שו״ת · אחרונים · חוט המשולש

חוט המשולש חלק א

רבי חיים מוולוז'ין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חוט המשולש חלק א

רבי חיים מוולוז'ין

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/חוט-המשולש-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 4
סימן ב 17
סימן ג 28
סימן ד 33
סימן ה 35
סימן ו 43
סימן ז 60
סימן ח 72
סימן ט 82
סימן י 87
סימן יא 115
סימן יב 126
סימן יג 132
סימן יד 157
סימן טו 165
סימן טז 172
סימן יז 181
סימן יח 193
סימן יט 196
סימן כ 200
סימן כא 201
סימן כב 204
סימן כג 204
סימן כד 208
סימן כה 212

שאלות ותשובות חוט המשולש מהגאון רבינו חיים זצ"ל

סימן א

גוף השאלה חסרה מן הכ"י רק מדברי תשובתו נראה כי השאלה היתה בדבר אחד שהי' משדך א"ע לבתולה שתנשא לו, ונתרצית לו רק מסוף מעשה ניכרת מחשבתה תחילה, כי כוונתה היתה להנשא לו בדרך כבוד בחתונה ולהתקדש תחת החופה כדרך כל הארץ והוא לא עשה כן רק קדשה ברמאות ובבזיון בבית בפני שני עדים. וקבלה הקידושין מידו וזרקה לארץ ואחד מהעדים אמר שתיכף זרקתו, והשני אומר כי לא נודע לו בבירור אם זרקתו מיד או אחר כך רק זה ראה שזרקתו מידה והבתולה אומרת שמה שנתן לה לא קבלה זאת לשם קידושין:

א

בסוגיא דציפתא (קידושין סוף דף י"ב) תניא א"ל כנסי סלע זו בפקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי בו. בשעת מתן מעות מקודשת ומסקינן דאפי' שתקה ומלתא דפשיטא היא דמכ"ש אם בא לידה שלא בתורת פקדון אלא בתורת קידושין דמקודשת אם שתקה. ומחמת קושיא זו על דברי הרמ"ה שכ' שאם זרק לה קידושין לתוך חיקה ושתקה אינה מקודשת כמבואר בטור (סי' כ"ח) מגיה בעל הט"ז בש"ע (סי' ל' סעיף ו') שדתינהו במקום ואשתיקה וכן הב"ח מוקי (בסי' כ"ח) הא דהרמ"ה דמיירי דווקא בשנערה הקידושין מחיקה:

אבל דעת הרמ"ה ברור מלולו. דבאשתיקה לחוד לא סגי אלא בעי' נמי שקלתינהו ואם כמשמעות דברי הרמ"ה לכאורה דדייק מלישנא דתלמודא דנקטו שקלתינהו ואשתיקה. לא ידענא מהיכא דייק דיני' דאף דגבי עובדא דוורשכי באמת שקלתינהו דוקא הוא וכדמשמע התם דאמרינן אין שקלי ודידי שקלי. משמע דעיקר הקידושין הוא מדשקלה (וכעין דאמרי' בעלמא גבי נסכא דר' אבא אין חטפי ודידי חטפי דעיקר החיוב הוא מדחטף. וטענתו הפטור הוא דידי חטפי) ה"נ עיקר הקידושין הוא מדשקלה וטענת ביטול הקידושין הוא דידי שקלי. אבל מ"מ בעובדא דציפתא גופא הא נקט תלמודא לישנא דשקלתינהו והתם לאחר מתן מעות הוה. וע"כ הא דנקטה לה ולא שדתינהו מקרי שקלתינהו וכדפרש"י שם. ואף שיש ליישב בדוחק שנויי דחיקא לא משנינא:

ב

והנראה דהרמ"ה לא לדיוקא מינה נקיט האי לישנא. אלא לישנא דתלמודא בעלמא הוא דנקיט ועיקר כוונתו הוא לפרש הא דאמרי' בשעת מתן מעות מקודשת לאו בנתינה דידי'

תליא מלתא אלא בקבלה דידה תליא מלתא דבעינן קבלתה לשם קידושין דוקא. וכ"כ רש"י להדיא בסוגיין וכן בכמה דוכתי מדקדק רש"י בלשונו דאדעתא דהכי קבלתה. וכן הרמב"ם שידוע דרכו בקודש אשר מה יקר בעיניו למנקט לישנא דתלמודא ובדין זה שינה מלשון הברייתא וכתב אם אמר לה קודם שנטלתו ונטלתו ושתקה וכ"ה בטוש"ע. והיינו משום דבקבלה דידה תליא מלתא. אם קבלתה אדעתא דקידושין:

וטעמא דמילתא הוא דכיון דאין האשה מקודשת אלא מדעתה כדאמרי' בריש מכילתין. מש"ה בעינן דוקא שיהא מוכחא מילתא שלשם קידושין הי' קבלתה. וכ"כ הטור להדיא בדינא דידן. (וכ"כ הריב"ש בתשו' סי' ק"ע וכן הוא בשארי פוסקים) והכי משמע לישנא דתלמודא בקושיא דר"ה ברי' דר"י מדקאמר ואי איתא דלא ניחא לה תשדינהו. משמע דבעי' דוקא הוכחה דניחא לה מדלא קאמר איכא למימר דהא דלא שדתינהו משום דניחא לה הוא. וכ"מ נמי מגוף הקושיא דר"ה בריה דר"י דמחלק בין קידושין לפקדון. משום דבפקדון סברה אי שדינא ומיתבד מחייבנא. והעיקר הוא כמסקנת הרשב"א בחי' וכ"כ הר"ן דאף דבאמת בפקדון נמי לא מחייבא מ"מ איתתא לא גמירא דינא וסברה דמחייבא. ולפי"ז אמאי גבי פקדון אינה מקודשת כלל אכתי אית לן לספוקי. דלמא אשה חבירה היא וגמירא האי דינא דלא מחייבה אי מתבד ואפ"ה לא שדתינהו וכן הא דפריך רב אחאי אטו כלהו נשי דינא גמירי מדקאמר אטו כלהו נשי מכלל דאיכא נשי דגמירי החילוק שבין פקדון לקידושין ואכתי אמאי כיילינן כללא דכל שתיקותא דלאחר מתן מעות לאו כלום היא. הא איכא לספוקי דלמא הך איתתא גמירא האי דינא דלא מחייבה אם לא בא בידה בתורת פקדון. ולפמ"ש ניחא דבעי' דוקא הוכחה שקבלה לשם קידושין. וגבי פקדון כיון דאיכא דסברה דמחייבא אי מתבד ליכא הוכחה דניתרצית בקידושין מהא דלא שדתינהו וגבי קידושין לסברת ר"ה בריה דר"י דכלהו נשי ידעי דלא מחייבא ואפ"ה לא שדתינהו. איכא הוכחה מהא דלא שדתינהו ולפרכת רב אחאי כיון דאיכא נשי דסברי דגם אם קבלה בתורת קידושין אפ"ה מחייבא אי מתבד אכתי ליכא הוכחה מהא דלא שדתינהו. ומש"ה לאו כלום הוא וכ"מ מהא דאמר ר"נ בעובדא דוורשכי יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי ולא מספקינן כלל דלמא לשם קידושין קבלה. ויתר על כן כתב הרשב"א בחי' דאף אם אומרת דלשם קידושין קבלה לאו כלום היא. והיינו טעמא דכיון דיכולה למימר דידי שקלי ליכא הוכחה דלשם קידושין קבלה ומש"ה לאו כלום הוא. והר"ן הביא דברי הרשב"א הללו והביא ראיות לדינו אבל מ"ש שם הטעם משום דשמו חכמים דעתה דלא ניחא לה אלא בדשדיך שלא בדקדוק כ' כן. ועם היות שדבריו ז"ל המה לנו לעינים בכמה דיני. וכן בסוגיא דוורשכי גופא הא דמקודשת בשדיך ודאי

הוא מטעם דשמו חכמים דעתה. אבל הא דאינה מקודשת בדלא שדיך לאו משום דשמו חכמים דעתה הוא. דא"כ לא הוה אתי שפיר לישנא דיכולה למימר אלא כדכתיבנא משום דיכולה למימר דידי שקלי ליכא הוכחה ויש ליישב דברי הר"ן שיהיו מדוקדקים קצת ואין רצוני להאריך. וכן הרמ"א (בסי' כ"ח) לא דקדק בלשונו שכ' אינה נאמנת דלאו משום דלא מהימנא הוא אלא דלא מהני משום דלא מוכחא מילתא כללא דמילתא דלכ"ע בעינן שיהא מוכחא מילתא שנתרצית להקידושין. אלא פלוגתא דאמוראי הוא אי מוכחא מילתא מהא דלא שדתינהו. דלר"ה ברי' דר"י מוכחא מילתא מהא דלא שדתינהו ש"מ ניחא לה. ולרבא לא מוכחא כלום מהא דלא שדתינהו ולכאורה נראה דטעמא דרבא הוא משום דס"ל כפרכא דרב אחאי אבל יותר נראה דטעמא דרבא הוא דס"ל דלא איכפת לה למשדא. וכמו דלסברת ר"ה ברי' דר"י לא מוכחינן מילתא מהא דאשתיקה ולא אמרה לא ש"מ דניחא לה וטעמא הוא משום דלא איכפת לה למימר לא כמבואר ברש"י וכל הראשונים ז"ל כה"ג סבר רבא דגם למשדא לא איכפת לה וכן נראה עיקר בטעמי' דרבא ובהכי ניחא לישנא דפריך רב אחאי אע"ג דשינויא הוא אקושי' דר"ה ברי' דר"י. ולפמ"ש ניחא דלאו לתרוצי דעתי' דרבא הוא דאתא. אלא אקושי' דר"ה ברי' דר"י פריך לפי סברת ר"ה ברי' דר"י אבל רבא טעמא אחרינא אית לי' דלא איכפת לה כלל למשדא:

ג

ולפמ"ש נראה לכאורה דדינא דהרמ"ה תליא בפלוגתא דרבא ור"ה ברי' דר"י דלר"ה ברי' דר"י גם דינא דהרמ"ה לכאורה מוכח דניחא לה מהא דלא שדתינהו אמנם היינו אי נימא דר"ה ברי' דר"י כללא הוא דכייל דלעולם מוכחינן מילתא מהא דלא שדתינהו. אבל באמת מקושיא דר"ה ברי' דר"י אכתי ליכא למשמע מינה דכללא הוא דכייל דברווחא רוויחא איכא למימר דר"ה ברי' דר"י גופיה לא סבירא ליה לאוכוחי מלתא מהא דלא שדתינהו אלא בעובדא דציפתא דמעיקרא קבלה הציפתא לשם קידושין ואחר דא"ל דלית בציפתא ש"פ אמר תקדש בארבע זוזי דאית בה ודאי מסתמא אית לן לאחזוקי דעתא דידה שבדעתה הראשונה היא עומדת משא"כ בדינא דהרמ"ה דמיירי דוקא בדלא שדיך ברווחא איכא למימר דבכה"ג גם ר"ה בדר"י מודה דאמרינן לא איכפת לה למשדא ולכאורה איכא לאוכוחי דר"ה בדר"י כללא כייל דאי ס"ד דלאו כללא הוא דכייל אלא דוקא בההיא דציפתא חייש להא דלא שדתינהו לא ה"ל להזכיר פקדון כלל והכי ה"ל למימר מי דמי התם לא קבלתה בתורת קידושין מעיקרא הכא דקבלתה בתורת קידושין מעיקרא א"א דלא ניחא לה תשדינהו אמנם איפכא נמי דאי ס"ד דכללא כייל לא הוה ליה להזכיר תורת קידושין כלל והכי ה"ל למימר מי דמי התם בתורת פקדון אתא לידה

סברה אי שדינא ומתבד מחייבנא הכא לאו בתורת פקדון אתא לידה. א"א דלא ניחא לה תשדינהו. הן אמת הא איכא למדחי דאיכא גווני דלא בתורת פקדון ואפ"ה סברא דמחייבא. כגון אשה שחטפה מעט וכו' דהביא הרמ"א (סוף סעיף ה') דסברה אי שדינא ומתבד אתחייב לשלם לו הגזילה והיזק האבדה יהא שלי אבל מקושיות ודקדוקים כאלו אין להכריע דין דאיכא למימר דר"ה ברי' דרב יהושע האמת נקט:

ד

ובתשו' ב"י (סי' ב') נשאל באשה שהעיד העד שאיש א' מנה לתוך ידה א' ב' עד ח' ואח"כ אמר תהא לי מקודשת והשיב הב"י דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולא כלום הוא וכו' ואע"פ שהרי"ף והרא"ש כתבו על ההיא דציפתא וכו' לאפוקה צריכה גט וכו' ה"מ בההיא דציפתא דמעיקרא קבלה לשם קידושין אבל היכא דלא קבלה מעיקרא לשם קידושין כמו בנ"ד גם להרי"ף והרא"ש אינה מקודשת דהא אההיא דציפתא דאמר רבא הוי שתיקותא דלאחר מת"מ כו' כל הסוגיא עד הכא בתורת קידושין יהבינהו ניהלה אי איתא דלא ניחא לה תשדינהו. הא קמן דלא מקשי ר"ה בדר"י בההיא דציפתא כו' אלא משום דמעיקרא בתורת קידושין יהבינהו ניהלה אבל היכא דלא יהיב לה בת"ק מעיקרא מודה דשתיקותא דלאחר מת"מ לאו כלום הוא הא קמן דעת רבינו הב"י להדיא כדכתיבנא. דהיכא דלא קבלה מעיקרא לשם קידושין גם ר"ה בדר"י מודה דלא חיישינן להא דלא שדתינהו דר"ה בדר"י בדוקא קאמר הכא דבתורת קידושין:

אבל ראייתו מן הש"ס אכתי לא מכרעא אלא בנידון עובדא דאתא קמי' שבשעת מת"מ לא היה שום תורת קידושין כלל שהרי בעובדא דידיה גם המקדש לא הזכיר הקידושין אלא לאחר מת"מ לתוך ידה אבל בדינא דהרמ"ה הרי המקדש נתן בתורת קידושין בשעת מ"מ רק היא קבלתו סתמא ור"ה בדר"י לא אמר הכא דבת"ק קבלתי' אלא דבת"ק יהביני' ניהלה וא"כ אכתי איכא למימר דלר"ה בדר"י חיישינן להא דלא שדתינהו בדינא דהרמ"ה הואיל ואיהו יהיב בתורת קידושין:

ה

אבל רש"י כתב בד"ה התם וכו' אבל גבי ציפתא מעיקרא בתורת קידושין קבלתי'. וכמ"ש לעיל (בריש אות ב' בשם רש"י והרמב"ם והטוש"ע) דבשעת מתן מעות דנקט בברייתא היינו בשעת קבלתה המעות הכא נמי הא דנקט ר"ה ברי' דר"י בתורת קידושין יהבינהו ניהלה היינו דבת"ק קבלתי' דלא תליא מילתא אלא בקבלה דידה אם קבלה בת"ק כעובדא דציפתא (וכן בר"פ האומר דף נ"ט גבי נתאכלו המעות אמרינן התם דבת"ק יהביני' ניהלה) וכ"כ מהר"ם פאדווי (סי' כ"ד) דהא דחיישי הרי"ף והרא"ש להא דלא

שדתינהו היינו דוקא בדשדיך כעין עובדא דציפתא דקבלה לשם קידושין בתחלה והבו דלא לוסיף עלה וקרובים דבריו לדברי הב"י ואשר הסתייע שם מדקדוק דברי הטור שכ' בד"א שבא לידה בתורת פקדון אבל אם בא לידה בתורת קידושין וכו' ומדלא כ' אבל שלא בתורת פקדון הוי ס"ק מזה מסתייע מהרמ"פ דדוקא בכה"ג הוי ס"ק משום דשדיך ולפי דרכו מה היה לו לבא לעניות דקדוקים טפי הוה ליה להסתייע מגוף דינו של הרמ"ה שהביא הטור להלכה אף דאזיל בשיטת אביו הרא"ש דחיישינן לקושיא דר"ה בדר"י ואפ"ה כתב בדינו של הרמ"ה דאפי' ס"ק ליכא מוכח לכאורה כדעת מהרמ"פ דבלא שדיך לא חיישינן להא דלא שדתינהו אף להרי"ף והרא"ש אבל כד דייקת מדברי הטור איפכא איכא למידק מדלא הביא דברי הרמ"ה אלא גבי פקדון אע"ג דלהרמ"ה גם שלא בתורת פקדון לעולם לא הוי אפי' ספק קדושין. נראה דעת הטור דבלא שדיך נמי חיישינן להא דלא שדתינהו למאן דחייש לקושיא דר"ה בדר"י והרמ"ה משום דאזיל בשי' הנך רבוואתא דלא חיישינן לקושיא דר"ה בדר"י לעולם לא חייש להא דלא שדתינהו אף שלא בתורת פקדון אבל הטור משום דאזיל בשי' דחיישי' לקושיא דר"ה בדר"י מש"ה לא תפס דינו של הרמ"ה אלא גבי פקדון דבפקדון גם ר"ה בדר"י מודה דלא מוכחינן מילתא מהא דלא שדתינהו. וכן הרמ"א ג"כ לא הביא דינו של הרמ"ה אלא גבי פקדון (בסי' כ"ח) משמע דעתו כדכתיבנא בדעת הטור. ובזה סרה מעליו תלונת הח"מ (בסי' מ"ב ס"ק ב') דבאמת ס"ל להרמ"א דחיישינן להא דלא שדתינהו אם לא בתורת פקדון ומ"מ אף אם כן דעת הרמ"א מ"מ לאו כללא כיילינן לומר דזולת פקדון לעולם חיישינן להא דלא שדתינהו דהא הרמ"א קבע דינו של מהרמ"פ בש"ע (סי' כ"ח סוף סעיף ה') ולא כתב הטעם משום דבגזל נמי מחייבא אי מתבד כמו גבי פקדון כטעם השני שכתב מהרמ"פ אלא כתב הטעם משום דהוי שתיקה דלאחר מ"מ ולאו כלום הוא. ואע"ג דלא שדתינהו אפ"ה לאו כלום הוא. והיינו כדכתיבנא לעיל (בריש אות ד') דהיכא דבשעת מ"מ לא היה תורת קידושין כלל שגם הוא לא נתן בתורת קידושין גם לר"ה בדר"י לא חיישינן להא דלא שדתינהו דר"ה בדר"י גופי' אמר הכא דבת"ק יהביני' ניהלה. ודוקא בעי' תורת קידושין שיהא עכ"פ נתינה דידיה בתורת קידושין ויש ליישב כן גם דברי הטור שכ' אבל אם בא לידה בת"ק. דהיכא דהוה נתינה דידיה בתורת קידושין. אף שקבלה דידה היה בסתם מ"מ הוי ס"ק דחיישינן לקושיא דר"ה בדר"י אף בכה"ג הואיל דבתורת קדושין יהבינהו איהו כן נראה דעת הטור והרמ"א אבל הב"י לטעמי' כמ"ש בתשו' שהבאתי לעיל דר"ה בדר"י מודה אם לא קבלתה מעיקרא לשם קדושין כההיא דציפתא מש"ה קבע דין הרמ"ה בכל קידושין דעלמא (בסי' ל' סעיף ו') אף שלא בתורת פקדון והב"ש

אף שלא ראה תשו' הב"י הסכימה דעתו הנקי' קרוב לדעת הב"י דלא חיישינן להא דלא שדתינהו אלא אם נתרצית תחלה להתקדש לו:

ו

ולדינא נראה דיש לסמוך על המקילים שלא לחוש להא דלא שדתינהו אלא היכא דקבלה האשה מעיקרא בתורת קידושין. כי עפ"י שיטת הש"ס נראה עיקר כדברי הרמב"ם וסיעתו כמבואר בדברי הראשונים ז"ל טוב טעמם. דכיון דשלח רבינא אנן לא שמיע לן הא דר"ה בדר"י ודאי לית הלכתא כוותיה. וקצת יש להוסיף עוד דהא ר"ה בדר"י גופיה לאו תיובתא קא מותיב אלא קושיא הוא דמקשה. והלכה רווחת היא דמשום קושיא לא סתרינן דינא אלא משום תיובתא דוקא ובפרט שגם להרי"ף והרא"ש אינו אלא חומרא בעלמא מדרבנן כדמשמע לישנא דחושו לה. וקי"ל בשל סופרים הלך אחר המקיל ודאי ע"פ שורת הדין העיקר כהרמב"ם דלא חייש כלל לקושיא דר"ה בדר"י. ורבים גדולי הראשונים ההולכים בשיטתו וכבר כתב הריב"ש הביאו גם הב"י שהסכימו כל האחרונים דהלכתא כרבא ובתראי דידיה אינון קמאי דידן אבל חלילה לנו להרים ראש נגד הרי"ף והרא"ש והטוש"ע שתפסו לחוש לקושיא דר"ה בדר"י. ובפרט שכן כתב גם הבה"ג ועוד גדולי הצרפתים הראשונים. אבל לשון בה"ג הוא וגבי ציפתא כו' גבי ציפתא דאסא חיישינן לקושיא דר"ה בדר"י. משמע דוקא בההיא דציפתא וכן הרי"ף והרא"ש לא כתבו דין זה אלא גבי ציפתא. ומתקבלין דברי מהרמ"פ לומר הבו דלא לוסיף עלה. ואף הטור והרמ"א שנראה דעתם כמו שכתבתי לעיל לחוש להא דלא שדתינהו ואף אם היא קבלה בסתם. אם הוא נתן בתורת קדושין מ"מ לאו בפירוש שמיע לן אלא מכללא מדלא כתבו הא דהרמ"ה אלא בפקדון. ומ"מ הרמ"א לא הגיה כלום על דברי הב"י בש"ע (סי' ל' סעיף ו') שקבע דברי הרמ"ה אקידושין דעלמא שלא בתורת פקדון. וגם לשון הטור משמע דלא קאי רק אעובדא דציפתא לחוד שהרי כתב אבל אם בא לידה בתורת קדושין שאמר וכו' ולא כ' כגון שאמר. ואולי היכא דאיהו יהב בת"ק ואיהי קבלתה בשתיקה מספקא להו להטור והרמ"א ויש ליישב עוד דעת הטור והרמ"א בדרך אחר להשוותם לדעת הב"י. ואכתי לא אתבריר לן דעתם על בוריא:

ז

וגדול אדונינו הב"י ורב כחו לסמוך על מה שקבע בש"ע דינו של הרמ"ה בכל קידושין דעלמא אף שכתב בשם יש מי שאומר ידוע דרכו שדין שלא נמצא בפירוש בפוסקים אחרים אף שלא נמצא חולק עליו קבעו בשם יש מי שאומר. ולא מצינו שום חולק על הרמ"ה ובתא"ו ריש נתיב כ"ב כ' להדיא שאם זרק לתוך חיקה אם שתקה לא

הוי מקודשת אפי' אם זרקתו (ואין כאן מקום להאריך בביאור דבריו שקשים להולמם לכאורה) ולכאורה נראה דהרא"ש חולק אדינא דהרמ"ה שהרי בסוגיא דתנהו ע"ג סלע כ' (בסי' י"ב) דמיירי אפי' זרק לתוך חיקה וכתב שם וז"ל אפי' זרקו לתוך חיקה ושתקה מאחר שכבר גילתה דעתה שאינה רוצה להתקדש לו ולדינא דהרמ"ה הא אף אם לא גילתה דעתה מסתמא נמי אינה מקודשת אבל אי דייקינן כולי האי נידוק מסיפא איפכא שכתב שם אבל בסלע שלה מקודשת שזה הלשון מורה שהיא חפיצה בקידושין משמע דאי לאו הוראת לשונה שהיא חפיצה בקידושין מסתמא לא היתה מקודשת אלא דהרא"ש אמת אמת תפיס בין ברישא ובין בסיפא דבאמת איכא גילוי דעתה ברישא שאינה רוצה ובסיפא איכא גילוי דעתה שהיא חפיצה:

ואם היינו אומרים דדינא דהרמ"ה תלוי בפלוגתא דרבא ור"ה בדר"י (כמש"ל ריש אות ג') וכ"כ הח"מ (ריש סי' מ"ב) הוי לשון הרא"ש מדוקדק בדקדוק טפי דהא הרא"ש סבר דחיישי' לקושיא דר"ה בדר"י והוי ס"ק ומש"ה כ' גבי תנהו ע"ג סלע דברישא איכא גילוי דעתה שאינה רוצה משו"ה אינה מקודשת כלל ובסיפא איכא גילוי דעתה שהיא חפיצה בקידושין מש"ה היא מקודשת גמורה אבל אם זרק לתוך חיקה סתם כדינא דהרמ"ה הוי ס"ק משום דחיישי' להא דלא שדתינהו אבל לדינא אין דקדוקים כאלו מכריעים ומחוורתא דהרא"ש האמת נקט:

וממוצא דבר ישכיל המעיין לפשוט ספיקא של הב"י (בסי' ל') שנסתפק שם להרמ"ה דשם היכא דאמרה תנהו על הסלע סתם וזרקו לתוך חיקה בשתיקה ע"ש. ולדידי פשיטא מילתא דהא לעיל כ' הב"י דדעת הרמ"ה נמי דכשאמרה תנהו על הסלע סתם הוי כאלו אמרה אינה חפיצה בקידושין וא"כ הוי לא אתרצאי להתקדש לו וזרק לתוך חיקה סתם ובכה"ג ביאר מפורש דעת הרמ"ה בטור (סי' כ"ח) דלא הוי אפי' ספק קידושין:] ולכאורה נראה דהרשב"א והריטב"א חולקי' אדינא דהרמ"ה מדכ' הרשב"א בחי' בסוגיין דציפתא בד"ה והיכי דשדיך וכו' תיפוק לי' משום ציפתא גופי' וכדשמואל דלמא שוה פרוטה במדי וכו' איכא למימר וכו' לאו עובדא דציפתא שלח לי' וכו' אלא משום שתיקה דלאחר מ"מ וכגון דשדי זוזא בחיקה וא"ל לבסוף התקדשי לי בהן ואשתיקה הוי מקודשת וכ"כ הריטב"א בשם אחרים. ומדנקטו שהקידושין אמר לאחר הזריקה לכאורה להדיא דלא כהרמ"ה דלהרמ"ה הא אפי' אמר הקידושין בשעת הזריקה נמי לאו קידושין נינהו כלל אבל יש ליישב ולומר דאינהו נמי מצו קאי בשי' הרמ"ה דקידושין דבשעת זריקה לא מיקרי בשעת מת"מ אבל מ"מ לא מיקרי ודאי קידושין דלאחר מת"מ. וכיון דבעיין הוא בקידושין דלאחר מת"מ משה"ה נקטו גוונא דאחר הזריקה אמר לה התקדשי לי:

ודאתא עלה הא דכ' הרמ"ה דהא דתנן זרק לה קידושין קרוב לה מקודשת ה"מ היכא דארצאי מעיקרא לקידושי לי' טפי עדיף הוי מצי לשנויי דמשנתינו מיירי בדאמרה אין אלא דהרמ"ה דינא אתא לאשמועינן דבאתרצאי מעיקרא לא בעינן שקלתי' אלא בדאשתיקה לחוד כגון בזריקה נמי מקודשת:

ולא זכיתי למיקם אדעתי' דרבינו הרמ"ה אמאי מקודשת דהא הא דארצאי היינו לכאורה דשדיך כדכ' רש"י בד"ה בדשדיך. והסכמת הפוסקים הוא דלאחר מת"מ לא מהני הא דשדיך וכיון דאשתיקה בלא שקלתי' לא מיקרי שעת מת"מ כדכ' הרמ"ה גופי' וכ"כ רש"י והרמב"ם והטוש"ע כמש"ל (אות ב') דמתן מעות היינו קבלת המעות משום דבעי' מוכחא מילתא דלשם קידושין קבלתי' א"כ נראה היכא דלא עבדה מעשה דמוכחא כגון בזריקה הוי כמו שתיקה דלאחר מת"מ ואמאי מהני בכה"ג הא דשדיך (ולשיטה זו דהרמ"ה יודה בדשדיך. ברווחא טפי איכא למימר דהרשב"א והריטב"א לא פליגי אדינא דהרמ"ה אלא מילתא דפסיקא נקטו דאפי' בדשדיך לא הוי קידושין בשתיקה. מש"ה נקטו דלאחר הזריקה הוא דאמר התקדשי לי):

ח

והואיל וכל פטטיא דאורייתא טבין. אמינא בי' ד' שיטות:

א)

דבאמת קידושין דזריקה מקרי אחר מת"מ. אבל הרמ"ה ס"ל כקושיא דר"ה בדר"י וכשיטת מהרמ"פ דר"ה בדר"י נמי לא מוכח דניחא לה מהא דלא שדתינהו אלא בדשדיך. אבל א"כ יהא יחידאי נגד כל הפוסקים דהא הרמ"ה אתא לפרש בהכי משנתינו דתנן זרק קרוב לה מקודשת דהיינו קידושין גמורים דאורייתא ולא מצינו לו חבר דהרמב"ם ודעמי' פסקי כרבא ולא חיישי כלל לקושיא דר"ה בדר"י והרי"ף והרא"ש ודעמי' כ' דהוי ס"ק אבל למהוי קידושין ודאי ליכא למ"ד

ב)

דהרמ"ה ס"ל כהי"א שהביא הרשב"א והריב"ש דס"ל דהיכא דשדיך מהני גם שתיקה דלאחר מת"מ אבל א"כ ג"כ לית הלכתא כוותי' דראיית ה"ר ודעמי' ברור כאחותו דלאחר מת"מ לא מהני הא דשדיך מההיא דציפתא גופי' דלא גרע מדשדיך ועדיף מינה ואפ"ה לאו כלום הוא:

ג)

דאתרצאי מעיקרא דהרמ"ה לאו היינו דשדיך שנתרצית להתקדש לו סתם אלא דעדיף מינה היינו שנתרצית בקידושין הללו שאמרה לו קדשני בחפץ זה שבידך כעין עובדא דתשו' מיימוני המובא דינו ריש סי' מ"ה (ולשיטה זו צ"ל בישוב דברי הרשב"א

והריטב"א כמו שכ' לעיל סוף אות ו' דליכא למימר דאינהו מילתא דפסיקא נקטו כמש"ל בהגה"ה דנראה ברור דברצוי כזה אף אם אמר הקידושין לאחר הזריקה נמי מקודשת כיון דאמרה לו מתחלה קדשני):

ד)

הרמ"ה ס"ל לחלק בין שתיקה דלאחר מת"מ ובין קידושין בזריקה דאף דבלאחר מת"מ לא מהני הא דשדיך מ"מ בקידושין דזריקה משום דבשעת נתינה דידיה הוא מהני הא דשדיך למהוי סגי באישתיקה לחוד אף דלא שקלתי':

ט

והעיקר נראה כמו שכתבתי באופן הג' דארצאי מעיקרא היינו שנתרצית לקדושין הללו. דלישנא דארצאי משמע הרצאת דברים ותו דבהכי ניחא טפי הא דנקט הרמ"ה גוונא דארצאי מעיקרא ולא נקט בדאמרה אין ואי נימא דארצאי היינו דאמרה לי' קדשני ניחא דנקט שם בסוגי' (גיטין ד' ע"ח ע"א) זרוק לי חובי (ומה שיש לעיין בסוגיא דהתם אין כאן מקומו):

והכי משמע נמי טפי סיום דברי הרמ"ה שסיים אבל סתמא אפי' ס"ק לא הוי ולישנא דסתמא משמע לאפוקי משדברה עמו כשעסוקי' בענין הקידושין. ושדיך דהש"ס לא בעי' שדברה עמו בשעת עסק הקידושין וסגי כשנתרצית מעולם להתקדש לו כמבואר ברמב"ם (פ"ג מה"א דין ח') ומ"מ אינני כדאי להעמיד על דעתי באיסור חמור כזה אם לא יסכימו אתי רבותי וחבירי להחליט כן דעת הרמ"ה דבאמת גם אופן הד' יש לו מקום. וקצת יש להביא ראי' לזה מהא דמסקינן בעובדא דוורשכי דבשדיך מקודשת. והא התם אע"ג דשקלה כדלא שקלה דמי דכיון דיכולה למימר דידי שקלי לא מוכחא מילתא כלל מהא דשקלה. ואפ"ה אמרינן דבדשדיך מקודשת דשמו חכמים דעתה דבדשדיך הוי שתיקותה אדעתא דקידושין. ובציפתא דמעיקרא אדעתא דקידושין קבלתה הוי ודאי כדשדיך ועדיף מינה ואפ"ה שתיקתה לאו כלום היא והיינו משום דשאני לן בין אחר מתן כעובדא דציפתא ובין שעת מתן כעובדא דוורשכי. דלאחר מתן כללא הוא דכל שתיקותא לאו כלום הוא אפי' בדשדיך. ובשעת מתן דוקא בדלא שדיך שתיקה לאו כלום הוא בדלא שקלתה אבל בדשדיך שתיקתה אדעתא דקידושין היא אפי' בדלא שקלה אבל אינה ראי' מכרעת דכיון דהא דבעובדא דוורשכי מהני הא דשדיך היינו משום שומת דעת חכמים. אין לנו לדמות מילתא למילתא עפ"י דעתינו אחר חתימת התלמוד דרבינא ור"א סוף הוראה ואף דלא אתבריר לן דעת הרמ"ה על בוריו ולהחמיר בדשדיך הוא חי' גדול אם הוא בסתם שדיך לא שנתרצית לקידושין הללו לדינא אינני מכריע להקל ובדלא

שדיך בהא סליקנא ונחתינא דקם דינא כהרמ"ה דבעינן דוקא שקלתינהו דלהוי מוכחא מילתא דנתרצית להקידושין:

ועדיין יש לנו מקום ספק הא דמפלגינן בין שעת מ"מ לאחר מ"מ אי בעי' דוקא מתן כל המעות או סגי במתן מקצת מעות אף שהמקצת הוא לאחר מתן ונראה דבעבדה מעשה דמוכח לא בעי' מתן כל המעות אלא במתן מקצת סגי כגון שאמר לה כנסי עשרה דנרין אלו בפקדון והי' מונה ונותן לתוך ידה ואחר שמנה מקצתן א"ל התקדשי לי בעשרה דנרין הללו וגמר מניינו לתוך ידה עד עשרה והיא שתקה ואף דלכאורה הי' מקום להסתפק ולומר דכיון שא"ל התקדשי בעשרה דנרין וקצת מהן היו לאחר מתן הוי שתיקה דלאחר מתן. אבל זיל בתר טעמא דהא טעמא דשקלתה הוא משום דמוכחא מילתא נראה ברור דבמקצת נמי מיקרי שקלתה דכיון שקבלה השאר אחר שא"ל התקדשי לי מוכחא מילתא שנתרצית להקידושין ובהא אפי' רבא מודה דע"כ לא ס"ל לרבא אלא דלא איכפת לה למשדא אבל לקבל השאר ודאי איכפת לה שלא לקבל אי איתא דלא ניחא לה. ומכ"ש אם נתן הראשונים בסתם שלא בתורת פקדון:

ובתשו' ב"י שהבאתי לעיל עובדא הוי שהעיד עד א' שגמר מנין כל השמנה חתיכות שנתן לידה ואח"כ אמר תהא לי מקודשת והשני העיד שאחר מנין ד' אמר תהא לי מקודשת בזה ואח"כ גמר מניינו ה' ו' עד ח' וכתב שם הב"י שיש לבטל הקידושין מטעם שעד א' העיד שאחר שגמר למנות כל השמנה א"ל תהא לי מקודשת ושתקה והוי שתיקה דלאחר מ"מ. משמע מדבריו שלדברי העד השני שקצת מהחתיכות נתן לה אחר שאמר לה התקדשי לי הוי בשעת מ"מ אע"ג שדעתו הי' שתתקדש בכל השמונה מדלא התחיל למנות מחדש אחר שאמר תהא מקודשת אלא גמר מנינו ה' ו' עד ח' ואפ"ה מקרי בשעת מ"מ הואיל וקבלה אחר שאמר הקידושין הרי מצינו תניא דמסייען אם נתן הראשונים בסתם ונראה ברור דה"ה אם נתן הראשונים בתורת פקדון דבחד טעמא שייכין אמנם היינו דוקא היכא דעבדה מעשה לקבל השאר אחר שא"ל הקידושין אבל היכא דלא עבדה כלום כגון שנתן לה ה' דנרין בתורת פקדון וזרק לתוך חיקה עוד ה' דנרין וא"ל התקדשי לי בעשרה דנרין הללו נראה ברור דבכה"ג לא מקרי שעת מ"מ הואיל ודעתו לקדשה בכל העשרה דנרין וה' הראשונים המה לאחר מ"מ ואפי' אם נתן ה' הראשונים בסתם הדעת נותנת דלא מקרי שעת מ"מ דבעי' דוקא מתן כל המעות דדוקא היכא דאיהי עבדה מעשה לקבל ה' האחרונים כעין עובדא דהב"י בכה"ג הוא דהוי כשעת מתן ולא משום דמקצת מתן הוא ככולו אלא מטעם דמוכחא מילתא דלשם קידושין קבלה

ונתרצית שיהא כל העשרה לשם קידושין דמה לי אם קבלה כל הי' או מקצתם דהא גם בקבלתה מקצת האחרונים איכא הוכחה דנתרצית. אבל אם אחרונים היו בזריקה דלא עבדה מעשה שתיקתה לאו כלום היא. ואפי' אי נימא דבשדיך מחמיר הרמ"ה דלא בעי' שקלתה הואיל ושעת נתינה דידי' היא מ"מ היכא דלא עבדה מעשה נראה דבעי' דוקא מתן כל המעות:

יא

ואם נתן לה חפץ ארוך כגון סכין בתורת פקדון וקבלה ואחזה בקתא וידו אוחזת בעד הלהב וא"ל התקדשי לי בו ומשך ידו מהסכין והיא אוחזת בקתא כבראשונה לכאורה איכא לאיסתפוקי ולומר דכיון דלא נגמר ענין הפקדון ולא נתחייבה בשמירתו עד שמשך ידו איכא למימר לכאורה דהוי כשעת מתן וא"כ אי נימא דבשדיך מחמיר הרמ"ה בשעת מתן דלא בעי' מעשה הוכחה א"כ לכאורה מקודשת בכה"ג אבל זה אינו. דאי נימא כן בדעת הרמ"ה היינו משום שומת חכמים דעתה דבשדיך מתרצית בקידושין אם שתקה. ובכה"ג ודאי אדעתא דפקדון קבלתה ואיתתא לא גמירא דינא אם נתחייבה בשמירתו אם לא. וגם הוא גם היא לא עשו כלום אח"כ מהיכא תיתי נימא דנתרצית להקידושין בעניותי אפס מקום לומר כן שומת דעתה אף דכ' הפוסקי' שאין הולכים בקידושין אחר אומדנא וקבע כן הרמ"א (בריש סי' מ"ב) אין למדין מן הכללות דעובדא דתשו' מיימוני הוי שהאשה אמרה בפי' קדשני והוא אמר כן אעשה וקידש אותה ע"ז כ' שם דאף שנעשה דרך שחוק וחוכא ואטלולא דברים שבלב אינם דברים. ואע"ג דבאומדנא דמוכח אשכחן בכמה דוכתי דאזלינן בתר הכוונה בקידושין לא אמרי' הכי דאתתא בכל דהו ניחא לה והיינו נמי משום חומרא דקידושין אבל דוקא בכה"ג שייך לומר דברים שבלב אינם דברים. משום דדברים שבלב הוא נגד דברים שבפה משא"כ בנ"ד דכל חשש האיסור הוא דברים שבלב כמו שכתבתי לעיל אות ב' שעפ"י דינא דגמ' וגדולי הראשונים ז"ל בעי' בסתם קידושין דוקא דעבדה מעשה דמוכחא שנתרצית זולת במקומות המבוארים בש"ס דהוי קידושין אע"ג דלא עבדה מעשה דמוכחא ואמרי' שמו חכמים דעתה. וכבר כ' לעיל שאחר חתימת התלמוד אבדה דעת חכמים ואין לנו לדמות מילתא למילתא לשום דעתה אבל הואיל ונפק מפומי' דהרמ"ה ובאיסור חמור כזה אין לנו להקל נגדו ומ"מ ה"מ היכא דאיכא לדמויי. אבל היכא דחזינן דלא דמי למה לנו להחמיר. ועל כיוצא בזה נאמר אין לדיין אלא מה שעיניו רואות ואפי' אם נתן לה הסכין בסתם בעניותי לא בריר לי היכי נדייני'. דאם הי' נותן לה הסכין במתנה אזי קודם שמשך ידו הי' נקנה לה רק מה שבידה כמבואר ב"מ (דף ז') האי סודרא וכו' (ואם הי' נותן לה דרך קנין הי' כמה

חלוקי דיני' בזה ואכמ"ל) מאחר שמשך ידו הי' נקנה לה כולה ונ"ד אי נדמי' להא הוי קצת מ"מ קודם שאמר התקדשי לי אבל הואיל ולא נתן לה בתורת קנין איכא למימר דבמשיכת ידו נתן לה כולו והוי כקידושין בזריקה. ואיפכא נמי איכא למימר דאכתי ל"ד לזריקה דבזריקה היא יודעת שנותן לה בתורת קידושין אבל בנ"ד דכיון שהיא מחזקת בו כבתחלה אדעתה הראשונה היא מחזקת בו שלא לשם קידושין ומשיכת ידו לאו כלום הוא לדעתה ולא יהיב לה מידי בשעת הקידושין לדעתה ואנן שומת דעתה בעי' שנתרצית להקידושין:.

יב

ועתה באתי לישא וליתן בדברי מכ"ת על סדר דבריו אשר כ' שהקידושין בטלים מחמת שגם לפי עדות העד השני בתחלה שגם הוא מסופק אם זרקה תיכף מידה או אח"כ מבואר בתשו' מיימו' (סי' א') דהיכא דשני העדים מסופקים הוי כאלו קידש בלא עדים זולת אשר ראיית התשו' מיימו' נפלאו ממני זה שנים רבות ע"ש שמביא מהא דמוקי הש"ס בהכחשת כת א' זה אומר קרוב לו וזה אומר קרוב לה ולא מוקי כגון דשני העדים מסופקים ש"מ דבכה"ג אין חשש כלל. וכן סובבים הולכים כל דבריו בתשו' הנ"ל. והוא פלא דבש"ס לא הוזכר הכחשת העדים אלא גבי שני כיתי עדים אחת אומרת ק"ל ואחת אומרת ק"ל דבב' כיתי עדים א"א לפרש קידושין בספק ששנינו במשנתינו אלא בכה"ג. אבל גבי כת א' לא הוזכר כלל הכחשה אלא סתמא קאמר מתני' בכת א' דה"ל ספיקא דרבנן ומתוקם שפיר גם בששני העדים מסופקים. רק רש"י כ' שם דמיירי בהכחשה ואיכא למימר דה"ה נמי בששניהם מסופקים וחדא מינייי' נקט למהוי דומיא דב' כיתות ודומי' דאוקימתא דש"ס כתובות (ריש ד' כ"ג) ואכמ"ל אבל בש"ס ודאי נוכל לומר דקידושי ספק בכת א' היינו נמי אם שניהם מסופקי' (ואין רצוני להאריך בישוב דברי התשו' מיימו' כי אינו נוגע לדינא) כי ידעתי ידעתי שאינני כדאי לחלוק על רבן של ישראל מהר"ם ז"ל. רק על ראייתו לומר שאינה מכרעת לדינו דין אמת ומ"מ הבו דלא לוסיף עלי' דהיינו דוקא בדינא דידי' שהעדים מסופקים אם נעשה שום מעשה כלל לאפוקי מחזקתה שאם הי' קרוב לו הוי כאלו זרק קידושין בסוף העולם ולא אתעביד בה מעשה כלל אבל בנ"ד שנעשה בה מעשה קידושין אתרע חזקתה. לפי דעת הרבה מגדולי הראשונים עיין חי' הרשב"א ר"פ האשה בתרא וחי' הריטב"א קידושין (ד' ע"ט פ') וקרוב לזה הוא בתוס' כתובות (ד' כ"ג בד"ה תרוויי') וגם לפי הטעם שכ' הר"ן שם בכתובות דהאיסור לכתחלה הוא משום דעבידי דטעו מאן יימר דבעובדא דנ"ד לא עבידי דטעו. אמנם לפי חזרת העד השני אי הוי חזרה ולא נשאר אלא עד א' ודאי אין חשש בעדותו.

אבל לא ידעתי אם יוכל לחזור ולהגיד נגד עדותו הראשונה ואף שבעדותו הראשונה לא הגיד עדותו בפירוש רק אמר אף אני כמוהו מ"מ תלמוד ערוך הוא (סנהדרין ד' ס') דמדאורייתא עדותו עדות ואף באומר תחילה איני יודע רבו הפוסקים דלא מצי למימר נזכרתי ואיך נקיל בזה באיסור ערוה רק אם יתן אמתלא נגד דבריו הראשונים בטעם הנראה לב"ד שיתקבלו דבריו ודאי חזרתו חזרה הואיל ובתחלה לא אמר שיודע ודאי שלא השליכה תיכף מידה כמבואר בח"מ (סי' כ"ט). והרצאת דברים הרבה שיש לי בזה אכמ"ל:

יג

ומ"ש מכ"ת דכיון דלענין קידושין תכ"ד לאו כדיבור דמי. מה לי אם השליכה תיכף או אח"כ יפה הקשה ונראה שמחמת קושי' זו הביא ר' ירוחם (בריש נתיב כ"ב) בשם י"מ דדוקא שזרקו לה בחיקה וכו' ואין רצוני להאריך בישוב קושיא זו ובישוב דברי רבינו ירוחם בזה. כי לדינא אין להקל נגד הרשב"ם ב"ב (ריש ד' ק"ל) ותשוב' מיימו' הנ"ל שכ' להדיא שרק מחומרא דרבנן אמרינן דלאו כדבור דמי:

יד

ומ"ש מכ"ת דאפי' אם היו עדים אחרים מעידים שלא השליכה מידה תיכף אכתי הוי כל כת מעידים על חצי דבר. הנה בתשו' מוהר"ם רוטנבורג הקטן (סי' י"ט) כ' לפי העדות שלא בחנו דבריהם אם נתרצית תחילה להתקדש לו צריך לברר אם יש עדים ששדך ונתרצית להתקדש לו תחילה אע"ג דבעידנא דיהיב לה לא שמעו מפיו לשון קידושין אז ודאי צריכה גט עכ"ל:

ובתשו' מהר"ם ב"ב סי' תקי"ט חסר שם שיטה זו דצריך לברר כו' כמו בתשו' מיי' (סי' ד') וכן במרדכי שלהי פ' האיש מקדש. אבל בהגהת מרדכי ס"ס תקמ"ח כתב שם הך דצריך מקדש וכו' ולא יותר היינו שהגהתו הוא להשלים החסרון שבפ' האיש מקדש]:

ואכמ"ל בסוגיא דב"ב (ד' נ"ו ב') בענינא דדבר ולא חצי דבר כי מחוורתא משום חומרא דא"א הוא דמחמיר לאצטרופי עדי דמעיקרא עם עדי נתינת הקידושין ונ"ד חמיר טפי אף אי נימא דמוכחי מלתא מהא דלא שדתינהו ש"מ דנתרצית ומכ"ש אי נימא דשמו חכמים דעתה דנתרצית אי לא שדתינהו הרי דבר שלם העידו כל זמן שאין עדים מעידים דשדתינהו:

טו

ולדינא יפה כיון מכ"ת שזהו דינא של הרמ"ה דלא עבדא מעשה דמוכחא שנתרצית לשם קידושין וכבר כתבנו לעיל באות ה' דקם דינא כהרמ"ה ואף דבנ"ד היתה משודכתו.

ובדשדיך יש מקום לומר דמחמיר הרמ"ה כמבואר לעיל באות ז' כבר חוותי דעי באות ט' דכעין נ"ד גם הרמ"ה יודה ואין כאן אפי' ספק קידושין ועוד נראה דמשדיך דהש"ס ליכא לאתויי ראי' לשדיך דידן דבימי הש"ס הוו נהיגי לארס ולקדש רק לפני עדים. והחתונה הי' לאחר יב"ח שנותנין לבתולה בהא שפיר שייך למימר דאף דיכולה למימר דידי שקלי ולא לשם קידושין מ"מ היכא דשדיך שמו חכמים דעתה דלשם קידושין קבלה משום דבדעתה הראשונה עומדת שנתרצית לו לקידושין. אבל לפי מנהגינו לא נתרצית מעולם אלא להיות חתונה אתו לא להתקדש גרידא בלא נשואי חתונה כנהוג ולא שייך לומר שבדעתה הראשונה עומדת. ובפרט דלפי הנהוג לקדש תחת החופה דוקא ודאי כסיפא לה מילתא טובא להתקדש גרידא שהוא מעשה רקים ופוחזים. ברווחא איכא למימר דדרך בזיון לא נתרצית וכעין זה אשכחן בש"ס (קידושין ד' מ"ה) לענין רצוי האב על קידושי בתו הקטנה דכי קדיש בשוקא אפי' למ"ד חוששין שמא נתרצה האב ה"מ דרך כבוד אבל דרך בזיון לא וכבר כתבתי לעיל דאף דאין הולכין בקידושין אחר אומדנא אבל היכא דכל עיקר חשש קידושין הוא משום שומת דעת שפיר איכא למימר דבכה"ג ליכא שומת דעת כלל לחומרא:

ותו דהא שקלא וטריא דידן. רק אי נימא דארצאי מעיקרא שכ' הרמ"ה הוא דשדיך סתם וכפי דרך הד' שכתבתי בדעת הרמ"ה וכבר כתבתי שהעיקר נראה בדעת הרמ"ה דבסתם שדיך לא מחמיר הרמ"ה ואף שלא מלאני לבי להחליט כן מחמת חומר האיסור אבל בנ"ד לדעתי אין להחמיר וכדכתיבנא וגם משום קלא אין כאן חשש דבודאי נפק הקלא שקידשה ברמאות שלא כדרך המקדשים ומימר אמרי עיינו רבנן בקידושין ולית בהו משש. וכ"ה באמת לפענ"ד אם יסכים עמי מכ"ת אחר העיון היטב בדברי עכ"פ עוד א' מגדולי המורים. וה' אלקים אמת ינחנו בדרך אמת בתורה דכתיב בה אמת ושלום על דייני ישראל כנפשם ונפש החיים באמ"ו מוהררי"ץ זללה"ה מוולאזין א"ח הפסח תקע"ז:

סימן ב

תשובה זו מצאתי בין כתבי אא"ז הגאון זצ"ל. ואם כי שמו אינו חתום עלי'. אך מריהטא דלישנא נראה אשר תשובתו היא לכן הנני מדפיס אותה בין תשובותיו:

שאלה אשה אחת מרדה על בעלה ולא רצתה לדור עמו כדרך כל הארץ מחמת ריח הפה שהי' לו ובין כך מת בעלה ותובעת האשה מן היורשים את כתובתה וכל מה שהכניסה לבעלה תשובה הנה מתוך לשון השאלה לא נתברר לי היטב גופא דעובדא בכל פרטי' ע"כ מוכרח אני להאריך קצת ולבאר בקצרה הדעות והשיטות אשר בסוגיא

זו ואח"כ אבוא לענין השאלה. וזה החלי בעזרת החונן לאדם דעת ואל אלהים אמת ינחני בדרך האמת. גרסי' בפ' אעפ"י (ד' ס"ג ע"ב) ה"ד מורדת אמר אמימר דאמרה בעינא לי' ומצערינא לי' אבל אמרה מאיס עלי לא כפינן לה וכו' כלתי' דר"ז אימרדה כו' הפסיד' בלאותי' קיימין כו' א"ד לא הפסידה בלאותי' כו' השתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינן מינה לא תפסה לא יהבינן לה ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא: **והנה** רבו השיטות בסוגיא זו וארבע שיטות כבר הביא הב"ש וכללם בקצרה (בסי' ע"ז ס"ק ח') עוד שיטה חמישית הביא בס"ק י"א בשם הרלב"ח ע"ש. עוד שיטה ששית הביא המרדכי בשם יש מן הגאונים וכן פי' ר"ח דבמאיס עלי לא הפסידה כלום וכופין אותו להוציא אחר יב"ח ע"ש. עוד שיטה שביעית היא דעת הר"ן לדברי האומרים דהפסידה כתובתה בטענת מאיס עלי (והוא דעת הרמב"ן והרשב"א) ובזה חולק עליהם שכ' לשיטתם נראה דהפסידה כתובתה לאלתר ולא מהני לה חזרה אף תוך יב"ח ולא משהינן לה אלא שמא יתפייסו ויכתוב לה כתובה מחדש. עוד שיטה שמינית כתבו התוס' בד"ה ואינהו כמאן סברוה ע"ש שכ' דמסקנא דמשהינן לה קאי אמורדת ולא אאומרת מאיס עלי דבמאיס עלי כיון ששניהם חפצים בגירושין למה נשהה אותה (ובהגהת מרדכי הביא בשם ס' הישר לר"ת כדעת התוס' הנ"ל והוא נגד כל הפוסקים שהביאו בשמו דמשהינן לה קאי אמאיס עלי ונראה דגם ר"ת הי' דן בזה כדינא דמתיבתא וצ"ע). עוד שיטה תשיעית כ' הגהת מיימוני ומרדכי בשם ר"ת דמשהינן לה לא קאי אלא אמאיס עלי ולא אמורדת (ואף שלכאורה היא כשיטת הרמב"ן והרשב"א אבל לפי"מ שאכתוב לקמן יהא נ"מ ביניהם לדינא במאיס עלי אם מת אחר יב"ח או רוצה להתפייס) ולולא שיראתי להכניס ראשי בין הרי ישראל הייתי אומר שיטה חדשה דבאמת נראה פשטא דסוגיא כדעת הר"ן ודעימי' דבמאיס עלי לא הפסידה כלום ואינה בכלל מורדת כלל וכלתי' דר"ז אימרדה לצערי' כמ"ש הר"ן. אמנם מסקנא דמשהינן לה יב"ח נראה דקאי אמורדת דוקא ולא ידעתי מי הזקיקו להר"ן ומנין לו לומר דבמסקנא דמשהינן קאי גם אמאיס עלי כיון דכלתי' דר"ז איירי במורדת לשיטתו ועלי' מסקינן ומשהינן לה יב"ח וכן הוא לכל השיטות להרמב"ם קאי דוקא כעובדא דכלתי' דר"ז דסמיך לי' ולהרמב"ם מורדת היתה לצערי' ולהרמב"ן ולהרשב"א אמאיס עלי דוקא ולהרא"ש קאי ג"כ אמאיס עלי כעין עובדא דכלתי' דר"ז לשיטתו רק דבמכ"ש נשמע הכי גם אמורדת וניחא דקבעוה בגמ' בתר עובדא דכלתי' דר"ז אבל לשיטת הר"ן לא ידעתי מנין לנו לומר דבמאיס עלי משהינן (וכן קשה גם אשיטת המרדכי בשם הגאונים ור' שהבאתי לעיל דבמאיס עלי לא הפסידה כלום וא"כ ע"כ עובדא דכלתי' דר"ז מיירי במורדת דאמרה בעינא לי' כו' ואפי'

הכי מסיק במרדכי דמשהינן במאיס עלי. ולשיטת התוס' ד"ה ואינהו אין הכרע במאי מיירי עובדא דכלתי' דר"ז ולפי פשט לשונם משמע ג"כ דמיירי במורדת דאמרה בעינא לי' כו' ק' ג"כ קושיא הנ"ל. אבל קושייתם הביאם לפרש כן דבמאיס עלי כיון ששניהם חפצים כנ"ל) וגם לא נתחוור לי ענין השהי' לדעת הר"ן דכיון דלא הפסידה כתובתה ואין יכול לגרשה אא"כ נותן לה כתובה והיא ג"כ היא חפצה בגירושין למה נשהה אותם כקושית התוס' הנ"ל כיון ששניהם חפצים בגירושין וכו' ועיין בראי"ש שנשמר מקושיא זו ופי' לשיטת ר"ת דמשהינן לה שמא תחזור ותקנו שלא תהא מחילתה מחילה עד יב"ח אבל אם רוצה לתן לה כתובתה ודאי דלא משהינן לשיטת הרא"ש וכדכתב שם הרא"ש להדיא וכן הוא לשיטת הרמב"ן והרשב"א להדיא הובא גם בהגהות רמ"א וז"ל ואם רוצה לגרשה תוך יב"ח נותן לה נצ"ב וכתובתה וכל מ"ש לה. והנה גם המ"מ הרגיש בזה ונדחק לפרש דברי הרמב"ם שכ' במורדת דאחר ההכרזות והמלכות אבדה כתובתה ואין נותנין לה גט עד יב"ח ופי' המ"מ דמבקשין ממנו שלא יגרש אותה עיין ח"מ (ס"ק י') וב"ש (ס"ק י"ג) שהביאו לשונו ובאמת דבריהם אינם מוכרחים דנראה פשט דעת הרמב"ם דאף דאבדה כתובתה תיכף אחר ההכרזות מ"מ משהינן יב"ח דלמא הדרא בה ויכתוב לה כתובה מחדש וכן נראה דעת הרא"ש והטור. ונראה לומר דגם לדעת הרמב"ם היינו משום דבמורדת בעי' לי' ומצערא לי' והוא מגרשה בע"כ ובלא כתובה מש"ה משהינן לה אבל אם שניהם חפצים בגירושין והוא רוצה לסלקה כתובתה למה יגרע מכל המגרשים נשותיהם. ונראה דעת הר"ן דתקנת חכמים הוא להשהות בין במורדת בין במאיס עלי אף ששניהם רוצים אולי יתפייסו מרצונם ולא יבוא לידי גט או דחיישינן שמא עיני' נתנה באחר מש"ה קנסינן לה להשהותה יב"ח לבל תנשא לאחר וכן כתב הראב"ד בס' הזכות דקנסינן לה:

הנה בסוגיא דמורדת רבו השיטות. ואחר העיון מצאתי עשר שיטות חלוקות ואין כאן מקומם ובארתים בקונטרס מיוחד בעזהי"ת והמורם מהם כיוצא בהם המורם מארבע שיטות שהביא הב"י ובארם יפה הב"ש (סי' ע"ז ס"ק ח') וזהו המצטרך לענינינו דבמורדת לכ"ע לא הפסידה בלא הכרזות והמלכות ובטענת מאיס עלי לא הפסידה תוך יב"ח זולת לדעת הרמב"ם. אבל לדעת רוב הפוסקים בעינן שהי' יב"ח במאיס עלי והכי נקטינן דלא כפסק הש"ע וכבר הרגיש גם הב"ש (בס"ק י"א) להפליא על הרמ"א שלא הגיה כן על הש"ע. גם העלתי בקונטרס הנ"ל דמה שכתב הר"ן בתשו' (סי' כ"ב) הביאו גם הח"מ (בס"ק ז' וס"ק כ"ג) והב"ש (בס"ק ח') וכ"כ הריב"ש בתשו' (סי' שס"ח) דהא דמסקינן בגמ' גבי בלאות אי תפסה לא מפקינן מינה היינו דוקא בבלאותי' משום שבח בית

אבי' אבל במעות הנדן שהכניסה לא מהני תפיסה. ולפענ"ד במחלוקת דינא דגמ' עם דינא דמתיבתא הדבר תלוי דהמרדכי ס"פ אעפ"י הביא תשובות ה"ר מתתי' והוא בדפוס זו' (דף קל"ג ע"ג) וכפול גם בהגהות מרדכי (ד' ק"מ ע"ב) וז"ל אם זה האיש שוחק ומאבד ממונו בשחוק וכו' ומיהו אי תפסה מנדונייתא וכו' כדמסיק שם דאי תפסה לא מפקינן ורוצה לומר במה דהנעלת וכיון דאבי' מוחזק מן הנדן דהנעלת וכו'. ולפענ"ד פשוט וברור דה"ר מתתי' לא קאי אדינא דמתיבתא כלל רק אדינא דגמ' ומה שכתוב ומיהו אם תפסה כו' קאי אדמצערינא לי' וס"ל מתתי' כשיטת הרמב"ם דכלתי' דר"ז מיירי במורדת ועלה מסקינן דאי תפסה לא מפקינן כו' ואפילו הכי סיים וכיון שאבי' מוחזק מן הנדוניא וכו' הרי להדיא דס"ל דבמעות הנדן מהני ג"כ תפיסה לדינא דגמ' (ואף שבנ"ד לא נ"מ מידי לדינא מזה מכל מקום כתבתי זאת בכדי לתרץ תשו' מהר"מ שבמרד' אח"ז תיכף כמש"ל דמהר"ם נמי ס"ל הכי):

גם נראה לפענ"ד פשוט דעפ"י דינא דגמ' בודאי שייך טענת מאיס עלי אף אם אינה יכולה לברר האמתלא לפני ג"א שהתוס' פ' אעפ"י (ד' ס"ג ע"ב ד"ה אבל) כתבו וז"ל ומיהו יש לדחות דלא מצי למימר מאיס עלי אלא היכא שיש רגלים לדבר (הובא דבריהם גם בהגהת מיימוני פי"ד ובהגהת מרדכי ד' ק"מ ריש ע"ב) נראה פשוט דלא כתבו כן אלא בדרך דחי' ואף גם זאת דוקא למ"ד דכופין אותו. וכן פ' הב"ח וכן מוכח מדברי התוס' בד"ה הנ"ל שכתבו אח"ז וז"ל וזה נמי אין להקשות במתני' לר' יוסי אמאי פוחתין לה מירושה שנפלה לה תטען מאיס עלי וכו' ואס"ד דלא מצי למיטען מאיס עלי אלא היכא דאיכא רגלים לדבר לא הי' שייך קושייתם כלל וכ"כ התוס' אח"ז להקשות מסוגיא דנדרים דהיכא דלא מירכס שריא והקשו אמאי תהא נאמנת במיגו דאי בעי אמרה מאיס עלי ואס"ד דבעינן רגלים לדבר בטענת מאיס עלי ליכא מיגו כלל א"ו פשוט דהתוס' כתבו כן דרך דחי' ושלא כד"ת השיג הר"מ על הב"ח מדברי התוס' הנ"ל בהשגותיו אות ד' ע"ש (ועמש"ל לפי דברי הגמר"ד) וכן כתב הרשב"א בתשו' סי' תקע"ב וז"ל ואם נפשיכם לומר שאינה יכולה לומר מאיס עלי אלא במה שאפשר שיש לו דבר שהוא מאיס וכו' אינה זה שאין החן והמיאוס תלויים ברצון הלב וכו' וכ"כ הר"ן בתשו' סי' ג' וז"ל שאלתם אשה מרדה על בעלה ומנעתו מתשמיש המטה בלא שום טענה בעולם אלא שאומרת מאיס עלי וכו' והשיב בתשו' דאם אמרה אינה רוצה בו ובכתובתו דיינינן לה בדינא דמאיס עלי ע"ש [כדברי ר"ת בתוס' הנ"ל יעו"ש] וכ"כ עוד הר"ן בתשו' סי' כ"ב דאשה שנדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה בחלי' והשיב שם בתשו' וז"ל לפי זאת דינה כמורדת האומרת מאיס עלי וכנ"ל אבל זאת שנדרה הנאה ממנו הרי היא אומרת מאיס עלי וכיון

שכן לא הפסידה בלאותי' וכו' ועל דרך זה הולך גם הריב"ש בתשו' סי' שס"א דנודרת הנאה מיבמה כיון דלא בעי לי' דינה כאומרת מאיס עלי וכ"מ מדברי הרמב"ן שהביא שם הרב בתשו' הנ"ל להקשות על שיטת הרמב"ם דס"ל דבטענת מאיס עלי כופין אותו להוציא ומקשה הרמב"ן מהא דאמרינן בפ' ב"ש גבי הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה ואם נתכוונה לכך מבקשין ממנו שיחלוץ לה והא כיון דנדרה הנאה הרי מאיס עלי' ולא בעי' ליה ואם איתא אמאי מבקשין ולא כופין אותו להוציא ע"ש ואס"ד דהיכא דליכא רגלים לדבר חיישינן שמא עיני' נתנה באחר לק"מ על הרמב"ם א"ו נראה ברור ופשוט מדעת כל הפוסקים ראשונים ז"ל דעפ"י דינא דגמ' לא בעינא רגלים לדבר (ועמש"ל דאף עפ"י דינא דמתיבתא לא בעינן שתוכל לברר האמתלא דלא כהרמ"א והאחרונים שנמשכו אחריו) זהו עפ"י דינא דגמ' ועכשיו נבוא לענינינו עפ"י דינא דמתיבתא שקבע הרמ"א להלכה בטענת מאיס עלי והנה לפי מה שהעלו האחרונים ז"ל ג' חלוקים באומרת מאיס עלי. עיין ח"מ ס"ק כ"ו וב"ש ס"ק כ"ז ובקיצור דינא ע"ש:

נראה בענין שאילתא דשאילנא אם הי' אמתלא מבוררת וידוע לב"ד שהי' לו ריח הפה (ולא הי' בדין לכופו להוציא כמבואר ריש סי' קנ"ד בב"ש ס"ק ב' ע"ש דאם הי' בדין לכופו להוציא וליתן כתובה מה זו שאלה) לא הפסידה מה שהכניסה. ואף לפי מה שכתב הט"ז ואחריו נמשך הב"ש (בס"ק כ"ז) וכן קבע להלכה בקיצור דינא דא"צ להחזיר לה את שלה אלא בשעת הגט אבל קודם הגט א"צ להחזיר אא"כ תפסה מ"מ כיון שלא הי' יכול לגרשה אא"כ נותן לה מה שהכניסה אם מת גובה את שלה מן היורשים דמי' למ"ש הרשב"א הובא דבריו במ"מ (פי"ד דאישות ה' ח') וכן בב"י בשם תשו' הרשב"א וכן קבע הרמ"א (ס"ק ב') בתוך יב"ח כיון שאינו יכול לגרשה בלא כתובה אם מת גובה כתובתה מן היורשים (ומה שנרשם בהגהת רמ"א דין זה בשם הר"ן ליתא אלא דהוציא כן מדברי הה"מ בשם הרשב"א שכ' כן לענין מאיס עלי וס"ל להרמ"א דה"ה למאן דס"ל דבמורדת משהינן לא אבדה כתובתה תוך יב"ח אבל באמת צ"ע דלשיטת הרמב"ם נראה דאבדה תיכף אחר הכרזות רק דתקנתא עבדו לדידה שלא יוכל לגרשה עד יב"ח דלמא הדרה בה ולכתוב לה כתובה מחדש וכ"נ דעת הרא"ש והטור וכמו שכתב הב"י והב"ח ודלא כהט"ז שכתב דלדידה לא מכריזינן כלל במורדת שהרי הרא"ש (ס"ס ל"ג) כ' דהלכה נמלכים בה להודיע לה קודם ההכרזה) ה"ה עפ"י דינא דמתיבתא גובה מן היורשין מה שהכניסה אף לדעת הב"ש והט"ז והמותר עד כדי כתובתה הפסידה ולפמ"ש הב"ש בקיצור דינא סי' א' וז"ל ואם מתה קודם הגט יורש אותה וכו' כקודם שגירש וכ"א יושב לבדו משמע דאין להם זע"ז שום תנאי כתובה אלא אם מתה יורש אותה (דירושה דבעל ודאי נפקעת אלא

ע"י גירושין כמ"ש הרי"ף וכ"ה בהגהת רמ"א (סוף סעיף ג') ולפ"ז צ"ל דגם עפ"י דינא דמתיבתא אינה יכולה לחזור בה ואם רוצה לקיימה צריך לכתוב לה כתובה אחרת כמו שכתב הרמ"א סעי' ב' במורדת דמצערנא לי'. וכן כתב הר"ן בפ' אעפ"י להדיא דלמ"ד במאיס עלי הפסידה כתובתה אף דמשהינן לה אגיטא אפ"ה אם נתפייסו צריך לכתוב לה כתובה אחרת. ועיין ב"ש (ס"ק י"ז) וצ"ע על הרמ"א שלא כ' דין זה וגם אין נוהגין כן ואף שאמתלא מבוררת לב"ד לא שכיח כ"כ מ"מ הא גם באינה מבוררת אם בא לגרשה א"צ לתן אלא מה שהכניסה דיכול לומר אני מאמין וא"כ נמחל כתובתה ושעבוד כתובתה וצריך לכתוב כתובה אחרת ומעשים בכ"י שאין נוהגין כן ואף שלכאורה מדברי המרדכי והג"א שהביא דינא דמתיבתא בשם הר"מ דמעגנין להו עד שתתפייס להיות עמו משמע דלא כהב"ש אלא דמהני חזרתה ואולי מש"ה נהגו שאין כותבין כתובה מחדש גם יש לומר דלפמ"ש התוס' והרא"ש הטעם דבמאיס עלי הפסידה כתובתה מטעם מחילה א"כ יכולה לומר דלא מחלה אלא אדעתא להתגרש ולהפטר ממאיסותה. אבל כ"ז שאינו רוצה לגרשה עדיין לא נמחל שעבודא ומש"ה אם רוצה לקיימה א"צ לכתוב מחדש ומש"ה לא כתב הרמ"א דין זה אלא גבי מורדת דמדינא הפסידה מחמת מרדה ולא מטעם מחילה אף שהרשב"א שממנו מקור דינא כ' כן אמאיס עלי כמו שכתב הה"מ היינו דלשיטתם אזלי דס"ל דגם במאיס עוקרת תנאים הראשונים כמו שכתב הר"ן לשיטתם. וא"צ לטעם מחילה מ"מ בלא ראי' ברורה לא מלאני לבי לחלוק על הב"ש להוציא ממון מיתומים בסברא בעלמא. ואולי גם דעת הר"מ עד שיתפייסו ויכתוב כתובה מחדש וא"כ אם מת הפסידה מותר כתובתה (כמש"כ לעיל דהא בהא תליא) ומ"מ לפענ"ד דדוקא אם עמדה בדין עם הבעל אבל אם לא עמדה עמו בדין נראה דודאי יכולה לחזור בה וא"כ אם מת הוא גובה כתובתה מן היורשים (ומתוך דברי השאלה לא נתברר לי גופא דעובדא אם עמדה עמו בדין ומשמעות דורש אני שזה חצי שנה שעמדה עמו בדין) ואם נראה לב"ד שיש ערמה בדבר וטענתה שקר לכאורה נראה בכה"ג אבדה הכל אף בלא הכרזה אבל מדברי האחרונים ובפרט מדברי הב"ש בקיצור דינא שסמוך דין ב' נראה דדינה כמורדת דמצערנא לי' ממש ולא הפסידה כתובתה בלא הכרזה וא"כ בנ"ד גובה כתובתה כיון שמת קודם שהכריזו עליה ואם אין נראה ערמה רק שאין אמתלא מבוררת לברר לכאורה י"ל דבנ"ד הואיל ואם הי' בעלה רוצה לגרשה היתה יכולה לתבוע כל מה שהכניסה בממ"נ דאם טענתה אמת צריך להחזיר לה את שלה עפ"י דינא דמתיבתא ואם טענתה שקר הרי לא הכריזו עלי' ולא הפסידה כלום א"כ ה"ה אם מת גובה מן היורשים מה שהכניסה וא"כ תפסיד באין ערמתה מבוררת יותר משערמתה מבוררת.

אמנם לפמש"ל דעפ"י דינא דגמ' שייך טענת מאיס עלי אף בלא אמתלא מבוררת א"כ בנ"ד נראה פשוט דתוך יב"ח אם בא לגרשה צריך להחזיר לה מה שהכניסה בממ"נ דאם נאמין לטענתה צריך להחזיר לה את שלה עפ"י דינא דמתיבתא. ואם לאו הרי עפ"י דינא דגמ' לא הפסידה תוך יב"ח כמש"ל דדעת הפוסקים רובם ככולם דתוך יב"ח לא אבדה כתובתה אם כן אם מת תוך יב"ח גובה מן היורשים מה שהכניסה אבל אחר יב"ח אם מת אבדה כתובתה עפ"י דינא דגמ' ועפ"י דינא דמתיבתא כנראה:

ולפענ"ד נראה פשוט דשהייתה יב"ח חשבינן משעת העמדה בדין כמשמעות הגמ' דמשהינן לה דמשמע דאב"ד קאי. כ"ז כתבתי לפ"מ שהעלו האחרונים עפ"י דברי הרמ"א ז"ל ואמנם לפענ"ד נראה שלא כוונו יפה בכמה דברים בסי' זה ואחוה דעי גם אני בעזרת החונן דעת והמעיין יבחר:

הנה בדינא דמתיבתא שהביא הרי"ף וש"פ בשם הגאונים באר מפורש דמה שהכניסה יהבינן לה בין תפסה ובין לא תפסה גם תשובת ה' מתתי' שהביא המרדכי והגה' מרדכי כבר כתבתי לעיל דברור ופשוט דלא איירי כלל בדינא דמתיבתא רק קאי אהא דמסקינן בגמ' אי תפסה לא מפקינן מינה וס"ל דבלאותיה לאו דוקא אלא ה"ה במעט הנדן מהני תפיסה (ודלא כהט"ז שהביא גם מתשו' זו ראי' דבעי' תפיסה גם לדינא דמתיבתא קודם הגט) אמנם המרדכי ריש פ' אעפ"י אחר תשו' ה' מתתי' הנ"ל (דף קל"ד ע"ג) הביא תשובה הר"ז וז"ל שאלת בענין המורדת דייניא דינא דמורדת כמ"ש הרי"ף ורוב הגאונים. סוף דבר נדוניא דהנעלת לי' אי תפסה לא מפקינן מינה לד"ה (כן הגיה הג"מ וכ"ה בהג"א וכ"ה הגי' האמיתית לפענ"ד כמש"ל) לכאורה הוא סותר לדינא דמתיבתא דלא בעי תפיסה. והנה הרש"ל הרגיש בסתירה זו בתשובתו וכ' בפשיטות דהאי תפיסה לאו דוקא הוא אלא לרבותא דסיפא נקטי' דבמה שהכניס הוא לא מהני תפיסתה ואת"ל דוקא היינו היכא דאינה יכולה לברר וללבן טענותי' מש"ה בלא תפיסה לא מהימנין לה עכ"ד וכן כתב הרמ"א בד"מ אות י"ג על תשובות מהרי"ו שהביא שם שכ' ג"כ שאינה נוטלת מה שהכניסה אא"כ החזיקה בה וכן כ' הרמ"א בד"מ בשם הגהמ"ר והוא (בדף ק"מ ע"ב) בשם תשובת מהר"מ ז"ל וז"ל אין בטענת מורדת ממש עד שתתן אמתלא וכו' והטוענת מאיס עלי בלא טענה אין לה מזונות וכו' אא"כ תפסה מה שהכניסה לא מפקינן מינה. ולמד הרמ"א דהאי בלא טענה ע"כ ר"ל בלא טענה מבוררת אבל מ"מ אין הדברים מוכיחים שהוא ערמה דבטענת ערמה לא מהני תפיסתה כמ"ש המהר"ם בתשו' הנ"ל שהביא המרדכי ס"פ אעפ"י וז"ל אבל כל היכא דאמרה מאיס עלי והדברים מוכיחים שאינו כן אלא מחמת כעס וכו' יהבינן כולא לדידיה בין מה שהכניסה היא ובין

מה שהכניס הוא וכו' ובתשובה מיירי ע"י תפיסה כמ"ש בראש דבריו. סוף דבר נדוניא דהנעלת לי' אי תפסה כו' ואפ"ה לא מהני היכא שנראה שטענתה שקר (וכן העתיק הד"מ באות י"ד להדיא בכה"ג מוציאין ממנה הכל) ומכאן הוציא הרמ"א היכא דהאמתלא אינה מבוררת לב"ד צריכה תפיסה וקבע בהג"ה ש"ע (סי' ע"ז סעי' ג') וז"ל אין חילוק בין תפסה או לא תפסה בטוענת מאיס ואינה נותנת אמתלא מבוררת לדברי' וכו' ואחריו נמשכו הח"מ והב"ש ואף שהב"ש קבל תירוץ הט"ז לתרץ דדינא דמתיבתא מיירי בשעת הגט כמ"ש בדינא דמתיבתא דיהבינן לה גיטא לאלתר והמרדכי מיירי קודם הגט כמ"ש בתשובה זו להדיא דלא נתנה כתובה לגבות מחיים עכ"ד הט"ז וקבע הב"ש דינו להלכה כמש"ל. מ"מ גם חילוק של הרמ"א ישר בעיני הב"ש מסברא ומדברי הגהת מרדכי הנ"ל כנכלל בלשונם הצח (ס"ק כ"ז) למעיין בדבריו והב"ח לא ראה דברי דרכי משה אלו וגם לא הרגיש בדברי רמ"א הנ"ל ופי' הוא דאמתלא מבוררת היינו שמבררת דברי' שלא יראו שום ערמה בדברי' אעפ"י שאינה יכולה לברר כלל שכדברי' כן הוא והשיג עליו הח"מ בהשגותיו אות ד' ע"ש ולפי דברי הב"ח עקר לדינא בזה דמה שהקשה הח"מ דהאיך תוכל להוציא ממנו אם הוא טוען להיפך הרי לק"מ דתקנות חכמים היא שלא תצאנה לתרבות רעה אם אולי כנים דברי' ומש"ה תקנו רבנן סבוראי דינא דמתיבתא אף לכופו כדכ' מהרי"ק להדיא ומש"כ הח"מ מדברי תשו' מהר"מ שבמרדכי עיין הגהות מיימוני (פ' י"ד דאישות אות ה') שכתב בלשון אחר וז"ל בסוף דבריו שברצון היתה נשארה תחתיו לולא זה הדבר שטוענת ואומרת שמאיס עלי' היינו כדברי הב"ח שתהא טענתה ברי בלא חשש ערמה לפי דבריו:

וכ"ה בתשובת מהר"ם בד"פ סי' תתקמ"ו וזה לשון השאלה גם תודיעני דין זה על ראובן שטען על אשתו היא יצאתה מביתי בשלום ובלא שום דברי מחלוקת ובלא קטטה ולא ידעתי מה היה לה ומי יעץ לה שאינה רוצה שוב אלי עוד ועכשיו אני תובע שתחזור לביתי לעשות לי כל דבר שאשה עושה לבעלה כו' ואפוטרפוס שלה השיב הוא הכה אותה וכו' וכ"כ עשה לה צער ובזיון עד שסוף דברים אומרת מאיס עלי והבעל משיב ח"ו לא נגעתי בה כו' רק מעצמה הלכה כו' והשיב מור"ם וז"ל הכי דייניגן אין אנו חוסמין אותה לפניו עם הנחש בכפיפה גם אין אנו כופין אותו להוציא כדברי הגאונים ורש"י (ולפענ"ד שט"ס הוא וצ"ל ור"ש והיינו הרשב"ם שהביא התוס' דס"ל כדעת הרמב"ם דכופין) אחרי שר"ת אוסר ופי' השמועה דפ' אעפ"י בענין אחר אך יתעגנו שניהם עד שיאותו לרחק או לקרב ומה שהכניסה היא מחזירין לה בתוך כך כנ"ל הרי להדיא דעובדא הוה שלא יכולה לברר האמתלא שהרי כיחש לה ואדרבה הוא אומר שאולי מי

יעץ לה וגם תפיסה לא הזכיר השואל וכן משמע מענין השאלה שלא תפסה כלום ואפ"ה השיב להחזיר מה שהכניסה:

וכ"כ המהרי"ק להדיא שורש כ"ט וז"ל דהא ודאי לדעת הרי"ף והגאונים דאית להו דכופין אותו להוציא במורדת דמאיס עליה ואפילו בלי שום טענה כי היכי דלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה כו' אבל לדברי רבינו יעקב דפסק דאין כופין כו' וכ"מ בש"פ דתקנתא דמתיבתא היא אף בלא אמתלא אף לענין הכפי' וכ"ש בענין הממון רק מהר"ם מרוטנבורג הוא שהתחיל להחרים ולחוש לערמה אף בענין הממון היינו אם נראה שיש חשש ערמה בדברי' אבל אם מראה איזו טענה בריאה וטובה לפ"ד אף שאינה יכולה לברר טענתה וכ"כ הרא"ש בתשובה (כלל מ"ג סי' ס"ו) הובא רוב דבריו גם בב"י וז"ל בהכרחת נתינת הגט ראיתי לרבותינו ז"ל מתרחקים עד הקצה כי נראה להם דברי ר"ת ז"ל וראיותיו עקרים ואם ראו כו' בימי הגאונים ז"ל בישיבות של בבל שהיה צורך שעה כו' ותיקנו שיגרש האיש את אשתו בע"כ כשהיא אומרת לא בעינא לגבראי כו' עד והאידנא נראה להיפך הענין וכו' אם תוכל האשה להפקיע א"ע מתחת בעלה באמרה לא בעינא ליה לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה ויתנו עיניהם באחר וימרדו בבעליהן עכ"ד הרי להדיא דתקנתא דמתיבתא היה בדאמרה לא בעינא ליה לחוד (כפשט לשון הרי"ף) בלא אמתלא דאי באמתלא מבוררת דוקא הרי הנחת והנחת כל בנות א"א זולת אשר אמתליהם נכרות ונראות לב"ד וכן מובן הרא"ש שם אמנם נידון זה סיפר לי אחי אמתלאי' שנותנין למרידתה ואתה דיין בדבר הזה תחקור כו' אם יש ממש וכו' ראוי שתסמוך על מנהגם בעת הזאת לכופו אלא שאמרה אינה חפצה בו יותר ומנהגם הרע לכוף אותו לאלתר וענו אותו בכבלין כו' והשיב הרא"ש שהרבה כתב ע"ז שלא לכופו והיינו שפוסק בענין הכפי' כר"ת כמ"ש סי' ח' שנראין דברי ר"ת וראיותיו עקרים אבל מ"מ דינא דמתיבתא נראה גם מדבריו שהיא אף בלא אמתלאות וכן הוא בהדיא בתשו' מהר"ם וכו' עד ואפילו הכי השיב מהר"ם להחזיר לה מה שהכניסה והיינו כדעת הב"ח הנ"ל:

אמנם מה שמתרץ הב"ח על ענין תפיסה שבתשו' מהר"ם הובא במרדכי ס"פ אעפ"י ונדחק לחלק בין מעות ובין בגדים הוא דוחק גדול וכבר השיגוהו הח"מ אות ה' מהשגותיו גם הט"ז והגהת הח"מ בשם הד"מ כבר נסתר כמו שכתבתי לעיל דלא בעינן שנתברר האמתלא גם תי' הט"ז לחלוק בין בשעת הגט לקודם הגט ע"ש שהרבה להשיב על הרמ"א שמשמע מדבריו שנותנים לה קודם הגט וכתב עליו שלא יצא ידי חובת העיון בזה ואף שלכאורה הוא נכון ולפי דבריו אוסיף נופך דודאי דינא דמתיבתא מיירי ע"י

כפי' דוקא וכמו שכתב הרי"ף בסוף דבריו וכל מאן דכפינן כו' בין מעיקר תקנתא והיינו תקנתא דמתיבתא כמ"ש הר"ן וכ"כ עוד הרי"ף בפ' בתרא גבי הפוסק מעות לחתנו. והשתא דתקנו רבנן למורדת כו' כייפינן ליה ויהיב לה גיטא בע"כ וכ"כ ממש הרי"ף כאן והדין תקנתא ליתא כו' אבל היכא דאתמרעא כו' היכא דמיעקר נחלה דאורייתא לא תקנו רבנן כו' והיינו דלא תקנו לכופו דאי מרצונו מי ימחה בו להפקיע ירושתו ואם אינו מרוצה הא כתב הרי"ף אח"ז דלד"ה כל מאן דכפינן כו' ירתי לה בעל וכ"כ המ"מ (פ' כ"ב מה' אישות הלכה ו') על דברי הרמב"ן שכיון לדברי הגאונים הללו ודאי וכ"כ האגודה להדיא דהיכא דאתמרעא כו' לא כפינן ליה וכן פסק הריא"ז דברי הרי"ף הלז וכ"כ לפני זה דתקנת הגאונים הי' ע"י כפי' וכ"כ בהגאשר"י וכן הוא בתשו' הרשב"א סי' אלף קצ"ב ואלף רל"ה וכ"ה בתשובה מהר"ם וש"פ. כתבתי כל זאת לאפוקי מדברי הרא"ש והטור שרוצים להשוות דברי הגאונים לדברי ר"ת דמ"ש בתקנת דמתיבתא ויהבינן לה גיטא לאלתר היינו שלא ע"י כפי' וזה אינו וכן בתשו' הרא"ש גופא שהבאתי לעיל מודה דתקנת הגאונים היה על ידי כפי'. ואם כן לכאורה תירוץ הט"ז נכון ומקובל אמנם מתשובות מהר"ם סי' תתקמ"ו שהבאתי לעיל מוכח להדיא שלא כדבריו כמו שכתבתי לעיל דהתם מיירי שלא על ידי תפיסה וסיים שם בתשובותיו יתעגנו שניהם וכו' ובתוך כך יחזירו לה מה שהכניסה וכן בתשובת הרא"ש כלל מ"ג סי' א' ע"ש בדברי השואל שסיים ועוד היא באה בטענת מורדת ותובעת מה שהכניסה עכ"ל הרי להדיא דמיירי בלא תפיסה וע"ש בדברי התשו' שסיים הרא"ש וז"ל ואותו הסכום יחזיר לה ותתעגן עד שתתרצה להיות עמו וכן בתשו' מהרי"ק (סוף שורש ק"ז) וז"ל והאיך תתפוס את החבל בשני ראשין להוציא את הכתובה ולעכב את הגט וגם במורדת לא אשכחין מדינא דגמ' אלא היכא שיוצאה בגט אבל בלא גט לא ודינא דמתיבתא שכתב מהר"ם (לשונו להביא דברי מהר"ם כמו שכתבתי לעיל דדברי הרי"ף מיירי בשעת הגט ע"י כפי' ומהר"ם שהתחיל לדון בענין הממון כדינא דמתיבתא ושלא ע"י כפי' והיינו שלא בשעת הגט) אינו אלא תקנתא שתקנו רבנן סבוראי כדי שלא תצאו ב"י לת"ר הרי להדיא מוכח מכל דברי הפוסקים הנ"ל דלא כהט"ז. וגם מסברא א"א לומר כן דהא מהר"ם עצמו סיים בתשובותיו זאת שבמרדכי דדינא דמתיבתא הוא תקנתא דרבנן סבוראי שלא תצאנה ב"י לת"ר ולדעת מהר"ם שלא נהגו לכוף אותו צ"ל דאפ"ה תקנתא היא לה להחזיר את שלה לבל תצאנה לת"ר מחמת חוסר כל בשבתה עגונה ואי כדברי הט"ז הרי לא תקנו כלום שהרי אינה יכולה לכופו לגרשה ותצטרך לישב עגונה בחוסר כל אם לא יחזירו לה תיכף מה שהכניסה ומ"ש הט"ז דלמה יתנם לה קודם הגט לק"מ דכבר כתבתי דתקנה היא

שלא תצאנה לת"ר ועוד דהא ע"פ דינא דמתיבתא היה לה לתן תיכף ולכופו לגרש ואף שלא נהגו לכופו אבל בענין הממון אנו דנין כדינא דמתיבתא ממש שלמה יגרע כחה בענין הממון ודמי' למה שכתב המרד' ריש פ' המדיר והוא (דף קל"ד ריש ע"א) בשם תשו' מהר"ם וז"ל דכל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה נהי דאין כופין כו' אם לא הרשינו לכוף ולהוציא כו' מ"מ כתובה מ"ט לא נפיק מיניה כיון דחייבוהו חכמים בממון זה לתתו לה הלכך מפקי' מיני' כו' וכן קבע הרמ"א (בסי' קנ"ד סעיף כ"א בסופו ונדון דידן דמיא ממש להא. וכן עיקר דנותנין לה אף קודם הגט כדעת הרמ"א ודלא כהט"ז ונהפוך הוא שהרמ"א יצא ידי חובת העיון יותר ממנו:

ולפמש"ל דהגי' הנכונה היא בדברי תשובת מהר"ם שבמרד' סוף דבר נדוניא דהנעלת ליה אי תפסה לא מפקינן מינה לד"ה אפשר לומר דעובדא הוה ע"י תפיסה והשיב מהר"ם דייניין כדברי רב אלפס ורוב הגאונים ור"ל דאפילו שלא ע"י תפיסה יהבינן לה מה שהכניסה ולרווחא דמלתא כתב עוד סוף דבר נדוניא דהנעלת ליה אי תפסה לא מפקינן לד"ה ור"ל אף לדעת החולקים על הרי"ף ולא קבלו דינא דמתיבתא (כמו שכתב מהר"ם גופא הובא בהגהות מרדכי (דף קמב ריש ע"ב) וז"ל ובדין מורדת דמאיס עלי פסק ה"ר אביגדור כר"ת דמשהינן אותה יב"ח ואז תצא בלא כתובה ולי נראה כדברי רב אלפס עכ"ל) מ"מ אי תפסה אף לדינא דגמ' לא מפקינן מינה (וס"ל כ"ה מתתי' דאף במעות הנדן מהני תפיסה ע"פ דינא דגמ') אבל באמת עפ"י דינא דמתיבתא אין חילוק כלל בין תפסה או לא וכמש"ל דאף באינה יכולה לברר האמתלא מוציאין מידו ונותנין לה ומש"כ הרמ"א מהגהות מרדכי (דף קמב ע"ב) נ"ל דמ"ש והטוענת מאיס עלי בלא טענה היינו בלא טענה ממש רק שיש חשש ערמה שקרוביה למדוה כן ומה שסיים שם המרדכי אא"כ תפסה ממה שהכניסה לא מפקינן מינה לפ"ד הב"ח דהיכא דאלפוה שיקרא דינא כמאיס עלי עפ"י דין הש"ס איכא למימר דס"ל דכלתי' דר"ז קאי אמאיס עלי ועלה מסיק דאי תפסה לא מפקינן ואף להאחרונים החולקים עליו העליתי לעיל דבכה"ג לא מהני תפיסה להרב המרדכי עיין בהגה"ה מיימוני פי"ד דאישות אות ה' שהעתיק תקנות הקהילות בזה"ל הטוענת מאיס עלי בלא טענה אינו חייב לה מזונות כו' אבל מה שתפסה למזונותיה ממה שהכניסה כו' וגם המרדכי מיירי בתפיסתה למזונות דוקא (או שחסר בדבריו תי' למזונות או שקיצר בדבריו וכוונתו למזונות) וכן הביא אחר שהעתיק דברי הגהמי"י בתי' למזונות כתב אחריו שכ"כ המרדכי וכ"כ אף בשם הר"ם ז"ל ושכ"כ הטור לקמן והיינו מ"ש בשם הר"ם ז"ל דכשהיה רואה ערמה בדבר לא היו דנין דינא דמתיבתא וכן הביא עוד בהגה' מיי' אות ל' בסופו בשם מהר"ם ע"ש שכ' וז"ל ועוד

שהקהילות תקנו דכל כהאי גוונא שמורדת מחמת קרובים שמפתים ומסיתים אותה למרוד שהבעל נוטל הכל כנ"ל אחרי שהיא אוהבת בעלה ואין לחוש שלא תצא לת"ר הרי להדיא תקנות הקהילות הוא בכה"ג שנראה שאוהבת בעלה ולא תצא לת"ר אז אין נותנין לה אבל היכא דיש לחוש לת"ר, אף שאינה יכולה לברר טענתה נותנין לה כדינא דמתיבתא והיינו אף להוציא מיד הבעל מה שהכניסה לו:

היוצא מכל מה שכתבתי לדינא דדינא דמתיבתא הוא להוציא ממנו אף שלא בשעת הגט ואף באמתלא שאינה מבוררת אם לא שיש לחוש לערמה ואז אין נותנין לה כלום אא"כ תפסה למזונותיה ממה, שהכניסה וכ"ד הגה' מיימוני הנ"ל וא"כ בנ"ד גובה ממה שהכניסה אף אחר י"ב חדש:

עוד נראה לכאורה מדברי הגה' מיי' אות ל' דאף אם רואין שקרובים למדוה כן וטענתה שקר אבדה כתובתה לפ"ז ומ"מ אינו מוכרח די"ל דמהני חזרתה כדמשמע מלשון התקנה שכ' ויזרוק לה גט בע"כ אם לא תחזור בה אחר ההתראה וכמש"כ לעיל דמטין נראין דברי מהר"ם דמהני לה חזרה וא"כ לא הפסידה כתובתה ואין בידי להכריע נגד יתומים קטנים ואם מי שלבו שלם ודעתו יפה להכריע יכריע כן אף אני אודה:

סימן ג

מה שהשיב לגאון אחד, אך אינו מבואר למי:

הגיעני קונטרסין וראיתי כי כביר מצאה ידו בפלפולא דאורייתא ואין דרכי להשיב בדבר שאינו נוגע למעשה. ולמעשה לא צריך מר לדידי כי מי לנו גדול ממר אביו החסיד נ"י וגם לפי תשות כחי קשה עלי לסדר בכתב. אמנם מפני כבודו דמר אמרתי להשיב שנים שלשה גרגרים על ראשי אמריו. אשר יסודתו בהדרי קודש מר אביו הגה"ח נ"י שכתב באומר זה בני ממזר לא מהני אמתלא לחזור בו. וחזינא לדעתיה דמר דדין הניי' ליה שמצא און לדברי קדשו בתשו' מהריב"ל סס"י ל"ט אשר הביא כן בשם כת מחכמי הראשונים ז"ל ולי מה יקר סברת מר אביו הגה"ח נ"י כאחד הראשונים המשמשים במרום. ובנ"ד דידיה עדיפא מדידהו דלדידהו אית ליה פירכא דמה שכתבו דלא מהני באב אמתלא וז"ל משום דאמרינן בפ' האומר בקידושין (דף סג ע"ב) לדידיה הימניה רחמנא. לדידה לא הימנה רחמנא והאב האמינו רחמנא כשני עדים בבתו. ומש"ה אינו מועיל אמתלא עכ"ל:

וראייתם זו איכא למיפרך דהא מה שאמרו בגמ' שם להאב הימניה רחמנא ולדידה לא הימנה רחמנא רב אסי הוא דקאמר לה. ולרב אסי ודאי האמינו תורה להאב כשני עדים

דהרי אף לקטלא מהימן דלכולא מלתא הימניה רחמנא להאב ולדידה לא הימנה רחמנא רק לשוויה אנפשה חד"א אבל לרב וקי"ל כוותיה דס"ל דלא הימניה רחמנא רק לאיסורא אבל לא לקטלא לא שייך לומר דהימניה רחמנא כשני עדים דהא לא מהימנינן ליה לכולא מלתא כשני עדים:

ולדעת בעל העיטור והרשב"א שנמנו ורבו על חכמים האוסרים ז"ל והעלו להתיר על ידי אמתלא נראה דלרב דאמר רב הונא משמי' (שם דף סד ע"א) מנין לאב שנאמן לאסור את בתו מה"ת היינו דשוויא רחמנא פה האב כפה הבת. וכמו שאלו הבת אומרת נתקדשתי נאמנת על עצמה יותר ממאה עדים לשוויה אנפשה חד"א כן האב שאומר קדשתי את בתי הימניה רחמנא לשווי' חד"א:

ובהכי ניחא הא דאמר התם רב חסדא נאמן לקרבן אבל לא למכות ולעונשין וכן בברייתא דתני' כוותיה בני זה בן י"ג שנים כו' נאמן לנדרים ולחרמים ולערכין. אבל לא למכות ועונשין ודאי טעמא בעי מ"ש קרבן וכל הנך דמייתי התם בברייתא ממכות ועונשין ולפמ"ש ניחא דקרבן מתחייב אדם עפ"י עצמו כדאמרינן בכריתות ר"פ אמרו לו (דף יב ע"א) והכי אמרינן רפ"ק דמציעא (דף ג ע"ב) מה לפיו שכן מחייבו קרבן וה"ה כל הנך דחשיב התם בברייתא משא"כ מכות ועונשין שאין אדם מתחייב עפ"י עצמו:

ולפמ"ש טעמא דהמקילין ודאי דמהני אמתלא גם באב שאומר קידשתי את בתי דלא חמיר פה האב מפה הבת:

ולפי"ז איכא למימר דגם בעה"ע והרשב"א יודו דבאב שאומר זה בני ממזר לא מהני אמתלא דה גבי ממזר לכולי מילתיה הימני' רחמנא לשווי' ממזר ודאי. ושפיר שייך למימר דהאמינו תורה כשני עדים. וקצת משמע הכי לכאורה לישנא דהש"ס יבמות (דף סז ע"א) לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי אבל נראה דהתם לישנא דעדות לאו דוקא דהא חזינן דהכרת האב חלוק בכמה דינים מדין עדות גמורה כמו שאכתוב לקמן מסוגיא דגיטין וסוגיא דב"ב והא דא"ל אין עדות לנכרי ה"ק דכיון דאפי' עדות גמורה אין לנכרי ודאי דלא מהני לענין הכרה:

כל הנ"ל כתבתי לקיים ולחזק דברי חכם החכמים מר אביו הגה"ח שי' אבל לדינא לא מתיישבא דעתאי שפיר בהאי טעמא [הגה"ה דלשיטה זו דלרב ורב חסדא גם להאב לא הימני' רחמנא עדות גמורה כעד רק משום דמשוה אנפשה חד"א תקשי דהא תינח דנאמן על בתו ולענין קידושין דאית לן קרא דנאמן לאוסרה. אבל על בנו וכן על בתו לשאר מילי אמאי נאמן לשוויה עלייהו חד"א ואף אי נימא דילפינן מדגלי לן קרא בבתו דנאמן לאוסרה ה"ה בבנו. ובכל מילי שאין על הבן לידע יש להאב נאמנות עליו לשווי' חד"א

אנפשיה אכתי תקשה הא תינח דנאמן על בניו אבל על הבועל את בתו והנבעלת לבנו לא מסתבר דנאמן והא ר"ח דאמר בני זה בן ט' ובתי זו בת ג' הא חיוב הקרבן הוא על הבועל ונבעלת ולא אבנו ובתו דאינן בני קרבן דאכתי לאו בני עונשין נינהו. וביאור הא דאמרינן ואזדא ר"ח לטעמיה אכמ"ל. כי תקצר היריעה מהכיל הרצאות דברים שיש לי בזה. ובפרט מה שיש להרצות בזה בפלוגתא שבין ר"ת והרשב"א והר"ן בסוגיא דעד א' (קידושין דף סה ע"א)]:

וטפי מסתבר לומר דטעמא דחכמי המקילין הוא דאיכא למימר דכל שאינו עד ממש דקרי רחמנא והוא עד אע"ג דהימני' רחמנא לכולא מלתא מ"מ מהני ביה אמתלא דהא גבי עדים גמורים אף שכתב הטור ח"מ (סי' כ"ט) דאינו יכול לחזור אף אם נותן טעם לדבריו מקורו הוא כפי שהראה הב"י מסוגיא דסנהדרין (דף מד ע"ב) אע"ג דקא יהבי טעמא למלתייהו כההוא מעשה דבעיא מיכסא ואכתי ליכא למשמע מהתם דלא מהני אמתלא. דהא לפי מה שהביא רש"י ז"ל התם עובדא דבעי' מיכסא הוו משוו נפשייהו רשיעא לומר שהעידו עדות שקר בשביל שנאתם וקנאתם על הריגת נשים הכשפניות והיכא דמשוו נפשייהו רשיעא ודאי דלא מהימנינן להו אבל אמתלא כשירה כהך דכתובות (דף כב ע"א) ודאי אכתי איכא למימר דמהני גם בעדים גמורים. ומ"מ הדין דין אמת דגם אמתלא כשירה לא מהני גבי עדים גמורים ואע"ג דמהתם ליכא למשמע כדכתיבנא איכא למשמע מההיא דכתובות (דף יח ע"ב) דפליג רבא עליה דרמי ב"ח קמייתא אע"ג דהתם הוי אמתלא כשירה כדאמר רבא גופיה התם (דף יט ע"א) השתא אלו אתו קמן לאמלוכי אמרינן להו זילו חתומו ואפ"ה אמרינן התם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולא מהני אמתלא:

אבל מ"מ לא פליג רבא עליה דרמי ב"ח אלא מדרשא דאם לא יגיד כיון שהגיד כו' אבל אי לאו הך דרשא גם לרבא הוי מהימני לומר אנוסים היינו מחמת נפשות אע"ג דחתימתם על מנה שבשטר הוי כמו שהעידו בב"ד לחייבו מנה מ"מ היו יכולין לחזור ולפוטרו מחמת אמתלא דפקו"נ:

א"כ ברווחא רוויחא איכא למימר דדוקא גבי עדים כשרים וגמורים דקרינן בהו והוא עד קרינן בהו ואם לא יגיד כיון שהגיד. אבל כל שאינם עדים כשרים אע"ג דמהימנינן להו כשני עדים מ"מ לא קרינן בהו והוא עד ולא קאי עלייהו ואם לא יגיד כיון שהגיד כו':

וכי הא דאשכחן בר"פ שבועת העדות משנה שלימה ששנינו דאינה נוהגת בנשים ובקרובים דאף על גב דאמרינן התם (דף לב ע"ב) הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב. ובעדות אשה לענין נאמנות אין חילוק בין נשים לאנשים ובין קרובים לרחוקים [ואפי'

להנך רבוותא דסברי דהא דמשיאין אשה ע"פ עד אחד דאורייתא הוא ולפי הטעם שכתב הנ"י פ' האשה רבה בשם הריטב"א ורבותיו דהיינו משום דאנן סהדי במלתא ופירסום כזה נחשב בכ"מ כעדות גמורה ואפי' מדאורייתא ודאי אין סברא לחלק בין עד כשר לנשים וקרובים וכולהו כשרים מדאורייתא ואפ"ה לא נהגא בהו שבועת העדות בנשים וקרובים] ואפ"ה לא נהגא בהו שבועת העדות גם בעדות אשה. דהא סתמא קתני במתני' דאינה נוהגת בנשים ובקרובים. והיינו כדכתיבנא דאשה וקרוב אינן בכלל והוא עד דנשים וקרובים לא מקרי עדים:

ותו נראה דגם לאו בכלל ואם לא יגיד נינהו דאף דהיכא דאם מגידים מהימנינן להו מ"מ אינם מחויבים להגיד. וגם בזה"ז לא שיילינן להו בתורת עדות והוא הדין והוא הטעם בהכרת האב על בניו דאף דמהימן לשווי' ממזר ודאי אבל אבא לגבי ברי' לאו והוא עד מקרי וגם בכלל אם לא יגיד אינו דאינו מחויב להגיד דהא דאמרינן בקידושין (דף עד ע"א) שלשה נאמנים על הבכור כו' ואמו כל שבעה נראה פשוט דאם מת האב תוך שבעה לא שיילינן להאם בתורת עדות. אף שאם העידה נאמנת מ"מ אין חיוב עליה להגיד. ומש"ה אע"ג דבשאר עדות עד מפי עד לאו כלום הוא. בהכרת האב סמכינן אעדים ששמעו מפיו. כדאמרינן בב"ב (דף קכו ע"ב) ההוא דאתא לקמיה דרבב"ח כו' ההוא דאתא לקמיה דר"ח כו' וכן סגי בהרכנת הראש גרידא גבי הכרת האב כדאמרינן בגיטין (ד' עא ע"א) א"ר אבוה ירושת בנו הבכור וכבר תפסו כל הפוסקים כפי' התוס' שם. והיינו משום דבהכרת האב לא מקרי עדות כלל. והא דכתב הרשב"ם שם (דף קכז ע"ב) גבי זה בני וחוזר ואומר עבדי כו' וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד האי לישנא לאו דוקא הוא אלא כוונתו כיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר. וכמ"ש הנ"י שם דאין הבחנה אחר הבחנה אבל לדינא ודאי לא דמו להדדי דהיכא דקרינן ביה ואם לא יגיד כו' לא מהני אמתלא כמש"ל מסוגיא דכתובות (דף יח ע"ב) אבל גבי הכרת האב מהני אמתלא כדכתיבנא לעיל:

בהא סלקינא ונחתינא דחכמי המקילין שהעלו להתיר באב שאומר קדשתי את בתי דמהני בי' אמתלא לאו דוקא בהא הוא דמקילין משום דלא מהימנינן ליה לכולא מלתא אלא לחומרא בעלמא לאוסרה מטעם דשווי אנפשה חד"א אלא דה"ה היכא דמהימנינן ליה לכולא מלתא נאמנות גמורה. מ"מ מהני ביה אמתלא משום דאינו בכלל והוא עד ואם לא יגיד כו':

ובכתובות דף כב ע"ב) בעי מיניה שמואל מרב אי מהני אמתלא באמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני ופשיט ליה רב דאף בזו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת. וכבר עמדו

גדולי הראשונים ז"ל דמאי רבותי' דהך מהך דאמרה נתקדשתי דמיירי שם לעיל דקאמר אף בזו והסבירו קצת משום דנדה אין איסורה איסור עולם דהא מיא בנהרא. ולדרכינו ניחא טפי דבאומרת נתקדשתי לא מהימנא אלא לאיסורא משא"כ בנאמנות דאשה לענין טומאתה וטהרתה דמהימנא נאמנות גמורה אף לקולא. ועיקר ילפותא מקרא דוספרה לה דמהימנא לטהרתה נראה דהא הוא דמספקא לי' לשמואל אי מהני אמתלא גם בכהאי גוונא דמהימנא נאמנות גמורה ופשיט ליה רב דגם בכהאי גוונא מהני:

ולכאורה מפשיטותא דרב אכתי לא שמעינן דמהני אמתלא אלא היכא דאמרה לבעלה ולא העידה בב"ד. אבל היכא דהעידה בב"ד אכתי ליכא למשמע אי מהני אמתלא:

אמנם מדברי הרשב"א בת"ה הארוך משמע דגם בנחקרה עדותה בב"ד מהני אמתלא שכתב שם דאם הוחזקה נדה בשכנותיה לא מהני אמתלא ומייתי ראיה מהא דאמר רב יהודא הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה. וכיון דלקי עלה הרי כודאי נדה משווינן לה כו'. ותו פריך התם וא"ת מפני מה אינה נאמנת באמתלא מ"ש מהא דאמרה טמאה אני כו' וי"ל דמשום בושה או אונס מקרי ואמרה טמאה אני אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדה אינה לובשת ולפיכך כל שחזרה ואמרה לא נטמאתי הרי היא כמכחשת מה שאמרה נטמאתי ואינה נאמנת עכ"ל והרי כיון דלקי עלה הוי כנחקרה עדותה בב"ד. וכמ"ש הרשב"א גופיה בתחלת דבריו. ואפ"ה מקשה מפני מה אינה נאמנת באמתלא מ"ש מהא דאמרה טמאה אני כו' והוצרך לתרץ דמשום בושה או אונס לא עבדה מעשה אבל אי לאו הך טעמא דכולי האי לא עבדת כו' הוי מהני אמתלא אע"ג דהוי כמי שנחקרה עדותה בב"ד וכן הטור שלא ראה שינוי' דהרשב"א דכולי האי לא עבדת כו' נשאר בתימא בסי' קפ"ה על הא דלא מהני אמתלא בהוחזקה וכן הב"י וכל האחרונים לא כתבו אלא טעמא דכולי האי לא עבדת:

והיינו כדכתיבנא לעיל דגם היכא דמהימן לכולא מלתא מהני אמתלא מטעמא דלא קרינא ביה ואם לא יגיד כיון שהגיד כו' ואפי' בב"ד:

וכדאשכחן נמי בשבועת העדות דהוי בב"ד ואפ"ה לא נהגא בנשים וקרובים. והיינו מטעמא דלא קרינן ביה ואם לא יגיד כיון שהגיד כו' [וכ"כ הב"י בסי' כ"ט דמשמע דשבועת העדות וחוזר ומגיד דינם שוה] וכדאשכחן נמי בכתובות (דף יח ע"ב) דאי לאו משום פירכא דרבא מואם לא יגיד הוה מהני אמתלא גם בעדים גמורים שהעידו בב"ד. דהא עדים החתומים על השטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד:

ואשר עמד על דברי התוס' יבמות (דף קיח ע"ב ד"ה אמר ליה שכתבו שמדינא אסורה וטרח מכ"ת למצוא טעם האיסור עפ"י דין אי לאו טעמא דשוויא אנפשה חד"א לא

ידענא מאי קא קשיא ליה דהטעם נראה פשוט וברור. וממקומו הוא מוכרע והוא דאשה זו העומדת בין יבם לשוק. האיסור וההיתר כרוכים זה בזה דעדות המתירתה לשוק אוסרתה ליבם. ועדות המתירתה ליבם אוסרתה לשוק וכמו שכל אשה דעלמא נאמנת להעיד על עצמה להנשא בין לשוק בין ליבם כמו ששנינו בר"פ האשה שהלכה האשה שאמרה מת בעלי תנשא מת בעלי תתייבם כן אשה זו אי לאו טעמא דרחמא ליה היתה נאמנת להתיר עצמה ליבם. וממילא היתה אוסרת עצמה בעדות זו לשוק ואי לאו טעמא דסני' ליה היתה נאמנת בעדותה להתיר עצמה לשוק. וממילא היתה נאסרת בעדות זו ליבם. וכיון דפשיט ליה ר"נ דהני תרי טעמא דרחמא וסניא ספיקי נינהו דיינינן להו ככל ספיקא דאזלינן ביה לחומרא. מש"ה לקולא לא סמכינן אעדותה ולחומרא לא פקע עדותה וממילא מיתסרא מדינא מחמת עדות עצמה:

והיות שכך היא המדה להיות שונין דבריהם ודברי חביריהם תרגימא אליבא דמר שדעתו הוא דמשום ספיקא דרחמא וסניא לא אסירא מדינא דאכתי אית לה חזקתא דהתירא כדמשמע לכאורה מלשון רש"י ז"ל. ולכאורה אמרינן הכי להדיא לקמן ר"פ האשה בתרא ריש ע"ב רישא חזקה ליבום כו' סיפא חזקה לשוק זולת שהרבה יש לרצות בדין זה למשרי ע"י החזקה. גם נראה דהכא ליכא חזקה כלל. ולא דמי להך דר"פ האשה בתרא דהתם אע"ג דבשעה שהלך בעלה היתה אסורה ליבם ולשוק כי עדיין היה בעלה חי מ"מ אית לן חזקה קמייתא דמוקמינן צרתה בחזקתה שלא ילדה וכן חמותה וכן הא דכתבו התוס' לעיל (דף ל' סוף ע"ב) דמוקמינן אשה בחזקת היתר אע"פ שבשעה שנולד הספק היתה עומדת בחזקת איסור שבעלה עדיין חי. התם נמי אית לן חזקה קמייתא דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה כמו שכתב שם התוס' לעיל מיניה אבל הכא לית לן חזקה קמייתא דלא מצינן לאוקמי לא הבעל ולא הבן בחזקת חיים לומר שאחר כן מת. דהא תרווייהו אית להו חזקת חיים [והרצאת דברים שיש לפי זה בדיני טריפות אכמ"ל] ועיין בזה במאור ובמלחמות' בסוגיא דעד א' ביבמה:

סימן ד

תשובה מהגאון הגדול רשכבה"ג מוה' עקיבא איגר זצ"ל שהשיב להגאון מהו' מיכל זצ"ל אב"ד ור"מ דק"ק האזענפוט בדין אחד שנשא גיורת ואחר מותה נשא בתה *) הובאה בספרו שו"ת רע"א (בסי' קכא) בארוכה וכאן נביא רק תוכן הדברים הנוגע להתשובה שכתב ע"ז א"ז הגאון רשכבה"ג מהר"ח ז"ל בעת שהיה למראה עיניו תשובת הגאון מהרע"א זצ"ל. וז"ל הגאון מהרע"א:

ביסוד הדין במי שנשא גיורת ואחרי מותה נשא בתה לדעתי הקלושה אלו בא זה לידי קודם שנשאה אף אם היה בירור בעדים שהמה גרים. אעפ"כ הייתי חוכך לאיסור שאף שבגוף הדין אם מתה אשתו אם מותר באמה במחלוקת הרמב"ם עם הרא"ש והטור ורוב הראשונים פסקו כהרמב"ם להלכה כרבא ואליבא דר"ע וגם הרא"ש והטור לא הכריעו לאיסור. והמחבר סתם בשולחנו הטהור להקל (י"ד סי' רס"ט סעיף ו') אבל זה במתה אשתו ורוצה באמה. אבל לישא בתה אף דהרמב"ם וש"ע נקטו בשניהם להקל. וכל נ"כ הרמב"ם ומרן ב"י שתקו וכל האחרונים שמו יד לפיהם כאלו היא הלכה ברורה דדין אשה ובתה כדין אשה ואמה אעפ"כ עפר אני תחת כפות רגליהם. ובדבר הזה אינני מבין דנראה דהרמב"ם לשיטתיה אזיל דכ' (בפ"ב מה' א"ב ה' ח) בא עלייהו אחר מיתת אשתו ה"ה בכרת ואין בהן מיתת ב"ד כו'. הרי דס"ל דשווין הן דלאח"מ אשתו אינן בשריפה רק בכרת ובשתיהן כיון דקלישא איסורא גבי גר לא גזרו רבנן. אבל לפי מ"ש הה"מ (בפ"ב מה' א"ב) דדעת הרמב"ן והרשב"א דחמותו לאח"מ אשתו אינה בכרת רק איסורא דאורייתא בעלמא א"כ י"ל דדוקא באמה דקליש איסורא לגמרי דגם כרת ליכא הוא דאמרינן ל"ג בגר. משא"כ בבתה דעכ"פ איכא כרת דדוקא באשה ואמה דלא כתיב בגופיה רק שריפה וכיון דאימעיט משריפה ממילא גם כרת לית ביה. מה שאין כן באשה ובתה דכתיב כרת בגופיה א"כ אף אי נימא דאין בו שריפה היינו מטעם כיון דשריפה ילפינן לה בג"ש מהיא ואמה ואמרינן דיו לבא כו' אבל לענין כרת דכתיב בגופיה לא מצינו מיעוט על אחר מיתה וכיון דאית ביה כרת י"ל דלא מקרי קלישא איסורא וגם בגר גזרו. והיותר לפמ"ש עוד הה"מ שם דאף במה דס"ל לרבינו דאשה ובתה אינה בשריפה אחר מות אשתו חלקו עליו הרמב"ן והרשב"א וס"ל דהוא בשריפה. וא"כ באשה ובתה בודאי גם אח"מ גזרו בגר דהא לא קלשא איסורא כלל ואף דהה"מ סיים והרמב"ן הניח דבר זה בצ"ע פ' נושאים על האנוסה היינו אם היא בשריפה אי בכרת אבל בדין הראשון דאם אשתו אח"מ לא הוי בכרת זה החליט הרמב"ן וכ"מ בחי' הרמב"ן וברשב"א שבע שיטות כו' ע"ש:

*) באתרא דרע"א היתה הגירות מותרת לישראל ומידי עברי בההיא ענינא במה דכתב הרמב"ם (פי"ד מה' א"ב) בנושא גיורת ובתה גיורת. ישב עם א' מהן ומגרש השניה. וההה"מ כ' ודינו ודאי אמת כו' ובעניי לא זכיתי. דבנושא אותן אחר שנתגיירו דתפסי קדושין בשתיהן מדאורייתא ומה מהני כשמגרש השניה הא בישראל כה"ג הוה אם גרושתו או בת גרושתו שהיא ערוה ובגר ה"ל למיסר מדרבנן והרי במתה אשתו דמותר באמה הוא רק מטעם דקלשא איסורא. אבל בלא"ה אף דעתה אינו יושב עם שתיהם ביחד

אסורים וא"כ בגירש אחת דל"ק איסורא אמאי מותר בשניה. ואף דלפי מה שרצה רש"י לפרש כן דמיירי בנושא אשה ובתה גיורת היינו מוכרחים לדחוק מאיזה טעם שיהיה כו' מ"מ לפי האמת שכתב רש"י דמיירי דנשא בגיותן אשה ובתה ונתגיירו י"ל דוקא בכהאי גוונא דעדיין לא תפסי הקדושין וכשנתגיירה ובא לישא אותם אמרינן דכונס א' ומגרש א' אבל בנושא אחר גירותן דתפסי בהן קדושין וכדדייק לישנא דהרמב"ם יושב עם א' מהן ושינה מלשון הש"ס כונס א' מהן דבא להסביר כיון דכבר נשא א"צ לכנוס מחדש אלא מגרש אחת ויושב עם א' בזה יש לומר דלא מהני הגירושין כיון דל"ק איסורא כו' והנה כ"ז אם היה בבירור דהיא גיורת אבל בנ"ד דליכא בירור גמור קשה מאד להתיר כי אף שיש אנשים שזוכרים שהביאה אז כתב ראיה על גירותה מ"מ מי יודע אם היה ניכר מהחתימות ההמה. ואף אלו ניכרים מי יודע שהיה חתימת ב"ד של"ג. ועוד האריך בזה:

סימן ה

וזה לשון הגאון מהר"ח הנ"ל בדין נושא גיורת שאחר מותה נשא בתה ואחוה דעי בעזר החונן אף לשאינו הגון כמוני. בא"י למדני חוקיך:

אשר העיר כת"ר לחלק בין אמה לבתה הוא חילוק נכון ומבואר לענין ישראל בפ"ב מה' א"ב אמנם אשר התפלא על נושאי כלי הרמב"ם שלא הזכירו זאת בפי"ד לענין גיורת לא נפלאת כ"כ דכיון דקיימא לן בפ"ק דע"ז (דף ו) לריב"ק דבשל סופרים הלך אחרי המיקל. מש"ה הרב המגיד גופיה דלענין ישראל הביא דעת החולקים ומחלקים בין אמה לבתה בפי"ד לא חש להחמיר בפרט לנ"ד דבדיעבד הוא ודאי כדאי המה המתירים לסמוך עליהם בשל סופרים ולפי מה שאכתוב בזה לקמן אשה ובתה בגיורת לאו בעמוד והוציא קאי ואשר הקשה על הרמב"ם דקבע בפי"ד דין אשה ובתה הגיורת לענין ישראל שנשאם. והתפלא כת"ר דאכתי ה"ל אם גרושתו ומחיים לא קלישא איסורא הדברים ראוים למי שאמרם ובר מזלי' דהר"ן הוא שכתב בחידושיו לסנהדרין בסוגיין דאשה ובתה הגיורת לא מצי איירי בישראל מטעמא דמחיים לא קליש איסורא ודעת רש"י ודאי כדעת הרמב"ם בזה כמבואר בדבריו בסנהדרין (דף נח ע"א בד"ה נשא אשה וכו'):

ולענין גוף הקושיא יש לי לדון בקרקע דהרמב"ם לפי דרכו הולך ואור עד נכון דדינא דכונס א' לק"מ. ואדרבא דינא דמוציא א' טעמא בעי כמ"ש לקמן דודאי ברור כשמש דלהרמב"ם טעמא דשמא יאמרו באנו כו' וטעמא דאתי לאחלופי כו' הנך תרי טעמי חלוקים בדינם דהיכא דשייך טעמא דשמא יאמרו בעמוד והוציא קאי. אבל בעריות

דאין ב"נ מוזהר עליהן דלא שייך בהו טעמא דשמא יאמרו אלא טעמא דאחלופי לא מחמרינן להוציא:

וברוך טעמו מדלא אשכח בש"ס דיוציא אלא היכא דב"נ מוזהר עליה כדפריך בסוגיין בסנהדרין (סוף דף נז) וסבר ר"מ כו' ב"נ מוזהר עלי' והתניא כו'. [ובפרט לגי' הראשונים דהקושיא לא קאי אלא אסיפא דמלתא דאמר אין ב"נ מוזהר כו' וכאן תני אחותו לפ"ז הרי להדיא דאף באחותו מן האם דשייך בה טעמא דאחלופי. פשיטא ליה להש"ס דאי ליכא בה טעמא דשמא יאמרו לא אמרינן יוציא ומשום הכי הרמב"ם כאן בפי"ד דעסיק בה' גרים חשיב בדין י' עריות דב"נ מוזהר. משום דס"ל כמו שכתבתי דלא אמרינן יוציא אלא היכא דאיכא טעמא דשמא יאמרו ומש"ה הקדים דין י' לאורויי דבב"נ ליכא עריות דשאר אלא אמו ואחותו מאמו. ועל היסוד זה בנויי' דבריו שבדין י"ב וי"ג וא"כ באשה ובתה דאין ב"נ מוזהר עליה וליכא בה אלא טעמא דאחלופי ניחא טובא דינא דיושב עם אחת שכ' בדין ט"ו. דהיכא דליכא אלא טעמא דאחלופי בהא אמרינן יקיים. ולא בעינן טעמא דקליש איסורא אלא למשרייא לכתחילה כההיא דחמותו דשרינן לכתחילה (ובהכי ניחא הא דנטר הש"ס הך דלכתחילה לא יכנוס. ונקט ליה בתר דינא דאשה ובתה משום דעלה נמי קאי. דאם נשא אחת וגירש אותה לכתחילה לא יכנוס השניה דאם גרושתו ובת גרושתו אסור לכתחלה והתם קאי דנקט לאו דוקא אלא אהתם נמי קאי (כדאשכחן בכמה דוכתי כה"ג):

אמנם לפמ"ש דינא דמגרש את השניה טעמא בעי דבשלמא להנך דמפרשי דההיא דנושא אשה ובתה מיירי שנשאן בגיותן ניחא הא דמוציא אחת דלא דמי לשאר עריות דאיסורא דידהו לא תלי בנשואין בהנך אם נשא בגיותו אף דהנשואין דגיות לאו נשואין הוא מ"מ כיון שהיו אתו בגיותו דיעבד מקרי. מה שאין כן באשה ובתה דלא אסרי אהדדי אלא בנשואין דאם אנס אשה מותר לישא בתה וזה שנשאן בגיותן לאו נשואין הוה ועכשיו הוא דהוה נשואין כשכונס א' מהן ואם יכנוס גם השניה הרי נושא אשה ובתה לכתחילה אבל להרמב"ם דנקט האי דינא בישראל הנושא אשה ובתה לכתחילה. הרי כבר נשאן בנשואין גמורים. ודיעבד גמור הוא טעמא בעי הא דמוציא אחת כיון דליכא בהו אלא טעמא דאחלופי אמאי לא שרינן ליה בדיעבד:

והנה בש"ס ירושלמי מבואר דבאמת דינא הכי דאם נשאן ביהדותו אינו מוציא שום אחת מהן. וז"ל בסוגיין יבמות ובסנהדרין גר שנתגייר והיה נשוי אשה ובתה או אשה ואחותה כונס א' ומוציא א'. בד"א שלא הכיר א' מהן משנתגייר אבל אם הכיר א' מהן משנתגייר זו שהכיר אשתו (ר"ל דביאתו ביהדותו לא עשה בעילת זנות ובעל דוקא לשם

קדושין ומשום הכי נאסרה השניה עליו לכתחילה ומוציא את השניה דוקא) ואם הכיר את שתיהן כיון שהכיר הכיר (ר"ל כיון שבא על שתיהן ביהדותו הרי שתיהן דיעבד הוו ואינו מוציא שום א' מהן):

וש"ס דילן פליג על הירושלמי מדלא מפליג בין הכיר לל"ה. ונקט סתמא דמוציא א' ונראה טעמא דש"ס דילן דכיון דאם לא הכיר שום א' מהן. דינא הוא דאינו כונס אלא אחת והשניה מוציא. דלכתחילה ודאי אסרינן ליה. ס"ל לש"ס דילן דלא פלוג רבנן בגזרתייהו ולעולם מוציא אף אם הכיר את שתיהן וא"כ י"ל דטעמיה דהרמב"ם דכיון דהברייתא נקט גר שלידתו בקדושה. וכבר כתבו כל הראשונים דה"ה אם לידתו שלא בקדושה חד דינא אית להו. ס"ל להרמב"ם דלא פליג נמי בהך דנשא אשה ובתה. דלעולם מוציא אחת מהן. בין לידתו בקדושה או שלא בקדושה כדלא פליג בלידתו שלא בקדושה בין הכיר ללא הכיר [ובהכי מתרצא קושית רש"י ביבמות ד"ה נשא אשה ובתה כו'. ל"ל בגר בישראל נמי המ"ל הכי דלפמ"ש כל עיקר טעמא דמוציא א' הוא משום לתא דגר שלא הכיר משום הכי נקט גבי גר]:

(**ועי"ל** דטעמא דמוציא א' הוא דהואיל דאיסורא דאשה ובתה הוא משום דאסרן אהדדי אם ישב עם שתיהן בכל יומא ויומא מיחזו כלכתחילה) ואיך שהוא טעמא דמוציא א' אבל טעמא דכונס א' נתחוור לשיטת הרמב"ם כדכתיבנא ולק"מ קושית הר"ן וכת"ר. וראיתי בעט"ז והביאו גם הש"ך בס"ק ג דבנושא ביהדותו חמיר טפי. דאפילו בדיעבד יוציא ונראה דזה הביא לכת"ר להקשות קושיתו אבל לא ידענא מנ"ל לחדש גזירה שלא הוזכר בש"ס ומ"ש הטעם כיון שנשא איסור ביהדות. הרי בברייתא נקט גר שלידתו בקדושה ובכל הנך דלכתחילה לא יכנוס עבר ונשא באיסור דיהדות ואפילו הכי בדיעבד יקיים (ולפמ"ש בהג"ה דהך דלכתחילה לא יכנוס קאי נמי אהך דאשה ובתה. הרי להדיא דאף בבתה דטעמא דאיסורא הוא משום אחלופי ומפלגינן בין דיעבד לכתחילה):

ואף אם נאמר דהתם קאי דוקא הוא וכל הנך דלכתחילה לא יכנוס איסורא דידהו לאו משום אחלופי הוא אלא דגזרינן שאר האב אטו שאר האם. מ"מ כיון דבש"ס ירושלמי אמרינן כיון שהכיר הכיר. ולא מחמרינן משום שנשא באיסור דיהדות אין לנו לחלוק על הירושלמי. וכיון דלא אשכחן בש"ס דילן דפליג על הירושלמי בהא. אף דלש"ס דילן לעולם מוציא א'. טעמא אחרינא הוא כמש"ל. ובעט"ז כ' באמת דטעמא דמוציא א' הוא משום דנשא באיסור דיהדות. אבל עליו תלונת כת"ר כקושייתו אמאי כונס א' ומחוורתא כדכתיבנא דהיכא דליכא אלא טעמא דאחלופי לאו בעמוד והוציא קאי אף אם נשא ביהדות:

והכי משמע נמי מדלא פריך הש"ס לענין עדות הגרים ביבמות (דף כ"ב ע"א) ומ"ש מעריות כו' אלא כאמימר דאמר מעידין לכתחלה. אבל לר"נ דמפליג בין לכתחלה לדיעבד לא פריך מידי. והיינו משום דבעדות לא שייך אלא טעמא דאיחלופי ובכה"ג גם בעריות לא מקרי שאר אלא לענין לכתחילה. ואף דלענין דיעבד טפי יש לחלק בין עדות לעריות. מ"מ פשטא דסוגיא משמע כדכתיבנא:

זכינו לדינא דידן. דבאשה ובתה הגיורת אף בחייהן לאו בעמוד והוציא קאי לשיטת הרמב"ם ורש"י דמוקמי הך דכנס אשה ובתה דאיירי בישראל הנושאן. וכן לכל הנך רבוותא קמאי דגרסי בסוגיין בסנהדרין. וכל שאין ב"ד ממיתין עלי' אין ב"נ מוזהר עלי' והתניא כו' כמש"ל בהגה"ה ובפרט אחר מות אמה. דלהרמב"ם ודעמי' שרינן לי' לכתחלה לישא בתה. נראה ברור בלי פקפוק דבדיעבד לאו בעמוד והוציא קאי:

ואשר חששו להחמיר מחמת שכעת אין לפנינו ראייתה שנתגיירה אעתיק מה שהשבתי לתלמידי הרב דהאזענפוט אשתקד. וישים נא כת"ר עינו גם על זאת ויודיעני נא דעתו הנקי' בזה:

גרסי' בירושלמי קדושין (פ' רביעי הלכה י') תני איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר אשתי היא והיא אומרת בעלי הוא. אין הורגין עליהן משום א"א הוחזקו הורגין עליהן משום א"א. עד כמה היא חזקה ר"י ר"ב ר"ח בשם ר"י עד שלשים יום תמן כו' ושורפין על החזקה איתפלגין ר"י ורשב"ל (כפלוגתייהו בש"ס דילן קידושין דף פ' ע"א) ומנין שהורגין על החזקות ר"ש ברי' דר"י בי ר' בון אמר כתיב ומכה אביו ואמו מות יומת וכי דבר ברי הוא שזה הוא אביו. והלא חזקה הוא שהוא אביו ואת אמרת הורגין אף הכא הורגין כו' ולכאורה הירושלמי פליג אש"ס דילן חולין (דף י"א ע"ב) דמפרש טעמא דמכה אביו משום רובא דרוב בעילות הלך אחר הבעל. ואולם הרמב"ם לאשר הביא (פ' א' מה' א"ב ה' כ') הירושלמי כצורתו והביאו האחרונים הח"מ והב"ש ש"מ דהירושלמי וש"ס דילן בחדא שיטתא קיימי. וטעמא בעי למה לן תרי טעמא אחדא מלתא וקושיית הב"ש שם ודאי לק"מ דמה ענין חזקה קמייתא לחזקה דמחזקינן במילתא דודאי כך הוא) והי' נראה לכאורה לומר דתרווייהו טעמי צריכי טעמא דרובא מהני בשעת לידת הולד דאי לאו טעמא דרובא הוה אמרי' בשעת לידתו דלמא לאו אביו הוא. מש"ה בעי טעמא דרובא. אבל אכתי אחר י"ג שנה משעה שנולד הולד הזה. והגיע לכלל עונשין אטו מי איכא סהדי שמכירים ויודעים שזהו שנולד לפני י"ג שנה זהו שהכה. מש"ה בעי טעמא דחזקה. כך הי' נראה לכאורה אבל הא ליתא. דא"כ מאמו ה"ל נמי למילף ובירושלמי דייק לה מאביו דוקא. וכן הוא ברמב"ם שם ועוד הא איכא לאוקמי קרא שהולד הי'

חבוש בבית האסורים מעת שנולד עד שהגדיל (כעין דדחי לה התם בחולין בש"ס דילן) ע"כ נראה דהני תרי טעמי בעי דאי לאו טעמא דרובא ה"ל למיחש למיעוטא דבעילת זנות. אבל אכתי הא גופא דרוב בעילות דבעל הוא לא ידעינן אי לאו טעמא דחזקה דאטו מי איכא סהדי על רוב בעילות דבעל ואף עידי יחוד לא שכיחי ודאי על רוב בעילות דבעל. מש"ה בעי נמי טעמא דחזקה לאחזוקי בבעל רוב בעילות והיינו משום דכל מידי דדרכא דמלתא בהכי מחזקינן בהכי ודרכא דמילתא דהבעל בועל רוב בעילות (מש"ה בארוס יבמות (דף ס"ט ע"ב) אמר רב דהולד ממזר עיין רש"י שם ד"ה דדיימי מעלמא וכו' אבל הכא לאו אורחי' וכו') ונראה דהא דאמרי' נמי הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה. היינו נמי משום הך חזקה דדרכא דמלתא בהכי והיינו נמי טעמא דכרוכי' אחרי'. וכן הגדילתו בחזקת בנה. והיינו נמי טעמא דסגי כשראו כדרך המנאפים ולא בעינן שיראו כמכחול בשפופרת משום דמחזקינן בכל מלתא דדרכא דמלתא בהכי כדכ' הרמב"ם להדיא (שם דין י"ט) שחזקת צורה זו שהערה. והיינו נמי טעמא דכל הך שכ' שם בדין כ' וכ"א:

והאמת הברור בפירוש הירושלמי דלא לאוסופי טעמא על ש"ס דילן אתא אלא דכולה חדא טעמא הוא דהך חזקה גופי' דמחזקי' לי' באביו הוא מחמת רובא דרוב בעילות אחר הבעל. וכל מידי דרובא הכי איתא הוי חזקה וחזקה קרינן כמו גבי קטן וקטנה יבמות (ד' קי"ט ע"א) דמשום דרובא דקטנים לאו סריסים נינהו ורוב קטנות לאו איילונית מחזקינן להך קטן וקטנה נמי לאו בסריס ואיילונית וכן כל הנך דחשיב להו בפ"ק דחולין (דף י"א) משום דרוב בהמות כשרות נינהו מחזקינן להו בהאי בהמה נמי בכשרה ודכוותי' נמי הך ילפותא דילפי' ממכה אביו נמי משום דרוב בעילות אחר הבעל מחזקינן לי' בהאי נמי דאביו הוא. והכי קרי לי' נמי בש"ס דילן נזיר (דף מ"ט ע"א) דקאמר התם דאי כ' אביו ה"א וכו' משום דחזקה בעלמא הוא. וכן כתבו התוס' שם משום דקורבא דאביו חזקה וכו' משום דרוב וכו'. וכן בסוגיא דידן קידושין (דף פ' ע"א) קרי לי' לרובא חזקה דקאמר התם דאריב"ל שורפין על החזקות וכו' רוב תינוקות מטפחין וכו' אלא אינו חזקה לר"י ששורפין כו' אם רוב שרצים טמאה. והשתא נהירין ומאירין לן דברי הירושלמי דקאמר לה התם בירושלמי ר' יוחנן אמר הורגין על החזקות ואין שורפין על החזקות וריב"ל אמר כשם שהורגין על החזקות כך שורפין על החזקות והחזקות ששורפין עליהן היינו החזקות שהוחזקו מחמת רובא כדאי' להדיא בגמ' קידושין הנ"ל. וקאמר ריב"ל כשם שהורגין על החזקות שמשום רובא הוחזקו. כך שורפין על החזקות שמשום רובא ועלה קאמר אליבא דריב"ל מנין שהורגין על החזקות דתילף מיני' נמי ששורפין ויליף לה ממכה אביו. דהתם נמי לא הוחזק לן בהאי דאביו אלא משום רובא דרוב בעילות אחר

הבעל. ה"נ שורפין על החזקות שהוחזקו מחמת רובא דליתא קמן כמו רובא דתינוקות מטפחין ומדקאמר ר"י אין זו חזקה ששורפין עלי' התרומה ש"מ דהחזקות דקאמר ר"י שמלקין ושורפין וסוקלין עליהם היינו אפי' חזקות שלא הוחזקו אלא מחמת רובא דליתא קמן כדקאמר התם להדיא איש ואשה ותינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית וכו' עפירש"י שם ולפ"ז ע"כ האי דכרוכי' אחרי' וכן הא דאשה נשאתי במדה"י דאמר ר"י אפי' ביוחסין וקאמר עלה ואזדא ר"י לטעמי' ש"מ דחד טעמא הוא. ומטעמא דחזקה קאתינן עלה דמשום רובא דנשים מגדלות את בניהן ובניהם כרוכים אחרי' מחזקינן נמי להאי שהוחזק ליכרך אחריה שהיא אמו. ואע"ג דאיכא נמי ודאי נשים שמגדלות בני אשה אחרת והבנים כרוכים אחריה דדבר הנראה לעינים הוא שהאשה שניה לבעלה מגדלת את בני אשתו הראשונה וכרוכים אחריה. ומש"ה נמי אמרינן התם בשתי נשים שמביא ראי' על הגדולים ועל הקטנים וכפירש"י שם ע"ש. מ"מ הוו נשים שמגדלות בני אשה אחרת מיעוטא לגבי נשים המגדלות את בניהן. וכל עוד שלא איתרע לן הך רובא אמרי' כיון דרובא דכרוכים הם אחרי אמם. מחזקינן להאי הכרוך בחזקת שהוא בנה (אבל בשתי נשים איתרע לן הך רובא כיון שאמר בפירוש שהי' לו אשה אחרת ומתה חיישינן שמא בנה של אחרת הי' וגידלתן. כי דבר ההוה הוא במי שמתה לו אשתו הראשונה והניחה בנים קטנים ונושא תיכף אשה אחרת שהאשה ההיא מגדלתן וכרוכים אחריה) כן הוא הפירוש הברור בהירושלמי. ואף שפשיטות הרמב"ם הנ"ל נוטין לדברי פירוש השני שכתבתי. מ"מ ע"כ הרמב"ם דחיק ומוקים אנפשי' לפרש ולישב עפ"י הפירוש הברור הזה בירושלמי. ועפ"י הדברים שאכתוב לקמן אי"ה ועכ"פ איך שיהי' הפירוש בהרמב"ם אנו אין לנו אלא דברי הירושלמי המתפרשין ומוכרחים:

והנה מפשטא דלשנא דהרמב"ם משמע דלא בעינן התנהגות לאחזוקי בהכי. אמנם הש"ג שלהי קידושין כ' הא דמלקין ושורפין על החזקות דוקא אם הוחזקו עפ"י התנהגות. והובאו דבריו בח"מ וב"ש שם:

וכן משמע לי בקידושין (ד' ס"ג ע"ב) דאמר ר"א ומודינא באומרת נתקדשתי שאין סוקלין ומסקינן שם דלדידה לא הימנא רחמנא וכיון דרחמנא לא הימנא מה לי אם אומרת כן פ"א או מחזקת בדיבורה ל' יום. והיינו משום דהתם לא חזינן בה שום התנהגות דהא לא ידעינן. ותו דהא ודאי דברי הרמב"ם דבהוחזקו ל' יום סוקלין לקוחים הם מהירושלמי הנ"ל. (ובדפוסים חדשים התחכמו והוסיפו שהוא מימרא דרבא דב"ב (דף קס"ז) וכ"ה בב"י) ודברי הירושלמי משמען נמי דבעינן התנהגות דהא ודאי משמע דעיקר רבותא דהך ברייתא דהירושלמי היינו משום סיפא הוחזקו שלשים יום סוקלין כדנקט התם בכולה

סוגיא ואי לא בעי' התנהגות ל"ל למתני איש ואשה שבאו כו' לתני אשה שבאה כו' ואם הוחזקה סוקלין אלא ודאי דבאשה לחודא אין סוקלין אף אם הוחזקה שלשים יום כיון דליכא התנהגות. והוה דמי לאומרת נתקדשתי כדכתיבנא. וליכא למימר דהא דנקט איש ואשה היינו משום דנקט לעיל מינה בירושלמי איש ואשה עשו אותם כב' עדים. אמנם המעיין שופט בצדק יראה דהתם מלתא אחריתא היא. ואכמ"ל בסוגיא דעשו אותם כב' עדים. ובדוכתא מוכח דליכא למילף מינה לסוגיא דידן. דאי הוה בסוגיא דידן כב' עדים לא הוה בעינן ל' יום. (ולפ"ז איכא למדחי דהא דנקט הירושלמי איש ואשה לרבותא דרישא נקטי' דאי לא הוחזקו אין סוקלין ולא הוו כב' עדים) אבל הריטב"א כתב בסוגיא דאומרת נתקדשתי דאם הוחזקה לארוס' סוקלין. וכ"כ הרמב"ם סוף פ"א דא"ב:

והיום נבא אל העיון בנ"ד באמה ובתה שבאו לפנינו ולא יוכלו לדבר בלשון יהודית אית לן לאחזוקינהו בנכרים או בגרים. דאף דאיכא נמי ישראלים שנטמעו בין הנכרים ודאי מיעוטא נינהו. וכל מידי דדרכא דמלתא ברובא היא מחזקינן בהכי כדאסיקנא לעיל בפי' דברי הירושלמי וכעי' שכ' התוס' יבמות (דף מ"ז ד"ה במוחזק לך) דרוב הבאים לפנינו בתורת יהדות ישראלים הם וכ"ה בכל הפוסקים. וא"כ בענין הבת שנתגיירה לפנינו קודם הנשואין ליכא לאסתפוקי בה כלל דודאי גיורת גמורה היא. ולכאורה איכא לאסתפוקי בהילדים שנולדו מאשתו הראשונה היא אמה. דכיון דקי"ל בין בארץ בין בח"ל צריך להביא ראי' וזו אין ראיותה לפנינו ומגו דכ' התוס' בד"ה הנ"ל נמי לא שייכה בה. וא"כ לכאורה היו דין הילדים כדין הנולדים מן הנכרית וצריך לגיורינהו. אמנם כיון שראינוה נוהגת בדרכי ישראל. וזאת אומרת נתגיירתי בב"ד של פלוני הרי דינה מבואר בש"ע (סי' רס"ח סעיף י) דהי' בחזקת גיורת. ואף דלכאורה איכא למימר דבמחלוקת שנוי' דהיינו דוקא לשי' הרי"ף והרמב"ם דמפרשי הך דמי לא טבלה (יבמות דף מ"ה ע"ב) היינו שנוהגת בדרכי ישראל. אבל לשי' התוס' והנמשכים אחריהם דמוקמי הך דמי לא טבלה דוקא בשקבלה עלי' המצות בפני ב"ד. וא"כ זו שאין לפנינו ראייתה על קבלת המצות. נראה דלשי' הנך רבוותא לא מהני הא דמחזקת במצות:

אמנם הרי הרמ"ה אזיל בשי' התוס' הנ"ל כמבואר ברי"ו בנתיב כ"ג. ואפ"ה כ' שם דהא דאמרי' שצריך ראי' שנתגייר בפני ב"ד דוקא דלא אתחזק. אבל אתחזק לא בעינן. ודבריו האחרונים הובאו גם ביתה יוסף הרי דהרמ"ה מיקל טפי מש"ע דבאתחזק לא בעינן אפילו שיאמר נתגיירתי בב"ד של פלוני:

ונראה שהוציא כן מעובדא דאחד שבא לפני ר"י (מ"ז ע"א שם) דהאי ודאי לא הוה לי' ראי' על קבלת המצות כשיטת התוס'. וגם לית לן לאחזוקינהו בישראל מטעם מגו

וכמ"ש התוס' בד"ה במוחזק במגו דאי בעי אמר ישראל אנא ודאי לא מהני אלא באומר נתגיירתי בב"ד. אבל זה שבא לפנינו ואמר נתגיירתי ביני לבין עצמי ודאי לא מהני הך מיגו כיון דאיהו גופי' לא טעין כן ואפ"ה הוה מחזקינן לי' בחזקת גר כשר. אי לאו משום דשויא אנפשי' חד"א:

ומזה הוציא הרמ"ה דין המובא גם בב"י דבאתחזק בגיורת לא בעינן כלום והב"י לפי שיטתו בסעי' י'. דלא מהני מוחזק במצות אלא באומר נתגיירתי בב"ד ש"פ הוה קשיא לי' הך עובדא דר"י דהאי שבא לפנינו אמר איפכא מש"ה פי' בסעי' י"א דהך עובדא מיירי במוחזק בישראל. ולכאורה כן מטין דברי התוס' והרא"ש אבל פשטא דסוגיא לא משמע הכי דא"כ ה"ל למימר גר אני ונתגיירתי כו' אלא מחוורתא כשיטת הרמ"ה דבמוחזק בגירות לחוד סגי וזה שבא לפני ר"י מוחזק בגר הוה. (ויש לכוין גם דברי התוס' והרא"ש כן):

וכן בדין דמ"ש מכל החזקות דסוקלין ושורפין עליהן. ומש"ה מדייק נמי בש"ס סוף ד' מ"ו מי שבא ואמר כו' דדוקא בכה"ג אמרי' צריך להביא ראי' דאכתי לא אתחזק בגירות דעכשיו הוא דבא לפנינו. אבל בהוחזק בגירות לא בעינן ראי' כלל:

ואפי' להנך רבוותא דבעי' התנהגות וכדבריהם נראה עיקר ודאי בנ"ד הי' ג"כ אצלם התנהגות כדרך גרים לשאול כל דבר קטון וגדול:

ואכתי פש גבן לבאר אם לחייבו להוציאה מחמת שקודם שנשאה אסר לו חכם. מפני שנטען עלי' קודם שנתגיירה. והנה הרא"ש בתשו' כלל ל"ב והביאו הטור (סי' קמ"א) דאם התרו בו ועבר לא מקרי דיעבד. וכ"כ הש"ע סס"י י"א וכ"ה בהרא"ש (פ' כיצד סי' ד') דאם נמלך בב"ד ואסרו לו לא מקרי דיעבד. וא"כ לכאורה בנ"ד דנמלך ואסרו לו לא מקרי דיעבד:

אמנם הב"ח (בסי' א') כ' לחלק בין הא דהביא הרא"ש ובין נטען דהתם איכא חשש דאורייתא משא"כ הכא דאינו אלא משום לזות שפתים. ופסק דאף אם עבר על ההתראה. אפ"ה מקרי דיעבד ולא יוציא. והביא ראי' מדלא קתני קדם וכנס גבי הנטען. ועם היות כי יפה כוונו האחרונים לדחות ראייתו. אמנם ראשית דבריו שכ' לחלק כנ"ל מתקבלים. ובשגם כי הרמ"ה ודאי לאו כללא כייל דהא בהמוציא אשתו משום ש"ר (גיטין ד' מ"ו) פסק כלישנא קמא. ואם כנס פסק דלא יוציא. אף שב"ד אמרו לו הוי יודע. הא קמן דלאו כללא הוא דכייל הרא"ש דאף בדאיכא חששא דאורייתא מקרי דיעבד ולא יוציא אף אם נמלך בב"ד ומכ"ש גבי נטען דליכא חששא דאורייתא אלא לזות שפתים:

ואי משום גרסאות חלוקות בירושלמי. כ' הריב"ש כיון דהגרסאות חלוקות אין בידינו לכופו להוציא. ומכ"ש היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא. ובדרבנן אזלינן אחר המיקל ואחלה פני כת"ר יודיעני נא דעתו הנקי' בזה:
נאום חיים במהורי"ץ המלמד בעזהי"ת בוולאזין.

סימן ו

שאלה בא' שנטבע בנהר במים שאין להם סוף. תשובה בעזר החונן דעת אף לשאינו הגון בא"י למדני חוקיך והדריכני באמיתך כי בו חפצתי:

א
אם אמנם דרך רוב המורים להקל בעגונא דאיתתא בכחא דהיתרא אבל מצינו הרבה החמירו רז"ל במשאל"ס וחשו אף למלתא דלא שכיחא כלל כגון לגל הטורד לחבירו וכו' ובפרט לדף שנזדמן לו דשכיח יותר ואם המה חששו לזה בלב ימים בדרך האניות אשר הוא רחוק מאוד מן הנמל ואיך לא ניחוש אנן כעין זה בנהרות אשר הוא תמיד סמוך לנמל וקרוב ובפרט לפי המבואר בגב"ע היתה טביעתו בעת פתיחת הנהרות אשר אז נמצאים חתיכות קרח הנקראים קריעש ובין הקריעש רועשים גלים יש לחוש שמא טרדוהו המים הקריעש והקריעש הוליכוהו ברחוק מקום חוץ למקום ישוב בני אדם ושם אולי ניצול:
והיטב אשר דבר הראבי' כמבואר במרדכי (דבריו הובאו ביתה יוסף) בהשגתו על ר"א מורדין ואף שכמה פוסקים כתבו להקל במשאל"ס בצירוף אומדנות הרי לא הקילו בזה אלא במקום דאמרינן אם נשאת ל"ת והיינו אם שהו עד שתצא נפשו אבל אם לא שהו עד שת"נ כתבו הרבה פוסקים וכ"ה בהגהות רמ"א (סעיף ל"ד) דבכה"ג אפי' אם נשאת תצא:
וא"כ בנ"ד ממ"נ אם לפי העדאת עדים יש לשער שכבר ראו יציאת הנפש הרי כבר ראוהו מת וא"צ יותר ואם לפי עדותם עדיין לא הי' יציאת הנפש הרי א"כ אינו בכלל משאל"ס דנקיל בו בצירוף אומדנות והנה בגב"ע אשר הובא לפני אין מבואר בו שהיה הנטבע משך רב כאחת תחת המים ובשעה שהעלה ראשו מן המים הרי יכול להכניס ולשאוף רוח חיים בקרבו וא"כ לכאורה עדיין אינו מבואר בעדות העד ברור שהי' בכדי יציאת הנפש ומה שהעיד שראהו דומה לנטבע מת לא ידעתי אם יש בזה ברור שכבר יצא נפשו כידוע שלפעמים מוציאים מן המים נטבעים ואין ידוע אם מתים אם חיים. ואעפ"כ לאחר איזה תחבולות וסיבות מתהפכות נמצא בקרבם רוח חיים:

ב

ולא מצינו מבורר טעם הפוסקים דמצרכי לשהות עד שתצא נפשו במים שאל"ס לענין להתירה בדיעבד אם נשאת דלכאורה קשיא דבמשאל"ס מה יועיל מה ששהה בכדי יציאת הנפש הרי עינינו הרואות שהמים מגלגלים אותו למרחוק ומאי מהני מה שעומד כאן ושוהה בכדי יציאת הנפש הלא החשש הוא שמא צף מתחת המים ויצא כמבואר בדברי רש"י יבמות (דף קט"ו ע"א בסופו):

ואם נאמר דהתם מיירי דוקא בים וכה"ג שהשוהה עליו יכול לראות מרחק רב מכל ארבע רוחותיו ואין החשש אלא שמא צף מתחת המים ויצא ברחוק מקום יותר מכדי שליטת העין וכ"ה ברש"י (ד' ק"כ ע"ב בד"ה מן הארכובה) דהחשש הוא שמא יצא מן המים ועלה ברחוק פרסה או יותר וזה מיעוטא דלא שכיח כלל שיהא צף מרחק רב כזה במים ויחיה ולהכי הוא דלא תצא אם נשאת רק לענין לכתחילה חששו חז"ל אף למיעוטא דהמיעוט יכולים להמלט אף ביותר מפרסה לפ"ז היה יוצא לנו חומרא גדולה לענין להתירה בדיעבד בטביעות הנהרות שאין העין שולט בהם הרבה מחמת שהלכו ארחות עקלקלות שלא נוכל להתירה רק אם היה כעין מחיצה של בני אדם ברחוק עד פרסה שיוכלו לראותו אם יצא אבל חומרא זו לא נמצא בשום פוסק:

[**הגה"ה** וגם קצת יש לפקפק ולומר דבכה"ג ל"ש טעמא דלא משקרי במלתא דעבידא לאגלויי דהא בכה"ג לא מסתפי מלשקר דאף אם יבא הנטבע חי ברגליו לפנינו הרי לא יתברר שקרו דהא כל חד מנייהו מצי למדחי אחבריה למימר אנא קושטא קא מסהדנא וחבראי הוא דקא משקר ואף דנראה שאם יצא ממש מן המים נגד מקום שליטת עינו מסתברא דשפיר מסתפי מלשקר ולומר שאם יצא דאכתי מסתפי דלמא יבא הנטבע ויגיד שיצא נגד המקום ההוא אבל אם נאמר דלא מקרי שהו עליו עד שת"נ אא"כ מעיד גם שראה שלא הוציא ראשו חוץ למים שאם מוציא ראשו משתהא נפשו בקרבו יותר א"כ אכתי איכא למיחש שמא יצא ברחוק יותר מפרסה מחמת שנשתהא נפשו בקרבו ע"י הוצאת ראשו חוץ למים ובעת הוצאת ראשו ודאי אינו יכול לכוון המקום אשר הוציא ראשו שיכול להכחיש את העד אח"כ וא"כ אם נאמר דחששא דהוצאת ראשו הוא חששא קרובה א"כ נגד הך חששא אף אי תתגלי מילתא שיבא חי ברגליו הרי לא יתברר שקרו משום דכל חד מצי למדחי אחבריה:]:

ג

ואם נאמר דהטעם הוא משום שאם לא שהה כדי יציאת הנפש איכא למיחש חששא קרובה שמא יעלה מן המים במקום הטביעה גופא ואז יכול לשהות במים זמן רב ולחיות

משום דיכול לכלוא רוחו בקרבו שלא יבואו המים לתוך גרונו משא"כ אם הוא מתגלגל בתוך המים הדעת נותנת דכיון דאינו יכול להתחזק ולעמוד על עמדו פשיטא שאינו יכול לכלוא רוחו בקרבו שלא יבאו המים לתוך גרונו ומש"ה אם במקום הטביעה שהו כדי שת"נ ואז אין חשש אלא שמא גלגלוהו המים וטרדוהו למקום רחוק ובכה"ג מיעוטא דמיעוטא הוא דחיי ורובא דרובא לא חיי אחר הגלגול במים דהמים חונקים אותו ומת מיד רק לענין לכתחלה חששו רז"ל אף למיעוט הנמלטים גם אחר הגלגול ומשו"ה הוא דלא תצא אם נשאת. ואם נאמר כן יצא לנו כמה קולות בנ"ד ובפרט לענין שנוכל לצרף אומדנות ועמ"ש לקמן באות ט'. ונראה להביא ראיה לסברתינו האחרונה דהטעם הוא משום דרובא לא חיי אחר הגלגול במים דאי למ"ש באות ב' דהתם מיירי בים ובכה"ג שיכול לראות מרחק רב סביביו אכתי תקשה להנך רבוותא דמשערי יציאת הנפש ביותר משתי שעות כמבואר לקמן באות ט' דהא עינינו הרואות דבים וכה"ג דאיכא גלי ומרוצת המים ודאי משפלי לי' להנטבע יותר במהירות מכדי הילוך אדם בינוני ביבשה ובב' שעות הרי הילוך בינוני הוא פרסה ושני שלישי פרסה וכבר הבאתי דברי רש"י (ד' ק"כ ע"ב) דברחוק פרסה לא שליט עינא לראותו לעיל באות ב' הבאתי דברי רש"י:

ד

ולכאורה קצת קשה דהא משמע דשליטת העין לראות אם יצא ושליטת העין לראות גבולי המערה חד שיעורא הוא דהא בסוגיין (ד' קכ"א) אמרינן ה"ד משיל"ס כל שעומד ורואה מארבע רוחותיו. והיינו שרואה גבולי המים כדפירש"י שם והרי הטעם הוא משום דאי איתא דסליק הוי חזי ליה אלמא דתרווייהו חד שיעורא הוא והרי לראות דבר כללי הוא יותר מפרסה כדמצינו במדרשי רז"ל גבי הארץ אשר אתה רואה לך אתננה דראית העין הוא כמה פרסי. ואפשר דלהבחין גבולי המערה דהיינו בין מים ליבשה הוי דבר פרטי ולא שליט עינא כ"כ כדכתב רש"י דהוא פחות מפרסה וטפי מהא:

עוד נראה דהא דכתב רש"י דהחשש הוא שמא יצא ברחוק פרסה וכו' לאו למידק מינה דמעט פחות מפרסה שפיר שליט העין לראותו אלא נראה דדרך גוזמא תפס רש"י אבל באמת אפילו מיל לא שליט עינא לראות דבר פרטי כזה ובפרט למש"ל דצריך לראות ג"כ שלא הוציא ראשו חוץ למים ודבר פרטי כזה יש לדון שאף ברחוק מיל לא שליט עינא לראות דהא גבי הגר אשכחן דבהרחק כמטחוי קשת סגי שלא לראות במות הילד והתם רחוק מיל הוא דהוי כדילפינן במרז"ל דנגד נגד והרחק רחוק ואף דאיכא למדחי דשאני התם דהוי שיחין מ"מ מלישנא דקרא איכא למילף מדכתיב הרחק כמטחוי קשת כי אמרה אל אראה כו' משמע דראיית העין תלוי בהרחק כמטחוי:

אלמא דשליטת העין בדבר פרטי הוא פחות ממיל אשר לפי מהלך אדם בינוני הוא פחות משליש שעה ואיך תיסק אדעתין דבמקום גלים ומרוצת המים ישתהא הנטבע שם להתגלגל ב' שעות ברחוק פחות ממיל אלא ודאי מסתייע סברתינו דאחר הגלגול במים לא חיי רובא דרובא ומשו"ה הוא דלא ספקינן לה ודוחק גדול לומר דהא דלא ספקינן מיירי ששהו עליו כמה בני אדם העומדים ברחוק זה מזה ובצירוף שליטת עיני כולם הוא דהוי יציאת הנפש דבכמה דוכתי לא משמע הכי וכן בדוכתא גופא גבי טבע חסא (ד' קכ"א ע"ב):

הגה"ה והנה הא דאקילו רבנן למסמך על עדות כל דהו בעגונה היינו משום דלא משקרי במלתא דעל"ג וכמבואר ברמב"ם סוף ה' גירושין ולפמש"ל בהגה"ה סוף אות ב' דהיכי דמסהדי ע"י צירוף לא שייך טעמא דמלתא דעל"ג א"כ בכה"ג בעינן סהדותא דחזי מדאורייתא וא"כ נצטרך לדחוק עוד ולומר דבכ"מ ששהו עליו הוו קיימי תרי ותרי וכשרי דאי הוו קיימא חד חד הרי מדאורייתא ודאי לא מצרפינן עדותם דהא הוי חצי דבר דומיא דלענין חזקת ג' שנים ודאי לא מהני עד אחד בראשונה וא' בשני' וא' בשלישית כדמוכח בסוגיא דפרק ח"ה (ד' נ"ו ע"ב) ע"ש וכ"ה שם ברמב"ם וש"פ ולשיטת התוס' שם בד"ה למעוטי וכ"ה ברי"ף שם הרי הא דמהני התם ב' בראשונה וב' בשני' וב' בשלישית היינו מיגו דמהני לענין פירי הא לכל מילי אפי' ב' בזו וב' בזו וב' בזו נמי לא מצרפינן עדותם משום דבכה"ג נמי חצי דבר הוא וא"כ מדאורייתא לא חזי כלל עדות שע"י צירוף למהוי יציאת הנפש ולפמ"ש דיש לפקפק ולומר דגם טעמא דמלתא דעל"ג נמי לא שייך בעדות שע"י צירוף משום דכל חד מצי למדחי אחברי' א"כ לא משכחת כלל האי דינא דלא תצא אם נשאת אם לא נאמר דלא בעינן כלל שום צירוף אלא דבשליטת עינא דחד הוא דסגי למהוי יציאת הנפש או דנימא דחששא דשמא הוציא ראשו חוץ למים נמי הוא מחששות הרחוקות ולא מעכב בדיעבד דרובא לא חיי מחמת הוצאות הראש לחוד:] ד ונראה ברור דאומדנות המוכיחות למהר יציאות נפשו במים יש לסמוך עליהם אף במים שיש להם סוף דהא בשיהוי כדי שת"נ אין מבואר בש"ס שום שיעור קבוע והנה אם היה איזה שיעור קבוע לדבר ודאי דבר ברור ופשוט שאין שהיות מצטרפות בזה ואם ירד לעומק המים ויעל כמה פעמים אף אם בין כל הירידות היה השיעור ההוא אם לא היה השיעור כאחת אין זה כלום דהרי בנתיים היה יכול להכניס את הרוח בשעת עלייתו וגם א"כ לא הוי שייך לחלק בין אדם חלוש ומוכה לבריא וחזק דכל מדות חכמים כך הוא אם נתנו שיעור מפורש והכי קיי"ל נמי בהך דאין מעידין אלא עד ג"י דלא כריב"ם דאמר

לא כל האדם ולא כל המקום ולא כל השעות שוין אלא דלעולם משערינן בג' ימים והיינו משום דקבעו רז"ל שיעור קבוע לדבר:

ה

אמנם מפשטות לשון התלמוד וכן הרי"ף והרמב"ם וטוש"ע שכתבו סתם ששהו עליו כדי שתצא נפשו ולא זכרו שום שיעור לדבר משמע מדבריהם דאין שיעור קבוע לדבר אלא הדבר מסור לב"ד לשער לפי הענין. והא דאמרינן בעובדא דנחוניא חופר שיחין יבמות (ד' קכ"א ע"ב) וב"ק (ד' נ' ע"ב) דשעה ראשונה ושניה אמר להם שלום אף אי נימא דשעות ממש קאמר כדמשמע דברי רש"י שם הרי לא הזכירם התלמוד לקבוע עליו שיעור בזה ואף שכל שיחת רז"ל תורה היא לנו אכתי ליכא למילף מינה אלא הך דאם שהה במים יותר מזה השיעור ודאי אינו יכול לחיות בשום אופן וע"כ שעלתה בשעה שלישית. ועוד איכא למילף מינה שבתוך שיעור הזה עדיין יכול להיות שיחי' האדם בתוך המים אבל אכתי ליכא למילף מינה דבבציר מהכי ודאי ליכא יציאת הנפש אלא דבהכי אית לן לאסתפוקי ביציאת הנפש וטפי מהכי לא:

וגם דעת הריב"ש יש לכוון לזה וגם אפשר לומר דהא דבשעה ראשונה ושני' מספקינן אפשר דה"ד באדם בריא שיכול לכלוא הרוח זמן רב דמנ"ל למימר דבחדא שיעורא משערינן לכל אדם כיון שלא נתנו רז"ל שיעור קבוע ואם יפול גוסס לתוך המים הרי בו אמרו רז"ל משל לנר שכבה והולך אדם מניח אצבעו עליו מיד כבה וכן כל המעמץ עם יציאת הנפש ה"ז שופך דמים האם נאמר דיציאת נפשו משתהא כמו נפש הבריא אולם א"ו נראה דהדבר מסור לחכמים לשער בכל אדם לפי חיותו וחלישותו וכן לענין נפילתו וכן אף אם הוציא ראשו מן המים זמן מועט ושוב הורידוהו המים הרי עכ"פ כבר נחנק קצת קודם הוצאות ראשו ושוב בירידתו שנית ודאי משערינן בשיעור דזוטר מחמת דבצר לי' חיותא ואם לפי הענין אין להמורים שום ספק שלא תצא נפשו מסתבר דיוכלו לשער כמו בכל האיסורי' כגון במוצ"ש אם ביום המעונן יצא הספק מלבו מותר לו לעשות מלאכה וכן להאכיל ביוה"כ מסוכן עפ"י אומדן הדעת ומה יפה כחו של איסור כרת זה משאר איסורי כרת ומב"ד:

אבל מאוד צריך להתיישב בזה דהא אשכחן במתניתין בהך דשלשלוהו לים ולא עלתה בידם אלא רגלו דמן הארכובה ולמטה לא תנשא אשתו אף דודאי נכאב ונחלש מאד באבודת רגלו ע"י דג הנושך או לאיזה סיבה ואפ"ה לא תנשא ופירש"י שם (ד' ק"כ ע"ב) בד"ה מן הארכובה הואיל ומשאל"ס חיישינן שמא יצא מן המים ועלה ברחוק פרסה או יותר ואף מן הארכובה ולמעלה דודאי כאבו אנוש מאד דהא ודאי טריפה הוא אפ"ה כ'

הפוסקים וכ"ה בש"ע סעי' ל"ב דלא תנשא עד אחר יב"ח הרי להדיא דאף טריפה גמורה יכול לשהות הרבה במים ולעלות:

ו

והנה לפי משמעות הנב"ע שאמר העד שהפילוהו המים בכח גדול לערך ב' קומות איש ומשמעות הגב"ע שהנפילה היתה בכח גדול על איזה פואליע או חתיכת קרח ולפ"ז יש כאן ספק גדול דהנה בפ' נגמר הדין (ד' מ"ה) אמרינן דבית הסקילה היה גבוה שתי קומות ואף גם זאת לא צרכינן התם אלא משום דבררינן לי' מיתה יפה הא לא"ה הוי סגי בעשרה טפחים. והנה ודאי לא מוכח מהתם דהוי ודאי מיתה כזו דהא בהדיא אמרינן התם לא מת נותן אבן על לבו ומהא דמהני בדיקה לענין טריפות אף אם נפלה ממקום גבוה מאד אין ראיה דאיכא למימר דשאני התם כיון שאנו רואין הבהמה חיה לפנינו משו"ה הוא דמהני לה בדיקה אבל מסתמא איכא למימר דרובן למיתה אבל עכ"פ הרי מוכח מהתם דמידי ספק מיתה לא יצא דנפילה כזו מדיכלו לעשות כן בית הסקילה:

ז

ולכאורה לפ"ז יש מקום לצדד לקולא בנ"ד דהא רשב"א אית לי' בר"פ א"ט (ד' מ"ב ריש ע"ב) דנחתכו רגלי' מן הארכובה ולמעלה כשירה ואפ"ה מוקמינן אליבי' בסוגיין (ד' ק"כ ע"ב) לחד שינויא דמן הארכובה ולמעלה תנשא אשתו. אלמא אפי' היכא דהוי כשירה אפ"ה במים אמרינן דמרזו מכה ושרינן לה ה"נ איכא למימר אף דהנפילה אינו ודאי מיתה מ"מ איכא למימר דמיא מרזו מכה. והנה מלתא דרשב"א טעמא בעי מ"ש מן הארכובה ולמעלה ומ"ש מן הארכובה ולמטה והיה נראה לומר דטעמא דמלתא הוא דמן הארכובה ולמעלה מ"מ סי' טריפות הוא רק משום דיכול לכוות ולחיות סובר משו"ה הוא דמכשיר רשב"א. אבל כיון דמיא מרזו מכה לא יועיל לו הכויה וישאר בטרפיותו אבל מן הארכובה ולמטה אינו סי' טריפות כלל וא"כ אין המים מטריפין אותו אף דמרזו מכה ולפ"ז בנ"ד ממ"נ אם נתרסקו איבריו הרי כבר מת ואם לאו אינו אפי' טריפה ול"ש לומר מרזו מכה אבל הרשב"א לשיטתיה ביבמות כתב דלרשב"א אף בלא טעמא דיכול לכוות ולחיות סובר דכשירה היא ואינו סי' טריפות כלל ואפ"ה אית לי' דמיא מרזו מכה ומותרת ולפ"ז גם בנ"ד נוכל לומר דאף דאינו סימן טריפה כלל אפ"ה מיא מרזו המכה כיון דחזינן דהוי ספק מיתה עכ"פ ואף שאין זה מוכרח דאיכא למימר דמיא לא מרזו אלא להיכא דאיכא מכה טרי' אבל בנ"ד אם לא נתרסקו איברי' גם מכה לא היתה אעפ"כ למ"ש לעיל באות ה' דשהיות יציאת הנפש אינו דבר השוה בכל נפש אלא דמשערינן בכל אדם לפי חיותו. א"כ מסתבר דבנ"ד עכ"פ נחלש מאד לשעתו בנפילתו הזאת יותר

מאם נחתכו רגליו מן הארכובה ולמעלה כיון דהוי אפי' ספק מיתה ובפרט לפי העדות העד שכבר ראה אותו פניו למעלה ודומה לנטבעים מתים אף שאין זה ברור גמור שכבר היה יציאת הנפש וכמ"ש לעיל אות א' בסופו. עכ"פ נראה ברור שנחלש מאד בעת ההיא והי' עכ"פ קרוב מאד למיתה וא"כ לפי הגב"ע שהמים הפכוהו וגלגלוהו עוד כמאתים אמות אולי ראוי לומר דדי בזה ליציאת הנפש ואחר כך ראוהו נכרים עוד כמה מאות אמות אף שאין מבואר בגב"ע שהי' כל משך ההוא בתוך המים דוקא. לפי דמיונו יתברר לכבוד מעלתו שהמים הפכוהו וגלגלוהו ג"כ. ואם לב רוב החכמים נ"י שלם בדבר שלפי נפילתו וחלישותו אין להסתפק אם יצא נפשו יפה כחם להתיר:

ח

ומה גם דנראה דאף קודם שנתברר שיצאה נפשו. מ"מ בנ"ד ע"י טביעתו בצירוף נפילתו ממקום גבוה ב' קומות. ובפרט בצירוף שכבר ראוהו כמו נטבע מת כבר נפקא לה הך איתתא מאיסורא דאורייתא ובכה"ג נראה דאם נשאת ל"ת וכמ"ש באות י"ד (ולכן הראיתי פנים מסבירות לעיל באות ג' דע"י גלגול בתוך המים רובא דרובא לא חיי) ואף דלכתחילה בעינן ששהו עליו עד שת"נ היינו מחומרא דרבנן דאחמור בא"א לענין לכתחילה וכיון דמדרבנן הוא אית לן למיזל לקולא בשיעור יציאת הנפש:

ט

והנה הרב מהרי"ט בתשו' כ' בפשיטות דהנך שתי שעות דנחוני' חופר שיחין לאו שעות ממש נינהו אלא דבפעם ראשונה ושני' אמר להם שלום ובשלישי אמר להם עלתה ובשיעור שתצא נפשו כ' שם בפשיטות דמתחילה משערינן כמה יכול לכלוא את רוחו שלא יבואו המים לתוך גרונו ואח"כ כשבאו המים לתוך גרונו אז המים חונקים אותו ומשערי' מאז בכדי חניקה בסודרין שנפשו יוצאה מיד דהא מיתת חנק קיל טפי מסייף ואי הוי משתהא נפשו לצאת יותר מבמיתת סייף הוי חנק חמור מסייף עכ"ד מהרי"ט: **והנה** עפ"י הסברא דבריו נכונים ומתובלים ונראה דאף הנך דסברי דשתי שעות ממש בעינן אינהו נמי מודו לסברת מהרי"ט דכשבאים המים לתוך גרונו ודאי המים חונקין אותו בכדי חניקה אלא דאינהו סברי דאית לן למיחש שמא יכול הוא לכלוא רוחו בקרבו זמן מרובה וכהנך בר אמוראי דנחתי לעומקא דימא ומסקי כסית' ומרגניתא ומהרי"ט כתב שם להדיא דלא חיישינן להא משום דבר אמוראי צריך אמון והרגל לזה משא"כ שאר בני אדם והנך דמחמירי נראה דחיישי למיעוטא דמיעוטא דבר אמוראי אבל מ"מ נראה דהך חששא אכתי לא חמיר מכל הנך חששי דחיישינן במשאל"ס כגון שמא דף

נזדמן לו או גלים טרדוהו אבל מדאורייתא נראה דכ"ע מודו דסגי בשיעורא דמהרי"ט ואם נשאת בשיעורא דמהרי"ט נראה דלכ"ע לא תצא:

ובהכי נמי ניחא הא דסגי בדיעבד אם נשאת ע"י ששהו עליו בכדי שליטת העין דהוי פחות ממיל כמש"ל באות ג' מקראי דהגר ושם העליתי דהיינו משום דאחרי הגלגול במים רובא דרובא לא חיי והשתא דאתינא להכי איכא למימר דלא צרכינן להא אלא דאף בלא גלגול במים לעולם סגי בדיעבד בשיעורא דמהרי"ט אף להנך דמשערי בשתי שעות לענין לכתחילה ולפי משכ"ל אות ה' דמשערינן בחלש ומוכה לפי מיעוט חיותו בהכי נמי ניחא הא דסגי בדיעבד בכדי שליטת העין דאיכא לאוקמי בחלש וחולה דבצר ליה חיותא דלכ"ע בשיעורא זוטא משערינן. עכ"פ זכינו לדין דהנך שתי שעות לאו כללא נינהו אי דלא מעכבי בדיעבד אי דלא מעכבי אחר הגלגול במים אי דלא משערינן בהו לאדם חלש ומוכה:

ולדינא נראה דהיכא דבצר לי' חיותא ודאי גם לכתחילה משערינן בשיעורא זוטא כפי אומד דעת המורים וכפשטא דלישנא דעד שתצא נפשו ובדיעבד נראה לסמוך אשיעורא דמהרי"ט דמסתבר טעמי' ואפשר דכ"ע מודו לענין דיעבד ובפרט אם המים הופכים ומגלגלים אותו דכבר כתבתי לעיל באות ג' דהדעת נותנת שכיון שאינו יכול להתחזק ולעמוד במקומו פשיטא שאינו יכול להתחזק ולכלוא רוחו בקרבו וא"כ יש מקום לומר דלכתחילה נמי סגי בשיעורא זוטא דהא אזדא לה חששא דבר אמוראה דודאי בר אמוראה שט הוא בתוך המים ואין המים הופכים ומגלגלים אותו וכבר כתבתי דהנראה דטעמא דהנך דמחמרי הוא משום דחיישי למיעוטא דבר אמוראה. ועכ"פ בדיעבד אחר הגלגול במים נראה ברור דסמכינן אשיעורא דמהרי"ט בלי פקפוק:

ו

ובנ"ד נראה להקל לסמוך אף לכתחילה אשיעורא דמהרי"ט דנראה דאף קודם ששהו עליו כדי שת"נ כבר נפקא לה מאיסורא דאורייתא. דהנה שנינו במשנה פ"ג דגיטין ג' דברים אר"א בן פרטא כו' וספינה שאבדה כו' נותנין עליו חומרי חיים וכו' וראיתי לאמ"ז בתי"ט שכ' דהא דנותנין עליו חומרי חיים הוא מטעם דסתם ים משאל"ס הוא ולדבריו מיירי מתניתין בששהו עד שת"נ דאי בלא שהו הא אפילו במים שיל"ס נמי אסיר' ומיהב טעמא דסתם ים משאל"ס הוא דעתו להדיא דמיירי בדשהו עד שת"נ וא"כ הא דנותנין עליו חומרי חיים הוא מדרבנן בעלמא. ואנכי בדרך אחרת נחני ד' דודאי משנתינו בדלא שהו עד שת"נ ובדין גמור הוא דנותנין עליו חומרי חיים דהא במס' ב"ב (דף קנ"ג ע"ב) מייתי התם תלמודא הך דספינה שאבדה למילף מינה לענין ממונא דאמרינן דספק חי

הוא ואי בדשהו עד שת"נ הרי בחזקת מת מחזקינן ליה ואם נשאת ל"ת וחומרא דרבנן הוא דאיכא עלה דאחמרו לענין לכתחילה ואיך נילוף לענין ממונא ממלתא דהוי רק חומרא בעלמא לענין לכתחילה:

יא

ונראה דזה טעמו של הרמב"ם ודעמי' דמפרשי' דספינה שאבדה היינו שנשארה בלי עוגין ומשיטין שיתנהגו בה. ונראה משום דס"ל להנך רבוותא דהא דבעי' דוקא דשהה עד שת"נ היא גופא חומרא דרבנן הוא ומדאורייתא כל שטבע במים שריא אף בדלא שהו (וכפשטא דלישנא דטבע חסא יבמות (דף קכ"א ע"ב) וכעין זה כתבתי לקמן באות ט"ו דהא דאף על הגוסס אין מעידין נמי הוא מחומרא דרבנן) ומדמייתי מינה לענין ממונא אלמא דהא דנותנין עליו חומרי חיים לאו משום חומרא בעלמא הוא אלא דמדין גמור הוא ספק חי ומש"ה מפרשי הנך רבוותא דמתניתין מיירי שלא טבעה כלל אלא שאבדו העוגין ומשיטין שיתנהגו בה:

שוב מצאתי בק"ע (סי' רמ"ז) בשם ר"ב אשכנזי שכתב קצת מדברי אלה ואף לשי' רש"י ודעמי' דמפרשי הך דספינה שאבדה דמיירי שטבעה ממש מ"מ לא מיירי אלא בגוונא דמדינא הוא ספק חי ולא משום חומרא דרבנן דמחמרי רק לענין לכתחילה וכ"ה בריב"ש (סי' שע"ט) הובא קצת דבריו גם בב"י וכן בב"ש (ס"ק ק"ח) דספינה שאבדה מיירי בדלא שהו עד שת"נ דאף אם נשאת תצא וכ"ה בש"ג במתני' דר"א בן פרטא ובש"פ וכן עיקר:

יב

ולפמ"ש דבדין גמור הוא דנותנין עליו חומרי חיים משנתינו טעמא בעי דכיון דספינה שאבדה הוי רובן לאבד וכדאמרינן הכי להדיא בסוגיא דב"ב (ד' קנ"ג) אמאי לא אזלינן בה בתר רובא. והנה כבר הקשה זאת הריב"ש שם ותי' משום דמוקמינן לה בחזקת א"א. ואע"ג דקיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף שאני הכא דנגד הך רובא איכא תרי חזקה לאיסורא חזקת א"א וחזקת חיים דגברא עכ"ד הריב"ש שם (והרבה יש לרצות בזה מכמה סוגיי' דמשמען לי דרובא עדיף אף מתרי חזקה ותו דהא הנך תרי חזקה תרווייהו חדא נינהו דמחמת דמוקמינן לגברא בחזקת חי משום הכי הוא דקמה לה בחזקת א"א. ואכמ"ל):

ויותר נראה לתרץ דהא דלא אזלינן בתר רובא גבי ספינה שאבדה היינו משום דרובא דספינה הוי רוב שא"ג וכעין זה תי' התוס' וכל הראשונים הא דאין שורפין את התרומה עפ"י רובא דרוב תינוקות מטפחין קידושין (דף פ' ע"א) חולין (דף פ"ו) נדה (ד' י"ח ע"ב) וכן קרי לה הש"ס בנדה (דף י"ח) רובא דאיכא חזקה בהדה והיינו דאיכא חזקה כנגדה דלא עדיף הך רובא מינה וכן כתבו שם התוס' (בד"ה מיעוטא כמאן דליתא דמי) כ' שם

ואומר ר"ת דרוב תינוקת מטפחין אינו רוב גמור ולא הוי כנגד חזקה אלא כפלגא ופלגא ומן התורה וכו' הרי דרוב שאינו גמור נגד חזקה הוי מה"ת פלגא ופלגא וכ"כ התוס' נדה (דף ג' ע"א בד"ה גמר סוף טומאה) דהך רובא הוי מה"ת נגד החזקה כפלגא ופלגא (ודלא כתוס' כתובות (ד' ט' ע"א בד"ה ואב"א) דסברתם שם הוא דהך רובא כל עיקרו אינו אלא מדרבנן ואולם גם לשיטת התוס' פ"ק דכתובות הנ"ל ניחא הך סוגיא דב"ב ואכמ"ל והעיקר כשיטת תוס' פ"ק דנדה דמדאורייתא הוי הך רובא נגד החזקה כפלגא ופלגא כדמשמע פשטא דסוגיא דשלהי קדושין הנ"ל ודפ"ק דנדה ואכמ"ל):

יג

נראה דהך רובא דספינה נמי דכוותה דאיכא חזקה כנגדה והך רובא לא עדיף מינה ומש"ה הוא דהוי מה"ת פלגא ופלגא ומש"ה הוא דנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים מדין גמור (והא דלא פריך אר"ל מהך מתניתין נמי ניחא בפשיטות ואכמ"ל וא"כ בנ"ד דנפל ממקום גבוה שתי קומות דהוי עכ"פ ספק מיתה כדכתיבנא לעיל באות ו') א"כ לשיטתי שכתבתי דהא דלא אזלינן בתר רובא גבי ספינה היינו משום דהוי נגד החזקה כפלגא ופלגא א"כ כד מצרפינן ספיקא דנפילה להך רובא דטביעה ודאי הו"ל רוב גמור דאזלינן בתריה מדאורייתא:

ולשיטת הריב"ש דהא דלא אזלינן בתר רובא דטביעה היינו משום דאיכא תרי חזקה נגד הך רובא א"כ אי נימא דהנפילה ממקום גבוה הוי רובא למיתה כדמשמע לכאורה ומאי דנפקא לה מאיסורא דאורייתא בנ"ד כיון דאיכא תרי רובא נגד תרי חזקה הרי הדרינן לכללין דרובא וחזקה רובא עדיף ואף אי נימא דהנפילה ממקום גבוה לא הוי רובא למיתה אלא ספיקא בעלמא הוא מ"מ כיון דעכ"פ מידי ספיקא לא נפקא עדיין יש מקום מרווח לומר דנפקא לה מאיסורא דאורייתא דהרמב"ם ודעימי' דסברי דהא דספיקא דאורייתא לחומרא הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא כל ספיקא רחמנא שרי' היכא דליכא חזקה לאיסורא וא"כ בנ"ד דנפילתו ממקום גבוה הוא עכ"פ ספק מיתה הרי אי לאו דאיכא בה חזקת א"א הוי שרי' מדאורייתא מחמת ספיקא דהך נפילה אלא דמחמת חזקת א"א היא דאסירא מדאוריית' וא"כ כיון דכל עיקר איסורא דאסרי לה מדאורייתא היינו רק משום הך חזקה א"כ כבר אזדא לה חזקת א"א נגד הך ספיקא דנפילה למשווי' איסורא דאורייתא וא"כ נגד רובא דטביעה דרובן לאבד לא פש נגד הך רובא אלא חזקת חיים דגברא והדרינן לכללין דרובא וחזקה רובא עדיף:

ואף דלכתחילה ודאי אסרינן עלה אף היכא דאיכא רובא דרובא להתירא וכדאמרינן בסוגיין (דף קכ"א) ולא היא ל"ש צורבא מרבנן כו' דלכתחילה לא ואע"ג דרובא דצורבא

מרבנן קלא אית לי' אם איתא דסליק כמ"ש שם התוס' (בד"ה ולא הי') ומשאל"ס נמי רובא למיתה הרי דאפילו ברובא דרובא נמי לא שרינן לכתחלה. אמנם היינו מחומרא דרבנן הוא דחיישינן אף למיעוטא לכתחלה אבל בנ"ד מ"מ אי נימא דנפקא לה מאיסורא דאורייתא אית לן למיזל לקולא למסמך על שיעורא דמהרי"ט דמיקל בשיעור יציאת הנפש לשער בכדי חניקה וכן לפמ"ש לעיל באות ה' דהדבר מסור לב"ד לשער לפי כח הנטבע וחיותו ודאי במלתא דרבנן נוכל להקל טפי במלתא לסמוך על אומד דעתינו בזה לשער שאחר שהוחלש מחמת הנפילה בצר לי' חיותא והוי יציאת נפשו בזמן מועט:

יד

ובפרט דבנ"ד הרי העיד העד שראהו כנטבע מת ואף שכתבתי לעיל באות א' דאין זה ברור גמור על יציאת הנפש אבל מ"מ ברור ופשוט דכל כי הנך הוי רובא דרובא למיתה בפרט לפי המבואר בגב"ע שכבר נקרשו ידיו ואף דלכתחלה אית לן למיחש למיעוטא דמיעוטא שנמצא בו רוח חיים גם אחר שהי' מונח כמו מת מ"מ ודאי מיעוטא דמיעוטא הוא דחיי בכה"ג ורובא דרובא ודאי לא חיי בכה"ג ובפרט לפי המבואר בגב"ע שהי' מוכה ודם על פניו הרי אית לן עוד רובא שראוהו כמו מת לאצטרופי בהדי רובא דטביעה והדרינן לכללא דרובא וחזקה רובא עדיף ובכה"ג ודאי נפקא לה מאיסורא דאורייתא אף לשיטת הריב"ש בסוגיא דב"ב ואף דהני תרי רובא אתיא מחדא רובא מ"מ היכא דהוי רובא דרובא ודאי גם הריב"ש מודה דאטו פליג אדינא דגמרא דבמשאל"ס לא מפקינן לה וכ"כ שם עוד הריב"ש דמשאל"ס לאו דוקא אלא כל היכא דרובן למיתה ל"ת אם נשאת הובא גם בב"ש (ס"ק כ"ב):

טו

ולא נעלם ממני דברי הריב"ש בסי' ש"כ שם דכל הנך דתנינן בהו דאין מעידין עליהם בכל הנך תצא אם נשאת וא"כ בנ"ד כיון שלא נתברר לנו שיצא נפשו הרי במשנתינו שנינו דעד שת"נ אין מעידין עליו וא"כ אפי' אם נשאת תצא ולא מהני הא דרובן למיתה כמבואר להדיא מדברי הריב"ש שם. אמנם כבר דקדק הב"ש שם (בס"ק כ"ב שם) מדברי ר"י דהך כללא לאו דוקא ודלא כהריב"ש בזה ודברי ר"י נראין עיקר שהרי התוס' שם (דף ק"כ ע"ב בד"ה למימרא דמגוייד חיי) כתבו דתנן אין מעידין על הגוסס ולא אשכחן בשום דוכתא דלתני הכי וכוונתם בכלל דאין מעידין עד שת"נ דהא קי"ל דהגוסס הוא כחי לכל דבריו וכן בפ"א דאהלות ומייתי לה בסוגיין ותני נמי הא לישנא דעד שת"נ אין מטמא וקתני התם בהדיא דהגוסס אינו מטמא אלמא דלישנא דעד שת"נ ממעט לי' לגוסס ועמ"ש לקמן באות י"ז. והנה (בדף קכ"א) כ' התוס' בד"ה ולא היא כו' מ"מ לא

חיישינן לאותו רוב ולא תנשא לכתחלה כמו רוב גוססין וכו' הרי להדיא משמע דברי התוס' דהא דאין מעידין על הגוסס הוא מחומרא דאחמרו רבנן לכתחלה והכי משמע נמי מדברי התוס' פ' החולץ (דף ל"ו ע"ב ד"ה הא לא שהה) וכן במרדכי שם פ' החולץ (סי' כ') וכן מדברי הרא"ש פ' האיש מקדש (סי' כ') וכן במרדכי דפ"ק דחולין (סי' תקצ"ב) ע"ש דבכל הנך דוכתין מחתו הנך רבוותא לגוסס ומים שאל"ס בחדא מחתא ועיין תוס' בכורות (דף כ' ע"ב) בד"ה וכן לענין אבילות מחזקינן לגוסס בודאי מת כמבואר בש"ע י"ד (סי' של"ט סעי' ב') והוא מדברי הר"מ רוטנבורג המובא בארא"ש ומרדכי שפסק כן מטעם דרוב גוססין למיתה ולא חיי ג' ימים הך רובא:

טז

וראיתי בישש"ש גיטין פ"ג (סי' ח') שכ' דה"ה לענין להשיא את אשתו דמשיאין אחר ג"י שראהו גוסס וראייתו הוא מהך דפסק מהר"ם להתאבל עליו אעפ"י שספק אבילות להקל אלמא דלא מספקינן במלתא כלל וחשבינן לי' ודאי מת עכ"ד הישש"ש שם וכ"ה בב"ש (ס"ק צ"ד) בסופו ולא ידעתי על מה סמכו להקל לענין לכתחלה דכיון דאמרינן דגוסס הוא בכלל הא דאין מעידין עד שת"נ א"כ עכ"פ לענין לכתחלה לאו עדות הוא כלל ואי הוי שריא לאחר ג"י הו"ל למינקט בכלל הנך דמעידין דהא בסוגיא (דף ק"כ ע"ב) נקט דמן הארכובה ולמעלה תנשא אף דלא שריא אלא אחר י"ב חודש כמבואר בפוסקים וכ"ה בש"ע (סעיף ל"ב) הרי דכל שיש לה היתר לאחר זמן אפי' לזמן מרובה נקיט ליה בכלל הנך דמעידין ותנשא אשתו ואי נימא דגוסס משיאין אשתו לאחר ג"י איך נקיט ליה בכלל הנך דאין מעידין. וגם ראייתם מהך דלא חשבינן ליה בכלל ספיקא לענין אבילות לאו ראיה הוא דודאי כיון דקיי"ל רוב גוססין למיתה אף דמיעוטן חיי מ"מ הא קיי"ל לענין כל מילי דמיעוטא כמאן דליתא ולא הוי בכלל ספק כלל אבל לענין להשיאה לכתחלה הרי חיישינן אף למיעוטא דמיעוטא כמו בצורבא מרבנן דטבע במשאל"ס וכמבואר לעיל באות י"ג:

יז

ולפמש"ל באות ט"ו דלא אשכחן בשום דוכתא דלתני דאין מעידין על הגוסס והא דנקטו התוס' בד"ה למימרא דתנן אין מעידין על הגוסס היינו משום דמשמע להו דהוי בכלל דאין מעידין עד שת"נ א"כ איכא למימר דדעת מהר"מ רוטנבורג שהבאתי אות ט"ו בסופו הוא דפליג על התוס' בהך משמעות דעד שת"נ וס"ל הך דאין מעידין עד שת"נ לא ממעט לגוסס ואף דבפ"א דאהלות ממעט האי לישנא נמי לגוסס כדקתני התם בהדיא אבל הא חזינן דבסוגיין דייק הש"ס מהך דפ"ק דאהלות דטמויי הוא דלא מטמי הא מחיי לא

חיי ואף דקי"ל דגוסס הרי הוא כחי לכל דבריו הא חזינן דשחט בו רוב שנים נמי הוי כחי לכל דבריו ואינו מטמא ואם רמז ליתן גט לאשתו כותבין ונותנין ואפ"ה אמרינן בסוגיין (דף קכ"א ע"ב) דמעידין עליו מפני שחי הוא וסופו למות וס"ל למהר"ם דגוסס נמי דכוותי' הוא חי וסופו למות ומעידין עליו אחר ג"י ובאמת אם היינו אומרים כן דעל הגוסס באמת מעידין עליו. וא"כ לא היינו צריכין לכל דחוקי התוס' בד"ה למימרא:

אמינא לדינא עיקר דלכתחילה אין מעידין על הגוסס דכיון דאמרינן בש"ס דגוססין הוי רובא למיתה מה"ת נימא דהאי רובא עדיף מהנך רובא דלמיתה דאסרינן להו וכן מגויד וצלוב דמתני' ודאי נמי רובא למיתה והכי משמעון דברי הרא"ש פ' י' יוחסין (סי' ט"ז) דמגויד וצלוב דומה לגוסס והר"ן ר"פ מי שאחזו כ' להדיא דמגויד וצלוב נמי גוססין הם ופשט דברי הרמב"ם (פי"ב דגירושין דין ט"ו) משמע דכל הנך דקתני במתניתין ובריית דאין מעידין עליהם כולהו הוי רובא למיתה וא"כ מאי אולמא דרובא דגוסס מכל הנך רובא דנימא דעל הגוסס מעידין והך דשחטו בו רוב שנים מעידין עליו שאני התם דאפילו מיעוטא לא חיי משא"כ בגוסס דמיעוטא חיי ודאי אית לן למיחש למיעוטא לכתחלה ודלא כהיש"ש והב"ש בזה "):

הגה"ה ואם נשאת תוך ג"י אין בידינו לחלוק על דעת מהר"מ שכתב דרובן לא חיי אחר ג"י הא תוך ג' לא הוי בכלל רובא דמיתה ואף שהתוס' בד"ה למימרא כ' דגוסס שסופו למות מיית לאלתר מ"מ אכתי איכא למימר דהך לאלתר הוא תוך ג"י ושפיר קרו לי' לאלתר נגד יב"ח דאיירי שם התוס' לעיל מינה והא דכ' הפוסקים וכ"ה בטוש"ע (סי' קמ"א סעיף ס"ח) דאם הניחו גוסס ונתנו לה הוי ספק מגורשת מספקא לי אי קאי דוקא אתוך ג"י וכ"ה בישש"ש שם או אפשר דאפילו אחר ג"י חיישינן למיעוטא דחיי זמן רב ומש"ה הוא דאסרינן לה להנשא לכהן ולהתייבם ומה שיש לעיין בזה אכמ"ל]:

אלא מחוורתא כדעת התוס' והרא"ש ומרדכי שהבאתי לעיל אות ט"ז שכ' בפשיטות דאין מעידין על הגוסס היינו לכתחילה אין מעידין אפילו אחר ג"י וכמו שדקדקתי באות ט"ז ובדיעבד שריא ודאי אם נשאת לאחר ג"י וכדכתיבנא לעיל באות ט"ו דמשמעות התוס' והרא"ש ומר"ד וש"פ להדיא דהא דחיישינן למיעוטא דגוסס הוא רק מחומרא דרבנן ולענין לכתחילה ובדיעבד אם נשאת ל"ח למיעוטא לאפוקי אם נשאת אחר ג"י מ"מ בהא סליקנא ונחתינא דדברי הרי"ו נראין עיקר בזה דאף הנך דקתני אין מעידין עליהם לאו למימרא דאין כאן עדות דנימא דאף אם נשאת תצא וא"כ גבי גוסס נמי נימא הכי דהא התוס' כתבו דתנן אין מעידין על הגוסס א"ו דלישנא דאין מעידין לא מוכח למיסר אם נשאת וכן הא דתני אין מעידין אלא עד ג"י גם ע"ז כ' כמה גדולי הראשונים

ז"ל דחששא דרבנן בעלמא הוא שמא נתפח וע"ש בנ"י וש"פ מכל הלין נראה להדיא דלא כהריב"ש אלא דאף הנך דקתני בהו אין מעידין הוי רק משום חומרא דרבנן ומדאורייתא מחזקינן להו דודאי מת:

יט

וכן הרמב"ם (פ"ז דנחלות דין ג') כ' שם על כל הנך דקתני במתניתין ובריייתא דאין מעידין עליהם כתב שם (דאסרתן) שחזקתן למיתה ויורדין לנחלה עפ"י אלא דלענין להשיא את אשתו הוא דמחמרינן משום איסור כרת וכ"ה בש"ע ח"מ (סי' רפ"ה) ולכאורה איכא לאסתפוקי בדעת הרמב"ם אי טעמא דהרמב"ם משום דכל הנך הוי רובא למיתה וכמ"ש (פי"ב דגירושין דין ט"ו) שהבאתי לעיל באות ט"ז ומהאי טעמא לחוד הוא דכתב דמשום חומרא בעלמא הוא דאין משיאין את אשתו וא"כ נימא דס"ל להרמב"ם דהיכא דאיכא חד רובא נמי שריא מדאורייתא (והא דאמרינן בסוגיא דב"ב שהבאתי לעיל אות י' דספינה שאבדה הוי רובן לאבד ואפ"ה משמע שם בסוגיא דמדינא הוי ספק חי וכמש"ל באות י"א מש"ה לא תברא דאיכא לשנויי בתרי גווני ואכמ"ל) או אפשר לומר משום דאבד זכרו הוי ג"כ רובא למיתה כדכתב הר"א מוורדין להתירה בכה"ג אפילו לכתחלה משום דאומדנא דמוכח הוא שאם היה חי היה בא לביתו ואף שכבר השיגו הראבי' ודעמי' כמבואר במרדכי ודבריהן נראין עיקר בש"ס דהא לא קיי"ל כרב אשי דאזיל בתר אומדנא דצורבא מרבנן קלא אית לי' אבל מ"מ נראה ברור דאף החולקים על הראבי' מודו נמי דאומדנא דר"א מוורדין לא גרע מאומדנא דצורבא מרבנן קלא אית ליה דהוי רובא וכמ"ש התוס' שם וא"כ יש מקום לומר דטעמי' דרמב"ם משום דהוי תרי רובא הוא דשרי' מדאורייתא וכמש"ל באות י"ב ודקדוק לשון הרמב"ם משמע ליה דבחד רובא נמי שריא מדאורייתא והא בנ"ד נמי אבד זכרו:

הגה"ה והך דר"פ האשה שלום (דף קט"ו) דחייש רחב"א דדלמא ערק לעלמא אינו ענין לכאן חדא דהעיקר דמחמת דחזינן כיסופא דמומא דפיסתא דידא מש"ה הוא דחיישי' לעירוקא ותו דהתם נמי חששא דרבנן בעלמא הוא וככל חששי דהך סוגיא והעיקר דחששא דבדמי גבי מלחמה נמי הוא רק חששא דרבנן כפשטא דירושלמי דאמרינן התם דמאן דנשאת נשאת ומאן דלא נשאת לא תנשא ואף שלפי' הרמב"ן במלחמות טעמא אחרינא איכא התם אבל משמעות רוב הפוסקים דהירושלמי כפשטי' וכן מבואר במרדכי בשם הראבי' דיליף לקולא מהך דירושלמי ואין כאן מקום להאריך]:

אחר הדברים והאמת שבררנו בס"ד דהיכא דאיכא לאצטרופי עוד רובא לקולא אחר הטביעה ודאי נפקא לה מאיסורא דאורייתא לכל השיטות א"כ בנ"ד דאית לן כמה צרופי

לקולא דהיינו ספיקא דנפילתו ממקום גבוה ורובא דטביעה ורובא דאבד זכרו ורובא דרובא דהעדאת העד שראהו כמו נטבע מת בכל תנועותיו ובפרט שכבר נקרשו ידיו בלי ספק דכל כה"ג הוי ודאי רובא דרובא למיתה מכל הלין טעמי ודאי בלי פקפוק נפקא לה מאיסורא דאורייתא ומחומרא דרבנן בעלמא הוא דאיכא למיחש מחמת שאין ברור כ"כ שכבר יצא נפשו. וכיון שגם אחרי כן גלגלוהו המים שני מאות אמות ומשמעות הגדתו בשם הנכרים ששוב גלגלוהו עוד כמה מאות אמות מסתברא דודאי הוי יציאת הנפש דכיון שלא יכול לכלוא רוחו בקרבו והמים חונקים אותו ומיד יוצאת נפשו בציר משיעורא דסייף והיינו אם הי' בריא אולם וכמש"ל באות ט' דמסתבר דבהא כ"ע ל"פ ומכ"ש לפי חלישותו ותשותו שראהו העד פשוט לומר שנפשו יצאה בגלגול מעט שאחרי כן:

כ

וגם חששי דחיישינן דלמא אמר בדדמי אפילו להנך דסברי דגם בעד חיישינן להכי מ"מ חששי דבדדמי כולהו נראה דל"ש הכא דהך חששא דשמא אחר הוא ומחמת שראה הטביעה אומר שהוא הנטבע שראה טביעתו הא ודאי ל"ש בנ"ד והך חששא דשמא מחמת בדדמי לי' דבכה"ג לא חיי משו"ה אומר שמת נמי ל"ש בנ"ד כיון שאינו אומר שמת רק מעיד באיזה ענין ראהו ואנן הוא דמשערינן ואמדינן עפ"י דברי עדותו וכמבואר בפוסקים:

ואף שלכאורה יש לפקפק ולומר דהיכא דאנן הוא דאמדינן ומשערינן לא מהני עד אחד בכה"ג דהא עיקר טעמא דמתני' לעד אחד הוא משום דלא משקר במלתא דעל"ג כמבואר ברמב"ם סוף ה' גירושין וא"כ איכא למימר דדוקא היכא דמעיד שמת הוא דמסתפי מלשקר דלמא תתגלה מלתא שהוא חי ואז יתברר שקרו לעין כל אבל היכא דאינו אומר בפירוש שמת אלא שמעיד באיזה ענין ראהו ואנן הוא דאמדינן ומשערינן איכא למיחש דלמא באמת לא ראה כלום והוא דובר שקר משום דלא מסתפי דמסבר סבר דאף אם תתגלה מלתא שהוא חי לא יוחזק בשקרן דנימא אנא קושטא קאמרי ואינהו הוא דטעו בשיעור אומד דעתייהו ולא יתברר שקרו לעין כל אבל לשיטות רוב הפוסקים מוכח דל"ח להא:

ואין רצוני להאריך בזה דאינו נוגע לנ"ד דבנ"ד נראה דודאי מסתפי ומסתפי דהא עכ"פ אומר שראהו כמו נטבע מת ומשמעות דבריו הוא דאומד ומשער דודאי לא חיי וא"כ לדעתו הרי יוכל להתברר שקרו לעין כל אי תתגלי מלתא שהוא חי ואף דאנן אמרינן שבדברי עדות זאת אין עדיין ברור גמור על יציאת הנפש בעת שראהו אבל איהו לדעתי'

ודאי סבור הוא שדבריו אלו מורין על יציאת הנפש וא"כ שפיר מסתפי מלשקר דיוכל להתברר שקרו לעין כל:

ואף דלכאורה אכתי איכא למיחש דדלמא מחמת דבדדמי לי' דלא תתגלי מלתא דהא סובר הוא דודאי לא חיי בכה"ג משו"ה הוא דמשקר שקר גמור א"נ משום דלא מסתפי מלשקר משום דסבור הוא דאף אי תתגלי מלתא ידינוהו לזכות שאמר כן מחמת בדדמי כדאשכחן בסוגיא דפועלים שכתב שם הר"ן בפ' כל הנשבעין דבעה"ב יוכל להעד ולשקר שקר גמור מהאי טעמא דסבור הוא שהפועל ידינהו לזכות שאומר כן מחמת שהוא טרוד בפועליו והיינו בדדמי כמבואר בסוגיין בתוס' (ריש דף קט"ו) וקצת יש לעיין בזה עפ"י כמה שי' הפוסקים ואין רצוני להאריך בזה דנראה פשטא דסוגיא דלא חיישינן להא והכי חזינן לרבנן קשישאי קמאי דבסהדותא כה"ג נמי סמכי אסהדותא דחד סהדא ולא חשו למלתא כמבואר בתשובותיהם ומהנך טעמי נמניתי עם המתירים הלכה למעשה.

יום ה' ד' שבט תקס"ב לפ"ק:

וראיתי בתשו' נו"ב סי' מ"ג שהביא ג"כ דברי הריב"ש שהבאתי לעיל באות י"ב ונחלק עליו קצת. והנה מה שהקשה עליו במ"ש דהא דלא אזלינן בתר רובא היינו משום דאיכא נגדה תרי חזקה לאיסורא והקשה עליו דהא הנך תרי חזקה אתיין מחד חזקה דמחמת דמוקמינן לגברא בחזקת חי קמה לה בחזקת א"א יפה הקשה ואכמ"ל מה שיש ליישב קושיא זו:

ומה שהביא איזה ראיות דרובא עדיף אף מתרי חזקה ודחה בסוף דבריו להנך ראיות כבר כתבתי באות י"ב בהגה"ה דמשמע לי הכי כמה סוגיות ובהך דתינוק שנמצא בצד עיסה שהבאתי לעיל באות י"ב נמי איכא תרי חזקי לשי' רש"י שם חזקת טהרה דתינוק ודעיסה וכן י"ל גבי שליא בבית בפ"ק דנדה (דף י"ח) והרבה יש לי בזה ואכמ"ל. ומה שהשיג על הריב"ש במ"ש דהנך דר"א בן פרטא הוי' רובן לאבד והשיג עליו מחמת קושייתו דלעיל וכ' דבאמת הנך דר"א בן פרטא לא הוי רובא אלא ספיקא בעלמא. גרם לו זה מחמת שלא נודע לו מאין יצא להריב"ש לומר דהוי רובא לאבד כאשר כ' שם בתשו' הנ"ל שלא ידע מנ"ל להריב"ש דהוי רובן לאבד וכבר הראיתי באצבע דברי השו"ס בב"ב (דף קנ"ג ע"ב) דאמרי' התם להדיא השתא ומה ספינה שרובן לאבד נותנין עליו חומרי חיים וכו' וכל רואה יראה בעין שלזה כיון הריב"ש ונקט לישנא דרובן לאבד כלישנא דתלמודא דב"ב:

ומ"ש בתשובה הנ"ל דהיכא דאיכא ספיקא נגד חזקה אזדא לה החזקה מחמת הך ספיקא והביא ראי' מדברי הש"ך בדיני ס"ס (אות כ"ח) שכ' שם דהיכא דאיכא תלתא ספיקא שפיר הוי ס"ס אף במקום דאיכא חזקה דאיסורא משום דהחזקה אזדא לה מחמת ספיקא

קמא ואיני רואה ראי' מסברת הש"ך דאטו הש"ך לאורועי החזקה מחמת הך ספיקא אתי התם לאורועי הך ספיקא מחמת החזקה קאתינן דכיון דמוקמינן אחזקה במקום ספיקא הרי הך ספיקא כמאן דליתא כלל וכמ"ש הש"ך להדיא שם י"ב ואות כ"ז דהחזקה משוויא להספק הראשון כודאי וא"כ התם ספיקא הוא דאיתרע מחמת החזקה אבל החזקה במלתי' קאי ולא איתרע כלל מחמת הך ספיקא ואי הוי סבירא לי' להרב ש"ך ז"ל דבמקום חזקה ל"מ ס"ס כלל וכדעת הט"ז שם (בס"ק ט"ו) באמת לא הוי שני לי' בין תרי לתלתא ספיקי אבל דעת הש"ך הוא דלא אלימא מלתא דחזקה דלא תהני נגדה ס"ס כלל ודעת הש"ך הוא דבמקום חזקה נמי מהני ס"ס אלא דמחמת החזקה משווינן לספיקא קמא כודאי ומש"ה לא סגי בתרי ספיקי משום דהואיל דספיקא קמא אזדא לי' מחמת החזקה הרי לא פש גבן אלא חד ספיקא תנינא אבל היכא דאיכא עוד ספיקא תליתאי שפיר מצטרף לספיקא תנינא למהוי ס"ס ומהני הך ס"ס אף דהחזקה במלתא קאי כמ"ש דלהש"ך מהני ס"ס במקום חזקה והחזקה לא מהני אלא למשוויא לספיקא קמא כודאי והא דלא משווינן לכולהו ספיקי כודאי מחמת החזקה לאו משום דאיתרע החזקה מחמת ספיקא קמא אלא משום דאף דהחזקה לא איתרע אבל מ"מ הא דמוקמינן מלתא אחזקה לא ילפינן אלא בחדא ספיקא ומשו"ה הוא דלא משווי' כודאי אלא לספיקא קמא לחודא וא"כ שפיר סברת הרב ש"ך ז"ל אף להנך דסברי דספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא דאף דבלא החזקה נמי הוי איסורא דאורייתא מ"מ אי הוי הך איסורא משום דספיקא דאורייתא לחומרא הרי עכ"פ ספיקא הוא וספיקא קרינן לה ומחמת ספיקא הוא דאסרינן לה ואי משכחינן עוד ספיקא תנינא לאצטרופי בהדי ספיקא קמא הרי הוי ס"ס וא"כ הוי סגי בתרי ספיקי אי לאו הך חזקה דמרע לספיקא קמא משווי לי' כודאי. אבל לנ"ד דלאו לאורועי הך ספיקא מחמת החזקה קאתינן אלא אדרבא לאורועי החזקה מחמת הך ספיקא קאתינן אכתי לא אהני לן סברת הש"ך לאפוקי מאיסור דאורייתא להנך רבוותא דסברי דספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא דהא אי נימא דכל ספיקא אסור מדאורייתא א"כ הך ספיקא לא מהני מידי לאפוקי מאיסורא דאורייתא וא"כ קמו הנך תרי חזקי דאיסורא במלתי' ודוכתי'. אמנם להנך דסברי דמדאורייתא כל ספיקא רחמנא שרי' וא"כ בהך ספיקא הוי נפקא לה מאיסורא דאורייתא אי לאו הך חזקה. א"כ כבר אהני לן חזקת א"א למשוויא איסורא דאורייתא ולבתר דהוי איסורא דאורייתא מחמת הך חזקה לא פש גבן אלא חזקת חיים דגברא נגד רובא דטביעה וכמש"ל באות י"ב והך סוגיא דריש פ"ד דכריתות דשקיל וטרי בה בתשו' הנ"ל להביא ראי' לסתור ולבנות סברת הש"ך ז"ל אין רצוני להאריך מה שיש להשיב על דבריו לפי שיטתי' בדעת

הש"ך הואיל וכבר כתבנו דדעת הש"ך הוא באופן אחר וכל מעיין השופט בצדק ישפוט במשרים דהסוגיא הנ"ל אינה ענין כלל לסברת הש"ך ז"ל:

ונקיטנא בשיפולי ושאילנא בשלמא רבא לאוהב התורה ומחזיק בדקי' ציצי' ופרחי' ממנו הי' קרנו תרום בכבוד חכמים כבוד הו"ד הדרת ש"ב ידיד התורה נזרה ועטרה הרב המאה"ג בתורה ומדות שמנו חכמים כבוד קש"ת מוה' אהרן נ"י בעהמ"ח מנחת אהרן:

מידי עברי דרך ווילנא מסר לידי הרב מוהר"ח טשעכנאווצער תשובות כת"ר נדון העגונה דווילנא וכה הראני במכתב כת"ר אליו כתוב שחפצו לראות דברי תשובתי בזה הנני שולחה לידידי וישים נא עין עיונו על דברי ויודיעני אשר עם לבב חכם בזה ואני הנני לעיין באמרי נועמו ואשיב לכבודו אשר תעלה במצודתי וכעת מאין פנות פנאי לזה כי עתה באתי מדרכי ולא הי' לי פנאי אף לתקן סידור קונטרסי הלז אשר סדרתי בקאוונא בחוסר כל הספרים הנצרכים לעיין בהם רק עפ"י שהי' רשום בזכרוני ובבואי רשמתי אשר נתווכחתי עם בעל נו"ב מידי עברי על דבריו והוא ית"ש למען חותמו אמת יורני דרך האמת בתורה דכתיב בה אמת ושלום רב יקבל כנפשו ונפש החיים באאמ"ה מוהרי"ץ זללה"ה מוולאזין. יום א' י"ב אדר א' תקס"ב לפ"ק:

סימן ז

מה שהשיב הגאון הגדול בעהמ"ח ס' מנחת אהרן לאא"ז הגאון מוהר"ח ז"ל:

חד חד נחית לעומקא דדינא פלפולו עצום וסברתו נכונה עיניו כיונים על אפיקי הש"ס והפוסקים אין דבר סתום לפניו דלא שלטא ביה עינא ה"ה אהו' ש"ב חביבי וידידי הרב הגאון המאה"ג החריף ובקי המפורסם בעוצם בינתו ובקיאותו ובחוץ תרונה חכמתו כש"ת מ' חיים נ"י:

הנה זה זמן כביר אשר הגיעני אגיה"ק ושו"ת בעסק עגונה שבעלה נפל במשאל"ס בכחא דהתירא עדיף חכם מנביא אשר העלה בעוצם חכמתו להתיר ואל ירע בעיניו אשר עצרתי עצרת הדברות ולא השבתי עד כה דע אהו' ש"ב ידידי חבילות טרדן עמסוני וכתרוני ואיני מופנה מכל צד ובשגם שאין הדבר נחוץ לשעה כי שמעתי שכבר יצאה בהיתר ע"פ בד"ץ דק"ק ווילנא בצירוף כבוד מעכ"ת אמנם מחמת שערבים עלי דבריו הנעימים פניתי א"ע על זמן מועט וראיתי ממש כל ההתירים שהביא מעכ"ת הרגשתי גם כן וכתבתי בתשובה בקצרה וכאשר הוא למראה עיניו:

אך שלא מלאתי לבי להתיר שמיראי הוראה אנכי ולא עלי הדבר מוטל וכבר היא מחלוקת ישינה בין גדולי הפוסקים בתשובת מהרי"ק שהמ"ר מי"ט מקיל בדין משאל"ס

אף בלי ראיה ברורה ותולה א"ע במ"ש המרדכי בשם ר"א מורדין שיש להתיר במשאל"ס אף בלי ראיה ברורה ע"י חזקות מוכיחות שנטבע והב"י בתשובה שם החמיר אף במשאל"ס שלא התיר רק בראיה ברורה ע"ש באריכות וכמו כן אנכי שלא מצאתי ראיה בפירוש לא לאיסור ולא להתיר רק שהנחתי על חכמי הדור מי שלבו שלם בדבר יכול להקל אך שכתבתי שם הכל בקצרה ע"כ אפרש שיחתי:

ובריש מילין אפלפל מה שמטייל בה מענין לענין באותו ענין בתשובות נ"ב שמ"ג מה שהביא ראיה נגד הסברא של הריב"ש דמש"ה לא אזלינן בתר רובא במשאל"ס משום דאיכא נגד הרוב תרי חזקה ותרי חזקה עדיף מרובא וכתב מעכ"ת דרש"י ס"פ י' יוחסין (פ' ע"ב) סבר דאף דאיכא תרי חזקה נגד הרוב אפ"ה רובא עדיף מהא דסברי רבנן בתינוק שנמצא בצד עיסה דנטמא העיסה דרובא וחזקה רובא עדיף דאע"ג דהתם איכא תרי חזקה נגד הרוב לשיטת רש"י טהרה דתינוק ודעיסה ואני אומר דאין משם ראיה לסתור דאע"ג דמוכח שם דתרי חזקה לא עדיף מרובא:

אמנם גם רובא לא עדיף מתרי חזקה והו"ל פלגא ופלגא ומש"ה סבר ר"י שם דאין זו חזקה ששורפין עליה את התרומה ותניא כוותי' והא דקאמרינן רובא עדיף מחזקה לא עדיף ממש אלא כמו פלגא ופלגא וכמו כן מוכרחים אנו לפרש לדעת הנ"י שסבר דלענין הלכתא היכא דאיכא תרי חזקה נגד הרוב הו"ל פלגא ופלגא וכמ"ש התוי"ט פ"ג דטהרות מ"ח ע"ש ואדרבה דלפ"ז מיושב לשיטת רש"י קושיית התוס' וא"צ לתירוץ שאין זה רוב חשוב וגם מש"ה איצטריך הגמרא אליבא דרבנן לומר דעשאוהו כמו שיש בו דעת לשאול וכמו שמתרץ התוי"ט שם דעת הנ"י ע"ש:

וגם מיושב קושית התוס' לר"מ מרפ"ב דיבמות דסובר שם דהו"ל פלגא ופלגא ובקידושין שם סבר דרוב כמאן דליתא די"ל דביבמות שם ליכא אלא חד חזקה נגד הרוב מש"ה סבר סמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא משא"כ בקידושין שם דאיכא שני חזקה נגד הרוב דבחד חזקה הו"ל פלגא ופלגא ונשאר עוד חזקה דטהרה מוקמינן אחזקה. וטהור לגמרי א"כ אף רש"י מודה לסברת הריב"ש דבמשאל"ס דאף דרובא למיתה אפ"ה אם נ"ת דאיכא שני חזקה נגד הרוב והו"ל פלגא ופלגא:

אמנם כ"ז כתבתי לפי דעתו דסובר דלשיטת רש"י נמי איכא חזקת טהרה דתינוק אך שאין האמת הכי חדא שאין לתינוק חזקת טהרה דנגיעה די"ל דנגע באמו בעת הלידה שהיא טמאה לידה וכמ"ש התוס' ר"פ בנות כותים (דף לב ד"ה והטבילוה) ע"ש וגם דשמא היתה המילדת טמאה ועוד דאע"ג דרש"י לא סבר דהתינוק טמא ודאי משום דנשים טמאות גופפות ומנשקות אותו מ"מ מידי ספיקא לא נפיק ועיין בפ"י בקדושין

שם דבזה מיושב קושית התוס' קצת על רש"י א"כ כמו לשיטת התוס' שאין לתינוק חזקת טהרה מחמת שודאי טמא משום שנשים נדות גופפות ומנשקות אותו. כמו כן לשיטת רש"י י"ל תיכף בעת הלידה גופפות ונושקות אותו נשים נדות ואין לו שום חזקה שהיה טהור אף רגע א':

אך הראיה של הנ"ב דרובא עדיף מתרי חזקה מפרה אדומה דאיכא תרי חזקה נגד הרוב היינו אוקי גברא דמזין עליו בחזקת טומאה וגם חזקת שאינו זבוחה ודלמא במקום נקב קא שחיט ואפ"ה אזלינן שם בתר רובא זו ראיה ברורה נגד הריב"ש הנ"ל ומה שמדחה שם ראייתו משום דבכל ספק בשחיטה יש שני חזקות המתנגדות זו לזו דלבהמה יש חזקה שאינה זבוחה ונגד זה יש לה חזקת טהרה שהרי בחיי' טהורה היתה ואם אתה אומר שלא נשחטה א"כ עכשיו היא טמאה שהרי נבילה היא אם כן יוכל לקיים דברי הריב"ש ע"ש נ"ל דסברא זו תליא בפלוגתא דאשלי רברבי:

דהנה התוס' פ"ק דב"מ (דף כ' ע"ב ד"ה איסורא) הקשו וא"ת טפי אין מחמירין בממונא דהא אין אנו הולכין בממון אחר הרוב ובאיסורא אזלינן בתר רובא אפי' דאיכא חזקה דאיסורא נגד הרוב ול"ח שמא במקום נקב קשחיט ע"ש הרי לך להדיא דהתוס' סברי שם דהך חזקה שאינה זבוחה ודלמא במקום נקב קא שחיט הוא חזקה לאיסורא דאע"ג דמתנגדת להך חזקה שהבהמה היתה טהורה בחי' דאל"כ לא הקשו מידי דבממונא איכא חזקת ממון נגד הרוב:

אמנם דעת ר"ת בבכורות ע"כ סבר שאין זו חזקה שכתב שם (דף כ' ע"ב ד"ה חלב כו') ואע"ג דבפ"ק דחולין משמע דאין הלכה כר"מ אפי' להחמיר דקאמר לר"מ דחייש למיעוטא היכי אכל בשרא דלא קאמר היכי אכלינן בישרא מ"מ היכא דהחזקה מסייעתא למיעוטא חיישינן כו' ע"ש. וקשה דא"כ הדק"ל אמאי לא נימא בההוא דהיכי אכלינן בשרא דהא איכא חזקה נגד הרוב דבהמה בחזקת איסור עומדת:

שוב מצאתי במהרש"א שם שהרגיש בזה ותי' דהך דבמקום נקב קא שחיט לאו בחזקת איסור עומדת שלא נשחטה דהא אף אם נשחטה במקום נקב נשחטה כראוי לא מקרי אלא טריפה שנשחטה מקרי ומטהרה מידי נבילה הוא ע"ש ודבריו נפלאים ממני דהא מבואר בחולין (דף לב) דאם שחט במקום נקיבת הושט הוי נבילה עבי"ד (סי' לג) ובש"ך שם והוא מוסכם מכל הפוסקים דאף דלא הוי נבילה מחיים מ"מ לאחר שנשחטה במקום הנקב הוי נבילה א"ו דר"ת סבר כסברת הנ"ב הנ"ל דמש"ה ליכא לאוקמי בחזקת איסור משום דיש ב' חזקות המתנגדות וכו'. והא דאצטריך ר"ת ליישב גבי רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן דמש"ה לא מוקמינן אחזקה דבהמה בחזקת איסור עומדת דההוא

רובא מצוי הוא דהא לפמ"ש ליכא לאוקמי כלל אחזקה וכו' דז"א דאי הוי אמרינן דרובא דמצויין א"ש לא הוי רובא דמצוי הוי מוקמינן אחזקה שהיא טריפה ולא נבילה והיינו דשמא כיון שאינו מומחה התחיל לשחוט בתורבץ הושט ואח"כ שחט ברוב הושט דהוי טריפה ולא נבילה וכמ"ש הפר"ח בי"ד (סי' לג) שם ומש"ה הוצרך הר"ת ליישב דההוא רובא מצוי הוא [הגה"ה אמר נכד המחבר דבריו צ"ע ועיין בפתיחה דהלכות שחיטה בח"א מ"ש עליו בזה:] ועיין בחולין (דף ט') ויש לפקפק משם על סברת הנ"ב הנ"ל ואכמ"ל ודו"ק:

ומה שהשיג מר על הנ"ב שסבר דלא הוי הנך דר"א בן פרטא רובן לאבד כדעת הריב"ש אלא היכא דלא שהה העד עד שתצא נפשו והו"ל פלגא ופלגא מהא דאיתא במס' בבא בתרא (דף קנג ע"ב) דאמרינן התם להדיא השתא ומה ספינה שרובן לאבד נותנין עליו חומרי חומרי חיים כו' הרואה יראה שלזה כיון הריב"ש ונקט לישנא רובן לאבד כלישנא דתלמודא דבב"ב עכ"ל:

ולפענ"ד דאין משיבין את הארי החי לאחר מותו וידע וראה הנ"ב הסוגיא דב"ב הנ"ל ודבריו מיוסדים על אדני האמת ובטרם כל אציע המחלוקת של בעלי התוס' בעז"ה בדין זה וממילא נתיישב הסוגיא דב"ב הנ"ל לדעת הנ"ב. הנה דעת הריב"ש דאזלינן בתר רובא אף נגד החזקה אך במשאל"ס מש"ה בלא שהה עד שת"נ אם נשאת תצא אף דרובן למיתה משום דאיכא ב' חזקות נגד הרוב לפ"ז הוצרך לומר דאם שהה עד שת"נ להכי אם נשאת ל"ת דהוי מיעוטא דמיעוטא דאל"ה אמאי ל"ת ומשום הכי הוצרך לאוקמי הך דר"א בן פרטא שנותנין עליו חומרי חיים דוקא בדלא שהה עד שת"נ דל"ל דמיירי אף בדשהה עד שת"נ ומיירי המתניתין בכל גווני דבלא שהה נותנין עליו חומרי חיים מה"ת ובדשהה נותנין עליו חומרי חיים מדרבנן דלכתחילה לא תנשא והא דפריך במס' ב"ב מספינה שאבדה דהיינו מדלא שהה דנותנין עליו חומרי חיים מן התורה נ"ל משום דכיון דלשיטתו ע"כ בדשהה הוא מיעוטא דמיעוטא דניצולין א"כ אף נהי דמחמרינן שלא תנשא לכתחילה משום חומרא דא"א מ"מ אמאי קתני במתניתין שם נמי בת כהן לישראל לא תאכל בתרומה דהא בשאר איסורים ודאי לא מחמרינן בשום מקום אף מדרבנן במיעוטא דמיעוטא רק משום חומרא דא"א וכמ"ש הריב"ש שם מש"ה הוצרך לאוקמי דר"א בן פרטא מיירי דנותנים עליו חומרי חיים מדאורייתא וכנ"ל ועיין בפ"י בגיטין קצת מזה:

אמנם הר"ת בבכורות (דף כ' ע"ב) החמיר יותר דאף דאיכא חד חזקה נגד הרוב חיישינן להחמיר והא דבמשאל"ס אם נשאת ל"ת משום דהמיעוט אינו מצוי ולא שכיח אך

בגוסס סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר ואף אם נ"ת וכמ"ש הרא"ש שם והמהרש"א בפי' התוס' ע"ש ולשיטתו נמי מיירי הך דר"א ב"פ בדלא שהה וכשיטת הריב"ש הנ"ל וכנ"ל. אולם דעת התוס' ר"פ האשה בתרא ד"ה מחוורתא כו' ובכמה מקומות דאנן לא חיישינן למיעוטא אף שיש חזקה נגד הרוב אך זה הוא דוקא באיסורא אבל בממונא אין הולכין אחר הרוב אפי' ברוב גמור וכמ"ש התוס' בב"מ (דף כ' ע"ב) ד"ה איסורא כו' וכנ"ל:

ונראה שסברי שם כשיטת התוס' ר"פ המניח (דף כז ע"ב ד"ה קמ"ל) דמש"ה לא ילפינן בק"ו מד"נ משום דאיכא חזקה דאוקי ממונא בחזקת מארי' והיינו דאע"ג דבאיסורא אזלינן בתר רובא אף נגד החזקה מ"מ הך חזקה דממונא אלים יותר מחזקת איסור וכמו שמצינו כמה פעמים דמחלקין בין חזקה לחזקה דחדא אלימא מחברתא ומש"ה הקשו בב"מ שם דממונא חמיר מאיסורא דאין הולכין בממון אחר הרוב כו' דאי לתירוץ התוס' בריש סנהדרין (ג' ע"ב ד"ה ד"מ לכש"כ) דברוב גמור אף בד"מ אזלינן בתר רובא לא הקשו שם בב"מ מידי דהא באמת אזלינן בתר רובא אף בממונא ברוב גמור ועיין בספרי מ"א פ' בן סורר ומורה מה שישבתי שם קושית התוס' בטוב טעם ע"ש:

ולשיטה זו שפיר יש לאוקמי הך דר"א ב"פ דאבדה ספינתו מיירי אף בדשהה עד שת"נ והיינו אף בדשהה יש מיעוט המצוי שנצולין ואפילו הכי אם נשאת ל"ת משום דאזלינן בתר רובא אף דאיכא חזקה נגדה וניחא נמי הא דנותנין עליו חומרי חיים אף בבת כהן לישראל דכיון דלא הוי מיעוטא דמיעוטא י"ל דהחמירו נמי בשאר איסורין מדרבנן וכמ"ש התוס' בהחולץ (דף לו ע"ב ד"ה הא כו') אף דליכא חומרא דערוה ע"ש:

ולפום הצעה הנ"ל י"ל כדעת הנ"ב הנ"ל היכא דלא שהה ליכא רובא למיתה אלא דהוי פלגא ופלגא ואפ"ה אזלי הסוגיא דב"ב כהוגן והיינו הא דפריך אביי השתא ומה ספינה שרובן לאבד כו' קאי הק"ו מהיכא דשהה כדי שת"נ משום דהמתניתין סתמא קתני ספינה שאבדה במים דמשמע אפילו היכא דשהה כדי שת"נ דנותנין עליו חומרי חיים מדרבנן וע"כ איכא מיעוטא המצוי דנצולין וכנ"ל:

אך משום הכי אינו בחזקת חיים מה"ת משום דאיכא רובא נגד החזקה וכנ"ל אמנם בממונא כה"ג דלא אזלינן בתר רובא לא היה מוציאין מיד המוחזק כנ"ל א"כ שם אף שהיה רוב חולין למיתה היה המתנה בטילה דאוקי ממונא בחזקת היורשין מכ"ש חולין שרוב חולין לחיים לכש"כ ולפי שמשמע מהתוס' שם דמדמינן לה לספינה המטורפת בים וכו' ואפ"ה חשבינן להו בחזקה שהם חיים עדיין כו' ע"ש בלאו הכי לק"מ אלא באמת שדברי התוס' שם משולל הבנה אם לא שהיה להם גרסא אחרת בגמ' ע"ש א"כ לפ"ז השגתו של הנ"ב על הריב"ש כראי מוצק לפי שיטתו דסבר דרובא וחזקה רובא

עדיף לא הוי צריך להך סברא דבמשאל"ס יש שני חזקות נגד הרוב דהא אף בשני חזקות אזלינן בתר רובא אלא דמש"ה בדלא שהה אם נ"ת משום דהוי פלגא ופלגא ובדשהה רובן למיתה ומש"ה לא תצא ומתניתין דפ"ג דגיטין מיירי בכל גוונא אף בדשהה וקאי הק"ו של אביי מדשהה וכנ"ל:

ולשיטה זו ניחא הא דקתני במתניתין ספינה שאבדה בים שהוא משאל"ס וכמ"ש התוי"ט והיינו מדלא קתני שאבדה במים דמשמע נמי משיל"ס וכדאיתא האי לישנא במתני' בפ"ב דיבמות שם דהמתני' רבותא קמ"ל דבמשאל"ס אף בדשהה שיעור עד שת"נ אפ"ה נותנין עליו חומרי חיים מדרבנן אף לענין ב"כ לישראל משום דיש מיעוט שנצולין וכנ"ל ומעתה נסתלק נמי מה שהקשה מר על התוי"ט דמוקי המתני' בדשהה וקשה מסוגיא דב"ב הנ"ל די"ל דהק"ו של אביי קאי מדשהה וכנ"ל ועיין בתוס' ב"ב שם בתי' השני ודו"ק:

מיהו בלא"ה לא ידעתי מאי קא קשיא ליה על התוי"ט היכא ראה בדעת התוי"ט שמפרש דהמתני' מיירי דוקא בדשהה לא קאמר אלא המתני' מיירי במשאל"ס והיינו דמדייק לישנא דמתני' וכנ"ל א"כ מיירי מתניתין אף בדשהה עד שת"נ אמנם מיירי המתני' נמי בדלא שהה א"כ לפי טעם הריב"ש דמ"ה אם נ"ת דאיכא שני חזקות או כפי טעם של מעכ"ת שאינו רוב גמור ג"כ לא קשה על התוי"ט די"ל דהמתני' סתמא קתני ומיירי נמי בדלא שהה ופריך אביי שם מהיכא דלא שהה אמנם מ"מ המתני' דגיטין מיירי נמי בדשהה:

ועוד נ"ל אם נניח הסברא במשאל"ס ליכא שני חזקות נגד הרוב משום דתליא חדא בחבירתה אמנם היכא דשני חזקות אינם קשורים יחד עדיף מרוב וכמש"ל דזה תלי' בפלוגתא דרבוותא. ג"כ מיושב על הנ"ב מגמ' הנ"ל דב"ב די"ל דבאמת דבמשאל"ס היכא דלא שהה הוא פלגא ופלגא ואביי פריך שם מדשהה והיינו דאע"ג דבשהה הוא רק דרבנן משום דאיכא רובן למיתה ורובא וחזקה רובא עדיף דאע"ג דאיכא ב' חזקות חזקת חיים וחזקת א"א מ"מ הני ב' חזקות הכל חד הוא דא"א לחזקת א"א בלי חזקת חיים מ"מ לענין שיתבטל המתנה איכא ב' חזקות שאינם קשורים חדא בחבירתה דהיינו חזקת חיים וחזקת אוקי ממונא בחזקת היורשין הני ב' חזקות אינם קשורין זה בזה דאף אם לא היה חזקת ממונא ביד היורשים היה חזקת חיים ולא איתרע החזקה דאף על גב דהיה מוציאין מהיורשים היינו משום דרובא וחזקה רובא עדיף:

אמנם מ"מ הוא חזקה וכ"כ איפכא ויליף אביי שפיר הק"ו כיון שאמרו בספינה רובן למיתה ונותנין עליו חומרי חיים משום דיש מיעוט שנצולין א"כ ה"ה שנצול מחליו

וכמ"ש התוס' שם בתי' השני א"כ אף במיעוטא שנצול מחליו מהראוי שיתבטל המתנה משום דאיכא ב' חזקות טובות נגד הרוב חולין שרוב חולין לחיים כו' ונרויח בתירוץ זה שעולה אף לסברת התוס' ריש פ"ק דסנהדרין הנ"ל דברוב גמור אף בד"מ אזלינן בתרה ואין חלוק ברוב גמור בין ד"מ לאיסורא א"כ לא יעלה תירוץ הנ"ל ומיושב בתי' זה ודו"ק:

ומה שמחולק עם הנ"ב בפי' הש"ך כפי הנראה הדין עם הנ"ב כי הוא מביא ראיה לדבריו ומר חולק עליו בלי טעם וראיה ולא רציתי להאריך בזה כי הדברים ארוכים ועתיקין ע"כ לא רציתי לבלות זמן בזה ואף זמן מועט. ועתה אכתוב כפי סדר קונטריסי בריש מיליו האריך מר בטעמים שונים מה שיש חילוק בין לא שהה עד שת"נ ובין שהה ורוצה לדמות הילוך היבשה להילוך המים ומדקדק בלשון רש"י שמא יצא ברחוק פרסה:

ולפענ"ד האריכות אך למותר כי בודאי אין לדמות יבשה לים כי כשהמים רדופים ויש רוח בעולם. המים נושא את האדם במהירות מה שלא יכול לרדוף על היבשה בגמלי פרחי וכשהוא שט נגד המים המים מוליך אותו לאט וגם הבטת האדם אינו שוה כשהוא עומד על ההר שולט העין לראות למרחוק וכשהוא עומד בגומא איפכא וכ"כ יש חילוק בשליטות העין בין יום ברור ליום המעונן:

ומ"ש רש"י דהחשש הוא שמא יצא ברחוק פרסה בודאי דוגמא בעלמא נקיט וכפי הנראה מרש"י בכמה מקומות. אלא שהטעם הוא פשוט כשלא שהה שיעור עד שת"נ חיישינן שמא יצא במקום שנטבע ובשהה שיעור עד שת"נ והביט מד' רוחותיו שלא יצא בכאן א"כ כשהוא מונח בכאן תחת המים בודאי הוא מת במקומו אך שהחשש הוא שמא המים נשאוהו למרחוק תחת המים עד שאין העין יכול לשלוט לראות ויצא משם מ"מ רובן למיתה מחמת שכבר נתתשש ולא יכול לעלות בעצמו ומיעוטא שנצולין שבעצמו יעלה משם או ע"י גלים או ע"י דף של ספינה ואף שאין העין שולט לראות לשם עדיין הוא בתוך שיעור שת"נ מ"מ שיערו חכמים בין שהמים נשאוהו במהירות או לאו או שאין העין שולט לראות ברחוק וכנ"ל מ"מ כשהוא תחת המים בכדי שאין העין שולט לראות לשם נתתשש כחו:

ועיין בתשובת הב"ח סי' ע"ט ובתשו' פ"י לחלק אה"ע ש"ז ימצא כדברי א"כ בנ"ד כשהעד הלך משם עדיין היה בתוך שליטת העין שאם היה עומד שם היה יכול לראות אותו יותר וכמבוא' בג"ע שהנכרים שעמדו על הגשר ראו אותו אח"כ כשהוא עולה מתחת הקרח והיה עדיין בתוך שליטת העין ופשיטא דחיישינן שמא עלה משם ליבשה וחושש אני לאיסור דאורייתא ובפרט שלא היה הכל תחת המים וכמה פעמים היה צף על המים וכמבואר בגב"ע שם:

ומ"ש מר שהדבר מסור לחכמים לשער בכל אדם שיעור שת"נ לפי חיותו וחלישותו כו'. באמת שגם הב"ח מחלק בכה"ג בתי' הנ"ל דבבור שיש לו ד' מחיצות אפשר לחיות שם ב' שעות ע"י שמטפס ועולה ובמשאל"ס לא בעינן כולי האי ע"ש:

אמנם הפ"י בתש' הנ"ל לא רצה לסמוך ע"ז וגם הריב"ש והר"א ששון ומהח"ש כתבו סתמא ששיעור כדי שת"נ הוא ב' שעות ולא נתנו דברים לשיעורים א"כ מאן חשיב ומאן רקיע להקל נגדם לעמוד על אומדנא שלנו מה שהוא ספק א"א. ומה שהביא ראיה דיוכלו לשער כמו בכל האיסורים כגון במוצאי שבת ביום המעונן ביצא ספק מלבו מותר לעשות מלאכה וכן להאכיל ביה"כ למסוכן עפ"י אומדן הדעת ומה יפה כחו של איסור כרת זה משאר איסורי כרת ומב"ד עכ"ד. ראיה זו איני מכיר דבמוצאי שבת לאו משום אומדנא הוא דבין יממא ובין לילה לא טעו אינשי וכדאיתא בפרק קמא דפסחים (דף יב ע"א) ואין חילוק בין צפרא לרמשא:

ועיין בנודע ביהודה תק"ע שמ"א (דל"ט ע"ג) ועוד דהתם הטעות בכל אדם שוין ואין כל אדם יכול לטעות יותר מכפי השיעור שמבואר בפסחים שם לכל חד כדאית ליה ומש"ה עבדו הרחקה באכילת חמץ בע"פ דגזירה הוא משום יום המעונן כדאסיק רבא שם משום דאין שום אדם יכול לטעות יותר ובודאי לא יטעה לאכול חמץ אחר חצות א"כ אם ממתין במ"ש כפי השיעור שיכול לטעות בודאי הוא לילה משא"כ בשאר איסורים שאין אומדנא של כל אדם שוים לא שמענו בשום איסור דאו' להתיר ע"פ אומדנא ליתן תורה לכל א' בידו. וגם הראיה מלהאכיל ביה"כ למסוכן אין לדמות כלל לשאר איסורי דאורייתא דהתם משום פיקוח נפש דאין הולכין בפ"נ אחר הרוב אפי' לקולא וגם משונה משאר אומדנא דממונא דאזלינן בתר רוב דעות וגבי מסוכן אזלינן לקולא ולא אזלינן בתר רוב דעות וה"ט משום ספק נפשות להקל:

ועתה נעמוד על היסוד ההיתר שכתב מעכ"ת שהפילוהו המים בכח גדול לערך ב' קומות האיש. הנה היתר זה כבר הרגיש הרב מו"ה חיים מטשעכנאוויצייע. וכתבתי בתשובתי שם שאין ראיה משם שהנפילה מגובה ב' קומות הוא ספק מיתה אלא דר"ל שיוכל להיות שימות בו אם הוא אדם חלוש והא דנקיט לא מת לאו משום דרובן למיתה אלא שהתנא הורה לנו סדר בית הסקילה. ונקט לישנא דלא מת משום דאיכא מיעוטא מתים אף מזה ויותר מזה איתא במתניתין שם אחר כך וא"ל רגמוהו בכל ישראל אף שמעולם לא שנה בה אדם אלא דהורה לנו סדר בית הסקילה וכדאיתא בגמ' שם:

ועוד נ"ל דבשלמא גבי בית הסקילה נופל על לבו וכדאיתא במתניתין שם ובהרמב"ם פ' ט"ו מה' סנהדרין משא"כ בנ"ד אפשר שנפל בענין שלא יפסידהו הנפילה וכדאיתא בפ'

א"ט (דף נא ע"א) הני דיכרא דגנבי גנבי אין חוששין משום ריסוק אברים כו' ע"ש. ויותר מזה הביא הפר"ח בי"ד (סי' נח ס"ק כד) בשם הרוקח שכל שנפלה ולא נודע אם על מתני' או על צלעותיה מותרת בלא בדיקה דס"ס הוא ושרי א"כ אם נאמר בספק איסור להתיר מכ"ש בספק א"א להחמיר ואף לדעת הפר"ח שהחמיר בזה היינו שחוששין להחמיר ולא להקל:

ומ"ש מר מהא דמהני בדיקה לענין טריפות אף אם נפלה ממקום גבוה מאוד אין ראיה. די"ל דשאני התם כיון שאנו רואין הבהמה חיה לפנינו מש"ה הוא דמהני בדיקה אבל מסתמא א"ל דרובן למיתה ע"כ ע"ז אני אומר לא כן אבי במחכ"ת. אדרבא איפכא מסתברא דיותר מצוי שנטרפה בהנפילה משתמות בהנפילה דזה לא שכיח וכדאיתא בט"ז שם בשם הרש"ל והסכים עמו הט"ז דמש"ה בחה"מ לענין נזיקין שפטור המזיק אא"כ יש י"ט בבור ולא חשבינן מכריסו ועד ארעא דאם מת חשיב ליה כאונס לענין תשלומין אבל לענין טריפות חשבינן י"ט עם הצירוף שי"ל שנטרפה מהנפילה ע"ש ואדרבא דמשום הכי בעינן בדיקה שיש ריעותא לפנינו שלא הלכה אבל מן הסתם אפשר לומר דהמיעוט הוא שנטרפה בהנפילה וכו' ומ"ש מר דאף הנך דסברי דשהה כדי שת"נ הוא ב' שעות הוא מדרבנן אבל מדאורייתא כ"ע מודים דסגי בשיעורא דמהרי"ט ואם נשאת בשיעורא דמהרי"ט לכ"ע ל"ת לא ידענא מאי קאמר דהא ע"כ הני רבוותא הנ"ל דסברי דבעינן ב' שעות הוא לענין דיעבד דאם נשאת היכא דלא שהה העד שיעור שתי שעות תצא דאי דלא תנשא לכתחילה היכא דלא שהה שיעור הנ"ל מאי אריא דלא שהה הא אפילו שהה כל היום כולו לא תנשא במשאל"ס דחיישינן שמא עלה מרחוק או שמא דף של ספינה נזדמן לו או גלים טרדוהו ואפי' אבד שמא לא תנשא ומדכ' במשאל"ס דשיעור שהה עד שת"נ הוא ב' שעות ע"כ הוא לענין דיעבד שאם שהה שם פחות משיעור זה אף אם נשאת תצא:

ומה שהקשה מר על התוי"ט פ"ג דגיטין מב"ב (ד' קנ"ג) כבר כתבתי לעיל דלק"מ ואדרבה על הריב"ש הנ"ל יש להקשות שמוקי המתני' דגיטין להדיא דמיירי דוקא בדלא שהה א"כ קשה אמאי נקיט המתני' שאבדה בים שהוא משאל"ס ואמאי לא קתני שאבדה במים שהוא נמי משיל"ס אך באמת דזה לק"מ דלפי פי' רש"י ולכל הפוסקים דהפי' שאבדה היינו שטבעה ממש י"ל דהמתני' רבותא קמ"ל דאפי' שאבד ממש בים שהוא מים שאל"ס אפ"ה נותנין עליו חומרי חיים מדאורייתא לאפוקי מדעת ר"ב אשכנזי שמדייק מלישנא דפי' המשניות שם דהיכא שטבעה ממש במשאל"ס אפי' לא שהה עד שת"נ אפ"ה המה

בחזקת מתים לגמרי א"כ גם על התוי"ט יש ליישב שמפרש המתני' בדלא שהה דוקא ונקיט מים שאל"ס לרבותא כנ"ל:

ומה שרוצה מר לסמוך א"ע על ר"ב אשכנזי הנ"ל היכא שטבעה ממש הוא בחזקת מתים לגמרי אף בדלא שהה עד שת"נ כבר כתבתי בתשובתי שם שכל הפוסקים חלקו עליו ובטלה דעתו נגד הנך רבוותא ועוד אף אם נאמר דהאמת הוא שהרמב"ם בפי' המשניות שלו דבר כן מ"מ הרי הרמב"ם בחבורו (פי"ג מה' גירושין ה' כ') סבר דאף בנטבע ממש במשאל"ס היכא דלא שהה העד עד שת"נ אם נשאת תצא וכמו שמדייק הכ"מ שם מלשונו הזך ע"ש א"כ חזר ממ"ש בפי' המשניות וכלל הוא בין הפוסקים היכא שבספר הי"ד סותר למ"ש בפירוש המשניות מה שפסק בחיבורו הוא עיקר דפי' המשניות עשה בילדותו ואח"כ חיבר הספר הי"ד א"כ אין כאן שום דיעה להקל בדלא שהה עד שת"נ אף בנטבע ממש ואין לסמוך ע"ד ר"ב אשכנזי אף לעשות סניף:

ועתה אתווכח עמו מה שמפלפל בחכמה והעלה שמותרת להנשא אף לכתחלה ויסוד הדברים הוא שספק אחד שמא מת מהנפילה ממקום שתי קומות שעושה ספק מיתה ואיכא עוד ספק לפי סברתו דהא דלא אזלינן בתר רובא גבי ספינה שאבדה משום היכא דלא שהה אף דרובן למיתה מ"מ אינו רוב גמור:

אך עכ"פ הוא ספק מיתה א"כ כד מצרפין ספיקא דנפילה לספיקא שמא מת במשאל"ס הו"ל רוב גמור דאזלינן בתרי' מדאורייתא ולטעם הריב"ש דמש"ה לא אזלינן בתר רובא במשאל"ס היכא דלא שהה משום דאיכא ב' חזקות נגד הרוב א"כ להרמב"ם דספיקא דאורייתא לחומרא הוא מדרבנן היכא דליכא חזקה לאיסורא וא"כ בנ"ד אי לאו דאיכא בה חזקת אשת איש הוי שרי מדאו' מחמת ספיקא שמא מת מהנפילה אלא מחמת חזקה הוא דאסירא מדאורייתא א"כ כבר אזדא לה חזקת אשת איש נגד הך ספיקא למשווי' איסורא דאורייתא וא"כ נגד רובן לאבד לא פש נגד הך רובא אלא חזקת חיים והדרינן לכללא דרובא וחזקה רובא עדיף ואע"ג דלהריב"ש אף ברובן למיתה אם נשאת תצא:

אמנם דברי רי"ו עיקר והביא לכמה ראיות מדברי תוס' דגוסס ומשאל"ס בחדא מחתא דאם נשאת ל"ת עכ"ד בקצרה ואני אומר לא כמו שסבר מר דהריב"ש הוא יחידאי בהא דהיכא דאף דאיכא רוב אם נ"ת כמו בגוסס וכדומה אלא דכמה גדולי פוסקים החמירו יותר דבכ"מ דאיכא חזקה נגד הרוב לא אזלינן בתרי' לחומרא דטעמא דהריב"ש הוא דוקא בא"א משום דאיכא שני חזקות נגד הרוב אמנם דעת ר"ת בבכורות (ד' כ') דבגוסס אם נשאת תצא מטעמא דהיכא דאיכא חזקה נגד הרוב סמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא וכמו שפירש המהרש"א בתוס' שם ועיין בהרא"ש שם וכבר הבאתי בתשובתי שם

וכ"נ בהרא"ש בפ' האשה שהלך שהקשה לפיר"ת מהא דמשאל"ס דאמרי' אם נשאת לא מפקינן מיני' אע"ג דאיכא חזקת אשת איש ומיעוט נצולין ולא חיישינן למיעוטא וחזקה ותי' דשאני הני דהוי מיעוטא דלא שכיח כלל ואפילו ר"מ דחייש למיעוטא דל"ש לא חייש ע"ש א"כ הרי לך להדיא דבמעוטא דשכיח כמו בגוסס וכדומה אם נ"ת ועוד שלשה גדולי פוסקים הלא המה הרי"ף והרמב"ם והטור נמי סברי כר"ת שהרמב"ם פסק (פ"ג מה' יבום ה' ט"ז) האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעלך לא תתייבם ולא תנשא ע"ש כסתמא דמתני' וכ"נ פסק הרי"ף שם והטוש"ע באה"ע (סי' קנ"ז) ע"ש וע"כ דטעמייהו דאע"ג דהגמ' מוקי שם המתני' כר"מ דחייש למיעוטא מ"מ להמסקנא שם אתי המתני' נמי כרבנן משום דאיכא חזקה וסמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא וכמ"ש הרא"ש שם לדעת ר"ת והנ"י שם א"כ כיון דהני ג' עמודי עולם וגדולי פוסקים סברי בחדא שיטה כדעת ר"ת מי יכול להרים ראש להקל נגדם:

הן אמת דלפמ"ש הרשב"א בחידושיו יש ליישב הנך רבוותא דסברי דהמתני' דפ' האשה שהלך אתי כרבנן וכנ"ל דקשה הא דאמרינן בפרק עשרה יוחסין גבי תינוק שנמצא בצד העיסה ורבנן אמרי מיעוטא כמאן דליתא ורובא וחזקה רובא עדיף ותירץ דשאני האי מיעוטא דהכא משום דהאי מיעוטא מרע הרוב ממש ומן הרוב אתה מסלקו כלומר מאותו חלק המרובה שמתעברות יש מקצתן שמפילות ולפיכך חשוב לעמוד כנגד הרוב בצירוף החזקה אבל התם שהמיעוט ההוא אינו ממעט ומגרע כחו של הרוב ממש אלא שהוא מיעוט העומד לגמרי כנגד הרוב מיעוט כזה אינו חשוב להצטרף כלל ודוגמתו ה"נ מיעוט שאינו מתעברות אינו חשוב להצטרף והיינו דלא חשיב לי' הכא כנ"ל א"כ לפ"ז בגוסס ובכל רובא כדומה שהמיעוט עומד נגד הרוב ואינו מגרע כחו של הרוב אינו מצטרף עם החזקה ואמרינן רובא וחזקה רובא עדיף:

אמנם כיון דלדעת הריב"ש אם נשאת תצא וגם לדעת ר"ת הנ"ל בכ"מ מצרף המיעוט עם החזקה וגם הרמב"ן בחידושיו והביאו הרשב"א מיישב קושיא הנ"ל בתי' אחר וכעין זה נתכוון התוי"ט (פ"ג דטהרות מ"ח) ולא נחתי להך חילוקא דהרשב"א הנ"ל דלדידהו סברי הנך רבוותא דבכ"מ מצרפין על החזקה. וגם הריטב"א והביאו הנ"י שם שתי' הא דלא חשיב נמי שם המיעוט שאין מתעברות והו"ל תרי מיעוטי דמיעוט שאינו מתעברות גרוע הוא ובכלל מיעוטא דמפילות חשבינן לי' דלהוי תרווייהו מיעוט שלם א"כ כיון דמצרפין נמי מיעוט שאינם מתעברות למיעוטא דמפילות דלא להוי מיעוטא דמיעוטא ע"כ סברי דמצרפין נמי לחזקה מיעוט שעומד נגד הרוב א"כ בכ"מ דאיכא מיעוט מצרפין לחזקה יש לחוש להני פוסקים ואם נ"ת:

ועיין בב"ש (ס"ק ק"ב) ודבריו אינם מבוררים שכתב שם בפשיטות ל"ד בנטבע במשאל"ס אלא ה"ה בכ"מ שעפ"י הרוב הוא מת ל"ת ולא הרגיש שכמה גדולי פוסקים סברי אם נ"ת וכנ"ל ועוד שכ' אח"כ אבל היכא דקתני במתני' אין מעידין הוא מחלוקת הריב"ש והרי"ו שמשמעות דבריו דברוב הכל מודים דאם נשאת ל"ת וז"א כמו דפליגא באין מעידין פליגי נמי ברוב אם תצא ותלי' חדא בחברתה דהא קתני נמי במתני' אין מעידין עד שת"נ אבל הגוסס דלדעת הריב"ש תצא ה"ה בכל רוב ולדעת הרי"ו ל"ת וכנ"ל:

ועתה נחזור למ"ש דלסברא דילי' דרובן למיתה הוא פלגא וכד נצרף פלגא דהנפילה עושה מיתה הו"ל רוב גמור לא ידעתי כוונתו ואין זה רוב אלא ס"ס דבכל ס"ס איכא ב' ספיקות להקל ואפ"ה אסרו הט"ז והש"ך שם בסי' ק"י והט"ז החמיר אפי' בכמה ספיקות ואע"ג די"ל שהמה סברי שהוא מדרבנן מ"מ כבר צווח ככרוכי' הגאון בעפ"י והביאו דבריו בש"ת ש"י לחלק י"ד שמ"ח וכ' כל המתיר ע"פ ס"ס כמה פגע באיסור דאורייתא וכו' איסור א"א שקרוב להרבות ממזרים בישראל ח"ו והיינו מטעמא דס"ס גרוע מרוב ונראה שהש"י הודה לדבריו א"כ אפי' לכת הסוברים דהיכא דאיכא רובא אפי' דאיכא חזקה נגדה לא מצרפינן רובא לחזקא ואם נשאת ל"ת מ"מ בס"ס גם המה ס"ל דאם נ"ת ואף שהבאתי בתשובתי שם כמה גדולים שחלקו עליו וגם אנכי עמדתי בפרט זה וישבתי לדברי הרשב"א ואכמ"ל מ"מ אין לסמוך להתיר עפ"י ס"ס לחוד רק לעשות איזה סניף בעלמא:

ועוד מה דפשיטא לי' למר להרמב"ם דסבר דספיקא דאורייתא הוא מדרבנן בנ"ד נמי מדרבנן היכא דאזלי החזקה ואני אומר דבנ"ד י"ל דגם הרמב"ם סבר דהוא מדאורייתא לפי הגירסא בפ"ט מה' ט"מ דבר שחייבנו על זדונו כרת ספיקו אסור מה"ת ולגירסא זו הסכים הכ"מ שם ע"ש א"כ בספק א"א לכ"ע מה"ת ואף שי"ל לגירסא זו מהא דפריך רבא בריש האשה בתרא מכדי הא דאורייתא והא דאורייתא מה לי איסור כרת מה לי איסור לאו דהא שנא ושנא דבאיסור כרת ספיקא דאורייתא מש"ה החמירו בספיקו משא"כ באיסור לאו וכ"כ י"ל מהא דאי' בסוטה (ד' כ"ט ע"א) דקאמר אלא לאו ש"מ כאן שיש בו דעת לשאול כאן שאין בו דעת לשאול דמנ"ל לחלק בהכי דלמא מש"ה בספק טומאת בשר שהוא ספק לאו יאכל משום דספיקו דרבנן משא"כ בסיפא שהוא ספק טומאת הגוף שהוא בכרת דספיקו מדאורייתא מש"ה לא יאכל מ"מ שערי תירוצים לא ננעלו ואכמ"ל ואין להקל נגד הכ"מ שסבר גירסא זו לאמת:

ומה שהשיג על הש"ש שפסק דמשיאין את אשתו אחר ג' שהוא גוסס יפה כיון ומצאתי בשו"ת ז"י בשם גיסו הגאון מהור"ר דוד שהי' אב"ד בק"ק אה"ו שהשיג ג"כ עליו. ומה

שצירף מר היתר מהא שכ' הרמב"ם מ"ה לפמ"ש הסמ"ע בסי' רפ"ז ס"ק ט"ו דאין יורדין לנחלה אלא כששמעו שמת דאל"כ קשה רישא לסיפא כקושיית הכ"מ שם אין זה צירוף לנ"ד כיון שלא שמע אח"כ שמת ואע"ג דבתש' מבי"ט מצרף היתר זה שאם הי' חי היה שב לביתו זה דוקא בשאר עגונה ולא במשאל"ס דשם י"ל דבא באיים רחוקים ולא יכול לשוב לביתו:

והנה הרביתי מילין בדברים פשוטים מה שאין דרכי בכך אמנם כוונתי הוא לבאר טעמי ונמוקי מה שלא רציתי לצרף למנין להתיר כי אין ההיתר פשוט ע"פ רוב הפוסקים אך כיון שכבר יצאתה בהיתר ע"פ חכמי ווילנא בצירוף מעכ"ת אינני עורר ע"ז כיון דלדעת המהרי"ט והב"ח יצאתה מאיסור דאורייתא וגם בתשובת פמ"א ח"ר שאלה ל"ו סומך עליהם אם זה אמת שראה העד שהיה שעה קלה תחת המים בפ"א ולא הוציא ראשו בינתיים וגם בתשובתי שם כתבתי קצת היתר מטעמים אחרים ע"ש א"כ כיון שהתירו לא יצאת מהיתרא הראשון ויש לסמוך ג"כ קצת על ר"א מוורדין להתיר במשאל"ס בחזקות מוכיחין שנטבע ואני מבטל דעתי נגדם ועתה מבוקשתי שיהיה הדיבור מצוי בינינו ולכתוב לי איזה חידושי תורה ונחת ינחת בו ומחמת טרדא אקצר יום ג' טו"ב למב"י תקס"ב פה בריסק דליטא:

סימן ח

שלמא רבא משמיא וחיים לכבוד הוד הדרת אהובי ש"ב ידיד התורה אוהבה ומשחרה ימצא טעמה כי טוב סחרה אשר יאמרו כי הוא זה סיני ועוקר הרים התלוין בשערה כבוד הרב המאה"ג המפור' לטיבותא בר פחתי כבודו הגדול ושמעו הולך בכל מקום מוכתר בשמעתתי' דמבדרן מופלא שבסנהדרין זה שמו הטוב הרב בעל מנחת אהרן נ"י:

על הדברות הראשונות שמסר לי הרב הר"ח כהן תשובת כת"ר בענין העגונה דווילנא שמתי עיני על כל דיבור ואמירה נעימה וראיתי שברוב דברינו כוונתינו הולך אל מקום אחד אלא שכת"ר נוטה אל החומרא מחמת שאין הדבר מוטל עליו ואף אני כמוהו לא פניתי אל צדדי היתרים העולים מתוך העיון טרם הועלה עלי עול ההוראה והן עתה שבעוה"ר בסביבותינו נתייתם הדור מחכמים והעלו על צוארי עול ההוראה מכל הסביבה שאינם מתירים בשום אופן בלתי הסכמת דעתי הקלה וחשבתי עם קוני וראיתי חובה לעצמי להתחזק בכל כחי לשקוד על תקנת עגונות והשי"ת יצילני משגיאות ועתה באתי להשתעשע בשנים שלשה גרגרים בראש אמרי פנינים ספיר גזרתם:

אשר בא בארוכה בדין בדדמי הנה לפי אשר תפס כת"ר שלפי עדות העד כבר ראהו מת וליכא אלא חששא דלא אמר קברתיו לא ידעתי למה חשש להחמיר כולי האי דהא דינא דקברתיו אינו מוסכם מכמה רבוותא קמאי ואף להנך דמצרכי לא הוי אלא חומרא דרבנן בעלמא לענין לכתחלה ובכי הא ודאי כדאי לסמוך על שיעורא דמהרי"ט:

אמנם לא ראיתי בעדות העד אלא שראהו בסימנים כמו נטבע ומת ומעיד על הסימני מיתה שראה בו וא"כ ממ"נ אם לפי עדותו ליכא אומד ברור למיתה הרי לא העיד כלל על המיתה ואי איכא אומד למיתה לפי עדותו מהיכי תיתי דלא נהימני' כיון דקי"ל דלא חשדינן ליה במשקר (וראיתי שכת"ר בתחילה ירא וחשש לדעת התוס' לפי שיטת הלח"מ בתירוצו על קושית הב"ש (ס"ק קמ"ג) ולבסוף שקטה נחה דעתו על פי ישובו דברי התוס' להקל ובחנם ירא לחוש לדעת יחידאה דלית דחש להא מפוסקים המפורסמים ראשונים ואחרונים ז"ל) דאי הוי חשדינן לי' במשקר הרי במלחמה לא הוי מהימן אפילו היכא דאומר קברתיו והרי המחמירין שבמחמירין לא החמירו אלא דלבעי וקברתיו כמבואר בריי"ף וברמב"ם וטוש"ע ואחריהם כל אדם נמשך וכיון דלא חשדינן לי' שמא משקר והוא מעיד עובדא היכי הוי אנן אמדינן דבכה"ג לא חיי מהיכא תיתי להנשא על פיו וכדכתיבנא במכתבי הראשון דבכה"ג ל"ש בדדמי:

ובהכי ניחא לי הא דקשיא טובא לשיטת הרי"ף ודעמי' דבעדים נמי חיישינן לבדדמי ואיבעיא דע"א במלחמה היכא דאמר וקברתיו א"כ קשה היאך הוי בעי תלמודא למפשט מעובדא דב' ת"ח מדהשיא רבי את נשותיהם על פי נשים והרי מדדחי התם ותסברא משאל"ס נינהו וכו' חזינן דלפום ס"ד דפשיטותא הוי מיירי שלא העלום כלל מן המים וא"כ הרי הני נשי לא אסהידו אלא על הטביעה ואף אי אסהידו נמי ששהו עליו אכתי ליכא וקברתיו ואיכא חששא דבדדמי ואכתי היאך השיא רבי את נשותיהן עפ"י הך סהדותא הא להרי"ף אף בב' עדים חיישינן לבדדמי בכה"ג וכבר נדחקו גדולי הראשונים בישוב קושיא זו ולפמ"ש ניחא שפיר דלפום ס"ד דפשיטותא הוי מיירי דהני נשי אסהידו עובדא היכי הוי ואנן הוא דמשערינן יציאת נפשם ובכה"ג לא חיישינן לבדדמי דסהדי וכדכתיבנא. ומ"ש ראי' נגד הר"ח והרמב"ם דסברי דבטביעה לא מפקינן לה אף בדלא שהו עליו והביא כת"ר ראי' נגדם מהא דבעי התם לפשוט מעובדא דב' ת"ח דטעמא דע"א מהימן הוא מטעם מלתא דעל"ג ומשו"ה סמכינן אדיוקא זוטא דדייקי עכ"פ שנטבע אלמא דהאי דיוקא זוטא שנטבע לא עדיף מדיוקא זוטא במלחמה דהיינו שירד במלחמה כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ובהאי דיוקא זוטא דמלחמה ודאי לא נפקא מאיסורא דאורייתא עכ"ד כת"ר:

אבל הוא רומיא דגברא אגברא דלהר"ח ורמב"ם באמת דיוקא זוטא דמלחמה עד שיתברר לה דמחו ליה בגירא וברומחא ובהאי דיוקא זוטא באמת כבר נפקא מאיסורא דאורייתא דבכה"ג הוי רובן למיתה וכמ"ש הרמב"ם (פ' בתרא דה' גירושין דין ט"ו) ואם העיד בדברים שרובן למיתה כו' כתב דין ט"ז כיצד וכו' דין י"ח אעפ"י שדקרוהו או ירו בו חצים:

ומ"ש כת"ר שהריב"ש אזיל בשיטת ר"ת דחייש למיעוטא דאיכא חזקה בהדה משו"ה ס"ל דבגוסס אם נ"ת הנה כבר כתבתי בקונטרס ההתרה דמשמעות התוס' והרא"ש והמרדכי הוא בכמה דוכתי דגוסס לא חמיר ממשאל"ס דלא מחמרינן אלא לכתחילה וכל מעיין השופט בצדק יראה שאין זה תלוי כלל בפלוגתא אי חיישינן למיעוטא דבהדי חזקה א"ל דאטו מאן דחש למיעוטא דבהדי חזקה אטו מי לא מודה דבמשאל"ס לא מצרפינן מיעוטא דידי' לחזקה ומאן יימר דגוסס חמיר ממשאל"ס ולא מבעיא לשיטת הרמב"ן בחידושיו לנדה ויבמות והריטב"א בקדושין ודאי לדידהו לא חיישינן לחזקה דגוסס כיון דאתעביד ביה מעשה הגסיסה וכן לשיטת הרשב"א יבמות ובמשמרת הבית דלא חיישינן למיעוטא קמא אלא אפי' לסברת התוס' דלס"ל לאפלוגי בהכי מדיהבי טעמא דשריותא דמשאל"ס משום המיעוט אינו מצוי אבל מ"מ אכתי מאן יימר דמיעוטא דגסיסה מצוי יותר ממיעוטא דמשאל"ס ואדרבא בדברי התו' יבמות (דף קכ"א בד"ה ולא היא) מוכח להדיא דמיעוט דגסיסה חשיב טפי לאשכיח ממיעוט דמשאל"ס דהא מדמי התם התם גוסס לצורבא מרבנן בטבע במשאל"ס והרי התם מיעוטא דמשאל"ס לא שכיח אפי' אגברא דלאו צורבא מרבנן ובצורבא מרבנן איכא נמי רובא דקלא איתי לי' הרי להדיא דמיעוטא דגסיסה חשיב טפי לא שכיח ממיעוטא דמשאל"ס גרידא אלא ל"ש כלל כמו מיעוטא דמיעוטא דצורבא מרבנן במשאל"ס דאיכא תרי רובא לקולא:

וכת"ר נמשך אחר דעת המהרש"א בבכורות (ד' כ' ע"א) שכתב שם לפרש דעת התוס' דבגוסס מחמרינן אפי' בדיעבד. והנה כבר רמזתי במכתבי הראשון לעיין בתוס' בכורות הנ"ל ולא רציתי להאריך שם במלתא דפשיטא לי:

ועתה אפרש שיחתי דכוונתי הוא שאינני מסכים עם המהרש"א בפי' דברי התוס' דנראה ברור דכוונת התוס' שם לאתויי ראי' אהא דכ' דבא"א מחמרינן לענין לכתחילה אהא הוא דהביא ראי' מדאשכחן דכוותה גבי גוסס דאין משיאין לכתחילה וגם אשכחן רבוותא טפי דאפי' נגד רובא וחזקה נמי חיישינן לכתחלה למיעוטא משום חומרא דא"א גבי מסבלי והדר מקדשי לגר"ח בקדושין והמהרש"א לשיטתו נדחק שם בהא דאייתי ראי' מסוגיא דסבלונות ולפי מה שכתבתי דבריהם פשוטי' והוא ברור. ומה שהביאו

למהרש"א לדחוק כן בדברי התוס' הוא כמ"ש שם לעיין ברא"ש והיינו משום דכ' שם הרא"ש דבגוסס סמכינן מיעוטא לחזקה ומהכא משמע לי' דלענין דיעבד קאמר דאי לענין לכתחלה הרי למיעוטא גרידא נמי חיישינן כמו גבי מסבלי והדר מקדשי. אבל משום הא לא אריא דדוקא לגר"ח בקדושין דלמסקנא חיישינן התם למיעוטא לפי' ודאי צ"ל דחיישינן לכתחילה אף למעוטא גרידא אבל הרא"ש לא הביא כאן ראי' מגר"ח דקדושין והיינו משום דקאי הכא כהנך דגרסי התם מ"ד ניחוש למיעוטא קמ"ל. וא"כ כיון דלמסקנא דסוגיא דקדושין להך גירסא לא חיישינן התם למיעוטא הרי לא אשכחן דחיישינן למיעוטא גרידא משום חומרא דא"א אפי' לכתחלה ולשיטה זו באמת הא דחיישינן למיעוטא לכתחילה גבי גוסס ומשאל"ס היינו דוקא משום דאיכא חזקה בהדי מיעוטא הוא דחיישינן לכתחלה אף למיעוטא דל"ש אבל מ"מ דוקא לענין לכתחילה וכך יפה לנו להשוות דברי הרא"ש דבכורות עם דברי הרא"ש בקדושין דבחדא מחתא מחתינהו התם לגוסס ומשאל"ס ואף שאין ראי' מכרעת דאיכא למימר התם בקדושין קאי למסקנתו דלא כר"ת דחייש למיעוטא בהדי חזקה וא"כ אפי' במיעוט המצוי נמי לא מחמרינן בדיעבד אבל פשטא משמע דבחדא מחתא נינהו. וכן ראיתי בתוס' הרא"ש יבמות הנדפס בזמנינו שכתב ג"כ גבי צורבא מרבנן במשאל"ס דאע"ג דצורבא מרבנן רובא קלא איתי לי' מ"מ חיישינן למיעוטא ולא תנשא לכתחילה כמו גבי גוסס וכו' הרי דעתו ז"ל להדיא דמיעוטא דגוסס חשוב טפי ל"ש ממיעוטא דמשאל"ס גרידא. מעתה זכינו לדין לפרש דברי הרא"ש דבכורות נמי כדכתיבנא (אמר המגיה עיין במעדני מלך על הרא"ש שפירש כוונת התוס' והרא"ש כמו שפירש הגאון ז"ל דלא כהמהרש"א):

וראיתי שכת"ר כ' שיש לו אריכות דברים על דברי התוס' (דף קכ"א בד"ה ולא היא) ונראה דקשי' לו למר מדברי התוס' בכורות למאי דס"ל כהמהרש"א שם מחמת שהי' המהרש"א צדיק הראשון בטחתי במופלא שבסנהדרין שלא ישא לו פנים בדין זה ויקשיב על דבר אמת אשר אתי כדכתיבנא דברי אלה העתקתי מאשר הכינותי לשלוח אחר הפסח העבר ולא אסתייע מלתא:

שוב הגיעני אמרי נועמו אלי כתוב להשיב על דברי הראשונים ובאתי להשיב טל סדר תשובת כת"ר ובקצרה כי סמכתי על רוחב בינתו הא דפתח במאי דסיימנא במכתבי הראשון להשיג על דברי הריב"ש דסברי דרובא לא עדיף מתרי חזקי וכתבתי דבדוכתא גבי רוב תינוקות מטפחין דאמרינן התם רובא עדיף הרי לשיטת רש"י איכא התם תרי חזקי חזקת טהרה דתינוק ודעיסה ועל זה השיב כת"ר דבאמת אין לתינוק חזקת טהרה

ואם נאמר דאיכא תרי חזקי לשיטת רש"י אדרבא נימא דרש"י אזיל בשיטת הריב"ש עכ"ד:

הנה מה שכ' דאין לתינוק חזקת טהרה די"ל דנגע באמו בלידתה וכמ"ש התוס' נדה (ד' ל"ב) וכו' עד ואין לו שום חזקה שהיה טהור אף רגע א' עכ"ד בזה אני מוסיף ע"ד דלדעת כת"ר התינוק הוא ספק טמא טומאת מגע יולדות ואני מוסיף עוד דכל תינוקת שבעולם המה ודאי טמאים טומאת מגע יולדות דהא משהוציא ראשו הרי אמו טמאה טומאת יולדת ובגמר לידתו הרי לא ימלט מליגע במקום הגלוי אצל שרץ (נדה דף מ"א) והא דאמרינן (ד' מ"ב ע"ב) שאם תחבה לה חבירתה כזית נבלה הוי טומאת בית הסתרים ודאי ברור דמיירי התם כגון שהכזית נבילה הי' ביד חבירתה ולא נגע בבשרה עד שהכניסה לפנים מן המקום הגלוי אבל בולדות הנולדים לא משכחת שלא יגע במקום הגלוי ואף אי משכחת לה בדרך רחוקה ודאי אפי' ר"מ יודה דל"ח למיעוטא דמיעוטא כי האי וא"כ ע"כ כל הולדות טמאים טומאת מגע אמם לכ"ע וא"כ תקשה ל"ל רובא דמטפחין בשרצים לשי' רש"י תיפוק לי' דהוא ודאי טמא ממגע אמו ותו אמאי ר"מ מטהר הא ר"מ נמי מודה ודאי דכל הולדות טמאים מגע אמם א"ו ברור דמיירי לשיטת רש"י שכבר הטבילוהו ממגע טומאת אמו וליכא רק רובא דמטפחין בשרצים ומשו"ה הוא דאפליג ר"מ ורבנן וא"כ הרי איכא לתינוק חזקת טהרה אחר שהטבילוהו:

וכבר רציתי לתרגם אליבא דשיטת כת"ר דהתינוק הוא ספק אם הטבילוהו מטומאת הלידה (אף שאין משמעות דברי כת"ר כן) ומשו"ה הוא דצריכינן לרובא דמטפחין בשרצים אבל א"כ אית לן לאוקמי חזקת טהרה דעיסה נגד חזקת טומאת הלידה דתינוק דניזל בתר רובא דמטפחין אף לשרץ כיון דהאי רובא גרידא דליכא חזקה נגדה ואף להנך דיהבי טעמא אהא דאין שורפין דהיינו משום דהוי רוב שאינו גמור מ"מ אי לאו דאיכא חזקה נגדה הוי אזלינן בתרה וכדקרי לה הש"ס בהדיא נדה (דף י"ח ע"ב) רובא דאיכא חזקה בהדה דהיינו כנגדה כמ"ש רש"י שם:

ומ"ש כת"ר דאם נאמר דלשי' רש"י איכא תרי חזקי לטהרה דתינוק ודעיסה א"כ אדרבא אזיל רש"י בשיטת הריב"ש והייינו טעמא דר"י דאין שורפין על חזקה זו ולא צריכין לחילוק התוס' בין רוב גמור לשא"ג אלא בין חד חזקה לתרי חזקה נגד רובא עכ"ד כת"ר:

לכאורה יש מקום לומר כן אבל לפ"ז נפול ברבוותא דא"כ גבי עיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם הא התם דליכא אלא חד חזקה א"כ אף ר"י מודה דשורפין מהאי טעמא אף אי הוה רובא דליתא קמן ורש"י כ' שם דמשום דהוי רובא דאיתא קמן הוא שורפין. ותו הא בר"פ בתרא דיבמות נמי איכא תרי חזקי לשי' הריב"ש חזקת היבמה

ליבום וחזקת הצרה דבמדה"י בחזקתה שלא ילדה דומיא דחזקת א"א וחזקת חיים דגברא וא"כ לשיטת הריב"ש הרי גם לרבנן הוי כפלגא ופלגא ורש"י כ' שם (דף קי"ט ריש ע"ב בד"ה רישא חזקה) מסיים שם ולשוק נמי לא כר"מ דחייש למיעוטא הרי להדיא דעת רש"י דלרבנן באמת תנשא לשוק מטעם רובא אף דאיכא תרי חזקי נגדה:

ותו נצטרך לדחוק ולומר דר"י ור"ל פליגי פלוגתא רחוקה דע"כ נימא דלר"י מדאורייתא הוי תרי חזקה כפלגא ופלגא נגד רובא דל"ל דמחומרא דרבנן הוא דחיישינן לתרי חזקה אבל מדאורייתא רובא עדיף דא"כ נימא דהא דתולין דהיינו לא אוכלין ולא שורפין היינו דהא דאין אוכלין הוא מדאורייתא משום דרובא וחזקה רובא עדיף והא דאין שורפין הוא מדרבנן משום דחיישינן לתרי חזקה והרי בברייתא דתניא כוותי' אמרינן דחכמים עשו כמו שיש בו דעת לשאול אלמא דהא דלא אוכלין הוא מדרבנן הא מדאורייתא הוי טהרה גמורה אע"כ יצטרך לומר דלר"י מדאורייתא חיישינן לתרי חזקות נגד רובא ולר"ל אפי' מדרבנן לא חיישינן מדשורפין נמי לר"ל (וגם לשי' התוי"ט פ"ג דטהרות נצטרך לדחוק כן) והוא דוחק לומר דפלגינן פלוגתא רחוקה כהאי:

ותו דא"כ לר"ל דס"ל דשורפין נמי ע"כ לא חייש לתרי חזקה וא"כ לר"ל הדרא לדוכתא קושית הריב"ש מ"ט דלא אזלינן בתר רובא דלאבד גבי ספינה ויצטרך לדחוק ולומר דר"ל לס"ל הא דרובן לאבד או דמוקי מתני' דר"א בן פרטא כר"מ דחייש למיעוטא ידעתי כי שערי תירוצים לא ננעלו בפני חכם כמי"ב. אמנם ראה אבי ראה כמה דחוקים נקבל עלינו לסבול לפ"ז:

ודברי בעל נ"ב אינם לא מקרא ולא משנה שנדרוש עליו תילי תילים לעשות סניגרון לדבריו ובלי ספק דאשתמיטתי' להרב בעל נוב"י סוגיא דב"ב דרובן לאבד ומה הרעש הלא מצינו גם לגדולי הראשונים כן וגם בש"ס אמרו אשתמיטתי':

ואשר הוכחתי במכתבי הראשון דאם מתגלגל וטבע במים נוכל לצרף אומדנא משום דרובא לא חיי אחר הגלגול והראי' מדמהני בדיעבד מה ששהו עליו במקום הטביעה עד שת"נ ולהנך דמשערי בב' שעות הרי המים מגלגלין אותו בזמן כזה יותר מכדי שליטת עינו השוהא עליו פה. ושמא הוא יצא ועלה שם במקום שנתגלגל בסוף הב' שעות אלא דעל הגלגול לא חיי רובא והשיב כת"ר ע"ז שיש חלוקים בזה כי כשהמים רדופין והרוח מצוי המים נושאין אותו במהירות יותר מגמלא פרחא ואם שט נגד המים המים מוליך אותו לאט וכן הבטת האדם אינו שוה בהר ובמישור וביום בהיר ובמעונן עכ"ד כת"ר. לא ידעתי מה משיג כת"ר עלי דהחלוקים ברורים ופשוטים והמה לי לסייע דהא בדיעבד

ודאי שרינן לה בכל גווני אף אם השוהה עליו עובר במקום מישור וביום המעונן והנטבע מתגלגל לצד שהרוח מסייע דבכה"ג הוסיף מר דשט במהירות יותר מגמלא פרחא:

ומר נמי כ' דדרך דוגמא תפס רש"י שיעורא דפרסה ואף אי נימא דשיעורא דרש"י הוא לחומרא דאף ביום המעונן יוכלו לראותו עד פרסה מ"מ שיעור פרסה הוא כדרהיט גמלא פרחא הוא זמן מועט מאוד אלמא דע"י גלגולו במים רובא דרובא לא יוכלו לעלות אחר זמן מועט מאד. ואם כוונת כת"ר לחלוק עלי במ"ש דאחר הגלגול לא חיי. וע"ז השיג כת"ר דחיי לעולם שיעור ב' שעות אלא שתש כחו ואין יכול לעלות ואי משום הא אכתי לא תברא. דהא לטעמא דמר נמי עכ"פ אחר הגלגול רובא דרובא אינו יכול לעלות ע"י דף וכיוצא בזה ותהוי משום תשות כחו עכ"פ כל שראינוהו מתגלגל במים כבר נפקא לה מאיסורא דאורייתא ונוכל לצרף אומדנות:

ואולי כוונת כת"ר לחלוק על מ"ש סתם דאחר הגלגול לא חיי רובא דרובא ודעת כת"ר דבעינן דוקא גלגול רב כדי שליטת העין כדסיים כת"ר שבנ"ד הוי תוך שליטת העין ובהא מודינא דלהנך משערי בב' שעות לא שרינן לה בדיעבד אלא במתגלגל בכדי שליטת העין דוקא אמנם מ"ש מר דבנ"ד נפרד העד ממנו תוך שליטת העין מדראוהו הערלים שעמדו על הגשר ולא ידעתי מה זו ראי' וכי במקום הטביעה הוא הגשר ובגב"ע מבואר שכבר הי' מגולגל חצי שעה ויותר ואח"כ נפרד העד ממנו ואני נתגדלתי בווילנא ויודע אני כל המקומות המבוארים בגב"ע אף שאיני יודע מדת המרחק על בוריה:

אמנם לפי דמיוני יש ממקום הטביעה עד הגשר ההוא יותר מאלף אמה ועד ממקום שראוהו ערלים הוא כמה אלפים אמה ודברי הט"ז ר"ס נ"ח לא שמיע לי דפשטא דסוגיא דאריתא דדלאי מריש הסוגיא שם עד סופו משמע ודאי שאין חילוק בין טריפות לתשלומין דמיתה מדמותבינן התם מתשלומין אהא דטריפות ר"ן ואף שיש לדחוק ולישב אבל אי משום רומיא דבדברי הטור ניקו אנן ונדחוק בסוגיא ודאי טפי ניחא לשנוייא כשינויא דהב"ח המובא גם בט"ז שם דדעת הטור הוא משום דהוי ספיקא דדינא בין תרי לישנא ויש לי לרצות בסוגיא דאריתא דדלאי אמנם אנכי הרואה שאין דעת כת"ר נוחה במה שאני משיג על החכמים לזאת ראיתי כי טוב לי לקצר בדברים שאינם נוגעים לדינא דידן:

ואשר בעיני כת"ר יפלא על מ"ש דמסתברא דהנך דמחמירי לשער בב' שעות היינו מחומרא דרבנן ולענין לכתחילה וע"ז הקשה כת"ר דהא במשאל"ס לא נאמר שיעור שת"נ אלא לענין דיעבד ומדכתבו האי שיעורא במשאל"ס אלמא דבדיעבד פליגי עכ"ד. אם באמת כתבו שיעור שתי שעות במשאל"ס ברור ופשוט כמ"ש כת"ר אבל ספרי

המחמירים אינם בידי והנה קונטרסי הראשון כתבתי בקאוונא ובבואי לביתי כתבתי על הגליון כמה הגהות ובאות ט' כתבתי על הגליון הגה"ה וז"ל והנה ס' הרא"ש אין בידי לראות היכי קאי הא דמשער בשתי שעות ואולי נאמרו דבריו במשיל"ס ולענין לכתחילה כדכתיבנא אבל בריב"ש (סי' שע"ז) מביא שיעור ב' שעות לענין קולא אלמא דס"ל דדין גמור הוא לשער בב' שעות ולא מחומרא דרבנן בעלמא ואכתי איכא למימר דכשהמים באו לתוך גרונו ופיו מודו לשער בשיעור זוטא דמהרי"ט עכ"ל הגהתי. ומ"ש שאין לסמוך על ר"ב אשכנזי שהביא בשם הרמב"ם להקל בדיעבד בטביעה גרידא משום דבחיבורו חזר בו וכדדייק הכ"מ מלשונו בבתר' דגירושין דין כ' עכ"ד כת"ר:

הנה אני לא הבאתי דברי ר"ב אשכנזי לסמוך עליו רק לבאר הסוגיא דב"ב אמנם מה שהחליט מר בפשיטות כפי דקדוק הכ"מ לא כן עמדי ואדרבה מדכתב שם סוף דין כ' הכותי שהסל"ת ואמר טבע פלוני בים ונשאת עפ"י כותי לא תצא משמע להדיא דעתו ז"ל איפכא דבטביעה בעלמא הרי זה לא תצא והכ"מ הרגיש בזה וכ' שם דסמך על ולא עלה דרישא אבל הרי גם (פ"ז דנחלות דין ג') כ' מי שטבע במשאל"ס ובאו עדים שטבע בפניהם כו' אעפ"י שאין משיאין את אשתו לכתחילה הרי משמעות דבריו גם שם דבטביעה בעלמא אמרינן לכתחילה אין משיאין ומחומרא דרבנן בעלמא כמבואר בסוף דבריו שם ע"כ יותר נראה דקדוק לשון הרמב"ם דבתרא דגירושין דמ"ש שם בדין י"ט או שנטבע ביה"ג ומת וכן בדין כ' או במשאל"ס ולא עלה נקט הנך לישני לרבותא משום חומרא דלא תנשא ומשו"ה בסוף דין כ' גבי כותי שהסל"ת דקאי רק לענין דיעבד נקט טביעה לחוד וכן בפ"ז דנחלות והכ"מ לשיטתי' לפ"מ שהגיה שם דין י"ט דברי הה"מ קאי ומת אדיעבד דדוקא משום דאמר ומת משו"ה לא תצא אבל גם שם נראה עיקר כהגה"ה שהביא הכ"מ שם שמשיל"ס שאפשר לעמוד על בוריה של דבר כידוע שהה"מ הוא מתלמידי הרשב"א וכל דבריו בנוים עפ"י שיטת הרשב"א והרשב"א בחידושיו ליבמות גבי איבעיא דע"א במלחמה אחר שהביא דברי הרמב"ם דין י"ט כ' כתב שם להדיא ומדברי הרב ז"ל שכתב דבמשאל"ס או שטבע בים הגדול נראה דטעמא דע"א משום דבדמי או במים שיל"ס שאפשר לעמוד על בוריה וכו' (ורצה לומר מדנקט בדין י"ט שטבע ביה"ג וכן בדין כ' בים או במשאל"ס אלמא דדוקא במשאל"ס הוא דחיישינן לבדמי אבל לא במשיל"ס) ובימי רבינו הכ"מ עדיין לא נראה אורחי' הרשב"א יבמות לפיכך כ' שם על הגה"ה זו שטעות הוא ומה שהקשה הכ"מ דא"כ מאי קאמר מתבאר מדבריו והלא בפירוש כ' לעיל ואם נפל למים מקובצים לדידי לק"מ דבדין י"ו הרי לא איירי התם בדין בדדמי וא"כ איכא למימר דהתם מיירי שאומר בפי' ששהה עליו שיעור

כך וכך ובכה"ג ל"ש בדדמי כדכתיבנא לעיל ואכתי לא שמעית מינה דבדאמר מת סתם נמי לא חיישינן לבדדמי במשיל"ס משו"ה דייק הה"מ מדנקיט בדין י"ט דדוקא שטבע ביה"ג דהיינו משאל"ס אלמא דבמשיל"ס לא חיישינן לבדדמי וכדדייק הרשב"א:

ומ"ש כת"ר דעיקר יסודי להתירה לכתחילה משום דנפל גובה שתי קומות לא ידעתי למה לא הוזכרו עדות שראהו בסימני מיתה וזה עיקר יסודי והנה כת"ר תפס שדברי העד מורים על מיתה ממש אלא שחשש לבדדמי ואני החמרתי בזה יותר דבדברי העד עדיין אין אומד ברור למיתה אבל על כל פנים רובא דרובא בכה"ג הוי וודאי למיתה נפקא לה מאיסורא דאורייתא כמו גבי גוסס דהוי רק חומרא בעלמא לענין . לכתחילה וכמו שהארכתי שם בדברים ברורים בס"ד דלא כהריב"ש:

וכת"ר מנה גברי בהדי הריב"ש דמחמרי טפי מיני' דכל היכא דאיכא מיעוטא בהדי חזקה אזלינן לחומרא והנה באמת לדינא דידן אין נפקותא כ"כ דהא כל עיקר שקלא וטרי' דידי לדינא הוא למימרא דנפקא לה מאיסורא דאורייתא ובדרבנן אית לן למסמך על שיעורא זוטא דמהרי"ט וזה ברור דאף הנך דחיישי למיעוטא בהדי חזקה היינו רק מדרבנן דאל"כ תקשה לדידן היאך עבדינן פרה אדומה דאיכא חזקת טומאה דגברא ושריפתה כשהיא שלמה (חולין ד' די"א ע"א) והרי מיעוט טריפות הריאה ודאי מצוי ולשיטת התוס' הרי היכי דהמיעוט מצוי חיישינן לחזקה (ולשיטת הרמב"ן והריטב"א וכן לשיטת הרשב"א ניחא) אלא האי חששא מדרבנן הוא והיכא דלא אפשר לא אפשר ואכמ"ל מה שיש לרצות בזה אבל זה ברור דחששא מיעוטא בהדי חזקה הוא רק מדרבנן וא"כ אינו נוגע כ"כ לדינא דידן:

האמת והברור כבר כתבתי דדינא דגוסס לא תלי כלל בדינא דמצרפין מיעוטא לחזקה ואטו הנך דחיישי למיעוטא דבהדי חזקה אטו מי לא מודו דבמשאל"ס לא חיישינן למיעוטא דידי' ומאן יימר דגוסס חמור ממשאל"ס ואדרבה מדברי התוס' יבמות (ד' קכ"א בד"ה ולא היא) וכ"ה בתוס' הרא"ש שם חזינן להדיא דמיעוטא דגוסס חשיב טפי לא שכיח ממשאל"ס גרידא אלא דמי' צורבא מרבנן במשאל"ס דאיכא נמי רובא דצ"מ קלא אית להו בהדי רובא דמשאל"ס וא"כ אף לשיטת התוס' דתלי טעמא דשריותא דמשאל"ס משום דמיעוטא דידי' לא שכיח נמי לא חיישינן למיעוטא דגוסס ומכש"כ דאין להביא שום ראי' מהא דר"פ האשה בתרא דפסקו שם הרי"ף והרמב"ם וטוש"ע דלא תנשא דהתם אי משום דחשבינן רובא דידי' דהוי רובא דתליא במעשה כמ"ש הרמב"ן בחידושי יבמות שם אי משום דלא חיישינן למיעוטא קמא אלא למיעוטא תנינא דמרע לי' לרובא הוא דחיישינן לצרופי בהדי חזקה וכמ"ש הרשב"א בכמה דוכתי וכן הוא בריטב"א קדושין

וכבר הרגיש כת"ר בזה אלא שחשש לדעת הרמב"ן והריטב"א דלא נחתי להך חילוקא דמחלק הרשב"א אבל כבר כתבתי לעיל בקצרה דהרמב"ן והריטב"א נחתי לחילוקא אחריני אי אתעביד מעשה נגד חזקה וכמבואר בדברי הרמב"ן בקצרה יבמות והביאו שם גם הרשב"א בחי' וכן האריך הרשב"א במשמרת הבית בראיות ברורות דלאו כל מיעוטא מצרפינן לחזקה וכ' שם (בדף ח' ע"א) דלטעמא דהרמב"ן לא חיישינן לחזקה המסתלקת ע"י עסק שנתעסקו בה וכדאשכחן גבי שליא בבית דנסתלקה חזקת טהרה דבית ע"י לידת השליא שרובא אינה נימוק הולד בתוכה וכן הוא במלחמות בסוגיא דסבלונות וכ"ה בחי' הרמב"ן והרשב"א והר"ן נדה וריטב"א קדושין דמשו"ה נאדו מפי' רש"י גבי תינוק שנמצא בצד עיסה והיינו דאי ודאי נגע בעיסה כבר נסתלקה חזקת טהרתה ע"י מעשה דאתעביד בה. וזכינו לדין זה דה"ה גוסס נמי להרמב"ן והריטב"א כיון דאיעבד בה מעשה הגסיסה דרובן למיתה לא חיישינן לחזקה דידי' לצרופי בהדי מיעוטא וה"ה נמי כל היכא דאתעביד בו מעשה רובו למיתה ל"ח לחזקה דידי' לצרופי בהדי מיעוטא לשיטת הרמב"ן והריטב"א והדרינן לדידן דהריב"ש כמעט יחידאה הוא ולית הלכתא כוותי' אלא מחוורתא דכל היכא דרובו למיתה מדאורייתא אזלינן בתר רובא אלא חומרא דרבנן הוא למיחש למיעוט משום חומרא דא"א ובדיעבד לא מפקינן לה אי אנסובי וכן הוא בב"ש ס"ק כ"ב וכן עיקר לדינא:

ומ"ש במכתבי הראשון דלדידי דטעמא דלא אזלינן בתר רובא דלאבד גבי טביעה היינו משום דהך רובא הוי רוב שאינו גמור א"כ כד מצרפין ספיקא דנפילה להך רובא הוי לי' גמור וע"ז כ' כת"ר דאין זה רוב אלא ס"ס כו' וכבר צוח ככרוכיא בעל פ"י כו' והיינו מטעמא דס"ס גרע מרוב עכ"ד כת"ר:

הנה בס"ד כבר עמדתי על הפרט הזה ובארתי במק"א ותקצר היריעה מהכיל מאשר העליתי בזה בס"ד והמורם דלכתחלה ודאי אין להתיר עגונה ע"פ ס"ס לכל השיטות דאף אי נימא דס"ס עדיף מרובא מ"מ הא חזינן דלכתחילה חיישינן אף למיעוטא דמיעוטא דלא שכיח כלל כדאשכחן גבי צ"מ דטבע במשאל"ס דזולת דמשאל"ס גופא ל"ש מיעוטא דידי' איכא תו רובא דצ"מ קלא איתי לי' אפ"ה לא משגיחינן להנך רובי דרובא וכמבואר שם (ד' קכ"א בתוס' ד"ה ולא היא) ובדיעבד תליא אי חשבינן ספיקא קמא לפלגא ממש כמ"ש המהרי"ט ופר"ח ומקורם ברוך מדברי התוס' בכמה דוכתי א"כ חשבינן ספי' וה"ז לא תצא אבל אי לא חשבינן ספיקא קמא לפלגא ממש וכמ"ש הריב"ש (סי' שע"ב) א"כ אפשר דלא חשבינן ס"ס לרובא ואכמ"ל יותר בחילוקי דינים אלו:

והיינו טעמא דידי דכל היכא דקרינן לה רובא אף אי הוי רוב שא"ג מ"מ ודאי ברור ופשוט דלא הוי בציר מפלגא והיכי דהוי פלגא ממש ודאי כד משכחינן מידי לאצטרופי בהדי הך פלגא הוי לי' רובא וזה ברור:

וגי' שמצא הכ"מ ספ"ט דט"מ ודאי גירסא דחוי' היא מהראיו' נכונות שהביא כת"ר וגם ברמב"ם גופי' במקומו הוא מוכרע שהרי מבואר להדיא שאף בעריות ושבתות אין הספק אלא מד"ס והרי שבתות ועריות הן הן חייבי כריתות וכי תיסק אדעתין דבלאו דמחמר אייריי וכן בעריות כיוצא בזו אין זאת ובלי ספק דגירסא דחוי' היא וכן הרשב"א והר"ן הוו בקיאי טפי בגי' הרמב"ם ולא גרסי כן:

שוב ראיתי במהרי"ט שכ' ג"כ שהוא גי' איזה תלמיד וזה גי' ע"פ הראי' ראשונה שהביא כת"ר ומדכתב הרמב"ם בין בעריות ושבתות וכדכתיבנא יע"ש כת"ר דמדברי הרמב"ם (פ"ז דנחלות) ליכא למילף קולא לנ"ד דשאני התם ששמעו בו שמת כמ"ש הסמ"ע (סי' רפ"ד) לא ידעתי איזה חילוק הוא לענין להשיא אשתו בין שמעו שמת או לא לענין ירושה הוא דשייך לחלק בין שמעו שמת או לא אבל להשיא אשתו ודאי קול בעלמא לא מעלה ולא מוריד:

אחר הדברים והאמת שדברנו בס"ד עומד אני בדעתי ככחי אז כן עתה בכח דהתירא אחלי יכונו דרכי כת"ר לשמור משפטי צדק הראוי למופלא שבסנהדרין שלא לישא פנים בדין לחכמים שאני חולק עליהם בדין זה כי אף שתלמידיהם אנחנו ומימיהם הכינו לנו אלא שאין לנו פה לשתות בצמא דברי קדשם כראוי להם אמנם בתורה דכתיב בה אמת הלא בלתי אל האמת עינינו ותלמיד שאמר דבר הלכה אין מזיחין ואין מזניחין ואין מזחיחין ולזה שומעין שאמר כהלכה:

ודבר מה ישיבני כת"ר בזה אסלסלם ואחבקם ולא אזוז מחבב כל דבור ודבור על אפניו ואענדם עטרה על ראשי ומיני' ומינאי יתקלס עילאה ית"ש ברוך חכם הרזים שאין דעת בני אדם דומה זה לזה ואלו ואלו דברי אלהים חיים ובלבד שיכוין לבבינו להוציא הדין לאמיתה של תורה והוא ית"ש למען חותמו אמת יפקח עינינו להמציא לנו דרך האמת בתורה דכתיב בה אמת ושלום שלום כפלינא כנפש כת"ר ונפש החיים באאמ"ו מוהרי"ץ זצללה"ה ר"ח תמוז תקס"ב לפ"ק:

סימן ט

ב"ה יום ב' כ"ה תמוז שנת תקס"א שלמא רבא משמיא וחיים. לכבוד הוד הדרת ידיד ה' וידיד נפשי. הרב הגאון הגדול בדורו. רבים שתו רבים ישתו מי בארו. פאר הדור

ואורו זיו הודו והדרו נ"י ע"ה פ"ה כבוד קש"ת מוהר"ר נח חיים צבי נ"י אב"ד דק"ק אלטונא האמבורג וואנזבאק בעהמ"ח ספר עצי ארזים ועצי אלמוגים ומעין החכמה. צוף דבש אמרי נועם הנכתבים בא"ח פסח העבר הגיעני יום ח"י תמוז והרהיבני בנפשי עוז וחדוה אשר זכיתי לשיחתו הנאה וגם הלום ראיתי גודל ענותנותו אשר לא זז מלחבב את דברי אף דלא ס"ל כוותי. עתה ידעתי כי לפי רוב הענוה ירדו מים עמוקים ממקום גבוה להשפל בדעתו ברוב ענותו לעדן עצי אלמוגים וארזים אשר כבר הסתופפנו בצלו הנאה לעולם ועוד נייחל להתבשם בעצי בשמיו. אשר עדן לא זכינו לריחם במדינתינו:

והנה בענין ספק שמא לא הביא שתי שערות כבר הראיתי פנים במכתבי הראשון שיש מקום לצרפו לספק והן עתה נתחזקתי בדברי כת"ר המחזיק דעת הסוברים דלאו חזקה אלימתא היא ולאשר נעמו עלי דברי קדשו להשתעשע בם ומטיבותא דמר ניהו רבא אמינא מה שיש לעיין בזה על פי סדר נועם אמרותיו הטהורות אשר הביא כת"ר ראי' דברי הרשב"א בשיטתו לקידושין (ד' ד' ע"א) אמימרא דאביי לא נצרכה אלא לבגר דאילונית. וכתב דמיירי שמכרה בשנת ט"ז אלמא שיכול למוכרה אחר שהגיעה לכלל שנותי' ואס"ד דחזקה דרבא חזקה אלימתא היא הרי ספק דנשירה הוא ספק גמור ואיך יכול למוכרה מספק אלא ש"מ דלאו חזקה היא מדאורייתא ומש"ה אי בדיק ולא אשכח לא חיישינן לנשירה ושפיר יכול למוכרה כן נראה כוונת כת"ר בראייתו זאת אף שלא ביאר כן במכתבו הק' ואם לדין יש תשובה נכונה דהא ודאי ברור דלענין דבר שבממון מהני הודאת פיו ואם היא מודה שמעולם לא היה לה סימנים מדוע לא יכול למוכרה ומלתא דפשיטא דמצי אינש למיקם אנפשי' דאכתי לא היה לה שערות כלל ואם היא עצמה מסופקת בסימני גדלות לא ברירא לי מילתא שיועיל טענת ספיקא להוציא מידי ודאי זכות אביה שהיה במכירתה [ומצאתי שנתעורר בזה הרב משנה למלך פ"ד מה' עבדים] ותו דהא ודאי סברא נכונה וברורה היא דחזקה דרבא לא שייכא רק היכא דלא נבדקה בכניסת שנת הגדלות אבל אם תיכף בכניסתה לשנת הגדלות טרם היה לה כל חשש הנשירה בדקו ולא אשכחו הרי אזדא לה חזקה דרבא. דהא חזינן שאינה מרוב המביאין סימנים תיכף בבואם לכלל שנים. וא"כ אם בדקוה תיכף בכניסת ימי גדלותה ולא נמצאו לה סימנים ודאי תו לא חיישינן לנשירה אח"כ וכעין זה תירצו התוס' בב"ב (דף קנ"ד ע"ב) אלא דהתם לא איצטרכו לאוקמי אלא דבדקוהו קודם מכירת הנכסים ובנ"ד צריך לאוקמי דבדקוה תיכף בכניסת ימי גדלותה ובהכי מתוקמא נמי שפיר בכל הנך דוכתי דמשכחינן דלא מחזקינן הך חזקה כמש"ל אי"ה. והא דקשיא להרי"ף והתוס' הך דבודקים למיאונין ולא אוקמי בכה"ג היינו משום דבכה"ג פשיטא דלא שייך בהו

חזקה כלל ומאי קמ"ל. ואם נאמר דהא דאמר שמואל דאין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים בלבד היינו דבודאי מביאה סימני בגרות ביומא דמישלם שית ואינה מאחרת בשום אופן א"כ אף למבדקה בכניסת הגדלות לא צריכין לענין לאפוקי מחששא דנשירה דהא בסימני בגרות לא שייך נשירה כלל וכיון שלא הביאה סימני בגרות ביומא דמשלים שית אחר שהגיעה לכלל שנותי' אנלאי מילתא למפרע שלא הביאה סימני נערות בהגיעה לכלל שנותי' ותו לא חיישינן לנשירה אח"כ וכדכתיבנא לעיל דבכה"ג אזדא לה חזקה דרבא. אמנם אף דפשטא דתלמודא משמע הכי והכי משמע דברי כמה ראשונים ז"ל וכן תפס בפשיטות אמ"ז הרב מוהר"ם מלובלין ז"ל בתשובותיו (סי' קל"ט) אבל הח"מ כתב (בסי' ל"ז סק"ו) דאפשר דלאחר ו' אף אם לא הביאה סימני בגרות סמכינן אדשמואל דאמר אין בין נערות לבגרות כו' ובודאי בוגרת היא וכו' עכ"ד אלמא דיכולה להתאחר מלהביא סימני בגרות אף לבתר דמשלים שית וכן הוא בב"ש שם. וכן מטין נראין דברי כת"ר בספר עצי ארזים שם ורפיא בידו:

ואשר יצא לדון בדבר החדש לומר דלא מחזקינן חזקה דרבא אלא בנקבות ולא בזכרים אמת דבר חדש הוא דבכמה דוכתין אשכחינן דתפסו הראשונים ז"ל הך חזקה אף בזכרים. וכבר כתבתי בקונטרסי הראשון הך דתשובת הרא"ש (כלל לג סי' ה') דינו הובא בחו"מ (סי' ל"ה) לענין עדות וכל דברי תשובתו הנ"ל סובבים הולכים עפ"י חזקה דרבא אף בזכרים קצות דבריו הובאו ביתה יוסף אה"ע (ס"ס מ"ג) גם בקידושין פ' האומר גבי בני זה בן י"ג שנים הביא הרא"ש (בסי' ט') הא דלחליצה בעי בדיקה וצ"ע ליישב דברי הרא"ש הנ"ל דמצריך שנים וסימנים ולפי דבריו בתשובה הנ"ל הוי סגי בעדות שנים לחוד אם נמצאו לו השתא סימנים. ואי הוה מוקי בהכי הוה מדויק הא דנקט עדות השנים ולא נקט זה בני גדול ובדוחק יש ליישב והתוס' בנדה (דף מה ע"ב ד"ה אילימא כו') כתבו דמסתמא יביא שתי שערות כשיהיה בן י"ג שנים ויום א' כדאמר רבא לקמן חזקה הביאה שתי שערות עכ"ד. ובקידושין פ' האומר בסוגיא הנ"ל כתבו התוס' שם בשיטתם האחרונה דבעדות שנים לחוד סגי אף לעונשין. ונראה דעתם ז"ל דמשום חזקה דרבא הוא דסגי בעדות שנים לחוד. ואף שאין מוכרח דאיכא למימר דמשום דקי"ל דאזלינן בתר השתא וכרב דאמר הרי בוגרת לפנינו. אבל היותר נראה כדכתיבנא דטעמייהו הוא משום דמחזקינן עפ"י חזקה דרבא. וכל דבריהם אחד הוא דהך חזקה דרבא חזקה אלימתא היא לכל מילי אף לעונשין ולאפוקי ממונא כדכתבו ושנו ושלשו בדבריהם בנדה (דף מה ע"ב ד"ה אלימא ובדף מו ע"ב בד"ה ר"י ור"ל) (חסר כאן):

ואשר כתב כת"ר להביא ראיה לדינו החדש מסוגיא דעובדא דבני ברק דנכסי בחזקת לקוחות קיימי ואפילו הכי לא [אמרו רק מטעם] משום דסימנין עשוין להשתנות לאחר מיתה ומשמע דבחיים לא חיישינן לנשירה. והיינו משום דחזקה דרבא ליכא בזכרים הנה כבר בארתי דאם בדקוה תיכף בכניסת ימי הגדלות ולא היה לה סימנים אזדא לה חזקה דרבא ולא תלינן תו בנשירה אח"כ ובהכי מתוקמא שפיר אף למסקנא והן לא נעלם מעיני כת"ר דברי התוס' (דף קנד ריש ע"ב) שהקשו מהך חזקה דרבא לפום מאי דסלקא דעתא דתלמודא דנכסי בחזקת בני משפחה קיימי ותירצו כעין זה אלא דלפום ס"ד דתלמודא הוה סגי אם בדקוהו קודם מכירת הנכסים ולמסקנא צ"ל דבדקוהו דוקא תיכף בכניסת הגדלות וכמש"ל. ותו דהא הנך דבאו ושאלו את ר"ע מהו לבודקו הא לא ידעו כלל מחשש הנשירה אף לאחר מיתה ור"ע גופא הרי ידע האמת דלאחר מיתה שכיחא טפי וטפי נשירה. והאמת השיב להם דלאחר מיתה ודאי נשרו וגם כ"ע מודו בהא אפילו ר"ש דלית ליה חזקה דרבא מחיים:

והא דכתב כת"ר דהך דסוף פרק יוצא דופן אחד לי בן ט' ויום א' ואחד לי בן כ' שלא הביא כו' מתנייא אף לקולא ודאי האמת כן הוא דמשנתינו היא שלהי פרק האשה רבה דנקט התם נשא אשה ומת כו'. וסיום המשנה אחד לי בן ט' כו' ודאי קאי אכולהו בבי דמתני' וכן פרש"י שם. וברור דמהך מתני' הוא דרמי אמתניתין דס"פ יוצא דופן אמנם גם מהא ליכא למשמע דין זה החדש דלישנא דבן כ' שלא הביא שתי שערות משמע דידעינן ביה שלא הביא שתי שערות. והיינו היכא דבדקוהו ולא אשכחו תיכף בכניסת הגדלות. וכדכתיבנא לעיל דבכה"ג תו לא חיישינן לנשירה אח"כ. ובהכי מתוקמא נמי הא דקאמר עלה וכי לא נולדו בו סימני סריס עד כמה וכו'. ומה שיש לדקדק בענין הס"ס שכתב כת"ר אין רצוני להאריך פה וכמש"ל דבכל דוכתא דמשכחינן דלא מחזקינן ע"פ חזקה דרבא שפיר מתוקמא בכה"ג דבדקו ולא אשכחו תיכף בכניסת הגדלות ובכה"ג ודאי לא אמר רבא. והך סוגיא דנזיר (דף ל') גם בכה"ג לא צריכין לאוקמא דהא מסוגיא דתלמודא אין שום הכרע כלל רק מדברי הר"ח שהביאו התוס' שם והרי הר"ח לית ליה חזקה דרבא כלל אף בנקבות כמבואר בריי"ף ובראי"ש ותוס' וש"פ והך דירושלמי דלא אזמינו עליה דר' יוסי עד דאייתי ב' שערות איכא מרבוותא דס"ל דתוך זמנו היה הובאו ביתה יוסף או"ח (סי' קצט) ותו איכא למימר דר"י הוה קים ליה בנפשיה דאכתי לא אייתי כלל וכדכתיבנא דשפיר ידע אינש בנפשיה אי לא הוה ליה כלל. כל הנ"ל כתבתי לא לחלוק על כת"ר ולא לדחות ד"ק. רק באתי לדון לפני כת"ר. כי כך היא דרכה של תורה פטפוטי דאורייתא טבין. ולדינא כבר הראיתי פנים במכתבי הראשון שיש מקום לסמוך על ספק

שמא לא הביא סימנים. והן עתה נתחזקתי בד"ק מאשר יקר בעיני דעתו כדעת אחד מן הראשונים ז"ל. אמנם בענין ספק דלא בעל אם כת"ר ברוב ענותנותו כותב לסמוך על דברי מו"ר הכהן הגדול ה' יאריך ימיו. אבל למעשה איני רואה את דברי מו"ר הגאון הכהן הג' נ"י לסמוך עליו. ועומד אני בדעתי ע"פ ראיות שהבאתי מש"ס ופוסקים טובא. ובפרט מהא דמסקינן בפ' האשה בתרא דאזלינן בתר רוב נשים המתעברות ויולדות אלמא דלא מספקינן כלל דלמא לא בעל ומהא דקיימא לן שילהי קידושין דמלקין וסוקלין על החזקות היינו בכל מילתא דדרכה בכך ומחזקינן דברי הוא ודאי וכדברי הש"ס התם חזקה הא דדרכו של תינוק לטפח בעיסה והא דקי"ל דאין שורפין תרומה על החזקה היינו משום דאיכא כנגדה חזקת טהרה בעיסה ותו הא דדרכו של תינוק לטפח בעיסה לא חזקה גמורה היא כמ"ש התוס' דאתיא מחמת רוב שאינו גמור אבל הא דדרכו של איש ואשה לבעול ודאי יותר מרוב גמור הוא דדרך כל הארץ קרי ליה רחמנא זהו תמצית ראיותי שבמכתבי הקדום מן הש"ס ועשיתי סמוכין גם מדברי הירושלמי וממשמעות דברי הפוסקים וכת"ר לא השיבני כלום על ראיות הללו הבריאות וטובות בעיני. וראיתי שגם כת"ר הביא ראיה מדברי רש"י ר"פ התינוקות אלא שסיים שלא בא לידי מדה זו וחזיתי לדעתיה דמר שלא לבו הולך להלוך נגד הארי החי הכהן הגדול שעבר מנשיאותו כי היכי דלא לחלוש לדעתיה מאד שמח לבי על שלום מו"ר הכה"ג נ"י אשר ירא ה' שהצליח ה' דרכו גם בזקנותו והמציא לו ריע ככת"ר אליו קראתי נועם. אמנם בתורה דכתיב בה אמת הלא בלתי אל האמת עינינו. וקרא נמי אקדמי' כדכתיב האמת והשלום אהבו. ואם כת"ר מפני השלום איננו בא לידי מדה זו לסתור דברי מו"ר הכה"ג נ"י. הלא אני הקטן שמשתי את הכה"ג נ"י בהיותו במדינתינו ומחויבני בכבודו ומוראו כמורא שמים על אחת כמה וכמה. אבל אני שומר פי התלמוד הקדוש שהורנו הדרך הזה בפרק יש נוחלין (דף ק' ע"ב) דא"ל רבא לר"פ ולר"ה ברי' דרב יהושע תלמידי' כי אתי פיסקא דדינא דידי לקמייכו וחזיתו בי' פירכא כו' עד אין לדיין אלא מה שעיניו רואות והנה דינא דידן אתאי לקמאי לדין אם יש לסמוך על ספק דלא בעל ועיני לא ראו את הספק הזה כלל ואולם [אם] הייתי בסנהדרין הייתי דן בחנק ע"פ הך חזקה דדרך איש ואשה לבעול יאמר נא ירא ה' היתכן לי לסמוך על פסקא דדינא דמו"ר דחזינא ביה פירכא טובא. והא אתינא קמיה דמו"ר ושלחתי דברי גם אליו לדון לפניו. ואנכי הרואה שלא הובאו דברי לפניו כלל וגם לפני כת"ר דנתי וגם אותותיו לא ראיתי את ראיותיו ואם אולי שגיתי הבינו לי והאירו נא את עיני להבין ולהורות כהלכה. וטרם ישיבני מדעתי איך הותר לי לצרף לספק מילתא דלא ס"ל כלל להסתפק בזה וכבר הוזהרתי בזה מפי

מורי קדוש ישראל רבינו הגדול הגאון החסיד מוהר"א נ"ע מווילנא שלא לישא פנים בהוראה כו' ואעפ"כ מעודי זחלתי ואירא מלקבוע הלכה עפ"י דעתי העניה וחלושה והן בעוד היה על ארצנו שמשו של רבינו הגדול הנ"ל. לפעמים זכיתי להציץ דברי לפניו והוה מנהיר לי שמעתתא. ואחר ששקעה שמשו של אותו צדיק לית לי רבה במתא ואל מי מקדושים אפנה אחלי ישים נא עיניו ולבו לב חכם כי"ב על דברי מכתבי הראשון וענותו תרבני להשיבני גם עתה הפעם בדברי טעם. ומגברא דאית ליה בעינא. ולתשובת כת"ר אצפה להראות לי הדרך הישר. כי בו חפצתי ואחוי קידה כו' כנפשו ונפש החיים באאמ"ו מוהרי"ץ זללה"ה

סימן י

בענין שאילתא דשאילנא מהרב המאוה"ג המפורסם מ' א"ש פייבוש נ"י אב"ד דק' דובראוונא:

בנדון אשה שנשאת לקטן שלא שלמו לו י"ג שנה. והיתה עמו עד כמה חדשים אחר כלות י"ג שנה. ונפטר האיש והניח אח קטן כבן שנתים. והאשה אומרת שלא נבעלה כלל ושאילנא אם יש להתירה לשוק מחמת ס"ס ספק שלא נבעלה אחר י"ג ואת"ל נבעלה שמא לא הביא סימנים והואיל והרב השואל הנ"ל שם פניו אלי ראיתי חובה עלי לחוות דעתי. ובחסדו הגדול החונן אף למי שאינו הגון אעזר ואשען שיחונן דעת אף לעני בדעת כמוני אולי אזכה לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא ומה' מענה לשון. וראשית תחילה נאמר בס' אם הביא סימנים שודאי זהו הספק הראשון בנ"ד. שאם נתחיל לומר ס' שמא לא בעל אחר י"ג ואת"ל בעל שמא לא הביא סימנים. הרי תרווייהו חד ספיקא הוא ספק בעל משהגדיל או לא. אלא ע"כ איפכא צריך להתחיל ספק נעשה גדול כלל. ואת"ל נעשה גדול שמא לא בעל משהגדיל וע' ש"ך או"ת ט"ו מדיני ספיקות:

על ספק ראשון אם הביא שתי שערות איכא לעיוני טובא דהא איכא חזקה דרבא דאמר בנדה (דף מו ע"א) קטנה שהגיעה לכלל שנותי' כו' חזקה הביאה סימנים. והנה לשינויא קמא דהש"ס ה"מ בסתמא אבל היכא דבדקו כו' הרי הך חזקה ודאי חזקה גמורה היא מדאורייתא מדסמכינן עלה לחלוץ בסתמא אלמא ודאי חזקה היא מדאורייתא ככל חזקות שבש"ס דסמכינן עליה בין לקולא בין לחומרא. ואי קשיא אי חזקה גמורה היא אמאי לא סמכינן עלה היכא דבדקו ולא אשכחו ומ"ט לא אמרינן חזקה הביאה סימנים והשתא הוא דנשרו הא ל"ק דנראה ברור דאף למ"ד חוששין שמא נשרו מ"מ נשירה ודאי לא שכיחא דרובא דאנשי לא נשרן. ובאמת לולא חזקה דרבא דאמרינן חזקה הביאה

סימנים ודאי לא הוה חיישינן למיעוטא דנשרן. רק מחמת חזקה דהבאת סימנים. ונראה דהחזקה הוא נמי מחמת רובא דרוב הבאים לכלל שנים מביאים סימנים וכ"כ התוס' (שם דף מו ע"ב ד"ה ר"י ור"ל דאמרי תרווייהו כו') דאזלי בתר רוב המביאים סימנים בזמנם משו"ה חיישינן נמי למיעוטא דנשרן. וכן כתב הרי"ף להדיא דמחמת חזקה הוא דחיישינן לנשירה. וכ"ה בכמה פוסקים ראשונים ודמי להך דריש פ"ב דכתובות (דף טז ע"א) דמסיק התם דרוב נשים בתולות נשאות ורוב הנשאות בתולה יש לה קול וזו הואיל וא"ל קול איתרע לה רובא וה"נ דכוותיה רוב הבאים לכלל שנים מביאין סימנים ורוב המביאים סימנים לא נשרן ומשכחינן להו שערות וזו הואיל ובדקינן ולא אשכחנא איתרע לה רובא:

סוף דבר דלשינויא קמא דמשני הש"ס ה"מ בסתמא וכו' ברור ופשוט דהך חזקה גמורה היא מדאורייתא ככל חזקות שבש"ס רק היכא דבדקו ולא משכחו מחמת דאיתרע לה חזקה הוא דהוי ספיקא אבל בסתמא הוי חזקה גמורה דאורייתא:

ולכאורה היה נראה דלמסקנת הש"ס נמי קיי"ל כהך שינויא דהא הש"ס לא נאדי מהך שינוי' אלא משום דהוי קשיא להו הניחא וכו' אלא למ"ד אין חוששין מא"ל. וא"כ למסקנא דאסיק רב דימי הלכתא חוששין שמא נשרו נ' דהדרינן לאוקימתא קמייתא דמוקמינן הא דא' רבא אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים דקאי נמי אחליצה דבסתמא מוקמינן אהך חזקה וא"צ בדיקה כלל אבל התוס' (שם ד"ה קטנה) כתב דלמסקנא מיירי דלא בדקו והיינו כשינויא בתרא דש"ס וכ"פ הרי"ף וכה"פ דכי אמר רבא חזקה למיאון אבל חליצה בעי בדיקה ובאמת הכי משמע טפי לישנא דגמרא דמשני אלא לעולם דלא בדקו. מדקאמר אלא משמע דהדר בי' משינויא קמא. וכן סתמא דגמ' (שם דף מח ע"ב) משני כי קאמר רבא חזקה למיאון אבל לחליצה בעי בדיקה והיינו כשינויא בתרא ולשינויא קמא דבחליצה נמי בסתמא לא בעי בדיקה הו"ל לשנויי דבדיקה דלאחר הפרק הוא דאם בדקו ולא מצאו מהני לה לאחזוקינן בקטנה לענין חליצה וכקושיית התוס' (שם ד"ה בשלמא) ואכמ"ל וכן בפ' מי שמת (דף קנו ע"א) מסיק הש"ס הלכתא כר"נ אמר שמואל בכולהו ואיהו אמר דבדקינן לחליצה והיינו כל"ב:

והנה לשינויא בתרא טעמא בעי דקרי לה חזקה ולא סמכינן עלה לחליצה ולא אתפרש לן טעמא מ"ש מכל חזקות שבש"ס דסמכינן עלייהו בין לקולא בין לחומרא וליכא לדחוקי ולומר דלישנא דחזקה ל"ד הוא אלא להך שינויא ספיקא בעלמא הוא וכס"ד דהש"ס דקאמר וכ"ת מספקא ליה ומש"ה אזלינן הכא לחומרא והכא לחומרא אבל נ' דל"ל הכי דהא בפ' בא סימן (דף מח ע"ב) תנא בהדיא שאין משיאין ספיקות עפ"י נשים ואפ"ה

קאמר התם דלאחר הפרק נשים בודקות אותן ומסיק התם טעמא להדיא משום דלאחר הפרק איכא חזקה דרבא סמכינן על נשים ובודקים. תוך הפרק אש חזקה דרבא לא סמכינן על נשים ולא בדקי והרי התם אזיל הסוגיא אליבא דמסקנא דסוגיא דידן דכי קאמר רבא חזקה למיאון אבל לחליצה בעי בדיקה ואפ"ה סמכינן אנשים משום חזקה דרבא הרי מבואר דאף למסקנא דלשינויא בתרא נמי חזקה היא ולא ספיקא בעלמא ומש"ה ספיקות אין משיאין עפ"י נשים והיכא דאיכא חזקה דרבא משיאין עפ"י נשים וכן כתב רש"י בהדיא (דף מו ע"א בד"ה אלא לעולם כו') דמסתמא אמרינן דודאי א"ל הרי דעת רש"י דלשינויא בתרא נמי הוי חזקה ודאית וא"כ טעמא בעי אי חזקה היא מ"ט לא סמכינן עלה לחליצה ולא זכינו לשום פוסק מקמאי ובתראי שיבאר לנו טעמא מאי:

ולכאורה אשכחן כה"ג דהא דדרכו של תינוק לטפח קרי ליה חזקה בשלהי קדושין (דף פ' ע"א) דאר"ש כו' שורפין על חזקה כו' ואפ"ה אמר ר"י התם וקיי"ל כוותיה דאין שורפין על חזקה זו ולא הוי חזקה אלא לחומרא לענין לתלות והיינו משום טעמא שכתבו התוס' (שם ד"ה סמוך מיעוטא) ובכמה דוכתי דהא דרוב תינוקות מטפחין לאו רוב גמור הוא וא"כ לכאורה נראה לומר דהיינו נמי טעמא דלא סמכינן לקולא אהך חזקה שהביאה סימנים משום דחזקה זו באה מחמת רובא כדפרישית לעיל דרוב הבאים לכלל שנים מביאים סימנים והאי רובא נמי א"ל דלאו רוב גמור הוא [וסמך לדבר נמי בשלהי האשה רבה (דף צז ע"א) וכן בב"ב (דף קנה ע"ב) דהבאת סימנים תלוי' בכחישותא ובריותא] ומש"ה לא הוי חזקה אלא לחומרא לענין מיאון אבל לא לקולא לענין חליצה אמנם התם גופיה גבי רוב תינוקות מטפחין אע"ג דלאו רוב גמור הוא מ"מ ודאי הוה סמכינן עלה אף לשרוף אי לאו דאיכא כנגדה חזקת טהרה דעיסה ומשום דאיכא חזקת טהרה דעיסה הוא דאמרינן דאין שורפין והיינו משום דלא אלים לר' יוחנן רוב שאינו גמור לשווי' מיעוטא דידיה כמאן דליתא דדוקא גבי רוב גמור הוא דסברי רבנן דמיעוטא כמאן דליתא ולא מצטרף בהדי חזקה אבל רוב שאינו גמור לא אלים כ"כ לר' יוחנן למהוי מיעוטא דידיה כמאן דליתא וכי איכא חזקה בהדי מיעוטי מצטרפין ליה למיעוטא בהדי חזקה והוי פלגא ופלגא נגד הרוב ואין שורפין ולא מסברא דנפשאי אני אומר כן אלא תלמוד ערוך הוא בידינו פ"ב דנדה (דף יח ע"ב) דקרי להא דרוב תינוקות מטפחין רובא דאיכא חזקה בהדה ור"ל כנגדה כדפרש"י ותוס' שם] והיינו כדפרישית דזהו החילוק בין רוב גמור לשא"ג. דברוב גמור אמרינן מיעוטא כמאן דליתא דמי ורובא וחזקה רובא עדיף. וברוב שא"ג ל"א דעדיף מחזקה אלא דהוי פלגא ופלגא וכ"כ התוס' (שם בד"ה מיעוטא כמאן כו') ואומר ר"ת דרוב תינוקות אינו רוב גמור ולא הוי כנגד החזקה אלא פלגא ופלגא

ומן התורה טהור כו' וכ"כ התוס' שם (דף ג' ע"א ד"ה גמר סוף טומאה כו') וכ"כ רש"י בשלהי קדושין (בד"ה ואין שורפין תרומה כו') כדמפרש טעמא דאמרינן העמד עיסה על חזקת טהרה והוא ממיעוט תינוקות שלא טיפח הרי להדיא דעת רש"י דטעמא הוא משום דסמכינן מיעוטא לחזקה:

בהא סלקינן ובהא נחתינן דאפי' על רוב שאינו גמור נמי סמכינן אף לקולא היכא דליכא חזקה כנגדה וא"כ בנ"ד אף אי נימא דחזקה דהביאה סימנים באה מחמת רוב שאינו גמור מ"מ אית לן לסמוך עלה אף לקולא כיון דליכא כנגדה שום חזקה דודאי ברור ופשוט כביעתא בכותחא דבנ"ד ליכא למימר העמידה על חזקת קטנותה כיון דעכ"פ עשויה להשתנות ולהביא סימנים והוי ממש כבוגרת ביומא דמשלם שית דלית בה חזקה כמבואר שלהי קדושין (דף עט ע"א). ואם כן טעמא בעי אי חזקה היא מאי טעמא לא סמכינן עלה לחליצה:

והיה נראה לומר דודאי הך חזקה הוי כשאר חזקות דסמכינן עלייהו אף לקולא ואה"נ אם כבר חלצה ולא אפשר למבדקה אה"נ דסמכינן אהך חזקה ושריא. והא דמסקינן דלחליצה בעי בדיקה היינו לכתחילה משום דכל היכא דאפשר לברורי לא סמכינן אחזקה והא דקי"ל כר"נ אמר שמואל בב"ב (דף קנו ע"א) דבודקין לקדושין ולגירושין נמי אתי שפיר אהך טעמא דמחייבינן לברורי היכא דאפשר. וא"כ אי לא נבדוק בקדושין ונסמוך על חזקה נימא דחזקתו ודאי הביא סימנים בשעת הקדושין ואין קדושי השני כלום לכך בודקין אולי ימצאו בו שערות והיכא דבדקו ולא אשכחו אזדא לה החזקה והוי ספיקא דאורייתא ותצטרך גט גם מהשני ואם ימצאו לו שערות הרי לא אתרעי החזקה וממילא מחזקינן ליה למפרע בגדול מחמת החזקה וכן בגירושין אי נסמוך אחזקה נימא דחזקתו ודאי הביא סימנים והוי גט גמור אבל לא סמכינן אחזקה היכא דאפשר לברורי ולבדוק אולי ימצאו לו שערות וכיון דבדקינן ולא אשכחנא הוי ספיקא דאורייתא והוי רק ספק מגורשת והיינו היכא דאפשר לברורי. אבל היכא דלא אפשר לברורי באמת הוי חזקה גמורה ככל חזקות הש"ס דסמכינן עלייהו בין לקולא בין לחומרא וכן הוא להדיא דעת התוס' ב"ב (דף קנד ריש ע"ב) דהך חזקה הוי חזקה גמורה היכא דלא אפשר לברורי ע"ש שהקשו בפשיטות דנסמוך על חזקה זו אף לאפוקי ממונא והיינו משום דהתם כבר מת ולא אפשר לברורי ודברי רשב"ם ב"ב (דף קנו ע"א ד"ה בודקין לקדושין) נמי מתיישבין להתפרש כן והא דכתב שם רשב"ם דלא סמכינן אשנים לאחזוקינהו בגדולים אף להקל אפשר דהיינו דוקא משום דקאים קמן לבדקינהו ואפשר לברורי וכמו שסיים אלא בודקין אחריו כו' ואכתי איכא למימר דעיקר הבדיקה הוא כמ"ש משום דאפשר

לברורי אולי לא ימצאו לה שערות ואז יהיה קדושי ספק משום דאזדא לה החזקה ואם ימצאו לה שערות אז הוא דיחשבו קדושי ודאי ממילא מחמת החזקה כיון דלא איתרע על ידי הבדיקה. ואם נפרש גם דברי התוס' כן דכוונתם דלאו דמשום דחזינן השתא הסימנים הוא דאמרינן מסתמא אתו לאלתר אלא דממילא כיון דלא איתרע החזקה ע"י הבדיקה ממילא קם לו בחזקת גדול למפרע אם דעתם כן הוי ניחא סברתם לחלק בין הך דהכא להך דשלהי קדושין דאי נימא דלא מחזקינן ליה למפרע בגדול אלא מחמת השערות דחזינן השתא הרי סברתם דחוקה מאד מ"ש התם דס"ל לשמואל השתא הוא דבגרה ומ"ש הכא אכן לפי מ"ש החילוק נכון ומבואר דהכא נמי לאו משום סימנים דחזינן השתא הוא דמחזקינן ליה לגדול אלא משום חזקה דרבא הוא דמחזקינן ליה בגדול ולא בדקינן ליה אלא אולי לא ימצאו ואז אזלא לה החזקה אבל כיון שנמצאו שערות הרי לא אתרע לה החזקה וממילא קם בחזקת גדול למפרע מיום שבא לכלל שנים מחמת חזקה דרבא דהוי חזקה גמורה אף להקל:

גם דברי התוס' (שם ד"ה ולגירושין) יש לכוין למה שכתבנו והיינו שכתבו בתחילת דבריהם דהבדיקה הוא שאם לא ימצאו שערות לא יהא גירושין משמע להדיא שאם לא הבדיקה סמכינן אחזקה והוי גירושין גמורים רק הבדיקה הוא לברורי שמא לא ימצאו שערות ואז יתרע החזקה ולא נסמוך עליו להתירה לשוק אבל להחמיר סמכינן עלה דאם קבלה קידושין מאחר אחר הגירושין תהא צריכה גט משני משום דחזקה הביא סימנים בשעת הגט ונשרו קודם הבדיקה ולולא החזקה לא הוי חיישינן לנשירה וכמ"ש הרי"ף להדיא דמחמת החזקה הוא דחיישינן שמא נשרו וזהו שסיימו וכן לחליצה משמע דלחליצה נמי עיקר הבדיקה הוא שמא לא ימצאו שערות ואז יתרע החזקה. וידעתי שפשט דברי רש"י ותוס' נוטין יותר לומר דהחזקה הוא רק לחומרא ולא לקולא כלל אבל הואיל ויש מקום לפרש דבריהם כנ"ל לא מנעתי מלפרש אולי יוכשר בעיני המעיין לפרש כן ויכוונו דברי התוס' דהכא עם דברי התוס' (דף קנד) שהבאתי לעיל דס"ל להדיא דהך חזקה הוי חזקה גמורה היכא דא"א לברורי והוי ניחא נמי שפיר הא דקשיא לן הא דקרי לה חזקה ולא סמכינן עלה לחליצה וכדכתיבנא ניחא דבאמת גם לחליצה סמכינן עלה היכא דלא אפשר לברורי. רק היכא דאפשר לברורי לא סמכינן אחזקה ואף שלדעתי היה נוח לפרש כן. ואף אם דעת רש"י ותוס' כן כיון דכל סוגיא דתלמודא נוחין להתפרש כן כדכתיבנא ובפרט שכבר מצאנו להתוס' (דף קנד) דסברי הכי. אבל מ"מ ודאי לקולא אין לסמוך ע"ז לומר דחליצתו תהא חליצה וגירושיו גירושין היכא דלא בדקינן וליכא לברורי הואיל ולא נמצא כן בשום פוסק ראשון ואחרון זולת בדברי תוס' (דף קנד ע"ב)

ופשטא דלישנא דרש"י ותוס' (דף קנו ע"א) משמע יותר דלעולם לא סמכינן אהך חזקה לקולא וכ"כ הרא"ש בתשובה (כלל לג ס"ה) דינו הובא בח"מ ר"ס ל"ה באריכות ובכלל דבריו הם דברי התוס' הללו דבודקין לקדושין ודבריו מורין יותר לומר דלא סמכינן אהך חזקה לקולא כלל:

וראיתי שגם דעת הרמב"ן והר"ן הוא דחזקה דרבא לא הוי אלא לחומרא ולענין מיאון אבל לחליצה לא מהני אף היכא דכבר חלצה ולא אפשר למבדקה דהנה הרמב"ן בחידושיו למס' נדה הקשה אשינויא בתרא דאי למיאון למה לי חזקה בחששא בעלמא סגי והל"ל אינה ממאנת שמא הביאה סימנים ע"ש שתירץ דהך חזקה באמת לא אצטריך ליה לענין מיאון אלא לומר דלא ממאנה וחזקה נמי הוא ומהני חזקה לנשים בודקות אותה אחר הפרק עכ"ד הרמב"ן וכיוצא בזה המה דברי הר"ן בחידושיו. והנה קושיתם ז"ל אין ענין לדידן דאינהו לא נחתו לדקדק מאי דקשיא לן טעמא דמלתא דאי חזקה הוא אמאי לא סמכינן עלה לחליצה אלא דהוה קשה להו צריכותא דמלתא דלענין מאי אצטריך הך חזקה לענין מיאון. ונראה מדבריהם ז"ל נמי דלאו ספיקא בעלמא הוא אלא חזקה נמי הוי מ"מ מדבריהם ז"ל למדנו מדתירצו דמהני הך חזקה לנשים בודקות אותה ולא תירצו דמהני להיכא דכבר חלצה ולא אפשר למבדקה נראה ברור דעתם ז"ל דפשיטא דלא מהני כלל אף היכא דלא אפשר למבדקה אלא לענין נשים בודקות לחוד הוא דמהני ולא זכינו שיבואר לנו טעמא דמלתא אי חזקה היא ומהני נמי לענין נשים בודקות מ"ט לא מהני לחלוץ:

ולכאורה נראה טעמייהו דהני רבוותא דקיימי בשיטת התוס' פ"ק דכתובות (דף ט' ע"א ד"ה ואבע"א) ע"ש שכתבו דהך חזקה דרוב תינוקות מטפחין שהבאתי לעיל היינו רק דרבנן. וא"כ איכא למימר דחזקה דרבא נמי דכוותה דהוי רק דרבנן בעלמא ומשו"ה לא אזלינן בתרה רק לחומרא לענין מיאון אבל לא לקולא לענין חליצה [והא דכתבו התוס' פ' בא סימן (דף מו ע"ב ד"ה ר"י ור"ל דאמרי תרווייהו כו') דקטן שהקדיש לוקה משום הך רובא אלמא דרוב גמור מדאורייתא הוא הרי לא הוצרכו לזה אלא אליבא דר"ל דסבר התראת ספק לא שמה התראה ור"ל דבאמת סבר דשורפין תרומה על חזקה כזו אבל לדינא קיי"ל כר"י דאין שורפין על חזקה הבאה מחמת רוב שאינו גמור. ואליבא דר"י הוא שכתב התוס' פ"ק דכתובות דהוי מדרבנן ועיין תוס' יבמות (דף פ' ע"א בד"ה נעשה סריס כו') שכתבו דבכה"ג לאו התראת ספק הוא ואכמ"ל] והא דמהני לקולא לענין נשים בודקות אחר הפרק יש ליישב ברווחא דהא חזינן לתנא קמא דסבירא ליה דכל הנבדקות נבדקות עפ"י נשים אף קודם הפרק דליכא חזקה דרבא הרי דס"ל דאף

מדאורייתא מהימני והיינו מטעם שכתב הרמב"ן הובא ג"כ בהה"מ דהיינו משום דגילוי מלתא בעלמא הוא וא"כ איכא למימר דאף ר"י דס"ל שאין משיאין ספיקות ע"פ נשים הוא רק מחומרא דרבנן דאחמרו דלא להימנינהו וכיון דחומרא דרבנן בעלמא הוא משו"ה מהני בה חזקה דרבנן בעלמא להימנינהו אחר הפרק אבל אכתי קשה דלענין מאי תקינו רבנן הך חזקה דרבא למהוי חזקה דהא לענין מיאון לא אצטריך דהא אף משום ספיקא בעלמא אסורה למאן ולחלוץ לא מהני והיכי תיסק אדעתא דתקינו רק לקולא לענין נשים בודקות אחר הפרק. ולהרא"ש ז"ל יכילנא לשנויא דהא דתקינו רבנן למהוי חזקה היינו לענין מיאון דרבנן כגון שלא בעל לאחר זמן דאי משום ספיקא בעלמא הוי מיאונה מיאון דהא הוי רק ספיקא דרבנן משו"ה תקינו רבנן דלהוי חזקה דלא להוי מיאון אף במיאון דרבנן ובהכי מתרצי נמי שפיר קושיית הרמב"ן והר"ן ז"ל שהבאתי לעיל דאי למיאון למה לי חזקה בחששא בעלמא סגי ולפמ"ש ניחא דאצטריך הך חזקה לענין מיאון דרבנן אבל להרמב"ן והר"ן ז"ל קשיא דא"כ למה נדחקו לתרץ דמהני הך חזקה לענין חליצה דנשים בודקות אחר הפרק ולא תירצו דמהני לענין מיאון גופא במיאון דרבנן ואיך שיהיה טעמם ז"ל אבל נראה להדיא דס"ל דהך חזקה לא הוי אלא מדרבנן והיינו לכאורה דקיימו בשיטת התוס' בפרק קמא דכתובות:

והנה מה שיש לעיין בדברי התוס' הנ"ל בענין דינא וסוגיא דפ"פ מצאתי אין כאן מקומו אבל מ"מ נראה לכאורה שבזאת צדקו דבריהם שסברתם נראית נכונה לומר דכל היכא דאמרינן דלא הוי רוב גמור היינו דבאמת לא הוי רובא כלל אלא דנראה כאלו הוא רוב ומש"ה אחמרו ביה רבנן דנהוי רובא דאי נימא מדאורייתא הוי רוב שאינו גמור הרי לא נודע לנו שיעורי' עד כמה הוי רוב שאינו גמור ובכמה הוי רוב גמור דהא לכל מילי נראה דבכל שהוא הוי רובא. ע"כ טפי מסתבר לומר דכל היכא דאמרינן דהוי רוב שאינו גמור היינו באמת לא הוי רובא כלל אלא דרבנן הוא דאחמרו ביה משום דנראה כאלו הוא רוב. וכעין זה כתבו התוס' בפ' כיסוי הדם (דף פו ע"ב ד"ה סמוך מיעוטא) ובפ' ב' דנדה (דף יח ע"ב ד"ה למעוטי):

אבל מ"מ שיטתם זו דפ"ק דכתובות דהך רובא לא הוי אלא מדרבנן נראה שאינה מוסכמת להל' דפשטא דתלמודא משמט טפי כמ"ש לעיל דהוי רובא אף מדאורייתא אלא כיון דלאו רוב גמור הוא משו"ה לר' יוחנן לא הוי מיעוטא דידי' כמאן דליתא כלל אלא דמצטרף בהדי חזקה דהא בפ"ב (דף י"ח ע"ב) קרי הש"ס להך רובא רובא דאיכא חזקה בהדה משמע להדיא דאי לאו דאיכא חזקת טהרה דעיסה נגד הך רובא הוי מהני הך רובא אף לשרוף וכ"כ התוס' שם ובריש מכילתין (דף ג' ע"א ד"ה גמר סוף טומאה

כו') ע"ש שכתבו להדיא שמן התורה הוי נגד חזקה כפלגא ופלגא אלא דרבנן אחמרו בה דלהוי בו דעת לישאל והכי משמע נמי להדיא בסוגיא דשלהי קדושין (דף פ' ע"א) דאמרינן התם תניא כוותי' דר' יוחנן שני דברים כו' ועשאום חכמים כאלו יש בהן דעת לישאל כו' תינוק הך דאמרן הרי משמע להדיא דעיקר דוקא דאין שורפין הוא משום דמדאורייתא הרי התינוק אין בו דעת לישאל הא אי הוי התינוק מדאורייתא יש בו דעת לישאל הוי טמא באמת אף לשרוף והיינו משום דמדאורייתא הוי נגד חזקה כפלגא ופלגא וכדכתבו התוס' (פ"ק דנדה דף ג' ע"א ודף י"ח ע"ב) שהבאתי לעיל (דהא ודאי על טומאה דרבנן לא שורפין תרומה לבד מששה ספיקות שמנו חכמים עיין רש"י פ"ק דשבת דף ט"ז סוף ע"א):

ועוד לשיטת תוס' דכתובות תקשי מ"ט דר"ל וצריכין לדחוק ולומר דבהא גופא פליגי ר"י ור"ל דר"ל סבר דהתירה הוי מדאורייתא ור"י סבר דהוי רק דרבנן והוא דוחק (ולשיטת תוס' פ"ק דנדה ניחא נמי שפיר דלא תקשי קושית התוס' דפ"ק דכתובות אי נימא דרוב רצון דמי לרוב תינוקות מטפחין דכיון דהוי נגד חזקה כפלגא ופלגא הרי ספק גמור הוא ואסורה והיכא דאיכא עוד ספיקא הרי איכא ס"ס ושרי) ויש ליישב הנך סוגי' דשלהי קדושין ודפ"ק דנדה גם לשיטת התוס' דפ"ק דכתובות. ואין רצוני להאריך בישובים ודחוקים ומה גם כי לנדון שלפנינו אין הענין נוגע כ"כ דאטו בחדא מחתא מחתינהו לכולהו חזקות ותו אי נימא דחזקה דרבא לא הוי אלא דרבנן ולחומרא הרי עכ"פ דלחומרא הוי חזקה ולא ספיקא וחזינן נמי דמהני הך חזקה לקולא נמי לענין נשים בודקות לאחר הפרק אף דספיקות אין משיאין עפ"י נשים הרי עכ"פ דלאו ספיקא בעלמא הוא ותהוי מדרבנן עכ"פ לאו ספיקא בעלמא ואיך ניקו אנן ונימא דספיקא בעלמא הוא ולקולא. ואף שבתוס' דפ"ק דכתובות שהבאתי לעיל כתבו בהדיא לחלק ברובא דרבנן דלענין חד ספיקא אמרינן דהוי רובא ולא מקרי ספיקא אבל לענין ס"ס חשבינן לי' לספיקא בעלמא:

אמנם נראה דוחק גדול לומר שנתנו חכמים דבריהם לשיעורים והעמידו דבריהם נגד חד ספיקא לומר דהוי רובא ולא ספיקא. ולנגד ס"ס לא העמידו דבריהם והוה ספיקא ולא רובא. והנראה דכוונת התוס' הוא כיון דהך רובא דרצון לא הוי אלא מדרבנן אבל מדאורייתא הוי רק ספיקא בעלמא ספק אונס ספק רצון אם כן מדאורייתא אית לן לאוקמה אחזקת היתר לבעלה כמ"ש התוס' בתחילת דבריהם אלא דרבנן הוא דאחמרו דלא למחשב ספק אונס לספיקא אלא למיעוטא בעלמא וא"כ בחד ספיקא נמי לא הוי אלא איסורא דרבנן בעלמא. ומשו"ה כי איכא עוד ספיקא הוי ספק דרבנן ושרי' כן

נראה לפרש דברי התוס'. וא"כ היינו דוקא היכא דבחד ספיקא נמי לא הוי אלא מדרבנן אבל בנ"ד דבחד ספיקא הוי ספיקא דאורייתא אלא כי איכא עוד ספיקא הוי ס"ס ושרי' לא מסתבר לחלק בין חד ספיקא לתרי ספיקא דמסתבר למימר דכיון דחזינן דהעמידו דבריהם במקום חד ספיקא למימר דהוי חזקה ולא ספיקא הה"נ לענין תרי ספיקי אמרי' דספק שמא לא הביא סימנים לאו ספק הוא כלל ותהוי נמי דרבנן. עכ"פ חזינן דלאו ספיקא הוא אלא אית לן למימר דחזקה הביא סימנים ושקלי רבנן לספיקא. כן נראה לכאורה ועיין מ"ש לקמן אי"ה:

הנה לפמ"ש הלח"מ (פי"א דגירושין דין ד') דהיכא דלא בעל לאחר זמן לא בעי בדיקה כלל למיאון משמע ודאי דס"ל להרמב"ם דלא הוי רק ספיקא בעלמא ומשו"ה אזלינן לקולא בדרבנן וממאנת אף לאחר זמן כ"ז שלא נתברר שהביאה סימנים וא"כ נראה דהוי ספק שקול ממש מדתלינן לקולא בדרבנן וא"כ היכא דאיכא ס"ס היינו יכולים לסמוך לקולא אף בדאורייתא. אבל אין דבריו מחווירין ע"ש בלח"מ שהחליט כן גם בדעת הה"מ לומר שגם דעת הה"מ הוא דא"צ בדיקה כלל. ובזה יש להפליא עליו שהשיא דעת הה"מ לדעת אחרת והה"מ הרי פירש דבריו ושנה ושלש דבודקין אותה. בדין ד' כתב בראשית דבריו וכיון שכן אם נבדקה ואין לה סימנים ממאנת והולכת ובסוף דבריו שם סיים ובודקין אותה וכל זה מבואר בהלכות כו'. ובדין ה' כתב אבל כשלא בעל כו' אלא בודקין אותה ואם לא הביאה סימנים הרי זה ממאנת ומה שהביא הלח"מ לזה הוא מ"ש הה"מ דין ד' אין אומרים הוחזקה הביאתן עד שיודע בבירור. אבל לא דק בכוונת הה"מ. ואמתת כוונת הה"מ מבואר עפ"י מה שסיים שם ובודקין אותה וכל זה מבואר בהל' וכן כ' בדין ה' הרי שנבדקה כו' והעלה בהלכות מהכרח השמועות וכו' מספיקא לא חיישינן לנשירה ולא אמרינן חזקה הביאה סימנים אלא בודקין אותה כו' וכל דברי הה"מ א' הם לילך בשיטת הלכות הרי"ף. והנה פירוש הרי"ף ידוע שמפרש דמחמת חזקה דרבא הוא דחיישינן שמא נשרו (וכמ"ש בריש דברי דודאי לא הוי לן למיחש למיעוטא דנשרו אלא משום דאיכא חזקה דרבא הוי כפלגא ופלגא כהך דרפ"ב דכתובות) ע"ש בפ' ב"ש שכתב והדין הוא פירוקא דהך קושיא כו' דלא אמר רבא חזקה הביאה סימנים אלא לענין איסורא דאורייתא דעבדינן לחומרא ולא בדקינן לה דחיישינן שמא נשרו ולמסקנת הגמ' הכי פירושא דמימרא דרבא הגיעה לכלל שנותי' אינה צריכה בדיקה היינו דלא שייך בה בדיקה למיאון משום חזקה הביאה סימנים ומחמת החזקה חיישינן שמא נשרו וא"כ לענין מאי תהני הבדיקה כיון דאף אם נבדקה ולא משכחינן כלום אפ"ה לא תוכל למאן משום חשש נשירה (ולפירש הרי"ף לא קשה במסקנא הא דהקשו הרמב"ן והר"ן

אשינויא בתרא דאי למיאון למה לי חזקה בחששא בעלמא סגי. והל"ל אינה ממאנת שמא הביאה סימנים ולפירש הרי"ף ניחא למסקנא דקיי"ל דחוששין לנשירה כמש"ל) ומעתה מבוארים דברי הה"מ מ"ש דין ה' והעלה בהלכות מהכרח השמועות כו' מספיקא לא חיישינן לנשירה ולא אמרינן חזקה הביאה סימנים אלא בודקין אותה עכ"ל. דהכרח השמועות הוא קושית הרי"ף מהא דאמר שמואל בודקין למיאונין ופירוקא דהדין קושיא (וכן הקשו ותירצו התוס' ב"ב דקנ"ו) דהך דשמואל דבודקין היינו היכא דלא נבעלה דבכה"ג לא אמר רבא דא"צ בדיקה והיינו כמש"ל דלא שייך בה בדיקה משום דחזקה הביאה סימנים ואמטו להכי חיישינן לנשירה וא"כ לא תהני לה הבדיקה דרבא לא אמר חששא דנשירה מחמת חזקה דרבא אלא בדאורייתא אבל בדרבנן לא אמר דניחוש לנשירה וא"כ שייך בה בדיקה ואהא קאי מימרא דשמואל דבודקין למיאונין:

מעתה גלוי ומבואר כוונת הה"מ בדין ד' שכתב אין אומרים הוחזקה הביאתן עד שיודע בבירור ובודקין אותה וכ"ז מבואר בהלכות עכ"ל. והוא דאם היינו אומרים הוחזקה הביאתן היינו חוששין לנשירה ולא הי' שייך בה בדיקה וכקושית הרי"ף משו"ה אמר אין אומרים הוחזקה הביאתן עד שיודע בבירור והיינו משום דלא חיישינן לנשירה בדרבנן וזהו שסיים ובודקין אותה וכ"ז מבואר בהלכות. סוף דבר דברי הה"מ מבוארים דלמיאון דרבנן בעי בדיקה כמבואר בדבריו להדיא כמה פעמים ומקורו ברוך מתלמוד ערוך שהביא הרי"ף מימרא דשמואל דבודקין למיאונין ולא מתוקמא אלא בדרבנן כמש"כ הרי"ף וכן התוס' ב"ב (דף קנ"ו ע"א) וכ"כ הרמב"ן במלחמות. והרמב"ם עם היות שלא הזכיר דין הבדיקה במיאון דרבנן ואיכא למימר דלא ס"ל להלכה הא דאמר שמואל בודקין למיאונין וכמ"ש התוס' בפ' בא סימן (ד' מ"ט ע"א ד"ה ואב"א) שתירצו כן לחד תירוצא וכן הוא ברא"ש (שם סי' ג') ומהך דאין משיאין ספיקות עפ"י נשים נמי אין ראיה לפי שיטת הרמב"ם כיון דלדידי' הך סוגיא דלא כהלכתא היא דהא הרמב"ם פסק כת"ק דכל הנבדקים נבדקות עפ"י נשים וא"כ אפשר לומר כדברי הלח"מ בדעת הרמב"ם דבמיאון דרבנן לא בעי בדיקה וס"ל דחזקה דרבא ל"ד אלא מספיקא בעלמא הוא משו"ה אזלינן בה לקולא בדרבנן וכדמשמע קצת מדברי הרמב"ם בדין ו' שכתב שם להדיא שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות עד שניחוש לה שמא הביאה סימנים ותהא ספק מקודשת משמע לכאורה דחזקה דרבא לא הוי רק ספק לדעת הרמב"ם אבל מה לנו לחלק את השוין למה לא נאמר דהרמב"ם אזיל בשיטת הרי"ף כדרכו והא דכתב בדין ו' שתהא ספק מקודשת כבר פי' הלח"מ גופי' דקאי אהיכא דבדקו ולא אשכחו אז הוי רק ספק מקודשת אבל היכא דלא בדקו הוי' מקודשת ודאי מחמת חזקה דרבא

(ומהתימה על הלח"מ שנטה מהיפוך אל היפוך לומר דחזקה דרבא הוי חזקה ודאית ומדרבנן לא ניחוש לה כלל) וכ"כ הה"מ סוף דין ה' דהרמב"ם כדעת הרי"ף בהלכות וכך יפה לנו להשוות דעתם שהמה תמיד לאחדים אף שהרמב"ם לא הזכיר בפירוש הבדיקה במיאון דרבנן אולי סמך על דיוקא דסיפא גבי מיאון דאורייתא היכא שנבעלה כתב ואינה צריכה בדיקה למיאון דוק מינה דברישא במיאון דרבנן צריכה בדיקה וכך יפה לנו לומר דהרמב"ם לא הוי דעת יחידאה בפרט לגירסתינו בש"ס ב"ב (דף קנ"ו ע"א) דגרסינן להדיא והלכתא כר"נ אמר שמואל בכולהו:

ועדיין יש לדחות שמפרש בפי' הרמב"ן והר"ן דלא נקיט מיאונין אלא לאפוקי מדר' יהודא ואיך שיהי' ודאי אין לסמוך ע"ד הרמב"ם כפי' הלח"מ להוכיח מדמיאון דרבנן לא בעי בדיקה ש"מ דחזקה דרבא לאו דוקא אלא ספיקא בעלמא הוא (וזולת דהלח"מ גופי' אף דס"ל דבדרבנן לא חיישינן לחזקה דרבא אפ"ה ס"ל דבדאורייתא הוי חזקה גמורה ודאית ומשהגיעה לכלל שנים הוי מקודשת גמורה וכמש"כ בדין ו' שהבאתי לעיל) דכבר הבאתי שהרי"ף בפ' ב"ש ס"ל דהא דאמר שמואל בודקין למיאונין הכי הלכתא ומוקי לה במיאון דרבנן וכ"כ הרמב"ן במלחמות. וכן מבואר באר היטב בתוס' ב"ב (דף קנ"ו ע"א) וכ"כ הרשב"א בתה"א (בית ז' שער ד') בסוגיא דמשהגיעה לימי הנעורים כ' שם להדיא דלוסתות ומיאונין דרבנן נמי בעי בדיקה וכ"כ הטור ושו"ע להדיא דמיאון דרבנן בעי בדיקה וכן כתבו כל הפוסקים באין חולק וכבר כתבתי דהמ"מ מפרש גם דברי הרמב"ם כן. ועוד מדכתבו התוס' בפ' בא סימן (דף נ"ב ע"ב ד"ה הלכה) בשם ר"ת בס' הישר דמשהגיעה לכלל שנותי' לא תמאן בזה"ז דאע"ג דהיכא דלא בעל לא חיישינן שמא נשרו אין אנו בקיאין לבדוק כל הגוף כו' וכ"כ התוס' בכמה דוכתין הרי להדיא דאף במיאון דרבנן הבדיקה היא כ"כ חובה עד דמשום דאין אנו בקיאין בבדיקה אסרו למאן כלל. וכ"כ הטור בשם סה"ת וכן הוא בשו"ע ס"ס קנ"ה. ואף שכ' שם הב"ש (ס"ק ל"ד) משום דהוי ספק חסרון ידיעה. נראה פשוט דהיינו משום שהבדיקה היא חובה משו"ה אף אם נבדוק ולא נשכחינן כלום מכל מקום דילמא איכא גומות ולא בקיאינן למשכחינהו ואף דספיקא דרבנן הוא לא מקילינן בה משום דהוי ספק חסרון ידיעה אבל אי נימא דלא בעי כלל בדיקה בדרבנן וכדעת הלח"מ אכתי למה לא תמאן בזה"ז ומה בכך דהבקיאות בבדיקה הוא חסרון ידיעה אם נאמר שעפ"י הדין א"צ בדיקה כלל אלא ודאי מוכח מדברי התוס' וסה"ת וכל הפוסקים שהביאום דהבדיקה חובה היא עפ"י הדין במיאון דרבנן. הרי קמן דחזקה דרבא לאו ספיקא בעלמא הוא ומשו"ה אף בדרבנן לא אזלינן בה לקולא. ובהכי מתרצי שפיר קושית הרמב"ן והר"ן הנ"ל שהקשו אי למיאון

למה לי חזקה בחששא בעלמא סגי והל"ל אינה ממאנת שמא הביאה סימנים ולפמ"ש איצטריכא לי' גם למיאון היכא דלא נבעלה לאחר זמן דלא שרינן לה בלא בדיקה. וא"כ אין לסמוך על ספק שמא לא הביא סימנים אף לענין ס"ס. אמנם שבתי וראיתי שיש מקום מרווח לסמוך עליו לענין ס"ס שכבר כתבתי לעיל דאע"ג דקרי' לי' חזקה מדלא סמכינן עלה לענין חליצה ברווחא איכא למימר דהך חזקה באה מחמת הרוב שאינו גמור וכדאשכחן גבי דרכו של תינוק לטפח וברוב שאינו גמור אף אי נימא דהוי רובא דאורייתא מ"מ שפיר אית לן לאפלוגי בין חד ספיקא לתרי ספיקי דהנה הרב בעל פ"י חידש סברא נכונה דהנך רבוותא דספק דאורייתא איסורו מן התורה א"כ כל עיקר טעמא דשריותא דס"ס הוא משום דבחד ספק הו"ל פלגא ופלגא ומשו"ה כי איכא עוד ספיקא ה"ל רובא להתירא וכמ"ש הרשב"א בתשובה א"כ אף ברוב גמור אי איכא עוד ספק שקול כגון ספק אינו תחתיו הרי גם בהך ספיקא לחוד הא ה"ל פלגא ופלגא. א"כ בספק אונס ה"ל מיעוטא נגד הרוב דרצון מ"מ הרי צד היתירא דספק אונס אע"ג דמיעוטא הוא מ"מ בהדי ספק אינו תחתיו ה"ל רובא ובזה הניח בצ"ע קושית התוס' דהכא. ולדידי קושיתו על תוס' לק"מ דכיון דקיי"ל כרבנן דפליגי אר"מ וס"ל דמעוטא כמאן דליתא ולא מצטרפינן ליה בהדי חזקה ה"נ לא מצטרפין לי' לאידך ספיקא דכמאן דליתא כלל הוא. וכן דקדקו התוס' בדברי קושיתם דנקטו בלשונם דנימא מיעוטא כמאן דליתא ולית לן אלא חד ספיקא (ומה שיש לעיין בזה להביא ראיות מאיזה סוגיות שבש"ס אכמ"ל):

אמנם היינו ברוב גמור כדסליק אדעת התוס' בקושיתם. אבל היכי דהוי רוב שא"ג הרי להדיא אמרינן בש"ס פ"ב דנדה (דף י"ח ע"ב) דאיכא חזקה בהדה וכמש"ל שזהו החילוק בין ר"ג לרוב שא"ג דבר"ג הוי מיעוטא דידי' כמאן דליתא ולא מצטרפינן ליה בהדי חזקה וברוב שא"ג מצרפינן מיעוטא דידיה לגבי חזקה למהוי פלגא ופלגא. וא"כ לענין רוב שא"ג חזר וניעור סברת הרב בעפ"י דמצטרפין מיעוטא דידי' לגבי פלגא דאידך ספיקא למהוי רובא ובהכי מתרצא נמי שפיר קו' התוס' דפ"ק דכתובות לפי שיטת התוס' דפ"ב דנדה דסברי דברוב שא"ג הוי מדאורייתא. דמ"מ למסקנת התוס' דרוב רצון הוי רוב שא"ג שהרי אית לן לאפלוגי בין ספק א' לתרי ספיקי אף אי הוי רובא מדאורייתא וכדכתיבנא:

וא"כ בנ"ד אף אי נימא דחזקה הוי מדאורייתא מ"מ מדקאמרינן דלחליצה בעי בדיקה אית לן למימר דהך חזקה אתי' מחמת רוב שא"ג וברוב שא"ג מצטרפין מיעוטא דידי' לגבי אידך ספיקא למהוי רובא דהתירא ומכ"ש להנך רבוותא דסברי דהך חזקה לא הוי אלא מדרבנן ודאי ברור ופשוט דקיל וקיל מרוב שא"ג ואית לן לאצטרופי מיעוט דאין

מביאין סימנים לפלגא דאידך ספיקא למהוי רובא. וא"כ אי אית לן עוד ספק שקול יש מקום לסמוך גם על ספק שמא לא הביא סימנים:

וכבר כ' לעיל דהרא"ש והרמב"ן והר"ן ס"ל דהך חזקה לא הוי אלא מדרבנן ומכל הנך רבוותא שהבאתי לעיל דמצרכי בדיקה אף במיאון דרבנן אכתי אין ראי' דפליגי ארמב"ן ורא"ש ור"ן דאינהו נמי מצי סברי דהך חזקה לא הוי אלא מדרבנן וכדכתיבנא לעיל דלשיטה זו צריכין למימר דכל עיקר דגזרו רבנן למחשבי' לחזקה היינו להצריך בדיקה במיאון דרבנן. והכי מסתבר נמי מדעת התוס' ב"ב (דף קנ"ו ע"א) דהא כבר כתבתי שדברי הרא"ש בתשובה ודברי התוס' (שם ד"ה בודקין לקידושין) אחד הם אלא שהרא"ש ז"ל האריך יותר ע"כ ודאי יפה לנו וחובתינו הוא להשוות דעתם ולומר דכונת התוס' נמי כפשטות משמעותן דהך חזקה לא מהני לקולא כלל היינו מדאורייתא לא הוי חזקה כלל ואעפ"כ כ' שם התוס' אח"ז דהא דבודקין למיאונין היינו במיאון דרבנן וע"כ צ"ל דס"ל להתוס' נמי כמ"ש דהחזקה היא דרבנן. ועכ"פ ודאי אין שום נדנוד משמעות וראי' דפליגי ארמב"ן ורא"ש ור"ן והו"ל תוס' דדקנ"ד יחידאה לגבי הנך רבוותא:

וא"כ לסברת בעפ"י זכינו לדין דאית לן למסמך על ספק שמא לא הביא סימנים אי איכא עוד ספק שקול. ונ"ד עדיף. אמנם אינני רואה כאן שום ספק אחר דספק לא בעל נראה דלאו ספק הוא כלל וכמ"ש לקמן אי"ה:

ומ"ש הרב דדובראוונא לחדש עוד ספק אם בעל לשם קידושין משום שעדיין לא נתברר לו להמנוח בעצמו שהוא גדול לא ידעתי כוונתו בזה דמה"ת הוי מספקא לי' ודאי ידע אינש בנפשי' אי אית לי' שערות ולומר דגם צמחו וגם נשרו והוא לא ידע הוא ספק רחוק מאד. ותו דמסתמא דעתו במלאת לו י"ג שנה שאז נקרא בר מצוה וסוגיא דעלמא הוא עפ"י חזקה דרבא דמאז נקרא בר מצוה ומאז מחזיק עצמו לגדול. ואולי דעת הרב הנ"ל דשמא ידע דבעינן שתי שערות וחזקה דרבא לא ידע. ואף שבאמת הביא סימנים כדא' רבא אבל שמא לא היו רק גומות דקיי"ל דהוו סימנים ואיהו לא הוה בקי בדין הגומות א"כ לא הוה בקי למשכחינהו וא"כ שפיר איכא למימר דהוי מספקא לי'. אבל כבר פי' הרמב"ם, (פ"ב דאישות דין י"ז) וכ"כ רש"י בפ' אין צדין (דף כ"ח) דטעמא דגומות הוא משום דאין גומא בלא שער ושערות הי' בהם ונשרו. וכבר כתבתי דלא מסתבר למימר שצמחו ונפלו ולא ידע בצמחם ובנשרם ולמימר שמא היו באיזה מקום בגוף והוא לא ידע ג"כ לא נהירא למסמך עלה דהא הרי"ף והרמב"ם פסקו להדיא דבעינן במקום הערוה דוקא. וגם התוס' והנמשכים אחריהם לא חששו לבדוק בכל הגוף אלא לחומרא בעלמא דלמא קיי"ל כמ"ד ע"ג קשרי אצבעותיו:

והספק השני שמא לא נבעלה אחר שהגדיל. הנה אי לא נסמוך אדיבורא דידה דאמרה לא נבעלתי נראה ברור דאין לסמוך עליו מטעם ספק דאף אי לא נימא דאמרי' ודאי בעל מ"מ זה ברור דספק שמא לא נבעלה הוי ספק דלא שכיח כלל. ואף דשכיח קצת בילדים רכים דלא עבדי מעשה משך זמן אחר נשואיהם היינו משום שאין יכולים לבעול. אבל עכ"פ הראה ודאי עבדי בכל פעם שמנסה עצמו אולי יוכל לבעול. ועיין רש"י כתובות (דף ט' ע"ב בד"ה מאי לאו כו') ע"ש שסיים או שהערה בה מתוך חיבתה ולא ידע ששיבר בתוליה. ואף שדעת הרב השואל כדעת מו"ר הגאון דק' אה"ו נ"י בס' תורת יקותיאל בתשובה א' שבאילן הגדול הזה נתלה לומר דביאה ראשונה ודאי בעל לאלתר דלא מוקי אנפשי' ואכתי הוי בקטנותו ובגדלותו לא בעל כלל משום דאחר דכבר בעל ביאה ראשונה תו לא תקיף יצרי' כ"כ ומוקי אנפשי'. באמת סברא נכונה ופשוטה היא לחלק בין ביאה ראשונה להיכי דכבר בעל. וזה ימים כביר טרם ראיתי כן בתשו' מו"ר הגאון הנ"ל הוריתי כן מסברא דנפשאי הלכה למעשה בעובדא דהוה מה דהוה בדבר שבממון והכרעתי לחלק בין ביאה ראשונה להיכי שכבר בעל. אבל מ"מ אף אי נימא דדינא הכי הוא דלאחר בעילה ראשונה לא אמרינן דודאי בעל אבל מ"מ ספק הוי דלא שכיח כלל שלא יבעול כלל משך כמה חדשים אחר שכבר בעל וטעם טעם ביאה וכדאמרינן בסנהדרין (דף ל"ז) אפשר אש בנעורת ואינו מהבהב והתם לאחר ביאה ראשונה קאי מדשרי ליחודא וסוגה בשושנים נמי ליכא הכא דהא בהיתרא יתבא תותי' וגם שכיחא לי' טפי מנדה דאיכא הרחקות טובא ואפשר שגם במטה אחת הוו כדרך אחר סמוך לנשואין ולא סינר מפסיק ולא חרב נעוץ בינו לבינה ודאי ספק לא בעל הוי ספיקא דלא שכיח כלל:

וגם בגוף הדין דלא נימא ודאי בעל איכא לעיוני טובא דאף דבאמת סברא מרווחת היא לחלק בין ביאה ראשונה להיכא דכבר בעל ויפה כתב מו"ר הגאון הנ"ל דגם ב"ש דס"ל בפ' הזורק (דף פ"א) דאמרינן עדי יחוד הוו עדי ודאי ביאה משום דאנן סהדי דלא פרשי זמ"ז אפשר דהיינו דוקא התם דכיון דאמרינן דאינו בועל לזנות אלא לש"ק הרי חזרו לחיבתם הראשונה והוי כביאה ראשונה דתקיף יצרי' טובא. אבל לאחר שכבר בעל בעילה ראשונה אולי גם רש"י יודה דל"א אנן סהדי דודאי בעל. אבל מ"מ איפכא נמי סברא מרווחת לומר דגם הרמב"ם דס"ל גבי מתייחד עם גרושתו דהוי רק ספק ביאה היינו דוקא ביחוד עם גרושתו דסנו אהדדי מסתמא כיון שנתגרשו. אבל ביחוד עם אשתו האהובה בנשואין אפשר דגם הרמב"ם יודה דלעולם אמרינן ודאי בעיל ולא פריש. וכעין זה כ' הרשב"א בחי' על מתני' דגט ישן לתרץ דלא תקשי לר"י דס"ל דגם לנה עמו בפונדקי

דאם לא ראוה שנבעלה לכ"ע א"צ הימנו גט משום יחוד בעלמא והרי הכא בגט ישן הלא רק נתיחד עמה וחיישי' לביאה ותירץ הרשב"א ז"ל משום דהתם דכבר נתגרשו סנו אהדדי. וכ"כ שם עוד דבגט ישן לא שני לן בין נשואה לארוסה דלעולם חיישינן לביאה ול"ד להך דלנה עמו בפונדקי דהתם כבר נתגרשה וסנו אהדדי ואיכא תרתי דסנו אהדדי ודאין לבו גס בה:

ועוד דנראה ברור דמקור דינו של הרמב"ם דהוה רק ס"ק הוא מד' הירושלמי דפ' הזורק גבי לנה עמו בפונדקי אריב"ב ב"ש כדעתיי' דאמרי לא יגרש אא"כ מצא בה ערות דבר מזוהמת היא לפניו ואינו חשוד עליה וב"ה כדעתיי' דאמרי אפי' הקדיחה תבשילו אינה מזוהמת וחשוד הוא עליה ומכאן הוציא ודאי הרמב"ם דינו לומר דהוי רק ספק מקודשת דהכי מ' ודאי לישנא דחשוד הוא. וא"כ התוס' והרשב"א והר"ן והמרדכי וש"פ שהביאו דברי הירושלמי הנ"ל כולהו ס"ל בהא כהרמב"ם דהוי רק ס"ק ודלא כרש"י ז"ל וא"כ סברא נכונה וברורה היא לומר דדוקא ביחוד עם גרושתו הוא דהוי רק ספק ביאה והיינו משום דמאן מפיס מאיזה טעם גירשה ואולי גירשה מחמת ע"ד ומזוהמת היא לפניו. אבל ביחוד עם אשתו דחינה על בעלה גם הרמב"ם יודה דלעולם אף אחר ביאה ראשונה לעולם אמרינן ודאי בעיל ולא פריש דהכל יודעים למה אשה יושבת תחת בעלה:

ולכאורה הי' נראה להביא ראי' דאף לאחר שכבר בעל ומצי לאוקמי אנפשי' מ"מ אית לן למימר דודאי בעל והוא מדמסיק הש"ס בפ' ב"ש (דף קי"ב) דצרתה אינה נאסרת והרי לשיטת הרמב"ם מיירי התם תוך שלשים דמצי לאוקמי אנפשי' ביבמה ושי' הרמב"ם היא המחוורת ודאי וע' בב"י ששי' הרמב"ם היא מוסכמת מהרי"ף ור"ח וכ"נ עיקר דאתיא כפשטא דירושלמי שהביא גם הרא"ש. וא"כ הא חזינן דאף דמצי לאוקמי אנפשי' מ"מ לא מהימני' לאוסרה לאחרינא ואף אם שניהם אומרים שלא נבעלה והיינו משום דחזקת כנוסה בעולה היא לאלתר וכמ"ש הח"מ שם. והיינו משום דמסתמא אמרינן חזקה בעל לאלתר, אף דמצי לאוקמי אנפשיה וא"כ נ"ד לכאורה להא דמיא דאף שלאחר שכבר בעל תו לא תקיף יצרי' ומצי לאוקמי אנפשי' מ"מ אית לן למימר חזקה ודאי בעל דהכל יודעים אשה למה יושבת תחת בעלה. ומ"מ יש לחלק ולומר דבביאה ראשונה אף היכי דמצי לאוקמי' אנפשיה ומשום דבזיז מינה מ"מ משום דתקיף יצרי' טפי הוא דאמרינן דמסתמא לא מוקי אנפשי' אבל לאחר שכבר בעל דתו לא תקיף יצרי' כ"כ אכתי אין ראיה לומר דמוקי אנפשיה מסתמא והכי משמע קצת דברי התוס' פ"ק דכתובות (דף ט' ע"ב בד"ה מאי לאו) ע"ש שכתבו דרוב פעמים לא מוקי אנפשיה אפי' שעה חדא ודברים כאלו ודאי א"א לומר אלא בביאה ראשונה דאחר ביאה ראשונה ודאי א"א

לומר דלא מוקי אנפשיה אפי' שעה חדא דודאי לא מצוי כתרנגול הוא. וא"כ מהא ליכא למשמע מינה:

אמנם מהא דתניא בפ' ב"ש (דף ק"ט ע"א) ומייתי לה נמי בפ' המדיר (דף ע"ג) אבל גירשה כשהיא קטנה והחזירה כשהיא גדולה א"נ החזירה כשהיא קטנה וגדלה אצלו ומת או חולצת או מתייבמת. מוכח שפיר מדנקט סתמא וגדלה אצלו ולא תני ונבעלה כשהיא גדולה דהא הכי קיי"ל במסקנא שם (דף ק"ט ע"ב) דקדושי קטנה מתלא תליא עד דבעיל והכי הלכתא ודאי מדפריך מינה סתמא דגמ' בפ' המדיר (ריש דע"ג) דרב אדרב והא פליגי בה חדא זימנא והיינו לפום אוקימתא דבעל דוקא. והכי מסיק נמי הש"ס הלכתא בפ' יוצא דופן (דף מ"ו ע"א) דדוקא היכי דבעל לאחר זמן הוא דהוי קדושין דאורייתא. ובהך דהחזירוה כשהיא קטנה וגדלה אצלו ודאי בעינן קדושי דאורייתא למשרי' ליבומי. וא"כ למסקנא דגמ' הו"ל למתני החזירה כשהיא קטנה ונבעלה כשהיא גדולה. אלא ודאי משמע מינה דמשגדלה אצלו חזקה ודאי בעל בגדלותו והוו קידושין גמורים ומתייבמת נמי בהך חזקה ומשו"ה סגי במאי דנקט וגדלה אצלו. הא קמן דאף לאחר ביאה ראשונה כמו בקטנה שגדלה אצלו שכבר נבעלה בחזרתה בקטנותה אפ"ה אמרינן דגם בגדלותה כיון שיושבת תחתיו חזקה ודאי בעל. ואף שמסוגיית התלמוד אין הראיה מכרעת דתנא א"צ לפרש דבריו ובאמת למסקנא צ"ל דמיירי בדאיכא עדי ביאה גמורים או שכבר ילדה ממנו ומת הולד. אבל מ"מ הא לא אשתמיט בשום דוכתא לא בגמ' ולא בשום פוסק מקמאי ובתראי לומר דמיירי בכה"ג דוקא. וכ"כ הרמב"ם (בפ"ד מיבום דין י"ד) ואם החזירה כשהיא קטנה או חרשת ונתגדלה או נתפקחה אצלו כו' מותרת ליבם ולא נקט ונבעלה בגדלותה ובפקחותה וכ"ה בטוש"ע (ס"ס קע"ג) ש"מ דמסתמא כשגדלה אצלו שרי ליבומי. וכן יש לדקדק קצת מהא דאתמר התם בפ' ב"ש (דף ק"ט ע"ב) קטנה שלא מיאנה והגדילה ונשאת רב אמר א"צ גט משני ולא נקט והגדילה ונבעלה כדקיי"ל במסקנא. והרי אמורא צריך לפרש דבריו אלא משמע דסגי במאי דנקט שלא מיאנה והגדילה דלישנא דלא מיאנה משמע דלא אמרדא ויתבא תותי' ומשהגדילה כך ויתבא תותי' אנן סהדי דנבעלה משהגדילה והא דפריך התם מאי לאו אע"ג דלא בעל מיושב שפיר ואין רצוני להאריך בזה. ואע"ג דלאו ביאה ראשונה היא דכבר בעל בקטנותה מ"מ אמרינן דכיון דיתבא תותי' ודאי גם בגדלותה בעל משו"ה א"צ גט משני. והכי משמען נמי דברי הרמב"ם (פ"ד דאישות) מדנקט התם (דין ח') כיצד מקודשת כו' שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרה קדושיה ונעשית א"א גמורה ובודאי א"ל נבעלה לא נעשית אשת איש גמורה כמסקנת הש"ס וכמש"כ הרמב"ם גופי' (בפ'

י"א דגירושין דין ד' וה') דלא הוי קדושי דאורייתא אם לא נבעלה בגדלותה אלא ודאי דהרמב"ם נמי מיירי שנבעלה בגדלותה אבל לא הוצרך לפרש כן משום דסגי לי' במאי דנקט שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה דמשמע שגדלה כן בישיבתה עם בעלה וכיון שיושבת עם בעלה אנן סהדי שנבעלה דהכל יודעים למה אשה יושבת תחת בעלה:

והן הן דברי הרא"ה בחידושיו למס' כתובות פ' המדיר (דף ע"ג) בסוגיא דקטנה שלא מיאנה והגדילה כו' אחר שהביא שם מסקנת הש"ס דבפ' ב"ש (דף ק"ט) דקדושי קטנה תליא עד דבעיל. והיינו משום דגמר ובעל לשם קדושין. כ' שם וז"ל ואע"ג דהמקדש שלא בעדים אין חוששין לקדושיו הכא כיון דהוי מלתא דכו"ע ידעי בה כו"ע מסהדי. וכן המקדש בביאה א"צ אלא עדי יחוד עכ"ל. מבואר בדבריו דלא שני לי' בין מקדש בביאה דביאה ראשונה היא ובין קטנה שלא מיאנה דכבר נבעלה קודם שהגדילה תרווייהו בחדא מחתא מחתינהו ומדמי להו לומר דבתרווייהו אמרינן דאנן סהדי דודאי נבעלה והן הן עדי קדושיו וכן הביא גם הריב"ש (סי' ו' וקצ"ג) בשם הרא"ה דקטנה שהגדילה אפי' לעדי יחוד א"צ דכיון שאשתו היא ועומדת תחתיו כו"ע ידעי שנתייחד ובא עליה עכ"ל הריב"ש בשם הרא"ה. הרי להדיא דעתו דא"צ לא לעדי יחוד ולא לעדי ביאה דאנן סהדי דודאי נבעלה אף שבעל בקטנותה. ואף שבסי' מ"ו כ' הריב"ש ע"ד הרא"ה דיחידאה היא ושכל גדולי הראשונים כתבו שצריכה עדי יחוד. וכן הביא דבריו הללו גם הב"י בסי' קמ"ט. אבל הריב"ש גופי' נראה דהדר ביה וסמך על דעת הרא"ה בס"ס קצ"ג. ועוד נראה ברור דאף למאי דסליק אדעת הריב"ש שיש חולקים על הרא"ה. לאו אמאי דס"ל להרא"ה דודאי בעל הוא דנחלקו דבהא ליכא מאן דפליג וכמש"ל אי"ה בראיות ברורות דלעולם אית לן לאחזוקי ולמימר דודאי בעל וכן הריב"ש בסי' ו' לא נחית כלל לדקדק אי אמרינן ודאי בעל דבעובדא דהריב"ש בנה מורכב לה על כתפה הוי ושריותא דהריב"ש הוי משום שלא הי' שם עדי יחוד והוי כמקדש בביאה שלא בעדים ע"ז כתב הריב"ש שאף שלדעת הרא"ה אפי' עדי יחוד א"צ הראשונים חלקו עליו להצריכה עדי יחוד והיינו כדפרישית דאי ליכא עדי יחוד אע"ג דודאי בעל בגדלותה אכתי הוי כמקדש בביאה שלא בעדים. אבל אהא דכ' הרא"ה דאמרינן נבעלה ודאי בזה לא עלה ע"ד הריב"ש לומר שנחלקו על הרא"ה בזה ובאמת יפה כיון הריב"ש שחזר בו וסמך בס"ס קצ"ג על דעת הרא"ה שלא להצריכה אף עדי יחוד. שהרי אף בזה לא מצינו לשום א' מגדולי הראשונים שיחלוק עליו להצריכה עדי יחוד היכא דישבת תחתיו. ואדרבה רובם מדברי רובם משמע דס"ל כהרא"ה גם בזה ושום חולק עליו לא מצינו כלל ואף שהרא"ש פ' המדיר (סי' י"א) כ' דבעי עדי יחוד ברור דודאי התם אהך דקידש על תנאי ובעל דהתם אפשר

לאו תותי' יתבא אלא דבעל בלא כניסה דובעל משמע לאלתר לאחר קדושין והך קטנה שלא מיאנה לא הביא אלא אגב גרא למילף מינה דודאי בלא ספק בועל לשם קידושין מדא"צ גט משני. אבל הא דסיים הרא"ש דמיירי בדאיכא עדי יחוד לא קאי אלא אהך דקידש ע"ת ובעל:

ואשימה עיני על משמעות דברי הפוסקים בזה. והנה רובם ככולם נוטה משמעות דבריהם לדעת הרא"ה ז"ל. הנה כבר הבאתי משמעות דעת הרמב"ם מדבריו בשני מקומות מהך (דפ"ז דיבום דין יד) שכתב סתמא וגדלה אצלו ולא נקט ונבעלה וכן מהך (דפ"ד מאישות דין ח') שכתב שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קדושין. הרי דבשני המקומות לא הזכיר לא עדי יחוד ולא עדי ביאה כלל אלא דסגי במה שגדלה אצלו ויושבת עמו דדרין יחד אנן סהדי דנבעלה ומיהו אם נפרש כפי' הרד"ך שהביא הכ"מ בפ"ד דאישות דלא בעינן שתהא ביאה דגדלות לשם קידושין דוקא ליכא למשמע מד' הרמב"ם דב' מקומות הנ"ל אלא דאנן סהדי שנבעלה כשדרין יחד אבל עדי יחוד אכתי אפשר דס"ל דצריכה היכא דבעינן ביאה לשם קידושין ולא סגי במאי דכ"ע ידעי דנבעלה וכן הרא"ש לא הזכיר בפ' ב"ש לא גבי החזירה כשהיא קטנה ולא גבי קטנה שלא מיאנה והגדילה בשניהם לא הזכיר הרא"ש בפ' ב"ש לומר שצריכה עדי יחוד וכדכ' בפ' המדיר סי' י"א גבי קידש ע"ת ובעל והיינו משום דהך דקידש ע"ת מיירי דבעל בלא כניסה ובהנך דפ' ב"ש מכיון דדרין יחד אנן סהדי דנבעלה ודאי והרי הרא"ש כתב להדיא דהא דתליין הקדושין עד דבעל בגדלות הוי טעמא משום דגמר ובעל לש"ק הרי משמעות ד' הרא"ש דאפי' עדי יחוד א"צ דכיון דכ"ע ידעי דנבעלה כ"ע מסהדי בה כמ"ש הרא"ה וכן הטור (בסי' קנה) גבי קטנה שלא מיאנה והגדילה לא הזכיר עדי יחוד וכדכתב בסי' כ"ח גבי מקדש במלוה וכן בסי' ל"א גבי מקדש בפחות משו"פ והיינו משום דהתם מיירי בקידש לחוד ואין דרין יחד משא"כ בסי' קנ"ה דמסתמא דרין יחד כשלא מיאנה משו"ה אנן סהדי. והא דהזכיר עדי יחוד בס"ס מ"ג גבי קטן שקידש או נשא נ' דלא נקט עד"י אלא משום קידש לחוד דאכתי אין דרין יחד אבל אם נשא דדרין יחד באמת א"צ עד"י כמו גבי קטנה שלא מיאנה והגדילה דבסי' קנ"ה:

ולכאורה היה נראה לפרש ד' הטור דהא דדרין יחד ל"מ אלא דאנן סהדי דנתייחדה אבל לא דאנן סהדי דנבעלה והיינו משום דלאו ביאה ראשונה היא דכבר בעל קודם שהגדילה ומשו"ה הוצרך הטור בסי' קנ"ה להזכיר הביאה ולא הזכיר עד"י. ואי קשיא מנא ידעינן שנבעלה דדוחק גדול לומר דבנה מורכב לה על כתיפה דהא סתמא נקט שאם בא עליה אח"כ א"צ גט משני וכה"ג ודאי לא הו"ל לסתום אלא לפרש. הא ל"ק דנראה

דאינהו לגבי דנפשייהו ודאי מהימני לומר דנבעלה בגדלותה וא"צ גט משני אף דלא ידעינן שנבעלה אלא ע"פ דבורם דידהו לחוד וכמש"ל אי"ה דבמקום שאין שום חזקה נגד דברי הבע"ד הבע"ד מהימן לגבי דנפשיה אבל בס"ס קע"ג הרי לא הזכיר הטור לא עד"י ולא ביאה כלל גבי החזירה כשהיא קטנה וגדלה אצלו והיינו משום דכיון דנתגדלה אצלו אנן סהדי דנבעלה נמי והא דהזכיר הביאה בסימן קנ"ה גבי קטנה שלא מיאנה והגדילה היינו לאשמועינן עיקר דינא דבביאה תליא מלתא ול"א כדס"ד דב"ש דכי גדלה גדלי הקדושין אע"ג דלא בעל אלא כמסקנת הש"ס דאי בעל אין ואי לא לא ונ"מ היכי דידעינן דלא בעל כגון אם אין דרים יחד אבל אם דרים יחד אנן סהדי דנבעלה וכהך דס"ס קע"ג וכן יש לדקדק בש"ע בכל המקומות שדקדק בדברי הטור דבסי' כ"ח וסי' ל"א הזכיר עד"י ובס"ס קע"ג לא הזכיר לא עד"י ולא עדי ביאה כלל משום דדרין יחד ונתגדלה אצלו. וכן הרמ"א בס"ס ל"א כתב קטן שקידש ונתגדל אצלה כו' ובודאי בכוונה מכוונת שינה לשונו מדלעיל מיניה בדברי הש"ע שמבואר שם שאם בעל בפני עדים הוא דאמרינן דבעל לש"ק והרמ"א שינה לשונו לומר שא"צ לשום עדים אלא דמשנתגדל אצלה אמרי' דודאי בעל אע"ג דלאו ביאה ראשונה היא דכבר בעל בקטנותו מ"מ אנן סהדי על היחוד ועל הביאה ומשו"ה כתב הרב נמי בד"מ (רסי' קמ"ט) וז"ל וכתב הר"ן בפ' כל הגט דה"ה אם לא ראו עדים שנבעלה אלא שבודאי בא עליה כגון שנשאת כו' וע"ש ובתשובת ריב"ש סי' ו' עכ"ל ד"מ והנה דברי הריב"ש סי' ו' הן הנה דברי הרא"ה דבקטנה שהגדילה אמרינן ודאי בעל ומדמי לה הרב בד"מ נמי לדברי הר"ן בפ' כל הגט דהיינו מ"ש בסו"ד על מתני' דהכותב טופסי גיטין לחלק בין גט ישן להך דכתבו גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה דש"ה דכיון שנשאת ודאי נבעלה חשבינן לה וכ"כ התוס' בגיטין (דף כו ע"ב ד"ה לכשאכנסנה) דכיון שנשאה ודאי איכא ביאה. והרי ד' הר"ן גבי כתבו גט לארוסתי ביאה ראשונה היא וד' הריב"ש גבי קטנה שהגדילה לאו ביאה ראשונה היא דכבר נבעלה בקטנותה ואפ"ה מדמי להו הרב בד"מ משום דפשיטא ליה להרב בד"מ דאין שום חילוק בין ביאה ראשונה להיכא דכבר בעל אלא דאמרי' דכיון שאשתו היא ועומדת תחתיו ודאי בא עליה:

ובת' מיימוני (סי' י"ט) ע"ש שנשאל באחד שאחר שהי"ל בנים נודע שהיו קדושי טעות בטבעת שלא היה ש"פ ע"ש שכ' ואף אם בא עליה אחר שנתברר דליכא ש"פ אי ליכא עד"י הו"ל כמקדש שלא בעדים כו' ומיהו גבי קטנה אשכחן ביבמות בפ' ב"ש ובמס' נדה דבעל בגדלות אינה יכולה למאן אע"ג דליכא עד"י דדבר שבסתם כך הוא כדאיכא עדים דמי עכ"ל הרי להדיא דאנן סהדי דנתייחדה אבל למימר דאנן סהדי דנבעלה אכתי ליכא

למשמע מינה. ובש"ג פ' האומר בסוגיא דמקדש בע"א א"ח לקדושיו ע"ש שכתב וז"ל ונראה בעיני שאם הוחזקו באותן הקדושין וכו' אע"פ שא"ל עדי קדושין ולא עד"י שלא נתייחד בפני עדים כשרים כו' הרי חזקה זו כמו עדות ברורה גמורה עכ"ל והיינו כמש"ל אי"ה דכוונתו הואיל ודרים יחד ומתנהגים כאיש ואשתו מחזקינן ומסהדינן במלתא והוי עדי קדושין וכמ"ש הרא"ה דבמלתא דכ"ע ידעי כ"ע סהדי אף שיש לפרש דעת הש"ג בדרך אחר אבל העיקר כמ"ש:

בהא סליקנא ונחתינא שאחר העיון במשמעות פוסקים ראשונים ואחרונים ז"ל לא מצאנו שום חולק על הרא"ה לא במאי דס"ל דאנן סהדי דנתיחדה ולא במאי דס"ל דאנן סהדי דנבעלה ואדרבה בדברי רובם מצאנו סעד לדברי הרא"ה ז"ל אי בהא ואי בהא כמבואר בפשיטות לכל מעיין. והנה כל מה שהארכתי להביא סעד מדברי הפוסקים דספק לא בעל לאו ספיקא הוא אלא דאמרי' דודאי בעל הוא לרווחא בעלמא אבל לדעתי מסוגית התלמוד ברור כשמש דספק לא בעל לאו ספיקא הוא דהא ודאי אית לן למיזל בתר רובא והרי להדיא אמרי' בס"פ האשה בתרא דאמרינן רוב נשים מתעברות ויולדות אלמא דלא מספקינן במלתא לומר שמא לא נבעלה כלל ותו דהא כל מידי דדרכא דמלתא בהכי אנן מחזקינן במלתא דודאי הכי הוא אף שאין שום עדות בדבר. דהא אשכחן בשלהי קדושין (דף פ' ע"א) דהיו מלקין ושורפין וסוקלין על החזקות ואף דקי"ל כר"י שאין שורפין תרומה על חזקת דרכו של תינוק לטפח היינו כדכתבו התוס' התם ובכמה דוכתי דהא דאין שורפין הוא משום דהא דרוב תינוקות מטפחין הוא רוב גרוע ולפמש"ל עיקר טעמא הוא משום דאיכא חזקת טהרה דעיסה נגד הרוב אבל דדרך איש ואשתו לבעול דדרך כל הארץ היא הוי חזקה גמורה אף לדונה בחנק ע"י חזקה זו. והקרוב בעיני שלזה כיון הש"ג בפ' ב"ש ע"ש שכתב גבי יבמה דשניהם מודים שלא בעל כ' וז"ל ונראה בעיני כו' אבל לאחר ל' יום שכבר הוחזקו כמו איש ואשתו אינם נאמנים להכחיש החזקה עכ"ל ומשמע לי דלאו משום חזקה דלא מוקים אינש אנפשיה הוא אלא משום שהוחזקו ל' יום כאיש ואשתו ואז הוי חזקה כהך דשלהי קדושין. אלא דגם שם בעינן שהוחזק ל"י דוקא וכ"כ שם הש"ג להדיא בשלהי קדושין בשם הירושלמי והירושלמי הוא אהא מתניתין דא"צ להביא ראיה על הבנים. וז"ל הירושלמי תני איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר אשתי היא והיא אומרת בעלי הוא לא היו הורגין עליהם משום א"א הוחזקו היו הורגין עליהם משום אשת איש ע"כ הברייתא ופריך עלה עד כמה היא חזקה בשם ר"י עד ל"י תמן תנינן תינוק שנמצא בצד עיסה כו' מפני שדרכו של תינוק לטפח בעיסה ופריך ושורפין על החזקות אתפלגון ר"י ור"ל [והיינו כפלוגתא דש"ס דילן אי

שורפין תרומה על חזקה זו] מנין שהורגין על החזקות כתיב מכה אביו ואמו כו' וכי דבר ברור הוא שזהו אביו והלא חזקה הוא שהוא אביו ואת אמרת הורגין אף הכא הורגין עכ"ל הירושלמי. ונראה ברור הא דתני בסיפא דבריי' הוחזקו הורגין עליהן משום א"א לאו למימרא דלאחר שלשים שהם במדינה זו ומחזיקים הם בדבורם שהם איש ואשתו מחמת זה הוא דהוי חזקה והורגין רק ע"פ דבורם בעלמא שהוחזקו בדבורם זה ל"י דנראה ברור אף אם יאמרו ויאמרו שהיא אשתו והוא בעלה ימים רבים אם לא נראה ביניהם שום קריבות והתנהגות כאיש ואשתו ודאי דאין הורגין ע"פ עצמם וכמ"ש בש"ג בשלהי קדושין דע"פ עצמם אין נהרגין אם לא עפ"י שנוהגין כמנהג והרגל וכדאמרינן להדיא בש"ס פרק האומר (דף סג ע"ב) דאם היא אומרת נתקדשתי אין סוקלין ומשמע התם להדיא דאף אם תחזיק בדיבורה ל' יום ויותר לא מהני לסקילה כדאמרינן דלדידה לא הימנה רחמנא וכ"כ רש"י (שם בד"ה באומרת נתקדשתי) ואע"פ שהחזיקה עצמה קודם הזנות בחזקת איסורא כו' ומ"ש הרמב"ם שם (ספ"א דא"ב) עד שיהיו שם עדים או עד שתוחזק היינו נמי חזקה דהתנהגות כאשה ארוסה וכמש"ל והוא ברור דכיון דלדידה לא הימנה לאו דבורה כלום וא"כ מ"ל אם אומרת יום א' או ל' יום וכן אם היא לבדה אומרת כן או גם אישה אומר כן הואיל ואין ביניהם שום קריבות וגם לדידיה לא הימניה רחמנא ואין לחלק ולומר דאף דנודה דדבורם לא מהני אף אם מחזיקים בדבורם ל' יום מ"מ היינו אם לא הוחזקו בעיני הבריות ע"פ דבורם הוא דלא מהני אבל אם הוחזקו בעיני הבריות לאיש ואשתו אף שהחזקה הוא רק עפ"י דבורם מ"מ נימא דהוי חזקה אבל לא מסתבר כלל לומר דהורגין ע"פ חזקה שהוחזקו ע"פ דבורם לחוד דאכתי עפ"י עצמן נהרגין ותו דהא ודאי משמע בירושלמי דעיקר רבותא אשמועינן בברייתא דאיש ואשה שבאו ממדה"י כו' דהיינו סיפא דברייתא דהורגין על החזקות ואי ס"ד חזקה עפ"י דבורם גרידא מהני אף בלא התנהגות צ"ל למתני כלל איש ואשה באשה לחוד סגי והכי הו"ל למינקט האשה שבאה ממה"י ואמרה א"א אני אין הורגין עליה משום א"א הוחזקה הורגין עליה משום א"א ותו דאי הך הוחזקו היינו עפ"י דבורם גרידא היכי מייתי עלה ראיה בסוגיא דירושלמי ממכה אביו הא איכא למפרך ש"ה דאיכא נמי חזקה דהתנהגות שנתגדל בחזקת בנו א"ו מדיליף מיניה דהורגין על החזקות ש"מ נמי דכל החזקות היינו נמי דהתנהגות דוקא וכמ"ש הש"ג שלהי קדושין:

מכל הלין נראה ברור. דהאי הוחזקו דסיפא דברייתא דירושלמי היינו שהוחזקו מתנהגין כדרך איש ואשתו ומשו"ה לא סגי דלא נקיט איש ואשה שבאו ממה"י וכן כל הנך חזקות דנקט בש"ס דילן ובירושלמי לא נקיט אלא במידי דאית בהו חזקה דהתנהגות

וכהך דש"ס דילן דשלהי קדושין איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית דוקא דהיינו שהתנהגו בבית כדרך שזו היא אשתו והללו הן בניהם וכהא דר"י דאמר התם אף ליוחסין דמיירי בבנים כרוכים אחריהם ועלה הוא דמייתי התם הא דאיש ואשה תינוק ותינוקת וכהך דמייתי עלה התם נמי מעשה באשה אחת שבאת לירושלים כו' דנקיט להדיא טעמא דכרוך אחריה וכוותה נמי היינו הך דהוחזקה דתני בירושלמי דהורגין היינו אם הוחזקו כמנהג הרגיל באיש ואשתו. ובהכי ניחא לישנא דעד כמה הוא חזקה ולא נקט בכמה משום הכי מייתי הך ברייתא בירושלמי אהא מתניתין דא"צ להביא ראיה על הבנים ומשו"ה מייתי נמי עלה בירושלמי הך דתינוק לטפח ופלוגתא דר"י ור"ל אי שורפין על החזקות והיינו משום דכולהו שייכין בחד טעמא דסומכין ע"ד שדרך העולם הוא כך מחזקינן ואמרינן דודאי הוא כך וכמ"ש בש"ג דשלהי קדושין להדיא:

ונראה דהא דסמכינן ותלינן רוב בעילות בבעל ושרינן בנים של אשה [משנה בפ"ד דסוטה דף כז] אף דעל ביאה דזנות איכא סהדי ועל ביאות דבעל ליכא סהדי וכן הא דאזלינן בתר הך רובא וקטלינן מכה אביו פ"ק דחולין (דף יא ע"ב) נמי הוי מהך חזקה דאף שאין עדים על בעילות דבעל שראום כדרך הבועלים אפי' עדי יחוד ל"ש על רוב בעילות וע' רמב"ם (פ"א דא"ב דין יט) דהא דסגי בעדי כדרך המנאפין נמי הוי משום חזקה ונראה הא דלענין קדושין סגי בעד"י נמי הוא משום חזקה. והשתא א"ש הא דמייתי הירושלמי ראיה ממכה אביו דהוא כסוגיית הש"ס דילן פ"ק דחולין דאמרינן אביו הוא משום דרו"ב אחר הבעל אלא דהך רובא גופא אתי מחמת חזקה וכדכתיבנא דחזקת איש ואשתו שבועל רו"ב ומשום הך חזקה הוא דתלינן רו"ב בבעל. ותרווייהו צריכי דאי משום הך חזקה לחוד מה בכך דמחזקינן רו"ב בבעל הרי אף דהוו סהדי דאסהידו דחזו הבעילות להדיא מ"מ הו"ל למיחש נמי למיעוט דזנות א"ל דאזלינן בת"ר משו"ה דייק מינה בש"ס דילן דאזלינן בת"ר. ואף דיליף מינה לרובא דליתא קמן ז"ב דאף אם יהיו עדים שיראו רוב הבעילות מ"מ הוי רובא דליתא קמן. ואי משום רובא לחוד לא הוי מהני אלא אי איכא סהדי דמסהדי דחזו להדיא רוב הבעילות משו"ה דייק מינה בירושלמי דסמכינן אחזקה וקטלינן והיינו משום שמתנהגין כדרך איש ואשתו ודרים יחד מחזקינן ואמרינן דודאי בעל רו"ב כדרך איש ואשתו ויש מקום אתי לפרש דברי הירושלמי בדרך יותר קרוב. אך בדעת הרמב"ם דחוק יותר לפרש בדרך ההוא ובטלה דעתי באלף נגד דעת הרמב"ם:

הארכתי בפירוש הירושלמי אף שלדעתי הוא פשוט אבל בהשקפה ראשונה ברמב"ם (פ"א דא"ב דין כ' וכ"א) לכאורה לא מ' כן. ולכאורה נ' ד' הרמב"ם דבהוחזקו ע"י דבורם ל'

יום סגי ע"ש שמהפך בדין כ"א מסדר הברייתא ונקט הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו היו הורגין. וכן מ' לכאורה בדין כ' מי שהוחזק בשאר בשר כו' הרי שהוחזק שזו אחותו כו' מ' לכאורה דבחזקה בעלמא בלא התנהגות סגי וכן למד הב"ש בדעת הרמב"ם ע"ש (סי' יט ס"ק א') ולפ"ז היה נראה לפרש הראיה שהביא גם הרמב"ם שם ממכה אביו ושלא יהא נגד הש"ס דילן היה נראה לפרש דש"ס דילן קאי אשעת לידתו דאי לאו דאזלינן בת"ר הו"ל למיחש תיכף משעת הלידה דלמא לאו אביו הוא והירושלמי קאי אשעת הכאה דאכתי מאן יימר אחר י"ג שנים ויותר דזה שהכה זהו שנולד אז וכי ס"ד שעידי הכאה או שאר עדים הם היו המולידים אותו ומכירים אותו אשר מיום צאתו מרחם אמו ראוהו יום יום שיוכלו להעיד שהוא הוא הולד היולד לפני י"ג שנה אלא דאזלינן בתר חזקה שמחזקינן אותו בחזקת בנו. כן היה נראה לפרש בדברי הרמב"ם אבל זה אינו דא"כ אמאי דייק מאביו הרי מאמו נמי הוי מצי למידק האי דיוקא ובירושלמי משמע להדיא דהך דיוקא לא הוי אלא משום דאביו אינו ודאי כאמו אלא מחוורתא בפי' ד' הירושלמי כדפרישית ואף שברמב"ם נראה קצת דוחק לפרש כן אבל ע"כ דחקינן ומוקמינן גם דברי הרמב"ם כן. וכל דברי הרמב"ם נמי מתיישבין ברווחא להתפרש דחזקה היינו על פי התנהגות באח ואחות כאם ובנה דהיינו איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית ומשום הכי הביא הרמב"ם שם מעשה דאשה שבאת לירושלים כו' והגדילתו בחזקת בנה למימר דוקא התנהגות כאם ובנה כגון שהגדילתו והיה כרוך אחריה וכדנקט הש"ס להדיא טעמא מפני שכרוך אחריה ובדין כ"א דייק נמי לכתוב אם הוחזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו דוקא דהיינו ע"י התנהגות כאשתו דאי בדבורם לחוד הוי חזקה הו"ל למינקט אם הוחזקה כן ל' יום. וכן יש לדקדק גם בטוש"ע. ובהכי ניחא הא דמסיים הרמב"ם בסוף הפרק או תוחזק ולא נקיט או תוחזק ל' יום אלא דברישא מיירי נמי בל' יום דאפי' אמרה כן ל' יום אינה נהרגת אם לא שתוחזק ע"י התנהגות כארוסה. כן נראה לי לפרש דברי הרמב"ם:

והנה כל בקי בדרכו יודע שרוב כוונתו נלמד ע"י לדרוש סמוכים בסידורו והנה כאן בדין י"ט סיים שחזקת צורה זו שהערה דהיינו חזקה דהתנהגות וכן כאן בדין כ"ד נקט הוחזקה נדה בשכנותיה דהיינו נמי חזקה דהתנהגות נוח להבין כוונתו דחזקה דדין כ' וכ"א נמי היינו חזקה דהתנהגות. ולדעתי לו ראה הב"ש וידע מקור דין זה לא היה כותב כל מה שכתב שם. וקושייתו הראשונה לק"מ דהא דאמרינן בש"ס דילן אוקי מלתא אחזקה היינו אחזקה קמייתא כגון דלא בציר שיעוריה דנגע ואינו ענין כלל לחזקה דהירושלמי דהיינו דמחזקינן במלתא דהכי הוא כמ"ש שם הב"ש דאי אמרינן דהיכא דנשא ודאי

בעל מנ"ל דאזלינן בתר חזקה לק"מ כמ"ש דהא דתלינן רו"ב בבעל נמי הוא משום הך חזקה וגם הא היכא דנשא אמרינן ודאי בעל נמי משום הך חזקה דלא מוקי אנפשיה וכדנקטו התם לישנא דחזקת כנוסה בעולה היא. ומה שהשיג שם על המהרי"ק כבר כתבתי דליתא והמהרי"ק היטיב לראות בש"ס דילן והירושלמי לא הזכיר המהרי"ק כלל דהך דאיש ואשה תינוק ותינוקת הבין גם המהרי"ק וכתב להדיא דבעינן דוקא שהאיש בכ"ד כבעל עם אשתו וכן התינוק והתינוקת כרוכין אחריהן. אלא לענין מלקות נתלה בדקדוקים קלים לומר דלא צריכים לראיות גדולות כמו לענין סוקלין ע"ש ובאמת אין כדאי בדקדוקים להוציא מפשטא דסוגיא דמשמע ודאי דגבי מלקות נמי בעינן שנוהג כדרך הנהוג בדבר זה כגון שהוחזקה נדה דמייתי הש"ס התם דהיינו דוקא שהתנהגה כנדה בלבושיה לא ע"פ דבורה וכמ"ש הרמב"ן ורשב"א שם עטי"ד סי' קפ"ה ולדינא דידן אין נפקות כ"כ אם יפרש כפירש הב"ש דנראה דגם הב"ש מודה דחזקה דהתנהגות הוי חזקה טפי מהוחזקה ע"פ דבורם וכדאשכחן גבי הוחזקה נדה ובכרוך אחריה. אבל מחוורתא כדכתיבנא דכל החזקות הם ע"פ התנהגות וכמ"ש הש"ג ואם כן הרי מפורש בירושלמי דע"פ התנהגות איש ואשתו מחזקינן חזקה גמורה אף לרוב בעילות ולפמ"ש היה נראה דבסיפא דירושלמי לא בעינן שיאמרו זו אשתי וזה בעלי אלא דבהוחזק לחוד סגי ע"פ התנהגות אבל הרמב"ם מהפך סדר הברייתא משמע דבסיפא נמי בעינן שיאמרו כן וכ"ה בטוש"ע. ואולי טעם הרמב"ם הוא משום דהאמירה שייך נמי להתנהגות דמסתמא כל המתנהגים כאיש ואשתו קורין אשתי ובעלי א"כ לדעת הרמב"ם נמי דוקא באיש ואשה שבאו ממה"י הוא דבעינן דוקא שיאמרו זו אשתי וזה בעלי דלא סגי בחזקה דהתנהגות לחוד דדלמא לשום זנות נתחברו וכדכתב הרמב"ם (פ"ו דגירושין) משו"ה בעינן נמי אמירתן דהנהו לגלויי מלתא דהם בחזקת איש ואשתו ומשום דגלוייא מלתא בעלמא הוא סמכינן בהא אדיבורא דידהו אבל עיקר החזקה הוא משום דנוהגין כאיש ואשתו מחזקינן להו כאיש ואשתו. ועי' מש"ל אי"ה טעם אחר דבעינן דוקא אמירה דידהו שוב ראיתי בת' פ"י שפי' גם כן בפשיטות דהוחזקו דירושלמי הוא דוקא ע"פ התנהגות כאיש ואשתו אבל ע"פ דבורם בעלמא אין מוחזקין בל' יום והביא ראיה מהא דפ"ב דכתובות (דף כב ע"א) מעשה באשה אחת גדולה כו' לימים קידשה א"ע כו' ולישנא דלימים משמע דלזמן מרובה הוי ואפ"ה לא נאסרה ע"י שהחזיקה עצמה לארוסה ע"ש שפי' בפשיטות גם דברי הרמב"ם וטוש"ע ג"כ כנ"ל דהחזקה הוא ע"פ התנהגות וכמ"ש. והנה ראייתו מהך דולימים אינה מכרעת דמהא ליכא למשמע מינה אלא דדיבורא גרידא לא מהני אף ימים רבים אבל אכתי איכא למדחי ולמימר דהיכא דהוחזקה בעיני הבריות

דמהני אף ע"י דבורה דידה וכמש"ל אמנם כבר כתבתי לדחות זו בראיות ברורות בס"ד הארכתי בזה יותר מדאי הואיל דחדת לי וחביב לי וקצרן של דברים דסוגיא דתלמודא דידן ובירושלמי משמען דכיון שדרים יחד ונוהגין כדרך איש ואשתו הוי חזקה דהיו הורגין עליה ואמרינן ודאי דכיון דדרך כל הארץ הוא לבעול מחזקינן דודאי בעל והן הן דברי הרא"ה ודעתו ולדעתי דין ברור הוא כאחותו ממש דאית לן למימר דודאי בעל דהא ש"ס ערוך הוא דאמרינן רוב נשים מתעברות ודאי ברור כשמש בצהרים דאית לן למיזל בתר רובא שנבעלות דהא א"א לעיבור בלא ביאה. ומשמע קצת בסוגיא דאפי' ר"מ לא חייש למיעוטא דאין נבעלת ואין כאן מקומו להאריך בזה:

בהא סליקנא ובהא נחתינא דאין לסמוך כלל על ספק שמא לא בעל דחזקה גמורה היא דודאי בעל וגם לסמוך על הריב"ש דס"ל דאכתי בעינן עדי יחוד ממש קשה לסמוך עליו הואיל ולא מצינו לו חבר שיחלוק על הרא"ה גם לענין יחוד וגם הריב"ש בעצמו הסכים לדעת הרא"ה בתשו' קצ"ג. וכבר כתבתי דסוגיא דכל הפוסקים משמען כדעת הרא"ה רק לסניף בעלמא אולי נוכל לסמוך על דעת הריב"ש שראה בד' הראשונים דמצרכי עד"י:

ובענין אם נוכל לסמוך אדבורא דידה דאמרה ברי לי שלא נבעלה בגדלותה הנה לפ"ד הרב דדובראוונא דפשיטא ליה דאי ספיקא בעלמא אם נבעלה לא הוו צריכין כלל לס"ס דזה ברור דבמידי דהוי רק ספיקא בעלמא וליכא שום חזקה המכחישה וליכא מאן דמכחיש לה בכה"ג ודאי איהי מהימנא אנפשה עיין בפ' ב"ש בסוגיא דיבמה שאמרה לא נבעלתי דס"ל לרש"י גם התוס' תפסו כן (בריש דף קי"ב שם) דבשניהם מודים שלא נבעלה א"צ גט ובפרט תוך ל' יום ואף הנך דפליגי שם על רש"י היינו משום דס"ל דחזקת כנוסה בעולה היא לאלתר וכמ"ש הה"מ שם להדיא וכדכתיבנא לעיל גם בשם תוס' בפ"ק דכתובות דבביאה ראשונה אף דמצי לאוקמי אנפשיה מ"מ רוב פעמים לאלתר בעיל ומשום דהוי נגד החזקה משו"ה הוא דפליגי התם על רש"י וס"ל דלא מהימני וצריכה גט אבל אי לאו הך חזקה ודאי כ"ע מודו דאם שניהם מודים מהימני אנפשייהו וא"צ גט. וא"כ לפי סברת הרב הנ"ל דחשיב בנ"ד רק ספיקא בעלמא ע"כ צ"ל ולחלק דבנ"ד עדיף מיבמה תוך שלשים יום וכמש"ל לחלק דהתם דכיון דביאה ראשונה היא ותקיף יצריה טובא אע"ג דבזיז מינה מ"מ לא מוקי רוב פעמים אנפשי' משא"כ בנ"ד דלאו ביאה ראשונה היא דכבר בעל בקטנות א"כ אי לא נימא בנ"ד דחזקת כנוסה בעולה היא אלא דספיקא בעלמא הוא ודאי ברור דלכ"ע איהי מהימנא אנפשה דמה לי התם אם שניהם מודים דלא בעל או בנ"ד דהיא לחודה אמרה הכי הואיל ואין מי שיכחישנה ודאי דאיהי מהימנא אנפשה לומר ברי לי שלא נבעלתי בגדלות:

אבל כבר כתבתי דמפשטא דתלמודא דידן ובירושלמי משמע ודאי דהיכא דדרין יחד כאיש ואשתו סגי לאחזוקינהו באיש ואשתו גמורים אף להורגה ואם כן לכאורה אינה נאמנת נגד החזקה מדאמרינן התם דמלקין והורגין ומשמע דמיירי אף דהלה צווח שאין הדבר כמו שהוחזק וע' תשובת רמ"א הובאו קצת דבריו גם בט"ז (י"ד סי' קפ"ה) ע"ש שנסתפק בהא דקי"ל הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה אי נימא דוקא בעלה אבל היא דידעה האמת אינה לוקה או דלמא לרבותא נקט בעלה וכ"ש היא והכריע שם דהיא נמי לוקה והכרעתו הוא מהך דמלקין וסוקלין על החזקות וכמש"ל וא"כ לכאורה לפמ"ש דבנ"ד דמיא להך דהוחזקה נדה נראה דלכ"ע לא מהימנא נגד החזקה:

ומ"מ נראה דתליא באשלי רברבי דדעת רש"י נראה ודאי דהבעל דבר שיודע האמת שאין הענין כמו שמחזיקים אותו איהו מהימן אנפשיה דהא לשיטת רש"י בפ' ב"ש (דף קי"ב) ההוא שניהם מודים דאתו לקמיה דרבא ודאי הוי לאחר שלשים דאי תוך שלשים לא הוי מצי למפרך עלה מברייתא דתני דצריכה גט דהתם הא מיירי לאחר ל' לפרש"י אלא ודאי ברור ופשוט דעובדא דרבא הוי לאחר שלשים ואפ"ה כתב שם רש"י בהך עובדא דמיירי דמעיקרא אמר בעלתי מוכח מדבריו דאם מתחלה ועד סוף הוו מודו תרווייהו שלא בעל לא הוי צריכה גט אף דלאחר שלשים הוי דלא מוקי אנפשי' וחזקתו בעל אפ"ה כיון דהחזקה הוא מחמת שאנן הוא דמחזקינן דכן הוא מסתמא ואין שום אחר מבלעדם יודע האמת. אינהו מהימני אנפשייהו וא"צ גט. ואף דאנן מחזקינן במלתא דודאי כן הוא ומשו"ה צרתה מותרת דמוקמינן ליבמה בחזקת נבעלה היינו לאחריני אבל אינהו לגבי דנפשייהו מהימני למשרי לה בחליצה וא"צ גט ואי תקשי מ"ש לגבי צרתה דלא מהימנא ומ"ש לגבי בעלה האחרון דמהימנא ושרינן ליה למסמך אדבורא דידה נגד החזקה הא ל"ק שנא ושנא דצרה גופא אחריתי היא אבל איהי גופא כיון דמהימנא לגבי נפשה נגד החזקה הרי היא כחתיכה דהתירא דשריא לכ"ע:

וגדולה מזו נראה דעת רש"י דאפי' בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אע"ג דמדאורייתא אית לן לאוקמה אחזקת א"א מ"מ אם היא בעצמה יודעת בברי שמת מהימנא נמי לגבי דנפשה אף נגד חזקה קמייתא ומשו"ה דקדק רש"י בר"פ האשה רבה ובפ"ב דכתובות (דף כב ע"ב) לפרש באומרת ברי שאין לבה נוקפה וכבר עמדו ע"ז מקמאי ובתראי והקרוב בעיני דכונת רש"י ז"ל הוא משום דבברי גמור מהימנא למשרייה לכל גבר ואף שלא לאחד מעדיה ואף לכתחלה ולא מטעם שהאשה נאמנת לומר מת בעלי דהא ודאי לא עדיף נאמנות דידה משני עדים וכבר יש שני עדים שמת אבל לא

אלימי אף מאה סהדי מהני דאמרי לא מת וכן הקשה הר"ן פ"ב דכתובות אבל עיקר סברת רש"י הוא משום דלגבה דנפשה מהימנא נגד החזקה להימנינהו להנך דאמרו מת וקצת מזו הסברא כתב המהרש"א בר"פ האשה רבה (דף פ"א ע"ב). ולדעת רש"י אני מוסיף דאף לכתחילה שריא ואף שלא לאחד מעדיה מטעם דכתיבנא דכיון דלגבה דנפשה מהימנא נגד החזקה נעשית כחתיכה דהתירא דשריא לכ"ע כן נראה דעת רש"י אף נגד חזקה קמייתא ומכ"ש בנ"ד לענין לאחזוקי במלתא דודאי נבעלה מסתברא טפי וטפי להימנא לגבי דנפשה ולשווי' כחתיכה דהתירא ואי קשיא קושיית הרמ"א מהך דמלקין וסוקלין על החזקות נראה דדעת רש"י דבאמת מיירי דהבע"ד אומר ג"כ כפי שהוחזק ומ"מ לולי החזקה לא היה נלקה ונסקל ע"פ עצמו רק משום החזקה הוא דסוקלין וכדפרש"י גבי מעשה שבאת לירושלים ובנה על כתיפה והגדילתו ופרש"י והגדילתו בחזקת שהוא בנה דהיינו ודאי שקראתו בני והוא קראה אמי ואפ"ה לא היה נסקל אלא מפני שכרוך אחריה ואם היינו יכולין להשוות גם דעת הרמב"ם כן הוי ניחא טפי הא דבעי גבי איש ואשה שבאו ממה"י דסי' י"ט שיאמרו ג"כ זאת אשתי וזה בעלי ולא סגי בחזקה דהתנהגות לחוד. אבל צ"ע באיזה מקומות ברמב"ם. א"נ דדוקא מלקין וסוקלין דהוי דוקא ע"י התראה וא"כ כיון דקבלו התראה והתירו עצמם למיתה ולמלקות הרי דכבר הודו בשעת התראה שכמו שהחזיקו כן הוא אבל היכא שלא יצאה שום הודאה מעולם מבע"ד דעת רש"י שהבע"ד מהימן. שוב ראיתי בפ"י פ"ב דכתובות שהחזיק בסברא זו דעת מהרש"א ונסתייע גם מדברי הרשב"א ז"ל אבל לפי תירוץ זה אכתי קשה הא דבעלה לוקה משום שהוחזקה נדה והרי התם הוא לא קיבלה בהתראה אבל לפי תירוץ ראשון ניחא דבאמת מיירי באמרה או אומרת שהיא נדה ומ"מ לולי החזקה לא היה בעלה לוקה ע"פ דבורה והך דפ' המדיר (דף ע"ב ע"א) דיוצאת שלא בכתובה אם הוחזקה נדה אע"פ שמכחשת יכילנא לשנויי שגם התם מיירי שמתחילה אף שלבעלה אמרה שהיא טהורה. אבל לשכנותיה אמרה תחילה שהיא נדה ועכשיו נותנת אמתלא לחזור מדבריה ולולי החזקה היתה נאמנת ע"י אמתלא אבל מחמת שעשתה מעשה ללבוש בגדי נדות אין נאמנת אף באמתלא וכמ"ש הרמב"ן. ובזה מתורץ קושיית הטור בי"ד (סימן קפ"ה). אבל יותר נראה דשאני איסורא מממונא דבדבר שבממון אפילו אם מכחשת החזקה מתחילה ועד סוף נמי לא מהימני אבל במלתא דאסורא אם הבעל דין מכחיש החזקה מתחלה ועד סוף מהימן ומהימן ואם כן לד' רש"י מהימנא בנ"ד לומר לא נבעלתי. אבל רבו החולקים על רש"י וא"כ גם בנאמנות דידה נפלנא ברבוותא. גם חוכך אני דאולי לא גרע מקלא בעלמא דאנן נהגינן דלא מבטלינן קלא כמבואר שלהי גיטין

(דף פט) דודאי אי לא נסמוך אדיבורא דידה רק נסמוך על ספק ספיקא וכיוצא אפשר לומר דדמי להא דאמרינן התם בגמ' עיינו רבנן בקדושין כו' אבל אי אדבורא דידה נסמוך א"ל דלא גרע מקול בעלמא. ובנ"ד איכא למימר דהוי קול בלא אמתלא דביום שנעשה בר מצוה בעת ההיא הוחזקו הקדושין ואז כבר הוחזק לגדול ויש לעיין בזה:

גם דא עקא שהרי משנה שלימה שנינו בפ' האשה שלום שאין האשה נאמנת לומר מת יבמי שתנשא לשוק ובפרט לפי מה שכתב הרמב"ם שם הטעם דמשום דאיסור לאו הוא שמא קל בעיניה ומשו"ה לא מהימנא אמנם יש לחלק ברווחא דשאני התם דמצד עדות אתינן למימר שתהא נאמנת להעיד על עצמה משום הכי הוא דאמרינן דלא מהימנא אי משום דרחמא או סאני ליה אי משום דאיסור לאו קל בעיניה אבל בנ"ד לא מצד עדות אתינן אלא דכיון דכל עיקר איסורא הוא משום דמחזקינן במלתא ואמרינן חזקה דבעל וכיון שאין שום אדם יודע בדבר רק היא לבדה והיא צווחת ואומרת שיודעת בבירור דלא בקושטא מחזקינן בכהאי גוונא לגבי דידה לית לן לאוקמי אחזקה וכמש"ל דעת רש"י ז"ל פ"ב דכתובות גבי תרי ותרי דאם אומרת ברי גמור לאו מטעם דנאמנת להעיד על עצמה הוא דמהימנא אלא כדכתיבנא דלגבי הבעל דין שיודע האמת לית לן לאוקמי אחזקה:

ותו דבנ"ד אכתי מידי ספיקא לא נפקא דמאן יימר דמשקרא דאע"ג דלא מהימנינן לה בברי דקושטא קאמרה אכתי לא ברי הוא דמשקרה ודלמא קושטא קאמרה כיון דליכא שום חזקה נגד דידה לשיטת רש"י ז"ל. ומי שדעתו יפה ולבו שלם יוכל לסמוך ע"ד רש"י לומר דלגבי דידה מהימנא אף נגד החזקה והוי כחתיכה דהתירא דשריא לכ"ע ולצרף לזה עדות הריב"ש שראה איזו חולקים על הרא"ה וסוברים דאף ודאי נבעלה אכתי בעינן דוקא עידי יחוד גמורים הא לא"ה הוה כמקדש בביאה שלא בעדים. ולצרף לזה הא דכתיבנא דחזקה לאו אלימתא היא כ"כ. וכעת עדיין לא נתיישבה דעתי בזה וגם לא לבי הולך שתגיד אחר האיום שלא היה שום הראה בשום מעשה חדודים. ובפרט לדעת הט"ז ע' ב"ש סי' כ' סק"ג וקו' הב"ש עליו לק"מ ואכמ"ל וכבר כתבתי והבאתי לעיל דברי רש"י פ"ק דכתובות (דף ט' ע"ב ד"ה מאי לאו כו') ע"ש שסיים או שהערה בה ולא ידע ששיבר בתוליה ובפרט באיסור חמור כזה ואחר החקירה והאיום נתיישב גם צריך לחקור אולי הוחזקה בשכנותיה לבתולה כדרך שקורין אחר הנשואין בחור ובתולה אם לא עשו מעשה ואז יתרע ההנהגה כאיש ואשתו שכתב הש"ג וגם יתרעו כל צדדי האיסור ויתחזקו כל צדדי ההיתר. ולתשובת כת"ר נוחיל ואצא בשלום ורב ברכות כנפשו ונפש החיים באאמ"ו מוהרי"ץ זללה"ה מוולאזין:

סימן יא

בענין שאילתא דשאילנא באיש אחד שנפל בדרך הליכתו לארץ ומחמת זה הוכה בביעיו עד שאח"כ התחיל להתנפח ונתייסר ביסורין כמה שנים עד שזה זמן קרוב חתכו לו הרופאים ביצה א' של ימין והוציאוה כשהיא נרקבת גם הבשר שסביבותיה היה נרקב ונשאל ש"ב המאוה"ג מו"ה ישראל כהן ראפפורט נ"י אב"ד דק"ק בוחאוו אם מחוייבים להפרישו מאשתו הישראלית והגיעני דבריו שפתח בכחא דהתירא ושאל גם לחוות דעתי בזה וזאת היתה תשובתי אליו וה' אלקים אמת ינחני בדרך אמת חונן הדעת בא"י למדני חקיך:

א

פתח דברי יאיר בדין שכתב הרמב"ם דע"י חולי מקרי בידי שמים. שראשית דברי מעכ"ת בנוים ע"ז. והיות דרכינו לראות כל דין ע"פ מקורו מהש"ס ומפרשי הרמב"ם את מקורו לא הראו אמינא ביה מלתא דבאמת מסוגיא דש"ס דילן אין ראיה מכרעת דלולי דברי רבותינו הראשונים ז"ל בעניותינו לא היינו למדין להכשיר אלא הנולד כן ממעי אמו דהכי משמע מדיוקא דרבא מפצוע הפצוע וגם הקישא דממזר משמע הכי דהא מום דממזר משעת יצירה הוא אבל כבר כתב רש"י דע"י רעמים וברד מקרי נמי בי"ש כמו ממעי אמו וכל חכמי ישראל שוין בזה ולא ברירא לן מהיכא פשיטא להו הכי ולהני רבוותא דס"ל שר"י בש"ר יב"ב אתחלת יצירה קאי יש מקום אתי לומר דמדנקט שמואל סתמא פ"ד בי"ש כשר ולא אמר הלכה כר"י בש"ר יב"ב יש לומר דאתי לאוסופי דע"י רעמים וברד מקרי נמי בי"ש כמו ממעי אמו אבל להנך רבוותא דס"ל דר"י בש"ר יב"ב אבידי אדם קאי לא מצאתי מקום ראיה לזה וליכא למימר משום דפצוע מחמת מכת חרב וכיוצא בו דלא מצי למהוי נולד כן דא"כ היכי הוי מצי למכתב הפצוע ואולי משמע להו לשנא דמתניתא דנקטה אף כאן בי"א משמע להו דכל שאינו בי"א אינו בכלל פצוע ולפי זה ודאי אין לחלק בין רעמים וברד או ע"י חולי ואם כן משמע כדעת הרמב"ם דבאמת אינו מחלק ביניהם רק כל שאינו בי"א כשר אבל איננה ראיה מכרעת דאם כן אם נפצעה ע"י בהמה וכיוצא בזה נמי נימא דכשר הואיל ולאו בידי אדם הוא וכדקיי"ל גבי חרותא כת"ק דרשב"א חולין (דף נ"ה ע"ב) [וממוצא דבר ישכיל המעיין שמש"ש הפר"ח דלמאן דסבר גבי פ"ד שע"י חולי לא מקרי בי"ש ה"ה גבי חרותא אסור אין דמיונו עולה יפה דשארי הבריות יוכיחו]:

ומ"ש הישש מדאצטריך דרשא דרבא ולא סגי לרבא בהקישא דתני במתניתא מזה מסייע להרמב"ם דתרווייהו איצטריכא חד למעוטי ממעי אמו וכן ע"י רעם וברד וחד

למעוטי ע"י חולי עכ"ד וכל המעיין השופט בצדק יראה שדבריו דחוקים ותו דגם לפי שיטתו אכתי איכא למימר דח"א למעוטי ממעי אמו וח"א למעוטי רעמים וברד וגם תמיהתו על רבא דדריש מפצוע הפצוע וכי פליג על ברייתא דדריש בהקישא בעיני לא נפלאת היא אפי' לפי תמיהתו על רבא דבירושלמי איכא מאן דיליף מהיקשא דממזר לחומרא לפסול אף בי"ש משום דממזר יצירתו בי"ש הוא (והובא הירושלמי גם ברא"ש בסוגיין) וא"כ ברווחא איכא למימר דמש"ה אצטריך דרשא דרבא לאקושי לקולא ואהני הקישא למשרי ע"י רעמים וברד אף דלאו ממעי אמו הוא ולפ"ז קצת ראיה להכשיר ע"י רעמים וברד אבל אין זה ראיה גמורה דעיקר תמיהתו על רבא ליתא דבכמה דוכתי מייתי הש"ס דרשא דאמורא והדר נקט ותנא מייתי לה מהכא והיינו משום דזמנין לא ידע האמורא מהברייתא והיינו דאמרינן בכולא תלמודין תניא נמי הכי וכן תניא כוותיה והוא כלל גדול בש"ס וכ"ה ברש"י כתובות (דף ה' ע"ב ד"ה מהו לבעול בתחלה) והא דאמר ר"ל לר"י קידושין (דף ט' ע"ב) כעורה זו ששנה רבי כו' נראה דר"ל ידע דר"י ידע הך ברייתא:

והאמת הברור דהרמב"ם הוציא דינו מהירושלמי דבירושלמי גרסי' אית תנא תני בי"ש כשר ואית ת"ת בי"ש פסול הוי בעינן למימר מאן דתני בי"ש כשר ר"י בש"ר יב"ב היא מאן דתני בי"ש פסול רבנן היא אר"א ב"פ קומי דר"ז כולה דרבנן הרי שעלתה חטטין מי מחכך בה או מסיית ה"ה בי"א כמו שהוא בי"ש ופי' הירושלמי פשוט דלשנויא דר"א פלוגתא דר"י ורבנן הוא בי"א ופלוגתייהו דהנהו תנאי הוא בכה"ג שעלתה שחין וע"י החיכוך נימוקה או נחסרה ביעה. דמאן דתני פסול סבר כיון דע"י חיכוך נימוקה או נחסרה לא מקרי בי"ש ומאן דתני כשר סבר כיון דהשחין גרם החיכוך מקרי בי"ש א"נ דלשנויא דר"א מר א"ח ומא"ח ולא פליגי דמאן דתנא כשר מיירי בסתם בי"ש שלא ע"י חיכוך ומאן דתני פסול מיירי בע"י חיכוך. אבל הראשון נראה עיקר דלישנא דר"א דמסיים וה"ה בי"א כמו שהוא בי"ש משמע דפלוגתייהו דהני תנאי תליא בהא דמחמת שהוא בי"א כמו שהוא בי"ש מש"ה מ"ס דכבי"א דייניגן לה ומ"ס דכבי"ש דייניגן לה ועכ"פ היאך שיהיה הפירש בירושלמי הרי דע"י שחין גרידא מקרי בי"ש לד"ה והן הן דברי הרמב"ם שכ' או שנולד בהן שחין והמסה אותן:

ב

ולא זכיתי לעמוד ע"ד הרא"ש ז"ל שכ' דבירושלמי משמע דליקוי שע"י חולי חשוב נמי בי"א. וכעין זה נמי עמד כבר מהריב"ל על מש"כ הרא"ש וכמה רבוותא קמאי בשם הירושלמי דר"י בריב"ב לא מכשיר אלא בי"ש שהוא נגד מסקנא דירושלמי היות שדבריו

נכונים בישוב דברי הרא"ש לפרש דכוונתו הוא שהעיקר הוא בירושלמי כדהוון בעיין למימר דר"י בריב"ב לא איירי אלא בי"ש ולא כשינויא דר"א כי היכי דלא תקשי מההוא דאסתתם גובתא כו' (ומה שיש לעיין בשיטת הרא"ש אין כאן מקומו) אבל עדיין אין ישובו מעלה ארוכה לענין ע"י חולי. דאף אם נתפוס שיטת הרא"ש ז"ל לדחות שינויא דר"א היינו במאי דס"ל לר"א דבי"א פליגי בהא הוא דאדחי אבל במאי שלמדנו מדברי ר"א שעל ידי שחין מקרי בי"ש ודאי בהא לא אדחי דלא אשכחן מאן דפליג עליה בהא לא בבבלי ולא בירושלמי וכן הרמב"ן בחידושיו שהחליט בשם הירושלמי דפליגי בי"ש מ"מ הביא שם לשון הרמב"ם שע"י שחין והמסה אותן מקרי בי"ש ולא חלק עליו והיינו משום דלאו הא בהא תליא וכדכתיבנא ולקיים דברי הרא"ש יגעתי ולא מצאתי ובודאי אינני כדאי להרים ראש נגד אדונינו הרא"ש ז"ל אשר לאורו אנו הולכין אבל כבר כתבו התוס' דמשמע בירושלמי מתוך המסקנא דאיירי בי"א הרי שקיבלו שינויא דר"א לדינא וקם דינא כהרמב"ם הואיל ואין הש"ס שלנו חולק על הירושלמי. וגם מ"ש הרא"ש ז"ל בשם רש"י להחמיר אינו מוכרח כמ"ש הישש"ש דאיכא למימר דרש"י חדא מינייהו נקט וקצת יש להוסיף דרש"י לרבותא נקט רעמים וברד דאתעביד מעשה אבן וסד"א דמה לי נפל אבן מן הגג ופצעתו או אבן הרעם. וברד קא משמע לן הואיל ובי"ש הוא כשר וכל שכן אם נפצע על ידי שחין דלא איתעביד מעשה כלל רק ממילא נימוקה:

אמנם מ"ש הישש"ש ראיה מדברי רש"י דלעיל (דף כ' ע"ב) שכתב סריס אדם שסרסו אדם ולא מחמת חולי נסתרס מאליו וכן מבואר בדברי רש"י בסוגיין (דף ע"ה) שכתב סריס חמה בי"ש הוא מחמת חולי דדעת רש"י נמי דע"י חולי מקרי בי"ש אינני רואה שום ראיה משם דכונת רש"י דלעיל מבואר דאף דסתם סריס חמה הוא הנולד כן ממעי אמו מ"מ גם מי שתש כחו מחמת חליו ואבד ממנו כח ההולדה זה מקרי ג"כ סריס חמה וכדאמרינן לקמן (דף ע"ט ע"ב) אין לך אשה שלא נעשה בעלה סריס חמה שעה א' קודם למיתתו וכ"כ רש"י שם בסוגיין (דף פ' ד"ה לכולה גופה) זהו כוונת שני דבורי רש"י שהביא הרש"ל אבל לדינא דידן אין ראיה מכאן דלא מקרי חולי אלא מי שחלה כל גופו משא"כ לקוי דחד אבר מכה הוא דמקרי אבל לא חלי רק מסברא באמת נראה דאין חילוק ביניהם כיון דהוא בי"ש וכן עיקר לדינא:

נחזור לדברי הרמב"ם שכ' או המסה אותן או כרתן אם כוונתו הוא שהשחין המסה וכרתן כבר כ' שמבואר בירושלמי דע"י שחין גרידא לד"ה מקרי בי"ש ואם כוונתו שמחמת השחין כרת אותן האדם כמ"ש הישש"ש בפשיטות צריך ביאור מאי דפסק לקולא בפלוגתא דתנאי בירושלמי דהא קיי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר (ע"א דף ו' ע"א)

והואיל ופטטי' דאורייתא טבין אמינא מלתא חדתא דלפי מה שתפסו הרבה פוסקים דפלוגתא דרבוותא אקרי ספק איכא למימר דהא דאזלינן בשל תורה אחר המחמיר היינו משום דספיקא דאורייתא לחומרא וא"כ י"ל דגבי פ"ד לא שייך הך כללא יש לדון ולומר ספיקא דידי' כשר דהא בסוגיין אתקש לממזר וגבי ממזר אמרינן ספק יבא (קדושין דף ע"ג ע"א) ואיכא למימר דלכולה אתקש. ואין רצוני להאריך בהרצאת דברים שיש לי בזה: **ומכ"ש** לשיטת הראב"ד והריטב"א דפ"ד נכלל בתוך חמשה קהלי אין אנו צריכין אפילו להקישא דממזר דאפי' בלא הקישא הוי דינא כממזר דספיקא דידי' שריא]:

ג

ועתה באתי להשיב על סדר מכתב מעכ"ת. מ"ש דבנ"ד אפשר לדמותו לע"י חולי לא כן עמדי דכיון דהתחלת הכאב היה שנפל לארץ הוי דך שנידוך בקרקע ואף שבתחלה לא הרגיש רק כאב בעלמא כן דרך כל הנימוקים שאינו נימוק בבת אחת רק מעט מעט וברוך חכם הרזים ית"ש:

ולכאורה יש מקום לומר דדין זה תלוי בפלוגתא דתנאי דירושלמי שהבאתי לעיל סוף אות א' שעלתה חטטין ומתחכך בה כו' דלמאן דשרי התם סבר דאזלינן בתר מעיקרא שהשחין גרם החיכוך ומאן דאסר התם סבר דאזלינן בתר סיפא דמלתא. ואי נימא דפלוגתייהו דהני תנאי תליא בהדין טעמא א"כ בנ"ד מאן דשרי אסר מאן דאסר שרי אבל לא ברירא לי מלתא דבהדין טעמא פליגי דברווחא איכא למימר דמאן דאסר התם היינו משום דלא שרינן אלא דוקא בכולו ע"י שמים מתחלה ועד סוף אבל אם נתערב בו בידי אדם אסור בין בתחלה בין בסוף. ותו דאף אם נימא דתלי' בפלוגתא דתנאי הא בשל תורה הלך אחר המחמיר ואף שהראיתי פנים לעיל אות ב' דבפ"ד לא שייך הך כללא לא כתבתי אלא להעיר לב המעיין. ועדיין הרבה יש להרצות בזה:

ואשר חשש בזה מעכ"ת להחמיר אף שכבר היה נרקב קודם שנחתך משום דבחתיכה הוסיפו דבר חדש דפ"ד יש לו רפואה וכ"ש א"ל רפואה כמבואר בס' יראים והסמ"ג בשם הספרי הנה לפמ"ש הישו"ש לפרש דברי הרמב"ם דמ"ש והמסה אותן או כרתן היינו שנכרת ע"י אדם וכמש"ל אות ב'. הרי שדעת הרמב"ם להדיא דלא חיישינן להא ובנ"ד דנרקב מסתבר הכי גם מסברא דכל שהוא נתמסמס כליתא דמי בכל דוכתי:

ד

ודברי הספרי דאתי לידן נימא בי' מלתא דהנה הב"י דחאו לומר דלית הלכתא כותי' נגד הא דתניא ניקב פסול נסתם כשר לפי' כל הגדולים דהא דתניא ניקב פסול קאי אגברא גופא דלא כהרא"מ. ואנכי בדרך אחרת נחני ה' לקיים דברי הספרי לכל השיטות

ופלוגתייהו דרא"מ והחולקים עליו הוא בספרי אהיכא קאי דהנה במשנתינו ר"פ הערל שנינו איזהו פ"ד כו' ואיזהו כ"ש כל שנכרת הגיד משמע. מפשטא דמתניתין דכל פסול שבבצים מקרי פ"ד וכל שבגיד מקרי כ"ש. אבל בגמ' אמר רבא פצוע בכולן דך בכולן כרות בכולן וכבר ישבו התוס' (דף ע"ה ד"ה כ"ש) אמאי נקט הכי במתניתין ולדינא ודאי אין חילוק בין פסול דבצים לפסול דגיד כל שהוא פצוע או דך בכולן מקרי פ"ד וכל שהוא כרות בכולן מקרי כ"ש וא"כ פלוגתייהו דהרא"מ והחולקים עליו הוא על פי' הספרי אהיכא קאי דהרא"מ ס"ל דהספרי קאי אפ"ד וכ"ש דמתניתין וכדנקיט הכי גם בספרי לעיל מינה איזהו פ"ד וכו' וכ"ש כל שנכרת הגיד אהא הוא דנקט מאי בין פ"ד לכ"ש אלא שפ"ד חוזר וכ"ש אינו חוזר דהיינו כל שבבצים חוזר ושבגיד אינו חוזר מש"ה קשיא ליה הברייתא דתני ניקב חוזר ונסתם ומשמעות הסוגיא דקאי אגיד (ולפמ"ש לקמן דאכולהו קאי עכ"פ אגיד ודאי קאי) והחולקין על הרא"מ ס"ל דהספרי לא קאי על כ"ש דמתני' אלא אקרא קאי וכדאמר רבא פצוע בכולן דך בכולן דהיינו כל שנכרת בין בבצים בין בגיד מקרי כ"ש וכל שנפצע בין בביצים בין בגיד מקרי פ"ד ואהא הוא דנקט בספרי מאי בין פ"ד לכ"ש אלא דפ"ד חוזר וכ"ש אינו חוזר וניקב תולדה דפצוע הוא. דפצוע הוא שנבקע ביקוע רב וניקב הוא ביקוע מעט והכי אמרי' בברייתא (דף ע"ה' סוף ע"א) איזהו פ"ד כו' ואפי' נקבו וא"כ לק"מ על הספרי מברייתא דניקב בגיד חוזר ונסתם דניקב אף בגיד מקרי פ"ד ויש לו רפואה. וכן משמע בירושלמי שמסדר שם ברייתא דספרי בין הברייתא דניקב פסול ונסתם כשר כו' עד חוזר להכשירו ובין היכי עבדינן כו' ולשיטת הב"י דהברייתא דספרי פליג אברייתא דנסתם כשר לא יתכן הא דנקט שם כיצד הוא עושה כו' אחר הברייתא דספרי. אבל לפמש"כ דניקב היינו פצוע מסודר כהלכתו:

ורש"י שכ' בחולין (דף מ"ח ע"א) דניקב פסול מפני שהוא כ"ש. ולכאורה ס"ל כהרא"מ אבל אין זה מוכרח דאולי נקט רש"י לשון משנתינו ר"פ הערל ול"ד הוא כמש"כ דמשנתינו הוא ל"ד. ולכאורה לשון הברייתא דנקט מפני שהוא שותת משמע דכ"ש הוא אבל גם זה אינו מוכרח דמאן יאמר דפצוע ודך נמי פסולייהו לאו מטעם דמפני שהוא שותת הוא ומסברא נראה דמש"ה הוא דאין מולידין (ואין רצוני להאריך בהרצאת דברים שיש לפ"ז בתוס' דף ע"ה בד"ה כ"ש):

ולפמש"כ דהא דניקב כשר אם נסתם היינו משום דניקב תולדה דפצוע הוא ופ"ד י"ל רפואה כמש"כ בספרי. נראה לומר דברייתא דניקב ונסתם לא אגיד לחודא קאי אלא אכולהו קאי דבכולהו מהני ביה סתימה וכן נוכל לומר גם לשיטת הב"י דהא הב"י לא דחה הך דספרי מהלכתא אלא משום דס"ל דניקב דגיד היינו כ"ש ומדחזינן הברייתא

דניקב מהני בהו סתימה הרי הברייתא דניקב ונסתם הוא נגד הספרי וא"כ אכתי לא אדחי אלא הא דכ"ש אינו חוזר אבל הא דפ"ד חוזר אכתי לא אדחי וא"כ איכא למימר אף לשיטת הב"י דניקב ונסתם אכולהו קאי דבכולהו מהני בי' סתימה ועמש"ל אות ו' בהג"ה:

ואי תקשה דאי פ"ד יש לו רפואה היאך מנסבי לפ"ד אשה האסורה לישראל כשר ולכמה מרבוותא אף ממזרת גמורה אמאי ניחוש שמא הבריא דהא לקמן (דף פ') מסקינן דלחד אבר חיישינן ופ"ד ליקוי דחד אבר הוא וגם ניחוש שמא יבריא ותהא אסורה עליו. וכן לשיטת הב"י דדחה הך דספרי מהלכתא ואף דנימא דאידחי נמי הא דפ"ד חוזר הרי לשיטתו כ"ש י"ל רפואה ותקשה לשיטתו אכ"ש היאך מנסבינן לי' אשה האסורה לישראל כשר. ואי נימא דהא דאמרי' בסוגיא (דף ע"ו) ה"מ קטן אבל גדול אקפולי אקפל היינו דאפי' לשעתו לא מהני הסתימה אנח לן חדא דל"ל למיחש לשמא יבריא דכיון דמנסבי לי' כבר הוא גדול ולא תהני לי' סתימה. אבל מדברי רש"י ז"ל שכ' ע"ז לאחר שעלתה ארוכה חוזר ונסתר משמע דלשעתו מהני הסתימה ומעלה ארוכה א"כ ליחוש שמא יעלה ארוכה ויבריא בנתיים ותהי' אסורה עליו הא לא קשיא דהא בספרי לא נקט דפ"ד י"ל רפואה אלא שפ"ד חוזר דהיינו שחוזר ונסתם. ובאמת בדקינן לי' אי נסתם אי לא נסתם. ולשמא יבריא נמי לא חיישינן דידע אינש בנפשו אם נסתם אי לא ואי נסתם יפרוש ממנה. והא דפריך מהאי גברא דחרזי' סילויי' כו' צ"ל דבדקו וראו שלא נסתם דאל"כ לא הוי קשה מהא דאוליד דדלמא אסתם ואוליד ודוחק לומר דכיון דנפק מיני' כחוטא דמוגלא תו לא מסתם. והרי"ו שכ' בנתיב כ"ג ח"ד דבניקב ביעיו לא מפסיל אלא בדנפק מיני' חוטא דמוגלא יחידאה הוא ולא מצינו לו חבר ובפרט לפמש"כ לקמן ריש אות וי"ו דהעיקר הוא דר"י בריב"ב אבי"א קאי והלכתא כוותי' צ"ל דהא דפריך וניקב אינו מוליד והא ההוא גברא וכו' היינו משום דעובדא הוי דתרווייהו אינקבו וכדאמר שם דחרזי' סילויא בבצים לשון רבים וגם לשון מחריזה הכי משמע. ואי נימא דבניקב לחוד לא מפסיל אי לא נפיק מיני' מאי קושיא מהא דאוליד דלמא האי חוטא מחד ביצה הוא דנפק ושפיר אוליד וכן הא דשלח שמואל לרב לשאול על בניו מה זו שאלה כיון דחד חוטא הוא דנפק מיני' משמע מביצה א' ושמואל הא ס"ל בהדיא בירושלמי הלכה כר"י בשריב"ב וא"ל בישוב שיטת הר"י ונראה דהא דא"ל שמואל לרב צא וחזור על בניו מאין הם דהיינו לבדוק אם נסתם ואוליד המה בניו ואי לא עלתה לו רפואה המה בני זנונים. וכן י"ל הא דאמר בסוף פרקין (דף פ"ג ע"ב) ור"י אמר לך צא וחזור על בניו מאין הם דודאי גם לר"י לא גרע טומטום שנקרע מסריס חמה וסריס חמה יש לו רפואה כדאמר

ר"א במתני' שם (דף ע"ט ע"ב) וכן בברייתא שם (דף פ' ע"א) העיד ר"י שבמינם מתרפאין ואף ר"ע לא פליג עליו אלא מטעמא דלא הי' לו שעת הכושר אבל על עדות של ר"א שיש לו רפואה לא פליג. וא"כ שפיר נקט הש"ס גם בסוף פרקין צא וחזור על בניו דהיינו אם נתרפא המה בניו ואי לאו המה בני זנונים [ונראה דשאלת שמואל לרב לא הוי עלי' דידי' אם לאפרושינהו אלא על הבנים אם הם ממזרים או מותרים לבא בקהל דהא מלשנא דהש"ס חזור על בניו כו' משמע דכבר הי' לו בנים הרבה בעת שאלתו ואי שאלתו עלי' דידי' הוי אם לאפרושינהו הו"ל לשמואל למשאל אחר לידת ולדא קמא. אלא נראה דעלי' דידי' לא הוי שום שאלה דהא לא נקט הש"ס היכי אנסבינהו בתר דחרזי' סילויא. וא"ל דגיורת אנסבי' דשרי' אף לישראל כשר ומש"ה לא שאל שמואל אלא אחר שגדלו בניו אם הם מותרים לבא בקהל ובהכי מדוקדק טפי לשון הגמ' הא שלח שמואל כו' והיינו משום דקושית הש"ס קאי עלי' דידי' והא דשלח שמואל קאי אבניו וכדכתיבנא] ואכתי תקשה הא דכתבו הפוסקים שפצוע דכא דאוליד הוי בניו ממזרים ודאים אמאי ניחוש שמא חזר ונסתם ומש"ה כ' הב"ש ס"ק ג' דאי הוליד לא תלינן שנתרפא. אבל לקמן (ד' פ') הא מסקינן דלחד אבר שנתרפא חיישינן. וא"כ אף אי בדקי' וחזינן דלא נסתם הא אמרי' שם דבחד אבר אף אם יחי' וסופו לקוי חיישינן שמא הבריא בנתים וא"כ גבי פ"ד ג"כ ליחוש שמא הבריא בנתים ואז הוליד בשעת בריאותו ודוחק גדול לומר דלא הוו ממזרים אלא כשאומר הוא בעצמו דלא הבריא דנאמן האב לומר על בניו שהם ממזרים. וצ"ל דהא דחיישי' שמא הבריא היינו דוקא בדבר שרפואתו בי"ש כדמשמע לשנא דשמא הבריא אבל פ"ד אינו נתרפא אלא א"כ נסתם ע"י אדם וכדאמרינן בסוגיא היכי עבדינן מייתינן שערתא כו' ולשמא נתרפא בי"א לא חיישינן וכעין זה אשכחן בש"ס בכורות (דף כ') דמפלגינן בין רובא דתלוי במעשה כו':

ה

ואשר כ' מעכ"ת שלכאורה אפשר לסמוך ע"ד רש"ל שנתעצם לומר דר"ת וסייעתו מתירין ובלבד בשלימין בעזהי"ת מסברא דנפשאי כוונתי לדעת הרש"ל כאשר כ' במכתבי הראשון מווילנא שלא הי' לפני שום ספר רק הטור וראיתי כן תמהתי על הטור שכ' בשם ר"ת להתיר בשל ימין דוקא ובבואי לביתי ראיתי דברי היש"ש וגם הוא עדיין לא קלע אל השערה במה שכ' שם כי ר"ת בדרך מו"מ פי' דברי הירושלמי שנראה לפרש של ימין עכ"ד. תלה בר"ת מה שאינו כי ר"ת לא הביא כלל את הירושלמי משום דס"ל דלית הלכתא כוותי' אלא כש"ס דילן דאינו מחלק בין ימין לשמאל אלא תלמידי הר"י בעל התוס' הוא שנשאו ונתנו בדברי הירושלמי וכן בס' הישר לר"ת כ' דהלכה כר"י

בשריב"ב ולא הזכיר כלל את הירושלמי וכ"ה במרדכי וכן בספר התרומה שאזכיר לקמן אות ו' לא הזכיר את הירושלמי אף שהי' מתלמידי הר"י בעל התוס' ועל הר"י הוא אשר ראוי לומר כן כדבריי הישׁ"ש שלא פי' דברי הירושלמי אלא דרך מו"מ. ולא זכיתי להבין מ"ש הר"י בתוס' שיותר נראה לפרש של ימין שתי תיבות ובעניותי גירסא זו אין לה קיום דלפמ"ש בתוס' שם בשם הירושלמי שאינו מוליד לא ידעתי מה בין ימין לשמאל דבשלמא אי נימא דבהולדה תליא מלתא כמש"כ הרא"ש מצינו למימר דשל ימין יפה כחו להוליד משא"כ בשל שמאל אבל אם גם בשל ימין אינו מוליד צ"ל דגזה"כ הוא והיכן רמיזא באורייתא או במתניתא אבל אי גרסינן בשלימין ניחא דהא מלתא דתליא בסברא דלא יחזור פסול להכשירו. וגם בש"ס דילן לא אשכחן מאן דפליג עלי' והא דאמרינן בש"ס זהו למעוטי מאי למעוטי בטריפות דריאה ולא מוקי למעוטי פצוע שנטלה דהא מיעוטא דפצוע ובת בוקתא היינו משום דגבי ריאה הוא דכוותיה ניקב ונסתם וגם ר"י דס"ל בחולין (דף מ"ח) דזהו למעוטי סביך בבשרא נמי סתימה דנקב הוא משא"כ פצוע שנטלה לאו דכוותיה הוא ואע"ג דבחד מלתא דכוותיה הוא דתרווייהו חוזר להכשירו בי"א מ"מ ניקב ונסתם בעינן וכן איכא כמה פסולים שאינם חוזרים להכשירם. והכי נמי איכא סייעתא לדברינו לעיל סוף אות ד' דניקב אכולהו קאי דאי אגיד לחודי' קאי דמהני בי' סתימה הו"ל למעוטי ניקב בביצים דלא מהני בי' סתימה דהוי נמי מענינא דפצוע וניקב ונסתם דדכוותיה וטפי מיניה דתרווייהו הכשירן בי"א א"ו אכולהו קאי ובכולהו מהני ביה סתימה וכן תקשה נמי לפי שיטת הב"י אי לא נימא דגם לשיטתו ניקב ונסתם אכולהו קאי וכדכתיבנא לעיל אות ד']. ולא קממעט להו משום דאינו בניקב ונסתם ואי נימא דר"י בריב"ב פליג אהא דתני במתני' ובברייתא אפי' א' מהן וגם בנפצע א' מהן מכשיר כמ"ש התוס' בשם ר"ת בדרך את"ל לא המ"ל למעוטי פצוע שנטלה דלר"י בשריב"ב גם בנפצע הוי כשר ולרבנן גם בניטלה פסול דהא לשיטה זו לא מדמינן (בין) לטחול וכליות. ולפמש"כ דנד"ד מקרי בי"א נראה דדינא דידן בהא תליא דאי נימא דר"י בריב"ב לא פליג את"ק א"כ קיי"ל כירושלמי דקאמר ובלבד בשלימין אבל אם נפצע ואח"כ ניטל אין הפסול חוזר להכשירו. וכה"ג מצינו בדיני טריפות ביו"ד סי' מ"ד גבי כליות פלוגתא דרבוותא ואפי' המקיל התם היינו אם חזר להכשירו בי"ש אבל בי"א הרמב"ן יחידאה הוא דס"ל גבי נחתך הרגל בין הארכובה לשוק דגם בי"א חוזר להכשירו והרא"ש בפ' בהמה המקשה (סי' ו') כ' שדעת רחוקה היא זו שטרפה תחזור להכשירה בי"א והר"ן כ' שהרמב"ן הי' מגמגם להכשיר וכן הרשב"א ושאר פוסקים לא קבלו שם

דעת הרמב"ן אבל אי נימא דר"י בריב"ב פליג את"ק וגם בנפצע א' מהם מכשיר הרי כשר מעיקרא:

ונראה דמסקנת דעת ר"ת הכי הוא ועיקר סמיכתו להכשיר הוא הואיל ומתני' דכרמא הוא הלכתא כוותיה ובהכי סלקי לי' שמעתתא שפיר דאי נימא דלא פליג ר"י בריב"ב אמתניתין אלא דמפלגינן בין ניקב לניטל אכתי. צריכין לדחוקי נפשין למימר. דהא דקתני אפי' אחת מהן לא קאי אלא אביצה ובחוטין לא מפסל אלא בתרווייהו או לומר דלא קאי אלא אפצוע ולא על כרות. וכן הוא משמעות כמה פוסקים ראשונים שעיקר סמיכתם להכשיר הוא משום דקי"ל כמתני' דכרמא וכ"ה בהדיא בספר התרומה הלכות חליצה וז"ל וכן סומכין העולם על אידך דבכרם שביבנה כל שאין לו אלא ביצה א' ה"ה כסריס חמה וכשר וע"ז סומכין להכשיר ב"א הנתוקין שכורתין מהן ביצה א' אע"ג דמתני' פליגא דתנן איזהו פ"ד כל שנפצעו ביצים שלו אפ' אחת מהן אף שיש לחלק בין פצוע לסריס אינו נראה עכ"ל העתקתי לשונו מפני שאנו למדין ממנו כמה דברים שהעיקר דר"י בריב"ב פליג והלכתא כותי' ושאין לחלק בין ימין לשמאל ושכבר פשטה ההלכה בימיו להקל בזה ומעשה רב וכל המעיין השופט בצדק יראה ששיטה זו היא המרווחת שבכל השיטות ולכולהו אית להו פרכא לבר מהא דל"ל פירכא. וכל ההשגות שהשיגו הרמב"ן והנמשכים אחריו על ר"ת היינו רק על מש"כ לחלק בין פצוע לניטל אבל אי נימא דפליגי והלכה כר"י בריב"ב משום דמתני' דכרמא הוא ע"ז אין השגות הרמב"ן. אלא מ"ש שם דלשנא דאין לו אלא ביצה א' מתחילת יצירתו משמע. ומה שנסתייע שם מן הירושלמי וז"ל שם והכי אמרינן בירושלמי תני ר"י בריב"ב אומר שמעתי בכרם ביבנה כל שאין לו אלא ביצה א' ואינו מוליד זהו סריס חמה. אר"י שמעתי הלכה כר"י בריב"ב ולית אנא ידעית ממאן שמעית. אמר ר' אמי לא הוי ר"י שמע לה מבר אינש זעיר שמואל אמר אם יבא לפני בעל ביצה א' אני מכשירו ר"ח אמר דו סבר כר"י בר"י ב"ב אר"י בר חנן ובלבד בשל ימין אתא עובדא קמי דר' אמי א"ל אין ברתי את שרית לי' אלא הוי ידעית דלא מוליד והוי ר' זעירא מקלס לי' דו הוא מקיים מלתא על בורי' כו' פצוע אית תנא תנא כו' הוו בעיין מימר כו' עד רבנן כו' כמובא באות א' שמעי' מינה דמ"מ דלר"י בר"י ב"ב בכולן כשר ובי"ש קתני וקיי"ל כוותי' דמתני' דכרמא הוא עכ"ל הרמב"ן ז"ל:

1

והנה אף אי נימא דמסקנת הירושלמי הוא דבי"ש פליגי אכתי ש"ס דילן עיקר דבש"ס דילן משמע דהא דאמר שמואל פ"ד בי"ש כשר לאו משום דס"ל הלכתא כר"י בשריב"ב

כדאמר ר"ח בירושלמי אלא דבר חדש הוא שחידש ואף דמדלא אמר שמואל הלכה כר"י בשריב"ב ליכא לאוכוחי מידי דאיכא למימר הא דנקט סתמא פ"ד בי"ש כשר אתי לאוסופי על ידי רעמים וברד דלא משתמע מהא דר"י בריב"ב. אך מדרשא דרבא פצוע הפצוע הרי נמי לא משתמעי אלא מתחלת יצירתו ואפ"ה עלי' דשמואל אמרה רבא היינו דכתיב פצוע וכו' משמע בהדיא דדינא דפ"ד בי"ש כשר חדתא הוא לרבא שלא שמעה אזנו מעולם (ודוחק גדול לומר דמתניתא דכרמא לא ידע רבא) והיינו כדכתיבנא בשיטת ר"ת דר"י בריב"ב אבי"א קאי ושמואל הוא שחידש דבי"ש כשר:

ומש"כ דלישנא דאין לו אלא ביצה א' מתחלת יצירתו משמע. ע"ז קשה טובא קושית ר"ת דאי בי"ש הרי אפילו שתיהן נמי כשר ומה שנדחקו ליישב דה"ה שתיהן רק מלתא דשכיח נקט אכתי בהא לא מתיישבא שפיר הא דאמר שמואל בירושלמי אם יבא לפני בעל ביצה א' אני מכשירו ר"ח אמר דו סבר כר"י בריב"ב ואם איתא דשמואל אבי"ש קאי ואפי' בשתיהן נמי מכשיר אמורא הי' צריך לפרש דבריו:

ותו הא דאמר ריב"ח ובלבד בשל ימין אי אתחלת יצירתו קאי לא ידעתי היאך נפרש דהא בי"ש אפילו תרווייהו נמי וכן אי גרסינן בשלימין נמי לא שייך אתחלת יצירתו ודוחק רב ועצום לומר דלשמואל לאו אתחלת יצירתו קאי אלא ע"י רעמים וברד דהא ר"ח אמר על דו סבר כר"י בריב"ב ולשיטתו ר"י בריב"ב אתחלת יצירתו קאי:

אלא המחוור הוא דבסוגיא דירושלמי נמי סברי התם כולהו אמוראי דבי"א פליגי זולת הנך דהוו בעיין למימר כו' ושמואל נמי דאמר אם יבא לפני בעל ביצה א' אני מכשירו אבי"א קאי ומשום דסבר כר"י בריב"ב דקאי נמי אבי"א וליכא פלוגתא בין הירושלמי לש"ס דילן רק במאי דנקט בירושלמי בברייתא דר"י בריב"ב ואינו מוליד בש"ס דילן ל"ג לי' וסמי חדא מקמי תרתי וכן אדחי הא דאינו מוליד מעובדא דאסתתם גובתא כמ"ש הרא"ש וכן מאי דאמר ריב"ח בירושלמי בלבד בשל ימין בש"ס דילן לא מחלק בזה אבל תרווייהו ס"ל דבי"א פליגי רק הנך דהוו בעיין למימר כו' הוו סברי דבי"ש פליגי ואדחו דבריהם משינויא דר"א ב"פ כמו שסיימו התוס' ומשמע התם מתוך המסקנא דאיירי בי"א:

[**ויש** מקום אתי ליישב שיטת הרמב"ן ודעימי' נגד שינויי' דר"א גם לפי גירסתינו בשינוייא דר"א כולה דרבנן היא דהיש"ש כ' וז"ל ומה שהקשה הרא"ש ז"ל ומאחר שאינו מוליד למה הוא כשר ונוכל לומר דל"ד קאמר שאינו מוליד לעולם אלא הוא בחזקת שאינו מוליד וכו' והנה מש"כ לפרש בדברי רא"מ דאמר להההיא הוי ידעית דאינו מוליד ודאי הוא דוחק גדול שאמורא לא יפרש דבריו ויאמר אל האשה בפירוש דאינו

מוליד. אבל גברא רבא אמר מלתא פתח לנו פיתחא שנוכל לפרש כן אינו מוליד דקאמר בירושלמי בדברי ר"י בריב"ב וקצת יש סיוע לדבריו הא דאמר דאינו אלא כסריס חמה וסריס חמה גופא הוא רק בחזקת שאינו מוליד כדפריך הש"ס לקמן (דף פ') וניחוש שמא הבריא והנה לפי גירסת הישי"ש שהוא כגירסת התוס' שהביאו בשם הירושלמי כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו מוליד אכתי לאו פיתחא רווחא הוא כל כך לומר דאינו מוליד ל"ד אבל לפי גירסת הרש"ל ודעימי' שהביאו בשם הירושלמי כל שאין לו אלא ביצה א' ואינו מוליד ניזיל בפתחא רויחא יותר לומר דל"ד הוא שאינו מוליד אלא אפי' אם אינו מוליד כשר ועפי"ז נוכל לומר דפלוגתא דאמוראי הוא בירוש' אם אינו מוליד דוקא או ל"ד כולהו סברי אי בי"א בהולדה תליא מלתא דאי בי"א ואינו מוליד ליכא מאן דסבר לאכשורי וכסברת הש"ס דילן וכמש"כ הרא"ש ומש"ה מוקמי הנך אמוראי דבירושלמי דר"י בריב"ב אבי"ש קאי משום דסבר דאינו מוליד דוקא הוא דאי בי"א ואינו מוליד ליכא לאכשורי ור"א דמוקי פלוגתייהו בי"א היינו משום דסבר דאינו מוליד ל"ד וטעמא דפלוגתייהו הוא כמו בש"ס דילן לשי' ר"ת דטעמא דר"י בריב"ב דשרי הוא משום דבר הולדה הוא. ור"א דאמר להההיא אתתא הוי ידעית דאינו מוליד דוקא קאמר דאינו מוליד לעולם וכדכתיבנא והיינו דקלסי' ר' זעירא ואמר דהוא מקיים מלתא על בורי' דהיינו לאפוקי משינוי' דר"א ב"פ דאמר שינוי' קומי דר"ז וקלסי' לר' אמי דהעיקר כדבריו שאינו מוליד דוקא הוא ופלוגתייהו בי"ש הוא ולא כשינויי' דר"א הרי דר"ז גופא לא קיבל לשינויי' דר"א דאתמר קומי' כן נראה להמליץ בעד רבינו הרמב"ן ז"ל ודעימי' אפי' לפי גירסתו בשינוי' דר"א כולה רבנן הוא והמחוור הוא דהוי גירסתייהו כולה ר"י הוא והאי קשיא אכתי לא מתיישבא הא דאמר ריב"ח בירושלמי ובלבד בשל ימין ומחוורתא כשיטת ספר התרומה בשם ר"ת שהיא השיטה הברורה והמחוורת בירושלמי ולית עלה פרכא כלל ע"כ הג"ה]:

ולא להכריע באתי כי מי יתיצב לפני בני ענק ואולי גי' אחרת הי' להם. ונראה דגי' הרמב"ן וסייעתו הי' בירו' בשינויי' דר"א כולה דר"י היא. ולא באתי אלא לצאת לישע ר"ת ז"ל לקיים שיטתו הברורה ומחוורת וכבר דקדקתי במכתבי הראשון שלא כתבתי שמי שדעתו להקל בזה יסמוך על דעת ר"ת וסייעתו כי ראוי לנו עניי הדעת לילך אחר המחמיר בשל תורה רק כתבתי שמי שדעתו להקל יש לו עדים המסייעים ר"ת וסייעתו המעידים שראו אותם מולידים. ובאמת אין הדעת נותנת לומר צא וחזור על בניהם מאין הם והכזונות נעשה את אחיותינו בנות ישראל המוחזקות בכשרות ועל עדותם ודאי כדאי הוא לסמוך. ובבואי לביתי נתחזקתי יותר לחזק כחא דהתירא ע"פ עדות ס' התרומה

שכתב שע"ז סומכין העולם להכשיר ב"א הנתוקין שכורתין מהן כו' ועדותו נאמנה מאד דסוגיא דעלמא אזלא כהמתירין. וגם הרמ"א שהחמיר [כ'] אמנם ראיתי מקילין ומה שכתב שהמתירין אינם מתירין רק בשלימין ובשל ימין בזה העיקר כהיש"ש וכדכתיבנא לעיל שהמחוור הוא שיטת סה"ת בשם ר"ת ז"ל שאין חילוק בין של שמאל ושל ימין אלא בכל גווני מכשירין ב"א הנתוקין שכורתין מהן ביצה א' איזה היא ואיך שהיא. וגדול אדונינו בעל סה"ת ורב כחו של רבינו ברוך לסמוך על דברי קדשו שהעיד שמקבלין בני אדם הנתוקין שכורתין מהם ביצה א' ומעשה רב אף כי מעשים רבים וסוגין דעלמא הלכתא היא כן נלפענ"ד להלכה ולמעשה וידעתי ידעתי שהמעיין בספרים ימצא עזר לדברי וגם לנגדי. אמנם זה דרכי מעודי אשר חנן ה' את דעתי לקיים מסברא דנפשאי דילן היא ואף אם כן אמצא בספר בר מזלי' אנא וכן אם אמצא בספר דרך אחרת אשר דרכו ירט לנגדי אין דרכי להביא דבריו ולסתור אותם והמעיין האמיתי יבחר דרך האמת כי בתורה דכתיב בה אמת בלתי אל האמת עינינו ברוך ה' אלקים אמת שומר הבטחתו אמת כי לא תשכח תורת אמת מפי זרע אמת ברוך חונן הדעת הוא ית"ש יצילני משגיאות ואצא בשלום ורב ברכות כנפש ידידו נפש החיים באאמ"ו מוהרי"ץ זללה"ה:
יום ה' י"א כסלו תקע"ח לפ"ק:

סימן יב

תשובה זו מצאתי כתובה בעצם כי"ק רק לא מבואר בכ"י למי כתבה. ולפי הנמצא בהעתקות שהעתיקו מכי"ק כתוב שמה כי נשלחה ממנו להגאון מהו' יהושע צייטליש זצללה"ה. אמרי נועמו הגיעני ונשתעשעתי בד"ק אשר הן הן גופי תורה ואם היות שבכמה דברים אתווכח אתו כך היא דרכה של תורה ולזאת נקראת מלחמת ה' וברוך חכם הרזים ית"ש. ובהרצאת דברים הרבה שיש לי לדון בקרקע בכל פרט ופרט אין רצוני להתהדר לפני כת"ר רק להשיב פני כבודו בענין הנוגע לנ"ד. וה' אלקים אמת ינחנו בדרך האמת:
נידון החשש הראשון אשר השליח נתן לה הגט תחת הקאטינקע הפתוחה שלא היה ראוי לנוח שמה ונפל לארץ תיכף. ודאי אם כך היה המעשה דינו ברור כמש"כ כת"ר דדמי להיתה ידה קטפרס. ואף שנפל לתוך ארבע אמותי' לא נמסר הגט כהלכותיו. לדידן דקי"ל כחומרא דשמואל. ומכ"ש אם היה בר"ה אשר רבו הפוסקים דמדינא לא מהני ד"א בר"ה ופשיטא דפשיטא אם השליח בא תחילה לתוך ד"א לא דינא ולא דיינא שאין מסירת הגט כלום:

והחשש הב' מחמת שבהרשאה מסתמא היה כתוב כנוסח הנהוג שאמר להשליח ליתן הגט לידה והשליח מסר לתוך בגדיה. מה נמרצו אמרי יושר דבכה"ג הוי שינוי בשליחות לדידן דמחמרינן ליתן לידה דוקא. ואף אם נימא דאינו פוסל דיעבד מ"מ לענין שליחות בכל דהו הוי קפידא כמבואר בכתובות (דף צ"ט ע"ב). ובפרט לפי מה שתפסו הפוסקים גיר' ר"ח שם דלאחד מסתמא הוי קפידא. אמנם מש"כ כת"ר דפשיטא בנ"ד שהבעל עשה תחבולות לגרשה בעניותי אפכא מסתברא דבנ"ד ודאי לא קפיד הבעל ליתן לידה דוקא. והיה דעתו באיזה אופן שיעלה ביד השליח למסור לה. ומש"כ. כת"ר דלא אזלינן בא"א בתר אומדנא כמבואר בסי' מ"ב. נראה דשאני הכא דעיקר הדין תלי' באומדנא אי קפיד הבעל או לא. ומה"ת לא ניזול בתר אומדנא. ואי הוו מסהדי סהדי דאמר להו הבעל שאינו מקפיד באיזה אופן שתעלה ביד השליח למסור לה ודאי לא הוי אמרינן דתרי ותרי נינהו נגד עדי הרשאה רק הוי אמרינן דאגלאי מלתא דלא קפיד ואף שאמר למסור לידה סדרא נקט ואתא. וכן אי הוי מסהדי הכי עדי הרשאה לא הוי אמרינן דחוזרין ומגידין הם. ומה"ת לא נוכל לומר דאנן סהדי דלא קפיד בנ"ד שהיה עושה תחבולות להפטר ממנה. ודעתו רק שלא יהיה עליו איסור ב' נשים לכשישא אחרת ודאי לא קפיד אחומרא דלכתחילה ואשר השיב כת"ר על הב"ש שכ' בשם הריב"ש להתיר להשיאה בנתן לתוך מלבושיה אף שפירוש כת"ר בדברי הריב"ש עולה יפה אף נעים. אבל מה שהרעיש על הב"ש מדברי הריב"ש שכתב שהיה ראוי להוכיח הנושא והנשאת לא שמיע קול רעש דהא בעובדא דהריב"ש היה עוד חשש דחתם סופר ועד דלמאן דפוסל בה מחמיר טפי מחומרא דשמואל. פשוט לומר דמשום האי חשש היו ראוים לעונש. וכת"ר המעיין ישפוט בצדק שלזה כיון הריב"ש שהרי כ' שם ותהי עונותם על עצמות הדיינין ואם הדיינין סמכו על מש"כ אליהם הריב"ש להתירא להנשא שלא להוציא לעז על הגיטין הראשונים שהיו כולן נעשין על דרך הזה וכו' ובודאי לא היו כולם נותנין בסמטא תוך ד"א ובנפילה על הבגד אלא שהיו נעשים ע"י חתימת סופר ועד. וכמש"כ הרשב"א בתשובה שהמנהג היה להיות הסופר אחד מהעדים:

ואשר כ' כת"ר שהב"ש לא הביא דברי הריב"ש אלא לפלפולא בעלמא הוא דוחק גדול ושיחלק הב"ש על הרמ"א לא נפלאת היא. וכן דרך האחרונים בכל חלקי השו"ע:

ואשר הקשה כת"ר על שהביא ראיה מהריב"ש שהיה מחכמי הספרדים ולא קבלו חומרות רבותינו הצרפתים אשר הרמ"א הביא דבריהם. הנה באמת חכמי הצרפתים הראשונים לא החמירו אלא לענין לכתחילה שהרי לא כ' הסמ"ק והכל בו והמרדכי אלא לשון טוב או נכון ליתן הגט לידה ממש. וכן משמע מדברי המרדכי שהרי הביא שם

לעיל מיניה דברי הר"ח וחלק עליו ואח"כ הביא דברי הגהות סמ"ק שלא ליתן לתוך חצירה והיינו משום דחומרת הר"ח הוא אפי' לענין דיעבד וכמש"כ שם דבחצירה לא משתרי לעלמא וע"ז הוא דחולק עליו וחומרות הסמ"ק הוא רק לענין לכתחילה הרי דלענין חצירה הצרפתים מקילים לענין דיעבד והספרדים מחמירים לחוש לדברי הר"ח אף לענין דיעבד ולענין מלבושיה וקלתה לא הזכירו כלל חכמי הספרדים הראשונים כגון הרמב"ם והרשב"א והר"ן כלל ודברי הרמ"א שהחמיר לענין מלבושיה גם בדיעבד באמת חידוש הוא שלא נזכר בשום פוסק ורבינו משה מדעתו הוסיף חומרא זו. ונראה דעת הרמ"א ז"ל דחצירה וקלתה ומלבושיה בחדא מחתא נינהו וכמש"כ הסמ"ק דבחד טעמא שייכין וס"ל להרמ"א ז"ל דכמו שלדעת חכמי הצרפתים כולהו אסירי לכתחילה ה"ה לחכמי הספרדים דנקטו חומרות הר"ח לאסור בחצירה אף דיעבד ה"ה נמי קלתה ומלבושיה אף דיעבד אסירי וא"כ שפיר מצינן לאתויי ראיה מהריב"ש דמחמיר בחצירה אף בדיעבד ובמלבושיה כתב דהוי כמטא גיטא לידה ולשנא דכמטא גיטא לידה משמע ודאי דשריא להנשא:

ובחשש הג' שכתב כת"ר שמסתמא לא קראו הגט לפני עדי המסירה אף שאנכי בדרך אחרת נחני ה' בדעת הראב"ד דלהראב"ד לא בעינן קריאה כלל בשליח שבחו"ל אין רצוני להאריך לבאר שיטתו בזה כי ודאי להשיאה לכתחילה אין להקל נגד דעת הרמב"ם ויפה כתב כת"ר דהוי כלא קראוהו ונאבד אם לא שהעדים יכירוהו בסימנים מובהקים:

ומש"כ כת"ר דאף אם קראוהו העדי מסירה בשעת סידור הגט נתבטלה הקריאה מחמת שהיה כמה ימים ביד השליח מלתא דפשיטא ליה למר מספקא לי טובא דאיכא למימר כיון דסתמא אמר הש"ס לאחלופי לא חיישינן לא חיישינן אפי' אחר זמן והכי משמעות דברי הרא"ש שכתב לא חיישינן עד דידעינן דאחליף והר"י בן הרא"ש שהביא הב"י לא חייש אפי' לחזור ולאקרויי גיטא כדמשמע מלשונו שכתב דבזמן מועט כזה אין לחוש ואולי בגוף התשו' ראה הב"י להדיא דאפילו לכתחילה לא חיישינן ומש"ה הוא דתמה הב"י דהא דמי קצת לעיילי' לבי ידי' דלכתחילה מיהא בעי לאקרויי גיטא שנית:

והחשש הד' שכתב כת"ר מחמת שנתאחר השליח כמה ימים מלמסור יפה דקדק הרמ"א בלשונו שכתב מיהו נהגו להחמיר ולכתוב גט אחר דודאי הוא חומרא בעלמא לחוש לדעת הר"ן ז"ל נגד כל הפוסקים וכת"ר נמשך אחר הב"ח לומר דגם דעת הרמב"ם הוא כן ואע"ג דקלסיה מר לשיטת הב"ח. בעניותי אפס מקום לקיים דבריו כי לא די אשר דברי הרמב"ם במקומו סוף פ"א אינם סובלים פירושו שהרי הרמב"ם כתב שם רק לשון כותבין ולא לשון נותנין אלא שדבריו סותרים דברי הרמב"ם ריש פ"ב שכתב שם בדין

ב' כותבין וחותמין ונותנין לו והוא מגרש בו בכל עת שירצה הרי דהרמב"ם אדרבה מיקל טפי מהר"י והרא"ש דאף הבעל בעצמו יכול לגרש בו אחר זמן. ולכאורה קשה על הרמב"ם קושית התוס' והרא"ש שם מהאי דכותבין גט לאיש וכו' דהא הרמב"ם ס"ל דע"ח כרתי אבל משום הא לא תברא דברווחא משני כמה מרבוותא קמאי קושית התוס' והרא"ש דמשום דלא מקדים אינש פורענותא לנפשיה ומלתא דלא שכיחא הוא ולא גזרו בו רבנן ואכמ"ק להאריך בזה דאיך שהוא שיטת הרמב"ם אינו נוגע לדינא שביאר מפורש בדבריו דמגרש בו בכל עת שירצה ותו לא מידי:

ובחשש הה' שכתב כת"ר דהשליח מפורסם לפסול נמשך אחר הב"ש (בסי' קמ"א ס"ק מ"ד) דבשליח פסול חיישינן למזויף ואני בעניי לא ידעתי היכן מצינו שהחשוד לדבר אחד יהיה חשוד לדבר אחר ובפרט לדבר החמור כעריות. ואשר הביא את הב"ש לדוחק זה הוא קושייתו על הרא"ש שם ובס"ק מ"ה לא סלקי ליה שיטתו ולא ידענא מאי קשיא ליה על הרא"ש דמאן יימר דהרא"ש מיירי בדליכא עידי שליחות. הרא"ש מיירי בדאיכא עידי שליחות וכן כל החולקים על הרמב"ם דאי בדליכא עידי שליחות לא היה הראב"ד מייתי ראיה ממשנתינו דהכל כשרין להביא גט וכו' דפסולי דמתניתין ודאי פסול אף אם עשהו שליח בפנינו ובפנינו מסר לה דכיון דאינו בתורת שליחות מעשה קוף בעלמא הוא משא"כ הפסול בעבירה. אלא ודאי דגם הראב"ד מיירי בדאיכא עידי שליחות ומש"ה לא מצאו מפרשי הרמב"ם מקום מאין יצא לו דין זה. ובאמת נראה דלדינא לא פליגי הרמב"ם והרא"ש דהרמב"ם באמת מיירי בדליכא עידי שליחות כאשר כבר היטיב לראות המל"מ ואשר התפלא שם על הרא"ש לפמש"כ לא קשה מידי דהרא"ש באמת אייריי בדאיכא עידי שליחות ואזדו לטעמייהו דהרמב"ם לטעמו דס"ל דשליח כשר לעולם נאמן על שליחותו אף היכא דא"צ לומר בפני נכתב ובפני נחתם ומש"ה סתם דבריו לפסול את הפסול בעבירה דסתם שליח הכי הוא בלא עידי שליחות והרא"ש לטעמיה דסתם שליח הוא בעדים דוקא רק היכא דצ"ל בפ"נ ובפ"נ נאמן אגב בפ"נ ובפ"נ וא"כ אי בלא עדי שליחות גם שליח כשר אינו נאמן ומאי רבותא דעד פסול ובדאיכא עדי שליחות שפיר הקשה אמאי פסול כיון דלא צרכינן לסהדותא, ולזיופא לא חיישינן ודאי:

ומש"כ כת"ר לפסול את השליח מחמת הקול כדכתב הרשב"א הובא בב"י חו"מ (סי' ל"ד) הוא דעת יחיד נגד הרא"ש ושארי פוסקים והב"י גופא לא הביא דעתו בשו"ע אפי' בשם יש מי שאומר והרמ"א קבע דעת הרא"ש בסעיף כ"ה שם וכ"כ כל האחרונים. ועוד דבנ"ד נראה דגם הרשב"א מודה דכבר יצאה מחזקת א"א מדאורייתא ובפני נכתב ובפני נחתם מדרבנן הוא וכל הנשים נאמנות על זה:

והעירעור אשר קרא כת"ר על א' מעדי המסירה ודאי אם יתברר פסולו בב"ד הרי לא נתגרשה אלא בע"א ואין דבר שבערוה פחות משנים ואף שהב"ח בתשובה ק"ב המציא קולא לפי מנהגינו שמזהירין את העדים להרהר בתשובה באמת אטו בתוונא דליבא יתבי סהדי זולת שארי פקפוקים אשר בדברי הב"ח שם ותלמוד ערוך הוא מאימתי חזרתו ובאמת גם הב"ח לא כתב שם אלא לענין משאו ומתנו אם מחוייבים להדר ולבדוק אחריו אבל אם יתברר פסולו בב"ד ודאי נפסל למפרע מיום שעבר העבירה:

ואשר כתב כת"ר שלא להתירו לישא אחרת משום שריותא דידה דלא לימרי קמו רבנן במלתא וכו' ואני מחמיר יותר דאף אם אין שום חשש בגט הניתן בע"כ ונמסר כדת אעפ"כ דרכי לאוסרו ואע"ג דהב"ש (סי' קי"ט ס"ק י"א) נסתפק אם עבר וגירש בע"כ אי הוה גיטא ולכאורה מדינא דכל בו שהביא הרמ"א שאם נשאת שוב אין האיש נקרא עבריין משמע להדיא דבדיעבד הוי גיטא אבל בתקנות ר"ג מה"ג אשר בסוף תשובות מהר"מ ב"ר ברוך דקי"ג מבואר להדיא שהתקנה הוא מפורש דגם בדיעבד אין הגט כלום ומהב"ש וכמה פוסקים נעלם ולא ראו עיקר התקנה רק התקנה שהיה אח"כ בשנת תתק"ץ שהבעל והסופר והעדים יהיו בארור המובא שם בדף קל"א זאת ראו עיניהם. ובסוף תקנות תתק"ץ מבואר שם שתקנות ר"ג מה"ג המה בתוקפם ואין רצוני להאריך בדקדוק דברי התקנות שם ובש"פ המדברים בזה] והנראה דאתו ר"ג ובית דינו ותקנו גזירת כו' ושלא יהיה הגט כלום. ועדיין נתנו רשות לחכמי קהילה אחת להתיר במקום שיראו טעם לומר דבכה"ג לא שייך תקנת ר"ג ואתו חכמי תתק"ץ ותקנו שצריך רשות ג' קהילות דוקא [ובזה נתיישבה דעת הפוסקים המחמירין לומר דגם במקום מצוה גזר ר"ג וסרה מעליהם תלונות הפוסקים המקילים ואומרים וכי ס"ד דבמקום מצוה יגזרו ולפמש"כ ניחא דבמקום מצוה יתנו חכמי הקהילות רשות אבל לזרוק הגט מדעת עצמו שלא בהסכם חכמי הקהילות אכתי איכא למימר דר"ג השוה מדותיו] ולא רחוק בעיני לומר דהתקנה שלא יהיה הגט כלום הוא תקנת רשב"ם וחכמי דורו וכדמשמע שם קצת ובכל דור הוסיפו חומרא והיאך שיהיה סדר התקנות כולם היה מרבותינו גדולי הראשונים אשר היו כמלאכים המשמשים במרום ואנן ככופתי דחמרא לגבייהו חלילה וחלילה לנו לנגוע בתקנתם ח"ו אשר לזאת בסתם נשים ודאי ראוי להחמיר על הבעל בכל מיני חומרות להצריכו שיתן גט אחר משום שריותא דידה וגם שריותא דידיה לישא אשה אחרת ולא לפגוע באיסור ב' נשים. וכבר הסכמנו אשתקד עם חכמי ווילנא לאסור עליו אשתו השני' משום איסור ב' נשים והופרדו זה כמה חדשים עד שיגרש את הראשונה מדעתה אמנם היינו בסתם נשים אבל בנשים שמן הדין הוא לגרשם משפטן

חרוץ ברמ"א בכמה דוכתי בסי' קי"ז גבי נכפית וכן הסכימו שם האחרונים בסי' ע"ז וכן בריש סי' קי"ט וכ"כ הב"ש בס"ס קי"ז גבי נכפית דיכול לזרוק לה גט ואף דמש"כ שם דגם לדעת את"ל שכתב שם הרא"ש בתשובה כן הוא דכיון שכתב שם הרא"ש שיכול לכופה מכ"ש שיכול לזרוק לה גט. ע"כ אנכי בדרך אחרת נחני ה' בכוונת דברי הרא"ש דנראה ברור דעתו ז"ל דמה שמקבלת הגט על ידי כפיית ב"ד עד שמרוצית אף שמה שמתרצית הוא ע"י כפי'. זה לא היה כלל בתקנת ר"ג דר"ג לא גזר רק אלא על זריקת גט כמוזכר שם בדבריו ומש"ה כתב דאף את"ל שר"ג השוה מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ היינו אף לנכפית שמן הדין הוא לגרשה ג"כ גזר שאסור לזרוק לה גט מ"מ במה שהאיש כופין אותו להוציא אף האשה כופין אותה לקבל היינו כמו שהאיש כופין אותו עד שיאמר רוצה אני כן הדין לכוף את האשה עד שתרצה לקבל ואם תמאן לקבל מרצונה מ"מ ביד בעלה לכופה ע"י מניעות שכו"ע עד שתתרצה לקבל הגט. וידעתי שכמה פוסקים המדברים מזה כללו בחדא מחתא כפיות ב"ד עם זריקות גט [ואף דמש"כ הרמ"א גבי נכפית דאינו בזה משום תקנת ר"ג היה מקום לפרש דבריו דכפיה שע"פ ב"ד לא הוי בכלל התקנה. אך בהג"ה שבסוף הסי' שם וכן בכמה דוכתי משמיעין דבריו להדי' שהיכא שמן הדין לגרשה לא גזר ר"ג ולפמש"כ לקמן דלדינא לא קיי"ל כהך את"ל דהרא"ש אפשר שמש"ה כתב הרמ"א כן] וכן אמ"ז מוהר"ם לובלין בתשובה אחת לא נחית לחלק בהכי ואחריו נמשך הב"ש לענ"ד הדברים ברורים ופשוטים בכוונת הרא"ש ז"ל כדכתיבנא ודלא כהב"ש. אבל לענין דינא אינני חולק דברווחא איכא למימר דהא דכתב הרא"ש כן היינו לרווחא דמלתא בנדון שנשאל שם אם לחייב את הבעל בשכו"ע ע"ז השיב דאפס מקום לחייבו דמסתברא דבאשה נכפית לא גזר ר"ג ואף את"ל דגם בזה גזר היינו על זריקת הגט הוא דגזר אבל הדין הוא שיכפנה עד שתתרצה לקבל גט ואיך ניתי אנן ונמנע ממנו הכפיה אשר בידו. אבל לדינא איכא למימר דגם הרא"ש ז"ל ס"ל כסברתו הראשונה דבכה"ג לא גזר ר"ג הואיל והדין הוא לגרשה. ואף אם נימא דהרא"ש ספוקי מספקא ליה אי גזר ר"ג גם בהא מ"מ חכמי דורו שהסכימו שם לדעתו כתבו בפשיטות דבכה"ג לא גזר ר"ג. ואף דמש"כ שם וכי סבור אתה שר"ג עשה תקנתו על עוברת ע"ד איננה ראיה מכרעת דאף אם נאמר שר"ג השוה מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ הרי נתן רשות לחכמי קהילות להתיר והמה יתירו במקום שהדין הוא לגרשה וכן אני מורה ובא שלכתחילה צריך הסכמת ג' קהילות והיינו משום חומרא כראוי להחמיר בדורינו מה שהפרוץ מרובה בעה"ר אבל לדינא אין לנו אלא דברי רבותינו הראשונים והאחרונים ז"ל הראשון שבראשונים הוא מהר"ם מרוטנבורג ז"ל בתשובה הוא הובאו

דבריו גם במרדכי והג"א בכתובות בפ' המדיר דבעוברת על שבועה לא בעו הסכמת חכמי הקהלות וכן כתב הרמ"א ז"ל והאחרונים ז"ל בפשיטות דהיכא שמהדין הוא לגרשה יכול לגרשה בע"כ ולא חיישי' לספיקא דהרא"ש ז"ל:

סימן יג

שאלה בענין אומר מותר איך קיי"ל לדינא והואיל ולא ראינו שום פוסק שיחוור דין זה על מכונו ראיתי להאריך בזה בעז"ה ואל אלקים אמת ינחני בדרך אמת:

גרסי' בסנהדרין (דף ס"א ע"ב) ואמר אביי מנא אמינא לה דתניא כהן משיח כו' לאו מאהבה ומיראה. ורבא אמר לך לא באומר מותר והקשו התוס' וז"ל ובריש הגולין (דף ז' ע"ב) דממעט רבא מבשגגה פרט לאומר מותר התם רבה גרסינן דעני אביי בתרי' א"נ גבי גלות טובא בשגגה כתיב ולכאורה לפי תירוץ הראשון שבתוס' דגרסי רבה לא מחלקי בין גלות לקרבן. אמנם כד מעיינת שפיר א"א לומר כן. חדא דקושיית התוס' בריש פ' הגולין מתינוק שנשבה כו' לא מתרצא בתי' זה (ועי' מה שאכתוב לקמן לשיטת רש"י דלא תקשי מתנוק שנשבה) וע"כ צריך לחלק בין גלות לקרבן כמ"ש התוס' בריש הגולין:

ועוד הא אמרינן בפ"ב דמכות (דף ט' ע"א) דלמ"ד אומר מותר לאו שוגג הוא סבור בהמה ונמצא אדם כותי ונמצא גר תושב נמי לאו שוגג מקרי לענין גלות ופטור ואי לא מחלקינן בין גלות לקרבן א"כ נימא דכוותיה לגבי קרבן נמי פטור דלאו שוגג הוא תמה על עצמך היאך אפשר לומר כן והלא הוא עצמו השוגג השנוי ברוב התלמוד. סבור שהוא שומן ונמצא חלב סבור שהיא אשתו ונמצא אחותו (ועי' רש"י סנהדרין דף ס"ב ע"ב ד"ה שבשאר מצות. שבועות י"ט ריש ע"א ד"ה פרט למתעסק) ואפי' לרבא דס"ל סבור שהוא שומן ונמצא חלב הוי מתעסק (עי' שבת דף ע"ג ע"א רש"י ד"ה דסבר שומן) ואפ"ה חייב קרבן ודאי אפי' לרבא דחלבים ועריות כדתניא התם חומר בשאר מצות כו' שגג בלא מתכוין חייב וע"כ לא מתוקמא אלא בסבור שומן הוא ואכלו כמסקנת הגמ' שם (ודוחק גדול לומר דלתי' התוס' דגרסי רבה יפרש ברייתא דשגג בלא מתכוין כקושית התוס' דף ע"ג ד"ה אלא לאו ויפטר מתעסק גם בחלבים ועריות. ועוד הא מתעסק נמי שוגג מקרי ולא מפטר אלא מאשר חטא בה פרט למתעסק) ועוד בהא דקתני ביבמות (דף לג ע"ב) ובשעת כניסתן לחופה החליפו על כרחך היינו הוחלפו כדמסיק בגמ' וחייבים דקתני ע"כ היינו חטאת כדקתני להדיא בברייתא דר' חייא ואם כן על כרחך מוכח דמתעסק כי האי אפילו לרבא חייב:

ועוד אי גרסי' רבה ולא מחלקינן בין גלות לקרבן א"כ רבא דלא כרבה ודלא כאביי. דלרבה פטור מקרבן משום דהוי קרוב למזיד כמו בגלות. ולאביי פטור מקרבן משום דהוי אנוס ואנוס ודאי פטור מקרבן (כדאיתא שבועות י"ח ע"א לא חדא לחייב דאכניסה אנוס הוא) ואם כן ע"כ רבא דמחייב אומר מותר בקרבן הוא דעת שלישי דסבר אומר מותר לאו אנוס ולא קרוב למזיד הוא אלא שוגג גמור הוא וחייב בקרבן. וזה דוחק. ועוד תקשי לרבא דס"ל אומר מותר שוגג גמור הוא וחייב בגלות היאך יפרש ברייתא דריש הגולין בשגגה פרט למזיד. בשלמא אביי לא פליג אאוקימתא דאומר מותר רק אלישנא דברייתא קא מתמה היאך קוראהו מזיד. וכדפירש"י ד"ה אנוס הוא ואיהו דשני לנפשי' כמ"ש התוס' (דף ט' ע"א ד"ה ורב חסדא) דאפי' אי אנוס הוא מ"מ קורהו מזיד כיון שיודע בטוב שהוא הורגו אבל לרבא אי ס"ל דאומר מותר שוגג גמור הוא ופטור מגלות איך יפרש הברייתא דבשגגה פרט למזיד (ודוחק גדול לומר דאיהו דחיק ומוקים נפשיה כקושיית התוס' ד"ה פשיטא):

ולכאורה י"ל דלרבא ימעט פרט למזיד דברייתא כגון הזורק אבן לר"ה או סותר כותלו ביום כדאי' פ' המניח (דף לב ע"ב) דהוי שוגג קרוב למזיד וכמאן דמתני התם אליבא דרבא הא דריב"ח אסיפא א"נ י"ל אפי' לרב פפא משמיה דרבא דמתני אריש"י דפטור ג"כ היכא דהוי קרוב למזיד אלא דס"ל להאי לשנא דאפי' נכנס ברשות לא הוי קרוב למזיד כקושיית התוס' ד"ה דלא סגי ואף שהתוס' (כ' בד"ה מיתבי) בסופו דלמאן דתני אריש"י חייב קרוב למזיד מ"מ אין פירושם מוכרח די"ל כמ"ש והכי משמע מדשני התם רב פפא גופיה אליבא דלשנא קמא הב"ע באשפה העשוי להפנות בלילה. וכן הרמב"ם (פ"ו מה' רוצח הל' י"א) פסק כמאן דמתני אריש"י ובהל' ז' ח' פסק בכל הנהו דהוי קרוב למזיד דפטור אבל מ"מ דוחק גדול לומר דרבא יהא דעת שלישי ויפרש הברייתא באוקימתא שלא הוזכרה בסוגיא כלל. ועוד דנראה דשוגג דומיא דסותר כותלו ביום חייב נמי, בקרבן אע"ג דהוי ליה לעיוני דהא בפ' אלו דברים (דף עב ע"ב) אר"י אשתו נדה בעל חייב אע"ג דהו"ל לשיולי' ואפי' סמוך לוסתה (ועי' תוס' שם דאפי' ידע שהוא סמוך לוסתה ובעל הנדה חייב בקרבן) ודוחק גדול לומר דרבא פליג אדר' יוחנן:

מיהו הא ל"ק לי מדאביי דאמר אומר מותר אנוס הוא. א"כ גם מקרבן פטור אי לא מחלקינן בין גלות לקרבן והכא מחייב אביי קרבן בעובד מאהבה ומיראה והיינו ע"כ באומר מותר לעבוד מאהבה ומיראה כדפרש"י (דף סא ע"ב ד"ה חייב וד' ס"ב ד"ה אלא לאו) וא"כ לכאורה קשה דאביי אדאביי (ולפמ"ש אי"ה לקמן בשם רש"י ריש כריתות דלא מקרי אנוס אלא באומר מותר דעוקר כל הגוף כגון תינוק שנשבה כו' בלאו הכי

לק"מ) הא לאו קושיא היא דנוכל לפרש דעת אביי כדפירש"י פ' כלל גדול לר"י ולר"ל דאומר מותר מעיקרו כגון תינוק שנשבה דלא ידע האיסור מעולם הוא דהוי אנוס. אבל הכיר ולבסוף שכח הוי שוגג כמתני' דהשוכח עיקר שבת (וכמ"ש לקמן לשון רש"י לחלק בזה לאביי) ואם כן לק"מ דבסנהדרין (דף סב) מיירי באומר מותר דהכיר ולבסוף שכח ונתעלם ממנו האיסור כמ"ש לקמן בשם התוס' להדיא דאומר מותר דע"ג בהכי מיירי. אף דאין ראיות התוס' שייך באומר מותר מאהבה ומיראה דהא שפיר הוא מודה בע"ג מ"מ נראה נכון לתרץ כמ"ש ולהכי מחייב קרבן דשוגג הוא ובפ"ב דמכות דפריך אביי אומר מותר אנוס הוא היינו באומר מותר מעיקרו שלא למד מעולם. והא דפריך אביי אנוס הוא ופשיטא ליה דבברייתא ממעט אומר מותר כי האי שלא למד מעולם היינו משום דאי באומר מותר דהכיר ולבסוף שכח חייב אף בגלות כמו בקרבן. ולא הוי ממעט ליה מבשגגה דהאי שוגג גמור הוא ובהכי ניחא דלא תקשי לאביי קושיית התוס' פ' כלל גדול (דף ע"ב ע"ב ד"ה באומר מותר) ע"ש אי לא מחלקינן בין גלות לקרבן דהתם מיירי באומר מותר דהכיר ולבסוף שכח וכדכתבו התוס' שם להדיא ד"ה עד כאן דאומר מותר דע"ג היינו דוקא הכיר ולבסוף שכח דאם לא נודע לו מעולם איסור ע"ג אינו ישראל כיון שמודה בע"ג. ואומר מותר כי האי שוגג הוא לאביי וחייב ובפ"ב דמכות מיירי באומר מותר מעיקרו כמש"ל:

אבל אי קשיא הא קשיא לי. דהא ודאי מסתברא דלמ"ד אומר מותר מעיקרו קרוב למזיד הוא כ"ש הכיר ולבסוף שכח הוי קרוב למזיד וכן יש להוכיח מדהקשו התוס' על רבא דמחייב קרבן באומר מותר דע"ג (דהיינו בהכיר ולבסוף שכח כמש"ל בשם התוס' דאומר מותר דע"ג בהכי מיירי) מהך דריש הגולין וכן הקשו התוס' בפ' כלל גדול. ולא תירצו כמ"ש לדעת אביי לחלק בין אומר מותר מעיקרו שלא למד מעולם. ובין אומר מותר דהכיר ולבסוף שכח אלא ודאי כמ"ש דלאביי דסבר אומר מותר אנוס הוא. הוא דשני ליה בין אומר מותר מעיקרו שלא למד מעולם (דשפיר הוי אנוס דמאין היה לו לשום על לבו לשאול וללמוד דין זה) ובין אומר מותר דהכיר ולבסוף שכח דכיון שהכיר האיסור וידעו פעם א' היה לו לשום על לבו ולא הוי אנוס אבל לרבא דס"ל דאפי' אומר מותר מעיקרו הוי קרוב למזיד משום דהו"ל ללמוד כ"ש הכיר ולבסוף שכח דהוי קרוב יותר למזיד דהוי ליה לשום על לבו יותר. וא"כ אכתי לא תירצו כלום בתירוצם דגרסי' רבה. דהא אכתי קשה לרבה דס"ל אפי' בהכיר ולבסוף שכח הוי קרוב למזיד איך יתרץ מתני' דהשוכח עיקר שבת:

אלא ודאי מחוורתא דשאני גלות דטובא בשגגה כתיב והא לכל מילי ודאי שוגג גמור הוא למאן דסבירא ליה אומר מותר קרוב למזיד הוא כתי' שני שבתוס' סנהדרין הנ"ל וכ"כ התוס' פ"ב דמכות ובפ' כלל גדול דס"ח ע"ב ושלהי פ' כיצד הרגל וכ"כ הרשב"א בחידושיו ס"פ כיצד הרגל דשאני גלות דטובא בשגגה כתיבי הא לכל מילי שוגג גמור מקרי וכ"פ הרמב"ם הל' רוצח פ"ו היה עולה על דעתו שמותר להרוג ה"ז קרוב למזיד ואינו נקלט וכן בפ"ה הל' ד' גבי גר תושב כתב ה"ז קרוב למזיד ונהרג עליו הואיל ונתכוין להרגו. ולענין קרבן פ"ב מה' שגגות ה"ו פסק דחייב והיינו כרב פפא ריש כריתות (דף ג' ע"ב) דמוקים כגון בתינוק שנשבה כו' א"נ דטעי בהדין קרא כו' דבהתראה הוא ומחייב בקרבן אפי' היכא דלא הוי ליה ידיעה מעיקרו (ובחנם נדחק הכ"מ שם בטעמו. ועי' רמב"ם שם ריש פ"ו מהל' שגגות הביא הך דרב פפא והכ"מ את מקורו לא הראה כנראה דאשתמיטתי' סוגיא זו) וכ"מ מהא דהוי בה רבא שבועות (דף י"ח ריש ע"א) ואי עם הארץ הוא כו' משמע דבע"ה שלא למד מעולם ולא הו"ל ידיעה מעיקרו נמי חייב קרבן ורבא בתראה הוא] ולי נראה דאפשר לומר דהתוס' גם לתירוץ הראשון ס"ל לחלק בין גלות לקרבן. אך האמת תפסו דרבה גריס מדעני אביי בתרי' אבל לדינא אין נפקותא מזה דהא רבא ודאי מחלק בין גלות לקרבן כמו שהוכחתי לעיל והלכתא כוותיה נגד אביי. אמנם בהא יש להסתפק רבא כמאן ס"ל אי כרבה דקרוב למזיד הוא אי כאביי ודאי אנוס הוא לאו דוקא אלא קרוב לאנוס וכי הא דא' בפ"ב דמכות (דף ח' ע"א) אי לא שכיחי בה רבים אנוס הוא דודאי אינו אלא קרוב לאנוס וכן כתב הרמב"ם להדיא (ה' רוצח פ"ו ה"ז) ועוד דאביי גופיה דקאמר אנוס הוא ס"ל דלאו דוקא אנוס אלא קרוב לאנוס ומחלק בין גלות לקרבן דאל"כ תקשה קושית התוס' ריש הגולין מתינוק שנשבה דחייב בקרבן (דהא התוס' בפ' כלל גדול סברי דטעמייהו דר"י ור"ל דפטרי בתינוק שנשבה לאו משום אומר מותר אנוס הוא אלא מהקישא דמונבז) ואפי' אם נאמר דהתוס' דהכא בהא כשיטת רש"י ס"ל (דטעמייהו דר"י ור"ל משום אומר מותר אנוס הוא) ולא תקשה מתינוק שנשבה כמש"ל מ"מ תקשי הא דסבור בהמה ומצא אדם דקרי ליה אנוס וכה"ג ודאי חייב בקרבן כמש"כ אלא ודאי נראה דגם אביי דס"ל אנוס הוא לאו דוקא אלא קרוב לאנוס וכמ"ש התוס' בפ' כלל גדול (דף ס"ח ע"ב ד"ה אבל תינוק) ע"ש:

והנה רש"י בפי' משנה א' דכריתות פסק בהדיא דאומר מותר אנוס הוא ופטור מקרבן ולכאורה נראה דהיינו כאביי וס"ל דלאביי הוי אנוס גמור לכל מילי וכן משמע לשנא דגמ' דנקטו בלשנא דרבא קרוב למזיד ובלישנא דאביי אנוס הוא ולא קרוב לאנוס וכ"מ לכאורה מדאמר אביי סנהדרין (דף ס"א ע"ב) מנא אמינא לה כו' לאו מאהבה ומיראה

כו' ורבא כו' באומר מותר משמע דלאביי אומר מותר פטור מקרבן ואי קשיא קושיית התוס' ריש הגולין מתינוק שנשבה. עיין רש"י פרק כלל גדול (דף ס"ח ע"ב) אהא דאר"י ור"ל אבל תינוק שנשבה כו' וגר שנתגייר בזה"ב פטור דקא סברי ר"י ור"ל אומר מותר אנוס הוא ולא שגגה היא ולפ"ז ל"ק לשיטתו דבאמת אביי ס"ל כר"י ור"ל דפטרי בתינוק שנשבה מקרבן. וכן נראה מלשון רש"י מדתפס בלשונו אומר מותר אנוס הוא ולא שגגה משמע להדיא דכיון להא דאביי דממעט אומר מותר מבשגגה מטעם אנוס. ואע"ג דדחו התוס' לפירש"י בפ' כלל גדול מדאמרינן שם אנן דאמרינן כמונבז וטעמא דמונבז מפורש בגמ' מהקישא דתורה אחת יהיה לכם. נ"ל דעת רש"י דבאמת מונבז נמי לא פטר תינוק שנשבה אלא מטעם אנוס דהא אבנין אב דנקיט בברייתא וכך היה מונבז דן כו' אף שוגג שהיה לו ידיעה ודאי לא סמיך מונבז כדפירש"י ד"ה מ"ט דמונבז כו' ומהקישא דתורה אחת דנקיט הש"ס לא מוכח למעט היכא שלא היה לו ידיעה אלא לחייב אף בהיה לו ידיעה כדילפינן בגמ' מהאי הקישא אף לחייב שהיתה לו ידיעה בשעת מעשה ולא ילפינן איפכא דלא לחייב אלא בהיתה לו ידיעה בשעת מעשה. ועי' תוס' ד"ה כ"ש שהוספת שסיימו מיהו ק' לר"י דהא פטרי מהקישא תינוק שנשבה מהאי טעמא נמי יפטור הכיר ולבסוף שכח והיינו לשיטתם דלא ס"ל טעם אנוס. אבל לרש"י ניחא דבאמת תינוק שנשבה לאו מהאי טעמא מפטר אלא מטעם אונס והקישא דתורה אחת דנקיט הש"ס למונבז לא קאי אלא אהא דמחייב אף בהיתה לו ידיעה בשעת מעשה ובהא לא ס"ל לר"י ור"ל כמונבז ובהכי ניחא הא דפליגי ר"י ור"ל אליבא דרבנן דפליגי אמונבז ועי' בכ"מ פ"ב דשגגות ה"ו ובלח"מ שם ואם נאמר דרש"י ס"ל כשיטת התוס' שהבאתי לעיל דאומר מותר דע"ג היינו בנתעלמה ממנו לפי שעה ודאי לק"מ מאביי מכל הני דוכתי דמוקים בגמ' שגגת ע"ג באומר מותר דהא אביי כר"י ור"ל ס"ל לשיטת רש"י ומודה בהכיר ולבסוף שכח דלאו אנוס הוא וחייב קרבן אבל באמת רש"י לא פי' כן עי' בפ' כלל גדול (דף ע"ב ע"ב ד"ה אלא באומר מותר) פי' בהדיא כגון גר בזמן הבית כו' וכן פי' בסנהדרין (דף ס"ב ע"ב ד"ה אלא באומר מותר כו') כיון שלא הוזכרה לו מעולם ע"ש ונראה דמשמע לרש"י לשנא דאומר מותר דבש"ס דהיינו שלא ידע האיסור מעולם וכ"נ מלשון רש"י ריש פ' כלל גדול שהבאתי לעיל דקרי לתינוק שנשבה אומר מותר. וכ"נ מלשון רש"י ריש כריתות (דף ב' ע"א בסופו) שכ' אבל באומר מותר לגמרי דעוקר כל הגוף לאו שוגג הוא אלא אנוס ופטור והא ודאי בהכיר ולבסוף שכח ליכא מ"ד אנוס הוא דהא משנה ערוכה היא השוכח עיקר שבת כו' ובודאי כיון רש"י להא דר"י ור"ל ומדלא פי' כן להדיא דמיירי בכגון תינוק שנשבה משמע דנכלל בלשון אומר

מותר ואפ"ה לא קשה לרש"י מכל הני דוכתי אאביי די"ל דכל הני דוכתי דמוקים שגגת ע"ג באומר מותר אליבא דרבא הוא דשקל וטרי הש"ס לאוקמי בהכי וכולהו גרירי בתר הך סוגיא דסנהדרין (דף ס"ב ריש ע"א) דאביי מוקי באהבה ומיראה ורבא מוקי התם להדיא שגגת ע"ז באומר מותר. ולהכי קאמר, בכל הני דוכתי (שבת דף ע"ב ע"ב סנהדרין ס"א ע"ב בסופו כריתות ג' ע"א בסופו) אלא מאהבה ומיראה הניחא לאביי אלא לרבא מא"ל אלא באומר מותר ואדסמיך ליה קאי דפריך לרבא מא"ל ואהא קאמר אלא (ע"כ רבא לטעמי' כדמוקי בסנהדרין ריש דף ס"ב) באומר מותר והיינו לרבא דוקא אבל אביי מוקים במאהבה ומיראה כטעמי'. אבל באומר מותר באמת פטור לאביי דאנוס הוא ובהכי ניחא לי לתרץ מה שהקשו התוס' בפ' כלל גדול (דף ע"ב ע"ב ד"ה עד כאן כו') אמאי לא מייתי מתני' דהשוכח עיקר שבת ולפמ"ש אתי שפיר דניחא ליה לאתויי מרבא להקשות דידיה אדידי' וא"כ לשיטת רש"י א"צ לחלק בין גלות לקרבן לאביי ופטור אף מקרבן דאונס גמור הוא ואע"ג דהך דסבור בהמה ונמצא אדם כותי ונמצא גר תושב ודאי לאו אנוס גמור הוא אלא קרוב לאונס (לרב חסדא דסבר כאביי) דהא דכוותיה ודאי חייב בקרבן כמש"ל ובהגולין (דף ט' ע"א) מדמה להו אהדדי דקאמר התם ואזדו לטעמייהו כו' לאו משום דחד דינא אית להו אלא י"ל דהא בהא תלוי דלמאן דס"ל אומר מותר דאין רציחה בתורה קרוב למזיד הוא שהיה לו ללמוד הא נמי קרוב למזיד הוא וליכא למימר קרוב לאנוס הוא דאבעי ליה לעיוני כמ"ש רש"י שם ד"ה כסבור בהמה אבל למאן דס"ל אומר מותר דאין רציחה בתורה אונס גמור הוא שפיר איכא למימר בהא דסבור בהמה כו' דקרוב לאנוס הוא ואף שזה דוחק לומר דלאו חד דינא אית להו מ"מ כתבתי כן לישב דעת רש"י. ולפי משמעות לשונו שהבאתי לעיל דמשמע להדיא דאביי כר"י ור"ל סבירא ליה דאנוס גמור הוא ופטור מקרבן:

אבל לרבא ודאי גם לרש"י צריך לחלק בין גלות לקרבן כתי' התוס' דשאני גלות דטובא בשגגה כתיבי דאל"כ תקשי לרבא קושיית התוס' מתינוק שנשבה והנה קושיא זו יש לתרץ דהא טעמא דרבא דא"ל קרוב למזיד הוא היינו משום שהיה לו ללמוד כמ"ש (דף ט' ע"א ד"ה כסבור בהמה) וכן פי' התוס' (בד"ה ואזדי לטעמייהו ובד"ה דאומר מותר) משא"כ בתינוק שנשבה (עי' רמב"ם הל' שגגות פ"ב ה"ו שפי' תינוק שנשבה לבין עו"ג וגדל והוא אינו יודע מה הם ישראל ולא דתם כו' כשיודע לו שהוא ישראל כו' ע"ש ובכה"ג) נראה דלא שייך לומר שהיה לו ללמוד כיון שלא ידע שהוא ישראל ולא ידע דתם משום הכי חייב בקרבן אבל אכתי תיקשי (אי גרסי' רבא) מכל הני דוכתי דמוקים רבא להדיא באומר מותר ואין לומר דכל הני דוכתי דשגגת ע"ג מיירי ג"כ בתינוק שנשבה

דהא בסנהדרין (דף ס"א ע"ב) מיירי בכהן משיח (בידע שהוא ישראל ומה הם ישראל ודתם ושפיר היה לו ללמוד) ועוד אפי' אי גרסינן רבה דלא תקשי מכל הני דוכתי דמחייב קרבן באומר מותר דהתם לרבא הוא דשקיל וטרי הש"ס כמש"כ מ"מ אכתי תקשה לפי מש"ל דלמ"ד אומר מותר קרוב למזיד הוא אין סברא לחלק בין אומר מותר מעיקרו להכיר ולבסוף שכח תקשי לרבא (או לרבה) משנה ערוכה דהשוכח עיקר שבת גם מה שהקשיתי לעיל מהך דסבור כותי ונמצא גר תושב דחייב דכוותיה ודאי בקרבן אלא ודאי לרבא (ולרבה) גם לשיטת רש"י ע"כ נחלק בין גלות לקרבן. והא דפסק רש"י ריש כריתות דאומר מותר אנוס הוא ופטור מקרבן. לא אדע על מה פסק נגד רבא דס"ל להדיא איפכא דקרוב למזיד הוא ואף אם נאמר דרש"י גריס כגירסת התוס' סנהדרין דרבה לא פליג אאביי וס"ל דלאביי אנוס גמור הוא לכל מילי כמ"ש ליישב דעתו וא"כ הלכתא כאביי (ותלי בפלוגתא דרבוותא אי הלכתא כאביי ורבא נגד רבם) עדיין קשה מכל הני דוכתי דמחייב רבא להדיא אומר מותר בקרבן בפ' כלל גדול (דף עב) ובסנהדרין (דף סב ע"א וע"ב). וכבר כתבתי דלפרש"י איירי התם בכגון תינוק שנשבה והתם ודאי רבא דסבירא ליה הכי. וא"כ הלכתא כרבא נגד אביי:

ומהא דאמר רבא שבועות (דף י"ח ע"א) ואי ע"ה הוא כו' דמשמע דע"ה שלא ידע האיסור מעולם חייב קרבן לרבא. וכן רב פפא דבתרא הוא מוקי בריש כריתות (דף ג' ע"ב) בתינוק שנשבה כו' אי נמי דטעי בהדין קרא כו' ומחויב קרבן באומר מותר מעיקרו לא קשיא ארש"י דהא רש"י כתב במשנה א' דכריתות הבאתי לשונו לעיל דלא הוי אנוס אלא באומר מותר דעוקר כל הגוף (וסברתו נראה דבאומר מותר כל הגוף איכא למימר דאנוס הוא דמאין ולאין היה לו לשום על לבו לשאול שום שאלה אבל אם יודע עיקר הדין דע"ג אסורה היה לו לשאול כל פרטי הדינים שיזדמנו לו וללמוד כל פרטי האיסור ואף בהך דפירש באבר חי היה לו לשאול וללמוד מקודם דין זה) והך דרבא ודרב פפא לאו עוקר כל הגוף הוא:

ולכאורה היה נראה ליישב דעת רש"י דכיון דלא מצינו דרבא פליג בהדיא אר"י ור"ל אלא משום דהוה קשיא ליה ברייתא דקתני שגגת מעשה בע"ג (כיון דס"ל לרבא דמאהבה ומיראה פטור) א"כ על כרחך דחיק ומוקים באומר מותר אבל למסקנא דמשני רב פפא בריש כריתות בתינוק שנשבה כו' דידע דאסירא כו' א"נ דטעי בהדין קרא כו' וא"כ ל"צ למפלג אר"י ור"ל אלא מוקמינן שגגת מעשה דע"ג כאוקימתא דר"פ ולא באומר מותר על כל הגוף. ואי תקשי קושיית הש"ס היינו העלם דבר (כיון דלאו בעוקר כל הגוף מיירי) דיש לומר לענין הוראת בית דין עקירת ע"ג דעץ ודאי מקרי עקירת כל הגוף

דע"כ לא מיבעיא ליה לרב יוסף בהוריות (דף ד' ריש ע"ב) אלא בחרישה בשבת ודדמי ליה השתחויה בע"ג (כדדמי ליה הגמ' התם להדיא) אבל עוקר כל ע"ג דעץ נלפענ"ד דהוי עקירת כל הגוף לענין העלם דבר. אבל אין תירוץ זה נראה נכון דודאי (משמע אי) לישנא דאומר מותר משתמע דוקא באומר מותר מעיקרו כמש"ל לדקדק מלשון רש"י. אם כן ע"כ דרבא פליג אר"י ור"ל מסברא דאי משום דברייתא דכהן משיח בשגגת ע"ג קשיתי' מאי דוחקיה לאוקמי באומר מותר מעיקרו ועוקר כל הגוף (כדמשמע לשיטת רש"י לשנא דאומר כמש"ל) הא מצי לאוקמי בבטל מקצת בדבר שהצדוקים מודים בו דלא הוי העלם דבר כדאיתא בהוריות (דף ד') א"נ בעוקר כל הגוף ובהכיר ולבסוף שכח ואם כן דרבא מסברא פליג אר"י ור"ל הלכתא כרבא דבתראה הוא ורב פפא דמוקי כגון דידע כו' א"נ דטעי בהדין קרא כו' לאו משום דפליג אאוקימתא דאומר מותר אלא דבעי לאוקמי בזדון עבודות:

ונלפענ"ד ליישב דעת רש"י דבאמת רבא לא פליג אר"י ור"ל. והא דמחייב קרבן באומר מותר גבי כהן משיח מיירי בהכיר ולבסוף שכח דוקא. אבל באומר מותר מעיקרו אנוס הוא. והא דפירש"י בפ' כלל גדול (דף ע"ב ע"ב) דאומר מותר מיירי כגון גר שנתגייר בזמן הבית לאו משום דלישנא דאומר מותר משמע לרש"י דוקא בהכי. דלפי ס"ד דגמ' התם לישנא דבלא מתכוין דחקו לפרש כן. וכדפרש"י בסנהדרין (דף ס"ב ע"ב ד"ה אלא באומר מותר כו') דכיון דלא הוזכרה לו מעולם אינו מתכוין קרי לי'. אבל לפי המסקנא דגמ' שגג בלא מתכוין מתוקמא התם בגוונא אחריתא. והא דמחייב רבא אומר מותר בקרבן בסנהדרין (ריש ד' ס"ב) ובכריתות (דף ג' ריש ע"ב) מצינן למימר דמיירי באומר מותר דהכיר ולבסוף שכח. וא"כ אין בדעת רבא הכרע אי ס"ל כר"י ור"ל. ומהא דבעי מיניה רבא מרב נחמן שבועות (דף כ"ה ריש ע"ב) איזהו שגגת שבועת ביטוי לשעבר כו' אי דלא ידע אנוס הוא אין ראיה דס"ל לרבא אומר מותר אנוס הוא. וכן מדמשני ר"נ (וכן אר"י א"ר דל"א ע"ב) באומר יודע אני ששבועה זו אסורה אבל איני יודע כו' משמע דוקא בידע שאסורה הא אם אינו יודע הוי אנוס ומפטר. וכ"כ רש"י בפ' כלל גדול (ד' ס"ט ע"ב ד"ה אבל איני יודע) וכ"כ שם התוס' דצריך לידע עכ"פ איסור עשה. אבל באמת אין ראיה מזה כלל. דהא אכתי הוי מצי לאוקמי באינו יודע ששבועה אסורה ובנתעלם ממנו האיסור לפי שעה ובכי האי אומר מותר דהכיר ולבסוף שכח לכ"ע לא הוי אנוס. א"נ באומר מותר על שבועה זו ולא על כל הגוף אלא ודאי מהא ליכא למשמע מינה דדוקא הכא גבי שבועה ממעטינן כה"ג מהאדם בשבועה פרט לאנוס. וכן מוכח מהא דבפ' כלל גדול (דף ס"ט ריש ע"ב) דהוה ס"ד דגמ' דהא ברייתא (התם מוכח דברייתא היא וצ"ל

דר"י א"ר דשבועות ד' ל"א ורב נחמן דף כ"ו פשטו מהא ברייתא) דיודע אני ששבועה זו אסורה אתיא כת"ק דמונבז. ואי ס"ד דהא דדחיק לאוקמי ביודע ששבועה זו אסורה. היינו משום דאל"ה הוה מפטר מטעם אומר מותר אנוס הוא. א"כ היאך ס"ד דאתיא כרבנן דפליגי עליה דמונבז (ע' רש"י ד"ה חייב) הא לדידהו אומר מותר לאו אנוס הוא (כמ"ש לעיל שיטת רש"י דפליגי בהא מונבז ורבנן) מדחייבי בתינוק שנשבה. וא"כ מאי אריא יודע אפי' אינו יודע נמי אלא ודאי אף דלשאר מילי לאו אנוס הוא לענין שבועה מקרי אונס ופטור מהאדם בשבועה וכ"פ הרמב"ם בפ"ב דשגגות ה"ו דתינוק שנשבה חייב בקרבן. ולענין שבועה פ"א דשבועות פסק כמו שכתבו רש"י ותוס' דדוקא ביודע ששבועה זו אסורה חייב אבל אם אינו יודע האיסור אנוס הוא. [ועיין חידושי הרשב"א פרק כלל גדול דפליג ארש"י ורמב"ם ופוסק דאפי' בשבועה אומר מותר חייב כמו בע"ג וחלב בתינוק שנשבה ולא מקרי אנוס בשבועה אלא היכא דלבו אנסו וסבור שהוא נשבע באמת ולא בטועה בדין ע"ש. וע"ש שכ' דלשנא אחרינא דבגמ' פ' כלל גדול (דף ס"ט ע"ב) דפריך התם מני אילימא מונבז פשיטא השתא בכל התורה כו' היא הנכונה שבגרסאות. ולא פי' איך לקיים הגי' ונ"ל (דתו') דלא גריס ליה לטעמי' אזיל כמ"ש ד"ה הא מני. אבל לשיטת הרשב"א הא דנקט יודע אני ששבועה זו אסורה לרבותא נקט דאפי' יודע הלאו ושגג רק בקרבן אפ"ה שמה שגגה וכ"ש באומר מותר לגמרי ששגג גם בלאו. ושפיר פריך אי לימא מונבז פשיטא כו' והוא פשוט וצ"ל לשיטת הרשב"א הא דאמר רבא לרב נחמן שבועות (דף כ"ו ריש ע"ב) אי דלא ידע אנוס הוא היינו דלא ידע השבועה כגון אכל ושכח ונשבע שלא אכל ופשט ליה רב נחמן מברייתא דאפי' ביודע ששבועה אסורה חייב כ"ש בשאינו יודע]. נחזור לענייננו דדעת רש"י נראה כיון דבדעת רבא אין הכרע אי ס"ל כאביי אי כרבה הדרינן לכללא דהלכתא כאביי נגד רבה דבתראה הוא ואע"ג דכתבתי לעיל דנראה דלאביי נמי לאו אנוס גמור לכל מילי אלא קרוב לאנוס הוא ומגלות הוא דמפטר כמ"ש התוס'. וכן מוכח מהא דאמר בגמ' ואזדו לטעמייהו כו' (ומהא דמוקים אביי שגגת מעשה דכהן משיח במאהבה ומיראה ולא מוקים באומר מותר אין ראיה דס"ל אומר מותר אנוס גמור הוא ומפטר בקרבן. דהא אפי' אי ס"ל כר"י ור"ל אכתי הוי מצי לאוקמי בהכיר ולבסוף שכח. אלא ודאי מהא ליכא למשמע מינה דאפשר לומר דלא הוי ניחא לי' לאביי לאוקמי בכה"ג דכהן משיח ה' יעקור כל הגוף דע"ג). מ"מ כיון דעכ"פ אין הוכחה דאביי פליג אר"י ור"ל הדרינן לכללא דהלכתא כר"י ור"ל נגד רב ושמואל:

ואפשר לומר דאפי' לגירסתינו דרבא הוא דא"ל קרוב למזיד הוא אין לדחות דעת רש"י מסוגיא זו. די"ל דרש"י ס"ל כמ"ש הרא"ש בשם הרי"ף והר"מ פ' המניח (דף ל"ב ע"ב)

דהלכתא כר"פ דמתני משמי' דרבא ארישא. אבל בסיפא כיון דברשות חייב גלות אע"ג דהוי קרוב למזיד דאיבעי ליה לעיוני (וסבירא ליה לרש"י דהאי קרוב למזיד דאומר מותר לא הוי קרוב יותר מהך דנכנס ברשות דלא כהתוס' (שם ד"ה מיתיבי) ואם כן הך סוגיא דריש הגולין דממעט לרבא קרוב למזיד מגלות דלא כרב פפא דמתני משמיה דרבא ארישא (וכעין זה כ' התוס' שם ד"ה מיתיבי) ולרב פפא דמתני ארישא והלכתא כוותי' ע"כ מוקי הך ברייתא דממעט אומר מותר כאביי ומטעם אנוס ולא משום דקרוב למזיד הוא. ואף שעדיין יש להסתפק ולומר דהאי אנוס לאו דוקא אלא קרוב לאנוס כמש"ל מ"מ כיון דמסוגיא זו אין הכרע וגם מהא דמחייב רבא אומר מותר בקרבן אין הכרע כמה שכתבתי לעיל די"ל דמיירי בהכיר ולבסוף שכח הדרינן לכללין דהלכתא כר"י ור"ל. כן נ"ל לקיים ולישב דעת רש"י ז"ל. אבל עדיין לא נתיישבה דעתי היטב בשיטתו:

אבל לדינא נראה דדעת רש"י יחידאה הוא (ואף שהברטנורה בריש פ' כלל גדול ובריש כריתות הלך בעקבותיו) מ"מ כיון דהרמב"ם (פ"ב דשגגות ה"ו) פסק דתינוק שנשבה חייב בקרבן והראב"ד לא השיגו. וכ"כ התוס' ריש הגולין (דף ז' ע"ב ד"ה אלא פרט) דתינוק שנשבה חייב קרבן. וכ"כ הרשב"א בחי' ר"פ כלל גדול שהבאתי לשונו לעיל. וכ"כ התוס' והרשב"א שלהי פ' כיצד הרגל והלכתא כוותייהו דרבים נינהו. וא"כ לענין קרבן ודאי שוגג גמור מקרי אפי' אומר מותר מעיקרו ועוקר כל הגוף כגון תינוק שנשבה לבין העו"ג ולא ידע כלל שהוא ישראל. ולענין גלות בישראל אינו נקלט דלא סגי לי' בגלות דקרוב למזיד הוא. ובגר תושב חייב מיתה וכ"פ הרמב"ם להדיא (ואע"ג דהרא"ש בשם הרי"ף והרמ"ה פסק כרב פפא משמי' דרבא. מ"מ אומר מותר יותר קרוב למזיד כמ"ש התוס' בפ' המניח וממעט ודאי מבשגגה) ואף לפי התוס' בתי' קמא דגרסי רבה הי' נראה דהלכתא כאביי דאנוס או קרוב לאנוס ובגר תושב פטור. מ"מ כבר הוכחתי לעיל דרבא דמחייב אומר מותר בקרבן ודאי לא יהא דעת שלישי אף לגי' זו אלא מחלק בין גלות לקרבן ובגלות ס"ל אי כאביי אי כרבה. וא"כ כיון דאף לגי' זו אפשר דלרבא קרוב למזיד הוא. לא מדחינן ודאי דגי' דידן (וכ"פ הרמב"ם וכן גרסי התוס' בכמה דוכתי) מקמי ספיקא דגי' התוס' בתי' קמא (וגי' התוס' דפ' כלל גדול (דף ס"ח ע"ב) דמהפכי אביי לדרבא ודרבא לדאביי. נראה שטעות סופר הוא דבמכות (דף ט') נצטרך לפי גי' זו למחוק כמה פעמים רבא ולגרוס אביי וע"ש):

ונראה דאע"ג דמפשטא דסוגיא משמע בכל הני דוכתי דנקט הש"ס אומר מותר מיירי בעוקר כל הגוף כמש"כ בשם רש"י דהא בסנהדרין (ריש דף ס"ב) משני להדיא באומר מותר לגמרי וכו'. (אף דאינו מוכרח דדוקא בהכי מקרי אומר מותר. ולכאורה משמע

מדעת המקשה אפכא) וכ"מ שבת (דף ע"ב ע"ב תד"ה עד כאן) שכתבו דאי אומר מותר מעיקרו אינו ישראל כלל כיון שמודה בע"ג (וגם בזה י"ל דהתוס' סמכו אהא דמדמי לה הגמ' להעלם זה וזה בידו) וכ"מ מדמדמי לה הש"ס שבת (דף ע"ב ע"ב) וסנהדרין (דף ס"ב ע"א בסופו וע"ב) להעלם זה וזה בידו. ועי' רש"י שם ד"ה עד כאן (ואף בזה י"ל דגבי שגג בלא מתכוין ה"ק אפי' אי תוקמי באומר מותר דעוקר כל הגוף אכתי לא מפרשא הא דקתני בברייתא משא"כ בשבת דפטור דעד כאן וכו' וכן בסנהדרין (דף ס"ב ע"ב) וכריתות (דף ג' ע"ב) דמדמי התם להעלם זה וזה בידו. היינו כיון דלא אסיק אדעתי' אוקימתא דרב פפא. לא הוי מתוקמא שגגת ע"ג אלא באומר מותר לגמרי. אבל מ"מ פשטא דהש"ס משמע ודאי דלשנא דאומר מותר משתמע בעוקר כל הגוף דוקא) והכי משמע כריתות (דף ג') דלא קרי לאוקימתא דרב פפא אומר מותר. וא"כ הי' נראה דאומר מותר דגלות בהכי מיירי:

אבל מ"מ נראה לענין גלות דאפי' אומר מותר על מקצת רציחה נמי ממעט מבשגגה דהא סבור בהמה ונמצא אדם כותי ונמצא גר תושב דמודה בעיקר רציחה רק על דבר זה אומר מותר אפ"ה אומר מותר מקרי וממעט מגלות. ועוד דאם באומר מותר דעוקר כל הגוף הוי קרוב למזיד אף שלא ידע דין זה כלל. ולא הי' לו לשום על לבו ללמוד ולשאול. כ"ש באומר מותר דבטל מקצת דידע לעיקר הדין פשיטא דהוי קרוב למזיד דבזה יותר קל הי' ללמוד ולשאול. ונראה דהכיר ולבסוף שכח הוי יותר קרוב למזיד מאומר מותר מעיקרו דכיון שהכיר האיסור וידעו פעם אחת יותר היה לו לשום על לבו ללמוד מאם לא ידע מעולם:. ונראה דאף בהכיר ולבסוף שכח מקצת רציחה דלכאורה יש מקום לומר דגולה. דלא הוי קרוב למזיד כיון שלמד הכל רק שכח דבר א' ממשנתו. אבל מ"מ נראה פשוט דפטור מגלות דכיון שידע בטוב שהוא הורגו אף שעלה על דעתו שמותר להורגו. היה לו לשאול דין זה ולא לסמוך על דעתו. כיון שהוא יודע שעושה מעשה:

אחר כתבי זאת מצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' למס' מכות וז"ל ואיכא דק"ל והא גבי שבת וע"ג דכתי' תחטא בשגגה ואומר מותר חייב בהן כדאמרינן פ"ד מיתות ב"ד כו'. ואיכא למימר דהתם כתיב תחטא בשגגה. וכיון שהוא שוגג בחטא שאין לו ידיעה שהוא אסור כו'. אבל הכא כתיב מכה נפש בשגגה ההכאה עצמה בעינן וזה מזיד בהכאה הוא כו' ואביי סבר כר"י דפטר לי' אפי' בשאר מצות כו' ורבא אמר לך טעמא דהכא משום דבעינן מכה בשגגה עכ"ל. ולשיטה זו ודאי כל שהוא מזיד בהכאה ויודע שהורגו פטור מגלות. ולכאורה מדכ' הרמב"ם הל' רוצח פ"ה ה"ד הטעם דהוי קרוב למזיד הואיל ונתכוין להורגו. נראה שכיון לשיטה זו:

אבל לשיטה זו לא יכולתי לכוין הסוגיא (דף ט' ע"א) הא דאי' התם ואזדו לטעמייהו כסבור שהוא בהמה כו'. הא לא טעמי' דמר איכא הכא ולא טעמי' דמר איכא דמ"ד קרוב למזיד טעמי' משום דהוי מזיד בהכאת נפש. והכא בהכאת נפש לאו מזיד הוא דהא כסבור בהמה הוא. ונפש בהמה לאו נפש הוא לענין רציחה ומ"ד אנוס הוא הא טעמי' משום דסבירא לי' כר"י דפטר בתינוק שנשבה אפי' בשאר מצות. ובהא דסבור בהמה הא דכוותי' ודאי חייב בשאר מצות כמש"ל סבור שהוא שומן כו' ועוד הא דמותיב ליה רבא לרב חסדא ואביי לרבא מאבימלך מאי קושיא הא רבא לא אמר קרוב למזיד אלא בגלות דכתי' מכה נפש בשגגה. אבל בשאר מילי לא. אלא ודאי מחוורתא כתי' התוס'. וכ"כ הרמב"ן שם לחד תירוצא דשאני הכא דמיעטה בו תורה שגגות הרבה וטעמי' דמ"ד קרוב למזיד משום שהי' לו ללמוד וניחא דאזדו לטעמייהו כדפירש"י ותוס' שם. ומותיב שפיר מאבימלך דהא אפי' בשאר מצות בן נח היה נהרג שהי' לו ללמוד ולא למד:

אבל מ"מ נראה דהדין דין אמת דאפי' בהכיר ולבסוף שכח דין א' נמי הי' לו ללמוד כיון שיודע בטוב שהורגו ועושה מעשה הי' לו לשאול ולא לסמוך על דעתו. ועוד דהא אפי' כסבור בהמה כו' (דמי לא עסקינן בציד אשר יצוד חיות הרבה בכל יום ורגיל בזה כל הימים ונזדמן לו אדם כבהמה נדמה וירה חץ להרגו. ומה הי' לו לעיין כיון שבבירור נדמה לו כחי' והוא רגיל בזה תמיד להרוג חי' וזה אומנתו ואפ"ה) אמרינן איבעי ליה לעיוני. כ"ש בזה שיודע שהורג נפש מישראל. ודאי בזה שייך יותר לומר הי' לו ללמוד ואע"ג דלא דמו ממש להדדי מ"מ כיון דחד טעמא הוא קאמר ואזדו לטעמייהו כאן חסר בהעתקה וחבל על דאבדין דמסקינן בפ' האשה רבה דלא עבדינן עובדא במאי הוה לה למיעבד והיינו מדרבנן כמ"ש לקמן אי"ה. אבל מדאורייתא שוגגת מקרי ובהא פליג ארשב"א:

גם מה שכתב הרשב"א בסוף דבריו ועל הוראה זו נסמכה וטעות כזה כאונס הוא. מהרי"ק פליג עליו מדכתב בשורש פ"ד דשינויי דחיקי נינהו ולא סמכי' אהנהו שינויי אלא משמע דלא אמרינן מאי הו"ל למיעבד. ועוד אפי' לפי הנהו שינויי דה"ל לאמתוני או לאקרויי גיטא וכו' כ"ש הכא דאיכא למימר דהו"ל לאמתוני עד אשר ישאו ויתנו בדבר כל החכמים הבקיאים בהוראה ולא להשען על משענת קנה הרצוץ הגס לבו בהוראה וכו' עכ"ל הרי להדיא דעתו דלפי המסקנא דשינויי דחיקי נינהו. אפילו אם היו נושאים ונותנים כל החכמים הבקיאים בהוראה כב"ד של שאול. אפ"ה לא אמרינן מאי הו"ל למיעבד:

וגם הרשב"א נראה דפליג אטעמא דמהרי"ק מדכתב דא"כ כל הנשים שזינו נתיר. ואי ס"ל כסברת המהרי"ק מה זו ראיה מכל הנשים שזינו דאפילו אם סברי שאין איסור בדבר. אפ"ה א"א להתירן דהא מעלו מעל באנשיהן משא"כ בסבורה שלא נתקדשה דלמא באמת אנוסה היא אלא ודאי דהרשב"א לא סבירא ליה טעמא דמהרי"ק. אבל לדינא ודאי מודה למהרי"ק בזינתה תחת אישה באומרת מותר דאסורה מדאורייתא כמ"ש לעיל וכן הב"י בסי' קט"ו אחר שהביא דברי מהרי"ק כתב וכ"מ מתשובת הרשב"א סי' אלף קפ"ט נמצינו למדים ד' חילוקי דינים:

דין א' אשה שזינתה ויודעת שמזנה תחת אישה אף שסברה שאין איסור בדבר אסורה מדאורייתא בין להרשב"א בין למהרי"ק למר מטעמיה ולמר מטעמי' כמ"ש לעיל:

דין ב' אשה שנתקדשה וסברה שלא נתקדשה אפילו טעות עצמה וניסת לאחר אסורה להרשב"א מדאורייתא ולמהרי"ק מדרבנן. דין ג' אשה שנתקדשה והורו בה מורים מובהקים בטעות שאין ממש בקידושין וניסת לאחר ואח"כ נודע שטעו המורים להרשב"א שריא ולמהרי"ק אסורה מדרבנן:

דין ד' אשה שזינתה תחת אישה ע"פ טעות הוראת ב"ד מובהק. להרשב"א שריא ולמהרי"ק אסורה מדאורייתא:

ועתה אשוב לבאר בעז"ה כל דין מארבעה דינים הנ"ל איך קי"ל לדינא:

הנה בדין הא' כבר כתבתי דהרשב"א ומהרי"ק שוין דמדאורייתא אסורה ואין שום חולק עליהם. וכן הרמ"א ז"ל סימן קע"ד הביא דברי מהרי"ק לדינא. אך הרמ"א בהג"ה (סימן כ') כתב דלהכי כתב הטור מתי חייבת מיתה לידע באיזה ביאה אסרינן על בעלה. ונראה דאף לדעת רמ"א לא חילק אלא בין ביאה לביאה. אבל בביאה גמורה אף היכא דאין חיוב מיתה אפילו הכי נאסרת אבל הב"ח כתב ואחריו נמשכו הח"מ וב"ש דכללא כייל הרמ"א דהיכא דאינה חייבת מיתה אינה נאסרת וא"כ באומרת מותר דאינה חייבת לא נאסרה על בעלה לפי פירושם וקצת תימא על האחרונים שלא הרגישו בזה להקשות דברי רמ"א אהדדי לפי פירושם. ובאמת דברי רמ"א בסי' כ' תמוהין בעיני דבטור לא משמע כן דא"כ לענין מאי כתב הטור דמשמש עם מתה דפטור. ועוד הטור בכל הסימן לא הזכיר כלל דין איסור לבעלה רק בדברי הרמב"ם שהביא בנשים המסוללות. והרי משמע שם איפכא דאי כפי' הרמ"א כיון שכתב כבר ואין מלקין ע"ז למה היה לו לכתוב דאין האשה נאסרת על בעלה בכך. ובד"מ משמע דעיקר ראייתו הוא מדברי הנמוקי יוסף שהביא שם ז"ל במנאפים שוכבים זע"ז אפי' שלא כדרכה ואפילו הערה בה חייב מיתה ונאסרת על בעלה. ומשמע מהא להרמ"א דאינה נאסרת אלא במקום חיוב מיתה.

וכן כתב הב"ח דמכאן למד הד"מ כלל זה ותמיהני טובא מה זו ראיה דפשוט לפענ"ד דהמ"כ שבנ"י כיון לסתור דעת הבה"ג הובא בראש"ש וש"פ בסוגיא דרוכל דאינה נאסרת אלא בעידי כמכחול בשפופרת. וסתרו כל הפוסקים את דבריו. מדמחייב מיתה על כדרך המנאפין. א"כ מכ"ש לענין איסור דסגיא בכדרך המנאפין ולזה כיון המ"כ שהביא כל הדינים דחייב מיתה ללמוד במכ"ש דנאסרת על ידיהם. אבל לומר להיפך דהיכא דאין חיוב מיתה אין נאסרת לא ידעתי מאין ולאין נלמוד קולא מנפשות לאיסור (כדכתיב והצילו העדה) והנה בד"מ הנ"ל נראה לומר דבאמת דעת רמ"א שהביא הנ"י ללמוד רק חומרא דעל כל פנים היכא דחייב מיתה נאסרת במכ"ש וא"כ להכי כתב הטור כדי ללמוד אף שהוא שוגג או אנוס מ"מ כיון שהיא מזידה נאסרת במכ"ש דחייב מיתה אבל בדבריו שבהגהת ש"ע דוחק גדול לפרש כן:

ואיך שיהיה אין לסתור לדין דמהרי"ק המובא בש"ע סי' קע"ח מחמת הגהות הש"ע דסימן כ'. דנראה פשוט כמו שכתבתי דאף לדעת הרמ"א נאסרת בביאה גמורה אף בלא חיוב מיתה ואף לפי' האחרונים הנ"ל הא כבר כתב הב"ש דלאו כללא כייל וראייתו נכונה משחוף דלקמן סי' קע"ח (אף שיש ליישב בדוחק דבשחוף גזירת הכתוב הוא) וא"כ אף לפירש האחרונים אולי גם דין דמהרי"ק יצא מן הכלל. ובפרט שאין להרמ"א שום ראיה לדבריו כמ"ש לעיל ע"כ ודאי פשוט גמור שאין לסמוך על כלל שכללו בכאן בפרט לפי' האחרונים שאין מתקבל על הדעת כלל:

ובדין הב' כבר כתבתי דלהרשב"א אסורה מדאורייתא ומסתברא דהלכתא כוותיה נגד משמעות המהרי"ק:

ובדין הג' בניסת לשני ע"פ טעות המורה בקידושין הראשונים דלהרשב"א שריא ולמהרי"ק מדרבנן אסירא. הנה רמ"א ס"ס י"ז סתם כדברי הרשב"א. והט"ז הרבה להשיב על דבריו יעו"ש. ולפענ"ד קושייתו פלטי לא עשה שום מעשה לק"מ דמי היו עדים שהעידו ע"ז. דהא נתייחדה עם פלטי לשום אישות כדכתיב וילך אחריה אישה והן הן עידי ביאה ואפי' אם דוד ראה ברוה"ק כדרש הגמ' שפלטו אל מן העבירה לא ידעתי אם הותרה לו כיון שיש הרבה עדים שנתייחדה עם פלטי לשם אישות ועוד דהא משעת כניסתן לחופה נאסרו כמבואר בש"ע (סי' ז' סעיף י') והוא מוסכם באין חולק שוב ראיתי שהרשב"א עצמו בסי' י' תירץ קושית הט"ז בדרך אפשר לומר ע"ש שכ' וא"ת מנין היה יודע כן י"ל כי נביאים היו בימי דוד וע"פ נביא עשה והוא דוחק גדול לפענ"ד:

גם קושיית הט"ז על הרשב"א שקראה בלשון אנוסה והקשה מדחייבת קרבן על הוראת ב"ד לק"מ דכהאי גוונא אשכחן טובא בש"ס בענין זנות אשה קורא לשוגגת אנוסה

כדאיתא בפ' האשה רבה מאי הוה לה למיעבד מינס אנסה והא התם לענין קרבן שוגגת היא כדקתני להדיא במתני' דחייבת קרבן. אבל לענין להתירה לבעלה כיון דילפינן מוהיא לא נתפשה הא נתפשה שריא קורא לכל המותרות לבעליהן אנוסה לכוללה בלשון המקרא דנתפשה וכן הר"ן והרשב"א וש"פ שלהי נדרים כתבו דבהך עובדא באשת ישראל שריא דאונס בישראל מישרא שריא. והא התם לענין קרבן שוגגת היא דדמיא ממש להך דובשעת כניסתן לחופה הוחלפו דחייבים חטאת. כדקתני התם במתני' וברייתא אלא ודאי כמ"ש וכ"כ הרמב"ם ה' אישות פכ"ד ה"כ שהשוגג צד אונס יש בה ורצה לומר דלפיכך השוגגת בכלל נתפשה היא. ועי' רש"י בפרק האשה רבה ד"ה מותרת לחזור וד"ה שלא עפ"י ב"ד:

אמנם קושיא ג' של הט"ז וכן הקשה הב"ש מדקי"ל דלא עבדינן עובדא במאי הו"ל למיעבד לכאורה קושיא אלימתא היא והיא ראיית המהרי"ק סוף שורש פ"ד מנמצאת הערוה איילונית ודכוותיה ולכאורה היא ראיה מכרעת ונצחת דהא התם הוי אונס גמור דלא הו"ל לאסוקי אדעתי' שתמצא איילונית לפי מסקנת הש"ס דלא הו"ל לאמתוני ואפילו הכי אסירא ולא אמרינן מאי הו"ל למיעבד:

ומ"ש הש"י בתשו' (סי' מ"א) לתרץ דעת הרשב"א מקושיא זו דשאני ניסת ע"פ עדים דהוי טעות ולא הוראה וכדאיתא בגמ' (דף צ"ב ע"א) אמר זעירי אין זה הוראה אלא טעות וכ"פ הרמב"ם הל' שגגות פי"ד ה"ג דמטעם דהוי הוראת טעות חייבת בקרבן מה שאין כן בשגגת הוראת ב"ד העושה ע"פ פטורים עכ"ל ש"י שותי' דמר לא ידענא וכי מה ענין הוראת טעות ב"ד לכאן דבודאי בהוראת ב"ד לאו באונס תליא מלתא דהא התירוה ב"ד על פי שני עדים ודאי יותר אנוסה מהתירוה ע"פ עד א' ואפ"ה לתנא דמתני' ריש פרק האשה רבה וכן לר"נ ור"א (בדף צב) דהוראה היא. ובניסת ע"פ עד א' פטורה מקרבן אפ"ה בניסת ע"פ שני עדים חייבת ומשמע ודאי ואפי' התירוה ב"ד ע"פ שני עדים וכדאיתא התם (דף צ"א ריש ע"ב) רבינא אמר לענין קרבן קתני עשו ב"ד בהוראתן לא מתיא קרבן ע"פ עדים מתיא קרבן. והא התם מיירי בברייתא בעשו ב"ד ע"פ עדים אלמא התם ודאי שאני דאימעוט מבעשותה דהוראה הוא דאמעיט ולא טעות משא"כ לענין היתר אשה לבעלה כל אונס או שוגגת מותר ואם כן מה לי טעות הוראה מה לי טעות ע"פ עדים ס"ס הב"ד התירוה והרי עכ"פ היכא דחייבת בקרבן שוגגת מקרי ושגגות איש באשה מותר מדינא כמש"ל אלא דרבנן גזרו שוגג אטו מזיד כדאיתא (דף צ"ד ע"ב) וא"כ כיון דמסקינן דאפי' היכא דלא ה"ל למיעבד כלל גזרו בה רבנן מאיזה טעם נחלק בין טעות הוראה לטעות ע"פ עדים וביותר תמוה מש"ש בשם הרמב"ם דהיכא דטעו בהוראה

היחיד פטור. והרי הרמב"ם כתב להדיא (הל' שגגות פי"ג סוף ה"א) וכן אם הורו ועשו מיעוט הקהל הרי ב"ד פטורין. ואלו המעוט שעשו חייבים וכבר הרגיש המשנה למלך (פי"ז ה"ג) לתמוה על הרמב"ם בזה שנתן טעם דחייבת בקרבן משמע דאין זה הוראה אלא טעות דהא כיון דפסק דיחיד שעשה בהוראת בית דין חייב בלאו הכי חייבת בקרבן: **והנה** בפ' המצניע (דף צ"ג ע"א) אייתר בעשותה למעוטי יחיד שעשה בהוראת בית דין. ופירש"י דלר"ש באמת חייב והתוס' גרסי לר"ש ל"צ קרא למעוטי ופי' התוס' משום דהא אנוס הוא ואף שהשגות התוס' מהך דהוריות (דף ג' ע"ב) כבר תירצה רש"י בפי' למשנה שם בד"ה הורו ב"ד דמיירי שעשו רוב הציבור ע"פ. ולפענ"ד פשטא דמתני' הכי משמע מדקתני דין שהביאו כפרתן וכפרה ודאי לא מיירי אלא בעשו רוב הציבור (ור"י דמחייב במשנה דף ה' בשעשה אותו שבט על פיהם היינו משום דס"ל דשבט אחד נמי מקרי קהל כדאיתא התם דף ה' ע"ב) וכן מהא דאיתא התם בגמ' (דף ג' ע"ב) א"ד אומר היה ר"ש כל הוראה שיצאה ברוב ציבור כו'. משמע לכאורה דעיקר החיוב הוא מחמת שעשו רוב הציבור דוקא ולפענ"ד לזה כיון רש"י בפ' המצניע שכ' ור"ש לטעמיה דא' בהוריות יחיד שעשה בהוראת ב"ד חייב. ולפענ"ד דגם הרמב"ם הוה משמע ליה הא דאמר בגמ' כל הוראה שיצא ברוב ציבור דהיינו שעשו רוב הציבור. ומשום הכי אע"ג דפסק (פי"ג ה"א) דיחיד שעשה בהוראת ב"ד חייב כמש"ל מ"מ הביא דין זה ספי"ד משום דס"ל דהכא מיירי שעשו רוב הציבור וכללו בלשונו שפשטה ברוב הציבור. ובזה נסתלקה השגת הראב"ד מעליו. ואף להראב"ד שלא הבין לשונו כן מ"מ הרי כתב להדיא דמיירי שעשו רוב הציבור ואם כן לא קשה מידי על ראית רש"י מה שהקשו עליו התוספות [כאן חסר בהעתקה] פוטר יחיד העושה כו' הטעם משום דהוי אנוס והרי בעשו ב"ד ע"פ עדים יותר אנוסה ודאי ואמאי חייבת קרבן:

ולולא דמסתפינא ה"א לקיים גי' הגאונים דגרסינן דלר"ש ל"צ קרא ולא מטעמייהו דהתוספות והרשב"א דהוי אנוס אלא משום דהוי מזיד בדעת עצמו דהא לולי התרת ב"ד היה לבו נוקפו להתיר ולא הי' סבור שהוא מותר רק הב"ד התירו לו נמצא השגגה אצל הב"ד שסברו שהוא מותר ולא אצלו דהא הוא לא היה סבור שהוא מותר (וע' הוריות דף ג' ע"ב רש"י ד"ה לפי שלא נתנה כו') וא"כ ע"פ ע"א לולי התרת הב"ד לא היתה סבורה שהיא מותרת לינשא דהא בכל התורה ע"א לא מהימן משו"ה פטורה מקרבן דהשוגג הוא אצל הב"ד ולא בדעתה משא"כ בהתירוה ע"פ ב' עדים דאף בלא הב"ד היתה סבורה שהיא מותרת לינשא מדעת עצמה דמי לא ידעה דשני עדים נאמנים להעיד וכיון דאף בלא הב"ד לא היה לבה נוקפה א"כ שוגגת היא בדעת עצמה מש"ה חייבת בקרבן. והכי

קתני בהדיא בברייתא עשו ב"ד בהוראתן כזדון איש באשה והיינו כמ"ש דהאיש והאשה עשו בזדון רק הב"ד היו שוגגין (ועי' תוס' ד"ה רבינא אמר) שנדחקו לפרש הא דנקט כזדון איש באשה סימנא בעלמא הוא. והוא דוחק גדול למנקט סימנא דזדון אאנוס אבל לפמ"ש אתי שפיר כפשטא. ובהא נמי הוי ניחא הא דפטורה מקרבן בהוראת ב"ד גרידא דכיון דהך סוגיא דר"פ האשה רבה כר"ש אזלא ולר"ש ס"ס הרי היא מזידה בדעת עצמה אף בהוראת ב"ד גרידא אבל בטלה דעתי נגד כל המפרשים ז"ל ולא כתבתי זאת אלא אולי ימצא באיזה קדמון שיפרש כן ואהיה סניף לדבריו כי לפענ"ד הוא נכון בסוגיא והא דהורו מזידין ועשו שוגגין עדיין צ"ע קצת כי יש לישב בדוחק ואיך שיהיה עכ"פ משום אנוס אי אפשר לפרש כלל כמ"ש מאוקימתא דרבינא. וכן הך סוגיא (דדף צ"ב ע"א) דשקל וטרי הש"ס בניסת ע"פ ע"א אי הוי הוראה או טעות ודאי לא מתוקמא אלא אליבא דמאן דממעט מבעשותה דאי משום אנוס (או מזיד) מה לי הוראה או טעות ס"ס הוי העושה הוא אנוס (או מזיד) וא"כ דלאו משום אונס מפטר יחיד העושה כו' אלא דאמעיט מבעשותה הדרא קושיית הט"ז וב"ש לדוכתיה כמו שכתבתי לעיל:

ולפענ"ד לתרץ דעת הרשב"א גם מקושיא זו דהרשב"א לשיטתו אזיל דהא באמת טעמא בעי אמאי לא אמרינן מאי הוה לה למיעבד כיון דבאמת מינס אנסה הואיל ועפ"י שני עדים ניסת ואף דבגמ' (דף צ"ד) אמרינן כיון דבמזיד אסורה מדאו' בשוגג גזרו בה רבנן אכתי קשה מאי שנא מהך דהוחלפו בשעת כניסתן לחופה ולא גזרינן שוגג אטו מזיד ומ"ש הכא דגזרינן. והנה בדבר זה נחלקו בו חכמי ישראל רש"י ודעימי' ס"ל דהכא הואיל וע"י נשואים גמורים נשאת לשני חיישינן שמא יאמרו גירש זה ונשא זה והרשב"א בחי' ס"ל דלשמא יאמרו לא חיישינן אלא מביא ירושלמי, דרמי הך דהכא אמתני' דהוחלפו ומשני קנס הוא קנסו בה שתהא בודקת יפה. וצ"ל הא דאיתא בגמ' אשה דייקא ומינסבה לאו בהותרה עפ"י ע"א לחוד דוקא. אלא אפי' בהותרה ע"פ שני עדים נמי דייקא בתר סהדי דלמא שיקרי נינהו (וכ"כ התוס' ד' פ"ח ע"ב ד"ה והבא עלי' דאפי' הותרה ע"פ ב' עדים דייקא) והא דלא דייקא שפיר קנסוה רבנן. והשתא ניחא דהא קנסא דלא דייקא לא שייך אלא בטעות עפ"י עדים דאי הוה דייקא שפיר בתר הני סהדי אי שקרי נינהו. וכן אחר בעלה אם הוא חי הוה מתודע לה האמת משא"כ בעובדא דמיכל בת שאול מאי הו"ל למידק כיון דשאול בחיר ה' וכל הסנהדרין הכי הוו ס"ל והתירוה להנשא. האם תעלה השמימה אין לה אלא לדרוש השופטים אשר בארץ בימים ההם. וכן דקדק הרשב"א בלשונו וכו' דגבי עובדא דמיכל וטעות כזה אנוס הוא כן נ"ל ברור ונכון דעת הרשב"א אבל מהרי"ק ס"ל דהטעם דלא אמרי' מהו"ל למיעבד משום שמא יאמרו גירש

זה כו' כשיטת רש"י ודעימי' וא"כ אפילו בכה"ג דלא הו"ל למידק כלל אפ"ה אסורה שמא יאמרו כו':

ועתה אשובה אראה כמאן קי"ל לדינא אי כהרשב"א אי כמהרי"ק ובתחילה אבאר בעז"ה שיטת רש"י והרשב"א על בורים כבר כתבתי דמהרי"ק ס"ל דאפי' בניסת עפ"י טעות מורים מובהקים כב"ד של שאול דלא הו"ל למידק כלל אפ"ה אסירא היינו כשיטת רש"י שכ' להדיא בגיטין (דף פ' ע"ב בד"ה דמיחלפ') דהטעם הוא דאסרי' לה למיהדר משום שמא יאמרו גירש זה ונשא זה ונמצא מחזיר גרושתו. וכ"כ התוס' שם וכ"כ התוס' ביבמות (דף צ"ב ע"א ד"ה אבל חכמים) וכ"כ הרא"ש בסוגיא דאין קידושין תופסין ביבמה דהטעם הוא שמא יאמרו כו' וכ"כ הראב"ד והרמב"ן בס' הזכות הובאו גם ברא"ש בסוגי' דכל שפוסל וכ"כ הרמב"ם פ"י דגירושין גבי גט בטל הטעם דשמא יאמרו. ומשמע שם וכן בגמ' דחד טעמא הוא דאל"כ לא הוה פריך מידי בגמ' ועמ"ש לקמן אי"ה בדעת הרמב"ם וכ"כ רש"י (דף צ"ה ע"ב ד"ה וא"ר הונא כגון שקידש) דאי בנשא אחיו ודאי מותרת דליכא למיחש לגירש זה כו' דהא גרושת אחיו היא וכ"פ הרא"ש והטור שם ולשיטתם צ"ל הא דמשמע ר"פ האשה רבה דלא שאני בין קלקלה לנשאת אלא לענין קרבן כדמפרש טעמא שלא התירוה אלא להנשא ומשמע ודאי דאסורה לראשון בזנות דשני כמו בנשואין דשני וכ"ה בתוס' גיטין (דף פ' ע"ב) וכ"כ הרשב"א שם להדיא ולדעתי גם רש"י מודה בזה. ואע"ג דלא שייך גירש זה כו' כיון דזנות הוא צ"ל דלא פלוג רבנן דאפי' בשומרת יבם אמרינן ביבמות (דף צ"ב) ובגיטין (דף פ' ע"ב) דמחלפה באשה שהלך בעלה למדינת הים אע"ג דאמרינן בגיטין זינתה לא מיחלפה. היינו זנות דיבמה בנשואין שהלך בעלה למדה"י אבל זנות דידה בנישואין דידה ודאי מיחלפה ואין להקשות לשיטת רש"י ודעימי' דהא משמע בגמ' (דף פ"ח ע"ב) דטעם שמא יאמרו גירש זה כו' לא קאי רק אמאי דצריכה גט משני דהא לא פריך התם רק אמאי דצריכה ולא אתצא מזה ומזה דבאמת לא ק"מ דפשטא דמתני' ודאי לא קאי רק אניסת בע"א ובהא לא צריכינן לטעמא דשמא יאמרו דהא בלא"ה לאו מינס אנסה בניסת ע"פ ע"א. וטעמא רבא איכא לאסרה כדפירש"י ר"פ האשה רבה. וכ"כ הר"ן משום דשריותא דע"א הוא משום דאיהי גופא דייקא והיא דלא דייקא ראוי לקונסה אבל ע"פ ב' עדים דמינס אנסה איכא למימר דטעם דאיסור הוא שמא יאמרו כו' ובהכי ניחא דלא תקשי קושיית התוס' (דף צ"א ד"ה עפ"י ב"ד) ע"ש דודאי בניסת בע"א אף בלא גט אסורה כמ"ש אבל בניסת עפ"י ב' עדים דעיקר האיסור הוא רק משום שמא יאמרו ומשום האי חששא אמרי' בגמ' דבעי נמי גט וא"כ פריך שפיר מגט אאיסור דבחד טעמא שייכין:

אבל לשיטה זו קשה הא דיהיב בגמ' (דף פ"ט) טעמא משום דעבדא איסורא קנסוה רבנן וחיישינן שמא יאמרו. והא בניסת ע"פ עדים דלא עבדא איסורא דמהו"ל למיעבד וא"כ הדרא קושי' לדוכתי' אמאי חיישינן לשמא יאמרו ולהרמב"ם שכ' (פ"י דגירושין ה' ז') הטעם דנתקדשה מותרת הוא משום דלמא תנאה הו"ל בקידושין לק"מ ועי' לח"מ דבאמת למסקנא דקיי"ל כר"ע דחוששין לתנאי קידושין לא צריכינן לטעמא דעבדא איסורא כמ"ש התוס' ד"ה אמרי קידושי טעות כו' ואולי גם מחמת קושיא זו כ' הרמב"ם כן אבל חלוקים על הרמב"ם כל רבותיו וחביריו. דהא הרי"ף והרא"ש והרשב"א והר"ן הביאו מסקנת הגמרא דהכא דהטעם לחלק בין נשאת לנתקדשה הוא דבניסת עבדא איסורא ונלפענ"ד דדעת כל הפוסקים הנ"ל דלא חיישׁ ר"ע לתנאי קידושין אלא לחומרא אבל לתלות לקולא בתנא' לא שמעינן לר"ע:

והיה נראה לישב קושיא זו ולומר דאע"ג דהשתא באמת לא עבדא איסורא מ"מ כיון דבנשואין אלו הוה במזיד הוי איסורא ודאי קנסו שוגג אטו מזיד (לרבנן דפליגי עלי' דר"ש ואמרי אף בניסת שלא ברשות) אף בנתקדשה אפי' הוי מזיד לא עבדא איסורא לא קנסו שוגג ואפ"ה לא קשיא הך דהוחלפו בשעת כניסתן לחופה דתרווייהו בעינן עבדא איסורא וחששא דשמא יאמרו ודהך דהוחלפו אע"ג דאילו הוה במזיד הוה עבדא איסורא מ"מ כיון דזנות בעלמא הוא ולא שייך חששא דשמא יאמרו מש"ה שרינן וא"כ מהא נמי מוכח דלא כהרי"ף דגרס אלא רישא דעבדא איסורא עיין ברא"ש שהשיג עליו בזה ולפמ"ש גם מהך דהוחלפו ק' על גי' הרי"ף (ולמאן דס"ל הטעם משום שמא יאמרו) דאי בעבדא איסורא לחוד תליא הך דהוחלפו אמאי שרינן הא אלו הוה במזיד הוי עבדא איסורא:

וראיתי להרשב"א בחידושיו בסוגיא דכל שפוסל ע"י עצמו (דף צ"ה ע"ב) שהקשה על שיטה זו מה שהקשיתי לעיל מהא דמשני בגמ' (ד' פ"ט) נתקדשה דלא עביד איסורא לא קנסוה רבנן. והא נמי הרי לא עבדא איסורא ועוד הקשה מהא דא"ר ששת לעיל (דף צ"א) מהו"ל למיעבד מינס אנסה ואי ס"ד הטעם הוא שמא יאמרו כו'. א"כ מאי קאמר מינס אנסה. והא אנן משום גזירה אסרינן לה וכן לרב פפא היאך הוי סבר למיעבד עובדא למשרי' במאי הו"ל למיעבד כיון דאיכא למיחש שמא יאמרו:

ולפענ"ד לק"מ מהא אשיטת רש"י דבאמת היא קושיית הגמ' דפריך דכיון דלא הו"ל למיעבד ומינס אנסה. וא"כ לא עבדא איסורא. וא"כ אמאי קנסוה דניחוש לשמא יאמרו כו'. ומש"ה גם רב פפא סבר למיעבד עובדא הכי דכיון דלא עבדא איסורא לא נקנוס לה ולמסקנא דגמ' דלא עבדי עובדא במאי הו"ל למיעבד באמת נשארה בקושי' ולא

ידעינן טעמא דמילתא. דהא גם לשיטת הרשב"א נשארה הקושיא דמאי הו"ל למיעבד בגמ' דידן. רק לפום גמ' ירושלמי מתרצא. והשתא לא צריכינן למדחק נפשין בפירושא דטעמא דיהיב בגמ'. רישא דעבדא איסורא קנסוה לדחוק ולומר כמ"ש לעיל דכיון דבמזיד הוה עבדא איסורא כו' אלא פירושא כפשטא דבניסת ע"פ ע"א איירי הגמ' התם ושפיר עבדא איסורא דלא דייקא ואינסבה אבל בניסת עפ"י ב' עדים באמת נשאר הגמ' בקושי' ואפ"ה לא עבדינן עובדא ומ"מ למסקנא דלא אמרי' מאי הו"ל למיעבד. אפשר דטעמא דפרישית אמת לחלק בין נשאת בשני עדים לנתקדשה:

ונראה דעת רש"י ודעימי' דהך ירושלמי קאי אניסת בע"א ואהא הוא דמשני שתהא בודקת יפה והיינו כש"ס דילן שהחמרנו עלי' בסיפא (דף פ"ח ע"א) וא"נ דהירושלמי קאי גם אניסת בשני עדים כמו שהביא הרשב"א מ"מ ס"ל לרש"י ותוס' דלא משגחינן עלי' דאיהו ס"ל כס"ד דש"ס דילן דאמרי' גבי כל הנך דתנן בפ' הזורק דכל הדרכים האלו בה הוה לה לאמתוני או לאקרויי לגיטא וכהנהו שינויא דשנינן. אבל למסקנא דש"ס דילן דשינויי דחיקי נינהו ולא אמרי' הוה לה לאמתוני ה"נ לא אמרי' הו"ל למידק אם לא בניסת ע"פ ע"א דמתוך שהקלנו עלי' בתחילתה החמרנו עלי' בסופה דאי לא הוה מחמרינן בסופה לא הוה מקילינן עלי' בתחלתה כדאי' בגמ' (דף פ"ח ע"א):

ובאמת לכאורה קשה על הרשב"א דמשמע למעיין בדבריו דס"ל דבניסת עפ"י עדים לא מתסרא אלא משום דהו"ל למידק כטעם הירושלמי וכן משמע בר"ן בסוגיא דכל הפוסל כו' (ד' צ"ה) משמע הא היכא דלא ה"ל למידק כלל לא מתסרא (וכמש"ל לתרץ דברי הרשב"א בתשובה) וא"כ כל הנך דתנינן בפרק הזורק דתצא מזה ומזה כגון נמצא הערוה איילונית וכן נתן גט לאשה ושובר לאיש אמאי מתסרו כיון דלא הו"ל למיעבד כלל למסקנת הש"ס דשינויי דחיקי נינהו. ואפשר לומר דבכל הנך דפ' הזורק היינו טעמא משום דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י וכדאי' התם במסקנא גבי שומרת יבם ואי קשיא כיון דס"ס אפי' היכא דלא ה"ל למידק כלל אסורה משום דמחלפא א"כ קושית ט"ז וב"ש על תשו' הרשב"א הדרא לדוכתא דהא ודאי היכא דמחלפא יש לנו לאסור אף בדבר שלא הוזכר בש"ס להדיא דהא אפי' בקטנה שלא מיאנה והגדילה קיי"ל כהרי"ף והרמב"ם דאסורא משום דמחלפא אע"ג דלא הוזכר בש"ס ואף שהראב"ד לא פליג התם אלא משום דהוי קדושי דרבנן עיין פ' ב"ש ברא"ש סי' ז'. וא"כ בהך עובדא דתשו' הרשב"א ה"ל למיסר משום דמחלפא וע' תוס' (דף צ"ב ד"ה אבל חכמים) וכ"כ הרא"ש שם דבנישאת בהוראת ב"ד כמחלוקת ב"ש וב"ה לא שייך טעמא דמחלפא וא"כ לק"מ על הרשב"א שנראה דבמחלוקת ב"ד של שאול ודוד נמי עשו כל אחד כדבריהם:

אי נמי י"ל דאפי' למסקנת הגמ' כל הנך דבפ' הזורק בלתא דנפשייהו מתסרן משום דה"ל לאקרויי גיטא או לאמתוני. והא דאמרי' בגמ' שינויי דחיקי נינהו ולא סמכי' עלייהו לא אתא אלא לאפוקי מס"ד דהנהו שינויי דחששא דה"ל לאמתוני ולאקרויי גיטא אלים מחששא דה"ל למידק ומש"ה הוי סבירא לן דאפי' למ"ד בניסת ע"פ שני עדים שריא ואמרי' מה"ל למיעבד אפ"ה בהנך דפ' הזורק אמרי' דה"ל לאמתוני ולאקרויי אהא לא סמכינן דשינויי דחיקי נינהו לומר דהאי חששא אלים מטעמא דה"ל למידק אלא הני תרי חששי כי הדדי נינהו ואי אמרי' בניסת ע"פ עדים מאי הו"ל למיעבד אף בהנך דפ' הזורק נמי אמרינן מה"ל למיעבד. וא"כ למסקנא דניסת ע"פ עדים אסורה משום דהו"ל למידק באמת הנך דבפ' הזורק נמי בלתא דנפשייהו אסירן דהו"ל לאמתוני ולאקרויי גיטא והא ל"ק לי על הרשב"א מסוגיא דנשאו אין זינו לא דבפ' הזורק דמוכח התם להדיא דהטעם הוא משום שלא יאמרו ועיין תוס' שם וכ"כ שם הרשב"א בחי' להדיא ומשמע ודאי דנשאת בגט בטל ואשה שהלך כו' חד טעמא אית להו דאל"כ לא הוה פריך הגמ' מידי בהאשה רבה (דף צ"א) כמ"ש הרשב"א דאי טעמא משום שמא יאמרו לחוד הא לא שייך למימר מהו"ל למיעבד וכמש"כ לדעת הרמב"ם:

אבל משום הא לא תברא די"ל דהס"ד דפ' הזורק אזלא כר"י נפחא אליבא דר"י ביבמות (ד' צ"ה) ואליבי' גם הרשב"א מודה דס"ל הטעם משום שמא יאמרו:

ואי קשיא א"כ הדרא קושי' הט"ז וב"ש לדוכתי' דאפי' בעובדא דמיכל בת שאול הו"ל למיסר משום שמא יאמרו כר"י נפחא אליבא דר' יוסי דנקטינן כוותי' לחומרא כיון דלא איתבריר אליבא דמאן פסק שמואל הלכה כר"י אי אליבא דר' אמי או אליבא דר"י נפחא וכ"כ הרי"ף והרא"ש שם וכ"כ שם הרשב"א גופי' י"ל דודאי דר"י נפחא גופי' לא אסר משום שמא יאמרו (לשיטת הרשב"א) אלא היכא דעבדא איסורא קצת דלא דייקא שפיר. דאל"כ אפי' נתקדשה נמי וכ"כ הרשב"א שם לחד שינויא דלר"י נפחא בעינן תרווייהו דעבדא איסורא ושמא יאמרו וכו' ולאפוקי מדר' אמי דלא בעי אלא עבדא איסורא לחוד (לשיטת הרשב"א) וא"כ בעובדא דמיכל בת שאול כיון דלא הו"ל למידק כלל וכמש"ל אפי' לר"י נפחא ליכא למיחש משום שמא יאמרו:

ונראה לפענ"ד להביא ראי' לדעת הרשב"א מהא דמקשה בגמ' (דף צ"ד ע"ב) ותאסר בשכיבה דאחותה. והא הכא ע"כ בשני עדים איירי כמ"ש התוס' (בד"ה ואע"ג) וכ"כ כל הפוסקים דע"א על מיתת אשתו לא מהימן לישא אחותה וא"כ אי טעם האיסור בניסת ע"פ עדים הוא רק היכא דשייך שמא יאמרו כשיטת הסוברים כרש"י ובנשואת אחיו דליכא למיחש לשמא יאמרו שריא וא"כ מאי מקשה הגמ' הא הכא לא שייך שמא יאמרו

ואף אשתו בכה"ג לא מתסרא (ורש"י עצמו אולי נשמר מקושי' זו וכ' בד"ה וגיסו דע"א מהימן על מיתת אשתו אבל על תוס' וש"פ דאזלי בשיטת רש"י בטעמא דשמא יאמרו. ובנאמנות עד אחד על מיתת אשתו פליגי על רש"י קשיא טובא אבל לשיטת הרשב"א פריך הגמ' שפיר דהא אשתו אפי' היכא דליכא למיחש לשמא יאמרו כגון נשואת אחיו אפ"ה אסורה משום דה"ל למידק ויש לישב בזה גם לשון התוס' והנה הב"י אף שלא ראה דברי הרשב"א בחידושיו שהבאתי. מ"מ הסכימה דעתו הנקי' להבין ולהורות דפלוגתא דרבוותא היא ע"ש מ"ש בב"ה סי' קנ"ט דמשמעות הרי"ף והרמב"ם דאפילו בנשואת אחיו אסורה אף שראייתם הוא מדהשמיט הרי"ף הא דרב ולפענ"ד איכא למימר איפכא דמש"ה השמיט הא דרב משום דס"ל כשיטת רש"י דבנשואת אחיו דלא בעי גיטא משרא נמי שריא וא"כ כיון דכבר פסק כר"ע והביא הא דאמר ר' חייא בר יוסף א"ר כגון שקידש אחיו כו' עד אבל בנשואין דליכא למימר תנאה כו' ממילא נשמע דבקידש אחיו אסורה ובנשא אחיו שריא מ"מ נראה דכיון אל האמת דהרי"ף ס"ל כהרשב"א ובהכי ניחא גי' הרי"ף דגרס אלא רישא דעבדא איסורא קנסוה ומה שהשיג עליו הרא"ש מהא דאמרי' הכא דליכא למיחש לשמא יאמרו כגון בנשא אחיו אפי' לר"ע לא בעי גט עיין בר"ן אהא דאמר בגמ' דעבדא איסורא קנסוה שפי' בשם הירושלמי דקנס הוא כדי שיבורר איסורו של הראשון וכ"כ הרשב"א והרמב"ן במלחמות כהירושלמי דקנסו וברמב"ן מתברר יותר פירושו כדי שיאמרו מדהצריכוה גט משני מסתמא נשאה אחר שגירש הראשון ובזה יבורר איסורא לראשון שיאמרו הוא מחזיר גרושתו ומכ"ש קודם גירושי שני יאמרו שנשא א"א בלא גט. וכה"ג אשכחן דמחמת דמצרכינן גט משני חיישי' לשמא יאמרו כדאמרי' בגיטין (דף פ"ט סוף ע"ב) אבל מגרש שני ונשא ראשון לא שמא יאמרו מחזיר גרושתו ע"ש) וא"כ לגי' הרי"ף ה"פ אלא לאו כדס"ד דמשום שמא יאמרו בעי גיטא אלא משום דעבדא איסורא (דלא דייקא שפיר) קנסוה דלבעי גיטא כדי שיאמרו גירש זה. ונמצא מחזיר גרושתו. וא"כ באשת אחיו ואחות אשה אע"ג דאסירי משום דלא דייקא אבל גיטא לא בעי דהא לא יבורר איסורא בזה דודאי לא יאמרו דמסתמא נשא אחר שגירש ראשון דהא גרושת אחיו היא כנ"ל ברור ונכון דעת הרי"ף דס"ל כהרשב"א וכן הר"ן בסוגיא דכל שפוסל כ' דהאיסור בניסת עפ"י עדים שהוא משום דלא דייקא שפיר והיינו כהרשב"א (ואע"ג שבסוף דבריו הביא דעת הרמב"ן איהו לא ס"ל הכי):

וראיתי להב"ש ס"ס ט"ו שכלל בקצרה כל הסוגיא. ע"ש שכל דבריו נכונים זולת מ"ש דלהרי"ף אף בנשואת אחיו צריכה גט משני הואיל ועבדא איסורא. לפענ"ד לא כיון יפה בזה דהא הרי"ף כ' להדי' לקמן בסוגיא דא"ל מתה אשתו ונשא אחותו וחזינן מאן דכתב

כו' ולא קמפליג בין נשואין לקידושין ואנן כתבינן מאי דסבירא לן. ואף שבזה יש מקום לדחוק ולומר דהרי"ף לא פליג אמאן דכתב שהביא אלא בלא עבדא איסורא כגון אחות אשתו דבמזיד לא אסירא מדאורייתא (וא"כ צ"ל דלהרי"ף מצריך ר"ע גט אפי' באחות אשתו גרידא והא דפריך בגמ' לימא מתני' דלא כר"ע מלתא באפי נפשא היא והיינו דלא כתוס' ד"ה לימא מתניתין) אכן תחלת דברי הרי"ף שהביא הא דר"י בר יוסף א"ר כגון שקידש אחיו את האשה כו' אבל בנשאת כו' לא אמר ר"ע ופסק הלכה כר"ע לא ידעתי איך יפרש הב"ש אבל לענין לאוסרה על בעלה כיון האמת כרבי' דהרי"ף ס"ל כהרשב"א וכמ"ש לעיל דבנשואת אחיו נמי אסורה:

ובדעת הרמב"ם יש מקום עיון בזה דהנה (פ"י דגירושין ה"ד) כ' הטעם דבנשאת בגט בטל תצא מזה ומזה הוא משום שמא יאמרו ואע"ג דלכאורה אין ראיה מניסת בגט בטל לאשה שהלך כו' דהתם כיון דבאמת גירש זה ונשא זה רק שנמצא הגט בטל שייך יותר חששא דשמא יאמרו הגט הי' כשר משא"כ באשה שהלך כו' דלא הי' שום גט ליכא כ"כ חששא דשמא יאמרו מ"מ הא משמע שם ברמב"ם דחד דינא וחד טעמא אית להו. וכן מוכח בגמ'. (דף צ"א) דאס"ד דבהנך דבפ' הזורק הוי טעמא משום שמא יאמרו אלא ודאי מחד טעמא אית להו וע"כ נראה דס"ל כרש"י:

ומהא דכ' (בהל' ה') שם דאפי' אשת פקח שנשאת לחרש אסורה משמע דס"ל כשיטת הרשב"א דהא התם לא שייך שמא יאמרו כו' דהא אפי' גירש פקח ונשא חרש לא מחזיר גרושתו הוא להרמב"ם (בפי"א הל' ט"ו) וכ"ה בש"ע (סי' י' סעיף ב') ומהא דכ' בה' ח' וכן הדין באחיו שקידש א' כו' אין ראיה דאפשר דס"ל כרי"ף ורשב"א וכמש"כ להשיג על הב"ש וא"כ אפשר דמשום גט נקט קידש (דבנשא אחיו לא יבורר איסורא) אבל לענין איסור אף בנשא אסורה (דהו"ל למידק) וכ"כ הב"י בב"ה שהבאתי לעיל אבל מדלא חילק הרמב"ם בין נסיב אחות אשתו פנוי' ובין נסיב אשת גיסו כדחלק הטוש"ע (ס"ס ט"ו) נראה להוכיח דס"ל דקי"ל כשינויא דר"י נפחא דר"י מפליג בין אזלא אשתו וגיסו ובין אזלא ארוסתו וגיסו וא"כ כיון דכבר פסק בהלכה (ח' ט') כר"ע לחלק בין הלכה אשתו ארוסה להלכה אשתו נשואה אין חילוק בין נסיב אחות אשתו פנוי' או אשת גיסו ולעולם באשתו תליא מילתא אם היתה ארוסה תרווייהו אסירן אף אם אחותה היתה פנויה ואם היתה אשתו נשואה אף בנסיב אשת גיסו שריא כדפסק הל' (ח' ט') (וסברת הרמב"ן דלמא אתי גיסו מקמי אשתו לא ס"ל) ואע"ג דבגמ' לא אתבריר הא דא' שמואל הלכה כר"י אליבא דמאן הוא אי אליבא דר' אמי אי לר"י נפחא כמ"ש הרי"ף וכל הפוסקים ומש"ה פסקו בטוש"ע ס"ס ט"ו כחומרא דר' אמי ולפענ"ד דדעת הרמב"ם

דסוגיא דהכא ושינויא דר' אמי דמפלגי בין ניסת ע"פ ב"ד לע"פ עדים אתי כס"ד דש"ס דס"ל הכי לעיל (דף צ"ח) אבל למסקנא דלא אמרי' מאי הו"ל למיעבד ולא מפלגינן בין ניסת ע"פ ב"ד לניסת ע"פ עדים ע"כ קי"ל כשינויא דר"י נפחא ולענ"ד ברור ופשוט דהרמב"ם ס"ל כר"י נפחא אליבא דר' יוסי וא"כ ע"כ ס"ל להרמב"ם דהטעם הוא משום שמא יאמרו דהא אליבא דר"י נפחא גם הרשב"א מודה דלר"י הוה טעמא משום שמא יאמרו רק דלהרשב"א בעי ר"י נפחא תרווייהו דעבדא איסורא ושמא יאמרו. כדדייק מנתקדשה דשרי' כמש"ל ולהרמב"ם לא בעינן דעבד איסורא למסקנא ובנתקדשה שריא משום דאמרי' תנאה הוי בקידושין. וא"כ הא דהלכה ה' דאשת פקח שניסת בטעות לחרש אסורה טעמא בעי דהא הכא לא שייך שמא יאמרו להרמב"ם כמש"ל ואפשר משום דמחלפא בניסת לפקח אוסר לה (אבל בירושלמי שהביא ה"ה שם עוד היא באלין קנסיא לא משמע כן) ומ"מ אפשר לומר דהירושלמי קאי בניסת ע"פ ב"ד דההיא ודאי קנסא הוא דמחמרינן בסופה:

שוב ראיתי במל"מ על הרמב"ם פ' הנ"ל שהאריך קצת בזה ודעתו בפשיטות דהרמב"ם סבירא ליה הטעם שמא יאמרו. ומש"ש נפ"מ בין שני הטעמים היכא דזינתה לפענ"ד ליתא דהא התוס' ס"ל הטעם שמא יאמרו ואפילו הכי משמע מדבריהם בפ' הזורק בסוגיא דנישאו אין זינו לא דבזינתה נמי אסורה וכ"מ פשטא דמתני' ר"פ האשה רבה וכמש"ל דלשיטת רש"י ודעימיה צ"ל דזינתה אסורה משום דמחלפא דזנות דידה בנשואין דידה מיחלפה כנלע"ד:

היוצא לנו מזה דלהרשב"א דס"ל דקנסוה משום דלא דייקא שפיר. א"כ בניסת לאחר ע"פ טעות המורה בקידושין הראשונים כיון דלא הו"ל למידק כלל לא קנסוה ודוקא כמעשה שהיה בב"ד של שאול ודוד וכגון מחלוקת ב"ש וב"ה דעשו כל א' כדבריהם הא לאו הכי אסורה משום דמחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י ומכ"ש במורים שאינם מובהקים ודאי אסורה אף להרשב"א דהא ודאי הוה ליה למידק ולשאול אצל כל החכמים הבקיאים בהוראה מה דינה ולרש"י ודעימיה דס"ל הטעם הוא שמא יאמרו לעולם אסורה דחשש זה שייך לעולם אך בטעות מורים מובהקים כבית דין של שאול ולהסוברים כשיטה זו צ"ל התי' הראשון של הרשב"א בחי' דבאונס גמור נתנה שאול לפלטי וכן תירץ גם בתשובה:

ולדינא נראה דנקטינן בפלוגתא דהנך רבוואתא כחומרי דתרווייהו. וקנסו את אחיו וכבר התעורר הב"י בבד"ה וחשש להחמיר כמשמעות הרי"ף. וגם הב"ש הלך בעקבותיו. ובפרט שזכינו לראות דברי הרשב"א שס"ל להדיא כן. וגם הר"ן נראה פשוט דס"ל הכי

מי יקל נגדם ודלא כהגהת רמ"א סי' קנ"ט. ובודאי אילו ראה או ידע הרמ"א פלוגתא זו לא היה סותם בש"ע להקל נגדם נגד הנך רבוואתא ופשטא דירושלמי דמשמע הכי. ולא אשכחן בש"ס דידן דפליג עליו ומכל שכן בניסת ע"פ טעות המורה נקטינן ודאי להחמיר דחיישינן שמא יאמרו כו' כדעת רש"י ותוספות וראב"ד ורמב"ן ורא"ש וטור וגם דעת הרמב"ם נראה כן ודלא כרמ"א שהביא הך דתשובת הרשב"א ס"ס י"ז כנ"ל ברור בס"ד:

ובדין הרביעי באשה שזינתה על פי הוראת מורה מובהק בטעות אף שהוא רחוק מהמציאות שמורה מובהק יורה להקל באיסור דאורייתא. אמנם מקרא מלא הוא אם נעלם דבר מעיני הקהל. והכי תנינן הורו ב"ד לעבור כו'. גם עלינו לבאר דין זה. כבר כתבתי דלהרשב"א שריא כיון דהב"ד הטעוה אנוסה גמורה היא. וכיון דבזנות גרידא היא לא שייך חששא דשמא יאמרו ולא מיחלפא בנשואין דהלך בעלה למדה"י ולמהרי"ק אסורה משום דברצון מעלה באישה והמעיין במהרי"ק יראה דראייתו מהרמב"ם שאוסר בזנות דקטנה שהשיאה אביה אינה מכרעת די"ל דידעה שפיר דזנות אסור ומ"ש ראיה משמעתא דפתח פתוח דלא אמרינן ספק באונס ואת"ל ברצון שמא מרוב קטנותה לא ידעה האיסור דהא בקבל בה כו' ולפענ"ד פשוט דגם בהא שייך תירץ התוס' דהא כיון דשוגגת אשה להתירה ילפי' מוהיא לא נתפשה כו' א"כ לענין זה ודאי שוגגת ואנוסה חד שמא הוא. ומה בכך דחלוקין לענין קרבן כיון דלענין זה שוין הן ואין ספק אחד מתיר יותר מחבירו. עיין דיני ספק ספיקא סי' י"א י"ב ומ"ש ראיה מאסתר דנאסרה אע"ג דעבדה מצוה לענ"ד שאני התם דידעה האיסור שפיר אלא דמחמת הצלת נפשות נתנה לזנות והותר לה לעבור על איסור ג"ע ולהאסר על מרדכי. אם כן היתה מזידה גמורה לענין ג"ע. אמנם סברת המהרי"ק לאסור משום דמעלה בו מעל נראה נכון. ואע"ג דלכאורה אזיל בשיטת הרמב"ן שהבאתי בקונטרס דאומר מותר שכתב כעין זה לענין גלות מדכתיב מכה נפש בשגגה עד שיהא שוגג בהכאה וכבר שדיתי נרגא שם שאני התם דבשגגה כתיב ואע"פ שעושה ברצון מ"מ שוגג הוא בדין. אבל הכא הא לא כתיב שוגג אלא דילפינן מוהיא לא נתפשה הא נתפשה שריא. והיפוך מאונס הוא רצון וא"כ הא דברצון זינתה סברתו נכון לאסור. ומלשון הרמב"ם אע"ג דלכאורה משמע דכל הנקרא שוגג לענין קרבן הוי בכלל שכתב הרמב"ם מ"מ אין מדבריו ראיה דאפשר דמיירי בשוגגת המוזכר בש"ס ותפס לשון הש"ס כדרכו וכיון להא דאמר בש"ס (דף צ"א) כשגגת איש באשה ולישנא דכשגגת ודאי לא משתמע אלא כהך דהוחלפו. ותו דהא גם להרשב"א אומרת מותר לאו שוגגת היא לענין זה. וא"כ ע"כ גם הרשב"א יפרש שגגה דנקט הרמב"ם כפי' המהרי"ק דדוחק גדול לומר דהרשב"א פליג אהרמב"ם בהא:

כללא דמלתא אף שראיות המהרי"ק אינם מכריעות. אבל סברתו נכוחה ואין שום חולק עליו. זולת שמדברי הרשב"א בתשובה משמע דלא ס"ל סברתו דומעלה בו מעל וכמ"ש לעיל ואולי גם מזה אין ראיה כיון דלא הזכיר בפירוש להקל ואדרבה מחמיר טפי ממהרי"ק לאסור אף בלא מעלה מעל ולדינא צ"ע:

והני מילי בטעות מורים מובהקים דהוי אנוסה גמורה ואין לאוסרה רק משום סברת המהרי"ק בהא אפשר דפליג על הרשב"א אבל בטעות מורה שאינו מובהק ודאי אף להרשב"א אסורה דהא ודאי לאו אנוסה היא דהוה לה למידק ולשאול פי מורים מובהקים ולא לסמוך לעשות מעשה ע"פ הוראת מורה שאינו מובהק:

סימן יד

מה שכתב אליו הרב הגאון הגדול בדורו מוה' יו"ט ליפמאן זצ"ל אב"ד דק"ק קאפולייא. [אע"ג שאין דינים אלו שייכים עוד לזמן הזה דהאידנא לא שכיחי עוד הכותים ועובדי כוכבים מ"מ מן הצורך להוכיח איסור גזילה והטעתם והפקעת הלואתם בימים הקדמונים וכפי המסקנא בזה]:

להגאון המפורסם רשכבה"ג מו"ה חיים מוואלאזין זלה"ה. בדין גזל כותי ועובדי כוכבים אנסין בימים הקדמונים. ופלפול ארוך ועצום בזה:

גרסינן בגמ' בב"ק (דף קי"ג) אמתניתין דאין פורטין וכו' מוכסין והאמר שמואל וכו' איכא דמתני לה אהא דתניא לא ילבש וכו'. עד רב אשי אמר הכא במוכס כותי דתניא ישראל ועובד כוכבים וכו'. ר"ע אומר אין באין על שום אדם בעקיפין מפני קידוש השם. ור"ע טעמא דאיכא קידוש השם וכו'. וגזל כותי מי שרי והתניא וכו'. עד רבא לטעמיה דאמר רבא ע"ע גופו קנוי וכו' ע"כ ובספרי הש"ס חסר קצת והב"י בחו"מ (סי' שס"ט) העתיק כלשון הזה יע"ש ופי' רש"י בהפקעת הלוואתו שאין גזל ממש היה שרי כי ליכא חלול השם וכו' והנראה מדברי רש"י דכאן דלר"ע גזל הכותי ממש לאו משום חילול השם בלבד הוא דאסור אלא מדאורייתא אסור וכפשט הסוגיא דמקראי ילפינן לה ובהפקעת הלוואה דלאו גזילו ממש הוא דיש חילוק בין היכא דאיכא חילול השם להיכא דליכא והיינו דקמשני רבא כאן בגזילו כלומר הא דיליף ר"ע דגזל כותי אנס אסור מעבד עברי היינו גזילו ממש ובכל ענין אסור מדאורייתא וכאן דאמר ר"ע מפני קדוש השם דדייקינן הא לא"ה היה שרי בהפקעת הלוואתו דלאו גזילו ממש הוי ואין בו איסור דאורייתא ומשום ח"ה לבד הוא דאסור והיכא דליכא חיה"ש אין ה"נ דהיה שרי וזה דלא כמ"ש רש"י בסנהדרין (דף נ"ז ע"א ד"ה ישראל בעו"ג) דאפילו מ"ד גזל כותי אנס אסור אינו

אלא מדרבנן מפני ח"ה. ולפי פשט הסוגיא דכאן דברי רש"י דשם תמוהים. דהא פריך הכא אדר"ע דאמר מפני קדוש השם מהא דיליף ר"ע גופיה מקרא דגזל כותים אסור. וע"ז מסיק רבא כאן בגזילו כו' ומוקי להך דקתני מפני קדוש השם בהפקעת הלוואה אלמא בגזילו ממש לאו משום קידוש השם הוא דאסור אלא מדאורייתא וכדעת המקשה דפריך משום דר"ע קרא קדריש. וכן רב הונא דבסמוך נמי נראה דמדאורייתא קאמר ודריש מקרא דואכלת כו':

ואמנם ראיתי דשם בסנהדרין דבריו סותרין זא"ז. דכתב שם בד"ה משום דקבעי למיתני וכו' וז"ל ואי תני וכו' הוי תני ישראל בעובד כוכבים פטור ומשמע דהיה פטור מן המיתה ועובר עליו בלאו. ומשו"ה תני ברישא וכו' דס"ל כמ"ד מותר ממש עכ"ל. מזה משמע להדיא דס"ל דמ"ד אסור מן התורה קאמר דאסור דאם לא כן לא הוי צריך לומר דסבירא ליה כמ"ד מותר:

והנה ראיתי בחידושי הר"ן שם שכתב אהא דישראל בכותי מותר וז"ל. הא אתי כמ"ד גזל כותי אנס היה מותר מן התורה ופלוגתא היא בפרק הגוזל בתרא. ומיהו מדרבנן אסור מפני חילול השם וכדאיתא התם ע"כ יע"ש והנראה להדיא מדבריו דס"ל דאפילו מ"ד גזל כותי אנס היה מותר מודה דמדרבנן הוא דאסור מפני חילול השם מיהו מ"ש ע"ז כדאיתא התם יש לעיין דלא הוזכר בסוגיא דפרק הגוזל כלל מזה דלמאן דאמר גזל כותי אנס מותר. יהיה אסור מפני חילול השם:

והנראה בעיני שלמד כן מדין הפקעת הלוואה לר"ע שלא היה בו איסור דאורייתא ואפי' הכי מדרבנן אסור מפני ח"ה וכן אבידתו של כותי אנס היה מותר מן התורה וכדיליף מקרא. ואפילו הכי אמרינן דבמקום שיש חילול השם אסור מיהו מ"ש דפלוגתא היא בפרק הגוזל בתרא לא ידענא דלא הוזכר בסוגיא זו מהנך תנאי דס"ל דגזל כותי אנס היה מותר וכן כתבו התוס' כאן ור' ישמעאל ור"ע דפליגי בהפקעת הלוואה פליגי. וכדמפרש רבא ולאו מדאורייתא פליגי ומה שנראה בדעת הר"ן בזה אין כאן מקומו:

ואמנם ע"פ דברי הר"ן אלו יש לפרש דמ"ש רש"י בסנהדרין. ומדרבנן איכא למאן דאסר בהגוזל בתרא משום חילול השם כוונתו דאפילו למ"ד גזל כותי אנס היה מותר נמי אסור מדרבנן מפני חילול השם. ומ"ש איכא למאן דאסר היינו משום דר' ישמעאל פליג וס"ל דלא חיישינן לק"ה כלל ולדידיה כל שמותר מן התורה אין בו איסור אפי' מדרבנן אבל לר"ע דס"ל הך דק"ה לדידיה ודאי אפי' אי הוי גזל כותי אנס מן התורה מותר מדרבנן הוי אסור מפני ק"ה דומיא דס"ל בהפקעת הלוואה. אבל איהו גופיה ס"ל דגזל כותים

אסור מן התורה. אלא מהא דאמר בהפקעת הלוואה איכא למילף למ"ד גזל כותי אנס מותר דמדרבנן מיהת אסור כן נראה בעיני בדברי רש"י:

ובזה אתיין דבריו שם שפי' דלא סתרן אהדדי ואינו סותר לפשט הסוגיא דכאן ע"פ פירושו ודלא כמ"ש הש"ך בחו"מ (סי' שנ"ט) בשם הרש"ל דרש"י ס"ל דאפילו למ"ד גזל כותי אנס אסור אינו אלא מדרבנן וכן כתב הב"ש באהע"ז (סי' כ"ח) יע"ש והדבר תמוה בעיני היאך יתכן דרש"י יסבור כאן דכל פשט סוגיא דפ' הגוזל מוכח להיפך ע"פ פירושו בעצמו וכמ"ש וגם דבריו בסנהדרין מראין להיפך בדבור שאח"ז ומה שכתב הב"ש מדברי רש"י דסוכה יתבאר אי"ה לקמן [ועוד יתבאר לקמן בס"ד מסוגיא דבכורות ראיה ברורה דלמ"ד גזל כותים אסור מדאורייתא הוא דאסור] בס"ד ואין להאריך בזה שאין בו צורך כ"כ לענייננו:

והנה בהפקעת הלוואה נראה להדיא מדברי רש"י דס"ל דאפילו בהפקעת חוב גמור שלוה מן הכותי אנס ע"מ לפרוע בו מעות נמי אין בו איסור דאורייתא אבל מדברי הרמב"ם בריש הל' גזילה נראה להדיא דהפקעת חוב שלוה מן הכותי שוה באיסור כמו גזילו שכתב שם. ואפי' עובד כוכבים אסור לגזלו או לעשקו ואם גזלו או עשקו יחזיר ואיברא דבכסף משנה שם כתב דאסור מדרבנן קאמר. אבל בעיני הוא תמוה אי כוונתו דאעושק בלבד הוא דקאמר אסור מדרבנן הרי הרמב"ם השוה גזל ועושק כהדדי בחד לישנא. ומפשט לשון הכ"מ נראה יותר דכוונתו לפרש דברי הרמב"ם דבין גזילו בין עשקו איסורו מדרבנן. ודלא כמ"ש הב"ש באהע"ז שם דהכ"מ מפרש לדברי הרמב"ם דעשקו בלבד הוא מדרבנן אבל גזילו אסור מן התורה אלא נראה מדיוקו דבין גזילו בין עשקו מפרש דמדרבנן קאמר ודברי הרמב"ם אי אפשר לפרש כלל דמחלק בין גזילו לעשקו וכן ראיתי בחידושי הר"ן בסנהדרין שם שכתב דנראה לו מדברי הרמב"ם בפ"א מהל' גזילה דס"ל כמ"ד גזל עובד כוכבים אסור מדרבנן ואמנם אין דיוקו שם מובן יע"ש:

ובאמת לא נראה כלל לפרש דברי הרמב"ם דמדרבנן קאמר בין גזילו בין עשקו. חדא דבריש הל' גניבה כתב כל הגונב ממון וכו' עובר בל"ת וכו' וא' הגונב ממון ישראל וא' הגונב ממון עובד כוכבים. וא' הגונב ממון גזול וכו' אלמא דס"ל דגניבת עובד כוכבים אסור מן התורה. וכן יראה ממ"ש שם בפ"ב דבגניבת כותים והקדש משלם את הקרן ואינו משלם את הכפל שנאמר לרעהו ולא להקדש ולא לעובד כוכבים אלמא דס"ל דעובד כוכבים לא אימעוט אלא מכפל אבל קרן חייב לשלם לו מן התורה דומיא דהקדש. ודין גניבת העובד כוכבים מדין גזילו הוא דנלמד. וכמ"ש הרב המגיד בפ"א מהל' גניבה וכענין זה השיג הש"ך בחו"מ (סי' שנ"ט) על הכסף משנה בזה יע"ש. ועוד שכתב בפ"ז מהל'

גזילה דין זיין הנשבע לעובד כוכבים משלם את הקרן ואינו חייב בחומש שנאמר וכחש בעמיתו משלם הרי להדיא דמדין חומש הוא דאימעוט אבל קרן חייב לשלם מן התורה. וע"כ צ"ל כן מדאיצטריך קרא דבעמיתו למעוטי עובד כוכבים מחומש ועוד שכ' בפ"ז מה' גניבה. ואסור להטעות את הכותי בחשבון אלא ידקדק עמו שנאמר וחשב עם קונהו אלמא דפסק כר"ע דדריש כן. ור"ע הא יליף מקרא דגזל הכותי אסור מן התורה. וכן בפי"א מה' גזילה כתב דאסור להטעותו לעובד כוכבים. ומוכח שם דאפילו שלא במקום חילול השם אסור דבטעותו שטעה מעצמו הוא שמחלק שם בין איכא ח"ה להיכא דליכא יע"ש וכן יש להוכיח מדלא מחלק הכא בגזל ועושק בין היכא דאיכא ח"ה להיכא דליכא מכל הלין נראה להדיא דס"ל להרמב"ם דבין גזל בין עושק הכותי אסור מן התורה:

ומה שדקדק הכ"מ מדלא כתב עובר בלאו. נראה בפשיטות דלאו דלא תעשוק ולא תגזול לא קאי אעובד כוכבים דהתם כתיב רעך ואימעוט עובד כוכבים מלאו ואיסור גזל ועושק דכותי מקרא דוחשב עם קונהו או מקרא דואכלת כו' ילפינן והתם ליכא לאו ואיסורא בעלמא הוא דילפינן דאסור לגזול את העובד כוכבים וס"ל להרמב"ם דה"ה עשקו דבקרא לא מפרש לשון גזל דנימא דווקא כעין ויגזול את החנית וכן איכא למידק מהא דדרשינן מדכתיב לכל אבדת אחיך ומדאיצטריך אחיך גבי אבידה ש"מ דגזל כותי דאסר רחמנא לאו דווקא כעין ויגזול את החנית אלא בכל ענין אסור לעכב ממון הכותי ולהכי איצטריך קרא באבידה וכן יש ללמוד מדאיצטריך רעהו בנזקי שור למעוטי דכותים ודווקא בהך הוא דאימעוט והא דדרשינן ראה כו' נמי דווקא בכה"ג הוא דהוי וכן כתבו התוס' בפ' שור שנגח יע"ש ודלא כמ"ש הר"ן בחידושי סנהדרין שם להוכיח מכאן דהלכה כמ"ד גזל כותי אסור מדרבנן יע"ש:

ונחזור לענייננו דדעת הרמב"ם דבין גזל בין עושק הכותי אסור מן התורה. ונראה לי שכן דעת המרדכי בשם ראב"י בפ"ק דקדושין שכתב שם וז"ל. אמר רבה עובד כוכבים יורש את אביו דבר תורה כ' מ"ר רב צדק אם הקיף או הלוה עובד כוכבים לישראל ומת אם אינו מחזיר ליורשין קאי בעון. וכתב ראב"י דוקא אם ידוע ליורשין או לאחרים שהוא חייב כיון שתובעין אותו הוי גזל. וקיי"ל בהגוזל בתרא דגזילת עובד כוכבים אסור. אבל אם אין ידוע ליורשין או לאחרים אפי' גזל לא הוי ואינו חייב להחזיר ליורשים עכ"ל. והרמ"א בחו"מ סי' רפ"ג כתב דברי הראב"י הנ"ל בשו"ע כמ"ש במרדכי, ומכאן נראה להדיא שדברי הסמ"ע שם הם ממש כדברי הראב"י הנ"ל בטעמו כמפורש בדבריו להדיא ושפיר השיג שם על הע"ש בטעמו יע"ש:

והנה מדברי הראב"י אלו משמע להדיא כשאינו משלם החוב כשתובעין אותו מקרי גזל והוי בכלל זה דאמרינן בפ' הגוזל דגזילת עובד כוכבים אסור והיינו טעמא דעושק נמי גזל הוי. ואיסורא דעובד כוכבים לאו מלשון גזל ילפינן דניבעי דווקא כעין ויגזול את החנית. אלא מואכלת ילפינן וכל שממון עובד כוכבים ת"י והוא תובעו ואינו משלם לו הרי זה נקרא אכילה דאסור וכמ"ש לדעת הרמב"ם. ואמנם לפי דבריהם קשה הכא בסוגיין דמשני רבא. כאן בגזילו כאן בהפקעת הלוואתו והיינו מאי דאמר ר"ע דאין באין בעקיפין מפני ק"ה הא לא"ה שרי היינו בהפקעת הלוואתו אלמא דהפקעת הלוואתו מותר מן התורה ומפני ק"ה בלבד אסור. וקושיא זו הקשה בכ"מ שם ובבד"ה בח"מ סי' שנ"ט. והנראה בעיני דס"ל דהפקעת הלוואה דקאמר רבא לאו היינו עושקו מהני טעמי דכתיבנא ועוד דרבא גופיה קאמר בב"מ (דף קי"א) זהו גזל זהו עושק עיי"ש אלא הפקעת הלוואה דהכא מיירי שלא בא ממון הכותי לידו בתורת חוב והלוואה ע"מ להחזיר ממון לידו אלא שיש לכותי עליו חוב ממקום אחר דומיא דמכס דחייב הוא לכותי ששכר המכס שלא בא ממון הכותי לידו או דומיא דעבד עברי למאי דס"ד דאין גופו קנוי. דאע"ג דבא ממון העובד כוכבים לידו מ"מ לא בא לידו דרך חוב להתחייב בחזרת הממון אלא שבא לידו דרך מקח שקנה אותו למעשה ידיו וכל זה אינו בכלל עושק דעושק לא מקרי אלא שבא ממון לידו בתורת חיוב חזרה לבעלים או בעושק שכר שכיר דמה שמשתכר אצלו הוי כאלו בא ממונו לידו בחיוב להחזיר לו וכן כתב הרמב"ם שם לפרש איזהו עושק יע"ש אבל כל כה"ג אינו העושק והגזל המפורש בתורה ואינו נקרא אכילה דנלמוד מואכלת כו' ובכה"ג דוקא הוא דאמר ר"ע שאסור מפני ק"ה בלבד ועיין בב"מ (דף קיא ע"ב) דעבדינן צריכותא לגזל ועושק שכר שכיר דמשם יש ללמוד דהיכא דלא אתי לידיה ממון העובד כוכבים ולא טרח ביה דומיא דמכס גרוע טפי מהיכא דאתי ממון לידיה או טרח ביה. וכן נמי אפילו אתי ממון לידיה כיון דבדרך מקח אתי לידיה דמיא לאונאה ואין להאריך דהחילוק נכון דבכה"ג לא הוי בכלל ואכלת. ומיהו היכא דאין כאן מי שיודע בדבר ס"ל להראב"י דהוי בכלל טעותו של עובד כוכבים שטעה מעצמו וכן כשאין תובעין אותו אין זה בכלל ואכלת דואכלת לא מיקרי אלא או שנוטל ממון מיד ליד מעיקרא בתורת גזל או שבא לידו בתורת חיוב חזרה ואינו רוצה לשלם כשתובעין אותו דהשתא מקרי אכילה שגוזל את ממונו בחזקה ואלמות וכן נראה מסוף דברי הראב"י שם יע"ש:

ומיהו עוד קשיא בדברי הרמב"ם במ"ש בפ"ה מהל' גזילה דבמוכס קצוב בימים הקדמונים והעמיד ישראל ממונה לגבות מכס זה אסור להעביר המכס בין שהיה מלך

ישראל בין שהיה מלך כותי עובד כוכבים וכל העובר ה"ה בכלל גוזל. ואמאי הרי בכה"ג הפקעת הלוואתו מיקרי. ועלה דהך מלתא הוא דמייתינן הך דרבא דמשני כאן בגזילו וכו'. ומה לי בין מוכס עובד כוכבים או ממונה מעובד כוכבים. ואפי' הממונה ישראל מכל מקום הרי עיקר המכס של עובד כוכבים הוי וקושיא זו הקשה הכ"מ שם ובב"י סי' שס"ט ומה שתירץ בזה הוא דוחק. וכבר עמד ע"ז במשנה למלך שם ודחה תי' הכ"מ ותירץ הוא בדרך אחר. אמנם גם תירוצו תמוה. ואין דבריו מובנים חדא דבעיקר הממון אין בו גזל דלא הוי אלא הפקעת הלוואתו. תדע דוודאי דכל ישראל שחייב ממון לאיזה כותי שחייב הוא לשלם גם מהלכות מדינה ואטו משום זה היה כל הפקעת הלוואה גזל. ועוד וודאי דגם במוכס ששוכר מן המלך דינו הוא שלא יבריחו ממונו. והדרא קושיא לדוכתין דמה לי מלך כותי או מוכס כותי:

והיה נראה בעיני לחלק. משום דבמכס שהיה למלך עצמו. דינא דמלכותא הוא שהסחורה משועבדת למלך עד כדי קצבתם דומיא דאמרינן בפסחים (דף ו') בהמת ארנונא פטורה מן הבכורה. ואע"ג דמצי מסלק ליה בזוזי. וכן עיסת ארנונא היתה פטורה מן החלה אי לאו משום דלית לה קלא. וה"ט משום דיש למלך זכות בגוף הבהמה והעיסה עד שיסלק לו בזוזי. ודומיא דהכא בכל ענין מסי המלך מן הסחורות יש למלך זכות ושעבוד בגוף הסחורה עד שיסלק ליה בזוזי. וכיון שכן הוי דומיא דאמרינן בע"ע משום דגופו קנוי ה"ל גזילו כשמפקיע א"ע ממנו. משא"כ בכותי ששכר המכס שלא קנה אלא סך המעות המגיע מן הסחורות. ואין לו זכות ושעבוד בגוף הסחורה. ומה"ט הוצרך לשנויי במוכס עובד כוכבים ולא מוקי במלך עובד כוכבים ואפילו ממונה ישראל:

מיהו גם זה אינו נוח לי. דמאן לימא לן שלא קנה מן המלך כל זכותו וכחו. ויש לו ג"כ זכות ושעבוד בגופי הסחורה. ועוד שנראה מדברי הרמב"ם דעיקר טעמא דמוכס כותי אנס הוי משום דסתם לוקח יותר מכדי קצבתו. ומה"ט מפרש נמי דשינויא דרב אשי קאי נמי אהך דאין פורטין וכמ"ש כל מפרשי הרמב"ם שם וגם נראה מדבריו דאפילו במוכס של מלך נמי כשהממונה עליו אדם שידוע עליו שהוא נאמן ואינו לוקח יותר מכדי קצבתו דאסור להבריח דהרי כתב להדיא ולא עוד אלא שהמבריח עצמו מן המכס הזה וכו'. משמע להדיא דווקא בכה"ג הוא דאסור להבריח:

וע"כ נראה לי דהרמב"ם מפרש הך דרב אשי במוכס כותי משום דסתמו נוטל יותר מכדי קצבתו דהו"ל גזלן ומשום הכי היה מותר להבריח ולאו משום דהפקעת הלוואתו מותרת דס"ל לרב אשי דגם הפקעת הלוואתו נמי אסור כמו גזילו דהיינו עושק והכא משום דסתמי גזלן הוי ונוטל יותר מכדי קצבתו מיהו בישראל כה"ג וודאי אסור דאטו מפני

שיש לחוש שלא יגזול הישראל ממנו יהא הוא גוזל את ישראל דמה שהוא כדי קצבה דינא דמלכותא דינא והמעביר הרי זה גזלן וכן כתב הב"י להדיא בח"מ סי' שס"ט דאפילו בישראל החשוד ליקח יותר אסור להבריח משום דבתר גנבא וכו' וזהו דין התורה דאפי' בכה"ג אסור לגזול או לגנוב אבל בדיני הכותים אנסין אינו כן דהיכא דמתיירא שלא יהא הוא נגזל ממנו יש לו להבריח א"ע מן הגזלן שלא יגזלוהו ואע"ג דבזה מבריח את של הגזלן ג"כ מ"מ כיון שעושה כן שלא יגזול אותו בדיניהם אינו עושה שלא כהוגן ולהכי מוקי במוכס כותי [הגה"ה ולקמן אי"ה יתבאר בס"ד דיש להוכיח כן מלשון הרמב"ם בפ"ה מהל' גזילה וגם יתבאר שם דיש לפרש הסוגיא באופן אחר נכון עפ"י הדרך שכתבתי כאן ויתיישבו בזה כמה דקדוקים בדברי הרמב"ם] ומייתי עלה הא דתניא ישראל וכותי שבאין לפניך לדין וכו' אלמא אע"ג דבדין תורה חייב הישראל אפ"ה כיון דבדיניהם פטור הוא היו דנין ליה כדיניהם ומזכין את הישראל ואפי' הוא שלא כדין התורה ור"ע נמי לא פליג ע"ז אלא אהא דבאין עליו בעקיפין פליג וה"נ משום הכי היה מותר להבריח במוכס כותי אנס אפי' במוכס שיש לו קצבה דאע"ג דבדין תורה אסור לעשות כן הכא כיון דכותי אנס הוא כדיניהם היו דנין ליה ובדיניהם שפיר דמי לעשות כן כיון שזה גזלן והוא מבריח עצמו שלא יגזלוהו ועל זה לחוד הוא דמייתי רב אשי להך דתניא. ודפרכינן משום קידוש אין הא לאו"ה לא וגזל כותי מי שרי והתניא אין זה מדברי רב אשי אלא מילתא בפ"ע היא והש"ס הוא דפריך לה ומייתי עלה שינויא דרבא:

ולפ"ז נראה דע"כ כל הני דמשני אהך דמותר להבריח את המכס דלא תיקשי מדשמואל דאמר דינא דמלכותא דינא. ע"כ לא ס"ל הך דרבא דלרבא מעיקרא לא קשיא מידי כיון דבמלך כותים אנסין מיירי מדפריך עלה מהא דאמר שמואל דלמ"ד דאמלך כותים קאי ולרבא וודאי דמותר היה להבריח בכל ענין ממוכס כותי אנס כיון דאין כאן אלא הפקעת הלוואה. והיכא דליכא חה"ש שרי לגמרי לרבא אלא וודאי כל הני דמשני להאי קושיא לית להו דרבא. ורב אשי נמי דמוקי לה במוכס כותי אנס ומשום דסתמא גזלן הוי ומייתי עלה הך דתניא ישראל וכותי וכו' ע"כ נמי לית ליה דרבא דלרבא לא הוי צריך לאוקמי במוכס כותי והוי א"ש בפשיטות במוכס של מלך ואפי' ממונה ישראל ולא הוי צריך נמי להך דתניא דמזכין את הישראל בדיניהם אע"פ שאינו דין תורה אלא וודאי גם רב אשי לית ליה הך דרבא. והך דקשיא דר"ע אדר"ע יש לומר דאינהו ס"ל דתנאי היא אליבא דר"ע דבלאו"ה איכא תנאי בהמקבל (דף קי"א) ומוקי לברייתא קמייתא כהנך תנאי אליבא דר"ע ואידך ברייתא ר"ש אליבא דר"ע דס"ל גזל הכותי אסור. והא דהוצרך לשנויי כל הני אהא דאמר ר"ע במכס ולא משני נמי בפשיטות דאתיא כהאי תנא אליבא

דר"ע משום דהכא נמי ר"ש אליבא דר"ע קאמר לה דאיהו קאמר באידך ברייתא אליבא דר"ע דגזל הכותי אסור:

ובזה אפשר ליישב דברי הר"ן בחידושי סנהדרין שהבאתי לעיל שכתב דפלוגתא היא בהגוזל בתרא ממה שדקדקתי עליו לעיל ואין צורך להאריך. והשתא לפ"ז אתיין שפיר כל דברי הרמב"ם בפשיטות דבהך דהפקעת הלוואה לא פסק כרבא משום דרב אשי דהוא בתראה פליג עלה ואוסר אפי' הפקעת הלוואה דהיינו הברחה ממוכס כותי אפי' ביש לו קצבה ואין הממונה חשוד בגזל ומה"ט פסק דבכה"ג הרי זה גוזל את המלך וגזל כותים אסור מן התורה והיינו משום דעושק נמי ה"ה כגזל וכמ"ש בריש הל' גזילה ומה שיש לדקדק בדברי הרמב"ם במאי דמפרש הך דרב אשי דקאי נמי אמתניתין דאין פורטין ושארי דקדוקים בדבריו יתבאר לקמן בס"ד:

ונחזור לענייננו דלדעת הרמב"ם רבא ורב אשי פליגי בהא דהפקעת הלוואה דלרב אשי גם הפקעת הלוואה אסורה כמו גזל משא"כ במוכס אנס משום דסתמי' גזלן הוי ודייניו לגביה כדיניהם ואהא מייתי האי כדתניא. והשתא נראה לי דגם דעת הרי"ף לפרש כן דהרי"ף כתב הך דרב אשי במוכס כותי כדתניא ישראל וכותי וכו' עד ר"ע אומר אין באין וכו'. ולא הביא כל הך סוגיא דפרכינן דר"ע אדר"ע ומשנינן כאן בגזילו כאן בהפקעת הלוואתו כיון דזהו עיקר תירוצו של רב אשי דמוקי במוכס עו"ג משום דהוי כהפקעת הלוואה. א"כ הוי ליה לאתויי כל הך סוגיא ואי לא בעי לאתויי וסגי ליה בשינויא דרב אשי א"כ לא ה"ל לאתויי האי כדתניא כלל דלפי מאי דמייתי השתא פלגא דסוגיא אין ביאור לדבריו כלל. דאהייא קאי כדתניא דמהאי ברייתא ליכא סיוע לדברי רב אשי ואי משום דקתני בה מפני קדוש השם הא איכא נמי ברייתא אחריתא דס"ל גזל כותים אסור מדאורייתא והרי"ף גופיה הביא בסמוך דברי האומרים דגזל הכותים אסור מדאורייתא ועיקר מלתא דמחלקינן בין גזילתו להפקעת הלוואה לא הביא הרי"ף כלל וה"ל לאתויי הך דרבא שהוא העיקר דמחלק בהדיא כן. ועוד דכתב והלכה כרב אשי דבתראה הוא טפי הו"ל לאתויי מילתא דרבא דהוא עיקר ולמפסק כוותי' דהוא נמי בתראה דמאביי ורבא ואילך הלכה כבתראי. ועוד בלאו"ה ע"כ הלכתא כרבא דברייתות לא מתרצי אלא כדרבא. ותו מדכתב והלכה כרב אשי דבתראה הוי משמע דהנך אמוראי דמתרצי בענין אחר פליגי אדרב אשי וס"ל דאפי' במוכס כותי אסור. והיכי מצי למפלג הא בהדיא קתני בברייתא דר"ע אסר מפני קדוש השם בלבד ובהפקעת הלוואתו נמי מפני ק"ה ואין לומר דהנך אמוראי לא ידעי מהך ברייתא דא"כ למה ליה למפסק כרב אשי דבתראה הוי תיפוק ליה דברייתא כוותיה תניא ודלא כהנך אמוראי וכל מ"ש וודאי קשה בדברי

הרי"ף. והנראה לי דגם הרי"ף מפרש כדברי הרמב"ם והיינו דלא מייתי אלא האי כדתניא ישראל וכותי וכו' דמהכא עיקר טעמיה דרב אשי וס"ל נמי דר"א פליג אדרבא וס"ל דאפי' הפקעת הלוואתו אסורה והכא דווקא מותר משום דסתם מוכס כותי גזלן הוי ודייניין ליה כדיניהם. והנך אמוראי דפליגי אדרב אשי אפשר דס"ל דאפי' בכותי כל היכא דלא ידעינן דנוטל יותר מכדי קצבתו אסור להעביר כיון דלאו וודאי גזלן הוי אסור לגזלו ובהא הלכה כרב אשי א"כ הרי"ף בא למפסק כרב אשי ולאפוקי מדרבא והשתא א"ש הכל ודוק:

סימן טו

והנה בדין גניבת ממון הכותי כבר כתבנו דלדעת הרמב"ם אסור מדאורייתא וכמ"ש בריש הל' גניבה ומה"ט נמי אסור להטעותו בידים ומדאורייתא אסור כמש"ל דזהו נמי גניבת ממונו דמה לי גונב בידים או מטעהו בחשבון דזהו נמי גניבת ממונו וכן כתב המרדכי בשם ראב"י בפ' הגוזל דאסור להטעותו משום דה"ל גניבת ממונו יע"ש. ולפ"ז נראה בפשיטות דאין חילוק בין היכא דאיכא ח"ה להיכא דליכא ח"ה כיון דמדאורייתא אסור גניבת הכותי וכן נראין להדיא דברי הרמב"ם דלהטעותו אפי' ליכא ח"ה אסור ולפ"ז יש לתמוה אדברי הטור בסי' שמ"ח דלענין גניבת ממון העו"ג משמע להדיא מדבריו דמדאורייתא אסור שכתב כלשון הרמב"ם ממש. וכן כ' הש"ך שם דס"ל להטור דגניבתו וגזילו שניהם אסורים מדאורייתא ובהטעה מצריך ח"ה ואמאי כיון דגניבת ממון הכותי אסור מדאורייתא היאך מותר להטעותו הא ה"ל גניבת ממונו ממש. והנה לפי הנראה גם התוס' הכי ס"ל ממ"ש בד"ה יכול יגלום עליו כו' ואע"ג וכו' אסור להטעותו במקום שהוא יודע שהוא גוזלו ועושה עצמו כלא ידע ע"כ וכן ראיתי בלחם משנה שכ' דדעת הטור כדעת התוס' בזה יע"ש בפי"א מהל' גזילה ובס' הלח"מ שלפני יש שם קצת ט"ס: **אמנם** מדעת התוס' לפי ההשקפה הראשונה היה נראה דגם גניבת ממונו אסור מפני ח"ה ממ"ש בד"ה הכי קאמינא וכו' דאין חילוק בין גניבה לגזילה דבגניבה איכא ח"ה לכשידע לבסוף ע"כ משמע משום ח"ה הוא דאסור והיה נראה לכאורה דס"ל להתוס' דגזילה אסור מדאורייתא. וגניבה הוי דומיא דהפקעת הלוואה ואסורה משום ח"ה וכן להטעותו אבל אחר העיון נראה דאדרבא יש ללמוד מדבריהם דכל הני אסורים מדאורייתא. חדא ממ"ש דאין חילוק בין גניבה לגזילה משמע להדיא דשוים הם לגמרי ועוד מ"ש דכל הנך שמעתין לא אייתי אלא להנך דאסרי גזל הכותי ולא מייתי תנאי דהמקבל דשרי משמע דלהנך תנאי דרב אשי מתחלה היה דעתו לגנוב. ואי כוונתם דגניבת הכותי במקום ח"ה

הוא דאסור מדרבנן ובדרב אשי הוי ח"ה הלא בכגון זה אסור לכל הדעות אפילו באבידה והלואה וכמש"ל בשם חידושי הר"ן. ועוד מהיכא פשיטא להו דבהך דרב אשי היה באותו ענין דהיה לו לחוש לח"ה דילמא במקום שרוב עוברי דרכים כותים היו ואפי' ידע הכותי שנגנב מכרמו יכול להיות שכותי גנבו. ותו דמ"ש לעיל דאסור להטעותו במקום שהוא יודע וכו' קאי לפרושי קרא דוחשב עם קונהו אלמא דס"ל דבכה"ג אסור מדאורייתא:

והנראה בעיני בדברי התוס' דס"ל דמה"ט אסר רחמנא גזל הכותי משום ח"ה [וכעין זה כתבו בקדושין דף ט"ז ע"א יע"ש] וכן נראה מדבריהם בבכורות (דף י"ג ע"ב) ד"ה כמאן דאמר וכו' שהקשו והיכי שרי והכתיב וחשב עם קונהו וכו' ותירץ דבמקום ח"ה וודאי אסור וכו' יע"ש. והנה משמע מדבריהם להדיא דרחמנא נמי אח"ה הוא דקפיד מיהו לפי דבריהם דשם היה משמע דלמ"ד גזל הכותי אסור אפי' בלא ח"ה אסור ובהא הוא דפליגי דמר סבר דהיכא דאיכא ח"ה אסור ומר סבר בכל ענין אסור. ואמנם תמיה לי טובא לפי דבריהם דשם מאי פריך בב"ק דר"ע אדר"ע וגזל הכותי מי שרי והתניא וכו' וחשב עם קונהו וכו' ודייק מינה דר"ע ס"ל גזל הכותי אסור הא בהך דעבד עברי כו"ע מודו דאסור ואין לומר מדקאמר מנין לגזל הכותי שהוא אסור וכו' דילמא בכה"ג דווקא הוא דקאמר דבכה"ג נמי איצטריך למילף מקרא כיון דקרא להכי הוא דאתי ותו מאי פריך ליה אביי לרבא והא עבד עברי הפקעת הלוואתו הוא ותהוי נמי הפקעת הלוואתו כיון דהכא איכא ח"ה בודאי אסור:

והנראה לי דלפי דבריהם דשם ע"כ צריך לפרש דקשיא ליה מדקאמר ר"ע סתמא מנין לגזל כותי שהוא אסור משמע בפשיטות דבכל גזל קאמר. וע"כ ס"ל דליכא הכא ח"ה טפי דאל"כ היכי יליף מהכא לשאר גזל כותי דילמא הכא שאני דאיכא ח"ה טפי. אלא וודאי ס"ל דליכא הכא ח"ה טפי מבעלמא דוודאי דבכל גזל דעלמא נמי איכא ח"ה אלא דהני דשרי ס"ל הכא אסר רחמנא דאיכא ח"ה גדול וכמ"ש בקדושין (דף ט"ז) שהכותי בטח עליו ונותן לו מעות על מכר גופו. ור"ע ע"כ לא ס"ל הך סברא דליהוי הכא ח"ה טפי מבעלמא ושפיר יליף מהכא לכל גזל דעלמא [א"נ ס"ל לר"ע דכיון דמצינו דאסר רחמנא גזל כותי משום ח"ה אית לן למימר דכל גזל אסור ואפי' היכא דליכא ח"ה דבאיסור דאורייתא אין סברא לחלק]:

והשתא א"ש דפריך אביי דעבד עברי הפקעת הלוואתו הוא וא"כ נילף מהכא לר"ע לכל הפקעת הלואה דעלמא דאסור והוצרך לשנויי דע"ע גופו קנוי וגזל מעליא הוי. מיהו התוס' בסוגיא דב"ק נראה דלא ניחא להו בהכי תדע דהרי כתבו כאן ד"ה שלא ימשכננו

וכו' דהנך תנאי דס"ל דגזל כותי אנס היה מותר מוקי להאי קרא לדרשא אחריתא ונראה דלא ניחא להו דליפלגו ר"ע והנך תנאי בהך סברא אי איכא בע"א ח"ה טפי או לא וניחא להו טפי דהנך תנאי מוקי להאי קרא לדרשא אחריתא ור"ע דדריש להכי שלא ימשכננו יליף מהכא לכל גזל דעלמא דאסור. מיהו הא וודאי דטעמא משום ח"ה הוי וכל גזל איכא חילול השם:

אמנם נראה ודאי דאפי' אי משכחת גוונא בגזל דליכא ח"ה נמי היה אסור דכיון דאסר רחמנא גזל כותי לעולם אסור דנהי דטעמא דרחמנא משום ח"ה הוי. מ"מ כיון דאסר רחמנא גזל כותי אסור הוא בכל ענין. ובהכי ניחא דפריך אהא דאמר ר"ע אין באין בעקיפין מפני קידוש השם ופריך הא לאו"ה לא וגזל כותי מי שרי. ומאי קושיא הא גזל כותי גופיה משום ח"ה הוא דאסור אלא ודאי דגזל בכל ענין אסור דכיון דאסר רחמנא תו אין לחלק כלל. וע"כ צ"ל כן לדברי התוס' דמפרשי לקרא דוחשב שלא יגלום היינו שלא יטעהו וכתבו דהא דאסור להטעותו משום דאיכא ח"ה כשהכותי יודע ועשה עצמו וכו' והא ודאי לא מסתבר לומר דקרא דוקא בכה"ג מיירי דקרא סתמא כתיב שלא יטעוהו אלא ודאי כוונתם כיון דזימנין דאיכא ח"ה כגון אם ידע הכותי ועשה עצמו כלא ידע. ומ"ש במקום דהוא יודע כוונתם דבמקום זה איכא ח"ה ומה"ט אסור בכל ענין דקרא סתמא קאמר וה"ה בגזל כיון דאיכא גזל דאית ביה ח"ה אסר רחמנא כל גזל והשתא פריך שפיר אדר"ע דאמר מפני קדוש השם דמשמע דבעי למימר דהיכא דליכא ק"ה שרי דאל"כ למה ליה לפרושי טעמא כיון דמדאורייתא אסור ובכל ענין אסור. והשתא פריך מהא דאר"ע גזל כותי אסור מדאורייתא בכל ענין. ובזה ניחא לי נמי מה שכתבתי דעל כרחך רב אשי מעיקרא נמי להכי איכוין משום דבגניבה איכא ח"ה שהכותי יודע לבסוף ולכאורה קשיא מנ"ל דהך דרב אשי בכה"ג הוי דלהוי ח"ה כשיודע לכותי אנס דילמא הוי במקום שרוב עוברי דרכים כותים ואפי' יוודע לכותי לבסוף יאמר דילמא כותי גנבו. וזה דוחק לפרש דכוונתם לכשיוודע לבסוף שרב אשי אמר לשמעי' להביאם לו דמנ"ל דיש לחוש לזה כלל דהא רב אשי הוי סבר דאין כאן לבעל הכרם ושמא נמי לא היה כאן שום כותי. ולפי מ"ש א"ש דכוונתם דיש לאסור גניבת כותי אנס מן התורה כמו גזילה כיון דבגניבה נמי זימנין דאיכא חיה"ש כגון אם יוודע לכותי לבסוף שהישראל גנב ומשו"ה אית לן למימר דגניבה אסור מדאורייתא כמו גזילו וממילא דבכל ענין אסור והשתא דייקי שפיר דע"כ רב אשי מעיקרא נמי להכי איכוין ובהכי אתיין כל דבריהם שפיר. ולפ"ז צריך לפרש למאי דמסיק דהפקעת הלוואה דכותי אנס לא היה אסור מדאורייתא היינו משום דבהפקעת הלוואה ליכא ח"ה דאפי' החוב ידוע מימר אמר זוזי לית ליה

ואישתמוטי קא משתמיט דמה"ט נמי קיי"ל דהכופר במלוה כשר לעדות ולמאי דהוי ס"ד דעבד עברי הפקעת הלוואה הוי פריך שפיר כיון דאסר רחמנא הפקעת הלוואה ונהי דאיכא ח"ה בע"ע מ"מ כיון דבהפקעת הלוואה נמי זימנין דאיכא ח"ה ואסר רחמנא א"כ אית לן למימר דכל הפקעת הלוואה אסורה. ולמאי דמשני עבד עברי גופו קנוי תו לא משכחת דאסר רחמנא הפקעת הלוואה. ודאמר ר"ע אין באין בעקיפין מפני קדוש השם ומוקמינן בהפקעת הלוואתו התם אדיינין קאי דאין באין בעקיפין ועלילה לזכות את ישראל אעפ"י שהוא חייב בין בדינינו בין בדיניהם דבהא וודאי איכא ח"ה שדייני ישראל יזכו את החייב. משא"כ בלוה עצמו שמפקיע את עצמו מימר אמר אישתמוטי קא מישתמיט וכמ"ש. ודאמרינן דבמקום ח"ה אבידתו אסורה נראה דלדעת התוס' צריך לפרש דהיינו במקום שדרך הכותים עובדי כוכבים להחזיר אבידות לבעליהן ומחזיקים למי שאינו מחזיר לגזלן גמור דהשתא איכא נמי ח"ה אם יוודע לכותי שהישראל ידע ששלו הוא ולא החזיר לו כגון שכבר הכריז ואמר סימנים בכה"ג גם אבידתו אסורה. כן נלענ"ד לדעת התוס' ויתיישבו בזה גם דבריהם (דף קי"ד) ואי"ה יתבאר לקמן:

והעולה מזה דגם התוס' ס"ל דגזל וגניבת הכותי אסור מדאורייתא וכן להטעותו אסור מדאורייתא אלא דס"ל דטעמא דאסר רחמנא כל הני משום חלה"ש הוי ודלא כמ"ש הבית שמואל באהע"ז דמשמע מדברי התוס' אלו דס"ל דמדרבנן הוא דאסור יע"ש. מיהו נראה דהרמב"ם והראב"י דס"ל נמי דגזל הכותי וגניבתו אסור מן התורה וכן להטעותו. לאו משום ח"ה ס"ל דאסר רחמנא אלא מדין ממון הכותי דאסור בכה"ג ומשו"ה הפקעת הלוואתו נמי אסור מדאורייתא ולא התיר רחמנא ממון הכותי אלא באבידתו וטעותו ואונאתו וכיוצא בהן. והיכא דאיכא ח"ה בהנך נמי אסור מדרבנן. ולדעתם דאיסורא משום ממון של אחרים הוי דבכה"ג לא שרי רחמנא ממון הכותי יש בו דין חזרה ג"כ מדאו' ואין הממון שלו כלל. וכן כתבו להדיא דחייב לשלם לכותי בין בגניבה בין בגזל ועושק. ואי"ה יתבאר מזה עוד ועפ"י דרך זה יתיישבו דברי הרמ"א באהע"ז סי' כ"ח יע"ש והוא עפ"י שיטת התוס'):

והעולה מזה דעכ"פ לכל השיטות גניבת ממון כותי עובד כוכבים אסור כמו גזילו. וכן כתב הרא"ש ג"כ. וכן להטעותו נמי אסור מדאורייתא כמו גניבתו בין לשיטת התוס' בין לשיטת הרמב"ם אלא דחלוקים בטעמא וכמ"ש. וא"כ דברי הטור צ"ע כיון דפסק דגניבת כותים היה אסור מדאורייתא אמאי מחלק בהטעתו היכא דליכא ח"ה ולא מיבעי אי ס"ל להטור כשיטת הרמב"ם דגניבת ממונו אסור מטעם איסור הממון דבכהאי גוונא לא התיר רחמנא ממון עובד כוכבים דוודאי יש לאסור להטעותו בחשבון בכל ענין דזהו

גניבת ממונו ממש וכמ"ש המרדכי בשם הראב"י וכן מסתבר דמה לי גונב בדרך גניבה ממש מה לי בדרך זה שמטעהו בחשבון וגונב ממונו. אלא אפי' אי כדעת התוס' ס"ל דטעמא דאסר רחמנא גזילה וגניבה הטעתו אינו אלא משום ח"ה מ"מ כיון דאסר רחמנא וודאי בכל ענין אסור וכמו שהוכחתי לעיל מדברי התוס' ומדרך הסוגיא. ועוד א"כ ה"ל להטור לחלק גם בגניבה גופא היכא דליכא ח"ה. וזה וודאי פשוט דגם בגניבה משכחת לה גווני דליכא ח"ה. ועוד בלא"ה נראה מדברי הטור דס"ל בהא כשיטת הרמב"ם דגזילו וגניבתו של כותי עובד כוכבים היו אסורין מדאורייתא מדין איסור ממונו וכעת צריך לי עיון וישוב בדברי הטור. והשתא בנידון דידן לשיטת רש"י דס"ל דהפקעת החוב אסור משום ח"ה מדרבנן היכא דליכא ח"ה היה שרי לו לומר לכותי אנס פרעתי לאביך וכמ"ש רש"י להדיא:

איברא דגם לשיטתו צריך לי עיון דנהי דאין כאן ח"ה מ"מ מ"ט לא יהא אסור משום מדבר שקר תרחק כדדרשינן בשבועות (דף ל"א) לענין כמה דברים שאין בו כפירת ממון חבירו ואינו רוצה להחזיק בממון חבירו כלל אלא שרצה לפטור עצמו משבועת חנם וכן לענין כמה דברים שרוצה להוציא ממונו מחבירו ואפ"ה אסור לטעון שקר משום מדבר שקר תרחק. ואין טעם לחלק בזה בין נגד ישראל לנגד כותי כיון דאפי' במקום שאינו רוצה ליטול ממון חבירו ואפי' במקום הפסד ממון משמע להדיא שם דאסור וכ"ש הכא דאין כאן הפסד ממון. דזה לא מיקרי הפסד מה שיצטרך לשלם חובו אע"ג דיכול להפקיע מדין הממון וכמשי"ת אי"ה לקמן. ואמנם אפשר לומר דדווקא לטעון שקר בפני ב"ד הוא דאסור משום מדבר שקר תרחק לפי שגורם שב"ד מעוותין הדין. וכן יראה מלשון הרמב"ם בספי"ו מהל' טוען וע"ש וע"כ צ"ל כן לשיטת רש"י בענין מכס עובד כוכבים וה"נ מ"ש רש"י שיאמר לכותי אנס פרעתי לאביך לא בתובעו לפני ב"ד ישראל קאמר אלא שיאמר לו כן בינו לבין עצמו. וא"כ בנידון דידן דהתביעה היא שלא בפני בית דין אין בו משום מדבר שקר תרחק:

ולשיטת התוס' נראה דכ"ש הוא דמותר בנ"ד. כיון דס"ל דבכל הפקעת הלוואה מכותי אנס אין בו ח"ה ואפי' שחובו ידוע למלוה וכמ"ש לדעתם דליכא אפי' איסור דרבנן וכמו שיתבאר אי"ה עוד מדבריהם. וכ"ש הכא דלא ידע התובע אם עדיין חייב ואמנם קצת יש לפקפק לשיטת התוס' דנהי דבגוף הממון אין בו ח"ה אי מישתמיט מיניה דמלוה מ"מ בטענת שקר יש בו משום ח"ה כשיודע התובע שהוא משקר דומיא דלהטעותו בחשבון וא"כ יש לאסור בכל ענין אפי' כשאין התובע יודע דומיא דהתם דבכל ענין אסור כיון דאי ידע האנס איכא ח"ה וכמש"ל והפקעת הלואה דמותרת דווקא בכה"ג דמישתמיט

מיניה ואינו רוצה לשלם לו אבל להכחיש ולכפור אסור דומיא דלהטעותו. מיהו נראה דל"ד דהכא כיון דאין כאן ח"ה מצד הממון משום דמימר אמר זוזי לית ליה ואישתמוטי קא מישתמיט כמו כן ליכא ח"ה בכפירתו לכותי אנס דה"נ מימר אמר מאי אית לי' למעבד כיון דלית ליה זוזי. וכן יש ללמוד מדברי התוס' (דף קי"ד) דבהפקעת הלואה אפי' ע"י הכחשה וכפירה וכמו שיתבאר עוד אי"ה:

מיהו לשיטת הרמב"ם והראב"י דס"ל דהפקעת הלוואה נמי אסור מדאורייתא כמו גזילו נראה בפשיטות דאסור בנידון דידן דומיא דלהטעותו ממש דאסור להטעותו בחשבון משום גניבת ממונו וה"נ אסור לו להפקיע חובו בטענת שקר דהוי נמי גניבת ממונו דמה לי גניבת ממונו ממה שמטעהו בחשבון או גונב ממונו בטענת שקר והוא אינו יודע משקרו ואע"ג דבהך דלהטעותו בחשבון איכא למימר דמיירי בשמוציא ממון מיד כותי בטעות זה מ"מ כיון שהוכחנו דלשיטתם דין הפקעת חוב שאינו משלם לו דומה לדין גזילו ושניהם אסורים מדאורייתא מדין ממון עובד כוכבים שאסרתו תורה בכה"ג אין לחלק כלל בין מטעהו בחשבון להוציא ממונו או מטעהו בחשבון להפקיע חובו וה"נ לטעון טענת שקר להטעותו בטענה זו דאין טעם לחלק בזה כלל ומה שכ' הראב"י בקדושין דכשאין יודעין לא היורש ולא כותי אחר א"צ לשלם היינו כשאין יודעין עיקר החוב כלל ואין תובעין אותו דבכה"ג הוי טעותו של כותי אנס שטועה מעצמו דמותר היכא דליכא ח"ה אבל כל שתובעין אותו אסור להפקיע בין בחזקה ואלמות או שישמט באיזה דרך בין להטעותו בטענת שקר דבחד גוונא הוי גזל ובאידך הוי גניבה וכן נראה להדיא ג"כ מלשון רמ"א בסי' רפ"ג שכ' אם לא היו כותים יודעים מזה וכו' משמע להדיא דמיירי שאין יודעין מזה החוב כלל ואין תובעין אותו הוא דאינו חייב לשלם מעצמו ולע"ד הדבר ברור דלשיטתם אסור בכה"ג ואיסור דאורייתא הוא ואין צורך להאריך:

אמנם לענין הכרעה דמילתא אין בידינו להכריע בין גדולי הראשונים דדברי הרי"ף אף שכתבתי דיש ללמוד מדבריו דס"ל כשיטת הרמב"ם מ"מ אין הדבר מוכרע כ"כ בבירור דיש לדחוק וליישב דבריו ע"פ שיטת רש"י. ודברי הטור נראין להדיא כשיטת רש"י בהפקעת הלוואתו במקום שאין שם ח"ה. ודברי הב"י נמי אין הדבר מפורש כי אם בסי' שס"ט כ' לענין מכס כותי אנס דהוי כהפקעת הלוואתו במקום שאין ח"ה. מיהו אזיל לשיטתו דמפרש לדברי הרמב"ם במ"ש אסור לגזול או לעשוק כותי היינו מדרבנן ודחק בטעם שאסר הרמב"ם להבריח מכס מן מלך כותי אבל כבר כתבנו לעיל בס"ד בראיות נכונות דדעת הרמב"ם דאסור מדאורייתא ואלו היה הרב ב"י מפרש לדברי הרמב"ם כן ודאי לא היה פוסק דלא כוותיה וכ"ש במקום דדברי הרי"ף נוטין לזה וכמ"ש ואמנם

גם הרמ"א בסי' שמ"ח כ' כדברי הטור ממש. ומיהו נראה מדברי הרמ"א דס"ל דכל גזל וגניבת ממון כותים היה אסור משום ח"ה. וכמ"ש באהע"ז סי' כ"ח וכבר השיגו עליו כל גדולי האחרונים בזה ומיהו לפי מ"ש לעיל בס"ד בשיטת התוס' יש לכוין דבריו כשיטתם. ומ"מ נראה דלא היה הדבר ברור בעיניו והרמב"ם והרב"י ס"ל דאסור מדאורייתא מדין ממון דאי הוי ברור ליה הכי לא היה מכריע להדיא דלא כוותיה:

והנה אחר שדברנו בס"ד דדעתם דכל הני אסורים מדאורייתא מדין ממון אין בידינו להכריע שלא כדעתם ואדרבא קצת נראה לי להביא ראיה לדעת הרמב"ם דלמ"ד גזל כותי אסור מדאורייתא גם הפקעת הלוואתו אסור מדאורייתא מסוגיא דבכורות (דף י"ג ע"ב) דאמרי' ולאמימר דאמר משיכה בכותי עובד כוכבים קונה הניחא אי ס"ל כר"י וכו'. אמרי לעמיתך אתה מחזיר אונאה ואי אתה מחזיר אונאה לעובד כוכבים. עובד כוכבים מאל תונו איש את אחיו נפקא חד בעובד כוכבים וחד בהקדש וצריכא כו' הניחא למ"ד גזילו אסור היינו דאיצטריך קרא להוציא אונאה אלא אי ס"ל כמ"ד גזילו של עובד כוכבים כו' אונאה מיבעיא אמרי אי ס"ל וכו' ע"כ כר"י ס"ל עכ"ל הגמ'. הנה בפשיטות יש ללמוד מסוגיא זו דמ"ד גזל הכותי אסור מדאורייתא הוא דאסור ודלא כמ"ש האחרונים ע"ש רש"י דאפילו מ"ד אסור אינו אלא מדרבנן וכבר הארכתי קצת בזה בס"ד ועוד לשיטת רש"י דפוסק הלכה כר"ל דמשיכה בישראל ועובד כוכבים בכסף וכמו שמבואר בדברי הרא"ש בבכורות ובדברי הטור ביו"ד סי' ש"ך מ"ש ע"ש רש"י וכן משמע מדברי רש"י בב"מ ובקדושין ובבכורות יש להוכיח ג"כ בפשיטות דהלכה נמי כמ"ד גזל עובד כוכבים אסור מדאורייתא דלר"ל ע"כ לעמיתך אתי למעט עובד כוכבים מדין אונאה וע"כ גזילו אסור וכדאיתא בסוגיא להדיא ואין צורך להאריך בזה אבל לענינו יש ללמוד מכאן דלמ"ד גזל עובד כוכבים אסור גם הפקעת חובו נמי אסור דאי הפקעת חובו מותר מדאורייתא אכתי תיקשי למה לי קרא למישרי אונאה השתא הפקעת חובו מותר אונאתו דהוי דרך מקח וממכר מיבעי וכה"ג איתא בב"מ ר"פ איזהו נשך דאמרינן לא לכתוב באונאה ותיתי מהנך מה להנך שכן אין דרך מקח וממכר בכך אלמא אונאה משום דדרך מקח וממכר בכך ונהי דאמרינן נמי התם איפכא דהנך מאונאה לא אתיין משום דמה לאונאה שכן לא ידע דמחיל ע"כ בסוגיין דבכורות לא ס"ל הך סברא דאי ס"ל מאי פריך למ"ד גזל כותי עובד כוכבים היה מותר השתא גזילו אונאתו מיבעי הא איצטריך משום דלא ידע דמחיל אלא ע"כ צ"ל דאע"ג דגבי ישראל עבדינן צריכותא בהכי היינו משום דישראל בר מחילה הוי אבל עובד כוכבים דלאו בר מחילה הוא דמה"ט בן נח נהרג על פחות משוה פרוטה לא שייך למעבד גביה האי צריכותא

וא"כ אי הפקעת הלוואתו היה שרי אכתי תיקשי למה לי קרא למישרי אונאתו דכ"ש משום דהוי דרך מקח וממכר בכך דמה"ט אמרינן בב"מ שם דאונאה קילא טפי אפי' מריבית דמדעתיה קיהיב וכ"ש דקיל טפי מהפקעת חובו שמפקיע בע"כ ואמנם אפשר לחלק דשאני הלואתו דכבר זכה הישראל בממון משום דמלוה להוצאה ניתנה ומעיקרא בתורת זכיה גמורה אתי לידו משא"כ באונאה והנראה דע"כ צריך לחלק כן אליבא דרבא דס"ל בפ' הזהב (דף מ"ח) כריש לקיש דקאמר קרא ומתניתא מסייע לי' לריש לקיש וא"כ ע"כ ס"ל דלעמיתך למעוטי עובד כוכבים מאונאה וס"ל כמ"ד גזילו אסור ורבא הא קאמר להדיא דאפי' מ"ד גזילו אסור הפקעת הלואתו של כותי אנס היה שרי אלא ודאי ע"כ צ"ל דאף על גב דהפקעת הלוואתו היה מותר אפ"ה איצטריך קרא לאונאתו והיינו ע"כ מטעמא דכתיבנא. מיהו לפמ"ש התוספות בב"מ שם ובבכורות דאין ראיה מהתם דרבא כר"ל ס"ל אין צורך לזה ואין להאריך:

אמנם הא ודאי יש להוכיח מסוגיא זו דלמ"ד גזילו אסור לאו דוקא גזילו ממש דהיינו כעין ויגזול את החנית שחטף מיד ליד אלא אפי' פקדונו או משכונו של כותי שביד ישראל נמי דין גזל יש בו ואסור מדאוריית' דנהי דבהלואה יש לחלק כדכתיבנא בהנך ודאי אין לחלק בהכי ומדאיצטריך להוציא אונאה ש"מ דהני אסירי וכן יש להוכיח מדאיצטריך אחיך להתיר להוציא אבידת כותי אנס ודלא כמ"ש בחלקת מחוקק סי' כ"ח בשם מהריוויי"ל ואי"ה יתבאר מזה לקמן בס"ד ואין להאריך כאן בזה ועכ"פ פשט הסוגיא ניחא טפי לשיטת הרמב"ם והואיל וכן אין בידינו להכריע להקל במקום שיש לחוש לאיסור דאורייתא:

סימן טז

ואמנם בנידון השבועה אם נחייבהו בזה נלע"ד בפשיטות דוודאי איסור גמור הוי לכו"ע ולא מהני ביה שום ביטול בלב כיון דאין כאן שום אונס דממונא הוא שתובע ממנו ודברי הרשב"א נכונים וברורים וראויים למי שאמרן וכן הוא בדברי הר"ן בפ"ד דנדרים דאע"ג דהברחת המכס מעובד כוכבים הוי כהפקעת הלוואתו מ"מ היה אסור לישבע ע"ז יעו"ש וכ"ש בחוב ממון ממש שהלוה ע"מ לפרוע לו שאין זה אונס כלל מה שתובע ממנו בערכאותיהם שישלם לו. ואפי' לשיטת הסוברים דהפקעת חובו היה שרי. וראיה לזה מהא דאמרינן שם בהגוזל האי בר ישראל וכו' ולא אמרן אלא חד אבל תרי לא ומשמע בפשיטות דשמותי הוו משמתין ליה אבל אין מחייבין אותו לשלם כדין מוסר וכן כתב להדיא בהגמ"ר בפ"ה דב"ק והביאו בד"מ בחו"מ סי' כ"ח וכן בשו"ע שם ואי

נימא דהפקעת הלואה כיון דמותרת הוי ליה ממונו ממש ואי מצטרך לשלם הו"ל כאנס אמאי אינו מחייב לו לשלם כדין מוסר דהרי מפסידו ממונו ממש בזה ויותר מזה קשה דבי תרי אפי' שמותי נמי לא הוו משמתין להו והנה התוס' הקשו אהך דבי תרי וז"ל וא"ת הא לעיל שרי להפקעת הלוואתו וא"כ מפסידים אותו הרבה שאם היה רוצה היה יכול לכפור וי"ל דמ"מ לא הוו משמתין להו כיון שאין משלם על ידם אלא מה שחייב לו עכ"ל והנה לכאורה יש לתמוה בדבריהם במ"ש ואם היה רוצה היה יכול לכפור והא אסור לכפור מפני ח"ה מיהת מדרבנן ואטו בשופטני ורשיעי מחזיקינן ליה דנימא שמפסידים אותו מפני שהיה יכול לעבור על דעת חכמים וא"כ אפי' היתה הפקעת הלוואה אסור מדאורייתא נמי נימא אם היה רוצה היה כופר והיה עובר באיסורא אלא וודאי משום זה לא מיקרי הפסד ומה לי איסור דאורייתא או דרבנן וכה"ג קשיא לי אמ"ש המרדכי בשם ר"ת דאפילו אם אומר היו משמתין ליה משום דמצי לאישתמוטי יע"ש והיינו שהיה יכול לכפור לו. וזה תימא כיון דמדינא אסור לכפור מפני ח"ה א"כ האי עד לאו מידי עבד ואדרבה מצוה קעביד שמצילו מעבירה דרבנן וכי בשביל זה שמותי הוו משמתין ליה וכ"ש דמצי העד למימר אני איני מחזיק אותו לעובר על דברי חכמים ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן:

והנראה בעיני בפשיטות דהתוס' אזלי לשיטתם בזה דס"ל דאיסור גזל מן התורה הוא מטעם ח"ה ולשיטתם ע"כ בהפקעת הלואה של כותי אנס ליכא ח"ה כלל ואפי' ידע הכותי וכמו שבארתי לעיל באריכות בס"ד דמימר אמר זוזי לית ליה ואשתמוטי קמישתמיט ולשיטתם בהפקעת הלוואה קיל טפי וזהו שכתבו בפשיטות שאם היה רוצה היה יכול לכפור וזהו נמי דעת ר"ת שהביא המרדכי שכתב דמצי לאישתמוטי דכשיטת התוס' ס"ל. אבל לדעת הסוברים דהפקעת הלוואה נמי אסור מדרבנן במקום ח"ה וכ"ש לדעת הסוברים דאסור מדאורייתא מיהו הכא רבא הוא דקאמר להאי דינא ולרבא אליבא דכו"ע הפקעת הלואה של עובד כוכבים אסורה מדרבנן במקום ח"ה מיהו מדרבנן עכ"פ וודאי אסור לשיטתם ע"כ צריך לפרש דמיירי בשאינו מודה לדברי העד וכמ"ש רמ"א בשו"ע שם ובד"מ הביא ג"כ בשם הגהמ"ר ומבואר שם דאם מודה לדברי העד לא הוו משמתין ליה ואזיל נמי לשיטתם דפסק דהפקעת הלוואה דווקא במקום דליכא ח"ה וכמ"ש בסי' שמ"ח יע"ש ובכה"ג דליכא ח"ה אה"נ דאפי' מודה לדברי העד היו משמתין ליה וכ"כ הש"ך שם בשם יש"ש ואמנם פשט הסוגיא משמע טפי כפיר"ת דמיירי אפי' במודה לדברי העד מדאיבעי לן אדם חשוב דסמכי עלה וכו' א"ד כיון דאדם חשוב הוא ולא מצי אישתמוטי להו ומצי לאסהודי ואי מיירי בשאין מודה לדברי העד מה לי אדם

חשוב מה לי אינו חשוב והיכי נימא ליה לאסהודי להאי עובד כוכבים כיון שזה מכחישו ונהי דשמותי לא משמתין ליה אם העיד משום דמצי למימר קושטא אסהיד וחציף נמי לא הוי משום דלא מצי מישתמיט להו מיהו לשון הש"ס דקאמר ומצי לאסהודי משמע להדיא דאנן אמרינן שמותר לו לילך ולהעיד ואמאי כיון שזה מכחישו האיך נתיר לו לילך ולהעיד להוציא ממנו ממון וכי מפני שאדם חשוב הוא נאמן טפי מזה שמכחישו הא לא האמינה תורה עד א' להוציא ממון ואין חילוק בין חשוב שבחשובים אבל לשיטת ר"ת א"ש כיון שהוא מודה שהוא חייב אלא דבאדם אחר היו משמתין ליה משום דזה מצי מישתמיט והוא נמי למה לו לילך ולהעיד דאיהו נמי מצי מישתמיט שלא יעיד וחציף הוי שהולך ומעיד מעצמו להוציא ממון מחבירו שהיה יכול לזכות בו וכן משמע לשון דקאמר ולא תבע מיניה אבל אדם חשוב כיון דלא מצי מישתמיט מלאסהודי שפיר מצי לאסהודי כיון דהאמת כן הוא ואיהו מודה ליה ואמרינן ליה דמותר ליה לאסהודי אבל לשיטת הסוברים דבאינו מודה לדברי העד מיירי קשה:

ואמנם נראה דלשיטתם צריך לפרש דאדם חשוב עצמו קמיבעי ליה האיך יעשה דילמא כיון דאיהו ידע דהאמת הוא שחייב ולא מצי לאישתמוטי ש"ד למיזל ולאסהודי ולאו באתי למשאל קמן מיירי דאנן וודאי לא אמרינן ליה דיסהיד כיון שזה מכחישו אלא היכי ליעבד איהו לנפשי' הוא דקמיבעי ליה ושמותי וודאי דלא משמתינן ליה כיון דאומר דקושטא אסהיד וחציף לא הוי דלא מצי מישתמיט אבל אדם בעלמא משמתינן ליה אע"ג דטעין דקושטא אסהיד מ"מ כיון שזה מכחישו ואיהו נמי מצי מישתמיט חציף הוי במאי דאזיל ואסהיד ואין להאריך בזה שאין בו צורך כל כך לענייננו:

ונחזור לעניננו דהתוס' שהקשו דמפסידי' וכו' שאם היה רוצה היה כופר הוא לשיטתם דס"ל דבהפקעת הלוואה קיל טפי ולפ"ז צריך לפרש מה שתי' דמ"מ לא היו משמתין ליה כיון שאינו משלם על ידם אלא מה שחייב לו היינו כיון שהוא לוה מעות מעובד כוכבים ע"מ לשלם לו ומעותיו של עובד כוכבים הוא דמשלם ואינו מפסיד משלו כלום ואע"ג דבלאו עדותן היה יכול להרויח אם ירצה והם גורמים בעדותן שאינו יכול להרויח לא הוי אלא כמבטל כיסו של חבירו דפטור כמ"ש התוס' בב"ק דף כ' ע"א ד"ה זה אין נהנה וכו' וכן כתב הרא"ש שם והביא כן בשם הירושלמי יע"ש ואע"ג דהתם מיקרי גרמא ואסור לכתחילה יש לומר דהכא שאני כיון שאינו יכול להרויח אלא ע"י כפירה ואולי לא היה יכול להעיז בפניו ולכפור לו ואפשר נמי דהיה העובד כוכבים מביא ראיות שלא היה יכול לכפור [ועוד יש לחלק בענין אחר דהתם מבטל בידים ואין להאריך] והא דיש חילוק בין עד א' לב' עדים היינו משום דעד א' גורם להוציא ממון בעדותו מישראל שלא כדין

תורה דאם בא לפני דינינו בכה"ג שהוא כופר ועד א' מכחישו אין מוציאין ממנו ממון והוא מעיד לפני ערכאותיהם של עובדי כוכבים שמוציאין ממון עפ"י עד א' דהשתא גורם שמוציאין ממנו ממון שלא כדין תורה ובהכי ניחא לשיטת ר"ת הא דאמרינן אבל בי דוואר וכו'. ולשיטת ר"ת דמיירי אפי' מודה לדברי העד א"כ אי נמי אמומתיה שדי ליה מ"מ הא גורם לו הפסד שע"כ יצטרך לשלם דלא ישבע על שקר. ואלו לא היה מעיד הו"מ לאישתמוטי בכפירתו. וזה דוחק לומר דגם בלא העד היו מחייבין אותו שבועה חדא דא"כ פשיטא דבבי דוואר מצי לאסהודי דאינו גורם לו כלום ועוד דא"כ לא מקשי התוספות מעיקרא מידי שמפסידין וכו' והאיך יכול לכפור והא בעי אישתבועי. אמנם נראה דכיון דבאמת לא מפסיד ליה מידי וכמ"ש התוס' ומה דהוו משמתין ליה אינו אלא מפני שגורם להוציא ממון מישראל שלא כדין תורה. והשתא דאינהו נמי אמומתיה שדי ליה הוי ליה כדין תורה וה"ט נמי דב' עדים מצי מסהדי משום דאי נמי תבעו הכותי בדינינו והוו מסהדי הנך סהדי הוי מחייבינן ליה לשלומי וכדאמרן לעיל ישראל וכותי שבאין לפניך לדין אין באין עליו בעקיפין ומחייבין לו לשלומי השתא נמי מצי מסהדי בערכאותיהם ואע"ג דאי לא מסהדי כלל הו"מ איהו להרויח שיכול לכפור לו מ"מ זה לא מיקרי הפסד מה שצריך לשלם לעובד כוכבים מה שחייב לו שלוה ממנו ע"מ לפרוע וכמ"ש התוס' וה"ה בעד א' היכא דאמומתיה שדי ליה ואע"ג דע"כ יצטרך לשלם שלא ישבע על שקר מ"מ כיון דאין זה נקרא הפסד ואינו גורם נמי שיוציאו ממנו ממון שלא כדין תורה אין כאן איסור דכל מה דהוו משמתין לעד א' אינו אלא מפני שגורם להוציא ממון שהיה יכול לזכות בו שלא כד"ת:

העולה מזה דאע"ג דהפקעת הלואה קיל טפי מ"מ לא מיקרי זה הפסד מה שיצטרך לשלם כיון דשל עובד כוכבים הוא דמשלם מה שלוה ממנו וא"כ פשיטא דזה לא מיקרי אונס כלל מה שיצטרך לשלם מה שהלוה דנתיר לו בשביל זה לישבע על שקר דאין זה אלא ריוח שהיה יכול להרויח בשבועת שקר זו וכשלא ישבע לא ירויח ולא יפסיד וכי נתיר לו לישבע על שקר כדי להרויח והנה לשיטת התוס' הדבר ברור ומוכרע מסוגיא זו דאסור לו לישבע שפרע ואפי' ביטול בלב לא מהני כיון דאין כאן שום אונס והפסד כלל ולא מיבעי שבועה זו שישבע להדיא שפרע לו זה החוב דוודאי אסור אלא אפי' שישבע סתם שאינו חייב לו נמי אסור כיון דבאמת חייב לו ממון שהלוה ע"מ לפרוע לו. ואם היה מודה שלא פרע היו מחייבים אותו אפי' בדין תורה אלא דאי מצי מישתמיט מכותי אנס שלא יצטרך לשלם לא חמיר כ"כ שמפקיע החוב וזוכה מ"מ זה לא מיקרי אינו חייב לו דבאמת חייב לו קרינן ביה וזהו מ"ש התוס' כיון שאינו משלם על ידם אלא

מה שחייב לו אלמא דחייב לו מיקרי אע"ג דלשיטתם יכול לכפור והיינו משום דכל זמן שעדיין לא הפקיעו חייב לו קרינן ביה וכשמפקיע זוכה במה שבידו וכיון שכן אם ישבע שאינו חייב לו הרי נשבע על שקר. וזה ברור לדעת התוס' ולשיטתם:

ואמנם לשיטת הסוברים דיש בהפקעת הלוואה איסור דרבנן משום ח"ה היכא דידע הכותי בכפירתו. והך דעדות ישראל לעובד כוכבים מיירי שאינו מודה לדברי העד וכמש"ל ולדבריהם אתי שפיר בפשיטות הא דתרי לא הוו משמתין להו ולא חשבינן להו הפסד היינו כיון דיודעין האמת שהוא לוה מן העובד כוכבים א"כ דין הוא שישלם לו דאסור לכפור לו משום ח"ה וכיון דבי תרי נינהו ומהימני ושפיר עבדי דמסהדי אבל היכא דליכא ח"ה כגון שמת העובד כוכבים ומצי למיטען פרעתי לו בחייו אה"נ דאפי' בי תרי לא מצי מסהדי אפי' יודעים להעיד שעדיין לא פרע ואי מסהדי חייבים לשלם כדין מוסר דזה מיקרי הפסד. אבל באמת אי אפשר לומר כן דסתמא קאמר אבל בי תרי לא ומשמע דבכל ענין מצי לאסהודי אפי' היכא דליכא ח"ה בכפירתו ואי לא כן הוי ליה להש"ס לפרושי טעמא משום דבדין חייב לשלם וה"ל לחלק דהיכא דליכא ח"ה לא מצי מסהדי וחייבין נמי לשלם אי מסהדי. ולא הוי מישתמיט שום א' מהפוסקים ראשונים ואחרונים לבאר דהיכא דליכא ח"ה בכפירתו אסור להעיד אפי' לבי תרי וחייבים נמי לשלם אי מעידים. ועיין בש"ך סי' כ"ח שכ' בשם יש"ש דהיכא דאין העובד כוכבים יודע כלל מהחוב אפי' הוא מודה לדברי העד היו משמתין ליה יע"ש דמשמע להדיא דשמותי הוא דמשמתינן ליה אבל שלומי לא בעי ובי תרי שמותי נמי לא משמתינן להו והיינו ע"כ מהאי טעמא שכתבו התוס' דאין זה הפסד. ועוד אפי' להנך פוסקים אין כאן איסור משום ממון שהוא נוטל דבכה"ג רחמנא שריא. וקרינן ביה ראה וכו' והכפירה הוא האיסור מפני ח"ה ואלו עבדיה לאיסוריה וכבר כפר ליה לעובד כוכבים תו אין עליו חיוב תשלומין ואיסורא דעבד עבד וא"כ בכה"ג היכא דכבר כפר ליה נימא דתו לא מצי מסהדי דהרי מפסידין לו ממון שאינו חייב שוב לשלם לא מדאורייתא ולא מדרבנן. ובאמת פשט הסוגיא משמע דבכה"ג מיירי דכבר כפר ליה לעובד כוכבים בפני הערכאות ואזיל איהו ואסהיד שהאמת אתו וכן נראה מלשון הרא"ש שמפרש כן וכיון דאפי' בכה"ג מצי בי תרי לאסהודי ע"כ צ"ל לכו"ע כסברת התוס' דאין זה הפסד כיון שאינו משלם על ידם אלא מה שחייב לו והאמת שסברת התוס' היא נכונה וברורה והיא היא סברת הרשב"א לענין הך דמוכס עובד כוכבים לגבי נדרים ולא עוד אלא אפי' לדעת הראב"ד דמפרש הך דרב אשי גם אנודרין נראה לי דסבר שפיר כסברת התוס' והך דמוכס עובד כוכבים טעמא אחרינא אית ביה וכמו שיתבאר אי"ה:

הנה הרמב"ם כ' בפ"ה מהל' גזילה גבי הך דאין פורטין לא מתיבת המוכסין של כותים דבמוכס שהוא כותי אנס אפי' מוכס שיש לו קצבה אין פורטין ופי' שם הה"מ דמפרש להך דרב אשי דקאי נמי אמתניתין דאין פורטין דמקשינן עלה והאמר שמואל וכו' וטעמא משום דסתם כותי אנס לוקח יותר מן הקצוב יע"ש. והנה יש לתמוה ע"ז לכאורה אי מה"ט הוא דאין פורטין מתיבתו משום דבסתמא לוקח יותר מן הקצוב. א"כ מאי איריא מוכס כותי אפי' מוכס ישראל נמי דהא הרמב"ם פסק (בה' עדות פ"י) דסתם מוכסין בימים הקדמונים היו פסולין לעדות והיינו טעמא משום דסתמא לוקחין יותר מכדי קצבתן וכמ"ש הב"י בחו"מ סי' ל"ד יע"ש. איברא דלפי מ"ש הסמ"ע שם לפרש מוכסין דהתם לא הוי קשה מידי. אמנם באמת אין נראה כלל לפרש כן. מדכתב הרמב"ם הטעם שסתמן לוקחין יותר מכדי קצבתן אלמא דמיירי במוכס של דבר קצוב וכמו שפי' הב"י וא"כ קשיא מאי איריא מוכס כותי אפי' מוכס ישראל נמי מיהו אדרב אשי לא קשיא למה ליה לאוקמי מתני' במוכס עובד כוכבים לוקמי אפי' במוכס ישראל דיש לומר משום דבסנהדרין שם לא חשיב נמי במתני' מוכסין בהדי פסולי עדות ובברייתא הוא דקתני הוסיפו עליהם המוכסין וכו'. ואמרינן עלה מעיקרא הוו סברי מאי דקיץ להו שקלי וכו' יע"ש דמשמע להדיא דבזמן המשנה לא היו מחזיקים למוכס ישראל בסתמא ללוקח יותר מן הקצוב עד לאח"ז דחזו להו כן ופסלום לעדות וכיון שכן אתי שפיר דלא מתוקמא מתני' במוכס ישראל דבזמן המשנה עדיין סתם מוכס היה כשר לעדות [ועוד יש לפרש משום דבמתניתין קתני נמי ולא מכיס הגבאין. וסתם גבאי ישראל כשר הוי] ולא מחזקינן ליה בלוקח יותר מכדי הקצבה עד לאח"ז דהוסיפו עליהם וכו. דמחזקינן להו בהכי מיהו מ"מ דברי הרמב"ם גופיה קשיא אהדדי לפי מה שפסק לענין עדות דסתם מוכסין פסול לעדות משום דחזקתן ליקח יותר וכו' לא ה"ל למפסק הכא לענין הך דאין פורטין דדוקא במוכס כותי. הא אפי' במוכס ישראל נמי:

ומיהו אחר העיון בלשון הרמב"ם שם יראה דלא קשה מידי דכ' שם וז"ל בד"א שהמוכס כותי וכו' אבל מוכס שפסקו השר שיקח שליש וכו' והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה לשר ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר השר אינו בחזקת גזלן עכ"ל ונראה דמ"ש ואינו מוסיף כלום וכו' לאו אנודע קאי דבעינן שיהא נודע שאינו מוסיף כלום. דאם כן מאי איריא ישראל אפי' כותי נמי כיון דנודע דאינו מוסיף כלום על מה שגזר השר אמאי הוי בחזקת גזל מה שבתיבתו אלא נראה דה"פ דנודע על אדם זה שהוא נאמן ומסתמא אינו מוסיף כלום וכו' כיון שידוע הוא לאדם נאמן שאינו חשוד על הגזילה לא מחזקינן לו במוסיף על הקצבה. וזהו החילוק בין כותי לישראל דסתם

ישראלים בחזקת כשרים ואינן גזלנין מיהו משום דאומנות זו דמכס של כותים אנסין אומנות לסטין וגזלנין היתה כיון דחזינן ליה דירד לאומנות כזו כבר היה נפיק מחזקת ישראל כשר בזה ומחזקינן ליה בגזלן באומנות זו. אבל כל שידוע עליו בעצמו בבירור שאדם נאמן הוא אפילו השתא דירד לאומנות מכס של כותים לא נפיק מחזקתו דאיכא גביה תרי חזקה חזקה דחזקת כל ישראל וגם נודע עליו בעצמו שהוא נאמן. משא"כ בכותים אנסין דסתמן גזלנין היו כדאמרינן בסוכה סתם כותי אנס גזלנא ארעתא הוי משו"ה אפי' נודע כותי זה שהוא נאמן אכתי לא עדיף מסתם ישראל דהוי בחזקת שאינו גזלן ואפ"ה כיון שירד לאומנות זו הוי מחזקינן ליה בגזלן באומנות זו. והשתא א"ש דלא קשיא מידי דהא דכ' הכא בד"א שהמוכס כותי וכו'. היינו משום דבכותי אנס אפי' נודע עליו שהוא נאמן אפ"ה כשהוא מוכס לאנסין בחזקת לוקח יותר מן הקצוב הוי משא"כ בישראל כשהוא נודע לאדם נאמן. אבל סתם ישראל אה"נ דמחזקינן ליה בלוקח יותר מן הקצבה ולפ"ז נראה לי דמ"ש הרמב"ם בה' עדות דסתם מוכס אנסין היה פסול וסתם גבאי כשר הוא דלא כמ"ש הכ"מ שם. וכן בב"י שם בח"מ דמוכס הוא שקנה המכס מן שר של כותים אנסין ולוקח הכל לעצמו וגבאי הוא שגובה בשבילו ונוטל שכר קצוב בשביל זה יע"ש דהא הכא בהל' גזילה מיירי בכה"ג שגובה בשביל השר ואפ"ה כ' דבעינן שנודע עליו שהוא אדם נאמן וכו'. ומשמע להדיא דבסתמא שלא נודע עליו אם נאמן הוא מחזקינן ליה בלוקח יותר. מן הקצוב אלא נראה לי דמוכס דהל' עדות מיירי נמי אפי' בכה"ג ואפי' סתמיה פסול וכן נראה מלשונו שם שכ' ולוקחין היתר לעצמן משמע דחוק הקצוב נותנין לשר של כותים והיתר לוקחין לעצמן ולפ"ז צ"ל דגבאי מנת השר הוא ענין אחר לגמרי שאינו מכס כלל אלא מנת השר מכל איש ואיש כמו כסף גולגלתא או טסקא דארעא דקצבתו ידוע לכל וסתמיה אינו לוקח יותר מן הקצוב משא"כ בענין המכס שאין הקצבה ידוע לכל ואין קצבת כל הסחורות בשוה ובקל יכול ליקח יותר מחוק הקצוב. וזהו דרך המוכסים וכן משמע בסוגיא דסנהדרין שם יע"ש וקצת אפשר לכוין כן בדברי הסמ"ע שם שלזה כיון ואמנם לשונו שם אינו מדוקדק לזה ואין להאריך כאן:

ונחזור לענייננו דהכא בהל' גזילה דמחלק בין מוכס כותי למוכס ישראל היינו בנודע שהוא אדם נאמן דבישראל מהני ובכותי אנס לא מהני דאפ"ה סתמיה גזלן היה אבל בסתם אדם שלא נודע אין חילוק בין כותי לישראל ומ"מ לא תיקשי אדרב אשי לוקמי למתניתין בסתם אדם ואפי' ישראל מטעמא דכתיבנא לעיל בס"ד:

ואמנם עוד יש לדקדק דמשמע מדברי הרמב"ם שם דאם אין הישראל זה נודע לאדם נאמן או שהוא כותי ואפי' נודע היה מותר בימיהם להבריח את המכס. ואע"ג דבשביל

השר היה גובה וחוק המגיע להשר הוא דבר קצוב ויש בו איסור גזל דגוזל מנת השר וכמו שביאר שם והדבר קשה האיך מותר לגזול את השר בשביל זה הגובה שהוא חשוד ליקח לעצמו יותר מחוק השר הקצוב ועיין בב"י סי' שס"ט שכ' דאפילו שייך כל המכס לזה הישראל עצמו שהוא חשוד ליקח יותר אסור להבריח משום דבתר גנבא וכו' ואמנם לפי מ"ש לעיל בס"ד לשיטת הרמב"ם בפי' הסוגיא דבב"ק דבענין זה חלוק דין הישראל מדין העובד כוכבים ואע"ג דגזל עובדי כוכבים אסור מדאורייתא כמו גזל הישראל מ"מ בעובדי כוכבים כדיניהם היו דנין להו יע"ש לפי זה ניחא נמי כאן כיון שנתמנה עובד כוכבים כזה שהוא גזלן היה מותר להבריח את מנתו כדי שלא יהא הוא נגזל ואין להאריך:

ועוד יש לי דקדוקי דברים שם בדברי הרמב"ם. דמשמע להדיא מדבריו דהא אין פורטין דווקא בשכל ממונם של כותים אנסין היה בחזקת גזל וא"כ במוכס שיש לו קצבה אלא שחשוד ליקח יותר הרי אין כולו גזל דחוק הקצוב אינו גזל ומ"ש הרב המגיד שם דמשום זה ה"ה כמוכס שאין לו קצבה יע"ש לא מתפרש הטעם בזה ועוד דלפ"ז לא א"ש הא דמייתי אדרב אשי הך דתניא דאין לו ענין להך דרב אשי כלל:

ומה שנראה לי בישוב דבר זה אין מקומו להאריך בכאן. ודרך רמז בקצרה יש ליישב ע"פ הא דקיי"ל לגבי ישראל שלוחו של אדם כמותו ומיהו אין שליח לדבר עבירה וכ"ש בעובד כוכבים דאין שליחות לו כלל וזהו דין תורה אבל בדיניהם שלוחו כמותו וכדאמרינן שם בסוגיא ומשמע שם בסוגיא דאפי' היה עושה מעצמו. שלוחא דמלכא כמלכא. ומה שהיה עושה היה כמו שהמלך עצמו עשה דבר זה ושפיר הוי כמוכס שאין לו קצבה ועפי"ז יתפרש היטב הא דמייתינן עלה הך דתניא ישראל וכותי וכו' דכדיניהם דייינין להו באופן אחר ממה שכתבתי לעיל בס"ד וזה היה נראה נכון יותר מהאופן הראשון שכתבתי. ואמנם אין להאריך עוד דאין בזה נ"מ לדינא כי אם בביאור ופי' הסוגיא לדברי הרמב"ם והמשכיל יבין בדרך קצרה ויתיישבו בזה כמה דקדוקים בדברי הרמב"ם ודו"ק:

ונחזור לענייננו דדעת הרמב"ם הוא דכל מוכס של כותים אנסין היה בחזקת גזלן וכמו שביארנו בס"ד וכן סתם מוכס ישראל בלא נודע עליו שהוא נאמן והשתא נראה דגם דעת הראב"ד כן הוא תדע דלא השיג עליו בשני המקומות לא בהל' גזילה ולא בהל' עדות והשתא א"ש מה דס"ל לפרש דהך דרב אשי אהך דנודרים נמי קאי דכיון דסתמיה גזלן הוי. דחשוד ליקח יותר מחוק הקצוב לפיכך מותר לו לנדור כו' כמו שנודרין להרגין ולחרמין ולמוכס שאין לו קצבה. והנראה בעיני דגם הרמב"ם מפרש כן דהך דרב אשי

אנודרין נמי קאי דהרי כ' בפ"ג מהל' שבועות וז"ל באיזו מוכס אמרו במוכס העומד מאליו וכו' או שהיה לוקח ברשות השר אבל מוסיף לעצמו על הדבר הקצוב כמו שיתבאר בהל' גזילה עכ"ל. והנראה מלשון זה דחלוקה השניה אין זה מוכס שאין לו קצבה דמוכס שאין ל"ק היינו שאין קצבה מפורשת כלל מאת השר. ותחילת דת השר שיטול כפי דעתו ורצונו וכנראה מלשונו בהל' גזילה והכא מיירי במוכס שיש לו קצבה מאת השר אלא שממונה הזה מוסיף לעצמו על הדבר הקצוב וזהו ממש כהך דמוכס כותי דאוקי רב אשי דאפי' הוא מוכס *שיש* לו קצבה אלא דסתם כותי היה וחשוד ליקח יותר לעצמו וה"ה ישראל שלא נודע עליו שהוא נאמן. לפי מאי דהוסיפו עליהן לאחר דין המשנה ומיהו אפשר דלענין שבועה אין להקל בסתם ישראל כל שאין ידוע שהוא מוסיף לעצמו ואמנם סתם הדברים בכאן וכ' סתם אבל מוסיף לעצמו וסמך על מה שמתבאר בהל' גזילה וזהו מש"כ כמו שיתבאר בהל' גזילה וזהו נמי דעת הראב"ד דמפרש להך דרב אשי דקאי נמי אנודרין. ומשום דסתם כותי וכו' ואם כן אין זה ענין כלל להך דנידון דידן. ושפיר יודה הראב"ד לסברת התוס' שכתבנו שהיא סברת הרשב"א:

ואמנם מפני שאין לפני דברי הראב"ד בלשונו וגם ס' חי' הרשב"א שמביא דברי הראב"ד ג"כ אין לפני כעת. אין בידי להחליט פי' זה בדברי הראב"ד. כי אולי יש להוכיח מדבריו שלא כיון לזה ומיהו אפי' יהיה הדבר מפורש בדברי הראב"ד להקל בשבועה מטעם דהפקעת הלוואתו של כותי אנס מותר יחיד הוא בדבר זה נגד כל גדולי הראשונים שבקצתן הדבר מפורש שאסור הוא ומדברי קצתן יש להוכיח כן כמו שבארנו בס"ד וכ"ש דלקצת גדולי הראשונים עיקר הפקעת הלוואה אסור מדאורייתא וכמש"ל בס"ד. וגם בעיקר פי' הראב"ד שמפ' להך דרב אשי דקאי נמי אנודרין לפי גי' בש"ס לא ראיתי בשום א' מהמפרשים הראשונים שפי' כן. ומדברי רש"י מסידור דבריו נראה דגורס ג"כ כגי' הראב"ד ואפ"ה פי' אהך דרב אשי וז"ל במוכס כותי אנס ואין לחוש לגזל היכא דליכא ח"ה וכו' עכ"ל מזה נראה להדיא דלא מפרש לה אלא אהך דמותר להבריח:

וראיתי בס' פני יהושע שכ' אדברי התוס' דבב"ק שם ד"ה נודרין וכו' דמפרשי דהך דרב אשי אנודרין נמי קאי ומשו"ה למדו מכאן מה שלמדו דהא הכא לאו אונס גמור הוא ונסתייע בדבר זה ממה שבנדרים שם במקומו ולא הזכירו התוס' מזה כלום והיינו משום דהתם להך דרב אשי יע"ש והתימא בעיני שנסתייע בדבר שאינו דהרי גם בנדרים כתבו התוס' כדברים האלה ממש שכ' כאן ובעיקר דבריו כבר כתבנו להוכיח מדברי התוס' בס"ד דלית להו הך סברא כלל ואין להאריך עוד:

ומלבד כל מה שכתבנו לא ידעתי איזו ביטול בלב בשבועה כזו שבוודאי יצטרך לישבע שפרע זה החוב אל המלוה שמת ולא משכחת כלל בענין זה ביטול בלב שלא יהא היפוך ממה שמוציא מפיו וכבר עמד על כעין זה בט"ז יו"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ד יע"ש. והדרך שכ' שם נראה דלא שייך כאן ואין צורך להאריך כאן בדבר זה כי לענ"ד הדבר ברור דאפי' אי משכחת ביטול בלב בכה"ג כדינו נמי אסור כאן. ואפי' לישבע סתם שאינו חייב לו כלום נמי אסור וכמו שביארנו בס"ד:

סימן יז

מה שהשיב הגאון ר' חיים זצוק"ל להגאון מו"ה יו"ט ליפמאן זצוק"ל הנ"ל:

הגיעני אמרי נועמו אשר העמיק הרחיב בדין גזל עובד כוכבים בימים הקדמונים ולדעתי באמת קשה לעמוד בזה על אמיתות הסוגיות לאשר אין אתנו יודע אמיתות הנוסחאות והמסורת אשר בידינו בכתב לאו מר בריה דרב אשי חתום עליה והנה הרב ח"צ היה כמעט בדורנו זה ובתשובה סי' כ"ו נראה דגירסתו היה בש"ס פ' המקבל (דף קי"א) באופן אחר כמש"נ בילקוט ולא ראיתי גירסא זו בנוסחאות הכתובים וכמה מן הראשונים ז"ל הביאו לענין ג"נ דפלוגתא היא בפרק הגוזל ואף שיש בידי ליישב דבריהם אבל יותר נראה וקרוב בעיני שגירסא אחרת היה לפניהם וכן בפרק שור שנגח (דף ל"ח) הנוסחא שבידי היא נוסחת הישש"ש והובא גם בשל"ה במסכת שבועות וכבר שלחה מלכות כו' וביורשלמי שם הביא הך עובדא שאמרו חוץ מב' דברים שאתם אומרים בת ישראל לא תלד כו' באותה שעה גזר רבן גמליאל שיהא גזילו של כותי אסור מפני ח"ה עכ"ל ומי יודע אם בש"ס דילן לא היה הגירסא כמו בש"ס ירושלמי ואנחנו נגששה כעורים בקיר לפי הנוסחאות המסורות בידינו וה' יצילנו משגיאות:

והנה במ"ש דמאן דאסר גזילו מדאורייתא אסר. יפה כיון והוא ברור כשמש בצהרים. ומ"ש להביא ראיה ע"ז מרפ"ב דבכורות הוא ברור ופשוט כביעתא בכותחא. וכבר קדמו בזה גם הרב ח"צ בתשובה כ"ו וכל דבריו סובבים הולכים בשיטת כת"ר והנה מסוגיא זו דרפ"ב דבכורות יש לי לדון לפני רבותי בקרקע דלענין דינא בין לשיטת רש"י בין לשיטת ר"ת המבואר בטור יו"ד ובש"ך הא לא קאי מיעוטא דלעמיתך למעוטי אונאה אלא למעוטי מדין קניית ישראל למר דרשינן לעמיתך בכסף ולכותי במשיכה ולמר דרשינן לעמיתך במשיכה ולכותי בכסף וכמבואר בתוספות בפרק בתרא דעבודת כוכבים (דף עא ע"א) ד"ה רב אשי וכן הוא במרדכי פרק הזהב ושא"פ וא"כ לענין אונאה לא פש גבן אלא חד מיעוטא דלא תונו איש את אחיו ואי ס"ד דגזילו מפורש אסור מה"ת א"כ

איצטריך קרא למעוטי אונאתו וא"כ מסתברא לאוקמי האי מיעוטא דאיש את אחיו למעוטי כותי ולא הקדש וכדאמרינן התם בסוגיא בפרק הלוקח עובר פרתו (דף י"ג) דאי לא כתב אלא חד הוי אמינא וכו' אבל הקדש יש לו אונאה. והרי שנינו משנה שלימה בפרק הזהב (דף נ"ו ע"א) דהקדשות אין להם אונאה והיינו ממיעוטא דאיש את אחיו. ודוחק גדול לומר דלא קיי"ל כהך צריכותא. ומחד מיעוטא ממעטינן שניהם. או דקיי"ל גזילו אסור מדרבנן ומשום הכי אע"ג דל"ל אלא חד מיעוטא שדינן ליה אהקדש דלמעוטי כותי לא צריך קרא דאתי מגזילו ולפי מ"ש כל הפוסקים הראשונים והאחרונים ז"ל דקיי"ל כר' יוחנן דדבר תורה מעות קונות ראיה זו מוכרחת מסוגיא דש"ס דהא לר' יוחנן ע"כ דרשינן לעמיתך בכסף ולכותי במשיכה דליכא למימר דס"ל בין בכותי בין בישראל בכסף א"כ תיהוי תיובתא מתניתין דנתנה לבלן כמבואר בתוס' פרק הזהב (דף מ"ח) ד"ה בלן ובכמה מקומות בתוס' ופוסקים ובזה נדחו דברי התוס' בבכורות פ' ב' ריש דף י"ד ומחוורתא כמסקנת התוס' דפרק הזהב ד"ה נתנן לסיטון אבל אי נימא דהלכתא כריש לקיש דמשיכה מפורשת מן התורה אין מסוגיא זו ראיה דאיכא למימר דאוקמינן לעמיתך למעוטי אונאה ולענין קניה איכא למימר באמת דקמ"ל דגם כותי במשיכה וכדאסיק רבינא בפרק בתרא דעבודת כוכבים (דף ע"ב) ובברייתא דנתנה לספר מעל ניקום כריש לקיש אבל מ"מ ליכא מאן דפסק כר"ל אלא רש"י ואיהו כתב להדיא בכמה דוכתי דלכותי בכסף וכן כתבו הטור ושא"פ בשמו ותו דהא כל חיליה דמאן דפסק כר"ל מדר"א בתראה סבר בסוגיא בפרק בתרא דעבודת כוכבים (דף ע"א) דמשיכה בכותי אינו קונה וכן בפרק הזהב (דף מ"ח) משנינן בספר עובד כוכבים דלאו בר משיכה הוא והכי משמע להו פשטא דסוגיא דפ"ק דקדושין (דף י"ד) וכמ"ש רש"י שם בד"ה הואיל וכל קנינו. א"כ זכינו לדין דעכ"פ לענין הלכתא ע"כ מאן דפסק כר"ל ס"ל דקיי"ל לכותי בכסף והיינו ממיעוטא דלעמיתך וכמש"ל. הן אמת לפמש"ל אי"ה בדעת רש"י ורמב"ם דס"ל דלמאן דאוסר גזילו של כותי עובר עליו בל"ת גמור דלא תגזול יש לדחות ראיה זו דאיכא למימר דדוקא למ"ד על גזילו היה עובר עליו בלאו גמור הוא דאיצטריך מיעוטא דאיש את אחיו באונאה. אבל אי נימא דהלכתא כמ"ד על גזילו קאי בעשה ולא בלאו תו לא צריך האי מיעוטא דאיש את אחיו למעוטי באונאה דהא קרא דאונאה בל"ת גמור הוא דכתיב. ולענין לעבור עליו בל"ת לא צריך קרא למעוטי ק"ו מגזילו אבל לסברת התוס' שאכתוב לקמן אי"ה דס"ל דלכולי עלמא דלמאן דאוסר גזילו היינו דקאי עליו בעשה דואכלת וכו' וא"כ הא דאמרינן בסוגיא דבכורות הניחא למ"ד גזילו אסור דקאי עליו בעשה דואכלת וכו' הא קמן סברת התוס' שאפילו אי קאי על גזילו רק בעשה איצטריך

קרא למעוטי אונאתו וא"כ ע"כ לענין דינא קיי"ל דלא היה אף בעשה וכדכתיבנא לעיל ועמש"ל לשיטת רש"י והרמב"ם מסוגיא דתלמודא:

ועתה אשוב אל סדר נועם דבריו דמ"ש לפרש דברי רש"י בסנהדרין (דף נ"ז) דכוונתו דאפילו למ"ד גזילו אינו מפורש בתורה אפ"ה אסור מדרבנן יפה כיון בזה אבל עדיין לא קלע אל השערה בכוונת רש"י ז"ל דהא להדיא מוכרח מדבריו ד"ה משום דקבעי כו' דמאן דס"ל דאסור מה"ת עובר עליו בלאו ממש ולא סגי ליה בעשה דגאולה תהיה לו או דואכלת כדעת מעכ"ת אבל האמת הוא דמ"ש רש"י דס"ל כמאן דאמר וכו' לאו לאפוקי ממאן דדריש הנך דרשי דפרק הגוזל הוא אלא לאפוקי מהנך תנאי דפ' המקבל (דף קי"א ע"ש) דמאן דיליף שכיר שכיר הוא דמייתר ליה קרא למעוטי גזל דלמעוטי עושק סגי ליה בחד קרא למעוטי מכל השמות הללו דתו"כ ומשנה תורה כיון דילפי מהדדי אבל מאן דלא יליף שכיר שכיר לא מייתר לו שוב קרא למעוטי גזל דהאי רעהו דת"כ ומאחיך דמ"ת תרוייהו איצטריך לענין עושקו חד למעוטי מהנך לאוי ועשה דמ"ת וחד למעוטי מהנך לאוי דתו"כ ויש לי לרצות בסוגיא זו דלא נצטרך לדחוקא דהמהרש"א ועוד יתיישבו כמה קושיות וגירסאות ואכמ"ל וא"כ להנך תנאי אכתי לא אמעוט אלא עושק. ועל גזילו היה עובר עליו בלאו גמור דלא תגזול להנך תנאי ולאפוקי מהנך תנאי הוא דכתב רש"י ז"ל דס"ל כמ"ד וכו' הן אמת התוספות ריש פרק איזהו נשך (דף ס"א) שיטה אחרת להם עי"ש אבל הרמב"ם ס"ל דלא מפקינן לאו דלא תגזול מפשטיה וכמ"ש הח"צ בתשובה הנ"ל דלהרמב"ם רווחא שמעתתא טובא ולא צריך לדחוקא של התוס' ועוד לאלוה מילין לתרוצי ע"פ שיטת הרמב"ם ואכמ"ל ודברי רש"י פרק המקבל (דף קי"א ע"א ד"ה משום לא תגזול) אזלא כמ"ד גזילו אינו מפורש בתורה אבל למ"ד גזילו אסור מן התורה לא קשיא לאו בגזל למה לי דאיצטריך לגזל כותי דלא אתי מריבי' ואונאה כ"כ המהרש"א שם וכן תירץ בש"מ בשם הרא"ש ועוד יש לתרץ בדרך אחר. ואיך שיתיישב האמת יורה דרכו דמאן דס"ל דגזילו אסור מן התורה עובר עליו בלאו ממש כדמשמע מדבריו בסנהדרין אבל הנך דרשי דבפרק הגוזל אפשר דאסמכתא בעלמא נינהו לדעת רש"י ז"ל והכי משמע לי פשטא דסוגיא דפ' המקבל מדנקט שם לישנא למישרי ולא קאמר חד למעוטי גזילו דהוי משמע למעוטי מלאו דלא תגזול לחוד ובפרט לגירסת הח"צ והילקוט בשלמא לשיטת התוס' ר"פ איזהו נשך ניחא האי לישנא דהיתרא דהא לדידהו ליכא לאו כלל וכל פלוגתייהו דהנך תנאי אי מייתר ליה קרא לאפוקי מעשה דואכלת כו' אבל לרש"י והרמב"ם ליכא למימר הכי והרב ח"צ כבר הקשה זאת ע"ד עצמו ושיטתו ונדחק מאד בזה עד שראוי להפליא שהניח דרכו דרך הקדש ובחר ללכת אחרי

דרך בחורי הישיבה ומחוורתא דלשיטת הרמב"ם למאן דאסר גזילו עובר עליו בל"ת גמור וכו' ולפמ"ש יש להביא ראיה דדרשא דואכלת וכו' אסמכתא בעלמא הוא דהא הך דרשא ר"ה הוא דאמר לה ור"ה הא ס"ל בפ' הזהב כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות וא"כ ע"כ ס"ל דלעמיתך אתי למדרש לעמיתך בכסף ולכותי במשיכה וכדכתיבנא לעיל באריכות לר"י גופיה ואין צורך לכפול הדברים:

ומה שכתב כת"ר דלהרמב"ם נלמד דין איסור גנבתו מדין גזילו באמת כמו כן כתב הרב המגיד אבל איהו לא נחית לדקדק מה דעתו של הרמב"ם בגזילו אבל לשיטת כת"ר הא על גזילו קאי בעשה ובגנבתו ברור מלל הרמב"ם דהיה עובר עליו בלאו דלא תגנוב ממש דהא להדיא כתב ריש הלכות גנבה הגונב ממון סתמא ולא כתב מחבירו משא"כ בריש הל' גזילה כ' הגוזל את חבירו ש"פ ובלי ספק שזהו דיוקא של הר"ן בחידושיו לסנהדרין (דף נ"ז) שהביא מעכ"ת. אלא שנראה דהרמב"ם לאו מקרא דראה ויתר וגו' יליף כמ"ש הר"ן שם דלמאן דיליף מהאי קרא דחוק לחלק בין גניבה לגזילה ועוד דמשמע דדעת הרמב"ם פ"ח מהל' נזקי ממון דס"ל דקרא דראה וגו' לא הוי קאי אלא בכה"ג שהיה רשות ביד דייני ישראל לעונשם ולמיגדר שיזהרו מגזל שהוא א' משבע מצות שב"נ נצטוו עליה והוא מוכרח לשיטת הרמב"ם דס"ל דהא דאמרינן בירושלמי בדיניהם קאי אריש לפטור שור של ישראל שנגח וא"כ קשה לרבי עקיבא דהלכתא כוותיה בהא דאין באין בעקיפין אלא דייניו ליה בדינינו או בדיניהם אם כן הא בדיניהם פטור לגמרי לשיטתו ובדינינו או דדרשינן לרעהו פטור לגמרי כמו בהקדש או דאיכא לחלק בין תם למועד דהא קיי"ל כר"ש בן מנסיא וכדמפרש רש"ל טעמא וא"כ אמאי משלם בתם נזק שלם וכדפריש הרמב"ם טעמא דקנסינן אכן דעת הרמב"ם נראה ברור דס"ל דלא מעטי' אלא ממאי דאשכחינן מיעוטא אבל על גניבה ליכא מיעוטא כלל דהך בעמיתו דכתיב בקרא דלא תגנובו לאו למעוטי עובד כוכבים אתי דהא דרשינן מיניה בתו"כ אין לי אלא איש באיש איש באשה מנין ת"ל בעמיתו והטעם נראה לשיטת הרמב"ם דמשמע לרז"ל דהך בעמיתו לא קאי אלא תגנובו דכתיב קודם האתנחתא אלא אהך דבתר האתנחתא וכדאשכחן בכמה דוכתי וגבי לא תכחשו דבתר האתנחתא כבר כתב בפ' ויקרא בעמיתו ודרשינן עלי' בתו"כ מה ת"ל עמיתו עמיתו ב' פעמים עמיתו פרט לגבוה עמיתו פרט לאחרים משו"ה דרשינן האי בעמיתו דפ' קדושים איש באשה הא חזינן דבש"ס עביד צריכותא בין עושקו לגזילו וא"כ בגבינה דחמיר דלא השוה כבוד עבד לכבוד רבו וכן התורה החמירה בגנב בתשלומי כפל וד' וה' לא אמעוט עובד כוכבים כלל מלאו דלא תגנובו ובאמת כל האחרונים לא נתעוררו לחלק בין גניבתו לגזילו וכן התוס' פרק הגוזל

(דף קי"ג) למדו איסור גניבתו מאיסור גזילו אמנם לשיטת התוס' דר"פ איזהו נשך הנ"ל דלדידהו ליכא לאו בגניבתו וכו' ולאו דמשקלות אתי לטומן משקלותיו במלח ולחייב משעת עשיי' אבל הרמב"ם הרי כתב להדיא ריש הלכות גניבה דע"מ למיקט אסור משום שלא ירגיל עצמו בכך והיינו דרבנן וכן במשקלות כ' בהדיא בפ"ח דגניבה דעובר בלאו גמור גם השוקל לכותי דס"ל דהנך דרשי דר"פ איזהו נשך אסמכתא בעלמא נינהו ולאו דלא תגנובו ודמשקלות לא נפקי מפשטי' והא דמחייב תלמודא בסוגיא דהמקבל בכובש ש"ש משום לא תגזול לא מסוגיא זו היא וכדמפרשינן אלא מפשטי' דקרא בענינא דש"ש ויש לעשות סמוכים לזה לדברי הרמב"ם ואכמ"ל וצ"ל דס"ל להרמב"ם דלית הלכתא כברייתא דסנהדרין (דף נ"ז) אלא כסתמא דגמרא בפרק המקבל דנקט צריכותא וממילא לא אמעוט גניבה דחמיר וכדכתיבנא ואף לכאורה לפום הך סוגיא גם גזילה לא אמעוט לתנא דמתני' דפ' המקבל דהלכתא כוותיה יכילנא לשנויי על פי דברי הרש"א דלמסקנא תנא דידן יליף ש"ש אלא לא צייתינא ליה לרש"א למיפק מפשטא דסוגיא ויש לי דרך אמת בסוגיא זו ואכמ"ל וכ"כ המאור והמלחמות בפשיטות דתנא דידן לא יליף שכיר שכיר דלא כהרש"א ואכמ"ל בזה כי לדעתי גירסא אחרת היה לו להרמב"ם בסוגיא זו כי דבריו נפלאו מאד בענין גר תושב בפי"א דשכירות דין א' לפי גירסתנו וכ"ה בתוספתא להדיא דלא כהרמב"ם בגר תושב ועכ"פ זה ברור בכמה דקדוקים בלשון הרמב"ם בריש הלכות גזילה וריש הל' גניבה דבגניבתו איכא ל"ת גמור דלא תגנובו וגזילו אסור ג"כ ואין בדברי הרמב"ם הכרע גמור אי דאורייתא הוא מהנך דרשי דפ' הגוזל או מדרבנן וקראי אסמכתא בעלמא נינהו וכבר כתבתי דמסוגיא דפרק המקבל משמע לשיטת הרמב"ם דמאן דמפיק לגזילו מלאו איסורו מדרבנן הוא וכן משמעות לשונו בריש הלכות גזילה נראה דמדרבנן הוא דאסור ואם באנו לדייק מדבריו מצינו לדייק בכמה דוכתי דמה"ת הוא דאסור אבל הכרעה גמורה ליכא למידק ולמשמע מיניה דבריש הל' גניבה וכן בפ"ב דגניבה דריש מרעהו למעוטי תשלומי כפל אין ראיה דכבר כתבתי דגניבה וגזילה לאו בחדא מחתא מחתינהו להרמב"ם וכן הא דדריש בפ"ז מהלכות גזילה דין ז' מוכחש בעמיתו למעוטי מחומש איכא לאוקמי דקאי אגניבה דוקא וקצת יש לדייק כן מלשונו מדשינה לכתוב הנשבע לעובד כוכבים ולא כ' הגוזל את העובד כוכבים כמ"ש במאי דאסקינן דין זה לפניו ולאחריו ועכ"פ אין זה דוחק לאוקמי דקאי אגניבה לחוד דהא בלאו"ה לא קאי אכל הנך דנקט שם והא דמייתי דרשא דוחשב בפ"ז דגניבה כבר כתבתי דאיכא למימר דאסמכתא בעלמא הוא וכן לא מנה אותו במנין העשין ועמ"ש לקמן אי"ה דלהרמב"ם נמי הטעאה היתה אסורה משום חשש ח"ה או משום דהוי בכלל עושה

עול מ"ד אגניבת דעת ומ"ש כת"ר מדלא מחלק בהטעאה בין איכא ח"ה לדליכא לדידי הטעאה וגזילה תרי מילי נינהו דבגזילה ועושקן היה חיוב חזרה משא"כ בהטעאה כמש"ל אין מכאן ראיה דבהטעאה מעולם לא נפיק מכלל ח"ה דהא גבי טעות נמי מצריך בפי"א דגזילה שיאמר על חשבונך אני סומך ואם לא אמר היה למיחש לח"ה וא"כ היכא דהיה מטעהו בעצמו ודאי לא נפיק מחשש ח"ה. ומ"ש כת"ר מדלא מחלק בין היכא דאיכא ח"ה לדליכא בגזילו ועושקו לא הבנתי דהא הדר מפרש דגזל הוי כעין ויגזול את החנית ובכה"ג ודאי איכא ח"ה וכן בעושקו מפרש דהיינו שתובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה ובכה"ג ודאי הוי ח"ה גמור ולכאורה הראיה יותר מכרעת דעת הרמב"ם היא מדהביא בענין אונאה בפי"ג דמכירה דין ז' מיעוטא דאיש את אחיו ומוכח מדבריו דגזילו אסור מן התורה וכדמסיק מינה תלמודא בריש פ"ב דבכורות אבל באמת דברי הרמב"ם קשים מדידיה אדידיה דהא בפ"א דזכי' דין י"ד סבר דקניית עובד כוכבים הי' בין במשיכה בין בדמים וא"כ ע"כ דדריש לעמיתך לענין קנין וכמ"ש התוס' בפ' בתרא דעבודת כוכבים (דף ע"א) ואיך כתב בפי"ג דמכירה דין ח' הך מיעוטא דעמיתו נמי לענין אונאה וכיון דקשיא דידיה אדידיה ליכא למשמע מינה ואין כאן מקום להאריך בדברי הרמב"ם לענין גוף הקניות וקרוב בעיני שנשתבשו הגרסאות בדבריו בפ"א דזכיה הלכה י"ד בין קונה למקנה ובין מקנה לקונה ובזה דמעילות היה בין ישראל לעובד כוכבים ובין עובד כוכבים לישראל ואם נניח כן יתורצו כל הסוגיות ומאן דמתרץ לי בלי שום הגהה מובילנא מאני' וכו':

ולכאורה מדהביא ריש פי"א דגזילה דרשא דאחיך לענין אבידתו איכא למשמע דגזילו מה"ת אסור ובאמת יש לדקדק גם בשיטת הש"ס למ"ד גזילו אסור מדרבנן אבידת אחיך ל"ל ומיהו יש לתרץ דמוקי לאחיך לדרשא אחריתא ולפמ"ש התוס' בעבודת כוכבים (דף כ"ו) איכא לתרץ דאיצטריך מיעוטא דאחיך עיי"ש. אבל הרמב"ם דמייתי הך דרשא לענין אבידת ממונו משמע דס"ל דגזילו אסור מדרבנן וגם ראיה זו יש לדחות ומ"ש כת"ר דלהרמב"ם לא שני ליה בין עושקו לגזילו יפה כיון ומ"מ ברווחא אפ"ל דלא פליג אפשטא דסוגיא לענין הפקעת הלואתו דעושקו והפק"ה תרי מילי נינהו עושקו מקרי כמ"ש הרמב"ם בפי"א דגזילה הלכה ז' שהפקיע חובו באלמות ונראה דלאו דוקא באלמות וחיזוק יד אלא אף אם היה מפקיע בטענת שקר שהיה ידוע לכותי שמשקר ומכחיש בכה"ג נמי נראה דמקרי עושקו דמה לי אם מפקיע באלמות או בטענת שקר הידוע שקרו ס"ס הרי אוכל ממונו בזרוע וכמ"ש הראבי"ה בפ"ק דקדושין אבל מ"מ אפשר לומר דהיינו דוקא שמה שידוע היה להעובד כוכבים בבירור שהישראל משקר

ומכחישו אז הוא דמקרי עושקו ומה שלא היה ידוע לו בבירור אלא שתבעו בטענת ספק כגון במוכס אנס ויורש שכ' רש"י בכה"ג מקרי הפקעת הלואתו ומ"ש כת"ר דלא עדיף הפק"ה בטענת שקר מהטעאתו דס"ס הרי מטעהו בטענת שקר סברתו נכונה בזה והנה לפמ"ש לעיל שהטעאתו לעולם לא היה נפיק מחשש ח"ה משום דלא עדיף מטעותו דלא א"ל על חשבונך אני סומך לפ"ז יכילנא לשנויי דלהרמב"ם נמי איסור הטעאה היה מטעם חשש ח"ה והכי משמע קצת בפי"א דגזילה אבל יותר נראה דברי הרמב"ם דאיסור הטעאה הוא משום דתועבה הוא לעשות עול כמ"ש בפ"ז דגניבה הלכה ח' ומשו"ה אפילו גניבת דעת אסור ולפ"ז ודאי גם הפק"ה לא עדיף מהטעאה וגניבת דעת אבל לא לענין חיוב חזרת ממון כמש"ל אי"ה דלהרמב"ם נמי בהטעאה לא היה חיוב חזרת ממון כיון שלא היה עושה מעשה בידים ומכ"ש בגוונא דמוכס אנס ויורש שאינו מוציא ממנו ממון רק מפקיע חובו ואיסורא דגניבת דעת הוא דאיכא וישוב הסוגיא יובן עפ"י מש"ל אי"ה בדברי התוס' והשתא ניחא הא דלא כתב הרמב"ם בפי' שריותא דהפק"ה משום דבאמת בכלל הטעאתו הוא דאסור משום גניבת דעת אבל לענין חזרת ממון דקדק בפי' בריש הלכות גזילה לפרש מהו גזל ומהו עושק וכדכתיבנא דהפק"ה ועושק תרי מילי נינהו כן נראה ליישב דברי הרמב"ם שלא נגד פשטא דסוגיא:

ומ"ש כת"ר להביא ראיה דמדאיצטריך קרא למעוטי אבידתו מכלל דגזילו דאסר רחמנא ל"ד כעין ויגזול את החנית אלא אפילו עושקו נמי כ"כ גם הרב ח"צ בתשובה אבל אין זו ראיה דכבר כ' דלטעמיך תיקשי למ"ד גזילו אסור מדרבנן אבידת אחיך ל"ל ועוד יש מקום לומר דאבידתו שאני מעושקו וכעין זה כתב ג"כ כת"ר בדקדוקיו בשיטת הרי"ף. ומ"ש כת"ר דכן יש ללמוד מדאיצטריך רעהו בנזקי שור אינו מדוקדק דהא אכתי איצטריך הך רעהו למעוטי הקדש ובמאי דמשמע מדברי כת"ר דלמסקנא נמי פטורא דנזקי שור נפיק מרעהו וקרא דראה ויתר וגו' קאי אסיפא לחייב נזק שלם בשור של כותי שנגח יפה כיון וכ"כ הר"ן וכ"כ הישו"ש והכי משמע להדיא בירושלמי דמפרש שם טעמא דמתניתין רב אמר ראה ויתר גו' חזקי' אמר הופיע גו' ר"א בשם רשב"י אמר בדיניהם והיינו אסיפא דבדיניהם בין תם בין מועד משלם נזק שלם וכדתניא בתוספתא ריש פרק ח' שאין תם ומועד בנזקי כותי ומייתי לה לבתר הכי גם בירושלמי ודלא כהרמב"ם דמפרש בפ"ח מהל' נזקי ממון דקאי בדיניהם אריש דמתני' ומ"ש כת"ר בישוב דברי הראבי"ה לא נהירא כלל דמ"ש בתחלת דבריו דמיירי דוקא כגון שלא בא לידו בתורת הלואה ע"מ להחזיר הנה זולת שדבריו דחוקים ויש להשיב עליהם בשיטת הסוגיא אבל אף שיש ליישבו בדוחק ואולי היה מקום לדבריו דאי הוי משני כאן בגזילו כאן בהפקעת ממונו

אבל הכא הא משני להדיא כאן בהפקעת הלואתו והם היפך דברי פירושו ואפילו אי הוי אמר לי יהושע ב"נ לפרש כן לא צייתינא ליה מפשטא דלישנא דהלואתו דמשמע ודאי שלוה ע"מ לשלם ככל הלואתו דכולי תלמודא ואי דייקינן כולי האי למיפק מפשטא דסוגיא לא מסקינן דינא בקושטא:

ומ"ש במסקנתו דהראבי"ה אזיל בשיטת הרמב"ם דס"ל הפק"ה היה אסור זולת דקדוקים שצריך ליישב לפי"ז בדברי הראבי"ה אבל לצרת הרמב"ם ולדוחקו אנו מצטערין אלא שבא לטפל גם את הראבי"ה עמו בצרה ובפרט הרמ"א שהביא דברי הראבי"ה בח"מ סי' רפ"ג ודאי אין מתפרשין יפה לא ע"פ דברי כת"ר הראשונים שרוצה לחלק בין הלואה לשאר חוב דהא רמ"א בסי' שמ"ח כתב סתם ולא עפ"י מסקנת כת"ר דמסיק דלראבי"ה הפקעת כל חוב אסור מה"ת ולא עוד אלא שמדייק במסקנתו ודברי הרמ"א דסי' רפ"ג שכתב אם אין יודעין כו' ודייק כת"ר אבל כשהתובעים אותו אף שמפקיע בגוונא דליכא ח"ה מ"מ הרי מטעהו בטענת שקר ולהטעות אסור עכ"ד כת"ר והרי הרמ"א כתב להדיא בסי' שמ"ח להיפך אבל דברי הראבי"ה נוחין להתפרש לכל השיטות ואין רצוני להאריך בדקדוקים ליישב דבריו בדקדוק למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אבל עיקר כוונתו נראה דהיכא שהעובד כוכבים היה יודע שהישראל חייב לו ותובע בבירור אזי אסור להכחישו אי מדרבנן מפני ח"ה כשיטת כמה מהאחרונים או מה"ת משום ח"ה כשיטת התוס' בכה"ג מקרי עושקו ואכילה בזרוע כמש"ל בדברי הרמב"ם משא"כ כשלא בא אלא בטענת ספק כגון במוכס אנס ויורש דבכה"ג לא מקרי אלא הפק"ה ואף דסברת כת"ר נכונה דלא עדיף הפקעה בטענת שקר מטעותו בחשבון והרי הראבי"ה אסר הטעאה כמבואר במרדכי פ' הגוזל מ"מ בהטעאה איתא רק לתאי דגניבת דעת וכמש"ל:

ושיטת הרמב"ם בשינויא דבמוכס עובד כוכבים אף ע"ג דקלסיה ופירושו יפה בב' אופנים הבאים מדרך אחד ושיטתו מחודש ומחודד מ"מ לית הלכתא כוותי' דיחידאה הוא ולזאת לא הזכרתי דעתו במכתבי הראשון וכן עתה אך למען ידע כת"ר שחביבים וערבים עלי דברי קדשו ועיינתי בהם כראוי לא אמנע מלהשתעשע בנועם אמריו שנים ושלשה גרגרים בראש אמריו הנעימים הנה מ"ש כת"ר דמשמע מלשון הרמב"ם דה"ה בגזילו מדנקט ולא עוד אלא שהוא עובר המבריח ממכס הזה דוקא משמע דוקא ממכס הזה הוא דעובר אבל מהנוטל יותר מקצבתו אינו עובר יפה כיון בדעתי' ותירוצו שבזמן המשנה עדיין היו המוכסים בחזקת כשרות הוא דקדוק נכון וכל כי הני מילי מעליותא ליתאמרו משמיה דגברא רבה דכוותיה ולא עוד אלא דמשמע לי מפשטא דלישנא דהרמב"ם ריש פ"ג דשבועות דאף לישבע היה יכול נגד האנס הנוטל יותר מכדי קצבתו

אף שיש לדחות ולומר דלא יכול לישבע אלא נגד ההוספה וכעין שכתב הסמ"ע בסי' שס"ט ס"ק יו"ד וכן משמע באמת הכי מלשון הטוש"ע ביו"ד סי' רל"ב אבל פשט לשון הרמב"ם לא משמע הכי ועוד דא"כ למה השמיט הרמב"ם דין מוכס שאין לו קצבה אי לאו דבחדא מחתא מחתינהו דדין שניהם שוין לגמרי ועוד לא יתיישב סק"ד שסיים שם כמו שיתבאר בהלכות גזילה והרי בהלכות גזילה אף לדברי כת"ר דין הקצבה ודין ההוספה שוים אלא לשיטת כת"ר אין שום היתר לעבור נגד הקצבה אלא ממוכס הממונה לגבות לשר עובד כוכבים אנס ומשום דבדיניהם דיינינן להו אבל פשט לשון הרמב"ם לא משמע הכי ואדרבא דבריו בין בהל' גזילה בין בהל' שבועות מוכח להדיא איפכא דאין שום חילוק בין ישראל לעובד כוכבים ואין רצוני להאריך בדקדוקים. ועוד קצת קשה מה שנשאר כת"ר בעצמו לפי שיטתו בקושיא אהא דאין פורטין מתיבת הנוטל יותר מכדי קצבתו ואמאי הלא נגד הקצבה אין גזל לשיטתו וקושיא זו יש ליישב גם לשיטת כת"ר ועוד דשיטת הטור עדיין אינו מיושב לשיטת כת"ר כלל דהא איהו קאי בשיטת אביו הרא"ש בדין הפק"ה ובפי' הסוגיא וטעמא מאי היה אסור להעביר משר עובד כוכבים אנס זולת שאר תשובות שיש להשיב בסוגיא לפי סוגיות כת"ר החדשות:

אמנם מ"ש כת"ר דרואה דברי הרמב"ם דבעובד כוכבים אנס קאי גם אהך דנודרין הוא ברור ופשוט דהא כל דוחקיה דהרמב"ם הוא בכדי לאוקמי שינויא דר"א כמו אידך שינויא דקאי אכולהו מתניית' בין אמשנתנו דאין פורטין בין אהנך דרמי הש"ס למשנתנו אין רצוני להאריך בדברי הרמב"ם דיחידאה הוא ולדידי יותר ניחא לומר דהרמב"ם לא הוי גריס וכדתניא אלא תני ישראל ועובד כוכבים כו' ומילתא באנפי נפשא היא ולא קאי כלל אמתניתין ושינויא דר"א צ"ל כמ"ש ה"ה דהואיל וסתמא יותר מקצבתו הוא נוטל ה"ה כמוכס אנס שאין לו קצבה וכוונתו פשוט וברור וכמו במוכס שאין לו קצבה דהוי כולו גזל כן אם העמיד מוכס הנוטל ודאי יותר מקצבתו ס"ס באין קצבה הוא נוטל ואיכא גזל ולפי"ז אין פורטין מתיבתו דהוי כולו גזל ויש מקום לומר דגם הרב"י מודה לזה. ואף מדינו של הרב"י שהחליט לומר דדמי לבתר גנבא כו' אינו מוכרח כ"כ ובכמה פוסקים לא משמע הכי. ומ"ש כת"ר דלשיטת הרמב"ם יש להוכיח מהסוגיא דהפק"ה אסור מדשני ר"א שינויא דבמוכס עובד כוכבים אנס והיינו להרמב"ם מטעם דסתמא יותר מקצבתו נוטל הא לא"ה הוי אסור אע"ג דהוי הפק"ה וכן מדשקלי וטרי הנך אמוראי לשנויי דלא תיקשי אמתניתין מהא דאמר שמואל דדינא דמלכותא דינא ואי הפק"ה היה שרי מעיקרא לק"מ דהא מכס הוי הפק"ה ע"כ דברי כת"ר יכילנא לשנויי דמהני אמוראי אין ראיה דמעיקרא הוי ס"ד דמיירי בישראל ששכר המכס לעצמו מן השר וכ"כ רש"י

וכמה ראשונים ז"ל ומדר"א נמי אין ראיה דדילמא הרמב"ם סבר כהרשב"א והר"ן דאף במקום שהקילו בהפקעת המכס של עובד כוכבים אפ"ה היה אסור להשבע ולדור אף נגד העובד כוכבים וא"כ משום הך דנודרין לא סגי ליה טעמא דשריותא דהפק"ה ומשו"ה איצטריך לטעמא דנוטל יותר מכדי קצבתו אבל יותר נראה דדברי הרמב"ם כדברי הטור והוא שחמורה היתה הברחות והפקעת המכס מהפקעת הלואה הואיל שחיובו משום דינא דמלכותא דינא ובדינא דמלכותא הוא שלא להבריח משו"ה אף הפקעה אסור אם המוכס ישראל נאמן כן הוא דעת הטור ודאי ונראה דגם דעת הרמב"ם כן הוא והשתא לק"מ לא מדר"א ולא מהנך אמוראי והשגת כת"ר על סברא זו נכונה אבל מה הרעש אם דברי הרמב"ם באמת אינם מחוורים ובאמת אין דברי הרמב"ם וטוש"ע נראים עיקר והעיקר הוא לדינא כמ"ש כת"ר דאין חילוק בין הפקעת שאר הלואה להפקעת מכס והן הן דברי הר"ן בפי' לנדרים בסוגיא דנודרין והר"ן לא כתב שם אלא לענין לישבע דאסור וכ"ד חי' רשב"א דבפ' הגוזל וקולו ברעש גדול ע"ד הטור שכתב היכא דליכא ח"ה היה שרי להטעות לא שמיע לי כלל אב"א סברא דפשיטא ליה לכת"ר דדמי ממש לגנבתו דס"ס הרי גונב ממונו לדידי איפכא מסתברא שבגרמא בעלמא לא היה חיוב חזרת ממון ועוד נראה דגם להרמב"ם דאוסר הטעאה היינו אם מהטעם דבהטעאה לא נפיק מחשש ח"ה כמש"ל דלא עדיף מטעותו שלא א"ל ע"ד אני סומך דאסור משום חשש ח"ה כמ"ש בפי"א דגזילה ה"ה אם משום איסורא ותועבה הוא לעשות עול וכמ"ש בפ"ז דגניבה הך דחייב להחזיר קודם איסור הטעאה ואף דס"ס הטעאה לא נפיק מחשש ח"ה וכמ"ש מהא דפי"א דגזילה ובמקום שיש חשש ח"ה אף אבידתו של עובד כוכבים חייב להחזיר אבל מ"מ חיוב חזרה הוא במקום שיש ח"ה והיכא דליכא ח"ה רק חשש ח"ה בעלמא קאי באיסור כמו בטעות אם אינו אומר לו ראה שע"ד אני סומך שאסור משום חשש ח"ה ושיטת הטור בסוגיא דיכול יגלום עליו יכילנא לשנויי דס"ל כפירש"י שם ותמיהת התוס' אינה תמי' קיימת וברווחא יש ליישב אבל מחוורתא דהטור קאי בשיטת התוס' דטעם איסור הטעאתו מטעם ח"ה דנראה דדברי הטור הן הנה דברי התוס' ד"ה יכול יגלום עליו בסופו ובחנם נדחק כת"ר בזה בשיטת התו' לומר דהואיל ואיכא בשום הטעאה ח"ה מש"ה כל הטעאה אסור אף בעובדא דליכא בה ח"ה כלל עד שנדחק לומר דטעמא דשריותא דהפק"ה הוא מטעם דאין בשום הפק"ה ח"ה כלל דאף המלוה יודע ההלואה מימר אמר דהלוה אשתמוטי קא משתמיט ולכן מחלק בין כופר למלוה בין כופר לפקדון מהך טעמא ואין דבריו מחוורין בזה כלל ולמה לא כתב דדברי התוספות כדברי כל הפוסקים דבהפק"ה נמי איכא ח"ה והקילו בה במקום דליכא ח"ה כלל כגון

במוכס עובד כוכבים אנס ויורש ומ"מ טעמא רבה איכא לחלק בפשיטות בין הפק"ה לכולהו אינך:

ונפלאתי על מה שהקשה כת"ר דמנ"ל דעובדא דרב אשי הוי בגוונא דאיכא ח"ה הא קמן דשמע ההוא עובד כוכבים דהוה יתיב בפרדיסא וכן בהטעאה דיכול יגלום איכא בהך עובדא גופא ספק ח"ה דשמא גם העובד כוכבים יודע בטיב חשבון שני עבודת העבד ועושה עצמו כלא ידע מש"ה כל הנך איסורי מטעם ח"ה דאיכא בהך עובדא גופא. משא"כ במוכס עובד כוכבים אנס ויורש וס"ל להטור דה"ה היה בהטעאה שאסור בדאיכא ח"ה וכדמוכח מדברי התוספות ד"ה יכול יגלום בסופו והיינו נמי טעמא דרבינא דזבין דיקלא לצלחא לשיטת התוס' וכמ"ש כת"ר בעצמו לשיטתו דכיון דליכא צד חשש ח"ה משו"ה א"ל למיתי מעיקרא ולא עוד אלא דמשמע מדברי כת"ר דלשיטת התוס' הוי הך עובדא דרבינא גניבתו ממש אבל לענין גניבה בידים אין מוכרח דמאן יימר דעובדא דרבינא הוי דזבין לחצאין ממש דליהוי עודף שיעור העובי גניבה ממש דברויחא טובא איכא למימר דזבני בשותפות כדרך הרגיל ושכיח טובא לקנות דבר שבמנין בשותפות שיקחו כ"א מהשותפים כאות נפשם הן חסר הן יתיר ובעת החשבון יחשב על כל א' כפי סך שנטל עליו וא"כ לא היה בהך עובדא שום איסור גניבה כיון דהוי רשאי ליקח אף יותר מחציו ואף שבשעת החשבון לא ידע ההוא עובד כוכבים רק מנינא ולא חשב על רבינא רק החצי ובעד עודף שיעור העובי לא חשב כלום ומשו"ה הוא דשרי והכי משמע מדסידר תלמודא הך עובדא דרבינא קודם עובדא דרב אשי משמע דעובדא דרבינא שייך בעובדא דשמואל ור"נ ולא בעובדא דרב אשי ובאמת אין מעובדא דרבינא שום ראיה אפילו לענין הטעאה וכמ"ש כת"ר דהך עובדא הוי טעותו ולא הטעאה ויפה כיון בזה והוא פשוט וברור. והצעת השמועה לשיטת התוס' נראה בדרך אחר דנראה דהא דמשמע להו בפשיטות דאיסור גזל מטעם ח"ה הוא עיקר דיוקא הוא מדחזינן דמפליג תלמודא בין גזילו להפק"ה דאי לא תימא הכי הא אין חילוק בין גזל להפק"ה דהוי ודאי עושק גמור אם מפקיע הלואת חבירו. [דודאי אי לאו דאין אדם נפסל ע"י עצמו היה הכופר במלוה פסול לעדות אי הוה מודה דלאו לאשתמוטי איכוין אלא להפקיע ממש אף לעובד כוכבים].

א"ו דקפיד רחמנא על גזילו מוכח שהוא מטעם ח"ה אמנם היינו לפי שינויא דאסיק רבא כאן בגזילו כאן בהפק"ה הא מקמי דשנינן הכי והוי ס"ד דהפק"ה נמי אסור באמת הוי ס"ד דלר"ע אסור גזילו כפשטי' מטעם דמתהני מממון אחרים כמו בגזל ישראל ולהכי פריך אהא דאר"ע אין באין בעקיפין מפני ק"ה משמע להדיא דמחמת ח"ה דדינם הוא דאין באין בעקיפין וגזל עובד כוכבים מי שרי והאר"ע מנין לגזילו שהוא אסור דהוי ס"ד

דתלמודא דאסור משום גזילו ממש וא"כ מחויבין להוציא הגזילה מתחת ידו ומסיק רבא כאן בגזילו כו' וכדפרישנא ואביי דפריך עלה הכי פריך והא ע"ע דהפק"ה הוא וקרי ליה ר"ע גזילו אלמא לא שני ליה לר"ע בין גזילו ובין הפק"ה. וכעין זה יתיישב לכל השיטות לכל חד כדאית ליה ובפרט להסוברים דהנך דרשי אסמכתא בעלמא נינהו פריך שפיר טפי דהא ע"ע דהפק"ה הוא ואיך הסמיך ר"ע איסור גזילו אהך קרא והוי משמע להו דבתרתי פליגי פליגי לענין כלאים ופליגי לענין מכס עובד כוכבים ובהא קמיפלגי דמאן דאסר להבריח ס"ל גזילו אסור מה"ת מטעם גזילת ממונם כמו בישראל ומשו"ה הפק"ה נמי אסור ואידך ס"ל דגזילו רבנן הוא דאסרי מפני ח"ה ומשו"ה שני לן בין גזילו להפק"ה (ואכמ"ל מה שיש לרצות עוד בסוגיא בדרך הזה) ומ"ש כת"ר להוכיח מסוגיא דרפ"ב דבכורות דהפקעת משכונו נמי בכלל גזילו הוא דאלת"ה אכתי תיקשי השתא הפקעת משכונו שרי אונאתו מבעיא אינני רואה מכאן שום ראיה דמשכונו בהיתרא אתי לידיה משא"כ באונאתו.. ואשר כתבתי במכתבי הראשון בשבועה ותפס כת"ר עלי מסוגיא דבר ישראל דאסהיד לכותי וכו' והיינו מטעם שכתבו התוס' (ריש דף קי"ד) דאינו משלם אלא מה שחייב לו אלמא דחייב לו מקרי אף שבאמת מסוגיית הש"ס אין ראיה לענ"ד דפשטא דסוגיא משמע שהעובד כוכבים יודע ותובעו וא"כ עכ"פ הרי גם אפי' ע"פ ד"ת מחויב לשלם לו דהב"ד יחייבוהו אי מטעם ח"ה או משום דבכה"ג מיקרי עושקו כמש"ל ולא דמי לנידון דידן מ"מ מדברי הישׁ"ש המובאים בש"ך סק"ו יפה תפס להשיבני ומצאני אוהבי ידידי בשגיאה אשר לא שמתי עיני ולבי לסוגיא הנ"ל אשר באמת היה ראוי לעיין בה בנ"ד. ולדינא עדיין אינני מחליט בפשיטות גם הדין המבואר בישׁ"ש הנ"ל ומילתא דפשיטא להישׁ"ש מספקא לי עוד אך ח"ו אינני אומר לעשות סניגורין לדברי הראשונים שלי"ת אין זה דרכי ובפה מלא מודינא שדברי הראשונים שכתבתי שלא על פי דקדוק כלל בסוגיא דבר ישראל דידע סהדותא ואשתמיטתי סוגיא הנ"ל ובפרט דברי הישׁ"ש הנ"ל וכעת שעוררני כת"ר לעיין ולדקדק בסוגיא הנ"ל ראיתי בישׁ"ש והנה דבריו בנויים עפ"י דקדוקים קלושים ליישב דברי הפוסקים דלא ליפלגו אהדדי ומדסוגיות הש"ס אינו מביא ראיה כלל וגם יש לחלק בין דינא דהישׁ"ש לנ"ד והדבר שקול בדעתי עד אשר אם יזכני ה' להאיר עיני ע"י שאלה פה קדוש מו"ר הגאון החסיד בווילנא כדרכי לשאול ממנו כל ספקותי:

ומדי דברי אזכיר אשר בדין שנמשכתי אשתקד אשר הניח בפשיטות דבעה"ב העובר ממקום למקום אין מחייבין אותו ללוות ובלבד כו' ולדידי היה קצת ספק בזה ורמזתי במכתבי האחרון בהגהה אחת קטנה אשר כתבתי ולדינא צ"ע קצת אבל ברוב דעתי

ככולו הסכמתי לדעת כת"ר כמבואר כמה פעמים במכתבי דאשתקד והנה בבואי אז לפני מו"ר רציתי לעמוד ע"ד נידון השנוי במחלוקת בינינו אי רשאין לפרנס מקופה של צדקה אשה שהלך בעלה למדינת הים לרבנן דפליגי עליה דחנן ובהתחלתי להציע השמועה לפניו החליט בפשיטות דהעובר ממקום למקום מחויב ללוות אם ימצא דאם מוצא מי שילונו לא מקרי עני באותה שעה ודבריו ישרו בעיני ומעתה כל בנין כת"ר דאשתקד נפל אזדא ליה וגם דידי בעי למיטם ולמשפץ ואז לא עיינתי בדין זה לפקח בראיות והן עתה מדי דברי נזכרתי לעורר לב חכם בזה ואם תעלה ביד כת"ר לעשות סמוכים לזה יודיעני ואציעם לפני מו"ר קדוש ישראל נ"י אם יזכני ה' להתאבק בעפר רגליו:

סימן יח

פלפול אא"ז הגאון מוהר"ח זללה"ה אשר שמע הגאון ר' דוד טעביל מפיו הקדוש והביא דבריו בהקדמתו לספרו בית דוד':

הרמ"א באהע"ז (סי' ד' סעיף י"ד בהגה"ה) כתב וז"ל אשה שנתעברה סוף סיון וילדה תחילת כסלו אעפ"י שאין ביניהם רק חמשה חדשים לא חיישינן לומר שהיתה מעוברת קודם לכן דהחדשים גורמים וה"ל בן ז' עכ"ל והוא מתשובת מוהר"י מינץ (סי' ו') עיי"ש בתשובותיו שהאריך בזה ועיין בח"מ (ס"ק י"ב) ובב"ש (ס"ק י"ט) מה שהקשו ע"ז מש"ס פ"ק דר"ה (דף י"א ע"א) דקאמר שם גבי בשורת שרה אלא דקאי בחג וקאמר למועד דהיינו פסח אכתי בשיתא ירחי מי קא ילדה ולדברי מוהרי"מ שפיר הוי ז' חדשים מחג עד הפסח וכן הקשו עליו מהא דאמרינן בכתובות (דף ל"ט ע"א) דאי אפשר שתלד בין נערות לבגרות משום דאין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים ולדברי מוהרי"מ הא אפשר לילד בין נערות לבגרות עיי"ש מה שפלפלו בזה:

והרב הגאון אדמו"ר זללה"ה הביא ראיה דלא כמוהר"י מינץ מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ס"ט ע"ב) ודורות הראשונים מנ"ל דאוליד אילימא מהא דכתיב והלא זאת בת שבע בת אליעם אשת אורי' החתי וכתיב ואליעם. בן אחיתופל הגילוני וכתיב וישלח ביד נתן הנביא ויקרא את שמו ידידיה בעבור כי ה' אהבו וכתיב ויהי לשנתים ימים ויהיו גוזזים לאבשלום וכתיב ואבשלום ברח וילך גשורה ויהי שם שלש שנים וכתיב וישב אבשלום בירושלים שנתים ימים ופני המלך לא ראה וכתיב ויהי מקץ מ' שנה ויאמר אבשלום אל המלך אלכה נא ואשלמה את נדרי אשר נדרתי לד' בחברון וכתיב ואחיתופל ראה כי לא נעשתה עצתו ויחבוש את החמור ויקם וילך אל ביתו ואל עירו ויצו אל ביתו ויחנק

וכתיב אנשי דמים ומרמה לא יחצו ימיהם ותניא כל שנותיו של דואג אינם אלא שלשים וארבע ושל אחיתופל אינן אלא שלשים ושלש כמה הוי להו תלתין ותלת דל שבע דהוי שלמה פש להו עשרים ושית דל תרתי שני לתלתא עבורי אשתכח דכל חד וחד בתמניא אוליד ממאי דלמא תרווייהו בתשע אוליד ובת שבע אוליד בשית משום דאיתתא בריאה תדע דהא הויא לה ולד מעיקרא עכ"ל הש"ס:

והשתא לפי דברי מוהר"י מינץ קשה טובא דמאי קאמר הש"ס תדע דהא הויא לה ולד מעיקרא הא שפיר משכחת לה דילדה גם את הולד דמעיקרא ג"כ בהיותה בת תמניא והיינו דאחיתופל שלמו לי' שמנה שנים בתחילת ניסן ואז נתעברה אשתו וילדה את אליעם בתחילת תשרי ואחר כלות משך שמנה שנים לאליעם בתחילת תשרי נתעברה אשתו בתשרי וילדה את בת שבע בתחילת ניסן וכאשר שלמו שמנה שנים לבת שבע בתחילת ניסן נמצא כי הי' אחיתופל בעת ההיא בן כ"ה שנים ואכתי פש לן שנה אחת לתשלום כ"ו שנים דאמרן בש"ס ובשנה הזאת ילדה את שתיהן גם את הילד ואת שלמה והיינו דנתעברה מהילד בסוף ניסן וילדתו בתחילת תשרי ואחרי שעברו ימי טומאתה נתעברה שנית סוף תשרי וילדה את שלמה בתחילת ניסן ואז נשלמו לו כ"ו שנים לאחיתופל וא"כ מאי תדע דקאמר אלא ע"כ דלא כמוהרי"מ רק דבעינן ששה חדשים שלמים ומקצת מן החדש השביעי ולכך שפיר אתיא הא דאמר תדע:

מיהו יש לדחות זה דבמ"ק (דף ט"ו ע"ב) ילפינן גבי אבל מהא דכתיב וינחם דוד את ב"ש אשתו ויבא אליה מכלל דמעיקרא אסור והיינו מאבלות דאותו הילד דהוי מקמי שלמה כמבואר בכתוב ומדהתאבל עליו דוד ש"מ שהי' חי שלשים יום דכל שלא שהה ל' יום אין מתאבלין עליו וא"כ תו ליכא למימר דילדה את הילד בתחילת תשרי א"כ תו לא הוי מצי מיעברה עם שלמה אלא בחשון וללדת באייר שהוא שנת כ"ז ומדילדתו בשנת כ"ו לאחיתופל ש"מ דנתעברה עם הילד קודם ניסן שהוא מקמי דהוי בת תמניא שנין שפיר קאמר הש"ס תדע:

ואין לומר דלעולם לא שהה הילד ל' יום והא דהתאבל דוד עליו היינו משום דקים לי' שכלו לו חדשיו וכדאמרינן במס' שבת (דף קל"ו ע"א) ברי' דרב דימי בר יוסף אתיליד לי' ינוקא שכיב בגו תלתין יומי הוה קמתאבל עליו א"ל אבוה צודניתא קבעית למיכל א"ל קים לי בגווי' שכלו לו חדשיו וה"נ הוי קים לי' לדוד שכלו לו חדשיו והיינו שהי' בן ז' ולכך התאבל עליו דז"א דעד כאן לא שייך לומר קים לי' שכלו לו חדשיו אלא בנולד לט' אבל בנולד לז' לא שייך הך מלתא דכלו לו חדשיו:

ומנא אמינא לה מהא דגרסי' בירושלמי (בפ' החולץ ה' ב') מניין שתי יצירות רבי זעירא בשם ר' הונא (בראשית ב') וייצר [ר"ל בשני יודין] יצירה לשבעה יצירה לתשעה [ר"ל בתחילת ההריון יש מי שנוצר להיות בן ט' ויש מי אשר יצירתו הוא להיות נולד לז'] וקמסיים עלה הנוצר לז' ונולד לח' חיי [והיינו משום דאשתיוהי אשתהי] כל שכן לט' נוצר לט' ונולד לח' אינו חיי נוצר לט' ונולד לז' איתא חמי אם לח' אינו חיי כל שכן לז' עכ"ל. הרי להדיא שנינו דמי שתחילת יצירתו הוא להיות נולד לט' ונולד לז' אינו חי וכיון שכן תו ליכא למימר בנולד לז' קים לי' שכלו חדשיו דמאין נדע למתי הוי יצירתו בעת ההריון דאימא דהוי לט' וא"כ אף דנולד לז' אפ"ה אינו חי והוי נפל ולכך בנולד לז' לעולם אין מתאבלין עליו עד שיחי' ל' יום וא"כ מדהתאבל דוד ש"מ ששהה ל' יום ושפיר קאמר הש"ס תדע אף לדברי מוהר"י מינץ:

מיהו אכתי לא מתחוורא הך מלתא דלעיל מיני' בסנהדרין שם (דף ס"ט ע"א) אמרינן יתיב ר' יעקב מנהר פקוד קמי' דרבינא ויתיב וקאמר משמי' דרב הונא ברי' דרב יהושע שמע מינה מדר' כרוספדאי אמר ר' שבתי יולדת לשבעה אין עוברה ניכר לשליש ימיה דאי ס"ד עוברה ניכר לשליש ימיה למה לי שלשה בתרי ותילתא סגי א"ל לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימיה וזיל בתר רובא ע"כ ומשמע דמסקנת הסוגיא הוא דעוברה ניכר לשליש ימי' ואפי' אם נאמר דדרך דחוי בעלמא אמרה ולעולם קא מספקא לי' להש"ס אי עוברה ניכר לשליש ימיה אם לא עכ"פ הא קמן דמידי ספיקא לא נפיק וא"כ אכתי תקשה דאיך קאמר הש"ס בפשיטות תדע דהא הוי' לה ולד מעיקרא דאימא דתרווייהו ילדה בשנת כ"ו וכדאמרן בקושיין והא דהתאבל דוד על הילד משום דקים לי' דהוי בר ז' וכלו לו חדשיו והא דאקשינן מאין נודע לו למתי הוי יצירתו דאימא דיצירתו הי' להיות נולד לט' דשפיר איכא למימר דנודע לו מהכרת העובר דהי' ניכר לשליש ימיה ואכתי לא הוי לי' להש"ס למימר בפשיטות תדע וכו' דלישנא דתדע משמע ודאי שהיא הוכחה ברורה ולית בי' שום ספיקא ולדברי מוהר"י מינץ אין זה הוכחה ברורה ומשום דאיכא למדחי כדדחינן להא דר' יעקב מנהר פקוד או עכ"פ הוי לי' להש"ס למדחי כן אלא ע"כ דלא כמוהר"י מינץ ודוק היטב לכל זה:

את כל אלה שמעתי מפיו הק' והדברים ראויים למי שאמרם ועוד שמעתי ממנו כי יש לו בזה דברים רבים פלפול עצום ועמוק ולא זכיתי לשמוע מפיו מסקנת דעתו לפסק הלכה בדין זה כי גבה טורא בינינו ובאמצע העיון והפלפול נסע לווילנא ושם גמר תשובתו ולא ידעתי איך ומה ולא כתבתי הדברים האלה רק להודיע מקצת מן המקצת מכחו ועוצם פלפולו בגמרא וסברא:

סימן יט

בענין שאילתא דשאילנא. על אודות איש א' שבא בין א"ח. וכמה חדשים הוחזק בשם מאיר בן יהודה. ונשא אשה וגירשה בשם הזה. וחמק עבר לא נודע מקומו אי'. ושוב נודע שלפני כמה שנים הוחזק בעיר אחרת בשם שמעון בן דוב. ונשא וגרש שם בשם ההוא. והבד"צ ד"ק סמארגאן כתבו שאבי האשה תם חפש מחופש. ועקבותיו לא נודעו:

והיות כי נפל פחד הטוש"ע על כל המורים. ומה נעשה לאחותינו שתתעגן אם נחמיר עלי' לפסול הגט. ולדעתי הקלה כמו שהיא דעת האוסרים הוא חומרא בעלמא אמרתי אחוה דעתי בעזרת החונן דעת אף לשאינו הגון כמוני בא"י חונן הדעת:

והואיל ודין זה הוא מהדינים שסוגיית התלמוד מועט והלכות מרובות עפ"י סברת הפוסקים ז"ל ההכרח הביאני להאריך קצת בדקדוק לשונם ז"ל:

והנה במה ששינה המגרש שם עצמו. לא דינא ולא דיינא דכיון שהוחזק כאן בשם מאיר. והכתיבה והנתינה הי' במקום אחד. היינו הך דירושלמי שהביאו כל הראשונים והתוס' בפ' השולח אבל אם הי' ביהודה וגרש אשתו שביהודה ה"ז מגורשת. והוקבע בש"ע (סי' קכ"ט סעיף י"ב) להלכה פסוקה. ונ"ד עדיפא דהא בנ"ד לא ידעו כלל שיש לו שם אחר. וגם הבד"צ הנ"ל לא נסתפקו מחמת שינוי שם עצמו:

אך במה ששינה שם אביו. ע"ז אנו דנין אי מהני חזקה לשם אביו. ודבר זה אין מפורש בש"ס. ולא זכינו בו לראי' מכרעת. ואף דמשמעות פשטא דסוגיא הוא דלשם אביו נמי מהני חזקה. דהא הא דהתקין ר"ג הזקן שיהא כותב כו' מפני תיקון העולם היינו מפני הרמאים שהיו משנים שמם בגליל או ביהודה או מחמת מרדות ואיזה סבה כמ"ש הראשונים ז"ל. ואי נימא דלשם אביו לא מהני חזקה. אכתי לא נתקן העולם מפני הרמאים שישנו שם אביהם. [וגם בימי הש"ס היו כותבים שם אביהם בגט כדאשכחן בכמה דוכתי. ויש בזה פלפולים בין הראשונים ואכמ"ל]. אמנם ראי' מכרעת איננה שתהא כדאי להכריע בפלוגתא דרבוותא קדמאי. אשר מדור דור מלחמת ה' בזה בין החכמים:

בימי רש"י ז"ל עובדא הכי הוה ונשאל ע"ז אחר שכבר נשאת בגט זה. כמבואר בב"י בסי' הנ"ל בד"ה ובא"ח כ' כלשון הזה תשו' שאלה להר"ש ז"ל יוסף ששינה שם אביו וכו' אין לקנטר בו מאחר שהחזיק שמו ושם אביו כן במדינה וכו'. ואם לא מפני שנשאת וכו' הייתי מסכים לרדות הרשע וכו' אבל עתה אין השבון בדבר אלא נסמוך על הדין ועל דמוי' שהגט כשר עכ"ל. וכל מעיין השופט בצדק יראה שדעת רש"י ז"ל הוא שהגט כשר עפ"י דין אף להנשא בו לכתחילה משום דס"ל דמהני חזקה גם לשם אביו אך הואיל

ודעת החכמים ששאלו שאלה זו ממנו המה רצו להחמיר להצריכו גט אחר השיב להם רש"י ז"ל שלולי שנשאת ואיכא לעז הי' מסכים להחמיר לענין לכתחילה חומרא בעלמא לצאת ידי דעת החכמים השואלים. אבל מפני הלעז אין השבון בדבר אלא נסמוך על הדין שהגט כשר [ואף שבגט ההוא הי' כתוב וכל שום וחניכה וכו']. ואין רצוני להאריך בדקדוקי לשונו דאיך שהי' עכ"פ למדנו מדבריו ז"ל דעתו ז"ל דמהני חזקה גם לשם אביו. ומש"ה הגט כשר גמור. כ"ה דעת רש"י ז"ל בבירור:

ודעת החכמים השואלים שרצו להחמיר להצריכה גט אחר לא נתברר לנו עד היכן הי' דעתם להחמיר אם רק להצריכה גט ותשב תחת בעלה השני. או גם להוציאה מהשני:

דהנה הרמב"ם (בפ' יוד דין ב') כתב. כ"מ שאמרנו שהגט פסול ה"ז פסול מד"ס בלבד וכו' וכותבין לה גט אחר ונותנין לה והיא תחת בעלה. וכ"ה בטוש"ע (סי' ק"ן). והנה הרמב"ם כללא כייל. ואין שום דין יוצא מן הכלל כזה לפי דרכו ושיטתו. אבל לשיטת הטור יש דינים היוצאים מן הכלל שהרי בסי' קכ"ט כ' אבל אם עומד במקום אחד ומגרש במקום אחר והוחזק בשני המקומות בשני השמות צריך לכתוב שניהם וכו' ואם לא כ' כן פסול וכו' וכל ג' דרכים האלו בה. אע"ג דהאי פסולא הוא רק מדרבנן וע' בב"י שם ובב"ש ס"ק ח']. והמעיין יראה דהרמב"ם והטור פליגי בפירוש משנתינו בפ' הזורק שינה שמו ושמה וכו' וכל הדרכים האלו בה דהטור אזיל בשי' התוס' (שם ריש ד' פ') דמיירי בשינוי שפסולו הוא רק מדרבנן. ואפ"ה אמרי' שם בסוגיא דמודים חכמים לר"מ בשינה שמו ושמה דכל ג' דרכים האלו בה. והרמב"ם מוקי מתניתין כפשטה דמיירי בשינוי השם גמור דוקא. אבל בשינוי דיש לו שני שמות דמדרבנן הוא דפסול לא תצא כמבואר ברמב"ם (פ"ג דין י"ד) דברישא כ' ה"ז פסול ובסיפא כ' אינו גט. ולפי הכלל שכ' (בפ"י דין ב') בדינא דרישא אע"ג דלדעת הרמב"ם פסול הוא לא תצא [והב"י בסי' קכ"ח בד"ה והיכא דשינה שם עיר דירתן הביא דברי התוס' להלכה פסוקה. וכן בסי' קכ"ט בד"ה ואם לא כ' כן פסול ולא הרגיש שהרמב"ם חולק ע"ז ופלא הוא בעיני שבש"ע קבע אעפ"כ כדעת הרמב"ם דוק ותשכח בסי' קכ"ט סעיף ב' וג' וי"ג]. והטור משום דס"ל כללא דהרמב"ם כמ"ש בסי' ק"ן דבפסולי דרבנן לא תצא. מש"ה הוצרך לכתוב בסי' קכ"ט גבי שינוי השם דמדרבנן פסול ואם ניסת בו כו' וכל ג' דרכים האלו בה:

נחזור לענינינו. דדעת רש"י ודאי דאם היינו מצריכי' לה גט אחר הוה דינא שתצא גם מהשני. אבל בדעת החכמים השואלים איכא לאסתפוקי. אי ס"ל כדעת התוס' והטור כמש"ל או דבהא אזלי בשי' הרמב"ם דאע"ג דנותן לה גט יושבת תחת בעלה. ובימי הרא"ש עובדא הוה הכי וחכמי דורו הכשירו הגט והרא"ש תמה עליהם. אבל לא הזכיר

שם פסול עליו וז"ל בתשו' (סוף כלל י"ז) ומה שכתבת אדם אחד שנשתמד אביו והי' שמו יוסף בן שמעון ואחר שנשתמד אביו הניח שם אביו וקרא שמו יוסף בן שמואל. לימים גרש את אשתו באותו שם החדש והכשירו הגט תמה אני על המכשירים אף אם יוכל אדם לשנות את שמו ולקרות לו שם אחר כדאמרי' ד' דברים מבטלין את הגזירה כו' וי"א אף שינוי השם כמו שמצינו באברהם ושרה. אבל שם אביו האיך יכול לשנות והרואי' הגט וכתוב בו יוסף בן שמואל יאמרו אינה מגורשת כי שם בעלה יוסף בן שמעון. עכ"ל:
וגם דעת הרא"ש לא נתברר לנו בזה. שגם לפי דעתו שתמה על המכשירין. עד היכן הי' מחמיר בזה אם רק ליתן גט אחר היכא דלא נשאת. או אף אם נשאת להצריכה גט ותשב תחת בעלה. או אף להוציאה מבעלה השני אחר הגט. דאף אם נאמר דהרא"ש אזיל בשי' התוס' והטור שכ' לעיל דבשינוי השם דמדרבנן נמי אמרי' דתצא כדמשמע דבריו בפ' הזורק בסוגיא דשינה שמו ושמה אכתי לא ברירא מילתא דכל השינוים בחדא מחתא נינהו לחומרא דתצא. [ומ"ש הב"י בסי' קכ"ט בד"ה ואם לא כ' כן פסול ואם נשאת הולד ממזר וכל ג' דרכים כו' ע"ש שכ' וכ"כ הרא"ש בהשולח דבהכי מיירי שינה שמו. מזה אין ראיה דמשנתינו דפ' השולח ודאי מתפרשא הכי וכדאמרינן בגמ' שם. וגם הרמב"ם כ' כן בפי' המשנה דפ' השולח. דבהכי דוקא מיירי משנתינו. וכבר דקדקתי מדברי הרמב"ם בחבורו דבשינוי השם היכי דפסולו הוא רק מדרבנן ס"ל דלא תצא וכ"ה משמעות דבריו בפי' המשנה דפ' השולח]:
אבל הטור הביא דין זה דתשו' הרא"ש וכ' בשם אביו הרא"ש ז"ל שהוא פסול. והנה ודאי ברור ופשוט דהפסול אינו אלא מדרבנן משום לעז. ואכתי איכא לאסתפוקי אם סמך על מ"ש בסי' זה גבי שינוי השם דמדרבנן הוא דפסול וכל ג' דרכים האלו בה או אם סמך על כללא דבסי' ק"ן דכל היכא דפסול רק מדרבנן תשב תחת בעלה כדכתיבנא לעיל. דאף אי נימא דהא דאמרי' בפ' הזורק מודים חכמים לר"מ בשינה שמו ושמה היינו אף בשינוי דהיו לו שני שמות דמדרבנן הוא. אכתי איכא למימר דאין כל השינוים שוים:
ובימי הב"י עובדא הוה הכי שנתארסה עפ"י חכם א' שהכשיר הגט לכתחילה כמבואר בתשו' הב"י (דיני גיטין סי' ט') וחכם א' אסרה מחמת שהביא בשם הרא"ש כלשון הטור בשמו והחמיר להוציאה אף אם היתה נשאת. והמעיין בתשו' מהריב"ל (סוף חלק ב') יראה שהוא החכם שאסר [ובח"ג תשו' כ"ז הביא דברי הא"ח בשם רש"י (שהביא הב"י) וכ' שם אין לנו להניח דברי הרא"ש ולהקל בדבר ערוה החמורה עפ"י תשו' אחת שבתוך תשובות של חכמים מתחלפים שלא ידענו אם הוא רש"י ז"ל או זולתו והפריז על המדה דודאי הוא פסול דרבנן משום לעז בעלמא. ואנן קי"ל כריב"ק (ע"ז ד' ז') דבשל סופרים

הלך אחר המיקל. ואף דהרא"ש בתראה הוא נגד רש"י. אבל לא ראה דברי רש"י ז"ל כלל). ואח"ז הובאו דברי המתיר והאוסר לפני רבינו הב"י. והביא בסוף התשו' דברי הא"ח בשם רש"י וסיים הלכך בנ"ד כיון שעדיין לא נשאת לשני כופין את הראשון שיתן גט אחר בשם אביו האמיתי עכ"ל. ואין רצוני לדקדק בדברי הש"ע (סעיף י') אבל יש ליישבו שיכוונו דבריו בש"ע לדעתו בתשובתו ואיך שיהי' ודאי דברי התשו' עיקר כי העובדא הוה אחר שנתפשט חבורו הב"י כמבואר בתשו' הנ"ל. וגם לפני הרב המבי"ט הובאו דברי המתיר והאוסר והסכים לדברי המתיר דמהני חזקה לשם אביו:

וכן מהריק"ש בהגהותיו על הש"ע כ' בשם מהרי"ל להכשיר בהוחזק בשם אביו. הרי שרבו המתירים בדין זה. וכל האוסרי' לא נמשכו אלא אחר הרא"ש שראו דבריו בטור. אבל באמת בתשו' הרא"ש לא נזכר שם פסול רק שתמה על המכשירים ובודאי גם חכמי דורו שהכשירוהו לאו קטלי קניא הוו. ומעשה רב וכבר כתבתי בפתח דברי דפשטא דסוגיא משמע דמהני חזקה גם לשם אביו:

ועוד נראה דבנ"ד גם הרא"ש יודה. דלכאורה יש לתמוה דמה בכך שאינו יכול לשנות שם לאביו כמו שיכול לשנות שם לעצמו מחמת חוליו. אטו לעצמו משנה שמו באמת הרי שמו האמיתי נשאר בתקפו ביהודא רק מחמת מרדין או איזה סבה שיהי' מכסה ומעלים שמו האמיתי בגליל ומכנה הוא עצמו בשם אחר. והכי אמרי' בגמ' בסוגיין שמו יוסף וקורין לו יוחנן. הרי שעיקר שמו גם היום יוסף רק שקורין לו כעת יוחנן מחמת איזה סבה. וכשיתבטל הסבה ודאי יגלה הוא עצמו גם בגליל שמו האמיתי לקרותו כן. ואפ"ה אם הכתיבה והנתינה במקום א' הגט כשר. דלאו שמא גרים הכשר הגט. אלא כשרותו הוא במה שהעדים יודעים שזה האיש שמכנה עצמו כך מגרש האשה הזו. ואפי' אם שולחו ליהודא שיודעים שמו האמיתי כשר אם כותב בגט השם שמכנה עצמו. וכולל שמו האמיתי במ"ש וכל שום. לפום סוגיא דתוס' שהביאו התוס' בסוגיין. משום דעכ"פ במקום הכתיבה יודעים העדים שזה האיש שמכנה עצמו כך הוא המגרש. וה"ה אם מכנה שם אביו. נמי הרי העדים יודעים שזה המחזיק שמו ושם אביו הוא המגרש:

א"ו נראה דעובדא דהרא"ש הוה שבמקום הגירושין עדיין מוחזק שם המומר ששמו דיהדות הוא שמעון ובכה"ג אם הי' משנה לעצמו שם אחר הוה מהני אם הי' מוחזק אח"כ בשמו החדש לבד. ולגבי דאבוה סברתו שפיר דלא מהני מה שהוא מחזיק שם חדש לאביו. וכן מטין נראין דברי הטור דבהכי מיירי וכן יש לכוון גם בש"ע דקאי בכה"ג. ואין זה דומה לנ"ד שלא ידעו במקום הגירושין משינוי השם כלל אין לנו אלא השם

שהוחזק בו דאין להקדש אלא מקומו ושעתו (ערכין כ"ד ע"א והובא ברא"ש קידושין פ' ראשון סי' י"ז) והוא חלוק ברור ונכון לדעתי:

ועפ"י מ"ש פחד הטוש"ע נפל אזדא לי'. ואין להזניח דעת החכם המתיר שהי' בימי הב"י שהתיר להנשא אף לכתחילה. ונראה דגם הב"י לא החמיר להצריכה גט אלא לחומרא בעלמא היכא דאפשר. כיון שתפס דעת רש"י לעיקר. וכבר כתבתי דדעת רש"י הוא שהגט כשר עפ"י דין וא"כ במקום עגון שא"א להשיג גט אחר. נראה ברור שאין להחמיר עליה. ואתתא דא שריא להתנסבא:

סימן כ

בעזהי"ת. יום ה' י"ג שבט תקע"א. החיים והשלום לכבוד אהובי ידידי הרב המופלג כש"ת מוהר"א געץ נ"י:

הגיעני מכתבו ע"י מוכ"ז. ורצה לילך גם למינסק ואני מנעתיו כי ח"א מוה' עקיבא בבירור איננו שם ועדיין לא שב לביתו מדרכו אשר עבר דרך פה לערך תחילת כסלו לסבב זאמוט סחור סחור עם חלקי הזוהר אשר כבר חלק והפיץ ח"א בכל המדינה. גם ס' עין יעקב וירושלמי וסדר הדורות וש"ד כמדומה שבודאי יהא בקהלתכם בקרוב. ונידון שאילתא דשאילנא קודם החג בענין נמצא חתך במפרקת יפה כיון מעלתו שלא לתלות פגימת הסכין אם לא בשיבר דרך שבירה כהכרעת הש"ע ונ"כ נגד הריב"ן:

ונידון השוחט אשר עוררו עליו בכמה מעשיות בעד אחד אחד על כל מעשה. גם בזו יפה כיון שמצטרפין עדות לפוסלו. וכדאמרינן בפ' ז"ב (דף כ"ז סוף ע"א) חד אמר קמאי דידי כו' וח"א קמאי דידי וכו' ובפרט לענין שוחט לרבים אשר נפשות רבות תלויות בו לא צריכינן לדקדק כולי האי וכבר כתב יש"ש פ"ק דחולין (סימן ט') שדבר זה תלוי לפי ראות עיני המורה אי מהימן לי' אפי' חד סהדא. ואף כי השוחט הזה אשר הי' נוהג שלא כשורה שלא להוציא הריאה לבודקה. וגם אשר רבו המעידים על מכשלותיו. ודאי ראוי לשום עין עליו להעבירו ולגדור בעדו איזה גדרים לפי ראות עיני המורה עד יחזור למוטב באמת. וה' ירים מכשול מדרך עמו:

ובענין סירכא היוצאה מעל הקמט אשר צדד מעלתו דהוי תרתי לריעותא. הנה בשאר תרתי לריעותא איננו מהמחמירים כ"כ. יען אין לי עיקר גמור בש"ס. ואף שהפוסקים הביאו ראי' מהא דאמרינן ריש מס' נדה ובקידושין (דף ע"ט) התם איכא תרתי לריעותא וכו'. אבל אחר הדקדוק בעומק הסוגיא אין משם ראי' ברורה רק סמך בעלמא. אמנם בסרכא הדבוקה אשר גם המעוך ומשמוש בנחת כמבואר בש"ע הוא קולא גדולה והן

עתה פשתה המספחת שמקלפין הסרכא מעל הריאה בצפורן עזה אשר ההיתר פורח באויר באין מקל להסמך עליו. ודאי אי מצטרף בהדה איזה שמץ נדנוד ריעותא ראוי להטריף:

ואשר כתב דהשוחט מקרי חשוד לאותו דבר על שעבר על דברי הב"ד שהזהירוהו שלא ישחוט מבלי עע"ג. וכוונתו ודאי לדברי הרא"ש בתשו' אשר הובא דינו בש"ע (סי' א' סעיף י"א) אבל בתשובת הרא"ש משמע דתרתי מילי קאמר מחמת שהקהל פסלו שחיטת הכל והיינו אפי' בלא חרם כדכ' הש"ך. ומחמת שעבר על החרם מקרי חשוד לא"ד. ובנ"ד לא הזהירוהו הב"ד בחרם. ובעזי"ת יש לי לרצות הרבה בענינים אלו והמורם מהם השבתי פני כבודו. ויקבל שלו' וברכה כנפשו. ונפש החיים באאמ"ו מוהרי"ץ זללה"ה מוולאזין:

סימן כא

שאלה ותשובה מהרב הגאון הגדול מוה' חיים מוולאזין יצ"ו:

בענין שאילתא דשאילנא מנידון דגים יבשים הנקנים מן הנכרים שהנהיג הגאון מוה' רפאל בגליל שלא לאוכלם. ובבאריסעוו אף שהיא מערי הגליל אוכלים אותם. ובקהלתכם יש אוכלים ויש נמנעים. תחלה נבאר עפ"י הדין אם יש להחמיר. הנה בסביבותינו אינם בנמצא לחקור עליהם ולפ"ד השליח מוכ"ז יודעים מקום מוצאם שזה דרכם למלוח טהורים עם טמאים ביחד במרתף אחד. ואח"כ מיבשים אותם. אך אומר שגם במקום קניתם מהגוים גם במקום מליחתם אין הטמאים רק א' מאלף ואם כדבריו כן הוא שהטמאים פחות מחלק א' מששים נגד טהורים במקום מליחתם הוה כאלו לא נמלחו כלל עם הטמאים. וא"כ פשוט כביעתא בכותחא דשרי' עפ"י דינא דגמ' לכל הדיעות. אמנם במקום המצוי ושכיח למולחם עם הטמאים הרבה יש קצת מקום עיון. שנינו במשנתינו שלהי פרק אין מעמידין ואלו מותרים באכילה וטרית שאינה טרופה. כ' הר"ן וז"ל וטרית פירש"י דגים מלוחים וא"ת אעפ"י שהחתיכות ניכרות אמאי לא חיישי' שמא נמלחו עם הטמאים כו' ואע"ג דאחזוקי איסורא לא מחזקינן מ"מ היכא דשכיח איסורא כי הא ודאי חיישי'. וי"ל כיון דפליטת דגים הם מדרבנן וכו' והא ספיקא היא אזלינן לקולא עכ"ל נמצא למדין מהר"ן אף היכא דשכיח למלוח עם הטמאים ביחד מ"מ ספיקא איכא דאכתי הנך שלפנינו מאן יימר שנמלחו עם הטמאים וכיון דרבנן הוא מש"ה שרי. אבל הרמב"ן בחידושיו הביאו גם הרשב"א בתה"א הקשה ג"כ קשיא זו ותירצו דטהורים בטמאים לא נמלחו דטהורים צריכין לאפושי עלייהו מלחא טפי.

א"כ משום דספיקא דרבנן הוא לקולא עכ"ל. וא"כ לתירוץ הראשון היכא דשכיח למלוח טהורים וטמאים ביחד מחזקינן איסורא מספיקא. ונראה דזהו דעת הריב"א המובא במרדכי שכתב שהמנהג לאסור דגים מלוחים חוץ מן הערי"נג ומרקיי"ש שאין דגים טמאים נמלחים עמהם. ונראה דס"ל דהוה ספיקא דאורייתא אי משום דס"ל ציר דגים דאורייתא. או משום דחייש לשמנונית כמבואר במ"מ אבל יחידאה הוא וכל הפוסקים ראשונים ואחרונים פסקו דציר דגים אינו אלא מדרבנן וכוותייהו קבע הב"י בש"ע יו"ד (סי' פ"ג סעי' ה') להלכה להתיר אף הנמלחים בכלי א' עם הטמאים ואף המחמירים שהובאו ברמ"א לאו משום דס"ל כדעת הריב"א דא"כ אף אם אין רואין דג טמא נאסור נמי. אלא דאינהו נמי ס"ל כתירוץ האחרון של הרמב"ן והרשב"א וכדקבעי הר"ן דמשום דספיקא דרבנן הוא אזלינן לקולא וכ"כ להדיא הש"ד והתה"ד ושהם מקור דברי רמ"א דציר דגים אינו אסור אלא מדרבנן ומדינא שרי אף אם הם בכלי אחד עם הטמאים אך במארה הוא דארר הש"ד לאדם שרואה בעיניו טהורים וטמאים המלוחים בכלי אחד ואוכלם. ובהגהת מהר"י וכן בהתה"ד הוסיף להחמיר כדעת הא"ז דאף אם אין מונחים בכלי א' רק שרואים בערבוביא עם הטמאים ג"כ יש להחמיר ומ"מ חומרא בעלמא הוא דאחמיר. אבל מדינא כתבו להדיא דשרו מטעם דהוה ספיקא דרבנן הארכתי בזה הענין קצת חוץ מגדרי לאפוקי מדעת הגאון הנ"ל שראיתי בספרו חי"ק שחולק ועל מה שכ' רמ"א שאין להחמיר לפשפש ולבדוק אם יש בם דגים טמאים ודבריו לא נהירין כלל וע"ש שלא הביא כלל מקושיית הרמב"ן והרשב"א והר"ן שהבאתים לעיל רק הביא דברי הש"ך דבס"ק י"א בסי' הנ"ל וחולק עליו וז"ל ודבריו אינם מובנים לי כלל דהא לקמן סימן פ"ד סעי' ח' אמרי' דגבי דברים דצריך בדיקה דהוה כמו סירכות הריאה דצריך בדיקה משום דהוה מיעוט המצוי. ולפ"ד ה"ה הכא היכא דשכיח שמולחים עם הטמאים והוה מיעוט המצוי מהיכי תיתי לא נצטרך בדיקה כיון דיכולים לברר כמו גבי רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן דאמרינן היכא דיכולים לברר מבררין משום דהוה מיעוטא דשכיח. א"כ ה"ה הכא ולא ידעתי שום מקום לחלק ביניהם עכ"ד בספרו חי"ק. ובאמת החילוקים פשוטים וברורים מאד דבין הך דלעיל ס"א ברור חילוק הש"ך דהתם בהמה בחי' בחזקת איסור עומדת ובעינן לאפוקי מאיסורא ע"י דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן בהא הוא דלא סמכינן ארובא היכא דאפשר לברורי. אבל הכא בהנך דגים טהורים לא אתחזק איסורא משום הכי אף היכא דאפשר לברורי לא מחזקינן באיסורא. ולהך דסימן פ"ד נמי לא דמי דודאי אי הוה הך בדיקה בכדי שלא יוכל לבא לאכול הטמאים בעצמם שפיר מקרי מיעוט המצוי בהך דסימן פ"ד וסירכות הריאה דהמיעוט בעצמו

הוא האיסור בעצמו. אבל בנ"ד הא הך בדיקה היא בכדי שאם נמצא דגים טמאים לאסור אף בטהורים בחשש שמא נמלחו יחד והאי מיעוט המצוי לאו איסור דאף אם נמצא בהם דגים טמאים אכתי לא ברור איסורייהו דטהורים דמאן יאמר שנמלחו עמהם ואף במקום המצוי ושכיח למלוח טהורים עם טמאים אכתי הנך דגים שלפנינו מאן יאמר שנמלחו עם טמאים והוא ברור לחלק בהכי ואף דהוה ספיקא דאורייתא ולפי סברתו דהוה מיעוט המצוי ולא שכיח ומצוי גמור (והרבה יש לרצות בהכי בדין שכיח ומצוי דאורייתא ודרבנן ואכמ"ל) ופשיטא דהרמ"א אזיל בשיטת כל הפוסקים דס"ל כתי' הר"ן דמשום דאיסורא דרבנן הוא אקלינן בדידהו ולא אחמרי המחמירים אלא אם רואים לפנינו דגים טמאים הרבה שאין ששים נגדם (עי' ש"ך ס"ק ח') אבל לאחמורי כולי האי להצריך בדיקה לא חש שום פוסק. סוף דבר הך בדיקה שהחמיר הגאון הוא דלא כמאן. דלדעת כל הפוסקים והש"ע והרמ"א ברור דלא בעי בדיקה ולראב"י לא מהני בדיקה דאף אם לפנינו רק דגים טהורים מחזקינן איסורא היכא דשכיח למלוח עם הטמאים ביחד. ונראה דס"ל להראב"י דלאו מיעוט המצוי מיקרי דהא לא מהני אלא להצריך בדיקה. אלא דס"ל דמקרי מצוי ושכיח גמור דבכה"ג מחזקינן ריעותא לאיסורא. הארכתי בזה כי אולי ימצא בפנקס הגליל טעם הגאון שגזר שלא לאוכלם ואם ימצא כתוב שמחמת שנתברר ביד האנשים המוכרים גם דגים טמאים ואין איש שם על לב לפשפש ולבדוק. א"נ אזל לטעמיה דבספרו הנ"ל וכיון שבדעתינו אין דבריו מחוורים בזה היינו יכולים לסמוך על דעתינו להתיר אבל אולי לאו משום האי טעמא הוא דגזר אלא משום שרצה לעשות גדר וסייג שלא יבואו לאכול גם הטמאים או משום חשש שמנונית. א"נ שרצה להחמיר כדעת הראב"י אף דיחידאה הוא ובמנהג כי האי הנעשה משום גדר וסייג אין מקום לסתור מנהגו דדמי להך דבני ביישן פסחים פ' מקום שנהגו (דף נ' ע"ב) ועי' פ"ח א"ח (סי' תצ"ו) שהאריך לחלק בדיני איסור מנהגים. ונהירנא כד הוינא טליא כבר תמניא נתחדש איסור באסיפת הגליל לפני הגאון הנ"ל בדגים יבשים אבל לפי דמיוני לא גזר אלא בחרוזות של דגים קטנים התחובים בשפוד ומשום שבאותן מחרוזות קשה להכיר אם יש דגים טמאים ביניהם ואוכלים גם הטמאים אבל איני נאמן להעיד מה שזוכרני מקטנותי בפרט מפי השמועה. ואולי כך שמעתי שגזירתו הי' משום דבקטנים איכא איסור גמור כי הך דסימן פ"ד ומשום לא פלוג גזר אף בגדולים. ולא כתבתי דמיוני זה אלא בכדי לחקור שמא צדקה דמיוני וטרם יתברר טעמו אין להקל במקום שפשטה גזירת הגאון שהרי כבר קבלו אבותיהם עליהם ובמקום שלא פשטה גזירתו אף בערי הגליל ודאי שרינן בלי שום פקפוק אף בלי שום בדיקה והבו דלא לוסיף על חומרת

רמ"א שלא החמיר לבדוק ועוד צריך לחקור לידע ענין מליחתם במקום מוצאם גם אם יש בהם שמנונית דהיכא דשכיח למלוח עם הטמאים הרבה שאין ששים לבטלם ואית בהו שמנונית ודאי יש למנוע לאכלם בכ"מ וד"ל:

סימן כב

מה שהשיב לגדול אחד ושמו לא נזכר:

שאלה על מאורע שאשה אחת הוחזקה נדה בשכנותי' ושמשה עם בעלה שהטעתו:

תשובה קבלתי מכתבו ויקבל שלום ובאמת בש"ע אהע"ז (סי' קט"ו) אין דין זה מבואר. דמ"ש (סוף סעיף ד') דאם רצה הבעל לקיים אותה אין כופין אותו להוציאה איכא למימר דלא קאי אלא אעוברת על דת יהודית ולא דת משה אבל הרמב"ם כ' להדיא (פ' כ"ד מה' אישות דין ט"ז) דגם בעוברת ע"ד משה אין כופין אותו [ומה שיש לעיין בזה בסוגיא אין רצוני להאריך] ואף שלכאורה אבדה חזקת נאמנותה אבל א"כ תהא אסורה לכל העולם. וזה לא שמענו מעולם. וכפרה ודאי צריכי שניהם ועיקר התשובה היא עזיבת החטא והזהירות על להבא כראוי לעון החמור הזה ואף כשאבדה נאמנותה ודאי לא הוה מהני בדיקת השכנות כמו גבי סומא דהסומא מראה כל בדיקותי' והחשודה תוכל להעלים בדיקות טמאות. מ"מ ראוי שהבעל יעמיד לה אשה יראת ד'. וה' יסיר מכשול מדרך והיה זה שלום וברכה כנפשו ונפש החיים בא"א מוהרי"ץ זללה"ה.

סימן כג

בדין אתרוג הירוק ככרתי נחלקו האחרונים הרב ב"ח ז"ל דעתו להחמיר לפסול עד שיחזור כולו למראה אתרוג הכשר כשעוה וכזהב וס"ל דפסולו משום הדר הוא ג"כ לדידן דבעינן הדר אף דלר"י דס"ל דלא בעי הדר אין פסולו רק משום דלא גמר פרי אפ"ה לדידן גם משום הדר פסול ומפרש מש"ה תוס' סוכה (דף ל"א ע"ב) ד"ה והירוק להכשיר כשחוזר למראה אתרוג בתלוש היינו דוקא אחר שחזר וקמ"ל דאפ"ה חשבינן ליה גמר פרי אף שבשעת תלישה היה ירוק ככרתי ודעת הט"ז ומ"א להכשיר כשהתחיל מקצתו להוריק ככרכום דאז בידוע שסופו להוריק כולו ומסתמא גמר פריו ואף בלא הוריק כלל היה כשר לדעתם אלו היינו יודעים שסופו להוריק ככרכום רק משום שאין אנו יודעים פסול הוא אבל בהתחיל להוריק ודאי גמר פריו וכשר מתחילתו עיין דבריהם והמנהג להקל כדברי הט"ז ומ"א ולענ"ד ק' טובא חדא דא"כ פסול אתרוג הירוק לפי דעתם אינו פסול ודאי רק מספק שמא לא גמר פריו ואין זה במשמע דר"י פוסל משמע ודאי פסול

דומיא דכושי ולבן כו' ועוד דכיון דעינינו רואין רוב האתרוגים בפרט הגדולים חוזרין הן למראה אתרוג כשמשהין אותן בכלי ומהתימא לפסול בסתם נימא מסתמא גמר פריו ויחזור למראה אתרוג דודאי רובן מוריקין קצת ולדעתם כל שמוריק קצת סופו להוריק כולו. ועוד קשה טובא דהא יש כמה פירות שאין מתבשלין באילן וכשמשהין אותן בכלי בתלוש מתבשלין כעין בושלי כמרי וכפניות ודומיהן וגמר בישולן בכלי בתלוש וא"כ מה ראיה היא זו אם סופו לחזור שנגמר פריו מתחלה דילמא מתחלה לא נגמר ובשהייתו בכלי הוא נגמר וכיון דקפדינן אגמר פרי מנ"ל לאכשורי ועוד קשה לענ"ד לפום טעמיה דר' יודא משום דלא גמר פרי הא קי"ל באתרוג הבוסר לאכשורי כרבנן דפליגי אדר"ע וגם במעשר לא קי"ל כר"ש דפטר אתרוגים בקטנן וע"כ מדחייב במעשר פירי הן לכל דבר וא"כ למה נפסול אתרוג ירוק משום דלא גמר פריו מה בכך הא לא בעי גמר פירי ופירי אמר רחמנא והא איכא והדר לא בעי ר"י וגם לדידן ס"ל ט"ז ומ"א דירוק הדר מיקרי וא"כ למה יפסל ירוק אף שגדול כמה וקטן הבוסר כשר זה מן התימה ומפורש לקמן דרבה מדמה אתרוג ומעשר להדדי ור"ש דמעשר דפטר כר"ע דפוסל באתרוג דבעי גמר פירי ודחי אביי ע"כ לא פסיל ר"ע רק משום דבעי הדר וליכא אבל במעשר כרבנן ס"ל משמע להדיא דאי לאו משום הדר רק משום גמר פרי ע"כ דגם למעשר בעי גמר פרי דאין סברא להצריך גמר פירי באתרוג טפי מבמעשר אי לאו טעמא דהדר. דאל"כ בפשיטות ה"ל למימר ע"כ לא אמר ר"ע דבעי גמר פירי רק באתרוג אבל במעשר לא אלא ודאי דזה א"א כלל דבאתרוג יצטרך גמר פירי יותר מבמעשר ואיפכא אית ליה לר"ש דאף דפטר ממעשר משום שאין מצמיח באתרוג מכשיר דפרי הוא וזו ראיה ברורה מאד דאין להצריך גמר פרי באתרוג טפי מבמעשר והיכי ניקום אנן וניפסל הירוק משום גמר פרי ומספק ובמעשר קיי"ל כרבנן דחייבין קטנים וגדולים וגם באתרוג מכשרינן בוסר ממש והנה במחלוקת ר"מ ור"י באתרוג הקטן כ' התוס' (שם ד' ל"א ע"ב ד"ה שיעור אתרוג הקטן) שאין זה ענין למחלוקת ר"ע וחכמים באתרוג הבוסר דהתם אפי' גדול כמה כאגוז וכביצה פסיל ר"ע משום שאין מצמיח או משום הדר כו'. וחלקו דשם אייריי בשסופו ליגדל יותר דאז פסיל ר"ע וכאן כשאין סופו ליגדל יותר ואפ"ה בפחות מאגוז וביצה לא חשיב גמר פרי. משמע מדבריהם דמפרשי דברי ר"מ ור"י אליבא דר"ע דפסיל בוסר ובעי גמר פרי והיינו נמי טעמא דר"י ואח"כ כ' עוד דיתכן לומר דאף רבנן דמכשרי בוסר פסלי בפחות מכשיעור דבוסר חשיב פרי טפי משמע דיותר נוטה דעתם דר"מ ור"י דבעי גמר פרי בשיטת ר"ע אמרו דפסיל בוסר ודרך אפשר כ' דאף לרבנן פסול ודקדקו לכתוב דאתרוג בוסר חשיב פרי טפי ולא כ' גמר פירי דודאי רבנן דמכשרי בוסר לא בעו גמר

פרי דבוסר לאו גמר פרי הוא רק דעכ"פ בעו שם פרי וס"ל דבוסר מקרי פרי ובפחות מהך שיעורא לא הוי פרי כלל ולא מקרי בוסר ולפ"ז היה נראה דגם במעשר לרבנן דבזוטר מהאי שיעורא פטור כיון דלא הוי פרי והא דמחייבי במעשר קטנים וגדולים היינו קטנים כשיעור ששנו כאן כאגוז וכביצה והנה בגמ' אמר הטעם לר"י משום גמר פרי ומשמע דהיינו אליבא דר"ע דבעי גמר פרי ולא אמר דלא הוי פרי והיינו משום דע"כ ר' יהודא כר' עקיבא ס"ל מדפסיל ירוק משום גמר פרי אפילו גדול כמה אבל לר"מ אין ראיה דסבר כר"ע דמכשיר ירוק ככרתי. ופוסל בקטן מכאגוז ולכן כ' טעם דבוסר חשוב פרי טפי כו'. ונראה דלהכי נקטו תחלה לדברי ר"ע ואח"כ לדברי רבנן משום דר"י כר"ע אתי' מהך דירוק כיון דלא בעי הדר או כר"ש דפטר ממעשר דלא הוי פרי אבל ר"ע טעמיה לאביי שם משום הדר והיא מסקנת הגמ' שם וכן מסיק בירושלמי דר"ע לא מודי לר"ש דהרי מנומר והרי גדול בדפוס כו' פסול באתרוג וחייב במעשר כו' והיינו כטעם אביי בגמ' דילן משום הדר. ולפי"ז ודאי קשה טובא כנ"ל מניין לנו לפסול משום גמר פרי לרבנן דמכשרי בוסר ומחייבי גם במעשר. אלא ודאי נראה עיקר לכאורה כדברי הב"ח דעיקר פסול הירוק לדידן משום הדר כיון דלא קיי"ל כר"י דלא בעי הדר וירוק לאו הדר הוא ולר"י הוא דאמר טעמיה. משום גמר פרי אבל פסקינן כוותיה ולא מטעמיה וכי תימא מנ"ל כיון דר"מ ע"כ סבר ירוק הדר הוא מדמכשר ליה אף דאיהו בעי הדר י"ל דנפקא לן האי טעמא מפלוגתא דר"ע דפסיל בוסר וע"כ בגדול כשיעור ואפ"ה פסול משום הדר וא"כ מאיזה טעם ס"ל לר' עקיבא דאינו הדר ומה הפרש בינו לבין אתרוג שאין סופו לגדל יותר ומי יודע אם הוא מאותן שסופן לגדל יותר. אלא ודאי מראיתו מוכחת עליו שלא נגמר גידולו ואין מראהו דומה למראה אתרוגים גמורים אשר המה ירוקים ממש כשעוה וכזהב ואלו היה נגמר פרים היו מראיתן דומה ממש למראה אתרוגים גמורים לכן קודם גמרם אין נקראין מהודרין דאל"כ במה נפרוש ביניהן אלא ודאי מצד מראיהן שאינן כמראה אתרוג ניכר שהן בוסר ופסיל ר"ע ורבנן מכשרי כיון שאינו ירוק ככרתי לגמרי הדר מקרי. ועוד יש לפרש לד' הב"ח דפסול ירוק מטעם הדר הוא מן הירושלמי על הך דירוק ככרתי בעי קומי ר' אמי כהן כרתינן או דדמי להן כרתינן אמר להם כהן כרתינן ומייתי איזה ירקרק שבירוקי' כשעוה וכשושנת כרמל סומכוס אומר ככנף טווס כו' וכא הוא אומר הכין ומשני שניה היא דכתב ירקרק עכ"ל וצריך ביאור מאי קא"ל ומאי משני ופי' בעל ק"ע דמקשה על המשנה דאתרוג ככרתי הוא נקרא ירוק פי' גרין. ושם במשנה דנגעים משמע דגעל נקרא ירוק דהיינו כשעוה ואינך ומשני דהתם בנגעים כתיב ירקרק וירקרק הוא געל אבל במתני' גבי אתרוג תנן ירוק וירוק הוא גרין. ואין פי'

נכון דאדרבה מכאן דקדקו תוס' ורא"ש ורשב"א מדאיצטריך למתני ירוק ככרתי משמע דסתם ירוק הוא געל והוא מוכרח. ועוד מה חילוק בין ירוק לירקרק דפי' ירקרק הוא מורה על ירוק הרבה עמוק אבל היא אותה המראה עצמה דירוק רק עמוקה יותר וע"ז מורה לשון ירקרק כמו שאין חילוק בין אדום לאדמדם רק בעומק כדאיתא שם איזה אדמדם זו זהורית עמוקה וזה דבר ברור ומושכל ואין חילוק שינוי מראה ביניהם ולדבריו הרי הוא מראה אחרת לגמרי. ועוד למה הכניס ביניהם הך דכהן כרתינן כיון דאמתני' קאי ואין להאריך בדקדוקי' ובעזה"י נ"ל פי' הירושלמי דבעי מר' אמי אי דוקא ככרתי לגמרי הוא פסול אבל כשיש בו קצת מראה געל ע"פ כולו אף שאינו כשעוה ממש הוא כשר ובכלל מראה אתרוג הוא או נימא אף דדמי להן כרתינן פי' ואינו לגמרי ככרתי ג"כ פסול עד שיהא ירוק כשעוה לגמרי שאז הוא מראה ירוק סתם שהוא געל וידוע שלשון דומה הוא שאינו לגמרי רק דמיון קצת כדאי' סוכה ל"ב א' דומה לחרות ועי' פירש"י ז"ל שם] ואמר כהן כרתינן פי' הא אם מראהו דומה קצת לגעל כשר אף שאינו כשעוה למראה ירוק יחשב וע"ז מקשה דהא שם בנגעים בעינן דוקא כשעוה ואינך ואז הוא דמקרי ירוק סתם וכא הוא אומר הכין פי' וכאן הוא אומר שכל שאינו ירוק ככרתי לגמרי בכלל ירוק סתם הוא ומשני שניה היא דכתיב ירקרק פי' דלשון ירקרק משמע עומק הרבה במראה הירקות שהוא געל ולהכי בעינן דוקא כשעוה הא ירוק סתם אף שאינו כשעוה כשר רק שיהא מראהו כולו נוטה לגעל ולא ככרתי זהו נ"ל בבירור פי' הירושלמי והוא ברור ונכון לענ"ד ולפ"ז משמע דפסול ירוק ככרתי הוא משום הדר דאי משום גמר פרי א"כ מה ענין זה לדין ירוק דנגעים הא אפי' ירוק ככרתי אינו פסול רק משום שמא לא גמר פריו וע"כ ס"ל דכל שאינו ככרתי ממש הוא גמר פרי או סופו לגמור וא"כ מאי מקשה מהך דנגעים מאי איכפת לן אי מקרי ירוק סתם אי לא אלא ודאי משום הדר הוא דבעינן שיהא בו מראה אתרוג וכ"ד הב"ח ואף דברי התוס' שם ד"ה והירוק יכולין להתפרש כן שכונתן אחר שחזר למראה אתרוג וקמ"ל דלא נימא הרי לא גמר פריו ואף אם לא נפרש כן בדברי התוס' אין לזוז מדברי הב"ח שכן מוכח מדברי הגמ' בהך דמדמי אתרוג למעשר לדברי רבה רק אביי מחלק מטעם הדר. וכיון דקיי"ל למעשר פרי הוא גם לענין מצוה יחשב פרי אם לא דטעמא משום הדר כמ"ש וכן מוכח מהירושלמי בבירור. וכן מצאתי בחידושי ריטב"א בשם הראב"ד גבי מנומר שכתב דדוקא ממראות הפסולות כו' וחשיב ג"כ ירוק ככרתי הרי להדיא דאף במקצתו ירוק ככרתי בב' וג' מקומות פסול משום הדר וכ"ש ברובו ככל פסולי מראה דמשום הדר וכ"כ הר"ן ז"ל בשמו וגדולה מזו כ' הריטב"א בר"פ לולב הגזול בהא דמסיק תיובתא דרבא דאמר דר"י מודה באתרוג דבעי הדר והק' ריטב"א

דא"כ סליק פרקין דלא כר"י דלא בעי הדר ואלו במשנה לא פליג ר"י רק בהנך תרי דירוק ובהך דכאגוז ותי' דר"י מודה בכל פסולי הדר שאינו כברייתו ולא פליג רק ביבש ששמו עליו כו' משמע להדיא דגם ר"י ס"ל בירוק ככרתי פסולו משום הדר הוא ומשום דלא גמר פרי הוא דלא מיקרי הדר. ותרווייהו צריכי לר"י וכ"ש דלרבנן משום הדר הוא כמש"ל ונפלאתי מאד על האחרונים שלא הרגישו כלל בדברי הריטב"א וראב"ד ור"ן אלו שהן מחמירים ולא הזכירו ויש להחמיר כדבריהם והר"ן ז"ל בתראה טובא ובפרט לדברי תוס' הנ"ל אין מבוארין כ"כ להקל וכמש"ל וגם בתיקוני הזוהר הק' משמע דטעמא משום הדר הוא בתיקון כ"א וכמה דלית פסול ביעקב דלעילא כן צריך דלא יהא פסול באתרוג לקיימא קרא כולך יפה רעיתי כו' ואם היא ירוקה היא משובחת יתיר כגונא דהוית אסתר ירקרוקת בגין דאתמר בה ותלבש אסתר מלכות ובתיקונא שבעין עלין דאילנא אינון קווצותיו עלייהו אתמר ראשך עליך ככרמל כולהו ירוקין דהכי צריכא שערא דאיתתא דאיהי ברתא דמלכא למהוי ירוק כשבעה מיני דהבא ואתרוג איהו ירוקא ואסתר מתמן הוית ירקרוקת הרי להדיא מבואר מדבריו הקדושים דעיקר מראה אתרוג הוא כמיני הזהב ועיקר געל או נוטה לאודם דלא כמו שראיתי בס' א' לפרש דברי הזוהר תיקון כ"א על ירוק גרין עפ"י ד' רש"י ז"ל במה שאמרו אסתר ירקרקת היתה וכ' רש"י ז"ל כהדסה ע"ש ודייק לה מדקרי לה הדסה ואין זה מוכרח בגמ' ואין להאריך וד' הזוהר תיקון ע' מבוארין להדיא להיפוך דבעינן מראה זהב וגם איך אפשר שנפרש ד' הזוהר דירוק גרין משובח יותר דלא ככולהו תנאי דפליגי אם יש להכשיר ירוק ככרתי אבל לא שיהא מן המובחר וגם הך דאסתר כו' נוח יותר לפרש כד' הזוהר שכן דרך החולים המוריקים להיות פניהם דומין למראה געל והוא סתם ירקון ר"ל ולא למראה גרין ודעת הב"ח ז"ל מוסכמת גם לדברי הזוהר ז"ל ע"כ יש להחמיר בדבר לחזר אחר אתרוג שכולו מראה געל או דומה לגעל עפ"י ד' הירושלמי דלא בעינן כשעוה ממש וכמש"ל ואז הדר הוא לכל חסידיו כנלענ"ד בעזהש"י:

התשובה הזאת מצאתי בין כתבי אא"ז הגאון זצ"ל ולפי הנראה מריהטא דלישנא ומבירורא דשמעתתא דא נראה כי מפיו יצאו הדברים האלה:

סימן כד

שאלה בענין שאילתא דשאילנא אם מותר לקיים בשדהו אילנות שניכר בהן הרכבה ואין ידוע אם נרכבו במינם או שלא במינם. אם מחוייב לעקור האילנות משום ספק הרכבת האילן והנה לפ"ד השואל שהחליט במכתבו שגם איסור קיום כלאים הוא מדאורייתא

ודאי ספק דאורייתא לחומרא אבל לא כן עמדי ואם באתי להביא כל דברי הפוסקים ולישא וליתן בדבריהם לבנות ולסתור יארכו הדברים הרבה אך שלא להוציא חלק אציגה פה קצת דרכי אשר אנכי בדרך נחני ד' בזה הוא ית"ש ינחני בדרך האמת בא"י למדני חקיך:

תשובה בריש מס' מ"ק (ד' ב' ע"ב) ובכמה דוכתי תניא המנכש והמחפה בכלאים לוקה. רע"א אף המקיים. ואף דלאוקימתא דרבה ריש מ"ק דכולה ר"ע היא לכאורה איכא למימר דליכא מאן דפליג עלי':

אמנם בסוגיא דמס' מכות (דף כ"א ע"ב) הרי ריש לקיש קאי בשיטתא דרבה דכולה ר"ע היא ואפ"ה סבר דרבנן פליגי עליה כדמוכח התם להדיא. הרי דקיום כלאים תליא בפלוגתא דר"ע ורבנן לכ"ע ואדרבה לאוקימתא דכולה ר"ע היא מקילי רבנן טפי דפליגי אף במנכש ומחפה משא"כ לאוקימתא דרב יוסף דלא פליגי עליה אלא במקיים גרידא אבל במנכש ומחפה מודו רבנן לכ"ע:

אבל מ"מ גם במקיים גרידא דודאי פליגי רבנן עלי' דר"ע לענין מכות מ"מ גם לרבנן אסור לקיים כסתמא דמתניתין רפ"ח דכלאים וכן בכמה דוכתי דמחייבין אותו לעקור. וכן הוא בירושלמי הובא גם בר"ש רפ"ח דכלאים ובכ"מ ריש הלכות כלאים דאהא דתנינן התם כלאי זרעים אסורין לקיים פריך מה כר"ע דאמר המקיים כלאים לוקה א"ר יוסי ד"ה היא הכל מודים באיסור שהוא אסור וכ"כ כל הפוסקים. ואף דבסוגיא דמס' ע"ז (דף ס"ד ע"א) אמרינן התם דלרבנן אף לקיומי שפיר דמי אכתי משום הא לא תברא דהא טעמא דאיסורא לרבנן דפליגי עליה דר"ע היינו משום חשדא שלא יחשדוהו שזרעם כדכ' התוס' בב"ק (ד' פ"א ע"א ד"ה אין מחייבין וכ"ה ברמב"ם פ"ב דכלאים דין ח' וכן בשו"ע סי' רצ"ז סעיף ט') וא"כ בשדהו של כותי דלא שייך האי טעמא משו"ה שרי אפי' לכתחילה:

כללא דמלתא דלר"ע איסור קיום כלאים הוא דאורייתא ולרבנן אין האיסור אלא מדרבנן כמ"ש התוס' בב"ק הנ"ל וברור ופשוט דלאו דוקא עלו מאליהן אלא אפי' זרע הוא מאי דעבד עבד ובקיום ליכא איסור דאורייתא דכיון דרבנן לא דרשי דרשא דר"ע כלאים שדך לא מהיכא תיתי איסורא דאורייתא:

ולענין הלכה ודאי הלכה כרבנן דר"ע דהא אין הלכה כר"ע מחביריו. וכן פשטא דסוגיא דמכות הנ"ל משמע דאין הלכה כר"ע ומשו"ה פריך נמי בירושלמי הנ"ל בלשון תמיה מה כר"ע וכ"ה דעת הרמב"ם (ריש הלכות כלאים דין ג') שכ' דלקיים אסור ואינו לוקה והיינו ודאי לא משום דהוה לאו שאין בו מעשה הוא דאינו לוקה דא"כ הו"ל למימר אעפ"י שעובר עליו בל"ת אינו לוקה מפני שאינו עושה מעשה כדרכו לומר בכל לאו

שאין בו מעשה. ותו דא"כ הוי ליה לפלוגי בין מקיים ע"י מעשה כגון העושה גדר ובין מקיים גרידא בלא מעשה אלא ודאי ברור ופשוט דגם דעת הרמב"ם הוא דאין הלכה כר"ע (ועמש"ל דגם הראב"ד לא פליג עליה דהרמב"ם בדין קיום כלאים) וכן הוא בש"ע (סי' רצ"ז סעיף ב') דלקיים אסור ואינו לוקה וכוונתו ודאי דאינו אסור מדאורייתא דמה לו להשו"ע לכתוב דיני מלקות זכינו לדין דקי"ל דקיום כלאים אינו אלא מדרבנן וא"כ ספיקו מותר:

נשוב לבאר סיפא דהירושלמי הנ"ל דסיים הכל מודים באיסור שהוא אסור כשלא קיים ע"י מעשה אבל אם קיים ע"י מעשה לוקה כהדא דתניא המחפה בכלאים לוקה. והיינו דע"י מעשה אפי' רבנן מודו לר"ע דלוקה ואם נאמר דהעושה גדר הוא בכלל מקיים ע"י מעשה הרי ש"ס דילן פליג על הירושלמי לפי שיטת רש"י ותוס' בסוגיא דע"ז (דף ס"ד) דהא דאמר ר"ע אף המקיים היינו דוקא בעושה גדר ואפ"ה פליגי רבנן עליה אבל האמת הברור דהמקיים ע"י מעשה דהירושלמי לאו בעושה גדר הוא דעשיית גדר לא מהני אלא אי אמרינן דבמקיים גרידא עובר בל"ת מהני עשיית גדר למהוי לאו שיש בו מעשה אבל למ"ד דבמקיים גרידא שרי מדאורייתא מהיכא תיתי איסורא דאורייתא ע"י הגדר. אלא הך ע"י מעשה דהירושלמי היינו דוקא ע"י מעשה בגוף אילן המורכב או בגופן של כלאי זרעים הוא כדסיים הירושלמי כהדא דתניא המחפה בכלאים לוקה והיינו דהירושלמי לא ס"ל כאוקימתא דרבה ריש מ"ק דכולה ר"ע הוא אלא דהברייתא כפשטא דבמנכש ומחפה גם לרבנן לוקה:

ולכאורה נראה דאפ"ה פליג עליה ש"ס דילן בסוגיא דמכות הנ"ל כמבואר שם ברש"י בד"ה אי לאו דקלסך וכו' דמאן דאית ליה מקיים בכלאים פטור פטר אף במחפה אמנם היינו לריש לקיש דסבר כאוקימתא דרבה ריש מ"ק דכולה ר"ע היא אבל לר' ינאי ור"י דס"ל דהמחפה בכלאים לוקה הברייתא כפשטא דבמנכש ומחפה אף לרבנן לוקה והא דנקט ר' ינאי רק המחפה היינו משום דר' יוחנן דאמר לאו משנתינו הוא לא איירי אלא במחפה מש"ה לא נקט רק המחפה:

ומצינו למדין דר"י ור"ל פליגי בפירושא דברייתא כפלוגתא דרבה ורב יוסף ריש מ"ק ובהכי ניחא הא דלכאורה קשיא טובא הא דפסק הרמב"ם (פ"ח דשבת דין ב') במשקה מים לזרעים כרב יוסף דהוי תולדת זורע והא קי"ל דהלכה כרבה נגד רב יוסף:

ולפמ"ש ברור וברוך טעמו של הרמב"ם כיון דר' ינאי ור"י מוקמי הברייתא כרב יוסף ודאי הלכתא כוותיה נגד רבה ואם נאמר דלהירושלמי מחייבי רבנן בכל מעשה שעושה בגופן של זרעים אף אי ליכא צד זריעה במעשהו אכתי הירושלמי וש"ס דילן פליגי

אהדדי דהא בש"ס דילן אף לר' ינאי ור"י לא מחייבי במחפה אלא משום זורע כדפריך התם ולילקי נמי משום זורע ביו"ט (ומשו"ה פירש"י בכל הסוגיא שם דחיוב דמחפה הוא משום זורע) ואף לפמ"ש לעיל דלדידהו גם במנכש חייב הרי גם מנכש משום זורע הוא דחייב לרב יוסף דקאי בשיטתי' דר' ינאי ור"י:

והכי מוכח נמי מדאצטריך רבה לאוקמא כולה ר"ע היא ולא משני דמנכש חייב לכ"ע משום מקיים ע"י מעשה אלמא דלש"ס דילן גם במקיים ע"י מעשה לא מחייבי רבנן ואף שלדינא לא נ"מ מידי דאף אם נימא דהירושלמי וש"ס דילן פליגי אהדדי. הלכתא כש"ס דילן דלא מחייב אלא היכא דאיכא צד זריעה דעביד לצמוח כדאמר רב יוסף גבי מנכש:

אבל מחוורתא דהירושלמי וש"ס דילן קיימו בחדא שיטתא דהיכא דעושה מעשה דלא עביד לצמוחי להירושלמי נמי לא מחייבי רבנן דכיון דליכא בה צד זריעה מהיכי תיתי אסורא דאורייתא לרבנן דלא דרשי כלאים שדך לא. אבל העושה מעשה דעביד לצמוחי הוי בכלל שדך לא תזרע כלאים ומשו"ה מודו רבנן דלוקה משום תולדת זורע:

ומשו"ה מסיים הירושלמי כהדא דתניא המחפה בכלאים לוקה היינו דוקא בכה"ג דאיכא צד זריעה אלא הואיל וזה אינו זורע ממש דהא כבר נזרעו אלא דעביד לצמוחי מקיים קרי לה בירושלמי:

והן הן דברי הראב"ד (ריש הלכות כלאים דין ג') שכתב ואיך אפשר שלא ינכש אותם ולא ישקה אותם והלא הוא מקיים בידים הרי להדיא דגם הראב"ד קרי למנכש ומשקה דהוי תולדת זורע לרב יוסף דקי"ל כוותיה קרי ליה מקיים והיינו דלא פליג על הרמב"ם בדין מקיים כלל דבמקיים גרידא גם להראב"ד אינו לוקה דאין הלכה כר"ע אלא במקיים בידים ע"י מעשה דעביד לצמוחי כגון מנכש ומשקה גם לרבנן לוקה. וכסופו כן תחילת דבריו שכ' והלא אף המקיים לוקה דהיינו במקיים בידים דוקא וכדמשמע מלשונו דלא פליג על הרמב"ם בדין מקיים דבמקיים בידים כבר כ' הרמב"ם בדין ב' דלוקה המנכש והמחפה. והא דלא כ' שם הרמב"ם דהמשקה לוקה הרי יש כמה תולדות זורע שלא כ' הרמב"ם כאן ואכמ"ל:

ואחר שזכינו לעמוד בס"ד על דעת הראב"ד מקום יש בראש"ש לומר דהא דכ' בהל' כלאים דין ג' דלוקין על קיומו נלמוד סתמו של הרא"ש מפירושו של הראב"ד דהיינו במקיים בידים דוקא ע"ש שדבריו מתפרשין כן ברווחא ואין רצוני להאריך בהא סלקינא ובהא נחתינא דבמקיים גרידא ודאי הלכתא כרבנן דלא אסרי אלא מדרבנן. ובדינא דידן ספיקא דרבנן הוא ושריא. ואינו מחוייב לעקור. וגם לעשות גדר בכלל מקיים גרידא הוא ושרי

בנ"ד. אבל לעשות מעשה בגופן של האילנות כל מלתא דעביד לצמוחי הוי תולדת זורע ואסור מדאורייתא הלכך ספיקי' לחומרא ואסור גם בנ"ד:

ויש מקום אתי להוציא בס"ד מסוגית הש"ס כמה דברים שהמה תולדות זורע אמנם כמדומה שהאידנא נשתנה מלאכת עבודת האילן במקומותינו וכמ"ש התוס' (ריש מ"ק ד' ג' ע"א בד"ה אף כל וכו') אך במנכש ומחפה ומשקה דאיירי ביה זומר באילנות היינו דומיא דמנכש בזרעים (ואולי משו"ה לא חשיב הרמב"ם בפ"ח דשבת מנכש דמ"ק כתמיהת הכ"מ שם משום דסמיך אזומר דחשיב שם) ומשקה מים אף דבריש מ"ק לא אמרינן אלא המשקה לזרעים אבל הרמב"ם (בפ"ח דשבת דין ב') כ' המשקה מים לצמחים ולאילנות ולפמ"ש הכ"מ שם דאיכא תרי גווני מנכש מנכש בעיקרי אילנות לא הוי תולדת זורע:

ובריש הלכות כלאים כתב הכ"מ דהרמב"ם פוסק כרבה. וכן לא כ' שם בשו"ע (בסי' רצ"ז סעיף א') אלא או המחפה והמנכש השמיט והיינו כפי שיטתו שם דהלכתא כרבה רק במחפה הוא דלוקה דרבה לא איירי ביה ור' ינאי ור"י ס"ל דלוקה. אבל כל מעיין ישפוט בצדק שכדבריו בפ"ח דשבת הוא העיקר וכמ"ש לעיל דלר' ינאי ור"י הברייתא כפשטא ((מכאן ואילך עד סוף התשובה נמחק כששה שיטות וחבל על דאבדין ואח"כ נשאר גוף כ"י קדשו) חויתי דעי בעזר החונן דעת כמדתו ית"ש לחונן אף לשאינו הגון כמוני היום יום ג' טו"ב כסלו נאום חיים באמ"ו מהרי"ץ זללה"ה:

סימן כה

שאלה בענין אשר קצת ההמון נוהגים לעשות ציצית צמר בטלית קטן פשתן ע"י הפסק עור. ולפי הנראה מהתחלת תשובתו האריך בזה הרבה רק אתנו אינו נמצא רק הפסק הלכה בזה:

תשובה השתא דאתינן לטעמא דחוט התפירה בטל הוא לגבי העורות. וכפי מ"ש הפוסקים בשם הר"ש גופי' (עש"ך סי' ש' ס"ק י"א) דהיינו טעמא דתופר כדרכו ואינו חושש אם מחבר הבגד צמר עם חוט הפשתן שתפרו בו העורות ודאי אית לן למימר דהיינו טעמא דכולא מנהגא דסרבלין של צמר ותחתיו עורות התפורים בחוטי פשתן מה"ט גופא דחוט התפירה בטל הוא לגבי העורות ותו לא צריכינן לדוחקים רבים ועצומים שנדחק הר"ש בפי' למשנה ט' וי' דפ' בתרא דכלאים. ובפרט תוספתא שהביא שם משנה ט' ואתיין כולהו משנייתא כפשטא דלא מהני הפסק עור או הפסק בגד וצמר גמלים בוודאי ראוי לבטל המנהג:

והנה בענין ביטול חוט התפירה יש לי מקום עיון דאף דסברא מתקבלת היא דהואיל ואינם באים אלא לחבר לא מחשב ובטל הוא לגבי העורות וכה"ג כ' המרדכי שלהי מס' ע"ז דאם ניקב הכלי למטה מרביעית ונתן עליו חתיכת מתכת צריך טבילה דקי"ל כמ"ד הכל הולך אחר המעמיד אבל אם תפרו בפתיל מתכת אין בכך כלום שאין זה כ"א מחבר חתיכותיה (הובא גם בב"י):

אבל תלמוד ערוך הוא ביבמות (דף ק"ב ע"ב) סנדל שתפרו בפשתן אין חולצין בו וכבר תפסו כל הפוסקים כפי' השני שברש"י דהיינו שתפרו בחוטי פשתן אלמא דחוט התפירה לא מיבטל ועל הא"ז שכתב בשם הר"ש דחוט התפירה בטל הוא (כמובא בתה"ד סי' רצ"ז) לא קשה מידי דהא"ז לטעמיה אזיל דס"ל דבמקום שרגילים לתפור מנעלים בחוטי פשתן חולצים בו דוקא לכתחילה (עיין ד"מ סי' קס"ט אות י' וכ"א) והא דאמרי' דאין חולצין בו היינו משום שדרכם היה לתפור בעור ולא בח"פ מש"ה אין חוט הפשתן בטל (ולשיטתו ניחא הא דנקט סנדל ולא מנעל אף למ"ד דחולצין במנעל לכתחילה משום דמנעלים מסתמא גם בימי התלמוד היו תופרין בפשתן. רק בסנדל שהוא מעור קשה היו דרכם לתפור ברצועות של עור ולשיטת החולקים עליו צ"ל דמש"ה נקט סנדל משום דבמנעל איכא מ"ד דאין חולצין לכתחילה ולהכי ניחא ליה יותר למנקט סנדל ומדוקדק יותר להנך דמפלגי בין לכתחילה לדיעבד בסנדל התפור בח"פ דלא שייך למנקט האי דינא כלל גבי מנעל) אבל מ"מ כל הנך רבוותא דפליגי עלי' דהא"ז גבי מנעל של חליצה הא חזינן דסברי דחוט התפירה אינו בטל לא מבעי הרמב"ם ודעמי' דפסלי אף בדיעבד. אלא אפי' הרא"ש ודעמי' דמכשרו בדיעבד הרי מבואר בהרא"ש טעמא דשריותא משום דאסמכתא בעלמא הוא. משמע דאי הוה דרשא דתחש דרשא גמורה הוי מפסיל אף בדיעבד אלמא דחוט התפירה אינו בטל:

אמנם משום הא לא תברא לדינא דידן דאי משום שאנו מדמין נעשה מעשה לסתור פשטא דכולהו מתניתא כמ"ש לעיל. ויש לחלק בין חוט התפירות העורות זע"ז. ובין חוטי תפירות המנעל דהנך דפסלי במנעל טעמייהו כמ"ש הש"ג שם דחוט התפירה מעמיד הוא והיינו דווקא במנעל שא"א לנעלו בשום אופן בלא התפירה ואינו נקרא מנעל אלא ע"י חוט התפירה התם הוא דאמרי' דחוט התפירה הוא המעמיד גמור. משא"כ שכתב הר"ש שידוע דרך התופר לחבר העורות לבגד צמר שעליהם בתפירות הרבה. דעת לנבון נקל לחלק ביניהם. דלא דמי למעמיד דתפירת המנעל:

בהא סלקינן דראוי לבטל המנהג הנ"ל והמבטליני' איישר חיליה:

סליקא להו שו"ת מהגאון רבינו חיים זצ"ל בסיעתא דשמיא