתקון הרחיים ומחמת קטטות השותפים לא הי' יכול לטחון בהרחיים והם מחזירים לו הכסף שהוציא אבל הוא תובע גם הצינזען, פלפול אם בהלואה שייך דין ביטול כיס של חבירו:

סי' כ"ו. ביורשים שחלקו ביניהם הבית שירשו רק המדריגות להעליי' נשאר בשותפות שילכו להעליי' דרך שם אבל מקום המדריגות הוא לאחד ועתה נשרף הבית וטוען בעל מקום המדריגות שאין רוצה להניח לבנותם כבראשונה כי לאחר השריפה אבדו חזקתם:

סי' כ"ז. בשמעון שטוען על גיסו ראובן שנתחייב להחזיק את אמו שהיא חמותו של ראובן וגם שאח"כ התפשר עמו שיתן לו עשרה ר"כ לשבוע. פלפול בענין פשרה שעשו הבע"ד אם צריכה קנין. עוד שאלה בענין גרמא בנזקין ומבאר היטב השיטות בזה:

סי' כ"ח. באחד שמצא טו"ת אם סגי לשום דמיהן ולהניחם וליקח הטו"ת לעצמו. מיישב דעת הלבוש דהיכא דצריך לכם לא מהני יאוש וש"ר:

סי' כ"ט. באחד שעיכב מעותיו של חבירו שבאו לידו ע"י ששלח לקנות אצלו יי"ש שהי' עומד להתייקר והוא עכבם באמרו שיש לו טענה על שותפו וחשב שכסף של שותפות הוא והביא אותו עי"ז לידי היזק ובערכאות יצא המשפט שמחויב לשלם לו

הקרן והצינזין ועתה אינו רוצה לתת הצינזין. פלפול בדברי היש"ש פ' הגוזל קמא מובא בש"ך חו"מ סי' רצ"ב ס"ק ט"ו דגזלן אינו מחויב לשלם רק כשעת הגזילה ולא מה שנהנה. ומיישב בטו"ט דברי הרמב"ם שחידש דהא דגזלן קונה השבח משום תקה"ש הוא רק אחר יאוש. פירוש נחמד בדברי הרמב"ן והריטב"א ריש מכות והוכיח שלא כדברי הב"א שרצה להוכיח מהם דאף דמבטל כיסו של חבירו פטור אבל מה שהי' יכול ליטול תיכף שכר בעבור שילוש מעותיו מחוייב לשלם:

סי' א'. בשוכר חנות שתיקן מה ששברו אנשי הצבא על חשבון דמי השכירות והמשכיר מתנגד לזה ותובע השכירות בשלימות. פלפול עצום לפרש סתירת דברי הרמ"א מסי' שי"ד לסי' שי"ב שמביא בשם תשו' הרא"ש דהא דנפל הבית אין על המשכיר לתקן זה רק בנפל ולא בנתקלקל:

השמטות

מחמת שהשגתי השאלה הזאת בגמר הדפסת הספר ע"ב נדפסה שלא במקומה בסוף הספר:

ב"ה עש"ק תצא תרצ"א פה מרחץ **קריניצא**.

כוח"ט וכט"ס לכבוד אהובי ידידי הה"צ החסיד הגדול בתורה ויראה חריף ובקי משנתו זך ונקי בנש"ק מגזע תרשימים כקש"ת מו"ה **שלום** שליט"א אבד"ק **אפטא** יצ"ו:

יקרתו במועדו לנכון הגיעני. ואולם הייתי טרוד אז בנשואי נכדתי ה' ת' ואח"כ הוכרחתי לנסוע לכאן ופה אנכי מחוסר ספרים וקשה עלי להשיב. ואמנם למען כבודו וכבוד בית אביו זצוקללה"ה הוכרחתי ליקח לי פנאי לעיין בדבריו. ע"ד שאלתו באחד שצריך לחלוץ ליבמתו והוא עצמו פנוי ורוצה לישא אשה וכבר הי' לו מוכן שידוך מקודם רק שלא עשה עדיין מעשה התקשרות וכבר עשה כתה"ר פשרה בין החלוץ והחלוצה לענין הירושה אך עתה כשנודע להאשה שהוא לא יוכל לישא עד שיחלוץ לה הסיתו אותה שתשמיט מעשה החליצה לצער אותו או להוציא ממון ממנו והוא בא בימים ורוצה לישא אשה, וגם שמע כת"ה שעתה עשה התקשרות גמור עם המשודכת שלו אחר שהשמיטה החליצה. והנה עיני כתה"ר שפיר חזו דברי החת"ס שהביא הפת"ש באה"ע סי' קנ"ט סט"ו דאם אחר התראת בי"ד משמטת החליצה היא בכלל מורדת ויכול ליקח אחרת. אך מה שהביא כתה"ר מדברי החת"ס סי' א' שהביא הפת"ש בסי' א' סקט"ו באם עבר ועשה שידוך מותר לישא משודכתו. הנה החת"ס אינו תח"י אבל בפת"ש שם מביא בשמו להתיר רק בהתראת ב"ד אם אינה רוצה לעמוד בד"ת עיי"ש ואדרבא מביא שם בפת"ש בסי' א' הנ"ל למעלה מזה בשם התשו' אבן שהם ותשו' ב"א דרק אם עשה

שידוך בהיתר כגון קודם שהגדיל או קודם שנבדק אם הביא שתי שערות אבל אם עשה שידוך באיסור ודאי ל"מ דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן אם לא אחר התראת בי"ד מטעם מורדת. וגם מ"ש כתה"ר לצרף דעת הסוברים דביבמה אין שייך חדר"ג אינו ענין לכאן דשם איירי אם כבר נשא אשה ונפלה לפניו אשת אחיו ליבום ס"ל דבמקום מצוות יבום לא תיקן ר"ג אבל כאן אדרבא שהיבמה נפלה לפניו מקודם אין שייך להתיר לישא אחרת משום מצוה דמה מצוה יש כאן. ואמנם בגוף הדבר תמוה לי דמה צריך הרמ"א בסי' קנ"ט ס"ה הנ"ל לומר הטעם דקודם חליצה אסור לישא אחרת משום חדר"ג ושיהי' שייך לומר דהיכא דהיא ממאנת לחלוץ הוי מורדת כמ"ש החת"ס והא בלא"ה איכא איסור לפי"ד הרא"מ הובא בב"ח סי' קס"ה דהיכא דהאחד מהאחים נשוי אשה אסור לו לחלוץ אם לא שיתירו לו חדר"ג דאל"כ הוי חליצה פסולה משום חדר"ג ודכירנא שכן פסק בתשו' בד"ח הלכה למעשה באם גדול האחים הוא נשוי יחלוץ הקטן משום דחליצת הגדול הוא ח"פ כיון דא"י ליבם משום חדר"ג ומבואר ברש"י יבמות (מ"א ע"ב) ד"ה אלא וד"ה והרי קטנה דכל היכא דאפשר להשהות החליצה עד שתהא ראוי' ליבום משהינן ועיין פת"ש סי' קנ"ט סק"ח בשם תשו' מנחת עני דגם בימי עיבור והנקה צריך להמתין עם החליצה מה"ט עיי"ש. וא"כ הכא איך מתירין לו לישא אשה קודם חליצה הא גורם לעשות לכתחילה חליצה פסולה דהא לא תהי' ראוי' אח"כ ליבום משום חדר"ג. והרי הדברים ק"ו אם משהינן לכתחילה החליצה לעשותה לאחר זמן כדי שתהי' חליצה כשירה אף דבכל דוכתי קיי"ל שהויי מצוה לא משהינן מכ"ש היכא דאפשר לעשות עתה חליצה כשירה איך מתירין לכתחילה לישא אשה ולגרום לעשות אח"כ ח"פ וזה דבר התמוה באמת ואין לי פה ספרים לעיין אם לא הרגישו מי בזה:

אמת שלולי דברי רש"י הנ"ל הי' אפשר לפרש הסוגיא באופן אחר משום דלפרש"י דרק לכתחילה קאמר כיון דאפשר להמתין לאחר ג"ח ולעשות חליצה כשירה א"כ מאי פריך הש"ס מהא דספיקות חולצות ולא מתייבמות והא אינו עולה ליבום וכו' ומאי קושיא הא שם אין לו תקנה לעשות חליצה כשירה. ומה שפרש"י ד"ה שקידש שהקושיא היא דלמה לא תמתין עד שיבואו עדים ויבררו איזה מהן קידש הוא דחוק מאד בתכלית הדוחק דמה דמיון לתוך ג' דהוי רק מחו"ז דיכול להמתין על לאחר ג' אבל כאן דלמא עידי הקידושין עצמם הן בכאן ואומרים דאין יודעין איזה מהם קידש ועדים אחרים לא היו בשעת קידושין וא"כ לא יתברר הדבר לעולם. וכי תמתין עד שיבוא אלי'. ובפרט לפי"מ דקיי"ל דקידושין שאמ"ל הוי קידושין משכח"ל דאמר לשני אחיות אחת מכם מקודשת לי דאז שניהם מקודשות מספק. וספק זה לא יתברר לעולם רק ע"י אלי' וא"כ

מאי תקנה יש להמתין. לכן הי' נראה לפרש באו"א ולישב קו' הב"מ בס' צלעות הבית בהתירת דברי הש"ס מכאן לב"ב דפ"א דכאן קאמר הש"ס דספיקות מיקרי ראוי ליבום משום דאם יבוא אלי' וכו' ושם קאמר הש"ס לענין קונה שני אילנות דאינו ראוי לקריאה מחמת ספק דילמא לא קנה קרקע אלמא דס"ל דא"ר מחמת ס' הוי א"ר ול"א דילמא אתי אלי' והובא דברי הש"ס הזאת לפסק הלכה בדברי התוס' זבחים (ע"ה ע"א) וגיטין (כ"ח ע"ב) ועוד כמה דוכתי דא"ר מחמת ספק הוי א"ר, ולענ"ד נ"ל לישב דהנה ביבמות (כ ע"א) יליף הש"ס מקרא דחייבי לאוין וחייבי עשה עולין לחליצה אעפ"י שאין עולין ליבום ולא ממעטינן רק חייבי כריתות וכדומה דאין להם זיקה כלל והנה הס"ד דהש"ס כאן (דמ"א) הוי ס"ל דכל שאינו עולה ליבום מחמת ספק הוי כוודאי אינו עומד ליבום ולאו בת חליצה היא כלל ולכך ס"ל דתוך ג' דהוי ספק דילמא היא מעוברת והוי ספק גמור דילמא היא אשת אח שיש לו בנים דאינה זקוקה כלל לכך אינה עולה לחליצה ג"כ, ואף דיעבד אינה בת חליצה ופריך שפיר מהא דהספיקות חולצות ולא מתייבמות דאיירי בספק איזה מהאחיות קידש דהוי ספק אחות אשה שהיא חייבי כריתות שאינה עולה לחליצה ג"כ, אם נאמר דספק כוודאי משווינן לה ואמאי חולצות. ומשני הכי השתא התם אם יבוא אלי' ויאמר דהא קידש בת יבום היא והיינו עפי"מ שהבאתי בתשובותי כ"פ מה שהראה לי תלמידי בס' יראים דהא דספיקא דאורייתא מן התורה לחומרא הוא מקרא דובחרת בחיים דהוי רק מ"ע וא"כ א"א לדמות ס' לוודאי דוודאי הוי ח"כ דילפינן מקרא דאינו עולה ליבום משא"כ ספק מדאורייתא י"ל דבת יבום היא דקמי שמיא גליא דאם יבוא אלי' ויאמר דהא קידש בת יבום היא וזקוקה לו מאי אמרת השתא מיהא אינו יכול ליבמה דעדיין לא בא אלי' ואסורה לו מחמת ספק ז"א דכל איסור מחמת ספק הוא רק איסור עשה וחייבי עשה ילפינן מקרא דלעיל דאף שאינה עולה ליבום עולה לחליצה ולא קשה קו' הבי"מ מב"ב (דפ"א) דשם אינו ראוי לקריאה מדאורייתא מחמת ספק דילמא לא קנה קרקע ומיחזי שיקרא אם יאמר האדמה אשר נתת לי מאי אמרת אם יבוא אלי' השתא מיהא לא אתא אלי' ואסור לו לקרות מספק נהי דספק אסור רק באיסור עשה מ"מ מחמת איסור עשה הוי ג"כ אינו ראוי שפיר קאמר הש"ס דמיקרי אינו ראוי אבל כאן בחליצה דבפירוש ריבתה תורה דחייבי עשה עולין ליבום לכך שפיר הספיקות עולין ליבום אמנם תוך ג' דאסרו חכמים מכח וודאי ולא מכח ספק ושווי' רבנן כאשת אח שיש לה בנים וס"ל דא"ר מדרבנן הוי א"ר מדאורייתא לכך שפיר בתוך ג' אינו עולה לחליצה כלל כיון שא"ר ליבום ואף דיעבד י"ל דל"ה חליצה דמדרבנן הוי כאשת אח שיש לה בנים מכח וודאי דאינה עולה לחליצה ג"כ וא"כ אין ראי' מזה לאיסור

חדר"ג דאיסור חדר"ג לא עדיף מחייבי לאוין ועשה דעולין מדאורייתא לחליצה דילפינן לה מקרא ושפיר הוי חליצה כשירה וא"צ לעשות תקנה שתהי' חליצה כשירה דאף שיטת רש"י והרמב"ם דגם מחמת ח"ל הוי ח"פ שצריכה לחזור על כל האחין ואינה פוטרת צרתה היינו משום דלא אלימא חליצה גרועה להפקיע זיקת שאר האחין או צרתה דאלימא זיקתן אבל לפטור נפשה י"ל דגם חליצה כה"ג פוטרת כיון דאין לנו ראי' לזה מש"ס הנ"ל דלפי"מ שפירשתי ד' הש"ס כאן הוי חליצה פסולה לגמרי אף דיעבד אך כ"ז רק בדרך שקליא וטריא אבל לדינא חלילה לנו לזוז זיז כ"ש מדברי רש"י הנ"ל שפירש דברי הש"ס כפשטן, דמחמת ספק לא הוי חליצה פסולה ובדיעבד הוי שפיר חליצה וכדיעה הראשונה שהוא ג"כ דעת המחבר בסי' קס"ד ס"א ואפ"ה לכתחילה כל היכא דאפשר שהחליצה תהי' בעת שראוי' ליבום עבדינן א"כ הדק"ל איך יכול לישא אשה קודם חליצה הא אח"כ תהי' אסורה ליבום משום חדר"ג:

אך אפשר לומר דבאמת הני תרי דיעות שבסי' קס"ד ס"א הנ"ל פליגי בהא דדעת הרמ"א בשם הגמ"ר דס"ל דאף בדיעבד הוי ח"פ מפרשים דברי הש"ס כמו שפירשתי דתוך ג' הוי ח"פ אף בדיעבד. ודעת המחבר הוא כדעת רש"י וטעם מחלקותם נראה דהנה לכאורה תקשי למ"ד דאף בדיעבד ל"ה חליצה תוך ג' א"כ מאי מהני לאחר ג' הא גם לאחר ג' תהי' אסורה דכל שאין אתה קורא בה בשעת נפילה יבמה יבוא עלי' הרי היא כאשת אח שיש לה בנים דאסורה לעולם, אך צ"ל דהא קאמר הש"ס (בדכ"ז ע"ב) דה"מ היכא דקאי באפה איסורא דאורייתא. אבל היכא דאסירה רק מדרבנן אינה אסורה לעולם. וה"נ אינה אסורה תוך ג' רק מדרבנן. אך באמת ז"א דהש"ס קאמר שם דרב ס"ל כן אבל ר' יוחנן ס"ל דאף מחמת איסור דרבנן אסורה לעולם וקיי"ל שם כר"י והדק"ל. אמנם בתוס' שם בד"ה אבל הביאו פר"ח הנ"ל שפירש דרב לטעמי' דס"ל אין זיקה לכך קאמר הש"ס דהוי רק איסור דרבנן אבל ר"י ס"ל יש זיקה כמ"ש התוס' שם ד"ה איתבי' וא"כ י"ל דתרוויי' ס"ל דמחמת איסור דרבנן אינה אסורה לעולם, רק ר"י ס"ל דיש זיקה והוי דאורייתא אבל בתוך ג' דלכ"ע הוי רק דרבנן אינה אסורה לאחר ג', וא"כ מעתה בהא פליגי, רש"י ס"ל כפשטות הש"ס שם (דכ"ז), דר"י ס"ל דגם באיסור דרבנן אסורה לעולם לכך הוכרח רש"י לפרש דל"ה חליצה פסולה כלל, ורק לכתחלה ממתינין עד לאחר ג' ולכך ל"ש לומר דכל דלא חזיא בשעת נפילה אסורה לעולם, חדא דכל שאסורה רק לכתחלה מחמת איסור דרבנן ובדיעבד כשר הוי ראוי כמ"ש התוס' בכתובות (ד"ל). ועוד דאם נאמר דתהי' אסורה לעולם עי"ז. א"כ גם לאלתר תשתרי דהא רש"י קאמר דרק לכתחלה כיון דאפשר להמתין ממתינן אבל אם נאמר דעי"ז אסורה לעולם גם לאלתר שרי. אבל דיעה

השני' שברמ"א הנ"ל דס"ל דגם בדיעבד פסולה דהאי חליצה פסולה גמורה מדרבנן, ס"ל כפר"ח הנ"ל דכל היכא דרק איסורא דרבנן קאי קמי' לא מתסרי לעולם וא"כ לדידהו י"ל דהא דתוך ג' אינה חולצת היינו משום דמדרבנן עשאוה כוודאי אשת אח שיש לה בנים דאינה עולה לחליצה כמש"ל אבל היכא דאסורה משום חדר"ג דלא הוי יותר מח"ל וח"ע דעולים מדאורייתא לחליצה אף אם נאמר דגם מחמת ח"ל וח"ע הוי ח"פ לענין שצריכה לחזור על כל האחין כשיטת רש"י והרמב"ם עי' תוס' (כ"ו ע"ב) ד"ה וחליצה. היינו אם יש עוד אחין או צרות, לא אלימא חליצה גרועה להפקיע זיקה אלימתא אבל למיפטר נפשה היכא דליכא אחין וצרות אליבא דכ"ע פטרה וא"צ להמתין שתהי' ראוי' ליבום כמש"ל וא"כ מיושבת קושיתי הנ"ל דה דיעה שהביא הרמ"א סי' קנ"ט דאסור לכתחלה לישא אשה קודם חליצה רק כשהוא משודך הוא הגמ"ר כמ"ש הרמ"א והגמ"ר לשיטתו אזיל שהוא דיעה השני' שברמ"א הנ"ל סי' קס"ד ס"א דחלצה תוך ג' אף בדיעבד פסול כמש"ל משום דהוי כאשת אח שיש לה בנים אבל משום איסור חדר"ג לבד שפיר חולצת כמש"ל. וא"כ לדינא כיון דאיכא שני דיעות בדין זה וגם יש מחלוקת הפוסקים אם חדר"ג נוהג במקום יבום כמבואר בסי' א'. ולמ"ד חדר"ג אינו נוהג ביבום כלל הרי היא ראוי' ליבום ג"כ. וגם דיש לישב גוף קושיתי הנ"ל עפ"י מחלוקת הרז"ה והרמב"ן לענין אשתפך חמימי דאמרינן דלע"ע עומד לפנינו מצות מילה מלין את התינוק. ואם אח"כ יהי' צריך לחלל שבת משום פק"נ לא איכפת לן, ה"נ לע"ע עומד לפנינו מצות פ"ו שצריך לישא אשה היכא דגוף הנשואין אין בהם איסור משום תקנת רגמ"ה כגון במורדת להחת"ס הנ"ל. ואמרינן לו דישא אשה. ואי דאח"כ לא יוכל ליבם משום תקנת רגמ"ה ויהי' החליצה חליצה גרועה משום דל"ח ליבום מ"מ אין משגיחין בזה דעכשיו רמיא עלי' מצות פ"ו מוכרח לקיים. ואח"כ יהי' דינה ככל חייבי לאווין מריבוי דקרא הנ"ל. וא"כ נלע"ד דלדינא אין לזוז מפשטות דברי הרמ"א הנ"ל בסי' קנ"ט דליכא איסור רק משום חדר"ג והיכא דהיא מורדת מתרינן בה ואח"כ מתירין לו לישא אשה אחרת כדברי החת"ס הנ"ל. ומחמת עסקי פה ברפואות לא אוכל להאריך יותר:

והנני בזה ידידו דוש"ת באה"ר ואה"ע מברכו בכוח"ט וכט"ס **דוד מנחם מאניש באבד** אבדק"ק **טארנאפאל. הב"ש** בסי' כ"ח ס"ק נ"ב הניח בצ"ע אמאי באיה"נ דרבנן שאין להם עיקר מקודשת הא מ"מ אינו שוה אצלה כלום ובמאי מקדשה ונלע"ד לישב דידוע קושית התוס' בע"ז וכ"מ אמאי אינה מקודשת עם האפר היכא דשוה פרוטה ותירץ הריטב"א דהאפר הוא הפקר ואינו שלו וכל הקודם זכה ולכאורה אינו מובן הא מ"מ ההנאה באה לה על ידו שממציא לה האפר במה שנתנו לידה ונהנית בש"פ ולא גרע

משחוק לפני וכו'. אך צ"ל עפי"ד הש"ס ב"ר (ד"ע ע"ב) גבי עקוץ תאנים מתאנתי וכו' דכל היכא דא תבעה לי' קמן בדינא ל"א לי' זיל שלים לאו מכירה היא אם לא היכא דמחויב לצי"ש כמו גבי אתנן עיי"ש בתד"ה אילו הרי דמעות אינו קונה רק היכא דאם לא יתקיים המקח יוכל לתבעו לחזור לו הכסף וא"כ הכא דכיון דהאפר הוא הפקר ואם תרצה שלא להתקדש לא יוכל לתבעה להחזיר לו האפר דתוכל לומר מהפקירא קזכינא כסף כזה אינו קונה ואינו דומה לשחוק לפני וכו' דשם אם לא תרצה להתקדש לו תהי' מחויבת לשלם לו שכרו כפועל אבל כאן אינה מחויבת לו האיה"נ שנתן לה דתאמר מהפקירא קזכינא אך קשה לפי"ד הט"ז ביו"ד סי' ש"ו סק"ג דאם מכר בשר בכור שנשחט שלא ע"פ מומחה יקבר ויחזיר להלוקח הדמים היינו שאם המוכר אומר אנא בעינא למיעבד מצוה לקוברו מחויב הלוקח ליתנו לו כדקאמר הש"ס ב"ק (דצ"א) שורי הרגת וכו' וקטעין לי' אנא בעינא למיעבד מצוה עיי"ש וא"כ גם במקדש באיה"נ אם לא תרצה להתקדש לו יוכל לתבעה בדין החזיר לי האיה"נ דאנא בעינא למיעבד מצוה לשורפם ותהי' מחויבת להחזיר לו לפי"ד הט"ז הנ"ל וכשתתן בידו לשורפה יזכה הוא בעצמו בהאפר מתורת הפקר כיון שהוא תח"י וא"כ אמאי אינה מקודשת הא יכול לתובעה בדין אם לא תתקדש וממונא מעליא יהיב לה אך צ"ל דהא דיכול לתובעה אנא בעינא למיעבד מצוה אף דנמצא שנהנה מאיה"נ במה שמקיים המצוה אינו אסור משום דמלל"נ וא"כ כ"ז בדינו של הט"ז דאיירי בנקברין וליכא הנאת הגוף בהדי המצוה אבל בנשרפין דאפרן מותר ואם הוא יתבע לשרפו יהי' לו גם הנאת הגוף בהדי המצוה דיזכה באפרה וכל מכירה וזכי' באיה"נ אסור אף קודם שנהנה כמו שהאריך בתשו' ב"ש או"ח ובס' ישרש יעקב ביבמות (דק"ג ע"ב). וא"כ לא יוכל לתבעה בדין להחזיר לו האיה"נ לשורפה דנמצא שנהנה מאיה"נ ולכך אינה מקודשת עם האפר דתוכל לומר מהפקירא קזכינא ואף אם יתבע אותה בדין להחזיר לו האיה"נ ויאמר דאינו מכוון ליהנות מהאפר רק לעשות מצוה מ"מ כיון דבע"כ נהנה מהאפר אם נאמר דעי"ז תתקדש והוי פסיק רישא דאסור. אך כ"ז באיה"נ דאורייתא אבל באיה"נ דרבנן דקיי"ל פסיק רישא מותר כמ"ש התה"ד הובא בט"ז ומג"א ה' שבת. שפיר מקודשת עם האפר דהא יכול לתובעה בדין להחזיר לו האיה"נ לשורפה דיאמר דאינו מכוון ליהנות רק לקיים המצוה ופ"ר בדרבנן מותר וכל דיכול לתובעה בדין ואינו תובעה ומניח בידה הוי שפיר כסף להתקדש בו כמש"ל. ומיושב קושית הב"ש הנ"ל:

התב"ש בסי' ט"ו מביא דעת הרשב"א בתה"א דאפרוח קודם שיצא לאויר העולם אינו אסור מדאורייתא משום נבילה רק מדרבנן ותמה הוא מ"ש מבן ח' בבהמה דאסור

מדאורייתא משום נפל. ונ"ל לתרץ דלכאורה צריך להבין אמאי באמת בן ח' בבהמה אסור מדאורייתא משום נבילה הא כתב הרמב"ם בפ"ד מהמ"א ה"ב דאין איסור נבילה אלא בדבר הראוי לשחיטה ובחולין (דע"ה ע"א) דתלש חלב מבן ח' ואכל פטור דחדשים גרמו וכתבו התוס' ר"פ ג"ה ד"ה בוולדות דהטעם משום דכתיב כל חלב שור וכשב וכו' וכל שלא כלו חדשיו לאו שור וכשב הוא וא"כ ה"נ לענין שחיטה דכתיב וזבחת מבקרך וצאנך כל שלא כלו חדשיו לאו בקר וצאן הוא ואינו טעון שחיטה ואמאי אסור משום נבילה ובפרט לפימ"ש התוס' שם (דק"ג ע"א) דאיסור חלב דגם איסור טריפה ואיסור אמ"ה אינו חל במעי אמו דשום איסור אינו חל במעי אמו א"כ אמאי חייב על בן ח' משום נפל אך י"ל עפי"ד הש"ס פ"ג אלו טריפות דקאמר דרני דבישרא אסורי דכוורי שריין וכו' וקאמר הטעם דבהמה דבשחיטה משתריא הני דלא מהני להו שחיטה באיסוריי' קיימי ועיי"ש ברש"י ד"ה בשחיטה שכתב וז"ל ואלו שגדלו בתוכה עד שלא נשחטה באו מאיסור אבמ"ה ושחיטת הבהמה לא אהניא לדידהו שהרי יש להם חיות לעצמן ואע"ג דשליל מותר בשחיטת אמו מכל בבהמה תאכלו נפקו אבל הני ובאיסרייהו קיימי עכ"ל והיינו כדאיתא בירושלמי בהמה בבהמה כתיב ולא שרץ בבהמה עכ"פ היוצא מזה דדרני מש"ה אסירי משום דנולדו מבהמה דטעונה שחיטה אסורין עד שישחטו ושחיטה ל"ש בהו מ"ה אין להם תקנה ואסורי וא"כ מש"ה נפל שלא כלו לו חדשיו אסור משום נבילה משום דנולד מהאם שטעונה שחיטה ושחיטת עצמם ל"ש בהם דבשחיטה בקר וצאן כתיב וכל שלא כלו חדשיו לאו בקר וצאן היא ולכך אסורים משום נבילה כמו האם ואין להם תקנה כמו דרני דבישרא משא"כ אפרוח שנוצר מהביצה שאין בה איסור אבמ"ה דמי לדרני דכוורי דשריין כיון דנוצרו מדבר שאינו טעון שחיטה ושפיר כתב הרשב"א דלית באפרוח מדאורייתא איסור נבילה דמחמת עצמו אינו טעון שחיטה עד שיצא לאויר העולם ויהי' נגמר צורתו כמו בבהמה אלא דבהמה אסירא משום לתא דאמו שבא מכח איסור אבמ"ה ושאינו זבוח משא"כ עוף שנוצר מביצה שהתירתה רחמנא לא חל עלי' איסור נבילה עד שתוגמר יצירתו ויצא לאויר העולם שאז יתחייב בשחיטה מצד עצמו ויהי' בה איסור נבילה ג"כ ומיושב קושית התב"ש הנ"ל. וזה לדעתי דבר אמת לאמיתתו של תורה בעזה"י:

ובזה נראה לישב קושית התוס' (בדק"ג ע"א) ד"ה דאיסור שהקשו על הא דקאמר הש"ס דכשנטרפה עם יציאת רובה חייב ג' דכולהו בהדדי קאתיין והא ר"י ס"ל דתלש חלב מבן ט' חי חייב דחדשים גורמים א"כ איסור חלב קדים ואיך חל עליו איסור אמ"ה וטריפה. ולהנ"ל י"ל דלכאורה קשיא אמאי דקאמרי התוס' דאיסור אמ"ה ליכא קודם שנולד והא

כבר הוכחתי לעיל מהא דדרני דבישראל דגם תולעים שבמעי בהמה שנוצרו מאיסור אבמ"ה אסורים דגם ולד במעי אמו אסור א"כ איסור אבמ"ה חל ג"כ עוד במעי אמו ואיך חל עליו אח"כ איסור חלב כשנעשה בן ט' וכן איסור טריפה והא אסורה משום איסור אבמ"ה עוד קודם שכלו חדשיו אך צ"ל דהא דאסורה משום לתא דאם דהוי כאבר מן האם הוא רק קודם שנולד שאין לה עדיין חיות ושם בהמה לעצמה. אבל כשנולדה ונעשה בהמה לעצמה ויש לה חיות בפ"ע פקע האיסור שהי' לה קודם משום שהיתה אבר מן האם וחל עלה איסור אבמה"ח של עצמה לכך קאמר הש"ס דכשנולדה כולהו בהדדי קאתיין וא"כ מיושב קושית התוס' שהקשו לר"י איסור חלב קדים שחל במעי אמו ואיך חל עליו איסור טריפה ואמ"ה ז"א דבמעי אמה היתה אסורה משום לתא דהאם עוד קודם שכלו חדשיו ולא הי' יכול איסור חלב לחול עליו אח"כ כשכלו חדשיו. רק אח"כ כשנולדה דפקע איסור של לתא דאם אז חלו כולהו בהדדי. ובהכי ניחא הא דקאמר ר"י שם דע"ה הטילה נפל חלבו כחלב בהמה דחדשים גרמו ולא קאמר חייב על חלבו דבאמת חיוב ליכא דלא אתי איסור חלב וחייל על איסור אבמ"ה דלתא דאם דקדים לו רק איסורא איכא כדקאמר הש"ס ביבמות (דל"ג) נ"מ לקוברו בין רשעים גמורים וכו' כנלע"ד נכון:

בפמ"ג סי' מ"ט ועוד שאר מקומות מביא דברי השבות יעקב בעגל דק"ק מיץ שהתיר בספק טריפה שנמלח עם בשר כשר בקליפה משום ס"ס דילמא אינה טריפה ודילמא כהראבי"ה דמליחה סגי בקליפה ואף דהוי ס' אחד בגוף ואחד בתערובות מ"מ כיון דעכשיו אין דנין רק על הבשר הכשר דהס"ט הוא ניכר ועל הבשר הכשר באין שני הספיקות ביחד כ"כ בשמו הפרמ"ג בסי' ק"י. ולכאורה אינו מובן הא באנו לדון על הבשר הכשר משום ציר טריפה הנבלע בו משום דכשאוכל הבשר אוכל ומרגיש טעם הציר ג"כ וא"כ אנו דנין על הציר של ס"ט והוי ס' אחד בגוף וכו'. ומ"ש אם חתך קצת חתיכה מהס"ט ונפלה לקדירה או נסחט ממנו ציר ונפל לקדירה. ונ"ל לישב דהנה הטעם של הר"י שאוסר ס' אחד בגוף וכו' הוא משום דכיון דנולד הספק בגוף בפ"ע ובו ליכא רק חד ספק ואוסרין אותו נעשה כוודאי כמ"ש הר"ן בתשו' דמחמת ספק חשבינן לי' כאלו חל האיסור בוודאי אף לקולא דמתירין לו נדרו. וא"כ תו לא מצרפינן לי' לס"ס כמבואר בב"י סי' נ"ז בשם המ"כ ובט"ז סי' ק"י ובאחרונים. והנה הבאתי כ"פ מה שהראה לי תלמיד אחד בס' חרדים דהא דאסרינן ס' איסור תורה הוא מקרא דראה נתתי לפניך את החיים והטוב וכו' ובחרת בחיים ונמצא דהוא מ"ע ומעתה כל ס' איסור דאורייתא הוא ס' לאו וודאי עשה וידוע שיטת הראב"ד דחלב אדם מש"ה מותר משום דבשר אדם הוא

רק עשה והטמאים לאסור צירן ורוטבן באיסורי לאווין הוא דכתיב ולא באיסור עשה וא"כ שפיר מובנים דברי השבו"י דספק אחד בגוף דאינו מצטרף לס"ס הוא משום דכבר אסרתו התורה ונעשה כוודאי אבל זה רק איסור עשה כמש"ל ואינו אוסר הציר היוצא ממנו במליחה כמו בגדים טמאים אלא דאיכא ג"כ ספק לאו דטריפה אבל כיון דאינו אסור רק משום ספק מצרפינן לי' לס"ס ולכך מותר במליחה ע"י קליפה משום ס"ס מאי אמרת הא כבר נאסר הספק ונעשה וודאי ז"א דמשום וודאי אינו אסור רק באיסור עשה והציר היוצא ממנו אינו אוסר כלל מדאורייתא כנ"ל:

בט"ז יו"ד סי' צ"ח מביא. דברי הת"ח דבשר עוף בחלב שנשפך וא"י אם יש ס' אסור אף דהוי רק ספיקא דרבנן ותמה הט"ז דמ"ש ממין במינו ונשפך דאזלינן בספיקא לקולא משום סד"ר ונ"ל ליישב דהנה הכו"פ הקשה שם על הא דאמרינן שם דלשיטת רש"י דטכ"ע ל"ד גם באינו מינו ונשפך אזלינן בספיקו לקולא דהוי סד"ר והא אפשר לברר האיסור שיתן לקפילא לטעום וכל דאפשר לברר האיסור מחויבים לברר גם בסד"ר. אך אפשר לומר דהנה הב"י שם מביא דיעות בטעם שאינו נרגש לרוב בני אדם רק לקפילא אם אוסר. ונ"ל דבאיסור דרבנן לכ"ע מותר דהנה הא דאיסורי שנפל להיתר דאוסר גם ההיתר אף דיכול לומר דאינו מתכוון לאכול רק ההיתר ולא האיסור ודשא"מ מותר בכל האיסורין מ"מ כאן אסור מתרי טעמי חדא דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה ועוד דהוי פסיק רישא ואמנם לפי"ז בטעם שאינו נרגש לכל אדם רק לקפילא ליכא למימר שכן נהנה דהרי הוא אינו נהנה כלל דחיך אוכל יטעם והוא אינו מרגיש את הטעם ואינו נהנה ממנו וליכא למימר רק הטעם השני משום פסיק רישא. והנה התה"ד הובא בט"ז ומ"א בה"ש דפסיק רישא באיסור דרבנן מותר וא"כ באיסור דרבנן י"ל דכ"ע מודו דאם הטעם אינו נרגש לכל אדם אינו אוסר דליתנהו להני תרתי טעמי דלעיל וא"כ מיושבת קו' הכו"פ הנ"ל דהא ידוע דא"צ לברר האיסור רק כשיתברר הכל וכאן אם נצטרך ליתן לטעום בע"כ צריך ליתן לקפילא דוקא דנאמן משום דלא מרע אומנותו וא"כ לא יתברר הדבר בכולו דאף אם יאמר הקפילא דמרגיש הטעם מ"מ דילמא סתם בני אדם לא ירגישו הטעם ונאסור בחנם למ"ד טכ"ע לאו דאורייתא כמש"ל ומש"ה מותר בנשפך וא"צ ליתן לטעום אך כ"ז בשאר איסורין אבל בב"ח דהבשר אסור כמו החלב דשניהם אסרה תורה לא שייך בזה דשא"מ דכל מה שאוכל הוא האיסור וא"כ גם טעם שאינו נרגש לכל אסור כיון דהקפילא טועמו. וא"כ שפיר כתב הת"ח דנשפך אסור בבב"ח ול"א סד"ר לקולא דהא אפשר לברר האיסור ע"י קפילא כקושית הכו"פ הנ"ל: