שו״ת · אחרונים · מלבושי יום טוב

מלבושי יום טוב חלק א

רבי יום טוב ליפמן הלר הלוי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלבושי יום טוב חלק א

רבי יום טוב ליפמן הלר הלוי

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/מלבושי-יום-טוב-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 5
חלק אבן העזר 9
סימן א 9
סימן ב 18
סימן ג 27
סימן ד 39
סימן ה 57
סימן ו 78
סימן ז 86
סימן ח 155
סימן ט 165
סימן י 176
סימן יא 186
סימן יב 189
סימן יג 193
סימן יד 203
סימן טו 210
סימן טז 237
סימן יז 238
סימן יח 248
סימן יט 260
סימן כ 272
סימן כא 285
סימן כב 289
סימן כג 293
סימן כד 302
סימן כה 317
סימן כו 322
קונטרס משפטי התנאים 325
סימן א 325
סימן ב 334
סימן ג 339
סימן ד 342
סימן ה 351
סימן ו 357
סימן ז 361
סימן ח 365
סימן ט 374
סימן י 380
סימן יא 384
סימן יב 390
סימן יג 407
קונטרס בדיני ברירה 424
סימן א 424
סימן ב 427
סימן ג 430
סימן ד 435
סימן ה 440
סימן ו 444
סימן ז 450
סימן ח 456
סימן ט 459
סימן י 463
סימן יא 469
סימן יב 472
סימן יג 484
סימן יד 491
סימן טו 500
סימן טז 504
סימן יז 514
סימן יח 516
סימן יט 519

סימן כ 524
חלק חושן משפט 526
סימן א 526
סימן ב 529
סימן ג 537
סימן ד 538
סימן ה 541
סימן ו 548
סימן ז 549
סימן ח 557
סימן ט 562
סימן י 562
סימן יא 568

הקדמה

הקדמת המחבר

יתברך הבורא וישתבח היוצר. אשר נתן חלקי בתורתו הקדושה. מנעורי ועד עתה. וזכות אבותי הקדושים אשר בארץ. עמדה לי לחדש בעזה"י הרבה חדושין דאורייתא. ולהשיב לשואלי דבר ה'. זו הלכה למעשה. ואת אשר העלה מצודתי. על הספר העליתי. והנני מדפיס עתה רק מעט מחדושי אשר זכני ה'. והם על אהע"ז וח"מ וגם זאת לא בשלימות. וכאשר יזכני ה' אדפיס גם עליהם הוספות רבות וקונטרס אחרון. וגם על או"ח ויו"ד נמצאים אצלי כמה חדושים. ובה' בטחתי שיעזור לי להוציא לאור הדפוס גם יתד חדושי הנמצאים אתי. כמו קונטרס חזקה וחובת קרקע ועוד על כמה כללים אחרים. ויזכני לחזות בנועם ה' ולבקר בהיכלו אכי"ר:

והנה מצאתי חובה לנפשי. להודיע דברי לרבים וכן שלמים. שלא כתבתי דברי להורות הלכה למעשה לדורות. כי ידעתי שאין אני כדאי והגון להכריע. ולא באתי אלא להעיר לבבות המעיינים. ולפלפל בדברי הראשונים והאחרונים. אף כי גליתי דעתי לאחת מן הקצוות. אין כוונתי להחליט הדברים. ומה גם בחלק אהע"ז ההוראה לא לכל מסורה. כ"א לחכמים גדולי ההוראה גאוני הזמן. וע"כ אבקש לבל לסמוך ולהורות ע"י הכרעת דעתי. כ"א את אשר יבחר הקורא יקרב אליו ועל בינתו ישען. ואשר לא יכשר בעיניו יזרקהו הלאה:

גם מה שלפעמים השנתי על דברי גדולי המורים אשר כל בית ישראל נשען עליהם. ומפיהם אנו חיים. לא יאמר הקורא כי רמות רוחא קא נקטי להמחבר הלז. ה' יודע כי לא בי הוא לא מיני' ולא מקצתו. אך הוא מפני כי לפניהם לא היו ספרי הראשונים ז"ל מצויים אז קודם שנתפשטה כ"כ מלאכת הדפוס הרבה. כאשר ת"ל כימינו אלה זכינו לכולם. וכל גדולי הפוסקים העתיקו כמה פעמים רק מה שראו מובאים בספרים הקודמים. וכאשר שם הובא רק ראשית הדברים. וכמה פעמים החליטו כסוף היפוך ממה שנראה בתחלת הדברים. ע"כ נמצאו כמה דברים אשר נתבררו שהם להיפוך כמעט. כאשר הראתי לדעת כמה פעמים בכפרי. ועוד כמה ענינים אשר קצת מהם אזכירם לדוגמא פה:

א) הנה בשו"ע ה"מ סימן ס"ט סעיף ב' כתב לענין כת"י שסבירא ליה להרשב"א שאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש. והקשה הגד"ת מדברי הרשב"א עצמו בתשובותיו שהביא הב"י שם סימן ס"א שכ' גבי עד א' בשטר ועד א' בע"פ. וז"ל עכשיו שאומר שפרע אפשר שהוא נאמן וישבע היסת ואעפ"י שיש כאן שטר אינו אומר שטרך בידי מאי בעי כיון שאינו

גובה ממשעבדי עכ"ל. גם הש"ך שם סקי"ד הביא ראי' לדבריו מתשו' זו. גם האו"ת והנתיבות הרבו לדחוק ולתרץ דברי הרשב"א ז"ל שלא יקשו הדדי ומחלקים בחלוקים דחוקים ע"ש בדבריהם. ובאמת מי שיראה דברי הרשב"א עצמו בתשובה שם ח"ג סימן מ"ב שהעתיק הב"י ממנו דברי התשובה רק סיים כאמצע דברי הרשב"א עד "וזה כדעת הגאונים ז"ל" ולא יותר. אכל כפי מה שזכינו בימינו לראות כל דברי הרשב"א ז"ל. הנה מצאנו ראינו מבואר להדיא לפי דעת הרשב"א עצמו שבכת"י אינו נאמן לומר פרעתי ה"ה בשטר בע"א. כי ז"ל שם בסוף התשובה. וזה כדעת הגאונים ז"ל שהסכימו כן בשהוציא עליו כת"י שנאמן לומר פרעתי אבל מן הגדולים האחרונים יש שאמרו שאפי' כשהוציא עליו כת"י א"נ לומר פרעתי משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי. ולזה דעתי נוטה. ויש לי ראי' לסמוך עלי' בשלהי פ' המוכר את הבית בשמעתתא דהמפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתי דאמרינן דנאמן משום מגו דאי בעי אמר נאנסו. ודוקא מחמת מנו זה נאמן הא לאו הכי לא משום דאמרינן א"ה שטרך בידי מאי בעי אע"ג דשום שטר פקדון אינו גובה ממשעבדי. וכיון שכן אף באן שיש שטר אע"פ שאין חתום בו אלא ע"א אם איתא דפרע שטרא בידיה דמלוה ל"ל עכ"ל. גם מה שהש"ך דחה ראיתו שם דלהכי גופא לא גובה ממשעבדי מה"ט דמ"ל החזרתי במגו דנאנסו. נעלם ממנו נ"כ סוף דברי הרשב"א הנ"ל. שהרשב"א עצמו נשמר מזה ולהכי כתב "דשום שטר פקדון אינו גובה ממשעבדי". וכוונתו שאף במקום שאינו יכול לומר החזרתי כגון שהתנה עמו אל תחזירני אלא בעדים אעפ"כ אינו גובה ממשעבדי דטענינן ללקוחות שמא נאנסו:

ב) שם בשו"ע חו"מ סימן ע"ב סעיף ד'. כתב המחבר וז"ל המלוה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו ונאנס אפשר שאפי' בנתינת רשות בלבד הוי שואל וחייב עכ"ל. וכ' ע"ז הסמ"ע שם ס"ק כ"ג "הב"י והד"מ הביאו תשובה אחרת דרשב"א שמשמע מינה דאפי' אם כבר השתמש בו לא נעשה עליו כשואל להתחייב באונסין כיון דאין כל הנאה שלו דהרי בשביל מה שהלוהו משאילו להשתמש בו וכו' ותימא על המחבר ומור"ם שסתמו כאן דכיון דשתיהן תשובות הרשב"א נינהו ה"ל להביא תרווייהו עכ"ל". והש"ך שם ס"ק ל' דחק עצמו ליישב זה ע"ש. אבל באמת נפלאתי על רבינו הב"י האיך הביא התשובה מחלק א' אשר כמה פעמים הוא רק קיצור מתשובותיו בחלקים האחרים. והמעיין בתשובתו בתולדות אדם סימן של"ו יראה שכתב הרשב"א להשואל. שדעתו כבר גלה ופטרו בטעמים נכונים. אך מרבה להוכיח לדברי השואל וסברותיו שהוא פטור אף אם נשתמש בו מטעם אחר. וכתב לפי דעתו אם נשתמש כוודאי חייב באונסין ואפשר אפי' בנתינת רשות לבד הוי שואל וחייב באונסין ע"ש. א"כ לא נצרך להביא

דכרי רשב"א אלו הנאמרים רק לפי דעת השואל לבד ולא כן דעתו. אך לפי דברי הש"ך שכתב דדברי הרשב"א בח"א מיירי שנתן לו רשות להשתמש אח"כ לא בשעת הלואה אפשר לדחוק וליישב דברי הב"י והמעתיק שסברי להו אחר שפלפול הרשב"א בדברי השואל נראה שודאי נוגעים לפעמים להלכה דהיינו כשנתן לו רשות להשתמש אח"כ. ולכך העתיקו המעתיק בח"א בתוך תשובת הרשב"א להלכה. אעפ"כ נפלאתי על מה שהעתיק הכ"י בלשון אפשר דהמעיין בתולדות אדם שם יראה שלא כתב תיבת אפשר רק לפי טעם הראשון אבל אחר שכתב ועוד יש טעם אחר נכון והוא העיקר לדעתי. א"כ סובר שהוא נקרא בוודאי שואל בנתינת רשות לבד. א"כ נפ"מ לדינא אם נתן רשות אח"כ בוודאי חייב באונסין:

ג) שם בשו"ע ח"מ סימן צ"ו סעיף ג' כתב יש מי שאומר שאעפ"י שנשבעים שבועת היסת לקטן על השטרות אין נשבעין לו כלל. ועיין סמ"ע שם. והש"ך כתב שם "ול"ג דר"ל על השטרות כגון פוגם שטרו ועד א' מעידו שהוא פרוע. וחיינו דכתב הרשב"א טעמא דשבועה זו תקנת חכמים היא להפיס דעתו של תובע וכו' עכ"ל". ובאמת המעיין בתשובת הרשב"א בתו"א סימן קמ"ח וראה להדיא ששם השיב הרשב"א על המעשה שקטנה תבעה השטרות ממש שמסרה לו והוא הכחישה שלא מסרה לו. וזה אינו ענין לנידון דברי הש"ך:

ד) **בש"ך** ח"מ סימן ע"ה ס"ק י"ט השיג שם על הסמ"ע שכתב בסימן פ"ז ס"ק ט"ז לחלק בין שנראה מדברי עצמו שנשאר חייב לו עדיין כך וכך לפי החשבון ובין שנתחייב עפ"י ב"ד כגון שטוען פרעתיך כך וכך לפי שנתתי עבורך רבית והב"ד מכירין שאין המלוה חייב לשלם הרבית לפי שהיא דבית קצוצה. והש"ך לא ניחא לי' בזה ודחק לפרש דברי הרשב"א בתשובה שהביא ב"י בסי' פ"ז ע"ש. ובאמת המעיין בתשובת הרשב"א בח"ג סימן ע"ה יראה שהמעשה לא הי' כמו שמבאר הש"ך. כי בב"י לא הביא רק התשוב' ולא הביא גוף המעשה. מ"מ צ"ע לדינא כי הרשב"א בתו"א סימן רמ"ו כתב וז"ל. אבל אם לא התנה עמו בפי' מסתברא לי שמשלם מס העשר שנים האחרונות ונשבע על השאר כדין מודה מקצת. דאעפ"י שהוא רוצה לכפור בכל ואומר שאינו חייב לו כלום מ"מ כיון שהוא מתחייב מתוך טענותיו במקצת הו"ל כמודה מקצת. ודייקנא לה מדר' חייא קמייתא מדאמרינן התם ותנא תונא שנים אוחזין בטלית והא הכא דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא וקתני זה ושבע וזה ישבע עכ"ל". מזה נראה כדברי הש"ך וצ"ע ואין כאן מקום להאריך:

ויש לי עוד הרבה השנות כאלו. ואי"ה כאשר יזכני ה' להוציא החלק השני אז אראה לפני הקוראים כהנה וכהנה. ועתה עת לקצר:

טרם אצא מאת דברי הקדמתי מצאתי חובה לנפשי לזכור לחיי עולם ולמזכרת נצח את הורי היקרים ה"ה אמ"ו המופלג גמיר וסביר וכו' מהו' יהודא זאב הכהן זלה"ה ואמי מורתי הצנועה והחסודה המלומדת בנתא דמוריין מרת גאלדא רשא תנצב"ה. אשר מיום ידעתי קרוא אבי ואמי גדלוני על התורה ועבודה עד היותי כבן י"ז השיאו לי אשה ההוגנת לי הרבנית הצנועה מ' חוה תנצב"ה בת הנגיד המופלג האמתי מוקיר רבנן מהו' שמעון זימל ז"ל מק"ק הלוסק. וחמי ז"ל השתדל נ"ב בכל כחו ואונו שאהי' מחובשי בהמ"ד ומדרכי העולם מופרש. ואשתו חמותי הצנועה גם היא היתה בתומכי נפשי למען אוכל להנות בתוה"ק. וביותר אשתי הרבנית הצנועה הנ"ל אשר היתה מסתפקת במועט. וכל השתדלותה היה להשניה על בריאותי ושאוכל להגות בתורתו יומם ולילה. זכרה לה אלהי לטובה. וזכותה יעמוד לזרעינו. ה"ה בנינו המופלג משכיל ושלם מהו' אלי' הכהן נ"י מק"ק אמציסלאוו ונ"ב וזרעו וכל אשר לו. ובנינו החו"ב השנון הנגיד מהו' יהודא זאב הכהן ג"י מק"ק שומייאץ ונ"ב וזרעו וכל אשר לו. ובנינו האברך המופלג משכיל ושלם מהו' קלמן הכהן נ"י מק"ק האסלאוויץ ונ"ב וזרעו וכל אשר לו. ובתנו היחידה הצנועה מרת נחמה תחי' ובעלה האברך המופלג השנון מוה' אברהם דוד הלוי נ"י מק"ק אמציסלאוו בהגאון מו' ראובן הלוי שליט"א אבד"ק דענבורג וזרעם וכל אשר להם. גם זה כעשרים שנה מעת מתה עלי אשתי הראשונה בהיותי עוד אבד"ק שומייאץ. הזמין לי הי"ת ברחמיו זווג שני הגון היא האשה אשר עמדי הרבנית הצנועה החכמנית מרת חנה תחי' בת חרב הנ' המפורסם מוה' יעקב ליב ז"ל מק"ק מאלעסטויקא היא שוקדת להחזיק בידי. ועם כל חולשת גופה (ד' ירחם וישלח לה ר"ש) היא מתאמצת שאוכל להגות באמרי בינה. ישלם ה' לה פעלה ותראה נחת מבנה יחידה האברך המופלג השנון מהו' בן ציון שלמה נ"י. ותזכה לראות ממנו בנים ובני בנים עוסקים בתורה ומצות על ישראל שלום:

כן הנני מזכיר לזכר עולם את כבודת דודתי זקנתי הגבירה המפורסמת חכמנית וצדקנית מרת הי' בת א"ז הרב הג' המפורסם מהו' נח הכהן זצוק"ל. אשר גם עיניה היו פקוחות שאהנה בתורה יהי זכרה ברוך:

כן הנני מזכיר לברכה אנשי ק"ק שומייאץ אשר בתוכם ישבתי על כם ההוראה באחד עשרה שנים והספיקו לי כדי צרכי. ואח"ז החזיקו בידי אנשי ק"ק הסלאוויטש בתשע שנים אשר ישבתי שם לתורה ולתעודה. ואחרי אשר נשרפה עיר חסלאוויטש בשריפה

הגדולה אשר היתה שם זה כשבע שנים. נתקבלתי לאב"ד בק"ק מיר אשר זכתה לשם שכל רבניה היו גדולי הדור. וגם אנשי העיר ההיא מחזיקים בידי זה כשבע שנים. יהי חלקם ממחזיקי בעץ חיים. ויקבלו חלקם כזה ובבא כעתירת המחבר:

כן הנני זוכר לברכה את דודי אחי אמי הרב וכו' מוה' אליעזר ליפמן ראבינאוויץ נ"י ממינסק. אשר הי' לי לאחיעזר ולאחיסמך בכמה דברים הנצרכים לי להדפסת חבורי הלז. אלהי אבותינו יהי' בעזרו ובכל אשר יפנה יצליח:

והנני קובע ברכה לעצמו לכל הגבירים הרמים והנשאים אשר תמכו בידי יד כהה. כן לכל אשר יחזיקו בידי לגמור הדפסת חבורי זה ואשר אתי בכתובים. והנני מברכם כברכת כחן:

אלה דברי המחבר יו"ט ליפמן הכהן בהמופלג וכו' מוה' יהודא זאב הכהן זללה"ה בהרב המאור הגדול צדיק ועניו מהו' שבתי הכהן זצוק"ל דיין ומו"צ בק"ק סלוצק בהרב הנ' המפורסם בדורו לפאר ולתהלה מהו' נח הכהן זצוק"ל מק"ק סלוצק. והניח אחריו חבור גדול על התורה בחדושים נפלאים ונשרף אצלי בשריפת חסלאוויטש. חבל על דאבדין. בן הגאון מוה' שבתי כ"ץ זצוק"ל בהגאון מהו' נח זצוק"ל כ"ץ שהי' נקרא ר' נח הן (מפני שאמר קודם פטירתו כאשר ישאלו אותי בעלמא דקשוט עסקת בתורה אשיב הן כי גמרתי הש"ס נ"ה פעמים כמנין ה"ן) נכד רבינו הש"ך זצוק"ל. ואמי הצדקניות היתה בת הרב הצדיק הנודע למשגב מהו' בצלאל זצוק"ל מקאפולי' בן הגאון האמתי צדיק ועניו מוהר"ר יו"ט ליפמן זצוק"ל בעל המחבר ספר קדושת יו"ט וס' תוספות קדושה וס' מלאכת יו"ט. ושלשלת יחוסו כבר נזכר לתהלה בהקדמת ספר קדושת יו"ט הנ"ל מכבוד דודי הרב ר' אליעזר ליפמן ראבינאוויץ הנ"ל. ואין בודקין מן המזבח ולמעלה:

שו"ת מלבושי יו"ט

חלק אבן העזר

סימן א

שאלה אשה אחת באה לעיר אחרת ושדכה עצמה לאיש אחד וחקר אצלה בת מי היא ולפי תשובתה מי היו אבותיה לא היתה שום שייכות עמו והתנכרה ממנו. וכנסה ע"י חופה וקדושין ודר עמה זמן מה. ואח"כ הכירו שהיא היתה כבר כלת בנו שיש לו במק"א. והיא אסורה על האיש הלזה מחמת איסור שניות לעריות. ורצו הב"ד דשם לכופה שתקבל גט מאישה וברחה האשה משם. ועתה שואל האיש כדת מה לעשות אם

מותר לו לישא אשה אחרת בלא היתר מק' רבנים אחר שישליש לה גט. וגם אם מחוייב להשליש התוס' כתובה או לא:

תשובה מקודם נבאר אם אשה זו צריכה גט מה"ד. אף שהטעתה את בעלה במום דאיסור. או לא. הנה בדברי הר"ן בפי"א דכתובות מבואר להדיא דאלמנה לכ"ג אף שלא הכיר בה אפ"ה צריכה גט דכתב שם וז"ל ומיהו לא דמי לגמרי דאילונית בשלא הכיר בה לא בעי גט כלל כדמוכח ברפ"א דיבמות כדתנן וכולן אם מתו או מיאנו או שנתגרשו או שנמצאו אילונית צרותיהן מותרות ואלו אלמנה לכ"ג אפי' לא הכיר בה צריכה גט עכ"ל אבל לכאורה דברי הר"ן הללו מרפסין איגרי דהא הסברא היא דאלמנה לכ"ג הוא מום גדול יותר מאילונית דעם אילונית ראוי לדור אם ירצה ואשה זו כיון דהיא אסורה עליו ובניה חללים א"א לדור עמה כלל וגם אם הוא ירצה לדור עמה הא ב"ד לא יניחוהו. א"כ האיך אפשר לומר דמום זה לא הוה כמום דאילונית. אך זה אפשר לומר דהא דבעי גט אלמנה לכ"ג אף שלא הכיר בה אינו אלא מדרבנן בלבד וכן הוא דעת הגאון בעל תפארת צבי בס"א. אבל מ"מ עדיין יש לתמוה על דברי הר"ן דעל הא דאמרינן שם הממאנת השניה והאילונית אין להן כתובה כו'. אם מתחילה נשאה לשם אילונית יש להן כחובה. אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכ"ה יש להן כתובה וע"ז קאמר בגמ' שם אמר שמואל לא שנו אלא מנה ומאתים אבל תוספת יש להן כו' ע"כ. ופירשו רוב הראשונים דשמואל קאי על אילונית אף שלא הכיר בה וכן אלמנה לכ"ג אף שלא הכיר בה שאף שאין להן כתובה מ"מ תוספת יש להן כתב שם הר"ן טעם לדבריהם שלא תקשה מ"ש מנמצא עליה נדרים או מומין דמקחן מקח טעות דאפי' תוספת אין להן די"ל דלא דמי דהתם כיון שהיתה יודעת במומיה והדבר ידוע שאין אדם נתפייס במומין ולא באשה נדרנית עלה דידה הוה רמי לגלויי ועלה סמך ולא חשש לבדוק אחריה. אבל באילונית לא הים הדבר מוטל עליה שהרי לא היתה יודעת בכך וכן הדין באלמנה לכ"ג כו' שאע"פ שלא הכיר בהן יש להן תוספ' שלא היה הדבר מוטל עליהן לגלות דסברי שאפשר שיערב עליו המקח ואע"פ שיש איסור בדבר עכ"ל והדבר תמוה דהאיך אפשר לומר דגבי מומין אמרינן דודאי אין אדם נתפייס במומין וגבי איסור אמרינן דאפשר שיערב עליו המקח אף שיש איסור בדבר. אח"כ מצאתי שתמה בזה בעל עצי אלמוגים וכתב מ"ש ממוכר בשר טריפה בחזקת כשרה שהמוכר צריך להחזיר הדמים אף בעד מה שכבר אכל וכ"ש הכא בבאה להוציא ממון שאין לך מקח טעות גדול מזה יעו"ש. ולפ"ד יש להקשות נמי מ"ש מרואה דם מ"ת דהוה נמי מום מחמת איסור. וכולם כתבו דאין לך מום גדול מזה ולהכי אין לה תוספת ואף לדעת בעל העיטור והרמב"ן ז"ל דס"ל דאית לה תוספת. הא

כתבו הטעם משום דהיא ג"כ לא ידעה מקודם ודמי לאילונית אבל אלמנה דידעה מקודם אמאי אית לה תוספת:

אח"כ ראיתי שקושיא זו יש להקשות יותר על דברי ר"ה שם (קא:) דאמר ר"ה אילונית אשה ואינה אשה אלמנה אשה גמורה אילונית אשה ואינה אשה הכיר בה יש לה כתובה לא הכיר בה אין לה כתובה אלמנה אשה גמורה בין הכיר בה בין שלא הכיר יש לה כתובה כו' ע"כ א"כ לפי דברי ר"ה לכאורה מום דאיסור לא הוה מום כלל דהא במומין אף שקדשה וכנסה סתם אין לה כתובה והכא יש לה כתובה אף שלא הכיר בה וא"כ יש להקשות מ"ש ממוכר בשר טריפה בחזקת כשרה דמבואר להדיא במשנה דבכורות דהמוכר צריך להחזיר הדמים ואין לחלק דדוקא גבי מו"מ הוה מום דאיסור מום אבל גבי אישות מום דאיסור לא הוה מומא זהו רחוק מן השכל ואין הדעת סובל זאת וכה"ג יש לתמוה נמי על הא דפסק הרמב"ם דאם קידש חייבי עשה אף שלא הכיר בה חייב בכתובתה וס"ל דדוקא בח"ל הוא דס"ל דאין לה כתובה אם לא הכיר בה אבל ח"ע דקילי אף שלא הכיר בה נמי יש לה כתובה וקשה דאמאי יש לה כתובה אף דאיסור זה הוא קיל מח"ל מ"מ הא אין לך מום גדול מזה כיון דאינה ראוי' לדור עמה כלל מחמת איסור והוא לא הכיר בה א"כ אין לך מקח טעות גדול מזה:

ע"כ נ"ל דהאי לא הכיר בה דפליגי ר"ה ור"י אייריי היכא שהיא באה מעיר אחרת ולא היה עליה שום חזקה כלל מאי היא והוא לא חקר ולא דרש אחריה כלל וגם ממנה לא שאל וקדשה סתם לכך ס"ל לר"ה דיש לה כתובה כיון דעליו היה מוטל לדרוש ולחקור אם היא מותרת לו. והוא לא הוה לי' לסמוך עליה במה שלא הודיעה לו שהיא אסורה עליו דאולי לא ידעה מזה שהיא אסורה עליו וכיון דלא דרש ולא חקר כלל אחריה מאי היא אמרינן דמוכח הדבר דערב עליו המקח אף באיסור אבל היכא דהיא מוחזקת בעיר שהיא בתולה ולא נתקדשה מעולם לשום אדם ועל סמך חזקה זו קדשה וכנסה ודאי דגם ר"ה מודה דאין לה כתובה משום טענת מום דאיסור וזה מיקרי קדשה בחזקת שאינה כן ונמצאת שהיא כן דאמרינן שם דאין לה כתובה אף לר"ה אע"ג דרש"י פי' שם שהטעתו ואמרה לו שלא נתקדשה מעולם נראה דלאו דוקא, שהטעתו להדיא אלא ה"ה אם היתה מוחזקת בעיר שעדיין לא נתקדשה הוה כמו שחקר אצלה והיא הטעתו כיון דהוא סמך על חזקתה שנתחזקה בעיר א"כ לא פשע כלל מה שלא חקר ודרש אחריה. א"כ יש לו טענת מומין דמום דאיסור ודאי הוה מום לכו"ע וזה הוה כמו מוכר בשר טריפה בחזקת כשרה אע"ג דמכר לו סתמא מ"מ המוכר מחויב להחזיר הדמים משום דהלוקח לא פשע כלל במה שלא שאל אם זה בשר כשר או לא דכיון דקנה מישראל מסתמא מוכר לו

בשר כשר. א"כ ה"נ אם הוא סמך על החזקה שנתחזקה ודאי דהוה מקח טעות גם לר"ה ואין לה כתובה. וכן נמי הא דפסק הרמב"ם דאם קידש ח"ע ולא הכיר בה חייב בכתובה ותוס' כתובה איירי בכה"ג שהוא פשע מה שלא חקר אחריה כלל ואמרינן כיון דכנסה סתם ולא חקר אחריה כלל וגם איסורא קיל אמרינן בודאי ניחא לי' ולא איכפית לי' באיסורא ודמי כהכיר בה וא"א לטעון שמקחו מקח טעות לכך היא ככל הנשים ודוקא בח"ל דחמירא אף דכנסה סתמא כיון שלא הכיר בה לא אמרינן דודאי ניחא לי' לכך אין לה כתובה לדידן דלא ס"ל כר"ה משום דהא איתותב ר"ה ומה"ט ס"ל להראשונים דגם לדידן דאף בח"ל חייב בתוספת כיון דהוא פשע ולא דרש אחריה כלל אם היא מותרת עליו או לא ועליו היה מוטל הדבר לדרוש ולחקור ע"ז כיון דעליה לא היה שום חזקה דמותרת לו דהא היא באה מעיר אחרת. ע"כ עליה לא היה מוטל הדבר לגלות ויכולה היא לטעון דאפשר שיערב עליך המקח אף באיסור לכך ל"ד למומין דעליה היה מוטל הדבר לגלות ויכול הוא לטעון דעליה סמך ולא חשש לבדוק אחריה כנ"ל בכונת הר"ן:

ונראה דמה שמבאר הרמב"ם (בה"א פכ"ד ה"ג) דכתב שם וז"ל ולמה אין להן עיקר ויש להן תוספת העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר אבל תוספת שהוא חייב עצמו בה כ"ז שתרצה ותעמוד לפניו הרי עמדה בתנאי שלה כו' אבל התורה אסרה אותה עליו ומה היא יכולה לעשות לפיכך יש לה תוספת כו' עכ"ל הוא ג"כ מה"ט שבארנו כיון דכנסה סתם ולא דרש וחקר אחריה נראה דניחא לו אף באיסורא לכך יכולה היא לטעון שהיא קיימה התנאי שלה ומה היא יכולה לעשות במה שהתורה אסרה אותה עליו אמנם העיקר כיון דהוא תקנת חכמים בעלמא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והכא אף דכנסה סתמא מ"מ הא לא הכיר בה ולא כנסה להדיא ע"ד זה אף שהיא אסורה עליו א"כ איכא למימר דזה היה רק שגגה בידו מה שלא דרש וחקר אחריה ואם היה יודע מן האיסור לא היה כונסה כיון דאיסור ח"ל הוא איסור חמור] ומטעם זה ס"ל להרמב"ם דאין זה אישות גמורה כמ"ש הרמב"ם (שם ה"ח) גבי ח"ל שלא הכיר בה כל מה שנגנב או נאבד כו' מנכסי צאן ברזל אין הבעל חייב לשלם כו' וכל מה שנגנב או נאבד מנכסי מלוג חייב לשלם הפך מכל הנשים מפני שאין שם אישות גמורה לא זכה בנכסי מלוג עכ"ל. מה"ט לא תקנו חכמים כתובה בכגון זה כיון דאפשר שהיה רק שגגה בידו ואינו חייב רק בתוספת שהוא התחייב א"ע אם יכנסנה וא"א לפטור מטעם טענת שהיא שגגה בידו כיון דהוא פשע בזה שלא דרש וחקר אחריה:

והנה מדברי הרמב"ם נראה דס"ל דלמ"ד כתובה דאורייתא חייב אף בכתובה גם בלא הכיר בה ולכאורה יש להקשות אמאי איתותיב ר"ה מהברייתא דאמרינן שם אם לא הכיר בה אין לה כתובה. דלמא הברייתא ס"ל כתובה דרבנן ור"ה ס"ל כתובה דאורייתא ובזה הא פליגי תנאי. אבל באמת זה אינו קושיא כלל דהא ר"ה אמר דאלמנה לכ"ג אשה גמורה היא אף שלא הכיר בה א"כ ס"ל לר"ה כיון דכנסה סתמא הוה כמו הכיר בה. א"כ מאי נ"מ בין כתובה דאורייתא לכתובה דרבנן. והחילוק של הרמב"ם בין כתובה דאוריי' לכתובה דרבנן הוא דוקא לדידן לר"י דס"ל דאלמנה לכ"ג בלא הכיר בה אינה אשה גמורה. מ"מ התוס' כיון שהוא דאוריי' א"א להפקיע אותו כיון דכנסה סתם אבל העיקר דהוא מדרבנן לא תקנו חכמים בכגון זה:

ועוד נ"ל דלכך הוכרחו הראשונים לפרש דאלמנה לכ"ג ולא הכיר בה יש לה תוספת מטעם שבארנו למעלה כיון שלא חקר ודרש ע"ז. אף דאנן קיי"ל דלא כר"ה וא"כ איכא למימר כיון דלא הכיר בה הוה מקחו מקח טעות ואין לה אף תוספת כמו דאין לה עיקר משום דקשי' להו דא"כ אף בשנייה נמי אמאי אם לא הכיר בה יש לה תוספת דהא גם באיסור דרבנן קיי"ל דמקחו מקח טעות וחייב להחזיר לו הדמים כמבואר ביו"ד (סי' קי"ט) ואין לומר כיון דכבר בא עליה והתוספת הוא משום חיבת ביאה ראשונה כמ"ש רש"י שם הוה כמו כבר אכל והא קיי"ל דבאיסור דרבנן אם כבר אכל א"צ להחזיר לו הדמים ואפי' אם עדיין לא פרע לו המעות צריך לפרוע ז"א דהכא ע"כ ל"ד לכבר אכל דא"כ גבי מומין ונדרים נמי אע"ג דמקחן מקח טעות אמאי אין להן תוספת. דהא אם קנה דבר שיש בו מום אם כבר אכלו וא"א להחזיר צריך לפרוע א"כ ה"נ כיון דכבר בא עליה וא"א לחזור אמאי אינו משלם התוס':

אמנם לדעת הש"ך (בסי' הנ"ל ס"ק כ"ז) דס"ל דאם מכר איסור דרבנן בחזקת היתר וכבר אכלו אין צריך להחזיר מה שקבל יותר ממה שהיה שוה מפני האיסור שיש בו והטעם הוא כיון דאינו אלא איסור דרבנן לענין ממון אוקמה אדין תורה יעו"ש. לכאורה י"ל דאין ראי' משנייה דלא הכיר בה דיש לה תוספת דאיכא למימר דלעולם לענין תוספת דמי לכבר אכלו כיון שכבר בא עליה ואפ"ה לגבי מומין ונדרים אין להן תוספת דהא אם קנה דבר שיש בו מום ואכלו קודם שידע מן המום א"צ לשלם רק כפי המקח שהיה שוה אז ולא כפי המקח שקנה. ולכך א"צ לשלם כאן התוספת שהתחייב א"ע כיון שמקחו מקח טעות יכול לומר לדידי אינה שוה חיבת ביאה זו כלום משא"כ לענין שנייה דהוא איסור דרבנן וכיון דלענין ממון אוקמה אד"ת צריך ליתן מה שהתחייב א"ע כיון שכבר אכלו:

אבל באמת ז"א דהא ע"כ לדעת הש"ך צ"ל דס"ל דאם קנה דבר שיש בו מום ואכלו צריך לשלם כפי מה שקנה כיון שא"א לחזור ויכול המוכר לומר לו החזיר לי החפץ ואם לאו תן לי דמים כפי מה שקנית. דאל"כ תקשה לדעת הש"ך קושיא גדולה דהא גם הוא מודה דאיסור דרבנן הוה מומא ומקחו מקח טעות. ואפי' מום שהסכימו עליו בני המדינה נמי הוה מום כ"ש מום מחמת איסור דרבנן ואי הוה בעין הוה חוזר כדאיתא בש"ע להדיא ואמאי כשאכלו ולא ידע מן המום צריך לשלם כפי מה שקנה. אע"כ דהש"ך ס"ל דגם במום נמי צריך לשלם כפי מה שקנה. וכן ראיתי בריי"ט אלגזי בה' בכורות הביא דברי הפ"ת שמישב דברי הש"ך נגד הפר"ח שהשיג עליו מטעם זה דהא אם הוה בעין הדרא למרי' משום מקח טעות והפ"ת כתב דגם במום אם א"א לחזור צריך לשלם כפי מה שקנה. והריט"א השיג ע"ז דאין הסברא כן דאף אם נאמר במום דהיכא דהיה אפשר לבדוק קודם שאכל מחויב לשלם כפי מה שקנה אבל הכא גבי איסור כיון שלא היה אפשר לבדוק ודאי דאינו מחויב לשלם אלא כפי מה ששוה. א"כ לפי דעת הש"ך ודאי מוכרח לומר דגבי אשה אע"ג דכבר בא עליה והתוס' הוא מחמת חיבת ביאה הראשונה מ"מ ל"ד לכבר אכל ואפשר למיהדר מקרי. ולכך אם נמצאו עליה נדרים או מומין אינו משלם התוספת. ואפי' לדעת הריט"א הא גבי מום כיון שאפשר לבדוק מקודם מודה דצריך לשלם כפי מה שקנה כיון דא"א למיהדר ואמאי גבי מומי אשה דנמי היה יכול לבדוק מקודם אמאי אינו משלם התוס' אע"כ דהכא ל"ד לכבר אכל א"כ אף לדעת הש"ך תקשה אמאי בשנייה ולא הכיר בה יש לה תוספת כיון דזה ל"ד לכבר אכל וכ"ש לדעת הפר"ח והמח"א דס"ל דגם באיסור דרבנן א"צ לשלם אלא כפי מה ששוה אף אם כבר אכל א"כ ודאי תקשה מ"ש שנייה ולא הכיר בה דיש לה תוספת מנמצאו עליה מומין או נדרים דאינו משלם התוספת [ובאמת עלה בדעתי לומר דאף לדעת הש"ך דס"ל גבי איסור דרבנן לענין ממון אוקמה אדין תורה היינו דוקא היכא שכבר פרע בשלימות. אז אין יכול הלוקח להוציא בחזרה מה שנתן יותר ממה ששוה אבל היכא שעדיין לא פרע אף שנתחייב לו יותר ממה ששוה אינו יכול להוציא ממנו אלא מה ששוה וכן מורה לשון השו"ע שם דכתב ואם אכל מה שאכל אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום אלמא דוקא כששלם אז לא העמידו חכמים דבריהם להוציא ממון בחזרה אבל לא שיתבטלו דבריהם כדי להוציא ממון א"כ לפי"ז ודאי תקשה אמאי בשנייה ולא הכיר בה גובה התוספת אך ראיתי שבעל שעהמ"ש (בח"מ סי' רל"ד) אינו סובר כן. ואין כאן מקום להאריך בזה]:

וראיה ברורה לדברי אלה דהא חזינן דלפי דעת הראב"ד (בחידושיו) דס"ל דבאילונית ובאלמנה לכ"ג שלא הכיר בהן אין להם תוספת כיון דמקחן מקח טעות כתבו הריטב"א

והר"ן להדיא דלפי"ז ה"ה בשנייה שלא הכיר בה נמי אין לה תוספת והריטב"א הסכים לדעת הראב"ד אך הר"ן מיאן בדעת הראב"ד משום דמשמעות הגמ' מורה דשנייה שלא הכיר בה יש לה תוספת דהא שמואל קאי על המתני' ובמתני' קתני שנייה דומיא דאילונית ובאילונית איירי שם להדיא שלא הכיר ומחמת זה הוכרחו הראשונים לומר דלא הכיר בה לא הוה מקח טעות כ"כ כיון שהוא לא חקר ע"ז וכנסה סתמא לכך חייב בתוספת. ומזה יצא להם דה"ה באלמנה לכ"ג אם כנסה סתמא חייב בתוספת משום דאין לחלק בזה בין איסור דרבנן לאיסור דאורייתא כמש"ב:

היוצא לנו מזה בנ"ד שחקר אחריה והטעתו ודאי דאין לה תוספת לכו"ע ולא גרע מום דאיסור אף מחמת איסור דרבנן בלבד כיון שאינו ראוי לדור עמה מכל המומין. והוה מקחו מקח טעות וכ"ש באלמנה לכ"ג כגון אלמנה שהיא החזיקה עצמה שלא נתקדשה לאדם מעולם או גרושה שהחזיקה עצמה לאלמנה והיא ראויה לכ"ה ועל חזקה זו שהחזיקה עצמה סמך ונשאה דודאי היה מום גדול כיון דאינה ראויה לו כלל ואין לה תוספת ולענין גט אף דהיכא דכנסה סתם ולא חקר אחריה נראה דצריכה גט מה"ד מטעם כיון דלא חקר ודרש אחריה אמרינן דאולי ערב לו המקח אף באיסור דמה"ט דמחייבינן לו בתוספת כ"ש דצריכין אנו לחוש לענין גט. מ"מ היכא דהטעתו כגון שהחזיקה עצמה בשקר שהיא מותרת לו כנ"ד נראה דאינה צריכה גט מה"ד כיון דהיא הטעתו במום דאיסור ולא גרע ממום דאילונית דס"ל לכמה פוסקים דצריכה גט מ"מ הוא אינו אלא מדרבנן בלבד והרמב"ם דכתב דאילונית שנתקדשה הרי אלו קדושין גמורין כבר הוכיחו האחרונים דמיירי בהכיר בה יעו"ש בל"מ ה"א פ"ד ה"י ובשהמ"ל ה' יו"ח פ"ו ה' כ"א. וכן איתא בריטב"א ובנמ"י בריש יבמות דלשיטת הר"ת דאילונית צריכה גט הוא אינו אלא מדרבנן בלבד ודלא כמשמע מפשטות לשון הה"מ דלשיטת הרמב"ם ור"ת צריכה גט מדאורייתא אף שלא הכיר בה:

אך אם צריכה גט מדרבנן או לא נראה דזה תלוי בפלוגתת הפוסקים לענין אילונית דלשיטת הפוסקים דאילונית אינה צריכה גט אף מדרבנן ה"ה אם הטעתו במום דאיסור דודאי לא גרע מאילונית כיון דאינה ראוי' לדור עמה כלל. ול"ד לשאר מומין ובזה נתישב דברי הב"ח (בסי' קכ"ז) מה שהשיג עליו הט"ז דהנה העור הביא בשם הרא"ש בתשובה דאם נתגרשה בגט מוקדם ולא נודע הפסול עד שקדשה דלא תפסי בה קדושין ואינה צריכה גט ממנו ומותרת לחזור לראשון ותמה הב"י ע"ז הא פסול מוקדם הוה דרבנן ומדאורייתא הוה מגורשת א"כ תפסי בה קדושי שני ומישב הב"ח כיון דלא נודע הפסול עד אחר קדושי שני א"כ קדושי שני הוה קדושי טעות דאלו הוה ידע מהפסול לא היה

מקדשה אך הט"ז דחה דבריו בשתי ידים וכתב וז"ל אבל באמת א"א לפרש כן דאין לומר קדושי טעות אא"כ היה תנאי ביניהם כההיא דסי' ל"ט קדשה ע"מ שאין בה מומין כו' דאיתא שם המקדש אשה סתם ונמצא עליה מומין הפוסלים בנשים ה"ז מקודשת מספק כו' עכ"ל אבל לפי מש"כ דמום דאיסור לא גרע ממום דאילונית א"ש דברי הב"ח דהרא"ש אזיל לשיטתי' דס"ל דגם במום דאילונית לא בעי גט כלל אף מדרבנן מ"מ מש"כ הב"ח בזה דקדושי השני קדושי טעות הן ואף אם בנה מורכב על כתפה יוצאה בלא גט ומותרת לחזור לראשון דבריו תמוהין דהא זה נגד המשנה דגיטין (ע"ט:) כתב לשם מלכות שאינה הוגנת וכל הני דחשיב שם דתצא מזה ומזה והא התם איירי אף שכנסה השני בטעות ולא ידע שיש פסול בגט מ"מ תצא מזה ומזה וע"כ כיון דנשאת לשני ועבדה איסורא לכך קנסו חכמים דצריכה גט מן השני ואסורה לחזור לראשון כדי שלא יאמרו גירש זה בגט גמור ונשאה זה וכה"ג אמרי' (ביבמות פט.) גבי אמרו לה מת בעלה ונשאת כו' אבל היכא דנתקדשה בלבד כיון דלא עבדה איסורא לא קנסו חכמים ואינה צריכה גט מן השני כיון דקדושי השני קדושי טעות היה ומותרת לחזור לראשון וכן מצאתי שהשיג על הב"ח בזה הגאון בעל ג"פ יעו"ש ובזה שבארנו נתישב דברי רש"י שם במשנה מה דכתב דהא דצריכה גט מן השני אינו אלא מדרבנן בלבד והשיג ע"ז התוס' דהא מדאורייתא הוה גט הראשון גט גמור א"כ צריכה גט מן השני מדאורייתא אבל באמת נראה דכונת רש"י הוא מטעם קדושי טעות ונראה דגם התוס' אינם חולקים ע"ז אלא משום דמפשטות דברי רש"י משמע. קצת דמיירי בכל אופן אף שידע השני מן פסול זה מ"מ אינה צריכה גט מן השני אלא מדרבנן כנ"ל א"כ לפ"ז צ"ע בנ"ד כיון שכנסה אי בעי גט מדרבנן או לא דאיכא למימר דדוקא התם הוא דקנסוה רבנן דלבעי גט מן השני כדי שתהא אסורה לחזור לראשון אבל הכא דלא שייך זאת איכא למימר דלא בעי גט אף מדרבנן דזה דמי לאילונית לגמרי ואף שכנסה נמי לא בעי גט או אפשר לומר דמום דאיסור יש לחוש יותר שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט. מ"מ לדינא נראה דבעי גט מדרבנן דהא גם באילונית ס"ל לכמה פוסקים דבעי גט מדרבנן אף שי"ל דהכא כיון שהטעתו במום זה שלא ראוי כלל לדור עמה משא"כ באילונית דראוי לדור עמה וגם היא לא הטעתו ולכן יש לה תוספת מ"מ קשה להקל למעשה בלא גט כלל וגם הב"ח הניח בצ"ע למעשה בעובדא דהרא"ש הנ"ל:

אמנם ראיתי להגאון בעל נו"ב (מה"ת סי' נ') כתב דגם בשהחזיקה עצמה בשקר שהיא אלמנה ונשאת לכהן דג"כ צריכה גט מספק ואפשר שצריכה גט מודאי ומסתייע מדברי הר"ן הנ"ל שכתב שאלמנה לכ"ג צריכה גט ויש לה תוס' אף שלא הכיר בה וזה דלא

כדברי. אבל לפע"ד הדברים ברורים כמש"ל דהר"ן לא מיירי היכא שהחזיקה עצמה בשקר שהיא אלמנה והיכא שהחזיקה בעצמה בשקר שהיא אלמנה וע"ז סמך ונשאה גם הר"ן מודה דאין לה תוספת ואינה צריכה גט מה"ד. ומצאתי לדברי שני עדים נאמנים הח"מ (בסי' קי"ז סק"י) דכתב וז"ל לא עיקר ולא תוספת אעפ"י דבח"ל שלא הכיר בה יש לה תוספת התם גם האיש פשע שהיה לו לדקדק שמא אסורה לו ע"כ אמרינן דרצה ליזוק בנכסיו אבל בנדרים ומומין הוא לא פשע ועלה דידה רמי לגלויי כו' עכ"ל וכן בב"ש שם סק"א כתב וז"ל וח"ל ושאר איסורים דהוא היה יכול לחקור והיא סברה שמא תפייסו ולהכי יש לה תוספת כו' עכ"ל. הרי כתבו להדיא דדוקא היכא דהוא פשע דלא חקר אחריה אם היא אסורה או לא אז יש לה תוספת אבל היכא דהיא החזיקה עצמה לאלמנה א"כ לא היה לו לחקור ולדרוש ע"ז יותר דהא היא בודאי נאמנת ע"ז ומה היה לי' לחוש שמא היא משקרת כיון דמה"ד אין צריך לחוש לזה כלל בודאי כה"ג כו"ע ס"ל דאין לה תוספת וכמש"ל. גם מה שמביא הגאון הנ"ל סיוע לדבריו דח"ל שלא הכיר בה צריכה גט מה"ד וז"ל ומעתה אי ס"ד בח"ל ולא הכיר בה זה היה רק ספק קדושין א"כ אמאי אית לי' לר"ה כתובות (ק"א:) דח"ל שלא הכיר בה חייב ליתן לה כתובה הרי לענין ממון הו"ל למימר לקולא עכ"ל. הוא תמוה בתרתי חדא דהאיך מביא ראי' מר"ה לדידן. דודאי לר"ה דס"ל דאלמנה לכ"ג אף שלא הכיר בה היא אשה גמורה א"כ ודאי דצריכה גט מה"ד. דהא ס"ל דאלמנה ל"ד לאילונית ור"ה ע"כ ס"ל מדלא חקר ודרש אחריה כלל א"כ זה הוכחה ברורה דנתרצה לכונסה אף באיסור ולכך אית לה כתובה א"כ מה"ט ודאי דצריכה נמי גט מה"ד. אבל לדידן דקיי"ל כר"י דאלמנה לכה"ג שלא הכיר בה ג"כ אינה אשה גמורה ודינה כמו אילונית ואין לה כתובה א"כ איכא למימר דמה"ט נמי אינה צריכה גט מה"ד [וכן סובר הגאון בעל תפארת צבי] מ"מ כתבתי למעלה דנראה יותר כיון דמחייבינן, לו בתוספת מטעם כיון דלא חקר ודרש אחריה אמרינן דאולי ערב עליו המקח אף באיסור א"כ מטעם זה צריכין אנו לחוש נמי לענין גט אבל אין לזה הכרח ועוד נפלאתי על הגאון הנ"ל דהאיך מביא ראי' מר"ה לעובדא דידי' דהא ר"ה מיירי להדיא דוקא היכא שכנסה סתם אבל היכא שכנסה בחזקת שאינה כן ונמצא שהיא כן הא גם ר"ה מודה דאין לה כתובה כמבואר שם להדיא והא עובדא דהנו"ב היה באופן שהחזיקה עצמה באלמנה מקודם והוא כנסה מחמת חזקה זו כה"ג גם ר"ה מודה שאין לה כתובה. א"כ מסתברא לומר דבכה"ג גם ר"ה מודה כמו דאין לה כתובה ה"ה דאינה צריכה גט גם מה"ד משום דלא גרע מום דאיסור ממום דאילונית כנ"ל ברור:

סימן ב

עוד יש לחקור בנ"ד אם יש לבטל הקדושין [מלבד טענת מום דאיסור] מטעם כיון דהוא שאל ממנה מי היא והיא הטעתו ואמרה לו שהיא בת פ' ובאמת לא כן הוא אלא שהיא בת איש אחר אם זה הוה קדושי טעות או לא וכן יש לחקור גם בנדון דהנו"ב היכא דהוא חקר ודרש אם הוא אלמנה או לא והיא הטעתו אם יש לבטל הקדושין מטעם דהוה קדושי טעות [מלבד טענת מום דאיסור] או לא:

גרסינן בקדושין (ס"ב.) המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת והרי היא לויה לויה והרי היא כהנת עניה והרי היא עשירה עשירה והרי היא עניה הרי זו מקודשת מפני שלא הטעתו וכתב הגאון בעל עצמות יוסף ע"ז וז"ל יש לדקדק למה תלה התנא הטעם בה ולא תלה הטעם מפני שלא פירש הוא ונראה דמלתא אגב אורחא קמ"ל חידושא והוא שאם האשה אמרה לאיש המקדש שהיא כהנת וקדשה ולא פירש ע"מ וכו' ונמצאת שהיא לויה אינה מקודשת דמסתמא עפ"י דבורה קדשה עם היות שהוא לא פירש והרי היא הטעתו אבל בדין הזה באומר כסבור הייתי כו' הוה מקודשת מפני שהיא לא הטעתו אלא הוא הטעה א"ע עכ"ל והנה הגאון הנ"ל מחדש לנו חידוש גדול דאף בלא גלוי דעת המקדש מקודם שהוא רוצה בכהנת מ"מ אם היא הטעתו ואמרה לו שהיא כהנת אינה מקודשת אבל לפע"ד מדברי הר"ן לא משמע כן דז"ל הר"ן ויש לתמוה למה נשנית משנה זו כאן דלעיל בפ' האיש מקדש (מ"ט:) גבי ע"מ שאני כהן ונמצא לוי כו' דקתני סיפא וכולן אע"פ שאמרה בלבי היה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת ה"ל למיתני'. ונ"ל שסמכה ענין לפלוגתא דתנאי כפול דאשמעינן דאפי' ר"מ דבעי תנאי כפול ה"מ בשהתנה דהואיל והתנה ולא כפיל יש במשמע דבכל ענין יהי' המעשה קיים אבל מי שגלה דעתו שעל דעת כך הוא עושה הרי הוא כאלו התנה וכפל והיינו דתנן מקודשת מפני שלא הטעתו הא הטעתו אינה מקודשת דבגלוי דעתא לא צריך כפילא. או שמא לרחב"ג לחוד תנא הכי לומר דאע"ג דלא בעי כפילא אפ"ה כל כה"ג מקודשת עכ"ל והנה מדברי הר"ן משמע דלא כבעל ע"י דאף היכא שהיא הטעתו מ"מ גילוי דעתו שע"ד כן הוא עושה בעי. רק דמתני' אתי לאשמעינן דבכה"ג לא בעי תנאי מפורש וסגי בגילוי דעת לבד שהוא מקדשה מפני שהיא כהנת והיכא שהיא הטעתו אינה מקודשת וללישנא קמא דהר"ן אף לר"מ לא בעי הכא כפילא למלתא ולללישנא בתרא דהר"ן דוקא לרחב"ג לא בעי הכא כפילא למלתא ואשמעינן דגילוי דעת דמקודם שהוא מקדשה מפני שהיא כהנת לא מהני כיון שהיא לא הטעתו אלא שהוא הטעה א"ע ומקודשת אף לרחב"ג וזש"כ הר"ן בלשונו לומר דאע"ג דלא בעי כפילא כו' דאי בלא גלוי דעת דמקודם פשיטא

דמקודשת ומאי רבותא היא זו וכן מצאתי במהרי"ט בחידושיו על הר"ן שפי' כן להדיא כונת הר"ן וכתב דהר"ן מדייק זאת מדקתני מתני' מפני שלא הטעתו דאל"כ הו"ל למתני משום דברים שבלב אינן דברים אלא אף היכא דגילה דעתו להדיא מפני שהיא כהנת מקדשה מ"מ היכא שהיא לא הטעתו מקודשת עי"ש והנה בדברי הר"ן ז"ל מבואר דהכא לא בעי תנאי מפורש אלא סגי בגילוי דעת לבד ולפע"ד יש להביא ראי' לזה מהגמרא שם (נ') דהביא רב יוסף ראי' דדברים שבלב אינם דברים מהמקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת כו' מקודשת מפני שלא הטעתו ואמאי הא קאמר כסבור הייתי אלא משום דאמרינן דברים שבלב אינם דברים ואי אמרינן דהכא בעינן דוקא תנאי א"כ מאי ראי' דדברים שבלב אינם דברים הא אף אם פירש להדיא שע"מ כן מקדשה מפני שהיא כהנת נמי מהני אם לא התנה אע"כ דהכא לא בעינן דוקא תנאי אלא אפי' בגילוי דעת לחוד נמי סגי כדברי הר"ן ז"ל והיכא שהיא הטעתו בטל הקדושין מטעם הגילוי דעת. וכן משמע מדברי הירושלמי שמביא הרמב"ן הובא בסה"ת (שער נ"א ח"ו) דפליגי אמוראי על משנה זו היכא דגלה דעתו מתחילה בפני עדים שהוא מקדשה מפני שהיא עשירה לדברי ר"א היא מקודשת ודאי כיון שלא התנה בשעת קדושין. ולר"ש בשם ר"ז מקודשת לחומרא והיא ספק מקודשת משום דחיישינן דשמא עשירה קידש אלמא דלא בעי תנאי אלא סגי בגילוי דעת לבד. אלא דפליגי היכא דלא הטעתו אלא הוא הטעה א"ע והוא גלה דעתו אם היא מקודשת ודאי או לא:

ולפ"ז עלה בדעתי לומר הא דקתני ע"מ שאני כהן ונמצא לוי לא מיירי שהתנה תנאי גמור בשעת הקדושין ע"מ שאני כהן אלא דאמר לה מעיקרא קודם הקדושין אני כהן וע"מ כן אני רוצה לקדשך או אני עשיר וע"מ כן אקדשך או אני עני וע"מ כן אקדשך והיא נתרצית לו וקדשה סתם וההכרח לזה דאם נפרש כפשוטא דהתנה בשעת קדושין תנאי ממש ע"מ שאני כהן קשה האיך פליג ר"ש גבי ע"מ שאני עני ונמצא עשיר דאם הטעה לשבח הרי היא מקודשת הא כיון דהתנה להדיא בשעת, הקדושין דמקדשה ע"מ שהוא עני והרי הוא עשיר האיך היא מקודשת וגם הגמרא קאמר שם דבשבח יוחסין מודה ר"ש דאם הטעה לשבח אינה מקודשת מ"ט משום דמסאנא דרב מכרעאי לא בעינא. וקאמר ר"א דמתני' נמי דיקא דקתני ע"מ שאני כהן ונמצא לוי אינה מקודשת ולא פליג ר"ש אלמא דוקא משום דאיכא גם לשבח קפידא להכי לא הוה קדושין אבל אי לא הוה קפידא במלתא הוה קדושין אע"ג דאינו כפי התנאי ואם התנה בהדיא בשעת הקדושין דמקדשה בתנאי זה מאי נ"מ לן אם יש קפידא בדבר או לא וגם הירושלמי הביא שם הרא"ש] קאמר שם הטעם גבי ע"מ שאני עני ונמצא עשיר דס"ל לרבנן אף שהוא לשבח

אינה מקודשת משום דיש קפידא בדבר דיכולה מימר לא הוינא בעיא דיארוחי רבה אצלי אלמא דוקא משום דאיכא קפידא במלתא. אבל בלא קפידא הוה קדושין מ"מ אבל לפי מש"פ שלא היה תנאי ממש א"ש דדוקא אם הוא דבר שיש קפידא בזה אמרינן דהיא לא נתרצית להתקדש לו אלא שיהא דוקא כפי מה שאמר לה קודם הקדושין שע"מ כן הוא רוצה לקדשה ואפי' אמרה בלבי היה להתקדש לו אף שאינו כן מ"מ אינה מקודשת כדאמרינן שם (נ.) כיון דאתניה לאו כל כמינה דעקרא לה לתנאיה ופירש"י שם וז"ל כיון דאתניה שפירש תנאו בפיו לאו כל כמינה למיעקר תנאו בדברים שבלב הואיל ושמעה ולא מיחתה לומר אעפ"י כן אני חפיצה בך קדש אותי בלא תנאי עכ"ל ונראה דכונת רש"י הוא לא שהיה תנאי ממש בשעת הקדושין אלא שפירש תנאו בפיו היינו מה שאמר לה קודם הקדושין שע"מ כן הוא רוצה לקדשה דאל"כ אמאי לא פירש"י דברי הגמרא. כפשוטי' דכיון שהיה תנאי ממש ע"כ לא איכפת לן מה שהיה כונתה שאעפ"י שאינו כן מ"מ היא רוצה להתקדש לו אע"כ דכונת רש"י הוא כפי מש"פ דזה קרי לי' תנאי מה שאמר לה קודם הקדושין והיא שתקה ולא אמרה לו שהיא רוצה להתקדש לו בכל אופן כנ"ל אבל בדבר שאין בו קפידא לא חיישינן מה שאמר לה קודם הקדושין שע"מ כן הוא רוצה לקדשה כיון שלא היה תנאי ממש אלא מטעם קדושי טעות אייתינן עלה לכך אי איכא קפידא במלתא אמרינן דהיא לא נתרצית להתקדש לו אלא דוקא שיהיה כפי מה. שאמר לה קודם הקדושין אבל אי ליכא קפידא במלתא לא חיישינן מה שאמר לה קודם הקדושין שע"מ כן רוצה לקדשה וע"ד זה צריך לפרש נמי מה דמסיים המשנה שם וכן היא שהטעתו דהיינו שהיא אמרה לו קדשני ע"מ שאני כהנת וקדשה סתם ונמצא שאינו כן ואמר שבלבו היה לקדשה בכל אופן לא מהני כיון דלא גלה דעתו בפירוש שהוא רוצה לקדשה בכל אופן אמרינן דמסתמא קדשה לפי דבריה מה שאמרה לו שהיא כהנת כן עלה בדעתי לפרש דכל משנה זו לא איירי בתנאי מפורש אלא רק גילוי דעת קודם הקדושין ועוד קצת ראי' לזה דהא נשנית שם במשנה חדא התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש אינה מקודשת ושם ודאי דלא צריך לומר דוקא כשאמר לה הרי את מקודשת לי בכוס זה של יין אלא אפי' אמר לה מעיקרא אני רוצה לקדשך בכוס של יין ואח"כ אמר לה סתם הרי את מקודשת לי אינה מקודשת אם נמצא שהוא דבש. א"כ נראה דה"ה גבי ע"מ שאני עשיר כו' נמי לא מיירי שאמר והתנה בשעת הקדושין אלא כל שהיה גילוי דעת מקודם שע"מ כן הוא רוצה לקדשה ונמצא שאינו כן הוה קדושי טעות ולא מטעם ביטול התנאי:

אח"כ ראיתי דהראשונים פירשו המשנה כפשוטי' דהתנה בשעת הקדושין ממש ע"מ שאני כהן או ע"מ שאני עשיר כו' ומה שהקשיתי דא"כ מה נ"מ לן אם יש בדבר זה קפידא או לא כתב הרשב"א בחידושיו שם (ס'.) וז"ל וכבר כתבתי למעלה בפ' האיש מקדש שאין אדם מתנה בדוקא אלא שמה שדרך בני אדם להקפיד בו וכדמפרש טעמא בירושלמי בכל השנויין במשנתנו ע"מ שאני כהן ונמצא לוי ע"מ שאני לוי ונמצא כהן ע"מ שאני עני ונמצא עשיר ואמר עד כדין ע"מ שאני עשיר ונמצא עני אלא שאני עני ונמצא עשיר אמאי לא כו' דאלמא כל שאין קפידא בדבר אין משגיחין בקיום התנאי בעצמו כו' עכ"ל וגם הר"ן הביא שם דברי הרשב"א הללו גבי ע"מ שיש לי בית כור במקום פלוני והשיג עליו דהא מדקאמר ר"ש אם הטעה לשבח הרי היא מקודשת מכלל דלת"ק דקיי"ל כוותי' אפילו לשבח כל שלא נתקיים התנאי אינה מקודשת והרשב"א אזיל לשיטתי' דס"ל דהירושלמי נותן טעם גם לדברי רבנן דמעני לעשיר נמי יש קפידא כמו שהביא גם הרא"ש [אולם בירושלמי שלפנינו לא נמצא טעם לדברי רבנן אלא רק לדברי ר"ש בלבד] לכך ס"ל דגם לדברי רבנן כ"ז שאין בזה קפידא לא משגחינן בקיום התנאי כלל וראיתי להאחרונים שמביאין ראי' לדברי הר"ן מהתוספתא דאיתא שם ע"מ ששמי יוסף ונמצא ששמו יוסף ושמעון ה"ז מקודשת מכלל דאם נקרא שמעון בלבד אינה מקודשת וכן איתא שם דאם אמר ע"מ ששמי אינו אלא יוסף ונמצא ששמו יוסף ושמעון אינה מקודשת והקשה הב"ש דמאי קפידא יש אם נקרא שמו שם אחר וכתבו האחרונים דמזה מוכח כדברי הר"ן דלרבנן בעינן קיום התנאי אף במקום דליכא קפידא אבל לפע"ד לאחר העיון לפי הגירסא שלפנינו בהתוספתא לא קשה כלל על הרשב"א והרא"ש דס"ל דגם לרבנן בעי קפידא וז"ל התוספתא לפי הגירסא שלפנינו ע"מ שאני יוסף ונמצא יוסף ושמעון ה"ז מקודשת [אבל אודות שינוי השמות לא נזכר כלל בתוספתא רק ברמב"ם ובשו"ע איתא ע"מ ששמי יוסף] ונ"ל דה"פ דהא זה ודאי דאם בא אדם אחד ואמר לה הריני מקדשך ע"מ שאני הוא יוסף מעיר פ' ואח"כ נמצא שהוא אינו יוסף מעיר פלוני אלא הוא אדם אחר והוא שמעון מעיר פ' דבזה ודאי אינה מקודשת דהא ודאי יש קפידא מאדם לאדם אפילו בשניהם שווים והיא לא נתרצית להתקדש אלא ליוסף מעיר פ' וחלוקה זו לא נזכר כלל בתוספתא אמנם אם אמר ע"מ שאני יוסף ונמצא יוסף ושמעון ה"ז מקודשת פי' שנתן לה סימן שהוא יוסף מעיר פ' ונקרא שם יוסף ואח"כ נמצא שלפעמים נקרא בעירו בשם יוסף ולפעמים נקרא שם בשם שמעון [ופי' זה מוכרח לכל הגירסות דא"א לפרש שנקרא שם בשני השמות יחד כגון יוסף שמעון דא"כ הוה כמו שנקרא שם אחר וכן לענין גט קיי"ל דאם אחד נקרא בשני שמות יחד ונכתב בגט

שם אחד לא הוה גט כלל דזה הוה כמו שנכתב שם אחר כיון דלא נקרא כלל בשם אחד לבד. ועיין ולכך אף דאמר לה אני מקדשך ע"מ שאני יוסף מעיר פ' מ"מ הוה קדושין כיון דזה אמת שבעירו נקרא לפעמים בשם יוסף. אף שלפעמים נקרא נמי בשם שמעון בעירו מ"מ לא הטעה אותה בזה שאמר שאני יוסף מעיר פ' אבל אם אמר ע"מ שאני אינו אלא יוסף ונמצא יוסף ושמעון אינה מקודשת כיון דנתן לה סימן שבעירו אינו נקרא אלא רק יוסף בלבד ולא נקרא כלל אף לפעמים בשם שמעון ועתה נמצא שבעירו הוא נקרא לפעמים בשם שמעון א"כ הרי הוא אדם אחר לא כפי מה שאמר לה לכך אינה מקודשת כיון דלאדם זה לא נתרצית להתקדש ונראה דאף לפי הגירסא ששמי יוסף נמי י"ל שהוא לסימן מי הוא ואח"כ נמצא שאינו נקרא כן א"כ הוא איש אחר:

מ"מ נ"ל דלדברי הרשב"א והרא"ש ע"כ צ"ל דתנאי ע"מ שאני כהן או ע"מ שאני עשיר ל"ד לכל תנאים דאל"כ מאי נ"מ אם יש בזה קפידא או לא הא בכל תנאים דוקא היכא שמתנה בדבר שא"א לקיימו כגון בע"מ שתעלי לרקיע הוא דאמרינן דהמעשה, קיים אבל אם אמר ע"מ שתזרוק צרור לים ודאי דכ"ז שלא קיים התנאי לא הוה קדושין אע"ג דקיום התנאי אינו קפידא כלל אע"כ דתנאי זה ל"ד לכל התנאים וכן מצאתי בקו"א של המקנה (בסי' ל"ח סעי' כ"ד) דכתב וז"ל אמנם הנלע"ד דכל הני ע"מ שהוא כהן וכיוצא בהן לא הוה תנאי ממש ואפי' הפוסקים הסוברים דבע"מ ומעכשיו בעינן תנאי כפול וכל דיני תנאי מ"מ בהני תנאים שהוא מכיר בהן ומטעה אותה אינו אלא כמפליגה בדברים ולא מטעם תנאי הקדושין בטלין אלא מטעם שהטעה אותה כו' ונראה דמטעם זה אמרו בירושלמי דבכל הני תנאים איכא קצת קפידא אבל היכא דליכא שום קפידא מודים רבנן ולכאורה אין בזה טעם כיון דהתנה בפירוש כן אבל לפמש"פ דאינו מדין תנאי כיון שהוא מכיר בו אלא מדין טעות א"כ במקום דליכא קפידא אין כאן טעות כיון דלא איכפת לה כו' עכ"ל ות"ל שהנחני בדרך אמת ולפ"ז נ"ל ברור כפי מש"ל דאף אם היה גילוי דעת בלבד שע"מ שהוא כהן או עשיר הוא רוצה לקדשה וקדשה סתם ואח"כ נמצא שאינו כן הוה קדושי טעות כיון דלא בעינן בזה תנאי כלל א"כ סגי נמי בגילוי דעת וכיון דשתקה ולא מיחתה ואמרה דרצונה להתקדש בכל אופן א"כ זה הוה גילוי דעת דרצונה להתקדש לו דוקא על אופן שהוא כהן לכך אינה מקודשת וזה הוה כאלו היה גילוי דעת ממנה מקודם שרצונה להתקדש לו מפני שהוא כהן והוא הטעה, אותה בזה ואמר שהוא כהן וקדשה דאינה מקודשת כמש"ל בדברי הר"ן דאם גלה דעתו שהוא רוצה לקדשה מפני שהיא כהנת והיא הטעה אותו דאינה מקודשת כנ"ל ברור בכ"ז:

אמנם מצאתי בתשו' ח"ס (חלק א"ע סי' פ"ב) דאתא עובדא לידו באחד שהטעה את האשה דאמר שהוא עשיר ונמצא שהוא עני כו' וכתב דבכמה ענינים אזלינן בתר דברים שבלב וגילוי דעת בעלמא סגי ולכאורה נראה דקדושי אשה אחד מהם כדמשמע מלישנא דמתני' המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת כו' הרי זו מקודשת מפני שלא הטעתו משמע דוקא שלא אמרה ולא גלה דעתה בשום פעם לומר שהיא כהנת או עשירה אלא לכאורה ממתני' דקדושין ע"מ שאני עשיר יש לדייק איפכא דוקא שאמר ע"מ אבל גילוי דעת לא מהני משום דהוה דברים שבלב ומריש הוה אמינא לחלק בין איש המקדש לאשה המתקדשת מפני שאשה בכל דהו ניחא לה אבל מדברי הרמב"ם לא משמע כן אלא דלכך נקט ע"מ שאני כהן משום סיפא דמתני' אע"ג דאמרה בלבה היתה להתקדש לו אינה מקודשת וזה דוקא באומר ע"מ אבל אי ליכא רק גילוי דעת אתי דברים שבלב דידה ומבטל אינך דברים שבלב אך מסיים שם לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה וכשיבא לפנינו נחכים בזה כי בתשב"ץ (ח"א סי' ק"ל) מצאתי להדיא נגד זה ובנידון שלפנינו אין צריכין לכל זה עכת"ד יעי"ש. ועיינתי בתשב"ץ ולכאורה נראה מדבריו שם דסובר דדוקא שהתנה להדיא בשעת מסירת הקדושין ע"מ שאני עשיר אז הקדושין בעלין אבל בגילוי דעת לבד לא סגי לבטל הקדושין ודלא כדברי הר"ן דסובר דהכא סגי בגילוי דעת לבד. ועלה בדעתי לומר דפלוגתתם תלוי בזה במאי דפליגי הראשונים בגיטין (מה.) דהנה הר"ן בחידושיו כתב וז"ל וכ"ת וכי כפלי בכה"ג לר"מ מאי הוה והא איהו מתנאי ברוב"ג גמר וכיון שכן נבעי תנאי גמור כי התם כי היכי דבעינן כפילא י"ל דכי בעינן תנאי גמור ה"מ בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי בגוב"ר אבל מגרש ע"ד מה שעבר בגילוי דעת בלחוד מפסיל אלא דכיון דלית לי' לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן בעי כפילא כו' עכ"ל והנה דברי הר"ן הללו נובעין הם מדברי הרמב"ן בחידושיו כאשר יראה המעיין אלא שחסר שם קצת בלשון. וכן הרשב"א בקדושין הביא דברי הרמב"ן דסובר דגבי מוציא משום ש"ר לא בעי תנאי וסגי בגילוי דעת לבד וכן נראה שהיא דעת הריטב"א בקדושין. ולדעתם ודאי הוא הדין מקדש על דעת מה שעבר דהיינו מקדש על מנת שאין בה נדרים או מומין סגי בגילוי דעת לחוד שהוא מקפיד על זה [ולר' מאיר בעי כפילא למלתא]. אמנם שיטת התוס' והרשב"א והרא"ש שם בגיטין דאף מוציא משום ש"ר בעי דוקא תנאי ממש אבל בגילוי דעת לחוד לא סגי:

ולכך ס"ל דאף דגלה דעתו דמחמת ש"ר הוא מוציאה מ"מ לא הוה אלא לעז בעלמא אם אין הש"ר אמת ולדעתם ה"ה גבי המקדש ע"מ שאין בה נדרים או מומין לא סגי בגילוי דעת לחוד אלא בעי תנאי מפורש. וע"כ היה נ"ל דה"ה גבי מקדש ע"מ שאני כהן או

עשיר תלוי בפלוגתת הראשונים הנ"ל דלפי דעת הרמב"ן והעומדים בשיטתו סגי בגילוי דעת לבד ולפי שיטת התוס' והרשב"א והרא"ש בעי תנאי גמור:

אבל אח"כ התבוננתי וראיתי דזה דבר שא"א לומר כלל דגבי ע"מ שאני כהן בעי דוקא תנאי וכן גבי אם הטעתו ואמרה שהיא כהנת דלבעי דוקא תנאי כמבואר שם בדברי התשב"ץ דאינו מחלק בין איש המקדש לאשה המתקדשת דא"כ לפי"ז א"א ליישב כלל המשנה דקאמר מפני שלא הטעתו דמשמע להדיא דכל היכא שהטעתו בטל הקדושין. אבל אם נאמר כדברי הר"ן דאף בגילוי דעת לבד סגי א"ש המשנה דמה דקאמר מפני שלא הטעתו כמש"ל דהיכא שהיא לא הטעתו אלא הוא הטעה א"ע לא סגי בגילוי דעתו לבד שהוא רוצה בכהנת אם לא שהתנה בהדיא אבל היכא שהיא הטעתו אז סגי בגילוי דעתו לבד וכמש"ל בשם המהרי"ט ונ"ל יותר לדחוק בדברי התשב"ץ משום דשם לא היה גילוי דעת ממנה שלכך רצונה להתקדש לו מפני שהוא עשיר לכך קאמר התשב"ץ כיון שהוא לא התנה עמה להדיא שע"מ כן הוא מקדש אותה זה הוה דברים שבלב והוה כמו כסבור הייתי שהיא כהנת יעו"ש.

אך זה ודאי דהתשב"ץ חולק על דברי הגאון בעל עצמות יוסף דס"ל דאף בלא גילוי דעת ממנה כיון שהוא העעה אותה נמי בטל הקדושין וכן הבאתי למעלה דגם הר"ן לא ס"ל כותי'. והחילוק דמפני מה גבי ע"מ שאני כהן לא בעי תנאי וסגי בגילוי דעת לבד לכו"ע וגבי ע"מ שאין עליה נדרים או מומין אי בעי תנאי או לא. בזה פליגי הראשונים הוא משום דגבי ע"מ שאני כהן התנה על עצמו והוא יודע שאינו כן א"כ אין זה מדין תנאי רק מדין קדושי טעות לשיטת הרשב"א והרא"ש. אבל גבי ע"מ שאין עליה נדרים או מומין התנה עליה והוא אינו יודע אם כן הוא או לא לכך בעי תנאי גמור לשיטת הני ראשונים וה"ה אם התנה עליה ע"מ שאת כהנת והיא לא אמרה לו כלל מאי היא דינה כמו שהתנה עליה ע"מ שאין עליה נדרים וגם לענין תנאי כפול נמי נ"מ בין ע"מ שאני כהן לבין ע"מ שאת כהנת ועיין במקנה בקו"א שהניח שם בצ"ע דאמאי לא הזכירו זאת הפוסקים ונפלאתי עליו דהאיך לא העיר דלפי כמה שיטות הראשונים גם גבי ע"מ שאת כהנת לא בעי תנאי גמור וסגי בגילוי דעת לחוד א"כ כ"ש דלא בעינן כל דיני תנאים. ולפי שיטתם אין צריך לחלק בין אם התנה ע"ע בדבר שהוא יודע שאינו כן בין מתנה עליה אלא בכל דבר אם זהו דבר שיש בו קפידא סגי בגילוי דעת לבד שהוא מקפיד ע"ז. ואם הוא דבר שאין בו קפידא דוקא כשהתנה א"כ בעי בזה כל דיני תנאי והר"ן אזיל בשיטת הראשונים דאין חילוק בין התנה ע"ע ובין התנה על אחרים לכך סובר דלפי מאי דקיי"ל כרבנן דאם הטעה לשבח נמי אינה מקודשת בטל הקדושין מטעם התנאי אפי'

בדבר שאין בו קפידא אפילו התנה ע"ע והוא יודע שאינו כן מ"מ מיקרי זה תנאי אבל דעת הרשב"א והרא"ש הוא לחלק בין התנה על עצמו ובין התנה על אחרים דאם התנה על אחרים בעי דוקא תנאי ולא סגי בגילוי דעת לבד ואם התנה ע"ע סגי בגילוי דעת לבד מטעם קפידא ואף אם התנה להדיא בשעת הקדושין מ"מ כיון שאין בזה קפידא לא חיישינן לזה שאין זה מדרך התנאי וכמש"כ המקנה:

גם מה שכתב המקנה שם לישב קושית הר"ן בכתובות דאמאי אם אמרה בלבה היה להתקדש לו לא מהני הא יכולה למחול התנאי וכתב דלפי מאי שביאר דגבי ע"מ שאני כהן הוא מטעם קדושי טעות א"ש דלא מהני מחילה אלא בתנאי דממילא הקדושין קיימין אבל בקדושי טעות דלאו כלום הוא לא שייך ביה מחילה לפע"ד דבריו תמוהין דהא לפי שיטת הני ראשונים והוא שיטת הר"ן ג"כ גבי המוציא אשתו משום ש"ר דסגי בגילוי דעת לבד לבטל הגט כ"ש הכא גבי המקדש ע"מ שאין עליה נדרים או מומין דודאי סגי בגילוי דעת לבד דקפיד ע"ז ובטלי הקדושין מטעם קדושי טעות ולא מטעם התנאי.

ואפ"ה אמרינן שם דמהני מחילה דאח"כ שאם לא קפיד ע"ז מהני הקדושין למפרע:

ועתה נשובה לבאר בנ"ד שהוא דרש וחקר אחריה בת מי היא ולא נשא אותה בסתם עד שחקר ודרש אצלה והיא הטעתו שאמרה לו שהיא בת איש פ' ובאמת לא כן הוא וגם אסורה עליו באיסור שניות לעריות א"כ יש לבטל הקדושין בזה שהטעתו מטעם קדושי טעות לבד טענת מום דאיסור לא מיבעי' לפי דעת הגאון בעל עצ"י דס"ל דכל היכא שהיא הטעתו ואמרה לו שהיא כהנת דבטל הקדושין דודאי על סמך זה סמך וקדשה דודאי בטלי הקדושין בנ"ד. ואפי' לפי מש"כ דדעת הר"ן והתשב"ץ הוא דדוקא היכא שהיה גילוי דעת מקודם שהוא מקדשה מפני שהיא כהנת אז בטל הקדושין היכא שהיא הטעתו וכן נראה דזהו דעת רש"י במשנה שם למי שמדקדק היטיב בדבריו] מ"מ נראה כיון דהוא דרש וחקר אחריה ולא נשא אותה בסתם א"כ הרי גלה דעתו להדיא שאינו רוצה לישא אשה מי שתהיה וכיון שהיא הטעתו ואמרה לו שהיא בת איש אחד ובאמת הוא אינו כן וגם אסורה עליו באיסור שניות לעריות. א"כ אין לך קדושי טעות גדול מזה וכן נראה בעובדא דהנו"ב אם הוא דרש וחקר אחריה אם היא אלמנה או לא והיא הטעתו דהוי קדושי טעות כיון דהוא דרש וחקר אחריה אם היא אלמנה או לא א"כ הרי גילה דעתו להדיא שהוא נושא אותה מפני שהיא מותרת לו שהיא אלמנה. וכיון שהיא הטעתו אין לך קדושי טעות גדול מזה.

אך מה שיש לבאר עוד בנ"ד דלכאורה אף שהיה גילוי דעת בזה מ"מ הא לא כפלי למלתא שיאמר דאם אינו כך אינה רוצה לישא אותה ולר"מ בעינן כפלי למלתא כמבואר

שם (בגיטין מו:) דלר"מ בעינן כפלי למלתא אף במקום דסגי בגילוי דעת לחוד ויעו"ש בחידושי הר"ן וכמה פוסקים הא פסקו כר"מ. מ"מ נראה דאין לחוש לזה חדא דהא דעת הר"ן הוא [בקדושין] בלישנא קמא דהכא לא בעינן כפלי למלתא אף לר"מ ועיין במהרי"ט שם שמישב דברי הר"ן מה שקשה עליו לכאורה מגיטין וז"ל איכא למידק ללישנא קמא מה בין זו להא דאמרינן בפ' השולח דאמר לה משום נדר אני מוציאך משום ש"ר אני מוציאך דלא יחזור ואוקמא רבא דכפלי לתנאי' אבל סיפא דמשום אילונית יחזור דלא כפלי לתנאי' ואפי' לעז ליכא וי"ל דבשלמא כשאמרה אני כהנת הימוני הימנה ולא נסתפק כלל ולא נחית אדעתי' לומר שהיא משקרת דמלתא דעבידא לגלויי הלכך לא היה מקום לתנאי אבל גבי ש"ר מי לא אפשר שאינו וכן בנדר מי לא אפשר שימצא פתח לנדריה כו' עכ"ל ועוד דהא דעת הרמב"ם הוא אף דפסק כר"מ בזה דבעינן תנאי כפול בכ"מ מ"מ בגילוי דעתו דהיינו גבי מוציא אשתו משום ש"ר פסק להדיא דלא בעינן כפלי למלתא וכן ביאר הגר"א בא"ע סי' יו"ד ס"ג דעת הרמב"ם ובפרט דכמה פוסקים פסקו דלא כר"מ וס"ל דלא בעינן תנאי כפול כלל מה"ד רק לחומרא בעלמא בלבד בגיטין וקדושין ולכך גבי דיני ממונות לא בעינן תנאי כפול כלל א"כ ודאי נראה דבגילוי דעת כזה ודאי יש לסמוך על לישנא קמא דהר"ן דהכא לא בעינן כפילא למלתא וא"כ בטל הקדושין מטעם כיון שהיא הטעתו וגם היה גילוי דעת מקודם כמש"כ:

אולם לכאורה יש לפקפק ע"ז כיון שהגילוי דעת מה שחקר ודרש אחריה היה מקודם ולא בשעת הקדושין והא אמרינן שם (מט:) גבי האי דזבין לנכסי' ע"מ למיסק לארעא דישראל כיון דבעידנא דזבין לא אמר כלום הוה דברים שבלב ולא הוה דברים אלמא דאע"ג דהיכא דמהני גילוי דעת מ"מ בעינן הגילוי דעת בשעת גמר המעשה אבל באמת נ"ל דהכא ל"ד לכל גילוי דעת דבעי הגילוי דעת בשעת גמר המעשה. אבל הכא סגי בגילוי דעת אף מקודם שהוא אינו מתרצה לישא בכל אופן שיהיה וכיון שחקר ודרש אצלה והיא הטעה אותו א"כ לא היה לו לגלות דעתו בשעת גמר הקדושין וסמך ע"ז שבודאי היא אמרה אמת ולא משקרא במלתא דעבידא לגלויי וראי' לזה מדברי מהר"א ן' ששון שהביאו הש"ך בחו"מ (סי' קכ"ו ס"ק מ"ג) לשיטת הרמב"ן דס"ל גם אם המחה במעמד שלשתן שהמלוה סבר שהוא עשיר ואח"כ נמצא שהיה עני באותה שעה מ"מ פטור הלוה אם לא שהיה ערמה בדבר והרמב"ן למד זאת מהירושלמי על משנה זו דקדושין דמדמי זאת לקדושי אשה יעו"ש מ"מ כתב המהר"א ן' ששון דהיכא דהמלוה שאל עליו ואמר שהוא עשיר חייב הלוה משום דכל פטור הרמב"ן משום דהו"ל נשאל עליו אם הוא עשיר או לא אבל היכא דשאל עליו אם הוא עשיר והטעו אותו דודאי חייב הלוה

אף לדברי הרמב"ן. א"כ ה"ה גבי קדושין היכא דהוא דרש אחריה אם היא עשירה או לא והטעה אותו בטל הקדושין אלמא דלא בעינן גילוי דעת בזה בשעת גמר קדושין ממש אלא רק גילוי דעת אף מקודם שהוא אינו מתרצה בכל אופן וכיון דהיא הטעתו בטלי הקדושין כנ"ל:

ועוד אפשר לומר דבנ"ד ובנידון דהנו"ב כו"ע מודים לדברי הגאון בעל עצמות יוסף דאין צריך לגילוי דעת בזה. כיון דהיא הטעתו בדבר שא"א לדור עמה כלל אין לך אומדנא גדולה מזו שאלו לא הטעתו וסבר שהיא מותרת לו לא היה נושאה וסתמא כפירושו דכן מצינו דכתבו הרמב"ן והרשב"א ז"ל בפ"ק דנדה דבאילונית כיון שהוא יכול לקיימה אילונית אם רוצה לכך דוקא אם אמר לה מפני כך אני מוציאך הוא שאינו יכול לחזור דמצי לקלקלה אבל ברואה דם מ"ת כיון שאינו יכול לשמש עמה כלל סתמא כפירושו דמשום זה מגרשה עכ"ל אלמא היכא דמוכח מן הסתם דעתו הוה כמפרש להדיא דבריו. א"כ ה"נ אף שלא גלה דעתו להדיא לומר דמשום שהיא אלמנה נושא אותה לאשה מ"מ סתמא כפירושו דאלו היתה אומרת לו שהיא גרושה לא היה רוצה לישא אותה באיסור א"כ לפי"ז אפי' לא חקר ממנה מה היא רק שסמך ע"ז שהחזיקה עצמה אלמנה וקדשה וכנסה נמי בטל הקדושין מטעם שהיא הטעתו וכן בנ"ד אף אי נימא שלא גלה דעתו להדיא דמפני שהיא זרה אצלו ע"כ כונסה נמי הוה סתמא כפירושו ובעל הקדושין מטעם שהיא הטעתו אף בלא טעמא דמום דאיסור כנ"ל בזה:

סימן ג

עוד צריך לבאר בנדון דהנו"כ ובנ"ד אם כא עליה אם צריכה נט מה"ד מטעם דאין אדם עושה בב"ז. כמו אם הטעתו בשאר מומין או קדשה על תנאי דקיי"ל דאם כא עליה צריכה גט. או לא:

הנה בנדון דהנו"ב לכאורה נראה פשוט דליכא למימר אין אדם עושה בב"ז כיון דאם יבעול לשם קדושין יהיה חמור איסורו דיתחייב נמי משום לא יקח וכשיבעול שלא לשם קדושין לא יתחייב אלא משום לא יחלל לבד ודאי דלא אמרינן בכה"ג אין אדם עושה בב"ז וכ"כ הב"ש (בסי' קמ"ט סק"ב) דאם נשאת לאחר וגירשה לא חיישינן לקדושין כיון דחייב מלקות אם קדשה ובעל אע"ג דבביאה נמי הוא עושה איסור מ"מ בקדשה חייב מלקות לא חיישינן לקדושין וכ"כ בש"ג פ' מ"ש (דף תקפ"ט) עכ"ל. אך יש לדקדק ע"ז דהא בגיטין (פא.) פליגי ב"ש וב"ה במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דב"ש סברי אינה צריכה גט שני וב"ה סברי דצריכה גט שני וקאמר עלה בירושלמי [הובא בתוס' שם ד"ה ב"ש (עט:)] אמר ר"י בר בון ב"ש כדעתיהן וב"ה כדעתיהן ב"ש דאינון אמרין

לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערוה אינון דאמרין מזוהמת היא מלפניו ואינו חשוד עליה לפיכך אינה צריכה ממנה גט שני. ב"ה דאינון אמרין אפי' הקדיחו תבשילו אינון דאמרין אינה מזוהמת מלפניו והוא חשוד עליה כו' עכ"ל הירושלמי ונראה מדברי הירושלמי מדקאמר ואינו חשוד עליה דמוקי פלוגתייהו בשלא ראינו דנבעלה אבל היכא דראינו שבא עליה גם ב"ש מודים דחוששין שמא בא עליה לשם קדושין אע"ג דגרשה משום דבר ערוה ואסורה עליו וא"כ קשה טובא דהא מחזיר גרושתו ומחזיר סוטתו מחד קרא נפקא לא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה וא"כ כמו שאינו לוקה משום מחזיר גרושתו אלא דוקא ע"י קדושין. ה"ה נמי במחזיר סוטתו אינו חייב אלא ע"י קדושין ולפי"ז אפי' בראינו שנבעלה אין לחוש שמא לשם קדושין בעל כיון דאז יהי' חמיר איסורו דחייב מלקות:

ועלה בדעתי לישב לפי מה שאבאר בס"ד (בסי' וא"ו) דרוב הראשונים סוברים דאשת כהן שנאנסה תחת בעלה אף למ"ד באונס מקרי זונה אינו חייב אלא משום לא יחלל ולא משום לא יקח אע"ג דהביאה היא ע"י קדושין כיון דהקדושין היו בהיתר והא דמחייב רבא בקדש ובעל משום לא יקח הוא היכא שקידשה באיסור וכשבעל אח"כ חייב על הקדושין למפרע שהיה באיסור א"כ במחזיר גרושתו נמי דלכו"ע בעל ולא קידש אינו לוקה דדרך לקוחין אסרה תורה. ג"כ עיקר חיובא הוא על הקדושין כיון דהקדושין היו באיסור ולפי"ז ע"כ סוטה ל"ד למחזיר גרושתו אף דגמרינן מחד קרא דגבי סוטה חזינן דרבי רחמנא מאשר הוטמאה דאם זינתה תחת בעלה חייב עלה אף שהקדושין היו בהיתר אלמא דעיקר החיוב גבי סוטה הוא משום הביאה וא"כ אם בא עליה אף לאחר שגרשה נמי חייב אף בלא קדושין והשתא א"ש דברי הירושלמי ולא קשה על הש"ג ועל הב"ש דהתם גבי מחזיר גרושתו הקדושין מוסיפין עליו החיוב ולכך לא חיישינן שמא בעל לשם קדושין:

אבל לאחר העיון ראיתי דז"א דגם גבי סוטה אם בא עליה לאחר שגרשה ולא קדשה אינו חייב לכו"ע וכן מוכח מדברי התוס' יבמות (מט:) ד"ה סוטה דכתבו שם וז"ל ואומר ר"י דגרס וכן ברוב ספרים סוטה נמי הא כתיב בה הויה ותפסי בה קדושין. פירש שגרשה ומחזירה והויה דכתיב בה היינו קרא להיות לו לאשה דמוקמינן בפ"ק לרבות סוטה ובפ"י יוחסין נמי משמע דלהיות לו משמע לשון הויה דקאמר ושניהם מודים במחזיר גרושתו שאם בעל ולא קידש שאין לוקה דרך הויה אסרה תורה עכ"ל אלמא דס"ל לר"י דלר"ע עיקר הקרא דהויה קאי על סוטה לבד דגבי מחזיר גרושתו ס"ל לר"ע בהדיא דלא תפסי בה קדושין ובאמת התוס' בקדושין (סח.) ד"ה הכל הקשו על פי' ר"י וכתבו כיון

דעיקר קרא במחזיר גרושתו כתיב ואפ"ה אמר ר"ע דמחזיר גרושתו לא תפסי בה קדושין כו' ובמחזיר סוטתו דלא אתיא אלא מדרשא אמר דתפסי בה קדושין כו' עכ"ל מ"מ נראה מדבריהם דלכו"ע קאי הקרא דלהיות לו נמי אסוטה וא"כ א"א לומר דבסוטה יהיה חייב לאחר שגרשה על ביאה בלא קדושין:

ע"כ נ"ל לאמר דגבי מחזיר גרושתו דבעינן קידש ובעל כו"ע מודים דעיקר חיוב הוא על הביאה ולא על הקדושין רק שאינו חייב על הביאה עד שתהי' ע"י קדושין ואף שהקדושין היו בהיתר [בשוגג] ול"ד ללאו דלא יקח גבי כ"ג באלמנה. דעיקר החיוב הוא על הקדושין אף לרבא [לדברי הראשונים] שאני התם דכתיב קרא לא יקח דעיקר לאו הוא על הקדושין ובאמת לאביי חייב על הקדושין לבד אף בלא ביאה וא"כ לרבא דפליג עליו וסובר דאינו חייב על הקדושין לבד בלא ביאה משום דכתיב לא יקח ולא יחלל מ"ט לא יקח משום לא יחלל ואינו חייב עד שיבעול אותה דאז אהני מעשיו כמ"ש הריטב"א שם. מ"מ לא נפיק הקרא ממשמעותו דמשמע דעיקר האזהרה הוא על הקדושין. משא"כ גבי מחזיר גרושתו כתב קרא להיות לו לאשה דמשמע דרך אישות דהיינו ביאה כמ"ש התוס' בקדושין (עח.) ד"ה מ"ט א"כ אמרינן דעיקר האזהרה הוא על הביאה רק שלא חייבתו התורה אלא ע"י קדושין. ולפי"ז שפיר י"ל דגם בסוטה אינו חייב אלא ע"י קדושין והא דחייב עליה ג"כ עד שלא גירשה הוא משום דהיה ע"י קדושין ולא איכפת לן הא דהקדושין היו בהיתר כיון דעיקר החיוב הוא על הביאה:

והנה ראיתי להכ"מ (בפי"א מה"ג הי"ד) שכתב וז"ל ויש מי שתירץ דברי רבינו שמש"כ כאן רבינו שלוקה עליה היינו דוקא שגירשה והחזירה ואח"כ בא עליה כגון מחזיר גרושתו אחר שנתקדשה לאחר וזו אם גירשה והחזירה אע"פ שלא נתקדשה לאחר לוקה עליה דכי אמרינן אחרי אשר הוטמאה לרבות סוטה הנסתרת אריש דקרא קאי וכתב לה ספר כריתות וגו' לא יוכל בעלה לשוב לקחתה אם היתה לאיש אחר וכן אעפ"י שלא היתה לאיש אחר אם הוטמאה תחתיו וגרשה לא יוכל לשוב לקחתה והשתא ניחא שאין זה לאו שבכללות שאין כאן אלא לאו אחד שלא להחזיר גרושתו אם היתה לאיש אחר או אם הוטמאה תחתיו וניחא נמי שלא מנאה בפי"ט מה' סנהדרין שאין כאן אלא לאו אחד ובפ"א מהא"ב מיירי שבא עליה ולא החזירה ומ"ה אינו לוקה אם אינו כהן עכ"ל ונפלאתי על מרן הכ"מ ז"ל דהאיך אפשר לומר דבר זר כזה בדברי רבינו שסובר דקרא דאחרי אשר הוטמאה דמרבינן מיני' סוטה שנסתרה הוא דוקא לאחר שגירשה והחזירה א"כ האיך יפרש דברי הגמרא סוטה (ז.) דאיתא שם בהדיא ר"י אומר בעלה נאמן מק"ו ומה נדה שהיא בכרת בעלה נאמן סוטה שהיא בלאו לא כ"ש והתם הא איירי קודם

שגירשה ואעפ"כ קאמר שהיא בלאו. ואף שלכאורה קושיא זאת בלא"ה קשה על דברי הרמב"ם והתוס' בכמה מקומות דסוברים דסוטה ספק אינו אלא בעשה דהוטמאה והכא קאמר הגמרא שהיא בלאו מ"מ אפשר לישב זאת דכיון דעיקר האיסור של סוטה אם זינתה ודאי היא בלאו אף שעתה הוא עדיין בספק מ"מ קריא הגמרא איסורה איסור לאו משום דעצם האיסור הוא איסור לאו אבל לפי דברי הכ"מ ודאי קשה טובא דהא אפי' בסוטה ודאי כ"ז שלא גירשה אין כאן לאו לדעתו. ואיך קריא לי' הגמרא איסור לאו ועוד קשה לפ"ד הגמרא דיבמות (נ"ו:) דקאמר שם אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום טומאה אלמא להדיא דהלאו של אשר הוטמאה הוא בלא גירשה וכן מוכח בכ"מ ואכמ"ל. לכן נ"ל עיקר כמ"ש דהלאו של מחזיר גרושתו וסוטה הוא עיקר קאי על הביאה שלא לבוא דרך אישות על גרושתו אם היתה לאיש אחר. ולא לבוא דרך אישות על אשתו אם הוטמאה תחתיו [והא דמשמע מהרמב"ם בפ"א מהא"ב דישראל אינו לוקה על לאו של הוטמאה. עיין בספר דברי אמת (ע"ד) מ"ש שם דהרמב"ם נמשך אחר לשון הירושלמי יעו"ש מ"ש באריכות כי דבריו ברורים הם דודאי גם הרמב"ם מודה דלוקה על לאו של סוטה] אבל זה ודאי ברור דגם במחזיר גרושתו אינו חייב על ביאתו אלא שיהי' דוקא ע"י קדושין א"כ הדקל"ד מהירושלמי לדין הש"ג והב"ש:

ומחמת זה נ"ל דסובר הירושלמי דהא דקאמר ב"ש לא יגרש אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר לאו ערוה ממש קאמר אלא כל שהיא פרוצה ביותר קריא לה דבר ערוה וכן איתא בירושלמי להדיא בריש סוטה דקאמר שם אמר רבי לעזר בן ר' יוסי קומי ר' יסא אתיא דר"א כב"ש דב"ש אומרים לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר מצאו בה דברים כעורים לפום כן הוא אומר חובה והא תניא משום ב"ש אין לי אלא היוצאת משום ערוה מנין היוצאת משום דראשה פרועה וצדדיה מפורמים וזרועותי' חלוצות ת"ל כי מצא בה ערות דבר אמר ר' מנא קיימת כאן בעדים כאן שלא בעדים ע"כ [הובא בתוס' ריש סוטה] ולפי"ז כיון דאין כאן דבר ערוה ממש אין בזה איסור לאו דמחזיר סוטתו ואפי' איסור עשה אין כאן כיון דלא נאסרה ע"י קינוי וסתירה ולהכי אם ראינו שנבעלה ודאי חיישינן שבא עליה לשם קדושין משום דאין אדם עושה בב"ז אבל אם לא ראינו שנבעלה אינו חשוד עליה כיון שגרשה משום פריצותא מזוהמת היא בעיניו אמנם ראיתי לבעל פ"מ שפי' על הא דאיתא בירושלמי שילהי גיטין והא תני ב"ש אומרים אין לי אלא היוצאת משום ערוה בלבד ומנין היוצאת וראשה פרועה כו' ת"ל כי מצא בה ערות דבר דתרי תנאי אליבא דב"ש דתנא דמתני' סובר דאינו יכול לגרשה אא"כ מצא בה דבר ערוה ממש. ומביא ראי' לזה מדפריך הירושלמי שם על דברי ב"ש ל"ל קרא דלא יוכל

גו' ומשני לעבור עליו בשני לאוין כפי' התוס' (צ.) ד"ה מה להלן והאי קושיא לא קאי אלא לתנא דמתני' דלא משתעי הקרא אלא בערוה ממש דאי לתנא דברייתא לא קשה מידי ולפי"ז תנא דמתני' סובר דהא דקאמר ב"ש ערות דבר היא ערוה ממש היינו שיש עדים שזינתה:

אבל לפ"ד דברי הירושלמי לפי גירסת התוס' שלפנינו לעבור עליו בשני לאוין צע"ג. לפי דעת הרמב"ם דלא מנה לאו דמחזיר סוטתו בלאו בפ"ע אלא כלל אותו בלאו דמחזיר גרושתו משום דס"ל כיון דהתורה כולל אותם בלאו אחד אין לוקין אלא משום לאו אחד ואף היכא שיש עליה שני האיסורים וכה"ג פסק הרמב"ם (בהק"פ פ"ח ה"ד) לענין נא ומבושל. דאף שעל כל אחד בפ"ע לוקה מ"מ אם אכל נא ומבושל כאחת אינו לוקה אלא אחת ומשום דכלל אותם התורה בלאו אחד (וכן במנין הלאוין מנה אותם בלאו אחד] וא"כ האיך נוכל לומר לעבור עליו בשני לאוין הא אינו לוקה אלא אחת ואפי' לדעת הרמב"ן דמנה הלאו שבא על סוטתו בלאו בפני עצמו ואזיל בשיטתו דדעתו בשורש ט' דגם נא ומבושל חשיב כל אחד לאו בפ"ע ולוקה ב' אפי' אם אכל שניהם כאחת והפלוגתא דאביי ורבא בלאו שבכללות מוקי דקאי על לאו דכי אם צלי אש יעו"ש. מ"מ לענין לעבור בשני לאוין גבי סוטה ומחזיר גרושתו לא מצינן למימר דהא אין איסור חל על איסור בלא כולל ומוסיף ואיך חל איסור מחזיר גרושתו על איסור סוטה אך קושיא זו אפשר לישב ולומר דהירושלמי ס"ל דב"ש ס"ל דאיסור חל ט"א אפי' בלא כולל ומוסיף וכן יש תנא בחולין (קי"ד) דסובר דאחע"א אפי' בלא כולל ומוסיף דאיתא שם הפיגול והנותר והטמא שבישלן בחלב חייב ואמרינן שם דהאי תנא סובר איסור חל ע"א וכן יש להוכיח מגמרא דקדושין (ע"ז.) דאיכא תנא דסובר דאחע"א אפי' בלא כולל ומוסיף ואפי' אם לא יהי' חמור על קל. מדפריך שם הגמרא על הברייתא דאלמנה גרושה חללה זונה האי תנא מאי קסבר כו' יעו"ש ואף דלדברי רבא דיבמות (י"ג:) ע"כ ב"ש ס"ל דאין אחע"א מ"מ מהירושלמי אין ראי' דאולי ס"ל כטעמא דר"ש בן פזי שם א"כ לפי שיטת הרמב"ן יש לקיים גירסת הבעל פ"מ לעבור עליו בשני לאוין:

על כ"ז לפע"ד נראה עיקר הגירסא בירושלמי לעבור עליו בלאו וכן הוא הגירסא בחידושי הרשב"א בשילהי גיטין ועיין בתשו' הרשב"א (סי' תקנ"ז) דז"ל ועוד מסתבר לי דשמעי לה מדב"ש דאמרי לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר ואע"ג דיליף לה בגמרא בגז"ש כתיב הכא כי מצא בה וגו' וכתיב התם כו' מה להלן בעדים אף כאן בעדים. נראה דלאו בעדים ממש קאמר דא"כ למה הוצרך הכתוב לומר לא יוכל בעלה הראשון וגו' והלא אסורה לו וחייב לגרשה לכתחלה. ועוד דהא קאמרי לא יגרש אא"כ מצא בה.

ואי בעדים ממש אדרבה בכי האי חייב לגרש בע"כ אלא ה"ק ב"ש כ"ז שמצא בה דברים מכוערים בשני עדים מצוה לגרשה ולהוציא רשעה מתוך ביתו כו' עכ"ל ולכאורה דברי הרשב"א תמוהים דמקשה קושית הירושלמי ומתרץ דלא כהירושלמי אע"כ דהרשב"א גרס בירושלמי לעבור עליו בלאו ומפרש הירושלמי דלא כמו שפי' הפ"מ דפליגי ברייתא ומתני' אהדדי אלא סובר דלא פליגי. והמעיין שם בירושלמי יראה לעינים שחסר שם תירוץ על קושיתו שהתחיל להקשות והא תני ב"ש וחסר שם התירוץ שמתרץ בסוטה אמר ר' מנא קיימת כאן בעדים וכאן שלא בעדים דמתני' דמצא בה ערות דבר ממש אפי' מצא בעצמו ודברים מכוערים בעינן שיהי' דוקא עפ"י עדים וזהו כונת הירושלמי דכתב אם לאוסרה הרי כבר אסורה כיון דמצוה לגרשה אם מצא בה דברים מכוערים עפ"י עדים כ"ש שאסורה להנשא לכתחילה אלא הא מה אני מקיים לא ישוב לקחתה כדי ליתן עליה בלאו וא"כ תירוץ הרשב"א ותירץ הירושלמי בחדא מחתא מחתינהו וכן מצאתי בתשו' גאוני בתראי (סי' כ"ו) דכתבו שם להדיא דברייתא דשילהי גיטין דקאמר ר"מ דעוברת על דת משה מצוה מה"ת לגרשה כיון שהיא פרוצה ביותר כגון יוצאה וראשה פרועה כו' שנאמר כי מצא בה ערות דבר אתיא אליבא דכו"ע אפי' לב"ש דאמר לא יגרשה אא"כ מצא בה דבר ערוה לאו דבר ערוה ממש קאמר אלא כל דבר המרגיל ערוה כגון הנך דברייתא ואסתייע מהך ירושלמי דסוטה:

ויותר מבואר בדברי הב"ח בא"ע (סי' קע"ז) דאפי' גבי אונס יכול לגרשה בע"כ אם היא עוברת על דת משה אע"ג דלא מצא בה דבר ערוה ממש דפי' שם דברי הטור שכתב וכן אם נשאה ומצא בה ערות דבר יכול לגרשה. והקשה ע"ז הב"ח דמ"ש יכול לגרשה משמע דאם רוצה לקיימה רשאי הא כיון דאם נמצא בה דבר ערוה מחויב לגרשה. ופי' שם הב"ח דקאי בעוברת על דת דקיי"ל (בסי' קט"ו) דאין כופין אותו להוציאה אלא מצוה עליו שיוציאנה וכן בריש (סי' קי"ט) נמי כתב דאם נמצא בה ערות דבר או פריצות מצוה לגרשה כו' משמע מצוה הוא אבל אין כופין וזאת היה דעתי במ"ש כאן יכול לגרשה עכ"ל ואף שדברי הב"ח צ"ע ואבאר בס"ד במק"א. מ"מ יש ללמוד מזה לכה"פ לענין דברי ב"ש אף בעוברת על דת משה. ואף שלכאורה נראה דגמרא דידן פליג על הברייתא דהירושלמי דהירושלמי סובר דלב"ש אתי הך דבר להורות דגם עוברת על דת משה יכול לגרשה. וגמרא דידן הא סובר דב"ש דרשי הך דבר ע"ז שצריכין עדים. ונראה דהגמרא למד זאת מהברייתא דהובא שם דקאמר ב"ה לב"ש הלא כבר נאמר דבר. א"ל ב"ש לב"ה והלא כבר נאמר ערוה אלמא דלא דרשי ב"ש הך דבר לעוברת על דת משה. אלא על ערוה גופא דבעי עדים מ"מ אפשר לומר דגמרא דידן נמי לא פליגא על הך דינא דיכול

לגרשה לב"ש אף בעוברת על דת משה רק שסובר דלא ילפינן זה מדבר אלא ילפינן זה מערוה כיון שהם דברים המרגילים לערוה הוה כמו ערוה ממש וכן משמע בתשובת הרשב"א הנ"ל דכו"ע סוברים הך דינא ולית מאן דפליג ע"ז ולפי מה שכתבתי א"ש מה דס"ל להירושלמי דאם ראה שנבעלה כולי עלמא מודים דאין אדם עושה בב"ז כיון דאין אסורה עליו מה"ד ואין אנו יכולין לכופו לגרשה אם רוצה לדור עמה אמרינן דודאי כוון לקדשה בבעילתו כדי שלא יהא בב"ז וא"כ אין ראיה מדברי הירושלמי נגד הש"ג והב"ש:

אח"כ הראוני דהרדב"ז בח"ד (סי' רע"ז) כתב בזה דלא כדברי וז"ל ונלע"ד דבכי האי גונא צריכה גט שני דבין שראוהו שבעל כו' כל מאי דאפשר לו לתקן מתקן כו' דאי בעיל לה לשם זנות אית בה תרתי חדא בעילת זנות דכל שאר נשים ותו איסורא דידה דאחרי אשר הוטמאה ומשום הכי בעיל לשם קדושין לתקן שלא יהא בעילת זנות אלא בעילת איסור ואע"ג דעתיד הוא לגרשה השתא מיהא מתקן הוא ולא הוה בעילת זנות ומנא אמינא לה דטעמייהו דב"ש במתני' משום דלא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר וא"כ מתני' איירי לב"ש במגרש משום ערות דבר וכיון שהיא מזוהמת לפניו לא יבא עליה כדפירשו בירושלמי ואוקימנא למתני' בגמרא דידן בשלא ראוה שנבעלה דאי בשראוה שנבעלה מה לי מן האירוסין מה לי מן הנשואין וקיי"ל כסתם מתני' לדעת רובן ככולן. אלמא בראוה שנבעלה מודו ב"ש דצריכה גט שני אע"ג דגרשה משום ערות דבר דכיון שבעל אינה מזוהמת לו ובעל לשם קדושין וכמו דכתיבנא כו' עכ"ל והנה מדברי הרדב"ז הללו מוכח להדיא דס"ל דמחזיר סוטתו חייב אף בלא קדושין אבל לפע"ד הדברים ברורים כמש"ל דמחזיר סוטתו אינו חייב אלא דוקא ע"י קדושין כדמוכח מדברי התוס' דיבמות. ומה שמביא ראיה מדאמרינן בלא ראוה שנבעלה פליגי כבר בארתי דלא מיירי בערוה ממש אלא בדבר שמרגילין לערוה לכך בראוה שנבעלה כו"ע מודים דאמרינן אין אדם עושה בב"ז ובזה נתישב ג"כ דברי הרשב"א בחידושיו דכתב שם דלפי מאי דאמרי' בראוה שנבעלה פליגי אם אדם עושה בב"ז או לא אזלי ב"ש וב"ה לשיטתייהו וס"ל לב"ש כיון שהוציאה מביתו מחמת דבר ערוה חזקה מזוהמת היא בפניו ואינו מחזירה והשתא ב"ז הוא דקא עביד יעו"ש ולכאורה קשה גם לדבריו דאמאי לא קאמר משום דאינו רוצה לעבור על איסור דמחזיר סוטתו אם יקדשה ע"כ עושה בב"ז ולפי מש"פ ניחא דמיירי דגרשה מחמת דבר המרגילין לערוה מ"מ כיון שהוציאה מחמת זה מזוהמת היא בפניו ואינו רוצה להחזירה לשם אישות אלא יצרו תקפו ורוצה לבעול אותה ב"ז אבל לפי מאי דאמרינן בלא ראוה שנבעלה פליגי ס"ל כדברי הירושלמי דבכה"ג שלא גרשה מחמת דבר ערוה ממש ודאי בעיל לשם קדושין אם ראוה שנבעלה [ויותר נ"ל דלפי מאי דמסקינן

דבלא ראוה שנבעלה פליגי ופליגי בהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה אין אנו צריכין למימר דב"ש וב"ה אזלי לשיטתייהו אף לשיטת הרשב"א אלא אף היכא שגרשה לא מחמת דבר ערוה אלא מדעתה דפלוגתא דב"ש וב"ה בלא יגרש אדם כו' הוא דוקא בע"כ] דס"ל לב"ש דעדי יחוד לא מהני לומר דהוה כעדי ביאה אלא דוקא היכא דהעדים יודעים שמתיחדים לשם ביאה] אבל היכא דגרשה מחמת דבר ערוה ממש ודאי דמי למחזיר גרושתו כיון דע"י קדושין יהא חמור איסורא לא חיישינן דבעיל לשם קדושין וכמש"כ:

ועוד נפלאתי על דברי הרדב"ז הללו דסותר דברי עצמו [אפי' לפי דעתו דס"ל דמחזיר סוטתו חייב אף בלא קדושין] דכתב בח"א סי' שנ"א וז"ל ומכאן אתה למד שהמתייחד עם גרושתו והיא בנדתה אינה צריכה גט דמה נפשך אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל ואם אינו זהיר בנדה כיון דלא חייש לאיסור כרת לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קדושין עכ"ל וגם המל"מ הביאו בה"ג (פ"י הי"ח) וכתב שם דדבריו נכונים וז"ל ול"ד למ"ש רבינו פ"ב מה' תמורה כו' דהתם משום שעשה שני איסורים לא נימא שעשה שלשה כיון שהם חלוקים אבל הכא שהוא בדבר אחד שבאותה ביאה עבר באיסור נדה באותו דבר עצמו בודאי לא נשמר מאיסור אחר הבא מחמת אותה ביאה שהוא בעילת זנות וק"ל עכ"ל א"כ אמאי בסוטה ס"ל דבראוה שנבעלה לכו"ע חוששין לקדושין ומשום דכל מה דאפשר לתקן מתקן א"כ גם בבעילת נדה אמאי לא נימא הכי דכל מה דאפשר לתקן מתקן ומתכוין לקדשה כדי שלא יהא בעילתו ב"ז:

ועלה בדעתי לומר דהרדב"ז ס"ל דוקא באיסור נדה כיון שהוא איסור חמור שיש בו כרת לכך כיון שהפקיר עצמו לעבור על איסור כרת לא אמרינן שחשש שלא יהא בב"ז כיון דהוא חשוד על ביאה זו בחמור שבו חשוד נמי על הקל שבו אבל גבי מחזיר סוטתו לא הוה איסור חמור אלא איסור לאו אמרינן ודאי נשמר עצמו מאיסור אחר שיש בביאה זו. ואזיל בשיטת הרמב"ם דמחייב על בעילת זנות משום לא תהיה קדשה וס"ל דהרמב"ם מחייב אף באינה מופקרת לזנות א"כ טל ב"ז נמי איכא איסור לאו לכך אמרינן אע"ג דחשוד האי גברא על איסור לאו דמחזיר סוטתו מ"מ לא אמרינן דחשוד גם על לאו דאיסור זנות כיון דאיסורין שווים להדדי. אבל באמת ז"א דהא גם הרמב"ם אינו מחייב משום איסור קדשה אלא במפקרת עצמה לזנות וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ם (בה' נ"ב פ"ב הי"ז) יעו"ש א"כ אף להרמב"ם אין בזנות אלא איסור עשה בלבד וא"כ הוה איסור קל לגבי מחזיר סוטתו דהוי בלאו וא"כ אמאי לא אמרינן כיון דחשוד על איסור חמור דמחזיר סוטתו דבלאו חשוד נמי על איסור קל שבו דהיינו זנות דאינו אלא בעשה. ועוד דהא הרדב"ז למד זאת מדברי הריב"ש בסי"ו ועיינתי בדברי הריב"ש ושם היה

המעשה שלא היה איסור נדה ממש אלא איסור דרבנן באיסור נדה דכתב שם וז"ל ועוד שזו כשתבעוה לינשא ונתפייסה היתה צריכה לישב ז' נקיים והיתה בחזקת נדה ולא טבלה לנדתה שהרי לא הי' להם אז אחר הגזירה מקוה טהרה וא"כ הרי בא עליה ב"ז מספק נדה ואם לאיסור כרת התיר עצמו בביאתו איך יחוש לאיסור קל של פנוי' כו' עכ"ל והרי תבעוה להנשא דצריכה ז' נקיים אינו אלא מדרבנן לבד משום חשש דשמא מחמת חימוד ראתה מ"מ ס"ל להריב"ש כיון דלא חשש לאיסור זה בודאי לא חשש לאיסור פנויה דאיסור פנויה קיל לאינשי יותר מאיסור זה כן צריך לישב דברי הריב"ש וכיון דהרדב"ז למד זאת מדברי הריב"ש א"כ צע"ג על דבריו דאמאי ס"ל דבמחזיר סוטתו באם ראוה שנבעלה ודאי חוששין לקדושין כיון דהוא אינו חושש לאיסור מחזיר סוטתו א"כ אינו חושש נמי לאיסור זנות אף לפי דעתו דמחזיר סוטתו חייב בלא קדושין וכ"ש לפי מה שבארתי דמחזיר סוטתו אינו חייב אלא ע"י קדושין א"כ יהא בזה שיקדשה חמור איסורו ודאי דאינו חוששין לקדושין א"כ ע"כ צריך לפרש דברי הירושלמי והגמרא דידן שהביא הרדב"ז כמש"ב:

וא"כ יוצא לנו דבנדון דהנו"ב שהטעתו והחזיקה עצמה שהיא אלמנה ואח"כ נמצאת שהיא גרושה ובארנו למעלה בסי' א' ובסי' ב' שיש לנו שני טעמים לבטל הקדושין מחמת טענת מום דאיסור ומחמת שהיא הטעתו. א"כ אין לנו לחוש מטעם שהוא בא עליה ואין אדם עושה בב"ז ובודאי נתכוין לשם קדושין כיון דהכא יהא חמיר איסורא אם יקדשה יהא חייב משום לא יקח ומשום לא יחלל ובפרט לפי מה שכתב הריב"ש דהיכא דאינו חושש לאיסור חמור שיש בביאה זו אינו חושש לאיסור קל של פנויה א"כ הכא ודאי דאין אנו צריכין לחוש דלמא נתכוין לקדשה אף שיהא גרושה כדי שלא תהא בב"ז שאם היא גרושה יעבור על איסור חמור מזה וכיון דאינו חושש לאיסור חמור ודאי דאינו חושש לאיסור קל כמש"ל דאיסור פנויה אינו אלא איסור עשה בלבד אף לדעת הרמב"ם וע"כ בנדון דהנו"ב אינה צריכה גט מה"ד אלא רק מדרבנן בלבד כדי שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט

אמנם בנ"ד דאינו אלא איסור שניות בלבד אף שבארנו שגם בזה יש לבטל הקדושין מה"ד מחמת שני טעמים הללו מ"מ אם בא עליה צ"ע אי אמרינן בזה אין אדם עושה בב"ז ובודאי נתכוין לקדשה אף שיהא בזה איסור דשניות, או לא ומדברי הריב"ש הנ"ל אין ראי' כ"כ דאע"ג דשם נמי אינו אלא איסור דרבנן בלבד מ"מ אולי איסור זה חמור לאינשי יותר. ומצאתי שמהרי"ט בחלק א"ע סי' א' כתב וז"ל ואין טעם לחלק בין איסור קל לאיסור חמור דכל שמפקיר עצמו לעבור על איסור דרבנן בשאט בנפש מסתמא לא

מקפיד אבעילת זנות דקילא מינה כו' וכן מוכח מדברי בעל תה"ד בסי' כ"ט במי שנתייחד והיה לו אשה אחרת דלא חיישינן דבעל לשם קדושין שלא לעבור על גזירות ר"ג כו' עכ"ל אבל ראיתי להגאון רעק"א בתשובותיו הנדפס בסוף חידושיו דהשיב לשואל אחד דרצה לומר כיון דעבר על איסור דמעוברת חבירו לא אמרינן לגבי' חזקה אא"ע בב"ז וכתב דמדברי הרדב"ז הנ"ל יש ראי' לזה. אמנם נראה דע"כ רק באיסור דאורייי' אמרינן הכי דאל"כ במגרש אשתו ולנה דמשמע אף בסמוך אחרי הגירושין יום או יומים והרי כשרוצה לבעול צריכה ז' נקיים מחשש שראתה מחמת חימוד כדקיי"ל דמחזיר גרושתו צריכה ז' נקיים והרי החזיק עצמו לעבירה זו לבא עליה בלא ספירת ז"נ וטבילה אע"כ דדוקא בנדה דאורייתא אבל בזה דאף דראתה מחמת חימוד ליכא דאורייתא כו' ותמה מאד על דברי הריב"ש הנ"ל יעו"ש. ולפע"ד אין ראי' זו מכרעת כנגד דברי הריב"ש דהא כתב הט"ז בסי' קצ"ב וז"ל ועוד נראה לתרץ דגבי תמר ורות לא היה חשש שמא תראה מחמת חימוד דמיד שנתפייס יהודא ובועז אז היו עמהן במטה והוי לי' כמו שיש לו פת בסלו מה שאין כן בשאר כלה עכ"ל ולדברי הט"ז יש ראי' מדברי התוס' יומא (י"ח:) ד"ה יחודי כו' דהקשו שם על פירש"י וז"ל א"כ כיון דאסורין לבא עליה מאי פת בסלו איכא כו' להכי פר"י דכי אמרי מאן הויא ליומא לא אמרי מאן הויא ליומא ליבעל אלא ליחודי בהדה בעלמא וכיון שהיו אומרים להן כך רק לייחד עמהן לא היו רואות דם מחמת חימוד כו' עכ"ל ומ"מ אם היו רוצין לבעול אותן היו מותרין אלמא כיון דאז מיד היו עמהן במטה ליכא חשש חימוד כדברי הט"ז ומצאתי בס' דגמ"ר דכתב ג"כ דמדברי תוס' הנ"ל מוכח כדברי הט"ז. א"כ אין ראי' מהא דלנה בפונדקי לדחות דברי הריב"ש כיון דשם מיד שנתפייסה לו מיד הוא בועלה א"כ ליכא חשש חימוד וא"צ ז"נ. ואדרבה מסוגיא זו מוכח כדברי הט"ז דהא אפי' אי אמרינן כדברי הגאון רעק"א דיש חילוק בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן זהו דוקא בראוה שנבעלה איכא למימר דאע"ג דהוא חשוד לעבור על איסור דרבנן מ"מ אינו חשוד על ב"ז דחמירא לדעת הרמב"ם אבל היכא שנתייחדו בלבד אי אמרינן דלא כדברי הט"ז ואיכא עליה איסור נדות מחמת ז"נ א"כ האיך אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה הא אדרבה אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן והא איכא להם חזקת כשרות. ומחמת חזקה זו צריכין אנו לומר דודאי לא בא עליה מחמת איסור נדה שהיה עליה ואמאי מחמרינן לאצרוכי גיטא אע"כ כדברי הט"ז דלא צריכה ז"נ בכה"ג [ונ"ל לדבר פשוט דגבי גט ישן היינו אם נתייחד עמה בין כתיבה לנתינה דאסור לגרש בו הוא דוקא היכא שהיתה מותרת לו לגמרי אבל היכא שהיתה אסורה לו אף מחמת איסור דרבנן בלבד כגון שמצאה כתם לא חיישינן שמא נבעלה

לו] אח"כ מצאתי שהמקנה בקדושין (יב:) הביא ראי' לדברי הט"ז מדברי הגמרא הנ"ל והמדייק שם במה שהביא ראי' מדברי הב"ש בסי' קמ"ח יראה דס"ל דאפי' היכא דודאי נבעלה מ"מ כיון דאיכא איסורא דרבנן עליה לא חיישינן שמא בעיל לשם קדושין ונראה דהוא עומד בשיטת המהרי"ט הנ"ל שכתב שאין לחלק בין איסור קל לאיסור חמור:

אך מדברי תה"ד והובא ברמ"א בסי' ל"ג אין כ"כ ראי' לנ"ד דש"ה שהוא חדר"ג וחמור יותר משום דהוא מד"ק. ועוד דהתם כיון שעי"ז שיתכוין לקדשה יעבור טל חדר"ג ואם לא יתכוין לקדשה יהא רק ב"ז לכך סובר התה"ד דודאי לא התכוין לקדשה. דאף אם נאמר דהחדר"ג אינו אלא איסור דרבנן מ"מ ממ"נ חד דרבנן הוא צריך לעבור למה לי' להתכוין לקדשה כדי שלא תהא בב"ז ולפי"ז שפיר למד המהרי"ט מזה לנ"ד דגירש משום מוש"ר ואסור מדרבנן להחזירה ואם יתכוין לקדשה יהא מוכרח לעבור על איסור מדרבנן לכך אמרינן דלא נתכוין לקדשה ועבר על איסור ב"ז. אבל היכא דבזה שלא יתכוין לקדשה יעבור על תרי דרבנן ואם יתכוין לקדשה יעבור על חד דרבנן לכך איכא למימר אע"ג דרוצה לעבור על איסור דרבנן מ"מ על תרי דרבנן אינו רוצה לעבור משו"ה נתכוין לקדשה דמה דאפשר לתקוני מתקני כמ"ש הרדב"ז אך ממה שכתב המהרי"ט מקודם משמע דגם בנ"ד אין לחוש ועוד נ"ל דבנ"ד כו"ע מודים דלא חיישינן דמשום שבעל שנתכוין לקדשה כדי שלא יהא בב"ז. אף אם תהיה אסורה עליו באיסור שניות לעריות משום דזה בודאי אינש לא מסיק אדעתא שמא הטעתו. ול"ד למומין דבשלמא גבי מומין י"ל דיעלה על דעתו לבעול אותה לשם קדושין דיסבור דילמא אית לה מומין והיא אינה רוצה לגלות לו מה שאין כן גבי טעות דאיסורא דהיא מוזהרת על האיסור כמו הוא ודאי דלא יעלה על דעתו דלמא הטעתו דאם כן צריך לאחזוקה ברשיעי וזה הוה מילתא דלא שכיחא ולא אסיק אדעתו כלל וכעין זה כתבו התוס' בגיטין (מו:) ד"ה המוציא אשתו משום אילונית כו' ועוד דמומין מסיק אדעתיה שמא לא יתקיים התנאי דשכיחי ובועל לשם קדושין אבל אילונית דלא שכיחי לא מסיק לבעול לשם קדושין עכ"ל וא"כ כ"ש כאן בנ"ד שתרצה אשה להכשיל עצמה ולאחרים ולהנשא באיסור דלא שכיח כלל בודאי לא מסיק אדעתו לבעול לשם קדושין. ומסתברא דגם רש"י שם דס"ל דגבי אילונית אמרינן אא"ע בב"ז מ"מ הכא דלא שכיחא כלל מודה דלאו אדעתו לבעול לשם קדושין א"כ נראה לפע"ד ברור דגם בנ"ד אינה צריכה גט מה"ד אלא מדרבנן בלבד כדי שלא יאמרו כו':

ומאחר שבארנו שבין בנדון דהנו"ב ובין בנ"ד אינה צריכה גט מה"ד לפ"ז הדבר ברור דבכה"ג יכולין להתיר אותו לישא אשה אחרת ואין צריך לזה היתר מק' רבנים. ונפלאתי

על הגאון בעל ח"ס (בח' א"ע סי' ג') דאתא עובד כעין זה לידו והחמיר בזה וכתב דצריך לזה היתר מק' רבנים. כיון שאפשר להיות ההיתר ע"י ק' רבנים. חמירא האי חדר"ג שלא לישא אשה על אשתו מחדר"ג שלא לגרשה בע"כ. ואני תמה ע"ז הרבה כיון דמה"ד א"צ גט כלל כמש"ל למה לנו לעגן אותו בחנם על לא דבר ולהכריחו שימצא היתר מק' רבנים ואף שמחמירין בזה שצריכה גט כדי שלא יאמרו א"א יוצאת בלא גט הוא דוקא עליה מחמרינן משום חומר א"א. אבל עליו שאין חשש רק משום חדר"ג ל"ל להחמיר ועוד נ"ל דכל האריכות שלנו אם צריכה גט מה"ד או לא אין נ"מ לנ"ד אם צריך היתר מק' רבנים או לא דאפי' אם נאמר דצריכה גט מה"ד לפע"ד אין צריך היתר מק' רבנים בעובדא דהח"ס ובעובדא דידן מטעם הפשוט כיון דהיא אסורה עליו עולמית ואינה ראויה לו כלל אינה נקראת אשתו לענין זה שיחול עליו חדר"ג דהא כל עיקר התקנה של ר"ג שלא לישא אשה על אשתו הוא כדי שלא להכניס קטטה בתוך ביתו ואולי לא יוכל למיקם בסיפוקייהו א"כ בזו שבודאי גרשה בע"כ דאנן כפינן לי' לגרשה א"כ לא שייך בזה תקנת ר"ג כלל וכ"כ הגאון בעל חמדת שלמה בא"ע סי' ד' וז"ל והי' נ"ל פשוט דה"ט כיון דנשתמדה והיא בחזקת זונה והיא אסורה עליו א"כ אינו בכלל נושא שתי נשים כיון שאסורה עליו מדאורייתא ול"ד למ"ש דאף במקום מצוה גזר הגאון דהיינו בשהה יו"ד שנים דעכ"פ אינה אסורה לו או עוברת על דת אף דמצוה לגרשה מ"מ אינה אסורה עליו ואם רוצה מקיימה משא"כ היכא דהוה בחזקת זונה דאינה בכלל אשה הראויה לו ובזה ודאי לא גזר וכן כתב המהרי"ק להדיא בשורש קמ"א דמלתא דפשיטא היא היכא שהיא אסורה לו אינו בכלל שתי נשים עכ"ל וא"כ לא מבעי בעובדא דהח"ס דמיירי שם בגרושה שהחזיקה עצמה לאלמנה דאסורה עליו מה"ת. ודאי ליכא חדר"ג עליו. ואפי' בנ"ד שהיא אסורה עליו רק מדרבנן מ"מ מיקרי אשה שאינה ראויה לו ואינו בכלל נושא שתי נשים. ולא גרע ממאנס ומוש"ר דפסק הרמב"ם בהנ"ב (פ"א ה"ה ובפ"ג ה"ה) דאינו מחוייב לכונסה ומצי אף לגרשה דהיינו במוש"ר ועיין במל"מ שם א"כ כ"ש כאן לענין חדר"ג ודאי כיון שהיא אסורה עליו מדרבנן לא חל עליו חדר"ג כלל ומותר לו לישא אשה אחרת בלא היתר מק' רבנים ולענין תוספת כתובה כבר בארתי למעלה בסי' א' דאין לה תוספת וגם הוספת שליש מה שמוסיף על הנדוניא נמי אין לה דגם

אף לענין נדוניא גופא שהכניסה לו נ"ל דרק מה שהוא בעין נוטלת דלא גרע מזינתה ועוברת על דת אבל מה שאינו בעין אינה נוטלת אף דקיי"ל בשנייה אף שלא הכיר בה לענין נכסי צאן ברזל דינה כדין כל הנשים כמבואר בשו"ע א"ע סי' קט"ז ס"ד אבל לאחר העיון נראה דבנ"ד כיון שהיא הטעתו אין לה מה שבלה ונאכל דהא מה דאית לשנייה

נכסי צאן ברזל ככל הנשים הוא מטעם קנס כמבואר בכתובות (קא) דקנסוה רבנן לדידה בדידיה ולדידיה בדידה וא"כ דוקא היכא דכנסה סתם אף שלא הכיר בה מ"מ פשע בזה שלא חקר אחריה ולכך אית לה נמי תוספת כמש"ל ולכך קנסו אותו דהוא מחויב לשלם לה כל מה שבלה ונאבד מנכסי צאן ברזל אבל הכא כיון דהוא לא פשע כלל והיא הטעתו ומה שהוציא מהם ברשות הוציא ודאי דאין לה מדינא כמו ח"ל שלא הכיר בה וכיון שאינה נוטלת רק מה שבעין מן הנדוניא כ"ש הוספת שליש דזה ודאי מיקרי אינו בעין וזה דלא כדברי הב"ש בסי' קע"ו ס"ק כ"א ובסי' קט"ז ס"ק ג' דס"ל דהוספת שליש דינו כמו נדוניא בעין. ובאמת זה אין סברא כלל וכבר השיגו עליו כמה גדולי האחרונים בזה ופסקו דכ"מ שאינה נועלת מה שאינו בעין כ"ש הוספת שליש ודאי דאין לה וע"כ נ"ל דמותר להשליש לה גט אחר הרשיון מהממשלה יר"ה עם מה שיש לו מן הנדוניא בעין וישא אשה אחרת כנ"ל בזה וד' יצילנו משגיאות ויאיר עינינו בתורתו כל הימים:

כ"ד יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ד

שאלה איש אחד נשא אשה מעיר אחרת ואחר החופה כשנתייחדו והתחיל לדבר עמה דברה עמו דברים הנוטים לטירוף ושגעון ולא נתרצית לו ולמחר נתודע שגעונה וטירופה לעין כל ויש גב"ע מעיר מולדתה שחולי זה נמצא בה מכבר עד אחד העיד עליה בת"ע שראה אותה קודם החתונה משוגעת בטירוף דעת שהכתה אח אביה ושברה חלונות וכלים ועד השני העיד ששמע כמה פעמים קול צעקתה ובכייתה בטירוף ושגעון וראה את עיניה משונות כעיני המשוגעים. וכמה פעמים העמידו עליה שומר לשמרה והרופא שבעירה הסיח לפ"ת שהיא משוגעת לפרקים פעמים בתחילת החודש פעמים באמצעיתו פעמים בסופו והנה מחותני הגאון מוהר"ר ראובן הלוי נ"י אב"ד דק"ק מסטיסלאוו פלפל בזה ברוב חריפותו ובקיאותו והעלה שיש להתיר לו לישא אשה אחרת מטעם ס"ס. ספק שמא היתה בעת קבלת הקדושין התחלת שטותה שלא היתה יכולה לקבל הקדושין וכיון שהיא בגרות לא מהני מה שאביה עומד אצלה ואת"ל שהיתה חלומה עת קבלת הקדושין מ"מ לא הוה רק ספק קדושין מטעם כיון שנמצא בה חולי זה קודם הקדושין. ונדרשתי לחות דעי גם אני בזה וזה אשר השבתי בע"ה:

תשובה הנה לחוות דעי בזה אם הגיעה לכלל שוטה, גמורה שלא היתה ראויה לקבל קדושיה הוא ענין עמוק וצריכה עיון ושמעתתא כזו בעי צילותא רבה. אך מה שראיתי מה שכתב בזה מחותני הגאון שיחי' דאפי' אם נאמר דלא הוה שוטה גמורה מ"מ הוה מום דרוב ב"א מקפידים ע"ז ומצינו דבמקח וממכר כל שב"א מקפידים עליו הוה מום

גמור ומבטל המקח אמנם הגאון מהר"י אלחנן נ"י אב"ד דקאוונא השיב עליו וז"ל שאין לדמות מו"מ לקדושין דהא במכירה איסור דרבנן מבטל המכירה באם המקח הוא בעין. ודבר האסור מה"ת באינו בעין מבטל המקח כמבואר בחו"מ סי' רל"ד ואלו בקדושין אף בחייבי לאוין שלא הכיר בה לא נתבטלו הקדושין כמבואר בספרי בארוכה עכ"ל. הנה מה שהחליט הגאון מהרי"א דמום דאיסור לא הוה מום לגבי קדושין כבר בארתי למעלה בארוכה בע"ה וישבתי הדברים על נכון דודאי מום דאיסור הוה מום גדול אף באיסור דרבנן גם לגבי אישות כיון דאין ראוי לדור עמה. אך הא דבח"ל ושניות אף שלא הכיר בה בעי גיטא הוא מטעם כיון דלא דרש וחקר אחריה א"כ נראה דערב לו המקח אף באיסור. והדין עם מחותני הגאון שיחי' דגבי קדושין נמי במה שרוב בני אדם מקפידים ודאי דהוה מום כמו לגבי מו"מ. מ"מ נראה לפע"ד דבנ"ד א"צ לכל זה כיון שהעידו עליה שראו אותה בשגעון וטירוף הדעת מקודם אף דלא היו בה הדברים מסימני שוטה דחשיב הגמרא בחגיגה וא"כ אינה שוטה גמורה מ"מ כיון דיש לה טירוף הדעת א"כ היא משועממת ובמשועממת מצינו להדיא בתוספתא דג"כ הוה מום גמור. דז"ל התוספתא פ"ז דכתובות [הובא בתוס' ב"מ (פ.) ד"ה היו] א"ל קדש לי את בתך ע"מ שאין בה מומין א"ל שוטה היא נכפית היא משועממת היא אם אמר לו אותו המום ומום אחר עמו אין זה מקח טעות ע"כ. ונראה להדיא מהתוספתא ששוטה ומשועממת תרתי נינהו דמשועממת נקרא כל שעושה מעשים של שגעון שהמה זרים ונפלאים בעיני הבריות וכמו שמצינו ב"ב (ט:) עולא משגש ארחתי' דאימה ופירש"י משגש לשון מהומה ושגעון. אלמא כיון שעשתה דבר משונה שהוציאה דדיה שאין דרך נשים לעשות כן בפני אנשים נקרא שיגוש ומשום שיש לה בלבול הדעת במוח נקראת משועממת. אבל שוטה נקרא כל שיש לה הסימנים דחשיב בגמרא דחגיגה:

ואין לומר בנ"ד כיון שחולי זו הוה לה בעתים ידועים ולא בתמידיות אין זה מום ז"א דלא מבעי בנשים דמסתברא כיון שזה מום אפי' לפרקים נמי הוה מום דכיון דאיכא זמן שהוא נחשב לגבה מום, א"כ יוכל הבעל לומר אין אני רוצה לדור עמה וכן מוכח מהגמרא כתובות (עה.) דקאמר רב אשי זיעה אמזוהם קרמית התם גבי כהנים אפשר לעברה בקיוהא דחמרא ומריח הפה נמי אפשר דנקיט פילפלא בפומא ועביד עבודה אבל גבי אשה לא אפשר ופרש"י אבל גבי אשה שמדבר עמה כל שעה א"א אלמא דבאשה בעינן שתהא ראויה לו כל שעתא וא"כ גם מום לפרקים נמי הוה מום ואפי' בכהנים נלע"ד דמקרי ג"כ מום אם הוא משועמם לפרקים. דהנה לכאורה קשה דהא בתוספתא חשיב לשוטה ומשועממת לתרתי גבי נשים ולגבי כהנים לא מצינו דחשיב המשנה אלא

שוטה לבד. וזה א"א לומר דגבי כהנים לא מקרי משועמם מום. א"כ אמאי לא חשיב לה הגמרא בכתובות גבי מומין היתרים בנשים מבכהנים. אע"כ נראה דהא דחשיב במשנה בכורות (מד:) רוח קצרית באה עליו הוא שאחזתו רוח שגעון וטירוף וכן פרש"י שם בגמ' דמפרש רוח קצרית רוח בן נפלים. וכתב רש"י ע"ז רוח שטות ט"י שד. וזה פשוט דע"י שד הוא לאו דוקא דה"ה אם אחזתו רוח שגעון וטירוף ע"י חולי [ועיין מעילה (יז:) וברש"י שם ד"ה עאל] וזהו משועמם דחשיב בתוספתא לגבי שוטה דחשיב במשנה שם (מה:) וכיון דקתני רוח קצרית באה עליו והלשון של באה עליו משמע להדיא שהוא משועמם לפרקים אלמא דמשועמם לפרקים הוה מום אפי' לגבי כהנים וכ"ש שהוא מום בנשים

ויותר עלה בדעתי לומר דגם חולי מרה שחורה שאינו עושה שום שגעון וטירוף רק שלבו תמה עליו ויושב בדול מן הבריות. והוא רק בעצבון. נמי מקרי משועמם. ובנשים ודאי דהוה מומא דהא איתא בסוטה (כד:) איש לרבות אשת שעמום. ופירש"י ז"ל לקוי בתמהון לב וכן תרגם אונקלס על קרא דתמהון לבב ובשעממת ליבא אלמא דגם חולי מרה שחורה הוה בכלל משועמם שהוזכר בתוספתא גבי מומי נשים ואפי' לגבי כהנים נראה דהוה מום דהא כתב הרמב"ם ז"ל (פ"ח מהב"מ הט"ז) וז"ל מי שרוח רעה מבעתתו תמיד או בעתים ידועים הוה מום עכ"ל. ופי' של רוח רעה מפרש הוא בעצמו בפי' המשנה בפרק ב"מ וז"ל רוח רעה יש מן החולי הנזכר שיברח החולה ויבדל מן הטבע האנושי הממוצע כאשר יראה האור או כשיתחבר עם ב"א. וישתעשע ותנוח נפשו בחושך ובהתבודדת בעת השתוממת והדבר הזה נמצא בבעלי המרות עכ"ל וכן פירש"י ז"ל שם במשנה לפי' הס"א. ונראה מן פשטות הרמב"ם ז"ל דמפרש רוח קצרית דחשיב במומי כהנים וקאמר בגמרא רוח בן נפלים. שהוא חולי מרה שחורה דאל"כ מניין יצא להרמב"ם לומר דבר שלא הוזכר בגמרא אמנם בפי' המשנה בבכורות שם פירש וז"ל ורוח קצרית מקרה מחמת מרה השחורה כגון הנקראים בלשון ערב ממלבנין ואמדמין שגברה עליהן המרה השחורה כ"כ עד שנפסדו פעולת הגוף וכוחותי' עכ"ל נראה להדיא מדבריו אלו דדוקא מרה שחורה כי האי הוא דהוה מומא משום דלפעמים נשאר בלי הרגש מחמת החולי אבל מרה שחורה לבד לא הוה מומא [וצ"ע דבחיבורו לא הזכיר כלל רק רוח רעה מבעתו. דמשמע דמרה שחורה לבד נמי הוה מומא] וגם הרע"ב פי' שם שרוחו קצרה מחמת המרה שחורה הגוברת עליו לפרקים ונשאר בלי הרגש וא"כ לפי דבריהם לא הוה מום בכהנים מי שיש לו חולי מרה שחורה לבד. וכן משמע מדברי רש"י שהבאתי לעיל דפי' על רוח קצרה רוח שטות ע"י שד דפשטיות דבריו נראה דאחזתו רוח

שגעון וטירוף ולא מרה שחורה לבד אך לפי"ז הדק"ל אמאי לא חשיב משועמם מחמת מרה שחורה לבד במומין היתרים בנשים מבכהנים דהא בנשים נראה דודאי הוה מום כיון דחשיב בתוספתא במומי נשים משועמם ובארנו דמי שיש לו חולי מרה שחורה נמי מקרי משועמם:

ע"כ נ"ל לאמר דבר חדש דאף דפשטיות המשנה דבכורות דחשיב במומי כהנים חרש ושוטה הוא לכאורה דאיירי בחרש גמור שאינו שומע ואינו מדבר ובשוטה גמור כאותו דחשיב בחגיגה אבל אחר העיון נראה דז"א דקשה לי טובא דהא לא חשיב שם אלא מומין היתרים באדם מבהמה ופסולין רק משום שאינם שווים בזרעו של אהרן וע"כ לא מחלי עבודה ואם איתא דמיירי בחרש ושוטה גמור א"כ הלא דינם בכ"מ כקטן. וקטן הא עבודתו פסולה וכמו שמוכח מגמרא חולין (כד:) דממעטינן שם מאיש פרט לקטן דאינו בר עבודה. וא"כ פשיטא דעבודתו פסולה וזה פשוט בכמה מקומות בש"ס דהיכא דממעטינן קטן מאיש ממעטינן נמי חרש ושוטה ולגבי עונשין ממעטינן דקטן אינו בר עונשין מאיש אשר יעשה מכל חטאת האדם ממעטינן נמי מהאי קרא חרש ושוטה וכן גבי הא דאין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן נמי ממעטינן כולהו מחד קרא מדכתיב איש כי יתן. וכן לענין שליחות ממעטינן דחשו"ק אינם בני שליחות מדכתיב ויקחו לכם איש שה עיין רש"י גיטין (כג.) ד"ה דלאו וא"כ כ"ש לענין עבודה כיון דקטן אינו בר עבודה משום דלא מיקרי איש ה"ה נמי חרש ושוטה ומחמת זה לפע"ד מוכרח לומר דחרש ושוטה דחשיב בבכורות לא מיירי אלא בחרש ושוטה שאינם גמורים. חרש מיירי שאינו שומע בלבד. ושוטה מיירי שדעתו צלולה רק שהיא דלה וקלושה הרבה [עיין בשו"ע סי' מ"ד ס"ב בהגה' ר"י בשם הרמ"ה] ואף שדינם כפקחים לכל דבריהם מ"מ מום הוה שאינם שוים בזרעו של אהרן זה בדעתו וזה בשמיעתו. ולכך לא מחלי עבודה [וכהאי חרש ושוטה מיירי השו"ע או"ח בסי' קצ"ט ס"י בהג"ה דכתב שם וחרש ושוטה אם מכונים ומבינים מצטרפין לזימון אף שהחרש אינו שומע הברכות ועיין במג"א שפי' בשם הל"ח דמיירי בחו"ש שאינם גמורים יע"ש] אבל חרש ושוטה גמורים נראה דדינם כקטן ומחלי עבודה דהם לא הוי בכלל איש:

והנה על כלל זה שכתבתי דבכ"מ דממעטינן מאיש פרט לקטן ה"ה דממעטינן חו"ש לכאורה יש לדקדק ע"ז מהא דאמרינן בקדושין (י"ט.) אשת איש פרט לאשת קטן ומוקמינן לה בבן ט' שבא על יבמתו ולשיטת רש"י ז"ל שם ביאתו קונה לו מה"ת קנין גמור וכן הוא שיטת הרמב"ן הביאו הה"מ בה' יו"ח פ"ה הי"ח והביא מהירושלמי ראי' לדבריו יעי"ש אך מדרבנן עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול ונראה דהטעם הוא כיון

דהתורה ממעטה מחיובי דאשת איש ע"כ עשו חכמים ביאתו רק כמאמר א"כ נראה פשוט דבחו"ש דאמרינן בתוספתא וכן הוא בר"מ ושו"ע דביאתו היא ביאה גמורה אף לפטור צרתו ודאי דחייבין על יבמתו שיבמה כעל א"א גמורה דאל"כ אמאי חלקו חכמים בין ביאת ב"ט לביאת חו"ש ולפי מש"כ דכל היכא דממעטינן מאיש פרט לקטן ממעטינן נמי חו"ש קשה דאמאי מחלקינן הכא בין קטן לחו"ש. והנה גם לשיטת התוס' נמי יש לדקדק דס"ל מדאימעט הכתוב מחיובא דא"א ש"מ דאין ביאתו ביבמתו קונה לו מה"ת יש להקשות נמי מ"ש חו"ש דקונין ביבמה קנין גמור ולא ממעטינן מאיש כמו קטן אך לשיטתם ז"ל י"ל כיון דהתורה הקנתה לו ולהכי א"צ דעת מסתברא לן דלא מיעטה התורה מאיש כ"א קטן כיון שאינו בר הקמת שם בביאתו. אע"ג דאין איסור בביאתו כמו שאמרו ביבמות (קיא.) מפני שהוא ראוי אח"כ להקמת שם משא"כ חו"ש דבני הקמת שם בביאתם נינהו מסתברא להו דלא ממעטינן מאיש. אבל לאחר העיון נראה דגם לפירש"י צ"ל דהא דממעטינן דאין חייבין מיתה על אשת יבם בן ט' הוא לא מטעם הגריעותא מפני שהיא אשת קטן והתורה פטרה ממיתה על אשת קטן. ז"א דא"כ כשיגדל אח"כ אף שלא בא עליה משהגדיל חייבין עליה מיתה וזה לא משמע כלל אלא הטעם הוא שביאתו הוא אף שקנה מה"ת מ"מ הוא רק כמאמר בגדול לב"ש ושארי תנאים דס"ל דמאמר קונה ג"כ קנין גמור מה"ת מ"מ אין חייבין עליה מיתה כמו דאמרינן להדיא בנדרים (עה.) וכן נראה דלמ"ד דס"ל דלב"ש מאמר אינה קונה קנין גמור לפטור את הצרה וגם נמי לא סגי לה בגט אלא דבעי נמי חליצה ה"ה ביאת ב"ט מה"ת נמי אינה קונה לפטור את הצרה ולא סגי לה בגט אלא בעי נמי חליצה [ומדרבנן עשו ביאת ב"ט כמאמר לדידן] והטעם הא דביאת ב"ט הוא מה"ת רק כמאמר ולא כביאת גדול משום דהוא אינו בר הקמת שם עדיין ולכך א"ש הא דלא ממעטינן מאיש רק קטן ולא חו"ש כיון דהם בני הקמת שם נינהו אין סברא לומר דביאתם לא יקנה קניין גמור אף לחייב עליה מיתה ואין להקשות לפי מש"כ דביאת ב"ט הוא כמאמר לב"ש אמאי כתב רש"י דהוא יורשה ומטמא לה הא במאמר ס"ל לרבה ביבמות (כ"ט.) דגם לב"ש אינו יורשה ומטמא לה. ואף לרבא דס"ל דלב"ש היא ספק נשואה לחלוק בנכסים אבל מ"מ ודאי נשואה לא והכא גבי ביאת ב"ט ס"ל לרש"י דעושה אותה כודאי נשואה. ונראה דשאני מאמר דהוא ע"י קדושין א"כ לא עדיפא מכל ארוסה דעלמא אבל הכא ביאת ב"ט שהוא קנה אותה ע"י ביאה אף שביאתו לא הוה כיבוס גמור מ"מ קנה אותה ליורשה ולטמא לה:

אח"ז עיינתי ברמב"ן בחידושיו ליבמות (צו.) ונראה מדבריו שם דהוא מדקדק מדברי רש"י דקדושין דפי' דקנה רק ליורשה ולטמא לה ולא פירש לענין זה דסגי לה בגיטא

מה"ת דע"כ כונת רש"י הוא דקנה רק לענין זה מה"ת אבל לא דסגי לה בגיטא וגם אינו פוטר צרתה וזהו ע"ד שפירשתי דהוא כמאמר לב"ש. אבל הרמב"ן השיג ע"ז שם וכתב וז"ל אך בזו יש, לעיין וכי היכן מצינו קונה לשאר הדברים ולא לדברים האמורין בפרשה לפטור בגט ולפטור צרה מן היבום אלא הכרעה שלישית יש לנו להכריע חוץ משתי הסברות של רש"י דמדאורייתא קונה אותה לכל דבר של יבום אבל מדבריהם עשו אותה כמאמר לגמרי ומתני' הכי קתני קנאה להצריכה גט לכשיגדיל כו' עכ"ל ונראה דכונת הרמב"ן הוא להשיג דהא שם (נו.) פליגי רב ושמואל בביאת שוגג דרב אמר קנה לכל ושמואל אמר לא קנה אלא לדברים האמורים בפרשה לירש בנכסי אחיו ולפוטרה מן היבום אבל בתרומה לא אכלה וכן אינו יורשה ומטמא לה כדפי' שם התוס' וא"כ האיך אפשר לומר דביאת קטן תהיה להיפך דקנה ליורשה ולטמא לה ולא לענין דברים האמורים בפרשה ואני התבוננתי דבלא השגת הרמב"ן א"א לומר כן בדברי רש"י דכונתו הוא דקנה דוקא ליורשה ולטמא לה אבל לא דסגי לה בגט א"כ ע"י ביאת קטן הויא אשת שני מתים מדאורייתא כיון דלא פקע הזיקה מן הראשון ובעי עדיין חליצה או ביאה מן התורה להפקיע זיקה הראשונה וכיון שגם הקטן קנה אותה מה"ת א"כ הוה גם אשת הקטן מדאורייתא והויא אשת שני מתים גמורה ואמאי אמרינן שם דבעי חליצה ואין לומר דהוא מדרבנן כיון דחכמים עשו כמאמר לכך לא חלקו בין ביאה זו למאמר ובעי חליצה מדרבנן זה א"א לומר דהא רבא קאמר שם להדיא דהא דאינה מתיבמת הוא מטעם גזרה ומוכיח מן המשנה דגזרו על זיקת שני יבמין אף בלא צרה א"כ ע"כ דאין זה אשת שני מתים. ויותר קשה דאמאי ס"ל להמשנה (צו:) דהראשונה חולצת ולא מתיבמת והשניה חולצת ומתיבמת ואמאי הא הוה צרה דאשת שני מתים והאיך היא מתיבמת. ונפלאתי על מה דלא השיג הרמב"ן על רש"י מחמת קושיא זאת ואולי יש להרמב"ן שיטה אחרת בזה וס"ל דאף לב"ש דס"ל דמאמר קונה קנין גמור מ"מ לא הויא אשת שני מתים וזה דלא כדמשמע מדברי התוס' שם (כט.) ד"ה לא כו' ועיין בדברי רש"י שם (לא:) ד"ה אלא מדרבנן כו' ויש לי הרבה להאריך בזה ויבואר במ"א אי"ה:

ע"כ נראה לפע"ד עיקר דגם כונת רש"י הוא כדברי הרמב"ן דמה"ת קנה בביאתו לגמרי לכל דבר וסגי לה בגט ופוטר צרתה מדאורייתא וכן נראה מדברי רש"י דנדה (מה.) דכתב שם דקנה וזכה בנכסי אביו. א"כ זה הוה מדברים האמורים בפרשה מ"מ נראה דאף לפי"ז יש לישב דברי רש"י דמה שהקשיתי דמ"ש ביאת קטן דממעט הכתוב ממיתה ולא ביאת חו"ש מטעם דקטן הוא אינו בר הקמת שם אכן מדברי הרמב"ן שם משמע דלא כדברי וס"ל דממעט הכתוב ממיתה משום דביאת קטן הוה בלא דעת לשם יבום

דכתב שם וז"ל ומשמע (כצ"ל) דלרב דאמר קנה לכל בביאת שוגג כי פטר רחמנא אשת יבם ב"ט ממיתה גזרת הכתוב הוא ביבם [ב"ט] ולא בשאר שוגגין ולשמואל כשם שזו פטורה כן כולן פטורות משום לא ריבה הכתוב שוגג כמזיד אלא לדברים האמורין בפרשה ודילמא מהתם גמר לה עכ"ל אף שמדברי הרמב"ן הללו אפשר לדחות ולומר דגם הרמב"ן מודה דלרב הא דפטר הכתוב אשת יבם ב"ט ממיתה הוא משום דאינו בר הקמת שם אבל לאחר העיון ז"א דהא הרמב"ן שם (נא:) הביא דברי הראב"ד על קושית הראשונים דהקשו על דברי ר"ש דקאמר אם ביאת ראשון ביאה ביאת שני אינה ביאה ת"ל דאם ביאת הראשון ב"ט הוא ביאה א"כ אסורה לראשון משום שזינתה עם השני ותירץ הראב"ד שם כיון דהתורה פטרה אשת יבם ב"ט ממיתה א"כ אין דינה כא"א גמורה והרמב"ן השיג ע"ז וכתב וז"ל ולדידי לא נהירא דלרב דאמר לקמן (כו:) קנה לכל ואפי' בביאת חרש נמי קנה קנין גמור לכל קטן נמי ליקנו לכל וצ"ע עכ"ל. וכונתו להקשות דהא ודאי ביאת קטן נמי קנה לכל כמו בביאת חרש א"כ אין סברא לומר שלא תהא אסורה על בעלה בביאת אחר א"כ הרי מבואר להדיא בדבריו דס"ל דמה"ת אין לחלק בין ביאת חרש לביאת קטן וצ"ל לפ"ז דס"ל דגם על ביאת יבם חרש נמי פטור ממיתה וזה דלא כפי מה שהיה נ"ל לכאורה לדבר פשוט דמדחלקי חכמים בין ביאת קטן לביאת חרש דביאת קטן עשו כמאמר ולא ביאת חרש משום דעל ביאת יבם קטן פטור ממיתה אבל לא על ביאת יבם חרש ולדברי הרמב"ן ע"כ ז"א דהוא לא ס"ל לחלק בין ביאת קטן לביאת חרש אכן דעת הראב"ד נראה כמש"כ לחלק בין ביאת חרש לביאת קטן מפני שהוא אינו בר הקמת שם לכך ס"ל דרב דאמר דקנה לכל הוא דוקא בביאת חרש אבל לא בביאת קטן ולהכי ס"ל דאינה נאסרת עליו בביאת אחר:

ולפי מה שבארנו יתישב שפיר מה דהקשה הרשב"א בקדושין שם לשיטת רש"י והראב"ד דס"ל דביאת יבם ב"ט קנה מה"ת וז"ל וקשה לי ע"ז דא"כ אמאי גרעינן מלאוקמי במייעד לבנו קטן דמאי קושיא אי מצינו א"א לקטן אימא אה"נ אלא דרחמנא מיעטיה ממיתה כדאמרינן השתא כי מוקמת לה ביבמה לקטן עכ"ל אף שהפ"י כתב ע"ז וז"ל ודבריו אינם מובנים לי דודאי ר"א לא חייש השתא להאי דיוקא דמעיקרא דא"כ מצינו אישות לקטן דשפיר איכא למימר דאפ"ה גזרת הכתוב למעט ממיתה כדאמרינן לענין יבם אלא דעיקר מימרא דר"א דלא נפשוט לאידך גיסא דמייעד כו' והיינו דאמרינן בתר אוקימתא דר"א מאי הוה עלה אלמא דלא נפשטה האיבעיא ולהרשב"א ז"ל צ"ע עכ"ל אבל לפע"ד נראה דכונת הרשב"א הוא להקשות טל דברי ר"ז דמביא ראיה דע"כ אין יעוד לקטן דאי אמרת מייעד א"כ מצינו אישות לקטן וס"ל דזה אין סברא לומר דאף

שהיא אשתו גמורה מ"מ פטרה התורה ממיתה מפני שהיא אשת קטן וע"כ אוקי ר"ז לקרא על אשת יבם ב"ט כדאוקי ר"א וע"ז הקשה הרשב"א לשיטת רש"י והראב"ד כיון דיבם קטן נמי קנה מה"ת מ"מ פטור ממיתה מנ"ל לר"ז להוכיח מזה דאינו מייעד כן הוא כונת הרשב"א בקושיתו. אבל לפי מש"כ דהא דפטר על אשת יבם ב"ט ממיתה הוא או מפני שהוא אינו בר הקמת שם או מפני שהוא אינו בן דעה לכך לא קנה קניה גמורה לחייבה מיתה. א"ש מה דפשיט ר"ז דאין יעוד לקטן ומ"מ שואל הגמרא מאי הוה עלה משום דאיכא למימר כסברת המדחה דאף אם יש יעוד לקטן מ"מ פטרה התורה ממיתה מפני שהיא אשת קטן ולפ"ז ודאי נראה דה"ה אם ייעדה לבנו חרש או שוטה דפטר עליה ממיתה אך לפי המסקנא דפשטינן דאין יעוד לקטן וע"כ הקרא קאי רק על יבם ב"ט לפי דעת הראב"ד נראה דהא דמיעטה התורה ממיתה הוא דוקא ביבם קטן משום דאינו בר הקמת שם אבל לא ביבם חו"ש אבל לדעת הרמב"ן ה"ה בחו"ש כיון שאינו בן דעה וכמש"ב:

עוד יש לדקדק על כלל זה שבארנו דכל היכא דממעטינן מאיש פרט לקטן ה"ה חו"ש מהא דאמרינן ביבמות (ק"ד:) אמרי דבי ר' ינאי חרש שנחלץ וחרשת שחלצה חליצתה פסולה משום דאינם בואמר ואמרה ולפ"ז קשה ל"ל האי טעמא בחרש גמור ת"ל דאיש כתיב בפרשה דממעטינן מיניה קטן א"כ ה"ה חו"ש והא זה נפקותא גדולה לדינא דבחליצת קטן דאמעיט מאיש פסקינן דאינה כלום ובחליצת חרש דפסולו הוא משום דאינו בואמר פסקינן דהוה חליצה פסולה ובאמת נראה דמטעם זה פסק הרמב"ם (בה' יו"ח פ"ד ה"ג) דחליצת חרש וחרשת נמי אינה כלום ועי"ש בהה"מ דמבאר טעמו של הרמב"ם כיון דחליצת קטן אינה כלום ה"ה חליצת חרש דהשוו אותם חכמים בכל מקום בכל דבר שצריך דעת וזהו כדברינו דכיון דממעטינן מאיש פרט לקטן כיון שאין בו דעה ה"ה חו"ש אבל לפי דעת הראשונים דמחלקין בין חרש לקטן כדמשמע מפשטות הגמרא שם דבחרש פסולו הוא רק משום דאינו בואמר ואמרה משום דבן דעה הוא לענין חליצה היכא דאחרים מלמדין אותו לפי דעתם קשה דמ"ש מקטן דממעטינן מאיש אע"ג דהוא נמי בן דעה לענין חליצה כמו חרש וכמש"כ התוס' שם דהא כל היכא דממעטינן מאיש פרט לקטן ממעטינן נמי חרש ויש לישב כיון דבקרא דילפינן מיניה פרט לקטן קאמר שם לא יחפוץ האיש לקחת את יבמתו לכך מסתבר יותר דהקרא קאי דוקא למעט קטן כיון שהוא אינו בר יבום כלל כמש"כ התוס' והרשב"א בקדושין דילפינן מאשת איש פרט לקטן אבל חרש כיון דהוא בר יבום לא ממעטינן אותו מהאיש אבל לדעת הרמב"ן דס"ל דגם קטן הוא בר יבום וקנה אותה לכל דבר קשה דמ"ש חרש מקטן לענין חליצה ונראה

דע"כ צ"ל לפ"ז דהך כללא דכל היכא דממעטינן מאיש פרט לקטן ה"ה גם חו"ש הוא דוקא היכא דממעטינן קטן מפני שאינו בר דעה ה"ה לחו"ש נמי כיון שאינם ב"ד דינם כקטן אבל הכא גבי חליצה הא קטן וחרש ב"ד נינהו כמו שביאר גם הרמב"ן והרשב"א שם אלא דגזה"כ הוא למעט מהאיש פרט לקטן דאינו בר חליצה לכך לא יכולין למעט מזה גם חרש ואינו פסול אלא משום דאינם בואמר ואמרה כנ"ל וכן יש להקשות לדברינו מירושלמי דתרומה דמצריך תרי קראי למעוטי קטן ולמעוטי חו"ש דאין תרומתם תרומה דאמאי לא ממעטינן כולם מחד קרא אך לפי מש"כ התוס' בחולין (יב:) ד"ה ותבעי כו' דקראי דמביא הירושלמי הוה אסמכתא בעלמא א"ש:

ועתה נשובה לדברינו שבארנו דלענין עבודה נראה ברור כיון דמיעטה התורה מאיש פרט לקטן דפסול לעבודה ושם ודאי הוא משום דאינו ב"ד דבעבודה בעי כונה ומתעסק פסול ובכל ד' עבודות בעי כונה כמ"ש התוס' ריש זבחים יעו"ש א"כ ה"ה נמי דממעטינן חו"ש ואם כן ע"כ צ"ל דהא דאמרינן בבכורות דחו"ש פסולין לעבודה משום דאינו שוה בזרעו של אהרן ע"כ מיירי בחרש שאינו גמור אלא שאינו שומע בלבד. ושוטה נמי שרק דעתו דלה וקלושה ומשונה משאר ב"א. אמנם ראיתי להגאון בעל נו"ב בתשו' א"ע (סי' נ"ג) דחתר ג"כ למצוא פשר דבר בחרש דמתני' דבכורות אי מיירי בחרש גמור או בחרש המדבר ואינו שומע ולענין מומי נשים מסכים שם דזה ודאי דחרש שאינו שומע לבד הוה מום והביא ראיה מפ' החובל (פה:) חרשו נותן לו דמי כולו וכתב מ"מ י"ל דלגבי כהנים לא הוה מום ומה דלא חשיב זה גבי מומין היתרים בנשים מבכהנים הוא משום דלא משכחת שתמצא חרשת אחר הקדושין והוא לא ידע דהאיך נתקדשה אם לא כשהוצרך לרמוזי וא"כ ראה ונתפייס אם לא כשנתקדשה ע"י שלוחה או בקטנה ע"י אביה וכ"ז לא שכיחי כו' עכת"ד ולפע"ד ראייתו מדלא חשיב במומים היתרים בנשים מבכהנים היא ראייה גדולה ג"כ דגם באינו שומע לבד הוה מום בכהנים ודחייתו לא ידעתי דבשלמא בשומא בפדחתה שפיר פרכינן שם בכתובות הא ראה ונתפייס משום דאסור לקדש עד שיראנה ומסתמא ראה אותה אבל בחרשת אפשר לומר דאף שראה אותה לא דבר עמה והקדושין קבלה ע"י אחר או ע"י אביה וגם אפשר שקבלה בעצמה הקדושין באופן שלא דברה ומהיכא תיתי לו למימר דאין זה שכיח. אלא נ"ל ברור דחרש דמתני' דבכורות מיירי באינו שומע לבד וכן מצינו בכמה מקומות דחרש מיקרי מי שאינו שומע לבד כמו בנדרים (עג.) אמרינן בברייתא ושמע אישה פרט לאשת חרש ומיירי בחרש שאינו שומע לבד יעו"ש ברא"ש ובש"מ וכן בסנהדרין (עא:) לענין בן סורר ומורה אמרינן שם ואמרו ולא אלמין כו' איננו שומע בקולנו ולא חרשין וכן במתני' יבמות שהבאתי למעלה חרש

שנחלץ וחרשת שחלצה חליצתה פסולה פירשו הרמב"ן והריטב"א דלפי דעת הירושלמי ואפשר לומר גם להגמרא דידן מיירי באינו שומע לבד דזה נמי מיקרי שאינם בואמר ואמרה דבעי שתהא שומעת מה שהוא אומר לא חפצתי לקחתה וכן הוא שומע מה שהיא אומרת לא אבה יבמי ונפלאתי על מה שלא הביאו בשו"ע דעתם שאינו שומע לבד נמי פסול לחליצה אח"כ מצאתי שהגאון רעק"א העיר בזה:

אח"ז ראיתי שמהתוס' דבכורות (לז.) ד"ה מה הפרט כו' מוכח להדיא דחרש דמתני' דבכורות מיירי באינו שומע לבד. דז"ל וא"ת מ"ש דהכהו על אזנו וחרשו חשיב מום התם ועבד יוצא לחירות דהוי מום שבגלוי ואינו חוזר ולקמן בפרק מומין אלו (מד. מה) תנן חרש שוטה וקטן [וקטן ט"ס דליתא במשנה] פסולין באדם וכשרין בבהמה ובאדם לא מיפסלי אלא משום דאינו שוה בזרעו של אהרן כדמפרש לקמן ואין לחלק [כצ"ל] בין חרש בידי אדם לחרש בידי שמים כו' עכ"ל ואם נימא דחרש דהתם הוא דוקא חרש גמור היינו שאינו שומע ואינו מדבר אבל אינו שומע לבד לא הוה מום א"כ הו"ל להתוס' להקשות יותר דמ"ש גבי עבד חשיב מומא אינו שומע לבד ובאדם לא הוה מום כלל והתוס' כתבו שם דלא מיפסלי אלא משום דאינו שוה בזרעו של אהרן אע"כ דמפרשי כמש"כ דהכא מיירי בחרש שאינו גמור אלא שאינו שומע בלבד ודלא כהנו"ב. ואפשר לומר דהאי כללא דכייל לנו חז"ל בחגיגה דחרש שדברו בו חכמים בכ"מ הוא אינו שומע ואינו מדבר וכן בשוטה דקאמר שם איזה שוטה היוצא יחידי כו' הוא דוקא היכא דחשיב חרש שוטה וקטן כאחת וכן משמע לישנא דגמרא דחגיגה (ב:) תנא חרש דומיא דשוטה וקטן מה שו"ק דלאו בני דיעה נינהו אף חרש דלאו בר דיעה הוא ועיקר דיוקא הוא משום דתנא דומיא דקטן אע"ג דמדברי רש"י שם משמע דעיקר דיוקא הוא משום דתנא דומיא דשוטה מ"מ נראה דלאו דוקא אלא דגם שוטה נמי לא פסיקא לן דמיירי בשוטה גמור אלא היכא דקתני שוטה וקטן כאחת דאז מיירי בשוטה גמור שהוא לאו ב"ד דומיא דקטן אבל היכא דחשיב חרש לבד או אפי' היכא דחשיב חרש ושוטה רק כיון דלא חשיב גבייהו קטן איכא למימר דמיירי בחרש שאינו גמור אלא שאינו שומע בלבד ושוטה נמי היכא דמשונה בדעתו משאר ב"א שדעתו דלה וקלושה שזה מיקרי נמי לפעמים שוטה ולולי דמסתפינא הייתי אומר דחרש דמתני' דבכורות מיירי בחרש כל דהו היינו שאינו שומע לבד או אינו מדבר לבד כההוא חרש דחשיב שם בחגיגה וכדמפרש שם בגמרא וכן איתא בירושלמי דריש תרומות דחרש כל דהו כנזכר מקרי לפעמים בדבריהם סתם חרש א"כ לפ"ז גם כהן אלם פסול לעבודה ובזה יתיישב ג"כ דהא אילמת ודאי דהוה מום בנשים ואם נאמר דחרש הוא רק שאינו שומע לבד אבל לא אלם ולא הוה מום בכהנים

אמאי לא חשיב זה גבי מומין היתרים כו' אף שזה אפשר לדחות ולומר כיון דחשיב גבי מומי נשים קול עבה א"כ לא צריך לחשוב גם אלם דהוה כ"ש מ"מ מסברא נ"ל דאלם לגבי כהנים הוה מום דהא לא מיקרי שוה בזרעו של אהרן ואף שאין שום שינוי בגופו לא גרע משכור משאר דברים המשכרים עיין בכורות (מה:) דפסול הוא משום שאינו שוה בזרעו של אהרן מ"מ ראיתי מכבר להגאון בעל חות יאיר דכתב בפשיטות דאלם כשר לעבודה וגם הפוסקים לא הזכירו זאת להדיא ע"כ בטל דעתי כנגד דעתו הרחבה אבל בחרש שאינו שומע הדבר ברור דהוא פסול לעבודה ובזה מיירי המתני' וכן בשוטה איירי בשוטה שאינו גמור:

ולפי מה שבארנו נתישב שפיר מה שהקשינו למעלה דאמאי לא חשיב במומי כהנים גם משועמם מחמת מרה שחורה דהא גבי נשים ודאי דהוה מומא כמו שהוכחנו לעיל מהתוספתא וכיון דלא חשיב זאת במומין היתרים בנשים מבכהנים ע"כ דגם גבי כהנים נמי הוה מומא אבל לדברינו דהמשנה מיירי בשוטה שאינו גמור ניחא כיון דהמשנה מיירי רק היכא שהוא משונה בדעתו משאר ב"א והיא דלה וקלושה א"כ משועמם מחמת מ"ש כייל המשנה בכלל שוטה ולא חשיב משועמם בלבד למום אבל התוספתא מבאר יותר וחשיב משועמם ושוטה בתרתי. א"כ לפ"ז משועמם מחמת מ"ש אינו פסול לעבודה אלא בשעה שאחזתו המ"ש דזה הוה כעתים חלים ועתים שוטה ושם משמע דאינו פסול לעבודה אלא בעת שטותו אבל בשעה שהוא חלים והוא כשאר בני אדם הוא כשר לעבודה:

העולה מכל דברינו אלה שבארנו לדינא דלפי דברי רש"י שפי' על רוח קצרית באה עליו דהיינו רוח שטות אם הוא משוגע לפרקים הוה מום אפי' לגבי כהנים ואפי' בעת שהוא חלים ג"כ פסול לעבודה ולא נאה לאיש כזה לעבוד לפני המלך הכבוד וכ"ש דהוה מום לגבי נשים ואם הוא מרה שחורה לפרקים לפי דברי רש"י אינו פסול לעבודה אלא בעת אחזתו המ"ש דאז הוא בכלל שוטה דחשיב במתני' אבל בעת שהוא חלים והוא כשאר בני אדם הוא כשר לעבודה ולדברי הרמב"ם בחבורו בעל מ"ש פסול לעבודה אף בעת שהוא חלים דהא כתב הרמב"ם דר"ר מבעתו לעתים ידועים פסול לעבודה דהוא מפרש דזהו רוח קצרית באה עליו אבל לדברי הרמב"ם בפי' המשנה ולדעת הרע"ב דפירשו רוח קצרית באה עליו היינו שנשאר לפעמים בלא הרגש אין לנו ראיה לפסול לעבודה אפי' אם הוא משוגע לפרקים דבעת שהוא חלים איכא למימר דהוא כשר לעבודה. רק בעת שהוא משוגע ודאי דפסול אפי' לא הגיע לכלל שוטה דחגיגה דזה נכלל בכלל שוטה דמתני' דאפי' בעל מ"ש לבד נמי פסול לעבודה בעת שאחזתו המ"ש וכמש"ב. וכ"ז לגבי

כהנים אבל לגבי נשים אפי' היא מ"ש לפרקים נמי הוה מומא ואין לנו לחלק בין אם הויא אצלה בתמידיות או לפרקים דכיון דאיכא זמן שנחשב לגבה מום א"כ יוכל הבעל לומר אין אני רוצה לדור עמה כמו שהבאתי ראיה לעיל מדברי הגמרא:

ועתה נבוא לנ"ד באשה זו שהיא משוגעת לפרקים אע"ג דלא הגיעה לכלל שוטה דריש חגיגה מ"מ מתורת משועממת ודאי דלא נפקית א"כ ודאי דהוה מום ואין לה כתובה ולא תוספת ומום שבגלוי נמי לא הוה כיון דהטירוף הוא אצלה לפרקים ידועים א"כ יכולים אביה ואמה לשומרה שלא תלך לשוק כדי שלא יתודע זאת והוה כמו נכפה לזמן דמקרי נמי מום שבסתר מהאי טעמא ועיין ברמב"ם (בה"א פכ"ה ה"ב) דמסיים שם והדברים האלו דברים של טעם הם ואינם גזה"כ עכ"ל וא"כ יש לנו ללמוד מזה דכל היכא שיכולים לשמור שלא יודע מום זה לרבים מקרי מום שבסתר וראיה לזה שאביה ואמה הסתירו הדבר כי כאשר היה צריך לעשות גב"ע עליה אם היה אצלה המום מקודם לא השיגו רק אנשים מתי מספר שידעו מזה בכרך גדול כזה וזה שידעו האנשים האלו היה ג"כ מחמת שבאו לביתה וראו כל הנעשה עמה. ועיין בשו"ע א"ע (סי' ל"ט ס"ד) דיש מומים שאף שיש מרחץ בעיר לא מהני:

והנה לפי מה שבארנו נלפע"ד דיש לצדד הרבה דאין אשה זו צריכה גט מה"ד אף מספיקא ול"ד לכל מומין דצריכה גט מספיקא דהנה על הא דאמר רבא בכתובות (ע"ג:) דלכך בכנסה סתם בעי גט משום דתנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא וגבי איסורא לחומרא פירש"י שם משום דספוקי מספקא ליה על סתם ב"א אי קפדי באשה נדרנית או לאו הקשה הפנ"י ע"ז וז"ל ומיהו יש לדקדק דהא לקמן פשיטא לן חזקה דאין אדם מתפייס במומין ואמרינן נמי בדוכתא טובא חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו והאיך קאמר הכא דמספקא לן בסתם ב"א אי קפדי במומין ונדרים לכך נראה דדוקא בכנסה כתב רש"י דמספקא לן בסתם ב"א שכונסין סתם אי אמרינן דקפדי משום חזקה דאין אדם מתפייס במומין או איפכא דחזקה שאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו ומסתמא ראה ונתפייס ודוקא בכנסה שייך האי ספיקא אבל בקידשה לחוד מסתמא דעתו לבודקה והוה ליה סימפון ולא בעי גיטא כנ"ל עכ"ל ולדבריו כיון דהא דבעי גיטא גבי מומין מספיקא הוא מטעם דיש כאן חזקה דאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו נגד חזקה דאין אדם מתפייס במומין לכך הוה ספיקא דאורייתא נראה ברור דגבי מומין שאינן נבדקין כלל כגון נכפית לזמן או כמו נ"ד שהיא משועממת לפרקים ודאי גם רבא מודה דלא בעיא גיטא כלל מה"ד משום דהא התם יש חזקה דאין אדם מתפייס במומין כנ"ל. ואף לפי דעת תי' הב' של התוס' שם (עב:) ד"ה ע"מ והרא"ש דס"ל דאף

בקדשה סתם ונמצא אח"כ מומין דבעי גיטא מספיקא. וסברי דגם גבי מומין מספקא לן על סתם ב"א אי קפיד או לא ולפי"ז ודאי דאין חילוק בין מומין שנבדקין בשעת כניסה או לא. מ"מ נ"ל דגבי מומין גדולים דאנן סהדי דקפדי אינשי בזה גם הם מודים דלא בעי גט מה"ד בקדשה סתם או בכניסה וא"א לבודקה כגון נכפית או משועממת לזמן וכן הובא בש"מ שם לתרץ קושית התוס' שהקשו מאי איריא ע"מ הא אפי' סתם נמי דלהכי אמרינן דארוסה לכהן לא תאכל בתרומה משום גזירת סימפון אלמא דמומין מבטלין הקדושין ותירץ הריב"ש דדוקא במומין קטנים כגון אותן שפוסלין בכהנים בזה כשלא אתני מספקינן אם אדם מקפיד ע"ז אם לאו אבל במומין הגדולים כגון ריח הפה והחוטם ומכות שבגופה אף כשלא אתני נמי הוה מקח טעות ולהכי לא תאכל המאורסת לכהן בתרומה משום דחיישינן למום גדול וכן תירץ הר"י מטראני ומשועממת נמי הוה ממומין גדולים עיין בתשו' הרא"ש כלל מ"ב דכתב שם גאון אחד דנכפית הוה ממומין גדולים משום דמדמי בפ' האומנין נכפית לשוטה ומשועממת יעו"ש אף שלכאורה נראה דהתוס' לא ס"ל לחלק בהכי מדלא מתרץ התוס' כתי' הריב"ש והרי"מ דהא דחיישינן לסימפון היינו למום גדול וכן כתב הש"מ דהתוס' לא ס"ל הכי אבל לפע"ד אינו נראה כן ובודאי גם התוס' מודים לדבריהם אלא דס"ל דהא דחששו חכמים לסימפון משום דזה מיעוטא דשכיחי והוא דוקא אם חיישינן לכל המומין הפוסלין בכהנים אבל אם חיישינן רק למומין הגדולים ודאי דלא היו חוששין בזה לאסור אותה בתרומה כיון דזה לא שכיח וכן כתבו התוס' שם (נח.) ד"ה הנהו כו' וז"ל ומפר"ת קלא אית להו ולא שכיחי ולא חיישינן בהו לסמפון כיון דלא שכיחי והנהו נמי דפ' האומנין לא שכיחי כו' עכ"ל. ונראה דגם רש"י מודה לזה דהני מומין דחשיב בפ' האומנין הם לא שכיחי רק רש"י ס"ל דליסטים מזויין או מוכתב למלכות גבי עבד הוא שכיח מדהתקין ר"י בשטרא דעבדי עבדא דנן מוצדק לעבדות ופטור ועטיר מן ערורי מלכא ומלכתא ולפי' ר"ת ע"כ צריך לדחוק לדבריו דזה משום שופרא דשטרא אבל רש"י לא ניחא לי' בהכי:

אך כ"ז בכניסה לבד דבזה נראה לפע"ד דבמומין גדולים כה"ג וגם שאין כאן חזקה דאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו כיון שהוא לפרקים לא בעי גט מה"ד אלא מדרבנן בלבד לכמה שיטות הגדולים כמש"ב. אכן אם נבעלה כיון דאנן קיי"ל דאין אדם עושה בב"ז א"כ נראה דבעי גט מה"ד מטעם הביאה אף במומין גדולים כה"ג אך שאין לה כתובה וא"כ בנ"ד שיש כאן עדי סתירה צריך לחקור בזה אם נאמן לומר שלא בא עליה ואינה צריכה גט מה"ד או לא ונראה לפע"ד כיון שהוא טוען שלא בא עליה מפני שלא נתרצית לו מחמת טירופה ושגעונה ואנו רואין אמתלא שלו מבוררת הנראה לכל כי נתגלה ביום

מחר טירופה ושגעונה לעיני כל נראה דבכה"ג הוא נאמן ולא אמרינן בזה לא מוקים אינש אנפשי' ובודאי בא עליה כיון שיש כאן טעם הגון לדבריו א"כ לא אמרינן בזה הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ויותר מזה דעת הב"ש בסי' קי"ז ס"י בדין דפסק השו"ע דבא על אשתו כו' וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אין שומעין לו וכתב שם בהג"ה ואם שהה עמה ל' יום אינו נאמן לומר שלא בעל והקשה הח"מ דהא קיי"ל בסי' ס"ח לענין טענת בתולים כר"י כיון דנסתרה עמו מיד צריך לטעון ט"ב ואם לאו אינו יכול לטעון ואמאי פסק הרמ"א דעד ל' יום נאמן ותירץ הב"ש דהרמ"א פסק כן אליבא דאוקימתא דרבא שם דאמר אף לר"י לא אמרינן דבעיל מיד היכא דאיכא איזה טעם דלא בעיל כי הא דאמר שם ביבמה אמרינן דאוקי נפשי' עד ל' יום משום דמבזז בזיז מינה כו'. אע"ג דקיי"ל ביבמה אפי' תוך ל' צריכה ממנו גט היינו לחומרא אבל לקולא, י"ל דלא בעל ה"ה להוציא ממנו הכתובה כן ה"נ י"ל כשראה המומין לא בעל כו' ועדיין לא גמר בדעתו אם ימחול כו' עכ"ל א"כ ס"ל להב"ש דגם ביבמה עד ל' יום לא אמרינן דודאי בעל אף שהטעם דמבזז בזיז הוא טעם קלוש ולהכי באמת ר' יוחנן שם לא ס"ל טעם זה וסובר דגבי יבמה אמרינן דודאי בעיל. וכן טעם של הב"ש לענין מומין דמשום דראה המומין לא בעיל הוא ג"כ טעם קלוש דא"כ אמאי לא טען זה מיד למחר והב"ש דחק בטעמו משום דעדיין לא גמר בדעתו אם ימחול או לא וא"כ הרי חזינן דאפי' היכא דאיכא רק טעם קליש' אמרינן דאין כאן חזקה דודאי בעיל משום דלא מוקי אינש אנפשי' כ"ש בנ"ד שנותן טעם הגון לדבריו ואמתלא שלו מבוררת נראה דודאי אין כאן חזקה דבעל:

ובאמת נ"ל דאף לפי דעת הח"מ שם שחלק על הרמ"א וסובר כיון דנסתרה אינו נאמן לומר שלא בעל. היינו דוקא אם מיד לאחר היחוד לא אמר כלום דאז אמרינן דאינו נאמן ממ"נ אם לא בדק אז ומצא בה מום אמאי לא בעל אותה ואם בדק אותה אז ומצא בה מום ולכך פירש ממנה אמאי שתק ולא אמר מיד כלום וסברת הב"ש דקאמר שם משום דעדיין לא גמר בדעתו אם ימחול לא ס"ל אבל אם לאחר היחוד מיד טוען שלכך לא בעל אותה משום דמצא בה מומין ודעתו לגרשה גם הח"מ מודה דנאמן לומר שלא בעל ואינו מחוייב ליתן כתובה ובזה נתישב לי הא דאמרינן כנסה סתם ונמצא בה מומין תצא שלא בכתובה וכן הא דאמרינן נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראי' שעד שלא נתארסה היו בה המומין דלכאורה קשה הא לפי דעת רוב הפוסקים סתם כניסה הנזכר בגמרא הוא יחוד הראוי' לביאה א"כ לפי הפוסקים שפסקו דהיכא דבעל אע"ג שלא שהה אח"כ אינו יכול לטעון טענת מומין וחייב ליתן לה כתובה. משום דמסתמא בשעת ביאה בודקה יפה. עיין ב"ש שם סקי"ט בשם הפרישה דמפרש דזהו דעת הרמב"ם א"כ

היכא משכחת לה שלאחר כניסה תצא בלא כתובה מחמת מומין כיון דאינו נאמן לומר שלא בעל לאחר היחוד אבל לפי מש"כ דאם אחר היחוד טען שלא בעל מחמת שמצא בה מומין נאמן א"ש. דמיירי בכה"ג שטען מיד אחר היחוד שלא בעל מחמת שמצא בה מומין וכיון דחזקה דאין אדם מתפייס במומין מסייע לי' לכך נאמן ואינו חייב ליתן לה כתובה ונפלאתי על המהרי"ק בשורש ק"ה דדחק לפרש לפי דעת הרמב"ם דס"ל דלאחר הביאה אינו יכול לטעון טענת מומין אף לענין כתובה דע"כ הא דאמרינן במתני' דנכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראי' כו' דאיירי בכניסה לחופה ולא נבעלה ולא ידעתי למה לא פירש כפשוטו דהתם מיירי שטען מיד אחר היחוד שמצא בה מומין ומחמת זה לא בעל. ועוד לפע"ד מוכח כדברי דהא פרכינן שם בסוגיא (ע"ג.) על שמואל ממתני' דכנסה סתם ונמצא עליה נדרים מאי לאו דקדשה על תנאי כתובה הוא דל"ל הא גיטא בעי אבל לרב ניחא דבעי גיטא משום דבעל. א"כ גבי נדרים ודאי איירי בכניסה ממש ולא בחופה בלבד א"כ מסתמא גבי מומין דקתני כנסה נמי בכה"ג מיירי. א"כ תקשה לדברי המהרי"ק אמאי אין לה כתובה אלא ע"כ צ"ל כדברי דגבי מומין אפי' בכניסה גמורה נמי נאמן לומר שלא בעל מפני שמצא בה מומין לכך אין לה כתובה:

מ"מ אין להוכיח מזה דאף בנותן אמתלא מבוררת שלא בעל מ"מ אינו נאמן לענין גט רק לענין כתובה בלבד משום דמידי ספיקא לא נפקא דאולי מ"מ בעל. דאל"כ תקשה דאמאי גבי מומין בעי גיטא כיון דנאמן לומר שלא בעל דאין זה ראי' כלל משום דהא גבי מומין אף בכניסה לבד נמי בעי גיטא מטעם דאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו ומבואר ברמב"ם דקודם הכניסה בודק אותה אך כנגד זה יש חזקה דאין אדם מתפייס במומין לכך מספיקא בעי גיטא ואין לה כתובה אבל ודאי איכא למימר היכא דנותן אמתלא מבוררת נאמן לומר שלא בעיל אף לענין גט ועוד נ"ל דאף אם נאמר דהיכא דנותן אמתלא מבוררת הוה רק ספק שמא לא בעל מ"מ אינה צריכה גט מה"ד. דהא דעת הרי"ף והרבה ראשונים דהא דאמרינן אין אדם עושה בב"ז ע"כ נתכוין לקדשה בביאה אף שיהי' בה דבר שיתבטלו הקדושין הראשונים הוא לא מטעם ודאי אלא דחיישינן שמא נתכוין לקדש אותה בבעילתו אף אם ימצא בה דבר שיתבטלו הקדושין הראשונים כדי שלא תהא בב"ז ולהכי אם קדשה אחר צריכה גט משניהם וכן פסק השו"ע סי' ל"ח סל"ה בהג"ה וא"כ אף בודאי בעל אינה צריכה גט רק מטעם ספק וכיון שהוא טוען שלא בעל מחמת אמתלא מבוררת לפנינו א"כ הוה ס"ס גמורה חדא שמא לא בעל כלל כדבריו ואת"ל דבעל שמא לא אסיק אדעתו לבעול אותה לשם קדושין דאולי נמצא בה דברים המבטלין הקדושין הראשונים ועוד יש לצרף לזה כיון דמום דמשועממת

לא שכיחא כמש"כ התוס' א"כ בזה ודאי איכא למימר דאף אם בעל לא אסיק אדעתו לבעול לשם קדושין דאולי נמצא בה מום כזה אשר לא שכיח וכה"ג כתבו הפוסקים לענין מום דאילונית דאף דבעל אינה צריכה גט משום דאילונית לא שכיחא וזה ודאי אין לחוש שמא הרגיש בה המום דמשועממת ואעפ"כ בעל משום דלא מצי לאוקמי' אנפשי' ומחל המום. ז"א דבמום כזה דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת ודאי דאמרינן דאוקי אנפשו ומהימן לומר שלא בעל אם הרגיש המום וא"כ הכא בנ"ד ממ"נ א"צ גט אם לא הרגיש המום א"כ ודאי דלא חיישינן שמא בעל אותה לשם קדושין אף אם יהי' מום זה דמשועממת כמש"כ ואם הרגיש המום אז ודאי נאמן לומר שלא בעל דכיון דאין אדם דר עם נחש כו' ודאי לא בעל:

היוצא לנו מכל דברינו אלה דבמומין גדולים כה"ג כגון משועממת או נכפה לזמן לפי כמה גדולי הפוסקים אשה זו א"צ גט מה"ד אלא מדרבנן בלבד וכיון דא"צ גט אלא מדרבנן הדבר פשוט דאנו יכולין להתירו לישא אשה אחרת בלא היתר מק"ר דבמקום שצריכה גט רק מדרבנן לא שייך חר"ג דתקנתא לתקנתא לא עבדינן כמ"ש הח"צ בסי' קט"ז וז"ל ועוד נלע"ד דכיון דזיקה אינו אלא מדרבנן כדמוכח בכולא תלמודא ובכל הפוסקים ז"ל ליכא למיחש בה משום חר"ג וכאותה שאמרו בריש מציעא גבי ההוא רעיא דהוה מסרי לו בכל יומא חיותא בסהדי כו' השתא נמי נחייבו מדר"נ ושנינן דר"נ תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ואע"ג דאיסורא מממונא לא ילפינן כו' האי לאו מילף הוא אלא גילוי מילתא בעלמא הוא דלא דמי חדא תקנתא לתרי תקנתי כו' וכל המחמיר בזה עליו להביא ראיה פי' במילי דרבנן עכ"ל ואף לדעת הרמ"א דס"ל דגם ביבמה איתא חר"ג מ"מ נראה דבכה"ג דא"צ גט רק כדי שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט מודה דליכא בזה חדר"ג כלל דדוקא עליה שייך להחמיר משום שלא יאמרו כו' אבל עליו אין שייך להחמיר בזה שיהא מעוכב לישא אשה אחרת מחמת חדר"ג כיון דמה"ד אין זו אשתו כלל:

ויותר י"ל דאפי' אם נאמר דצריכה גט מה"ד מ"מ כיון דאנן פטרינן לי' מכתובה ומכל חיובא דיש לאשה על אישה מטעם כיון דהיא הטעתו במומין א"כ לא היה בזה חדר"ג שגזר דאסור לישא אשה על אשתו דהא כתב המהרי"ק בשורש ק"א בשם הרשב"א וז"ל והדעת נוטה שלא גזר תקנתו בכל הנשים ובכל המגרשים שלא עשה אלא לגדור הפריצים ההוללים והמועלים בנשותיהם שלא כראוי אבל לא על דעת שנתפשטה תקנתו אפי' באותן שאמרו חכמים שיוצאין שלא בכתובה כו' עכ"ל אע"ג דאנן לא נהגינן כהרשב"א בזה שהקיל בנשתטית לאחר נשואין לישא אשה על אשתו בלא היתר מק"ר. אלא אנן נהגינן להחמיר בזה כפי התקנה המבואר בתשובת מהר"מ מרוטינבורג מ"מ

אפשר לומר דוקא היכא שנשתטית לאחר לו בלא היתר מק"ר. אבל היכא שאמרו תצא שלא בכתובה לא היה בזה תקנה כלל וכן דעת הגאון בעל שבות יעקב נשואין ואיכא כל חיובא דבעל עליו לכך התקינו שלא יתירו. הביאו הנוב"י באה"ע סי' א' דכל מה שצריכין היתר מק"ר הוא דוקא או שנשתטית לאחר הנשואין או שהתה עשר שנים ולא ילדה דהיא לא פשעה אבל היכא דהיא פשעה ליכא בזה חדר"ג כלל אמנם נראה מדברי האחרונים דס"ל בזה דלא כהגאון הנ"ל אלא אף בנשים שאמרו חכמים תצא שלא בכתובה בעי נמי היתר מק"ר דזהו בכלל התקנה שאם יראו טעם הגון להקל לו יתירו ע"י היתר מק"ר. מ"מ נ"ל דוקא היכא שמתחילת נשואיה היה כדת והיה לה כתובה ואח"כ נתקלקלה בזה הוא דמחמרינן דבעי היתר מק"ר. אבל היכא שהיא הטעתו בתחילת נשואיה ועשתה שלא כהוגן והטעתו כיון דאין לה כתובה מה"ד בזה לא היה תקנה כלל ואדרבה יש לנו לגדור גדר לפני עושה רמיה להרוס ערמת מחשבותם כמו שמצינו שאז"ל ביבמות (ק"ז:) הוא עשה שלא כהוגן ע"כ עשו בו שלא כהוגן ופקעו קדושין מיני' וכן כתב הרא"ש בתשו' סי' ל"ה וז"ל אמנם אם נראה לכם רבותי כו' שאם המקדש אינו אדם הגון וראוי לדבק בבת טובים כו' וקרוב הדבר לדמותו לעובדא דנרש כו' משום שלא נעשה כהוגן הפקיעו הקדושין גם זה שעשה שלא כהוגן נהי דהקדושין לא נפקע מ"מ יש לסמוך בנ"ז על דברי קצת רבותינו שפסקו בדינא דמורדת דכופין אותו לגרשה עכ"ל. הרי חזינן דהרא"ש סמך מפני שעשה שלא כהוגן על קצת גדולי הפוסקים בחשש איסור א"א וכ"ש דיש לנו לסמוך בזה מפני שעשתה שלא כהוגן להפקיע בזה חר"ג שלא להצריכו היתר מק"ר. וכן כתב הב"ש לענין חדר"ג שלא לגרש בע"כ וז"ל בסי' קי"ז ס"ק כ"ד אם היו בה מומין והוא לא ידע י"ל דכופין אותה כיון דעשתה שלא כהוגן כמ"ש בתשובת הרא"ש כלל ל"ה אם הוא עשה שלא כהוגן וקידש ברמאות כופין אותו ה"ה דכופין אותה עכ"ל ועיין בהפלאה בק"א שם דכתב ע"ז וז"ל והנה בתשובת הרא"ש שם מיירי בקדושין לבד כו' א"כ י"ל דבנשאה כיון דאמרינן א"א עבב"ז ומכוון לקדשה בביאה אפי' אם לא יתקיים התנאי תו א"י לכוף אותה כו' מיהו י"ל כיון דעכ"פ היה ברמאות יכולים לכופה וצ"ע עכ"ל ומה שהניח בעל הפלאה בצ"ע המעיין במהרי"ק בשורש ק"ה יראה להדיא דאין בזה צ"ע דהיכא דאין לה כתובה אף שבא עליה כגון שהיה מומין שבסתר כנ"ד וכה"ג כיון דאין לה כתובה יכול לגרשה בע"כ ועיין במל"מ (פכ"ג מה"א דין ט"ז) דהביא דברי הבעל פ"מ דהיכא דפסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל דיכול לגרשה בע"כ בעודה ארוסה דאדעתי' דהכי לא תיקן ר"ג. וכתב בת' ש"צ סי' פ"ח דטעמא דהפ"מ הוא משום דחר"ג לא חמיר משבועה שנשבע להדיא ואף בנשבע להדיא דעת

הבעל משפטי שמואל דפטור משבועתו אם הטעו אותו וזה פשוט דמה"ט חר"ג שלא לישא אשה אחרת נמי ליתא היכא שהיא הטעתו ואם א"א לגרשה בע"כ מותר לישא אשה אחרת לדבריהם דלא עדיפא מנשבע להדיא שלא לישא אשה אחרת ואח"כ נמצא שהטעתו וטוען שאדעתי' דהכי לא נשבע דודאי מתירין לו שבועתו ואומרים לו דאם יודע הוא בעצמו דאדעתי' דהכי לא נשבע מותר לישא אשה אחרת [ועיין בתשו' ח"צ סי' מ"א] א"כ לא עדיף חדר"ג משבועה שנשבע להדיא:

ועיין בט"ז בסי' ל"ט סק"ה גבי אשה המשתנת בתוך המטה דהכריע שם דזה לא הוה מומא לענין כתובה מ"מ כ' דאין בזה חר"ג ומותר לגרשה בע"כ כיון שיש בזה מחלוקת הפוסקים ולכאורה דבריו תמוהים הא כיון דמכריע שאין זה מום לענין כתובה למה הכריע לקולא לענין לגרשה בע"כ ונראה דסברתו הוא דהא ודאי שיש כמה ב"א המקפידין ע"ז לכך נחלקו בזה הפוסקים אי הוה מומא או לא א"כ יכול לטעון הבעל שהוא יודע בעצמו שאדעתי' דהכי לא נשאה. וכיון שאמתלא שלו מבוררת לב"ד והיא הטעתו בזה לכך אין עליו חדר"ג כנ"ל דעת הט"ז ועיין ב"ש שם סק"ט שהביא דעת הט"ז להלכה:

הכלל מה שנ"ל שמכמה גדולי האחרונים מוכח דס"ל דהיכא שהיא הטעתו כיון שאמתלא שלו מה שאינו רוצה לדור עמה ורוצה לגרשה מבוררת לב"ד והיא אינה רוצה לקבל גיטא יכול לגרשה בע"כ ולא הוה בזה חדר"ג כלל ואם אינו יכול לגרשה בע"כ נראה דיכול לישא אשה אחרת. אך מפני פריצות הדור מהראוי שלא להתיר לו בלא הסכמת שלשה גדולי הרבנים. א"כ כ"ש בנ"ד שהדבר פשוט לפ"ד שא"צ בזה הסכמת ק"ר רק הסכמת ג' גדולי רבנים דהא בארתי דלפי כמה פוסקים אשה זו א"צ גט אלא מדרבנן בלבד א"כ בודאי א"צ היתר מק"ר. ואפי' אם נאמר דצריכה גט מה"ד מ"מ כיון שהיא הטעתו במום גדול כזה מה שא"א לדור עמה כלל כיון שהיא משועממת לפרקים לפע"ד נראה ברור דאין בזה חדר"ג כלל וגם יש לצרף לזה מה דפסק בשו"ע סי' א' דהתקנה הי' דוקא בנשואה ולא בארוסה אם אינו רוצה ליכנס אלא לפטור. והוא מתשו' מהרי"ק סי' ק"א דכתב שם דע"כ לא תיקן ר"ג אלא שלא לישא אשה על אשתו הנשואה לו אבל היכא שלא נשאה ורצה לחזור בו מי יכריחנו לכתוב לה כתובה בע"כ ולהתחייב לה בשאר כסות ועונה אם לא תמצא חן בעיניו דבר פשוט הוא דלא כייפינן לי' לכנוס ע"כ. והדבר פשוט לדבריהם דהיכא דהיא הטעתו במומין כיון דאין לה כתובה וכל חיובא דבעל אין לה עליו לא עדיפא אשה זו אף שכנסה מארוסה ונראה

דאף הח"צ דהשיג על מהרמ"א בזה בסי' קכ"ד וס"ל דגם בארוסה תיקן ר"ג יעו"ש מ"מ נראה דבכה"ג היכא שהיא הטעתו במומין גם הח"צ מודה דבכה"ג לא הי' חר"ג כיון שיש לו טעם הגון מה שרוצה לפטור אותה ולא לכונסה ע"כ הסכמתי גם אנכי עם הרבנים הגאונים המסכימים להתיר לו לישא אשה אחרת לאחר שישליש לה הגט וכל הנדוניא שלה ולאחר שישיג רשיון מהממשלה יר"ה וד' יאיר עינינו בתורתו ויצילנו משגיאות כ"ד הבעה"ח יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ה

שאלה אשה אחת משומייאץ ושמה רחל בת יהודא ליב נשאת לאיש ושמו דוב בער ב"ר חנוך הענך. ואחר נשואיה ערך שלשה ירחים יצא עליה קול שנתעברה מאחיה אנ"ח קודם נשואיה ושלחתי אחריהם והודו שניהם לפני שזינתה ג' או ד' פעמים אך לפי דבריהם א"א שממנו נתעברה כי אמר ששמר א"ע מתת לה הריון. רק על פעם אחת אמר שנסתפק וזה נתברר שמעת שזינתה נפסק וסתה וגם כל המאכלים נתעבו לה כדרך הנשים בתחלת הריונם. וגם שלחתי נשים שיראוה ויבינו באיזה חדשים עומדת היא בעיבורה וקצתן אמרו שההריון גדול מאד שא"א להיות זאת מג' חדשים ובודאי נתעברה קודם נשואיה ואח"כ ילדה בן וספק הוא אם בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון ונסתפקתי בולד זה אם הוא ספק ממזר או לא וקול שאון בעיר שממזר ודאי הוא כי מגודל אבריו ומקולו שהוא חזק ניכר שהוא כן ט' ודאי וגם קצת נשים אמרו שגם בעת נשואיה היה ניכר שהיא מלאה כדרך הנשים בשלשה חדשים והיא טוענת שזה שהיתה מלאה הוא מחמת עיכוב הוסת:

תשובה הנה בשו"ע סי' ג' ס"ט הובא בשם רי"ו אם זינתה עם כהן ובתוך שלשה נשאת לכהן אחר הולד פסול לכהן והקשה הח"מ למה לא אמרינן זיל בתר רובא ורוב בעילות תלינן בבעל ולו יהא דזינתה תחת בעלה מ"מ הולד כשר ומסיק שם דרי"ו מפרש דברי הגמרא דיבמות (ק:) אלא לאו בזנות שבא עליה הכהן הראשון בזנות ולשני נשאת מ"מ הדין דשניהם אוננים עליו אבל רש"י פי' התם אלא לאו בזנות דשניהם באו עליה בזנות משמע דוקא שניהם בזנות אבל נשואין אחר זנות תלינן בנשואין וכן הדרישה דייק מדברי הטור ג"כ דס"ל דנשואין אחר זנות תלינן בנשואין אכן הב"ש כתב דאינו נ"ל דכי אמרינן דרוב בעילות תלינן אחר הבעל היינו דזינתה תחת בעלה כיון דהבעל מצוי אצלה תלינן בבעל אבל זינתה קודם נשואין יש לומר דכבר היתה מעוברת ודחק מאד לישב דברי רש"י ז"ל דכתב דשניהם באו עליה בזנות יעו"ש אמנם לפי מה שכתב התשב"ץ בחלק שני סי' צ"א על עובדא דאתי לפניו באשה שהלך בעלה למדה"י ונמצאת שזינתה ואח"כ

בא בעלה ובא עליה באותה שבוע שגירשה ג"פ. ואח"כ נולד לה ולד ספק בן תשעה לזנותה וספק בן שבעה לבעלה וטען הבעל שהולד אינו ממנו:

וכתב שם ע"ז וז"ל דספק בן ט' כו' הוא דוקא לאשה שנשאת ולא שהתה אחר בעלה ג"ח אבל לאשה שזינתה ונבעלה לבעלה אחר שזינתה תוך ג"ח תלוי זה בפלוגתא דר' יוסי ור' יהודא גבי אנוסה ומפותה. ולפי דברי הריא"ף והרמב"ם והסמ"ג והרשב"א דפסקו כר' יוסי הולד מותר לבוא בקהל. כיון דאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר ולפ"ד רש"י ור"ת דפסקו כר' יהודא דס"ל דצריכה להמתין ג"ח דאימא לא נתהפכה יפה יפה וכן הוא הסכמת הרא"ש ז"ל. היה לנו לחוש לעובר זה אלא מחמת שספק ממזר מותר לבוא בקהל דבר תורה יש לסמוך בזה על המכשירין כו' יעו"ש א"כ א"ש דברי רש"י בפשיטות אף דסובר בזה כדברי הב"ש כיון דחיישינן דכבר היא מעוברת מן הזנות לא שייך למימר רוב בעילות אחר הבעל אך מ"מ לכך הוכרח רש"י לפרש דשניהם בזנות דבנשואין אחר זנות תלוי זה בפלוגתת ר' יוסי ור"י ואנן קיי"ל כר' יוסי לפי שיטת רוב הפוסקים ואולי גם דעת רש"י הוא כן או דניחא לו לפרש דליתי' אליבא דכו"ע:

והנה דעת ריי"ו דס"ל דבנשואין אחר זנות נמי הוה ספק בן ט' כו'. ע"כ ס"ל כשיטת הפוסקים דפסקו כר' יהודא דחיישינן שמא לא נתהפכה יפה יפה אבל מ"מ עדיין דברי ריי"ו צריכין ביאור דאמאי חיישינן בנשואין אחר זנות דהא אף ר' יהודא מודה דאנוסה ומפותה הן מתהפכין. אלא רק משום דחייש ר' יהודא גבי הבחנה למיעוטא שמא לא נתהפכה יפה יפה לכך החמיר דגם אנוסה ומפותה צריכין להמתין ג"ח א"כ אף לדידי' מן הזנות רוב אינן מתעברות משום דמתהפכות א"כ יש לתלות בנשואין אחר זנות גם לר' יהודא דנתעברה מן הנשואין אכן י"ל משום דאיכא רובא לאידך גיסא דרוב נשים יולדות לתשעה וא"כ צריך לתלות דמהזנות נתעברה והוה ספק השקול אע"ג דביבמות (לז.) על הא דאיתא שם במשנה ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון יוציא והולד כשר פריך שם הגמרא לימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים לתשעה יולדין. ומשני שם הגמרא דרוב היולדות לתשעה עוברה ניכר לשליש ימיה והאי מדלא הוכר בשליש ימיה איתרע לה רובא וא"כ אין כאן ספק השקול דאיכא כאן תרי רובי נגד חד רובא דהרוב דלתשעה ילדין עוברה ניכר לשליש ימיה הוא נגד הרוב דרוב נשים לתשעה ילדין. והרוב השני דרוב מזנות אינן מתעברות משום דמתהפכות מכריע לצד השני. מ"מ אפשר לומר דלכך הוה כאן ספק השקול משום דדוקא היכא:

דידעינן שלא הי' העובר ניכר לשליש ימיה. אז הוה הרוב דעובר ניכר בשליש ימיה כנגד הרוב דלתשעה ילדין. אבל היכא דלא ידעינן אם הי' ניכר או לא ליכא כאן האי רובא.

ואמרינן דמסתמא הוה מן הרוב דנולד לתשעה והי' ניכר לשליש ימיה וא"כ נשאר רק האי רוב דרוב מזנות אינן מתעברות משום דמתהפכות נגד הרוב דלתשעה ילדין. והוה ספק השקול והכא ליכא הרוב דעוברה ניכר לשליש ימיה כיון דזינתה מחפה עצמה כדי שלא יוציאנה מתחת בעלה שנשאת לו כעת ועיין ביבמות פרק החולץ על מה ששנינו שם וכן שאר כל הנשים לא ינשאו ולא יתארסו עד שיהי' להם ג' חדשים הקשו שם ונבדקה בהילוכה כלומר שנאמר להאשה שתלך ע"ג עפר תיחוח ואם היא מעוברת יראה מקום פסיעותיה עמוק יותר משאר נשים לפי שהולד מכבידה כן פירש"י ז"ל ומהדרי' דלא אפשר בבדיקה משום דאשה מחפה עצמה כדי שיירש בנה בנכסי בעלה. וכ"ש דאשה שזינתה ואח"כ נשאת לאחר דודאי מחפה עצמה כדי שלא יהא ניכר וכן כתב התשב"ץ שם [אך דבריו שם צריכין ביאור ואבאר בקו"א בס"ד] ועוד דהא כל זמן דלא בדקינן לה בהלוכה ע"ג עפר או בדדיה אפשר להיות שעוברה היה ניכר לשליש ימיה ואנן לא ידעינן והא דמשני שם הגמרא והאי מדלא הוכר עוברה לשליש ימיה איתרע לה רובא דלתשעה ילדין. ע"כ צ"ל דמיירי התם שהיא אומרת שלא היה ניכר העובר לשליש ימיה והיא נאמנת ע"ז דהתם כל הספק הוא אי לחייבו חטאת או אשם וע"ז היא נאמנת לומר שלא הוכר עוברה לשליש ימיה אבל מן הסתם אפשר לומר שעוברה היה ניכר ואנן לא ידעינן אך לפי"ז צ"ע דא"כ הא דאמרינן שם (ק) מי שלא שהתה אחר בעלה ג"ח ונשאת וילדה ואין ידוע אם הוא בן תשעה לראשון או בן ז' לאחרון. ע"כ איירי דבדקו אותה בדדיה לזמן ג"ח לראשון ולא הי' ניכר דאל"כ אמאי לא אזלינן בתר רובא דלתשעה ילדין וגם ניכר לשליש ימיה הי'. והכא א"א לומר משום דהיא אומרת שלא הי' ניכר. דהא אמרינן שם דא"א לבדוק בהלוכה שמחפה עצמה כדי שיירש בנה בנכסי בעלה השני וכ"ש שאין להאמין אותה ובאמת לא מצאתי בדברי הפוסקים שישתמע חד מנייהו לומר דכל הספק של בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון מיירי שבדקו אותה בדדיה לג"ח מן הראשון ולא היה ניכר:

אח"כ ראיתי דמה שעלה בדעתי לומר בפשיטות דאיכא מיעוטא דלא הוכר עוברה לשליש ימיה כלל אפי' בדדיה והלוכה וע"ז מיירי הגמרא דיבמות (לז.) מדלא הוכר עוברה לשליש ימיה איתרע לה רובא אף שראיתי שמכמה אחרונים משמע כן אבל באמת ז"א והא דאמרינן דאיכא מיעוטא שלא הוכר עוברה לשליש ימיה זה קאי על הכרת לעיני הרואים אבל בדיקת דדין והלוכה זה הוא בדיקה ברורה וליכא אפי' מיעוטא דאינו ניכר לג"ח. ולמדתי זה מתשו' הרשב"א (סי' תת"ב) וז"ל ומ"מ אם תוך ג"ח היא א"א לחלוץ כמו שאמרנו דשמא מעוברת היא וחליצה אינה כלום אבל אם לאחר שלשה

היא בודקין אותה שהולד ניכר לעולם אחר ג"ח ואם אינו ניכר דבר שוא הוא שא"א שלא יהא ניכר אחר ג"ח שכן אמרו ז"ל. ולולא זה לא היתה היבמה חולצת ונשאת אף לאחר ג"ח דשמא מעוברת היא ולא ניכר הולד ואם ניכר הולד שהיא מעוברת תולין את הולד בראשון ולא בארוס כו' דאזלינן בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל עכ"ד. ולכאורה עמדתי משתומם על המראה הלזו דהאיך כתב הרשב"א שהולד ניכר לעולם אחר ג"ח ואם אינו ניכר דבר שוא הוא. הא כל הספק בן ט' לראשון או בן שבעה לאחרון הא מיירי היכא שלא הי' ניכר לג"ח מן הראשון ולכך מספקינן דאולי מן האחרון ונולד לשבעה אמנם אח"ז התבוננתי וראיתי דהדין עם הרשב"א ודבריו מאירים כצהרים דהא פריך שם הגמרא (מ"ב.) ותמתין משהו ותנשא וכי מלו ג"ח לבדקה. ופירש"י שם ואי מעברא ודאי בר קמא הוא דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוה מנכר דלא מלו ג"ח לנשואיה דחסר לה ההוא משהו שהמתינה ואי לא מנכר ובתר הכי מנכר ודאי בר בתרא הוא ולכאורה תמוה קושית הגמרא מאי תהני הבדיקה דאולי לא יהא ניכר ע"י הבדיקה מ"מ אם יולד אח"כ לשבעה מן האחרון אכתי מספקינן דאולי ניזיל בתר רובא דלתשעה ילדן והיא מן המיעוט דאין עוברן ניכר לג"ח. או שהוא בן ז' לאחרון והוא מן הרוב דעובר ניכר לג"ח. אלא ע"כ צ"ל דהא דאמרי' בגמרא דרק רובן ניכר לשליש ימיה ר"ל הכרה לעיני הרואים אם היא מלאה כדרך הנשים בתחילת עיבורן אבל הכרת הדדין והלוכה זה דבר שא"א שלא יהא ניכר לג"ח. ולכך כתב הרשב"א באותה שבאה לחלוץ שמחוייבין לבדוק אותה אף שלעיני הרואים אינו ניכר, מ"מ. כיון שאפשר לברר ע"י בדיקת הדדין לא סמכינן ארובא וכן בכל מקום שאפשר לברר בקל לא סמכינן ארובא וכן פסקו הגאונים לענין רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם דדוקא אם אינו לפנינו סמכינן ארובא אבל אם הם לפנינו צריך לבודקם ולא סמכינן ארובא:

הגה"ה [ומדברי

הרשב"א הללו יש ללמוד דלא כהבית יוסף והמ"א בה' פסח סי' תל"ז שכתבו דדוקא היכא דבא הרוב להוציא מחזקה כגון גבי שחיטה דמוציאין אותה מחזקת אבר מן החי אז הוא דצריך לברר וכן לענין בדיקת חמץ דבא להוציא את הבית מחזקת חמץ כל השנה מחמת חזקת בדוק ע"כ צריך לשואלו ולא סמכינן אחזקה וא"כ לפי דבריהם הכא לענין יבום לאחר ג"ח לא הי' צריכה האשה בדיקה דאדרבה יש לה חזקת היתר ליבום כמ"ש התוס' שם (לז.) ד"ה וזו הואיל ולא הוכר. ואפי' אם נאמר דלא כהתוס' ולא מיקרי זה חזקת היתר ליבום מ"מ חזקת איסור ודאי ליתא גבה ואמאי הצריך הרשב"א לבדוק אותה ולא סמך ארובא אע"כ דמחלק אם יש לברר בקל אז לא סמכינן ארובא דהוה כמעלים עין

מן האיסור אבל כל י"ח טרפות כיון שא"א לברר בקל סמכינן ארובא וכן כתב הרשב"א במ"ה בבית א' שער א' (ז:) וז"ל עוד שגג בעיקר הדין שאמר ובראיות שהביא אמר שאין דברי הגאונים אלא מדת חסידות אבל לפי ההלכה אינו כן והאמת כי הגאונים דברי חסידות אמרו ולא על הצד שחשב הוא אלא חסידות שכל ישראל ראויין לאותו חסידות ומחוייבין בו שכל השוחט לפנינו ולא נודע אם מומחה או לאו צריך לחוש שלא נהי' כמעלימין עין מן האיסור כיון שאנו יכולים לעמוד על בירורו אעפ"י שאלו איננו אין אנו חוששין דבמה שאיננו פה עמנו אין בו משום העלמת עין וכענין בדיקת הריאה שכל שישנה אנו בודקים אע"ג דרובא וחזקה להדיא וכשאיננה ואפי' נטלה זאב והחזירה מנוקבת סומכין על הרוב להתיר עכ"ל אלמא דאינו מחלק בין אם יש לזה חזקת איסור או לא:

ואף שמדברי הרמב"ן שהובא בת"ה לכאורה יש ללמוד כדברי הב"י והמ"א דז"ל הרשב"א ועוד סעד לדברי הגאונים ז"ל כתב הרמב"ן דהא איכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ומן הדין הי' שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה ודאית ולא שנסמוך על הרוב אלא משום קולא דבהמה לא אתרעאי שהרי שחוטה לפנינו סמכינן ארובא ודי אם נסמוך בכך היכא דליתא קמן עכ"ל אבל באמת כאשר זכינו לאור חידושי הרמב"ן על חולין שם מבואר להדיא כדברי הרשב"א במ"ה דז"ל הרמב"ן בחידושיו ריש חולין ועכשיו לפי דברינו נתקיימו דברי הגאונים ז"ל שהסכימו כולם דהיכא דשחט חד ואיתא קמן למבדקיה דצריך למבדקי' אם יודע ה"ש כו' וקבלה היא ונקבל בספ"י שאין סומכין על רוב גרוע ושמיעוטא מצוי אלא במקום דלא אפשר ואפי' לרבנן דלא חייש למיעוטא ובתשעה חנויות דהא רובא דאיתא קמן נמי מסתברא דלא אזלינן בתר רובא אלא היכא דליכא דידע אבל ודאי צריך לשאול החנונים אם יש מי שיודע שהיא אסורה או מותרת דהא גבי יוחסין לא סמכי על הרוב אלא תרי רובי בעינן והאיך אפשר שבאיסורין הולכין אחר הרוב ועשאוהו כודאי לכתחילה ועוד דאיכא נמי חזקה דאיסורא שבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ורובא דאיכא חזקה בהדה לא עשאוהו כודאי כו' עכ"ד א"כ מבואר להדיא דטעם דחזקה הוא רק עוד סעד לדברי הגאונים אבל עיקר הטעם הוא דאפי' במקום דליכא חזקה לאיסורא לא סמכינן ארובא במקום שהמיעוט מצוי ויכולין לברר בקל וזה ברור):

אך לפי"ז תמוה לי דברי התוס' בריש פרק החולץ ד"ה ונמצאת מעוברת כו' דכתבו שם בחולץ תוך ג"ח איירי דומיא דסיפא דהכונס יבמתו דאיירי תוך ג' דאי לאחר ג' אמאי חייב קרבן כיון דרוב נשים עוברן ניכר לשליש ימיה וזו הואיל ולא ניכר עוברה מאי הוה

לו למעבד וכה"ג אמרינן בשבועות (יח) פרט לאנוס גבי שלא בשעת וסתה עכ"ל וכן כתב הרמב"ן בחידושיו ולפי מה שביארנו לא דמי כונס לאחר ג' לבא עליה שלא בשעת וסתה דהתם מאי הוה לו למעביד ולכך מיקרי אנוס, אבל הכא כיון דהיה לו לבודקה בדדיה ולא לסמוך ע"ז דאינו ניכר לעין הרואים דהוה רק רובא הוה שוגג ולא אנוס ועיין ברמב"ם בה' שגגות (פ"ה ה"ו) שכתב וז"ל הבא על אשתו שלא בשעת וסתה וראתה דם בשעת התשמיש הרי אלו פטורין מקרבן חטאת מפני שזה כאנוס הוא ולא שוגג שהשוגג היה לו לבדוק ולדקדק ואלו בדק יפה יפה ודקדק בשאלות לא היה בא לידי שגגה ולפי שלא טרח בדרישה וחקירה ואח"כ יעשה צריך כפרה אבל זה מה לו לעשות הרי טהורה היתה ושלא בשעת וסתה בעל אין זה אלא אנוס כו' עכ"ל אמנם אפשר לישב דברי התוס' הנ"ל דאזלי לשטתייהו בחולין דס"ל דגבי הרוב דרוב מצויים

אצל שחיטה מומחין הם אפי' איתא לפנינו ג"כ א"צ לבודקו. וא"כ ה"ה נמי הכא ס"ל להתוס' דלכתחלה א"צ לבודקה בדדיה דלא כהרשב"א בתשו' הנ"ל וגם אזלי לשיטתם בפסחים שם ד"ה סמוך לוסתה דהיכא שבא על אשתו ויודע שלא הגיע זמן וסתה פטור מן הקרבן כיון דאין צריך לשאול אותה מה"ד כדאמרינן בנדה כל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן הוה כאנוס ודלא כהרמב"ם דפסק (בהש"ג פ"ב ה"ח) דאם בא על אשתו והרי היא נדה חייב חטאת אף שלא בשעת וסתה מפני שלא שאלה [יעויין בכ"מ ובמל"מ שם] דהרמב"ם ס"ל כל היכא דאפשר לדקדק אע"ג דא"צ מה"ד לשאול צריך כפרה אבל התוס' ס"ל דכל היכא דא"צ מה"ד לשאול אע"ג דהיה אפשר לדקדק אין צריך כפרה ונראה לפי דברי התוס' הללו דהיכא דנמצאת טרפה במה שא"צ מה"ד לבדוק אין צריך כפרה אף שאם היה מדקדק היה מוצא מ"מ כיון שאינו מחוייב מה"ד לבדוק הוה כאנוס. והא דכתבו התוס' בביצה (כ"ה:) ד"ה אורח כו' וז"ל תימא דבסמוך משמע שיש איסור בדבר דקאמר נטיעה מקטע רגלייהו דקצביא וי"ל דודאי ליכא איסור דמשנשחטה היא עומדת בחזקת היתר מיהו אם נמצאת טרפה לאחר שאכל הוא נענש כשוגג ולא כאונס שלא היה לו למהר כ"כ עכ"ל. נראה דהתם לא קאי רק על טרפות הריאה כיון דזה היה מיעוט דשכיחא טובא ומיד לאחר הפשט ונתוח היה רואה את הריאה והוא לא המתין עד לאחר הפשט ונתוח ואכל קודם שראה את הריאה לכך הוא נענש כשוגג ולא כאנוס. ועיין מה שהביאו הפוסקים הראשונים ראי' מדברי הגמרא זו שצריך לבדוק אחר טרפות הריאה ועוד הביאו מתנחומא אר"י בן פדייה מי יגלה עפר מעיניך אדה"ר שאתה כו' אדם מישראל לוקח בהמה שה או כבש כו' ושוחט ומפשיט בודק בריאה כו' ע"כ אבל בשאר טרפות כיון דלא שכיח כ"כ לכך אין צריך לבדוק אחר זה משו"ה אם המתין לאחר

הפשט ונתוח א"צ כפרה כיון דאז בדק הריאה ורק נכשל בשאר טרפות ולענין זה הוה כאנוס ולפי זה מדוקדק דברי התוס' שפיר במה שכתבו שלא היה לו למהר כ"כ. ונראה דזהו כונת הבעל פנים מאירות בח"ב סי' מ"א אף שלשונו דחוק קצת מ"מ נראה ברור דזה היה כונתו:

אמנם כ"ז אפשר לישב דברי התוס' דפ' החולץ הנ"ל. אכן דברי הרמב"ן בחידושיו ליבמות דכתב ג"כ כלשון התוס' הנ"ל עדיין קשה טובא דהא הוא ז"ל ס"ל להדיא בחולין [הבאתיו למעלה] ברוב מצויים אצל שחיטה מומחין הם כדברי הגאונים דהיכא דאיתא קמן צריך למבדקי' לכתחלה א"כ מסתמא ה"נ ס"ל כהרשב"א בתשובה דצריך למבדקיה בדדיה ולא לסמוך ארובא דניכר לעיני הרואים לג"ח א"כ אמאי הוה אנוס ולא שוגג ולכאורה אפשר לישב דבריו ז"ל ע"פ מה דאמרינן בפסחים (ע"ב:) ר' יוחנן אמר אשתו נדה בעל חייב יבמתו נדה בעל פטור ומסיק שם הגמרא דלכך פטור משום דבזיז מינה ובוש לשואלה וסמך על חזקת טהרה שלה וגם טריד טרדא דמצוה וא"כ ה"נ כיון דהוא בוש לבודקה בדדיה וסמך טל רובא וגם טריד טרדא דמצוה פטור מקרבן אך באמת אין דעתי נוחה מזה חדא דלמא ס"ל למתני' כהני תנאי דס"ל דטעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה חייב והכא לא עשה מצוה כלל כיון דנמצאת מעוברת א"כ איכא למימר דמתני' מיירי אף לאחר ג"ח. ועוד דהראי' שלא בשעת וסתה קשה טובא לפי"ז. ויותר קשה דברי הא"ז הגדול בה' יבום וחליצה סי' תרל"ז דכתב ג"כ כלשון התוס' ומסיים שם ועוד דאי לאחר ג"ח איירי לא הוה פליג ר"א אמתני' למקנסי' להוציאה בגט ולפי מה שבארנו דלאחר ג"ח א"א להיות שלא יהא ניכר בדדיה ובהלוכה א"כ איכא למימר דהא דקניס ר"א להוציאה בגט הוא לאו מחמתו אלא מחמתה משום שעברה במזיד על איסור אשת אח כיון שהיא ודאי ידעה בעצמה שהיא מעוברת מחמת היכר דדיה ועיין במהרי"ו סי' ע"ג דמוכח שם להדיא דהיכא דנשא מעוברת או מינקת חבירו בשוגג א"צ להוציאה בגט רק בהפרשה בעלמא מ"מ אם היא מזידה אף שהוא שוגג נמי צריך להוציא בגט [ונפלאתי על האחרונים מה שלא הזכירו זאת להדיא] אבל לאחר העיון גם זה לא קשה דע"כ צ"ל דהיכר דדיה הוא לאו היכר משום גודל דדיה וכה"ג שא"א להיות שאינה יודעת בעצמה אם היא מעוברת. אלא היכר אם יש בהן חלב דאפשר דגם היא בעצמה אינה יודעת שהיא מעוברת כ"ז שלא בדקה עצמה. דאלת"ה קשה קושיא עצומה דהאיך אמרינן שם דאם בא עליה היבם תוך ג"ח ואח"כ ילדה ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון דחייבין אשם תלוי דמספקא לן אי ניזיל בתר רובא דלתשעה ילדן אי ניזיל בתר רובא דעוברן ניכר לשליש ימיה. הא תינח לגבי דידיה אבל לגבי דידה אין

כאן ספק דממ"נ אם אומרת שלא היה אז היכר עובר בדדיה פטורה אפי' מאשם תלוי דודאי בן שבעה לאחרון הוא ואי אומרת שהוכר עוברה אז חייבת חטאת ודאי אע"כ צ"ל דבלא בדקה היא נמי אינה יודעת ומיירי שלא בדקה עצמה עד שנפל הספק אולי היא מעוברת מן השני וא"כ גם לגבי דידה איכא הך ספיקא דבתר איזה רובא ניזיל ולפ"ז ניחא ראיית הא"ז דכ"ז שלא בדקה גם היא מיקרי שוגגת וא"כ א"א למקנסה גם מחמתה אבל מ"מ קושיא הראשונה שהקשי' על הרמב"ן קשה ג"כ על הא"ז דהא גם הא"ז בסי' שס"ז סובר כדעת הגאונים הנ"ל דכל היכא דאיכא לברר לא סמכינן ארובא לכתחלה ועוד מאי הוה קשה להא"ז אמאי קנס ר"א להוציאה בגט דלמא להכי קנס משום דלא בדקה עצמה בדדיה ואף שמחמתו י"ל דכיון דלגבי קרבן מיקרי אונס משום דבזיז מינה וטריד טרדא דמצוה כמש"ל כ"ש דליכא למיקנסי' מה"ט אבל מחמתה ודאי דאיכא למקנסי'.

אך קושיא זו אפשר לישב דראיית הא"ז הוא מדברי הגמרא שם (ל"ו:) דדחי אביי דברי רבא דקאמר ר"א ור"מ אמרו דבר אחד וקאמר אביי דלמא לא היא ע"כ לא קאמר ר"א הכא אלא משום דקפגע באיסור אשת אח דאורייתא אבל התם דרבנן כרבנן ס"ל כו' ואי אמרת דהכא אייריי לאחר ג"ח א"כ לא עברו רק על דרבנן במה שלא בדקו וסמכו על הרוב וכיון דר"א כרבנן ס"ל דבדרבנן לא קנסינן א"כ אמאי קנם הכא להוציאה בגט מ"מ דברי הא"ז צריכין ישוב מחמת קושיא הראשונה וגם לישנא דמאי הוה לו למעבד נראה דס"ל דרשאי לסמוך לכתחלה על רובא דעוברן ניכר לשליש ימיה וצ"ע אמאי כיון דאפשר לברר ע"י בדיקת דדין:

אח"כ ראיתי שהגאון רעק"א בתשובתו סי' פ"ט העלה ג"כ דפי' הגמרא דיבמות רוב מעוברות ניכר עוברן לג"ח הוא רק הכרה לעיני הרואים אבל בדיקת הדדין היא בדיקה ברורה וכמ"ש. אך מה שכתב שם דליבום מותרת אחר ג"ח וסמכינן ארובא כיון שעכ"פ יתברר לבסוף שהיא מעוברת מהראשון ולא תשב באיסור כל ימיה ואין הולד ממזר בזה לא חששו להמיעוט יעוין שם ונפלאתי עליו דהאיך לא הביא דברי הרשב"א בתשובה דמבואר להדיא דבאמת צריך בדיקה ואדרבה נפלאתי על שאר הפוסקים דאמאי לא הזכירו דבין לחליצה ובין ליבום צריך לבדוק בדדיה קודם שתחלוץ או תתיבם דהא פסקו השו"ע יו"ד גבי רוב מצויים אצל שחיטה מומחין הם דאם עומדין לפנינו דצריכין לבודקן כמש"ל דזהו שיטת הרבה ראשונים דאין סומכין על הרוב לכתחילה במקום שאפשר לברר אך זה אפשר לישב דס"ל להפוסקים דסמכינן ארובא לכתחילה במקום שאין צריך להוציא מחזקה וע"כ דוקא גבי רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם דצריך להוציא מחזקת איסור צריך לבדוק אבל הכא א"צ להוציא מחזקה דזה ודאי דלאו בחזקת

איסור ליבם קיימא כמש"ל לכך א"צ לבדוק בדדיה ובהילוכה וסמכינן ארובא לכתחילה וזה יהיה ראיה לדברי הב"י והמג"א שהבאתי למעלה ובזה אפשר לישב ג"כ דברי הא"ז שהבאתי לעיל מ"מ דברי הרמב"ן עדיין צריכין ישוב דהא הרמב"ן ס"ל להדיא דאף במקום שאין צריך להוציא מחזקה צריך לברר ולא סמכינן ארובא וכמש"ל ואולי יש לישב דס"ל דהיבם א"צ לבדוק אחר זאת כיון דעליה נמי איכא איסורא אם היא מעוברת ותנשא לו מסתמא היא בודקת א"ע מקודם בדדיה ולכך לא הזכירו חכמים בשום מקום דצריך לבדוק משום דסמכו דודאי היא בודקת א"ע מקודם וכיון שאין היבם מחויב לבדוק אח"ז לכך מיקרי אנוס אם נמצאת מעוברת אח"כ וס"ל להרמב"ן כדברי התוס' דהיכא דא"צ לבדוק זה מיקרי אנוס ולא שוגג ודלא כדברי הרמב"ם ז"ל ומזה יהיה ראיה ג"כ לדברי הפ"מ הנ"ל:

אך צ"ע דברי הגמרא דכריתות (יז:) דקאמר ר"ז שם דטעמא דרב דס"ל דאינו חייב אשם תלוי אלא על חתיכה משתי חתיכות משום דבעינן דיכול לברר איסורא אבל חתיכה אחת אינו יכול לברר איסורא ופריך שם ר' ירמי' מספק בן תשעה לראשון, או בן ז' לאחרון דחייב אשם תלוי אלמא דספק בן ט' לראשון אינו יכול לברר איסורא ולפי מ"ש דבדיקת דדין והילוכה היא בדיקה ברורה בג' חדשים כמו שהוכחנו מדברי הגמרא דיבמות א"כ כיון שבא עליה היבם תוך ג"ח אמאי אינו יכול לברר איסורא דהא אם הוה בדקינן בדדין ובהילוכה לג"ח אם, היא מעוברת מן הראשון או לא הוה ידעינן אם הוא חייב חטאת או לא ואמאי מיקרי זה א"י לברר איסורא ואף שעתה א"י לברר מ"מ הא נראה מדברי הגמרא שם (יח.) דקאמר מאי איכא בין איקבע איסורא לשאי אפשר לברר איסורא איכא בינייהו כגון שהיו לפניו ב' חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן ובא עובד כוכבים ואכל את הראשונה ובא ישראל ואכל את השניה לרבא ליכא מצוות בעידנא דאכל ישראל לר' זירא אי אפשר לברר איסורי' לר"נ איקבע איסורי' ע"כ א"כ מוכח להדיא דדוקא אם עובד כוכבים אכל את הראשונה אז פטור אבל אם עובד כוכבים אכל את השניה חייב אע"ג שעתה אינו יכול לברר מ"מ חייב כיון דבשעת אכילה היה יכול לברר א"כ הכא נמי כיון דבשעה שבא עליה יכול לברר אמאי אינו חייב אש תלוי אע"ג שעתה אינו יכול לברר והיא קושיא חמורה לפ"ד:

אמנם ראיתי להגאון בעל מרכבת המשנה (בה' שגגות פ"ח ה"ב) דכתב וז"ל עיין בנח"מ ומ"ש דרבא מקיל מכולהו אינו מדוקדק דבהך דבבא דברייתא דלקמן די"ח כשהיו לפניו ב"ח א' של חלב וא' של שומן בא ישראל ואכל את הא' בא א"י ואכל את השניה אליבא דרבא חייב דאיכא מצוות בשעת אכילה וכן אליבא דר"נ חייב דאיקבע איסורא ואליבא

דר"ז פטור כיון דא"א לברר איסורא כו' עכ"ל ולפ"ז היה ניחא קושיא הנ"ל אבל באמת דבריו תמוהים דהא מדברי הגמ' הנ"ל מוכח כדברי הלח"מ ועוד דהא איתא שם להדיא בברייתא דאף לרבנן דס"ל דבעי שתי חתיכות דאם בא ישראל ואכל את הראשונה ובא עובד כוכבים ואכל את השניה דחייב א"כ האיך אפשר לומר דר"ז פליג על ברייתא זו אף שלכאורה קשה מברייתא זו גם לר"נ דהא הוא ס"ל דאף אם אכל עובד כוכבים את הראשונה נמי, חייב כיון דאיקבע איסורא ובברייתא קאמר להדיא דאם אכל עובד כוכבים את הראשונה ואכל ישראל את השניה פטור נ"ל דלר"נ איכא לתרוצי דתנא דברייתא ס"ל כמ"ד יש אם למסורת ומצוות קרינן לכך בעי שתי חתיכות גם בשעת אכילה ור"נ ס"ל כרבי דפליג שם וס"ל דבין כו"כ חייב אבל לר"ז אם נאמר דס"ל דאף אם א"י אכל את השניה נמי פטור א"כ כמאן ס"ל דלפלוג על ברייתא זו וע"כ צ"ל דלא כהגאון הנ"ל א"כ לפ"ז ישאר הקושיא מה שהקשינו אמאי פטור מאשם תלוי אם בא עליה תוך ג"ח כיון דאז היה יכול לברר איסורא:

אח"כ התבוננתי ונ"ל לקיים דברי הגאון הנ"ל אך דוקא אם אכל א"י את השניה קודם שנודע לו שאכל ספק איסור אז הוא דפטור לר"ז מא"ת כיון שעדיין לא חל עליו חיוב דאשם תלוי ובשעה שנודע לו אז לא היה יכול לברר אבל אם אכל א"י את השניה לאחר שנודע לו שאכל ספק איסור גם ר"ז מודה דחייב אשם תלוי אף שעתה אינו יכול לברר מ"מ כיון דבשעת ידיעת הספק אז היה יכול לברר א"כ כבר נתחייב בא"ת ולא מיפטר מה שאח"כ אכל א"י את השניה ואינו יכול לברר ולפ"ז יש לתרץ מה שהקשינו מדברי הברייתא דהברייתא מיירי דא"י אכל את השניה לאחר שנודע לו שאכל ספק איסור ודברי הגמרא נ"ל דאפשר לדחוק ולומר דלכך נקיט דנ"מ בין ר"נ לר"ז דאם א"י אכל את הראשונה לרבותא דר"נ דאפ"ה מתחייב משום דאיקבע איסורא ולפ"ז נראה דיש לתרץ קושיתנו החמורה דמאי הקשה לר"ז מספק בן ט' לראשון דהתם הא יכול לברר איסורא. דנראה דאע"ג דבתוך ג"ח היה יכול לברר איסורא אח"כ ע"י בדיקת דדין והילוכה לזמן ג"ח מן הראשון מ"מ כיון שעתה שנולד הולד אינו יכול לברר איסורא פטור מאשם תלוי לר"ז ואף שנודע לו תוך ג"ח שבא על יבמתו ואז הא יכול לברר איסורא מ"מ פטור משום דבעינן יכול לברר בשעה שנודע לו שעשה ספק איסור והכא כ"ז שלא יצא הולד לאויר העולם והוא בר קיימא לא נודע לו עדיין שעשה ספק איסור דהא חזינן דהכונס יבמתו ונמצאת מעוברת מ"מ כ"ז שלא ילדה בר קיימא אינו יכול להביא חטאת דכן מוכח מלשון המשנה דיבמות דקאמר הכונס יבמתו ונמצאת מעוברת בזמן שהולד בן קיימא יוציא וחייבין בקרבן אלמא דכ"ז שלא נולד הולד אינו חייב בקרבן משום דשמא יהא נפל

אע"ג דרוב ולדות בני קיימא נינהו מ"מ הכא שאני דגלי קרא להדיא דכ"ז שלא נולד הולד לא נפטרה כדאיתא בירושלמי דילפינן זאת מן הקרא. וכן מוכח שם להדיא בירושלמי ה"ב דאינו חייב בחטאת כ"ז שלא נולד הולד דקאמר שם ר"י היה לפניו שתי זיתים א' של חלב וא' של שומן ואכל אחד מהן וחבירו מונח בתיבה ואמר מאחר שאילו אמצא את המפתח יכול אני לעמוד על וודאו מהו שיהו חייבין על ספיקו אשם תלוי נשמעינה מן הדא הכונס את יבמתו ונמצאת מעוברת עד שלא יודע לו אם בן קיימא הוא אם אינו בן קיימא מביא [ר"ל בתמיה] הדא אמרי שאינו מביא ע"כ. הרי חזינן דהירושלמי מביא ראיה, מן המשנה דאף אשם תלוי אינו מביא כ"ז שלא נולד הולד אם כן כל שכן חטאת וכיון דכל זמן שלא נולד הולד אף שודאי מעוברת מן אחיו אינו יכול להביא חטאת משום שמא לא יהא הולד בר קיימא וכ"ז שלא נולד הולד עדיין אינו ידוע לו שחטא א"כ גבי ספק בן ע' לראשון כ"ז שלא נולד הולד אינו מחוייב אף באשם תלוי דהוה ספק ספיקא חדא דלמא לא יהא הולד בן קיימא ואף אם יהא בן קיימא דלמא נתעברה ממנו וכן משמע מהמשנה דקאמר ספק בן ט' לראשון כו' יוציא והולד כשר וחייבין באשם תלוי משמע דאינו חייב בא"ת אלא לאחר שנולד הולד. א"כ לפ"ז מה שהיה לו ידיעה שבא על ספק ערוה בתוך ג"ח לא הוה ידיעה כיון שאז אינו מחוייב להביא אשם תלוי ועיקר הידיעה שעשה ספק איסור הוא לאחר שנולד הולד והוא בן קיימא ואז הא לא יכול לברר איסורא והוה כמו שאכל א"י את השניה קודם שנודע לו שאכל ספק איסור וכ"ז אפשר לישב לפי דברי הרמב"ם בה' שגגות פ"ח דנראה דס"ל דאינו חייב אשם תלוי על ס"ס יעו"ש בלח"מ לפי דבריו איכא למימר דגבי ספק בן ט' לראשון נמי כ"ז שלא נולד אינו חייב א"ת משום דהוה ס"ס וכמ"ש אמנם לפי דברי התוס' בכריתות (יז:) ד"ה מדסיפא דכתבו שם דאשמעינן מתני' דאפי' בס"ס נמי מייתי אשם תלוי עדיין צ"ע דלפי דבריהם פשיטא דגבי ספק בן ט' לראשון חייב בא"ת אף קודם שנולד הולד א"כ הדקל"ד דאמאי לא מהני לו הידיעה שעשה ספק איסור בעת שהיה יכול לברר לחייב א"ת אף שעתה אינו יכול לברר דהוה כמו שאכל א"י את השניה לאחר שנודע לו שעשה ספק איסור דחייב בא"ת וכמ"ש:

מ"מ לאחר העיון נ"ל דאפשר ליישב גם לפי דברי התוס' לשיטתם דס"ל ביבמות (לז.) ד"ה וזו כו' דאשה לאחר מיתת בעלה בחזקת היתר לייבם קיימא ולפי דבריהם היכא שבא עליה תוך ג"ח כ"ז שלא חזינן דהיא מעוברת אין עליו החיוב מא"ת משום דהיא בחזקת שאינה מעוברת א"כ ניחא קושיתנו גם לפי דבריהם דדוקא גבי שתי חתיכות דמיד שנודע לו שאכל חתיכה אחת משתי חתיכות מיד נתחייב א"ת להגין מן היסורין

עד שיודע לו ויביא חטאת לכך אפי' אכל א"י את השניה וא"א לברר עתה מחוייב א"ת כיון שכבר נתחייב אבל הכא כ"ז שלא הוכר שהיא מעוברת אין עליו חיוב דא"ת כלל וא"צ להביא א"ת להגין מן היסורין משום דמוקמינן לה בחזקת שהיא אינה מעוברת ולאחר שהוכר שהיא מעוברת ונסתפק לנו אם הוא בן ע' לראשון או בן ז' לאחרון הרי א"א לברר א"כ הרי לא היה עליו שעה שיתחייב בא"ת:

והנה מדברי הירושלמי הנ"ל לכאורה יש להוכיח לסתור כל דברינו דהירושלמי מביא שם דרב ס"ל כל שאפשר לעמוד על וודאו חייבין על ספיקא א"ת יעו"ש דזה כשיטת ר"ז בגמרא דידן דנותן טעם לדברי רב דס"ל דאינו חייב אלא במקום שאפשר לברר וקאמר שם בירושלמי מתניתא פליגא על רב ספק בן ט' לראשון בן שבעה לאחרון יוציא והולד כשר וחייבין אשם תלוי הרי אי אפשר לך לעמוד על וודייו וחייבין על ספיקא א"ת אמר ר' יוסא כו' קמינן מאחר שהוא יכול להערות ולפרוש ולידע אם ממנו הוא אם מאחר הוא במשהו יכול לעמוד על וודייו כו' ע"כ. הרי ס"ל להדיא להירושלמי דלא כמרכבת המשנה הנ"ל דאפי' אכל א"י קודם שנודע לו שאכל ספק איסור נמי. חייב א"ת דהרי הכא מיד שגמר בעילתו הרי א"א לברר מ"מ קאמר בירושלמי דחייב א"ת [וקושיתנו שהקשינו על דברי הגמרא הרי אפשר לברר ע"י בדיקת דדין לזמן ג"ח לא קשה על הירושלמי דלמה צריך לדחוק ולתרץ כיון שאפשר לברר שיפרוש לאחר הערה ולא מתרץ בפשיעות דהרי אפשר לברר ע"י בדיקת דדין. משום דהירושלמי יש לו שיטה אחרת בכל דברי הבחנה ומוקי מתני' בספק בן ע' לראשון בן ז' לאחרון בגוונא אחרינא ודלא כהגמרא דידן ולדברי הירושלמי לא קשה זאת כלל ובמק"א אבאר זאת בס"ד] אבל באמת נראה דבזה גופה אם אכל א"י את השניה קודם שנודע לו שאכל ספק איסור פליגי הירושלמי והגמרא דידן דהירושלמי ס"ל דבכה"ג חייב א"ת כיון דבשעת אכילה אפשר לברר וה"ה הכא כיון דבשעת הערה היה פורש היה אפשר לברר והגמרא דידן ס"ל דבעינן שיהא אפשר לברר בשעה שחל עליו חיוב דא"ת ולכך הוכרח לתרץ דאתי מתני' כר"א ולא מתרץ כדברי הירושלמי:

ועתה נחזור לענינינו לפי מה שבארנו דבדיקת דדין והילוכה היא בדיקה ברורה וליכא אפי' מיעוטא דאינה ניכר והא דאמרינן בגמרא דאיכא מיעוטא דאינה ניכר לג"ח זה הוא רק הכרה לעיני הרואים א"כ א"ש מה שהקשינו לעיל אמאי לא הזכירו הפוסקים גבי ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון דאיירי שראינו שלא היה ניכר לג"ח דבלא ראינו הוה אזלינן בתר רובא דלט' ילדן דלא הוצרכו להזכיר זאת כלל. דכיון שלא היה ניכר לעיני הרואים שהיא מעוברת עד שנפל הספק אצלינו אם הוא מן הראשון או מן השני א"כ

איתרע לה רובא דלתשעה ילדן והא דאמרינן שהאשה מחפה על עצמה כדי שבנה יירש בנכסי בעלה השני הוא דוקא על בדיקת הילוכה. אבל שלא יהא ניכר לעיני הרואים א"א לה לחפות. א"כ הדרא הקושיא על רי"ו הנ"ל אמאי ס"ל דאם נשאת לאחר זנות תוך ג"ח ונולד ספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון דהוה ספק הא כיון דרוב מזנות אינן מתעברות משום דמתהפכות הוה כנגד הרוב דלתשעה ילדן והא דעוברה אינו ניכר לג"ח לעיני הרואים מסייע להרוב דמזנות אינן מתעברות וא"כ לא הוה ספק השקול ואמאי לא אמרינן שבודאי בן ז' לאחרון הוא מן הנשואין ומתיחס אחריו והוא כהן כשר ונראה לישב דבריהם דאף דבכל אשה אמרינן שהיא מחפה על עצמה כדי שיירש בנה כו'. ומ"מ מחמת שלא היה ניכר העובר לג"ח לעיני הרואים איתרע לה רובא דלט' ילדן אבל גבי זנות דהיא מחפה על עצמה בכל הטצדקי שאפשר לה למעבד כדי שלא יהא ניכר אין לומר דמשום זה איתרע לה רובא דלתשעה ילדן ותלינן שהיא חיפה בעצמה עד שלא יהא ניכר כלום לעיני הרואים. וא"כ הוה רובא דלט' ילדן כנגד רובא דמזנות אינן מתעברות. והוה ספק השקול וא"ש דברי רי"ו ולמד זאת מהגמרא דיבמות פרק נושאין על האנוסה והוא מפרש דשם מיירי בנשואין אחר זנות ואפ"ה הוה ספק בן ט' לראשון כו' ואתי כר' יהודא דס"ל דאנוסה ומפותה צריכה להמתין ג"ח:

שוב בא לידי ס' רבינו ירוחם וראיתי דז"א דהוא בעצמו בנתיב כ"ג ח"ג כתב לענין אנוסה ומפותה אם צריכה להמתין ג"ח דרק קצת מן הפוסקים פסקו כר' יהודא והאיך יסתום בחלק ד' הך דינא דהיכא דנבעלה בעילת זנות לכהן ואח"כ נשאת לכהן אחר דפסלוהו רבנן מן העבודה ולמד זאת מהגמרא דיבמות הנ"ל ולא הזכיר דלפי הפוסקים כר' יוסי הוא כשר לעבודה ותלינן אחר הנשואין ע"כ נ"ל דע"כ צ"ל דס"ל לרי"ו דאף לר' יוסי דס"ל באנוסה ומפותה דאינה צריכה להמתין ג"ח לא משום דסובר דזה לא שכיח כלל דיתעברה מן הזנות משום דמתהפכת אלא דהיכא דהיא באה להנשא אמרינן זיל בתר רובא והיא מן הרוב דאינן מתעברות ע"י זנות. מ"מ אם אירע אח"כ שילדה ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון אמרינן כיון דרובא לתשעה ילדן הוה ספוק השקול אף בנשואין אחר זנות וכמש"ל אך יש להקשות ע"ז דהאיך אפשר לומר דר' יוסי אזיל בתר רובא גם בהבחנה הא אנן חזינן דבהבחנה חששו חז"ל למיעוטא דהרי עיקר הבחנה הוא להבחין בין ע' לראשון ובין ז' לאחרון והרי רוב יולדות לתשעה ירחין ילדן ויעויין בתוס' יבמות (ל"ז.) ד"ה רוב כו' וע"כ צ"ל מחמת זה דכ"מ שיכול לבוא לידי ספק החמירו חז"ל וא"כ ה"נ כיון שאפשר לבוא לידי ספק אם ילדה אח"כ ספק בן תשעה לראשון מן הזנות ספק בן ז' לאחרון מן הנשואין האיך הקיל ר' יוסי להנשא אחר הזנות אבל אחר העיון לא קשה

כלל דיש לחלק בין רובא לרובא דלכך חששו חז"ל בהבחנה אולי יולד לה בן שבעה לאחרון אע"ג דרובא לתשעה ילדן משום דא"א לומר בזה שבודאי לא תלד בן שבעה לאחרון דהא חזינן שנולדו לפעמים בן שבעה אבל גבי אנוסה ומפותה דאנו רוצין לדין על אשה זו אם היא מעוברת עתה מן הזנות או לא בודאי אמרינן זיל בתר רובא והיא אינה מעוברת משום דמתהפכות. וכה"ג מצינו בגיטין (כח.) לענין חזקת שהוא קיים דמחלק רבא בין שמא מת לשמא ימות דלשמא מת לא חיישינן ולשמא ימות חיישינן ואפ"ל שהוא ג"כ מסברא הנז' דהיכא דאנו באו לדין על האדם אם מת אמרינן דבודאי חי הוא מטעם חזקה אבל היכא דאנו דנין אם ימות מיד או לא חיישינן שמא ימות. דא"א לומר שבודאי לא ימות מטעם חזקה דהא חזינן שכמה ב"א מתים ולכאורה יש להביא ראיה לדברי לפי מ"ש בתשו' ר"י מינץ הובא ברמ"א (סי' ד' סי"ד) דאפשר לאשה ליולד בר קיימא אף בחמשה חדשים וב' ימים משום דשופרא גרים ומיקרי בר ז'. א"כ לפ"ז אכתי מאי הועילו חכמים בתקנתן להמתין ג"ח מלהנשא הא כיון דחשו חז"ל בזה גם למיעוטא יש לחוש נמי דאולי היא מן המיעוט שאין ניכר עוברן לזמן ג"ח ואח"כ יולד לה מן האחרון לששה חדשים ואף פחות קצת ויהיה אז ספק אם הוא בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון ע"י שופרא אבל אי אמרינן דבכה"ג גם בהבחנה אזלינן בתר רובא א"ש כיון דכבר עברו ג"ח ואין עוברה ניכר לא חיישינן שמא היא מן המיעוט שאין עוברן ניכר אע"ג דלכך צריכה להמתין ג"ח דחיישינן שמא לא יהא עוברה ניכר לזמן ג"ח מן הראשון וא"כ יולד לנו ספק שמא הוא בן ז' לאחרון שאני התם דלכתחילה ודאי חיישינן דאולי יקרה שיהא מן המיעוט שלא יהא עוברה ניכר כמו שמא ימות חיישינן אבל כיון שכבר עברו עליה ג"ח וחזינן דאין עוברה ניכר לא חיישינן שמא היא מן המיעוט שאין עוברה ניכר ואמרינן שודאי היא אינה מעוברת ולכך מותרת להנשא וכמו שמא מת לא חיישינן אבל זאת יש לדחות דהא עדיין יש לדקדק דהא ר' יהודא כיון דהוא חייש גבי אנוסה ומפותה להמיעוט שמא לא נתהפכה יפה יפה ע"כ סובר דמחמרינן בהבחנה ולא אזלינן בתר רובא אפי' בכה"ג דכ"מ שיכול לבוא לידי ספק החמירו חכמים שלא להנשא א"כ לדידיה הדקל"ד מאי מועיל המתנת ג"ח דלמא היא מן המיעוט שאין ניכר עוברה לג"ח ואח"כ יולד לה ע"י שופרא לששה חדשים פחות מעט. ויהיה ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון ויותר קשה אפי' להסוברים דלא כהר"י מינץ משום דאנן לא ס"ל דשופרא גרים אבל ר' יהודא הא הוא סובר בנדה (לח.) דשופרא גרים [עיי"ש בתוס' ד"ה שופרא גרים] אפי' ליולדת לתשעה וכ"ש לז' וא"כ מאי מהני לדידיה המתנת ג"ח אבל באמת בתירוץ התוס' דיבמות הנ"ל דכ"כ לא היה משתהה הכרת העובר מן הראשון עד שליש ימיה מן

השני יש לישב ג"כ קושיא זו א"כ א"א להביא ראיה מזה לחלק בין רובא לרובא אבל מ"מ הסברא נכונה לתרץ דברי ריי"ו דסבירא ליה כך אליבא דר' יוסי:

היוצא לנו מכל דברינו אלה לנ"ד דהוה נשואין אחר זנות אף שדעת התשב"ץ שתלוי זה בפלוגתת ר' יוסי ור"י לפי דברי ר' יהודא צריך לחוש דהוה ספק ממזר ולפי מאי דפסקו רוב הפוסקים כר' יוסי [ואף הרא"ש דפסק כר' יהודא דבאנוסה ומפותה צריכה להמתין ג"ח הוא רק משום גזירה זנות אטו נשואין ודברי התשב"ץ שכתב בשם הרא"ש דפוסק לגמרי כר' יהודא צ"ע] א"כ בנשואין אחר זנות לא חיישינן כלל אמנם כיון דדעת ריי"ו הוא דאף לדעת ר' יוסי בנשואין אחר זנות הוה ספיקא והוה ספק ממזר וזה דעת הרמ"א בהג"ה בס"ד א"כ קשה להקל כנגד סתימת השו"ע:

אח"כ התבוננתי בזה וראיתי שיש קצת ראיה לדברי התשב"ץ מהירושלמי פי"א ה"ז דז"ל על המתני' מי שלא שהת אחר בעלה שלשה חדשים ונשאת וילדה ואין ידוע אם בן ט' לראשון אם בן שבעה לאחרון פריך שם מה נן קיימין אם לאחר מיתה לית יכיל כו' אלא בשגירש מה נפשך בנו הוא יטמא לו אם אינו בנו חלל הוא ומה בכך שיטמא אלא בשאנס לא כן אמר ר' בא בשם אבא בר ירמיה אנוסה אינה צריכה להמתין שלשה חדשים וסברין מימר כרבנן והכא כר' יוסי אנן קיימין ופי' שם הבעל פ"מ וק"ע דפריך מדקתני במתני' מי שלא שהת משמע דמדינא צריכה להמתין ולדברי ר' יוסי אנוסה מדינא אינה צריכה להמתין וזה דחוק מאוד אבל לפי דברי התשב"ץ דסבירא ליה דלר' יוסי בנשואין אחר זנות אז תלינן בנשואין כיון דמתהפכת לא חיישינן כלל שיתעברה מן הזנות ותלינן שהוא בר ז' מן הנשואין א"ש קושית הירושלמי בפשיטות ונראה דהא דלא מוקי הירושלמי דהשני נמי בא עליה בזנות כמו שפירש"י בגמרא דידן משום דאיכא למימר דהירושלמי לא מצי לאוקמי הכי דא"כ תקשה קושית הגמרא דידן הא בעינן זרעו מיוחס אחריו והירושלמי ס"ל דלא גזרו חכמים דבעינן זרעו מיוחס אחריו אלא דוקא היכא דשניהם בזנות כמו שמשמע מפשטת הלשון דשמואל דאמר עשרה כהנים ופירש אחד מהן ובעל משתיקין אותו מדין כהונה. אבל בנשואין אחר זנות בזה לא גזרו חכמים ולכך הוכרח הירושלמי לאוקמי בנשואין אחר זנות ומוקמינן למתני' כר' יהודא ולא כר' יוסי ונראה דגם ריי"ו מודה דהירושלמי סובר דבנשואין אחר זנות בזה לא גזרו חכמים דבעינן זרעו מיוחס אחריו והא דפסק ריי"ו דאף בנשואין אחר זנות בעינן זרעו מיוחס אחריו משום דסובר דע"כ גמרא דידן פליגא בזה על הירושלמי משום דלא מסתבר לי' לפרש דהגמרא דידן מיירי בשניהם בזנות כפירש"י דהא במתני' קתני להדיא מי שלא שהת אחר בעלה ונשאת לשני אף דבעלה איכא לפרש דזהו בועלה אבל נשאה קשה

לפרש דקאי על זנות ולכך נטה מפירש"י ומפרש דהגמרא איירי בנשואין אחר זנות ואפ"ה פריך הגמרא הא בעינן זרעו מיוחס אחריו אבל קושית הירושלמי הא אנוסה אינה צריכה להמתין נראה דהוא מפרש כהבעל פ"מ והק"ע דהקושיא היא הא אנוסה מדינא אינה צריכה להמתין לכך ס"ל דאף בנשואין אחר זנות מספקינן לי' בראשון אף לר' יוסי: דאל"כ מנ"ל דהגמרא דידן פליג בזה על הירושלמי דילמא גם הגמרא דידן רצה לאוקמי כר' יהודא:

אח"כ מצאתי שהגאון בעל עצי ארזים בסי' ג' ס"ק י"ט מפרש ג"כ דברי הירושלמי כאשר פירשנו דלא כהבעל פ"מ והשיג עליו וגם מפרש דהירושלמי סובר בנשואין אחר זנות בזה לא גזרו חכמים דבעינן זרעו מיוחס אחריו ולכך פירש"י דמיירי בשניהם בזנות משום דפריך הגמרא הא בעינן זרעו מיוחס אחריו וע"כ מיירי בשניהם בזנות. והא דלא מוקי הגמרא בנשואין אחר זנות משום דשמואל בסוף פרק ד"א בלישנא בתרא ס"ל כר' יוסי דאשה מזנה מתהפכת והא דמזנה צריכה להמתין היינו רק משום גזירה זנות אטו נשואין. א"כ בנשואין אחר זנות הוה תלינן הולד בנשואין אמנם לדינא הכריח דבנשואין אחר זנות מספקינן בבן ט' לראשון אף בזנות משום דהעור הביא המשנה דפרק נושאין מי שלא שהת כו' כצורתה. והא אנן לא קיי"ל כר' ישמעאל בקדושי טעות א"כ לא משכחת לה בדין זה שיהיו שניהם אוננים עליו והוא אינו מטמא להם והה"מ כתב לישב דברי הרמב"ם דמשכחת לה בבת ממאנת. אבל תירוץ זה לא יתכן לדעת הטור ע"כ כתב דהטור אזיל לשיטתיה דס"ל כשיטת הרא"ש לפסוק כר' יהודא דאנוסה צריכה להמתין א"כ משכחת לה בנשואין אחר זנות ונפלאתי עליו מאד דהאיך אפשר לומר דהעור פוסק כר' יהודא הא העור פסק להדיא דגיורת שנתגיירה ושפחה שנשתחררה אפי' גדולות אינן צריכות להמתין וע"כ משום דמתהפכות כדאמרינן בגמרא. א"כ ע"כ פסק כלישנא בתרא דשמואל דס"ל כר' יוסי ובזנות משום דגזרינן אטו נשואין. אבל מדינא אינה צריכה להמתין אע"ג דהרא"ש הביא דברי הרז"ה ומשמע מתחילת דבריו דרוצה לפסוק כר' יהודא נגד ר' יוסי בהבחנה אבל מסוף דבריו ניכר דפוסק כלישנא בתרא דשמואל ולכך פוסק הטור דבגיורת אינה צריכה להמתין וזה ברור:

עוד כתב הגאון הנ"ל דבדברי הרמב"ם א"א לומר הכי דהא הוא פוסק כר' יוסי דאנוסה ומפותה אינה צריכה להמתין וע"כ הכריח הגאון הנ"ל דלדברי הרמב"ם ע"כ צ"ל איפכא דלדברי ר' יהודא כיון דאנוסה ומפותה צריכה להמתין הוה תלינן בראשון משום דאזלינן בתר רובא דלע' ילדן והא דלא הוכר עוברה הוה תלינן שהיא חופה עצמה [ועיין היטיב בדברי הגאון הנ"ל ונראה שהוא מפרש הכרת העובר כאשר עלה בדעתו בתחילה אבל

ז"א וכמ"ש מ"מ מחמת זה אפשר לקיים דברי הגאון הנ"ל אף דהכרת העובר הוא הכרה לעיני הרואים מ"מ במזנה מסתבר לומר דגם הכרה לעיני הרואים לא מגרעי הרובא דלט' ילדן משום דהיא מחפה בעצמה ביותר מכל הנשים שלא יוכר עוברה כמש"ל) ולכך הוכרח הגמרא לפרש דמיירי בשניהם בזנות דבזה לא שייך מחפה כיון דהוה דרך זנות מזה ומזה ומשום דסובר שם הגמרא כלישנא קמא דשמואל דסובר כר' יהודא לכך פריך הגמרא הא בעינן זרעו מיוחס אחריו אבל לפי מאי דקיי"ל כר' יוסי ע"כ מיירי המתני' בנשואין אחר זנות ואע"ג דאיכא רובא דלע' ילדן מ"מ איכא רובא דמתהפכת לכך הוה ספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון משום דאיכא רובא כנגד רובא כך ת"ד אבל לפע"ד גם זה אין נ"ל דודאי גם ר' יהודא מודה דרובא מתהפכות רק משום דחיישינן למיעוטא גבי הבחנה ע"כ סובר ר' יהודא דצריכה להמתין וכן משמע לישנא שמא לא נתהפכה יפה יפה וכן כתב הנו"ב במה"ק חלק אה"ע סי' כ"ג א"כ אף לר' יהודא א"א לומר דהוה תלינן בראשון משום דרובא לט' ילדן דהא גם לר' יהודא איכא רובא דמתהפכות כנגד רובא דלט' ילדן ומה שהרעיש הגאון הנ"ל בקושיא על דברי הרמב"ם והטור כיון דאנן לא פסקינן כר' ישמעאל בקדושי טעות א"כ האיך משכחת לה מתני' מי שלא שהת. לפע"ד אפשר לתרץ דבריהם בפשיטות דהא דאנן לא קיי"ל כר' ישמעאל אינו רק בקדשה על תנאי ובעל סתם אבל בקדשה על תנאי ובעל על תנאי כו"ע מודים כיון דבעל בפירוש על תנאי ואח"כ נמצא שאינו כן דהוה נשואי טעות ויוצאה בלא גט אפי' בנה מורכב על כתפיה. והא דאמרינן בכמה מקומות אין תנאי בנשואין היינו שזה לא שכיח שיהא אדם מתנה בשעת נשואין אבל תנאי בנשואין ודאי דמהני. א"כ משכחת לה שפיר הדין דמתני' מי שלא שהת. וכן כתב התוס' בכתובות (עד:) ד"ה ממאנת כו' וז"ל וא"ת ולר' אלעזר דאמר לעיל דברי הכל צריכה הימנו גט ואפי' בקדושי טעות לא סבר כר' ישמעאל א"כ תקשי לשמואל סתם מתני' דהתם דלא מצי לאוקמי מתני' דהתם לא בקדושי קטנות ולא בקדושי טעות לר' אלעזר ולעיל דוחקינן לאוקמא סתם מתני' כוותי' וי"ל בדוחק דהוה מוקי לה כגון שפירש בהדיא שאינו בועל לשם קידושין עכ"ל. אף שכתבו וי"ל בדוחק לפע"ד אין זה דוחק יותר ממאי דרצו לאוקמא הגמרא בנשואין אחר זנות וצריך לדחוק דאחר בעלה לאו דוקא אלא אחר בועלה אלא כונתם דלכך רצה הגמרא לאוקמ' כר' ישמעאל משום דלר' ישמעאל אתי בפשיטות ואין צריך לומר שבעל להדיא שלא לשם קדושין והנה לכאורה ממה שכתבו התוס' שבעל להדיא שלא לשם קדושין משמע קצת דס"ל דאף אם התנה להדיא בשעת ביאה את התנאי שלו מ"מ צריכה גט. וכן הביא הב"ש סי' ל"ח ס"ק נ"ט בשם הש"ג דאף אם התנה כן בפירוש אמרינן בעת הביאה כוונתו

היה לקדש אף אם לא נתקיים התנאי וע"כ צריך התוס' לדחוק דאיירי שאמר שרוצה לבעול בעילת זנות ואינו בועל לשם קדושין ובכה"ג גם הש"ג מודה כן נראה פשטות דברי התוס' אבל באמת מדברי התוס' שם (עג.) ד"ה אלא כו' מוכח מדבריהם להדיא דאם התנה בשעת ביאה דאינה צריכה גט וכן כתב הב"ש בשם התוס' והגר"א וכן פסקינן בשו"ע סי' קכ"ז ס"ד בהג"ה דאם המקדש יש לו אח מומר יעו"ש. א"כ אפשר לתרץ שבעל על תנאי מפורש ואינה צריכה גט ויותר נראה דג"כ כוונת התוס' כן הוא שאינו בועל לשם קדושין אלא דוקא על תנאי ולפי"ז א"ש דברי הרמב"ם והטור שהביאו המשנה בפשיטות וא"צ לדחוק שמיירי בנשואין אחר זנות ואיכא למימר כמו שהוכחנו לעיל מדברי הירושלמי דלפי מאי דקיי"ל כר' יוסי בנשואין אחר זנות תלינן בנשואין כדברי התשב"ץ והיה מקום להקל בנ"ד כיון דאינו אלא ספק ממזר ובספק ממזר יש לסמוך על המקילין כיון דאינו אלא מדרבנן ובפרט דפשטות הירושלמי מסייע לשיטה זו:

אך מה שנראה לי מ"מ להחמיר בנ"ד הוא מה שידוע שנפסק הוסת שלה מקודם הנשואין ג"ח תיכף אחר הזנות. וגם מאז היתה מתעבת כל מאכל כדרך הנשים בתחילת עיבורן א"כ יש הוכחה שמאז נתעברה ומצאתי בח"ס על יו"ד סי' רצ"ט דכתב שם וז"ל וממילא מובן דהך הוחזקה לאו היינו בהיכר עובר של ג"ח. דא"כ חזקה דאורייתא היא כמבואר בנדה (ט.) גבי הגיע וסתה בימי עיבורה מהו יעו"ש. אלא הכא לא אמרינן הוכר עוברה אלא הוחזקה עוברה ור"ל שכבר היה בה סי' מעוברת שפסק לה האורח הראוי ושארי סימנין שע"י הוחזקה מעוברת בשכנותי' דכה"ג חזקה בעלמא היא ומצינו חזקות כה"ג שע"י דיבורי אנשים דעלמא וסברותם כגון הוחזקה נדה בשכנותי' וכגון הוחזקה נחלה באותו שבע דסוף פ' מי שמת וה"נ דכוותי' עכ"ל ויש להביא ראי' לזה דכיון שחדל אורח שלה ויש לה סי' המוכיחין שהיא מעוברת אפשר להחזיק אותה למעוברת אף קודם שהוכר עוברה מדברי הרשב"א בנדה שם ד"ה הכי נמי דמישב שם קושית התוס' שהקשו דהא הכא מוכח דמעוברת אין צריך לפרוש ממנה סמוך לוסתה ובפסחים סוף פ' אלו דברים גבי אשתו נדה בעל חייב ויבמתו נדה בעל פטור מוכח שם דגם מעוברת צריך לפרוש ממנה סמוך לוסתה וכתב ע"ז הרשב"א וז"ל ול"נ דאפילו אמעוברת קאי ומיירי בג"ח ראשונים שלא הוכר העובר דבג"ח הראשונים הרי היא ככל הנשים וחוששת לוסתה וצריכה בדיקה ואסורה לשמש עונה אחת סמוך לוסתה ובאותו ג"ח ליכא מצוה ואדרבא קשה לה וקשה לולד ומ"מ שמחת עונה איכא עכ"ל ולכאורה זה תמוה מנא ידעה שהיא מעוברת אבל לפי דברי הח"ס הללו ניחא וכן נתיישב בזה דברי הרשב"א בת"ה בבית שביעי שער ששי שכתב שם וז"ל המפלת ליום ארבעים אינה חוששת לולד

לפי שאין הולד נגמר בפחות מארבעים וא' ליום מ"א תשב לזכר ולנקבה ולנדה כו' ומיהו תשב גם לנדה דכיון דליכא אלא מ"א מיום טבילה שמא לא נקלט הזרע עד יום שלישי ועדיין לא נגמר הולד ולפיכך מסתברא דעד יום ארבעים ושלשה תשב גם לנדה אבל מכאן ואילך אינה יושבת לנדה דכל שאינו נקלט לשלשה ימים שוב אינה קולטת כו' עכ"ל ולכאורה קשה אמאי סובר הרשב"א דלאחר מ"ג יום אינה צריכה לחוש לנדה כלל. הא כיון שעדיין לא הוחזק עוברה דילמא הפילה דבר שאינו ולד כלל אלא ע"כ צ"ל דהרשב"א איירי שהוחזק עוברה וכן מצאתי שפי' כן הגאון בעל ס"ט בחידושיו לנדה (ל.) וא"כ מוכח מזה שאפשר להיות הוחזק עוברה אפי' קודם ג"ח וכדברי הגאון בעל ח"ס אולם ראי' זו יש לדחות דהא רש"י פי' שם להדיא דהא דהמפלת ליום מ' תשב לנדה היינו שהפילה שליא וכ"כ הא"ז בשם הרשב"ם וז"ל שם פי' רשב"ם המפלת שליא יום ארבעים לטבילתה שטבלה ושמשה ונתעברה אינה חוששת לולד ואם ראתה דם עמה טמאה דלאו היינו שליא שאמרו שאין שליא בלא ולד כו'. ואע"ג דנתעברה לא חשיב עיבור ולד שלא נגמרה צורתו עד שיכלו כל הארבעים. אבל הפילה ליום ארבעים ואחד או לארבעים ושנים או לארבעים ושלשה תשב לזכר ולנקבה ולנדה כו' עכ"ל וזהו כדברי הרשב"א הנ"ל דדוקא יום מ"ג הוא דתשב לזכר ולנקבה ולנדה שמא לא קלטה עד יום ג' אבל אח"כ תשב לזכר ולנקבה לבד כיון דהפילה שליא ואין שליא בלא ולד כמו דאמרינן שם וע"ז האופן מיירי הרשב"א בת"ה דקאמר עד יום מ"ג היינו שהפילה שליא אע"ג דלא הזכיר בהדיא אבל הפילה ואינה יודעת מה הפילה איכא למימר דגם הרשב"א סובר דעד ג"ח ליכא החזקת העובר כלל ואיכא למיחש דלמא הפילה דבר שאינו ולד כלל ותשב גם לנדה אף לאחר מ"ג יום והא דסובר הרשב"א בחידושיו לנדה דאף קודם ג"ח איכא למימר דידעינן שהיא מעוברת שאני התם כיון דלא איתרע כלל אבל כיון דהפילה כ"ז שלא הוחזקה מעוברת ג"ח לא הוה חזקה דנאמר דודאי ולד הפילה וכן כתב הא"ז בה' נדה סי' שמ"ו להדיא דהא דאמרינן בגמרא דנדה הוחזקה מעוברת הוא דוקא אחר ג"ח ודלא כבעל ח"ס הנ"ל וא"כ לענין פדיון הבן נראה דכ"ז שלא עברו ג"ח צריך לפדות בלא ברכה ויתן במתנה ע"מ להחזיר אע"ג דהוחזקה מעוברת ע"י פסיקת הוסת ושארי דברים המוכיחין ע"ז דכיון דהפילה איתרע חזקתה וכיון דאינה יודעת מה הפילה מחויב לפדות מספק וכ"ש לפי דברי התוס' שהביאו הראשונים דדחקו לומר דלפי מאי דמסיק הגמרא בפסחים סמוך לוסתה ע"כ צ"ל דחזר מהאוקימתא קמייתא שמיירי שהיא מעוברת נראה דס"ל דקודם ג"ח א"א לידע כלל שהיא מעוברת מ"מ בנ"ד כיון דעברו ג"ח

שנפסק וסתה וגם שארי דברים שמוכיחין שהיא מעוברת ואח"כ ג"כ לא איתרע החזקה מסתברא דכו"ע מודים לזה דמחזיקינן אותה למעוברת משעה שנפסק וסתה:

ובזה נ"ל לישב דברי הגמרא דנדה (ח:) דאמרינן שם לענין דיה שעתא מעוברת משיודע עוברה וכמה הכרת העובר סומכוס אמר ג"ח. והנה לכאורה קשה דמה בא סומכוס להשמיענו הכא זמן הכרת עובר דהא כבר אמרו חכמים מעוברת משיודע עוברה דיה שעתא. א"כ כ"ז שאין אנו רואין שהוכר עוברה אין דיה שעתא. א"כ מאי נ"מ לנו הכא לידע הזמן ורק לענין הבחנה ביבמות התם צריך לדעת זמן הכרת עובר ואין לתרץ דסומכוס משמיענו דזמן הכרת העובר לג"ח הוא נ"מ נמי לענין דיה שעתא דהיינו היכא דחזינן שהוכר עוברה קודם ג"ח. דאי ממתני' ה"א כיון דחזינן דהוכר עוברה אע"ג דזה הוה קודם ג"ח [ומיירי באופן שלא חיישינן שמא מעוברת היא מקודם] נמי דיה שעתא לכך בא סומכוס לאשמעינן דהא דאמרו חכמים מעוברת משיודע עוברה דיה שעתא דוקא היכא דהוכר עוברה לזמן שרגילות רוב הנשים להכיר עוברן היינו ג"ח דאז מסתמא ראשה ואבריה כבדין עליה אבל היכא דהוכר עוברה מקודם לא אמרינן דיה שעתא. אף שאפשר לפרש כן אבל מדברי רש"י מוכח דאינו מפרש כן. דקאמר שם ואעפ"י שאין ראי' לדבר זכר לדבר שנאמר ויהי כמשלש חדשים זכר לדבר קרא כתיב וראי' גדולה היא משום דאיכא דילדה לט' ואיכא דילדה לז' ופירש"י ז"ל שמא ניכר עוברה לשליש ימיה דהיינו שני חדשים ושליש קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים עכ"ל והנה רש"י פי' סוגיא זו כפי המ"ד בסנהדרין דיולדת לז' עוברה ניכר לשליש ימיה וגם מדברי רש"י ז"ל מוכח דאם היה אפשר לדעת כעת שתלד לשבעה היה צריך להיות הדין דגם קודם ג"ח דיה שעתא כיון דגבי יולדת לשבעה זמנה להיות עוברה ניכר לשני חדשים ושליש. א"כ מאז ראשה ואבריה כבדין עליה אך מחמת דאזלינן בתר רוב נשים לכך לא אמרינן דיה שעתא קודם ג"ח ואם נאמר דסומכוס קאי לאשמעינן דאף היכא דחזינן שהוכר עוברה מ"מ אין דיה שעתא רק עד אחר ג"ח קשה טובא אמאי אזלינן בה בתר רוב נשים כיון דחזינן דאשה זו יצאה מהרוב דהא רוב נשים אין עוברן ניכר רק עד אחר ג"ח אמאי לא אמרינן דיה שעתא קודם ג"ח היכא דהוכר עוברה אלא ע"כ צ"ל דרש"י מפרש דסומכוס לא קאי אהיכא דחזינן דהוכר עובר' אלא אפי' שלא הוכר עוברה אצלה ומ"מ ידעינן שהיא מעוברת דהיינו היכא דחזינן שנפסק וסתה ושאר דברים המוכיחין שהיא מעוברת וכמו שבארנו. כיון שעבר עליה ג"ח שזה זמן להיות ניכר עוברה אף שאצלה לא הוכר עוברה מ"מ דיה שעתא כיון שדרך להיות אצלה עוברה ניכר אז ראשה ואבריה כבדין עליה ולפי"ז נ"ל כונת רש"י ז"ל הא דקאמר שמא ניכר עוברה לשליש ימיה דהיינו

שני חדשים ושליש ר"ל דלכך ה"א דדיה שעתא מזמן שני חדשים ושליש כיון דטומאת מע"ל הוה דרבנן ה"א דאזלינן לקולא קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים דכ"ז שלא עברו ג"ח לא אמרינן דדיה שעתא. וכן משמע מדברי הרמב"ם והרשב"א דז"ל הרמב"ם (בה' א"ב פ"ט ה"ד) איזה מעוברת משיוכר עוברה והוא ג"ח עכ"ל. ואם היה הרמב"ם מפרש דהא דקאמר סומכוס הכרת העובר הוא לג"ח בא להשמיענו דקודם ג"ח לא מהני הכרה א"כ הו"ל להרמב"ם לכתוב משיוכר עוברה לאחר ג"ח לעיבורה ומדקאמר והוא ג"ח אלמא דהרמב"ם מפרש דברי סומכוס כמש"ל דסומכוס בא להשמיענו דסתם הכרת העובר הוא לג"ח ונ"מ היכא דידעינן שהיא מעוברת ועברו עליה ג"ח דהוה כמו שהוכר עוברה וכן נראה דעת הרשב"א בתוה"ק הביאו הטור בסקפ"ט. וכן הוא לשון השו"ע שם מעוברת לאחר ג"ח לעיבורה אינה קובעת וסת ולא הזכיר כלל דלאחר ג"ח לעיבורה והוא שהוכר עוברה אלמא דמפרש דלאחר ג"ח לעיבורה אף שלא הוכר עוברה דינה כמו שהוכר כיון דאז זמנה להכרת העובר ובמקום אחר אבאר יותר בזה בס"ד:

גם בנ"ד איכא הוכחה קצת שהוא בן ט' לראשון ממה שראינו שמיד שנולד היו אברי הולד גדולים כבן תשעה וקולו חזק ונימול לשמונה ובן ז' אינו רגיל להיות כן בגידולו ובקולו וכל המוהלים העידו שלא ראו מעולם שבן ז' יהיה כן. וכן הב"י בסי' קע"ח הביא בשם התשב"ץ וז"ל ואע"פ שלענין שיהא נגמר באבריו הדבר ידוע שהנולדים לז' הם חלושי היצירה אבל כבר אמרתם בזה טעם נכון לפי שאביו ואמו רמי הקומה כו' עכ"ל וא"כ בנ"ד שידעינן שאביו ואמו אינם רמי הקומה הוה ודאי ריעותא גדולה ואף שלא שמענו כלל גבי ספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון שיהא זה ריעותא. מ"מ כיון שבדברי התשב"ץ מבואר כן להדיא שהנולדים לז' הם חלושי היצירה. וגם אנו רואין בחוש שכן הוא י"ל אולי הם מדברים שנשתנו הטבעיות כמו יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין שכתב התשב"ץ שבזה"ז נשתנו הטבעיות והביאו השו"ע להלכה בה' יבום סי' קנ"ו אך יש כאן בנ"ד חדא לטיבותא מה שהיה משעה שהודית שזינתה פעם האחרון עד שילדה עלה לחשבון תשעה חדשים ומחצה ולהנשואין היה ששה חדשים וחצי אבל באמת לפי מה שאבאר בסי' שאח"ז אין זה למעליותא כלל אף לפי זמן הש"ס וכ"ש שעכשיו רגילין רוב המבכרות להוליד בחודש העשירי ואין לצדד ג"כ ההיתר שרצו הגאונים לצדד בעל בית מאיר ורעק"א [הובא בתשו' רעק"א סי' ק' וסי' ק"א] דכיון שהאשה אומרת שברי לה שהיא מעוברת מבעל איכא למימר דנאמנת להכשירו כיון שבלא דבריה אין לעשות אותו לממזר ודאי להתירו בממזרת והוה הולד שתוקי א"כ בדבריה נאמנת להכשירו והוא מדברי התוס' סוטה (כ"ז.) ד"ה רוב יעו"ש דהכא בנ"ד שאני כיון שהיא בעצמה

מודית שנבעלה לאחר. וגם מודית שנפסק וסתה מאז ואף שהיא אומרת שהיה לה זה מחמת חולאת מ"מ מנא ידעה יותר ממנו שזה היה מחמת חולאת ולא מחמת עיבורה:
סיומא דפסקא מה שנ"ל בנ"ד שראוי להזהירו שלא ישא אשה ישראלית וגם הוא אסור בקרובי הבעל והבועל ולענין ירושה אין לו כלום לא מן הבעל ולא מן הבועל וכה"ג פסק התשב"ץ בעובדא דידיה שהבאתי למעלה. ואף שצידד הרבה להכשירו מ"מ כתב בסופו שמהראוי להזהיר שלא יטמע בישראל וא"כ כ"ש בנ"ד שהדברים מוכיחין הרבה שהוא ממזר. ע"כ ראוי להרחיקו מעדת ישראל בכל מה דאפשר. מ"מ בדיעבד אם ישא אשה ישראלית אין בידינו לכוף אותו להוציאה מחמת שעל הזנות אין כאן עדות ברורה. עד ישוב מצרף וטהר את בנ"י במהרה בימינו:
ולענין הדין אם צריך הבעל לגרשה מחמת מעוברת חבירו ומינקת חבירו נלע"ד להקל דכיון דא"א לעשותו ממזר ודאי והוה רק ספק וספק מעוברת חבירו ומינקת חבירו מוכח מן הגמרא להדיא דאזלינן לקולא מדפריך הגמ' ביבמות (מב.) ותמתין משהו ותנשא ומשני שם. ופריך עוד היכא דקים לה שהיא מעוברת תנשא ומסיק שם הגמרא משום דסתם מעוברת למניקה קיימא וקשה אמאי לא מתרץ הגמרא תי' זה על קושיא הראשונה של ותמתין משהו ותנשא אע"כ דכ"ז שהיא בספק מעוברת חבירו ומינקת חבירו לא חיישינן לזה משום דהבעל חייס עלי' דאולי הוא שלו וכן ראיתי להרמב"ן בחי' ליבמות שם דכתב וז"ל וכיון דאסיקנא טעמא דמעוברת משום מניקה הוה אפשר לומר טעמא בתוך שלשה משום מניקה אלא חששא דחיקתא היא וכולי האי לא גזרו בספק מעוברת אלא גזרו טעמא דעדיף מהאי עכ"ל ועיין ברשב"א שם וכוונתו ג"כ כדברי הרמב"ן [ויש שם בלשונו הטהור חסרון הניכר] וכן כתב שם הריטב"א. וכן מסיק לדינא הנו"ב בא"ע במה"ק סי' כ"ג. ולפי הנראה נעלם ממנו דברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א הנ"ל יעו"ש בפלפול דבריו. ועוד יש להקל בנ"ד כיון דעדות ברורה לא הי' על הזנות רק מחמת הודאתה והודאת הבועל צריכין לחוש א"כ אין לנו לחוש לדבריהם רק לענין הולד אבל לא לכוף אותו לגרשה כיון שיכול לטעון הבעל דלמא עיניה נתנה באחר ולכך אומרת שזינתה ואף שיש רגלים לדבר הרבה. אבאר בס"ד בתשובה דאשת כהן שיש הרבה ראשונים דמקילין גם בכה"ג ובפרט בנ"ד דאינו אלא דרבנן ע"כ הקלתי אז לדור עם בעלה. כנ"ל בזה יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ו

שאלה אשה שנאנסה תחת בעלה ופירש ממנה בעלה אח"ז ואח"כ ילדה. ואם נחשב מביאת הבעל יעלה לחשבון עשרה חדשים ומבעילת הבועל יגיע לתשעה חדשים היינו

רע"א ימים מכוונים והאונס של האשה הלזו היה באופן שהמאנס הטעה אותה וסברה שהוא בעלה האיך דינא של הולד הזה אם מותר לבוא בקהל ה' או לא:

תשובה הנה בשו"ע (סי' י"ג ס"ו) ברמ"א כתב שם אשה שנאנסה תחת בעלה אם לא נבעלה לבעלה תחלה צריכה להמתין וכתבו שם הח"מ והב"ש אם לא נבעלה לבעלה תחילה תוך ג"ח יעו"ש ונראה דס"ל דכיון דנבעלה לבעלה תוך ג"ח א"כ ליכא משום הבחנה דאפילו תלד לאחר ט' חדשים מביאת הבעל תלינן בבעל משום דאמרינן אשתהויי אשתהי דרוב בעילות אחר הבעל אך דבריהם תמוהים לפ"ד דהא כתב הרמב"ן בחידושיו ליבמות אע"ג דאנן קיי"ל באשה שהלך בעלה למדה"י כרבא תוספאה דאמרינן אשתהויי אשתהי זהו דוקא משום חזקת כשרות האשה. ומוכח מדבריו שם להדיא דזהו כ"ז שלא ידעינן שזינתה אז אמרינן דודאי זה מבעלה ואשתהויי אשתהי אבל היכא דידעינן שזינתה לא אמרינן אשתהויי אשתהי ותלינן יותר בזנות משום דאשתהי לא שכיח וכן כתב הרמ"א (בסי' ד' סי"ד) אבל תוך י"ב חודש אין לחוש דאמרינן דאשתהי כ"כ במעי אמו ודוקא שלא ראו בה דבר מכוער אבל אם ראו בה דבר מכוער לא אמרינן דאשתהי כ"כ וחיישינן לי' והוא מתשובות המיימוני וזהו מטעם הנ"ל דלא אמרינן אשתהי אלא מטעם חזקת כשרות ואף אם נולד בחודש עשירי דכתב שם הח"מ וז"ל משמע דוקא כ"כ דהיינו י"ב חודש לא אמרינן היכא דאיכא עדי כיעור אבל אם ילדה בחודש עשירי אף שהוא יותר מרע"א ימים אפשר דלא חיישינן אף בעידי כיעור מאחר שרגילות הוא להוליד עתה בחודש העשירי עכ"ל וכ"כ הב"ש שם נראה לפע"ד דדוקא היכא דאיכא עדי כיעור בלבד ולא ידעינן ברור שזינתה לכך כיון דשכיח לפעמים להוליד עתה בחודש העשירי לא מחזיקינן לה שזינתה בודאי מחמת זה אבל היכא דידעינן שזינתה נראה דאף בחודש העשירי לא אמרינן דאשתהי וכן מצאתי להגאון בעל הפלאה בספרו נתיבות לשבת דכתב שם על דברי הרמ"א בסי' י"ג וז"ל אשה שנאנסה תחת בעלה אם לא נבעלה תחילה כו' נראה דהיינו שנבעלה באותו יום תחילה אבל אם לא נבעלה באותו יום תחילה איכא משום הבחנה דאם תלד לט' חדשים שלמים ע"כ אין הולד מבעלה אלא מאותו שנאנסה דכיון דידוע שנבעלה לא אמרינן דאשתהי מבעלה דלא כח"מ שכתב שנבעלה לבעלה תוך ג"ח כו' עכ"ל הרי חזינן להדיא דס"ל דלא אמרינן אשתהי אפילו בחודש העשירי אע"ג דרוב בעילות אחר הבעל מסייע לזה ואע"ג דהוא בעצמו לא פליג על הח"מ וב"ש בסי' ד' וע"כ דס"ל לחלק כמו שכתבתי דבסי' ד' כיון שאינו ידוע שזינתה רק עדי כיעור לבד אמרינן דאשתהי אבל היכא דידוע שזינתה לא אמרינן כלל אשתהי וכדברי הגאון הנ"ל משמע קצת בא"ז הגדול שנובע מזה דברי,

הרמ"א דכתב שם בסי' תרכ"ו וז"ל אשת ישראל שנבעלה לאחד וכסבורה שהוא בעלה אעפ"י שברצונה נבעלה הואיל ואנוסה בזה שהיתה סבורה שהוא בעלה הויא לה אנוסה ושריא לבעלה ומפרישין אותה מבעלה ג"ח שמא מעוברת היא מזה שנבעלה לו ואם היתה קטנה שאינה ראויה לילד וכן אם קודם שנבעלה לזה היתה תדיר משמשת עם בעלה ולא ידעה אם היתה מעוברת מבעלה אם לאו דהשתא ליכא להבחין ותלינן בבעלה להכשיר מחזירין אותה מיד כו' עכ"ל. משמע מלשונו דוקא קודם ממש אז אינה צריכה הבחנה. מ"מ על גוף הדין דהגאון בעל הפלאה הנ"ל דס"ל דהיכא דאשתהי יותר מחודש התשיעי תלינן ודאי בבועל והוה ממזר ודאי זה אינו נ"ל כיון דזה הוה מיעוטא דשכיחא דיולדת בחודש עשירי א"כ הוה כאן לכה"פ ספק השקול רוב בעילות אחר הבעל כנגד רוב דלא משתהין. ואם נאנסה ע"י אונס [שלא ע"י טעות] נראה לפי רוב הפוסקים דס"ל כר' יוסי דלא חיישינן שמא לא נתהפכה יפה יפה תלינן ודאי בבעל משום דאיכא תרי רובי כנגד חד רובא חדא דרוב מזנות אינן מתעברות ועוד דרוב בעילות אחר הבעל וכנגד איכא חד רובא דרוב ולדות אינם משתהי כלל. וכל היכא דאיכא תרי רובי הוה המיעוט מיעוטא דלא שכיחא א"כ ודאי תלינן בבעל ולפי מה שכתבתי למעלה בסי' ה' דגם ר' יהודא מודה דרוב מתהפכות אלא דגבי הבחנה חייש למיעוטא א"כ אף לר' יהודא תלינן בבעל. אמנם כמו נ"ד [דנאנסה ע"י טעות] נראה דהוה ספק השקול דהוה רוב בעילות אחר הבעל נגד רובא דלא אשתהי א"כ לא הוה אלא ספק ממזר:

אמנם אף שראיתי שגם הגאון בעל עצי ארזים עומד בשיטת הגאון בעל הפלאה דרוב אינן משתהי אף בחודש העשירי ולכך ס"ל דאי אשתהי בחודש העשירי תליא אחר הבועל [ותמה על הח"מ והב"ש ג"כ דלמה ס"ל דאם בא עליה בעלה תוך ג"ח לא בעי הפרשה] וע"כ דס"ל דרוב בעילות אחר הבעל הוא רוב גרוע נגד רוב זה דאין משתהי מ"מ לפענ"ד שנעלם מהני גאונים דברי הרשב"א והריטב"א בחידושם ליבמות. דשם מבואר להדיא דלפי מאי דקיי"ל כרבא תוספאה דאמרינן אשתהי הוה אשתהי בחודש העשירי רגיל כ"כ כמו בחודש ט' דעל הא דפריך הגמרא שם (מב.) ותמתין שני חדשים ומחצה ותנשא דאי לשבעה ילדה האי בר שבעה לבתרא הוא ואי לשיתא ופלגא ילדה האי בר תשעה לקמא הוא כו' כתבו שם דהשתא אכתי לא אסיק אדעתי' דאשתהי אחר ט' עכ"ל ביאור דבריהם הוא דלפי מאי דמסיק לקמן דאמרינן אשתהי דאיך אמרינן דאי לשבעה ילדה האי בר שבעה ולבתרא הוא דלמא בר תשעה ומחצה לקמא הוא כיון דאמרינן אשתהי וע"כ ס"ל דאשתהי בחודש העשירי לא הוה ריעותא כלל להרוב דלתשעה ילדן דאי נימא דאשתהי הוה מיעוטא א"כ ודאי דאמרינן דהאי בר שבעה הוא משום דהוי תרי

רובי נגד חדא רובא חדא דרוב הנולדין עיבורן ניכר לשליש ימיה והאי מדלא הוכר בר שבעה הוא ועוד דרוב אינן משתהי וכנגדן חד רובא דלתשעה ילדן א"כ מוכח מדבריהם להדיא דאפילו ילדה ספק בן תשעה ומחצה לראשון ספק בן שבעה לאחרון הוה נמי ספק השקול ואין להקשות לפי"ז דא"כ מאי מהני ג"ח הלא בהבחנה חששו חז"ל למיעוטא וכפי מה שביארתי למעלה לר' יהודא חששו אף למיעוטא כה"ג מה שדנין עליו עתה אם הוא מן המיעוט או מן הרוב וא"כ אכתי איכא למיחש דלמא היא מן המיעוט שלא הוכר עוברן לג"ח ואולי תלד לששה ומחצה לשני ואיכא לספוקי דלמא הוא בן תשעה ומחצה לראשון ז"א חדא שבתירוץ התוס' שם דכ"כ לא הי' אשתהי הכרת העובר מן הראשון עד שליש ימיה מן השני א"כ יתורץ ג"כ קושיא זו ועוד לפי מה שביארתי למעלה דהכרת הדדין היא בדיקה ברורה ואף מיעוטא ליכא א"כ ליכא למיחש דאולי היא מן המיעוט שלא ניכר עוברה לג"ח. דמסתמא קודם שנישאת לשני בודקת, את עצמה ע"י בדיקת הדדין בדיקה ברורה דחוששת שמא יתגלה אח"כ שהיא מעוברת מן הראשון ויצטרך לכה"פ להפרישה ואפשר גם לגרשה אם נחשב שהיא מזידה וא"כ אית לן חזקה כיון שעומדת להנשא בודאי בדקה א"ע ומצאה שאינה מעוברת ואף שיארע שתלד לששה ומחצה מן השני אין כאן שום ספק אולי הוא מן הראשון:

וא"כ יש ללמוד מדברי הרשב"א והריטב"א דאשה שנבעלה תחילה לבעלה אף בתוך חודש אחד שנבעלה לאחר א"צ הפרשה דאפי' תלד ספק בן תשעה ויותר לבעלה או בן תשעה לשני מ"מ תלינן בבעל ודלא כהגאון בעל הפלאה והגאון בעל עצי ארזים הנ"ל אבל היכא שלא נבעלה תחילה בחודש זה לבעלה מסתברא ונראה שהדין עם הגאונים הנ"ל דיותר מחודש העשירי אם תלד ודאי יש לנו לתלות בבועל כיון דיותר מחודש העשירי לא שכיח והוה ריעותא להרוב ואיכא משום הבחנה וצריכה הפרשה:

אך מ"מ יש לעיין בזה דהא מוכח להדיא בגמרא דיבמות (פ:) דאשתהויי אשתהי דבן ט' עד חודש י"ב ובן ז' עד לחודש השמיני דמיין להדדי דאמרינן שם אלא הא דעבד רבא תוספאה עובדא באשה שהלך בעלה למדה"י ואשתהי עד תריסר ירחי שתא ואכשרי' כמאן כרבי דאמר משתהא כו' יעו"ש ולפ"ז ע"כ מוכרחין לומר דאף דבן ט' שכיח להשתהות בחודש העשירי מ"מ בן ז' לא שכיח להשתהות בחודש השמיני כמ"ש המהרי"ק בשורש ק"ג וז"ל ועוד דמשום הכי איכא למימר דאין הלכה כרשב"ג בבן שמנה דחשיב לי' בר קיימא כו' דודאי נראים דברי חכמים בזה שהרי רוב ולדות רגילין להשתהות במעי אמן עד תשעה חדשים וגם רגילין להשתהות יותר וזה שנולד לשמנה אם כן הוא שהוא בר קיימא ע"כ הוא מאותן המקדימין להולד ולא מן המאחרין

מדלא המתין עד תשעה חדשים כדרך כל הולדות וא"כ דוחק גדול הוא שהוא בן שבעה ואשתהויי אשתהי עד חודש ימים במעי אמו שהרי אדרבה הוא מן המקדימין ולא מן המאחרין והרי אלו כשני הפכים בנושא אחד כו' עכ"ל וכן יש להוכיח מדברי התוס' דנדה (כז.) ד"ה אלא למ"ד כו' דכתבו שם וז"ל וא"ת ונימא דנגמר צורתו ואשתהי עד שמיני דהכי אית לי' לרבא תוספאה בפ' הערל דעבד עובדא באשה שהלך בעלה למדה"י וילדה לי"ב חודש ואכשריה וי"ל דרוב אמוראים לית להו דרבא תוספ' עכ"ל אלמא דס"ל להתוס' דבן ז' שישתהא בשמיני הוא דבר שאי אפשר להיות למ"ד דלא ס"ל כרבא תוספאה וא"כ אף לדידן דקיי"ל כרבא תוספאה מ"מ הוא דבר דלא שכיח כמו אשתהי די"ב חודש וא"כ לפי"ז באשה שנאנסה אף אם נבעלה לבעלה תחילה בתוך החודש אכתי איכא משום הבחנה וצריכה הפרשה דאולי תלד אח"כ בחודש השמיני לבעילת הבעל ולביאת הבועל יהי' בתוך ז' ויצטרכו לתלות בודאי אחר הבועל כיון דחזינן שהוא בר קיימא ואשתהי בח' הוא דבר דלא שכיח כמו י"ב חודש אבל באמת מדברי הרשב"א והריטב"א שם מוכח דז"א דלפי מאי דקיי"ל כרבא תוספאה הוה נמי אשתהי בחודש השמיני דבר הרגיל ואין זה ריעותא כלל דעל הא דפריך הגמרא שם תמתין חודש אחד ותנשא ואי לשבעה ילדה האי בר שבעה לבתרא הוא ואי לתמניא ילדה האי בר תשעה לקמא הוא ומשני א"נ לתמניא ילדה איכא למימר דבתרא הוא דלמא אשתהויי אשתהי חודש אחד ואיעבר כתב הרשב"א שם וז"ל והוה מצי למימר דא"נ לתמניא ילדה איכא למימר בר בתרא הוא והאי לשבעה נגמר ואשתהויי אשתהי חודש ונ"מ היכא דבא עליה בתרא ופי' מיד וילדה לשמנה אלא משום דפלוגתא הוא לקמן ולא ניחא לי' לאוקמא בפלוגתא עכ"ל וכן כתב הריטב"א אלמא מוכח להדיא מדבריהם דאשתהויי בחודש השמיני אינו ריעותא כלל מדהוה ספק השקול אם ילדה לשמיני לבתרא כגון היכא דבעל ופירש אי מקמא הוא או מבתרא הוא אע"ג דאי אמרינן מבתרא הוא ע"כ צריכין לומר דאשתהויי אשתהי.

ועלה בדעתי לומר דאשתהויי אשתהי בחודש השמיני דמי' לאשתהויי י"ב חודש כמש"ל אך הרשב"א והריטב"א פליגי על דברי מוהר"ם בהגהת מיימוני שהובא ברמ"א דהיכא דאיכא עידי כעור לא אמרינן אשתהויי אשתהי וכ"ש היכא שודאי זינתה ודאי תלינן אחר הבועל אבל הם סוברים דכל אשתהי הן בחודש השמיני אע"ג דהוי שני הפכים בנושא אחד כמ"ש המהרי"ק וכן בחודש י"ב לא הוה ריעותא כלל לפי מאי דקיי"ל כרבא תוספאה וזה הוה סיוע גדולה לתשו' מהר"מ פאדוואה תשובה ל"ג שהכשיר הולד שילדה לשמיני מהבעל אף שהי' עידי כיעור ומן הזמן של העידי כיעור עלה החשבון

לתשיעי והגאון בעל תפארת צבי כתב בתשובה (סי' מ"ט) והובא ג"כ בתשו', רעק"א סי' ק"ד שע"כ צריך לפסוק דנא כמהר"מ פאדוואה דודאי לא ראה תשובת מוהר"מ. אבל לפי"ז א"כ אפשר שראה תשובת מוהר"מ רק שסמך על הרשב"א והריטב"א:

אכן התבוננתי אח"כ ונראה לע"ד דע"כ צ"ל דאשתהויי אשתהי בחודש השמיני לא דמי לאשתהויי אשתהי בחודש י"ב וראי לזה דהא אפי' רבנן דפליגי על רבי ורשב"ג ביבמות (פ.) וס"ל דלא אמרינן בבן ח' אשתהי ולכך ס"ל דבן שמונה אינו יוצא מתורת נפל עד שיהא בן עשרים מודים דהולד כשר ואין תולין בזנות ולא אמרינן כיון דחזינן שהוא בר קיימא מסתמא לאו בר שמונה הוא לבעל אלא נתעברה מאחר והוא בן ז' או, בר ט' וא"כ אמאי בי"ב חודש תלינן בזנות ואמרינן שהולד ודאי ממזר הוא אע"כ דלא דמיין להדדי ומאן דלא ס"ל אשתהויי אשתהי לאו דס"ל דלעולם א"א להיות שיארע שישתהי אפי' על צד הרחוק והוא דבר שא"א להיות, במציאות אלא דס"ל דלפעמים אפשר שיארע להשתהות קצת אך הוא דבר דלא שכיח ולכך אין מוציאין את האשה מחזקת כשרותה, אם ילדה לשבעה ומחצה. כיון דאפשר להיות שישתהא אף שהוא על צד הרחוק ולדידן דקיי"ל אשתהויי אשתהי אף לשנים עשר חודש אף דלא שכיח מכל מקום אפשר להיות ע"ד הרחוק ס"ל דאשתהי בחודש השמיני שכיח טובא ולכך לרשב"ג בשלשים יום ולרבי בנגמרו סימניו יוצא מתורת נפל ונפלאתי על הגאון רעק"א שהחליט בתשו' בסי' ק"ה דלמ"ד דלא אמרינן אשתהי א"א להיות אף יום אחד ובזה לא שייך לומר דחזינן דרגילות הנשים לילד בחצי חודש עשירי דלהך מ"ד אמרינן צא וחזור על בניו מאין המה ואותן הנולדים לט' ומחצה בניהם ממזרים עכת"ד. לפ"ד מאי יענה הגאון הנז' על הא דאמרינן דבן שמנה אין עושין בו מעשה עד שיהא בן עשרים הא אינו יכול להיות במציאות בן שמנה וע"כ צריכין לתלות שהוא מן אחר וא"כ אינו בן שמנה ולכאורה מדברי התוס' דנדה שהבאתי למעלה מוכח כדברי הגאון רעק"א דאי הוה יכול להיות במציאות שישתהא ה"ל להגמרא לתרוצי דהולד הראשון נגמר ונולד בתחילת ז' והשני נולד לסוף ז' ואשתהי ג' ימים וע"ז סמך הגאון הנ"ל שם בתשובתו אבל באמת לפ"ד נראה דודאי כו"ע מודים דאשתהויי אשתהי קצת אפשר להיות. והא דלא מתרץ הגמרא כנ"ל משום דכיון דכבר נולד הולד הראשון א"א להיות שהשני אשתהי כלל לאחר שנגמר כיון דכבר נפתח רחמה בראשון. וסברא זאת למדתי מדברי התוס' רי"ד שם בנדה וקושית התוס' לפ"ד נראה דהכי קא קשי' להו נימא דהראשון נגמר לז' ואשתהויי אשתהי כ"ז ימים בחודש השמיני ואח"כ נולד הולד השני לתשיעי ולכך הוה ל"ג ימים בין ולד לולד וע"ז תירצו התוס' דלא ס"ל כרבא תוספאה ולכך ס"ל דיותר מחצי

חודש א"א להשתהות כלל ולכך לפי דעתם היכא דצריכין לתלות שנשתהא יותר מחצי חודש הולד ודאי ממזר:

ולפי"ז יצא לנו דהרשב"א והריטב"א לא פליגי אתשובת מוהר"ם דמוהר"ם איירי באשתהי יותר מחודש וזה ודאי א"א להיות רק לצד הרחוק ולכך אי איכא עידי כיעור לא תלינן בבעל כיון שיצאה מחזקת כשרותה אבל בחודש השמיני או בחודש העשירי כיון דשכיח כו"ע מודים דתלינן בבעל אף בזינתה ודאי וכ"ש בעידי כיעור לבד כעובדא דמהר"ם פאדוואה:

מ"מ צע"ק כיון דזה ודאי מוכת מנדה שם דלמ"ד דלא אשתהי ע"כ סובר דיותר מחצי חודש א"א להיות במציאות א"כ מנ"ל להרשב"א והריטב"א לומר דלדידן דאמרינן אשתהי אמרינן נמי דחודש שלם שכיח ולא הוה ריעותא כלל ואולי י"ל דיצא להם זה מדאמר רשב"ג כל ששהה שלשים יום לא הוה נפל אף שנולד בכל חודש השמיני משמע וכן רבי דאמר דגמרו סימניו יצא מתורת נפל אף בכל חודש השמיני במשמע אלמא דס"ל דכל חודש השמיני לא הוה ריעותא כלל ושכיח טובא להשתהות בחודש השמיני דאלת"ה הוה סברי לכה"פ שאין יוצא מתורת נפל עד שנה כיון דהוא ודאי בן שמנה ואל תתמה דהאיך יפלגו בפלוגתא רחוקה כזו דלרבנן דסברי דלא אמרינן אשתהי סוברים דיותר מחצי חודש א"א להיות במציאות ולרשב"ג ורבי דסוברים דאמרינן אשתהי סוברים דכל חודש שלם שכיח טובא ואינו ריעותא כלל. דכה"ג מצינו לענין יולדות למקוטעין דיש סוברים דא"א להיות במציאות כלל שיולד למקוטעין בר קיימא ויש סוברים דיולדות למקוטעין שכיח טובא ולא הוה ריעותא כלל והוה ודאי בר קיימא וכמו שפסק הרמב"ן בתורת האדם:

והמתבאר מכל דברינו אלה דאשתהויי אשתהי יותר מחודש זה דבר דלא שכיח כ"א במציאות רחוק. ולכך אפי' אם יש רק עידי כיעור בלבד תלינן בזנות אבל חודש או פחות מזה שכיח הרבה להשתהות לכך אפי' אם ידוע שזינתה תלינן אחר הבעל משום דרוב בעילות אחר הבעל וא"כ בנ"ד מותר לבא בקהל ד' וגם אם ידוע שנבעלה לבעלה תוך חודש שנאנסה מאחר אינה צריכה הפרשה דאף אם ישתהא יותר עד חודש תלינן בבעלה, מ"מ אח"כ התבוננתי דעדיין צריכה הפרשה דאולי ישתהי יותר מעשרה חדשים משעה שנבעלה לבעלה ומשעה שנבעלה לאחר יגיע תשעה חדשים ויותר וא"כ יתלו בבועל דזה שכיח להשתהות יותר מתשעה חדשים אבל יותר מעשרה חדשים לא שכיח ואם לא יפרישו מבעלה יתלו בבעל וא"כ צריכה הפרשה מטעם זה א"כ יצא לנו דהדין לענין הבחנה כהגאונים בעל הפלאה וע"א אבל לא מטעמייהו:

ואם ישתהא יותר מעשרה חדשים יום או יומים נראה דזה תלוי בפלוגתת הראשונים אם זה שכיח שלא יקלוט הזרע עד יום השלישי אי לא. דהנה הס"ט בסי' קצ"ו סקמ"ז השיג שם על הכרו"פ דס"ל דרוב הנקלעין נקלעין מיד וכתב שם וז"ל מיהו דבריו דחויים מהא דאיתא המפלת ליום מ"א תשב לזכר ולנקבה ולנדה וכ' הרשב"א בתה"א כו' ומיהו תשב גם לנדה דכיון דליכא אלא מ"א מיום טבילה שמא לא נקלט הזרע עד יום ג' ועדיין לא נגמר הולד כו' ואי כדברי הכו"פ דרוב זרע הראוין להריון נקלט בראשון אמאי המפלת ליום מ"א תשב לנדה ניזל בתר רובא דנקלט בראשון כו' אלא ודאי דלאו רובא היא עכ"ל וכן נ"ל להוכיח מדברי התוס' דנדה (לח.) ד"ה שופרא גרם דכ' שם וז"ל א"נ מסיפא דברייתא יש להוכיח דע"כ חודש לבנה גרים דקתני אבל קשתה יום אחד בסוף שמיני ושנים בתחילת תשיעי ואפי' ילדה בסוף ע' כו' מדקאמר אפילו ילדה בסוף ט' משמע נמי שילדה באמצע תשיעי ואז א"א לדעת אם קשתה ב' ימים בט' בצמצום דאי קשתה בר"מ וברמ"א וברמ"ב משמושה שמא לא נקלטה הזרע עד ממחרת התשמיש וא"כ לא קשתה אלא יום אחד בחודש ט' כו' עכ"ל ואי כדברי הכרו"פ הא איכא למימר דלכך לא חיישינן שמא נקלטה הזרע ליום המחרת משום דאזלינן בתר רובא ומצאתי להגאון רעק"א בסי' צ' דדחה ראי' זו מדברי הרשב"א, בתורת הבית דכיון דהפילה איתרע לה רובא. אך הביא ראי' מתוס' דנדה הנ"ל כמ"ש אמנם ראיתי דהר"ן בחידושיו לנדה (ל"ח:) ס"ל להדיא כדברי הכו"פ דרוב הנקלטין נקלטין מיד דכתב שם וז"ל חסידים הראשונים לא היו משמשין מטותיהן אלא מרביעי ואילך כדי שלא יבואו נשותיהן לידי חלול שבת פי' כדי שלא יבא שבת תוך שלשה ללידתן ומשום דיולדת כל ג' ימים הראשונים מחללין עליה את השבת ואע"ג דהיכא דלא קלט הזרע לאלתר לא אתי שבת תוך ג' כיון דברוב הזרע נקלט לא חיישי להכי עכ"ל. והר"ן ז"ל לכך לא רצה לפרש כפירש"י דלהכי לא שימשו עד יום רביעי משום דחששו שמא לא יקלוט הזרע עד יום ג' וא"כ אתי שבת ביום הלידה. דלזה ודאי לא הוי חיישי כיון דרוב פעמים הזרע נקלט מיד אלא משום הכי לא שימשו עד יום רביעי דלא רצו שיבוא שבת גם תוך שלשה ללידתה. וא"כ אף אם תלד ליום ה' או ליום ו' יבא שבת תוך שלשה ללידתה. ויולדת כל ג' ימים הראשונים מחללין עליה את השבת וגם ס"ל דאם היה ספק אם יגיע שבת תוך ג' ימי לידתה נמי לא הוו מחמירין על עצמם אלא לכך חששו משום דרוב פעמים נקלט הזרע מיד ואם היו משמשין עד יום רביעי בודאי יגיע שבת תוך ג' ימי לידתה לכך שמרו את עצמן מלשמש עד יום רביעי וכונת הר"ן דכתב לא חיישי להכי פירושו לכך לא עשו ספק מזה להקל לשמש עד יום רביעי ונראה דגם התוס' דיבמות (ל"ז.) ד"ה רוב ע"כ עומד בשיטה זו ועיין

בתשובת רעק"א סי' הנ"ל מה שתירץ לו הגאון בעל חו"ד אף שלפ"ז דברי התוס' שם ק"ק יעו"ש מ"מ אין לנו תירץ מרווח על קושית הגאון הנ"ל אלא תירוץ זה לפי שיטת התוס' דשם ונראה דלפי דברי התוס' דנדה דס"ל דלא אמרינן דרוב הנקלטין נקלטין מיד וכן נראה שיטת רש"י שם. ע"כ דס"ל דמ"מ לענין הכרה אין בזה נפקותא ולג"ח מעת הבעילה הוכר הולד מ"מ אף אם לא נקלט הזרע לג' ימים וכך הי' קבלת חז"ל בזה וכן מצאתי בנו"ב מהד"ת בשם פע"ח וע"ש בסי' קנ"ז באה"ע ולכך סמכו ע"ז והתירו לייבם ולחלוץ אחר ג"ח א"כ היוצא לנו מכל דברינו אלה דהראשונים נחלקו בזה אי אמרינן רוב הנקלטין נקלטין מיד או לא א"כ לענין נ"ד לפי שיטת הראשונים דס"ל דאמרינן רוב הנקלטין נקלטין מיד א"כ א"א, להקל מטעם רוב בעילות אחר הבעל כיון דאיכא רובא כנגד רוב הנקלטין נקלטין מיד. והוה ספק ממזר ולפי שיטת הראשונים דס"ל דליכא רובא בזה א"כ תלינן אחר הבעל אף בכה"ג ומותר לבא בקהל ד' כ"ד יו"ט ליפמן הכהן.

סימן ז

שאלה מרב אחד אדות המעשה הנוראה שאירע בסביבותיו וז"ל בקצרה הנוגע לדינא אשאלה נא את כבוד מעכ"ת. איש כהן אחד שכר מלמד והיה ישן המלמד בחדר שהאיש ואשתו ישנים ובליל ג' לאחר ביאת המלמד לביתם שאלה האשה מבעלה אם היה אצלה ליל אתמול. והשיב לה כי לא נגע בה ואולי איזה דמיון וחזיון לילה עבר עליה אך היא תשיב אמריה לו בדמעות שליש כי בבירור היה אחד אצלה והרגישו שניהם אשר המלמד עשה הנבלה הזאת. כי בביתם אין איש זר בלעדו. ובליל ב' כאשר שכב האיש ונרדם וגם האשה שכבה במטתה לנוח. והנה המלמד קרב אל המטה אשר היא שוכבת עליה ויתן ידו על ראשה. ויהי כאשר הרגישה שאין זה בעלה צעקה לומר אין אתה בעלי והתחילה לקרא את בעלה בקול גדול עד הקיצו והמלמד נשאר תפוס ועומד בין ידיהם והתחילו לבכות עליו מה זאת עשית לנו להרוג אשה עם חמשה בנים והשיב להם נוא איך בין אריבער גיפאלין מה אעשה כי לא יכולתי לעמוד על יצרי כי גבר עלי ובאותו היום הלך מאתם:

ועתה באו אלי האיש ואשתו בוכים ומבכים על צרת נפשם. כי יש להם ארבעה בנים וגם היא מעוברת אשר אם יורו המורים להם להפטר זמ"ז בג"פ. טוב מותם מחיים. כי אין לו מה ליתן לה כתובה ויש בזה סכנות כמה נפשות. כי מארץ רחוקה באו הנה וגם אמר הגם כי רבים מלמדים אותו לומר כי אינו מאמין לדבריה. אך כאשר ידעתי טבעה עמדי לא אוכל לומר ולהכחישה בזה והנה כאשר נמצא ת"י ס' שו"ת הנק' תשובת שמואל מהגאון דאמדור מביא בסי' ח' מעשה כעין זה והעלה להתיר בהסכמת הרה"ג

מהר"י דק"ק איוניץ. אך אי אפשר לדמות מלתא למלתא וגם מי אנכי אשר אכניס ראשי במעשה כזו ע"כ אנא ימחל מעכת"ה לעיין בזה ולהשיבני תשובה. כי לא אוכל להעלות על הגליון הרחמנות אשר עליהם. וה' ירפא לב הנדכאים כאות נפשו ונפש ידידו דו"ש עכ"ל הרב השואל:

ואח"כ באו האיש והאשה הנ"ל לפני להורות להם כדת מה לעשות וחקרתי אצל האשה אופן הביאה. [אם הי' כדי לאוסרה על בעלה] והשיבה שמחמת חוזק שנתה לא תוכל לידע הדבר בבירור וכמדומה לה שהי' כראוי וחקרתי עוד ממנה יען לא הי' דבריה דברים ברורים. והשיבה אשר סוף הביאה זוכרת שהי' כבעל באשתו ובעלה עמד בעת שחקרתי ממנה כ"ז ענה ואמר כי אינני מאמין לה כלל שבא עליה כדי לאוסרה מהרבה טעמים ואמתלאות שאמר אז לפני ואמרתי לו הלא בפני הרב [דשם] אמרת כי אתה מאמין לה והשיב כי הרב לא חקר על איכות הדברים איך היה ודמיתי כי אף בנגיעה בעלמא בנשיקת אבר לבד נאסרה עלי. אך עתה בשומי על לב חקירה זו שחקרתם. לא אאמין בלבי שהוטמאה באופן שתהא אסורה עלי ואין לבי נוקף ע"ז כלל. ואני מאמין לדבריה הראשונים שאינה זוכרת בבירור:

והנה הרב (אשר שלח לי שאלה זו) הגיש הדברים לפני גדולי דורינו, ולא השיבו בזה כלום רק הגאון מוהר"י אביגדור זצ"ל אב"ד דק"ק שקלאוו כתב במלות קצרות שדעתו נוטה להתירה אם הבעל אומר כעת שאינו מאמין לה והאיש והאשה הנ"ל אלצוני למאד להורות להם הדרך ילכו בה:

ופניתי עצמי לעיין בשריותא דהך איתתא כפי אשר יורוני מן השמים ולהציע דברי לפני גאוני דורינו ואם יסכימו עמי בהיתר הלזה גם אנכי נמנה עמהם וסדרתי תשובה ארוכה לבאר כל שיטות הראשונים על הך סוגיא דהאומרת טמאה אני לך כאשר יבואר בס"ד בתשובה זו. (אך שם היה בקיצור מאשר הוא כעת) ומד' אשאל עזר שלא אכשל בהלכה וזה החלי בעזרת צורי וגואלי:

גרסינן במתני' שילהי נדרים (צ:) בראשונה היו אומרים ג' נשים יוצאות ונוטלות כתובה האומרת טמאה אני לך כו' חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה כו' ע"כ. והקשו התוס' שם וז"ל וא"ת טמאה אני לך אמאי לא מהימנא הא שויתה נפשה חד"א כדאמרינן בקדושין כו'. ותירץ הרר"א ז"ל דלא מצינו זונה שהיא אסורה להנשא לכהן. דודאי הוא מוזהר עליה אבל היא אינה מוזהרת עליו הלכך גם לדבריה אינה אסורה בו. וקשה דאמר פ' יש מותרין יבמות פ"ד:) כל היכא דאיהו מוזהר איהי מוזהרת כו' עכ"ל:

שיטה א בשיטת הרר"א (א

) **הנה** הרשב"א בחידושיו לנדרים (שם) הביא תירץ הר"א בסגנון זה וז"ל ותירץ הר"א דזונה לא מוזהרא מכהן אלא כל היכא דאיהו מוזהר וכדאמר ביבמות כל היכא דאיהו מוזהר איהי נמי מוזהרא דלא יקחו כתיב עכ"ל והנה לכאורה דברי הרשב"א הללו מרפסין איגרי דהא כל השקלי' וטריא שם ביבמות הוא אי אמרינן דגם כהנות מוזהרות להנשא לפסולים או לא ופריך שם רבין בר נחמן לא יקחו לא יקחו מלמד שהאשה מוזהרת ע"י האיש (וקס"ד דהאי בא להזהיר כשירות להנשא לחללים) ומשני שם רבא דהאי קרא לא להזהיר כשירות אתא אלא פסולות שלא ינשאו לכהונה וכל היכא דהוא מוזהר היא מוזהר' אבל כל היכא דהוא לא מוזהר (כגון חלל בכשירה) איהי לא מוזהרא. וא"כ הכא כיון דאיהו מוזהר עליה איהי נמי מוזהרת כמותו:

(**ב**) **ע"כ** נלע"ד דכונת הרשב"א דס"ל להר"א דשאני לאוין שאינו שוה בכל דלא אתרבאי איהי אלא מרבוייא דלא יקחו מלאוין ששוה בכל דילפינן מדרב יהודא אמר רב מדהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה דלאוין ששוין בכל כגון ממזרת לישראל או ישראלית לממזר דשם הלאו שנאמר לא יבא ממזר כו' נאמר על שניהם בשוה ושניהם מוזהרין זה על זה מצד עצמן דקהל ד' מוזהרין שלא יבא ממזר בתוכו והיא מוזהרת שלא להנשא לממזר:

וכן מוזהר הממזר שלא יבוא בקהל ד'. וכמו כן ממזרת איהי מוזהרת שלא תבוא בקהל ה' (מדר"י א"ר שהשוה הכתוב אשה לאיש) וגם הישראל מוזהר שלא ישא ממזרת מלאו זה אבל בלאוון שאינן שוין בכל כל עיקר האזהרה הוא עליו. שהכהן מוזהר שלא ישא פסולות לכהונה ולא איתרבאי היא בלאו זה אלא מחמתו דכיון דהוא מוזהר איהי נמי מוזהרת שלא הכשילהו בזה אבל מצד עצמה איהי אינה מוזהרת ולהכי בדין דמשנתינו שהיא גילתה לו שהיא אסורה עליו ואנן קמורינן לו שישמש עמה ולא יחוש לדבריה תו ליכא איסור עליה כיון דהיא אינה מכשילתו כלל וגם היא אינה יכולה למרוד בו כיון דהיא משועבדת לו מה"ת וכה"ג תירץ הש"מ על נדרים על הא דהיא אינה עוברת על לפני עור לא תתן מכשול משום דבע"כ נבעלת לו. ויעו"ש שדעתו לתרץ קושית התוס' כמו שביארתי לדעת הרשב"א (אך שיש שם ט"ס הניכר) וכה"ג מבואר ברב המאירי שכתב שם וז"ל תירצו בתוס' שהזונה אינה מוזהרת על ביאת הכהן אלא הכהן הוא שמוזהר בה. ואין זה כלום שהרי אמרו ביבמות כל דאיהו מוזהר איהי נמי מוזהרא. אלא שאפשר לישב דבריהם שזו הואיל ולא נודע לו אלא על פיה אם אינו מאמינה בלבו אינו מוזהר עליה וכל דאיהו לא מוזהר איהי נמי לא מוזהרא כו' עכ"ל ואין להקשות לפי"ז

ל"ל ריבוייא דלא יקחו על אזהרתה תיפוק לו משום לפני עור לא תתן מכשול ז"א דהלאו לפני עור הוא לאו שבכללות ואין לוקין עליו ואתא רבוייא דקרא לחייבה מלקות כמוהו. וכן תירץ הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם:

(ג) **אח"כ** מצאתי שגם הגאון רבינו יהונתן בס' בני אהובה מבאר דברי הרשב"א הנ"ל בזה הדרך יעו"ש בפכ"ד מה"א הי"ז. אך מה שכתב בסוף דבריו וז"ל אך דצריכין להבין דהא אמרינן יבמות (נו) דאשת כהן שנאנסה הוא בכלל איסור לא יוכל לקחתה אחרי אשר הוטמאה וא"כ יש בה לאו דטומאה ובזו ודאי דהיא מוזהרת כשאר לאוין הנאמרים בתורה והכא לא אמר אלא באיסור זונה אבל ח"ו לומר כן באיסור סוטה וטומאה יעו"ש מה שדחק לתרץ זאת. ולפעד"נ דס"ל להר"א דגם איסור טומאה באשת כהן שנאנסה כיון דאין איסור זה נוהג אלא בכהנים א"כ הוה נמי לאו שאש"ב. וע"כ הא דאיהי מוזהרת לא ילפינן אלא מלאו דלא יקחו וא"כ כמו בלאו דלא יקחו אזהרתה הוא מחמתו והיכא דהוא אינו מוזהר איהי נמי אינה מוזהרת. ה"ה באיסור טומאה דאשת כהן שנאנסה ג"כ היכא דאיהו אינו מוזהר איהי נמי אינה מוזהרת וזה ברור:

(ד) **אך** לפי שיטה זו צריך לבאר הסוגיא דיבמות שם דמאי פריך לפי"ז על הא דמתרץ דלא יקחו אתא דפסולות אסורות להנשאות לכהונה והא מהכא נפקא מדר"י א"ר נפקא הא איכא נפקותא לדינא אי ילפינן מלא יקחו הוה אזהרתה מחמתו שלא תכשילהו. וא"כ כל היכא דאיהו לא מוזהר איהי נמי אינה מוזהרת ואי ילפינן מדר"י א"ר הוה אזהרתו מצד עצמה ונראה דקושית הגמרא הוא כך. דמסתבר לומר יותר כרבין בר נחמן דקרא דלא יקחו אתא לרבות דכהנות לא ינשאו לפסולים דאין לומר דהקרא בא לגלות לנו דפסולות מוזהרות להנשא לכהונה ואין אזהרתה אלא מחמתו א"כ עיקר הקרא לא אתא רק למעט ולא לרבות דבלא הקרא דלא יקחו הוה מחייבינן יותר מדר"י א"ר. ומהדרשא דת"כ משמע דעיקר הקרא בא לרבות ולא למעט ומשני שם דהלאוין שאש"ב לא ילפינן מדר"י א"ר. א"כ אתא רבוייא דקרא דלא יקחו לרבות ולא למעט עוד צריך לבאר לפי שיטה זו האיך אמרינן שם (פה:) והרי טומאה דלאו שאינו שוה בכל וטעמא דכתב רחמנא בני אהרן ולא בנות אהרן הא לא"ה נשים חייבות מ"ט לאו משום דר"י אמר רב לא דגמרינן מלא יקחו כיון דהאזהרה שפסולות לא ינשאו לכהונה הוא לא מצד עצמן רק מצד הכהן שלא תכשילהו. והאיך הוה מצינו למילף מלא יקחו שיהא נשים כהנות מוזהרות על טומאת מת ששם הוה האיסור מצד עצמן. אמנם אחר העיון נראה דגם זה ניחא דדוקא השתא דגלי לן קרא דבני אהרן ולא בנות אהרן גבי טומאת מת. דנשים אינן מוזהרות בלאו שאש"ב אמרינן אף דגלי לן קרא הכא על אזהרת האשה מלא יקחו מ"מ

אין אזהרתה אלא מחמתו כיון שהוא לאו שאש"ב וגם עיקר האזהרה קאי עליו. אבל אי לאו דגלי לן קרא שיש חילוק בין לאוין ששוין בכל ובין לאוין שאש"ב הוה אמרינן דהקרא דלא יקחו גלי לן שלא נחלק בין לאוין שש"ב ובין לאוין שאש"ב ואז הוה אמרינן דכהנות נמי מוזהרות שלא ינשאו לפסולים וכ"ש פסולות שלא ינשאו לכהונה דהוה ג"כ אזהרתן מצד עצמן לכך איצטריך הקרא דבני אהרן לגלות ע"ז:

(ה) **ונראה** דלפי זה מסתברא למימר דהא דקיי"ל דכהנות אינן מוזהרות להנשא לפסולים לאו משום דילפינן מן בני אהרן כמו שכתב הרמב"ם בהא"ב פי"ט הי"א אלא דהך קרא דבני אהרן לאו אכולהו ענינא קאי [עיין ברא"ש קדושין (להי) ועיין פנ"י שם] משום דקרחה הפסיק הענין וע"כ דילפינן מטומאת מת והא דלא ילפינן מלא יקחו כיון דפסולות מוזהרות להנשא לכהונה אלמא דנשים מוזהרות בלאו זה שאש"ב משום דשם אין אזהרתן מצד עצמן והראי' כל היכא דהכהן אינו מוזהר איהי נמי אינה מוזהרת ולפי זה מדוקדק דברי רבא דהשיב על דברי רבין בר נחמן וקאמר כל היכא דאיהו מוזהר איהי נמי מוזהרת וכל היכא דאיהו אינו מוזהר איהי נמי אינה מוזהרת דכונתו בזה כיון דהאזהרה של פסולות שלא ינשאו לכהונה הוא לאו אזהרה מצד עצמן אלא מצד הכהן משום דאיהו מוזהר. ע"כ האזהרה שכהנות לא ינשאו לפסולים ג"כ ליכא דזה תלוי בזה ובזה א"ש מה שהביא הרשב"א מיבמות דשם אמרינן כל היכא דהכהן אינו מוזהר הפסולה נמי אינה מוזהרת:

ובזה יתישב קושית הגאון בעל ש"א סי' פ"ב שהקשה שם ללישנא ב' ברש"י תמורה (ב.) דגריס הנ"מ עונש דשוה בין ביחיד בין בציבור אבל הכא כיון דעונש שאש"ב ה"א דאשה נמי כי עבדה לא לקי קמ"ל. והקשה הגאון הנז' דגם בלא קרא דתמורה היינו יכולין למילף מקרא דלא יקחו שישנם בלאוין שאש"ב אבל לפי שיטה זו שביארנו א"ש דלא מצינו למילף מלא יקחו. דשם אזהרתה אינה מצידה והא דלא ילפינן מלאו דתמורה דנשים מוזהרות בכ"מ בלאו שאש"ב (וממילא כהנות אסורות להנשא לפסולין) משום דלקולא ולחומרא לחומרא ילפינן. נראה דלפי"ז צריך לפרש הא דקאמר שם קמ"ל דאשה חייבת בלאו דתמורה לא דגלי לן קרא אף שהוא לאו שאש"ב מ"מ נשים חייבות אלא דאשמעינן דמיקרי לאו דתמורה לאו הש"ב כיון שנוהג בכהנים ובישראלים אף שאינו נוהג בציבור ובשותפים ולהכי נמי א"ש הא דאמרינן (יבמות שם) לא דגמרינן מלא יקחו ולא אמר דגמרינן מלאו דתמורה דהוה מוכחא טפי דמוזהרין בלאו שאש"ב מצד עצמן. אע"כ צ"ל דלפי האמת לאו דתמורה הוא לאו השוה בכל:

(ו) **אף** צ"ע לכאורה בכתובות (מ.) גבי מאנס פריך שם הגמרא ניתי עשה ונדחי ל"ת ומשני היכא אמרינן ניתי עשה ונדחי ל"ת כגון מילה בצרעת דלא אפשר לקיומי' לעשה אבל הכא אי אמרה דלא בעינא מי איתא לעשה כלל ופי' שם הת"י דגבי דידה ליכא עשה כיון דאי בעי אמרה לא בעינא לי' הלכך אין לה לעבור בלאו משום עשה דידי' דהיא מוזהרת כמותו והשוה הכתוב אשה לאיש כו' עכ"ל. וכן פי' הרמב"ן בחי' (הנקראים בשם חידושי הרשב"א) לחד פירושא יעו"ש וא"כ לפי"ז התינח אם אנס כה"ג אלמנה אף שהוא מן האירוסין מ"מ כיון דאיכא גבי' גם עשה דבתולה יקח דהא הוא מוזהר ג"כ על בעולת עצמו. לכך לא מצי עשה דלו תהי' לדחות עשה ול"ת אבל לענין גרושה לכהן הדיוט קשה ניתי עשה ולדחי לל"ת לגבי דידי'. וממילא ג"כ איהי מותרת כיון דכל האיסור שעליה הוא מחמתו שלא תכשילהו אך דברי הת"י אפשר לישב אף לפי שיטה זו ולומר דס"ל כפי שיטת התוס' ביבמות (פד.) ד"ה והא דגם בגרושה לכהן הדיוט איתא עשה דקדושים יהיו אבל דברי הרמב"ן א"א לישב בזה דהא הוא בעצמו לא ס"ל כשיטת התוס' דיבמות אלא כשיטת רש"י דעשה דקדושים יהיו לא קאי אלא אמאי דכתיב לקמי' ולא אמאי דבתרי' דהא בחידושיו ליבמות (כ:) על הא דפריך הגמרא שם ממזרת ונתינה מאי איכא למימר כתב דה"ה דהוה מצי למימר גרושה וחלוצה מאי איכא למימר אלמא דס"ל דגבי גרושה לכ"ה ליכא עשה דקדושים יהיו וא"כ קשה לגבי גרושה לכ"ה ליתי עשה דלו תהי' ולדחי לל"ת ועוד הא איכא להקשות גבי מוש"ר דהיינו אם כה"ג נשא אלמנה מן האירוסין והוציא עליה ש"ר דממעטינן נמי מלו תהי' לאשה אמאי לא אמרינן ניתי עשה ולדחי ל"ת דעשה דקדושים יהיו כו"ע מודים דלגבי אלמנה לכה"ג ליכא משום דכתיב בפ' אחרת וכדמוכח ביבמות (כ:) ועשה דבתולה יקח לא שייך הכא דהא נבעלה ע"י נשואין וא"כ ליתי עשה דלו תהי' ולדחי' ל"ת גבי דידי' וממילא ג"כ איהי מותרת כיון דכל אזהרתה היא מחמתו אך במוש"ר איכא למימר כיון דנשאה באיסור אין בזה דין דמוש"ר. וכמו שאבאר בס"ד במק"א אבל יותר מזה יש להקשות מדברי הגמרא דיבמות (נט:) דמביא שם ולו תהי' לאשה באשה הראוי' לו פרט לאלמנה לכ"ג גו"ח לכ"ה ה"ד אלימא בכדרכה מאי איריא משום אלמנה תיפוק לי' משום דהויא לה בעולה אלא לאו שלא כדרכה ומשום אלמנה אין משום בעולה לא הא מני ר' מאיר כו' ע"כ א"כ הכא ודאי ליכא אלא איסור לאו בלבד לכ"ע. א"כ אמאי לא אמרינן ניתי עשה ולדחי ל"ת גבי דידי' וממילא גם איהי מותרת לפי שיטה זו:

(ה) **אכן** יש לישב זאת דהא הרמב"ן פי' שם ג"כ בחד פירושא דקושית הגמרא ניתי עשה ונדחי ל"ת קאי דוקא אנמצא בה דבר ערוה ודלא כהתוס' שם ד"ה ניתי כו' (ובמק"א

ביארתי שיטתו באריכות שכן הוא דעת הרבה ראשונים) דבנמצא בה דבר ערוה כיון שבשעת הויה היתה ראויה לו א"כ ליכא למעוטי מלו תהי' לאשה אשה הראויה לו אבל היכא דהיא אינה ראויה לו מעיקרא לא שייך למפרך ליתי עשה ונדחי ל"ת דליכא בזה עשה כלל כיון דבעינן אשה הראויה לו וא"כ א"ש דגבי נמצא בה דבר ערוה כיון דהיא מוזהרת מצד עצמה לכו"ע דהא הוא לאו שש"ב משני הגמרא דלא מצי עשה לדחות הל"ת מצידה וגבי אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכ"ה ליכא קושיא כלל כיון דאינה ראויה לו מעיקרא ולפי"ז מדוקדק שפיר דברי הברייתא דיבמות הנ"ל דלכאורה אינו מדוקדק כלל למה נקט. התנא דוקא הני לאוין שאש"ב. ולא נקט לאוין שש"ב אבל לפי"ז ניחא שפיר דלאוין שש"ב לא אצטריך למעט מלו תהי' לאשה אשה הראויה לו דהא א"א לכונסה מצדה אבל בלאוין שאש"ב דמצדה היא ראויה לו אם לא הי' מניעה מחמתו לכך אצטריך למעט מהקרא דלו תהי' דכאן ליכא עשה כיון דאינה ראויה לו מעיקרא. ולפי פי' השני של הרמב"ן וכן פי' התוס' שם בכתובות דהא דקאמר הגמרא כיון דאי אמרה לא בעינא ליכא לעשה. א"כ הוה עשה קיל וגלי רחמנא בקרא דלו תהי' דהאי עשה לא דחי לל"ת יעו"ש דכתב דזה הפי' עיקר לפי"ז לכאורה מוכרחין לומר כשיטה זו דגבי איסור כהונה דהיכא דהוא אינו מוזהר מאיזה טעם איהי אינה מוזהרת כלל. דאל"כ תקשה למה לא מתרץ הגמרא בפשיטות דלהכי לא דחי האי עשה לל"ת מצידה כיון דהיא באיסורא איתא ובמצוה ליתא אבל לפי שיטה זו ניחא דמוכרח הגמרא לתרץ דלכך לא דחי משום דהאי עשה קילי בשביל אלמנה לכה"ג וגרושה וחלוצה לכ"ה וכדאמרן וגם לפי"ז יהי' מדוקדק שפיר הברייתא דיבמות הנ"ל דנקט דוקא לאוין שאש"ב אך יש לדחות ולומר דבאמת הרמב"ן והתוס' לא ס"ל כשיטה זו והא דלא מתרץ הגמ' בפשיטות כנ"ל הוא משום דאכתי תקשי גבי בעולה לכה"ג ליתי עשה דלו תהי' דהוה ש"ב ותדחי העשה דבעולה לכ"ג שאינו שוה בכל וס"ל דלא כתוס' בחגיגה (יד:) דכתבו דגם בעולה לכ"ג איהי נמי מוזהרת ועיין בש"מ ב"מ (ל'.) דמסתפק בזה ע"כ הוכרח הגמ' לומר משום דהאי עשה קיל אבל לפ"ז לא יהי' מדוקדק דברי הברייתא דנקט חייבי לאוין ולא נקט ח"ע שאש"ב:

עוד י"ל דלהכי מתרץ הגמ' דגם לגבי דידי' לא דחי האי עשה משום דקילא משום דנ"מ לענין אם עבר המאנס וכנסה דאי היה מתרץ משום דגבי דידה לא דחי להכי אסור לכונסה. א"כ מ"מ הוא לא לקי אם עבר וכנסה אבל לפי מאי דמתרץ משום דקילא א"כ א"א לדחות העשה את הלאו כלל גם הוא לקי וגם הא דנקט הברייתא דיבמות דוקא לאוין שאש"ב משום דהרמב"ן מסיים שם משום דקיל דאבעי אמרה לא בעינא דמי לעשה

שאש"ב דלא דחי וזה ניחא דוקא היכא דהלאוין ש"ב. אבל היכא דגם הלאוין אינם ש"ב ליתי עשה ודחי ל"ת וע"כ צ"ל דזהו דגלי קרא דעשה שאש"ב לא מצי לדחות אפי' לאוין שאינם ש"ב היכא דאינה ראוי' לי' מעיקרא ולהכי תפס הברייתא דוקא לאוין שאש"ב:

(ח) **ועלה** בדעתי לומר דהך סברת הר"א דהיכי דאיהו אינו מוזהר מאיזה טעם איהי נמי אינה מוזהרת תלוי בשני הגירסות הללו דרש"י ביבמות שם גרס לא יקחו לא יקחו ובהדיא פי' שם למה לי' למכתב לא יקחו תרי זימני כו' ולפי"ז דרשינן לא יקחו השני באם אינו ענין לאזהרת האיש תניהו ענין לאזהרת האשה וא"כ שפיר איכא למימר דאזהרת האשה הוא מחמתה שלא תנשא לכהונה כמו אזהרת ממזרת לישראל אבל התוס' ב"מ (ל:) ד"ה הא כתבו דילפינן מדהוה מצי למכתב לא יקח וכתב לא יקחו לשון רבים מרבינן מזה גם האשה ונראה דגרסי בגמ' לא יקח לא יקחו וכן נראה גירסת הגר"א בת"כ וכה"ג כ' התוס' בשבועות (ג.) ד"ה ועל כו' דהא דילפינן דהמקיף והמשחית חייב משום דכתיב לא תקיפו לא יגלחו לשון רבים [ודלא כהתוס' בנזיר (נז:) ד"ה ורב אדא דדחקו דילפינן זה מדכתיב לא תקיפו ולא כתיב לא תוקפו] וכן בכל מקום דכתיב שם לשון רבים דרשינן דהעושה והנעשה שווים כגון גבי קרחה וגבי שריטה וכתובת קעקע יעויין בריטב"א קדושין (ל"ה:) ונלע"ד דכל הני דמרבינן גם העושה לחייבו מלקות אף שגם מי שנעשה בו האיסור הוא ג"כ מזיד מרבוייא דכתיב בלשון רבים מ"מ עיקר האזהרה הוא על מי שנעשה בו האיסור כמו שמורה משמעות הקרא ולכך אם עשה קרחה או שריטה או כ"ק לא"י או גבי הקפה והשחתה אם עשה לא"י או לאשה ודאי דהעושה פטור כיון דעיקר האזהרה על העושה הוא מפני אזהרת מי שנעשה בו האיסור ואף לר"ה דס"ל דהמקיף את הקטן חייב מ"מ נראה דמודה דאם הקיף או השחית א"י או אשה דפטור מטעם זה והנה התוס' בנזיר (נ"ז) הניח בצ"ע לר"ה אם הקיף את האשה אי חייב והתוס' שבועות הנ"ל נראה דס"ל דחייב לר"ה וגם בשו"ע יו"ד (סי' קפ"א ס"ה) הביא הרמ"א י"א דמסתפקים בדבר אי מותר להקיף א"י או אשה אבל לפע"ד צ"ע טובא בזה דהאיך אפשר לומר דגם במקום שהניקף מותר להקיף מ"מ יש איסור על המקיף א"כ גבי נזיר ומצורע למה לא מהדרינן אחר אשה וקטן שיקיפו דנהי שנדחי הלאו גבי ניקף אבל האיך נדחי הלאו דמקיף כיון שאפשר לקיים שניהם הא אין עשה דוחה ל"ת אע"כ מטעמא דאמרן דכיון דאין בניקף איסור תו ליכא שום איסור גם אמקיף והא דמקיף את הקטן חייב הוא משום דאיתא באזהרת כל האיסורים תדע דהא ילפינן מקרא דלא תאכלום יבמות (קיד) להזהיר גדולים על הקטנים רק שאינו בר עונשין כמו שאמרו סנהדרין (נה:) משום דחס רחמנא עליו ורק לענין זה הקפה חמירא משאר איסורים דבשאר איסורים אע"ג דילפינן

זה מקרא דלא תאכלום מ"מ לא לקי אף שמאכילו בידים כדמשמע ברמב"ם (המ"א פי"ז הכ"ז) אבל גבי הקפה לקי גם על הקטן אבל במקום דאינו מוזהר כלל הניקף גם על המקיף ליכא איסורא, כנ"ל לאמר לפי שיטה זו להכי ס"ל דגם באזהרת לא יקחו דמרבינן גם האשה מדכתיב בלשון רבים. מ"מ כיון דעיקר האזהרה קאי עליו לא מרבינן אזהרתה אלא במקום דאיהו מוזהר אז גם היא מוזהרת שלא תכשילהו. ואף שהוא ג"כ מזיד מ"מ היא נמי חייבת אבל במקום שהוא אינו מוזהר מאיזה טעם שיהי' גם היא אינה מוזהרת:

(ט) **ונראה** לומר הא דלא ניחא להו להתוס' כגירסת רש"י דילפינן מדכתיב תרי זימני לא יקחו משום דקשה להו דהא אמרינן בהדיא (קדושין עז:) לא יאמר גרושה בכ"ג ותיתי בק"ו מכ"ה כו' למה נאמרה כשם שחלוקה גרושה מזונה וחללה בכ"ה כך חלוקה בכ"ג כו' ופירש"י שם כשם שחלוקה גרושה מזונה וחללה האמורות אצל כהן הדיוט שיחד לה לאו לעצמה ואשה גרושה לא יקחו ללמדך שאם זונה וחללה וגרושה היא לוקה עליה אף משום גרושה כך חלוקה בכ"ג אעפ"י שנאמרה בו בלאו אחד א"כ צריך הך לא יקחו יתירה לחלק ומאי דצריך הכא קרא לחלק יעו"ש מה שכ' התוס' ב"מ (קטו:) ד"ה שנאמר משום דבגוף אחד אין לחייב שתים בלא פסוק כו'. [ועיין ברמב"ם סה"מ מצוה קס"א ובשרשים שורש ט'] ואפשר ישב דעת רש"י עפ"י דברי הריטב"א דהקשה שם על פירש"י דפי' דקרא אתא לחלק ולחייבו על כולן דא"כ תפשוט מהכא דאיסור חל על איסור באיסור מוסיף דלמ"ד אין איסור חל על איסור מוסיף לא משכחת להו דלהוי כולהו בגוף אחד] ואף דאיכא למימר דקרא אתא לחלק ולחייבו על כל אחד ואחד היכי שהביא הכהן שתי שערות אחר שחלו על האשה כל האיסורים הללו וזה מיקרי לגבי' בא בבת אחת כמו דאיתא ביבמות (לד.) מ"מ יהי' קושית הריטב"א למ"ד אין איסור חע"א בב"א ונראה דרש"י יתרץ דהך מ"ד דס"ל דאין איסור חע"א אפי' בב"א וא"כ אין צריך קרא לחלק ידרוש דהך לא יקחו אתא לרבוייא על אזהרת האשה כמו דדרשי ביבמות והת"כ דמובא ביבמות יסבור כמ"ד דאין איסור חע"א אפי' בב"א וא"כ אין צריך קרא לחלק ואפשר להביא ראיה לזה דגרושה דכתיב גבי כה"ג דרש ג"כ בת"כ פ' אמור פ"ב וז"ל אלו כן הייתי אומר אלמנה שהיא מותרת לכ"ה זרעו ממנה חולין גרושה שהיא אסורה לכ"ה זרעו ממנה ממזר ת"ל גרושה ולא יחלל עכ"ל וא"כ מוכח להדיא דהת"כ פליג על הך ברייתא דקדושין דהברייתא דקדושין דריש דהך גרושה לכה"ג אתי לחלק והת"כ סובר דהך גרושה אתא להורות שהולד חלל ולא ממזר וזה ע"כ אליבא דר"ע אתי' דס"ל דיש ממזר מחייבי לאוין ולהכי צריך קרא להורות שהולד חלל ולא ממזר מחייבי לאוין דכהונה ולפי המבואר בתוס' חולין (קא:) ד"ה ר"ע לפי מאי דמסיק שם רבא דלא

אמרינן איפוך. ס"ל לר"ע דאין איסור חע"א ואפי' בב"א וא"כ א"ש הת"כ דדריש מתרי זימני לא יקחו מלמד שהאשה מוזהרת דאזלא כולהו אליבא דר"ע:

אבל לפי האמת אין דעתי נוחה מזה דא"כ פליגא ברייתא דקדושין על הך דרשא דהאשה מוזהרת ע"י האיש ומשמעות סתמא דגמרא דיבמות דכ"ע ס"ל הכי דאם לא כן לפי מאי דקיי"ל דאיסור חע"א אף באיסור מוסיף א"כ ע"כ צריך הך לא יקחו יתירה לחלק לא ס"ל כהברייתא דיבמות דאשה מוזהרת ע"י האיש א"כ האיך פריך מיני' על רב דאמר לא הוזהרו כהנות להנשא לפסולים וגם דברי התוס' דנדרים הנ"ל דהקשו בפשיטות על תירץ הר"א דאמר דהיא אינה מוזהרת דזה כנגד הגמרא דיבמות דאמר להדיא דגם היא מוזהרת ג"כ קשה לפ"ז דלמא ס"ל להר"א כשיטת רש"י א"כ אנן לא קיי"ל כהך ברייתא דיבמות אלא נראה דודאי כו"ע ס"ל הך דרשא דלא יקחו אתא לרבוייא גס אזהרת האשה מלא יקחו יתירה אע"ג דלא יקחו כמה איצטריך למכתב משום לחלק מ"מ דרשינן מלא יקחו השני דהוא מיותר דהוה מצי למכתב אשה חללה זונה לא יקחו ואשה גרושה מאישה והוה קאי האי לא יקחו אדקמי' ואדבתרי'. כך מצאתי שפי' הגאון בעל פ"מ בפתיחתו לספר גינת ורדים ומפני שזה דחוק ט"כ מיאנו בזה התוס' ב"מ הנ"ל וסברי דדרשינן הדרשא דיבמות מדכתיב לא יקחו בלשון רבים:

(י) **ולכאורה** אדרבה יש להביא ראי' דמוכרח לומר דדרשינן אזהרת האשה מהך לא יקחו יתירא ולא מדכתיב בלשון רבים דהא הבאתי לעיל הת"כ דדרש גרושה דכתיב גבי כה"ג לדרשא אחרת ולא כפי הברייתא דקדושין לחלק וילפינן מכ"ה. וע"כ דס"ל להת"כ דאין צריך קרא לחלק וא"כ תיקשי אליבי' הך לא יקחו יתירא מאי דרשינן בי' בשלמא אי אמרינן דדרשינן מהך לא יקחו יתירה אזהרת האשה א"ש. והברייתא דקדושין ס"ל דתרווייהו ילפינן מיני' כמו שכ' בשם גו"ר אבל אי אמרינן דדרשינן אזהרת האשה מלשון רבים. א"כ לפי הת"כ דס"ל דלא צריך קרא לחלק מאי קעבדינן בי'. ואין לומר דהת"כ והברייתא פליגי בזה גופא דהת"כ דריש הך דרשא מלא יקחו יתירה והברייתא דריש מדכתיב לא יקחו בלשון רבים ז"א דא"כ האיך פריך הגמרא דיבמות על ר"י א"ר מהך דלא יקחו לא יקחו כו' דלמא סובר כהברייתא דקדושין דצריך הך לא יקחו יתירה לחלק והך דרשא מדכתיב לשון רבים לא ס"ל דהא לא מצינו בהדיא דהברייתא דקדושין דרש הך דרשא דאשה מוזהרת מדכתיב בלשון רבים ונראה לישב שיטת התוס' בהקדם דברי הריטב"א שם. דפי' שם פי' אחר דלא כפירש"י דלכך צריך קרא בגרושה לחלק לאו לעצמה להורות לנו דחייב על גרושה לחודא אעפ"י שאינה זונה וחללה דאי לאו הכי ה"א שאינו חייב עד שיהא כולם בה עכת"ד. ומה שהקשה עליו בעל שער המלך (בה' א"ב

פי"ז ה"י) דהניחא לר' יאשיה דאמר כ"מ שנאמר וא"ו להוסיף הוא בא אבל לר"י דס"ל וא"ו לחלק ל"ל קרא והאיך הוה ס"ד דאינו חייב עד שיהא כולם בה יעו"ש דהניח בצ"ע: ולפע"ד זה לא קשה כלל על הריטב"א דאיכא למימר דהריטב"א בא לתרץ להמ"ד אין אחע"א וא"כ אין צריך קרא לחלק דלא נימא דהוה לאו שבכללות ואינו חייב אלא אחת כיון דלא משכחת לה ולהכי מוכרח לומר דהך מ"ד דאין אחע"א ס"ל כר' יאשיה דצריך קרא לחלק בזה האופן לחייבו על גרושה לחודא אעפ"י שאינה זונה וחללה אבל לר"י לא קשה כלל דאיכא למימר דס"ל כמ"ד דאיסור חע"א וא"כ צריך קרא לחלק דלא להוי לאו שבכללות ולחייבו על כל אחת ואחת אם כולם בה כפירש"י אבל באמת פי' הריטב"א בברייתא דקדושין תמוה. דהאיך אפשר לומר דקרא דגרושה גבי כה"ג אתא לגלות לנו וללמוד דכ"ג חייב אף על אלמנה לחודא אעפ"י שאינה חללה הא אף בלא קרא הוה ידעינן זה כיון דעל חללה זונה ודאי דחייב כה"ג אעפ"י שאינה אלמנה דלא גרע מכ"ה וא"כ מאי מוסיף לי' איסור אלמנה הא בלאו הכי חייב משום איסור חללה אלא ע"כ מוכרחין לפרש הברייתא דקדושין כפירש"י דקרא אתא ללמד דלא נימא שהוא לאו שבכללות ולא מחייב אלא חדא אבל הת"כ כבר ביארנו דס"ל דאין אחע"א. וע"כ סובר כר' יאשיה דהך לא יקחו יתירה אתי לחלק לחייבו על גרושה לחוד אף שאינה זונה וחללה כדברי הריטב"א. וא"כ גרושה לגבי כה"ג מיותר כמש"כ ע"כ מוכרח הת"כ לדרוש בהך גרושה לדרשא אחריתא וא"כ א"ש הת"כ לשיטת התוס' דלא מיותר הך לא יקחו וע"כ צריך לדרוש הך דרשא דהאשה מוזהרת מדכתיב לא יקחו בלשון רבים:

(**יא**) **ולפי** מה שביארנו דגירסת התוס' ב"מ הנ"ל לא יקח לא יקחו הוא גירסא מרווחת. והדרשא על אזהרת האשה הוא מדכתיב בלשון רבים אבל עיקר הקרא קאי על אזהרת האיש. ודאי דשיטה זו היא שיטה נכונה לומר דבמקום דאיהו אינו מוזהר מאיזה טעם שיהי' איהי נמי אינה מוזהרת אבל אח"ז התבוננתי דאף לפי גרסת רש"י דילפינן מיתורא דלא יקחו דאם אינו ענין לאזהרת האיש תניהו ענין לאזהרת האשה מ"מ כיון דהוציאו בלשון לא יקחו דמשמע פשטיות הקרא דקאי עליו ע"כ צ"ל דאזהרתה תלוי באזהרתו וכה"ג אמרינן בסנהדרין (נד:) לר"ע דיליף אזהרה על הנשכב [במשכב זכור] מדכתיב לא תשכב משכבי אשה קרי בו נמי לא תשכב ואמרינן שם בהדיא לרב דהיכא דאיתי' בשוכב איתא בנשכב וכל היכא דליתא בשוכב ליתא בנשכב. ולכך לא עשו ביאת פחות בן ט' שנים כבן תשע שנים. ואף שמואל לא פליג ע"ז אלא מדכתיב משכבי אשה וגם אמרינן שם לדברי ר' ישמעאל דיליף אזהרה על הנשכב [במשכב בהמה] מיתורא דקרא דכל שוכב עם בהמה מות יומת אם אינו ענין לשוכב תניהו ענין לנשכב דזה

אתא לדרשא מה דאפקי' רחמנא לנשכב בלשון שוכב וללמוד מה שוכב ענש והזהיר אף נשכב ענש והזהיר וע"ש בתוס' ד"ה ואפקי' דכתב לר' אבוה הא דאפקי' לנשכב בלשון שוכב איצטריך לכדרשינן בפ"ק דהוא ובהמתו בכ"ג עכ"ל הרי חזינן מזה דהיכא דיתורא דנשכב אתי' בלשון שוכב לדרשא אתא ה"נ כיון דכתיב אזהרתה בלשון אזהרתו ודאי לדרשא אתא דגם פסולות אינן מוזהרות להנשא לכהונה אלא במקום דאיהו מוזהר ומצאתי שגם הגאון בעל חתם ספר בחלק א"ע בח"ב תשובה ק"ד כתב שם וז"ל ומדברי חידושי הרשב"א שם למדנו כונת ר"א כמ"ש תוס' פ' איזהו נשך גבי לא תשיך להזהיר הלוה ג"כ דמשו"ה מותר להלות מעות יתומים בריבית משום כיון דליכא איסור על המלוה ממילא תו ליכא איסור על הלוה דליכא איסור עליו מעיקרא אלא משום דעביד מלוה איסור ע"י והיינו מדאפקי' רחמנא בלשון תשיך ותשוך כל דליתי' בתשיך ליתא בתשוך וה"נ דכוותי' מדאפקי' רחמנא יקח יקיח כל היכא דהוא מוזהר גם היא מוזהרת ולוקה. אבל הכא בשילהי נדרים דהיא עבדא דילה שאמרה טמאה אני לך אל תיגע בי והוא אינו מוזהר כי חכמים התירו לו ואפי' יהי' קמי' שמיא גליא דטמאה היא לו מ"מ אין לו עון אשר חטא כי יש כח ביד חכמים א"כ ממילא שוב היא אינה מוזהרת עכ"ל:

שיטה ב בשיטת הרר"א:

הנו"ב מה"ת סי' כ"ד הביא שגדול אחד תמה בדברי הרשב"א הנ"ל והשיב לו וז"ל והנה ודאי לפי שטחיות הרעיון בתחילה הם דברי תימה אבל לפי מ"ש בחיבורי נו"ב סי' ע' דהר"א סובר דדוקא מה דכתיב בהך פרשה כהונה שם אתרבי גם היא מלא יקחו אבל איסור טומאה דלא כתיב בהך פרשה לא אתרבי האשה א"כ כונת הרשב"א דזונה אינה מוזהרת לכהן אלא היכא דאיהו מוזהר בפ' כהנים. דשם גם היא מוזהרת כדכתיב לא יקחו עכ"ל ועיין במה"ק דשם מבואר דבריו יותר דהר"א ז"ל סובר דכל באונס לא מיקרי זונה ואינה אסורה לבעלה הכהן אלא משום לאו דהוטמאה ולכן היא אינה מוזהרת ע"כ ואף שכל מעיין יראה שהגאון הנז' נעה מדרך הפשוט בדברי הרשב"א שדברי הרשב"א הם ודאי כמו שביארתי שיטתו בשיטה (א) מ"מ מחמת שהגאון הנ"ל כיון אל האמת שהרר"א ז"ל בספרו ספר יראים פסק להדיא כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה וגם הרשב"א ז"ל פסק כן. ע"כ אבאר שיטת הנו"ב באריכות ויצא מזה נפקותא גדולה לנ"ד כי לפי דעתי הוא דעת רוב הפוסקים דקיי"ל כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה:

(**א**) **הנה** לכאורה דברי הנו"ב תמוהים. דהא בהאי מלתא איפלגו תרי לישנא שם (נו:) אי באונס מיקרי זונה אי לאו וא"כ למ"ד דבאונס מקרי זונה איך יתרץ משנה אחרונה מהך קושיא דהא שוויא אנפשה חתיכה דאיסורא ואין לתרץ דהמ"ד דסובר דאונס מיקרי זונה

סובר כמ"ד יבמות (פט.) דחכמים מצו למיעבד תקנתא ולעקור ד"ת אף בקום ועשה ז"א דהא מרא דשמעתא אי באונס מיקרי זונה הוא רבה ואיהו ס"ל שם דלא מצו חכמים לעקור דבר תורה בקום ועשה ונראה לתרץ דבריו דגם לפי שיטת הר"א צריכין אנו לומר דהמ"ד דסובר דבאונס נמי מיקרי זונה יתרץ טעמא דמשנה אחרונה כתירוצו של הר"ן משום דעקרו חכמים הקדושין מיני' ופנויה היתה באותה שעה ומחמת דהי' קשה להר"א תינח דאם אומרת שנאנסה מכשרים אבל נאנסה מפסולים מאי איכא למימר ומעובדא דשילהי נדרים משמע דלא שאני לן בין שאמרה שנאנסה מכשרים או מפסולים. דהא הני תרי עובדי דרב נחמן אמרה שנאנסה מן הנכרים. ואעפ"כ התירן ר"נ ומחמת זה הכריח הר"א לומר דסוגיא דנדרים אזלא אליבא דמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה ואינה אסורה לבעלה אלא משום איסור טומאה לבד דהיא אינה מוזהרת ולכך אפי' נאנסה מפסולים מותרת אבל המ"ד דס"ל דבאונס מיקרי זונה יתרץ דהמשנה איירי שאומרת שנאנסה מן הכשרים:

(**ב**) **ולפ**"ז צ"ל דהר"א ז"ל סובר דגם בנאנסה מפסולים לא מיקרי זונה ודלא כבעל המאור שם (ט) והה"מ בפי"ח מהא"ב דס"ל דבנאנסה מפסולים לכו"ע מיקרי זונה ואסתייע מהא דתינוקת שנאנסה כתובות (יד:) אבל הוא ז"ל ס"ל כהרמב"ן דכל באונס אפילו מפסולים לא מיקרי זונה והא דתינוקת שנאנסה אסורה לכהונה הוא משום כי תהי' לאיש זר וגם דלא כבעל המאור הנז' דס"ל דלמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה מותרת בתרומה וע"כ פסק כמ"ד דבאונס מיקרי זונה דמכמה סוגיות מוכח דאף באונס אסורה בתרומה אבל הר"א ז"ל ס"ל דעיקר כלישנא בתרא דאונס לא מיקרי זונה והא דאסורה בתרומה הוא מקרא דונטמאה דאסורה בתרומה קאי אף לנטמאה באונס כשיטת התוס' ס"פ החולץ והרא"ש שם (נו) או כשיטת רש"י והרמב"ן דאף שנאנסה מכשרים מ"מ אסורה משום כי תהיה לאיש זר. וגם צ"ל לפי"ז דאף איסורא דילפינן מכי תהי' לאיש זר מק"ו דגרושה כיון דלא כתיב בפרשת כהונה היא אינה מוזהרת בו:

(**ג**) **ואין** להקשות ע"ז אמאי לא ילפינן דגם היא מוזהרת באיסורא דוכי תהי' לאיש זר מק"ו דגרושה וכן לשיטת התוס' והרא"ש דמקרא דונטמאה ילפינן דהיא אסורה בתרומה אף באונס א"כ גם באיסור טומאה איכא למילף מק"ו דגרושה דאיהי מוזהרת. דהא גרושה מותרת בתרומה ומשום איסור טומאה אסורה בתרומה אע"ג דלפי שיטת התוס' והרא"ש לענין תרומה וכהונה אינה אלא איסור עשה לבד למ"ד באונס לא מיקרי זונה רק בעלה לוקה עליה משום לאו דהוטמאה וא"כ איכא למימר לענין אזהרתה כיון דילפינן מק"ו דתרומה אין. עליה אלא איסור עשה בלבד. דאמרינן דיו לבא מה"ד כו' מ"מ איסור

עשה איתא עלה ולפי שיטה זו ע"כ צ"ל דהיא אינה מוזהרת כלל באיסור טומאה דיש לישב זאת לפי מה שהבאתי לעיל קושית הגאון בעל ש"א על הגמרא דתמורה ל"ל קרא בתמורה דישנו בנשים תיפוק לי' מלא יקחו יעו"ש וא"כ הוה קרא דלא יקחו וקרא דתמורה שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים אף במקום דאיכא ק"ו וכמ"ש התוס' יומא (נט:) ד"ה והרי יעו"ש ולפי"ז ע"כ צ"ל דלא כמ"ש בשיטה (א) דהיא אינה מוזהרת אלא מחמתו דא"כ לא הוה שני כתובים אלא הוה אזהרתה מצד עצמה דילפינן מלא יקחו דאין לחלק בין הלאוין ואף בלאו שאש"ב היא מוזהרת מצד עצמה ולפ"ז ע"כ צ"ל הא דכהנות אינן מוזהרות להנשא לפסולים ילפינן מבני אהרן ולא בנות אהרן כמ"ש הרמב"ם בהא"ב פי"ט הי"א ובשו"ע סי' ז':

(ד) **ובזה** נראה לישב מה שהקשה שם הגאון בעל ש"א וז"ל ועוד השתא דכתב רחמנא קרא גבי תמורה וגבי לא יקחו דלאו שאש"ב נשים חייבות. בני אהרן ולא בנות אהרן דכתב רחמנא גבי טומאה ל"ל כיון דאש"ב. דהא ליכא למילף מלא יקחו דהא לא יקחו ודתמורה ה"ל שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים עכ"ל אבל לפי"ז ניחא דהא מעוטא דבני אהרן ולא בנות אהרן כמו דממעט אותם מטומאת מת ה"נ ממעט דלא הוזהרו כשירות להנשא לפסולים דבני אהרן אכולהו ענינא קאי כמו שמבואר ברמב"ם ושו"ע הנ"ל וא"כ אי לאו מיעוטא דבני אהרן ה"א דקרא דלא יקחו דמרבה גם נשים קאי על כהנות דמוזהרות להנשא לפסולים. כדאסיק אדעתי' דרבא בר נחמן ביבמות (פד:) ואדרבה הוה ילפינן שהוזהרו על טומאת מת מאזהרתן לינשא לפסולים דהוה אמינא דהקרא גילה לן דעל כל מה שכהנים מוזהרים גם כהנות מוזהרות וזה כוונת הגמרא שם (פה.) דאמרינן דאי לאו דכתב רחמנא בני אהרן גבי טומאה, הוה ילפינן מלא יקחו. ולפי"ז יתיישב שפיר הגירסא דתמורה כמו שהיא לפנינו הנ"מ עונש דשוה בין ביחיד ובין בציבור אבל הכא כו' דתנן אין הציבור והשותפין עושין תמורה אשה נמי כי עבדא לא לקי' קמ"ל ודלא כמו שדחה הגאון בעל ש"א גירסא זו:

(ה) **אכן** הרמב"ם חולק עכ"ז וסובר להדיא שאין חילוק בזה אלא על כל הלאוין דאיהו מוזהר איהי נמי מוזהרת, דהא בפי"ז מהא"ב כתב דכ"מ שהוא לוקה איהי נמי לקי' ואין הפרש בין איש לאשה לעונשין זולת בשפחה חרופה לבד עכ"ל. ונראה דהרמב"ם אזיל לשיטתי' דהוא גרס בתמורה כגירסא א' שברש"י שם הנ"מ לאו שיש בו מעשה אבל לאו שאין בו מעשה לא וכן כתב הש"א דהרמב"ם מוכרח לגרוס כן מדס"ל דציבור ושותפין אעפ"י שאין עושין תמורה מ"מ מוזהרין בלאו דלא ימיר א"כ הוה תמורה לאו הש"ב. ולפי"ז איכא למילף מלאו דלא יקחו על כל הלאוין שאש"ב דנשים מוזהרות בו. ואע"ג

דאיכא למילף מטומאה ומפסולים דנשים אינם מוזהרות בלאו שאש"ב. מ"מ כיון דאיכא למילף לקולא ולחומרא לחומרא ילפינן

ונראה לישב קושית הש"א שהקשה שם על גירסא זו קושיא חמורה האיך קאמר הגמרא דתמורה מיקרי לאו שאין בו מעשה הא אמר ר' יוחנן התם (ג:) לתנא לא תיתני מימר דבדיבורא עביד מעשה. ומה"ט חשיב הגמרא שם ללאו דמקדים תרומה לבכורים לאו שיש בו מעשה ולפ"ד צ"ל דבר חדש בדברי הר"ם משום דבלא"ה קשה קושיא גדולה על הרמב"ם ז"ל דמנ"ל להרמב"ם לומר דבר חדש דציבור ושותפים אעפ"י שאין תמורתם תמורה מ"מ לקי' ע"כ נלע"ד דהרמב"ם גרים הכי בגמרא בריש תמורה הנ"מ לאו שיש בו מעשה אבל לאו שאין בו מעשה דתנן אין הציבור והשותפין עושין תמורה לא קמ"ל. ופירושו הוא דלהכי איצטריך קרא לרבוייא נשים כגון במקום דלא עבדי מעשה בדיבורם. כגון שותפים דלא חל התמורה ואפ"ה לקי'. וצ"ל דסוגיא זו פליג על ר"י בהא דאמר לא תימני מימר. דע"כ הוא. ס"ל דציבור ושותפין כיון דלא עבדי תמורה לא לקי' והרמב"ם ז"ל פוסק כסתמא דגמרא ריש תמורה. א"נ יש לדחוק דגם ר"י ס"ל הכי רק משום דהתנא תני לי' סתם מימר וסתם מימר יש בו מעשה לכך א"ל לא תיתני מימר:

(ו) **אבל** זה צ"ע לפי שיטה זו כיון דסוף סוף היא אסורה על בעלה מאיסורי כהונה מחמת איסור כי תהי' לאיש זר ומחמת איסור טומאה על הכהן אף באונס. א"כ הרי נעשה חללה מביאה ראשונה ואסורה לבעלה ג"כ משום איסור חללה ובאיסור זה איהי נמי מוזהרת מלא יקחו וא"כ הדק"ל הא שויא אנפשה חד"א מביאה שניה ואין לתרץ ולומר כיון דלא נאסרה עליו מאיסורי כהונה המפורשים בפ' כהונה. לא קאי עלייהו לאו דלא יחלל דלא קאי אלא על מה שכתוב בצידו דהיינו גרושה כו' וכבר נסתפק בזה הגר"א בא"ע (סי' ו' סכ"ג) והניח הדבר בצ"ע וכן הגאון בעל הפלאה בספרו נתיבות לשבת סי' הנ"ל מפלפל בזה והאריך בראיות שלא נתחללה ואין הולד חלל באיסור דכי תהי' לאיש זר. אך לא העלה הדבר בבירור. ז"א דהא לפי מה שביארנו ע"כ צ"ל לפי שיטה זו דכל באונס אפי' מפסולים לא מיקרי זונה ואינה אסורה לכהונה רק מקרא דכי תהי' לאיש זר א"כ תיקשי עובדא דינאי המלך קדושין (סו.) שע"כ היו רוצים לפוסלו לכהונה משום דאמרו אמו נשבית במודיעים יעו"ש והא סתם שבויה לא חיישינן לרצון. דלהכי אשת ישראל מותרת ואפי"ה רצו לעשות אותו לחלל וכבר העיר בקושיא זו הגאון בעל עמודי אור בסי' ע"ח והיא לכאורה קושיא עצומה.

(ז) **ונראה** לתרץ דהיא היתה שבויה וחבושה מחמת נפשות כי היא היתה מבית חשמונאי שהיו מורדים במלכות ונתחייבו הריגה ובמתחייבי הריגה הי' דרכם להפקיר

ביתייהו. כמו שאמרו בזה כתובות (כז:) דזה מיקרי שבויה מחמת נפשות יעו"ש. ודעת התוס' והרא"ש שם דכל שבויה מחמת נפשות חיישינן שמא מחמת פחד הריגה נתרצית כדי להציל את עצמה ולהכי אסורה גם לבעלה ישראל וא"כ גם באמו של ינאי המלך חששו לשמא נבעלה ברצון ונעשית זונה ובניה חללים אמנם לפי דעת הרמב"ן וסייעתו דגם בשבויה מחמת נפשות לא חיישינן שמא נתרצית ומותרת לבעלה ישראל. א"כ לפי דעתו דס"ל דלמ"ד באונס לא מקרי זונה אפילו נאנסה מפסולים. ורק איסורה הוא משום כי תהי' לאיש זר. הוה הוכחה גדולה מינאי המלך דאפילו פסולה משום כי תהי' לאיש זר נמי הוה בניה חללים ואפשר לתרץ ולדחות זה ע"פ דברי הריטב"א שם (סח.) דכתב שם דיש לפרש דאביו של ינאי המלך היה כ"ג ונאסרה לו אמו משום בעולה וס"ל כראב"י שיש חלל מחייבי עשה יעו"ש. וא"כ אין ראיה משם דגם איסורי כהונה שאינם מפורשים בפ"כ יש חלל אבל באמת אין דעתי נוחה מזה דא"כ צ"ל דכל חכמי ישראל שהיו בימי ינאי המלך ס"ל כראב"י ולא כרבנן. ע"כ נ"ל דאף לפי שיטת הרמב"ן דבשבויה מחמת נפשות לא חיישינן לשמא נתרצית ולאוסרה על בעלה ישראל היינו דוקא בא"א כיון דזה הוה מג"ע שהדין ליהרג ולא יעבור ואף שהיכא דמאנסין אותה אינה מחוייבת למסור עצמה למיתה מפני שהיא קרקע עולם. מ"מ להתרצות להבעל כדי שתנצל ודאי דאסורה ע"כ לא חיישינן לשמא עברה על האיסור ונתרצית כדי להנצל משא"כ בפנויה דסובר הרמב"ן דדין הוא שתעבור ולא תהרג כמו שהובא ביו"ד סי' קנ"ז בהג"ה וא"כ חיישינן שמא נתרצית כדי להנצל מן המיתה. ואמו של ינאי המלך דהיתה פנויה ושבויה מחמת נפשות. ע"כ חיישינן שפיר שמא נתרצית ונעשית זונה וע"כ רצו לפוסלו:

(ח) **עוד** הביא הגאון בעל ע"א ראי' שגם היכא שלא נאסרה מחמת איסור כהונה המפורשים בפ"כ מ"מ בניה פסולים לכהונה מסוגיא דשילהי נדרים דאמר שם רב ששת דאם אמרה טמאה אני מותרת בתרומה כדי שלא תוציא לעז על בניה. וא"כ למ"ד באונס לא מיקרי זונה מה לעז איכא. כיון דבניה כשרים לכהונה עכת"ד ואף שאפשר לדחות ולומר דרב ששת ס"ל כמ"ד באונס מיקרי זונה. מ"מ לפי מה שאבאר לקמן בסי' ט' דרוב הפוסקים ס"ל כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה א"כ קשה לומר דר"ש ס"ל כמ"ד דבאונס מיקרי זונה דהתם מוכח דגם רבא מודה לזה אי לאו משום דאפשר בחולין ויאמרו תרומה דלית לה. אבל לאחר העיון יש לדחות זאת דיש לומר דהאי הוצאת לעז לאו משום פגומי כהונה, אלא לעז שנולדו מביאת איסור וכמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו יבמות (כד) וז"ל כשאין לה בנים כו' ור"י ז"ל פירש בהלכות משני מן הנטען ולא נתברר לי טעמו שהרי אפילו זנתה עמו ודאי ונשאה נטען אין הולד פסול ואפי' לכנס לכהונה וי"ל אעפ"כ הולד

מזוהם וכדי שלא תוציא עליהן לעז זוהמא בעלמא אין מוציאין מידו עכ"ל וכ"כ שם (מד) וז"ל ונראה שהולד פגום דקאמר ריב"ג מזוהם קאמר משום לעז שהוא מטיפה אסורה אבל לא שיהא פגום לכהונה ממש. עכ"ל:

(**ט**) **עוד** הביא הגאון הנז' ראי' מהא דשקיל וטריא הגמרא ביבמות (פה:) לאשכוחי נפקותא בין רבי לרשב"א שיהא איסור דאורייתא בלא פסול זרע. ואם איתא דפסולה לכהונה מחמת כי תהי' לאיש זר אין זרעה נפסל. א"כ הוה מצי לאשכוחי בפשיטו' כגון שפסולה מחמת ביאת פסולים. ודחה שם ראי' זו משום דלר"ע דס"ל דיש ממזר מחייבי לאוין, א"כ מביאת פסולים הוה זונה ולפ"ד אכתי איכא לאשכוחי בנאנסה מפסולים לפי מ"ש דקיי"ל כלישנא בתרא דבאונס לא מיקרי זונה א"כ לא עדיפא חייבי לאוין מחייבי כריתות לדידן. אבל לפי דעתי יש לדחות ראי' זו דהא הגמרא שקיל וטריא שם לאשכוחי נפקותא שיהא אליבא דכו"ע והך נפקותא לא מצי אתיא אליבא דרבי מתיא בן חרש [ומיני' סתר שם הגמרא הא דקאמר ספק סוטה א"ב] דס"ל דמכל ביאת איסור נעשית זונה ואף אם נאמר דלדידי' נמי לא מיקרי זונה כ"א כשנבעלה ברצון. מ"מ סוף סוף כשתבעל לבעלה שהיא אסורה לו משום כי תהי' לאיש זר נעשית זונה לדידי'. דלא גרע מכל ביאות איסור וא"כ הוה בניה פסולים ולא מרגילתו:

(**י**) **ואם** כנים אנחנו בסברא זו דהיכא דנאנסה מכותי כיון דלא אסורה רק משום כי תהי' לאיש זר למ"ד באונס לא מיקרי זונה אין בניה פסולים לכהונה יתיישב בזה קושית התוס', קדושין (יב) ד"ה אם הקלנו שהקשו על הי"מ שם וז"ל ולא נהירא שהרי השבויה נמי פעמים דאיכא איסור מיתה אם הוא כהן ויש לו בן ממנה שהוא חלל כו' יעו"ש ולפי סברא זו א"ש שסתם שבויה לא חיישינן רק לאונס א"כ הא אין בניה פסולים לכהונה. אבל באמת מדברי הראשונים נראה דשבויה בניה פסולים לכהונה וכן הובא להדיא בש"מ על כתובות בשם חידושי הרמב"ן (בדף יג:) וז"ל מדברת היינו שבויה שאנו מחזיקין אותה בודאי נבעלה ואע"פ שנשאת תצא והולד חלל ה"נ הרי היא בודאי נבעלה כו' עכ"ל והא הרמב"ן נראה מדבריו במלחמות יבמות (נו:) דסובר כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה יעו"ש ואמאי כתב דהולד ממנה חלל וע"כ נראה דסובר דילפינן זה מגרושה ומה גרושה שמותרת בתרומה ואם נבעלה לכהן נעשית חללה ובניה חללים אשה שאסורה לכהונה משום כי תהי' לאיש זר דאסורה בתרומה אינו דין שאם נבעלה לכהן נעשית חללה ובניה חללים והקרא דקדושין (עז:) שממעט דאין חללה אלא מאיסורי כהונה לא ממעט זה כי האיסור משום כי תהי' לאיש זר מיקרי ג"כ איסור כהונה. וכן נוטה דעת הגר"א ז"ל. מ"מ אפשר לישב שיטת הנו"ב לדעת הרר"א דהרר"א

סובר דמאיסור כי תהי' לאיש זר לא נעשית חללה וכן ע"כ שיטת הי"מ בקדושין. ועוד אפשר לישב שיטת הנו"ב הנ"ל ע"פ שיטת התוס' ביבמות (עז:) ד"ה וחלל דכתב שם הריב"ם דחלל הבא מחייבי עשה ליכא איסור לאו דחללה רק עשה לבד לכהן הבא עליה. א"כ נוכל לומר גם כאן כיון דכל איסורה לכהונה הוא רק משום טומאה או משום כי תהי' לאיש זר. דאינה מוזהרת בהם כמו שביארתי. ע"כ גם אם נעשית חללה מאיסור זה ג"כ אינה מוזהרת בו. ועוד אבאר בזה בס"ד:

שיטה ג בשיטת הרר"א (א

) **הנה** יש לחקור למ"ד באונס מיקרי זונה דמחייב הבעל נמי משום זונה משום איזה לאו הוא מחייב אי משום לאו דלא יקחו אי משום לאו דלא יחלל ונראה דפלוגתא דרבוותא היא כמו שאבאר בס"ד דעת רוב הראשונים היא אע"ג דהביאה הי' ע"י קדושין מ"מ היכא דא"א לחייבו על הקדושין כגון דלא התרו בו וכ"ש כה"ג דאיירי הכא דהיינו שהקדושין הי' בהיתר אינו חייב על הביאה משום לא יקחו אלא משום לא יחלל וראי' לזה דהנה התוס' ב"מ (י:) ד"ה דאמר כתב שם וז"ל וא"ת מאי נ"מ בין למ"ד אי בעי עביד ובין למ"ד שליח בר חיובא לא לקי על הקדושין לרבא דאמר קידש אינו לוקה בעל לוקה וי"ל דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין כדמוכח בריש תמורה (ה. ושם) א"נ י"ל דאף לרבא נ"מ דאי יש שליחות חלין הקדושין ואי אין שליחות אין חלין הקדושין עכ"ל וא"כ לפי תירוץ קמא חלין הקדושין אליבא דכו"ע אף שראיתי לגדולי האחרונים דפירשו בדברי התוס' דגם תירץ קמא ע"כ מודה לזה דלמ"ד דאמרינן בכה"ג אין שליחות לדב"ע א"כ ממילא בטלי הקדושין אבל באמת מבולם נעלמו דברי הש"מ דהביא דברי התוס' שאנ"ץ ותוס' ר"פ דשם מבואר יותר התירוץ קמא של התוס' הנ"ל ואיתא שם להדיא דלכו"ע חלין הקדושין אלא לענין אם מחייב משלח פליגי] ואי ביאה שע"י קדושין אף שא"א לחייבו על הקדושין מ"מ מחייב על הביאה משום לא יקחו א"כ סוף סוף לקי אליבא דכו"ע משום לאו דלא יקחו וכן הרמב"ן [הובא בש"מ שם] והריטב"א והר"ן כולם סוברים כתירץ קמא של התוס' אך שהקשו שם כיון דלקי על הקדושין רק אחר שיבעול א"כ הוה התראת ספק ותירצו דאתי כמ"ד דהתראת ספק שמו התראה יעו"ש אלמא דס"ל להני רבוותא דאזהרת לא יקחו לא קאי רק על הקדושין אף לרבא והא דאינו מחייב רק עד שיבעול הוא משום דכל זמן שלא בעל לא אהני מעשיו כמ"ש הריטב"א בקדושין (עח) וכן מדברי בעל המאור שם נראה דקאי ג"כ בשיטתא דהני רבוותא. וא"כ לפי"ד באשת כהן שנאנסה כיון דהקדושין הי' בהיתר א"כ א"א לחייבו משום לא יקחו אלא רק על לא יחלל בלבד:

(ב) **והני** רבוותא אזלי לשיטתם דס"ל בקדושין שם כשיטת רש"י ז"ל דגם כהן הדיוט לקי על לאו דלא יחלל משום דילפינן זונה זונה. לא מבעי' בגרושה ודאי דמחללה. משום דנתוסף בה איסור חללה על איסור גרושה אלא אפי' זונה נמי לקי משום לא יחלל אע"ג דמחמת חילול זה שמחללה לא יתחייב הכהן שבא עליה אח"כ רק משום איסור זונה דאית בה אבל לא על איסור חללה דלא אתא איסור חללה וחייל על איסור זונה וא"כ לכאורה קשה אמאי חייב עליה משום לאו דלא יחלל מ"מ ע"כ צ"ל כיון דמחללה לגבי כהן שיביא שתי שערות אח"כ דאתי' לגבי' ב' איסורין בבת אחת ובזה א"ש הא דאמרינן קדושין (שם) כהן שבא על אחותו זונה משוי' לה כו' חזר ובא עליה עשאה חללה ופירש"י שם דנ"מ לענין מלקות. ולכאורה קשה הא אין איסור חללה חל על איסור זונה וע"כ צ"ל דנ"מ לענין כהן שיביא שתי שערות אח"כ וכן מצאתי במהרי"ע בחידושיו שהביא כן משם תוס' הרא"ש אמנם מה שתירץ שם בתירוץ קמא דנ"מ אם התרו בו משום חללה ולא משום זונה וכ"כ הפנ"י. דבריהם צ"ע דהא בתוס' יבמות (לב:) ד"ה ותו ובסנהדרין (פ"א) ד"ה לידון נמי מבואר להדיא היכא דאין איסור חל על איסור לא לקי על השני אע"ג דלא התרו בו משום הראשון [כעת מצאתי שתמה בזה בעל שעה"מ]. ועוד נ"ל לאמר דלכך כהן הבא על הזונה דמשוה לה חללה חייב ג"כ משום לא יחלל אע"ג דאין כהן הבא עליה חייב משום חללה רק משום זונה לבד הואיל ואין איסור חל על איסור מ"מ לפי מה שאבאר במ"א בס"ד לישב דברי רש"י בחולין (קו.) דכתב שם דבשר חזיר חמיר מנבלה משום דאית בי' תרי איסורי ולכאורה קשה הא אין איסור חל על איסור ואמאי חמיר חזיר מנבלה הא אין איסור נבלה חל על איסור טמאה. וע"כ צ"ל דכוונת רש"י ז"ל דאית בי' נמי איסור של נבלה לענין לקברו בין רשעים גמורים כדאיתא ביבמות (לב: לג:) דאע"ג דאין איסור חע"א מ"מ האיסור השני יש עליו ג"כ אך דאין חייבים עליו [דלא כהגאון בעל דברי אמת דהסיב כוונת רש"י לכוונה אחרת] א"כ ה"נ כיון דהאיסור של חללה יש בה ג"כ ואף דאין לוקין על חללה מ"מ איכא לענין לקברו בין רשעים גמורים וחמיר איסורה מאיסור זונה לבד. לכך חייב כהן הבא ענים ג"כ משום לא יחלל משום דמשוה לה חללה לענין חומר האיסור אמנם בחללה ודאי אינו חייב משום לא יחלל כמ"ש המהרי"ט להדיא בקדושין:

(ג) **אמנם** ראיתי להה"מ פי"ז מהא"ב דכתב דגם בחללה נמי מחייב על לא יחלל [רק דסובר דאינו חייב על לא יחלל רק כ"ג לבד] ולכאורה תמוה סברתו ונראה דע"כ צריך לדחוק בדעת הה"מ שהביא בשם המפרשים הראשונים דגם בחללה איכא משום לא יחלל דמחולקים הם עם הרמב"ם והראב"ד דסוברים דעיקר לאו דלא יחלל הוא שהכהן

מוזהר שלא יחלל נשים ולכך ס"ל דאפי' בגרושה וזונה נמי ליכא לאו דלא יחלל כיון דאסורין לכהונה בלאו הכי אבל המפרשים הנ"ל ס"ל דעיקר לאו דלא יחלל הוא להזהיר על הביאה בלא קדושין על כל הנשים הפסולות לכהונה והא דכתב הקרא בלשון לא יחלל לאשמועינן אגב אורחא דמחללה בזה. ואדרבא עלה בדעתי לאחר העיון דע"כ הנך ראשונים דס"ל דאינו חייב על לאו דלא יקחו אלא על הקדושין דמעיקרא ולא על הביאה שע"י קדושין מוכרחין לסבור כן דגם בחללה חייב משום לא יחלל דהא אמרינן שם (עז:) אלא שבא על אלמנה אחת שלש ביאות. ה"ד אי דלא אתרו ביה פשיטא דאינו חייב אלא אחת אלא דאתרו בי' אכל חדא וחדא אמאי אינו חייב אלא אחת כו' וע"כ הכא החיוב הוא משום לא יחלל לפי דבריהם וא"כ כיון דמחללה מביאה ראשונה אמאי חייב אביאה שניה אע"כ צ"ל דגם בחללה חייב משום לא יחלל. ודוחק לומר דהכא איירי בגמר ביאתו וחייב משום לא יחלל זרעו דא"כ מאי פריך הגמרא בפשיטות אי דאתרו כו' אמאי אינו חייב אלא אחת דלמא מיירי כשלא גמר ביאתו והא קמ"ל דכיון דחיללה בביאה ראשונה פטור על ביאה (שניה ולדברי מהרי"ט הנ"ל ע"כ צריך לדחוק ולומר דאם לא גמר ביאתו פשיטא דאינו חייב אלא אחת ואין צריך הברייתא להשמיענו זאת:

(ד) **ועוד** יש להביא ראי' דגם במחוללת כבר חייב על הביאה לבד בלא קדושין, מהא דאמרינן בתמורה (כט:) דזונה כותית כהן הבא עליה לוקה משום זונה משום דילפינן מזונה ישראלית ומשמע דחייב עליה גם על העראה בלבד דומיא דזונה ישראלית ואם איתא דהיכא דהיא מחוללת מעיקרא אינו חייב משום לא יחלל הכא משום מאי חייב. הא ודאי דלאו דלא יקחו לא שייך הכא לפי דברי ראשונים הנ"ל ומשום לא יחלל נמי אין כאן דלא שייך לומר גבי כותית דמשוה חללה כיון דמחוללת היא מעיקרא ואף שלכאורה מדשרי אביי שם דקאמר דאינו לוקה על כותית משום זונה דאמר קרא לא יחלל זרעו מי שזרעו מיוחס אחריו יצאה כותית דאין זרעו מיוחס אחרין נראה דפלוגתתם בשגמר ביאתו וסובר אביי כיון דזרעו אינו מיוחס אחריו אינו חייב משום לא יחלל זרעו ורבא סובר דמ"מ חייב על לא יחלל זרעו דילפינן מזונה ישראלית אבל באמת לישנא דרבא דקאמר שם אחד זה ואחד זה אתננה אסור וכהן הבא עליה לוקה משום זונה משמע דזונה כותית דמי לכל דבר לזונה ישראלית וא"כ חייב אף על העראה לבד לרבא. וכוונת אביי להביא ראי' מן הקרא דהקרא דזונה איירי דוקא בזונה ישראלית דשייך בה גם חילול זרעו אבל בזונה כותית לא איירי הקרא משום דלא שייך בה חילול זרעו:

אח"ז ראיתי דבבכורות (נו:) הובא דברי אביי בשינוי לשון. אמר אביי זונה כותית אתננה אסור וכהן הבא עליה אינו לוקה משום לא יחלל זרעו זונה ישראלית אתננה מותר וכהן

הבא עליה לוקה משום לא יחלל זרעו זונה כותית אתננה אסור כו' וכהן הבא עליה אינו לוקה משום לא יחלל זרעו דלא יחלל זרעו אמר רחמנא והאי לאו זרעו הוא א"כ מבואר להדיא דפלוגתת אביי ורבא הוא אם לוקה בכותית משום לא יחלל זרעו ובאמת לפי גירסא זו ראי' גדולה היא לשיטת הראב"ד דגם בזונה ישראלית אינו חייב משום לא יחלל רק משום לא יחלל זרעו אך אפשר לדחות דלהכי נקט הלאו משום לא יחלל זרעו גם בזונה ישראלית. מחמת דגבי כותית ע"כ צריך לאשמעינן דאינו חייב על לאו דלא יחלל זרעו משום דלאו דלא יחלל לא שייך גבי כותית משום דמחוללת ועומדת מעיקרא א"כ לפי גירסא דבכורות הוא ראי' גדולה לדברי המהרי"ט דעל חללה אינו חייב משום ולא יחלל ונראה דהה"מ דס"ל דגם גבי חללה חייב משום לא יחלל ע"כ גריס בבכורות כמו דאיתא בתמורה דכהן הבא עליה לוקה משום זונה ובלא"ה ע"כ מוכרח לומר דהה"מ גריס כן בבכורות דהא כתב שם על דברי הרמב"ם דלכך ס"ל דאינו לוקה על לא יחלל זרעו משום דאביי ורבא דקאמרי בקדושין דאלמנה לכ"ג לוקה משום לא יחלל ולא מפלגי בין גמר ביאתו או לא. אלמא דס"ל דאינו לוקה משום לא יחלל זרעו דחילול זרעו אינו אלא כשילד הזרע וע"כ אינו גורס בבכורות לוקה משום לא יחלל זרעו:

(ה) **אבל** שיטת הרמב"ם הוא דלאו דלא יקחו לדברי רבא דס"ל דאינו לוקה עד שיבעול הוה אזהרה שלא לבוא דרך אישות ולא איכפת לן על הקדושין כלל ואף אם הי' בשוגג או שהי' בהיתר כמו אשת כהן שזינתה תחתיו. והוכרח הרמב"ם לפרש כן לפי שיטתו כיון דהוא ס"ל דלא לקי על לאו דלא יחלל אלא כ"ג באלמנה וגם לאו דחילול זרעו לית לי' כמש"כ הה"מ. א"כ תקשה לדידי' הא דאשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום זונה משום מאי מחייבו. וע"כ מפרש דלוקה משום לא יקחו וכן הא דהבאתי לעיל מקדושין דאם בא על אלמנה שלש ביאות ואתרו בו על כל חדא וחדא חייב שלש. ע"כ צ"ל לפי שיטתו משום לא יקחו. והמעיין בספר המצות יראה להדיא שהוא מפרש כן ולפי שיטת הרמב"ם מוכרחין לומר הא דמחייב רבא כהן הבא על הכותית ע"כ נמי משום לא יקחו אע"ג דבעינן נמי קדושין היינו דוקא היכא דאפשר להיות קדושין אינו חייב על הקדושין עד שיבא עליה דרך אישות אבל היכא דא"א להיות ע"י קדושין חייב על הביאה לבד משום לא יקחו. ולפי"ז ניחא שפיר דברי הגמרא קדושין (עז:) תני תנא קמי' דר"ש כל שהוא ביקח הכי הוא בלא יקח כל שאינו ביקח אינו בלא יקח פרט לכ"ג שבא על אחותו אלמנה ולפי דברי הראשונים דסוברים דלא יקח קאי להזהירו על הקדושין א"כ גבי אחותו דלא תפסי בה קדושין בלא"ה ליכא לאו דלא יקח וא"צ למעט זה וע"כ צריך לדחוקי לדבריהם דממעט הקרא דאינו חייב גם על לאו דלא יחלל אבל לדברי הרמב"ם

א"ש דאי לאו דממעט הקרא הוה מחייב על אחותו משום לא יקח אף דלא תפסי בה קדושין כמו גבי כותית. אך דברי אביי בתמורה דפליג על רבא וסובר דכהן הבא על זונה כותית פטור ע"כ צריכין לפרש אף לפי דברי הרמב"ם דאיירי בשגמר ביאתו וס"ל לאביי בזונה ישראלים דלוקה על לא חלל זרעו אף בלא קדושין כדברי המקשן והתרצן דקדושין דהם ודאי ס"ל דלוקה על לא יחלל זרעו דהא הוא ס"ל להדיא בקדושין דקידש לוקה משום לא יקח בעל לוקה משום לא יחלל א"כ ס"ל דכל עיקר אזהרה מלא יקח הוא על הקדושין וא"כ בזונה כותית ודאי דלא שייך לאו דלא יקח וא"צ למעט זה. וע"כ צ"ל דכוונת אביי למעט זונה כותית מלאו דלא יחלל רעו ולפי"ז א"ש הגירסא דבכורות בדברי אביי בדיוק גדול:

וא"כ צריך לפרש דפלוגתת אביי ורבא הוא דאביי ס"ל דבזונה כותית פטור לעולם אף אם גמר ביאתו ורבא ס"ל דחייב אף בשלא גמר ביאתו כיון דלפי דברי רבא חייב משום לא יקח אך דברי הגמרא דתמורה הנ"ל אינו מתיישבת על מכונה לפי"ז ולדברי הראב"ד דס"ל דלוקה על לא יחלל זרעו בזונה ישראלית איכא למימר דגם רבא ס"ל לפי האמת דלוקה על לא יחלל זרעו מתיישב היטיב דברי הגמרא דתמורה ועוד אבאר בזה בס"ד בקו"א:

(ו) **היוצא** מדברינו אלה דביאה ע"י קדושין שא"א לחייבו על הקדושין כיון שהי' בהיתר כמו אשת כהן שנאנסה או שהי' שוגג הוא פלוגתא דרבוותא שיטת הרמב"ם הוא שחייב על לא יקחו. ושיטת התוס' והרבה ראשונים החיוב הוא משום לא יחלל וזה לא דבר רחוק לאמר דהר"א ז"ל ס"ל כשיטת הרמב"ם והראב"ד דהיכא דהיא מחוללת מעיקרא לכהונה ליכא משום לא יחלל ובפרט בזונה שהיא מחוללת ועומדת מעיקרא גם לתרומה בודאי איכא למימר דליכא משום לא יחלל והא דקאמר הגמרא דחייב משום זונה גבי אשת כהן שנאנסה אי מיקרי זונה היינו אם גמר ביאתו ומחייב משום לא יחלל זרעו כשיטת הראב"ד וא"כ א"ש בפשיטות דברי הר"א דכתב דזונה אינה מוזהרת היינו בכה"ג שנאנסה תחת בעלה ומ"ש שאסורה להנשא הוא לאו דוקא ובכל הספרים שהביאו דברי הר"א ז"ל לא כתבו להנשא. וכוונת הר"א כיון דכל האזהרה הוא משום חילול זרעו:

ודוקא הוא מוזהר ע"ז כיון דהזרע מתיחסין אחריו אבל היא אינה מוזהרת בחילול זרעו כיון דאין הזרע מתיחסין אחריה וממעטינן אותה מן הקרא דאמר דלא יחלל זרעו כמו דממעט אביי זונה כותית מהאי קרא כיון דהזרע אינם מתיחסין אחריו ה"ה דממעט אותה כיון דאין הזרע מתיחסין אחריה א"כ היא לא שייכי בחילול זרעו כלל אע"ג דרבא פליג ע"ז הוא משום דס"ל דילפינן זונה זונה א"כ רבי קרא להדיא אף דכה"ג מוזהר על

חילול זרעו מ"מ לא מצי למילף מזה דגם היא מוזהרת על חילול זרע אע"ג דאין מתיחסין אחריה דשאני זונה כותית דאדרבה יש יותר חילול זרעו שיצא ממנו דהי' ראוי להיות זרעו ועתה נתחלל דגם זרעו לא מיקרי. אבל לגבי דידה דלא שייך כלל חילול זרע גם רבא מודה דממעטינן אותה מקרא דזרעו:

(ז) **ולפי** שיטה זו ניחא בפשיטות הא דאמרינן שם ביבמות אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום זונה דקשה דאמאי נקט בעלה וזה הוא דיוק גדול וכן הקשה הרמ"א בתשובותיו (סי' ב') על הא דאמרינן הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה יעו"ש מה שתירץ בזה אבל לפי דברי הר"א א"ש דהא הכא כיון דהיא זונה ומחוללת ועומדת אינו לוקה אלא משום חילול זרע לכך לא לקי אלא בעלה. וכן נמי גבי טומאה שם דקאמר בעלה לוקה עליה משום טומאה נמי ניחא דהא כבר ביארתי בשיטה ב' בשם הנו"ב דטומאה דאסורה לגבי כהונה אף באונס כיון דלא כתיבי בפ"כ לא אתרבאי איהי כלל והא דלא ילפינן מק"ו משום דטומאה וקיחה הוי שני כתובים הבאין כאחד ואין מלמדין ולפי שאר השיטות צריך לישב דברי הגמרא:

ואבאר בקו"א בעזר צורי ואין להקשות מהא דתנן בקדושין (כט.) כל מצות לא תעשה אחד אנשים ואחד נשים חייבות חוץ מבל תקיף ובל תשחית ובל תטמא למתים ולמה לא חשיב ג"כ כל הני די"ל חדא אין למדין מן הכללות אפי' במקום שנאמר בו חוץ. וראי' דהא לא חשיב ג"כ דכהנות אינן מוזהרות להנשא לפסולים ועוד י"ל דחשיב דוקא דברים שהיא מותרת בהם לגמרי ואין שום איסור עליה משא"כ דברים אלו הנם שאינה מוזהרת עליהם אך אכתי איסורא איכא משום לפני עור לא תתן מכשול ובדין דמשנתי' דהאומרת טמאה אני לך ולא אמרינן שתהא אסורה משום לפ"ע כבר ביארתי בשיטה א' בשם הש"מ:

שיטת התוס' והרא"ש ז"ל

על דין דאומרת טמאה אני לך (א

) **ביבמות** (כד:) כתבו התוס' ד"ה אמר רבי וז"ל והא דאיצטריך בהני עובדי דסוף נדרים (צא:) להני טעמא דאיתתא שריא דאם איתא דעביד איסורא כו' נראה דהתם באומרת טמאה אני לך כמתניתין דהתם דעלה קאי כו' ואין לתמוה אמאי שריא כיון שאומרת טמאה הא שויתה לנפשה חד"א דלפי שראו חכמים שנתקלקלו הנשים ליתן עיניהם באחר ורוב האומרות כן משקרות לכך נראה להם להתירן עכ"ל וכלשון הזה כ' גם הרא"ש ז"ל ומסיים שם בסוף וז"ל וכה"ג אמרינן שם שלהי נדרים אמרה לבעלה טמאה אני לך אמר ר"ש אוכלת בתרומה שלא תוציא לעז על בניה מיהו אפשר לומר דהתם

מיירי בחוזרת בה ונותנת אמתלא לדבריה והנה התה"ד סי' רס"ב והרמ"א בסי' י"ב תמהו על דברי התוס' והרא"ש הללו דלמה תמהו על הנהו עובדי דמייתי בגמ' שם ולמה לא הקשו על גוף הדין דמשנה אחרונה דאומרת טמאה אני לך דמותרת לבעלה ודחקו בזה הרבה יעו"ש בדבריהם ולפע"ד נראה דהתוס' והרא"ש ז"ל קאי בשיטת הרר"א ז"ל דבאשת כהן כיון דהוה לאו שאש"ב אינה מוזהרת וכפי הטעמים שביארנו בשיטת הר"א ז"ל אבל באשת ישראל כיון דהוטמאה הוא לאו שש"ב איהי נמי מוזהרת. ונראה דגם התוס' כתובות (סג) ד"ה אבל קאי ג"כ בשיטה זו דבאשת ישראל כיון דאיהי נמי מוזהרת לכך א"א להתירה באומרת טמאה אני לך משום דשויה אנפשה חד"א והמשנה מיירי דוקא באשת כהן אחרי כתבי זאת מצאתי שכן תירץ הגאון בעל נו"ב והגאון ר' ברוך פריינקל בהגהותיו על הפנ"י]:

(**ב**) **אמנם** ראיתי להגאון מוהר"ם בנעט ז"ל בספרו הר המור שכ' שם בתשו' אחרונה וז"ל ול"נ דאפילו ברצון לא שייך למימר דשויא אנפשה חד"א שהרי התוס' שם תירץ אהך קושיא דהר"ן ע"ש הרר"א דאיהו קמוזהר אבל איהי אינה מוזהרת ודחו התוס' ע"ז דביבמות (פג) מבואר דגם איהי מוזהרת וזהו באשת כהן דאסורה משום איסור זונה דכתיב בי' לא יקחו אבל באשת ישראל ברצון שהוא רק משום טומאה לא מצינו בשום מקום שיהא אזהרה עליה ודוק בלשון הרמב"ם (פי"א מה"ג הי"ד) ולא נמצא האיסור רק עליו דבעל כלישנא דגמרא יבמות ובסוטה בעל לוקה עליה עכ"ל ונפלאתי על הגאון הנז' מאין יש לנו לומר שהיא לא הוזהרה בלאו דהוטמאה דהוא לאו הש"ב. אף שמשמעות הקרא קאי דוקא עליו, מ"מ נפקא לן מדר"י דהשוה הכתוב אשה לאיש ומוכח כן מדפריך הגמ' יבמות שם על הא דצריך קרא לרבוייא דפסולות מוזהרות להנשא לכהן והא מדר"י א"ר נפקא ואם איתא דהיכא דהקרא לא נאמר, אלא על הזכרים לא נפקא לן מדר"י א"כ מאי פריך הגמרא והא מדר"י נפקא הא גבי איסור כהונה לא נאמר הקרא רק על הזכרים והא דכתבו התוס' ב"ק (טו.) ד"ה השוה דכ"מ דכתיב איש צריך רבויי' י"ל דדוקא לשון איש שמשמעותי' למעט בא איש ולא אשה שפיר בעינן רבויי' לנשים אבל היכא דלא כתיב איש אע"ג דהקרא קאי רק על הזכרים ודאי לא עדיף מאלו נכתבה הפרשה בלשון זכר ונפקא לן מדר"י וכן משמע מת"כ פ' א"מ שכתב וז"ל לא תקריבו מה ת"ל לפי שנאמר איש איש שיכול אין לי אלא איש ממש שהוא מוזהר ע"י אשה אשה מוזהרת ע"י איש מנין ת"ל לא תקריבו הרי כאן שנים עכ"ל הרי דוקא היכא דכתיב איש שמשמעו למעט אשה הוא דבעינן ריבוייא [והא דלא לכתוב איש ולא בעי ריבוייא עיין בק"א שם] אבל

היכא דלא כתיב בהדיא איש אעפ"י שאזהרת הפרשה קאי רק על הזכרים כמו פרשת עריות. גם אשה בכלל:

(ג) **גם** מה דמסתייע הגאון הנ"ל מדברי הרמב"ם דלא מזכיר באיסור סוטה רק על הבעל נפלאתי עליו דהא הרמב"ם (פי"ז מהא"ב) כתב דכ"מ שהוא לוקה היא נמי לקי' ואין הפרש בין איש לאשה לעונשין זולת בשפחה חרופה לבד. וכן מבואר בס' החינוך דלא כדברי הגאון הנ"ל דלפי דברי הגאון יהי' הלאו דמחזיר גרושתו אחר שנשאת ג"כ רק עליו לבד. דחדא לאו נאמר על סוטה ומחזיר גרושתו ובס' החינוך מבואר להדיא דגם במ"ג איהי נמי מוזהרת דז"ל ונוהג איסור זה בכל מקום ובכל זמן בזכרים שעליהם בא האזהרה שלא להחזירן. ומ"מ הנשים בכלל האיסור אעפ"י שעיקר הלאו לאנשים עכ"ל. וכן יש להוכיח דבאיסור סוטה איהי נמי מוזהרת מדברי הרמב"ן בכתובות (מ.) שהבאתי לעיל בשיטה א' יעו"ש. וכבר השיג ע"ז הגאון בעל ח"צ בתשו' ק"ן וז"ל אבל באיסור הש"ב דבר ברור הוא לתינוקות דהיא כהוא כו' דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה. וא"כ בנ"ד שזינתה ברצון תחת בעלה שהוא איסור השוה בכל פשיטא שהיא אסורה עכ"ל וכן כתב הגאון רבינו יהונתן בספרו ב"א [הבאתי למעלה שיטה א'] דח"ו לאמר כן באיסור סוטה וטומאה דהיא אינה מוזהרת כמו הוא [ואף שהשגתי עליו שם היינו משום שלפעד"נ דאיסור טומאה באונס דאתרבאי בכהנים בלבד מיקרי לאו שאינו שוה בכל אע"ג דמחד לאו נפקא ודעת הגאון ר"י כיון דשם טומאה נוהג גם בישראל מיקרי לאו השוה בכל] ומה דאסתייע מלשון הגמרא דקאמר בעלה לוקה עליה משום טומאה אלמא דוקא הוא דמוזהר ולא היא נפלאתי עליו דא"כ הוה ראי' לדברי הרר"א דגם זונה דוקא איהו דמוזהר ולא היא דהא קאמר שם נמי בעלה לוקה משום זונה להך לישנא דבאונס מיקרי זונה וגם אני תמכתי מזה דברי הרר"א בשיטה ג' ואף בטומאה א"א להביא ראיה מזה רק על טומאה באונס דהוה לאו שאינו שוה בכל אבל בטומאה ברצון ודאי דאיהי נמי מוזהרת וכמש"כ ולפי שיטת הראשונים דס"ל דלא כהרר"א ע"כ צ"ל דכונה אחרת בגמרא. ואבאר בקו"א בס"ד גם מה שהביא הגאון הנ"ל מסוטה דאיתא שם בעלה לוקה עליה כלשון זה לא מצאתי שם בגמרא רק התוס' ביבמות (יא:) ד"ה מאי הביא ג"כ מסוטה דבא עליה בעלה בדרך לוקה ולשון זה ג"כ לא מצאתי שם ואפילו אם נאמר דהי' לבעלי התוס' והרשב"א הגירסא שכתבו ג"כ אין לדייק מזה כלום כמובן מאליו וא"צ להאריך

(ד

) **אך** על הטעם שכתבו התוס' והרא"ש דלהכי התירוה משום דרוב משקרות יש לדון בזה הרבה. דהא קיי"ל בכ"מ דרובא גרע מהעדאת עדים וא"כ נחזי אנן אם היו עדים מכחישין אותה שלא נטמאה אפ"ה היינו מורין דהיא, משוה אנפשה איסורא וכדפסקינן בשו"ע יו"ד סי' א' אם אמר שלא שחטה ועדים מכחישין אותו דאסורה לדידיה משום דשויא אנחד"א. והוא מתשובת הרשב"א ח"ג סי' רנ"ג וכתב המל"מ פ"ט מה' אישות הט"ו שלא ראה מי שחולק עליו בזה ומדברי הרשב"א שם משמע דהוה איסור דאורייתא מדמדמה לי' לאומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני שהוא אסור בקרובותיה משום דמשויא אנפשי' איסורא ובמקום דאיננו מוכחש ודאי דהוה דאוריי' וכן נראה מסוגיא דב"מ (ג.) דאיתא שם מה לפיו שכן מחייבו קרבן תאמר בעדים שאינם מחייבין אותו קרבן ופירשו התוס' שם דפיו מחייבו קרבן אף כשהוא מוכחש מעדים משום דאדם נאמן על עצמו יותר מק' איש. וכיון שמביא קרבן ונקרב בפנים ע"י כהנים אחרים ונאכל. וגם הכהנים לובשים בגדי כהונה דאית בהם איסור כלאים. ולהרמב"ם שלא בשעת עבודה חייבין משום כלאים] ולפי דברי העדים אין כאן קרבן והוה חולין בעזרה אלמא דאלים העדאת פיו למשויא אנפשו איסורא מדאורייתא וכ"כ הש"מ ב"מ שם וז"ל והקשו בתוס' החיצונים והר"פ ז"ל וז"ל וא"ת הא העדים מכחישין אותו האיך יסמכו הכהנים על פיו להקריב קרבן הא הוה חולין בעזרה וי"ל כיון דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדיה אם באו הכהנים להקריבו אין מוחין בידן ג"א אם בא להקריבו אין הכהנים מוחין בידו עכ"ל ואף לג"א דאין כהנים אחרים מקריבין כ"א כשהיה כהן הוא בעצמו מקריב מ"מ. מדמקריב קרבן ואין מוחין בידו ודאי דנאמן לגבי עצמו מדאורייתא ואף ללישנא ב' דכריתות דכתבו התוס' שם דאינו נאמן להביא קרבן היינו דוקא קרבן אין אנו מניחים אותו להקריב משום העדים המכחישין אותו ולגבי דידן העדים נאמנים יותר ממנו אבל הוא לגבי עצמו למשוי' אנפשי' איסורא גם לישנא ב' ודאי דס"ל דמשוי' אנפשי' איסורא מדאורייתא דבזה לא פליגי לישנא בתרא אלישנא קמא וראי' לזה דהא הרשב"א בחידושיו ליבמות (פח:) פוסק כלישנא ב' דכריתות דהא דפטור מן הקרבן אם אמר לא אכלתי והעדים מכחישין אותו משום מגו דאי בעי הוה אמר מזיד הייתי וא"כ ממילא ס"ל להרשב"א ז"ל דאם הוא אומר אכלתי והעדים מכחישים אותו דפטור מן הקרבן ואינו רשאי להקריב אף אם ירצה וכמ"ש התוס' הנ"ל ואעפי"כ פסק דמשוי' אנפשו איסורא מדאורייתא אף כשהוא מוכחש מעדים. ולפי"ז קשה קושיא גדולה לשיטת התוס' והרא"ש ז"ל איך נימא דמסברת רוב משקרות נדחי לאסורא דשויתה אנפשה חד"א:

(ה) **אח"כ** בא לידי ספר שערי תורה ומצאתי שהביא דברי המהרש"ל ביש"ש סי' י"ח שכתב וז"ל והנה הרא"ש רצה לתרץ ולא תירץ דס"ס מנין לנו שעיניה נתנה באחר ולהתירה מכח ספק אלא נראה עיקר כמו שפירש הר"ן בנדרים בשם אחרים עכ"ל ורצה הגאון הנ"ל לפרש דקושית המהרש"ל היא כמו קושיתנו הנ"ל ולפ"ד להעמיד זה בכוונת המהרש"ל הוא דחוק ויותר נראה דקושית המהרש"ל על הרא"ש הוא כקושית הרשב"א בחידו' דז"ל הרשב"א אבל הר"מ בר' שניאור הקשה דהא שריא לה אף באכילת תרומה אע"ג דזונה אסורה אלא י"ל דהאי טענה דעיניה נתנה באחר טענה גדולה היא לפי שאין האשה עשויה לפרסם עצמה בכיוצא בזה אלא שעיניה היא שנתנה וסמכינן עלה להתירה בחששא זו בין לבעל בין לתרומה ואינו מחוור בעיני עדיין דהיכא אפשר דמן הספק נתיר לאו דזונה ותרומה דאורייתא אדרבה בכ"מ ספיקא דאורייתא לחומרא עכ"ל וטעמם דקשה לומר דכ"כ נתקלקל הדורות עד שיהי' רוב משקרות רוב גמור שנוכל לסמוך על הרוב וא"כ לא הוה אלא ספיקא ועוד כתב הגאון הנ"ל אבל כד דייקינן הוא ליתא. דבנ"ד אם היתה מוכחשת מעדים היתה מותרת דהא דאמרינן שויא אנחד"א אף לנגד עדים המכחישין אותו הוא כענין הודאה בממון שנאמן לחובתו אפילו נגד עדים וה"ה לאסור ע"ע דבר המותר כו' כעין נידון דטבח כו' אף שעדים מכחישין אותו כו' נאמן להפסיד ממונו לגבי עצמו כיון שבודאי הוא חובתו כו' משא"כ הכא לפי דברי העדים או רוב האומרים שעיניה נתנה באחר ליכא חוב כלל בהודאתה כו' ממילא לא הוה הודאה ולא שייך כלל שויתה אנפשה חד"א וזה ברור בעיני ולא קשה מידי קושית הישי"ש עכ"ל הגאון בעל שע"ת. ונפלאתי על הגאון הזה דהאיך כתב דלכך נאמן גבי טבח אף נגד עדים המכחישים אותו משום דהוא לחובתו להפסיד ממונו הא עובדא דטבח הוא בתשו' הרשב"א הנ"ל ושם היה המעשה בטבח ששחט לא"י קצב עשרה בהמות ובא ישראל לקנות מאחת מהם ואמר לו הטבח לא תקח מהם כי לא שחטתיה אני. והיו שם עדים ואמרו בפנינו שחטתה אותה כו' וא"כ לא היה שם שום חוב להטבח. כי לא היו הבהמות שייכים לו ואעפי"כ אוסר הרשב"א משום דשויא אנפשי' חד"א גם הראי' שהבאתי מכריתות דנאמן להביא קרבן אף נגד עדים המכחישין אותו ללישנא קמא ג"כ מוכח דלא כהגאון הנ"ל:

(ו) **ע"כ** נראה לי בזה דהא דמצי אינש למשוי' אנפשי' איסורא אף כשהוא מוכחש מעדים היינו דוקא במקום דלא משוי חוב לאחרינא בזה אבל היכא דיהי' חוב לאחרינא כגון שהוא משועבד לאחרים ובזה שישוה עליו איסורא יפקיע שעבודו כו"ע מודים דהיכא דמוכחש מעדים אינו נאמן למשוי' אנפשו איסורא וכייפינן לו לקיים שעבודו ולא שייך

בזה לומר דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו דהא באמת מאמינים להעדות יותר ממנו היכא שחב לאחרים רק אם לא חב לאחרינא אז אמרינן דנאמן יותר מק' איש ואפי' במקום דחב לאחרינא מ"מ אם אין עדים מכחישין אותו ס"ל דא"א לכופו לקיים השעבוד דאולי האמת אתו ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו וראי' לזה דאמרינן (כריתות שם) ב' אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי חייב בקרבן והנה בזה שאומר לא אכלתי משוי' איסור על נפשו להביא קרבן דהוה חולין בעזרה ואעפי"כ מחייבין אותו להביא קרבן מצד העדאת העדות ולא משגיחין באיסורא דמשוי' אנפשו כיון דמחוייב מן התורה להביא קרבן ע"י העדים לא משגיחינן בדבורו וכייפינן לו לקיים החוב שחייבתו התורה ואף לרבנן שם לל"ק אמרינן דפטור מן הקרבן היינו דוקא לענין קרבן דגלי לן הכתוב או הודע לו דתלי רחמנא בהודעתו [עיין רש"י ב"מ שם] וכיון שהוא מכחישם אמרינן דנאמן ע"ע יותר מק' איש אבל בשעבוד אחר שהוא משועבד לאחרים גם רבנן מודים דלא מצי לאפקועי נפשו ע"י איסור דמשוי' עליו במקום שהוא מוכחש מעדים וכייפינן לו לקיים שעבודו ואף שלפי דעתי הדבר פשוט כמש"כ והאריכות בזה אך למותר אך מפני שרוב האחרונים חולקין בזה ע"כ הוכרחתי להביא עוד ראיה ברורה לזה:

(ז) **הנה** איתא במתני' גיטין (פ.) כתב סופר גט לאיש ושובר לאשה וטעה ונתן גט לאשה ושובר לאיש. ונתנו זה לזה ואח"ז הגט יוצא מתח"י האיש והשובר מיד האשה תצא מזה ומזה כו' ר"א אומר אם לאלתר יצא אין זה גט ואם לאחר זמן יצא ה"ז גט ובגמרא שם איפליגו ה"ד לאלתר וה"ד לאחר זמן אר"י א"ש כל זמן שעסוקין באותו ענין זהו לאלתר עמדו ה"ז לא"ז ר"א ב"א אמר לא נשאת זהו לאלתר נשאת זהו לאחר זמן והנה כל הפוסקים פסקו כר"א, וכר"א ב"א ופשטיות מתניתין מורה דגם האשה מודה לדברי בעל הראשון ואומרת ששובר נתן לה והא דמותרת לבעל השני הוא משום דחוששין שמא קנוניא עשו והחליפו זה עם זה וכן פירש"י והתוס' והריטב"א והר"ן וכן מוכח מדברי הרא"ש שם ובעה"ע [לבד ברמב"ם פ"י מה"ג הי"א. וז"ל כתב הסופר וטעה ונתן הגט כו' ואם נשאת ואח"כ הוציא הבעל את הגט ואמר עדיין לא נתגרשה שהרי הגט בידי ולא הגיע לידה אין שומעין לו לאוסרה על הבעל השני עכ"ל ומדבריו משמע דאם היה גם האשה מודה לדברי הבעל הראשון היתה אסורה לבעל השני כיון דאיכא ריעותא בפנינו שהגט יוצא מת"י הבעל והשובר מתח"י האשה ולא חיישינן לקנוניא ושמא החליפו ונפלאתי על הטוש"ע שהעתיקו לשון הרמב"ם. והשמיטו דברי גדולי הראשונים הנ"ל וגם הרמב"ם בעצמו בפירוש המשניות כתב וז"ל לאבד זכות של שני ר"ל לאסור אותה עליו ואלו היה יכול בעל הראשון לעשותו כאו"א יעשהו עכ"ל

הרי מדבריו מוכח כשיטת הראשונים הנ"ל] והנה כל הראשוני' שהרעישו על משנתינו דהאומרת טמאה אני לך שמותרת לבעלה והקשו הא שויתה אנפשה חד"א ושיטת התוס' הוא באמת דדוקא באשת כהן מותרת כאשר ביארנו דכן דעת התוס' כתובות (סג) וגם הרא"ש והתוס' ביבמות הנ"ל ובאשר שמפרשים הני עובדי דשילהי נדרים דמיירי באומרת טמאה אני לך היה קשה להם הא שויתה אנפשה חד"א ולמה לא היה קשה להם על הך מתניתין דגיטין דהאיך מותרת לבעלה השני הא שאחד"א כיון דהיא ג"כ מודה לדברי בעל הראשון. אע"כ צ"ל דמתניתין דגיטין שאני כיון דנתחזקה למגורשת ע"י עדי מסירה שנתגרשה בפניהם תו לא מצי שויא אנחד"א. ולהפקיע עצמה מתחת יד בעל השני שמשועבדת לו ואף שע"כ צ"ל דמיירי שלא קראו העדים את הגט בשעת נתינתם לידה וכמש"כ התוס' גיטין (י"ט:) ד"ה צריכא. מ"מ כיון שמותרת להנשא ע"י המסירה הלזו הוה חזקה מעלייתא שנתחזקה ע"י העדים למגורשת ותו לא מצי משאנחד"א. וכ"כ הח"צ בתשו' (סי' קמ"ג) דמה שיצאתה בחזקת מגורשת בפני העדים הוה עדות מעלייתא שכתב שם ז"ל ומה שבקש כת"ר להביא ראיה מטעה הסופר כו' ואח"כ יצא הגט מיד האיש כו' דאם לא"ז יצא ה"ז גט ואין האשה נאמנת אין זה ראיה למשנה אחרונה דכי היכא דאינה נאמנת לומר טמאה היא לא ברצון ולא באונס ה"נ אינה נאמנת לומר נחלף הגט אי מדאורייתא אי מדרבנן לפי חילוף הפירושים שכתב הר"ן ז"ל בשילהי נדרים ודוקא לבעלה כדאמרינן לאבד זכותו של שני אבל לתרומה ולכהנים אחרים [ולפ"ד שצ"ל לאנשים אחרים כשימות השני] אה"נ דשאחד"א ואף למשנה ראשונה מאי ראי' היא זו לאומרת טמאה אני לך דהך טענה דגט ושובר אפי' הוה לה מגו ה"ל כמגו במקום עדים דאנן סהדי שנתגרשה ולאו כל כמיני' לומר שלא נתגרשה משא"כ באומרת נטמאה ברצון כו' עכ"ל ועיין בסי' כ' עוד ראיה ברורה לזה:

(ח) **אך** אכתי קשה לי כיון דאף למשנה אחרונה אין כאן אלא רובא דרוב משקרות והא אנן קיי"ל דבממון אין הולכין אחר הרוב ולפי דעת ר"ת בריש פ' המניח דהיכא שיכול המוחזק לטעון קים לי בנפשאי שמן המיעוט אני ואין המוציא יכול להכחישו גם רב מודה דאינו יכול להוציא ממנו וא"כ הכא הבעל אינו יכול לטעון קים לי דמשקרת והיא טוענת שהאמת אתה. והאיך כייפינן לה להיות עם בעלה מטעם דרוב משקרות דאף שהיא משועבדת לבעלה אעפ"כ לא גרע מטענת ממון דשיעבד נפשו ליתן לו חביות. מ"מ אפשר לו לטעון קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט דקריא לכד חביות ואין הלוקח יכול להוציא ממנו ונראה לי לישב על פי מה דפריך הגמרא כתובות (טז.) כיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוה ופי' שם התוס' לרב פריך דאית לו

הולכין בממון אחר הרוב אך בעל המאור פי' די"ל אפי' לשמואל כלומר ונהימני' אע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דהכא איכא תרתי רובא וחזקה והרמב"ן כתב וז"ל א"ה ליכא הכא חזקה דגופה דבשלמא כונס את הנערה שלא נשאת אית לה חזקה דגופה דלא חיישינן שמא זינתה דבנות ישראל בחזקת כשרות הן עומדות. אבל במשנתי' אינו טוען בחזקת בתולה כנסתיך ונמצאת בעולה אלא בחזקת אלמנה נשאתיך או באלמנה מן הנשואין או שנכנסה לחופה ולא נבעלה ואין בשתים אלו חזקה דגופה שאין האשה עומדת בחזקת שלא נשאת מעולם ואין לך בה אלא רוב אבל בחזקת שלא זינתה עומדת כו' עכ"ל. ולפ"ז במשנתינו הוה להו ג"כ תרתי רובא וחזקה דבחזקת שהיא מותרת לבעלה עומדת ורוב דמשקרות. וא"כ כמו דמהני רובא וחזקה להוציא ממון דהוה כמו עדים. כן ה"נ כיון דהיא משועבדת לבעלה ואלו הי' עדים מכחישים אותה היינו כייפינן לה להיות עם בעלה ולא הוה מצי משוי' אנפשה חד"א כמ"ש. כן גם השתא דאיכא רובא וחזקה כנגדה. לא מצי לאפקועי שעבוד הבעל במה שהיא טוענת שהאמת אתה ואמרינן שהיא מן הרוב דמשקרות:

(ט) **אמנם** כ"ז ניחא דהא דמותרת לבעלה משום דרוב משקרות בצירוף חזקה דאית לה הוא מטעם דלא מצי לאפקועה עצמה משיעבוד שהיא משועבדת לבעלה דהוה כמו אלו היו עדים מכחישין אותה אבל אכתי לא יתיישב דברי מרן הרא"ש ז"ל שהביא ראי' לסברא זו דרוב משקרות מדשרינן לה לר"ש לאכול בתרומה ואם נימא דדוקא היכא דמשועבדת לאחרינא הוא דלא מצי משוי' אנפשה חד"א א"כ תרומה דלא משעבדא לאחרינא הדקל"ד דלא עדיפי סברא דרוב משקרות אפי' בצירוף חזקה מאלו היו עדים שמכחישים אותה ואמרינן דאדם נאמן ע"ע יותר מק' איש וע"כ נ"ל דכללא דכייל המל"מ ז"ל על שיטת הרשב"א ז"ל דלית מאן דפליג ע"ז לאו כללא הוא דהרא"ש ז"ל פליג ע"ז וס"ל דאינו יכול לאסור ע"ע כשעדים מכחישים אותו וכבר כתב הגאון בשעה"מ (בה"א פ"ט הי"ז) דנראה דהה"מ פליג על הרשב"א בזה ונ"ל דלפי דעתם צ"ל דפליגי על שיטת התוס' ב"מ הנ"ל דפיו מחייבו קרבן אף כשהוא מוכחש בעדים וסברי כשיטת הרמב"ן ז"ל [הובא בחידושי הר"ן שם] וכן דעת התוס' בכריתות דלא מתחייב קרבן בהעדאת פיו כ"א כשלא מוכחש מעדים אבל כשהוא מוכחש מעדים אינו נאמן ט"ע כ"א לפטור עצמו מן הקרבן משום גזה"כ דהודע אליו חטאתו אבל לחייבו קרבן אינו נאמן כשהוא מוכחש. ובזה נתיישב לי הא דהבאתי לעיל כתב סופר גט לאיש ושובר לאשה כו' דסובר ר"י א"ש דכ"ז שהם עסוקין באותו ענין זהו לאלתר עמדו זהו לאח"ז. דקשה טובא כיון דגם האשה מודה שלא קבלה גט ושויה אנפשה חד"א אמאי מותרת להנשא לר"א ולא מצאתי מי

שהעיר בזה זולת הריטב"א ז"ל עמד בזה שכתב דצ"ל שהיא טוענת שגט נתן לה אלא שנפל מידה והוא החליפו כו' [ודברי הריטב"א שם מוטעה בדפוס וצ"ל שכונתו הוא שטוענת שאבדה הגט ומצאו הבעל והחזיר השובר במקום הגט והיא לא ידעה מזה עד עכשיו] שאם היתה אומרת שלא נתן לה אלא השובר שבידה והוא אומר כן אנו מאיזה טעם נכשיר אחר שלא נשאת. אלא ודאי כדפרישית כנ"ל וצ"ע ומיהו לראב"א דאמר לאח"ז שנשאת א"ש משום דלאו ככ"מ לאבד זכותו של שני ושמא אח"כ החליפו לה להוציאה מת"י עכ"ל אמנם הרא"ש ז"ל לא ס"ל כפי' הריטב"א הנ"ל שכתב שם וז"ל דלא מסתבר טעמא דשמואל כלל לאחר שעמדו אמאי חייש ר"א מאי קנוניא שייך הכא אם הם מתחרטים על הגע יכול לקדשה פעם ב' עכ"ל ונראה להדיא דהוא מפרש דר"י א"ש סובר שאף שהאשה מודה לדברי הבעל אפ"ה מותרת להנשא וא"כ ע"כ צ"ל דסברתו הוא כיון דאתחזקה למגורשת ע"י עדי מסירה שנתגרשה בפניהם תו לא מצי שויא אנפשה חד"א וכמש"ב. אע"ג דלא קיי"ל כר"י א"ש ואם לא ניסת אסורה להנשא. איכא למימר דשאני התם דליכא עדים ברורים לזה דאיירי שלא קראו העדים הגט קודם נתינתו ולכך סובר הת"ק דאף לאחר שנישאת לשני תצא מזה ומזה אבל היכא דאיכא עדים ברורים כו"ע מודים דלא מצי שויה אנפשה חד"א במקום שעדים מכחישים וכונת הרא"ש דאמר מאי קנוניא שייך הכא. נ"ל דר"ל כיון דכאן אין עדים ברורים אע"ג דחילוף לא שכיחי ולא חיישינן לזה מ"מ כיון דגם ליכא למתלי הודאתה שלא נתן לה הגט בשום דבר אמאי לא מהימנה לומר שנתחלף הגע ולאסור עצמה. א"נ י"ל דאפשר דהרא"ש לא פליג על הרשב"א בדין הטבח. אע"ג דעדים מכחישין אותו מ"מ כיון דא"א לתלות זה שאומר לא שחטתיה שכונתו היה לשום דבר ע"כ אין אנו יכולין להתיר אבל היכא דיכולין לתלות הודאתו בשום דבר בודאי תלינן ולא משוי אנחד"א כיון דעדים מכחישין אותו ולפ"ז יהיה. פירוש הרא"ש במאי דקאמר מאי קנוניא שייך הכא ר"ל דאפילו אם היה כאן עדים ברורים כיון דליכא למתלי הודאתו בשום דבר בודאי אסרינן לה וא"כ יהיה קולת הרא"ש כנגד הרשב"א רק היכא דעדים מכחישין אותו ואנן יכולין לתלות הודאתו בשום דבר אפי' היכא דמי שהוא מודה אינו נותן שום אמתלא לדבריו אעפ"כ אנו אומרין האמתלא בשבילו וסמכינן על העדים. אבל מדברי הרשב"א שמדמה להאומר לאשה קדשתיך כו' משמע שאין חילוק בין עדים מכחישים אותו ובין שאין עדים מכחישין לעולם לגבי עצמו נאמן יותר מק' איש וא"כ כ"ז שלא חזר ונתן אמתלא לדבריו שוי' חד"א ולפי דבריו ע"כ צריך לפרש דברי ר"י א"ש כפירש הריטב"א הנ"ל [ועיין בת"ה בפסקים סי' רכ"ו]. ולפ"ז שפיר יש ליישב דברי הרא"ש הא דמותרת בתרומה דאלו היו כאן עדים המכחישין

אותה בודאי לא היינו חוששין לדבריה כיון דיכולין לתלות הודאתה בשום דבר שעיניה נתנה באחר והיו מתירין אותה בתרומה א"כ אף שאין כאן עדים רק רובא בלבד דרוב משקרות אבל כיון שיש כאן ג"כ חזקה שבחזקת שהיא מותרת לבעלה עומדת ע"כ לא משגיחינן על דבריה ותלינן שעיניה נתנה באחר ומתירין לה בתרומה לר"ש כדי שלא תוציא לעז על בניה כנ"ל לישב דברי הרא"ש:

שיטת הר"ן בשם אחרים (א

) **ז"ל** הר"ן שם ואיכא למידק אמתניתין כיון דמדינא דאמרה, טמאה אני לך מתסרא אבעלה כמשנה ראשונה ומשום שלא תהא נותנת עיניה באחר האיך התירוה וכי איסור שבה להיכן הלך יש מי שתירץ כו' ולדידי לא קשיא לי דכי היכא דאמרינן בכמה דוכתי דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיני' ה"נ הכא כל שאמרה לבעלה טמאה אני אפקעינהו רבנן לקדושי מעיקרא ונמצא שבשעה שנאנסה פנויה היתה ומשו"ה שריא לבעלה ואוכלת נמי בתרומה כדאמרינן בגמרא אלא שלפי זה מצטריך לומר דכי אמרינן הכי דוקא באומרת טמאה אני לך שנאנסתי ולכשר נבעלתי אבל באומרת טמאה אני לך שנאנסתי מנתין או ממזר אינה מותרת לבעלה ואינו משמע. ואחרים תירצו דמשנה ראשונה לא דינא קתני דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו אלא משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה תקינו במשנה ראשונה להאמינה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הות מזלזלה נפשה למימר הכי ומכי חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עיניה באחר אוקמוה אדינא עכ"ל:

(**ב**) **והנה** הגאון בעל בית מאיר (בסי' קט"ו) כתב וז"ל ודע דעם דברי הר"ן הנ"ל עדיין צריכים אנו לדברי הרא"ש שכתב פ"ב דיבמות ובהתשו' ואל תתמה איך אנו מתירין אותה לבעלה הא שויתה לנפשה חד"א וכי מאכילין לאדם דבר האסור ליה וי"ל לפי שראו חכמים קלקול הדורות שנתנו הנשים עיניהן באחר ורוב האומרות כך משקרות לכן נראה להן להתירה עכ"ל. כי דברי הר"ן אינם מספיקין אלא למה שהקשה כיון דמדינא למשנה ראשונה חייב להוציאה משום לתא דידי' איסור זה להיכן הלך וע"ז משני דמעיקר הדין לא היתה נאמנת להפקיע משעיבודו לגבי דידי' אבל משום לתא דידה שאין מאכילין לאדם כו' פשיטא דלא מהני מה שמשועבדת כדחזינן בנדרים (פא) דאף דמשועבד לתשמיש אם אמר קונם תשמישך עלי נאסר משום דשוי' אנפשי' חד"א והוצרכנו לדברי הרא"ש ז"ל וכל זה דלא כהיש"ש ביבמות (פב:) סי' י"ח שכתב על דברי הרא"ש והנה רצה לתרץ דס"ס מנין לנו לעיניה נתנה באחר להתירה מכח ספק אלא

נראה עיקר כהר"ן ז"ל וז"א כי דבריהם שניהם צריכים אהדדי והם דברים אחדים עשוים באמת ויושר וכן מבוארים דברי תשובות הרא"ש שהבאתי סי' מ"ו ע"ש עכ"ל הגאון הנ"ל והנה דבריו תמוהים מאוד וכבר האריך הגאון בעל שע"ת בכלל ה' פרט ו' והשיג עליו וז"ל לפע"ד במכ"ת האי פירושא ליתא כי המעיין בלשון הר"ן לא משמע כלל שתירץ הלז יצטרך עוד לתירוץ אחר. כי לא זכר כלל הר"ן דברי תוס' דרוב נשים האומרות כן משקרות כו' ואיך נימא שסמך הר"ן על תירוץ שאין לו זכר כלל בכל דבריו כו' עכ"ל ועוד כתב בפרט י"א והבאתי בפרט ו' מה שדייק בס' בית מאיר במה שלא כתב בלשון תוס' שהוא מטעם שויא אנחד"א ודחיתי פי' של הגאון ז"ל בכונת הר"ן ז"ל ומ"מ הדקדוק דקדוק נכון עכ"ל יעו"ש מה שמתרץ דברי הר"ן ולפע"ד הוא דרך רחוק:

(ג) **ונראה** לפע"ד לישב דברי הר"ן באופן אחר דהא דלא הקשה הר"ן על המשנה זו מהמשנה דקדושין כמו שהקשו התוס' משום דמהמשנה דקדושין אין כ"כ קושיא דאיכא לדחויי ולומר דשאני הכא דבזה דשוי' חד"א מפקעת עצמה משעבוד הבעל להכי אינה נאמנת ע"כ שיכל הר"ן את ידיו והקשה ממשנה ראשונה דע"כ משום מאי יוציא ויתן כתובה הוא רק משום דשויא אנחד"א א"כ מוכח דאף במקום שעיבוד מצית משויא אנפשה חד"א וא"כ אף לפי משנה אחרונה שחששו חכמים שמא עיניה נתנה באחר קשה האיך התירוה וכי איסור שבה להיכן הלך ונראה הא דסובר הר"ן בקושיתו דטעם של מ"ר היא משום דשוי' אנפשה חד"א דלמא הטעם הוא משום דלא עבידא לבזויה נפשה ודאי קושטא קאמרה כדאמר רבא שם משום דמשמע לו להר"ן ז"ל דרק רבא הוא דחידש טעם זה אבל רב המנונא סובר דהטעם של משנה א' הוא משום דשויא אנפשה חד"א ובזה נ"ל לבאר כונת ר"ה שהביא ראי' דנאמנת לומר גרשתני מדהימנוה למ"ר באומרת טמאה אני לך דלכאורה תמוה שאין הטעמים של שני הדינים האלו שוים דהכא באומרת טמאה אני לך הוא מטעם שוי' אנפשה חד"א וגבי גירשתני הטעם משום חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה אמנם כונת ר"ה היא משום חזקת א"א שהיא מוציאה עצמה בודאי היתה נאמנת משום דאדם נאמן ע"ע להוציא מחזקה וכמו שכתב, הפנ"י בכתובות (כב:) וז"ל אמנם לאחר העיון יגעתי ומצאתי דעת קדושים שהרשב"א סובר דלעולם לא אמרה תורה דאזלינן בתר חזקה אלא למי שמסופק בדבר ועשה תורה ספק זה כודאי עד שהב"ד עונשין וסוקלין על חזקה כיון שהעובר מוזהר עליו בודאי משא"כ אם העובר אומר ברי נגד החזקה לא שייך לגבי' לומר שהוא מוזהר על הספק כודאי מחמת החזקה וכן מצאתי בחידושי מהרש"א ביבמות פ' האשה עכ"ל [ועיין מ"ש על המשנה דגרושה אני] וגם הגאון מהור"ח מוולאזין זללה"ה בתשובתו הסכים דזה שיטת

רש"י שכתב שם וז"ל ולדעת רש"י אני מוסיף דאף לכתחלה שרי' ואף שלא לאחד מעדים מטעם דכתיבנא דכיון דלגבה דנפשה מהימנא נגד החזקה נעשית כחתיכה דהתירא דשרי' לכו"ע עכ"ל אך משום דהכא בזה שאומרת גרשתני מפקיע את עצמה משיעבוד הבעל ואיכא לדמוי' לשדה המכורה לאחר וטען המוכר שחזרתי ולקחתי ממנו שצריך להביא ראי' לדבריו וא"כ ה"נ אפשר לומר דאינה נאמנת להפקיע עצמה מחזקת הבעל עד שתביא ראי' לדבריה ולזה הביא ר"ה משנתינו דהאומרת טמאה אני לך דנאמנת לפי מ"ר לשוי' אנפשה חד"א אף שבזה מפקעת עצמה משיעבוד הבעל אלמא דשיעבוד האשה לגבי בעל לא דמי לשדה המכורה לאחר ויכולה להפקיע עצמה משיעבוד הבעל בלא הבאת ראי' ואפי' למ"א דחששו שמא עיניה נתנה באחר ולא האמינוה בלא הבאת ראי' מ"מ גבי גרשתני כיון דיש כאן חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה מהני דלא חיישינן לשמא עיניה נתנה באחר ודוקא לגבי זה מהני החזקה אבל אי הוה אמרינן דשיעבוד הבעל שוה לשדה המכורה אז לא היה מהני החזקה להפקיע עצמה מחזקת הבעל נמצא לפי"ז דסברת ר"ה הוא דטעם דמ"ר הוא משום דשויא אנפשה חד"א אמנם סברת רבא הוא דטעם מ"ר משום דלא עבידא לבזויי נפשה ומחמת זה נאמנת לשוי' אנפשה חד"א אף דמפקעת עצמה משיעבוד הבעל אבל גבי גרשתני אינה נאמנת מטעם חזקה דאין אשה מעיזה כו' דזמנין דתקיף לה גברא ובזה ניחא שפיר קושית רב משרשי' על רבא מהשמים ביני לבינך דמ"ר דלית לה כסופא וקתני דמהימנא ולכאורה קשה הא אף לר"ה הא דנאמנת גבי גרשתני הוא משום דאין אשה מעיזה פניה כו' וא"כ הכא גבי השמים ביני לבינך אין כאן חזקה דאין אשה כו' דנהי דבביאה ידע אבל יורה כחץ לא ידע ואמאי מהימנא אבל לפי מה שכתבתי דלפי מ"ר נאמנת להפקיע עצמה מבעלה בדיבורא בעלמא אף בלא ראי' והא דבעינן החזקה דאין אשה כו' הוא דוקא לפי מ"א דחיישי' שמא עיניה נתנה באחר א"כ גבי השמים כו' ג"כ נאמנת בדיבורא בעלמא להפקיע עצמה מיד בעלה. ולפי"ז שפיר הקשה הר"ן לפי מאי דקיי"ל כרב המנונא דנאמנת לומר גרשתני להפקיע עצמה מיד בעלה א"כ ה"ה דנאמנת לשוי' אנפשה חד"א אף במקום שיעבוד הבעל ואמאי התירו אותה לבעלה לפי מ"א משום חששא דעיניה נתנה באחר:

נבאר כונת שיטת האחרים דהא דכתבו דמשנה

(ד

) **ועתה** ראשונה לא דינא קתני ר"ל דינא בלא שום סברא וטעם המסייע לה רק משום דנאמנת לשוי' אנפשה חד"א דמדינא ודאי אין אשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה משיעבוד הבעל אלא משום דהך מלתא דטמאה אני לך כסיפא לה טובא והוה

כמו אנן סהדי דקושטא קאמרה. ולכך אמרו במ"ר דמהימנא וכי חזו מ"א דהך חזקה דלא עבידא לבזוי' נפשה לא הוה חזקה בדורות האחרונים שנתקלקלו דאיכא למימר משום דשמה עיניה נתנה באחר אומרת דבר אף שגנאי הוא לה אוקמוה אדינא ונראה דלפ"ז צ"ל דר"ה דהביא ראי' דנאמנת לומר גרשתני כמו שנאמנת לומר טמאה אני לך לפי מ"ר נראה דראייתו הוא דכמו דלפי מ"ר מהני הך חזקה דלא עבידא לבזויה נפשה לאפקועי עצמה מיד בעלה ואף ליטול כתובתה דודאי קושטא קאמרה כן ג"כ מהני גבי גרשתני הך חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה. ולפ"ז מוכרחין אנו לומר דהא דכתב הר"ן תיקנו במ"ר להאמינה הוא דלא כמו שמפרשים מקצת האחרונים דלפי שיטת האחרים הא דיוציא ויתן כתובה לפי מ"ר הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא לא מהימנא מחמת סברא זו דלא עבידא לבזויה נפשה ז"א דא"כ תקשה האיך הביא ר"ה ראיה מכאן לגרשתני דיהא נאמנת הא הכא הוא רק חומרא בעלמא מדרבנן. אלא צ"ל דפירושו הוא כשראו חכמים על סברא זו דלא עבידא לבזויה נפשה דודאי קושטא קאמרה התקינו ואמרו שכך הוא הדין מדאורייתא וכן מצינו גבי משיאין על פי עד א' שהוא ג"כ תקנת חכמים להאמינה ולפי פי' הרא"ה שם הוא מדאורייתא יעו"ש בנמוק"י ר"פ האשה רבה ורבא פליג על ר"ה ואמר דעדיפא סברא זו דלא עבידא לבזויי נפשה מחזקת דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה משום דזימנין דתקיף לה גברא כו' ולפ"ז צ"ל דרב משרשי' דהביא ראיה לר"ה מהשמים ביני לבינך דלית לה כיסופא ונאמנת לפי מ"ר. ע"כ ס"ל דמ"ר סוברת דאין אשה יכולה להעיז פניה בפני בעלה לומר שאינו יורה כחץ משום דגם בעלה ידע מזה ומ"א ס"ל דיכולה להעיז גם בזה משום דאף דבביאה ידע אבל יורה כחץ מי ידע ואף שזה דחוק לומר דפליגי מ"ר עם מ"א בדבר שהחוש מעיד ע"ז. אך אפשר לומר דהכי פירושו פעמים גם הבעל ידע מזה רק משום דלפעמים אין הבעל יודע מזה לכן סוברת מ"ר דאינה מעיזה דהיא יראה מבעלה להכחישו דרוב פעמים יודע מזה ומ"א סוברת כיון דלפעמים אין הבעל יודע מזה אינה יראה להכחישו ותאמר דהוא טועה בזה ועיין שם בראש מה שפירש אך לפי דבריו צ"ע מהך דס"פ הע"י. ולפי מה שפירשתי י"ל הגמרא דס"פ הע"י דלכך היא נאמנת יותר משום דהיא קים לה בודאי אם הוא יורה כחץ אבל הוא אינו קים לו בודאי כי לפעמים אינו יודע מזה:

(ה) **ומה** שהקשה הגאון בעל, בית מאיר דמאי מהני מה שמשועבדת ליה הא אמרי' בנדרים דאף שמשועבדת היא לו לתשמיש מ"מ אם אמרה קונם תשמישך עלי אסורה. כבר הקשה כן המהרי"ט בסי' צ"ב על דברי תוס' רי"ד דפי' דלכך לא האמינה ר"ח לדביתהו שאמרה לו אמרה לי אם קיבל אביך קדושין מאחר אע"ג דהיא האמינה לאמה

מ"מ לא מצי שויה אנפשה חד"א משום דהיא משועבדת לו והוא כשיטת האחרים הללו ועוד הקשה המהרי"ט הא אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני דאמרינן בפ"ב דכתובות אם לא נתנה אמתלא לדבריה אינה נאמנת דשויתה לנפשה חד"א ואע"ג דנשואה ואגידה בו ע"כ ובעל שעה"מ (ה"א הע"ו) כתב על דברי המהרי"ט וז"ל ולא זכיתי להבין דבריו מה שהקשה מהנאת תשמישך עלי נ"ל דלא דמי כלל דהתם לאו משום הימנותא הוא דאסירא עליה אלא משום נדרה וכל שהבעל בעצמו ידע שנדרה ולא הפיר לה הרי היא אסורה עליו משא"כ הכא דמאי דאמרינן שוי' אנפשה חד"א הוא משום הימנותא דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים והלכך איכא למימר דכל דמשועבדת לו לא מהימנה לגביה ולפי הנראה שדעתו ז"ל דהא דאמרינן שויה אנפשה חד"א מדין נדר הוא וכמו שאוסר ע"ע אותו חפץ דמי והיינו דקשיא לי' למהרי"ע מההיא דהנאת תשמישך כו' גם מה שהקשה עוד מהא דאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני נראה דלא קשה כלל דנדה שאני דהתורה הימנה כדילפינן מקרא וספרה לה לעצמה וא"כ לא שייך טעמא דמשעבדא ליה כלל עכ"ל הנה מה שסובר בדעת המהרי"ט דס"ל (למהרי"ט) דהא דשוי' אנפשה חד"א הוא מתורת נדר לא נ"ל דהא במהרי"ט באה"ע סי' א' בח"ב משמע שם להדיא דלא מתורת נדר קאתינן עלה דאי מטעם נדר קאסרינן לה היה אפשר להתירה על פי שאלת חכם אלא נראה דהא דהביא המהרי"ט קושיתו מקונם תשמישך עלי הוא דלא נימא דשעבוד האשה לגבי בעל הוא דמי לשעבוד העבד לגבי רבו וכמו דבעבד אין יכול לאסור ע"ע דבר שיפקיע בזה שעבוד הרב כן נמי גבי אשה לזה הביא ראיה מקונם תשמישך עלי דחזינן דאשה יכולה לאסור ע"ע הנאת תשמיש בעלה אף דבזה יפקיע שעבוד הבעל רק דמהני הפרה וגבי עבד קיי"ל דאין חל עליו שום נדר ואין צריך להתיר כיון שיש בזה חוב לרבו דילפינן בנזיר (סב:) מלהרע או להטיב מה הטבה רשות אף הרעה רשות יצא להרע לאחרים שאין רשות בידו אלמא דאין שעבוד האשה לבעלה דמי לשעבוד עבד לרבו. דעבד כיון דגופו קנוי לרבו א"כ כל מה שאוסר ע"ע מיקרי הרעת אחרים משא"כ גבי אשה אף דהיא משועבדת לבעלה מ"מ גופה אין קנוי לבעל ולכן כל מה שאוסרת ע"ע מיקרי הרעת עצמה אף דממילא יהיה חוב לאחרים אין אנו חוששין לזה ויכולה לאסור עליה הנאת תשמיש בעלה וא"כ קשה אמאי אינה יכולה לשויה אנפשה חד"א אע"ג דתפקיע בזה שעבוד הבטל כיון דלגבי עצמה אסורה ושויתה אנפשה חד"א דכשימות בעלה תהיה אסורה להנשא לכהן וא"כ איך אנו יכולים להתיר איסורה דשויתה על נפשה משום שעבוד הבעל הא כיון דאסורה לגבי עצמה אין אנו חוששין לשעבוד הבעל:

(ו) **ונראה** לתרץ קושית מהרי"ט דהנה איתא בכתובות (ט) אמר ר"א האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו כו' מאי קמ"ל תנינא האומר לאשה קדשתיך כו' ומי אמר ר"א הכי והא אמר ר"א אין האשה נאסרת על בעלה אלא על עסקי קנוי וסתירה וכמעשה שהיה כו' ומסקנת הגמ' דפ"פ כשני עדים דמי ופירש"י שם ומי אמר ר"א הכי דאשה מזנה נאסרת עפ"י בעלה וכן פי' שם התוס' ד"ה ומי דס"ל להמקשן דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפי' ראה אדם שזינתה אשתו רק לא היו שם עדים לא היתה נאסרת עליו וכן פי' הרא"ש בש"מ ונ"ל לבאר סברת המקשה דסובר דאינה נאסרת ע"י הודאת הבעל הא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי הוא משום דאמרינן בקדושין (סה:) המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין אפי' שניהם מודים ואמר רב אשי לרב כהנא מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אמר ליה התם לא קא חייב לאחריני הכא קא חייב לאחריני ופירש"י הכא קא חייב לאחריני שקרובותיה נאסרים בו וקרוביו נאסרים בה ע"כ והא עיקר הג"ש דדבר דבר כתיב גבי ערות דבר כדכתיב כי מצא בה ערות דבר לענין דלא מחייב לגרשה אלא בעדים ברורים שזינתה ועיין פנ"י שם. וע"כ היה סברת המקשן דכיון דבזה שהבעל מודה הוא חב לה שאסורה עליו להכי לא אמרינן בזה הודאת ב"ד כמאה עדים דמי ולא נאסרה עליו וא"כ אפשר לומר דאף לפי מאי דמסיק הגמרא דהבעל שמודה שראה שזינתה אסורה עליו בלא עדים ושוי' אנחד"א מטעם הודאת ב"ד כמאה עדים דמי היינו דוקא בעל דלא מיקרי חב לאחריני במה שאוסרה עליו כיון דיכול לגרשה בע"כ בלאו הכי אבל אשה שהודית עצמה שזינתה כיון שאינה יכולה להפקיע עצמה מבעלה בע"כ. וא"כ הא בהודאתה חב לבעלה שפיר ילפינן דבר דבר מממון דאינו נאמן לומר שטר אמנה הוא זה היכא דחב לאחריני ה"נ אינה נאמנת לשוי' אנפשה חד"א בדבר שבערוה מטעם הודאת ב"ד כיון דחב לבעלה וזה כונת שיטת האחרים שכתבו דמדינא ודאי אינה נאמנת אשה לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מידי שעבוד הבעל היינו דהכא לא אמרינן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי כיון דמשועבדת לבעלה א"כ הוה חב לאחריני ובדבר שבערוה בעינן דוקא עדים מטעם גזה"כ אבל גם שיטה זו מודה דשעבוד האשה לגבי בעלה לא דמי לשעבוד העבד לגבי רבו. לכך יכולה לאסור על עצמה הנאת תשמישו בקונם וכן נמי אם אוסרה עצמה באיסור שהוא אינו בדבר שבערוה נמי יכולה לאסור עצמה מטעם הודאת בע"ד וממילא קושיא השני' של מהרי"ט שהקשה מאשה דנאמנת לומר טמאה אני מטומאת נדה אע"ג דנשואה ואגידא בו ג"כ לא קשה כלל דס"ל לשיטה זו דנדה לא הוי דבר שבערוה כמש"כ התוס' בריש גיטין. וא"כ ודאי נאמנת לשוי' אנפשה

חד"א מטעם הודאת בע"ד כמע"ד. אף דמפקעת עצמה משעבוד הבעל ועוד אבאר בזה בקו"א בס"ד:

(ז) **גם** נראה לי להביא ראיה לדברי דהא דמותרת לבעלה הוא משום גזה"כ דהוה דבר שבערוה ולא מהני הודאת עצמה במקום דחב לאחרינא מדמותרת בתרומה לר"ש דאי כפי מה שפירשו האחרונים שיטת האחרים. כיון דאמירתה הוא חוב לבעלה שמפקעת עצמה משעבוד הבעל לכך אין אנו מאמינים לה קשה התינח דמותרת לבעלה אבל לתרומה אמאי מותרת משום לעז הבנים ודוחק לומר דהא דמותרת בתרומה הוא דוקא תרומה דרבנן דא"כ איך השמיט הר"ן א"ע מלתרץ קושית כל הראשונים מתרומה ולומר דאיירי בתרומה דרבנן אבל לפי מה שבארתי ניחא שפיר הא דמותרת בתרומה דכיון דחזינן דרחמנא התירה לגבי בעלה אין סברא לומר דדוקא לגבי בעלה התירה ולא לתרומה. דכל דיני כהונה נגררים הם אחר התירה לבעלה או איסורה. ובודאי מה"ד מותרת בתרומה לכולא עלמא והא דאמר רבא אינה אוכלת בתרומה הוא רק מצד חומרא וכמו דמשמע לישנא דגמרא שם יעויין מה שכתבתי בסי' ח':

(ח) **ועתה** נבא לבאר מ"ש הר"ן דנוכל לתרץ דהטעם דמתניתין הוא משום הפקעת קדושין ומיירי מתני' באומרת נאנסתי מכשר. וסיים הר"ן דזה אינו במשמע. והנה כל האחרונים תמהו ע"ז דהא בגמרא מייתי תרי עובדי דאתו לקמיה דר"נ דאמרה אי אנת לא דלמא חד מנהון ושם הוו פסולים לכהונה ואעפ"כ התירם ר"נ ויעויין מה שדחקו בזה קצת מן האחרונים לתרץ ולי נראה לתרץ בפשיטות דהא כל קושית הראשונים על משנה אחרונה הוא איך יכולים חכמים לעקור דבר מה"ת ולהתירה לבעלה כיון דהיא יודעת בעצמה שנאסרה ומשוה אנפשה איסור דאורייתא אבל אי הוה משוה על נפשה איסור דרבנן בודאי מצו חכמים לעקור דבריהם משום חששא שלא תתן עיניה באחר ולהעמידה על ד"ת וס"ל להר"ן דהא דקיי"ל דמאמין לע"א מחויב להוציא הוא רק מדרבנן כדי לצאת מספק אבל מה"ת אין דבר שבערוה פחות משנים וא"כ גבי הנהו תרי עובדי דאתו לקמי' דר"נ דשם גם היא לא היתה יודעת שנאנסה רק עפ"י בעלה שמאמינה לו שלא בא עליה בלילה זו והוה הבעל לגבי דידה כע"א שמאמינה לו ולא שויה אנפשה אלא איסורא דרבנן בלבד וזה יוכלו חכמים להתיר משום חשש שלא תתן עיניה באחר ועקרו דבריה שאמרה שמאמינה לבעלה שלא בא עליה רק פסול בא עליה כיון דגם לפי דבריה אינה אסורה לבעלה אלא מדרבנן אכן בירושלמי בסוגיא דילן משמע שגם אם אומרת לפסול נבעלתי ג"כ מותרת לבעלה ואפשר לומר דהירושלמי סובר כמ"ד דמצו חכמים לעקור דבר מה"ת אף בקו"ע וכן מוכרח לתרץ דברי הירושלמי

שלא תקשה על שיטת התוס' דכתובות (סג:) דסוברים דדוקא באשת כהן הוא דמותרת אבל באשת ישראל ברצון אסורה לבעלה הרי בירושלמי מבואר להדי' דלא כדבריהם. דז"ל הירושלמי הא לא הביאה ראייה לדבריה פשיטא שהיא מותרת לביתה א"ר הילא לא מסתברא אם היה חבר יחוש ואם היה כהן שהיא אסורה לאכול בתרומה אלמא דגם באשת ישראל מותרת לבעלה אע"כ צ"ל דסוברים התוס' הנ"ל דהירושלמי אזיל אליבא דמ"ד דיכולין חכמים לעקור דבר מן התורה אף בקו"ע אבל לפי האמת דקיי"ל דלא מצו חכמים לעקור דבר מה"ת כפי הנראה מגמרא דילן. ע"כ סוברים דדוקא גבי אשת כהן מותרת ולא באשת ישראל:

שיטת התוס' בנדרים והרשב"א בחדושיו (א

) **התוס'** בנדרים שם הקשו ג"כ על סברת הר"א ז"ל דס"ל דלהכי מותרת ואין אנו חוששין לאיסורא דמשוי' אנפשה משום שהיא אינה מוזהרת עליו א"כ מ"ט דר"ש דס"ל דמותרת לאכול בתרומה הא תרומה ודאי דאיהי מוזהרת ואיסור שבה להיכן אזלא וע"כ תירצו הם ז"ל דכיון שיש לחוש שעיניה נתנה באחר יש כח ביד חכמים לעקור דברים מכל וכל בסברא גדולה כזאת עכ"ל והרשב"א ז"ל כתב שם ומסתברא לי דתנאי ב"ד הוא שלא יהיו בנות ישראל פרוצות ומפקיעות עצמן מידי בעליהן ומשום מגדר מלתא תיקן הכי דב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה כל היכא דאיכא משום מגדר מלתא כדאיתא ביבמות ר"פ האשה רבה דשקלו וטרו בה בהאי מלתא אם ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה אם לאו ואמרינן אליו תשמעון אפילו אומר לך עבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה כגון אליהו בהר הכרמל הכל לפי שעה שומעין לו אלמא מתנין בכ"מ. ודחי מגדר מלתא שאני ואתי למיפשטי' מהא דאמר ראב"י שמעתי שב"ד היו מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבור על ד"ת אלא לעשות סייג לתורה ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת והביאוהו לב"ד וסקלוהו מפני שהשעה צריכה לכך ודחינן נמי משום מגדר מלתא אלמא כל היכא דאיכא למגדר בהא ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה ולא שחכמים עוקרין דבר מן התורה מדעתן אלא אחת ממצות התורה היא לשמוע אל דברי השופט אשר יהיה בימים ההם וכל שהם רואים להתיר לצורך מותר מן התורה וה"נ משום מגדר מלתא שלא תהא כל אחת אומרת טמאה אני לך ומפקעת עצמה מיד בעלה עמדו וגדרו והתנו שאפי' הוא כדברי' שתהא מותרת בין לבעל בנן לתרומה וכ"ש לגרסת מקצת ספרים שהם גורסים שם אלא מגדר מלתא שאני כלומר שהאומר ב"ד מתנין בכ"מ לעקור דבר מה"ת הוא דאמר הך ולומר שאפי' תרומה דאורייתא משום דלא פשע אפקעוה רבנן לחולין דכל

מה שהם עושים למגדר מלתא הוא וכולהו ילפינן מדכתיב אליו תשמעון דלפי אותה גרסא כ"ש דניחא הכא עכ"ל:

(ב) **אמנם** הר"ן ז"ל השיג ע"ז וכתב וז"ל ויש מי שתירץ אע"ג דמדינא אסורה שרו לה רבנן ומבעלי מלתא דאורייתא משום מגדר מלתא בקום ועשה דגדר גדול גדרו בה שלא תתן עיניה באחר להפקיע עצמה מיד בעלה והרשות בידם לעשות כן כדאמרינן יבמות (צ:) מגדר מלתא שאני והקשו ע"ז שאין ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה אלא בשב ואל תעשה א"נ בקו"ע ולהוראת שעה בלבד כאליהו בהר הכרמל אבל לדורות לא כו' עכ"ל והנה טרם שנבאר באיזה סברא מחולקים הרשב"א והר"ן בהאי דינא אם יכולין ב"ד לעקור דבר מן התורה בקו"ע למגדר מלתא מוכרח אני להעתיק דברי הרשב"א ביבמות על סוגיא זו וז"ל הכל לפי השעה שמע לו איכא למידק אדרבה איפכא קשיא דמשמע לפי השעה שמע לו אבל לתקן לדורות לא אלמא אין מתנין לעקור דבר מן התורה וי"ל דכל תקנת חכמים לפי צורך השעה הם משום גדר דבר וקס"ד דלא אמרו לפי השעה אלא להוציא נביא שאמר חזר בו הקב"ה ממצוה פלונית ומבטלה לעולם שאין שומעין לו עכ"ל וכן תירץ הרמב"ן והריטב"א עוד כתב הרשב"א שם ונגמר מיניה מגדר מלתא שאני יש מי שפירש אלא מגדר מלתא שאני וה"ה לב"ד דגמרינן מינה ואינה מחוור דא"כ הו"ל למימר אלא מגדר מלתא שאני ועוד מאי שאני הכין הו"ל למימר אלא מגדר מלתא שפיר דמי או כיוצא בלשון זה ור"ח ורש"י ז"ל לא פי' כך. אלא התם דוקא משום מגדר מלתא לעשות סייג ותקנה כהתם שהשיבן ע"י כך מע"ז וכן לקמן מפני שהיו פרוצין בעריות או שהיו מזלזלין בשביתת שבת אבל בעלמא לא עכ"ל:

(ג) **ולכאורה** נראה לומר דפלוגתת הרשב"א והר"ן תלוי בשני הפירושים האלו והוא דאי מפרשינן אלא מגדר מלתא (והוא פי' הרמב"ן) היינו דהמתרץ מודה לדעת המקשן דכל תקנת חכמים מיקרי לפי שעה כלומר לפי שעה זו שהדורות נצרכים לזה רק דדעת המקשן היה דכל תקנות חכמים הם שוים כיון דהם משום סייג וזה בא המתרץ לומר דבאמת יש חילוק בין תקנת חכמים שבאים רק למשמרת שלא לעבור על גוף התורה כמו גבי אין תורמין מן הטמא על הטהור וכל תקנות כאלו בזה אינם יכולין לתקן תקנתם בחוזק עד שאפי' יבוא קולא מזה לעבור על ד"ת. כי אינם יכולין רק להחמיר על ד"ת ולא להקל אבל תקנה שצריכים לעשות בפני הדור שלא יפרצו בעבירות כי יראו שבלא תקנתם יתפרצו הדור כמו תקנת משנה אחרונה שלא יתפרצו בנות ישראל ויתנו עיניהן באחרים. שם יכולין להעמיד דבריהם אפילו לעקור ד"ת ואפי' לדורות וכונת הגמרא מגדר מלתא שאני ר"ל אלא במגדר מלתא כו"ע מודים שיכולין ב"ד להעמיד דבריהם אף

לעקור דבר תורה אפי' בקו"ע ואפי' לדורות וזה כתירץ הרשב"א בנדרים ואי מפרשינן מגדר מלתא שאני הוא משני ומתרץ שאינו דומה לשם. כי התם היו צריכין לעבור על ד"ת לפי שעה או כמו שהיה אליהו בהר הכרמל או כמו שב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין לפי שעה כדי להשיב את העם שהיו פרוצין בע"ז ובחילול שבת אבל לדורות אין אנו יכולין ללמוד מזה שיכולין לתקן תקנה לעקור ד"ת אע"פ שהוא למגדר מלתא וזה כדעת הר"ן אבל לפ"ז יהיה הרשב"א סותר לדברי עצמו כי הרשב"א ביבמות מסכים לפי' ר"ח ורש"י דלמגדר מלתא שאני ודחי פי' של אלא למגדר מלתא שאני. ובנדרים מתרץ משנה אחרונה דמשום גדר יכולין לתקן תקנה אף לעקור דבר תורה רק דמסיים דאי אמרינן אלא מגדר כו' כ"ש דניחא הכא. ע"כ נראה דהרשב"א סובר דגם לפי פי' מגדר מלתא שאני מודה המתרץ לדעת המקשן דכל תקנת חכמים אף שהם לדורות נקראים לפי שעה רק דכונת הפי' של מגדר מלתא שאני הוא מפני שראו שהעם כבר נתפרצו וצריכים לעשות תקנה שיעזבו מעשיהם הרעים אז יכולים לעקור ד"ת בתקנתם אם רואים שבתקנתם יתוקן פירצת הדור וכן היה תקנת משנה אחרונה כיון שראו שכבר נתפרצו בנות ישראל ותלו עיניהם באחר והפקיעו עצמן מבעליהן שלא כדין ע"כ עמדו ותקנו תקנה זאת שלא תהיינה נאמנות לומר טמאה אני אף שהוא לעקור ד"ת כי בזה יתוקן פירצתם. וא"כ לא יהיה נ"מ בין שני הפירושים הנ"ל אלא היכא דהדור עדיין לא נתפרצו רק דאיכא למיחש אולי יתפרצו בזה יש נ"מ דלפי' הרמב"ן יכולים חכמים לעשות תקנה אף לעבור על ד"ת ולפי' הרשב"א אינם יכולים לעשות תקנה ולעבור על ד"ת. כיון שלא ראו פירצת הדור דאולי לא יתפרצו אמנם דעת הריטב"א צ"ע דבחידושיו ליבמות סובר כדעת הר"ן דגם למגדר מלתא אינם יכולין לתקן תקנה ולעקור ד"ת אלא לפי שעה ולא לדורות ובפי' לנדרים על הרי"ף על הא דמשנה אחרונה מסיים שם דיכולין חכמים לעקור ד"ת למג"מ. ואולי י"ל דסובר הריטב"א דתקנת משנה אחרונה מקרי תקנה לפי שעה. כי התקנה היתה לפי קלקול הדורות שראו ואם יתוקנו הדורות בטל התקנה וחזר הדין למשנה ראשונה משא"כ בכל התקנות שתיקנו לעולם לא יבוטלו אכן מדברי הרשב"א נראה דסובר כמו שפירשתיו למעלה:

(ד) **ואחר** שביארתי כל אלה נראה בעליל שצריך להגיה לשון הרשב"א כי לפי נוסח שלפנינו המה מרפסים אגרא ואינם נכונים כלל דמה שכתב וכל שכן לפי גרסת מקצת ספרים שהם גורסים אלא מגדר מלתא שאני כלומר שהאומר בית דין מתנין בכל מקום לעקור דבר מן התורה הוא דאמר הך כו'. משמע דהיה לפניו איזה גרסא דגרס אלא מגדר מלתא שאני ולפי גרסא זאת פי' דנדחה לגמרי דעת האומר שאין ב"ד יכולין לעקור דבר

מן התורה בקו"ע. כי כל מה שהחכמים מתקנים הוא למ"מ וע"כ יכולים המה לעקור דבר מה"ת אף בקו"ע והוא תמוה חדא שבכל מפרשי הש"ס לא נמצא שיזכירו שיש גורסים שם אלא מגדר מלתא שאני וגם הרשב"א בעצמו בחידושיו שם לא הזכיר גרסא זו דאלא כאשר הבאתיו למעלה מחידושיו ליבמות] ואדרבה הקשה על המפרשים באלא כו' דא"כ הו"ל להגמרא לומר בפירוש אלא מגדר כו' וגם דברי המפרשים באלא כו' ביארתי דאין כונת הגמרא לדחוי' דעת האומר שאין ב"ד מתנין כו' אלא כונת הגמרא לחלק בין תקנות שהם למגדר מלתא ובין שאר התקנות ועוד דאיך אפשר לומר דלפי מסקנת הגמרא נדחה דעת האומר שאין ב"ד מתנין. דהא הרשב"א ז"ל כתב בחידושיו שם דקיי"ל כר"נ בר אושעיא דס"ל דאין ב"ד מתנין משום דסוגית הגמרא אזלא כותי' ולא הזכיר כלל דלפי גרסא זו שגורסין אלא כו' לא קיי"ל כרנב"א. ותו קשיא דבכתובות (ג:) פריך סתמא דגמרא ומי איכא מידי דמדאורייתא לא להוי גיטא ומשום צנועות ומשום פרוצות שרינן א"א לעלמא הא לפי גירסא זו דאלא נדחה המ"ד דאין ב"ד מתנין כו' וכן בגיטין (לג.) פריך ומי איכא מידי דמדאורייתא בטיל גיטא ומשום מה כח ב"ד יפה שרינן א"א לעלמא ואיך פריך הגמרא בפשיטות כ"כ. את כל אלה הכריחני להגיה בדברי הרשב"א ז"ל וכצ"ל וכ"ש לפי האומר ב"ד מתנין בכ"מ לעקור דבר מה"ת הוא דאמר הך. ולומר שאפילו תרומה דאורייתא משום דלמא פשע אפקעוה רבנן לחולין דכל מה שהם עושים למגדר מלתא הוא וכולהו ילפינן מדכתיב אליו תשמעון ולמקצת המפרשים שהם מפרשים שם אלא מגדר מלתא שאני כ"ש דניחא הכא ע"כ:

(ה) **אמנם** סברת התוס' בנדרים דס"ל דטעם משנה אחרונה הוא כיון שיש לחוש שעיניה נתנה באחר יש כח ביד החכמים לעקור דברים מכל וכל בסברא גדולה כזאת נראה דלאו משום מגדר מלתא קאתו עליה וכשיטת הרשב"א והריטב"א ז"ל אלא אזלי לשיטתן שכתבו בכמה מקומות [עיין יבמות (פח:) ד"ה מתוך (ופט:) ד"ה כיון ובנזיר (מג:) ד"ה והאי וע"ז (יג:) ד"ה אמר רבא] דבמקום שיש טעם ופנים לדבריהם יכולין לעקור דבר מה"ת אף בקו"ע לכו"ע. וסברתם היא כמ"ש ביבמות ובנזיר לענין דעשאוה כמת מצוה וז"ל שם ואומר ר"י דודאי מן הדין לאו מת מצוה היא רק לפי שקרוביה מתרשלים ממנה שויוה רבנן כמ"מ ואף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקו"ע אך במקום שיש פנים וטעם בדבר ודאי לכו"ע יש כח לעקור עכ"ל וא"כ ה"נ בהך דמשנה אחרונה כיון דיש לחוש לפעמים שעיניה נתנה באחר ומשקרת עשאוה חכמים כודאי משקרת ואין באיסורא דמשויה אנפשה ממש דהוה כאלו עדים מכחישים אותה דאינה נאמנת כאשר ביארנו לעיל בשיטת הרשב"א וסברת הרשב"א דסובר דמטעם מגדר מלתא יכולין

חכמים לעקור דבר מה"ת וסברת התוס' דסוברים דבמקום שיש פנים וטעם בדבר יכולים לעקור דבר מה"ת הובאו בב"י באו"ח סי' תי"ח דהקשה שם על הרמב"ם דסובר אין נדרים ושבועות חלים על חנוכה ופורים אף שהם מדבריהם. וכתב שם וז"ל איכא למימר דהא אמרינן התם דבמגדר מלתא מצי עקרי מידי דאורייתא אפילו בקו"ע וחיזוק דברי חכמים בכל מה שדברו בו אע"ג דלא הוי' בי' מגדר מלתא גורם לקיים דבריהם במגדר מלתא שאם היו מזלזלין באחד מדברי' אתי לזילזולי בכולהו הלכך כל דבר שהוא חיזוק לדבריהם הוה כמו מ"מ. [וזה אזיל כפי פי' הרמב"ן דפי' אלא מ"מ שאני וכמ"ש] ועוד י"ל כמש"כ התוס' בפ' ג' מינין. אף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקו"ע במקום שיש פנים וטעם בדבר ודאי לכו"ע יש כח לעקור והכא מאחר שדברי חכמים צריכים חיזוק יש פנים וטעם בדבר עכ"ל הב"י:

(ו) **ונפלאתי** על הגאון חכם צבי (בתשובה ק"נ) כתב שהרשב"א לא רצה לסמוך על סברתו להלכה למעשה ולא ידעתי לאיזה תשובה כיון הח"צ כי בתשובת הרשב"א שלפנינו לא נמצא בהם כדבריו וקרוב הדבר שכיון לתשובת הרשב"א ח"א סי' אלף רל"ז אבל לפלא בעיני על מאור עינינו הח"צ ז"ל דהא התם מיירי בעובדא דאתי לקמי' שהבעל אומר שמאמין לדברי העד שהעיד על אשתו שזינתה והיה ניכר בעובדא דהתם שאומר כן מפני שנתן עיניו באשה אחרת וכדי להפקיע עצמו מחר"ג ע"כ אמר שמאמין לדברי העד לאסור אותה ע"ע. וע"ז כתב הרשב"א שם דאין יכולין לגרשה בע"כ וכל חיובא דבעל לאשתו עליו רמיא כו' וקרוב הדבר לומר שמותר לו גם לשמש עמה אף דשויא אנפשו חד"א כי כמו שעקרו חז"ל דבריה מפני טעם זה שעיניה נתנה באחר כן גם בו אחר שנחשד בכך כו' עכ"ל. הרי דלא הסתפק הרשב"א ז"ל לחשוש בהתיר זה כ"א היכא דשייך תקנה זו גם בבעל. אי אמרינן דגם הכא עקרו חכמים ד"ת או לאו וע"ז לא רצה לסמוך למעשה. אף שהסברא נוטה שיכולין גם בזה לעקור ד"ת אבל לענין עקירת דברי האשה נראה מדבריו כאן דהיא הלכה פסוקה. דעקרו חכמים ד"ת וכמ"ש בחידושיו:

(ז) **עד** כה בארתי בעז"ה כל שיטת הראשונים על הך משנה בטעמם ונימוקם ומקום הניחו לי אבותי היינו הגאון מוהר"ש בס' תשובת שמואל ועתה נבוא לבאר יסוד גדול בנ"ד אשר עליו נבנה טירת כסף ההתיר. והוא שהבעל אמר לפני שמאמין לה שהי' הבליעל אצלה ושכב עליה כדרך המנאפים אך לא הוטמאה משום שבודאי היה הבליעל הזה מירתת ממנו מחמת שהוא היה ישן קרוב למטתה ואין לבו נוקפו כלל בזה והיא שאמרה שנטמאה הוא מחמת בילבול דעתה. אם יש בדבריו ממש לאמר שזה מיקרי אינו מאמין לה ולפע"ד נראה דזה מיקרי אינו מאמין לה אע"ג דדרך המנאפים הוה

חזקה גמורה דאם ראו עדים כדרך המנאפים הורגים ע"ז משום דודאי בא עליה. מ"מ בעובדא דידן מחמת זה לא הוה חזקה גמורה דודאי בא עליה וראשית דבר אבאר דברי בה"ג [הביאו הרשב"א בחידושיו ליבמות (כד.) והרא"ש שם והטור בא"ע סי' קע"ח] שכתב וז"ל ולאפוקה מגברא לא מפקינן לה בדינא עד דחזו עדים כמכחול בשפופרת. וגם הרשב"א בתשוב' (ח"ר סי' אלף קפ"ז) הביא דברי הבה"ג הנ"ל לסעד לדבריו שכתב וז"ל אלמא לדעת הרב לאוסרה על בעלה אין אוסרין ואעפ"י שראו כדרך המנאפין ואין לך דבר מכוער מזה עכ"ל והנה הרא"ש ז"ל תמה על דברי בה"ג הללו וכתב דהאיך אפשר שיהי' ההפקעה מבעלה חמור מקטלא ע"ש ולדעתי נראה דדברי בה"ג נכונים וראויין למי שאמרם. דודאי לענין קטלא כיון דבעי התראה מקודם והוא השיב להם על מנת כן וא"כ כיון דחזו עדים ששכב עליה כדרך המנאפין ודאי הוא חזקה גדולה שבא עליה אבל במקום שהנואף משתמר עצמו מעין רואה והעדים מצאו אותם והוא שוכב עליה כדרך המנאפים ודאי אין בזה חזקה גמורה שהוטמאה דאולי לא עשה כל מזימותיו מפחד ויראת אנשים שלא יתפס מהם:

ובזה יש לישב ג"כ מה שיש לכאורה לתמוה על דברי בה"ג מהא דאמרינן בסנהדרין (מא.) אמר ר"ח עידי נערה המאורסה שהוזמו אינם נהרגין מתוך שיכולין לאמר לאוסרה על בעלה באנו ולפי דברי בה"ג כפי כונת הרא"ש בדעתו קשה דהאיך כייל הגמרא דעידי נערה המאורסה אינם נהרגין. הא אם לא אמרו רק כדרך המנאפין אז אינה נאסרת על בעלה וע"כ להורגה באו וא"כ נהרגים. אבל לפי מה שביארתי א"ש דממ"נ לפי הה"א דאיירי דהתרו בם וקבלו התראה ודאי נאסרת על בעלה מכ"ש דקטלא אף לדברי בה"ג. ולפי מאי דמסיק שם הגמרא דר"ח איירי בחבר שאין צריך התראה א"כ ודאי דלא קטלינן לה לפי דברי בה"ג אא"כ אמרו עדים שראו כמכחול בשפופרת כדמוכח במכות (ו.) דאפשר לאשכוחי זאת וכמ"ש התוס' שם דלא נהרג אדם מעולם הוא ל"ד אלא רוב פעמים:

(ח) **נמצא** לפי דברי בה"ג הללו הוה הא דראו כדרך המנאפין כמו כיעור בעלמא כמ"ש הרשב"א. ובעדי כיעור קיי"ל בשו"ע (סי' י"א ס"א). דע"א בדבר מכוער לאו כלום הוא אף אי מהימן לו כבי תרי ואינו מחוייב להוציאה אף לצאת י"ש ועובדא דסמייא קדושין (סו) דלא הוה שם אלא ע"א ואמר לי' אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה צ"ל לפי דברי בה"ג דמיירי שם דאמר העד שראה כמכחול כו' ואחר שבאנו לסברא זו א"כ נ"ל דגם החולקין על דברי בה"ג וס"ל כיון דשכב עליה כדרך המנאפים ודאי גם בא עליה מ"מ בעובדא דידן כו"ע מודים דאין זו חזקה גמורה שהוטמאה. דדוקא היכא שנתרצו שניהם

לזה ואפילו היכא דנאנסה היכא דביד רמה גבר עליה אז הוה חזקה גמורה כיון דשכב עליה כדרך המנאפין בודאי גמר כל תאותו אבל נ"ד כיון שהוצרך להתנכר לפני האשה שתסבור שהוא בעלה והיה עליו בעיתותא דאשה שלא תכירהו. וגם היה עליו בעיתותא דבעל שהיה ישן קרוב למטתה. בזה כו"ע מודים דדרך המנאפין לא הוה חזקה שבא עליה והוה זה כמו כיעור בעלמא. וא"כ בודאי יכול לומר שזה שהוטמאה אינו מאמין לה ומאמין לדברי' הראשונים שאמרה מחמת חוזק שנתה לא ידעה הדבר בבירור משום דאמירתה לגבי דידי' הוה כמו ע"א ואם אינו מאמין לה אינה אסורה עליו:

(**ט**) **אח"כ** מצאתי להגאון מהר"ל מפלאצק בתשובתו משיבת נפש (סי' מ"ד) שמתרץ דברי בה"ג כדברי ממש. שכתב וז"ל לכן צ"ל שכל נואף מירתת ורוצה לבצע מעשהו ולפרוש כו' וכמו כן ס"ל לבה"ג שאפילו ראו כדרך המנאפים אולי כבר השחית דרכו ולא בא לידי הכנסת כו' שסתם נואף אין לו פנאי לבעול בישוב הדעת כו' וס"ל לבה"ג דאפילו לרבנן דסגי כדרך המנאפין היינו דוקא לענין חיוב מיתה דמקבל התראה א"כ חזינן דאינו מירתת כו' אבל סתם נואף דמירתת לא סגי כדרך המנאפים דאולי מחמת יראה אינו משגיח לבעול כדרך כל הארץ ומשחית דרכו טרם בא לכלל ביאה ופסק תאותו הרעה עכ"ל וכן מצאתי להגאון בעל נו"ב במה"ת חלק א"ע סי' י"א שמתרץ דברי בה"ג על אופן זה רק קצת בסיגנון אחר יעו"ש ומה שהקשה ע"ז בנו הגאון ר"ש לאנדא לפי מה שכתבתי מקודם אין מקום לקושיתו יעו"ש היטיב ועוד מסיק שם הנוב"י דאף לדידן דס"ל לדינא דדי' שיראו כדרך המנאפין מ"מ לדעת רש"י דמכות בעי שיראו שעסק בדישה כדרך המנאפים ואף לדעת רבינו יהונתן בש"מ בב"מ דס"ל דלא כדעת רש"י מ"מ זה ודאי בעי שיראו אותם כך זמן מה ולא בלבל אותם אדם אמרינן דודאי גמר תאותו שהרי לא היה לו מונע וע"ד כן עלה בעלייתו של בועל אבל אם פתאום בא איש ומצא אותם על תמונה זו ותיכף נפלה חרדה עליו וקפץ מבין רגליה לא שייך לומר א"א שלא גמר תאותו שאף שבודאי רצה לגמור תאותו מ"מ נאנס ולא הי' יכול לגמור עכ"ל הנוב"י היוצא מזה דלפי דעת הבה"ג וגם לדעת רש"י בודאי הא דמאמין לה שהיה עליה בקירוב בשר לא הוה כמאמין לה שהוטמאה. ואפילו לדעת הרר"י שהביא הגאון הנ"ל הא כתב שהוא דוקא אם שהה עליה זמן מה אבל בנ"ד שאמר הבעל שהוא מאמין שתיכף כשקרב אליה והתחילה להתעורר משנתה נפל פחדו עליו והלך מאתה ודאי דדבריו קיימים ויש בהם ממש ומאחר שאינו מאמין לה שהוטמאה אף שמאמינה ששכב עליה כדרך המנאפין מ"מ מחמת זה אינו מחוייב להוציאה:

עוד אבאר שני כללים בדין זה דהאומרת טמאה אני לך ובזה יתבאר נ"ד:

כלל א

כל היכא דחזינן דאין ברצונה לקבל גט מבעלה ואעפ"כ אומרת נטמאתי אם נוכל להתירה לבעלה:

(**א**) **הנה** לפי שיטת האחרים שהביא הר"ן וכן הוא דעת התוס' רי"ד בקדושין וכן הסכים הר"ן בקדושין לשיטה זו וכן דעת המהרש"ל ששיטה זו עיקר דאין אשה נאמנת לאסור עצמה על בעלה כיון שמפקעת עצמה משעבודה וכמש"ב. ומה שאמרו במשנה ראשונה יוציא ויתן כתובה הוא משום שראו חכמים דלא עבידא אשה לבזוי' נפשה ובודאי קושטא קאמרה ולאחר שראו חכמים שיש נשים מערימות ונותנות עיניהן באחר לכן הם מבזים נפשיהם כדי שתצאנה מתחת בעלן. ע"כ אמרו חכמים שכ"ז שלא תביא ראי' לדבריה [היינו עדים] אין בדבריה ממש א"כ גם בנ"ד לא נפקא איתתא זו מכל הנשים שאמרו חכמים שאינם מאמינים להם לשוי' אנפשה חד"א להפקיע עצמה מתחת בעלה כיון שלא הביאה ראייה לדבריה וכ"כ הגאון בעל נוב"י מה"ק סי' ע' וז"ל והנה יש כאן לדון באשה זו שאינה רוצה להתגרש בשום אופן ואיך נוכל לומר שעיניה נתנה כו' אלא שהדבר קשה לחלק בין הפרקים ובשו"ע סתם ואמר אין עדים שזינתה אלא היא אומרת שזינתה אין חוששין לדבר זה לאוסרה ונראה לפי מאי דמסיק הר"ן שם בנדרים במשנה דאין האשה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו אלא רבנן תקינו שתהא נאמנת משום דמסתמא קושטא קאמרה ומעתה במשנה אחרונה דבטלה התקנה מחשש שמא עיניה כו' וכיון שנתבטלה התקנה שוב ממילא נשאר הדין דאפי' היכא דלא שייך טעמא דעיניה נתנה כו' ממילא לא מהימנא עכ"ל וכ"כ בעל שעה"מ וז"ל והנראה שדעת תוס' רי"ד כתירוץ אחרון שבר"ן ז"ל דמשנה, ראשונה לאו דוקא קאמרה וע"כ איכא למימר שפיר דלמשנה אחרונה כיון דהוצרכו לעקור תקנת מ"ר ברוב נשים משום טעמא דעיניה נתנה באחר נעקרה התקנה לגמרי ואפי' במקום דליכא חששא דעיניה כו' ואוקמוה אדין תורה דאינה נאמנת להפקיע עצמה מיד בעלה עכ"ל ואף שזה שנראה מדברי הגאונים הללו דהא דכתב הר"ן תיקנו במ"ר להאמינה כונתו דזה תקנתא דרבנן בעלמא. כבר השגתי ע"ז דא"כ האיך הביא רב המנונא ראי' ע"ז שנאמנת לומר גרשתני ממשנה ראשונה דנאמנת לומר טמאה אני לך יעו"ש ובארתי שם דהך תיקנו דכ' הר"ן הוא דינא דאורייתא מהך סברא דלא עבידא לבזוי' נפשה מ"מ דינם של הגאונים הנ"ל אמת דפשטיות המשנה חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה דיותר הוה ל"ל בלשון זה האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה שמא עיניה כו' אלא ע"כ נקיט התנא הכי לאשמועינן

דאף שנראין הדברים שאינה חשודה בכך ואפשר שהאמת אתה. מ"מ מותרת לבעלה אם לא תביא ראי' לדבריה דודאי לפי מ"ר הוה הך סברא דלא עבידא לבזוי' נפשה כמו אנן סהדי דקושטא קאמרה אבל לפי מ"א שראו חכמים שיש נשים המתנכלין בדבריהן כדי להפקיע עצמן משיעבוד הבעל ע"כ אמרו חכמים דבכל הנשים אין כאן סברא דאנן סהדי משום דאיכא למיחש דהא גופא שמראית עצמה שרוצה בבעלה הוא אינו אמת ובערמה אומרת כן. ע"כ לא חילקו חכמים בין אשה לאשה ואמרו האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה ואינה נאמנת לומר לאסור עצמה על בעלה והויא כעד אחד בעלמא שאינו מאמין לה ואינו חייב להוציאה אף לצאת י"ש:

(ב) **וראיתי** להגאון בעל ברית אברהם (סי' ע"ד) חולק על הנוב"י וכתב דאשתמיט ליה דברי המהרי"ט סי' צ"ב דקסבר דלא בטל דינא דמ"ר אלא באופן שיש לחשדה במשקרת ולא בכה"ג שחפיצה בבעלה ומסיק שם כיון שהנו"ב לא ראה דברי מהרי"ט לראשונים אנו שומעים עכ"ל ונפלאתי על הגאון הנ"ל הא הנו"ב קאמר לפי שיטת הר"ן דאין אשה יכולה לשויא אנפשה חד"א כיון שהיא משועבדת לבעלה והמהרי"ט בתשובתו השיג על סברא זו מהא דיכולה לומר קונם תשמישך עלי ועיין מה שהארכתי לעיל לתרץ שיטת הר"ן] ולכן מסיק שם דכל שאין איסורה אלא מחמת הודאתה בלבד במלתא כל דהו שרינן לה כו' וזו הואיל וראו חכמים ודנו דעתן של נשים שאומרות כן כדי לקלקל עצמן על בעליהן היינו אמתלא דאנן סהדי שלא אמרה כן אלא לאסור עצמה על בעלה הלכך אין הוכחה מדבריה וכמאן דליתנהו דמי וזהו על דרך התוס' והרא"ש דיבמות דס"ל דההתיר של מ"א הוא משום שדנו כיון דרוב נשים משקרות גם אשה זו היא מן הרוב ומשקרת. והמהרי"ט הוסיף על דבריהם ואומר דאנן סהדי דמשקרת [ועיין מה שהבאתי לעיל שגדול מן הראשונים וגדול מן האחרונים הם הרשב"א ז"ל והמהרש"ל ז"ל צווחו על סברא זו ודחוה. וס"ל דגם לפי מ"א אין אנו חוששין אלא לשמא משקרת] ע"כ ס"ל למהרי"ט דבמקום שאין חשודה למשקרת כגון שחפצה בבעלה ואינה רוצה להתגרש דקמה באיסורא דשוי' אנפשה ועיין שם שההכרח שהביא למהרי"ט ז"ל לחילוק זה הוא כדי לישב תשובת הרא"ש כלל ל"ה שנתקשו בו הב"י והרמ"א והח"מ בסי' מ"ז ובודאי לדברי הרא"ש דס"ל דיכולה אשה לשויא אנפשה חד"א אף במקום שמשועבדת לבעלה שפיר יכולין לומר כדברי מהרי"ט אבל לפי שיטת הר"ן דאין אשה יכולה לשויא כו' ודאי הדין דנו"ב קיים ולו אנו שומעים:

(ג) **ועתה** נבאר האי דינא דהך איתתא לפי שיטת התוס' והרשב"א דנדרים דחכמים עקרו האיסור דשוי' אנפשה ונראה ברור דלפי דעת הרשב"א דסובר דלהכי עקרו חכמים

האיסור אף שהוא מה"ת. כדי שלא תבאנה הפרוצות לקלקל על בעליהן ויתנו עיניהן באחר וחכמים מצו לעקור דבר מן התורה משום מגדר מלתא כמ"ש ודאי דלא יצאה אשה זו מכלל משנה אחרונה דאם איתא דבזה האופן דרואים אותה שרוצה בבעלה ואינה רוצה להתגרש אסרינן אותה א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם הא כל הנשים יכולין למצוא תחבולות שונות כדי לאמת דבריהן ולהראות אהבתן לבעליהן שחפיצה בו ואינה רוצה להתגרש וע"כ התירוה לבעלה. ועמדו וגדרו והתנו שאפי' תהא כדבריה מותרת כ"ז שלא הביאה ראי' לדבריה ועיין לעיל מה שבארנו שיטתו באריכות] ולפי שיטת התוס' דחכמים עקרי האיסור משום שיש פנים וטעם לדבר לכאורה עלה בדעתי לומר דהאי דינא דמותרת אשה זו הוה דומיא להא דמתירין אשה להנשא עפ"י עצמה או עפ"י ע"א שאמר שמת בעלה מסברא דאשה דייקא ומינסבא וסמכו חכמים על סברא זו ועקרו האיסור דא"א שיש עליה מה"ת. כן נמי גבי נ"ד סמכו חכמים על האי סברא דאין אשה עשויה לפרסם עצמה בכיוצא בזה אלא שעיניה נתנה באחר ועקרו האיסור מה"ת דשוי' אנפשה וא"כ היכא דליכא סברא זו כמו בנ"ד שרואין אנו שאינה רוצה להתגרש בשום אופן אין לנו להתירה לבעלה משום תקנת מ"א אבל התבוננתי בזה ונראה ברור שאין שום נ"מ לדינא בין הרשב"א ובין התוס' הנ"ל. רק דמחולקים בטעם הדבר מפני מה יש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בכגון זה אף שהוא בקו"ע. דהרשב"א סובר להכי יכולין חכמים לעקור דבר מה"ת מטעם דבזה יש מגדר מלתא כדי שלא יקלקלו הפרוצות כמו שביארתי לעיל והתוס' ס"ל דבזה שיהא למ"מ לא הוה יכולין חכמים לעקור דבר מה"ת כיון שהוא לדורות כדברי הר"ן ז"ל אך משום שיש פנים וטעם לדבר ולמיתלי דעיניה נתנה באחר לבד הטעם דמגדר מלתא להכי תיקנו במ"א דאין אשה נאמנת לאסור עצמה על בעלה עד שתביא ראי' לדבריה וכן מדוקדק לשון התוס' שם דכתבו כיון שיש לחוש שעיניה נתנה באחר יש כח ביד חכמים לעקור כו' ולא כתבו משום דאמרינן דעיניה נתנה יש כח כו' משמע דאפילו לפי מ"א לא פשיט לן דעיניה נתנה באחר אלא חששא בעלמא הוא כסברת הרשב"א ונראה דיש יותר לדמויי דין זה להא דכתבו התוס' יבמות (פט:) ד"ה כיון שהבאתי לעיל וז"ל ואומר ר"י דודאי מה"ד לאו מת מצוה היא רק לפי שקרוביה מתרשלים ממנה שוויוה רבנן כמ"מ ואף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקו"ע אך במקום שיש פנים וטעם לדבר ודאי לכו"ע יש כח לעקור עכ"ל. וא"כ י"ל כמו דלגבי טומאת כהן לאשתו הקטנה דכמה פעמים לא שייך הטעם לומר דבאם לא יטמא הבעל לא יהי' לה קוברים. אלא משום דחששו חכמים דפעמים יארע שהקרובים יתרשלו ממנה לקוברה מחמת דהבעל יורשה עקרו

חכמים ד"ת משום חשש זה ועשאוה כמ"מ. א"כ ה"נ כיון דיש לחוש לפעמים שתתן עיניה באחר ותאסר עצמה לבעל על לא דבר ע"כ עקרו חכמים האיסור דשוי' אנפשה ועשאוה כודאי משקרת ואינה נאמנת לעולם עד שתביא ראיה לדבריה:

(ד) **ולפי** שיטתם מה מאד מדוקדק הני תרי עובדי דאתי לקמי' דר"נ בשילהי נדרים בההיא דאמטי מיא כו' ובההיא דלא הוה בדיחא דעתי' כו' דאמר ר"נ לא תשגיחון בה כו' לית בה מששא עיניה נתנה באחר ולא חקר הדבר שמא האמת אתה. ובכמה מקומות מצינו דלפי תומו מאמינים אפילו לא"י וכיון דכל מה שאמרו הנשים לפני בעליהן הי' לפי תומן ואמאי לא הימנן ר"נ אלא ודאי דחששו חכמים דאם נאמין לאשה באופן זה אין שום תועלת בתקנת מ"א דכל הנשים יכולין לעשות כמה אמתלאות לדבריהן כדי להאמין להן ובזה יפקיעו עצמן מבעליהן ולזה חיזק ר"נ את לב הבעל שלא יהא לבו נוקפו להאמינה כדי לחזק תקנת חכמים ולהעמידה על תלה וזה כונת הגמרא במה שהביא הני תרי עובדי כדי לאשמועינן דבר זה שאף שלפי הנראה ראויה היתה להאמינה אעפ"כ מצות חכמים לחזק לב הבעל שלא להאמינה ולא יהי' לבו נוקפו ונראה מהגמרא דידן דלא ס"ל הא דאמרינן בירושלמי על משנתי' אם לא הביאה ראי' פשיטא שהיא מותרת לביתה אמר ר' אילא לא מסתבר שאם הי' חבר יחוש כו' וכ"כ א"ז הגאון בעל תשובת שמואל והגאון בעל בית מאיר (סי מ"ז ס"ח) והגאון בעל שע"ת דלכך השמיטו הפוסקים הך דירושלמי דאם היה חבר יחוש משום דמגמרא דילן מהנך תרי עובדי משמע דאין צריך לחוש לזה ואפילו מצוה ליכא:

(ה) **אמנם** ראיתי בס' יש"ש על כתובות שהחמיר מאד בדבר זה ומפני שהוא ז"ל הביא ראיות לדבריו ע"כ הוכרחתי להעתיק דבריו ומה שנ"ל לפע"ד לדון בדבריו:

וז"ל שם (בפרק שני סי' מ"ח) מעשה באשת איש שהלכה בדרך עם שני יהודים וכשבאו ביער בא אחד ותקפה והשני טימאה וצעקה ואין מושיע לה ואין עדים ובאת לפני רבותינו וספרה המאורע ואמרה נאנסתי והתירוה לבעלה משום מגו דאי בעי אמרה לא נבעלתי ורבינו שמחה אסרה כיון דעברה על דת ונתיחדה כו' ומזה נלמוד דלא אמרינן שמא עיניה נתנה כו' אלא היכא שבאתה לאסור עצמה אבל היכא שבאתה ואמרה בלילה פרצו לסטים את ביתי ונאנסתי או בלילה בא אחד למטתי במקום בעלי ואין לך אונס גדול מזה ובקשה להתירה לבעלה אסורה מאחר שבקשה להתיר א"ע לא שייך לומר עיניה נתנה באחר ולא אמרינן איערומי דקא מיערמא ומכאן ניחא לי מה שהיה קשה בעיני על כהן אחד שראה אשתו שהיא נסתרת בלילה אחורי הכותל עם בחור אחד כדין טומאה ושמע קול נשימת תשמיש שאסרה הר' יחזקיה ומהר"ם התירה משום דאין

אוסרין על היחוד כו' והעיקר בפ"ב דיבמות סי' י"ח ביארנו ותלמיד מהר"ם התירה משום עיניה נתנה באחר דאל"כ כל אשה ואשה תעשה כך כדי להוציא עצמה מבעלה כו' והי' קשה בעיני ר' לא שנה ר' חייא מנ"ל וכן מהרי"ח למה לא עלה על דעתו ראי' זו ע"כ נראה דרבו מהר"ם לא רצה להתיר מכח ראי' זו דלא חיישינן עיניה נתנה באחר היכא שבאת להתיר א"ע כהאי עובדא דהתם וראי' מירושלמי אסטרטיות כו' אתא עובדא אחרינא קמי' דר"י באשה אחת שאמרה הביהם שלי כלומר רועה בהמות שלי פיתני כלומר בא בלילה במקום בעלי ושכב עמי ואין לי אשמה בזה אמר לה אין הביהם אוסר כו' כלומר בתמיה מ"ש משאר בני אדם ואסרה ופריך הכא את אמרת ואסרה הכא את אמרת ושריא כלומר מ"ש המעשה דלעיל שאמרה נמי ששמשה עם הגוי ומשני התם באתה לאסור א"ע והתירה כלומר שמא עיניה נתנה באחר הכא באתה להתיר א"ע שהרי סברה אונס גדול הוא ובקשה להתיר א"כ לא שייך לומר עיניה נתנה באחר ואסורה. אף שיש רוצין לפרש דאיירי דוקא לתרומה דחמירא דמעלה עשו לענין תרומה וגם אפשר לה בחולין כו' מ"מ נ"ל שאין לחלק מדאמר לעיל והתירה לאכול בתרומה וכאן אמר לאסור סתם משמע דלבעלה איירי ומ"מ איירי באשת כהן דאי לישראל פשיטא שמותרת מכח מגו לכו"ע ועוד נראה דלשון המשנה דנדרים משמע הכי האומרת טמאה אני לך ולא שנה התם בקצרה האומרת נטמאתי אלא משמע דוקא בכה"ג הוא דאמרה מ"א עיניה נתנה באחר אף שי"ל דארבותא דמ"ר קאי דאפ"ה לא חשו לומר עיניה נתנה באחר מ"מ מנין להוציא המשנה מפשטא הבו דלא לוסיף עלה הנראה בעיני כתבתי עכ"ל מהרש"ל ז"ל:

(ו) **ומי** אנכי כי אבוא לחלוק על רבן של ישראל אך תמכתי יתדותי אחרי ראיתי כי גדולי האחרונים סוברים דלא כוותי' ונפלאתי על גאונו אחר כי הוא מסכים בעצמו בישו"ש על יבמות לשיטת האחרים דמה"ד אין אשה נאמנת לאסור עצמה ולהפקיע עצמה משעבודו ולפי מ"א אין דינה אלא כע"א בעלמא כמ"ש לעיל א"כ למה החמיר כאן כ"כ ולומר דדוקא אם היא אומרת טמאה אני לך אז היא אינה נאמנת ומותרת אבל לא כשאומרת נטמאתי. למה לן להחמיר כ"כ כיון דמה"ד אינו אלא כע"א בעלמא ואמאי נאמנת אם אמרה נטמאתי כיון דאפשר להיות שבמרמה אמרה כן ולא הזכירה בדבריה שהיא אסורה לו כדי להאמינה ומה שכתב הבו דלא לוסיף עלה לא ידעתי פירושו לפי שיטה זו דהא כתב הר"ן דדוקא לפי מ"ר היתה תקנת חכמים להאמינה משום דכסיפא לה טובא ואף לפי מה שביארתי לעיל הוה דינא דאורייתא לפי מ"ר דהוה כמו אנן סהדי דקושטא קאמרה מ"מ לפי מ"א שראו שיש נשים פרוצות ומערימות כדי להפקיע עצמן מבעלן אמרו שאין זו חזקה דודאי קושטא קאמרה וקם לה אדינא וא"כ אין שום

תקנה במ"א ואיך שייך לומר הבו דלא לוסיף עלה ואדרבה צ"ל דאפילו לפי הסוברים דזה דאין אנו מאמינים לה לפי מ"א הוא תקנה ולא מה"ד ג"כ אין אנו צריכים שתהא אומרת דוק בלשון טמאה אני לך ושיהא נראין מדבריה שבאתה לאסור עצמה על בעלה דהא הרמב"ם והטור בא"ע סי' ו' כתבו אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ובא עלי אחד כו' ולא הזכירו כלל שצריך שתאמר לבעלה בלשון טמאה אני לך. ובאמת הרבה נשים אינן יודעין מזה שאשת כהן שנאנסה אסורה לבעלה והו"ל להרמב"ם והטור לשנות כלשון המשנה אלא ודאי דאין לנו שום נ"מ בלשונה וס"ל דאע"ג שלא הזכירה כלל דאסורה לבעלה ובאת עם בעלה לשאול פי המורים מ"מ אינה נאמנת ואין אנו משגיחין על דבריה ולא יצאתה אשה זו מכל תקנת מ"א ויצא להם זה מהנך תרי עובדי דשילהי נדרים שאמר ר"נ לא תשגיחון בה לית מששא במליה ולא הוזכר שם שאמרה שאסורה לבעלה מחמת זה ואפשר שבאמת לא ידעו הנשים שאסורה לבעלה כהן משום זה ואעפ"כ התירה ר"נ מטעם דעיניה נתנה באחר ואמרינן שבאמת יודעת שבזה אסורה לבעלה והא דאינה אומרת בלשון שאסורה לו דזה גופא איערומי קא מערמא וגם אי אמרינן דכ"ז שהיא אינה אומרת לבעלה דאסורה לו לא הי' בזה תקנת מ"א. א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם דכל אשה יכולה לומר לבעלה נטמאתי ולא תאמר לו שהיא אסורה לו ואז תהיה נאמנת:

(ז) **גם** מה שהביא ראי' מהירושלמי מוכרח אני להעתיק כל לשון הירושלמי וז"ל אמר רבי אילא כו' ואם הוא כהן שהיא אסירה ליכול בתרומה אתא עובדי קמי' דר"ח חברין דרבנן והתירה ליכול בתרומה א"ר חגי אבא ידע רישא וסיפא איסטרוטית נכנסו לעיר ובאת אשה ואמרה איסטרוטית חבקני והטיל ש"ז בין ברכי והתירה ליכול בתרומה אתא עובדי קומי' דר' יצחק בר טבליי באשה אחת שאמרה הביהם שלי פיתני אמר לה אין הביאם אוסר ואסרה הכא את אמר ואסרה והכא את אמר והתירה תמן באת ליסור עצמה והתירה ברם הכא באת להתיר עצמה ואסורה ע"כ ועיין בפ"מ שפי' רישא וסיפא דקאמר דקאי על רישא וסיפא דמתניתין ופי' השני דקאי על ריש המעשה וסוף המעשה ופירושו דחוק ובמעשה דהביהם פי' שהיתה פנויה והוא פלא דפנויה לית דין צריך לפנים דהיא שוי' אנפשה חד"א ולפע"ד נראה פי' הירושלמי הוא כך דהוקשה לו על דברי ר' אילא שאסרה ליכול בתרומה מעובדא דר"ח שהתירה ליכול בתרומה וזה דתירץ ר' חגי אבא ידע רישא וסיפא ר"ל ידע הא שהחמיר ר"א לתרומה וסיפא ר"ל הא דר"ח שהתירה לאכול בתרומה ומפרש כוונתי' משני המעשיות שהביא והוא דעובדא דר"ח הי' באיסטרוטית כו' וע"ז האופן קאמר ר"ח שמתירין אותה גם לתרומה דכיון שבאת

לאסור עצמה אמרינן דודאי עיניה נתנה באחר וכר"ש בגמרא דילן דגם לתרומה מותרת והא דר' אילא שאסרה ליכול בתרומה הוא כמו עובדא השני' שנראין דבריה שלא נתנה עיניה באחר דבעובדא השני' קראה להגוי ביהם שהוא שם בהמה. והבין ר"י מדבריה שלכך קראה לו בשם בהמה כדי להתיר עצמה ולרמז כמו דביאת בהמה אינה אוסרת אשה לבעלה כמו כן גם הוא אינו אוסרה וע"ז השיב לה אין הביהם אוסר בתמיה ואסרה בתרומה [וכן פי' שם הפ"מ ג"כ לשון הירושלמי ואסרה דקאי על תרומה] אבל לבעלה לא אסרה משום דאי הוה אסרינן לה לבעלה על אופן זה יש לחוש שהפקחות תבאנה להערים בכגון זה ומה הועילו חכמים בתקנתם משא"כ לתרומה דאין כאן חשש לתקנת הדור והיא באת להתיר עצמה דנראין הדברים שלא נתנה עיניה באחר ע"כ החמירו עליה לגבי דנפשה משום איסורא דשוי' על נפשה ואדרבה לפ"ד מוכרחין אנו לומר דקאי האי ואסרה רק לענין תרומה ולא לבעלה. מדפריך הירושלמי הכא את אמרת אסורה והכא את אמרת והתירה ואי כדברי מהרש"ל דהאי ואסרה קאי לבטלה הו"ל למיפרך יותר ממשנתינו דהצריכו להביא ראי' וכ"ז שלא הביאה ראי' מותרת לביתה כמו שאמר הירושלמי מקודם ומה זה דפריך מר"ח על ר"י. אע"כ דהאי ואסרה קאי לענין תרומה לבד וכמו שביארתי:

(ח) **אח"כ** מצאתי להגאון בעל נו"ב (במה"ת סי' מ"ב) שפי' דברי הירושלמי על דרך שפרשנו רק בזה שפירשתי דהך רישא וסיפא קאי לתרץ דלא פליג ר"ח טל ר"א לענין תרומה הוא ז"ל לא פירש כן אלא נראה שמפרש שהוא מילתא באפי נפשה וגם נראה מדבריו שם דהא דקאמר הירושלמי ואסרה קאי על בעלה ג"כ ואף שהוא בעצמו סובר שם דאף היכא דאנו רואין שאינה רוצה להתגרש מבעלה מתירין לה לבעלה ע"כ צ"ל לפי דעתו דהאומרת בפירוש שבזה אינה אסורה לבעלה כגון שטעתה בהדין לפי דעתה ואנו רואין שבזה שאומרת אסורה לבעלה מה"ד אסרינן לה אף לפי מ"א וצ"ע בדין זה כי לפי דעתי דברי הירושלמי הוא לענין תרומה ובפרט לפי שיטת האחרים שבר"ן שאין האשה יכולה לאסור עצמה לבעלה מה"ד ודאי דצ"ע הדין זה ולכאורה עלה בדעתי להביא ראיה לסברא זו דהיכא דבאת להתיר עצמה אסורה אף לפי מ"א. מהא דאמרינן כתובות (ט') האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו ומסיק שם הגמרא דמיירי באשת כהן או באשת ישראל וכגון שקבל אביה קדושין פחותה מבת ג' שנים ויום אחד והקשה שם התוס' וז"ל וא"ת אכתי איכא ספק ספיקא דספק מוכת עץ וספק דרוסת איש [באשת כהן אית לן למימר את"ל דאינה מוכת עץ מ"מ ספק תחתיו ספק אינה תחתיו אשת ישראל את"ל דאינה מו"ע ספק באונס ספק ברצון] וא"ל דמוכת עץ לא שכיח דהא אמרינן באלו נערות

(לו:) גבי סומא שאין לה טענת בתולין מפני שנחבטה על גבי קרקע ופריך כולהו נמי חבוטי מחבטן א"כ שכיח וי"ל דאם איתא דמוכת עץ היא היתה טוענת דאין גנאי בכך כמו בביאת אונס ומדלא טענה אין להסתפק בכך עכ"ל והקשה ע"ז הגאון בעל הפלאה אכתי קשה למה אסורה על בעלה דלמא עיניה נתנה באחר ולכך אינה טוענת טענת מוכת עץ ותירץ דהיכא דאיכא רגלים לדבר כמו הכא דמצא פ"פ לא אמרינן עיניה נתנה באחר עכ"ל ולפי מה שאבאר לקמן בדיני דרגלים לדבר דרוב ראשונים אינם סוברים כלל זה דרגלים לדבר א"כ הדרא קושית הגאון הנ"ל לדוכתא אבל אם אמרינן דהיכא דבאת להתיר עצמה לא אמרינן עיניה נתנה באחר א"כ הכא דהיא טוענת בתולה שלימה מצאת דבאת להתיר עצמה והבעל יודע שהיא משקרת אסורה לו ולא אמרינן דבאמת מוכת עץ היא ועיניה נתנה באחר אבל באמת יש לדחות ראי' זו משום דכל קושית התוס' שהקשו דניחוש דלמא מוכת עץ היא הוא לפי שיטתם דמוכת עץ הוא דבר דשכיח כמו שהביאו ראי' לזה אבל שיטת הרמב"ן והרבה מן הראשונים סוברים דמו"ע הוא לא שכיח והא דפריך הגמרא כולהו נמי חבוטי מחבטן פירושו שהקושיא הוא לפי דברי סומכוס משום ר"מ דס"ל דסומא אין לה טענת בתולים וחייש לחבטה גדולה א"כ כולהו נמי חבוטי מחבטן אבל לפי מאי דקיי"ל כת"ק דסומא יש לה טענת בתולים ולא אמרינן דלמא חבטא ולא ידעה אלמא דחבטא גדולה כזו שיאבדו הבתולים לא שכיח א"כ לא קשה כלל קושית התוס' וממילא אזלא לה ראי' זו ונפלאתי טל הגאון בעל פנ"י שם שכתב וז"ל והר"ן ז"ל וה"ה כתבו דהא דלא הוה ס"ס משום מוכת עץ משום דלא שכיח וכמו זר נחשב שלא השגיחו בקושית התוס' ונראה לי שכונתם ג"כ לתירץ התוס' דהיינו מדלא טענה כו' אלא דאכתי הי' אפשר לומר דמידי ספיקא לא נפקא דשמא נעשית מוכת עץ בקטנותה והיא לא ידעה ע"ז כתבו דלא שכיח והיינו כדאמרינן פרק אלו נערות כולהו רואות ומראות לאמן כנ"ל עכ"ל הגאון הנ"ל ובמכ"ת נעלם ממנו דברי הראשונים דמבואר להדיא שהם מפרשים הגמרא דלקמן דלא כהתוס' וכמ"ש ועיין בש"מ דכן דברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והביאו ראי' מדברי הירושלמי פרק האשה שנתארמלה דקאמר שם על הא דאמרינן אם יש עדים שיצאה בהינומא כתובתה מאתים וחש לומר שמוכת עץ היתה אמר ר' יוחנן לא חש על דבר שאינו מצוי וכן נראה שזה ג"כ דעת רש"י פרק אלו נערות (לו.) דפי' שם על הא דאמרינן דחרשית ושוטה אין להן טענת בתולים וקאמר הגמרא שם אמר רב ששת לא קשי' הא ר"ג והא ר"י ופי' רש"י שם דלר"ג אמרינן דאי הוה פקחת לטעון הוה טענה משארסתני נאנסתי והתוס' הקשו ע"ז ופירשו שם דלפי שבחזקת מוכת עץ היא לכך אין לה טענת בתולים ונראה ברור דלכך מיאן רש"י

בסברת התוס' משום דס"ל דהא הך ברייתא סברה דסומא יש לה טענת בתולים אלמא דס"ל דמו"ע לא שכיח. ולדעת התוס' ע"כ צריך לדחוקי ולומר דס"ל להך ברייתא דשאני סומא דאף שהיא אינה רואה אבל אחרים רואים ומגידים לה והיא מגדת לאמה. ואי הוית מוכת עץ הוה טענה זאת משא"כ חרשית ושוטה דאין להן דעת כלל (אין שום ראי' מהא דאינה טוענת] דאפילו אם היא אובדת בתוליה לא ידעה אמה מזה ודעת הרמב"ן אף שהוא ס"ל דמו"ע לא שכיח מ"מ לגבי חרשית ושוטה ס"ל כפי' התוס' דבחזקת מו"ע נושא אותה. וטעמו משום דס"ל דחרשית ושוטה כיון דלאו בני דיעה נינהו שכיחא טובא דלחבט חבטה גדולה עד שישרו בתוליהן. עיין במ"ל ה"א פי"א ה"ח):

(ט) **כעת** מצאתי בס' א"ז סי' תדי"ר שהשיב הראבי"ה לר"ש להתיר בעובדא שהביא המהרש"ל באשה שהלכה בדרך עם שני יהודים והאחד אנסה והאריך בזה הרבה. ובסוף הביא דברי הירושלמי שהביא המהרש"ל ומפרש להדיא דקאי האי ואסרה דוקא לענין תרומה וז"ל הביהם שלי פתני פי' שדלני בדברים ואמר שהוא בעלי וחקרתי שהביהם שלי רועה בהמותי היה והנה אין לך אונס גדול מזה ובאתה להתיר עצמה וא"ל אין הביהם אוסר כלומר כך הביהם ככל אדם אע"ג דאונס הוא ואין ראיה לדבריה ואסורה את לאכול בתרומה כדפי' לעיל ואפי' לפי מה שמתירה לעיל לאכול בתרומה התם באת לאסור עצמה ולכך התירה לאכול בתרומה אבל בסיפא לא אבל לעולם לבעלה מותרת כו' עכ"ל א"כ לפ"ז מוכח להדיא דאפילו אנו רואין דהיא רוצה לתת טעם ומחזרת אחר צדדים כדי להתירה מ"מ אינה נאמנת לאסור עצמה לבעלה וכן נראה דזה דעת הב"י והרמ"א וח"מ דהנה הב"י (סי' מ"ו) הקשה על דברי הרא"ש בת' כלל ל"ה שכתב בתוך תשובתו כלשון הזה ואפי' אם היתה מודה בפי' שקבלה קדושין ממנו לאו כל כמיני' לאסור עצמה על אותו שקדשה כבר אלא דהוא אמר דשוי' לנפשה חד"א ויפטרנה בגט והוקשה לי מהך עובדא דיהודית דאמרינן לא כל כמינך כו'. ותירץ שם הב"י שיש נ"מ אם היא עצמה מודה או שאומרת כן בשם אחרים והרמ"א בד"מ שם כתב ולא נהירא חילוק זה דא"כ כל אשה תאסור עצמה על בעלה כו' יעו"ש ובח"מ והתם בעובדא דהרא"ש ראו שרוצה להתיר עצמה דהא כל הודאתה הי' מחמת שראו שהיא מחזרת אחר עדים שקרים כדי שתהיה מותרת להשני ולא שייך כ"כ עיניה נתנה באחר ובאמת תירץ כן המהרי"ט את דברי הרא"ש בתשובה צ"ב והר"י והרמ"א לא רצו לתרץ כן הוא משום דס"ל דכיון דאינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה אין שום נ"מ בין אם באתה להתיר עצמה או לאסור וע"כ הא דמחלק הירושלמי האי חילוקא הוא משום דקאי רק לענין תרומה ואף שדברי המהרי"ט נראין יותר לישב דברי תשובת הרא"ש מדברי הב"י והרמ"א שדחקו בזה הרבה

מ"מ הוא דוקא לפי שיטת הרא"ש [וכמו שביארתי לעיל] דמתרץ על הא דמשנה אחרונה משום דחזו חכמים דרוב נשים משקרות בענין זה אמרינן דהיא נמי משקרת וא"כ היכא דחזינן דאינה משקרת ולא נתנה עיניה באחר כגון היכא דבאת להתיר עצמה כמו עובדא דרא"ש דהיא היתה מחזרת אחר עדים שקרים לכתוב גט בהא ודאי אמרינן דשוי' אנפשה חד"א אבל לפי שיטת הראשונים דסוברים דלפי מ"א ליכא טעם דשוי' אנפשה חד"א והטעם הוא או משום שעקרו חכמים או משום דאין אשה נאמנת לאסור עצמה ולהפקיע כשיטת הר"ן או כפי שיטת הר"א דאשת כהן שנאנסה איהי אינה מוזהרת וא"כ כיון דאין כאן שויה אנפשה חד"א מותרת אפילו היכא דבאתה להתיר עצמה דלא חלקו חכמים בזה ואמרו שאינה נאמנת עד שתביא ראי' לדבריה. ולפי"ז לפי מה שביארתי לעיל בדברי הרא"ש שמזה שקשה לי' קושית הא שויא אנפשה חד"א דוקא גבי אשת ישראל ולגבי אשת כהן לא קשה לו אלא הא דמותרת בתרומה מוכח מזה דסובר כשיטת הר"א נראה דאפי' לפי דברי הרא"ש פי' הירושלמי הוא כמו שפירשתי דהאי ואסרה קאי דוקא לענין תרומה. דגבי תרומה אין אנו מתירים לה אלא מטעם דרוב משקרות וא"כ היכא דליכא טעמא דמשקרת כגון היכא שבאת להתיר עצמה אסורה משום דשוי' אנפשה חד"א אבל לבעלה לא שייך לאוסרה מטעם דשוי' אנפשה חד"א משום דהיא אינה מוזהרת בזה כשיטת הר"א משא"כ בעובדא דרא"ש דשם איהי נמי מוזהרת בזה וגם כיון שבאתה להתיר עצמה מוכח דאינה משקרת אסורה משום דשוי' אנפשה חד"א:

(י) **והא** דהביא המהרש"ל ראי' מעובדא דמהר"מ בכהן אחד שראה אשתו כו' והתירה תלמיד מהר"מ משום דעיניה נתנה באחר דאל"כ כל אשה תעשה כך כדי להוציאה עצמה מבעלה והי' קשה לו למה לא התירה מהר"מ רבו מטעם זה נפלאתי ע"ז דאי כדעת תלמיד מהר"מ א"כ הפוסקים דאוסרים אותה לבעלה בעידי כיעור האיך משכחת לה דהא על כל מה שעשתה דבר כיעור יכולין לומר שעשתה זאת בכונה כדי להפקיע עצמה מבעלה וכן גבי הני תרי עובדי בתרייתא דנדרים לפי פי' התוס' והרא"ש שם דלהכי צריכין הטעם דאירכוסי הוה מירכס דבלא זה הוה אסרינן לה משום דהודית דטמאה היא וגם יש רגלים לדבר כיון דנסתרה עם נואף ג"כ קשה דלפי"ז אין כאן שום רגלים לדבר דהא איכא למימר דהא דסתרה עצמה היתה ג"כ כונתה כדי להפקיע עצמה מבעלה אלא ודאי דכל הפוסקים הנ"ל סוברים דאין שייך לומר עיניה נתנה באחר אלא היכא דאנו רוצין לאוסרה מצד אמירתה אז אמרינן דאינה נאמנת דעיניה נתנה באחר אבל היכא דעשתה דברים מכוערים ואינה יודעת אם יודעו הדברים האלו או לא וכפתע פתאום מצאו אותה עם הדברים המכוערים בזה לא שייך לומר שעשתה זאת בכונה כדי להוציאה עצמה מבעלה

והא מהר"מ ז"ל הוא מהפוסקים דאוסרים אותה לבעלה בעדי כיעור כמבואר שם. וכן הוא בהגמי"י (ה"א סי' כ"ה) וא"כ האיך הביא תלמיד מהר"מ מהני עובדי דשילהי נדרים סיוע לדעת מהר"מ הא ע"כ מהר"ם ס"ל דבכיעור לא שייך לומר דאולי עשתה זאת בכונה כדי להפקיע עצמה וא"כ ראיית המהרש"ל דהוכיח מדלא רצה המהר"ם להתירה מטעם זה הוא משום דס"ל דהיכא דבאתה להתיר עצמה לא שייך לומר עיניה נתנה באחר לפ"ד אין מזה שום ראי' דהכא אין הדבר תלוי באם באת להתיר עצמה:

(**יא**) **והנה** בתה"ד (סי' רכ"ב) מוכיח מהגמי"י הנ"ל דאפי' היכא דחזינן מדבריה דלא נתנה עיניה באחר כגון שלא רצתה להודית מעיקרא ואח"כ הודית אעפ"כ אמרינן שכ"ז מערמת ועושה זאת כדי שיאמינו לדבריה ולהפקיע עצמה מבעלה וא"כ מוכח מזה דס"ל דאפילו היכא דבאתה להתיר עצמה יכולין ג"כ לומר שבמרמה עשתה זאת והמעיין בתשובה הנ"ל יראה להדיא דס"ל דאפילו אם מהודאתה ניכר שרוצה להתיר עצמה אעפ"כ חיישינן שמא עיניה כו' ואין לנו לאוסרה משום הודאתה דהא עובדא דתה"ד הי' שבהודאתה אמרה אמת היה אצלי אבער ער האט ניט רעכט בייא מיר גילעגין ובהעתקה השני ששלחו לתה"ד הי' כתוב שם שהודית שזינתה ושאל התה"ד את השואל למה שינה הלשון מהעתקת השאלה ששלח לו מהר"א כי לפי דבריה שאמרה אבער ער האט ניט כו' אפשר לפרש דבריה שלא בא עליה אלא דרך אברים כו' מ"מ כתב שם אמנם אחרי שמהר"א שי' וכן אתון דייניתון אהך עובדא כאלו אמרה טמאה אני לך אני אדון כה"ג וע"כ צ"ל דהא דפסק התה"ד כאלו אמרה בהדיא שזינתה הוא משום דסמך על השואלים שלא כתבו ח"ו דברי שקר. והבינו מדבריה שהודית בפני הבע"ה שמה שאמרה ער האט ניט רעכט כו' היתה כונתה שבא עליה רק בהעראה בעלמא. וא"כ האיך דנו בזה התה"ד ומהר"א להתירה מטעם מ"א. הא ממה שאמרה אבער ער האט ניט רעכט כו' נראה דכונתה הי' להתיר עצמה דבלאו הכי לא הי' אומרת זאת. וא"כ נראה דס"ל לתה"ד ולמהר"א דאפי' בכה"ג אין לנו לאוסרה מטעם הודאתה. ולא נפקא מכלל תקנת מ"א וכדמוכח מהגמי"י הנ"ל:

(**יב**) **ונראה** דגם התה"ד לא סבר לדינא כדעת תלמיד מהר"מ הנ"ל רק שהביא סיוע לסברתו דהיכא דבאנו לאוסרה רק מצד אמירתה חיישינן דבמרמה עשתה זאת אבל באמת ס"ל כמהר"מ ז"ל דבכיעור לא שייך לומר שבערמה עשתה זאת וכמו שביארתי דהא פסק בתשו' הנ"ל דהיכא דאיכא רגלים בדבר בלאו אמירתה כגון הני עובדי בתרייתא דשילהי נדרים דאי לאו האי טעמא דאירכוסי הוה מירכס לבטל הרגלים לדבר הוה נאמנת ותהי' אסורה ולדעת התוס' כתובות ס"ל דאפילו איכא טעמא דאירכוסי

מירכס מ"מ כיון דרגלים לדבר קצת אסרינן לה וא"כ אמאי לא אמרינן דעשתה כ"ז בכונה כדי להפקיע עצמה מבעלה. אלא ודאי דגם התה"ד מחלק בין היכא דאנו רוצין לאוסרה מצד אמירתה ובין היכא שיש רגלים לדבר בלא אמירתה וכדפירשתי ועיין בתשובת צ"צ סי' פ"ב דכתב וז"ל דהא דכתב בפסקים וכתבים סי' רכ"ב והובא בהג"ה שו"ע מטור א"ע דהיכא דאיכא רגלים לדבר לא תלינן בנתנה עיניה באחר היינו דוקא דאיכא רגלים לדבר בלאו הכי על הזנות אז אמרינן דמהימנא אי אמרה טמאה אני לך אבל היכא דליכא רגלים לדבר על הזנות עצמו אע"ג דאיכא רגלים לדבר והוכחה דקושטא קאמרה מה שאומרת טמאה אני לך אכתי חיישינן דלמא עיניה נתנה באחר ואערומי קמערמת ועבדא הכי כדי שיוציאנה והכי דייקא דברי הרב התם בפסקים וכתבים למי שמעיין שם ע"כ. הרי חזינן שהני גדולי האחרונים לא סברי כמהרש"ל שהחמיר בזה:

(יג) **ומה** שהביא הרש"ל ראי' מהמרדכי ממעשה בא"א שהיתה מהלכת בדרך כו' תירץ הב"ש (בסי' קט"ו ס"ק כ"ג) דשאני התם כיון שנתיחדה והיו עדים על היחוד רק לא היו עדים לפנינו וא"כ הוה כרגלים לדבר ונאמנת לומר נטמאתי. ומה שהשיג ע"ז הגאון ר"י בספרו ב"א (בפ' כ"ד מה"א) מעובדא דר"ת שהובא לעיל דלא חשש דלמא יבואו עדי קדושין ויעידו שנתקדשה בפניהם ואמאי חשש כאן רבינו שמחה דלמא יבואו עדי היחוד. ומתוך כך יצא לדון ג"כ כדעת מהרש"ל הנ"ל דכיון שרוצה להתיר עצמה בטענת נאנסתי לכן לא אמרינן דעיניה נתנה באחר ולהכי חשש כאן ר"ש בעובדא דידי' יותר מבעובדא דר"ת. לפ"ד אין מזה ראיה לדחות הב"ש דגברא אגברא קרמית דהא באמת הראבי"ה פליג עליו וסובר דכיון שעדי היחוד אינם לפנינו ליכא למיחש לכלום. וא"כ איכא למימר דזה היה ג"כ טעמו של ר"ת שלא חשש שמא יבואו עדי הקדושין. אך לפי תירץ הב"ש הנ"ל וז"ל אמנם עכ"ז אחר דהוכחנו מדברי מהרא"י דיחוד דעלמא לא מיקרי רגלים לדבר גם היכא דאיכא רגלים לדבר האיסור הוא משום דשוי' אנפשה חד"א מהי תיתי לן להמציא פלוגתא בזה ולדייק מהמרדכי בהיפוך. טוב יותר לומר דהמרדכי לא מיירי מדין עיניה נתנה באחר אלא מעיקר הדין ונ"מ למאמין בדבריה עכ"ל ולפע"ד נראה דיותר טוב ליישב דברי המרדכי דהם סוברים כדעת הר"א דמשנה אחרונה לא התירה אלא באשת כהן ולא באשת ישראל וכן הוא דעת התוס' בכתובות כמו שביארתי לעיל:

(**יד**) **היוצא** מכל דברינו אלה הוא דדעת מהרש"ל שרוצה לאמר דלא התירה מ"א אלא באומרת טמאה אני לך ולא כשאומרת נטמאתי זהו כנגד כל דעת האחרונים וכנגד סתימת הרמב"ם והטוש"ע ואפילו אם אנו רואין מדבריה שבאתה להתיר עצמה נראה דדעתם דאמרינן אערומי קמערמת ואמרינן דעיניה נתנה באחר אף היכא שרואין אנו שרצתה להתיר עצמה כמו גבי עובדא דהרא"ש ששכרה עדים שקרים לכתוב גט וכל כה"ג לפי דעת תה"ד וכן מדברי הרמ"א וכן נראה דזה דעת הב"ש והח"מ דבכה"ג ג"כ אינה נאמנת דאמרינן הכל עשתה במרמה. רק לפי דברי המהרי"ט לפי שיטת הרא"ש דהטעם דמ"א הוא משום דרוב משקרות ולכן לא אמרינן בזה שוי' אנפשה חד"א א"כ בכה"ג שאין אנו יכולין לומר שעיניה נתנה באחר בודאי אסורה אך רק מטעם דשוי' אנפשה חד"א כמבואר בתשובת הרא"ש להדיא. א"כ גבי טומאה באונס גבי אשת כהן לפי שיטת הר"א שביארנו למעלה באריכות דהיא אינה מוזהרת ולא שייך גבה שוי' אנפשה חד"א אף באופן זה יש להתירה וכ"ש לפי שיטת האחרים שבר"ן דמן הדין אינה נאמנת לאסור עצמה במקום שמשועבדת לאחרים דודאי מותרת אף באשת ישראל וכן לפי שיטת התוס' והרשב"א בנדרים דעקרו חכמים האיסור שעליה ג"כ יש להתירה אף באופן זה:

כלל ב

נחזי לברר הא דאמרינן במ"א דאינה נאמנת עד שתביא ראי' לדבריה אם צריכה ראי' גמורה או לא:

(**א**) **הנה** מבואר בשו"ע א"ע (סי' קט"ו) הביא הב"ש בשם מהרש"ל דאם הודית שזינתה ויש ע"א המסייע לה מחוייב הבעל להוציאה ע"פ דין. ואפילו אם עד אחד מעיד שזינתה אם היא שותקת ג"כ אמרינן שתיקה כהודאה דמי ע"כ. אבל הב"י (בסי' קע"ח) כתב דאם ע"א מעיד שזינתה אף שהיא שותקת אין בעדותו כלום ונראה דדעת הב"י אף דבכ"מ שתיקה כהודאה דמי מ"מ הכא כיון דאפי' אם היתה אומרת בפירוש שזינתה ג"כ לא הי' מועיל לפי תקנת מ"א כ"ז שלא הביאה ראי' לדבריה. ובאמת כדעת הב"י מפורש להדיא בחידושי הרמב"ן על קדושין פ"ג (סה) שכתב וז"ל ולדידי לא מסתבר האי פירוקא דמשמעתין מוכח דאפילו אמר נמי אינו יודע מהימן ממאי מדאמרינן אשתו זינתה בע"א מהו ואמר אביי היא ורבא אמר אין דבר שבערוה פחות משנים ואי אמרת אביי לא אמר נאמן אלא משום שתיקתו של זה דהוה כמודה אף בדבר שבערוה ל"ל שנים הרי מודה לו שזינתה ושוי' אנפשה חד"א ואי רבא לא ס"ל שתיקה כה"ד אף בהנך נמי לא להימנה ומ"ל דבר שבערוה מ"ל דבר אחר. ועוד מההוא סמיא דהוי אזיל שליח בחדא

ארחא ואתא איהו בחדא ואמר אשתו זינתה ואמר אביי דמהימן והא הכא דשתיקתו לאו כהודאה היא שהרי העד עצמו מודה שבשעה שראה לא הי' שם הבעל שהרי בא בחדא ארחא ול"ל ששתיקתו כהודאה היא ואפ"ה מהימן כו' וא"ת שהיא שותקת לאו מלתא היא שאין שתיקתה כלום ואפילו אמרה נטמאתי כדתנן האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה כו' עכ"ל וכן כתב הרשב"א תשובה אלף רל"ז וז"ל ועוד דמסתבר לי דלא אמרינן אי מהימן לך אלא בשאינה מכחישתו אלא שותקת הא מכחישתו לא דע"א בהכחשה אפי' בעלמא לאו כלום הוא וכ"ש בדבר שבערוה כו' עכ"ל. הרי חזינן להדיא דהנך גדולי הראשונים ס"ל כהב"י:

(**ב**) **ועוד** נ"ל דדעת הרש"ל דפי' דהא דקאמר רבא ע"א אינו נאמן בדבר שבערוה איירי דוקא כשהיא מכחישתו א"א לקיים דעת זאת אלא לפי שיטת התוס' והרא"ש דס"ל דהטעם דאמר אביי ע"א נאמן הוא מטעם שתיקה כהודאה ואמר לו שהיא זינתה בפניך וכן מפרשים גבי האי סמיא א"כ איכא למימר אף שהיא מכחישתו מ"מ כיון דלפי דברי העד ידע הבעל מזה ואעפ"כ שתק הרי זה כהודאה ולכך ס"ל לאביי דע"א נאמן אבל לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן דס"ל דהטעם דאמר אביי ע"א נאמן הוא לאו מטעם שתיקה כהודאה כדעת ר"ת אלא אפי' אמר אינו יודע נמי מהימן וא"כ אי אמרינן דאיירי בשהיא מכחישתו והבעל נמי לא ידע מ"ט דאביי דסובר דע"א אפילו אינו נאמן כבי תרי מהימן לאוסרה על בעלה הא היא מכחישתו וע"א בהכחשה לאו כלום הוא ובאמת הרש"ל אזיל לשיטתי' בישי"ש שם שמפרש פי' הגמרא כשיטת התוס' והרא"ש אבל לפי מה שכתב הש"ך בי"ד (סי' קכ"ז ס"ק י"ו) שנ"ל עיקר מהש"ס פ' האומר כשיטת הנך פוסקים דס"ל דאפילו שותק מחמת שאינו יודע בבירור הדבר נמי מהימן וכתב שכן דעת הרמב"ם ותוס' רי"ד א"כ מוכח כדעת הב"י ודלא כמהרש"ל ז"ל:

(**ג**) **גם** נוכל לומר דהפוסקים הנ"ל דסוברים דאפי' ע"א מסייע לה נמי אינה נאמנת לאסור עצמה לבעלה. הוא משום דאזלי לשיטתם דלא ס"ל כלל האי דינא דכיון דיש רגלים לדבר היא נאמנת אלא לפי מ"א כ"ז שלא תביא ראיה לדבריה אינה נאמנת ורגלים לדבר אין זה ראיה וכן הוא דעת הרמב"ן להדיא בחידושיו ליבמות (כד) וז"ל וה"נ מוכחא מלתא בשילהי נדרים בההוא גברא דהוה מהרזיק בביתא הוא ואנתתי' כו' ואמר רבא איתתא שריא אם איתא דעבד איסורא אירכוסי הוה מירכס כו' ובתוס' מתרץ לה להא כגון שאמרה האשה טמאה אני דכיון דאיכא רגלים לדבר ראוי היה להאמינה אלא שמצאו לה התיר משום דלא מירכס. וזה אינו נכון כלל ואיני יודע בזה טענה מספקת לדברי הגאונים הללו אם הם מפרשים אותה לצאת י"ש דאי לאו משום דלא מירכס אסורה לו

לא שתצא בב"ד אלא לצאת י"ש כעין העוברת על דת משה כו' וכן הרשב"א והריטב"א והר"ן כולם מפרשים בהנך עובדי דנדרים דאי לאו משום הני טעמי היה ראוי בכיוצא בזה לכל בעל נפש לצאת י"ש הרי דעת הרמב"ן הוא בהדיא דרגלים לדבר לא מהני והרשב"א והריטב"א והר"ן כיון דמפרשים דקאי על בעל נפש לצאת י"ש אלמא דלא ס"ל כפי' התוס' וסוברים ג"כ כהרמב"ן דלא מהני רגלים לדבר ועיין בדברי הגר"א ז"ל (סי' י"א ס"ק י"ג) שכתב בשם הרשב"א והרמב"ן והר"ן דעובדא דשילהי נדרים מיירי במהימני' לה [ושם יש ט"ס דכתב שם וראית מהר"ם מהאי עובדא דסוף נדרים דהוצרך ר"נ לומר עיניה נתנה כו' וצ"ל דהוצרך רבא לומר אירכוסי הוה מירכס] ודברי הגר"א לכאורה הם תמוהים ונראה לבאר דבריו דגם לפירושם הני עובדי דשילהי נדרים מיירי ג"כ באומרת טמאה אני ורצה הבעל להאמינה מחמת הרגלים לדבר שמצא אותה מוסתרת עם הנואף וכיון דמאמין לה צריך להוציאה כדי לצאת י"ש ואמר לו רבא אל תשגיח אל הרגלים לדבר ואין להאמינה. ומצא לו טעם כדי להוציא מלב הבעל שלא יהא לבו נוקפו וחיזק אותו בזה שאם איתא דעבד איסורא אירכוסי הוה מירכס ולפי"ז ניחא שפיר הא דסמך הגמ' הני עובדי לעובדי דר"נ משום דכי היכא דר"נ חיזק את לב הבעל שלא להאמינה אע"ג שנראין דבריה שהם אמת משום דאמרה לפי תומה. כן גם רבא חיזק את לב הבעל שלא להאמינה אף שיש רגלים לדבר:

ועניין ביאורי הגר"א (סי' קט"ו ס"ק כ"ה). ואף שלפע"ד צ"ע מנין להגר"א לומר שהראשונים מפרשים כן. כי באמת אין שום הכרח בדבריהם שמפרשים כן. מ"מ הפי' של הגר"א הוא דבר נאה ומתקבל דאלת"ה קשה למה מביא הגמרא הני עובדא דרבא על המתני' דהאומרת טמאה אני לך. נמצא דהני ראשונים הרמב"ן והרשב"א והריטב"א כולם אינם סוברים האי כללא דרגלים לדבר מהימנא. וכ"כ הגאון ר"י בספרו ב"א וז"ל ובאמת הך דינא דרגלים לדבר נאמנת אין לו שורש רק מהנך עובדי דסוף נדרים דאמרו אלו עבדי איסורא הוה מירכס או היה ניחא לו דליכול דהוכיחו דע"כ מיירי באמרה טמאה אני דאי לאו הכי אין אשה נאסרת על בעלה אלא ע"י עדים ואפ"ה לולי הנך טעמים להתירה הוה אסורה ש"מ דבמקום רגלים לדבר אסורה ובאמת הרשב"א והר"ן כתבו דהנך עובדי מיירי בלא הודאתה רק דלולי הנך סברות היה ראוי לבעל נפש לחוש לעצמו וא"כ אין כאן ראי' דברגלים לדבר נאמנת עכ"ל:

(ד) **והגאון** בעל ח"צ כתב בתשובתו (סי' ק"נ) וז"ל עוד ראיתי שכתב כת"ר וז"ל ואף דלדברי הר"ן שם דלא מן הדין היה צריך לטעמים כלל כי מותרת היא אף בלי שום טעמים אך שראוי לכל י"ש כו' ולפי זה גבי ע"א עם הודאתה אף אם הוא כמו רג"ל

אין צריך לו טעמים להתירה דשם היו רגלים לדבר ומותרת עפ"י דין בלי שום טעמים. אך מאן יימא לך לסמוך על דעת הר"ן בזה להקל כ"כ עכ"ל כת"ר. עירוב פרשיות יש כאן ובין גברא לגברא איחלף לך דמאן דמתני הא לא מתני הא דלהתוס' דפתרי להה"א דנדרים בשהיא אומרת טמאה אני מיירי רבא לענין דינא. ולהר"ן דמוקי לה בבא לצאת י"ש לא מוקי לה באומרת טמאה אני וזה ברור אבל באומרת טמאה אני ורגלים גמורים לדבר כגון אי לא ערק נואף אלא הוה מיטער לא מצאנו מי שיחלוק על התוס' והרא"ש ז"ל בפירוש להקל באופן שהלכה למעשה אשה זאת אסורה לבעלה עכ"ל והנה מ"ש לא מצאנו מי שיחלוק על התוס' והרא"ש בפירוש להקל הלא ברגלים לדבר מחמת שע"א מסייע כבר הבאתי לעיל דמבואר להדיא בדברי הרמב"ן על קדושין שהיא מותרת לפי מ"א עד שתביא ראי' לדבריה וכן לענין רגלים לדבר בכה"ג דסוף נדרים לא הסכים ג"כ לדברי התוס' וכתב ביבמות שזה אינו נכון כלל. גם בתשובת הרשב"א שהבאתי לעיל פי' דהגמרא מיירי שהיא אינה מכחישתו דאל"כ ע"א בהכחשה לאו כלום הוא אלא מיירי שהיא שותקת ואעפ"כ ס"ל דמותרת. וכן הוכחתי לעיל דשיטת הרמב"ם והרמב"ן והתוס' רי"ד והרשב"א והריטב"א והר"ן כולם ע"כ מפרשים הגמרא דהיא אינה מכחשת העד. דאל"כ אמאי ס"ל לאביי דאסורה בע"א וקיי"ל בכ"מ שתיקה כהודאה דמי כמו שכתבו בהדיא הראשונים הנ"ל ודלא כהתוס' קדושין (סו.) ד"ה רבא. ואף בדבר שבערוה כתבו דאין לחלק ואעפי"כ סוברים דמותרת. הרי דיש חולקים טובא על התוס' והרא"ש ולפי"ז אפשר לפרש פי' הר"ן כמו שמפרש החכם השואל להח"צ. וכן דעת הגר"א לפרש כן כמו שהבאתי לעיל. שוב מצאתי להגאון בעל המקנה שהקשה ג"כ על המהרש"ל לסברת הראשונים הללו ודחק לחלק ולומר דהראשונים הללו סוברים דשתיקה לאו כהודאה דמי יעו"ש. ולפי דעתי דבריו תמוהים דהא בהראשונים הללו מבואר להדיא דסוברים דשתיקה כהודאה דמי ומה שקשה לו דאם הודית בפירוש וע"א מסייע לה אין שום סברא להתירה כיון שיש רגלים לדבר גרם לו זה מחמת שלא הי' לפניו חידושי הרמב"ן על קדושין שעדיין לא יצא לאור הדפוס דמבואר שם בהדיא שאפי' הודית בפירוש ג"כ מותרת ולו הי' לפניהם דברי הרמב"ן ידעתי שלא היו מחמירים בדבר זה. כי באמת רוב הראשונים עומדים בשיטת הרמב"ן כל זה נ"ל ברור:

(ה) **אח"כ** מצאתי להגאון בעל משיבת נפש דהשיג על הא דפשיטא למהרש"ל באומרת טמאה אני לך ואיכא ע"א לא אמרינן עיניה נתנה באחר וכתב ע"ז תמוה בעיני דמשנה שלימה שנינו האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה וסתם ראי' בעדים משמע כמו בכל דוכתי המוציא מחבירו עליו הראי' והיינו עדות גמורה וכן משמע מפשט לשון

המשנה דקאמר האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה ול"ל למימר הכי לא הוה לי' למימר רק אינה נאמנת אלא קמ"ל דאפילו מביאה עדות רק שאינו מספקת לא מהני רק ראי' גמורה כמו בכל דוכתי דהיינו בעדים כשרים עכ"ל. והנה ראי' זו של הגאון הנ"ל מדתני במתני' עד שתביא ראי' וסתם ראיה בעדים משמע אין זה הוכחה גמורה כנגד דעת הרש"ל דא"כ תקשי לאביי דס"ל דגם ע"א נאמן אפי' בדבר שבערוה אם אין מכחישין אותו אמאי צריך כאן ראי' גמורה בשני עדים הלא די לנו בע"א כיון שהבעל והאשה אינם מכחישין אותו בשלמא לפי שיטת ר"ת והר"י דס"ל דהטעם דאביי מהימן לע"א הוא מטעם שתיקה כהודאה דמי אבל אם אמר לו איני מאמינך לא מהימן לאוסרה עליו ניחא די"ל דהא דהוצרך משנתינו ראיה בשני עדים הוא משום דהא העד אינו מעיד שבפניו זינתה וא"כ לא הוה שתיקת הבעל כהודאה כיון דאינו צריך הבעל לידע מזה וא"כ יכול לומר איני מאמינך אבל לפי שיטת הראשונים דס"ל דלאביי אינו יכול לומר איני מאמינך כיון שהבעל אינו יודע אם אמר אמת. וגם היא אינה מכחישתו הרי הוא כשני עדים. וא"כ קשה אמאי צריכה משנתינו ראי' בשני עדים אע"כ דהאי עד שתביא ראיה אפשר לפרשו דלאו ראיה גמורה הוא:

(ו) **אבל** אחר העיון נ"ל דדברי הגאון נכונים דאיכא למימר דגם לאביי הא דמהני ע"א הוא דוקא אם העד בא ומעיד אשתך זינתה והיא שותקת או אפילו הודית דאז מהני עדותו לאוסרה דליכא כאן חששא דעיניה נתנה באחר כיון דהיא לא התחילה לאמר כלום מזה. והודאתה הי' מחמת העד וס"ל לאביי דבזה לא הי' תקנת מ"א וקם לה אדינא דע"א נאמן ורבא ס"ל כיון דע"א אינו נאמן מה"ד וצריכין לאוסרה משום שתיקתה שהיא כהודאה. או משום שהודית עצמה. א"כ גם בזה יש תקנת מ"א ואינה נאמנת אבל כשהיא באה והתחילה לומר שאסורה לבעלה ואח"כ העיד ע"א לסייע לדבריה כיון דאיכא חששא דעיניה נתנה באחר והיא בקשה העד להעיד כדבריה בזה גם אביי מודה שע"ז אמרה מ"א שאינה נאמנת עד שתביא ראיה גמורה לדבריה וע"א אינו נאמן וע"כ צ"ל לפי"ז דהא דלאביי נאמן ע"א בדבר שבערוה הוא רק מדרבנן וכן הוא דעת הרשב"א בחידושיו שם וע"כ לא הימנוה בזה רבנן בע"א דהם אמרו והם אמרו ואפילו לפי תירוץ הא' של הרשב"א שם דסובר דלאביי הא דע"א נאמן בדבר שבערוה הוא מדאורייתא אם אין מכחישין אותו ג"כ י"ל דאזיל לשיטתיה דהטעם דמשנה אחרונה הוא משום שעקרו חכמים איסורה דאורייתא משום גדר וא"כ איכא למימר דזה ג"כ אמרו חכמים דבכה"ג שהיא התחילה לאמר טמאה אני אינה נאמנת עד שתביא ראיה וע"א לא מהני בזה:

(ז) **ועוד** האריך הגאון הנ"ל להביא ראיות ברורות מדברי הרמב"ם. וכ' שם שלפי דברי הר"ן דנדרים ודאי דא"א לומר שע"א יהי' נאמן לסייע לה ולהפקיע שעבודה מבעלה וזה הוא כמו שכתבתי למעלה אך הגאון הנ"ל ס"ל דרגלים לדבר עדיפא מע"א דסובר דאין שום חולק על הך דינא דרגלים לדבר מהני. אך כבר ביארתי דגם ברגלים לדבר יש חולקים טובא ולא ס"ל כהתוס' והרא"ש דסוברים דמהני רגלים לדבר. ועוד אפשר לומר לפי מה שהבאתי לעיל דדעת התה"ד דהטעם דרגלים לדבר מהימנא לא משום דחשבינן לי' כודאי אלא משום טעם דשוי' לנפשם חד"א וכן הבאתי לעיל בשם הגאון רעק"א ולפי"ז הוא דוקא לפי שיטת התוס' והרא"ש דס"ל הטעם דמ"א דלא אמרינן שויתה לנפשה חד"א הוא מטעם דרוב משקרות ואמרינן דהיא נמי משקרת כיון דאין דרכה לפרסם בכיוצא בזה וא"כ כיון שיש רגלים לדבר לא אמרינן דמשקרת וקם עליה האיסור דשויתה אנפשה אבל לפי שיטת הרשב"א דסובר דהטעם דמ"א הוא משום שעקרו חכמים האיסור שבה משום גדר וכן לפי שיטת הר"ן דסובר דהטעם הוא משום דאין אשה נאמנת לאסור עצמה במקום שחב לבעלה א"כ אין עלה חד"א לפי מ"א ולכך סוברים דאפילו רגלים לדבר לא מהני למ"א ומאד נפלאתי מה דנהיגן עלמא דאם אחד הודה שזינה עם אשה והאשה ג"כ הודית דכופין את הבעל לגרשה. דלפע"ד אני חושש בזה שלא יהי' גט מעושה שלא כדין בפרט בהודאת הבועל שהחמיר התה"ד בודאי הא יש להקל ע"פ דין כמו שאבאר לקמן. ע"כ לפ"ד אין לכופו:

(ח) **ומאחר** שנתבאר הני שני כללים יתבאר לנו שיש למצוא היתר להאשה העלובה הזו דהא מה שחזינן שאף שאינה רוצה לקבל גט מ"מ אומרת נטמאתי אפ"ה לא יצאה אשה זו מכלל תקנת מ"א כמ"ש באריכות בכלל א' וכיון דיש בזה תקנת מ"א א"כ אינה אסורה לבעלה מה"ד. רק אם הוא מאמין לדבריה שהוטמאה מחויב להוציא' אבל הכא שאינו מאמין לה שהוטמאה מאיזה טעם שיהי' וכיון שאין לבו נוקפו שהוטמאה אינו מחויב להוציאה וגם אין לחוש בנ"ד מצד הרגלים לדבר שנמצא בה. והוא בעת שתפסו אותו בלילה השני' וצעקו עליו מה זאת עשית להרוג אשה עם חמשה בנים והשיב בזה הלשון איך בין אריבער גיפאלין כי לא יכולתי לעמוד על יצרי ונראה בזה שהודה שבא עליה וא"כ הוה ע"א מסייע לה א"כ לכאורה לפי מה שהביא הב"ש בשם המהרש"ל דאם הודית שזינתה ויש ע"א המסייע לה חייב הבעל להוציאה ע"פ דין. אבל לפי מה שביארתי בכלל ב' שאפילו עד כשר העיד שזינתה והיא שותקת או הודית לדבריו לפי דברי הרבה ראשונים מוכרחין אנו לומר דלפי מ"א אינה נאמנת וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ן בחידושיו לקדושין. והתה"ד בתשובה בכ"ב שכתב דאם החשוד הודה שזינה

עמה וגם יש ע"א שהיא הודית בפניו מצטרפין זה עם זה לאוסרה. דמאן לימא לן דאפי' בכה"ג אמרינן דעיניה נתנה באחר לפ"ד ברור דאי הוה ראה דברי הרמב"ן דכתב להדיא דאפי' בכה"ג אינה נאמנת לא היה אומר כן דגם עתה לא כתב אלא כמסתפק ומחמת שלא מצא מי שמיקל בזה. כתב דמאן לימא לן להקל אף בכה"ג. וא"כ בנ"ד לדברי הראשונים הנ"ל ודאי דמותרת האשה הזאת לבעלה בלי שום פקפוק כיון דאינו מאמינה שהוטמאה. דדינא כמו אשה דעלמא שהעידה ואם אינו מאמין לה אינו מחויב להוציאה אף לצאת י"ש:

(ט) **ועוד** נ"ל דאפילו לדעת הסוברים דע"א מהני לסייע להודאתה ג"כ אפשר לצדד בנ"ד להתירא חדא דאיכא למימר דדוקא היכא דהעד העיד קודם שזינתה ואח"כ הודית האשה לדבריו ובזה לא איירי המשנה אחרונה ולא אמרו בזה תביא ראי' לדבריה כיון דהעד בא תחילה והיא הודית לדבריו ולא שייך בזה כ"כ שמא עיניה נתנה באחר אבל היכא דהיא אמרה תחילה נטמאתי ע"ז הי' תקנת מ"א דכ"ז שלא תביא ראי' גמורה לדבריה אינה נאמנת ובזה יתישב מה שתמה הגאון בעל משיבת נפש על האחרונים דמחמירין בע"א שהעיד שזינתה והאשה הודית. ממ"א דקאמר' דוקא תביא ראי' לדבריה משמע דוקא ראי' בשני עדים דשאני התם דהיא אמרה תחילה טמאה אני לך ע"כ אינה נאמנת עד שתביא ראי' גמורה וא"כ בנ"ד שהיא אמרה תחילה לבעלה נטמאתי ואח"כ תפסו החשוד והודה לא יצא נידון זה מתקנת מ"א דאמרו דכ"ז שלא תביא ראי' לדבריה אינה נאמנת ועוד דהא דמחמיר התה"ד הוא דוקא היכא דההחשוד הודה שזינה עמה ואמר בפירוש דבר זה א"כ איכא למימר פלגינן דיבורו כמו שכתב הנו"ב דלכך מצטרפין הודאת הנחשד משום דאיכא למימר פלגינן דיבורו אבל בנ"ד שהנחשד לא אמר כלום בפירוש שזינה עמה אלא מה שנראה מתוך תשובתו שהשיב על דברי הצועקים עליו למה הרגת את האשה עם בניה והוא השיב להם איך בין אריבער גיפאלין ולא יכולתי לעמוד על יצרי וא"כ לא שייך כלל פלגינן דיבורו כיון שלא אמר בפירש שזינה עמה ובפרט לפי דברי הרשב"א בתשו' סי' אלף רל"ז דמחלק בין אם אומר אשתך זינתה עמי אז אמרינן פלגינן דיבורו אבל אם אמר אני זניתי עם אשתך אז לא אמרינן פלגינן דיבורו א"כ גוף הדין של תה"ד תמוה האיך מצטרפין הודאת הנחשד להודאתה. אך הנוב"י במה"ק (סי' ע"ב) רוצה לומר דלענין לאסור אשה לבעלה אין לחלק וא"כ יש לישב דברי תה"ד. אבל לפי מה שנראה שם מהגאון בעל דברי אמת שלא הודה לו על החילוק הזה א"כ צ"ע הרבה בזה ועוד הקשה קושיא גדולה על התה"ד הגאון בעל הפלאה בספרו נתיבות לשבת דהאיך אפשר לצרף הודאת הנחשד להודאתה מטעם פלגינן דיבורו הא

כל מה שאנו רוצין לאסור בזה ע"פ ע"א הוא רק מטעם רגלים לדבר וכיון דאנן אינם יכולין להאמינו על עצמו מטעם שאין אדם משים עצמו רשע אלא שאנן אמרינן פלגינן דיבורו והוה כאלו העיד שזינתה עם אחר והא על אחר ליכא רגלים לדבר ואיך אנו יכולין להאמינו והיא קושיא גדולה ומאחר שגוף הדין של תה"ד הוא מפוקפק מאד אף לפי דברי המחמירים ברגלים לדבר א"כ בנ"ד שלא היה הודאת הנחשד בפירוש ודאי שיש להקל ואין לנו לחוש להודאת הנחשד וכ"ש שהכא בנ"ד יכולין לומר שהנחשד גופא סבר כמו הבעל שלה דבנשיקה בעלמא נאסרת או דרך אברים וכיון שלא דרשו וחקרו אותו האיך אנו יכולין לומר דהוה כמו עד להצטרף להודאתה אפי' לשיטת המחמירים וא"כ בודאי בדברי הנחשד אין ממש ונשאר הודאתה לבד וכיון שאינו מאמינה שהוטמאה ודאי דמותרת:

(י) **וגם** אין לחוש בנ"ד לפי דעת המחמירים ברגלים לדבר כיון שזה מאמין לה הבעל שהיה עמה במטה ושכב עליה כדרך המנאפין וא"כ הוה רגלים לדבר שמה שאמר שנטמאה הוא אמת אבל לפ"ד ז"א כיון שביארנו שדינה לפי מ"א כע"א דעלמא וזה נ"ל ברור אפי' לדעת המחמירים ברגל"ד הוא דוקא היכא שיש עדים על הרגל"ד או שהבעל עצמו ראה הרל"ד. אבל היכא שהעד מעיד על הרל"ד אף שהבעל מאמין לו מ"מ לא מהני זה להצטרף להודאתה אף לפי דעת המחמירים א"כ הוא הדין נמי היכא שהיא אומרת גם על הרל"ד ומאמינה מ"מ מחמת זה לא מהני להצטרף להודאתה כיון שאינו מאמינה על גוף הודאתה ואף שמתה"ד הנ"ל משמע קצת דלא כדברי דעיקר המעשה של תה"ד הי' מה שבע"ה העיד שראה אותם מתיחדים בלילה במקום אופל והנחשד הודה ג"כ לפניו גם היא הודית וכתב ע"ז התה"ד אף שהוא מאמין לדברי העד מ"מ מותרת כיון דאף שיש רגלים לדבר אינה אסורה אלא משום דשוי' אנפשה חד"א וכיון שהיא מכחישו שלא הודית לפניו מותרת א"כ משמע מזה דאם היא היתה מודית לפנינו היתה אסורה משום רל"ד אע"פ שאין ע"ז רק ע"א דמאמין לו. אך יש לדחות זאת דהביא שם התה"ד שהי' שם גם נער אחד עם הבעה"ב בעת שקרא את המשרת מחדר המשרתת ולפי"ז איכא למימר דגם הנער העיד בפני ב"ד על היחוד אף שלא הוזכר שם בפירוש שהעיד. מ"מ מדהביא התה"ד שהיה שם נער מוכרח לומר שזה היה כונתו להורות שהיו שני עדים על היחוד וא"כ הוה רגלים לדבר בשני עדים ולפע"ד נראה דאדרבה מוכרח מתה"ד שסובר כמש"כ שצריכין שני עדים על הרל"ד ואינו מועיל לזה ע"א דמאמין לו דהא מפלפל שם בדין דרל"ד כמו הני עובדי דנדרים אף לפי סברת הגמרא דאם איתא דעביד איסורא אירכוסי הוה מירכס אי מיקרי רגלים לדבר וכתב דפליגי בזה תוס' דכתובות ותוס' דיבמות ומסיים

שם והשתא נראה דאפילו לפי התוס' בפרק אע"פ המחמירין טובא ואפי' אי הוה התוס' דיבמות וכל הגאונים סברי כוותייהו אפ"ה נ"ד שריא כיון שמכחשת להבעה"ב שהעיד שהיא הודית לפניו ומשמע שם מדבריו דסובר דאי הוה צריכין שיהי' הרל"ד מעליא לא הוה צריכין לומר הסברא כיון דהיא מכחשת העד. משום דלא הוה שם רל"ד רק של היחוד ואין כ"כ רגלים לדבר דעובדי דנדרים ביחוד דנואף שאני והא התה"ד כתב דאם הודה הנחשד לפנינו מצטרף עם הבעה"ב לאוסרה אלמא דסובר דהודאת הנחשד הוא רל"ד טובא. ולפי"ז מה היה לתה"ד לפילפולו הא על הודאת הנחשד העיד בעה"ב שהודה לפניו. והבעל האמין לדברי בעה"ב כמו שמובא שם. וא"כ הלא יש כאן רל"ד טובא מחמת הודאת הנחשד אע"כ דסובר התה"ד דכיון דעל הודאת הנחשד לא היה רק הבעה"ב ורל"ד עפ"י ע"א אעפ"י שמאמין לו לא מהני ולכך הוכרח לפלפל ולבאר דהתוס' דכתובות סובר דרל"ד דיחוד מהני ועל היחוד היה ב' עדים כמ"ש:

(**יא**) **ועוד** דאפילו אי אמרינן דיש כאן רל"ד מ"מ יש לצדד בהתירא לפי מה שכתבתי לעיל דדעת התה"ד היא הא דר"ל מהני הוא משום דכיון דיש רל"ד מהימנה לשויה אנפשה חד"א וא"כ זה דוקא באשת ישראל דעל איסור טומאה איהי מוזהרת כמו הוא כמו שביארתי למעלה דלא כתשובת הר המור] אבל באשת כהן כבר ביארנו למעלה בג' אופנים דשיטת הר"א דהיא אינה מוזהרת היא שיטה נכונה. וגם התוס' והרא"ש דיבמות דלא הקשו על המשנה דאומרת טמאה אני לך הא שויה אנפשה חד"א ע"כ צ"ל דמתרצין המשנה גבי אשת כהן כהר"א ז"ל. וכן כתב הגאון בעל נו"ב והגאון ה"ר ב"פ. וא"כ גבי אשת כהן לא מהני רל"ד לאוסרה כמו שביארתי למעלה באריכות וכעת מצאתי שהגאון בעל עצי ארזים (סי' ו' ס"ק כ"ג) כתב וז"ל ויש להסתפק אי שייך דין זה גם באשת כהן שאומרת נאנסה ויש רגלים לדבריה אי אסורה לבעלה אי לא דע"פ הסברא נראה שלא החמירו חכמים מאותו הטעם דרל"ד אלא משום דאיכא נמי הך טעמא שלא היתה משקרת להפסיד כתובה ואע"ג דהך טעמא לחוד לא מהני מ"מ בצירוף שני הטעמים יחד האמינוה חכמים אבל באשת כהן שאמרה נאנסה שאינה מפסדת כתובתה ע"פ דיבורה י"ל משום טעמא דרל"ד לחודא לא הפקיעו חכמים דין דאורייתא דלדברי הר"ן הנ"ל מדאורייתא אינה נאמנת שאין כח בידה להפקיע עצמה מבעלה עי"ש שהביא ראי' וסתר אותם. אך ממ"ש הרמ"א דין זה דרל"ד לקמן בסי' קט"ו באומרת שזינתה ברצון ולא כתבו בסימן זה נראה כמ"ש דבאשת כהן שאמרה שנאנסה לא שייך דין זה וכן יש להוכיח קצת מתשוב' שבסוף ספר מיימוני כו' ומסיים שם מ"מ למעשה צריך להתישב בדין זה יעוי"ש. והנה הגאון הנ"ל ג"כ דעתו נוטה דבאשת כהן לא מהני רל"ד אך לא

מטעמי. א"כ בנ"ד שהרל"ד אין ברור כ"כ כמו שביארנו למעלה ודאי דבאשת כהן יש לסמוך ולהקל:

(**יב**) **הכלל** מה שנראה לפע"ד שכמעט לפי כל שיטות הראשונים מותרת האשה הזאת לבעלה רק לפי דברי הגהות מרדכי בפ"ב דיבמות סי' תשל"ב דכתב שם בשם הסמ"ג וז"ל גרסינן בירושלמי האומרת טמאה אני לך אם נתנה אמתלא נאמנת וא"ל נתנה אמתלא אינה נאמנת כו' עכ"ל. ולפי זה נראה כל היכא שנותנת אמתלא לדבריה למה אומרת כן וב"ד רואין שדבריה אמת מחויב הבעל להאמין לה א"כ בודאי יש להחמיר בנ"ד אבל מ"מ נראה דאין לנו לחוש לדעת יחידאי להחמיר על אשה זאת כיון דכל הפוסקים לא הביאו הירושלמי זה ונראה דלא גרסי בירושלמי זאת. וכ"כ הגר"א (סי' קט"ו) וז"ל אבל בסמ"ג ובירושלמי שלנו סוף נדרים ליתא אלא דר' אילא לבד. ועוד כתב סמ"ג והגהמ"ר שם בשמו שאם היה מאמינה חייב להוציאה דלא כהרמב"ם ושו"ע עכ"ל וביאור דברי הגר"א הוא כך דבדברי הגהמ"ר נראה דסובר כל היכא שאין הבעל אומר שחושדה שעיניה נתנה באחר אין בזה תקנת מ"א א"כ נאמנת היא לשוי' אנפשה חד"א וכיון דשויתה לנפשה חד"א א"כ מחוייב בעלה להוציאה עפ"י דין ואסור לדור עמה דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו וא"כ גם ב"ד כופין אותו שמחויב להוציאה אמנם ברמב"ם ובשו"ע כתב וז"ל ואם היה מאמינה ודעתו סומכת על דבריה ה"ז חייב להוציאה אבל אין כופין אותו להוציאה עכ"ל אלמא דס"ל להרמב"ם והשו"ע דאף במקום שאינו חושדה שעיניה נתנה באחר מ"מ לפי מ"א לא עדיפא היא מכל ע"א דעלמא דרק אם מאמין לדבריו מחויב להוציאה לצאת י"ש אבל היא אינה נאמנת לשוי' אנפשה חד"א ע"פ דין לכך אין ב"ד כופין אותו להוציאה והרמב"ם (בפ' י"ח מהא"ב ה"ח) הביא דין זה דאם הוא מאמינה והוא מאמין לדברי העד ביחד וז"ל אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ובא עלי אחד או שבא ע"א והעיד לו עליה שזינתה בין באונס בין ברצון ה"ז אינה אסורה עליו שמא עיניה נתנה באחר ואם היא נאמנת לו או העד נאמן לו וסמך דעתו לדבריהם ה"ז יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל ונראה מזה דדעת הרמב"ם והשו"ע הוא כשיטת הר"ן בשם אחרים והרי"ד שאינה נאמנת לשוי' אנפשה חד"א במקום שהיא משועבדת לבעלה ולכך אינו מחויב להוציאה עפ"ד ונראה דאף לדעת הרשב"א שביארנו למעלה דהטעם דמ"א דאינה יכולה לשויה אנפשה חד"א הוא משום דחששו חכמים שלא תהא מפקיע עצמה מיד בעלה בטענה זו ע"כ עקרו חכמים האיסור ממנה. וחכמים יכולין לעשות זאת כיון דזהו משום גדר נמי הדין דאף דהיכא דמאמינה לאמר שאינה חושדה שעינה נתנה באחר מ"מ כיון דעקרו חכמים האיסור אינו מחויב להוציאה רק לצאת י"ש כהודאת

ע"א דעלמא. אמנם הגה"מ נראה דס"ל כשיטת התוס' והרא"ש דיבמות שבארנו למעלה שסמכו החכמים ע"ז שראו שרוב נשים משקרות בענין זה ואינן עשויות לפרסם עצמן בענין זה אלא שעיניה נתנה באחר לכך נראה להתירן. ולפיכך סובר הגה"מ דאם הבעל אומר שמאמינה ואינה חושדה שעיניה נתנה באחר אסורה מה"ד כיון דשוי' אנפשה חד"א א"כ אסורה עליו מה"ד וכופין אותו להוציאה א"כ לפי שיטה זו יש להחמיר בנ"ד. אבל באמת אין לנו להחמיר כנגד הרמב"ם וסתימת השו"ע. ועוד דהא ביארתי למעלה דגם התוס' והרא"ש ביבמות מודים באשת כהן כשיטת הר"א דהיא אינה מוזהרת ולכך לא מצית משוי' אנפשה חד"א וכבר ביארתי למעלה בג' אופנים בשיטת הר"א דהיא שיטה נכונה ולפי מה שאבאר במק"א נ"ל דרוב גדולי הפוסקים ס"ל דבאונס לא מיקרי זונה. א"כ אינה נאסרת אלא משום לאו דהוטמאה. והוטמאה באשת כהן באונס שפיר נוכל לומר שהיא אינה מוזהרת כיון שהוא לאו שאינו שוה בכל והא דלא ילפינן מלא יקחו כבר ביארתי לעיל דלפי הגירסא בתמורה דגרסינן ה"מ עונש דשוה בין ביחיד בין בציבור כו':

א"כ הוה לאו דלא יקחו ולאו דתמורה ב' כתובים הבאין כאחד ואין מלמדין וכיון דאינה מוזהרת לא מצי שוי' אנפשה חד"א:

(**יג**) **ולפי** מה שביארנו ויצא לנו דאף אם היה מאמין לכל דבריה אינו מחויב להוציאה רק לצאת י"ש ולצאת ידי ספק כמו שכתב הרמב"ם א"כ בנ"ד אף שאומר שאינו חושדה שעיניה נתנה באחר מ"מ אינו מאמין לה שהוטמאה מפני הטעמים שאמר ואין לבו נוקפו ע"ז א"כ אינו מחויב להוציאה אף לצאת י"ש ויש להביא ראי' לזה מדברי הרמב"ם והטוש"ע שכתבו ואם הוא מאמינה וסומך על דבריה שלכאורה האי וסומך על דבריה הוא שפת יתר. וכן מדייק מהרי"ק בשורש פ"ב גבי ע"א שכתב הרמב"ם ג"כ כלשון הזה. ופי' שם דברי הרמב"ם דמאמין לחוד לא מהני יעו"ש וכן נ"ל כאן ג"כ דאשמעינן דלא תימא כיון שאינו חושדה שעיניה נתנה באחר מהימנא ומחויב להוציאה ע"ז אמרו שבעינן דוקא שדעתו סומכת על דבריה שכל מה שהיא אומרת הוא אמת. אבל מאמין שלא נתנה עיניה באחר לחוד לא מהני וזה ברור ואפילו אי נימא שיש מחמירים בזה אבל בעובדא דידן שגם היא אינה יודעת שנטמאה רק מחמת שמאמנת לבעלה שאמר שלא היה אצלה בלילה ההוא והא כבר תירצתי לעיל דברי הר"ן דכל היכא דאוסרת עצמה לבעלה מחמת שמאמינה לבעלה הוא רק מדרבנן אבל מדאורייי' אין דבר שבערוה פחות משנים או שיודעים בעצמן וכן מבואר להדיא בתשובת רמב"ן דהא דאמר שמואל לסמיא אי מהימנא לך כבי תרי זיל אפקה הוא רק מדרבנן וא"כ כל האיסור שיש לחוש

בנ"ד הוא מחמתה ואיסור דרבנן הוא ובדרבנן שומעין לדברי המקילים ולפ"ד רוב גדולי הראשונים וגדולי האחרונים מקילין בזה להדיא. ועיקר בזה סמכתי על דעת הרשב"א דהיקל בזה הרבה ואמר שגדרו חכמים בזה לתקנות הפרוצות ועמדו וגדרו והתנו שאפי' תהי' כדבריה מותרת ובפרט בנ"ד שאומרת שנאנסה מכשרים שנוכל לומר כמו שכתבו הרשב"א והר"ן שעקרו חכמים הקדושין כדי להתירה לבעלה וכבר העיד לנו הגאון מהרח"ש בקונ' בשם הגאון ר"י טייצק רבו של מהרשד"ם ששקולים דברי הרשב"א נגד כל דברי הראשונים ואחר כי בעזר ד' יצא הדבר להתיר אף ליתר השיטות לכן יש לנו להקל שתשאר האשה הנ"ל תחת בעלה ולא להפרידם באופן אם יסכימו עמדי גאוני הדור וחכמי הזמן בהיתר זה אשר הצעתי לפניהם וה' ישפות שלום לעמבנ"י להסיר לבב הערל מקרב עמו ולגדור גדר בעדם שלא ישמע עוד שוד ושבר בקרב עדתו ויאיר עינינו בתורתו כל הימים כ"ד הבא עה"ח יום ב' לסדר ואסריה אשר אסרה על נפשה לא יקום נאום יו"ט ליפמן במה"ר יהודא זאב הכהן זללה"ה הופ"ק חסלאוויטש:

(יד) **והנה** שלחתי התשובה הזאת לגאוני הדור אך בכמה ענינים קצרתי שמה והסכים עמדי בהתירא דהך איתתא הגאון ר' יצחק אלחנן אב"ד דק"ק קאוונא אך סיים בתשובתו שעכ"ז קשה להקל כ"ז שלא חקרו היטיב את הנחשד דאולי יאמר שבא עליה ביאה כדי לאוסרה ע"כ ת"ד. ונפלאתי ע"ז אחר שבעיקר הדין הסכים להתירא למה לנו לחקור את הנחשד. וכן כתב הגאון בעל הפלאה בתשובתו גבעת פנחס סי' י"ט וז"ל ונראה דאין צריך לחקור אחר זה וגם החקירה הראשונה הי' ללא צורך דגדולה מזו אמרו בכתובות (כג.) עדים בצד אסתן ותאסר ולא מיבעי לפי מה שכתב ר"ח שם בשם רש"י דאפילו באיסור לאו אין חוששין לאסור בשביל הקול שיש עדים כו' אלא אפי' לפי מה שכתבו שם דדוקא באיסור שבויה הקילו היינו דוקא ביצא הקול שיש עדים גמורים וכשרים משא"כ הכא בנ"ד דאין כאן עדים גמורים אלא דאם יש ע"א נאמנת מאן לימא לן דבשביל זה תאסור מיד ולהצריך להביא העד לפני ב"ד כדי להאמינה כו' ועוד דאפי' אם הי' מעיד הנער בב"ד בדבריו האחרונים איכא כמה ספקות אם תאסר על פיו חדא כיון דצריכין לומר פלגינן דיבורו מאן לימא לן דהוה רגלים לדבר להאמינו כמש"כ בספרי בקו"א כו' יעו"ש מה שהאריך הגאון ובפרט בנ"ד קשה לחקור אצל הנחשד כי נמסר לאנשי חיל אחר כך ואולי יאמר בכיון שבא עליה ביאה גמורה כדי לאוסרה על בעלה מחמת שנאה וכעס שיש לו עליהם. ע"כ נלפע"ד דא"צ לחקור את הנחשד. מ"מ לא רציתי להתיר אותה ואח"כ בא האיש אלי לדרוש סוף וקץ לענינו ואמר לי שחקר אצל אשתו ואמרה שאינה יודעת כלל אפילו אם היה נשיקת אבר כי תיכף ומיד הקיצה משנתה ונשמט

ממנה והלך לו ממטתה וקראתי את האשה וחקרתי עוד הפעם וחיזקה דבריה שאינה יודעת משום ביאה וגם מאמתת דבריה מאוד שרצתה לשבע שבוע' גמורה שאינה זוכרת כלל לביאה ממנו ושאלתי ממנה הלא מקודם אמרת לי שזכרת שסוף הביאה הי' כבעל באשתו והשיבה לי שאינה זוכרת כלל מה שהשיבה אז ואם אפשר שהשבתי כן הוא כי מחמת בלבול דעתי לא הבנתי אז מה ששאלו ממני. וישבתי ב"ד ע"ז ואיימו עליה וקבלה ע"ע חרם חמור שאינה יודעת כלל משום ביאה ואפילו כדרך המנאפין לא שכב עליה וגם חקרתי אצל הרב השואל שהוא היה בחקירה הראשונה אצלם. ואמר הרב הנ"ל שלא שמע מפורש ממנה שבא עליה. רק שהיא אמרה לו בלשון. ער איז בייא מיר גיוועז ועתה אמרה שכונתה היתה שהיה עמה במטה ושלחתי הקונט' הזה ועם דבריה שהיא אומרת עתה להגאון ר' מאיר ברלין ז"ל והתיר אותה בצירוף בנו הרה"ג ר"ח ז"ל מחמת דבריה כעת שהכחישה הדברים הראשונים שאמרה לפני והבעל האמין לדבריה כעת. ואנכי הסכמתי בהתירא דהך איתתא מחמת הטעמים המבוארים בהתשובה. כי לפ"ד נכונים וברורים הדברים בעזר החונן לאדם בינה ודעת:

סימן ח

שאלה אשה שאמרה לבעלה נטמאתי והבעל לא האמין לה דפסקינן דאסורה לאחר מיתת בעלה לכהן אם עברה וניסת אם תצא או לא:

(**א**) **תשובה** הנה הב"ש (בסי' ו' ס"ק כ"ה) כתב אסורה לכל כהן. היינו לכתחילה אבל אם ניסת לכהן לא תצא אא"כ מאמין לדבריה אמנם הגאונים בעל בית מאיר ובעל עצי ארזים תמהו עליו כיון דכבר שויתה לנפשה חד"א האיך אפשר לבעל השני לדור עמה וס"ל דאפי' בדיעבד תצא. והנה לפי שיטת הר"ן בשם אחרים דלכך מותרת לבעלה ראשון משום דאינה נאמנת לשוי' אנפשא חד"א כיון דמשועבדת לבעלה מסתברא דהדין עם הני גאונים הנ"ל כיון דהא דאינה נאמנת לשויה אנפשה חד"א הוא מטעם כיון שיש בהודאתה חוב לאחריני ובארתי למעלה [בשיטת הר"ן אות ו'] משום דילפינן דבר ערוה דבר דבר מממון וכמו דגבי ממון אינו נאמן בהודאתו לחוב לאחרינא כמו כן גבי דבר ערוה וא"כ כמו דגבי ממון אם אומר על שטר שבידו ששטר אמנה הוא דאינו נאמן אם הוא חייב לאחרים אבל לאחר שפרע לב"ח שלו הוא אינו יכול לגבות מב"ח אא"כ יש אמתלא לדבריו כגון שאנו רואין שבשעה שתבעו אותו הב"ח אמר על שטר שבידו שהוא שטר אמנה אבל אם אמר מעצמו בלא תביעת ב"ח ממנו ששטר שבידו הוא שטר אמנה אינו חוזר וגובה בו [ועיין בשו"ע ח"מ סי' מ"ז ס"א] א"כ ה"נ אם נותנת אמתלא דבריה

ודאי דנאמנת עיין ב"ש שם ס"ק כ"ו. אבל בלא אמתלא ודאי דקם עליה האיסור דשויתה לנפשה. דאחר מיתת בעלה אסורה להנשא לכהונה א"כ אף בדיעבד תצא:

אבל התבוננתי בזה ונראה דמדברי הגמרא מוכח כדברי הב"ש דמן הדין מותרת להנשא לכהונה רק דאסרינן לה לכתחילה כיון דאפשר להנשא לישראל כמו דאסרינן לה בתרומה אף בחיי בעלה כיון דאפשר בחולין. מדאמרינן שם (צ:) ומודה רב ששת דאם נתארמלה שאינה אוכלת בתרומה דאמרינן השתא איתניסית. ואי אמרינן דמן הדין אסורה אחר מיתת בעלה כיון דעתה אין כאן חב לאחרים וחוזר האיסור דשוי' לנפשה גבי דידה א"כ ל"ל טעם דהשתא איתניסית. הא אפילו אם יהיה לעז על הבנים מחמת זה שאסרינן לה באכילת תרומה ג"כ א"א להתירה כיון דכבר שויתה לנפשה חד"א אע"כ צ"ל דהודאתה שהודית בחיי בעלה לאו כלום היא אפי' לאוסרה לכהונה לאחר מיתתו משום דאכתי נמי יש חוב לו בהודאתה. משום דלפי הודאתה בא עליה בעל הראשון באיסור ובניו חללין וכעין סברא זו הביא מהר"י מטראני בסי' צ"ב בשם בעל ע"י שכתב בהא דאמרינן בשמעתא דקדושין לאו כל כמיני' דאמך כו' היינו דוקא משום שהיתה נשואה דלא אמרינן דשוי' אנפשה חד"א ותהא אסורה לישב עם בעלה דמאחר דעד זמן זה בא עליה בהיתר לאו כל כמינה לחוב לבעלה ולאסור עליו מה שכבר קדם לו שהי' בא עליה כו' יעו"ש ואף שמהרי"ט שם השיג עליו ואמר דאף בארוסה נמי מותרת. מ"מ על גוף הסברא איננו חולק על בעל העצמות יוסף לכך מן הדין מותרת לכהונה ולתרומה אף לאחר מיתת בעלה אך מחמת שאין כאן לעז על הבנים בזה שאסרינן לה להנשא לכהונה ולתרומה דיאמרו השתא איתניסית לכך מחמרינן עליה ואסרינן לה אבל אי הוה אסורה מן הדין לאחר מיתת בעלה כהני גאונים הנ"ל א"כ למה להגמרא הטעם דהשתא איתניסית:

(**ב**) **ועלה** בדעתי לדחות ראי' זו דבאמת נוכל לומר כדעת הני גאונים דלאחר מיתת בעלה חזרה לאיסורה דשויתה לנפשה והא דצריך הגמרא לטעם דהשתא איתניסית הוא משום די"ל דלאו דווקא הא דמשועבדת לבעלה ומפקעת עצמה ממנו הוא דמיקרי חב לאחרינא ואז אינה נאמנת לשוי' אנפשה חד"א בדבר שבערוה אלא אפי' גם לאחר מיתת הבעל כיון דבהודאתה תהיה חב לבניה שיהיו חללים לפי דבריה זה ג"כ מיקרי חב לאחריני ואינה נאמנת מה"ד. וא"כ היכא דאיכא למיחוש ללעז הבנים אם נחמיר עליה בהא דשוי' אנפשה חד"א בודאי מתירין לה ולכך הוצרך הגמרא לומר הטעם דהשתא אתניסית ואין כאן לעז אבל באמת ז"א דא"א לומר דזה מיקרי נמי חב לאחרינא ואינה נאמנת כלל לשוי' אנפשה חד"א אף לעצמה דהא אמרינן בהדיא ביבמות (מז.) מעשה באחד שבא לפני ר'

יהודא ואמר נתגיירתי ביני בין עצמי ואמר לו ר"י נאמן אתה לפסול עצמך ואי אתה נאמן לפסול בניך אלמא דאף דבהודאתו חב לאחריני דפוסל הבנים שהם אסורים לבוא בקהל (וזה נמי מיקרי דבר שבערוה כמו שבארתי במק"א) מ"מ נאמן לגבי עצמו לשוי' חד"א ואין אנו חוששין ללעז הבנים ואמאי ניחוש הכא ללעז הבנים שלא תהי' נאמנת לשוי' חד"א לגבי עצמה וכן הא חזינן דנאמן הבעל לאסור אשתו עליו אם אמר שראה שזינתה לפי המסקנא דכתובות (ט.) משום דשוי' אנפשו חד"א אע"ג דבזה הוא חב לאשתו. אף דזה לא מיקרי חב במה שהיא נאסרה עליו משום דבל"ז יכול לגרשה בע"כ. אבל מ"מ חב לה שלפי דבריו אם היא בת כהן אסורה בתרומה אף אם היא חוזרת לבית אביה וכן איכא לאשכוחי כמה גווני מה שחב באמירתו אלא ע"כ אמרינן אף שהוא אינו נאמן לגבי דידה מ"מ נאמן לגבי עצמו לשוי' אנפשי' חד"א ודוקא הכא שהיא אומרת שאסורה עליו כיון שאם תהא נאמנת לגבי עצמה ע"כ חב לו ויהי' הבעל אסור בה ע"כ אינה נאמנת נמי לגבי עצמה. אבל לגבי בנים או במקום שהבעל אוסר את אשתו עליו אמרינן דנאמן לגבי עצמו ואינו נאמן לגבי אחרינא א"כ הדקל"ד אמאי צריך לומר דלכך אינה אוכלת בתרומה לאחר מיתת בעלה משום דאיכא למימר השתא אתניסית תיפוק לי' משום דכבר שויתה לנפשה חד"א ולאחר מיתת בעלה אסורה לכהונה ולתרומה מה"ד א"כ מה לנו לחוש אם יש לעז על הבנים א"כ ע"כ מוכח מזה כדברי הב"ש דמה"ד אינה אסורה לכהונה לאחר מיתת בעלה מחמת אמירתה שאמרה בחיי בעלה:

(נ) **מ"מ** זה נראה ברור דגם הב"ש מודה בזה דאם עומדת בדבריה לאחר מיתת בעלה אסורה לכהונה מה"ד ואם ניסת לכהן תצא אע"ג דבזה חב לבעלה שבא עליה באיסור ובניה חללין. מ"מ זה לאו כלום הוא ונאמנת לגבי עצמה דשוי' לנפשה חד"א והא דהוצרך הטעם דהשתא אתניסית איירי דחזרה מדבריה לאחר מיתת בעלה אך לא נתנה אמתלא ואנו רוצין לאוסרה מכח דבריה שאמרה בחיי בעלה דבזה אמרינן כיון שבשעה שהודית לא יכלה לאסור עצמה על בעלה אף עתה לאחר מיתת בעלה אין בדבריה כלום וכמ"ש. ומה"ד מותרת לכהונה ובתרומה. ומ"מ כיון דאפשר לה בחולין ואפשר להנשא לישראל אסרינן לה לכתחילה אבל אם ניסת לא תצא אם חזרה מדבריה לאחר מיתת בעלה אע"ג שלא נתנה אמתלא לדבריה וה"ה אם לא שאלו ממנה כלום לאחר מיתת בעלה וניסת לכהן נמי לא תצא ומה שאומרת לאחר שניסת לבעל השני נמי לאו כלום הוא אא"כ מאמין לה:

(ד) **והנה** יש להוכיח מדברי הגמרא הנ"ל דאי לאו הני טעמי משום דאמרינן השתא אתניסית או משום דאפשר לה בחולין לדברי רבא וא"כ ליכא לעז על הבנים היו מתירין

לה לאכול בתרומה אף לאחר מיתת בעלה משום לעז הבנים. א"כ יוצא לנו דין חדש בעובדא דר"ת הובא בטור (סי' מ"ח) באחד שאמר קדשתי אחות אשתי כו' וכתב ר"ת שאינו נאמן לאוסרה על בעלה ואפי' אם היא אומרת אמת שקדשתני אינה נאמנת לאסור עצמה לבעלה וכתב הדו"פ ע"ז ודוקא כ"ז שהיא תחתיו אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה אבל אם בעלה רוצה לגרשה הרשות בידו ואח"כ אסורה עליו דשויתה עצמה חד"א עכ"ל וכ"כ הב"ש שם וכתב הבית מאיר ע"ז שדין זה פשוט ומבואר בסי' קט"ו יעו"ש. וכונתו למ"ש הרמ"א ז"ל שם אשה שאמרה לבעלה טמאה אני וגרשה אסורה לחזור לו מטעם איסורה דשויתה אנפשה. והנה שם מבואר בדברי הח"מ דדוקא אם חזרה מדבריה הראשונים ונתנה אמתלא לדבריה אז מותרת לחזור לו ונראה דדעת הבעל בית מאיר דה"ה הכא גבי עובדא דר"ת נמי דוקא אם נתנה אמתלא לדבריה אז מותרת לחזור לבעלה ולכו"ע ואם לאו אסורה לו וה"ה לכו"ע כיון שכבר הודית שהיא מקודשת לגיסה. ולפע"ד נראה דאף אם לא נתנה אמתלא לדבריה נמי מותרת לבעלה ולכו"ע. דשאני התם בדין דהרמ"א ז"ל דבזה דאסרינן אותה לחזור לבעלה אין שום לעז על בניה. ע"כ אסרינן לה כמו דאסרינן לה בתרומה לרבא משום דס"ל דאין בזה שום לעז דיאמרו תרומה הוא דלית לה משא"כ במעשה דר"ת דאמרה שגיסה קידש אותה מעיקרא דאם נאמין לה הא דשוי' לנפשה איסורא יוצא לעז על בניה שנולדו לה מבעלה על כן אמרינן דאין מאמינים אותה אפי' לגבי עצמה. כמו דמתירין אותה בתרומה לר"ש משום חשש לעז על בניה. ה"נ אם. אנו מצריכין אותה גט מגיסה ובלא זה אסרינן להנשא אין לך לעז גדול מזה ואין לומר דגם כאן לא יהיה לעז כי יאמרו דעתה קדשה דא"כ לא הוה צריכה גט כיון שאחותה נשואה לו כבר הרי היא עליו מהעריות שאין קדושין תופסין בה אך אם עומדת בדבריה גם לאחר שגירשה בעלה ע"כ אסורה מחמת דבריה כעת ואין אנו חוששין ללעז הבנים ונאמנת לגבי עצמה ואינה נאמנת לגבי בניה כמשב"ל:

(ה) **אמנם** בכתב סופר גט לאיש ושובר לאשה כו' ואח"ז יוצא הגט מתחת יד האיש והשובר מיד האשה דפסקינן כר"א דלאחר זמן היינו לאחר שניסת לאו כל כמינה לאסור עצמה על בעלה השני צ"ע האיך הדין אם מת או גירשה בעלה השני ואח"כ ניסת לאחר לפי מה שבארנו למעלה דהעיקר כדעת הב"ש דאם ניסת לכהן לא תצא א"כ כ"ש הכא דאי אמרינן דתצא מבעלה השלישי א"כ יהי' לעז על בניה מן השני והך דינא דכתב סופר גט לאיש כו' קיל מדין דאומרת טמאה אני לך דהא אליבא דשמואל אף בלא ניסת מתירין להנשא לכתחילה וגם משנה ראשונה מודה בזה כמ"ש הח"צ משום דאנן סהדי שנתגרשה אך י"ל להיפוך דחמיר דין זה דכתב סופר כו' מאומרת טמאה אני לך.

דהא חכמים ס"ל תצא מזה ומזה. אף למשנה אחרונה וע"כ משום דס"ל דכיון דהגט יוצא מתח"י האיש והשובר מתח"י האשה וגם העדים לא קראו הגט קודם הנתינה הוי ידים מוכיחות ורגלים לדבר טובא דלא נתגרשה. ולפי"ז י"ל דגם לדידן דפסקינן כר"א דבניסת לא תצא אין לך אלא מה שאמרו דלא תצא מתחתיו אבל אם מת או גרשה וניסת לאחר איכא למימר דתצא ממנו משום איסורה דשוי' לנפשה וגם יש רגלים לדבר ואין אנו חוששין ללעז הבנים של השני. וכן יש לדייק לשון המשנה דאמר לאו כל כמיני' לאבד זכותו של שני דמשמע דוקא כשהיא נשואה לשני לא תצא. ועוד נסתפקתי בזה אף אי אמרינן דכתב סופר כו' שוה לדין דאומרת טמאה אני לך אכתי האיך הדין אם מת או גרשה וחזרה מדבריה ולא נתנה אמתלא ולפי מה שבארנו למעלה היכא דאיכא לעז להבנים אין אנו חוששין לאיסורה דשויתה לנפשה בעודה תחת בעלה רק לכהונה ולתרומה אסרינן לכתחילה משום דבזה ליכא חשש לעז להבנים משום דאמרינן השתא אתניסית. אבל הכא אי אמרינן דצריכה גט מן הראשון א"כ אתה מוציא לעז על בניה מן השני ע"כ לא מחמרינן עליה ומותרת להנשא אף בלא גט מן הראשון או דלמא אמרינן דגם הכא לא יהי' לעז על בניה מן השני משום דאמרינן דהא דצריכה גט מן הראשון משום דעתה קדשה ואע"ג דאסור לקדשה משום מחזיר גרושתו משנשאת מ"מ קדשה באיסור וצ"ע בכ"ז:

(ו) **והנה** ראיתי להב"ח (בסי' קנ"ב) על הא דאמרינן שם אם אמרה גרושה אני אם יש עדים שהיא א"א אינה נאמנת ופסולה לכהונה לעולם ואם מת חולצת ולא מתיבמת והקשה הב"ח הלא בריש סי' זה כתב דאם אמרה גרושה אני שלא בפניו אינה נאמנת ואף אם קבלה קדושין מאחר אינה צריכה גט מן השני ותירץ די"ל דהתם שאני דאם היתה צריכה גט משני היתה נאסרת על בעלה הראשון משום מחזיר גרושתו ולאו כל כמינה לאסור עצמה על בעלה כשהבעל מכחישה אבל לפוסלה לכהונה וליבם חוששין לחומרא כיון שהכהן והיבם אינם יכולים להכחישה ולפי"ז כשאמרה גרושה אני שלא בפניו ונתקדשה לאחר ואח"כ מת בעלה מקמי שהחזירה אינה מותרת לעלמא עד שתקבל גט מאותו שנתקדשה לו דשוי' נפשה חד"א לגבי כו"ע דאינם יכולים להכחישה עכ"ל ומדבריו נראה דאם מת בעלה אחר שהחזירה אינה צריכה גט מאותו שנתקדשה לו ומותרת להנשא בלא גט. וצ"ע אמאי אף שכ"ז שבעלה חי מותרת לו ואינה יכולה לאוסרה על בעלה מחמת קדושי השני ואינה יכולה לשוי' על נפשה חד"א ודינה כאומרת טמאה אני לך אבל מ"מ לאחר שמת בעלה הא קם עליה מה דשוי' לנפשה חד"א בזה דאמרה דמגורשת היא מן הראשון ותפסי בה קדושי שני ולפי דבריה עדיין היא

מקודשת לשני ואסורה לכו"ע. ואפי' אם נאמר לישב דברי הב"ח דהכא מיירי דיש לה בנים מן הראשון לאחר שהחזירה דאם אתה מצריכה גט מאותו שנתקדשה לו נמצא אתה מוציא לעז על בניה מן הראשון עדיין לא נחה דעתי בזה חדא דבזה ודאי איכא למתלי דעתה נתקדשה לו כמו דאסרינן לכהונה מהאי טעמא דאמרינן השתא אתניסית. ועוד דפשטיות דברי הב"ח נראה אף אם לא חזרה מדבריה לאחר מיתת בעלה ובזה ודאי קשה האיך אנו חוששין ללעז הבנים ומתירין לה מה דשויתה לנפשה חד"א ואמרה שנתקדשה לו לאחר שגרשה הראשון ועדיין היא א"א מטעם לעז הבנים. ויותר תמוה לי דברי הט"ז בס"ק ח' והב"ש סקי"ב שהשיגו על הב"ח וס"ל דאפי' אם לא החזירה בעלה הראשון ומת נמי אינה צריכה גט מאותו שנתקדשה לו ומותרת לכו"ע בלא גט וכתב הע"ז הטעם כיון דבשעה שאמרה גרושה אני לא שויתה לנפשה חד"א ואדרבה הא לפי דבריה היא מותרת לכו"ע ולכך אינה צריכה גט מן השני ונפלאתי על דבריו הא כיון דאמרה גרושה אני מבעלה הראשון ונתקדשתי לאחר א"כ הרי שוי' לנפשה חד"א לכו"ע דאף לאחר מיתת בעלה הראשון אכתי אסורה מחמת קדושי השני לפי דבריה. ובמאי מתירין אותה לכו"ע ומה שהקשו הגאונים הנ"ל על הב"ח דהא כתב בטור ואינה נאמנת אפי' אם ניסת או נתקדשה כו' וכיון דניסת לאחר א"כ הרי היא אסורה לבעלה הראשון לחזור מ"מ כתב הטור דאינה צריכה גט מהשני אלמא דמותרת לכו"ע בלא גט נראה לי לפע"ד דיותר ראוי לדחוק בדברי הטור דהא דכתב ניסת היינו ניסת ע"י חופה בלא ביאה דאינה נאסרת על בעלה הראשון ומותרת לחזור לו לכך אינה צריכה גט מן השני:

(ז) **ולולי** דמסתפינא מרבותי היה נראה לי לאמר דבר חדש באשה שנתגרשה בפני עדים ומתו העדים ולא העידו בפני ב"ד ע"ז א"כ אין יודעים מזה כלל רק הבעל והאשה ובאתה לפני ב"ד ואמרה שבעלה גרשה והבעל מכחישה ואח"כ קבלה קדושין מאחר ואף שהיא בעצמה יודעת שהאמת אתה והיא פנויה והקדושין הללו הם קדושין גמורים מ"מ גם היא אינה צריכה לחוש לזה כיון דאצלינו היא מוחזקת בא"א גמורה וא"א לה להביא עדים כלל שיעידו שכבר נתגרשה א"כ ממילא אין כאן עדים כלל על הקדושין דהא אצלינו היא מוחזקת בא"א גמורה שלא תפסי בה קדושין והוה כמקדש בלא עדים דאפילו שניהם מודים אינו כלום וע"ז האופן מיירי הטור. לכך קאמר דאינה צריכה גט כלל אף לאחר מיתת בעלה או שניסת להשני ונאסרה על בעלה וע"כ צריך לגרשה מ"מ אינה צריכה גט ומותרת לכו"ע בלא גט מן השני כנ"ל:

(ח) **היוצא** מדברינו אלה דלפי שיטת הר"ן בשם אחרים דהטעם דמותרת באומרת טמאה אני לך משום דלא מצי לשוי' אנפשה חד"א כיון דהיא משועבדת לאחרים. אם חזרה

לאחר מיתת בעלה אף שלא נתנה אמתלא וכן אם לא אמרה כלום לאחר מיתת בעלה וניסת לכהן לא תצא כדעת הב"ש. אך אם עומדת בדבריה לאחר מיתת בעלה ואא"כ ניסת לכהן כו"ע מודים דתצא וכ"ש לפי שיטת התוס' והרא"ש דיבמות דהטעם דהתירו האיסור דשוי' לנפשה משום דסמכו חכמים ע"ז דרוב נשים משקרות ודאי אם היא עומדת בדבריה לאחר מיתת בעלה ואח"כ ניסת לכהן דתצא אך אם לא אמרה כלום לאחר מיתת בעלה נראה דאף לפי שיטה זו לא תצא בדעבד אם ניסת לכהן דהא חזינן דר"ש סובר דמותרת אף בתרומה משום לעז הבנים אלמא דסמכו חכמים על סברא זו אף לגבי דנפשה וכמו שהארכתי למעלה (אות ט') בשיטת התוס' והרא"ש:

(ע) **ועתה** נבאר לפי שיטת התוס' דנדרים והרשב"א דס"ל דלכך התירו חכמים דעקרו האיסור ממנה משום דהיכא דיש טעם לדבריהם יכולים חכמים לעקור איסור או משום גדר לפי דעת הרשב"א. לכאורה איכא למימר לפי דבריהם דמאי דהוצרכו חכמים לעקור האיסור ממנה דהיינו להתירה לבעלה ולר"ש אף לתרומה עקרו חכמים והתירו אבל מאי דלא הוצרכו היינו לתרומה לרבא ולאחר מיתת בעלה בין לכהונה ובין לתרומה לא עקרו ולא התירו א"כ ממילא קם לה אדינא מאי דשוי' לנפשה חד"א ואסורה מה"ד ולפ"ז אם ניסת לכהן תצא אבל באמת ז"א ומסתברא דכיון דעקרו חכמים האיסור ממנה עקרו לגמרי וראי' לזה מדכתבו התוס' יבמות (פח.) ד"ה מתוך דמה"ת אין עד אחד נאמן להעיד על מיתת הבעל אבל היכא דאיכא קצת טעם לדבריהם יכולין חכמים לעקור דבר מה"ת והימנוהו ג"כ לעד אחד משום עיגונא ואם איתא דהיכא דעוקרים חכמים דבר מה"ת הוא דוקא מאי דהוצרכו אבל מאי דלא הוצרכו לא עקרו וקם אדינא א"כ היכא דהורוה ב"ד להנשא והלכה וקלקלה דפטורה אם לא בא בעלה כדמוכח במשנה דיבמות שם ואמאי פטורה הא לא התירוה אלא להנשא משום עיגונא אבל על מה שקלקלה לא התירוה ולא עקרו חכמים האיסור ממנה וא"כ תהא חייבת משום א"א. אע"כ צ"ל דהיכא דהוצרכו חכמים לעקור את האיסור אי אפשר לעקור לחצאין וממילא נעקר לגמרי האיסור אף מה שלא הוצרכו וכן משמע לישנא דר"ש ורבא לענין אכילת תרומה דר"ש אמר אוכלת ורבא אמר אינה אוכלת ואמאי לא קאמרי בלשון איסור והיתר אלא ודאי דלענין איסור מה"ד לא פליגי וסוברים דמה"ת מותרת בתרומה כיון דמותרת לבעלה ועקרו חכמים את האיסור ממנה עקרו לגמרי אלא פלוגתייהו אי מחמרינן עליה שלא תאכל בתרומה כיון דאסרה על נפשה וזה דקאמר ר"ש אוכלת ולא מחמרינן עליה כדי שלא תצא לעז על הבנים ורבא סובר דאין כאן לעז על הבנים דיאמרו תרומה הוא דלית לה וגם תקנתא אית לה כיון דאפשר בחולין מחמרינן עליה שלא תאכל בתרומה אבל מה"ד מותרת

בתרומה וכן נראה לפ"ז דגם לכהונה לאחר מיתת בעלה מותרת מה"ד. כיון דכבר עקרו חכמים האיסור רק מחמרינן לכהונה ולתרומה לכתחילה אבל בדיעבד אם ניסת לא תצא ואדרבה לפי שיטה זו איכא למימר קולא גדולה דאף אם עמדה בדבריה לאחר מיתת בעלה מכל מקום אם ניסת לכהונה לא תצא כיון דכבר עקרו חכמים האיסור זונה לכהונה ממנה שאף שהוא כדבריה מ"מ מותרת לבעלה א"כ מאי מהני דבריה כעת יותר מדבריה שאמרה בחיי בעלה ובפרט לפי מה שרצה הר"ן לומר שהפקיעו חכמים הקדושין ודאי דהדין דלא תצא בדיעבד אם ניסת לכהונה אף אם היא עומדת בדבריה. כיון דהא דאסרו חכמים לכהונה ולתרומה לאחר מיתת בעלה הוא רק חומרא בעלמא אבל מה"ד מותרת. אם נאנסה מן הכשרים כיון דהקדושין בטלין א"כ הוה כפנויה. רק משום חומרא החמירו חכמים שלא תנשא לכהונה ולא תאכל בתרומה וזה נ"ל לאמר דאף הרשב"א שנתן טעם למשנתנו דלכך מותרת לבעלה משום דעקרו חכמים את האיסור משום גדר. לא הוצרך זה רק היכא שנאנסה מן הפסולים. כיון דהמשנה לא חלק וקתני סתמא האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה משמע אפי' נאנסה מן, הפסולים ושם ע"כ משום עקירת חכמים האיסור אבל היכא שנאנסה מן הכשרים כיון דשם יש בידם להפקיע הקדושין משום דכל דמקדש אדעתא דר"מ ולא יצטרכו לעקור איסור כלל למה נאמר דעקרו חכמים האיסור כיון דא"ל משום הפקעת הקדושין אע"ג דנראה קצת מדברי הרשב"א דהוא כתב רק דרך דחי' לבד דמשו"ה לא אותיב מהך משנה אחרונה בפ' האשה רבה למ"ד אין ב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת משום דהוה מצינן לדחוי' דעיקר טעמא הוא משום הפקעת קדושין אבל לקושטא דמילתא ודאי דעיקר טעמא משום למיגדר מלתא הוא כדי שלא תהא נותנת עיניה באחר ולהפקיע מבעלה היה כח ביד ב"ד לתקן כזאת ולעקור דבר כו' אבל ז"א דכונת הרשב"א דאז הוה מוקי הך משנה שאמרה שנאנסה מן הכשרים. לכך קאמר זה רק בדרך דחי'. אבל לפי האמת מיירי המשנה אף שאמרה שנאנסה מן הפסולים ושם ע"כ משום עקירת חכמים אבל היכא שנאנסה מן הכשרים מודה הרשב"א דשם לא עקרו חכמים איסור כלל רק משום הפקעת הקדושין א"כ לפי"ז דאף אם נאמר דהיכא דצריך הטעם לעקירת חכמים האיסור לא עקרו רק מה שאמרה בחיי בעלה אבל היכא שעומדת בדבריה גם לאחר מיתת בעלה לא עקרו חכמים האיסור א"כ אם ניסת לכהן גם לפי שיטה זו תצא מ"מ זה דוקא היכא שאומרת שנאנסה מן הפסולים אבל היכא שאמרה שנאנסה מן הכשרים כיון דשם הטעם משום הפקעת הקדושין אף אם עומדת בדבריה לאחר מיתת בעלה אם ניסת לכהן לא תצא:

(י) **ונראה** דאף לפי שיטה זו מ"מ לכתחילה ודאי אסור להנשא לכהונה אף שהפקיעו הקדושין מ"מ לא נראה לחכמים להקל כ"כ דכיון דזה הטעם דהפקעת הקדושין אינו גלוי לכל והיא אומרת נטמאתי לכך לא רצו חכמים להתירה לכהונה ולתרומה אף בחיי בעלה לרבא. ולכאורה אפשר לומר לפי שיטה זו דאדרבה לר"ש צריך לומר דהא שהקילו חכמים לאכול בתרומה מיירי בתרומה דרבנן כיון שהפקיעו חכמים הקדושין א"כ היא איננה אשת כהן א"כ האיך אפשר לה לאכול בתרומה וא"כ איכא למימר לרבא אוקמא אדינא אף בתרומה דרבנן וכן איתא בחדושי הרשב"א להדיא לפי הטעם דהפקעת הקדושין כתב דהא דשרינן לה בתרומה הוה מוקמינן בתרומה דרבנן אבל באמת ז"א דהא קאמר הגמרא ומודה ר"ש דלאחר מיתת בעלה אינה אוכלת בתרומה וע"כ הא דאכלה לאחר מיתת בעלה הוא משום בנה. א"כ הדקל"ד כיון שהפקיעו חכמים הקדושין למה אינה אוכלת בתרומה גם בחיי בעלה אם יש לה בן ולמה אינה אוכלת גם לרבא אף שהפקיעו חכמים הקדושין מ"מ תאכל בשביל בנה. ועוד למה הוצרכו חכמים להתיר תרומה דרבנן לר"ש משום לעז הבנים יצוו לו לחזור ולקדשה ולא יצטרכו להתיר שום איסור אע"כ נראה דאדרבה לר"ש הא דאכלה בתרומה הוא מה"ד שאף שהפקיעו חכמים הקדושין וגם אין לה בן מ"מ בלא"ה הא מחויבין החכמים המתירין לו להגיד שיכוין לקדשה בביאה כדי שלא תהא בעילתו בעילת זנות [ודברי הרשב"א דכתב דלפי טעם זה צ"ל דאיירי בתרומה דרבנן צ"ע] ולרבא אינה אוכלת בתרומה ע"כ משום הטעם מפני חומרא שהחמירו חכמים וכן לר"ש לאחר מיתת בעלה ובזה א"ש דברי השו"ע (סי' ו' סי"ג) דפסק דאסורה לכהונה לאחר מיתת בעלה אף לפי שיטה זו מ"מ לענין דיעבד אם ניסת לכהן לפי שיטה זו ודאי דלא תצא אף שעמדה בדבריה לאחר מיתת בעלה ובאמת מסתברא לי יותר כפי מה שכתבתי מקודם דאפי' לפי הטעם דעקירת חכמים עקרו האיסור לגמרי ממנה. ואין סברא לומר שאח"כ יחזור האיסור למקומו מה שכבר התירו חכמים ולפ"ז נראה דאפי' מאמין לה הבעל השני נמי אינו צריך להוציאה לפי שיטה זו כיון דכבר אמרה לפני בעל הראשון והוא לא האמין לה והתירו חכמים לדור עם בעלה א"כ עקרו האיסור ממנה ולדינא צ"ע אם יש לסמוך על שיטה זו שלא להוציאה כיון דהא לפי' התוס' והרא"ש והר"ן ודאי צריך להוציאה אם מאמין לה בעל השני. אך לענין בניה שיש לה מן השני יש לדון הרבה להכשירן לכהונה ודלא כהב"ש דכתב דהוו ודאי חללים דהא דצריך להוציאה אם מאמין לה זהו לא מטעם ודאי אלא מטעם ספק כמו שכתב הרמב"ם והשו"ע וז"ל ואם היא נאמנת לו או העד נאמן לו וסמך דעתו לדבריהם הרי זה יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל א"כ אף לפי שיטת התוס' והרא"ש משום דמאמין לה לא

הוי אלא ספק חללים והבית מאיר השיג על הב"ש מטעם אחר דאולי לא נתנה התורה נאמנות לאב אלא היכא שהוא בעצמו יודע אבל לא היכא שמאמין לאחרים. וכתב דצ"ע אם אינו ספק חלל ולפי מה שביארתי נראה דיש להכשירן לכהונה משום דיש הרבה ספיקות להכשיר. חדא דילמא דלא כדבריה כלל ואפי' את"ל דהמעשה אמת מ"מ אולי קיי"ל כשיטת התוס' והרשב"א דנדרים דעקרו החכמים האיסור א"כ אפי' את האשה אינו צריך להוציא כ"ש דבניה כשרים ואף את"ל דקיי"ל כשיטת התוס' דיבמות והרא"ש והר"ן דלמא קיי"ל כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה ואינה אסורה לכהונה לפי שיטת התוס' והרא"ש רק מטעם טומאה ובאיסור טומאה לא נעשו בניה חללין כמו שאבאר לקמן (בסי' ט') א"כ אפשר להקל דלפע"ד לפי רוב הדעות הם כשרין לכהונה ואפי' לדעת המחמיר אינו אלא ספק חלל א"כ יש לסמוך בזה על המקילין כנ"ל בזה ולפי"ז בעובדא דר"ת שהבאתי למעלה ובארתי שם דאם עומדת בדבריה לאחר שגרשה בעלה שגיסה כבר קדשה צריכה לקבל גט ממנו ואינה צריכה לחוש ללעז הבנים שיש לה מבעל הראשון כיון דהיא מן הדין אסורה מחמת דבריה כעת. אמנם לפי שיטת התוס' דנדרים והרשב"א דחכמים עקרו האיסור וחששו גם ללעז הבנים וע"כ התירו גם בתרומה והא דאסורה לאחר מיתת בעלה בתרומה משום דיאמרו השתא אתניסית. אבל הכא ודאי דאיכא לעז על הבנים אם יאסרו אותה להחזיר לבעל ולכו"ע ויצטרכו לקבל גט מן גיסה דהא א"א לומר דלכך מקבלת גט מן גיסה משום דהשתא קדשה. דהא זה א"א דהשתא אין קדושי גיסה תופסין בה א"כ מה"ד ודאי דאינה צריכה לקבל גט א"כ צ"ע האיך לעשות עמה כיון דבזה שיחמירו עליה לקבל גט יהי' לעז על הבנים ולפי שיטתם ודאי דאסור להחמיר כיון דבזה יהי' לעז על הבנים דחזינן דלעז הבנים הוא דבר גדול דמחמת זה הקילו דבר מה"ת והתירו לאכול בתרומ' אע"ג דלפי מה שביארתי כיון שעקרו חכמים והתירו לבעלה ממילא נעקר ממנה האיסור לגמרי א"כ מה שהתיר ר"ש בתרומה משום לעז הבנים אין ראי' די"ל דמחמת לעז ס"ל לר"ש דאוקמא אדינא אבל מ"מ יש להביא ראיה לזה לפי שיטת הריטב"א בפירושו על הרי"ף בנדרים דמתרץ דלכך היא מותרת ולא שוי' אנפשה חד"א כתירץ הר"א [וע"ש שצריך להגיה דבריו קצת] ולענין תרומה מתרץ דהחכמים התירו הדבר משום מגדר מלתא וצריך לפרש לפי דבריו דגם בלעז על הבנים יש בו ג"כ מגדר מלתא דחששו חכמים דכל אשה תאמר לבעלה טמאה אני ובעלה יגרשה כיון שהיא אסורה בתרומה ויהא לעז על הבנים לכך התירו הדבר אלמא דלעז על הבנים הוא חששא גדולה. א"כ צ"ע האיך לעשות למעשה בזה אם להחמיר להצריכה גט או לא כדי שלא יהי' לעז על הבנים וא"א להחמיר:

סימן ט

שאלה אשת כהן שהתודתה לפני מותה שנאנסה מכבר מאיש אחד והבעל מאמין לה האיך הדין עם בניה לכהונה:

(**א**) **תשובה** הנה כבר כתבתי למעלה דמדברי הרמב"ם והשו"ע מוכח דאף שמאמין לה בעלה וצריך להוציאה זה לא מטעם ודאי רק מטעם ספק והב"ש שכ' דבניה הם ודאי חללין דבריו תמוהים ונפלאתי על הש"ש שמעתתא ב' פ"כ דהביא ראי' מדברי הב"ש הנ"ל דהיכא דאב נאמן בתורת יכיר לענין ירושה ה"ה היכא דאינו יודע בעצמו אלא מפי אחרים דסומך דעתו עליהם דמהני. האיך העלים עין מדברי השו"ע דמבואר להדיא דמאמין לאחרים אף שסומך דעתו עליו אינו צריך להוציאה אלא לצאת י"ש וא"כ לפי דבריהם דהא דמאמין לאחרים הוה כאלו הוא יודע בעצמו ואמאי אינו צריך להוציאה מה"ד. וגם האחרונים מביאים דבתשובות המיוחסות להרמב"ן מבואר דהא דצריך להוציאה אם מאמין הבעל לעד אחד זה אינו רק מדרבנן א"כ מבואר להדיא דהא דמאמין לאחרים לא הוה כאלו הוא יודע בעצמו וא"כ כ"ש לענין ירושה דאורייתא דלא מהני הא דמאמין לאחרים וכן הכא לא הוו אלא ספק חללין ולפי דברי הרמב"ן אינו אלא מדרבנן דהיא לא עדיפא מכל עד אחד דעלמא וכן הגאון בעל בית מאיר השיג על הב"ש דאולי לא נתנה התורה נאמנות לאב אלא היכא שהוא יודע בעצמו. ודעתו נוטה דלא הוו אלא ספק חללין. א"כ לפ"ז נ"ל דיש לצדד ולהקל להכשירן לכהונה לגמרי:

(**ב**) **ומקודם** נחקור לפי המ"ד דבאונס לא מיקרי זונה ואינה אסורה לבעלה אלא משום טומאה. אם מחמת איסור זה נעשית חללה ובניה חללין או לא. לכאורה מסתברא כיון דמחמת איסור זה אסורה בתרומה כמו שכתבו התוס' סוף פ' החולץ והרא"ש (נו:) דאסורה מחמת ונטמאה. א"כ יכולין למילף ק"ו מגרושה ומה גרושה שאינה אסורה בתרומה נעשית חללה ובניה חללין איסור טומאה שאסורה בתרומה א"ד דנעשית חללה ובניה חללין. אך קשה לפי"ז אמאי קאמר שם (נו:) דלפי המ"ד דבאונס לא מיקרי זונה אין בעלה לקי עליה אלא משום טומאה כיון דאמרינן לא יחלל קאי נמי על איסור טומאה ובביאתו הא משוי לה חללה אמאי לא לקי נמי משום לא יחלל. בשלמא לפי מה שביארתי בשיטת הרר"א (שיטה ג') דשיטת הרמב"ם דכהן הדיוט אינו לוקה משום לא יחלל ולמ"ד באונס מיקרי זונה לוקה משום לא יקחו ניחא שפיר אבל לפי מה שביארתי שם שיטת הראשונים דהיכא דהקדושין היו בהיתר אינו לוקה משום לא יקחו אלא משום לא יחלל א"כ מאי נ"מ אי אסורה עליו משום איסור זונה או משום איסור טומאה כיון דבביאתו מחללה ילקה נמי משום לא יחלל וכה"ג הקשו שם התוס' (ס.) ד"ה חלל כו'

וז"ל תימא כיון דלא יחלל קאי נמי אבעולה לראב"י א"כ אין זה חייבי עשה גרידא דלא יחלל לאו הוא כדקאמר בפ' בתרא דקדושין (עח.) בעלה לוקה משום לא יחלל עכ"ל אך יש לדחות זה משום דאף דילפינן גבי איסור טומאה נמי דמשוה לה חללה ובניה חללים מק"ו דגרושה דמותרת בתרומה מ"מ לא לקי על לאו דלא יחלל משום דאין עונשין מן הדין לא מבעי לשיטת הרמב"ן בפ' קדושים דס"ל דאיסורי כהונה דהוא משום כי תהי' לאיש זר כיון דאתי רק מק"ו דגרושה לא לקי עליהם משום דאין עונשין מה"ד כ"ש דלא לקי על לאו דלא יחלל גבי איסור טומאה אלא אפילו לפי שיטת הראשונים דס"ל גבי פסולי מחמת כי תהי' לאיש זר. דהק"ו מגלה לן דלא גרע פסולן מפסול גרושה והק"ו אינו רק גילוי מלתא בעלמא ולפי דעתם נראה דודאי לקי גם על ביאה בלא קדושין משום לא יחלל מ"מ הוא דוקא גבי פסולי מחמת כי תהי' לאיש זר כיון דלא נכתב איסור כהונה להדיא וע"כ דילפינן זה דלא גרע מגרושה וא"כ כל מה שמחייב בגרושה חייב נמי גם גבי פסולי כי תהי' לאיש זר. אבל איסור טומאה שאיסורה כתיב בהדיא רק דאנו למדין מגרושה בק"ו שגם מחמת איסור טומאה מתחללת מק"ו דתרומה. א"כ א"א ללמוד מק"ו שגם מחמת איסור טומאה ילקה מחמת לא יחלל דאין עונשין מה"ד

(ג

) **אבל** אח"כ התבוננתי בזה ונ"ל לאמר דמאיסור טומאה כיון דשם טומאה נוהג גם בישראל אינה נעשית חללה ובניה חללין. כיון דגלי קרא דאין חללה אלא מאיסור כהונה ממעטינן איסור טומאה כיון דשם זה נוהג גם בישראל אע"ג דשם נוהג דוקא ברצון ובכהן נוהג אף באונס מ"מ לא מיקרי זה איסור כהונה אלא באיסור טומאה גופא החמירה התורה על הכהן יותר מבישראל אבל אין זה רק איסור טומאה בלבד ואפשר לומר דזה כונת הקרא דכתב חללה אחר אלמנה וגרושה ולא אחר זונה ללמדך שאין חללה אלא מאיסורי כהונה ועיין רש"י בקדושין (טז:) ד"ה חללה למה נאמרה. שכ' ולא כתבה אחר זונה שמצינו שם זנות פוסל בישראל [ר"ל שזינתה תחת בעלה] לומר לך שאין נקראת חללה אלא מביאת פסול כהונה לבדה ולא מביאת איסור הנוהג אף בישראל עכ"ל והנה בזונה גופא כהן הבא עליה משוה לה חללה כדאמרינן שם להדיא (עח.) אע"כ דהא דמלמדינו הכתוב דכה"ג היכא דשם זה פוסל באשת ישראל ולא משוה לה חללה צ"ל דקאי זה על איסור טומאה באונס אע"ג דזה אינו נוהג רק בכהנים מ"מ כיון דשם זה פוסל בישראל ברצון לא משוה לה חללה וכן נראה לי דלאחר קנוי וסתירה דמרבינן מונטמאה דאסורה לכהונה ולתרומה דאם מת בעלה ולא שתת וניסת לכהן או שבעלה גופא היה כהן ובא עליה דבניה לא הוו אלא ספק חללין כיון דהיא הוה ספק זונה ולא אמרינן

דבניה יהיו ודאי חללין כיון דאסורה לכהונה מטעם ונטמאה איסור ודאי. אע"ג דזה אינו אלא איסור עשה מ"מ לפי מאי דקיי"ל כראב"י דבעולה לכה"ג נמי משוה לה חללה א"כ איכא למילף מק"ו מבעולה לכה"ג דמותרת בתרומה ואפ"ה משוה לה חללה א"כ כ"ש איסור דנטמאה. אפ"ה נראה דמאיסור טומאה לא משוה לה חללה כיון דאיסור טומאה נוהג אף בישראל אע"ג דבישראל אינו נוהג אלא דוקא לבעלה ולכהונה אסורה מחמת איסור טומאה אף לאחרים מ"מ כיון דזה דאסורה לכהונה הוא מחמת שם טומאה ושם טומאה פוסל בישראל לכך לא משוה לה חללה ובניה חללין.

(ד) **ובזה** נתיישב לי היטב דברי הגמרא יבמות (סא. פה:) דקאמר ר' מתיא בן חרש דאפי' הלך בעלה להשקותה ובא בעלה עליה בדרך עשאה זונה ופירש"י ז"ל הואיל ונבעלה לפסול לה אם מת אסורה לכהן והקשה ע"ז הגאון רעק"א בחידושיו הא בלא"ה אף אם לא בא עליה בעלה אסורה לכהן מכח הקינוי וסתירה כ"ז שלא שתתה והא הכא ממילא אינה שותת כיון דבא עליה בעלה הוא אינו מנוקה מעון וא"כ אף אם לא עשאה בביאתו זונה פסולה לכהונה ותירץ די"ל דנ"מ לענין מלקות דמכח הקנוי וסתירה דמרבי לה מונטמאה ליכא לאו אלא ספק זונה אבל מכח דבא עליה בעלה בדרך כיון דהתורה אסרתו לו מספק מיקרי ביאה פסולה ונעשית בביאה זו ודאי זונה ולוקין עליה ומסיים שם ועדיין צריך תלמוד ולפ"ד קשה על תירוץ הגאון הנ"ל כיון דאסורה לכהונה גם קודם שבא עליה בעלה מעשה דונטמאה קודם ששתתה. האיך, חל ע"ז איסור לאו דזונה. הא אין איסור לאו חל על איסור עשה כמ"ש התוס' בשבועות (כג:) ד"ה דמוקי כו'. וע"כ צריך לדחוק דנ"מ לענין כהן שהביא שתי שערות אח"כ כמו שמתרץ המהרי"ט בשם הרא"ש דברי רש"י בקדושין (עח) [הבאתי למעלה בשיטת הר"א שיטה ג' אות ב'] אבל באמת או כו"ע מודים בזה כמו שהאריך בזה הגאון בעל מרכבת המשנה אבל לפי מה שבארתי ניחא שפיר כיון דמאיסור טומאה לא נעשית חללה ואין בניה חללין א"כ שפיר הא דאשמועינן ר' מתיא דנעשית זונה. דבזה שנעשית זונה אם אח"כ בא עליה בעלה שהוא כהן או שמת בעלה וניסת לכהן אחר בניה חללין כיון שנעשית כבר זונה אבל מטעם איסור טומאה שהיתה אסורה לכהונה קודם שבא עליה בעלה אין בניה חללין אלא בניה הוו ספק חללין מטעם שהיא ספק זונה משום קנוי וסתירה ואסורים הבנים לטמא למתים מטעם ספק ועתה שנעשית זונה ע"י ביאת בעלה עליה בניה הנולדין לה מכהן אח"כ הוו ודאי חללין ונראה דע"כ צ"ל דאף הרשב"א דס"ל ביבמות (יא:) דגם בספק סוטה איכא לאו ולקי בעלה הבא עליה משום לאו דטומאה לא יוכל בעלה גו' מ"מ מודה דכהן הבא עליה לא לקי עליה משום זונה ולא אמרינן כיון דהקרא דונטמאה

גלי לן דהכא עשאה הספק כודאי ולכך לקי עליה. א"כ ה"נ הקרא דונטמאה דמרבי כהונה ותרומה נמי עשאה הספק כודאי והוי כודאי זונה וכהן הבא עליה לוקה משום זונה וגם בניה הוו ודאי חללין אבל לפי"ז תקשה על הרשב"א ז"ל דהאיך יתרץ דברי הגמרא דקאמר ר' מתיא בן חרש דבא בעלה עליה בדרך עשאה זונה מאי נ"מ כיון דהיא כבר זונה ודאית לאחר קנוי וסתירה ולשתות א"א כיון שאין הבעל מנוקה מעון אלא נראה דע"כ צ"ל דאף הרשב"א ז"ל לא קאמר אלא דוקא גבי איסור דטומאה כיון דגלי לן קרא דונטמאה דיש עליה איסור טומאה א"כ הדרא לאיסורא קמא דכתיב אצלה לאו גבי טומאה אבל איסור כהונה דרבי קרא דאסורה בכהונה באיסור טומאה דכתב ונטמאה א"כ אין עליה רק איסור עשה דטומאה ולא איסור לאו דזונה לכך אין בניה חללין ודאין ואין כהן לוקה עליה משום זונה:

(ה) **ולפי** מה שבארתי אתי שפיר הא דאמרינן שם ביבמות אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום טומאה משום טומאה אין כו'. פשטיות הגמרא מורה לן דבכל ביאותיו לוקה משום טומאה לבד דאל"כ הול"ל אשת כהן שנאנסה ובא עליה לוקה משום טומאה ואז הוה אמרינן דקאי על ביאה ראשונה. אבל מלשון בעלה לוקה משמע שכל אימת שיבא עליה לוקה משום טומאה לבד ואי אמרינן דמאיסור טומאה נמי נעשית חללה אמאי לא לקי על ביאה שניה נמי משום חללה ובפרט לשיטת הראשונים דמחלקים בין הערה לגמר ביאה דלא כשיטת הריטב"א ז"ל בקדושין (עח.) ועיין בש"מ כתובות (ל.) דכתב הרשב"א שם לישב שיטת ר"ח דאף אם נאמר דיש חל מבעולת עצמו ניחא פי' ר"ח דיש בה הויה ולא קיימא עליה באיסור חללה עד שיבא עליה פעם שנית והוקשה לו וא"ת בביאה ראשונה נמי מכי הערה בה איתסרי עליה דעשאה בעולה ובגמר ביאה מתחללת ואין לו בה הויה לר"ע וכ' די"מ דחדא ביאה לא פלגינן בה שנאסור בה שני איסורין ע"כ אלמא דלאו כו"ע מודים בזה ונראה לפי דעת התוס' יבמות (כ:) ד"ה אטו ביאה שניה דכתבו שם לאו דוקא נקט ביאה שניה דהא אפי' גמר ביאה ראשונה אסור דיבמה נקנית בהערה כו' עכ"ל [ובאמת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א חולקין על זה, וס"ל דאפי' גמר ביאה מותר דס"ל דאין לחלק בחד ביאה] ע"כ דס"ל דיש לחלק בחדא ביאה נמי וא"כ לדידהו ודאי, תקשה כיון דבהערה משוה לה חללה מחמת איסור טומאה אמאי לא לקי על הגמר ביאה משום חללה כיון דהיא כבר מחוללת מתחילת הביאה אע"כ צ"ל דמאיסור טומאה לא נעשית חללה וכמ"ש:

(ו) **אך** ראי' זו יש לדחות דאיכא למימר דלכך לא לקי בעלה עליה נמי משום חללה לכה"פ בביאה שניה משום דלא אתי איסור חללה וחייל על איסור טומאה ואף לכהן

אחר דאינו בלאו דטומאה אלא רק באיסור עשה לפי שיטת התוס' והרא"ש מ"מ הא לא אתי איסור לאו וחייל על איסור עשה וא"כ גם כהן אחר נמי אינו חייב עליה משום חללה. מ"מ יש לקיים ראי' זו לפי מה שבארתי בשיטת הרר"א (שיטה ב') דעל איסור טומאה באונס לכהן כיון דלא נכתב בפרשת כהונה והוא לאו שאינו שב"כ היא אינה מוזהרת דלא מרבינן מלא יקחו אלא לאוין דכתיב בפ' כהונה א"כ הוה חללה איסור מוסיף לגבי דידה וא"כ חל עליו נמי דמגו דאתוסיף איסורא לגבי דידה חל איסור חללה גבי' נמי ואמאי לא לקי. אף שלפי מה שהבאתי שם שיטת הריב"ם דס"ל דחללה דאתי מחייבי עשה כהן הבא עליה אינו לוקה א"כ ה"ה נמי אפשר לומר לפ"ד דחללה הבא מאיסור טומאה כיון דהיא אינה מוזהרת על איסור טומאה ה"ה איסור חללה הבא ממנה היא אינה מוזהרת. א"כ לא הוה איסור חללה איסור מוסיף על איסור טומאה לפי דעת הריב"ם אבל באמת הא כתב המ"ל דהרבה ראשונים חולקים עליו וא"כ אין נ"מ באיסור חללה מאיזה איסור הוא ובודאי היא מוזהרת על איסור חללה וא"כ הדקל"ד דהוה איסור חללה איסור מוסיף על איסור טומאה ואמאי לא לקי וע"כ צ"ל דמאיסור טומאה לא נעשית חללה. אך ראיה זו לא ברירא לי שבאמת אינו מוכח לומר דבאיסור טומאה באונס היא אינה מוזהרת לפי מה שבארתי בשיטת הרר"א שיטה א' א"כ לא הוה לאו דלא יקחו ולאו דתמורה שני כתובין הבאין כאחד יעו"ש. א"כ אפשר למילף איסור טומאה באונס לכהונה לגבי דידה מק"ו דגרושה מ"מ הראיה הראשונה שהבאתי מהגמרא דיבמות היא ראיה ברורה דאיסור טומאה כיון דשם זה נוהג בישראל לא נעשית חללה ואין בניה חללין:

(ז) **והנה** הגר"א בא"ע (סי' ו' ס"ק כ"ג) נסתפק אף באיסור כי תהיה לאיש זר אם נעשית חללה ובניה חללין. וכן הגאון בעל הפלאה בספרו נתיבות לשבת נסתפק הרבה בזה משום דאולי הא דקאמר הגמרא אין חללה אלא מאיסורי כהונה היינו הכתובים בצידה דוקא אמנם מדברי הרמב"ן דפסק דבאונס לא מיקרי זונה. אף מן הפסולין לכהונה רק אסורה לכהונה משום כי תהיה לאיש זר ובפסול כי תהיה לאיש זר אין חילוק בין באונס ובין ברצון מ"מ ס"ל בכתובות דשבויה בניה פסולין לכהונה ע"כ דס"ל דגם בפסולי כי תהיה לאיש זר נעשית חללה ובניה חללין אף באיסורי כהונה דלא כתיבי בצידו. מ"מ נראה דאיסור טומאה לא דמי לאיסור כי תנ"ז דהא איסור כי תל"ז אין שם זה נוהג בישראל ומיקרי איסור כהונה לבד אבל איסור טומאה זה לא מיקרי איסור כהונה כיון דשם זה נוהג אף בישראל לכך לא משוה לה חללה ואין בניה חללין וממעטינן זאת מהא דכתיב איסור חללה אחר אלמנה וגרושה ולא אחר איסור זונה כמש"ב:

(ח) **אח**"ז ראיתי דהמהרש"ל ביש"ש ס"ל דמאיסור טומאה אפי' מבעלה ישראל נעשין בניה פגומים לכהונה דהנה הוא ז"ל כתב ביבמות פ' החולץ (לט) וז"ל נראה אשה המזנה תחת בעלה בין שגירשה והחזירה בין אם לא גרשה הולד מבעלה פגום לכהונה לאותן דס"ל הכי גבי כותי ועבד הולד פגום כ"ש הכא דיש האי ק"ו כו' אמנם הב"ש (בסי' ד' סקכ"ה) כתב להדיא אבל אם בעלה ישראל אפי' זינתה במזיד הבנים שתלד אח"כ כשרים אפילו לכהונה וראיתי לא"ז הגאון בעל קדושת יו"ט זצללה"ה בהגהותיו על הרי"ף שהשיג על הב"ש מדברי הנמ"י בב"ב פ' יש נוחלין (ס:) דכתב שם וז"ל וא"ת האיך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חלוצה י"ל כגון שאמר שוגג הייתי ובאומר על בנו ממזר אין אשתו נאסרת שיפסלו הבנים שיהיו אח"כ משום בני זונה דאמר שוגגת הוה ואינה נאסרת באשת ישראל ואפילו אמר שהיא מזידה אינו נאמן עליה להפסידה כתובתה ולא על הבנים שילדה אח"כ לפסלם לכהונה הריטב"א ז"ל עכ"ל ואף שא"ז הגאון הנז' הראה מקום אשר נעלם מכל האחרונים המפלפלים בענין זה מ"מ מאד תמהני על דברי הנמ"י עצמו שהביא זאת משם הריטב"א והריטב"א בעצמו סותר דבריו שכתב בחידושיו ליבמות (פה:) שמהגמרא שם דקאמר סוטה ודאי איכא בינייהו דלמ"ד דאורייתא הא נמי דאורייתא ולמ"ד מפני שמרגילתו הא נמי מרגילתו. מוכח שאפילו מזוהם לכהונה נמי לא הוה כדברי ר"ח ז"ל שאל"כ לא הוה מרגילתו כדאמרינן לעיל גבי חלוצה וגם הגאון בעל הפלאה בספרו הנ"ל סי' ד' כיון לראי' זו אך אח"כ תברא לגזיזי' וכתב דז"א דהא כתבו התוס' ז"ל שם בד"ה ממזרת ונתינה כו' ואלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט דמשמע דלא מרגילה לו כו' אע"פ שבני ישראל מקוה טהרה לחללות כו' מ"מ מקפיד הוא על בניו שאינם כהנים כו' א"כ בישראל שמחזיר סוטתו אף דהבנים פגומים יכולים להתטהר כמ"ש התוס' ואינו מקפיד עכ"ל ודבריו נכונים לפי שיטת התוס' אבל הריטב"א ס"ל דלא כהתוס' מדכתב על הא דקאמר הגמרא שם ולר' אליעזר ב"י דאמר יש חלל מחייבי עשה הא לא מרגלה מידי פי' שהרי יהיו פסולים לעבודה משום חללה וא"ת והרי יטהרו בני בניה דבנות ישראל מקוה לחללים וי"ל דסוף סוף היא לא מוטהרה שתהא חללה ולדברי התוס' לא קשה כלל דכיון דלא יהיו בכלל כהונה מקפיד ע"ז ובאמת הריטב"א בעצמו כתב שם מקודם על הא דאמרינן שם כיון דאיכא תקנתא לממזרת כר"ע כו' וא"ת כיון דבניה מיהת ממזרים האיך מתרצת מפני שיש תקנה לבני בניה י"ל דאיידי דאית לגופה שבח כשנשאת בנושא ישראל לא חיישא לבניה הואיל ויש לבניהם תקנה עכ"ל. נראה דמתרץ קושית התוס' כיון דבגרושה וחלוצה ליכא לשבח כ"כ כשנשאת לכהונה ע"כ חייסא לפגם בניה ולא מרגילתו. והא

דהקשה הריטב"א בבעולה לכ"ג הא התם ג"כ לא מתקנת אלא בני בניה. ע"כ צ"ל דס"ל כיון דנשאת לכ"ג שבח גדול הוא לה וע"כ חיישינן למרגילתו ולכך הוכרח לתרץ משום דסוף סוף היא לא מוטהרא שתהא חללה ומעיקרא היתה מותרת לכהן הדיוט ועתה אסורה לו וכן צריך לתרץ גבי אלמנה לכ"ג כך הוא ביאור דברי הריטב"א נמצא סובר הריטב"א להדיא דבני סוטה אינם פגומים לכהונה וכן כתב הרשב"א שם להדיא וז"ל אבל בלשון שני כתב ר"ח ז"ל שהולד כשר לקהל ומיהו אף ללשון שני משמע דהולד מזוהם לכהונה ודברי רש"י ז"ל נראין עיקר דאם איתא דמזהמין את הולד הא לא מרגלא ליה עכ"ל וכן הבאתי לעיל (באות ח') שיטה ב' בשיטת הרר"א בשם חידושי הרמב"ן שכתב להדיא שהולד מן הנטען כשר לכהונה ודחק שם לישב דברי הגאון והרי"ף דהלעז דקאמר הגמרא הוא לעז זוהמא בעלמא שנולד מטיפה אסורה ולדברי מהרש"ל הא כיון דסובר דהולד שנולד אח"כ מבעלה פסול לכהונה כיון שנולד מביאה אסורה ואמו כבר היא מחוללת לכהונה כמו כן הנולד מן הנטען ג"כ פסול לכהונה ואין לחלק דלגבי בעל כיון דאיכא איסור לאו ילפינן בק"ו מאלמנה לכ"ג דהולד פסול לכהונה אבל לגבי נטען אינו אלא איסור עשה ולא ילפינן מק"ו מאלמנה לכ"ג ז"א כיון דאנן קיי"ל כראב"י דבבעולה לכ"ג נמי הוה בניה חללים. א"כ מצינו למילף עשה שש"ב בק"ו מעשה שאש"ב אע"כ דס"ל להרמב"ן דגם להבעל נמי אינה פגומה לכהונה והק"ו דקאמר המהרש"ל ק"ו פריכא הוא דאיכא למיפרך מה לאלמנה לכ"ג שכן היא עצמה מתחללת אבל הכא שמביאה של הבעל אינה מתחללת שכבר היא מחוללת וקאי כדאיתא ביבמות (עו: מד:) רש"י ד"ה היא מתחללת תאמר מחזיר גרושתו שאינה מתחללת בביאה זו דאי להנשא לכהן כבר נפסלה משעת הגרושין עכ"ל רש"י ז"ל וכ"ש הכא דנפסלה כבר משעה שזינתה אף מתרומה וכן מצאתי להגאון בעל בית מאיר שהשיג על האי ק"ו של המהרש"ל מהאי טעמא והסכים לדברי הב"ש ז"ל:

(ט) **עוד** כתב הגאון בעל ב"מ הנ"ל שם דלכך לא הוה בני סוטה פגומים לכהונה משום דילפינן היא תועבה ואין בניה תועבין ולכך מודה ר"ע דמסוטה אין הולד ממזר. ובזה מתרץ קושית התוס' יבמות (מד:) ד"ה היא תועבה כו' דהניחו שם בתימא דלפי מאי דס"ל לר"ע דולד מחזיר גרושתו משנשאת הוא ממזר דמאי דריש מהיא תועבה ותירץ הגאון הנ"ל דר"ע ס"ל דקאי על סוטה וכיון הגאון זה לדברי הרא"ש בתוספ' שלו דמתרץ קושית התוס' הנ"ל בזה ובזה נ"ל לישב דברי הרא"ש (בפרק הבא על יבמתו) דכתב שם על הא דאמר רב ששת דאשת ישראל שנאנסה אסורה לכהונה דהטעם הוא משום דונטמאה בתרא דנפקא לן מיניה איסור תרומה דכהונה לא קאי אוהיא לא נתפשה ואין

חילוק בין באונס בין ברצון כסברת התוס' דס"פ ד' אחין ואח"כ כתב וז"ל ומה שפירשתי שאין בה אלא איסור עשה מונטמאה היינו אי לא שייך ובת כהן כי תהיה לאיש זר באשת איש ובחייבי כריתות האסורות ע"י קדושין משום דלא הוה זר אצלה מעיקרא אבל אי שייך בהו כמו שכתבתי בפ' החולץ אז נימא דפסולה לכהונה מהאי קרא מובת כהן כי תהיה לא"ז וכהן הבא עליה לוקה מק"ו מגרושה דגילוי מילתא בעלמא הוא כדאיתא לקמן בפ' אלמנה עכ"ל ומה שכתב הרא"ש אבל אי שייך בהו כמו שכתבתי בפ' החולץ אין כונתו על דבריו בפסקיו אלא כונתו על דברי תוספות שלו. משום דהר"י בתוס' ס"פ ד"א כתב דבעריות ע"י קדושין לא שייך כתל"ז כיון דלא הוה זר אצלה מעיקרא. ובפ' החולץ (מד:) ד"ה ה"נ כתב הר"י דגם בעריות שע"י קדושין כיון דהם חייבי כריתות הוה בכלל כתל"ז וזה ידוע שהרא"ש חיבר תוספת הרא"ש כמו תוס' שלנו וא"כ כונתו כמו שכ' בתוס' שלו בפ' החולץ [והקרבן נתנאל במחכ"ת שגה בפירושו ופי' כונת הרא"ש בדרך רחוקה והמעיין יראה דלשון הרא"ש אינו סובל פירושו ולכאורה דברי הרא"ש הם תמוהין דהאיך הניח בספק דאולי שייך כתל"ז גם בעריות שע"י קדושין דא"כ ישאר קושית התוס' דס"פ ד"א דאמאי קאמר הגמרא דאינו לוקה אלא משום טומאה. ולא לקי עליה נמי משום כתל"ז בשלמא על דברי רש"י והרמב"ן לא קשה משום דהם ס"ל דלא לקי על כי תל"ז. אע"ג דזה דילפינן איסור כהונה מתרומה הוה גילוי מלתא בעלמא מ"מ ס"ל לפי מאי דקיי"ל כרבא אין לוקין על גילוי מלתא. עיין ב"ש (סי' ו' סקט"ז). אבל הרא"ש כתב הכא להדיא דאי אמרינן ששייך בה כתל"ז כהן הבא עליה לוקה משום כתל"ז. א"כ תקשה אמאי קאמר בעלה לוקה עליה משום טומאה בלבד:

(י) **אע"כ** צ"ל דס"ל להך לישנא דבאונס לא מיקרי זונה אע"ג דאסורה בתרומה מחמת כתל"ז וגם אסורה לכהונה לאחר מיתת בעלה ג"כ מחמת כתל"ז מ"מ לבעלה אינה אסורה מחמת כתל"ז כיון דניסת בהיתר ואינה אסורה לבעלה כהן אלא מחמת איסור טומאה בלבד ונראה דהאי לישנא יליף זאת מהאי קרא דהיא תועבה ואין בניה תועבין דכתיב גבי טומאה והקרא קאי בין על איסור טומאה דישראל היינו ברצון אינם נעשין בניה פגומים לכהונה וכן על איסור טומאה דכהן היינו באונס שלא נעשית זונה ואין בניה תועבין וע"כ אינה אסורה לבעלה גם מחמת כתל"ז דאל"כ אכתי הוה בניה פגומים לכהונה מחמת איסור כי תל"ז ולכאורה עלה בדעתי לומר דגם רש"י ז"ל מוכרח לסבור כסברא זאת דהא נראה מדברי רש"י שם (סא) ד"ה נבעלת בעילת זנות דפי' נבעלת לפסול לה דס"ל לרש"י כדברי הרמב"ם דכל דילפינן מכתל"ז הוה בכלל זונה. ובאמת התוס' השיגו על פירש"י יעו"ש. א"כ תקשה לרש"י הא הוא ז"ל סובר ס"פ ד"א דאשת כהן

שנאנסה לכך אסורה בתרומה משום כתל"ז. א"כ ס"ל דגם בעריות ע"י קדושין נמי שייך כתל"ז וכיון דס"ל דכל דאסורה משום כתל"ז הוה בכלל זונה א"כ תקשה להאי לישנא דבאונס לא מקרי זונה אמאי אינו לוקה מ"מ משום זונה כיון דאסורה משום כתל"ז א"כ ממילא דינה כזונה אע"כ צ"ל דאף דאסורה משום כתל"ז הוא דוקא לכהונה לאחר מיתת בעלה וכן לתרומה אף בחיי בעלה אבל לבעלה אינה אסורה אלא משום טומאה בלבד. אח"כ ראיתי שבדברי רש"י אין הכרח לומר כן דאפשר לומר דרש"י יתרץ דמשום כתל"ז אין לוקין וכסברת הרמב"ן וכמו שכתבתי למעלה והא דפי' ביבמות ושנבעלת לפסול לה הוה זונה לאו משום דסובר כסברת הרמב"ם דילפינן מכתל"ז דהוה בכלל זונה אלא סברתו הוא משום דכיון דנבעלה בעילת איסור הוה זונה מצד הסברא. ואין צריך לזה הק"ו דכתל"ז והא דמצריך הגמרא שם הקרא דכתל"ז ולמילף לכהונה מק"ו היינו היכא שנאנסה דאז לא הוה זונה כלישנא בתרא דרבה. וכן מתרץ הרשב"א בחידושיו להדיא שיטת הגמ' ואין להקשות לפי"ז כיון דאמרינן דבכל בעילות איסור נעשית זונה בלא קרא דכתל"ז. א"כ אמאי במחזיר גרושתו וביבמה לשוק אמרינן להדיא ביבמות (טו:) דהיא אינה מתחללת הא כיון דנבעלה ברצון בעילת איסור נעשית זונה ואמאי בעינן שם דוקא זר אצלה מעיקרא נ"ל לתרץ כיון דכתיב הקרא דכתל"ז לגלות לן דהיכא דלא הוה זר אצלה מעיקרא מותרת בתרומה ממילא ילפינן דלא הוה זונה מכל בעילות איסור אלא דוקא היכא דזר אצלה מעיקרא דאילו הוית זונה היתה אסורה בתרומה כסברת הר"י (בסוף פ' ד"א) כיון דכללי' קרא בהדי חללה:

(**יא**) **והמתבאר** מדברינו אלה דלפי שיטת הסוברים דלוקה משום כי תל"ז ע"כ צ"ל חדא מהני או דכתל"ז לא שייך בעריות שע"י קדושין לכך לא לקי גבי אשת כהן שנאנסה משום כתל"ז רק משום טומאה בלבד כדעת התוס' ס"פ ד"א או נימא כדעת התוס' בפ' החולץ דגם בעריות שע"י קדושין נמי שייך כתל"ז אלא דע"כ צ"ל דלפ"ז דלבעלה אינה אסורה משום כתל"ז אלא משום טומאה בלבד וכמ"ש. [אף שלכאורה נראה מדברי התוס' דס"פ ד"א דהקשו אמאי לא חשיב הגמרא גבי אשת כהן שנאנסה גם משום כתל"ז לתרווייהו לישנא והתירוץ שתירצנו אינו עולה אלא למ"ד דבאונס לא מיקרי זונה אבל באמת זה אינו דלמ"ד דלוקה משום זונה לא קשה כלל. עיין היטיב שם (מד:) תוס' ד"ה הכא נמי כו' דכתבו שם וז"ל ואין להקשות למה לי דכתב רחמנא זונה לא יקחו כיון דזונה אסורה בתרומה ק"ו דאסורה לכהונה כו' ותירצו דאיצטריך לאו דזונה דלקי תרתי כו' עכ"ל א"כ כ"מ דלקי משום זונה לקי תרתי א"כ לא קשה כלל לפי לישנא קמא דבאונס מיקרי זונה ויש לפרש דברי התוס' בדרך אחר ויבואר זאת בקו"א בס"ד] א"כ לפ"ד התוס' והרא"ש

אינה אסורה לבעלה אלא משום טומאה לבד ואין בניה חללין וכמ"ש ונראה לפע"ד דזה הוא ג"כ דעת הרי"ף דהביא לישנא בתרא דאשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום טומאה. ומעיקרא הביא הך דרב עמרם דאשת ישראל שנאנסה אסורה לכהונה ולכאורה קשה למה ליה להרי"ף להביא הך אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום טומאה הלא הא דאסורה לכהונה אף באונס ידעינן מהא דרב עמרם אע"ג דמותר לבעלה ישראל מ"מ אסורה לכהונה ולמאי נ"מ הביא הך דרבה הא הך דרבה אין צריך לידע רק לענין מלקות ולמה להרי"ף להביא זאת מאי דלא נהגי האידנא אבל לפי מה שבארתי א"ש דאף דאסורה לכהונה משום כתל"ז מ"מ לבעלה אינה אסורה משום כתל"ז רק משום טומאה א"כ איצטריך לאשמועינן דגם לבעלה אסורה ועוד איצטריך לאשמועינן דהלכה כלישנא בתרא דבאונס לא מיקרי זונה לכך אין בניה נעשין חללין:

(**יב**) **ולענין** הלכה אי קיי"ל כמ"ד דבאונס מיקרי זונה לא נראה לפע"ד דדעת הרבה פוסקים הוא כלישנא בתרא דבאונס לא מיקרי זונה הלא הרי"ף והרא"ש הביאו להדיא רק הך לישנא בתרא וגם מהא דכתב הרא"ש [הבאתי למעלה] על הא דאשת ישראל שנאנסה תחת בעלה אסורה לכהונה או מטעם ונטמאה דקאי נמי על אונס או מטעם כתל"ז ואז לקי ע"ז. נראה ג"כ דס"ל דאנן פסקינן כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה דאל"ה ת"ל דאסורה לכהונה מטעם זונה ולקי מחמת זה. והאיך לא הזכיר כלל זאת דלהך מאן דאמר לקי משום זונה כמבואר בתוס' ס"פ ד"א יעו"ש. אלא על כרחך דלא סבירא ליה כהך מאן דאמר וכן פסק הראב"ד להדיא בפ"א מהא"ב הכ"ב. ומה שהקשה שם עליו הה"מ כבר האריך בעל שעה"מ להשיג עליו שלא ראה דברי הרמב"ן במלחמות וכן לפי שיטת התוס' והרא"ש נמי נתישב קושית הה"מ ונפלאתי עליו שלא הזכיר כלל דברי התוס' דס"פ ד"א וכן הרמב"ן במלחמות נראה דפוסק כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה וכן הרשב"א בחידושיו פי' דברי הגמרא דיבמות (סח.) דקאי למאן דאמר דבאונס לא מיקרי זונה ונראה דפוסק כן וכן ה"ר אליעזר ממיץ סי' רי"א בספר יראים פסק להדיא כמאן דאמר דבאונס לא מיקרי זונה וכן הסכים המהרש"ל ביש"ש דעיקר כלישנא בתרא וכיון שבארנו דהרבה פוסקים ס"ל דבאונס לא מיקרי זונה ולפי דעת התוס' והרא"ש דס"ל דלוקה עליה משום כתל"ז ע"כ מוכרח לומר או דבעריות ע"י קדושין ליכא משום כתל"ז. או דס"ל דעל בעלה ליכא משום כתל"ז. וכיון דאין כאן אלא איסור טומאה בלבד א"כ אין הולד נעשה חלל מאיסור זה וכמש"ב. וכן נראה דזה דעת הרי"ף דהביא הך לישנא לדינא. א"כ יצא לנו דאפי' היכא שידוע לנו שנאנסה תחת בעלה אין הולד אלא ספק

חלל ואסור לטמא למתים משום ספיקא דדינא דלמא אינה אסורה לבעלה אלא משום טומאה לבד ואין הולד נעשה חלל:

(יג) **ועוד** נ"ל דאף אם נימא דיש עליה איסור כתל"ז כדעת הרמב"ן נמי הוה ספק חלל דהא הגר"א ז"ל הניח בצ"ע וכן הגאון בעל הפלאה אם מאיסור כתל"ז בניה נעשין חללין ואף שכתבתי למעלה שמדברי הרמב"ן מוכח דמאיסור כתל"ז בניה נעשין חללין אבל אחר העיון ראיתי דזה אינו מוכח. והא דפוסק הרמב"ן דגבי שבויה בניה פסולין לכהונה נראה דאין זה ראיה כ"כ דהא סתם שבויה היא מתיראה שלא יהרגוה כדאמרינן בב"ב (ח:) דלכך פדיון שבוין הוה מצוה רבה משום דכולהו איתנהו בה א"כ חיישינן שמא היא נתרצית ברצון להשבוי כדי למצוא חן בעיניו שלא יהרגוה אע"ג דבסתם שבויה באשת ישראל לא חיישינן שמא נתרצית להשבוי. אף לפי דעת התוס' דכתובות (כו:) ד"ה ע"י נפשות כו' בשבויה מחמת נפשות אסורה גם לבעלה ישראל מ"מ בסתם שבויה לא חיישינן לכך שאני א"א כיון דהיא מחויבת למסור א"ע לכך לא חיישינן כ"כ בסתם שבויה ולדעת הרבה ראשונים אף בשבויה מחמת נפשות לא חיישינן אבל כ"ז דוקא בא"א אבל בפנויה כיון דהיא אינה מחויבת למסור עצמה כמו דפסקינן בשו"ע (סי' קנ"ז בהג"ה) א"כ חיישינן שמא נבעלה ברצון כדי למצוא חן בעיניו שלא יהרגוה והוה זונה לכו"ע:

(יד) **היוצא** מדברינו אלה דלפי מה שבארנו בראשית דברינו בנ"ד דהא דמאמין לאשתו שנאנסה מכבר לא הוו בניה אלא ספק חללין דהא מבואר ברמב"ם ובשו"ע דגם אותה אינו צריך להוציאה אלא לצאת ידי ספק א"כ אפי' לפי הפוסקים דס"ל דבאונס מיקרי זונה נמי לא הוו אלא ספק חללין. וא"כ איכא ס"ס להכשירן חדא דלמא אין דבריה אמיתים כלל ואפי' אם דבריה אמיתים דלמא קיי"ל כמ"ד דבאונס לא מיקרי זונה ואינה אסורה לבעלה אלא מטעם טומאה לבד כשיטת התוס' והרא"ש וכן נראה דזה דעת הרי"ף וא"כ אין בניה חללין ואפילו לפי שיטת הרמב"ן דס"ל דאסורה לכהונה משום כתל"ז נמי איכא ספיקא אם נעשין בניה חללין משום איסור זה א"כ יש להקל מטעם ס"ס וכ"ש לפי שיטת הסוברים דהא דמאמין לאחרים אין זה אלא איסור דרבנן אבל מדאורייתא אין צריך לחוש לזה א"כ אפי' היתה אומרת לו שזינתה ברצון והוא היה מאמין לה נמי לא הוו חללין אלא מדרבנן כיון דמדאורייתא לא מהני כלל מה שמאמין לאחרים לכך בודאי יש לסמוך להקל על שיטת הסוברים דבאונס לא מיקרי זונה בנ"ד שאומרת שנאנסה דבניה לא הוו אפי' חללין מדרבנן ואין צריך להורידן מכהונתם:

(**טו**) **ולאחר** העיון נ"ל דאפי' אומרת שזינתה כבר ברצון והבעל מאמין לה כיון שכבר נולדו הבנים קודם שאמרה לפי דעת הגאון בעל בית מאיר דלא נתנה תורה נאמנות לאב אלא דוקא היכא שהוא יודע בעצמו ולא במה שמאמין לאחרים א"כ הכא שכבר נולדו הבנים והיה להם חזקת כשרות לכהונה רק היא אומרת עתה שכבר זינתה ונולדו לה הבנים באיסור מה שאומר האב שהוא מאמין לה לאו כלום הוא לענין הבנים כיון שהוא אינו יודע בעצמו א"כ אפי' ספק חללין נמי לא משוה להו במה שמאמין לה והיא ודאי אינה יכולה לאוסרן לכהונה דהא לא נתנה התורה לה נאמנות כלל ואף שדעת הגאון הנ"ל דהאם נאמנת לעשותן ספק חללין היינו דוקא כשהודית מעיקרא ואח"כ ניסת לכהן כיון שכבר נעשית חד"א לכך בניה הוו ספק חללין יעו"ש מה שהשיג על הב"ש דמכשיר לגמרי אם אינו מאמין לה הבעל השני אבל היכא שכבר נולדו הבנים ואח"כ אומרת. אפי' מאמין לה הבעל נראה דאפי' ספק חללין נמי לא הוו לפי דעת הגאון הנ"ל וכן נ"ל כדעת הגאון הנ"ל מטעם אחר כיון דהא דמאמין לאחרים אין זה מתורת ודאי אלא מתורת ספק. והיכא מצינו דנתנה התורה רשות לאב להוציאן מחזקתן שהיה להם עד עתה לכהונה ולעשותם ספק עפ"י נאמנות מה שמאמין לאחרים דהא לא נתנה התורה רשות לאב להכיר אלא דוקא היכא שאומר דבר ברור ולא מצינו גם באב גופא דהיכא שאומר דבר שאינו ברור דהתורה מאמינו. כ"ש מה שאומר שהוא מאמין לאחרים שודאי לא נתנה תורה רשות לאב לזה כלל כדעת הגאון הנ"ל כנ"ל בזה להלכה ולא למעשה כי יראתי להקל ולעשות מעשה כנגד גדולי האחרונים:

סימן י

שאלה מהרב המובהק ירא וחרד כו' מו"ה יהודא אלי' כ"ץ מדאמימסק וז"ל:

בתולה אחת היתה משרתת בבית אחד במהלין יותר משנה ואח"כ יצא עליה קול שנתעברה מבעה"ב והמליטה בכפר אחד ועתה נשתדכה לכהן. ונסתפקתי אם מותרת להנשא לו. רק שהי' בזה חשש גדול הידוע וד"ל. סמכתי על תשובת חתם סופר שכתב כי חששא דחיישינן לכותי הוה מיעוטא. וגם מחמת שלא הי' בירור גמור על הקול כי שלחתי אחר הנשים שאמרו שמהן יצא הקול ואמרו שהן אינן יודעין זה בבירור:

והתרתי לעשות החופה ואח"כ שלחתי אחריה ואמרה עפ"י שבועה שלא נבעלה רק לבעה"ב ורצוני לדעת דעת כת"ר בזה אם שפיר עשיתי מה שהתרתי לעשות החופה עכת"ד:

תשובה גרסינן בסוטה (כז.) אמר שמואל ישא אדם דומה ואל ישא בת דומה שזו באה מטיפה כשרה וזו באה מטיפה פסולה ור' יוחנן אמר ישא אדם בת דומה ואל ישא

דומה שזו עומדת בחזקת כשרות וזו אינה עומדת בחזקת כשרות כו' והלכתא ישא אדם בת דומה ואל ישא דומה כו' ולפי פירש"י שם קאי הסוגיא לענין אם אחד רוצה לישא אשה ולא מצא אלא שתים אלו שמואל סובר דישא דומה אע"ג דאיכא חששא דמקלקלי' שתזנה תחתיו מ"מ טובה היא מבת דומה משום דהיא באה מטיפה כשרה ונראה דאף לדידי' דס"ל דלא אמרינן דרוב בעילות אחר הבעל כדמוכח שם. מ"מ סובר דהבת דומה אין דינה כשתוקית דהא שתוקית אפי' כנס מוציאה והכא משמע דדוקא לכתחילה לא ישא את הבת דומה אבל אם כנס אינו מוציאה יעו"ש בתוס' שמדייק כן גבי דומה לרבי יוחנן ולפ"ד י"ל דזה הוא כונת רש"י ז"ל שכתב וזו באה מטיפה פסולה שמא מכותי או ממזר וא"כ יש כאן ס"ס להכשיר אע"ג דבכל שתוקי אמרינן בקדושין (עג.) דאף דרוב כשרים אצלה מ"מ היא שתוקית שאני התם דלמא אזלה היא לגבייהו וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. אבל הכא, דאיכא ס"ס ספק שמא נתעברה מבעלה ולא מן הזנות ואפי' אם נתעברה מן הזנות שמא מכותי דהולד כשר אף מא"א והא דלכתחילה לא ישא את הבת דומה הוא או משום דמעלה עשו אף לגבי ישראל ולא ישא אותה מן הדין או משום דמ"מ היא באה מטיפה פסולה אף שהולד כשר וא"כ הא דלא ישא אותה הוא זהירות בעלמא אך לפי"ז קשה ל"ל לרב תחליפא לומר דהא דאשה מזנה בניה כשרים משום דרוב בעילות אחר הבעל תיפוק לי' משום הס"ס שאמרנו. וצ"ל דאשמעינן דאפי' היכא דליכא לספוקי שמא מא"י נתעברה אעפ"כ בניה כשרים ולפ"ז הא דבעי שם הגמרא היתה פרוצה ביותר מהו אם יש לאסור בניה משום חשש ממזרות י"ל דהיינו דוקא היכא דליכא לספוקי בכותי אבל אי איכא לספוקי בכותי לא מבעי לן דודאי כשרים מטעם הס"ס אמנם לדעת הט"ז (סי' ד' סק"ח) דס"ל גבי פרוצה ביותר דרוב בעילות הן מאחרים וא"כ איכא למימר דלא הוה ס"ס אפי' היכא דאיכא למתלי בכותי וצ"ע. ור' יוחנן סובר דישא בת דומה ולטיפה פסולה לא חיישינן דרוב בעילת אחר הבעל אבל דומה לא ישא דחיישינן לשמא מקלקלי' ותזנה תחתיו כך הוא פירש"י ז"ל:

אמנם התוס' ד"ה דומה כתבו וז"ל פיר"ת שמלעיזין עליה בני אדם שהיא מזנה כדגרסינן ביבמות אמרה לי אם דומה דמתא יומא ופלגא כו' ומיהו הכא לא מיירי בדומה כה"ג דא"כ אפי' כנס יוציא דהא פסקינן התם ביבמות פ"ב כרבי בקלא דלא פסיק כו' אלא ע"כ איירי בקלא דפסיק עכ"ל וכתב ע"ז המהרי"ט בחלק אה"ע (סי' ט"ו) וז"ל ואין לי לב להבין דבריהם מאי מייתי מהתם דההיא לענין בועל ונבעלת קאמר וכן לענין הבעל שאם הלעז אמת אסורה לבטל ולבועל מדאורייתא אבל הכא לגבי אינש אחרינא אעפ"י שזינתה בעדים לא נאסרה על כל העולם נהי דלכתחילה לא ישאנה אבל אם נשאה לא אמרו

שיוציאה וצ"ע. מ"מ למדנו דאיכא קפידא באשה זונה שאינה ראויה שישאנה ומיהו לפי דברי הרמב"ם (בפט"ו מהא"ב) אין ראי' לזה שנראה מדבריו שמטעם זונה לכהן נגע בה שכן כתב א"א שיצא עליה קול כו' מותר לישא בתה לכתחילה אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה עכ"ל והמ"ל כתב שם וז"ל לא פירש רבינו אם האי דחוששין לה משום זונה אי גבי ישראל אי גבי כהן מיירי וכן הטור בסי' ד' מסתם סתם לה וה"ה כתב וז"ל פי' וכהן חושש לה מדין תורה וישראל אם רוצה להתרחק מן הכיעור אבל ממ"ש רבינו והטור חוששין לה משום זונה משמע דלגבי כהן איירי דוקא דזונה לישראל משרא שריא ומדברי רש"י ז"ל נראה דאישראל קאי שכתב וז"ל אל ישא דומה שמקלקלתו לשמש עמה משנאסרה לו ומדברי התוס' נראה דמשמע דדוקא לגבי כהן חוששין שכתבו וז"ל דומה פיר"ח כו' וע"כ מוקמי האי דלא ישא דומה גבי כהן דאי אתחזיק קלא אסור מה"ד משום זונה כמו דבהאי קלא מפקינן מבעל משום זונה ה"ה דאם נשאה מפקינן לה מיני' אבל גבי ישראל אין דבריהם מתישבים כלל דהא זונה מותרת לישראל ומכאן תראה דמה שהקשה הרב מהרי"ט באה"ע על התוס' והניח בצ"ע הוה כשגגה היוצא מלפני השליט ואגב שיטפי' לא דק עכ"ל המ"ל. וכן בשו"ע סי' הנ"ל סתם כדברי ה"ה:

והנה האחרונים ז"ל הקשו מהא דאמרינן בגיטין (פט.) אמר רבא יצא עליה שם מזנה בעיר אין חוששין לה מ"ט פריצותא בעלמא הוא דחזו לה כתנאי אכלה בשוק כו' ר"מ אומר תצא רע"א משישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה אמר לו ר"י בן נורי א"כ לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה והתורה אמרה כי מצא בה ערות דבר כו' מה להלן דבר ברור אף כאן ד"ב. והנה הב"ח יצא לחלק בין א"א לפנויה דבפנויה לא חששו והוציאו עליה קול מזנה אף שלא ראו רק פריצותא בעלמא אבל ביושבת תחת בעלה אי לאו דראו דבר מכוער לא היו מוציאים קול מזנה. אבל הח"מ והב"ש והט"ז אינם מסכימים לזה וכתבו דמוכח מהגמרא דאפי' בא"א נמי אין חוששין ואע"ג דראייתם מן הגמרא אינה מוכרחת דהא כתבו התוס' שם ד"ה אכלה דאיירי שפיר בקלא דקודם נשואין א"כ איירי בפנויה. מ"מ מדברי הרמב"ם (בפי"ז מהא"ב) מוכח כדבריהם ואפי' בא"א נמי אין חוששין לקלא לאוסרה לכהונה דז"ל הרמב"ם יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה ואפי' הוציאה בעלה משום שעברה על דת יהודית או בעדי דבר מכוער ומת קודם שיתן לה גט ה"ז מותרת לכהן שאין אוסרין אשה מאלו אלא בעדות ברורה או בהודאת פיה עכ"ל אכן הבה"ג (בסי' ו' סט"ז) כתב ע"ז וצ"ע לע"ד שנראה שהוא סותר למ"ש לעיל סי' ד' סע"ו. ושמא י"ל שדין זה דנשואה לא קאי אאיכא קול מזנה או י"ל שגם הרישא בנשואה מיירי ושאני התם וכמ"ש שם שהכל מרננין אחריה כמ"ש התוס'

בסוטה עכ"ל ונפלאתי על גאונו הלא הרמב"ם מסיים שם שאין אוסרין אשה מאלו אלא בעדות ברורה. והאיך אפשר לומר דבקלא על א"א אסרינן אותה לכהונה ובאמת נשמט מדברי המחבר סוף דברי הרמב"ם שם. והתירוץ השני דמחלק בין רינון לקלא תירץ כן הח"מ והב"ש שם אבל באמת תמה הגאון בעל ח"ס בח"א מאה"ע סי' ח' דמי יכול לשער זאת האיך מיקרי רינון ומה מיקרי קלא אך הוא ז"ל הסכים שם לדברי הב"ח ולפע"ד דברי הב"ח תמוהין וכמ"ש:

אכן הפירוש שפירשו דברי הגמרא דסוטה דקאי לכהונה לפע"ד זה תמוה מאד דהאיך אפשר לומר דר"י דאמר לא ישא אדם דומה קאי לענין כהן הבא לישא אותה. א"כ שמואל נמי קאי לענין כהונה וקאמר דאף לכהן מותרת הדומה וזה א"א. דהא דקאמר אל ישא בת דומה הוא משום חשש ממזרות אלמא דמחזקינן לה לזונה כ"כ דאפי' הולדות אינן מבעלה. וא"כ מה מהני לה שבאה מטיפה כשרה להכשירה לכהונה כיון שהיא זונה ואפי' אם נדחוק לישב דבריהם ולומר דשמואל סובר כר"א דכתובות (יג:) דלא מהני חזקת האם לבתה. וא"כ איכא למימר דהדומה כיון שיש לה חזקת כשרות לכך מותרת לכהונה אבל הבת דומה כיון שבאה מטיפה פסולה אין לה חזקת כשרות ולכך אסורה לכהונה. ולישראל מותרת משום דאיכא לספוקי שמא מכותי נתעברה וס"ל דא"י ועבד הבא על בת ישראל הולד פסול לכהונה. דלגבי כהן אינו אלא ספק אחד אבל לגבי ישראל איכא ס"ס כמ"ש. וכן דעת המהרי"ו בסי' פ"ח דפי' דכל השקלי' וטרי' בגמרא לענין חששא דבתה הוא דוקא לכהונה ופי' שם הא דלכהונה אסורה ולישראל מותרת הוא מטעם דהוה כעין ס"ס דלמא ממזרת היא הבת ואת"ל מבעלה היא מ"מ אסורה לכהן שמא זינתה קודם שנתעברה מהבת וא"כ בתה היא חללה אם היא אשת כהן. אבל המעיין שם יראה כמה דחוקים דבריו וגם סותר דברי עצמו בסי' כ"ד שכתב שם אם היא אשת כהן אפי' אם אינה פרוצה ביותר ג"כ בתה אסורה לכהונה יעו"ש היטיב. ונפלאתי על דבריו דלמה לו לדחוקי לחלק בין ישראל לכהן מטעם ס"ס שלו ולא חילק בפשיטות כמ"ש ואין לתרץ משום דס"ל דלבעילת כותי לא חיישינן וכמ"ש הב"ש (סי' ד' סקנ"ב) דדעת הטור הוא כך. ז"א דהא המהרי"ו בעצמו בסי' ע"ד הביאו הב"ש בס"ק מ"ג גבי אשה שנתגרשה וילדה מתיר הולד מטעם ס"ס שמא אחר גירושין זינתה ושמא מכותי נתעברה והקשה הב"ש דא"כ גבי פרוצה ביותר אמאי איכא חשש ממזרת הא ג"כ יש ס"ס ותירץ דמהרי"ו לטעמו דסובר דגם בפרוצה ביותר אין שום חשש ממזרת. וא"כ קשה למה לא חילק בפשיטות כמ"ש מ"מ אפשר לישב דזה דחקו מחמת דברי הרמב"ם לפי פירושו דפי' דהרמב"ם סובר דהא דחוששין לבתה הוא דוקא לכהונה הוכרח לדחוקי

ולחלק בס"ס שלו. דהא הרמב"ם סובר דא"י ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר אף לכהונה וא"כ ליכא למימר דלכך הבת דומה כשר לישראל משום ס"ס דלמא מכותי נתעברה דא"כ אפי' לכהונה נמי כשרה. לכך דחק לפרש כפי פירושו דאיירי באשת כהן אבל מה שהקשתי עליו דא"כ אפי' אינה פרוצה ביותר נמי אסורה לכהונה צע"ג. וגם כבר השיג על פי' זה המהרא"י בסי' ל"ז בפסקיו שכתב וז"ל אמנם תמהני על מהרר"י שכתב שאפי' פרוצה ביותר אין חוששין לבניה משום ממזרת רק לכהונה. דלא מוכח הכי כל עיקר במיימוני דמשמע בפשיטות התם דאפסול ממזרת קאי ואף כי בעי' מפורשת היא במס' סוטה פ' ארוסה ופירש"י שם בהדיא דלישראל קאי כו' עכ"ל והמגיה בט"ז (סי' ד' סק"ח) כתב דכולם חולקים על דברי מהרי"ו שפי' דדוקא לכהונה קאי ולפי"ז ע"כ הא דקאמר שמואל דלא ישא בת דומה הוא מטעם חשש ממזרות וקאי ג"כ על ישראל ואיך נאמר דר"י דפליג על שמואל ואמר דבת דומה עדיפא מדומה קאי לענין אם כהן בא לישא אותה גם לישנא דישא אדם דקאמר ר"י לא משמע דקאי דוקא על כהן:

ע"כ נ"ל לפע"ד דגם דברי הרמב"ם צריכין לפרש כפירש"י ז"ל דז"ל הרמב"ם (בפט"ו מה' א"ב ה"כ) א"א שיצא עליה קול שהיתה זונה תחת בעלה והכל מרננין אחריה אין חוששין לבניה שמא ממזרים הם שרוב בעילות אחר הבעל ומותר לישא בתה לכתחילה אבל היא עצמה חוששין לה משום זונה כו' עכ"ל ונראה דהא דקאמר משום זונה ר"ל כיון שהיא רגילה לזנות תחת בעלה חששו לה מלישא אותה וכמו שפירש"י ז"ל. וכן כתב הרב המאירי בסוטה שם לעולם יזהר אדם מלישא אשה חשודה ונטענת בזנות שמא מזנה היא והוא בא עליה באיסור כו'. ואף בתלמוד המערב אמרו פורשין מן המזוהמות ואין פורשין מבתה וירא שמים והנוהג סלסול בעצמו יצא מת"י שתיהן ע"כ ופירושו של דומה נראה שיצא עליה קול שרגילה לזנות תחת בעלה וכן פירש"י נטענת ונדברת בפי כל על ניאופיה דמשמע על ניאופים רבים שרגילה בהם וזה מוכרח בגמרא שאל"כ אלא שיצא עליה קול שזינתה פעם אחת תחת בעלה לא הוה פליג שמואל עם ר"י אי אמרינן רוב בעילות אחר הבעל ואדרבה לפי פירש"י ביבמות (כד) על הא דקאמר הברייתא בד"א כשאין לה בנים אבל יש לה בנים לא תצא ופירש"י בד"א דאם כנס הנטען יוציא כשאין לה בנים מן הראשון. אבל יש לה בנים מן הראשון לא תצא דכי מפיק לה מחזיקינן בקלא קמא ועבדינן להו ממזרים עכ"ל. וא"כ חזינן דהקילו חכמים לגבי הנטען שלא יוציאנה משום שחששו על הלעז שיוציאו על הבנים. והאיך יאמר שמואל דהבת דומה אסורה לישא משום חשש ממזרת אע"כ דשאני התם דאיירי בקלא שזינתה תחת בעלה וקול כזה אפשר שהוא משום פריצותא בעלמא ואפילו אם הוא אמת לא חיישינן לבניה משום

ממזרות אבל הכא איירי בקלא כעין דבר ברור היינו שרגילה לזנות ובקול כזה לא שייך לומר דמשום פריצותא בעלמא נפיק. וזה הוי כעדי טומאה דכי יעלה על הדעת שלפי דעת הראשונים דאין מוציאין אשה מבעלה אלא בעדי טומאה יסברו דגם אם ראינו אשה שהיא משחקת תמיד עם א"י ועם פרוצים בעריות ומתיחדת עמהם במקום סתירה וברור לנו שמזנה עמהם לא יוציאוה מבעלה מפני שלא ראינו שנטמאה. וזה ג"כ מדויק בלשון הרמב"ם שכתב אשה שיצא עליה קול שהיתה זונה תחת בעלה והכל מרננין אחריה ולא כתב אשה שיצא עליה קול שזינתה תחת בעלה. אלא ודאי משום דקול בעלמא שזינתה פעם אחת או שתים אפשר להיות משום פריצותא בעלמא דחזו לה ובזה אין חוששין ובזה האופן איירי בגמרא דגיטין דקאמר יצא עליה שם מזנה בעיר אין חוששין לה להכי כתב הרמב"ם שהיתה זונה תחת בעלה ר"ל שיצא עליה הקול שהיא מזנה תחת בעלה ורגילה בזו. דלשון זונה נופל על דבר תמידי והקול הזה יצא מפני שהיא מתייחדת תמיד עם הפרוצים בעריות במקום סתירה ומשחקת עמהם וזה הוה כעדי טומאה לכך לענין כהונה אסורה מה"ד כיון שהוחזקה לזונה והרמב"ם דקאמר חוששין משום זונה ולא קאמר אסורה משום זונה ע"כ איירי לענין ישראל דחוששין לה משום שלא תזנה תחתיו ומקלקלת עליו ונראה דזה כונת הח"מ דמחלק בין רינון לקול וכתב שם כיון דהכל מרננין אחריה הוה כעדים. ונראה דכונת הרינון שכתב הר"מ הוא כה"ג כמו שפירשתי שזה ברור שמזנה תמיד אף שאין לנו עדים ע"ז היינו עדי טומאה ממש אך לפי"ז אינו נראה לי מה שכתב הב"ש שם על שו"ע דכתב וכהן חושש לה מדין תורה ופירש הב"ש היינו לכתחילה אבל בדיעבד אם נשאה אין מוציאין לכן מ"ש בסמוך ואם בעלה כהן חוששין על הבנים היינו לכתחילה עכ"ל ולפ"ד נראה כיון שיצא עליה רינון כזה כמו שבארנו ודאי דאף אם נשאה מוציאין מידו כיון דאמרינן דזה הוה כדבר ברור:

אמנם לפי דברי התוס' ע"כ צריך לפרש כפי' המ"ל דהגמרא איירי שם לענין כהונה. אך צ"ע דברי הגמרא לפי שיטתם מה שהקשינו למעלה וגם מה שכתב שם דע"כ איירי בקלא דפסיק צ"ע דא"כ האיך סובר שמואל דבניה שתוקים. ונראה הא דהביא שם מיבמות דבקלא דלא פסיק אם כנס יוציא. משום דסברי התוס' דסוטה דגם מן הבעל מוציאין בקלא דלא פסיק לכך ס"ל דגם לכהונה מוציאין וכן נראה דסובר המ"ל בדעת התוס' עוד י"ל דהתוס' סוברים דמבעלה אין מוציאין בקדל"פ משום דהוה קלא שלאחר נשואין ומהנטען מוציאין משום דהוה קלא דקודם נשואין וא"כ גם לכהונה כיון דהוה קלא דקודם נשואין אם כנס יוציא ומסתברא לי כתירץ השני דקשה לומר כתירץ הראשון דא"כ יסברו התוס' דבקדל"פ מוציאין מן הבעל ובאמת הא אף הפוסקים המחמירין

וסוברים דמוציאין מן הבעל בקדל"פ ועדי דבר מכוער מ"מ מודים דאין מוציאין מן הבעל בעדי דבר מכוער לבד וכ"ש בקלא דלא פסיק דאין מוציאין מן הבעל ואף לדעת מוהר"ם מרוטנבורג דמחמיר לפי דעת השאלתות גם בעדי דבר מכוער לבד. מ"מ כתב להדיא דבקלא דלא פסיק לחוד אין מוציאין מן הבעל והביא ראי' מסוף גיטין דקלא דבתר נשואין לא חיישינן אלא דראיית הבעל בעצמו דברים מכוערים מצטרף לקלא דלא פסיק ואף שהמ"ל סובר כתירץ הראשון מ"מ נ"ל כמו שכתבתי בתירץ השני דהתוס' בסוטה כונתם להביא ראי' מיבמות דבקלא דלא פסיק מפקינן מהנטען ואזלי לשיטתם דס"ל ביבמות דעיקר החילוק שבין בעל לנטען הוא שאצל בעל הוא, קלא שלאחר נשואין וגבי נטען הוא קלא דקודם נשואין וא"כ לענין כהונה כיון דהוה קלא דקודם נשואין וקלא דלא פסיק אסורה ואפי' תצא כמו לגבי נטען:

אך לפי דעת הרמב"ם וכן סתם בשו"ע (סי' ו' סט"ז) אינה אסורה לכהונה אפילו בקלא דלא פסיק ובעדי דבר מכוער ואין חילוק בין א"א לפנויה אלא דוקא בדבר ברור וכמו שאין מוציאין מן הבעל אלא דוקא בדבר ברור ולא דמי לנטען דמוציאין בעדי דבר מכוער ובקלא דל"פ ולכתחילה אסורה להנשא אפי', בחד ריעותא שאני התם דלגבי נטען כיון דישא אותה אחזוקי אחזיק לקלא ולכך גרע טפי אבל לכהונה אף לכתחלה אינה אסורה דוקא אלא בדבר ברור כדמסיים שם הרמב"ם שאין אוסרין אשה מאלו אלא בעדות ברורה וע"ש בה"ה שכתב ומ"ש רבינו ואפי' הוציאה בעלה כו' הוא משום דאמרינן בגמרא דבר ברור וכבר נתבאר פכ"ד מה' אישות שאין כופין הבעל לגרש אשתו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה ברצונה עכ"ל ה"ה (בפ' י"ז מהא"ב) ונראה דהרמב"ם אזיל לשיטתי' דכתב (בה' סוטה פ"ב הט"ו) וז"ל מי שהוציאה בעלה בעדי דבר מכוער ונשאת לאחר וגרשה ה"ז אסורה להנשא לנטען שיצאה מתחת בעלה בגללו ואם נשאת לא תצא אעפ"י שאין לה בנים וע"כ צ"ל דאיירי הכא אם יש כאן קדל"פ דאל"כ מאי רבותא דלא תצא דהא אף בלא אפסוקי אפסיק אחר ס"ל להרמב"ם דבעדי דבר מכוער לבד לא תצא מהנטען וליכא למימר לרבותא דאף דאפסוקי אפסיק אחר מ"מ לכתחילה לא תנשא כמו שמתרץ הגמרא הברייתא לפי דברי רב מ"מ בדברי הרמב"ם ז"ל א"א לומר כן דלפי"ז יהי' מיותר הסוף דבריו שמסיים ואם נשאת לא תצא דהא כבר כתב מקודם דבעדי דבר מכוער לבד לא תצא וע"כ צ"ל דאיירי דיש כאן ג"כ קלא דלא פסיק וכיון דאפסוקי אפסיק אחר אם נשאת לנטען לא תצא וע"כ צ"ל דהא דבע"כ ובקדל"פ מוציאין מהנטען הוא משום דאם נשאה מחזיק לקלא א"כ לגבי כהונה כיון דאין כאן סברא זו אין אוסרין אותה אלא בדבר ברור ואף בקלא דקודם נשואין לא אסרינן לה אפי' לכתחילה משום דעיקר

האיסור על הנטען הוא לאו משום קלא דקודם נשואין אלא האיסור הוא משום דאחזוקי מחזיק לאיסורא בהא דנושא אותה:

ולפ"ד נראה מה שהוכרח הרמב"ם לומר דאין אוסרין לכהונה אלא או בעדות ברורה או בהודאת פיה. משום דהוא מפרש הגמרא דגיטין שמביא על דברי רבא כתנאי אכלה בשוק גירגרה בשוק כו' ר"מ אומר תצא רע"א משישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה אמר לו ריב"נ כו' מה להלן דבר ברור אף כאן, דבר ברור דלא כתוס' והרשב"א שדחקו לפרש דאיירי בקלא דקודם נשואין שיצא עליה קול זה ומדברות עליה לעז קודם שנשאת לכהן א"ל ריב"נ א"כ לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה כהן שהרי הוא אינו יודע במה שדברו עליה קודם כו' אלא הרמב"ם מפרש הפלוגתא דהני תנאי בא"א אי אוסרין אותה על בעלה דר"מ סובר כיון דאכלה בשוק וגירגרה בשוק כיון דהוה פרוצה אסורה לבעלה ומצוה מה"ת לגרשה ואזיל לשיטתי' בסוף גיטין דאמר שם היכא שהיא פרוצה כגון ראשה פרוע וטוה בשוק ופרומה משני צדדיה ורוחצת במקום שבני אדם רוחצין [ונראה דאו או קתני] זו מצוה מה"ת לגרשה שנאמר כי מצא בה ערות דבר [ונראה הא דקאמר מצוה היינו חוב לגרשה וכופין אותו ע"ז כיון דלדידי' מיקרי זה ערות דבר דלא כהתוס' שם דפירשו דלאו חובה הוא אלא מצוה בעלמא אלא כלישנא דברייתא קמייתא דאמר ר"מ תצא דמשמע דכופין אותו לגרשה] ור"ע סובר דוקא משישאו ויתנו מוזרות בלבנה והיינו קלא דל"פ וקאמר ריב"נ דא"כ דאוסרין אותה אפילו בקדל"פ לחוד לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה אלא אין אוסרין אותה אלא דוקא בדבר ברור:

ומצאתי און לדברי מדברי ר"ח ז"ל הובא ברמב"ן בחידושיו ליבמות (כז.) וכ"ה ברשב"א שם וז"ל ורבינו אלפסי ור"ח ז"ל פירשוה תצא מנטען אבל מבעל לא תצא אלא בעדים וכדתניא בשילהי המגרש אכלה בשוק גירגרה בשוק כו' ר"מ אומר תצא כו' אמר לו ריב"נ א"כ לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה והתורה אמרה כי מצא בה ערות דבר ולהלן הוא אומר עפ"י שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור עכ"ל הרי פירש להדיא דהפלוגתא של הני תנאי הוא לענין בעלה לפי"ז ע"כ צ"ל דהדין לענין לאוסרה לכהונה הוי הדין כענין לאוסרה על בעלה כמו דאין אוסרין אותה על בעלה אלא בדבר ברור ממש היינו עדי טומאה לפי שיטת הרמב"ם ה"ה נמי לענין כהונה מדהביא הגמרא על רבא דאיירי לענין לאוסרה לכהונה התנאי דאיירי לאוסרה על בעלה ועוד דאפי' לפי דברי התוס' והרשב"א דפי' דהני תנאי מיירי לענין כהונה ובקלא דקודם נשואין ע"כ מוכרחין אנו לומר דלענין כהונה הוי הדין כמו לענין בעלה כיון דריב"נ מביא ע"ז הקרא דכי מצא בה ערות דבר ע"כ דס"ל דא"א לאוסרה

לכהונה אלא בכה"ג דאוסרין אותה על בעלה דס"ל דזונה לכהן נמי מיקרי דבר, שבערוה. כמו שכתבו התוס' רי"ד בקדושין (סז.) גבי עובדא דינאי המלך ואף שהוא קלא דקודם נשואין מ"מ אין אוסרין אותה והא דאוסרין על הנטען משום דאחזוקי אחזיק לקלא כמו שכתב הרמב"ן להדיא ביבמות דאם אפסוקי אפסיק אחר לא תצא וכמו שבארתי לעיל בדעת הרמב"ם:

אמנם לפי דעת הסוברים דעיקר החילוק שבין בעל לנטען הוא שאצל בעל הוה קלא שלאחר נשואין וגבי נטען הוא קלא שקודם נשואין וא"כ לענין כהונה כיון דהוה קלא דקודם נשואין וקלא דל"פ אסורה ואפי' תצא כמו לגבי נטען. לפי שיטתם קשה לישב הגמרא דגיטין דאפי' אי אמרינן כמו שפי' הב"ח לחלק בין א"א לפנויה ובגיטין איירי בקול שיצא על הפנויה מ"מ האיך איירי הפלוגתא דהני תנאי אי אמרינן דאיירי בא"א ולענין בעלה, א"כ האיך מביא הגמ' ראי' מריב"נ דאיירי לענין בעלה שאין אוסרין אותה אלא בדבר ברור לענין כהונה שאוסרין אותה אפי' בקלא דל"פ אם יצא על א"א ואם נאמר כפי' התוס' והרשב"א דפלוגתת הני תנאי קאי לענין כהונה אכתי תקשה דהאיך אמר ריב"נ לענין כהונה והתורה אמרה כי מצא בה ערות דבר מה להלן דבר ברור אף כאן כו' הלא הקרא דכי מצא איירי לענין בעלה ואיך מביא ראי' מבעלה לענין כהונה דלפי שיטתם אסרינן בקדל"פ אם יצא על א"א לענין כהונה אח"כ מצאתי בחידושי הריטב"א סוף גיטין דפי' שם בשם הרא"ה דהא דאמר רבא יצא עליה שם מזנה בעיר קאי נמי לענין בעלה. וז"ל ורבינו נר"ו פי' יצא עליה שם מזנה בעיר דאין חוששין על בעלה משום דאמרינן דפריצותא בעלמא דחזו בה ודוקא משום האי טעמא הא לאו הכי חיישינן ואע"ג דאמר רב אשי דכל קלא דבתר נשואין לא חיישינן ליה ה"מ כשמוציאין קול שנתגרשה דקול זה בא לסתור נשואי' אבל להא חיישינן לי' אי לאו משום דאמרינן דדלמא פריצותא בעלמא הוא דחזו בה וצ"ע. והא דאמרינן כתנאי אכלה בשוק כו' לפי פי' זה של רבינו אתיא כפשטא לאוסרה על בעלה משום קול זנות לבד כו' עכ"ל וא"כ אפשר לישב שדעת הסוברים דלכהונה אסורה בקדל"פ מפרשים הסוגיא דגיטין כדעת הרא"ה הנ"ל ולפי"ז ע"כ יפרשו הברייתא הא דבעולה אין חוששין לה איירי התם בקלא דפסיק וצ"ע ונראה לפי דבריהם דאף דאמרינן בגיטין כל קלא דלא אתחזיק בב"ד לאו קלא הוא. וקלא דאתחזיק בב"ד הוא מבואר שם או שיש להקול רגלים לדבר או שאומרים שמענו מפלוני ופלוני והלכו למדינת הים מ"מ הכא לענין זנות לא בעינן שיתחזק הקול בב"ד אלא כיון דנשים מוזרות בלבנה אומרים שזינתה ולא נפסק הקול מיקרי לענין זה קלא דלא פסיק

כללא דמלתא לפי מה שבארנו שיטת הרמב"ם דסובר דלכהונה הוה הדין כמו לבעלה. וכן שיטת התוס' והרשב"א דמפרשים הפלוגתא דהני תנאי לענין כהונה ואעפ"כ אמר ריב"נ דאין אוסרין אותה אלא בדבר ברור ולפי דעת כמה ראשונים לא מיקרי דבר ברור אלא דוקא עדי טומאה או ברינון כה"ג דאיירי (בסי' ד' סט"ו) לענין דומה נראה דלכל השיטות אפי' בדעבד מפקינן לה מבעלה ומכהן. דהוה דבר ברור וגם הרמב"ם מודה לזה דעדיפא מקדל"פ ועדי כיעור כמו שבארתי וכ"כ הח"מ (בסי' ו' סקי"א) להדי' דהכל מרננים אחריה ודיימא טפי הוה כעדים וא"כ אפי' בדיעבד מוציאין. דלא כהב"ש דכתב דבדיעבד אין מוציאין גם מה שכתב הב"ש דאם בעלה כהן חוששין להבנים לכתחילה לפע"ד אינו כן דהא מוכח מהגמרא דסוטה דהא דדומה בניה כשרים לבא בקהל הטעם הוא משום דרוב בטילות אחר הבעל אבל בלאו האי טעמא הוו אסורים לבוא בקהל ואם איתא דגבי כהן בדעבד הבנים כשרים. א"כ תיפוק לי' ג"כ לענין בני דומה דכדיעבד דמי כמו דאמרינן בכתובות (יד.) יעו"ש ברש"י ד"ה והא. ובתוס' ד"ה חדא בסופו ול"ל טעמא דרוב בעילות אחר הבעל. ואין לומר דרב תחליפא דקאמר הך טעמא קאי על אשה מזנה אבל לגבי בני דומה באמת בלאו האי טעמא מותרין לקהל. ומשום דהוה כדיעבד ז"א דהמעיין שם בתוס' יראה להדיא דבני דומה נקראים שתוקים וא"כ אפי' בדיעבד אסורים. ואף שפירשתי לעיל דברי רש"י דמפרש הא דקאמר שמואל דלא ישא הבת דומה היינו דוקא לכתחילה נראה דאף לפי דעת רש"י הוא לקהל דוקא והוא מטעם ס"ס שמא מבעלה ושמא מן הכותי. אבל הכא לענין כהונה ממ"נ הוה בניה פסולין דאם הם מבעלה כיון שמחזיקינן שודאי זינתה ממילא הוו בניה שנולדו מבעלה כהן חללים דבביאה אחת נעשית זונה ואם הוא מביאת ישראל הוו ממזרים מאי אית לן למימר שמא נתעברה מכותי א"כ לא הוו כהנים בודאי ובתה ג"כ אם נשאת לכהן תצא. דאפי' למה שפסק הרמב"ן דעבד וכותי הבא על בת ישראל הולד פגום ואם נשאת לא תצא וכן פסקו האחרונים מ"מ הכא ודאי דתצא דאיכא ספיקות טובא לחומרא ובפרט באינה פרוצה ביותר דאנן קיי"ל דרוב בעילות אחר הבעל ודאי הם חללין. ואף בפרוצה ביותר ואפי' לפי הפוסקים דרוב בעילות הם מאחרים נראה ג"כ דבתה אם נשאת לכהן תצא כיון דאיכא הרבה ספיקות להחמיר כנ"ל בזה דלא כהב"ש:

וא"כ בנ"ד לפי שיטת הרמב"ם ושאר הראשונים דסוברים דאין אוסרין על בעלה אלא בעדי טומאה ממש א"כ אפי' בעדי כיעור וקדל"פ אין אוסרין לכהונה נמי והכא לא הוה אלא קלא דל"פ לחוד ודאי דמותרת ואפי' לפי שיטת הרמ"א דמחמיר ופסק כשאר הראשונים דס"ל דמבעלה מוציאין בעדי כיעור וקדל"פ דהוה כעדי טומאה וא"כ כ"ש

דלכהונה אסורה. מ"מ בקדל"פ לחוד אינה אסורה אלא לנטען דוקא משום דבזה דנושאה אחזוקי אחזיק לקלא אבל לכהונה מודה דאינה אסורה בקלא דל"פ לחוד ודלא כהגאון בעל ב"מ (בסי' י"א סקט"ו) על הא דכתב הב"ש שם ולא קשה ממ"ש (בס"ד סט"ו) א"א שיצא עליה קול כו' דשם ליכא עדי כיעור [והב"ש אזיל לשיטתי' דס"ל דשם אינה אסורה לכהונה אלא לכתחילה אבל כבר השבתי עליו דרינון דשם גרע טפי] וכתב הגאון הנ"ל ע"ז אך הרמ"א ז"ל דפי' הכא מבועל בקדל"פ לחוד מוציאין לדידי' קשה שהי' לי' שם לחלק בין קלדל"פ לדפסיק עכ"ל ולפד"נ דהרמ"א החמיר דוקא בנטען משום דכניסתו מוכיח על הקול שהוא אמת והוה כקדל"פ ועדי כיעור וכמ"ש הראשונים ואף שיש ראשוני שמחמירים בזה וכמו שבארנו דלכהונה אסורה אף בקדל"פ לחוד מ"מ יש לסמוך על סתימת השו"ע בסי' ו' כדברי הרמב"ם ושאר הראשונים דס"ל דלכהונה הוי הדין כמו לבעלה וגם הרמ"א לא הגיה עליו כלום וא"כ בנ"ד ודאי דיש להקל וגם נ"ד הוא לגבי פנויה ובפנויה יש להצטרף סברת הב"ח דמשום פריצותא בעלמא יצא הקול ואף דיצא עליה קול מעוברת מ"מ גם בזה יש לתלות להקל דמשום עיכוב הוסת נראית מלאה ודמיא למעוברת יעויין תשובות נו"ב מה"ת חלק אה"ע שאלה ן':

סימן יא

ועוד נ"ל דאף לפי דעת המחמירים וסוברים דאפי' בקלא דפסיק אסורה לכהונה לכתחילה מ"מ יש לצדד ולהקל בנ"ד דהנה על הא דאמרינן בגיטין יצא עליה שם מזנה בעיר אין חוששין לה פירש"י מזנה לכותי או לעבד שפוסלין אותה מן הכהונה ועל הא דבעולה אין חוששין לה פירש"י דאין חוששין לאוסרה לכ"ג וכתבו שם התוס' ור"י אומר דסתם בעילה של זנות שאינו ידוע ממי פסולה לכהונה והרי היא בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה כדאמרינן בכתובות (יד:) דאין אשה בודקת ומזנה ואפי' לר"ג דאמר נאמנת היינו היכא דאמרה לכשר נבעלתי כו' ע"כ. ונראה דדעת רש"י הוא דאם הי' יוצא קול סתם לא הי' שום רבותא דאין אוסרין אותה מחמת זה דאפי' היכא דאסרינן מחמת קול הוא לא מטעם דאמרינן דהקול ודאי אמת הוא אלא משום ספק דחיישינן להחמיר אולי אמת הקול וא"כ הכא אי הוה יצא קול סתם הוה ס"ס שמא הקול אינו אמת ואת"ל שהוא אמת דלמא לכשר נבעלה ומצאתי להגאון בעל פ"י שמתרץ דברי רש"י על דרך זה. רק דהוא כתב הטעם משום דספק לכשר נבעלה או לפסול מדאורייתא מוקמינן לה בחזקת היתר ולכך לא היינו מחמירין בקול סתם משום דאיכא תרי ספיקא שמא אין הקול אמת ואת"ל שהקול אמת שמא לכשר נבעלה ולפ"ד אין אנו צריכין לכך. דאף אם נימא דמחמת הספק הראשון הוא מדאורייתא לחומרא מ"מ כיון דאיכא כאן

ס"ס, יש להתיר אותה. ולא דמי לאלמנת עיסה דאמרינן שם (יד.) דלר"ג אפי' בס"ס נמי אסורה לכהונה לכתחילה דשאני התם דהיא טוענת שמא לכך קיל לי' שמא דאפי' בס"ס נמי פסולה אבל הכא אף שיצא עליה הקול שזינתה אבל היא טוענת ברי שלא זינתה וכיון דאיכא נמי ספיקא שאפי' אם זינתה דלמא לכשר נבעלה גם ר"ג מודה דבס"ס כה"ג מותרת לכהונה ועוד יש לחלק בין ס"ס דנ"ד ובין ס"ס דאלמנת עיסה דגבי אלמנת עיסה ודאי נתערב במשפחה זו ספק חלל והוה ספק אחד בגופו וספק אחד ע"י תערובות וא"כ לא הוה ס"ס גמור עיין ב"ש (סי' ב' סקי"ד) אבל ס"ס כי האי דלגבי נ"ד דהוה ס"ס גמור איכא למימר דגם ר"ג מודה דמותרת לכתחילה לכהונה:

ואף דבנ"ד היו רוב פסולים אצלה והא בעינן דשני הספקות יהיו שקולים וכן כתב הגאון בעל פ"י שם וז"ל מיהו יש לישב ג"כ שיטת ר"י ז"ל דזימנין דאסורה אף לכ"ה מדאורייתא כגון היכא דרוב פסולים אצלה כגון בעיר שרובה א"י ואע"ג דפ"ק דכתובות מסקינן דמאן דמכשיר מכשיר אף ברוב פסולין אצלה היינו היכא דאמרה לכשר נבעלתי דברי ושמא עדיפא מרוב משא"כ בשותקת מדאורייתא אזלינן בתר רובא וצ"ע עכ"ל מ"מ יש לצדד ולהקל בזה עפ"י מ"ש הב"ש (בסי' ד' סקל"ט) וז"ל ולכאורה קשה למה היא נאמנת להכשיר ברוב פסולין דהא הטעם הוא משום דבלא דבורה הי' ספק ממזר וכשר מדאורייתא מ"ה נאמנת להכשיר וטעם זה לא שייך ברוב פסולים דהא ברוב פסולים אזלינן אחר הרוב והוא ממזר ודאי ועיין בסוגיא שם (עג) מבואר כו' וי"ל אפילו אם איכא רוב פסולים מ"מ אכתי ספק ממזר הוא בלא דבורה משום די"ל היא אזלה להבועל והוה קבוע וכמחצה על מחצה דמי כו' עכ"ל הרי להדיא דס"ל דאפי' ברוב פסולין הוא כמחצה על מחצה וממילא קם לי' הס"ס בנ"ד ואפילו לפי מה שהשיגו האחרונים על תירץ הב"ש מדברי הרשב"א והריטב"א בחידושי' לקדושין בסוגיא הנ"ל ולא ס"ל דזה הוה כמחצה על מחצה משום דאיכא כאן ספק דילמא אזיל איהו לגבה וכל דפריש מרובא פריש. מ"מ ע"כ ס"ל דהא דנאמנת להכשיר הולד ברוב פסולים הוא משום דאשה בודקת ומזנה כדס"ל להתוס' בכתובות (יג:) ד"ה השבתנו וא"כ מחמת הסברא דאשה בודקת ומזנה נעשה כמע"מ אפילו ברוב פסולין אצלה וממילא נשאר קיים הס"ס בנ"ד. אכן מדברי התוס' דגיטין הנ"ל וכן מדברי הרשב"א שם נראה דס"ל דלא אמרינן הסברא דאשה בודקת ומזנה אלא היכא דהיא טוענת טענת ברי לכשר נבעלתי אבל היכא דאינה טוענת כלל אינה מועלת הסברא דאשה בודקת ומזנה אבל מדברי רש"י הנ"ל מוכח דלעולם אמרינן אשה בודקת ומזנה. וא"כ איכא כאן הס"ס אי יצא קול סתם לכך הוכרח רש"י

לפרש דהי' הקול שהיא מזנה עם א"י או עבד ולפי"ז יצא לנו היתר גדול בנ"ד לדברי רש"י ז"ל.

ועוד יש טעם להתיר בנ"ד אף שרוב פסולים אצלה דהנה כל מה שאנו רוצין להחמיר בזה הוא רק מחמת דעת ר"ת שנראה מדבריו דסובר דקלא דל"פ הי' אוסר אפילו לגבי בעלה אי לאו משום דלא חיישינן לקלא דבתר נשואין וא"כ לגבי כהונה דהוה קלא דקודם נשואין אסורה ולכך החמירו האחרונים אפילו בקלא דפסיק דאסורה לכהונה לכתחילה כמו שהוכיחו מדברי התוס' דסוטה ולדעת ר"ת נראה דיש להקל בקלא אפילו ברוב פסולין מטעם ס"ס כמו לרש"י ז"ל דהא הובא בתוס' בכתובות (יג:) דהקשה שם ר"ת וז"ל וא"ת ואכתי תיפוק לי' דהתם בשבויה כל פסולים והכא בחורבה דדברא רוב ותי' דרוב ככל וליכא למימר במדברת דליכא אלא רוב דאיכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא דאפי' אית להו סמוך מיעוטא לחזקה לר"ג ור"י מ"מ לא הוה אלא פלגא ופלגא ודין הוא שתאסור מספק דספק איסורא לחומרא כו' עכ"ל וכן הביא הרא"ש בחולין דדעת ר"ת דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והוה כפלגא ופלגא וכן הוא דעת הרא"ה בב"ה גבי רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם דאפי' לרבנן אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והוה כפלגא ופלגא וא"כ הכא אפי' ברוב פסולין איכא ס"ס ספק שהקול אינו אמת ואת"ל אמת שמא לכשר נבעלה וא"כ אפי' לדעת ר"ת אין להחמיר אלא דוקא היכא שיצא הקול שנתעברה מא"י או מעבד:

גם יש לצרף בנ"ד כיון דהקול יצא דמפלוני נתעברה ומשום זה הקול אנו באין לאוסרה הוה כקול ושוברו עמו דהא אם הי' ידוע לנו דלכשר נבעלה לית לן למיחש שמא זינתה עוד עם אחר כיון דלא דיימא מעלמא אע"ג דב"ש (סי' ו' סקל"א) מבואר דאף דידעינן דלכשר נבעלה מ"מ בעינן חד רובא כבר כתב הדגול מרבבה דלענין עצמה אפי' ברוב פסולים מותרת והב"ש איירי לענין בתה אך ע"ז יש לבע"ד לחלוק ולומר שאין זה מיקרי קול ושוברו עמו דאם הי' יוצא הקול שזינתה עם פלוני זה הי' בודאי מיקרי קול ושוברו עמו אבל הכא בנ"ד שהקול יצא שהמליטה זכר בכפר פלוני אף שאז ג"כ יצא קול שמבעה"ב נתעברה. אין זה קול שודאי נתעברה ממנו אלא שהיא דיימא מבעה"ב אפשר שאין זה מיקרי שוברו עמו דיכול להיות מחמת שהיא היתה משרתת אצל הבעה"ב יצא החשד עליו אבל אינו חשוב זה כודאי מ"מ לצרף זאת לכל הני צדדים דהתירא שהבאתי בודאי מצינן לצרפו ובפרט שיש לצרף כאן קצת הטעם שכתב הב"ש דהמהרא"י סובר דמן הסתם לא תלינן בכותי. וכ"כ דגם העור סובר כן. אף שלפי דעתי אין מא' מהם ראי' מוכרחת שסוברים כן ואדרבה מדברי רש"י בסוטה שהבאתי לעיל וכן מדברי הרמב"ם

מבואר להדיא דאינו כן מ"מ כיון דיש בלא"ה כמה טעמים להתירה ולסניף להתיר בודאי יש לצרף גם דעת הב"ש. ע"כ שפיר עביד מע"כ שהתירה להנשא לכהן אחר שכבר נשתדכה לו אך שאז הי' צריך להזהיר החתן באזהרה רבה שאם לא ימצא לה בתולים שיפרוש ממנה וכדין דמצא פ"פ אסורה באשת כהן כיון שאמרה שלא נבעלה כלל כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

סימן יב

עוד יש לנו לבאר בנ"ד כיון שהיא הודית שנבעלה א"כ בודאי ימצא לה הבעל פ"פ ולא ימצא דם בתולים מ"מ אם היתה אומרת קודם הנשואין שלכשר נבעלה הא קיי"ל כיון שכבר נשאה אין צריך להוציאה אפי' ברוב פסולין אצלה אמנם בנ"ד כיון שלא אמרה לכשר נבעלה רק לאחר נשואין קודם היחוד לכאורה נראה דדין זה תלוי בפלוגתא דרבוותא שהביאם ה"ה (בפי"ח מהא"ב ה"ז) וז"ל ודע ששם נתבאר שהאשה נאמנת לומר מוכת עץ אני או משארסתני נאנסתי לענין ממון הכתובה. ויש מן המפרשים הסוברים שה"ה להיות נאסרת עליו שאי טענה בברי דבר המתירה שהיא מותרת ולא אמרו נאמן לאוסרה עליו, אלא במכחשת כו' אבל מודה וטוענת שנאנסה קודם שנתארסה באשת כהן אי נמי שנאנסה אח"כ באשת ישראל כו' ויש מן המפרשים חולקים בזה ואומרים דלענין איסורא בכה"ג דליכא אלא חדא ספיקא אסורה היא ואין משגיחין על דבריה וזה נראה דעת רבינו והראשון דעת הר"מ והרשב"א ז"ל עכ"ל:

ועלה בדעתי לומר הא דמחמיר שיטה שניה שאינה נאמנת לומר נאנסתי באשת ישראל ושלא זינתה תחתיו באשת כהן. אף דקיי"ל כר"ג דנאמנת לומר לכשר נבעלתי אף ברוב פסולין אצלה הוא דוקא שתאמר זאת קודם הנשואין דאז מהני עדותה כי מתורת עדות נגע בה כדאמרינן בכתובות (יג:) זו עדות שהאשה כשרה לה ואינה נקראת נוגע בדבר דיכולה לישא ישראל ולא כהן [וכעין סברא זו כתב הרד"ך הובא בב"ש ובח"מ סי' ו' סק"ח וז"ל ובאמת יש לחלק בשלמא נשואה אין מאמינים לה דהיא נוגעת בדבר אבל אשה שבויה שנשאת לא שבקא התירא ואכלה איסורא הלא הרשות בידה להנשא לישראל למי שתרצה] אבל אם אמרה אחר הנשואין שאז היא נוגעת בדבר שאל"כ אסורה לבעלה בזה לא אמר ר"ג שנאמנת וא"כ היכא דמצא פ"פ והיא אומרת לכשר נבעלתי בעוד הייתי פנויה לפי שיטה ראשונה נאמנת ולפי שיטה שניה אינה נאמנת להתיר עצמה כיון דליכא אלא חד ספיקא אע"ג שמחמת הספק שמא תחתיו נבעלה אחר החופה אין לחוש כמש"כ הח"מ (בסי' ס"ח סק"ח) וז"ל נראה בזמן הזה שמקדשין בשעת החופה ומיד תוך ז' ימי המשתה בועל בעילת מצוה ואין הכלה מתיחדת עם שום אדם ותמיד יש עמם

שושבינים ונשים כו' אין מצוי שתזנה בתוך זה הזמן גם החתן בעצמו יכול להעיד ע"ז כו' עכ"ל וא"כ יש לחקור אפילו בעובדא דידן שהיא הודית קודם היחוד מ"מ י"ל לפי שיטה שניה שאינה נאמנת לומר לכשר נבעלתי כיון שהי' אחר החופה ומתיראת שלא ימצא לה פ"פ ויגרשנה וא"כ הוה נוגעת בעדותה. ואין לומר שיש לה מגו שאם תרצה היתה אומרת לא נבעלתי ז"א דאם לא ימצא לה בתולים יתגלה שקרה לכן חוששה לומר לא נבעלתי ועוד כיון דאיכא קול שנבעלה ונתעברה וילדה לא הוה מגו להכחיש הקול כמו דאמרינן בב"ב (לג.) גבי עובדא דרבא בר שרשום:

אבל באמת אחר העיון נראה דגם שיטה שניה אינה מחלקת אם אמרה לכשר נבעלתי בין קודם הנשואין או לאחר הנשואין וראי' לזה שאפי' אחר הנשואין נאמנת לומר לכשר נבעלתי ולהתיר עצמה לבעלה מהא דאמרינן בכתובות (שם) גבי ההוא ארוס וארוסתו דאתא לקמי' דרב יוסף ואמר ר"י למאי ניחוש לה חדא דהא קמודה ועוד הא אמר ר"י א"ש הלכה כר"ג ואף שיש לדחות זה ולומר דהתם קאי לענין להתיר הולד כמש"כ התוס' שם ד"ה חדא. אבל לענין בעלה לא איירי. ואינו תלוי אלא בדבור הבעל. אבל באמת נראה מכל דברי הראשונים שקאי אף להתירה לבעלה יעויין בש"מ שם אע"כ צ"ל דהטעם של המחמירין הוא משום דס"ל כמו שרצה הרא"ש להשיג על רבינו יונה בסוגיא דפ"פ שסובר ר"י דנאמנת לומר נאנסתי והרא"ש משיג ואומר דאינה נאמנת כיון דאונס לא שכיחא ואע"ג דאיכא לה חזקת היתר מ"מ רובא דרצון עדיפא מחזקה ואף דתברא הרא"ש לגזיזי' ומודה לר"י דנאמנת לומר נאנסתי והביא ראי' מההיא דהיתה מעוברת דאלים לרשב"ג ברי ומכשיר העובר ואע"ג דלית לו חזקת כשרות ואף דרוב פסולים אצלה נראה דדעת המחמירין דאין ראי' מהתם דחזקת האם מהני גם להבת ואי משום רוב פסולים סוברים דאין זה רוב גמור דדלמא אזלה איהי לגבייהו והוה קבוע וכמע"מ דמי או משום דסוברים דחזקה דאשה בודקת ומזנה עם חזקת היתר שלה אלימא מהרוב. אבל לומר נאנסתי ס"ל דאינה נאמנת דרובא דרצון הוה רוב גמור גם הראי' שניה דהביא הרא"ש שם לר"י מהא דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי לגבות כתובתה אע"ג דאיכא חזקת ממון ורובא דרצון נראה דס"ל להני מחמירין דשאני התם כיון דודאי נתחייב לה כתובתה משעת האירוסין ע"כ אין יכולים לפוטרו מטעם דדלמא זינתה ברצון דהוה כמו איני יודע אם פרעתיך אבל הכא לגבי איסורא איכא למימר כיון דהוה ספק לגבי' אם ברצון או באונס. אסורה לו משום ספק סוטה וכמו דאמרינן בירושלמי שם הדא דתימר לגבות כתובתה אבל לקיימ' אינו רשאי משום ספק סוטה וכן הא דאינה נאמנת לומר שנבעלה קודם האירוסין הוא משום דאיכא חזקת הגוף דעדיפא מחזקת היתר ואית לן

למימר דהשתא נבעלה אע"ג דאיתרע לה חזקת הגוף שהרי נמצאת בעולה לפניך מ"מ חזקה דמעיקרא עדיפא וכבר הארכתי בקונטרס החזקות שלי דדעת התוס' דחזקת הגוף עדיפא מכל החזקות אע"ג דאיתרע אבל הכא בנ"ד דברור לן שקודם הנשואין נבעלה רק דמספקא לן אי לכשר נבעלה או לפסול נראה דלכו"ע נאמנת להתיר עצמה לבעלה אף לאחר נשואין ואף דאיכא רוב פסולין אצלה כמו קודם הנשואין:

אח"כ עיינתי בגוף הירושלמי שממנו למדה השיטה השניה שהביאה ה"ה להחמיר בספק אחד ואסורה משום ספק סוטה וראיתי שם שאין טעמו כמו שכתבתי דא"כ אמאי מחמיר בבוגרת דקאמר שם ר' יונה בשם ר' קריספא בוגרת כחבית פתוחה היא הדא דאת אמרת שלא להפסידה כתובתה אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה והא הכא דחזקת הגוף וחזקת היתר מסייע לה וגם הוא שכיח למצוא פ"פ אצל בוגרת וגם היא טוענת ברי שלא נבעלה ואמאי אינה נאמנת אע"כ נראה דטעם הירושלמי הוא כיון דחזינן שהחמירה התורה גבי ספק סוטה לאחר קינוי וסתירה אף שיש לה חזקת התיר וגם היא טוענת ברי שלא נבעלה. ועשה ספיקא כודאי מזה למד הירושלמי להחמיר בכל הספיקות שנולדו אצלינו לאחר הנשואין אם היא מותרת לבעלה או לאו ולא מוקמינן לה אחזקתה ולא מהני טענתה טענת ברי וכן מצאתי בנו"ב מה"ק (חלק אה"ע סי' ס"ט) שמבאר דברי הירושלמי ג"כ מהאי טעמא שכתבתי יעו"ש ובמקום אחר אבאר עוד בזה בס"ד ונראה דאף לפי"ז יש להקל להאמינה לאחר הנשואין לומר לכשר נבעלתי אף לפי דעת המחמירים דדוקא אם הספק אצלינו הוא אם נאסרה לבעלה משום איסור טומאה ובאיסור טומאה לבעלה חזינן דהחמירה התורה בספיקא אז אינה נאמנת אבל הכא הספק הוא אצלינו משום איסור זונה דלאחר נשואין ודאי לא נאסרה ובאיסור זונה לא מצינו שהחמירו בזה וא"כ כמו שנאמנת להתיר עצמה לבעלה קודם נשואין ה"ה דנאמנת לאחר נשואין:

ועוד נראה לדון דלכך נאמנת לומר לאחר הנשואין לכשר נבעלתי לכו"ע אף לדעת המחמירין הנ"ל דהנה בסוגיא דפ"פ הקשה התוס' ד"ה לא צריכא באשת כהן. אמאי לא מוקמינן לה אחזקתה שהיא כשרה לכהונה ונאמר דלאו תחתיו זינתה ותמהו כל המפרשים דהא אפי' ודאי דלאו תחתיו זינתה מ"מ אסורה לכהונה כמו ראוה מדברת דאפי' לר"ג כיון דאינה טוענת ברי דלכשר נבעלה רק שטוענת ברי שבתולה היא והוה כמאן דליתא דהא פ"פ כהכחשת עדים דמי ופסולה לכהונה וכתב ע"ז הגאון מהר"י מליסא בספרו בית יעקב וז"ל ולפע"ד דהנה הח"מ והב"ש כתבו בשם הד"מ ורד"ך גבי שבויה דאפי' ניסת בצינעה שלא עפ"י ב"ד ואח"כ באו עדים דלא תצא דכיון שניסת הוה

כאלו אמרה נשביתי וטהורה אני כו' ומעוברת ומדברת ודאי דלא גרע משבויה כו' כיון שבשעת נשואין הי' בידה להנשא לכל העולם ומש"ה כשנשאת לכהן הוה כאלו אמרה אז לכשר נבעלתי ואז ודאי כשיבואו עדים אח"כ שראוה מדברת ודאי דלא תצא כמו בשבויה ופ"פ לא עדיף מעדים ומותרת היא בדליכא רק חשש דלפסול נבעלה מטעם הנ"ל כו' ושפיר הקשו התוס' דנוקי בחזקת כשרות כיון דנגד חשש פסול הוה כאלו אמרה בשעת נשואין לכשר נבעלתי ואף שעכשיו מכחישתו או ששותקת מ"מ כיון שכבר הוכשרה בשעת נשואין שוב אין לה כח לאסור עצמה לבעלה אחר הנשואין כמו באומרת טמאה אני לך כו' עכ"ל ובזה יש לישב דברי הגאון בעל צ"צ (בסי' פ"ב) מה שהשיגו עליו האחרונים:

ולפי"ז נראה דאף שאנן לא קיי"ל כתוס' הנ"ל והיכא דלא טענה לאחר הנשואין שלכשר נבעלתי ודאי תצא. כדמוכח בשו"ע (סי' ו' סי"ח) היינו דוקא כיון דלא טענה אח"כ איגלאי מילתא למפרע דהא דניסת לאו משום דיודעת דלכשר נבעלה אבל הכא בטוענת לכשר נבעלה אף שטוענת לאחר נשואין לכו"ע הוה כמו שאמרה בשעת נשואין דלכשר נבעלה וכל שאמרה בשעת נשואין לכו"ע נאמנת אף שיש לדון דאולי לא מהני טענת ברי שלה כיון שאומרת ממי נתעברה ואינה נאמנת להוציא אותו האיש מחזקת כשרות ודוקא כשאומרת סתם לכשר נבעלתי אז נאמנת משום דאינה מוציאה בדיבורה שום אדם מחזקת כשרות ומן המשנה איש פלוני וכהן הוא אין ראי' כ"כ לומר שאף שמוציאו מחזקת כשרות אפ"ה נאמנת משום דבזמנם היו כל הפנויות ג"כ טובלות לנדתן ואינה מוציאו מחזקת כשרות [אך לדעת הרמב"ם שסובר פנוי הבא על הפנויה לוקה משום לא תהי' קדשה יש ראיה מוכרחת שאף שמוציאו מחזקת כשרות מ"מ נאמנת להכשיר עצמה ואף לדעת הגר"א ז"ל בשו"ע סי' כ"ו דס"ל דגם לדעת הרמב"ם אין לוקין ע"ז כ"א במופקרת לזנות. מ"מ מסיק שם דאיסור עשה ודאי איכא יעו"ש] אבל בזה"ז שאין הפנויות טובלות לנדותן א"כ מוציאה אותו שאומרת שממנו נתעברה מחזקת כשרות. מ"מ אין לאסור מטעם זה כי כן כתב הגאון בעל נו"ב והגאון בעל תועפת ראם בתשוב' שכל שאינו בפנינו ומכחישה נאמנת בדבורה וגדולה מזו נ"ל דאפי' אם האיש מכחישה בפירוש ג"כ נאמנת ואין לחוש לדעת מהר"מ אלשקר שהביא הכנה"ג בסי' ס"ח ס"ק נ"ט דמחמיר בזה דס"ל כיון דהאיש שהיא אומרת שממנו זינתה מכחישה הוה כברי וברי. דלפע"ד נראה בהדיא מדברי הרמב"ם (פט"ו מהא"ב הי"ז) דלא כדבריו שכתב בארוסה שנתעברה וז"ל ואם הכחישה הארוס ואמר מעולם לא באתי עליה הרי הולד ממזר כו' והאשה אינה בחזקת זונה אלא נאמנת לומר לארוס נבעלתי ואינה זונה ואם נשאת לכהן

לא תצא וולדה ממנו כשר עכ"ל הרי להדיא מבואר דלא כמהר"מ אלשקר וא"כ כ"ש בנ"ד שאינו מכחישה בפירוש ודאי דאין לחוש בזה ומותרת האשה לבעלה:
כה דברי יו"ט ליפמן הכהן

סימן יג

שאלה מהרב החו"ב כו' מוהר"ר צבי מאמנאשמירשציובאה וז"ל:
אשת כהן נחבשה בעד עלילה שהעלילו על בעלה. ונתפסה היא בעדו. והיתה חבושה בבית האסורים כמה חדשים וגם הובילוה ממקום למקום לחקירה ודרישת ענין העלילה כפי הנימוס. ויצא משפטה לאורה וניתן לה החופש והדרור. ושבה לבית אישה ואישה הכהן נפרש ממנה עד שיורו המורים עליה אם מותרת לו. ע"כ יורה לנו כת"ר בזה אם מותרת האשה לבעלה עכת"ד:
תשובה גרסינן במתניתין כתובות (כו:) האשה שנחבשה בידי א"י ע"י ממון מותרת לבעלה ע"י נפשות אסורה לבעלה ואמרינן שם בגמרא אר"ש בר"י אמר רב לא שנו אלא שיד ישראל תקיפה על א"י אבל יד א"י תקיפה על עצמן אפי' ע"י ממון אסורה לבעלה ע"כ. ועל הא דע"י נפשות אסורה אמרו שם (כז.) אמר רב כגון נשי דגנבי. ולוי אמר כגון אשתו של בן דונאי אמר חזקי' והוא שנגמר דינו להריגה ורבי יוחנן אמר אעפ"י שלא נגמר דינו להריגה ע"כ והנה רש"י והתוס' ז"ל פירשו ע"י נפשות אסורה אף לבעלה ישראל משום דחיישינן שמא נתרצית כדי למצא חן שלא יהרגוה. ובנחבשה ע"י ממון מותרת אף לכהן ולא חיישינן לשמא נאנסה דמרתתי שלא יפסידו ממונם אמנם רוב הראשונים פירשו דבין רישא ובין סיפא מיירי דוקא באשת כהן דחיישינן לנאנסה אבל באשת ישראל גם בנחבשה ע"י נפשות מותרת לבעלה דלא חיישינן לשמא נתרצית כלל. דאחזוקי אינשי ברשיעא לא מחזיקינן שתתרצית כדי להציל עצמה כיון דזה הוה מג"ע שהדין להרוג ואל יעבור וכתב ה"ה שכן פירשו כל הגאונים וכן הכריעו האחרונים וכן כתב הב"י:
והקשו האחרונים על שיטה זו, א"כ מאי פליגי הני אמוראי מאי היא ע"י נפשות מאי נ"מ בזה דהא ע"כ ע"י ממון הוא דוקא וע"י נפשות הוא לאו דוקא דהא איכא למיחש לנאנסה באיזה אופן שנשבית אם לא היכא דחיישי להפסיד ממונא ואפי' בלא מפקרי נשתייהו ג"כ יש לחוש לנאנסה. בשלמא לשיטת רש"י והתוס' ניחא דבין ע"י ממון ובין ע"י נפשות הוא דוקא. דע"י ממון מותרת אף לבעלה כהן, וע"י נפשות אסורה אף לבעלה ישראל ושלא ע"י ממון ושלא ע"י נפשות לכהן אסורה ולישראל מותרת ולהכי פליגי הני אמוראי מה נקרא ע"י נפשות אבל לשיטת הראשונים הנ"ל קשה:

ולכאורה הי' נראה לישב דהנהו אמוראי סברי כרבינא (ע"ז כג.) דס"ל דיחוד אינו אוסר בדיעבד אף באשת כהן וכדאסתייעי ממתניתין דדוקא ע"י נפשות אסורה אבל כל שלא ע"י נפשות מותרת אף לכהונה דלא חיישינן לנאנסה ורישא דנקט ע"י ממון הוא לאו דוקא וכן נראה שהוא דעת בעל הח"מ (בסי' ז' סק"ז) שהקשה על הרמ"א ז"ל שכתב דבחבושות מחמת בעליהן אינן אסורות אא"כ נגמר דינם של בעליהן למיתה והא כיון דאין כאן הפסד ממון ניחוש לנאנסה וחזקי' דסובר כן ע"כ דס"ל דע"י ממון לאו דוקא אבל הרב ז"ל שכתב מקודם דדוקא היכא שיראים שיפסידו מכיסם כו' א"כ הרי מזכה שטרא לבי תרי אם לא שנאמר דהא דכתב שאינן אסורות אא"כ נגמר דינם קאי על דברי הי"א שמביא שם דגם באשת ישראל אסורה משום דחיישינן לשמא נתרצית ובהא מחלק בין נגמר דינם עכ"ל בקצרה יעו"ש:

אבל א"א לומר כן דהא רב ס"ל דע"י ממון דוקא כיון דמחלק בע"י ממון בין יד ישראל תקיפה ובין יד א"י תקיפה. אלמא דס"ל דבעי מירתותי דאפסודי ממונא ואיהו גופא מפרש ע"י נפשות כגון נשי דגנבי אלמא דס"ל דשלא ע"י נפשות מותרת וקשה דרב אדרב וכבר הקשה כן הגאון בעל הפלאה ודחק בישוב קושיא זאת דלעולם ס"ל לרב דע"י נפשות הוא דוקא וכל שלא ע"י נפשות היכא דלא מפקרי נשתייהו מותרת. ודוקא היכא שיד ישראל תקיפה דאז יראים לאונסה ומ"מ ע"י נפשות אסורה אף ביד ישראל תקיפה שאינם יראים לאונסה כיון דמפקרי בדין אבל היכא דיד א"י תקיפה אסורה בכ"מ וזה דמחלק רב בין יד ישראל תקיפה כו' הוא לאו דוקא בע"י ממון. דה"ה בשלא ע"י ממון ג"כ יש נ"מ בין יד ישראל כו':

ולפע"ד דבריו תמוהים דאם איתא דגם בנחבשה שלא ע"י ממון יש חילוק בין יד ישראל תקיפה או לא האיך קאמר הגמ' בע"ז שם רבינא אמר לא קשיא הא לכתחילה הא דיעבד ומנא תימרא דשאני בין לכתחילה לדיעבד דתנן לא תתיחד אשה עמהם מפני שחשודין על העריות ורמינהו האשה שנחבשה בין הא"י ע"י ממון מותרת לבעלה ע"י נפשות אסורה לבעלה אלא לאו ש"מ שאני לן כו' וממאי דלמא לעולם אימא לך אפילו דיעבד נמי לא והכא היינו טעמא דמתירא משום הפסד ממונו דלמא הא דלא תתיחד אשה עמהם איירי דיד א"י תקיפה ומתני' דהאשה שנחבשה לוקי ביד ישראל תקיפה כרב. וגם הגמ' דדחי לה משום הפסד ממונו לידחי בפשיטות הא דיד ישראל תקיפה הא דיד א"י תקיפה ואף שמרבינא אין ראי' דע"כ פליג אדרב מדמתיר בבהמה בדיעבד ולא חיישׁ לרביעה ע"כ ס"ל דאפי' יד א"י תקיפה נמי לא חיישינן לנאנסה דהא בהמה כיד א"י תקיפה דמי. מ"מ סתמא דגמרא דדחי משום הפסד ממונו אי ס"ל כרב לידחי בפשיטות

ואין לומר דבאמת סוגיא דע"ז לא ס"ל כרב וס"ל דע"י ממון מותרת אף שיד א"י תקיפה. הא כל הפוסקים מחלקים בנחבשה ע"י ממון בין יד א"י תקיפה ובין יד ישראל תקיפה וכן הרמב"ם ז"ל פסק כן להדיא ואי סתמא דגמרא דע"ז חולק על רב הוה להו למפרק כסתמא דגמ' ואף שמדברי הגאון שמביא ברד"ך שאביא לקמן משמע קצת דגם בנחבשה שלא ע"י ממון יש לחלק בין יד ישראל תקיפה כו' אין ראיה מדבריו דאפשר שהוא סובר דהסוגיות מחולקים ביניהם ולפ"ז ה"ל למימר בנחבשה ע"י ממון אפי' יד א"י תקיפה מותרת לבעלה אמנם מכל הפוסקים הראשונים דלא סברי הכי קשה:

ע"כ נראה לפע"ד דפירש של יד ישראל תקיפה על א"י אין פירושו שישראל מושלים על א"י דאיך אפשר לאוקמי מתניתין דאיירי בכה"ג. דהא ק"פ שנה קודם חורבן בית שני פשטה מלכות רומי על ישראל ולא היו מושלים הישראלים על א"י. אלא צ"ל דקודם החורבן אף שנטלה ממשלה מישראל. לא נטלה לגמרי כי המשפטים של ישראל לא בטלו. וגם המושלים של ישראל מישראל לא נטלו וישראל דהיה לו דין בהדי א"י אם הא"י תובע לישראל הי' מוכרח הא"י לילך אל דייני ישראל וזהו פירושו של יד ישראל תקיפה על א"י ולכך מתירא לאונסה דמירתת מהפסד ממונו שיחזיק במה שבידו בעד העול שעשה לו. ויד א"י תקיפה פירושו לאחר החורבן שבטלו משפטי ישראל לא"י שאפי' א"י תובע לישראל מוכרח הישראל לילך לערכאותיהם. ואז אינו מירתת הא"י לעשות עול לישראל משום הפסד ממונו דיודע הא"י שיבוא עם הישראל בעקיפין ויכריחו ע"פ דיניהם שישלם לו וא"כ א"ש סוגיא דע"ז דלא מחלק בשלא ע"י ממון כגון יחוד בלבד בין יד ישראל תקיפה או לא משום דשם לא מהני יד ישראל תקיפה דאפי' אי יאנוס אותה לא יוכל הישראל להכריחו לבוא אל דייני ישראל לתבוע עלבונו וע"כ יוכרח הישראל לתבוע את הא"י לפני ערכאותיהם ואז לא מירתת. גם בלא"ה א"א לומר דפירושו של יד ישראל תקיפה על א"י הוא שהממשלה ביד ישראל דא"כ אימא סיפא ע"י נפשות אסורה. וקאמר הגמרא כגון נשי דגנבי או אשתו של בן דונאי ופירש"י שדרך המלכות להפקיר ביתם. וזה ע"כ אייריי במלכי א"י שהדין שלהם הי' כך בימים הקדמונים:

ומצאתי בשיטה מקובצת שכתב בשם הקונטריסן וז"ל לא שנו אלא שיד ישראל כו' תימא א"כ אפי' ע"י נפשות מותרת וי"ל דה"פ ידינו תקיפה שאינן רשאין לעשות שלא כדין בדינן אבל שיצטרכו לעשות דיננו ולא דינן לא ודיניהן הוא שמפקירין נשי גנבי או אשתו של בן דונאי עכ"ל ולפי דבריו פירושו של יד ישראל תקיפה הוא ששופטי הא"י יראו להטות דין ישראל נגד הא"י אבל הישראל מוכרח לילך לדיניהם אף שהא"י תובע ממנו כיון דהממשלה הי' בידם ואף לפי"ז לא קשה סוגיא דע"ז מה שלא דחי הגמרא שם ראית

רבינא ולומר דמשנתינו איירי ביד ישראל תקיפה. וא"כ אפי' במקום שאין הא"י מירתת מהפסד ממונו ג"כ ירא מהשופטים כיון של יטו הדין די"ל דהיינו דוקא היכא דהישראל מוחזק בממון של הא"י והשופטים יהיו מכריחים לשלם לא"י המעות אז לא אמרינן שיעשו עול כזה כיון ששופטיהם יראו להטות הדין וכיון שהישראל צועק שאנס הא"י את אשתו לא יוכלו לשפוט שיתן הישראל גם המעות שהוחזק אבל היכא שהישראל תובע לא"י מה שאנס את אשתו מחמת זה לא מירתת הא"י כיון דהישראל הוא התובע והשופטים הם משלהם לא מירתת הא"י שיסמוך שלא יחייבו אותו עד שיביא הישראל ראיה לדבריו:

גם מה שכתב הגאון בעל הפלאה דלפי"ד יתישב דברי הרא"ש דסותר את עצמו דכאן הביא דברי רב שמחלק בין יד ישראל תקיפה ליד א"י תקיפה ובפרק אין מעמידין כתב, די"ל דקיי"ל כרבינא ורבינא הא לא ס"ל דבעינן דוקא היכא דחייש הא"י להפסיד ממון נפלאתי עליו הא אין זה תירץ מספיק על הרא"ש דאפי' אם נימא כדבריו דהחילוק של יד ישראל תקיפה ליד א"י תקיפה הוא אף במקום שאין הפסד ממון אבל מדיליף רבינא מהכא דגם בבהמה לא חיישינן דיעבד א"כ מוכרח לסבור דלא כרב ואף היכא שיד א"י תקיפה ג"כ מותרת וכדאמרן גם מה שתירץ על דברי הרמב"ם ז"ל דלא הביא כל הסוגיא דכתובות הא דפליגי אמוראי בע"י נפשות. משום דסובר כסתמא דסוגיא דאין מעמידין דס"ל בהדיא דוקא משום הפסד ממון וממילא דהנך פלוגתייהו דרב ואינך אמוראי הוא דלא כהלכתא לא נחה דעתי בזה שסתמא דגמ' דע"ז יפלוג על האמוראים הראשונים רב ולוי חזקיה ור' יוחנן:

אמנם הגאון בעל בית מאיר הקשה ג"כ קושיא הנ"ל מרב אדרב וכתב וז"ל ורציתי לדחוק עפ"י סברא שבב"ש (ס"ק כ"ב) שסוברים דמתניתין דוקא קתני שאינה נאסרת אף לבעלה כהן אלא שנחבשה עפ"י דין או ע"י ממון או על ידי נפשות ולאפוקי בעלילה חנם ואין דומה לשבויה או עיר שכבשה כרכום שעפ"י דינא דמלכותא זכה בה ופי' רב בנשי גנבי דלא נגמר דין כו' נמי מיקרי עפ"י דין ואסורה לכהן ולכך סתם הר"מ אבל סברא זו אינה אמורה אלא לגבי רצון ולא לחשש אונס דכהן גם בפי' על המשניות משמיט כל בבא דע"י נפשות וצ"ע ובע"כ נדחוק דסובר שרב דפי' כגון נשי דגנבא הוא דאזיל לשיטתי' דע"י ממון דוקא בשיד ישראל תקיפה שיראים להפסיד ממון וע"י נפשות באמת לאו דוקא ופי' לדוגמא כגון נשי גנבי כו' ולוי וחזקי' ור' יוחנן חולקים וסוברים כרבינא דע"י נפשות דוקא וע"י ממון לאו דוקא כו' ופסק הרמב"ם כרב עפ"י מסקנא דגמרא דע"ז. וזה נראה כונת הח"מ עכ"ל. והנה מה שכתב דר"י ג"כ סובר כרבינא לפי דעת הח"מ הוא שלא

בדקדוק דהח"מ סובר דר"י דסובר אף שלא נגמר דינו להריגה סובר דע"י ממון דוקא. אבל גם בתירוץ של הגאון ב"מ אף שהוא יותר מרווח מתירץ הגאון בעל הפלאה הנ"ל ג"כ לא נתישבה דעתי חדא דלפי"ז האיך קאמר הגמ' תדע [שדוקא ע"י ממון מותרת] מדקתני ע"י נפשות אסורה ותו לא מידי. הלא יש אמוראים הראשונים שמפרשים האי ע"י נפשות הוא היכא שמפקירים ביתם וא"כ ס"ל דכל שאין מפקירים ביתם מותרת ואף שאין חוששין להפסיד ממון מ"מ לא חיישינן לנאנסה בשלמא לשיטת רש"י ותוס' ניחא כמו שמישב התוס' בע"ז. אבל לשיטת הנהו ראשונים דס"ל דגם סיפא לכהונה איירי קשה האיך הוא פשוט כ"כ להגמרא עד שמסיים שם ותו לא מידי דר"ל דאין להשיב ע"ז הלא פליגי בזה חזקיה ולוי עם רב ור"י. ובכל מקום קיי"ל כחזקי' לגבי ר' יוחנן וכ"ש לגבי רב ועוד דהא אף הראשונים שהם מפרשים דסיפא דע"י נפשות קאי על אשת כהן מ"מ מפרשים דהא דקאמר רב כגון נשי דגנבי הוא משום שדרך המלכות להפקיר ביתם. וגם על ר"י שאומר דלא נגמר דינו להריגה מ"מ יראים שמא יגמר דינו להריגה וא"כ הדקל"ד מרב אדרב וסוגית הגמ' דע"ז יסבור דלא ככל הני אמוראים הראשונים:

והנה בעזר ד' מצאתי שיטה נכונה בדברי הראשונים לישב קושית האחרונים הנ"ל והוא עפ"י מה שכתב הרמב"ן בחידושיו לכתובות שם וז"ל א"נ משום סיפא נקט בעלה דהא מפרש בגמ' ע"י נפשות כגון נשי דגנבי ואשתו של בן דונאי וה"ק אם נתפסה ע"י שבעלה נידון להריגה אסורה דכיון שכן אין המלך מקפיד עליה ואין יראין לאונסה. והא דאמרינן והני מילי שנגמר דינן להריגה כלומר דדין של גנבים ורוצחים הללו שאלמלא כן כיון שנחבשה בידוע אין אונסין אותה שלא תהא צווחת למלכות משא"כ בנתיחדה מעצמה עמהם עכ"ל וכ"כ הש"מ (שם) וז"ל לשון הרשב"א ה"ד ע"י נפשות א"ר כגון נשי דגנבי כלומר שאין המלך מקפיד על נשותיהן ולוי אמר כגון אשתו של בן דונאי שהי' ליסטים ומוכתב למלכות ונגמר דינו להריגה דאז אין המלך מקפיד על אשתו הא בנשי דגנבי לא דמקפיד הוא על אשתו ויראין הם לאונסה דכיון שלא נתיחדה מדעת עצמה. משא"כ בנתיחדה מדעת כו'. וכן הוא בריטב"א וז"ל ולוי אמר כגון אשתו של בן דונאי ואיכא למידק דהא בפ"ק דע"ז איכא חד לישנא דמשמע דס"ל כל שנתיחדה עם הנכרי במקום דליכא הפסד ממון אסורה לבעלה כהן אפי' דיעבד. וא"כ אמאי שריא הכא בנשי דגנבי ואפי' באשתו של בן דונאי שלא נגמר דינו להריגה מי עדיפא מההיא דליכא שום חבישה כו'. ואסורה לבעלה כהן בשלמא לפי פירש"י דמפרש דכולא סיפא בא"א מיירי כו' וי"ל כל שנתיחדה מדעת עצמה עם הנכרי אית לן למיחש טפי דאלו בנחבשה ע"י מושל מירתת מפני המושל שהיא צווחת למושל ואימת מושל חמירא להו מהפסד ממון עכ"ל:

ובדבריהם האיר ד' עיני לדון דין חדש שלא הזכירו האחרונים דיש חילוק בין נחבשה ע"י נימוסי המלוכה ובין נחבשה בידי התקיפין בזרוע רמה בממשלת עצמן דרישא דמתניתין בנחבשה ע"י ממון מיירי שלא היה ע"י נימוסי המלוכה אלא בנחבשה ע"י הנושים והמה מושלים עליה עד שתשלם חוב המגיע להם כאשר היה מכמה דורות לפנינו בשנים הקדמונים והיו אדוניהם מושלים ביד רמה והיו תופסין נפשות ישראל בעד חוב המגיע להם ולא היה בזה עסק המלוכה להציל העשוק מיד עושקו וסיפא דמתניתין דע"י נפשות הוא דסתמא דמלתא שנחבשה ע"י נימוסי המלוכה ואימת הממלכה והממשלה על שומרי החבושים שלא יגעו בהם ולהכי לא חיישינן לשמא אנסוה [אפי' לפי סברת הגמרא דע"ז דשלא מחמת ממון חיישינן לשמא יאנסוה היינו דוקא שהיא חבושה בידם שלא מחמת נימוסי המלוכה] אם לא כהני אופני דפליגי אמוראי למר בנשי דגנבי ולמר בנשי של בן דונאי ולמר דוקא שנגמר דינם להריגה ולמר אף שלא נגמר דינם דבכה"ג אין המלכות מקפיד עליהם דבזה חיישינן שמא אנסוה. וא"כ לפי"ז הא דאמר רב לא שנו אלא שיד ישראל תקיפה כו' הוא דוקא בנחבשה ע"י ממון כיון שאין להמלוכה עסק בזה ולהכי ביד ח"י תקיפה אסורה מ"מ. אבל היכא שנחבשה ע"י המלוכה אפילו יד א"י תקיפה מותרת כמו שמבואר בדברי הראשונים הנ"ל דאימת מושל חמירא להם מהפסד ממון:

היוצא לנו מזה דדברי הרמ"א ז"ל נכונים דהא דכתב הרמ"א בע"י ממון שמותרת אף לכהונה ודוקא היכא שחייבים להם שייראו ליגע בה פן יפסידו מכיסם אבל אם תפסו אותה כדי שיפדוה בממון שלא יפסידו מכיסם אסורה לבטלה כהן איירי בנחבשה שלא ע"י המלוכה דסתם ע"י ממון הוא שלא מחמת המלוכה. והא דכתב בע"י נפשות ודוקא שנחבשה מחמת עצמה ויש להם חשש מיתה אבל יושבות חבושות מחמת בעליהן אינן אסורות אנא אם נגמר דינן למיתה איירי בנחבשה ע"י נימוסי המלוכה דסתם ע"י נפשות הוא ע"י הממשלה וכ"ז שלא נגמר דין בעליהן למיתה מקפיד הממשלה על נשותיהן ויראים לאנסה. וזה דלא כהאחרונים דפירשו דהרמ"א לא קאי אלא על אשת ישראל ואף כי לא ידעתי אם כיון לזה הרמ"א ז"ל מ"מ רוח ה' דבר בו כי הם נכונים להלכה לפי המבואר בדברי הראשונים אשר נתגלו בזמנינו ולא ראו אותם עיני האחרונים הנ"ל (ובזה סרה תלונת הח"מ על ה"ה כי הוא עומד בשיטת הראשונים הנ"ל) ושפיר אזיל הרמ"א בהא דכתב ודוקא כו' על שתי הדיעות ר"ל דיעה ראשונה שסובר המחבר אסורה לבעלה כהן והי"א דהביא הרב בהג"ה דאפי' לבעלה ישראל אסורה וע"ז כתב ודוקא שנגמר דין בעליהן למיתה אבל אם לא נגמר דינם למיתה לפי שיטה ראשונה אף לבעלה כהן

מותרת כאשר ביארנו שיטתם. ולפי שיטה שניה מותרת לבעלה ישראל ודאי ולבעלה כהן אפשר לומר דלפי שיטתם אפי' ע"י נימוסי המלוכה ג"כ אסורה וכן נראה מדברי הרמב"ן להדיא בחידושיו שם:

וא"כ בנ"ד דנחבשה ע"י נימוסי המלוכה לפי שיטת הני ראשונים ודאי מותרת ואף לפי שיטת רש"י ותוס' והעומדים בשיטתם דע"י נפשות דמתניתין קאי על אשת ישראל וא"כ בנ"ד לכאורה אסורה כמו שביארנו מ"מ יש לצדד להקל בנ"ד בזמנינו עתה דדוקא בימיהם שלא הי' נימוס משפטם במדת היושר והצדק והיו בנ"י חלוקים בנימוס המשפט משארי אזרחי הארץ כמו שעד הנה נמצא בארצות המזרח שאין דורש לדמינו. מה שא"כ בנימוסי ומשפטי ישרים אשר לנימוסי המלוכה שבימינו שבעין ישרים ישגיחו על כל אומה ולשון בשוה. ומוזהרים כל יושבי הארץ שתחת הממשלה בל יאנסו הן גויה והן ישראלית וכל המאנס לבת ישראל חרוץ משפטו בעונש חמור אין לנו לחוש לשמא נאנסה כלל. וכ"כ הריטב"א בפי' לסוגיא דע"ז שם וז"ל שאני הכא דאיכא הפסד ממון כו' ולפי"ז אשת כהן שנתיחדה עם הנכרי ואין לו בה הפסד ממון הרי היא אסורה לבעל לדין התלמוד ומיהו בזמן הזה מותרת דהא אית להו אימת מלכות דחמיר להו טפי מהפסד ממון ולא אסר התלמוד אלא כשאין לו פחד וכן פירשו בשם ר"י עכ"ל וכן כתב הרד"ך ז"ל בתשובה (ב"ח ח"ט) וז"ל בחידושי הר"ד כתב בשם גאון דהשתא בזה"ז שאין אוה"ע מטין דין הוה כאלו יד ישראל תקיפה וכל יחוד אפי' כהנת מותרת לבעלה אא"כ תפשום כרכום או בעת מלחמה כו' עכ"ל ואף שכתב הרד"ך ז"ל על זה ולי הדיוט נראה דלא היא דבגמרא לא מפליגינן אלא בין היכא שיד ישראל, תקיפה להיכא שיד האומות תקיפה אבל כל היכא שיד האומות תקיפה אין לחלק דאף שאין מטין דין אסורה כו' ונראה שדעתו של רש"י ז"ל נמי שאין לחלק בין מטין דין לאין מטין דין דהא במאי דפרכינן התם והא אשקלון דיד א"י תקיפה כו' פירש הוא ז"ל וז"ל והא אשקלון דארץ פלשתים הוא ועוד כבר גלו. ואי ס"ד דאפי' היכא דיד א"י תקיפה אם אינן מטין דין לא חיישינן ל"ל לרש"י ז"ל לדחוק ולפרש ועוד שכבר גלו מה שלא נזכר בגמרא דלמא משו"ה פריך וקאמר והא אשקלון משום דפשיטא לבעל התלמוד דבאשקלון היו מעין דין אבל בכל מקום שאין מטין דין לא חיישינן:

ותו מנ"ל אי גלו אי לא גלו והא אי גלו נמי יד ישראל תקיפה קרינן לה אם אין מטין דין אלא ודאי נראה שהוא סובר כדכתיבנא ואין לסמוך על הגהה זו עכ"ל:

והנה אין אני רואה שום ראי' מוכרחת בדבריו לדחות דברי גאון. דהא דהביא ראיה מן הגמרא דלא מחלק אלא בין יד ישראל תקיפה ליד א"י תקיפה. כבר ביארתי בשם הש"מ

שפי' של יד ישראל תקיפה היינו שהא"י יראים מהם להטות דין ישראל נגד א"י וא"כ אם אנו יודעין שגם בזה"ז אינם מטין דין ישראל נגד א"י ומשפט אחד להם ודאי דאיכא למימר דהוה כיד ישראל תקיפה ומירתת הא"י לאנסה. גם הא דמביא ראי' מרש"י ז"ל דלא ס"ל הכי לא ידעתי ראיתו. דהא ודאי פשיטא בא"י קודם שגלו היו יראים מישראל להטות דין כיון שלא נטלה הממשלה מיד ישראל אף שפשטה מלכות רומי עליהם. ע"כ הוכרח לפרש דלכך הי' שם יד כנענים תקיפה או משום שהיא ארץ פלשתים או משום שלאחר שגלו גם בא"י היה יד כנענים תקיפה אך זה דבר חידוש מהגאון מה שמחלק בין יד ישראל תקיפה אפי' היכא דליכא מירתותא דממונא ונראה דסובר דהגמרא דע"ז דדחי דברי רבינא וקאמר דהכא היינו טעמא שמתיירא משום הפסד ממונא קאי לפי דברי רבינא דודאי מוקי מתניתין אפי' ביד א"י תקיפה כמו שביארתי. ובזה מחלק בין היכא דאיכא הפסד ממון או לא וסובר כדברי רבא בכתובות ללישנא קמא. אבל ביד ישראל תקיפה אפי' שלא ע"י ממון ג"כ מותרת רק ע"י נפשות אסורה משום דאפקורי מפקיר להו בדין:

גם ראיתי בספר כנסת יחזקאל (בשאלה נ"ז) שכתב וז"ל פעם אחת אירע מעשה באשת כהן שנחבשה בידי גוים ע"י ממון וכל הרבנים רצו להתירה כו' שהאידנא גם הגוים מקפידים על הזנות והאונסים מירתתים להפסיד ממונם ואף אשת כהן מותרת כו' ואני הייתי קטן מכולם ונצחתי ת"ל כולם כי אין הפרש בגמרא אף שתלו דבריהם שמצאו כן באיזה פוסק קדמון גם פוסק הלז שגג בפי' הגמרא דלפי"ז קשה מאי הקשה המקשן מבת ישראל שהורהנה באשקלון ואשקלון יד א"י תקיפה פירש"י דכבר גלו ישראל וטעמא דהורהנה אבל נחבשה מותרת כו'. מאי מקשה דלמא באשקלון הקפידו על הזנות כמו גוים בזה"ז עכ"ל ולפי דעתי אין אני מבין השגגה אשר מצא על הפוסק קדמון. דהא מה שהקשה עליו דא"כ אמאי לא מתרץ הגמרא על אשקלון דלמא הם היו מקפידין על הזנות כמו גוים בזה"ז והוה כאלו יד ישראל תקיפה אינו קושיא דא"א לתרץ כן. דא"כ תקשה אמאי בהורהנה אסורה ואין לומר דבהורהנה אפי' ביד ישראל תקיפה ג"כ אסורה כיון שהיא נחלטת להם מה"ד. ז"א דהא ללישנא בתרא פריך הגמרא מע"י ממון דמותרת על הורהנה דאסורה. ומשני הא דיד ישראל תקיפה הא דיד א"י תקיפה אלמא דביד ישראל תקיפה מותרת אפי' בהורהנה. דחוששין שמא יפסידו ממונם. אף שמה"ד היא שלהם אבל אינם רשאים לאנסה. וא"כ מאן לימא לן דלישנא קמא פליג בזה אלישנא בתרא וא"כ ללישנא קמא ג"כ ע"כ מוכרח לאוקמי מתני' דהורהנה דאסורה הוא ביד א"י תקיפה:

ומה שהשיג הגאון בעל כנ"י בהשגה ב' וז"ל בגמרא ע"י נפשות אסורה מפרש רב כגון נשי גנבי פירש"י שבעליהן נתלין ונשיהם וביתם מפקירים. ולפי דבריהם קשה קושיא עצומה ממ"נ אם יד ישראל תקיפה תיפוק לי' אף דהמלך מפקיר הא לדין ישראל אשה מה חטאתה ומה פשעה ואם יד א"י תקיפה תיפוק לי' דאף בממון אסורה ע"כ אמרתי דשגגה היא וה"פ דגמרא דבאמת לעולם הגוים מקפידים על הזנות רק ביד ישראל תקיפה מאמינים לישראלית שאומרת נאנסתי ולכך מירתת הגוי. משא"כ ביד א"י תקיפה אז אין מאמינים להאשה עליו פן לא יהיה העדות כו' אך אם המלך מפקיר בכן גם אם יד ישראל תקיפה כיון שעשה בהיתר אין דין ישראל יכולין לקונסו כו' שלא עלה על דעת הגמרא לומר שנוים פוסקים שלא כדין שיהי' זנות מותר במקום שאין משפט המלך ולא הי' כן דין גוים לעולם ולא יהי' כי בכל ארצות או"ה מקפידים על זנות מיום המבול גדרו את עצמם מן הזנות א"א עכ"ל. ושארי לי' מארי' על מה שהעיד שלא היה כן דין גוים לעולם שלא להקפיד על הזנות. דהא הכתוב העיד לנו היפוך מזה כי כל התועבות האלה עשו אנשי הארץ. וכטומאת ארץ מצרים גו'. וגם עד היום ידוע מכל ספרי העתים שבארץ הודו יש להם יום מיוחד לעשות תועבות הללו. וכן הנולד מיום ההוא הוא ממובחרים שבהם ואין כדאי לדבר מזה באריכות כי ידוע ומפורסם שבהרבה מקומות בארצות הודו אין מקפידים כלל על הזנות עד היום. וגם מה שכתב הגאון שבזמן הגמרא היו מקפידין על זנות. נפלאתי עליו דא"כ הא כתב בעצמו דבנשי דגנבי או אשתו של בן דונאי כיון שהמלך מפקיר בדין. אין דין ישראל יכולין לקונסו ואם איתא דהם מקפידין על איסור הזנות האיך אפשר דהמלכות יפקיר ביתם לזנות כיון שעדיין הן א"א כל זמן שלא הרגו בעליהן אלא ע"כ הדבר ברור דבזמן הגמרא לא היו מקפידים כלל על עצם איסור הזנות אך לאנוס אשה היה נחשב אצלם כחמס ולכך אם יד ישראל תקיפה [לפי שיטת הראשונים הוא דוקא אם ישראל מוחזק בממון הא"י ולפי שיטת הגאון הנ"ל אף שאין הישראל חייב לו ממון] יראים לאונסה כדי שלא יתבעום לפני השופטים על החמס שעשו לה ולאחר החורבן שהותר דמן של ישראל ולא היה יראים מהשופטים שיענשו על החמס שעשו לישראל לכך חיישינן שמא יאנסו. או אם המלך מפקירן ג"כ אינם יראים לאנסה אפי' אם יד ישראל תקיפה כיון שהותר דמן ע"י המלך. ולפי"ז אין אני רואה שום שגגה על הפוסק הקדמון שמחלק בין זה"ז לזמן הגמרא. וגם כבר הבאתי לעיל בשם הריטב"א דמחלק כה"ג וכן הביא הרד"ך בשם גאון דזה"ז מיקרי יד ישראל תקיפה וא"כ יצא לנו דבזה"ז דאית להו אימת מלכות ומקפידים על הזנות יש להקל אפי' לפי שיטת הראשונים דמחמירים באשת כהן אפילו נחבשה ע"י נימוסי המלוכה:

ונראה דאף לפי דברי הגאונים שלא רצו להקל מחמת הסברא שיש חילוק בין זמן הגמרא לזמה"ז מ"מ יש לומר שהם לא אמרו אלא לפי זמנם אבל לפי זמנינו נראה דגם הם מודים שאין לחוש לזה. דהא הרד"ך כתב בעצמו (שם בח"א) וז"ל ולשמא אנסוה נמי אין לחוש כיון שתפסוה להמיר בגזירת המלכות שהמלכות שומרה דדוקא ביהודים הוא דלא מירתתי לאונסה שבעונותינו שרבו היא בהפקר אצלם בטענת כל דהוא שיש להם עליה שאין דורש ומבקש זכותם של ישראל שהדיינים שלהם עושים עצמם כאלו אינם רואים זכותם נגד אינו בר ישראל וע"ז סומכים ואונסים אתהן שיצרם תקפם וחושבים דלבעול יהודית ואפי' באונס אין המלכות מקפיד כו' עכ"ל הרי אנו רואים להדי' דבזמנו הי' נ"מ גדולה אצל שופטיהם בין גויה לישראלית וכן אפשר הי' גם בזמן הגאון בעל כנ"י כי הי' זמן הרבה ערך מאה וחמשים שנה קודם לזמנינו. ולכך החמיר בתשובתו בנדון זה. אבל בזמנינו שאין שום חילוק אצל שופטיהם בין גויה ליהודית והמשפט אחד הוא וכל אחד יודע שלאנוס ישראלית מקפיד הממשלה ובפרט שבנ"ד שנחבשה ע"י נימוסי המלוכה הא כבר ביארנו דכמה ראשונים התירו אפי' בזמן הגמרא ונראה דבזה"ז כו"ע מודים וכן מצאתי ביש"ש על כתובות (סי' מ"ד) בה"ש וז"ל ועוד נראה בארצות אשכנז שיש במקומות משפט בפני עצמן והיכא שתפשו אחד אפי' למות שיש עליו שומרים ומושבעים ובודאי לא מסרה נפשה לתשמיש כדי להנצל כי אין הצלה בזה ואדרבה עיקרי התקיפות אשר גדרו הדת אין באים בתפיסה וגם אין להם יד לא לרצות ולא לאנוס אשה הנתפסת וק"ו השומרים המושבעים ולא הוציאו אותם מבית התפיסה להניח בבית הגוים וכה"ג אפי' לכהן שרי יעו"ש מה שהאריך בזה. וא"כ בנ"ד עדיפא טובא דלא נתפסה ע"י נפשות א"כ יש להקל ולהתירה לבעלה הכהן לכו"ע לפ"ז:

ומי שלבו נוקפו על ההיתר שכתבתי שמותרת בזה"ז אף לדעת התוס' והרא"ש הא יש לצרף לזה ג"כ דעת הרא"ש בע"ז שסובר דקיי"ל כרבינא דע"י ממון הוא לאו דוקא אלא כל שלא ע"י נפשות מותרת ואפי' יד א"י תקיפה ותפסוה כדי לפדותה בממון. והנה הח"מ תמה על הרמ"א שלא הביא דעת הרא"ש וכתב ובאיסור דרבנן ראוי להביא דעת המקילין. אך הב"ש כתב ע"ז כיון דהרא"ש בעצמו הביא בכתובות החילוק שבין יד ישראל תקיפה ליד א"י תקיפה. ע"כ דלא פסק כרבינא ובאמת כן נראה לכאורה כמש"כ לעיל אך אחר העיון נ"ל דדברי הרא"ש נכונים ואינם סותרים אהדדי דדעת הרא"ש דס"ל לרבינא דהא דמחלק רב בין יד ישראל תקיפה ובין יד א"י תקיפה לאו הטעם דאם יד ישראל תקיפה מירתת הא"י משום הפסד ממונו ואם יד א"י תקיפה לא מירתתי דלעולם לא מירתתי כיון שאין עדים ע"ז. אלא הטעם הוא דאם יד ישראל תקיפה לא יעלה על

דעת א"י שהיא תהי' נחלטת לו לעולם בעד החוב שלא פרע לו הישראל בזמנו ולהכי אינו אונסה. דלדברי רבינא לא מיקרי שבויה אלא היכא דנשבית אדעתי' שלא לפדותה. כמ"ש הגאון בעל הפלאה בספרו נתיבות לשבת אבל אם יד א"י תקיפה אע"ג שהיא נחבשה ולא הורהנה מתחילה לכך בשביל החוב. מ"מ כיון דיד א"י תקיפה סובר הא"י שלא יוציאנה הישראל מידו לעולם והיא נחלטת לו כיון שהוא התרה בו שיפרע לו החוב ובאם לאו יקח את אשתו וסובר רב דאין חילוק בין הורהנה לנחבשה וכן מוכח מהגמרא דכתובות דלפי לישנא בתרא אין חילוק בין הורהנה לנחבשה כמ"ש. וכן בע"י נפשות כיון שהמלך מפקירן חושבים דהיא שלהם לעשות בה כל רצונם והגמרא דחי שאין הטעם של רב דמחלק בין ישראל כו' והוא שאם יד ישראל תקיפה לא תהי' נחלטת לו אלא שהוא מירתת משום הפסד ממונו ונראה דהא דכתב הרא"ש בע"ז אבל דברי רבינא אמת הן ומפרש דע"י ממון דרישא ל"ד דה"ה נמי נשי דגנבי גנבי או שתפשוה כדי שיפדוה ותמה ע"ז המהרש"ל דהא מוכח בכתובות (נא:) דנשי דגנבי גנבי דוקא לישראל מותרת אבל לא לכהן אבל לי נראה דהאמת יורה דרכו וט"ס יש ברא"ש וצ"ל נשי דגנבי. וכן שם מתחילה ג"כ יש ט"ס הנ"ל דהרא"ש פוסק כלוי דדוקא נשי של בן דונאי כיון דהוא רוצח זה מיקרי ע"י נפשות וראי' לזה דהטור הביא ג"כ אלא נשי שבעלה רוצח אבל נשי דגנבי מיקרי שלא ע"י ממון ושלא ע"י נפשות וא"כ אפי' לכהן מותרת לדברי רבינא כנ"ל לישב דברי הרא"ש וכיון שזכינו לדין שדברי הרא"ש נכונים א"כ יצא לנו קולא גדולה לנ"ד וע"כ האשה הזאת מותרת לבעלה הכהן שמכל הני טעמי שבארנו לדעת הרבה ראשונים בצירוף דעת הרא"ש בודאי יש להקל בזה כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

סימן יד

להרב המובהק חו"ב ירא ושלם מוהר"ר סעדי' הכהן נ"י מו"צ בלאדי:

יקרת מכתבו ע"ד העגונה מטאמסק קבלתי לנכון והנה בשריותא דהאי איתתא שמתי לבי לכל צדדי ההיתר המוכיחים מתוך הגב"ע אשר שלח לי כת"ר אשר הגיע לידו מהרב דטאמסק. וזה תורף הגב"ע:

וז"ל המכתב הראשון. במש"ק זה שלש שנים אשר איש אחד ושמו בן ציון הלך אחר הבדלה ועמו היה מעות והלך מביתו ולא בא ולא נודע אי' הוא עד היום ובכאן בטאמסק הרציחה מצויה. אח"ז אירע אלי איש עברי אחד והתחלתי לדבר עמו נידון זה וגילה לי בסתר ואמר לי בזה הלשון דיא אשה מאג נעמען איין מאן מחמת איר מאן האט מען גיחרג't אמרתי לו מנין לך זה אמר לי מעשה שהיה כך היה אני מוכר י"ש ובא אלי ערל אחד שיודע אותי ואני ידעתי אותו והביא חמשה רובל כסף ואמר לי תן לי י"ש. אמרתי לו

בלשון רוסיא אטקודעוא או טיבייע דעניחי. והשיב לי וואט קאק כדא אובראלי ברוסקי טאק אניי פריסלי סדעניגאמי דע פאסלאלי מניע זא וואטקי. עכ"ל:

וזה תורף מכתב השני מהרב דטאמסק הנה באמת תיבת אובראלי מורה בלשונם כשהרגו. וברוסקי כך הוא נקרא בלשונם כי שמו בן ציון בן יוסף בלשונם הם קוראים אותו ברוסקי כו'. ואח"כ קריתי להעד ששמו דוב בן משה. ואמרתי לו בוא ביום מחר אלי והעד על דברי עדותך כראוי. ואמר בתו"ע כנ"ל וכעת אמרתי להערל הנד נא לי האמת איך היה המעשה מהנהרג בן ציון והאיך הרגו אותו אמר לי למה לך וכי יראתי להגיד האמת אמרתי לו הנד כי לנו נצרך להתיר את האשה באם ימצאו אותו דוקא (וזה לא ידע הערל שאף בדבריו יכולין להתירה) ע"כ הגד נא באיזה מקום קברוהו אולי אפשר כי ימצאוהו. ואז אמר לי הערל לא ימצאו אותו כי תיכף כשהרגו אותו השליכו אותו לנהר תחת הקרח וכך היה המעשה מש"ק אמרו הרוצחים לבן ציון בא בלילה ונמכר לך שתי תיבות טיי טוב. וכאשר בא תיכף בא אחד ונתן החבל בצוארו והשני עזרו ולי ציוו לילך לחוץ לראות אם אין איש ולסגור דלתי החלונות. ותיכף באשר בזזו המעות מאתו נתנו לי מעות על י"ש. וכשהבאתי הי"ש נתנו לי עוד מעות ולא לקחתי כי יראתי מאתם שגם לי יעשו זאת. וברחתי מהם והם לקחו ההרוג והשליכוהו תחת הכפור ואחר זמן מה באתי לאחד מהשני רוצחים ותפרתי הפוטר של הנהרג כי לקחו אותו מאתו והוא היה מעור זאבים וגם מכרוהו מה ששמעתי מהערל אני אומר מלה במלה:

נאום שלמה דובער בן המנוח מ' ישראל ז"ל שו"ב ורב דפה:

ונאום גרשון בן אבא:

ונאום ישעיה בן ארי':

תשובה הנה בהעדאת העד ר' דוב ששמע בפעם הראשון מהערל קשה למצוא היתר להאשה הנ"ל הגם שהרב דטאמסק כתב שהלשון אובראלי מורה על שהרגו. מ"מ קשה לבנות ע"ז להתיר א"א דאולי היתה כונתו על חמס הממון שלקחו מאתו והנה חקרתי את פי מדקדקי ויודעי לשון רוסי'. ואמרו שלשון אובראלי פירושו שסלקוהו ולקחוהו מן העולם במיתה שהמיתוהו ואם הי' כונתו על חימוס הממון היה לומר אבאבראלי. ונראה שכן למד העד הנ"ל בדבריו ושע"כ אמר בלשון ברור שנהרג ב"צ אבל מ"מ מי יכול להתיר א"א לעלמא מדקדוק לשון בעלמא שאפשר לפרשו בלא הרגו ממש אמנם נ"ל למצוא היתר לאשה זו מדברי ר' דוב ששמע מהערל בפעם השני אף שהי' ע"י שאלה. דכיון דדבריו השניים היו גמר דבריו הראשונים. והא פסק הרא"מ והסכימו לדעתו המהרח"ש והכנה"ג בשם רבו ובתשובת בנימין זאב דהיכא שהתחלת דברי הא"י היה במל"ת רק לא

גמר כל דבריו ואח"כ גמר את דבריו אף ששהה משך שנה בין דבריו הראשונים לדבריו השניים ואף שהיו דבריו השניים עפ"י שאלה נמי מהני וא"כ בנ"ד נמי הוה עדות השניים עדות מעלייתא ואף שמרן מהרשד"ם חולק ע"ז וסובר דבעינן דוקא שיגמור דבריו באותו מעמד. אמנם הא כתב הכנה"ג בשם מהרח"ש דאלו הי' רואה הרשד"ם את דברי הרא"מ לא היה חולק עליו כי קרני ראם קרניו:

ומי יעמוד נגדו וכמש"כ המהרשד"ם בעצמו שקשה לחלוק עליו:

ונראה דגם המהרשד"ם ז"ל שמחמיר דבעינן דוקא באותו מעמד מודה בנידון כעובדא דידן דבעובדא דידי' שהחמיר בה הי' שתחילת דברי הגוי לא היה מהריגת האיש כלל רק שסיפר שראהו הולך ביער ושכר גוים שילווהו ואמר על היהודי אוי לו שנתלוה עם בני בליעל הללו. ובאותו מעמד לא סיפר כלום מסופו מה היה בו ובמשך אח"כ שאלוהו מה היה באיש ההוא ואז אמר הגוי שהרגוהו. ובזה פסק כיון דדבריו השניים הי' ע"י שאלה ולא היה במעמד הראשון לא מהני וכמ"ש הוא ז"ל בתשו' (סי' מ"ב) וז"ל דבשלמא כשהתחיל הגוי להסיח לפ"ת ותיכף שאלו ממנו וגילה להם הדבר אין לחוש שעכשיו חישב ועלה בדעתו לשקר אבל כשעבר זמן מה יש לחוש ודאי שמא בתוך הזמן חשב בשקר או למדוהו לשקר עכ"ל. משא"כ בעובדא דידן שאמר הערל בדבריו הראשונים כדא אובראלי ברוסקי במסל"ת גמור רק שאנו מסתפקים בפירוש דבר של אובראלי. ומדבריו השניים אשר סיפר אופן הריגתו והיכן הניחוהו אנו מבינים היטיב שמה שאמר תחילה אובראלי היה ג"כ כונתו על הריגה. וכיון שתחילת דבריו היה במסל"ת גם הרשד"ם מודה דמהני ובאמת ממה ששאל ר"ד את הערל אמור לי האמת אופן הריגתו. והערל השיב לו יראתי להגיד האמת ולא השיב לו הלא לא אמרתי לך שהרגוהו כ"א חמסוהו. מזה מוכח טובא שזה שאמר קודם אובראלי הי' כונתו על הריגה. וא"כ קאי דבריו הראשונים שהעיד במסל"ת בעדות מעלייתא:

ועוד נראה לי לצדד להתיר האשה זו עפ"י דבריו השניים אף שהיה ע"י שאלה כיון שהעד ר"ד אימת להערל בדבריו שאי אפשר להתירה כ"א דוקא כאשר ימצאו את קבר האיש ואת גויתו ותשובתו שהשיב שא"א למצוא אותו כי השליכוהו תחת הקרח הוה מסיח לפ"ת דומיא דקפילא ארמאה דכיון שאינו יודע שצריכין לו לאיסור והתיר מיקרי מלפ"ת וכמ"ש רש"י ז"ל בחולין (צח.) וכן הביא הגאון בעל שער אפרים (סי' קנ"ג) בשם תשובת פני משה שכתב בשם חכם אחד שיצא לדון בדבר חדש ורוצה להביא ראי' לדברי הריב"ש דלא בעי במסל"ת קישור דברים] ושלא כדעת הר"ן מהא דאמרינן בגמרא (נ"ה.) גבי גדי שצלאו בחלבו דשיילי' לקפילא ארמאה דפירש"י לקפילא ארמאה נחתום גוי

ואשמעינן דמותר לסמוך לפ"ת ולא יודיעוהו שצריכין לדבר איסור והיתר כו' הרי התם אע"ג דמודיעין לו שצריכין לידע מה טעם יש בו ומתכוין להודיע לו הגוי הוה מסל"ת כיון שאינו מתכוין לאסור או להתיר עכ"ל וג"כ מביא שם ראי' מרבו הרב מהרי"ט מפ"ב דגיטין גבי ההוא שטרא דפרסאי דעביד בעש"ג מיקרי לב' גוים. זה שלא בפני זה במסל"ת ומגבי בהו ממשעבדי ופשיטא שע"י שהי' מבקש מהם ר"פ היו קוראים במסל"ת ומגבי בהו ממשעבדי שלא ידעו שאנו צריכין לעדותם כו' וכ"כ הרשד"ם עמוד הימיני בסי' ע' [ובמהרשד"ם שלפנינו ליתא זאת] הרי ס"ל להנהו גדולים להדיא דכל היכא שאינו יודע הא"י שצריכין לעדותו הוה מסל"ת וא"כ בנ"ד נמי שאימת לו העד ר"ד שכ"ז שלא ימצאו את הנהרג אין אנו יכולין להתיר את אשתו ודאי לפי דעתם הוה מסל"ת ממש אעפ"י שהי' ע"י שאלה:

ולפי הנראה דגם הגאון בעל פ"מ אף שהשיג שם על החכם ודחה ראיות אלו מ"מ בעיקר הדין היכא שאנו רואין שהגוי אינו מתכוין להעיד דהוה כמסל"ת גם הוא מודה להנהו גאונים דהא הוא ז"ל כתב ואחר המחילה לאו ראיה היא דהרי טעמו של הר"ן הוא משום דאיכא ידים מוכיחות דהגוי מתכוין להעיד דלענין מאי קאמר איש פלוני בלי קישור דברים אלא ודאי מוכח מתוך דבריו דכונתו להעיד ואערומי קא מערים שלא לומר בתורת עדות וקפילא ארמאי אינו מוכח מתוכו מידי דהרי אנן הוא דשאלינן לי' מה טעם יש בתבשיל בלי הודעה של איסור והיתר כו' ורוצה לידע טעם התבשיל וכשמשיב לשאלתינו ואומר טעמו של התבשיל מיקרי מסל"ת כו' וגם ראיות הרב מהרי"ט מהא דשטרא פרסאה יש לדחות בסברא הנ"ל עכ"ל הרי שגם לדעתו ז"ל אף שהי' ע"י שאלה רק שאנו יודעים שהגוי אינו מתכוין להעיד הוה מסל"ת:

וכ"כ המהרי"ק בתשובה (סי' קכ"א) וז"ל אמנם נראה לפע"ד דכ"מ שהדבר מוכיח שאין הגוי מתכוין לא להתיר ולא להעיד דודאי מקרי מסל"ת ושריא איתתא כדמשמע להדי' דע"כ לא פליג ר' יוחנן עליה דר"ל אלא כשמתכוין להעיד אבל באין מתכוין אפי' להעיד מודה הוא לר"ל דאיתתא שרי' והא דפריך תלמודא והא איה חבירינו קאמרי לה היינו משום דפשיטא ליה לתלמודא דכל ששואלין אותו והוא משיב יש לומר שמתכוין להעיד כו' ע"כ. וכ"כ בתשובת צ"צ סי' מ"ב שכתב וז"ל ומ"מ נראה דבכה"ג דאיכא הוכחה דלא נתכוין הגוי בהגדתו לא להתיר ולא להעיד שפיר דמי כו' דהא דהימנוהו להגוי במסל"ת לאו דוקא במסל"ת ממש תליא מילתא אלא בהא תליא מילתא שצריך שלא יהא הגוי מתכוין לא להעיד ולא להתיר והא דאמר בגמרא ובגוי במסל"ת לא בא אלא לאפוקי מתכוין להתיר או להעיד אבל לא שיהא צריך דוקא מסל"ת ממש עכ"ל ואסתייע מדברי

מהרי"ק הנ"ל גם הגאון בעל כנס"י בתשובה סי' נ"ג כתב וז"ל וגדולה מזו ראינו בתשו' זקני מ"ב סי' ס"ח וז"ל כד דייקינן חזינן דלא במסל"ת תליא מילתא אלא במתכוין להעיד או להתיר כו' ור"י לא קאמר אלא בסתם דלא ידעינן אי קושטא קאמר צריך מסל"ת אבל בידעינן דקושטא קאמר מודה ר"י אע"ג דשאלוהו תחילה כו' ודנקט מסל"ת דעל הרוב כו' אבל כשמוכח מתוך עדות הגוי דלא להעיד מתכוין אין ג"מ אי שאלוהו או לא ע"ש שמביא ראי' לזה וכ"כ בתשובת המבי"ט ע"ש והסכימו עמו כל חכמי פולין. גם מהר"ם מלובלין סי' ק"י הסכים עמו וז"ל אעפ"י ששאלוהו היהודי אם הרג את יוסף אפ"ה דין מסל"ת יש לו כיון דלא שייך למימר להעיד מתכוין עכ"ל

אמנם הגאון בעל שער אפרים אינו סובר כן אלא סובר דכל שהי' ע"י שאלה לא מיקרי מסל"ת והראי' שהביאו הגאונים מקפילא ארמאה דחה בשתי ידים וז"ל דהתם ה"ט דקפילא נאמן מטעם שיכולין לשאול ובמלתא דעבידא לגלויא לא מרע נפשו הא"י הראשון כיון שיכולין לעמוד על הדבר אם אומר אמת והקיצור מדבריו שהאריך שם הגאון הנז' הוא דעיקר הטעם מה שמאמינים לקפילא הוא משום דלא מרע אומנתו ומ"מ צריך ג"כ שלא ידע שתלוי בזה איסור והתיר דאם ידע שצריכין לעדותו הוה כמו שסומכין על עדותו של א"י וא"י פסול לעדות אבל מסל"ת לבד אינו נאמן ותמה על הב"י שרצה לומר בדברי הרא"ש שמסל"ת לבד נאמן אמאי הא קיי"ל דאין מסל"ת נאמן אלא בעדות אשה לבד. ואני נפלאתי על הגאון הנ"ל למה תפס קושיתו על הב"י הא ברשב"א מבואר להדיא שמסל"ת לבד מהני וכן הביא הטור ביו"ד (סי' צ"ח). וע"כ צריכין לתרץ כמו שתירצו האחרונים דדוקא היכא דליכא למיקם עלה דמלתא הוא דאין א"י מסל"ת נאמן באיסור תורה אבל היכא דאיכא למיקם עלה דמלתא סמכינן עליו אפי' באיסור תורה. וכן מבואר בדברי הריב"ש (סי' תל"ג) וז"ל ואף אם נאמר בההיא דקפילא ארמאה אפי' גוי אחר נאמן במסל"ת אלא שאמרו קפילא לפי שהקפילא נאמן אפילו אינו מסל"ת אלא ששאלוהו ומשיב אעפ"כ בכאן אין להאמינו משום דש"ה שאפשר לעמוד על הדבר ולא ישקר לפ"ת בדבר שימצא שקרן אבל בכאן שאין לעמוד על מה שעשה הוא בביתו אפשר שאפי' במסל"ת משקר כו' עכ"ל וא"כ לפי"ז שפיר הביאו הגאונים ראי' מקפילא ארמאה דהיכא שאנו יודעין שאין הגוי מתכוין להעיד מקרי מסל"ת אף ע"י שאלה ונאמן אף בעדות אשה דהא דמהימן א"י מסל"ת בעדות אשה הוא ג"כ מטעם דמלתא דעבידא לגלויא הוא ולא ישקר א"י במסל"ת ולא גרע עדות אשה מעדות א"י בשאר איסורים במלתא דעבידא לגלויא והרא"ה ז"ל כתב בב"ה (קו:) וז"ל ולענין קפילא כתב המחבר דלא סמכינן אלא אקפילא ובמסל"ת ואינו נכון דלא בעי בקפילא מסל"ת דטעמא

דקפילא משום דכיון דקפילא הוא ואתחזיק בקפילא לא מרע נפשו במלתא דעבידא לגלויא ואיכא למיקם עלה דמלתא דהא סוף סוף הא טעמינן לי' וכל כה"ג לא מחזיקינן לי' בעדות כלל אלא בגלוי מלתא ולפיכך התירו עדות א"י באשה אבל א"י אחרינא לא סמכינן עלי' ומסל"ת דנכרי לא מעלה ולא מוריד באיסורין אלא בעדות אשה לבד והתם בלא"ה נאמן מה"ד דלאו עדות הוא אלא גילוי מלתא בעלמא הוא אלא דלחומרא בעו רבנן מסל"ת עכ"ל הרי חזינן דס"ל להרא"ה ז"ל דעדות אשה מקרי טפי מלתא דעבידא לגלויא מעדות שארי איסורים ומטעם זה לא ס"ל כהרשב"א דמסיח לפ"ת נאמן וא"כ הרשב"א דס"ל דמסיח לפ"ת כי האי כגון ע"י שאלה אך שאינו יודע שתלוי בזה איסור והתיר מהני אף בשארי איסורים [והא דכתב הרא"ה דהרשב"א סובר דבעינן תרתי יעויין מה שהשיג עליו במ"ה] מטעם דמלתא דעבידא לגלויא היא כ"ש דנאמן בעדות אשה וא"א לומר דהרשב"א סובר דבשארי איסורים מקרי טפי מלתא דעבידא לגלויא ולכך נאמן אף במסיח לפ"ת גרוע שהי' ע"י שאלה משא"כ בעדות אשה דאינו מקרי מלתא דעבידא לגלויא כ"כ דז"א דא"כ יהיו מחולקים הרשב"א והרא"ה בסברות מהופכות:

גם מה שכתב הגאון בעל שער אפרים שם וע"ק לפי דבריהם שרצו להביא ראיה מהיא שטרא פרסאה וגם מקפילא ארמאה לעדות א"כ נלמוד ג"כ מזה אף אם שואלים להגוי על מיתת פלוני אם אנו יודעין שאין כונתו להעיד ולהתיר את אשתו בעדותו רק לאיזה כונה אחרת נאמר ג"כ שמתירים את אשתו בעדותו עפ"י הגדת הגוי ונאמר שמקרי מסל"ת ובאמת ז"א כמבואר בתלמוד ובכל הפוסקים וכמ"ש גבי פונדקית גויה היתה ומסל"ת ומקשה בגמרא והא קאמרי אי' חברינו כו' ומשני שם גבי כיון דחזיתינהו כו' ואין אנו צריכין להאריך בזה חנם כי זהו מבואר אפי' להמתחילים דאם שאל את הגוי לא מקרי מסל"ת עכ"ל ואני לא הבנתי קושית הגאון מהא דפונדקית דודאי הם מודים דהיכא דאנו שואלים להגוי איה פלוני והוא משיב שמת שפיר חיישינן שמא כונתו להעיד על מיתתו כמ"ש המהרי"ק הנ"ל וא"כ גבי פונדקית אי לאו טעמא כיון דחזיתינהו דקא בכיא הוה חיישי דלמא כונתה להעיד אבל היכא דמוכח שאין כונתו להעיד על מיתתו [ונראה דהיכא דכונת הנוי כדי להוריד היורשים לנחלה אינו נאמן ומקרי כונתו להעיד] שפיר מצינו למימר כדברי הגאונים הנ"ל וכדמוכח מדברי הרשב"א גבי קפילא ארמאה:

אך מי אנכי שאבוא לחלוק על גאון קדמון בעל שער אפרים ולהקל במה שהחמיר ובפרט שמצאתי להגאון בעל חות יאיר בתשובה ל"ז שמסכים לדינא כדעתו אך לא מטעמו] שכתב שם לענין שנים שהמרו זה עם זה על פרה אם היא מבכרת ושאלו לשכיני הגוי מכירי הפרה מי זכה בהמרתם ופסק שם דבבכור מהני מסל"ת כזה אף שהי' ע"י שאלה

אמנם בעדות אשה לא מהני מסל"ת כזה וסיים שם אף כי נראה דמתוך חומרא דא"א הקילו בה משום תקנת עיגון החמירו במסל"ת גופי' שיה' ממש הגוי פותח בדברים כו' משא"כ בשארי איסורים עכ"ל וכן הוא דעת הט"ז ביו"ד (סי' צ"ח סק"ב) וא"כ לפ"ז אין בידינו להתיר מטעם הגדת הגוי שבפעם ב' שהי' ע"י שאלה אבל באמת נראה דגם לדעתם ז"ל עובדא דידן עדיפא טובא וגם הם מודים בזה דמקרי מסל"ת דדוקא היכא שמשיב הגוי על גוף הדבר ששואלין אותו כמו בקפילא ששואלין אותו אם יש בו טעם חלב והוא משיב ע"ז אע"ג שאינו יודע שהאיסור והתיר תלוי בזה מ"מ כיון דהגדתו הוא ע"י שאלה לא מהני להבעל ש"א אפי' באו"ה אי לאו משום דקפילא לא מרע אומנתו וכן בעובדא דהחות יאיר הוא נמי בכה"ג שהשיבו הגוים על מה ששאלו להם אם היא מבכרת אי לא הגם שאינם יודעים אם זה נגעי לאו"ה כיון דהגדת הגוי הי' להשיב על מה ששאלו לא מיקרי מסל"ת משא"כ בנ"ד דלא שאל ר"ד להגוי אם חי הוא או מת ולא הראה העד להגוי בשאלתו שום ספק בזה אדרבה הראה להגוי שברור אצלו שנהרג מהדברים הראשונים שאמר לו הגוי ולא בקש מהגוי רק שיספר לו גופא דעובדא האיך הי' האיך נהרג ואי' מקום קבורתו ושרוצה לראות את גויתו כדי להתיר את אשתו ועל זה השיב הגוי כי לא ימצאו קברו כי הושלך תחת הקרח ונמשך בספורו לבאר כל פרטי הריגתו. נראה דהוה מסל"ת גמור כיון דלא הי' כונתו להתיר או להעיד:

ואפילו אם נאמר דאולי לדברי הגאונים הללו גם בעובדא דידן לא מיקרי זה שאמר הגוי בפעם השני מסל"ת מ"מ נראה להקל בעובדא דידן דהטעם הראשון שכתבתי כיון דהדברים השניים של הגוי הם רק לברר דבריו הראשונים מה הי' כונתו בזה שאמר אובראלי ודבריו הראשונים ודאי הי' במסל"ת גם המהרשד"ם מודה בזה נ"ל עיקר להלכה למעשה וכן מצאתי שהגאון בעל מה"צ בס"ק נ"א כתב ג"כ דבתשו' הרא"ש (כלל נ"א ס"ג) משמע להדיא כל שהוא מפרש דבריו הראשונים נאמן אפי' לאחר זמן ואין לפקפק בזה כיון שהעד ר"ד הזכיר להגוי אודות התיר אשתו ובירושלמי שילהי יבמות מוכח כל דמזכירין לו אשה מיקרי מתכוין להתיר ונ"ל ברור דהא דהקיל הרי"ף וכל הפוסקים הנמשכים אחריו במסיח הנוי לפ"ת וגמר דבריו הי' עפ"י שאלה היינו דוקא היכא שבפעם השני לא הזכיר לו אשה דהא הרי"ף למד זאת מעובדא דפונדקית דשילהי יבמות ושם לא הזכירו בשאלתם אלא אי' חברינו דלא הוה אלא חששא דלמא מתכוין להעיד ולהכי אמרינן כיון דתחילתה שהיתה בוכה הי' לפ"ת מהני גם דבריה שאח"כ אף שהי' ע"י שאלה אבל היכא שיש חשש בדבריו האחרונים דלמא מתכוין להתיר כגון שהזכירו לו אודות אשתו לא מהני מה שהתחיל לומר לפ"ת דהא חזינן

דמתכוין להתיר גרוע ממתכוין להעיד דמתכוין להתיר לכו"ע לא מהני ובמתכוין להעיד איפלגו ר' אושיעא עם הזקנים ור"י עם ר"ל וא"כ הבו לנו שלא להוסיף על קולת הרי"ף רק היכא דאיכא חששא דלמא מתכוין להעיד בדבריו השניים אבל היכא שיש חששא דלמא מתכוין להתיר כיון דלא מצינו בהדי' שהקילו בזה אין לנו להקל. ומצאתי בא"ז (ח"א סי' תרצ"ה) וז"ל וכן פסק מורי רבי אבי העזרי דכיון שהתחיל הא"י מעצמו הדברים אפי' אם ישראל שוב חוזר הדברים ושואלו לדעת העיקר הוה מסל"ת וכגון שאינו מזכיר אשה וכן פסק רבינו יצחק אלפסי זצ"ל עכ"ל הרי מבואר להדיא דהיכא שמזכיר לו אשה לא מהני מ"מ בעובדא דידן כיון שהעד ר"ד אמר להגוי שאין יכולים להתירה בלתי אם ימצאו אותו ויראו גויתו והגוי השיבו כי לא ימצאהו. א"כ ודאי, אין שום חשש דלמא מכוין להתירה:

ועל זה שלא שמע ר"ד מפי הגוי בפירוש שראה את הריגתו ממש אין לחוש כי חזינן דבפעם הראשון אמר בבירור שהרגוהו וכדבארנו לעיל וכן בהגדתו השני' סיפר ברור שהרגוהו והשליכוהו תחת הקרח ואף אם ניחוש שהגדתו הוא מאשר שמע מפי הרוצחים יש להקל ג"כ דהא קיי"ל א"י המסל"ת בשם א"י מהני דלא כהריב"ש שמחמיר בזה וכן נמצא בכמה תשובות להקל למעשה בא"י מסל"ת בשם גוי אחר ואף שי"א שצריך שיאמר הגוי שהראשון אמר לפניו במסל"ת. אמנם הא כתב הח"מ שיש להשוות דעת הפוסקים שאף הר"ן והמהרי"ק לא החמירו אלא היכא שידוע שהגוי הראשון סיפר ע"י שאלה או להתפאר אבל בסתם לית לן למיחש בזה:

וע"ד שצריך שיאמר הגוי שמו ושם עירו כבר מבואר בכמה תשובות שהקילו בזה היכא שהי' ידוע ומפורסם שם האיש שנאבד ועיין בתשו' שער אפרים (סי' ק"ג) אך מ"מ צריך להכריז שם אולי נאבד עוד איש אחר ששמו בן ציון שמכנים אותו הגוים בשם ברוסקי. ואודות אם צריך שיאמר הגוי קברתיו כבר האריכו האחרונים בזה ופסקו דבכה"ג אין צריך לומר קברתיו כיון דמכיר הגוי את היהודי בן ציון הטיב כאשר מבואר במכתב הרב דטאמסק] וכאשר פסק הרמ"א בהג"ה סי' י"ז סי"ז יעו"ש ובפרט לפי ההגדה השני' של הגוי שסיפר שהרוצחים השליכוהו תחת הקרח והוה כמו קברתיו וא"כ יש בכל הדברים שביארנו היתר גמור לאשת בן ציון הנ"ל ומותרת להנשא לכל גבר די תצביין באופן שיכריזו במקומו כנ"ל ולאחר שיתירו לה ב"ד של שלשה וה' ישפות לנו שפע שלום ממקור הברכה והשלום אלה דברי ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

סימן טו

להרב המובהק החו"ב ירא ושלם מוהר"ר יהושע נ"י מ"צ בקריטשוב:

תורף השאלה יובן מתוך התשובה ע"כ לא העתקתי אותה:

תשובה דברי כת"ר ע"ד העגונה דמחנו ואשר פלפל בזה להתירה ישרו דבריו בעיני ומרוב טרדותי בצוק העתים הללו לא הי' אתי עת להשיבו ועתה הגיעני שנית מכתבו בצירוף ההיתר שיצא מהרב הגאון מוהר"ם ברלין ובנו הרה"ג מוהר"ח ממאהליב ושניהם אמרו דבר אחד להתירה ע"י חיפוש בקריט' דלא נאבד איש מעת קבלת המכתב תעודה הלזה זולת ר' ישראל אשר קבלו [על שם דוד מאניס]. ואני אתפלא מאוד על דבריהם כיון דכל חששא בנ"ד שמא השאיל המכתב תעודה לאחר ומי יאמר שלא יצא איש אחד מקריטשוב זה שנים רבות והשאיל לו ר' ישראל את המכתב. ועוד כיון דחיישינן לשאלה הא יש לחוש שמא השאילו לאיש אחר שאיננו מקריטשוב כלל ומה שהחזיק א"ע שהוא מקריטשוב הוא מחמת המכתב שבידו וכמו שהעיר גם כת"ר בזה:

אך בזה הי' אפשר לצדד ולומר דלהא לא חיישינן שמא הוא מעיר אחרת דא"כ לא מצאנו ידינו ורגלינו במה שאנו מתירין בפשיטות במי שהלך מעירו ומכתבו בידו בשמו ושם עירו ובא לעיר אחרת והחזיק עצמו בשמו ושם עירו כמו שנכתב במכתב ומת שם ומודיעין מעיר שמת שם איש בשמו ושם עיר שנתחזק שם ונהיגין עלמא להתיר אשתו באין פקפוק ואמאי לא ניחוש ג"כ שמא איש אחר הוא והמכתב הוא שאול בידו והחזיק א"ע בשם זה מחמת נקיבת השם שבמכתב אע"כ צ"ל דכיון שהחזיק א"ע באמרי פיו בשמו ושם עירו לא מגרע המכתב שבידו את חזקת שמו ושם עירו שהחזיק לעצמו לחוש לשאלת המכתב דחששא רחוקה היא ולא חששו לזה דומיא דאמרינן בשעת הסכנה כותבין אעפ"י שאין מכירין ולא חיישינן שמא צרה היא משום דחששא רחוקה היא ומתקנות עגונות לא חששו חז"ל לזה וכן מוכח מתשובת הרא"ש ז"ל כלל נ"א בעובדא דר' אשר תלמידו שהלך ממנו ומסר לידו מכתב וכתבי תוספת הרא"ש ובא לעיר אחת והחזיק א"ע בשם הנ"ל והראה מכתב הרא"ש ז"ל וכתבי תוס' הרא"ש שמסר לידו ומת שם והתיר הרא"ש ז"ל את אשתו מחזקה זו שהי' מוחזק בשמו והכתבים שהיו בידו והנה הרא"ש ז"ל איהו מארי דהאי דינא דחיישינן לשאלה והח"מ כתב (בסי' י"ז ס"ק מ"ב) דמאן דחייש לשאל חייש נמי לאבידה וא"כ למה לא חשש הרא"ש שמא ר' אשר תלמידו אבד המכתב והכתבים שלו ומצאן איש אחר והחזיק עצמו בשם זה להתיקר ולהתכבד במכתבי הרא"ש ז"ל אע"כ צ"ל דכיון שהחזיק עצמו באמרי פיו בשם זה תו לא חיישינן לחששות רחוקות לגרע חזקתו וכן כתב הרא"ש שם ויותר מזה הקילו בעדות אשה דתנן בפ' בתרא דיבמות משיאין עפ"י בת קול ומעשה שעמד אחד על ראש ההר ואמר איש פלוני ממקום פלוני מת כו' ופריך הגמרא ודלמא צרה הואי תנא דבי ר'

ישמעאל בשעת הסכנה כותבין כו' ע"כ וא"כ ה"נ בנ"ד י"ל דלא חיישינן שמא הוא איש אחר שאינו מקריטשוב והחזיק עצמו בשקר שהוא מקריטשוב מחמת המכתב השאול אצלו דחששא דשאלה לא מגרע החזקה שהחזיק א"ע ודנין עליו כמו שלא הי' אצלו מכתב כלל:

אבל העיקר מה שצריכין לחוש בנ"ד הוא כיון שכתבו ממקום שמת שזה שהחזיק עצמו בשם דוד מאניס וכן נכתב במכתב שלו מת ואנן ידעינן שדוד מאניס מקריטשוב לא מת שם אלא שנתברר עפ"י עדים שביד האיש ששמו ישראל מקריטשוב הי' המכתב הזה קודם שנסע לשם ואנו רוצין להחזיק שהאיש ישראל מת ומה ששינה שמו על שם דוד מאניס הוא מחמת המכ' שבידו וא"כ יש לנו לחוש שמא האיש ישראל זה השאיל המכתב לאיש אחר והאחר שינה שמו על שם המכ'. ואף שלפ"ז היה נראה להקל בנ"ד כיון דאנן מחזיקינן לו שהוא מקריטשוב כמו שהחזיק א"ע והיה מועיל בזה החיפוש בשם ולבדוק שלא נאבד איש אחר זולת האיש הלזה אך לא יועיל החיפוש מעת ששאל האיש ישראל הנ"ל את המכ' כמו שכתבו הרבנים הנ"ל מטעם שכ' כ"א לחפש מזמן ערך עשרים שנה שלא נאבד איש מעירם שיצא מביתו במשך ששה שבועות אחר חתונתו ושארי סימנים שסימן על נפשו [ואין לנו לחוש שמא יצא קודם עשרים שנים משום שלא היו מספיקין השנים שנכתבו במכתב עליו] ואף שכמה אחרונים החמירו שלא לסמוך על חיפוש שמזמן רב דאולי לא ישימו לב על מה שכבר היה בשנים רבות מ"מ בנ"ד יש להקל דהוא מלתא דמדכרי טובא שעזב את אשת נעוריו במשך קטן כזה אחר חתונתו ולא שב לביתו

אמנם לבי נוקפי להקל אף בחיפוש הזה דהא לא החזיק עצמו שהוא מתושבי ודיירי עיר קריטשוב שידעו צאתו ובואו בביתו ויש לחוש שמא הוא מדיירי עיר אחרת והוא נכתב בריוויז'א דקריטשוב. וכן חתונתו הי' שם ושהה עם אשתו שם ששה שבועות:

ואח"כ יצאו שניהם מעיר והוא נדד והלך באשר הוא והיא נסעה למאהליב כפי שסיפר לפני אנשי פאלטאווא וכיון שלא דר בעיר כ"א משך מועט ע"כ לא ידעו מזה אנשי קריטשוב וא"כ מה יועיל החיפוש ועוד אחר העיון נראה דהכא יש לחוש שמא גם הוא מעיר אחרת אם נימא דחיישינן דלמא שאל המכ' לאיש אחר ולא דמי למה שאנו מתירים בפשיטות במי שהלך מעירו ומכתבו בידו כשמו ושם עירו כנ"ל דשם כיון דלא חזינן שום ריעותא לא מחזיקינן ריעותא ולומר שמא האיש הזה השאיל המכ' לאיש אחר והאחר החזיק עצמו בשמו ושם עירו דאחזוקי ריעותא לא מחזיקינן משא"כ הכא דאיתרעי האי גברא במה שהחזיק עצמו בשם דוד מאניס וזה ידעינן בודאי שאין זה שמו וע"כ אית

לן למימר שזה שהחזיק עצמו בשם שאינו שלו הוא מחמת המכתב שבידו וא"כ מאן לימא לן שבאם שחיישינן לשאלה שאל דוקא לאיש קריטשוב ולא לאיש מעיר אחרת ואיכא למימר כמו ששינה שמו מחמת המכ' שבידו כך שינה שם עירו ועוד דהתם אין לנו להחזיק לריעותא מטעם חששא דשאלה כי דיינינן לו כמו שאין לו מכ' כלל אבל הכא האיך אנו יכולים לדון שהוא ודאי מקריטשוב כמו שהחזיק עצמו ולומר שדומה כמו שאין לו מכתב. וע"כ לא חיישינן לשאלה ולומר שהוא אינו מקריטשוב. דא"כ מהיכא תיתי לומר דזה האיש ישראל מת הא משם כתבו דדוד מאניס מת. וע"כ כל מה שאנו רוצין להחזיק שר' ישראל מת הוא מחמת שידעינן שזה המכתב ששלחו משם היה אצל ר' ישראל וא"כ האיך אנו יכולין לאחוז החבל בשני ראשון דלענין שהוא ר' ישראל מחזיקינן מחמת המכתב שבידו ולענין שהוא מקריטשוב אנו דנין אותו כמו שאין לו מכתב כלל:

ומחמת שעיקר דין זה תלוי אי חיישינן לשאלה אי לא ואף שכבר דברו בזה גדולי האחרונים ולא הניחו מקום לדבר בזה מ"מ מחמת שאין מדרש בלא חידוש אענה גם אני מה שעלה לפ"ד בזה. דהנה לכאורה יש להביא ראיה גדולה לדעת הפוסקים שפסקו דסימנים דאורייתא ע"כ סברי דלא חיישינן לשאלה דהא התוס' ב"מ (כ.) ד"ה מצא הקשו מצא בחפיסה ודלוסקמא אמאי יחזיר בסימני כלי ניחוש לשאלה וכן הקשו ביבמות על הא דמצא פירות בכלי יחזיר אמאי ניחוש לשאלה ותירצו משום דבממון לא חיישינן להכי משום תקנה דרבנן יעו"ש ואמרינן ב"מ (כח.) דרבא לא ס"ל הטעם דתקנה גבי שטרות. וכמו שפריך שם וכי ניחא לי' ללוה כו'. ומדייק בזה דסימנים דאורייתא וכן פסקו כמה פוסקים כוותי' וכיון דגבי שערות לא שייך תקנה ע"כ צריכין לומר לפי דעתם דלא חיישינן לשאלה וא"כ לפי מאי דפסק הב"ש דאם ניסת ע"פ סימנים אמצעים לא תצא. ע"כ הם סוברים להלכה דעיקר הוא שסימנים דאוריי' וא"כ לפי"ז העיקר נמי לא חיישינן לשאלה אח"כ מצאתי דהגאון בעל משכנות יעקב בתשו' שאלה ע' הביא ראי' זו להלכה. וז"ל ועוד נראה לפי"ד ראי' דלא חיישינן לשאלה דהנה התוס' והרא"ש בב"מ הקשו על הא דמצא שטרות כו' [כנ"ל]וא"כ מוכח עכ"פ דרבא גופא לפום מאי דס"ל סימנים דאורייתא ל"ח לשאלה [דהא איהו לא ס"ל מטעם תקנה] וע"כ מפרש הא דיבמות סי' כלים בחיוורי וסומקי כשינויי בתרא וא"כ נהי דאנן לא קיי"ל כרבא בדין הסימנים לא סמכינן אפשיטותו משום דרב אשי מספקא לו ורבא גופא את"ל קאמר ולא ברירא לו כולי האי מ"מ במאי דס"ל דלא חיישינן לשאלה לא אשכחינן עליו שום פלוגתא כלל ועיקר ל"ק דאתמר בגמרא דחיישינן לשאלה אתמר אליבא דרבא ללישנא דס"ל סימנים

דאורייתא וכבר נתבאר דלמסקנא דרבא איהו גופא ס"ל דלא חיישינן לשאלה כו' וכ"ש דמוכח הכי להפוסקים שכתבו דסימנים דאורייתא כפשיטותו דרבא כו' עכ"ל יעו"ש שהאריך בזה הרבה וקים לו להלכה כן מחמת ראי' זו וגם אצלי היה לכאורה ראיה זו שאין לה תשובה:

אבל לפי האמת נ"ל דראי' זו יש לדחות דאפשר לתרץ קושית התוס' על הא דמצא בחפיסה ודלוסקמא מחזירין השטרות בסימני הכלי ולא חיישינן לשאלה הוא מטעם זה דהא הכלי בכל מקום חשבינן לה כמו רשות וכיון דאנן מהדרינן להלוה או להמלוה ע"י סימני הכלי הוה ממילא כמו שמצא השטרות מונחין ברשות של הלוה או של המלוה לכך מהדרינן נמי השטרות למי שנותן סימני הכלי דהאיך אפשר להוציא השטרות מחזקת מי שנמצאים ברשותו מטעם חששא דשאלה כיון שהוא טוען שהוא ודאי שלו וגם בחזקתו נמצאים האיך אפשר להוציא מחזקתו מטעם חששא זו כיון שברשותו נמצאים הוה כמו שהוא מוחזק בהן. ואף שעתה אין מונחין בתפיסה בתר שעת מציאה אזלינן כיון שאז נולד הספק והנה גם בהא דמקשו על הא דפירות בכלי עלה בדעתי ג"כ שיש לישב מטעם זה אבל באמת ז"א דהא גם במצא פירות בצד הכלי מהדרינן בסימני הכלי ובהא ליכא טעמא משום דמונחים ברשותו. ואין לומר כיון דאנן דיינין עליהם שהיו בתוך הכלי ונפלו לחוץ הוה כמו שמונחים גם עתה בתוכה משום דאזלינן בתר חזקת זו שנפל ממנה כמו בעדי אריגה ובעדי נפילה דמהדרינן למי שהביא עדי נפילה דא"א לומר כן דהא כל עיקר החשש שלנו הוא שמא השאיל הכלי לאחר וא"כ בשעה שהיה הפירות בתוכה היה ברשות הנשאל. ועתה בשעה שנמצאת והגביה להחזירה למי שיאמר הסימנים הא אז לא נמצאו הפירות בתוכה. וא"כ ע"כ צריכין לתרץ גבי פירות בכלי למ"ד דחיישינן לשאלה דהא דמהדרינן הוא מטעם תקנה כמ"ש התוס' ועוד נ"ל דעדיפא טובא מצא שטרות בחפיסה ממצא פירות בתוך הכלי דאף שמצא הפירות בתוך הכלי א"א לומר דמהדרינן מטעם כיון שמצא בתוך הכלי הוה כאלו מונח ברשותו משום כיון שנמצא הכלי במקום הפקר ואינו משתמר לדעת הבעלים לא הוה כחצירו וכ"ש אם נמצא בר"ה ובכל מקום שאין לו רשות להניח שם שאין כליו קונים לו לא הוה כליו כחצירו אבל במצא שטרות בחפיסה כיון דהמוצא הגביה להחזיר לבעליו הכלי למי שנותן סימנים א"כ משעה זו הוה עלה כנפקד ובכל מקום שהיא משתמרת לדעת הנפקד הוה כמו משתמרת לדעת בעליו כדאמרינן בב"ב (פז.) ברשות המופקדין אצלו עד שיקבל עליו יעו"ש ברשב"ם ולכך הוה השטרות בחזקת מי שהכלי שלו והוה כמו שמונח ברשותו:

וזה דוקא לגבי השטרות כיון דהוה רק הספק למי שייך השטרות ללוה או למלוה אבל המוצא אינו שייך בזה כלום. אמנם גבי פירות בכלי כיון דאי אמרינן דאין שייך לבעל הכלי מטעם חששא דשאלה אז שייך להמוצא ולגבי מוצא ודאי דלא הוה בעל הכלי מוחזק יותר כנגדו אף לאחר שהגביה להחזיר לו והוה כמו כלים של לוקח ברשות מוכר דלפי דעת הרי"ף והרמב"ם ודאי לא קנה הלוקח כמו שכתב הב"י ח"מ סי' ר'. וא"כ ודאי לא נקרא בעל הכלי מוחזק לגבי המוצא. ואפי' לדעת שארי הפוסקים דסוברים דכליו של לוקח ברשות מוכר הוה ספיקא אי קנה או לא. מ"מ נראה דזה דוקא לענין קנין משום דאמרינן כיון שהמוכר רוצה להקנות להלוקח מסתמא משאיל לו מקום לכליו וכמש"כ התוס' ב"ב (פה:) ד"ה כליו משא"כ הכא שיהא בעל האבדה מוחזק נגד המוצא מחמת שהפירות הם בתוך כלי שלו ויהי' דומה כבידו זה ודאי לא אמרינן כיון שהכלי היא ברשות אחר אע"ג שהמוצא ג"כ לא מיקרי מוחזק ממש כמש"כ התוס' כתובות (טו:) ד"ה להחזיר. היינו לענין שאזלינן בזה בתר רובא וכן משמט בתה"ד סי' שי"ד יעו"ש:

ובזה נתישב לי התוס' דיבמות הנ"ל וכן הרמב"ן והרשב"א הובאו בש"מ על ב"מ בסוגיא זו וכן הר"ן בחדושיו שהקשו על הא דחיישינן לשאלה מפירות בכלי ומתרצין מטעם תקנה ואמאי לא הקשו ממצא שטרות בחפיסה דמשנה קודמת היא אלא ודאי כמו שכתבתי לחלק בין מצא שטרות בחפיסה למצא פירות בכלי ובזה מדוקדק היטב דברי רבא שם שהביא ראי' דסימנים דאורייתא מהא דתנן מצא תכריך של שטרות או אגודה של שטרות הרי זה יחזיר ולא הביא ראי' גם מהא דמצא בחפיסה או בדלוסקמא דמחזירין השטרות ע"י סימני הכלי. ואמאי השמיט רבא תחילת בבא זו. אף שא"ז הגאון בעל קדושת יו"ט בסי' א' כתב שאין ראי' ממצא בחפיסה משום דיש לדחות דאין נותנים השטרות אלא ע"י עדי חפיסה או בסימנים מובהקים על החפיסה יעו"ש אבל באמת הוא דחוק לפע"ד. כיון דהחפיסה בעצמה מחזירין אפי' בסימנים שאינם מובהקים. והאיך קאמר המשנה סתם יחזיר שקאי על שניהם על החפיסה ועל השטרות ואינו דומה חזרת השטרות לחזרת החפיסה ודלוסקמא עצמה אבל לפי מה שביארתי ניחא שפיר דלהכי השמיט רבא תחילת הבבא משום דאין להביא ראי' מזה. די"ל דאפי' אי אמרינן סימנים דרבנן מטעם תקנה וגבי שטרות ליכא האי תקנה מ"מ צריך להחזיר גם השטרות אגב החפיסה והדלוסקמא דכיון דעשו חכמים תקנתא להחזיר הכלי וא"כ הוה הכלי של בעל הנותן סימנים בה והוה השטרות שבכלי כמו שהם ברשותו וכל שברשותו הוה כמו בידו. וממילא הוה גם השטרות לבעל הכלי כמו אי הוה מצאן בעצמו ולפ"ז יתישב השגה אחת ממה שהשיג א"ז הגאון הנ"ל על הגאון בעל אבן העוזר שדעתו שב' סימנים

שאינם מובהקים הוה כסימן מובהק ואי אמרינן סימנים דרבנן וגבי שטרות לא שייך תקנתא הא דמהדרינן שטרות גבי מצא תכריך כו' הוא משום דאיכא תרתי סימני המנין והכריכה [וכן דעת הגאון בעל קצוה"ח סי' ס"ה סק"א] והשיג עליו א"ז ז"ל דא"כ מצא בחפיסה ובדלוסקמא אמאי יחזיר ניחוש לשאלה כיון דתקנתא לא שייך בשטרות לפ"ד ובאמת הי' לו לא"ז ז"ל להשיג עליו עוד מכל דברי הראשונים דמשמע מדבריהם דאפי' בסימן שאינו מובהק לחוד אם נותן על הכלי שמצא בה השטרות מחזירין לו גם השטרות ואמאי מחזירין כיון דלא שייך גבי שטרות תקנתא. אבל לפי מה שבארתי נוכל להציל הגאונים הללו מהשגה זו דכיון דהשטרות הם בתוך הכלי בתר הכלי נגררין ודינם כדין הכלי ולפ"ז יצא לנו דין חדש לפי הגאונים הנ"ל בעל א"ע והגאון בעל קצוה"ח דס"ל דלגבי שטרות לא שייך תקנתא אם מצא, שטרות בצד הכלי ונתן טל הכלי סימן שאינו מובהק. ולמאן דחייש לשאלה אפי' נתן על הכלי סימן מובהק לא מהדרינן לו השטרות כיון דאינו מיקרי מוחזק לגבי שטרות דהא בשעה שמצא השטרות לא הי' ברשותו ומה"ד אינו מחויב להחזיר רק מצד תקנה מחזירים בכל המציאות וא"כ גבי שטרות דלא שייך תקנה לפ"ד אין מחזירים:

ולפי מה שבארנו נתישב היטב דברי הרא"ש בשילהי פ"ק דב"מ דכתב שם מצא בחפיסה ודלוסקמא ונתן סימן בכלי יחזיר לו גם השטר אע"ג דמשמע בפ"ק דיבמות דלא חיישינן לשאלה ה"מ לענין איסורא כו' מ"מ יכול לתקן בממון שלא נחוש לשאלה כמו שתקנו להחזיר בסימנים את"ל סימנים לאו דאורייתא ותדע מדלא אייתי ביבמות ממצא פירות בכלי כו' עכ"ל והנה לכאורה דבריו תמוהים אמאי לא כתב מדלא אייתי הא דמצא שטרות בחפיסה. וכן הקשה שם הפ"ח. אבל לפי מה שבארתי ניחא שפיר דהיכא דמצא שטרות בחפיסה גופא אין צריך כלל הטעם דמחזירין השטרות מטעם תקנה ואפי' חיישינן לשאלה והא דקאמר הרא"ש שמחזירין השטרות מטעם תקנה ואפי' חיישינן לשאלה כונתו היכא שנמצא בצד החפיסה ואפ"ה מחזירין בסימני החפיסה. וכ"ז לפי דעת הרא"ש ז"ל דס"ל דגבי שטרות נמי שייך תקנה אבל לפי דעת הגאונים בעל א"ע וקצוה"ח דס"ל דגבי שטרות לא שייך תקנה והא דמחזירין תכריך של שטרות הוא מטעם ב' סימנים דהוי כסימן מובהק א"כ אם נמצאו בצד החפיסה אין מחזירין השטרות כיון דחיישינן לשאלה:

אך לכאורה איכא למימר דאף לפי דעתם מחזירין אם נמצאו בצד החפיסה. כיון דבעל האבידה נותן סימן על החפיסה וגם אומר שנפלו מאתו שטרות שהיו מונחים בחפיסה זו. וכיון שנמצאו בצד החפיסה אם מהדר אפי' לחפיסה אנו אומרים שבודאי נפלו

מהחפיסה. כמו שמבואר בגמרא ב"מ (כ"ה.) וא"כ יש כאן ב' סימנים א' מה דאמר שהיו מונחים בחפיסה וכמ"ש התוס' ב"מ (כ.) ד"ה מצא. ב' מה שנותן על החפיסה עצמה ולפ"ד ב' סימנים הוה כסי' מובהק וגם חששא דשאלה נמי ליכא כיון דאמר שבחפיסה מצא אותם ומנא ידע המשאיל שבחפיסה היו מונחים וכן דעת הש"ך בח"מ סי' ס"ה סקכ"ו. דהיכא דמכריז סתם פירות ושטרות מצאתי וזה נותן סימן שבכלי פלוני מצאתם לא חיישינן לשאלה לכו"ע וכתב שם והא דפריך הגמרא מחמור בסימני אוכף היינו משום דמשמע להש"ס דסתם חמור הוא עם אוכף וא"כ צריך להחזיר השטרות לבעל החפיסה אף שנמצאו בצדה. וכ"ש אם נותן על החפיסה עצמה סימן מובהק וגם אומר שבחפיסה היו מונחים ודאי דמחזירין לו ולא חיישינן לשאלה אבל באמת דברי הש"ך תמוהים לפע"ד דהא כתב הר"ן בחידושיו לב"מ וז"ל וא"ת אי חיישינן לשאלה היכא מהדרינן אבידתא בסימנים ניחוש לשאלה דשמא שאלו ממנו פעם אחד ויודע סימניו ועכשיו כשנאבדה בא זה ונותן סימן. ועוד ניחוש שמא שלו היתה ומכרה וי"ל דמשואל למשאיל לא חיישינן לעולם דאפי' שאלו וידע סימנים מאין היה יודע שאבדה הלוקח או המשאיל אבל לגבי חמור בסימני אוכף ממשאיל לשואל הוא דחיישינן שמא המשאיל נותן סימני האוכף ויטול את החמור שאינו שלו ובכה"ג איכא למיחש שהדבר מצוי שידע המשאיל באבידת החמור דלמא משאיל זה ביקש אוכף שלו מבעל החמור שיחזירנו לו ובעל החמור אמר לו שאבדו עם חמורו ולפיכך יש לחוש שלא להחזיר החמור בסימני אוכף ע"כ וכן הביא הש"מ בשם הרמב"ן בתירוץ השני ובשם הרשב"א כדברי הר"ן הרי להדיא דחיישינן שהמשאיל יודע שנאבד החמור עם האוכף אצל השואל מחמת תשובת השואל שהשיב לו שנאבד. וא"כ בשערות בכלי נמי אי חיישינן לשאלה יש לחוש דלמא משאיל זה ביקש הכלי שלו מהשואל והשואל השיב לו שאבדה עם שטרותיו ועתה נותן המשאיל סימן על הכלי ואומר שנאבד ממנו השטרות בכלי זו כדי לקבל גם השטרות ולפי"ז יצא לנו דאם מצא שטרות בצד הכלי אפי' נותן סימן מובהק על הכלי כדי לקבל גם השטרות נמי אין מחזירים לו אי חיישינן לשאלה. ולפי דעת הגאונים הנ"ל דהתקנה שתקנו חכמים ליכא גבי שטרות. אבל באמת כבר ביאר א"ז הגאון הנ"ל שם עוד בראיות חזקות דלא כהגאון בעל א"ע וע"כ צ"ל דאי סימנים דרבנן ג"כ שייך תקנת חכמים אף לגבי שערות כתירץ א' שברא"ש. ותפס הרא"ש תירץ זה לעיקר יעו"ש וכן הגאון בעל קצוה"ח בסי' רנ"ט השיג ג"כ על הגאון א"ע. ומסיק כדברי א"ז הגאון הנ"ל ונראה דחזר מדבריו הראשונים שבסי' ס"ה אמנם מ"מ יש להסתפק לפי הפוסקים להלכה דסימנים דאורייתא ואין אנו צריכים לדחוקי ולומר דגבי שטרות שייך תקנת חכמים דלא כרבא

וא"כ איכא למימר דאם נמצאו שטרות בצד החפיסה לא מהדרינן השטרות בסימני החפיסה אי חיישינן לשאלה:

מ"מ נ"ל דיש לצדד לענין דינא שלעולם מחזירין השטרות אפי' נמצאו השטרות בצד החפיסה מטעם ס"ס דהא לפי דעת הרא"ש דפוסק להלכה כרב אשי דמספקא לי' אי סימנים דאורייתא או דרבנן וס"ל להדיא דשייך תקנת חכמים גם לגבי שטרות ודאי דמחזירין ואפי' להנך פוסקים שפסקו כרבא דסימנים דאורייתא מ"מ הא דחיישינן לשאלה הוה ג"כ ספיקא אי חיישינן אי לא ולכן אפשר לומר דמחזירין השטרות מטעם ס"ס דלמא קיי"ל כהרא"ש ואת"ל דלא קיי"ל כוותי' דלמא קיי"ל דלא חיישינן לשאלה אך לגבי מלוה צ"ע אם מחזירין לו מטעם ס"ס לפי דעת האחרונים דס"ל דאין מוציאין ממון מטעם ס"ס עיין כתובות (ט') בתוס' ד"ה אי ועיין בפנ"י שם והמתבאר מכל דברינו אלה דהראי' הגדולה של הגאון בעל משכנות יעקב יש לדחות לפע"ד א"כ קשה להקל בחששא דשאלה בלא צירוף שאר צדדין כי זה הוא פלוגתא דרבוותא בין גדולי הראשונים:

אך מה שנראה להקל בנ"ד מקודם נבאר מה שיש להקשות בחששא דשאלה וכבר עמד ע"ז הגאון בעל נוב"י במה"ק סי' ל"ז דכתב וז"ל ובגוף החששא דשאלה קשה לי מאד שהרי זו חזקה אלימתא דכל מה שנמצא אצל אדם הוא שלו וחזקה זו מהני אפי' נגד מגו כמבואר בח"מ סי' צ"ט ס"א בהג"ה ולדעת הש"ך סק"ו כל הפוסקים מודים בזה וא"כ למה ניחוש לשאלה. ותירץ ע"ז דכנגד הך חזקה יש חזקת א"א והוה כאלו אין כאן חזקה כלל וכתב עוד ומעתה מצד הסברא. נ"ל דחזקה זו כל מה שנמצא אצל אדם אלים טפי מחזקת א"א שהרי חזקה זו עדיף ממגו וכמבואר בח"מ סי' צ"ט וחזקת א"א לא מהני במקום מגו כו' וא"כ הוה ראי' שלא לחוש לשאלה אלא דלדעת הפוסקים (בסי' ע"ב סי"ט) דכל הדברים עשוין להשאיל ולהשכיר חוץ מכלים שמקפידין עליהן א"כ שוב ראוי לחוש לשאלה חוץ מכלים דלא מושלי אינשי כו' עכ"ל ומה שנראה מדבריו דבכלים העשוים להשאיל ולהשכיר ליכא חזקת כל מה שנמצא אצל אדם כו' דבריו תמוהים דלענ"ד ברור דאפי' בדברים דעשוים להשאיל ולהשכיר אם בא בע"ח לגבות ממנו חובו מכלים הללו אינו נאמן לטעון שהכלים אינם שלו ומאחר שאלם אלא היכא דהמשאיל מביא עדים שהיו הכלים הללו שלו דאז לא מהני מה שהם כעת תח"י והוא מוחזק בהם דמוקמינן אותם בחזקת מרא קמא אבל בכלים שאינן עשוין להשאיל ולהשכיר לא מהני אפי' אם עדים מעידין על הכלים הללו שהיו של אחרים דאנן תלינן דקנה ממנו כיון

שהם תח"י] אבל בלא עדים ודאי דלא מהימן לומר שהם של אחרים ואמרינן כל מה שנמצא אצלו הם שלו אפי' בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר:

ואף שמפשטות דברי השו"ע משמע הכי ואין צריך ראי' לזה מ"מ כדי שלא יבוא אחד ויתעקש בזה ע"כ אביא ראי' מדברי הש"ך סי' צ"ט סקי"ד. על הא דכתב השו"ע שם ס"ג וכן אם מצא בבית בע"ח דברים העשוים להשאיל ולהשכיר ובא אחר ואמר שהשאילם או השכירם לו ויש לו שני עדים שהיו שלו נאמן ולא יכול הבע"ח למשכנם בחובו ע"כ. וכתב שם הסמ"ע בטור מסיק וכתב ע"ז ואם אין לו אלא ע"א שהן שלו אינו מועיל לו כו' עכ"ל. ועד"ר שם כתבתי דלא אמרינן בזה כ"מ ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ואם אינו יכול לשבע משלם דאין אומרים כן אלא כששנים היו מחייבים אותו ממון בלא שבועה אבל בזה היה צריך בעל החפץ לשבע כדי ליטול עכ"ל. והש"ך השיג עליו כיון דבעל החפץ אין צריך לשבע אלא היסת וא"כ הדבר פשוט דכאן נמי הוה משואיל"מ רק דהעור כתב שא"י להוציא מב"ח שמשכנו שהב"ח יאמר שלא הי' שלו ואם הי' מכחיש העד והיה אומר שלא הי' שלו נשבע להכחיש העד וא"כ לאו כל כמיני' דלוה לחוב בהודאתו להודות לדברי העד דכל מה שיש ביד האדם בחזקת שהוא שלו וזה ברור עכ"ל [ועיין בקצוה"ח סי' ס"ט סק"ז] הרי מבואר להדיא דאפי' בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר והלוה מודה שהכלים אינם שלו אלא שאלם וגם יש עד א' המסייע לו ג"כ לא מהני נגד החזקה שכל מה שיש ביד האדם כו':

אולם לפי מה שהקשה בעל שער המשפט על דברי הש"ך כיון דהלוה שהמטלטלין ת"י צריך שבועה דאורייתא להכחיש העד והוא מודה לדברי העד והאיך יכול המלוה למשכנו כיון שאין הלוה נשבע להכחיש העד הרי נחתינן לנכסי' ונותנין ליד התובע המטלטלין דהא בשבועה דאורייתא אם אינו רוצה לשבע נחתינן לנכסי' כו' ותירץ דשאני הכא כיון שכבר משכנו הב"ח אף שעד אחד מעיד שהמטלטלין של אחר לא מפקינן מיד המוחזק וטענינן להמוחזק שהעד משקר אף שהלוה מודה אמרינן דקנוניא הוא עכ"ל יעו"ש וא"כ לפי"ז אין ראי' מדברי הש"ך כיון דאיירי שכבר משכנו. ולכך אין מוציאין מיד המוחזק אפי' בכלים העשוים להשאיל וגם הלוה מודה. משא"כ אם בא למשכנו כיון דהכלים עשוים להשאיל והלוה מודה ששאלם מאחר אפשר לומר דאין יכול למשכנם. אמנם דברי שער המשפט אינם מספיקין לישב דברי הש"ך כמש"כ הוא עצמו שם דמלשון המחבר שם שכתב וכן אם מצא כו' ולא יכול ב"ח למשכנם בחובו משמע דעתה בא למשכנו ולא שכבר משכנו:

ולישב דברי הש"ך נראה לפ"ד דסובר כדברי המהרי"ק שהובא בקצוה"ח סי' הנ"ל. דס"ל דאם אחד נתחייב שבועה דאורייתא ולא רצה לישבע ומת אין מוציאין מיד היורשים אלמא דס"ל דהא דנחתינן לנכסי' הוא כעין קנס שקנסה התורה כיון דאינו רוצה לשבע ודוקא לדידי' קנסה ולא ליורשיו וא"כ כ"ש כאן דבהא שאינו רוצה לשבע יפסידו לאחריני בודאי לא מפסידינן ולכך מצי הב"ח לגבות את חובו אף שהלוה אינו רוצה לשבע וראייתי מהש"ך קמה וגם נצבה דאפי' בכלים העשוים להשאיל אם אין עדים שהיו של המשאיל אינו נאמן לומר ששאולים המה בידו כדי לחוב לאחרים אלא אמרינן כל מה שיש ביד האדם חזקה שהוא שלו ומ"מ אפשר לישב כונת הנו"ב דס"ל דהיכא דיש לו מגו אז נאמן לומר ששאולים המה בידו לכו"ע והחזקה דכל מה שיש ביד האדם כו' אינו אלים כ"כ נגד המגו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וא"כ בזה חזקה זו לא עדיף מחזקת א"א דמהני שם ג"כ מגו. אבל בכלים שאינם עשוים להשאיל הוה חזקה שכל מה שיש ביד אדם כו' עדיפא מחזקת א"א. אך זהו אינו אלא לישב דברי הנוב"י. אבל באמת מדברי הרמב"ם והשו"ע משמע דלדעת הסוברים דלא הני מגו במקום חזקה שכל מה שיש ביד האדם כו' אפי' בדברים העשוים להשאיל נמי לא מהני מגו:

אך קושית הנוב"י אמאי חיישינן לשאלה הא חזקה זו דכל מה שיש ביד האדם כו' אלימא מחזקת א"א דמהני בה מגו. לא ידעתי מנין לו בפשיטות כ"כ דחזקת א"א לא מהני במקום מגו הא הובא באו"ת בכללי מגו מכנה"ג (אות ה') דמגו להוציא מחזקת א"א לא אמרינן לשיטת הרבה מחברים וראיית הנוב"י מגיטין (סד.) שאם אמרה קמאי דידי יהבי' ניהליה לגירושין נאמנת מגו דאי בעי אמרה לדידה יהביה ניהלה והרי מוציאה עצמה מחזקת א"א ע"י מגו. נראה לי דש"ה כיון שהגט הוא לפנינו ביד השליש ומסייע לה לכן יכולה להוציא עצמה מהחזקה ע"י מגו וכן אמרינן גבי ממון דאף לפי דעת הסוברים דלא אמרינן מגו להוציא מ"מ היכא דאיכא שערא אמרינן מגו להוציא וכ"ש לפי שיטת הרא"ש שם שפי' שעתה הגט ביד האשה ודאי אין ראי' משם וגם אין להביא ראי' מב"ב (קלד:) דאיתא שם בעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה אלמא דאמרינן מגו להוציא מחזקת א"א די"ל כמו שהביא בעל קצוה"ח סי' הנ"ל בשם הר"ן בקדושין וז"ל ולענין הלכה כרבי דאינו נאמן לאיסור אם כבר אמר יש לי בנים דמה לו לשקר כעדים דמי דהלכה כרבי מחבירו ואע"ג דבפ"ק דבתרא וביבמות פרק האשה שלום איבעי לן אי אמרינן מגו במקום חזקה אי לא התם הוא מגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא שהיה יכול לומר

כתבו גט לאשתי סמוך למיתה ע"ש והרי מבואר דמגו דהיה יכול לעשות מעשה מהני אפי' במקום חזקה וה"נ הכא הא יש בידו לגרשה:

מ"מ יש לקיים קושית הגאון בעל נו"ב על דרך זה דהא חזינן דחזקת א"א גרע מחזקת כל מה שיש ביד האדם הוא שלו דחזקת א"א מפקינן ע"י מגו טוב דהואיל ובידו לעשות ובחזקת כל מה שיש ביד האדם כו' לא מהני אפי' מגו כי האי ולא אמרינן מגו הואיל ובידו לתנם למי שיאמר שהם שלו ואמאי חיישינן לשאלה וכן משמע מדברי הש"ך שם דהחזקה דכל מה שיש ביד האדם כו' הוה חזקה אלימתא ועדיפא משאר החזקות ויותר מבואר בתשובת הרשב"א (ח"ב סי' רמ"ה) וז"ל ומ"מ עם כ"ז נראה שהדין עם האלמנה דאין כאן מגו דכל מאי דאית ברשותיה דאינש אנן סהדי דדידיה הוא ולא מהימניה ליה במקום שחב לאחרים וכאותה שאמרו דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים ואע"ג דאיכא למימר נהימניה משום מגו דאי בעי מחיל ליה וטעמא משום דריע טענתו ולא מהימן משום מגו כי הא דכל מאי דאיתא ברשותיה דאינש אנן סהדי דדידיה הוא ובמקום שחב לאחרינא הוה ליה כעין מגו במקום עדים עכ"ל הרי מבואר להדיא דסובר דהחזקה זו אלימתא דהוה כאנן סהדי וכבר ביארתי שהיכא דליכא עדים שהיה של אחרים אפי' בדברים העשוים להשאיל נמי דינא הכי שכל מה שיש ביד האדם בחזקת שלו:

אבל באמת מדברי הראשונים הובא בש"מ על כתובות גבי האומר שער אמנה כו' נראה דסוברים דהך חזקה דכל מה שיש ביד האדם כו' לא הוה חזקה אלימתא אף שיש לחלק כמו שחילק הש"ך שם סק"ו דדוקא התם כיון דשטר אין גופו ממון נהי דהשער הוא תח"י מ"מ המעות אינם תח"י לענין שנאמר בו כל מה שהוא תח"י הוא שלו משא"כ במטלטלים שהוא תח"י דהם עצמם בחזקה שהוא שלו אמנם בדברי הרמב"ן בקו"א על כתובות מבואר להדי' שסובר שאין חילוק ומחמת שאין אחד מהאחרונים מביאו מוכרח אני להעתיק דבריו בקצרה וז"ל מה שהעלנו בפ' האשה שנתארמלה דנאמן מלוה לומר שטר אמנה הוא זה או פרוע אפי' במקום שחב לאחרים מגו דיכול למוחלן ולקלייי' מסוגיא דשנים אוחזין בטלית כו' ויש לנו לדקדק בשמועתינו א"כ מי שהיה עליו כתובת אשה וב"ח והי' בידו מטלטלין יהא נאמן לומר של פלוני הם כו' מגו דאי בעי מקדיש להו ויהיב במתנה כו' ומילתא דאבייי היא גופא קשיא דנהי דרב דאמר האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ל"ל דשמואל במחילת שט"ח כו' להימני' במגו דאי בעי מקנה שער זה לאחרים כו' ושמא נחזור ונאמר שאין אדם נאמן במה שבידו לאמר שהוא של אחרים מאחר שתבעוהו בחובתו חזקה כל מה שיש ביד האדם שלו הוא ולפיכך אמר רב במלוה שאמר שטר אמנה הוא זה וחב לאחרים דאינו נאמן אפי' במגו דאם איתא

דאמנה הוית [אמאי]לא החזיר לו שטרו עד עכשיו שתבעוהו לב"ח מדר"נ כו' דעביד אינש למעבד קנוניא אבל במוצא שובר בזמן שהאשה מודה שמיד בעל נפל מהני לו מגו במקום חששא דליכא הכא חזקה דשיקרא כלל כו' ומעתה מי שבידו מטלטלין אינו נאמן בשום מגו להפקיעם מיד ב"ח לומר של אחרים הם כו' וצ"ע ובדיקה עכ"ל הרי להדיא דאינו מחלק בין שער אמנה לשארי מטלטלין וכן בתשובת הרשב"א הנ"ל מבואר להדיא דאין מחלק בזה ויותר נ"ל ללמוד מדברי הרמב"ן דגם הוא בעצמו לאחר שחזר ואמר שאינו נאמן לומר שטר אמנה או מטלטלין אלו של אחרים הם מטעם חזקה לאו משום דסובר דהחזקה אלימא כ"כ דלא מהני מגו לאפקועי אלא עיקר טעמו הוא כיון דלא אמר זה עד אחר שתבעוהו הב"ח איכא רגלים לדבר שקנוניא הוא אבל היכא שאמר זה קודם שתבעוהו הב"ח דליכא קנוניא נאמן במגו. וזהו החילוק שמחלק בין מצא שובר דכיון דהלקוחות אינם לפנינו לא חיישינן לקנוניא ויש לו מגו להכי נאמן ומצאתי בש"מ שם שהרשב"א כתב לאחר שהביא דברי הרמב"ן הללו וז"ל ולפי דברי רבינו יש אומרים ההיא דמצא שובר דוקא כשאין לקוחות לפנינו אבל היכא דהלקוחות הם לפנינו ושטר כתובה יוצא מתח"י לא מהימנא ולא משמע הכי התם עכ"ל וכן הוא דעת רבינו יוסף הלוי הובא בש"מ שם לחלק גבי שובר בין אם הלקוחות המה לפנינו או לא וז"ל בתירוצא בתרא א"נ י"ל דהיינו טעמא דאמרינן התם מגו משום דאכתי לא איתברר לן דזבנתה לכתובתה בטובת הנאה אלא חששא בעלמא הוא דחיישינן הכי ואיהי קאמרה להד"מ הלכך כיון דאיכא למימר מגו מהימנין לה כו' אבל אלו איתברר לן דזבנתה לכתובתה כו' אע"ג דאיכא למימר מגו ובידה למחלה ולמפסדינהו להנהו לקוחות לא מהימנין לה כו' דכי אמרינן מגו היכא דאיכא למימר דלמא ליכא לקוחות כלל כי היכא דנפסיד אבל היכא דאיכא לקוחות ודאים דקא מפסדי לא אמרינן מגו הלכך ה"נ כיון דחב לאחרים בודאי אע"ג דאיכא למימר מגו ובידו למחלו לא מהימנין לו עכ"ל:

ובזה נתיישב קושית האו"ת על הרמב"ן דכתב שם וז"ל אלא שאני תמה המ"מ הביא הך סברא בשם הרמב"ן כי הוא היה כמסתפק אם לא נימא דהוה מגו במקום חזקה כו' ואולם הרמב"ן גופי' כתב בחידושיו למס' ב"ב בפ' חזקת בשמעתא הנ"ל דאין האשה נאמנת לומר על נכסים שבידה שניתן לה במתנה מאחר ע"מ שאין לבעלה רשות בו כלל דאי ס"ד דנאמנת א"כ למה קתני באומרת של אחרים הוא אינה נאמנת למה הא יש לה מגו דאמרה שלי הוא וניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו וכ"כ המ"מ בשמו (פכ"ב מה"א) ע"ש וקשה הא הוי מגו במקום חזקה דכל מה שיש ביד האשה שלה הם יהיה באיזה אופן שיהיה כו' עכ"ל הגם שי"ל בפשיטות דלא יהא סותרים דברי הרמב"ן

אהדדי דהא דכתב בחידושיו לב"ב הוא קודם חזרה כמו שסובר בחידושיו לכתובות בפנים והאי דינא דהביא המ"מ והרשב"א [שהביא הש"מ] בשמו הוא לאחר חזרה וכמו שמסיק בקו"א אבל אכתי לא יתיישב דברי המ"מ אך לפי מה שביארתי דסברת הרמב"ן אף לפי מה שסובר בקו"א לא מטעם חזקה לחוד אינו מהימן במגו אלא טעמא הוא כיון שלא אמר זאת עד אחר שתבעו א"צ לכל זה ודעת הרשב"א הנ"ל שכתב ולא משמע הכי התם ומשמע מדבריו דסובר דלגבי שובר אפי' אם הלקוחות המה לפנינו נמי נאמן במגו ע"כ צ"ל דטעמו הוא כיון דהשובר הוא לפנינו רק משום דנפל חיישינן דלמא כתב ליתן בניסן כו' לזה מהני המגו להעמיד השובר בחזקתו אבל היכא דליכא לפנינו שובר לא מהני המגו להוציא השטר מחזקתו:

וכעין זה מתרץ רבינו יוסף הלוי שם לחד תירוצא וז"ל א"נ י"ל דהתם הוא דאמרינן מגו משום דמהאי שובר קא חזינן דשובר מעליא הוא וחששא בעלמא הוא דחיישינן דלמא כתב ליתן בניסן כו' ומ"ה אמרינן מנו לדחויא האי חששא ולאוקמי שובר אחזקתיה אבל הכא במאי דקא טעין המלוה בשער זה שהוא שטר אמנה ומפקי' לשטרא מחזק' לא אלים דחיא דהאי מגו להימני' ולאפקועי שטרא מחזקתי' כו' אבל אי ליכא שובר וקא טענה דהאי כתובה פרוע הוה לא הוה מהמנינן לה כו' עכ"ל [ולפי הנראה דר"י הלוי אזיל לשיטתי' דהביא הרמב"ן בשמו בב"ב דס"ל דמגו להוציא לא מהני לכן ס"ל דגם מגו לאפוקי שטרא מחזקתי' ג"כ לא מהני אבל הרמב"ן והרשב"א דס"ל דמגו להוציא מהני ע"כ צריכין להוסיף תבלין בהא דלא מהימן לומר שטר אמנה הוא וכמ"ש] ולפ"ז יצא לנו ראיה גדולה לדברי האו"ת שמיישב דברי הרשב"א בתשובה על מה שכתב דאם נתן לאחיו בכתב דחצי נכסים הוא שלו ואח"כ יצא עליו כתובת אשה לית לן למיחש לקנוניא דהא אם ירצה יכול לתת לאחיו נכסיו במתנה ע"כ והקשו ע"ז האחרונים הא הרשב"א ס"ל דמגו במקום חזקה לא אמרינן [ותירוץ של הש"ך הוא דחוק] ותירץ ע"ז האו"ת דש"ה הואיל ויש ביד אחיו כתובים מקודם בזמן כי חצי הנכסים שייכים לו רק כל החשש אולי עשה קנוניא וכתב עכשיו הכת"י והקדים הזמן זהו בלא"ה חששא רחוקה לחוש לכה"ג במקום דלא נפל ולא איתרע כו' עכ"ל וא"כ לפי מש"כ יש ראיה ברורה לזה דהא חזינן דאפי' גבי שובר שנפל ואיתרע מ"מ מהימנא במגו להעמיד השובר בחזקתו כ"ש הכא שיש לפנינו כת"י המוקדם בזמן ודאי מהני המגו להעמידו על חזקתו:

ולפי מה שיצא לנו מדברינו אלה דהא דנאמן גבי שובר לומר דפרוע במגו דמחלתו הוא או משום דעדיין אין הלקוחות לפנינו ולכך לא חיישינן כ"כ לקנוניא או מטעם דהשובר לפנינו אבל בלא"ה אינו נאמן להוציא השטר מחזקתו במגו דמחלתו דהוה מגו במקום

חזקה א"כ גבי מוכר שטרו לאחר והלוקח בא לגבות החוב אינו נאמן המוכר לומר פרוע הוא לפי דעת ר"י הלוי לפי ב' תירוצים ולפי הרמב"ן בקו"א והרשב"א בתשובה דהוה מגו במקום חזקה וכן הביא הב"י (בסי' ס"ו) תשובת הרשב"א שהלוקח שט"ח מחבירו ואמר ללוקח פרעתיו למלוה יבא וישבע לי שלא פרעתיו לא אמר כלום דכיון ששטרו בידו חזקה לא פרעו ואפי' בא המוכר והודה שפרעו אינו נאמן ואם יש לו מעות יחזיר מעות שנטל ואם אין לו חוששין לקנוניא ובמקום שחב לאחרים אינו נאמן כדאיתא בפ' האשה שנתארמלה ע"כ ומה שכתב הש"ך שם (ס"ק ק"י) דלכאורה תשובת הרשב"א זו תמוה שנצטרך לומר שהוא ק על הרמב"ם והטור והמחבר לעיל סי"א וכן על בע"ה והרמב"ן והרא"ש כו' לפי דעתי דברי הש"ך תמוהים דהא הוא בעצמו (בסי' צ"ט סק"ו) הביא תשובת הרשב"א דהא דאינו נאמן לומר שטר אמנה הוא במקום דחב לאחרים משום דהוה מגו במקום חזקה וא"כ אף לומר פרוע הוא ג"כ אינו נאמן מה"ט וכן הביא (בסי' מ"ז סק"ו) בפירוש דהרמב"ן וה"ה סוברים דאפי' אם השטר לא הוחזק בב"ד נמי אינו נאמן לומר שטר אמנה או פרוע במקום שחב לאחרים מטעם מגו במקום חזקה ואדרבה כתב שם שדעת הרמב"ם והסמ"ג ג"כ סוברים כן ומסיים שם דהוה ספיקא דדינא וא"כ אמאי דחק כאן לתרץ דברי הרשב"א בתירוץ דחוק שאינו משמע מדבריו דלפי תירוצו לא הוה הרשב"א מביא ראיה מפ' האש"נ כיון דאין כאן מגו לפי דבריו:

גם מ"ש האו"ת (ס"ק ס"א) ולק"מ דהרשב"א איירי דטוען דקודם מכירה פרע ובזו ס"ל דאינו נאמן ולא שייך מגו דמחילה דהא אם ימחול יצטרך לשלם הכל אינו נראה דהא כתב הרשב"א משום דחיישינן לקנוניא אינו נאמן במקום שחב לאחרים ולא משום דאין כאן מגו ע"כ נראה עיקר דהרשב"א אזיל לשיטתיה וכמ"ש וכן מצאתי שהגאון בעל שער המשפט בס"ק י"א כתב ג"כ שהרשב"א אזיל לשיטתיה אך מ"ש שם שלפ"ז ע"כ צ"ל דמ"ש הרמב"ם שהמוכר נאמן לומר פרוע במקום מגו דמחילה היינו שהמוכר אומר שנפרע אחר המכירה דבזה לא שייך לומר דהוה מגו במקום חזקה דהא כבר יצא השט"ח מרשותו כשמכרו ולאו ברשותי' קאי אינו נראה לפ"ד דמדברי הרשב"א שכתב כיון ששערו בידו חזקה לא פרעו משמע אפילו אמר שפרעו לאחר שמכרו ג"כ אינו נאמן במגו דהוה מגו במקום חזקה [ואין להקשות לפ"ז א"כ אמאי קיי"ל מודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו משום מגו דמזויף הא הוה מגו במקום חזקה עיין קצוה"ח סי' מ"ז סק"ד דיש לחלק בין חזקה דאיתברר בעדים ובין חזקה דאינו מבורר אלא ע"פ הלוה יעו"ש] והא דהרמב"ן סובר בכתובות (פו:) מסתברא דכ"מ שיכול למחול דאם אמר פרוע הוא נאמן מוכר הוא עצמו נשבע ואי לא לא גבי מאחר שהוא קיים וכן הביא הרא"ש

בשמו בשילהי שבועות אע"ג דאיכא למימר שכתב זאת לפי שיטתו בפנים גבי האומר שטר אמנה אבל לאחר שמסיק בקו"א דלא מהימן במגו נגד חזקה היכא דאיכא למיחש לקנוניא אפשר לומר דסובר ג"כ במוכר שטרו לחבירו דא"צ המוכר לשבע משום דאינו נאמן במגו דמחילה אבל באמת א"א לומר דהרא"ש לא ראה מה שכתב הרמב"ן בקו"א ועוד דלפ"ז תקשי דברי הרמב"ם אהדדי. דהא ה"ה כתב בהלכות מלוה ולוה (פ"ב ה"ו) גבי ראובן שהיה חייב לשמעון מאה ושמעון חייב ללוה מאה דהרמב"ם סובר כשיטת הרמב"ן דלא מהני מגו במקום חזקה ולכך לא בעי הוחזק השטר בב"ד והרמב"ם בעצמו כתב שם (בפט"ז ה"ז) דהמוכר ישבע ואח"כ יגבה הלוקח וכתב שם ה"ה משום דנאמן לומר פרוע במגו דמחלתי:

ע"כ נ"ל דלפי דעתם יש לחלק בין יש להמוכר נכסים ממה לגבות או לא דאם יש לו נכסים אז מחוייב המוכר לישבע ואם אינו רוצה לישבע או שהודה אז צריך לשלם להלוקח ואין הלוקח יכול לגבות מן הלוה דאין זה מיקרי חב לאחרים אע"ג דניחא לו יותר לגבות מן הלוה משום דנוח לו זה אינו יכול ונאמן המוכר במגו אבל היכא דאין לו נכסים להמוכר אע"ג דהודה שפרע לו הלוה מ"מ אינו נאמן במגו כיון דחב לאחרים הוא וכ"ש אם אינו רוצה לישבע דודאי יכול לגבות מן הלוה וכן אפשר לפרש דברי הרשב"א שהביא הב"י בסי' ס"ו:

היוצא מכל דברינו אלה הוא אי אמרינן מגו במקום חזקה זו הוא פלוגתא דרבוותא דלהסוברים גבי האומר שטר אמנה הוא דנאמן במגו דמחלתי [אי לאו טעמא דאמרי כל אחד לפי שיטתו] ה"ה דסוברים דנאמן לומר על מטלטלין שבידו שהם של אחרים אם יש לו מגו כמו שמבואר בדברי הרמב"ן בקו"א הנ"ל וזה כדברי הראנ"ח הביא שהש"ך (סי' צ"ט סק"ו) אף שצדקו שם דברי הש"ך שהשיג עליו מה שלא הביא דברי ה"ה בשם הרמב"ן וגם מדברי הרשב"א בתשובה מבואר שלא כדברי הראנ"ח מ"מ הראיה שמביא הראנ"ח מתוס' דכתובות ראיה נכונה היא דהא מהרמב"ן והרשב"א וה"ה נראה להדיא דאין לחלק בין שטר שאין גופו ממון למטלטלין וגם הרמב"ן בעצמו הניח הדבר אם מהימן לומר במטלטלין של אחרים הוא בצ"ע ובדיקה וזהו שרמז ה"ה דהרמב"ן כתב כמסתפק אם אמרינן מגו במקום חזקה כל מה כו'. וכן המהרי"ט (בא"ע סי' י"ג) כתב וז"ל ובר מן דין דבדבר זה לא היה צריך להתנות שלא היה אומר שתתן משלה כלום שיהא צריך לתלותו בגט שהרי הוא אומר שהחפצים הם של אמו ומהימן במגו דאי בעי הוה יהיב לה בחייו או לאחר בעדם. ול"ד לאומר בש"ח שבידו פרוע דבמקום שחב לאחרים לא מהימן דהתם דוקא היכא דבא לידי גביית ב"ד ותפסו נכסים אבל כאן עדיין

לא הגיע זמנה של כתובה לגבות כו' עכ"ל. ונראה דסובר המהרי"ט דהא דקאמר הרמב"ן שאינו נאמן לומר של אחרים הם הוא דוקא לאחר שתבעו הב"ח דאיכא רגלים לדבר דקנוניא הוא ולא מטעם חזקה לבד. וכמו שבארתי לעיל דברי הרמב"ן ודעת הרמב"ם דסובר דבמטלטלין אינו נאמן לומר של אחרים הם וה"ה בשער לומר אמנה ופרוע ג"כ אינו נאמן אפילו במקום מגו לא ברירא לי אם דעתו כתירוץ בתרא של ר"י הלוי רבו שהבאתי לעיל דהטעם הוא כיון דעתה הוא חב בודאי לאחרים לא מהימנא אע"ג דאיכא מגו או סובר כתירוץ השני של הר"י הנ"ל דלכך אינו נאמן במגו דלא מהני מגו לאפוקי דבר מחזקתו [ועכ"פ השני תירוצים שכתב שם עוד הר"י הנ"ל בודאי לא ס"ל להרמב"ם דבחד תירוץ מחלק שם בין אמנה ובין פרוע משום דאמנה הוא עולה לכך אינו נאמן במגו ועוד מחלק שם כיון דעתה משועבד מדר"נ אינו יכול למחול והרמב"ם סובר להדיא דאפי' גבי פרוע אינו נאמן ואפי' לא הוחזק השטר בב"ד נמי אינו נאמן] ואזיל בשיטתם דס"ל דמגו להוציא לא מהני כמ"ש. ונראה דלפ"ז ס"ל דמגו להוציא מחזקת מרא קמא נמי לא מהני אפי' שניהם אינם מוחזקים [ודלא כבעל קצוה"ח שכתב (בסי' פ"ב סקי"ג) ואז נראה דה"ה במטלטלין היכא דהוא עומד בר"ה דאין שום אחד מהם מוחזק אע"ג דאית ליה חזקת מרא קמא מהני מגו נגד חזקת מרא קמא ודוקא בממון דאיתיה תחת ידו ממש דהוה אלים טובא בזה הוא דלא מהני מגו להוציא ע"כ]. וע"כ צ"ל כן לפי מה שכתב הכנה"ג הנ"ל דהרבה מחברים ס"ל דמגו להוציא מחזקת א"א לא אמרינן וא"כ לפי דעתם מגו להוציא מחזקת מ"ק נמי לא אמרינן דהקצוה"ח בעצמו בש"ש שלו כתב דחזקת א"א לא עדיפא מחזקת מ"ק:

ומה שהביא הקצוה"ח ראיה מהא דכתב התוס' כתובות גבי עשאה סי' לאחר אמרינן עלה דאי טען ואמר חזרתי ולקחתי נאמן ופי' התוס' באין כת"י יוצא ממק"א דאית לו מגו דאי בעי אמר מזויף וכ"כ הרא"ש שם ואע"ג דאינו מוחזק כלל בקרקע וחזקת מרא קמא לא שייך התם דהא טוען חזרתי ולקחתי א"כ כבר יצא מחזקת מ"ק דידי' בהודאתו שעשאה סי' לאחר יעו"ש לפע"ד יש לדחות ראיה זו לפי מש"כ הרמב"ן ז"ל בחידושיו לב"ב (עי) דש"ה דכל כמה דלא מקויים הוא לאו שטרא הוא כלל והפה שאסר הפה שהתיר וא"כ ה"נ גבי עשאה סי' כיון דכל מה שיצא מחזקת מ"ק הוא רק עפ"י הודאתו דבלאו הודאתו הקרקע בחזקתו וכיון שאמר חזרתי ולקחתי ודאי נאמן דהפה שאסר הפה שהתיר משא"כ היכא דחזקת מ"ק נתברר ע"י עדים אפשר דאינו נאמן במגו להוציא מחזקת מ"ק ואין להקשות לפי מה שפירשתי דר"י הלוי ס"ל דמחזקת א"א נמי לא מהני מגו להוציא. וזה נראה מדברי ר"י הלוי דסובר דמגו דאי בעי עביד לא עדיף ממגו דאי

בעי טעין דהא הכא דאיכא מגו דאי בעי מחיל ואעפ"כ קאמר דלא מהני הך מגו להוציא השטר מחזקתו א"כ תיקשי הא אמרינן בגמרא בעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה [אף שיש לתרץ כדברי הנתיבות בסי' פ"ב בכללי המגו אות י"א יעו"ש] דבאמת נ"ל הטעם דהכא שאני דלא מתורת מגו נגע בה אלא מטעם כיון דיכול להתירה לעלמא להנשא בגירושין דהיתר חזקה דאין אדם מקלקלה ובודאי קושטא קאמר וכן נראה מדברי התוס' ב"מ (יח:) ד"ה מעולם דכתבו במזיד לא ישקר אם חתמו לאחר לומר שלו חתמו דאינו חשוד לקלקלה כמו שנאמן לומר גירשתיה:

וגם קושית האו"ת שם שהקשה אם אמרינן דהלוה אינו נאמן במגו לומר במטלטלין אלו של אחרים הם אע"ג דבידו למוסרם לו מהא דאומר ראיתי אביכם שהיה מטמין מעות ואמר של פלוני הם אינו נאמן ואם הם במקום שהמגיד הי' יכול ליעלם נאמן במגו דהי' רוצה נוטלם ונותנם לפלוני. וקשה הא הוי במקום חזקה דחזקה מה שהי' ברשות אדם הוא שלו וסתמא איירי אפי' ההטמנה הוא ברשות המצוה כו', ע"כ וי"ל כמו שכתב הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בקדושין (סה.) וז"ל ויש לי לאמר דהתם כיון שאינו מעיד אלא מפי השמועה כו' שמא שלא להשביע א"ע אמר כו' וכשבידו ליטלם דבריו קיימים דהא הימני' כשהאמין בו להטמין בפניו במקום שידו שולטת שם וכמפקיד אצלו לשם מעשר הוא עכ"ל וגם האו"ת עלה בדעתו סברא זו אך כתב שז"א דא"כ אף בנידון השו"ע הא המלוה האמין ללוה מתחילה דהרי יכול להבריח נכסיו כרצונו ומ"מ לא מהני מגו. זה ברור דנעלם ממנו במחכ"ת דברי הראשונים הנ"ל דכתבו להדיא דזה דאחר נאמן הוא מטעם שליש ולא דמי למלוה דלא שייך לומר דהימני' מעיקרא ע"ז דהא בשעת הלואה לא אסיק אדעתיה שיצטרך לגבות מהמטלטלין. אבל מ"מ ראיה שהביא שם מתשובת רב אלפס שנאמן לומר גבי מטלטלין ושטר שבידו של אחרים הם הוא ראיה ברורה:

מ"מ נ"ל דע"כ דברי הש"ך צדקו בדברי הטוש"ע לחלק בין שטרי למטלטלין דהאומר שטר אמנה או פרוע נאמן במגו אם לא הוחזק בב"ד ובמטלטלין אינו נאמן אפי' במגו וכן צ"ל ע"כ לפי דעת הרא"ש לפי מה שמפרשים דסובר בתשובה דלא מהני מגו במטלטלין וגבי שטר אמנה כתב להדיא בכתובות דמהני מגו טוב והטעם נ"ל דסוברים דהא דהלוה מוחזק בשטר או בהמטלטלין הוה כמו שמוחזק הנושה בו כיון דמשועבד לו מדר"נ. מ"מ בשטר לענין טענת אמנה ופרוע אין להנושה אלא חזקת מ"ק כיון דעדיין צריך לגבות מן הלוה השני המעות. וא"כ הוה כמו בקרקע אע"ג דיש להמערער עדים שהיה שלו מ"מ אם יש להמוחזק בקרקע מגו מהני להעמיד הקרקע בידו דקיי"ל הלכתא כרבה בארעא ה"נ כיון דמגו של לוה הראשון מסייע להתופס מהני להוציא מחזקת מ"ק הא

דהוה מוחזק השטר בחזקת שטר שהוא אינו אמנה ופרוע. משא"כ במטלטלין הוה כמו הנושה בעצמו תפוס בהם ולכך לא מהני מגו להוציאם מתחת ידו ולומר של אחרים הם דלא אמרינן מגו להוציא ולפ"ז ע"כ צ"ל דלא ס"ל כהר"ש מקינון והגמ"ר ריש ב"מ הובא בש"ך בכללי מגו דסוברים דהיכא דהמוציא טוען ברי והמוחזק טוען שמא אמרינן מגו אף להוציא דלפי דעתם ה"נ שהטוען שהחפץ שלו טוען טענת ברי והמלוה שבא ליטול החפץ בחוב שלו אף דחשבינן לו מוחזק דיד הלוה כמו ידו כיון דמשועבד לו מדר"נ מכל מקום טענתו אינו אלא טענת שמא ואם כן אמאי לא מסייע לו המגו של הלוה להוציא אלא ע"כ דלא סבירא ליה הכי. וקושיתם מכתובות גבי משארסתני נאנסתי נראה דניחא להו מטעם דשם חזקת הגוף מסייע להאשה ולכך מהני שם מגו להוציא:

ולישב דברי הר"י הלוי הנ"ל דסובר דגם גבי שטר אמנה לא מהני מגו של הלוה משום דהוה מגו להוציא השטר מחזקתו אף דהלוה השני מוחזק במעות. נראה דסובר דבשטר כיון שעומד לגבות כגבוי דמי ואינו נקרא מוציא כמו שהובא באו"ת בכללי מגו וכן הביא הש"ש בשמעתא א' פכ"ד בשם הש"ך בתקפו כהן דכל שיש שטר בידו אינו נקרא מוציא והביא ראי' מתשובת הרמב"ן סי' ז' וז"ל ולא מרענא לשטרא בחשש כזה שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאלו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמע ג"כ בהאי דשבועות הדיינין דסטראי נינהו ואע"ג דקיי"ל דמגו לאפוקי ממונא לא אמרינן וטעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאלו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקי ממונא הוא כו' ולא כמו שגבתה ממש קאמר דליכא למימר דשביק ב"ה ועביד כב"ש אלא כדאמרן עכ"ל [והא דכתב הרמב"ן דקיי"ל דמגו לאפוקי ממון לא אמרינן תמוה דהא הוא ס"ל דמגו להוציא אמרינן כמבואר בחידושיו לב"ב ואפי' אם נאמר דזהו מדברי הרשב"א דהרבה תשובות מרמב"ן הם דברי הרשב"א כידוע. מ"מ קשה הא כתב הכנה"ג דגם הרשב"א ס"ל דמגו להוציא אמרינן וצע"ג] ודעת הרא"ש והטוש"ע דסוברים דמהני מגו גבי שטר אמנה ופרוע משום דהלוה השני מוחזק במעות כמ"ש נראה דלפי דעתם הא דמהני מגו גבי סטראי הוא לאו משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי. אלא כמו שבארתי דכל היכא דהחזקה מסייע להמגו מהני המגו להוציא ה"נ כיון דהחזקה דשטרי בידך מאי בעי' מסייע להמגו לכן מהני המגו אף להוציא ועיין או"ת שם אות ח' ולכך מחלקין בין שטרי ובין מטלטלין ודעת תשובת רב אלפסי דסובר דאף במטלטלין מהני מגו לומר של אחרים הם נראה דלאו משום דס"ל דאמרינן בכ"מ מגו להוציא. אלא משום דס"ל כדעת הר"ש מקינון והגמ"ר הנ"ל דהיכא דהמוציא טוען ברי והמוחזק טוען שמא אמרינן מגו אף להוציא:

ולפי מה שבארנו דס"ל לכמה ראשונים דחזקה דכל מה שיש ביד אדם כו' לא עדיפא משארי חזקות ולא ס"ל כדעת הרשב"א בתשובה וכן הוא דעת הש"ך דהוי כמו עדים אלא ס"ל דשוה לשארי חזקות לכך א"ש הא דס"ל דחיישינן לשאלה דלא מצי חזקה זו להוציא מחזקת א"א. ולפי"ז נ"ל לומר דבר חדש בענין חששא דשאלה דדוקא היכא דמצאו מת ואנו רוצין לדון שזהו איש פלוני מחמת עדים המעידין על הבגדים שעל המת זה שהם של איש פלוני. ולהתיר את אשתו לעלמא כיון דאז אנו צריכין לדון על ב' החזקות בפעם אחת אם זהו ודאי איש פלוני משום חזקה דכל מה שנמצא ביד האדם הוא שלו וא"כ הבגדים מכריעין שהוא איש פלוני או י"ל להיפך ולהעמיד האשה על חזקתה בחזקת א"א ובעלה חי והאיש הזה שמצאו מת שאל הבגדים מבעלה. לכך חיישינן לשאלה אבל היכא דראינו אותו בחיים בבגדים אלו ונתחזק אז הדבר שהבגדים המה שלו מחמת חזקה דכל מה שיש ביד האדם ואח"כ מת האיש לפנינו. ובאו עדים ומעידין על הבגדים שהם של איש פלוני ואינם יכולים להכיר המת עצמו שפיר יכולין אנו להתיר את אשתו מטעם חזקה דכל מה שיש ביד האדם הם שלו ולא משגיחין על חזקת א"א כיון דחזקת הבגדים נתחזקה לנו בחזקה גמורה מקודם והרי מת לפנינו ממילא נפקע חזקת א"א וא"כ גם בנ"ד כיון שראו המכתב בידו בעת שהי' חי והיה הדבר מוחזק שהמכתב הוא שלו לכן עתה כשמת והכירו אנשי קריטשוב שזהו המכתב שהיה ביד ר' ישראל קודם שנסע מקריטשוב שפיר מחזיקינן שודאי זה ר' ישראל מת ולא חיישינן לשאלה אליבא דכו"ע ועיין תשו' מהר"ם פדווא סי' ל"ו דשם משמע ג"כ כדברי:

אך כל זה לפ"ד כמה גדולי הראשונים דס"ל [ואבאר בעז"ה בקונטרס מיוחד] דבכ"מ שיש חזקה ראשונה דאיתחזק לפנינו בחזקה גמורה אין אנו חוששין ומשגיחין בחזקה שנולד אח"כ ומנגד לחזקה הראשונה ולהכי בתינוק שנמצא בצד העיסה אלו היו מחזיקין את התינוק לודאי טמא לא היינו מחזיקין בחזקת העיסה שנולד אח"כ ולהכי מפרשי דפי' של רוב תינוקות מטפחין הוא מטפחין בעיסה וכיון שהספק הוא אם נגע בעיסה לא איתרע חזקת טהרה של העיסה והוי פלגא. דאלו ודאי נגע כפירש"י ז"ל כיון דהתינוק הוא מוחזק אצלינו לטמא הרי דין העיסה כדין התינוק וכן הוא שיטת הגאונים הנ"ל בכל המקומות ולפי שיטתם תו לא קשה קושית התוס' בהא דנגע נוקמא גברא על חזקת טהרה כיון דהבית מוחזק לטמא תו לא משגיחין בחזקת טהרה של הנכנס בה ולפי שיטתם זאת גם בנ"ד כיון דאיתחזק המכתב שהוא שלו בחייו תו לא משגיחין בחזקת א"א של האשה וכמ"ש. אמנם לפי שיטת רש"י ותוס' דלא ס"ל הכי שיטת רש"י מבואר בנדה (יח.) דפירש"י ז"ל רוב תינוקות מטפחין באשפה ששרצים מצויין כו' דאע"ג דרוב

תינוקות מטפחין מ"מ אין שורפין משום סמוך מיעוטא דאין מטפחין לחזקת העיסה והוה פלגא ופלגא ואע"ג דנמצא' העיסה בידו והתינוק הוא ודאי טמא מ"מ כיון דאנן דנין על העיסה ויש לה חזקת טהרה אין אנו משגיחין בחזקת טומאתו של התינוק אעפ"י שקדם לחזקת העיסה שאנו דנין עליה ואמרינן אוקי חזקה לגבי חזקה והוה פלגא ופלגא ואין שורפין ושיטת התוס' חולין (יד:) ד"ה ודלמא שהקשו וז"ל ומיהו קשה דהא הך מלתא דמיא למקוה שנמדד ונמצא חסר דשבקינן לחזקת המקוה ומטמאינן לגברא שטבל משום העמד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך וה"נ הול"ל הכא דשבקינן חזקת הנגע ואזלינן בתר גברא דאוקמינן לו בחזקת טהרה והרי חסר לפניך והוא כשיטה שהזכרנו שאעפ"י שחזקת טומאה של הבית קדמה לחזקת טהרה של האדם שאנו דנין עליו מ"מ רצונם לומר להעמיד האיש על חזקת טהרתו ולא משגיחין בחזקת הבית שקדמה. וכן הוא שיטתם שם (יא.) ד"ה אתיא כו' וז"ל וא"ת כיון דפרה בת שתי שנים א"כ דלמא משום דאוקמי' אחזקת שאינה טריפה ומיהו כאן י"ל דאיכא חזקה אחרת כנגדה דהעמד טמא על חזקתו עכ"ל והוא כשיטתם הנ"ל דאע"ג דהפרה נתחזקה אצלינו קודם שהיזו ממנה על הטמא. אפ"ה סברי דחזקת הטמא מנגד לחזקת הפרה. וכן הוא סברתם בכל שיטת הש"ס כאשר אבאר אי"ה וא"כ לפי שיטתם זאת לכאורה נסתר יסוד ההיתר מחזקת המכתב שהיה מוחזק בחייו דאעפ"י שנתחזק המכתב בחייו שהוא שלו בחזקה גמורה מ"מ אחר שמת ואתיילד חזקת א"א של האשה המנגד לחזקתו יש לנו לחוש ולהחמיר בזה:

ומ"מ יש לצדד ולומר בנ"ד כיון דחזקה הראשונה שאנו באים לדין עליה לא איתרע כלל אין אנו חוששין לחזקה השניה וע"כ מוכרח לומר דגם רש"י ותוס' מודים לזה. דהא כו"ע מודים דהיכא דשחט בסכין בדוקה ונאבד הסכין דהבהמה כשרה ואין אנו חוששין לחזקת הבהמה שאינה זבוחה ואמאי לא נימא דלהוי פלגא ופלגא ואולי נפגם בשעת שחיטה ואמאי אלימא חזקת הסכין לאפוקי מחזקת שאינה זבוחה. אלא ע"כ צ"ל בחזקה דלא איתרע גם התוס' מודים היכא דאיתחזק מעיקרא לפנינו דודאי עדיפא חזקה ראשונה שאנו באים לדון עליה מחזקה השניה ומהני לאפוקי והא דהקשה התוס' גבי נגע משום דהתם איירי דנמצא הנגע חסר לפנינו אע"ג דגבי הבית עצמה מוקמינן לה אחזקתה והיא טמאה מ"מ גבי אדם הנכנס כיון דיש לו חזקת טהרה הקשה התוס' דלהוי תרתי לריעותא ואמאי מטמאינן להאדם. אבל היכא דלא נמצא חסר לפנינו אע"ג דעתה לא ראינו כלל לא היה מקשה התוס' להוי פו"פ דלוקמי חזקת האדם נגד חזקת הבית דודאי חזקת הבית עדיפא כיון דלא איתרע לפנינו אמנם לפי"ז קשה להבין דברי

התוס' גבי פרה אדומה דמה דמתרצין משום דאיכא חזקת טמא כנגדה כיון דחזקת פרה לא איתרע כלל וכבר איתחזק לפנינו חזקה שאינה טריפה ומאי איכפת לן מה שצריך החזקה זו להוציא מחזקת טמא:

ועלה בדעתי לישב דברי התוס' ע"פ שיטת הרמב"ן דס"ל דרב הונא דס"ל דהשוחט בסכין בדוקה ונמצאת פגומה דמטריף אף בשיבר בה עצמות ס"ל דה"ה אם נאבד הסכין נמי, טריפה א"כ ר"ה ס"ל דלא אלים חזקת הסכין [אע"ג דלא איתרע משום דהוה חזקה כנגד חזקה והוי ספק השקול] להוציא הבהמה מחזקתה. א"כ י"ל בכונת התוס' דיש לומר דרבה בר רב שילא דמייתי מפרה אדומה ס"ל כר"ה דלא אלים חזקה הראשונה אף דלא איתרע להוציא מחזקה השניה ולכן מייתי ראיה מפרה אדומה דע"כ משום דאזלינן בתר רובא דאי משום דאזלינן בתר חזקה שאינה טריפה הא איכא חזקת טומאה כנגדה אבל לפי מאי דקיי"ל בזה כר"ח דמכשירינן בשיבר בה עצמות וכ"ש בנאבדה דאלים חזקת הסכין להוציא הבהמה מחזקתה היכא דלא איתרע החזקה הראשונה [וכיון דשיבר בה עצמות הוי כמו דלא איתרע] א"כ לפי"ז אף לשיטת רש"י והתוס' לפי מאי דקיי"ל כר"ח אלים חזקה ראשונה היכא דלא איתרע להוציא מחזקה השניה:

אך מה שקשה לי לפי"ז דא"כ לפי שיטת רש"י והתוס' הא יהי' חזקה דלא איתרע עדיפא מרובא דהא גבי רוב תינוקות מטפחין אמרינן דאין שורפין משום דסמכינן מיעוטא לחזקה ולא אלים רובא להוציא מחזקה אע"ג דאנו דנין על התינוק שהוא עמא משום טעם רובא. מ"מ לגבי עיסה אמרינן דאין שורפין משום דסמכינן מיעוטא לחזקה אם לא ברובא דאיתא קמן או ברובא דאלים טובא כמו שאבאר איה"ש לקמן שיטת רש"י והתוס' באריכות] והאיך אפשר לומר דכה"ג היכא דאיכא חזקה בלא רובא אלים להוציא מחזקתה השניה ולא הוי ספק כלל ע"כ נ"ל לאמר דהא דמהני חזקת הסכין להוציא הבהמה מחזקתה לא מטעם חזקה לחוד אלא משום דלא שכיח דליפגם בעור והוי רובא וחזקה להתירא לכך מהני להוציא הבהמה מחזקתה אף היכא דנאבד הסכין ולא בדקו לשיטת הרמב"ן לפי מאי דקיי"ל כר"ח ולשיטת הרבה ראשונים אף לפי דברי ר"ה ובאופן זה צריך לתרץ גבי מקוה היכא דלא נמדד כלל אח"כ דמהני להוציא הטמא מחזקתו משום דאמרינן העמד המקוה על חזקתה. וע"כ צ"ל לפי"ז נמי דלא שכיח שיתחסר בזמן כזה והוה נמי רובא להתירא אבל היכא דרגיל לפעמים להתחסר כתב הר"ן בתשובה ס"ו אף היכא דנמצא עתה שלם לפנינו לא מהני להוציא הטמא מחזקתו] אבל חזקה לחוד ודאי לא מהני להוציא הדבר מחזקתו לפי שיטת רש"י והתוס' ואם כן בנידון דידן

שאף שנתחזק לפנינו בחייו בחזקה דזה הדבר הוא שלו מ"מ כיון דעתה צריך החזקה זו להוציא מחזקת א"א לא מהני לפי שיטה זו:

ועוד דאפי' אם נימא דחזקה דלא איתרע מהני להוציא מחזקה השניה גם לשיטת רש"י והתוס' מ"מ הכא יש להחמיר לפי שיטת הראשונים דס"ל דחזקה דכל מה שיש ביד האדם הוא שלו לא הוי כמו אנן סהדי לפי דעתם כמו שבארתי למעלה אלא מטעם חזקה לחוד הוא ודאי לא מטעם חזקה הוא אלא הוא מטעם רובא דרוב מה שנמצא תחת ידי האדם הוא שלו ולא מיבטי' מהדברים שעשוים להשאיל ולהשכיר דהוה מטעם רובא לחוד חלא אפי' בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר נמי לא אמרינן דהוי שלו אלא מטעם רובא דרוב מה שיש תחת ידי האדם הוא שלו וכיון דאנן קיי"ל כמתניתין דהאשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים דלא תחלוץ ולא תתיבם עד שתדע אם ילדה צרתה או לא משום דסמכינן מיעוטא דאינם מתעברת ויולדת לחזקה וא"כ ה"נ נסמוך המיעוט שאינו שלהם להחזקה דחזקת א"א:

מ"מ נראה להקל בחששא דשאלה היכא דראו אותו בבגדים ומת לפניהם ואח"כ באו עדים אחרים והכירו את הבגדים מטעם ס"ס בפלוגתא דרבוותא דפסקו כמה אחרונים להקל והכא הוי ס"ם בפלוגתא דרבוותא חדא דלמא לא, חיישינן לשאלה כלל דהא כמה גדולי הראשונים וגדולי האחרונים פסקו דלא חיישינן לשאלה ואף אם נימא דחיישינן לשאלה איכא למימר דוקא היכא דהכירו הבגדים לאחר מותו ולא נתחזק לפנינו בחיים כלל אז חיישינן לשאלה דאז בא הספק על שתי החזקות יחד חזקת הבגדים דהם שלו וחזקת האשה דהיא בחזקת א"א אז מחמירין אבל היכא דחזקת הבגדים בא מקודם לפי דעת הני רבוותא דבארתי דס"ל היכא דהחזקה שנתחזק מקודם לא חיישינן להחזקה דאח"כ א"כ בכה"ג בודאי לא חיישינן לשאלה וא"כ בנ"ד דנתחזק בהמכתב שהוא שלו בעודו בחיותו לפנינו ואח"כ הכירו אנשי קריטשוב שזה הוא המכתב שנתנו לר' ישראל יש להקל דלא חיישינן לשאלה:

ומצאתי להגאון ר"י מליסא בספרו קה"י שתירץ על קושית הנו"ב הנ"ל כיון דבא הנידון לפנינו והוא מת האיך נימא חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו כיון דאין קנין למת ואין תפיסתו קנין וה"ה דלא הוה חזקה להיות מוחשב אצלו לחזקה שכל מה שיש ביד האדם הוא שלו עכ"ל וכן מתרץ בזה שם קושיא אחריתא אמאי חיישינן לשאלה ולא אמרינן כאן נמצא וכאן הי' לפי שיעת רמב"ן גבי יצחק ר"ג יעו"ש וא"כ לפי דעתו נמי יש חילוק בין אם נמצא מח ולא הוחזק מתחילה בפנינו האיש הזה בבגדים אלו דאז לא

שייך לומר חזקה דכל מה שיש כו' אבל אם נתחזק לנו תחילה בעודו חי בבגדים הללו ואח"כ מת לפנינו שפיר יש להתירה ע"י הכרת הבגדים ולא חיישינן לשאלה לכו"ע:

אמנם הגאון בעל חמדת שלמה השיב להגאון הנ"ל (בסי' כ"ה) וכתב וז"ל לע"ד כיון דמשום חשש שאלה אתינן עלי' ע"כ צריך לומר שבעודו בחיים חיותו שאל הדבר ולמה לא נימא כיון דאז הי' תפיסתו חזקה מחזיקינן שהוא שלו. והנה לא מצאנו מה שהשיב הגאון מליסא ע"ז ועלה בדעתי לישב דלהכי אינו מועיל מה שאנו דנין שהי' עליו בשעת שהוא חי כיון דלא איתחזק לפנינו בבגדים אלו בשעה שיש לו קנין וזכיה ומשום דלא נתברר החזקה לפנינו אינו מועיל כלום מה שאנו דנין כעת מה שהי' מוחזק בה מקודם וכה"ג כתבו התוס' חולין שם דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודע לנו אפי' שעה אחת לא אזלינן בתרה וכן ראיתי להגאון בעל נו"ב בסי' ל"א שמתרץ בזה דברי הב"ש (בסי' י"ז ס"ק פ"ד) שהקשה אמאי יש אוסרים במצאו הרוג ומכירין אותו בטב"ע ואינו ידוע מתי נהרג ולא מוקמינן אותו בחזקת חי והשתא הוא דמת ומתרץ הב"ש וז"ל דכאן איירי שראובן הלך מכאן ואינו ידוע היכ הוא אז אוקמי לראובן בחזקת חי ומת זה אעפ"י שנראה להם שהוא ראובן אמרינן שהוא מת קודם ג' ימים ונשתנה והוא איש אחר אשר לא ידעינן אותו ולא שייך לומר אוקמי אחזקתיה וראובן הוא חי עכ"ל וכתב עליו הנו"ב ואני אומר שותא דמר לא ידעינן דמה חזקת חיים יש לראובן יותר מלאיש אחר כו' וט"ז גופא אני דן דמה בכך שלא ידעינן אותו כיון שעכ"פ חי קודם שמת יש לו חזקת חיים ועתה מקרוב מת וכבר עלה על דעתי לפרש כונת הב"ש ולהביא ראי' לסברתו ממה דאמרינן (טהרות פ"ה מ"ז) נגע באחד בלילה ואינו ידוע אם חי או מא והשכים ומצאו מת ר"מ מטהר וחכמים מטמאין וקתני עלה בתוספתא שאם ראוהו חי מבערב אף חכמים מטהרין והדבר יפלא מה בכך שראוהו חי מבערב אטו אם לא ראוהו לא ידעינן שהי' חי פ"א כו' והיה עולה על דעתי דודאי הטעם משום חזקת חיים לומר כיון שהוא חי יש לו חזקת חיים עד עתה ועכשיו הוא שמת והא דאמר בראוהו חי מבערב לאו דוקא רק שראוהו פ"א חי אבל אם לא ראוהו חי בשום פעם אף שבודאי היה חי פ"א אעפ"כ לית ליה חזקת חיים והוא עפ"י מ"ש התוס' חולין דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה לנו שעה א' לא אזלינן בתרה כו' יעו"ש ובאמת מוכרח לומר דזהו סברת הב"ש וכן אפשר לפרש דברי הנה"כ ביו"ד סי' שצ"ז:

אך הנו"ב בעצמו לא ס"ל סברא זו וכתב שם אף דלכאורה הוא דבר נכון ומתקבל אבל אי דייקינן שפיר לאו מלתא היא ולא דמי כלל למ"ש התוס' בחולין דבשלמא גבי פרה אדומה אותה חזקה לא היתה מבוררת ולא הי' אפשר להתברר בשום פעם אבל זה הנמצא

מת שהי' חי בודאי מקודם שמת באותה שעה שהי' חי חזקה שלו היה מבוררת שהי' חי ולא הי' באותו זמן שום גירעון בחזקתו ומה בכך שאנחנו לא ראינו אטו בראי' דידן תליא מלתא כו' יעו"ש. אלא מסיק דלהכי לא מוקמינן אותו בחזקת שהוא חי ולומר שעתה הוא מת וא"כ הוא ודאי ראובן. דיש כנגד חזקה זו חזקת א"א של אשת ראובן והוא ז"ל אזיל לשיטתי' בסי' מ"ג והרגיש שיש לתרץ קושיתו כעין תירץ הגאון מליסא דלהכי חיישינן לשאלה כיון דעתה הוא מת ושייך ליורשיו לא אמרינן חזקה כל מה שנמצא אצלו הוא של יורשיו. והוא דחה זאת כדברי הגאון בעל ח"ש דהוא ס"ל דאף שלא נתברר לפנינו מיקרי זאת חזקה שנתבררה ע"כ מוכרח לתרץ גם על קושיא זו דכנגד חזקה זו יש חזקת א"א:

והנה הגאון בעל חמ"ש (בסי' ל"ט) כתב על דברי הנו"ב שכתב והא דהקשה הגמרא מחמור בסימני אוכף הא התם ליכא חזקה נגד חזקה ותירץ דכיון שנמצא ברשות שאינו שלו ל"מ החזקה אבל על גוף המת אף דעכשיו אין לו חזקה מ"מ כשלבשו הי' חי והי' לו החזקה ומשיג ע"ז הגאון הנ"ל וכתב ואין לבנות יסוד ע"ז דה"נ נימא כיון דע"כ חמור והאוכף נאבד מן האדם למה לא ניזול בתר שעת אבידה לומר מחמת חזקה לא ניחוש לשאלה ואע"ג דנפל ממנו מ"מ הוא בחזקתו הראשונה ואין רשות אחרים עליו עכ"ל והגאון בעל חסד לאברהם בתשובתו סי' י"ג כתב דכנגד חזקה זו יש חזקת המוצא אבידה זו נפלאתי עליו דהא לבעל מוצא אבידה ודאי לא שייך דאף אם נימא דלא נהדר החמור בסימני האוכף משום דחיישינן לשאלה מ"מ לבעל המוצא ודאי דלא שייך דהא אנן חיישינן דאולי יבוא בעל החמור באמת ויתן סימניו והבעל האוכף רוצה ליטול בשקר א"כ מה שייך חזקת המוצא כיון דאין זה ספק כלל דאולי שייך להמוצא רק הספק דאולי אין זה שייך לבעל האוכף אח"כ ראיתי שיש לישב דבריו עפ"י דברי הגאון בעל ישועות יעקב שמפרש דאי אמרינן סימנים דאורייתא איירי הקרא דאשמעינן דמהדרינן החמור בסימני אוכף דעל החמור ליכא סימנים כלל ואי חיישינן לשאלה שייך החמור להמוצא כיון דליכא עליו סימנים כלל א"כ איאושי מיאש בעל החמור דבלא סימנים אי אפשר להביא גם עדים ואיכא חזקה להמוצא:

אבל עדיין אין נוח לי קושית הגמרא דהא כתבו התוס' סוף פ"ק דכתובות וכן דעת כל הראשונים שם דאזלינן בתר רובא לגבי מוצא אבידה וחזקת המוצא לא חשיבא חזקה אפי' היכא דשייך לבעל המוצא [ודברי הגאון בעל ישועות יעקב הנ"ל מה שהביא בשם הרשב"א והר"ן צ"ע] א"כ עדיין תקשה על דברי הגמרא דלמא הא דחיישינן לשאלה גבי נמצא מת משום דמצטרפינן המיעוט דהם שאולים לחזקת א"א אבל גבי אבידה דליכא

חזקה להמוצא אזלינן בתר רובא דהם אינם שאולים וכל מה שנמצא ת"י כו' ומחמת זה נראה לי לפרש דברי הגמרא דלא כדברי הגאון בעל יש"י אלא אף אי סימנים דאורייתא איירי דיש בחמור סימנים. דזה לא שכיח שלא יהא בחמור סימנים כלל ואף שזה הוי ריעותא מאי דאינו יודע סימני החמור מ"מ גלי קרא דמהדר' דהאוכף והחמור הוי כחפץ אחד וכמו בחפץ אחד אם יודע סימן אחד ואינו יודע כל סימניו מהדרינן ה"נ גבי אוכף והחמור לכך פריך הגמרא שפיר דאי חיישינן לשאלה גבי נמצא מת א"כ לכה"פ הכא לא דמי לחפץ אחד האוכף והחמור וכיון שאינו יודע סימני החמור והוה ריעותא גדולה הוה לן למיחש לשאלה והוה לן למימר דמסתמא השאיל האוכף לאחר והחמור והאוכף נאבד מיד השואל לכך אינו יודע סימני החמור ומדמהדרינן החמור בסימני אוכף ע"כ דלא חיישינן לשאלה כלל והוי כחפץ אחד. ואף שאינו יודע כל סימניו מהדרינן ומשני דאוכף לא מושלי אינשי לכך לא חיישינן לשאלה כלל ובזה נראה לישב ג"כ דברי הב"י דהביא בשם הריטב"א דאי סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי אינשי מה"ת חיישי' לשאלה ותמהו עליו כל האחרונים א"כ אף אם נאמר דחמור בעדי אוכף מהדרינן מ"מ אכתי ניחוש לשאלה אע"ג דאוכף לא מושלי אינשי אבל לפי"ז ניחא שפיר דאי אמרינן דסימנים דרבנן ומהדרינן חמור בעדי אוכף א"כ איכא למימר דשפיר ידע בעל האוכף את סימני החמור אך עדים לית לי' על החמור וכיון דליכא ריעותא כלל א"ש הא דלא חיישינן לשאלה גבי מציאה משום דאזלינן בתר רובא כיון דלא מפקינן בזה מחזקה כלל אבל גבי א"א כיון דאיכא חזקה סמכינן מיעוט לחזקה וחיישינן לשאלה אף בכלים דלא מושלי אינשי:

ועתה נשובה לדברי הגאון מליסא דלפי דבריו ג"כ היכא דנתחזק לפנינו בהבגדים לא חיישינן לשאלה א"כ יש לנו סעד גדול בנ"ד להקל ובפרט במכתב תעודה כזה שזה מיקרי כלים דלא מושלי אנשי כמו שכתבו הרבה מהאחרונים וגם נתחזק עמו בחייו ודאי אין לחוש לחומרת הב"י הנ"ל שמחמיר אפי' בכלים דלא מושלי אינשי:

עוד מה שיש לצרף להתיר בנ"ד דכיון שיש כאן סימן בגופו ממאורעותיו שסיפר שם בפאלטאווא שכעס על אשתו על אשר העיזה נגד אמו ולקחה הפציילא והלייחטער מאתה ובעד זה פירש ממנה ששה שבועות אחר החתונה והרחיק נדוד ולפי דעתי נראה דזה קרוב לומר דהוה סימן מובהק דהא לא שכיח שבתוך משך קטן כזה תתעורר קטטה בין כלה וחמותה ובין איש לאשתו עד שירחיק נדוד ממנה וא"כ אין לחוש בזה לשאלה דהוא דבר רחוק לומר שהשאיל המכתב לאיש אשר קרה לו כאלה ובלא"ה הא דעת הגאון מהר"ל מפראג דהיכא דיש בגופו סי' אף שאינו מובהק והכרת בגדים מותרת ממ"נ

דאי סימנים דאוריית' מותר אף בסימן שאינו מובהק ואי סימנים דרבנן אין אנו מוכרחין לומר דחיישינן לשאלה והביא ראי' נכונה לדבריו דאי חיישינן לשאלה אף אי סימנים דרבנן א"כ הא דקתני במתניתין אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו הו"ל למיתני רבותא טפי דאפי' עדים בכליו נמי לא מהני משום דחיישינן לשאלה והגאון בעל הפלאה בספרו נתיבות לשבת (בסי' י"ז סכ"ד) כתב על דבריו וז"ל ונראה דיש לדקדק לפמ"ש הפוסקים דב' סימנים אמצעים הוי סימן מובהק א"כ לא א"ש הא דתני אע"פ שיש סימנים לשון רבים. בשלמא למ"ד סימנים דאורייתא מוקי בסימנים גרועים דאפי' מאה סימנים לא מהני אבל למ"ד סי' דרבנן ומוקי למתניתין בסי' אמצעים קשה. ונראה דאדרבה ה"ק דאפי' יש סי' בגופו וסי' בכליו וה"ל ב' סימנים כו' דה"ל כסי' מובהק מ"מ לא מהני דסי' דכליו לא הוי סי' משום דחיישינן לשאלה. משא"כ אי הוה עדים על הכלי אע"ג דחיישינן לשאלה מ"מ הוי סי' אמצעי כמ"ש הב"ח והו"ל עם סי' דבגופו ב' סי' עכ"ל. וכן הסכים בתשובה להלכה למעשה בזה. ולפי"ז בנ"ד דיש סי' בגופו כמו שביאר וגם יש עדים בכליו שהכירו אנשי קריטשוב את המכתב אשר נשלח מפאלטאווא שזהו המכתב אשר היה ביד ר' ישראל כשהלך מקריטשוב יש להתירה אף להפוסקים דחששו לשאלה:

ואפילו לדעת המחמירין גם בכה"ג וסברי דב' סימנים אמצעים לא מהני וכמו שהחמיר בזה א"ז הגאון בעל קדושת יו"ט [הבאתי לעיל] מ"מ בנ"ד דהמכתב הוה כלים דלא מושלי אנשי וגם יש לו סי' בגופו דאף לפי המחמירין בכלים דלא מושלי הא לדעת כמה אחרונים הוא מטעם חשש אבידה דלחשש מכירה לא חיישינן דאוקמינן לה בחזקת מ"ק ולנפילה ביחיד דניחוש שמא מצא אחר דיש לו סי' בזה כו"ע מודים דלא חיישינן אפילו באיסורא ואפילו לדעת הריטב"א ז"ל שהובא בב"י דס"ל דלמ"ד סי' דרבנן חיישינן לשאלה אף בכלים דלא מושלי וכמה סוברים דגם בשאלה דיחיד חיישינן והשיגו על הח"צ שמקיל בשאלה דיחיד מ"מ נ"ל דגבי נ"ד שיש ב' דברים דלא שכיחי א' כלים דלא מושלי אינשי דלא שכיחא בהו שאלה ב' שיתרמי שהשאילם לאיש כזה שאירע לו כל המאורעות האלו אשר המאורעות בעצמן לא שכיחי בהא כו"ע מודים דלא חיישינן לשאלה ובזה א"ש מה שפסק מרן:

הב"י דבגט לא חיישינן לשאלה בכלים דלא מושלי אינשי משום דהתם הוה שאלה דיחיד ובכלי דלא מושלי בודאי לא חיישינן וכן כתב הגאון בעל ישועות יעקב (סי' י"ז סקי"ז) דהיכא דיש איזה סי' בגופו בהצטרפות לכלים דלא מושלי אין להחמיר:

אף שעל התיר זה יש לגמגם קצת בעובדא דידן דהא אמרו אנשי פאלטאווא ששמעו ממנו ג"כ שאשתו היא בת יחידה לאביה ולאמה והיא יושבת במאהליוו ובאמת אינו כן

אף שבכמה דברים שסיפרו ממנו שהוא אמר לפניהם נמצאו מכוונים אך כיון שבדבר זו לא נמצא מכוון. א"כ קשה לסמוך רק על הדברים בעלמא שסיפר לפני אנשי פאלטאווא מ"מ נראה להתירה ולצרף ההתיר הראשון שכתבתי כיון דהמכתב הלזה הוא מכלים דלא מושלי אינשי וכבר כתב הנוב"י בתשובה סי' ל"ז דאף לדעת המחמירין הוא רק חומרא דרבנן משום חומרא דא"א ויש מקילין בזה לגמרי א"כ שפיר יש לסמוך על הס"ס שכתבתי למעלה כיון שנתחזק בחייו בזה המכתב שהוא שלו וכ"ש לדעת הגאון מליסא שהבאתי למעלה דהיכא דנתחזק בחייו שלפי דעתו ודאי דאין לחוש לשאלה א"כ יש להתיר להאשה הלזו מטעם הנ"ל דכיון שנמצאו העדות מכוון בגוף הדבר המספיקים להתיר אף שנמצאו צדדי הדברים שאינם נוגעים לגוף הענין שהמה אינם כן אין לחוש לזה כלל כמו שהאריכו הגאונים בעל חת"ס ותשובת מהרי"ם וגם אנכי נמניתי עם הרבנים הג' בהתיר האשה זו ולזאת ימחול כת"ר להושיב ב"ד כדת ולהתירה. וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות. כה דברי ידידו או"נ יו"ט ליפמן הכהן

סימן טז

עובדא אתא לידי באחד שהלך למקום אחד ידוע עם מכתב תעודה וע"כ כשבא לשם שנה שמו על שם המכ"ת. ואח"כ בא משם המכ"ת בחזרה וכותבים שמת שם. ונסעה אשתו לשם ומקצת הבגדים שנשארו מאתו הכירה בטב"ע ופסקתי שלפע"ד נראה שיש להתיר האשה העלובה הלזו ואין לחוש שמא השאיל המכ"ת לאיש אחר כמ"ש בתשובה הקודמת דהכא כיון שאנן ידעינן שודאי הלך האיש הלזה שקבל המ"ת בדרך זו א"כ גם הב"י מודה דלא חיישינן שמא השאיל לאחר בכלים דלא מושלי אינשי דהא הב"י בעצמו בתשובותיו על אה"ע סי' ז' הביא שם דהמרדכי התיר אשה אחת ע"י א"י שאמר במסל"ת שהרג יהודי א' בין ניקולא לאודיק שהי' מוליך עשרה ליטרין ששלחה מרת יהודית לאחיה בניקולא ושאלוהו אם שלחה וכתב שם הב"י ונראה שהם תופסין לעיקר כלישנא בתרא דלא חיישינן לשאלה ולא ידעתי מי הכניסו למרן בההוא עובדא לדחוק עצמו לאוקמי כלישנא בגופו בארוך וגוץ הא אפי' לאידך לישנא כהני עובדי איתתא שרי' דהא פקדון הוה הנך עשרה ליטרין ולא עביד אינש שמוסר ונותן מה שמוסרים לו ביד אחרים כדתנן בפ' כל הגט אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וא"כ כיון שמ' יהודית אומרת שמסרה לבעלה של זו יו"ד ליטרין להוליך לאחיה וחזקה שלא הוציאם מתח"י הוה סי' מובהק גמור דאורייתא וליכא למיחש שהשאילן או הפקידן לאחר כו' יעו"ש מה דמסיק שם דלדינא נראה דאפי' בכלים דלא מושלי אינשי נמי אסורה. ומ"מ הדין שכתב המרדכי נראה שהוא דין אמת ולא מטעמי' אלא ממ"ש הרמב"ם שאם יצאו עשרה בני

אדם כאחד ממקום למקום והם אסורים בקולר או נושאים גמלים וכיוצא בדברים אלו והסיח הגוי לפ"ת ואמר שעשרה אנשים שהלכו ממקום פלוני למקום פלוני והם נושאים כך וכך מתו כולם וקברנום משיאים את נשותיהם עכ"ל ומשמע דה"ה לאומר כן איש שהי' נושא כך גמלים כו' ומעתה מה לי אומרו איש יהודי שהי' נושא כך גמלים מה לי אומרו איש יהודי שהי' מוליך עשרה ליטרין ששלחה מ' יהודית לאחיה בניקולא עכ"ל הב"י. א"כ אף אנו נאמר מה לי איש שהי' נושא גמלים והי' הולך ממקום למקום בדרך זו ומת מהני ומה לי אומרו איש שהי' הולך ממקום למקום בדרך זו והי' בידו המכ"ת הלזה ומת דודאי ג"כ מהני אמנם הב"י הנ"ל נראה דס"ל דלא בעי' סימן המנין כלל אלא רק מה שהם נושאים גמלים ויגיד מקום היציאה ומקום ההליכה אבל באמת מפשטות דברי הרמב"ם משמע דבעי דוקא ג"כ צירוף סימן המנין וכן ראיתי להגאון בעל מה"צ כתב ג"כ דמלשון הרמב"ם והשו"ע משמע דבעינן שיגיד מקום היציאה ומקום הליכה וסימן מנין עם סימן אחר כגון קולר או כיוצא בו יעו"ש מה שהאריך בזה ומצאתי אח"כ שגם הגאון א"ז בעל קדושת יו"ט ז"ל הכריח זאת מדברי הרמב"ם דבעי כל הני סימנים. ופליג על תשובת הב"י בסי' קפ"ג דס"ל דגבי קולר לא בעי סימן מנין והיכא דאמר סימן המנין לא בעי סימן הקולר:

מ"מ נראה להקל בנ"ד כיון שאנן ידעינן ברור שהלך לעיר הזאת שמת שם וזה זמן רב שמת ואין דורשים כלל עליו ממקום אחר רק מעיר הזאת. א"כ זה דמי לעובדא דהמבי"ט שכתב וז"ל אם נאבד יהודי בדרך שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואח"כ באותו הדרך נמצא הרוג מדאורייתא תלינן שזהו הנאבד דאם איתא שהנאבד ניצול הי' נודע מקומו וע"כ אם נשאת לא תצא כו' עכ"ל א"כ בנ"ד ודאי דלא גרע מעובדא דהמבי"ט ולפי דבריו יצאה האשה הלזו מחששא דאורייתא והנו"ב ס"ל היכא דיצאה מחזקת א"א לא חיישינן כלל לשאלה א"כ לכה"פ בכלים דלא מושלי אינשי דהרבה אחרונים מקילין בלא"ה והכא שנתחזק בחייו לפנינו כבר פלפלתי הרבה בתשו' הקודמת שאפשר להקל משום דחזקת כל מה שיש לו הם שלו קדמה מקודם שנולד הספק על אשתו. א"כ יש לסמוך על האחרונים שמקילין בכלים דלא מושלי אינשי ועוד הא כל החומרות שהחמירו האחרונים בזה הוא רק מחמת הב"י שהחמיר בזה והא הב"י הקיל בכה"ג להדיא כמ"ש ומחמת שהי' שם ג"כ אומדנות גדולות שזה הוא האיש ע"כ התרתי לאשה הלזו:

סימן יז

שאלה אחד שקידש את האשה בפקדון שתחת ידה ואמרה הן ותוכ"ד חזר אי הוי קדושי ודאי או ספק קדושין:

תשובה מקודם נבאר דברי ר"ת ורמב"ן שנהנו טעם דלכך תוך כ"ד כדיבור דמי בכ"מ חוץ ממגדף ועובד ע"ג ומקדש ומגרש דתקנה הוא דתקנו רבנן משום תלמיד הלוקח מקח ופגע בו רבו שיכול ליתן לו שלום והשוו מדותיהן בכל מילי בר מהני. והקשה ע"ז הר"ן בנדרים (פז.) וכי ב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת לעולם בקו"ע בנדרים ונתן טעם אחר ע"ז והוא דבשאר מילי דלא חמירי כולי האי כשאדם עושה אותם לא בגמר דעתו הוא עושה אלא דעתו שיכול לחזור בו תוכ"ד. אבל הני כיון דחמירי כולי האי אין אד עושה אותם אלא בהסכמה גמורה ומשום הכי חזרה אפי' תוכ"ד לא מהני וראיתי להגאון בעל מהרי"ט אלגזי דמתרץ דהרמב"ן ור"ת ס"ל דרבנן יכולין לעקור דבר מה"ת אפי' בקו"ע אבל אין דעתי נוחה מזה כלל כמש"כ בקונטרס דאומרת טמאה אני לך דסוגיית הגמרא בכמה מקומות אזלי דאין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת אף שהתוס' בכתובות (יג:) מתרץ לרב הונא דסובר דגר קטן היו מטבילין אותו על דעת ב"ד סובר דרבנן מצו למיעקר דבר מה"ת בקו"ע נראה דצ"ל לדעת התוס' דלא פסקינן כר"ה מטעם סוגיות הגמרא בכ"מ הנ"ל ובאמת על הא דר"ה יש כמה תירוצים יש מתרצים דסובר דהיכא דיש פנים וטעם לדבר יכולין לעקור דבר מה"ת אף בקו"ע כשיטת התוס' דנזיר ויבמות [עיין פנ"י] ויש מהראשונים שכתבו דהא דזכין לקטן הוא מדאורייתא דזכיה הוא לא מטעם שליחות. ויש אומרים דהא דגר קטן מטבילין אותו ילפינן מהר סיני שנכנסו לברית והיו שם כמה יונקי שדים כפי שיטת התוס' סנהדרין (סח:) ד"ה קטן והרא"ש ביבמות פ' החולץ (מח). גם ראיתי להגאון בעל שערי תורה שרוצה לישב דברי ר"ת ורמב"ן דס"ל דזה מיקרי יש פנים וטעם לדבר אבל גם בזה לא נחה דעתי דקשה לומר כי גם זה מיקרי יש פנים וטעם לדבר [הא דכדי שיוכל ליתן שלום לרבו] שיהיו יכולין חכמים לעקור דבר מה"ת מטעם זה. ועוד לפי הנראה אינו סובר הרמב"ן ז"ל סברא זאת דבחידושיו ליבמות על הא דהויא לה מת מצוה מתרץ קושית הר"י דשם בתירוץ אחר ואינו חושש לתירץ הר"י. ומבאר דזה מיקרי מ"מ ממש. אך מלבד קושית הר"ן בנדרים קשה לי מאד לאמר דמדאורייתא תוכ"ד לאו כדיבור דמי בכל מקום דא"כ לענין עדות נמי הא דיכולין לחזור תוכ"ד הוא לאו מדאורייתא אלא רבנן הוא דתקנו וא"כ גבי עדים זוממין דצריכין שיזומו את כולם ואמר רבא מכות (ו.) והוא שהעידו כולם בתכ"ד ונ"ל הטעם דכ"ז שאומרים תוכ"ד של חבירו יכול גם הראשון לחזור כמ"ש התוס' שבועות (לב.) ד"ה מתוך והוה כאילו העידו כולם בבת אחת וע"כ צריך שיזומו את כולם דהם נקראת עדות אחת אבל לאחר כדי דיבור לא שייך אחד לחבירו ונקראת עדות בפ"ע וא"כ כיון דמדאורייתא אפי' תוכ"ד נמי לא שייך אחד לחבירו ולפי"ז לא משכחת הדין שיזומו את כולם מדאורייתא וזה אינו

דהא ילפינן מקרא שצריכין שיזומו את כולם ומצאתי להגאון בעל שערי תורה בכלל ו' שהאריך בזה ובסוף דבריו כתב ג"כ שיש להביא ראי' לשיטת הר"ן דתכ"ד כד"ד הוא מה"ת מהא דאמר רבא הנ"ל דכתב וז"ל וקשה לר"ת האיך אפשר שהקרא מיירי שהעידו כן בתכ"ד כיון דמה"ת לא הוה תכ"ד כדיבור והוה כשתי כיתות עדים וכיון דקיי"ל א"א לצמצם האיך אפשר לקיים קרא דעפ"י שנים עדים או שלשה ודוחק לומר דהכא גלי קרא דהוה כדיבור דא"כ מנ"ל דבעלמא הוא דרבנן דלמא ילפינן מכאן וצ"ע עכ"ל. אך באמת אם היינו אומרים דהא דהצריך רבא תוכ"ד אין הטעם משום חזרה כמש"כ אלא הטעם דתכ"ד הוא חשוב כחד אפשר לישב קושית הגאון הנ"ל ולומר דבאמת תוכ"ד כד"ד לענין שיחשב כחד הוא מדאורייתא אבל לענין שיכול לחזור מדיבורו בתכ"ד אפשר לומר שהוא מדרבנן אבל האמת יורה דרכו שהטעם הוא משום חזרה שאם הוא תוכ"ד גם הראשון יכול לחזור מדבריו אף תוכ"ד של האחרון דכולם חשיבי כחד [ועיין שבועות (לב:) על הא דקאמר הגמרא, לא צריכא כגון כו' יעו"ש ברשב"א] ויותר נראה לי לומר דהא דהראשון יכול לחזור בתוכ"ד של האחרון הוא מזה גופא מדחשיב קרא כולם כחד דאינו חייב עד שיזומו את כולם וע"כ נשאר קושית הגאון הנ"ל:

עוד כתב הגאון הנ"ל וז"ל ועוד יש להביא ראי' לשיטת הר"ן מהא דאיתא במס' מכות (ה:) ר"ע אומר לא בא השלישי להקל עליו אלא להחמיר עליו ולעשות דינו כיוצא באלו. וכתב הר"ן וז"ל אין יכול לומר כבר העידו שנים ונתקיים העדות בהם ושאפילו הוזם לא ישלם אלא אע"פ שלא הי' צריך אם העיד תוכ"ד דינו להתחייב אם הוזם כיוצא באלו עכ"ל. גילה לנו רבינו ז"ל רז חדש היכא שהוזמו הנוספים על השנים לא נענשו רק בשהעידו תוכ"ד וכ"כ בס' ל"מ בפ"כ מעדות ה' ג' בכוונת הרמב"ם דדוקא כשהעידו תוכ"ד הוי כולם כעדות אחת אבל אח"כ אין נענשים אחרי' כיון שכבר חייב מיתה עפ"י ראשונים וגברא קטילא קטלו ולא הביא ראי' מהר"ן הלז וא"כ קשה האיך אפשר שאמרה תורה להיות עונש לשלישי כשהוזם כו' וכיון דמה"ת לא הוי כדיבור והוה כאילו הי' שני דיבורים אמאי חייב השלישי כשהוזם מיהו קושיא זו לא אלים כ"כ די"ל דר"ת ל"ל פי' הלז שמבואר בר"ן שם עוד פירושים עכ"ל הגאון בעל שערי תורה הנה מ"ש דהר"ן גילה לנו רז חדש דהיכא דהוזמו הנוספים על שנים לא נענשו רק אם הי' תוכ"ד. ותמה על הל"מ דכתב זאת מסברא דנפשי' ולא הביא ראי' מהר"ן ז"ל נפלאתי עליו דהא הר"ן לא איירי רק כשהעידו שנים תחילה ואח"כ העיד עד שלישי לבד לאחר כ"ד דאז אין לנו לחייבו ממ"נ השנים הראשונים אינם צריכים לו והוא בעצמו אינו יכול לחייבו. אבל כשיעידו שנים לאחר כ"ד כגוונא דאיירי הל"מ אמאי לא יתחייבו כשהוזמו כיון

שעדיין לא נגמר הדין א"כ לא הו"ל גברא קטילא ולפי מש"כ רש"י במכות (ה.) אכתי גברא לאו בר קטלא שלא הועד עליו בב"ד ואלו הוה אתי ומודה הוה מיפטר עכ"ל. יש לישב דברי הל"מ דכיון שהועד עליו בב"ד ואלו הי' מודה ג"כ לא הוה מיפטר מקרי גברא בר קטלא [אף שמדברי רש"י ב"ק (ה.) ד"ה סבר לה כו' משמט שגם אם העידו עליו בב"ד יכול לפטור את עצמו בהודאתו אבל כבר השיג ע"ז תוס' רי"ד ויעויין מה שפי' שם דאינו מועיל הודאתו למפטר אחר שכבר הועד עליו בב"ד] אבל באמת הא כבר השיגו תוס' שם על פירש"י וכתבו דהטעם דלהכי לאו בר קטלא דשמא לא יבואו עדים ואם יבואו עדים לא יהא עדותן קיים. ועוד שאסור להורגו עד שיגמור דינו וכשנגמר דינו כבר בר חיובא הוא כו'. וא"כ לפי"ז דברי הל"מ תמוהים. אמאי לא יהא חייבים השנים הנוספים אף לאחר כ"ד ועוד נ"ל דאפי' בדיני ממונות נמי יש להסתפק ולומר דהשניים הנוספים חייבים ג"כ. דדוקא היכא דעדות הראשונים הי' אמת אז פטורים השנים אף שהוזמו דהשנים לא עשו כלום בהא דהעידו. וזה יש ללמוד מהגמרא דמכות הנ"ל אבל הכא כיון דהשנים הנוספים ידעו דשקר העידו הראשונים ואולי יתזמו הראשונים ועל השנים לא יהי' הזמה יחייבו אותו משום עדותם ע"כ אפשר לדון דהנוספים שהעידו לאחר כ"ד חייבים ג"כ אבל זה ברור דהשלישי שהעיד לאחר כ"ד פטור כמש"כ הר"ן ואין להקשות דאולי יוזם אחד מן הראשונים ויצטרף הוא עמהם. דז"א כיון דניזם אחד מהם בטלה שניהם דהוי כנמצא אחד מהם קרוב או פסול ולפי דעתי אין בזה שום חולק אפי' לפי שארי פירושים שהובאו בשם ומש"כ הגאון הנ"ל דאולי לא סובר הר"ת כפירש הלז כו' כוונתו נעלמה ממני וא"כ קושית הגאון הנ"ל על ר"ת היא קושי' חזקה וגם ה"נ אם נאמר דהטעם דהא דחייבתו התורה להשלישי הוא משום שהוא העיד תוכ"ד להראשונים ונטפל לעושי עבירה ג"כ אפשר לתרץ ולחלק בין חזרה בתכ"ד ובין שיהא נחשב כחד בתכ"ד כמו שכתבתי לעיל. אבל האמת גם הכא נראה הא דחייב השלישי הוא מטעם כיון דאמר בתכ"ד להראשונים אז יכולין עדיין הראשונים לחזור מדבריהם תכ"ד מהשלישי. ע"כ הוה עדות אחת וכולם חייבים בשוה. דגם עדות השנים נגמרת לאחר כ"ד השלישי דאז אינם יכולים לחזור מדבריהם ומ"מ נקרא השלישי נטפל לעושי עבירה כיון דבלאו עדותו הוה חייב ג"כ מחמת השנים הראשונים. וא"כ נתחזק קושית הגאון הנ"ל על שיטת ר"ת והרמב"ן דס"ל דחזרה תכ"ד הוא רק מדרבנן ומלבד כל זה קשה לי לומר דהך כללא שבעדות יכולין לחזור מדבריהם תכ"ד הוא רק מדרבנן לבד דא"כ אם עדים העידו שהרג פלוני את הנפש. ועדים אחרים מזימין אותם וחזרו תוכ"ד יהי' הדין מדאוריי' שיהרגו העדים אשר העידו שהרג פ' כו' דחזרת עדים המזימין אינו

כלום ומדרבנן יכולין לחזור המזימין תכ"ד וחייב אותו שהעידו עליו וא"כ איך יכולין חכמים לתקן דבר שיהרג נפש. שמדאורייתא אין עליו משפט מות:

ע"כ נראה לי לאמר שבעדות כו"ט ס"ל דמדאורייתא יכולין לחזור תכ"ד ואף ר"ת ורמב"ן מודים בזה ואין שום חולק ע"ז והילפותא הוא מדחייב השלישי שהעיד תכ"ד לראשונים מסתמא הראשונים יכולין לחזור בתכ"ד השלישי. דאי לאו הכי אמאי חייב השלישי הא בלא עדותו יש עדות. וכן מדבעינן עד שיזומו את כולם אם העידו תכ"ד משמע שהוא עדות אחת דהראשונים יכולין ג"כ לחזור כ"ז שלא נאמר תכ"ד של האחרון אך לא מצינו למילף מזה רק היכא דהי' דיבור לבד כמו עדות אז אמרינן דאתי דיבור דתכ"ד ומבטל דיבור אבל היכא דהי' מעשה כמו קדושין וגירושין לא אמרינן בזה דאתי דיבור דתכ"ד ומבטל מעשה. ולכך מה"ת אינו יכול לחזור [דלא כרשב"ם דס"ל דגם גבי קדושין וגירושין מה"ת יכולין חזור והא דאמרינן דאינם יכולין לחזור הוא מדרבנן] וזה דהיה קשה לר"ת אמאי בקנינים כמו משיכה וכדומה דהוי ג"כ מעשה ויכולין לחזור מדחשיב הגמרא רק קדושין וגירושין בהא דאינן יכולין לחזור תכ"ד אלמא דבכ"מ יכולין לחזור אפי' בקנינים וכן פסקינן בשו"ע ח"מ סי' קצ"ה ס"ז] וזה הכריח לר"ת לומר דבאמת מדאורייתא בכ"מ לא אתי דיבור ומבטל מעשה רק בקנינים הוא מדרבנן שהם תיקנו משום שפעמים אדם מוכר לחבירו מקח ופגע בו רבו כו' שיכול לחזור בו והא דמגדף ועכו"ם אע"ג דאינו אלא דיבור לבד בלא מעשה ואעפ"כ אינו יכול לחזור בו היינו משום דחמירא מאוד דפגע בעיקר ואין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה לכך אינו יכול לחזור בו וגם ר"ת מודה בסברא זו [כדעת הר"ן] והא דלא ניחא להו לחלק בין מקדש ומגרש לשארי קנינים ג"כ בסברא זו משום דקשי' להו דהא גם שבועה חמירא מאוד כדאמרינן דכל העולם נזדעזע על לא תשא ואעפ"כ אם נשבע שבועה שאין אנו יודעין לך עדות יכולין לחזור בו תכ"ד ומפני זה הוכרחו לומר דמקדש ומגרש ה"ט משום דיש בהם מעשה ואין דיבור מוציא מידי מעשה. משא"כ שבועה דאינו אלא דיבור בלבד וקילא ממגדף ומעכו"ם ולכך יכולין לחזור בה ובשארי קנינים דיכולין לחזור בהם ע"כ הוא מדרבנן:

ולפי מה שבארנו יוצא לנו דהיכא דהקדושין הי' ע"י מעשה גמורה בזה ודאי כו"ע ס"ל דתוכ"ד אינו יכול לחזור והוי קדושין גמורין אבל בנ"ד שלא הי' הקדושין ע"י מעשה כיון שקדשה רק בפקדון שהי' כבר בידה א"כ לא הוי הקדושין רק ע"י דיבור בעלמא לפי דעת הר"ן דס"ל דלכך מקדש ומגרש אינו יכול לחזור תוכ"ד משום דחמירא ואין אדם עושה אלא בהסכמה גמורה ודאי דגם בזה אינו יכול לחזור תכ"ד אבל לפי דעת הר"ת והרמב"ן

ולפי מה שבארנו דס"ל דלכך גבי קדושין וגירושין אינו יכול לחזור תוכ"ד משום דלא אתי דיבור ומבטל מעשה א"כ כה"ג דלא הוי רק דיבור בלבד יכול לחזור תוכ"ד כך עלה בדעתי לכאורה.

אבל אח"כ התבוננתי בזה דאפשר לומר דבכה"ג כנ"ד נמי אינו יכולין לחזור אף לפי דעת הר"ת והרמב"ן דהא כתבו התוס' מנחות (פא) ד"ה תודה דלכך לא מצו למיהדר משום דאמירה לגבוה כמסירתו להדיוט דמי ואמרינן נמי בפ' בתרא דנדרים והלכתא תוכ"ד כדיבור דמי חוץ ממגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש עכ"ל ולכאורה דבריהם תמוהים בתרתי. חדא דאדרבה מדלא חשיב הגמרא רק את אלו ולא חשיב ג"כ מקדיש מסתמא גבי מקדיש יכול לחזור ועוד האיך אמרי דלכך לא מצי למיהדר משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי. הא גבי מסירה להדיוט גופא פסקינן דיכול לחזור בתכ"ד. דכן מוכח מהגמרא מדלא חשיב רק מקדש ומגרש וע"כ צ"ל דהתוס' דמנחות אזלי בשיטת הרמב"ן ור"ת וכפי מה שבארנו דלכך מקדש ומגרש אינו יכול לחזור משום דיש בה מעשה ואין דיבור מוציא מידי מעשה אף תוכ"ד. והא דבשאר קנינים יכול לחזור הוא רק מדרבנן וגבי הקדש, דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי וכיון דבמסירה להדיוט אינו יכול לחזור מה"ת א"כ גבי הקדש נמי אינו יכול לחזור

אך עדיין דברי התוס' הנ"ל צריכין ביאור מהיכן למדו התוס' לומר דילפינן הקדש ממקדש ומגרש דשאני מקדש ומגרש דהוי מעשה בפועל ממש. ולכך לא אתי דיבור אף בתכ"ד לבטל המעשה אבל גבי הקדש אע"ג דדיבור מהני כמו מעשה בהדיוט מ"מ כיון דהדיבור לא נגמר עד אחר כ"ד. אמאי אינו יכול לחזור אע"ג דגבי מו"מ נמי צריכין לאמירה בשעת המעשה א"כ אמאי לא אמרינן דליתי דיבור ומבטל הדיבור דקודם וישאר המעשה בלא דיבור והא לא מהני מעשה בלא דיבור דשאני התם כי בהם המעשה הוא העיקר מה שנותן לה הקדושין והגט והאמירה היא רק לגלות שנותן לה לשם קדושין או גירושין דהא פסקינן כר"י קדושין (ו.) דאם הם עסוקין באותו ענין ונתן לה גיטה וקדושיה ולא פירש דיו. וכ"ש בשאר קנינים דצ"ל חזק וקני הוא רק לגלות שרצונו לזכות לו הדבר אבל העיקר היא המעשה. כי באמת בפניו א"צ לומר חזק וקני אבל באמירה לגבוה כיון דאינו מעשה בפועל ממש אלא רק קנין שע"י אמירה היא מנ"ל שאינו יכול לחזור בתכ"ד כמו גבי מסירה להדיוט מדאורייתא ע"כ נראה דע"כ צ"ל דהתוס' ילפי זאת מקדושין דכה"ג כגון שאמר לה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך דאין כאן מעשה בפ"מ אלא אמירה גרידא וס"ל להתוס' מדלא מחלק, הגמרא בין קדושין לקדושין ואמר סתם דלא מצי הדר אלמא אפילו בקדושין כאלו ג"כ לא מצי הדר וכן בגירושין משכחת לה בכה"ג

[עיין בשו"ע (סי' קל"ח)] וע"כ צ"ל הטעם כיון דע"י האמירה זכתה האשה בקדושיה ובגיטה הוה כמו מעשה בפ"מ. וה"נ גבי הקדש כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוא משום דכל היכא דאיתא בגזא דרחמנא איתא א"כ הוה אמירה דידי' כמו מעשה בפ"מ ולא מצי הדר תכ"ד ולפי"ז ניחא הירושלמי בקדושין דהוצרך לומר הטעם דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט משום שנאמר לה' הארץ ומלואה ולכאורה קשה תיפוק ליה דמחוייב לקיים דבריו משום דכתיב מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למיהדר בו. וכן כתב הרא"ש בנדרים (כט:) טעם זה אבל לפי דברי ניחא שפיר דהוצרך הירושלמי לטעם דלה' הארץ ומלואה וכל היכא דאיתא בגזא דרחמנא איתא ומיד שיצא הדיבור מפיו זכה בו הקדש ולכך לא מצי למיהדר אף בתוכ"ד דהוה כמו מעשה בפ"מ. ונראה לישב דברי הרא"ש בנדרים דנתן טעם אחר, דהטעם דהירושלמי לא שייך אלא באומר הרי שור זה עולה דאז שייך לומר כל היכא דאיתא בגזא דרחמנא איתא. אבל אם אמר הרי עלי עולה לא שייך אז טעם זה לזה אומר הרא"ש דהטעם הוא משום נדר:

אבל לפי"ז יכול לחזור תוכ"ד דהא בנדרים יכול לחזור תוכ"ד וא"כ יהי' נ"מ בין אם אמר הרי זה ובין אמר הרי עלי לענין לחזור בו תוכ"ד אבל התוס' הנ"ל ע"כ ס"ל דהטעם של הירושלמי שייך ג"כ באומר הרי עלי דהתוס' איירי באם אמר הרי עלי תודה ואעפי"כ אמרינן דלא מצי למיהדר משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וע"כ הטעם דכל היכא דאיתא בגזא דרחמנא איתא שייך נמי באומר הרי עלי:

אכן כ"ז הוא לשיטת הפוסקים דבהקדש ותמורה אינו יכול לחזור תוכ"ד אבל לפי הסוברים דגם בהקדש ותמורה יכול לחזור תכ"ד כמבואר בגמרא ב"ק (עג:) ואפי' באומר הרי זו ג"כ יכול לחזור אע"ג דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט לפי"ז מוכרחים אנו לומר דגם במקדש ומגרש הא דאינו יכול לחזור תוכ"ד הוא דוקא שהיה מעשה בפ"מ לשם קדושין וגירושין אז אמרינן דלא אתא דיבור ומבטל מעשה אבל אם תחילת נתינתו לא הי' לשם קדושין וגירושין רק דאח"כ ע"י אמירה צריך לחול הקדושין והגירושין אף שהם כבר בידה אעפ"כ כיון דעתה אינו חל הקוה"ג רק ע"י האמירה יכול לחזור תכ"ד דאמרינן אתי דיבור ומבטל דיבור ונראה לישב לפי שיטה זו דברי הירושלמי דהוצרך ליתן הטעם הא דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט משום לה' הארץ ומלואה משום דנ"מ דאי מטעם הרא"ש משום דמחוייב לקיים דבריו מטעם נדר א"כ מת הא היורשים אינם מחוייבים לקיים נדרו כמו שהקדיש דבר שלא בא לעולם. דאם אמר בלשון אתננו להקדש פסקינן בשו"ע ח"מ (סי' רי"ב ס"ז) בהג"ה דדוקא אם הנודר קיים מחוייב הוא לקיים דבריו מטעם נדר אבל אם מת היורשים פטורים ואלו מטעם דלד' הארץ ומלואה קנה הקדש

ואף היורשים מחוייבים לקיים זאת. וגם לפי"ז נראה לומר דהוצרך הרא"ש לומר טעם דאמירה לגבוה כו' משום טעם נדר כמו שבארתי למעלה דהטעם דהירושלמי לא שייך אלא באומר הרי זו אבל באומר הרי עלי ע"כ הטעם משום נדר וא"כ אם אמר הרי עלי עולה ומת אין היורשים מחוייבים להביא עולתו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ואלו לדברי התוס' דמנחות נראה דגם היורשים מחוייבים להביא וצ"ע:

והמתבאר מכל זה דדין זה דאם קידש בפקדון שבידה וחזר תכ"ד לפי שיטת הר"ת והרמב"ן תלוי בפלוגתת הפוסקים גבי הקדש דלפי דעת הפוסקים דס"ל גבי הקדש אינו יכול לחזור תכ"ד. ה"ה נמי גבי נידון דידן אינו יכול לחזור ולהפוסקים דס"ל דגבי הקדש יכול לחזור תכ"ד. בנידון זה נמי יכול לחזור ועוד יתבאר לפי דברינו אלה דין חדש שלא הזכירו הפוסקים כלל דה"ה גבי שיחרור דאם נתן שטר שיחרור לעבדו וחוזר מיד תכ"ד אינו יכול לחזור בו דהוי כמקדש ומגרש דלא אתי דיבור ומבטל המעשה. דבשאר קנינים דיכול לחזור הוא רק מדרבנן כמו שבאר' ומאי דלא חשיב בגיטין (ט.) הא מילתא דשוה שחרורי עבדים לגיטי נשים משום דמסיק שם מילחא דאיתא בקדושין לא קתני ועוד נ"ל דאפי' אם קנה עצמו מיד רבו בכסף של אחרים [כמבואר בקדושין] אינו יכול רבו לחזור בתכ"ד. דכיון דמה"ד הוא משוחרר והוא ישראל גמור דלא אתא דיבור ומבטל מעשה א"כ בלא"ה א"ש דלא קחשיב במאי דשוי שחרורי עבדים לגיטי נשים נמי להההוא מילתא דאינו יכול לחזור בתכ"ד. כיון דאפי' בכסף נמי אינו יכול לחזור:

אח"כ מצאתי דהב"ח בקונטרס אחרון (סי' מ"ז) כתב על הא דאמרה היא בעצמה נתקדשתי ואח"כ חזרה בתכ"ד וז"ל ומהור"ך הקשה מהא דכתב רבינו בסי' מ"ט דלגבי קדושין לא הוי תוכ"ד כדיבור ותירץ שאני התם דעביד מעשה שנתן המעות בידה ולא אתי דיבור ומבטל מעשה אבל הכא לא הוי אלא דיבור דאמרה נתקדשתי יכולה לחזור בה תכ"ד דאתא דיבור ומבטל דיבור עכ"ל ונ"ל דאעפ"י דבעלמא ודאי אמרינן דאתי דיבור ומבטל דיבור וכדאיתא פ' השולח (לב) מ"מ כאן לא אמרינן הכי שהרי בפרק י"נ (קכט) קאמרינן והלכתא כל תוכ"ד כדיבור דמי לבד מע"ז וקידושין וכתבו התוס' דר"י פי' ע"ז שא"ל אלי אתה וחזר בו תוכ"ד דלא מהני מידי ולא אמרינן אתי דיבור ומבטל דיבור ודכוותא בקדושין היכא דלא הוי אלא דיבור כגון שכבר מסר בידה פקדון והוא בעין וא"ל בפני עדים הרי את מקודשת לי בפקדון שלי שמסרתי, בידך וחזר תכ"ד ואמר דלהוי מתנה דלא מצי הדר ואע"ג דליכא מעשה אלא דיבור אלא צ"ל דקיי"ל הכי בע"א וקדושין מגזירת הכתוב כמ"ש התוס' בפ' יי"נ. א"נ תקנתא דרבנן היא כמ"ש הרמב"ן בשם ר"ת ומביאו הר"ן סוף נדרים (פז) והר"ן עצמו כתב טעם אחר ע"ש. וכל זה דוקא

לענין חזרה דמעות קדושין דקאמר תכ"ד דלהוי מתנה אבל הכא לא קא עסיק תלמודא אלא לענין נאמנות דמעיקרא קא שוי' אנפשיה חתיכא דאיסורא ואח"כ חזרה מדבורה תכ"ד כו' עכ"ל הב"ח והמעיין יראה בדברי הב"ח הללו שדבריו נכונים מאד לישב דברי ר"ת והרמב"ן ומה שהקשה הב"ח ע"ז דא"כ היכא שהי' פקדון בידה אמאי לא מהני חזרה תכ"ד כבר בארתי דזה תלוי בשיטת הפוסקים גבי הקדש ולפי דעתי א"א לפרש דברי התוס' דמנחות אם לא כמו שפירשתי א"כ מוכח לפי"ז להדיא דהתוס' ס"ל כיון דע"י דיבור קנה מה שת"י הוי כמו מעשה בפ"מ:

עוד נ"ל דגם הרמב"ם מוכרח לסבור דהא דיכולין לחזור בשאר קנינים בתכ"ד הוא רק תקנתא דרבנן לבד. דהנה הרמב"ם (פ' ו' מה"א ה"ד) כתב וז"ל אבל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהי' מקודשת ואם לא תתני לא תהי' מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואח"כ התנה ואעפ"י שהכל בתכ"ד הרי זו מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום עכ"ל והקשה עליו הטור דהוא מילחא דפשיטא דאם נתן ואח"כ התנה אין אחר המעשה כלום ופירשו האחרונים משום דהא קיי"ל דבקדושין תכ"ד אינו כדיבור וליתא בחזרה אמנם הט"ז כתב (בסי' ל"ח סק"ב) דמשמע מדברי הטור דהנותן מתנה לחבירו ואמר הריני נותן לך מתנה זו ונתן לו ואח"כ אמר איזה תנאי לא מהני ואין בתנאי זה כלום כיון שקודם לזה זכה בו סתם משו"ה מקשה דאינו צריך ללמוד כאן מתנאי דב"ג כיון דבלא"ה אין כאן תנאי וכבר השיגו עליו כל האחרונים דנעלם ממנו דברי הרא"ש בב"ב ושו"ע קצ"ה ס"ז דפסקינן להדיא דבשאר קנינים יכול לחזור אפילו לאחר שמסר ומשך תכ"ד. והב"י והב"ח תירצו על קושית הטור דה"א דתנאי עדיף מחזרה כיון דהוא בא להשלמת דברים הראשונים אך לפ"ד עדיין קשה טובא על דברי הרמב"ם דהאיך אפשר לומר דאי לאו דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר ה"א דתנאי עדיף מחזרה דאפי' גבי קדושין וגיטין דחזרה לא מהני תכ"ד ה"א דתנאי מהני ועתה דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר בשאר קנינים דיכולין לחזור בתכ"ד מ"מ תנאי לא מהני אף בתכ"ד ואין לדחוק ולומר כיון דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר הוא גזירת הכתוב בלא טעם. דזה אינו דהא פסק הרמב"ם שם פ"ו הי"ז דהיכא דהתנה בע"מ ומעכשיו אין צריך לדיני תנאים ואף שהקדים המעשה קודם התנאי התנאי קיים וכתב שם ה"ה ונראה מדבריו דהטעם שמעכשיו ובע"מ אין צריך לדברים אלו הוא מפני שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי אבל באם אין המעשה חל עד שהתנאי יתקיים והתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול עכשיו. לפיכך צריך חיזוק יותר עכ"ל א"כ חזינן דהא דהתנאי אינו מועיל לאחר המעשה הוא רק מפני שבא לעקור

המעשה קצת א"כ חזינן דזה מתורת חזרה נגע בה ולכך היכא דלא בא לעקור המעשה לא איכפת לן אפי' היכא דבא לאתר המעשה וא"כ דזה מטעם חזרה לכך אינו מועיל לאחר המעשה א"כ קשה בשאר קנינים דתנאי לא מהני אפי' בתכ"ד א"כ האיך מהני חזרה. אבל לפי מה שבארתי דהא דבשאר קנינים יכולין לחזור תכ"ד הוא רק מדרבנן לבד כדברי ר"ת. וגבי שאר תנאים הניחו הדבר על דין תורה א"ש דברי הרמב"ם ועוד נראה לי לומר דעת הרמב"ם דלא כמש"כ לדעת ר"ת דהא דלא מהני חזרה תכ"ד גבי קדושין וגירושין הוא מצד הסברא דלא אתי דיבור ומבטל מעשה אלא דזה גופא ילפינן מתנאי ב"ג וב"ר מדהוצרך משם לומר התנאי קודם המעשה משום דלאחר המעשה אינו יכול להטיל תנאי אלמא דלא אתי דיבור ומבטל מעשה וא"כ ה"ה דאינו יכול לחזור אפי' תכ"ד והא דמהני חזרה במתנה הוא רק מדרבנן ודוקא בחזרה תקנו דמהני אבל בתנאי לא תקנו משום דאיהו אפסיד אנפשי' דהיה יכול להתנות קודם המעשה:

ולכאורה נראה מדברי הרמב"ם הללו דוקא שהיה המעשה בפ"מ היינו שאמר הרי את מקודשת לי ונתן הדינר ואח"כ הטיל התנאי אז התנאי בטל אבל אם נתן לה הדינר סתם ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת וגם הטיל התנאי אז התנאי קיים וכן כתב הב"ח בקו"א. הרי חזינן דס"ל דאף שמיד שאמר הרי את מקודשת זכתה בדינר לשם קדושין אעפ"כ יכול להטיל תנאי תכ"ד דזה לא מיקרי מעשה בפ"מ כיון דעתה לא חלו הקדושין רק ע"י אמירה לכך יכול להטיל התנאי דאח"כ. ונראה דדעת הב"ח היא אע"ג דאמרה הן קודם שהטיל התנאי אפ"ה מהני התנאי דאח"כ כיון דהקדושין אינם נגמרים רק ע"י דברים שלהם לכך מועיל התנאי דאח"כ תכ"ד. והב"ח אזיל לשיטתי' שהבאתי למעלה מה שהשיג על המהור"ך. אמנם דעת הט"ז אינו כן וסובר כיון דהדינר בידה, וע"י האמירה הן שלה זכיתה בדינר הוה כמעשה בפ"מ ואינו יכול אח"כ להטיל תנאי ולפי מה שבארתי לעיל שדעת הסוברים דגם בהקדש אינו יכול לחזור תכ"ד הוא משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי וזכה ההקדש בכל מקום שהוא מטעם לה' הארץ כו' והוי כמו מעשה בפ"מ. א"כ דברי הט"ז מוכרחין דהא הרמב"ם סובר דגם בהקדש אינו יכול לחזור תכ"ד ושם אינו מעשה בפ"מ אלא משום דע"י אמירתו זכה ההקדש בכ"מ שהוא הוה כמו מעשה בפ"מ א"כ ה"נ מיקרי מעשה בפ"מ ואינו יכול אח"כ להטיל תנאי:

ועוד נ"ל להביא ראיה דע"כ סובר הרמב"ם דאפילו אם תחילת הנתינה לא היה לשם קדושין אלא ע"י אמירה דאח"כ מ"מ הוה כמו מעשה ואינו יכול להטיל תנאי דהא לכאורה דברי הרמב"ם תמוה האיך פירש דהא דהמעשה קודם לתנאי בטל התנאי היינו מעשה בפ"מ הא עיקר דין זה ילפינן מב"ג וב"ר ושם לא הוה מעשה בפ"מ אלא אמירת

משה לבד. וכן הקשה הגאון בעל אבני מלואים ודחק לתרץ שם. אבל לפ"ד נראה לישב בפשיטות עפ"י מה דאיתא בירושלמי דקדושין על ענין דתנאי ב"ג וב"ר וז"ל שנייא היא שהיתה הארץ לפניהם והוא מבקש להוציאה מידם עכ"ל וא"כ אלו הי' אומר משה ונתתם את נחלתם בארץ הגלעד מקודם מיד היו זוכים בה (והוה כאלו אמר לאחד זכה מה שבידך] והוה כמו מעשה ולא היה יכול להטיל אח"כ התנאי וע"כ הוכרח להטיל התנאי קודם האמירה של ונתתם וגו'. אלמא דהיכא דע"י האמירה זוכה בדבר שתח"י אעפ"י שלא היה מעשה בפ"מ מ"מ מיקרי מעשה ואינו יכול להטיל תנאי וכן מצאתי השגות הראב"ד על בעל המאור במס' ביצה דכתב כלל חדש דהיכא דמתנה שאם יעשה פלוני כך וכך יותן לו כך וכך א"צ בזה לדיני תנאים כי דיני תנאים לא נאמרו אלא היכא שהמעשה נעשה מיד שהתנאי צריך לעקור המעשה וגבי ב"ג וב"ר דהוצרך להני דיני תנאי משום דהתם נמי נעשה המעשה מיד כי זכו מיד בנחלתם. הרי להדיא כדברי דזכו מיד בנחלתן א"כ לפי דעת הרמב"ם שפיר י"ל דזכו מיד באמירת משה א"כ הרי זו ראי' מוכרחת לדברי ונסתפקתי לפי הני שיטות הראשונים גבי מחשבה להוריד טומאה דאמרינן בקדושין (נט:) שאני מחשבה דטומאה דכי מעשה דמי וכן גבי תרומה כתבו שם התוס' ד"ה מידי כו' דשאני מחשבה דתרומה דכי מעשה דמי אי מהני בהם חזרה תכ"ד או לא משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה וצ"ע בזה:

היוצא מכל דברינו אלה לנדון שאלתנו הנה לדעת הר"ן דס"ל דהא דגבי קדושין וגירושין אינו יכול לחזור בתכ"ד הוא מטעם חומר שלהן בודאי ה"ה הכא אמנם לדעת ר"ת והרמב"ן תלוי זה בשיטת הפוסקים גבי הקדש אם יכול לחזור בתכ"ד או לא א"כ זה הוה פלוגתא דרבוותא ע"כ לא הוה אלא ספק קדושין בכה"ג ואם קדשה אחר צריכה גט משניהם:

סימן יח

שאלה לפי מאי דקיי"ל דיבמה שנפלה ליבם והיא אסורה לו משום איסור לאו לבד או משום:

איסור עשה לבד אם בא עליה היבם קנאה ונפטרה צרתה ואם היא אסורה עליו באיסור לאו ועשה כגון אלמנה מן הנשואין לכה"ג דאית בה לאו דלא יקח ועשה דאשה בבתוליה יקח אם בא עליה יבם לא קנאה ולא נפטרה צרתה כמבואר ברמב"ם (פ"ו מה' יבו"ח ה"י וי"א) האיך הדין דאם יש על היבמה איסור לאו (ואיסור לאו) הבא מכלל עשה דהיינו ממזרת ומצרית וכדומה לזה אם בא עליה יבם קנאה או לא:

תשובה לכאורה אין שאלה זו צריכה לפנים דהא עשה דהוא אשה בבתוליה יקח ולא בעולה היא ג"כ רק לאו הבא מכלל עשה ואפי"ה אמרינן דלא אתי העשה דיבמה יבא עליה ודחי ללאו ולאו הבא מכלל עשה ובזה רצה לדחות הבעל בית מאיר בסי' קע"ד תי' הפ"י שמתרץ דברי הרמב"ם שסובר באיסור עשה אם בא עליה יבם קנאה והקשה הישׁ"ש מאי אולמי' האי עשה מהאי עשה ומתרץ הפ"י כיון דחייבי עשה דהיינו מצרי ואדומי לאו עשה גמור נינהו אלא לאו הבא מכלל עשה לא עדיף האי עשה מלאו גמור והא דעשה עדיף מל"ת היינו עשה גמורה שיש בה קום ועשה וכסברא זו כתב המ"ל (בפ"א מה' נערה בתולה ה"י) בשם הרשב"א אך הגאון בעל בית מאיר הקשה ע"ז דא"כ תקשה לידחי עשה דיבום עשה ול"ת דאלמנה לכה"ג דהא נמי אך בלאו מכלל עשה באה דבתולה ולא בעולה ואלו נאמר דתרי לאוין נמי אין עשה דוחה משום דאף דדוחה חד לאו נשאר השני, וכדמצינו כעין זה בריש תמורה לענין לאו הניתק לעשה הי' ניחא אך בס' גינת ורדים כ' אם עשה אחת דוחה ב' לאוין אי לא דבר זה מבואר בנזיר ובתוס' שם דאף ב' לאוין דוחה ע"ש וכן מוכח לע"ד דאל"כ לא מקשה הגמרא (כ) אלא אלמנה מן האירוסין יבא עשה וידחה לל"ת הא באלמנה לכה"ג קידש ובעל לוקה שתים משום לא יקח ולא יחלל כמבואר ברמב"ם (פי"ז מהא"ב) כו' א"כ צ"ע כו' ע"כ תורף דבריו:

הנה מה שהסכים הגאון הנ"ל למ"ש הג"ו מסוגיא דנזיר דעשה דוחה ב' לאוין נפלאתי עליהם דהא בסוגיא שם (מח) לא אמרינן מה לי חד לאו מה לי ב' לאוין אלא לר' ישמעאל דלא דריש קרא דלאחיו לכה"ג ונזיר ומסברא דנפשי' קאמר לי' אבל לר"ע הא לא ידעינן אלא במת מצוה דגלי קרא דלאחיו לנזיר וכה"ג דאיכא ב' לאוין ואפי"ה דחי לה. אבל בעלמא אפשר דלא דחי עשה ב' לאוין ומשם לא ילפינן דהא שם דוחה גם לעשה שיש בו כרת וגם מה שהביא הגאון הנ"ל ראי' מהא דמקשה הגמרא אלא אלמנה מן האירוסין יבוא עשה וידחה לל"ת ושם איכא ב' לאוין לא יקח ולא יחלל לפ"ד אין משם ראי' דהא לאו דלא יחלל הוא כשבעל באיסור ומשוי לה חללה אבל, אם נימא דהעשה דוחה לאו דלא יקח א"כ אין כאן ביאת איסור כלל. ואדרבה מה"ת מחויב ליקח אותה א"כ פשיטא דאין כאן לאו דלא יחלל כיון דביאתו ביאת היתר ואין מחלל אותה ולפי"ז לאו דלא יחלל אין צריך למידחי'. ועוד נ"ל דאף אי גמר ביאתו לא עבר על לאו דלא יחלל זרעו דהזרע הוא מקרי זרע כשר לכהונה כיון דהתורה התיר אותו אף גמר ביאה לשיטת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א יבמות (כ:) יעו"ש בחידושם דלא כהתוס' שם ד"ה אטו. וא"כ כאן דהיא אינה נעשית חללה בביאתו גם זרעו כשרים לכהונה כיון דלא נולדו מאיסורי כהונה אף שהשעה"מ (בה' יבו"ח פ"ו) נסתפק ביבם שיבם ממזרת ונתעברה

מביאה ראשונה אי הוה הולד ממזר אף דביאתו ביאת היתר והניח בצ"ע שאני התם די"ל דהולד הולך אחר הפגום כמו בגר שנשא ממזרת שג"כ נושאה בהיתר ואפי"ה הולד ממזר אבל גבי כהונה לא מצינו שיתחלל הולד היכא שהיא מותרת לו לכתחילה ולפי"ז מה שהניח הגאון הנ"ל בצ"ע מאלמנה מן הנשואין לכה"ג אין שום קושי' דאיכא למימר דאף דעשה דבתולה יקח הוא רק לאו הבא מכלל עשה מ"מ הא ב' לאוין נמי לא דחי עשה א"כ שאילתא דידן לכאורה היא מבואר להדיא בגמ' דלא קנאה ממ"נ אם מטעם דב' לאוין ל"ד או דלאו הבא מכלל עשה דינו כעשה גמור:

אך כ"ז לפי דעת הגאונים דסברי דבעולה לכה"ג הוא לאו הבמכ"ע כמו מצרי ואדומי וכן הוא דעת המ"ל ברישׁ ה"א פ"א ה"י אבל לפע"ד אינו נראה כמו שאבאר בס"ד ונמצא שאלה זו צריכה לפנים ולפני ולפנים דהנה באמת על תירץ הפנ"י הנ"ל [ודעת הרשב"א שהובא במ"ל] דס"ל דכיון דחייבי עשה דמצרי ואדומי לאו עשה גמורה נינהו אלא לאו הבמ"ע לא עדיף ההיא עשה מלאו גמור תמה ע"ז הגאון בעל הפלאה מהא דרישׁ תמיד נשחט (נט.) דפריך שם הגמרא בשלמא לת"ק יבא עשה דפסח שיש בו כרת וידחה לעשה דהשלמה שאין בו כרת אלא לר"י מאי אולמי' דהאי עשה מהאי עשה אלמא דאין חילוק בין עשה דקום ועשה ובין עשה שאינה בקום ועשה אלא היא לאו הבא מכ"ע דהא עשה דהשלמה הוא להבמ"ע דעליה השלם ולא אחר תמיד של בין הערבים ואפי"ה אמרינן מאי אולמי דהאי עשה מהאי עשה וכן כתב הגאון בעל ש"א בסי' ל"ג. שתמה על הרמב"ם הנ"ל דסובר דבח"ע אם בעל קנאה. ודחה שם החילוק לחלק בין ח"ע שבקו"ע ובין ח"ע שאזהרתה היא בשב וא"ת מהאי סוגיא דפסחים הנז' יע"ש:

אמנם לאחר העיון נ"ל דדברי הרשב"א והפנ"י נכונים וזה ברור דזה הוא שיטת הרמב"ם והרמב"ן דלאו הבא מכלל עשה נדחית מפני עשה. דהא חזינן דהרמב"ם והרמב"ן לא מנו בשום מקום לאו הבא מכלל עשה בכלל עשין. דס"ל דאין זה אלא אזהרה בלבד על האיסור ולכך לא מנו אותם לא בלאוין ולא בעשין והא דמנו מצות שחיטה בכלל עשה כבר תירצו הכ"מ והבעל מג"א דאם ירצה לאכול ושוחטה הוא מקיים מצות עשה שציונו על השחיטה וכן בכמה מצות שמנה הרמב"ם השיג הרמב"ן שחשב שהוא מנה לאו הבא מכלל עשה לעשה גמורה כמו עשה דזאת הבהמה תאכלו אך כבר תירצו דכוונת הרמב"ם היא שהבדיקה והבדלה בין הטמאים והטהורים היא מצות עשה ע"כ נ"ל דהעשה דבתולה לכה"ג הוה עשה גמורה שמצוה עליו ליקח בתולה כשירצה ליקח אשה וכן מורה הלשון דמשנה הוריות (יא:) דאיתא שם ומצווין על הבתולה ואסורין על האלמנה וכן לשון הרמב"ם שכתב מצוה ל"ח היא שצוה כה"ג שישא בתולה והוא אמרו

והוא אשה בבתוליה יקח. וכן לשונו בחבורו הגדול (פי"ז מהא"ב הי"ג) מצות עשה על כה"ג שישא נערה בתולה כו' שנאמר והוא אשה בבתוליה יקח אלמא דחשיב זאת למ"ע גמורה וכן כתב התשב"ץ בספרו זוהר הרקיע אות מ"ד וז"ל הכהן הגדול מאחיו מצוה לבעול הבתולה שנאמר והוא אשה בבתולה יקח והיא מ"ע גמורה וכבר אמרו ומצווה על הבתולה ואם בעל בעולה עובר בעשה כו' ואני תמה למה לא מנו זה מצוה מיוחדת מלבד צווי הבתולה שאם נשא בתולה קיים מצוה ואם בעל בעולה עובר בעשה וזה דומה לאוכל כזית צלי מבעוד יום שכתבנו למעלה אעפ"י שהאכילה בלילה והאכילה ביום הכל יוצא לנו מפסוק אחד. וכ"ש זה שיש לבעולה פסוק מיוחד כי אם בתולה מעמיו יקח אשה ולא בעולה וכן למה לא מנו מצרי ואדומי בח"ע דור שלישי יבוא להם בקהל ד' ולא דור ראשון ושני לאו הבא מכלל עשה כו' עכ"ל אלמא דחשיב בתולה לכה"ג במ"ע גמורה דאם נושא בתולה ולא בעולה קיים מ"ע ומה שתמה התשב"ץ דלמה לא חשבו בעולה לכה"ג במ"ע לחוד. וכן מצרי ואדומי אמאי לא חשבו כלל לפע"ד נראה ברור דהרמב"ם והרמב"ן לא חשבו כלל לאו הבא מכלל עשה במצות עשה וכן נ"ל דמ"ע דהשלמה היא מ"ע גמורה ולא לאו הבא מכ"ע לחוד אלא היא מ"ע גמורה על הכהנים כשירצו להקריב קרבן יקריבו אותו קודם תמיד של בה"ע וקודם תמיד שבה"ע ישלימו כל הקרבנות כולם ומה שלא מנה הרמב"ם במ"ע הוא משום דזה חלק מחלקי המצות של הקרבת קרבנות וכן מוכרח לתרץ על מצוה יו"ד שחשב הרמב"ן ששכח הרמב"ם לחשבו שנצטוינו שיהא כל קרבן שנקריב משלש מיני הבהמות אשר הזכיר מן הבקר ומן הכשבים ומן העזים ובגמ' זבחים בשלישי ממנו (לד.) אמרי' במעלי אברי חיה אמר ר"י עובר בעשה נ"ל דגם הרמב"ם מודה שהוא מ"ע גמורה כשירצו להקריב קרבן יהי' מן השלשה מינים הללו וכשהקריב מן מין אחר עובר על לאו הבא מ"ע וביטל מצות עשה ומה דלא חשיב הרמב"ם זאת משום דהיא ג"כ חלק מחלקי המצות מהקרבת קרבנות ודלא כמו שתירץ הבעל מג"א דהני תרתי מצות עשה דהשלמה והאי דשלש מינים הוא רק לאו הבמכ"ע. ולפ"ד אינו נראה כן. דהא הרמב"ם ז"ל בעצמו חשיב כה"ג במצות עשין דהרמב"ם חשיב במצוה ס' שיהא הקרבן בן שמונת ימים ולא פחות וכן במצוה ס"א חשיב שיהא הקרבן תמים ולא בעל מום וע"כ צ"ל דכה"ג חשיב הרמב"ם גופא למצות עשה ולא ללאו הבמכ"ע. וא"כ לפי"ז לא קשה מידי מה דהקשו הגאונים הללו מדאמרינן גבי עשה דהשלמה מאי אולמי דהאי עשה מהאי עשה משום דעשה דהשלמה הוא עשה גמורה שיש בקיומה מצוה ולכך לא אתי עשה אחרת ודחי לה וכן גבי אלמנה לכה"ג מן הנשואין אין צ"ל דלכך לא מצי דחי עשה דיבמה משום דתרי לאוין לא דחי

או דלאו הבא מכ"ע דינו כעשה אלא משום דעשה דוהוא אשה בבתוליה יקח הוא עשה דיש בקיומה מצוה. אבל לאו הבא מכ"ע שאין בקיומה שום מצוה כמו מצרי ואדומי אתי עשה ודחי לה. ולכך ס"ל להרמב"ם דאם בעלה קנאה ואף כשיש עמה לאו אחרינא נראה לפ"ז דאתי עשה ודחי לה דתרי לאוי נמי דחי כמו שכתבו התוס' יבמות (ג:) ד"ה ל"ת כו' דלא מפלגינן בשום מקום וילפינן מכלאים בציצית אפי' תרי איסורי עכ"ל ונראה דדעת התוס' הוא דאף לר"ע לפי האמת דגלי קרא דאפי' הוא כה"ג ונזיר דחי מת מצוה אין חילוק בשום מקום בין תרי לאוין לחדא לאו א"כ בנ"ד אם בעלה קנאה דזה דינו כתרי לאוי:

אכן מצאתי להדיא להרמב"ן בחידושיו ליבמות דכתב דמצרית ראשונה וגרושה לכ"ה אם בעלה לא קנאה ומדברי הרמב"ן שם נראה להדיא דסובר כדעת הרמב"ם דמצרית ראשונה אם בעל קנאה וע"כ משום דסובר כדעת הרמב"ם דלאו הבמכ"ע אינו דינו כעשה ואתי עשה ודחי לו כמש"ל אפי"ה סובר היכא דאיכא לזה גם לאו לא אתי עשה ודחי לה אך תמה אני על דברי הרמב"ן דהא הוא פירש להדיא בחידושיו לכתובות (מ) על מה שהקשה שם הגמ' ניתי עשה ונדחי ל"ת דקאי על נמצא בה דבר ערוה ולא חש לקושית התוס' דהא אית בי' לאו ועשה כדאמרינן פ"ק דיבמות לא יוכל בעלה וגו' לרבות סוטה שנסתרה והיינו לאו ודרשינן ונטמאה ונטמאה חד לבעל וחד לבועל ע"ש וע"כ משום דס"ל דעשה דונטמאה לא חשיבא עשה גמורה דלא ידחה אותה עשה דיש בקיומה מצוה כיון דעשה דונטמאה היא רק אזהרה לבד א"כ אכתי קשה כיון דהוא ס"ל דאם יש ג"כ להך עשה לאו לא אתי עשה ודחי לה וא"כ נשאר קושית התוס' ועלה בדעתי לתרץ דהרמב"ן יסבור דהך ונסתרה ונטמאה קאי על ספק סוטה לבד וא"כ גבי סוטה ודאית יהי' רק לאו לבד ובספק סוטה יהי' עשה שאין בקיומה מצוה דדינה כמו לאו הבא מכ"ע כמ"ש. אבל המעיין בגמרא דיבמות (יא) יראה להדיא שא"א לומר כן. ועיקר הקרא ונטמאה קאי על סוטה ודאית ואיסור דספק סוטה מוכח מהקרא מדהצריך להשקותה אלמא דעשו ספק כודאי וכמ"ש התוס' שם ד"ה צרת. וכן כתב הרשב"א והרא"ש והריטב"א ע"כ נ"ל דאף לדעת הרמב"ן דסובר דהיכא דאיכא לאו גמור ולאו הבמכ"ע לא אתי עשה ודחי לי' היינו דוקא כמו במצרית ראשונה והיא גרושה לכ"ה וכמו שכתב הרמב"ן דהוי תרתי איסורי והוא סובר דתרי לאו נמי לא אתי עשה ודחי לי' דלא כהתוס' יבמות הנ"ל דהרמב"ן סובר דלא גמרינן מכלאים בציצית דלא דמי דהכא חדא איסורא והכא תרתי איסורי כמו דאמרינן בגמ' יבמות (ח.) אבל היכא דבחד איסור איכא לאו גמור ולאו הבמכ"ע הוה דינו כמו באיסור אחד שיש בו רבוי אזהרות בתורה

ואעפ"כ אינו אלא כמו לאו אחד היכא דאינו לוקה מחמת הלאוין שנתרבה בה וכן מוני המצות לא חשיבי כה"ג לתרי לאוי כמו שמבואר בסמ"ק שורש תשיעי ה"נ כיון דלאו הבמכ"ע אינו מוסיף שום חיוב הוה כמו רבוי אזהרות בלאו אחד ועיין בסמ"ק ברמב"ן מ"ש בשורש הששי משא"כ היכא דהעשה יש בה קיום מצוה בלבד הלאו שבה דהעשה מוספת על הלאו דהיינו הקיום מצוה לכך לא אתי עשה ודחי לו:

ונראה דלכך הוכרח הרמב"ן לומר דעשה אינו דוחה תרי לאוי מתרי איסורי משום דהוא סובר דלכך עשה דוחה ל"ת דעשה גדולה ממצות ל"ת כמו שאהבה גדולה מיראה כי המקיים ועושה בגופו ובממונו רצון אדוניו הוא גדול מהנשמר לעשות הרע בעיניו כמו שכתב בפירושו לתורה פ' יתרו וא"כ תקשה לדידי' אמאי אמרינן גבי אלמנה מן הנשואין לכ"ג דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה ואפי' לפי מה שבארתי למעלה דעשה דבתולה לכ"ג הוה עשה גמורה ולא לאו הבא מכלל עשה. מ"מ בזה דנדחי היבום לא יקיים העשה דוהוא אשה בבתוליה יקח ואי יקיים היבום יקיים העשה וא"כ ליתי עשה דיבום וידחי העשה דבבתוליה יקח הניחא גבי שארי עשה דאינו דוחה ל"ת ועשה כגון בטומאת כהנים דאיכא עשה דלא יטמא ועשה דקדושים יהיו ולא דחי עשה שאני התם דבזה שפירש מלטמא למתים ממילא מקיים העשה דקדושים יהיו וכן לגבי יו"ט דקאמר הגמ' יו"ט עשה ול"ת ולא אתי עשה דכסוי הדם או שריפת קדשים ודחי עשה ול"ת דיו"ט הוא נמי משום דבעשה שאינו עושה מלאכה ביו"ט מקיים העשה דשבתון וכן נמי בעשה דהשלמה בפסחים הבאתי לעיל דקאמר הגמ' מאי אולמי האי עשה מהאי עשה נמי ניחא לפי מה שבארתי לעיל דהוא עשה גמורה ואי לא יקריב עכשיו לאחר תמיד של בין הערבים ויקריב בפעם אחרת קודם תמיד של בין הערבים יקיים המ"ע כדין הכתוב שצוה להקריבו קודם תמיד של בין הערבים. ולכך לא מצי דחי עשה דאכילת קדשים לעשה דהשלמה אבל הכא גבי אלמנה לכה"ג אם לא ייבם אותה לא יקיים שום עשה ואמאי לא אמרינן דידחה עשה דיבום את העשה דבבתוליה יקח והל"ת אלא ע"כ צ"ל לדעת הרמב"ן דסובר דאף שאין העשה אלא כמו לאו מ"מ לא מצי דחיא משום דהוי כתרי לאוי מתרי איסורי אבל בחד איסורא אעפ"י שיש עשה עם הלאו כיון דהעשה אינה עשה גמורה רק לאו הבא מכלל עשה אתי עשה ודחי לה ולפי"ז יתיישב שפיר הגמ' דשבת (כד:) דמפרשים שם חזקי' ואביי ורבא הטעם מפני מה אין שורפים קדשים ביו"ט ורב אשי אמר שם הטעם משום דשבת שבתון עשה והוה לי' יו"ט עשה ול"ת ולא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה ולכאורה הוא תמוה דאטו לא ידעו הנהו כולהו אמוראי מהך עשה דשבתון וכבר הרגישו בזה המפרשים ולי נראה דהנהו אמוראי ס"ל דעשה דשבתון הוא

לאו הבמכ"ע ובא להזהיר על איסור מלאכה דאם עושה מלאכה עובר על עשה דשבתון לבד הלאו ואם שובת ממלאכה אינו מקרי מקיים העשה רק שאינו עובר על הל"ת ועשה. וא"כ לא הוי רק כתרי לאוי בחד איסורא דאתי עשה ודחי לו. אבל רב אשי בא וחידש דעשה דשבתון הוא עשה גמורה ככל העשות ובזה דשובת מקיים מ"ע גמורה ככל מ"ע שבתורה וגם מוני המצות מנו אותה במ"ע וא"כ לא אתי עשה דשריפת קדשים ודחי עשה דשבתון כיון דעשה דשבתון הוא עשה גמורה א"כ יצא לנו מזה דלאו הבא מכ"ע נדחית מפני העשה אפי' אם איכא לאו בהדי' לאו הבא מכל עשה אם הם בחד איסורא וזה דעת הרמב"ן והרא"ה והריטב"א בכתובות (מ:) עיין בש"מ:

אמנם דעת התוס' שם דס"ל דקושית הגמרא ליתי עשה ודחי ל"ת לא מצי קאי על דבר ערוה כגון דיש בה לאו ועשה דונטמאה נראה דאזלי לשיטתם ביבמות דס"ל דגם לאו הבמכ"ע לחוד לא מצי מידחי לי' עשה אחרת אף שאין בקיומה מצוה עיי"ש בתוס' ד"ה מסתברא כו' ונראה דס"ל כדעת התשב"ץ למנות לאוין הבאין מכלל עשה במנין העשין ומחמת זה נפלאתי על דברי הגאון פנ"י שם בתוס' דכתובות הנ"ל דהקשה התוס' מאי פריך הגמ' ליתי עשה ולדחי ל"ת הא דריש מקרא להדיא במשנה דבעינן אשה הראויה לו כו' וכתב ע"ז הפנ"י וז"ל ולכאורה יש לדקדק דלמא קרא לחייבי עשה אתא דלא שייך לומר אתא עשה ודחי עשה משא"כ בחייבי לאוין שפיר מצינן למימר דאתי עשה ודחי ל"ת ונ"ל מזה כיון דח"ע דהיינו מצרי ואדומי לאו עשה גמור נינהו אלא לאו הבא מכלל עשה וא"כ לא עדיף האי עשה מלאו גמור והא דעשה עדיף מל"ת היינו עשה גמור שיש בה קיום עשה ואף דמלשון התוס' יבמות (כ) ד"ה אי הכי כו' משמע לכאורה דבח"ע כה"ג אמרינן לא אתי עשה ודחי עשה מ"מ כבר העליתי שם דח"ע שכתבו התוס' שם היינו באלמנה לכה"ג דאיירי התם לענין דהוה עשה ול"ת ולא אתי עשה ודחי כן נ"ל עכ"ל ותמה אני דהאיך אפשר לומר בדעת התוס' כן דא"כ עשה דונטמאה הוה ג"כ עשה שאין בה שום קיום עשה ואמאי לא דחי לה עשה דולו תהי' גו'. וא"ל דדעת התוס' הוא דכיון דיש בה עשה לבד הלאו אף שהעשה הוא רק אזהרה לבד ואין בה שום קיום מצוה הוי כתרי לאוי ולא מצי מדחי לי' ואף שהוא באיסור אחד ודלא כמש"כ לדעת הרמב"ן ז"א דהא דעת התוס' להדי' ביבמות הנ"ל דתרי לאוי אף בתרי איסורי דחי וכן כתב הפנ"י בעצמו בביצה (ח.) על התוס' ד"ה בעפר תחוח וז"ל וליכא למימר דכיון דעביד חרישה וכתישה הוי תרי לאוי ולא אתי עשה ודחי לי' הא ליתא דבהדי' אמרינן במס' נזיר גבי כה"ג ונזיר מה לי חד לאו ומה לי תרי לאוין ואף שהשגתי למעלה על ראי' זו מ"מ הוא הא ס"ל דתרי לאוי ג"כ דחי:

ועוד קשה לי לדבריו דהא ע"כ מוכרח לומר לפי דבריו דעשה דבתולה לכה"ג הוי עשה גמורה כמו שבארתי למעלה א"כ אכתי תקשה דאם אנס כה"ג בתולה לא מצי לישאנה דבעולת עצמו אסורה מה"ת וא"כ דלמא אתי קרא דולו תהי' למעוטי כה"ג. אך זה אפשר ליישב בפשיטות דכיון דעשה דולו תהי' הוה עשה השוה בכל ועשה דבעולה לכה"ג הוה אינה שוה בכל שפיר מצי מדחי'. אבל זה קשה דהא אם אנס אלמנה מן האירוסין כיון דאיכא לאו ועשה ודאי דלא דחי כדמוכח ביבמות (כ.) וא"כ אפשר לאוקמי הקרא בכה"ג וכן קשה לפי שיטת התוס' ביבמות (פד.) ד"ה והא דגרושה לכ"ה אית בה נמי עשה דקדושים יהיו א"כ מצינן למימר דהקרא קאי למעוטי כה"ג דאם אנס כהן גרושה. אך זה אפשר לתרץ ולומר דהתוס' דכתובות ס"ל דעשה השוה בכל מצי למדחי לאו ועשה שאש"ב. ולא ס"ל מש"כ התוס' ביבמות (ה.) ד"ה אכתי דכיון דהאשה עושה איסורא כמו הכהן הבא עליה לא מדחי לה עשה דיבום אע"ג דאינו שוה אלא בכהנים אלא דס"ל דהא דלא מצי דחי עשה דיבום ללאו ועשה דכ"ג הוא משום דעשה דיבום נמי לא מיקרי הש"ב דאינה נוהג במלך. וכן הוא להדי' בר"ן בחידושיו לסנהדרין (יט) לתרץ כן בשם התוס' ובזה יש לתרץ דברי התוס' מכות (טו) ד"ה אם שכתבו שלכן כהן מאנס שגירש אינו מחויב להחזירה ולא דחי עשה דולו תהי' לאשה ללאו ועשה דגרושה לכה"ד שאש"ב משום דהא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה עכ"ל והקשה הגאון בעל שעה"מ (בה' יבו"ח פ"ו הי"א) דהא התוס' ס"ל דאלמנה לכ"ג חשיב שוה בכל כיון דהאשה עושה איסורא א"כ מהאי טעמא נמי גרושה לכ"ה חשיב שוה בכל דהיא נמי מוזהרת והניח בצ"ע אבל לפי מה שכתבתי א"ש די"ל דהתוס' דמכות לא ס"ל כהתוס' דיבמות דהיכא שהנשים מוזהרות הוה ש"ב ויבום דלא דחי הוא מטעם דלא מיקרי יבום ש"ב משום דאינו נוהג במלך וכנ"ל:

ובזה עלה בדעתי לישב דברי הרמב"ם (בה' גזילה פי"א הי"ח) דכתב בטעמא דאבידה בביה"ק שאין הכהן רשאי לטמא עצמו ולהחזירה משום דטומאת כהן הוה עשה ול"ת והשבת אבידה הוה עשה ואין עשה דוחה ל"ת ועשה עכ"ל והשמיט להאי טעמא דאמרינן בגמ' מי דחינן איסורי מקמי' ממונא ונראה דלא גרים כן [וכ"נ מדברי הראשונים שבנוסחאות שלהם לא היה

**(הג"ה וראיתי להגאון משכיל לאיתן בספרו נח"א שתי' דברי התוס' דמכות וז"ל ולי אפשר לישב דס"ל דלא דמי עשה דגרושה לעשה דאלמנה דהתם הוה עשה הש"ב וכמ"ש התוס' חגיגה (ט:) ד"ה בתולה דקרא דיקא קרי יקיח. משא"כ עשה דגרושה שהוא קדושים יהיו ודאי לא קאי רק על הכהנים עצמן ולא על האשה וכיון שהעשה אינו ש"ב

אף שהלאו ש"ב מצי דחי לה עשה דלו תהי' עכ"ד. הנה מה שהחליט לדבר ברור דעשה דקדושי' לא קאי רק על הכהנים לבד ולא על האשה לפי דעת הש"מ בב"מ ליתא דסברי כיון דגלי קרא לא יקחו דאיהי נמי מוזהרת א"כ כל)** גרסתם כן] וקשה אמאי לא דחי עשה דהשבת אבידה ללאו ועשה דטומאת כהן והא טומאת כהן היא אש"ב אבל לפי מ"ש הר"ן בשם התוס' דעשה דיבום לא, מיקרי שב"כ כיון דאינו נוהג במלך ה"נ אמרינן דעשה דהשבת אבידה לא מקרי שב"כ כיון דאינה נוהגת בזקן ואינו לפי כבודו אבל באמת אינו נ"ל זה כיון דגם בזקן ואינו לפי כבודו איתא לעשה זו היכא דבשלו הי' מחזיר. ודאי מיקרי שוה בכל:

ע"כ נ"ל עיקר בדברי הרמב"ם ז"ל דלא ס"ל כדברי התוס' וס"ל דאף דלאו ועשה אשב"כ מ"מ לא אתי עשה ודחי להו אף שהיא ש"ב ומצורע שאני משום שגדול השלום ואף דס"ל דהוא מותר בחשה"מ וא"כ ליתא בגילוחו שום שלום. מ"מ כיון דקודם הגילוח צריך שילוח מחוץ למחנה מיקרי גדול השלום וכ"כ סברא זו הש"מ בנזיר וב"מ. וכן הריטב"א ביבמות (כ) בתירוץ קמא ס"ל דעשה השב"כ לא מצי דחי ללאו ועשה שאשב"כ וכן הרשב"א בחידושיו ליבמות (ה.) ס"ל דלא מצי דחי. אמנם הריטב"א בתירוץ השני כתב וז"ל וי"א דודאי עשה השב"כ דחי לל"ת ועשה דאשב"כ והכא. לרווחא דמילתא אמרי לה ויש קצת הוכחה לזה בפ' שני נזירים עכ"ל וכ"כ הר"ן בחידושיו לסנהדרין שהבאתי לעיל בתירץ א' ומסיים שהעיקר הוא כתירץ א' דמצי דחי אף באלמנה מן הנשואין. ונפלאתי ע"ז דאיך אפשר דלרווחא קאמר הא במסקנא שם (כא.) קאמר דבאלמנה מן הנשואין כו"ע לא פליגי דלא פטרה דאין עשה דוחה ל"ת ועשה וצ"ע. הדרנא למילתא קמייתא דלאו הבא מכלל עשה תלוי בפלוגתת הראשונים אי מצי דחי לה עשה שיש בקיומה מצוה או לא והתוס' דכתובות אזלי לשיטתם ביבמות וקושית הפנ"י הנ"ל עיין בהפלאה שמתרץ בפשיטות:

וראיתי להגאון בעל בית מאיר שמישב דברי הרשב"א ז"ל דסתרי אהדדי דהמ"ל הביא בשמו דעשה דמצרי ואדומי כיון דהוא רק לאו הבא מכלל עשה אתא עשה ודחי' לו ובחידושיו ליבמות סובר דלא אתי עשה דיבמה ודחי אף לעשה גרידא ומתרץ דביבמות איירי ביבמה שנפלה לפני בועל שזינתה עמו תחת בעלה לתי' שני שבתוס' (ג:) לפי שאינן בצ"צ שתירוץ זה תופס נמי הרא"ש לעיקר ומסיק שם עכ"פ נשמע הדין ברור דאם נפלה לפני בועל ובא עליה דינה חרוץ כדכתב הי"ש ז"ל דכתב דדינה כמו אלמנה מן הנשואין לכ"ג] ולא ידעתי להלום דבריו דלמה חשיב עשה דונטמאה לעשה גמורה יותר מעשה דמצרי ואדומי ולדעת הרמב"ם והרמב"ן שהבאתי וכן דעת הרשב"א דהביא

המ"ל אלים עשה שיש בקיומה מצוה מעשה שהיא רק אזהרה בלבד וא"כ הא עשה דונטמאה היא ג"כ רק אזהרה לבד ואמאי לא אתי עשה דיבמה שיש בקיומה מצוה ודחי לעשה דונטמאה הא לא עדיפא מלאו ועוד הא הרמב"ן והרא"ה והריטב"א שהביאו הפי' דקושית הגמרא בכתובות ליתי עשה ולדחי ל"ת קאי אנמצא בה דבר ערוה. ולא חששו לקושית התוס' שם שהקשו הא בדבר ערוה יש עשה ול"ת [עשה דונטמאה ול"ת אחרי אשר הוטמאה] ע"כ צ"ל כמו שפירשתי לעיל דסוברים דלאו הבא מכ"ע אתי עשה ודחי לי'. וא"כ חזינן להדיא דגם עשה דונטמאה היא עשה שמצי דחי אותה עשה אחריתא. ועוד הא דהביא המ"ל בשם הרשב"א מובא ג"כ בש"מ על כתובות בסוגיא הנ"ל (רק בש"מ כתוב בשם הריטב"א ונראה בעליל שט"ס הוא וצ"ל בשם הרשב"א דהביא אח"כ מ"ש הריטב"א וכן ראיתי להגאון בעל דברי אמת דהא דהביא המ"ל בשם הרשב"א מביא שכן איתא בש"מ בשם הרשב"א] וז"ל הש"מ שם וקשי' לרבוותא דהא אינה ראויה לבוא בקהל מקרא דעשה גופא נפקא לן דלא דחי דכתיב ולו תהי' לאשה אשה הראויה לו כו' ויש מי שפירש דאנמצא בה דבר ערוה קאי דקרא משמע דבשעת הויה תהא ראויה לו כו' ומורי הקשה ע"ז [ומ"ש שם על פ"ה ט"ס דמוכח הוא] דהאיך יבוא עשה דולו תהי' לאשה לדחות ל"ת דהעשה כבר ליתא בעולם תמיד דאחר שבעלה לשם אישות שוב אין כאן עשה כלל ול"נ כפירושו של רש"י ז"ל וה"ק וניתי עשה ונדחי ל"ת דמנ"ל לתנא דולו תהי' לאשה אשה הראויה לו כו' דלמא אשה שיש לו בה הוי' קאמר ולמעוטי חייבי מיתות וחייבי כריתות אבל חייבי לאוין לא דהא כ"מ שאתם מוצא עשה ול"ת אתי עשה ודחי ל"ת ה"נ ל"ש כו' אלא דקשי' לי' דאם איתא דולו תהי' לאשה אשה שיש לו בה הוי' קאמר אם כן אפי' ח"ע כגון מצרי ואדומי כונס לו לאשה והא מנא תיתי דהא קיי"ל דאין עשה דוחה עשה השב"כ כגון זה שאיסורו נוהג בכהנים לוים וישראלים וי"ל דעשה דמצרי כיון שאינה עשה גמורה אלא לאו הבא מכ"ע לא עדיף מלאו גמור דנדחה מפני עשה וכן בעולה לכ"ג לא הוי עשה גמורה אלא נדחה מפני עשה כלאו ועוד שאשב"כ ואתי עשה דולו תהי' לאשה השוה בכל ודוחה אותו וכדמשמע בפ' א"מ דעשה דטומאה הוי עשה שאשב"כ כו' עכ"ל. הרי הרשב"א בעצמו אינו מדחה הפי' דקאי קושית הגמ' על ערות דבר מחמת קושית התוס' שיש כאן ג"כ עשה דונטמאה אלמא דס"ל דעשה דונטמאה אינה חשובה כעשה גמורה ואדרבה משמע מדבריו למדייק היטב דהך עשה דונטמאה גרע מעשה דמצרי ואדומי:.

ועוד אפשר לומר דאפי' לשיטת התוס' דס"ל דעשה דונטמאה חשיבא עשה גמורה ואינה נדחית מפני עשה אחריתי היינו דוקא לגבי בעל דהוא מפורש בקרא. אבל לגבי בועל

כיון דאתי רק מרבויא דקרא מדכתיב ונטמאה ונטמאה אפ"ל דקילא ונדחית מפני עשה דמפורש בקרא וכה"ג מצינו לענין אין איסור חל על איסור דכתב התוס' שבועות (כג.) ד"ה דמוקי דאין איסור לאו חל איסורו על איסור עשה מ"מ חצי שיעור דליכא אפי' עשה אלא איסור בעלמא לא חשיב מושבע ועומד אלמא אף דגמרינן ח"ש מרבויי' דקרא כל חלב אפי"ה קילא מאיסור עשה כיון דאינו **(האמור בכהנים איהי מוזהרת בי' לפי מ"ש בשו"ת דאשת כהן דעת הרר"א ודעמו שהיא אינה מוזהרת אלא בלאו דלא יקחו ולא בלאו דלא יחלל זרעו איכא למימר נמי דאינה בעשה דקדושים יהיו כדברי הגאון הנ"ל וכן נראה דזהו דעת התוס' דחגיגה:

אמנם מ"ש כיון דהעשה אשב"כ אע"ג דהלאו שב"כ מצי דחי לי'. לכאורה הוא דבר חדש ומסתברא דלא כוותי' דהא הא דעשה השב"כ דחי לאו האשב"כ מכהן מצורע דמגלח ילפינן לה והתם הא הלאו והעשה אשב"כ. אבל כשאחד מהן הוא שב"כ אף שהשני אינו שב"כ מנא ידעינן דמצי דחי וראי' לדברי דהא קיי"ל דאין עשה דשריפת קדשים דוחה לל"ת ועשה דיו"ט ולפי דברי התוס' קדושין (לב.) ד"ה מעקה עשה דיו"ט לא הוה השב"כ דאינה נוהגת בנשים וא"כ תדחה עשה דשריפת קדשים ללאו ועשה דיו"ט וא"ל דגם עשה דשריפת קדשים הוה אשב"כ משום דאינה נוהגת בנשים דהוה מ"ע שהז"ג דאין שורפים קדשים בלילה ז"א דהא מדברי התוס' הנ"ל מוכרחים אנו לומר דשריפת קדשים הוה מ"ע שאין הז"ג ועיין מ"ש בזה המקנה ובעל הפנ"י) וכן קשה טובא דלדחי עשה דכסוי הדם לעשה דיו"ט מה"ט. ועוד קשה על דבריו דהתוס' שם דחקו למצוא נפקותא בזה דנשים מוזהרות בעשה דמעקה ודאינך דחשיב שם לענין דידהו יעו"ש בדבריהם הא נ"מ רבתי הוא לגבי כולם דאי אין חייבים בעשה דמעקה ודאינך הווין נמי לגבי איש עשה שאשב"כ אע"כ צ"ל דלגבי איש אין חילוק בזה כיון דלאו דידהו הוה שב"כ אף דהעשה אשב"כ מ"מ לא מצי דחי דלא דמי לעשה ול"ת דמצורע ששם הוי שניהם אשב"כ. ומ"מ נראה דאפשר לקיים דבריו דא"ל דהתוס' דמכות הנ"ל קאי בשיטת הריב"א ז"ל דס"ל בכ"מ שיש עשה כנגד ל"ת ועשה אף דלא מצי דחי מ"מ אי עבר לא מלקינן לי' כעובר על ל"ת דהא קיום העשה דוחה להל"ת. ועל איסור עשה לא מלקינן. ולפי"ז עיקר ילפותא דילפינן ממצורע דעשה השב"כ דחי לל"ת ועשה שאשב"כ הוא רק על דחיית העשה שאשב"כ דהלאו בלא"ה הוא כמאן דליתא דמי מחמת דחיית העשה ולפי דבריו לא איכפת לן במה דהל"ת הוי שב"כ כיון דהעשה היא אשב"כ שפיר מצי דחי והא דלא דחי עשה דשריפת קדשים ועשה דכסוי הדם לעשה דשבתון צ"ל דהריב"א ז"ל יסבור כהרמב"ם בס' המצות והרמב"ן בחידושיו דעשה דשבתון נוהג בנשים אמנם

התוס' דקדושין נראה דס"ל דלא כהריב"א וס"ל דהיכא דיש לאו ועשה מאלים העשה להלאו דגם הלאו אינו נדחה (וכן ס"ל להר"ר יוסף שם דאפי' היכא דהעשה אינה נוהגת בנשים רק באנשים מ"מ מאלים העשה ללאו דגם בנשים אינו נדחה מפני עשה אחריתא] וע"כ ס"ל נמי דהיכא דאיכא עשה ול"ת אע"ג דהעשה אינו שב"כ מ"מ כיון דהל"ת שב"כ מאלים העשה להל"ת ולכך אינה דוחה עשה דשריפת קדשים וכסוי הדם לל"ת ועשה דיו"ט:)** מפורש בקרא. וכן כתב הר"ן בנדרים (ח.) וז"ל מכאן נ"ל ראי' למה שכתבתי בפ' שבועות שתים בתרא דכל מידי דאתא מדרשא אעפ"י שהיא מה"ת כיון דליתא מפורש בקרא להדי' שבועה חלה עליו עכ"ל וגדולה מזו דעת הר"ן בפ' שבועות שתים בתרא דהנשבע לחבל בעצמו חל עליו שבועה כיון דלא אתי אלא מדרשא הרי חזינן דס"ל להר"ן דדבר דאתי מדרשא כ"כ קילא דאפי' לבטל האיסור נמי חל עליו השבועה. ואתי עשה דמוצא שפתיך ודחי איסור מה"ת כיון דאינו מפורש בקרא אף שרוב הראשונים חולקים עליו בזה כמבואר באחרונים מ"מ י"ל דשאני שבועה דאיתא בשאלה ולהכי קילא אבל לענין עשה גמורה דמפורש בקרא כמו יבמה. איכא למימר דלכו"ע אם בעלה קנאה ודלא כהגאון בעל בית מאיר שחרץ משפטה כמ"ש הישׁ"ש דצריכה גט וחליצה ולפ"ד אינו עולה תירוץ הגאון בעל ב"מ שמתרץ דברי הרשב"א ז"ל דיבמות דאיירי ביבמה שנפלה לפני בועל כו' וע"כ צ"ל כדברי, הגאון בעל דברי אמת דהרשב"א חזר מדבריו:

ואם נאמר דדברי הרשב"א דכתובות המובא בש"מ לאחר חזרה נאמרו לכאורה יש להוכיח דסובר דתרתי לאווי נמי דחי אף שהן בתרי איסורי כמו מצרית וממזרת. ודלא כהרמב"ן דאלת"ה הדרא קושית הרשב"א שם לדוכתי' דהאיך איכא למימר דהקרא דולו תהיה לאשה אשה שיש לה הויה קאמר א"כ לפי"ז אפי' היא מצרית וממזרת נמי כונס לו לאשה דהא יש לו בה הויה והא מנא תיתי דהא אין עשה דחי תרי לאוי. אע"כ צ"ל, דס"ל כיון דאמרינן דלאו הבא מכלל עשה דינו כלאו ואתי עשה ודחי לאו הבא מכ"ע דמצרית לא, איכפת לן מה שהיא ממזרת ג"כ דתרי לאוי נמי דחי אבל לפי"ז צ"ע דא"כ האיך כתב הרשב"א דבעולה לכ"ג נמי לא הוה עשה גמור [ונראה דדעתו ז"ל דהוה רק לאו הבא מכ"ע דאין שום מצוה בקיחת הבתולה ואף דמלשון המשנה שילהי הוריות שאמרו ומצווין על הבתולה ואסורין באלמנה משמע דאיכא מצוה בקיחת הבתולה י"ל דדעתו כסברת הבעל דברי אמת שהמצוה בא עליו ליקח בתולה ואם נשא בתולה אין עליו עוד שום מצוה בקיחת בתולה וא"כ אם נשא בעולה אין בזה אלא לאו הבא מכ"ע] וא"כ ע"כ צ"ל דהא דקאמר הגמ' ביבמות דאלמנה מן הנשואין לא אתי עשה דיבמה ודחי לי' משום דתרי לאוי נמי לא דחי. ע"כ נ"ל ברור דודאי הרשב"א ס"ל דעשה דבתולה

לכ"ג היא עשה גמורה כמש"כ לעיל דמצוה על הכ"ג שיקח בתולה בכל עת שירצה ליקח אשה והא דכתב וכן בעולה לכ"ג לא הוה עשה גמור כונתו מפני שהיא אשב"כ דקילא והאי ועוד דכ' הוא ע"ס וצ"ל מפני כו' וכן מוכח ממ"ש המ"ל (בה' נערה בתולה פ"א ה"ה) וז"ל אף להרשב"א ז"ל שכתב בחידושיו דגבי עשה דאיסורי ביאה כגון מצרי ואדומי כיון דלאו הבא מכלל עשה הוא קילי ואתי עשה ודחי אותה וכן בעולה לכ"ג דאיכא טעמא אחרינא דהוה עשה שאשב"כ מש"ה אתי עשה ודחי אותה כו' עכ"ל אלמא להדיא דטעמא דהרשב"א לענין בעולה לכ"ג משום דהוה עשה שאשב"כ. ונראה דלא הי' כתוב לפניו בדברי הרשב"א תיבת ועוד מ"מ עדיין דברי הרשב"א שגבו ממני דהא אכתי קשה קושיתו דהאיך איכא למימר דהקרא דולו תהי' לאשה אשה שיש בה הויה קאמר דא"כ אפי' אנס כ"ג אלמנה מן האירוסין ישאנה דאית לו בה הויה והא מנא תיתי דהא איכא כאן עשה [דבעולת עצמו אסורה מה"ת] ול"ת ולא אתי עשה דולו תהי' ודחי להו כמו דאמרינן ביבמות גבי יבמה ויותר הי' ניחא לי שבאמת הם דברי הריטב"א ולדידי' א"ש. דדעתו בחד תירוצא ביבמות דעשה השב"כ דחי עשה ול"ת שאשב"כ כמו שהבאתי והא דמובא בש"מ אח"כ מ"ש הריטב"א אולי הוא ממה"ק ומה"ב וצ"ע עוד אדבר בזה אי"ה בחלק או"ח מ"ש בזה הגאון בעל דברי אמת בדין מאכילין את החולה הקל הקל תחילה שהוכיח מהגמרא דיומא דלאו הבא מכלל עשה חמירא מלאו גמור ומשיג על דברי הרשב"א שהביא המ"ל ושם בארתי דדבריו ליתא. וע"כ זהו שיטת הרמב"ם דכתב דעשה דוחה ללאו הבא מכ"ע וע"כ משום דס"ל דלאו הבמכ"ע אין דינו כעשה וכמש"ל:

סימן יט

אמנם ראיתי להגאון בעל נו"ב במה"ק בסופו כתב ליישב דברי הרמב"ם ז"ל דלהכי ס"ל בחייבי עשה שאם בעל קנאה משום דכיון דכל עיקר איסורא לכתחילה לייבם הוא משום דמאי אולמי דהאי עשה מהאי עשה ולכתחילה הוא דאין מורין לו לייבם משום שב ואל תעשה עדיף אמנם אחר שייבם כבר לא מורינן לו דלא עשה כלום ולא קנאה ג"כ מהאי טעמא דמאי אולמי' להיפך ואחר שקיים המצוה קנאה ובזה מיישב ג"כ דברי הריב"א שסובר דהיכא דאיכא ל"ת ועשה דלא אתי עשה ודחי להו. מ"מ אם עבר וקיים המצוה אינו לוקה דקשה אמאי לא הוה מצוה הבאה בעבירה היינו משום דלדעתו הלאו כמאן דליתא דמי ונשאר רק עשה ועשה ואמרינן מאי אולמי' ושפיר מחשב קיום המצוה ולא מחשב אפי' מה"ב ואל חשב שעכ"פ הרמב"ם חולק בזה על סברת הריב"א. שהרי הרמב"ם בהל' י"א כתב שאלמנה מן הנשואין לא קנאה לפי שמדאורייתא לא רמי' קמי'

די"ל דשאני התם דהרי רחמנא כתב יבמתו לרבות שיש שעולה לחליצה ואינה עולה ליבום כו' עכת"ד.

והנה דברי הגאון הנז' אינם נכונים לפע"ד דהאיך אפשר לתרץ דעת הריב"א ז"ל דלכך לא חשיב מצוה הבאה בעבירה משום דלדעתו הלאו כמאן דליתא דמי ונשאר רק עשה ועשה ואמרינן דמאי אולמי להיפך לאחר שקיים העשה דז"א דאף דלדעתי' הלאו כמאן דליתא דמי מ"מ מהני הלאו העשה שעמו דלא מצי דחי להו העשה שכנגדו אפי' בדיעבד ולא אמרינן מאי אולמי' משום דהלאו מאלים להעשה וכן נראה מדברי התוס' חולין (קמא.) ד"ה לא צריכא שכתב אליבא דריב"א וז"ל וצ"ל לפירושו שמא דוקא לענין דלא לקי על אותו לאו אבל לא מידחי' לי' לגמרי עכ"ל ונ"ל פי' דבריהם הוא כך דקושית' שהקשו לפי דברי הריב"א הוא דמה צריך הגמ' שם לדחוקי ולומר לא צריכא דעבר ושקליה דלאו עברי' עשה הוא דאיכא וליתי עשה ולדחי עשה ולפי המסקנא שם מוקי מר בר רב אשי דנטלה ע"מ לשלחה ואי משום דמאי אולמי' האי עשה מהאי עשה דה"א משום גדול השלום עשה דמצורע עדיפא לפי דעתו היה יכול הגמרא לתרץ בפשיטות כיון דס"ל דבכ"מ הלאו כמאן דליתא דמי משום דעשה דחי לו ורק נשאר לנו עשה נגד עשה ה"א דעשה דמצורע עדיפא משום גדול השלום וע"ז תירצו דאף דאי הוה עשה כנגד עשה לבד ה"א דעשה דמצורע עדיפא אבל כיון דיש ג"כ לאו עם העשה אף דלא לקי על הלאו מ"מ לא מדחי לגמרי אלא מאלים להעשה שעמו ולא הוה מהני להעשה דמצורע הא דגדול השלום לדחות עשה אחריתי שיש לה עוד לאו וא"כ לפי"ז ע"כ צריך לתרץ דאמאי ס"ל להריב"א דבדיעבד אם קיים העשה לא לקי על הלאו הא הוה מצוה הבאה בעבירה משום דס"ל כדעת הראשונים דבמצוה הבאה בעבירה מדאורייתא יצא רק מדרבנן לא יצא ולהכי לא לקי:

אך קושית הנו"ב על דעת הריב"א כיון דס"ל בעלמא דלא לקי על הלאו במקום שאינו נדחה אלמא דס"ל דבדיעבד יצא בקיום העשה וא"כ אמאי אמרינן באלמנה לכ"ג דאם בעלה לא קנאה הא בדיעבד ה"ל יבום ואמאי לא קנאה הוא קושיא גדולה ונפלאתי על הגאון הנ"ל אמאי תלה דין זה דלא קנאה בדברי הרמב"ם הא גמרא ערוכה היא ביבמות דאלמנה מן הנשואין לכה"ג אם בעל לא קנאה וגם תירוצו שמתרץ דגלי קרא דעלתה יבמתו שיש עולה לחליצה ואינה עולה ליבום הוא תמוה חדא דאפשר לומר דאם שבדיעבד שפיר קנאה מ"מ אי לאו קרא ה"א כיון שלכתחילה ודאי אסורה לייבם ומיקרי אינה ראויה ליבום הלכך חליצה נמי לא בעי' לכך צריך קרא לרבות דבעי חליצה ואיך מוכח מזה דבדיעבד לא קנאה ועוד דהא צריך קרא דיבמתו לאשמעינן על סוטה

דאף שאינה עולה ליבום מ"מ חליצה בעי וא"כ האיך מוכח מהקרא דאלמנה מן הנשואין בדיעבד לא קנאה ונראה דע"כ צ"ל כמש"כ המ"ל בפר"ד בדרך מצותיך וז"ל אך מאי דמספקא לי הוא בכ"ג שנפלה לו אלמנה מן הנשואין דמדין התורה אינו מיבם דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה אם עבר ובא עליה אם חייב כרת דמדין תורה אינה עולה ליבום הוה לה אשת אח שלא במקום מצוה דהא מן הדין אפי' חליצה לא הוה צריך אלא דריבה אותה הכתוב מדכתיב ועלתה יבמתו השערה ונהי דלחליצה רבה אותה ליבום אפשר דבאיסורא קיימא והדבר צריך אצלי תלמוד דאפשר דכיון דרבה אותה הכתוב לחליצה פקע ממנה איסור אשת אח וצ"ע עכ"ל ולפי דברי הריב"א ע"כ צ"ל כצד הראשון שכתב המ"ל דאף דריבה הכתוב אותה לחליצה מ"מ לא מהני היבום דיעבד ולא קנאה. משום דהוה אשת אח שלא במקום מצוה ולפי"ז תמוה לי דברי המ"ל שכתב עוד שם וז"ל ודע דאם ת"ל דאינו חייב כרת אפשר שלא ילקה משום לאו דאלמנה דהרי עשה כבר דחה הלאו ואין כאן כ"א עשה דבתולה יקח ואעשה אינו לוקה עכ"ל וזה הוא כדברי הריב"א וא"כ תקשה כיון דאמרינן דלהכי לא לקי על הלאו משום דנדחי מחמת קיום העשה. והוה יבום מעליא ואמאי לא קנאה בדיעבד. בשלמא אי הוה אמרינן שלא כדברי הריב"א ולקי על הלאו משום דקיום העשה לא מהני אפי' דיעבד כיון שהתורה אמרה שלא תדחה אפי' דיעבד לא מהני א"כ שפיר איכא למימר כצד השני שכתב המ"ל דכיון דחזינן דרבה התורה אותה לחליצה לא הוה אשת אח שלא במקום מצוה והא דלא קנאה הוא משום דהתורה אמרה לא תדחה לא מהני אפי' דיעבד דהוה מצוה הבאה בעבירה אבל לפי דברי המ"ל שר"ל כצד השני דפקע אשת אח וגם לא לקי על הלאו משום דקיום העשה מהני. ישאר הקושיא אמאי לא קנאה אם בא עליה:

והנה השעה"מ (בה' יבו"ח פ"ו הי"א) כתב דדעת המהרש"א שרוצה לומר דכל עיקר הפלוגתא של ר' יוחנן ור' אלעזר גבי אלמנה מן האירוסין לכ"ג הוא בצרתה אבל איהי גופא סגי לה בגט כיון דקדושין תופסין בחייבי לאוין סובר כצד השני של המ"ל ודעת רש"י שכתב דלמ"ד אינה פוטרת צרתה איהי נמי לא סגי לה בגט. סובר כצד הראשון של המ"ל. ולפע"ד דברי המהרש"א והשעה"מ שנמשך אחריו תמוהין מאד דמאי שייך כאן לומר קדושין תופסין בחייבי לאוין כיון דהוא מתכוין לקנות רק בתורת יבום ולא מכוין לקדש אותה בביאה זו וא"כ איכא למימר דרש"י סובר כצד השני של המ"ל דפקע ממנה איסור אשת אח ואפ"ה לא מהני יבום אפי' בדיעבד כיון שהתורה אמרה שלא תייבם דאין עשה דוחה ל"ת במקום שיוכל לקיים שניהם והכא יוכל לקיים שניהם כיון דאפשר בחליצה לדעת ר"א. וכן גבי אלמנה מן הנשואין לכו"ע:

ומסיים שם השעה"מ ומ"מ דברי הרב חידושי הלכות שכתב דסגי לה בגט גרידא דבר תמוה הוא דא"כ מאי פריך מהא דאם בעלה קנאה וכתב עוד שם וז"ל שוב בא לידי ספר יש"ש וראיתי לשם שכתב בסי' ד' וז"ל נ"ל כ"ג שבא על אלמנה מן הנשואין כו' לא זו שאינה פוטרת צרתה אלא אף היא לא נפטרה וצריכה גט לאותה ביאה דחשיב' כמאמר שאינו קונה קנין גמור וצריכה חליצה כו' יעו"ש ולא ידעתי אמאי כתב כן מסברא דנפשי' וה"ל להכריח ממאי דפריך בגמרא ממתני' דאם בעלה קנאה אח"כ ראיתי להר ב"ש (סי' קע"ד סק"ג) שכתב וז"ל עוד מוכח בסוגיא זו כל שאינה עולה ליבום מדאורייתא כו' גם את עצמה אינה פוטרת בביאה דהא הקשה מההיא דאם בא עליה פצוע דכא קנאה ושם לא איירי דיש לה צרה ולכאורה קשה למה כתב הרמב"ם דאם בא על אלמנה מן הנשואה לא הותרה צרתה לזר עד שתחלוץ ות"ל דהיא עצמה אינה פטורה ויש לישב עכ"ל והנה מה שדקדק מדברי רבינו הנה נכון אשר מבואר ממ"ש לא הותרה צרתה דהיא עצמה סגיא לה בגט. ע"כ דבריו של שעה"מ ונפלאתי על כבוד גאונו האיך לא הרגיש בדברי הרמב"ם על מקומו שכתב שם וז"ל ויבמה שהיא אלמנה מן הנשואין ובא עליה כ"ג לא נפטרה צרתה שאין עשה דותה ל"ת ועשה הואיל ולא קנאה מן התורה קנין גמור לא הותרה צרתה לזר עד שתחלץ עכ"ל הרי חזינן שכ' שהיא אינה נקנית מה"ת קנין גמור בביאתו שבא עליה ואיך אפשר לומר שיהי' סגיא לה בגט לבד ונראה ברור דס"ל להרמב"ם דאינה צריכה גט אלא מדרבנן וא"כ ודאי דצריכה חליצה מדאורייתא והא דקשה להו אמאי כתב הרמב"ם לא הותרה צרתה ולא כ' דהיא בעצמה צריכה חליצה אפשר לישב דהרמב"ם לישנא דגמרא נקיט כדרכו [ואפשר דזה כונת הב"ש במה שכ' ויש לישב] ועל דברי הגמרא מתרץ השעה"מ מקודם דאשמעינן דלמ"ד הותרה אף שמדרבנן אסורה ליבם והוה ביאה פסולה אעפי"כ מהני ביאתה לפטור צרתה:

ועוד נ"ל לאמר דכונת הרמב"ם דכתב לא הותרה צרתה הוא שלעולם אינה יכולה להיות ניתר בלא חליצה ואפי' אם יתן לה גט וגם חליצה נמי לא הותרה צרתה כיון דבא עליה אע"ג דלא קנאה מ"מ כיון דמדרבנן קנאה וצריכה גט הוה כמו מאמר וכמו לגבי מאמר הוה הדין שאף שנתן גט וחליצה לבעלת המאמר לא מהני לצרתה ה"ה נמי הכא לא הני לצרתה אף שנתן גט וחליצה להאלמנה וזה דעת הישי"ש שכתב בפירוש דצריכה גט לאותה ביאה דחשיבא כמאמר ואינה קונה קנין גמור וצריכה חליצה וגם מה שכתב השעה"מ על יש"ש כיון דס"ל דצריכה גט ע"כ ס"ל כצד השני שכתב המ"ל דפקע ממנה אשת אח דאל"כ אמאי צריכה גט לא ידעתי מאי פשיטותי' כיון דהא דצריכה גט הוא רק מדרבנן לבד כמו מאמר כמ"ש הישי"ש להדי'. א"כ אפשר לומר דמן התורה חשיבא

אשת אח. רק כיון דצריכה חליצה וכל העולה לחליצה נקנית בביאתה להיבם להכי אמרו רבנן דצריכה גט ולפ"ד אפי' אי אמרינן דלא חשיבא כאשת אח מ"מ לא קנאה אותה בביאתו מה"ת כמו שבארתי כיון דכונתו לקנות אותה בתורת יבום ולא בתורת קדושין והתורה לא רבה אותה רק לחליצה ולא ליבום וא"כ א"א לקנות אותה בתורת יבום מה"ת רק מדרבנן וממילא הא דצריכה גט הוא מדרבנן לבד. והנה ראיתי בספר אבני מלואים בסי' קע"ד שהשיג על בעל שעה"מ במ"ש שם דהיכא דלא רמיא קמי' ליבום מחמת איסור לאו ועשה דאם בא עליה מדין אישות קנאה משום דקדושין תופסין בחייבי לאוין אבל אם בא עליה באונס או בשוגג פשיטא דלא קנאה כיון דלא רמיא קמי' ליבום וכתב ע"ז הגאון הנ"ל ולא נהירא לפע"ד דביבמה לעולם ליכא דין קדושין דאישות וליתא תורת קדושין כלל ביבמה כיון דהיא אשת אח ומשום דנתוסיף בה לאו ועשה ודאי ליתא בתורת קדושין אלא מצות יבום ע"י ביאה ואי אמרת דקנאה ע"כ בתורת יבום הוא דקנאה ובחייבי לאוין אמרו שהקדושין תופסין בה תפס בה נמי קנין דידה שהיא קנין דיבום וא"כ אפי' בשוגג או באונס נמי קנאה עכת"ד. ובאמת דברי הגאון הנז' אין צריכין חיזוק וראויים למי שאמרם דודאי בתורת קדושין א"א לקנות אותה אפי' נתכוין לקנות אותה בביא' זו בתורת קדושין דלא עדיפא מיבמה בעלמא ומ"מ מה שרוצה הגאון לומר דבתורת יבום קנאה ז"א דכיון דלא רמיא עלי' ליבום מה"ת והאיך אפשר לקנותה בתורת יבום כיון שהתורה מיעטה מיבמתו שיש עולה לחליצה ואינה עולה ליבום כדאמר רב גידל אמר רב וא"כ לפי"ז אין לה שום קנין הן בתורת קדושין והן בתורת יבום וצריכה גט רק מדרבנן לבד:

ומה שדקדק בעל שעה"מ מדברי הה"מ שם (ה' י"ג) שכתב וז"ל ומ"ש רבינו חוץ ממחזיר גרושתו כו' מפורש בפ"ק ומסקנא דגמרא שהיא חולצת ולא מתיבמת וצרתה או חולצת או מתיבמת פי' והיא נפטרה בחליצתה או בביאתה וצרתה נפטרת בחליצתה של זו אבל לא בביאתה אם עבר ובא עליה כדין אלמנה לכ"ג וכ"כ הרשב"א ז"ל דממעטינן לה מההיא דרב גידל עכ"ל הגם שלכאורה נראה מדברי הה"מ כדעת השעה"מ שהיא בעצמה נפטרה בביאתה אבל נפלאתי על הגאון הנז' הלא ברשב"א ובריטב"א מבואר להדיא דהיכא דלא רמיא קמי' ליבום אם בא עליה לא קנאה כמו שהביא הוא בעצמו וכן מבואר בדברי הרמב"ן בחידושיו:

[ומה שרוצה הגאון בעל אבני מלואים לומר שלפי המסקנא לא ס"ל הכי המעיין בדבריו יראה לעינים שרק פלפולא בעלמא הוא ורחוקים הם מדברי אמת] וגם הא בארתי לעיל שמדברי הרמב"ם מבואר ג"כ דס"ל דהיכא דלא רמיא קמי' ליבום לא קנאה קנין גמור

מה"ת רק מדרבנן לבד כמו מאמר וגם רש"י ז"ל ס"ל הכי וא"כ איך אפשר לומר דהה"מ בעצמו פליג על כל הראשונים הללו ובפרט הכא גבי דין דמחזיר גרושתו הביא הה"מ בעצמו דברי הרשב"א שממעטינן לה מדרב גידל א"ר והרשב"א סובר להדיא דהיכא דאינה עולה ליבום מה"ת לא קנאה. וע"כ צריך לדחוק בדברי הה"מ ולומר דדבריו דקאמר והיא נפטרה בחליצתה וביאתה. קאי על צרתה אם בא עליה או חלץ אף שלשונו אינו מורה כן מ"מ שבקי' לקרא דדחיק ומוקי אנפשי' ויותר נ"ל שט"ס יש בדברי הה"מ וצ"ל והיא וצרתה נפטרת בחליצתה של זו אבל לא בביאתה כו':

אכן אפי' לפי מה שבארתי דכל גדולי הראשונים סוברים דהיכא דלא רמיא קמי' ליבום כגון מחייבי לאוין ועשה או מחזיר גרושתו משנישאת או סוטה ספק [ולדעת הראב"ד אפי' סוטה ודאי] דכל הני אינן עולין ליבום מה"ת. לא קנה בביאתו הן בתורת יבום והן בתורת קדושין מ"מ איכא למימר כצד השני של המ"ל דכיון דצריכה חליצה פקע ממנה איסור אשת אח דאלא"ה לא הי' צריכה חליצה איברא מצאתי בספר חמדה גנוזה שנדפס בירושלים שהביא לקוטים מחידושי הרשב"א דיבמות ומבואר שם להדיא דסובר הרשב"א דהיכא דחולצת ולא מתיבמת היא באיסור ערוה על האח יעו"ש [ומזה ראי' ברורה דלא כהגאון בעל אבני מלואים הנ"ל שרוצה לתרץ דלפי המסקנא לא ס"ל הכי]:

ועתה נבוא לבאר מ"ש הנו"ב שהרמב"ם יכול לסבור כשיטת הריב"א הנ"ל לפע"ד ז"א דהא כתב הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה"ש) אסור ליטול האם מעל הבנים ואפי' לטהר המצורע ואם לא שלח ה"ז לוקה שאין עשה דוחה ל"ת ועשה עכ"ל הרי כתב להדיא דלוקה והוא שלא כדעת הריב"א ז"ל ואף שבעל שעה"מ דחה זה (בה' נדרים פ"ג ה"ו) דגם הריב"א מודה הכא דלקי משום דגלי קרא תשלח אפי' לדבר מצוה אבל א"א לומר כן דא"כ מאי פריך הגמ' בחולין (שם) אלא טעמא דכתב רחמנא תשלח הא לאו הכי ה"א לדבר מצוה לא עשה ול"ת הוא ואין עשה דוחה ל"ת ועשה וקא דחיק שם הגמרא למצוא דלא הוי אלא עשה לחוד. ואם איתא דכאן לקי משום גילוי הקרא. א"כ ה"ל להגמרא לתרץ בפשיטות דלהכי צריך הקרא לגלות דהכא לקי אף דבעלמא כה"ג אינו לוקה ואין לומר משום דקשה להגמ' לישנא דהברייתא דמשמע דאי לאו קרא ה"א דדחי במקום דאיכא מצוה כמו שכתב השעה"מ לתרץ דברי הגמ' דב"מ לפי שיטת הריב"א ז"א דאכתי תקשה כיון דלפי האמת צריך קרא במקום דליכא רק עשה דשילוח בלבד ואתא קרא לגלות דלא נימא דעשה דמצורע חמירא משום דגדול השלום א"כ מנ"ל דהקרא אתא ג"כ לגלות דהכא לא אתא עשה דמצורע ולא דחי ל"ת כלל ולקי כיון דאיצטריך קרא לדרשא אחריתא ואין לומר משום דהרמב"ם ז"ל פסק דמצורע מותר בתשה"מ בימי

חלוטו וא"כ א"א לתרץ כמו שתי' הגמרא דבעינן קרא היכא שנטלה ע"מ לשלחה. וה"א דעשה דמצורע עדיפא משום גדול השלום דהא גם בלא"ה מותר בתשה"מ. ולכך בחר הרמב"ם לתרץ הקרא דקאי לענין מלקות. וע"כ סובר כהריב"א אבל זה דבר רחוק לומר דהרמב"ם יתרץ הקרא דלא כתירוץ הגמרא ולא נמצא בגמרא ועוד נראה דודאי אף למ"ד דמצורע מותר בתשה"מ מ"מ סובר הרמב"ם דאיכא כאן גדול השלום כיון דקודם שנטהר צריך שילוח חוץ למחנה וכמו שהבאתי לעיל בסי' י"ח בשם הש"מ דנזיר וב"מ [והראי' דסובר הרמב"ם דלא דחי עשה לאו ועשה שאינו ש"ב ולא ילפינן ממצורע משום דאיכא למיפרך מה למצורע שגדול השלום] והא דנקט הגמ' טעם דגדול השלום רק למ"ד דאסור בתשה"מ. הוא משום דלדידי' אתי בפשיטות טפי ועוד דהא כתב הגאון בעל ש"א (בסי' ל"ג) דאף למ"ד דמצורע בימי חלוטו מותר בתשה"מ איכא לאשכוחי אצלו גדול השלום מצד איסור תשה"מ בימי סיפורו יעו"ש. והנה הגאון הנז' תמה על הרמב"ם דכתב בה"ש ואם לא שילח ה"ז לוקה שאין עשה דוחה ל"ת ועשה. ועשה ול"ת דוחה עשה וכ' ע"ז שלכאורה דבריו סותרים זה את זה דבתחילה כתב שאין עשה דוחה ל"ת ועשה דמשמע הא לעשה גרידא דחי ומסיים ועשה ול"ת דוחה עשה משמע דוקא עשה ול"ת הוא דדוחה עשה אבל עשה גרידא אינה דוחה לעשה חברתא. יעו"ש מה שדחק בזה וגם הוא בעצמו סתר דבריו מדברי הגמרא ונראה לפ"ד דלאו כללי כייל כאן הרמב"ם אלא כונתו במה שכפל דבריו ליתן טעם על מה שכ' שאם לא שילח וטיהר את המצורע לוקה ולא אמרינן דהא עשה דחה ל"ת וא"כ נשאר כאן עשה לבד ואמאי לוקה ע"ז מסיים הרמב"ם כיון דלגבי שילוח הקן איכא עשה ול"ת אלימי הם מהעשה דטהרת המצורע ונדחית העשה לגמרי והוה כמו דליתא העשה הלכך לוקה ולפי"ז יצא לנו מזה ראי' ברורה דדעת הרמב"ם ז"ל הוא דלא כריב"א ז"ל:

אמנם הלח"מ גרס שם ברמב"ם ולא עשה דוחה עשה ופי' שם כלומר היכא דלא לקח ודאי שלא יקחנו משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה והיכא דלקח דעבריה ללאו יחזיר משום דאין עשה דמצורע דוחה עשה ואע"ג דהכא ס"ד דדחי משום שלום בית מ"מ מרבוייא דתשלח רבינן לי' דלא דחי ודמי לכל עשה דעלמא דאין דוחה עשה כו' עכ"ל ולפי"ז יתורץ כל מה שתמה הש"א על הרמב"ם שם. וגם לפי"ז נמי מוכח דהרמב"ם אינו סובר כהריב"א כיון דצריך הקרא דהעשה דטהרת מצורע לא אלימא מעשה אחריתא ומנ"ל לומר דמשמע נמי מהקרא דהעשה אינו דוחה ל"ת ולוקין אע"כ דאינו סובר כריב"א:

עוד כתב השעה"מ שם להוכיח דהרמב"ם לא קאי בשיטת הריב"א מהא דקונם סוכה ומצה עלי שפסק הר"מ ז"ל דאם עבר לוקה וסתר ראי' זו משום דבהא גם הריב"א מודה דלקי מטעם גזה"כ נדר לה' דחלין על דבר מצוה ומתחילה עלה בדעתי להביא ראי' לזה מדברי הירושלמי [הובא בתוס' שבועות (כד.) ד"ה אלא הן] דקאמר שם שבועה שלא אוכל מצה ואכל מצה בליל פסח חייב וא"כ קשה מזה על הריב"א א"ו גם הריב"א מודה בזה מטעם גזה"כ. ואין לומר דחייב דקאמר הוא קרבן ז"א דהא אי לא הוה בזה אזהרת ל"ת מטעם שנדחית מפני העשה לא הי' חייב קרבן דהא קרבן נמי בעי אזהרת ל"ת כמ"ש התוס' ב"ק (קה:) ד"ה מאי לאו כו' דבפסח ומילה ליכא קרבן משום דלית בי' לאו כו' אמנם אחרי שובי אמרתי דזה אינו ראי' דהא במכות (יג:) מסקינן דקרבן לא בעי אזהרה ופסח ומילה משום דקום ועשה נינהו להכי לא מחייבי קרבן והתוס' דב"ק הנז' ע"כ צ"ל דסברי דלפי תירוץ רבינא בסוגיא דמכות הנז' ע"כ קרבן בעי אזהרה וכן הוא דעת רש"י בזבחים (קו:) וכמ"ש התוס' שם ד"ה אזהרה שהקשו על רש"י מסוגיא דמכות הנז' וכתבו וז"ל ואין לומר דסוגיא דידן כרבינא דמשני שינויא אחרינא בפרק אלו הן הלוקין ומצי למימר אליבי' דקרבן קבעי אזהרה דמ"מ קשיא דרבא אדרבא כו' יעו"ש וכיון:

דקרבן לא בעי אזהרה א"כ מסתבר יותר לומר לדעת הריב"א דגם בקונם מצה או סוכה לא לקי על לאו דלא יחל דברו והירושלמי דקאמר חייב כונתו שחייב קרבן ומגילוי הקרא דנדר לד' דחל על דבר מצוה אין ראי' דלוקה ע"ז דאיכא למימר דקרא אתי לאשמעי' דלא נימא דעשה דמצה וכה"ג דחי לל"ת ועשה דמוצא שפתיך. אף שאין עשה דוחה לל"ת ועשה מ"מ כיון דנדר איתא בשאלה ה"א דנדחית קמ"ל דלא דחי וא"כ לפי"ז איכא למימר לכאורה דמהרמב"ם דפסק בקונם מצה או סוכה דלוקין אין ראי' דפליג על הריב"א משום דהרמב"ם לא ס"ל הך סברא כיון דאיתא בשאלה קילא כמו שנראה מדבריו (סוף פ"ז מה' נזירות) דיהיב טעם דלהכי דחי עשה דתגלחת לעשה ול"ת דנזירות משום דימי חלוטו אינו עולה לו והעשה בטל מאליו. ולא כתב הטעם משום דנזיר איתא בשאלה [כמו שהשיג שם הראב"ד] ולדעתו צ"ל דהקרא דנדר לד' בא לאשמעינן דנדר חל על דבר מצוה להלקות עליו:

אך קשה לדעת הרמב"ם ז"ל שכתב הטעם דדחי עשה ול"ת דנזירות משום דימי חלוטו אינו עולה לו א"כ מאי טעמא הותר תגלחת הנתק בימי נזרו וכן פסק הרמב"ם (בפ"ח מה' טומאת צרעת ה"ג) ושם לא שייך טעם זה כמו שכתב המ"ל שם דימי הסגירו עולין לו ועיין במ"ל שם שכתב דלהכי איצטריך קרא דוהתגלח גבי נתק דמגילוח נזיר ומצורע לא הוה ידעינן משום דשם ליתא לעשה כמ"ש הרמב"ם א"כ צ"ע דלמה לי' להרמב"ם

הטעם בנזיר ומצורע משום דימי חלוטו אינו עולה הא בגילוח דנתק ע"כ צ"ל הטעם דלהכי נדחי' עשה ול"ת דנזיר משום דאיתא בשאלה וא"ל דלהכי הוכרח הרמב"ם ליתן טעם אחר בנזיר ומצורע כדי שלא תקשה ל"ל קרא דגילוח הנזיר בנתק כמו שהקשה המ"ל לדעת הראב"ד ז"א דזה ודאי אי לאו קרא לא הוה ידעינן דמותר לגלח כיון דאין הגילוח מצוה אלא כדי לברר אם פשה הנגע וכמו שכתב שם המ"ל. ע"כ נ"ל לתרץ דעת הרמב"ם דהנה הגאון בעל אבני מלואים הקשה בתשו' (סי' כ"ב) דל"ל קרא דראשו גבי תגלחת מצורע כיון דכתיב והתגלח לרבות נזיר לתגלחת נתק שאינו אלא לסי' הפשיון כ"ש תגלחת המצורע והניח זה בצ"ע:

ומחמת זה נ"ל לאמר כיון דתגלחת הנתק מרבינן מותהגלח בכל דבר שהוא מגלח. לא בעינן לא תער ולא כעין תער ולא בעינן גילוח מעיקרו כיון דלא בעינן לי' אלא משום סימנא בעלמא לידע אם פשה הנגע וא"כ אין בגילוח זה איסור דתער לא יעבור על ראשו שאינו אלא במעביר מעיקרו בתער או בכעין תער ואין צריך לדחות רק עשה דגדל פרע שער ראשו כמו שאמרו נזיר (לט:) תער אין לי אלא תער תלש כו' ת"ל קדוש יהי' כו' יעו"ש בתוס' דפירשו דאם לא תלש מעיקרו אינו אלא בעשה דגדל פרע כו' והא דאמר בת"כ אצל גילוח הנתק לפי שנאמר בנזיר ותער לא יעבור על ראשו יכול אפי' מנוגע כו' נראה דסמך אסיפא דקרא דמסיים קדוש יהי' גדל פרע גו' ולפי"ז ניחא הא דלא הזכיר הת"כ דגילוח הנתק דוחה הלאו דלא תקיפו [בשלמא הא דלא הזכיר פאת הזקן משום דבפאת הזקן אינו חייב אלא בתער ממש ובנתק ודאי דלא בעינן תער אבל פאת הראש הא לפי שיטת הרבה ראשונים חייב אף בכעין תער ה"ל להת"כ למילף מקרא דוהתגלח דדחי גילוח הנתק את לאו דלא תקיפו] משום דגילוח הנתק לא בעינן אף כעין תער וכיון דהכא אינו דוחה גילוח הנתק אלא עשה דנזיר שפיר ניחא הא דבעינן קרא דראשו גבי תגלחת מצורע משום דהתם אשמעינן הקרא דדחי לאו ועשה דנזיר ובזה מיושב ג"כ הרמב"ם דצריך טעמא אחרינא גבי נזיר ומצורע ולא סגי לי' בטעמא משום דאיתא בשאלה אע"ג דגבי גלוח הנתק ע"כ טעמא הוא משום דאיתא בשאלה שאני התם דאינו נדחית אלא עשה דנזיר לבד ורק משום דמאי אולמי' דהאי עשה מהאי עשה סגי בטעמא משום דאיתא בשאלה דלכך קילא האי עשה מהאי עשה אבל גבי לאו ועשה לא סגי בטעמא דאיתא בשאלה שיודחו מפני עשה אחריתא. לכך הוכרח הרמב"ם לומר כיון דימי חלוטו אינו עולה לו ליכא עשה דקדוש יהי' וגו':

אולם מפורש הראב"ד על ת"כ פ' תזריע דכתב שם וז"ל והתגלח אעפ"י שהוא נזיר דקיי"ל דנזיר שגילח בתוך ימי נזירותו בין בתער בין במספרים בין בכל דבר חייב דכתיב לא

יעבור לרבות כל המעבירים עכ"ל נראה דס"ל דגם בגילוח הנתק צריכין דוקא מעביר מעיקרו דאי לאו הכי אין כאן לאו דלא יעבור. ואם נאמר דהרמב"ם לא פליג על הראב"ד בזה ע"כ צ"ל דגם הרמב"ם מודה דאפי' לאו ועשה כיון דאיתא בשאלה נמי נדחי' מפני עשה אחריתא. ולהכי ניחא גבי גלוח הנתק והא דקאמר הרמב"ם טעם אחר גבי נזיר ומצורע הוא משום דקשיא לי' הא בנזירות שמשון דליתא בשאלה כמו דאמרינן במכות (כב.) ואפ"ה מגלח אם הוא מצורע להכי הוכרח לומר הטעם משום דאין כאן עשה ולפי"ז כיון דהרמב"ם ג"כ סובר הטעם משום דאיתא בשאלה קילא א"כ איכא למימר דהקרא דנדר לד' לא גילה לן על חיוב מלקות. וע"כ הרמב"ם ז"ל דסובר דלוקין בהא דקונם סוכה ומצה עלי ע"כ אינו סובר כהריב"א ז"ל:

ועוד אפי' אם נאמר דהרמב"ם לא ס"ל הטעם משום דאיתא בשאלה קילא אפ"ה אין ראיה מהקרא דנדר לד' שחייבין מלקות והא דצריך הקרא דלד' הוא משום דאי לאו קרא הוה דרשינן מלא יחל דברו דמיחל הוא בחפצי שמים אף גבי נדר כמו דדרשינן לא יחל דברו דגבי שבועה דמיחל הוא בחפצי שמים להכי אשמעינן קרא דגבי נדר חל הנדר ואינו מיחל:

אבל אח"כ התבוננתי בזה ונראה דהדחי' של שעה"מ גבי נדר הוא נכון דאף דאיצטריך קרא דלד' לאשמעינן דחל הנדר ואסור לקיים המצוה מ"מ שפיר שמעינן דחייב ג"כ אלאו דלא יחל אפי' לדעת הריב"א כיון דבקרא דנדר לה' כתיב אח"כ לא יחל דברו ה"ל כאלו כתיב בהדיא דהלאו אינו נדחית מפני העשה אכן אם יש להביא ראיה דהרמב"ם אינו סובר כדעת הריב"א הוא מדין שבועה דכתב הרמב"ם (בה' שבועות פ"ה הי"ח) נשבע שלא יאכל מצה שנה או שתים הרי זה אסור לאכול מצה בליל הפסח ואם אכל חייב משום שבועת ביטוי עכ"ל ופשטיות הלשון של חייב משום שבועת ביטוי משמע דחייב ככל שבועת ביטוי וחייב על זדונו מלקות ועל שגגתו קרבן ולא אמרינן דאתי עשה ודחי לל"ת ואינו לוקה ואין לדחות ולומר כיון דהקרא גלי לן בנדר לה' דהעשה אינו דוחה ללאו ולוקה ה"ה בשבועה היכא דחל דהיינו ע"י כולל ז"א דהא הקרא דלא יחל דברו אבל מיחל הוא בחפצי שמים מגלי לן דהקרא דלה' קאי על שלפניו היינו נדר ולא על שלאחריו דהיינו שבועה וא"כ מהיכי תיתי לומר דהיכא דחל השבועה דהיינו ע"י כולל לא תדחה הלאו ולפי"ז ודאי דאינו לוקה לדעת הריב"א והירושלמי בארתי לעיל דקאי לענין חיוב קרבן על שבועת ביטוי ועוד עיינתי בירושלמי גופא ואינו כתוב שם לשון חייב אלא אסור לאכול וא"כ איכא למימר שפיר דלדעת הריב"א אין בזה אלא איסור בלבד:

אך י"ל דאף דהקרא דלה' לא קאי על שבועה מ"מ כיון דגלי לן קרא גבי נדר דלא נדחית אפי' הלאו מפני העשה ולוקה ה"ה נמי גבי שבועה דגמרינן מנדר אבל צ"ע א"כ אמאי סובר הריב"א בעלמא דאף דלא דחי העשה ללאו ועשה מ"מ לא לקי ואמאי לא ילפינן מנדר דגלי לן הקרא להדיא כיון דלא דחי עשה ללאו ועשה לוקין משום הלאו ונראה דמטעם זה פריך הגמרא בחולין על שלח תשלח אפילו לדבר מצוה אמאי צריך קרא הא עשה ול"ת הוא ולא מתרץ בפשיטות לדעת הריב"א דלכך צריכין הקרא דלוקין אם לא שלח אף דטיהר את המצורע משום דא"כ הוה הדין דבכל מקום לוקין משום דהוה ילפינן מיני' ובאמת סובר הגמרא לדעת הריב"א דבעלמא אין לוקין כיון דהלאו נדחה וכן בב"מ (ל. לא.) גבי השבת אבידה דפריך שם הגמרא והא עשה ול"ת הוא ולא מתרץ בפשיטות כנ"ל היינו משום טעם הנ"ל. ואין צריך לדחוק בזה מה שדחק השעה"מ בזה לישב דעת הריב"א:

ועתה נשובה לראות היעמדו דברי הנו"ב מה שרוצה לתרץ דברי הרמב"ם במאי דס"ל דבחייבי עשה אם בעלה קנאה משום דבדיעבד אמרינן דמאי אולמא להיפך. ולפע"ד אינו נראה כלל כיון דהך עשה דחייבי עשה קדים וחל עליו מתחילה לא מצי למדחי' עשה דיבום שחל עליו אח"כ ומלבד הטעם דשב וא"ת עדיף איכא נמי הך טעמא דקדים וראי' לזה מחולין (קמא) דפריך שם מאי אולמא האי עשה מהאי עשה ומאי צריך קרא דשלח תשלח אפי' לדבר מצוה. שלכאורה קשה הא צריך קרא דלא תימא שאיזה עשה שירצה יקיים בקים ועשה דהא שני המ"ע שווין עליו לקיים וע"כ צריך לקיים אחת ולעבור על אחת וא"כ ה"א שאיזה שירצה יקיים אע"כ צ"ל כיון דעשה דשלוח חל עליו מתחילה א"כ מחוייב לקיים העשה דקדים כיון שכבר חל עליו משעה שנטלה ע"מ לשלח וקודם שנטלה ע"מ לשלח אע"ג דהי' עליו מ"ע דטהרת מצורע לא הי' אפשר לדחות משום דעל שלוח הקן הי' עניו לאו דלא תקח ועשה ועתה שנטלה ע"מ לשלח נסתלק בזה הלאו ממילא חל עליו העשה דשלוח. וא"א לעשה דטהרת המצורע למדחי' ולכך מחוייב בלא קרא לקיים העשה דשלוח א"כ מוכח מהגמרא הנ"ל דעשה דקדים אלימא והא דקאמר הגמ' מאי אולמא האי עשה מהאי עשה הכי פירושו דאי הי' אלימא כמו שמתרץ הגמ' אח"כ משום דגדול השלום מצי למדחי עשה דבתרא אף עשה דקדים. אך כיון דלא אלימא מחוייב לקיים העשה דקדים דוקא ולפי"ז ממילא נסתר תירוצו של הנו"ב דאפי' בדיעבד שכבר יבמה הא כיון דאיסורא דעשה הוא עשה דקדים אלימא טפי ומאי מהני שכבר יבמה וצריך להיות דינה כמו בלאו ועשה ועוד לפי מה שבארנו למעלה דגם הריב"א דס"ל דכ"מ דאיכא עשה לדחות לאו ועשה אע"ע דלכתחילה לא דחי

מ"מ בדיעבד לא לקי על הלאו משום דקיום העשה או ואפ"ה אמרינן גבי אלמנה לכה"ג דבדיעבד לא קנאה. וע"כ צ"ל דעשה דיבום שאני כיון דאסור לכתחלה ומצותה דוקא בחליצה א"כ הוה אשת אח שנא במקום מצוה וכן נראה דזה דעת הרמב"ם והרשב"א סובר כן, להדיא כמש"ל. א"כ לגבי ח"ע נמי כיון שאסור לכתחילה ליבמה ומצותה דוקא בחליצה א"כ הוה אשת אח שלא במקום מצוה:

ומאי מהני היבום אפי' בדיעבד. ומחמת זה נ"ל ברור דהרמב"ם ס"ל כשיטת הראשונים שבארתי למעלה דח"ע כיון דאין בהם אלא לאו הבמכ"ע דינו כלאו ואתא עשה ודחי לי' כנ"ל ברור:

היוצא מכל דברינו אלה דשיטת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והריטב"א דלאו הבא מכ"ע דינו כלאו ואתא עשה ודחי לו והא דעשה דבתולה לכה"ג וכן עשה דהשלמה דדינה עשה ממש ש"ה שיש בקיומה מצוה והיכא דאיכא לאו ולאו הבמכ"ע אם זה בחד איסורא דעתם דחשיבי כחד לאו ואתא עשה ודחי לי' לכך גבי נמצא בה דבר ערוה אע"ג דאיכא גם עשה דונטמאה מ"מ כיון דהלאו הבמכ"ע אינו מוסיף חומר לכך אין דינו אלא כחד לאו ואתא עשה ודחי לו ויותר נ"ל דבחד איסורא אפי' איכא תרי לאוי ממש כו"ע ס"ל דדינו כחד לאו ואתא עשה ודחי לו. ולא דמי לתרי לאוי מתרי איסורי דס"ל להרמב"ן דלא דחי דהא ס"ל ממזרת ומצרית אינן נדחות מפני עשה דיבום דשאני הכא דהוה מתרי איסורי דחמיר טפי וראיה לזה מגמרא דנזיר (מח:) דאמרינן שם דלר"ע אצטריך לכ"ג ונזיר דדחי מ"מ משום דזה תרי לאוי. וח"כ קשה דהא גם בכ"ג לחודא נמי מצי לאשכוחי דאיכא תרי לאוי כגון שמ"מ מונח באוהל המת ואיכא לא יבוא ולא יטמא ואפ"ה אמר רחמנא דדחי אלא משום דשאני התם דזה הוא חד איסורא ולכך צריך לאשמעינן הקרא דאפי' תרי איסורי נמי דחי מ"מ וממזרת ומצרית לדעת הרמב"ן דינה כאלמנה לכה"ג ואפי' בעלה לא קנאה אמנם לדעת התוס' דס"ל דאפי' תרי לאוי מתרי איסורי נמי דחי א"כ גבי ממזרת ומצרית אם בעלה קנאה אך דעת התוס' בעצמו דלאו הבמכ"ע דינו כעשה א"כ אפי' מצרית לבדה אם בעלה לא קנאה. אך בזה רבו החולקים על דעת התוס' א"כ לדינא נראה דממזרת ומצרית הוה ספיקא דדינא ואם בא עליה צריכה גט לביאתו וחליצה לזיקתה וגם צרתה לא נפטרה בביאתה וחליצתה אך כבר הבאתי לעיל דעת הישׁ"ש דאפי' גבי אלמנה מן הנשואין לכה"ג דודאי אם בעלה לא קנאה מ"מ צריכה גט וחליצה רק דמשמע שם מדבריו דהא דצריכה גט. הוא מדרבנן לבד דמי למאמר שאינו קונה קנין גמור אבל בנ"ד נראה דצריכה גט מספיקא דאורייתא דזה הוה ספיקא דדינא אם קנאה או לאו וה' יזכינו לביאת גואלינו ויאר עינינו בכל ספיקותנו בב"י:

סימן כ

הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה' נערה בתולה ה"ד) כתב וז"ל ומ"ע של תורה שתשב אשת מוציא ש"ר תחתיו לעולם שנאמר ולו תהי' לאשה גו' ואם גרשה עבר על ל"ת שנאמר לא יוכל לשלחה וכופין אותו ומחזיר ואינו לוקה כו' ואם הי' כהן שאסור בגרושה ה"ז לוקה על גרושיה עכ"ל והקשו האחרונים דהא מוציא ש"ר הוא דטוען ואומר לא מצאתי לה בתולים והא קיי"ל דהאומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו ומוקי התם בגמרא באשת כהן וכיון דשוינהו אנפשי' חתיכה דאיסורא והרי אינה ראויה לו ומחוייב לגרשה ואמאי לוקה:

הנה עיקר דינו של הרמב"ם ז"ל שפסק דכהן המוציא ש"ר איתא בלאו דלא יוכל לשלחה לא מצינו בש"ס רק בכהן המאנס שגירש ולכאורה יש להביא ראי' להיפך מיבמות (נט.) מתיב רבא ולו תהיה לאשה באשה הראויה לו פרט לאלמנה לכ"ג כו' ה"ד אילימא בכדרכה מאי איריא משום אלמנה תיפוק לו דהוה בעולה ע"כ ואי כדבריו ז"ל דכהן המש"ר איתא בעשה דולו תהי' לאשה ובלאו דלא יוכל לשלחה מאי פריך הגמרא תיפוק לי' כו' דלמא מיירי הברייתא בלו תהיה דמוציא ש"ר אלא ע"כ דכהן המוציא שם רע אינו בדין דולו תהי' משום דמשוי' אנפשו חתיכה דאיסורא וא"כ לא מצינן לאוקמי הברייתא במוש"ר:

אבל באמת אין זה הוכחה גמורה לסתור דברי הרמב"ם ז"ל דהא כל עיקר דין דמשוי' אנפשי' חד"א הוא רק לראב"י דסובר דהוצאת ש"ר הוא דוקא בשבעל וכפי שפוסק הרמב"ם ז"ל דבעינן גם שיטעון עליה טענת בתולים דאז שפיר יש בטענתו ממש למשוי' איסורא אנפשי'. אבל לרבנן דס"ל דהוש"ר הוא אף כשלא בעל רק שהביא עדים שזינתה ואח"כ הוזמו. ובזה לא משוי' אנפשיה חד"א כלל וא"כ הדקל"ד דלמא מיירי הברייתא בלו תהי' דמוש"ר וכרבנן וע"כ צריך לדחוקי בלא"ה ולומר דידע רבא דהברייתא קאי על קרא דולו תהיה דמאנס:

והנה אפשר להביא ראיה להרמב"ם ז"ל מהתוספתא (פ"ג דכתובות) והירושלמי מביאה שם וז"ל תני ר"ח אחד האונס ומוש"ר שגרשו כופין אותו להחזירה אם היו כהנים סופגין את הארבעים עכ"ל והוא כדברי הרמב"ם אבל לפי מ"ש דלרבנן יכול להיות באופן דלא משוי' אנפשו חד"א אין ראיה מזה לדבריו דאפשר שהברייתא אתי' כרבנן ונראה) עוד בזה דאף אי אתי' התוספתא כראב"י מ"מ אין מזה ראיה לדברי הרמב"ם דאפשר לומר דהתוספתא ס"ל כראב"י בכולה דבעינן פרישת שמלה ממש וטענתו הי' עליה שלא מצא לה דם בתולים ואתכחיש אח"כ ע"י עדי שושבינין וכיון דאיתכחיש ע"י עדים תו

לית באיסורא דמשוי על נפשו ממש להפקיע עצמו משעבוד ששיעבדו התורה ודלא כדברי הגאון ר"י ז"ל מליסא בס' בית יעקב בסוגיא דפ"פ דכתב שם דיכול למשוי' אנפשו חד"א אף במקום שמפקיע עצמו משיעבוד ואף שנתכחש ע"י עדים וכבר הארכתי בזה להכריח דלא כדבריו בתשובה דאשת כהן בשיטת התוס' והרא"ש ולפי שיטת רש"י ז"ל דסובר דגם בטענת פ"פ לא משוי' אנפשו איסורא אלא היכא שאין הוכחה מד"ב כגון שנאבד המפה או שהיא ממשפחת דורקטי אבל היכא שנמצא לה ד"ב אין טענתו של פ"פ טענה לאוסרה עליו וסברתו היא כיון שנמצא לה ד"ב אמרינן שאינו בקי בפ"פ ודאי דאתא שפיר הברייתא בטוען פ"פ מצאתי וכגון שנמצא לה ד"ב ע"י פרישת השמלה אבל הרמב"ם שלא פסק בכולה כראב"י וסובר דלא בעינן פרישת השמלה ממש וא"כ הא לא אתכחיש בעדים על טענתו עליה שלא מצא לה ד"ב ודאי צריך עיונא רבה למפרקי' לקושי' הנ"ל דהא משוי' אנפשו איסורא ואיך קם בדין דולו תהי' ולא יוכל לשלחה ודוחק לומר שדינו של הרמב"ם ז"ל גבי כהן המוש"ר הוא דוקא כשאירע הדבר דאתכחיש ע"י שושבינין או דמיירי שחזר מדבריו ונתן אמתלא לדבריו הראשונים ז"א דאי מיירי בכה"ג דוקא ה"ל לפרושי בהדיא ולמשכוני נפשין לישב דבריו בדחוקים לא ניחא לן:

ועלה בדעתי לישב דברי הרמב"ם ז"ל והוא דהא בטענתו זאת שטוען עליה שלא מצא לה ד"ב אינה אסורה אלא מספיקא בעלמא שמא תחתיו זינתה ולפי דעתו שפוסק בכ"מ דספק תורה מה"ת לקולא א"כ לא הוה אלא איסור דרבנן לדעתו וכיון דאינו אלא איסור דרבנן י"ל דלא אתא דרבנן דמשוי' אנפשו למיעקר מצוה דולו תהי' שהיא מדאורייתא אע"ג דבשניות דרבנן פסק (בפ"ג מהנ"ב ה"ה) דמצי אף לגרשה בקו"ע [ודלא כהגאונים בעל עצי אלמוגים ובעל שושנת העמקים דכתבו שדעת הרמב"ם דבשניה אם כנס אינו מוציאה ולא ידור עמה משום דהוה עוקר דמה"ת אם מוציאה. ובמכ"ת שנו ברואה שראו דבריו ז"ל שם בפ"א שכתב היתה אסורה עליו כו' ואפי' שניה ה"ז לא ישאנה כו' וסברו לדעתו דסובר דלא מצי דחי אלא בשוא"ת אבל באמת גילה דעתו בפ"ג במוש"ר דאף מצי לגרשה] י"ל דשאני התם דמשום לתא דידה דאיהי באיסורא איתא ובמצוה ליתא ע"כ מצי לגרשה וכמ"ש הפנ"י בזה בכתובות (מ.) משא"כ בנ"ד דאיהי מכחישתו ואומרת שמצא אותה בתולה שלימה ודאי דלא אתי איסור דרבנן דמשוי' על נפשו להפקיע מאיסור תורה דלא יוכל לשלחה וגם קם בעשה דולו תהי' ואף לשיטת מהר"א ששון הובא במ"ל שם דטעמי' דהרמב"ם ז"ל הוא דחכמים מצי למיעקר ד"ת בשוא"ת וע"כ צ"ל לשיטתי' דלהכי מצי נמי לגרשה ולעבור בקו"ע משום דכיון דחכמים אסרוה עליו ואינה ראויה לו לאשה. והתורה אמרה ולו תהיה לאשה ולא יוכל לשלחה וכיון דאינה ראויה לו לאשה

לא חייבתו התורה בכגון זאת שלא יוכל לגרשה ולהיות צרורה תחתיו ולכך לא מיקרי זאת דעקרו חכמים בקו"ע וממילא נעקר הלאו דלא יוכל לשלחה מ"מ י"ל דהא דהעמידו חכמים את דבריהם היינו היכא דהאיסור ברור כמו שניות אבל בנ"ד כיון דאינו איסור ברור רק משום איסורא דמשוי' אנפשי' לא העמידו חכמים דבריהם בכגון זאת למיעקר עשה דאורייתא דולו תהי' גו':

אבל כבר בארתי בקונטרס החזקות דזה א"א לומר דבטענת פ"פ מצאתי לא יהי' בזה רק איסור דרבנן לבד. דא"כ מאי פריך הגמ' שם מאי קמ"ל תנינא האומר לאשה קדשתיך כו' הא טובא קמ"ל דגם באיסור דרבנן מצי למשוי' אנפשו איסורא אע"כ צ"ל דבין בספק אונס ספק רצון באשת ישראל ובין בספק תחתיו ספק אינו תחתיו באשת כהן כולם חוששין להם מדאורייתא באשת ישראל וקידשה פחותה מבת ג' דאין כאן אלא ספק אונס ספק רצון כיון דאונס לא שכיח כמו שכתבו התוס' שם מגרעי חזקת היתר שלה וצד האיסור שלה הוה ספק הרגיל ומצוי מודו כולי עלמא דאסור מדאורייתא. ובאשת כהן דאין כאן אלא ספק תחתיו לדעת הרשב"א אסורה מה"ת. כיון דאיכא חזקת הגוף נגד חזקת כשרות שלה. ואף לדעת הרא"ה דס"ל דמדאורייתא מצרפינן חזקה דהשתא דהרי בעולה לפניך לחזקת כשרות דידה ואמרינן מעיקרא נבעלה מ"מ כבר ביארתי דזה דוקא באשת ישראל ס"ל דבספק תחתיו לחוד מותרת מה"ת אבל באשת כהן דאיכא נמי לספוקי דאף באינו תחתיו שמא לפסול נבעלה ואף שרוב כשרים אצלה מ"מ יש לחוש שמא הלכה היא לגבייהו והוה קבוע וכמחצה על מחצה דמי והוה ספיקא דאיסור ספק הרגיל ומצוי ביותר מודה הרא"ה דאסורה מדאורייתא ואחרי אשר ביארנו כ"ז נסתר מה שרצינו לישב דברי הרמב"ם ז"ל דלכו"ע אסורה מדאורייתא דלא הוה ספק השקול ממש:

וראיתי להגאונים אחרונים הגאון בעל ישועות יעקב באה"ע סי' י"א והגאון בעל בית יעקב בכתובות בסוגיא דפ"פ שתירצו קושיא זו שעל הרמב"ם עפ"י סברת הר"ן בנדרים דלהכי האשה אינה נאמנת לומר לבעלה טמאה אני לך. ולמשוי' אנפשה חד"א משום דאינה יכולה להפקיע עצמה משיעבודה שהיא משועבדת לבעלה. כן ה"נ במוש"ר כיון שהתורה שעבדו ע"כ ושאין בידו לגרשה להכי לא מצי למשוי' אנפשי איסורא עכת"ד. ונפלאתי מאד על דבריהם דהא שיעבודא דולו תהי' לא רמיא עליו רק מכי הביא עדים לב"ד והעידו עליה שזינתה אבל כ"ז שלא העידו העדים לא מיקרי כי הוציא ש"ר גו' ואיסורא דקמשוי' עליה הא חל מיד כשטוען פ"פ מצאתי וא"כ קדם האיסור להשיעבוד ואיך יפקיע שעיבודו להאיסור שכבר חל עליו:

ועוד עלה בדעתי לומר דבר חדש דעשה דולו תהי' עם הקנס דממון חדא מילתא הוא ולא נתחייב אלא משעה שהוזמו עדיו ועמד בדין וחייבוהו ב"ד ככל דיני קנסות:
וכ"ז שלא חייבוהו ב"ד אינו חייב במצוה זו ומנא אמינא לה דמשנה שלמה שנינו שם (ל:) אלו שאין להם קנס גיורת ושבויה ושפחה. ומפשטא דסוגיא שם משמע דכל מקום שפטור מן קנס הממון פטר נמי מעשה דולו תהי' וכן מבואר להדיא מדברי הרמב"ם (ה' נ"ב פ"ג ה"ט) שכתב שם וכל הפטור אם רצה לגרש יגרש והא פטורא דידהו הוא רק משום ספק לבד דשמא. נבעלה מקודם [ושבוי' אעפ"י שמדאורייתא בחזקת שלא נבעלה היא מ"מ פטור מקנס משום תקנת חכמים שלא תנשא לכהן וכמ"ש התוס' שם] וא"כ ע"כ צ"ל דהמצוה לישא אותה והקנס הוא חדא מילתא דאי הוה מצוה באפי' נפשי' האיך מפקיעין אותו מספיקא מידי חיובא דמצוה וכ"ש בשבויה דבחזקת בתולה היא מה"ת ודאי קשה במה מפקיעין אותו ממצוה זו אבל אי הוה חדא מילתא ניחא דפטור מעשה זו אף מספיקא כיון דלא פסקינן עליו כלום ולית עליו חיובא כלל דאשר ירשיעון בעינן ועוד יותר קשה מזה דהא אם יכנסה ויגרשנה הרי עובר על ל"ת דלא יוכל לשלחה בקו"ע וכן במוש"ר דפסקינן לו לכתחילה דיכול לגרשה ואם איתא דהוה מצוה לבד ולא משום קנס קשה כנ"ל:
ולפ"ז יבא על נכון גם מה שהקשה המ"ל על דברי הרמב"ם הנ"ל וז"ל הרמב"ם שם קדש נערה וגרשה וחזר וקדשה והוציא עליה ש"ר והביא עדים שזינתה תחתיו בקדושין הראשונים ונמצאו זוממין פטור כו' וכל הפטור אם רצה לגרש יגרש עכ"ל ותמה עליו המל"מ דבשלמא מלקי לא לקי מספק [דזה איבעי' בגמרא ולא איפשטא] כו' אבל לגרש איך יכול לגרשה כיון דזה הוה ספיקא דאורייתא ובעל מעין החכמה כ' דלית נגר ובר נגר דלפרקיני'. אבל לפמ"ש לא קשה מידי כיון דמספיקא לא פסקינן עליו כלום ליכא חיובא עליו כלל דבקנס אשר ירשיעון בעינן ולהכי יכול אף לגרשה וכעין זה הוא סברת הראב"ד על דברי הרמב"ם (בפ"ב מה, גניבה) גנב וקטע ממנו אבר אין מוציאין ממנו תשלום ד' וה' ואם תפס אין מוציאין מידו עכ"ל וכ' עליו הראב"ד וז"ל א"א אינו מחוור לי דתפיסה מהניא בהו כיון דיותר ממה שהזיק אין כח לחייבו אלא בב"ד ובדין פסוק בלי ספק וזה כיון שספק הוא אצלם איך גמרו דינו עכ"ל וסברתו הוא כיון דאנן לא מורינן לו לגבות מספק דספיקא דממונא לקולא וכל כמה דלא פסקינן לו ליכא חיובא עליו כלל וא"כ אפי' תפס יחזיר וסברת הרמב"ם הוא דפסק הב"ד לכתחילה הוא כך דאם תפס לא מפקינן מיני' ויש להסתפק בדעת הרמב"ם ז"ל דלא ביאר גם בהא דקידש נערה כו' דהוה ספק קנס דאי תפס לא מפקינן מיני' כמ"ש בספק קנס דתשלומי ד' וה' אי ס"ל

דגם הכא אי תפס לא מפקינן מיני' וסמך על מ"ש בה' גניבה שם או אפשר דס"ל דשאני הכא כיון דא"א לקיים ויסרו אותו מספיקא תו ליתא גם בחיובא דועגשו אותו מאה כסף ולפי"ז אפשר לומר דגם אם לא התרו בו [דמוש"ר בעי התראה כדאיתא במכות (ג:)] כיון דפטור ממלקות פטור נמי מתשלומין ומחיובא דולו תהי' כיון דכתיבא בחד קרא:

היכא דפטור מחדא ליתא נמי בחיובא דאידך וכן משמע דזה קושית הגמרא כתובות (כט:) דפריך והני בני קנסא נינהו אמאי איקרי כאן ולו תהי' לאשה אשה הראויה לו ור"ל כיון דא"א לקיים כאן ולו תהי' לאשה ממילא פטור נמי מן הקנס כיון דכתיבי בחד קרא ומשני הגמרא משום רבויא דקרא מחייבינן קנסא אף דא"א לקיים הקרא כדכתיב ובמוש"ר דליכא רבויא דקרא כתבו התוס' בסנהדרין (ח:) ד"ה והביא וז"ל וצ"ל לפר"ת שהיא מותרת לבעלה כשלא כיונו עדותן או כשהוכחשו דאל"ה היכא מחייב ק' סלעים הא לא קרינן בי' ולו תהי' לאשה עכ"ל ונפלאתי על הגאון רעק"א בחידושיו לכתובות (מו.) שכתב שם וז"ל מסתפקנא בנשא חייבי לאוין והוציא עליה ש"ר דא"א לו לקיים ולו תהי' אם הוא פטור מעונש מאה כסף כמו באונס ומפתה לר"ש בן מנסיא:

ואף לדידן דמחייבין באונס ומפתה הוא מכח ריבוייא אבל במוש"ר דליכא רבוייא י"ל דפטור מקנס ולא מצאתי עדיין גילוי לדין זה עכ"ד ותימה גדולה לי על ספיקותו הא בתוס' הנז' מבואר להדיא דפטור. אמנם מדברי הרמב"ם דכתב שם בה"ח וז"ל כל נערה שאין לה קנס אם נאנסה או נתפתתה כך המוש"ר פטור מן המלקות ומן התשלומין עכ"ל משמע קצת דדוקא נערה שפטור מן הקנס לגבי אונס ומפתה פטור ג"כ לגבי מוש"ר. הא חייבי לאוין כיון דחייב קנס גבי אונס ומפתה ה"ה דחייב גם במוש"ר. נראה דס"ל דלא כהתוס' אלא כיון דגלי קרא באונס ומפתה דאף דא"א לקיים ולו תהי' מ"מ חייב בקנס ה"ה במוש"ר:

אולם מדברי הירושלמי דכתובות (פ"ג ה"ו) משמע דס"ל היכא דנשא אשה באיסור בכה"ג לא קנס התורה לשלם קנס בשביל שהוציא עליה ש"ר דאיתא שם רבי ירמיה רבי חייא בשם רבי שמעון בן לקיש לא יאמר ולו תהי' לאשה זה המוש"ר שאינו צריך כבר היא תחת ידו ומה תלמוד לומר ולו תהי' לאשה תלמוד הימניה לגזירה שוה מתדרש ולו תהי' לאשה ולו תהיה לאשה מה לו תהיה שנאמר להלן אשה שראויה לו אף לו תהי' שנאמר כאן אשה הראויה לו כו' ע"כ ודברי המפרשים שם אינם נוחים לי ע"כ נראה לי דס"ל להירושלמי דעד כאן לא קנס התורה למוש"ר לשלם קנס אלא היכא שרצה לבגוד באשתו הכשרה לו ובא בעלילות דברים לומר שלא מצאתי לה בתולים וגם יש לו עדים שזינתה כיון דהיא לא עשתה שום עבירה בנשואיה. בזה הוא דקנס רחמנא

לו על שהוציא ש"ר עליה אבל היכא שנשא פסולה לו כיון דגם היא מוזהרת כמותו והיא עשתה עבירה בנשואיה ועומדת מתחילת נשואיה להתגרש. בזה אין סברא דקנס התורה לשלם קנס על מה שרצה לבגוד בה באשתו הפסולה לו דלא עביד התורה תקנתא לרשיעי אמנם מדברי הספרי משמע דגם בנשואין דאיסור שייך הדין דמוש"ר יעו"ש:

והנה הרדב"ז ז"ל (בח"א סי' י"ט) לענין אי חייב המאנס בולו תהי' בשהודה עפ"י עצמו כתב וז"ל דשני מצות המה ליתן הקנס ולישא האשה וכן מנאן הרמב"ם ז"ל לשני מצות ומשמע דלא תליא הא בהא דמודה בקנס פטור דהא לאו קנסא הוא כו' ואפי' תימא שהוא עונש עונש לאו קנס הוא והמודה בעונשו אינו נפטר ואע"ג דקיי"ל דמי שבא ואמר עברתי עבירה פלונית הלקוני אין מלקין אותו משום דאין אדם משים עצמו רשע אבל המודה שאנס אשה לא שייך האי טעמא כו' אבל גבי אונס שחייב תרתי לישא אותה וליתן הקנס אפי' אם הודה בקנס ונפטר ממנו עדיין נשאר חיוב השני כו' וכופין אותו על ככה ואפשר כי מרוב פשיטות הדבר לא דברו בזה הראשונים עכת"ד. והנה מבואר להדיא בדבריו דלא כמו שכתבתי אבל באמת דבריו נפלאים ממני דמ"ש שהרמב"ם חשיב הקנס והעשה דולו תהי' לב' מצות. לא ידעתי אנה מצא כן הלא כס' המצות מבואר להדיא דלא כוותי' דבאונס ומוש"ר דאיכא בהו גם עשה דולו תהי' חשיב העשה דלישא אותה והקנס לא חשיב ומפתה דליכא בה רק קנס לבד חשיב הקנס מחמת שביאר כבר דעתו בשרשי המצות שלא יחשב במצוה כל פרטיה הלכך באונס ומוש"ר לא חשיב הקנס משום דהוא פרט מפרטי המצוה ואדרבה מוכח להדיא מדברי הרמב"ם הנ"ל דכ' וכל הפטור אם רצה לגרש יגרש וע"ש במל"מ דכתב דס"ל להרמב"ם ז"ל דלא הזהיר הכתוב דלא יוכל לשלחה אלא היכא דחייב קנס ומלקות אבל היכא דליכא חיוב קנס ומלקות אם רצה לגרש מגרש רק שהניח הדבר בצ"ע בספק אמאי מצי לגרש ובארתי לעיל דעתו דכל כמה דלא חייבו ב"ד אינו מחוייב בעשה זו א"נ כיון דאינו יכול לקיים בו ויסרו אותו כדכתיב בקרא מספק פטור נמי מן העשה דולו תהי' לפ"ז בהודה בעצמו כיון דפטור מן הקנס פטור נמי מעשה זו ואפי' אם נאמר כדעת הרמב"ם דס"ל דאינו תלוי הקנס דממון במצות עשה דולו תהי' גבי מוש"ר וכן באונס ומפתה לכו"ע אפי' היכא דלא אפשר לקיים העשה מחוייב בקנס מרבוייא דקרא. מ"מ מצות עשה דולו תהי' ודאי תלוי בקנס ובמקום דפטור מן הקנס ליכא עשה דולו תהי' כמו שהוכחתי לעיל ראי' ברורה משבויה דמדאורייתא היא בחזקת בתולה וא"כ יכולין חכמים לפטור אותו מן הקנס מטעם הפקר ב"ד אבל איך יכולין להפקיע אותו מחיוב המצוה דולו תהי' וע"כ דתלוי בחיוב ב"ד דכ"ז דלא חייבו אותו אינו מחוייב בעשה זו. דגם העשה מיקרי קנס

ודינה כקנס ממון לכל דבר א"כ הודה בעצמו פטור. ואף אם נאמר כדעת הרדב"ז דהיינו עונש. מה דפסיקא לו דעונש לאו היינו קנס סתם דבריו כאלו הוא מוסכם אליבא דכו"ע ובאמת לפי דעת רש"י במכות (ה.) עונש דינו כקנס ונפטר בהודאת עצמו ואף לפי דעת התוס' שם דלא מפטר גבי עונש בהודאת עצמו מ"מ מודים דלא מענשינן לו עד שיבאו עדים ויעידו ובהודאת עצמו לכו"ע אין עונשין אותו וגם מ"ש הרדב"ז באומר הלקוני אין מלקין אותו דאין אדם משים עצמו רשע קשה דהא דאין אדם משים עצמו רשע ליכא בבא להודות דרך תשובה וכמ"ש התוס' ב"מ (ג:) ד"ה מה אם ירצה והא דלא מלקינן לו אף בהודה ע"כ ד"ת מגזה"כ הוא דאין עונשים אלא עפ"י ב"ד ועפ"י עדים. ומ"מ אי הוה אמרינן דעשה דולו תהי' הוה רק עונש ולא קנס היה אפשר לומר כדברי הרדב"ז דחייב עפ"י הודאת עצמו דיש לחלק בין עונש דמלקות לעונש דולו תהי' משום דמלקות במקום מיתה עומדת כדאמרינן בסנהדרין (י.) אבל באמת כבר הוכחתי בראיות ברורות דעשה דולו תהי' עם הקנס חדא מילתא היא וא"כ עפ"י הודאת עצמו כיון דאינו מחוייב קנס אינו מחוייב נמי לישא אותה ובזמנינו עתה דאין דנין דיני קנסות ליתא במ"ע דולו תהי' ואין כופין אותו לנשאה ואם נשאה וגרשה אין כופין אותו להחזירה:

ואף שהטור כתב כל דין מאנס אין מזה ראי' שנוהג בזמנינו שכן דרכו בקודש להביא דינים שאינם נוהגים אלא בב"ד סמוכים. אמנם דא עקא לי שמרן הב"י בשו"ע סתם וכתב המאנס את הבתולה חייב לישא אותה ואינו רשאי להוציאה ואם עבר והוציאה כופין אותו להחזירה לפיכך אין צריך לכתוב לה כתובה ונראה מדבריו שגם עתה נוהג דין דולו תהי' וקשה מכל הלין שהקשינו ובפרט שהוא לדעתי כנגד דעת הרמב"ם וגם מה שכתב שא"צ לכתוב לה כתובה לא ידעתי להלום לכאורה דהא אמרינן בברייתא שם (לט:) דלכך אין לה כתובה משום דיצא כסף קנסה בכתובתה וא"כ בזמנינו דליכא קנסא דממונא אמאי אין לה כתובה אך אפשר לתרץ דס"ל להב"י דעיקר הטעם מה שאין כותבין כתובה לאנוסה משום דאין כאן טעמא שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והא דאמרינן בברייתא שם דלכך אם מת אין לה כתובה משום דיצאה כסף קנסה בכתובתה היינו למ"ד כתובת בתולה דאורייתא ולכך הוצרך לומר דכיון שנותן לאביה קנס ע"כ אין מחוייב לכתוב לה כתובה והא דקאמר הגמרא שם טעמא מאי תקנו רבנן כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והא לא מצי מפיק לה היינו משום דלכה"פ יכתוב לה כתובת בעולה כמו שתקנו כתובה לאלמנה ועיין תוס' שם ד"ה טעמא אבל לפי מאי דקיי"ל דגם כתובת בתולה אינה אלא דרבנן משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה א"כ אין אנו צריכין לטעמא דיצא כסף קנסה בכתובתה. הלכך גם בזה"ז דפטור מן הקנס כיון

דאין אנו דנין דיני קנסות מ"מ פטור מלכתוב לה כתובה כיון דליכא גבה טעמא שלא תהא קלה כו' אך לפי משכ"כ דמן הדין יכול לגרשה ודאי דצריך לכתוב לה כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ואף אם נאמר שבזמנינו עתה כמו שמנדין לו על הקנס עד שיפייסנה ה"נ מנדין אותו שישא אותה ואם גרשה מנדין לו שיחזירנה מ"מ נראה דאין כפיית הנדוי פוטרתו לכתוב לה כתובה דהא בזמנינו יש חדר"ג שלא לגרש בע"כ מ"מ כותבין כתובה וראיתי לרש"ל בישש (בב"ק פ"ח הל"ו) שכתב וז"ל ולענין לכוף את המאנס שישא אותה בד"ת נראה כו' שלא לבייש את בת ישראל ראוי לכל דייני ישראל לכוף אותו בשוטים ואפי' ע"י אנ"י שלא תהי' עלובה ח"ו כל ימיה. ואפשר אף בימי התלמוד בבבל היו דנין בזה מאחר שאין בזה גביית ממון רק עשה דולו תהי' וכופין אותו כשאר מ"ע ול"ת שבתורה עכ"ל והוא ז"ל נסתפק בזה אי הוה קנס או מצוה ולפע"ד נראה כמש"ל דהוה קנס ולא מצוה לבד אלא מצוה מטעם קנס וכן מורה לשון הטור דכתב שם וקונסין המאנס שצריך לישא אותה כו':

אמנם מצאתי בס' החינוך (מצוה תקנ"ג) וז"ל שנצטוה מוש"ר על אשתו שתשב תחתיו לעולם כו' ונוהגת לענין מלקות והקנס בזמן הבית שהיו דנין דיני קנסות ולענין שתשב תחת בעלה לעולם אף בזמן הזה שמצוה עליו בכך שזה באמת מצוה היא ולא קנס עכ"ל וכן כתב במצוה תקנ"ז גבי אונס ולענין שישאנה המאנס אף בזה"ז היא מצוה עליו שהנשואין מצוה היא ולא קנס ומ"מ אף שראיתי שגדול אחד מן הראשונים עומד בשיטת הרדב"ז והב"י דעשה דולו תהי' הוה מצוה ולא קנס. מ"מ עדיין נבוך אנכי בזה דלפ"ד קשה טובא האיך לא הזכיר הגמרא כלל דבשבויה כיון דהיא בחזקת בתולה מה"ת דמכ"מ מצוה לישאנה ואף אם נאמר דחכמים יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת מ"מ זה קשה ודאי האיך לא הזכיר הגמרא דלכה"פ גבי מוש"ר דאסור לגרשה ולעבור על ל"ת בקו"ע וגם בשפחה וגיורת שנשתחררה ונתגיירה יותר מג' שנים ויום אחד נמי קשה אמאי לא הזכירו דאם הודה המאנס שמצאה בתולה שלימה מחוייב לכונסה עפ"י הודאתו ואף שדעת הט"ז הביאו הב"ש (בסי' ז' סק"א) גבי שבויה דאם נשאת לישראל ואמר בעלה שמצאה בתולה שלימה אסורה לכהן אחר מיתתו משום דחיישינן שמא הערה בה השבוי. מ"מ קשה דהא התוס' בסנהדרין (עג:) בד"ה ממונא הביאו ירושלמי דאמרינן שם הערו בה עשרה ועדיין היא בתולה כולם משלמין קנס א"כ אף שהערה בה השבוי אם לא הסיר בתוליה מחוייב בקנס ובעשה דולו תהי' א"כ אמאי לא הזכירו זאת דמהני הודאתו לענין מ"ע דולו תהי' אבל איך שיהי' דעת הרמב"ם דכתב להדיא כל הפטור אם רוצה לגרש יגרש הרי בדבריו מבואר להדיא דהיכא דפטור מן הקנס פטור

ממ"ע דולו תהי' ומן הל"ת דלא יוכל לשלחה ג"כ א"כ ע"כ הוא ז"ל סובר דהיא מצוה מטעם קנס כמש"כ. א"כ לפי דבריו אם גירשה אף לאחר שהוזמו עדיו אם עדיין לא נגמר דינו לא מלקינן לו על הלאו דלא יוכל לשלחה. משום דקנס כ"ז שלא חייבוהו ב"ד אינו חייב וכן מוכח בכתובות (מאי) אם לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה וכן אמרינן בב"ק (עדי) ואי דלא עמד בדין אכתי דמי כולי עבד לרב בעי שלומי לו דאכתי גברא לא מחייב וע"ש בתוס' ד"ה אכתי. וא"כ לפי"ז ודאי נסתר תירוץ הגאונים הנ"ל דהא האיסור חל עליו מיד כשטען פ"פ מצאתי והמצוה עדיין לא חל עליו עד שהוזמו עדיו וחייבוהו ב"ד ואיך יכולין הב"ד לחייבו במה שכבר שווי' איסור עליו:

עוד ראיתי להגאון בית יעקב הנ"ל שמתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דלכך אף כהן איתא בעשה דולו תהי' גבי מוש"ר אע"ג דטוען פ"פ מצאתי עפ"י סוגיא דתלמודא כתובו' (מ.) דקאמר שם משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל ופירשו התו"י שם כיון דאשה מוזהרת על האיסור ועל העשה דולו תהי' לא נצטווית. ע"כ לא מצי עשה דולו תהי' למדחי' ל"ת דילה וא"כ זה אינו שייך רק היכא דאסורה לו בודאי אבל כשהיא מכחישתו ליכא עליה שום איסור וא"ש דברי הר"מ ז"ל עכת"ד. הנה לפום ריהטא הי' נראה דהרמב"ם אינו סובר סברת התו"י הנז' דהא הוא ז"ל כתב שם ה"ה וז"ל ולמה לא יבא העשה וידחה ל"ת דהרי אפשר שלא תרצה היא לישב תחתיו ונמצא העשה והל"ת קיימין עכ"ד ופשטיות דבריו נראין דכיון דאם היא אינה רוצה אין כאן מצוה וא"כ כופין אותה שלא תרצה כיון דיכולין לקיים שניהם נראה דלא סבר הרמב"ם כסברת התו"י הנ"ל. אבל אחר העיון נ"ל דהרמב"ם עומד בסברת התו"י הנ"ל. אך צריך להוסיף בה תבלין מה שהוסיף הרמב"ן בחידושיו בחד תירוצא וכתב וז"ל דכיון דאיהי באיסורא איתא אנן סהדי דלא ניחא לה ואף אי אמרה בעינא לי' כייפינן לה עד דאמרה לא בעינא וכי קאמרה הכי אנן סהדי דבאמת לא ניחא לה משום דאיהי נמי מפקדא עכ"ל ונראה דלכך הוסיפו על דברי התוס' בכגון זאת. משום דלכאורה לישנא דגמרא לא משמע כדברי תו"י הנ"ל דא"כ הו"ל להגמרא למימר בקיצור משום דאיהי באיסורא איתא ובמצוה ליתא ול"ל למימר ה"מ כגון מילה בצרעת וכן תמהו המפרשים על דבריהם וע"כ צ"ל דבסברא זו לחוד משום דאיהי באיסורא

**(הגהה

ונסתפקתי בדעת הרמב"ם דכתב (בה' נ"ב פ"א ה"ג) המפותה שלא רצתה להנשא כו' ה"ז נותן קנס והולך כו' ואם רצה וכנסה אין משלם קנס אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות ומפשטות הדברים משמע דלכך מחוייב לכתוב לה כתובת בתולה אף שהיא

עתה בעולה מ"מ כיון דבזה שנשאה פוטר עצמו מן הקנס ע"כ מחוייב ליתן לה כתובה כשעור הקנס והם מאתים זוז צורי. ועיין במ"ל שם. ונראה מדבריו קצת דגם הוא פירש כן בדברי הרמב"ם אך צ"ע דהא הוא בעצמו פסק דכתובת בתולה הוא רק דרבנן ויש לה רק מאתים זוז מדינה והאיך סתם וכתב כותבין לה כתובה כשאר הבתולות עוד ראיתי שם בדברי המ"ל דבר תמוה דכתב וז"ל והנראה דהתוס' ס"ל דחמשים כסף הוי מאה דינרים דהיינו כתובת אלמנה ולא ס"ל דשקל האמור בתורה כפול היה ולעולם דס"ל דכתובתה של מפותה אינו אלא מנה כו' עכ"ל ונפלאתי עליו האיך אפשר לפרש כן בדברי התוס' הא מפורש להדיא במשנה בכורות (מט.) דחמש סלעים דבן וחמשים של אונס ומפתה כולם היו בשקל הקודש א"כ כפול הי' דומיא דחמש סלעים של בן יעו"ש וצ"ע:)** איתא ובמצוה ליתא לא הוה סגי לן דבכ"מ שמצותו של זה תלוי במעשה אחרים ובלעדם לא יוכל לקיים מצותו לית לן נפקותא בין אם המצוה נעשית על ידו ובין אם היא נעשית ע"י אחר כיון דא"א להמצוה להתקיים זולתו דומיא דמחוסר כפורים בער"פ. שמ"ע דהבאת ק"פ דוחה לעשה דהשלמה שגבי כהנים אף כי הם אינם מקיימים בזה מצוה דק"פ אך כיון שהמביא את הק"פ לא סגי לי' בלא דידהו חשבינן למעשייהו כאלו הם מקיימין המצוה ועלייהו קרמייא [ולפי סברא זו אין צריך לדחוקי למ"ש התוס' שבת (ד.) ד"ה וכי עו"ש] וכן גם במצות יבום למאן דס"ל דהמצוה אינו רק על היבם ולא עליה. ומ"מ אמרינן דאתי מ"ע דיבום ודחי איסור לאו ולא חיישינן לאיסור דידה וע"כ דטעמא הוא כדאמרן וא"כ ה"נ במצוה דולו תהי' אילולי טעמא רבא דאי אמרה לא בעינא ליתא למצוה לא הוה משגיחינן במה דאיהי במצוה ליתא אבל כיון דאיהי אמרה לא בעינא כו' שפיר לא מצי דחי דהא איהי אף שהיא נחשבת בקיום המצוה משום דידי'. אבל מ"מ בידה לקיים שניהם ולומר דלא בעינא ואף שאינה אומרת כן אנן סהדי כו' וכנ"ל. והשתא א"ש לישנא דתלמודא ה"מ כגון מילה כו' [ואפשר לפרושי גם דברי התו"י בסגנון זה] ודברי רש"י ז"ל מתפרשין נמי כה"ג ולפ"ז נראה לומר דגם הרמב"ם סובר כן א"כ שפיר י"ל דבמוש"ר שהיא אומרת שאינה אסורה לו לא שייך לומר דאנן סהדי דלא ניחא ומלתא דידי' הא קדחי איסורא דמשוי אנפשי' למ"ע דולו תהיה:

וכן הגאון בעל ישועות יעקב רוצה לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל בסברא. זו. אך הוא תברי' לגזיזי' וכתב וז"ל א"א לתרץ כן דברי הרמב"ם דעיקר קושית הש"ס שם הוא אהך דאינה ראויה לבא בקהל היינו חייבי לאוין אבל נמצא בה דבר ערוה היא באמת עשה ול"ת דנטמאה היא עשה וכ"כ התוס' שם ופלפלתי בזה הרבה דהעשה והל"ת אש"ב רק בכהנים ועיין תוס' יבמות (ה) ד"ה ואכתי מ"ש ר"י בעל התוס' עכ"ל וכונת דבריו הוא

אע"ג דהכא לגבי פ"פ מצאתי הא דאסורה לגבי כהן הוא רק משום דחיישינן לספק נאנסה תחתיו אבל לספק שמא נבעלה ברצון לא חיישינן משום דלגבי' איכא ס"ס כמו לגבי ישראל וכיון דאינו אלא באונס הוה לי' איסור שאש"ב וא"כ איכא למימר דאתי עשה דש"ב דולו תהי' ודחי לל"ת ועשה דונטמאה מחמת שאשב"כ מ"מ הא כתבו התוס' ביבמות דהיכא דאיהי נמי מוזהרת מקרי שב"כ וא"כ כאן הא איהי נמי מוזהרת והוה לאו ועשה שב"כ ואינן נדחין מפני עשה אחריתא. ואף שכבר כתבתי למעלה דסברת התוס' דיבמות אינה מוסכמת וס"ל דמ"מ מיקרי לאו ועשה שאשב"כ מ"מ כבר בארתי שם דהרמב"ם ע"כ סובר דאף עשה שאש"ב אינה נדחית מפני עשה אחריתא. והא דמצורע דחי לאו ועשה דגילוח הזקן דכהונה הוא משום דגדול השלום אף למ"ד דמצורע מותר בתשה"מ מ"מ מחמת קושיא זו א"א לדחות תירוץ זה על הרמב"ם ונפלאתי על הגאון בעל ישועות יעקב האיך נעלם ממנו דעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א דקושית הגמרא קאי אנמצא בה דבר ערוה ועשה דונטמאה לא חשיבא עשה גמורה כיון דאין בקיומה מצוה ואינה אלא כלאו מוסיף על איסור לאו דהוטמאה וגם דעת הרמב"ם מוכח להדיא ג"כ דסובר כהני ראשונים דכל היכי דאין בהעשה שום קיום מצוה נדחית מפני עשה אחריתא. ולכך ס"ל דעשה דמצרי ואדומי נדחית מפני עשה דיבום כמ"ש בסי' הקודם באריכות:

אבל באמת אחר העיון תירוץ של הגאונים הנ"ל ליתא מעיקרא דהכא לא שייך כלל דין דחיה שידחה המצוה דולו תהי' לאיסורא דמשוי' אנפשיה דאם ניתן אומן לדבריו דלא מצאה בתולה אף אם לא זינתה תחתיו ומותרת לו מ"מ מצוה דולו תהי' ליכא כלל דהא הוציא ש"ר על בתולת ישראל כתיב. וזו לאו בתולה היא לפי דבריו וא"כ לפי טענתו דפ"פ מצאה ואסורה עליו מספק דאולי תחתיו זינתה ומצוה ודאי ליתא לפי טענתו דהא לאו בתולה היתה והאיך מורינן לי' שיחזיקנה לאשה ולעבור על איסור תורה לפי דבריו וגם קשה לי על גוף הדין של הקנס שחייבתו התורה במוש"ר לפי דעת הרמב"ם ז"ל דלא בעינן פרישת השמלה ממש ולא אתכחיש בטענתו שטען עליה שלא מצאה בתולה דאף שהוזמו עדיו שהביא עליה שזינתה תחתיו אבל בטענתו לא אתכחיש כלל. דאולי האמת כדבריו דלא היתה בתולה ואין לה קנס כמש"ל וטענתו הוא טענת ברי ואיך מפקינן מיני' ממונא וכן הקשו הראשונים ז"ל בהא דטען פ"פ שלכן נאמן להפסידה כתובתה משום דהם אמרו והם אמרו כו' תיפוק לי' דהא טענתו טענת ברי הוא ואיך מפקינן מיניה ממונא ותירצו שם דלכן אינו נאמן למ"ד כתובה דאורייתא משום דאדעתא דהכי לא איתנסבה לו שיעשה בה כרצונו ואח"כ יטעון עליה שמצא פ"פ ולהפסידה

כתובתה והקשו האחרונים ז"ל א"כ בקנס דליכא האי טעמא איך מחייבינן לו דלמא לא היתה בתולה ותירצו כיון דהוא לא טעין אנן מאי איכפת לן ומשום זה לא מיקרי מתחייב בהודאתו דהי' יכול לפטור עצמו בטענה זו שלא מצאה בתולה דכיון דכל שלא טעין קיימא בחזקת בתולה ואין בזה הודאתו כלל וכ"כ הגאון רעק"א בחידושיו והביא ראיה לזה מתשובת הרשב"א ז"ל ודלא כהגאון בעל הפלאה. וא"כ קשה טובא בקנס דמוש"ר הלא קצווח ואמר דלא מצאה בתולה ותחילת טענתו הוא זה דלא מצאה בתולה וקטעין טענת ברי איך מחייבין ליה בקנס. לא מבעי' אם עומד בדיבורו ודאי דקשה איך מפקינן מיני' ממונא ואפי' אם הודה אח"כ דהעליל מתחילה עליה ואם לא הי' מודה הי' פטור מ"מ הא מתחייב עפ"י הודאתו הוא ואף אם נדחוק בדעת הרמב"ם ז"ל ונימא דס"ל כתירוץ השני של הרמב"ן ז"ל וכן הוא שיטת הרשב"א והרא"ה דכיון דיש לה חזקת הגוף שנולדה בתולה וגם רובא דרוב בתולות המה בתולות שלימות תו אין בטענתו שטען עליה ממש להוציאה מהחזקה ורובא דאית לה אבל מ"מ לפי שיטת הר"ן ז"ל דלא ס"ל סברא זו תקשה לרבנן דראב"י דס"ל דלא בעינן פרישת השמלה ומחייבינן לי' גם כשבעל ומסתמא מיירי דטען עליה טענת בתולים ג"כ א"כ קשה קושייתנו כנזכר. ואין לדחוק ולומר דלרבנן לא מחייבינן לי' אלא דוקא כשלא טען עליה טענת בתולים זה אינו דסברא רחוקה היא לאמר דלר' אליעזר בן יעקב לא מחייבינן לי' אלא דוקא כשבעל וטען גם ע"ב ולרבנן נימא דלא מחייבינן ליה אלא דוקא כשלא טען ט"ב:

וע"כ נראה לפע"ד דבר פשוט וברור בזה דלהכי אין בטענתו ממש משום דחזינן דהוא גברא רשיע וזייפא ומהדר אחרי עדי שקר להעיד שזינתה תחתיו ולהמיתה שלא כדין וכיון דהוא מוחזק לרשע בכזאת תו אינו נאמן גם בטענתו זאת שטען עליה שלא היתה בתולה והתורה מכחישתו ומעידה עליה כי היתה בתולה שלימה ואמר הכתוב כי הוציא ש"ר על בתולת ישראל והוה כאלו עדים הכחישוהו גם בטענה זו וכסברא זו כתב רש"י ז"ל בסנהדרין (ח:) ד"ה והזימום דתו ליכא למיחש ללעז דאיגלי מילתא דאהני סהדי סמיך והני סהדי שקרי נינהו ואפי' להפסידה כתובתה לא מהימני דהשתא בתר סהדי שקרי קמהדר ושקורי קמשקר ובעי למיתב ק' סלעים לאב ולו תהי' לאשה ע"כ ונראה דבסברא זו איפלגי ראב"י ורבנן דרבנן ס"ל דלא בעינן פרישת השמלה ממש שיתכחש גם בטענתו זאת שטוען עליה גם טענת בתולים משום דכיון דאיתכחיש בשאר טענותיו איתכחיש גם בטענה זו וראב"י לא ס"ל הכי ובעי דיתכחיש גם בטענה זו ומש"ה ס"ל דבעינן פרישת השמלה ממש שיתכחש גם בטענה הלזו. ובזה יש לתרץ קושית התוס' כתובות (מו.) ד"ה בשלמא שהקשו לראב"י מה תועלת יש בפרישת השמלה דע"כ

כשהביא עדים שזינתה מיירי ואף אם ימצא ד"ב לא יתכחשו העדים בשביל כך דשמא הטה הנואף כו' ולפי מה שבארתי ל"ק מידי דלהכי בעינן פרישת השמלה נמי לבד עדי הזמה כדי שיתכחש גם על טענתו דלא מצאה בתולה לחייבו בקנס והרמב"ם ז"ל בהא פוסק כראב"י דבעינן בעל דוקא כפשטא דתלמודא דפוסק בהא כוותי' אבל בפרישת השמלה לא פסק כוותי' דס"ל כמ"ש לרבנן דאמרינן דכיון דאיתכחיש בהא דטען שזינתה תחתיו אנן סהדי דשקורי משקר גם בהא דטען שלא מצאה בתולה וכבר בארתי בתשו' דאשת כהן בשיטת התוס' והרא"ש דיבמות דאף הרשב"א ז"ל שכתב דיכול אדם למשוי' אנפשו איסורא אף כשעדים מכחישין אותו היינו דוקא במקום שאינו משועבד לאחרינא אבל במקום שהוא משועבד לאחרינא ועדים מכחישין אותו מודה דלא מצי משוי' אנפשו איסורא וכייפינן לו לקיים את שיעבודו וא"כ לא קשה קושית האחרונים על דברי הרמב"ם ז"ל כלל ובזה יסתרו דברי הגאון בעל הפלאה שהקשה למה זוכה האב בקנס בתו אחר שנשאת ויצאתה מרשותו ותי' דלפי דעת הרמב"ם דלא בעינן פרישת השמלה ניחא דכיון דלא איתכחיש בטענתו זאת שטוען עליה שלא היתה בתולה וא"כ מקחו מקח טעות ולא יצאתה מרשות אביה וע"כ זוכה בקנסה עכת"ד ונוראות נפלאתי עליו דקרכיב אתרי ריכשי מחייבו בקנס כאלו הוכחש והיא בתולה שלימה. דבעולה ל"ל קנסא וברמב"ם מבואר להדיא דכל אשה שאין לה קנס גבי אונס ומפתה אין לה קנס גם במוש"ר וקנסא לאביה כאלו לא הוכחש ואמרינן דהיא בעולה ומקחו מקח טעות וע"כ צ"ל דלא כדברי הגאון הנ"ל אלא כמש"כ דהיא בחזקת בתולה אף בלא פרישת שמלה לדברי הרמב"ם דפסק דלא בעינן פרישת שמלה והא דקנסא לאביה ע"כ משום גזה"כ הוא:

ומכל זה נראה דסברתי דאם הוא משועבד לאחרינא אינו יכול למשוויה אנפשיה איסורא במקום שעדים מכחישין אותו וכייפינן לו לקיים שיעבודו לכו"ע היא סברא מוכרחת וא"א לזוז ממנה ומחמת זה נ"ל לדון ג"כ באחד שאומר שראה אשתו שזינתה ועדים מכחישין אותו דיש בזה שתי דעות דעכשיו לפי מאי דאיכא חדר"ג שלא לגרש בע"כ אם אדם נאמן על עצמו לאסור את אשתו באומר שראה שזינתה עיין בהגמי"י (פכ"ד בה"א) דכתב שם וז"ל הורה ר' יוסף האומר אשתו שזינתה דאינה אסורה עליו לפי משנה אחרונה דאינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר ה"נ שמא עיניו נתן באחרת אחר תקנת ר"ג שאינו יכול לגרשה ע"כ כו' עכ"ל וכן נוטה דעת הרשב"א בתשו' (סי' אלף רל"ז) דכתב וקרוב הדבר שהוא מותר בה יעו"ש אמנם הרמ"א (בסי' קע"ח ס"ט) הביא דאפי' עד אחד אומר שראה שזינתה והוא אומר דמאמין לו אסור עליו אף בזה"ז וכ"ש באומר

שראה בעצמו שזינתה נ"ל דאם עדים מכחישין אותו כ"ע ס"ל דמותרת לו כיון דהוא משועבד לה ואינו יכול לגרשה בע"כ א"כ אינו יכול למשוי' אנפשיה איסורא וכמ"ש כנ"ל להלכה ומ"מ צ"ע למעשה:

סימן כא

עוד ראיתי לבאר מה שהבאתי לעיל בשם החינוך (מצוה תקנ"ג) וז"ל שנצטוה מוש"ר על אשתו שתשב תחתיו לעולם כו' ונוהגת לענין מלקות והקנס בזמן הבית שהיו דנין דיני קנסות ולענין שתשב תחת בעלה לעולם אף בזמן הזה שמצוה עליו בכך שזה באמת מצוה היא ולא קנס עכ"ל ולכאורה דבריו תמוהים הא עיקר דין דמוש"ר הוא שיבא לב"ד ויאמר פ"פ מצאתי ויש לי עדים שזינתה לאחר אירוסין ורצוני שיהרגו אותה וא"כ בזה"ז לא משכחת דינא דמוש"ר וכן נראה שזה תמיהת בעל מצות השם שכ' דברי החינוך צ"ע למעיין היטיב בסהי"ד. ובאמת זהו דעת הטור שם שכתב וז"ל ואין רצוני להאריך בדין דמוש"ר לפי שאין נוהג עתה שאין דנין אותה אלא בב"ד של כ"ג עכ"ל אבל אחר העיון נ"ל דנכונים דברי החינוך בזה דהא מוכח בסנהדרין (ח:) דאפילו היכא דהביא עדים שאין מחייבין אותה מיתה כגון דלא איתרו בה אפ"ה יש לו דין דמוש"ר וכן כתב התוס' בכתובות (מ:) ד"ה הא דבסנהדרין מוכח דלאו משום דקגרם לה קטלא מחייב וא"כ איכא לאשכוחי דין דמוש"ר אפי' בזמן הזה ואדרבה דברי העור לכאורה הם תמוהין לפי המתבאר שם דהיכא דליכא דיני נפשות כגון שלא התרו בה דנין אפי' בשלשה ובברייתא שם מחלקין חכמים בין היכא דתבעו ממון ובין היכא דתבעו נפשות דהיכא דליכא נפשות גם חכמים מודים דדנין אפי' בשלשה וא"כ בזה"ז מצינן לאשכוחי ג"כ דין דמוש"ר ואף שבעינן לענין זה עכ"פ סמוכין. הא חשיב שם הטור כל דיני דבעינן סמוכין ולחשוב נמי הא בכה"ג דלא בעינן כ"ג. וגם איכא נ"מ בזה"ז לענין אם תפס האב את הק' סלעים. וכ"ש אם נאמר כדעת החינוך והרדב"ז דולו תהיה הוה מצוה לבד ולא קנס ודאי דאיכא נ"מ גם בזה"ז אך אם נאמר כפי מה שרציתי לומר דאין דנין קנס וגם עשה דולו תהי' אלא היכא דיש לקיים ג"כ ויסרו אותו א"כ י"ל דבזה"ז אפי' תפס לא מהני אבל דברי הטור שכתב הטעם משום דצריכין ב"ד של כ"ג צ"ע לכאורה:

אח"כ ראיתי שגם הרמב"ם כתב כלשון הטור וז"ל (בפ"ג מה' נ"ב ה"ג) אין דנין דין דמוש"ר אלא בפני הבית וב"ד של כ"ג מפני שיש בדין מוש"ר דיני נפשות שאם נמצא הדבר כמו שאמר ה"ז נהרגת עכ"ל ולא הביא כלל החילוק בין תבעו ממון לתבעו נפשות ועיינתי בזה ומצאתי שהדין של התוס' דמוכיח מסנהדרין שאפי' היכא דליכא דיני נפשות ג"כ איכא דין דמוש"ר לאו כו"ע מודים בזה ולפי פירש"י שפירש דכל פלוגתתן

של ר"מ ורבנן הוא כשהבעל תבעה ובא להפסיד כתובתה הוא דמשכחינן תביעת ממון בלא דיני נפשות. כגון אם הבעל הביא עדים שזינתה בגוונא דאינה נהרגת. אבל אם האב תובע לבעל הק' סלעים לא משכחינן לה בלא ד"נ דאם לא הביא הבעל עדים שמחייבים לה הריגה אז אינו מחוייב הבעל לשלם הק"ס וליכא דין דמוש"ר. ועיין בחידושי הר"ן לסנהדרין (שם) וכתב וז"ל אבל מ"מ בענין דינו של ר"ת חלק הרב ז"ל וסובר כרש"י ז"ל שאין הבעל חייב מאה כסף עד שיוזמו העדים דוקא דלא ענשי' רחמנא אלא כשהביא עדים שזינתה תחתיו והוזמו שהי' גורם להורגה אבל כשהוכחשו שלא נגמר דינה להריגה אעפ"י שהי' מחשבתו להורגה לא ענשו הכתוב שהרי לא הביא עדים שכיון שלא נחקרו עדותן בב"ד הרי הם כאלו לא העידו כלל כו' וכן כתב שם בד"ה דכו"ע חוששין כו' ולפי השיטה האחרונה קשה הדבר אם לא התרו בה בענין שהיא חייבת מיתה האיך הוא חייב מאה כסף שאעפ"י שהוזמו העדים אין הזמתן מחייבו הואיל ולא היה מחייבין אותה מיתה לפי שיטה ההיא וע"כ נצטרך לומר שאלו האוקימתות האחרונות הם להפסיד כתובתה וכפי שיטת רש"י ע"כ:

ומדברי הרמב"ם הא נראה להדיא דגם הוא סובר כפירש"י דעיקר מוש"ר הוא כשבא הבעל ומביא עדים שזינתה ורוצה להורגה. וגם נראה מדבריו דהוא סובר דקאמר המתני' שם מוש"ר בכ"ג קאי על תרווייהו בין על תביעת הבעל ובין על תביעת האב אך הוא מפרש דלא כפירש"י ז"ל דתביעת הבעל איירי שטען שמצא פ"פ ולא טען שיביא עדים שזינתה תחתיו [עיין מה שהקשו ע"ז התוס' אך הקושיא שהקשו האיך דנו דיני כתובה בבבל לפירש"י נ"ל די"ל דגם רש"י מודה דלאחר שבטל ד"נ יכולין לדון דיני כתובה דאז לא שייך למיחש ללעז] וחיישינן ללעז היינו דחיישינן שמא כשיבאו לב"ד ויצא הקול ישמעו עדים ויבאו ויעידו שזינתה תחתיו אלא מפרש דאיירי שטען שיביא עדים שזינתה תחתיו ואף למ"ד דאם טוען פ"פ מצאתי נאמן דכתובת בתולה נמי מדרבנן מ"מ איכא נפקותא לענין תוספת כתובה דאינו נאמן בטענת פ"פ לבד. וע"כ רוצה להביא שזינתה וידון על הממון לבד מ"מ כיון שיש בזה ג"כ דיני נפשות כי יצטרכו אח"כ לדון ג"כ ד"נ ויהיה לעז לב"ד הראשונים שדנו ד"מ. וכן י"ל דתביעת האב הוא ג"כ באופן זה שיביא עדים שיזימו עדי הבעל ומבקש שידינו אותו ד"מ עם הבעל אך מחמת שיש בדין זה ג"כ ד"נ חיישינן ללעז על ב"ד הראשונים שדנו ד"מ והנה מדברי הרמב"ם בפי' המשניות וכן כתב הר"ן בשם הרמב"ן דהלעז הוא משום דצריכין להוסיף עליהם עד כ"ג ולולי דבריהם הקדושים היה נ"ל דהלעז הוא אולי אצל ב"ד של ג' יצא הדין שדברי העדים הם אמת ויחייבו על ידם ממון שתובע ואח"כ אם יוסיפו עליהם עוד עד כ"ג וישבו לדין ד"נ ויצא

להם עפ"י חקירתם ודרישתם או משום טעם אחר שיראו שאין בדברי העדים ממש והם רבו על הג' הראשונים ויזקקו גם לחזור הדין של ממון שפסקו הב"ד הראשון ונמצא הוא לעז על הב"ד של ג' שלא כיוונו אמיתת הדין לכך היכא שיצטרכו לישב ג"כ על דין זה ב"ד של כ"ג אסור לב"ד של שלשה לפסוק ד"מ שיש בזה הדין [אח"כ מצאתי בספר יד רמה לרמ"ה ז"ל שפי' כדברי ות"ל שכוונתי לדעתו] אבל היכא דלא יהי' בזה ד"נ כלל כגון שטוען פ"פ לבד או אפי' הביא עדים שזינתה רק שלא התרו בה כיון דאין בזה ד"נ כלל ליכא מאן דסובר דבעינן ב"ד של כ"ג:

והרמב"ם לא הוצרך לומר זאת מרוב פשיטותו אבל תביעת האב לא משכחינן בלא ד"נ כלל דכ"ז שלא הוזמו העדים ומחוייבים סקילה אינו מחוייב לשלם הק"ס וא"כ צדקו דברי הרמב"ם והטור שכתבו דדין דמוש"ר אינו נוהג אלא בפני הבית ובב"ד של כ"ג:

אך לכאורה יש להקשות על שיטה זו מהא דאמרינן בפ"ג דערכין (טו) אהא דתנן התם נמצא האומר בפיו חמור מן העושה מעשה דפריך בגמרא ממאי דלמא משום דגרים לה קטלא דכתיב ואם אמת הי' הדבר כו' אמר רבא א"ק כי הוציא ש"ר על ש"ר שהוציא ע"כ ובאמת כבר הרגישו בזה גם הראשונים ופירשו סוגיא דערכין דלא תקשה לזה וז"ל בחידושי הרמב"ן בכתובות (מ:) ד"ה הא לאו הכי כו' מקשים התוס' ודלמא אע"ג דלענין עונשין קטנה פטורה לענין הקנס מיהא חייב כו' ומתרצין שאני מוש"ר שלא חייבו תורה קנס אלא שמוציא עליה ש"ר לסקילה וזה שלא הי' גורם עליה מיתה משום לזות שפתיו אין קונסין אותו ויפה כיוונו אלא דקשה לי הא דגרסינן בפ' יש בערכין נמצא האומר בפיו חמור כו' אמר רבא א"ק כי הוציא ש"ר על ש"ר שהוציא משמע דלאו דוקא משום קטלא דידה ואיכא למימר דההיא אסמכתא בעלמא הוא דמשום הוצאת ש"ר לבד ראוי לחייבו ומ"מ דוקא משום דאמר עונש מיתה עליה הא בקטנה ש"ר דידה נמי לאו ש"ר גמור הוא עכ"ל וכן כתב הריטב"א שם אך סוגיא דערכין תי' באופן אחר וז"ל ויש לתרץ דרבא ה"ק דודאי לאו משום דגרם לה קטלא הוא דמחייב בלחוד אלא מפני שהוציא עליה נמי ש"ר ותרווייהו צריכין לה וכאלו תאמר שהמלקות הוא משום דגרם לה קטלא והקנס לפי שהוציא עליה ש"ר ולפיכך אמרו שם שהמוציא ש"ר חמור מן העושה מעשה שעל העונש של מאה כסף כתיב כי הוציא ש"ר על ש"ר שהוציא כו' עכ"ל וראיתי להגאון המגיה למ"ל שם ה"ב וז"ל א"ה עיין מה שהקשה מרן בכ"מ דלמה תפס רבינו דברי ר"ל כהווייתם ולא היה לו לתת טעם אלא משום דכתיב וסקלוה וקטנה לאו בת עונשין והנה אהא דפריך הגמרא טעמא דכתיב נערה הא לאו הכי וכו' כתבו התוס' כו' דבפ"ק דסנהדרין כו' משמע דלאו משום דקגרים לה קטלא מחייב ע"כ וקשי' לי דאמאי

הוצרכו התוס' לדחות תירץ זה ממשמעות סוגיא דסנהדרין והלא דבר זה לימוד ערוך הוא בידינו בפ"ג דערכין (טו) כו'. איברא כי לא על התוס' לבד תלונתי דגם לרב אדא בר אהבה תקשי דלפי המסקנא משמע דטעמא דמוש"ר פטור משום דאינה בת עונשין כמ"ש רש"י בגמרא (עד:) ולפום סוגיא דערכין דחיוב הקנס הוא על מה שהוציא ש"ר מה לי קטנה מה לי גדולה כו' ומתוך כך נלע"ד דתפס הרמב"ם סוגיא דערכין לעיקר משו"ה הוצרך לומר דטעמא משום נערה מלא עכ"ל ונעלם מן הגאון הנז' שכבר הרגישו בזה גם הראשונים כמו שכתבתי ולפי"ז סרה תלונת הבעל מגיה למ"ל על התוס' וכ"ש על רב אדא בר אהבה ודברי הרמב"ם ע"כ צריך לתרץ כמו שתי' הכ"מ:

והנה הר"ן ז"ל שם הביא ראיה דלא כר"ת מהירושלמי דסנהדרין דקאמר שם בהדיא מקום שהעדים נסקלים הבעל נותן ק"ס ולא בגוונא אחריתא והנה באמת דברי הר"ן בזה תמוהים דז"ל הירושלמי שם ר' מנא אומר בנערה מאורסה פליגי ר"מ אומר מפסדת כתובתה בג' ונסקלת בכ"ג וחכמים אומרים מקום שנסקלת שם מפסדת כתובתה אבל במוש"ר כל עמא מודו מקום שהעדים נסקלים שם הבעל לוקה ונותן ק"ס א"ל ר' יוסי ב"ר בון הן תנינתה פלגה את עביד פלגי' אלא במוש"ר פליגי ר"ע אומר הבעל לוקה ונותן מאה סלע בשלשה והעדים נסקלין בכ"ג ורבנן אמרין מקום שהעדים נסקלין שם הבעל לוקה ונותן מאה סלע אבל בנערה מאורסה כל עמא מודו מקום שנסקלת שם מפסדת כתובתה ע"כ הרי יראה הרואה להדיא שכונת הירושלמי הוא כך כיון שהעדים נסקלין והוא דוקא בב"ד של כ"ג ע"כ אסור לדין אפי' הד"מ שבה בב"ד של שלשה אבל באמת איכא למימר דאף במקום שאין העדים נסקלין ג"כ הבעל נותן ק"ס ואז דנין הד"מ בב"ד של ג' וראי' לזה דהא קאמר שם הירושלמי במקום שנסקלת מפסדת כתובתה והכא ליכא למימר דדוקא במקום שנסקלת מפסדת כתובתה ולא בגווני אחריתי. דהא איכא כמה גווני דאינה נסקלת ואעפ"כ מפסדת כתובתה כגון שלא התרו בה אע"כ צ"ל שם דכונתו דהיכא דצריכין לדונה בד"נ אסור לדין אפי' ד"מ שלה דהיינו הפסדת כתובתה בב"ד של שלשה.

אבל באמת איכא להביא ראיה דלא כר"ת מירושלמי דכתובות (בפ' נערה שנתפתתה) דשם מבואר להדיא דלא כר"ת וז"ל לעולם אין הבעל לוקה ונותן מאה סלע עד שיסקלו העדים ואולי ט"ס הוא בר"ן וכוונתו על הירושלמי הלזה. אח"כ ראיתי להרמב"ם (בפ"ה מה' סנהדרין ה"ג) וז"ל המוציא ש"ר אין דנין אותו תחילה אלא בב"ד של כ"ג מפני שיש בדינו צד דיני נפשות שמא יהיה הדבר אמת ותסקל הבת. לא נאמנו דברי הבעל ובא האב לתובעו בקנס דינו בג' כו' עכ"ל ולכאורה יש ללמוד מדברי הרמב"ם הללו דמשכחת

לה שהבעל יהא חייב בקנס אף היכא דאין העדים נהרגין דאי לאו הכי אמאי אם בא האב לתובעו בקנס דינו בג' הא הוה בכאן דיני נפשות להעדים המוזמים. אבל באמת נ"ל דהרמב"ם ז"ל כיוון לתירוצו של רבא ור"ח בר אבין דמתרצי שם הב"ע שהביא הבעל עדים שזינתה והביא האב עדים והזימום לעדי הבעל בא לגבות ממון מבעל בג' ובמקום נפשות בכ"ג ונראה דהרמב"ם מפרש דברי הגמ' דלא כפירש"י והתוס' שם אלא דסובר דאם בא האב לב"ד שיקבלו העדים שיביא להזים את עדי הבעל ודאי דאינם יכולין לקבל עדותן אלא בב"ד של כ"ג אע"ג דאין האב תובעו אלא ממון מ"מ כיון דאיכא כאן ג"כ ד"נ חיישינן ללעז וכמש"ל. אבל אם כבר קבלו הב"ד את העדות וגמרו את הד"נ ועתה בא האב לתבוע את הקנס מותרין לדין זה אפי' בג' ולפ"ז א"ש דברי הרמב"ם על מכונם היוצא מכל דברינו אלה דרוב הראשונים סוברים דמוש"ר ליכא אלא כשהבעל מביא עדים ורוצה להרוג אותה. א"כ בזמן הזה ליכא לאשכוחי דינו דמוציא ש"ר ונכונים דברי הטור כנ"ל:

סימן כב

והנה הרדב"ז כתב בתשו' (סי' ס"ח) לענין המאנס שהדירה לאשה ואסר הנאתה עליו והשיב וז"ל המאנס כופין אותו לכונס' כו' ושותה בעציצו כו' ואי איתא למה ישתה בעציצו יאסור הנאתה עליו כו' ותו אם אתה אומר כן כל אדם בידו לעשות כן ובחנם כתיב ולו תהי' לאשה דבשלמא כשהיתה עליו באיסור עשה ואפי' שניה מד"ס. יתקיים הכתוב בכשרות. אבל אם יוכל כל אדם לבעל מצוה זו מעליו א"כ לבעלה נכתבה ותו דהתם קדים האיסור ולא אתי עשה דולו תהי' ודחי עשה ואע"ג דאית כו'. אבל אם חל עליו עשה דולו תהי' שוב לא יוכל להפקיע ע"י איסורו וא"ת מ"ש מהא דאמרינן דנדרים חלים על דבר מצוה כדבר הרשות ישיבת סוכה עלי או אכילת מצה עלי דקיי"ל דאם ישב או אכל לוקה הא ל"ק כלל דהנך הוי מצות שבין אדם למקום לפיכך חל הנדר אבל בנדרים שבין אדם לחבירו לא חל הגע עצמך שהי' חייב לחבירו מנה ואמר פלוני מודר מנכסי כלום חל הנדר על המנה שהוא חייב ה"נ ל"ש וא"ת הא תנן המדיר את אשתו יוציא ויתן כתובה ואמאי כיון דמשועבד לה לימא לא יחול הנדר ל"ק דהתם אפשר ע"י גירושין ואשה דעלמא מתגרשת בע"כ אבל הכא מתחייב לכונסה ושוב אינו יכול להוציאה בע"כ הלכך לא חל האיסור להפקיע זכותה עכ"ד והנה דברי קדשו של הרדב"ז אלו לכאורה הם מרפסין איגרי דדבריו שכתב שאין חל כלל הנדר להפקיע עצמו מידי שיעבודו הם נגד סוגיא דמכות (טז.) דאמרינן שם להדיא כגון שהדירה ברבים ומוכח שם דהנדר חל אלא דכייפינן לו להפר לפי מאי דמסיק שם דנדר ברבים יש לו הפרה.

ומדברי הרדב"ז נראה דס"ל דלא בעי הפרה משום דלא חל הנדר להפקיע שיעבודה. גם מ"ש כשהיתה עליו באיסור עשה דהתם קדים האיסור ולא דחי עשה דולו תהי' כו' קשה טובא דהא גם באיסור לאו דקיל מעשה לענין שידחה מפני עשה קאמר בגמ' טעמא אחרינא דלא דחי משום דאי אמרה לא בעינא וכ"ש דנוכל לומר כן גבי למדחי עשה ולמה לי' למסבר טעמא שלא הוזכר לא בבבלי ולא בירושלמי ולא כדברי הגאונים. גם מ"ש אבל בדברים שבין אדם לחבירו לא הגע עצמך כו' קשה דהא לאו כללא הוא דשיעבוד אשה לבעלה דהוה נמי דברים שבין אדם לחבירו ואי אסרה הנאת תשמישו עליה חל הנדר גם קשה הא יבמה שנדרה הנאה מיבם לאחר שמת בעלה דהדין הוא שמבקשים אותו לחלוץ לה ולפי דברי הרדב"ז לא חל הנדר דהא איהי משועבדת לו וראיתי להגאון מגלוגא בתשו' ח"ש (חלק או"ח סי' י"ח) שהעיר קצת בקושיות אלו על דברי הרדב"ז ומה שתירץ שם הגאון בעל ח"ש נראה שלא הי' ספר הרדב"ז לפניו כי המעיין בדברי הרדב"ז עצמו אין דברי הח"ש עולין יפה:

ושמתי עיוני בזה ונ"ל לישב דברי הרדב"ז בטוב טעם דסברתו הוא דלהכי לא חל הנדר בכה"ג וא"צ כלל הפרה משום דעשה דולו תהי' קדחי ללאו ועשה דמוצא שפתיך משום דלאו ועשה דנדר קילא דאיתא בשאלה כמו בנזיר ומצורע והא דבקונם מצה וסוכה לא דחי העשה לאיסור קונם דאיתא בשאלה דהתם שאני דגלי קרא אשר ידור נדר לד' דחל הנדר על דבר מצוה אשר לד' וס"ל דלא אתי קרא לגלות דחל הנדר אף במקום מצוה רק היכא שהמצוה אינה אלא לד' לבדו אבל במקום שיש בהמצוה ג"כ שעבוד חוב לחבירו בזה לא גלי קרא וקם אדינא דעשה דחי לל"ת ועשה דאיתא בשאלה והא דקאמר בגמ' שם דהדירה ברבים וחל הנדר הוא רק לפום מאי דסלקא אדעתא מעיקרא דנדר ברבים ליתא בשאלה ולהכי הוה ס"ל דלא דחי עשה ללאו ועשה דנדר ואין להקשות על סברת הרדב"ז דמ"מ היה לו להעשה דולו תהי' להדחות מפני לאו ועשה דנדר אף דאיתא בשאלה דהא העשה דולו תהי' קילא משום דאי אמרה לא בעינא כו' די"ל דהרדב"ז קאי בשיטת התוס' דעיקר טעמא דקאמר בגמרא דאי אמרה לא בעינא כו' הוא משום ליתא דידה דבאיסורא איתא משא"כ כאן בנדר הנאה ממנה דאין עליה שום איסור והנה אף שמדברי הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם נראה שעיקר הטעם דלא דחי עשה דולו תהי' לאיסור לאו הוא משום דכיון שהיא יכולה לבטל העשה כשאומרת לא בעינא לו לא אלימא כולי האי למדחי איסור לאו וכמו שסיימו שם שזה נראה להם לעיקר. וכן מצאתי בש"מ (בפ"ב דב"מ) שהביא כן בשם הרמב"ן והרשב"א וז"ל שם ואיכא מקצת נוסחי עתיקי ודוקני דכתיב בהו פשיטא מי דחינן איסורא קמי ממונא ונ"ל דה"פ משום דכיון

דאפי' בעל אבידה כהן אינו רשאי לעמא עצמו בשביל האבידה האיך יטמא זה בשבילה והרי אם באו בעלים ואמרו לא בעו לה ליתא לעשה כלל. הלכך לא דחינן מ"ע משום מצוה שבממון כו' ודמי להא דאמרינן בכתובות בסוגיא דשותה בעציצו אימר דאמרינן אתי עשה ודחי ל"ת כו' אבל הכא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל כלומר הואיל ואפשר לה לבטלה אף שאמרה בעינא לו אין שומעין לה ששניהם חייבין בכבודו של מקום ולא גלי רחמנא בכי האי עשה דנדחי עכ"ל אכן הרמב"ם ע"כ דלא ס"ל האי טעמא דמש"ה לא דחי משום דקילא דאי אמרה לא בעינא כו' דהא בה' גזילה (פי"א ה' י"ח) כתב בטעמא דאבידה בבה"ק שאין הכהן רשאי לטמאות עצמו ולהחזירה משום דטומאת כהן הוה עשה ול"ת והשבת אבידה הוה עשה ואין עשה דוחה ל"ת ועשה עכ"ד והשמיט להאי טעמא דאמרינן בגמרא מי דחינן איסורא מקמי ממונא ונ"ל דלא גריס כן בגמ' וע"כ משום דלא ס"ל סברא זו דמשום שיכול לבעלה הוה קילא ולא מצי דחי [אך צ"ע מסוגיא דגמרא ברכות (יט:) דכבוד הבריות אינו דוחה לל"ת ולא ילפינן מוהתעלמת דזקן ואינו לפי כבוד משום דאיסורא מממונא לא ילפינן והרמב"ם (בפ"י מה' כלאים) מביאה. אבל באמת נראה דאין להביא ראיה מדחיית כבוד הבריות לל"ת לדחיית עשה לל"ת דהא עשה דפסח משום דחמירא שיש בה כרת קא דחי לעשה אף בקו"ע. אף דקיי"ל דאין עשה דוחה לעשה וכ"ש דדחי ל"ת וכבוד הבריות דוחה לעשה דפסח משום דשוא"ת שאני ומ"מ לל"ת דעלמא לא דחי] וע"כ דהרמב"ם ס"ל כסברת התו"י הנ"ל וכמ"ש למעלה סברתו כיון דהיא יכולה לומר לא בעינא הרי היא יכולה לקיים שניהם וע"כ לא דחי גבי דידה היכא דאיהי באיסורא איתא:

גם מה שהוצרך הרדב"ז לומר טעם חדש דהא דלא דחי מצות דולו תהי' איסור עשה משום דהתם קדים האיסור. נראה דהוא פירש בדברי הגמ' כשיטת הראשונים שהבאתי למעלה דפירשו הא דפריך הגמ' ליתי עשה ולדחי ל"ת קאי דוקא אנמצא בה דבר ערוה דהתם חל עליו העשה דולו תהי' לכך פריך דליתי עשה ולדחי לל"ת אבל היכא דלא הי' ראוי' מעיקרא ילפינן מגופא דקרא דבעינן אשה ראוי' לו וזה כוונת הרדב"ז דבזה גלי קרא דהיכא דקודם האיסור לא מצי עשה למדחי' והא דצריך טעמא דקדים תיפוק לי' משום דשוא"ת עדיף נראה דצריך טעמא כגון אם אנס כה"ג בתולה א"כ נעשתה בעולה על ידו אעפ"כ אין צריך לכונסה דבעינן אשה הראוי' לו אע"ג דעשה דשוב"כ מצי למדחי עשה דאינו שוב"כ אפי"ה גלי קרא דמצות עשה דולו תהי' לא דחי שום איסור דקדים והא דלא סגי לו בטעמא דמשום לתא דידה דהיא באיסורא איתא ובמצוה ליתא דאי בעי אמרה לא בעינא משום דס"ל כשיטת הראשונים דבעולה לכ"ג ליכא עליה שום איסור דלא דרשינן

יקח יקיח. אי נמי כפי מה שבארתי בתשו' דאשת כהן בשיטת הרר"א שיטה א' דכל איסורי כהונה איהי מוזהרת רק מחמתו שלא תכשילו והיכא דנדחי לגבי האיסור ליכא גבה שום איסור והא דהזכיר הרדב"ז רק איסור עשה משום דאיסור. לאו גבי אונס ליכא לאשכוחי בלא איסור עשה נמי. דגרושה וחלוצה לכ"ה איכא נמי איסור עשה דקדושים יהיו לכמה שיטות הראשונים ואלמנה לכ"ג איכא נמי איסור עשה דבעולה רק במוש"ר איכא לאשכוחי איסור לאו לחודא. מ"מ בתירוצו שמתרץ על איסור עשה אף שאינו שב"כ יתורץ נמי על איסור לאו משום דגלי קרא דהיכא דחל עליו איסור לאו מקודם לא נדחית מפני מצות עשה דולו תהי' כנ"ל לבאר דבריו:

וכן מה שקשה לפי דעתו מהא דאשה מצית למיסר נפשה אבעלה ולמיפק נפשה מתחת רשותו אע"ג דהיא משועבדת לו י"ל דשאני התם כיון דליכא מצוה עליה רק משיעבוד לבד קא אתינן עלה ממילא פקע שעבודה וגם מה שהקשינו עליו מהא דנודרת הנאה מיבם אחר שמת בעלה דמבקשין אותו שיחלוץ לה אע"ג דאית שם מצוה ושיעבוד י"ל דהתם יש לגזור ביאה ראשונה אטו ביאה שניה ובביאה שניה ודאי דחל הנדר דכבר קדים המצוה בביאה א' וליכא שום מצוה מביאה א' והלאה. גם מ"ש ראי' דאין הנדר חל במקום שיעבוד מהא דחייב לחבירו מנה ואמר פלוני מודר הנאה מנכסי כלום חל הנדר צריך לפרש דלא משום שעבוד לבד אלא כיון דפריעת ב"ח מצוה וגם איכא שעבוד לכך לא חל איסור הנדר גם מה שהקשה מהא דמדיר את אשתו דיוכל למיסר על עצמו הנאת תשמישה כוונתו דהתם ג"כ איכא מצוה דקיום עונה ושפיר הקשה כיון דאיתא מצוה ושעבודה ליתי עשה דעונה ולדחי לאו ועשה דהדרה כיון דאיתא בשאלה כנ"ל לתרץ דברי הרדב"ז ז"ל אמנם הרשב"א ריש יבמות נראה להדיא שחולק על סברת הרדב"ז וס"ל דאף במקום מצוה ושעבוד חל הנדר כיון דגלי קרא דלה' שחל הנדר במקום מצוה תו אין חילוק בין משועבד לשאין משועבד ולהכי כתב בהנודרת מיבם שחל הנדר ד"ת ואינה ראויה ליבום ול"ל שהרשב"א מיירי שנדרה בחיי בעלה דלא רמיא קמי' עדיין וליכא שום מצוה דהא הרשב"א ס"ל דיבום הוה עשה השוב"כ וה"ל לדחות ללאו ועשה דנדר כיון דאיתא בשאלה אע"ג דקדים אע"כ צ"ל דלהכי לא דחי משום דגלי קרא דלה' וכמ"ש. גם בדברי התוס' דכתובות (נט:) ד"ה קונמות מבואר להדיא דבחייב לחבירו מן הדין הי' חל האיסור על המודר ועיקר הטעם הא דלא חל הוא משום דאלמוהו רבנן לשיעבודו ודלא כדברי הרדב"ז אמנם מ"מ אין ראי' מדברי התוס' לסתור הדין של הרדב"ז דס"ל דהמאנס אינו יכול להדירה הנאה דבאמת גבי פרעון החוב אע"ג דאיכא מצוה מ"מ המצוה הוא על הלוה והאיסור דאסור ליהנות מנכסיו הוא על המלוה. א"כ לא שייך לומר דלא יחול

הנדר מטעם המצוה והשיעבוד כמו גבי מאנס דהתם דחי המ"ע דולו תהי' לעשה ול"ת דנדר כמש"כ ואדרבה נפלאתי על דברי הרדב"ז דהאיך רוצה לומר דגבי פריעת חוב אינו חל הנדר מטעם השעבוד דהא זה דמי לאשה דמצית למיסר נפשה אבעלה אע"ג דהיא משועבדת לו וכיון דליכא מצוה עלה כמש"ב ע"כ יכולה לאסור נפשה סוף דבר דברי הרדב"ז בזה מה שכתב דאין הנדר חל במקום שיעבוד מהא דחייב לחבירו מנה דבריו תמוהים דזה נגד הראשונים עיין בש"מ בכתובות שם אמנם לפי מה שסובר הרמב"ם (בה' נדרים פ"י הי"ב) דמי שמדיר את חבירו שלא יהנה ממנו אם נהנה המודר ע"י המדיר המדיר לוקה דהוא עובר על לא יחל דברו והמודר ס"ל בפ"ה דאינו לוקה כיון שהוא לא אמר כלום א"כ אפשר לישב קצת דברי הרדב"ז דמה שסובר דהמדיר בע"ח מנכסיו אינו חל הנדר מטעם מצוה ושעבוד כיון דעיקר האיסור מהנדר הוא על הלוה שאסור לו להנות את המלוה מנכסיו וכיון דלגבי' נדחה מטעם המצוה ממילא אין איסור על המלוה דנ"ל לפי דעת הרמב"ם דעיקר האיסור על המודר הוא מטעם המדיר:

סימן כג

שאלה היכא דאית עליו מ"ע דולו תהי' ונמצא עליה אח"כ ספק דבר ערוה כגון שיש שתי כיתות עדים המכחישים זא"ז והיא אומרת לא פעלתי און האיך הוא הדין אם רשאי לדור עמה או לא וגם אם אינו רשאי לדור עמה אם מותר לגרשה בע"כ:

תשובה לכאורה יש להביא ראי' דכיון דהאיסור הוא ספק והמ"ע היא ודאית קדחי מ"ט ודאית לספק איסור דהא המהרי"ט הקשה על הא דדריש בת"כ לה יטמא מטמא הוא על הודאי ואינו מטמא על הספק וכי איצטריך קרא למיסר ספיקא ותי' שם בתי' האחרון וז"ל א"נ ס"ד כיון דלה יטמא מצוה סד"א מספק נחמיר עליו דיטמא לה קמ"ל עכ"ל. הרי חזינן דאיצטריך קרא למילף שלא תדחי ספיקא דמצוה דטומאת קרובים לספיקא דאיסורא דטומאת מח לכהן ומינה חזינן דדוקא בכה"ג דהוה ספק וספק הוא דלא דחי בקו"ע. אבל מצוה ודאית דחי לספק איסור אף בקו"ע ואם נאמר כסברא זו אפשר לישב קושית התוס' סוטה (כח:) ד"ה מה שהקשו וז"ל וא"ת וכי איצטריך קרא למיסר ספיקא ודחק התוס' לתרץ דהכתוב אוסרה קודם שתיה כאלו היא ודאי ואפי' אם היא טהורה נענש בב"ד של מעלה אם בא עליה ולפי סברא זו אפשר לתרץ בפשיטות דאתא קרא למיסר בכה"ג כשהי' אנוסה או שהוציא עלה ש"ר דקיומה דולו תהי' עלי' רמיא וכשקינא לה ונסתרה דאם לא עשאה הכתוב כודאי לא היינו אוסרים אותה עליו מספיקא להוציא מידי ודאי מצוה דולו תהי':

אבל אחר העיון נראה דאין מדברי מהרי"ט ראי' דודאי מצוה קדחי לספק איסור דקו"ע במקום דודאי מצוה לא דחי ודאי איסור דאיכא למימר כיון דודאי לא דחי ה"ה לספק והא דאיצטריך קרא דלה יטמא דלא נימא דנדחי ספק טומאת מת מקמי ספק טומאת מצוה דקרובים היינו טעמא כיון דחזינן דדחי רחמנא טומאתם לגבי קרובים אלמא דאלימא מצוה דטומאת קרובים מאיסור טומאתם א"כ ה"א נמי דספק טומאת קרובים ג"כ אלימא דלדחי ספק איסור דטומאת מת. אמנם בדברי רש"י דברכות (כ.) מבואר דטומאת קרובים לגבי כהן לא מיקרי דחיי' אלא מיקרי הותרה א"כ אינו מספיק תירוץ זה מ"מ איכא לישב דדעת רש"י וכמה ראשונים דטומאת קרובים מצוה גם בישראלים ובנשים וא"כ הוה עשה ששב"כ וא"כ ה"א דספק עשה ששב"כ דחי ספק לאו ועשה דטומאת כהנים שאשב"כ [וזהו לפי שיטת הראשונים דס"ל דעשה ששב"כ דחי ללאו ועשה שאשב"כ דילפינן מכהן מצורע] להכי אתי קרא דלה יטמא לגלות לן דאף שודאי ודאי דחי מ"מ ספיקא ספיקא לא דחי ובזה א"ש פסק השו"ע יו"ד (סי' רס"ו) דפסק דספק מילה בזמנה אינה דוחה ליו"ט שני של גליות אע"ג דודאי מילה דחי ודאי יו"ט וא"כ היה לו לדחות ספק מילה בזמנה ליו"ט שני דהוה רק ספק וע"כ דילפינן מלה יטמא דאע"ג דודאי ודאי דחי ספיקא ספיקא לא דחי:

ונ"ל דדעת רש"י הוא דמ"ע דולו תהי' דחי ספק איסור דדבר ערוה ובזה יתיישב שפיר דבריו ז"ל במכות (טז.) שלכאורה הם תמוהים כמו שתמהו התוס' שם דז"ל שהדירה ברבים שמצא בה עון שאסורה לו והדירה עליו וכתבו התוס' ע"ז ולא נהירא דא"כ אינו מצוה לקיימה וראיתי מי שרוצה ליישב דברי רש"י ז"ל דלהכי בלא הדירה מצי לקיימה משום דלא מהימן לומר שמצא בה עון ולמשוי' אנפשי' איסורא וכשיטת הר"ן ז"ל (בנדרים) משום אחרים דס"ל דבמקום שעבוד לא מצי משוי' אנפשו איסורא אבל ז"א דהא הר"ן ז"ל כתב (בתשו' ל"ח) על דברי רש"י הנ"ל וז"ל ועוד שדברי רש"י מוכיחין בפ"ב דמכות דאין נדר על דעת רבים כלום אלא בשנודר לקיים מצוה אבל לדבר הרשות לא עכ"ל ונראה שהוכיח כן מדהוכרח רש"י לומר שהדירה ברבים מחמת שמצא בה עון דהוה לדבר מצוה דמשמע שבלא דבר מצוה אין נדרו שע"ד רבים כלום ואי נימא שרש"י ז"ל ס"ל כשיטת הר"ן בנדרים שבמקום שעבוד לא מצי משוי' אנפשו איסורא. א"כ כשטוען שמצא בה טון לא מהימן בזה להפקיע עצמו משעבוד ומה שרוצה להוציאה אינו מצוה כלל וא"כ לא חל הנדר וגם תמוהים לפי"ז דברי הריטב"א שם דדחיק לפרש דברי רש"י דלהכי מתירין לו משום דמיירי במסקנא דאשתכח לבתר שלא נמצא בה עון שהטעה בזה עכת"ד. ולפע"ד א"א לפרש כן בדברי רש"י ז"ל דאי אשתכח שהי' טעות

אצלו ולא נמצא בה עון א"כ הא לא חל הנדר ע"ד רבים לדעת רש"י כמו שהוכיח הר"ן מדבריו ע"כ נ"ל לישב דברי רש"י ז"ל, דמיירי שטען דמצא בה עון שאינה אסורה עליו אלא מספיקא כגון דאיכא תרי ותרי המכחישין זא"ז אע"ג דבודאי דבר ערוה נדחי מ"ע דולו תהי' מקמי' איסורא מ"מ בספיקא ס"ל לרש"י דמ"ע ודאית דחי לספק איסור מ"מ אם לבו נוקפו ואומר שמאמין לדברי העדים שהיא אסורה עליו והדירה ברבים כדי שלא תהי' ראויה לו ודאי דחל עליו הנדר כיון שהוא נודר כדי לקיים המצוה מחמת שלבו נוקפו שהיא אסורה עליו. מ"מ מיקרי בטלו ע"י הנדר המ"ע דולו תהי' ולאו דלא יוכל לשלחה כיון שמן הדין העשה דחי לספק איסור ורשאי לדור עמה דהא א"א לטעון טענת ברי שהיא אסורה לו רק מחמת מה שלבו נוקפו ע"ז ואע"ג דבדבר ערוה ודאית נראה מדברי רש"י דכתובות (מ.) דפי' שם דפירכת הגמ' דליתי עשה ולדחי ל"ת קאי אאינה ראוי' לבא בקהל אלמא דס"ל כסברת התוס' דבדבר ערוה איכא עשה ול"ת. מ"מ ס"ל דהיינו דוקא בודאי אבל בספק אלים ודאי עשה למדחי ספק איסור מלאו ועשה:

עוד נ"ל לבאר דדין זה תלוי בשני הפירושים בדברי הגמרא דכתובות (שם) דעל הא דמתרץ הגמ' דלכך לא דחי העשה דולו תהי' לל"ת משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל ופי' שם התוס' ד"ה ניתי דלכך לא חשיב עשה ופירושו דלא חשיב עשה כלל לענין לדחות כיון שאפשר לבטלה ע"י לא בעינא ונראה לפי דעתם דהך עשה דולו תהי' לא מצי דחי לשום איסור ואף ספק איסור נמי לא דחי דהא ס"ל להתוס' דספק איסור מה"ת לחומרא כדמוכח מדברי תוס' דסוטה ובזה יתישב שפיר מה דלא מתרץ התוס' (שם) דלכך צריך הקרא לגלות דסוטה חשיב כודאי איסור דנ"מ לענין עשה דולו תהי' כמ"ש דס"ל להתוס' דאף ספק איסור נמי לא מצי דחי העשה דולו תהי' אמנם לפי שיטת התו"י דס"ל דלכך לא דחי העשה דולו תהי' ללאו משום לתא דידה דאיהי באיסורא איתא ובמצוה ליתא א"כ מלמדין אותה לומר שהיא אינה רוצה וכן נראה דעת רש"י בכתובות כדברי התו"י הנ"ל א"כ היכא דאומרת ברי אפי' בנ"ד דהו"ל תרי ותרי וכמה פוסקים ס"ל דתו"ת הוה ספיקא דאורייתא מ"מ הא אמרינן בכתובות גבי שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דאם נשאת לאחד מן העדים ואומרת ברי דלא תצא ואלים ברי במקום ספק אפי' במקום חזקה והאיסור אינו רק מצידו שהוא אינו יודע אם אומרת אמת א"כ איכא למימר דאלים עשה ודאית מעשה דאיסור דאינו אלא ספיקא אפי' לפי שיטת הראשונים דס"ל דהוי לאו ועשה וכ"ש לפי שיטת הראשונים דס"ל דגבי דבר ערוה אינו אלא לאו בעלמא כמש"ל וס"ל דפרכת הגמ' ליתי עשה ולדחי ל"ת קאי

על דבר ערוה ודמשני משום לתא דידה דהיא באיסורא איתא ובמצוה ליתא א"כ הכא גבי' הא נדחה האיסור וגבי דידה ליכא איסור כיון דאומרת טהורה אני:

ולכאורה עלה בדעתי דלפי שיטה זו דעשה דולו תהי' חשיבי עשה רק דמצדה לא דחי א"כ י"ל דאפי' ספק סוטה ע"י קינוי וסתירה היכא דאיכא עליה עשה דולו תהי' מותרת לבעלה משום דאתי עשה ודחי איסור עשה דונטמאה דגבי ספק סוטה ודאי ליכא אלא רק עשה בלבד וכבר בארנו למעלה באריכות דהך עשה דאין בקיומה מצוה לפי שיטת הרבה ראשונים דינה כלאו ולדעת הרשב"א דיבמות גם בספק סוטה קאי בלאו [וגם בדבר ערוה ע"י עדים ס"ל דאינו אלא לאו בלבד] ומצדה ליכא איסור כיון דהיא אומרת טהורה אני וכן נסתפקתי לפי שיטת הרשב"א ז"ל דס"ל דבספק סוטה בעלה לוקה עליה אם יש לחייבה מלקות נמי לדידה. כיון דהיא אומרת טהורה אני וכן יש לדקדק מדברי התוס' דסוטה הנ"ל דהקשו וכי אצטריך קרא למיסר ספיקא ולא תירצו דאצטריך קרא אע"ג דהיא אומרת טהורה אני מ"מ גם היא באיסורא קאי ואף שהיא יודעת בעצמה שהיא טהורה מ"מ עוברת על איסור עשה דונטמאה אלא ש"מ דס"ל להתוס' דאם היא יודעת שהיא טהורה אין עליה שום איסור וכן הי' סברת הרמ"א, בתשו' הנ"ל לומר על הא דאיתא אם הוחזקה נדה בעלה לוקה עליה משום נדה. כ' וז"ל מ"מ נראה דיש לדקדק מדר"י עצמו דשרי דמדקאמר בעלה לוקה עליה משום נדה ולא קאמר דהיא עצמה תלקה משום נדה. ש"מ דוקא בעלה שאינו יודע מטומאתה הוא דמהני ליה חזקת השכינות. אבל לגבי דידה אם יודעת בעצמה שאינה טמאה אלא שהחזיקה עצמה בכך או שהוחזקה מן השכינות שלא כדין אינה לוקה כו' יעו"ש. אף דהכריע שם דאיהי נמי לוקה שאני התם דאינה נאמנת להפקיע עצמה מהחזקה שהוחזקה נדה מקודם אבל הכא אף שהי' קינוי וסתירה מ"מ אינו אלא ספק אם נטמאה א"כ איכא למימר דלגבי עצמה נאמנת במה שאומרת טהורה אני ולא תלקה לדעת הרשב"א וכן תהי' מותרת לבעלה היכא דאיכא לגבי' עשה דולו תהי'. דכל דחיית האיסור הוא רק מצדה דאיהי באיסורא איתא ובמצוה ליתא ולכך מלמדין אותה לומר איני רוצה והכא דהיא אומרת וצווחת טהורה אני א"כ מותרת לבעלה:

אבל באמת ז"א דודאי אסורה לבעלה אף במקום דאיכא עשה דולו תהי' דהא חזינן דאסורה לבועל אע"ג דשניהם טוענים ברי שלא נטמאה אף שהבעל ח"מ (בסי' י"א סק"א) על הא דכתב בשו"ע דהיכא דנאסרה לבעלה בשבילו אסורה גם עליו כתב וז"ל לשון זה העתיק מדברי הרמב"ם כו' ובאמת דבר זה צריך ראי' אם היא עומדת וצווחת טהורה אני ורוצה לשתות מי המרים והוא אינו רוצה להשקותה אף דהרשות בידו לאוסרה

על עצמו מ"מ קשה מאחר שצריך ליתן לה כתובה (כמבואר בסי' קט"ו) ג"כ אינו יכול לאוסרה על הנחשד מאחר שהם טוענים ברי שלא זינו והיא רוצה לשתות מנ"ל להרמב"ם שהיא אסורה להנחשד עכ"ל. ונראה דדעת הח"מ הוא דעליה בעצמה וכן על הבועל אם יודעים שהם מנוקים מעון אין עליהם שום איסור אבל כל האחרונים השיגו על בעל ח"מ והביאו ראי' מיבמות (צה.) דמוכח שם דלעולם אסורה לבועל ומוכח דאפי' אם טוענים שניהם ברי ג"כ אינו מועיל וכן מוכח נמי מזה שאסרה הקרא בתרומה אלמא אף שהיא טוענת ברי ג"כ אסורה בתרומה כ"ז שלא השקוה. א"כ כיון דחזינן דהכתוב אסרה אף בתרומה ולבועל אע"ג דשניהם טוענים ברי א"כ לא האמינה התורה לומר טהורה אני א"כ ודאי דאסורה לבעלה אף במקום דאיכא עשה דולו תהי' וכופין אותה לומר איני רוצה וכן משמע מפשטיות המשנה דכתובו' דנמצא בה דבר ערוה שאף ספק סוטה בכלל מ"מ נ"ל בזה דבכה"ג ודאי דכופין להבעל להשקותה כיון דאיכא עליו עשה דולו תהי' ולאו דלא יוכל לשלחה והיא עומדת וצווחת טהורה אני ורוצה אני לשתות מי מרים. א"כ מחוייב להשקותה ולברר האמת ואסור לו לגרשה אך אם כבר אמר אין אני רוצה להשקותה לפי דעת התוס' דיבמות (צה.) ד"ה אילימא כו' דכתבו כיון שאמר איני משקה שוב אינו יכול להשקותה. א"כ א"א לכפות אותו כיון שכבר אמר אין אני משקה אותה. אכן דברי התוס' צ"ע ועיין באבני מלואים סי' י"א מה שכתב בזה מ"מ נראה דאם עבר וגרשה ולא השקוה אינו לוקה על מה שגרשה ולא דמי לחיוב הכתובה דאם גרשה ולא השקוה חייב בכתובתה דכיון דהוא פשע בזה שלא השקה אותה ואפשר לברר איסורא אינו יכול לפטור עצמו מחיוב כתובתה אבל מלקות אינו חייב על לאו דלא יוכל לשלחה דאל"כ איכא לאשכוחי גם בישראל שגרש לוקה ואינו מחזיר דהיינו בכה"ג שנמצא עליה דבר ערוה ע"י קינוי וסתירה והוא לא השקה אותה וגרשה וא"כ שוב אינו יכול להחזירה משום דאסורה עליו משום ספק סוטה ומשמע מהברייתא דמכות דזה לא משכחת דלוקה על הגירושין אלא בכהן אבל בישראל אינו לוקה כיון דאפשר להחזירה:

אך מ"מ עדיין צ"ע די"ל דהא דאסורה לבועל הוא שאנו אין מניחין לו לישא אותה כ"ז שלא נתברר הדבר ע"י השקאה אבל הם בעצמם יכולין לישא זא"ז במקום שאין מכירים אותם אם יודעים בעצמם שהם מנוקים מעון ואין עליהם שום איסור וכן נמי לענין תרומה שאסרה הקרא היינו שאנו אין מניחין אותה לאכול בתרומה אבל היא בעצמה יכולה לאכול בצינעה אם היא יודעת שטהורה היא. אך לפי"ז תקשי דאמאי אם עברה ונשאת לבועל תצא כיון דשניהם טוענים ברי וכי גרע זאת מהא דהבאתי למעלה דאם שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דאם נשאת לאחד מעדיה ואומרת ברי

לי דלא תצא יעו"ש מה שכתב הפנ"י על דברי רש"י ז"ל [וכן ביאר הגאון מוהר"ח ז"ל מוולאזין בתשו' אחת] דדעת רש"י דבעל דבר שיודע האמת שאין הענין כמו שמחזיקין אותו מהימן אנפשי' ולכך אע"ג דמדאורייתא אית לן לאוקמה אחזקת אשת איש מ"מ אם היא בעצמה יודעת בברי שמת מהימנא נמי לגבי נפשה אף נגד חזקה קמייתא ופשטיות הגמרא משמע דאם נשאת לבועל תצא וכן כתב בשו"ע שם להדיא ומצאתי שהגאון ר"י בספרו בני אהובה (פכ"ד הי"ח מה"א) העיר ג"כ בזה וכתב דכל עיקר מה שאנו ילפינן מסוטה דעשאה ספק כודאי לענין ספק טומאה אף לשרוף אנו למדין זה רק ממה דאסרה התורה לבועל דכיון דצועק ככרוכיא מנוקה אני מעון לא זינתה עמי ואלו הדבר לדידן בספק מי יכול למחות בידו מהתורה כיון דטוען ברי שאינה אסורה לי ולא תהי' זו שניא מהא דאמרינן בפ"ב דכתובות שנים אומרים מת כו' ולכך כתב התורה ונטמאה להורות לנו שהחליטה התורה הענין כודאי איסור כאלו ודאי נטמאה לו ולכך אף לבועל אם נשאת תצא וזהו ק"ו בגמרא ומה סוטה כו' עשו בו ספק כודאי אין הכונה על הבעל רק על הבועל כו' עכ"ל ולפי מה שביאר הגאון הנז' משמע דס"ל דהתורה עשאה עליהם איסור אפי' בפ"ע היינו שאסורה להנשא לבועל אף במקום שאין מכירין אותם וכן אסורה לאכול בתרומה אפי' בפ"ע והא דקאמר הגמ' בסוטה שם וכ"ת כהונה לא צריך קרא שהרי עשה בה ספק זונה כזונה תרומה נמי לא תבעי קרא שהרי עשה בה ספק זונה כזונה. דלכאורה הוא תמוה האיך מדמה תרומה לכהונה הא גבי כהונה שפיר איכא למימר דא"צ קרא כיון דהכהן לא ידע אם נטמאה אם לאו לכך אסורה עליו אבל גבי תרומה כיון שטוענת ברי שלא נטמאה ה"א דנאמנת ומותרת בתרומה לכך אצטריך קרא לאוסרה. ובפרט לפי מה שאנו רוצין לומר דאפי' בפ"ע אסורה ודאי דאצטריך קרא ע"ז ונראה דכוונת הגמרא הוא דאם נאמר דלכהונה א"צ קרא דילפינן כמו שאסורה לבעל מטעם שעשה ספק זונה כודאי זונה כן אסורה לכהונה א"כ לתרומה נמי א"צ קרא דמצינן למילף מהבועל דאע"ג דשניהם טוענים ברי מ"מ אסורים זע"ז והיינו מטעם שהטילה עליהם הכתוב איסור כאלו ודאי נטמאה. ולפי"ז נראה כיון דהקרא עשה ספק סוטה כודאי. דאם נשאת לכהונה לאחר מיתת בעלה יהיו בניה חללין ודאין ויהיו מותרין לטמא למתים אבל מ"מ נראה דז"א דלהקל לא עשה ספק כודאי דהא אמרינן ביבמות (יא:) דספק סוטה צריכה חליצה אע"ג דודאי סוטה פטורה מן החליצה ומן היבום ואמרינן שם דעיקר הקרא דונטמאה קאי על ודאי ועיין מה שפי' התוס' והרשב"א שם דלעולם לא קרא הכתוב טומאה לספק אלא הזנות הוא שקרא טומאה וכיון שהודאי שכתוב בה טומאה ג"פ אסורה לבעל ולבועל ולתרומה הספק נמי כך משום שעשה הכתוב את

הספק כודאי להחמיר ע"כ. ולכן סוטה ספק צריכה חליצה דלהקל לא אמרינן עשה ספק כודאי. א"כ נמי לענין להקל שבנים יהיו חללין ודאין ודאי לא אמרינן ועיין מה שכתבתי למעלה (סי' ע' אות ג' וד') טעם אחר בזה דאין בניה נעשין חללין ודאין. והבאתי ראי' מדברי הגמרא יבמות (סא פה:) דקאמר ר' מתיא בן חרש דאפי' הלך בעלה להשקותה ובא עליה בדרך עשאה זונה יעו"ש:

נחזור לנ"ד דנראה דזה תלוי בשתי השיטות בפי' הגמרא דכתובות (מ.) ולפי שיטת התוס' שם דכיון דאמרה לא בעינא ליכא עשה כלל לכן לא חשיב לדחות שום איסור וכן הוא שיטת הרמב"ן והרשב"א אף שכתבו ג"כ כפי' התו"י מ"מ הסכימו שפי' זה הוא עיקר וא"כ נראה דלפי"ז אפי' ספק איסור כנ"ד נמי לא דחי. ויותר אפשר לומר לפי דעתם אף בראה בה דברים מכוערים לבד ע"י עדים דאין בה רק מצוה לגרשה ולא חובה נראה דיכול לגרשה לפי שיטה זו. דהא ב"ש דסברי לא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ נמצא בה דבר ערוה והוא איסור תורה כדמוכח שם בגמ'. ובירושלמי דסוטה קאמר להדיא דאף בעדי כיעור לבד מצי לגרשה לב"ש. וא"כ אפשר לומר דה"ה נמי היכא דקיימה עליו בלאו דלא יוכל לשלחה כיון דהא דמגרשה לא משום דהיא מאוסה בעיניו דנימא שישתה בעציצו רק משום דאינו רוצה להחזיק הרשעה בתוך ביתו וסברא זו כתב גם הרשב"א בתשו' (סי' תקנ"ז) בזמן הזה שיש חדר"ג אי מצי מגרש בע"כ כשראה באשתו דברים מכוערים שמראים שזינתה וכתב וז"ל איברא כל כה"ג ח"ו שיתקן הרב הנ"ל שלא יגרשנה אדרבה מצריך הרב הנ"ל לגרשה כדי שלא תהא הרשעה בתוך ביתו דלא גרע מרוכל יוצא כו' ואפי' את"ל שהיא מדת חסידות כו' ועוד מסתברא לי דשמעינן לה מדב"ש דאמרי לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר כו' וכ"ז שמצא בה דברים מכוערים בשני עדים מצוה לגרשה ולהוציא הרשעה מתוך ביתו עכ"ל. וכן ראיתי להב"ח בא"ע (סי' קע"ז) דכתב דגבי אונס יוכל לגרשה בע"כ אפי' אם היא עוברת רק על דת משה דפי' שם דברי העור שכתב וכן אם נשאה ומצא בה ערות דבר יכול לגרשה והקשה ע"ז הב"ח דמ"ש יכול לגרשה משמע דאם רוצה לקיימה רשאי הא כיון שמצא בה דבר ערוה מחוייב לגרשה ופי' שם הב"ח דקאי על עוברת על דת דקיי"ל בסי' קט"ו דאין כופין אותו להוציאה אלא מצוה עליו שיוציאה. וכן בסי' קי"ט נמי כתב וכן אם נמצא בה ערות דבר או פריצות מצוה לגרשה כו' משמע מצוה הוא אבל אין כופין עכ"ל:

ועלה בדעתי לומר דיש להביא ראי' לדברי הב"ח מגיטין (צ.) דאמר לי' ר"פ לרבא לא מצא בה לא דבר ולא ערוה מהו א"ל מדגלי רחמנא גבי אונס לא יוכל לשלחה כל ימיו. כל ימיו בעמוד והחזיר קאי התם הוא דגלי רחמנא אבל, הכא מאי דעביד עביד והקשה ע"ז

הפנ"י דהא רבא גופא אמר במס' תמורה דכל מאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא א"כ האיך יליף רבא הכא מדגלי רחמנא גבי אונס כל ימיו מכלל דבעלמא מאי דעביד עביד דהא אפי' אי בעלמא כשגירשה שלא כדין לא מהני אפ"ה אצטריך למכתב באונס כל ימיו למימרא דלא לקי דסד"א כיון דעבר אמימרא דרחמנא לקי משו"ה נתקו הכתוב לעשה דלא לקי ותירץ ע"ז דמהא גופא יליף רבא כיון דקושטא דמלתא דבאונס לא לקי א"כ אמאי אצטריך קרא דלא יוכל לשלחה ואי משום לעבור עליו בלאו הא ליתא דכיון דלא לקי לא אצטריך למכתב לאוי יתירא כדאיתא בתוס' ריש פ' איזהו נשך אע"כ דלב"ש היכא דלא מצא בה ערות דבר וגרשה מאי דעביד עביד וא"כ אצטריך לא יוכל לשלחה והשתא מדב"ש נשמע לב"ה דהיכא דלא מצא בה לא ערוה ולא דבר מאי דעביד עביד עכת"ד. וא"כ אם נאמר דבדינא דב"ש היכא דעוברת על דת משה הוה כנמצא בה דבר ערוה ומצוה לגרשה אבל גבי אונס כיון דאיכא לאו ועשה:

לא מצי לגרשה נסתר תי' של הפנ"י דהא גם לב"ש אצטריך קרא דלא יוכל לשלחה היכא דעוברת על דת משה דאעפי"כ איכא לאו ועשה דלא יוכל לשלחה אבל באמת אין מזה ראי' דבלא"ה תי' הפנ"י שם תמוה מאד דהא שפיר אצטריך למכתב הלאו דלא יוכל לשלחה גבי כהן דאם עבר וגרשה שלא מחמת דבר ערוה דלוקה ואינו מחזיר וכן גבי ישראל אצטריך למ"ד קיימו ולא קיימו אם לא החזירה לוקה וע"כ נ"ל דע"כ צריך לפרש דברי הגמרא באופן אחר דס"ל לרבא דאע"ג דילפינן מהאי קרא דכל ימיו דהלאו דלא יוכל לשלחה הוא ניתק לעשה מ"מ פשטות הקרא משמע דכל הקרא דולו תהי' לאשה ולא יוכל לשלחה כל ימיו הוא מן הקנס שקנסה התורה דע"כ צריך להחזירה וכל ימיו בעמוד והחזיר קאי דאם לא אתא רק לאנתוקי הלאו א"כ הא לא אתא הקרא דכל ימיו רק להקל ולא להחמיר ופשטות הקרא משמע דבא להחמיר עליו דע"כ צריך להחזירה מטעם הקנס. ע"כ יליף מזה רבא דהכא קנסה התורה שאם גרשה שלא כדין צריך להחזירה אבל בכ"מ אם גרשה שלא כדין אין מחויב להחזירה ואי עביד עביד א"כ לפי"ז אין להביא ראי' לדברי הב"ח דגבי אונס יכול לגרשה בע"כ אם עוברת על דת משה:

ובאמת לפי מה שפירשו הראשונים דקושית הגמרא קאי אנמצא בה דבר ערוה ופריך דאמאי לא דחי עשה דולו תהי' להל"ת דטומאה ומשני משום דקילא כיון דאי בעי אמרה לא בעינא לכך לא מצי דחי לל"ת א"כ איכא למימר דדוקא בכה"ג דאסור להחזיקה מה"ת הוא דליתא לעשה אבל היכא דליכא עליו אלא מצוה בעלמא לגרשה ואם בא להחזיקה תחתיו לא כייפינן לו לגרשה אפשר דמ"ע דולו תהי' ולאו דלא יוכל לשלחה עדיפא

וכייפינן לו להיות עמה א"כ אף לפי שיטת הראשונים דס"ל משום דהך עשה דולו תהי' קילא להכי לא דחי מ"מ צ"ע בעוברת על ד"מ אם מצי לגרשה גבי אונס. וכ"ש לפי שיטת רש"י והרמב"ם והתו"י דס"ל דכיון דהיא יכולה לאמר לא בעינא משו"ה כופין אותה לומר איני רוצה דאיהי באיסורא איתא ובמצוה ליתא וכמש"ל באריכות ודאי דלפ"ד גבי עוברת על ד"מ כיון דאיסורא ליתא כלל אין כופין אותם לומר איני רוצה ובזה נ"ל לישב דברי רש"י דמכות [הבאתי למעלה] בפשיטות ואין צריך לדחוקי כמשב"ל. אלא דכונת רש"י שהדירה שמצא בה עון היינו דחזי בה פריצותא ומה שכתב רש"י שאסורה היינו שאסורה לו מצד המצוה לגרשה כמו דילפינן מקרא שילהי גיטין. אבל אין כופין אותו לגרשה. לכך העשה דולו תהי' והלאו דלא יוכל לשלחה איכא גבי' כיון דאין בזה חיוב לגרשה מ"מ הנדר הוא לדבר מצוה כמו שביאר הר"ן דברי רש"י כיון דאיכא כאן מצוה לגרשה וזה נכון מאד בדברי רש"י ז"ל:

א"כ בעוברת על ד"מ כיון דליכא רק מצוה לגרשה מסתברא יותר דגבי אונס אינו יכול לגרשה בע"כ ודלא כהב"ח. אכן בנ"ד דהוי תרי ותרי בזה ודאי תלוי בשני הפירושים וכמ"ש דלפי דעת התוס' והרמב"ן והרשב"א אסור לדור עמה אף שהיא אומרת טהורה אני כיון דאיכא עליה ספק איסור אבל לפי דעת רש"י והרמב"ם מותר לדור עמה כיון שהיא אומרת טהורה אני א"כ א"א לכופה לומר איני רוצה וכן הבאתי למעלה דברי הגאונים בעל בית יעקב וישועות יעקב מה שמתרצים על דברי הרמב"ם דהאיך איכא גבי אשת כהן מ"ע דולו תהי' גבי מוש"ר אף שדחיתי דבריהם למעלה מ"מ כ' להדיא סברתם דגבי ספיקא והיא אומרת טהורה אני מותר לדור עמה מטעם דגבי' דחי עשה לל"ת עוד נראה דבנ"ד אפשר לומר דאף לדעת התוס' מותר לדור עמה דהא רוב הפוסקים הסכימו דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן לי' אחזקה אע"ג דאיכא תרי ותרי א"כ האיך אפשר לעבור על מ"ע דולו תהי' והלאו דלא יוכל לשלחה משום איסור דרבנן אע"ג דגבי שניות כתב הרמב"ם להדיא דמותר לגרשה הא הפנ"י תירץ משום ליתא דידה דאיהי באיסורא איתא ובמצוה ליתא ואף לשיטת מהר"א ששון דנתן טעם דחכמים יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת ואף דהכא דחי בקו"ע דמגרשה כיון דאסור לדור עמה ממילא מותר לגרשה דהתורה לא אסרה לו לגרשה אלא היכא דראוי לדור עמה מ"מ איכא למימר דהחכמים לא העמידו דבריהם אלא דוקא בודאי איסור אבל הכא דזה אינו אלא ספק איכא למימר דלא העמידו דבריהם ומותר לדור עמה כדי לקיים מ"ע דולו תהי' ובפרט לגרשה בפ"כ ודאי נראה דאסור דאע"ג דהיכא דאינו ראוי לדור עמה מותר

לגרשה מ"מ הכא כיון דלפי הרבה שיטות מותר לדור עמה א"כ האיך יגרשה בע"כ הא לפי דבריהם הוא עובר על לאו דלא יוכל לשלחה ועדיין צ"ע בכל זה:

סימן כד

כבוד ידיד נפשי הרה"ג חו"ב אוצר היראה והמדע ב"ש מו"ה נח נ"י אב"ד דק"ק מינקאוויטש:

הנה שאל כת"ר שאלת חכם והיא חצי תשובה ע"ד המאורע שאירע בקהלתו שאשה אחת טבלה ביום ו' יום ראשון דר"ח מ"ח דשנת תרל"ו ונתעברה ומאז היתה מסולקת דמים ואחר חג השבועות מת בעלה וביום שבת ט"ו מנ"א ילדה בת והי' ולד גמור בשערו וצפרניו וינק בשאר תינוקות הבריאים. אך למחר חלה ומת. והנה נמצא אה אחד לבעלה המת עובד עבודת הצבא. ולא נודע מקומו איו. ומפלפל כת"ר שיש להתירה בלא חליצה אחרי כי הוא מקום עגון משום שיש בזה שלשה צדדי היתר (א) מה שנגמר שערו וצפרניו ודעת הרמב"ן והנ"י בפ' החולין ועוד כמה ראשונים דסימנים דגמרו שערו וצפרניו לבד סגי דזה ראי' שכלו לו חדשיו (ב) כיון דזה הוא מקום הדחק הוי זה כמו אשת כהן דאינה חולצת כיון דא"א ח"ה הכא כיון דהוי מקום עגון. (ג) דהעידו אנשים [כמבואר בגב"ע] דקודם ר"ח אדר הוכר עוברה א"כ זה ראי' דהיתה אז מעוברת לשרשה חדשים. אע"ג דמר"ח אדר עד ט"ו דמנ"א אין בה ששה חדשים שלמים מ"מ לפי דעת הסוברים דיולדת לט' יולדת למקוטעין א"כ זה הוי כלו חדשיו. עכת"ד כת"ר:

תשובה הנה לסמוך על גידול שערו וצפרניו אין דעתי מסכמת כלל אף שדעת הרשב"א והריטב"א בחידו' בפ' החולץ דגמר סימנים לחוד מהני להוציא מספק נפל ומותרת להנשא לכתחילה אף שמת תוך ל' ואחריהם נמשך שם הנמ"י ונראה דס"ל דפסקינן נמי כרבי דסגי בגמר סימנים לחוד להוציא מחזקת נפל וזהו שיטת הרמב"ם ז"ל דכן כתב הרמב"ם (בה' מילה פ"א הי"ג) וז"ל מי שנולד בחודש השמיני אם הי' שלם בשערו וצפרניו הרי זה ילד שלם ובן שבעה הוא אלא שנשתהה כו' עכ"ל וע"ש בכ"מ דכתב דהרמב"ם פוסק כרבי דגמר סימניו לחוד מהני להוציא מחזקת נפל ונראה נמי דהא דכתב הנמ"י בפ' הערל וז"ל ונראה נמי דמודה לרבי בגמר סימנים דעדיפא משהייה לחודה וכיון דקיי"ל כרשב"ג קיי"ל נמי כרבי וזה נראה דעת הרמב"ן ז"ל כו' עכ"ל לפד"נ דט"ס הוא בנמ"י וצ"ל ונראה דזה הוא דעת הרמב"ם ז"ל וכן מבואר בריטב"א להדיא בפ' הערל דזהו שיטת הרמב"ם ז"ל דז"ל ונראה נמי דמודה לרבי בגמר סימניו דההיא עדיפא משהייה לחודה וכיון דקיי"ל כרשב"ג קיי"ל נמי כרבי וזה נראה דעת הרמב"ם ז"ל כו' עכ"ל:

מ"מ הא הרשב"א גופא חזר בו בפ' הערל ופסק להדיא דאף שנגמר סימניו מ"מ תוך ל' יום חיישינן דס"ל דע"כ רשב"ג איירי אף בגמר סימניו מדפריך בפשיטות בשבת מימהל האיך מהלינן אלמא דאיירי על סתם ולדות וסתם ולדות מסתמא גמרו שערו וצפרניו גם הריטב"א בפ' הערל כתב דיש להחמיר כשיטה זו דפסקינן דוקא כרשב"ג ולא כרבי וכן הרמב"ן ז"ל ס"ל דגמר סימנים לחוד לא מהני להוציא מחזקת נפל דכן פסק הרמב"ן להדיא בחדושיו וכן כתב הה"מ משמו בה' יבו"ח. גם לפי שיטת הרמב"ם דפסק כרבי כתב הה"מ (בפ"א מה' יבו"ח) דנראה מדברי הרמב"ם להדיא שם דמדרבנן ודאי לא מהני גמר סימנים לחוד וכן ביאר הריב"ש (בסי' תמ"ו) דברי הרמב"ם יעו"ש שלא עלה על דעתו סברא זו כלל דגמר סימנים מהני עוד יש להחמיר מטעם שכתב הגאון בעל משכנות יעקב בא"ע ס"מ וז"ל גם בענין נאמנות הנשים על גמר שערו וצפרניו צ"ע טובא מלבד שיש מחלוקת הפוסקים אם האשה נאמנת לומר שכלו חדשיו והרא"ש ז"ל פסק דאינה נאמנת אבל ענין גדול שערו וצפרניו הוא צריך הבחנה יתירה אם גמרו כו' ובפרט בדבר שצריך בינה יתירה ואף האנשים רובן אינם בקיאין בדבר הזה כו' עכ"ל ולפ"ד הגאון הנ"ל יש לי לפרש דרך נכון בדברי הרמב"ם (ה' מילה פ"א הי"ד) דכתב שם וז"ל מי שנולד בחודש השביעי לעבורו אם נולד שלם הרי זה בן קיימא ומלין אותו בשבת ספק בן ז' ספק בן ח' מלין אותו בשבת עכ"פ אם בן שבעה הוא ושלם הוא בדין הוא שידחה שבת ואם בן שמונה הוא הרי זה שמל כמחתך בשר הוא לפי שזה נפל אם הוא בן שמנה עכ"ל והנה הכ"מ נתקשה הרבה בדבריו ז"ל דכתב וז"ל ויש לדקדק בלשון רבינו שכתב ספק בן ז' ספק בן ח' מלין אותו בשבת עכ"פ אם בן שבעה הוא ושלם הוא בדין הוא שידחה שבת דמשמע דמיירי בשגמרו שערו וצפרניו וכן הבין הטור דברי רבינו וקשה דא"כ האיך כתב ואם בן ח' הוא הרי זה שמל כמחתך בשר הוא לפי שזה נפל והרי כתב לעיל שמי שנולד בחודש הח' אם הי' שלם בשערו וצפרניו הרי זה ולד שלם וכו' ומי גרע ספק בן ז' ספק בן ח' ממי שנולד בחודש הח' כו' עכ"ל ויעו"ש מה שכתב בשם הה"מ בה' יבום דלדעתו צ"ל בדברי הרמב"ם נולד שלם הוא שלם באבריו והוא דוחק גדול כמו שכתב הכ"מ ע"כ נראה דפי' דברי הרמב"ם ספק בן ז' ספק בן ח' איירי שנסתפק לנו אם זה מיקרי גמר שערו וצפרניו או לא כש"כ הגאון הנ"ל שלזה צריך בינה יתירה א"כ ודאי אפשר לומר דבזה גופא נסתפקו וזה פירש דברי הרמב"ם דמ"מ מלין אותו בשבת עכ"פ אם בן שבעה הוא ושלם ר"ל שזה הוי גמר שערו וצפרניו א"כ מדין הוא שידחה שבת ואם לאו א"כ בן ח' הוא והרי זה כמחתך בשר בעלמא הוא אבל היכא דחזינן בי' ריעותא דלא נגמר שערו וצפרניו ס"ל להרמב"ם דאין מלין אותו בשבת אע"ג דאיכא לספוקי דלמא בן

ז' דריעותא דלא גמר שערו וצפרניו הוי ראי' דהוא בן ח' כמו דאמרינן איזה בן ח' כל שלא כלו חדשיו רבי אומר סימניו מוכיחין עליו שערו וצפרניו שלא גמרו והרמב"ם פוסק כרבי וכיון שצריך זה בקיאות א"כ ודאי קשה לסמוך על הנשים וכדברי הגאון הנ"ל:

גם על ההיתר הב' שכתב כת"ר כיון דלא נודע אי' מקום האח הוי זה כמו אשת כהן קשה לסמוך ע"ז דהא הרבה ראשונים מחמירין בחלה ומת אף באשת כהן וכן פסק הגאון בעל תב"ש בסט"ו דגבי בהמה אם חלה תוך ז' ושחטו בחלי' חוששין לנפל אף מדאורייתא יעו"ש דכתב להדיא דזה הוי פלוגתא דרבוותא ע"כ פשיטא שיש להחמיר ולומר דחלה ומת דאורייתא הוא וצריכה חליצה אף באשת כהן ובפרט בנ"ד שלמחר מת ודאי יש לחוש הרבה דאולי דמי זה לפיהק ומת. ובפרט שהגאון בעל משכנות יעקב שם השיג על עצם הסברא לדמיא זאת לאשת כהן ודעתו דשאני אשת כהן כיון דעבד עובדא כבר כרבנן לא מהדרינן עובדא היכא דא"א אבל לכתחילה אף דא"א ודאי לא עבדינן כרבנן כיון דפסק שמואל הלכתא כרשב"ג יעו"ש מה שהאריך הגאון הנ"ל גם מדברי השו"ע (סי' קס"ד ס"ז) בהג"ה דכתב שם בשם הר"י מינץ וז"ל וה"ה אם אין היבם כאן שלא תצא מבטלה ישראל ומותרת לו בלא חליצה הואיל וכבר נשאה עכ"ל אלמא אע"ג דאין היבם כאן וא"א להשיג חליצה ממנו מ"מ דוקא היכא דכבר נשאה אין אנו יכולין לאוסרה על בעלה אבל לכתחילה ודאי דאסורה אף שאין היבם כאן וליכא לפרושי דכונתו דאין היבם כאן אבל מ"מ יכולין להשיג ממנו חליצה מ"מ כיון דעד שתשיג ממנו חליצה אסורה על בעלה אף שהוא ישראל ע"כ מתירין אותה מיד. ז"א דהא כתב. שלא תצא מבעלה ישראל אלמא דפירושו דאין היבם כאן ואין ידוע לנו אי' מקומו וא"כ אם אין אנו מתירין אותה בלא חליצה ע"כ צריך לגרשה. בזה אנו מתירין אותה דזה ודאי דמי לאשת כהן. אבל אם ידוע לנו מקום היבם רק דאנו אוסרין אותה על בעלה בשביל המתנה על היבם שיבוא ויחלוץ לה אין אנו מתירין אותה והיכא דלא נשאה אף שאין ידוע לנו מקום היבם נמי אין מתירין אותה לכתחילה להנשא וכן משמע להדיא בתשו' מבי"ט (סי' קס"ו) יעו"ש היטיב:

אמנם מה שנראה עיקר בזה ההיתר הג'. והוא מה שראו עדים שהוכר עוברה קודם ר"ח אדר ולסמוך על מה שפסק הרמ"א כדברי התשב"ץ דעתה אשה יולדת למקוטעין משום דנשתנו הטבעיות אף שראיתי להגאון בעל משכנות יעקב שלא רצה לסמוך ע"ז יעויין מש"כ שם דבעי ששה חדשים שלמים לאחר הכרת העובר ונראה דדעתו הוא דזה מה שכתב התשב"ץ דעתה נשתנו הטבעיות הוא דעת יחידאי והוא דעת התשב"ץ לבד. דבאמת הריב"ש כתב להדיא דלא כדבריו דז"ל ואין להקשות ע"ז ממנהגו של עולם

שרוב נשים יולדות ולד של בן קיימא לפחות מתשעה גמורין מיום שטבלה לנדתה שכיון שאינן בועלין ופורשין אין טבילתן ראיה שהרי אפשר שטעו באומד דעתן בהריון והולד הוא אם מטבילות הקודמות כו' עכ"ל אך כתב מי שרוצה לסמוך על דעת הרמב"ן דס"ל דיולדת לט' יולדת למקוטעין יש לו עמוד נכון לסמוך עליו וגם זאת לא ברירה לי' יעו"ש בתשובה תמ"ז דכתב מי שיחפוץ לחלוק עליו יאמר שגם הרמב"ן ז"ל לא כתב כן אלא באבילות להחמיר אבל לא להקל בחליצה. ועיין מה שכתב הגאון בעל בית מאיר בס' צלעות הבית ס"י וז"ל ויותר קרוב אלי מה שפירש הריב"ש בסי' תמ"ז שאפשר לבעל דין לחלוק ולומר דהרמב"ן מחמיר באבילות כו' עכ"ל. אך שראיתי שהגאון רעק"א (בסי' פ"ט) נראה להדיא דסמך על דברי הרמ"א הנ"ל למעשה דהא גם שם לא הי' ששה חדשים שלמים מעת שראה העד שהוכר עוברה מ"מ מתיר בפשיטות וכן הגאון בעל חמדת שלמה (בסי' פ') סמך על דברי הרמ"א הנ"ל למעשה. וכן הגאון בעל ישועות יעקב כתב דהיכא דא"א סמכינן על דברי הרמ"א הנ"ל:

ובפרט בנ"ד שמעת טבילתה עד לידתה יש יותר מט' חדשים אף שאין עדים ע"ז אלא היא עצמה. מ"מ אפשר זאת לברר מהנשים העומדות על הטבילה א"כ גם זה ראי' דמאז נתעברה. דהא פליגי בזה בנדה (לא:) באיזה זמן אשה מתעברת דר' יצחק אמר ר' אמי דאין אשה מתעברת אלא סמוך לוסתה. ור' יוחנן אמר סמוך לטבילתה ומסתמא קיי"ל כר' יוחנן לגבי ר' אמי דאין הלכה כתלמיד במקום הרב עד אביי ורבא וא"כ צריך למנות ט' חדשים מיום טבילתה. אע"ג דכתבו התוס' בסוטה (כז.) ד"ה אליבא כו' ונראה דמ"ד סמוך לוסתה רוב עיבורן קאמר מיהו מודה דזימנין מיקרי דמעברה נמי סמוך לטבילתה או באחד באותן הימים שבין טבילתה לוסתה וכן למ"ד לטבילתה עכ"ל מ"מ אנן אזלינן בתר רובא כ"ז דליכא הוכחה להיפך ורובא מתעברות סמוך לטבילתן. ובזה נ"ל לישב דברי רש"י בנדה (ל.) דכתב שהמפלת ליום מ' לטבילתה ולכאורה קשה למה תפס רש"י לישנא לטבילתה הו"ל לפרש לשימושה. ומזה למד בעל עבודת הגרשוני דין חדש דהיכא דחזינן שיש לה וסת ע"כ אינה מעוברת ולכך לא חיישינן שמא היא מעוברת מקודם כיון דהיה לה וסת אבל כבר השיגו עליו כל האחרונים עיין מה שהאריך בזה הגאון בעל ס"ע (בסקצ"ד ס"ז) לסתור דברי עה"ג הללו. ומ"מ מסיים בחידושיו דדברי רש"י צריכין ביאור. ולפ"ז ברור דרש"י ז"ל איירי בענין שאין לחוש שמא נתעברה מקודם כגון שבעלה היה במדה"י או אחר הלידה או בתחילת נשואיה. אך הא דהזכיר רש"י לטבילתה הוא לאשמעינן דלא כר' אמי. ולא חיישינן שמא נתעברה סמוך לוסתה וכ"ש בין ימים שבין טבילתה לוסתה דאזלינן בתר רובא דמסתמא נתעברה סמוך לטבילתה

וא"כ אפי' שימשה אח"כ והפילה שליא לאחר מ"ג לטבילתה אין עליה חשש נדה כי לא חיישינן שמא נתעברה אח"כ. ונפלאתי מה שלא הזכירו הראשונים מזה להדיא אי פסקינן כר' יוחנן או כר' אמי:

ועלה בדעתי לומר דפליגי בזה הבה"ג והרמב"ם דהנה בסוטה (כז.) אמרינן בעי רב עמרם היתה פרוצה ביותר מהו אליבא דמ"ד אין אשה מתעברת אלא סמוך לוסתה לא תבעי לך דלא ידע בה ולא מינטר לה כי תבעי לך אליבא דמ"ד אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה מאי כיון דידע בה נטורי מנטר לה או דלמא כיון דפרוצה ביותר לא תיקו ופסק הרמב"ם (בפט"ו מה' א"ב ה"כ) לחומרא וכתב שם הה"מ דפסק רבינו לחומרא וכן עיקר דאמרינן התם דאיכא למ"ד דודאי חוששין עכ"ל. אמנם הבה"ג [הביאו הרא"ש בב"ב פ' י"נ סכ"א] כתב דאפי' פרוצה ביותר אמרינן רוב בעילות אחר הבעל ונראה דטעמא של הבה"ג הוא דס"ל דקיי"ל כר"י דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה אע"ג דנשאר הגמרא בתיקו מ"מ אזלינן בזה לקולא דהא כיון דאף אם נאמר דודאי חיישינן מ"מ אינו אלא ספק ממזר וספק ממזר אינו אלא מדרבנן אמנם טעמא של הרמב"ם הוא דס"ל דאין לנו הלכה פסוקה בזה וכיון דלמ"ד סמוך לוסתה ודאי חיישינן וגם למ"ד סמוך לטבילתה נשאר האבעי בגמרא וא"כ הוה כעין ספק ספיקא ולחומרא חדא דלמא קיי"ל כמ"ד סמוך לוסתה א"כ ודאי חיישינן ואף למ"ד סמוך לטבילתם נמי הא נשאר בתיקו לכך מחמירינן אף בדרבנן וכן ראיתי בס' הדרישה על יו"ד (סי' קצ"ו) כתב וז"ל ושמעתי ממורי [הוא המהרש"ל] דאשה לא תכנס ג"י אחר טבילתה למרחץ ונ"ל דהוא מה"ט דהא אמרו אין האשה מתעברת אלא סמוך לוסתה או אחר טבילתה והמרחץ מפליט הזרע כו' עכ"ל וכן כתב המג"א (סי' תר"ו סק"ח) וז"ל ולפי"ז אשה ששמשה תוך ג' ימים צריכה לכבד ביתה בחמין שלא תפליט ש"ז ודוקא שלא היה סמוך לטבילתה או סמוך לוסתה דבאותן שעות רגילות להתעבר ויש לחוש שתשחית זרע הריון כו' עכ"ל. ומדברי המהרש"ל נראה דפסק כר"י לכך לא קאמר אלא סמוך לטבילתה לא תכנס למרחץ אבל סמוך לוסתה לא קאמר אע"ג דאיכא לאשכוחי דמותר לשמש סמוך לוסתה היינו אם הי' וסת קבוע ביום מותרת לשמש בלילה שלפניו יעו"ש בס"ט. אבל מדברי הדרישה וכן המג"א נראה דס"ל דאין לנו הלכה פסוקה בזה אי פסקינן כר"י או כר"א ומדברי הירושלמי דסוף פ"ק דתענית מוכח דס"ל כמ"ד דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה דאיתא שם תני בשם ר' יהודה תאיבי בנים משמשין מיטותיהן [פי' בשני רעבון] א"ר יוסי ובלבד יום שטבלה. ועיין שם בק"ע ובפ"מ משום דרוב פעמים אשה מתעברת סמוך לטבילתה וכן כתב המג"א (בסי' תקע"ד סק"ה) וע"ש בשם אגודה ואף שכתב המג"א שם דבגמ'

שלנו משמע דאין חילוק דחשוכי בנים משמשין לעולם. ע"כ צ"ל משום דס"ל להגמרא כיון דאפשר דלפעמים מתעברת אף בימים שבין טבילתה לוסתה ע"כ התירו. אבל זה ודאי נראה דלא ס"ל כמ"ד סמוך לוסתה א"כ איכא קולא גדולה לנ"ד דעברו ט' חדשים מטבילתה וכיון דרוב מתעברות סמוך לטבילתה וגם יש רוב דרוב ולדות בני קיימא נינהו וא"כ הוי תרי רובי ובתרי רובי כתב הגאון רעק"א (בסי' פ"ט) דלא חיישינן למיעוטא לכו"ע דזה הוה מיעוטא דלא שכיחי יעו"ש:

אך מה שעומד לנגדי דברי הבה"ג בה' מילה [הביאו הגאון בעל מ"י בסי' הנ"ל] וז"ל ובן שמונה דאמרינן דאסור. לטלטלו היכא דנסיב איתתא ומית בעל כו'. אבל ודאי מסמך עילוי טבילה דאיכא למימר דהדא מן כדפסקא ולא חזיא דם איעברא והאי בן שמונה הוא הכי לא תימא דאיכא נשי דמיעברא דחזיא דם ואיכא למימר דהאי בן תשעה הוא ואיכא דפסקא כמה יומי ולא מיעברא והדר. מעברא איכא למימר דהאי בן שבעה הוא ומחללין עליה שבתא ומהלינן לי' כו' עכ"ל אך מזה אין כ"כ קושיא דאיכא למימר דאף לר"י כיון דאיכא מיעוטא דמתעברת אח"כ לכך מותר לטלטלו ולמולו בשבת דהא אף בשמנה ודאי ס"ל להבה"ג דמחתך בשר בעלמא הוא לכך כיון דאיכא ספק כל דהו דאולי בן שבעה מהלינן לו לכתחילה בשבת. אכן דברי הבה"ג דכתב בה' יבו"ח וז"ל אי קיים לן בי' דכלו לו חדשיו איפטרא ליה מן יבומי ומן חליצה היכי דמי כגון דאזלא אמיה לטבילה ואיזדקיק לה גברא ומן ההוא יומא אזל לעלמא דליכא למימר לירחא אחרינא איעבר' ומנו לה ירחי ואישתכח דכלו לו חדשיו ההוא אפי' לא שהה אלא חד יומא ולד הוא כו' עכ"ל וכן כתב הסמ"ק וכן כתב הטור (בסי' קנ"ז) דלא משכחת כלו חדשיו אלא כשפירש ממנה אחר הטבילה אלמא דס"ל דאף דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה או סמוך לוסתה מ"מ לא סמכינן ע"ז וצ"ע אמאי:

ע"כ עלה בדעתי לומר דבר חדש ובזה יתישב ג"כ דברי הרמב"ם הא דפסק דבפרוצה ביותר חוששין לולד שלה. דבאמת אנן קיי"ל כר"י דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה. אך זה דוקא בזמן הגמרא דהיו טובלות תיכף אחר ימי נדותה אמרינן. דאז רגילות להתעברות מיד אחר טבילתה דהא ר' יוחנן יליף זאת מקרא דכתיב ובחטא יחמתני אמי וחטא לשנא דדכוייא הוא וכדפירש"י שם וה"ק ע"י דם נדות שהוא מביא לידי עון חוללתי שהוא גרם לי שנבראתי וכשנתחטאת אמי ממנו יחמתני ע"כ אבל בזמנינו שהחמירו א"ע להיות אשה יושבת שבעה נקיים א"כ הטבילה מרוחקת מימי נדותה לא שייך לומר דסמוך לטבילה יותר מתעברות וה"ל כל הימים שוים לפי מאי דקיי"ל כר' יוחנן ונראה דזהו כונת התוס' בשבת (קלה.) ד"ה בן שמנה דכתבו וז"ל נראה

לר"י דעכשיו מותר לטלטל כל תינוקו' שאין אנו בקיאין וכולם כמו ספק בן ח' ספק בן ט' ופעמים שאשה מתעברת סמוך לטבילתה ופעמים שאינה מתעברת כו' עכ"ל. ונראה דכונתם דעכשיו כיון דאנו מרחיקין הטבילה מימי נדותה א"כ אין אנו בקיאין מתי מתעברת ופעמים מתעברת סמוך לטבילתה ופעמים לא ולא דמי לזמן הש"ס שאז ידעו שהוא בן ח' כיון דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה אע"ג דהבאתי למעלה מדברי התוס' דסוטה דהא דאמרינן אין אשה מתעברת כו' הם מדברים על הרוב מ"מ איכא למימר דס"ל להתוס' בשבת דזה הוה מיעוטא שלא שכיחא דיתעברא אח"כ וגם כיון דלא נגמר שערו וצפרניו זה ג"כ ראי' דהוא בן ח' ע"כ מחזיקינן דהוא ודאי בן ח' ואין מחללין עליו את השבת לפי זמן הש"ס אבל עכשיו אע"ג דלא נגמר שערו וצפרניו מ"מ לא אמרינן דהוא ודאי בן ח' כיון דלא ידעינן מתי נתעברה:

אמנם לפי"ז ישאר הקושיא על הבה"ג אמאי פסק גבי היתה פרוצה ביותר דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל כיון דעתה אין ידוע מתי זמן עיבורה א"כ לא יכול בעלה לשמרה אלא נ"ל דע"כ צ"ל דס"ל להבה"ג דגם עכשיו דמרחיקין הטבילה מימי נדותה מ"מ אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה והא דס"ל להבה"ג דלא מיקרי כלו חדשיו אלא דוקא שבעל ופירש היינו משום כיון דחזינן דהחמירו חכמים אע"ג דמיעוטא דנפלים הוה מיעוטא שלא שכיחא מ"מ החמירו חכמים בזה והצריכו חליצה במת תוך ל' א"כ אין חילוק אף דרובא מתעברות סמוך לטבילתן מ"מ לא סמכינן ע"ז אע"ג דאיכא תרי רובי רוב מתעברות סמוך לטבילתן ורוב ולדות בני קיימא נינהו כיון דחוששין בזה אף למיעוטא דלא שכיחא א"כ אין חילוק בין תרי רובי לחד רוב (והא דנפלים הוה מיעוטא דלא שכיחא כתב כן להדיא הגהת מרדכי בסוף כתובות לכן פסק שם דגובה כתובתה יעו"ש ואף דלכאורה מוכח מב"ב (צג.) דמיעוט דמפלת הוה מיעוטא דשכיחא מדפריך שם ממתני' דשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה טל רב אבל לשמואל ניחא דמשלם רביע לולד דלא אזלינן בתר רובא דרוב מתעברות ויולדות אלמא דזה הוה מיעוטא דשכיחא ש"ה כיון דלא חזינן דילדה לפנינו כדרך כל הנולדים ודאי דזהו שכיח שמפלת ואינה יולדת ולד חי אבל היכא דחזינן שילדה ולד חי כדרך כל הנולדים אלא דאנן חיישינן דאולי ילדה ולד שאינו של קיימא זה הוה ודאי מיעוטא דלא שכיחא כדעת הגהת מרדכי] ולפי"ז ע"כ צ"ל כסברת התוס' בכורות (כ:) ד"ה חלב כו' דלכך גזרו רבנן גבי יבמה שצריכה חליצה במת תוך שלשים משום דחששו דאולי יהא פיהק ומת וע"כ הקילו גם באבילות שלא יבא להקל גם בערוה וגם צ"ל לפ"ז דהיכא דפיהק ומת מוכח טובא שהוא ולד שאינו של קיימא ע"כ לא מהני אף דאיכא תרי רובי דהוא ולד של

קיימא דמ"מ חוששין מדאורייתא לזה דאולי הוא ולד שאינו של קיימא ולכך גזרו גם אם נפל מן הגג כו' ורק ביום ל' בלבד ס"ל להבה"ג דאפי' פיהק ומת ס"ל לרבנן דהוה ולד מעלייא עיין תוס' יבמות (לו:) ד"ה מת כו':

ומאחר שנתבאר כל אלה א"כ לסמוך ע"ז שיש יותר מתשעה חדשים מעת הטבילה ודאי לא מהני אע"ג דאיכא תרי רובי דרוב מתעברות סמוך לטבילה ורוב ולדות בני קיימא נינהו מ"מ הא חיישינן גבי חליצה אף למיעוטא שאינו מצוי אך לכאורה יסתר גם עיקר ההיתר שלנו שאנו רוצין לסמוך על הכרת העובר הא הגאון רעק"א ז"ל [בתשובה הנ"ל] מפלפל בזה עם הגאון בעל ח"ד אם אפשר להיות הכרת העובר קודם ג"ח ומסיק הגאון רעק"א דזה ודאי ראי' מן הגמרא דברוב אין ניכר העובר קודם ג"ח מ"מ סמך הגאון הנ"ל אם היו עדים ברורים ע"ז משום דאיכא תרי רובי דרוב אין ניכר עוברן קודם ג"ח ורוב ולדות בני קיימא נינהו למיעוטא כהאי ודאי לא חיישינן ולפי מה שבארנו חזינן מדברי הראשונים דלא רצו לסמוך על תרי רובי וכמ"ש וכן נראה דזהו דעת הגהת הר"ף בסמ"ק (סי' רפ"ו) דכתב שם וז"ל וזה לא מיתוקמא כ"א דוקא בקים לן דכלו לו חדשיו ודאי וליכא למיקם עלה דמלתא אלא היכא דפירש ממנה לאחר טבילתה כו' וי"א דמיקרי קים לן בגויה נמי כגון שבא עליה ופירש ולא ידעה עד חודש ימים ולבסוף שני חדשים לביאה שניה הוכר עוברה הרי הדבר ידוע שמביאה ראשונה נתעברה והוכר העובר לג"ח כמשפט עכ"ל אלמא דס"ל להדיא דהיכא דלא פירש ממנה לכה"פ חודש אחד לא מהני הכרת העובר משום דחיישינן דאולי הוכר עוברה מעט יותר משני חדשים אע"ג דזה ודאי מוכח מהגמרא דיבמות דרוב ניכר דוקא לג"ח ולא פחות מ"מ ס"ל להר"ף דחיישינן הכא אף למיעוטא אע"ג דאיכא הכא תרי רובי מ"מ חיישינן גבי חליצה אף למיעוטא דלא שכיחא ונפלאתי על הגאונים הנ"ל האיך לא העירו מדברי הר"ף הנ"ל וגם הב"ח (בסי' קנ"ז) הביאו. אך ראיתי שהגאון בעל חמדת שלמה בתשובה הנ"ל כתב וז"ל ולעד"נ דאין היכר עובר בפחות מג"ח וראי' ברורה לזה מהא דאיתא בסנהדרין (סט.) ש"מ יולדת לשבעה אין עוברה ניכר לשליש ימיה דאי סלקא דעתך עוברה ניכר לשליש ימיה ל"ל ג' בתרי ותלתא סגי וקשה אם נימא דבפחות מג"ח יש הכרה למה נקיט הגמרא על יולדת לשבעה בתרי ותלתא סגי הא כל הנשים דעלמא היולדות לתשעה ג"כ בתרי ותלתא אפשר להיות הכרה כו' א"ו דבפחות מג"ח א"א להיות הכרת העובר והיא ראי' שאין עליה תשובה לפע"ד עכ"ל אבל לפ"ד א"א להביא ראי' מסוגיא זו רק דא"א לומר דהכרת העובר משכחת לפעמים בפחות מג"ח וזה הוא מיעוטא דשכיח אבל מ"מ זה נוכל לומר שזה הוא מיעוט דלא שכיח וכיון דזה הוא מיעוט דלא שכיח לכך גם ר"ה

בדר"י מודה דזה ודאי לא מיקרי ראוי להיות אב דכה"ג ודאי דאזלינן בתר רובא גם בד"נ לכך לא קאמר ר"ה בדר"י רק מיולדת לז' משום דזה הוה מיעוטא דשכיחא אם נאמר דיולדת לז' עוברה ניכר לשליש ימיה ונראה דזה הוא דעת מהר"ף הנ"ל וכבר ביארתי דהוא ס"ל דחיישינן גבי חליצה אף למיעוטא דלא שכיחא:

והנה לכאורה עלה בדעתי דאדרבה מדברי הגמרא דנדה (ח:) מוכח לומר דמשכחת לפעמים שיהא ניכר עוברה קודם ג"ח דאמרינן שם [לענין דיה שעתא] מעוברת משיודע עוברה וכמה הכרת העובר סומכוס אומר ג"ח. והנה צריך לבאר דברי סומכוס דלאיזה נ"מ צריך להודיענו הכא זמן הכרת העובר דהוא לג"ח. דהא אמרו חכמים מעוברת משיודע עוברה אז די' שעתא א"כ כ"ז שאין אנו רואין שהוכר עוברה אין דיה שעתא א"כ מאי נ"מ לנו מן הזמן וביבמות [לענין הבחנה] שם היה צריך סומכוס לאשמעינן זמן הכרת העובר כדי לידע איזה זמן צריכה להמתין אחר מיתת בעלה ובאמת בירושלמי ביבמות מובא שם הא דסומכוס. אבל בתוספתא מבואר להדיא דסומכוס אמר זאת על הך משנה דנדה אלא ע"כ צ"ל דסומכוס דאשמעינן דזמן הכרת העובר הוא לג"ח הוא נ"מ נמי לענין דיה שעתא דהיינו היכא דחזינן שהוכר עוברה קודם ג"ח. דאי ממתני' ה"א כיון דחזינן דהוכר עוברה אע"ג דזה הוה קודם ג"ח [ומיירי באופן דלא חיישינן שמא, מעוברת היא מקודם] נמי דיה שעתא לכך בא סומכוס לאשמעינן דהא דאמרו חכמים מעוברת משיודע עוברה דיה שעתא דוקא היכא דהוכר עוברה לזמן שרגילות רוב הנשים להיות עוברן ניכר היינו ג"ח דאז מסתמא ראשה ואבריה כבדין עליה אבל היכא דהוכר עוברה מקודם לא אמרינן די' שעתא. א"כ לכאורה מוכח מזה דמשכחת לפעמים שיהא ניכר עוברה קודם ג"ח:

אבל אחר העיון זה ליתא דהא קאמר שם ואעפ"י שאין ראי' לדבר זכר לדבר שנאמר ויהי' כמשלש חדשים וגו' זכר לדבר קרא כתיב וראי' גדולה היא משום דאיכא דילדה לט' ואיכא דילדה לז' ופירש"י ז"ל שמא ניכר עוברה לשליש ימיה דהיינו שני חדשים ושליש קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים עכ"ל והנה רש"י פי' סוגיא זו כפי המ"ד בסנהדרין דיולדת לז' עוברה ניכר לשליש ימיה וגם מדברי רש"י מוכח דאם היה אפשר לדעת כעת שתלד לשבעה היה צריך להיות הדין דגם קודם ג"ח דיה שעתא. כיון דגבי יולדת לשבעה זמנה להיות עוברה ניכר לשני חדשים ושליש א"כ מאז ראש ואבריה כבדין עליה אך מחמת דאזלינן בתר רוב נשים לכך לא אמרינן דיה שעתה קידם ג"ח ואם נאמר דסומכוס קאי להשמיענו דאף היכא דחזינן שהוכר עוברה מ"מ אין דיה שעתא רק עד אחר ג"ח קשה טובא אמאי אזלינן בה בחר רוב נשים כיון דחזינן דאשה זו יצאה מהרוב דהא רוב

נשים אין עוברן ניכר רק עד אחר ג"ח ומסנהדרין מוכח דאפי' מיעוט דשכיחא נמי ליכא ויולדת לז' זה הוה מיעוטא דשכיחא כדמוכח שם בסנהדרין א"כ אמאי לא אמרינן דהיא ודאי תלד לשבעה כיון דחזינן דעוברה ניכר קודם ג"ח אמאי לא אמרינן דיה שעתא קודם ג"ח היכא דהוכר עוברה. אלא ע"כ צ"ל דסומכוס לא קאי על היכא דחזינן דהוכר עוברה אלא אפי' שלא הוכר עוברה אצלה. ומ"מ ידעינן שהיא מעוברת דהיינו היכא דחזינן שנפסק וסתה ושאר דברים המוכיחין שהיא מעוברת כמ"ש הח"ס ביו"ד (סי' רצ"ט) וז"ל וממילא מובן דהך הוחזקה לאו היינו בהיכר עובר של ג"ח דא"כ חזקה דאוריית' היא כמבואר בנדה (ט.) גבי הגיע וסתה בימי עיבורה מהו יעו"ש אלא הכא לא אמרינן הוכר עוברה אלא הוחזקה עוברה ור"ל שכבר היה בה סימן מעוברת שפסק לה האורח הראוי ושארי סי' שע"י הוחזקה מעוברת בשכנותי' דכה"ג חזקה בעלמא ומצינו חזקות בכה"ג שע"י דבורי אנשים דעלמא וסברותם כגון הוחזקה נדה בשכנותיה וכגון הוחזקה נחלה באותו שבע דסוף פ' מי שמת וה"נ דכוותי' עכ"ל כן מיירי נמי הגמרא זו. וכיון שעבר עליה ג"ח שזה זמן להיות ניכר עובר אף שאצלה לא הוכר עוברה מ"מ דיה שעתא כיון שדרך להיות אצלה עוברה ניכר אז ראשה ואבריה כבדין עליה ולפי"ז נ"ל לפרש כונת רש"י ז"ל הא דקאמר שמא ניכר עובר לשליש ימיה דהיינו שני חדשים ושליש ר"ל דלכך ה"א דדיה שעתא מזמן שני חדשים ושליש כיון דטומאת מע"ל הוה דרבנן ה"א דאזלינן לקולא קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים דכ"ז שלא עברו ג"ח לא אמרינן דדיה שעתא. אבל סומכוס לא מיירי כלל לאשמעינן דאפילו היכא דחזינן דהוכר עוברה דוקא לאחר ג"ח דלפי מ"ש איכא למימר דהכרת עובר קודם ג"ח לא משכחת לה כלל ביולדת לט' רק ביולדת לז' וא"כ היכא דחזינן דהוכר עוברה לא מבעי' דהיכא דלא ידעינן זמן עיבורה דכיון דודאי תלינן דאז הוא ג"ח מתחילת עיבורה א"כ בודאי דיה שעתא אלא אפי' היכא דא"א לומר דנתעברה מקודם מ"מ דיה שעתא היכא דחזינן דיש לה הכרת העובר קודם ג"ח א"כ היא ודאי תלד לז' וכיון שעוברה ניכר אצלה א"כ ראשה ואבריה כבדין עליה כמו ביולדת לט' לג"ח ולכך קאמר המשנה סתם מעוברת משיודע עוברה וסומכוס דקאמר ג"ח איירי היכא דלא הוכר עוברה לעיני הרואים אלא דידעינן שהיא מעוברת ועברו עליה ג"ח שנפסק וסתה ג"כ דיה שעתא וכמ"ש:

אך כ"ז לפי שיטת רש"י דפי' סוגיא זו כפי המ"ד דיולדת לז' ניכר עוברה לשליש ימיה אבל באמת מוכח מהסוגיא דיבמות דאנן ס"ל כר' יעקב דנהר פקוד בשם ר"ה בדר"י דהא פריך שם הגמרא (מבי) תמתין משהו ותנשא וכי מלו ג"ח לבדקי. ופירש"י שם וכי מלו ג"ח ליום מיתת בעלה שדרך עובר להיות ניכר כו' אי מעברא ודאי בר קמא הוא

דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוה מנכר דלא מלו ג"ח לנשואיה דחסר לי' ההוא משהו שהמתינה כו' עכ"ל וא"כ מוכח מכאן להדיא דאף הנך דיולדות לז' ג"כ אין ניכר עוברן קודם ג"ח דאל"כ אכתי יהי' הולד בספק דלמא הוא בן ז' וניכר העובר קודם ג"ח ואין לדחות ולומר דלכך ודאי מקמא הוא משום כיון דהוה ספק השקול אזלינן בתר רובא דלתשעה ילדן ז"א חדא דרש"י ז"ל בעצמו פי' דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוה מינכר ועוד דהיכא דאינו ניכר העובר לעיני הרואים זה מגרע הרוב דלתשעה ילדן וקושית הגמרא הוא שיהי' בדיקת הדדין לג"ח שהיא בדיקה ברורה ואפי' מיעוטא ליכא שלא יהא ניכר כמ"ש במק"א. א"כ אכתי איכא למיחש שמא לא יהיה ניכר לעיני הרואים לג"ח ואז רובא דלתשעה ילדן עוברן ניכר לג"ח מגרע הרוב דלתשעה ילדן וישאר הולד בספק דלמא בן ז' הוא וניכר העובר קודם ג"ח לשליש ימיה והוא יולד לארבעה חדשים ושני שלישי חודש מן הבדיקה ויסתפק לנו אולי הוא בן ט' מהראשון ונתעברה שני חדשים ויותר קודם מיתתו או נתעברה מן השני והוא בן ז'. אלא ע"כ צ"ל דאפי' יולדת לז' אף שנשתנה טבעה לענין הולדה מ"מ לא נשתנה טבעה לענין הכרת הולד מקודם אף שהכא מיירי בבדיקת הדדין מ"מ נראה כיון שלא נשתנה טבעה לענין בדיקת הדדין כ"ש שלא נשתנה טבעה לענין הכרה לעיני הרואים דהא חזינן דבדיקת הדדין היא באה לג"ח אף היכא שאינו ניכר לעיני הרואים דהא לעיני הרואים איכא מיעוטא דלא ניכר לג"ח כדאמרינן שם ביבמות ובדיקת הדדין מוכח שם דא"א שלא יהא ניכר לג"ח א"כ ביולדת לז' דמוכח שם דכ"ז דליכא ג"ח לא נשתנו הדדין שלה כ"ש שלא תשתנה שיהי' ניכר לעיני הרואים:

ונפלאתי על הגאון נב"י (בח' א"ע במה"ת סי"ט) דתפס בפשיטות כדברי רש"י דנדה דיולדת לז' ניכר לשליש ימיה דהאיך יפרש סוגיא דיבמות וגם מהסוגיא דנדה גופא כיון דילפינן זה מהאי קרא דכתיב גבי תמר יש להוכיח דע"כ ס"ל דגם יולדת לז' אין ניכר עוברה עד ג"ח דהא רש"י בחומש והוא מדברי המדרש] פי' להדיא מדלא כתיב בתמר וימלאו ימיה ללדת כמו דכתיב ברבקה משום דברבקה היה למלאים ר"ל שילדה לתשעה ובתמר היה לחסרים פי' שילדה לשבעה אפ"ה קאמר קרא ויהי כמשלש חדשים אמנם הרא"ם ז"ל פי' בחומש דלכך פירש"י ז"ל על פסוק ויהי כמשלש חדשים רובו של ראשון ורובו של' אחרון ואמצעי שלם משום דיולדת לשבעה ניכר עוברה לשליש ימיה ואזיל לשיטתי' בנדה אבל דבריו תמוהים דהא ילפינן להדיא בנדה מהאי קרא דזמן הכרה בעינן ג"ח שלמים וגם הגאון בעל גור אריה השיג עליו וכתב דהא דפירש"י רובו של ראשון כו' הוא משום דאיכא מ"ד דס"ל דגם היולדת לתשעה סגי בהכי כדעת ר"ח הגדול

ביבמות (מג.) וכדעת ר' חייא רבה בירושלמי וכדעת ר' יוסי במדרש ונראה דמחמת דפשטיות לשון הקרא [כמשלש חדשים] מורה הכי לכך פירש"י כן אבל אנן לא קיי"ל הכי וס"ל דכמשלש חדשים הם שלשה חדשים שלמים וא"כ מדהביא הגמרא בנדה האי קרא דגבי תמר לזכר לדבר א"כ מוכח דאף יולדת לז' אינו ניכר עוברה אלא לג"ח:

אח"כ ראיתי שהמהרש"א פי' בדברי רש"י דנדה הנ"ל דלא כהרא"ם. וז"ל שם יראה מפירושו דסומכוס בכל גווני בין ביולדת לט' ובין ביולדת לז' קאמר ג"ח שלמים אלא דליכא ראיה ליולדת לז' דשמא אזלינן לשליש חדשי עבור דסתם נשים שיולדין לט' דה"ל שליש עבורה ג"ח שלמים או נימא דניזול בתר שליש עובר דידה דהיינו ב' חדשים ושליש כו' יעו"ש שהשיג על דברי הרא"ם בפ' וישב שהבאתי למעלה דס"ל דיולדת לז' ניכר עוברה לשליש ימיה וכתב דמסוגיא דהכא ופ' החולץ נראה דבכל גווני בעי ג"ח לסומכוס ואף שגם אנו בררנו למעלה דסוגיא דיבמות מכריח לומר דס"ל דיולדת לז' בעי צ"ח להכרה מ"מ פירושו של המהרש"א א"א להלום כלל בדברי רש"י כיון דהא דקאמר זכר לדבר ולא ראי' גמורה הוא משום דיולדת לז' דאיכא למימר כמו שנשתנה טבעה לענין הולדה כמו כן נשתנה טבעה לענין הכרה מאי קאמר רש"י קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים מה יועיל לנו הרוב נשים דיולדות לט' להך דיולדת לז' גם קשה לפי פירושו כיון דכל עיקר הא דקאמר סומכוס זכר לדבר ולא ראיה גמורה הוא משום יולדת לז' אבל באמת ס"ל דבעי ג"ח לעולם אמאי שקלי' וטריא בסנהדרין לענין זה כיון דלפי"ז היא בריירתא מפורשת ואין חולק עלי' דבעינן בכל גווני ג"ח אלא נראה ודאי דרש"י ז"ל פי' סוגיא זו לפי המ"ד דיולדת לשבעה עוברה ניכר לשליש ימיה וכמשב"ל ונראה דמ"ד דס"ל דאף יולדת לז' אין ניכר עוברה עד ג"ח יפרש דברי סומכוס בדרך אחר דלכך קאמר זכר לדבר ולא ראיה לדבר משום דתמר יולדת לז' היתה ע"כ הי' ניכר לג"ח. אבל יולדת לתשעה אין ראי' דאיכא למימר דבעי יותר מג"ח להכרה. וכן אפשר לפרש ג"כ דברי הגמרא דנדה דאיכא יולדת לט' ואיכא יולדת לז' ותמר יולדת לשבעה ומצאתי להגאון בעל ק"ע ביבמות שפי' כן דברי הגמרא דנדה. וכן נראה שפי' כן התשב"ץ דראיתי בשתי תשובות שהביא מהגמרא דנדה דיולדת לשבעה אין ניכר עוברה עד ג"ח. ולפלא שלא הזכיר כלל דברי רש"י ז"ל. עוד נראה דהני מ"ד דסנהדרין דפליגי ביולדת לז' פליגי נמי בהאי דרשא דתמר דלא כתיב בה וימלאו ימיה ללדת דהך מ"ד דס"ל דיולדת לז' בעי ג"ח להכרה ס"ל דתמר יולדת לז' היתה והך מ"ד דס"ל דלא בעי ג"ח ס"ל דתמר יולדת לט' היתה. אך ס"ל דיולדת לט' יולדת למקוטעין ותמר ילדה למקוטעין לכך לא כתיב בה

וימלאו ימיה ללדת א"כ לפי מאי דס"ל יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין א"כ ע"כ תמר יולדת לשבעה היתה ומוכח דגם לשבעה בעי ג"ח להכרה:

ולפי"ז כיון דגם יולדת לז' בעי ג"ח להכרה א"כ שפיר איכא לפרש דברי סומכוס דנדה כמו שעלה על דעתי לפרש מקודם דסומכוס בא לאשמיענו דהיכא דאירע שהוכר עוברה קודם ג"ח כיון דאז אין זמנה כלל להכיר עוברה. אע"ג שהוכר מ"מ אין ראשה ואבריה כבדין עליה לכך אין דיה שעתא. ונראה דזהו דעת מהר"ף בהגהת הסמ"ק דס"ל דאיכא מיעוטא [אך שזה לא שכיח] דהוכר עוברה לאחר שני חדשים ואין להקשות דא"כ האיך קאמר סומכוס דזמן הכרת העובר הוא לג"ח ומשמע דזה הוה רובא וכן משמע ביבמות ובסנהדרין דרוב נשים הכרת עוברן הוא לג"ח הא כיון דאיכא מיעוטא דהוכר עוברן לאחר ג"ח כמו דאיתא ביבמות להדיא ואיכא נמי מיעוטא דהוכר עוברן קודם ג"ח א"כ ליכא רובא דניכר עוברן לג"ח. דבאמת אין זה ראי' כ"כ לדחות דברי מהר"ף דהא כבר ביארנו דזה ודאי דמיעוטא דניכר עוברן קודם ג"ח הוה מיעוטא דלא שכיח והוה מיעוטא דמיעוטא א"כ איכא למימר אף בהצטרפות המיעוט דקודם ג"ח להמיעוט דלאחר ג"ח מ"מ לא יהא ביחד רק מיעוטא נגד רובא דג"ח וכה"ג מתרץ הרשב"א בחידושיו ביבמות (קיט) דלכך אין מצטרף מיעוטא דאין מתעברות למיעוטא שמפילות משום דאין מתעברות מיעוטא דמיעוטא הוא יעו"ש:

ומ"מ דקדקתי בדברי הרמב"ם והרשב"א ונראה דהם אינם מפרשים כן דז"ל הרמב"ם (בה' א"ב פ"ט ה"ד) איזה מעוברת משיוכר עוברה והוא ג"ח עכ"ל ואם היה הרמב"ם מפרש דהא דקאמר סומכוס דהכרת עובר הוא לג"ח בא לאשמיענו דקודם ג"ח לא מהני הכרה א"כ הו"ל להרמב"ם לכתוב משיוכר עוברה לאחר ג"ח לעיבורה ומדקאמר והוא ג"ח אלמא דהרמב"ם מפרש דברי סומכוס כמש"ל דסומכוס בא לאשמיענו דסתם הכרת העובר הוא לג"ח ונ"מ היכא דידעינן שהיא מעוברת ועברו עליה ג"ח דהוה כמו שהוכר עוברה וכן נראה דעת הרשב"א בתה"ק הביאו הטור בסקפ"ט וכן הוא לשון השו"ע שם מעוברת לאחר ג"ח לעבורה אינה קובעת וסת. ולא הזכיר כלל דלאחר ג"ח לעבורה והוא שהוכר עוברה אלמא דמפרש דלאחר ג"ח לעבורה אף שלא הוכר עוברה דינה כמו שהוכר כיון דאז זמנה להכרת העובר וגם א"ש הא דלא הזכירו הפוסקים האיך הוה הדין היכא דהוכר עוברה קודם ג"ח אם קובעת וסת אם לא דהא אם נימא דיולדת לז' ניכר עוברה לשליש ימיה א"כ תלינן דודאי תלד לז' וא"כ אז ראשה ואבריה כבדין עליה כיון דזה הוה זמן הכרה גבה וכמש"ל ואם גם יולדת לז' אין ניכר עוברה אלא עד ג"ח. א"כ אף שהוכר עובר קודם ג"ח מ"מ קובעת וסת והפוסקים לא הזכירו דין זה כלל אלמא דס"ל

דאף יולדת לז' נמי אין ניכר אלא עד ג"ח וגם זה לא משכחת כלל שיהא ניכר מקודם ג"ח ואף מיעוטא דמיעוטא ליכא שיהא ניכר קודם לכך לא הזכירו זה כלל ומ"מ אין זה ראיה מוכרחת להוציא מזה שלא משכחת כלל שיהי' ניכר העובר קודם ג"ח:

ומאחר שבדברי מהר"ף מצינו בפירוש להחמיר וכן נראה מדברי הבה"ג שהבאנו למעלה דלא משכחת לה כלו חדשיו אלא כשבעל ופירש א"כ קשה להקל בנ"ד אך מחמת שראיתי שלפי דברי כת"ר היבם אינו מצוי א"כ יש חשש עגון באשה הלזו נכנסתי בפרצה דחוקה למצוא לה היתר דהא כבר בארנו למעלה דהראשונים שהחמירו לחוש אף למיעוט שאינו מצוי נראה ברור שהם ס"ל דלכך החמירו חכמים במת תוך ל' משום דגזרו אטו פיהק ומת. ובפיהק ומת ס"ל כיון שיש הוכחה גדולה שהוא ולד שאינו של קיימא חיישינן אף למיעוט שאינו מצוי א"כ כ"ז לפי דעת הראשונים דס"ל דפיהק ומת אסורה מה"ד ואף באשת כהן תצא אבל לפי דעת הרי"ף והרמב"ם דלא הביאו כלל הך דינא דבפיהק ומת אף באשת כהן תצא ועיין מה שביארו הראשונים והאחרונים בזה ונראה לי עוד ליתן טעם לדבריהם דהרמב"ם ס"ל דאביי פסק דלא כרבי דנגמר סימניו מהני כמו שהה ל' יום ולכך ס"ל דפיהק ומת אסורה מה"ד והוה ספק גמור מדאורייתא אבל רבא ס"ל כרבי דגמר סימנים מהני כמו שהה ל' יום אך דהחכמים גזרו אף דנגמר סימניו בעי ל'. יום אבל מדאורייתא כיון דחזינן דנגמר סימניו הוה ולד גמור מדאורייתא ואף אם פיהק ומת אין בו שום חששא ולכך אף באשת כהן לא תצא רק היכא דחזינן דלא נגמר סימניו ולא שהה ל' יום אז הוה חששא דאורייתא ולכך גזרו חכמים אף בגמר סימנים אטו היכא דלא גמרו א"כ לפי דבריהם מסתבר לומר דהיכא דאיכא תרי רובי דהוא ולד של קיימא א"כ הוה המיעוט מיעוטא דאינו מצוי בזה לא גזרו חכמים לחוש למיעוט שאינו מצוי כלל א"כ בנ"ד דאיכא תלתא רובי רוב ולדות בני קיימא נינהו ורוב נשים מתעברות סמוך לטבילתן א"כ הוא יותר מט' חדשים ורוב נשים אין ניכר עוברן קודם ג"ח. וכבר בארנו דרוב זה עדיפא מכל רובי כדמוכח מסנהדרין. א"כ בכה"ג ודאי דאיכא למימר דלא גזרו חכמים לחוש בזה והכלל היוצא מדברינו לנ"ד דאם יתברר דבשעה שנולד היה כשאר ולדות הנולדים בזמנם שקולו היה חזק וינק כשארי תינוקות הבריאים ולא מת מתוך פיסוק אפשר להקל במקום דחק שאם לא יתירו לה תשאר עגונה ח"ו שכבר הקילו הגאונים שלפני זמנינו כמו נ"ד כדאי הם לסמוך עליהם בשעת הדחק אבל אם יש עליו חשש פיהק ומת שלפי דברי הרבה ראשונים הוא חשש דאורייתא אין דעתי מסכמת להקל ויבא מי שלבו שלם בדבר וידון בזה:

וע"ד שאלתו בענין הזוג שבאו לפניו לדין שיש להאשה חולי ארוך ותובעת את בעלה שיתן לה על רפואתה והבעל השיב לה הרי גיטך וכתובתך ורפאי א"ע האיך הדין בזמנינו שא"א לגרש בע"כ. הנה מה שכתב כת"ר לישב דברי הרמב"ם ז"ל ששינה לשון המשנה דכתובות כדי להשמיענו שאף שהיא אינה מקבלת הגט מפני שהוא אינו רוצה לכופה מ"מ כיון שמניח כתובתה פטור מרפואתה כבר האריך הגאון בעל ישועות יעקב לבאר דברי הרמב"ם בזה האופן. וכתב דהרמב"ם ס"ל דבאמת אינו יכול לגרשה בע"כ כיון שהיא חולה כדעת הספרי. מ"מ אינו מחויב ברפואתה כיון שהמניעה מצדה מה שהיא חולה והוה כמו נשתטית שאף שא"א לגרשה מפני שאינה בת גירושין מ"מ פטור מרפואתה לדעתו וטעמא דמילתא כיון שהבעל רוצה לגרשה אלא שהוא מעוכב בתקנת חכמים אינו מחויב ברפואה וטעמא דמילתא דלא רצו חז"ל לתקן שיפסיד כל נכסיו בשביל רפואת אשתו ונתנו חז"ל גבול לדבר שאם ירצה לגרשה וליתן לה כתובתה הרשות בידו ואינו מחויב ברפואה ואף שאינו יכול לגרשה כעת מחמת שהיא אינה בת גירושין מ"מ פטור מרפואה ע"כ וגם ממזונות פוטר הגאון הנ"ל בס' ע"ז אף שהוא אינו סובר כדעת הרא"ם מ"מ פוטר מטעם אחר כיון שיש לו טענה מבוררת למה היא מאוסה בעיניו יכול למנוע ממנה מזונות דלא עדיפא היא ממנו ובודאי היה יכול כת"ר לסמוך ע"ז דהא כבר הורה גאון מובהק אך מה שעומד לנגדי לכאורה דברי הת"א להרשב"א ז"ל סי' שפ"ב [הביאו הב"י בס"ע בקיצור] ושם מבואר דהוא מפרש דברי המשנה דכתובות דכ"ז דאינו מגרשה הוא מחויב בכל דבר [וזה דלא כהרמב"ם ז"ל] ומסיים שם וכ"ש עכשיו שנהגו הכל לכתוב בכל הכתובות שהחתן מקבל ע"ע בקנין לזונה ולפרנסה ע"כ א"כ נסתפקתי דאולי גם הרמב"ם מודה דאף דהוא סובר דמטעם תקנת חכמים אינו חייב ברפואתה כשרוצה לסלק כתובתה אף שאינו יכול לגרשה אך אולי מודה להרשב"א דמ"מ חייב מטעם הקנין שהוא התחייב א"ע דכ"ז שאינו מגרשה הוא מחויב בכל דבר וכיון שאינו יכול לגרשה מאיזה טעם שיהי' והיא אינה מחויבת להתרצות לו ע"כ מחויב הוא מטעם הקנין. ואפשר לישב בזה דברי הב"י בשו"ע דבס' ע' ס"ד כתב השו"ע דהנושא אשה ואח"כ נשתטית חייב לזונה ולרפאה ובסי' קי"ט כתב להיפך כדברי הרמב"ם עיין מה שדחקו בזה האחרונים לישב ולי נראה דבסי' ע' מיירי בזה"ז דהכל מקבלים בקנין על הכתובה א"כ מחויב הוא מטעם הקנין לזונה ולפרנסה כ"ז שאינו מגרשה אף לדעת הרמב"ם ובסי' קי"ט איירי מעיקר הדין במקום שלא נהגו לקבל בקנין על הכתובה וסומכין רק על תקנת חכמים ובעיקר תקנת חכמים סובר השו"ע כדעת הרמב"ם דלא חייבוהו חכמים אף היכא דאינו יכול לגרשה:

אחים התבוננתי בזה ונראה לי דודאי אם הי' נכתב בכתובה סתמא הוי לי לאינתו ואנא אפלח ואיזון יתיכי א"כ התחייב א"ע כ"ז שהיא אשתו וכיון שאינה ראויה לגרשה מאיזה טעם שיהי' או מחמת חולי כדעת הספרי או מחמת שנשתטית או מחמת חדר"ג ודאי הבעל מחויב בכל דבר לזונה ולפרנסה מטעם הקנין אף לדעת הרמב"ם וכן נ"ל ברור דאם התחייב לזון בת אשתו וכתב לה כ"ז שהיא אשתו ודאי הוא מחויב לזון את בת אשתו כ"ז שא"א לגרש את אשתו אמנם לפי מה שנהגו לכתוב בכתובות שלנו ואנא אפלח כו' כהלכת גוברין יהודאין דפלחין ומוקרין וזנין ומפרנסין לנשיהן בקושטא הרי לא התחייב הבעל א"ע לזונה ולפרנסה רק באופן אם יכול לדור עמה כאורח כל ארעא כיון שכתב כהלכת גוברין יהודאין א"כ לא התחייב רק אם יכול לסובלה ולדור עמה כפי מנהג כל האנשים גוברין יהודאין דדיירין עם נשותיהן וזנין ומפרנסין אותן אבל היכא שאינו יכול לדור עמה שהיא חולה או נשתטית לא התחייב הבעל א"ע מקודם בקנין של הכתובה כיון דע"ז ליכא הלכת גוברין יהודאין. אמנם כבר סיים הגאון בעל ישועות יעקב הנ"ל וז"ל אמנם לא כל העתים שווים בזה דמילתא דפשיטא דאם זה זמן לא כביר שחלתה או שאין חולי כ"כ גדול וגם אין חולי המדבק ופשיטא שמה שאומר מאיסה עלי הוא שקר אין בידינו לפוטרו מרפואה ובזה הכל לפי ראות עיני הדיין ופלס בידו לשקול הדבר בשכלו ויעשה הכל באמת לפי ראות עיניו כו' עכ"ל א"כ יעשה כת"ר כפי מה שהורה הגאון הנ"ל ויש לי להאריך בדברי הרא"ם אך אין הזמן גרמא. כ"ד ידידו דו"ש יו"ט ליפמן הכהן:

סימן כה

אח"כ עיינתי עוד בזה וראיתי כי עיקר ההיתר מה שאנו רוצין לסמוך בנ"ד על הכרת העובר כי לכה"פ הוא מיעוטא דלא שכיח שיהא הכרת העובר קודם ג"ח הנה עומד לנגדינו דעת הב"ח (בסי' קס"ג) וז"ל שם יבם היבם לסוף ב' חדשים פי' דלא הגיע עדיין חדש שלישי אפי' יום אחד בחדש ולא היה ניכר עיבורה תלינן דבן שני הוא מדכתיב ויהי כמשלש חדשים וגו' דאלמא דהעובר ניכר מיד כשהגיע חדש שלישי אלא מירי שיבמה לסוף ב' חדשים מקמי שהתחיל השלישי ומכ"ש אם יבמה בתוך חדש השני או בתוך חודש הראשון דספק הוא ואעפ"י דבעינן צ' יום כמ"ש לקמן בריש סי' קס"ד היינו דלכתחילה אזלינן לחומרא אבל מדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של שלישי ואמצעי שלם דהיינו ב' חדשים ויום אחד וכן היה מעשה כדאיתא בפ' החולץ (מג) עכ"ל. אבל באמת דבריו נפלאים מאד דהאיך אפשר לומר דהעובר ניכר מיד בהתחלת חודש השלישי דא"כ אמאי נעשה בן סורר ומורה עד שלשה חדשים כיון דאחר שני חדשים

הוה עובר ניכר א"כ ראוי להיות אב וחזינן דהגמרא יליף שם דאף יולדת לז' אין עוברה ניכר לשליש ימיה דאל"כ בתרי ותלתא סגי א"כ מוכח להדיא דעד שלשה חדשים לכה"פ הרוב ודאי דאינן ניכר. ובאמת מוכח שם להדיא דלכה"פ שהמיעוט דניכר קודם ג"ח הוה מיעוטא דלא שכיחא ויותר מזה הגאון בעל חמדת שלמה הוכיח משם שא"א כלל להיות הכרת העובר קודם ג"ח:

אמנם בירושלמי פ' החולץ ה"ב איתא שם כדברי הב"ח דז"ל שם אם כשבא עליה לאחר מיתת בעלה מיד הוכר עוברה לאחר שני חדשים ניתני בן ט' לזה ולזה בן ז' לזה ולזה אלמא דס"ל להירושלמי דהכרת העובר הוא לאחר שני חדשים. אבל באמת אין זה ראיה כלל דהא חזינן דהגמרא דידן פליג על הירושלמי בהכרת העובר בכל הפרטים דהגמרא דידן סובר דעד ג"ח אין עובר ניכר כלל ויותר מה' חדשים אפשר להיות שאין העובר ניכר וע"ז האופן מיירי ספק בן ט' לראשון דמיירי שלא הוכר העובר לג"ח מן הראשון א"כ איתרע רובא דלט' ילדן ולכך מספקינן בבן ז' לאחרון והירושלמי קאמר שם להדיא דזה א"א להיות שלא יהא עובר ניכר לאחר ג"ח דכן איתא שם בירושלמי אלא כן אנן קיימין כשבא עליה לאחר שני חדשים והוכר עוברה לאחר ג"ח ניתני היבמה לא תחלוץ ולא תתיבם עד שיהו לה חמשה חדשים אלא כן אנן קיימין כשבא עליה לאחר ארבעים יום והוכר עוברה לאחר חמשים יום הרי יש כאן שלימין לראשון ומקוטעין לשני ופירושו דאם היה אפשר להיות שלא יהא העובר ניכר לג"ח האיך התירו ליבם ולחלוץ לאחר ג"ח כיון דאיכא מיעוטא דאינו ניכר א"כ היה צריך להמתין עד חמשה חדשים ולא לסמוך על רובא לכתחלה אע"כ דא"א להיות שלא יהא עובר ניכר לאחר ג"ח. אבל הגמרא דידן פליג ע"ז וס"ל דלכך התירו ליבם ולחלוץ לאחר ג"ח משום דסמכי חכמים על הרוב. אבל ודאי דאיכא מיעוטא דאינו ניכר עוברן אף לאחר ג"ח:

והא דקאמר שם הירושלמי דאפשר להיות הכרת העובר לחמשים יום הבעל פ"מ מפרש דהירושלמי ס"ל דאפשר להוליד לחמשה חדשים ושני ימים משום דשופרא גרים [וזה כדעת הר"י מינץ] א"כ אפשר להוליד לקנ"ב יום ולשליש ימיה ניכר העובר. א"כ לאחר חמשים יום אפשר להיות ניכר העובר אבל באמת לפ"ד אינו כן דע"כ גם הירושלמי מודה דקודם ששה חדשים ויום אחד א"א להוליד בר קיימא דאמרינן בירושלמי סנהדרין פ' בן סורר ומורה א"ר זעירא תנא ר' שילא בר בינא כי יהי' לאיש בן לא שיהא הבן אב מכיון שהוא ראוי לבוא על אשה ולעברה היי די ליה אב ולא בן ואמרה התורה בן ולא אב ואתייא כיי דמר ר' יסא בשם ר' שבתי כל ימיו של בן סורר ומורה אינן אלא ששה חדשים בלבד והנה הבעל פ"מ הגיה שם הירושלמי וכתב וז"ל כל ימיו של בן

סורר ומורה אינן אלא שלשה חדשים בלבד גרסינן ואין לומר דגי' דהכא פליגא וס"ל עד שיהא אב ממש והיינו בששה חדשים ושני ימים דהא על הא דקאמר מכיון שהוא ראוי לבוא על אשה ולעברה מייתי להא דר' שבתי משמע משראוי להכיר עוברה הוא כו' עכ"ל אבל לפע"ד דברי הבעל פ"מ תמוהים דהאיך אפשר לומר דהירושלמי ס"ל כהגמרא דידן דהא לדברי הירושלמי העובר ניכר לאחר שני חדשים. א"כ לפי"ז מיד לאחר שני חדשים אינו ראוי להיות בן סורר ומורה אלא נראה עיקר הגירסא בירושלמי ששה חדשים וס"ל להירושלמי דבעי ראוי להיות אב ממש והא דקאמר לעברה לאו דוקא עיבור לחוד אלא להוליד בר קיימא ועד ששה חדשים אי אפשר להוליד בר קיימא אלמא דס"ל דכ"ז שלא עברו עליה ששה חדשים א"א להיות בר קיימא וכן מוכח מהירושלמי פ' החולץ הי"א דקאמר שם אתיא עובדא קומי דרבנן דתמן דלא ידעין אם שלשה עשר מן הראשון ושבעה עשר מן האחרון או שבעה עשר מן האחרון ושלשה עשר מן הראשון וחמשה שלימין באמצע ובקשו ליגע בולד משום ספק ממזרת אמר לון ר' נחמן בר יעקב כההין עובדא אתא קומי רבה בר בא ואכשרו. והנה מדקאמר שם הירושלמי בדיוקא או שהיה שלשה עשר מן הראשון ושבעה עשר מן האחרון או איפכא משמע להדיא דדוקא בכה"ג שעברו עליו ששה חדשים שלימין וכיון שנולד בתחילת חודש השביעי אפשר להתקיים אבל פחות מזה לא הוה אכשרו דא"א להתקיים כלל. ע"כ נ"ל הא דס"ל להירושלמי דאפשר להיות הכרת עובר לחמשים יום משום דאזיל לשיטתי' דס"ל דאף דיולדת לתשעה אפשר להיות עוברה ניכר לאחד שני חדשים וזה לאחר ששים יום א"כ לפי חשבון זה גבי יולד לז' סגי בחמשים יום להכרת העובר וזה ברור לפ"ד. וגם נראה דהירושלמי סובר דיולדת לתשעה ג"כ יולדת למקוטעין דאל"כ כיון שבא עליה לאחר מ' יום ואם ילדה לט' שלימין א"כ לשני הוא בן ח' וא"א להתקיים וזה כונת הירושלמי שם ש"מ אשה יולדת לחדשים מקוטעין דאף לט' יולדת למקוטעין וע"ש מה שפירש הבעל ק"ע ואינו נ"ל אלא הספק שאולי הוא בן ז' הוא בן ז' דוקא דאל"כ לא היה אפשר להיות הכרת עובר לחמשים יום והספק דאולי הוא בן ט' לראשון היינו שבעשרה ימים לחודש התשיעי ילדה כיון דיולדת לט' יולדת למקוטעין:

עוד עלה בדעתי שאפשר לומר דהירושלמי לא פליג כ"כ על הגמרא דידן בהכרת העובר דהגמרא דידן קאי על הכרת העובר לעיני הרואים כמ"ש בסי' ה' שזה גם הירושלמי מודה דיש נשים שנמשכו הכרת עוברן עד חמשה חדשים ויותר ושיהי' ניכר קודם ג"ח הוא דבר דלא שכיח כלל אך בהכרת הדדין שזה הוא ע"י בדיקה פליג הירושלמי עם הגמרא דידן דהגמ' דידן סובר דקודם ג"ח א"א להיות ניכר וגם לג"ח א"א שלא יהא ניכר מדפריך

ביבמות (מב.) ותמתין משהו ותנשא וכי מלו לה ג"ח לבדקי' אלמא דס"ל דזהו בדיקה ברורה ולא חיישינן כלל שמא הוא מן השני וניכר מקודם והירושלמי ס"ל דאפשר להיות ניכר בדיקת הדדין לשני חדשים אבל לאחר ג"ח א"א שלא יהא ניכר וע"ז מביא שם ראי' מדהתירו להתייבם לאחר ג"ח:

וזה כדברי הרשב"א בתשובה שהבאתי למעלה בסי' הנ"ל דלאחר ג"ח לא התירו להתיבם אלא ע"י בדיקה בדדין והא דלא מוקי הירושלמי דהכא מיירי שבא עליה לאחר שני חדשים ולא בדקו בדדיה עד חמשה חדשים משום דס"ל להירושלמי שזה א"א להיות שהיא בעצמה לא תדע א"כ היא בעצמה בודאי יודעת אם חייבת חטאת או לא והאיך מייתי גם היא אשם תלוי ואולי סובר הירושלמי דהיא נאמנת גם אצל בעלה. אבל הגמרא דידן ע"כ סובר שאפשר להיות שגם היא בעצמה לא תדע מזה:

ועוד נפלאתי על דברי הב"ח דאף אם נימא דיש נשים שהוכר עוברן לאחר שני חדשים כדמוכח מדברי הירושלמי אבל זה ודאי דברוב נשים נמשך הכרת עוברן עד אחר ג"ח דהא סומכוס קאמר להדיא וכמה הכרת העובר הוא שלשה חדשים א"כ האיך קאמר דאם היה מיבמה בתחילת חודש השלישי ולא היה ניכר עוברה תלינן בשני. והא המשנה (דסוף פ' נושאין) קאמר להדיא מי שלא שהת אחר בעלה ג"ח ונשאת וילדה ואינו ידוע אם בן ע' לראשון או בן ז' לאחרון וכן פסקו כל הפוסקים. וכן הטור בעצמו בסי' קע"ו הביא המשנה בלשונה. א"כ האיך אפשר לומר דהטור סובר דאם יבם אחר שני חדשים כיון דאז לא הוכר תלינן בשני אע"כ צ"ל דאנן ס"ל דהלכה כסומכוס דהכרת העובר הוא לג"ח ודלא כר' חנינא הגדול דס"ל דסגי ברובו של ראשון ורובו של שלישי והאמצעי שלם משום דסתמא דמתני' דלא כוותי' והאיך קאמר הב"ח דהא דפסקינן דבעי ג"ח הוא משום חומרא בעלמא לכתחילה:

גם נראה לפע"ד דלא כפי מה שסובר הב"ח דלר"ח הגדול דס"ל לענין הבחנה דסגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם משום דס"ל דסגי בשני חדשים ויום אחד להכרת העובר אלא משום דס"ל דשופרא גרים לכך אף שנתעברה ליום ט"ו בחודש מ"מ כיון שהגיע ר"ח הוה כאלו הוא חודש שלם לענין לידה ה"ה לענין הכרת העובר וכן בחודש השלישי כיון דעבר רובו הוה כאלו עבר כולו לכך ס"ל דסגי בזה לענין הבחנה אבל ודאי דגם ר"ח מודה דאם נתעברה בתחילת החודש עד שיעבור רוב חודש השלישי אינו ניכר עוברה ולפי"ז מדוקדק שפיר מאי דנקט בהאי לישנא רובו של ראשון כו' אבל לפי דברי הב"ח קשה אמאי לא קאמר בפשיטות דסגי בשני חדשים ויום אחד וכן משמע בירושלמי הנ"ל דעל ההיא עובדא דאכשרו רבה בר בא אף דילדה למקוטעין

קאמר שם דהוא פליג על שמואל בריה פי' דשמואל ס"ל דבעי ג"ת שלימין להכרה והוא פסק דיולדת למקוטעין ומשני שם רבא דשנייה היא הכרת העובר ושנייה היא לידתו דהכרת העובר לחדשים שלימין ולידתו לחדשים מקוטעין. ולכאורה אינו מובן קושית הירושלמי דמאי שייך הכרת העובר ללידה אבל לפי מה שבארנו ניחא שפיר דקאמר שם בירושלמי דר' חייא רבה ס"ל דסגי ברובו של ראשון כו' ושמואל ס"ל דבעי חדשים שלימין להכרה והמ"ד דס"ל דיולדת למקוטעין משום דס"ל דשופרא גרים כמבואר שם להמעיין בירושלמי א"כ אבוה דשמואל דאכשרי' לולד ע"כ ר"ל דשופרא גרים ושמואל דס"ל דבעינן חדשים שלימין ע"כ דלא אמרינן שופרא גרים ומשני דשאני הכרת העובר דלא אמרינן בזה שופרא גרים אע"ג דמהני שופרא ללידה אבל להכרה לא מהני:

ע"כ נ"ל ברור דלא כדברי הב"ח ואף אם יבם תוך שלשה חדשים נמי הוה ספק בן ט' לראשון כו' וכן איתא שם בשו"ע (סי' קס"ג ס"ג) להדיא יבם היבם תוך שלשה חדשים וילדה לסוף תשעה חדשים ספק הוא בן תשעה לראשון או בן ז' לשני אלמא דס"ל להדיא דבכל חודש השלישי נמי הוה ספק. מ"מ דברי הטור דכתב יבם היבם לסוף שני חדשים צריכין ישוב והפרישה כתב שם וז"ל נראה דדוקא קאמר לסוף שני חדשים דאלו לסוף חדש אחד וילדה לסוף ט' חדשים הוה תלינן בודאי בראשון דאלו לשני לא הוה חי דבן ח' חדשים הוה ולא הוה אמרינן בברי בן שני הוא ובן ז' היה ראוי להיות אלא דאשתהי ואי ילדה בן ח' הוה אמרינן דודאי בן שני מה"ט גופא וק"ל עכ"ל ונראה דהפרישה בא לישב לשון הטור הא דנקט לסוף שני חדשים הוא בא לאפוקי לסוף חודש אחד וגם זה דחוק קצת דלמה נקט לפי"ז לסוף שני חדשים. וגם הדין מה שכתב הפרישה דאם בא עליה לסוף חודש אחד וילדה לט' הוא ודאי בן הראשון ובדברי הרשב"א והריטב"א ביבמות (מב.) מבואר דאינו כן דעל הא דפריך שם בגמרא תמתין חודש אחד ותנשא ואי לז' ילדה האי בר שבעה לבתרא הוא ואי לתמניא ילדה האי בר תשעה לקמא הוא ומשני א"נ לתמניא ילדה איכא למימר דבתרא הוא דלמא אשתהויי אשתהי חודש אחד ואיעבר. כתב הרשב"א ז"ל וז"ל והוה מצי למימר דא"נ לתמניא ילדה איכא למימר בר בתרא הוא והאי לשבעה נגמר ואשתהויי אשתהי חודש. ונ"מ היכא דבא עליה בתרא ופי' מיד וילדה לשמונה אלא משום דפלוגתא הוא לקמן ולא ניחא לי' לאוקמי' בפלוגתא עכ"ל וכן כתב הריטב"א ז"ל הרי ס"ל להדיא למאי דקיי"ל כרבא תוספאה אם כן אשתהויי אשתהי הוא דבר הרגיל ואיכא למימר דבר בתרא הוא לז' ואשתהויי אשתהי בחודש השמיני אך דעת הטור איכא למימר דס"ל דאף למאי דקיי"ל דאשתהויי אשתהי מ"מ כיון דזה הוא דבר דלא שכיח ע"כ תלינן דודאי הוא בן הראשון. מ"מ נ"ל דגם הרשב"א

והריטב"א מודים דהיכא דנולד שיהא ס' ח' מן הראשון או ז' מן השני תלינן בודאי שהוא מן השני ולא אמרינן דעדיין הוא ספק מן הראשון לז' ואשתהויי אשתהי בחודש השמיני וטעמא דידי משום דדוקא היכא דאיכא למימר דהוא מן הראשון ולט' א"כ איכא רובא דלט' ילדן כנגד הרוב שהוכר עוברן לשלשה חדשים אבל הכא כיון דליכא רובא דלט' ילדן א"כ אזלינן בתר רובא דעוברן ניכר לשלשה חדשים אמנם היכא דלא היה ניכר לג"ח גם לחשבון מן האחרון א"כ ליכא כאן רובא דניכר לג"ח כיון דע"כ אשה זו יצאה מן הרוב דניכרין לג"ח נראה דאף אם ילדה לח' מן הראשון ולז' מן האחרון לדברי הרשב"א והריטב"א דס"ל דאשתהויי אשתהי בחודש הח' הוא דבר דשכיח א"כ הולד הוא ספק מן הראשון או מן האחרון ולא תלינן ודאי בשני:

ונ"ל להביא ראי' לדברי הרשב"א והריטב"א מדברי הירושלמי שהבאתי למעלה דהא הירושלמי מוקי המתני' דספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון שבא עליה לאחר ארבעים יום והוכר עוברה לאחר חמשים יום וא"כ ט"כ צ"ל דילדה לח' ועשרה ימים לכך מספקינן דאולי הוא בן ז' לאחרון א"כ לכאורה קשה דהא תינח למ"ד דיולדת לט' יולדת למקוטעין אבל לשמואל דס"ל דיולדת לט' אינה יולדת למקוטעין וכן הירושלמי הביאו שם בה' י"א האיך יתרץ המתני'. דהא ס"ל להירושלמי דא"א שלא יהא ניכר עוברה לג"ח. וע"כ צריך לאוקמי גם לדברי שמואל כשבא עליה לאחר ארבעים יום והוכר עוברה לאחר חמשים יום וע"כ ילדה לט' מן הראשון שלימין וא"כ האיך מספקי' לבן ז' מן השני דהא יהיה בן ח' מן השני אבל לדברי הרשב"א והריטב"א דס"ל דלפי מאי דקיי"ל דאמרינן אשתהויי אשתהי אף אם ילדה לח' מן השני נמי מספקינן דאולי הוא בן ז' מן השני ואשתהויי אשתהי א"ש בפשיטות גם לדברי שמואל. והירושלמי דקאמר שם יולדת למקוטעין זהו לפי המ"ד דלא אמרינן אשתהויי אשתהי:

סימן כו

כבוד ידידי הרב ההו"ב י"א באמת כו' מהור"ר יעקב נ"י מו"ץ בראסלאוו:

ע"ד שאלתו אודות הקדושין הנעשה בעירו לפ"ד נראה כיון שהעידו שמיד שהתחיל השותף של הבעה"ב לצעוק על הבתולה שלא תקבל הרו"כ מיד העגלון גם העגלון נשאר כמשתומם והגביה ידו כממאן לתת לה אך היא קבלה מעצמה מידו. דאין כאן חשש קדושין כלל כיון שקבלה מעצמה א"כ לא היה כאן נתינה כלל ואף שאפשר שהניחה העגלון ליטול הרו"כ מידו כפי מה שנסתפק בזה העגלון בעצמו ולפי הנראה גם העדים א"א להם להעיד אח"כ ע"ז דבר ברור מ"מ נ"ל דאין כאן מקום להחמיר בזה משום דהא כל עיקר הטעם שאנו רוצין למיחש בזה לחשש קדושין אף שלא אמר כלום בשעה

שנטלה הרו"כ מידו הוא מטעם דכיון שדברו מקודם שיקדשה א"כ זה מיקרי עסוקין באותו ענין דקיי"ל כר' יוסי דאף שלא אמר כלום ג"כ הוה קדושין. א"כ הכא כיון שהוא הגביה ידו מלתת לה מחמת צעקת השותף עליה שירא שלא יחולו הקדושין מוכח מזה שאז חזר מזה ממה שהיה דעתו מקודם וא"כ איכא למימר דאף אם הניחה אח"כ ליטול הרו"כ מידו לא היה דעתו ע"ד מחשבתו הראשונה כפי מה שאומר העגלון כעת שלא היה דעתו לשם קדושין אף אם אולי הניחה ליטול ויש קצת הוכחה לזה דאלו היה מתכוין גם עתה לשם קדושין היה. נותן הרו"כ בידה כפי מה שהתחיל ליתן. א"כ אפי' אם היה באמת כונתו לשם קדושין נמי לא מהני דהא כל טעמא דמהני עסוקין באותו ענין הוא משום דאמרינן ודאי ע"ד מחשבתו הראשונה עשה והכא כיון דא"א לומר דודאי ע"ד מחשבתו הראשונה עשה וכיון דלא אמר לה כלום לא הוה קדושין כלל:

ויותר יש לי לומר דאפי' אם היה נותן לה אח"כ לידה נתינה ממש כיון שהיה חזרה מקודם מליתן לה אין זה מיקרי עסוקין באותו ענין דהא דמהני עסוקין באותו ענין אף אם לא אמר כלום בעת הנתינה הוא משום דאמרינן דודאי ע"ד הראשונה הוא עושה וא"כ מסתברא דדוקא היכא שלא היה שום חזרה בינתיים אז אמרינן ודאי ע"ד הראשונה הוא עושה אבל היכא שהיה חזרה בינתיים מלקדשה אפי' אם ראינו שנותן לה אח"כ שום דבר אין ראי' שלשם קדושין נותנה וגבי קדושין בעינן שיהא מוכח להדיא שהוא מתכוין לשם קדושין:

ועוד דהא הכא אפי' הניחה ליטול הרו"כ מידו לא הוה נתינה מעלייתא וזה מיקרי נתינה גרועה דדוקא היכא דמקרב ידו לידה אף שהיא נוטלת מידו מהני ולא הוה כמו טלי גיטך מעל גבי קרקע משא"כ היכא שהרחיק ידו מידה ואח"כ נוטלתו לא מהני א"כ הכא גבי נתינה דידן שהיא נטלתו מידו לאחר שהרחיק ידו מידה לא הוה נתינה כלל גבי גט ואף שגבי קדושין לכמה פוסקים מהני גבי קדושי כסף אפי' כה"ג משום דמהני אפי' טלי קדושין מעל גבי קרקע מ"מ הכא יש להקל בזה משום דהא גבי עסוקין באותו ענין הא דעת הריטב"א והר"ן בגיטין (עח) שאין עסוקין באותו ענין מועיל כשנתנו סתם אלא היכא דאיכא נתינה מעלייתא אבל בזו שהיא נתינה גרועה כדאוקי לה בגמרא דערק לה חרציה ושלפתי' ולא מהני יעו"ש א"כ אפי' נתינה דגבי גט מיקרי נתינה לא מהני בעסוקין באותו ענין ה"ש הכא דלא מיקרי נתינה כלל דודאי לא מהני לגבי קדושין לדבריהם עסוקין באותו ענין ומסתברא לומר דאף הרמב"ן והרשב"א דנראה מדבריהם דלא סברי כהריטב"א והר"ן הנ"ל מ"מ בכה"ג דלא הוה נתינה כלל מודים דלא מהני עסוקין באותו ענין ומ"מ צ"ע בזה:

ועוד יש להקל בנ"ד כיון שלא היה בזה דברים ממש של קדושין רק מה שאמרו להעגלון שיקדשה ע"כ יכולין לסמוך בזה על מה שאמרו אח"כ שכונתם הי' רק כדי להתלוצץ וכיון שכל הענין מוכח שהיה כן א"כ יש להאמינם דאף דהיכא שאומר להדיא לשון קדושין לא סמכינן ע"ז מה שאמרו אח"כ שכונתם הי' כדי להתלוצץ אף היכא דמוכח שהיה כדי להתלוצץ דש"ה משום דדברים שבלב אינם דברים כמש"כ הג"מ (בה"א סי' א') וז"ל ואע"ג דאמרה בלבי לא היה אלא לשחוק ולהתלוצץ עמו ומעולם לא נתרציתי לו אלא לחוכא ואיטלולא בעלמא דברים שבלב נינהו ודברים שבלב אינם דברים ואע"ג דאיכא למימר דאנן סהדי דלא נתכוונה אלא להתלוצץ וכל כה"ג אזלינן שפיר בתר מחשבה כגון גבי מברחת וכיוצא בזה רבות בתלמוד דאזלינן בתר אומדן דעתא גבי קדושין משום חומרי דא"א לא נסמוך על אומדן דעתא לומר לא היה בלבה כך ודאי וליכא אומדן דעתא דמוכח כיון דאיכא נמי למימר איתתא בכל דהו ניחא לה עכ"ל. ועיין מה שכתב הנו"ב במה"ק בחאה"ע סי' נ"ט על דברי הגמי' הנ"ל וז"ל ולכאורה יפלא ולמה לא נאמין לה שלא כיונה לשם קדושין והא עד אחד נאמן באיסורין אפי' בשלו ולא בעינן שיהא בידו כ"א היכא דאתחזיק איסורא כו' אבל כאן על תחילת הקדושין באנו לדון אם המה קדושין או לא א"כ עדיין אין כאן חזקת א"א ואדרבה בחזקת פנויה עומדת אמנם באמת אין טעמו של מהר"מ בתשו' הנ"ל משום דלא מהימנא אלא מהימנא ומהימן אך שאין אנו משגיחין על הכונה והמחשבה והדברים הולכים אחר הפה מה שיש לו במשמעות הדבור ואפי' אם המחשבה לא כן הוא דברים שבלב אינם דברים עכ"ל ואף שיש לפלפל הרבה בדברי הנו"ב הנ"ל מה דפסיקא לי' דע"א נאמן אף בדבר שבערוה במקום דלא אתחזיק איסורא כי באמת הוא פלוגתא דרבוותא והארכתי במק"א בזה מ"מ בזה הדין עם הנו"ב דעיקר כונת הגמי' להחמיר בזה משום דדברים שבלב אינם דברים וא"כ בנ"ד כיון שלא היה בזה דברים של קדושין ממש רק אנו צריכין לדון על דברים שבלב האיך היה כונתו אם לשם קדושין או לא וכיון דאנן סהדי דכל כונתם היה רק כדי להתלוצץ א"כ ודאי יכולין אנו לסמוך ע"ז ולהאמינם. מכל הני טעמי נראה דיש להקל בזה ואין כאן חשש קדושין כלל. כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

מלבושי יו"ט

קונטרס משפטי התנאים

סימן א

שאלה אחד נתן גט לאשתו על תנאי אם לא אבוא לביתי תוך ל' יום יהא גט. ושהה בדרכו עד הזמן שלא היה אפשר לבוא לביתו עד הזמן הנ"ל ואז אירע אותו אונס דלא שכיח כלל ואנן פסקינן בשו"ע סי' קמ"ד כפי דעת רוב הפוסקים דאונס דלא שכיח כלל מבטל הגט. או שהתנה בהדיא בלבד שלא יארע לו אונס. א"כ כל אונס מבטל הגט אך בכה"ג דלא יכול לבוא לביתו אף בלא האונס צריך לברר אם האונס מבטל הגט או לא:

תשובה לכאורה עלה בדעתי דבכה"ג הוה גיטא כיון ששהה עד הזמן שלא היה יכול לבוא לביתו לזמן שהתנה אף אם לא יארע אונס א"כ מאז הוה כאלו נתקיים התנאי וכה"ג כתבו התוס' בע"ז (לז.) ד"ה לאלתר כו' וז"ל וא"ת פשיטא דלאלתר היא מותרת דמיד שמת הרי התנאי כמקוים דלא ישוב עוד לביתו וי"ל דמ"מ מיבעי לי' אי גזרינן מת אטו לא מת עכ"ל. א"כ ה"נ כיון שהוא בדרך שא"א לבוא לביתו לזמן הנ"ל הוה כאלו נתקיים התנאי מזמן שא"א לבוא לביתו א"כ לא איכפת לן בהאונס שאירעו אח"כ ועוד דכל הטעם דאונס מבטל הגט הוא משום דיכול הבעל לומר שבאמת היה בדעתי לבוא לביתי לקיים התנאי ולבעל הגט ומה שלא באתי הוא מחמת האונס ואני לא כיונתי בהתנאי אלא אם לא אבוא לביתי ברצוני א"כ בנ"ד כיון דשהה בדרכו עד הזמן שלא היה אפשר לבוא לביתו עד הזמן שהתנה אף אם לא אירע לו אונס א"כ האיך אפשר הבעל לטעון זאת שהרי חזינן שאף בלא האונס לא היה בדעתו כלל לבוא לביתו כיון דשהה בדרכו כ"כ שלא היה אפשר לבוא לביתו ולפי"ז נתיישב היטיב דברי הגמרא דכתובות (ב:) דאמרינן שם אמר רבא ולענין גיטין אינו כן אלמא קסבר רבא אין אונס בגיטין מנא לי' לרבא הא אילימא מהא דתנן ה"ז גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש ומת בתוך יב"ח אינו גט מת הוא דאינו גט הא חלה ה"ז גט ודילמא לעולם אימא לך חלה נמי אינו גט והיא גופא קמ"ל דאין גט לאחר מיתה כו' וכתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו וז"ל פי' אפי' היכא דלא אנוס וקשיא לי והא הכא אנוס וקס"ד השתא דיש אונס בגיטין והיכא שמעינן היכא דלא אנוס כו' ואיכא לדחוקי דהכי קאמר מתני' בשאין בה טענת אונס כגון שהתנה בפירוש אם לא בא עד יב"ח אעפ"י שנאנס יהא גט דהכא ודאי משום דאין גט לאחר מיתה הוא עכ"ל אבל לפי דברינו א"צ לדחוקי כלל דמיירי בשהתנה אלא דמיירי שמת בסוף הזמן שלא היה יכול לבוא לביתו אף אם היה קיים דבכה"ג בחלה הוה גט משום דליכא בזה טענת אונס כיון שבלא"ה לא היה יכול לבוא ובמת אינו גט משום דאין גט לאחר מיתה ואין לומר דס"ל להראשונים ז"ל דכיון דאיחר לחזור לביתו עד הזמן שא"א

לבוא לביתו הוה מאז כאלו נתקיים התנאי א"כ חל הגט מאותו שעה ולכך אפי' אם מת אח"כ אין זה גט לאחר מיתה ואף שפירש יב"ח היינו שאם יבוא לסוף יב"ח יבוטל הגט אבל כיון שלא בא חל הגט מהזמן שלא היה יכול לבוא וע"כ מתני' דמת אינו גט מיירי היכא דמת בתוך הזמן שהיה יכול לבוא לביתו לכך הקשו הראשונים שפיר ת"ל מטעם אונס אבל באמת זה דבר שא"א לומר כלל דהא תני במתני' סתמא מת תוך יב"ח אינו גט ודאי דמשמע בכל אופן אפי' בסוף היום שאף אם היה קיים לא היה יכול לבוא לביתו מ"מ אינו גט וע"כ צ"ל דאף דשהה עד הזמן שלא היה יכול לבוא והוה זה כאלו נתקיים התנאי מ"מ אם מת אינו גט משום דבתנאי שמתנה אם לא באתי מכאן ועד יב"ח יהא גט יש בזה שני דברים. א' התנאי שהתנה שאם יבוא יבוטל הגט ואם לא יבוא יתקיים הגט ב' הזמן יב"ח דכיון שאמר לה אם לא אבוא תוך יב"ח יהא גט א"כ לא הוה גט אלא לאחר יב"ח והוה כאומר לה הרי את מגורשת לאחר יב"ח וא"כ אם מת תוך יב"ח אף בזמן שלא היה יכול לבוא לביתו אף אם היה קיים מ"מ לא הוה גט מטעם שמת תוך הזמן ואין גט לאחר מיתה.

ויותר נ"ל דהיכא דאמר הרי את מגורשת אם לא אבוא תוך יב"ח ולא כפלי' לתנאי למאן דס"ל דבעי כפילת התנאי ואם לא כפלי' התנאי בטל והמעשה קיים וא"כ אף שבא תוך יב"ח לא נתבטל בזה הגט מ"מ אין הגט חל אלא לאחר יב"ח וגם יכול לחזור בו מטעם דכיון שזה הוא תוך הזמן. דהזמן והתנאי הם שני דברים דלענין תנאי בעי כפילא ולענין זמן הא לא בעי כפילא וא"כ אף שבטל התנאי מ"מ הזמן לא נתבטל אף שלכאורה אפשר לומר כיון שתלה התנאי בהזמן שאמר אם לא אבוא תוך יב"ח א"כ מסתברא דכל איחור הזמן שלו מן הגט היה מחמת התנאי כדי שיהיה לו זמן זה על קיום התנאי וכיון שבטל התנאי וא"צ להארכת הזמן א"כ ממילא חל הגט מיד. אבל באמת ז"א דהא זה ברור דאם אחד נתן גט שיחול לזמן פ' מאיזה טעם שגילה לנו שלכך מאחר זמן הגט. ואח"כ נתודע לו ולנו שהטעם שלו הוא טעם בטל וטעות היה בידו דבודאי מ"מ אין הגט חל אלא בזמן שהתנה דכיון שהוא לא נתן לה שיחול מיד האיך אפשר לחול הגט מעצמו בזמן שלא נתן לה שיחול אז וא"כ ה"נ אף שאיחור הזמן שלו היה מטעם התנאי והתנאי בטל מ"מ אין הגט חל אלא לאחר זמן שהתנה שיחול אז דא"א לחול הגט מעצמו בזמן שלא נתן לה שיחול אז. וכן נראה לפי"ז לענין הא דמחלק הרמב"ם (בפ"ט מה"ג) בין המגרש על תנאי לזה שקבע זמן בגירושין שהמגרש על תנאי יש שם גירושין ואינן גומרין עד שיתקיים התנאי לפיכך כשיתקיים התנאי נתגרשה אם היה הגט קיים אעפ"י שאינו ברשותה כו' אבל התולה גירושין בזמן או במעשה לא הגיע גט לידה בתורת גירושין אלא בתורת

פקדון עד הזמן שקבע או עד שתעשה המעשה לפיכך כשהגיע הזמן צריכה להיות הגט ברשותה כו' עכ"ל אף שלכאורה נראה מסתימת דברי הרמב"ם דבכל תנאים א"צ להיות הגט ברשותה אף בתלה התנאי בהזמן כגון אם לא באתי תוך ל' יום אבל באמת ז"א כיון דהתנאי והזמן הם שני דברים אף בתלה התנאי בהזמן א"כ גם בכה"ג צריך להיות הגט ברשותה לסוף הזמן שקבע דהוה כפקדון בידה עד הזמן הנ"ל. והרמב"ם לא קאי על תנאי זה משום דהרמב"ם לא הזכיר תנאי זה אלא אח"כ בהלכה ז' ולקמן בסי"ג אדבר עוד בזה בס"ד יעו"ש:

אח"כ מצאתי דהגאון בעל פתח הבית בדיני תנאים ענף ז' כתב וז"ל ואף גם זאת שכ' למעלה דתנאי התלוי בזמן כולל תרתי ג"כ לא נראה מפוסקים. עם כי לכאורה הסברא נכונה והראי' דהרי מבואר בראשונים שהקשו לדעת הפוסקים כר"מ מהנך משניות דלא תני בהו כפילא ולא שאר ד"ת וחד מנהון הך דה"ז גיטך אם לא באתי תוך יב"ח ומת כו' ע"ש ומאי הקשו ת"ל הרי ס"ס כיון שקביעות זמן עכ"פ אחר יב"ח ואז הרי כבר מת ואין גט לאחר מיתה כו' וע"כ צ"ל דסברי כיון שעכ"פ התנה בלשון תנאי אף שקבע זמן מ"מ הוי רק תנאי:

ואם חסר משפטי תנאים תנאי בטל ומעשה קיים ואף דעכ"פ הסברא תמוה מ"מ יש לתת תבלין לזה די"ל בשלמא אם קובע סתם זמן א"כ כוונתו היה שלא תחול עד אז משא"כ אם התנה בלשון תנאי עיקר כוונתו הי' אם לא יבוא ואם הי' יודע שלא יבוא היה נותנו מיד וא"כ ממילא אם לא התנה כדין תנאי בטל ומעשה קיים מיד. והבן זה כי נ"מ לדינא ודעתינו קצרה עכ"ל ונפלאתי על הגאון הנ"ל דהא אדרבה מדברי הר"ן בפ' מי שאחזו על הא דאתקין שמואל בגיטא מוכח כדברינו דאם תלה התנאי בהזמן וחסר משפטי התנאים מ"מ הזמן אינו בטל דז"ל הר"ן שם ומ"מ צ"ל דהא דתנן בפרקין ה"ז גיטך אם לא באתי ופרכינן עלה וליחוש שמא בא דאלמא התנאי קיים שהמשנה שנויה שלא בדקדוק וכן הרבה כיוצא בה דאי לא הוה לי' מעשה בתחלתו ותנאי בטל כו' עכ"ל ומדהוצרך הר"ן להביא ראי' מהגמרא דפריך וליחוש שמא בא אלמא דהתנאי קיים. ולא הביא ראי' מהמשנה גופא דאמאי אם מת תוך יב"ח לא הוה גט כיון דהתנאי בטל א"כ הגט קיים לאלתר. אע"כ דהר"ן סובר כדברינו דאף היכא דהתנאי בטל מ"מ אם מת תוך יב"ח לא הוה גט מטעם הזמן וכמש"ב. וגם מהא דמת אינו גט אפי' מת בסוף יב"ח שאף אם היה קיים נמי לא היה אפשר לבוא ומשעה שא"א לבוא הוה כאלו נתקיים התנאי וכמש"ב. מ"מ אינו גט משום דאין גט לאחר מיתה. ע"כ משום דהזמן אינו תלוי בקיום התנאי כך עלה בדעתי לכאורה:

אח"כ התבוננתי וראיתי דמה שעלה בדעתי לדבר פשוט דמשעה שא"א לבוא לביתו עפ"י דרך העולם הוה מאז כאלו נתקיים התנאי ז"א דמ"מ כיון שאפשר לבוא ע"י קפיצה כמו שאמרינן ביבמות (קטז.) ט"כ א"א למיקרי זאת כאלו נתקיים התנאי אף שזהו הזדמנות רחוקה מ"מ כיון שאפשר לצויר שיכול לבוא לביתו ע"י איזה אופן שיהי'. ולא דמי למת דכתבו התוס' בע"ז דהוה כאלו נתקיים התנאי דשם כיון דא"א לצויר בשום אופן שיבוא. וכן משמע מפשטות דברי הגמרא שם דקאמר מת הוא דאינו גט הא חלה ה"ז גט דאל"כ נ"ל למיתני מת ליתני חלה וכ"ש מת [עיין בש"מ] ואי אמרינן דהיכא דחלה בזמן שא"א לבא לביתו בלא"ה אז האונס אינו מבטל הגט א"כ האיך אפשר למיתני סתמא חלה בתוך יב"ח אינו גט הא בחלה נמי יש נ"מ אם חלה בזמן שיש שהות לבוא לביתו או לא ובמת הא בכל מקום ודאי אינו גט כדמוכח מפשטות המשנה דקתני סתמא מת תוך יב"ח אינו גט וזהו דעת הראשונים דלא תרצו על קושיתם הא הכא אנוס דהכא מיירי בסוף הזמן. משום דס"ל דאפי' בסוף הזמן נמי יכול לטעון טענת אונס אי אמרינן יש טענת אונס בגיטין וכן משמע גם מדברי התוס' דפי' דלפי הדיחוי ודלמא לעולם אימא לך חלה נמי אינו גט והא גופא קמ"ל דאין גט לאחר מיתה דלפי"ז המתני' אתי לאשמעינן תרווייהו דיש אונס ואין גט לאחר מיתה א"כ משמע מדבריהם דס"ל דחלה דמי למיתה ואין חילוק ביניהם דאל"כ האיך אפשר לומר דמתני' גבי מיתה אשמעינן טעמא דאין גט לאחר מיתה ויש טענת אונס כיון דחלוקין הן בדיניהן ולא דמי כלל והאיך כייל המתני' תרווייהו טעמי כחדא אע"כ דאף חלה בסוף הזמן נמי בטל הגט ומטעם טענת אונס אי אמרינן יש טענת אונס בגיטין דלא הוה כאלו נתקיים התנאי משום דמצי לבוא בקפיצה: **וראיה** לזה מדברי הירושלמי בגיטין בפ' מי שאחזו ה"ג. דקאמר שם מה שתהא מותרת לינשא פי' לרבותינו דאמרי ה"ז גט אם מת תוך יב"ח דודאי לא יבוא עוד מי אמרינן כבר קיים התנאי ומותרת להנשא מיד א"ד אסורה לינשא עד לאחר יב"ח דאז איקיים ליה תנאה] ר' חגיי אמר מותרת לינשא ר' יוסי אמר אסורה לינשא אני אומר נעשו לו ניסים וחיה. ופי' משום דחיישינן שמא יעשה לו נס ויחיה ויבוא ויקיים תנאיה והבעל ק"ע כתב וז"ל בבבלי (פ"ו) מיבעי לי' אי לאלתר התירו דהא לא אתי או דלמא לאחר יב"ח התירו דהא איקיים לי' תנאי' וכ' תוס' וא"ת לאלתר מה יש לחוש דהא ודאי יקיים התנאי כיון דמת וי"ל דאיכא למיגזור אטו לא מת וכו' ע"ש. והדבר דחוק דלשון הגמרא משמע דחששא הוא מחמת התנאי ולא מחמת גזרה ועוד גזרה זו שיתמהו העולם למה התירו דא"כ אם שלח לה גט חדש נמי נאסר אלא ודאי דקלא אית לי' ה"נ המיתה אית לה קול ואני תמה שנעלם מהם דברי הירושלמי דהחשש הוא שמא נעשו לו ניסים וחי' והא דלא

חיישינן כן בכל הנשים שבעולם דמשהעידו שמת בעליהן מותרות להנשא י"ל מדהתנה אם לא אבוא עד יב"ח משמע דידוע לו שיבוא ע"י ניסים וצ"ע עכ"ל הנה מה שהניח דבריו בצ"ע יפה עשה כי סברא רחוקה מאד לומר שחששו החכמים דכיון שהתנה לבוא ליב"ח מסתמא היה ידוע לו שיבוא ע"י ניסים. כי מניין היה ידוע לו שימות ועיין בר"ן שם שהשיג ג"כ על סברת התוס' וכתב וז"ל ולי נראה דהיינו טעמא משום דאיהו ודאי לא הוה חייש למיתה דידי' ולא היה גומר ומגרש אלא לאחר יב"ח ומש"ה חיישינן ולא שרינן לה מקמי הכי ולישנא הכי מוכח דאמרינן או דלמא לאחר יב"ח שרינן לה לכי מקיים תנאיה עכ"ל והנה גם דברי הר"ן קשה להבין דהאיך אפשר לומר דלא היה גומר ומגרש אלא לאחר יב"ח דהא הוא גירשה מעכשיו והיב"ח לא היה רק תנאי אם לא יבוא עד יב"ח א"כ איך שייך לומר שהוא לא גומר ומגרש אלא לאחר יב"ח. ע"כ נראה לפרש דברי הירושלמי והגמרא דידן בחדא מחתא דודאי לא חיישינן שאולי יעשה לו ניסים ויחי' ויבוא ויקיים תנאיה. זה ודאי לא חיישינן אלא כיון שאפשר לבוא ע"י נס ע"כ לא מיקרי בזה שמת כאלו כבר נתקיים התנאי וזה סברת ר"י בירושלמי דאמר דאסורה להנשא וכן מיבעי להגמרא כי שרית לאלתר שריתוה דהא לא אתא [ר"ל כיון דודאי לא אתא ע"כ משעה שמת הוה כאלו כבר נתקיים התנאי] או דלמא לאחר יב"ח שריתוה דהא איקיים לי' תנאיה אבל כ"ז שלא עברו יב"ח אע"ג דודאי לא אתא כיון שמת מ"מ כיון שאפשר לבוא עפ"י דרך נס היינו שיעשו לו נס ויחי' ע"כ דכ"ז שלא עברו יב"ח לא מיקרי נתקיים התנאי. א"כ נראה ברור דע"כ לא פליגי אמוראי בירושלמי ומיבעי להגמרא אלא דוקא במת משום שא"א לבוא כ"א עפ"י דרך נס אבל בנ"ד אף דשהה בדרכו שא"א לבוא עפ"י דרך העולם מ"מ כיון שאפשר לבוא ע"י קפיצה אף שזהו הזדמנות רחוקה מ"מ לא מיקרי זאת כאלו כבר נתקיים התנאי:

אך מה שצריך לבאר עוד דאמאי אמרינן דאי יש אונס בגיטין אף אם חלה בסוף הזמן נמי לא הוה גט כמשב"ל דאמאי מהני טענת אונס בזה כיון דשהה בדרכו עד סוף הזמן שלא היה אפשר לבוא עפ"י דרך העולם וזה ודאי שלא היה בדעתו כלל לבוא ע"י קפיצה א"כ מאי נמ"ל מה שאירע לו אונס בסוף הזמן כיון דחזינן שלא היה בדעתו כלל לקיים התנאי אלא לקיים הגט כיון דשהה בדרכו כ"כ. והנה ראיתי להבעל פנ"י שכתב וז"ל דהא דדייק מת הוא דאינו גט הא חלה ה"ז גט היינו דממשנה יתירא דייק וסמיך אהא דמקשה בסמוך דפשיטא דמת אינו גט דמרישא שמעינן דאין גט לאחר מיתה אע"כ דלא תנא מת אלא לדיוקא דחלה ה"ז גט ולכאורה שזה מוכרח דבלא"ה ק"ל מאי מדייק הש"ס דאין אונס בגיטין מדקתני מת ולא קתני חלה דלכאורה אפי' אי יש אונס בגיטין לא שייך

למיתני דחלה אינו גט כלל ומותרת להתייבם דמידי ספיקא מיהו לא נפקא דשמא אף אם לא אירע לו אונס נמי לא היה בדעתו לקיים התנאי ולבוא תוך יב"ח כו' עכ"ל והנה לפ"ד ודאי נראה דאם שהה לבוא לביתו עד שא"א לבוא עפ"י דרך העולם וא"כ אנו רואין דאין דעתו לבוא לקיים התנאי ודאי דאף אם אירע אונס אח"כ אינו מבטל הגט אבל באמת דבריו ז"ל הם כנגד דברי רש"י והתוס' דמדבריהם נראה להדיא דאי אמרינן דיש אונס בגיטין חלה דמי למיתה ואינו גט כלל וכן משמע מכל הראשונים ז"ל. ואף שיש מן הראשונים דפי' כדברי הגאון הנ"ל דמיתורא דמתני' דייק דחלה ה"ז גט עיין בש"מ מ"מ נראה דגם לדבריהם ע"כ צ"ל דאי יש אונס בגיטין בחלה אינו גט כלל כמו גבי מיתה דאל"כ האיך שייך למימר דמיתורא דמתני' דקתני מת דאינו גט כלל שמעינן דאין אונס בגיטין וחלה ה"ז גט גמור כיון דאפי' אי אמרינן יש אונס בגיטין מ"מ בחלה ספיקא הוה ולא מצי למיתני בחלה אינו גט וא"כ איך שייך למידק מיתורא דמתני' דחלה ה"ז גט גמור כיון דחלה לא דמי כלל למיתה. אע"כ צ"ל דגם בחלה אינו גט כלל אי אמרינן דיש אונס בגיטין וא"כ שייך שפיר למידק מיתורא דמתני' דאתי לאשמעינן למידק מזה דנקט מת ולא נקט חלה דבחלה ה"ז גט וגם מדהקשו הראשונים על הא דקאמר הגמרא ודלמא הא גופא קמ"ל דאין גט לאחר מיתה ת"ל מטעם אונס נראה ג"כ דלא ס"ל כדברי הפנ"י שלפי דבריו דבנאנס הוה גט ספק איכא לתרוצי בפשיטות דקמ"ל דאין גט לאחר מיתה ולכך לא הוה גט כלל ומותרת להתייבמת. ואלו בביטול הגט רק מטעם אונס הא אסורה להתייבם לדבריו ז"ל:

וגם הא כתבו תלמידי הר' רבינו יונה וז"ל ודוקא בגיטין דאיתי' להאי טעמא אמרינן דאין אונס והגט קיים אבל במתנה, או במו"מ דלא שייך האי טעמא לא הילכך האומר לחבירו אם לא באתי מכאן ועד יום פ' יהא זה שלך ונאנס ולא בא המתנה בטלה וכן דעת הרמ"ה ז"ל כו' עכ"ל ומשמע מדבריהם שאף שמסר לידו ואמר אם לא באתי כו' יהא זה שלך אם נאנס יכול להוציא מידו ואמאי הא יכול המקבל לטעון דלמא אף בלא האונס נמי לא היה בדעתך לבוא לקיים התנאי ובמה יכול הנותן לברר שבלא האונס בודאי היה בא והאיך יכול הנותן להוציא מיד המקבל לפי דברי הפנ"י דס"ל דבגט אפי' אי יש אונס בגיטין מ"מ הוה גט ספק מה"ט. אך ראי' זו יש לדחות דאיכא למימר כיון דהנותן טוען טענת ודאי שבלא האונס ודאי היה בא והמקבל טוען טענת ספק וגם יש להנותן חזקת מרא קמא לכך לא מהני להמקבל חזקה דהשתא לזכות במתנה זו מספק. וכן יש לתרץ מה דקשה לכאורה הא דמבואר בשו"ע חו"מ סי' כ"א מי שקנו מידו שאם לא יבוא ביום פ' וישבע ויטול אבד זכותו ואם הביא ראי' שהיה אנוס באותו היום פטור מקנין

זה ונשבע ונוטל ולפי דברי הפנ"י קשה האיך נשבע ונוטל מספק דילמא אף בלא האונס נמי לא היה בא. אך באמת זה לא קשה משום כיון דהתובע טוען טענת ודאי והנתבע בא לפטור בטענת ספק דאולי אף בלא האונס נמי לא היה בא וכיון דהחיוב הוא חיוב בודאי והנתבע בא לפטור בטענת ספק בטענת מחילה מחמת הקנין א"כ הוה זה כספק פרעון ולא מהני:

מ"מ נראה ברור מדברי הראשונים ז"ל דס"ל דבנאנס אי אמרינן דיש אונס בגיטין לא הוה גט כלל דכן משמע נמי לישנא דהגמרא שם דקאמר מי איכא מידי דמדאורייתא לא הוה גט ומשום צנועות ומשום פרוצות שרינן א"א לעלמא. משמע פשטות הגמרא דבנאנס אי אמרינן דיש אונס בגיטין לא הוה גט כלל והוה א"א גמורה ודלא כהפנ"י ונראה לפע"ד הטעם הא דאמרינן דבנאנס לא הוה גט כלל ולא חיישינן דאולי אף בלא האונס נמי לא היה בא ולא יתבטל הגט רק מטעם ספיקא משום דהתנאי שהתנה אם לא באתי עד זמן פ' יהא גט משמע רק אם ברצון עצמו לא יבוא עד זמן פ' אז יהא גט וכיון שתלה קיום הגט בקיום התנאי שלא יבוא ברצון עצמו לזמן פ' ואם לא יתקיים התנאי לא יהא גט ולא היה יכול לבוא מחמת אונס אף שאפשר שבלא אונס נמי לא היה בא מ"מ הא לא נתקיים התנאי שלו שתלה הגט בקיום תנאי זה רק ברצון עצמו וזה לא נתקיים כיון שעתה לא היה יכול לבוא מחמת אונס ונראה דזה דמי לאחד שאמר אם אבוא עד ז"פ לעיר פ' יהא גט והוליכוהו ליסטים לעיר פ' באונס דזה פשוט דאי אמרינן יש אונס בגיטין דלא הוה גט דהוה כאלו לא נתקיים התנאי כיון דהליכתו לשם היה מחמת אונס ולא אמרינן דאולי אף בלא האונס נמי היה הולך מדעת עצמו לשם מ"מ כיון דעתה היה הליכתו לשם מחמת האונס שהוליכוהו ליסטים הוה כאלו לא הלך כלל וא"כ לא נתקיים התנאי שתלה הגט בהליכתו לשם. ומזה יש להסביר גם לתנאי זה דאם לא באתי כיון דתלה הגט בקיום התנאי שלא יבא ומשמע דוקא ברצון עצמו וכיון שלא היה יכול לבוא נמי מחמת אונס א"כ לא נתקיים התנאי שלו לכך נתבטל הגט לגמרי אי אמרינן דיש אונס בגיטין וזה ברור:

ולפי מה שבררנו שמדברי הראשונים נראה להדיא דאם יש אונס בגיטין לא הוה גט אף שברור לנו שבלא האונס נמי לא היה בדעתו כלל לבוא דאל"כ מידי ספיקא לא נפקא ואמאי לא הוה גט כלל א"כ א"ש נמי מה שבררנו למעלה בדברי הראשונים דאפי' חלה בסוף הזמן וא"כ אנו רואין שאין דעתו כלל לבוא לביתו מ"מ לא הוה גט דהא כבר בררנו למעלה דאפי' בסוף הזמן מ"מ כיון שאפשר לבוא ע"י קפיצה מיקרי עדיין לא נתקיים

התנאי וכיון דאז אירע לו אונס שא"א לבוא גם ע"י קפיצה אף שברור לנו שלא היה בדעתו כלל לבוא ע"י קפיצה מ"מ לא הוה גט:

ומצאתי שהגאון מליסא בס' בית יעקב על כתובות הסכים ג"כ לדינא כמ"ש אך ראייתו מן הר"ן אינה מוכרחת וכמו שאבאר דהנה הגאון הנ"ל הביא שם מה שתירץ בס' ת"ג על דברי הר"ן בס"פ מי שאחזו וז"ל כתב הר"ן דאף דתני לי' דין דאין גט לאחר מיתה בהדיא מ"מ קמ"ל בהא דאם לא באתי בתנאי דאף שלא תלה במיתה סד"א דמעכשיו קאמר ובגליון האלפסי שם הקשה דא"כ מאי מקשה בש"ס בכתובות הא תני לי' רישא הא אצטריך למיתני מטעם שכתב הר"ן ולק"מ דהא ס"ד בתנאי דאם לא באתי ומת בלא"ה בטל מטעם אונס כו' וע"כ הא דאצטריך לאשמעינן הוא משום דנ"מ בזה גיטך אם מתי כו' ולפי"ז מקשה הש"ס שפיר הא תני לי' רישא דכיון דבלא תנאי נקט בהדיא א"כ בתנאי הדקל"ד ליתני חלה וכ"ש מת דבטל מחמת טענת אונס כו' אך הא קשה דמאי מקשה הש"ס הא תני לי' רישא דלמא קמ"ל דאפי' בתנאי אינו גט ואי תקשה דבתנאי בלא"ה הגט בטל מטעם אונס לפי הס"ד כו' הא י"ל דנ"מ כו' דאף אי לא מת שוב לא היה יכול לבוא ממקום שהיה בו למקום התנאי והרי מבעל התנאי ברצון ובכה"ג מטעם טענת אונס הוה גט כו'. ומזה מוכח לפע"ד דאפי' בכה"ג כל שלבסוף נתבטל התנאי גם מחמת אונס אמרינן להיפך דמה בכך שפשע בביטול התנאי הא אפי' לא פשע היה נתקיים התנאי רק מחמת האונס והתנאי שלו היה אם יתקיים התנאי שלא מחמת אונס ועוד דאפשר שהיה בא בקפיצה כעין שאמרו ביבמות (קטז) ומכ"ש למאן דס"ל דאמרינן אגלאי מלתא למפרע עמ"ל פ"ז מה"ג עכ"ל הגאון הנ"ל:

ואף שאנכי ג"כ הוכחתי כדברי הגאון הנ"ל מדברי הראשונים מ"מ דבריו תמוהים לישב בזה דברי הר"ן ז"ל דמ"מ אכתי תקשה דילמא המתני' אשמעינן בתנאי דאם לא באתי דבטל מטעם דאין גט לאחר מיתה הא קמ"ל דאפי' בתנאי אינו גט ואי מטעם אונס איירי שהתנה להדיא דאף אם לא יבוא מחמת איזה אונס נמי יהא גט ואדרבה הא כמה ראשונים פי' כן דברי הגמרא דדחי ודלמא היא גופא קמ"ל דאין גט לאחר מיתה ואי משום אונס מיירי שהתנה דאונס לא יבטל התנאי:

וא"כ מאי מקשה הא תני לי' רישא:

ע"כ נ"ל לישב דברי הר"ן דגיטין בדרך אחר ודברי הר"ן דגיטין המה דברי הרמב"ן ושארי הראשונים בכתובות דעל הא דמתרץ הגמרא ודלמא לאפוקי מרבותינו דתניא ורבותינו התירוה להנשא כתבו שם כעין קושית הר"ן ותירוצו כמו שאבאר בס"ד וז"ל הרמב"ן ואיכא מאן דקשיא לי' ולאפוקי מדרבותי' לאו מרישא שמעת מינה דהא רבותינו כר'

יוסי ס"ל ור' יוסי בלאחר מיתה קאמר כדמפורש בפ' מי שמת וכיון דזמנו של שטר מוכיח עליו הוה לי' כמעכשיו אם מתי וכמעכשיו לאחר מיתה ותנן מעכשיו אם מתי ה"ז גט מעכשיו לאחר מיתה גט ואינו גט ואני אומר דר' יוסי עדיפא מדרבותינו דאלו ר' יוסי אפי' בלאחר מיתה אית לי' ורבותינו לית להו היכא דתלי במיתה משום דגלה אדעתי' דלא ניחא לי' דתחול מחיים ולא עביד אלא כי היכי דלא תפול קמי יבם עד דאמר מעכשיו בפי' דהא אם מתי משמע בלאחר מיתה כל אימת דלא אמר לה מעכשיו ואפשר דלא מהני בי' זמנו של שטר אבל היכא דלא תלי במיתה כגון אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש אית להו זמנו של שטר מוכיח עליו עכ"ל וכן כתב שם הרא"ה וכן הרשב"א הסכים לזה התירוץ וקלסי'. עיין בש"מ שהביא דבריהם ז"ל ונראה דגם הר"ן כיוון לדבריהם ז"ל ומ"ש שם וז"ל ותמהני [ונראה דצ"ל ותמוה] הך מתני' יתירתא היא דתרי גווני דידה מאם מתי אינו גט ומעכשיו אם מתי ה"ז גט דתנא לעיל שמעינן להו כו' עכ"ל נ"ל דכוונתו דאף לפי מאי דקיי"ל כרבא דאין אונס בגיטין מ"מ לפי האמת אא"ל דהמתני' דאם לא באתי אתי לאשמעינן כהס"ד דהגמרא דמת הוא דאינו גט הא חלה ה"ז גט כיון דאפשר למידחי דה"ה חלה נמי אינו גט ובמת ה"א כיון דלא ניחא לי' דתפול קמי יבם ה"א דהוה גט וא"כ חלה אין רבותא יותר ממיתה וע"כ צ"ל דאשמעינן לאפוקי מרבותינו דלא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו וע"ז קשה הא מרישא שמעת מינה דאי אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו הא אף במתי נמי הוה גט וע"ז מתרץ הר"ן נ"ל [צ"ל ונראה] דסד"א דנהי דאם מתי כלאחר מיתה משמע [ר"ל ולא אמרינן בזה זמנו של שטר מוכיח עליו ולא הוה כאומר מעכשיו ואם מתי] ה"מ היכא דתלה במיתה דכיון דלא מגרש לה אלא כי היכא דלא תפול קמי יבם אף הוא אינו רוצה שיחול גיטא אלא לאחר מיתה דסבר הוא דיש גט לאחר מיתה אבל הכא דתלה באם לא באתי סד"א דמעכשיו משמע [ר"ל ובזה גם רבנן מודה דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו] קמ"ל כו' פי' דגם בזה פליגי רבנן וכן צריך לפרש התירוץ השני של הר"ן על דרך זה והמעיין שם היטיב בדברי הר"ן מה דכתב ובהכי מיתרצא לי לישנא דנקט אביי בגמ' הכל מודים כל היכא דאמר לכשתצא חמה מנרתקה כו' יראה להדיא דכוונת הר"ן הוא דמאי דהוה ס"ד דמעכשיו קאמר הוא מטעם דהוה אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו ובזה גם רבנן מודים ופירושי בדברי הר"ן הוא פירוש ברור. אמנם בזה נראה דהר"ן סובר דלא כדברי הרמב"ן והרשב"א בכתובות דהם פירשו דלפי האמת לא הורו רבותינו כר' יוסי דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו אלא דוקא גבי תנאי אם לא באתי אבל גבי אם מתי לא ס"ל כר' יוסי:

אבל הר"ן ס"ל כשיטת הרא"ה דפי' דהמתני' אתי לאשמעינן דלא ליתי לחלק בזה אבל לפי האמת אין חילוק:

סימן ב

שאלה אם אחד נתן גט לאשתו ואמר לה ה"ז גיטך אם אבוא לביתי מכאן ועד י"ב חודש ואח"כ נאנס שלא היה יכול לבוא אם הוה גט כיון שלא בא מחמת האונס הוה כאלו נתקיים התנאי או לא. ואם יש חילוק בזה בין אונס דשכיח ולא שכיח ובין דלא שכיח כלל:

תשובה הנה בזה איכא פלוגתא דרבוותא כאשר אבאר בס"ד דהנה הרא"ה ז"ל בחידושיו (הביאו הש"מ ריש כתובות) כתב דאם אמר ה"ז גיטך אם באתי מכאן ועד י"ב חודש ונאנס ולא בא לא הוה גיטא בכל אונס אף לפי מאן דס"ל דיש אונס בגיטין דכיון דמ"מ לא נתקיים התנאי שהתנה בזה קיום הגט והביא ראיה לזה מאיצטלית דפ' מי שאחזו מעשה בצידן באחד שאמר לאשתו ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי איצטלתי ואבדה איצטלתו ואמרו חכמים דאינה נותנת לו את דמיה. דאיצטלית דוקא קאמר ואמאי תיפוק לי' דאנוסה היא ולמ"ד דיש טענת אונס בגיטין הוה לן למימר התם דהרי הוא כאלו נתקיים התנאי וראי' לזה ג"כ מנתינת בע"כ למ"ד לא שמה נתינה ובטלה גיטה דמ"מ הרי לא נתקיים התנאי עכ"ד וכן כתב הריטב"א וז"ל אמר רבא ולענין גיטין אינו כן כלומר שאין הבעל יכול לטעון טענת אונס לבטל את הגט שאם נתן על תנאי ונתקיים התנאי אעפ"י שמחמת אונס נתקיים הרי הוא גט.:

ולאפוקי אם לא נתקיים התנאי כי אעפ"י שמחמת אונס לא נתקיים אין הגט גט דסוף סוף לא נתקיים התנאי וזה ברור עכ"ל וכן כתב המ"ל בה' מכירה פי"א ה"א בשם תשו' מהר"ם אלשקר דהביא כן בשם הריב"ש דבבטול התנאי אף שנתבטל באונס לא שייך לומר דלא יחשב ביטול כיון שהיה באונס דהא כיון שנתבטל אף שהיה באונס אין כאן גט:

אבל ראיתי להגאונים הקדמונים דסברי דגם בביטול התנאי כיון שנתבטל מחמת אונס הוה כאלו נתקיים התנאי רק שיש בזה תקנת צנועות ופרוצות דהנה בעל העיטור באות ק' כתב וז"ל וגברא דקדיש על תנאי אי לא אתינא עד ז"פ ליבטלי קדושין ולא אתי בעו מן קמי' רב שמואל ריש כלה אי יש אונס בקדושין עכ"ל ובש"מ שם מביא זאת ומבואר שם יותר וז"ל מיבעיא ליה לרבה ז"ל [הוא הריש כלה כמבואר בס' העיטור] אם נתן קידושין ואמר לה אם באתי מכאן ועד ל' יום ונאנס ולא בא דאיכא נמי טעמא דצנועות ופרוצות זימנין דלא אנוס ולא נתקיים התנאי ואינה מקודשת וסברה אנוס והרי הוא כאלו בא וקדושיו קדושין ומעגנא ויתבה א"נ זימנין דאניס וקדושיו קדושין ואמרה לא

אנוס ולא נתקיים התנאי ואזלה ומינסבא אי אפקעינהו רבנן לקדושין בכה"ג או דלמא מלתא דלא שכיח הוא בקדושין ולא תקינו עכ"ל. הרי חזינן דעד כאן לא נסתפק הריש כלה אם תקנו חכמים גם גבי קדושין דאין אונס משום תקנת צנועות ופרוצות או לא אבל זה ס"ל ברור דאין חילוק בין בטול התנאי לקיום התנאי דגם בבטול התנאי אמרינן כיון דנתבטל מחמת אונס הוה כאלו נתקיים התנאי רק דגבי גיטין פשיטא לי' להריש כלה דגם בבטול התנאי לא מהני טענת אונס משום תקנות צנועות ופרוצות אבל אי לאו משום תקנה אמרינן דיש טענת אונס והוה כאלו נתקיים התנאי א"כ לפי"ז גם בבטול התנאי יש חילוק בין אונס דשכיח ולא שכיח ובין אונס דלא שכיח כלל ויוצא לנו דאם התנה אם באתי תוך י"ב חודש יהא גט ולא בא מחמת אונס אם הוא אונס דשכיח ולא שכיח איכא תקנת צנועות ופרוצות דפרוצות אמרה דאניס לכך לא בא ואזלא ומינסבא והצנועות אע"ג דאנוס אמרה דלא אניס ומעגנא ויתבה. לכך תקנו דלא להוי טענת אונס גם בזה ולא הוה גט ואף שקידשה אחר לא מהני משום שאפקעינהו רבנן לקדושי' מיני' אבל באונס דלא שכיח כלל הוה גט אע"ג דלא בא והוה כאלו נתקיים התנאי דאמרינן דהתנאי שלו היה רק אם לא יבוא לביתו ברצון עצמו אז יתבטל הגט אבל כיון דהיה אנוס על ביאתו לביתו א"כ לא נתבטל הגט והוה כנתקיים:

ולפע"ד נראה דגם הר"ן עומד בשיטת הגאון הנ"ל דהנה בפ' האומר כתב וז"ל ולענין מקדש על תנאי ונאנס ולא קיים התנאי מצאתי שנחלקו בה בירושלמי בפרקין ר' אבוה בשם ר' יוחנן סבר הסמפון כך הוא אנא פלן בר פלן מקדש לך אנת פלונית ברת פלן ע"מ ליתן לך מקמת פלן כלומר ממון פלוני שנקרא יקום לפי שמעמיד אדם על רגליו ואכנסיך ליום פלן דאי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום אירע לו אונס ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד רשב"ל אמר אונסא כמאן דעבד כו' ומשמע לי דבהא פליגי רשב"ל מדמה לה למגרש ומתנה אם לא באתי דכי פסקי' מברא שמי' מתיא אי לאו משום תקנתי' שהתקינו שלא יהא אונס בגיטין כדאיתא בריש כתובות וה"נ אונסא כמאן דעבד ור' יוחנן סבר דלא דמי דהתם שאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקדושיו אא"כ יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אעפ"י שנאנס אינה מתרצה בקדושיו כו' עכ"ל והמעיין בדברי הר"ן יראה להדיא דהר"ן פליג על שיטת הרא"ה מה שמחלק בין נאנס וקיים התנאי ובין נאנס וביטל התנאי דלדברי הרא"ה א"צ לחלק כלל מה שמחלק הר"ן בין גירושין לקדושין אלא דברי הירושלמי אפי שפיר בפשיטות דבזה הסברא גופא אם נאנס וביטל התנאי אי הוה כמו שנתקיים התנאי או לא פליגי ר"ל ור"י

דר"ל ס"ל דגם בבטול התנאי כיון שלא קיים התנאי מחמת האונס הוה כמאן דעבד והוה כמו שקיים התנאי ור"י ס"ל שאף אם מחמת אונס לא קיים התנאי מ"מ הוה כמאן דלא עבד ולא קיים התנאי והלכה כר"י. ומדהוצרך הר"ן לחלק בין גירושין לקידושין משום דבקדושין בעינן גם דעתה לכך לא מהני טענת אונס דאונס מחייבא לא אמרינן אע"כ דס"ל כשיטת הגאון הנ"ל דגם בבטול התנאי אמרינן כיון שמחמת אונס נתבטל הוה כמו שנתקיים אי אמרינן יש אונם בגיטין כן נ"ל ברור דלא כהגאון בעל אבני מלואים בסי' ל"ח דכתב דהר"ן סובר כהרא"ה ז"ל:

ועוד נ"ל לבאר בזה דלכך דחה הר"ן ראיית הרא"ה מהא דאיצטלית ומנתינה בע"כ משום דס"ל להר"ן דע"כ לא אמרינן דטענת אונס מהני דאף בבטול התנאי הוה כמו שנתקיים התנאי דוקא אם התנה המגרש תנאי שזה אינו טובתו כלל כגון ה"ז גיטך אם אבוא עד ז"פ אבל כשהתנה תנאי שהוא לטובתו בזה בודאי גם הר"ן מודה דלא מהני טענת אונס דבטול התנאי יהיה כמו קיום התנאי לדעת ר"י וכמו דגבי קדושין אמרינן לר"י כיון שהדבר תלוי בדעתה ע"כ אינה רוצה להתקדש לו אף שאירע לו אונס ולא אמרינן אונסא כמאן דעבד ה"ה גבי גט כיון שהוא התנה תנאי שהוא לטובתו ע"כ אמרינן דבדוקא התנה ולא איכפת לו כלל מה שאירע לה אונס ולא מהני טענת אונס דידה לבטל התנאי ובזה יתיישב מה שהקשה הגאון מהר"ם אלשקר בסי' ל"ב על הר"ן מדברי הירושלמי דפ' מי שאחזו דאמרינן התם להדיא דפלוגתא דר"י ור"ל גבי קדושין תלוי בפלוגתא דרבנן ורשב"ג בגיטין דרשב"ג ס"ל כל עכבה שאינה ממנה ה"ז גט ורבנן ס"ל דלא הוה נט אלמא דאין חילוק בין גיטין לקדושין וכתב הגאון הנ"ל וז"ל ואיכא למימר דהתם לאו דוכתה וכיון דהכא בקדושין דדוכתה לא קא מייתי הך עובדא דרב נחמן בר יצחק ולא כולה מילתא דרבנן ורשב"נ ש"מ דליתא להך מילתא ולא סמכינן אהך עובדא דרב נחמן לגבי קדושין כלל כו' עכ"ל וכן הגאון מהר"ש הלוי שהובא בתשו' ב"י על אה"ע שאלה ג' האריך לחלוק על דברי הר"ן דקדושין דהא הירושלמי מדמה להדיא גירושין לקדושין. וע"כ פי' דברי הירושלמי ע"ד שפירשתי לדברי הרא"ה דפליגי ר"י ור"ל בבטול התנאי מחמת אונס אי הוה כקיום התנאי או לא יעו"ש מה שהאריך הרבה בדברי הירושלמי הנ"ל. אבל, לפי מה שבארתי דהר"ן כיון דסובר דבטול התנאי מחמת אונם הוה כקיום התנאי ע"כ צריך ליישב קושית הרא"ה מהא דאיצטלית דיש חילוק בין תנאי שהוא לטובתו או לא א"כ אין כאן השנה על הר"ן כלל וא"ש דברי הירושלמי מה דתלה פלוגתא דרבנן ורשב"ג גבי גיטין בפלוגתא דר"י ור"ל גבי קדושין. וה"פ דכמו דגבי קדושין לא מהני טענת אונס דידי' לר"י כיון שהתנאי הוא לטובתה והא גבי קדושין בעינן גם דעתה

אמרינן דלא איכפית לה באונס דידי' כמו כן גבי גירושין לא מהני טענת אונס שלה בתנאי שהתנה לטובתו. ולר"ל כמו דמהני הכא טענת אונס אע"ג דהתנאי שהתנה הוא לטובתה ובעינן גם דעתה מ"מ אמרינן דעל אופן שאירע לו אונס בודאי לא התנו מתחילה ולא הקפידו ע"ז לכך גבי גיטין נמי אמרינן לרשב"ג דהיכא דהעכבה אינה ממנה כגון מת האב או הבן ואפילו נחתכו דדיה כמו שהביא שם בירושלמי כיון דהיא אנוסה על קיום התנאי הוה גט דאמרינן דעל אופן כזה ודאי מתחילה לא הקפיד:

ובזה נתיישב ג"כ מה שהקשו על דברי הר"ן שסותר דברי עצמו דבסוף פ' כל הגט הביא דבעל העיטור נסתפק אם יש אונס בקדושין או לא. ובקדושין הביא דברי הירושלמי דר"י ס"ל דאונסא כמאן דלא עביד ולא הוה קדושין כלל. ועיין בב"ש סי' ל"ח סק"א. אבל לפי מש"ב ניחא דהא דנסתפק הבעל העיטור אם יש אונס בקדושין או לא היינו דוקא בתנאי שזה לא לטובתה דהא הוא נסתפק באם נתן לה קדושין דאם לא באתי תוך ל' יום יהא בטלין הקדושין אבל לא לכונסה אז א"כ אין נ"מ לה כלל מביאתו ולא התנה עמה תנאי שזהו לטובתה לכך אמרינן כיון דמחמת אונס לא בא הוה כאלו נתקיים התנאי כמש"ב דס"ל דבטול התנאי מחמת אונס הוה כמו שנתקיים אבל נסתפק דאולי לא, מהני טענת אונס ולא הוה קדושין משום תקנת צנועות ופרוצות. אבל בקדושין מיירי הר"ן שהתנה תנאי שזה לטובתה שיבוא ויכנסה לז"פ לכך אם אירע לו אונס שלא יכול לקיים התנאי ואף באונס דלא שכיח כלל דאין בזה תקנת צנועות ופרוצות ס"ל לר"י דלא הוה קדושין. ודלא כדברי הגאון בעל אבני מלואים שכתב לישב דברי הר"ן דבגיטין מיירי שהתנה בשעת קדושין אם לא אבוא עד י"ב חודש יהא קדושין ואח"כ נתקיים התנאי ע"י אונס בזה שייך תקנת צנועות ופרוצות ובקדושין מיירי שהתנה תנאי אם אבוא תוך י"ב חודש ולא נתקיים התנאי מחמת אונס לכך פשיטא לי' דלא הוה קדושין אבל לפע"ד דבריו תמוהים מאד דמלבד מה שהוכחתי למעלה דהר"ן אין סובר כלל החלוק של הרא"ה בין קיום התנאי לבטול התנאי א"א לומר כלל לישב דברי הר"ן דהר"ן בגיטין מיירי שהתנה בשעת קדושין אם לא אבוא הא הר"ן הביא זאת בשם בעל העיטור ולשון הבעל העיטור הביא שם הבעל אבני מלואים בעצמו וגברא דקדיש על תנאי אי לא אתינא עד ז"פ ליבטלי קדושין ולא אתי א"כ מיירי להדיא בבטול התנאי ע"י אונס ע"כ נ"ל ברור לישב דברי הר"ן כמש"ב:

וכן נ"ל לפרש דברי בעל העיטור באות ש' שהביא מעיקרא דברי הגאון שנסתפק אם יש אונס בקדושין. ואח"כ הביא דברי הירושלמי דפליג ר"י ור"ל דר"י ס"ל דלא הוה קדושין ור"ל ס"ל דהוה קדושין דמעיקרא הביא דברי הגאון שנסתפק היינו בתנאי שזהו שלא

לטובתה. ואח"כ הביא דברי הירושלמי דפליגי ר"י ור"ל בתנאי שהוא לטובתה. אך זה קשה כיון דלא איפשטא הך ספיקא דריש כלה אם יש אונס בקדושין אמאי כתב הבעל העיטור באות ת' בדיני תנאים בדין ארבעה עשר וז"ל שלא יהא בו אונם שכל תנאי שאירע בו אונס התנאי בעל לבד מגיטין וקדושין עכ"ל. משם נראה לכאורה דס"ל לבעל העיטור דאיפשטא הך ספיקא דאין טענת אונס בקדושין כמו בגיטין משום תקנת צנועות ופרוצות וכן כתב הגאון מהר"ם אלשקר שם על דברי בעל העיטור דאע"ג דהכא לא איפשטא מ"מ איפשטא מהך דהירושלמי דאמר ר"י דאונסא כמאן דלא עביד אלמא דאין אונס בקידושין. אבל לפע"ד דבריו תמוהים מאד דאיך אפשר דאיפשטא מהך דירושלמי הא מבואר בירושלמי בגיטין דגם גבי ממון נמי ס"ל לר"י אונסא כמאן דלא עביד דהביא שם עובדא בחד בר נש דאקדים פריטין לאילפא כו' יעו"ש. ותלה דין זה בפלוגתא דר"י ור"ל אלמא דגם גבי ממון נמי ס"ל לר"י דאונסא כמאן דלא עביד. והא כל ספיקא דריש כלה הוא אם יש בקדושין תקנת צו"פ או דקדושין דמי לממון ויש בזה טענת אונס א"כ איך אפשר דאיפשטא מהך דירושלמי דאמר ר"י אונסא כמאן דלא עביד כיון דהתם אף גבי ממון נמי הוה אונסא כמאן דלא עביד. ע"כ נ"ל יותר לדחוק בדברי בעל העיטור בהא דכתב לבד מגיטין וקדושין כוונתו הוא דבגיטין ודאי אין טענת אונס ובקדושין הוה ספיקא וסמך על מה שביאר מקודם באות ש' ואח"כ באות ק' ששם מביא ג"כ הך ספיקא דריש כלה. וכן מבואר בדברי הר"ן בגיטין דלא איפשטא לבעל העיטור הך ספיקא. וכן גם הה"מ בה"ג פ"ט ה"ז הביא בסתמא דברי הבעל העיטור בשם הריש כלה דנסתפק לי' אם יש אונס בקדושין או לא ולא איפשט אלמא דפי' בדברי הבעל העיטור כמש"כ. וגם מדברי הה"מ מוכח דסובר דלא כשיטת הרא"ה הנ"ל. אלא כשיטת הגאון הנ"ל והר"ן דאף אם נתבטל התנאי מחמת אונס נמי חשיב כנתקיים אם לא בתנאי שהתנה לטובתה וכמש"כ וכן נראה מדברי התשב"ץ ח"ר סי' צ"ה דאין חילוק גבי גיטין בין קיום התנאי לבטול התנאי ע"י אונס יעו"ש:

היוצא לנו לדינא דבנ"ד שנתבטל התנאי מחמת אונס באונס דשכיח ולא שכיח לכו"ע לא הוה גט לשיטת הרא"ה והריטב"א והריב"ש מטעם כיון שנתבטל התנאי אף מחמת אונס לא חשיב כקיום התנאי. ולשיטת שארי הראשונים מטעם תקנת צו"פ. אבל באונס דלא שכיח כלל הוה ספיקא דדינא ואם קדשה אחר צריכה גט גם מהשני אמנם בקדושין נראה דאם קדשה על תנאי אם אתינא עד ז"פ [וזהו שלא לטובתה] ואח"כ לא בא מחמת אונס לפי מש"ב הוה ספק ספיקא דהא זה נסתפק להגאון אם יש בזה תקנת צו"פ או לא ולא איפשטא כמש"ב. וא"כ אי אמרינן דקדושין דמי לגיטין א"כ אין בזה טענת אונס.

ואפי' אי אמרינן דקדושין לא דמי לגיטין ואין בזה תקנת צו"פ מ"מ דלמא קיי"ל כהרא"ה ודעמו דס"ל דבטול התנאי מחמת אונס לא הוה כקיום התנאי א"כ הוה ס"ס לקולא דלא הוה קדושין כלל ולפי דעת כמה האחרונים ס"ס דפלוגתא דרבוותא הוה ס"ס. ובפרט גבי קדושין דיש לה חזקת פנויה עיין בר"ן בריש קדושין דנסתפק בכל ספק קדושין אם צריכה גט מה"ת או לא יעו"ש:

סימן ג

הנה כתב הסמ"ג בה' סנהדרין וז"ל מי שקנו מידו שאם לא יבא ביום פ' וישבע שיהא חבירו נאמן בטענותיו ויטול כל מה שטען כו' ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום ה"ז פטור מקנין זה כו' וכן ראיתי בירושלמי דקדושין בענין המתנה אם לא אעשה לך כך וכך ביום פ' יהא כך אירע לו אונס ר"י אמר אונסא כמאן דלא עביד ור"ל אמר אונסא כמאן דעביד והלכה כר"י לגבי ר"ל עכ"ל. ודין זה הובא ברמב"ם סוף פ"ז מה' סנהדרין ובשו"ע חו"מ סי' כ"א. והנה כל האחרונים תמהו על הסמ"ג דהאיך מביא ראי' לדין זה מהירושלמי הא מדברי הירושלמי מוכח לכאורה להיפך כיון דר"י ס"ל דאונסא כמאן דלא עביד והוה כמו שעבר על התנאי ברצון א"כ איפכא שמעינן מהתם. והש"ך האריך ליישב שלא תקשה מדברי הירושלמי לדברי הסמ"ג יעו"ש. מ"מ עדיין לא נתיישב דברי הסמ"ג דהביא ראי' לדינא מהירושלמי הנ"ל. והם כתבו דיצא להרמב"ם דין זה מגמרא דנדרים (כ"ז:). אבל על הסמ"ג לא מצאו תשובה נכונה ליישב דבריו על נכון ולפעד"נ דהסמ"ג (ואולי גם הרמב"ם) מפרש דברי הירושלמי דאי אתא יומא פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עליך כלום. היינו לא שיתבטל רק הקדושין אם לא יקיים התנאי ויכנסנה לז"פ ויהי' המעות קדושין חוזרין לו אלא שאם לא יכנסנה לז"פ גם המעות קדושין יהי' לה במתנה וזה פירושא לא יהוי לי עליך כלים היינו גם המעות קדושין. וכן נראה מדברי הרמב"ן בחידושיו לקדושין דפי' כן יעו"ש. וע"ז קאמר הירושלמי אירע לו אונס האיך הדין ר"י סובר דאונס כמאן דלא עביד ר"ל כמאן דלא עביד כלל ולא הקדושין ולא המתנה קיימין דהקדושין אין יכולין להתקיים כיון דלא קיים התנאי אע"ג דלא קיים מחמת אונס מ"מ לא מהני (וכמש"ל סי' ב' הטעם לכל השיטות) וגם המתנה בטלה כיון שלא עבר על התנאי ברצון. ור"ל סבר אונס כמאן דעביד והוה כמו שקיים התנאי ולכך נתקיימו הקדושין והלכה כר"י לגבי ר"ל. א"כ דינא של הסמ"ג מבואר להדיא בהירושלמי מדברי ר"י מהא דגם המתנה בטלה ונראה הא דמשמע להסמ"ג דר"י ס"ל דגם המתנה בטלה וצריכה להחזיר כסף קדושין. וליכא לפרש דהא דקאמר ר"י דאונסא כמאן דלא עביד הוא כמאן דלא עביד ועבר על התנאי ברצון והכסף קדושין אינם חוזרין משום דלפי"ז

היה צריך ר"י למימר אונסא כמאן דעבר ור"ל אומר אונסא כמאן דלא עבר והי' פי' כמאן דלא עבר על התנאי או עבר על תנאי. ומדקאמר כמאן דלא עביד. היינו כמו דלא עביד כלל והקדושין והמתנה בטילין:

ועוד נ"ל לבאר בזה דהא דהוצרך הסמ"ג להביא ראי' לדין זה דאם לא יקיים התנאי מחמת אונס דנתבטל המתנה מדברי הירושלמי ולא הביא הגמרא המפורשת שהביא הש"ך שם גבי ההוא דאתפיס זכותו בב"ד דמסיק שם הגמרא והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אנוס כו' ויותר יש לדקדק על הסמ"ג למה תלה דין זה בהוראת הגאונים והרמב"ם. ונ"ל לישב בדרך זה דהנה הב"ח והט"ז כתבו שם דהדין של הרמב"ם והסמ"ג המבואר שם בשו"ע אין צריך קנין בב"ד חשוב משום דדוקא במי שמחייב עצמו בממון אם לא יעשה כך וכך ממון שאינו חייב לו כלל בודאי הוה אסמכתא אבל הכא אין הדבר ידוע שאינו חייב לו כיון שצריך לשבע תחילה. וכן נשבע ונוטל אין הדבר ידוע שיש לו זכות באותו ממון כיון שעדיין צריך לשבע. אבל במתפיס זכותו דנדרים מיירי שאח"כ בירר עפ"י עדים שיש לו זכות בהממון רק שבעל דינו רצה לזכות עפ"י קנין שנתן שאם לא יבא ליום פ' יאבד זכותו לכך הוה אסמכתא ובעי קנין בב"ד חשוב. ונראה להביא ראי' לדבריהם מדברי התוספתא שהובא ברמב"ן על ה' נדרים דאיתא שם משכן לו בית משכן לו שדה וא"ל אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פ' אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא נתן יתקיים התנאי ד"ר יוסי א"ר יהודא האיך זכה בה בדבר שאינו שלו אלא ינתחנו מודה ר' יהודא בשנים שהיו עוררין על הבית ועל השדה ואמר אחד מהם אם לא באתי מכאן ועד יום פ' אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא בא באמת שאיבד את זכותו ע"כ. אלמא להדיא דגם ר' יהודא מודה דכה"ג אם קנו מידו לא הוה אסמכתא כיון שאינו ידוע לו מי יזכה בהם לכך אם התנה אם לא יבא עד יום פ' איבד זכותו גמר ומקנה. וא"ל דהכא ידוע לו הדין שיכול לשבע ולפטור או לשבע וליטול. אבל בתוספתא מיירי שם שעוררין ואינו ידוע כלל מי יזכה דכל אחד טוען דשלי הוא או של אבותי ואח"כ ג"כ לא הביא כל אחד זכותו שהבית והשדה שלו ומה שאיבד זכותו במה שהתנה שאם לא יבא ליום פ' היינו שאינו יכול אח"כ לטעון שיהי' כל דאלים גבר לכך אין בזה אסמכתא ואמרינן דגמר ומקנה אף לר' יהודא. אבל באמת נראה דגם הכא כיון שעדיין צריך לשבע ולפטור או לשבע וליטול לא מיקרי זה ממון ברור דאמרינן מי יימר דמשתבע. וכה"ג אמרינן בשבועות (לב:) הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה. ופריך שם דחשוד מאן אילימא דחשוד לוה דאמר לי' מלוה אי אתית אסהדת לי הוה משתבענא ושקילנא נימא לי' מי יימר דמשתבעת כו'. א"כ גם הכא אמרינן דגמר ומקנה ואין בזה משום אסמכתא. ואין לדחות דשאני ממון

שעדיין צריך לשבע ע"ז דחשיב לענין דינא דגרמי ממון גמור וחייב ע"ז. וכמו שהאריך בזה הגאון בעל שער המשפט סי' ר"צ דהשורף שטרותיו של חבירו חייב אף במקום שצריך לשבע על השטרות. דז"א דהא גם ממון שעדיין צריך לזכות ע"י כל דאלים גבר מיקרי נמי ממון לענין דינא דגרמי. והראי' דהא אמרינן בסוך ב"ק בעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על הקרקע או על מטלטלין זה אומר שלי וזה אומר שלי עמד אחד מהם ומסרה ביד אנס מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסלק יד אנס מביניהם ויעשו דין ביניהם ע"כ. מ"מ לענין אסמכתא אמרינן דגמר ומקנה משום דאינו רוצה לזכות ע"י אלים גבר לכך אינו חושש לממון זה ומקנה ממש ולא באסמכתא בעלמא. א"כ ה"נ אמרינן משום דאינו רוצה לשבע בין לפטור ובין ליטול לכך גמר ומקנה ממש ממון זה ולא באסמכתא בעלמא. וכן משמע מפשטות דברי הרמב"ם והסמ"ג והטור שלא הזכירו בזה דבעי שיקנה באופן שלא יהא בזה דין אסמכתא. אלמא דסתם קנין נמי מהני בזה כדברי הב"ח והט"ז:

ולפי"ז יתבאר שפיר דברי הסמ"ג מה שלא הביא ראי' לדינו מנדרים משום דאיכא למדחי דהתם כיון דבעי קנין ב"ד חשוב אבל בלא"ה לא מהני כיון דהוה אסמכתא ולא אלים מילתא רק בב"ד חשוב לכך מהני בזה טענת אונס לבטלו דבזה מבטלינן הקנין בטענה כל דהו משום דאמרינן דבודאי גם דעת ב"ד חשוב דאלימא לאפוקי ממונא לא היה רק באופן אם לא יקיים התנאי שלו ברצון אבל לא מחמת אונס. אבל היכא דלא בעי ב"ד חשוב רק קנין בעלמא עפ"י תנאי א"א להביא ראי' משם משום דאיכא למימר דבזה לא מהני טענת אונס כיון שהתנה בסתמא שאם לא יבוא לז"פ יהא כך וכך ולא התנה בפירוש שאם יארע לו אונס יתבטל התנאי שלו איכא למימר דבכל אופן התנה וגמר והקנה. לכך הביא הסמ"ג דהגאונים פסקו דאפי' בכה"ג דלא הוה אסמכתא ולא בעי קנין בב"ד חשוב נמי מהני טענת אונס לבטל המתנה שלו אע"ג שלא התנה בהדיא. וע"ז הביא ראי' מהירושלמי וכפי מש"ב שהתנה שאם לא יבוא לז"פ ויכניסנה יתבטל הקדושין והמעות יהא בידה מתנה ולא תחזיר לו ושם לא הוה אסמכתא כלל משום דהמתנה שנותן לה זה הוא בעד מה שהיא ממתנת עליו ובידו להכניסה וע"כ לא הוה גזים כלל ולא הוה מילתא יתירא. (ועיין בריב"ש סי' שמ"ה בלשון השואל בשם הר"י בן יחיא בשם הג' וסי' שפ"ז. ועיין בריטב"א על הרי"ף של נדרים בפ"ז בשם הרמב"ן) ולא גרע זה מקנס שעושין בשידוכים לקנוס החוזר בו דכתבו הפוסקים דלית כאן מילתא יתירא וכדי הוא שיתחייב החוזר בו והוה כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. ועוד נראה ליתן טעם אחר הא דלא הוה אסמכתא מה שהתנה עמה שאם לא יקיים

התנאי ולא יכניסנה לז"פ אז יהי' הקדושין שלה מטעם דהא כתב הרשב"א בח"ג סי' ס"ג (הובא בב"י סי' ר"ז) וז"ל ועוד דכיון שנתן משכון ביד האומנין והתנה שאם יעבור יפרע הקנס בין בנין העיר ובין חברו ויודע באמת שיפרע חלק בנין העיר ולא יתנצל מצד אסמכתא א"כ בדוקא התנה ואין לומר שבמחצית התנה בדוקא ובמחצית באסמכתא שבדיבור אחד אמרו ואין דבור אחד מתחלק לשנים עכ"ל. א"כ ה"נ כיון שבדבור אחד אמר שאם לא יכניסנה לז"פ אז לא יהוי לי עליך כלום. וכוונתו לענין שיתבטלו הקדושין וגם שלא יוכל לגבות ממנה המעות קדושין בחזרה. וא"כ כמו דלענין הקדושין ודאי בדוקא התנה כמו כן לענין המעות קדושין נמי בדוקא התנה משום שא"א לחלק דבור אחד לשנים. וכיון דלא הוה אסמכתא א"כ לא בעי קנין ב"ד חשוב ואפי"ה מהני טענת אונס לבטל המתנה כנ"ל ליישב כוונת הסמ"ג. ובזה שבארנו יתיישב שפיר ג"כ מה שעמד האו"ת על הרמב"ם דלמה כפל הדברים. דהך דינא דהוזכר בנדרים הובא ברמב"ם בפי"א מה' מכירה. ודין זה של הסמ"ג שהביא בשם הגאונים הובא ברמב"ם פ"ז מה' סנהדרין. וכתב דהלא דבר הוא. אבל לפי מה שבארנו א"ש. דהך דהביא בה"מ מיירי באסמכתא גמורה. וזה דין המפורש בגמרא ובה"ס הביא הנלמד מדברי הירושלמי או מגמ' דגיטין וגם יתיישב בזה דברי תלמידי רבינו יונה דכתבו וז"ל ודוקא בגיטין דאיתי' להאי טעמא אמרינן דאין אונס והגט קיים אבל במתנה או במו"מ דלא שייך האי טעמא לא הילכך האומר לחבירו אם לא באתי מכאן ועד יום פ' יהא זה שלך ונאנס ולא בא המתנה בטלה וכן דעת הרמ"ה ז"ל ודייק נמי מדקאמר ולענין גיטין דמשמע דלא אמרינן אין אונס אלא בגיטין אבל לא בדבר ממון עכ"ל. וגם עליהם יש לתמוה מה השמיענו תלמידי הר"י דכן דעת הרמ"ה ודייק זאת מגיטין הלא זה גמרא מפורשת בנדרים דאונס מבטל מה שהתנה. אבל לפי מש"ב א"ש. ובאמת גם הסמ"ג היה יכול לדייק זאת מגיטין אלא משום דמצא ירושלמי מפורש לכך הביא זאת מהירושלמי וזה ברור בס"ד:

סימן ד

שאלה אם התנה האשה עם המקדש שאם לא יכניסנה לז"פ לא יהא לו עליה כלום. היינו שתהא הקדושין בטלין. וגם המעות יהא אצלה במתנה ולא תחזירן. ואח"כ אירע אונס שלא יכול לכונסה וא"כ הקדושין ודאי בטלין אך אם צריכה להחזיר לו המעות קדושין או לא. משום דיש להסתפק דדוקא היכא שהאיש התנה על עצמו באם שלא יכניסנה ליום פ' לא יהא לו עליה כלום אז אמרינן דאונסא כמאן דלא עביד כלל היינו שאין הקדושין קיימין וגם המעות חוזרין כמשב"ל. אבל היכא שהאשה התנה עמו שבאם שלא יכניסנה ליום פלוני לא יהא לו עליה כלום אז איכא למימר דהיא בכל אופן התנה

משום דהיא לא איכפת לה באונס שלו והוא הא סבר וקבל על אופן שהתנה היא ע"כ אף שאירע לו אונס המעות קדושין אינן חוזרין:

תשובה הנה הב"י בחו"מ סי' ר"ז מר' י"ז כתב וז"ל כתב הריטב"א בתשו' בשם הרמ"ה גבי הא דאמרינן לי ולא ליורשי ש"מ דהא דתנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא לי מכאן עד ג' שנים הרי היא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקאמר אתה ולי דלי ולא ליורשי משמע ואתה ולא יורשיך עכ"ל. והריטב"א השיג ע"ז והביאו הב"י במ' ל"ה בבה"ב וז"ל כתב הריטב"א ז"ל כו' ואין זה נכון חדא שלא נאמרו דברים הללו אלא בנותן גט או נותן מתנה דמדעתיה יהיב ומגרש דלמא קפיד בלשון תנאי שאינו רוצה לגרש ולא לתת מתנה אלא באותו לשון אבל בכאן שהוא דרך מכר וכמו שקונס עצמו אנן סהדי דליכא קנסא אלא בשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורשיו זכה ולא עוד אלא דהא קיי"ל דיש טענת אונס בממון והתם מוכח דמיתה אונסא הלכך כשמת אחד מהם ואינו יכול לקיים תנאו אונס הוא ופטור וכן דעת רבותי עכ"ל. והנה צריך לבאר מה הוא סברת הרמ"ה בזה דס"ל דאם מת אחד מהם זכה המלוה בקרקע אף שהשגה הראשונה שהשיג עליו הריטב"א אינה מוכרחת כ"כ סברת הרמ"ה הוא שאין לחלק בין נותן גט או מתנה לדרך מכר כה"ג. אמנם השגה השניה לכאורה היא השגה גדולה על הרמ"ה דהא הוא בעצמו הוכיח מריש כתובות דיש טענת אונס בממון כמש"כ תלמידי הר"י משמו. ע"כ עלה בדעתי לומר דהרמ"ה מחלק בין שהתנה המלוה ובין שהתנה הלוה. דאם התנה הלוה שאם לא אחזיר לך המעות עד ג' שנים הרי השדה שלך מעכשיו ואח"כ מת אחד מהם אע"ג דלך ולא ליורשיך משמע וכן שאם לא אחזיר ולא יורשי משמע מ"מ בטלה המכירה אף לדעת הרמ"ה מטעם טענת אונס כמש"כ הריטב"א. אך הא הרמ"ה מיירי שהתנה המלוה שאם אתה לא תחזיר לי המעות מכאן ועד ג' שנים יהא השדה שלי מעכשיו בזה ס"ל להרמ"ה דאם מת לא נתבטלה המכירה משום דדעת המלוה שהתנה הוא בכל אופן אף שיארע לו אונס להלוה אם לא יחזיר לו המעות לז"פ יהא השדה שלו דמלוה לא איכפת לו כלל בטענת אונס של הלוה. והלוה הא סבר וקבל כמו שהתנה המלוה:

והמג"א (בסי' ק"ח ס"ק י"א) כתב וז"ל וראיית האגודה הביאו הרב"י בח"מ (סי' ר"ז) נ"ל דאינה ראי' דהתם לא מהני אונס מידי דהוה אהלוהו על שדהו והתנה לפדותו תוך ג' שנים ואירעו אונס ולא פדאו שהוא חלוט לו כמ"ש הב"י בח"מ ס"י עכ"ל. והגאון רעק"א בהגהותיו כתב ע"ז וז"ל בעניותי לא מצאתי שם כן בח"מ והדבר פשוט דבאמת אינו חלוט לו דהוה אונס וכן מבואר להדיא בהר"ן פ"ג דשבועות ד' רצ"ו כו' עכ"ל. ולפע"ד

כיון המג"א לדברי הרמ"ה הנ"ל שאם המלוה התנה שאם יחזיר לו המעות יחזיר לו השדה ואם לא תחזיר לי המעות יהא השדה שלי מעכשיו בכל אופן התנה אף שאינו יכול הלוה לקיים התנאי מחמת אונס מ"מ המכירה קיימת. וה"נ גבי בתי ערי חומה הוה נמי כמו הלוהו על שדהו והתנה המלוה דאינו יכול הלוה לטעון טענת אונס. ומה שכתב הגאון הנ"ל וכן מבואר להדיא בר"ן בפ"ג דשבועות וכיון להר"ן דכתב שם וז"ל וכן אתה אומר בדיני ממונות שדי נתונה לך אם איני נותן לך מאם מנה מכאן ועד יום פ' ורצה ליתן והלה לא רצה לקבל לא קנה השדה שלא נתכוין אלא במה שהיה בידו לעשות כו' יעו"ש. ולפי מש"ב אין מזה ראי' כלל לסתור דברי המג"א דהא הר"ן מיירי היכא שהנותן התנה על עצמו באם שלא אתן לך לז"פ יהא השדה שלך ובזה ודאי כו"ע מודים דיש טענת אונס. אבל המג"א מיירי שהמלוה התנה על הלוה א"כ איכא למימר שהמלוה בכל אופן התנה ואינו מועיל טענת אונס של הלוה כמש"ב דזהו סברת הרמ"ה. (אך זה איכא למידק על דברי המג"א דנראה לומר דהא דסובר הרמ"ה שאינו מועיל טענת אונס של הלוה היכא דהמלוה התנה על הלוה היינו דוקא באונס דאתא מעלמא כמו שמיירי הרמ"ה כגון שמת אחד מהם. אבל באונס דאתא מחמת המלוה גופא כמו גבי בתי ע"ח שמטמין המלוה את עצמו ואינו רוצה לקבל. בזה הדעת נוטה דגם הרמ"ה מודה דמהני טענת אונס של הלוה משום דבכה"ג ודאי לא סבר וקבל הלוה ולא הקנה לו השדה אף באונס דאתא מחמת המלוה גופא) ויוצא לנו מזה לנ"ד כיון שהאשה התנה לדברי הרמ"ה אמרינן דבודאי האשה בכל אופן התנה אף שיארע לו אונס משום דהיא לא איכפת לה בטענת אונם שלו וגם הוא סבר וקבל ע"ז ע"כ המעות קדושין אינן חוזרין: **ועלה** בדעתי להביא ראי' לסברא זו מדברי הירושלמי הנ"ל דקאמר שם טל דעתי' דר"ל איך הוה צריך למיעבד ואי אתא יום פ' ולא כנסתה לי לא יהוי לך עלי כלום. (כן נמצא הגירסא בס' העיטור) ופירושו דאף ר"ל מודה דהיכא שהתנה האשה לא מהני טענת אונס של המקדש משום דהי בודאי בכל אופן התנה אף שיארע לו אונס מ"מ אם לא יכניסנה לז"פ יתבטלו הקדושין. וכבר פירשנו למעלה בשם הרמב"ן דהלשון לא יהוי לי עליך כלום משמע שבלבד שהקדושין בטלין אם לא יכניסנה לז"פ יהא גם המעות קדושין אינם חוזרין. א"כ גם הכא פירושו שלא יהוי לך עלי כלום היינו שהמעות קדושין לא תחזיר לו. ומשמע מהירושלמי דהכא תנאה קיים ולא מהני טענת אונס של המקדש גם לענין מעות הקדושין שאינן חוזרין. וזהו כסברת הרמ"ה הנ"ל אך זה אינו מוכרח כ"כ דאפשר לפרש דלא מהני טענת אונס רק לענין הקדושין בלבד. ועוד נראה לפע"ד דגירסא זו א"א לקיים כלל בירושלמי דא"כ האיך אמרינן שם דר"י ור"ל פליגי בפלוגתא

דרבנן ורשב"ג גבי גיטין הא שם גבי גיטין הבעל מתנה על האשה א"כ בזה הא גם ר"ל מודה דלא מהני טענת אונס של האשה משום דהבעל ודאי בכל אופן התנה אף שיארע לה אונס כמו גבי קדושין היכא שהאשה התנה. וכן הקשה הגאון בעל אבני מלואים והניח בצ"ע. ע"כ נראה דעיקר הגירסא בירושלמי כמו שהוא לפנינו ואי אתא יום פ' ולא כנסתם לי לא יהוי לי עליך כלום ופי' האו"ת בסי' כ"א דלשון לא כנסתה לי משמע בכל אופן שיעבור אותו היום ולא תהא כנוסה לי אז יתבטלו הקדושין אף ע"י אונס יעו"ש. אבל אין חילוק לר"ל בין שהתנה האיש ובין שהתנה האשה ואף שהתנה האשה נמי אם אירע לו אונס הוה כמאן דעביד והיא מקודשת דס"ל לר"ל אם אחד הקנה חפץ לחבירו ע"מ שיעשה לו דבר פ' ואח"כ נאנס ולא עשה מ"מ קנה את החפץ ואף שלא קיים התנאי מ"מ לא נתבטל הקניה בזה. ואפשר לתת תבלין לזה עפ"י מה שכתבו התוס' כתובות (נו.) ד"ה הרי דהא דתנאי מבטל המעשה הוא לא מהסברא דמהסברא ה"א דאין שום תנאי מבטל מעשה ואפי' לא נתקיים בסוף התנאי מ"מ המעשה קיים אלא דילפינן זאת מתנאי ב"ג וב"ר. לכך סובר ר"ל כיון דילפינן זאת רק מתנאי ב"ג וב"ר ע"כ לא מצינו למילף משם אלא היכא דבטל התנאי ברצון. אבל היכא דנתבטל התנאי באונס לא מצינו למילף משם. וא"כ ממילא אוקמא אדינא ואין תנאי מבטל המעשה. ולפ"ז א"ש מה דתלה פלוגתא דר"י ור"ל בפלוגתא דרבנן ורשב"ג גבי גיטין. דס"ל להירושלמי דפי' בדברי רשב"ג כל העכבה שאינה ממנה ה"ז גט היינו אפי' נחתכו דדיה כמו שהובא שם בירושלמי, וא"כ הוא צריך עדיין להנקתה מ"מ ה"ז גט כיון שהיא אנוסה במה שאינה יכולה לקיים התנאי. א"כ מוכח מדברי רשב"ג דס"ל כסברת ר"ל דבטול התנאי מחמת אונס אינו יכול לבטל המעשה. וכן צריך לפרש מה שהובא שם בירושלמי בחד בר נש אקדים פריטין לאילפא ונגב נהרא אתא עובדא קומי רב נחמן ב"י אמר הא אילפא אייתי נהרא כו'. וקאמר שם משום דסבר כרשב"ג. וע"כ צ"ל שם ג"כ הוא הטעם משום דבעל הסחורה שנתן לו השכר הוא מקנה לו השכר מעכשיו על תנאי שבעל האילפא יוליכנה לו הסחורה למקום שהוא צריך לכך ס"ל לר"נ ב"י דאם הוא נאנס אח"כ שנגב נהרא ולא יכול לקיים התנאי מ"מ פטור להחזיר לו השכר משום דבטול התנאי מחמת אונס אינו יכול לבעל המעשה מה שהקנה לו כבר את השכר. וצע"ג בדברי הרשב"א בחידושיו מה שנסתפק דאולי הלכה כרשב"ג דכל העכבה שאינה ממנה ה"ז גט משום דר"נ והוא בתראי ס"ל כוותי' ובפרט מעשה רב. דהאיך אפשר לומר כן דהא בגמ' דידן פסק רב"ח אר"י גבי מעשה דצדון דאם אבדה האיצטלא לא מהני אף נתינת דמים דלא כרשב"ג. ולא הביא שם שום חולק עליו א"כ ס"ל להלכה דאף שהיא אנוסה במה שאינה יכולה

לקיים התנאי מ"מ מבטל המעשה דאל"כ דאף דדמים לא הוה כמו איצטלא מ"מ אין לך אונס גדול מזה מה שאבדה כבר האיצטלא ואינה יכולה ליתן לו. והתוס' דכתבו דהלכה כרשב"ג דכל עכבה שאינה ממנה כו' זה הוא לפי מה שנראה מהגמרא דידן דהטעם דרשב"ג הוא משום דלהרוחה קמתכוין וכיון שאינו צריך שמת הבן או שאמר האב א"א שתשמשני לכך הוה גט וא"כ אם נחתכו דדיה ודאי דלא הוה גט כיון שעדיין הוא צריך להנקתה אעפ"י שהיא אנוסה על קיום התנאי מ"מ כיון שלא קיימה התנאי הגט בטל. אבל לפי דברי הירושלמי ודאי אי פסקינן כדברי רשב"ג בהא דכל עכבה כו' ע"כ צריך לפסוק נמי כרשב"ג גם גבי מעשה דצדון:

ועתה נשובה לדברינו דאף שבארנו שמהירושלמי אין ראי' לחלק בין שהתנה הנותן על עצמו ובין שהתנה המקבל על הנותן. מ"מ ודאי בדברי הרמ"ה מוכרח לומר דס"ל לחלק בין שהתנה הנותן התנאי על עצמו דאז מהני טענת אונס ובין שהתנה המקבל התנאי על הנותן דאז לא מהני טענת אונס של הנותן, אבל אח"כ התבוננתי וראיתי דגם מדברי הרמ"ה ח"א להביא ראי' שמחלק בזה. כי אפשר ליישבו מהשגת הריטב"א עליו באופן פשוט כי הרמ"ה מפרש פי' אחר בהלוהו על שדהו. דהנה בשו"ע (סי' ע"ג סעי"ז) כתב ואם אמר לו קני מעכשיו אם לא אפדה עד ז"פ יש מי שאומר דלא הוה אסמכתא. וכתב הש"ך ע"ז וז"ל ותמי' לי עמ"ש המחבר דין זה בשם יש מי שאומר והוא ש"ס ערוך פ' א"נ וכו' ואפשר משום דבמרדכי והגהת מיימוני פ"א ממכירה כתבו על דין זה דמשכון ונראה דרש"י בתשובה חולק אבל תימה דאיך אפשר דרש"י חולק על דין זה שהרי הוא ש"ס ערוך כו' עכ"ל. וכתב ע"ז הקצוה"ח דודאי הגהת מיימוני ומרדכי נאמנים בעידותן דרש"י חולק בתשובה והאי דפ' א"נ אינו תיובתא דרש"י יש לו פי' אחר שם בסוגיא ומפרש דקנין גמור היה בסתם וע"מ מכר גמור החזיק בה במעכשיו בדמים הללו אלא שזה קיבל עליו לחזור לו עד שלש שנים וכן משמע לשון המשנה שם אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי ומשמע מצד הלוקח היה התנאי דאל"כ איפכא ה"ל למיתני אם אין אני נותן לך מכאן ועד של שנים הרי הוא שלך וא"כ משמע כפרש"י כו' עכת"ד. ונראה דגם הרמ"ה מפרש כפרש"י וא"כ א"ש מה שכתב דאם מת אחד מהם שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח בקרקע משום דהא לא קבל הלוקח לחזור אלא להמוכר בעצמו ולא ליורשיו וכן דוקא הוא בעצמו מחוייב לחזור ולא יורשיו. ועיינתי היטיב בדברי הב"י בסי' הנ"ל מח' י"ז דאחר שהביא שם דברי הריטב"א בשם הרמ"ה דהא דתנן הלוהו על שדהו ואמר לו אם אין אתה פודהו מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח כו'. כתב הב"י וז"ל וכתב עוד

הריטב"א התם ודאי בשנטלו לו קנין על זה ואמר אם אתה מביא לי עד ג' שנים אחזיר לך קרקע שלך ולא תהא מכירתך מכירה היא שנויה דאתה ולא יורשיך דאי באמירה בעלמא לאו כלום הוא ואפי' לדידי' נמי עכ"ל. וא"כ הרי הריטב"א בעצמו ג"כ מפרש כמ"ש דמיירי שהלוקח קבל עליו בקנין להחזיר לו הקרקע בחזרה אם יביא לו מעות עד ז"פ. ולפי"ז תמוהים מאד דברי הריטב"א שהובא בב"ה דהשיג על הרמ"ה. הא לפי"ז אין שום השגה עליו ואדרבה דבריו מוכרחין מאד. ואולי דהשגתו על הרמ"ה הי' מקודם שהיה סבר דהרמ"ה מפרש דברי הגמ' דב"מ כפי' כל המפרשים. אבל אח"כ דאסיק דהרמ"ה מפרש פי' אחר בדברי הגמרא לפי"ז גם הריטב"א הודה לדברי הרמ"ה. ובזה א"ש מה שהביא הב"י דברי הריטב"א בשם הרמ"ה ולא הביא כלל דהריטב"א השיג עליו. אבל לפי מש"כ ניחא א"כ לפי האמת אין כאן פלוגתא כלל לדינא בין הרמ"ה והריטב"א דאם התנה המלוה שאם לא תפרעני לז"פ תהא השדה קנויה לי מעכשיו ואח"כ מת אחד מהם ודאי דלא נתקיים בזה המכירה ויכולין היורשין ליתן המעות ולהוציא את הקרקע. ואם מת המלוה יכולין לפרוע להיורשין. אבל אם מכר מכירה גמורה אלא שהתחייב הלוקח שאם יתן לו המעות בחזרה תחזור לו המקח אז אם מת אחד מהם נתקיימה המכירה. וכן סובר התוס' בב"מ ד"ה לכשיהי' לי מעות החזירם לי אסור וכתבו שם וז"ל דלא כר' יהודא ולא דמי למשכנתא בלא נכייתא (לקמן סז:) דהכא אם לא יפדה אין זה מלוה אלא מכר אבל משכנתא יכולים לעולם לפדות או הוא או יורשיו אבל כאן נהי דהוא יכול לפדות יורשיו אין יכולים לפדות עכ"ל. ומ"מ נ"ל דגם התוס' מודים בעשה שדהו מכר והתנה המלוה אם לא תפרעני לז"פ תהא השדה קנויה לי מעכשיו דהיורשין יכולין לפדות והא דסובר ר' יהודא דזה הוה ג"כ צד אחד בריבית ומותר ומשכנתא בלא נכייתא אסור אע"ג דהכא יכולין גם היורשין לפדות דגם התם יש למעליותא מה שיש לו זמן קבוע דאח"כ א"א לפדות ואח"כ נשארת ביד הלוקח. אבל משכנתא אין לו זמן כלל. וכ"כ התוס' בערכין (לא.) ד"ה ור"י כו' יעו"ש:

ולפי"ז נראה יותר לומר דגם לענין טענת אונס אין כאן פלוגתא בין הרמ"ה והריטב"א ואף אם התנה המלוה אם לא תפרעני לז"פ יהא השדה שלי מעכשיו מהני טענת אונס לכו"ע משום דאף דדעת המלוה שהתנה בסתם ודאי היה בכל אופן אף שאם יארע אונס להלוה מ"מ הא בעינן גם דעת המקנה והוא הלוה אמרינן דודאי דעת הלוה לא היה מסכים להקנות להמלוה אלא דוקא אם יעבור על התנאי ברצון וכיון שלא עבר על התנאי ברצון אלא מחמת אונס ע"כ לא נתקיים המכירה. וקושית האגודה מה שהקשה גבי בתי ע"ח תיפוק לי' מטעם אונס. ע"כ צריך ליישב דלא כמו שתירץ המג"א שהבאתי למעלה

דהוא ע"כ מחלק בין שהתנה המלוה ובין שהתנה הלוה אלא צ"ל דגבי בתי ע"ח הוה כמו שמוכר לו על תנאי שאם אחזיר לך המעות לז"פ תהא המכירה בטלה מעכשיו לכך לא מהני טענת אונס בזה וגם הריטב"א מודה לזה דלא מהני טענת אונס לבטל המכירה כיון שלא נתקיים התנאי אף מחמת אונס המכירה קיימת דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן. ובאמת נפלאתי על דברי המג"א דמי הכריחו לומר דזה הוה כמו הלוהו על שדהו והתנה לפדותו תוך ג' שנים דתירץ זה לא יעלה אף לפי דעתו רק לפי דברי הרמ"ה כמש"ב. הא שפיר נוכל לומר דזה הוה כמו מוכר שדה ומתנה שאם יוחזר לו המעות תוך י"ב חודש תתבטל המכירה ותירוץ זה יעלה לכו"ע וכמש"כ. ועוד דלפע"ד א"א לומר כדברי האגודה והמג"א דזה דמי להלוה על שדהו והתנה עמו שאם לא יפרע לו המעות עד יב"ח יהא הבית חלוט לו מעכשיו. א"כ אמאי אמרינן שם בגיטין דאי נתינה בע"כ לא הוה נתינה איצטריך הלל לתקן לישכה אף בפניו הא במלוה כו"ע מודים דפרעון בע"כ הוה פרעון וכמו שמוכיח התוס' שם. וא"כ אמאי לא יכול לפרוע לו בע"כ ויתקיים התנאי וממילא יוחזר לו הבית:

אח"כ ראיתי שמדברי התוס' שם אדרבה לכאורה יש להוכיח דפירשו כדבריהם דגבי בתי ע"ח דמי להלוהו על שדהו וס"ל דאי נתינה בע"כ לא הוה נתינה גם גבי הלוהו על שדהו לא מהני פרעון בע"כ דז"ל שם וא"ת בבתי ע"ח דהוה כפרעון החוב דעליו לקבל פשיטא דהוי פרעון כדקאמרינן הלוהו בישוב לא יחזיר לו במדבר משמע דבישוב יחזיר לו אפי' בע"כ כו'. וי"ל דוקא בעלמא פשיטא דהוי נתינה שאין המלוה מפסיד בקבלת הפרעון אבל הכא דע"י הפרעון צריך להחזיר הבית כו' עכ"ל. א"כ משמע מדבריהם דהם ס"ל דבע"ח הוה כמו הלוהו על שדהו ע"מ שאם לא תפרעני לז"פ יהא הבית חלוט לי מעכשיו מ"מ לא מהני פרעון בע"כ בזה משום דפרעון בע"כ לא מהני אלא דוקא במקום שאין המלוה מפסיד ע"י כך. וכן נראה מדברי הב"ח הביאו הש"ך שם ס"ק י"א. ומדברי האו"ת בסי' ע"ד ס"ד דהם מפרשים דברי התוס' כן אבל באמת לפע"ד הסברא תמוה מאד לומר דס"ל להתוס' דאם אחד הלוה על השדה או על המשכן והתנה עמו שאם לא יפרע לו לז"פ יהא השדה או המשכן חלוט לו. שלא יוכל לפרוע לו בע"כ אי אמרינן נתינה בע"כ לא הוה נתינה כיון דבכל מקום פרעון בע"כ גבי מלוה הוה פרעון א"כ אמאי לא יכול לפרוע לו בע"כ הא קיים התנאי כמו שהתנה עמו ועוד דמה שכתבו דע"י הפרעון צריך להחזיר הבית. לפי"ז אינו מדוקדק כלל כיון דכ"ז שלא עברו יב"ח עדיין לא נקנה לו הבית אלא כשיגיע היב"ח ולא יפרע לו אז יהא קנוי לו הבית למפרע א"כ לא שייך לישנא להחזיר. ע"כ נלפע"ד לפרש דברי התוס' דלא כדבריהם. וגם התוס' ס"ל דבתי ע"ח

לא הוה כמו הלוהו על שדהו אלא הוה כמוכר על תנאי שאם יחזיר לו המעות תתבטל המכירה מעיקרא. מ"מ הקשו התוס' שפיר דאמאי לא מהני בזה פרעון בע"כ כמו בכל מקום כיון שעתה רוצה להחזיר לו המעות והוה המעות מלוה מעיקרא א"כ אמאי אינו יכול לפרוע לו בע"כ ותבעל המכירה מעיקרא וע"ז תירצו דוקא בעלמא הוה פרעון בע"כ פרעון. אבל הכא כיון דע"י הפרעון תתבטל עי"ז המכירה שכבר קנוי לו אמרינן דלא הוה פרעון ולא נפקע בזה הקנין שכבר קנוי לו. והטעם הוא דשאני פרעון החוב דעלמא דהוא רק סילוק השיעבוד בלבד או מה שהקנה לו אם לא אפרעך לז"פ בזה ודאי דיכול לסלקו אף בע"כ. אבל היכא דצריך ע"י הפרעון לבטל הקנין מה שקנוי לו כבר בזה לא מהני בע"כ. ועיין ברשב"א בחידושיו שם מה שמביא בשם התוס' לחלק בין פרעון החוב דמהני בע"כ וגבי בע"ח דלא מהני בע"כ. ונראה דגם כוונתו הוא כמש"ב אבל גבי מלוה ממש גם התוס' מודים דיכול לפרוע לו בע"כ אף שיגיע מזה הפסד להמלוה ולכך יכול לפרוע לו בתוך זמנו בפרוטרוט דינר דינר אע"ג דאית ליה תרעומות דאמר לו אפסדת לי מנה ומ"מ הוה פרעון כמו שפסק הטוש"ע שם ס"ד דלא כהאו"ת דכתב דהתוס' דגיטין חולק ע"ז:

שוב מצאתי להדיא בתשו' הרשב"א בת"א סי' רכ"ט שהשיב באחד שלוה מעות על כרם ועשה שטר מכירה ע"ז אך התנה בתנאי שאם יחזיר לו המעות לז"פ יחזיר לו השטר מכירה. ואח"כ כשבא הזמן לא רצה המלוה לקבל המעות מיד הלוה ופסק כיון שלא קיים תנאו שהרי לא נתן אף שזה גרם המלוה במה שלא קיבל מ"מ המכירה קיימת דזה הוה כענין בית בבע"ח שגואל תוך שנים עשר חודש דודאי כל שמוכר בית בבע"ח הרי הוא כמתנה בפירוש שעל תנאי כן וכן הוא מוכר ואעפ"י שלא התנה כן בפירוש סתמא כפירושו אחר שחייבה התורה כן כו' וכבר שנינו שם שהיה נטמן יום שנים עשר חדש כדי שיהא חלוט לו כו' ע"כ. הרי מבואר להדיא בדברי הרשב"א כמש"פ דבע"ח הוה כמכירה על תנאי שיחזיר לו הבית לכשיחזור לו המעות ולכך לא מהני בזה נתינה בע"כ למ"ד לא שמה נתינה. אבל אם הלוהו על שדהו והתנה עמו אם לא יפרע לו לז"פ יהא השדה חלוט לו מעכשיו נראה ברור דמהני בזה נתינה בע"כ לכו"ע משום דזה הוה כפרעון החוב דפרעון בע"כ הוה פרעון. וראיתי להגאון בעל מחנה אפרים בה' זו"מ סי' כ"ד תמה על הרשב"א הנ"ל מה דפסק שם דלמ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה לא מהני אף אם נתן בע"כ דכי תיקן הלל בבע"ח תיקן הא בעלמא לא תיקן וכתב דדבריו צ"ע דנראה דע"כ לא אמרו נתינה בע"כ שמה נתינה או לא אלא במתנה מקבל לסלק עצמו מרשותו כי ההיא דנותן גט לאשתו ע"מ שיתן לו מנה שעתה בא לסלקו משלו שהרי

אשה קנויה לו וכן במוכר בית בבע"ח דמכר גמור הוא אלא דזיכה לו רחמנא לגאול תוך שנה והוה כמו שלקח שדה מחבירו וא"ל שדה זו שאני לקחתי ממך אם יהי' לך מעות תחזירם לו והלכך כשאתה בא, לסלקו משלו בע"כ אל תסלקנו. אבל זה שהתנה מעיקרא שלא מכר לו אלא אם לא יתן לו המעות לז"פ ואם יתן שיהי' המכר בטל ה"ז לא גמר להקנות לו אלא כשלא יהא יכולת להחזיר המעות אבל כשיחזיר המעות לא גמר והקנה כו' ע"כ. והנה הגאון נ"ל סובר יותר ממה שכתבתי ואף במכירה על תנאי כיון דבשעת המכירה היה תנאי מפורש כשיחזור לו המעות תתבטל המכירה מעיקרא מהני נתינה בע"כ לכו"ע וע"כ הוא מפרש דהא דבבע"ח לא מהני נתינה בע"כ משום דשם הוה כמו שמתנה עמו לאחר המכירה שהוא חוזר ומוכר לו מעכשיו אם יתן לו המעות עד ז"פ. וכן הוא דעת הגאון רעק"א בהגהותיו על או"ח שהבאתי למעלה לישב קושית האגודה בזה. אבל באמת נפלאתי על הגאונים הללו האיך לא הזכירו דעת התוס' דגיטין הנ"ל דכתבו דבבע"ח הוה כפרעון החוב ופשטות דבריהם משמע דס"ל דבע"ח הוה כמו הלוהו על שדהו והתנה עמו שאם לא יחזור לו המעות לשנה יהא הבית חלוט לו מעכשיו מ"מ ס"ל דפרעון בע"כ כה"ג לא מהני. אך לפע"ד הא בארתי למעלה דנראה יותר דכה"ג גם התוס' מודים דפרעון בע"כ מהני. אלא דהתוס' ס"ל דבע"ח הוה כמכירה על תנאי אבל במכירה על תנאי ודאי דעת התוס' הוא כדעת הרשב"א דאינו יכול לסלקו בע"כ למ"ד לא שמה נתינה ואף שמדברי הרשב"א בחידושיו משמע קצת דמפרש דבע"ח הוה כמו שלאחר המכירה חוזר ומוכר לו כדעת הגאונים בעל מח"א ורעק"א. ולזה רמזו הגאונים הללו בדבריהם. אבל כיון דמבואר בתשו' הרשב"א להדיא דבע"ח הוה כמכירה על תנאי דלא כדבריהם א"כ ע"כ צריך לדחוק דגם כוונתו בחידושיו הוא כן. ועוד נ"ל דא"א לומר כלל כדברי הגאונים הללו דלדבריהם ע"כ צ"ל דלכך אמרינן בערכין דבע"ח הוה צד אחד ברבית אף דהוה כחוזר ומוכר לו מ"מ הוה כחוזר ומוכר לו מעכשיו א"כ הלוקח שאוכל פירות הוא בעד המעות שממתין לו א"כ קשה לפי דעתם מנ"ל לומר דזה הוה צד אחד ברבית כלל דילמא חייבתו התורה דבכל עת שיביא לו המעות מחוייב לחזור ולמכור לו וא"כ לא הוה צד אחר ברבית כלל. בשלמא לפי דברי הרשב"א דפי' דבע"ח הוה כמכירה על תנאי ניחא משום דהסברא הוא כיון דהתורה חייבתו שמחוייב לחזור לו בכל עת שיתן לו המעות א"כ הוה כמו שהתנה בשעת מכירה ממש ולכך הוה צד אחד ברבית דכשמחזיר לו המעות הוה המעות כמלוה למפרע. אבל לדברי הגאונים הללו דפי' דבע"ח הוה כחוזר ומוכר לו קשה מנ"ל דשם הוה צד אחד ברבית כלל:

סימן ה

אח"כ ראיתי לבעל ס' התרומות בשער נ' ח"א אות ד' דכתב וז"ל ויש מן המורים שתפסו בזה על הר"מ ז"ל שפסק כר"פ ואמר שאינה מגורשת ואף אם נאמר שהלכה כר"פ עדיין יש לנו לומר דלא דמי להני דחוב דבע"ח שאני דבע"ח ודאי מכורות היו ממכר גמור דאי לא תימא הכי האיך לוקח אוכל פירות והא דמי לאומר כ"ז שתרצה הבא מעות וטול את שלך דאסור באכילת פירות אלא מכר גמור הוא ומדינא ארעא לא הדרא ורחמנא אמר דתהדר והוה כחוזר ולוקח ממנו פעם אחרת ואין יכול להתקיים אותו מקח אלא מדעתו ובפניו לולי תקנת הלל כו' עכ"ל ולכאורה עמדתי מסתומם על המראה הלזו דהאיך הביא הסה"ת ראיה מזה דמותר באכילת פירות דהוה כחוזר ולוקח ממנו. הא אדרבה אמרינן להדיא בערכין דאינו כן דלרבנן דס"ל צד אחד ברבית אסור והתורה התירתו א"כ הא דבבע"ח מותר באכילת פירות הוא משום גזה"כ ור"י דס"ל צד אחד ברבית מותר אמרינן דזה הוה כמו רבית ואינו רבית משום דשמא לא יבוא לידי רבית דלא יגאלנה. ובירושלמי דב"מ פ"ה ה"ב אמרינן להדיא דר"י דס"ל דצד אחד ברבית מותר למד זאת מבע"ח וא"כ מוכח להדיא דבבע"ח לא הוה כחוזר ולוקח ממנו. אח"כ התבוננתי וראיתי שע"כ סה"ת מפרש שיטה חדשה בגמרא דלא כרש"י והתוס' דאמרינן בב"מ (סג.) ובערכין (לא.) דאביי סבר דפליגי רבנן ור"י בצד אחד ברבית ורבא סבר דרבית ע"מ להחזיר א"ב. והקשו התוס' א"כ לרבא דס"ל צד אחד ברבית לכו"ע אסור האיך יתרץ המתני' דערכין דקתני הרי זה כמו רבית ואינו רבית. ומתרץ התוס' בב"מ וז"ל וי"ל דמדאורייתא מודה רבא דבצד אחד ברבית פליגי אבל מדרבנן נראה לרבא דליכא למאן דשרי ור"י שרי הכא אפי' מדרבנן כדמוכח בעובדא דמייתי לכך מוקי רבא דאיירי ברבית ע"מ להחזיר כו' עכ"ל ומשום דפשטות הגמרא משמע דרבא ס"ל דר"י ורבנן לא פליגי כלל בצד אחד ברבית לכך לא נראה תירוץ זה לבעל סה"ת. והנה התוס' בערכין ד"ה רבא כו' תירצו באופן אחר וז"ל ועוד יש לפרש דבהכי פליגי מתני' ובריייתא כגון שנכנס בבית להחזיר לו דמי שכירות שנה אם בא לפדותו בתוך יב"ח דתנא דמתני' סבר רבית ע"מ להחזיר שרי ותנא דברייתא סבר דאסור א"נ מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי דמתני' מיירי כשמחזיר לו אם יפדנו ובריייתא מיירי בשאין מחזיר עכ"ל והנה התירוץ השני תמוה מאד לפע"ד דהא כיון דהתורה התירתה אע"ג שאינו מחזיר לו השכירות בעד השנה א"כ בוודאי אינו מחזיר דל"ל להחזיר כיון דמה"ד שרי זאת וא"כ האיך אפשר לומר דהמתני' דקתני דהוה כמו רבית ואינו רבית איירי באופן שמחזיר לו השכירות אף שאינו צריך להחזיר גם תירוץ הראשון של התוס' קשה לפע"ד כיון דבבע"ח צריך ליתן שכירות בעד הבית

כשגואל אותה א"כ מאי היא דקאמר הברייתא רבית גמורה היא והתורה התירתה. הא כיון דצריך ליתן שכירות הבית כשגואל אותה א"כ איזה איסור דאורייתא איכא כאן דהא כ"ז שאינו גואל אותה הא אינו מחוייב ליתן שכירות דאולי לא יגאלנה ולא יהא צריך ליתן שכירות וכשגואל אותה אז הוא נותן שכירות בעד הזמן שדר בה א"כ מאי איסור דאורייתא איכא כאן ודוחק לומר דהא שאינו מנכה לו בדמי הבית שכירות הבית כמש"כ התוס' ב"מ (סג.) ד"ה רבית כו'. יהא זה איסור דאורייתא בכ"מ ורק הכא התורה התירתה ובפרט גבי שכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף ודאי קשה דהא כ"ז שלא נגמר הזמן שלו אינו מחוייב ליתן לו שכירות וכ"ז שאינו מסלק לו המעות שקבל לא נגמר הזמן שלו ואינו מחוייב ליתן לו שכירות א"כ מה איסור דאורייתא יש כאן מה שאינו מנכה לו השכירות בדמי הבית. ועוד קשה לי מנ"ל להברייתא באמת שאינו מנכה לו בדמי הבית השכירות שמגיע לו בעד הזמן וא"כ מנ"ל שהתורה התירה בבע"ח איסור כלל. והנה רש"י דערכין פי' שם וז"ל ומתני' ותנא דברייתא בהא פליגי דתנא דידן סבר אפי' צד אחד נמי לא הוה דהא בתורת מכר אתא לידו ותנא דברייתא סבר סוף סוף הואיל ולידי רבית אתי צד אחד הוא וכרבית גמורה היא אלא שהתורה התירתה עכ"ל אבל גם דברי רש"י ז"ל אינם נראים לבעל סה"ת דמ"ש הואיל ובתורת מכר אתא לידו אפי' צד אחד לא הוה. הא סוף סוף לכשיגאלנה יהיה המעות מלוה מעיקרא א"כ אמאי לא הוה אפי' צד אחד ברבית לתנא דמתני' וע"כ בחר לו בעל סה"ת שיטה חדשה ומפרש דלדברי רבא תנא דמתני' ותנא דברייתא בהא פליגי דתנא דמתני' סבר דלכך לא הוה רבית כלל משום דהא דחייבתו התורה שמחוייב לחזור לו הבית כשמחזיר לו המעות היינו שמחוייב להחזיר ולמכור לו ולכך לא הוה אפי' צד אחד ברבית אבל תנא דברייתא סבר כיון שחייבתו התורה שמחוייב להחזיר לו הבית כשמחזיר לו המעות הוה כמכירה על תנאי לכך הוה צד אחד ברבית וזהו כוונת בעל סה"ת משכ"כ דבע"ח שאני משום דבע"ח הוה מכר גמור והוה כחוזר וקונה ממנו דאל"כ האיך אוכל פירות משום דהא רבא הוא דמביא ראיה בגיטין דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מהלל דהתקין לישכה. ורבא כיון דס"ל דצד אחד ברבית לכו"ע אסור ע"כ דס"ל דזה הוה כחוזר וקונה ממנו דאל"כ לא הוה שרי אכילת פירות וזה ברור בכוונת בעל סה"ת בס"ד:

והנה ראיתי בש"מ שם בפ' א"נ הביא בשם הריטב"א דכתב ג"כ שיטה חדשה לישב דברי רבא וז"ל והנכון לפרש אמר רבא הכא במכר שהמכר ע"מ להחזיר א"ב פי' שלא היה התנאי שאם יביא מעותיו תתבטל מכירה זו למפרע והדרי זוזי מלוה דא"כ לדברי הכל הוי רבית גמורה אלא שיהא המכר קיים עד אותה שעה ויחזור הלוקח וימכרנה למוכר

באותן דמים דר"י סבר הא ממ"נ פירי דאכל לוקח בינתיים דידי' נינהו ורבנן סברי דכיון דאין [דרך]לוקח קרקע לעשות כן ירדה תורה לסוף דעתם דלהלואה גמורה נעשה ולפי' אמר הכתוב את כספך לא תתן לו בנשך ולא אמר לא תלוה בנשך לרבות מכר כיוצא בזה שיהא דינו כמלוה והשתא א"ש מאי דאמרינן התם דבית בבע"ח להא דמיא ומאן דתני שאינה רבית כר"י דשרי הכא לגמרי ומאן דתני ה"ז רבית גמורה אלא שהתורה התירתה כרבנן דהכא כו' עכ"ל והנה גם שיטת הריטב"א הוא כדעת בעל סה"ת דגבי בע"ח הא דגואל אותה הוה כחוזר וקונה ממנו אך בזה חלוק שיטת הריטב"א מהבעל סה"ת. דלדברי הסה"ת היכא שמתנה שמחוייב להחזיר ולמכור לו מותר ולדברי הריטב"א אף בכה"ג לרבנן הוא איסור גמור מה"ת ולולי דמסתפינא מרבותי היה נ"ל לישב דברי רבא על דרך שיטת הריטב"א ומ"מ הדין יעלה כדעת הסה"ת וכן משמע מדברי שאר הפוסקים דלהתנות לחזור ולמכור לו מותר וכונת רבא בהא דקאמר רבית ע"מ להחזיר א"ב פי' ברבית שבא ע"י מכר ע"מ להחזיר א"ב דהיינו שמכר לו שדהו ע"מ כשיתן לו המעות יהא מחוייב להחזיר לו המכר ויתבטל המכר מעיקרא בזה הוא דפליגי ר"י ורבנן ובזה הוא דפליג על אביי דאביי ס"ל דאף במלוה על שדהו ועשה לו מכר דאם לא יפרע לו לז"פ תהא השדה קנויה לו מעכשיו מ"מ שרי ר"י אע"ג דעכשיו הוא אוכל רבית מ"מ כיון דאפשר שלא יפרע לו ויהא השדה חלוט לו מעיקר ולא יהא רבית ג"כ שרי ר"י דכל צד אחד ברבית שרי ר"י לדברי אביי אבל רבא ס"ל דכה"ג היכא שמלוה על שדהו ומתנה עמו שאם לא יפרע לו יהא השדה חלוט לו מעכשיו כיון דבשעת אכילה הוא עדיין מלוה גמורה אף שאפשר שבסוף יוחלט השדה לפניו ולא יהא רבית מ"מ כה"ג לא שרי רחמנא אף לר"י אלא מאי דשרי ר"י היכא דירד בתחילה בתורת מכר אלא שמתנה עמו שאם יחזור לו מעותיו יתבטל המכר מעיקרא וא"כ יהא רבית מ"מ כה"ג שרי משום דזה נלמוד מבע"ח דהוה ג"כ מכירה על תנאי מ"מ שרי רחמנא כיון דבשעת אכילה הוא אוכל בהיתר בתורת מכר לא חיישינן מה דיתגלה אח"כ ולא הוה אפי' צד אחד ברבית והנה גם דעת רש"י בערכין אע"ג דפי' בדברי רבא על דרך אחר מ"מ ס"ל לחלק בצד אחד ברבית לדברי רבא כעין שבארנו דפי' שם דלכך ס"ל לתנא דידן דבבע"ח אפי' צד אחד נמי לא הוה דהואיל דבתורת מכר אתא לידו וא"כ ס"ל אע"ג דסוף סוף לכשיגאלנה יהיה רבית מ"מ כיון דעתה הוא בתורת מכר הוא שרי וזהו על דרך שבארנו אך משום דרבית ע"מ להחזיר משמע לרש"י כפשוטו היינו להחזיר הפירות שאכל א"כ היה קשה לרש"י דאמאי לא פי' רבא דפליגי ר"י ורבנן בפלוגתא דתנא דמתני' והברייתא דר"י סבר כתנא דמתני' דהיכא דאתא לידו בתורת מכר שרי והמכר שהיה עושה הלוה עם המלוה

היה מכר ממש אך בתנאי שאם יחזור לו יתבטל המכר ומי הכריח לרבא לומר דפליגי ר"י ורבנן בפלוגתא אחרת ברבית ע"מ להחזיר לכך הוכרח רש"י לומר שם דרבא ס"ל כיון דהמעות בא לידו בתורת הלואה (כמו דאיתא שם הרי שהיה נושה בחבירו מנה] לכך לא שרי לר"י אלא דוקא בע"מ להחזיר לכשיגאלנה ואף אם היה עושה שדהו מכר ממש בתנאי שאם יחזור לו המעות תתבטל המכירה נמי אסור כיון דהמעות מתחילה היה בהלואה וגם בסוף כשגואל אותה הוה המעות מלוה לכך אסור שם גם לר"י אם לא ע"מ להחזיר ודוקא לאביי הוא דשרי אע"ג דהמעות בא לידו מתחילה בתורת מלוה כיון דהוא ס"ל דכל צד אחד ברבית שרי אפי' היכא דמתנה שאם לא יחזור לו המעות יהא השדה חלוט לו למפרע וא"כ עדיין המעות הוא בתורת מלוה מ"מ שרי אבל לרבא כיון דס"ל דצד אחד ברבית כה"ג ודאי דאסור לכו"ע א"כ אפי' עושה שדהו מכר ממש ומתנה שאם לא יחזור לו יהיה המעות מלוה למפרע ולתנא דמתני' דערכין שרי כה"ג מ"מ היכא דהמעות בא לידו בתורת מלוה אסור לכו"ע. כנ"ל לבאר כוונת רש"י ז"ל ואף שאפשר לפרש כונה אחרת בדברי רש"י ז"ל מ"מ לאחר העיון דברי מוכרחים:

אך קשה לשיטתו דאמאי לא ביאר הגמרא להדיא במאי פליגי המתני' והברייתא לדברי רבא ויותר קשה לשיטתו דברי הגמרא דמגילה (כז:) דפריך שם לר"מ דס"ל דאין מוכרין בהכ"נ אלא על תנאי שאם ירצה יחזירהו היכי דיירי בה הא ה"ל רבית ומשני ר' יוחנן דר"מ בשיטת ר"י אמרה דס"ל צד אחד ברבית שרי ורבא קאמר שם דרבית ע"מ להחזיר א"ב. וכתבו שם התוס' וז"ל לר"מ דמתני' ס"ל שהיו מתנין להחזיר שכירות בהכ"נ כשחזרו ובהכי שרי כר"י עכ"ל וכ"ז הוא לשיטתם אבל לשיטת רש"י דערכין א"צ לדחוק אלא יש לישב דברי ר"מ בפשיטות דס"ל כמתני' דערכין דהואיל ובתורת מכר אתא לידו אפי' צד אחד ברבית נמי לא הוה. אבל קשה דהאיך לא הזכיר הגמרא כלל המתני' דערכין לתרץ לרבא דר"מ ס"ל כהמתני' דערכין ובאמת גם לדברי התוס' לא יתיישב היטיב שם הסוגיא דהא לדבריהם רבא לא פליג על הא דמוקי ר' יוחנן דר"מ ס"ל כר"י כדמשמע מפשטות הסוגיא כיון דרבא לא מתרץ דברי ר"מ בתירוצא אחרינא לכך כתבו דרבא מתרץ שגם במתני' היה רבית ע"מ להחזיר ור"מ ס"ל כר"י דשרי. א"כ קשה מי הכריחו לרבא לומר כן שהיה מתנה הלוקח שיחזירו לו המעות מעיקרא ואח"כ יחזיר להם שכר השימוש ואז אינו מותר אלא לר"י דילמא היה מתנה שינכו שכר השימוש מהמעות שיהיה צריכין ליתן להלוקח ואז מותר לכו"ע כדמוכח מדברי התוס' דב"מ הנ"ל וכן מבואר בש"ע יו"ד סי' קע"ד ס"ה וכן מבואר להדיא בחידושי הרשב"א הובא בש"מ [ועיין ט"ז ודבריו צ"ע]. אבל לשיטתנו דפי' רבית ע"מ להחזיר הוא פי' רבית שבא ע"י מכר

ע"מ להחזיר עולה הסוגיא דערכין והסוגיא דמגילה מדוקדק היטיב דגם לרבא אין צריך תירוצא אחרינא וכן לשיטת הריטב"א עולה הסוגיא דערכין מדוקדק היטיב ובמגילה לדברי הריטב"א ע"כ צ"ל לדברי רבא שהיו מתנין בבהכ"נ שמחוייב להחזיר ולמכור להם הבהכ"נ כשירצו להחזיר לו המעות ומ"מ לרבנן אסור וע"כ צ"ל דר"מ ס"ל כר"י:

ולכאורה עלה בדעתי להביא ראי' דלא כדברי הריטב"א מדברי הירושלמי שם דלהתנות לחזור ולמכור לו מותר דאיתא שם המוכר שדה לחבירו כו' ע"מ שכשתמכרנה לא תמכרנה אלא לי שכל זמן שאני רוצה נותן דמיה ונוטלה מותר היה חייב לו מעות וכתב לו שדהו במכר כ"ז שהמוכר אוכל פירות מותר כ"ז שהלוקח אוכל פירות אסור ר"י אומר בין כך ובין כך מותר כו' ע"כ. והבעל פ"מ פי' שם דהא דכ"ז שאני רוצה נותן דמיה ונוטלה מותר הוא תנאי אחר שהתנה עמו דכ"ז שאני רוצה אני מחזיר לך הדמים ונוטל. וזה אתא כר"י דס"ל צד אחד ברבית שרי יעו"ש אבל באמת דבריו תמוהים מאד לפרש כן דלפי"ז יהיה רישא וסיפא ר"י ומציעתא רבנן. אלא לפע"ד נראה דע"כ צריך לפרש שהתנה עמו דכ"ז שאני רוצה נותן דמיה ונוטלה היינו שמחוייב לחזור ולמכור לו בעד הדמים הללו אבל לא שיהא המכר בטל מעיקרא אף דלשון ונוטלה אינו מדוקדק כ"כ לפי"ז מ"מ אפשר לפרש ונוטלה היינו שנוטלה בדין כיון שהוא מחוייב לחזור ולמכור לו דאל"כ יהא המקח בטל מעיקרא כיון שאינו מקיים התנאי וא"כ מוכח דלהתנות שיחזור וימכור לו מותר אבל אח"כ התבוננתי דאפשר לדחות דהכא מיירי שמתנה עמו שאם יתן לו דמיה כמו שוויה שיהיה אז מחוייב לחזור ולמכור לו וכה"ג גם הריטב"א מודה דמותר אף לרבנן. אבל להתנות שיחזור וימכור לו כפי הדמים שנתן אז כיון שאין דרך לעשות כן הוה איסור גמור מה"ת לפי דעתו אבל כיון דאין שאר הפוסקים מודים לו בדין זה ע"כ לפע"ד נראה יותר נכון לפרש על דרך שיטת הריטב"א כמש"פ וגם לפי"ז יתיישב יותר דהא לכל השיטות ואף לשיטת הריטב"א ע"כ צ"ל דרבא פליג על שמואל ור"י דס"ל דצד אחד ברבית לר"י שרי. אבל לפי שיטתנו לא נצטרך לומר כן אלא דהתם כיון דאתא לידו בתורת מכר גם רבא מודה דלר"י שרי:

והתבוננתי עוד בדברי הריטב"א וראיתי דמה שלא פי' רבית ע"מ להחזיר כמש"פ משום דהוא פי' להדיא [הובא בש"מ] דגם אביי דס"ל דר"י שרי צד אחד ברבי' מיירי בכה"ג שמקנה לו השדה מעכשיו על תנאי שאם יחזור לו המעות יחזור לו השדה אז הוא דשרי ר"י להלוקח לאכול פירות א"כ היכא שמתנה שאם לא יתן לו המעות לז"פ יהא השדה חלוט לו מעכשיו ועדיין המעות הוא מלוה אז גם ר"י מודה דאסור לאכול הפירות כיון שעדיין הוא רבית גמור וע"כ הוכרח הריטב"א לפרש דרבא ס"ל דרבית ע"מ להחזיר

היינו אף שיחזור וימכור לו נמי אסור אבל לפי שיטת רש"י והתוס' דאביי ס"ל דכל צד אחד ברבית שרי לר"י אפי' היכא שמתנה שאם לא יתן לו המעות יהא השדה חלוט לו מעכשיו א"כ ודאי נוכל לפרש ברבית ע"מ להחזיר כמש"פ ולפי"ז לא נצטרך לומר דר"ה בדר"י דקאמר שם (סה:) מאן תנא דשניהם אסורין דלא כר"י דאמר צד אחד ברבית מותר פליג על רבא עיין פנ"י. אבל לפי שיטתנו ניחא בפשיטות דהא דשניהם אסורין לא אתא כר"י דלר"י שרי המוכר לאוכלם כיון דעדיין הקרקע הוא שלו והוא אוכלם בהיתר אף שאם יגמור הלוקח מקחו אז יהיה רבית למפרע מ"מ שרי לר"י בכה"ג כיון דבשעת אכילה הוא אוכל בהתיר זה לא מיקרי צד אחד ברבית וכמשב"ל. אמנם גבי משכן לו בית משכן לו שדה ואמר לכשתרצה למוכרה לא תמכרם אלא לי דקאמר ר"ה בדר"י דלא אתא כר"י לכאורה קשה גם לדברינו דהתם הוה צד אחד ברבית ע"י מלוה ויש לישב דש"ה כיון דלע"ע אין דעת המלוה כלל למוכרם ואין כאן רבית כלל אע"ג דאולי ישתנה אח"כ דעתו ויתרצה למוכרם ס"ל לר"ה בדר"י כיון דהיכא דאתא לידו בתורת מכר אע"ג דאולי אח"כ יחזור לו המעות ויתבטל המכר א"כ נמצא שאכל רבית למפרע מ"מ שרי לר"י. ה"ה בכה"ג נמי שמתנה שאם ירצה למוכרם לא ימכרם אלא לו ה"נ דמותר לר"י וכן ע"כ צריך לדחוק לדברי הריטב"א דפי' דגם לאביי לא שרי ר"י אלא היכא דאתא לידו בתורת מכר:

והמתבאר מכל דברינו אלה דלשיטת הסה"ת וכן הוא שיטת הריטב"א דלרבא גבי בע"ח הוה כחוזר וקונה ממנו וכשחוזר לו המעות מחוייב לחזור ולמכור לו ולכך לא מהני בזה נתינה בע"כ אבל גבי מכירה על תנאי שאם יחזור לו המעות יתבטל המכר נראה מדבריהם דס"ל כדברי הבעל מח"א דמהני נתינה בע"כ לכו"ע. עיין בריטב"א בגיטין (עה) אבל מרוב שיטות הראשונים נראה דס"ל דבבע"ח הוה כמכירה על תנאי ולשיטתם מוכח להדיא דגם גבי מכירה על תנאי לא מהני נתינה בע"כ אי אמרינן לא שמה נתינה כמבואר להדיא בתשו' הרשב"א וכן מוכח מדברי התוס' דגיטין וכמשב"ל אע"ג דפרעון בע"כ בודאי הוה פרעון מ"מ הכא כיון שע"י פרעון זה צריך לבטל הקנין שהקנה לו כבר לכך לא מהני בע"ר ואם נתן לו בע"כ הוה ספיקא דדינא אי חוזרת הקרקע או לא כמו שפסקו הרשב"א והר"ן דנתינה בע"כ הוה ספיקא דדינא ופסקו דבמטלטלין שמסר ליד המקבל מספיקא לא מפקינן מיניה ובקרקעות הרי הן בחזקת בעלים הראשונים דלעולם ארעא בחזקת מרא קמא קיימא:

סימן ו

והנה יש לחקור במכירה על תנאי אם נתן לו בע"כ אי חוזרת הקרקע או לא לכאורה נראה שהדבר פשוט כיון דארעא בחזקת מרא קמא קיימא א"כ הכא כיון דמספקא לן אי זה הוה כנתקיים התנאי וחוזרת הקרקע להמוכר או לא ע"כ אמרינן דארעא בחזקת מרא קמא קיימא וע"כ היא בחזקת המוכר אבל לאחר העיון נ"ל דארעא בחזקת הלוקח קיימא כיון דעשה לו מכירה גמורה רק שבתנאי חזרת המעות רוצה לבטל המכר א"כ מספיקא לא יוכל לבטל המכר וכה"ג כתב הרשב"א בתשובה לענין תרי ותרי המכחישין זא"ז אם היה המכירה על תנאי שאם יחזור לו המעות יתבטל המכר או לא ודנו ב"ד כיון דתרי ותרי נינהו אמרינן דארעא בחזקת מרא קמא קיימא והרשב"א בת"א סי' רכ"ט השיג עליהם וכתב וז"ל ועוד אני רואה שהב"ד מדמין זה לאותה שאמרו בפ' האשה שנתארמלה אין נאמנין ומגבינן בי' תרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מרי' וע"כ אמרו שהקרקע בחזקת ר' יוסף המוכר ואין דמיונם עולה יפה דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה בדין ירד לכרמו ור' יוסף זה החזיקו בו בכסף ובשטר ובחזקה וכמו שכתוב וחתום בשטר המכירה אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן שתתבטל המכירה ואם לאו המכירה קיים מעכשיו וכיון שהחזיק בו ר' יצחק זה בדין לדברי כולם אלא שטוען שיש לו להסתלק מחמת התנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים העמד הכרם בחזקת מר יצחק זה שהיה מוחזק בה עכשיו ובדין כו' עכ"ל והא דכתבו הרשב"א והר"ן דבקרקעות הרי הן בחזקת בעלים הראשונים היינו דוקא התם דמיירי שהתנה עמו ואמר לו שדה זו נתונה לך אם תתן לי מאתים זוז ונתן לו המאתים זוז בע"כ וכיון דמספקא לן אם זכה זה בקרקע זו מחמת הנתינה דהוה בע"כ והוה כנתקיים התנאי שלו או לא לכך פסקו דארעא בחזקת מרא קמא קיימא כיון דהספק נולד לנו על עיקר הזכיה אם זכה זה בקרקע מחמת קיום התנאי או לא אבל היכא דזכה זה בודאי רק שהספק אם צריך להחזיר הקרקע או לא א"כ מספיקא אמרינן דמוקמינן ארעא בחזקת הלוקח שהוא מוחזק בה עכשיו ומספיקא אינו יכול להוציא ממנו דאולי נתינה בע"כ לא שמה נתינה ולא קיים המוכר התנאי ואינו יכול לבטל המכר:

וראיתי להגאון בעל תקפו כהן בסי' נ"ח דכתב דלכאורה מתשובת הרשב"א זו משמע דס"ל דתפיסה ברשות מהני אף בקרקע אבל לאחר העיון נראה דז"א אלא דבהך תשובת הרשב"א סי' תתקע"ב שאני כיון שלדברי כולם ירד בו ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן שלש שנים אלא שאחר הזמן יחזור לו המכר א"כ עכ"פ הוא בעליו עליו עד אותו זמן שהרי ירד ברשות להיות שלו לזמן ג' שנים וגם אפי' לחלוטין כשלא יביא מעות לסוף ג'

שנים כו' ולפי"ז צ"ל דמ"ש הרשב"א שהי' תנאי שאם יחזור לו המעות מכאן ועד שלש שנים כו' אין פירושו שיכול לסלקו תוך הג' שנים באיזו זמן שירצה דא"כ לא היה בעליו עליו לזמן אלא פירושו שמכאן ואחר ג' שנים יסלקו כו' ע"כ והנה, המעיין בת"א סי' הנ"ל דהביא שם גוף המעשה והתשובה באריכות יראה להדיא דא"א לתרץ כדברי הגאון הנ"ל דמבואר שם להדיא דהיה יכול לסלקו בכל עת שירצה עד הזמן שקבע מ"מ פסק הרשב"א דהקרקע בחזקת הלוקח קיימא וגם א"א לומר דהרשב"א ס"ל דתפיסה ברשות מהני אף בקרקע כמו שמצדד הגאון הנ"ל לומר אי מפרשינן תשובת הרשב"א כפשוטו. דהא דברי הר"ן בפ' מי שאחזו וההי"מ בפ"ח מה' גירושין הם נובעין מדברי הרשב"א בחידושיו יעו"ש וס"ל להדיא להרשב"א דתפיסה ברשות לא מהני בקרקע אלא ע"כ צ"ל כמו שתירצתי דלכך פסק הרשב"א בעובדא דידיה דהקרקע בחזקת הלוקח קיימא כיון דהתנאי הוא שם לבטל המכירה וכיון שנסתפקנו אם היה שם תנאי או לא ע"כ מספיקא לא מבטלינן המכירה ואמרינן דקרקע בחזקת הלוקח קיימא וא"כ ה"ה בנתינה בע"כ כיון שזה נסתפק לנו אם זה מיקרי נתקיים התנאי או לא והספק לנו אם נתבטל המכר בנתינה זו או לא ע"כ מספיקא לא מבטלינן המכר ומוקמינן ארעא בחזקת הלוקח:

ונפלאתי ג"כ על דברי המל"מ בה' טוען ונטען פ' ע"ו ה' י"א שהאריך הרבה בדברי הרשב"א הנ"ל להביא ראי' מזה שאם היה מכר או מתנה על תנאי והיה ספק בהתנאי אמרינן ארעא בחזקת הלוקח קיימא כיון דהיה מכר או מתנה בודאי רק שהספק הוא בתנאי ע"כ מספיקא לא מפקינן ולפע"ד ז"א דהא הרשב"א בחידושיו ס"ל להדיא דאם אמר שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי מאתים זוז ואח"כ נתן בע"כ דהספק הוא אצלנו ג"כ על התנאי האיך היה כונתו אם דוקא שיתן לו מדעת אבל לא בע"כ או אף בע"כ ומ"מ פסק הרשב"א דבחזקת מרא קמא קיימא ואף אם כבר מסרם ליד הזוכה כגון שאמר לו זכי בשדה זו ע"מ שתתן לי לז"פ נמי מפקינן מיניה כדמוכח שם מדברי הרשב"א דדוקא במטלטלין שמסרם ליד הזוכה לא מפקינן מיניה אלא ע"כ צ"ל בדברי הרשב"א כמש"ב משום דשם היה מכר גמור אלא התנאי היה לבטל המכר וגם מה דהביא שם המל"מ בשם הראנ"ח בראשונות סי' ט"ז על אשה שנתנה מתנת נכסים לאיש א' וכתוב בשטר המתנה ור' יוסף קבל עליו לומר קדיש ולקרות הלכה בכל יום למנוחת נפשה דמסיק הרב כיון דהספק הוא בתנאי אם נתקיים התנאי או לאו והמתנה מפורשת שהוא זוכה בה ומספק אתה בא לבטלה מצד התנאי על האומר שלא נתקיים התנאי הראיה ע"כ וכתב ע"ז המל"מ וז"ל הרי שהשוה הרב ז"ל ספיקא דדינא לענין זה לומר דבכל ספק בתנאי מוקמי' בחזקת מקבל מתנה שהיא ודאית איברא שהרב ז"ל לא הזכיר תשובה

זו של הרשב"א ומטי לה משם הר"ן שכתב וכיוצא לזה כתב הר"ן בגיטין והטור בח"ה ובודאי שעדותו נאמנת עכ"ל. ולפע"ד נ"ל ברור דאף דכתב הראנ"ח מתנת נכסים כוונתו הוא על מטלטלין שכבר מסרם ליד המקבל מתנה ולכך פסק הראנ"ח שזכה המקבל מתנה והביא ראיה מדברי הר"ן דגיטין דכן פסק שם להדיא גבי נתינה בע"כ שאינו יכול להוציא מספק מיד המקבל מתנה אבל גבי קרקע גם הראנ"ח מודה דאף שהספק הוא בתנאי והמתנה היא ודאית מ"מ אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא ואינו יכול לזכות מספק וכן פסקינן על קיום התנאי היכא שהתנאי הוא בקום ועשה צריך להביא ראיה שקיים התנאי אבל המל"מ לפי שיטתו דחק לחלק דדוקא בקיום התנאי בעי ראי' כיון שהתנאי היה בודאי אבל היכא שיש ספק בתנאי גופא אמרינן דבחזקת המקבל קיימא ולפע"ד אין צריך לדחוק בזה והדברים ברורים כמש"כ. אבל דברי הרשב"א בתשובה אינם שייכים כלל לנידון הראנ"ח דשם היה בקרקע ומ"מ פסק הרשב"א דבחזקת הלוקח קיימא משום דשם כ"ז שלא הביא המוכר ראיה שקיים התנאי והחזיר המעות להלוקח המכיר' קיימת ה"נ בכל ספק שנולד בזה אמרינן בחזקת הלוקח קיימא. אע"ג דלכאורה יש להוכיח מדברי הרשב"א דלא כדברי שאין המוכר צריך להביא ראיה שקיים התנאי והחזיר המעות להלוקח דהא הביא הב"י בסי' ר"ז מחו' ל"ד בשם הרשב"א בראובן שמכר שדה לשמעון במנה מלוה שהיה לו בידו וכתב לו שטר מכירה ומסרה בידו אבל לא החזיקו בקרקע ושמעון עשה שטר לראובן שכ"ז שיפרע לו אותו מנה שחייב הוא להחזיר לו שטר המכירה ושאותה המכירה בטלה היא למפרע כו' ואח"כ טען ראובן שכבר פרעו ותובע ממנו שטר המכר והשיב כיון דהמכר אינו מכר שכך התנו מתחילת הענין שאם יפרע לו ראובן מעות שהלוה לו שיהא המכר בטל מעיקרא הו"ל כמלוה ע"פ וכי אמר לי' פרעתי נאמן בשבועת היסת ע"כ הרי ס"ל להרשב"א שנאמן המוכר לומר שקיים התנאי ובטל המכר אף בלא ראיה. אבל באמת ז"א דהא ע"כ צ"ל דס"ל להרשב"א כדברי הרמב"ם בה' מלוה ולוה פ"ו ה"ה דהיכא שמתנה המוכר דכ"ז שירצה להחזיר המעות יתבטל המכר אין כאן מכר כלל [דלא כדברי התוס' ב"מ (ס"ה:) ד"ה לכשיהיה כו' יעו"ש] ואף קודם שהחזיר המעות אין כאן מכר כלל לכך ס"ל להרשב"א דנאמן לומר פרעתי דהוה כמלוה ע"פ ואין צריך להביא ראי' אבל בתשובת הרשב"א בת"א הא מיירי שהתנה דאינו יכול להחזיר המעות כ"ז שירצה רק עד ז"פ לכך ס"ל להרשב"א שם דכ"ז שלא החזיר המעות המכר קיים וגם הרמב"ם מודה בזה דהמכר קיים כ"ז שלא החזיר כמו דמוכח מדברי הרמב"ם בפ' י"א מה' מכירה ה"י ודלא כהלח"מ שם שמחלק בין נעשה המקח באיסור רבית או לא. אלא החילוק הוא אם יש לו רשות להחזיר המעות

לעולם או לא וכן מצאתי להבעל מח"א בדיני רבית סי' י"ג דפי' כן דברי הרמב"ם בשם האחרונים וכתב לענין דינא החילוק הוא אמת אבל לא הסכים עמם בפי' הרמב"ם כן. ונראה דדעתו נוטה לפרש דברי הרמב"ם כדברי הסמ"ע בסי' ר"ז ס"ק י"א אבל באמת אינו מוכרח פירושם בדברי הרמב"ם כי הרמב"ם לא מיירי שם כלל לענין הפירות רק לענין דין הקניה [ונראה דכן הוא דעת הט"ז שם אף שלא ביאר דבריו לחלק בין יש לו רשות להחזיר המעות לעולם או לא] ואח"כ מיירי שם מדיני הפירות ואף אם התנה כשיהיה לי מעות תחזיר לי הקרקע היינו לז"פ מ"מ אסור הלוקח לאכול הפירות וכן מפרש שם הה"מ דברי הרמב"ם דאל"כ דברי הה"מ הם תמוהים יעו"ש. וכיון דהיכא שהתנה שאין לו רשות להחזיר המעות ולבטל המכר רק עד ז"פ כ"ז שלא החזיר המעות המכר קיים. לכך צריך המוכר להביא ראיה שהחזיר המעות ובטל המכר וכ"ז שלא הביא ראי' הקרקע בחזקת הלוקח קיימא לכך בכל ספק שנולד בזה אם זה מיקרי נתקיים התנאי או לא מוקמינן ארעא בחזקת הלוקח משום דכ"ז שלא נודע לנו שנתקיים התנאי א"א להוציא מחזקת הלוקח שזכה בקרקע זו בודאי כנ"ל בזה:

אמנם בשו"ע שם ס"ה איתא וז"ל וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח בז"פ או כשיתן המעות הרי המכר קיים ויחזיר כמו שהתנה הג"ה ואי נתן לו בע"כ אי מיקרי נתינה וקיום התנאי ע"ל סי' ק"ך עכ"ל. והנה מדברי הרמ"א נראה דס"ל דגם במכירה על תנאי כיון דבחזרת המעות נתבטל המקח למפרע הוה חזרת המעות כמו פרעון החוב וכמו דבפרעון מהני לכו"ע בע"כ כמו כן גם במכירה על תנאי ולית בזה ספיקא דדינא לכך אף שהחזיר בע"כ חוזרת הקרקע להמוכר. ולפי"ז ע"כ צ"ל דהא דלא מהני נתינה בע"כ גבי בע"ח אי אמרינן נתינה בע"כ לא שמה נתינה משום דשם הוה כחוזר וקונה ממנו אבל באמת לפע"ד דבריו תמוהים מאד דהא זהו רק דעת הסה"ת והריטב"א אבל הא שיטת רש"י והתוס' והרשב"א והרא"ש דבבע"ח הוה כמכירה על תנאי ואפי"ה אמרינן דאי נתינה בע"כ לא שמה נתינה לא מהני גם בבע"ח ולפי מש"ב דזה הוה ספיקא דדינא וארעא בחזקת הלוקח קיימא א"כ מספיקא אינו יכול להוציא מיד הלוקח והנה הש"ך בסק"ח כתב ע"ז ועיין בד"מ וצ"ע ונראה דכונתו הוא להשיג על הרמ"א דהא בד"מ כתב דנתינה בע"כ הוה ספיקא דדינא והכא מרמז לסק"ך נראה דס"ל דהכא מהני נתינה בע"כ לכו"ע כמו בשם אבל באמת הרמ"א אינו סותר דברי עצמו דהא הביא הד"מ דברי הר"ן דהוה ספיקא דדינא רק במכירה על תנאי כשיתן לו המעות ואח"כ נתן לו בע"כ אבל במכירה על תנאי שיתבטל המקח כשיחזור לו המעות ואח"כ החזיר לו בע"כ בזה

לא הזכיר הד"מ כלל מ"מ דברי הרמ"א צ"ע כמש"ב כי לפי דברי רוב הראשונים נראה דלא מהני בזה נתינה בע"כ:

היוצא לנו לדינא מסי' ד' ה' ו'. א) דאין חילוק לענין טענת אונס בין שהתנה הנותן על עצמו ובין שהתנה המקבל על הנותן דבכ"מ מהני טענת אונס ואף שדעת המתנה היה בכל אופן מ"מ כיון דבעינן גם דעת המקנה ודעת המקנה ודאי לא היה להקנות לו אלא דוקא אם יעבור. על התנאי ברצון אבל לא באונס. ודלא כדמוכח מדברי המג"א סי' ק"ח דס"ל לחלק בין שהתנה הנותן ובין שהתנה המקבל א"כ לנידון שאלתנו אף שהתנה האשה על המקדש שאם לא יכניסנה לז"פ לא יהא לו עליה כלום היינו שתהא הקדושין בטלין וגם המעות יהא אצלה במתנה ולא תחזירן ואח"כ אירעו אונס שלא יכול לכונסה. מלבד שהקדושין בטלין גם המעות צריכה להחזיר לו. ב) אם התנה המלוה שאם לא תפרעני לז"פ תהא השדה שלי מעכשיו ואח"כ מת אין כאן פלוגתא בין הרמ"ה ובין הריטב"א וכו"ע מודים בזה דיכולין היורשין ליתן המעות ולפדות ואין חילוק בזה בין שהתנה המלוה ובין שהתנה הלוה. אבל אם התנה שתהא השדה שלי מעכשיו רק אם תחזיר לי המעות לז"פ יתבטל המקח למפרע אז דוקא הוא יכול לפדות אבל לא היורשין וגם בזה אין חילוק בין שהתנה המלוה ובין שהתנה הלוה. ג) אם התנה המלוה שאם לא תפרעני לז"פ תהא השדה שלי מעכשיו מהני בזה פרעון בע"כ לכו"ע ודלא כמו שנראה לכאורה מתוס' דגיטין דלא מהני בזה פרעון בע"כ. אבל אם התנה שתהא השדה שלי מעכשיו רק אם תחזיר לי המעות לז"פ יתבטל המקח למפרע בזה נראה לפי שיטת רוב הראשונים דנתינה בע"כ בזה הוה ספיקא דדינא. רק לשיטת הסה"ת והריטב"א נראה דאין בזה ספיקא ומהני בזה נתינה בע"כ לכו"ע. ואף שיש להצטרף דבריהם שיטת הרבה ראשונים דס"ל דהעיקר הוא כלישנא בתרא דרבא מ"מ לפי מה שבארנו דהכא ארעא בחזקת הלוקח קיימא א"כ יכול הלוקח לטעון קים לי כשיטת הראשונים דס"ל דנתינה בע"כ הוה ספיקא דדינא וארעא בחזקתי קיימא ועדיין המכירה אינה בטלה אך יכול לכופו ע"י ב"ד שיקבל המעות מדעתו ויחזיר לו השדה כמו שכתבו התוס' (בגיטין עה.) ד"ה מכלל כו' שאם היה בפניו יעשוהו ב"ד לקבלם בע"כ ועיין בחידושי הרשב"א שם:

סימן ז

שאלה מי שנתן גט לאשתו ע"מ שתתן לפ' מאתים זוז ולא רצה הלה לקבל ונתנה לו בע"כ אם זה הוה כמו שהתנה ע"מ שתתני לי דאם נתנה לו בע"כ הוה גט פסול. ולכמה פוסקים הוא ספק גט. או דלמא דוקא בשהתנה ע"מ שתתני לי אבל לא בשהתנה ע"מ שתתן לאחר דשם מהני אפי' אם נתנה לו בע"כ:

תשובה הנה הרשב"א בתשובה בת"א סי' ת' (הביאו הב"י בסי' ר"ז מחו' א') כתב וז"ל ואפי' למ"ד לא שמה נתינה אם אמר ע"מ שתתן לראובן ק"ק זוז ה"ז נותנים לו וזכה בשדה ואפי' בע"כ של בעל השדה ובע"כ של ראובן שהתנה לו בנתינת הק"ק שלא אמרו נתינה בע"כ לא שמה נתינה אלא בנתינה לעצמו באומר ע"מ שתתני לי ק"ק זוז אבל במתנה ליתן לאחר אפי' נתנו לאותו אחר בע"כ ה"ז נתינה עכ"ל. ולכאורה מדברי הרשב"א הלנו יש ללמוד דגם גבי גט נמי מהני נתינה בע"כ כשמתנה על אחר אבל לאחר העיון נ"ל דאינו כן. דדוקא גבי זכי בשדה זו ע"מ שתתן מאתים זוז שם אמרינן דאף כשמתנה על עצמו ע"מ שתתן לי דבדוקא קמכוין ואם נתן לו בע"כ לא שמה נתינה. מ"מ כשמתנה על אחר כיון דשם רק להרוחה דאחר קמכוין ולכך נתינה בע"כ שמה נתינה לכו"ע אבל גבי גט דאמרינן דלצעורי קמכוין אפי' כשמתנה עמה שתתן לאחר אמרינן דבדוקא קמכוין ולא מהני נתינה בע"כ אי אמרינן לא שמה נתינה ובזה נתיישב דברי הר"ן בפ"ג דשבועות דכתב וז"ל וכן אתה אומר בד"מ שדי נתונה לך אם איני נותן לך מאה מנה מכאן ועד יום פ' ורצה ליתן והלה לא רצה לקבל לא קנה שדה שלא נתכוין אלא במה שהיה בידו לעשות וכדאמרינן לענין גיטין בפ' כל הגט (ל.) ההוא דאמר אי לא מפייסנא להוי גיטא אזל פייסה ולא איפייסה ומסקנא הא פייסה ולא איפייסא כלומר ולא הוה גיטא וההיא דאמרינן בפ' מי שאחזו (ע"ה) ע"מ שתתני לי שתי מאות זוז נתנה בע"כ אינה מגורשת גיטין שאני שאפי' אמר מחולין לך אינו גט עד שתתן ועוד דהתם מקבל הוא דאתני ועד שיהיו נתונין לי ממך משמע הרמב"ן ז"ל עכ"ל. והנה הגאון רעק"א באו"ח סי' ק"ח בהגהותיו תמה ע"ז וכתב וז"ל ובדברי הר"ן הנ"ל תמהני במ"ש דגיטין שאני דאפי' מחולין לך לא מהני הא גם בד"מ הכי הוא דהא הש"ס מדמי זה לבע"ח ולהדיא כתב הרשב"א והר"ן בפ"ז דגיטין דבמזכה לו חפץ ע"מ שתתן לי ר' זוז ונתנם לו בע"כ דתלי בב' לשונות דשם וצ"ע עכ"ל. אבל לפי מש"ב דגבי גיטין אפי' אמר ע"מ שתתן לאחר נמי לא מהני נתינה בע"כ א"ש דברי הר"ן כי שני התי' המה שניהם מוכרחים לדינא ואינם סותרים כלל לדברי הר"ן והרשב"א דגיטין דהא דמתרץ בתי' הראשון דגיטין שאני שאפי' אמר מחולין לך נמי לא הוה גט ולכך גבי גט אפי' אם אמר ע"מ שתתן לפ' נמי לא מהני נתינה בע"כ מהאי טעמא דלצעורי קמכוין וזה שנתנה לפ' בע"כ לא הוה נתינה ואפי' זה שאינו רוצה לקבל הוה כמו שאמר לה מחולין לך נמי לא מהני. אבל היכא שהתנה המקבל על עצמו ע"מ שתתן לי אפי' בד"מ נמי לא מהני לכך מתרץ בתי' השני דהתם מקבל הוא דאתני ועד שיהו נתונין לי משמע. וכן מוכח מתחילת דברי הרמב"ן דכתב דוקא שדי נתונה לך אם איני נותן לך מאה מנה אם לא רצה לקבל לא קנה שדה משום

דהתם התנה הנותן על המקבל. אבל היכא דהתנה המקבל על עצמו בדוקא התנה. אלמא דגם בתי' הראשון של הרמב"ן לא פליג על תי' השני ושניהם אמת לדינא. ובזה יתיישב ג"כ דברי הריב"ש בתשובה שפ"ז דהביא תי' קמא של הרמב"ן. מ"מ נראה דלא פליג על דברי הר"ן דגיטין אלא כונתו ג"כ כמ"ש דבגיטין לא מהני נתינה בע"כ אפי' התנה ע"מ שתתן לפ':

ומ"מ דברי הר"ן הללו בשם הרמב"ן עדיין צריכין ביאור דלכאורה תמוהים מאוד דהאיך הקשה על הא דשדי נתונה לך אם איני נותן לך מאה מנה מהא דה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוזי. הא הכא גבי שדי נתונה לך כיון דהלה אינו רוצה לקבל א"כ הוא אנוס דמאי הו"ל למיעבד לכך לא קנה השדה דהא אונס רחמנא פטרי'. אבל גבי גט הא לא מהני טענת אונס משום דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן כמו שביאר הר"ן בעצמו בקדושין דלכך לא מהני טענת אונס גבי קדושין לר"י וס"ל דאונסא כמאן דלא עביד משום דאע"ג דנאנס מ"מ היא אינה מתרצית בקדושיו עד שיתקיים התנאי. א"כ ה"נ גבי גט הא הוא אינו גומר לגרש אלא דוקא עד שתקיים התנאי לכך לא מהני טענת אונס שלה וכיון דהוא התנה התנאי שהוא לטובתו לכל השיטות שביארתי למעלה בסי' ב' אמרינן דביטול התנאי מחמת אונס לא הוה כקיום התנאי. אבל לאחר העיון היטב בדברי הרמב"ן נראה דס"ל דכל היכא שמתנה אם איני נותן לך והלה לא רצה לקבל הוה כאלו נתקיים התנאי. וכן נראה דגם הא דס"ל להרמב"ן שם דהיכא שנשבע ליתן לחבירו והלה לא רצה לקבל דפטור משבועתו. לא מטעם אונס אתא עלה אלא משום דהוה כאלו כבר נתן לו. דהא כתב שם דדבר ברור הוא דלהנאתו דהמקבל קאמר וכיון דהלה לא רצה לקבל פטור. וכן מפורש להדיא בתשובת הריב"ש סי' שפ"ז דכתב שם וז"ל אבל אתן לפ' וכן בנדון זה אעפ"י שאין בידו לקיים לגמרי בידו לבטל מפני שהוא שותף במעשה חלה עליו שבועת בטוי וחייב לתת ואם לא רצה חבירו לקבל אנוס הוא וכ"ש שאין במשמע אתן לפ' אלא אם ירצה לקבל שהרי להנאתו נתכוין וסתמו כפירושו נמצא שאם לא רצה לקבל הרי הוא פטור גמור לא מדין אונס אלא שלא נתבטלה כלל שבועתו והראי' מדתנן בפ' קונם יין כו' וע"כ לא בעי התם דלימא זהו כבודי אלא מפני שתלה נדרו בקבלתו ואמר אם אין אתה נוטל הא אם אמר אם אין אני נותן לא אמר אלא להנאתו של מקבל ואם לא רצה לקבל פטור כו' עכ"ל. ולפי"ז א"ש מה דהקשה הרמב"ן מגיטין דאמאי לא מהני שם נתינה בע"כ כיון דהלה אינו רוצה לקבל הא הוה כאלו נתקיים התנאי. ומתרץ דהתם גבי גט אפי' מחולין לך נמי לא מהני:

אך לפ"ז צריך להבין דברי הרמב"ן מה דהביא שם ראי' מגיטין גבי אי לא מפייסנא ומסקינן הא פייסה ולא איפייסה כלומר ולא הוה גיטא. הא שם אמרינן להדיא דלא הוי גיטא רק אי אמרינן יש אונס בגיטין. ונראה לישב דבריו עפ"י דברי התוס' דגיטין שם ד"ה מי יהיב לה תרקבא דדינרי ולא איפייסא דכתבו שם וז"ל אע"ג דלית לי' אין טענת אונס בגיטין והוה גט וא"ת וכי יהיב לה נמי תרקבא דדינרי אמאי לא הוה גיטא הא לא איפייסא ואומר ר"י דאי לא פייסנא לה משמע אם לא אטרח לפייסה בדבר גדול ואי יהיב לה הרי טרח לפייסה וקיים תנאו אעפ"י שלא נתפייסה עכ"ל. והמהרי"ט ח"א בסי' קל"א למד מדברי תוס' הללו שאם היה אומר אם לא מתפייסה אפי' יהיב לה תרקבא דדינרי לא מקיים תנאו דהא לא אתפייסה יעו"ש. א"כ אנו למדין משם דאם אמר אם לא מתפייסה כ"ז שלא נתפייסה לא נתקיים התנאי. אבל אם אמר אם לא אפייסה כיון שטרח לפייסה בדבר גדול הוה כאלו נתקיים התנאי ממש אע"ג דלא נתפייסה כיון דהוא עשה מה שמוטל עליו לעשות אין אנו חוששין כלל מה שהיא לא נתפייסה. א"כ יש ללמוד משם ג"כ דהיכא דאמר שדי נתונה לך אם אין אני נותן לך מאה מנה לז"פ. ורצה ליתן והלה לא רצה לקבל הוה כאלו נתקיים התנאי כיון דהוא עשה מה שמוטל עליו לעשות אין אנו חוששין כלל מה שהלה לא רצה לקבל. ומה דהביא הרמב"ן ראי' לזה מלישנא בתרא דרבא דקאמר שם הא פייסה ולא איפייסא. נראה דכוונתו דע"כ מזה מוכח דלשון לא איפייסא אין משמע רק שעליו מוטל לפייסה אף שהיא לא נתפייסה מ"מ הוה כאלו נתקיים התנאי דאי אמרינן דכ"ז שלא נתפייסה הוה כאלו לא נתקיים התנאי א"כ הוה כתלה התנאי בדעתה דידה אם היא תרצה להתפייס לא להוי גיטא. א"כ מאי מהני טענת אונס דאין לו תרקבא דדינרי למיתב לה כיון דלא תלוי התנאי בדידיה. דאם היה אומר אם לא תתפייס עד ל' יום להוי גיטא אף ללישנא בתרא דרבא הוי גט כיון דלא נתפייסה כיון דאפי' אי יהיב לה תרקבא דדינרי ולא נתפייסה הוה גט כיון שלא נתקיים התנאי כמש"כ המהרי"ט. א"כ לא שייך בזה טענת אונס כלל. אלא ע"כ מוכח מזה דלא איפייסא משמע רק שעליו מוטל לפייסה אבל בדידה אין תלוי כלל אף שהיא לא נתפייסה. ולכך סובר לישנא בתרא דרבא כיון דהוא פייסה [ואי משום דלא נתן לה תרקבא דדינרי דהוא מחויב לפייסה בדבר גדול ע"ז אמרינן דיש טענת אונס ומאי הו"ל למיעבד כיון דאין לו תרקבא דדינרי ליתן לה] לכך נתבטל הגט. ומזה למד הרמב"ן דה"ה אם אומר שדי נתונה לך אם איני נותן לך כו' דאם רצה ליתן והלה לא רצה לקבל לא קנה השדה דלא נתכוין אלא על מה שבידו לעשות והוה כאלו נתקיים התנאי. ועיין מה שהבאתי למעלה בסי' ד' בשם הגאון רעק"א בהגהותיו לאו"ח סי' ק"ת דנראה

דהוא מפרש דכונת הר"ן הוא מטעם אונס וכמו שעלה על דעתנו מקודם לפרש בדברי הר"ן אבל לפע"ד נראה ברור דכונתו הוא כמש"פ דמטעם קיום התנאי אתא עלה כמו שמבואר להדיא בדברי הריב"ש ז"ל:

והנה אף שבארנו למעלה דבגט לא מהני נתינה בע"כ אף במתנה ע"מ שתתן לפ' מ"מ נראה דזה תלוי בפלוגתא דרבנן ורשב"ג דלרבנן לא הוה גט אי אמרינן נתינה בע"כ לא שמה נתינה. אבל לרשב"ג כיון דהעכבה אינה ממנה ה"ז גט. אע"ג דהיכא שהתנה ע"מ שתתני לי מאתים זוז ולא רצה לקבל גם רשב"ג מודה דלא הוה גט. ש"ה כמש"כ התוס' (שם עה:) ד"ה כלל כו' כיון דאמר שתתני לי מאתים זוז בדעתו שיקבלם ולבסוף שאינו רוצה לקבלם לא נתקיים התנאי יעו"ש. אבל היכא שהתנה שתתן לאחר ודאי דלרשב"ג הוה גט אע"ג דנתן לו בע"כ. ולפי"ז י"ל מה שיש לדקדק קצת דלמה נקט רבא מתקנתא של הלל נשמע ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ונתנה לו מדעתו מגורשת ע"כ אינה מגורשת ולא נקט רבותא יותר ע"מ שתתני לפ' מאתים זוז מדעתו מגורשת בע"כ אינה מגורשת. אבל לפ"ז ניחא דלכך נקט ע"מ שתתני לי דבזה כו"ע מודים דלא הוה גיטא. ובע"מ שתתני לפ' תלוי זה בפלוגתא דרשב"ג ורבנן אע"ג דגבי גט גם רשב"ג מודה דלצעורי קמכוין כמש"כ הראשונים. ולכך גם לדידי' היכא דאמר מחולין לך לא מהני. מ"מ נראה דדוקא היכא שמתנה ע"ד שבידו דשם אמרינן דלצעורי קמכוין ובדוקא התנה. אבל היכא שמתנה ע"ד שאינו בידו אמרינן דלהרוחה קמכוין ולכך כיון שאמר האב איני רוצה בשימושה הוה כמחל נה ולכך הוה גיטא. עיין בשעהמ"ל ה"ג פ"ח ה' כ"ב מה שהביא בשם המכתב אליהו. א"כ ה"ה כשמתנה ע"מ שתתני לפ' והלה אינו רוצה לקבל ונתן לו בע"כ הרי הוא כמו שנתקיים התנאי והוה גיטא. א"כ לפי"ז בנידן שאלתנו דמתנה ע"מ שתתן לאחר יש לצדד ולומר דמהני נתינה בע"כ מטעם ס"ס. דהא כמה גדולי הפוסקים ס"ל דנתינה בע"כ שמה נתינה וכלישנא בתרא דרבא. וכמה גדולי הפוסקים פסקו כרשב"ג דכל העכבה שאינה ממנה ה"ג גט. א"כ הוה ס"ס דפלוגתא דרבוותא חדא דלמא קיי"ל כמ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה אף במתנה ע"מ שתתן לי. ואפי' אם נימא דנתינה בע"כ לא שמה נתינה דלמא קיי"ל כדברי הפוסקים דפסקו כרשב"ג א"כ במתנה ע"מ שתתן לאחר מהני נתינת בע"כ לדידי' אף אם נאמר דבמתנה ע"מ שתתן לי לא מהני וכמ"ש וצ"ע:

סימן ח

שאלה אם אסר אחד לחבירו זכי בשדה ע"מ שתתן לפ' מאתים זוז והלה רצה ליתן לפ' והוא לא רצה לקבלם, ונשאר המעות ת"י ולא זרקם לרשותו. אם זה מיקרי נתינה בע"כ

וזכה בשדה דהוה כמו שקיים התנאי או לא וכן לענין גט דצדדנו למעלה דמהני מטעם ס"ם. אי מהני כה"ג או לא:

תשובה הנה הב"י בסי' קמ"ג כתב וז"ל והוי יודע שמורי הרה"ג הריב"ר נר"ו כתב בתשובה דלמ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה אע"ג שלא קבלם אין חשש בזה שאין חיוב אלא על הנותן ליתן וכן משמע מלשון התוס' דגיטין שם דכ' וגם אם היה בפניו יעשוהו ב"ד לקבלם בע"כ עכ"ל. ואם איתא דלמ"ד נתינה בע"כ לא הוי נתינה עד שיקבלם מדעתו מה תירצו יעשוהו ב"ד לקבלם בע"כ והרי סובר דלא שמה נתינה אם כפוהו לקבל אלא ודאי לכו"ע אם קבלם המקבל אפי' ע"י כפיה שמה נתינה כו'. וכן נראה בפי' מלשון הרמב"ם כו'. וראיתי מי שהשיג עליו וז"ל הכלל העולה מדבריו דליתא בין לישנא קמא ללישנא בתרא אלא דללישנא קמא אם לא קבל המעות בידו בפועל לא הויא נתינה ואם קבל בידו אפי' ע"כ הויא נתינה וללישנא בתרא אפי' לא קבל המעות בידו אלא כל שאמרה שקול זוזא אפי' שלא רצה לקבל בפועל הוי נתינה ודברים הללו קשה לשמעם ומה שרצה לדקדק מדברי התוס' ליתיה דמה ענין עשוי ב"ד שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ומחזיר הבית לבעלים לנתינה בע"כ אי הויא נתינה קבל בפועל או לא קבל בפועל דאפי' אי הוי דינא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה קבל או לא קבל ב"ד יכול לכוף אותו לכך וכמ"ש הרשב"א כשהביא דבר זה בשם התוס' ז"ל וא"ת לרבא מפני מה היה נטמן כיון דנתינה בע"כ [לא] הוי נתינה י"ל שאם לא היה נטמן היו ב"ד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני כיון שיש עליו מן הדין לקבלם ע"כ הלכך כיון שיש עליו לקבלם מה"ד דין הוא לכוף אותו כ"ש דסוף סוף כשאומר רוצה אני נמצא שקבלן מדעתו והוי תחילתו באונס וסופו ברצון ומיהו הראיה על שאין צריך לקבל בפועל למ"ד הויא נתינה היא כתובה באותו דיבור עצמו של תוס' וז"ל וכן בהזהב כי א"ל שקול זוזך לא הוי אפי' כש"ח וע"כ דמיירי בשלא רצה האחר לקבל ונשארו בידו דהיכי שייך למיהוי עלייהו כש"ח אם קבלם האחר בע"כ בפועל כו' עכ"ל הב"י ותמה שם על הרב המשיג שמתחילה כתב שדברים הללו קשה לשומעם. ואח"כ דקדק מדברי התוס' כדברי המהר"י ברב. ואנכי מצאתי בס"ד בתשו' הב"י אה"ע סי' ג' תשובת המהר"י ברב כי שם הוא דבריו מדוקדק כמו שהביא הב"י בשמו. ואח"כ איתא שם תשו' הב"י. וגם שם מדוקדק כמו שהביא הב"י בשם הרב המשיג וחתם ע"ז נאום הצעיר יוסף קארו. ונפלאתי מאד הא הב"י בעצמו אדרבה השיג על הרב המשיג. אח"כ מצאתי בתשובת המהר"ם אלשקר בסי' ל"ב דשם השיג על המהר"י ברב על האי עובדא דהורה המהר"י ברב להחמיר בקדושין אלו. והמהר"ם אלשקר השיג עליו והורה להקל. והרואה יראה להדיא דתשובת

הב"י זו היא תשובת מהר"ם אלשקר ולא תשובת הב"י והחתימה היא בט"ס שהמאסף מצאה בין כתבי הב"י וע"כ היה סבר דזה היא תשובת הב"י אבל באמת זה הוא דבר שא"א שהב"י יכתוב על רבו דברים כאלו ובפרט שהב"י בעצמו אדרבה השיג ע"ז. ומ"מ נראה שלהב"י לא הגיע רק תשובת מהר"ם אלשקר בקיצור כפי מה שנמצאה בב"י. אבל תשובת המהר"ם אלשקר בעצמו הארוכה לא ראה הב"י דשם מבואר דבריו ביותר ולא היה תמה מה שכתב מתחילה דדברים קשים לשומעם ואח"כ דקדק מדברי התוס' כדברי המהר"י ברב כי בתשובת המהר"ם אלשקר מבואר להדיא דבזה ס"ל ג"כ כמהר"י ברב דלמ"ד שמה נתינה אפי' לא קבל בפועל הוה נתינה. אך בזה פליג על המהר"י ברב וסובר דלמ"ד לא שמה נתינה אפי' קבל בפועל לא הוה נתינה עד שיקבלם מדעתו אבל אם קבלם בע"כ דהיינו ע"י כפיה לא מהני וע"ז היה עיקר השגת מהר"ם אלשקר על המהר"י ברב דמדקדק מדברי התוס' דע"י כפיה מהני לכו"ע דהא כוונת התוס' הוא ע"י כפיית ב"ד ואומר רוצה אני וא"כ הוה כמו שקבלם מדעתו אבל ע"י כפיה בלבד לא מהני. ומ"מ הדין של המהר"י ברב שרוצה להוכיח לנדון שלו שאף שלא נתן לה כלל רק כיון שרצה ליתן נמי מיקרי נתינה בע"כ ומקודשת כתב דיש להוכיח בפשיטות מדברי התוס' שם דכתבו דכי אמר לו שקול זוזך לא הוי עלייהו אפי' כש"ח. זהו תורף דברי מהר"ם אלשקר כפי מה שמבואר שם להדיא. אך המהר"ם אלשקר כתב בעצמו דזהו דלא כהרשב"א דנראה מדבריו בתשובתו דצריך נתינה בפועל וכתב שם והמראה עצמו שרוצה לקיים תנאו אינו כמקיים. ובאמת נפלאתי על המהר"ם אלשקר דהאיך דחה דברי הרשב"א המבוארים להדיא בת"א סי' רכ"ט כ"ז שלא זרקם לרשותו לא הוה נתינה כלל מפני דקדוק דברי התוס' הנ"ל. ובאמת מדברי התוס' אין שום ראיה דש"ה דהוה פרעון החוב א"כ כשאמר הרי לך מעותיך ורצה ליתן לו והוא לא רצה לקבל ס"ל להתוס' דהוה פרעון ואף שלא זרקם לתוך רשותו נמי מפטר מאחריות. אבל הכא דבעינן קיום התנאי א"כ כ"ז שלא זרק ולא נתן לו לא מהני כלל משום דזה לא מיקרי נתינה כלל מה שרוצה ליתן כמ"ש הרשב"א ז"ל:

גם מה שהביא הב"י ראיה לדברי רבו וז"ל ומ"מ נ"ל דאפשר להכריע סברת התוס' בזה ממ"ש לקמן אמתני' דקתני כלל ארשב"ג כל עכבה שאינה כו' וי"ל דהכא ודאי להרוחה בעלמא עשה כן וכיון שמת ולא איצטריך הוה כאלו נתקיים התנאי אבל התם ע"מ שתתני לי ר' זוז בדעתו שיקבלם ולבסוף כשאינו רוצה לקבלם לא נתקיים התנאי עכ"ל ומשמע דבשאינו מקבלם לבסוף מיירי וכמ"ש מורי נר"ו דאל"כ הכי הול"ל ולבסוף כשמקבלם ע"כ לא נתקיים התנאי עכ"ל הב"י. לפע"ד נראה דאין זה ראי' דכונת התוס' שהוא לא

קבלם דאי קבלם א"כ הרי נתרצה ומה לנו מה שהיה בתחלה בע"כ כיון דלבסוף נתרצה וקבלם. אע"כ דלא קבלם כלל מ"מ ודאי די"ל גם לדברי התוס' דהיא נתנה לתוך רשותו אך הוא לא קבלם משם. וגם הט"ז שם סק"ט כתב וז"ל וחכם אחד השיב על ראייתו שאינה ראיה והביא ראיה אחרת וב"י עצמו הביא ראי' שלישית ותמהתי למה לא הביא ראי' פשוטית מדברי התוס' הנ"ל במה שהקשו למ"ד לא הוה נתינה א"כ למה היה נטמן בראשונה כו' ואי ס"ד דעכ"פ צריך קבלה למ"ד הוה נתינה אעפ"י שהיא בע"כ למה לא הקשו התוס' גם למ"ד הוה נתינה למה היה נטמן היה לו לסרב מלקבל אלא ודאי דא"צ קבלה כלל להך מ"ד וזו היא ראי' ברורה שאין עליה תשובה עכ"ל וגם ראייתו אינה ראיה מוכרחת רק דלמ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה לא בעי גם קבלה היינו שקבל בע"כ אבל אכתי מ"מ אין ראי' לדינו של המהר"י ברב בעובדא דידי' דשם לא נתן המקדש כלל אלא שהיה רוצה ליתן והיא לא קבלה מנ"ל דכה"ג מהני ובאמת גם על המהר"י ברב בעצמו יש לתמוה דהאיך הכריח לדינו שאף כשרוצה ליתן והיא לא קבלה נמי מהני משום דליכא למימר דכל הפלוגתא דנתינה בע"כ שמה נתינה הוא היינו שקבל בע"כ משום דכה"ג לכו"ע מהני לפי דעתו מ"מ הא איכא למימר דפלוגתתם מיירי שהיה נתינה בע"כ היינו שזרקם לרשותו והוא לא קבלם משם כמש"כ הרשב"א בתשובה אבל היכא שרצתה ליתן והוא לא קבל וע"כ לא נתנה כלל ונשאר ברשותה מנ"ל דכה"ג נמי מהני ומיקרי נתינה בע"כ דהא מסתברא למימר דכה"ג לכו"ע לא מהני משום דלא עדיפא ממחולין לך דלא מהני גבי גט:

אח"כ ראיתי דמהר"ם אלשקר בתשובה סי' ל"א כתב וז"ל דהא כי אמרינן בעלמא נתינה בע"כ הוי נתינה לאו למימרא דבעינן דוקא שיתן הנותן המעות למקבל בע"כ בפועל כגון שיכניסם בידו בע"כ או שיזרוק אותן לתוך חיקו אלא כל שבא ליתן המעות והאחר לא רצה לקבל בכי האי גוונא נמי הוי נתינה בע"כ והו"ל כאלו קבלם בפועל וכדמוכח מדברי קצת המפרשים ז"ל ומן התוס' שכתבו שם גבי נתינה בע"כ דשמה נתינה כו' וכן כתב הרמב"ן ז"ל והביא דבריו הר"ן ז"ל בשבועות פ' שבועות שתים בתרא וכמו שכתב החכם המשיב לקמן כו' עכ"ל וכוונתו הוא על המהר"י ברב שהביאו לקמן שם בסי' ל"ב (וגם הוא השיב שם על האי עובדא דבסי' ל"א). והנה נראה מדבריהם שעיקר סמיכתם של הגאונים הללו דאי אמרינן נתינה בע"כ שמה נתינה אין צריך נתינה כלל אלא כיון שהוא רצה ליתן והלה לא רצה לקבל הוה כמו נתינה סמכו על דברי הרמב"ן דשבועות שהביא הר"ן דשם מוכח לכאורה כדבריהם אבל באמת נפלאתי מאד על הגאונים הללו דהאיך אפשר לומר כן בדעת הרמב"ן דהא מבואר בסה"ת שער נ' דס"ל להרמב"ן דאף בפרעון

דכו"ע מודים דפרעון בע"כ הוה פרעון מ"מ לא סגי כשאמר לו שקול זוזך דלא כדברי התוס' דגיטין וכן מבואר להדיא בש"מ בפ' הזהב בשם הרמב"ן (וכן מבאר דעתו הגר"א ז"ל בח"מ סי' ק"ח יעו"ש). וכן איתא בחידושי שבועות להרב נמוקי יוסף פ' ג' לאחר שהביא דברי הרמב"ן הללו שהביא הר"ן שם כתב וז"ל ולענין נתינה בע"כ לא איתברר אי שמה נתינה או לא ומיהו למ"ד שמה נתינה דוקא בפניו ולכו"ע היכא דמפייס ומחיל להו מדעת כנתינה חשבינן לה (ונראה דמיירי בשאר ד"מ ולא בגט דהתם לא מהני מחילה) ולענין מלוה דכ"ע מכיון שיזרקנו לרשותו וידע בו המלוה אפי' ע"כ ה"ל פרעון וכיון שכן ודאי הנשבע שיפרע לחבירו אינו יוצא ידי שבועה במביא לפניו ואמר לו ליטלן אלא עד שיזרקנו לרשותו דכיון דכה"ג הוי פרעון והיא מילתא דבידו מסתמא להכי משתבע ואם אינו בפניו והוא נשבע לפרעו בשבועה ה"ל אנוס ואונס בשבועה פטור. כל זה כתבו מן המפרשים ז"ל והרא"ה ז"ל עכ"ל המחבר. (ובדברי הנ"י הללו מבואר להדיא כדברי הט"ז בח"מ סי' ע"ג ס"ו דאף שלא תבעו נמי חלה עליו השבועה לפרעו). וכיון דאף גבי פרעון לא מהני כשרוצה לפרוע והוא אינו רוצה לקבל האיך אפשר לומר דגבי גט וגבי בתי ע"ח מהני כשרוצה ליתן והוא אינו רוצה לקבל והא דכתב הרמב"ן דמהני כשרוצה ליתן והוא אינו רוצה לקבל היינו דוקא היכא שאמר לו שדי נתונה לך אם לא אתן לך מנה לז"פ דהתם ס"ל להרמב"ן דסגי כשזה רוצה ליתן והלה לא רצה לקבל וכן כשנשבע ליתן לחבירו נמי יוצא ידי שבועה כשזה רוצה ליתן וזה אינו רוצה לקבל משום דהתם מיקרי נתינה אפי' אם רק רוצה ליתן אף שהוא לא קבל אבל גבי גיטין ובתי ע"ח דבעי נתינה כדי לזכות כנגדו ודאי גם הרמב"ן מודה לדברי הרשב"א דכ"ז שלא זרקם לתוך רשותו לא יצא ידי נתינה ולא קיים התנאי כלל ולא זכה כנגדו אפי' אי אמרינן נתינה בע"כ שמה נתינה דבזה שרוצה ליתן לבד לא מיקרי נתינה כלל שיכול לזכות בזה כנגדו גבי גט להפקיע א"ע מיד בעלה וגבי בע"ח להפקיע מיד הקונה:

אף שלכאורה מדברי הרמב"ן מדהקשה על דבריו מהא דאמרינן בפ' מי שאחזו ע"מ שתתני לי שתי מאות זוז נתנה בע"כ אינה מגורשת משמע דאי אמרינן נתינה בע"כ שמה נתינה מהני אף בכה"ג דהיא רוצה ליתן והוא אינו מקבל אבל באמת לפע"ד א"א לומר כן דהא הרמב"ן מתרץ שם ע"ז דגבי גיטין שאני שאפי' אמר מחולין לך אינו גט משמע להדיא מדבריו דזה שרוצה ליתן והוא אינו מקבל גרוע ממחולין לך וכן הסברא נותנת. וא"כ תקשה האיך אמרינן שם ללישנא בתרא דרבא דנתינה בע"כ שמה נתינה אף גבי גט אע"ג דמחולין לך לא מהני והא רבא ודאי לא פליג על ר"י וגם הרמב"ן בעצמו הא פסק להדיא כמ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה כמו שהביא שם הבעל סה"ת בשמו אע"ג דקיי"ל

דמחולין לך לא מהני ע"כ נראה ברור דכוונת הרמב"ן הוא כן דהא מדפליגי אי נתינה בע"כ שמה נתינה או לא לכאורה מוכח דלא מיקרי נתינה לכו"ע היכא שזה רוצה ליתן והלה אינו רוצה לקבל דאי אמרינן דגם זה מיקרי נתינה א"כ לא שייך לאפלוגי בנתינה בע"כ אי שמה נתינה או לא כיון דלא בעינן כלל נתינה בפועל ממש וע"ז מתרץ הרמב"ן דגבי גיטין ודאי דבעי נתינה בפועל ממש כיון דשם לצעורי קמכוין ואפי' מחולין לך לא מהני לכך ס"ל לרבא לחד לישנא דנתינה בע"כ לא מהני (וכפי מה שבארתי למעלה בסי' ז' כוונתו). ועוד דאפי' בד"מ נמי כיון שהתנה המקבל ע"ע עד שיהיו נתונים לי ממך משמע לכך לא סגי כשהוא רוצה ליתן והוא אינו רוצה לקבל ובעי ודאי נתינה בפועל ממש משו"ה ס"ל דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ואפי' זרק לרשותו בע"כ נמי לא מהני:

ומ"מ מסוף דברי הרמב"ן נראה דס"ל דהיכא דלא התנה המקבל ע"ע אלא שהתנה הנותן זכי בשדה זו ע"מ שתתן מאתים זוז לפ' והלה לא רצה לקבל ונשארו המעות ת"י זכה בשדה אע"ג דלא מחל לו האחר מ"מ כיון דלהנאתו של המקבל נתכוין וכיון שהוא לא רצה לקבל הוה כמו שנתקיים התנאי וע"כ זכה גם כנגדו ודוקא גבי גיטין משום דלצעורי קמכוין לכך אף אם התנה ע"מ שתתן לפ' נמי בעי נתינה ממש וגבי בע"ח משום דהתם הוה כמו שהתנה הנותן ע"ע אם תתן לי הדמים שלי לז"פ אחזיר לך הבית ודלא כמו שעלה על דעתי דהיכא דבעי לזכות כנגדו בעי נתינה ממש אף שמתחילת דברי הרמב"ן משמע קצת דדוקא היכא דלא בעי לזכות כנגדו אז הוה נתינה כה"ג. מ"מ א"א לומר כן דא"כ אמאי לא מתרץ הרמב"ן על קושיתו דשאני גבי גט משום דבעי ע"י נתינה זו לזכות כנגדו אלא נראה דהרמב"ן אינו מחלק בכך אבל מדברי הרשב"א בת"א סי' ת' נראה שם דפליג בזה על הרמב"ן וס"ל דאף במתנה ע"מ שתתן לאחר נמי בעי נתינה ממש אלא דמהני בזה נתינה בע"כ לכו"ע אבל מ"מ נתינה ודאי דבעי וכל כמה דלא זרק לרשותו או דהניחם לפניו בד"א לא זכה בשדה:

אח"כ ראיתי דהרשב"א אזיל בזה לשיטתו כי הוא ז"ל והריטב"א ס"ל דלא כהרמב"ן גם בנשבע ליתן לחבירו וגם שם ס"ל דבעי נתינה ממש דז"ל הריטב"א בשבועות (כה.) וא"ת היכי חיילא שבועה שאתן דהא אמרינן בגיטין דנתינה בע"כ לא הוי נתינה וא"כ נשבע זה ע"ד שאין בידו וי"ל שאין במשמע לשון שאתן בשבועות בטוי אלא שיעשה מה שבידו או שיניחנו לפניו או שיזרקנו לידו או לרשותו לפניו ואם לא רצה לקבל הרי הוא פטור עכ"ל וכן נראה דזהו דעת הרשב"א שם (אף שאינם מפורשים כ"כ להדיא) דז"ל ונשבע ליתן לעשיר שאמרו שהוא חייב משום שבועות בטוי דוקא כשאותו אחר רוצה לקבל אבל אם אינו רוצה לקבל נפטר זה משבועתו שלא על דעת שיקבל האחר בע"כ נשבע

וכן בכל תנאים דעלמא כיוצא בזה וכדאמרינן בגיטין ה"ז גיטך אם לא פייסתיך פייסה ולא איפייסה ואסקינא דאין זה גט דלא תרקבא דדינרי יהיב לה דהא פייסה ולא פייסה וכן הדין בכל מיני ממונות באומר שדי נתונה לך אם איני נותן לך מאתים זוז נתן לו ולא רצה לקבל כבר קיים זה תנאו ומעות לא קבל ושדה אין לו ולא שיהא כההיא דנתינה בע"כ דאיבעי לן בפ' מי שאחזו אי שמה נתינה אי לא דההיא דמתנה ליתן את שלו ע"מ שיתן לו חבירו מאתים זוז כאומר לאשתו ה"ז גיטך ע"מ שתתני מאתים זוז דהאשה שלו ולא רצה לקבלם שתפטר אשתו ממנו וכן בבע"ח כו' עכ"ל ומדכתב שלא ע"ד שיקבל האחר בע"כ נשבע משמע להדיא דס"ל כהריטב"א דקבלה לא בעי ואף שלא קבל מ"מ יצא ידי נתינה בזה שזרקם לתוך רשותו אבל מ"מ נתינה ודאי דבעי. וכן פליג גבי שדי נתונה לך אם איני נותן לך מאתים זוז דדוקא כשנתן לו ולא רצה לקבל אז הוא דאין לו שדה. ודלא כדברי הרמב"ן דס"ל דסגי כשרוצה ליתן:

ויותר מבואר דהרשב"א ס"ל כהריטב"א בגיטין בחידושיו בפ' מי שאחזו דז"ל עוד נראה לומר דאפי' למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה היינו דוקא שהנותן נפטר בנתינתו וזכה במה שבידו בקיום תנאו והיינו טעמא דגט והיינו טעמא דבית בבע"ח זכתה האשה בגט שבידה וזכה הלה בבית בקיום תנאו וה"ה לנשבע ליתן לחבירו נותן לו בע"כ ונפטר אבל שתהא נתינה לגבי מי שנתן להם בע"כ לא שא"א לזכות לאדם בע"כ והיינו טעמא דמתנה וה"ה והוא הטעם לאומרת תן לי מנה ואתקדש אני לך ונשבע הלה ליתן לה ונתן לה בע"כ יצא הלה ידי שבועה והיא אינה מקודשת כנ"ל כו' עכ"ל הרי מדייק הרשב"א להדיא דדוקא כשנתן בע"כ הוא דיצא ידי שבועה. ודלא כהרמב"ן דס"ל דסגי כשרוצה ליתן:

והנה יש להקשות על שיטת הרמב"ן דס"ל דהיכא דלא התנה המקבל ע"ע סגי כשזה רוצה ליתן לו אף שהאחר אינו רוצה לקבל הוה כנתינה א"כ אמאי אמרינן בנדרים (סג:) האומר לחבירו קונם שאת נהנית לי אם אין את בא ונותן לבני כור של חטין ושתי חביות של יין כו' וחכ"א אף זה יכול להפר את נדרו שלא עפ"י חכם ויאמר לו הרי אני כאלו נתקבלתי ולפי דבריו ז"ל אמאי צ"ל הרי אני כאלו נתקבלתי דזה הוה כקיום התנאי ממש כמ"ש הר"ן בפ' מי שאחזו יעו"ש. הא אפי' רק יאמרו דאינם רוצים לקבל נמי סגי ונראה דש"ה דהתנה על בניו הסמוכין על שולחנו וכן כתב הר"ן להדיא שם (כד.) דלכך מהני מה שיאמר האב הרי אני כאלו נתקבלתי יעו"ש א"כ הוה כמו שהתנה המקבל ע"ע היינו קונם שאת נהנית לי אם אין את נותן לי כור של חטין וכל היכא דמתנה ע"ע ודאי דבעי נתינה ממש אף לדברי הרמב"ן דהתירוץ הראשון לא פליג על תירוץ השני כמו שביארתי למעלה (בסי' ז'):

אמנם ראיתי להגאון בעל מחנה אפרים בה' זו"מ סי' כ"א דכתב וז"ל ואצ"ל לאותו תירץ שכתב בפ"ג דשבועות דלא אמרו לא שמה נתינה אלא בגיטין וכמ"ש לעיל משום דלצעורי קמכוין וכן נ"ל עיקר דבעלמא אע"פ שהתנה המקבל כל שזה רוצה ליתן הרי נתקיים התנאי ואע"פ שזה אינו רוצה לקבל וכי תימא א"כ במתני' דנדרים דהאומר קונם כו' אם אין את נותן לי כור א' יכול לומר הריני כאלו התקבלתי ואמאי בעי למימר הריני כאלו התקבלתי כיון שרוצה לתת לו סגי כבר הקשה לה בירושלמי ואמרו דמתני' איירי בדלא בעי למיתן לי' ומשו"ה צריך לומר הריני כאלו התקבלתי כו' עכ"ל ונפלאתי על דבריו מאד דלפע"ד אדרבה מדברי הירושלמי מבואר להדיא דאף כשרוצה ליתן בעי למימר הריני כאלו נתקבלתי דז"ל הירושלמי שם עד כדון הוא דבעי מיתן לה ברם ההוא דלא בעי מיתן לי' יכול הוא אמר לי' לא בעית אלא מיבדקינך כיון דחמיתך מצטער הרי אני כאלו נתקבלתי ע"כ ופי' הבעל ק"ע והפ"מ עד כדון בעיא בפני עצמה עד כאן לא שמענו במתני' דמותר אלא כה"ג שזה רוצה ליתן לו וזה אומר הריני כאלו התקבלתי ברם ההוא דלא בעי מיתן לי' ואם זה אינו רוצה ליתן לו מאי ומשני יכול הוא לומר לו לא רציתי אלא לבדקך וכיון שאני רואה שאתה מצטער הריני כאלו נתקבלתי ולפע"ד פירושם מוכרח בדברי הירושלמי א"כ הרי מבואר להדיא דאף כשרוצה ליתן אפי"ה בעי למימר הריני כאלו נתקבלתי אלא ע"כ צ"ל כמש"כ משום דהכא כיון דהבנים סמוכין על שולחנו הוה כמו שהתנה המקבל ע"ע והיכא שהתנה המקבל ע"ע לאו דוקא בגיטין משום דלצעורי קמכוין בעי נתינה ממש אלא אפי' בכ"מ כ"ז שלא נתן אף בע"כ היינו שזרק לרשותו בזה שרוצה ליתן לבד לא מיקרי נתינה אף לדעת הרמב"ן מ"מ צ"ע דא"כ כשאין הבנים סמוכין על שולחנו דשם הוה כמו שהתנה על אחרים ובהתנה על אחרים הא בארנו למעלה דדעת הרמב"ן והר"ן דשבועות דבשאר דברים לבד מגיטין סגי רק כשרוצה ליתן לבד דזה נמי מיקרי נתינה. והא הר"ן שם בנדרים (כ"ד.) כתב להדיא דבבנים שאינם סמוכין על שולחנו צריכים הם לומר הרינו כאלו נתקבלנו ואולי י"ל כיון שמתנה על הבנים שלו אף שאינם סמוכין על שולחנו זה לא הוה כמו שהתנה על אחרים ובזה ג"כ בעי נתינה ממש ובדוקא התנה וצ"ע:

ולפי מה שבארנו דכשנשבע ליתן לפ' והלה אינו רוצה לקבל פליגי בזה הרמב"ן והר"ן עם הרשב"א והריטב"א. דהרמב"ן והר"ן ס"ל דאינו צריך ליתן לו כלל וסגי כשרוצה רק ליתן. והרשב"א והריטב"א ס"ל דעכ"פ צריך להניח לפניו או לזורקם לתוך רשותו. יתבאר שפיר דבמה פליגי נמי השתי דיעות בשו"ע יו"ד סי' רל"ו ס"ב בהג"ה וז"ל וכ"ש שהנשבע עצמו צריך לקיים שבועתו אם אפשר אעפ"י שבתחלה היה שבועת שוא כגון

שנשבע לישא אשה פ' ושמא לא תתרצה ואיכא שבועת שוא מ"מ כשהיא רוצה צריך לקיים שבועתו (מהרי"ק שורש כ"ב) וי"א דבכה"ג לא מיקרי שבועת שוא רק שבועת בטוי דהנשבע ליתן דבר לחבירו והוא אינו רוצה לקבלו פטור משבועתו וה"ה אם אינה רוצה להנשא לו ולכן לא הוי רק שבועת בטוי (כן משמע מתשובת ריב"ש סי' שפי"ז הביאו הב"י) עכ"ל והט"ז בסק"ו כתב ע"ז וז"ל ונראה דמודה דיעה זאת באתן מנה לפ' שאין שם שבועת שוא שהרי יש בידו הנתינה עכ"פ ואם לא ירצה חבירו לקבלו הרי הוא לא נשבע על הקבלה משא"כ בשבועה שישאנה שא"א לו כלל לקיים הנישואין כל שהיא מעכבת. והי"א ס"ל דגם שבועה שאשאנה לא הוה לשוא דהוא דומיא לאתן רק שחייב לתובעה שתנשא לו ואם לא תרצה לא נתבטלה שבועתו כלל ואין עליו עונש כי לא נתחייב אלא להנאת המפציר בו שיתן לו מנה או שישא את האשה הזאת ואם הם אינם רוצים נקי הוא כו' עכ"ל. ובדברינו יובן יותר דברי הט"ז דבמה פליגי שתי הדיעות הללו דהי"א הוא הריב"ש הא ס"ל להדיא שם כשיטת הרמב"ן והר"ן רבו דגם בשבועה שאתן לא בעי נתינה כלל אלא בהא שרוצה ליתן נמי סגי אע"ג דנשארו בידו לכך ס"ל נמי דגם בשבועה שאשאנה נמי לא הוה שבועת שוא כלל רק מחוייב הוא לתובעה לישא אותה אם תתרצה אבל הדיעה הראשונה ס"ל כשיטת הרשב"א והריטב"א דגם בשבועה שאתן לכך לא הוי שבועת שוא משום דיכול לקיים ליתן בע"כ להניח לפניו או לתוך רשותו. וכ"ז שלא קיים הנתינה אף בע"כ לא קיים שבועתו א"כ בשבועה שאשאנה דא"א להתקיים כלל אם היא לא תתרצה בזה לכך הוי שבועת שוא לפ"ד:

היוצא מכל דברינו אלה דבגיטין אף כשמתנה ע"מ שתתן לפלוני כיון דשם לצעורי קמכוין לכולי עלמא בעי נתינה ממש וגם הרמב"ן מודה בזה דלא סגי כשזה רוצה ליתן בלבד וכ"ז שלא זרקה לרשותו לא יצאה ידי נתינה ואם לא זרקה לרשותו אלא נשארו ת"י לפ"ד רבנן דס"ל גבי ע"מ שתשמשי את אבא והלה אמר א"א שתשמשני דלא הוה גיטא הכא ודאי דלא הוה גיטא אמנם לדעת הפוסקים דפסקו כרשב"ג לפי דעת הירושלמי דנתן טעם דס"ל דאונסא כמאן דעביד וכיון דהעכבה אינה ממנה א"כ היא אנוסה על קיום התנאי והוה כמו שנתקיים א"כ הכא כיון שאפשר לזרוק לתוך רשותו ולא זרקה א"כ זה לא הוה אונס מה שלא רצה לקבל ממנה וכן כתב הרשב"א בת"א סי' רכ"ט דזה לא הוה אונס כיון שהיה אפשר לזרוק ולא זרקו יעו"ש אבל לפי מה דנראה מגמר' דידן דהטעם דרשב"ג הוא דס"ל דהיכא דמתנה על דבר שאינו בידו אף גבי גיטין להרוחה קמכוין א"כ לדעת הרמב"ן והר"ן סגי כשזה רוצה ליתן אף שלא זרקם לרשותו נמי יצא ידי נתינה והוה גיטא אבל לדעת הרשב"א והריטב"א לא הוה גיטא וכן גבי זכי בשדה

זו ע"מ שתתן לפ' מאתים זוז לפי דעת הרמב"ן והר"ן סגי כשזה רוצה ליתן בלבד ולפי דעת הרשב"א והריטב"א לא זכה בשדה כ"ז שלא זרקם לתוך רשותו ויותר מזה ס"ל להרשב"א והריטב"א דאף אם אמר לו שדי נתונה לך אם אין אני נותן לך מאתים זוז ורצה ליתן והלה לא קבל זכה בשדה דהוה כמו שלא קיים התנאי כיון שלא זרקם לתוך רשותו לא מיקרי נתינה כלל לפי דעתם. ומטעם אונס דמאי הו"ל למיעבד נמי א"א לפוטרו דאין זה אונס משום דהו"ל לזורקו לתוך רשותו כמש"כ הרשב"א א"כ במטלטלין באם אמר זכי במטלטלין זו אם איני נותן לך מאתים זוז לז"פ ורצה ליתן לו ולא קבל ולא זרקן לרשותו נראה דאינו יכול להוציא מיד הזוכה כיון שהוא תפוס ברשות יכול לטעון קים לי כהרשב"א והריטב"א דזה לא מיקרי נתינה כלל ואם אמר זכי במטלטלין זו ע"מ שתתן לפ' מאתים זוז ורצה ליתן והלה לא קבל יכול לטעון קים לי כהרמב"ן והר"ן דזה מיקרי נמי נתינה וא"כ קיים התנאי אמנם אם אמר זכי במטלטלין זו ע"מ שתתן לי מאתים זוז ורצה ליתן ול קבל לפי מה שבארנו לכו"ע לא מהני דהיכא שמתנה ע"ע ודאי לנתינה גמורה נתכוין כמש"כ הרמב"ן בתירוץ בתרא והתירוץ קמא לא פליג על תי' בתרא כמשב"ל. וכ"ש בגיטין אם אמר לה ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז אף שרצתה ליתן לו כיון שהיא לא זרקה לרשותו לא הוה נתינה כלל אף אי אמרינן נתינה בע"כ שמה נתינה ואם אמר ה"ז גיטך אם לא אתן לך מאתים זוז לז"פ ורצה ליתן לה ולא קבלה ונשאר ת"י ולא זרקן לרשותה לפי דעת הרמב"ן אין זה גט כלל דכיון דרצה ליתן לה ולא קבלה הוה כמו שנתקיים התנאי אמנם לדעת הרשב"א והריטב"א אם לא זרקן לרשותה הוה גיטא דהוה כמו שלא קיים התנאי בזה שרצה ליתן אע"ג דאין אונם בגיטין מ"מ הא כבר בארנו דאי, זה אונס:

סימן ט

ולענין קדושין אם אמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז לז"פ ורצה ליתן לה ולא קבלה ונשארו ת"י כעובדא דהמהרי"ב אף שלכאורה איכא למימר לפמש"ב דהכא סגי לדעת הרמב"ן והר"ן בשרוצה ליתן בלבד כיון דהכא לא התנה רק המקדש וא"כ התנה הנותן על המקבל ולא התנה המקבל ע"ע אבל באמת לפע"ד אינו כן דהא כתב הר"ן להדיא בגיטין בפ' מי שאחזו דלפי דעת רבינו האי גאון דס"ל דנתינה בע"כ שמה נתינה א"כ אם אמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתן לה בע"כ מקודשת אבל לדעת האחרים שפסקו שהדבר בספק אי נתינה בע"כ שמה נתינה או לא הוה ספק מקודשת ואם איתא דלדעת הר"ן גבי קדושין סגי בשרוצה ליתן בלבד. וא"כ אין נפקותא לנו אי פסקינן דנתינה בע"כ שמה נתינה או לא דאף אי אמרינן דנתינה

בע"כ לא שמה נתינה מ"מ מהני וכן מוכח מדברי הרמב"ן והר"ן בשבועו' שהבאתי למעלה דכתבו דאם אמר שדי נתונה לך אם לא אתן לך מאתים לז"פ דמהני אף כשרוצה ליתן בלבד והקשה הא גבי גיטין אמרינן ע"מ שתתני לי מאתים זוז ונתנה בע"כ אינה מגורשת ופרשנו למעלה דקושיתו הוא כיון דלא בעי נתינה כלל ואף כשרוצה ליתן בלבד סגי א"כ אמאי לא מהני נתינה בע"כ לכו"ע ואמאי ס"ל ללישנא קמא דרבא דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ופי' זה מוכח בדברי הר"ן כמשב"ל. ומלבד זה נראה דע"כ צריך לפרש כן דברי הרמב"ן דהא הרמב"ן פסק להדיא בסה"ת שער נ' כמ"ד דנתינה בע"כ שמה נתינה. וא"כ קשה למימר דהקשה ע"ע מהמ"ד דלא קיי"ל כן אבל לפ"ד ניחא אלא ע"כ דס"ל להר"ן דגם גבי קדושין אף שהתנה המקדש מ"מ כיון שהאשה אינה מתקדשת אלא לדעתה א"כ הוה כמו שהתנה האשה אם תתן לי מאתים זוז לז"פ הריני מקבלת הקדושין מאתך והוה כמו שהתנה המקבל ע"ע ולכך בעי נתינה לכו"ע וכ"ז דלא זרק לרשותה ודאי דלא הוה קדושין. אך אם זרק לרשותה והיא לא קבלה זה תלוי בפלוגתא אי נתינה בע"כ שמה נתינה או לא:

והנה הגאון בעל מחנה אפרים בה' זו"מ בסי' כ"א השיג על הר"ן דגיטין וכתב וז"ל דנראה דע"כ לא אמרו נתינה בע"כ לא שמה נתינה אלא בגיטין דוקא ומטעמא דלצעורא קמכוין אבל בעלמא דלהרוחה קמכוין כל שזה רוצה ליתן אעפ"י שזה אינו רוצה לקבל ה"ז פטור והא דיליף לה מבתי ע"ח היינו משום דהתם נתינה ודאי בעי דבלא דמים אינה נגאלת כו' אבל בעלמא כל המתנה ע"מ שתתני לי לא בעינן נתינה ממש אלא כל שזה רוצה ליתן ולקיים תנאו סגי וכן נראה מדברי הר"מ הנרבוני שהביא הטור באה"ע סי' ל"ח כו' עכ"ל וכוונתו מה שכתב שם דברי הר"מ נרבוני בע"מ שאתן לך מאתים זוז אם אמר המקדש שאין רוצה לקיים תנאו לעולם אין כופין אותו לקיימו אלא קדושין בטלין ואינה צריכה גט ומ"מ בעל נפש לא ישאנה בלא גט שמא אח"כ יאמר שרוצה לקיים התנאי לקלקל על השני ע"כ ומוכיח מזה דבקדושין מהני אף כשהוא רוצה ליתן והיא אינה רוצה לקבל דאל"כ מאי חיישינן שמא יאמר אח"כ שהוא רוצה לקיים התנאי הא בידה שלא לקבל ונפלאתי עליו דמזה אין ראי' כלל דהתם חיישינן שמא יזרוק לה בע"כ לתוך רשותה. ונתינה בע"כ לכה"פ ספיקא הוה ואולי סובר הר"מ כשיטת הפוסקים דנתינה בע"כ שמה נתינה ומה שהכריח עוד זאת מפ"ק דקדושין דאמרינן שם אמר ר"א האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ונתן לה דינר ה"ז מקודשת וישלים כיון דאמר לה במנה ויהיב לה דינר כמאן דאמר לה ע"מ דמי ואמר ר"ה כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ופריך עלה מהברייתא דתניא התקדשי לי במנה והיה מונה והולך ורצה אחד מהם

לחזור הרשות בידו ואם איתא מאי קושיא נהי דהרשות בידה לחזור כל כמה דלא קבלה דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מ"מ כל שנתרצית היא וקבלה ה"ז מקודשת למפרע עכ"ל. זה אינה ראי' משום דמשמע לי' להגמרא דאם רצה אחד מהם לחזור הרשות בידו משמע לגמרי דבחזרה יתבטלו הקדושין לגמרי ואין כאן קדושין כלל ואף אם יתקבל אח"כ נמי לא מהני אח"כ מצאתי בשעהמ"ל בה"א פ"ז ה"י שמישב קושית המח"א הנ"ל על הר"ן כמו שכתבנו:

עוד כתב שם השעהמ"ל וז"ל ואף גם זאת לדעת מהר"י ברב כו' דאף למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה אם נתנתן בע"כ בידה בחצרה לכו"ע שמה נתינה נראה דלק"מ דהכא חשיב כתנאי התלוי ביד אחרים דשמא למחר יתנם בידה או ברשותה בע"כ כו' וא"כ היכי קתני בברייתא אם רצה כל אחד מהם לחזור כו' דמשמע דמותרת לינשא לאחר ניחוש שמא למחר יתנם באונס כו' עכ"ל ודבריו תמוהים דהאיך אפשר לפרש כן בדעת המהרי"ב דס"ל דהיכא דזרק בע"כ לרשותה לכו"ע שמה נתינה דלפי"ז האיך יפרש דברי התוס' בגיטין (ע"ה.) ד"ה מכלל כו' דהקשו שם וז"ל וא"ת דהשתא לא מפליג בין בפניו בין שלא בפניו דבכל ענין בע"כ לא הויא נתינה א"כ למה היה נטמן בראשונה כו' עכ"ל וכיון דבכה"ג לכו"ע מהני א"כ מאי היה קשה להו להתוס' דלמה היה נעמן דע"כ צריך להטמין שלא יזרוק לרשותו בע"כ בפניו. אבל המעיין בדברי המהרי"ב יראה להדיא דלא עלה זאת על דעת המהרי"ב לומר כן אלא כוונת המהרי"ב שם היכא דע"י כפייה קבל בע"כ לכו"ע מהני אבל היכא דזרק לרשותו ולא קבל משם ודאי גם המהרי"ב מודה דלמ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה אפי' היכא דזרק לרשותו נמי לא מהני אבל באמת לפי"ד המהרי"ב לא קשה כלל קושית המח"א מטעם אחר. דהא דעת המהרי"ב דע"י כפייה לכו"ע מהני. ונראה דאין כונתו דהיא כפה אותו בעצמה שלא בב"ד שיקבל מידה אלא כונתו הוא שהיא כפה אותו ע"י ב"ד שיקבל מידה דס"ל כיון שכבר זכתה בגיטה והוא תלה התנאי בדעתה א"כ הוא מחוייב לקבל המעות מידה וכן משמע מדברי התוס' הנ"ל דכתבו וז"ל ואר"י די"ל דכיון דאמר לה ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז תלה הדבר בדעתה ועליו לקבלם והוי כמו בבע"ח וקמ"ל דאפי"ה בע"כ לא הויא נתינה עכ"ל א"כ משמע מדברי התוס' דזה דמי ממש לבע"ח כמו דבבע"ח מחוייב הוא לקבל המעות ולהחזיר הבית כמו כן גבי גט נמי מחוייב הבעל לקבל המעות כדי שיתקיים התנאי כיון שכבר זכתה בגיטה וכן משמע מדברי הרא"ש שם. ונראה דהוכיחו זאת דגם גבי גט מחוייב הבעל לקבל המעות דאל"כ האיך מדמה הגמרא שם ללישנא בתרא דרבא מדמהני נתינה בע"כ גבי בע"ח ה"ה גבי גט דילמא גבי בע"ח הוא דמהני נתינה בע"כ כיון

דהוא מחוייב מה"ד לקבל המעות ולהחזיר הבית לכך לא בעינן דעתו כלל אבל גבי גט אי אמרינן דהבעל אינו מחוייב לקבל מה"ד מנ"ל דמהני נתינה בע"כ דילמא כיון שאינו מחוייב לקבל כ"ז שלא נתנה לו מדעתו לא הוה נתינה כלל ועיין בתשובת המהרלב"ח בסי' קל"ד שהשיג שם ג"כ על המהרי"ב וכתב דנראה להדיא מדברי המהרי"ב דדעתו הוא שב"ד יכולין לכופו אף בגיטין. והוא השיג עליו וס"ל שאף שעל הבעל מועל מה"ד לקבל המאתים זוז כדי לקיים התנאי מ"מ לא שייך ב"ד לכופו ע"ז דבשלמא גבי בע"ח יכולין לכופו לקיים מצות גאולה מה"ת אבל בגט אעפ"י שהוא התנה עמה אם תתני לי ק"ק זוז כו' ותלה הדבר בדעתה לא בדעתו כאשר כתבו התוס' ולכן מחוייב לקבל עם כל זה אין ב"ד יכולין לכופו שיקבל דכשלא ירצה לקבל לא עבר על שום מצוה ממצות התורה כדי שיכפוהו ב"ד על כך וכ"ש בגט דבדעתו הדבר תלוי ואין כופין אותו שיקבל כדי שתהיה מגורשת בעל כרחו כו' עכ"ד. א"כ נראה מדברי הרלב"ח להדיא דבזה גם הוא מודה למהרי"ב שמחוייב הבעל לקבל כדי לקיים התנאי אך בזה פליג וס"ל דאין ב"ד יכולין לכופו על כך א"כ לא קשה כלל קושית המח"א דהאיך אפשר לפרש הברייתא דהרשות בידה לחזור היינו שלא לקבל המותר המעות ונתינה בע"כ לא שמה נתינה כיון דהיא מחוייבת מה"ד לקבל מותר המעות כדי לקיים התנאי כיון שכבר זכה הבעל בה ולפי דעת המהרי"ב הא ב"ד יכולין לכופה שתקבל מותר המעות מן המקדש ואפי' לדעת הרלב"ח כיון שיש עליה חיוב מה"ד לקבל מותר המעות האיך קאמר הברייתא הרשות בידה לחזור דמשמע דאין עליה חיוב כלל:

ונראה לפע"ד להביא ראי' לדעת המהרי"ב שב"ד יכולין לכופו להבעל לקבל מידה המעות כדי לקיים התנאי מדברי הרמב"ם בה"ג פ"ח ה"א דס"ל דבכל תנאי שמתנה עמה אם התנה ע"מ יש להנשא לכתחילה אעפ"י שעדיין לא נתקיים התנאי ואין חוששין שמא לא יתקיים ויעו"ש בהה"מ דס"ל להרמב"ם לדחות הברייתא דלאחר לא תנשא עד שתתן דפ' מי שאחזו מפני הסוגיא דפ' המגרש דקאמר שם בדרך תימא א"ה בכולי תנאי נמי לא תנסיב דילמא לא מקיימו ני' לתנאי וכתב עוד וז"ל ויש בזה דעות חלוקות למפרשים יש מי שסובר כדברי רבינו בע"מ והוא שיהיה בידה לקיימו ומ"מ לא דחו הברייתא מהלכה שאמר דשאני ע"מ שתתני לי מאתים זוז שאינו בידה לגמרי שהרי אם הוא אינו רוצה לקבל הגט פסול כמו שיתבאר למטה בפ' זה כו' עכ"ל והנה אי נימא דדעת הרמב"ם הוא דנתינה בע"כ שמה נתינה כדעת הה"מ והר"ן אך שפסול מדרבנן אפשר ליישב דברי הרמב"ם דלכך לא חיישינן לזה שמא לא יתרצה הבעל אח"כ לקבל מידה המעות. אבל באמת הא דעת הסה"ת והטור והרי"ו דדעת הרמב"ם הוא דע"י נתינה בע"כ היא ספק

מגורשת קשה האיך מתירין לה להנשא לכתחילה ולא חיישינן שמא לא יתרצה הבעל אח"כ לקבל. אבל לדעת המהרי"ב דמחוייב הבעל מה"ד לקבל המעות כדי לקיים התנאי והב"ד יכולין לכופו על כך נ"ש דלכך מתירין לה להנשא לכתחילה משום דאח"כ יכפוהו ב"ד שיקבל. ואף אם נאמר בזה דלא כהמהרי"ב וע"י כפייה בלבד לא מהני אי נתינה בע"כ לא שמה נתינה כדעת המהר"ם אלשקר. מ"מ יכפוהו ב"ד עד שיאמר רוצה אני כיון שמחוייב מה"ד לקבל והוה כמו בבע"ח דכופין אותו ב"ד לקבל ויאמר רוצה אני כמש"כ הרשב"א בחידושיו והוה כמו שקבל מדעתו. ה"ה גבי גט כיון דמחוייב מה"ד לקבל ב"ד יכולין לכופו עד שיאמר רוצה אני והוה כמו שקבל מדעתו. ומה שהקשה הרלב"ח ע"ז דהאיך אפשר לומר שב"ד יכופו ע"ז דא"כ תהיה מגורשת בע"כ לפע"ד לא קשה מידי כיון דכבר זכתה בגיטה מעיקרא רק שמוטל עליה חוב התנאי ועל חוב התנאי הא הוא בעצמו התנה שתלוי זה רק בדעתה ולא בדעתו כמש"כ התוס' וכיון שהיא רוצה לקיים התנאי יכולין ב"ד לכופו ע"ז שיקבל מידה המעות ואין זה גט בע"כ כיון שכפיית ב"ד הוא רק על קיום התנאי כפי מה שהתנה עמה. וגם לפי"ז יתיישב מה שהקשו כל גדולי האחרונים על דברי הרא"ש ז"ל דגבי איצטלית אנן פסקינן כרבנן דאם אבדה האיצטלית אינה יכולה ליתן דמיה. כתב שם הרא"ש ויראה דמדעתו הוה גט אף לרבנן והקשו וז"ל ותימא א"כ לפירושו לא פליגי רבנן ורשב"ג אלא בנתינה שלא מדעתו וא"כ תפשוט דנתינה בע"כ הוה נתינה וגם הרא"ש כתב דברי הרמב"ם שבספק עומד כו' עכ"ל אבל לפי דברי מהרי"ב דס"ל דב"ד יכולין לכופו שיקבל מדעתו נ"ש דפליגי רשב"ג ורבנן אם יכולין ב"ד לכופו לקבל דמיה בעד האיצטלית או לא אמנם מדברי התוס' דערכין (לב) ד"ה מדאיצטריך כו' דהקשו שם באיזה אופן מיירי הפלוגתא דרשב"ג ורבנן גבי איצטלית יעו"ש והרשב"א בחידושיו בגיטין מביא קושיתם ומתרץ שם באופן אחר ולא מתרצו בפשיטות דפלוגתא דרשב"ג ורבנן איירי ע"י כפיית ב"ד. נראה דס"ל כהרלב"ח דב"ד אינם יכולין לכופו גבי גט שיקבל מדעתו:

אח"ז ראיתי להרשב"א בחידושיו לקדושין (נ.) דכתב וז"ל אבל במתנה בפי' ע"מ לעלות יכול הוא לומר איני רוצה לעלות כדי שיתבטל המקח ואם לא יעלה בטל המקח משום דתנאי לא על דעת לקיים התנאי בלבד נאמר אלא אף ע"ד לבטל המעשה ואין כופין על קיום תנאו כדי שלא יתבטל המעשה בשום מקום ותנן ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ובעינן למימר התם דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ויוכל לומר שלא יקבלם ולבטל התנאי כדי לבטל המעשה בכך כו' עכ"ל והנה מדברי הרשב"א נראה דס"ל דעל הבעל אין שום חוב לקבל המעות מידה והרשות בידו שלא לקבל ולבטל הגט ולכאור'

זה תמוה כמו שהקשינו למעלה דא"כ האיך אמרינן שם לחד לישנא דנתינה בע"כ שמה נתינה ולמדין זאת מבע"ח דהאיך מדמה גט לבע"ח כיון דבבע"ח הוא חוב על הלוקח לקבל המעות וגבי גט הוא רשות להבעל לקבל או לא ונראה דס"ל דפליגי בזה גופא דהך לישנא דס"ל דנתינה בע"כ שמה נתינה ס"ל דהוא חוב על הבעל לקבל כדי לקיים התנאי והך לישנא דס"ל דנתינה בע"כ לא שמה נתינה ס"ל דאין החוב על הבעל לקבל והרשות בידו שלא לקבל וקשה דהא פליגי גם בבע"ח ושם ודאי הוא חוב על הלוקח לקבל מ"מ ס"ל ללישנא קמא ורב שימא בלישנא בתרא דנתינה בע"כ לא שמה נתינה. עכ"נ דכונת הרשב"א הוא להביא ראי' דאין כופין על קיום התנאי מדאין כופין אותה על קיום התנאי שתתן לו המאתים זוז דאם היה כופין אותה א"כ זה הוה כחוב עליה ואמאי אמרינן דנתינה בע"כ לא שמה נתינה והאיך יכול לומר שלא יקבלם מדעתו ויתבטל הגט כיון דזה הוה כפרעון החוב וגבי פרעון כו"ע מודים דפרעון בע"כ הוה פרעון וכן מבואר להדיא כדברי בדברי הרשב"א ביבמות (ק"ו) דכתב וז"ל איכא למידק היכא הוה מחייב לי' אביי למיתן לי' כו' והא הכא כיון דאתני לי' בלשון ע"מ לא מחייב לי' מידי משום דכל האומר ע"מ אין מחייבין אותן לקיים התנאי אלא אם רוצה יקיים ואם ירצה לא יקיים כו' וכן הנותן גט לאשתו ע"מ שתתן לו מאתים זוז אלו לא רצתה ליתן אין מחייבין אותה אלא שהגט תלוי ועומד אם תתן יהא גט ואם לא תתן לא יהא גט ותדע לך דהא איבעיא לן בפ' מי שאחזו גבי הרי זה גיטך ע"מ שתתן לי מאתים זוז נתינה בע"כ הויא נתינה או לא ואם איתא דמכיון דשקלתיה לגיטה איחייבה לה ליתן ליה מאתים זוז בע"כ הרי אלו עליה כחוב וע"כ מקבל כדמוכח במציעא גבי פרעיה זוזא זוזא פרעון הוה אע"כ אין מחייבין אותה אלא אם רצתה שלא ליתן הרשות בידה כו' עכ"ל אבל היכא דהיא רצתה ליתן ודאי דגם הרשב"א מודה דאיכא חיוב על הבעל לקבל כיון דכבר זכתה בגיטה. ולכך מדמי שפיר לבע"ח. ואף למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה מודה בזה. אח"כ מצאתי תשובת הרשב"א דמשם מוכח להדיא כמש"כ מתתל' דהרשב"א סובר דלמ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה אין חיוב על הבעל לקבלם ויכול גם הבעל לחזור בי' דז"ל הרשב"א בת"א סי' ת' אם אמר לחבירו זכי בשדה זו ע"מ שתתן לי ק"ק זוז והחזיק בשדה וקודם שהספיק ליתן לו הק"ק זוז חזר בו אין בדבריו כלום למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה ומסיים שם ואפי' למ"ד לא שמה נתינה אם אמר ע"מ שתתן לראובן ק"ק זוז אז זכה בע"כ יעו"ש א"כ מוכח להדיא דלמ"ד לא שמה נתינה יכול הנותן לחזור בו ואין ב"ד יכולין לכוף אותו לקבל:

סימן י

שאלה אחד נתן נט לאשתו ע"מ שתתני לי איצטלתי והתנה עמה בפירוש שאם תאבד תוכל לשלם לי בעדה. ואח"כ נאבדה ורוצה ליתן לו דמיה והוא אינו רוצה לקבל. אם מהני בזה נתינה בע"כ:

תשובה זה נ"ל פשוט דאם לא היה נאבדה האיצטלא והוא לא היה רוצה לקבל ממנה האיצטלא בזה ודאי דמהני נתינה בע"כ לכו"ע. וכיון שחזרה האצטלא לרשותו אף בע"כ נתקיים התנאי ולא דמי לע"מ שתתני לי מאתים זוז דלא מהני נתינה בע"כ. דשם היא התחייבה א"ע ליתן לו משלה. ע"כ למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה לא מהני מה שנתנה לו בע"כ כיון דהוא לא זכה בע"כ מה שהיא נתנה ברשותו בע"כ. א"כ הרי לא נתקיים התנאי מה שהתנה ע"מ שתתן לו וכונתו היה לקבלם וכל שלא קבלם הרי לא נתקיים התנאי אבל בחפץ שלו דהוא אינו צריך לזכות בזה כלל. אלא רק דהיא צריכה לקיים התנאי שהיא מחוייבת להחזיר לו החפץ שלו וכיון שהחזירה לו אפי' בע"כ ודאי דמהני:

אבל בנ"ד שנאבדה האיצטלא ורוצה ליתן לו דמיה אם מהני בזה נתינה בע"כ צריך לחקור בזה והנה התוס' בערכין (ל"ב.) ד"ה מדאיצטריך הקשו שם הא דקאמרי רבנן איצטלא דוקא קאמר במאי עסקינן אי כגון שהוא רוצה לקבל הדמים ומוחל לה האיצטלית תיפשוט בעיין דבסמוך דאמר לה מחולין לך דלרבנן לא מצי מחיל ולרשב"ג מצי מחיל ואי בשאינו חפץ לקבל הדמים א"כ תיפשוט בעיין דנתינה בע"כ הוה נתינה דהא הכא לא פליגי רבנן אלא משום דאיצטלית דוקא קאמר הא לאו הכי נתינתו נתינה כו' עכת"ד ויעו"ש מה שתירצו בזה וכן הובא קושיא זו בחידושי הרשב"א והאריך לתרץ באופן אחר א"כ מוכח להדיא מדבריהם דס"ל דהדמים בעד האיצטלית לא מצי יהיב בע"כ אמנם הרא"ש ז"ל ס"ל דמדעתו כו"ע מודים דמצי יהיב לו אפי' דמים בעדה. והקשו כולם דא"כ לפ"ד הרא"ש ע"כ פלוגתא דרשב"ג ורבנן מיירי בע"כ א"כ תיפשוט דנתינה בע"כ מהני. והנה בסי' שלפני זה תירצתי דברי הרא"ש דמיירי בנתינה בע"כ ע"י כפיית ב"ד וכפי שיטת המהרי"ב דס"ל דמהני לכו"ע אבל באמת נ"ל דאין צריך לכל זה ודברי הרא"ש ז"ל ניחא בפשיטות דהוא ס"ל דאף דנתינה בע"כ לא מהני היינו דוקא אם הוא התנה עמה ליתן לו דמים מה שהיא אינה חייבת אבל הכא הדמים בעד האיצטלית היא מחוייבת ליתן לו דהאיצטלית היא שלו וכיון דנאבדה היא מחוייבת לשלם לו וכיון דזה הוא פרעון החוב כמו דלענין פרעון מהני אפי' בע"כ כמו כן מהני נמי לענין הגט ומצאתי לישׁ"ש בגיטין דהקשה קושיא זו על הרא"ש ומתרץ ג"כ באופן זה אך מסיים שם

וכ"ז דוחק ונפלאתי על דבריו הא הסברא נותנת כך. ואדרבה נפלאתי על דברי הרשב"א הא הוא כתב להדיא ביבמות (ק"ו.) להביא ראיה דהנותן גט לאשתו על מנת שתתן לו מאתים זוז אלו לא רצתה ליתן אין מחייבין אותה אלא שהגט תלוי ועומד אם תתן יהא גט ואם לא תתן לא יהא גט. דאם איתא דמכיון דשקלתיה לגיטה איחייבה לה ליתן ליה מאתים זוז בע"כ הרי אלו עליה כחוב וע"כ מקבל כדמוכח במציעא גבי פרעיה זוזא זוזא פרעון הוה עכת"ד. א"כ ס"ל דהיכא דזה עליה כחוב מהני לכו"ע בע"כ. וא"כ באיצטלית דהיא מחוייבת בדמי האיצטלית בחוב גמור כיון דהאיצטלית היא שלו א"כ למה לא מהני בזה נתינה בע"כ לדברי התוס' והרשב"א ז"ל:

ועלה בדעתי לישב דבריהם דלכך ס"ל דלא מהני נתינה בע"כ משום דס"ל דמה"ד היא פטורה מלשלם מה שנאבדה מידה האיצטלית. אע"ג דהוה כפקדון בידה מ"מ כיון דהאיצטלית באה לידה בעוד שהיא היתה תחת בעלה ואז היה הבעל עמה במלאכתה וכיון דבתחילת קבלת האיצטלית בידה היו בעלים עמה במלאכתה פטורה גם אח"כ. כמו דאמרינן בב"מ בפ' השואל אלא שהיא חייבת מחמת התנאי שהתנה עמה ע"מ שתתני לי איצטלתי. א"כ אין זה עליה חוב אלא מחמת התנאי של הגט לכך ס"ל דלא מהני נתינה בע"כ וזה כדעת הראב"ד בהשגות בה"א פכ"א ה"ט דס"ל דהבטל מיקרי עמה במלאכתה אבל הרא"ש ז"ל ס"ל כדברי הרמב"ם שם דס"ל דהאשה ששברה כלים דהיא פטורה אינו מה"ד. אלא מפני שלום בית אבל עמה במלאכתה לא מיקרי הבעל מפני שהוא אינו שכור עמה אלא בשעה שמתעסק בצרכיה. אבל עדיין לא עלתה ארוכה לדברי הרשב"א דהא הה"מ הביא שם דהרשב"א כתב שדעתו נוטה לדעת הרמב"ם א"כ היא חייבת מה"ד. ולמה ס"ל להרשב"א דלא מהני נתינה בע"כ:

ע"כ נ"ל דס"ל להרשב"א כיון דהמשנה קתני סתם נאבדה האיצטלית משמע דמיירי הכא כסתם אבדה דש"ח פעור וש"ש חייב והאשה זו אינה אלא ש"ח על האיצטלא אע"ג דהיא צריכה להחזיר לו כדי לקיים התנאי מ"מ כיון דהיא יכולה להחזיר תומ"י א"כ מה שהיא שומרת אח"כ את האיצטלית אינה אלא ש"ח וכן משמע שם בירושלמי וא"כ מה שהיא משלמת אינה אלא מחמת התנאי שהתנה אבל מה"ד היא פטורה לכך לא הוה כפרעון אלא כמו שהיא נותנת לו וכיון שהיא אינה מחוייבת לו מה"ד ע"כ אם הוא אינו רוצה לקבל נא מהני נתינה בע"כ אבל הרא"ש מוקי המתני' שנאבדה בפשיעה א"כ היא מחוייבת מה"ד:

א"כ בנידון שאלתנו יצא לנו אם יתברר שנאבדה בפשיעה כיון שהיא מחוייבת לשלם בעד האיצטלא מה"ד דרוב הפוסקי' פסקו כהרמב"ם דהבעל אינו מיקרי בעלים עמו

במלאכתה א"כ היא מחוייבת מה"ד לשלם לו ולא מחמת התנאי של הגט ע"כ מהני נתינה בע"כ לכו"ע משום דהוה כפרעון החוב אך אם נאבד האיצטלא בלא פשיעה כיון דמה"ד היא פטורה אלא רק מחמת תנאי הגט היא מחוייבת לשלם הדמים אז נתינה בע"כ הוה ספיקא אי מהני או לא כמו גבי ע"מ שאם תתן לי מאתים זוז אח"כ ראיתי בס' מכתב אליהו דסובר דגם גבי איצטלית גופא נמי לא מהני נתינה בע"כ דז"ל בש"ת סי' י' והנה לכאורה קשיא לי בדברי הרא"ש דלפי דבריו הא דאיפלגו רבנן ורשב"ג באיצטלית אם תתן לו את דמיה הוה כשהבעל אינו מתרצה בדמים אלא באיצטלית דוקא וא"כ מאי איריא דמים אפי' איצטלית גופא הוה פלוגתא דלישני דרבא אי נתינה בע"כ הויא מגורשת ותפשוט מינה כלישנא בתרא דנתינה בע"כ שמה נתינה כו' עכ"ל ומאד נפלאתי על דבריו דבאיצטלית גופא ודאי דמהני נתינה בע"כ וכמש"ב ואפי' בדמים נמי מהני כמו שמוכח מדברי הרשב"א דיבמות ומה שכתב הישׁ"ש ע"ז שהוא דחוק נ"ל שהיה דחוק לו לומר דהרא"ש מוקי המתני' דאיירי שנאבדה בפשיעה וא"כ רוצה הישׁ"ש לדחוק אף שנאבדה באונס מ"מ כיון דהדמים הם באים מחמת האצטלית והיא חייבת לשלם לו הדמים בעד האיצטלית ע"כ מהני בזה נתינה בע"כ וזהו דחוק ולא מסתברי הכי כיון דבלא התנאי היא פטורה אבל בנאבדה בפשיעה ודאי דהדין ברור כמש"כ דמהני בזה נתינה בע"כ:

אך לכאורה מדברי התוס' שם (ע"ח.) ד"ה מכלל כו' דכתבו וז"ל וי"ל דוקא בעלמא פשיטא דהוי נתינה שאין המלוה מפסיד בקבלת הפרעון אבל הכא דע"י הפרעון צריך להחזיר הבית וכן ע"י קבלתו הוי הגט גט לא הוי נתינה עכ"ל יש ללמוד איפכא כיון דה"נ ע"י הפרעון יתקיים הגט בע"כ ומפסיד המלוה על ידו ע"כ לא מהני בזה נתינה בע"כ אבל באמת ז"א דהא כבר בררתי למעלה בסי' ד' דודאי גם התוס' מודים דבפרעון ממש כגון היכא שהלוה על המשכון והתנה עמו שאם לא יפרע לו לז"פ יהא המשכון שלו מעכשיו דודאי מהני פרעון בע"כ אף שעי"ז יפסיד המשכון וכונת התוס' הוא דדוקא גבי בתי ע"ח דזהו מכירה ממש רק דהוה כמו שמתנה עמו אף שאם יחזור לו המעות יהיה המעות מלוה מעיקרא לכך לא מהני בזה נתינה בע"כ כיון שע"י הנתינה צריך לבטל המכר מעיקרא. אבל במלוה ממש ודאי דמהני בע"כ אף שע"י זה יופסד ולא יהא המשכון חלוט לו א"כ לנידון שאלתנו נמי אע"ג שע"י הפרעון יתקיים הגט מ"מ מהני הפרעון בע"כ כיון דזה הוה מלוה ממש והדבר ברור לדעתי דאם התנה הבעל עמה ה"ז גיטך ע"מ שתפרע לי החוב מה שמגיע לי ממך. יכולה לפרוע לו בע"כ לכו"ע וממילא מתקיים הגט כיון דתלוי התנאי בפרעון החוב ובפרעון החוב הא הוה פרעון בע"כ פרעון

לכו"ע אף שע"י זה יתקיים הגט כמו שהוכחנו מדברי הרשב"א דיבמות. ולפע"ד אין חולק בזה:

אמנם זה צריך לחקור אם אין לה מעות והיא רוצה לפרע לו במטלטלין בעד האיצטלית אם יכולה או לא הנה לפי דעת המהרי"ב בתשובתו הובא בב"י סי' ג' דס"ל דאף אם התנה ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי מאתים זוז מ"מ יכולה לפרע לו בשאר דברים ולא דמי לאיצטלית יעו"ש. א"כ בודאי הכא יכולה לפרע לו בשאר דברים ואינה צריכה ליתן לו מעות דוקא. אמנם כבר השיגו עליו הרלב"ח בסי' קל"ד והמהר"ם אלשקר בסי' ל"ב וכתבו דהיכא דהתנה ליתן לו מאתים זוז אינה יכולה ליתן לו שאר דברים יעו"ש מה שהאריכו בזה לחלוק בין גבי גט דלצעורי קמכוין ע"כ לא מהני וגבי קדושין יש לצדד ולומר דמהני ומה שהליץ בעד המהרי"ב הבעל מכתב אליהו שער ח' סי' י'. לא הליץ כלום כי הוא בעצמו העיד שלא ראה תשובת המהרי"ב בעצמו וע"כ רצה לישב דהמהרי"ב מיירי היכא שהבעל מתרצה לקבל החפצים בעד המאתים זוז אבל באמת ז"א דהא מהמהרי"ב מוכח להדיא דהוא ס"ל דאפי' היכא דלא היה רצוי להדיא ע"ז נמי מהני דהא הוא מייתי ראיה מזה על עובדא דידי' והעובדא דהמהרי"ב היה כן שהמקדש התנה עמה ליתן לה לז"פ סך כו"כ ובתוך הזמן שלח נה סבלונות והמקדש רצה לחשוב הסבלונות על חשבון המעות שהתחייב ליתן לה ואמר שדעתו היה שיהא זה בחשבון. וחכם אחד רצה לבטל הקדושין מטעם זה שאף לפי דעת המקדש שרוצה לחשוב זאת בחשבון הא לא קיים תנאו כפי מה שהתנה עמה ליתן לה מעות. וע"ז השיב המהרי"ב דהא אף גבי גיטין אם התנה עמה ע"מ שתתני לי מאתים זוז יכולה ליתן לו שארי דברים ואי מיירי דהבעל מתרצה להדיא א"כ אין ראי' לעובדא דהמהרי"ב שלא היה רצוי לזה דהא היא סברה ששולח לה בתורת סבלונות ולא על חשבון המעות ועתה רוצה המקדש לחשוב בחשבון המעות והיא אינה מתרצה לזה וע"ז היה עיקר הקטטה שלהם וא"כ האיך מביא המהרי"ב ראי' מגיטין לעובדא דידיה אלא נראה ברור דהמהרי"ב ס"ל דדוקא באיצטלית אמרינן דבדוקא התנה אבל במעות שוה כסף הרי הוא ככסף ואין צריך רצוי הבעל ואף אם נתנה לו בע"כ נמי הוה גט למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה או ע"י כפיית ב"ד דס"ל להמהרי"ב שם דלכו"ע מהני אבל כבר האריכו הגאונים הנ"ל להביא ראיות חזקות כנגדו דגבי גיטין לא אמרינן שוה כסף הרי הוא ככסף מ"מ נראה בעובדא דידן אם התנה עמה בסתם שאם תאבד האיצטלית תשלמי לי בעדה כפי שווי' יכולה לפרוע לו נמי בשאר דברים דהא לא התנה להדיא שתפרע לו דוקא בכסף ולא בשאר דברים דתשלומין הוה בכל מילי אף בשוה כסף אך אם התנה שאם תאבד כאיצטלית תשלמי לי מעות כך וכך בזה צ"ע דאולי

בדוקא התנה ואינה יכולה ליתן לו שאר דברים. ואף אם מתרצה הבעל לזה נמי צ"ע דהא גם במתרצה אף שהבעל מכתב אליהו מיישב דברי המהרי"ב בזה. מ"מ כתב דלהלכה למעשה צריך להחמיר גבי גט אף אם הבעל מתרצה יעו"ש:

סימן יא

שאלה במקום דמהני נתינה בע"ב כפי מש"ב. אי מהני נתינה ליד ב"ד היכא שהאיש הזה איננו בביתו או לא:

תשובה הנה גבי גיטין נראה דלא מהני אפי' במקום דמהני נתינה בע"כ אם התנה על פרעון החוב דמהני נתינה בע"כ כמש"ב מ"מ לא מהני אלא דוקא אם זרקה לרשותו בפניו. ומה שכתב הב"ש בה"ג סי' קמ"ג סק"י לדקדק מדברי הרא"ש דנתינה ליד ב"ד מהני כשאינו ידוע לנו דלא ניחא לי' ומותרת להנשא. אין זה ראי' מוכרחת כלל לפי משב"ל. דהא לפי משב"ל א"ש דברי הרא"ש בפשיטות דשם לכו"ע מהני נתינה בע"כ כיון שהיא מחוייבת מה"ד לשלם המעות בעד האיצטלא. א"כ מירי הפלוגתא דרשב"ג ורבנן בנתינה בע"כ. ובדברי הרשב"א מבואר להדיא דלא מהני נתינה ליד ב"ד. עיין בתשובותיו ח"א תשצ"ג (הובא בב"י ח"מ סי' ע"ג) ובח"א סי' רכ"ט שם מבואר יותר ואפי' למ"ד דנתינה בע"כ מהני מ"מ נתינה ליד ב"ד לא מהני, דזהו רק מטעם תקנה גבי בע"ח דמהני נתינה ללישכה דהוה כנתינה ליד ב"ד. ושם דוקא תקן ולא בעלמא. וזהו דלא כהגאון בעל ישועות יעקב דכתב דהרשב"א ס"ל דלמ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה לא מהני נתינה ליד ב"ד שלא בפניו. וא"כ לפי"ז בפרעון החוב דמהני נתינה בע"כ לכו"ע כמש"ב א"כ מהני נמי נתינה ליד ב"ד. אבל ז"א דהא מבואר להדיא בדברי הרשב"א בתשובה דאפי' למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה מ"מ לא מהני נתינה ליד ב"ד. אך אפשר לומר דהרשב"א אזיל לשיטתי' דהרשב"א הביא שם בחידושיו בשם התוס' וז"ל הקשה בתוס' מה היתה סברתו של רבא שמדקדק מכאן דלא הוה נתינה דילמא היינו טעמא דלישכה משום דהויא שלא בפניו כו'. ותירצו דקסבר רבא דאם איתא דבפניו הוי נתינה כיון שיש לו לקבל מה"ד כמו כן נמי לשאינו בפניו היה יכול לזכות לו ע"י אחד ואעפ"י שחובתו הוא ואין חבין לו שלא בפניו הלא כשהוא בפניו נותן לו בע"כ אעפ"י שאינו רוצה לקבל והויא נתינה וכיון שכן אפי' שלא בפניו מזכה לו ע"י אחר כו'. והקשה ע"ז הרשב"א האיך אפשר לומר כן דכל שנותנין לו בפניו בע"כ מזכין לו ע"י אחר לחובתו והא אשה מתגרשת בע"כ ואין מזכין לה גיטא ע"י אחר כו'. וע"כ נדחק שם לפרש הסוגיא דרבא ס"ל מדרך הסברא כך דהלל כי תקון אפי' בפניו הו"ל לתקוניה דנתינה בע"כ בין בפניו בין שלא בפניו לא הויא נתינה יעו"ש. אבל הרא"ש שם ס"ל כדברי התוס' דרבא

ס"ל דאם איתא דנתינה בע"כ הוי נתינה ה"ה שלא בפניו הוה מצי לזכות לו ע"י אחר ולא חש לקושית הרשב"א מגט אשה ונראה דסברת התוס' והרא"ש הוא כיון דמחוייב מה"ד הלוקח לקבל המעות ולהחזיר הבית א"כ הוה מצי לזכות, לו ע"י אחר אפי' שלא בפניו אם איתא דנתינה בע"כ שמה נתינה. ולא דמי לגט אשה דאין עליה שום חיוב לקבל הגט מן הבעל לכך לא מצי לזכות לה ע"י אחר שלא בפניה אע"ג דמצי ליתן לה בע"כ בפניה. א"כ לפי"ז איכא למימר לפי דעת התוס' והרא"ש גבי חוב כיון דלכ"ע מהני בזה נתינה בע"כ וגם מחוייב הוא מה"ד לקבל החוב מידה כיון שכבר זכתה בגיטה כמשב"ל בסי' ט' דכן הוא דעת התוס' והרא"ש א"כ מצית לזכות לו החוב ע"י אחר היינו ליתן ליד ב"ד. אבל באמת ז"א דנראה דלא מהני נתינה ליד ב"ד אף לדעת התוס' והרא"ש. דאף דללישנא קמא דרבא מהני נתינה ליד ב"ד כמו נתינה לידו אבל מ"מ הא ללישנא בתרא ס"ל לרבא דנתינה ליד ב"ד לא מהני כמו נתינה לידו א"כ צריך לפסוק כלישנא בתרא. וכן נראה מדברי הרא"ש שם דעיקר כלישנא בתרא אך הא דנסתפקו אי נתינה בע"כ שמה נתינה או לא משום דנסתפקו דאולי הלכה כר"פ או כרב שימי בר אשי משום דהם בתראי. ולדידהו בין ללישנא קמא ובין ללישנא בתרא נתינה ליד ב"ד לא דמי לנתינה לידו:

מ"מ גבי דיני ממונות כגון אם מכר לו שדהו דאם יחזור לו המעות לז"פ יתבטל המכר והוא איננו בביתו. נראה דיכול ליתן ליד ב"ד ומהני לכו"ע מטעם תקנת הלל. דהלל לא לדרי' תקן אלא לדרי עלמא תקן. וכן מבואר להדיא בתשו' הרשב"א בח"א סי' שפ"א דבכה"ג מהני נתינה ליד ב"ד דז"ל על עובדא בראובן שמשכן חצירו לשמעון שיאכל בנכייתא כ"ז שלא יסלק לו המעות כתב שם ואם נפשך עוד לומר ומה יעשה ראובן שמשכן חצירו לשמעון זה במנה והגיע זמנו והלך לו למדינה אחרת ואילו יתעכב שם לעולם שורת הדין היא זה שיפסיד ראובן חצירו על מנה זה של שמעון שהלך לו ואינו אין זה אלא שלקתה מדת הדין בכך. לא היא שהרי היה לו לראובן למסור מעותיו של שמעון ביד ב"ד ואח"כ יכנס לביתו. ואעפ"י שאין פרעון ליד ב"ד פרעון בעלמא כדמוכח בפ' הגוזל את חבירו ונשבע לו יוליך אחריו למדי וכן בגיטין פ' מי שאחזו הכא שחצרו מעוכבת לו הוה פרעון מתקנת הלל וכדתנן ומייתי לי' בפ' מי שאחזו בראשונה היה נטמן כל שנים עשר חדש כדי שיהא חלוט לו התקין הלל שיהא חולש מעותיו ללשכה ושובר את הדלת ונכנס. ולכו"ע נתינה בע"כ שלא בפניו לא הוה נתינה ומתקנת הלל בכי הא הויא נתינה כו' עכ"ל. א"כ ס"ל להדיא דבכה"ג כמו בתי ע"ח מהני נמי האידנא נתינה ליד ב"ד מתקנת הלל. אמנם הרשב"א סותר דברי עצמו מה דכתב שם בסי' רכ"ט דשם היה

ממש כמו בתי ע"ח כמש"כ שם הרשב"א בעצמו מ"מ כתב שם דלא מהני נתינה ליד ב"ד וס"ל כי תקן הלל דוקא גבי בתי ע"ח תקן וצ"ע. מ"מ לדינא נראה עיקר כדברי הרשב"א בסי' שפ"א דכן נראה מדברי רש"י בגיטין (עה.) דכתב שם וז"ל מכלל דבעלמא נתינה בע"כ לאו נתינה היא וגבי גט דאיסורא הוא לא תקן הלל עכ"ל. משמע להדיא מדבריו דס"ל דגבי דיני ממונות מהני נתינה ליד ב"ד מטעם תקנת הלל רק באיסורא לא תקן. וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ן שהובא בסה"ת שער נ' ח"א וז"ל ושאלתי בזה פי הרמב"ן ז"ל וזה אשר השיב לי כו' מיהו היכא דאמר לי' מעיקרא הילך מעותיך והלה מסרב בו ואמר איני רוצה לקבל בזה אני אומר שאין צריך להניח בב"ד אלא זורקו בחיקו או בפניו והולך לו כו' עכ"ל גם מדבריו נראה להדיא דס"ל דנתינה ליד ב"ד עדיפא מנתינה לידו בע"כ. וזה ע"כ מטעם תקנת הלל. ועיין בש"ך ח"מ סי' ע"ד סק"ט מה שכתב בשם תשובת מהרש"ך דאין תקנה קדומה ע"ז מ"מ כך נהגו בשנת ת"י ותי"א במדינתנו. ועיין באו"ת שתמה ע"ז וכתב שם דלפי מה שכתב שם מהרש"ך דזה מתורת תקנה יש לפקפק כי צריך ישוב רב וכח ב"ד יפה להפקיע ממון ובפרט בדור יתום כזה אלא מדקדק זאת מן הש"ס יעו"ש. אבל דבריו דחוקים מאד להמעיין שם. ולפע"ד נראה דזה היא תקנה קדומה מימי הלל:

עוד יש לדקדק שם מדברי רש"י דבכה"ג כמו בתי ע"ח כגון שהקנה לחבירו שדה ע"מ שאם תחזיר לי מעותי לז"פ יוחזר לך השדה והחזיר לו המעות בע"כ ולא קיבל מהני לכו"ע אפי' אם נאמר דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מ"מ מהני מטעם תקנת הלל כיון דתקן הלל דנתינה שלא בפניו בע"כ הוה נתינה א"כ כ"ש בפניו בע"כ דודאי הוה נתינה דרש"י קאי שם על דברי רבא דאיירי דהיא נתנה לו בע"כ וקאמר דלכך לא מהני גבי גט משום דבאיסורא לא תקן הלל. א"כ מוכח להדיא דס"ל דגבי דיני ממונות מהני נתינה בע"כ לכו"ע מטעם תקנת הלל. ויותר יש להוכיח מדברי רש"י הנ"ל דאפי' באומר לו זכי בשדה זו ע"מ שתתן לי מאתים זוז וזכה בה ואח"כ נתן לו בע"כ מהני מטעם תקנת הלל דהא רש"י כתב דדוקא גבי גט דאיסורא לא תקן א"כ בדיני ממונות בכה"ג דומיא דגט מהני נתינה בע"כ מטעם תקנת הלל. אך לכאורה דברי רש"י צ"ע דהאיך אפשר ללמוד מתקנת הלל דתקן גבי בתי ע"ח דמהני נתינה בע"כ גבי דיני ממונות כגון זכי בשדה זו ע"מ שתתן לי מאתים זוז הא איכא למימר דדוקא גבי בתי ע"ח תקן וכה"ג דאם היה בפנינו היו ב"ד כופין אותו לקבל לכך תקן הלל דמהני נתינה בע"כ אף שלא בפניו היינו ליד ב"ד. אבל במקום דאינו מחוייב מה"ד לקבל כמו גבי זכי בשדה זו ע"מ שתתן לי מאתים זוז כיון דאם היה לפנינו לא היינו כופין אותו לקבל א"כ מנ"ל דבכה"ג תקן הלל.

מזה מוכח דרש"י ס"ל כמשב"ל בשם התוס' והרא"ש דס"ל דגם גבי גט דכיון דכבר זכתה האשה בהגט מחוייב הבעל לקבל מידה המאתים זוז שהתנה עמה ויכולין ב"ד לכופו ע"ז. וכן גבי זכי בשדה זו נמי מחוייב הנותן לקבל המאתים זוז שנתן לו המקבל השדה כיון שכבר זכה בשדה א"כ זה דמי ממש לבתי ע"ח לכך ס"ל דע"ז היה ג"כ תקנת הלל. רק גבי גט כיון דאיסורא הוא לא תקן הלל בזה:

אמנם מדברי הרמב"ן ז"ל המובא בסה"ת מוכח דלא ס"ל כרש"י דתקנת הלל היה גם בנתינה בע"כ כיון דכתב דאין צריך להניח בב"ד אלמא דס"ל דהנחה בב"ד מהני משום תקנת הלל וכמש"ל. וא"כ מאי נ"מ לנו אם פרעון בע"כ הוה פרעון או לא. דהא אפי' אי נימא דפרעון בע"כ לא הוה פרעון מ"מ ליהני פרעון בע"כ משום תקנת הלל. אלא ע"כ צ"ל דהרמב"ן ז"ל ס"ל כיון דקאמר ר"פ כו' ודילמא אפי' בפניו נמי מדעתו אין ע"כ לא והלל מאי דאיצטריך לי' תיקן לפי"ז עדיפא נתינה ללשכה מנתינה בע"כ דעל נתינה בע"כ לא היה שום תקנה דע"ז לא איצטריך לתקן דבפניו לא היה שכיח כלל שיצטרך ליתן לו בע"כ או שהיה בוש מלפניו או שהיו ב"ד כופין אותו לקבל וכמש"כ התוס'. וכיון דזה היה מילתא דלא שכיח לכך לא תקן בזה הלל כלל ונשאר על הדין דנתינה בע"כ ל"ש נתינה. לכך הוצרך הרמב"ן לומר דאף אם נימא דנתינה בע"כ לא שמה נתינה מ"מ גבי פרעון כו"ע מודים דהוה פרעון. ולפי"ז היכא דהקנה לחבירו שדה ע"מ שאם יחזיר מעותיו לז"פ תתבטל המכירה דזה דמי ממש לבתי ע"ח. עדיפא דיפרע ליד ב"ד משיתן לו בע"כ דליד ב"ד נראה דמהני מטעם תקנת הלל כמשב"ל. ובע"כ איכא מ"ד דס"ל דנתינה בע"כ לא שמה נתינה:

מ"מ יש להסתפק גבי גט אם אמר ה"ז גיטך ע"מ שתפרע לי עד ז"פ החוב שמגיע לי ממך. והיא רצתה ליתן לו והוא לא רצה לקבל והחזירה ליד ב"ד דנפטרה מן האחריות החוב לכו"ע מטעם תקנת הלל כמו שמוכח מדברי הרמב"ן. אי מהני נמי לענין הגט כיון שנתקיים בזה התנאי לענין חזרת החוב מטעם תקנת הלל מהני נמי לענין איסורא אע"ג דע"ז לא היה התקנה או דילמא הכא מטעם תנאי הגט עדיין לא נפטרה מן האחריות החוב עד שתחזיר לרשותו ומה שהחזירה ליד ב"ד לא מיקרי נתקיים התנאי וצ"ע. מ"מ לנידון שאלתנו אם אין האיש בביתו והיא רוצה להחזיר החוב ליד ב"ד. נראה כמו שבארנו דלא מהני דהא באינו בעיר לא היה תקנה ע"ז שיכולה להחזיר ליד ב"ד ורק אם מגיע לו הפסד ברור כמו גבי בתי ע"ח וכה"ג או שרצה ליתן לו כדי לפטור מן האחריות וכבר הגיע הזמן והמלוה לא רצה לקבל. אבל היכא דאין הפסד ברור להלוה והמלוה אינו בעיר אינו יכול להחזיר ליד ב"ד לפטור מן האחריות החוב א"כ הכא אינה יכולה

להחזיר ליד ב"ד החוב כדי לקיים תנאי הגט. אבל לאחר העיון ראיתי דאף אם הוא אינו בביתו ונתנה החוב ליד ב"ד נמי הוה ספק מגורשת משום דמדברי הה"מ בה"ג פ"ח הכ"א נראה דדעת כמה ראשונים משום דמספקי להו אי הלכה כלישנא בתרא דרבא או כלישנא קמא דרבא לכך ס"ל דבנתינה בע"כ הוה ספק גירושין ולא משום דמספקי להו דילמא הלכה כר"פ. ואי פסקינן כלישנא קמא דרבא הא לפי דעת התוס' והרא"ש כיון דמהני נתינה בע"כ מהני נמי נתינה ליד ב"ד כמשב"ל סברתם. א"כ צריך לחוש גם לדיעה זו:

עוד נ"ל לבאר דגבי חוב אף שהיא רצתה ליתן לו והוא לא רצה לקבל נמי הוה ספק מגורשת. אע"ג דבכל נתינה בע"כ הא כבר בארנו למעלה בסי' ח' דהעיקר כדעת הרשב"א דכ"ז שלא זרקה לרשותו לא הוה נתינה כלל ואין חולק בזה. וכן מצאתי להגאון בעל מכתב אליהו שער ח' סי' ט' האריך הרבה בזה ות"ל כוונתי בכמה דברים לדבריו ז"ל. והשיג ג"כ על הרב המשיג שהביא הב"י שמביא ראי' מדברי התוס' דגיטין דאף כשלא רצה האחר לקבל ונשאר ת"י נמי מהני. דהא התם שאני כיון דהוה פרעון החוב לכך מהני אע"ג דאמר לו שקול זוזיך כמשב"ל. מ"מ מה שכתב ולא נחלק אדם ע"ז מעולם ז"א עיין בסה"ת שער נ"א מה שמביא בשם הרמב"ן דלא מהני שקול זוזי אף בפרעון החוב. (וכן מבאר דעתו הגר"א בחו"מ סי' ק"כ) וכן כתב הש"מ בפ' הזהב בשם הרמב"ן. וכן דעת הרשב"א בקדושין (י"ג.) דכתב שם וז"ל גם בדינו של רבינו ז"ל אני מסתפק במה שאמר דבפקדון אי שדא להו מיחייבא בהו עד דמהדר לי' מיד ליד דכיון דשדיא לי' קמיה תוך ד' אמות אמאי לא דבשלמא בחוב לא מיפטר עד דיהיב ליה מיד ליד א"נ בדאמר ליה מלוה זרוק לי והפטר כדאיתא בפ' הזורק וטעמא דמלוה ברשותיה דלוה היא וזוזי נינהו וחייב באחריותן עד דיהיב מיד ליד וא"נ דזריק להו ברשות מלוה ומיפטר ליה אבל פקדון כל היכא דאיתא ברשותיה דמאריה הוא ובאחריותיה מאן קא מחייב ליה לנפקד ומוקי ליה באחריותיה עד דמהדר ליה מיד ליד והא אוקמא ויהביה ברשותיה דהיינו תוך ארבע אמותיו כו' עכ"ל. וכן הוא דעת הריטב"א שם יעו"ש היטיב. וכן הוא דעת הנמוק"י הבאתיו למעלה בסי' ח'. ע"כ נפלאתי על הגאון הנ"ל דכתב דלא נחלק אדם מעולם ע"ד התוס' דס"ל דשקול זוזי מהני אף במלוה. הא דעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והנמוק"י דלא כדברי התוס'. ודברי הטור בסי' ק"כ מה שהביא שם בשם הרמב"ן הוא תמוה מאד. וא"כ לפי דעתם ודאי דגבי גט אם אמרה לו שקול זוזיך בלבד ולא זרקן לרשותו דלא הוה גיטא. מ"מ יש לחוש לדעת התוס' והטור דס"ל דגבי חוב אף

דאמר לו שקול וזיך בלבד ולא זרקן לרשותו נמי הוה פרעון ומיפטר מן אחריות א"כ איכא למימר דהוה כאלו נתקיים התנאי אף לענין הגט כמשב"ל:

והנה מש"כ הרשב"א הנ"ל דגבי פקדון מהני מה דשדי לי' בתוך ד"א אבל גבי מלוה לא מהני עד דזרק לרשותו ממש צ"ע לכאורה בזה. אף שמדברי הגמרא דגיטין (עח:) דאיתא שם אמר רב אסי אמר ר' יוחנן לגיטין אמרו ולא לדבר אחר לכאורה נראה דלא מהני גבי חוב אף אם זרק לתוך ד"א אבל באמת נראה דר"י לא קאמר זאת אלא לפי שיטתי' דפי' קרוב לי' אפי' רחוק מאה אמה אלא היכא דיכול לשומרו הוה קרוב לי' לכך קאמר דלגיטין אמרו ולא לדבר אחר. אבל בתוך ד"א כיון דחשיב לכל דבר כרשותי' א"כ מהני זה גבי חוב כמו בזרק לרשותי' ממש. וכן מצאתי להדיא בש"מ בב"מ דהביא בשם הרמב"ן דלשון הגמרא משמע דד"א קונות בכל דבר דשוינהו רבנן כחצירו ודאמרינן התם בפ' הזורק אמר ר"י לגיטין אמרו ולא לדבר אחר ההיא לאו לד"א איתמר אלא ר"י לטעמי' דאמר קרוב לה שנינו ואפי' ק' אמות אבל אד"א ליכא בגמרא דילן מאן דפליג יעו"ש. וכן נראה להדיא מדברי הרשב"א בחידושיו לגיטין דז"ל ארבע אמות שלה זהו קרוב לה. ואע"ג דאסיקנא בב"מ גמ' ראה אותן רצין אחר המציאה דאינן קונות לו ברה"ר א"ל מאי רה"ר דהכא סימטא כו'. א"נ גט שאני דתקנו לה רבנן אפי' ברה"ר משום תקנת עגונות ומיהו צ"ע לפי"ז דמשמע דלא מחלק בין גיטין לשאר דברים אלא ר"י בלחוד מדאקשי' עליה והא וכן לקדושין קתני ולא אקשי לכולהו אינך אמוראי ושמא י"ל משום דר"י אמר בהדיא לגיטין אמרו ולא לדבר אחר עכ"ל. א"כ נראה להדיא מדברי הרשב"א בעצמו לפי תירוצא קמא דרב קאי בסימטא א"צ לומר כלל דבגט הוא משום תקנת עגונות. אלא כיון דתקנו רבנן דד"א כחצרו לכל דבר א"כ ממילא דינו כחצרו לענין גט וקדושין וה"ה נמי לענין פרעון החוב. ולפי"ז א"ש בפשיטות מה דפריך הגמרא רק על ר"י משום דהוא פי' דגבי גט מהני אף במקום שיכולה לשומרו אף שהוא יותר מד"א ומשום תקנת עגונות אבל לדבר אחר לא לכך פריך עליו הא מהני נמי גבי קדושין וגבי פרעון החוב. ורק הרשב"א דחיק עצמו לפי מאי דמסיק דרב קאי נמי על רה"ר ומהני זה גבי גט משום תקנת עגונות א"כ מאי פריך רק על ר"י הא לרב נמי תקשי ומתרץ משום דר"י קאמר זאת בהדיא לכך פריך עליו. אבל זאת נראה מדבריו להדיא דד"א בסימטא מהני לכל מילי משום דהוה כחצרו ממש. וכן מבואר בדברי הרשב"א בת"א סי' רכ"ט דז"ל שם ואפי' תמצא לומר שזה אנוס הוא כשלא רצה בעל דינו לקבל ויש טענת אונס בממון זה אינה טענה מכמה פנים האחד שאין אני רואה כאן שום אונס כי מי אנסו כשעמד שם עמו בשייא שלא זרקם לו לתוך חיקו או לתוך חצירו או שיזרקם לו תוך ארבע אמותיו כדינו

וכל שהיה בפניו אין כאן אונס כו' עכ"ל. הרי כתב להדיא דמהני זורק לתוך ד"א אפי' במקום שצריך לזכות כנגדו בפרעון החוב כעובדא דהרשב"א שם. וכ"ש דמהני זורק לתוך ד"א למיפטר מאחריות החוב. א"כ דברי הרשב"א דקדושין תמוהים. ע"כ נראה דההכרח לומר דס"ל להרשב"א דגבי פקדון מהני אפי' זרק לתוך ד"א ברה"ר דהתם לא בעי רשותו ממש רק כיון דזרק לפניו במקום שיכול בקל ליטלה סגי. והשיג הרשב"א על הרמב"ן דמדבריו נראה דלא מהני בפקדון אם זרק לפניו בר"ה אף תוך ד"א כנ"ל. א"ד יו"ט ליפמן הכהן:

סימן יב

שאלה אשה אחת נתגרשה מאישה בהן על תנאי וז"ל הפטור כפי מה שיש בידה מוכ"ז האשה פלונית לה נ"פ מבעלה פלוני מעכשיו ע"מ שאם לא יבוא עד ל"ג בעומר תרל"ט יהא הגט ובאם יבוא בתוך הזמן הגט בטל ונעשה ככל משפטי התנאים וביאתו תהי' לוויטעפסק בפני הרבנים בד"צ וימתין עד שיודיענה ותבוא כו'. והאיש הנ"ל הוא עובד בחיל הצבא והלך למלחמה במדינת טורקייא ובאשר נגמרה המלחמה ונעשה שלום ביניהם וכמעט כל אנשי הצבא חזרו מצבא המלחמה מ"מ הוא נשאר עם הפאלק שלו באנדרינאפל מטעם הממשלה יר"ה. והאשה יראה באשר אישה הוא בהן וכאשר יתקיים התנאי אז לא יהי' אפשר לשוב לבעלה ע"כ שאלה פי המורים מה לעשות והורה לה הרב הג' מהור"ר צבי דוב נ"י מק"ק האמי' שתסע האשה לאנדרינאפל ויבטלו שניהם את הגט וגם צוה שיקדשנה בעלה מחדש. ומבעלה היה לה מכתב מכבר שתבוא אצלו ותדור עמו. ונסעה האשה לאנדרינאפל ובאה לשם י"ד אייר שנת הנ"ל. ול"ג בעומר היה אז ביום א'. ובטלו שניהם הגט. וקדשה שנית והרה"ג דווייעטקא מערער על הוראה הזאת וכתב לי כי לפ"ד היא גרושה גמורה ובניה ממנו כעת הם חללין. ונשאלתי מה דעתי בזה:

והנה בפעם הראשון כתב לי הרה"ג מו"ה נחמן נ"י מק"ק האמי' לשון התנאי בלשון זה אם לא אבוא עד ל"ג בעומר יהא גט מעכשיו ואם אבוא לא יהא גט ותהא נאמנת עלי שלא באתי ולא פייסתיה. והשבתי לו אז דלפ"ד נראה דיש להתירה בפשיעות דמועיל מה שנסעה לשם קודם הזמן כיון שהוא בא אצלה אף שהיא קרבה לו הדרך מ"מ זה מיקרי נתקיים התנאי דלפע"ד נראה דהיכא דאחד נותן גט לאשתו והתנה עמה אם לא באתי עד ז"פ אף שנתן לה הגט במקום אחר מ"מ כיון שהתנה סתם אם לא אבוא כונתו הוא למקום דירת האשה ולא למקום נתינת הגט. כיון שעיקר הגט שנותן לה ע"מ שלא באתי הוא כדי שלא יעגנה. עיין בתוס' (גיטין יח:) ד"ה חיישינן כו' א"כ עיקר כונתו

שיבוא אצלה ולא למקום נתינת הגט. ועיין ב"י חו"מ סי' ס"א מח"כ דכתב בשם רי"ו דכלל גדול בידינו דכל תנאי שאדם מתנה לחבירו אין להלך אחר לשון הכתוב אלא אתר הכונה יעו"ש. א"כ כ"ש בנ"ד שלשון אם לא אבוא י"ל בשני פנים הן למקום נתינת הגט והן למקום דירת האשה בודאי הולכין אחר הכונה שהוא למקום דירת האשה. וא"כ בנ"ד לא איכפת לן כלל מה שעשתה לטובתו ונסעה לשם וקיצרה לו הדרך כדי שיוכל לבוא אצלה ולקיים התנאי:

אח"כ שלח לי הרב הנ"ל העתקה מלשון הפטור והוא כפי מה שמבואר למעלה שביאתו תהי' לוויטעפסק לפני הרבנים בד"צ וימתין עד שיודיענה. מ"מ עלה בדעתי לומר שמלשון הפטור נראה דביאתו לוויטעפסק לא אמר הבעל מפורש בעת שהתנה התנאי. אלא כך אמרו לו הרבנים מקודם שא"צ לבוא למקום דירת האשה שהיא בהאמי' אלא תומ"י שיבוא לוויטעפסק לפני הבד"צ יתבטל הגט וזה היה למען להקל עליו שמיד שיבוא עם הפאלק שלו בחזרה לוויטעפסק יתבטל הגט. וע"ז סמך והתנה סתם אם לא אבוא עד ל"ג בעומר יהא גט. שאם ביאתו לוויטעפסק היה בלשון התנאי מפורש הו"ל להבד"צ לכתוב כן בלשון הפטור ועיין בתשו' מבי"ט ח"א סי' קס"ו ובהפטור נכתב וביאתו תהי' לוויטעפסק כו'. אחר ונעשה ככל משפטי התנאים. וגם מדסיימו וימתין עד שיודיענה ותבוא דזה ודאי לא היה בהתנאי מפורש. ע"כ היה נ"ל לומר דביאתו לוויטעפסק לא היה בהתנאי מפורש. ובקשתי מהרב הנ"ל שיחקור ע"ז דאם יתודע לנו שלא היה תנאי מפורש לוויטעפסק אז יש להקל בזה. אף שבודאי כונתו היה אם לא אבוא לוויטעפסק יהא גט וכמו שאמרו לו הבד"צ מקודם מ"מ כיון שזה לא היה תנאי מפורש ואך הבד"צ אמרו שבבואו לוויטעפסק ויראה לפני הרבנים יתבטל הגט ולא יצטרך לבוא להאמי' מקום דירת האשה. א"כ כ"ש למקום דירת האשה אשר הלשון אם לא אבוא מורה יותר על מקום דירת האשה כמשב"ל. וא"כ שעתה בא למקום דירת האשה שהיא כעת היינו באנדרינאפל ובצירוף הטעם אשר בטלו שניהם הגט קודם כלות הזמן יש להקל לפ"ד:

והשיב לי הרב הנ"ל שכמעט הוא מן הנמנעות להעמיד על שרשי הדברים בדקדוק. ועוד כי לפ"ד הדבר נסתר מתרי טעמי הא' שבדרך כלל שומרים הרבנים נוסח הנדפס בשו"ע ובסה"ג וז"ל יסיים ע"מ שאם לא באתי מהיום עד יום פ' יהא גט מעכשיו ואם באתי בתוך הזמן הנזכר ואראה בפני פו"פ לא יהא גט ותהי' נאמנת עלי לומר שלא באתי ושלא פייסתיה. א"כ בנ"ד בודאי יחדו את הבד"צ דוויטעפסק שיבוא לפניהם, ומאי מהני מקום האשה בלא העדים. ועוד שלשון אם לא באתי סתם המוזכר בכ"מ ולא ייחדו לומר

למקום פלוני שסמכו שסתמו כפירושו על מקום עמידת האיש בעת נתינת הגט עכת"ד. והנה מה שכתב הרב הנ"ל שנ"ל שסתם אם לא באתי הוא בסתמא על מקום נתינת הגט. לפ"ד נראה ברור דז"א והיכא שנותן גט לאשתו ומתנה עמה אם לא אבוא פירושו הוא בודאי אם לא אבוא אצלה ולא למקום נתינת הגט היכא שנותן לה הגט במקום אחר ולא במקום שהיא דרה. והיכא דשנה דירתה בין הזמן דנתינת הגט עד הזמן שצריך לבוא נראה דבכל מקום שיבוא מיקרי דקיים התנאי דאם בא אצלה ודאי דמיקרי דקיים התנאי כיון דעיקר כונת התנאי הוא שיבוא אצלה. ואם בא למקום דירתה מקודם נראה דזה ג"כ מיקרי קיים התנאי כיון דבעת נתינת הגט הי' מקום דירתה שם. ולא היה ידוע לו שבדעתה לשנות דירתה ע"כ אינו מחוייב לבוא אצלה. ואפשר לומר דאף אם בא לעיר שנתן הגט שם וגם אשתו דרה שם אך לא בא לביתו היינו למקום שאשתו דרה עדיין לא נתבטל הגט. כי סתם לא אבוא הוא פירושו לא אבוא לביתי ולא סגי מיד כשבא לעיר וקצת ראי' לזה דהא לפי לישנא בתרא (שם עו:) מאן דמתני לה אמתני' חיישינן שמא בא בסתר לכך צריך להתנות שתהא נאמנת לומר שלא באתי. וכן פסקינן בשו"ע סי' קמ"ד ס"ז לפי דיעה השניה. ואי אמרינן דמיד כשיבוא לעיר נתבטל הגט אף כשלא יבוא לביתו א"כ מאי מהני נאמנות שלה דילמא בא בסתר לעיר הנ"ל והיא אינה יודעת מזה. ואף לפי מאי דאיתא בסה"ג ואראה בפני פו"פ אין חששא בזה הא אין זה מדינא דגמרא. אך אין זו הוכחה דאפשר לדחות כיון דמתנה שתהא נאמנת לומר שלא באתי א"כ הוה כמתנה להדיא דכ"ז שלא יהיה ידוע לה שבא הוה כמו שלא קיים התנאי. ואדרבה מדברי הש"מ (בכתובות ב:) איכא למידק דס"ל איפכא דעל האי עובדא דההוא דאמר להו אי לא אתינא מיכן עד תלתין יומין להוי גיטא אתא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא אמר להו חזו דאתאי חזו דאתאי אמר שמואל לאו שמיה מתיא. פי' שם הש"מ וז"ל דהאי גברא בסוף השלשים עד שלא השלימו כל הל' יום אתא לעבור הנהר ולא היה בינו ובין העיר כי אם הנהר לבד וחשב דבביאתו לעבור הנהר סגי וה"ל כאלו בא לעיר ולהכי קאמר חזו דאתאי פי' ראו שכבר באתי וקאמר שמואל לאו שמיה מתיא כו' עכ"ל. א"כ מוכח שם להדיא דבביאתו לעיר סגי ואין צריך לבוא לביתו דלא אתינא פירושו אם לא אבוא לעיר. וכן יש לדקדק מדברי רש"י שם דקאמר שהיתה המעברות מצד העיר ולא יכול לעבור נראה דאם היה יכול לבוא רק להעיר סגי והוה כקיים התנאי דאי ס"ל לרש"י דקיום התנאי לא הוה אלא דוקא כשיבוא לביתו הו"ל לרש"י למימר דהיתה המעברות מצד האחר ולא היה יכול לעבור וע"כ לא היה אפשר לבוא לביתו. ומדהזכיר רש"י מצד העיר נראה דס"ל דבביאתו לעיר בלבד סגי. אך גם זה יש לדחות משום דאיכא למימר

דהם פירשו שהיה מתנה עם העדים שמסר להם הגט על תנאי זה עיין בש"מ שם. לכך אע"ג דאמר אם לא אתינא פי' אם לא אבוא לעיר אבל היכא דמתנה עם האשה עצמה אם לא אתינא איכא למימר דפירושו הוא אם לא אבוא אצלה ולא סגי כשיבוא לעיר וצ"ע:

אמנם מה שכתב הרב הנ"ל שבודאי שמרו נוסח הנדפס בשו"ע א"כ היה התנאי להדיא שיבוא לוויטעפסק ויראה בפני הרבנים בד"צ. הנה באמת אילו היה בא לפני לסדר גט על תנאי כה"ג הייתי משנה מנוסח הנדפס. דהא מעיקר הדין נראה מכל הראשונים דבנאמנות שלה סגי. מ"מ בנ"ד כיון שלא התנה על מקום דירת האשה נראה דצריך להתנות אם לא אראה בפני עדים ולא סגי בנאמנות שלה כיון שאפשר שבא לוויטעפסק והיא לא ידעה מזה מ"מ בכהן ולזמן מרובה דאיכא למיחש להרבה דברים שלא יהי' יכול לקיים התנאי בפני העדים שמייחד אותם שיראה בפניהם ע"כ אינו כדאי לייחד עדים אלא צריך להתנות אם לא אבוא ואראה לפני עדים ויעידו עלי לפני ב"ד פ'. וגם בס' גט מקושר כתב דצריך לשנות מנוסח סה"ג. אך מטעם אחר יעו"ש. וכיון שא"צ לייחד עדים א"כ אין צריך להתנות דוקא שיבוא לפני ב"ד דוויטעפסק. מ"מ מודינא להרב הנ"ל שנראה מלשון הפטור דשמרו נוסח הנדפס והתנה שיבוא לפני ב"ד דוויטעפסק. א"כ ההיתר הראשון מש"כ ליתא. אך כיון שכבר נעשה מעשה ונתיחדו שניהם נראה דיש להקל שתדור האשה עם בעלה. וכמו שאבאר בס"ד:

גרסינן (**בגיטין** עו:) תניא כוותי' דר' יוחנן ה"ז גיטך כ"ז שאעבור מנגד פניך שלשים יום והיה הולך ובא הולך ובא הואיל ולא נתייחד עמה ה"ז גט ולגט ישן אין חוששין שהרי לא נתייחד עמה וליחוש שמא פייס אמר רבה בר"ה הכי אמר אבא מרי משמי' דרב באומר נאמנת עלי לומר שלא באתי כו' ע"כ. ורש"י פי' שם שמא פייס דחיישינן שמא נתייחד עמה ובא עליה א"כ הוה גט ישן אבל הר"ת בתוס' (י"ח:) ד"ה שמא פייס כו' חלק ע"ז ופי' דשמא פייס דהכא ודריש פ' כל הגט חיישינן שמא ביטל ואמר גט שנתתי לך בטל הוא כו'. ומיהו אההיא דאם לא באתי אינו רוצה לומר שמא פייס ובעל את הגט בדבור דכיון דאמר מעכשיו אם לא באתי ולא בא הוי גט מעכשיו אע"ג דבטלו אח"כ אלא נתפייס ובא קאמר ומתוך כך בטל הגט עכ"ל והנה הרמב"ן ז"ל יצא לדון בדבר חדש דאף שבתנאי דמעכשיו אין הבעל בלבד יכול לבטלו מאחר שכבר הגיע הגט לידה מ"מ בהסכמת שניהם יכולין לבטלו כ"ז שלא נתקיים התנאי אם התנה בתנאי שבידם לקיימו או לבטלו אז יכולין שניהם לבטל התנאי והגט ולכך מפרש דברי הגמרא שם (ע"ו.) אמר לה ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז וחזר ואמר לה ע"מ שתתני לי שלש מאות זוז בטלו דבריו האחרונים את הראשונים אף שכבר מסר לה את הגט דשם איירי בהסכמה

דידה שבהסכם שלה יכולין לבטלו ולכך יכולין להוסיף על התנאי וכן כתב בסוגיא דידן דלפי הגירסא ע"מ שאעבור מנגד פניך למדנו בפירוש דין זה שבהסכמת שניהם יכולין לבטלו ומסיים שם וכן דעת הר"מ הספרדי והנה הרשב"א ז"ל הכריח מתשו' הרי"ף שפי' שם שמא פייס בדברים ומחלה לו התנאי דע"כ גריס הכא ע"מ. דאל"כ למה הוצרך לפיוסה ולבטולה אפי' בע"כ יכול הוא לבטל ותמה על נוסחאות הרי"ף שכתוב שם כ"ז שאעבור ושמא ט"ס הוא בנוסחאות וע"מ הוא גורס. וכן משמע קצת מתוך אותה תשובה של הרי"ף יעו"ש וכן כ' ה"ה בפ"ט מה"ג דדעת הרי"ף כך הוא וכן הוא דעת רבינו דע"כ בתנאי דע"מ קאי ולזה היה צריך לכתוב ואם רצתה ומחלה אותן שאם היה בתנאי שבאם כבר נתבאר ריש פ' שמיני שיכול הבעל לבטל הגט קודם קיום התנאי וא"צ למחילת האשה עכ"ל:

אמנם הגאון בעל מכתב אליהו בשער ז' סי' כ"ה חלק על דברי הראשונים הללו [ומאשר הס' היקר הזה הוא מעט המציאות ע"כ הוכרחתי להעתיק ממנו את דבריו באריכות] וכתב וז"ל אמנם לי לע"ד מלבד שהוא דבר קשה לשבש נוסחאותיו עוד זאת אדרש למה הוא גורס גבי מאן דמתני לה אמתני' וליחוש שמא בא ולא גרס שמא פייס כדגרסינן גבי מאן דמתני לה אברייתא דהא הך פירכא דשמא פייס שייכא נמי אמתני' וכבר נרגש גם בזה הרשב"א ז"ל שם והוצרך לדחוק כדי ליישב זה כמו שיראה העומד על דבריו יעו"ש לכן אשר נלע"ד דלדעת הרי"ף הא דפרכינן וליחוש שמא פייס ומחלה לו התנאי בתנאי שבאם היא כדכתב בהלכותיו וסבור הוא ז"ל דהיכא דהתנאי הוא לטובתה לא סגי ליה לבטולי גיטא עד שתמחול היא התנאי בתחלה אבל בתנאי דמעכשיו או ע"מ הגם שהתנאי לטובתה ומחלה לא מהני ולא מידי ולא מצי לבטולי גיטא ומש"ה לא מצי גריס גבי מאן דמתני לה אמתני' וליחוש שמא פייס דהתם מעכשיו קתני ולכך גרים שם וליחוש שמא בא. ומ"ש בתשו' למה אין אנו חוששין בע"מ שתתני לי ר' זוז כו' נלע"ד דע"מ דקאמר לישנא קלילא נקט כו' וכן מבואר לע"ד שהוא דעת הרמב"ם שכתב שם וז"ל התנה עליה שתתגרש כשיעבור מנגד פניה כו' ה"ז גט כשר בד"א כשהתנה ואמר הרי היא נאמנת עלי לומר שלא פייסתיה כו' הנך רואה שכתב התנה עליה שתתגרש כשיעבור כו' ולא כתב ע"מ כנראה בהדיא דבתנאי דבאם איירי כו' ואם תשאל ותאמר הרי הרמב"ם גופיה בריש פ"ח כתב בתנאי דבאם דיש לבעל לבטל הגט או להוסיף על התנאי או להתנות ע"ת אחר כ"ז שלא נתקיים התנאי הראשון ולמה זה הוצרך בכאן לשמחלה איהי. וכמו שכבר הכריח בזה ה"ה שדברי הרמב"ם שבכאן בתנאי דע"מ הם אמורים הנה ע"ז מילין אשיב ואחרי בקשת המחילה מאת ה"ה אשאלה ממנו גם לפי

דבריו דבע"מ איירי תיקשי דבפ"ח בתנאי שבע"מ סגר את הדלת שאין הבעל יכול לבעל ואיך כתב כאן דע"י מחילה יכול לבטל מה תאמר דבפ"ח כתב שאינו יכול לבטל בכחו לבדו ואה"נ דבהיות התנאי לטובתה בצירוף מחילתה יכול לבטל ולא הוצרך לחלק שם בזה מפני שסמך על מה שעתיד לפרש כאן א"כ היא גופא נימא אנן דמ"ש שם דבתנאי דבאם יכול הבעל לבטל היינו דיש כח ביד הבעל לבטל התנאי דבכה"ג משא"כ בתנאי דע"מ דבשום צד אין בו כח לבטל ואה"נ דאפי' בתנאי שבאם כל שהוא לטובתה לא מצי לבטולי אם לא בהסכמת האשה ולא הוצרך לחלק שם מפני שסמך על מה שבכאן באופן דהעלינו בידינו דלדעת ר"ת ור"ש והרי"ף והרמב"ם כל שהתנה במעכשיו או בע"מ שוב לא מצי בעל לבטולי גיטא בשום צד שיהא וכן הוא דעת הרמ"ה ז"ל שהביא הטור ס"ס קמ"ד יע"ש וכן הוא דעת ריב"א ז"ל שהביא המרדכי פרק כל הגט סי' שנ"ט וכן דעת ר"ח הביא דבריו הרשב"א בחדושיו פ' מי שאחזו יעו"ש כו' עכ"ל הגאון בעל מכתב אליהו והנה לפי דברי הגאון הנ"ל אין לנו שום צד להקל בנ"ד כי לפי דעתו רוב הפוסקים מסכימים דבתנאי דע"מ בשום צד אינו יכול לבטל אבל לפע"ד לא ראיתי בדבריו שום ראי' מוכרחת להכריע כנגד גדולי הראשונים היינו הרמב"ן והרשב"א וה"מ דפי' דדעת הרי"ף והרמב"ם הוא דאף בתנאי דע"מ בהסכמת שניהם יכולין לבטל דאל"כ אמאי בעי גם דעת האשה כי זהו דבר רחוק לומר מש"כ הגאון בעל מכתב אליהו דס"ל להרי"ף והרמב"ם דגם בתנאי דבאם כיון שהתנאי הוא לטובתה לכך בלא הסכמת האשה אינו יכול לבטל דזה אין סברא כלל דמאי נ"מ שהתנאי הוא לטובתה כיון שמ"מ אין הגט נגמר אלא לכשיגיע זמן א"כ אמאי אינו יכול הבעל בלבד לבטל אף בלא הסכמת האשה קודם הזמן. וגם דברי הב"ש בסי' קמ"ד ס"ק ט"ו דכתב שם דלפי דעת הרי"ף והרמ"ה והתוס' איירי הסוגיא בתנאי שבאם מ"מ צריך רצוי דידה דס"ל דאף בתנאי דבאם אינו יכול הבעל לבטל אלא ברצוי דידה. תמוהים מאד דשיטה זו לא נמצא כלל דהא לפי דעת התוס' והרמ"ה דפי' דהסוגיא איירי בתנאי דבאם פירשו להדיא דחיישינן שמא הבעל ביטל הגט ומאי דקאמר הגמרא שמא פייס היינו שנתפייס לבטל הגט שאין רגיל לבטל הגט בלא פיוס. ולא הוזכרו כלל בדבריהם דבעי גם דעתה בזה ולפ"ד הרי"ף בתשובה דפי' שמא פייס ומחלה לו התנאי א"כ בעי גם דעתה. הא פירשו הראשונים להדיא דע"כ הרי"ף קאי בתנאי דבע"מ וכמש"כ הרשב"א ז"ל וכבר השיג עליו הגאון בעל בית מאיר וכתב על הב"ש דשיטה זו דבתנאי דבאם צריך רצוי דידה לא נראה ולא נשמע. וכתב שם וז"ל וזה נשמע במכש"כ ומה שאם נאבד או נקרע קודם שנתקיים בטל מכש"כ כשבטלו שהרי להעיטור הסברא איפכא בתנאי דמעכשיו שאם נקרע או נאבד כשר ומ"מ ס"ל

שיוכל לבטלו עכ"ל. ומה שהשיב הגאון בעל מכ"א על הה"מ וכתב אחר בקשת המחילה מאתו גם לפי דבריו תיקשי על דברי הרמב"ם המעיין יראה דאינו דומה כלל דאם נאמר דהרמב"ם קאי בתנאי דבאם מ"מ ס"ל דבתנאי דלטובתה אין הבעל יכול לבטל בלא הסכמת האשה א"כ סותר דברי עצמו מה שכתב בפ"ח דהבעל יכול לבטל בתנאי דבאם ולא חילק כלל בין תנאי שהוא לטובתה או לא וא"א לומר כלל דהרמב"ם סמך עצמו על מש"כ בפ"ט דבעי גם הסכמת האשה. דהא נתן מקום מכשול להמעיין שם בלבד כיון שלא חילק שם כלל ולא הזכיר שום רמז מזה אבל לפי דברי הה"מ אינו סותר כלל דברי עצמו דבפ"ח איירי אם הבעל יכול לבטל וע"ז קאמר דבע"מ אין הבעל יכול לבטל והאיך הוא הדין אם יכול לבטל בהסכמת האשה ג"כ סמך על מה שבאר בפ"ט שזה הוא דין מחודש וא"א ללמוד אותו מפ"ח:

ויותר נ"ל דהרי"ף והרמב"ם קאי בשיטת הר"ן דהנה הר"ן שם השיג על שיטת הרמב"ן דס"ל דבתנאי דע"מ בהסכמת שניהם יכולין לבטל וכתב דזה אין סברא כלל אלא נ"ל שיטה אחרת וז"ל ולפיכך אני אומר שבכל גט הניתן במעכשיו או בע"מ דכאומר מעכשיו דמי ואין ביד שניהם לבטל התנאי אלא דוקא במתנה להנאתה של אשה כי הכא שהתנה אם לא באתי וכ"ז שאעבור מכנגד פניך דמסתמא להנאתה מתנה עמה ולומר שאם לא ינהוג עמה בזמן זה מנהג אישות שלא תתעגן מחמתו ותהא מגורשת ומ"ה פרכינן וליחוש שמא פייס ומחלה לו והויא כאומרת כלום אמרת אלא להנאתי זו היא הנאתי כו' עכ"ל ואזיל לשיטתי' בפ' המדיר דס"ל שם דאם היא התנה להנאתה דהיינו שהיא מקבלת הקדושין ממנו ע"מ שהוא עשיר יכולה היא למחול ולומר הרי אתה עלי כאילו היית עשיר וכן אם מקדשה ע"מ שאין עליה נדרים יכול הוא לומר לה הרי את עלי כאילו אין עליך נדרים אמנם הרשב"א ז"ל מחלק שם בין תנאים של ממון הוא שיכול לומר הריני כאלו התקבלתי אבל בתנאים כאלו אין מחילתם כלל ונראה דאזלי לשיטתם מה שפליגי ג"כ בנדרים (כ"ד.) דכתב שם הר"ן וז"ל וכתב הרשב"א ז"ל דדוקא בקיום מעשה שייך למימר הריני כאלו התקבלתי דכיון שאפי' היה מקבל ממנו היה יכול להחזיר לו אף מעכשיו יכול לומר הריני כאלו התקבלתי והחזרתיך דאפוכי מטראתא ל"ל אבל בבטול מעשה כגון שאמר נכסי אסורין עליך אם תלך למקום פ' לא שייך למימר הכי לומר לך הרי היא כאלו לא הלכת שא"א. ואיכא מאן דפליג שאפי' בענין זה יכול לומר כן שאותו תנאי עצמו לא אמרו מתחילה אלא להשלים רצונו שהיה רוצה שלא ילך ועכשיו כיון שאינו חושש אם ילך אם לא ילך כבר נשלם רצונו עכ"ל. אף שמתחילת דברי הרשב"א דכתב דוקא בקיום מעשה שייך לומר כאלו נתקבלתי משמע לכאורה

דסובר דיש חילוק בין קיום מעשה לבטול מעשה דאם אמר נכסי אסורין עליך אם לא תלך למקום פ' להשלים רצוני יכול לומר כאלו הלכת והשלים רצוני אבל אם אמר נכסי אסורי לך אם תלך למקום פ' והלך אינו יכול לומר כאלו לא הלכתי וכן משמע מפשטות הלשון מהרמ"א ביו"ד סי' רל"ב ס"כ דהביא שם דיעה הראשונה דיש חילוק בין קיום מעשה לבטול מעשה. והוא דעת הרשב"א ז"ל אבל באמת אינו כן דמסוף דברי הרשב"א דכתב כיון דאפי' היה מקבל ממנו היה יכול להחזיר לו. מוכח להדיא דס"ל דדוקא בדבר שבממון יכול לומר כאלו נתקבלתי אבל בשאר דברים אף בקיום מעשה אינו יכול לומר כאלו נתקבלתי ואזיל לשיטתי' דכתב בכתובות דדוקא בדבר שבממון מהני מחילה כאלו נתקבל אבל בשאר דברים לא. ע"כ נ"ל לפרש בדברי הרשב"א מה דכתב בקיום מעשה כוונתו היינו שידבר לשלטון בעדו או כה"ג דחשוב הנאת ממון כדאמרינן בקדושין לכך יכול למחול לו ולומר כאלו נתקבלתי כיון שזהו הנאת ממון אבל בשאר קיום מעשה דאין זה הנאת ממון אינו יכול למחול לו ולומר כאלו נתקבלתי ולפד"נ דגם כונת הרמ"א כמש"פ בדברי הרשב"א. אך צע"ק מה שסתם הדברים ביותר:

והמתבאר מכל דברינו אלה משום דהרשב"א ז"ל ס"ל דדוקא בדבר שבממון מהני מחילה דהוי כאלו קבל והחזיר לו אבל בשארי דברים לא מהני מחילה כאלו נתקיים אף שהתנאי היה לטובתו ונראה דזהו גם דעת הרמב"ן לכך הוכרח לומר דלפי הגירסא שם ע"מ שאעבור מנגד פניך דהוה כמעכשיו ומ"מ פריך הגמרא דלמא פייס משום דיכול לבטל בכל התנאים אף שאינם לטובתה ברצוי דידה רק שמחלקים שזה בתנאי שבידם לקיימו או לבטלו אבל בתנאי שמתקיים בע"כ כמו מיתה דשם לא מהני בטול אף ברצוי שניהם אבל הר"ן סובר דבכל תנאים שהוא להנאתו יכול לומר כאלו נתקבלתי והוה כאלו נתקיים כמו שהכריח בכתובות שם והשיג טל הרשב"א ז"ל. לפי דבריו א"ש פירכת הגמרא דפריך וליחוש שמא פייס אף לפי הגירסא דגריס ע"מ בפשיטות ע"כ נלפע"ד דדעת הרי"ף והרמב"ם הוא ג"כ כדעת הר"ן דבכל תנאי שהוא לטובתה היא יכולה למחול והוה כאלו נתקיים התנאי וממילא בטל הגט מדכתב הרי"ף בתשובה סי' ל"ב דלמא פייסה ומחלה לו התנאי. ולא הזכיר כלל שמבטל הגט אלמא דס"ל דבמחילה לבד סגי כיון שהתנאי הוא לטובתה וגם לשון הרמב"ם מוכח כן מדכתב וכן הוא בכל התנאים שהם תלויין ברצונה ואם רצתה ומחלה אותן לבעלה בעל הגט חוששין לה שמא פייס כו' אלמא דס"ל דבכל תנאים שהם תלויין ברצונה היינו שהם לטובתה אז מועיל מחילתה והוה כאלו נתקיים ואין צריך לבטל הגט וממילא נתבטל וכן הוא דעת הגר"א ז"ל בסי' קמ"ד ס"ז דהובא שם לשון הרמב"ם כתב ע"ז הגר"א ז"ל וז"ל ואע"ג שא"י

לבטל התנאי כל שהוא ברצונה יכולה למחול דע"כ לא אמרו (ע"ד:) במחולין לך דאינה מגורשת משום דלצעורה קמכוין משא"כ במה שהוא לטובתה עכ"ל ולפי דברינו אלה דהרמב"ם קאי בשיטת הר"ן יתיישב בפשיטות דברי הרמב"ם מה שהקשה הגאון בעל מכתב אליהו דהאיך לא הזכיר הרמב"ם בפ"ח דבהסכמת האשה יכול הבעל לבטל אף בתנאי דע"מ אבל לפי"ז נ"ש דהא באמת בתנאי שאינו לטובתה אינו יכול לבטל בתנאי דע"מ אף בהסכמת האשה רק בתנאי שהוא לטובתה וזה הא הוא לא מטעם בטול הגט נגע בה אלא מטעם דכיון דמחלה לו הוה כאלו נתקיים התנאי:

אח"כ מצאתי שהגאון בעל מכתב אליהו בשער ח' סי' י"א תברא לגזיזי' וחזר מדבריו מה שכתב בשער ז' סי' כ"ה. וכתב דהרמב"ם ס"ל כשיטת הר"ן וז"ל ואני תמיה על ה"ה דאם איתא דדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן למה תלה הדבר בתנאים שהם תלויים ברצונה כו' הלא לדעת הרמב"ן לאו בהכי תליא מילתא אלא אפי' בתנאים שאינם תלויים ברצונה כגון ע"מ שתתני לי מאתים זוז וכיוצא קאמר שיכולין שניהם לבטל התנאי והגט בטל ואין הדבר תלוי לדעתו אלא בתנאי שאינו מתקיים בע"כ לאפוקי תנאי שהוא מתקיים בע"כ כגון אם מתי ואם לא מתי אבל שאר תנאים שאינם מתקיים אלא לדעתם יכולין לבטלם אשר ע"כ נראה ברור לע"ד דהרמב"ם מדעת הר"ן הוא שחילק בין תנאי שהוא לטובתה כנז"ל כו' עכ"ל. עוד יש להביא ראי' דהרמב"ם ס"ל כשיטת הר"ן ממה דכתב בה"א פ"ז הכ"ג וז"ל המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי אעפ"י שבטלו בינו לבינה שלא בפני עדי' בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם ועיין מש"כ הה"מ וז"ל זה יצא לרבינו מהסוגיא האמורה בפ' המדיר (ע"ג) לא תימא טעמי' דרב משום דאחולי אחלי לתנאי' ומשמע שאם מחל תנאו הויא מחילתו מחילה וכן דעת הראב"ד אלא דהצריך עדים כו' והרשב"א חולק בכל זה ואומר שאין מחילת התנאי וביטולו מועילים אא"כ היה בו הרווחת ממון כגון ע"מ שתתן לי מאתים זוז שיכולה היא לומר הריני כאלו התקבלתי אבל בשאר תנאים לא והוא מפרש כנס הנזכר באותה סוגיא שר"ל בעל ומפרש הסוגיא בדרך אחרת עכ"ל. מ"מ נראה דדעת הראב"ד בעל השגות [דדעת הראב"ד בעל הפירושים הוא כדעת הר"ן יעו"ש בכתובות] הוא כדעת הרשב"א דאינו מועיל מחילה אלא דוקא בדבר שבממון דהא השיג בה"ג שם פ"ט על דברי הרמב"ם וכתב וז"ל איני יודע מחילה זו מאי היא ומה יש בידה למחול בתנאים כו' עכ"ל ומה שלא השיג על הרמב"ם בה"א ומודה להרמב"ם שיכול לבטל התנאי אין זה מטעם הרמב"ם דס"ל דמחילה מועיל בדבר שהתנה להנאתו והוה זה כאלו נתקיים התנאי דלפי"ז א"צ עדים כיון דזה מיקרי קיום התנאי ועל קיום התנאי הא א"צ עדים אלא טעמא דהראב"ד

הוא דהא דמהני בטול התנאי הוא כאלו מקדשה אז בכסף קדושין שנתן לה מקודם ואף שנתאכלו המעות מ"מ כיון דמעיקרא בתורת קדושין אתא לידה מהני לכך הצריך שיהא הבטול בפני עדים אח"כ מצאתי בס' המקנה בקו"א סי' ל"ח סל"ה דמפרש דברי הראב"ד כמש"כ:

אמנם ראיתי להרא"ש בתשובה בכלל מ"ו דכתב כלל חדש בדיני תנאים ומישב סוגית הגמרא דכתובות דהמקדש ע"מ שאין עליה נדריה דלכך מהני מחילת התנאי משום דאתא דבור ומבטל הדבור של התנאי ואע"ג דעיקר מעשה על תנאי וכפל לתנאי' שאם לא יתקיים התנאי שיהא המעשה בטל אפ"ה יכול לבטל התנאי וישאר המעשה במקומו משום דמתנאי דב"ג וב"ר ילפינן שיש כח בתנאי לבטל המעשה כו' ולהכי בעינן שיהא התנאי כב"ג וב"ר דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו וכיון שכן הוא כו' א"כ יכול הוא לבטל התנאי כו' דדבור בעלמא הוא ואתי דבור דביטול התנאי ומבטל דבור של תנאי ונשאר מעשה קיים כו' ע"כ. והביא ראי' לדבריו מדברי הרמב"ם בה"ג פ"ט הכ"ג דכתב שם דאם אמר ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי כלי פ' כו' ואבד אותו כלי כו' אעפ"י שנתנה לו אלף זוז בדמיו אינו גט עד שתתן אותו כלי כו' או עד שיבטל התנאי ע"כ. א"כ לפי"ד דכשמבטל התנאי אין זה גירושין מחדש אלא הגירושין חלין למפרע דכשמבטל התנאי נתקיים הגט למפרע כמבואר בתשו' הרא"ש שם. ובטור סי' קמ"ג יעו"ש. ולפי"ז אפי' אם אבד הגט או נשרף בשעת בטול התנאי נמי מהני אבל לפע"ד דברי הרא"ש תמוהים הרבה דלדבריו ז"ל קשה מדברי התוספתא שהביא הרמב"ן והרשב"א דמבואר שם להדיא דכשרוצה לבטל התנאי צריך ליטול ממנה הגט ולחזור וליתן לה והרמב"ן והרשב"א כתבו דזה אתיא כרשב"א אבל לדידן דקיי"ל כרבי בהא גיטך בלי שום תנאי סגי. א"כ הרי מבואר להדיא בתוספתא דלא אתא דבור ומבטל הדבור של התנאי אלא רק הוא משום גירושין מחדש אבל אם אבד או נשרף לא מהני דאל"כ אמאי צריך ליטול ממנה ולחזור וליתן לה הא לדברי הרא"ש בבטול התנאי חלין הגירושין למפרע:

אח"כ מצאתי במהרי"ט ח"א סי"ג שהוקשה לו זאת על התוספתא דלמה צריך ליטול ממנה ולחזור וליתן לה כיון דבבטול התנאי חל הגט למפרע אך מדבריו שם נראה דאין שום חולק בזה ולפע"ד אינו כן דודאי הרמב"ן והרשב"א ס"ל דאינו יכול לבטל התנאי שיחול הגט למפרע כמבואר להדיא בחי' הרמב"ן והרשב"א וכן בר"ן על הברייתא אמר לה בפני שנים ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי אבא יעו"ש מבואר להדיא דאינה מגורשת אלא משעת אמירה שניה דלא ס"ל כללא דהרא"ש דאתא דבור ומבטל דבור וכן ס"ל להרשב"א והר"ן גבי מקדש ע"מ שאין עליה נדרים דלא כהרא"ש וכן בתוס' דכתובות (ע"ג) ד"ה לא

כו' ג"כ מבואר להדיא דלא כהרא"ש. ושם נראה מדבריהם דס"ל כשיטת הר"ן והמהרי"ט מיישב דברי התוספתא וכתב וז"ל ונראה בעיני דהך תוספתא לאו בבטול התנאי לקיים גירושין ראשונים בלא תנאי מיירי שאילו רצה לבטל תנאו אפי' לרשב"א לא היה צריך שיטלנו הימנה אלא בגירושין שניים מיירי דאע"ג דמעיקרא גרשה בתנאי שתתן לו מאתים זוז עכשיו חוזר ומגרשה סתם מעכשיו באותו הגט עצמו דהשתא היא מגורשת ממ"נ אי מקיימה תנאה הרי היא מגורשת בגירושין הראשונים ואין במעשה האחרון כלום ואי לא מקיימה תנאה נמצאו גירושין הראשונים למפרע בטלין ונמצא דבשעת גירושין האחרוני' אגידא ביה ואשתו היתה וחיילי שפיר גירושין האחרונים שהם סתם בלא תנאי כו' עכ"ל ולפעד"נ דתירוץ המהרי"ט הוא דחוק מאד דא"כ מאי קאמר כיצד יעשה יטול ממנה ויחזור ויתן לה. הא אפשר בתיקון קל שיאמר שמבטל התנאי מעיקרא ואז אף לרשב"א א"צ ליטול ממנה ולחזור וליתן לה וע"כ צ"ל דהכא מיירי שאינו רוצה שיחול הגט למפרע אלא רוצה לגרשה מעכשיו וזה דחוק ועוד קשה לדברי הרא"ש מהא דאיתא שם בתוספתא ה"ז גיטך ע"מ שתתני מאתים זוז וחזר ואמר לה הרי הן מחולין לך לא אמר כלום כיצד יעשה יטלם ממנה ויחזור ויתנם לה ויאמר הרי הן מחולין לך ע"כ. ולפי דברי הרא"ש דבבטול התנאי מועיל שיחול הגט למפרע ודוקא מחולין לך אינו מועיל משום דהא דאומר מחולין לך אינו מבטל התנאי אלא רוצה בזה לקיים התנאי וזה לא הוה קיום התנאי משום דלצעורי קמכוין מעיקרא א"כ למה לאשכוחי להתוספ' התיקון שיקבל ממנה המעות ויחזור ויתן לה כיון דהכא רוצה לקיים התנאי כדי שיחול הגט למפרע. א"כ הא אשכחן תיקון קל שיבטל התנאי ויחול הגט למפרע אמנם לפי מש"כ הב"י בסי' קמ"ג דדעת הרא"ש לא נתברר כל הצורך בדברי רבינו ז"ל שהוא ז"ל ביאר דבריו דוקא בכה"ג שהתנאי לא היה לצעורה אז אמרינן דאם מחל וביטל התנאי הוה גט למפרע משעת נתינה אבל בתנאי דלצעורה ודאי אינו יכול לבטל ואם ביטל אין בדבריו כלום לא קשה על הרא"ש מהתוספתא דהתוספתא מיירי בתנאי דלצעורה. אבל באמת דברי הב"י תמוהים מאד דהא מבואר בתשו' הרא"ש דאף בתנאי דלצעורה נמי יכול לבטל התנאי דהא הוא ז"ל מביא ראיה לדבריו מדברי הרמב"ם שיכול לבטל התנאי והרמב"ם הא מיירי להדיא בתנאי דלצעורה וכתב הרא"ש ע"ז וז"ל הרי שכתב דאף במקום שאין נתינת הדמים מועלת ולא מחילה כיון דלצעורה קמכוין אפי"ה ביטול התנאי מועיל דמילתא דפשיטא היא דדבור מבטל דבור לקיים המעשה כו' עכ"ל. וכן מצאתי שגדולי האחרונים השיגו על הב"י בזה מדברי הרא"ש הללו ונראה דהרא"ש דחה דברי התוספתא הזאת משום דר"י שם (ע"ד:) לא הביא ראיה מדברי התוספתא זו לפשוט

בעיא דר"א אלמא דהתוספתא לאו דסמכי היא אבל באמת אין זה ראי' כ"כ משום דאולי רוצה לפשוט אף לדברי רשב"ג לא מהני מחולין לך. ומהתוספתא הא אינו יכול להביא ראיה דאולי אתיא כרבנן וצ"ע:

ולכאורה עלה בדעתי דלפי"ד הרא"ש הללו נסתר ראייתי מה שהבאתי שגם מדברי הרמב"ם דס"ל גבי המקדש ע"מ שאין עליה נדרים דמהני מחילת התנאי מוכח ס"ל כשיטת הר"ן. דאיכא למידחי דטעמא של הרמב"ם הוא משום דאתא דבור ומבטל דבור של התנאי. אבל לאחר העיון ז"א דלפי דעת הרא"ש נראה ברור דצריך עדים על בטול התנאי אע"ג דבשעת בטול התנאי חלין הקדושין למפרע מ"מ בלא עדים א"א לבטל התנאי ויהי' קדושין בלא תנאי דא"כ הוה קדושין בלא עדים דהא העדים אינם יודעין רק מקדושין על תנאי ועתה שנתחדש שיהיו קדושין בלא תנאי א"כ בודאי צריך עדים ע"ז. ולפי"ז אפשר לומר דדעת הראב"ד דהצריך עדים על מחילת התנאי הוא כדעת הרא"ש ולא כמשכ"ל. אלא ע"כ דהרמב"ם ס"ל דמהני שם בטול התנאי בלא עדים משום דס"ל כשיטת הר"ן דמחילת התנאי היה כמו שנתקיים התנאי ועל קיום התנאי לא בעי עדים כמש"כ הראשונים:

אח"כ מצאתי שהגאון בעל מחנה אפרים בה"ג כתב דהרא"ש ס"ל ג"כ כהר"ן דמחילת בתנאי הוה כקיומו וז"ל ואיברא שדבריו צריכין ביאור דלכאורה נראה דבריו סתרי אהדדי דמתחילה כתב ודייק בלישני' משום שלא היה התנאי כדי לצעורה ובכה"ג ההוא אמר דמחילת התנאי הוה כקיומא אימא סיפא דיהיב טעמא למלתי' משום דבאתי דבור ומבטל דבור וכמו שהביא מדברי הרמב"ם ז"ל ולפי"ז חזר הדין דאפי' בתנאי דלצעורה הביטול מועיל ותפוס לשון אחרון. ואשר נראה ליישב דהרא"ש ז"ל חדא ועוד קאמר חדא דמחילת התנאי הוה כקיומו כיון שלא היה התנאי כדי לצעורה זאת ועוד דבטול התנאי עדיף טפי ממחילה דאלו לשון מחילה מורה שעדיין רוצה בתנאי הראשון אלא שמוחל לו את הדמים וכיון דלקיומו תנאיה קמכוין לא חשוב זה כאלו נתקיים כיון דמעיקרא נתכוין לצעורה והא לא צערה מה שא"כ בבטול התנאי דהו"ל כאלו לא התנה מעולם כו' עכ"ל. ולכאורה דברי המחנה אפרים הללו תמוהים דהאיך אפשר לומר דהרא"ש ס"ל כדברי הר"ן דמחילת התנאי כיון דלא הוה לצעורה הוה כקיומו אף בדבר שאינו של ממון. א"כ האיך הביא הרא"ש ראי' מהמקדש ע"מ שאין עליה נדרים דהיכא דאחולי אחלי אח"כ מהני אלמא דבטול התנאי מהני משום דאתי דבור ומבטל דבור דלמא התם מהני משום דמחילת התנאי הוה כקיומו. אבל במקום דמחילה לא מהני דהיינו במקום דהתנאי הוה לצעורה לא מהני נמי בטול התנאי. ונראה דס"ל להרא"ש

לחלק בין תנאי דלהבא ובין תנאי שלעבר דבתנאי דלהבא אמרינן דהיכא דהתנאי היה לטובתה או לטובתו ולא לצעורה בזה הוא דאמרינן דמחילה מהני משום דודאי ע"מ כן התנה מתחילה שאם ירצו אח"כ למחול התנאי יכולין למחול ומחילת התנאי הוה כקיומו. אבל היכא דהתנאי היה תנאי דלעבר כגון המקדש ע"מ שאין עליה נדרים א"כ גילה דעתו להדיא בשעת הקדושין שהוא מקפיד ע"ז א"כ לא שייך כלל לומר שבשעת קדושין היה דעתו לכך שאם ירצה אח"כ למחול ימחול ולכך מוכרח הרא"ש לומר דהתם הוה הטעם משום בטול התנאי דאתי דבור ומבטל דבור, וכן מוכח דגם הריטב"א ס"ל לחלק בין תנאי שלעבר ובין תנאי דלהבא כמו שאבאר לקמן בס"ד:

ולפי"ד המחנה אפרים הנ"ל דהרא"ש ס"ל כדברי הר"ן נוכל ליישב שפיר דברי הטור מש"כ בסי' קמ"ד דהביא שם בשם הרמ"ה דהא דצריך להימנה דוקא שאמר כ"ז שאעבור ולא אמר מעכשיו אבל אם אמר מעכשיו אם לא אעבור כו' חל הגט למפרע וא"י לבטל תנאי' וא"צ להימנה ולפמש"כ א"א הרא"ש דאף בתנאי דמעכשיו יכול לבטל אין חילוק עיי"ש. וכבר תמה עליו המהרשד"ם בסי' צ"א דזה אינו מבואר כלל בתשובת הרא"ש. ואדרבה ממה שהוכיח הרא"ש לכנגדו שם מבואר להדיא להיפך דלא ס"ל כבעל העיטור וע"כ הגיה שצ"ל ולדעת א"א הרא"ש ז"ל אפי' בתנאי דמעכשיו צריך להימנה דאין חילוק בזה יעו"ש. מ"מ אף לדבריו קשה כיון דהרא"ש לא ס"ל כבעל העיטור א"כ למה צריך להימנה בתנאי דמעכשיו כיון דאינו יכול לבטל. אבל לפי מש"כ המחנה אפרים דס"ל להרא"ש נמי כשיטת הר"ן דמחילת התנאי הוה כקיומו א"כ א"ש מה דלמד הטור מדברי הרא"ש דאף בתנאי דמעכשיו נמי צריך להימנה כיון דהתנאי ע"מ שלא אעבור הוא תנאי שהתנה לטובתה א"כ יכולה למחול לו דמחילת התנאי הוה כקיומו לכך צריך להימנה. ואף שהרא"ש שם בתשובה הביא דברי הר"ת מה דפי' שמא פייס ובטל הגט ומשמע שם דהוא אינו חולק על דברי הר"ת. ומדברי הר"ת נראה דס"ל כשיטת הרמ"ה דמעכשיו לא חיישינן כלל לבעול הגט מפני שא"א לבטל התנאי אף שהתנאי היה לטובתה ותמחול לו אבל באמת אפשר לומר דהר"ת נמי סובר דלא כהרמ"ה והיכא דהתנאי הוא לטובתה חיישינן שמא פייסה ומחלה לו ע"כ צריך להימנה אך משום שבגמרא איתא רק ליחוש שמא פייס ולא קאמר שמא פייסה אלמא דאף בלא דעתה אפשר לבטל הגט לכך הוכרח הר"ת לפרש משום דהברייתא מיירי בלא מעכשיו והמתני' דמיירי במעכשיו ה"פ וליחוש שמא פייס ובא קאמר וממילא בטל הגט. אבל היכא דפייסה עד שמחלה להתנאי שהתנה לטובתה גם הר"ת מודה דבטל הגט משום דהוה כנתקיים. ונראה דזהו

גם דעת הב"י בסי' קמ"ג דכתב על דברי הר"ן ואלה דברי הר"ן האחרונים קרובים לדברי הרא"ש בתשובה:

אח"כ ראיתי שמדברי הרא"ש מוכח דס"ל נמי כשיטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דבהסכמת שניהם יכולין לבטל הגט אף בתנאי דמעכשיו אפי' היכא דלא שייך לומר דמחילת התנאי הוה כקיומו. דהא כתב הרא"ש בכלל ל"ה גבי מי שקדש אשה על תנאי אם באתי מכאן ועד י"ב חודש ואח"כ נתרצו להאריך זמן התנאי וכתב שם הרא"ש דבתוך הזמן יכולין להוסיף ולגרוע מן התנאי. וזה ניחא הא דיכולין להוסיף על התנאי דהיינו להאריך הזמן דיכולין לבטל התנאי ולהוי קדושין גמורין מיד משום דאתא דבור ומבטל דבור ע"כ יכולין גם להאריך זמן התנאי. אבל לגרוע מן התנאי היינו שאם קדש על תנאי שאם יבוא לי"ב חודש ואח"כ נתרצו לגרוע היינו שאם לא יבוא לששה חדשים יתבטלו הקדושין. קשה דהאיך אפשר זאת לבטל הקדושין כיון דהקדושין נעשו בתנאי דמעכשיו. והב"ש בסוף סי' קמ"ד נתקשה בזה ולא מצא שום תירוץ ע"ז יעו"ש. וע"כ צ"ל דהרא"ש ס"ל כשיטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דבהסכמת שניהם יכולין לבטל הגט כ"ז שלא נתקיים התנאי וה"ה בהסכמת שניהם יכולין לבטל הקדושין כ"ז שלא נתקיים התנאי וע"כ יכולין לגרוע מן התנאי. וכן מצאתי להגאון בעל בית מאיר דכתב כן, ולפי"ז ע"כ צ"ל בדברי הרא"ש דמה דס"ל בפירוש הגמרא וליחוש שמא פייס כדברי הר"ת הוא כמו שבארתי למעלה דמשמע להו מדקאמר וליחוש שמא פייס ולא קאמר וליחוש שמא פייסה אלמא דמהני שם בטול הגט אף בלא הסכמתה. ולפי"ז א"ש דברי העור בפשיעות מה דכתב דהרא"ש ס"ל דאף בתנאי דמעכשיו צריך להימנה דלא כהרמ"ה. וכולם תמהו על דברי הטור דמהיכא למד זאת מדברי הרא"ש דהא הרא"ש לא קאמר אלא לבטל התנאי לקיומו של גט משום דאתא דבור ומבטל דבור ונשאר המעשה קיים. אבל לבטל הגט אף בהסכמת שניהם לא נשמע מדברי הרא"ש. ולפע"ד נראה ברור דהטור למד זאת מדברי הרא"ש מדכתב גבי קדושין להוסיף על התנאי או לגרוע כמש"כ:

עוד נראה לאחר העיון היטב בדברי הטור דס"ל להטור דלפי דברי הרמ"ה דס"ל דבמעכשיו אינו יכול לבטל הגט בשום צד אף בהסכמתה דהיינו שהיא מוחלת לו על מה שהיא כבר זכתה בגיטא על תנאי כו"כ ונותנת לו רשות לבטל מ"מ אינו יכול לבטל משום דס"ל דגט הניתן מעכשיו הוה לאחר נתינת הגט כמו שכבר נגמר הדבר לגמרי אף שהדבר תלוי בקיום התנאי מ"מ אין בידם לשנות כלל ואינו יכול לבעל התנאי ולבטל הגט א"כ אינו יכול לבטל התנאי אף לקיומו של גט ולא שייך כלל לומר סברת הרא"ש משום דאתא דבור ומבטל דבור כיון שכבר נגמר הדבר ואין הדבר תלוי רק בקיום התנאי

בלבד. והרא"ש דס"ל דיכול לבעל התנאי לקיומו של גט משום דס"ל דכ"ז שלא נתקיים התנאי לא מיקרי זאת כבר נגמר הדבר לכך בידו לשנות ולבטל התנאי ולקיים הגט אף בלא תנאי ולזה א"צ הסכמתה כיון דמגורשת בע"כ. א"כ ע"כ ס"ל דה"ה לבטל הגט בהסכמתה היינו שהיא מוחלת לו על מה שכבר זכתה בגיטא על תנאי כו"כ והיא נותנת לו רשות לבטל הגט נמי יכול לבטל כיון שעדיין לא נגמר הדבר כ"ז שלא נתקיים התנאי. ולפי"ז יש ליישב כוונת הטור בסוף סי' קמ"ג דלאחר שהביא תשובת הרא"ש דס"ל דיכול לבטל התנאי לקיומו של גט כתב הטור וכן כתב בעל העיטור שיכול לבטלו כ"ז שלא נתקיים וכונתו היינו דבעל העיטור ס"ל כסברת הרא"ש דאף בתנאי דמעכשיו כ"ז שלא נתקיים התנאי מיקרי עדיין לא נגמר הדבר. אבל מ"מ הרא"ש לא ס"ל כבעל העיטור דהרא"ש ס"ל דבלא הסכמתה אינו יכול לבטל הגט כיון שכבר זכתה בגיטא על תנאי כו"כ א"כ כ"ז שאינה מוחלת לו מה שכבר זכתה אינו יכול לבטל. ואפשר דא"צ להגיה בדברי הטור בסי' קמ"ד וכונתו דאף בתנאי דמעכשיו יכול לבטל היינו בהסכמתה:

היוצא מכל דברינו אלה דדעת הרא"ש הוא תרתי לטיבותא. חדא דס"ל כסברת הרמב"ן והרשב"א דאף בתנאי דמעכשיו יכול לבטל הגט בהסכמתה. וגם ס"ל היכא שהתנאי הוא לטובתה מהני מה שהיא מוחלת לו התנאי והוה כנתקיים ואז אף שלא בטל הגט בפירוש נמי מהני כדעת הרי"ף והרמב"ם והר"ן דהיכא דמוחלת לו התנאי א"צ בטול כי נתבטל הגט ממילא. אך דדעת הרא"ש הוא לחלק בין תנאי דלעבר ובין תנאי דלהבא לכך ס"ל גבי המקדש ע"מ שאין עליה נדרים דהטעם הוא דאתא דבור ומבטל דבור. וכן הוא דעת הריטב"א דהריטב"א ס"ל להדיא בגיטין כשיטת הר"ן דהיכא דמוחלת לו התנאי שהתנה לטובתה הוה כנתקיים. ומפרש שם דמאי דקאמר ליחוש שמא בא משום דאיכא למיחש דהיא בעצמה מחלה לו על ביאתו (וכן הביא שם (יח:) בשם הרא"ה שכתב בשם אחיו החכם הגדול הר' פנחס הלוי ז"ל שמפרש כל הסוגיא דחיישינן שמא פייס ושמא בא היינו שמא מחלה לו על תנאי' והוה כנתקיים ונתבטל הגט) וכתב שם דליכא לפרש בההיא וליחוש שמא בא בחשאי וכדפירשו מקצת המפרשים דהא כתיבנא לעיל דבכל דבר שהוא בקום ועשה אין אנו חוששין ואפי' לחומרא שעשאו אלא א"כ ראינו עכת"ד. מ"מ ס"ל בכתובות הביאו הש"מ גבי המקדש ע"מ שאין עליה נדרים דלא מהני מחילת התנאי שיהיו קדושין למפרע, אלא ע"כ דס"ל לחלק בין תנאי דלעבר לבין תנאי דלהבא וכמשב"ל:

והנה דברי הריטב"א צריכין ביאור דהא לפי דבריו נראה דאף היכא דהיא בעצמה מחלה על תנאי' שהתנה בטלה לטובתה הוה כנתקיים לכך אנו חוששין גבי שמא בא שמא

היא בעצמה מחלה לו על תנאי' אע"ג דבעלה לא היה שם מ"מ הוה כבא כיון דהיא מחלה לו. וקשה דבלא דעת הבעל א"א לה למחול על תנאי' דהא כתב הריטב"א בה' נדרים פרק שמיני דאפי' היכא דהתנה בתנאי שיש בו הנאה ללוקח או למקבל מתנה לא מצי מחיל לנפשו למימר כלום נתכונתי אלא לכבודי דדילמא קפידא הוי והכי מוכח מדאמרינן גבי שלשה שטרות הן זכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר חוזר בזה ובזה ולא מצי לוקח לממחל לנפשי' כתיבת שטר שהיא להנאתו כו'. וכן כתב הר"ן בקדושין [דפוס ווילנא (יב.)] בשם הרמב"ן יעו"ש ומדבריהם יש ללמוד דהיכא דקידש אשה ע"מ שאתן לך מאתים זוז לא מצית לממחל לנפשה ולומר הריני כאלו התקבלתי בלא הסכמת המקדש דאולי גם דעתו בדוקא כשיתן לה אז תהי' מקודשת לו וא"כ גם בנ"ז נראה דלא מצית לממחל לנפשה בלא הסכמת המגרש דאולי אינו רוצה במחילתה אלא דוקא בקיום התנאי. ועלה בדעתי לומר דמאן דמתני לה אמתני' ס"ל דאף דהוא בעצמו לא היה שם מ"מ חיישינן דלמא בקש ממנה במכתב שתמחול לו על תנאו והיא מחלה לו. ובזה פליג מאן דמתני לה אברייתא ולא מתני לה אמתני' דס"ל דכיון דהבעל לא היה שם לא חיישינן דילמא בקש ממנה ע"י מכתב או ע"י איש אחר שתמחול לו על תנאי' וזהו פירוש הגמרא הא לא אתא לכך לא חיישינן ודוקא בברייתא כיון שהיה הולך ובא והיה שם חיישינן דלמא בקש ממנה שתמחול לו על תנאו והיא מחלה לו אבל לאחר העיון בדברי הריטב"א נראה להדיא דס"ל דהכא אף בלא דעת הבעל נמי יכולה לממחול לנפשה דהכא כיון דאמר ה"ז גיטך אם לא באתי לז"פ זה דמי כאומר זכי בשדה זו אם לא אתן לך מאתים זוז לז"פ וזכה בה דנראה ברור דכו"ע מודים בזה דאם אח"כ רוצה המקבל לחזור מן הזכיה יכול לחזור ולומר כאלו נתקבלתי ונתבטל המתנה אף בלא דעת הנותן ה"נ יכולה האשה למחול לנפשה אף בלא דעת הבעל ונתבטל הגט. אע"ג דגט לא דמי למתנה כיון דאיתא בע"כ מ"מ כיון דהתנאי היה להנאתה הוה כתלה להדיא קיום הגט בדעתה דידה ודוקא באומר זכי בשדה זו ע"מ שאתן לך מאתים התם הוא דכתבו הרמב"ן והריטב"א דלא יכול המקבל לממחול לנפשי' כדי לזכות בשדה משום דאמרינן דגם הנותן תלה בנתינתו דוקא כדי שיהא בידו לחזור והכי נמי אם אמר ה"ז גיטך אם אתן לך מאתים זוז לז"פ לא מצי האשה אח"כ לממחול לנפשה ולומר כאלו התקבלתי כדי לזכות בגט בלא דעת הבעל משום דאמרינן דאולי גם דעת הבעל הוא שלא תזכה בגט אלא אם יתן לה המאתים זוז דלכך תלה בנתינתו. ולפי"ז צ"ל דמאן דמתני לה אמתני' ס"ל דאף בלא פיוס הבעל חיישינן שמא מעצמה מחלה התנאי שהתנה להנאתה אם לא אבוא. ומאן דמתני לה אברייתא ס"ל דבלא פיוס הבעל לא חיישינן שמא מעצמה

מחלה ודוקא בבריית' כיון שהיה שם חיישינן שמא פייסה ומחלה התנאי. ושמא פייסה ע"י מכתב שתמחול לו התנאי לכו"ע לא חיישינן. ולפי דבריהם יהא מדוקדק מה דפריך על הברייתא וליחוש שמא פייס. ועל המתני' פריך וליחוש שמא בא כפי גירסת רוב הראשונים. ועיין מה שדחק בזה הרשב"א ז"ל. כנ"ל לבאר דברי הרא"ה והריטב"א ז"ל: **אך** זה לא יכולתי להעמיד על כונת הריטב"א דמי דחקו לפרש דהא וליחוש שמא פייס ומחלה היא על תנאי זה דכיון דתנאי זה להנאתה נעשה בידה למחול הא הוא בעצמו כתב שם מקודם וז"ל ה"ג תניא כותיה דר"י ה"ז גיטך כ"ז שאעבור מנגד פניך ל' יום ול"ג ע"מ משום דהא קיי"ל דכל דאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי וכיון שמעכשיו א"ל תו ליכא משום גט ישן וכדכתיב' לעיל אלא כ"ז גרסינן כו' עכ"ל. וכיון דאיירי בלא ע"מ א"כ הא אפשר הבעל לבטל הגט אף בלא מחילת האשה את התנאי. בשלמא גבי וליחוש שמא בא כיון דהתם מיירי בע"מ הוכרח הריטב"א לפרש לפי פירושו דאפי' לא בא הוה כבא דזהו מטעם מחילת התנאי כיון שהתנה להנאתה. אבל גבי וליחוש שמא פייס קשה מי הכריחו לנטות מפי' ר"ת דפי' דחיישינן שמא נתפייס ובטל הבעל את הגט. אך לאחר העיון בדברי הרא"ה והריטב"א נראה דכונתם בזה לישב קושית הר"י בתוס' שם (יח:) כיון דחיישינן שמא ע"י פיוס בטל הבעל את הגע א"כ מאי מהני נאמנות שלה. אבל לפי פירושם דלא חיישינן לבטול הגט אלא חיישינן רק שמא מחלה התנאי כיון שהתנה להנאתה ניחא דהטעם דמהני מחילתה כיון שהתנה תנאי שזהו להנאתה משום דהוה כמו שהתנה להדיא בעת התנאי דזה תלוי בדעתה דאם תרצה למחול יכולה למחול. וכיון שהתנה שתהא נאמנת לומר שלא מחלה לכך לא חיישינן שמא מחלה לו מקודם התנאי דאף אם באמת מחלה מקודם התנאי מ"מ כיון שאח"כ תאמר שלא מחלה נמי הוה גט כיון דכך היה התנאי. אבל מ"מ קשה דאמאי לא חיישינן נמי לבטול הגט ע"י פיוס אם כן לא ליהני נאמנות שלה וצריך עיון:

ולפי מש"ב יצא לנו דבנ"ד יש להקל שתשאר האשה עם בעלה. דהא שיטת הרי"ף והרמב"ם והראב"ד בעל הפי' והרא"ש (לפי מה שפי' בו הגאון בעל מח"א) והרא"ה והריטב"א והר"ן דכל היכא שהתנה תנאי לטובתה יכולה היא למחול והוה כאלו נתקיים וממילא נתבטל הגט. ונפלאתי על הב"ש שם ס"ק ט"ו שהביא שם כל השיטות האיך השמיט דעתם. והא גם דעת התה"ד שאנו נמשכים אחריו הוא ס"ל ג"כ כדעתם דמחילה מהני בכל תנאי שהתנה לטובתיה ולכך פסק בסי' שי"א דאיש ואשה שקבלו עליהם להתגרש והעמידו קנסות על ככה לצדקה ואח"כ נתפייסו שלא להתגרש שפטורים מהקנסות דאין חילוק בין דבר שבממון לבין שארי דברים רק כיון שהתנה לטובתו יכול

לומר כאלו נתקבלתי יעו"ש מה שהביא בשם גדול אחד מגדולי הראשונים. אך מה שנראה מתה"ד שם שאין חולק עליו בזה זה תמוה מאד דהא ודאי כמה גדולי הראשונים לא סברי כוותי' מ"מ מסתימת השו"ע באה"ע סי' קמ"ד ה"ז וגם ביו"ד סי' רנ"ח סי"א אע"ג דהובא שם זאת רק בשם י"א מ"מ כיון דלא הביא דעת החולקים נראה דסובר לפסוק כותי'. ועיין בש"ך ס"ק כ"ג שהביא שם כל דברי התה"ד. ואף לדעת הרשב"א דס"ל דדוקא בדבר שבממון יכולה לומר הרי עלי כאלו התקבלתי אבל לא בשאר תנאים אף שהוא לטובתה. מ"מ הא דעת הרשב"א הוא כדעת הרמב"ן דבהסכמת שניהם יכולין לבטל אף בתנאי דמעכשיו בכל התנאים שבידם לקיימם או לבטלם. וכן נראה דזהו דעת הרא"ש כמשב"ל. ולא מצינו מגדולי הראשונים המחמירים בנ"ד רק הראב"ד בעל השגות (וכפי מש"פ כמה גדולי האחרונים דהראב"ד לא ס"ל כבעל העיטור) והרמ"ה דהם ס"ל דבתנאי דמעכשיו אינו יכול לבטל הגט בשום אופן. ומאחר דסתימת השו"ע הוא דלא כדבריהם א"כ אין אנו צריכין להחמיר ולחוש לדעתם ולהוציא אשה מתחת בעלה ודאי א"א כנ"ל בזה:

סימן יג

ומה שמערער ע"ז הרה"ג דק"ק ווייעטקא דאפי' לדברי הראשונים דהבעל יכול לבטל הגט בהסכמתה מ"מ הא האשה באה לשם רק לזמן קצר קודם הזמן שלא היה אפשר הבעל לבוא לוויטעפסק לקיים התנאי א"כ מאז הוה כאלו נתקיים ולא בא ומה מועיל אז הבטול. הנה בפרט זה הארכתי בקונטרס זה לעיל סי' א' וברורתי שם שמוכח מהגמרא ומהירושלמי ומדברי הראשונים דכ"ז שלא עבר הזמן ואפשר לבוא אפי' ע"י דרך רחוקה מאד כגון ע"י קפיצה לא מיקרי עדיין נתקיים התנאי. והנה כעת ראיתי שבדברי הירושלמי שהובא שם נראה מדברי הה"מ דפירש בו פירוש אחר דז"ל הרמב"ם בה"ג פ"ח הכ"ב אמר לה זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ולא קבע לה זמן ומת קודם שתתן אינה יכולה ליתן ליורשיו שלא התנה עליה אלא שתתן לו ולא בטל הגט שהרי לא קבע זמן. לפיכך אעפ"י שאבד הגט או נקרע קודם שימות הרי זו לא תנשא לזר עד שתחלוץ. וכתב הה"מ וז"ל ויגעתי לבקש מאין לו זה ומצאתי סברת רבינו שהיתה בזה ממה שיתבאר בפ"ט שהאומר ה"ז גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש ומת בתוך הזמן שאעפ"י שא"א שיבוא והרי היא מגורשת לא תנשא במקום יבום עד אחר הזמן כשיתקיים התנאי וזה הדין הוא בעיא דלא איפשטא בגמרא דילן (עו:) אם היא מותרת תכף שמת או לאחר זמן והולכין בו להחמיר ואף בירושלמי נראה שהוא במחלוקת ואיכא מ"ד אסורה לינשא ומתבאר מזה שאעפ"י שא"א שיתבטל התנאי בשום פנים

דכיון דמת ודאי לא יבוא אעפ"כ אינה מותרת ואין מחזיקין אותה בגרושה עד שיהיה מקויים בפועל כו' עכ"ל. אבל לפע"ד דברי הה"מ בפי' הירושלמי תמוהים מאד דא"כ אמאי קאמר ר' יוסי דאסורה לינשא שמא נעשה לו נסים וחיה. ואדרבה משם מוכח דאף האוסר לא בעי שיקויים התנאי בפועל ממש. אלא הטעם שאעפ"י שמת מ"מ כיון דאפשר לבוא עפ"י דרך נס לא הוה כאלו נתקיים התנאי ממש. ולפע"ד נראה דגם טעם הרמב"ם גבי ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת דאסורה להתיבם הוא ג"כ מטעם זה דאף שמת לא מיקרי זאת נתבטל התנאי ממש כיון דעדיין יוכל להתקיים התנאי אם יעשה לו נס ויחיה ואז תוכל ליתן לו המאתים זוז. ונ"ל לדחוק דגם כונת הה"מ הוא דלכך בעינן גבי קיום התנאי שיתקיים התנאי בפועל ממש וגבי בעול התנאי שיהא בטול התנאי בפועל ממש הוא ג"כ מטעם הירושלמי שמא יעשה לו נסים ויחיה אף שקיצר הה"מ ולא הזכיר סברא זאת. אך כ"ז היכא דמת. אבל היכא דשהה בדרכו וא"א לבוא לביתו כדרך העולם לזמן שקבע נראה ברור מדברי הראשונים דכ"ז שלא הגיע הזמן מיקרי עדיין לא נתקיים התנאי כיון שאפשר שיצויר שיבוא אף ע"י דרך רחוקה מאד:

אמנם ראיתי להש"מ ריש כתובות דעל הא דאמרינן שם אי לא אתינא מכאן ועד תלתין יומא להוי גיטא. מפלפל שם בדברי הגמרא ומסיק דע"כ הכין קאמר שמואל לא שמיה מתיא והוי גיטא מעתה אם רצתה תנשא לאחר ואע"ג דצריכה להמתין ג"ח מ"מ נ"מ דאם מת הוא בסוף היום עד שלא ישלימו הל' יום גרושה נקראת ולא אלמנה ונפסלה לכהונה וע"כ היינו משום דנאנס ולא יכול לבוא דאם היה באפשר לבוא למה אם רצתה תנשא לאחר ונקראת גרושה מעכשיו דילמא היה בא ועד שישלמו כל השלשים יום שהתנה ולא יבא אז יהיה גט אלא ודאי לא יהיה באפשר לבוא כלל כל אותו היום וש"מ ממילא אין אונס בגיטין כו' וזהו שכתב רש"י חזו דאתאי שבאתי לא שמיה מתיא והוי גיטא ואם רצתה תנשא לאחר וגם לכהונה נפסלה מהיום ע"כ. פי' מהיום קאי נמי אתנשא לאחר ואם לא תפרש כן מאי אתא לאשמעינן רש"י פשיטא דתנשא לאחר כיון דהויא גיטא כנ"ל עכ"ל. והנה דברי הש"מ הנ"ל הם סותרים לכל מש"ב שם סי' א'. ולפי דבריו עולה דהיכא דשהה בדרכו וא"א לבא לביתו כדרך העולם מאז מיקרי נתקיים התנאי ואף אם אמר אם לא אבוא עד שלשים יום ולא אמר מעכשיו הוה גיטא מהזמן שא"א לבוא לביתו לזמן שקבע ואם מת אז הוה גט כיון דכבר נתקיים התנאי מהזמן שא"א לבוא. אבל לפע"ד דבריו הללו אף שמדברי רש"י נמי משמע כן הם תמוהים מאד דא"כ קשה דהאיך סתם המשנה דאם מת תוך יב"ח לא הוה ביטא. דהא מסתמא לא מת מיחה פתאומית אלא ודאי חלה מקודם וכיון שחלה והיה קרוב למיתה א"כ מאז הוה כאלו

נתקיים התנאי כיון שא"א לבוא לביתו לזמן שקבע ואמאי אם מת אח"כ לא הוה גט הא הוה גט מקודם ואמאי אמרינן דזה הוה גט לאחר מיתה וכה"ג כתב גם השעה"מ ה"ג פ"ח ה"א על דברי הרב מכתב אליהו דכתב על דברי הרמב"ם דכתב אפילו מת הבעל קודם שיתקיים התנאי ה"ז מקיים תנאה אחר מותו כו' כתב הרב הנ"ל שהיא משנה ערוכה בשלהי פ' מי שאחזו מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש ומת בתוך יב"ח ה"ז גט והא התם אין התנאי מתקיים אלא בתשלום יב"ח וכבר מת בתוך יב"ח ואפי"ה הוי מגורשת יעו"ש וכתב השעה"מ ולע"ד נראה שאין ראיה דהתם שאני דמשעה שנטה למות שעה אחת קודם מיתתו חל הגע מאותה שעה כיון שודאי לא יבוא הו"ל כאלו נתקיים קודם מיתתו משעה שאינו ראוי לשוב לביתו עוד כו' עכ"ל וא"כ תקשה לפ"ז דאמאי אם לא אמר מעכשיו ומת תוך יב"ח לא הוה גט הא נתקיים הגט קודם מיתתו. אלא ע"כ צ"ל כמשב"ל בסי' א' דהתנאי והזמן הם שני דברים דאף אם נתקיים התנאי מ"מ לא הוה גיטא אלא כשיגיע הזמן אם לא אמר מעכשיו. אבל לפי דברי הש"מ דס"ל דהזמן תלוי בהתנאי וכיון שנתקיים התנאי אף שלא הגיע הזמן חל מאז הגע א"כ תמוה דאמאי לא הוה גט אף בלא אמר מעכשיו ומת תוך יב"ח הא נתקיים התנאי קודם מיתתו משעה שאינו ראוי לבוא לביתו. ולפי משב"ל דנראה מדברי הראשונים דכ"ז שלא הגיע הזמן לא הוה כאלו נתקיים התנאי אף שא"א לבוא ע"י דרך העולם מ"מ כיון שאפשר לבוא ע"י דרך רחוקה מאד ע"כ לא הוה כאלו נתקיים התנאי. א"כ כ"ש דכ"ז שלא מח אף שהוא קרוב למיתה לא הוה כאלו נתקיים התנאי אף דרוב גוססין למיתה מ"מ הא אפשר שיתרפא ויוכל לבוא ודוקא במת הוא דפליגי בירושלמי אם מיקרי נתקיים התנאי או לא וכמשב"ל. ולפי"ז א"ש דברי הרב מ"ת ודלא כהשעה"מ. אמנם לפי הש"מ דס"ל כיון דא"א לבוא ע"י דרך העולם מאז הוה כאלו נתקיים התנאי וגם ס"ל דהזמן תלוי בהתנאי א"כ תקשה דאמאי במת תוך יב"ח לא הוה גט. אבל לאחר העיון ראיתי דיש לישב דברי הש"מ דגם הוא מודה דהיכא דחלה בתוך הזמן ומחמת החולי א"א לבוא לביתו לזמן שקבע לא אמרינן כיון שבודאי לא יהא באפשרו לבוא לביתו לזמן שקבע א"כ מאז הוה כנתקיים הגט. משום דהא מה"ד יש טענת אונס בגיטין דהא חולי הוא אונס דלא שכיח ולא אסיק אדעתי' רק משום צנועות ופרוצות התקינו חכמים דלא מהני טענת אונס א"כ האיך אפשר לומר שיהא עדיפא משום שאירע לו אונם וא"א לבוא לביתו שיחול הגט מאז שא"א לבוא לביתו מחמת האונס דהא לא התקינו חכמים שיהא עדיפא היכא דאירע לו אונס מהיכא דלא אירע לו אונס כלל וכיון דבלא אונס אין הגט חל אלא לזמן שקבע לכך אף היכא דאירע לו אונס נמי אין הגט חל אלא לזמן שקבע לכך אם מת תוך

יב"ח אינו גט. אע"ג דמשעה שהיה קרוב למיתה לא היה אפשר לבוא לביתו מ"מ לא הוה גיטא דלענין זה מהני טענת אונס. אבל הכא גבי פסקא מברא היה אונס דשכיח ואסיק אדעתי' וכיון דלא התנה הוה כמו שפירש להדיא דאף אם יארע לו אונס דיפסק המברא מחמת זה לא יתבטל תנאו והוה כמו שנתקיים לכך ס"ל דהכא הוה גט מזמן שנתקיים התנאי וא"א לעבור ולבוא לביתו. וכן הוא דעת רש"י ז"ל:

אבל מ"מ הרמב"ן ודאי דאינו סובר כן דהא הרמב"ן הקשה על דברי הגמרא דכתובות דהיכא מתרץ שם דהיא גופא קמ"ל דאין גט לאחר מיתה ת"ל דהא הכא אנוס וקס"ד השתא דיש אונס בגיטין והיכא שמעינן מיני' היכא דלא אנוס. ומתרץ שם דאיכא לדחוקי דהכי קאמר מתני' בשאין בה טענת אונס כגון שהתנה בפירוש אם לא בא עד יב"ח אעפ"י שנאנס יהא גט דהכא ודאי משום דאין גט לאחר מיתה הוא עכ"ל. וא"כ תקשה דאמאי במת לא הוה גט כיון דהתנה להדיא דלא להני טענת אונס א"כ משעה שחלה והוה קרוב למיתה חל הגט ואמאי הוה זה גט לאחר מיתה. וע"כ סובר דגם גבי פסקא מברא לא הוה גיטא אלא לאחר שכלה הזמן דלא כפי מה שנראה מדברי רש"י ז"ל והש"מ. וכן אם חלה בתוך הזמן שאף שהתנה להדיא שלא יהא מהני טענת אונס מ"מ לא הוה גיטא קודם כלות הזמן אף שמחמת החולי בודאי לא יהא אפשר לבוא לביתו קודם כלות הזמן. ולכך סתם המשנה מת בתוך יב"ח אינו גט ולא חלקו בין שמת בזמן שהיה אפשר לבוא לביתו או לא. דלפי דברי רש"י והש"מ אם שהה בדרכו שלא היה אפשר לבוא לביתו ואח"כ חלה ומת הוה גט אף שמת בתוך יב"ח קשה דהאיך קאמר המתני' סתם מת תוך יב"ח אינו גט דמשמע אפי' בסוף יב"ח שבודאי לא היה אפשר לבוא לביתו עפ"י דרך העולם וזה דוחק לומר דתוך משמע דוקא בתוך הזמן ולא בסופו דז"א דהיא לישנא דתוך משמע נמי אף בסופו כמש"כ הטור בסי' קמ"ג ע"מ שתתני לי ר' זוז בתוך ל' יום דאפי' לא נתנה לו עד סוף ל' יום בסופו נמי הוה מגורשת. וכן הרמב"ם ודאי דפליג על דברי רש"י והש"מ דהא ס"ל גבי מעכשיו אם לא באתי עד יב"ח ומת תוך יב"ח דאסורה להנשא מה"ד עד אחר הזמן משום דבעי שיתקיים התנאי בפועל ממש כמש"כ הה"מ. א"כ כ"ש גבי פסקא מברא דאסורה להנשא קודם כלות הזמן דהא לא נתקיים התנאי בפועל ממש ויכול לבוא לעיר ע"י דרך רחוקה כגון ע"י קפיצה וכמשב"ל:

מ"מ מה שמוכח מדברי רש"י והש"מ הנ"ל דס"ל דהזמן תלוי בהתנאי א"כ לפי דבריהם היכא דלא כפלי לתנאי' כיון שנתבטל התנאי נתבטל נמי הזמן והוה גיטא מיד. והוכחתי למעלה בסי' א' דמדברי הר"ן מוכח להדיא דס"ל דהזמן אינו תלוי בהתנאי ואף שנתבטל התנאי מ"מ הזמן לא נתבטל. ראיתי כעת דמדברי הרמב"ם משמע דס"ל כדברי רש"י

והש"מ. ולכך לא הזכיר דגם היכא דתלה התנאי בהזמן כגון שהתנה אם לא אבוא עד ז"פ יהא גט דצריך שיהא הגט ברשותה בסוף כלות הזמן ולא קאמר שצריך שיהא הגט ברשותה רק היכא דאמר ה"ז גיטך לאחר ל' יום. ונראה דאזלי לשיטתייהו דהא הרמב"ם ס"ל דבתנאי דבאם מתחילין הגירושין מיד אלא דאינן נגמרין עד שיתקיים התנאי וכמו שמבאר דעתו באריכות הגאון בעל מכתב אליהו בטוב טעם ולכך ס"ל דגם בתנאי דבאם אם נשאת אף קודם שיתקיים התנאי לא תצא. ונראה דלפי דבריו אע"ג דהיכא שתלה התנאי בהזמן מ"מ כיון דחלה הגט בתנאי אם לא אבוא רוצה שיתחילו הגירושין מיד וגמר הגירושין לא יהא מעכב רק התנאי בלבד והזמן הוא רק להשלמת התנאי בלבד. אבל באומר ה"ז גיטך לאחר ז"פ אז אינו רוצה שיתחילו הגירושין רק לאחר הזמן בלבד א"כ לפי"ד אף דהיכא דתלה התנאי בהזמן מ"מ היכא דלא כפלי לתנאי' כיון שנתבטל התנאי נתבטל גם הזמן כיון שרצה שיחולו הגירושין מיד ורק התנאי הוא מעכב גמר הגירושין א"כ כיון שנתבטל התנאי ממילא נתבטל גם הזמן ונגמרין הגירושין מיד. אבל הר"ן ס"ל דגם בתנאי דבאם אין מתחילין הגירושין מיד אלא לאחר שיתקיים התנאי ופליג על דברי הרמב"ם דס"ל דאם נשאת לא תצא ולכך ס"ל להר"ן דהיכא שתלה התנאי בהזמן הוה כאומר לא תתגרשי אלא לאחר ז"פ ואף שנתבטל התנאי מ"מ א"א לחול הגירושין מיד כיון שלא גרשה אלא לאחר ז"פ כשיתקיים התנאי היינו שלא יבוא עד ז"פ א"א לחול הגירושין רק עד ז"פ אף בלא התנאי. ועיין במכתב אליהו שער ח' סי' נ"א מה שהביא שם מדברי הרלב"ח בסי' נ"ב ומה שהשיג עליו המהראנ"ח בסי' נ"ב יראה להדיא דהמהראנ"ח סובר כמש"ב לדברי הר"ן דהיכא דנתבטל התנאי מ"מ הזמן לא נתבטל:

ועתה נשובה לנ"ד דהא בארנו דנראה מדברי הראשונים דכ"ז שלא הגיע הזמן אף שא"א לבוא עפ"י דרך העולם לא הוה כאלו נתקיים התנאי א"כ מועיל אז הבטול מה שבטלו שניהם הגט בבואה לאנדרינאפל. ואף אם נאמר כדעת הש"מ וכפי מה שנראה מדברי רש"י ז"ל דכיון דא"א לבוא עפ"י דרך העולם מיקרי נתקיים התנאי מ"מ יש להקל בנ"ד דהא היא באה לשאול פי המורים מה לעשות שבעלה לא יהא יכולת בידו לקיים התנאי לבוא לזמן שקבע מטעם הממשלה יר"ה והיא יראה מחמת שהוא כהן א"כ לא יוכל לשוב אליה וגלתה דעתה להדיא שהיא מוחלת על התנאי ורצונה בבטול הגע. ועיקר נסיעתה לאנדרינאפל היה כדי לשוב אליו ולבטל הגט א"כ מאז שגלתה דעתה שמוחלת על התנאי הוה אז כאלו בא. ובשעה שגלתה דעתה שמוחלת על התנאי הא הוא יכול לבוא לוויעטפסק כדרך העולם. וכבר בארתי למעלה שמוכח מדברי הרא"ה והריטב"א דמחילתה מהני והוה כאלו בא אף בלא הסכם בעלה וכ"ש בנ"ד כיון שכבר היה מכתב

מן הבעל אליה שתבוא אליו ותדור עמו. א"כ זה הוה בהסכמתו ובודאי יכולה היא למחול. ומאז נתבטל הגט לפי שיטת הראשונים דהיכא שהתנה לטובתה יכולה היא למחול על התנאי אף בדבר שאינו של ממון. ובפרט בנ"ד כיון שהיה שהות ד' ימים אף שהיה שבת באמצע מ"מ עפ"י הדחק אפשר לבוא לוויטעפסק. ואפשר דכו"ע מודים בזה דלא מיקרי עדיין נתקיים התנאי כיון שאפשר לבוא עפ"י הדחק. וכן מסתברי כדי שלא לעשות פלוגתא רחוקה בין הראשונים. א"כ מהני נמי הכא הבטול מה שבטלו שניהם הגע בבואה לאנדרינאפל. כנ"ל בזה:

ומה שמערער עוד הרב הנ"ל כיון שיצאה הפקודה מהממשלה יר"ה אשר ישארו שם על זמן מה א"כ מאז הוה כאלו נתקיים התנאי כיון שא"א לבוא. הנה לפי מש"ב דאפי' אפשר לבוא בדרך רחוקה מאד נמי הוה כאלו לא נתקיים התנאי עדיין א"כ בודאי אין צריך לחוש לזה. ואפי' לדעת הש"מ וכפי מה שנראה מדברי רש"י ז"ל דהיכא דא"א לבוא עפ"י דרך העולם הוה מאז כאלו נתקיים התנאי מ"מ נראה דבנ"ד אין צריך לחוש לזה דהא זה ברור דמה שהוא נשאר שם לאחר המלחמה לא מיקרי אונס דשכיח כמו פסקא מברא אלא הוא אונס דשכיח ולא שכיח כמו חולי. והיכא דחלה בתוך הזמן ואינו יכול לבוא לקיים התנאי לזמן שקבע כבר הוכחנו למעלה דגם הם מודים דזה לא מיקרי נתקיים התנאי דהא כיון דמה"ד אונס מבטל הגט רק מטעם תקנת צו"פ התקינו חכמים דאונס אינו מבטל הגע א"כ אין סברא לומר שיהא עדיפא היכא שאירע לו אונס מהיכא דלא אירע לו אונס והדבר ברור דהיכא דחלה וא"א לבוא והיא רוצה למחול לו על תנאי' בודאי יכולה למחול אף שא"א לבוא לקיים התנאי לפי הפוסקים דמחילת התנאי הוה כקיומו. וכן לפי שיטת הראשונים דמהני בטול מדעת שניהם ודאי דיכולין לבטל הגט. א"כ בנ"ד נמי כיון דזה מה שנשאר שם אחר המלחמה ודאי דמיקרי אונס דשכיח ולא שכיח כמו שהסכימו לזה כמה רבנים היודעים גופא דעובדא וגם הא לא עלה על הדעת שתמשוך חזרתו מן המלחמה אם ישאר בחיים זמן כ"כ ולכך לא האריכו הבד"צ דוויטעפסק הזמן יותר מזה. א"כ זה ודאי דלא מיקרי אונס דשכיח ומה"ד האונס מבעל הגע ורק מטעם תקנת צו"פ התקינו שלא יתבטל הגע א"כ לא עדיפא מהיכא דלא אירע לו אונס וכמשב"ל:

וגם מה שמערער הרב הנ"ל דהא בנ"ד כיון שהוא יצא למלחמה והתנה אם לא אבוא לז"פ לוויטעפסק זה הוה תנאי שמתקיים בע"כ ובתנאי שמתקיים בע"כ גם הרמב"ן והרשב"א מודים דאינם יכולין לבעל אף מדעת שניהם. הנה ראיתי להמהראנ"ח בס"ו דכתב וז"ל אלא שסברת הר"ן ז"ל זו (דדוקא בתנאי שבידם לבטלו אבל בתנאי שאין בידם

לבטלו לא) לא נמצא מפורשת בשאר הפוסקים וגם יש חולקים עליה כאשר יראה הרואה בהגהת אלפסי ע"מ שתצא חמה מנרתקה כתב אמר לה ע"מ שתצא חמה מנרתקה ה"ז מגורשת למפרע ואע"פ שמת קודם לכן שכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ונראה בעיני שאם בא עליה בלילה קודם שיתקיים התנאי הרי זה גט בטל כאלו אינו ואם היא אשת כהן מותרת לבעלה עד כאן. ולפי הנראה כי הריא"ז סובר כיון שבעל בלילה קודם קיום התנאי הרי הן מבטלין התנאי דאם לא כן לא היה בא עליה בלתי קדושין וכ"ש אם הוא כהן אלא הרי הם כאלו בטלו התנאי הוא והיא בפי' כו' ומכלל דבריו למדנו שאפי' בתנאי שאינו בידם לבטלו כגון ע"מ שתצא חמה מנרתקה יכול לבטלו ואפי' שאין בידו כו' עכ"ל המהראנ"ח ז"ל. ונפלאתי עליו מה שכתב דסברת הר"ן זו לא נמצא מפורשת בשאר הפוסקים. הלא היא מפורשת בהרמב"ן והרשב"א והה"מ. והכריחו כן מהא דאמרינן בברייתא שם (עג:) ראוהו שנתייחד עמה כו' דקאי על אם נתן לה גט מהיום אם מתי דחיישינן לקדושין ולא חיישינן לבעול הגט מדעת שניהם. אלמא דבתנאי שמתקיים בע"כ א"א לבטלו אף מדעת שניהם. ויותר נפלאתי עליו האיך אפשר לומר כן בדעת הריא"ז כיון דתנאי זה שתצא חמה מנרתקה בודאי יבוא א"כ לא אגידה בו כלל ומותרת להנשא מיד לכו"ע האיך אפשר לומר דעד שתצא חמה מנרתקה יכול לבעל הגט. ואף אם נאמר שזהו מדעת שניהם מ"מ האיך הם יכולין לבטלו כיון שכבר נפטרה ממנו. ע"כ נלפע"ד דסובר הריא"ז דאף דבכל תנאי דמעכשיו אין הבעל יכול לבטל הגט כמו שכתב הגאון בעל דברי אמת בדף מ"א שכן מצא מפורש בכ"י להריא"ז דדעתי' דלא כבעל העיטור. ובתנאי שהוא מתקיים בע"כ אפי' מדעת שניהם אינם יכולין לבטלו. מ"מ בע"מ שתצא חמה מנרתקה כיון שהוא תנאי שמתקיים בודאי שבודאי למחר יאיר היום א"כ בכדי הוא מתנה. ע"כ סובר הריא"ז דהוא גרוע מכל תנאי דמעכשיו משום דאמרינן שזהו גופא הוא מתנה דעד שתצא חמה מנרתקה יש בידו לחזור. וכה"ג אמרינן גבי מעכשיו ולאחר שלשים יום דלמ"ד תנאה הוה דפירושו דיהא הגט מעכשיו אם לא אחזור עד שלשים יום וכפי' רש"י בקדושין (נט:) לכך קאמר הריא"ז דאם בא עליה בלילה בודאי בעל הגט. ונראה דקאי נמי על הא דקאמר הריא"ז מקודם ה"ז גיטך לאחר ל' יום ומת או לכשתצא חמה מנרתקה ומת ה"ז ספק מגורשת מפני שזמנו של שטר מוכיח עליו והרי הוא כאומר מהיום ולאחר מיתה. דאם בא עליה בתוך הזמן ה"ז גט בטל בודאי. משום דהריא"ז סובר דקיי"ל כרב דבמעכשיו ולאחר שלשים יום הוה ספק אי תנאה הוה או חזרה הוה. א"כ אם בא עליה ממ"נ בעל הגט דאי חזרה הוה, א"כ בודאי בידו לבעל הגט.

ואי תנאה הוה א"כ הרי הוא מתנה להדיא שאם לא יחזור עד ז"פ יהא גט מעכשיו וכיון שבא עליה בתוך הזמן בודאי בטל הגע. וזה ברור לפע"ד:

ומה שכתב הגאון בעל מכתב מאליהו ש"ח סי' מ"ב שמדברי הרשב"ץ שהביא הב"י סי' קמ"ד נראה דהרשב"ץ סובר דאף בתנאי שמתקיים בע"כ אם בעלו שניהם בטל. ודחק שם לישב קושית הרמב"ן מההיא דראוהו שנתייחד עמה. נראה דלא היה לפניו ס' התשב"ץ וראה רק בב"י בלבד ע"כ סבר דהתשב"ץ חולק על דברי הרמב"ן. אבל באמת בתשב"ץ ח"א סי' קי"ח (דתשובה הנ"ל הובא בב"י בקצור ובקצת שבושים) מבואר להדיא שם דהוא אינו חולק על הרמב"ן כלל רק דכתב דאף אם היה אפשר לומר דגם במהיום אם מתי מהני בעול מדעת שניהם מ"מ ליכא למיחוש לפיוס גבי מהיום אם מתי ואין צריך להתנות שתהא נאמנת לומר שלא פייסתיה. עוד כתב שם הגאון הנ"ל וז"ל אמנם מדברי הרמב"ם שם נראה שהוא מדעת הרשב"ץ ז"ל שהרי כתב וכן כל התנאים שהם תלוין ברצונה ואם רצתה ומחלה אותם לבעלה בעל הגט חוששין לה שמא פייס כו' הרי דכייל כללא בכל התנאים שהם תלויים ברצונה כו' ולא הוציא מכללן תנאי דאם מתי מפני שהוא מתקיים בע"כ. ועוד לי ראיה שכן הוא דעת הרמב"ם ממ"ש שם קמי הכי וכן האומר לאשה ה"ז גיטך לאחר יב"ח חוששין שמא פייסה כו' והרי התם הזמן בא מעצמו בע"כ כמו המיתה ואפ"ה הבטול מועיל בו עכ"ל. והנה הראי' השניה שלו הוא תמוה מאד דהא התם בודאי מועיל הבטול דאם לא אמר מעכשיו א"כ בודאי מועיל הבטול קודם שהגיע הזמן. ואף אם נפרש דהתם מיירי דאמר מעכשיו. ע"כ צ"ל דס"ל דאם אמר מעכשיו ולאחר יב"ח הוה גט וס"ל כדעת התוס' בקדושין (ס.) ד"ה כל כו' דאף לר"י דס"ל דשיורא הוה מ"מ אם אמר מעכשיו ולאחר יב"ח הוה גיטא דלא כפירש"י שם. מ"מ הא הרמב"ם חשש ג"כ להא דרב כמש"כ הה"מ בה"א פ"ז הי"ב ולדברי רב הא יכול לחזור בו קודם שהגיע הזמן. כיון דמספקא לי' אי תנאה הוה או חזרה הוה. אמנם הראי' הראשונה שהביא מדברי הרמב"ם נראה עיקר דפשטות דברי הרמב"ם נראה שהוא אינו מחלק בין תנאי שהוא תלוי בידם לקיימו או לא כמו שמחלק הרמב"ן לפי"ד. ועוד דהא הרמב"ם כתב וכל התנאים שהם תלויין לרצונה ואם רצתה ומחלה אותן לבעלה בטל הגט. ולא הזכיר כלל שהבעל מבטל הגט. אלמא דס"ל דבמחילתה לבד סגי משום דס"ל כדעת הר"ן דבכל תנאי שהוא מתנה להנאתה יכולה היא לומר כלום אמרת אלא להנאתי זהו הנאתי וכמשב"ל. ולפע"ד נראה דלפי דעת הר"ן והעומדין בשיטתי' אין חילוק בין דבר שבידם לקיימו או לא. והר"ן שהביא חילוק בין דבר שבידם לקיימו או לא לא הביא זה אלא לפי שיטת הרמב"ן שנותן טעם לדבריו דלכך יכולין לבטלו כיון שבידם שלא יתקיים יכולין

לומר אף שיתקיים יהא כאלו לא נתקיים לכך סובר הרמב"ן דבתנאי שמתקיים בע"כ אין בידם לומר שיהא כאלו לא נתקיים אבל לפי דעת הר"ן דהטעם כיון שזהו להנאתה יכולה היא למחול לא שייך כלל לחלק בין תנאי שמתקיים בע"כ או לא ואף בתנאי שמתקיים בע"כ יכולה היא למחול על תנאי'. אך מ"מ נראה דאף לפי שיטת הר"ן גבי מהיום אם מתי אם נתייחד עמה לא חיישינן לשמא בא עליה והיא מחלה לו על תנאי' כיון שהתנאי היה לטובתה. משום דאין סברא כלל שהוא יפייסה שתמחול לו על תנאי' והיא תאמר לו שלא איכפת לה אף שימות ומוחלת לו ע"ז. דאל"כ תקשה קושית הרמב"ן לפי שיטת הר"ן דאמאי לא חיישינן כשנתייחדו לבטול הגט ולא חיישינן רק לקדושין. וכ"ש דלא חיישינן מטעם זה לפיוס ולא בעינן נאמנת שלא נתפייסתי גבי מהיום אם מתי אף בלא סברת התשב"ץ אכן לפי מה שמדייק הבעל מכתב מדברי הרמב"ם מדלא הוציא מכללן תנאי דאם מתי א"כ ס"ל להרמב"ם דגם בתנאי דמהיום אם מתי חיישינן לפיוס ובעינן נאמנות. ובזה מתרץ שם הבעל מכתב קושית הרמב"ן דאמאי לא חיישינן כשנתייחדו לבטול הגט משום כיון שהאמינה אף אם נתייחדו לא חיישינן לבעול הגע. והביא ראי' לזה מדברי הרמב"ם פ"ח מה"ג שכתב כל המגרש ע"ת בין שאמר מעכשיו בין שאמר אם יהיה ואם לא יהיה ה"ז לא יתייחד עם אשתו כ"ז שלא נתקיים התנאי והדבר ידוע שאם נתייחד עמה בפני שני עדים אפי' לאחר שנתקיים התנאי ה"ז ספק מגורשת שמא בעלה ובטל הגט עכ"ל הרי שהשוה כל התנאים ועל כולם בא משום חשש קדושין והיינו ודאי במאמינה דאלו בלא האמינה בלא קדושין יש לחוש לפיוס ואפי' בליכא עדי יחוד עכ"ד. ולפי"ז צ"ל דאף אם יש עדים שנתייחדו מהני נאמנות שלה ולא חיישינן לבטול. וכן כתב הגאון בעל דברי אמת לפי"ד:

ולולי דמסתפינא מרבותינו היה נ"ל דכונת הרמב"ם הוא לא משום חשש קדושין אלא משום חשש בעול הגט. דכן משמע מלשון הרמב"ם דקאמר ה"ז ספק מגורשת. אלמא דיש ספיקא בעיקר הגירושין אם היא מגורשת או לא. וכן כתב הב"ח בסי' קמ"ב דמלשון הרמב"ם משמע דלאו משום חשש קדושין אתא עלה אלא מטעם בטול הגט. אלא דהוא הניח בצ"ע דאם דעת הרמב"ם משום שמא פייסה וביטל הגט אמאי הצריך שיראו העדים כאחד אפילו לא ראו כאחד חיישינן שמא פייסה. אבל לפי מש"כ הבעל מכתב דהכא מיירי שהאמינה נ"ש. דאף שמהני נאמנות שלה כנגד עדים היינו היכא שלא ראו כאחד א"כ יכולה להכחיש לכל עד ועד בפ"ע וא"כ אף שלא הכחישה היחוד ואומרת שלא נתבטל הגט לענין זה מהני נאמנות שלה. אבל היכא שראו כאחד שנתייחדו ואמרינן דהן הן עדי יחוד והן הן עדי ביאה לענין זה לא מהני נאמנות שלה והוה ספק מגורשת.

וגם בזה נתיישב שפיר דברי הרמב"ם ה"ג פ"ט הכ"ה דכתב שם וז"ל נתייחד עמה אחר שאמר להן לכתוב ולחתום וליתן לה הרי אלו לא יכתבו:

וקו"ח הדברים אם הגט שניתן לה לידה כשנתייחד עמה נפסל הגט שמא בעל. קו"ח לזה שלא נכתב כו' עכ"ל. והנה הכ"מ הביא בשם שתמה ע"ז שאין זה קו"ח של כלום דבשמעתין איכא למיחש לקדושין ובנדון שלו ליכא למיחש להכי. אבל לפי מש"פ דגם כשנתייחדו לאחר נתינה ס"ל להרמב"ם דחיישינן לבטול הגט ולא משום חשש קדושין. א"ש דברי הרמב"ם בפשיטות. ונראה דהרמב"ם מפרש דהא דאמרינן שם (עג:) ת"ר ראוהו שנתייחד עמה באפילה כו' לא קאי על המתני' דמהיום אם מתי. דהא בברייתא קאמר להדיא דחיישינן לקדושין ולפי"ד הרמב"ם כ"ז שלא נגמר הגירושין לא חיישינן לקדושין דס"ל להרמב"ם דכ"ז שלא נגמרו הגירושין בכל התנאים יכול לבטל א"כ למה לי' לקדשה. אלא קאי הברייתא היכא דגרשה גירושין גמורים ואח"כ נתייחד עמה. ומביא הברייתא שם ללמוד ממנה כמו דהתם חיישינן שמא בא עליה כיון דנתייחד עמה ובודאי קדשה ה"ה הכא חיישינן שמא בא עליה וביטל הגט. ואף דבתנאי דמעכשיו הוא לבדו אינו יכול לבטל מ"מ אמרינן דבטלו מדעת שניהם:

עוד נ"ל דהרמב"ם למד זאת מדברי הברייתא שם (עו:) ה"ז גיטך כ"ז שאעבור מנגד פניך שלשים יום והיה הולך ובא הולך ובא הואיל ולא נתייחד עמה ה"ז גט ולגט ישן אין חוששין שהרי לא נתייחד עמה. וגירסת הגאונים הוא שם ע"מ שאעבור כו' וגם גרסי שם ולאחר לא תנשא עד שיעבור שלשים יום. דזה נתיישב יותר אם גרסינן שם ע"מ. וא"כ קשה אמאי קאמר שם ולגט ישן אין חוששין שהרי לא נתייחד עמה דהא בע"מ ליכא גט ישן דהא גט ישן הוא רק דחיישינן שמא גיטא קודם לבנה ובע"מ הרי באמת גיטא קודם לבנה. ולהרמב"ן והרשב"א צריך לדחוק דהסיפא לא מיירי בע"מ או איירי שמסרו ליד שליש. אבל הרמב"ם ז"ל מפרש דאיכא תרי גוונא גט ישן חד גוונא דמיירי המתני' היינו שנתייחדו בין כתיבה לנתינה והתם אם נתגרשה תנשא לכתחילה דהתם ליכא חששא רק שמא גיטא קודם לבנה. אבל איכא עוד גוונא גט ישן דאסורה מה"ד להנשא ואף אם נשאת תצא דהיינו היכא שנתייחדו לאחר הנתינה קודם קיום התנאי והתם איכא חששא דאורייתא שמא בטלו הגט ואף שנתן לה נאמנות לא מהני אם נתייחדו בפני עדים שראו כאחד. ולפי"ז א"ש הא דאמרינן ולגט ישן אין חוששין משמע דאיכא חששא גמורה בגט זה אם נתייחדו. וכן גבי משליש גט לאשתו אמרינן שם ולגט ישן אין חוששין שהרי לא נתייחד עמה לפי דעת הרמב"ם ניחא דאיכא חששא שמא בטל השליחות. ועיין מש"כ הרא"ש בפ' הזורק בשם הרמ"ה דהקשה על הא דמשליש ועל הא דכ"ז שאעבור מנגד

פניך דמשמע שם דבגט ישן אסורה להנשא. ותירץ דשאני התם דהוא בעצמו נתן לה ואמרינן דאם איתא דבא עליה הוה חייש לפגמא דבריה אבל היכא דלא נתן לה אח"כ אסורה להנשא אך אם נשאת לא תצא. ובאמת לפי דבריו קשה דאמאי לא חשיב זאת במתני' דשלשה גיטין פסולין. ומצאתי דכן הקשה בס' בני יעקב וכתב דע"כ צריך לדחוק כיון דלא תני זאת במתני' ובברייתא להדיא רק מדיוקא לכך לא חשיב זאת. וזה דוחק גדול דהא עיקר דתני במתני' הואיל ולא נתייחד עמה ה"ז גט דלא הוה גט ישן. א"כ הרי תני בהדיא דאם נתייחד עמה ה"ז גט ישן. אבל לפי מש"ב דברי הרמב"ם ניחא דבגט ישן כה"ג אם נשאת תצא משום דהוה ספק מגורשת דחיישינן לבטול הגט וכן משמע בירושלמי דאיכא תרי גוונא גט ישן דאיתא בירושלמי פ"ח ה"ד אנן תנינן מאחר שכתבו לה אית תניי תני מאחר שנתנו לה מאן דאמר מאחר שכתבו לה מסייעא לב"ש מאן דאמר מאחר שנתנו לה מסייע לב"ה ע"כ. ועיין מה שנדחקו בזה המפרשים ולא מצאתי קורת רוח בכל הפירושים. אבל לפי"ד דיש חילוק בין גט ישן לאחר שכתב לה דליכא אלא רק שמא יאמרו גיטא קודם לבנה. ובין גט ישן לאחר שנתן לה היינו קודם קיום התנאי דשם איכא חששא גדולה שמא בטל הגט. ניחא דע"ז קאמר הירושלמי דמאן דאמר לאחר שכתבו לה מסייע לטעמי' דב"ש דשם מסתברי יותר טעמא דב"ש דמאי דמתירין לפטור בגט זה משום דאפי' אם באמת בא עליה ליכא חששא כ"כ. ומאן דאמר לאחר שנתן לה מסייע לטעמא דב"ה דשם מסתברי יותר טעמא דב"ה משום דאם באמת בא עליה בודאי בטל הגט. גם לפי"ז יתיישב שפיר קושית התוס' ביבמות (יד:) ד"ה בגט ישן כו'. אך לפי דברי הרמ"ה הנ"ל נמי יש ליישב קושיתם:

ולפי מש"ב שיטת הרמב"ם י"ל שפיר מה דהקשו המפרשים שם בגמרא מה דפריך וליחוש שמא פייס דוקא על הברייתא ולא על המתני' דתני נמי כה"ג. ועיין בריטב"א ועיין בפנ"י. אבל לפי"ד ניחא דעל המתני' ליכא למיפרך דילמא מיירי המתני' בע"מ וס"ל דבע"מ אינם יכולין שניהם לבעל והמתני' יפרש כר"ה שם. אבל בברייתא איתא שם להדיא דבכה"ג יכול לבעל מדקתני דלא חיישינן לגט ישן הואיל ולא נתייחד עמה א"כ פריך הגמרא דאף בשלא נתייחדו ליחוש שמא פייס ובטלו שניהם הגט כשהיה הולך ובא. ולפי"ד אלה ע"כ צ"ל דהרמב"ם ס"ל נמי כשיטת הרמב"ן והרשב"א דאפי' בתנאי שלא התנה לטובתה כ"ז שלא נגמר התנאי יכולין שניהם לבעל הגט. וס"ל יותר מזה דאף בתנאי דמתקיים בע"כ היינו מהיום אם מתי נמי יכולין לבעל מדעת שניהם. דהא הרמב"ם חייש לבטול הגע בכל התנאים. וס"ל נמי כשיטת הר"ן דבתנאי שהתנה לטובתה סגי במחילתה לבד. ולפי"ז יהא מדוייק יותר דברי הרמב"ם בפ"ט ה"ט דגבי

שיעבור מנגד פניה נקט ומחלה לו וחזר ובטל הגט. וגבי תנאים שהם תלויין לרצונה לא הזכיר כלל בטול הגט. ונראה דס"ל להרמב"ם דבתנאי שהתנה אם יעבור מנגד פניה שלשים יום אינו מוכח כלל שזהו לרצונה אלא כונתו שאם יעבור מנגד פניה ולא יתרצה לה עד שלשים יום יהא גט. ומ"מ אע"ג שנתן לה בע"מ אפ"ה חיישינן שמא מחלה לו מה שזכתה כבר בגיטא וחזר הבעל ובטל הגע. ובתנאי שהוא לרצונה בלבד שם לא בעי בעול הגט אלא סגי כיון שמחלה לו ע"ח הוה כמו שנתבטל התנאי וממילא נתבטל הגט:

עוד ראיתי דלפי"ד אלה בביאור דברי הרמב"ם נתיישב שפיר דברי הירושלמי דסוטה פ"א הא דאיתא שם נסתרה בעד אחד בשחרית ובעד א' בין הערבים ייבא כהדא נתייחדה עמו בפני שנים צריכה הימנו גט שני כו' באחד בשחרית ואחד בין הערבים זה היה מעשה ושאל ר' לעזר בן תדאי את החכמים ואמרו אין זה ייחוד קינא לה בעד אחד בשחרית ובעד אחד בין הערבים אעפ"י, (כצ"ל) שהוא איש והיא אשה אין קינויו קינוי ייבא כהדא אין מקבלין מן העדים אלא א"כ ראו שניהן כאחת ר' יהושע בן קרחה אומר ואפי' באו זה אחר זה ע"כ. והנה הבעל הגה"מ פסק דלפי מאי דקיי"ל כריב"ק בנסתרה אחד בשחרית ואחד בין הערבים אסורה משום דפשטות דברי הירושלמי משמע דלאו דוקא בקנוי לריב"ק מצטרפין זא"ז וה"ה בסתירה. ובאמת אין סברא כלל לחלוק בין קנוי לסתירה. מ"מ לענין קדושין פסקו כל הפוסקים דאין מצטרפין זע"ז. וכתב הב"י טעם לזה דאף דאנן קיי"ל כריב"ק מ"מ גבי קדושין כיון דאין שם שני עדים ביחד בשעה שקדשה א"כ לא נתכונו הם לקדושין. וא"כ תמוה דברי הירושלמי דהאיך הביא ראיה לענין סתירה מהא דשאל ר"א בן תדאי לענין יחוד ופסקו דאין מצטרפין זע"ז. דילמא התם שאני כיון דהא דצריכה גט שני משום דאמרינן דקדשה בביאתו. ולגבי קדושין הא כו"ע מודים דאין מצטרפין זע"ז אפי' לריב"ק ועיין בהגר"א סי' י"א ס"ק ע"ז. אבל לפי"ד דהטעם דאם נתייחדו בפני שנים צריכה גט שני משום דחיישינן כיון דבא עליה בטלו הגט אף בתנאי דמהיום אם מתי. א"ש מה דהביא הירושלמי ראי' מזה לענין סתירה כיון דס"ל דעדות מיוחדת לא מהני לענין בעול משום דאין דבר שבערוה פחות משנים לכך אפי' אם נתייחד בפני אחד בשחרית ובפני אחד בערבית אין זה יחוד ולא חיישינן לבטול הגט. ה"ה דלא מהני עדות מיוחדת לענין סתירה:

והנה בתוספתא איתא על ה"ז גיטך מהיום אם מתי כו' ראוה שנתייחדה עמו באפילה או שישבה עמו במרגלות המטה אפי' הוא ער והיא ישנה הוא ישן והיא ערה אין חוששין שמא נתעסקו בדבר אחר ואין חוששין משום קדושין ראו שנים שנתייחדה עמו צריכה הימנו גט שני אחד אינה צריכה הימנו גט שני אחד בשחרית ואחד בין הערבים זה היה

מעשה ובא ושאל ר"א בן תדאי לחכמים ואמרו אחד הן ואין צריכה ממנו גט שני ע"כ ולפי מה שאיתא לפנינו הוא תמוה מאד כיון דקתני דאין חוששין שמא נתעסקו בד"א האיך תני אח"כ ראו שנים שנתייחדה עמו צריכה הימנו גט שני. ע"כ הגיה הגר"א תוספתא זו כפי הברייתא שהובא בגמרא וגריס הכי אין חוששין שמא נתעסקו בד"א וחוששין משום זנות ואין חוששין משום קדושין ור"י אומר חוששין משום קדושין ולפי"ז צ"ל דהסיפא ראו שנים שנתייחדה עמו אתיא כר"י אבל לפי מש"ב שיטת הרמב"ם דהברייתא שהובא בגמרא לא קאי על מהיום אם מתי נראה דצריך לגרוס בתוספתא חוששין שמא נתעסקו בד"א ולפי"ז א"ש מה דקתני אפי' הוא ער והיא ישנה מ"מ חיישינן שמא נתעסקו בד"א ולא גרסינן כלל להא דאין חוששין משום קדושין כיון דהכא חיישינן לבעול הגט א"כ מאי נ"מ אם חוששין לקדושין אם לא:

ומה שפרשנו דלדברי הרמב"ם מוכרחין אנו לומר דהברייתא ראו שנתייחדה עמו באפילה לא קאי על המתני' דמהיום אם מתי ראיתי דע"כ כן הוא גם שיטת בעל העיטור דז"ל במאמר ז' וחזינא משמיה דרבוותא דס"ל בכ"מ שנתייחד עמה הגט בעל לגמרי וצריכה הימנו גט ב' וגברא רבא פירש דהא גט ישן כגון שנתייחד עמה בלא עדים או ב' מודים ומשו"ה אין הגט בטל ואם נתגרשה תנשא בו לכתחילה והמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי בדאיכא עדי יחוד ומסתברי דהגט אינו בטל ביחוד עד שנתגרשה לגמרי וכגון המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי שנתנו לה לידה ובעל לשם קדושין אבל גט ישן שכתבו ולא נתנו לה או נתנו ליד שליש או לידה ע"ת ועדיין לא נעשה התנאי אעפ"י שנתייחד עמה בעדים אין הגט בעל לגמרי עכ"ל. א"כ ס"ל להדיא דאם נתן לידה ע"ת אעפ"י שנתייחד עמה לא חיישינן לקדושין כלל ולפי"ז ע"כ צ"ל דהברייתא דראו שנתייחדה עמו באפילה לא קאי על מהיום אם מתי אלא קאי היכא שנתגרשה לגמרי אך דהבעל העיטור ס"ל גם דלא כהרמב"ם דאע"ג שנתייחדה עמו קודם קיום התנאי לא חיישינן לבטול הגט אע"ג דהוא ס"ל דאף הבעל בלבד יכול לבטל אף בתנאי דע"מ וע"כ צ"ל לפ"ז דהא דאסורה להתייחד עמו גבי מהיום אם מתי הוא רק משום גט ישן בלבד. מ"מ דברי התוספתא צ"ע לפי"ד הבעל העיטור והנה הבעל העיטור הביא שם ראיה לדבריו מהא דקתני גבי שליש ולגט ישן אין חוששין שהרי לא נתייחד עמה וכן גבי ה"ז גיטך כ"ז שאעבור מנגד פניך דתני ולגט ישן אין חוששין שהרי לא נתייחד עמה ש"מ דאפי' אם נתייחד עמה ויכול לבעל מ"מ חיישינן רק לגט ישן בלבד ולא חיישינן לבטול הגט אבל הרמב"ם לא חש לראי' זו ואדרבה ס"ל דמשם מוכח דהך גט ישן לא דמי לכל גט ישן ואיכא תרי גוונא גט ישן ובהך גט ישן איכא חששא דאורייתא כמשב"ל ומפרש דדעת

הני רבוותא דהביא בעל העיטור דלא כמו שפירש הגברא רבא. אלא הוא מפרש דהיכא דכתב ולא נתן לה לא חיישינן לבטול הגט כלל אלא רק משום גזירה דגיטא קודם לבנה והא דס"ל להני רבוותא דהיכא דנתייחד עמה בטל הגט לגמרי הוא דוקא היכא שצוה לכתוב ולחתום וליתן לה ואח"כ נתייחד עמה דאז בעל הגט לגמרי דאמרינן דבודאי בא עליה ובטלו הגט. אבל היכא שנתן הגע לידה ע"ת אז אם נתייחד עמה חיישינן רק שמא בא עליה ובטל הגט והוה ספק מגורשת. ועיין מה שרמז הה"מ לדעת הני רבוותא וכתב ואפשר שכוונת הגאונים ז"ל היא על הדרך שהזכיר רבינו ז"ל כאן:

ותמוה לי דברי הרשב"א בפ' הזורק שתמה על הרמב"ם דס"ל דאם נתייחדו נתבטל הגט מ"מ הודה לדבריו דלשמא פייס ודאי חיישינן וח"כ תקשה אמאי קאמר גבי משליש הגט דלגט ישן לא חיישינן שהרי לא נתייחדה עמו אלמא דאם נתייחדו לא הוה אלא גט ישן בלבד ואינו פסול אלא משום גזירת גיטה קודם לבנה הא כיון דנתייחדו חיישינן שמא נתפייס ונתבטל הגט וליכא למימר דהתם מיירי שנתן לה נאמנות. דהא הרשב"א פי' להדיא כדעת התוס' דגבי משליש גט לא בעינן נאמנות כלל דהתם לא חיישינן לפיוס. ומה שנתן זמן ג"ח הוא משום הבחנה וכיון דהתם מיירי בלא נאמנות א"כ קשה אמאי אינו פסול אלא משום גט ישן בלבד. דהא חששא דשמא פייס חמור יותר מגט ישן דהא בגט ישן אם נתגרשה תנשא לכתחילה. ואף אם נאמר כסברת הרמ"ה דס"ל דהיכא דלא נתן לה הבעל את הגט אח"כ אלא השליח גם משום חששא דגט ישן לא תנשא מ"מ אכתי חששא דשמא פייס חמור יותר מחששא דגט ישן דהא בגט ישן אם נשאת לא תצא ומשום חששא דשמא פייס נראה מדברי הראשונים דאם נשאת תצא ועוד נראה מדברי הרשב"א דלא ס"ל סברת הרמ"ה כלל וצ"ע אבל לפי"ד הרמב"ם דס"ל דאיכא גט ישן דפסול מטעם בטול הגט א"ש. ונראה לדברי הרמב"ם דגבי משליש גט היכא דנתייחד עמה בטל הגט בודאי דזה דמי למש"כ הרמב"ם דהיכא דאמר לשליח לכתוב וליתן לה ואח"כ נתייחד עמה דאינו גט כלל וכן כתב המל"מ בה"ג פ"ג ה"ה:

עוד נ"ל דלפי דברי הרמב"ם והיא שיטת הגאונים ז"ל דאיכא גט ישן דפסול מטעם בטול הגט לדברי ב"ה יבוא מדויק יותר דברי הגמרא דיבמות (י"ד.) דאיתא שם ת"ש אעפ"י שנחלקו ב"ש וב"ה בצרות ובאחיות בגט ישן בספק א"א ובמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק בכסף ובשוה כסף בפרוטה ובשוה פרוטה לא נמנעו ב"ש מלישא נשים מב"ה ולח ב"ה מב"ש כו' ע"כ והנה רש"י פי' בספק א"א בפרק ב"ש (ק"ו.) דתנן ב"ש אומרים אין ממאנים אלא ארוסות כו' לישנא אחרינא נראה ש"מ שכתב לאשה זה גיטך מהיום אם מתי כו' אעפ"י שלא שנינו בה מחלוקת ב"ש וב"ה ע"כ נחלקו בה אותו מחלוקת

שנחלקו במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק כו' ע"כ והנה התוס' כתבו דלשון אחר דפירש"י לא נהירא דהא בהדיא חשיב הכא האי פלוגתא דמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק אבל לפע"ד גם פי' ראשון דרש"י הוא דחוק מאד דהא חזינן דהגמרא נקיט פלוגתא דב"ש וב"ה כפי הסדר שנשנית בש"ס וא"כ הו"ל למיתני הפלוגתא ובספק א"א מיד לאחר בצרות ובאחיות. אך מדברי רש"י והתוס' נראה דהיה גירסתם באמת כן מ"מ קשה דאמאי לא חשיב פלוגתא דב"ש וב"ה אם כתב לגרש את אשתו ונמלך דב"ש פוסלין לכהונה וב"ה מתירין ע"כ נ"ל דהברייתא לא חשיב רק מאי דפליגי ב"ש וב"ה בדאורייתא דאיכא רבותא יותר דאע"ג דאיכא חששא דאורייתא מ"מ לא נמנעו ב"ש וב"ה מלישא נשים זמ"ז משום דמודע להו ופרשי אבל מאי דפליגי בדרבנן לא חשיב שם ומאי דחשיב שם מאי דפליגי ב"ש וב"ה באחיות נראה דכונתם במאי דפליגי ב"ש וב"ה שם (כ"ט) אם מאמר קונה קנין גמור מדאורייתא לדחות את הצרה או לא. וגט ישן היינו כמו גבי משליש הגט דלב"ש אף אם נתייחדו הגט כשר דלא אמרינן הן הן עדי יחוד והן הן עדי ביאה ולב"ה בטל הגט וספק א"א כונתם היינו אם נתן גט טל תנאי מהיום אם מתי ואח"כ נתייחד עמה דלב"ש הגט כשר ולב"ה הוה ספק מגורשת דחיישינן שמא בטל הגט ואח"כ חשיב המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק דפליגי אי חיישינן לקדושין או לא. וכ"ש דא"ש לפי גירסת הר"ח שהביא הרמב"ן בחידושיו דגריס ובספק א"א בגט ישן ובמגרש את אשתו וכו' ופי' הר"ח ז"ל דפרושי מפרש ואזיל בצרות ואחיות ליבום. ובספיקות דא"א כגון גט ישן ובפונדקי וכסף ופרוטה. וכתב הרמב"ן מ"מ גט ישן אגב שארא נקיט ליה אבל לפי דברי הרמב"ם דס"ל דהיכא שנתייחדו לאחר שנתן לה קודם קיום התנאי לדברי ב"ה הוה ספק מגורשת משום דחיישינן לבטול הגט הברייתא דיבמות מיירי בגט ישן כה"ג וכן הבאנו לעיל דברי הירושלמי דהביא דאית דתני דפלוגתא דב"ש וב"ה הוא שנתייחדו לאחר שנתן לה:

הכלל מה שנלפע"ד ברור דהרמב"ם ס"ל דגם במהיום אם מתי הא דאסורה להתייחד עמו הוא משום חששא דשמא יתבטלו הגט ולא משום חשש קדושין וכן נראה מלשון הפי' המשנה להרמב"ם יעו"ש ולא הזכיר בשום מקום חששא דקדושין אלא כתב רק דאם נתייחדו חיישינן שמא בא עליה ובטל הגט ובאמת אי כונת הרמב"ם הוא משום חששא דקדושין תמוה מאד דהאיך לא הזכיר זאת וסתם הדברים הא הוא נפקותא גדולה לדינא אי מטעם חשש קדושין או מטעם בטול הגט למפרע דאי משום חשש קדושין א"כ גבי כהן אם נתייחדו אין הגט בטל משום דלא חיישינן דקדשה כדי שלא תהא בב"ז דהא אדרבה אם יקדשה יהא חמור איסורא דיתחייב גם משום לא יקח כמשב"ל

בס"ג אך מ"מ עדיין לא נתיישב לי היטב מה דס"ל להרמב"ם דבעי דוקא שיראו שני עדים כאחד את היחוד כיון דאנן קיי"ל כריב"ק א"כ אמאי לא מצטרפי אף שלא ראו כאחד ומה שתרצנו למעלה דהכא מיירי שנתן לה נאמנות מ"מ כיון דנאמנת לא מהני כנגד עדים לכך אם ראו כאחד לא מהני נאמנות שלה כיון דחיישינן מה"ד לביטול הגט א"כ מאי מהני נאמנות שלה א"כ אפי' אם לא ראו כאחד אמאי לא מצטרפי והא מוכח מדברי הירושלמי להדיא דלדידן דקיי"ל כריב"ק מצטרפי לענין סתירה ה"ה לענין אם נתייחדו לאחר שנתן לה וצריך לדחוק דהרמב"ם ס"ל דדיני אישות דמי לדיני נפשות ואין מצטרפין גם לריב"ק כמו שכתב הר"ן פ' מי שאחזו וזה דלא כהירושלמי אבל צ"ע מנ"ל להרמב"ם והר"ן לחלוק על דברי הירושלמי כיון שאין לנו ראי' מוכרחת דהגמרא דידן פליג בזה על הירושלמי אך אפשר לומר דסמכו על הגמרא שם (ל"ג:) דקאמר שם ה"נ מסתברא דקתני סיפא אמר לזה בפני עצמו ולזה בפ"ע יכול לבטל זה שלא בפני זה אא"ב בעדי הולכה שפיר אלא א"א בעדי כתיבה מי מצטרפי הא אמר מר אין עדותן מצטרפת עד שיראו שניהם כאחד דילמא כריב"ק ס"ל ע"כ ועיין מה שהקשה הרשב"א ע"ז מאי דקאמר בפשיטות הא אמר מר כו' הא אנן קיי"ל כריב"ק. ונראה דהרמב"ם והר"ן ס"ל דהגמ' דידן ס"ל דבד"א לא קיי"ל כריב"ק משום דזה דמי לד"נ ודחי הגמרא דילמא ס"ל גם בד"א כריב"ק וס"ל דד"א לא דמי לד"נ וכיון דפשטות הגמרא ס"ל דד"א דמי לד"נ ולא קיי"ל כריב"ק בזה לכך פסקו הרמב"ם והר"ן דלא כהירושלמי וצ"ע בזה:

ועתה נשובה לדברינו דלפי"ד הרמב"ם נראה ברור דאין חילוק בין תנאי שבידם לקיימו או לא כמש"כ הגאון בעל מכ"א וכ"ש לפי שיטתנו בדברי הרמב"ם ודאי דאין חילוק כיון דס"ל, דהא דאסור להתייחד גבי מהיום אם מתי עיקר החשש הוא משום בטול הגט ובפרט לפי שיטת הר"ן והרבה מן הראשונים דבכל תנאי שהוא מתנה להנאתה יכולה לומר לו כלום אמרת אלא להנאתי זהו הנאתי ודאי דאין חילוק בין היכא דבידם לקיימו או לא כיון דטעמם דבתנאי שהוא מתנה להנאתה מתנה על דעתה שאם היא לא תקפיד ע"ז שיתקיים כפי מה שהתנה יכולה למחול והוה כמו שנתקיים א"כ אין חילוק אם התנאי היה בדבר שבידם לקיימו או לא ונפלאתי על המהראנ"ח הנ"ל דנראה מדבריו שם דגם לשיטת הר"ן יש חילוק בין היכא דבידם לקיימו או לא ולפע"ד נראה ברור דז"א דהר"ן לא הביא זאת אלא לפי שיטת הרמב"ן וכמשב"ל א"כ בנ"ד אפי' אם אנו באנו לחוש לדברי הרב דוויעטקא דכיון שהוא יצא למלחמה והתנה אם לא אבוא לז"פ לוויטעפסק הוה זה כמו שהתנה על תנאי שמתקיים בע"כ ג"כ יש להקל בזה דהא

כבר בארנו למעלה דרוב הראשונים עומדים בשיטת הר"ן ובפרט דדעת הרמב"ם נראה ודאי דס"ל כן דאין חילוק בזה:

ועוד נ"ל עיקר דלא כדברי הרב הנ"ל אלא דבכה"ג לא מיקרי תנאי שמתקיים בע"כ כיון שהוא התנה בסתמא אם לא אבוא אף שהתנאי היה עיקר כוונתו שאם ימות במלחמה וע"ז היה התנאי שמתקיים בע"כ:

מ"מ כיון שהוא לא מת והוא יכול לקיים כפי מה שהתנה ע"י דרך רחוקה וכ"ז שלא בא ע"י דו רחוקה מיקרי עדיין שלא קיים כפי התנאי שהתנה א"כ זה לא מיקרי תנאי שמתקיים בע"כ ויכולין לבטלו שניהם אפי' לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א והה"מ ז"ל ואף שלכאורה עלה בדעתי שמדברי הרב בעל מכ"א בש"ז ספ"ה שכתב שם וז"ל המגרש ע"מ אם לא יתראה ליום נועד הוי תנאי המתקיים בע"כ כמו אם מתי שכתב הרמב"ן ז"ל דמשום שמתקיים בע"כ אינו יכול לבטל הגט אפי' בהסכמת האשה. מורי הר"ם ח"ב סי' נ"א יע"ש עכ"ל. יש ללמוד כדברי הרב דוויעטקא דהא ע"כ לכך ס"ל להר"ם דזה הוה תנאי שמתקיים בע"כ הוא מטעם המהראנ"ח הנ"ל כיון שהתנה אם לא יתראה ליום נועד ואין בידו לקיים התנאי קודם שיבוא הזמן א"כ חיישינן שמא ימות מקודם ולא יתקיים התנאי בע"כ ולכך מיקרי זאת תנאי המתקיים בע"כ אף שעתה לא מת ויש בידו לקיימו לזמן הנועד מ"מ אם בטלו קודם הזמן אינו מבוטל כיון שהתנה גם טל דבר שאין בידו לקיימו א"כ לפי זה לא מהני בטול מדעת שניהם אלא אם התנה על דבר שבודאי בידו לקיימו או לבטלו אבל לאחר העיון בדברי המהראנ"ח [כי תשובת הר"מ אין בידי] ראיתי דז"א דע"כ לא קאמר המהראנ"ח דאין בידם לבטלו אלא אם ימות קודם הזמן ולכך החמיר המהראנ"ח בנ"ד שהיה רוצה הכהן לבטל הגט קודם הזמן ולדור עמה וקאמר המהראנ"ח דחיישינן שמא ימות קודם הזמן א"כ הוה אז תנאי המתקיים בע"כ א"כ עביד איסורא הכהן שדר עמה למפרע דאם ימות הא לא נתבטל הגט למפרע. אבל ודאי אם לא מת קודם הזמן ובטלו תוך הזמן הגט בטל אף שהתנאי היה רק על זמן מיוחד אף לדעת המהראנ"ח כיון דאז היה התנאי בידו לקיימו או לבטלו וגם בלא"ה הביא הגאון בטל דברי אמת שהמהרי"ט ותלמידו מהר"ח אלגזי חלקו על דברי המהראנ"ח הללו יעו"ש.

הכלל מה שיצא לנו מכל דברינו אלה דהאשה הזאת מותרת לבעלה:

כה דברי יו"ט ליפמאן הכהן:

קונטרס בדיני ברירה

סימן א

שאלה ישראל ואינו ישראל שקנו חטים בשותפות והיה בהן יפות ורעות והיפות שבהן אסורין משום חמץ מפני שהיו מכובסין במים. והישראל לא מכר את חלקו שיש לו בהם קודם הפסח מפני שהיה סבר כיון שהם מונחין ת"י הא"י ע"כ אין צריך למוכרן. ועתה אחר הפסח בא הישראל לשאל אחר שנתודע לו שלא עשה כדין מה שלא מכר אם מותר לומר להא"י טול חלקך עפ"י שומא מן היפות שבהן ואני אטול עפ"י שומא כנגדן מן הרעות שבהן:

תשובה הנה הדין פשוט באחרונים דאם ישראל וא"י הי' להם חמץ בשותפות ומונח מחצה ת"י הישראל ומחצה ת"י א"י והישראל מכר את החמץ שת"י קודם הפסח כדין ואת החלק שיש לו בהחמץ שת"י הא"י לא מכר מותר הישראל לומר להא"י אחר הפסח טול אתה החמץ שת"י ואני אטול החמץ שת"י ומותרין שני החלקים מטעם דבדרבנן אמרינן דיש ברירה והא חמץ שעבר עליו הפסח הוא רק מדרבנן בלבד ע"כ אמרינן הוברר הדבר למפרע שהחמץ שת"י הישראל שייך לו מעיקרא והא הוא נמכר לא"י קודם הפסח והחמץ שת"י הא"י שייך להא"י למפרע א"כ לא עבר עליו הישראל בב"י וא"כ בנ"ד נמי לכאורה הדבר פשוט שיכול הישראל לומר להא"י טול אתה חלקך עפ"י שומא מהחטים היפות ואני אטול כנגדן עפ"י שומא מהחטים הרעות שאין בהם חשש חימוץ ומותר זאת מטעם ברירה שהוברר הדבר למפרע שהחטין החמוצין הן של הא"י מעיקרא:

אבל לאחר העיון נראה דדין זה צ"ע טובא. דהא זה ודאי דבשני מינים לא אמרינן ברירה כדאיתא להדיא בחגיגה (כ"ה:) חבר וע"ה שירשו את אביהם ע"ה יכול לומר לו טול אתה חטים שבמקום פלוני ואני חטים שבמקום פלוני כו' אבל לא יאמר לו טול אתה לח ואני יבש טול אתה חטים ואני שעורים ופירש"י יכול לומר לו טול אתה חטים במקום פ' שיודע בהן שהוכשרו ואני אטול חטים במקום פ' שיודע שלא הוכשרו דכיון דחד מינא הם אמרינן דיש ברירה שאלו הן חלקו של זה ואלו הן חלקו של זה ולא החליף לו חבר לע"ה חלקו שבטמאין בשביל חלקו של ע"ה בטהורין. אבל בשני מינים אין לומר ברירה דכשמת אביהם נפל חלק לזה וחלק לזה בכל המינים ונמצא חבר זה מחליפה לו ועובר בלפני עור לא תתן מכשול עכ"ל א"כ בנ"ד דלא הוי שני מינים ממש אלא רע ויפה צריך לברר אם זה הוה כשני מינים ממש ולא אמרינן בזה ברירה או לא ולא מצאתי שום גלוי לדין זה בכל האחרונים:

וראיתי לבאר שנראה דבזה פליגי אמוראי בבכורות (נ"ו:) דאיתא שם אמר רב ענן לא שנו אלא שחלקו גדיים כנגד תיישים ותיישים כנגד גדיים אבל חלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים אומר זה חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך. ור"נ אמר אפי' חלקו גדיים כנגד גדיים כו' אין אומרים זה חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ור' אלעזר אומר לא שנו אלא שחלקו ט' כנגד י' וי' כנגד ט' אבל חלקו ט' כנגד ט' וי' כנגד י' אומר זה חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ור' יוחנן אמר אפי' חלקו ט' כנגד ט' כו' אין אומר זה חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ע"כ והנה רש"י פי' שם דר"א ור"י פליגי בפלוגתא דרב ענן ור"נ אי אמרינן ברירה אי לא מ"מ קשה על שינוי הלשון דרב ענן נקט גדיים כנגד תיישים ור"א נקט ט' כנגד י'. ט"כ נראה דר"א ורב ענן פליגי אהדדי אע"ג דתרווייהו ס"ל דבחד מינא אמרינן ברירה ובתרי מינא לא אמרינן ברירה מ"מ ר"א ס"ל דאף ברע כנגד יפה הוה כתרי מינא כדאמר שם להדיא דאפי' חלקו ט' כנגד י' נמי לא אמרינן ברירה אבל רב ענן ס"ל דדוקא בתרי מיני ממש לא אמרינן ברירה אבל רע כנגד יפה הוה כחד מינא והנה בביצה (ל"ט:) הובא שם דברי רב ענן בזה הלשון לא שנו אלא שחלקו גדיים כנגד טלאים כו' וזה ודאי הוי תרי מינים דחלקו עזים כנגד כבשים ואפי' לפי מה דאיתא בבכורות בלישנא דרב ענן לא שנו אלא שחלקו גדיים כנגד תיישים כו' וזה הוא מין אחד שבעודו בקטנותו נקרא גדי ולאחר שהזקין נקרא תיש מ"מ כיון שנעשה תיש הוא מיקרי מין אחר לכל מילי וכדאמרינן בב"ק (ס"ה:) גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאה כו'. וע"כ משום כיון דנעשה איל או שור הוא עתה מין אחר ולא המין הראשון לכך קנאו [ועיין ביש"ש שם מה שהשיג על הטור. ויש לישב דברי הטור אך אין כאן המקום להאריך בזה] ונראה לי דה"ה גדי ונעשה תיש דנעשה שינוי בידו וקנאו דהכלל נראה לי בזה דכל היכא דחזינן דנשתנה שמו והקפידה התורה בזה לענין קרבן כמו בכבש הקפידה התורה דאינו מיקרי כבש או כבשה רק תוך שנתו וכן גבי עגל רק תוך שנתו מיקרי עגל וכן גבי גדי דוקא תוך שנתו מיקרי ודי או שעיר עזים [עיין ברמב"ם בה' מעשה הקרבנות פ"א הי"ד ודבריו צ"ע עיין מ"ל שם מ"מ במנחות (ק"ז) מוכח קצת כדבריו] וכיון דנשתנה שמו ונשתנה דינו לענין קרבן נעשה שינוי בידו וקנאו דאז הוא מיקרי מין אחר א"כ ה"ה לענין ברירה נמי מיקרי מין אחר. וכיון דחלקו גדיים כנגד תיישים הוי כחלקו שני מינים מין זה כנגד מין אחר לכך לא אמרינן בזה ברירה אבל ברע כנגד יפה ס"ל לרב ענן כיון דזה הוה מין אחד ממש אמרינן בזה ברירה:

עוד נ"ל לבאר, דפלוגתא דרב ענן ור"א ברע ויפה אי הוה כחד מינא יצא להם זאת משום דפליגי בפירושו דמתני' דדמאי דהובא בחגיגה הנ"ל דעל הא דאיתא שם דיכול לומר לו

טול אתה חטים שבמקום פ' ואני אטול חטים שבמקום פלוני פירש"י שם דיכול לומר לו עול אתה חטים שבמקום פ' דיודע בהן שהוכשרו ואני אטול חטים שבמקום פ' שיודע שלא הוכשרו אבל הרע"ב כתב להדיא על הא דלא יאמר לו טול אתה לח ואני אטול יבש פי' אבל לא יאמר לו עול אתה לח שהוכשר לקבל טומאה ואני היבש שלא הוכשר לקבל טומאה לפי שאסור לחבר למכור לע"ה לח ויבש ונראה דע"כ רש"י מפרש לח ויבש דלא כהרע"ב אלא לח הוא יין ושמן ויבש הוא תבואה אבל הוכשר כנגד לא הוכשר מותר לומר לו כיון דזה הוא חד מינא אע"ג דזה הוא רע כנגד יפה דפירות שהוכשרו לא חזו לחבר אלא בימי טומאתו א"כ הן רעות נגד פירות שלא הוכשרו וכן מפרש רב ענן המתני' ע"כ ס"ל דדוקא בתרי מיני ממש לא אמרינן ברירה אבל רע כנגד יפה הוה כחד מינא אבל ר"א מפרש לח ויבש כפי' הרע"ב דלח היינו שהוכשרו ויבש הוא שלא הוכשרו מ"מ אסור לומר לו טול אתה לח ואני אטול יבש משום דברע כנגד יפה נמי לא אמרינן ברירה ע"כ סובר דאפי' חלקו ע' כנגד י' נמי לא אמרינן ברירה:

ובזה נ"ל לישב שינוי הגרסאות שנמצאו במשנה דדמאי הנ"ל דבגמרא דידן הגירסא במשנה הנ"ל אבל לא יאמר לו עול אתה לח ואני יבש טול אתה חטים ואני שעורים ובסדר המשנה דירושלמי הגירסא להיפך אבל לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים טול אתה לח ואני יבש וכבר עמד בזה הגאון בעל טו"א ולפי מה שבארתי נראה דזה תלוי בפלוגתא דהני אמוראי אם רע ויפה הוי שני מינים וכפי מה שבארתי דפליגי בפי' דמתני' מה הן לח ויבש דלפי מאי דמפרשינן דלח היינו שהוכשרו ויבש שלא הוכשרו ע"כ צריך לגרוס כהגירסא דסדר המשנה מתחילה קתני שני מינים ממש ואח"כ אשמעינן דאפי' אינו שני מינים ממש כגון רע ויפה נמי לא אמרינן ברירה אבל למ"ד דרע ויפה לא הוי שני מינים ע"כ צריך לפרש דלח היינו יין ושמן ויבש היינו תבואה. ע"כ צריך לגרום כגירסת הגמרא דידן שבתחילה קתני שני מינים רחוקים זה מזה והדר תני חד מינא תבואה כיון דהם שני מינים כגון חטים ושעורים לא אמרינן ברירה ולפי"ז יובן היטיב דברי הירושלמי דמאי פ"ו ה"ז דאיתא שם ישראל וא"י שקנו ביתו של א"י והי' שם יין נסך וע"ז ומעות לא יאמר לו טול אתה י"נ וע"ז ואני מעות א"ר יוחנן לא סוף דבר י"נ וע"ז ומעות אלא אפי' היה שם שני צלמין אחד עשוי כמין דלופקי וא' שאינו עשוי כמין דלופקי לא יאמר לו טול אתה את שאינו עשוי כמין דלופקי ואני נוטל את העשוי כמין דלופקי אמר ר' זעירא ויאות אלו חבר וע"ה שירשו את אביהן ע"ה והיה שם פירות מוכשרין ופירות שאינו מוכשרין שמא אומר לו עול אתה את המוכשרין ואני נוטל את שאינו מוכשרין ע"כ. והנה הבעל פ"מ דחק הרבה בפירושו יעו"ש ודבריו אינם נכונים

כלל אבל לפי מה שבארתי כונת הירושלמי הוא פשוט לא סוף דבר י"נ וע"ז ומעות דהוי שני מינים רחוקים זמ"ז ובזה ודאי לא אמרינן ברירה אלא אפי' שני צלמין ואחד עשוי כמין דלופקי ואין בו חשש ע"ז ואחד שאינו עשוי כמין דלופקי ויש בו חשש ע"ז ואע"ג דשניהם עשוין כמין צלמין והוה כמין אחד מ"מ לא אמרינן בזה ברירה ואמר ר' זעירא ויאות שזה שמעינן מפירות מוכשרין ושאינו מוכשרין דאסור לומר טול אתה לח ואני יבש שמעינן דגם ברע ויפה נמי לא אמרינן ברירה וכ"ש כה"ג דלא אמרינן ברירה. אך מה שצריך לבאר עוד בזה דהא ר' יוחנן ס"ל דאף במין אחד ממש לא אמרינן ברירה אבאר לקמן בס"ד:

ונפלאתי על הגאון בעל טו"א דהקשה שם על פירש"י וכתב וז"ל אי חטים שבמקום פ' לענין הכשר מיירי שאלו הוכשרו ואלו לא היינו סיפא עול אתה לח ואני יבש דלח היינו שהוכשרו ויבש לא ועוד דא"כ קשיא רישא אסיפא דברישא תני דיכול לומר לו עול אתה חטים כו' דהיינו הוכשר ולא הוכשר ובסיפא בלח ויבש אין יכול לומר כן כו' עכ"ל ותמוה בעיני האיך לא הרגיש הגאון הנ"ל דרש"י מפרש לח היינו יין ושמן ויבש היינו תבואה וכמש"פ. דהא על הא דאיתא שם בברייתא ותני עלה אותו חבר שורף את הלח ומניח את היבש פירש"י להדיא אם כהן הוא ויש שמן לתרומה מדליק לו נרות. א"כ הרי פי' להדיא דלח היינו יין ושמן ולא תבואה שהוכשרו. ועוד קשה לי דהא מדברי רב ששת שם מוכח להדיא דמפרש דלח היינו יין ושמן ופליג על הירושלמי דמפרש דלח היינו שהוכשרו דהא מביא שם ראי' מהברייתא הנ"ל מדשורף את הלח ולא מניחו לגת הבאה אלמא דלא מהני ואי מפרש דלח היינו תבואה שהוכשרו א"כ מאי שייך בזה יניחנו לגת הבאה אלא ע"כ צ"ל דמפרש דלח היינו יין ושמן וכן ע"כ מפרש רב ענן דבכורות וכפי מה שבארתי מהגירסא דידן דלא יאמר לו טול אתה לח ואני יבש מקודם דלא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים דחקם לפרש כן גם מה שהקשה הגאון הנ"ל שם דא"כ סיפא דקתני טול אתה יין שבמקום פ' ואני יין שבמקום פלוני מא"ל הא ביין לא שייך הכשר וא"כ ב' היינות טמאין הן. לפע"ד יש לתרץ דמיירי שיודע שיין שבמקום פ' הוא נעשה ע"י חבר. והחבר שמרם בטהרה:

סימן ב

ומאחר שבארנו דברע ויפה פליגי אמוראי בזה אי מיקרי זה תרי מיני לענין ברירה אי לא צריכין אנו לבאר האיך דעת הראשונים מסכימים לפסק הלכה בזה:

הנה הטור בסי' קע"א כתב וז"ל וב' דברים שתשמישן שוים ודמיהם שוים ואין בשום א' כדין חלוקה בהא ודאי חולקים אחד כנגד חבירו בגוד או אגוד אבל אם אין דמיהן שווין

כתב הרמב"ן דאין אומרים גוד או אגוד אע"פ שתשמישן שווים דיפה ורע כב' מינים דמי והרמ"ה כתב כיון שתשמישן שווים אע"פ שאין דמיהן שווים יש בו גוד או אגוד בין אם יאמר לו כל מי שיקח המעולה יוסיף לחבירו דמים לפי שומא בין אם יאמר שיקח איזה מהן שירצה בלא תוספת דמים וכן כתב הר"י כו' עכ"ל ולפ"ד נראה דהרמב"ן והרמ"ה והר"י פליגי בזה אם רע ויפה מקרי שני מינים לחלוק עפ"י שומא זה כנגד זה. דהרמב"ן ס"ל דאין חולקין עפ"י שומא זה כנגד זה לכך ס"ל דגם גוד או אגוד לא אמרינן והרמ"ה והר"י ס"ל דזה הוה כחד מינא לענין לחלוק עפ"י שומא זה כנגד זה לכך סבירא ליה דאמרינן גוד או אגוד ולכאורה איכא למימר דאף הרמ"ה והר"י דס"ל דאמרינן גאא"ג בזה גם ברע כנגד יפה מ"מ מודים דאין חולקין זה כנגד זה עפ"י שומא ולהטיל גורל דדוקא גבי גוד או אגוד דכיון דנותן הברירה לאחיו שיטול מה שירצה ואם יטול היפה יוסיף הדמים כנגד הרע אז ודאי יכול לכופו לחלוק עמו רע כנגד יפה אבל זה אין יכול לכופו לאחיו שישומו רע כנגד היפה ויטילו גורל ביניהם שמי שיזכה ביפה יתן הוא לחבירו הדמים ששוה היפה יותר דיכול לטעון דאולי יזכה חבירו עפ"י גודל היפה שבהן:

אבל לאחר העיון נראה דז"א דע"כ לא קאמר הרמ"ה דצריך ליתן הברירה לאחיו דוקא היכא דצריך לעלות כנגד היפה בדמים דזה א"א לומר רק היכא דנותן הברירה לאחיו בתורת גאא"ג אבל אין שייך בזה טענה שנחלוק עפ"י גורל ומי שיזכה היפה שבהם יתן לחבירו הדמים ששוה היפה יותר דאולי אין לו דמים וע"כ צריך לבא בטענת גאא"ג אבל היכא דאפשר להעלות בקרקע כנגד היפה דהיינו שהקרקע של זבורית יפה בדמים כנגד העדית או הבינונית ודאי דיכול לכופו (לדברי הרמ"ה והר"י כיון דס"ל דחשיב כחד מינא) לחלוק עפ"י גורל אם אין בכדי חלוקה בכל או"א בפ"ע וצריך לחלוק דוקא שדה כנגד שדה.

אך עלה בדעתי דאולי איכא למימר איפכא דאף הרמב"ן דס"ל דרע ויפה מיקרי שני מינים הוא דוקא לענין זה כיון שאין דמיהם שווים ורוצה לעשות גאא"ג על יתר הדמים שאחת שוה יותר מחברתה בזה. ס"ל להרמב"ן דלא אמרינן גאא"ג וכ"ש דאינו יכול לכופו לחלוק ע"פ גורל אבל היכא דדמיהם שווים ואינו מבקש דמים מחבירו אע"ג שאחת גרועה מחברתה ודאי דיכול לכופו לחלוק עפ"י גורל אע"פ שלאחד יגיע לו עדית ולאחד בינונית או זבורית מ"מ אין יכול לעכב ע"ז שלא לחלוק עפ"י גורל שדה כנגד שדה אע"ג דקפיד רחמנא לענין נזקין דדוקא בעדית מ"מ לענין לכופו לחלק ע"פ הגורל אין יכול לעכב ע"י כיון דאין בכל שדה ושדה בפ"ע דין חלוקה לכל או"א א"כ מוכרחין הם לחלק שדה כנגד שדה אבל מצאתי בריב"ש סי' רכ"ז דכתב וז"ל איברא שרוב הבתים אין בהם דין חלוקה

לפי שרוב הבתים אינם שווים כו' לפי שתשמישו של זה אינו כתשמישו של זה כו' ואין צריך לומר לדעת הרמב"ן זה דכתב דרע ויפה כשני מינים הם ואפי' אם יהיה דמיהן שווים שאין חולקין זה כנגד זה כו' עכ"ל א"כ מפרש להדיא דברי הרמב"ן דהוי כשני מינים ממש ואינו יכול לכופו לחלוק זה כנגד זה אפי' עפ"י גורל והוה כשדה וכרם דאף שאין בכדי חלוקה לכל או"א אין יכול לכופו לחלק זה כנגד זה ולאחר העיון נראה דגם מדברי הטור גופא מוכח דלדברי הרמב"ן אין חולקין רע כנגד יפה אף שדמיהן שווים. דהא הביא שם וז"ל וכן כתב הר' יונה דאם יש להם עדית וזבורית כו' יכול לומר לו טול אתה מהעדית בשומא כדי שווי הזבורית ומה שישאר מן העדית יותר על שווי הזבורית אני אטלנה ואתן לך דמים אף שאין בו שעור או אתה תעשה כן עכ"ל ונראה מדברי העור שם דהרמב"ן פליג גם על דין דהר"י נמי וא"כ אף שאינו מבקש דמים מחבירו נמי אינו יכול לומר טול אתה יפה ואני הרע אלמא דס"ל דלדברי הרמב"ן כיון דכתב דזה הוי כשני מינים א"כ אין יכול לחלוק יפה כנגד רע אף שדמיהם שווים כדברי הריב"ש ז"ל והנה דעת הרשב"א מבואר בש"מ בשיטה דגאא"ג דהוא ס"ל כדברי הרמב"ן דרע ויפה הוי כשני מינים יעו"ש:

א"כ לפי דעת הרמב"ן והרשב"א דס"ל דרע ויפה הוי כשני מינים ממש ואינו יכול לכוף לחבירו לחלוק זה כנגד זה ע"י גאא"ג ואף שדמיהן שווים אינו יכול לכוף לחבירו לחלוק ע"י גורל נראה ברור לפ"ד דאם אחד נתרצה לחבירו לחלוק זה כנגד זה הוה כמוכר לו א"כ הוה כמו חלקו מין כנגד מין כיון שאינו יכול לכוף לחבירו לחלוק זה כנגד זה לכך כו"ע מודים בזה דלא אמרינן ברירה משום דזה שנתרצה לו לחלוק מין כנגד מין הוה כמוכר לו חלקו מה שיש לו במין אחר כמו כן ברע כנגד יפה אף בט' כנגד י' שא"א לחלוק בענין אחר נמי לא אמרינן ברירה משום דהוה כשני מינים וזהו דעת ר"א בבכורות והם פסקו כוותי' אמנם הרמ"ה והר"י דס"ל דרע ויפה הוה כמין אחד ויכול לכוף לחבירו לחלוק עפ"י גאא"ג אם אין דמיהן שווין וה"ה ע"פ גורל אם דמיהן שווים ולפ"ד ודאי דאמרינן ברירה דהוברר הדבר למפרע שזהו חלקו שהיה מגיע לו משעה הראשונה כיון שעומד לחלוק כך ויכול לכופו לחלוק או ע"פ גורל אם דמיהן שווין או ע"פ גאא"ג אם אין דמיהן שווים. וזהו דעת רב ענן בבכורות דנקט דוקא שני מינים אבל ברע ויפה ס"ל דאמרינן ברירה והם פסקו כוותי' משום דסוגית הגמרא דחגיגה אזלי כוותיה כמשפ"ל בסי' א' אך מ"מ מבואר בדברי הר"י בש"מ שאם יש עדית ובינונית ויש בכדי חלוקה בכל שדה ושדה אינו יכול לכופו לחלוק שדה כנגד שדה אלא חולקין בכל שדה ושדה דס"ל דמעיקר הדין צריך לחלוק בכל שדה ושדה אלא משום דכופין על מדת סדום חולקין

שדה כנגד שדה. וזה דוקא כששניהם שווים אבל לא כשאחת יפה מחברתה א"כ אין זה מדת סדום וכן הוא דעת הרא"ש ז"ל:

סימן ג

אמנם דעת הרמב"ם הוא דרע ויפה הוה כחד מינא ממש וכופין לחלוק שדה כנגד שדה אף שיש בכדי חלוקה בכל שדה ושדה וכן לפ"ד דעת הר"י מיגש רבו ז"ל כאשר אבאר בס"ד:

הנה על הא דאמרינן בב"ב (י"ב:) אמר ר"ה בדר"י פשיטא חלק בכור וחלק פשוט יהבינן ליה אחד מצרא יבם מאי כו' פי' הר"י מיגש וז"ל ואע"ג דלא שוה חולקי אהדדי שיימינן להו בארעא ושקיל פי שנים בה במקום אחד כגון שיש שדה אחת עדית בין ארבע שדות של זבורית דאי יהבינן להו אחד מצרא לעולם שקיל לעדית הילכך שמין בקרקע ונוטל אותה שדה של זבורית ובעדית הסמוכה לה עד כדי דמי פי שנים של שדות המגיעות לחלק אחיו וכן אם הי' להן שתי שדות עדית ובינונית במקום אחד ובינונית אחרת במקום אחר נוטל בכור שתים שבמקום אחר שהן פי שנים בדמים של אחרת כו' עכ"ל וכן פי' דהפלוגתא דרבה ורב יוסף גבי ההוא דזבין ארעא אמצרא דבי נשיא דהי' השדה הסמוכה למיצר שלו עדית. מ"מ ס"ל לרבה דכופין אותו על מדת סדום ונוטלה כיון שנוטל אותה עפ"י שומא ורב יוסף ס"ל כיון דזו השדה היא טובה מחברתה יכול לומר לו מעלינן כנכסי דבר מריון וס"ל דבשדות שוות לא הוה פליג רב יוסף וכן פסק הרמב"ם להדיא ריש פי"ב מה' שכנים דאם אמר אחד תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לצד שדה שלי שומעין לו ואפשר לומר דמה דפי' הרי"מ והרמב"ם דלא כשארי מפרשים דס"ל דאף בשדות שוות יכול לומר מעלינן כנכסי דבר מריון והם ס"ל דבשדות שוות כו"ע מודים דכופין על מדת סדום. יצא להם זאת מן המשנה דדמאי פ"ו מ"ח דתנן התם שנים שקבלו את השדה באריסות או שירשו או שנשתתפו יכול לומר טול אתה חטים שבמקום פלוני ואני חטים שבמקום פלוני אתה יין שבמקום פ' ואני יין שבמקום פ' אבל לא יאמר טול אתה חטים ואני שעורין אתה יין ואני שמן ופי' הרמב"ם בפי' המשנה דלא מיירי הכא מאיסור והיתר אלא לענין דינא קאמר דאם ב' מינים מן החטים ומן היין שווים ואין ביניהם שום חילוף ושינוי אז יש רשות לא' מהם לומר לחבירו אחר שיין זה כמו יין ההוא וזה קרוב למקומי ושלך קרוב למקומך קח אתה היין שיש שם ואני אקח זה ואל תטריחני ליקח מן הרחוק ולשאת לביתי ואין חבירו יכול לעכב עליו דכגון זה כופין על מדת סדום עכת"ד. ואף שעל הרמב"ם עצמו ק"ק ליתן טעם זה מפני שבחיבורו ה' מעשר

פ"ו הי"ד נראה שחזר מזה הפי' מ"מ על הרי"מ נ"ל דודאי אפשר לומר דמזה יצא לו לכך פי' כל הסוגיא דמיירי דשדה הסמוכה לשדהו היתה טובה באיזה דבר:

והרמב"ן בחידושיו הקשה על דברי הר"י מיגש הללו וכתב וז"ל וקשה לי דהא אמרינן בסמוך חדא אהאי נגרא וחדא אהאי נגרא זימנין דהאי מידויל והא לא מידויל כלומר וחלוקה בתרווייהו עדיפא לי אלמא אפי' בחד חלוקה פלגי' לי' בשני מקומות והילכך אפי' בבכור דין הוא שיטול בעדית פי שנים בה ובינונית פי שנים בה ואפי' יבם דינו ליטול כן שאלו הי' אחיו קיים נוטל היה בעדית אף זה לא יטול חלקו בה כו' וי"ל דודאי אם בא לחלוק בכל אחת ואחת חולקים אלא שאין פשוט יכול לומר נעשה ג' חלקים שווים בדמים ותטול א' כאן וא' כאן ואפי' אתי לעלוי' כנכסי דבר מריון לא צייתינן לי' לעולם דלשקול איהו חלק כא' ולשקול בכור חלק כשנים כו' ואלו ביבם מצי האיך לעלויי חדא ושקיל ליה בעלויי ושקיל יבם חלק כשנים רואין אותן כאלו אחיו קיים וזה מעלה עם שניהם אלא שאם בא ליטול חלקו בכל אחת הרשות בידו כיון שהן עדית וזבורית דחלוקה בשוה עדיפא בעלוי עכ"ל. והנה דברי הרמב"ן לתרץ דברי הרי"מ צריכין ישוב דהא אכתי לא מתרץ על הרי"מ דהא גם בהא דזבן ארעא אמצרא דבי נשיא פירש הרי"מ שהיה השדה הסמוכה לו עדית א"כ אכתי תקשה דאמאי ס"ל לרבה שמחמת שכופין על מדת סדום נוטלה לגמרי ודוחה את אחיו שלא ליטול חלקו מה שיש לו בעדית. אך זה איכא למימר משום דהא כל קושית הרמב"ן הוא מדברי רב יוסף גבי חדא אהאי נגרא וחדא אהאי נגרא דאמר דמשום דדילמא האי מידויל לכך חלוקה בתרווייהו עדיפא. א"כ כ"ש גבי עדית ובינונית. אבל רבה איכא למימר דס"ל דחולקין זה כנגד זה אפי' עדית ובינונית ולא אמרינן דחלוקה דתרווייהו עדיפא לכך היכא דסמוכה למיצר שלו נוטלה לגמרי משום דכופין על מ"ס. מ"מ עדיין לא נתיישב בזה דהא הרמב"ן גופא הביא לקמן דהרי"מ מפרש הא דאמר ר"י מעלינן כנכסי דבר מריון מ"מ אם אחיו רוצה ליתן רק כמו שהוא נותן ולא יותר נוטלה בעל המיצר א"כ קשה אמאי כיון דהוא פי' דזו השדה היא עדית האיך דוחה את אחיו מפני שהיא סמוכה למיצר שלו שלא ליטול חלקו בעדית מפני שאינו רוצה להעלות בדמים אלא ע"כ גם הכא מתרץ הרמב"ן דודאי אם היה רוצה אחיו שיטול חלקו בכל שדה ושדה ודאי היו שומעין לו רק מפני שגם אחיו לא רצה לחלוק בכל שדה ושדה אלא רוצה לשום שדה כנגד שדה ולהפיל גורל לכך ס"ל לרבה דנוטלה בעל המיצר בלא גורל אף שהיא עדית ואף שאחיו רוצה להעלות עליה מפני שהיא עדית וליטלה מ"מ ס"ל לרבה דנוטלה בעל המיצר. ור"י ס"ל כיון דרוצה אחיו לעלות עליה יכול ליטלה בלא גורל אבל אם אינו רוצה להעלות עליה אעפ"י שהיא עדית

מ"מ כיון שאינו רוצה לחלוק בה אלא להפיל גורל גם ר"י מודה דנוטלה בעל המיצר בלא גורל והא דצריך קרא גבי בכור דנותן לו אחד מצרא אף שהאמצעית היא עדית. הא גם יבם נמי נותן לו אחד מצרא כיון שאחיו אינו רוצה לחלוק בכל שדה ושדה אלא להפיל גורל הא כתב הרמב"ן בתירוצו דאף אם אחיו רוצה להעלות כדי שיטול הבכור בשני מקומות נמי אין שומעין לו אבל גבי יבם שומעין לו כיון שהוא רוצה להעלות עד העדית דמים יותר דודאי נוטל היבם בשני מקומות:

ומדברי הרי"מ הנ"ל מוכח דבשדות שוות אף שאחיו רוצה להעלות בדמים בעד השדה הסמוכה אין שומעין לו ונוטלה בעל המיצר כפי שומת ב"ד כיון שאין כאן טעם למה מעלה בדמים מוכח מלתא דזה מעלה בדמים כדי לדחות את בעל המיצר. ודלא כהסמ"ע בסי' קע"ה ס"ק י"ז דכתב על הא דאמרינן שם האחים שבאו לחלוק ואחד מהם מעלה בדמים נוטל בלא גורל וז"ל בזה גם הרמב"ם מודה ולא פליג על הרא"ש בס"א אלא כשרוצה להעלותו על מי שיש לו שדה בצדו ואינו אומר לו אני אקחנו באותו סך או קחהו אתה עכ"ל ולפע"ד נראה כמ"ש דלאו כו"ע מודים בדין זה כדמוכח מדברי הרי"מ הנ"ל דעלוי לא מהני אלא דוקא גבי עדית ואף שהרמב"ם ס"ל בזה דלא כרבו הרי"מ וס"ל כיון שהשדה הסמוכה היא עדית יכול לומר מעלינן אף בלא העלאת דמים מ"מ בשדות שוות לא מצינו דפליג על רבו בזה ועוד מוכח כן מדברי הרמב"ן בשיטת הרי"מ דהא דצריך הקרא לגלות גבי בכור שנוטל חלקו במקום אחד ולא בשני מקומות אף שאחיו רוצה להעלות בדמים בעד השדה האמצעית א"כ למה צריך הרי"מ לאוקמי שהשדה האמצעית היא עדית. נימא דצריך הקרא לגלות שאחיו לא מצי למדחי משום העלאת דמים בלבד אלא ע"כ דאם השדות שוות גם יבם נמי לא מצי למדחי שיטול בשני מקומות משום העלאת דמים לדברי הרי"מ. לכך צריך לאוקמי דהוא רוצה להעלות בדמים משום שחביבה עליו שהיא עדית מ"מ גלי הקרא דאינו יכול לדחותו משום דמחמת זה יטול בשני מקומות ובזה יסתלק מה שהשיג עליו אחד מן הראשונים הביא הש"מ בשם שיטה לא נודעה למי (ונראה שהוא מן הראשונים) וז"ל על מה שתירץ הרמב"ן ז"ל לדעת הר"י ן' מיגש ז"ל ולדידי לא מסתברי הכי דא"כ אמאי נקט הרב ז"ל בינונית ועדית ובינונית אפי' כולהו שוו איכא נמי נפקותא לענין בכור כו' יעו"ש ולפי מה שבארתי נ"ש דאם היו כולן שוות לא מהני עלוי לדחות אף את היבם שלא ליטול במקום אחד ודוקא היכא שמעלה מפני העדית ס"ל להר"י מיגש דמחמת זה יכול לדחות את היבם ליטול בשני מקומות. כל זה הוא שיטת הרמב"ן לתרץ דברי הרי"מ:

אמנם השיטה הנ"ל המובא בש"מ פי' דברי הרי"מ כפשוטו וז"ל לפיכך נ"ל דבכולהו שוות ליכא נפקותא כלל לענין בכור דאף יבם נמי שקיל אחד מצרא מפני מ"ס כדאמרי בסמוך תרווייהו א' נגרא כו' לפי' פירשה הרב ז"ל באינם שוות ואין שומעין לפשוט לחלוק בכל שדה וכן נמי פשוט ופשוט שהניח להם אביהם עדית ובינונית שווים בדמים רחוקים זו מזו. כופין זה את זה לחלוק בגורל ויקח כ"א א' ואם אמר בעיני למפלג בתרווייהו אין שומעין לו והיינו דקאמר תלמודא וחלק פשוט יהבי לי' אחד מצרא והא דאמרינן בסמוך תרתי ארעתי אחד נגרא כו' התם בסמוכות זו אצל זו ואע"ג דפליגי בתרווייהו ה"ל חלוקה דכל חד ביחד לפי' שומעין לו כנ"ל עכ"ל. וכן הוא דעת הר"מ בדעת הרמב"ם והרי"מ רבו דכתב בה' שכנים פי"ב ה"ב וז"ל לדעת המחבר ז"ל הכונה שאפי' אין השדה כולה שוה וכגון שהי' בה שני חלקים בינונית והחלק האמצעי עדית שא"א לו לבכור שיטול כל חלקו כאחד אא"כ כל העדית שלו ה"ז נוטלו ובשומת דמים וכן פי' רבו ז"ל ולדעת שאר המפרשים דוקא כשהכל שוה הא לאו הכי חולקין כל אחד בעדית וכל א' בבינונית והבכור נוטל בכל א' שני חלקים ביחד וכן פירשו ז"ל עכ"ל והנה המעיין היטיב בדברי הרמב"ם יראה להדיא שצדקו דברי הה"מ בדברי הרמב"ם ז"ל ונראה שגם הוא מפרש דברי הרי"מ רבו כפשוטו וכפי השיטה הנ"ל דלא כהרמב"ן ז"ל. דעיקר מה שדחק הרמב"ן לפרש דברי הרי"מ דהכא מירי שגם הפשוט אינו רוצה לחלוק בכל שדה ושדה לכך נוטל הבכור את העדית. משום דהרמב"ן הוכיח מדברי הגמרא דהשתא משום דהאי מידויל והאי לא מידויל אמרינן דחולקין בכל שדה ושדה כ"ש היכא שאחת מהן עדית דודאי חולקין בכל שדה ושדה אבל הרמב"ם ע"כ מפרש שם דברי הגמרא הא דקאמר תרי ארעתי אתרי נגרי דפלוגתא דרבה ור"י קאי נמי אדאחד הי' לו שדה אצל אחת מהן כדפירש"י והוא רוצה ליטול אותה הסמוכה לשדהו בלא גורל ופירש"י דמפרש הא דקאמר רב יוסף זמנין האי מידויל והאי לא מידויל לכך חולקים לשתים לא ס"ל להרמב"ם אלא מפרש דאין יכול ליטלה בלא גורל משום האי טענה וא"כ היה קשה להרמב"ם דאמאי קאמר ר"י זימנין האי מידויל והאי לא מידויל כיון דלא ידעי הי מידויל ליכא טענה ועלויי הך אמצרי' טפי מאידך כמו שהקשה הרמב"ן על פי' זה לכך פי' הרמב"ם דהני תרי נגרי לא היו שווים והסמוכה לשדהו היתה קרובה להנהר ביותר וכעין עובדא הראשונה דפליגי רבה ור"י דמירי שהסמוכה למיצר היתה טובה ביותר לפי שיטת הרי"מ והרמב"ם ז"ל ומשו"ה קאמר דזמנין האי מידויל והאי לא מידייל שאינו מחוייב ליתן לו הקרובה לנהר ביותר בלא גורל ומזה יצא להרמב"ם מה דהביא שם אבל אם היה חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר יותר כו' ושמו אותה

היפה כנגד הרע ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה אין שומעין לו אלא נוטל בגורל היינו עובדא קמייתא ועובדא בתרייתא דפליגי רבה ור"י [ועיין במהרשד"ם חו"מ סי' תס"ג וט"ז סי' קע"ד ס"ד ועיין לח"מ שם והשיג על הב"י שגם הם ביארו ששיטת הרמב"ם הוא כן] ולפ"ז לא קשה כלל קושית הרמב"ן שהקשה על הרי"מ דהשתא משום דזמנין האי מידויל והאי לא מידויל חולקין כל שדה לשתים כ"ש שאחת טובה ביותר שודאי יכול לכופו לחבירו לחלוק כל שדה לשתים דלפי מה שבארנו לא נזכר כלל זה בגמרא דחלוקה בתרווייהו עדיפא לכך ס"ל דמה"ד חולקין שדה כנגד שדה וכן הא דאמרינן שם תרווייהו אחד נגרא דקאמר ר"י כגון זה כופין על מ"ס פירשו ג"כ כפירש"י ז"ל דאירי דאחד מהם היה סמוך לחד מצרא והיה רוצה שיתן לו דוקא אותו שדה ופסק ר"י כיון דתרווייהו שווים ואין לאחד עלויי על חברתה יכול לכופו על מ"ס שיתן לו על מיצר שלו. ומזה יצא להרמב"ם מה דהביא שם דאם היו השדות שוות יכול לכופו על מ"ס ליתן לו הסמוכה למיצר שלו. א"כ כל הסוגיא לא מיירי כלל שיכול אחד לכוף לחבירו לחלוק כל שדה ושדה וס"ל דחולקין שדה כנגד שדה אפי' אחת טובה מחברתה ועיין שם ברא"ש דסובר רבינו יונה דאין עיקר הדין לחלוק שדה כנגד שדה אלא לחלוק בכל שדה ושדה מדקדק זאת מדקאמר ר"י טעמא דכופין על מ"ס ולא קאמר משום עיקר דין חלוקה וזה לפי פירוש ר"ת דהתם לא איירי כלל שהיה שדה אחת סמוכה לאחד מהם אבל לפי פי' הרמב"ם וכן נראה דעת רבו הרי"מ אין מוכח כלל דין דרבינו יונה ואדרבה עיקר דין חלוקה הוא שיהי' חלקו ביחד וס"ל להרי"מ והרמב"ם דאף שיגיע לאחד מהם עפ"י גורל שדה טובה מחברתה ואף גבי בכור מטעם גזה"כ נוטל שני החלקים בבת אחת אף שיטול מחמת זה העדית. וכן מצאתי בפרישה דכתב על הטור דסובר דאם אחת טובה מחברתה חולקין כל שדה ושדה לשנים דהרמב"ם והרי"מ רבו פליגי ע"ז ונפלאתי על הש"ך שם ס"א דכתב שם הרמ"א וז"ל הי' בכאן שתי שדות האחד אומר לחלוק כל שדה ושדה והאחד אומר לחלוק שדה כנגד שדה שומעין לזה שאומר לחלק שדה כנגד שדה ודוקא ששתיהן שוות ואין נפקותא בחלוקת השדות לחצאין אבל אם האחת טובה בשום צד או שאחד יש נו מצר אצל השדות חולקין כל שדה לשתים עכ"ל וכתב שם הש"ך וז"ל חולקין כל שדה לשנים כו' ולדעת הרמב"ם הנ"ל צריכים ליתן לו כל השדה שאצל מצר שלו והטור קאי לדעת ר"ת וק"ל עכ"ל. תמוה לי דאמאי לא כתב דלדעת הרמב"ם עיקר הדין ליתא שיחלקו כל שדה שדה לשנים אף שאחת טובה מחברתה אלא ע"כ צריך לחלוק שדה כנגד שדה:

הרי נתבאר דהרמב"ם ולפי מה שהבינו רוב הראשונים בדברי הרי"מ גם הם ס"ל דרע ויפה הוה חד מינא לגמרי כהרמ"ה והר"י וסוברים יותר מזה דאף שיש חלוקה בכל שדה ושדה מ"מ אינו יכול לטעון שיחלקו לו בכל שדה ושדה אלא חולקין בשומא רע כנגד יפה ומפילין גורל משום דסברי דאין זה דרך חלוקה לחלוק כל שדה ושדה לכך חולקין אף רע כנגד יפה וזהו דרך חלוקה כיון ששווין בשומא א"כ ע"כ ס"ל כרב ענן דדוקא חלקו גדיים כנגד תיישים לא אמרינן ברירה אבל חלקו ע' כנגד י' אמרינן ברירה משום דזהו דרך חלוקה דלא כר"א. הרי יצא לנו דרוב הפוסקים פוסקין כרב ענן דרע ויפה הוה חד מינא ואמרינן בזה ברירה ודעת הרמב"ן והרשב"א דס"ל דרע ויפה הוי תרי מיני הם דעת יחידאי כנגד רוב הראשונים וכן נראה מדברי השו"ע בסי' קע"א סי"ג דהביא דעת הרמ"ה והר"י בסתם ואח"כ הביא דעת הרמב"ן והרשב"א בשם ויש מי שחולק בזה ונראה דס"ל לעיקר כדיעה הראשונה:

סימן ד

עוד התבוננתי דאף לפי דעת הרמב"ן בדברי הרי"מ גם כן מוכרחין אנו לומר דרע ויפה הוה חד מינא דהא כבר בארנו דסברת הרמב"ן לפי שיטת הרי"מ הוא כך דאם טוען אחיו שרוצה לחלוק בכל שדה ושדה ודאי הדין עמו ואע"פ שהיא סמוכה לשדהו ובזה גם רבה מודה שחולקין אותה כיון שהיא עדית יכול לטעון שאין אני רוצה לוותר חלקי מן שדה זו אמנם כיון שטוען שגם הוא אינו רוצה לחלוק כל שדה ושדה אלא יפילו גורל באיזה שדה אזכה עפ"י גורל אז נוטל אותה מי שהיא סמוכה לשדהו אעפ"י שהיא עדית א"כ אי נימא דרע ויפה הוי תרי מיני ממש כשיטת הרמב"ן בעצמו היעלה על הדעת דלפי דעת הרי"מ בתרי מיני ממש כגון שיש לאחד כרם סמוך לכרמו של אביו ונפל הכרם ושדה ששוה כמו הכרם לפניהם בירושה וטען אחיו שרוצה שיפילו גורל השדה כנגד הכרם דאז בעל הכרם זוכה ונוטל את הכרם בע"כ של אחיו. כיון דגם הוא אינו רוצה לחלוק גם בכרם אלא רק להפיל גורל. דזה ודאי אין סברא כלל לומר שיפסיד זה זכותו מה שיש לו בכרם מפני שרוצה שיתחלק עפ"י גורל ע"כ יזכה אחיו בכרם בלא גורל כלל דהאיך אפשר לומר דמפני מצרנותא של זה יפקיע זכותו של אחיו בלא גורל כלל כיון דהוא מין אחר לגמרי אלא מוכרח לומר דגם הרמב"ן מודה דלדעת הרי"מ דמפרש דפלוגתא דרבה ור"י איירי שהי' השדה הסמוכה עדית ע"כ דסובר דרע ויפה הוה חד מינא לכך כיון דהוא אינו רוצה לחלוק בה אלא להפיל גורל מהני מצרנותא של אחיו ליטול אותה בלא גורל:

וכן נ"ל דהא דמישב הרמב"ן דעת הרי"מ דלכך נוטל הבכור אף העדית היינו דוקא כשהפשוט רוצה ג"כ שיהי' חלקו במקום אחד. לכך מוכרח ליתן גם להבכור שיהיו שני החלקים שלו במקום אחד מטעם גזה"כ. אף שמחמת זה יטול העדית מ"מ נ"ל דזה הוא דוקא ברע ויפה משום דזה הוה חד מינא אבל בתרי מיני כגון שנפל מאביהם שדה וכרם והכרם שוה פי שנים כהשדה והפשוט ג"כ אינו רוצה שיחלקו הכרם והשדה לשלשה חלקים ויטול בכל אחד חלקו אלא רוצה שיחלוק הכרם לשנים והשדה תהי' חלק השלישי או באופן שאם יחלוק הכרם והשדה לשלשה חלקים לא ישאר בחלק השלישי כדי חלוקה לפע"ד הדין הוא עם הפשוט ויכול לטעון שיחלקו את הכרם לשני חלקים והשדה יהי' החלק השלישי ואם יזכה הבכור חצי הכרם והשדה ע"כ יטול שני חלקיו אף שלא במקום אחד ומחמת זה אינו מחוייב הפשוט לוותר לו זכותו מה שיש לו בכרם שיטול הבכור הכרם בלא גורל. ודוקא בעדית הוא נוטל משום דזה הוה חד מינא וכמש"ב. והרמב"ן בעצמו כיון דהוא סובר דרע ויפה הוי תרי מיני ממש מסכים הוא שם לבסוף לשיטת הראב"ד דפי' דמיירי שם בשדות שוות והא דצריך קרא לגבי בכור שנוטל חלקו בב"א היינו אף שאחיו רוצה להעלות בדמים בעד השדה האמצעית דלגבי בעל המיצר מהני העלאת דמים אף בשדות שוות קמ"ל הקרא דהבכור צריך ליטול חלקו במקום אחד. וכמו שבחלק פשיטות א"א להעלות בדמים שעי"ז יהי' מוכרח ליטול בשני מקומות כמו כן בבכור א"א להעלות בעד השדה האמצעית אבל היכא דאין השדות שוות כגון שהאמצעית היא עדית אף שהפשוט ג"כ אינו רוצה שיחלקו בכל שדה ושדה מ"מ אינו נוטל הבכור השדה האמצעית כיון דהוא סובר דרע ויפה הוי כתרי מיני, א"כ הוה השדה האמצעית שהיא עדית כמו כרם באמצע א"כ אינו יכול הבכור לכוף להפשוט שיתן לו דוקא העדית כדי שיגיע לו חלקו במקום אחד כמו שהפשוט נוטל חלקו במקום אחד.

מ"מ לדינא נ"ל דלפי מה שנתבאר דרוב הפוסקים ס"ל דרע ויפה הוה חד מינא דאם היה העדית באמצע ואין הפשוט רוצה שיחלקו בכל שדה ושדה אלא רוצה שיפיל שלש גורלות ואולי יגיע לו השדה האמצעית עפ"י הגורל א"נ שא"א שיחלקו בכל שדה ושדה כגון שלא יהא בחלק השלישי כדי חלוקה דבכה"ג גם הפוסקים דפליגי על הרמב"ם והרי"מ מודים לזה דהבכור נועל את העדית מטעם שכתב הרמב"ן לישב דעת הרי"מ כיון דהפשוט נוטל במקום אחד ע"כ צריך ליתן להבכור ג"כ במקום אחד דשני החלקים של הבכור הם שווים לחלק אחד של הפשוט ועיקר הפלוגתא דפליגי על הרמב"ם והרי"מ הוא מטעם זה דס"ל כיון דאפשר לחלוק בכל שדה ושדה וליתן להבכור שני חלקים

יחדיו בכל שדה ושדה ע"כ אינו מחוייב הפשוט ליתן להבכור את העדית דס"ל דעיקר הדין הוא לחלוק בכל שדה ושדה אלא דמטעם כופין על מ"ס חולקין שדה כנגד שדה והכא ליכא מ"ס. אבל הרמב"ם והרי"מ רבו ס"ל דאין זה דין חלוקה לחלוק בכל שדה ושדה אלא צריך לחלוק שדה כנגד שדה כדי שיהא כל חלק וחלק במקום אחד לכך ס"ל דע"כ צריך ליתן להבכור השדה האמצעית אעפ"י שהיא עדית א"כ היכא דא"א לחלוק בכל שדה ושדה א"נ שהפשוט ג"כ אינו רוצה לחלוק בכל שדה ושדה ע"כ צריך ליתן להבכור את העדית דהא לשיטת הפוסקים דס"ל דרע ויפה הוה חד מינא כופין לחלוק זה כנגד זה עפ"י שומא היכא שא"א לחלוק כל שדה ושדה א"כ ה"נ ע"כ צריך ליתן להבכור העדית כדי שיהי' חלקו במקום אחד כמו חלק של הפשוט. אף דמסתימת הרמ"א בסי' קע"ד ס"ב משמע קצת דכיון דהעדית באמצע אין הבכור נועל כלל חלקו ביחד. אבל באמת ז"א לפע"ד. וכן נראה מלשון הרא"ש בב"ב להמדקדק היטיב בדבריו דז"ל פשיטא חלק בכור וחלק פשוט יהבינן לי' אחד מצרא ולא מצי למימר פשוט נחלוק השדה לשלשה חלקים ונטיל גורל ואם יפול לי חלקי באמצע ולך משני צדדים תטול אלא חולקין את השדה לשלשה חלקים ומטילין גורל טל שני חלקים החיצונות והאמצעית היא של הבכור ממ"נ דשני חלקים של בכור כחלק אחד שווינהו רחמנא כדדריש פ' י"נ (קכג.) מדכתיב פי שנים ודוקא שהיא עדית או בינונית או זבורית אבל יש להן בינונית ועדית לא אמרינן שיטול הבכור מן העדית בשומא כנגד הבינונית שתפול לו מצד אחד כדי שיטול חלקו במקום אחד אלא יטול חלקו בכל שדה ושדה דלא עדיף כחו מפשוט דשני פשוטין חולקין בעדית ובינונית עכ"ל. הרי מסיים להדיא דלא עדיף כחו מפשוט דשני פשוטין חולקין עדית ובינונית. אבל היכא דשניהם אינם רוצים לחלוק בזה ובזה אלא שהפשוט רוצה שיחלקו את העדית לשני חלקים והבינונית יהא חלק אחד א"נ שא"א לחלוק בזה ובזה שלא יהא כדי חלוקה ודאי גם הרא"ש מודה שיטול הבכור את העדית כדי שיהא חלקו במקום אחד כמו חלק של הפשוט:

וכן נ"ל מה שכתב שם הרא"ש והובא בשו"ע ברמ"א שם דאם יש שם שתי שדות והאחת גדולה שתי ידות והפשוט מצרן לגדולה יכול לומר אחלוק בה אעפ"י שלא יטול הבכור חלקו כאחת ע"כ. לכאורה משמע מלשונו שהבכור לא יטול כאחת אבל הפשוט יטול כאחד היינו שיחלקו הגדולה לשני חלקים והקטנה יהא חלק השלישי והפשוט יטול חלק אחד מן הגדולה מפני שהוא מצרן לשדה זו. וכן משמע קצת מלשון הפלפלא חריפתא שם דכתב דמסתמא לא אמר הכתוב שיטול חלקו ביחד כשיש לפשוט טענה וטעם. וא"כ לפי דבריו מה שכתבתי למעלה דלפעמים גם להרא"ש נוטל הבכור העדית

ממ"נ ודאי ליתא דאין לך טענה גדולה מזו. אבל באמת זה א"א לפרש כלל בדברי הרא"ש דהאיך אפשר לומר שיטול בה בלא גורל מפני שהוא מצרן כיון דגם הבכור ע"כ צריך ליטול בה א"כ לא גרע מצרנותא של הבכור ממצרנותא של הפשוט. ועוד דהא אנן קיי"ל כרב יוסף דיכול לומר מעלינן לי' כנכסי דבר מריון א"כ הפשוט לא יטול מצד שדהו אפי' היה רק הוא בלבד מצרן. אלא ע"כ צריך לפרש לפי"ז שהפשוט רוצה שיפיל גורל דאולי יפול חלקו מצד שדהו. אבל גם זה אינו דהאיך אפשר לומר דהרא"ש סובר דמחמת מצרנותא של זה ידחה הבכור שלא יטול חלקו כאחד מה שזכתה לו התורה והפשוט יטול חלקו כאחד. אלא כונת הרא"ש הוא ברור דר"ל אחלוק בה ר"ל שיחלקו לשלשה חלקים את הגדולה וכן את הקטנה והוא יטול חלק אחד בהגדולה קרוב לשדהו וכן בהקטנה יטול חלק אחד דזה ודאי יכול הפשוט לטעון כיון שיש לו טענה לחלוק בכל שדה ושדה (ומה שכתב הרא"ש אעפ"י שלא יטול הבכור חלקו כאחת לאו דוקא הבכור) אבל היכא דא"א לחלוק הגדולה לשלשה חלקים א"נ דגם הפשוט אינו רוצה לחלוק על שלשה חלקים כל שדה ושדה ודאי דנוטל הבכור את הגדולה אף שהפשוט הוא מצרן:

ועד נאמן לדברי דהא ידוע דדברי הרא"ש שם הם נובעין מעליות רבינו יונה ובש"מ מובא שם להדיא בשם עליות ר"י וז"ל וא"ת לרבה דאמר כופין על מ"ס למאי איצטריך פי שנים למדרש מיני' דיהבינן לי' אחד מצרא כדאיתא פ' י"נ. וי"ל לרבה איצטריך קרא למיתב לי' אחד מצרא היכא דלא שייך כופין על מ"ס כגון שיש שם ב' שדות ויש בא' ב' חלקים ואית לי' לפשוט ארעא אמצרא דאותה שדה דמאי חזית למיתב אותה שדה לבכור כדי שיטול חלקו אחד מצרא מטעם דכופין על מ"ס ניתב לה לפשוט אמצרא דידי' ויטול הבכור חצי אותה שדה ושדה אחרת שיש שם להכי איצטריך פי שנים למיתב לי' אחד מצרא ובכה"ג נמי שייכא פלוגתייהו דאביי ורבא ביבם אליבא דרבה כו' עכ"ל הרי מבואר להדיא בדבריו דעיקר הקרא דפי שנים קאי אפי' היכא דיש להפשוט מצרנותא להגדולה מ"מ נוטלה הבכור כדי שיטול חלקו במקום אחד. (וע"כ צריך לפרש דהכא איירי שאינו רוצה הפשוט שיחלוק אותה לשלשה חלקים או דא"א לחלוק אותה לשלשה חלקים וע"כ נוטל הבכור את הגדולה). משום דזה ודאי עדיפא שיטול הבכור במקום אחד כיון דזכתה לו התורה ממצרנותא של הפשוט דאין זה רק מטעם כפיית על מ"ס בלבד. א"כ האיך אפשר לומר דהרא"ש יחלוק על הר"י הנ"ל ולא יזכיר דעתו כלל ויסבור דלא כדבריו דעדיפא מצרנותא של הפשוט לדחות את הבכור שלא יטול חלקו במקום אחד זה ודאי אין סברא כלל לומר כן והדבר ברור דפי' דברי הרא"ש הוא כמש"פ. וה"ה דהוה מצי הר"י לתרץ היכא דשדה האמצעית היא עדית ואין בכל שדה

ושדה כדי חלוקה לחלוק לשלשה חלקים או שגם הפשוט אינו רוצה לחלוק כל שדה ושדה לשלשה חלקים דאז נוטל הבכור את העדית ממ"נ וכמשב"ל:

אמנם ראיתי דמדברי הב"י שם משמע דלא כמו שכתבתי דגם הר"י והרא"ש מודים להרי"מ והרמב"ם דלפעמים נוטל הבכור את העדית ממ"נ. אלא לפ"ד מפילין גורל על כל השדות ואם יעלה בגורל להבכור השדות החיצונות ע"כ יטול בשני מקומות שאם יטול הבכור את השדה האמצעית שהיא עדית ממ"נ א"כ יגרע כח הפשוט מן העדית. דעל דעת הרי"מ והרמב"ם דס"ל דבכור נוטל שני חלקים ביחד דאף שהשדה האמצעית היא עדית באמצע כמש"ב הה"מ תמה ע"ז הב"י וכתב וז"ל האיך אפשר לומר כן שנייפה כחו ליעול אחד מצרא ולהרע לזה שלא יטול חלק בעדית. וכתב לישב וז"ל דס"ל כיון דגזה"כ הוא שיטול שני חלקים אחד מצרא לעולם יש לנו לקיים כן ואפשר דאזדי לטעמייהו דבארץ שוה כי אמר יהבי לי אמצראי יהבינן לי' הלכך יהבינן לי' תרתי אחד מצרא בקרקע שוה בלאו קרא וכי אתא קרא אפי' בקרקע שאינו שוה עכ"ל. א"כ לפי דבריו נראה דדוקא לדברי הרי"מ והרמב"ם דע"כ אתי קרא לגלות שיטול הבכור העדית. אבל לפי שיטת הר"י והרא"ש דמקרא אין ראי' דהא צריך נמי על קרקע שוה שיטול חלקו ביחד א"כ אינו נוטל העדית מטעם סברתו דהאיך אפשר שניפה כחו ויטול אחד מצרא ולהרע לזה שלא יטול כלל בעדית. אבל באמת דברי הב"י תמוהים דהא אפי' לפי דברי הרמב"ם ורבו דקרקע שוה כו"ע מודים דכופין על מ"ס מ"מ אכתי צריך קרא היכא דהפשוט מצרן להגדולה כמו שמתרץ הר"י וכן מוכח לתרץ לכו"ע לדברי רבה דבכל גוונא כופין על מ"ס. א"כ מהקרא אין ראי'. אלא ע"כ צ"ל דהקרא גלה לנו רק זאת דהבכור צריך ליטול במקום אחד כל חלקו כמו הפשוט וממילא ידעינן זאת דהיכא שהעדית באמצע נוטל הבכור את העדית ממ"נ לדברי הרמב"ם ורבו אף שאפשר לחלוק כל שדה ושדה משום דס"ל דאין זה דרך חלוקה לחלוק כל שדה ושדה. ולדברי הר"י והרא"ש היכא שא"א לחלוק כל שדה ושדה או שאינם רוצים שניהם לחלוק כל שדה ושדה אז נוטל הבכור את העדית ממ"נ כדי שיהא חלקו במקום אחד ועיין בדרישה שם שהשיג ג"כ על הב"י דאם נימא דדין זה הוא דוקא בבכור מטעם גזה"כ א"כ מנ"ל ללמוד מזה דה"ה שנים שקנו שדה בשותפות אחד שליש ואחד שני חלקים דכשחולקין זה שצריך ליטול שני שליש ביחד נוטל אף העדית כשהיא באמצע דילמא דוקא בבכור דגלי קרא ומחידוש לא ילפינן. ומבאר שם דעת הרמב"ם ורבו יעו"ש היטיב דדבריו עולים כמש"ב. א"כ דברי מה שחדשתי לדעת הר"י והרא"ש דלפעמים נוטל הבכור את העדית ממ"נ נכונים הם לדינא:

סימן ה

ולפי מה שבארנו ועלה לנו דרוב הפוסקים פסקו כרב ענן דדוקא בתרי מיני לא אמרינן ברירה. אבל חלקו ע' כנגד י' אמרינן ברירה אף שצריך לחלוק זה כנגד זה בשומא הנה עתה נשובה לבאר נ"ד משום דיש להסתפק דאולי אף למאן דס"ל דרע ויפה הוה חד מינא היינו דוקא במקום שא"א לחלוק אלא רק רע כנגד יפה כמו דאיירי ר"א שחלקו ע' כנגד י' בזה פוסקים כרב ענן וס"ל כיון דא"א לחלוק רק רע כנגד יפה ע"כ יכול לכוף לחבירו לחלוק זה כנגד זה ולהפיל גורל וע"כ אמרינן בזה ברירה. אבל במקום שאפשר לחלוק הרע והיפה לשנים כמו נ"ד שאפשר לחלוק החטים המכובסין שהם יפות והחטים שאינם מכובסין הרעות לשנים איכא למימר דגם רב ענן מודה דלא אמרינן בזה ברירה כיון דאינו מחוייב לחלוק רע כנגד יפה ואם וותר לו וחלקו רע כנגד יפה הוה כמוכר לו לכו"ע וגם. רב ענן מודה בזה דלא אמרינן ברירה. והא דנקט גדיים כנגד תיישים ולא נקט ח' כנגד י' דהוה רבותא יותר דגם בזה לא אמרינן ברירה כיון דיכולין לחלוק שזה יעול ד' מן היפות וה' מן הרעות וכן השני ואם לא חלקו כן ונטל אחד הח' והשני הי' הוה כמוכר לו. דזה אין ראי' דלכך נקט גדיים כנגד תיישים דהוה מילתא דפסיקתא אבל ברעות כנגד יפות לא הוה מילתא דפסיקתא משום דיש חילוק אם יכולין לחלוק היפות והרעות לשנים או לא:

אמנם לפי מה שפירשתי למעלה (סי' א') דנראה דהא דסובר רב ענן דדוקא בתרי מיני לא אמרינן ברירה אבל ברע כנגד יפה אמרינן ברירה יצא לו זאת מהמשנה דדמאי דהוא פירש לח ויבש דמתני' לח ממש היינו יין ושמן ויבש היינו תבואה. אבל בטול חטים שבמקום פ' יכול לומר אף שזה הוכשר וזה לא הוכשר כפירש"י דחגיגה. וכיון שזה הוכשר וזה לא הוכשר הוה רע כנגד יפה דתבואה שלא הוכשרו חזי' לחבר אף בימי טהרה מ"מ אמרינן ברירה. א"כ נוכל ללמוד מזה דאף בכה"ג שיכול לחלוק ברע ויפה מ"מ אם נתרצה ליטול רע כנגד יפה אמרינן ברירה דהא שם נמי נוכל לחלוק בכל החטים שבשני המקומות אפ"ה אמרינן ברירה. מ"מ לא ידעתי אם נוכל להשען על סברא זאת להקל. דאולי דהא דאמרינן שיכול לומר טול אתה שבמקום פ' שהוכשרו כנגד שלא הוכשרו אף שזהו רע כנגד יפה ויכול לחלוק בכל החטים לשניהם דהתם שאני דאף שהם מיקרי רע ויפה אצל החבר מ"מ הא אצל ע"ה הם שניהם שווים. וכיון דאצל ע"ה ליכא קפידא משו"ה אמרינן בזה ברירה. אבל היכא דהוה רע ויפה לכל ליכא למידק משם ואיכא למימר דהיכא דיכול לחלוק הן ברע והן ביפה והוא וותר לו וחלק רע כנגד יפה הוה כמוכר לו לכו"ע. ולפי"ז הא דרב ענן דפליג על ר"א בט' כנגד י' לא למד ממשנה

זו אלא היא סברא חיצונה דס"ל לרב ענן כיון דא"א לחלוק רק ט' כנגד י' יכול לכופו לחלוק זה כנגד זה לכך אמרינן ברירה ור"א סבירא ליה דאינו יכול לכופו לחלוק זה כנגד זה כיון דהם רע כנגד יפה הוה כשני מינים לכך לא אמרינן בזה ברירה. אבל לא למדו שניהם ממשנה זו כלל:

מ"מ מדברי הירושלמי שהבאתי למעלה (שם) דהביא ר' זעירא ראיה לדברי ר"י ויאות אלו חבר וע"ה שירשו את אביהן ע"ה והי' שם פירות מוכשרין ופירות שאינן מוכשרין שמא אומר לו טול אתה את המוכשרין ואני נוטל את שאינן מוכשרין. ופירשתי שם דמאי דפסיקא לי' לר"ז דאסור משום דהוא מפרש המתני' דאסור לומר טול אתה לח ואני יבש. דלח היינו מוכשרין ויבש היינו שאינם מוכשרין. א"כ שמעינן להדיא דאף בכה"ג מיקרי רע ויפה דאף שאצל ע"ה היורש אינם גרועים החטים מפני שהם מוכשרין מ"מ הם גרועין דאולי ירצה למכור לחבר וע"כ ימכור לו בפחות משום דלא חזי לחבר בימי טהרה, וס"ל לר"ז כר"א דבכורות דרע ויפה הוי כשני מינים. מ"מ ס"ל לרש"י ז"ל בחגיגה דדוקא לח ויבש ממש הוא דאסור אבל פירות שהוכשרו כנגד שלא הוכשרו מותר ומפרש המתני' דלא כהירושלמי משום דהוכיח מהגירסא דגמרא דידן דמעיקרא תני טול אתה לח ואני יבש ואח"כ תני טול אתה חטים ואני שעורין ע"כ פירושו לח ויבש ממש כמשפ"ל. א"כ מוכח להדיא דאף היכא דחזי לחלוק היפות והרעות לשנים מ"מ אם חלקו יפות כנגד רעות אמרינן ברירה לרב ענן דקיי"ל כוותי' לרוב הפוסקים דזה אין סברא לומר כלל דבהא גופא פליגי הירושלמי עם הגמרא דידן אי פירות שהוכשרו נגד שלא הוכשרו מיקרי רע ויפה או לא. אלא מסתברא דלכו"ע פירות שהוכשרו נגד שלא הוכשרו מיקרי רע כנגד יפה. אלא דפליגי בפירושא דמתניתין בפלוגתא דרב ענן ור"א אי רע ויפה מיקרי שני מינים או לא. וע"כ צ"ל דאע"ג דמצי להקפיד ולחלוק היפות והרעות לשנים מ"מ אם לא הקפיד וחלקו יפות כנגד רעות אמרינן ברירה משום דזהו דרך חלוקה שלא להקפיד ע"ז כיון דחולקין עפ"י שומא ודוקא בתרי מינים ממש לא אמרינן ברירה. ואין לדחות דהא דס"ל לר"ז בירושלמי דאסור לומר טול אתה המוכשרין ואני אטול שאינם מוכשרין לא משום דמיקרי רע ויפה אלא משום דהתם איירי לר"י ור"י הא ס"ל דאין ברירה אף במין אחד. אבל ז"א דא"כ אמאי מותר לומר טול אתה חטים שבמקום פ' ואני שבמקום פ' כיון דאין ברירה ובאמת התוס' בחגיגה שם ד"ה חבר כו' הקשה על ר"י ממשנה זו וכתבו דהא מהמשנה מוכח כיון דמותר בחד מינא לומר טול אתה כו' אלמא דאמרינן ברירה והאיך סובר ר"י דאחין שחלקו לקוחות הן ולא אמרינן ברירה. ותירצו ומיהו דמצינו בכמה סתמי דמשנה דס"ל דאין ברירה וס"ל דלא כהך

משנה אבל דבריהם תמוהים מירושלמי הנ"ל דהא מוכח מר"ז דהביא ראי' לר"י מהך משנה דגם ר"י ס"ל כמשנה זו ודוקא לומר טול אתה מוכשרין ואני שאינו מוכשרין הוא דאסור לר"י אבל במין אחד ממש גם לר"י מותר:

אלא ע"כ צריך לישב דברי הירושלמי עפ"י דברי התוס' דגיטין סוף פ' השולח דס"ל דהא דעובד כוכבים וישראל שלקחו שדה בשותפות דטבל וחולין מעורבין זה בזה למ"ד דלא אמרינן ברירה הוא זה רק מטעם ספק דאולי הגיע להישראל חלק העובד כוכבים ולעובד כוכבים חלק הישראל ולקמן נבאר שיטתם באריכות בס"ד] ולשיטתם א"ש הא דמודה ר"י דבדמאי בחד מינא שרי לומר טול אתה חטים שבמקום פ' כו'. משום דהא כל האיסור שאסור למכור לע"ה דמאי הוא רק מטעם ספק דאולי אינם מעושרים הם ומכשילו באיסור א"כ מותר בחד מינא מטעם ס"ס חדא דאולי אינו מוכר לו כלל ולע"ה הגיע חלקו ממש. ואת"ל דלא הגיע לו חלקו והגיע לו חלק החבר אולי מעושרים הם ואינו מכשילו כלל. משו"ה דוקא בתרי מיני הוא דאסור אפי' בדמאי משום דזה הוה מוכר לו בודאי דהא בתרי מיני לא שייך למימר דאולי הגיע לו חלקו ממש כיון דכל אח ואח יש לו חלק בכל מין ומין משעה שירשו. והם חלקו מין כנגד מין ע"כ הוה כמוכר לו מחצית מן המין שלו ואסור אפי' בדמאי. וכו"ע מודים דבתרי מיני אין ברירה לא מטעם ספק אלא מטעם ודאי (וזהו נ"מ לדינא לכמה דברים ואבאר לקמן בס"ד). ובזה יתיישב גם מה שפירשנו למעלה בדברי הירושלמי הנ"ל דכונת ר"י דהא דקאמר שם לא סוף דבר י"נ וע"ז ומעות אלא אפי' הי' שם שני צלמין אחד עשוי כמין דלופקי ואחד שאינו עשוי כמין דלופקי לא יאמר לו טול אתה את שאינו עשוי כמין דלופקי ואני נוטל את העשוי כמין דלופקי כו'. אתא לאשמעינן דזה נמי הוה כתרי מיני. ולכאורה יש לתמוה ע"ז הא ר"י ס"ל דאפי' בחד מינא נמי לא אמרינן ברירה א"כ אין נפקותא בין חד מינא לתרי מיני. אבל לפי מש"ב א"ש משום דהאחד שאינו עשוי כמין דלופקי הוא אינו אסור אלא משום ספיקא דשמא עבדו לו כמו דמוכח בע"ז פ' כל הצלמים א"כ אי הוה כחד מינא הוה מותר לומר להעובד כוכבים טול אתה שאינו עשוי כמין דלופקי מטעם ס"ס חדא דאולי הגיע לו חלקו ממש הראוי לו ואת"ל דלא הגיע לו חלקו מ"מ אין זה חלופי ע"ז דלמא לא נעבד לו כלל ע"כ אשמעינן ר"י ואמר דלא סוף דבר י"נ וע"ז ומעות דשם איכא תרווייהו לגריעותא חדא דזה ודאי אסור משום דהוה תרי מיני ממש ועוד דהתם הוה ודאי ע"ז. אלא אפי' היכא דאיכא תרווייהו למעליותא כגון שני צלמין אחד עשוי כמין דלופקי כו' דלא הוה תרי מיני ממש וגם לא הוה ע"ז ודאית מ"מ אסור משום דגם זה חשיב כתרי מיני וא"כ חשיב כודאי מוכר לו ספק ע"ז ונהנה מחליפי ספק ע"ז וע"ז

אמר ר"ז ויאות אילו חבר וע"ה שירשו את אביהן ע"ה והי' שם פירות מוכשרין ופירות שאינו מוכשרין כו' דאסור לומר טול אתה מוכשרין דדמאי נמי אינו אלא ספק איסור שמא לא עישר. וגם אינו תרי מיני ממש מ"מ אסור משום דרע ויפה נמי חשיב כתרי מיני ממש דס"ל כר"א דבכורות א"כ חשיב כודאי מוכר לו דמאי א"כ כ"ש בשני צלמין בכה"ג דאסור:

אך כ"ז ניחא לדעת הרמב"ם דס"ל דהא דאסור לומר טול אתה לח ואני יבש הוא מטעם דאסור למכור לע"ה דמאי עיין היטיב בפי' המשנה ונראה דדעתו הוא דהכא לא שייך כלל לאסור מטעם דאסור למכור לע"ה לח ויבש דהא כל איסור למכור לע"ה לח ויבש הוא רק מטעם דאסור לגרום טומאה לחולין שבא"י וזה דוקא היכא דהחבר מול תבואה שלו א"כ בזה שמוכר לע"ה הוא גורם טומאה. אבל הכא דזה ירשו מאביהם ע"ה א"כ הפירות שהוכשרו הן בלא"ה בחזקת טומאה ס"ל להרמב"ם דבזה אין איסור כלל למכור לע"ה אם לא משום איסור דמאי. אמנם לשיטת הר"ש והרא"ש והרע"ב וכן הסכים הגר"א דהכא אסור גם מטעם דאסור למכור לע"ה לח ויבש. ונראה דס"ל דאף שהפירות היו ביד ע"ה מ"מ אפשר שעדיין לא נטמאו. לכך גם הכא אסור למוכרן לע"ה. א"כ לכאורה עדין קשה דאמאי מותר לר"י הכא במין אחד לומר טול אתה דהא בזה גורם ודאי טומאה לפירות הללו. אבל באמת ניחא גם לפירושם דהא לא אמרינן דודאי שלא יזהר בטומאה ויטמאם אלא חששא בעלמא הוא שמא יטמאם כיון שהוא חשוד ע"ז. וכן כתבו התוס' בגיטין (סא.) ד"ה רישא יעו"ש בפי' ר"ת. לכך לא הוה אלא ספק איסור שמא יגרום לו טומאה ועיין שם דרבא פליג על אביי וס"ל דטומאה וטהרה קיל מדמאי יעו"ש בתוס' ד"ה רבא כו'. לכך הכא במין אחד אינו אלא ספק מכירה ומותר מטעם ס"ס לכו"ע וכמש"פ:

אמנם בדברי הגמרא דידן בעירובין (לז:) קאמר שם ואכתי סובר ר' יוסי אין ברירה והתניא ע"ה שאמר לחבר קח לי אגודה אחת של ירק או גלוסקא אחת אינו צריך לעשר דברי ר' יוסי וחכ"א צריך לעשר כו'. מבואר שם להדיא דאי אמרינן אין ברירה גם במין אחד אסור אף גבי דמאי ולא שרינן מטעם ס"ס וס"ל להגמרא דידן כיון דאסרו חכמים למכור לע"ה דמאי וכיון דאין ברירה הוה כמוכר לו. ולפ"ז ע"כ צ"ל דהא דשרי במתני' לומר טול אתה חטים שבמקום פלוני משום דס"ל כמ"ד יש ברירה. אבל מ"מ אין זה סתירה לדברינו אלה מה שפירשנו בדברי הירושלמי דבירושלמי מוכח דגם ר"י ס"ל כהאי מתני' דהירושלמי פליגי על גמרא דידן גם בפירוש המתני' שם דע"ה שאמר לחבר קח לי אגודה של ירק אחת פי' דר"י ורבנן פליגי אפי' באגודה אחת ולא תלוי זה כלל בברירה א"כ לפי דברי הירושלמי ודאי איכא למימר כמש"פ דהחכמים לא אסרו למכור

דמאי אלא בודאי מכירה כמו שני מינים דהוה ודאי מכירה. אבל במין אחד דלא הוה אלא ספק מכירה מותר אפי' אי אמרינן דאין ברירה. אמנם לפי מש"כ הר"ש בפ"ו דדמאי משנה ז' דמבאר שם דברי הירושלמי ופי' דר"י ור"א פליגי באין ברירה אם הוא מטעם ודאי או מטעם ספק ור"י ס"ל דהוא מטעם ודאי. א"כ א"א לתרץ דברי הירושלמי כדברינו. וע"כ צריך לישב בדרך אחר ואבאר במק"א בס"ד:

הכלל היוצא מכל דברינו אלה דמהירושלמי מוכח להדיא דמוכשרים נגד שאינו מוכשרין מיקרי רע כנגד יפה. א"כ לפי דברי הגמרא דידן וכפירש"י בחגיגה דמותר לומר טול אתה חטים שבמקום פ' אף שהוכשרו ס"ל דאם חלקו רע כנגד יפה אפי' היכא דחזי לחלוק לשנים היפות והרעות מ"מ אם לא חלקו אמרינן ברירה בדרבנן ודוקא בשני מינים ממש לא אמרינן ברירה

סימן ו

אח"כ התבוננתי עוד בזה וראיתי דברי הרמב"ם בה' מעשרות פי"א ה"ו דכתב שם המשנה דדמאי ושם איתא אבל לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים טול אתה הלח ואני היבש. מפני שזה מוכר דמאי עכ"ד. וזה כפי הגירסא דסדר המשנה דירושלמי. ונראה דכן הי' גירסתו גם בגמרא דידן. וע"כ הפירוש הוא דטול אתה הלח ואני היבש כפי' הירושלמי היינו שהוכשר כנגד שלא הוכשר. דאל"כ כיון דקאמר דלא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים א"כ כ"ש לח ויבש ממש. וא"כ ע"כ ס"ל דלא כדברי רש"י בחגיגה אלא ס"ל דאם חלקו רע כנגד יפה היכא דאפשר לחלוק לשנים הרעות והיפות ולא חלקו לא אמרינן ברירה אף בדרבנן. אבל אין לומר דפסק כר"א דגם בט' כנגד י' לא אמרינן ברירה אע"ג היכא דא"א לחלוק לשנים. דרע ויפה הוה כשני מינים. וכן נראה קצת מדברי הרמב"ם בה' בכורות פ"ו ה"י דכתב שם אעפ"י שחלקו גדיים כנגד גדיים טלאים כנגד טלאים וי' כנגד י' הכל פטורין מן המעשר והרי הן כלקוחין ולכאורה יש ללמוד מדבריו דפסק כר"א דגם בט' כנגד י' לא אמרינן ברירה לכו"ע. מדכתב י' כנגד י' אלמא דבט' כנגד י' הוה כלוקח לכו"ע. אבל באמת ז"א כיון דס"ל להרמב"ם ורבו דחולקין עדית כנגד בינונית וזבורית אעפ"י שיש בכדי חלוקה בכל שדה ושדה. מ"מ כיון דס"ל דאין זה דרך חלוקה לחלוק כל שדה ושדה ע"כ חולקין עדית כנגד בינונית עפ"י שומא ומפילין גורל. א"כ כיון שיכול לכפות לפי דבריהם לחלק רע כנגד יפה ולהפיל גורל. איך אפשר לומר דלא אמרינן בזה ברירה דהא זה עומד משעה ראשונה לכך לחלוק זה כנגד זה ולהפיל גורל. ולא דמי לשני מינים שאינו יכול לכפות לחלוק זה כנגד זה ולהפיל גורל אף שאין בכדי חלוקה בכל מין ומין בפ"ע משום דתרווייהו

צריכי להאי ולהאי כדאמרינן בב"ב גבי תרי אמתא. אלא ע"כ דהרמב"ם פסק כרב ענן דדוקא גדיים כנגד תיישים הוא דלא אמרינן ברירה לכו"ע דהוה שני מינים ממש. או ברע ויפה במטלטלין אם היה אפשר לחלוק הרעות והיפות לשנים וחלקו רע כנגד יפה אז לא אמרינן ברירה. אבל חלקו ט' כנגד י' כיון דא"א לחלוק בענין אחר יכול לכוף אחד לחבירו לחלוק ע' כנגד י' עפ"י גורל דהרע ויפה הוה כחד מינא א"כ אמרינן בזה ברירה למ"ד דיש ברירה. והא דנקיט הרמב"ם אע"פ שחלקו י' כנגד י' זה רק לרבותא נקיט דאפי' בכה"ג קיי"ל דלא אמרינן ברירה. ונראה דהא דפסק כרב ענן ולא כר"א משום דסוגיא דב"ב כוותי' אזלי דרע ויפה הוה חד מינא לפי מה שפי' הרמב"ם והרי"מ רבו דהא דזבין אמצרא דבי נשיא ורצה ליטלה בלא גורל היה השדה זו עדית ורצה ליטלה בשומא וקאמר רבה דכופין על מ"ס ונוטלה בלא גורל. ור"י קאמר דאינו יכול ליטלה בלא גורל כיון שהיא עדית יכול לומר מעלינן כנכסי דבר מריון א"כ ע"כ מוכח דחולקין עדית כנגד בינונית וזבורית בגורל עפ"י שומא. א"כ זה לא אתיא כר"א דלדידי' הא רע ויפה הוה כשני מינים ואינו יכול לכופו לחלוק זה כנגד זה בגורל. (אך קשה לפי מש"פ לפי גירסת הרמב"ם דע"כ לח פירושו הוא היינו תבואה שהוכשרו א"כ מאי הביא רב ששת ראי' בחגיגה מהא דשורף את הלח ומניח את היבש דאמאי לא יניחנו לגת הבאה. כיון דהכא איירי בתבואה שהוכשרו. ונראה דע"כ צריך לדחוק דהלח כולל ג"כ זיתים וענבים שהוכשרו לכך פריך דאמאי לא יניחנו לגת הבאה. ומשני בדבר שאין לו גת ולא מיירי בזיתים וענבים):

ועוד אפשר לומר דהרמב"ם פסק כר"א וגם ר"א מודה היכא דחלקו ט' כנגד י' וא"א לחלוק בענין אחר כגון שעומדין לגיזה ולשארי דברים אמרינן בזה ברירה אף שחלקו בשומא כיון שא"א לחלוק בענין אחר א"כ עומדין לכך מתחילה ויכול לכופו לחלוק זה כנגד זה בגורל. והא דקאמר ר"א ט' כנגד י' לא אמרינן ברירה לכו"ע מיירי בשעומדין לשחיטה א"כ יכול לחלוק בכל אחד ואחד ולכך ס"ל דאם לא חלקו כן אלא חלקו ט' כנגד י' אז הוה כשני מינים ולא אמרינן בזה ברירה לכו"ע. ולפי"ז רב ענן ס"ל דוקא גדיים כנגד תיישים אבל רע כנגד יפה אף שאפשר לחלוק לשנים הרעות והיפות אמרינן ברירה דדרך חלוקה הוא כן שלא להקפיד ע"ז ועומדין לכך מתחילה לחלוק כן כמשב"ל. והוא יפרש המתני' דלח היינו יין ושמן ויבש היינו תבואה כמשפ"ל סי' א' לדברי רש"י דחגיגה לישב קושית הטו"א:

וראיתי להגאון בעל אמרי ברוך בהגהותיו על טו"א דמישב קושיתו על דברי רש"י דכתב דרשאי לומר טול אתה חטים שבמקום פ' שהוכשרו ואני אטול שלא הוכשרו

דהא אמרינן בסיפא דטול אתה לח ואני יבש דאסור. וכתב הגאון הנ"ל וז"ל דלרש"י י"ל שמיירי שהיבש ג"כ הוכשר רק כיון שאינם שווים שזהו לח וזה יבש הוה כב' מינים ולא שייך בי' ברירה כו' עכ"ל. אבל לפע"ד פי' הגאון הנ"ל לא מסתבר כלל חדא כי מה שפי' למעלה בדברי רש"י דהוא ז"ל מפרש דלח היינו לח ממש כגון יין ושמן ויבש היינו תבואה הוא מוכרח מאד בדברי רש"י שם כאשר בארתי לעיל. ועוד דפירושו הוא פי' זר מאד נפרש בכונת המשנה לח ויבש הוא תבואה לחה ותבואה יבשה כי לא נמצא כן בשום מקום דיאמר סתם לח ויבש והוא תבואה לחה ותבואה יבשה. כי סתם לח ויבש באמת לא משמע רק לח ממש ויבש ממש. אם לא היכא דמוכח להדיא נוכל לפרש לח שהוכשר ויבש שלא הוכשר. כי הנה מדת הלח ומדת היבש וכן בדמאי פ"ב מ"ה אי זו מדה גסה ביבש שלשה קבין ובלח דינר שם ודאי הוא כונתם לח ממש ויבש ממש. אך במשנה ג' המקבל עליו להיות חבר אינו מוכר לע"ה לח ויבש ואינו לוקח ממנו לח. דפי' דאינו לוקח ממנו לח ע"כ צריך לפרש היינו תבואה שהוכשר עיין בירושלמי שם. אמנם ברישא דקאמר דאינו מוכר לע"ה לח ויבש צ"ע. דפשטות המשנה מורה דלח היינו שהוכשר ויבש היינו שלא הוכשר. ואף שעדיין לא הוכשר מ"מ אסור למכור לע"ה משום שודאי יוכשרו ביד ע"ה ויטמאם. וקשה דהא אמרינן שם בפ"ו בש"א לא ימכור אדם את זיתיו אלא לחבר בה"א אף למעשר פי' שאינו נזהר בטהרות מ"מ כיון שעדיין לא הוכשרו אימר שמא יאכלם קודם שיזיעו ואע"ג דרוב זיתים אין עומדין לאכלן כך בעלילה כל דהו דמצינן לתלות תלינן וא"כ אמאי אסרינן שם יבש כיון שעדיין לא הוכשר. ומצאתי להגאון בעל ת"י דפי' דשם איירי יבש שהוכשר אבל דבריו צ"ע דא"כ ע"כ צריך לפרש דלח לח ממש ויבש יבש ממש. ובסיפא ע"כ קרי לח לתבואה שהוכשר כדמוכח מדברי הירושלמי, וא"כ איך אפשר דבחד משנה לא הוי סיפא דומיא לרישא. ע"כ נ"ל יותר דודאי התם פי' דלח היינו שהוכשר ויבש שלא הוכשר. ואף שמה"ד הוא מותר למכור יבש לדברי ב"ה מ"מ נקט התם לח ויבש משום דמסיים המשנה דצנועי ב"ה היו נוהגין כדברי ב"ש ומחמירין שלא למכור גם יבש שלא הוכשר. לכך נקיט לי' אף שזה אינו מה"ד. ועיין בהגר"א פ"ו מ"ט וצ"ע בזה. (אח"כ הראני גדול אחד דבירושלמי בפ"ב דתרומות איתא שם תני ר' אילעאי אומר משום ר' ליעזר תורמין מן הטהור על הטמא בלח כיצד כבש זיתים בטומאה והוא רוצה לתרמן בטהרה מביא משפך כו' אמרו לו אין לך כל לח קרוי לח אלא יין ושמן בלבד מבואר שם להדיא דפלי'גי תנאי בלישנא דלח אי פירושו היינו דבר שהוכשר או לח ממש) ולפי"ז ודאי נראה ברור דרש"י פי' במשנה לח ממש ויבש ממש. ורש"י הוכיח זאת לפי הגירסא דתני מעיקרא לח ויבש ואח"כ חטים

ושעורים. וכן נראה דרב ענן ע"כ מפרש כן לכך סובר דדוקא בתרי מיני ממש לא אמרינן ברירה אבל רע ויפה הוה חד מינא אמנם בירושלמי שהבאתי למעלה דקאמר להדיא דאסור לומר טול אתה שהוכשר ואני שלא הוכשר ע"כ מפרש דלח שהוכשר ויבש שלא הוכשר והוא כדברי ר"א דס"ל דגם רע ויפה הוה כתרי מיני וכן פסק הרמב"ם. אך דוקא היכא שאפשר לחלוק הרעות והיפות לשנים אבל היכא שא"א לחלוק בענין אחר אלא רק רע כנגד יפה אמרינן ברירה בדרבנן וכמו שהוכחתי למעלה:

שוב ראיתי להרשב"א בקדושין (יז:) על דברי הגמרא ואי ס"ד דאורייתא כי לא באו לידו מ"ה כי קא שקיל חלופי ע"ז הוא דשקיל. כתב שם וז"ל ואיכא למידק והא אמרינן חבר וע"ה שירשו את אביהם ע"ה והניח פירות מעושרין ושאינן מעושרין יכול חבר לומר לע"ה טול אתה פירות שבמקום פ' ודעתו על המעושרין ואע"ג דירושה דאורייתא וי"ל דהתם במין אחד ומשום ברירה אבל בב' מינים כי הכא אין ברירה וכדאמרינן התם בהדיא כו' עכ"ל, ודברי הרשב"א הללו מרפסין איגרא דאיך אפשר לומר דיהי' מותר לחבר לומר לע"ה טול אתה פירות שבמקום פלוני שאינם מעושרין והוא יטול כנגדן פירות מעושרין דהנה בלא ידיעת אחיו ודאי דאסור להטעותו ולומר כן ליטול לעצמו המעושרין וליתן לאחיו שאינם מעושרין. אלא ע"כ מיירי שזה עושה בידיעת אחיו ואחיו לא איכפת ליה בזה מפני שאין דעתו לעשרם ואין לו הפסד מה שהם אינם מעושרין מ"מ תמוה האיך מותר החבר לומר כן דהא כמדה שנותן משאינו מעושרין מקבל בעדה מן המעושרין א"כ משתרשי לי' מקום המעשר וזה ודאי דאסור כדמוכח בחולין (קלא.) ע"כ נ"ל להגיה בדברי הרשב"א וצ"ל פירות מוכשרין ושאינם מוכשרין. וס"ל כדברי רש"י בחגיגה. מ"מ עדיין צ"ע דהא כבר בארתי למעלה בסי' ב' דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דאין חולקין רע כנגד יפה והוה כתרי מיני ממש ומשום דפסקו כר"א דאפי' חלקו ט' כנגד י' נמי לא אמרינן ברירה והם מפרשים דר"א ס"ל אפי' אם א"א לחלוק בענין אחר מ"מ לא אמרינן ברירה משום שא"א לכופו לחלוק זה כנגד זה בגורל. א"כ האיך אפשר לומר דמוכשרין כנגד שאינם מוכשרין אמרינן ברירה. וכבר הוכחנו למעלה מן הירושלמי דמוכשרין כנגד שאינם מוכשרין מיקרי רע כנגד יפה אע"ג דדעת רש"י הוא דמותר לומר טול אתה פירות מוכשרין ואני שאינו מוכשרין הא זהו לפי דעת רב ענן דס"ל דרע ויפה הוה חד מינא. אבל לר"א מודה דאסור כדעת הירושלמי. אבל הרשב"א כיון דפסק כר"א ואפי"ה כתב בפשיטות דשרי לומר טול אתה מהמוכשרין כו' תמוה מאד לפע"ד:

וכן קשה לי דברי הרמב"ן בחידושיו בפ' בית כור שהביא דברי הר"ת דפסק דבדאורייתא אין ברירה והביא ראי' מדאמר רבא אמר ר"נ בקדושין האחין שחלקו לקוחות הן וקיי"ל

דהלכתא כר"נ בדינא ופסקינן נמי בפ' המוכר את הבית דאין להן דרך זה על זה משום דמוכר בעין יפה הוא מוכר אלמא דלקוחות הן והא דפסקינן הכא דבטלה המחלוקת לאו משום דיורשין הוו אלא משום דלהך מילתא כיורשים הוו כו' עכ"ל. ונראה שם מדברי הרמב"ן שהסכים לראית הר"ת ולפי מה שסובר הרמב"ן דרע ויפה הוה תרי מיני וזה כדעת ר"א דכל היכא שחולקין עפ"י שומא לא אמרינן ברירה לכו"ע א"כ אין מזה ראי' כלל דר"נ ס"ל דאין ברירה במינים שווים דהא הכא איירי שחלקו עפ"י שומא דהא קאמר פחות משתות נקנה מקח יתר על שתות בטל מקח כו' אלמא מיירי שחלקו עפ"י שומא. וגם מהא דאין להן דרך זה על זה נמי אין ראי' דהתם איירי נמי שחלקו בשומא כיון דאחד לקח שדה פנימית ואחד לקח שדה חיצונית:

ע"כ נ"ל לומר דגם הרמב"ן והרשב"א מודים לדברי הרמ"ה והר"י דהיכא דא"א לחלוק בענין אחר חולקין עדית כנגד בינונית וזבורית עפ"י שומא. ודלא כפי המבואר בהריב"ש סי' רכ"ז הבאתיו למעלה בסי' ב'. ורק פליגי על הרמ"ה היכא שצריך לחלוק זה כנגד זה ולהעלות בדמים בגאא"ג דס"ל להרמב"ן והרשב"א דאין חולקין בגאא"ג ברע כנגד יפה. אבל היכא שאפשר להעלות בקרקע ודאי חולקין זה כנגד זה עפ"י גורל ולכך אמרינן בזה ברירה למ"ד דס"ל דיש ברירה. ור"א ורב ענן דפליגי בבכורות ע"כ צ"ל כמשפ"ל דמיירי שעומדין לשחיטה א"כ אפשר לחלוק הרעות והיפות לשנים בזה פליגי דר"א ס"ל דלא אמרינן בזה ברירה משום דהוה כתרי מיני. ורב ענן ס"ל דאפי' בכה"ג נמי אמרינן ברירה ודוקא בתרי מיני ממש לא אמרינן ברירה. ונראה מדברי הרשב"א הנ"ל דס"ל להלכה כרב ענן דדוקא בתרי מיני ממש לא אמרינן ברירה לכו"ע אבל ברע כנגד יפה אפי' היכא שאפשר לחלוק הרע והיפה לשנים אמרינן ברירה לכך פירש המתני' דשרי לומר טול אתה מן המוכשרין אף שזה רע כנגד יפה ואפשר לחלוק לשנים:

עוד כתב הרשב"א שם בחידושיו וז"ל ואכתי לא ניחא לי דהא תנינן בתמורה בפ' כל האיסורין לגבי מזבח וכן שני שותפין שחלקו אחד נטל עשרה ואחד נטל ט' וכלב א' את שכנגד הכלב אסורין שעם הכלב מותרין ואקשינן עלה בגמרא ואמאי אסירי נשקול חד בהדי כלב ונתסר כלומר משום ברירה וט' אוחרני נשתרי ופריק רב אשי כגון כו' אלמא אי לאו הכי ט' אחריני שרי דאלמא אף בשני מינים אמרינן ברירה ושמא רבא סבר דבשני מינים אין ברירה וההיא מתני' כפשטה מפרש לה אפי' לא שוה כלבא טפי כו' עכ"ל. ודברי הרשב"א הללו לא יכולתי להבין ולהעמיד עליהם בשום אופן דהא פריך הגמרא בתמורה ונברר חד מנייהו לבהדי כלב. היינו שיברר חד מעשרה טלאים שנטל שותף אחד כנגד ט' טלאים והכלב שנטל שותף השני. יברר חד מעשרה שיהא הוא

החלוף כנגד הכלב והשאר לשתרי וכיון שזה הברירה הוא מהעשרה טלאים א"כ זה הוה מין אחר. ואמאי קרי להרשב"א ברירה דבתרי מיני. ואדרבה אי אמרינן ברירה גם בתרי מיני א"כ לשתרי כולהו כיון דאמרינן דמתחילה הוברר הדבר שזה חלקו המגיע לו משעה ראשונה וא"כ הטלה הוה של שותף זה משעה ראשונה והכלב הוה של שותף השני משעה ראשונה א"כ לא הוה הטלה מחיר הכלב כלל. כמו דכתב הרשב"א בעצמו דאי הוה אמרינן ברירה בתרי מיני לא הוה אמרינן דדמי כו"ם הוא דשקיל והוה רשאי לומר טול אתה כו"ם ואני מעות. אלא משום דלא אמרינן ברירה בתרי מיני וא"א לומר בתרי מיני שזהו חלקו המגיע לו משעה ראשונה מפני שא"א לכוף לחבירו לחלוק מין כנגד מין והוה כמו תרווייהו צריכין להאי ותרווייהו צריכין להאי ולכך אם נתרצה אחד לחלוק מין כנגד מין הוה כמוכר לו זכות שיש לו במין הזה כנגד זכות שמקבל במין השני ולכך הוה חליפי עבודת כוכבים והוה מחיר כלב. וא"כ האיך רוצה הרשב"א לומר דהגמרא דתמורה ס"ל דיש ברירה אף בתרי מיני. דהא פירכת הגמרא הוא מברירה דחד מינא. ואבאר עוד בזה דנחזי אנן דאם בעת החלוקה היה מברר להדיא שעלה זה אני נוטל בעד הזכות שיש לי בהכלב שאתה נוטל והתשעה טלאים אני נוטל כנגד התשעה שאתה נוטל היה מותר אפי' למ"ד דלית לי' ברירה. והוה כמו חלקו מקודם טלה כנגד כלב ואח"כ חלקו ט' טלאים כנגד ט' טלאים דודאי לא שייך כלל לומר על הט' טלאים שנטל אח"כ שהם מחיר כלב רק מחמת שלא בירר זאת בפירוש בשעת החלוקה רק רוצה לברר עתה אחד ואנו רוצין לומר שמה שבירר עתה הוה כמו שבירר להדיא בעת החלוקה לכך תלוי זה בברירה. א"כ זה הוה ברירה דחד מינא דעל איזה טלה היה דעתו בשעת החלוקה שהוא יהא חלופי כלב. וגם פירכת הגמרא בבכורות (נז.) על רב ענן ור"א דס"ל דבחד מינא יש ברירה ובתרי מיני לא אמרינן ברירה פריך הגמרא ממשנה דתמורה דנברר חד ולישתרי כולהו. מוכח להדיא דזה מיקרי ברירה דחד מינא. ועוד תמוה דברי הרשב"א מאד דאחר שהביא בעצמו דבמשנה דדמאי מבואר דבתרי מיני לא אמרינן ברירה האיך אפשר לומר דרב אשי דתמורה לא ס"ל הכי ואמאי לא חש הרשב"א לבאר דהאיך יתרץ רב אשי המשנה דדמאי דשם מבואר דבתרי מיני לא אמרינן ברירה. ע"כ נ"ל ברור דדברים הללו לא יצאו מפה קדוש של הרשב"א ז"ל. וא"א לסמוך על דברים הללו ואין להקל בתרי מיני כלל כמו שמפורש להדיא במשנה דדמאי דבזה לא אמרינן ברירה. וכן פי' שם כל המפרשים הראשונים. אח"כ מצאתי שהגאון מליסא בספרו מקו"ח סי' תמ"ח סק"ג כתב להדיא כדברי והביא ראי' לזה גם מתמורה דלא קאמר דלישתרי כולהו משום ברירה. אלמא דבשני מינים לא אמרינן ברירה אף מדרבנן.

דשם ע"כ מדרבנן הוא משום דחד בתרי בטל מדאורייתא רק משום דבעלי חיים חשיבי לא בטילי ומשו"ה פסק הרמב"ם דיכול ליפוק חד מינייהו להדי כלבא ואידך שרי. וזה עולה כפי מה שבארתי דמתמורה מוכח להדיא דבתרי מיני לא אמרינן ברירה:

סימן ז

עוד נבאר בזה דברי התוס' בחגיגה (כה:) ד"ה חבר כו' אשר לכאורה הם תמוהים מאד דכתבו וז"ל ופירש"י טעם של משנה זו מטעם ברירה דמעיקרא הוברר הדבר שאלו לחלקו נפל אבל בשני מינים לא אמרינן הוברר הדבר וכן פי' הוא עצמו משנה אחרת גר ועובד כוכבים שירשו את אביהם יכול לומר טול אתה עבודת כוכבים ואני אטול מעות דאית לי' ברירה עכ"ל. ותמה ע"ז הגאון בעל טו"א דהם סותרים דברי עצמם דמתחילה כתבו בשני מינים לא אמרינן ברירה ואח"כ כתבו דבעבודת כוכבים ומעות אמרינן ברירה. וכן תמה שם הגאון הנז' על דברי התוס' דקדושין (יז:) ד"ה חליפי כו' דכתבו וז"ל ואין לומר טעמא משום ברירה כלומר השתא הוברר הדבר דזה חלקו דא"כ אפי' בא לרשותו נמי יהא מותר מהאי טעמא עכ"ל. דהאיך רוצים התוס' לומר דלכך מותר לומר טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות משום ברירה. הא זה הוי שני מינים. ומפלפל שם הגאון דאולי ס"ל להתוס' דגם בשני מינים אמרינן ברירה והמשנה דדמאי דמוכח שם דבשני מינים לא אמרינן ברירה מישבים באופן אחר ולבסוף הניח דברי התוס' בתמיה מהסוגיא דבכורות שהבאתי למעלה דהא אמרינן להדיא שם דבשני מינים לא אמרינן ברירה יעו"ש:

אבל לפע"ד דברי התוס' הללו א"ש בפשיטות עפ"י דברי הריטב"א בע"ז (סד.) דכתב שם וז"ל יכול לומר גר לא"י טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות פי' וסבר לה דיש ברירה אבל לדידן דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה אסור ואפשר דהכא הכל מודים דיש ברירה דאנן סהדי שמתחילת ירושה האי ניחא ליה בעבודת כוכבים והאי ניחא לי' במעות וכמבורר מתחילתו דמי וצ"ע עכ"ל ולפע"ד סברת הריטב"א הנ"ל מוכרחת מאד דאמרינן שם וכי רוצה בקיומו כה"ג מי אסור והתנן גר ועובד כוכבים שירשו את אביהם עובד כוכבים יכול לומר לו טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות טול אתה יין נסך ואני פירות אם משבאו לרשות הגר אסור כו' אלא אמר ר"פ ירושת הגר קאמרת שאני ירושת הגר דאקילו בו רבנן גזירה שמא יחזור לקלקולו תנ"ה בד"א שירשו אבל נשתתפו אסור והנה מדברה הגמרא משמע להדיא דה"א דהגמרא שם לא הוה ידע כלל שיש חילוק בין ירושת הגר לשאר ירושות דא"כ אף בלא סברא דרוצה בקיומו הוי לי' למיפרך דהאיך מותר לומר טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות הא אסור מטעם חליפי עבודת כוכבים

כמו שהקשה רבא בקדושין אלא ע"כ דשם הוי סבר דהטעם משום ברירה אע"ג דהוה שני מינים ובשני מינים הא מבואר להדיא במשנה דדמאי שם דלא אמרינן ברירה. מ"מ הכא משום דאנן סהדי דהאי ניחא לי' בהאי והאי ניחא לי' בהאי אמרינן ברירה כסברת הריטב"א. ואין לומר דה"א דהגמרא הוי ידע כמו שמסיק רבא בקדושין דירושת הגר דרבנן וכמו שפי' התו"י שם דחכמים לא תקנו שיזכה בירושתו עד שיבוא לידו. ולכך פריך דמ"מ יהא אסור לומר מטעם רוצה בקיומו ומשני ר"פ דאקילו בי' רבנן גם בזה משום שמא יחזור לקלקולו. דז"א דא"כ מאי הביא ראי' שם לדברי ר"פ מדתנ"ה בד"א שירשו אבל נשתתפו אסור. הא אף לפי ה"א דגמרא דלא ידע עדיין מתירוץ ר"פ ע"כ נמי ידע שיש חילוק בין ירושת הגר לנשתתפו כיון דידע דהטעם הוא משום דירושת הגר הוא מדרבנן. אלא ע"כ דה"א דהגמרא לא הוה ידע כלל סברת רבא דירושת הגר היא דרבנן. וא"כ ע"כ הטעם דהמשנה הוא משום ברירה. וזהו כוונת התוס' שם בע"ז בד"ה תנ"ה כו' וז"ל פי' כמו שמתרץ ר"פ דירושת הגר אקילו בו רבנן דאילו מרישא מגר ועובד כוכבים שירשו דיכול לומר טול עבודת כוכבים ליכא למשמע לזה דה"א דבדין הוא מטעם ברירה אבל מברייתא דנשתתפו מייתי שפיר דודאי אין טעם ההיתר מכח ברירה דא"כ אף בנשתתפו הוה מותר כו' עכ"ל:

גם מה שהקשה הגאון בעל טו"א על רש"י דחגיגה הנ"ל דלמה נתן הטעם דמותר לומר טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות משום ברירה והניח הטעם דמסיק בגמרא דקדושין משום דירושת הגר דרבנן. נראה דרש"י ז"ל סובר דפשטיות הסוגיא דע"ז משמע דלכך אסור בנשתתפו רק משום דרוצה בקיומו ומייתי תנ"ה דרוצה בקיומו אסור. א"כ פליגי סוגיא זו על סוגיא דקדושין. וס"ל גם לפי המסקנא דלכך בירשו מותר לומר טול אתה עבודת כוכבים הוא משום ברירה. וכן נראה דעת הרמב"ם בה' מ"א פי"ג הכ"ב דכתב וז"ל וכן גר ועובד כוכבים שהיו שותפין ובאו לחלוק אין הגר יכול לומר לעובד כוכבים טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות אתה יין ואני פירות שהרי רוצה בקיומן כדי שיטול כנגדן עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהים דאמאי הוצרך הרמב"ם לאסור בנשתתפו רק משום דרוצה בקיומן ת"ל דהא לא אמרינן בזה ברירה משום דהוי שני מינים. והרמב"ם פסק להדיא בפי"א מה"מ דאף בדרבנן לא אמרינן ברירה בשני מינים. ועוד דהא חליפי עבודת כוכבים הוה דאורייתא ובדאורייתא הא קיי"ל דלא אמרינן ברירה אף בחד מינא. א"כ למה הוצרך הרמב"ם ליתן טעם דאסור בנשתתפו משום דרוצה בקיומן הא הטעם משום דאין ברירה הוא חמור יותר מהטעם דרוצה בקיומו חדא משום דרוצה בקיומו אינו אלא איסור דרבנן בלבד כמו שנראה שם מדברי ר"פ דקאמר שאני ירושת הגר דאקילו בו

רבנן. ועוד דהא מדברי הגמרא דע"ז מוכח דאיכא לאשכוחי באופן שלא יהא אסור משום רוצה בקיומו כגון שהתנו בתחילת השותפות שלא יהא אחריותו עליו אם יגנבו ואם יאבדו אלא ע"כ צ"ל דס"ל להרמב"ם דסוגיא דע"ז פליגי על דברי רבא דקדושין דסובר דנשתתפו אסור משום דהוה חליפי ע"ז משום דלא אמרינן בזה ברירה. אבל סוגיא דע"ז ס"ל אף לפי המסקנא דגם בנשתתפו מותר מה"ד משום דאמרינן בזה ברירה מסברא דאנן סהדי דניחא לזה בעבודת כוכבים וזה במעות וכמבורר מתחילתו דמי. ואינו אסור אלא משום דרוצה בקיומו. ומאי דמספקי לי' להריטב"א בע"ז אי כו"ע מודים בכה"ג דאמרינן ברירה או לא והניח בצ"ע מיפשט פשיטא לי' להרמב"ם דהכא כו"ע מודים דאמרינן ברירה. ואינו אסור אלא משום רוצה בקיומו לבד. וס"ל להרמב"ם לסמוך על סוגיא דע"ז יותר משום שהיא נשנית במקומה:

עוד תמה שם הבעל טו"א על דברי התוס' דקדושין דכתבו שם דאין לומר הטעם משום ברירה דא"כ אפי' בא לרשותו נמי. ותמה ע"ז דהא בא לרשותו מאי ברירה שייך בזה כיון דכבר זכה הגר לחלקו. וכן תמה הגאון בעל פנ"י על דברי התוס' הנ"ל והניח בצ"ע. ונפלאתי על הגאונים הנ"ל האיך נעלם מעיניהם דברי הירושלמי דדמאי פ"ו ה"ז דקאמר שם ישראל וגר שקנו ביתו של כותי והיה י"נ וע"ז ומעות לא יאמר לו טול אתה י"נ וע"ז ואני מעות כו' והא מתניתין פליגא טול אתה ע"ז ואני מעות אתה י"נ ואני פירות אמור סיפא ולית היא פליגא אם משבאו לרשות הגר אסור והכא מכיון שקנו כמו שנכנס לרשותו ע"כ ואי הירושלמי היה מפרש ואם משבאו לרשותו אסור כמו שאנו מפרשים היינו לאחר שחלקו א"כ האיך הביא הירושלמי ראי' דאסור בקנו בשותפות מהא דאמרינן במתני' משבא לרשותו אסור הא התם שאני כיון שכבר חלקו וזכה הגר לחלקו לכך הוה חלופי עבודת כוכבים ממש. אבל בקנו בשותפות איכא למימר דמותר משום דאמרינן ברירה. אלא ע"כ הירושלמי מפרש דמשבא לרשותו היינו כל הירושה באה לרשותו וזכה בירושה מדאורייתא דעד שלא בא לרשותו לא היה בזה זכות אלא מדרבנן לכך התירו לומר טול אתם עבודת כוכבים ואני מעות. אבל משבא לרשותו אסור משום דלא אמרינן בזה ברירה. ולכך הביא ראי' דגם בקנו בשותפת אסור נמי מה"ט וזהו ג"כ כוונת התוס' דקדושין דרבא מפרש משבא לרשותו כפי' הירושלמי. לכך לא רצה לומר דלכך מותר לומר עול משום ברירה דא"כ אפי' בא לרשותו נמי. מ"מ מהסוגיא דע"ז מוכח להדיא דהפי' משבא לרשותו היינו לאחר שחלקו דהא שם לפי ה"א ודאי ע"כ מפרשי דטעם המשנה דמותר לומר טול משום ברירה א"כ תקשה דאמאי משבא לרשותו אסור. אלא ע"כ מפרשי משבא לרשותו אסור היינו לאחר שחלקו. ובזה נתיישב דברי

הגמרא בקדושין שהביא ראי' לדברי רבא דהטעם דמתני' הוא משום דירושת הגר דרבנן. מהברייתא דמחלק בין ירשו לנשתתפו ואמאי לא הביא ראי' מהמתני' גופא דמחלק בין קודם שבא רשותו לאחר שבא לרשותו. אלא ע"כ משום דאיכא למידחי דלאחר שבא לרשותו היינו לאחר שחלקו אז אסור. וא"כ איכא למימר דלכך יכול לומר טול כו' משום ברירה וכמש"ב וזה כונת התוס' בע"ז שם בסוף דבריהם ד"ה תנ"ה דכתבו וז"ל ומשו"ה בפ"ק דקדושין (יז:) אחר שהוכיח ירושת גר דרבנן מההיא דגר ועובד כוכבים הוצרך להביא תנ"ה שלא תדחה ראייתו אצל טעם ברירה עכ"ל. והנה מדברי התוס' שם מבואר דס"ל דלפי המסקנא שם לא פליגי סוגיא דע"ז על סוגיא דקדושין ואסור בנשתתפו משום דלא אמרינן ברירה ולא משום רוצה בקיומו לבד. וזה דלא כדברי הרמב"ם ורש"י ז"ל דס"ל דסוגיא דע"ז פליגי ואינו אסור בנשתתפו אלא משום רוצה בקיומו לבד וכמש"ב ומדברי הריטב"א בקדושין נראה דס"ל כדברי הרמב"ם ורש"י ז"ל דכתב שם על הא דאסור בנשתתפו משום דאין ברירה. א"נ יש ברירה ואסור מדרבנן משום דרוצה בקיומו והקילו בשל דבריהם עכ"ל. וע"כ כונתו בשני התירוצים לשני הסוגיות דרבא ס"ל דהא דאסור בנשתתפו משום דאין ברירה א"כ הוה חלופי ע"ז ממש. אבל הסוגיא דע"ז ס"ל כתי' השני דאמרינן בזה ברירה ואינו אסור אלא משום דרוצה בקיומו והקילו בשל דבריהם ר"ל איסור דרוצה בקיומו כיון דאין זה אלא מדרבנן לכך הקילו בזה משום גזירה דיחזור לקלקולו:

אך זה צריך לבאר לפי דברי הרמב"ם כיון דפסק כסוגיא דע"ז א"כ מנ"ל דירושת הגר אינו אלא מדרבנן דהא איכא למימר דירושת הגר היא מדאורייתא ורק הקילו בזה חכמים באיסור דרוצה בקיומו משום גזירה שמא יחזור לקלקולו והרמב"ם גופא הא פסק בה' נחלות פ"ו ה"י דירושת הגר אינו אלא מדרבנן כרבא. ונראה דע"כ צריך לומר לדעתו דאם ירושת הגר הוא רק מדרבנן א"כ הוצרכו חכמים על גוף הירוש' לתקן משום גזירה שמא יחזור לקלקולו. ע"כ תקנו נמי בהא שמותר ליטול אף כנגד הע"ז וי"ן ואין בזה משום איסור דרוצה בקיומו משום דלפעמים יכול להיות שיחזור לקלקולו גם מחמת זה אבל אם נאמר דירושת הגר היא דאורייתא אין סברא שיקילו בזה חכמים האיסור דרוצה בקיומו משום שאם לא יכול הגר ליעול כנגד הע"ז וי"ן יחזור לסורו וכיון דזה לא שכיח שמחמת דבר קטן יחזור לקלקולו ובודאי מחמת זה בלבד לא היו מתקנים החכמים כלל כיון דבעיקר הירושה נוטל חלקו ובזה נתיישב דברי הגמרא דקדושין דהביא ראי' מהברייתא דאסור בנשתתפו לדברי רבא ולכאורה קשה דהא לכך לא סגי ליה בהראי' מן המשנה משום דאיכא למידחי דהטעם משום ברירה א"כ אכתי גם מהברייתא נמי

אין ראיה דהא איכא למימר דהא דאסור בנשתתפו משום דרוצה בקיומו אבל לפי מה שבארנו ניחא דאם נאמר דבנשתתפו אסור משום רוצה בקיומו א"כ אכתי תקשה דאמאי בירשו מותר ואינו אסור שם משום רוצה בקיומו וע"כ צ"ל דשאני ירושת הגר גזירה שמא יחזור לקלקולו ולכך הקילו בזה א"כ ממילא מוכח דירושת הגר היא מדרבנן דאל"כ לא הקילו בזה האיסור דרוצה בקיומו וכמו שבארנו:

והנה בשו"ע סי' קמ"ו ס"ד איתא וז"ל גר ועובד כוכבים שירשו את אביהם עובד כוכבים יכול הגר לומר להעובד כוכבים טול אתה ע"ז ואני מעות משבאת האלילים לרשות הגר אסור עכ"ל ומדברי השו"ע מוכח להדיא דדוקא לאחר שחלקו זכה הגר בע"ז אז אסור להחליף אבל אם באה הירושה כולה ליד הגר וזכה כיון שלא בירר חלקו ע"כ מותר לומר להעובד כוכבים טול אתה ע"ז ואני מעות וצ"ע דהא מדברי הירושלמי שהבאתיו למעלה מוכח דס"ל דאפי' קודם החלוקה אם באה כל הירושה ליד הגר אסור לומר להא"י טול אתה כו' וכן הוא דעת התוס' דקדושין כמש"ב. אבל לאחר העיון בזה ניחא דהא מן הירושלמי מוכח שם להדיא דס"ל דבנשתתפו אסור משום דאין ברירה בתרי מיני דלא ס"ל הך סברא דאסור משום דרוצה בקיומו [ועיין בר"ש שם] דהא ע"ז קאמר אמר ר"י לא סוף דבר יי"נ וע"ז ומעות אלא אפי' שני צלמים כו' עיין מה שהבאתי למעלה ובארתיו בסי' א' ה' וע"כ דלא ס"ל הך סברא כיון דאנן סהדי דהאי ניחא לו בהאי והאי ניחא לו בהאי הוה כחד מינא לכך ס"ל להירושלמי דמיד שבא לרשותו הירושה כיון שזכה בזה מדאורייתא אף קודם שבירר חלקו נמי אסור כיון דאין ברירה אבל השו"ע אזיל בשיטת הרמב"ם ורש"י דס"ל דאמרינן בזה ברירה משום דאנן סהדי ומפרשים דלפי הסוגיא דע"ז אינו אסור בנשתתפו אלא רק משום דרוצה בקיומו לכך אף שזכה הגר בירושה מדאורייתא מ"מ כיון שלא בירר עדיין הגר חלקו נמי אינו אסור אלא משום רוצה בקיומו בלבד. ובגר הא תקנו חכמים משום גזירה שמא יחזור לקלקולו אינו אסור משום רוצה בקיומו ומצאתי למהרי"ט בחידושיו על קדושין דהקשה על דברי התוס' דהאיך ר"ל משום ברירה הא זה הוה תרי מיני. ועוד. הקשה על תירוצם דא"כ אפי' בא לרשותו נמי יהא מותר דילמא באו לרשותו שנתן לו י"נ וע"ז לחלקו קאמר וכתב ע"ז וז"ל וי"ל דלישנא דמשבאו לרשותו משמע שהכל בא לידו בלא בירור ולשון אסור נמי משמע דקאי אהא דקתני לעיל יכול לומר לו טול אתה כו' דמשמע דעדיין לא חלקו מדלא קאמר אסור להחליפם וכגון שזכה לו כל הנכסים ע"מ לחלקם דהשתא זכה לחלקו מן התורה ועוד אפילו לא זכהו העובד כוכבים כיון שהן ביד ישראל מכי אסח עובד כוכבים דעתי' מיניה נקנה כו' ומיהו הוה מצי. לאוכוחי מרישא דמתני' דחבר וע"ה דבתרי מיני לא

אמרינן הוברר הדבר אלא דניחא להו להוכיח מהך מילתא גופא דמייתי בגמרא לומר דגמרא סמיך אהאי עכ"ל. הנה מה שכתב דהתוס' היה יכול לדחות מרישא דמתני' אלא דרוצה לדחות ממשנה זו כבר בארתי למעלה דז"א דע"כ סוגיא דע"ז לפי הה"א ע"כ מפרש דהטעם דמתני' הוא משום ברירה וכן הוא דעת הרמב"ם ורש"י והריטב"א משום כיון דאנן סהדי דהאי ניחא לו בהאי והאי ניחא לו בהאי גם בשני מינים אמרינן ברירה. גם מה שכתב דלישנא משבא לרשותו משמע להדיא דהכל בא לידו בלא בירור לפע"ד אין זה מכרעת דודאי נוכל לפרש משבא לרשותו לאחר שחלקו דאל"כ אמאי הוצרך הגמרא בקדושין להביא ראי' לדברי רבא מהברייתא דנשתתפו אסור כיון דבהמשנה גופה מבואר דלאחר שבא לרשותו כל הירושה אסור א"כ מבואר להדיא בהמשנה דירושת הגר הוא מדרבנן דאל"כ מה חילוק יש בין באה לידו כל הירושה או לא וגם הסוגיא דע"ז ע"כ מפרש משבא לרשותו לאחר שחלקו כמשב"ל. וכן הרמב"ם והשו"ע מפרשים כן כמש"ב:

והמתבאר לנו מכל דברינו אלה דהיכא דאנן סהדי דהאי ניחא לו בהאי והאי ניחא לו בהאי לפיד הרמב"ם ורש"י והריטב"א גם בתרי מיני אמרינן ברירה אך הריטב"א נסתפק אי זה הוה לכו"ע או רק למ"ד דאית ליה בריר' ולהרמב"ם פשיטא לי' דלכו"ע אמרינן בזה ברירה א"כ יוצא לנו לדינא דהא דכתב הגאון מליסא בס' מקו"ח סי' תמ"ח סק"ג וז"ל ואם ישראל ועובד כוכבים יש להם שותפות בחמץ ובשאר דברים נראה דאין הישראל יכול לומר להעובד כוכבים טול אתה חמץ ואני מעות כמבואר בע"ז (ס"ד.) דדוקא בירושת הגר דרבנן יכול לומר כן אבל נשתתפו אסור ע"ש כו' עכ"ל ולפי מה שבארנו ז"א דהא הרמב"ם פסק להדיא דהא דאסור בנשתתפו משום דרוצה בקיומו לבד אבל לא משום חלופי עבודת כוכבים משום דבזה לכו"ע אמרינן ברירה כמשב"ל. א"כ בחמץ דאינו אסור משום רוצה בקיומו כמו שהכריח הגאון הנ"ל בסי' ת"נ סק"ז יעו"ש א"כ נראה דמותר בחמץ לומר טול אתה חמץ ואני שאר דברים כנגדו לדעת הרמב"ם אף בפסח ולדעת הריטב"א דנסתפק דאולי זה דוקא למ"ד דאית לי' ברירה בכ"מ ואפשר דגם דעת רש"י הוא כן א"כ לכה"פ לאחר הפסח כיון דאז אינו אלא מדרבנן בלבד מותר לומר טול אתה חמץ ואני שאר דברים והגאון הנ"ל אסר אף לאחר הפסח ולפע"ד זה אינו אלא דעת התוס' בלבד דנראה מדבריהם דלפי האמת לא אמרינן בזה ברירה כלל כיון דהוה תרי מיני א"כ בדרבנן נראה דיש לסמוך טל הני פוסקים דס"ל דבכה"ג אמרינן ברירה אף בשני מינים:

אך לכאורה יש לומר דדוקא בטול אתה עבודת כוכבים ואני מעות משום דהתם ודאי האי ניחא לי' בהאי והאי ניחא לו בהאי משום דמסתמא נוטל העובד כוכבים את העבודת כוכבים בשוי המשקל על כסף בלבד לכך גם להעובד כוכבים ודאי ניחא לו בחלוקה כזאת ולהכי אמרינן בזה ברירה אבל הכא גבי חמץ אע"ג דלישראל ודאי ניחא לו בשאר דברים ולא בחמץ מ"מ מאן נימא לן דלהעובד כוכבים ניחא ליה בחמץ ולא בשאר דברים. אבל באמת ז"א דא"כ תקשה הא תינח בטול אתה עבודת כוכבים ואני מעות אבל טול אתה י"נ ואני פירות דאמאי אמרינן גם בזה ברירה דמאי ניחא ליה להעובד כוכבים בי"נ יותר מהפירות הא אין שום יתרון בי"נ יותר משארי יינות דהא סתם י"נ הוא סתם יינם] אלא ע"כ צ"ל כיון דלהישראל ודאי ניחא לי' בהפירות א"כ עומד מתחילה לחלוק כן משום דמסתמא לא ידקדק הישראל עם העובד כוכבים בהחלוקה כדי שיתרצה לחלוק כן לכך אמרינן בזה ברירה א"כ ה"נ גבי חמץ אמרינן בזה ברירה משום דעומד לכתחלה לחלוק כן מטעם הנ"ל:

סימן ח

ואף שבררנו למעלה דהיכא דאנן סהדי דהאי ניחא לו בהאי והאי ניחא לי' בהאי אמרינן ברירה בדרבנן אף בתרי מיני א"כ לאחר הפסח יש להקל מ"מ נראה בנ"ד א"א להקל מטעם זה דדוקא היכא דתחילת השותפות הי' בפסח א"כ עומד מתחילה לחלוק כן משום דלישראל ודאי לא ניחא לו לזכות באיסורא א"כ בודאי יחלוק באופן שהוא יטול שאר דברים כנגד החמץ שיקבל העובד כוכבים אבל הכא כיון דתחילת השותפות הי' קודם הפסח וקודם הפסח היה ראוים גם החטים היפות להישראל א"כ האיך שייך לומר ברירה מטעם זה דאנן סהדי דהאי ניחא לו בהאי והאי ניחא לו בהאי א"כ אין עומד זאת לחלק כך משעה ראשונה. כיון דבתחילת השותפות היו ראוים גם החטים היפות להישראל דזה ברור דהיכא דהיו שני עובדי כוכבים שותפות ואח"כ נתגייר אחד מהם אף הרמב"ם מודה דאסור לומר עול אתה עבודת כוכבים ואני מעות מטעם דהוה חליפי עבודת כוכבים ולא מטעם דרוצה בקיומו בלבד ואסור מדאורייתא משום דאין שייך לומר בזה ברירה מטעם דאנן סהדי דהאי ניחא לו בהאי והאי כיון דבתחילת השותפות היה ניחא להעובד כוכבים שאח"כ נתגייר בתרווייהו אף שלכאורה מדברי הרמב"ם בה' מ"א פי"ג הכ"ב דכתב וז"ל וכן גר ועובד כוכבים שהיו שותפין ובאו לחלוק אין הגר יכול לומר להעובד כוכבים טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות אתה יין ואני פירות שהרי רוצה בקיומן כדי שיטול כנגדן כו' עכ"ל מדנקט גר ועובד כוכבים שהיו שותפין פשטות דבריו משמע שהיו שותפין בעודו בגיותו ואח"כ באו לחלוק מ"מ כתב הרמב"ם

שאינו אסור אלא משום רוצה בקיומו לבד אבל לא משום חליפי עבודת כוכבים משום דאמרינן בזה ברירה וכמש"ל א"כ נראה מדבריו דאף אם רק בעת החלוקה האי ניחא לו בהאי והאי בהאי נמי אמרינן בזה ברירה אבל באמת זה לא מסתבר כלל וע"כ צריך לדחוק בדברי הרמב"ם דפירושו הוא דגר ועובד כוכבים שהיו שותפין היינו שקנו ביתו של עובד כוכבים כדאיירי בירושלמי ובאו לחלוק והא דנקט גר ועובד כוכבים ולא נקט ישראל ועובד כוכבים נראה משום דקאמר בסיפא דגר ועובד כוכבים שירשו את אביהם עובד כוכבים התירו איסור דרוצה בקיומו כדי שלא יחזור לסורו א"כ ה"א דבגר כיון דסורו רע כמו דאמרינן בב"מ (נ"ט:) הקילו גבי' איסור דרוצה בקיומו ה"ה גם בנשתתפו קמ"ל דדוקא בירושה כיון דכל עיקר הירושה הוא מטעם תקנה כדי שלא יחזור לסורו לכך הקילו גם בזה אבל בנשתתפו היינו שקנו ביתו של עובד כוכבים לא הקילו גבי גר יותר משאר ישראל גם האיסור דרוצה בקיומו אבל היכא שהיו שותפין מקודם שנתגייר ודאי דגם הרמב"ם מודה דאסור מטעם חליפי עבודת כוכבים חדא כיון דהוה תרי מיני. ועוד דבדאורייתא לא אמרינן ברירה א"כ מטעם זה אין להקל בנ"ד. מ"מ נ"ל להקל בנ"ד מטעם שבררנו בסי' ו' דלפי דעת כמה ראשונים רע כנגד יפה הוה כחד מינא ואמרינן ברירה אף שאפשר לחלוק היפות והרעות לשנים. אף דדעת הרמב"ם נראה דאינו כן מ"מ בדרבנן יש לסמוך על הראשונים שמקילין בזה. וגם הגירסא בגמרא דידן דחגיגה מסייע להם:

אך כ"ז היכא דהיפות והרעות המה ממין חטים אחד אבל היכא דהיפות והרעות המה משני מיני חטים ודאי לא אמרינן בזה ברירה לכו"ע וא"א להקל כלל דזה ברור דאף דקאמר המשנה דדמאי לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים. ה"ה בשני מיני חטים כגון שחמתית ולבנה נמי הוה תרי מיני לענין זה כיון דלענין פאה חלוק ממין אחד עיין בפ"ב דפאה מ"ה וגם לענין מקח וממכר הוה כשני מינים כדאמרינן בב"ב (פ"ג:) יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו רעות ונמצאו יפות המוכר יכול לחזור בו כו'. שחמתית ונמצאת לבנה ונמצאת שחמתית שניהם יכולין לחזור בהם ופירשב"ם שם משום דהוה כשני מינים ואיכא דניחא לו בהאי ולא ניחא לו בהאי לכך שניהם יכולין לחזור בהם א"כ ה"ה לענין ברירה הוה כשני מינים ולא אמרינן ברירה אף בדרבנן דקיי"ל דיש ברירה מ"מ בזה לא אמרינן ברירה:

וכן נ"ל לענין תחומין דקיי"ל גבי חבית דיש ברירה ואם חלקו כל אחד מוליכו לתחום שלו דאם קנו שני מיני יין אחד מבושל ואחד שאינו מבושל וחלקו מבושל כנגד שאינו מבושל אינו יכול להוליכו לתחום שלו משום דזה הוה תרי מיני וא"כ לא אמרינן בזה

ברירה לא מיבעי דאם נאמר דרע ויפה מיקרי תרי מיני דודאי הכא מיקרי תרי מיני משום דמבושל מיקרי רע כנגד שאינו מבושל כדאיתא בפ"ב דתרומות מ"ו אלא אף אם נאמר דרע ויפה מיקרי מין אחד ואמרינן גם בזה ברירה והא יין מבושל ושאינו מבושל מיקרי מין אחד לענין תרומה מ"מ לענין ברירה מיקרי שני מינים מה"ט כיון דלענין מו"מ מיקרי ב' מינין אע"ג דלכאורה משמע מדברי הגמרא ב"ב (פ"ד.) דכל דמיקרי לענין תרומה מין אחד מיקרי ג"כ לענין מו"מ מין אחד דהגמרא פריך שם לימא מתני' רבי ולא רבנן דתנן יין וחומץ מין אחד הוא רבי אומר שני מינים אלמא דמדמי הגמרא להדדי דין דתרומה לדין דמו"מ מ"מ ז"א לפי מאי דמסיק שם הגמרא דמו"מ לא דמי לתרומה משום דשאני מו"מ דאיכא דניחא לו בחמרא ולא ניחא לו בחלא ואיכא דניחא לו בחלא ולא ניחא לו בחמרא. א"כ ה"ה בכל דבר דקפדי אינשי ואיכא דניחא לו בהאי ואיכא דניחא לו בהאי מיקרי שני מינים וא"כ גבי מבושל ואינו מבושל מיקרי שני מינים לענין מו"מ דאיכא דניחא לו ביפה ואיכא דניחא לו במתקיים [דמבושל מתקיים יותר כדאיתא שם בתרומות] והוה כמו שחמתית ולבנה וכן נ"ל גבי הודאה במקצת הטענה דבעינן שיודה ממין הטענה עיין ש"ך סי' פ"ח סק"ז דיין וחומץ מיקרי מין אחד לענין זה אבל האו"ת הניח זה בצ"ע דכיון דלענין מו"מ מיקרי ב' מינים ה"ה לענין זה א"כ ה"ה שחמתית ולבנה ויין מבושל ושאינו מבושל מיקרי שני מינים לענין הודאה במקצת] מ"מ נראה אם קנו שתי חביות יין מחד מין אך אחת יפה היתה מחברתה וחלקו חבית כנגד חבית משום שבחבית הגרועה מחברתה היה יין יותר ועלה עפ"י השומא כנגד היפה. כיון דאין זה דרך חלוקה לחלוק כל חבית לשנים משום דבחבית שלימה מתקיימת יותר שלא תחמץ כדאמרינן בב"מ (מ"ד.) אבל החמיצה משלם כולה מ"ט גירא דידי' הוא דאהני לה ופירש"י משום שבשביל שחסרה החמיצה שכך דרך יין להחמיץ בכלי חסר א"כ עומד מתחילת הקניה לכך לחלוק חבית כנגד חבית וכפי מה שבררנו למעלה דנראה לעיקר דדוקא בתרי מיני לא אמרינן ברירה אבל ברע ויפה היכא דא"א לחלוק לשנים אמרינן ברירה בדרבנן לכו"ע א"כ יש להקל לכו"ע שמותר כל אחד להוליכה לתחום שלו מ"מ בתרי מיני ממש כה"ג דהיינו מבושל ושאינו מבושל אע"ג דאין זה דרך חלוקה לחלוק כל חבית וחבית לשנים מ"מ כיון דזה הוה תרי מיני ממש לא מהני הך סברא ואם חלקו אח"כ חבית כנגד חבית אסורין להוליכם לתחומין שלהם. אמנם אם חלקו רע כנגד יפה ואפשר לחלוק לשנים הרעות והיפות צ"ע אם יש להקל גבי תחומין או לא. אע"ג דבררנו למעלה דדעת כמה ראשונים דרע כנגד יפה הוה כחד מינא ובחמץ לאחר הפסח יש לסמוך על הני ראשונים דס"ל דגם בזה אמרינן ברירה מ"מ גבי תחומין כיון דהוא דבר

שיש לו מתירין ומחמרינן בספיקא צ"ע אם יש להקל בזה או לא אע"ג דבספיקא דדינא דעת השג"א דלא מחמרינן אף בדבר שיש לו מתירין. מ"מ יש לחלוק בין ספיקא דדינא שנשאר בגמרא בספק ובין ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא:

סימן ט

עוד נ"ל שיש לצרף טעם אחר בנ"ד שמותר לומר טול אתה יפות ואני רעות משום דלכמה רבוותא חטים הללו אינם אלא ספק חמץ בלבד אע"ג דהם נתכבסו במים ואח"כ שוטחין אותן ליבשן בחמה וא"כ אין זה דמי ללתיתה דבעי דוקא נתבקע ש"ה כיון דעסק בי' לכך לא אתא לידי חימוץ אבל הכא כיון דמינח נייחי אתי לידי חימוץ וכן פסקינן בשו"ע סי' תס"ז ס"ב אבל מ"מ הא דעת רוב הראשונים הוא דמתירין שם בס"ט התבשיל שנמצא בי' חטים או שעורים אם לא נתבקע ועי"ש בט"ז דאף שנתרככו מ"מ מתירין התבשיל משום דהוה ספק חמץ לכך גבי תבשיל דאיסור משהו אינו אלא מדרבנן לכך מקלינן בזה משום דהוה ספיקא דרבנן ולקולא וכיון דהחטים הללו אינם אלא ספק חמץ בלבד לדעת רוב הראשונים א"כ יש לחקור בנדון זה אם הם אסורין לאחר הפסח מחמת חמץ שעבר עליו הפסח או לא דהנה המג"א בסי' תמ"ט פסק דספק חמץ שעבר עליו הפסח אסור באכילה ומותר בהנאה ועיין בחק יעקב שם דמתיר אף באכילה אך משם אין ראי' דהתם נפל הספק אם זהו חמץ שעבר עליו הפסח או לא א"כ נולד הספק באיסור דרבנן בלבד לכך מקלינן בספיקא אבל הכא כיון דהספק נולד בדאורייתא אם מחוייב לבערו בפסח או לא. א"כ אף שעתה הוה הספק מדרבנן מ"מ יש להחמיר וכן מצאתי בתשובת רעק"א סי' מ"ט שכתב דבספק חמץ ובספק מצה אם עבר עליו הפסח אם הוא אסור או לא זה תלוי בדברי מהריב"ל דס"ל כיון דהספק נולד מתחילה בדאורייתא א"כ קם דינא ודינו כודאי דאורייתא א"כ ה"נ כיון שנולד הספק מקודם אם זה חמץ או לא אף לאחר הפסח נמי אסור יעו"ש ולפי דברי הגאון הנ"ל אין להתיר כנ"ד אלא בכה"ג שלא נודע כלל שנתכבסו החטים עד לאחר הפסח אז יש להתיר מטעם הנ"ל משום דכיון דלא נודע הספק אלא לאחר הפסח ואז הוא מדרבנן אז יש להקל כמו בספק אחד בגופו וספק השני ע"י תערובות דפסק הש"ך בהפ"מ סמכינן על דעת הפוסקים דאם לא נודע התערובות אלא לאחר שנתערב דמותר מטעם ספיקא דרבנן לקולא [ומה שכתב הגאון הנ"ל דבשלו בכלים ספק טריפה אסור אף שנודע לאחר מעל"ע ע"כ כונתו בלא הפ"מ] אבל הכא בנ"ד כיון שנודע שנתכבסו במים מקודם א"כ נפל הספק עליהם בפסח אם הם חמץ או לא:

מ"מ נראה דאפשר לומר דזה תלוי בפלוגתא דרבוותא אי ספיקא דאורייתא לקולא מה"ת או לא דלפי שיטת הפוסקים דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא א"כ ספק חמץ או לאו אינו חייב לבערו בפסח מה"ת אלא רק מדרבנן בלבד. א"כ זה הוה כחמץ נוקשה דג"כ מדרבנן מחוייב לבערו מ"מ פסק הריב"ש בשם הרמב"ן והר"ן דחמץ נוקשה לאחר הפסח מותר. וכן פסקינן בשו"ע סי' תמ"ז סי"ב ועיי"ש במג"א מה שכתב לחלק בין חמץ שהפקיד הישראל אצל העובד כוכבים שלפי דעת הגאונים אינו מחוייב לבערו אלא מדרבנן מ"מ הוא אסור לאחר הפסח כדאמרינן בגמרא גבי עובד כוכבים שהלוה לישראל על חמצו ש"ה כיון דזה הוה חמץ גמור ולא עשה כמו שצוו חכמים לבערו אף שמדאורייתא יצא בזה שהוציא מרשותו מ"מ קנסו אותו אבל היכא דחמץ זה אינו חמץ גמור ואינו עובר עליו כ"א מדרבנן בזה לא קנסו חכמים וא"כ ה"נ בספק חמץ או לא כיון דמדאורייתא אזלינן לקולא ואינו צריך לבערו א"כ איכא למימר דלאחר הפסח מותר כיון דחמץ זה אינו צריך ביעור רק מדרבנן בלבד. ובכה"ג לא קנסו חכמים שיהא אסור לאחר הפסח והא דפסק מהריב"ל בעובדא דידיה דהיכא דנתבשל בכלים ספק עריפה אסרינן אותם אף לאחר מעל"ע כיון דהספק נולד בדאורייתא ולא חילק בין למ"ד דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא או לא ש"ה דאפי' למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא מ"מ כיון דמדרבנן ודאי דאסור א"כ זה לא גרע מאיסור דרבנן בלבד שנתבשל בכלים דג"כ בודאי אסור אף לאחר מעל"ע. אבל לענין חמץ לאחר הפסח כיון דמקלינן בחמץ דרבנן אע"ג שצריך לבערו מ"מ אם עבר ולא בערו לא קנסו א"כ ה"נ בספק חמץ למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא מסתברא למימר דגם בזה לא קנסו כיון דלא עבר אדאורייתא:

אבל לאחר העיון נראה דז"א דיש לחלק בין ספק חמץ אף למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא ובין חמץ נוקשה דלפי דעתי נראה דעיקר הטעם דס"ל להרמב"ן והר"ן לחלק בין חמץ שהפקיד אצל העובד כוכבים אע"ג דאינו עובר עליו רק מדרבנן לפי דעתם ומ"מ אסור לאחר הפסח ובין חמץ נוקשה דג"כ צריך לבערו מדרבנן מ"מ לאחר הפסח מותר הוא מטעם זה דס"ל דלא קנסו חכמים לאסרו לאחר הפסח אלא היכא דעבר עליו בב"י וב"י בין מדאורייתא כגון שהשההו בביתו ולא בטלו אי נמי מדרבנן כגון שבטלו או שהפקידו אצל עובד כוכבים וכן כתב הר"ן להדיא בפ' כ"ש אבל בחמץ נוקשה אע"ג דאמרו חכמים שצריך לבערו זה אינו רק מטעם שלא יבוא לאכלו אבל לא גזרו דגם על חמץ נוקשה יהא עובר בב"י וב"י כמו בחמץ גמור [ולפי מאי דאמרינן דגזרו חכמים בחמץ נוקשה שצריך לבערו כדי שלא יבוא לאכלו בלבד ולא גזרו עליו שעובר בב"י וב"י א"כ נראה לגבי חמץ של עובד כוכבים שהפקיד אצל ישראל וקבל עליו הישראל

אחריות דאם הוא חמץ נוקשה אינו צריך לבערו אף מדרבנן אלא עושה לו מחיצה ודי] וכיון דלא גזרו בזה חכמים כלל שיהא עובר על חמץ נוקשה בב"י וב"י לכך לא קנסו חכמים בזה לאסרו לאחר הפסח ולא דמי כלל לחמץ של ישראל שהפקיד אצל עובד כוכבים דהתם גזרו חכמים שיהא עובר עליו בב"י וב"י כמו שהשההו בביתו א"כ בספק חמץ או לאו התם נמי אף למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא מ"מ מדרבנן הוא עובר בב"י וב"י א"כ הוא אסור לאחר הפסח כיון דעבר אדרבנן:

אך מ"מ בנ"ד כיון שהם היו מונחין ת"י הנכרי בפסח יש לצדד ולהקל כיון שהחטים אינם אלא ספק חמץ בלבד לדעת כמה רבוותא דהא דעת הגאונים וכן הסכימו הרמב"ן והר"ן לשיטתם דישראל שהפקיד חמצו אצל הא"י אינו עובר עליו מה"ת רק מדרבנן בלבד מחוייב לבערו. א"כ אפשר למימר דזהו דוקא בחמץ ודאי אבל בספק חמץ או לאו כמו נ"ד אינו מחוייב לבערו כלל אפי' מדרבנן כיון דכל ספק דרבנן אזלינן לקולא אע"ג דהיכא דיש בביתו ספק חמץ ואף שבטלו מ"מ מחוייב לבערו כדמוכח להדיא בפסחים (ט:) גבי ט' צבורין של מצה ואחד של חמץ ובא עכבר ושקיל ולא ידעינן אי מצה שקיל או חמץ שקיל דאמרינן שם דהיינו ט' חנויות ולפי שיטת הרמב"ם שם איירי אף שבטלו מ"מ מחוייב לבדוק א"כ כ"ש שמחוייב לבערו ואף לפי שיטת התוס' ושאר הפוסקים וכן פסק העור דהיכא דבטלו אינו מחוייב לבדוק כיון דאז לא הוה אלא רק ספיקא דרבנן מ"מ נראה מדבריהם להדיא רק דאינו מחוייב לבדוק אחריו אבל מ"מ ודאי מודים בזה להרמב"ם דאם מצאו מחוייב לבערו ולא אמרינן כיון דבטלו א"כ הבעור שלו אינו רק מדרבנן והוה ספיקא דרבנן לקולא למה צריך לבערו כלל ש"ה דעל בטול לא רצו חכמים לסמוך ע"ז כלל כמו שכתב הר"ן ריש פסחים משום שבטול זה תלוי במחשבתן של בני אדם ואין דעותיהן שוות ואפשר שיקילו בכך ולא יוציאהו מלבן לגמרי א"נ החמירו חכמים בזה משום שלא יבוא לאכלו ולכך אם מצאו ודאי מחוייב לבערו ולדעת הרמב"ם מחוייב ג"כ לבדוק אחריו אבל הכא כיון שהחמץ אינו ברשותו ולפי שיטתם מדאורייתא אינו עובר עליו רק שהחכמים גזרו שלא יבוא להקל מזה אף שיהא ברשותו א"כ איכא למימר דלא גזרו חכמים אלא רק בודאי חמץ אבל לא בספק חמץ ואף שהכא היה מונח ת"י שותפו הא"י והא"י הא לא קבל עליו בפירוש אחריות ובדברי הרא"ש מבואר דלא הקילו הגאונים אלא דוקא היכא שקבל הא"י אחריות עליו בפירוש אמנם הא כבר האריך בזה הגאון בעל ש"א ומכריח דדעת הגאונים הוא דאפי' בלא קבלת אחריות נמי אינו עובר עליו הישראל. וכן הסכימו האחרונים לדבריו הרי יש לנו קולא

גדולה לצדד שאפשר להתיר אף חלק הישראל לכה"פ בהנאה לאחר הפסח לפי כמה שיטות הראשונים:

עוד יש לצרף לזה שיטת הרמב"ם דדעתו דכ"ז שלא נתבקעו אף שבא עליהם מים ומינח נייחי אינן אסורין אלא מד"ס דז"ל הרמב"ם בה' חו"מ פ"ה ה"ח תבשיל שנתבשל ונמצאו בו שעורים או חטים כו' ואם לא נתבקעו מוציאין אותן ושורפין ואוכלין שאר התבשיל שאין הדגן שנבלל ולא נתבקע חמץ גמור של תורה ואינו אלא מד"ס כו' עכ"ל ועיין בלח"מ מה דמבאר דברי הרמב"ם ז"ל אבל דבריו דחוקים דמ"מ מניין להרמב"ם זאת לומר דאין זה אלא מד"ס ונראה דיצא להרמב"ם זה מדברי הגמרא שם (ז.) דאמר ר"ג אמר רב המקדש משש שעות ולמעלה אפי' בחטי קורדניתא אין חוששין לקדושין. ורש"י פי' שם דהביא ראי' דאפי' איסור דרבנן לאו ברשותו קאי דמשש ולמעלה משמע מתחילת שש. אבל התוס' הקשו ע"ז דהא משמע שם דמשש ולמעלה הוא מסוף שש. ע"כ פי' ר"ת דחטי קורדני' שהן קשין והוה חמץ נוקשה שאינו אסור אלא מדרבנן ולא נתפרש הטעם דאמאי הן חמץ נוקשה ומדברי הריב"ש סי' ג' נראה דלכך הוה חמץ נוקשה כיון שהן שרירין ויבשין עדיין לא החמיצו חימוץ גמור אף שבא עליהן מים דז"ל שאין נוקשה אלא ג' מיני אומניות הנזכרין במשנת אלו עוברין שאינן ראוין לאכילה או שמא אינו עדיין חמץ גמור כגון שאור או לפי' ר"ת חטי קורדניתא דשרירין ויבשין אם נפל עליהם מים כו' עכ"ל ונראה דפירושו הוא כיון שהם קשין א"כ עדיין לא נתבקעו דהבקוע אינו בא רק מחמת הנפוח וזה א"א רק אחר שנתרכך. וכן משמע מדברי רש"י פסחים (מ.) ומיירי שנפל עליהם מים ומינח נייחי דאסורין אפי' לא נתבקעו לכך אינו אסור אלא מדרבנן בלבד כיון דעדיין לא נתבקעו לא החמיצו חמץ גמור:

ומזה יצא להרמב"ם מה דכתב שאין הדגן שנבלל ולא נתבקע חמץ גמור של תורה ואינו אלא מד"ס אך מדברי הר"ת נראה דס"נ דדוקא היכא דהן שרירין ויבשין ולא נתבקעו שם לא הוה אלא חמץ נוקשה בלבד. אבל בכל חטים כיון שנשרו במים הוה חמץ גמור מטעם ספק לכה"פ וכן נראה מדברי שאר הפוסקים. אבל הרמב"ם ס"ל דבכל חטים כ"ז שלא נתבקעו לא הוה חמץ גמור והא דנקט חטי קורדניתא לרבותא נקט דאף בחטי קורדניתא כיון שנבללו במים אין חוששין לקדושין וכ"ש בשאר חטים אבל בשאר חטים נמי אינו אלא חמץ מד"ס בלבד וכיון שאינם אלא חמץ מדרבנן בלבד ולא עבר עליהם בב"י וב"י אינם אסורין לאחר הפסח כמו שפסקו הפוסקים בכל חמץ נוקשה דמותר לאחר הפסח בהנאה:

עוד נוכל לצרף לזה שיטת הי"א שהביא הרי"ף דפסקו הלכה כשמואל דדוקא נתבקעו ממש והמעיין שם בדברי הרי"ף יראה להדיא דלא ס"ל החילוק של רבינו אפרים דמחלק בין לתיתה כיון דעסק בה לא אתא לידי חימוץ אבל היכא דמינח נייחי אתא לידי חימוץ וכן הר"ן לא ס"ל חילוק זה וע"כ הוכרח לתרץ האי עובדא דארבא דטבע בחישתא דאסרה משים דהיו בהם קצת חטים מבוקעות יעו"ש א"כ לפי"ד כיון דחטים הללו הן אינם מבוקעות אעפ"י שנכבסו במים אינם אסורין כלל ומכל הני טעמי נראה שיש להקל דמותר לומר להעובד כוכבים אחר הפסח טול אתה היפות ואני הרעות אך לפי טעמים הללו מחוייב הישראל אח"כ לקנות מן הא"י מחצית מן החטים היפות ולחלוק עמו ולמכור להא"י באופן שלא יהא חשש שיאכל ישראל מהם משום דמחמת טעמים הללו קשה להקל חלק של הישראל בחטים היפות אף באכילה דהא גם בחמץ נוקשה לאחר הפסח דעת החק יעקב בסי' תמ"ז שאין להתירו רק בהנאה ולא באכילה יעו"ש דכן מבואר להדיא בתשובת הריב"ש סי' ג' בשם הרמב"ן דמתיר חמץ נוקשה לאחר הפסח אוסר אותו באכילה א"כ גם הכא אין אנו יכולין להתירו רק בהנאה ולא באכילה והחלק של הא"י מותר אף באכילה אך מ"מ נ"ל להתיר בין היפות ובין הרעות אף באכילה כי לפעד"נ דרוב הפוסקים ס"ל דיפות ורעות הוה חד מינא אף שאפשר לחלוק היפות והרעות לשנים. א"כ אמרינן ברירה בדרבנן גם בזה כנ"ל בזה:

כ"ד יו"ט ליפמאן הכהן

סימן י

בה בררנו בע"ה דין ברירה בתרי מיני ומה מיקרי תרי מיני ועכשיו נבאר דין ברירה דחד מינא. ומד' אבקש עזר שלא אכשל ח"ו בדבר הלכה וזה החלי:

שאלה ישראל ואינו ישראל שקנו חטים מכובסין בשותפות והיו מונחין תחת יד הישראל ולא קבל אחריות ושבח הישראל ולא מכר חלקו קודם הפסח. ובא לשאול בפסח כיצד יעשה אם מחוייב ליתן מעות להא"י להניח לו לבער גם חלקו ביון דאנן קיי"ל דא"ב. או לא:

תשובה הנה זה תלוי בפלוגתא דרבוותא אי הא דאמרינן אין ברירה בדאורייתא אי זה מטעם ודאי היינו כיון דאמרינן אין ברירה א"כ אף לאחר החלוקה אמרינן דבכל חלק וחלק איכא מחצה שלו ומחצה של חבירו או מטעם ספק כיון דא"ב א"כ אולי הגיע חלקו שלו לחבירו וחלק חבירו הגיע לו. דאי אמרינן דאין ברירה מטעם ודאי בנ"ד צריך לבער גם חלק הא"י כיון דבחלק הא"י יש מחצה של הישראל המחוייב לבער א"כ בודאי

צריך ליתן מעות לא"י להניח לו לבער גם חלקו. אמנם אי אמרינן דא"ב מטעם ספק אינו מחוייב לבער בנ"ד רק חלקו מה שמגיע לו אבל חלק הא"י אינו מחוייב לבער כלל משום דעל חלק של הא"י יש ס"ס חדא שמא הגיע להישראל חלקו באמת. ואת"ל שמא הגיע לו חלק של הא"י וחלק של הישראל נשאר ת"י הא"י שמא החטים הללו אינם חמץ כלל. ואין לומר כיון דאם נתיר חלקו של הא"י מטעם ס"ס שלא יהא צריך לבערו א"כ מטעם זה הא אפשר להתיר גם חלקו של הישראל מה שיחלוק לו הא"י שלא יצטרך לבער בפסח משום דשמא הגיע להישראל החלק של הא"י (והישראל ע"כ אין כונתו לזכות בזה בפסח כדי שלא יעבור עליו בב"י) ואת"ל דזהו חלקו של הישראל אולי אין זה חמץ כלל וכיון דעל כל חלק וחלק יש ס"ס דסתרי אהדדי א"כ מטעם זה א"א להתיר שניהם וע"כ צריך לבער גם חלק הא"י ז"א דל"ד חלק של הא"י לחלק של הישראל משום דאלים חלק של הא"י טפי להתירא מחלק של הישראל דהא חלק של הא"י מותר בכל אופן בין אי אמרינן יש ברירה ובין אי אמרינן אין ברירה. דאי אמרינן יש ברירה ודאי דמותר כיון שהגיע לו חלקו באמת ואי אמרינן אין ברירה מותר מטעם ס"ס. אבל חלקו של הישראל הא א"א להתיר מטעם ס"ס אלא דוקא אי אמרינן אין ברירה אבל אי אמרינן יש ברירה אסור והא איכא גדולי הפוסקים דפסקו דאף בדאורייתא אמרינן ברירה כמבואר בישו"ש בקונטרס הברירה שלו. ואף דאנן קיי"ל כרוב הפוסקים דפסקו דבדאורייתא לא אמרינן ברירה מ"מ ודאי בזה אלים להתיר חלק של הנכרי מחלק הישראל כיון דחלק של הא"י מותר בין למ"ד יש ברירה ובין למ"ד אין ברירה. אבל חלק של הישראל אינו מותר אלא רק למ"ד אין ברירה אבל למ"ד יש ברירה אסור:

ועוד הא חטים הללו כיון דלא נתבקעו אע"ג דנתכבסו במים אינם רק ספק חמץ א"כ למ"ד ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא אין צריך לבערם אלא מדרבנן. וכיון דאין צריך לבערם אלא מדרבנן אמרינן בזה ברירה (אע"ג דחמץ בפסח עיקרו דאורייתא ומדברי התוס' דעירובין (לז:) ד"ה מאן האי תנא כו' נראה דבזה לא אמרינן ברירה. מ"מ כבר האריכו בזה גדולי האחרונים לבאר שנראה דבדרבנן אף שעיקרו דאורייתא אמרינן ברירה) ואז ודאי חלקו של הישראל אסור וחלקו של הא"י מותר א"כ מכל הני טעמי אלים חלק של הא"י להתיר מחלק של הישראל. וכיון דאלים חלק של הא"י להתיר יותר מחלק של הישראל א"כ למ"ד אין ברירה מטעם ספק יש לנו להתיר חלק של הא"י מטעם ס"ס וחלק של הישראל אסור ולא שייך למיפרך מאי חזית להתיר חלק זה ולאסור חלק זה כיון דבחלק הא"י יש סברות יותר להתיר וכה"ג כתב הגאון בעל ש"א בסי' צ"א יעו"ש:

על בן נתתי לבי לבאר כלל זה אי אין ברירה מטעם

ודאי או מטעם ספק:

הנה הגאון בעל ש"א בסי' צ' האריך בכלל זה והביא דברי התוס' דגיטין סוף פ' השולח מה שהשיגו על פירש"י ז"ל דס"ל דא"ב מטעם ודאי (ואני אבאר לקמן בס"ד בסי' ט"ו דנראה מדברי רש"י בכמה מקומות דס"ל דא"ב מטעם ספק) ובכלל הסכים לדברי התוס' שם דא"ב מטעם ספק. אמנם הגאון הנ"ל לא העיר כלל מדברי הר"ש בפ"ו דדמאי מ"ז דעל הא דאיתא שם שנים שבצרו את כרמיהם לתוך גת אחת אחד מעשר ואחד שאינו מעשר המעשר מעשר את שלו וחלקו בכל מקום שהוא הביא הר"ש ע"ז דברי הירושלמי יעו"ש והמתבאר מדבריו דר"א ס"ל הא דאין ברירה הוא מטעם ספיקא דאולי הגיע חלקו לחבירו וחלק חבירו הגיע לו ולכך מחוייב לתקן זה שבידו בתורת ודאי וגם מה שביד חבירו בתורת דמאי דאולי הגיע לחבירו חלקו והוה כמוכר לו. לכך מחוייב לתקן גם חלק חבירו בתורת דמאי. אמנם ר"י ס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי א"כ כל או"א לאחר החלוקה יש בידו מחצה שלו ומחצה של חבירו לכך מחוייב הוא לתקן על שלו בכל מקום שהוא בתורת ודאי וגם על חצי חלקו שבידו משל חבירו בתורת דמאי. ומדברי הרא"ש והרע"ב דמפרשי המתני' כשיטת ר"י בירושלמי נראה דס"ל ג"כ דא"ב הוא מטעם ודאי ולא חששו לקושית התוס' דגיטין דדחו שיטה זו. והכריחו דא"א לומר דא"ב מטעם ודאי דא"כ ס"ל לר"י דהאחין שחלקו הוי מחצה יורש ומחצה לוקח בודאי א"כ מאי פריך הגמרא דלא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע ב"נ אי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הא במחצה ודאי חייב והמותר יכול להקדיש:

ועלה בדעתי דהר"ש והרא"ש מיישבים קושית התוס' משום דהא הטעם שלא חזרו מה שחלק להם יהושע עפ"י גורל אע"ג דירושה היה להם מאבותיהם משום דהיה עפ"י גורל וע"י או"ת כמו שכתבו התוס' בבכורות (נב:) ד"ה אמר יעו"ש והא נראה דלא חלקו עפ"י גורל וע"י או"ת אלא לשמות מטה אבותם כמו דאמרינן בב"ב (קיז.) דהיינו יוצאי מצרים וכפי מה דסתם לנו המתני' שם דליוצאי מצרים נתחלק הארץ. אבל הבנים חלקו ביניהם אח"כ עפ"י גורל בלבד ולא ע"י או"ת דיהושע לא היה מחוייב לחלק עפ"י גורל ואו"ת אלא כפי מה שצוה הקרא לשמות מטה אבותם ולאלה תחלק הארץ. א"כ גם בימי יהושע כשחלקו אח"כ מה שנתן להם יהושע היו מחוייבין להחזיר זה לזה ביובל לדברי ר"י. אע"כ צ"ל מה דלא פריך הגמרא רק עד יהושע אע"ג דגם בימי יהושע אם חלקו הבנים מה שירשו מאביהם שהיו מיוצאי מצרים נמי הוה כלקוחות מ"מ בימי יהושע משכחת לה אף אם לא היה חד בר חד ואף בתרי אחים שחלקו חלק אביהם שהיה מיוצאי מצרים וירשו ממנו מ"מ איכא מחצה חיוב ומחצה פטור א"כ היה יכול

להביא בכורים ולהקדיש המותר כמש"כ התוס'. אבל אחר יהושע אם ירשו בניהם של אלו וירשו חלקם של אלו וחלקו גם הם א"כ הם לא היו יכולין להביא בכורים כלל ולא מהני אף להקדיש המותר דהא איכא בכל או"א תלתא ריבעא פטור משום שיש מחצה מה שהוא של בני דודו וריבעא של אחיו ותלתא ריבעא הללו שהם קנין פירות בלבד מבטלין הריבעא מה דהוא קנין הגוף א"כ לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע ב"נ. וגם בימי יהושע אם חלקו ג' אחין איכא בכל או"א תלתא חיובא ושני תלתי פטור דהוה עליהם כלוקח ונמי פטור מן בכורים מטעם הנ"ל דבטל ברובא אלא משום דלא פסיקא לי' למיפרך כ"כ מימי יהושע משום דהתם אפי' היו תרי נמי מחוייבים להביא בכורים וכמש"ב. ואדרבה הא איכא למידק דע"כ הא דאין ברירה הוא מטעם ודאי והאחים שחלקו הוה בודאי מחצה יורש ומחצה לוקח דאל"כ אמאי קאמר הגמרא עד יהושע הא גם בימי יהושע לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד היינו שיהיה חד מבאי הארץ שירש מאביו שהיה מיוצאי מצרים ולא יצטרך לחלק עם אחיו. אבל אם חלק עם אחיו כיון דא"ב מטעם ספק דילמא הגיע לו חלק אחיו ואמאי חייב בבכורים. אבל אין זה ראי' מוכרחת דהא איכא למימר דלכך לא פריך גם על ימי יהושע משום דלמ"ד לבאי הארץ נתחלק א"כ קאי הקרא לאלה תחלק הארץ לבאי הארץ וא"כ הגורל ואו"ת קאי על החלוקה שחלק לבאי הארץ אף שנטלו ע"י חזרה מאביהם כדאמרינן שם בגמרא דמתים יורשים את החיים ועיי"ש היטיב בפי' הרשב"ם והתוס'. מ"מ אח"כ ע"י חזרה נמי נתחלק להם עפ"י הגורל והאו"ת כיון דהקרא קאי על חלוקה דבאי הארץ. וכ"ש לדברי ר' שמעון בן אלעזר לדידי' ודאי היה החלוקה עפ"י גורל והאו"ת לבאי הארץ יעו"ש. ואפשר שזהו דעת התוס' דבכורות דמשמע שם דכל חלוקה דיהושע היה עפ"י גורל ואו"ת:

אח"ז ראיתי להש"מ בב"ב (קיז.) דהביא דברי הראב"ד וכתב וז"ל דע והבין כי א"י נתחלקה לי"ב שבטים בגורל ואו"ת כו' השאלה ששאלו לשבטים איפלוג או לקרפף גברי איפלוג על חלוקת גורל שאלו ולא על דבר אחר וקפשיט לי' בין רב למעט בין שבט מרובה לשבט מועט יהי' עפ"י גורל אבל למשפחות לא הוזקקו להם לגורל עיי"ש מה שהאריך בזה. וכן ראיתי להרא"ם בחומש פ' פנחס שמישב דברי רש"י מה שהשיג עליו הרמב"ן מדברי הגמרא דהא שם מוכח דלשבטים איתפלג והיינו כל שבט ושבט בין שהיה מרובה ובין שהיה מועט נטלו חלקים בשוה. ומישב הרא"ם דכונת הגמרא הוא על הגורל ואו"ת אבל השבטים לא חלקו בשוה אלא חלקו לפי מספר אנשים שהיו בשבט. וזהו כדרך הראב"ד. אבל לפע"ד קשה דא"כ מאי עדיפא חלוקה דבימי יהושע מחלוקה

דאח"כ כיון שלא חלקו עפ"י גורל ואו"ת ואמאי קאמר הגמרא עד יהושע וכמו שמדייק התוס' בבכורות שוב ראיתי דגם הראב"ד בעצמו שם (קכא:) תברא לגזיזי' וכתב וז"ל ועדיין לא יצאתי ידי חובתי משום דכתיב והתנחלתם הארץ בגורל למשפחותי' כו'. ועל כן אני חוזר על פי' הראשון כי לא היתר השאלה אלא על או"ת אם הוזקקו בין איש לאיש והשיב שלא הוזקקו אלא בין שבט לשבט שנאמר עפ"י הגורל תחלק הארץ בין רב למעט וע"פ הוא או"ת וקאמר בין רב למעט אלמא לשבטים הוזקקו בלבד אבל הגורל הי' אפי' בין איש לאיש והחלקים לפי אנשי השבע כו' עכ"ל. אך לכאורה גם לפי"ז קשה דאף דהגורל דהקרא קאי גם על חלוקה דבין איש לאיש מ"מ כיון דהגורל היה בלא או"ת רק ככל גורלות א"כ מאי עדיפא גורל דיהושע מגורל דאח"כ כיון דאמרינן א"ב אף שחלקו בגורל מ"מ אמרינן דלקוחות הן וצריך להחזיר ביובל א"כ גם בחלוקה דיהושע אמאי אין צריך להחזיר ביובל. אבל לאחר העיון דלפי מה שחזר בי' הראב"ד ניחא דלכאורה דברי הראב"ד תמוהים דהאיך אפשר לומר דבין איש לאיש היה הגורל בלבד לא ע"י או"ת א"כ תקשה דברי הגמרא בב"ב (קו:) דאמרינן שם תניא ר' יוסי אומר האחין שחלקו כיון שעלה גורל לאחד מהם קנו כולם מ"ט א"ר אלעזר לתחלת ארץ ישראל מה תחילה בגורל אף כאן בגורל ופריך אי מה להלן בקלפי ואו"ת אף כאן בקלפי ואו"ת אמר רב אשי בההיא הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקני להדדי. ולפי דבריו אמאי לא ילפינן מגורל דקרא דגם שם היה בלא או"ת בחלוקה דבין איש לאיש. ונראה דע"כ צריך לישב דברי הראב"ד עפ"י דברי האבן מיגש שהביא הש"מ שכתב וז"ל ויש לפרש דמשניהם הוא פריך או"ת בקלפי לפי שלא שנינו בכאן אלא כיון שעלה גורל לאחד מהם ואפשר שיהא גורל בלא קלפי ועוד שקלפי שחלקו בה א"י קלפי של קודש היה ואנן לית לן השתא קלפי של קודש כו' עכ"ל. וא"כ לפי"ז יתישב דברי הראב"ד דגם הוא מפרש דכונת הגמרא מאו"ח לאו דוקא ועיקר הקושיא מקלפי דשם היה הקלפי של קודש לכך מהני הגורל ואפשר דנקט או"ת לפי מאי דסבר מעיקרא בהאבעי' דלקמן דגם בין איש לאיש היה הגורל עפ"י או"ת. אבל לפי האמת לא מצינו למילף גורל שלנו דקנה מגורל שלהם משום דשם היה הקלפי של קודש לכך הוצרך ר"א לתרץ בההיא הנאה דלכך מקנה ע"י גורל. ולפי"ז ניחא נמי מה שהקשינו דאמאי עדיפא חלוקת יהושע כיון שהיה עפ"י גורל בלבד דאין צריך להחזיר ביובל. משום דש"ה שהיתה החלוקה ע"י גורל בקלפי של קודש א"כ א"א למילף חלוקה שלנו מחלוקה של יהושע:

אבל זה ודאי נראה דגורל של יהושע דהיה בקלפי של קודש לא היה רק על החלוקה דקאי הקרא ולמ"ד ליוצאי מצרים נתחלקה הארץ וכפי שסתמה לנו המשנה לא היה

יהושע מחלק ע"י גורל בקלפי של קודש רק כפי קרקפתא דגברי שיצאו ממצרים. אבל בין הבנים שהיו מבאי הארץ לא היה יהושע מחלק ביניהם ע"י גורל בקלפי של קודש אלא חלקו לעצמם ככל חלוקת אחין. א"כ גם לפי"ז ניחא מה שתירצנו למעלה קושית התוס' על דברי רש"י דהא פריך הגמרא חד בר חד עד יהושע ובימי יהושע החלוקה שחלקו הבאי ארץ ביניהם של יוצאי מצרים חזרו זל"ז ביובל כיון שלא חלקו בגורל עפ"י קלפי של קודש א"כ יהי' תלתא ריבעא פטור וריבעא חיוב ויתבטל ברובא וכפי משב"ל כך עלה בדעתי לכאורה לישב דברי הר"ש והרא"ש ז"ל:

אח"כ התבוננתי בחידושי הרשב"א דסוף פ', השולח דכתב שם דאנן ס"ל דלא כר"י והאחין שחלקו אין צריכין להחזיר ביובל משום דילפינן כל חלוקת אחין מחלוקת יהושע דאין צריכין להחזיר ביובל ובנות צלפחד יוכיחו שנטלו חלק בכורה בנכסי חפר ואפי"ה לא החזירו ביובל יעו"ש. ונראה דע"כ יש ט"ס בהרשב"א וצ"ל שנטלו חלק ובכורה בנכסי חפר משום דהא גם מחלק פשוט שנטלו בנכסי חפר ולא חזרו זל"ז ביובל נמי יש להוכיח ומה עדיפא להביא ראי' מחלק בכירה יותר מחלק פשיטות. והא דפשיטא לי' להרשב"א שלא חזרו בנות צלפחד לדודיהן או לבני דודיהן ודודיהן או בני דודירן להן ביובל. משום דמשמע לי' מן הקרא דכתיב ביהושע ויפול חבלי מנשה עשרה ואמרינן בב"ב (קיח:) דשיתא בתי אבות וארבע דידהו הא עשרה. א"כ משמע דגם בנות צלפחד לא חזרו להם כמו כל השיתא בתי אבות שלא חזרו זל"ז. (וצ"ע דהאיך סובר ראב"ש בבכורות (נב:) דחלק בכורה חוזר לבטלה משום דמתנה קריא רחמנא א"כ אמאי לא חזרו בנות צלפחד חלק בכירה מה שנטלו בנכסי חפר) א"כ לפי"ז מוכח דלא כפי מה שעלה על דעתנו דיהושע לא חלק להם עפ"י גורל למ"ד ליוצאי מצרים רק כפי קרקפתא דגברי שיצאו ממצרים ולמ"ד לבאי ארץ כפי קרקפתא דגברי שהיו מבאי ארץ. ומה שצוה הקרא לאלה תחלק הארץ היה מצווה יהושע לחלוק להם עפ"י הגורל. אבל הטפלים כיון דעליהם לא קאי הקרא לאלה תחלק הארץ חלקו בינם לבין עצמם לא עפ"י יהושע והנשיאים דז"א דע"כ יהושע והנשיאים גם בין הטפלים שלא היו לא מיוצאי מצרים ולא מבאי הארץ מ"מ בררו להם לכל או"א מהם חלקו עפ"י גורל של קודש. והראי' דהא בנות צלפחד עם בני חפר בנכסי חפר דע"ז לא קאי הקרא לאלה תחלק הארץ מ"מ חלק להם יהושע עפ"י גורל של קודש דאל"כ אמאי לא חזרו זל"ז ביובל. אח"כ ראיתי דמהקרא מוכח כן דהא כתיב ויפול חבלי מנשה עשרה ואמרינן דעשרה הוא שיתא בתי אבות וארבע דידהו היינו חד נכסי אביהן שהיה מיוצאי מצרים וחד חלק שנטלו בנכסי חפר ושהיה בכור ונוטל שני חלקים וחד אחי דאבא היה להן

ונטלו חלקו בנכסיו. ומשמע מפשטות הקרא דזה היה עפ"י יהושע והנשיאים כמו חבלי של שיתא בתי אבות דשם ודאי היה עפ"י יהושע והנשיאים. ונראה דלכך היה מחוייב יהושע והנשיאים לחלק גם בין הטפלים אף דהקרא לאלה תחלק הארץ לא קאי ע"ז מ"מ היו מחוייבין לברר לכל או"א חלקו אף בין הטפלים משום דכ"ז שלא הכיר כל או"א חלקו לא היו מחוייבין במעשרות ושמיטה כדאיתא בת"כ ריש פ' בהר יעו"ש. וכיון שזה הי' עפ"י יהושע והנשיאים א"כ היה זה עפ"י גורל של קודש. ויותר מוכח בקדושין (מב.) בתוס' ד"ה יתומים כו' דגם בין הטפלים חלק להם יהושע עפ"י דבור ואו"ת יעו"ש. א"כ מה שעלה ע"ד לישב דברי הר"ש והרא"ש ליתא כלל דכל החלוקה שהיתה עפ"י יהושע כיון שהי' עפ"י גורל של קודש או לדברי התוס' עפ"י האו"ת לא חזרו זל"ז ביובל א"כ הדרא קושית התוס' לדוכתא דאמאי לא משכחת אלא חד בר חד עד יהושע ב"נ כיון דאיכא בזה מחצה שבודאי חייב א"כ אמאי לא יכול להביא ולקרות משום חלקו שבודאי חייב:

סימן יא

אמנם הגאון בעל ש"א בסי' צ' מיישב קושית התוס' על שיטה הנ"ל בדרך נכון. משום דהא אמרינן בב"ב (כו:) אילן הסמוך למצר ט"ז אמה כו' דמוכח התם דבעינן שיהא כל שיעור יניקת הקרקע משלו ואי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי א"כ ליכא כל שיעור יניקה משלו בבכורי פירות האילן כיון שהאחין שחלקו לקוחות הן כל משהו ומשהו מן הקרקע מקצתו יש לו בה קנין הגוף ומקצתו יש לו בה קנין פירות וכדפירש"י גבי ישראל וא"י שקנו שדה בשותפות למ"ד אין ברירה כל חטה וחטה חציה מחלקו של ישראל וחציה מחלקו של א"י ואח"כ מסיק הש"א דאף על בכורי חטה ושעורה נמי פריך הגמרא משום דכל חטה וחטה יונקת מכל הקרקע שגדלם בה ומקצת חטה שבעבר זה יונקת ממשהו קרקע של מקצת חטה שבעבר השני והרי בכל חטה וחטה איכא תערובת יניקה מחלקו שיש לו בו קנין הגוף ומחלק אחיו שאין לו בו אלא קנין פירות לחוד עכת"ד. ואף שעיקר תירוצו של הגאון הנ"ל הוא נכון מאד בישוב דברי רש"י ז"ל כאשר אבאר בס"ד. אך זאת נפלאתי מאד על הגאון הנ"ל מה דהוצרך לדחוק ולומר שמקצת חטה שבעבר הזה יונקת ממקצת קרקע שבעבר השני. ונראה דהוא סובר דאי אמרינן דאין ברירה מטעם ודאי בכל חלק וחלק איכא משהו קרקע שלו ומשהו קרקע שקנה מאחיו. ונראה דלמד זאת מדברי רש"י דקאמר בכל חטה וחטה איכא מחצה חיוב ומחצה פטור והבין הגאון בכונת רש"י דאם חלקו כל חטה וחטה אף לדבריו יש לחוש שמא הגיע להישראל חלק א"י ולהא"י חלקו של הישראל. ולפע"ד זה דבר שא"א לומר כלל בכונת

רש"י ז"ל אף לפי הבנת התוס' בכוונת רש"י ז"ל. (וכ"ש לפי מה שאבאר בס"ד בסי' ט"ו כונת רש"י ז"ל ודאי דא"א לומר כן). דהא אין זה דרך חלוקה לחלוק כל חטה וחטה וכיון דא"א לכופו לחלוק כל חטה וחטה א"כ האיך אפשר לומר דבכל חטה וחטה יש מחצה חיוב ומחצה פטור דהא אינו עומד לחלוק כך משעה הראשונה. וכ"ש גבי קרקע דודאי אינו עומד לחלוק כן כל משהו ומשהו קרקע כיון דמשהו קרקע אינה ראויה כלל אלא נראה ברור דכונת רש"י הוא לפ"ד כיון דאין ברירה א"כ א"א לברר למפרע דהחלק שהגיע להישראל גדל בחלק של הישראל והחלק שגדל בחלק של הא"י הגיע להא"י אלא אמרינן דכל חטה וחטה הוה כמו שגדלה ברשות של שניהם לכך בכל חטה וחטה איכא מחצה חיוב ומחצה פטור וכן גבי חלוקת אחין אמרינן כיון דאין ברירה לא אמרינן הוברר הדבר למפרע דלכל או"א הגיע לו חלקו מה שירש מאביו דא"א לברר כלל ע"י חלוקה למפרע ולכך כל חלוקת אחין הוה כמו שמוכר כל או"א חלקו לאחיו זכות מה שיש לו בחלקו בעד הזכות שיש לאחיו בחלקו א"כ לכל או"א כשחלקו יש לו בכל הקרקע מחצה קנין הגוף ומחצה מה שקנה מן אחיו ואין לו אלא קנין פירות בלבד. א"כ תירוץ הגאון ניחא בפשיטות דהא בכל הבכורים יש בכל היניקה שלהם מחצה חיוב ומחצה פטור מחצה מה שיש לו קנין הגוף ומחצה מה שקנה מאחיו ואין לו אלא קנין פירות בלבד:

אולם הגאון בעל מקו"ח השיג עליו וכתב שבמחכ"ת שגה בדבר פשוט וז"ל וכי קרקע של שני שותפין ויקנה אחד מחבירו קרקע ופירותיה שיהיה לו ג"כ קנין פירות בחנק של חבירו לא יביא ויקרא אתמה וכי משום שיש לו קנין נוסף בחלק חבירו מגרע גרע עכ"ל. והנה מה דמפשט פשיטא לי' להגאון הנ"ל דקרקע של שני שותפין וקנה אחד חלק חבירו שודאי דמביא וקורא. לדידן מיבעי לן טובא ומסתברא לן דלא כוותי' אלא כהגאון בעל הש"א דהא נראה ברור דדוקא בשותפות ישראל הוא דרבי קרא לחיובא כיון דשני החלקים שניהם הם בני חיובא בבכורים. אבל בשותפות א"י למ"ד יש קנין לא"י בא"י להפקיע מתו"מ גם חלק הישראל נמי פטור כיון דיונק נמי מן הפטור ולא הוה כל הגדולין מאדמתך. והא דלא מתרץ הגמרא שם בחולין דבארצך אתא למעוטי שותפות עובד כוכבים נראה משום דזה מאדמתך נפקא עיין ב"ב (פא.). ובזה נוכל לישב קושית התוס' שם ד"ה ההוא ועוד נוכל לומר משום דרוצה לתרץ אף למ"ד דס"ל אין קנין לעובד כוכבים בא"י ולדידי' ודאי דאפי' בשותפת עובד כוכבים נמי חייב דהא אפי' ישראל שקנה ממנו הפירות עם הקרקע מה שבכרו ברשות העובד כוכבים חייב להביא וכ"ש שאינו פוטר החלק של ישראל ואפי' לדעת הרמב"ם בה' בכורים פ"ב הט"ו דמשמע

מדבריו דדוקא שבכרו ברשות ישראל יעו"ש בכ"מ בשם מהרי"ק. אבל אם בכרו ברשות הא"י פעור. מ"מ נ"ל כיון דאין קנין לא"י א"כ א"א למעוטי מאדמתך וחלק של הישראל ודאי דחייב ולמ"ד דיש ברירה ודאי דחלק של ישראל חייב וחלק של א"י פעור ולמ"ד דאין ברירה אי אמרינן דאין ברירה מטעם ודאי צריך להביא ולקרות ולהקדיש המותר. ואי אמרינן הא דאין ברירה הוא מטעם ספיקא צריך לנהוג בהם כדין הקונה שני אילנות בכל הפרטים א"נ שיקנה גם חלק הא"י מן הבכורים ואז יכול להביא ולקרות בודאי. אך כ"ז למ"ד אין קנין לא"י להפקיע מיד תו"מ. אבל למ"ד יש קנין ודאי דפטור גם חלק של ישראל כיון דיונק נמי מן הפטור. א"כ נראה דלא כהגאון בעל מקו"ח אלא דהיכא דשותף אחד הקנה לחבירו קנין פירות בלבד אינו חייב בבכורים כלל דהא כיון שהחלק שהקנה הוא פטור מן הבכורים דהא המוכר ודאי פטור מן הבכורים כיון שאין הקרקע בידו והלוקח נמי פטור משום דאין לו בה רק קנין פירות בלבד א"כ אפי' חלקו שיש לו קנין הגוף נמי פטור משום דיונק נמי מן החלק הפטור והוה כמו שותפת עובד כוכבים דלא רבי קרא לחיובא נמי מהאי טעמא משום דיונק נמי מן חלק הפטור. ומה שתמה הגאון הנ"ל וכי משום שיש לו קנין נוסף בחלק חבירו מגרע גרע לאו תמיה היא כלל דודאי מגרע גרע בזה שהקנה לחבירו קנין פירות בלבד דאז חלקו פעור מן הבכורים לכך חלק חבירו נמי פטור:

אך כ"ז לפי שיטת הסוברים דהיכא דאין לו רק קנין פירות בלבד פטור מהבאת בכורים מדאורייתא ורק מדרבנן לבד הוא דחייב בהבאה. וכן הוא שיטת התוס' בגיטין שם. ובהרשב"א שם בחידושיו. וכן הוא שיטת התוס' בב"ב (קלו:) ד"ה מביא וכתבו שם כיון דלא קרינן בי' מן האדמה אשר נתת לי לא קרינן בי' נמי אדמתך (ומזה השיג הגאון בעל מקו"ח על הגאון בעל הש"א דס"ל דחייב בהבאה מדאורייתא) א"כ בשותפת כה"ג שהקנה אחד לחבירו קנין פירות פעור מהבאת בכורים מדאורייתא כמש"ב. אכן לפי שיטת הש"א בעצמו שם דס"ל כשיטת הרשב"ם בב"ב שם דדוקא אינו יכול לקרות היכא דאין לו רק קנין פירות בלבד משום דאינו יכול לומר האדמה אשר נתת לי דמשמע קנין הגוף. אבל אדמתך מיקרי אף היכא דאין לו בקרקע זו אלא ק"פ בלבד. וכן משמע מסתימת הרמב"ם. ולא דמי לקונה אילן אחד דאמרינן כיון דלא קנה קרקע אינו מביא דע"כ צריך לחלק בזה כמו שחלקו התוס' שם (כז.) ד"ה לא כו' לתרץ לר"י דס"ל ק"פ כקה"ג דמי ומביא וקורא ואפי"ה בקונה אילן אחד אינו מביא דש"ה שהקרקע קנוי לו עד זמן קבוע אבל הכא אם יתייבש מיד האילן אין לו בקרקע כלום א"נ התם קרקע קנוי לו לכל דבר למשטח בה פירי ולמיזרע בה סילקא וירקא אבל גבי אילן אין לו אלא יניקה

לבדה ע"כ. ה"נ צריך לחלוק לר"ל בחלוק זה לענין הבאה. וכיון דקרינן בי' אדמתך רק לענין קריאה אינו יכול לקרות משום דאינו יכול לומר האדמה אשר נתת לי א"כ נראה דהדין הוא כהגאון בעל מקו"ח ושותף שהקנה חלקו לחבירו ק"פ יכול חבירו להביא ולקרות דהא הבכורים הם ודאי בכורים כיון דבקנין פירות בלבד נמי חייבין להביא בכורים א"כ א"א לפוערן משום דיונק נמי מחלק חבירו. ולענין לקרות ודאי דיכול לקרות משום חלקו שיש לו בקרקע זו קנין הגוף א"כ יכול לומר האדמה אשר נתת לי ואין לומר דהא אשר נתת לי משמע דזה שלו לבדו ואין לאחר חלק עמו והכא הא יש לחבירו חלק עמו בקנין הגוף בקרקע זו. ז"א דא"כ האיך שותפין חייבין בבכורים ומשמע דמביאין וקורין (דהא לא חשב זאת במתני' דאלו מביאין ולא קורין) והאיך יכולין לומר האדמה אשר נתת לי הא יש לחבירו חלק עמו. אלא ודאי דיכול לומר האדמה אשר נתת לי אף שיש לחבירו חלק עמו:

היוצא לנו מדברינו אלה דלפי שיטת התוס' בעצמן דס"ל דק"פ פטור מהבאה מדאורייתא ודאי דנוכל ליישב קושיתם על שיטה זו דאמאי פטורין האחין שחלקו מהבאת בכורים לגמרי מדאורייתא. כיון דיונק נמי מן חלק הפטור א"כ לא הוי כל הגדולין מאדמתך. אמנם לפי שיטת הראשונים דס"ל דחייב בהבאה מדאורייתא וע"כ צ"ל דקושית הגמרא הוא רק מקריאה דהאיך יכול להביא ולקרות כמו שהאריך הגאון בעל ש"א. נראה דעדיין קשה קושית התוס' על שיטה זו דא"ב מטעם ודאי:

סימן יב

עוד התבוננתי בדין זה בשותף שהקנה לחבירו ק"פ אם יכול חבירו להביא ולקרות או לא. ונראה שיש להביא ראי' שמביא וקורא. מאילן הסמוך למיצר דלאחר תקנת יהושע מביא וקורא אף לדידן דקיי"ל דלא כר"י דק"פ כקנין הגוף דמי מ"מ פסק הרמב"ם בה' בכורים פ"ב הי"א דמביא וקורא באילן הסמוך למיצר דאע"ג דהשרשים שיונקים מחלק חבירו אף לאחר תקנת יהושע אין לו אלא ק"פ בלבד. וכן כתב הש"א בעצמו שם דמחמת תקנה זו אין לו אלא ק"פ בלבד (ומה שסובר הגאון הנ"ל דבאמת באילן הסמוך למיצר מביא ואינו קורא לדידן דקיי"ל דק"פ לאו כקנין הגוף דמי. דבריו נפלאים ממני דהאיך לא הזכיר כלל דעת הרמב"ם דס"ל דמביא וקורא) א"כ מוכח מדברי הרמב"ם להדיא דאף שבחלק אחד אין לו אלא ק"פ בלבד יכול להביא ולקרות כיון שבחלק אחד יש לו קנין הגוף עם קנין פירות. ואין לדחות ולומר דלאחר תקנת יהושע חשיב כמו שיש לו קנין הגוף בקרקע של חבירו ודלא כהש"א דכתב דלא חשיב אלא ק"פ בלבד. וכן משמע קצת מדברי התוס' שם (כו:) ד"ה גזלן דכתבו וז"ל ולקמן דאמר אילן הסמוך מביא

וקורא שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ לא קאמר שע"מ כן הנחיל שיהא מותר לסמוך דבלאו הכי שרי אלא ע"מ כן הנחיל שיהא חשוב כמו מארצך ויכול לומר אשר נתת לי עכ"ל. אבל ז"א דהאיך אפשר לומר דכל או"א יש לו בחלק חבירו קנין הגוף מטעם תקנת יהושע כיון דמותר לחפור בורות שיחין ומערות ולקצץ ויורד השרשים של חבירו כדאיתא במשנה שם. א"כ איזה קנין הגוף יש לו בזה כיון דחבירו יכול לקוצצן כשירצה לחפור בורות שיחין ומערות. וע"כ צ"ל דמש"כ התוס' דיכול לומר האדמה אשר נתת לי הוא רק לר"י דס"ל דק"פ כקה"ג דמי. ואף לפי מה שפי' הרי"מ והראב"ד שם בעובדא דר"פ דהוה לי' דיקלי אמיצרא דר"ה בדר"י ואשכחי' דהוה חפר וקיץ שרשיו דלאחר דנפיק ר"ה בדר"י חזר בי' ר"פ אמאי לא אמר לי' דהאיך הביא ראי' מהמתני' דמותר לקצוץ שרשיו כשרוצה לחפור בורות שיחין ומערות ש"ה דאיירי חוץ לשש עשרה אמה דלא הפסיק בזה היניקה. אבל תוך שש עשרה אמה מחמת תקנת יהושע דיש לו יניקה בשל חבירו אסור לקצץ א"כ לפי"ז ודאי דאיכא למימר דיש לו קנין גמור בשל חבירו. מ"מ נראה דגם לפי פירושם מ"מ לדינא קיי"ל כר"ה בדר"י דעביד עובדא וקצץ שרשים אף תוך שש עשרה אמה. וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל דמותר לקצץ אף תוך שש עשרה אמה. דתקנת יהושע לא היה אלא דוקא דיש לו רשות ליטע לכתחילה ואין זה גזל אבל מ"מ אם חבירו רוצה לחפור בורות שיחין ומערות מותר לקצץ אף שיש לחבירו מחמת זה הפסד היניקה א"כ אין סברא לומר דחשוב מחמת תקנת יהושע כמו שיש לו קה"ג בשל חבירו ועוד דאף אם נאמר דאסור לקצץ תוך שש עשרה אמה מ"מ כשיבש וחבירו ירצה להפסיק בשדה שלו בצונמא מפני איזה צורך ודאי דרשאי א"כ איזה קנין הגוף יש לו בשדה חבירו:

ועוד נ"ל להביא ראי' משאר הפוסקים דאילן הסמוך למיצר לאחר תקנת יהושע מביא וקורא דהא הגמרא שם (כז.) פריך לעולא מקנה שלשה אילנות שמביא וקורא אע"ג דאין לו ע"ז אמה ומשני לא ט"ז אמה. ופירושו דלעולא קנה בשלשה אילנות שש עשרה אמה לכל צד מפני שזה הוא שיעור יניקה שלו. וכן מוכח מדברי התוס' שם ד"ה לא כו' דהקשו וז"ל וא"ת והא אמרי' בהמוכר את הספינה (פה:) גבי שלשה קנה קרקע וכמה תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלוא אורה וסלו וי"ל דהתם כשענפי האילן גדולים הרבה ויוצאין חוץ לשש עשרה אמה עכ"ל. והפוסקים לא הזכירו זאת וכתבו סתמא דקנה כמלוא אורה וסלו וע"כ משום דס"ל לפי מאי דקיי"ל כרבין אמר ר"י דאילן הסמוך למיצר מביא וקורא מטעם תקנת יהושע אין צריך לדחוקי דקנה שלשה אילנות קנה שש עשרה אמה אלא הא דמביא וקורא הוא מטעם תקנת יהושע. א"כ מוכח דתקנת יהושע מהני אף לקרות.

אלמא דאף היכא דאין לו קנין הגוף בכל הקרקע נמי מביא וקורא. אך מזה קשה נמי למשב"ל דלפי דעת הסוברים דק"פ לבד לא מחוייב אף בהבאה מדאורייתא נראה ודאי דהדין עם הש"א דהיכא שאין לו קנין הגוף בכל הקרקע פטור מהבאת בכורי' דלא מיקרי אדמתך משום דזה דמי לשותפת עובד כוכבים. וזהו ע"כ שיטת הסוברים דאין ברירה הוא מטעם ודאי כדי שלא תקשה עליהם קושית התו' מגמרא דגיטין א"כ תקשה לפי"ז דאמאי בקנה שלשה אילנות מביא וקורא לדידן דלא קיי"ל כעולא ולא קנה אלא כמלוא אורה וסלו לבד והשאר מטעם תקנת יהושע א"כ אין לו קנין הגוף בכל הקרקע:

אח"ז ראיתי דהר"ש בפ"א דבכורים מ"ו מפרש דברי הגמרא דב"ב דלא כהתוס'. ומפרש דהא דקאמר הגמרא לא ט"ז אמה פי' המתני' דקאמר בקנה שלשה אילנות מביא וקורא מיירי היכא דענפי אילנות גדולים הם ויוצאין חוץ לשש עשרה אמה וא"כ יש לו שיעור יניקה מקרקע שלו. ולפי"ד נסתר ראי' זו מה שהבאנו מהא דשלשה אילנות דמביא וקורא דאיכא למימר דלדידן דס"ל ק"פ לאו כקה"ג דמי אף לאחר תקנת יהושע אילן הסמוך למיצר מביא ואינו קורא כדעת הש"א והא דשלשה אילנות מביא וקורא מיירי היכא שענפי האילן הם גדולים ויוצאין חוץ לשש עשרה אמה אף לדידן דלא קיי"ל כעולא כדי שיהא כל השיעור יניקה שלו דבסתם אילנות כיון דלא קנה אלא כמלוא אורה וסלו בלבד מביא ואינו קורא כיון דאין כל שיעור היניקה מקרקע שלו. אך מדברי הרמב"ם דפסק באילן הסמוך למיצר מביא וקורא ודאי דמוכח כדברינו. והוא אזיל לשיטתי' דנראה דס"ל דבקנין פירות מחוייב בהבאה מדאורייתא:

אח"כ התבוננתי דמאילן הסמוך למיצר אין ראי' לדברינו דהתם שאני כיון דעיקר האילן עומד ברשות עצמו א"כ עיקר יניקתו משל עצמו אע"ג דהשרשים יונקים, מחלק חבירו ואין לו בהם רשות רק על היניקה מ"מ מביא וקורא משום דלא קפדינן אשרשים ואזלינן בתר עיקר האילן. וכן איתא להדיא בירושלמי פ"ק דערלה ה"א דר"י משום ר' יוחנן דשרשים אין בהם ממש יעו"ש. וכן אמרינן בירושלמי ב"ב פ' שני ה"י שאם אומר שרשים עיקר הם לבכורים לא היה אדם יכול להביא בכורים מעולם מפני ששרשין של זה יוצאין לתוך שרשיו של זה ושל זה בשל זה לפום כן אמר ר' יסא בשם ר"י אין שרשי' לענין בכורים כלל. מ"מ אי לאו תקנת יהושע שלא יקפידו זע"ז על יניקת השרשים לא היה מהני מה דשרשים אין בהם ממש דהא מ"מ גם הם מסייעים ליניקת האילן וכיון דשם בהם תערובות איסור גזל אף שזה רק סיוע בעלמא לא היה מביא וקורא. אבל לאתר תקנת יהושע וכיון דשרשים אין בהם ממש מביא וקורא ולפי"ז ע"כ צ"ל כדברי הרמב"ן דס"ל דעולא דקאמר דכל תוך שש עשרה אמה גזלן הוא זה לא שייך כלל בפלוגתא דרבנן

ור' יוסי דאין זה בכלל נזקין אלא בכלל גזל ונהנה הוא. והא דר' יוסי דקאמר זה נוטע בתוך שלו י"ל בחוץ לשש עשרה אמה אלא בתוך כ"ה אף שהוא מזיק לבור מ"מ מותר א"נ דר' יוסי מיירי במקום שאין עשוי לזרוע א"כ אינו מפסיד להיניקה. א"כ צריכה תקנת יהושע אף לר"י ואתיא דברי ר' יוחנן אף לר' יוסי דאנן פסקינן כוותי'. אבל עולא ס"ל דאע"ג דהיכא דסמך ברשות נמי אינו מביא וקורא כדמוכח מן הגמרא. וע"כ צ"ל משום דס"ל דשרשים יש בהם ממש ובעי קה"ג גם בהשרשים

**(הג"ה

ומדי דברי בהאי ענינא לא אמנע לכתוב מה שנראה לפע"ד לפרש הסוגיא לולי דברי הראשונים ז"ל. דקאמר שם אמר ר"פ אמרי ליה כולהי ולא יכילי לי'. ופירש"י שם הבאתי לי' ראיות הרבה שלא יקוץ. ולא פי' איזה ראיות הביא לי' שלא יקוץ השרשים מה דבהדיא מפורש במשנה להיפך. והתוס' בד"ה עד כו' דחקו שם בשם הר"מ והר"ת בזה. ע"כ נראה לפע"ד לפרש הסוגיא כן דר"פ היה לו דקלים ברשות. היינו שלקח הדקלים מר"ה בדר"י גופא או ממי שמכר הקרקע לרה"י בדר"י. ור"פ סובר דהא דקאמר המשנה דהיכא דשרשים יוצאים בתוך של חבירו מותר לקצוץ זה הוא דוקא היכא שנטע שלא ברשות סמוך למיצר של חבירו. וס"ל דמותר לסמוך אף לרבנן כיון דעדיין ליכא בור בתוך של חבירו. וזה כאביי בריש פ' לא יחפור דס"ל דמותר לסמוך. אמנם ר"ה בדר"י ס"ל כרבא דאסור לסמוך אף דליכא בור. א"כ ע"כ המתני' דהיו שרשים יוצאין בשל חבירו איירי בלוקח. וכן פי' התוס' שם (יח.) ד"ה היו שרשיו יוצאין יעו"ש, א"כ לפי"ז מוכח דאף בלוקח מותר לקצץ היכא דרוצה לחפור בורות שיחין ומערות. ולפי"ז נתפרש היטיב מה דקאמר לי' ר"פ אמרי לי' כולהי ולא יכילי ליה. דר"פ הביא לי' הרבה ראיות מה שמביא הגמרא למעלה בריש פ' לא יחפור לדחות דברי רבא דס"ל דאסור לסמוך אף היכא דליכא בור. וא"כ מסתברא דהמתני' מיירי דוקא בסמך שלא ברשות אבל בלוקח כיון דעביד ברשות אסור לקצץ להפסיד היניקה של חבירו. ולא יכילי לי' משום דדחה לי' מה שדחה למעלה לקיים דברי רבא דאסור לסמוך. א"כ ע"כ מיירי מתני' בסמך ברשות. ולפי"ז נוכל לפרש בפשיטות לבתר דנפיק הוא ר"ה בדר"י על דרך שפי' הרי"מ והראב"ד דחזר ר"פ דאמאי לא דחה לי' דאף לפי דברי ר"ה בדר"י דמפרש דמתני' ע"כ מיירי בלוקח הא איכא למימר דהא דמותר לקצץ לצורך בורות שיחין ומערות הוא דוקא חוץ לשש עשרה אמה משום דאינו מפסיד ליניקת האילן של חבירו. מ"מ שלא לצורך כלל אסור לקצץ השרשים משום דמהני קצת גם חוץ לשש עשרה אמה להאילן. אבל תוך שש עשרה אמה כיון דמפסיד בזה האילן והוא סמך ברשות אסור לקצץ. ואיכא

למימר לפי"ז דאף כשרוצה לחרוש ומעכב החרישה אינו רשאי להעמיק שלשה דגם בזה מפסיד השרשים של האילן. ובזה יתיישב מה שהשיג הרשב"א שם בש"מ על פירוש זה. אח"כ מצאתי בש"מ מה שהביא הגליון התוס' בשם מהר"ם ולפ"ד נראה דכונת מהר"ם הוא לפרש דברי הגמרא כמש"פ. וז"ל מהר"ם אומר דאמרי לי' מכלהו היינו מכלהו בבי דמתני' דכי ליכא סמיך ולא יכילי ליה ודחה לי' כדדחה לעיל דכי ליכא נמי לא סמיך. והמשרה וירק נמי דחה לו בלוקח כדדחה ר"פ לעיל. והגליון התוס' השיג עליו וכתב וז"ל ואינו נ"ל דהא כי סמיך נמי לאביי תנן במתני' דקוצץ ויורד ולרבא נמי פי' לעיל דקוצץ ויורד איירי בלוקח ועוד דר"פ היכא הוה מייתי לי' דכי ליכא סמיך והוא עצמו מוקי לעיל בלוקח אבל לעולם סבר כי ליכא נמי לא סמיך עכ"ל. ולפי מש"פ בכונת מהר"ם השגה הראשונה ליתא כלל. ומה שהשיג עליו עוד דהא ר"פ עצמו מוקי בלוקח גבי משרה וירק. זה אינו קושיא דאיכא למימר דר"פ קיבל מיני':)** ופליג עם ר' יוחנן בתרתי. ונראה דדייק הגמרא זאת מדברי עולא דקאמר אילן הסמוך למיצר בתוך שש עשרה אמה גזלן הוא ואינו מביאין ממנו בכורים. דהך אינו מביאין ממנו בכורים מיותר הוא דהא מפורש במתני' להדיא דגזלן אינו מביא בכורים ולכך דייק מזה הגמרא דאינו מביא ממנו בכורים היינו אף היכא דסמך ברשות מ"מ אינו מביא ממנו בכורים משום דבעי קנין הגוף גם בהשרשים. ועולא קאמר תרי מילי חדא דתוך שש עשרה אמה גזלן הוא ואסור לסמוך. ואפי' סמך ברשות אין מביאין ממנו בכורים משום דשרשים יש בהם ממש ובעי קנין בהשרשים כמו בגוף האילן:

עוד אפשר לומר דדיוקא של הגמרא הוא דעיקר דינא של עולא קאי להשמיענו דאפי' היכא דסמך ברשות אינו מביא ממנו בכורים. דאל"כ אלא דעולא בא להשמיענו דאסור לסמוך ולכך אינו מביא ממנו בכורים א"כ ישאר קושית הגמרא שם דאמאי לא קאמר דאסור לסמוך שש עשרה ופלגא ומאי מתרץ דלחומרא לא דק. הא אדרבה חומרא הוא דאסור לסמוך אפי' יותר משש עשרה אמה. ומזה דייק הגמרא דעיקר דינא של עולא הוא לענין הבאת בכורים וע"כ קאי אף היכא דמותר לסמוך ומשום דלענין הבאת בכורים היכא דסמך ברשות רצה לנקוט בדרך חומרא לכך נקט תרווייהו דיני בחדא לישנא אע"ג דלענין דינא דאסור לסמוך קולא הוא:

ולפי דברינו אלה יתבאר שפיר גם דברי הירושלמי פ"א דבכורים ה"א דאיתא שם הנוטע בתוך שלו והבריך בתוך של יחיד או לתוך של רבים אפי' מן הזקינה אינו מביא המבריך מתוך של יחיד או מתוך של רבים לתוך שלו אפילו מן הילדה אינו מביא הדא אמרה כשם שהילדה חיה מן הזקינה כך הזקינה חיה מן הילדה אמר ר' יוחנן כולהן משום

תורת הגוזלן ירדו להם כו' תני אם הבריך ברשות מביא וקורא ר' יוסי בשם ר' אימי והוא שנתן לו רשות לעולם הא לשעה לא ר' יונה בשם ר' אימי אפי' לשעה חייליה דר' יונה מן הדא היה חופר בור שיח ומערה קוצץ ויורד והעצים שלו ועצים לא לשעה הן מה עביד לי' ר' יוסי שרשים שדרכן להחליף מכיון שדרכן להחליף לעולם הן אמר ר' מנא מילתא דר' יוחנן מסייע לאבא דאמר ר' יוחנן כולהן משום תורת הגוזלן ירדו להן וכא מכיון שנתן לו רשות להבריך אפי' לשעה אין זה גוזלן כו' עכ"ל הירושלמי ולכאורה דברי הירושלמי תמוהים מאד דהא דקאמר ר"י דרק משום תורת הגוזלן ירדו להם וע"כ היכא דנתן לו רשות להבריך אף לשעה מביא וקורא. האיך אפשר לומר כן דהא לכה"פ ק"פ ודאי דבעי ובכה"ג אפי' ק"פ נמי לא הוה דהא חזינן דבקנה אילן אחד אע"ג דכ"ז שהאילן עומד ודאי יש לו רשות מ"מ אינו מביא ממנו בכורים כיון שאין לו בגוף הקרקע כלום לכשיבש האילן וכ"ש הכא שלא נתן לו רשות אלא לשעה אבל לפי מש"ב דר"י ס"ל דיש חילוק בין גוף האילן להשרשים שלו. דבגוף האילן ודאי דבעי שהקרקע שעומד עליו יהא שלו לגמרי אף למשטח בי' פירי לכשיבש. אבל השרשים בעינן רק שלא יהי' בהם תורת גזל א"ש גם דברי הירושלמי וצ"ל דהא דקאמר שם ר' יוחנן כולהן משום תורת הגוזלן ירדו להם קאי רק על מה דאמרינן שם הנוטע בתוך שלו והבריך בתוך של יחיד כו' אפי' מן הזקינה אינו מביא וכן אם הבריך מתוך של יחיד לתוך שלו אפי' מן הילדה אינו מביא משום דחיים זה מזה. וע"ז קאמר ר"י דהטעם שלהם הוא רק משום דיש בהם תורת גזל אף דעיקר יניקת הזקינה גבי נוטע בתוך שלו מן הקרקע של עצמו ורק הילדה מסייע לה ביניקה כמו שרשים לאילן וכן בנוטע בתוך של יחיד והבריך בתוך שלו עיקר יניקת הילדה הוא מקרקע של עצמו רק הזקינה הוא מסייע לה ביניקה ג"כ כמו שרשים באילן מ"מ אינו מביא משום כיון דיש בהם תורת גזל לכך לא מהני להם מה דעיקר היניקה שלהם הוא מקרקע של עצמן. וע"ז מביא שם הברייתא דאם הבריך ברשות מביא וקורא כגון בנוטע בתוך שלו והבריך בתוך של יחיד דאם הבריך ברשות מביא וקורא מן הזקינה אע"ג דהילדה מסייע להזקינה ביניקה כיון דהברכה הי' ברשות מביא וקורא. וה"ה הנוטע בתוך של יחיד והבריך לתוך שלו מביא וקורא מן הילדה אע"ג דהזקינה מסייע לה בהיניקה כיון דהנוטעה בתוך של יחיד היה ברשות. וע"ז פליגי אמוראי אי מהני בזה נתינת רשות לשעה או לא דר"י ור' יונה ס"ל דאזלינן בתר עיקר היניקה ולא אזלינן בתר מסייע כלל רק דבעי שלא יהא במסייע תורת גזל. ור' אימי ס"ל דאזלינן נמי בתר מסייע להיניקה וכיון דהברכה מסייע ליניקת הזקינה אזלינן נמי בתר הברכה ולכך לא מהני נתינת רשות לשעה וגם הזקינה פטור. אבל לענין הילדה גופא ודאי אף שהבריך

ברשות לא מהני נתינת רשות לשעה לכו"ע ואף אם נתן לו רשות לעולם נמי צ"ע אם מביא ממנו בכורים וקורא כיון שאין לו רשות למשטח בי' פירי לכשיבש האילן והא בעי שגוף האילן יהא עומד על קרקע שלו ממש והילדה הא עיקר יניקה שלה ממקום הברכה ורק הזקינה מסייע לה כמו שרשים לאילן. וע"ז קאמר שם חייליה דר' יונה מן הדא היה חופר בור שיח ומערה קוצץ ויורד והעצים שלו ועצים לא לשעה הן. וכונתי' להביא ראי' מאילן הסמוך למיצר דמביא וקורא אע"ג דמותר לקצץ השרשים א"כ השרשים הן קני לשעה ואפי"ה מביא וקורא. וכן מצאתי דהפ"מ בב"ב פי' כן (אע"ג דהכא פירש פירוש אחר) וכן נראה מהגהת הגר"א ז"ל. ועוד אפשר לומר דמביא ראי' משלשה אילנות דקנה קרקע דמפורש במשנה להדיא דמביא וקורא אע"ג דלא קנה אלא כמלוא אורה וסלו א"כ מותר לקצץ השרשים שהם בקרקע אם רוצה לחפור בורות כו' וזהו כר"ה בדר"י בגמרא דידן לפי מה שפי' לעיל בהג"ה. וזה יותר נכון דהא אילן הסמוך למיצר אינו מבואר להדיא דמביא וקורא שיביא ראי' מזה דהא זה ר' יוחנן לבד אמר:

ובזה יתיישב נמי מאי דאמרינן שם על דעתי' דר' יהודא מה בין הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך של רבים מה בין הנוטע לתוך שלו והבריך לתוך שלו ודרך הרבים באמצע א"ר אימי אתיא דר' יהודא כר"א דתנינן תמן אין עושין חלל תחת רשות הרבים בורות שיחין ומערות ר' ליעזר מתיר כדי שתהא עגלה מהלכת וטעונה אבנים כמה דר"א אמר תמן תחת רשות רבים שלו כך ר' יהודא אמר תחת רשות הרבים שלו ר' שמואל בר רב יצחק בעי אין כר"א יביא ויקרא א"ר יוסי מסבר סבר שמואל בר רב יצחק שר' ליעזר מתיר לעשות כן והן שלו לעולם (פי' כיון דזכה מן הפקר א"כ הם שלו ממש לעולם לכל דבר) אלא ר"א מתיר לעשות כן וכל הקודם בהן זכה ע"כ. ופירושו הוא דכ"ז שהברכה קיימת הוא שלו אבל אח"כ יכול לזכות אחר וא"כ אינו שלו לגמרי לכך מביא ואינו קורא. ולכאורה אכתי תקשה לר"י דס"ל דלא בעינן נתינת רשות לעולם אלא לשעה נמי סגי א"כ אמאי הכא לר' יהודא לא יביא ויקרא אע"ג שאינו שלו לגמרי וכל הקודם זכה. אבל לפי מש"ב דלא מהני נתינת רשות להבריך לשעה אלא דוקא להזקינה אבל להילדה לא מהני ניחא שפיר דהכא ר' יהודה דקאמר מביא ולא קאמר מביא וקורא משום הילדה דהא יניקתה הוא ג"כ ממקום הברכה ומקום הברכתה מהני לה יותר משרשים לאילן וכיון דמקום הברכתה אינו שלו לגמרי אלא כ"ז שהברכה קיימת לכך מביא ואינו קורא. אך תקשה מזה למ"ד דבעי נתינת רשות לעולם אבל כ"ז שלא נתן לו רשות לעולם אינו מביא כלל משום דבעי כל הגדולין מאדמתך א"כ הכא כיון שמקום הברכתה אינו שלו לעולם אלא כל הקודם בו זכה אמאי מביא. ומחמת זה מוכרחין אנו לומר דמ"ד דבעי

רשות לעולם. אין פירושו דנתן לו רשות אף לכשיבש יכול להבריך אחרת במקומה אלא כיון שנתן לו רשות כ"ז שהברכה קיימת נמי מיקרי רשות לעולם ומביא מן הזקינה דגם הוא מודה דמקום השרשים לא בעי שיהי' יניקתם מן הקרקע שתהא שלו לעולם. אלא כ"ז שהשרשים קיימין אינו יכול לסלקו נמי סגי. אבל למ"ד דמהני נתינת רשות לשעה פירושו דאף שהברכה קיימת יש לו רשות לסלקו כ"ז שירצה וכ"ז שלא סילקו חייב בהבאת בכורים אבל הכא מיירי לענין הילדה ומקום יציאת הילדה מן הקרקע הוה הקרקע שלו לגמרי רק מקום הברכתה הוא על הקרקע דכ"ז שהברכה קיימת הוא שלו לכך מביא ואינו קורא

וגם מדברי הראב"ד בה' בכורים פ"ב הי"ג מוכח כדברי דעל דברי הרמב"ם דקאמר שם שלשה יש לו קרקע ואעפ"י שאין לו אלא אילנות בלבד הרי הוא כמו שקנה קרקע. כתב ע"ז הראב"ד וז"ל לא כי אלא מפני שבסתם קנה עמהם קרקע ואם פירש בלא קרקע אינו מביא כו' ואם דמה אותו למבריך ברשות לשעה טעה שהרי אף השנים יש לו להעמידם שט כל ימי היותם ואם לאו מפני הספק לא היה מביא ולמבריך ברשות אינו דומה כלל שהמבריך עיקרו ברשות עצמו ויניקת הברכה מעוטה היא וכיון שהוא ברשות אינו אוסרת עכ"ל. וע"כ הראב"ד איירי לענין הזקינה משום דהזקינה עיקרה ברשות עצמו ומה שיונקת מן הברכה הוא מועטת לכך מהני נתינת רשות לשעה. אבל אי אמרינן דמהני נתינת רשות לשעה אף לענין הילדה א"כ האיך קאמר הראב"ד דיניקת ההברכה הוא מועטת כיון דעיקר יניקתה הוא ממקום הברכתה. ואין לומר דס"ל דעיקר יניקת הברכה הוא רק מן הזקינה ומה שיונק מן ההברכה הוא מועטת. ז"א דהא קאמר שם בירושלמי הדא אמרה כשם שהילדה חיה מן הזקינה כך הזקינה חיה מן הילדה א"כ האיך אפשר דעיקר יניקת הברכה הוא רק מן הזקינה הא אמרינן דיניקת הילדה מן הזקינה הוא כמו יניקת הזקינה מן הילדה ושם ודאי א"א לומר דעיקר יניקתה הוא רק מן הילדה אלא ע"כ רק דמסייע לה ביניקה. א"כ יניקת ילדה מן הזקינה הוא רק דמסייע לה ביניקה. וא"כ ע"כ הראב"ד דקאמר יניקת הברכה מועטת היא על הזקינה קאמר. וגם לפי"ז מדוקדק דברי הראב"ד מה שכתב כיון שהוא ברשות אינה אוסרת. דר"ל אינה אוסרת אחרים היינו דהברכה אינה אוסרת את הזקינה מלהביא בכורים משום דכל איסור הזקינה הוא רק היכא דיש בו איסור גזל בהברכה אז אוסר גם הזקינה מלהביא בכורים כמו דאמר ר"י כולהן משום תורת הגוזלן ירדו להן:

היוצא לנו מכל מש"ב דברי הירושלמי דמוכח להדיא דשרשים לא דמי לגוף האילן. דגוף האילן ודאי דבעי שיעמוד על קרקע שלו ממש אף לכשיבש האילן למשטח בי' פירי

אבל השרשים לא בעי שיהא שלו ממש רק שיהא לו רשות על היניקה. ולפי"ז תמוה מאד דברי עולא דס"ל דאפי' היכא דסמך ברשות נמי אינו מביא וקורא כמו שמוכח שם מדברי הגמרא הא מבואר בהדיא בברייתא דאיתא בירושלמי דאם הבריך ברשות מביא וקורא. ואין לדחות דעולא מפרש שהבריך ברשות היינו שנתן לו הקרקע אף לכשיבש יכול למשטח בי' פירי דזה אין סברא כלל דא"כ הקנה לו הקרקע ממש ופשיטא דמביא וקורא ועיין בר"ש פ"א דבכורים מ"ב דלאחר שהביא דברי הירושלמי הבאתי למעלה גבי פלוגתא דרבנן ור"י בדרך הרבים כתב ע"ז וז"ל וקשה הא דאמר עולא בסוף לא יחפור (כז:) אילן הסמוך למיצר בתוך שש עשרה אמה גזלן הוא ואינו מביא ממנו בכורים אמאי הא ברשות נוטע בתוך שלו ואפי' לרבנן יביא אע"ג דנמשכה יניקתו עד שש עשרה אמה עכ"ל. ונראה דזה הכריח להר"ח שם בתוס' ד"ה גזלן כו' לפרש דהא דסובר עולא דאינו מביא ממנו בכורים משום דאין מביאין גזל על גבי מזבח. אבל היכא דיש לו רשות לסמוך מביא ממנו בכורים אף לעולא. אך התוס' הקשו שם ע"ז קושיא חמורה דא"כ מאי פריך הגמרא מקנה אילן וקרקעו הא התם סמך ברשות, ומה שתי' הת"ח ע"ז דהר"ח ס"ל דהיכא דסמך ברשות מביא ואינו קורא:

זה אינו עולה כלל לפי דברינו דהא מבואר להדיא בברייתא דאם הבריך ברשות מביא וקורא. ועוד מנ"ל להגמרא דעולא סובר כן דהיכא דסמך ברשות מביא ואינו קורא דילמא גם עולא מודה דהיכא דסמך ברשות מביא וקורא אע"ג דמקום השרשים לא הוה הגדולין מאדמתך מ"מ מביא וקורא משום דשרשים אין בהם ממש לכך לא בעינן שיהא גם מקום השרשים מאדמתך. מ"מ היכא דסמך שלא ברשות אינו מביא כיון דאיכא בהם תערובות גזל וכמו דס"ל לר"י גבי הברכה דאם נתן לו רשות לשעה מביא וקורא ובשלא ברשות אינו מביא כלל מהאי טעמא:

אבל לאחר העיון נראה דהסוגיא נתפרש יפה אי טעמא דעולא הוא משום גזל. אך צ"ל דעולא סובר דאפי' היכא דסמך ברשות דהיינו שקנה אילנות עם קרקע מחבירו מ"מ מחוייב לקוצצן כשיצאו השרשים אח"כ מקרקע שלו לתוך קרקע של חבירו כדי שלא ינקו מתוך של חבירו. וגם זה גזל הוא ואינו מביא ממנו בכורים ובכה"ג מיירי עולא. והגמרא דייק זאת מדקאמר אילן הסמוך למיצר חבירו בתוך שש עשרה אמה גזלן הוא כו' אלמא דמיירי בסמך ברשות. דאל"כ הו"ל לעולא למימר אסור לסמוך אילן למיצר חבירו בתוך שש עשרה אמה ואם סמך אינו מביא ממנו בכורים. ומדקאמר אילן הסמוך למיצר חבירו גזלן הוא אלמא דעולא בא להשמיענו רבותא יותר דאפי' היכא דסמך ברשות מ"מ אם השרשים יוצאין אח"כ בתוך של חבירו גם זה גזל הוא ואינו מביא

ממנו בכורים. א"כ לפי"ז א"ש מה דפריך הגמרא מקנה אילן וקרקעו מביא וקורא מאי לאו כ"ש. ומדקאמר מביא וקורא משמע בכ"מ אף דהשרשים יוצאין אח"כ בתוך של חבירו משום דלא איכפת לן כלל מה דהשרשים יונקים בתוך של חבירו. ומשני לא ט"ז אמה. היינו שקנה אילן והשרשים שלו כבר יצאו בתוך חבירו ע"ז אמה וקנה כך א"כ אינו מחוייב לקוצצן והקרקע של מקום האילן הוא שלו לגמרי לכך הוא מביא וקורא. אע"ג דמקום השרשים אינו שלו אלא כ"ז שהם קיימין ורק ליניקה בלבד מ"מ מביא וקורא משום דלא בעי מקום השרשים אלא רק שיהא לו רשות כ"ז שהם קיימין כמשב"ל מדברי הירושלמי. ולפי"ז אין צריך לדחוק מה שדחקו התוס' שם ד"ה אילן דלפי מאי דמוקי לה בט"ז אמה צריך לפרש דמה אתא לאשמעינן, וזה לפי פירושם דפי' לא ט"ז אמה היינו דקנה קרקע ט"ז אמה. אבל לדברינו ניחא דאתא לאשמעינן אף דלא קנה הקרקע אלא מקום האילן בלבד נמי מביא וקורא כיון דמקום השרשים הוא שלו כ"ז שהם קיימין. וכן הא דפריך מהא דשלשה אילנות מביא וקורא מאי לאו כ"ש. פירושו נמי כן אע"ג דהשרשים יצאו אח"כ א"כ מחוייב לקוצצן כדי שלא ינקו מתוך של חבירו מ"מ מביא וקורא. ומשני לא ט"ז אמה. היינו שקנה שלשה אילנות והשרשים שלהם כבר יצאו ט"ז אמה א"כ מקום יניקתם הוא שלו לכה"פ כ"ז שהם קיימין. ולפי"ז אין צריך למימר דלעולא היכא דקנה שלשה אילנות קנה ט"ז אמה לכל צד כפי' התוס'. או כפי' הר"ש דהמתני' דמביא וקורא מיירי שענפיהם גדולים ט"ז אמה לכל צד דזה דוחק גדול לומר דהמתני' מיירי באילנות כהני או לפי' התוס' מיירי הברייתא דקנה כמלוא אורה וסלו באילנות כהני משום דאילנות גדולים כהני לא יוכלו לעמוד בבית סאה רק שנים בדוחק ובלבד שלא יהא הבית סאה מרובע. ועוד דהא אמרינן שם (פג.) כמה יהא ביניהם הילכתא מארבע ועד שש עשרה שלא יהא מורחקים זה מזה. וא"כ האיך אפשר שמיירי באילנות גדולים שיהא ענפיהם גדולים שש עשרה אמה מכל צד וצד הא א"כ יהיו מורחקים זה מזה ל"ב אמות ולא קנה קרקע כלל. וע"כ צריך לדחוק לפי פירושם דענפיהם שביניהם אינם גדולים רק ח' אמה ורק ענפיהם שבחוץ הם גדולים שש עשרה אמה וע"ז האופן מיירי. וזהו דוחק גדול. אבל לפי מש"ב א"צ לכ"ז אלא דמיירי דהשרשים כבר יצאו ט"ז אמה לכל צד. אמנם לפי מאי דקיי"ל דאילן הסמוך למיצר חבירו מביא וקורא משום תקנת יהושע א"צ לכ"ז אלא אפי' קנה אילן וקרקעו ואח"כ יצאו השרשים בתוך של חבירו א"כ אין לו אלא מקום האילן לבד נמי מביא וקורא. ונראה דזהו כונת הרמב"ם בה' בכורים (הבאתיו למעלה) דכתב שלשה יש לו קרקע אעפ"י שאין לו אלא אילנות בלבד הרי הוא כמו שקנה קרקע. והראב"ד ז"ל השיג עליו ע"ז. כמו שהבאתי

למעלה. ודחקו בזה הרבה הכ"מ ומהרי"ק. ולפע"ד נראה דכונת הרמב"ם הוא במה דכתב אעפ"י שאין לו אלא אילנות בלבד. פי' מקום אילנות בלבד. היינו שקנה האילן וקרקעו שתחת האילן ואח"כ יצאו השרשים לתוך של חבירו והרי הוא כמו שקנה קרקע שתחת השרשים ומביא וקורא. ולפי מה שבארנו דע"כ צ"ל דאף בסמך ברשות ולא נטע באיסור מ"מ השרשים שיצאו אח"כ לתוך של חבירו מחוייב לקוצצן מטעם גזל מה שיונקין מתוך של חבירו א"כ א"א לומר כלל מה שכתבו התוס' שם ולית לן דעולא משום דאנן פסקינן כר' יוסי דזה נוטע בתוך שלו כו' כיון דזה מתורת גזל נגע בה אף היכא שנטע בהיתר א"כ כ"ש לר' יוסי שמחוייב לקוצצן כדי שלא יינקו מתוך של חבירו. וכן הרמב"ן בחידושיו הבאתיו למעלה פליג ע"ז:

אח"ז ראיתי בש"מ שם (פב:) שהביא בשם חידושי הרשב"א על הא דאמרינן דקנה כמלוא אורה וסלו כתב וז"ל ותמיהא לי' לר' דהא ודאי תחתיהן וביניהן אינו לכל א' שש עשרה אמה לכל רוח ויונקיהן משל בעל הקרקע ואם בעל הקרקע רוצה לחפור באר קוצץ ויורד ואפי' תוך ט"ז אמה וכדאיתא בפ' לא יחפור וא"כ לר"ל דאית לי' ק"פ לאו כקה"ג דמי כו' א"כ אפי' בזמן שאין היובל נוהג היכי מייתי והא [בעי]כל הגדולין מארצו וי"ל דס"ל כמ"ד דתנאי התנה יהושע שיהו רשאין ליטע סמוך למיצר חבירו תוך ט"ז אמה שע"מ כן הנחיל יהושע להם אה הארץ ועדיף תנאי של יהושע מלוקח לפירות ואעפ"י שיש לו לבעל המצר לחפור ולקצוץ שרשין כל שאינו קוצץ הרי הוא כשלו לגמרי ליניקה אלא דאכתי לא ניחא לי דקא משמע דר"ל ל"ל כמ"ד שע"מ כן הנחיל להם יהושע אח הארץ כו' ואמרינן בשילהי פ' לא יחפור כי אתא רב דימי אמר בעי מיני' ר"ל מר"י אילן הסמוך למצר בט"ז אמה מהו א"ל גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים אא"כ נאמר דאסהדתי' דר"ד ליתי' כו' ואכתי ק"ל ולרב דימי מאי איכא למימר אלא י"ל דלאו כל גדוליו מארצו בעי ואילן הסמוך למיצר שאמר ר"י דאין מביאין בכורים ומשום דגזלן הוא קאמר וכתיב שונא גזל בעולה אבל לוקח אילנות ברשות קא ינקי ושרי וכמו שאמרו בירושלמי שכתבתי למעלה שאם נטע בתוך שלו והבריך בתוך שלו ודרך היחיד עוברת באמצע אם נטעו ברשות מביאין ממנו בכורים כנ"ל עכ"ל ומדברי הרשב"א הללו מוכח להדיא דהוא מפרש דברי הגמרא דב"ב (כז.) כעין פירושנו דאם הי' מפרש דברי הגמרא כרש"י והתוס' דעולא מתרץ דקנה אילן וקרקעו מיירי דקנה ע"ז אמה לכל רוח וכן הא דקנה שלשה אילנות א"כ מאי קשה לי' להרשב"א לר"ל דאינו סובר תקנת יהושע האיך יתרץ הא דקנה שלשה אילנות מביא וקורא. הא נוכל לומר דר"ל יתרץ כמו דמתרצינן לעולא. וגם האיך מסיק הרשב"א דלאו כל גידוליו מארצו קא בעי והא דאמר ר"י לר"ל

דאילן הסמוך למיצר אינו מביא ממנו בכורים משום דגזלן הוא אבל בלוקח אילנות ברשות קא ינקי ושרי. א"כ תקשה דמאי פריך הגמרא לעולא דילמא גם עולא סובר כן הא עולא קאמר בהאי לישנא דהשיב ר"י לר"ל אלא ע"כ דהרשב"א נטה מפירוש רש"י והתוס' אך בתירוץ הגמרא לא ט"ז אמה נראה דהוא מפרש שקנה שיהא לו יניקה לאילן שלו ט"ז אמה ואף אם יטע אחרת. ובשלשה אילנות נראה דמפרש לא ט"ז אמה היינו משום דמסתמא קנה היניקה ט"ז אמה. אך זה הקשה הרשב"א הא תינח למ"ד ק"פ כקה"ג דמי אבל לר"ל דס"ל ק"פ לא כקה"ג דמי הא לא יתרץ בזה. דאף דיש לו רשות על היניקה לעולם מ"מ כיון דחבירו רשאי לחפור בו בורות שיחין ומערו' א"כ לית לי' קה"ג. ודחק דמטעם תקנת יהושע חשוב כקה"ג ואח"כ מסיק דע"כ צ"ל דלא בעי שיהא כל גידוליו מארצו אך רק מטעם גזל הוא דאינו מביא ממנו בכורים היכא דאין לו רשות על היניקה. אבל היכא דיש לו רשות על היניקה מביא וקורא כדמוכח בירושלמי דאם הבריך ברשות מביא וקורא אע"ג דאין לו שם קה"ג. אך לא ידעתי כונת הרשב"א אם דעתו דלא בעי כל גדוליו מארצו דוקא בשרשים כמש"פ ומפשטות דבריו נראה דס"ל דאין חילוק בין שרשים לגוף האילן דגם בגוף האילן כיון שיש בו מקצת קנין הגוף מחוייב להביא ולקרות וכן נראה דעתו ממה שהקשה בגיטין על פירש"י ז"ל כקושית התוס' שם ואי אמרינן דבגוף האילן בעי כל גדולין מארצו א"כ לא קשה כלל קושיתם כמשב"ל בסי' י"א אבל באמת לפעד"נ דמדברי הירושלמי מוכח להדיא דדוקא בשרשים סגי בקנין כל דהו. אבל בגו האילן ודאי דבעי כל הגדולין מארצו דאל"כ תקשה אמאי ס"ל לר"י בנוטע בתוך שלו והבריך לתוך שלו ודרך הרבים באמצע דמביא ואינו קורא:

העולה מכל מה שבארנו דתירוץ הגאון בעל ש"א לישב שיטת הסוברים דא"ב מטעם ודאי נכון הוא דס"ל דבגוף האילן בעי כל גדולין מארצו והכא כיון שיונק נמי מחלק הפטור היינו של אחיו שאין לו אלא ק"פ בלבד פטור מהבאת בכורים מדאורייתא ולא שייך בזה כלל תקנת יהושע דהא תקנת יהושע לא היה אלא על השרשים אבל בגוף האילן ודאי דבעי כל גידוליו מארצו ונפלאתי על הגאון הנ"ל מה שהביא ע"ז תקנת יהושע דהא תקנת יהושע לא מצינו אלא באילן הסמוך למצר ולא באילן העומד על המצר והא דס"ל לר"י בדרך הרבים באמצע דמביא ואינו קורא צ"ל דזה אינו אלא מדרבנן בלבד דהא התם אין לו קה"ג בכל האילן. עוד התבוננתי דאפשר לומר גם בזה כדברי הגאון בעל ש"א דאף למ"ד דס"ל דק"פ מחוייב בהבאה מדאורייתא מ"מ אם אין לו קה"ג בכל האילן אינו יכול לקרות ואינו יכול לומר פרי האדמה אשר נתת לי ומה שהקשינו למעלה על דבריו דא"כ שותפין האיך מביאין וקורין זה אינו ראי' מכרחת לדחות דבריו

דנוכל לומר דהשותפין מביאין וקורין היינו שמביאין הבכורים בשותפת ואז כל או"א יכול לקרות על חלקו פרי האדמה אשר נתת לי אבל היכא שכל או"א מביא לעצמו מביא ואינו קורא וכן היכא שקנה אחד מאחיו ק"פ ג"כ מביא ואינו קורא דאינו יכול לומר פרי האדמה אשר נתת לי כדעת הגאון בעל ש"א כנ"ל:

סימן יג

ועתה נשובה לבאר הראי' השניה שהביא התוס' לדחות דא"א לומר דאין ברירה הוא מטעם ודאי דא"כ האחים שחלקו הוה מחצה יורש ומחצה לקוחות אמאי אמרינן בפ' יש בכור גבי חמש סלעים דבכור ולא חצי חמש דכו"ע אית להו דרב אסי דאמר האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות משמע אי לקוחות הן פטורין אפי' למ"ד חמש ואפי' חצי חמש דאפי' חצי חמש ליכא ע"כ והגאון בעל ש"א לא מצא שום תשובה על ראי' זו ובאמת לפי פירש"י והתוס' שם בבכורות כל הסוגיא ודאי דראיית התוס' היא מוכרחת מאד ואין להשיב אמנם כבר הבאתי למעלה בסי' י' דברי הר"ש בפ"ו דדמאי מ"ז שהביא דברי הירושלמי ולפי ביאורו פליגי ר"י ור"א אי אין ברירה הוא מטעם ספק או מטעם ודאי ור"י ס"ל דאין ברירה הוא מטעם ודאי וכן הוא דעת הרא"ש והרע"ב שם. והנה הסוגיא דבכורות היא סתירה גדולה לדבריהם ונלפע"ד דע"כ צ"ל דהם פירשו הסוגיא דבכורות שיטה אחרת דלא כפירש"י והתוס' שם ולפי פירש"י בעצמו אבאר לקמן בס"ד דמכמה מקומות נראה מדברי רש"י דהוא ז"ל ס"ל דאין ברירה הוא מטעם ספק ודברי רש"י דגיטין נ"ל די"ל עפ"י דברי הירושלמי דדמאי דדוקא היכא שחלקו פירות בלא הקרקע אז הוה טבל וחולין מעורבין בכל חטה וחטה:

הנה איתא במתני' שם (מח.) מת האב והבנים קיימים ר"מ אומר אם נתנו עד שלא חלקו נתנו ואם לאו פטורין ר"י אומר נתחייבו נכסים ופריך הגמרא דמית האב אימת אילימא דמית לאחר ל' יום בהא אמר ר"מ כי חלקו פטורין והא אשתעבדן להו לנכסי אלא דמית בתוך ל' יום כו' אלא אמר רבא לעולם שמת לאחר ל' יום ואי דאיכא נכסי טובא ה"נ דשקיל והב"ע כגון דליכא אלא חמש סלעים ודכו"ע אית להו דרב אסי דאמר ר"א האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות ודכו"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ודכו"ע אית להו דר"פ דאמר ר"פ מלוה ע"פ גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות והכא בחמש ולא בחצי חמש קמיפלגי כו' ע"כ ופירש"י והתוס' רב אסי כדאיתא בב"ק (ע.) מחצה יורשין ומחצה לקוחות משום דמספקא לי' אם יש ברירה ויורשין נינהו או א"ב ולקוחות נינהו הלכך מחצה יורשין ומחצה לקוחות עכ"ל אבל הא רוב הראשונים הסכימו דפלוגתת רב ושמואל ור"א דפליגי בב"ק ובב"ב אי יורשין הוה

או לקוחות הוה הוא לאו משום דפליגי אם יש ברירה או לאו. דהא אנן פסקינן דבעלה מחלוקת כרב ואפ"ה פסקינן דא"ב בדאורייתא וע"כ פירשו דהא דקאמרי יורשים הוה ר"ל כיורשים לענין זה דאדעתא דהכי מסתמא חלקו מעיקרא שבאם שיצא איזה חוב על אביהם שיפרעו שניהם ולפי פירושם הסוגיא דהכא הוא תמוה מאד דהא טעמם לא שייך רק לענין החוב שע"כ יגבה מהן אמרינן דודאי ע"ד כן חלקו דאף כשיפרע אחד מהם יפרע לו השני חלקו אבל הכא דאדרבה אי אמרינן כלקוחות הן לא יגבה מהן כלל אמאי אמרינן דלרב הוה כיורשין וכן תמה הרמב"ן בב"ב ע"ז וכתב דיש משיבין ע"ז מהא שמעתין דבכורות דמשמע דלרב יורשים גמורים הם שאם הם לקוחות איך גובין מהם ותירץ שם דאפשר כיון שע"מ כן חלקו שאם יטרוף חלקו של אחד תבטל חלוקתם נמצא שאינם לקוחות לגבי בע"ת שלא לקחו אלא אם לא יצא עליהם חוב ע"כ ובאמת תירוצו דחוק מאד וכבר תמה ע"ז הרי"ט אלגזי בבכורות דלמה בכה"ג דאין לשום אחד פסידא דאדרבה אם תהי' החלוקה קיימת לא יערוף הבע"ח למה יהא דעתם להתנות גם על אופן זה שאם ימצא בע"ח בע"פ שאינו גובה מן הלקוחות תבטל חלוקתם כדי שיגבה גם במלוה ע"פ והתוס' בגיטין (מח.) כתבו דאף לפר"ת דרב ושמואל לא פליגי בברירה מ"מ ר"א דמספקי לי' ע"כ הוא מטעם ברירה כדמוכח מסוגיא דבכורות וכונתם למה שהקשינו אבל גם זהו דחוק דהא משמע דר"א מספק"ל בזה דפליגי רב ושמואל מטעמם ולא מטעם אחר דלא פליגי בזה רב ושמואל:

ועוד הקשה המהרש"ל ביש"ש קושיא גדולה על סוגיא זו דמי הכריח להגמרא לומר דכו"ע ס"ל כרב אסי ופליגי בחמש סלעים ולא חצי חמש לימא דפליגי אפי' בהרבה נכסים ופליגי אי יורשין הוה או לקוחות הוה ומיישב זאת המהרש"ל עפ"י דברי התוס' שם ד"ה דכו"ע כו' דכתבו דשאני ברירה באחים שחלקו כיון שאינו מתנה ומברר דבריו לכך מספק"ל לר"מ אי אמרינן ברירה או לא ודחק רבא לאוקמי הכי דר"מ מספק"ל בזה משום דאין סברא לומר דר"מ ס"ל דבכה"ג דאינו מברר דבריו לא אמרינן ברי' בבירור אבל כ"ז ניחא לפי שיטת הראשונים דפלוגתא דרב ושמואל הוא בדין ברירה אבל לפי שיטת הראשונים דזה אינו תלוי בברירה כלל אלא תלוי זה אי אמרינן דהאחים שחלקו ע"מ כן חלקו שאם יבוא בע"ח ויטרוף חלקו של אחד מהם יתבטל החלוקה וכן גמי אם יבוא בע"ת לגבות מהם אפי' מלוה ע"פ נמי יתבטל החלוקה כמשכ"ל בשם הרמב"ן ובזו הסברא פליגי רב ושמואל ורב אסי מספקא ליה אמאי לא אמרינן דפליגי ר"מ ור"י בפלוגתא דרב ושמואל ואמאי קאמר רבא דכו"ע ס"ל כר"א דלא קיי"ל כוותי' דר"א ועיין בריט"א שעמד בזה ומה שמתרץ דברי דחוקים הם מאד:

ע"כ נראה לפע"ד דהם מפרשים דר' אסי דבכורות הוא לאו דברי רב אסי דב"ק וב"ב דמספק"ל אי יורשין הוה או לקוחות הוה דהתם מספק"ל אי חלוקת האחין הוא אדעתא דהכי שיבטל חלוקתם אם יטרוף חלקו של אחד מהם או לא. אלא הוא מימרא אחרת דקאמר ר"א דהאחין שחלקו הוה מחצה יורשין ומחצה לקוחות א"נ הוא מפרש דברי ר"י דהא דקאמר ר"י האחין שחלקו לקוחות הן היינו מחצה יורשין ומחצה לקוחות כמו דסובר ר"י בירושלמי דא"ב הוא מטעם ודאי ולא מטעם ספק ולאפוקי מדר' אלעזר דס"ל דא"ב הוא מטעם ספק ולדידי' האחין שחלקו לקוחות הן בכל החלק דשמא הגיע לו חלק חבירו ואינו גובה אפי' חצי חמש. אבל ר' אסי ס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי ולא מטעם ספק ולכך גובה חצי חמש. ונראה ברור שזה דעת הרגמ"ה שהובא בשע"מ בבכורות שם וז"ל מחצה יורשין ומחצה לקוחות שהקנה זה לזה חלקו בשבילו עכ"ל וכוונתו דכל א' וא' מקנה הזכות שהי' לו בחלק אחיו עד עתה בשביל הזכות שמקבל מאחיו שהי' לו בחלקו עד עתה לכך הוי כל א' וא' מחצה יורש ומחצה לוקח וזה כדברי דס"ל דא"ב מטעם ודאי ולפי"ד נתיישב שפיר קושית המהרש"ל מה דהוכרח הגמרא לומר דכו"ע ס"ל כר' אסי ופליגי בחמש ולא חצי חמש דאי אמרינן דפליגי ר"מ ור"י אי יורשין הוה או לקוחות הוה היינו אי אמרינן י"ב או א"ב מ"מ אי אמרינן דהא דא"ב הוא מטעם ספק דאולי הגיע לו חלק חבירו ולכך הוה כלוקח בכל החלק א"כ עדיין תקשה אמאי ס"ל לר"מ דאם חלקו אינו גובה מנכסים הא הוה ס"ס חדו דילמא הוא גופא הבכור ומחוייב הוא בעצמו ליתן החמש סלעים. ואת"ל דהוא אינו הבכור דילמא הגיע לו חלקו ממש כיון דא"ב הוא מטעם ספק דאולי לא הגיע לו חלקו. דס"ל להגמרא דס"ס מוציאין אף מיד המוחזק (כמש"כ התוס' בכתובות) לכך הוכרח שם לומר דכו"ע ס"ל כר"א דא"ב הוא מטעם ודאי ופליגי בחמש ולא חצי חמש. ולפי"ז נוכל לומר לפי המסקנא דקאמר דפליגי ר"מ ור"י בדר"א היינו דפליגי באחים שחלקו אי א"ב מטעם ודאי או לא דר"מ ס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי ולכך הוה ודאי מחצה יורש ומחצה לוקח וחמש ולא חצי חמש אמרינן לכך אינו גובה כלל. אבל ר"י ס"ל דא"ב הוא מטעם ספק ואף דהוה כלוקח בכל החלק מ"מ גובה מטעם ס"ס דילמא הוא הבכור ואת"ל דאינו הבכור דילמא הגיע לו חלקו ממש והוה יורש ומחוייב לשלם. ולפי"ז יתיישב שפיר מה דקיי"ל הכא הלכה כר"י דנתחייבו הנכסים ואנן קיי"ל דהאחים שחלקו לקוחות הן משום כיון דאנן קיי"ל בדרבנן יש ברירה דלא כר"י א"כ ס"ל דאין ברירה הוא מטעם ספק או מטעם ספיקא דמילתא או מטעם ספיקא דדינא לכך בדרבנן אזלינן לקולא כאשר אבאר לקמן בס"ד א"כ הכא מוציאין מטעם ס"ס הנ"ל:

אח"כ מצאתי באו"ת סי' ל"ט דמיישב דברי הרמב"ם כדברי וז"ל וברמב"ם פי' המשנה דכתב ר"י ור"מ חולקים אי כלקוחות או כיורשים ופסק הלכה כר"י אף דפסק במ"א כלקוחות י"ל דזהו י"ב או א"ב ספק הוא ולכך בדרבנן י"ב וא"כ הוה ס"ס אולי אתה הבכור משלך אני גובה ואם לאו דלמא י"ב ויורש אתה ופרע חוב אביך וס"ל כתוס' בס"ס מוציאין ממוחזק כו' עכ"ל. מ"מ נפלאתי מאד על האו"ת דהא לפי פירש"י והתוס' שם א"א לומר דבס"ס מוציאין מיד המוחזק דא"כ אמאי קאמר שם הגמרא דכו"ע ס"ל כר"א היינו כמו שפירש"י ותוס' דמספק"ל לר"א באחים שחלקו אי יורשין הוה או לקוחות הוה ולכך נוטל רביע בקרקע ורביע במעות א"כ קשה אמאי אינו גובה אף לר"מ דהא הוה ס"ס חדא דילמא הוא הבכור ואת"ל אינו הבכור דילמא יורש הוה כיון דמספק"ל בזה אי כיורש הוה או כלוקח הוה וזה דוחק לומר דלפי ה"א דהגמרא ס"ל בס"ס אין מוציאין מיד מוחזק אך לפי המסקנא ס"ל דר"י סובר דבס"ס מוציאין מיד המוחזק דא"כ אמאי צריך הגמרא לו' במסקנא דפליגי בר"א לימא דכו"ע ס"ל כר"א אלא דפליגי בס"ס אי מוציאין מיד מוחזק או לא ולכאורה יש להקשות על פירש"י והתוס' אף אם נאמר דס"ס אין מוציאין מיד המוחזק מ"מ הא ספק זה ע"כ לא דמי לכל ספיקי דעלמא דהא בכל ספיקי אין מוציאין מיד המוחזק והכא ס"ל לר"א דחולקין מחמת ספק זה א"כ ספק זה אלים טובא לכך הכא נראה לחכמים שיחלוקו א"כ בס"ס אמאי אין מוציאין הכא מיד המוחזק לגמרי כיון דגם מחמת ספק הראשון אי כיורשים הוה או כלקוחות הוה לא אזלינן בתר חזקה והוה ספק השקול ולכך אמרו חכמים בזה דחולקין א"כ כשיש עוד ספק דאף אם נאמר דלקוחות הוה אולי הוא בעצמו הבכור ומחוייב לשלם מחמת עצמו אמאי אין מוציאין לגמרי מיד המוחזק אבל באמת זה ניחא דהא הטעם דאין מוציאין מיד המוחזק בס"ס הוא מטעם כיון דלא אזלינן בתר רובא בממונא א"כ ה"ה דלא אזלינן בתר ס"ס דס"ס לא עדיף מרובא והנה הטעם דלא אזלינן בתר רובא בממונא אף שלכאורה נראה משום דחזקת ממון אלים טובא ולכך מצטרפינן מיעוט לחזקה אע"ג דבחזקת איסור לא מצטרפינן מיעוט לחזקה משום דחזקת איסור לא אלים כ"כ כחזקת ממון אבל באמת א"א לומר כן דא"כ לסומכוס דס"ל דחזקת ממון לא אלים כ"כ היכא דאיכא ספיקא דדרא דממונא וע"כ ס"ל דחולקין אמאי לא אזלינן לדידי' בתר רובא בספיקא דדרא דממונא לכו"ע אף לשמואל והא חזינן בגמרא ב"ב (צ"ג.) דפריך שם על דברי רב מסומכוס משור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה דמשלם חצי נזק לפרה ורביע לולד ואמאי לימא הולכין אחר הרוב ורוב פרות מתעברות ויולדות יעו"ש ברשב"ם דפי' להדיא דקפריך זאת לדברי רב וכן משמע מפשטות הגמרא וא"כ מוכח להדיא דשמואל סובר

דלא אזלינן בתר רובא בממונא אף בספיקא דדרא דממונא ולסומכוס דסובר דחולקין ולא מהני חזקת ממון כ"כ מ"מ לא אזלינן בתר רובא ולא מהני רובא להוציא מחזקת ממון אע"ג דגם בספק השקול חולקין ה"ה גבי ס"ס אע"ג היכא דבספק אחד אמרינן דחולקין מ"מ לא מהני הספק השני להוציא מיד המוחזק היוצא מכל דברינו אלה לפי פירש"י והתוס' בדברי ר"א א"כ מוכרח לומר דבס"ס אין מוציאין מיד המוחזק דלא כהאו"ת. אכן לפי מש"פ שיטה חדשה דהגמרא מביא דברי ר"א דס"ל דא"ב מטעם ודאי והוה מחצה יורש ומחצה לוקח לפי"ז ע"כ צ"ל דבס"ס מוציאין מיד המוחזק וגם יתיישב שפיר דברי הרמב"ם וכמש"ב:

עוד התבוננתי דגם לפי מש"פ בדברי ר"א אינו מוכרח לומר דס"ס מוציאין מיד המוחזק אלא נראה דלכך קאמר הגמרא דכו"ע ס"ל כר"א דא"ב הוא מטעם ודאי הוא מטעם אחר דהנה האחרונים הקשו לפי מאי דקיי"ל דיורשים שחלקו לקוחות הוה א"כ האיך מצינו ידינו ורגלינו בבהמ"ד דבכל יום אנו גובים מלוה ע"פ מיורשים שחלקו והנה כבר הבאתי למעלה דברי הרמב"ן דמישב זאת וקאמר כיון דאנן ס"ל לדברי רב דבטלה החלוקה היכא דטרף בע"ח חלקו של אחד מהם אע"ג דלקוחות הן משום דודאי אדעתא דהכי חולקין שאם יטרוף בע"ח חלקו של אחד מהם תתבטל החלוקה. כן ה"ה נמי לענין שאם ימצא עליהם מלוה ע"פ לא לקחו אדעתא דהכי שלא יוכל לגבות מהן. אבל התוס' דגיטין לא ס"ל כסברת הרמב"ן כמשב"ל ובאמת סברא דחוקה היא ע"כ נ"ל לישב טעם המנהג מה שאנו גובין מלוה ע"פ מהיורשין שחלקו משום דהא רוב הפוסקים מסכימים דשעבודא דאורייתא והא דאינו גובה מלוה ע"פ מן הלקוחות הוא מטעם תקנה כמו דאמרינן בב"ב (קעו.) משום דלית לי' קלא וכיון דהוצרכו חכמים לתקן דמלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחות לא חלקו חכמים בין לקוחות דחיישינן להפסד ממונא ובין לקוחות דלא חיישינן להפסד ממונא ולכך אף באחים שחלקו כיון דלקוחות הן אינו גובה מלוה ע"פ מהם כמו דאמרינן הכא בסוגיא אך כ"ז אי אמרינן דהאחים שחלקו לקוחות ודאין הם א"כ הם בכלל התקנה שאמרו החכמים דאינו גובה מלוה ע"פ מן הלקוחות אבל אי אמרינן דא"ב הוא מטעם ספק דאולי הגיע לו חלק חבירו א"כ אף שהוה כלוקח בכל החלק שלו אבל מ"מ רק ספק לוקח הוא דהוה וכיון דלא הוה אלא רק ספק לוקח א"כ לא הוה בכלל התקנה שתקנו החכמים דמלוה ע"פ לא יגבה מן הלקוחות דלא תקנו חכמים אלא בלקוחות ודאין אבל בספק לוקח לא תקנו כלל וא"כ הם נשארים על הדין דמלוה ע"פ גובה אף מן הלקוחות כיון דשעבודא דאורייתא ולכך הוכרח הגמרא לומר דכו"ע ס"ל כר"א דהאחים שחלקו הם מחצה יורש ומחצה לוקח היינו מטעם דס"ל דא"ב הוא

מטעם ודאי ולא מטעם ספק לכך אינו גובה מלוה ע"פ אלא מזה מחצה ומזה מחצה לכך א"ש הא דלדידן מגבינן מלוה ע"פ מהאחין שחלקו כיון דלדידן דפסקינן בדרבנן י"ב א"כ הא דא"ב הוא הטעם ספיקא לכך גבינן מלוה ע"פ מן היורשין שחלקו:

וגם נ"ל לפי"ז לפרש פי' אחר בגמרא דהא דקאמר שם במסקנא דכו"ע חמש ולא חצי חמש והכא בדר"א ודר"פ קמיפלגי והנה רש"י פי' שם או בדר"א או בדר"פ קמיפלגי והקשו התוס' ד"ה ודכו"ע האיך אפשר לומר דבדר"פ קמיפלגי היינו אם גובה מלוה ע"פ מן הלקוחות או לא דהא בזה לא מצינו פלוגתא כלל דהא מדרבנן ודאי דלא גבינן מלוה ע"פ מלקוחות כמו שמפורש במשנה דב"ב. (ונראה דדעת התוס' שם דהא דקאמר בב"ב (קעה:) ר"י ור"ל דאמרי תרווייהו מלוה ע"פ גובה מן היורשים ומן הלקוחות היינו דבר תורה אבל מדרבנן ודאי דלא גובה מן הלקוחות דמסתמא ר"י ור"ל ודאי דלא פליגי על המשנה. ועיין תוס' רי"ד בקדושין דגריס גירסא אחרת בדברי ר"י ור"ל) וע"כ פירשו התוס' דבכורות דכונת הגמרא הוא לאו ממש בדר"פ פליגי אלא במלוה ע"פ כהך דפדיון הבן שכתובה בתורה פליגי. ועיין ביש"ש שלא ניחא לו פי' התוס' והשיג ע"ז באורך וע"כ פי' פירוש אחר בגמרא. ולפע"ד גם פירושו דחוק ואינו משמע כלל בגמרא דלפי"ד לא פליגי בדר"פ וגם לפי פירושם נראה דחסר בגמרא או בדר"פ קמיפלגי ולפי הגירסא בדר"א ובדר"פ קמיפלגי לא משמע דפליגי או בזה או בזה וע"כ נראה לפרש לפי משפ"ל דכונת הגמרא הוא בדר"א ובדר"פ קמיפלגי היינו מחמת דפליגי בדר"א ממילא פליגי נמי בדר"פ אי איתא הך דינא דר"פ באחים שחלקו או לא אך עיקר פלוגתתם הוא בדר"א אי א"ב הוא מטעם ודאי או מטעם ספק דאי מטעם ודאי א"כ איתא דינא דר"פ אפי' באחים שחלקו דמ"מ הוה ודאי מחצה לוקח ואי אמרינן דא"ב הוא מטעם ספק א"כ הוה כלוקח בכל החלק אך דלוקח ספק הוא דהוה וא"כ בכה"ג לא תקנו חכמים דלא לגבי כמשב"ל דהחכמים לא תקנו אלא בלקוחות ודאין אבל לא בספק לוקח ולפי"ז אפשר לפרש דברי הפי' המשנה להרמב"ם דכתב דפליגי ר"מ ור"י אי כלקוחות הוה אי כיורשין הוה ופסקינן כר"י דכיורשים הוה. כונתו דר"מ סבר כר"א וא"כ הוה ודאי לוקח במחצה אבל ר"י סבר דספק לוקח הוה א"כ לענין מלוה ע"פ דינו כיורשים דבכה"ג לא תקנו חכמים דלא לגבי מלוה ע"פ. לכך קאמר הרמב"ם דפסקינן כר"י דכיורשים הוה היינו לענין מלוה ע"פ וכן משמע קצת מדבריו מדלא הזכיר כלל האוקימתא דפליגי בדר"פ משמע דמפרש כמש"ב:

ולפי מה שפירשנו שיטה חדשה בדברי הסוגיא דבכורות יתיישב דברי הר"ח והרי"ף בב"ב אשר תמהו עליהם כל הראשונים דגרסי שם שלשה אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל

חלקו של אחד מהם ופירשו לפי"ז בדברי ר' אסי דקאמר נוטל רביע בקרקע ורביע במעות לא היינו מן כל הנכסים אלא בעד חלקו נוטל מאחיו רביע בקרקע ורביע במעות משום דנוטל רק מחצה אבל מחצה הפסיד דמספק"ל אי כיורשים הוה או כלקוחות שלא באחריות הוה ומשום דמספק"ל גם אולי הוה כלוקח באחריות לכך מה שנוטל אינו נוטל רק רביע בקרקע ורביע נוטל במעות והתוס' דבכורות והרמב"ן בב"ב דחו גירסא זו בשתי ידים והקשו ע"ז חדא דהשתא אי לא הוה לספוקי לן אלא אי כיורשין אי כלקוחות שלא באחריות נוטל חלקו בקרקע. ומשו' דאיכא נמי לספוקי דאפי' אי הוה לוקח שמא לוקח באחריות הוא הורע כחו אדרבה הוה לן לומר דחצי חלקו יטול בקרקע והרביע במעות ועוד הקשו ע"ז קושיא חמורה מהגמרא דבכורות דהא מוקמינן הכא מתני' כגון דליכא אלא חמשה סלעים ואי לא חשיב להו רב אסי כיורשין אלא ברביע אפי' יש שם עשר סלעים פטורים שלא יכול לגבות הכהן כי אם הרביע דהוי בהו כיורשים והיינו חצי חמש אבל לפעד"נ דקושיא הראשונה י"ל בפשיטות דר"א מספק"ל חדא אי כרב אי כשמואל לכך קאמר דאינו נוטל אלא מחצה וגם מספק"ל בדברי רב אי יורשים ממש הוה א"כ אינו יכול לסלק לו במעות ומחוייב ליתן לו קרקע או דלאו יורשים ממש הוה אלא להך מילתא כיורשין הוה וחשבינן להם כלקוחות באחריות וא"כ יכולין לסלק לו אף בדמים וכן סובר הרא"ש באמת בב"ב אף אליבא דרב לכך סבר דגם המחצה שנוטל אינו נוטל רק רביע בקרקע אבל רביע יכול לסלק לו במעות והקושיא השניה מה שהקשו מבכורות נראה ברור דהם פירשו כמש"ב דר' אסי דבכורות לאו היינו רב אסי דב"ק אלא הוא ר"א אחר מה דאמר דהאחים שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות הן משום דא"ב הוא מטעם ודאי ולא מטעם ספק:

אח"כ ראיתי דהצד הראשון שפירשתי דלכך הוכרח הגמרא לומר דכו"ע ס"ל כר"א דהאחים שחלקו הוה מחצה יורש ומחצה לוקח משום דס"ל דא"ב מטעם ודאי דאי אמרינן הא דא"ב הוא מטעם ספק א"כ הוה מצי גבי מכל או"א מטעם ס"ס. חדא דילמא הגיע לך חלקך ואת"ל דלא הגיע לו חלקו דילמא אתה הבכור. וכן מיישב האו"ת דברי הרמב"ם ראיתי כעת דזה דבר שא"א לומר כלל ודברי האו"ת תמוהים מאד דהאיך אפשר לגבות חצי מזה וחצי מזה מהאי ס"ס דהא זה הוה ס"ס דסתרי אהדדי דהא גובה מאחד מהן ודאי שלא כדין. אע"ג דבספק אחד דילמא יורש אתה וי"ב לא הוה סתרי אהדדי ויכול לגבות משניהן מ"מ בספק השני דלמא בכור אתה הוה סתרי אהדדי והא בעינן גבי איסורין דשני הספיקות לא יהא סתרי אהדדי כמש"כ התוס' בנדה (כז.) ד"ה חומר כו' יעו"ש במהרש"א ואפילו לדעת המהרש"ל שם דדוקא היכא דשני ספיקות סתרי אהדדי

עבדינן לחומרא בתרווייהו אבל היכא דספק אחד לא סתרי אהדדי עבדינן לקולא מ"מ הכא נראה דכו"ע מודים דא"א למעבד היכא דסתרי אהדדי אפי' בספק אחד משום דהא הכא ע"כ צריך לדון בעת שבא לגבות מאחד מהן שגם מאח השני יגבה מחמת ס"ס זו דהא אנן ס"ל חמש ולא חצי חמש וא"כ אם א"א לגבות משניהם כל החמש סלעים אינו יכול לגבות כלל וע"כ צריך לדון כשבא לגבות מאחד מהן החצי חמש שגם מן השני יגבה החצי חמש השניים מחמת ס"ס וזה ודאי א"א לומר כיון דספק אחד סתרי אהדדי והאיך הכהן יכול לגבות מהם מחמת ס"ס כיון דבספק אחד אם נוטל מזה אינו יכול ליטול מן השני ואם אינו יכול ליטול מן השני גם זה אינו מחוייב ליתן לו א"כ עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי בפ"א ממש וזה ודאי גם המהרש"ל מודה דלא עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי בפ"א אפילו היכא דסתרי בספק אחד. כיון דעושה בפ"א א"כ ממ"נ הוא עושה איסור דהא ספק אחד בודאי דאסור ורק ההיתר הוא מטעם הספק השני שיש בו והספק השני הא באחד מהן ליתא וא"כ האיך יכול לעשות בפ"א ס"ס דסתרי אהדדי אפי' בספק אחד וא"כ ה"נ בנ"ד כיון דבספק אחד אינו יכול לגבות מן האחים דהמע"ה ואפי' תפס מפקינן מיניה דפדיון הבן דמי לפדיון פטר חמור א"כ ממ"נ הוא עושה איסור כשגובה משני אחים מטעם ס"ס ונראה דזהו דעת הספרדים כמו מהריב"ל ושאר גדולים דפסקי דבס"ס מוציאין מיד המחזיק ולכאורה לפי דברי רש"י והתוס' דמפרשי דבבכורות מביא דברי ר"א דב"ק דמספק"ל אי יורש הוה או לוקח הוה יש להוכיח דבס"ס אין מוציאין מיד המחזיק כמשב"ל. אבל לפי מה שבארתי כעת דהכא כו"ע מודים דאין יכול להוציא מטעם ס"ס כיון דסתרי אהדדי יתיישב דברי גדולי הספרדים הנ"ל ואין סתירה לדבריהם מדברי רש"י והתוס':

סימן יד

עוד ראיתי לפענ"ד דאדרבה מסוגיא דבכורות יש להוכיח דאיכא מ"ד דס"ל דא"ב מטעם ודאי. דאמרינן שם בלישנא בתרא ואיכא דמתני לי' אסיפא נתחייבו הנכסים דמת האב אימת אילימא דמית לאחר שלשים מכלל דר"מ סבר כי חלקו פטורין הא אישתעבדי להו נכסי אלא בתוך שלשים כי חלקו אמאי מחייב ר"י ליזול לגבי האי לידחייה וגבי האי ולידחייה אמר ר' ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה מחבירו בע"ח גובה ממנו דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קשקילנא ואי בחברך מסיקנא משתעבדאי לי מקמי דידך כו' ע"כ. וקשה דאמאי ס"ל לר' ירמיה דזה הוה כשני יוסף ב"ש שלקח אחד שדה מחבירו דאף דס"ל דהאחים שחלקו הוה כלקוחות מ"מ הא מה דהוה כלקוחות הוא מטעם דא"ב. ואי אמרינן דא"ב הוא מטעם

ספק דילמא לא הגיע לו חלקו והוה עליו כלוקח אבל הא איכא לספוקי דילמא הגיע לו חלקו והוה עליו כיורש ואז אינו יכול לגבות מהן משום דכל או"א יכול לדחותו לחבירו וא"כ מספיקא האיך גובה מהם אלא ע"כ צ"ל דר' ירמיה ס"ל דא"ב מטעם ודאי א"כ הוה כל או"א מחצה יורש ומחצה לוקח וגובה מכל אחד מחצה מה דהוה ודאי לוקח ומיירי דירש כל או"א חמש סלעים וא"כ נועל מזה מחצה ומזה מחצה [ולפי"ז מוכח דלסברת ר' ירמיה דס"ל דשני יוסף ב"ש שלקח אחד שדה מחבירו בע"ח גובה ממנו יכול לגבות אפי' היכא דנשאר להשני שמכר השדה ב"ח ואינו יכול לומר לו הנחתיו לך מקום לגבות ממנו. דאל"כ כיון שכל או"א ירש חמש סלעים אף שכל או"א הוה כלוקח במחצה הרי יכול לומר הנחתיו לך מקום לגבות ממנו מהמחצה שהגיע לו בירושה. אלא ע"כ צ"ל כיון דאינו יכול לגבות מהן הוה כמו נשתדף נכסי וכן כתב האו"ת בסי' מ"ט סק"ל סברא זו יעו"ש] וצע"ג על דברי התוס' דגיטין דכתבו דמסוגיא זו מוכח דא"ב הוא מטעם ספק הא אדרבה מסוגיא זו מוכח דא"ב הוא מטעם ודאי:

ונראה דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל בכתובות דבס"ס מוציאין מיד המוחזק לכך ס"ל לר' ירמיה דגובה מכל או"א הוא מטעם ס"ס חדא דלמא אתה הבכור ואת"ל דהוא אינו בכור דלמא לא הגיע לך חלקך והוה אתה כלוקח בחלק שהגיע לך ולפי"ז ע"כ צ"ל דר' ירמיה ס"ל חמש ואפי' חצי חמש וא"כ אינו בא לדון על שני אחים ביחד דאל"כ ודאי דאינו יכול לגבות משניהם משום דהוה ס"ס דסתרי אהדדי ובפ"א כו"ע מודים דאינו יכול לעשות אפי' אם סותר רק ספק אחד כמשב"ל וכיון דאינו בא לדון על שני האחין ביחד ע"כ לא איכפת לן אע"ג דהכא הוה כשגובה משני אחים ס"ס דסתרי אהדדי כיון דבספק אחד אינו סותר. אך כ"ז ניחא לדעת המהרש"ל אבל לדעת התוס' הנ"ל דלא מצי עביד ס"ס דסתרי אהדדי אפי' היכא דסותר רק ספק אחד א"כ עדיין קשה האיך מצי לגבות משני אחים מטעם ס"ס הא יגבה מאחד מהן שלא כדין כיון דספק שמא אתה הוא הבכור סתרי אהדדי וע"כ צ"ל דס"ל לר' ירמיה דא"ב מטעם ודאי כמש"ב:

אמנם ראיתי להאחרונים שמסכימים לדעת המהרש"ל דאפי' רק בספק אחד שאינו סותר סגי ומיישבים דברי התוס' דנדה מה שהחמירו שם אף שאינו סותר רק ספק אחד עיין בפ"מ סי' קי"א סק"א במחודשים. וכן ראיתי להנוב"י במה"ק יו"ד סי' ס"ב דכתב וז"ל ועוד שגוף סברת התוס' שכתבו כיון דנצטרך אח"כ לומר להיפך להכי לא שרינן כלל חידוש הוא ומהרש"ל באמת תמה עליהם ולענ"ד אין בזה אלא חומרא דרבנן כו' עכ"ל ולפע"ד נראה דזה תלוי אם הא דלא עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי אף אם סותרין שני הספיקות לגמרי אי זה מדאורייתא אסור או מדרבנן אי אמרינן דזה מדאורייתא

אסור אף שעוש' בזה אחר זה מ"מ ממ"נ הוא עוש' איסו' אי בפעם הא' או בפעם השני ודאי דלא שרי אף כשסותר ספק א' דהא ספק אחד נמי אסור אבל אי אמרינן דאין זה אלא מדרבנן אבל מדאורייתא מותר כיון דבשעה שעושה הוא עושה מה"ד ומדאו' לא איכפת לן כלל מה דממ"נ עושה איסור נראה דהדין עם המהרש"ל דאף אם יש ספק אחד לתלות דבשניהם הוא עושה כדין נמי מהני ועלה בדעתי להביא ראיה דאין זה אלא איסור מדרבנן בלבד מדברי הר"ש דתרומות פ"ח דכתב דבשני שבילין ברה"ר והלך בראשון ועשה טהרות והזה והלך בשני ועשה טהרות דמדאורייתא אף דטהרות הראשונות קיימות מ"מ גם הטהרות השניות טהרות [וכונתו לאוכלן בזה אחר זה דאי בב"א ודאי דמדאורייתא אסור כיון דאחד מהם אסור בודאי] אע"ג דממ"נ הוא אוכל איסור אי בפעם הראשון אי בפעם השני וע"כ צ"ל כיון דהתורה התירה ספק טומאה ברה"ר א"כ לא איכפת לן בזה מה דממ"נ הוא עושה איסור כיון דבכל פעם שהוא אוכל הוא עושה כדין מה שהתירה התורה א"כ ה"ה גבי ס"ס כיון דהתורה התירה ס"ס לא איכפת לן מה דעושה ס"ס דסתרי אהדדי אע"ג דסותרין שני הספיקות לגמרי:

אולם התוס' בכתובות (כ"ז.) ד"ה ואם נשאל כו' כתבו וז"ל לא שיאכלם אדם אחד דא"כ יאכל ודאי טומאה דהכי אמרינן בשבועות בפ"ב (י"ט.) הלך בראשון ולא נכנס בשני ונכנס חייב דטמא הוא ממ"נ עכ"ל ועיין במהרש"א שמבאר דבריהם דכונתם באדם אחד שאוכל שניהם בזה אחר זה אע"ג דבכל פעם שאוכל איכא למתלי בטהור מ"מ כיון דממ"נ אכל דבר טמא לכך אסור מדאורייתא ועיקר הראי' חסר מדבריהם דקתני התם בסיפא דהך ברייתא ג"כ בדברי ת"ק הלך בראשון ונכנס הזה ושנה וטבל ואח"כ הלך בשני ונכנס חייב אע"ג דאכל חדא כניסה לחודא איכא למימר דטהור היה אלא דממ"נ חייב והוא דומה ממש לאדם אחד שאכל משניהם דבכל חדא מינייהו איכא למימר בטהור אלא דממ"נ טמא עכ"ל וכן כתב הפ"ח בכללי ס"ס דאף לדעת הרמב"ם דספיקא דאורייתא מדאורייתא לקולא מ"מ היכא דאיכא תרתי דסתרי בחד גברא לא שרי רחמנא ואפי' בזה אחר זה נמי אסור מדאורייתא ומצאתי ראי' ברורה לזה מהא דגרסינן בס"פ שני דשבועות כו' וכ"כ התוס' בפ"ב דכתובות כו' א"כ נמצינו למדין דלכשתמ"ל דכל ספיקא רחמנא שרינהו אינו אלא היכא דליכא תרתי דסתרן אבל אי איכא תרתי דסתרן בכה"ג לא קשרי רחמנא ואף מילקא לקי עליה ממ"נ כו' עכ"ל וראיתי להמל"מ בפי"ט מה' אה"ט ד"א דכתב שם וז"ל ועוד כתבו התוס' בפ"ב דכתובות דהא דאמרינן דאם נשאל כל א' בפ"ע דטהורות לא שיאכלם אדם אחד דא"כ יאכל ודאי טומאה וכדאמרינן בפ"ב דשבועות כו' ואי טעמם הוא משום איסורא דאסור לאכול קדשים שנטמאו נראה שדין זה במחלוקת

הוא שנוי דלדברי האומרים דחתיכה של איסור דנתבטלה ברוב דשרי לאדם א' לאוכלם אעפ"י שודאי אוכל איסור ה"ה הכא כיון דמה"ד כולם טהורות ואפשר דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל גבי תערובות איסור דאסור לאדם א' לאוכלם וכמו שנתבאר בטור יו"ד סי' ק"ט ועיין במש"כ מרן בסי' ק"י על מש"כ הטור או שאוכלם כולם אדם אחד אסור אפי' בזה אחר זה ונסתפק שם מרן בדין זה ואפשר דיש סיוע לדברי הטור מדברי התוס' הללו עכ"ל ונפלאתי מאד על דבריו דהאיך מדמה זאת לחתיכה של איסור דנתבטל ברוב דהא שם ודאי אף להפוסקים דמחמירים שלא לאוכלן אדם א' זה הוא רק מדרבנן אבל ודאי מדאורייתא כו"ע מודים כיון דנתבטל ברובא מותר לאוכלן אף בב"א ואף לדעת הרשב"א דמחמיר שלא לאוכלן כולם ביחד מ"מ מודה דמדאורייתא מותר כמבואר להדיא בדברי הרשב"א בתה"א ובתה"ק בית ד' שער א' דמדאורייתא מותר לאוכלן כולם ביחד יעו"ש ובודאי גם הוא מודה לדברי הרא"ש דמדאורייתא האיסור נהפך להיתר היכא דנתבטל ברובא רק ס"ל דאי אמרינן דגם מדרבנן אמרינן דהאיסור נהפך להיתר א"כ אמאי החמירו חכמים בלח דצריך ששים אלא ע"כ דמדרבנן לא אמרינן דאיסור נהפך להיתר ומאי דהקילו ביבש הוא משום דהתם אוכל כל או"א בעצמו אבל בלח כיון דע"כ אוכלם כולם ביחד ע"כ החמירו חכמים דבעי ששים והתוס' מחמירים יותר מהרשב"א ז"ל דאדם אחד לא יאכלם אף בזה אחר זה אך כ"ז מדרבנן אבל מדאורייתא כו"ע מודים דהאיסור נהפך להיתר אבל הכא גבי ספק טומאה ברה"ר הא ס"ל להתוס' דאסור מדאורייתא לאוכלן לאדם אחד בזה אחר זה אע"ג דכל אכילה בפ"ע הוא בהיתר מ"מ כיון דממ"נ הוא עושה איסור מדמחייב קרבן על ביאת מקדש בצירוף שני הכניסות יחד אע"ג דכל כניסה וכניסה בפ"ע היא של היתר. ולכאורה ראייתם משבועות היא ראי' שאין עליה תשובה:

אבל אח"ז התבוננתי בדברי הרמב"ם בה' שגגות פי"א ה"ו דהביא הברייתא דשבועות ולא הזכיר שם כלל באיזה מקום איירי אי ברה"ר או ברה"י ומסיים שם הרמב"ם הלך בראשון ונכנס למקדש או אכל קודש פטור מפני שהוא ספק טמא ונראה ברור דהרמב"ם לא ס"ל כדברי התוס' דמיירי ברה"ר דאי ברה"ר הא טהור גמור הוא והאיך קאמר שהוא ספק טמא וכן נראה מדברי המל"מ שם דכתב וז"ל עיין במ"ש התוס' פ' ידיעות הטומאה (יט) ד"ה הלך בראשון ונכנס וצ"ע. וע"כ צ"ל דהרמב"ם לא ס"ל כדברי התוס' דחייב קרבן על ביאת מקדש גבי ספק טומאה ברה"י ואינו חייב אלא בצירוף שתי הכניסות יחד משום דאז בחדא כניסה ודאי נכנס טמא למקדש. וסברתו הוא דהא ספק סוטה נמי דעשה כודאי מ"מ לא עשה כודאי ממש אף ללקות אלא רק איסור עשה בלבד כמש"כ

הרמב"ם בה' גירושין פי"א ה' י"ד וכן הוא דעת התוס' בסוטה ד"ה מה כו' דלא כדעת הרשב"א דס"ל דגם בספק סוטה איכא לאו וכיון דחזינן דגם גבי ספק סוטה לא עשה הכתוב כודאי ממש א"כ ה"ה בספק טומאה ברה"י דהא זה ילפינן מספק סוטה ולא חשוב ספק טומאה ברה"י כודאי טומאה ממש אלא רק לשרוף את התרומה אבל לא חשוב כודאי לענין עונשין משום דלא עדיפא ספק טומאה ברה"י מספק סוטה דלא חשיב כודאי גמור ואף למ"ד דס"ל דסוטה ודאית פטורה מן החליצה ומן היבום משום טומאה כתיב בה כעריות מ"מ ספק סוטה בעי חליצה לכו"ע דרק להחמיר מספיקא עשה הכתוב כודאי:

ויש להביא ראיה לזה מספרי פ' נשא פ' כ"ח דאיתא שם עליו להוציא את הספק וע"כ פירושו דמוציא ספק טומאה שנולד ברה"י. דאי ברה"ר הא טהור גמור הוא ואמאי צריך קרא להוציא גבי נזיר ונראה דפירושו דבא הקרא להוציא מדין ודאי טומאה דמגלח ומביא קרבן טומאה בלבד אלא נוהג בו כדין ספק טומאה ומביא קרבן טומאה וקרבן טהרה דאי אמרינן דממעט הקרא דאינו מגלח כלל על ספק טומאה ברה"י א"כ אמאי גבי שני נזירים שנולד בהם ספק טומאה מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה ולפי"ז א"ש הגמרא דנזיר בפשיטות ואין צריך לדחוק כמו שדחקו שם התוס' ובחולין ובנדה דלא גמרינן מסוטה אלא דבר שיוכל להיות כמו סוטה יעו"ש וכיון דחזינן דגם גבי נזיר לא חשיב כודאי אלא דינו כדין ספק כ"ש לביאת מקדש דלא חשיב כודאי להביא קרבן ולפי"ז יתפרש שפיר הגמרא דשבועות גבי שני שבילין דמיירי ברה"י אבל ברה"ר היכא דהזה ושנה וטבל בין כניסה לכניסה אין צריך להביא קרבן כלל אף בצירוף. שתי הכניסות יחד דהא הכניסה הראשונה ודאי היתה בהיתר גמור כיון דהתורה התירה ספק טומאה ברה"ר א"כ אפי' לאחר הכניסה השניה דעתה איגלאי מילתא למפרע שפעם אחת נכנס בטומאה למקדש מ"מ א"א לחייבו קרבן דילמא הכניסה הראשונה היתה שלא כדין ועליה ודאי א"א לחייבו כיון שעשה אז עפ"י דין מה שהתירה לו התורה ספק טומאה ברה"ר ובאמת לפי דברי התוס' צריך טעם להבין דאמאי חייב קרבן בצירוף שתי הכניסות ביחד ועוד קשה לי לפי דברי התוס' דמיירי ברה"ר דא"כ אמאי חייב קרבן דהא גבי ביאת מקדש בעינן ידיעה בתחילה ואמרינן שם דספק ידיעה חשוב כידיעה ומה ספק ידיעה יש כאן בכניסה הראשונה כיון שהיה אז מותר לכנוס למקדש ואין עליו אפי' ספק טומאה. וכן מה דאמר שם רבא הב"ע כגון שהלך בראשון ובשעה שהלך בשני שכח שהלך בראשון דהו"ל מקצת ידיעה ג"כ קשה לפי דבריהם כיון ששכח שהלך בראשון א"כ הוא מותר לכנוס למקדש ואין עליו ספק טומאה כלל א"כ מה מקצת ידיעה יש

כאן אבל לפי"ד דמירי ברה"י א"ש מה דחשוב מקצת ידיעה וגם מה דחשוב ספק ידיעה דהא מה"ד הוא אסור לכנוס למקדש רק דאינו חייב ע"ז קרבן דאינו יכול להביא מספק: **אח"כ** ראיתי דבירושלמי נזיר פ"ח ה"א ובפסחים פ"ח ה"ח מביא שם דפליגא אמוראי בנזיר שנטמא בספק רה"י אי נזיר מגלח או לא דר' הושעיא רבה אמר הנזיר מגלח ור' יוחנן אמר אין הנזיר מגלח [עיי"ש מה שפי' הפ"מ ודברי הק"ע תמוהים] וקשה לר' הושעיא רבה מהספרי שמבואר להדיא דממעט ספק טומאה וע"כ קאי ברה"י כמש"פ וטלה בדעתי לומר דר' הושעיא מפרש דהספרי קאי למעט טומאת התהום. וכן איתא במדרש וכי ימות מת עליו במחוורת עליו הטומאה להוציא הספק זו טומאת התהום וזה כדברי ר' אליעזר בנזיר (סג) ובפסחים (פא:) אבל לפי מאי דמסיק הגמ' דטומאת התהום גמרא גמירי להו ע"כ צ"ל דהא דממטט מעליו טומאת ספק קאי על טומאת ספק ברה"י והוא כדעת ר"י בירושלמי דעל ספק טומאה ברה"י אינו מגלח אבל באמת קשה לפרש דברי הספרי דקאי על טומאת התהום דז"ל הספרי וכי ימות מת עליו להוציא את הספק שהיה בדין ומה אם במקום שלא עשה אונס כרצון עשה ספק כודאי כאן שעשה אונס כרצון אינו דין שנעשה ספק כודאי ת"ל וכי ימות מת עליו להוציא את הספק עכ"ל וע"כ פי' הספרי דמה אם במקום שלא עשה אונס כרצון [היינו סוטה דבאונס מותרת לבעלה] מ"מ עשה בה ספק טומאה ברה"י] כודאי. כאן [גבי נזיר] שעשה בו אונס כרצון אינו דין שנעשה ספק טומאה ברה"י] כודאי [היינו לגלח ולהביא קרבן טומאה] ת"ל וכי ימות מת עליו להוציא הספק. אבל אם נאמר דקאי הספרי על טומאת התהום א"כ לא שייך כלל ללמוד מסוטה על נזיר דהא טומאת התהום לא שייך כלל גבי סוטה:

ע"כ עלה בדעתי לומר משום דסתם ספרי הוא ר' שמעון ור"ש הא ס"ל בריש נדה גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר דברה"י תולין וכ' שם רש"י דר"ש ע"כ ס"ל דכל ספק טומא' ברה"י תולין ולא שורפין ולא גמרינן מסוטה א"כ לדידי' ודאי דאינו מגלח על ספק טומאה ברה"י אבל אנן דקיי"ל כרבנן דספק טומאה גמרינן מסוטה ולכך ס"ל לר' הושעיא דמגלח על ספק טומאה ברה"י אבל לאחר העיון ז"א דהא לר"ש ע"כ דס"ל דלא גמרינן טומאה מסוטה משום דשאני סוטה דרגלים לדבר א"כ מאי קאמר הספרי דאי לאו דגלי קרא גבי נזיר להוציא את הספק ה"א דילפינן מסוטה הא שאני סוטה דיש רגלים לדבר א"כ ע"כ הספרי אתי דלא כר"ש ועוד דהא רוב הראשונים מסכימים דלא כרש"י משום דלא משמע דר"ש יפלוג על כל המשניות דס"ל דספק טומאה ברה"י שורפין עליו את התרומה לכך פירשו דלא אמר ר"ש אלא בדבר שקדמה לו בדיקה דבדיקה ראשונה מהני עד שעת מציאה דספק אבל ספיקות דעלמא ספק נוגע ספק לא נוגע ספקן טמא

ולישנא דגמרא דקאמר דרגלים לדבר היינו לומר דאע"ג דאשה כמו שקדם לה בדיקה היא שאין אשה מזנה והיא אומרת טהורה אני והיה בדין להאמין אותה כשם שהיא נאמנת כשאומרת שטבלה לנדתה אפי"ה משום רגלים לדבר טמאה הכתוב. וכן נראה שזהו ג"כ דעת התוס' דסוטה (כח) ד"ה אינו דין כו' ועיין בתו"י בנדה שם:

ומחמת שלא תקשה מהספרי לר' הושעיא ע"כ מוכרחין אנו לומר דנזיר שנטמא בספק טומאה ברה"י לא דמי לשני נזירים [ודלא כמו שעלה על דעתנו מתחילה] דהתם ודאי מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה דאחד מהם ודאי מחוייב בקרבן טומאה אבל היכא שנטמא אחד מהם בספק טומאה ברה"י איכא למימר דאינו מביא קרבן טומאה כלל ואינו מגלח והקרא דעליו להוציא את הספק ממעט ליה לגמרי אפי' מספק נמי אינו מחוייב להביא ובזה פליגי ר' הושעיא ור' יוחנן דר"ה ס"ל דאינו ממעט לי' אלא מקרבן טומאה ודאית אבל מ"מ מגלח ומביא קרבן טומאה וטהרה מספק כדין שני נזירין ור"י ס"ל דממעט לי' לגמרי ואינו מגלח ומביא אף מספק אלא מזה עליו בשלישי ובשביעי ואינו סותר את הקודמים כדין המבואר במשנה (נד.) אבל הסככות והפרעות. ובזה יובן סוף דברי הירושלמי בפסחים סוף פ"ח דקאמר שם לאחר פלוגתא דר"ה ור"י היידינו ספק ר"י אמר ראשה דפרקא הושעיא רבה אמר ההן דהכא. ועיין בק"ע ודברי הפ"מ תמוהים מאד ונראה דקאי לפרש על המשנה דנזיר (נט:) דקאמר שם נזיר שהיה טמא מספק ומוחלט בספק אוכל בקדשים אחר ששים יום ושותה יין ומטמא למתים אחר מאה ועשרים יום אלמא דעמא מספק מביא קרבנות טומאה מספק ר"י אמר דהמשנה מיירי כגון ראשה דפרקא דהיינו ספק הנזכר בראש פ"ח דנזיר שאמר אחד ראיתי אחד מכם שנטמא ואיני יודע איזה מכם דשם הוא דמביא קרבן טומאה מספק אבל הכא אינו מביא קרבן טומאה כלל ור"ה רבה אמר ההן דהכא דאף בחד שנטמא בספק ברה"י נמי מגלח ומביא קרבנות מספק:

ולפי מה שבארנו נתישב היטיב דברי רש"י בנדה (סח:) דאיתא שם בגמרא נזיר שהולך טל גבי סככות ופרעות נמי מדאורייתא אהל מעליא בעינן ורבנן הוא דגזור וכתב רש"י וז"ל אהל מעליא בעינן אין נזיר מטמא אלא באהל מת ודאי כדכתיב וכי ימות מת עליו במחוורת עליו כדאמר בכיצד צולין (פא:) עכ"ל ולכאורה דבריו תמוהים דהיכא מצינו זאת בפסחים דנזיר אינו מגלח אלא על טומאה ודאית והא שם מיירי בטומאת התהום ובטומאת התהום אפי' בודאי אינו מגלח אם נודע לאחר מכאן ולפי המסקנא אמרינן שם דטומאת התהום הוא מהלכה ולא מהקרא. וע"כ נראה דכונת רש"י הוא דבאמת מהקרא וכי ימות מת עליו במחוורת עליו ממעטינן תרווייהו בין טומאת התהום ובין טומאת

ספק ברה"י ולפי המסקנא דקאמר טומאת התהום הלכתא גמירא לה לא קאי הקרא למעט רק טומאת ספק ברה"י כמשפ"י בספרי וע"כ פירש"י דהא דאמרינן דנזיר דהולך על סככות ופרעות הוא מדרבנן הוא דוקא גבי נזיר דממעטינן מקרא טומאת ספק. דלא כשיטת התוס' בנדה (נז:) ד"ה אילן דסככות ופרעות הוא מדרבנן משום דמדאורייתא ספיקא ברה"ר טהור אלא רש"י ס"ל דאף ברה"י נמי בנזיר טהור משום דממעטינן ליה מקרא אך זה כדעת ר"י דס"ל דאינו מגלח כלל על ספק טומאה ברה"י אלא בשני נזירין כיון דאנן ידעינן דודאי אחד מהם טמא ע"כ מחוייב להביא קרבן טומאה מספק ולדידיה בסככות ופרעות אע"ג דאנן ידעינן שתחת אחד מן הענפים או האבנים יש טומאה מ"מ מספק אינו מחוייב להביא קרבן כלל אבל ר"ה רבה דס"ל דעל ספק טומאה ברה"י מגלח מן הספק ומביא חטאת העוף ע"כ מוקי הא דסככות ופרעות ברה"ר כדפי' התוס' ולפי מש"ב דגם לר"ה אינו מגלח בנטמא בספק טומאה ברה"י אלא מספק א"כ גם לדידי' אינו חייב קרבן על ביאת מקדש וכן משמע מהירושלמי שם דכו"ע מודים דאינו חייב על ביאת מקדש וא"ש דברי הברייתא דשבועות לפי מש"פ דמיירי ברה"י לכו"ע:

המתבאר לנו מכל דברינו אלה דלפי דעת התוס' דס"ל דעל ספק טומאה ברה"י מביא קרבן על ביאת מקדש וכן הוא דעת הר"ש והרא"ש בפי"ב דפרה מ"ד יעו"ש. ומפרשי דהברייתא דשבועות מיירי ברה"ר לפי דבריהם מוכרחין אנו לומר דאם הלך בראשון ועשה טהרות והזה ושנה וטבל והלך בשני ועשה טהרות דמדאורייתא אסור לאדם אחד לאוכלן אפי' בזה אחר זה ומה דכתב הר"ש דאף דשני הטהרות קיימין מ"מ מדאורייתא טהורות ע"כ כונתו היינו לאוכלן לשני בני אדם אבל לאדם אחד ודאי דאסור מדאורייתא. א"כ לדבריהם מוכח דאע"ג דכל או"א בפ"ט הוא היתר גמור מ"מ כיון דממ"נ הוא עושה איסור אסור מדאורייתא א"כ גבי ס"ס נמי היכא דסתרי אהדדי אסור מדאורייתא לכך אפי' בספק אחד דסותר נמי אסור כדעת התוס' דנדה. א"כ יוצא לנו דלפי דעת הר"ש והרא"ש והתוס' דכתובות א"א לומר דס"ל לר' ירמיה דגובה משני אתים מטעם ס"ס דילמא אתה הבכור ואת"ל דאינו בכור דילמא הגיע לך חלק חברך. דהא מאחד מהן נוטל שלא כדין דהא ספק אחד דילמא אתה הבכור סתרי אהדדי. וע"כ צ"ל דס"ל לר"י דא"ב מטעם ודאי והוה מחצה לוקח ומחצה יורש ולכך גבי מכל או"א מחצה מחמש סלעים דמיירי דכל או"א ירש חמש סלעים:

אמנם לפי דעת הרמב"ם דהוכחנו למעלה דס"ל דמיירי ברה"י דגם ברה"י לא הוה טמא ודאי. וכן הוא דעת רש"י בנדה לפי סברתם נראה דאם הלך בראשון ברה"ר ועשה טהרות והזה ושנה וטבל ואח"כ הלך בשני ועשה טהרות ליכא איסורא דאורייתא כלל לאוכלן

אף לאדם אחד בזה אחר זה כיון דבשעה שאוכל כל אחד ואחד הוא אוכל בהיתר מה שהתירה לו התורה וכן נראה מפשטות המשנה דטהרות פ"ה מ"ג דקתני שם הלך באחד מהן ועשה טהרות ונאכלו הזה ושנה וטבל הלך בשני ועשה טהרות הרי אלו טהורות. ומי לא עסקינן כשאכל הטהרות הראשונות האדם גופא שהלך ועיי"ש במ"ל דפי' כן. ואפי"ה קאמר דהטהרות השניות שעשה אח"כ טהרות ומשמע דגם הוא גופא מותר לאוכלן אע"ג דממ"נ הוא אוכל איסור אי בפעם הראשון או בפעם השני. אלא ע"כ דאין זה אלא איסור דרבנן בלבד ולא אסרו חכמים אלא כששניהן קיימין ואז אסור גם לשני ב"א וכיון דאין זה איסור דאורייתא מה דממ"נ הוא עושה איסור כיון דבכל פעם שעושה הוא עושה כדין ה"ה גבי ס"ס דסתרי אהדדי אין זה איסור דאורייתא ולכך אפי' בספק אחד שאינו סותר נמי סגי כדעת המהרש"ל ולדבריהם איכא למימר דר' ירמי' ס"ל דגבי מכל או"א מטעם ס"ס אע"ג דספק אחד סתרי אהדדי כיון דבשעה שהוא גובה מכל או"א הוא גובה כדין מטעם ס"ס:

מ"מ אף לפי"ז א"א לומר מש"כ האחרונים ליישב דברי הרמב"ם דפסק דאפי' מת האב תוך ל' יום נמי נתחייבו הנכסים וגובה החמש סלעים משניהם אפילו אם חלקו משום דפסק כר' ירמיה. עיין באו"ת סי' מ"ע סקי"ט. וכן המהרי"ט אלגאזי הביא כן בשם גדול אחד. אך המהרש"ך השיג עליו. והריט"א האריך לישב דבריו. לפי מש"ב זה ליתא דהא הרמב"ם ודאי ס"ל דהא דא"ב הוא מטעם ספק לכך בדרבנן י"ב או מטעם ספיקא דדינא או מטעם ספק דמציאות כמו שאבאר לקמן בס"ד. א"כ האיך אפשר לומר דפסק כר' ירמיה וגבי מטעם ממ"נ. ואין לומר דגבי מטעם ס"ס משום דלא איכפת לן אע"ג דבספק אחד סתרי אהדדי דהא כל זה ניחא אי אמרינן חמש ואפי' חצי חמש א"כ אינו בא לדון על שני האחים ביחד. אבל כיון דאנן פסקינן חמש ולא חצי חמש א"כ אנו באין לדון על שני האחים ביחד שיגבה חצי חמש מזה וחצי חמש מזה ובפעם אחת ודאי לא עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי אפי' היכא דסותר בספק אחד:

אח"כ התבוננתי עוד בזה וראיתי דמה שכתבתי דלדעת התוס' דנדה (וכן הוא שיטת הר"ש והרא"ש כמשב"ל) דלא עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי אפי' היכא דסותר בספק אחד ע"כ צ"ל דר"י ס"ל דא"ב מטעם ודאי. לכאורה יש לדחות דאיכא למימר דמירי שירש כל אחד חמש סלעים א"כ הא מה"ד יכול לגבות מאיזה אח שירצה כל החמש סלעים מטעם ס"ס חדא דילמא אתה הבכור ואת"ל דאינו בכור דילמא הגיע לך חלק חבירך וכיון שיכול לגבות מכל אח שירצה כל החמש סלעים לכך לא איכפת לן מה שהוא נוטל מחצה מזה ומחצה מזה אף שמאחד מהם הוא נוטל שלא כדין כיון שע"כ הם מתרצים

לזה שיטול מזה מחצה ומזה מחצה כדי שלא יטול מאיזה אח שירצה כל החמש סלעים. אבל לאחר העיון ז"א דהאיך אפשר לומר שיכול הכהן לגבות מכל אח שירצה כל החמש סלעים מטעם ס"ס זו דהא ע"כ צריך לבוא עליו בספק אחד שמא הגיע לך חלק חבירך א"כ הא יכול לומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו וזיל גבי מאח השני דהא אתה יכול לגבות ממנו כמו ממני מטעם ס"ס זו א"כ יכול כל או"א לדחות את הכהן לחבירו. אלא ע"כ צ"ל לפי"ז דהכא מיירי דלא ירשו שניהם אלא חמש סלעים בלבד ולכך אינו יכול לדחותו כל אחד לחבירו א"כ עבדינן ס"ס דסתרי אהדדי בספק אחד. וע"כ צ"ל דס"ל לר"י דא"ב מטעם ודאי:

סימן טו

ועתה נשובה לבאר דברי רש"י דגיטין דכתב דאין לך כל חטה וחטה שאין חציה טבל וחציה חולין. והנה התוס' והרשב"א ואחריהם נמשכו כולם וכתבו דרש"י סובר דא"ב מטעם ודאי. ולפ"ז גם הרמב"ם ס"ל דא"ב מטעם ודאי דז"ל הרמב"ם בה"ת פ"א ה"כ ישראל ועובד כוכבים שלקחו שדה בשותפות אפי' חלקו שדה בקמתה ואין צ"ל אם חלקו גדיש הרי טבל וחולין מעורבין בכל קלח וקלח מחלק של עובד כוכבים כו' עכ"ל וכן כתב שם הכ"מ להדיא דהרמב"ם ז"ל אזיל בשיטת רש"י ז"ל. (ונפלאתי על הגאון בעל ש"א בסי' צ' דמפלפל בדברי הרמב"ם אי ס"ל כשיטת התוס' או לא. האיך לא הזכיר דברי הרמב"ם הנ"ל) אבל עפר אני תחת כפות רגליהם ולפע"ד נראה דכונת רש"י ז"ל אינו כן דבאמת לפי הבנתם בדברי רש"י קושיתם מבכורות היא קושיא חמורה. ולפי פירש"י בעצמו שם לית שום פירוקא. ועוד הא רש"י ז"ל בעצמו מפרש בגיטין (מח.) לקוחות הן דאין ברירה והוה כמו שהחליפו חלקיהן. וכן מפרש שם (כה.) לקוחות דאין ברירה ואיכא למיחש חלק שנטל זה היה ראוי לאחיו כו'. וכן בביצה (לז:) ד"ה לקוחות הן ולא אמרינן הוברר לכל אחד חלק ירושתו וירושה אינה חוזרת ביובל אלא שמא חלק הבא לזה לא היה שלו והרי החליפו חלקיהן והו"ל לקוחות ומחזירין זה לזה ביובל. ע"כ נ"ל לבאר דברי רש"י והרמב"ם עפ"י דברי הירושלמי דדמאי פ"י ה"ו. והדבר ברור דמשם יצאו להם זאת. דאיתא שם תני ישראל וא"י שקנו שדה בסוריא הרי הוא כטבל וכמעשר (גי' הגר"א ז"ל וכחולין) מעורבין זה בזה דברי רבי רשב"ג אומר חלקו של ישראל חייב חלקו של א"י פטור ר' יסא בשם ר' חנינא מה פליגין כשחלקו שדה בקמתה אבל אם חלקו גדיש (כשחלקו שדה אבל אם חלקו עמרים) אף רשב"ג מודה לרבי שכל קלח וקלח של שותפות הוא א"ר יוסי בשם ר' יוחנן מה פליגין כשחלקו שדה בקמתה בל אם חלקו עמרים (כשחלקו עמרים אבל אם חלקו גדיש) אף רשב"ג מודה לרב שכל קלח

וקלח של שותפות הוא על דעתי' דר' יונה מה בין גדיש מה בין עמרים בקוצר כל שהוא ומניח לפניו ע"כ והנה המפרשים פירשו דכונת הירושלמי הוא לחלק בין חלקו בתלוש ובין חלקו מחובר דבחלקו בתלוש לכו"ע לא אמרינן ברירה. ועיין בתוי"ט דכתב הטעם כיון שקצרו בשותפות לא שייך כ"כ לומר ברירה והדברים תמוהים וקשה להבין הסברא. ע"כ נ"ל לפע"ד לפרש הירושלמי לפי גי' הגר"א ז"ל דר' יסא ס"ל דהא דפליגי רבי ורשב"ג דוקא אם חלקו השדה עם הפירות דבזה ס"ל לרשב"ג דאמרינן ברירה דאמרינן הוברר הדבר למפרע שמה שהגיע להישראל על חלקו הוא חלקו מעיקרא וא"כ הפירות שלו גדלו על קרקע שלו. ולכך חייבת בתרומה בודאי אבל אם לא חלקו הקרקע כלל רק חלקו עמרים לבד ס"ל לר"י דכו"ע מודים דלא אמרינן בזה ברירה שהוברר הדבר למפרע שהפירות שהגיע להישראל גדל על קרקע שלו כיון שעדיין לא חלקו הקרקע ועדיין הקרקע הוא של שותפות א"כ הוה כל קלח וקלח טבל וחולין מעורבין לכו"ע. אבל ר' יונה בא לפרש דאף בחלקו עמרים לבד בלא הקרקע נמי שייך לומר ברירה וסבירא ליה לרבי שמעון בן גמליאל דאמרינן הוברר הדבר למפרע משעת קנית השדה בשותפות דהקרקע שיגדלו הפירות שיגיע לו בעת חלוקת הפירות היא שלו. ואף שבשנה האחרת אפשר להיות שהפירות שיגדלו על קרקע זו יגיע לא"י אין בכך כלום. ומצינו דאמרינן ברירה כה"ג בנדרים בראש פ' השותפים דאמרינן שם השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנוס לחצר ראב"י אומר זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו ואמרינן בב"ק דפליגי בברירה. אלמא דראב"י סובר דאף שלא חלקו הקרקע עדיין מ"מ אמרינן ברירה דכל אחד שמשתמש בשלו (ור' יסא דס"ל דכ"ז שלא חלקו הקרקע לא שייך ברירה נ"ל דס"ל הטעם דראב"י הוא לאו משום ברירה. אלא כיון דהחצר אין בו דין חלוקה וא"כ ע"כ אתה מוציאו מחצירו. והוה כאלו אוסר נכסי חבירו על חבירו) ופריך שם הירושלמי על דעתי' דר' יונה מה בין גדיש לעמרים כיון דס"ל דפליגי אף בחלק הפירות בלבד בלא הקרקע א"כ מאי נ"מ בין חלקו גדיש או עמרים. ומשני בקוצר כל שהו ומניח לפניו. ר"ל שקצר והניח לכל או"א מה שקצר א"כ נתברר היניקות לכל או"א בפ"ע לכך אמרינן בזה ברירה דהוברר הדבר למפרע דמה שהגיע לו ינק מקרקע שלו. אבל היכא שלא נתברר היניקות לכל או"א בפ"ע היינו שמקלח אחד הגיע לזה ולזה כו"ע מודים דלא אמרינן בזה ברירה דא"א לומר הוברר הדבר למפרע שמה שהגיע לכל או"א ינק מקרקע שלו. כיון שמשורש אחד הגיע לישראל ולא"י. לכך בגדיש שהיה דרכם לפזר העמרים כדי לדוש וכשמחלקים שם א"א לברר כל קלח וקלח בפ"ע ואפשר שהגיע מקלח אחד לישראל ולא"י כו"ע מודים דלא אמרינן בזה ברירה. הרי יצא לנו

מדברי הירושלמי דהיכא דחלקו הפירות בלבד בלא הקרקע לחד מ"ד כו"ע מודים דלא אמרינן בזה ברירה ובכל קו"ק טבל וחולין מעורבין בו. ולחד מ"ד אפי' בחלקו עמרים נמי פליגי. אבל למ"ד דלא אמרינן ברירה ודאי דבכל קו"ק טבל וחולין מעורבין בו כדעת רש"י והרמב"ם ז"ל ויכול לעשר עליו מיני' ובי' כיון דלא חלקו הקרקע א"כ טבל וחולין מעורבין בי' ממש אף בכל חטה וחטה. והא דנקטו קלח משום דהטעם דטבל וחולין מעורבין בי' ממש משום דהוא יונק מן החיוב ומן הפטור לכך נקט קלח דהוא השורש. וה"ה בכל חטה וחטה נמי טבל וחולין מעורבין בי':

והכלל דלהך מ"ד דבחלקו עמרים פליגי ע"כ הא דפליגי רבי ורשב"ג בברירה לא דמי לכל ברירה דעלמא אלא זה דמי לברירה דנדרים אי אמרינן דכל או"א בשלו משתמש או לא, ה"נ פליגי אי אמרינן ברירה דהפירות שהגיע לכל או"א ינק משלו ולא משל חבירו או לא אלא משל שניהם ינק. וכה"ג פליגי בב"ב (כז:) אילן מקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל טבל וחולין מעורבין זה בזה דברי רבי רשב"ג אומר הגדל בחיוב חייב והגדל בפטור פטור. ואמרינן שם דפליגי בברירה והך ברירה ודאי לא דמי לכל ברירה דעלמא. אלא דרבי סובר דאין יכול לחלוק הטבל מן החולין (לפי ה"א דהגמרא כיון דהיניקות מתערבין בהדדי. ולפי המסקנא משום דאוירא מבלבל) לכך בכל פירי ופירי איכא מקצתו טבל ומקצתו חולין וצריך לעשר עליו מיני' ובי' א"נ ממקום אחר עליו לפי חשבון. ומה שכתב רש"י בגיטין (כב.) וז"ל אין לך פירי באילן הזה שאין מקצתו מן הארץ שהוא טבל ומקצתו מחו"ל שהוא חולין לפי שהיניקה מתערב ונ"מ שאין מעשרין מטבל ודאי עליו דהוי מן החיוב על הפטור ולא ממנו על טבל ודאי עכ"ל. כונתו היינו שיפריש ממנו לא לפי החשבון טבל שיש בו על טבל גמור דאז אסור כיון דאיכא מחצה ודאי חולין. אבל לפי חשבון ודאי דמותר. וראי' לזה דהא גם הכא גבי שותפות א"י כתב רש"י דאין מפרישין ממנו על טבל גמור ומטבל גמור עליו מ"מ מבאר רש"י דעתי' להדיא בחולין (קלה:) וז"ל ולי נראה שיש לו תקנה בשני צדדין אם יש לו טבל ממקום אחר מפריש על זה לפי חציו שאין חייב אלא חציו ואם אין לו טבל אחר מפריש מיני' ובי' לפי כולו כו' עכ"ל:

אבל אם חלקו התבואה עם הקרקע למ"ד דא"ב גם רש"י מודה דבזה אינו יכול לעשר עליו ממקום אחר אף לפי חשבון דעל כל חלק וחלק איכא ספק טבל וספק חולין דשמא הגיע חלקו של הישראל להא"י וחלק של הא"י להישראל כמו דחיישינן גבי חלוקת האחין דהוי כלקוחות שמא החליפו חלקיהן אך מיני' ובי' נראה לכאורה דיכול לעשר. דלא חיישינן על כל מקצת ומקצת שמא הגיע חלק של זה לזה ושל זה לזה ואיכא בכל חלק וחלק חיוב ופטור. כיון דא"א לחלוק הקרקע על כל מקצת ומקצת דאין זה דרך

חלוקה וא"כ הספק הוא רק שמא החליפו חלקיהם א"כ מיני' ובי' יכול לעשר עליו ממ"נ. אבל לאחר העיון נ"ל דז"א דאינו יכול לעשר עליו מיני' ובי' משום דהיכא שחלקו השדה לאורך איכא למימר דא"ב והי' יכול לחלוק השדה ברוחב וא"כ הגיע לכל או"א מחצה משלו ומחצה של חבירו ואיכא בכל חלק וחלק מחצה חיוב ומחצה פטור והוה כמו טבל וחולין שנתערבו ואינו יכול לעשר עליו מיני' ובי'. אך היכא דאינו יכול לחלוק באופן אחר דהיינו שיש נגרא או נהר לאורך א"כ אין ספק רק שמא החליפו חלקיהם אז יכול לעשר עליו מיני' ובי'. ונראה דגם הרמב"ם דקאמר אפי' חלקו שדה בקמתה טבל וחולין מעורבין בכל קו"ק. אין כונתו דחלקו התבואה עם הקרקע מ"מ טבל וחולין מעורבין בכל קו"ק דס"ל דא"ב מטעם ודאי אלא נראה דפירושו דחלקו שדה בקמתה היינו שחלקו התבואה בלבד בלא הקרקע. וגם נראה מדבריו דכן היה גירסתו בהירושלמי בדברי ר' יסא בשם ר"ח מה פליגין שחלקו שדה בקמתה דלא כגירסת הגר"א שחלקו שדה. ולפי"ז צריך לפרש דברי הירושלמי דה"פ מה פליגין שחלקו שדה בקמתה דאז ס"ל לרשב"ג דאמרינן ברירה כיון דשעת החלוקה הי' בירור על היניקה של כל או"א שזה ינק מחלקו של ישראל וזה ינק מחלקו של א"י. אבל אם חלקו עמרים כגון שזה נטל עומר אחד וזה נטל עומר אחד אם כן היניקות של כל אחד ואחד לא נתבררו דהא יניקת קלח ג' טפחים כמו שמבואר בשבת בפ' ר"ע וכיון דכל קו"ק יונק משל ישראל ומשל א"י לכך לא מהני אם חלקו עמרים. ור' יונה משום ר"י אומר מה פליגי שחלקו עמרים דאז הוה בירור על היניקה של כל או"א ולינקת ג"ט מה שיונק משל חבירו לא חיישינן דעיקר יניקתה הוא כנגדה כמש"כ התוס' בב"ב (כז) ד"ה בחטה כו'. אבל אם חלקו גדיש דאז לא הוה בירור על היניקה בשעת חלוקה אז לא אמרינן ברירה לכו"ע. (ואפשר דאף לפי גי' הגר"א שחלקו שדה ג"כ פירושו לא שחלקו השדה עצמה כמשב"ל. אלא פי' שחלקו התבואה על השדה כמו שהיא מונחת לאחר הקצירה וכיון שלא ערבו אלא שזה נטל חלק זה וזה נטל חלק זה ע"כ נתברר היניקות לכל או"א לכך אמרינן בזה ברירה לרשב"ג. וכ"ש שחלקו שדה בקמתה ומה שלא ניחא להגר"א הגירסא שחלקו שדה בקמתה משום דאז משמע דוקא היכא שחלקו התבואה בעודה מחוברת אבל לא בתלוש. וזה אין סברא לחלק כמשב"ל. לכך הגיה שחלקו שדה) וכ"ש אם חלקו תבואה דודאי לא אמרינן ברירה לכו"ע:

ובזה נתיישב דברי הגמרא דידן בגיטין דפריך שם מהך ברייתא למ"ד אין קנין לא"י להפקיע מיד תו"מ דאמאי לא משני דהכא מיירי שחלקו לאחר מרוח א"כ חלקו של א"י פטור מטעם מרוח א"י. ועיין מה שדחק בזה הכ"מ בה' תרומות פ"א ה"כ בשם הר"י

קורקש. אבל לפמש"ב מדברי הירושלמי הנ"ל דבכה"ג כו"ע מודים דלא אמרינן ברירה וע"כ פלוגתתם מיירי דחלקו התבואה בעודה בקמה או לאחר הקצירה כמו שהיא מונחת על השדה או חלקו עמרים לדברי ר' יונה לכך פריך הגמרא שפיר דמשמע מהברייתא דטבל וחולין מעורבין בכל חלק וחלק אף בחלקו של ישראל ואי אמרינן דאין קנין א"כ חלקו שהגיע להישראל ונתמרח בידו להוי כולו טבל. מ"מ דברי הרמב"ם שם צ"ע דכתב וז"ל בד"א בא"י כו' אבל אם לקחו שדה בסוריא הואיל והמעשרות שם מדבריהם אפי' חלקו הגדיש חלקו של עובד כוכבים פטור מכלום עכ"ל. הא בירושלמי מבואר להדיא דחלקו גדיש כו"ע מודים דלא אמרי' ברירה אע"ג דשם מיירי להדיא שקנו שדה בסוריא ואולי הרמב"ם לא גריס בסוריא בברייתא שהובא בירושלמי דזאת הברייתא גופה הובא בתלמודא דידן בגיטין ולא נזכר שם דאיירי בסוריא רק הגמ' מוקי לה דקאי על סוריא למ"ד אין קנין. מ"מ קשה טובא מנ"ל להרמב"ם להקל בסוריא אף היכא דחלקו גדיש דהא אנן לא נוכל להקל בדרבנן אלא היכא דפליג רבי ורשב"ג אי אמרינן ברירה או לא. אבל בחלקו גדיש כיון דבזה לא פליג כלל רבי ורשב"ג ולכו"ע לא אמרינן בזה ברירה א"כ מנ"ל להקל בזה בדרבנן וצ"ע:

היוצא לנו מכל דברינו אלה דגם רש"י ז"ל ס"ל דא"ב הוא מטעם ספק כדמוכח מכמה מקומות והא דס"ל דטבל וחולין מעורבין בכל חטה וחטה משום דהכא מיירי דחלקו הפירות בלבד ולא הקרקע. וכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל ולכך ס"ל בהל' שמיטה ויובל פי"א ה"כ דהא דאמרינן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל. היינו שמחליפין זה לזה וזה נוטל חלקו של זה וזה נוטל חלקו של זה משום דחיישינן שמא זה נטל חלקו של זה וזה נטל חלקו של זה לכך צריכין להחליף זה עם זה ביובל:

סימן טז

אמנם לפי"ז צריכין אנו לבאר דברי רש"י דבכורות (נ"ב:) דפי' דמחזירין זה לזה ביובל היינו שמתערבין החלקים ואח"כ חוזרין וחולקין כבתחילה דאמאי אין צריך להחזיר חלקו לחבירו לגמרי ויטול חלקו של חבירו כנגדו כדי לקיים מצות יובל. בשלמא אי אמרינן דא"ב מטעם ודאי א"כ כל או"א יש לו מחצית שלו ומחצית של חבירו לכך ביובל בטלה החלוקה וחוזרין ומתערבין החלקים וחולקין כבתחילה. אבל לפי מש"ב דגם רש"י ס"ל בכמה מקומות להדיא דכל או"א הוה לוקח בכל החלק משום דחיישינן שמא הגיע לו חלק חבירו א"כ קשה דאמאי אין צריך להחזיר ביובל כל או"א חלקו לחבירו כדי לקיים מצות יובל:

ונ"ל משום דבאמת לכאורה יש לתמוה על עצם הדין דמחזירין זה לזה ביובל. הא כיון דזה ספיקא ואפשר דהגיע לו חלקו הראוי לו מתחילה ואמאי צריך להחזיר ביובל הא קיי"ל גבי ממון המוציא מחבירו עליו הראיה וכן תמה במהרש"ל על הרמב"ם ז"ל כיון דהוא פסק גבי כתב גט לאיזה שארצה אגרש בו הוה ספק מגורשת אלמא דס"ל דהא דלא אמרינן ברירה בדאורייתא הוא מטעם ספק. א"כ האיך פסק גבי אחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל כיון דהוא רק מטעם ספיקא האיך מוציאין מספיקא לחזור ביובל ואמאי לא אמרינן אוקי ממונא אחזקתי'. ובאמת נפלאתי על המהרש"ל דהא קושיתו קשה על דברי ר"י בעצמו דאמאי ס"ל דמחזירין זה לזה ביובל כיון דזהו ספיקא דאולי הגיע לו חלקו באמת כמו שכתב הוא בעצמו שם דא"ב מטעם ספק כשיטת התוס' ולמה תמה המהרש"ל על הרמב"ם יותר מעל דברי ר"י בעצמו. וכן תמוה לי דברי הפנ"י בגיטין שם דכתב דדוקא לר"י דאמר דבודאי אין ברירה ע"כ מחזירין זה לזה לגמרי לכך קאמר דאי לאו דקנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצינו ידינו ורגלינו בבהמ"ד אבל לפי מאי דקיי"ל דבדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה ע"כ משום דמספקא לן אי יש ברירה או לא לכך אינן חוזרין ביובל רק כדי לקיים מצות יובל אבל אח"כ נוטל כל או"א חלקו כדמעיקרא משום דמספיקא לא מפקינן ממונא (ולכך הוה קנין הגוף) וזהו כונת הרמב"ם שם דהאחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל לא תבטל חלוקתן מכמו שהיתה משא"כ לענין חלק בכורה ומיבם אשת אחיו כתב הרמב"ם ז"ל שמחזירין חלקו שנטל ונוטל חלק שכנגדו משום דהתם ודאי מחזירין לגמרי דמתנה קריי' רחמנא וקיי"ל דמתנה חוזרת ביובל עכת"ד. ולא יכולתי להבין כונתו דמה היא סברתו דלר"י מחזירין לגמרי ולדידן רק כדי לקיים מצות יובל בלבד דהא אף לר"י דס"ל דודאי א"ב נמי לא הוי לקוחות אלא מספיקא דלמא לא הגיע לו חלקו וכיון מספיקא לא מפקינן ממונא אמאי מחזירין לגמרי לא יחזור אלא רק כדי לקיים מצות יובל בלבד ועוד מנ"ל להגמרא באמת דלר"י מחזירין לגמרי דלמא גם כונת ר"י דאין מחזירין רק כדי לקיים מצות יובל בלבד מהאי טעמא כיון דאפשר דהגיע לו חלקו מה שראוי לו. ואין לומר משום דלישנא דמחזירין זה לזה לא משמע הכי. ז"א דהא הפנ"י בעצמו בפ' כל הגט פי' דהא דקאמרינן שם ואי אשמעינן שדה משום דלחומרא ולפי"ז ע"כ הא דקאמר ר"י דמחזירין הוא רק כדי לקיים מצות יובל א"כ חזינן דיכולין לפרש לישנא דר"י דמחזירין הוא רק כדי לקיים מצות יובל וא"כ מנ"ל דאף לפי מאי דסובר ר' יוחנן דודאי אין ברירה הא איכא למימר דסובר דאינו מחזיר רק כדי לקיים מצות יובל בלבד מטעם ספק זה דלמא הגיע לו חלקו הראוי לו. וגם לפענ"ד נראה דבמחכ"ת שגג בכונת הרמב"ם דמה שכתב לא תבטל חלוקתן

מכמות שהיתה כונתו הוא לא שבטלה החלוקה ביובל וחוזרין וחולקין ע"י גור (ונראה דבא לאפוקי משום דלפי מאי דאמרינן שם בפ' כל הגט ובבכורות (נז.) אי נמי כתחילה. ופירושו דגבי יובל בעינן חוזרת הקרקע לתחילתו שהיתה ביחד. דלפי זה ודאי דביובל בטלה החלוקה לגמרי וחוזרין וחולקין ע"י גורל) אלא החלוקה שלהם אינה בטלה רק שמחליפין זה עם זה כיון דכל או"א הוה לוקח בחלקו ע"כ צריך להחליף עם אחיו. והראי' לזה דהא מסיים שם הרמב"ם וכן הבכור והמיבם את אשת אחיו מחזיר ביובל חלקו שנטל ונוטל חלק שכנגדו אלמא דמי להדדי. א"כ מוכח להדיא דלאו משום מצות יובל בלבד מחזיר ואח"כ נוטל בחזרה אלא לגמרי מחליף עם שכנגדו. ומה שכתב הפנ"י דשאני חלק בכורה משום דמתנה קריי' רחמנא וקיי"ל דמתנה חוזרת ביובל נפלאתי על דבריו מאד דא"כ אמאי נוטל חלק שכנגדו. הא ר"א דס"ל שם דחלק בכורה מתנה קריי' רחמנא ס"ל דחלק בכורה חוזרת לבטלה ואינו נוטל כלל חלק שכנגדו בעדה אלא הוה כמו מתנה דעלמא דאינה רק עד היובל. והא אנן קיי"ל כחכמים שם דס"ל דמקיש חלק בכורה לחלק פשיטות וגם חלק בכורה הוה כירושה ומשו"ה אינה חוזרת לבטלה ולכך כתב הרמב"ם דמחזיר חלקו ונוטל חלק שכנגדו:

אלא ראה דע"כ צ"ל דלכך מחזירין ביובל אע"ג שזהו ספיקא דאולי לא הגיע לו חלקו הראוי לו מ"מ לא שייך למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' משום דהקרקע בחזקת היורשים עומדת ולא מיקרי יורש שהקרקע בידו מוחזק יותר מהיורש האחר. ובזה מתרץ הג"פ בסי' קכ"ב קושית המהרש"ל הנ"ל על הרמב"ם ז"ל. אך לכאורה תירוצו צ"ע דבשלמא אי הוה הספק בתחילת הקניה אם קנה או לאו הוה אמרינן דהיורשים אינם מוחזקים איש נגד אחיו ומוקמינן הקרקע בחזקה דמעיקרא דיד כל היורשים שוה בזה. אבל כאן כיון דבתחילת הקניה אין ספק כלל וקנה הקרקע בודאי עד היובל. רק הספק הוא אם צריך להחזיר ביובל או לא. האיך שייך בזה לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת ומה שרמז הגאון הנ"ל לדברי הכה"ג סי' כ"ה סקנ"א המעיין שם יראה דלא דמי כלל לזה. דשם היה הספק על תחילת הירושה אם זה היורש צריך לירש או זה והחזיק אחד בירושה. ופסקו דאין הוא מוחזק כנגד השני דקרקע בחזקת המת עומדת. אבל הכא הא הספק הוא על החזרה אם צריך להחזיר או לא איכא למימר דמספיקא אינו צריך להחזיר. וכן מצאתי בשעה"מ פ"ג מה"ג שהשיג על הג"פ ג"כ מטעם הנ"ל. וכתב שזה פשוט דהסברא הוא דלא כהג"פ. ולפע"ד יש להביא ראי' לזה דהיכא דירד כדין והספק אם צריך להחזיר או לא. לא שייך למימר קרקע בחזקת בעליה עומדת מדברי הרשב"א בתשובה ח"ר תתקע"ב ובח"א סי' רכ"ט גבי אם היה ספק תרי ותרי אי הוה תנאי במכירה שאם יסלק לו

המעות לזמן קצוב יבטל המכירה למפרע דפסקו הב"ד דהקרקע בחזקת מרי קמא קיימת. והרשב"א השיג וכתב וכיון שהחזיק בו ר"י זה בדין לדברי כולם אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת התנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים העמד הכרם בחזקת מר יצחק זה שהיה מוחזק בה עכשיו וכדין ואין אומרים בכיוצא בזה אוקי בחזקת מרי קמא כו' עכ"ל. וכן מוכח מדברי התוס' ב"ב (סב:) ד"ה אתמר כו' דכתבו וז"ל וכן לרב אשי בפ"ק דב"ק (ט.) גבי אחין שחלקו ובא בעל חוב וטרף חלקו של אחד מהן דאמרינן נוטל רביע בקרקע כו' דמספקא לי' אי כיורשים או כלקוחות דמי וחולקין ולא אמר המע"ה יעו"ש. וגם שם אי כיורש דמי צריך להיות בטל החלוקה. ולפי דברי הגאון בעל ג"פ אמאי מיקרי היורש שהחזיק בקרקע מוחזק יותר לגבי יורש האחר. אלא ע"כ צ"ל כמש"כ כיון דלכו"ע היורש זה לכתחילה ירד כדין לקרקע זאת אלא דמספקא לן לאחר שטרף הב"ח חלק של אחד מהם אם צריך להחזיר הקרקע או לא מיקרי מוחזק לגבי יורש אחר:

ולכאורה עלה בדעתי דמ"מ התוס' דב"ק ס"ל כשיטת הג"פ הנ"ל דאפי' היכא דירד יורש אחד כדין מ"מ אמרינן דהקרקע בחזקת היורשים עומדת. דהתוס' שם בד"ה הלכך כו' כתבו על דברי רב אסי דלא שייך בזה המע"ה. ומה שפי' שם המהר"ם ע"ז משום שאין הספק מחמת טענותיהם אלא מחמת עצמו דבריו תמוהים מאד. וכן תמה הפנ"י שם דהא קיי"ל דגם בספיקא דדינא המע"ה. אלא ע"כ צ"ל דס"ל להתוס' כסברת הג"פ דהקרקע בחזקת היורשים עומדת אפי' היכא דירד כדין. אבל לאחר העיון ז"א דש"ה אי כיורש דמי בעלה החלוקה מעיקרא ונטל שלא כדין חלק של חבירו כיון דהשדה של יורש השני הי' אפותיקי לב"ח כמש"כ התוס' שם. א"כ החלוקה היתה בטעות מעיקרא. ומספקא לן על עיקר חזקה שהחזיק אחיו אם היה כדין או לא. ולא דמי לנ"ד שירד עד היובל ודאי כדין. או בעובדא דהרשב"א עד שיחזיר לו מעותיו. ונראה דע"כ צ"ל דהתוס' הנ"ל אזלי לפי פי' השני דפירש"י דאם כיורש דמי לא מצי לסלוקי ליורש השני בזוזי אלא דוקא בקרקע משום דבעלה החלוקה מעיקרא. דאי לפי פי' הראשון דרש"י ז"ל דאם כיורש דמי מצי לסלוקי נמי במעות. א"כ הספק הוא רק אם חייב לשלם ליורש השני בעד החוב של אביו או לא א"כ אמאי לא אמרינן בזה המע"ה. ובזה יתיישב דברי התוס' שם ד"ה רב אסי מה שהקשו על לשון ראשון דרש"י ודוק בזה. ולכאורה לפי"ז איכא למימר דהתוס' דב"ב דכתבו דהא דר"א שייך המע"ה ס"ל כלשון ראשון דרש"י ולא פליגי אתוס' דב"ק. אבל המעיין היטיב בבכורות (מח.) בתוס' ד"ה דאמר מסכימין מעיקרא דעיקר כלשון אחרון דרש"י ואח"כ הקשו מאחר דמספקא לי' לר"א אי כלקוחות הוה או כיורשים הוה

נימא המע"ה ותירצו דהכא נראה להחכמים לעשות כודאי פלגא הכי ופלגא הכי. אלמא דס"ל דאפי' כה"ג דהוה ספיקא על עיקר החלוקה אם היה כדין או לא. אך מאחר שירד ברשות מיקרי יורש זה מוחזק כנגד השני:

ונראה דהתוס' דבכורות פליגי עם התוס' דב"ק בזו הסברא דהתוס' דבכורות ס"ל דזה לא הוה ספק על עיקר החזקה שהחזיק אחיו אם היתה כדין או לאו. אע"ג דמיירי שעשה אפותיקי מ"מ הא מיירי דעשה אפותיקי סתם וא"כ יכול הב"ח ליטול קרקע אחר אם ירצה כמש"כ התוס' הרא"ש בש"מ שם א"כ אין זה מיקרי טעות בחלוקה מעיקרא כיון שאפשר ליטול הב"ח הקרקע השניה של אחיו. וכ"ש לפי תירוץ הרא"ש בב"ק דלכך יכול הבע"ח ליעול מאחד מהם ואינו יכול לכופו לבע"ח ליטול משנים משום דהבע"ח אינו מחוייב ליטול חצי שדה מזה וחצי שדה מזה (ובמק"א אבאר זאת באריכות בס"ד) א"כ החזקה שהחזיק בה אחיו מתחילה מיקרי חזקה כדין ואין זה מיקרי טעות בחלוקה מעיקרא. רק דמספקא לן אם צריך להחזיר לכך ס"ל להתוס' דבכורות דמספיקא אינו יכול להוציא מן המוחזק שמחזיק בה כעת אבל התוס' דב"ק ס"ל אע"ג דמיירי שעשה אפותיקי סתם מ"מ מיקרי זה טעות בחלוקה מעיקרא אי אמרינן כיורשין דמי כיון דבודאי יבוא הבע"ח ליעול הקרקע של האפותיקי כדי שיטול בעד חובו במקום אחד והוא אינו יכול לדחותו שיגבה גם מן אחיו השני כיון דשדה זו נעשה אפותיקי. אבל אם בא ליעול מן אחיו השני שלא עשה אפותיקי אינו יכול ליעול ממנו רק החצי (ומיירי שיש בכל שדה ושדה כשיעור שני שדות כמו שאבאר שם) לכך מיקרי זה טעות בחלוקה מעיקרא ומספקא לן אי אמרינן כלקוחות דמי והוה החלוקה כדין מעיקרא או כיורשין דמי ובעלה החלוקה א"כ לא היתה החלוקה כדין מעיקרא. וכיון דמספקא לן על עיקר החלוקה אם החזיק בה כדין או לא לכך ס"ל להתוס' דבב"ק דלא אמרינן בזה המע"ה ולכך חולקין ואינו נוטל רק רביע או בקרקע או במעות:

אך לכאורה קשה לפי"ז הסוגיא דבכורות שהביא שם דברי ר"א דס"ל דהאחין שחלקו הוה מחצה יורש ומחצה לקוחות ופירש"י והתוס' שם דזהו ר"א דב"ק דמספקי לי' אי כיורשין דמי או כלקוחות דמי לכך ס"ל דהוא מחצה יורש ומחצה לוקח וגבי רק רביע וא"כ ה"ה מלוה ע"פ גבי מהן רק מחצה. וזה ניחא לפי דברי התוס' דבכורות ודב"ב דס"ל דגם בב"ק צריך מה"ד להיות המע"ה אלא דהחכמים עשו כודאי פלגא הכי ופלגא הכי. אבל לפי מש"ב דברי התוס' דב"ק דלכך גבי מחצה ולא אמרינן בזה המע"ה משום דהכא מספקי לן על החזקה מעיקרא אם החזיק בה כדין או לא א"כ האיך למד הגמרא דבכורות דר"א ס"ל דגם לענין מלוה ע"פ גבי מהם מחצה הא לענין מלוה ע"פ ודאי דמיקרי האחין

מוחזקין וא"כ צריך להיות המע"ה גם לר"א. ונראה דע"כ צ"ל דהתוס' דב"ק מפרשי דברי הגמרא דבכורות כפי שיטה החדשה שפי' בסי' י"ג דדברי ר"א דבכורות אין זה דברי ר"א דב"ק אלא היא מימרא אחרת דס"ל בכ"מ דהאחין שחלקו הוה מחצה יורש ומחצה לוקח. ונחזור לענינינו דלכאורה תירוץ הג"פ לתרץ קושית המהרש"ל הוא תמוה כיון דאנן מספקא לן אי יש ברירה או לא הספק הוא רק על החזרה אם צריך להחזיר ביובל או לא. אבל מתחילה ודאי ירד כדין והיתה שלו עד היובל א"כ אמאי לא מוקמינן לה אחזקתו שמוחזק בה עתה. ומספיקא אמאי צריך להחזיר. וגם תחזור קושיתינו למקומה דאפי' לפי דעת המהרש"ל דס"ל דלדידן אמרינן דודאי אין ברירה ולכך מחזירין ביובל. מ"מ תיקשי כיון דאפי' אי אמרינן ודאי אין ברירה הוא רק ספיקא דאולי לא הגיע לו חלקו אבל יוכל להיות דהגיע לו חלקו ממש א"כ מספיקא אמאי מחזיר ביובל ולא מוקמינן לה אחזקתה:

אבל לאחר העיון נ"ל דתירוץ הג"פ הוא נכון מאד דודאי אם היה נולד לן הספק לאחר שירד בה כדין אם צריך להחזיר או לא ודאי דהדין הוא כמו שבארנו כיון דתחילת ירידתו היה כדין מספיקא אינו צריך להחזיר. אבל הכא גבי האחין שחלקו הא נולד לנו הספק בעת שהם חולקין אם יכול כל או"א להחזיק בחלקו לעולם ואין צריך להחזיר ביובל או לא דאינו יכול לזכות בה אלא עד היובל משום דאין ברירה ואולי לא הגיע לו חלקו אלא חלק חבירו לכך מוקמינן לה אחזקת מרי' קמא כיון דנולד לנו הספק בעיקר הזכיה אם זכה בה קנין הגוף או קנין פירות בלבד מוקמינן לה אחזקת מרי' קמא ואינו יכול לזכות בה אלא קנין פירות בלבד וצריך לחזור ביובל. וכן נלפע"ד ברור דהיכא שמכר קרקע לחבירו על תנאי ונולד לנו הספק אם מחוייב לקיים התנאי או שהמעשה קיים אפי' אם לא יתקיים התנאי מוקמינן להקרקע אחזקת מרי' קמא ואם לא קיים התנאי חוזרת הקרקע לבעליה אף שתחילת ירידתו בקרקע היה כדין וכ"ז שלא הגיע זמן התנאי הרי הקרקע שלו והספק הוא על החזרה אם צריך להחזיר הקרקע כיון שלא קיים התנאי או לא. מ"מ כיון דהספק נולד בהזכיה אם זכה בקרקע אף אם לא יקיים התנאי או לא מספיקא אינו יכול לזכות בה ומוקמינן לה אחזקת מרי' קמא ולא דמי לעובדא דהרשב"א גבי ספק תרי ותרי שהבאתי למעלה דפסק דהקרקע בחזקת הלוקח קיימא. דהתם הא מיירי שמכר לו מכירה גמורה אלא שנולד לנו ספק תרי ותרי אם היה תנאי בעת המכר שאם יתן לו המעות בחזרה אז יתבטל המכר מעיקרא. ולכך פסק הרשב"א דבחזקת הלוקח קיימא כיון דהמכר היה מכר ודאי והתנאי לבטל המכר מעיקרא הוא ספק מספיקא אינו יכול לבעל המכר וכ"כ היכא שהתנה עמו בודאי שאם יתן לו המעות

יתבטל המכר מעיקרא צריך המוכר להביא ראי' שנתן לו המעות בחזרה ונתבטל המכר וכ"ז שלא הביא ראי' המכר קיים. ועיין בקונ' משפטי התנאים סי' ו' מה שבארנו עוד בזה:
ולפי מש"ב נתיישב היטיב דברי רש"י ז"ל אע"ג דס"ל דא"ב מטעם ספק כמש"ב מ"מ ס"ל גבי יובל דאין מחזירין זה לזה לגמרי אלא מתערבין החלקים וחוזרין וחולקין כבתחילה משום דהא הטעם דצריך להחזיר ביובל אע"ג דהוה ספיקא שמא הגיע לו חלקו וא"כ המע"ה אלא משום דמוקמינן לה אחזקת מרי' קמא כמש"ב א"כ אינו מחוייב להחזיר ביובל רק לחזקת מרי' קמא כמו שהיה קודם החלוקה. אבל להחזיר לחבירו לגמרי אינו מחוייב אע"ג דשמא הגיע לו חלק חבירו מ"מ אינו מחוייב דהמע"ה. ואדרבה דעת הרמב"ם צ"ע דאמאי מחוייב מספיקא להחזיר חלקו לחבירו וליטול חלקו של כנגדו. ונראה דלפי דעת הרמב"ם ע"כ צריך לתרץ כמו שתי' השעה"מ בה"ג פ"ג ה"ד וכתב דלכך לא שייך בזה לומר המע"ה משום דאיכא מצות יובל ואע"ג דגבי ספק בכור קיי"ל דפטור מפדיון מטעם המע"ה אע"ג דאיכא מצוה שאני התם דאיכא פסידא דבעי לאפוקי מיני' חמשה סלעים מספק משא"כ הכא דליכא פסידא כ"כ שהרי מחזירין זה לזה ומתחילה ודאי חלקו בשוה והלכך כל כה"ג כיון דאיכא מצוה לא אמרינן המע"ה. אבל מ"מ צ"ע דמי לא עסקינן דבתוך הזמן שעד היובל נשבח חלקו של אחד מהם כגון דיקלא ואלים ארעא ואסיק שירטון ומשמע מדברי הרמב"ם שם ה"ח שכ' וז"ל הלוקח שדה אחוזה ונטעה אילנות והשביחה כשהיא חוזרת ביובל שמין שבח האילנות שבתוכה ונותן בעל השדה דמי השבח ללוקח כו'. ומדכתב הרמב"ם ונטעה אילנות משמע דוקא כשהשביח הקרקע ע"י הלוקח אין צריך להחזיר לו כל השבח מטעם גזה"כ ממכר חוזר ולא שבח. ואין דינו כאחר היורד ברשות דשמין לו כאריס אבל שבח דאתי' ממילא צריך להחזיר. אע"ג דמגמרא ב"מ (קט.) מוכח דגם שבח שקמה נוטל ואינו חוזר. שאני התם דאדעתא דהכי נחית והוה כמו פירי. ועיי"ש בדברי התוס' ד"ה אלא כו'. ועוד אפשר לאשכוחי בכגון שחלק של אחד מהם הכסיף כגון שהיה השדה מלאה אילנות ונתייבש חלק של אחד מהם. וא"כ איכא. פסידא כשמחזיר אחד לחבירו חלקו ונוטל חלק חבירו. וע"כ צריך לדחוקי דבכה"ג היכא דאיכא פסידא לאחד מהם גם הרמב"ם מודה דאינו מחזיר אחד לחבירו אלא מתערבין החלקים וחוזרין וחולקין כבתחילה
אך צ"ע מנ"ל להרמב"ם זאת דאפי' היכא דליכא פסידא הוא מחוייב מספיקא להחליף עם אחיו כדי לקיים מצות יובל. ואי משום דלישנא דר"י מחזירין זה לזה משמע דמחזירין זה לזה ממש. ז"א דהא לפי מאי דקאמר הגמרא בגיטין (כה.) אי נמי כתחילה. ע"כ פירוש דברי ר"י דמחזירין זה לזה ומתערבין החלקים ואח"כ חולקין עפ"י גורל. א"כ

איכא למימר דאף לפי האמת דטעמא דר"י הוא משום דס"ל דאין ברירה מ"מ מספיקא דאולי לא הגיע לו חלקו אינו מחוייב רק לערב החלקים זה בזה ואח"כ לחלוק עפ"י גורל או עפ"י שומא אבל לא להחליף עם אחיו ולהוציא מתחת ידו. ומדברי הכ"מ בה' שמיטה ויובל פי"א ה"כ נראה דהרמב"ם למד זאת מדברי הגמרא דבכורות דז"ל וכן הבכור והמייבם כו'. משנה בפ' יש בכור ואלו שאין חוזרין ביובל הבכור והיורש את אשתו והמייבם את אשת אחיו ואמרינן בגמרא דמחזירין זה לזה ומאי אין חוזרין אין חוזרין לבטלה כלומר שיהא מאבד חלק בכורתו אלא חוזרים וחולקים ונוטל פי שנים כבתחילה כך פירש"י ומדברי רבינו נראה דה"ק אין מחזירין לבטל החלוקה לגמרי ולחזור ולחלוק כבתחילה אלא החלוקה קיימת רק שמחליפים של זה בשל זה דאילו לפירש"י קשה מהיכא תיסק אדעתין שהיה מפסיד זה חלק בכורתו עכ"ל. אבל לפע"ד דבריו נפלאים מאד דהאיך אפשר לומר דהרמב"ם מפרש שזה כונת הגמרא בהא דקאמר אין חוזרין לבטלה. דא"כ לפי"ז פליגי ר"א ורבנן בפלוגתא האיך חולקין לאחר היובל אבל לכו"ע חלק הבכורה אינו מפסיד. ואמאי לא נחלקו אלא בבכור ומייבם ולא פליגי בכל ירושה שצריך לחזור ביובל האיך חולקין אח"כ. אע"כ צ"ל דלא כהכ"מ. ופירוש של חוזר לבטלה הוא כפירש"י דלר"א מפסיד חלק הבכורה לגמרי. ומה שהקשה הכ"מ האיך תיסק אדעתין שיפסיד חלק בכורתו אין אני רואה בזה שום קושיא דהא קאמר הגמרא להדיא דר"א סובר דבכורה מתנה קריא רחמנא. וא"כ גזר הכתוב שיתן לו חלק בכורתו בתורת מתנה וכמו שבמתנה בעלמא הוא רק עד היובל ואחר. היובל חוזרת לבעלים. ה"ה נמי לגבי חלק הבכורה. ואפי' רבנן הוי מודים לזה אי לאו דגלי לן הקרא דמקיש חלק בכורה לחלק פשיטות:

וגם אתקפתא דרב ששת שם (נב:) מכלל דמ"ד חוזרין חוזרין לבטלה קאמר פי' בתמיה. לכאורה תמוה מאד דמה היה קשה לר"ש על ר"א אי אמרינן דס"ל דחוזרין לבטלה החלק בכורה. הא הטעם פשוט שם בגמרא כיון דמתנה קריא רחמנא ע"כ חוזרין לבטלה. ודוחק לומר דר"ש לא ידע טעם זה וסבר דפליגי אי יורשים הוה או לקוחות הוה דהא לפי זה קשה אמאי לא פליגי גם בחלק פשיטות. ונראה דע"כ צ"ל דתמיהת ר"ש דמתמה על ר"א האיך יסבור דחוזר לבטלה. הוא לאו משום דסובר דבאמת ס"ל לר"א דחוזרין שלא לבטלה. דבאמת גם ר"ש ידע מהך טעמא דר' אלעזר סובר דחלק בכורה הוא רק מתנה וכמו שמתנה חוזרת ביובל ה"ה נמי הבכורה חוזרת ביובל. אלא אתקפתא שלו הוא לפי דברי ר"י דקאמר דחלוקת האחין הוא רק עד היובל אי אמרינן דא"ב מטעם ודאי הא הטעם פשוט משום דהוה כמו שמכרו זה לזה את חלקו שיש לו בחלק חבירו עד היובל

ואף אי אמרינן דא"ב מטעם ספק. הא כבר בארנו למעלה דלכך צריך להחזיר ביובל משום דמספיקא אינו יכול לזכות בה קנין הגוף ולא זכה כל או"א בחלקו קנין פירות בלבד עד היובל ואחר היובל בטלה חלוקתן וצריכין לחלוק מחדש ע"כ תמה ר"ש דלפי דברי ר"י אמאי סובר ר"א דחלק בכורה חוזרת לבטלה כיון שגזר הכתוב שבעת חלוקת הירושה לאחר מיתת אביהן צריך לתת להבכור פי שנים א"כ מה לי פעם ראשון ומה לי פעם שני. בשלמא אי אמרינן דחלוקת האחין היא לעולם משום דיורשים הוה ניחא שפיר מה דסובר ר"א דחוזר לבטלה החלק בכורה כיון דהיא מתנה בעלמא. אבל ר"י כיון דס"ל דלקוחות הוה א"כ אמאי לא יתנו לו פי שנים כשחולקין מחדש לאחר היובל מידי דהוה שמת אביהן קודם היובל ולא חלקו עד לאחר היובל דודאי צריכין ליתן להבכור פי שנים ואמאי נמ"ל בזה שחלקו מקודם כיון שלא חלקו רק עד היובל ואחר היובל צריך להיות חלוקה מחדש. ואמאי לא יתנו לו פי שנים אז. וע"כ סובר ר"ש דלר"י א"א לפרש דר"א פליג עם הת"ק אם חוזר חלק בכורה לבטלה או לא ומשני רמי ב"ח לא שמיע לי' הא דאמר רבין אמר ר' יוחנן ואמרי לי' אר"א משום ר"א בן שמוע מאי חוזר חוזר לבטלה א"כ סובר ר"י להדיא דלר"א בן שמוע חוזר חלק בכורה לבטלה. וע"כ צ"ל כיון דמתנה קריא רחמנא גזה"כ הוא דאין לו חלק בכורה רק בחלוקה הראשונה לאחר מיתת אביהן עד היובל. אבל לא בחלוקה השניה לאחר היובל. ומה שכתבנו לישב דברי הגמרא נוכל לישב זאת אף לדעת הרמב"ם דס"ל דאף לר"י לא בטלה חלוקתן אלא מחליפין זה עם זה מ"מ הא כבר בארנו למעלה דדוקא במקום שאין הפסד כגון שהחלקים שוים גם עכשיו א"כ מחוייב מספיקא להחליף עם אחיו כדי לקיים מצות יובל אבל במקום שיש הפסד כגון שאין החלקים שוים כעת ודאי דגם הרמב"ם מודה דאינו מחוייב ליתן לאחיו אלא שמין זה כנגד זה כמו בתחילת החלוקה ובטלה חלוקתן דלמפרע וצריכין לחזור ולחלוק. ע"כ פריך שפיר ר"ש דלמה ס"ל לר"א דחלק בכורה חוזר לבטלה כמש"ב:

ומדי דברי בזה אכתוב מה שנראה לפ"ד לבאר מה שלא בארו הראשונים להדיא דלפעמים משכחת דהאחין שחלקו אינן חוזרין כלל ביובל אפי' לר"י דהא הטעם דסובר ר"י דלקוחות הן משום דסובר דא"ב. וזה דוקא בשניהם פשוטים שחלקו שדות שוות. אבל בכור שחלק עם פשיט שהבכור נטל השדה הגדולה והפשוט נטל שדה הקטנה וזה הוא מה"ד דגזר הכתוב שהבכור נוטל אחד מצרא השני חלקים כדאמרינן בב"ב. א"כ אין שייך בזה ברירה דהא הוברר מתחילה בשעת מיתת האב דהבכור יעול את הגדולה והפשוט את הקטנה וא"כ בזה אינו חוזר כלל ביובל. ואף לפי דעת הר"י דס"ל דמ"ה חולקין בכל שדה ושדה אלא דבכל שדה ושדה נוטל הבכור שני חלקים בב"א.

מ"מ הא מודה הר"י דמשום דכופין על מ"ס נוטל הבכור השדה הגדולה א"כ מה"ט נמי הוה כמבורר מתחילה בשעת מיתת האב שהשדה הגדולה שייך להבכור מטעם דכופין על מ"ס שהבכור יטול דוקא השדה הגדולה וא"א לחלוק בענין אחר וגם נראה היכא דחלקו ג' שדות סמוכות זו לזו והבכור נטל שתים והפשוט א' דהבכור אינו צריך להחזיר ביובל אלא השדה החיצונה (לדברי הרמב"ם מחליפין זה עם זה ולדעת רש"י מפילין גורל) אבל השדה האמצעית אינו צריך כלל להחזיר ביובל כיון דהיא שלו ממ"נ דהא צריך ליטול אחד מצרא ולפי"ז יהי' מיושב לשון הרמב"ם דכתב וכן הבכור והמייבם אשת אחיו מחזיר ביובל חלק שנטל ונוטל החלק שכנגדו. אלמא דאינו מחזיר רק חלק אחד לאחיו. ובזה מקיים מצות יובל. ולכאורה צ"ע הא נראה דאינו מקיים מצות יובל עד שיחזיר שני החלקים לאחיו. דהא אינו ידוע לנו איזה חלק הגיע לו מה שהיה ראוי לחבירו אע"ג דאינו יכול להחזיר שני החלקים לגמרי לאחיו מ"מ נראה דכדי לקיים מצות יובל מחוייב להחזיר שני החלקים ואח"כ מחזיר לו אחיו אחד מהם עפ"י גורל וגם החלק שהיה מעיקרא שלו. אבל לפי מה שבארתי כיון דהשדה האמצעית היא שלו ממ"נ ע"כ אינו צריך להחזירה ביובל א"ש. ואף ביבם דאין צריך לתת לו אחד מצרא מה"ד מ"מ הרמב"ם אזיל לשיטתי' דס"ל דהחילוק דבין בכור ליבם הוא דוקא בשדות שאינן שוות כגון שהשדה האמצעית היא עדיות וכמשב"ל (סי' ג') אבל בשדות שוות ס"ל דגם היבם נוטל אחד מצרא מטעם דכופין על מ"ס א"כ גם היבם אין צריך להחזיר השדה האמצעית כיון דהיא שלו ממ"נ. לכך קאמר הרמב"ם דמחזיר חלק שנטל ונוטל חלק שכנגדו דאינו מחזיר רק חלק אחד. אבל באמת לאחר העיון נראה כונה אחרת בדברי הרמב"ם דהרמב"ם בא להשמיענו דגם בכור ויבם דמחזירין חלק שנטל נוטל חלק שכנגדו ולא כר"א דס"ל דחוזר לבטלה לגמרי משום דמתנה קריא רחמנא וזה ראי' למה שכתבנו למעלה. מ"מ נ"ל דמשכ"ל דהיכא דהבכור נטל שדה הגדולה והפשוט נטל הקטנה דאין צריך להחזירה ביובל. וכן בחלקו ג' שדות סמוכות זו לזו אין הבכור צריך להחזיר השדה האמצעית הוא נכון לדינא אף שמדברי הרמב"ם אין ראי' לזה:

ונראה עוד דאף הרמב"ם דס"ל דמחליפין זה עם זה ביובל מודה דהיכא דיש ג' אחים או יותר דע"כ מפילין גורל אלא דס"ל דכל אחד שהחזיק בשדה עד היובל הוא אינו מוטל בגורל על שדה זו. כגון ראובן שמעון ולוי שחלקו ג' שדות ביובל ראובן מחזיר שדה שלו לשמעון ולוי והם מפילין גורל על שדה של ראובן ואם יזכה שמעון בשדה זו אז לוי ע"כ יטול שדה של שמעון וראובן ע"כ יטול שדה של לוי. וכן על דרך זו ביותר אחים. וכן בכור שחלק עם שני אחים מחזיר להם ביובל השדות שלו והוא נוטל את השדות

שלהם והם מפילין גורל ביניהם על השדות שלו. ולפי המ"ד דס"ל דחוזר לבטלה ע"כ גם הוא צריך לחלק עמהם עפ"י גורל כמובן. א"כ לפי"ז נתיישב שפיר אף לדעת הרמב"ם מה דפריך ר"ש אמאי חוזר לבטלה בתמיה. כיון דע"כ צריך לחלק עפ"י גורל א"כ הוה חלוקה מחדש א"כ אמאי אינו נוטל הבכור פי שנים ואין צריך למה שדחקנו למעלה לדעת הרמב"ם ז"ל:

סימן יז

אמנם הר"ש והרא"ש ס"ל דר"י ס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי כמו שהבאנו למעלה מדברי הירושלמי. וכן הוכחנו בסי' י"ד דע"כ ר' ירמיה נמי ס"ל דא"ב מטעם ודאי. וכבר ישבנו הקושיות שהקשו התוס' על שיטה זו מסוגיא דגיטין ומסוגיא דבכורות בתירוצים נכונים בעזר צורי. ונראה דזהו שיטת הרמב"ן ג"כ ויתיישב בזה מה שהקשה עליו הגאון בעל ש"א בסי' צ' דז"ל והנה לכאורה ק"ל לדעת התוס' דלמ"ד א"ב י"ל דלמא החליפו חלקו של זה לזה כו'. או שמא לא החליפו כלל וכיון דאיכא לספוקי כל הני ספיקא א"כ אמאי אמר ר"י חבית אסורה כו' כיון דתחומין דרבנן הו"ל ספיקא דרבנן ולקולא ואפי' חבית לישתרי. אבל לפירש"י א"ש דלמ"ד א"ב ודאי כל חלק וחלק מעורב בו מחצה של חבירו כו' וי"ל דס"ל לר"י כרב אשי כו' דבר שיש לו מתירין כמו שאינו בטל אפי' באלף ה"כ ספיקו אסור כו' ומכאן תשובה לדברי הרמב"ן בס' המלחמות בפ"ב דפסחים דכתב לר"י דבר שיש לו מתירין בטל כו' עכ"ל. והש"א אזיל לשיטתו דהסכים לדברי התוס' דדחו שיטת הסוברים דא"ב מטעם ודאי א"כ היא תשובה גדולה לדברי הרמב"ן. אבל לפי מה שהחזקנו שיטת הסוברים דר"י ס"ל דא"ב מטעם ודאי אין כאן תשובה כלל על דברי הרמב"ן ז"ל. כי לפי דברי הרמב"ן מוכרח לומר דר"י דסובר דחבית אסורה משום דס"ל דא"ב מטעם ודאי כך עלה בדעתי לכאורה:

אבל אח"כ התבוננתי עוד בדברי הרמב"ן בחידושיו וראיתי דא"א לומר כלל דהוא ס"ל דא"ב מטעם ודאי. כי לפי שיטת הסוברים דא"ב מטעם ודאי מוכרחין אנו לומר דהא דס"ל לשמואל דאחין שחלקו ובא בע"ח וטרף חלקו של אחד מהם ויתר אין זה מטעם דא"ב כיון דא"ב מטעם ודאי והוה מחצה יורש ומחצה לוקח א"כ אמאי אינו מחוייב לשלם מחצה מחלקו דהוה יורש וע"כ צ"ל דהא דס"ל לשמואל דהוה כלקוחות הוא מטעם דמסתמא ע"ד כן חלקו אף שאם יטרוף חלקו של אחד מהם לא יחזור על חבירו כמו דפירשו רוב הראשונים דברי רב דהא דס"ל דהוה כיורשין אין זה מטעם דס"ל דיש ברירה אלא מטעם דמסתמא ע"ד כן חלקו. והרמב"ן בחידושיו בב"ב פ' בית כור כתב להדיא דהא מדס"ל לשמואל הכא לקוחות הן אלמא דס"ל דא"ב. וכן כתב הרמב"ן בגיטין

בפ' כל הגט. א"כ ע"כ צ"ל דס"ל דא"ב מטעם ספק לכך הוה כלוקח בכל החלק. אך יש לדחות דהא אפי' לפי שיטת הסוברים דא"ב מטעם ודאי מ"מ מודים דאיכא מ"ד דס"ל דא"ב מטעם ספק כמו שמבואר בדברי הר"ש דר"א בירושלמי ס"ל דא"ב מטעם ספק א"כ איכא למימר דהרמב"ן ס"ל דשמואל סובר דא"ב מטעם ספק כיון דס"ל דהוה כלוקח בכל החלק. והא דס"ל בביצה דחבית אסורה משום דאזיל לטעמי' דס"ל בפסחים (לפי דברי הרמב"ן) דדבר שיש לו מתירין אפי' באלף לא בטל. אבל ר"י כיון דס"ל דדשיל"מ בטל ומ"מ ס"ל דחבית אסורה הוא משום דס"ל דא"ב מטעם ודאי אך מ"מ קשה לפי"ז דא"כ מי הכריח להגמרא לומר דר"א דב"ק ודב"ב דס"ל דנוטל רביעא בקרקע הוא משום דמספקא לי' אי הוה כיורשין או כלקוחות. דילמא משום דס"ל דא"ב מטעם ודאי וס"ל בכל מקום דהאחין שחלקו הוה מחצה יורש ומחצה לוקח וכפי מש"פ בסי' י"ג לפי שיטתם מוכרחין אנו לומר דר"א דבכורות ס"ל כן. אע"כ צ"ל לפי שיטתם דהא דס"ל לשמואל דהוה כלקוחות גבי בא בע"ח וטרף חלקו של אחד מהם לא שייך כלל לדין ברירה אלא הוא מטעם דמסתמא עד"כ חלקו לכך הוכרח הגמרא לומר דר"א מספקא לי' אי כרב או כשמואל ולא קאמר דס"ל דא"ב מטעם ודאי. אבל לפי דברי הרמב"ן דס"ל דהא דהוה כלקוחות הוא מטעם דא"ב א"כ מדלא פי' הגמרא דברי ר"א דס"ל דא"ב מטעם ודאי ע"כ דס"ל דליכא מ"ד דס"ל דא"ב מטעם ודאי:

מ"מ נבוך אנכי בדברי הרמב"ן שהרמב"ן בעצמו שם בב"ב כתב מקודם וז"ל ומיהו אנן מיהא דפסקינן בטלה מחלוקת לאו משום דיורשין הוו ואית ברירה אלא משום דכיורשין דמי לענין זה וע"כ אתה אומר כן דהא ר"מ אית ליה ברירה כדתני' הלוקח יין וכו' וסוגיין בדר' יהודא דלית ליה ברירה ואיכא דאמרי דאית ליה ברירה אבל דכ"ע מפשט פשיט לי' והתם בבכורות אמרינן דר"מ ור"י תרווייהו אית להו דרב אסי דאמר מחצה יורשין ומחצה לקוחות אלמא מספקא להו אלא ש"מ שאין דין האחין שחלקו ובא בעל חוב וטרף תלוי בדין ברירה אלא מילתא דטעמא הוא מר סבר ע"מ כן. חלקו ומר סבר לא חלקו אלא ע"מ כן כו' עכ"ל. הרי כתב להדיא דאפי' למ"ד דאית ליה ברירה מ"מ מצי סובר דהאחין שחלקו הוה כלקוחות לענין אם בא בעל חוב וטרף חלקו של אחד מהם והאיך כתב אח"כ ומדייק מדשמואל סבר דלקוחות הן אלמא סבר דאין ברירה. אבל גוף סברת הרמב"ן ליישב דברי הגמרא דבכורות לא יכולתי להבין דהאיך מצי למימר דר"מ דאית ליה ברירה מ"מ מספקא ליה דלקוחות הן דהא תינח לענין אם בא בע"ח וטרף חלקו של אחד מהן איכא למימר דאדעתיה דהכי חלקו שאף אם יבוא בע"ח ויטרוף חלקו מאחד מהם לא יהא לו כלום על חבירו אבל לענין מלוה ע"פ מה דמיירי בבכורות

כיון דמדינא הוה כיורשין ובע"ח גובה מהן כיון דאית ליה ברירה א"כ מה מהני דעתם בזה שיהי' כלקוחות שלא יכול בע"ח לגבות מהן וצ"ע:

ולפי מש"ב דמדברי הרמב"ן נראה דס"ל כשיטת הסוברים דא"ב מטעם ספק ע"כ צריך לישב קושית הש"א מה דהקשה עליו כיון דהוא סובר דלר"י דבר שיש לו מתירין בטל א"כ ס"ל דספק דשיל"מ נמי מותר א"כ אמאי ס"ל דחבית אסורה הא הוה ספיקא דילמא הגיע לו חלקו ממש וספיקא דרבנן לקולא ונראה דזה לא הוה ספק השקול משום דהא איכא לספוקי חדא דילמא הגיע לו חלק חבירו ממש ואפי' את"ל דלא הגיע לו חלק חבירו ממש מ"מ דילמא נתערב מחלק חבירו בחלקו א"כ הך ספיקא לאיסורא אלים מהספיקא דלהתירא דהא אין אנו יכולין להתיר לו רק אם הגיע לו חלקו ממש ולא נתערב מחלק חבירו רק פחות מששים א"כ הוה רובא לאיסורא אך לפי"ז צריך לומר דהגמרא מיירי דוקא אם קנו חבית אחד ואח"כ חלקו אבל אם קנו שני חביות ואח"כ חלקו חבית כנגד חבית מותר אף לר"י דהא הכא לא הוה רק ספק דילמא הגיע לו חלקו או חלק חבירו אבל דילמא נתערב מחלק חבירו בחלקו אין שום חשש בזה דהא זה לא הוה דרך חלוקה לחלוק כל חבית וחבית א"כ הוה ספק השקול ומותר אף לר"י אח"ז ראיתי דאפי' בלא דברי הרמב"ן ע"כ צריך לתרץ כן לפי שיטת הסוברים דא"ב מטעם ספק דהא כתבו התוס' בעירובין (מה:) על הא דאמרינן שם גשמים שירדו ביו"ט הרי הוא כרגלי כל אדם ופריך ואמאי לקני שביתה באוקיינוס כו' ומשני אמר ר' יצחק הכא בעבים שנתקשרו מעיו"ט עסקינן ודילמא הנך אזלי והנך אחריני נינהו דאית להו סימנא בגווייהו ואב"א הוה ספיקא דדבריהם וספק דדבריהם להקל וכתבו שם התוס' ד"ה אב"א וז"ל אע"ג דהוה דבר שיל"מ ואמר רב אשי בריש ביצה (ד.) דדשיל"מ אפי' באלף לא בטיל אפי' בספק דבריהם בעירוב הקילו עכ"ל א"כ ס"ל להתוס' להדיא אע"ג דמחמירינן לענין תחומין לענין ביטול כדאמרינן בביצה (לט.) דאפי' באלף לא בטל מ"מ לענין ספיקא מקילינן. א"כ תחזור קושית הש"א לפי שיטת הסוברים דא"ב מטעם ספק אפי' בלא דברי הרמב"ן דאמאי ס"ל לר"י דחבית אסורה וע"כ צריך לתרץ כמו שכתבנו דס"ל דזה לא הוה ספק השקול אבל לפי שיטת הר"ש והרא"ש דס"ל דר"י ס"ל דא"ב מטעם ודאי א"צ לכ"ז וא"ש בפשיטות מה דס"ל לר"י דחבית אסורה:

סימן יח

ונראה דאף לפי דעת הר"ש והרא"ש דס"ל דר"י סובר דא"ב מטעם ודאי מ"מ לפי מה דאנן קיי"ל דחבית מותרת ס"ל כר"א דירושלמי דא"ב הוא מטעם ספק לכך מקלינן בזה וכן נ"ל לפי"ז דהא דאמרינן בכ"מ בדרבנן י"ב הוא ג"כ מטעם זה משום דא"ב הוא מטעם

ספיקא לכך מקלינן בדרבנן ולא מטעם דזה הוה ספיקא דדינא כמש"כ גדולי האחרונים דהקילו בדרבנן משום דזה הוה ספיקא דדינא להחכמים אי יש ברירה או לא דקשה לפי"ז דברי הגמרא דעירובין (לז:) דקאמר שם רבא לר"נ מאן האי תנא דאפי' בדרבנן לית ליה ברירה אלמא דפסיקא לי' מסברא דחוק דצריך להיות חילוק בדין ברירה בין דרבנן לדאורייתא ואי אמרינן משום דזה הוה ספיקא דדינא להחכמים א"כ מאי קאמר מאן האי תנא מאיזה מקום פסיקא לי' דהחכמים היו מסתפקין בזה אי יש ברירה או לא דאדרבה כיון דחזינן דס"ל דא"ב א"כ ה"ה אפי' בדרבנן אלא ע"כ צ"ל משום דס"ל לרבא דא"ב הוא מטעם ספיקא לכך תמה מאן האי תנא דאפי' בדרבנן לית לי' ברירה וס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי לכך מחמיר גם גבי עירוב:

והא דא"ב מטעם ספיקא גבי עירוב או מטעם ודאי. נ"ל לבאר עפ"י דברי התוס' שם ד"ה אלא מעתה כו' דהמתבאר מדבריהם שם דהתוס' ס"ל דכל שעושה מעשה קנין או קריאת שם תרומה ותולה הדבר בתנאי דלהבא כיון דלעולם לא יבורר שהיה כן למפרע כיון דהדין דא"ב לא חל כלל המעשה ההיא ובטל בודאי הקנין או הקריאת שם אבל סברת מהר"י שם אף דא"ב היינו דמספקא אם הוברר והיה עומד לזה מיד משעת תנאו וחל המעשה או דלא היה עומד לכך ובטל המעשה משו"ה ס"ל דבודאי אחד מהן תרומה דבין אם הי' עומד מתחילה שירדו גשמים או לא עכ"פ חל הקריאת שם בחד מהם. א"כ גבי עירוב דאי אמרינן כסברת התוס' כיון דא"ב לא חל כלל קריאת השם לכך לא חל כלל העירוב למפרע ואין חילוק בין דאורייתא לדרבנן אבל אי אמרינן כסברת מהר"י דחל למפרע אלא דמספקא לן אם היה עומד לכך למפרע או לא א"כ צריך להקל גבי עירוב כיון דאין זה אלא מדרבנן וזהו כונת רבא מאן האי תנא דס"ל דא"ב מטעם ודאי ולא חל כלל המעשה למפרע לכך ס"ל דאם אמר הריני מערב לאיזה שארצה לא הוה עירוב כלל אם לא ביירר עד משחשכה וכן נראה שם להדיא דס"ל דלא חל העירוב כלל דלא כשיטת מהר"י דהא לשיטת מהר"י אמאי קאמר שם משחשיכה אין עירובו עירוב ולא קאמר דהוה חמר גמל כמו בכל ספק עירוב היכא דאזלינן לחומרא וכן משמע שם להדיא בברייתא דתני דבי איו דאי מתני לכאן ולכאן אין עירוב כלל ויש לו תחום ביתו ולשיטת מהר"י דאחד מהם תרומה אך אנן לא ידעינן איזה מהם היה דעתו למפרע. א"כ גבי עירוב נמי היה צריך להיות אסור בשני הצדדים מספק. אלא ע"כ צ"ל דתני דבי איו וכן הך ברייתא דאמר הריני מערב כו' דס"ל דבדרבנן נמי לא אמרינן ברירה משום דס"ל דלא חל כלל העירוב היכא דצריך לומר הוברר הדבר למפרע וזה כונת התוס' בגיטין (עג:) ד"ה תנא דהשיגו שם על פירש"י וכתבו וז"ל ועוד דבפרק בכל מערבין (לז:) אמר

דלמ"ד א"ב לא חייל עירוב כלל וא"כ ה"נ לא היה להם לגירושין לחול כלל אע"ג דהוברר הדבר לבסוף כו' ע"כ נראה דכונתם כמו שכתבתי דע"כ לא חל עירוב כלל דאל"כ היה צריך להיות חמר גמל מספיקא אבל הך מ"ד דס"ל דבדרבנן י"ב ס"ל כסברת מהר"י דחל התרומה וכן העירוב. רק בדאורייתא מחמירינן משום דמספקא לן אי הוברר הדבר למפרע או לא אבל בדרבנן אזלינן לקולא וסמכינן אברירה דהשתא. וכן הוא דעת רש"י בחולין (יד) דשם תרומה חל אף למאן דלית ליה ברירה דכתב שם וז"ל אלמא לר"י לית ליה ברירה וחייש שמא תרומה שתה עכ"ל ואזיל לשיטתיה בגיטין שם דס"ל דמ"מ גט ספק הוה ובזה נתיישב הא דהקשו האחרונים על הא דפליגי אביי ורבא גבי קדושין שאין מסורין לביאה הא קיי"ל דא"ב א"כ לא חלו הקדושין כלל כיון דקידש אחת מהן לכשיברר. אבל לפי"ד ניחא כיון דאנן קיי"ל דבדרבנן י"ב א"כ הקדושין על אחת מהן חלו ואסורין שתיהן כיון דא"ב:

וכן נראה דגם אם אמר לסופר כתוב לאיזה שארצה אגרש תלוי בפלוגתתם דאי אמרינן א"ב לא חל המעשה כלל כ"ז שלא הוברר מתחילה א"כ ה"נ כאן הוה כאלו לא נכתב הגט לשם אשה זו כלל ואף שאפשר שהיה בדעתו מתחילה לשם אשה זו מ"מ כיון שלא הוברר מתחילה אין כאן אפי' ספק גירושין אבל אי אמרינן דאף דאין ברירה מ"מ חל המעשה אלא דאנן לא ידעינן על איזה מהן חל א"כ ה"נ בכתב לאיזה שארצה אגרש הוה ספק מגורשת דשמא בדעתו היה בשעה שצוה להסופר לכתוב לשם אשה זו והיה עומד לכך משעת תנאו שיגרש את אשה זו והוה כאלו נכתב הגט לשם אשה זו וא"כ ר"י דקאמר שם בגיטין (כה.) אף אחרון אינו פוסל ע"כ ס"ל כיון דא"ב לא חל המעשה כלל ולכך לא הוה אפי' ספק גט ואינו פוסל מן הכהונה. ואזיל לשיטתיה דס"ל דגם בדרבנן לא אמרינן ברירה:

אך לכאורה קשה דמאי פריך הגמרא בביצה (לז:) על ר"י לפי מה דרצה הגמרא לומר איפוך ור"י אית לי' ברירה גבי חבית והקשה שם הגמרא הא ר"י לית לי' ברירה גבי אחין שחלקו וכ"ת כי לית לי' לר"י ברירה בדאורייתא אבל בדרבנן אית ליה ברירה הא תני איו ר' יהודא אומר אין אדם מתנה על שני דברים כאחד כו' אלמא לית לי' לר"י ברירה ולפי מש"ב מאי שייך למיפרך מחבית על תחומין הא חבית שאני אע"ג דס"ל דא"ב מ"מ ס"ל דהוה ספיקא אם הגיע לו חלקו הראוי לו מתחילה או לא לכך מקלינן בדרבנן משום דספיקא דרבנן לקולא אבל גבי תחומין ס"ל דא"ב ולא חל שם עירוב כלל למפרע. וכן סובר ר"י בגיטין גבי לאיזה שארצה אגרש דאינו פוסל לכהונה דלא חל שם גט כלל אבל לאחר העיון נראה דא"ש פירכת הגמרא מתחומין על חבית כיון דר"י ס"ל כתני דבי איו

וא"א לחול העירוב למפרע מה שיתברר אח"כ א"כ ע"כ ס"ל דא"ב מטעם ודאי כיון דא"א לחול דבר למפרע מה שיתברר אח"כ וא"כ אף שהם קנו החבית בשותפות ע"מ לחלוק מ"מ א"א לומר דמתחילת הקניה הקנה המוכר לכל או"א חלקו מה שיתברר ע"י חלוקה דאח"כ וכל חלק וחלק קנה שביתה לעצמו הא א"א לחול הקני למפרע ע"י ברירה דאח"כ שיקנה כל חלק וחלק שביתה לעצמו א"כ קנה החבית שביתת שניהם ולאחר החלוקה הוה כל חלק וחלק מחצה שלו ומחצה של חבירו לכך פריך הגמרא שפיר דאמאי ס"ל לר"י דחבית מותרת והא דאינו מביא הגמרא ראי' מר"י דגיטין דס"ל דאינו פוסל לכהונה דע"כ ס"ל דאינו חל דבר למפרע ע"י ברירה דאח"כ משום דאיכא למידחי שאני כתיבה לשמה דבעי מבורר בשעת כתיבה כמו שכתבו התוס' שם (כד:) ד"ה לאיזה כו' אבל לפי מאי דפסקינן דדוקא בדרבנן י"ב אבל בדאורייתא א"ב משום דס"ל דכל שעושה מעשה קנין ותלה הדבר בתנאי דלהבא ודאי דחל אלא כיון דא"ב מספקינן דאולי לא הגיע לו חלקו הראוי לו מתחילה והגיע לו חלק חבירו לכך לדבר שנוגע לדאורייתא אסור אבל לענין תחומין כיון דהוא מדרבנן מקלינן ותלינן לקולא דהגיע לו חלקו באמת א"כ אנן ס"ל כר"א דירושלמי דשותפין שחלקו לא אמרינן שבודאי יש לכל או"א מחצה שלו ומחצה של חבירו אלא דמספקינן דאולי הגיע לו חלק חבירו וחלק שלו הגיע לחבירו וכן צריך לבאר דגם גבי אחין שחלקו אי אמרינן דא"ב מטעם ודאי או מטעם ספק נמי תלוי בזה משום דהא מאן דס"ל דהאחין שחלקו הוה כיורשין משום די"ב ע"כ משום דס"ל דהוה כאלו הוריש האב לכל או"א חלקו על סמך ברירה דאח"כ ויכול האב להוריש לכל או"א חלקו על סמך ברירה דאח"כ. עיין בתשו' הרשב"א בת"א סי' פ"ב אבל למ"ד דהוה כלקוחות משום דא"ב תלוי בזה דאי אמרינן דאין האב יכול להוריש לכל או"א חלקו על סמך ברירה דאח"כ א"כ כשנפלה הירושה זכו שניהם בשוה וכשחלקו א"א לומר ברירה למפרע כלל כיון שהאב אינו יכול להוריש רק חלק מבורר אלא כשחולקין הוה כמו כל או"א מוכר זכותו שיש לו בחלק אחיו והוה כל או"א מחצה יורש ומחצה לוקח אבל אי אמרינן דהאב יכול להוריש לכל או"א חלקו על סמך ברירה דאח"כ אלא דאנן מספקינן כיון דא"ב דאולי לא הגיעו חלקו הראוי לו משעה הראשונה והגיע לו חלק חבירו א"כ כל או"א הוה כלוקח בכל חלק חבירו:

סימן יט

ולפי דברינו אלה יתבאר שפיר הצריכותא דגיטין שם דקאמר הגמרא וצריכא דאי איתמר בהא בהא קאמר ר"י דא"ב משום דבעינן לה לשמה אבל התם מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר ביובל אבל ירושה ומתנה לא ואי אשמעינן שדה משום דלחומרא אי נמי כתחילה

אבל הכא אימא לא צריכא. והנה הר"י שם (כד:) בתוס' ד"ה לאיזה כו' פירש אי איתמר בהא בהא קאמר ר"י דא"ב משום דבעינן לה לשמה אע"ג דבעלמא י"ב הכא פסול משום דכתיב וכתב לה והמהרש"ל ביש"ש הקשה ע"ז וז"ל וקשה לפי' ר"י מה צריך להזכיר הס"ד גבי אחין ה"א מכר אמר רחמנא כו' הא כבר עביד שפיר צריכותא הכא משום דוכתב לה לשמה משמע שיהא משעת כתיבה מבורר מ"ה לא אמרינן ברירה אבל גבי אחין ה"א די"ב ולא הוה לקוחות וזהו פשיטא דהיכא דלא הוו אלא יורשין מתחילה דלא ליהדר ביובל כו' וע"כ מפרש שם פי' אחר דה"פ אי איתמר בהא ה"א הכא פסול הגט משום דבעינן לה לשמה ומאחר דלא אמרינן ברירה בשום דוכתא א"כ לא הוה לשמה אבל הכא גבי אחין ה"א אע"ג דלא אמרינן ברירה ודומה ללקוחות אפי"ה מאחר דס"ס דיורשין היו מעיקרא ולא הוה קונים אותה בדמים וא"כ ה"א דוקא מכר מה שקונה אדם בדמים הוא חוזר אבל האחים וכן המתנה לא היו חוזרים כר"מ קמ"ל כחכמים כו' עכ"ל והנה גם פי' המהרש"ל תמוה מאד דהאיך עביד הגמרא צריכותא דהו"א דר"י ס"ל כר"מ הא בכ"מ אנן קיי"ל כחכמים ובפרט הכא דאיכא סתם משנה בפ' בתרא דערכין גבי בתי ע"ח קאמר א' הלוקח ואחד הניתן לו במתנה ומוקי שם הגמרא דס"ל כחכמים דמתנה הוה כמכר והאיך היה הה"א דר"י ס"ל כר"מ דמתנה אינה כמכר הא בכ"מ ס"ל לר"י כסתם משנה. ועוד דהכא כיון דכל או"א מוכר חלקו בעד מה שמקבל חלק חבירו אפי' לר"מ דס"ל דמתנה אינה חוזרת ביובל היינו היכא דאינו מקבל כלום מחבירו כנגדו. אבל ודאי היכא דמחליפין הקרקעות זו בזו גם ר"מ מודה דחוזרת ביובל ועוד למה צריך הגמרא לומר שם דאי איתמר בהא בהא קאמר ר"י דא"ב משום דבעינן לה לשמה הא לא הוה צריך הגמרא לומר אלא בהא קאמר ר"י דא"ב ופשיטא כיון דא"ב א"כ לא הוה לשמה. אלא נראה דה"פ דאי איתמר בהא בגיטין ה"א דר"י ס"ל דא"ב מטעם ספק אך כיון דא"ב א"כ מה שמברר עתה שרצונו לגרש זו אין זה בירור גמור שגם מתחילה בשעת כתיבה היה בדעתו לזו לכך אין זה לשמה דלשמה לא מיקרי אלא דוקא היכא שהיה בודאי בשעת כתיבה דעתו לזו ולכך ס"ל לר"י דהוה כאלו לא נכתב לשמה כלל. אבל התם ה"א מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר ביובל אבל ירושה ומתנה לא ה"פ כיון דס"ל דהא דא"ב הוא מטעם ספק א"כ ס"ל דודאי מצי לחול דבר למפרע ע"י ברירה דאח"כ אך דחנן מספקינן דאולי לא נתברר עתה מה שהיה ראוי מתחילה א"כ גבי אחין שחלקו הוא רק ספיקא דאולי לא הגיע לו חלקו מה שהיה ראוי מתחילה לכך אין צריך להחזיר ביובל משום דדוקא מכר אמר רחמנא ליהדר ביובל היינו מכר ודאי [כמו דאמרינן עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק] אבל ירושה ומתנה לא כיון דאין זה מכר ודאי אין צריך

להחזיר ביובל ואי אשמעינן שדה משום דלחומרא פי' דה"א דהא דס"ל דמחזירין ביובל הוא מטעם ספק כיון דס"ל דא"ב איכא ספיקא דאולי הגיע לו חלק חבירו אע"ג דזה ספק מכר מ"מ כיון דגלי קרא דמכר ודאי צריך לחזור ביובל ה"ה נמי מכר ספק צריך לחזור מספיקא לחומרא. א"נ כתחילה וזהו לאו משום ברירה כלל צריך להחזיר ביובל:

אבל הכא אימא לא פי' כיון דא"ב הוא מטעם ספק ח"כ הכא הוה ספק דאולי היה דעתו מתחילה לכך ונכתב לשמה א"כ פוסל לכהונה וצריכא תרווייהו ואשמעינן דס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי והכא לכך אינו פוסל לכהונה כלל והתם מחזירין ביובל מטעם ודאי מכר כיון דא"ב מטעם ודאי א"כ הוה כל או"א מוכר זכות מה שיש לו לחבירו.

עוד נ"ל לבאר דמאי דקאמר הגמרא דה"א דדוקא מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר אבל ירושה ומתנה לא אין כונת הגמרא על כל מתנה דאינה חוזרת ביובל כסברת המהרש"ל אלא כונת הגמרא דירושה מיקרי היכא שהניח להם אביהם ירושה בסתם ולא אמר להם כלום ומתנה מיקרי היכא שחלק להם אביהם וריבה לאחד ומיעט לאחד בלשון ירושה או בסתמא דאמר פ' יטול כך וכך דנמי דינו כירושה דהא אנן קיי"ל כריב"ב דיכול לרבות לאחד ולמעט לאחד ואע"ג דזה הוה ירושה גמורה מ"מ קריא הגמרא זאת מתנה משום דהך ירושה דינה כמתנה לכמה דברים כמו חלק בכורה דקריא רחמנא מתנה אע"ג דבאמת הוא ירושה לענין חזרה ביובל מ"מ קריא רחמנא מתנה משום דדינה כמתנה עיין בב"ב (קכד.) וכן מה שהוסיף האב לאחד נראה דדינו נמי כבכורה [ולענין מלוה נראה דיכול להוריש האב לאחד ובמק"א אבאר זאת באריכות בס"ד] ואינו חוזרת ביובל מ"מ לכמה דברים דינו כמתנה וע"ז המתנה קאי כונת הגמרא דהיינו היכא דחלקו האחין היכא שריבה לאחד ומיעט לאחד דה"א דלא ליהדר ביובל קמ"ל דחוזרין זל"ז ביובל אך שאינו חוזר לבטלה כמו חלק בכורה דג"כ חוזר ביובל אך אינו חוזר לבטלה ובדרך פשוט אפשר לומר דמתנה קאי על חלק בכורה דה"א דלא ליהדר ביובל קמ"ל דחוזר ביובל אך לא לבטלה כמשב"ל בסי' ט"ז. וזה נראה יותר נכון כי דרך הראשון דחוק קצת דהא בארנו למעלה בסי' י"ח דאי אמרינן דא"ב מטעם ודאי ס"ל לר"י דאינו יכול האב להוריש לאחד מבניו אם לא שיברר חלקו להדיא א"כ א"א לאשכוחי שחלקו האחין מה שריבה לא' ומיעט לאחד אף דהצריכותא קאי דה"א דס"ל לר"י דא"ב מטעם ספק א"כ יכול האב להוריש על סמך ברירה דאח"כ מ"מ דחוק הוא לומר דהגמרא הזכיר זאת מה שא"א לומר לפי האמת לדברי ר"י דס"ל דא"ב מטעם ודאי:

ועתה נבאר לפ"ד הצריכותא דבכורות דקאמר שם (נו:) ור"י אמר אפילו חלקו ט' כנגד ט' ועשרה כנגד עשרה אין אומר זה חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ואזדא ר"י לטעמיה

דאמר ר"א אמר ר"י כו' וצריכי דאי אשמעינן הכא בהא קאמר ר"י דומיא דבנך מה בנך בברור לך אף שורך וצאנך בברור לך אבל שדה מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר ביובל כו' ואי אשמעינן שדה לחומרא כו' אבל הכא אימא לא צריכא. והנה הגמרא הלזו ג"כ תמוה לכאורה כיון דכבר אשמעינן ר"י גבי שדה דלקוחות הן אף אם נימא דזהו מטעם ספיקא ולחומרא מחזירין ביובל מ"מ האיך ה"א דגבי מעשר בהמה אזלינן לחומרא ומספיקא מחוייב לעשר הא גלי קרא להדיא דעשירי ודאי ולא עשירי ספק ומצאתי דהשעה"מ בה' גירושין פ"ג ה"ד נתקשה בזה והכריח מזה, כלל חדש וז"ל וי"ל דכי אמרינן דספק מ"ב פטור ה"ד כההיא דמתני' דקפץ אחד מן המנויין לתוכו דהו"ל ספק דמציאות דבכל חד וחד מספק"ל אי חייב במעשר או לא ומשו"ה פטור דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק משא"כ בספיקא דדינא והלכך היינו דקאמר תלמודא אי אשמעינן גבי שדה הו"א משום דאזיל לחומרא כלומר דמספק"ל לר"י הלכה כמאן כו' אבל גבי מעשר דלקולא אימא לא כו' עכ"ל והנה תירוצו תמוה מאד דהא מוכח בבכורות (נח:) דגם בספיקא דדינא אמרינן עשירי ודאי ולא עשירי ספק דאמרינן שם אמר רבא לדברי בן עזאי נולדו לו חמשה באב וה' באלול וחמשה בתשרי כונסן לדיר להתעשר ונוטל אחד מן האולין והשאר פטורין ממ"נ אי באחד באלול ר"ה דאלול ותשרי מצטרפין ודאב פטורין ואי באחד בתשרי ר"ה דאב ואלול מצטרפין דתשרי פטורין מאי אמרת לצרפו לגורן אחר עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק כו' והא התם נמי הוה ספיקא דדינא לבן עזאי אי הוה ר"ה תשרי או אלול ואפי"ה אמרינן דאינו צריך לצרפו לגורן אחר משום דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק:

ויותר קשה לי הצריכותא דהכא לפי פירושם דהנה לפי פי' ר"י בגיטין הצריכותא אבל התם מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר אבל ירושה ומתנה לא משום דס"ל לר"י בכ"מ י"ב ורק בגיטין משום דבעינן וכתב לה לשמה לכך לא אמרינן בזה ברירה וכמו כן צריך לפרש הצריכותא דהכא ובכאן הא א"א לפרש כן כיון דס"ל לר"י בכ"מ י"ב א"כ האחין שחלקו יורשין הוה וזכה כל אחד חלקו שהגיע לו משעה שמת אביו א"כ האיך אפשר לומר דה"א דהכא ס"ל לר"י דא"ב ופטור ממעשר בהמה משום דבעינן דומיא דבנך בברור לך הא אין לך בירור גדול מזה והמהרש"ל פי' הצריכותא דהכא כעין מה שפי' בגיטין דה"א דבכ"מ ס"ל לר"י דא"ב רק לענין חזרה ביובל ה"א דאין צריך להחזיר כמשב"ל. וגם פירושו תמוה לבד מה שהקשינו עליו למעלה קשה דא"כ אמאי צריך הגמרא לומר משום דבעינן דומיא דבנך בברור לך אף בקרך וצאנך בברור לך כיון דס"ל דא"ב והאחין שחלקו לקוחות הוה ודאי דפטור משום לקוח ואמאי צריך הגמרא להוסיף טעם חדש בזה אבל

לפי מש"ב דהצריכותא אשמעינן דה"א דר"י ס"ל דא"ב מטעם ספק אבל לפי האמת ר"י ס"ל דא"ב מטעם ודאי יתפרש שפיר דברי הגמרא כעין מה שפירשנו בגיטין. וה"פ דר"י דאשמעינן גבי מעשר בהמה דאפי' חלקו ט' כנגד ט' ועשרה כנגד עשרה אין אומר זה חלקו המגיע לו משע' ראשונ' לכך ופטור ממעשר בהמה. אשמעינן ר"י דכלוקח ודאי הוה ולא מטעם ספיקא דאולי לא הגיע לו חלקו והגיע לו חלק חבירו דא"כ הוה רק ספק לקוח אלא דהוא ס"ל דא"ב הוא מטעם ודאי א"כ הוה כל או"א כלוקח בודאי במחצית חבירו א"כ פטורים מטעם ודאי ולא מטעם ספק ונ"מ אע"ג דגם ספק לקוח נמי פטור ממעשר מטעם דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק מ"מ נ"מ לדינא אי אמרינן דזה הוה ספק לקוח או ודאי לקוח כגון שקפץ אחד מהני לתוך הדיר ומנה גם אותו א"כ אם הוא ודאי לקוח הא אינו נחשב כלל השה הזה במנין ונחשב כאלו אינו כיון דהוא אינו בר מעשר כלל והי"א קדוש ודאי. אבל אי אמרינן דהוה ספק לקוח אע"ג דהוא אינו מחוייב להכניסו לדיר ולעשר מטעם ספק מ"מ בדיעבד דיצא ונמנה עמהם כיון דהוה ספק אי הוה בר חיובא או לא א"כ משוי להעשירי ולהאחד עשר עשירי ספק דאם הוא בר חיובא א"כ העשירי קדוש ולא הי"א ואם הוא לאו בר חיובא האחד עשר קדוש והנה נסתפקתי בהא דאמרינן עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק אם זהו רק לכתחילה לא חייבתו התורה לעשר מספק או אפי' בדיעבד נמי אינו קדוש מספיקא מטעם גזה"כ. וא"כ ה"נ אי אמרינן דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק דאפי' בדיעבד אינו קדוש א"כ הכא אינו קדוש לא העשירי ולא האחד עשר כיון דשניהם הוי עשירי ספק ואי אמרינן דזהו רק לכתחילה אבל בדיעבד קדוש מספיקא א"כ הכא העשירי והאחד עשר קדוש מספיקא ושניהם נאכלים במומם לבעלים ולפי"ז יש נפקותא בין ודאי לקוח ובין ספק לקוח בפשיטות אם עבר ועישר דבספק לקוח קדוש מספיקא ור"י אשמעינן אף דחלקו במין אחד נמי ודאי לקוח הוה משום דס"ל דא"ב מטעם ודאי דכן משמע פשטות המתני' פטורין ממ"ב מטעם ודאי ולא מטעם ספק וכן מוכח מדברי ר"י שם דהא ר"י מפרש המתני' במין אחד דומיא דאמוראים דמפרשי שם המתני' דאיירי בחלקו מין זה כנגד מין אחר ובשני מינים ודאי דכו"ע מודים דא"ב מטעם ודאי משום דכל אחד מוכר לחבירו מחצית המין שיש לו בעד מחצית המין שמקבל מאחיו כנגדו דהא שניהם יש להם זכות בשוה בכל מין ומין וקאמר וצריכא דאי אשמעינן הכא ה"א דבעלמא ס"ל לר"י דא"ב מטעם ספק והא דס"ל לר"י הכא דפטור. ממעשר בהמה מטעם ודאי משום דבעינן דומיא דבנך מה בנך בברור לך אף שורך וצאנך בברור לך וכיון דא"ב והוה ספק א"כ לא הוה בר חיובא כלל כיון דאין שורך וצאנך בברור לך אבל שדה מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר

ביובל דוקא ודאי מכר הוא דאמר רחמנא ליהדר אבל ירושה ומתנה דהוה ספק מכר לא וכמשב"ל. ואי אשמעינן שדה לחומרא אע"ג דס"ל דא"ב מטעם ספק מ"מ לחומרא מחזירין ביובל א"נ כבתחיל' אבל הכא אימא לא כיון דא"ב מטעם ספק א"כ רק ספק לקוח הוה וא"כ אע"ג דלענין לעשר לכתחילה ודאי דפטור מספיקא דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק מ"מ נ"מ אם עבר ועישר א"נ היכא דנתערב בדיר אחר ונמנה עמהם דמשוי להאחד עשר עשירי ספק כמשב"ל. ע"כ צריכא הכא לאשמעינן דפטור ממ"ב מטעם ודאי לקוח ולא מטעם ספק משום דס"ל דא"ב מטעם ודאי ולא מטעם ספק וגם התם מחזירין ביובל מטעם ודאי ולא מטעם ספק לפי האמת:

ולפי"ז איכא למימר לפי מאי דקיי"ל אנן דלא כר"י וס"ל דבדרבנן י"ב משום דאנן ס"ל דא"ב מטעם ספק ולא מטעם ודאי לא קיי"ל כר"י דהאחין שחלקו מחזירין זל"ז ביובל משום דודאי מכר אמר רחמנא ליהדר ביובל אבל ירושה ומתנה לא משום דזה הוה ספק מכר ובזה לא אמר רחמנא דליהדר ביובל. ונראה דגם דברי התוס' בגיטין (מח.) דמתרצו בתי' השני וז"ל ועי"ל דדוקא ר"י אית לי' דמחזירין זל"ז ביובל אבל שאר אמוראי סברי אע"ג דלקוחות הן אין מחזירין דמכר הוא דאמר רחמנא דליהדר ירושה ומתנה לא והשתא א"ש כו' עכ"ל אין כונתם כמשפ"י המהרש"ל דאנן ס"ל כר"מ דמתנה אינה חוזרת ביובל ולכן גם האחין שחלקו אינם חוזרין ביובל אלא כונתם כיון דאין זה ודאי מכר ס"ל אנן דבזה לא אמר רחמנא דליהדר ביובל ומה שהזכירו מתנה כמשפ"ל בדברי הגמרא כן צריך לפרש גם בכונת התוס':

סימן כ

עוד צריך לבאר דלכאורה יש להקשות לפי משפ"ל בסי' י"ח דרבא דמתמה מאן האי תנא דבדרבנן לית לי' ברירה משום דפסיקא לי' דא"ב הוא מטעם ספיקא לכך תמה מאן האי תנא דס"ל דא"ב מטעם ודאי לכך בדרבנן נמי א"ב. הא רבא בעצמו קאמר בבכורות (מח.) דר"מ ור"י ס"ל כר"א דהאחין שחלקו הוה מחצה יורשין ומחצה לקוחות ואנן פירשנו בסי' י"ג דע"כ לפי שיטת הר"ש והרא"ש צריך לפרש שם דהתם מביא דברי ר"א דאמר דא"ב מטעם ודאי והאחין שחלקו הוה מחצה יורשין ומחצה לקוחות א"כ הא איכא ר"מ ור"י דס"ל דא"ב מטעם ודאי. ואף לפי מאי דמסיק שם אלא אמר רבא ר"מ ור"י בדר"א ובדר"פ קמיפלגי פירשנו שם דעיקר פלוגתתם הוא בדר"א דר"מ ס"ל דא"ב מטעם ודאי ור"י ס"ל דא"ב מטעם ספק א"כ הא איכא ר"מ דס"ל דא"ב מטעם ודאי ולמה תמה רבא מאן האי תנא דס"ל דבדרבנן א"ב אבל באמת אין זה קושיא לדברינו דהא ר"מ ס"ל דאמרינן ברירה וכן ר"י לדברי רבא וא"כ קשה אמאי ס"ל גבי אחין שחלקו דלא אמרינן

ברירה וע"כ צריך לתרץ כמו שתירצו שם התוס' ד"ה דכו"ע דיש חילוק בין ברירה דמתנה בפירוש או לא. א"כ א"ש דהא דר"מ [ור"י לפי הה"א] ס"ל דא"ב מטעם ודאי דוקא באחין שחלקו כיון דזה ברירה דממילא ולפי המסקנא פליגי ר"מ ור"י בברירה דממילא דר"מ ס"ל דא"ב מטעם ודאי ור"י ס"ל דא"ב מטעם ספק ורבא דתמה מאן האי תנא דבדרבנן לית ליה ברירה תמה בברירה דמתנה בפירוש מאן האי תנא דס"ל דא"ב מטעם ודאי אף במתנה בפירוש וס"ל דא"א לחול דבר כלל ע"י ברירה לכך לא הוה עירוב כלל:

וכן ר"א דס"ל גבי אחין שחלקו דא"ב מטעם ודאי [לפי פירושנו] מ"מ גבי ברירה דמתנה בפירוש ס"ל דא"ב מטעם ספק מדקאמר בגיטין (כה.) כולם אינם פוסלין חוץ מן האחרון משום דס"ל דלחומרא אמרינן י"ב כפירש"י שם:

אלמא דס"ל דא"ב מטעם ספק א"כ אע"ג דא"ב מ"מ חלה המעשה אלא דאנן לא ידעינן על איזה מהן חל א"כ בכתב לאיזה מהן שארצה אגרש הוה ספק מגורשת אבל אנן קיי"ל גם בברירה דממילא דא"ב מטעם ספק לכך מקלינן בדרבנן גבי חבית אע"ג דזהו ברירה דממילא:

היוצא מכל דברינו אלה דלפי מאי דקיי"ל דבדרבנן י"ב אף לפי דעת הר"ש והרא"ש דמפרשי דר"י ס"ל דא"ב מטעם ודאי מ"מ זהו דוקא לדברי ר"י דס"ל דגם בדרבנן א"ב. אבל לפי מאי דקיי"ל דבדרבנן י"ב קיי"ל דא"ב מטעם ספק כמו גבי חבית ס"ל דמתחילת הקניה שקנו בשותפות חל הקנין על הברירה דאח"כ אלא כיון דא"ב מספקינן דילמא לא הגיעו חלקו הראוי לו מתחילה לכך בדרבנן תלינן לקולא. א"כ יצא לנו לנ"ד דיש להקל בחלק של הנכרי מטעם ס"ס כיון דאנן קיי"ל דא"ב מטעם ספק א"כ איכא ספק שמא הגיע להישראל חלקו ממש ואת"ל שלא הגיע לו חלקו שמא אין זה חמץ כלל וכ"ש לפי שיטת גדולי האחרונים דאנן קיי"ל דזה הוה ספיקא דדינא אי י"ב או א"ב א"כ ודאי הוה ס"ס דילמא קיי"ל די"ב ואת"ל דא"ב שמא אין זה חמץ כלל אף דדעת המהרש"ל הוא אינו כן דס"ל דהא דקיי"ל בדאורייתא א"ב הוא בין להקל ובין להחמיר. מ"מ אין לנו להחמיר לחוש לדעתו דהא הוא ס"ל דא"ב מטעם ספק כדעת התוס' אף לדברי ר' יוחנן אע"ג דהוא סובר גבי לאיזה שארצה אגרש דשם א"ב מטעם ודאי מ"מ גבי אחין שחלקו גם הוא מודה דא"ב רק מטעם ספק ומה דסובר המהרש"ל דבדאורייתא א"ב בין להקל ובין להחמיר הוא דוקא בכה"ג לאיזה שארצה אגרש דשם ס"ל כיון דא"ב לא הוה גט כלל ואף אם קידשה אחר אינה צריכה גט ממנו אבל לא באחין שחלקו או בשותפין שחלקו דשם ודאי גם לדעתיה א"ב רק מטעם ספק שמא הגיע לו חלק חבירו א"כ יש לנו להקל גם לדעתי' שלא יצטרך הישראל ליתן מעות להנכרי שיניח לו לבער חלקו וחלק

של הא"י מותר לאחר הפסח אף באכילה וברוך ה' שעזרני עד כה לבאר דברי הראשונים ועוד לאלוה מילין בזה ויתבאר בקונ"א בס"ד:
כ"ד יו"ט ליפמאן הכהן

חלק חושן משפט

שאלות ותשובות חשן משפט

סימן א

וזה אשר השבתי אל הרב הגדול בתורה וביראה חו"ב מו"ה אברהם דוד ז"ל אשר היה מ"ץ בק"ק טשאווס בקהל ספרדים:

מכתבו מאז הגיעני והנני להשיבו ע"ד שאלתו מאחר שאנו נוהגין לכתוב בהתיר עסקא על הקרן אין אני נאמן כ"א בשני עדים כשרים. ועל הריוח כ"א בשבועה חמורה דאורייתא אם דינו כדאורייתא לכל מילי או לא. לפע"ד נראה ברור כי שבועה על הריוח המבואר בהתיר עסקא אשר זה יצא מתיקון מהר"מ ז"ל הוא רק שבועה מדרבנן שמחוייב בה מדין שבועת השותפין גם אם לא היה מתחייב עצמו בזה וכל מה שחלוק שבועת השותפין משבועה דאורייתא היא ג"כ חלוקה. אף שכתב להדיא שמתחייב עצמו לשבע שבועה דאורייתא. כי יותר מאשר הוא מחוייב מדרבנן לשבע מן הדין כדין שותפין בעלמא לא יכול להתחייב א"ע כמ"ש הסמ"ע בקונט' ונדפס בח"א (כלל קמ"ג אות ב') דכל עיקר התיקון מהר"ם הוא על הפסד מהקרן אבל על הריוח לא מהני מה שמתנה כלל דשמא באמת לא הרוויח ונמצא נוטל ריבית אלא צריך שיהא נאמן על הריווח בשבועה כדין שבועת השותפין בנק"ח עכ"ל. א"כ אם נחייבו יותר מאשר הוא מחוייב מה"ד כל שותפין דעלמא ומחמת זה נגבה ממנו הריווח א"כ נספי' להו איסור רבית וכן נראה דזהו דעת הגאון בעל נוב"י במה"ק ח"מ ס"ל דמביא ראיה דסוגיא דעלמא כהרמב"ם לחייב שבועה אף בנוטל שכר וכל שטרי עסקא יוכיחו שהרי אין להם התיר אלא בנותן ש"ע ובכל יום בכל בתי דינים שבישראל אם טוען לא הרווחתי חייב לשבע וא"כ לא שבקת חיים ויבוטל היתר זה של עסקא וכל אחד יתירא ליתן בעסקא שיטעון לא הרווחתי וכל עיקר סמיכות המלוה על השבועה וכזה אנו דנין בכל עת בכל בתי דינין שראיתי ושמעתי עכ"ל ואי אמרינן דיכול להתחייב א"ע בהת"ע יותר מאשר הוא מחוייב עפי"ד א"כ אין ראיה כלל דסוגיא דעלמא כהרמב"ם דלמא הא דנוהגין בבתי דינין ליתן שבועה על הריווח הוא מחמת תיקון מהר"מ ז"ל כי ע"ז התנאי סומכין כו"ע ונותנין בהת"ע. אלא ע"כ דדעת הגאון בעל נוב"י כדברי אמנם הגאון בעל נה"מ בסי' צ"ג סק"ג כתב וז"ל והנה

אף שהביא כאן שני דיעות אי צריך שבועה במקבל עסקא מ"מ פוסקין בממרמות הנעשין עצה"ע שבועה דתקנת מור"ם היה כך בוועקסליך שנעשו עצה"ע להשביע כשטוען לא הרווחתי עכ"ל ונפלאתי עליו הא מבואר להדיא בהסמ"ע דתקנת מהר"ם לא היה רק על הקרן ועל הריווח לא תיקן כלום וקם לי' אדינא ומחוייב רק לישבע שלא הרוויח מדין שבועות השותפין אם לא ירצה ליתן כפי השוואה ומחמת זה תמוה לי ג"כ דברי הגאון בעל טור האבן בסי' מ"ה דפוסק דאם מת הלוה גובין מן היתומים הריווח וכתב דהטעם דתקנה היה מן מור"ם מקראקא שכל זמן שלא ישבע שלא הרוויח מחוייב לשלם כפי ההשואה רק השבועה היא במקום פרעון שכיון שנשבע שלא הרויח אזי פטור מעסקא וכל זמן שלא נשבע חייב כו' עכ"ל ולפי"ד ז"א כמו שביארתי למעלה וכן מצאתי להגאון בעל ח"ס בסי' קל"ו דכתב בפשיטות דאינו גובה הריווח מן היתומים ונראה דמה שאנו נוהגין לכתוב בהת"ע שבועה דאורייתא משום דמשמע לי' לאינשי דכל שבועה דרבנן הוא בלא נק"ח וכן האמת בשבועת היסת וכל שבועה שהיא בנק"ח משמע להו שהיא שבועה דאורייתא אבל באמת שבועה שמחוייב לשבע על הריווח מחמת העסקא היא רק שבועת השותפין בלבד ואינה אלא מדרבנן מ"מ צריך לשבע בנק"ח כדין כל שבועות המשנה כנ"ל:

ואשר העיר כת"ר בד' הש"ך להקשות דידי' אדידי' דבסי' ס"ו ס"ק קכ"ח כתב דקנין לא מהני להתחייב עצמו שבועה במקום שאינו מחוייב ובסי' פ"ז ס"ק ס"ב כתב הש"ך בעצמו על דין דמחייב עצמו שבועה עביד אינש דמקרי ואמר. ופירש שם הש"ך אפי' חייב עצמו שבועה באופן שאין יכול להחזיר בו כגון בקנין או בפני ב"ד אלמא דס"ל דקנין מהני על שבועה ובאמת זה מוכרח מדברי הגמרא דב"מ יפה העיר. ועלה בדעתי לומר דהא כמה פוסקים ס"ל דכל הנשבעין ונוטלין אינו יכול להפוך השבועה לשכנגדן להיות נשבע ויפטור בלתי יתרצו לכך. ואם אינו רוצה המלוה לשבע וליטול פטור הלוה בלא שבועה ואם יתרצה הלוה להיות נשבע ונפטר כו"ע מודים דמהני קנין או קבלה בב"ד ע"ז. כיון דמה"ד אם ישבע המלוה מחויב הלוה ליתן ממון מהני קנין או קבלה בזה. דמחוייב הוא לשבע ולפטור אף אם אינו רוצה המלוה לשבע וליטול דזה לא מיקרי קנין דברים כיון דקודם הקנין היה מחוייב ממון עפ"ד ואדרבה פוטרתו לענין זה שגם המלוה אינו יכול להחזיר כעת אפי' אם ירצה לשבע וליטול א"כ גם הש"ך יודה דמהני כה"ג אך באמת לפ"ד נראה דזה א"א לפרש בדברי הגמרא. דשבועה זאת חמירא יותר משבועה שחייבהו ב"ד כיון דבשבועה זאת בא לפטור עצמו מן הממון שהיה מחוייב עפ"ד אם היה המלוה רוצה לשבע וליטול אף עתה שנתרצו שניהם שישבע הלוה ויפטור.

כ"ז שלא הביא ראי' שנשבע אינו נאמן לכן נראה דע"כ צריך לחלק בין הא דסי' ס"ו דהתם גבי שטרות בעת קבלת השטרות אף שקנו מידו שיתחייב לישבע ע"ז כדין כל המטלטלין מ"מ מקרי קנין דברים דשם לא היה דעתו רק על השבועה בלבד אבל היכא דתבע ממון וקבל קנין שמחוייב לשבע ע"ז [אע"ג דעפי"ד לא היה מחוייב שבועה ע"ז] מהני הקנין דהקנין היה או לישבע או לשלם ולכך לא הוה הקנין קנין דברים בעלמא אלא קנין גמור על התשלומין אם לא ישבע. ולפי"ז יהי' דין חדש דמתחייב עצמו שבועה בקנין יהא חמור כדאורייתא דאם לא נשבע משלם וכן מוכח בש"מ (שם בב"מ) מדברי רבינו יהונתן. וגם מוכח שם דגם קבלה בב"ד מהני ע"ז ואם לא נשבע משלם. וכן צריך ע"כ לפרש דברי הש"ך דכתב דקנין או קבלה בב"ד מהני וע"כ צ"ל כמש"פ דאם לא נשבע מחוייב לשלם וצ"ע דמאי מהני ע"ז קבלה בב"ד שיהא מחוייב לשלם אם לא ישבע:

אמנם הרא"ש ז"ל כתב בתוס' שלו וז"ל הוה קשיא לן אם חייב עצמו שבועה ומצי למיהדר ביה ולמימר לא בעינא אשתבועי א"כ מאי שקיל וטרי בי' תלמודא כאלו הוא מחוייב שבועה ואינו יכול לחזור בו ומצאתי כתוב בפי' הרמ"ה אבל חייב עצמו שבועה בב"ד כגון דאמר משתבענא ושתקי בב"ד אע"ג דמניא הוה מחוייב בגווה כיון דלא חייבהו ב"ד לא מתחזק עלה בכפרנותא דעביד דאמר נשבעתי אע"ג דלא אישתבע דסבר לא מחייבנא לאישתבועי עכ"ל א"כ יש ללמוד מדבריהם לכאורה דאף קנין לא מהני להתחייב עצמו שבועה במקום דאינו מחוייב עפי"ד. אבל באמת זה א"א דא"כ האיך הביא הטור (בסי' כ"ב) דברי הרמב"ם דיכול להתחייב עצמו שבועה עפ"י קנין ולא הביא כלל שהרא"ש אינו סובר כן אלא נ"ל לאמר דהרמ"ה והרא"ש סוברים כיון דעביד מעשה בפני ב"ד וחייב עצמו ע"י קנין לא שייך לומר ע"ז טעמא דגמ' עביד אינש דמקרי ואמר. כיון דכבר התחייב בפני ב"ד ע"י קנין יודע בעצמו שא"א לפטור מזאת א"כ הוחזק כפרן ע"ז ודלא כדברי הש"ך סי' פ"ז ס"ק ס"ב דכתב דאפי' בהתחייב ע"י קנין נמי שייך עביד אינש דמקרי ואמר וגם יש ללמוד מדבריהם דגם הם מודים לדברי הרמב"ם דקבלה בב"ד לא מהני בזה דאל"כ אמאי לא אוקמי דברי הגמ' שקבל בב"ד [ובאמת הרבינו יהונתן פי' כן דברי הגמ' דמיירי דקבל בפני ב"ד לשבע וכבר יצא] ונפלאתי על דברי האחרונים בסי' כ"ב דס"ל דכל הד' בבות שווים. ולדברי הרא"ש דס"ל דקבלה בב"ד מהני ה"ה למקום שאינו חייב שבועה והתחייב א"ע שבועה דהא מדברי הרמ"ה והרא"ש מוכח דקבלה בב"ד לא מהני במקום דאינו חייב כלום א"ל ע"י קנין:

עוד התבוננתי בזה דאיכא למימר דבמקום שאינו חייב שבועה כלל וקבל קנין שישבע. דאם קבל בקנין שישבע שבועה דאורייתא א"כ קבל ע"ע דאם לא ישבע ישלם כדין

שבועה דאורייתא ולכך לא מקרי קנין דברים אבל אם קבל ע"ע רק שבועת היסת א"כ אף אם לא ישבע לא יתחייב כלום לשלם גם שבועה אינו מחוייב ע"י קנין דהוה רק קנין דברים ובזה יתיישב שפיר דקדוק דברי הטור בסי' כ"ב דכתב וכן מי שלא חייב שבועה ואמר אני אשבע שבועה חמורה אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ועיין בב"ח שם דכתב דשבועה חמורה לאו דוקא ולפע"ד נראה דבדקדוק כתב הטור כן גם מה שפי' שם הב"ח דברי הטור לפע"ד לא משמע כן וע"כ צ"ל כפי' המהרש"ל שם. עוד עלה בדעתי דאפשר לומר דלכך לא פירשו הרמ"ה והרא"ש דהגמ' דב"מ מיירי דקבל קנין שישבע דהא ע"כ צריך לפרש שקבל קנין שישבע שבועה דאורייתא ואם לא ישבע ישלם דאנ"כ הוי קנין דברים כמש"ב. והא על שבועה דאורייתא ס"ל לר"ה גאון [הביאו הרא"ש בב"מ שם] דאם טען נשבעתי צריך לשבע שבועת היסת כיון דמחוייב לשלם ממון אם לא ישבע הוה תביעת ממון. א"כ אם קבל קנין שישבע שבועה דאורייתא דינו נמי דצריך לישבע שבועת היסת ע"ז. ומהגמ' משמע דמחייב עצמו שבועה נאמן אף בלא שבועה כנ"ל. סוף דבר דברי הש"ך בסי' פ"ז שם דפי' דמחייב עצמו שבועה דמיירי ע"י קנין ממ"נ אינו מיושב מדברי הרמ"ה והרא"ש בש"מ:

גם הראב"ד הובא שם בש"מ דדחיק לישב דברי הגמרא וכתב וז"ל מסתברא מלתי' דר' אבין שנתחייב שבועה בב"ד אבל חייב עצמו שבועה לא כגון האומר לחבירו עבדי גנבת לא גנבתי מה טיבו אצלך אתה מכרת לי רצונך השבע וטול וזה הלוקח לא החזיק בו שני חזקה והיה זה התובע יכול ליטלו בלא שבועה וחייב עצמו שבועה שקבלו בב"ד שלא יטלנו עד שישבע דהו"ל כמחול לך ואינו יכול לחזור בו אפי' קודם גמר דין אם אמר נשבעתי והעדים הכחישוהו יכול לומר אח"כ נשבעתי כו' עכ"ל ונראה דסובר כשיטת הרשב"ם בב"ב (ל"ג קכ"ח) דאין נשבעין היסת על קרקעות ועבדים אבל לפי שיטת רוב הראשונים א"א לפרש כדברי הראב"ד אך איכא לאשכוחי בגוונא אחרינא כגון שהיה לו שער עם נאמנות דצריך התובע ליטול בלא שבועה וחייב עצמו שבועה שלא עפי"ד. אך אפשר לומר מה שמיאן בזה הרמ"ה והרא"ש כיון דכל נשבע ונועל אינו נאמן לומר נשבעתי עד שיביא ראי' כמו שכתבו הפוסקים א"כ הך אף שהוא התחייב עצמו שבועה זאת מ"מ כיון שעכשיו א"א ליטול בלא שבועה אמאי נאמן לומר נשבעתי וצ"ע לדינא:

כ"ד יו"ט ליפמאן הכהן

סימן ב

אל כבוד ידידי הרב הגדול חו"ב ירא ושלם מו"ה יעקב גרשון ליססא אב"ד דק"ק הארעדאק:

ע"ד שאלתו ראובן יש לו בית ישנה ופלאץ אחורי ביתו בפ"ק. ובאמצע הפלאץ הנ"ל מפסיקין עשרים אמה פלאץ השייכים לשמעון. ושמעון זה כבר עקר דירתו מכמה שנים מפ"ק לעיר הסמוכה לפ"ק. ומרחקה מפ"ק שלש פרסאות. ועוברים ושבים מצויים בכל יום. ויהי היום קרה מקרה כי בעל בית אחד מפ"ק ושמו לוי נסע לשם וקנה משמעון הנ"ל את העשרים אמה הנ"ל המפסיקין בין קרקע ראובן הנ"ל בכסף ובשטר. ובשער הנ"ל כתוב תנאי מפורש בזה"ל. רק זאת הותנה בתנאי מפורש בתנאי ב"ג וב"ר כו' שיש לו כח ורשות לשמעון המוכר להחזיר ללוי הלוקח את כל אשר יוציא הלוקח על בנין אשר יבנה על הפלאץ הנ"ל. וגם המעות אשר קבל כעת בעד הפלאץ הנ"ל. רק שינכה ללוי הלוקח א' רובל לשנה דמי דירה. ועד עשר שנים מיום דלמטה ולא פחות משמונה שנים יש לו רשות לשמעון המוכר להחזיר המעות הנ"ל ומחויב לוי הלוקח להחזיר לו לשמעון המוכר הבית אשר יבנה על הפלאץ וכדת"נ ללוי הלוקח על הוצאת הלוקח ע"כ לשון התנאי. ובא אח"כ שמעון המוכר ותבע את לוי הלוקח לד"ת לפנינו ב"ד דפ"ק. היות כי גילה ללוי הלוקח את דעתו כי עומד על המקח לקנות בית ופלאץ במקום שדר בו עתה. ועתה כי לא עלתה בידו. כי גוי אחד עמד לשטנה ומעכב קנינו. לזאת חוזר ממכרו שמכר ללוי. והשיב לו לוי הלוקח כי קודם המכירה סיפר לו שמעון המוכר בדרך סיפור דברים כי עומד הנהו על מקח לקנות בית. ועל שעת הקנין אינו זוכר כלל. ואנחנו ב"ד שאלנו את פי שמעון המוכר כדי לברר דבריו אם דעתך במכירה הי' רק על אופן שתעמוד בידך מקחך שאתה עומד עליו. ואם לא תעלה בידך תחזור ממקחך שמכרת ללוי למה התנית תנאי בשטר קנין שמשמונה ועד עשר שנים הרשות בידך להחזיר ללוי הלוקח מעותיו. השיב שמעון המוכר כי לא דיבר כלל עם לוי הלוקח משום תנאי ולא ידע מזה כ"א בבואם לכתוב את השטר בקש ממני אז לוי הלוקח לכתוב תנאי זה. באמרו כי נדרש לו התנאי ולוי השיב כי כמה פעמים קודם כל אמר אל שמעון המוכר כ"א לא באופן התנאי אינו רוצה לקנות משמעון כי מה תועלת תהי' לו קנינו הלא המצרן יסלקו. אך אופן זה הוא המועיל עפ"י ד"ת לסלק את המצרן. והנה מד"ת זו יצא הלוקח זכאי באשר כי לא היה נראה לנו לגילוי דעת ממש עפ"י ד"ת. ויצא מב"ד. זה יוצא וזה שמעון המוכר בא לפנינו עם ראובן המצרן ואמר דעו כי גם המצרן נות לו בקיום התנאי והנה שמעון יוצא וראובן המצרן בא עם המעות של מקח ותבע את לוי הלוקח לד"ת בדבר המצרנות ולוי שלח את גרשון בנו לטעון עם המצרן. וטען ראובן כי מצרן הוא ולוי הלוקח הפריד בין הדביקים וחלק הפלאץ שלו לשנים. וגרשון בן לוי הלוקח השיב. הא לפניכם השטר וראו מה שכתוב אם יש בו דין מצרנות עכ"ל השאלה:

תשובה הנה מע"כ האריך בקונטר' היקר בכמה פרטים בזה בדברים ישרים וגם היה למראה עיני תשובת גאון אחד מגאוני דורנו מה שהשיב למע"כ אם הלוקח טוען כי בעת שקנה אמר לו אז המוכר שמוכר זה כדי שיקנה בית במקום דירתו כעת אין בזה דין דב"מ דהרי זה דומה למוכר ברחוק כדי לקנות בקרוב גם אנכי מסכים לזה בעיקר הסברא דלא כמו שראיתי לגאון אחד שכתב בזה דלקנות בקרוב דוקא הוא בקרוב לשדהו או לביתו שאין זה מצוי להשיג שדה כזו לקנות. אבל הכא כיון דכל העיר לפניו ויכול לקנות במקום שירצה אין זה מקרי בקרוב. אף שהגאון הנ"ל כתב שזה דבר פשוט. ולפע"ד נראה דאינו כן דאף אם נימא כסברתו דזה לא מקרי בקרוב מ"מ הא לא יצא זה מן הכלל למכור ברע ולקנות ביפה דאין לך רע גדולה מזו שיהי' לו קרקע במקום שאינו דר בה ואין לך יפה מזו לקנות בית דירה במקום שהוא דר. ובפרט בנ"ד כמכר קרקע בלא בנין לקנות בית בנוי ודאי דזה מקרי למכור ברע ולקנות ביפה אפי' בעיר אחת:

מ"מ בנ"ד לאחר העיון נ"ל לזכות את המצרן כמו שאבאר בס"ד דהא הכא א"א הלוקח לטעון בטענת ודאי שהמוכר מכר ברע כדי לקנות ביפה כיון שהלוקח הודה בעצמו לפנינו שהמוכר לא אמר לו בעת המכירה אלא רק דרך סיפור בעלמא שהוא עומד לקנות בית במקום שהוא דר. א"כ הוא אינו יודע בודאי שהמוכר מכר קרקע זו כדי לקנות בית דירה ע"כ א"א לדחות אח המצרן מחמת טענה זו אף שדעת הסמ"ע ס"ק ע"ע גבי מפני המס מכר לו המוכר דאפי' טוען הלוקח בטענת ספק דאולי מפני המס מכר לו צריך המצרן להביא ראי'. ולמד זאת מדברי הרמב"ם שכתב אפי' הי' שם בדבר ספק אין הלוקח מסתלק אלא בראי' ברורה אבל כבר השיג עליו הש"ך ופי' דברי הרמב"ם דמה שכתב דאפי' היה שם בדבר ספק כו'. קאי על מה שהביא שם הרמב"ם אח"כ כגון גזלן אתה על שדה זו או אריס או שכיר כו'. אבל גבי טענת מס כתב דנראה כיון שהמצרן מברר שהוא מצרן והוא טוען שמא מפני המס מכר אין ספק מוציא מידי ודאי כו' והגע עצמך דאם תאמר כן בטלת דין מצרנות שיטעון שמא מכר לגאול בקרוב או לקנות שדה יפה או ליתן מנת המלך או למזונות כו' עכ"ל. וכן נ"ל הביא ראי' מדברי הטור. דהטור הביא שם כל דברי הרמב"ם ודבר זה דאפי' היה שם דבר ספק אין מסתלק אלא בראי' ברורה השמיט זאת מדברי הרמב"ם. ולפי דברי הסמ"ע דהרמב"ם השמיענו דין חדש דאפי' בטענה דמפני המס מכר לו מהני נמי טענת הלוקח אפי' בטענת ספק תמוהים מאד דברי העור דהאיך השמיט דין זה מדברי הרמב"ם. אלא ע"כ צ"ל דהטור מפרש דברי הרמב"ם כדברי הש"ך דטענת ספק לא מהני אלא רק גבי גזלן אתה כו' ועוד נראה דגבי גזלן אתה כיון דשם מהני טענת ספק של הלוקח משום דכ"ז שאינו מברר המצרן שהשדה לקוחה

בידו והוא מצרן בודאי אין לו על הלוקח כלום. ע"כ שם אין צריך לישבע הלוקח שבועת היסת אפי' כשטוען הלוקח גזלן אתה על שדה זו טענת ודאי כמש"כ הסמ"ע בס"ק פ"א ודלא כהש"ך שם. א"כ א"ש דלא הזכיר הטור בפי' דטענת ספק מהני משום דממילא מוכח כן כיון דלא הזכיר שם הטור שישבע הלוקח ע"כ משום דגבי גזלן אתה מהני אפי' טענת ספק. וזה ברור בדברי הטור להמעיין שם:

ועוד הא המהרי"ט בחו"מ סי' ס"ז מפרש דברי הרמ"ה שהובא בטור דס"ל דאפילו טוען הלוקח טענת ברי דמפני המס מכר לו לא מהני לדחות את המצרן עד שיביא ראי' וכתב וז"ל ולי נראה דמודה הרמ"ה היכא שהספק תלוי בדינא או בפלוגתא דרבוותא דלא מצי מצרן מפיק מלוקח לאוקמי בידו דלוקח דומיא דספיקא דאי מוזיל לגבי ב"מ או לא דהוה ספק שאינו תלוי בטענה דלוקח וגם א"א ללוקח לברר אבל כל דבר התלוי בטענתו של לוקח ואפשר לו לבררו כגון אי הוה מתנה. או מכר אם כדבריו אפשר הוה לבררו ע"י העדים וכן כשטוען לכרגא כו' ומדלא מברר ש"מ שקורי קא משקר כו' ועוד אם אתה אומר נאמן א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כל אדם יכול להפקיע דין בה"מ מעליו ויאמר לכרגא או למזוני כו'. וכה"ג אמרינן בפ"ק דכתובות גבי האומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובתה א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כו' עכ"ל ולפי מה שהאיר עינינו השליט הלזה בדברי הרמ"ה דבכל שאר ספיקות גם הרמ"ה מודה דלא מקרי המצרן מוחזק א"כ לא נמצא בפירוש מי שיחלוק עליו במה דס"ל דאינו נאמן הלוקח לדחות את המצרן בטענת מס וכדומה אלא בדברי הרמב"ם לבד והב"י שהכריע כדברי הרמב"ם והרא"ש דמקרי הלוקח מוחזק משום דמסתבר טעמם כל זה לפי הבנתו בדברי הרמ"ה דהרמ"ה ס"ל דמקרי המצרן מוחזק לכל מילי. אבל לפי מה שהסביר לנו המהרי"ט את דברי הרמ"ה אין ראי' שיחלוק עליו גם העיטור והרא"ש כי לא נמצא בהם רק לענין שאר ספיקות דמקרי הלוקח מוחזק אבל לענין זה שיהי' נאמן הלוקח לדחות את המצרן ולטעון שקנה באופן שלא היה בזה דדב"מ לא נמצא בהם ויכול להיות שמודים בזה לדברי הרמ"ה מטעם דא"כ כל אדם יכול להפקיע דין מצרנות ע"כ צריך הלוקח להביא ראי'. א"כ לכה"פ כל מה שאנו יכולין למעט המחלוקת בין הרמב"ם והרמ"ה ודאי מחוייבים אנו להשוותם. והא בטענת ספק דאולי מפני המס מכר לו אנו יכולין לפרש דברי הרמב"ם בפשיטות שאינו חולק על הרמ"ה בזה ומודה דאין צריך המצרן להביא ראיה בזה מטעם דאל"כ תקנת מצרנות לכדי נתקנה כיון שיכול להפקיע עצמו מן המצרן אף בטענת ספק דאולי מפני המס מכר לו וכדומה. והכלל מה שנ"ל ברור כיון דבדברי הרמ"ה מבואר מפורש דאפי' בטענת ברי אין צריך המצרן להביא ראי' ובדברי הרמב"ם

לא נמצא בפירוש שיחלוק על הרמ"ה אלא בטענת ברי של הלוקח א"כ בטענת ספק של הלוקח א"א לזוז מדברי הרמ"ה ואין צריך המצרן להביא ראי' כיון דמסתבר טעמא דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם. ובפרט דאם נאמר דיכול לטעון דאולי בשעת מכירה כוונתו הי' לגאול בקרוב או ביפה כנ"ד ודאי דתקנת מצרנות לכדי נתקנה. ואפשר דגם הסמ"ע מודה בזה כיון דלפנינו דלא קנה המוכר אח"כ כלום אינו יכול הלוקח לטעון בטענת ספק דאולי כוונת המוכר היה בשטת מכירה כדי לקנות בקרוב כו':

ולפי זה נ"ל לומר דאפי' לדעת הרמב"ם דנאמן הלוקח לטעון דמפני המס מכר לו דווקא שהלוקח טוען שיודע הוא בעצמו שהמוכר מכר מפני המס אבל אם הלוקח טוען רק מה ששמע מפי המוכר שהמוכר אמר לו שמפני המס מכר כיון שאינו יודע בעצמו רק מה ששמע מפי המוכר זה לא מקרי טענת ברי כיון שעכשיו הוה הדין רק בין הלוקח ובין המצרן א"כ הוי הלוקח כטוען רק הוגד לי מפי אחר. וזה לא מקרי טענת ברי ויפטור עצמו מן המצרן ואפי' המוכר לפנינו וטוען שהאמת הוא כן נמי לא מהני אפי' לפי מה שמצדד לו' השער המשפט ס"ק ט' דהמוכר לא הוי נוגע בדבר והוי עד כשר מ"מ לא מהני הכא. דבכל מקום דבעינן דוקא טענת ברי לפטור עצמו לא מהני מה שטוען ע"פ עד אפי' הוא עד כשר. וכן מוכח בקדושין (מג.) גבי הן הן שלוחיו והן הן עדיו דאפי' קודם שתקנו שבועת היסת דוקא כשיש שני שלוחים והוי שני עדים הוא דנפטר הלוה אבל ע"י שליח אחד אע"ג דהוא עד כשר קודם שתקנו שבועת היסת דהא יש לו מגו דאי בעי אמר הדרינהו ללוה מ"מ לא מהימן וצריך הלוה לפרוע דהוה איני יודע אם פרעתיך אע"ג דטוען ברי עפ"י עד. והכלל מה שנראה לפע"ד דהטענת ברי של הלוקח הוא דוקא כשיודע הוא בעצמו וע"ז צריך לישבע שכן הוא. ולכך לא חיישינן שמא כל לוקח יטעון כן. אבל אי מהני רק טענה מה ששמע מפי המוכר וישבע ע"ז שכך שמע מפי המוכר א"כ תקנת מצרנות לכדי נתקנה שכל מוכר יאמר ללוקח שהוא מוכר מפני המס והלוקח ישבע ע"ז שכך שמע מפי המוכר:

ועוד אפשר לדון דאפי' אם המצרן טוען בטענת ספק על הלוקח שהוא טוען שקר כדי לדחות אותו נמי צריך הלוקח לשבע ע"ז ולא כפי שנראה מהפרישה שכתב וז"ל שקר אתה טוען כלומר המצרן טוען ברי ששקר אתה דובר וכן כתוב ואם לא יביא ראי' נשבע הלוקח כו' כיון שהוא מודה שהוא מצרן שלו נמצא שהוא בעל דברים דידי' והוי כמו טוען לחבירו והוא כופר דנשבע היסת א"כ לפי דעתו נראה דאם בא המצרן רק בטענת ספק אין צריך הלוקח לשבע. ולפע"ד אפשר לו' דגם בטענת ספק של המצרן נמי מחייבינן את הלוקח לשבע ע"ז כיון דחזינן דדעת. הרמ"ה הוא דאפי' בא המצרן

רק בטענת ספק אינו נאמן הלוקח אלא בראי' ברורה ובארנו למעלה בשם המהרי"ט משום דיש לחוש שלא יתבטל תקנת מצרנות דכל לוקח יטעון כן. א"כ מסתבר לו' דגם הרמב"ם מחייב שבועה על הלוקח נמי מהאי טעמא משום דרוב פעמים לא נמצא המצרן בשעת המכירה ואינו יודע כלום מפני מה מכר לו וגם הלוקח לא יתחייב לשבע א"כ הלוקח בודאי יטעון כן ויתבטל תקנת המצרנות וגם כל לוקח מורה התירא בזה מפני שגם הוא נותן דמים. ע"כ עשוהו טענת ספק של המצרן כיון שהוא בא במצרנות ברורה לפנינו [והלוקח בא להפקיע אותה] כטענת ודאי והטילו על הלוקח שבועה. ומ"מ צ"ע בזה למעשה:

היוצא לנו מכל דברינו אלה לנ"ד שהלוקח בעצמו הודה שאינו יודע הוא בעצמו שהמוכר מכר קרקע זו כדי לקנות הבית. רק אנו רוצים לטעון בעדו מחמת ששמענו מפי המוכר עתה שתבע את הלוקח לדין שרוצה לחזור מן המכירה כיון שנתבטל אצלו הקניה מן הבית ע"כ רוצה לבטל המכירה מן הקרקע זה לא מהני כלום לפ"ד לפי מה שבארנו דהגדת המוכר לא מהני להלוקח כלום כיון דבעינן טענת ברי של הלוקח דוקא. ובפרט בנ"ד שהמוכר הוא נוגע בדבר כיון שרוצה לחזור מן המכירה מחמת טענה זו. אך אם יתברר עפ"י עדים שהאמת כן שהמוכר מכר קרקע זו כדי לקנות בית אין בזה משום דדב"מ כנ"ל לכאורה:

אבל אחר העיון נ"ל שבנ"ד אף שיתברר עפ"י עדים שהמוכר מכר קרקע זו כדי לקנות את הבית מ"מ כיון שלא אמר להדיא להלוקח שלכך רוצה למכור הקרקע כדי לקנות בית ע"כ יש בה דדב"מ דהנה עלה בדעתי לו' דהיכא שלא אמר המוכר להלוקח בעת המכירה שהוא מוכר מפני המס או כדי לקנות בקרוב וכדומה כדי שהלוקח לא יחוש לקנות מפני המצרן אף שאח"כ יתברר שהמוכר מכר מפני המס וכדומה על הלוקח מוטל לעשות הטוב והישר ולהסתלק בעד המצרן. דהא באמת צריך ליתן טעם למה בכל הני דהיינו מפני המס וכדומה כיון שהמוכר היה דחוק במכירתו אין הקונה מחוייב להסתלק בעד המצרן מה נ"מ להקונה מה שהמוכר דחוק במכירתו כיון דעיקר הטוב והישר הוא מוטל על הקונה. אלא ע"כ צ"ל כמו שהסביר לנו הרמב"ם הטעם בזה וז"ל כיון שכל אילו טרודים הם למכור ומשום צורך גדול מוכרין וא"ת יש בהן דין בן המצר לא ימצא לוקח שהרי אומר למה אטרח ואקח כדי שיבא זה ויסלק אותי ואין הבעלים יכולים להמתין עד שיביא בן המצר מעות ויקנה עכ"ל. א"כ כ"ז היכא דחזינן שהמוכר הודיע זאת להלוקח שמוכר מפני כל אילו כדי שלא ירא מפני המצרן אמרינן דאפשר שאם הי' ירא מפני המצרן לא היה קונה והיה הפסד המוכר בזה. אבל היכא שהלוקח

לא ידע כלל מפני מה מכר המוכר א"כ חזינן שהלוקח לא הי' ירא מפני המצרן וקנה ולא היה במכירה זו כלל טובת המוכר א"כ למה אינו מוטל על הלוקח לעשות הטוה"י ובפרט שהלוקח נחית אדעתא דהכי שאם יבא המצרן יחזור לו המעות ויסתלק מחמתו א"כ מאי איכפת להלוקח מה שנתודע עכשיו שהמוכר מכר מפני המס או כדי לגאול בקרוב הא מ"מ עליו מוטל לעשות הטוה"י ולהסתלק בעד המצרן כיון שלא הי' במכירה זו כלל טובת המוכר כן היה נ"ל ברור אך מה אעשה שמדברי הסמ"ע והש"ך גבי טענת ספק של הלוקח דאולי מפני המס מכר לו וכדומה נראה דס"ל דלא בעינן ידיעת הלוקח שאם אח"כ יתברר שהמוכר מכר מפני אילו אין בה דדב"מ א"כ בודאי קשה לעשות מעשה נגד דבריהם:

אך מ"מ נ"ל בנ"ד כיון שהמוכר מרוצה עתה שישאר לפני המצרן כה"ג שהמוכר לא הודיע להלוקח מקודם שלכך מוכר הקרקע כדי לקנות את הבית זו כמו שטוען הלוקח בעצמו שרק בדרך סיפור בעלמא אמר שעומד לקנות בית בודאי יכול המוכר לוותר אח"כ ולומר שאינו מקפיד על רעתו וישאר לפני המצרן והלוקח מחוייב לעשות הטוה"י. וכן נ"ל בזה שהביא מע"כ בשם הגאון ר' אברהם שמואל ז"ל מאישישק שהשיג על הגאון בעל חמדת שלמה ז"ל על מה שפסק גבי נמלך המוכר במצרן ואמר לא בעינן לו זיל זבין לעלמא שפסק הגאון בעל ח"ש שאם אח"כ מרוצה המוכר שישאר לפני המצרן לא אבד המצרן זכותו אף הודיע המוכר להלוקח שכבר נמלך אצל המצרן והגרא"ש השיג עליו שאין ביד המוכר לוותר אלא על רעתו שיבא אחר המכירה ולא על רעתו שהי' בעת המכירה ולי נראה להכריע בזה שאם הודיע המוכר להלוקח שכבר נמלך אצל המצרן וכבר סילק את עצמו א"כ קנה הלוקח באופן שאין בה דדב"מ אין סברא כלל שיכול המוכר אח"כ לגרוע זכות הלוקח. אבל אם לא הודיע להלוקח שהוא נמלך אצל המצרן א"כ הלוקח נחית אדעתא שיש בה דדב"מ א"כ ודאי שיכול אח"כ המוכר לומר להלוקח מאי איכפת לך ששאלתי אצלו והוא נתן לי רשות למכור למי שארצה כיון דאני לא הודעתיך מזה בידי למחול להמצרן שישאר לפני המצרן ואתה מחוייב להסתלק בעד המצרן לעשות הטוה"י. וכן נ"ל בכל הני דאין בהם דדב"מ כגון מוכר מפני המס וכדומה אם הודיע המוכר להלוקח שמוכר מפני כל אילו כדי שלא ירא מפני המצרן כיון דלוקח נחית אדעתא דהכי ומחמת זה קנה ודאי דאין ביד המוכר לוותר אח"כ ולו' שאינו מקפיד על רעתו שישאר לפני המצרן כיון דהלוקח כבר זכה בה ודאי אין ביד המוכר לגרוע זכות הלוקח. ואם לא ידע הלוקח כלל מזה מפני מה מכר המוכר נ"ל דודאי יכול המוכר אח"כ לו' שישאר לפני המצרן שהא יכול המוכר לו' להלוקח כיון שאני לא הודעתיך

מזה מקודם ואתה קנית ממני בסתם הרשות בידי לוותר על רעתי וכ"ש אם טוען המוכר שלא היה חושש אם לא היה הלוקח רוצה לקנות והיה ממתין על המצרן:

ויותר מזה יש ללמוד מדברי הסמ"ע דאף אם ידע הלוקח שהמוכר מכר ברחוק כדי לגאול בקרוב מ"מ אם רוצה המוכר לוותר אח"כ ולו' שישאר לפני המצרן זכה המצרן דהסמ"ע הביא שם מה שכתב הג"א גבי מכר כל נכסיו לאחד אין בו משום דדב"מ שאם אח"כ מרוצה המוכר ליתן להמצרן זוכה המצרן כיון דכל זה הוא משום טובת המוכר. והסמ"ע גופא הביא שם להדיא ס"ק י"ג דלכך אף אם רוצה המצרן ליקח כל נכסיו לא מהני מה שכתב שם הרא"ש משום שאינו מצוי אדם שיקנה כל נכסיו ביחד והרא"ש מסיים שם דזה דמי למוכר ברחוק כדי לגאול בקרוב. א"כ מוכח דס"ל דגם למכור ברחוק כדי לגאול בקרוב נמי מהני ריצוי המוכר אח"כ. ומה שהביא מע"כ בשם הגרא"ש הנ"ל דהוא פירש דהג"א קאמר זאת דיכול המוכר לוותר ואח"כ דוקא לשיטת רש"י דהוא נותן הטעם דלכך אין בזה משום דדב"מ שמא לא ירצה הלוקח לקנות השאר א"כ רעת המוכר הוא אלא אח"כ כשיבא המצרן וימשוך ידו מן השאר. ולפע"ד מדברי הסמ"ע מוכח דאינו מפרש כן דברי הג"א דהא הביא זאת להלכה ועיין בנה"מ. והוא בעצמו הביא טעם של הרא"ש. אלמא דס"ל דאין שום חילוק לענין זה בין לפי טעם של' רש"י ובין לפי טעם הרא"ש דאף לפ"ד הרא"ש נמי יכול המוכר לוותר אח"כ ועוד הא גם לפירש"י יכול להיות דרעת המוכר הוא בשעת המכירה כגון שהלוקח גילה דעתו מקודם שאינו רוצה לקנות אלא הכל ביחד אלא נראה הא דקאמר הג"א שם בשם הא"ז לפי פירש"י כוונתו לאפוקי ממי שנותן טעם אחר על הא דמוכר כל נכסיו לאחד אין בזה משום דדב"מ דהטעם הוא כיון דבמכירה זו יש בה נמי הני שדות שאין בהם דדב"מ והמכירה היה הכל ביחד ע"כ לא היה בזה תקנת חכמים שיהיה בזה דדב"מ. וקצת משמע כן מדברי הרמב"ם ז"ל להמעיין בדבריו ולפי טעם זה ודאי אפי' באו כל המצרנים יחד נמי לא מהני כיון דכל מצרן אין לו זכות אלא באחת מן השדות ואין לו זכות בכל המכירה [ומדברי הב"י נראה דס"ל דגם לדברי הרא"ש לא מהני אם באו כל המצרנים יחד וצ"ע] וכן נמי לא מהני מה שנתרצה המוכר אח"כ כיון דהא שאין בזה דדב"מ הוא לא משום טובת המוכר. כנ"ל כוונת הג"א מאי דקאמר לפי פירש"י. אבל לא לאפוקי מפי' הרא"ש כמו שפירש הגרא"ש ז"ל. ומ"מ דברי הגאון בעל ח"ש דס"ל דאפי' הודיע להלוקח שהוא נמלך במצרן ונתן לו רשות וה"ה אם מוכר בכל הני שאין בהם דדב"מ והודיע זאת להלוקח כדי שלא ירא מפני המצרן מ"מ יכול המוכר לוותר אח"כ זה אין נ"ל כלל כמשב"ל. והסמ"ע מיירי היכא שלא אמר המוכר כלום להלוקח רק שהלוקח ידע מזה לכך ס"ל שיכול המוכר לוותר אח"כ כיון

שלא אמר לו להדיא שהוא אין צריך לירא מפני המצרן. אבל היכא דאמר לו להדיא שהוא א"צ לירא מפני המצרן כיון שהוא מוכר מפני כל אילו ודאי אין סברא כלל שיכול המוכר לוותר אח"כ. ועוד דא"כ כל לוקח ירא מפני המצרן שמא אח"כ יתרצה המוכר להמצרן ויסלקנו. אלא ודאי היכא שהמוכר הודיע זאת ללוקח שלכך אינו ממתין על המצרן משום דמתירא שלא יהיה לו הפסד מזה אינו יכול המוכר אח"כ לוותר ולומר שישאר לפני המצרן. וגם הסמ"ע מודה לזה:

ולפי המתבאר מכל דברינו אלה שבנ"ד לפי מה שנראה מהודאת הלוקח בעצמו מה שסיפר לפני ב"ד שהוא דרש מהמוכר לעשות תחבולות שונות כדי שלא יסלקנו המצרן אבל המוכר לא חשש לזה כלל אפי' בשעת המכירה אם ישאר אח"כ לפני המצרן. אף אם יתברר עפ"י עדים שהמוכר מכר ברע כדי לגאול ביפה ודאי שיכול המוכר לטעון אף שאני מכרתי ברע כדי לגאול ביפה מ"מ כיון שאני לא הודעתיך מזה וגם לא דברתי עמך שמחמת זה אין אני ממתין על המצרן לכו"ע יכול המוכר לומר שאני רוצה שישאר עתה לפני המצרן. כנ"ל הדין ברור ועל הטענה הראשונה כיון שלא היה המצרן בעיר שהמוכר והקונה שם בזה נ"ל כדברי כת"ר כיון שהמצרן קרוב למקום שהמוכר שם רק שלש פרסאות ומצויים עוברים ושבים בכל יום ודאי דמחוייב הוא להודיע להמצרן. וזה מבואר להדיא בתשו' המבי"ט סי' פ"ו יעו"ש ולא מצאנו מי שחולק עליו בזה. ועובדא דרדב"ז סי' ש"א שאני שהיה המוכר במקום רחוק ושם מכר קרקע שהי' לו בעירו. וגם מחמת התנאי א"צ להאריך בזה כיון שהלוקח הודה בעצמו שעשה זאת בערמה כדי להפקיע זכות המצרן ודאי דאין זה כלום כמבואר בכל הראשונים כנ"ל בזה:

כה דברי ידידו יו"ט ליפמאן הכהן:

סימן ג

אח"כ מצאתי תשו' הרשב"א בת"א סי' פ"ה וז"ל תשובה אין בזה משום דדב"מ דכל מקום שיש קפידא למוכר אין בו משום דדב"מ וכיון שכן כל שזוקף במלוה שהלוקח נוח ליה ובן המצר קשה ממנו ולפיכך אין דינא דב"מ אלא בפורע מיד. ומסתברא דאפי' יאמר עכשיו המוכר בן המצר נוח לי כראשון אפי' הכי אין בכך כלום לפי שלא תקנו אלא במה שאין דרך המוכרין להקפיד אבל במקום שדרך המוכרין להקפיד הוה קפידא ובזה לא תקנו ואפי' נתרצה המוכר לאחר מכאן בכך והני טבי ותקלי והני שרו והני צריו וחתימי שאין בהם משום דדב"מ ולא חלקו בין מתרצה המוכר בכך בין שאינו מתרצה דבתר התחלה אזלינן ובמה שאפשר להקפיד בהן המוכרין עכ"ל והנה בתשו' הרשב"א הלזו מבואר להדיא דלא כמו שהוכחנו למעלה מדברי הסמ"ע שאפי' מכר המוכר להדיא

ברחוק כדי לגאול בקרוב מ"מ אם רוצה המוכר לוותר אח"כ ולו' שישאר לפני המצרן זכה המצרן. דהא ס"ל להרשב"א להדיא דבתר התחלה אזלינן וכיון דבשעת מכירה לא היה בזה דין מצרנות אינו יכול המוכר לוותר אח"כ. ואף שודאי דעת הג"א הוא אינו כן כמשב"ל מ"מ כיון דהרשב"א חולק ע"ז א"כ הוה ספיקא דדינא ובספיקא דדינא קיי"ל דהלוקח מקרי מוחזק נגד המצרן א"כ אינו יכול המצרן להוציא מיד הלוקח כנגד דעת הרשב"א. ותשו' הרשב"א הלזו נעלם מעיני הסמ"ע. מ"מ נ"ל בנ"ד כמו שפסקתי למעלה דזה ברור לפ"ד דהיכא דמכר מפני המם וכדומה ולא הודיע המוכר להלוקח שמוכר מפני זה אף אם יתברר אח"כ שמכר מפני אילו יכול המוכר לטעון שאף שאני מכרתי מפני כל אילו שאין בהם משום דדב"מ מ"מ לא איכפת לי אם ישאר לפני המצרן כיון שאתה לא ידעת מזה ע"כ מחוייב אתה לעשות הטוה"י כיון שאני איני מקפיד ע"ז ומתחילה נמי לא הייתי מקפיד אם הייתי ממתין על המצרן כנ"ל:

סימן ד

שאלה איש אחד קנה סחורה הנמכרת במשקל ופסקו המקח מכל פונט ונתן לו או"נ חמשה רו"כ ואח"כ הביא המוכר הסחורה בשקו לבית הקונה ואמר לו שנמצא סחורה בשק הלזה ערך חמשה וארבעים פונט והניח הסחורה בשקו הנ"ל בבית הקונה והלך לו. ואח"כ הביא הקונה להמוכר עוד ששה רו"כ על חשבון דמי הסחורה הנ"ל. והקונה הנ"ל לא משך ולא הגביה הסחורה. ומאיזה סיבה נגנבה הסחורה. וקבלו המוכר והקונה שיפסק להם הרב עפ"י ד"ת על מי חל הפסד הגנבה. וחייב הרב את הקונה לשלם עבור הפסד הגנבה אף שהי' שלא בפשיעה ועמד אחד וערער על פסק הרב הנ"ל ונשאלתי מהרב הפוסק לחוות דעתי בזה:

תשובה לפ"ד נראה דשפיר הורה הרב לחייב את הקונה בהפסד הגנבה דאע"ג דמטעם חצר לא קנה הלוקח כיון דהסחורה היתה מונחת בשקו של המוכר א"כ הוי ספיקא דדינא אי כליו של מוכר ברשות לוקח קנה הלוקח או לא. וכיון דהוי ספיקא לא מצי המוכר לגבות המותר מעות מיד הלוקח מ"מ נראה דהכא קנה הלוקח בהאו"ג שנתן קנין גמור את הסחורה אח"כ שהביא המוכר את הסחורה לרשות הלוקח דהא זה ברור היכא דמונח החפץ ברשות הלוקח אף בכליו של מוכר קונה מעות קנין גמור. וזה נלמד בכ"ש מעליתו של לוקח מושכרת ביד מוכר כיון דלא שייך בזה נשרפו חטיך בעלי' קנה קנין מעות קנין גמור. כ"ש היכא דמונח החפץ ברשות לוקח, ממש אף בכליו של מוכר דודאי קונה במעות קנין גמור אע"ג דהכא בנ"ד נתן לו האו"ג מקודם שהביא המוכר את הסחורה לרשות הלוקח והנה מסתימת השו"ע בסי' קצ"ח משמע דבמשך משיכה גרועה

היינו דבר שדרכו בהגבהה לא קנה אף שנתן המעות מקודם. וזה ודאי כיון שמשך הלוקח מרשות המוכר לסימטא א"כ לא שייך בזה לומר דאולי יאמר המוכר נשרפו חטיך בעלי'. מ"מ לא קנה מחמת המעות שנתן מקודם. עיין בשעהמ"ש שם דכתב דכן מוכח מסתימת הפוסקים ומדברי הרמב"ם להדיא ודחק שם לומר כיון דבלא מעות לא מהני משיכה בדבר שדרכו בהגבהה לא פליג חז"ל דאף בנתן מעות לא תועיל משיכה בכה"ג דלא ליטעי בה לומר דהקניה מתורת משיכה היא עיי"ש. אבל כבר העיד הנחתום על עיסתו שאינה ראויה אלא עפ"י הדחק. ע"כ נ"ל לומר דהטעם בזה דלכך לא קנה שם במשיכה גרועה אף כשנתן מעות מקודם כיון דבשעת קנית המעות לא קנה אלא למש"פ בלבד אינו מועיל מה שנתחדש אח"כ שאין שייך בזה לומר נשרפו חטיך בעליה דאנן בתר שעת קנין אזלינן ואז הא לא הועיל הקנין אלא למש"פ בלבד. וכן נ"ל בהא דקיי"ל דאם השכיר המוכר מקום להלוקח בביתו והוא דר בו קונה במעות קנין גמור כיון דלא שייך בזה נשרפו חטיך בעלי' דאם קנה אצלו סחורה מקודם במעות ואח"כ השכיר להלוקח מקום לדור בו דלא קנה לו המעות למפרע. ולפי"ז נ"ל ברור דאם אחד נתן מעות על דעת למשוך החפץ מיד המוכר אע"ג דבמשיכה לא מצי קנה כיון דדרכו בהגבהה מ"מ קנה בזה מטעם קנין המעות כיון דבשעת קנין המעות הי' המדובר שימשוך החפץ ויהי' תחת רשותו א"כ הוה נתינת המעות מתחילה על דעת לקנות קנין גמור בהמעות כשיבוא החפץ תחת רשותו ולא יהי' שייך אז לומר נשרפו חטיך בעלי'. ואפי' הוציא המוכר המעות עד שמשך החפץ מ"מ קנה קנין גמור בהמעות אח"כ. ואין לומר כיון דמתחילה לא קנו המעות ולא הוי ת"י אלא מלוה כשהוציא המוכר א"כ תו לא מצי למקני במעות קנין גמור משום דמלוה לא קנה כמש"כ התוס' בב"מ (טז.) ד"ה האי שטרא כו' יעו"ש התם שאני כיון דלא הי' ראוי לקנות בשעת נתינת המעות ע"כ הוי המעות מלוה. אבל במקום שראוי לקנות בשעת נתינת המעות לא הוי המעות מלוה כלל וכמו הנותן פרוטה לאשה שתתקדש לו לאחר ל' יום שאף שבשעה שחל הקדושין כבר נתאכלו המעות מ"מ מקודשת וכמש"ב הש"מ ב"מ (שם). א"כ היוצא לנו לנ"ד נמי כיון דבשעת נתינת האו"ג היה ע"ד שיביא המוכר את הסחורה לביתו של הלוקח בשקו. א"כ אי אמרינן כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח מ"מ קנה מטעם המעות שנתן ע"ז קנין גמור כשבא אח"כ לרשותו כיון שאז לא שייך נשרפו חטיך בעלי' וכמש"ב:

והנה דעת הרב הנ"ל הוא לחייב את הקונה בהפסד הגנבה מטעם הששה רו"כ שנתן אח"כ כשהיה הסחורה ברשותו דאז קנה בהמעות קנין גמור וכן הסכמתי גם אנכי מתחילה להרב הנ"ל. אבל אח"כ התבוננתי בזה היטיב וראיתי דמטעם המעות שנתן

אח"כ לא היה קונה אלא כנגדו. אע"ג דאנן קיי"ל כר"י דערבון כנגד כולו קונה. מ"מ נראה דדוקא בתחילה כשנותן אף מקצת מעות מ"מ קונה כנגד כולו. אבל כשנותן אח"כ בתורת פרעון כו"ע מודים דלא קנה אלא כנגדו. ולמדתי זאת מדברי הר"ן ז"ל דז"ל בפ"ק דקדושין ודאמרינן לא קנה עד שיתן לו דמים איכא מ"ד דדוקא כל הדמים אבל במקצת דמים אפי' לא עאיל ונפיק אזוזי לא קנה דכי אמרינן דבמקצת דמים קנה הכל כל היכא דלא עאיל ונפיק אזוזי ה"מ בנותן מקצת דמים לשם קנין דכיון שקבלם לשם קנין ולא עאיל ונפיק אשארא גלי אדעתי' דניחא לי' דליקני בהכי אבל הכא דמים הללו לא לשם קנין נתנם לו שהרי בשטר הוא קונה אלא לשם פרעון נתנו ולפיכך אעפ"י שקבלם אין כאן הוכחה דניחא לי' שיקנה בהן ולפיכך י"ל שאפי' כנגד מעותיו אינו קונה דכיון דבשטר הוא קונה אי אפשר לו לקנות בו מקצת השדה שעל כל השדה נכתב ולא על חציו וכיון שבטל כח השטר במקצתו בטל כולו עכ"ל. ולכאורה דברי הר"ן הללו תמוהים מאד דהאיך פי' דמה דאמרינן דערבון קונה כנגד כולו מיירי כשנותן להדיא לשם קנין נגד כל דברי הראשונים דפי' דהתם מיירי שנתן ערבון בתחילת פרעון. דהא פליגי רש"י ותוס' בב"מ (מח:) אם אמר ערבוני יקנה הכל אם קנה כנגד כולו או לא. דרש"י פי' דלא קצה אלא כנגדו. והתוס' השיגו ע"ז וס"ל דקונה כנגד כולו אבל כולם מודים דערבון דפליגי רב ור"י מיירי כשנותן בתחילת פרעון. וכן מוכח מדברי הברייתא שם דקאמר אבל מכר לו בית או שדה באלף זוז ופרע לו מהם חמש מאות זוז קנה ומחזיר לו השאר דמיירי שנתן בתחילת פרעון ולא הזכיר כלל שם שנותן לשם קנין. ע"כ נ"ל דכוונת הר"ן הוא לשם קנין לא כשנותן להדיא לשם קנין אלא אף מסתמא כשנותן בתחילה מעות לקנות דבר אף כשנותן לשם פרעון קים לן דודאי כוונתו הוא לקנות כולו בזה והמותר יהי' עליו מלוה לכך כי לא עאיל ונפיק אזוזי קנה כנגד כולו. אבל כשקונה בשטר ואח"כ נותן המעות לשם פרעון אז אמרינן דלא נתכוין לקנות אלא כנגדו. א"כ לפי"ז נראה ברור כמש"כ דדוקא היכא דנותן בתחילה אף מקצת מעות אז קנה כנגד כולו דאז ודאי נתכוין לשם קני לקנות כולו. אבל היכא שנותן אח"כ מקצת מעות על תשלומי הפרעון אז לא אמרינן כנגד כולו קונה. וראיתי להגאון בעל מח"א בקנין מעות סי' א' דמפרש דברי הר"ן כפשוטו וכתב דמדברי הר"ן מוכח דלא ס"ל כהב"י דהיכא דנותן מעות להדיא לשם קנין קנה לכולי עלמא קנין גמור דהא הר"ן מפרש דברי הגמרא בב"מ דמיירי שנתן להדיא לשם קנין ואפילו הכי לא קנה אלא למש"פ בלבד עיי"ש. אבל לפע"ד נראה ברור דכוונת הר"ן הוא כמש"פ:

עוד יצא המערער כנגד פסק הרב הנ"ל מטעם דנפיק ועאיל אזוזי כי בפעם הראשון שתבע המוכר מעות מהלוקח לא נתן לו כ"א ששה רו"כ. ובפעם השני תבע ולא נתן לו כלום זה אינו טענה כלל כיון דפעם הראשון שתבע הושוה עמו וקבל מאתו ששה רו"כ א"כ לא נשאר כ"א תביעתו השניה והפוסקים כתבו להדיא דלא הוה נפיק ועאיל אזוזי כ"א כשתבע לו שני פעמים ודחהו בלך ושוב. ועוד נ"ל דבסחורה העומדת למכור להרוחה לא שייך דין דנפיק ועאיל אזוזי כ"א בידעינן דלא מכר אלא מפני שהוא צריך לדמי. ובזה יתיישבו שני סעיפי השו"ע הסותרים בדיוקם אהדדי. דבסי' ק"צ סי"א כתב המחבר האי דין דנפיק ועאיל אזוזי וכתב דזה ליתא במוכר שדהו מפני רעתה וה"ה במטלטלין מפני רעות ממכרו משמע דאם מוכר ממכר סתם אית בו דין דנפיק ועאיל אזוזי. ובסעיף ט"ו כתב דלית דין דנפיק ועאיל אזוזי כ"א בידעינן דלא מכר אלא מפני שהוא צריך לדמי משמע דבממכר סתם לית בו דינא דנפיק ועאיל אזוזי אע"כ צריך לחלק דבס' י"א מיירי בשדה או במטלטלין של בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו לכך דוקא בידעינן שמכר מפני רעות ממכרו הוא דלית בי' דינא דעאיל ונפיק אזוזי. אבל בסתם אמרינן דודאי מכר רק מפני שצריך לדמי. ובסעיף ט"ו מיירי בסחורה העומדת למכור לכך לית בי' דינא דנפיק ועאיל אזוזי כ"א בידעינן שלא מכר אלא מפני שהוא צריך לדמי. א"כ בנ"ד שהוא סחורה העומדת למכור להרוחה לא שייך בה דינא דנפיק ועאיל אזוזי כ"א בידעינן שמכר רק מפני שצריך לדמי:

ועוד נ"ל טעם פשוט לחייב את הקונה בהפסד הגנבה דאפי' אם נימא דלא קני בהמעות קנין גמור מ"מ כיון שבידו למוכרה ולהרויח בה כ"ז שלא חזר המוכר א"כ לא גרע מסרסור דקיי"ל דסרסור הוה ש"ש כדאיתא בשו"ע סי' קפ"ח ס"ז בשם המרדכי דכיון דאם ימכור ישתכר בו הוה עליהו ש"ש. ה"נ כיון שהיה בידו למוכרה ולהשתכר בה הוה עליה ש"ש. וגם הכא עדיפא שאין ביד המוכר לחזור אם לא ירצה הקונה משום דהוה ספיקא דדינא אי כליו של מוכר ברשות לוקח קנה או לא וכיון שהלוקח מוחזק אין המוכר יכול להוציא מידו. לכך בודאי הוה הלוקח עליה ש"ש. כנ"ל בזה:

כ"ד יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ה

שאלה באחד שמכר לחבירו בית אחד מבתיו בקנא"ס ולא נתן לו הלוקח מעות. והמוכר רוצה ליתן לו בית קטן אם יכול הלוקח לטעון שאני נתכונתי לבית הגדול מבתיך ואין אני מחויב ליתן לך המעות כיון שאתה רוצה ליתן לי הבית הקטן:

תשובה הנה זה מכבר נתוכחתי בדין זה עם הגאון ר' אליעזר משה נ"י אבד"ק פינסק שהוא כתב לי דלפ"ד צע"ג על דברי התוס' דריש פ' המניח ד"ה ואיכא כו' דכתבו שם וז"ל שאם התנה לתת לו כד והקנה לו בסודר ונתחייב הלוקח לתת דמים יכול הלוקח לומר לא אתן לך דמים אם לא תתן לי חבית דקרי לי' לחביתא כדא לפי שהוא מוחזק ולא אזלינן בתר רובא כו' עכ"ל. דהא אפי' כולהו קרו לחביתא כדא לא עדיף ממוכר בית לחבירו דנותן לו פחות שבבתים כמ"ש בב"ב (צ"ח:) וכדומה הרבה. והטעם פשוט דכיון דגם הוא בכלל בית הרי קיים תנאו. ודיוק התוס' שם ליתא לפי הא"נ שכתבו שם דמיירי שמכר שוה מאתים כדים או חביות. דלפי"ז יוכל להיות שהמוכר רוצה דוקא בגדולים עכ"ד:

וזה אשר השבתי להגאון הנ"ל דמאי דפסיקא לי' למר דגבי מוכר בית לחבירו דנותן לו פחות שבבתים ואפי' אם הלוקח מוחזק יכול לכופו לקיים המקח לדידי מבעי לי בזה טובא ואדרבה מסתברא לאידך גיסא כיון דהא דנותן לו פחות שבבתים הוא רק מטעם דיד בעל השטר על התחתונה כמבואר בסוף מנחות. וכיון שהלוקח מוחזק במעות אמאי אינו יכול לטעון לגדול נתכונתי ונראה ברור שזהו דעת התו' דב"ק דהיכא שהלוקח מוחזק יכול לטעון לגדול נתכונתי. וכן מסתברא:

והשיב לי ע"ז וז"ל ואשר יישב דעת התוס' שם דבכ"ד שמשמעו גדול או קטן יוכל הלוקח לומר לגדול כונתי. כן כתב לי גם אחי הרה"ג שי' בדרך ספק. אולם לדינא לא נ"ל כלל דלא משום ספק סגי בקטן אלא משום תפשת מרובה לא תפשת שהיא מדה ודאית. ובכל מצותי' של תורה סגי בשיעור הקטן שיהי' שמו עליו וה"נ בלשון בנ"א גבי הקדש דכל פרק י"ג דמנחות אם לא היכא דשייך מקדיש בעין יפה מקדיש. או היכא דאיכא לספוקי בלישנא דאתי לפרושי גדול כגון שור בשורי יכול כו'. ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ו' סי"ד שהאריך בענין כזה ומוכח התם דאפי' בגיטין דספק תורה הוא הוי סגי ביום אחד אי לאו משום סברא דלצעורי קמכוין. ואפי' להרשב"א והר"ן ז"ל דמספקא להו בכה"ג דהרא"ש לענין ממון בפ"ז דגיטין היינו משום דאולי סתמא משמע כ"ז שצריך דהא אפי' לאפוקי ממונא מספקא להני אבל כל היכא דמשמע קטן וגדול פשיטא דתלי ברצון הנותן ואפי' התנה הלוקח דומיא דגיטין ומ"מ נ"ל דאם התנה המוכר ואמר כל שורי אני מוכר לך חוץ מאחד יכול לעכב הגדול לעצמו. וא"כ י"ל קושית התוס' בר"פ המניח בפשיטות דנ"מ כגון שאמר כל נכסי אני מוכר לך חוץ מכד אחד שיכול לעכב חבית. וכן להיפך אם אמר ללוקח שיטול לו כד מכדיו שמשמע שהברירה בידו יוכל לקחת חבית וכמש"כ רש"י ז"ל בפי' התורה בראשית (ל"ד ט"ז) יעו"ש ובב"ב (סג) האומר תנו חלק סומכוס

אומר אין פחות כו' והביאוהו רוה"פ אע"ג דסומכוס קאמר אין פחות כו' דמשמע ספיקא ואנן בספיקא לא ס"ל כסומכוס אע"כ דס"ל דאפי' סומכוס חלק הקטן ביותר נקט. דלא הוי כממון המועל בספק כלל. דכיון שיש בלשון זה חלק קטן אין כאן משמעות גדול [וכל לשון המע"ה שהוזכר דכענין זה הוא כמ"ש המפ' ז"ל על הא דתפשת מרובה וכו' ומודי בי' סומכוס] ואפי' הפוסקים דלא כסומכוס שם מודו בנ"ד אלא דס"ל דהתם יש ספק בלשונו אולי הוי כמפורש מחצה כו' יעו"ש בדברי הערוך והרשב"א והרא"ש ז"ל כדמוכח להדיא דלא דמספקא להו מן כ"ש עד מחצה אלא אי כ"ש אי מחצה וכנ"ל. ובעור חו"מ סי' רנ"ג משמע דיטול נמי כתנו דמי. ואכתי לא מצאתי עדיין דוגמא וראי' מהתלמוד לחילוק זה מיטול ליתן עכ"ד:

והשבתי עוד בזה דמאי דהביא כתר"ה ראי' מפרק י"ג דמנחות ומגיטין דהטעם דתפשת מרובה לא תפשת זהו מדה ודאית בכל התורה לפע"ד נראה דיש לחלק בין אם הספק הוא באיכות או בכמות. דאם הספק הוא בכמות מוכח להדיא בפ' י"ג דמנחות דאם אמר הרי עלי לבונה לא יפחות מקומץ ואם אמר הרי עלי יין לא יפחות משלשה לוג ולא מספקינן דאולי כונתו ליותר אע"ג דמקדיש בעין יפה מקדיש אלא משום דזהו מדה ודאית דהיכא דהספק הוא בכמות אמרינן דתפשת מרובה לא תפשת. ולכך גבי גט נמי אי לא משום דלצעורי קמכוין הוה אמרינן דסגי בהנקת יום אחד כיון דלשון ע"מ שתניקי את בני משמע נמי אפי' יום אחד אבל היכא דהספק הוא באיכות לא אמרינן תפשת מרובה לא תפשת לכך היכא דאמר אחד משורי הקדש כיון דהתם הוה הספק באיכות אם לגדול נתכוין או לקטן אמרינן גבי הקדש משום דמקדיש בעין יפה מקדיש אמרינן דלגדול נתכוין. והיכא דיש לו שלשה שורים מספקינן להגדול שבהם ולבינוני משום דגם בינוני הוא עין יפה לגבי קטן כמבואר שם (קח:). והיכא דאמר שור בשורי אמרינן דודאי לגדול נתכוין אבל לגבי מכר אמרינן שם דהיכא דאמר בית מבתי נותן לו הגרוע שבהם וזהו משום דיד בעל השטר על התחתונה ולא מטעם תפשת מרובה לא תפשת לגבי מכר דא"כ הדקל"ד ליחזי הי נפל כיון שלא נפל הקטן אמאי יכול המוכר לומר להלוקח שלך נפל. אלא ע"כ דהא דיכול ליתן לו הקטן שבהם הוא רק מטעם דהמע"ה. וא"כ פשיטא דהיכא דלא נתן הלוקח עדיין מעות יכול למימר לגדול נתכונתי. אך מדברי כת"ר נראה דגבי בית בבתי מודה שאם לא נתן הלוקח עדיין מעות יכול למימר לגדול שבהם נתכונתי. א"כ לפי"ז יהא חילוק בין אמר בית בבתי מראהו נפל והיכא דאמר אחד מבתי אין יכול להראהו נפל משום דשם ודאי לקטן נתכוין דתפשת מרובה כו' אבל זה לא משמע כלל מהפוסקים ומסתימת השו"ע. ועוד נ"ל להביא ראי' מהא דאמרינן בב"ב

(קעג.) אמר רבא שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע והקטן אינו פרוע חוב לך בידי פרוע שטרות כולן פרועין ופריך רבינא לר"א אלא מעתה שדי מכורה לך שדה גדולה מכורה לו שדה שיש לי מכורה לך כל שדותיו מכורין לו. ומשני התם משום דיד בעל השטר על התחתונה. הרי דגבי מכר היכא דאמר שדי מכורה לך דאמרינן דרק קטנה מכורה לו הוא מטעם דיד בעל השטר על התחתונה והמע"ה. ולא מטעם דתפשת מרובה ל"ת ולכך גבי שטר אמרינן דהגדול הוא פרוע כנ"ל בזה:

וחזר הגאון הנ"ל והשיב לי עוד וז"ל בדין המוכר לחבירו חפץ או מתנה סתם שירד מעכ"ת לחלק בין איכות לכמות דבע"מ שתניקי את בני סגי בכל דהו לפי שהוא בכמות. אבל באיכות כגון בית גדול או קטן לא מסתבר לי' למעכ"ת שלא יכול הלוקח אם הוא מוחזק לומר בית גדול היה בדעתי. הנה מצד הסברא לא ידעתי שום מקום חילוק ולדידי פשיטא לי מסברא דכיון דלא התנה בפירוש גדול הרי סבר וקבל רק על שם בית והתחייב עצמו בקנין גמור שיתן לו כך וכך אם יתן לו חבירו בית וכיון ששם בית עליו הרי קיים תנאו ומחוייב הלוקח לתת הכסף ומנ"מ בין איכות לכמות. ויש אתי ע"ז ראיות ודוגמאות עצמו מספר ואזכור קצת מהנה. א' בקדושין (מט.) ע"מ שאני כו' ופסקו כל הפוסקים שם דהוי ודאי קדושין לבר מתרי בתראי. וא"א חוששין לספק תורה אפי' צוחה ואמרה לתלמיד או חכם גדול נתכונתי. ב' בנדרים (נד) רבנן סברי כל מידי דמימלך כו'. אלמא דכל ששם ירק עליו רשאי השליח לקנות וא"צ לשאול שמא היה בדעת בעה"ב ירק אחר טוב מזה ג' במעילה (כא) האומר הבא לי מן החלון כו' אעפ"י שאמר בלבי הי' מזה כו' הרי לנו דכל שהוא בכלל דבריו א"י לומר לאחר כונתי וקרינן לה דברים שבלב דלא מוכחי. ד' בנזיר (יב) האומר צא וקדש לי אשה סתם כו' וכל הסוגיא שם. ומדאסר סתמא אלמא דאפי' קרובותיו כעורות ולא ישרו בעיניו מ"מ אם קדשן השליח מקודשות. ה' בכמה מצות ואיסורין שבתורה שלא נאמר בהן שיעור מה"ת או מהל"מ מחייבינן כל ששמו עליו כגון בית למזוזה ומעקה וכנ"ל. ובגד לציצית ודומי' ואתרוג דלא מהל"מ נאמר שיעורו פליגי ר"מ ור"י היכא מקרי הדר או גמר פרי ול"ח דלמא קרא לגדול מזה נתכוין. והכל מטעם תפשת מרובה ל"ת שהוא כלל גדול בתורה הן היכא דהמדה כלה הן היכא דאינה כלה ותו לא מידי. ודעת התוס' דהמניח צע"ג. והא דב"ב (קעג.) שהביא כת"ר לענין טענת פרעון כמ"ש הב"י סי' ס"ה בשם הרד"ך ז"ל וגם בזה הוי ס"ד דגמרא דהוי כשדי מכורה כו' ומתני' דהתם שאני דשכ"מ המודה שלא בפני הלוה מאימת הדין כמ"ש הרשב"ם ז"ל שם מסתברא דאגדול מודה כדאמר בירושלמי התם אינו דומה אימת שמ"ג כו' ומשני דגם במודה ללוה יד בעה"ש עה"ת כיון דמספקינן בפרעון. והלוה טוען

ברי אבל במחילה לא נמחל רק הקטן מסברא הנ"ל [אע"ג דל"ד כ"כ] ולא מטעם שכתב האו"ת שם דהוי כא"י אם פרעתי דהא איירי גם ביורשים דהוי כא"י אם פרעתני. דל"ד לטענת פרעון דמשתבעי שבועה שלא פקדנו ושקלי. דהתם איתא לסברא דשטרא בידן מאי בעי אבל הכא ל"ש. אלא ע"כ משום דלשון זה שבא להפקיע כח השטר כל כמה דמצינן ליצורי בי' עדיף ואפי' אי נימא התם דלא כהרד"ך ש"ה דמספקינן אכונתו בההיא שעתא דאמר מחול לך אהי כונתו. אבל בנ"ד נתחייב ודאי בסתם בית איזה שירצה וכ"ז ברור לענ"ד. עכ"ד:

ועתה עיינתי היטיב בזה ונ"ל דדברי התוס' דב"ק נכונים בפשיטות ונראה לבאר עוד בזה דודאי גם התוס' מודים דהיכא דאחד התחייב א"ע לחבירו לקנות לו בית אז אינו מחוייב לקנות לו אלא רק בית הפחות שבבתים ואפי' היכא שכנגדו הוא מוחזק במעות אינו יכול לטעון שאני לגדול נתכונתי משום דבכה"ג דהמדה המרובה אינה כלה ודאי דאמרינן דתפשת מרובה ל"ת וזה הוה מדה ודאית אפי' ללשון בנ"א. כמש"כ התוס' סוכה (ה:) ד"ה תפשת כו' דריב"ב בא ללמוד ממנהג העולם שתופשין מדה כלה ומניחין מדה שאינה כלה ואפי' היכא דהספק באיכות והוה כמו שפירש להדיא רק בית קטן. וע"כ נראה דאף לגבי גט היכא דאמר לה ה"ז גיטך ע"מ שתקני לי בית וקנתה לו בית קטן מה שנקרא בית לפי הדין ה"ז קיימה כפי התנאי ואינו יכול לטעון שהוא לבית גדול נתכוין משום האי טעמא דתפשת מרובה ל"ת היכא דהמדה מרובה אינה כלה זה הוה מדה ודאית ולכן גבי הקדש נמי אם אמר הרי עלי שור יביא שור ונסכיו במנה ולא חיישינן שמא כיון לשור גדול משום האי טעמא דתפשת כו'. והא דצריך להביא במנה משום דזהו מדה הפחותה לגבי הקדש. אבל היכא שמקנה לחבירו בית אחד מבתיו שיש לו ומספקינן אם כיון על ביתו הגדול או על ביתו הקטן לא אמרינן בזה תפשת מרובה לא תפשת כיון דהמדה המרובה יש לה סוף. ולא דמי לשון בנ"א ללשון תורה. משום דהתורה ודאי דברה בלשון ברור ולא בלשון דאיכא לספוקי בי'. ולכך גבי מכר רק מטעם דיד בעה"ש עה"ת אין צריך ליתן לו רק ביתו הקטן. והיכא שהלוקח מוחזק במעות יכול לטעון שאני לביתך הגדול נתכונתי והיכא דנתן לו מעות ואח"כ נפל יכול המוכר לטעון שאני לבית זה נתכונתי אף שהוא בית גדול. וכ"ש לגבי גט היכא דאמר לה ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי בית אחד מבתיך דודאי צריכה ליתן לו הבית הגדול מבתיה. דשם שייך גם טעמא דלצעורי קמכוין אמרינן דבודאי לביתה הגדול נתכוין. ואפי' לגבי קדושין כגון דאמר לה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך בית אחד מבתי כ"ז שלא נתן לה הבית הגדול לא הוה אלא קדושי ספק דשמא לביתו הגדול נתכונו. ולכך גבי

הקדש משום דמקדיש בעין יפה מקדיש אמרינן דלבית הגדול נתכוין וכמשב"ל. ולפי"ז א"ש דברי התוס' דב"ק בפשיטות דהיכא שיש להמוכר כדים וחביות והקנה לו מאה כדים כיון שהלוקח מוחזק במעות יכול למימר שאני לחביות שלך נתכונתי כיון דקרי לחביתא כדא:

אמנם היכא שהספק הוא בכמות והמדה מרובה היא מדה כלה צ"ע אם אמרינן בזה תפשת מרובה ל"ת היא מדה ודאית או לא. כגון שהקנה לחבירו ארעתא סתם דאמרינן בב"ב (סא:) דמיעוט ארעתא שתים. היכא דהלוקח מוחזק במעות אם יכול לטעון שאני לכל שדותיך נתכונתי ולא אתן לך המעות אם לא תתן לי כל שדותיך או לא. ולפי הי"מ בדברי התוס' שם ד"ה ארעתא דהקשו שם והא דאמר בהשואל (קג) האי מאן דמשאיל מרא לחבריה למירפק ביה פרדסי רפיק בי' כל פרדסי דאית לי' ולא אמר פרדסי תרתי משמע ותירצו דהתם יד המשאיל עה"ת דשואל מוחזק אבל הכא יד לוקח עה"ת שהמוכר מוחזק ע"כ. וכן דעת התוס' בב"מ (קג.) ד"ה פרדיסי בתי' השני יעו"ש. ודאי דהיכא דהלוקח הוא מוחזק יד המוכר עה"ת. אמנם לפי מסקנת התוס' בב"ב בשם ריב"ם לחלק בין פרדסי לארעתא איכא למימר דמיעוט ארעתא שתים הוא זה מטעם ודאי ולא מטעם יד בעה"ש עה"ת. וכן אמרינן בב"מ (ד:) גבי סלעין דינרין מלוה אומר חמש והלוה אמר שלש דאמרינן התם לעולם שתים פטור והילך חייב ושאני הכא דמסייע לי' שערא ופסקינן בשו"ע סי' מ"ב סי"ב דאפי' תפס מפקינן מיני', משום דלשון סלעין ודינרין לא משמע רק שתים. א"כ ה"ה ארעתא לא משמע רק שתים ולא מהני טענת הלוקח אפי' היכא שהוא מוחזק במעות. אך יש לחלק דהתם גבי סלעין דינרין המדה מרובה אינה כלה. וכן מצאתי להאו"ת בס"ק ט"ו דכתב שם לחלק בין מדה מרובה כלה לשאינה כלה ליישב דברי הה"מ שם יעו"ש. אך מה שתפש בפשיעות דגם בלשון תורה לא אמרינן תמל"ת אלא במדה שאינה כלה צ"ע דהא בדברי התוס' דסוכה הנ"ל מבואר להדיא דבלשון תורה (לא) אמרינן תמל"ת אף במדה כלה והוכיחו דהא שם ע"כ לא אפשר ללמוד אלא מפנים שיכולין ליכנס במשכן מ"מ אמרינן תמל"ת. אך התוס' דיומא (עב). ד"ה נעביד כתבו שם דבדבר שיש לו קצבה לא שייך לומר תמל"ת. וקושית התוס' דסוכה נראה דע"כ צריך לישב לפי דעתם משום דאמרינן בב"ב (צט.) דמקום ארון והכרובים אינם מן המדה. א"כ אין הוכחה כ"כ דיש לו קצבה. מ"מ קשה לדברי התוס' דיומא מהא דאמרינן שם בסוכה (ה.) גבי כפורת ונליף מכלים גופייהו ומשני תמל"ת אע"ג דיש לו קצבה וצ"ע. אך מדברי הרא"ש בתשובה שם שהעיר הגאון הנ"ל דס"ל דאפי' לגבי גט אי לאו דלצעורי קמכוין הוי סגי בהנקת יום אחד וע"כ זה מטעם דתמל"ת מוכח דס"ל

דהספק הוא בכמות אפי' היכא דהמדה מרובה הוא מדה כלה אמרינן תמל"ת מטעם ודאי ולא מטעם ספק א"כ צ"ע לדינא גבי ארעתא אם מהני טענת הלוקח היכא שהוא מוחזק במעות דהוא כיון לכל שדותיו של המוכר:

אח"כ מצאתי בתשובת עבודת הגרשוני סי' ה' דכתב שם גאון אחד לבעל עה"ג ודעתי' דאפי' אמר בית בבתי אני מוכר לך וכתב בשער שתהא ידו על העליונה מ"מ יכול ליתן לו הפחות משום דדוקא באיכא תרי לישני דסתרי אהדדי הוא דאמרינן ידו על העליונה אבל באומר בית סתם אני מוכר לך אינו מכח ספק אלא מפני שהוא הפחות שבמשמעות והביא ראי' מדברי הב"י הנ"ל גבי דינרין סתם דאפי' תפש מפקינן מיני' וגם כתב שם וז"ל וכן מוכח נמי מדאמרינן שלהי מנחות האומר אחד מכבשי הקדש א' משורי הקדש הקטן שבה הקדש אר"נ אמר רבא ל"ש אלא דאמר אחד משורי הקדש אבל אמר שור בשורי הקדש הגדול שבהם הקדש תור בתוראי קאמר איני והאמר ר"ח אמר ר"ה משמי' דעולא האומר לחבירו בית בבתי ני מוכר לך מראהו עליי' לאו משום דגרוע לוקח קאמרת שאני לוקח דאמרינן יד בעל השער עה"ת פי' לאפוקי הקדש דידו על העליונה לכך כשאמר בית בבתי הגדול הקדש ואפ"ה ברישא כשאמר בית אפי' אצל הקדש הקטן שבהם הקדש עכ"ל, וכמו כן כתב הגאון מהר"א ז"ל בתשובת גאוני בתראי סי' נ"ח יעו"ש דדבריהם מכוונים לדינא. ונפלאתי על הגאונים הללו האיך נזרק לפניהם במחכ"ת טעות כזה דהא מבואר להדיא במנחות במשנה דהיכא דאמר אחד מכבשי הקדש כו' הגדול הקדש. ויעו"ש כל הסוגיא דכן ע"כ הגירסא במשנה. א"כ אדרבה משם איכא ראי' להיפך דאפי' אומר בית סתם איכא לספוקי דכיון להגדול ולכך גבי הקדש דיד הקדש על העליונה אמרינן דהגדול הקדש. והתבוננתי בזה וראיתי דהטעות יצא להם משום דהם עיינו בזה בדברי הב"י סי' רי"ד. ובב"י שם איכא ע"ס דבמקום שצ"ל הגדול הקדש איתא שם הקטן הקדש. ועוד נפלאתי עליהם דהא בב"ב (קעג.) מבואר להדיא דמטעם דיד בעה"ש עה"ת אינו נותן לו רק הפחות אפי' היכא דאמר לו שדה סתם. ולכך גבי פרעון אמרינן דהגדול פרוע. וא"כ פשיטא דהיכא דכתוב בשטר שתהא ידו על העליונה ע"כ צריך ליתן לו הגדול. ולע"ד זהו ראי' שאין עליה תשובה. ומה שדחה ראייתי הגאון רא"מ שיחי' דגבי טענת פרעון שאני משום דהלוה טוען ברי שפרע לכך אמרינן דהגדול הוא פרוע. ז"א דמי לא עסקינן דגם היכא הלוה אומר שאינו ידוע לי איזה מהן פרוע מ"מ כיון שכבר הודה המלוה ששער אחד בידי הוא פרוע אמרינן דהגדול הוא פרוע אלמא דמטעם דיד בעה"ש עה"ת אמרינן דכוון להגדול. וגם בלאו"ה הדיחוי שלו אינו דהא בגמרא שם אמרינן להדיא החם משום דיד בעה"ש עה"ת וזה קאי על מכר אלמא דגבי מכר נמי רק

משום דיד בעה"ש עה"ת אמרינן דיכול ליתן לו הקטן ולא מטעם דתמל"ת. גם מה שכתב דבמחילה לא נמחל רק הקטן מסברא הנ"ל לפע"ד ז"א דא"כ האיך הביא הרד"ך ראי' לדינו שחזקת השער הוא חזקה טובה מהאומר שער לך בידי מחול שמחלתי לך אמרינן דהקטן מחול משום דיד הלוה עה"ת. כיון דהתם הוא הטעם משום דתמל"ת. אלא ע"כ דסברת הרד"ך הוא משום דהלוה בא להוציא בטענת מחילה חזקת השטר אמרינן דיד הלוה עה"ת. וכן כתב שם להדיא וז"ל שכל כך הוא האומר שטרי מחול לך או מכור לך הואיל והוא מוחזק בשטרו כאומר שדי מכור לך דאמרינן התם שהקטנה מכורה שיד הקונה עה"ת כ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה כו' עכ"ל א"כ במלוה ע"פ ודאי אם אומר חוב אחד מחול לך אמרינן דהגדול מחול ולא אמרינן תמל"ת א"כ אדרבה משם ראי' לדברי אמנם לפי מש"כ האו"ת משום דהוה כאומר איני יודע אם פרוע א"כ אפי' במלוה ע"פ נמי א"א לומר דהגדול פרוע מטעם דיד המלוה עה"ת כיון דהלוה אינו יכול לטעון טענת ברי אבל באמת יפה השיג עליו הגאון הנ"ל דמי לא עסקינן שמת המלוה וא"כ לא מהני מה שטוען הלוה איני יודע ונראה דע"כ מיירי בכה"ג לכך דוקא במלוה בשער אמרינן דהקטן מחול אבל במלוה ע"פ אמרינן דהגדול מחול ויותר נפלאתי על הגאון שהובא בעה"ג דכתב דאפי' אמר בית בבתי לא מהני אם כתוב בשטר שתהא ידו על העליונה ומ"מ נותן לו הפחות הא בזה מבואר להדיא גם במנחות [אפי' לפ"ד] דזה הוא רק מטעם דיד בעה"ש עה"ת הוא דנותן לו רק הפחות א"כ היכא דכתוב בשטר שתהא ידו על העליונה ודאי דצריך ליתן לו הגדול:

היוצא לנו מכל דברינו אלה דהיכא דאמר לו בית אחד מבתי וכ"ש אם אמר בית בבתי אני מוכר לך אם הלוקח מוחזק במעות יכול לומר שאני לגדול נתכוונתי ואם כתוב בשטר שתהא ידו על העליונה ע"כ צריך ליתן לו הגדול כנ"ל בזה:

דברי יו"ט ליפמן הכהן

סימן ו

עוד הקשה הגאון רא"מ שיחי' על דברי הרמב"ם ס"פ כ"ח מה' מכירה והובא בשו"ע סי' רי"ח סי"ט דכתב שם וז"ל כל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג אבל במקום שיש שם מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום עכ"ל וזה תמוה דהא אנן קיי"ל כשמואל דלא אזלינן בממונא בתר רובא. והיא קושיא עצומה ואנכי מאז תרצתי ע"ז דמיירי כשהדמים מסייעין לרוב אבל באמת זה רחוק ליישב כן דבריהם:

אבל כעת ראיתי שדבריהם נכונים הם דהנה בשו"ע נשמט סוף דברי הרמב"ם דכתב שם ואחר רוב לשון בנ"א הידוע להם וכן איתא בטור ונ"ל דכונתו הוא דודאי היכא

דבמקום אחד איכא מיעוטא ורובא דהמיעוט קרו לה לחביתא כדא כו' והרובא קרו לה לחביתא חביתא לא אזלינן בממונא בתר רובא אבל היכא דכל אנשי המקום האזרחים המתגוררים פה מקודם קורין לחביתא חביתא כו' ובאו לשם אנשים ממקום אחר לגור פה אשר במקומם אינם מקפידין לומר על חבית כד כו' אפי' כשהם מדברים בינם לב"ע אינם מקפידין מ"מ לענין מו"מ לא אזלינן בתרייהו כלל משום שהם בטלין לענין מו"מ לאנשי המקום הידועים מקודם וגם הם נגררין אחריהם כיון שאנשי המקום הקבועין כאן מקודם הם רובא כנגד אלו שבאו מארץ אחרת וידוע הדבר לכל שבכל ענינם ועסקם הם נמשכין אחריהם לכך אמרינן מסתמא היה כונתו אחרי לשון המתהלך בארץ הזאת כנ"ל ליישב דברי הרמב"ם והטוש"ע מפני חומר הקושיא הנ"ל:

סימן ז

כבוד י"ג עוז הרב המאוה"ג חו"ב אוצר היראה והמדע מו"ה ניסן נ"י אב"ד דק"ק שינאווקא כעת הוא אב"ד דק"ק קרעווא:

ע"ד שאלתו נידון ד"ת שבא לפניו בראובן שהיה לו פלאץ במקום אשר כל דריה מחוייבים לשלם מס להדוקעס כל שנה כפי חק הקצוב ואשר בפירוש נכתוב בהפראווט באם לא ישלמו מס הקצוב ג' שנים אז הרשות ביד אדון העיר לטרוף את הפלאץ בלי שום דו"ד בעולם והנה מחצה מפלאץ הזה מכר לשמעון ונתן לו שטר מכירה כנהוג גם קיבל עליו אחריות אך בחצר נשאר כל הפלאץ כתוב על שם ראובן והיה המדובר ביניהם אשר הלוקח יתן המם מהמחצה אשר קנה ליד המוכר. והמוכר ימסור אותם להאדון בצירוף המחצה המגיע ממנו ואח"כ מת המוכר והוריש מחצה הפלאץ שלו לבנו זולת זה לא השאיר אחריו שום דבר וזה כמה שנים קיים הלוקח ככל המוטל עליו ושילם תמיד המס המגיע לחלקו ליד היורש אך היורש מעל בשליחות ולא מסרם להאדון וגם מחצה שלו לא נתן והאדון נלאה מלבקש את המגיע לו עד אשר הגיש משפטו לפני שר המשפט וטרף את כל הפלאץ ואחרי נעשה כל אלה הלך היורש הנ"ל וקנה את כל הפלאץ מהאדון על אופן שלא יצטרך עוד לשלם מס. וכעת אינו רוצה להשיב להלוקח המחצה מהפלאץ שלו. ובקשו שניהם להורות להם האיך הוא הדין עפ"י ד"ת. ע"כ ד"ש:

וזה אשר נ"ל להשיב בזה אם יקבלו שניהם לסמוך על ד"ת. דלפ"ד נראה דבנו של ראובן מחוייב לשלם לשמעון בעד הפלאץ כפי מה שהיה אז שוה כאשר אבאר בע"ה. דהנה זה ברור דאם לא היה בנו של ראובן מקבל המס מיד שמעון על דעת לפרוע להאדון ולא היה מתרצה לזה והיה מודיע לשמעון שאינו רוצה לפרוע מס להאדון היה שמעון בעצמו פורע לאדון ולא היה טורף ממנו רק שהיה מביא ראיה בחצר שהוא קנה מחצית

הפלאץ מראובן ע"כ הוא משלם מס בעצמו כי כן הוא הנהוג בכל העיירות של האדונים הללו א"כ בזה שקיבל בנו של ראובן המס משמעון ע"ד לפרוע ושמעון סמך עליו והוא עיכב בידו ולא שילם בזה גרם שטרף האדון הפלאץ משמעון בדין ע"כ הוא חייב לשלם לשמעון משום דהוה כמו פועל בדבר האבוד שאם חזר בו פסקינן בשו"ע סי' של"ג סע"ו בהגהה דבדבר האבוד של ממון צריך לשלם לו כל הזיקו יעו"ש והוא מטעם כיון שבעה"ב סמך על הפועל במה שהשכיר עצמו לו ואם לא היה השכיר עצמו לו הים מוצא פועלים אחרים א"כ בזה שהשכיר עצמו לו גרם לו הפסד ע"כ מחוייב הוא לשלם לו כל הפסדו ומבואר בהג"א בפ' האומנין דחייב מטעם דינא דגרמי. וא"כ בנ"ד נמי כיון שסמך שמעון על בנו של ראובן במה שקיבל המס לידו ע"מ לשלם להאדון ואם לא היה מקבל מידו ע"ד לשלם להאדון היה שמעון משלם בעצמו להאדון ובזה נפסד הפלאץ של שמעון מחוייב בנו של ראובן לשלם לשמעון מה שנפסד ע"י. ואף שזה הוא בחנם מ"מ אין לחלק דהא גם בחנם דינו כפועל כמ"ש הריב"ש סי' תפ"ט דגם בחנם דינו כפועל יעו"ש. ומה שכתב המהרי"ק בשורש קל"ג הובא בהג"ה שם בסע"ה דפועל שעשה בחנם לבעה"ב יכול לחזור אפי' בדבר האבוד כבר פי' הש"ך היינו שיכול לחזור ולומר איני עושה בחנם אלא בשכר ואפי' הוא דבר האבוד יכול לומר כן כו' אבל פשיטא דאם זה רוצה ליתן לו שכר ואינו רוצה לעשות עוד אפי' בשכר והוא דבר האבוד כו' ועתה אין כאן פועלים צריך לשלם לו כל הזיקו מדינא דגרמי עכ"ל ואף אם נאמר דדעת המהרי"ק הוא דלא כהש"ך אלא דאף אם אינו רוצה לעשות גם בשכר נמי פטור כדמשמע מפשטות דברי המהרי"ק וכן כתב הגאון בעל מחנה אפרים בה' שכירות פועלים ס"ו. ש"ה דהא כתב המהרי"ק ואע"ג שהוציא מעותיו על סמך דברי ראובן. שמעון הוא דאפסיד אנפשי' דהו"ל לאסוקי אדעתי' מעיקרא דלמא הדר בי' ראובן. יעויין במ"א שמבאר דבריו כיון דהוא בחנם ואינו מחוייב בדבר ע"כ בעה"ב הוא דאפסיד אנפשי' דהו"ל לאסוקי אדעתי' מעיקרא ולא להוציא הוצאות ע"ז דילמא יחזור בי' אבל בנ"ד דלא הדר בי' כלל ושמעון סבר שהוא פורע להאדון כאשר קיבל מידו ע"ד לפרוע להאדון ודאי דגם המהרי"ק מודה דהוא מחוייב לשלם מה דהפסיד לשמעון ע"י מה שלא הודיעו שהוא אינו משלם להאדון ועוד נ"ל דנ"ד הוה כמו עושה בשכר כיון שהיה מחוייב לקבל המס מידו ע"מ למסור להאדון כי ע"ד זה קנה מאביו את הפלאץ שהוא ימסור את המס שלו לידו והוא ימסור להאדון א"כ בנו של ראובן שירד להפלאץ מסתמא ע"ד זה נחית וכיון שהוא מחוייב בדבר ודאי לא הו"ל לשמעון לאסוקי אדעתי' שהוא מעכב בידו ואינו פורע להאדון ע"כ נראה דהוא חייב מטעם דינא דגרמי לכו"ע אף לדעת המהרי"ק:

אמנם ראיתי לבעל הנתיבות שם בס"ק י"ד דכתב על דין זה של הג"א שהביא הרמ"א דלאו כו"ע מודים בזה. כיון דפסק המחבר דבדבר האבוד ג"כ אינו חייב רק כשהיה מוצא פועלים אחרים לשכור. א"כ איך אפשר לומר שיתחייבו לשלם כל ההפסד מטעם דינא דגרמי אמאי אינו שוכר עליהם רק כדי שכרן בשלא באה חבילה לידו הא ודאי יכול לשכור עליהם עד מ' ונ' כדי להצילם מן ההפסד דהא אם יופסד יהיו הם מחוייבים לשלם כל ההפסד וע"כ כתב דהא דכתב הרב בהג"ה מוסב על הי"א שהתחיל הרב בהג"ה אבל המחבר ודאי אינו סובר דין זה עכת"ד אבל לפענ"ד דבריו אינם נראין כלל דא"כ לפי"ז ע"כ הרב בהג"ה קאי לדעת הסוברים דאף אם לא הי' מוצא פועלים אחרים לשכור נמי שוכר עליהן או מטען וזה א"א לומר כלל דהא לא הובא דעתן בשו"ע כלל ואף שהש"ך תמה אמאי לא הובא דעת התה"ר בשם הרמב"ן דס"ל דאפי' אם אין פועלים אחרים לשכור דהא גם דעת הג"א הוא כן. מ"מ גם הש"ך מודה דהשו"ע לא ס"ל לפסוק כמותן מחמת שהטור והה"מ הביאו דעת הרשב"א בסתם א"כ האיך אפשר לומר דהג"ה בשו"ע אזיל אלבייהו כיון דלא הזכיר דעתן כלל אף בשם י"א ועוד דברי הש"ך שהניח בצ"ע לדינא באין מוצא פועלים לשכור לפענ"ד תמוהים מאד דהאיך כתב דתה"ר בשם הרמב"ן קאי בחדא שיטה עם הג"א. הא מבואר בב"י בשיטת תה"ר בשם הרמב"ן וז"ל בדבר האבוד חייבים פועלים אפי' לא היה בעה"ב מוצא פועלים אחרים מתחילה משום דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק. ומסתמא טרח בתר פועלים ואי טרח ומטפי להו אאגריהו קצת ודאי משכח כו' עכ"ל א"כ הרי מבואר להדיא בדברי הרמב"ן דדוקא בכה"ג דאף שלא היו פועלי' מצויים לפניו מ"מ אם היה טרח בתר פועלים אחרים היה משכח רק שהיה צריך להוסיף קצת על השכירות א"כ פועלים הללו שהשכירו עצמן לו גרמו לו הפסד שעתה אינו מוצא פועלים כלל לשכור לכך מקרי זה דבר האבוד ושוכר עליהן או מטען אבל היכא דבלא"ה לא היה מוצא פועלים כלל לשכור גם הרמב"ן מודה להרשב"א דזה לא מיקרי דבר האבוד אבל דעת הג"א הוא מבואר שם להדיא דאפי' באופן שלא גרמו לו שום הפסד בזה מ"מ מקרי זה דבר האבוד א"כ דעת הג"א הוא דעת יחידאי לגמרי וא"כ אין לתמוה רק על השו"ע אמאי לא הביא דעת הרמב"ן דאף אם אינו מוצא פועלים לשכור רק ע"י טורח דגם זה מקרי דבר האבוד וגם זה י"ל שהב"י והרמ"א מפרשים דברי הרשב"א שהוא אינו מחולק כלל עם הרמב"ן ומה שכתב אבל אם לא היה מוצא אחרים פטורים שהרי לא הפסידו לו כלום כונתו היכא שאם לא היה מוצא אף אם היה טרח. אבל היכא שמוצא פועלים ע"י טורח זה קרי הרשב"א מוצא פועלים לשכור וכן משמע מדברי הטור והה"מ שלא הביאו כלל דעת הרמב"ן שחולק על הרשב"א אלא המה

מפרשים מה שקרי הרמב"ן אינו מוצא פועלים לשכור זה קרי הרשב"א מוצא פועלים לשכור ולענין דינא אין חילוק ביניהם ולפי"ז א"ש דברי השו"ע מה שהשמיטו דברי הרמב"ן כי גם כונתם אף כשהיה מוצא פועלים לשכור אף ע"י טורח זה מקרי נמי מוצא פועלים לשכור אבל דעת הג"א אף אם אינו מוצא פועלים כלל לשכור מ"מ מקרי דבר האבוד השמיט השו"ע משום דהוא דעת יחידאי לגמרי ולא נראה להם להביא דעתו משום דכמעט כל הראשוני' חולקים עליו ועיין בחידושי רעק"א סוף מס' ב"מ שכתב ע"ז וז"ל ותימא דא"כ בבעה"ב החוזר דתמיד הוה דבר האבוד כדאיתא בשו"ע סע"ב וא"כ גם באם לא היו מוצאים פועלים אמש להשתכר לחייב שלם להם וצע"ג עכ"ל ובעל פתחי תשובה כתב ע"ז ואיני מבין תמיהתו דהדבר מבואר בב"י שהרמב"ן עצמו מישב זאת שגבי פועלים אין שייך למימר אנא טרחנא ומתגרנא דאפשר שיטרח כל היום ולא יוכל להשתכר אבל בעה"ב בדבר האבוד מסתמא טרח בתר פועלים ומשכח ובמחכ"ת שגג בזה כי הגאון הנ"ל הקשה זאת רק על דברי הג"א ועל דברי הג"א לא שייך תירוץ זה כלל דהא הג"א ס"ל אע"ג דלא היה מוצא פועלים כלל לשכור מ"מ בדבר האבוד שוכר עליהן או מטען ונראה לפענ"ד לישב קושית הגאון רע"א ז"ל בקושית המהר"ם שיף על הנ"י הביאו קצה"ח ס"ק ג' כיון דדבר האבוד לא מהני אלא לשכור עליהן או מטען אבל לשלומי לא א"כ בעה"ב שחוזר בפועלים אמאי חייב לשלומי משום דבר האבוד ולקמן נדבר בזה דלפי דעת הנ"י אינו כן אבל מ"מ דעת הג"א ודאי דנוכל לישב שפיר בזה ס"ל אם לא שכר עליהן והפסיד הבעה"ב עי"ז בכה"ג דאינו מוצא פועלים לשכור מתחילה אינם מחוייבים לשלם רק שוכר עליהם בלבד לכך בעה"ב שחוזר בפועלים שלא היה מוצא חמש להשתכר אינו מחוייב לשלם אע"ג דזה הוה דבר האבוד.

וגם הגאון בעל ושב הכהן בסי' י"ג במחכ"ת שגג בזה דהביא שם ראיה דלא כהרמב"ן מדברי הגמרא ב"ק (קט"ז:) דאיתא התם ת"ר שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עלי' גייס וטרפה ועמד אחד מהן והציל הציל לאמצע ואי אמר אני אציל לעצמי הציל לעצמו ופריך הש"ס ה"ד כו' ומסקינן רבא אמר הכא בפועלים עסקינן וכרב דאמר פועל יכול לחזור אפי' בחצי היום וכמה דלא הדר בי' כברשותו דבעה"ב דמי כו' וכתב דלהרמב"ן קשה טובא מהש"ס דאי אמרינן בדבר האבוד אעפ"י שלא היה מוצא פועלים אחרים לשכור אפ"ה א"י לחזור א"כ אמאי אמרינן הכא דאם אמר לעצמי אני מציל שהציל לעצמו משום שפועל יכול לחזור הא הוה דבר האבוד וא"י לחזור והאריך שם הרבה בזה ולפי מה שבארנו ליתא לדבריו כלל דהא הרמב"ן כתב להדיא דוקא היכא שמוצא פועלים ע"י טורח א"כ במדבר דא"א למצוא כלל ודאי לדברי הרמב"ן לא מקרי זה דבר

האבוד. ובלא"ה דבריו שם א"נ לפענ"ד דאף לדעת הג"א דס"ל דמקרי דבר האבוד אף שאינו מוצא פועלים כלל לשכור נמי לא קשה כלל מסוגיא זו דהא שם מיירי בשאינו יכול להציל כלל ומחמת זה הוה הפקר לכל ולכך כי הדר הפועל מצי לזכות לעצמו מן ההפקר כמבואר שם א"כ זה הוה כמו מציאה ובשכר פועלים ללקוט מציאות לפענ"ד אין סברא כלל לומר דפועל אינו יכול לחזור בחצי היום דזה לא מקרי דבר האבוד כיון דהוא רוצה לזכות בדבר של הפקר וזה הוה רק להרויח והפועל מונע ממנו במה שהוא חוזר רק מניעת הרוח ומניעת הרוח לא מקרי דבר האבוד וכה"ג אמרינן גבי מלאכת חוה"מ דכתב הרא"ש בשם הראב"ד במו"ק סוף פ"ק דלכך אסור לצוד דגים ולמלוח אלא כשיכול לאכול מהם במועד משום דשאני מציאה דליכא שום פסידא אלא רק רווחא בעלמא הוא ונראה דזהו כונת בעל מ"א בסי' הנ"ל דהקשה כעין קושית בעל ושב הכהן ומתרץ דהתם מיירי כשאינו יכול להציל כמו שפירש"י ז"ל וכבר נתייאשו הבעלים מהם אלא שהפועלים מסרו את עצמם והצילו ע"כ וכונתו כמו שכתבתי דכיון שכבר הוא הפקר א"כ הוה כמו מציאה וזה לא מקרי דבר האבוד דאין זה רק מניעת הרוח. אך לפי"ז צ"ל דהא דאם בעה"ב גרם הפסד להפועלים דהיינו כשהיו מוצאים אתמול להשכיר ועתה אינם מוצאים אע"ג דגם שם אין זה רק מניעת הרוח והראשונים כתבו דזה הוה דבר האבוד ש"ה משים כיון דקבל עליו בעה"ב לשלם כמו שכתב המרדכי בפ' הגוזל קמא דאל"כ תיקשי אמאי חייב בעה"ב לשלם הא זה הוה מבטל כיסו של חבירו אך מדברי המ"א שם משמע קצת דלא כדברי יעו"ש היטיב ויעויין גם מה שמפלפל הגאון הנ"ל בה' גזילה סי' י"א ועוד דלאחר העיון אף אם נימא דמניעת הרוח נמי מקרי דבר האבוד מ"מ דוקא כה"ג כמו גבי פועלים שהיו יכולין להשכיר מאתמול ועתה אינם מוצאים אבל אם גם אתמול לא היו מוצאים להשכיר אין הבעה"ב משלם להם א"כ איכא למימר מה"ט דמניעת הרוח כה"ג לא מקרי דבר האבוד א"כ הכא דאיירי במדבר ואינו יכול להשכיר כלל לאחרים א"כ כה"ג מניעת הרוח ודאי דאיכא למימר דאין זה מקרי דבר האבוד. ולפי"ז יתיישב קושית הגאון רעק"א מה שהבאתי למעלה בפשיטות:

ועתה נשובה לבאר דברי הנתיבו' דהקשה דלפי דברי הרשב"א דמיירי שהיה מוצא פועלים אחרים לשכור ישאר קושית הג"א. וכן הקשה הגאון רעק"א בחידושיו והכריחו מזה דע"כ הרשב"א ס"ל דזה לא הוה גרמי דלא כהג"א נראה לפע"ד דזה אינו מוכרח כלל דהא הרשב"א כתב בחידושיו הובא בש"מ וז"ל ואם באה חבילה לידו אם דבר האבוד שוכר עליהן ואפי' עד מ' ונ' זוז ואפי' לא נתייקרה המלאכה ואם ממתין ויטרח מוצא בפחות מתייקר ושוכר ואינו ממתין כדי שלא תפסד מלאכתו עליו כו' עכ"ל א"כ נוכל

לישב קושית הג"א דהרשב"א ס"ל דאף בכה"ג דלא ברי לן הזיקא שאפשר שטר שיופסד הדבר ימצא לשכור בפחות מ"מ אינו מחוייב להמתין ושוכר עליהם מיד עד מ' ונ' זוז אם באה חבילה לידו ואינו ממתין דאולי ע"י המתנתו ולא ימצא אח"כ יופסד מלאכתו לכך אינו מחוייב להמתין אבל אם לא באה חבילה לידו אינו יכול לשכור עליהן רק כדי שכרן משום דלא ברי הזיקא דאולי עד שיופסד יכול לשכור בפחות ולא יופסד וא"כ א"א לחייבן מטעם דינא דגרמי דהא מטעם דינא דגרמי אינו יכול לחייבן רק היכא דברי הזיקא שבחזרתן בודאי יופסד הדבר אבל היכא דיודע שאף אם ימתין לא ימצא אח"כ לשכור בפחות גם הרשב"א מודה דיכול לשכור עליהם בכמה שיכול אף אם לא באם חבילה לידו כיון דהם מחוייבים נשלם לו הזיקו מה שהפסיד ע"י כנ"ל:

אמנם ראיתי להריטב"א בר"פ השוכר את האומנין דכתב שם וז"ל והטעם בתשלומין אלו ממה שאמרנו למעלה דכל שהבטיח לחבירו וסמך חבירו עליו ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד חייב לשלם לו אם פשע בדבר דאלו כשנאנס פטור הוא וא"ת א"כ למה אינו שוכר עליהן אלא כדי כפל שכרן בלבד או כדי חבילה י"ל דמסתמא היינו דאסוקי אדעתייהו שאם לא יוכלו לעשות שימצא לעולם פועלים בכפל שכרן ועל זה בלבד הבטיחוהו אא"כ נתנו לו חבילה שלהן להתחייב לו עד כדי דמיה וכדבעי' לפרושי בגמ' כו' עכ"ל נראה מדבריו להדיא דס"ל דאף כשחזרו הפועלים אינו מוצא לשכור פועלים כלל מ"מ אינם מחוייבים לשלם בעד הזיקו משום דמעיקרא לא קבלו עלייהו אלא עד כפל שכרן או אם באה חבילה לידו עד כדי דמיה ונראה דזה הוא דעת הרמב"ן שהביאו הב"י דכתב וז"ל ומיהו אם לא שכר עליהן אלא הפסיד בהמתנתו אינם משלמין שהרי לא קבלו עליהם לשלם וכ"ז שלא נעשו שומרין אעפ"י שפשעו פטורים עכ"ל וכן כתב הר"ן בחידושיו והנ"י וז"ל ומיהו אם לא שכר עליהם אלא הפסיד בהמתנתם [צ"ל בהמתנתו] אינם משלמין שהרי לא קבלו עליהם לשלם אלא שאם רצה בעה"ב שוכר עליהם בכל זה הסכימו האחרונים ז"ל עכ"ל והש"ך דחק עצמו לפרש שהרמב"ן והנ"י מודים להדין של הג"א ות"ה אלא דהרמב"ן והנ"י מיירי שהיה מוצא לשכור אלא שהמתין ולכך לא ישלמו מה שהפסיד בהמתנתו והג"א ות"ה מיירי שלא היה מוצא לשכור או שנפסד מיד ע"כ אבל לפע"ד דבריו אינם נראין כלל כי נראה להדיא דהרמב"ן והריטב"א והר"ן והנ"י קיימי בחדא שיטה דאפי' אינו יכול לשכור כלל מ"מ אינם מחוייבים הפועלים לשלם לבעלים בעד הזיקו כמו שמבואר בדבריהם שהרי לא קבלו עליהם לשלם אלא שאם רצה הבעה"ב שוכר עליהם. וטעמם כפי מה שביאר הריטב"א משום דמעיקרא לא אסוקי אדעתייהו שלא ימצא פועלים אף בכפל שכרן לכך לא נשתעבדו יותר מזה רק

אם באה חבילה לידו ומדבריהם נראה דס"ל דחזרת פועלים או בעה"ב לא מיקרי דינא דגרמי אלא דחיוב זה הוא מטעם ערבות. וכן ביאר להדיא הריטב"א בשם הרא"ה הובא בש"מ בפ' איזהו נשך על הא דיהיב זוזי לחברי' למיזבן כו' וז"ל ומורי הרב תירץ דהכא אעפ"י שלא קבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו ואלמלא הוא לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מטותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד לי' מדין ערב וזה ענין שכירות פועלים דפירקין דלקמן שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסיד על פיו כו' עכ"ל מ"מ נראה דדוקא היכא שבשעה שחזרו עדיין יש שהות לשכור פועלים אף שעתה לא מצא לשכור פועלים אף בכפל שכרן בזה ס"ל דפטורים הם לשלם משום דמעיקרא לא אסקי אדעתייהו שלא ימצא פועלים אף. בכפל שכרן א"כ מעיקרא לא קבלו עלייהו יותר מזה אבל היכא דבשעה שחזרו אין שהות כלל לשכור פועלים וע"י חזרתן נפסד הדבר מיד ודאי דגם הם מודים דחייבים הפועלים לשלם מה שגרמו הפסד בחזרתן כיון דבעה"ב סמך עליהם ואלמלא הבטחתן לא היה בא לי' שום הפסד וכן מוכח מהא דדקדקו בלשונם וכתבו אלא הפסיד בהמתנתו אינן משלמין משמע דוקא היכא שיש שהות לשכור פועלים ולהציל הסחורה ולא תפסד אף שעתה נזדמן שלא מצא הבעה"ב לשכור פועלים בשום אופן והפסיד בהמתנתו מ"מ אינם משלמין רק עד כפל שכרן אבל אם אין שהות כלל לשכור פועלים בשעת חזרה וכיון שחזרו נפסדה הסחורה א"כ לא הפסידו בהמתנתם על פועלים אלא הם הפסידו לי' בחזרתן גם הם מודים דמשלמין כל ההפסד. כנ"ל ברור. ובזה נתישב שפיר דברי הרמ"א שהביא מעיקרא דברי הנ"י ואם לא שכר עליהם אחרים אין הפועלים חייבין לשלם לו הזיקו דמשמע אף אם א"א לשכור פועלים אחרים ואח"כ מביא דברי הג"א ות"ה דבדבר האבוד של ממון צריך לשלם לו כל הזיקו ולפי מה שבארתי א"ש דמעיקרא מיירי היכא שיש שהות לשכור פועלים בשעת חזרה אף שעתה לא מצא הבעה"ב לשכור פועלים בשום אופן מ"מ אינם מחוייבים לשלם לו בעד הזיקו משום דמעיקרא לא אסקי אדעתייהו שלא ימצא לשכור פועלים אף בכפל שכרן [מ"מ מבואר בריטב"א שם בר"פ האומנין דבכפל השכר מחוייבים הם לשלם לבעה"ב ואם בא חבילה לידו מחוייבים הם לשלם לו עד מ' או נ' זוז רק דבכל הזיקו אינם מחוייבים הם לשלם לו ודלא כדברי המהר"ם שיף שהביא הקצה"ח בס"ק ג' וכן הוא דעת קצה"ח גופא דלפי דעת הנ"י אם לא שכר עליהן לא בעי לשלומי כלל

ובמחכ"ת נעלם מהם דברי הריטב"א הנ"ל שמבאר להדיא דין זה ולפי מש"ב דברי הנ"י הן הן דברי הריטב"א ומבואר להדיא בדבריו דאף אם לא שכר עליהן מ"מ כדי שכרן מחוייבים הם לשלם לבעה"ב או כדי חבילה] ואח"כ מיירי הרמ"א היכא דאין שהות כלל לשכור פועלים בשעת חזרה לכך מחוייבים הם לשלם לו הזיקו מה שהפסידו לו בחזרתן דבזה מודה הנ"י להג"א דמחוייבי' הם לשלם לו מה שהפסיד ע"י:

ולפי זה כ"ש היכא ששכר פועלים לעשות בדבר האבוד והם הבטיחוהו לו שיעשו והבעה"ב סמך עליהן וסבר שהם עושים ואח"כ נמצא שלא עשו ועי"ז נפסד הדבר דודאי הם חייבין לשלם מה שגרמו הפסד לבעה"ב לכו"ע ואין בזה שום חולק אי מטעם דינא דגרמי או מטעם ערבות כיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה מה שיפסיד ע"פ. א"כ יוצא לנו גם לנ"ד דבנו של ראובן שקבל לידו המס משמעון ע"ד לשלם להאדון ועיכב ת"י עד שעברו ג' שנים ולא שילם להאדון ובזה גרם שאבד שמעון הזכות שהיה לו על הפלאץ של האדון וע"כ נטרף ממנו הפלאץ מחוייב בנו של ראובן לשלם לשמעון לכו"ע ואין בזה שום חולק וכמשב"ל. וצריך לשום את הפלאץ כמה היה שוה אז וכך צריך בנו של ראובן לשלם לשמעון זה מה שנ"ל לדון בזה אך לענין חזרת הפלאץ לגמרי לשמעון צ"ע בזה דהטעם שכתב כת"ר בזה מטעם תקנת ר"ג שמבואר בשו"ע סי' רל"ז. לפ"ד ל"ד לכאן כיון שכבר טרף האדון את הפלאץ משמעון ואח"כ מכר אותו לבנו של ראובן א"כ לא שייך בזה תקנת ר"ג ובאמת אם יתברר שהוא קנה מן האדון קודם שנטרף הפלאץ משמעון לגמרי אף שכבר יצא הדין בדיניהם שמחוייב הוא להחזיר להאדון מ"מ כיון שעדיין הפלאץ ביד שמעון א"כ הוא מצרן על הפלאץ הזה. דאף בא"י יש בו דינא דב"מ היכא דלא שייך ארי' אברחי ממצרך כמו שהביא הנתיבות שם בשם התוס' דב"מ. א"כ ה"נ כיון דעדיין הפלאץ ביד שמעון אין לך הטוב והישר מזה שהוא קודם לקנותו. אך לפי הנראה קנה מהאדון אחר שכבר נסתלק שמעון מהפלאץ לגמרי א"כ לא שייך בזה דינא דב"מ וגם תקנת ר"ג לא שייך בזה אך יש לדון בזה שמחוייב הוא להחזיר הפלאץ לשמעון מטעם אחר דהא דעת הש"ך בסי' צ"ה ס"ק י"ח דהיכא דחפר בורות שיחין ומערות ואפשר לתקן למלאות החפירות מחוייב הוא לתקן ולמלאות החפירות א"כ ה"נ כיון דהוא צריך לשלם לשמעון בעד הקרקע כפי מה שהיה שוה והפלאץ בידו עתה ואפשר לו לתקן הנזק לגמרי א"כ מחוייב הוא להחזיר הקרקע גופא והוא ישלם לו מס כפי מה שהיה משלם להאדון. [ולזה העירני חכם אחד] אך באמת האחרונים לא הסכימו לדברי הש"ך הללו וס"ל דאין צריך למלאות החפירות וסגי שישלם לו דמים [ואפשר לומר דבזה נסתפקו התוס' בב"ק (מח.) ד"ה אע"ג כו' והניחו בצ"ע] מ"מ הא כתב המל"מ

ה' טו"נ פ"ה ה"ב וז"ל אם עפר קרקעו בעינא ועדיין קיים אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות ולא אמרינן שישלם דמי נזקו אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירה כו' עכ"ל ואף שגם דין זה לא ניחא לי' להאו"ת מ"מ דוקא שם כיון שעדיין צריך לשכור פועלים למלאות לו החפירה א"כ לא מיקרי שיש עדיין הדבר בעין אבל בכה"ג כנ"ד שאפשר להחזיר הדבר בעין מה שהזיק לו ודבר זה הוא בידו מסתברא לומר דבכה"ג כו"ע מודים דמחוייב הוא להחזיר לו הדבר שהזיק לו וא"א לסלקו בדמים אך למעשה צ"ע בזה. מ"מ נ"ל שכת"ר ידין בזה לפי ראות עיניו שאם ניכר הדבר שהוא עשה במרמה כדי לקנות אח"כ את הפלאץ מיד האדון ודאי דראוי לקנסו ולפסוק שהוא מחוייב להחזיר את הפלאץ לשמעון והוא ישלם לו מס כפי מה שהיה משלם להאדון:

כ"ד ידידו יו"ט ליפמן הכהן

סימן ח

עוד להנ"ל. ע"ד אשר כתב כת"ר שלא ירד לסוף דעתי מה שכתבתי דבנ"ד הוה כמו שעושה בשכר כיון שהיה מחוייב לקבל המס מידו ע"מ למסור להאדון כי ע"ד זה קנה מאביו את הפלאץ שהוא ימסור את המס שלו להאדון א"כ בנו של ראובן שירד להפלאץ מסתמא ע"ד זה נחית. וכתב כת"ר הא הוא לא ירש מאביו את הכסף שקבל אביו מהלוקח ואף שאביו היה מחוייב למסור את המס להאדון ובנו ירש מאביו חצי הפלאץ אינו נחשב כנוטל שכר בשביל מסירת המס. והביא ראי' מהניח להם אביהם פרה שאולה דאף דאביהם נתחייב לשמור אותה וקבל שכר ע"ז הוא הנאת תשמיש הפרה והמה ירשו נכסים מאביהם מ"מ אינם נחשבין כש"ש בשביל הנכסים שירשו מאביהם אף דאביהם היה מחוייב לשמור עד כלות ימי שאילתה עכת"ד. נפלאתי על דבריו דלדעתו דהשואל מחוייב לשמור אותה עד כלות ימי שאילתה ואף שמת עדיין הוא החיוב על השואל. א"כ ה"ל להקשות על גוף הדין דאמאי אם מתה אינם חייבים באונסיה אף שהניח להם אביהם אחריות נכסים. הא כיון דהשואל כבר התחייב א"ע בזה וגם הניח אחריות נכסים אמאי אינם מחוייבים היורשין לשלם על האונס מהנכסים שהניח להם אביהם. דהא בכל החיובים שאדם מתחייב א"ע אעפ"י שהוא מת מחוייבים היורשין לשלם מנכסים שירשו מאביהם והכא אמאי פטורין היורשין מלשלם אע"כ צ"ל דלפי מאי דאמרינן דמתני לה אסיפא וס"ל דלא רמי חיוב האונסין על השואל אלא עד שעת אונסין והכא כי איתניס ליתא לשואל ע"כ פטורין היורשין ע"כ צ"ל נמי לפי"ז דהשואל גופא אינו מקבל מתחילה אחריות האונסין אלא כ"ז שהוא בחיים אבל לאחר מיתתו מתחילה לא

קבל אחריותה אף שיהי' זה תוך ימי שאילתה לכך פטורין היורשין לשלם מן הנכסים שהניח להם אביהם כיון שכבר כלתה החיוב של אביהם. וא"כ האיך אפשר לחשוב אותם כש"ש במה שירדו לנכסים של אביהם כיון שכבר כלתה החיוב של אביהם אבל בנ"ד קבל ראובן על עצמו שמכר חזקת הקרקע שלו לשמעון ע"מ שהוא מחוייב לפרוע המס שיקבל משמעון ליד האדון וקבל ע"ז אחריות שהוא מחוייב לקיים כפי מה שקבל על עצמו ואם לא יקיים משועבדים הנכסים שלו לאחריות. א"כ בנו של ראובן שירד לנכסים של אביו ג"כ הוא מחוייב לקיים כל הפרטים שהתחייב אביו ונ"ד דמי להא דפסקינן בשו"ע סי' ס"ו סט"ו דאם מכר ש"ח לחבירו ומת וטען הלוה שהוא פרוע מחוייב היורש לישבע שלא פקדני אבא ואם אינו רוצה לישבע מחוייב היורש לשלם מנכסים שהניח לו אביו כמו דפסק שם הסמ"ע בסקמ"א והש"ך פוסק שם דמחוייב לשלם אף מנכסים של עצמו אך האחרונים השיגו עליו וכתבו דאינו מחוייב לשלם רק מהנכסים שירש מאביו ועיי"ש בשעה"מ ס"ק ט"ז דכתב וז"ל בשלמא כשירש מאביו חייב לישבע משום דמסתמא כשאביו מכר השטר קבל ע"ע שיקיים המכירה בכל אופן אף לישבע ובנו כשירש מאביו במקומו עומד וחל עליו חיוב זה משא"כ כשלא ירש מאביו ואינו רוצה לישבע למה יתחייב לשלם כו' עכ"ל הרי להדיא מבואר כמש"כ דהיכא שירש מאביו נכסים הוא מחוייב לקיים כל ההתחייבות שהתחייב אביו לקיים המכירה. ואם אינו רוצה לקיים מחוייב לשלם מהנכסים שהניח לו אביו א"כ אין לך עושה בשכר גדול מזה כיון שהוא מחוייב מה"ד לקבל המס ולמסור להאדון אך מ"מ אם לא קיים א"א לחייבו דהא הנכסים של אביו כבר ערף האדון ומנכסים של עצמו א"א לחייבו מטעם שלא שילם אע"ג דבזה גרם לו הפסד אף דלפי דעת הש"ך נראה דגם הכא מחוייב לשלם מנכסים של עצמו. מ"מ הא רוב האחרונים השיגו על הש"ך ע"כ לא חייבתי אותו רק מטעם שקבל ע"ד למסור המס להאדון ולא מסר ושמעון סמך עליו בזה:

עוד כתב כת"ר וגם בעיקר הדמיון לפועל דחייב לשלם בדבר האבוד משום גרמי לא זכיתי להבין דע"כ לא מצינו לחייב את הפועל בדבר האבוד אלא בסך שקיבל לעשות ר"ל אם הפועל קבל קמה לקצור והקמה היה שוה למשל סך חמישים זוז וחזר בו ובשביל חזרתו נאבד הקמה אז שפיר מחוייב לשלם סך חמישים זוז אשר הפסיד בעה"ב על ידו אבל אם יצוייר דאם יאבד הקמה אשר קבל עליו הפועל לקצור יאבד הבעה"ב בשביל זה עוד חמשים זוז הלא אז ודאי לא יתחייב הפועל לשלם רק בעד הקמה אשר קבל עליו לקצור ולא יותר. וכן ה"נ בנ"ד לא נוכל לחייב את היורש להחזיר רק את הכסף אשר קבל לידו עכ"ד. וע"ז נפלאתי עליו מאד הלא זה ודאי דעיקר חזקת הקרקע על

האדון תלוי בהשלמות המס כפי הפונקע של הקאנטראקט דבאם לא ישלם המס יאבד החזקה א"כ מאי נ"מ בין שלום המס ונאבד חזקת הקרקע ע"י זה שלא שילם המס כפי מה שקבל לידו ע"מ שימסור להאדון לבין כשנאבד הקמה ע"י שלא נקצרה והאיך כתב כת"ר דע"י שלא שילם המס נאבד דבר אחר מידו איזה דבר אחר נאבד ע"י זה הא ע"י שלא שילם המס להאדון נאבד זכות הקאנטראקט שהיה לו על האדון וזכות זה תלוי רק בשלום המס. והוה כמו שנאבד הקמה ע"י מה שסמך בעה"ב על הפועל שהוא יקצרנה לכן חייבתי אותו לשלם כפי שווי הקרקע דכל שווי הקרקע כזו שגוף הקרקע אינו שלו רק של האדון אין אנו יכולין לשום אותה אלא רק שווי הזכות שיש לו קאנטראקט על האדון באם שישלם לו מס אז חזקת הקרקע הוא שלו:

ומדי דברי בזה אבאר מה שעלה על דעתי לומר בנדון זה דהיכא דגוף הקרקע הוא של המלך או של אדונים והוא יש לו זכות בזה כשישלם מס דחזקת הקרקע שלו. דמהני בזה מחילה אם מחל לאחד שהחזיק בה ובזה י"ל הגמ' בב"ב (מא.) גבי רב ענן שקל בידקא בארעי' דאמרינן שם א"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי והנה הראשונים דחקו בזה הרבה דלמה מהני בזה מחילה אבל לפע"ד נראה דהכא מיירי בגולה דגוף הקרקע לא היה שלהם אלא של המלך ע"מ לפרוע טסקא כדאמרינן שם (נד:) דמלכא אמר מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא וכיון דגוף הקרקע הוא אינו שלו אלא רק חזקה בעלמא לפרוע טסקא ולאכול אותה לכך מהני בזה מחילה דכיון דאין זה אלא רק זכות בעלמא לכך יכול למחול לאחר שהחזיק בה הזכות שהיה לו בקרקע זו מקודם מאת המלך לפרוע טסקא ולאכול פירותיה שמעתה יהיה לו הזכות. וכן נתישב בזה ג"כ דברי הגמרא בגיטין (נח:) דקאמר שם אמר ר"י נקטינן אין אנפרות בבבל ומסקינן דאין דין אנפרות בבבל מ"ט כיון דאיכא בי דוואר ולא אזיל קביל אימר אחולי אחיל והנה גם הכא יש לתמוה דמה מהני מחילה בקרקע. ומצאתי בחידושי הר"ן שעמד בזה וכתב דהכא מיירי דלקח מאנפרות ואח"כ לקח מישראל דאם לא חזר ולקח ליכא למימר דארעא לא מיקני במחילה ע"כ אבל לפע"ד פשטות הגמרא לא משמע כלל דהכא מיירי שחזר ולקח גם מישראל אלא יותר נראה לישב דהכא מיירי בבבל והקרקעות לא היו שלהם אלא של המלך לכך מהני בזה מחילה דכל היכא דאין גופו קנוי לו מהני בזה מחילה כדאמרינן בקדושין (טז.):

אח"כ התבוננתי בזה דאפשר לומר דכיון שיש להם קאנטראקט מן המלך או מן האדון שהם יפרעו מס בכל שנה וחזקת הקרקע תהי' שלהם א"כ אית להם בקרקע זו קנין פירות וגם בק"פ לא מהני מחילה כמש"כ הריב"ש בסי' תק"י גבי שכירות בתים דלא מהני בזה סילוק בדבור בלבד אלא דוקא בקנין דשכירות ליומא ממכר הוא. ועיין במח"א בה'

שכירות ס"ט שהביא דברי הריב"ש הללו וכתב דלפ"ד נראה דלא כהריב"ש דסילוק מהני מדין הפקר אבל מחילה כתב שם דנ"ל דלא מהני והביא שם דברי הר"ן בחידושיו לגיטין דמחילה מהני גבי משכנתא באתרא דלא מסלקי א"כ נראה דס"ל דמחילה מהני בק"פ אבל המח"א השיג עליו במק"א והביא ראי' דמחילה לא מהני אף היכא דאין לו אלא ק"פ בלבד ובאמת לפע"ד אין ראי' מדברי הר"ן דס"ל דמחילה מהני בק"פ דהא ביאר הרשב"א בח"ג סי' י"ד דלכך מהני מחילה במשכנתא דלא מסלקי משום כיון דלענין גוף המעות ודאי דמהני מחילה ממילא נפקע השעבוד וכיון דמעות אין כאן ממילא נפקע המשכנתא גם לענין זה מה שזכה בה לאכול הפירות עד הזמן שקבל לו יעו"ש אע"ג דהרשב"א ס"ל שם דגם במשכון של מטלטלין מהני מחילה ובזה פליג שם הר"ן עליו מ"מ נראה דגבי משכנתא של קרקע ס"ל להר"ן דמהני מחילה מטעמא של הרשב"א דלא כהמח"א. מ"מ לאחר העיון נ"ל דאף לפי"ז יש לישב דברי הגמרא דגיטין וב"ב כמש"כ דנראה דבגולה לא נתן להם המלך הקרקע בשטר ע"מ. לפרוע מס אלא מעצמן זכו כמש"כ רש"י בב"מ (קח.) וז"ל בשני הפרסיים היה הקרקע מופקר לכל הקודם להחזיק בו ולפרוע להמלך טסקא כו' עכ"ל א"כ זכות זה נראה דלא מיקרי אף ק"פ. אלא זכה מן הפקר שהוא קודם לחבירו לפרוע המס ולאכול פירותיה אבל קנין גמור ודאי דליכא כיון דאם לא ירצו לאכול פירותיה ולפרוע המס הרשות בידם ע"כ לא דמי זה לשכירות בתים דכתב הריב"ש דמחילה לא מהני לכך נראה דאם אח"כ מחיל לאחר שהחזיק בקרקע שהוא יפרע המס להמלך ויאכל פירותיה דמהני בזה מחילה שלא מחיל לי' אלא זכות שהיה לו על קרקע זו וכן שם גבי מצרנות כיון דאין זה אלא זכות בעלמא פירש"י שם דלכך צריך למקני בי' דאל"כ מצי למימר לו משטה הייתי בך אלמא דאי לאו טעמא דמשטה הייתי בך הוה סגי במחילה בלבד על זכות שלו. ויש לי לדבר עוד הרבה בזה אי מהני בזה יאוש או לא. אע"ג דאין יאוש מועיל בקרקע מ"מ בכה"ג דאין לו אלא זכות בעלמא לפרוע מס ולאכול פירותיה איכא למימר דמהני יאוש בזה. ויתישב בזה ג"כ דברי הגמרא בגיטין שהבאתי למעלה ועיין תוס' ב"ב (מד.) ד"ה דווקא כו' ועוד נדבר בזה במק"א אי"ה:

ועתה נשובה לדברי כת"ר דמש"כ בעיקר הדין באם סמך חבירו עליו אם מחוייב לשלם או לא דזה תלוי בפלוגתת הראשונים אי שומר חייב בשמירה תיכף בעת שנסתלקו הבעלים משמירתן או לא גם בזה לא דקדק יפה דהא הרא"ש סובר גבי מאן דיהיב זוזי לחבירו כו' כהר"י דמיירי דקבל להדיא לשלם לו אם לא יעמיד לו היין. א"כ אינו סובר כהריטב"א דבשביל שסמך עליו חייב ואפ"ה ס"ל גבי שומרין דמיד שנסתלקו הבעלים חייבין. וע"כ צ"ל דהרא"ש סובר דלחייב השומר בשמירתן לא שייך כלל משיכה בזה

כיון דאין זה רוצה לקנות כלל. וע"כ חייבתו התורה אף מיד שנסתלקו הבעלים גם מה שכתב כת"ר דהפוסקים דסוברים דאינו חייב בשמירתן אלא לאחר משיכת החפץ ע"כ סברי דגם היכא דסמך עליו אינו חייב רק אם קבל עליו בפירוש לשלם. גם מזה אין ראי' כלל דשאני פשיעה דהוא רק גרמא בעלמא כמש"כ המח"א שם בה' שומרין דאל"כ אמאי פטור על קרקעות עבדים ושטרות והנה מה שהקשה כת"ר על דברי הריטב"א דלפ"ד יורה לנו דין חדש דאם אחד קנה מחבירו יין או תבואה במקום הזול או בעת הזול במעות לבד ואח"כ חזר בו יתחייב המוכר לשלם לו מה שהפסיד ע"י כעין זה הקשה הנתיבות בסי' של"ג ס"ב. והכריח מזה דפועל דחייב הוא רק תקנת חכמים בלבד יעו"ש אבל זה דחוק. ולפ"ד נראה דלרב חמא דס"ל גבי יהיב זוזי אחמרא חייב. לפי"ד ודאי צריך לדחוק דהא דנתן מעות ולא משך יכול לחזור בי' איירי דלא גרם לו בזה הפסד מה שמכר לו והוא סמך עליו והיינו שבלא"ה נמי לא היה יכול הלוקח לקנות במק"א או שלא היה דעתו כלל לקנות במק"א. אבל לדידן כיון דאנן לא ס"ל כרב חמא ואף גבי אפרוותא דזולשפט ששם המקום שהיין נלקח לרוב מ"מ אינו חייב משום דכה"ג הוה אסמכתא. וע"כ משום דגם ביין סתם נמי אין היזק ברור כ"כ משום דאולי לא יזדמן לו לקנות א"כ לדידן ודאי ליתא הדין החדש מה שכתב כת"ר שנולד לפי דברי הריטב"א ואם ההפסד ברור כגון שהוא קנה ממנו ומכר לאחרים על סמך זה באמת חייב לדברי הריטב"א. ועיין בתשובת ח"ס חו"מ סי' קע"ח מש"כ בזה לדינא:

וע"ד השאלה מהדגים היבשים. הנה באמת קשה לי להשיב בזה מפני יראת הכבוד של א"ז הגאון מהור"ר קלמן זצללה"ה אב"ד דק"ק הלוסק שאסר זה להדיא וגזר שלא לאכול דגים יבשים מחמת זה כי העידו לפניו דבכל דגים יבשים שמיבשים על האור תלוים גם דגים טמאים ונוטף הציר מהדגים טמאין עליהם. כך ספרו לי מכבר זקני העיר הנ"ל אך מ"מ כיון שכבר נהגו העם היתר בזה א"א לאסור זאת. ונראה דטעמם משום דזה ודאי דעל רוב הדגים אין הציר נוטף עליהם כלל וא"כ בטלו הדגים האסורין אשר נטף עליהם הציר דאיסורא ברובא דהתירא אשר לא נטף עליהם הציר כלל וגם הדגים אשר נטף עליהם הציר קרוב הדבר שיש בהם ס' נגד ציר הנוטף אע"ג דגבי צלי בעי נטילה נמי עיין יו"ד סי' ק"ה סקט"ו בש"ך דבשמן אין צריך נטילת מקום כלל ואפי' בכחוש עיין מה שכתב הגאון רעק"א דאם ידוע שנגע במקום אחד ואינו ידוע מקומו הנטילה בטיל ברוב נטילות אחרות. וא"כ הכא ודאי יש בכל דג רובא נטילות דהתירא נגד מקום הנטילה דאיסורא. וגם יש לצרף לזה מה דנסתפק הש"ך בסי' ק"ז סק"א דאולי דג טמא עם דג טהור הוה שוה בטעמא והוה מין במינו ועיין מה שכתב בזה הגאון רעק"א דהגאון

בעל בית מאיר כתב לו הוכחה דמקרי שוה בטעמא מדכתב רש"י בחולין (צז) גבי כלכס באלפס של בשר ואמאי לא פירש של דגים דמצוי יותר למצוא דג טמא בין דגים טהורים א"ו משום דאמרינן לטעמי' קפילא ובדג בין הדגים לא שייך כן דשוים בטעמא עכ"ל וכתב עליו דפח"ח אף שלפע"ד ראי' זו אינה מוכרחת די"ל כיון דכלכס גדולו בציר דגים טהורים עיין רש"י ע"ז (לט:) לכך דומה בטעמא לדג טהור אבל בשאר דגים טמאין אפשר לו' דמשונים הם בטעמם מ"מ לצירוף ודאי דיש לנו לסמוך על דעת הגאונים הנ"ל:
כ"ד ידידו דו"ש יו"ט ליפמן הכהן:

סימן ט

וזה אשר השבתי לרב אחד מפורסם הנה מה שהעיר כת"ר בדברי התוס' דסנהדרין (עז:) ד"ה סוף כו' דכתבו שם דלמ"ד אשו משום חציו נפלה נמי כהפילה לענין שחיטה וסוגיא דחולין אתיא כמ"ד אשו משום ממונו והכריח כת"ר דע"כ כוונת התוס' הוא דמ"ד אשו משום חציו יפרש דהמתני' אתי' כרבנן דבעי כונה לשחיטה ולאו דוקא נקיט נפלה אלא ה"ה הפילה נמי פסולה ומחמת זה הוקשה לכת"ר דמאי פריך שם (לא:) מי אמר ר"י הכי דבעי כונה לחולין והא אמר ר"י הלכה כסתם משנה ותנן נפלה כו'. הא כיון דר"י ס"ל אשו משום חציו ע"כ הוכרח לפרש דהמתני' אתיא כרבנן עכת"ד:
ולפע"ד נראה לפרש דכונת התוס' הוא דהגמרא דדייק נפלה פסולה הא הפילה כשרה דמשמע דוקא הפילה ממש כשרה אבל נפלה בכל גונא פסולה ואף ע"י רוח מצויה שהי' ראוי לפול משעה ראשונה מ"מ פסולה זה אתי' כמ"ד אשו משום ממונו אמנם לר"י דס"ל אשו משום חצו א"כ הא איכא גונא דגם בנפלה כשרה דהיינו שנפלה ע"י רוח מצויה דהוה כמו חצו. אבל ודאי דהמשנה בעצמה יתפרש שפיר גם לר"י כר"נ דאל"כ אמאי נקיט נפלה ולא נקיט רבותא יותר דאפי' הפילה פסולה. אלא ה"פ נפלה הסכין ושחטה פסולה היינו שנפלה מעצמה ולא הי' ראוי לפול משעת הנחתו ונפלה ע"י רוח שאינו מצויה או ע"י סיבה אחרת שנתחדש לאחר הנחתו ולא היה ראוי לכך משעת הנחתו את הסכין פסולה השחיטה. אבל היכא דנפלה ע"י רוח מצויה והיה ראוי לפול משעת הנחתו כשרה כיון דהיה ראוי לפול משעת הנחתו הוה כמו שהפילה כיון דס"ל אשו משום חציו וזה ברור כנ"ל:
ידידו יו"ט ליפמן הכהן:

סימן י

ביאור בדברי התוס' הנ"ל דכתבו שם וז"ל עוד יש לפרש דבכל הני דסוף חמה וצינה וארי לבוא כו' אפי' כפתו והביא שם פטור דדמי לכח כחו ואש נמי שלא המיתה אלא ברוח

מצויה פטור ממיתה אלא דלענין ממון חייב נזק שלם כו' דהא אשו נמי חייב משום ממונו כדמוכח בפ' כיצד (כג.) דמאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו והגיה שם המהרש"ל אלא ברוח שאינו מצויה והמהרש"א השיג עליו דאי ברוח שאינו מצויה א"כ לענין ממון נמי פעור ולכך פי' דאף שלמ"ד אשו משום חציו מחויב מיתה אפי' אם לא הצית בגופו של עבד מ"מ בעינן שיהי' יכול לבוא שם דוקא בלא רוח כלל אבל אם אינו יכול לבוא אלא ע"י רוח אף שהוא רוח מצויה פטור ממיתה ואינו חייב אלא נזקו עכת"ד ולפע"ד נראה דגם דברי המהרש"א הם תמוהים דלפי דעתו דחציו לא מיקרי אלא דוקא שיכול לבוא בלא רוח כלל א"כ לפי הה"א דהגמרא דב"ק דר"י ס"ל דוקא משום חציו ולא משום ממונו א"כ פטור לר"י אבנו סכינו ומשאו שנפלו ע"י רוח מצויה והא מפורש בברייתא שם (כט.) דכו"ע מודים דחייב בזה ועוד דאמאי לא הקשה הגמרא לר"י מהמשנה דגץ שיוצא מתחת הפטיש דשם נמי הזיק האש ע"י רוח מצויה כדמוכח בב"ב (כו.) אך בזה יש לדחוק דר"י יפרש דשם הזיק שלא ע"י רוח אלא רק מכחו בלבד וכן הוא שיטת הרא"ה בש"מ אבל יותר קשה מדברי ר"י עצמו דמחייב כשמסר לחשו"ק גווזא סלתא ושרגא וכיון דלפי הה"א אינו חייב לר"י אלא דוקא כשיכול לילך שם האש בלא רוח א"כ אמאי מחייב בהוליכן החשו"ק והדליק אף כשמסר לו גווזא סלתא ושרגא הא לא עדיפא הולכת חשו"ק מרוח שהוליך את האש ואפי"ה פטור לר"י כיון דבעינן דוקא חציו ע"כ נ"ל לבאר כונת התוס' באופן אחר. דהתוס' בב"ק (נט:) ד"ה לבתה הרוח כו' מסיק שם דהמתני' איירי ברוח שאינו מצויה והביאו ראי' לזה מהירושלמי דגרסינן התם לבתו הרוח כולן פטורין תמן אמרינן ברוח של אנוסים אבל ברוח שהעולם מתנהג בו חייב ר"י ור"ל תרוייהו אמרי אפי' ברוח שהעולם מתנהג בו שפעמים הוא בא ופעמים אין בא עכ"ל. א"כ לדברי ר"י ור"ל אפי' רוח שהעולם מתנהג בו כיון דלפעמים בא ולפעמים אינו בא מיקרי רוח שאינו מצויה דרוח מצויה לא מיקרי אלא דוקא רוח שמצוי תדיר שהוא רוח היום. כן הוא דעת התוס' וכן ביאר הרשב"א בחידושיו יעו"ש אמנם בש"מ הביא תוס' ר"פ שכתב שזה ודאי כיון שלפעמים הוא בא מיקרי רוח מצויה אלא מחלק היכא שכבר נעשה האש ואינו צריך רק הולכת הרוח כאבנו סכינו ומשאו ודאי דחייב ברוח מצויה אבל בזמן שהאש מחוסר לבוי ואין שם אש עליו לא קרינן בו המבעיר את הבערה אע"ג דהיכא דנתלבה ע"י רוח מצויה. והא דאמרינן גבי גחלת כמה דשביק לה מעמיא עמיא ואזלא דמשמע אם היה דרכה להתלבות ע"י טלטול של חרש היה המוסרה חייב ש"ה כיון שכבר החרש בעולם דמי כמו שנשבה כבר הרוח בשעה שהניח האש והעצים ונתלבה דודאי חייב עכת"ד. וכן הוא שיטת הרא"ה שם יעו"ש בש"מ ולפע"ד

נראה דגם שיטת הרמב"ם הוא כשיטת הר"פ והרא"ה דהא הרמב"ם לא הביא זאת דעל רוח שאינו מצויה תמיד פטור אלא גבי לבתו הרוח אבל בכל מקום דחייב על רוח מצויה לא הזכיר הרמב"ם כלל דבעי שיהי' מצוי תמיד דוקא ע"כ נראה דגם הוא ס"ל דבכל מקום חייב לכו"ע אף על רוח שלפעמים הוא בא משום דזה מיקרי רוח מצויה וזה דלא כמשמע מדברי הה"מ שם ובהלכה י"ד דבכל מקום דחייב על רוח מצויה בעי שיהי' מצוי תמיד והוא נמשך אחרי דברי הרשב"א. אבל לפע"ד דעת הרמב"ם אינו כן והנה מדברי הטור שכתב ליבתה רוח שאינו מצויה פטור והשמיט מה שהוסיף הרמב"ם בזה דכתב דאף על רוח שאינו מצויה תמיד נמי פטור נראה ברור דס"ל להטור דהעיקר כמו דאמרינן בירושלמי תמן אמרינן דברוח של אנוסין כו' א"כ ברוח שהעולם מתנהג בו חייב אפי' היכא דליבה ולא היה האש בעולם ונפלאתי על האחרונים שהביאו דברי הה"מ בסתם ולא העירו בזה כלל כי לפע"ד נראה ברור דיש בזה שלש שיטות דעת הרשב"א והה"מ הוא דבכל מקום בעי רוח מצויה תמידי ודעת הרמב"ם והר"פ והרא"ה הוא שיש חילוק בין היכא שהאש בעולם או לא דהיכא שהאש בעולם חייב אפי' ברוח שהעולם מתנהג בו ולפרקים הוא בא מ"מ חייב אבל היכא שאין האש בעולם אינו חייב אלא דוקא ברוח שהוא מצוי תמיד. ודעת הטור הוא דבכל מקום חייב על רוח שהעולם מתנהג בו וכן נראה דזהו דעת הנמוק"י יעו"ש היטיב:

ועתה נשובה לבאר כוונת התוס' דסנהדרין בתירוצא בתרא דכוונתם הוא לחלק דהיכא שהלך האש ע"י רוח היום שהוא מצוי תדיר זה מיקרי חציו ממש וחייב לר"י משום חציו אף לענין מיתה אך ברוח שאינו מצוי תדיר אלא לפעמים הוא בא אע"ג דמיקרי רוח מצויה מ"מ אינו מחויב אלא משום ממונו כיון דלא בא הרוח אלא אח"כ אינו חייב אלא משום דלא שמר אשו שלא יוליכנו הרוח שיבוא כיון דהוא מצוי וזהו כוונת התוס' דכתבו ואש שלא המיתה אלא ברוח מצויה פטור ממיתה היינו ברוח מצויה שלפעמים הוא בא דאז פטור ממיתה ואינו חייב אלא משום ממונו ולפי"ז א"ש דלפי הה"א דגמרא דלר"י אינו חייב אלא משום חצו בלבד אינו חייב גם באבנו סכינו ומשאו אלא דוקא היכא שנפלו ע"י רוח היום וגם בגץ שיצא מתחת הפטיש התם נמי הולך ע"י רוח היום וגם בגווזא סלתא ושרגא כיון שכבר החרש בעולם הוה כמו שכבר נשבה הרוח כמש"כ הר"פ לכך חייב גם לר"י אבל לפי המסקנא דגמרא דר"י מחייב נמי משום ממונו אפי' היכא דכלו חציו א"כ חייב נמי אף ברוח מצויה שלפעמים בא. ולפי"ז ע"כ צ"ל דגם התוס' בסנהדרין הוא כדעת הר"פ דהיכא שהאש בעולם גם ר"י ור"ל מודים דחייב אפי' ברוח שהעולם מתנהג בו והא דס"ל בירושלמי דפטור ברות שהעולם מתנהג בו הוא

דוקא היכא שהאש אינו בעולם וקרוב לומר דגם כוונת המהרש"ל היה לפרש דברי התוס' כמש"פ לכך הגיה בדברי התוס' רוח שאינו מצויה ופירושו שאינו מצוי תדיר. אף שאפשר לפרש דברי התוס' גם בלא הגהה מ"מ הגיה המהרש"ל לבל יהי' דברי התוס' סתומים ביותר. ואפשר שנשמט מלת תדיר מדברי המהרש"ל כנ"ל ברור:

אך זה קשה לכאורה לפי דברי התוס' דסנהדרין כיון דהיכא דהזיק האש ע"י רוח מצויה שלפעמים הוא בא אינו חייב אלא משום ממונו בלבד. א"כ אמאי לא משני הגמרא בב"ק בפשיטות הא דפטור טמון באש איירי בכה"ג שהזיק האש ע"י רוח מצויה. ולמה צריך לדחוקי לפרש לדברי ר"י דהא דפטור טמון איירי שנפל גדר שלא מחמת הדליקה והי' לי' לגדרי' ולא גדרה ונ"ל דע"כ צ"ל דהתוס' מפרשי דברי הגמרא דלפי מאי דקאמר אלא למאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו חזר ממה שאמר בתחילה כגון שנפל גדר שלא מחמת הדליקה וכן ביאר הגר"א בסי' תי"ח ס"ק ל"ג שיטת הרי"ף והרמב"ם יעו"ש וכן נ"ל גם לשיטת התוס' הנ"ל אך לשיטת התוס' נוכל לפרש דברי הגמרא בפשיטות טפי וה"פ אלא למאן דאית לי' משום חציו אית לי' נמי משום ממונו וכגון שהיה לי' לגדרה ולא גדרה דהתם שורו הוא ולא טפח באפי' ופי' דאית ליה משום ממונו ואף היכא שלא היה יכול האש לבוא שם ע"י רוח התמידי א"כ לא הוי חציו מ"מ חייב משום ממונו מפני שהיה ליה לגדור בעדה שלא יוליכנה הרוח מצויה ולא גדרה לכך הוה כשורו ולא טפח באפי' לכך פטור בזה על הטמון. ומאי דקאמר וכי מאחר דמאן דאית לי' משום חציו אית לי' משום ממונו מ"ב א"ב לחייבו בארבעה דברים היינו שהזיק ע"י רוח התמידי א"כ אז הוה כמו חציו לכך חייב בארבעה דברים. עוד נ"ל שלפי"ז יש ליישב הקושיא החמורה מה שהקשו על דברי רבא שם (סא:) דמחלק לענין טמון בין מדליק בתוך שלו למדליק בשל חבירו והאיך לא הזכיר כלל שיש לחלק אף במדליק בתוך שלו גופא בין כלו חציו להיכא דלא כלו חציו דהא רבא ס"ל שם (כבי) כר"י דאשו משום חציו. עיין במהרש"ל ביש"ש שדחק בזה הרבה אבל לפי מש"ב ניחא שפיר דהא זה ברור דהיכא דאף דהדליק בתוך שלו כיון שהאש יכול לבוא בתוך של חבירו אף ברוח התמידי א"כ הוה כזורק חץ על של חבירו א"כ זה מיקרי מדליק בתוך של חבירו ממש אף היכא דהדליק בתוך שלו וע"כ הא דאמר רבא הדליק בתוך שלו פטור על הטמון לא איירי אלא היכא דבשעת הדלקה לא היה האש ראויה לבוא בתוך של חבירו אלא אח"כ בא הרוח שלפעמים הוא בא והוליך את האש לתוך של חבירו דאינו חייב אלא משום ממונו שלא שמרו ולא גדר בעדו לכך פטור בזה על הטמון. א"כ כוונת רבא נמי כמו המסקנא דהגמרא שם (כג.) דהכלל בזה דהיכא דחייב משום חציו אף היכא דהדליק

בתוך שלו זה מיקרי כמו הדליק בתוך של חבירו אבל הדליק בתוך שלו לא מיקרי אלא היכא דאינו חייב משום חציו אלא משום ממונו בלבד. ובזה יש ליישב ג"כ דברי הרמב"ם מה שתמה עליו הה"מ שם ה' ט"ו מאחר שהוא ז"ל פוסק כר"י האיך לא חילק בין טמון כמו שחילק שם בסוגיא דלא משכחת לר"י טמון פעור אלא היכא שנפל גדר שלא מחמת הדליקה כו' אבל לפי דברינו נ"ש כיון שמחלק הרמב"ם בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו לענין טמון א"כ א"צ להזכיר זאת דהא דמדליק בתוך שלו ע"כ לא איירי אלא היכא שלא היה ראויה לבוא בתוך של חבירו בשעת הדלקה אלא אח"כ ע"י הרוח שלפעמים הוא בא דאז הוה כמו כלו חציו ואינו חייב אלא משום ממונו בלבד וזה יעלה כפי מה שבארתי לעיל דדעת הרמב"ם הוא דהיכא שכבר האש הוא בעולם חייב אפי' ע"י רוח שלפעמים הוא בא אך רק משום ממונו בלבד כשיטת התוס' דסנהדרין:

ולפי דברינו אלה יתישב שפיר דברי הרמב"ם שם בה"י דכתב וז"ל המדליק בתוך שדה חבירו ויצאה האש ונאכל הגדיש והיה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש היה עבד כפות וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור עכ"ל והנה הראב"ד כתב וז"ל א"א זה איני יודע מהו דהכא לאו בממון מיירי עכ"ל ועי"ש דהבטל מגיה הגיה בדברי הראב"ד דהכא לאו בטמון איירי ונראה דכונתו להשיג כיון דהכא לאו בטמון איירי א"כ למאי נ"מ כתב הרמב"ם המדליק בשל חבירו ומה שפי' שם המ"מ לא יכולתי להבין אבל לפי מש"ב דהיכא דחייב משום חציו מיקרי בכ"מ מדליק בתוך של חבירו כיון דהוה כזורק חץ לתוך של חבירו ומדליק בתוך שלו לא מיקרי אלא היכא שלא היה ראוי לבוא בשעה שהדליק אלא ע"י הרוח שיבוא אח"כ א"כ א"ש מה דכתב הרמב"ם המדליק בשל חבירו משום דהתם פעור על הגדי ועל הגדיש משום דקלב"מ ואין זה אלא היכא דחייב משום חציו. ויותר נ"ל לומר דאף לר"ל דס"ל דחייב בכ"מ משום ממונו בלבד מ"מ זה ודאי דהוא לא פליג על רב כהנא ורבא דפטור על הטמון אינו אלא במדליק בתוך שלו כדמיירי קרא כי תצא אש משמע מעצמה והיינו במדליק בתוך שלו. וכן איתא שם (סבי) בברייתא להדיא. ע"כ נראה דאף לר"ל דהיכא דהדליק בתוך שלו אך כיון שיכול האש לבוא שם ע"י רות התמידי א"כ זה מיקרי כמדליק בתוך של חבירו ממש וחייב גם לר"ל על הטמון בזה וגם לר"ל אינו פטור על הטמון אלא דוקא דבשעה שהדליק לא היה יכול לבוא שם ע"י רוח התמידי. ולפי"ז אין נ"מ בין ר"ל לר"י לפי דברינו בפטור על הטמון דכ"מ דמיקרי מדליק בתוך של חבירו חייב גם לר"ל על הטמון והיכא דמיקרי בתוך שלו גם לר"י אינו חייב אלא משום ממונו בלבד ופטור על הטמון ובזה יתישב שפיר דברי הגמרא שם (כג.) דקאמר מ"ב א"ב לחייב בד', דברים ולא

קאמר פטור על הטמון היכא דלא כלו לו חציו דאיירי שם גופא והתוס' כתבו שם באמת דהוה מצי למימר הך נפקותא. והגר"א שם נתקשה הרבה בזה כיון דהגמרא גופא איירי שם בזה מדוע לא קאמר הך נ"מ אבל לפי דברינו אלה ניחא כי סברת הגמ' דליכא נ"מ בין ר"י לר"ל בפטור על הטמון. כי במקום שחייב לר"י משום חציו מיקרי זאת מדליק בתוך של חבירו וא"כ גם לר"ל חייב בזה על הטמון:

ולפי"ז ניחא שפיר לישנא דהגמרא שם דקאמר למ"ד אשו משום חציו טמון באש דפטר רחמנא היכא משכחת לה ולא קאמר דאמאי פטור על הטמון לר"י כיון דאשו משום חציו ועיין בהגר"א שם אבל לפי דברינו מדוקדק היטיב הלשון דקאמר היכא משכחת לה לר"י דלר"ל משכחת לה שפיר אע"ג דגם הוא מודה דבמקום דחייב לר"י משום חציו חייב על הטמון דזה מיקרי מדליק בתוך של חבירו מ"מ איכא לאשכוחי במקום דאינו חייב משום חציו לר"י היינו שהאש אינו הולך שם אלא ע"י רוח מצויה שלפעמים הוא בא אבל לר"י כיון דאינו חייב אלא משום חציו א"כ אינו חייב אלא ע"י רוח התמידי א"כ מיקרי בכ"מ מדליק בתוך של חבירו ומסיק דחייב לר"י אף במקום שחייב רק משום ממונו היינו ע"י רות מצויה שלפעמים הוא בא ואז פטור על הטמון וכמש"ב:

עוד נ"ל לבאר מה שאפשר ליישב דברי הגמרא מה דלא הביא בסוף הכונס דפטור על הטמון הוא דוקא היכא דכלו לו חציו בדרך אחר דהנה כבר הבאתי למעלה דשיטת הרשב"א והה"מ והטור והנמ"י דפלוגתא דהירושלמי על איזה רוח הוא חייב פליגי אף שכבר האש בעולם [ולא כהתוס' ור"פ והרא"ה והוא שיטת הרמב"ם כמשב"ל] אך סוגית הגמרא דידן הוא כמו שהביא הירושלמי בשם הגמרא דידן דרוח שאינו מצויה לא מיקרי אלא רוח של אנוסין אבל ע"י רוח שלפעמים הוא בא חייב דזה מיקרי רוח מצויה וזה פשיטא להגמרא דאף דחייב לדידן גם ע"י רוח שלפעמים הוא בא מ"מ אינו חייב רק משום ממונו בלבד דחציו לא מיקרי אלא דוקא ע"י רוח התמידי א"כ ניחא שפיר מה שלא הזכיר הגמרא בסוף הכונס דאינו פטור על הטמון אלא דוקא היכא דכלו לו חציו היינו שנפל גדר שלא מחמת הדליקה משום דלדידן א"צ לדחוקי דאיירי בגוונא דלא שכיחא אלא איירי שהדליק האש בתוך שלו ואח"כ הלך האש לתוך של חבירו ע"י רות שלפעמים הוא בא ואינו חייב משום ממונו בלבד וע"כ איירי בכה"ג דאל"כ מיקרי מדליק בתוך של חבירו כיון דיכול לבוא ע"י רוח התמידי כמשב"ל. והא דהוצרך הגמרא לדחוק דאיירי בנפל גדר שלא מחמת הדליקה הוא דוקא לר"י ולר"ל כיון דהם ס"ל בירושלמי דאינו חייב אלא דוקא ע"י רוח התמידי אבל ע"י רוח מצויה שלפעמים הוא בא פטור

א"כ לא משכחת דחייב משום ממונו בלבד אלא בכה"ג שנפל הגדר שלא מחמת הדליקה וזה כפתור ופרח:

ולפי מש"ב יתיישב שפיר גם דברי הגמרא שם (מג:) דקאמר שם רבא א"ה אשו שלא בכונה ע"פ עדים נשלם דמים ומנא ליה לרבא דלא משלם אילימא מדתנן היה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב עבד כפות לו וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור האמר ר"ל כגון שהצית בגופו של עבד דק"ל בד"מ כו' והנה ע"כ צ"ל דאיירי רבא אליבא דמ"ד אשו משום ממונו דלמ"ד אשו משום חציו ע"כ פטור אף בשלא בכונה מטעם תנא דבי חזקיה וכן כתבו שם התוס' וזה תמוה דאזיל רבא דלא אליבא דהלכתא מה דהוא ס"ל בעצמו כמ"ד אשו משום חציו אף שיש לדחוק ולומר דהכא איירי בכלו לו חציו מ"מ זה דחוק דהאיך לא הזכיר כלל וקאמר סתם אשו שלא בכונה אבל לפי מש"ב נ"ש כיון דאיירי באשו שלא בכונה ע"כ איירי דבשעה שהדליק לא היה יכול האש לבוא שם ע"י רוח התמידי דאם היה יכול לבוא שם ע"י רוח התמידי א"כ בשעה שהדליק כיון דידע שבודאי יבוא לשם ושם מונח אדם כפות א"כ הוה זה בכונה. אלא ע"כ דבשעה שהדליק לא היה יכול האש לבוא שם ע"י רוח התמידי אלא אח"כ בא הרוח והוליך את האש לשם והדליק את האדם וזה מיקרי אשו שלא בכונה ואינו חייב אלא משום ממונו בלבד לכך קאמר דיתחייב בזה דמים אף דפטור על הכופר והא דקאמר שם הגמ' מנ"ל לרבא דלא משלם אילימא מדתנן כו' נראה דה"א דהגמרא היה סובר כיון דהתם במתני' איירי ברישא בפטור על הטמון וע"כ איירי במדליק בתוך שלו כדקאמר התם ומדליק בתוך שלו לא מיקרי אלא היכא דאינו חייב משום חציו כמש"ב דהיכא דמחייב משום חציו מיקרי בכ"מ מדליק בתוך של חבירו וא"כ ע"כ הא דפטור על העבד משום דאין תשלומין לעבד אלא במקום קנס אבל באשו שלא בכונה כיון דפטור מן קנס אינו חייב נמי דמים. ודחה הגמרא דז"א דהא ר"ל כיון דהוא ס"ל דאינו חייב משום חציו כלל מפרש שם דאיירי בהצית בגופו של עבד ולדידן דס"ל דחייב אף ע"י רוח התמידי משום חציו א"צ לומר דאיירי בהצית בגופו של עבד אבל חזינן דהם מפרשים דהסיפא דעבד כפות איירי במדליק בתוך של חבירו ולא איירי במדליק בתוך שלו ועיין בפ"י דמפרש קצת על דרך זה אבל לפי דברינו יתיישב יותר:

סימן יא

נסתפקתי בהא דקיי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים היכא שחייב עצמו בקרן דפטור. אם הודה דק על הקרן בלבד ולא הודה על הקנס כגון שטען גנבת והוא אומר מצאתי ואח"כ באו עדים שגנב קודם שהספיק להחזיר הקרן ליד הבעלים אם חייב בכפל או לא:

תשובה לפ"ד נראה דפליגי בזה הראב"ד והרמב"ן דהנה הרא"ש בפ"א דב"ק הביא בשם הראב"ד דאם הודו ואח"כ באו עדים קיי"ל כרב דאמר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ואי תפס מפקינן מיני' כו' והקשה עליו הרמב"ן ז"ל דהא הודאה בב"ד דוקא בעינן כדאמרינן התם שאני ר"ג דשלא בב"ד אודי כו' והאידנא ליכא ב"ד הילכך אי תפס לא מפקינן מיני' בין תפס מקמי הודאה בין תפס לאחר הודאה כו' ע"כ. ונראה דדעת הראב"ד הוא דהודאה על הקרן בלבד נמי סגי לפוטרו. א"כ מהני הודאתו לפטור אפי' בזה"ז דהא לענין הקרן אנן שליחותייהו קעבדינן אבל הרמב"ן ס"ל דהודאה על הקנס בעינן ודוקא היכא שהודה שגנב אז הוא דפטרתו התורה אבל היכא דהודה על, הקרן בלבד לא פטרתו התורה לכך ס"ל דהודאה בזה"ז לא מהני דהא לענין קנס ליכא ב"ד בזה"ז. אמנם חכם אחד הראה לי תוספתא בב"ק פ"ח ה"ב דאיתא שם להדיא דהודאה על הקרן לא מהני לפטור עצמו מן הקנס וז"ל היכן שורי שגנבת ואמר תועה מצאתיו וטבחתיו והעדי' מעידין בו שגנב וטבח כו' משלם תשלומי דו"ה ע"כ ומ"מ א"א להביא ראי' ברורה מזה כי לפה"נ התוס' משובשת:

ועוד יש לחקור בזה דאיכא למימר דהא ס"ל להתוספתא דבהודאה על הקרן בלבד לא מהני הוא דוקא בכה"ג דמיירי בתוספתא דכשהודה לא היה השור בעין שכבר טבח אותו לכך לא הוה הודאה על הקרן בלבד אבל היכא כשהודה בב"ד היה השור בעין ורוצה להחזיר אותו אפשר לומר דבכה"ג מהני הודאה על הקרן בלבד דהא היכא שהחזיר הקרן לבעליו קודם שבאו עדים לכו"ע פטור מן הכפל כמו דאיתא שם (סח: טו.) וכיון שהודה בב"ד ורוצה להחזיר הגנבה ליד בעלים איכא למימר דזה הוה כמו שהחזיר כבר ליד בעלים והוה ביד הגנב כמו פקדון דהיכא דאיתא ברשותי' דמרי' איתא ובכה"ג מהני הודאה אף בזה"ז אך מדברי הרמב"ן משמע דאף היכא דהגנבה בעין ורוצה להחזיר לא הוה הודאה בזה"ז מ"מ נראה דאם לאחר שהודה בפני ב"ד פסקו שהוא מחוייב להחזיר לו ואמרו צא תן לו גם הרמב"ן מודה דכה"ג מהני הודאה אף בזה"ז דהא שם (סח:) מוכח להדיא דלאחר שפסקו ב"ד ואמרו צא תן לו יצא מכלל גנבה. א"כ לא מהני הודעת עדים אח"כ אף בזה"ז כיון דכבר פסקו למילתא ולא מהני תפיסה אח"כ לכו"ע כנ"ל:

וכן נראה דאף לפי דעת קצה"ח בסי' ש"נ דאף שהודה לפני ב"ד מ"מ יכולין ב"ד אחר לחייבו קנס כיון שבפניהם לא הודה מקודם מ"מ אם כבר פסקו הב"ד שהודה לפניהם על הקרן ואמרו צא תן לו גם ב"ד אחר אינם יכולין לחייבו שכבר יצא מכלל גנבה. ובזה י"ל דמה שכתב שם בסק"ד דהרשב"א ע"כ לא ס"ל כן איכא למימר דכונת הרשב"א הוא שכבר הודה על הגנבה בפני ב"ד ואמר צא תן לו דודאי ב"ד אחר אינם יכולין לחייבו קנס

אבל באמת דברי הקצה"ח תמוהים מאד דהאיך אפשר לומר דב"ד אחר יכולין לחייבו א"כ קשה דמאי קאמר ר"י לר"ג אין בדבריך כלום שכבר הודית הא יכולין לבוא העדים לפני ב"ד אחר ולחייבו לר"ג לשחררו. אלא ע"כ כיון שכבר הודה לפני ב"ד נפקע חיובו לגמרי ואין שום ב"ד יכולין לחייבו וצדקו דברי אחיו הגאון ז"ל מה שהשיג על הב"ח. מ"מ משכ שם דהיכא דבאו עדים לפני ב"ד והעידו אך שעדיין לא נגמר דינא והודה לפני ב"ד אחר אין הב"ד אחר יכולין לחייבו עפ"י עצמו דבריו נכונים ובזה מיושב דברי רש"י בב"ק (ה) ממה שתמה עליו התוס' רי"ד יעו"ש: